# **「ドイツ・フェイスブック事件----競争法上の濫用規制と憲法・民法の関係」[[1]](#footnote-1)**

舟田　正之

**＜概要＞**

1．ドイツ連邦カルテル庁のフェイスブック（FB）事件決定は、EUの一般データ保護規則（GDPR）違反を競争制限禁止法違反に結びつけて、「濫用」とした初めての判断である。

2. FBなどのデジタルプラットフォームの場合、消費者は無料でサービスの提供を受けるが、同時に、当該事業者はその定める約款に基づき、個人データを入手し、それを蓄積・処理・利用して、広告市場等において収益をあげているのであるから、このような消費者取引市場も、競争法上の「市場」として評価される。

3. 本決定は、濫用を判断するための取引両当事者間の「利益衡量」において、基本権（「自己決定」）を重要なファクターとしており、一方的な取引条件の設定を「他者決定」による基本権の侵害と捉えている。

4. 本決定は、競争制限禁止法上の濫用規制を「私法上の一般条項の1つ」と位置づけ、かつ、民法上の不当条項規制と関連させて濫用を認めた連邦通常裁判所（BGH）判決を基にして、不当条項をデータ保護違反に置き換えて濫用を認めた。

5. 日本の独禁法（ドイツの濫用規制に対応する規定は、差し当たり「優越的地位の濫用」規制である）でも、本決定とほぼ同様の解釈が可能と思われる。

# **Ⅰ. はじめに**

デジタルプラットフォーム、その中でも特にいわゆるGAFAをめぐる法的問題は、プラットフォーム事業者と中小事業者の間における事業者間取引、及びプラットフォーム事業者と消費者の間の取引という２つの異なる局面において、多様な展開をみせつつある。本稿は、後者の消費者取引を対象とし、かつ、憲法ないし個人情報保護法・民法との関連に焦点を合わせて検討を行う。

　消費者取引における消費者の権利を保護するという立場から、EU、ドイツ、フランスでは、近年、積極的な立法、行政による法適用を行っているという点で日本と対照的であり、大変興味深い。

特に、本稿で取り上げる、ドイツの連邦カルテル庁による、フェイスブック事件決定は、市場支配的地位にある事業者と消費者の関係につき、競争法のみならず、憲法、民法、個人情報保護法（ドイツではデータ保護法）を相互に関連させて捉え、プラットフォーム事業者に対し、消費者の基本権を「情報上の自己決定権」として確保するという視点から、多様な法的問題を提起していると思われる。

# **Ⅱ．ドイツFB(フェイスブック)事件**

# **1.　違反行為**

(1) ドイツの連邦カルテル庁は，2019年2月6日，2016年に調査開始したフェイスブック社とそのドイツ子会社（以下、FBと略記）に対する競争制限禁止法(GWB)19条違反被疑事件につき、大略次のようなFBの行為が同法19条1項の「濫用」に当たるとし、違反行為を停止すべきことを命令する決定を下した（32条1項）[[2]](#footnote-2)。

同決定によれば、FBは、同社の企業グループに属するInstagram、WhatsApp等の利用に関し収集されたユーザーデータとデバイス関連データを、ユーザーの同意なしに、FBのユーザーアカウントに結び付けて、使用することができるようにしている[[3]](#footnote-3)。

また、FBは、[facebook.com](http://facebook.com)またはグループ内部のプログラミングインターフェイスのプロバイダー（Facebook Business Tools）を利用して，ドイツに居住する個人ユーザーがウェブサイトを訪問したりサードパーティのモバイルアプリを使用したりするときに，これらのユーザーの同意なしに，ユーザーデータとデバイス関連データを収集し，これらのデータを統合して利用することができるようにしている。（本決定のTenor=主文、Rn.522）

「FBのデータ・クッキーポリシーまたは対応する契約文書を通して具体化される利用条件の使用とその実施は，市場力の表出（Ausfluss von Marktmacht)としてGDPRの原則に反するものであり、GWB19条1項の一般条項に基づく条件濫用の形態における市場支配的地位の濫用行為に当たる」（Rn.523）。

このGWB19条1項違反に当たるとする判断は、より具体的には、GDPR及びデータ保護法違反を根拠とするものである。上のGDPRとは、EUの一般データ保護規則（DSGVO. ここでは日本での慣用に従ってGDPRと表記する）であり、2018年5月25日より欧州全域に直接適用されている[[4]](#footnote-4)。

「FB コンツェルン所属の他のサービス提供業者（WhatsApp、Instagram等---舟田注）や Facebook Business Tools を通じ収集したデータを処理することは、GDPRに基づくヨーロッパのデータ保護法に違反する。----- FBが利用条件としている、グループ内のサービス及びFacebook Business Toolsからのデータの処理は、GDPR 6条1項及び9条2項に基づく正当化根拠を有するものではない」(Rn.573)。

(2)　上記の違法の判断をもとに、カルテル庁は，FB（GWB36条2項に基づき、結合しているとされる事業者を含む）に対し、利用条件の実施が禁止され、12か月以内に，対応策を策定すること、4ヵ月以内に変更計画を詳細に定めた実施計画を提示すること等が命じられた（ただし、取消訴訟の提起によって執行停止されている）。

　なお、本決定では過料（Bußgeld）は科されていない。この点につき、連邦カルテル庁が公表したQ&A文書では、次のように説明されている。

「連邦カルテル庁は、濫用規制手続を度々、過料手続ではなく、いわゆる行政手続で実施している。競争事業者と消費者の利益になるように、市場支配的事業者が今後の行動の変化を変えるように義務付けることを優先するからである。

違反行為に事後的に過料を科すことは、措置の追加として可能であるが、それでは多くの場合に事案の本質を突くことにはならない。法的にも経済的にも一連の問題を提起することとなる複雑な事実関係を取り扱う場合であるからこそ、行政手続が適切な手続となる。しかしながら、特に再犯事案や大きな損害が見込まれる事案に対しては、過料手続の執行を決して除外するものではない」。

これまでのカルテル庁の行政実務としても、GWB19条1項の一般的な濫用禁止に当たるとした場合、通常は、過料（Bußgeld ）を科さない。[[5]](#footnote-5)　その理由は、上記のQ&A文書にあるとおりであり、賢明な制度と行政実務であると思われる。

# **2. 無料市場**

(1) 本決定は、個人ユーザーに対するソーシャルネットワークサービス（以下、SNSと略記））という「無料」サーヒス市場を画定し、そこにおいてFBの市場支配的地位を認定した。

「個人ユーザーはSNSの利用にあたって金銭的対価を支払わないが、SNSの無料の提供は、市場成果（または「市場業績」＝Marktleistung）として捉えられる。有料の広告取引を考慮すれば、SNS の提供は、GWB18 条 2a 項の要件を満たす」(Rn.239)。

GWB18 条 2a 項は、「役務が無料で供給されるということは、市場として画定されることを妨げない」、と定める。これは、まさにFBのようなサービス形態を想定して明文化したものであり、同法第9次改正（2017年施行）で新設されたものである[[6]](#footnote-6)。

「従来の判例では，金銭的な売上（monetäre Umsatz）とその基礎にある価格設定（Preissetzung）が本質的な競争パラメーターであり市場関係の不可欠な構成要素であると考えられていたため，無料の利用関係は一般的には市場として捉えられなかった」。「立法者は，18条2a項の導入により，原則として、無料の提供（Leistungen）であっても、市場業績（Marktleistung）として位置付けられる可能性を開いた。ただし、そのための諸条件は決められないままになっている」（Rn.240）。

この最後の部分にあるように、無料の提供が市場サービスとされるための諸条件は、規定上明らかにされていず、実際の解釈・運用に委ねられているが、この点について、本決定は、有料の広告市場との密接な関連を指摘する。

「カルテル庁の見解によれば，多面的市場の扱いとして，プラットフォームから反対給付として金銭が要求されないユーザーサイドにつき，それと支払いが義務付けられる(広告)サイドと結びついている限り，GWB上の市場として捉えることは、経済的に、またカルテル法上、十分意味があることである。ここで決定的なことは，広告サイド（Werbeseite）と『注目サイド』（„Aufmerksamkeitsseite“. SNSサービス市場を指す）の両プラットフォームの活動の間に，密接な関係が存在し、活動について統一的な事業目的が認められる、ということである」（Rn.241）。

本決定は、無料サービスに係る市場について競争制限禁止法を適用すべきであるという上の立場は、EU競争法の実際の運用取引にも一致するとして、次の諸事件を挙げている。

Facebook/WhatsApp事件＝EU委決定（2014年10月3日）

Microsoft/Skype事件＝EU委決定(2011年10月7日)

Google事件＝EU委決定（2017年6月27日）

前2者は、企業結合の事案であり、最後に挙げたグーグルに対する委員会決定は，欧州における無料の一般検索市場において、グーグルが自己の価格比較サービスを不当に優遇することによって、市場支配的地位を濫用したと判断したものである[[7]](#footnote-7)。

これらをも踏まえると、「競争規制のハーモナイゼーションのために，従来のドイツ国内の法運用から離れることが必要である」（Rn.243）。ここに、従来、無料市場における行為に対し、GWBを適用してこなかったことの見直しが明示されている。

(2) 無料市場であっても、競争法上の市場（日本独禁法上の「一定の取引分野」）と認めることがありうるということは、最近ではドイツ以外にも、既にEUや日本でも説かれるようになっている。FBと個人ユーザーの間には、無料であっても、ユーザー情報の提供を含む約款に基づく契約が成立しており、また広告市場との間接ネットワーク効果関係を背景に、間接的に収益を得るビジネスモデルが組み込まれているのであるから、個人ユーザーに対するSNS・検索サービス提供についても競争法上の市場と認めることができる[[8]](#footnote-8)。

一般に、デジタルプラットフォームには、取引型デジタルプラットフォーム（マッチング・デジタルプラットフォーム）と非取引型デジタルプラットフォーム（関心デジタルプラットフォーム）に分類されると説かれている[[9]](#footnote-9)。本決定においても、「関心プラットフォーム(Aufmerksamkeitsplattformen ）」という用語が用いられている。

しかし、後者、少なくともグーグルとフェイスブック（FB）については、両者と消費者の間には、私法上の契約、また同時に、競争法上の「取引」があるとみるべきであり、競争法上の規制が適用されると考えられる（したがって、非取引型デジタルプラットフォームという名称はミスリーディングであろう）。

(3) なお、FBのビジネスモデルにおいては、個人ユーザーのほかに、広告主等のユーザーグループ、コンテンツ供給者（Inhalteanbieter）やアプリ開発者（Entwicklern）も関係するが、個人ユーザーグループとは比較可能な需要をもっていないので、それらは別の市場に帰属するとされている（Rn.245以下）。

本決定はこのように多くの市場に細分化した点で、アメックス事件＝米国連邦最高裁判所2018年6月25日判決が、消費者グループとカード加盟店グループを含めた1つの市場を画定したことと対照的である[[10]](#footnote-10)。

# **3. 市場支配的地位**

本決定によれば、「FBは、個人ユーザーに対する国内市場において、GWB18条3a項と3項に結びつけられて、18条1項の意味において市場支配的である」（Rn.165）。

GWB18条3a項も、前記の2a項と同様、第9次改正で新設されたものであり、「多面的市場やネットワークにおける事業者の市場地位の評価に際しては、特に以下のファクターを考慮する」として、直接的及び間接的ネットワーク効果、転換コスト、競争に関連するデータへのアクセス、イノベーションによって推し進められる競争圧力等が挙げられている[[11]](#footnote-11)。

ドイツ国内SNS市場におけるFBのシェアは95%超であり、仮に、YouTube、Snapchat、Twitter、 WhatsApp、Instagram を関連市場に算入したとしても、Facebook 社グループのサービスは全体でGWB18 条 4 項の市場支配推定の市場シェア(40％以上)を超えるところに達している。

これに加えて、FBに関する著しい直接的ネットワーク効果とそれに関連して他のSNSに乗り換えることへのハードルの高さ、FBの膨大なデータ情報源, インターネットのイノベーション力等を考慮すれば、市場支配的地位を容易に認定できるとされた（Rn. 374以下）。

# **4. 条件濫用**

## **(1)　ドイツ競争法における濫用規制**

ドイツ競争制限禁止法（GWB）19条1項は、「単独又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は禁止される」、と定める。これは濫用に関する一般条項とも呼ばれ、妨害的濫用と搾取的濫用をともに含む。

濫用は、妨害的濫用と搾取的濫用に分けられる。

前者は、市場支配的事業者が自己の属する市場あるいは新規参入しようとする別の市場における競争者の事業活動を妨害することである（水平的濫用。比喩的にいえば、「ヨコの濫用」）。

これに対し、後者の搾取的濫用は、「その市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様」によって、取引の相手方に対して、不利益を与える行為である（垂直的濫用。同じ比喩で言えば、「タテの濫用」）。[[12]](#footnote-12)　本件で問題になっているのは、この搾取的濫用である。

これら2種類の濫用について、GWB19条2項は、「----次の各号に該当する場合には，特に（＝例示的である、という意味）濫用に当たる」、として、1号と2号に分けて例示している。

「1号　他の事業者を直接的又は間接的に不当に妨害し、又は、客観的に正当な理由がないのに直接的又は間接的に、同種の事業者と比べて差別的に取り扱う場合。

2号　対価又は他の取引条件について，仮に有効な競争がある場合には高度の蓋然性で生じたであろうものとは異なるものを要求する場合。〈後段〉この場合特に，有効な競争のある比較可能な市場における企業の行動が考慮されねばならない。」

　本決定では、FBの行為が、主として後者の搾取的濫用に当たるか否かが問題となっている。

## **(2)　濫用規制の対象となる取引条件**

GWB19 条 2 項2号では、「対価又は他の取引条件について」とあることから、価格に関する濫用（＝価格濫用）と並んで、価格以外の取引条件についての濫用をも禁止しており、後者は「条件濫用(Konditionenmissbrauch)」と呼ばれている。

本決定は、FBがユーザーに対し明示しているデータ・ポリシーとクッキー・ポリシー（ Daten- und Cookie-Richtlinie　いわゆるプライバシー・ポリシー＝個人情報保護方針）が示している利用条件は、GWB19条2項における取引条件（Geschäftsbedingungen）に当たるとする。

「FBの見解に反して，データ・ポリシー及びクッキー・ポリシーに関連した利用条件は，19条の意味での取引条件である。データ・ポリシー及びクッキー・ポリシーの説明は，利用規約のポイント2（舟田注：「ポイント2」として、Rn.94,138等にFBのポリシーが引用されている）を具体化している。データ保護法上の透明性の要請は，データ処理に関する情報をデータ・ポリシーの形式で提供することを当事者に義務付けるものであり，取引条件の性格を何ら変えるものではない」（Rn.561）。

「GWB19条1，2項2及び3号で用いられている取引条件概念は，価格形成と並んで、力の不均衡によって特徴付けられる供給者と需要者の関係全体を濫用禁止の下におくため，広く解釈されなければならない。」（Rn.562）。

「取引条件（Geschäftsbedingung）という概念には，まず、明示的に規制される拘束条件（die ausdrücklich geregelten Bedingungen）、すなわち、需要者がそれに同意しなければならず，それによって契約による規制の対象となる条件、が含まれる。またこれに加え，需要者の同意なしに実行される事実上の取引条件も含まれる。これには，契約上の規制の対象となり得る、すべての事実上の事象（tatsächlichen Vorgänge）が含まれる」（Rn.563）。

　「Facebookの見解とは異なり，手続きの対象となるデータ処理に関する事象（Datenverarbeitungsvorgänge）は，すべて契約上の取り決めの一部となる。ユーザーはサービスを利用する前に利用条件に同意しなければならないからである」（Rn.563）。

上に引用した本決定の立場は、濫用規制の対象となる取引条件を、契約上の条件になるか否かを問わず広く解することによって、事実上の行為も含むということを意味している。学説も同様であり、上の引用文には、GWBの標準的なコンメンタールを参照との注も付いている。

例えば、日本の優越的地位濫用の事案においては、大規模小売業者が要請し、納入業者がそれに応えて行われる、形式的には納入業者の一方的な行為(例えば、従業員の派遣が納入業者の負担の下に行われる)も多くみられ、この場合も優越的地位濫用規制の対象となるが、ドイツGWBでも上の解釈によって同じことになる。

FBと個人ユーザーの関係も、また日本の優越的地位濫用の事案における大規模小売業者と納入業者の関係も、すべてが契約によって契約条件として定められるわけではなく、事実行為（本決定における前記の、事実上の「データ処理に関する事象」）についても、市場支配的地位または優越的地位を背景とした濫用があり得るという実態から、濫用規制においては、このような広い解釈が要請されると考えられる[[13]](#footnote-13)。

## **(3) 対価と取引条件**

上記のように、本決定は、本件のFBによる、データ提供についての規制は、19条1項及び2項2号・3号の意味での対価ではなく，取引条件に関する規制であるとする。

「データ提供が対価と類似する機能を持ち得るということは，データ処理条件がGWB19条2項2号及び3項の意味での価格（Preise）と見なされるべきであるという事実につながらない」（Rn.569）。

「GWB18条2a項の新たな規定から，ドイツの立法者は、金銭的な反対給付（Gegenleistung）に代わってデータを提供することを『対価』（Entgelt）とはみていないことが分かる。そうでなければ，『対価なしで』サービス（Leistung）がなされることが、GWBの意味で市場を画定することを妨げるものではないことを明確にする必要はなかったであろう。この規定の背景は，（本改正の際に公表された）立法理由からも分かるように、まさにここで問題となっているようなビジネスモデルである。

このように，新しい規定の由来と用語は，データ提供に関する取り決めが，19条1項、2項2号及び3号の意味でも対価に関する規定ではなく，取引条件に関する規定であるという結論を裏付けるものである」(Rn.572)。

このように、本決定が取引条件に関する濫用として捉えた理由は、価格濫用であれば「著しく（erheblich）」が追加的に要求され、立証のハードルが高くなる、ということもあるのであろう[[14]](#footnote-14)。「BGHの確立した判例に拠れば、価格濫用として非難に内在する無価値判断のためには、想定競争価格を著しく超過することが前提になる」、と解されているからである[[15]](#footnote-15)。

その上で、本決定は、前述のように、FBの本件行為は、「GWB19条1項の一般条項に基づく条件濫用の形態における市場支配的地位の濫用行為に当たる」、とした（Rn.523）。本決定が、FBの本件行為につき、GWB19条2項2号ではなく、19条1項の一般条項における取引条件濫用に当たるとした実質的理由の１つは、19条2項2号の要件として、「有効な競争のある比較可能な市場」が明示されており、その立証を避けたものと推測される。

## **(4) 普通取引約款と民法・濫用規制**

FBが個人ユーザーとの関係において定めている取引条件は、ドイツでは1970年代からの多くの議論を受けて成立した普通取引約款法(AGBG.1976年制定)によって規制されてきた（現行のドイツ民法では305条以下に組み入れられている。日本民法では548条の2以下）[[16]](#footnote-16)。

このような民法上の規制と並んで、連邦カルテル庁も、これまでも繰り返し、条件濫用に当たるとして普通取引約款に介入しており[[17]](#footnote-17)、それらの多くは、エネルギー関係の事件である。大規模小売業者が納入業者に対して課す取引条件には、個別の取引条件と普通取引約款に当たる取引条件の両方がある。

条件濫用に関するGWB上の諸事件においては、民法との関連が重視されており、搾取的濫用に当たるか否かについての判断基準は、判断基準は、民法上の任意法規の基礎にある正義の観念（Gerechtigkeitsvorstellungen）から、一方的な負担を課すことにおいて逸脱することであって、その根拠となる点は、前記の約款に関する民法（BGB）305条以下の諸規定である、と説かれる[[18]](#footnote-18)。

他方で、Google/DoubleClick事件やFacebook/WhatsApp事件などの企業結合事例において、カルテル庁がこれらを認めたことについてデータ保護を十分に考慮に入れていないという批判もあった[[19]](#footnote-19)。

本決定は、このような経緯の中で3年間の調査、FBとの議論を経て下されたものである。

## **(5）GDPR違反と濫用の結びつき**

本決定は，GDPR違反とGWB(競争制限禁止法)上の濫用を結びつけたことが特徴的である。

本決定によれば、「FBのこのような（GDPR違反の）データ処理条件は、また、GWB 19 条 1 項の意味で濫用的でもある。これらの取り決めとその実施は、本件の場合、FBの特別な市場力の表出（Ausfluss)であり、これに基づいて競争侵害的な結論が導かれる」（Rn.871以下）。

しかし、「(FBに対する手続きにおいて)決定的なことは、データ保護法違反を確定することではない。搾取的濫用は、むしろ給付と反対給付Leistung und Gegenleistungの不均衡（Unausgewogenheit）から生じる」[[20]](#footnote-20)。

すなわち、GWB上は、GDPR違反それ自体ではなく、それが市場力（ここでは、市場支配的地位と同義）の表出（市場力の行使であることが表れること）と認められることが重要である。市場力の行使による、給付と反対給付の不均衡が濫用と評価されるということである。

## (6)依拠した連邦通常裁判所判決

(a) 本決定は、GDPR違反とGWB上の濫用を結びつけることにつき、 2つの連邦通常裁判所（BGH＝民事・刑事の最高裁判所）判決を挙げる。

①　BGH2013年11月6日判決（VBL-GegenwertⅠ事件＝BGH, Urtl. v.06.11.2013 KZR 58/11,BGHZ 199,1.その後、2017年1月24日判決＝VBL-GegenwertⅡが出たが、本決定が引いているのは前者だけである）

②　BGH 2016年6月7日判決（Pechstein事件＝BGH, Urtl. v.07.06.2016 - KZR 6/15 ）

これらの判決につき、本決定は次のように述べる。

「BGHのVBL-Gegenwert判決によれば、例えばドイツ民法(以下，BGB)307条以下の法的評価によれば許容されない普通取引約款が用いられている場合，それに加え、特にそれが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合には、GWB 19条1項の一般条項に基づいて濫用と認めることができる。

　Pechstein事件において、BGHは、条件濫用がGWB 19条1項か同項2号のいずれに基づくかを問わず、いずれにせよ基本法上の地位を考慮することも含む包括的な利益衡量が必要であるとした。これによれば、契約当事者の一方が契約条項を事実上一方的に設定できる顕著な優位性を有し、相手方契約当事者には他者決定（Fremdbestimmung）として働く場合には、基本権保護（Grundrechtschutz）を実現するために、GWB 19条の適用を考慮すべきである」。

「このような状況の下で、市場支配的事業者が基本権を保障される地位を恣意的に行使する場合には、基本権保護を実現するために、国家的規制----特に私法上の一般条項(§§ 138, 242, 307, 315 BGB),、その中にはGWB 19 条も含まれる-----が、調整的に介入する必要がある。」（**Rn.527.** 文中の下線は舟田が付した**）**

(b)　ここでは、条件濫用となるのは、次の2つの要素が揃ったときであるとされている(以下、「2重の評価」と呼ぶ)。

① GDPR違反、または、民法307条以下の法的評価によって、基本権保護が要請される場合。

なお、ここで、民法307条以下とは、約款の内容規制（Inhaltskontrol）に関する307条から310条までを指すと推測される。このうち、特に307条1項は、次のように定められている。

「約款中の条項は，当該条項が信義誠実の要請に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うときは，無効とする。不相当な不利益は，条項が明確でなく，または平易でないことからも生ずる。」[[21]](#footnote-21)

② 当該行為が市場力または優越的市場地位(GWB18条1項3号)の表出として認められる場合

ここで「市場力」（Marktmacht）、「市場優越的地位」（großen Machtüberlegenheit）は、それぞれ、「市場支配的地位」の定義規定であるGWB18条の1項・2項に当たる場合と、同条1項3号を指している。両者を合わせて、「市場支配的地位」または「市場力」、「市場支配力」とも呼ばれる。

(c) 表出（Ausfluss）という用語は、おそらくVBL-GegenwertⅠ事件BGH判決（2013年）において初めて使われたものであろう。

　同事件においては、連邦・州年金機構（Die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder ＝VBL）が定めた定款”VBLS2001”の23条2項によれば、退会した加入者は、退会後の基金の資産から生じる債務を履行するため、退会後も基金が計算する一定の対価の支払いが義務付けられていた。

この定款の条項とGWB上の濫用規制について、BGH判決は、次のように判示している。「市場支配的事業者が容認できない一般約款条項を用いることは、原則として、GWB19条の意味における濫用であり得る。これは特に、無効な条項の合意が市場力または強大な市場優越的地位の表出（Ausfluss）であるとき、妥当する。

”VBLS2001”23条2項に基づく、不相当な反対価値の要求は、条件濫用の形態における搾取的濫用であり、19条1項の一般条項に該当する」。（同判決Rn.65）

(d) 本稿では、既に2箇所で、本決定における表出（Ausfluss）という用語が用いられている箇所を引いた（Rn.523、及び、**Rn.527.）。**

　本決定は、さらに「市場支配力の表出としての違反」という項目で次のように詳述している（Rn.871以下）。

　「法的な相当性規定（Angemessenheitsbestimmungen）に関する違反が『市場支配力または優越的市場地位の表出として』生じなければならないことは，BGHのVBL判例の審査コンセプトに基づき，カルテル法以外の法違反に客観的なカルテル法上の濫用非難を結びつけることについての十分な根拠となる」(Rn.872)。

　ここで、「法的な相当性規定」とは、前記の民法307条1項を指しており、このように、カルテル法以外の法違反が市場力の表出とされるとき、それとカルテル法上の濫用非難を結びつけることができる、というのが、BGHのVBL判決の考え方だというわけである。

本決定は、続けて次のように述べる。「BGH決定の『特に』という文言から，連邦裁判所は意図的に『表出』条項をカルテル法に基づく濫用の申し立てのための必要条件に高めることを控えていることが看取できる。

この表出という前提が存在する場合，カルテル法以外の規定違反を，同時に必要な市場力関連性を通して、カルテルに服させることについての十分な手がかりとなる。

しかしながら，同時に，このメルクマールは，市場支配的地位の「搾取」という概念を含むGWB19条1項の文言を超える（より広い、高い）要求をしているわけではない」(Rn.872)。

　以上の「表出」に関する本決定の論理は分かりにくいが、VBL-GegenwertⅠ事件BGH判決における「表出」に関する判示を手がかりに、BGBという「カルテル法以外の法違反」と、GWB10条の濫用を結びつけるために、当該行為（本件ではデータ処理に関する約款の設定と実施）が市場力の「表出」としての性格を持つ、ということを言いたかったのであろう。

(e) 本決定では、上に続いて、因果関係（Kausalität）について以下のように述べる。

「市場支配力との必要な関連性については，Facebookの主張とは異なり，データ処理条件がまさに市場支配力によってのみ形成されるというような立証を必要とするような，市場支配力の厳密な因果関係として理解されるべきではない。

市場支配的地位の利用というためには、むしろ，一般的なルールによれば，市場支配と行動の間の『規範的因果関係』（normative Kausalität）で十分である。

当該行動が市場支配に基づき、競争侵害的なものであることが証明されれば十分であるが，その際には、厳密な因果関係はないものの，結果に関する因果関係（Ergebniskausalität）は要求されるべきである」(Rn.873)。

本決定は、これ以降、上の一般論を本件事案に即して詳論しているが、本稿では割愛する。

# **Ⅲ. 競争法と憲法・民法**

## **1. 他の法律の援用**

一般論として、競争法上の諸規定の要件該当性の判断の際、他の法律をこのように直接的に援用することは、通常みられない。法律概念の相対性の原則により、実定法としての各競争法のそれぞれの規定に即して、それらに内在する意味から解釈されるからである。

例えば、NTT東日本（私的独占）事件＝最判平成22・12・17（民集64巻8号2067頁）は、事業法上の規制があり、それに基づく規制が発出されていないということで、「本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もない」、と判示している。

しかし他方で、競争法上の規定の解釈の際に、他の法律が参照されることは、よく見られる。例えば、大阪バス協会事件＝審判審決平成7・7・10（審決集42巻3頁）に関連して、道路運送法上の料金規制に違反する低額運賃をなくすためのカルテルについて、「独禁法上の違法性は、原則として独禁法固有の観点から判断されるべきであるが、同時に、それは社会の全体的法秩序という観点から、道路運送法上の規制をも１つの考慮要素として判断されなければならない」、と説かれる。また、「公共の利益」（2条5項、6項）の解釈においても、独禁法以外の法律またはそれに基づく行政処分等をどう考慮に入れるかが議論されている[[22]](#footnote-22)。

　これに対し、前記の「2重の評価」の見方では、ドイツの２つの連邦通常裁判所判決と本決定をあわせて理解すれば、GDPRや民法による法的評価が基本権侵害を導くということをいわば直接援用し、そのことが市場力または優越的市場地位の不当な行使の表れとして捉えられる場合、競争法上の濫用に当たると判断される、という筋道になる。

ここでは、契約当事者、具体的にはFBと消費者には、それぞれ憲法上保障されている基本権が認められ、ある行為を濫用に当たるとするためには、両者の基本権を含んだ利益衡量が必要とされる。なお、このような見方は、ドイツの判例・有力説となっている、いわゆる「基本権保護義務」論が採る構成に適合的であると考えられる[[23]](#footnote-23)。

## **2. 民法・憲法と競争法の価値的関連性**

前記の「2重の評価」の前提は、a. GDPRや民法による法的評価が基本権侵害をもたらしうる、というGDPR・民法と憲法上の基本権の関係、b. GDPR・民法・憲法と競争制限禁止法の関係、の2点であり、いずれも、これら諸法の基礎にある法目的ないし保護法益の共通性・関連性を示している。

憲法と競争制限禁止法の関係について、まず触れておくべきこととして、ドイツGWBは、濫用規制、カルテル規制、集中規制を3つの柱とすると理解されているが、その中で、濫用規制についてだけ、ドイツ基本法74条1項16号において、連邦の競合的立法権限のカタログとして、「経済的権力の濫用の防止」（die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung）が明示されている。

これを踏まえ、「濫用規制によって、立法者は、基本法の定める権限規範と、経済的基本権に含意されている保護約束を果たしている」、「競争における事業者の行為は、基本権としてのポジション(Grundrechtspositionen)の活動である」、と説かれている[[24]](#footnote-24)。

　ところで、個人情報保護法・民法・憲法の法目的ないし保護法益の共通性・関連性を考える際の出発点は、あらためて基本権の法的内容・性格を考え直すということであろう。以下、この点についてさらに検討する。

## 3.「自己決定」と「他者決定」

## **(1) 連邦通常裁判所「連帯保証決定」**

前出のPechstein事件＝連邦通常裁判所（BGH）判決は、GWB上の濫用に当たるか否かを判断するには、基本権を含む包括的な利益衡量が必要であり、その際には、契約当事者間において一方が顕著な優位性を有する場合、他方当事者にとって契約条項は「他者決定」となる、と述べた。

すなわち、「当事者の一方が強い優位性をもち、契約上の規制を事実上一方的に設定できるとき、他方当事者には他者決定として作用する。そのような場合、基本権を確保するために、国家による規制が調整的に行われなければならない（ここで、下記の連邦通常裁判所「連帯保証決定」等の判決が引用されている---舟田注）。

このような他者決定の場合、基本権の確保のためには、私法上の一般条項（これにはGWB19条も含まれる）を引き合いに出さねばならない。両当事者の衝突する基本権の地位は、それらの相互作用において見るべきであり、また、それはすべての関係人にとって可能な限り広く有効となるように限界付けられるべきである」。(Pechstein事件BGH判決Rn.55-57. 下線は舟田）。

このPechstein事件＝連邦通常裁判所判決が触れる「他者決定」について、ドイツでは、経済的行為自由などの基本権に関する比較衡量の際に、「自己決定」と「他者決定」という概念が以前から用いられてきた。

そのリーディング・ケースの１つとされるドイツ連邦憲法裁判所「連帯保証決定」1993年10月 19日（BVerfGE 89,214）は、親の連帯保証人となった無収入・無資力の21歳の娘が、当該連帯保証の効力を争った事案につき、以下のように判示し、無効とした[[25]](#footnote-25)。

「各人が自己の意思に従い法的関係を形成することは、一般的行為自由の一部である。ドイツの基本法2条1項は、私的自治を、『法的生活における各人の自己決定』として保障する」。

「契約法においては、利益の相当な調整は契約当事者の合致した意思によって達成される。両当事者は、相互に拘束し、それと同時に各自の個人的行為自由を行使する。当事者の片方が契約内容を事実上、一方的に決定できるほどに強い立場にあるなら、それは、もう一方の当事者にとっては他者決定となる」。

「契約当事者の一方の構造的劣位が認識でき、契約の帰結が劣位にある者に通常ではない負担を課すような類型の事案においては、私法秩序は、これに対処し、修正を可能ならしめなければならない。この要請は、私的自治の基本権的保障と、社会国家原理から生じる」。

## **(2) 自己決定と憲法**

ドイツ基本法2条1項における「自己の人格を自由に発展させる権利」は、「一般的な人間の行動の自由」という包括的な意味を持つ基本権とされる（「一般的行為自由」とも呼ばれる）。

自己決定という概念については、日本の憲法学・私法学においても多くの議論があり[[26]](#footnote-26)、憲法13条の幸福追求権が包括的基本権とされるが、それらにおいて自己決定権として具体的に取り上げられてきたのは、私的な生活領域における自由、例えば尊厳死、治療、髪形・服装の自由などが多い（もっとも議論は多様に錯綜している）。

これに対し、前記「連帯保証決定」に見られるような私的自治と自己決定を結びつける議論は、日本では、山本敬三[2000]などが採用する立場であるが、民法学では例外的であり、また、「他者決定」という用語は、日本の憲法学・民法学のいずれにおいても、ほとんど使われていない。

もちろん「自己決定権の限界」を論じるということは、その限界を超えると「他者決定」になるということであるが、ドイツの判例・学説のように、私人間の関係について、「他者決定」の側から見ているという視点も重要である。例えば、「自己決定は明らかに他者決定の反対概念であり、外部から来る制限や拘束からの解放をめざしている」、と説かれる[[27]](#footnote-27)。

これは、各法領域（特に、民法や競争法の規律を受ける私人間の関係）において、他者による自己決定権を侵害する行為の法的意味を、基本権侵害の有無として検討するということである。

濫用規制については、例えば次のように説かれる。「具体的な適用場面において、国家と市民という両極間の紛争ではなく、三極関係の中での国家による、他者決定からの自由に向けられた包括的な秩序の枠組み（Ordnungsrahmen）の規律に従った、市民間の紛争の秩序化として捉えられるのであって、そうでなければ、比例原則（Verh[ä](http://www.wadoku.de/##)ltnism[ä](http://www.wadoku.de/##)gigkeitsgrundsatzes）を逆に見ることになる」[[28]](#footnote-28)。

濫用規制に限らず、競争制限禁止法違反の行為に対し、基本権侵害を理由に公的規制を加える際には、過剰介入の禁止に反しないかどうかが重要であるが[[29]](#footnote-29)、その衡量基準として、比例原則が挙げられる。比例原則は、通常、第一に、ある手段の目的に対する「適合性」審査、第二に、手段の「必要性」審査、第三に、手段が関与する利益の「狭義の比例性」審査から成っている、と解されている[[30]](#footnote-30)。

上の引用文における、「比例原則を逆に見ることになる」とは、憲法の名宛人が国家である場合には、公的規制について、当該基本権侵害を捉えるという目的と、それを是正する手段との関係だけをみればいいが、当該基本権侵害を受けた被害者との三極関係として見るとすれば、過剰介入の禁止に反しないかどうかという観点だけでなく、過小介入によって被害者を放置することにならないかという観点が重要になるので、逆になる可能性があるということであろう。

濫用規制が、行為者と被行為に国家が介入する三極関係として見るとすれば、国家対私人という二極間の関係とは異なる考慮が要請される。具体的な解釈に際して、憲法の名宛人が国家である場合と、私人間の関係に適用する場合では、具体的な基本権適用の仕方が大きく異なる。私人間では、相手方もまた人権享有主体としてあらわれ、相手方の経済的自由または私的自治などが対立価値として持ち出され（＝基本権の「相対化」）、比例原則の適用において、人権価値と対立価値の比較衡量が必要になる[[31]](#footnote-31)。その実際の適用の仕方等について、今後、検討がなされるべきものと思われる。

## **(3) 自己決定と民法----約款規制**

ドイツでは、上の連帯保証決定のように、憲法（特に基本権規定）を根拠に、民法上の契約に積極的に介入することがあり、これは私法における基本権の影響力が強くなっていくという意味で、「私法の憲法化」とも呼ばれ、これを警戒する説もあるが、大勢としては判例を支持する学説が多いといえよう[[32]](#footnote-32)。

FBなどGAFAに係る消費者取引及び事業者間の取引の大部分においては、普通取引約款としての性格を有している取引条件が極めて詳細に定められている。ドイツでは、以前から特に本件のような大企業と消費者の間に結ばれる普通取引約款に対して厳しい見方がとられ、特に約款規制法(1976年)の下で厳しい規制が行われるようになり、それらは現在のBGB(民法)307条以下にほぼそのままの形で吸収されている。

普通取引約款は、あらかじめ事業者が定めた定型的な契約条項であり、特に消費者にとってその内容を知り、十分理解することが困難であることから、その解釈にあたっては，当事者の利益及び顧客全体の利益を顧慮すべきは当然であるが，それにも増して，公共的利益を顧慮すべきであるとする要請は，個別契約の場合におけるよりも，いっそう強度であるべきであると説かれている[[33]](#footnote-33)。

そこでは、「個人の消費者は、自分で了解していないのに、企業が作った契約条件を承認したものとして扱われる。これこそ、今日の社会における組織の巨大化による自己決定の喪失にほかならない。約款の効力は、古典的な契約論の原則に照らして限定的に認められるべきである」[[34]](#footnote-34)、という認識を出発点として、約款の効力を制限する方向がとられ、前述のような約款規制法とそれに基づく法運用が行われてきている。

　ドイツにおいては、上述のような憲法・民法上の動きと並行ないし連動して、競争制限禁止法上も約款に対し「条件濫用」として規制が行われてきているのである。

なお、日本においても、今次の民法改正において、多くの議論の末、一定の約款に関する規定が置かれることになったこと、しかしBGB307条のような内容規制は、産業界の反対等によって採用されなかったことは周知のとおりである（改正民法548条の2～4）。

## **(4) 契約の中心条項と付随的条項**

GWBにおける濫用規制の多くが、価格濫用よりも条件濫用についてのものであることについて、競争の機能という点から付言しておく。前記のように、本決定でも違法とされたのは、FBが個人ユーザーのデータを情報収集・蓄積・加工する根拠となる、当該取引に附随する取引条件である。

私法上の契約の内容規制については、通常、契約の対象とその価格等に関する中心条項（＝契約の本体部分）と、付随的条項（独禁法上問題となる例として、拘束条件付取引、排他条件付取引、抱き合わせ販売等）を区別して考えられている[[35]](#footnote-35)。

契約の本体部分については、契約締結時に当事者にもよく了解されていること、また、市場メカニズム（競争原理）が最もよく働く部分であるから、外からの介入を控え、市場の決定に委ねるのが原則であると説かれる。

もっとも、中心条項についても、民法上、暴利行為に対する規制があり[[36]](#footnote-36)、また、独占禁止法上の実際の事件に見られるように、不当な取引拒絶や、価格についての濫用（不当廉売、不当高価格販売、不当低価格購入＝「買いたたき」等）もあり得るのであり、実際、ドイツ競争制限禁止法やEU競争法において、搾取的濫用の典型例は不当高価格販売・不当低価格購買（＝価格濫用）とされてきたことにも留意すべきである。

他方で、上記の中心条項に比べると、付随的条項については、契約締結時に当事者にもよく了解されていない、あるいは一応は分かっていても、その実際的意味が軽視されがちであること、極めて個別的な条件になるので、他の供給者の取引条件との比較が困難であり、また、個々の付随的条項と契約の本体部分（特に価格）との均衡がとれているか分かり難く、市場の決定に委ねて済むとは到底いえない、という特殊性がある。

## 4.「利益衡量」

本決定において、前出のPechstein判決から引かれている、「包括的な利益衡量」という概念は、競争制限禁止法(GWB)上の濫用の要件として判例・通説が挙げるものであるが、この「利益」には、契約当事者それぞれの基本権をも含まれている。

本決定によれば、BGHは，「Pechstein判決によって， GWB19条2項2号の比較市場概念に加えて，基本法上の評価、普通取引約款（AGB）法という個別立法の評価、及び他の民法の一般条項から引き出した、広い相当性概念（Angemessenheitskonzept）を導き出した。ここでは，特にAGB法が示すように，当事者による一方的な契約条件の指定という不均衡な交渉状況における相当な利益調整（angemessenen Interessenausgleich）が重要である。

契約の当事者が，著しく不均衡な交渉ポジションに起因して，実際には一方的に契約内容を決定することが可能なので，憲法によって保障されている私的自治に基づく自己決定が、他者決定に入れ替わってしまうことが阻止されなければならない。

このため，法秩序，例えばAGB法で定められている利益衡量に基づいて契約条件が認められない場合、そのような取引条件は，十分な市場支配力関連性がある場合には，GWBにおいて具体的事情に基づいて行われる利益衡量（Interessenabwägung）により、濫用をも意味することになる。」（Rn.528）

本決定では、第一に、GDPR6 条1 項f11における「包括的な利益衡量」として、「FBが申し立てた利益の正当性と第三者の利益及びユーザーの利益との衡量」が行われる（Rn.727～869）。その上で第二に、「GWB法上の利益衡量」が行われる（Rn.889以下）。

第一のGDPR上の利益衡量については、本決定は、FB の個人ユーザーに対するSNSサービスについて、GDPR上の評価、特に有効な同意がないこと（GDPR6条1項(a)）、FBのデータ処理は契約履行に必要なものではないこと等から、FBのデータ収集・処理を違法と判断した。

さらに第二のGWB上の利益衡量については、従来から、濫用規制の目的から考えるべきだと説かれている。

「濫用規制の目的は、なかでも、既に支配されている市場をオープンに維持すること、そして、その支配力を利用して第三の市場に進出することを抑止することにある」。前者の市場のオープン性（開放性）の維持については、次のように説かれる。

「濫用規制の目的は、まず第一に、市場支配的事業者の影響範囲においても、競争的過程が展開される空間（または余地。Raum）を作るために、第三者の活動の経済的自由を保護することにある。競争は、事業者が自分の経済的行為自由を、法律の枠内で、他の事業者により不当な方法で妨げられることなく、行使することによって生まれるものである」[[37]](#footnote-37)。

この観点から、濫用の具体的判断のためには、市場支配的事業者と第三者（取引の相手方または競争事業者）のそれぞれの、基本権として保護される経済的行為自由を比較衡量することが要請されるのである。

## 5.「情報上の自己決定権」

(1) このFB事件で問題となっている基本権は、前記の連帯保証決定が触れるような「一般的行為自由」ではなく、「情報上の自己決定（informationelle Selbstbestimmung）という基本権」である。

ドイツでは、基本法1条1項（人間の尊厳）と結びついた2条1項（「自らの人格の自由な発展を求める権利」＝「一般的人格権」とも呼ばれる）によって、自由な自己決定を行う個人の尊厳が基本法秩序の中心にあるとされている。

この立場を基礎とした従来の多くの判例を踏まえて、ドイツ連邦憲法裁判所「国勢調査判決」1983年12月15日（BVerfGE 65, 1）は、「情報自己決定権」（情報について自己決定を求める権利）という新たな概念を打ち出し、国勢調査の調査事項について、届出帳簿との照合を許す規程、連邦・ラント行政庁への提供を許す規程等を違憲とし、以後の判例・学説もこれに従って「情報自己決定権」を基本権として認めている[[38]](#footnote-38)。

この国勢調査判決は、本件事案に即して、公権力に対抗するためのものとして自己決定を捉えており、FB事件におけるような、私人間の関係についてそのまま通用するものではない。私人間の関係に対する基本権規定の適用について、ドイツの憲法学説の多くは間接適用説を採っているようであるが、その場合にも、情報自己決定権が私人間関係に及ぼす影響は大きいと評価されている[[39]](#footnote-39)。

(2) 本フェイスブック事件決定は、前記(Ⅲ4)のGWB上の利益衡量につき、Pechstein判決が例として挙げた普通取引約款法（AGB）ないし民法307条以下の代わりに、情報自己決定権を持ち出すことも可能だと述べる。

「（利益衡量に関するこの判例法理は）、不均衡な交渉状況における取引条件の相当性に関する限り、十分な市場関連性のもとで、法秩序のすべての評価に移すことができる。これはとくに、情報自己決定権ないしデータ保護基本権（informationelle Selbstbestimmungsrecht bzw. Das Grundrecht auf Datenschutz）に内在する相当性が直接に関係する。」（Rn.529）

「データ保護法の目的は、なかんずく、組織と個人の間における力関係に対抗し、責任を負う者と関係者の間の相当な利益調整を作ることにある。データ保護法は、個人に対し、情報上の自己決定という基本権を保護するために、自己決定として、また第三者による強制の行使などなく、自らの人格に関係するデータの取扱いについて自由に決定する権利を割当てる。

このことは、個人の国家に対する関係においてのみならず、私人に対する関係においても妥当するのであるから、データ保護法は、データを駆動力とする産業において、まさに、現在の力の均衡に対し、個人を支えるべきものである」。（Rn.530）

このように、本決定が示した、基本権としての情報自己決定権、及び実定法としてのデータ保護法に基づく権利を、組織と個人の間における力関係に対抗し[[40]](#footnote-40)、「相当な利益調整」のもとで、個人を支えるべきものであるという基本的見方は、市場支配的地位の表出という概念を介して、競争制限禁止法上の搾取的濫用の基本的性格と連続するのである。

## 6. 競争法とデータ保護法

本決定については、なぜデータ保護法で対処しないのかという疑問も生じる。

　これについては、第一に、本決定は、前述のように、GEB上の濫用規制、約款規制についての民法上の諸規定、そしてデータ保護法の3者を結びつけた解釈論を展開している（Rn.533,534も参照）。

　第二に、この解釈論と並んで、本決定はさらに、データ保護法・GDPRと競争法・GWBという2つの法律の形式的関係についても説明を加えている。

「EUとドイツのデータ保護法の規定は，管轄権のあるカルテル庁によるGWB19条1項の適用において，データ保護法の評価に依拠することを排除していない。カルテル庁による決定は，GDPRの管轄権及び一貫性規定（Kohärenzregelungen）の違反にも当たらず，また、GDPRは，GWB19条に対して、実質的に遮断する（abschließende）規定を含んでもいない」（Rn. 535）。

第三に、主として政策論の次元で、連邦カルテル庁は、前記のQ&A文書において、「なぜデータ保護庁の扱うべきケースではないのか」という問いに対し、概略次のように述べている。

「事業者が個人データをどう扱うかは、データ保護庁にとってのみならず、競争当局にとっても重要なことである。---- （GWBの）立法者は、デジタル・エコノミーにおいては、データの収集と処理、関連する取引条件は、競争にとって極めて重要な企業活動を示す、ということを考慮してきた。データへのアクセスは、殊にオンラインプラットフォームとネットワークのケースにおいて、GWB18条3項における市場支配的地位の関連ファクターとして位置づけられている。

　したがって、市場支配的事業者のデータ処理を監視することは、競争当局にとって重要な任務であり、データ保護庁によって遂行されるべきものではない。市場支配のケースにおいて、競争当局はデータ保護の原則、特にデータ処理にとってどのような取引条件が前もって定められるべきか否か、を考慮に入れなければならない。連邦カルテル庁は、本件についてデータ保護当局と密接に協力している。」（舟田による抄訳）

# **Ⅳ.本決定が提起した視点**

## **競争法固有の解釈問題**

本稿でこれまで見てきたように、本決定は、① 無料市場における行為に対しGWBを適用すべきこと、そこにおける市場の画定、市場支配的地位の認定、などについて、詳細な議論を展開している。

　また、本決定が示した、FBの個人データに関する「取り決めとその実施は、本件の場合、FBの特別な市場力の表出（Ausfluss)であり、これに基づいて競争侵害的な結論が導かれる」（Rn.523.）という点は、濫用規制の対象となる競争法上の評価と性格付けであり、本稿では詳しく検討できなかったが、競争法の中心的論点である。

さらに、本決定は、② 搾取的濫用のうちの価格濫用と条件濫用の違いを踏まえて、GDPR違反または民法307条以下の法的評価によって、基本権保護が要請される場合であって、かつ当該行為が市場力の表出として認められる場合に、条件濫用に当たる、という解釈論をとった（本稿では、これを「2重の評価」と呼んだ）。

　このうちの前者（基本権保護）については、③ 行為者（FB）と取引の相手方(個人ユーザー)の間の「利益衡量」によって判断されるのが原則であるが、価格濫用のケースと異なり、条件濫用のケースにおいて、GDPRや民法の価値的評価から不当とされる場合には、「GWBの競争の自由という目的の考慮の下で」、この利益衡量は不要とされた。

　上の①から③までの諸点のうち、①は競争法のいわば普遍的な問題として参考になる。これに対し、②と③については、ドイツGWB特有の条件濫用論から生まれたもののように思われる。その特殊性と普遍的発展への可能性について、次に述べる。

## **2. 競争法の目的としての基本権保護**

本決定は、データ保護違反と競争法違反を結びつけ、「濫用」とした初めての判断である。おそらく世界各国の競争法の中で、このような解釈を示した事例はこれまでなかったと思われる。

本決定は、ドイツ・EUの特殊厳格なデータ保護法の捉え方ないし価値判断に基づいており、日本の現行の個人情報保護法と独禁法を前提とする限り、直接参考となるものではないという見方もあり得よう[[41]](#footnote-41)。

しかし、競争法はある種の普遍的価値の保護・実現を目的とするものであり、それは競争秩序の維持、及び、各経済主体（事業者と消費者）の経済的自由ないし自己決定権（本件事案では情報自己決定権）の保護である。日本の独禁法も、これら両者（競争秩序と各経済主体の自由）の保護という価値的立場を内在させていると考えられる[[42]](#footnote-42)。

## **3. 個人情報保護法と競争法の価値的関係**

GDPRあるいは日本の個人情報保護法と競争法の価値的関係については、これまでほとんど論じられてこなかったし[[43]](#footnote-43)、また、本決定は「搾取濫用」という日本にはないタイプの違法類型についての事件であり、その特有の問題であるという面もある。

しかし、独禁法における優越的地位の濫用は、ドイツGWB上の搾取的濫用と共通する性格を有する。優越的地位の濫用の要件である、「不当に」、「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し---」の解釈において、本決定を参考にして、個人情報保護法・民法・憲法の法目的ないし保護法益の共通性・関連性を考慮する可能性もあるように思われる[[44]](#footnote-44)。

## **4. 因果関係**

(1) FBは、本件決定の取消し、および、そこに含まれていた即時執行命令の取消しを求めて提訴した。このうち後者につき、デュッセルドルフ控訴裁判所2019年8月26日決定は、FBの申立てを認容したが、連邦通常裁判所は、2020年6月23日決定において、この高裁決定を棄却した[[45]](#footnote-45)。

この過程で最も争われたのは、市場支配と違反行為の間の因果関係であり、FBは、本件行為として挙げられた、個人データの利用条件の使用とその実施は、市場支配的事業者でなくとも可能であり、実際に他の事業者によっても行われているのだから因果関係が認められないと主張した。

(2) これに対し、連邦カルテル庁による本決定は、これまでの判例によれば、違反行為が、市場支配が存在する場合のみ可能で、同じ市場の他の競争事業者には全くできない行為であるといったような意味での「行為的因果関係」(Verhaltenskausalität)は必要とされず、規範的因果関係（normative Kausalit[ä](http://www.wadoku.de/##)t）または結果的因果関係（Ergebniskausalität）で十分であり、本件ではFBの市場支配的地位と搾取的濫用行為の間に、これら両方の因果関係が認められる、とした（Rn.872以下）。また、競争者妨害という点においては、「規範的因果関係」のみならず、「結果的因果関係」も認められるとしている（Rn. 885）。

(3) 前記デュッセルドルフ控訴裁判所2019年8月26日決定は、連邦カルテル庁の本決定を違法とし、即時執行命令を取り消した。GWB65条は、次の場合には、申立に基づき、即時執行命令を全部又は一部回復（＝取消す）ことができることができる、とし、その2号に、「命じられた処分に重大な疑義（ernstliche Zweifel）があるとき」と定めており、本件はこの場合に当たるとしたのである。

そこでは、「カルテル庁が肯定するFBの市場支配的地位と同庁が認定するデータ保護法違反との間に、必要な因果関係は認定できない」、「市場支配的事業者の支配力とその濫用行為、または少なくともその行動の侵害的影響との因果関係」の立証が不十分である、とされた。

(4) しかし、連邦最高裁判所2020年6月23日決定は、この高裁決定を斥け、連邦カルテル庁の命令を認めた。いわく、市場支配と搾取の間の因果関係については、行為的因果関係を必要とするものではなく、「そのような行為が、基本的にすべての事業者にとって可能であるとしても、支配的な事業者による行為のみが競争に悪影響を与えるという、結果的因果関係があれば十分である」（Rn.71）。

連邦最高裁は、前記高裁判決の立場を、「厳格な因果関係」（strikte Verhaltenskausalität）と呼び、GWB19条1項の適用にあたって、そこまで立証する必要はないと述べる（Rn.72）。

「控訴裁判所の見解とは異なり、濫用は、市場支配的事業者にとって、その地位によってはじめて、需要者の搾取から生じる当該取引条件を押し付けることが可能になるということを、常に前提とするわけではない。少なくとも、有効な競争においてはあり得ないような、押し付けられた取引条件が、需要者の負担となるような市場成果をもたらし、同時に、競争妨害をももたらす場合には、GWB19条1項によって必要とされる因果関係は否定されないのである。

このことは特に、二面市場において、一方の市場サイドにおける、仲介者（プラットフォーマー）による搾取が同時に、他の市場サイドにおける競争を侵害する属性があるときに妥当する」（Rn.65）。

(5) 本件の本案は、依然として前記高等裁判所に係属中であり、今後も議論は続くであろう。

本稿では、本事件について触れなかった点も多くある。そのうち、本件ではドイツの競争法ではなく、なぜEU競争法を適用しないのか（Rn. 914.及びQ&A文書）、という疑問に対して，本決定は丁寧な説明を加えているが、ここでは割愛した。

さらに、本決定が示している民法と競争法の関連、特に給付と反対給付の不均衡、「利益衡量」等については、競争法上の濫用規制、民法の一般条項や約款規制の諸条項、あるいは消費者保護の諸規定に通底する問題として捉えるべきものであるが、すべて今後の研究に委ねたい[[46]](#footnote-46)。

# **参考文献**

本リストでは、執筆者の名前（姓）を先に出し、それを五十音順で並べた。

本文の注で引用する際には、→で示した略語を用いた。

Emmerich, Volker, Kartellrecht, 13. Aufl.(2014)　→　Emmerich[2014]

Immenga/Mestmacker,GWB, Kommentar zum Kartellgesetz,5.Aufl.2014

→　Immenga/Mestmacker[2014]

Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, 12．Aufl.2014

→　Langen/Bunte[2014]

青谷和夫「普通取引条款の拘束力と解釈(1・2完)」比較法制研究7号27頁以下、8号11頁以下（1985）→　青谷和夫[1985]

石井夏生利『新版個人情報保護法の現在と未来一世界的潮流と日本の将来像』勁草書房(2017)→　石井夏生利[2017]

石井夏生利「EUデータ保護関連法の『同意』概念」Nextcom38号33頁以下（2019）→　石井夏生利[2019]

市川芳治「第4次産業革命がもたらす変革と競争政策(上・下)」NBL1088号13頁以下,1099号61頁以下（2016-17）→　市川芳治[2016-17]

市川芳治「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書」慶應法学43号139頁以下（2020）→　市川芳治[2020]

井畑陽平「『取引型』の二面プラットフォームによる垂直的な制限とシャーマン反トラスト法1条---- アメックス事件連邦最高裁判決」公正取引821号19頁以下（2019）→　井畑陽平[2019]

泉眞樹子「【ドイツ】連邦データ保護法の全文改正―EU 規則等の国内法化」外国の立法 No.276-1（2018）

<http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_11117154_po_02760102.pdf?contentNo=1&alternativeNo=>

→　泉眞樹子[2018]

井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性─経済活動に対する規制と比例原則─」『季刊 企業と法創造』（早稲田大学・総合研究所）「特集・憲法と経済秩序II」7巻5号(通巻27号)(2011)　→　井上典之[2011]

大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010）→　大澤彩[2010]

大澤彩「事業者間契約における不当条項規制をめぐる立法論的視点(1)(2・完)」法学志林108巻4号226頁、109巻1号112頁以下（2011）→　大澤彩[2011]

大串倫一「契約自由の憲法保障に関する序論的考察 : ドイツ連邦憲法裁判所判例を素材に」北大法政ジャーナル25号33頁以下（2018）

<https://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/handle/2115/72108>

→　大串倫一[2018]

大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995）→　大村敦志[1995]

## か

カナーリス、クラウスーウィルヘルムClaus-Wilhelm Canaris（山本敬三訳）『ドイツ私法に対する基本権の影響』法学論叢142巻4号1頁以下（1998年）→　カナーリス[1998]

河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988）→　河上正二[1988]

韓都律「優越的地位の濫用（1）（2・完）」立教法学84号94頁以下、85号224頁以下（2012）→　韓都律[2012]

小山剛「ドイツの基本権解釈における国の保護義務―社会権・防御権と保護義務」慶応大学法学政治学論究7号47頁以下（1990年）→ 小山剛[1990]

小山剛『基本権保護の法理』（名城大学法学会、1998）→ 小山剛[1998]

小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、2004年）→　小山剛[2004]

小山剛「『安全』と『情報自己決定権』」法律時報 82 巻 2 号99 頁以下（2010）→　小山剛[2010]

小山剛「なぜ『情報自己決定権』か」全国憲法研究会編『日本国憲法の継承と発展』（三省堂，2015年）328頁→　小山剛[2015]

小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、第3版、2016）→　小山剛[2016]

國分典子「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本権規定の私人間効力---- 連帯保証決定」ドイツ憲法判例研究会（編) 『ドイツの憲法判例2』（信山社、第２版、2006年）54頁以下→　國分典子[2006]

伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか」法律時報91巻5号（通巻1137号）106頁以下(2019)→　伊永大輔[2019]

伊永大輔「ドイツ連邦カルテル庁によるFacebook 事件決定の法的論点─デュッセルドルフ高等裁判所が示した疑問が意味するもの」公正取引831号61頁以下（2020）→　伊永大輔[2020]

## さ

笹倉秀夫「自己決定権とは何か」松本博之＝西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』(信山社、1997)4頁以下→　笹倉秀夫[2001]

佐成実「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）」（2014）

<http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf>

→　佐成実[2014]

杉本武重＝川島章裕「ドイツ連邦カルテル庁によるFacebookに対するドイツ競争法上の決定」国際商事法務47巻4号510頁以下（2019）→　杉本武重＝川島章裕[2019]

潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ1178号9頁以下（2005）→　潮見佳男[2005]

柴田潤子「私的独占」日本経済法学会年報38号20頁以下(2017)　→ 柴田潤子[2017a]

柴田潤子「グーグルケースにおける市場画定と市場支配」舟田古希『経済法の現代的課題』（有斐閣、2017）221頁以下 →　柴田潤子[2017b]

柴田潤子「EUにおける優越的地位の濫用」公正取引817号10頁以下→ 柴田潤子[2018]

柴田潤子「情報と市場支配力-ドイツ競争制限防止法第９次改正をめぐる議論を中心に」日本エネルギー法研究所報告書『公益事業の規制と競争政策－電力システム改革を中心として』119頁以下（2019）→ 柴田潤子[2019a]

柴田潤子「グーグルの市場支配的地位濫用と EU競争法 -----Googleshopping」法律時報1135号（2019年3月号）63頁以下　→ 柴田潤子[2019b]

柴田潤子「ドイツ『Facebookケース』最高裁決定について」NextCom44号34頁以下（2020）→　柴田潤子[2020]

柴田潤子「デジタルプラットフォームに関する最近のドイツのケース -Facebook控訴審決定　(Düsseldorf控訴裁判所2019年8月26日決定)」日本エネルギー法研究所報告書『デジタル経済における競争法・法規制』　?　頁以下（2021）→　柴田潤子[2021]

島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的なデジタルプラットフォーム事業者の濫用行為規制について」一橋法学18巻2号727頁以下（2019）→　島村健太郎[2019]

鈴木孝之「ドイツ連邦カルテル庁のFacebook事件決定にみる市場支配的事業者規制への視点」公正取引829号41頁以下（2019）→　鈴木孝之[2019]

鈴木庸夫＝藤原靜雄「西ドイツ連邦憲法裁判所の国勢調査判決(上)(下)」ジュリ817号64頁以下、818号776頁以下（1984）→　鈴木庸夫＝藤原靜雄[1984]

須藤陽子「行政法における『比例原則』の伝統的意義と機能（一）～（三）」東京都立大学法学会雑誌31巻２号347頁以下、32巻1号501頁以下、32巻2号101頁以下（1990年～1991年）→　須藤陽子[1990-91]

須藤陽子「比例原則｣法学教室237号18頁以下(2000年)→　須藤陽子[2000]

須藤陽子「比例原則と違憲審査基準」立命館法学 2008 年 5・6 号（321・322号)264頁以下→　須藤陽子[2008]

## た

高橋和広「情報自己決定権論に関する一考察」六甲台論集 59巻 1号77頁以下(2012)→　高橋和広[2012]

高橋和広「ドイツ連邦憲法裁判所による情報自己決定権の展開」」六甲台論集 59巻 2号57頁以下(2013)→　高橋和広[2013]

高橋和広「情報自己決定権論に関する一理論的考察」六甲台論集 60 巻 2 号105 頁以下（2014）→　高橋和広[2014]

田中裕明「ビッグ・データと競争法」公正取引817号47頁以下（2018）→　田中裕明[2018]

谷本圭子「ドイツでの『消費者契約における濫用条項に関するＥＧ指令』国内法化の実現-----約款規制法(ＡＧＢＧ）改正法の成立・施行) 立命館法学1996年3号（247号）277頁以下（1996） →　谷本圭子[1996]

<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/96-3/tanimoto.htm>

玉蟲由樹「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集 42 巻 1 号115 頁以下（1998）→　玉蟲由樹[1998]

土田和博「デジタルプラットフォームと独占禁止法・総論」法律時報91巻5号（通巻1135号）54頁以下→　土田和博[2019]

## な

中島美香「Googleに対するEU競争法上の３つの異議告知事案」InfoComREVIEW 69号104頁以下(2017）→　中島美香[2017]

## は

原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性---ドイツ良俗則の最近の展開（1）（2・完）」法学論叢147巻1号24頁以下、148巻1号85頁以下（2000）→　原田昌和[2000]

原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性---ドイツ良俗則の最近の展開（1）（2・完）」法学論叢148巻2号18頁以下（2000）、149巻1号46頁以下(2001)→　原田昌和[2000-01]

原田昌和「itibumukouno ronri ――高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開」甲南法学42巻3・4号389頁以下（2002）→　原田昌和[2002]

原田昌和「ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について(１) (２）-----内容規制の法理論的基礎の検討に向けて一一」立教法学73号105頁(2007），75号215頁以下(2008）　→　原田昌和[2007-08]

平松毅「自己情報決定権と国勢調査」『ドイツの憲法判例』(信山社、1996)42頁以下　→　平松毅[1996]

平松毅「自己情報決定権と国勢調査」『ドイツの憲法判例Ⅰ（第2版）』（信山社、2003）60頁以下　→　平松毅[2003]

藤原靜雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢 94 巻 5 号728 頁以下（1985）→　藤原靜雄[1985]

藤原靜雄「個人情報保護に関する国際的ハーモナイゼーション」論究ジユリ18号64頁以下（2016）→　藤原靜雄[2016]

藤原靜雄「日本とEUの個人情報保護法制の比較」ジュリ1521号14頁以下（2018）→　藤原靜雄[2018]

プレルス, ユルゲン（金岡京子訳）「約款のわかりやすさ―ドイツ法における不明確準則と透明性原則」明治学院大学・法学研究91号233頁以下（2011）→　プレルス[2011]

舟田『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）→　舟田[2009]

舟田「経済法序説（４）」立教法学94号197 頁以下(2016)　→　舟田[2016]

舟田「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之＝土田和博（編著）『独占禁止法とフェアコノミー』（日本評論社、2017）3頁以下　→　舟田[2017a]

舟田「事業法と独禁法---- NTT東日本事件と新潟タクシー事件を素材として」立教法学96号163頁以下（2017） →　舟田[2017b]

舟田「取引開始時における優越的地位の濫用」立教法学98号92頁以下（2018）→　舟田[2018]

舟田「経済法序説（６・完）」立教法学101号341頁以下（2020）→　舟田[2020]

ベック、トーマス「欧州・ドイツ競争法におけるプラットフォーム、オンライン取引とデータ」公正取引836号60頁以下（2020）→　ベック[2020]

ホラーバハ、アレクサンダー「法哲学から見た、法における自己決定」松本博之＝西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』(信山社、1997)48頁以下→　ホラーバハ[1997]

堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件について----ドイツにおける議論を参考に」大東法学19巻1号307頁以下（2009）→　堀川信一[2009]

## ま

松原光宏「私人間効力論再考（一）（二・完）」法学新報106巻3・4号1頁以下（2001）、109巻7・8号75頁以下(2003年) →　松原光宏[2001-03]

松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001）→　松本和彦[2001]

丸山絵美子「契約の内容規制の局面における消費者法規範の保護利益と消費者利益の実現手段」千葉恵美子＝長谷部由起子＝鈴木将文(編著)『集団的消費者利益の実現と法の役割』（商事法務、2014）７6頁以下→　丸山絵美子[2014]

丸山絵美子『中途解約と契約の内容規制』（有斐閣、2015）→　丸山絵美子[2015]

## や

山田哲史「『権利ドグマーティク』の可能性：基本権侵害を理由とする法律による規律の要求の意義と限界」岡山大学法学会雑誌68巻３・４号740頁以下（2019）→　山田哲史[2019]

山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）→　山本敬三[2000]

山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997）→　山本豊[1997]

山本豊「契約の内容規制」『債権法改正の課題と方向----民法 100 周年を契機として』別冊NBL51 号 (1998 年）57 頁以下　→　山本豊[1998]

山本豊「付随的契約条件における自律と正義(1)・（2）」法学44巻3号380頁以下、同4号506頁以下(1980)

吉村良一「『自己決定権』論の現代的意義・覚書」立命館法学260号119頁(1998）→　吉村良一[1998]

渡辺康行「憲法学における『ルール』と『原理』区分論の意義―Ｒ・アレクシーをめぐる論争を素材としてー」樋口陽一ほか（編）『栗城壽夫先生古稀記念・日独憲法学の創造力(上巻)』（信山社、2003年）1頁以下 →　渡辺康行[2003]

1. 本稿は、舟田「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件」法律時報91巻9号156頁以下(2019)を、大幅に加筆・修正したものである。法律時報掲載論文では触れていない論点にも論及し、また本決定後に出された執行停止決定にも触れるなどしたため、字数は4倍近くになった。

   本稿では、脚注等に挙げる引用文献は、末尾掲載の**＜参考文献＞**で示した略語を用いて示す。

   「競争法」という用語は、日本の独占禁止法やドイツの競争制限禁止法など、各国の競争維持・促進を目的とする法を総称する場合に用いる。ただし、EU機能条約102条・102条については、慣例に従って、「EU競争法」と呼ぶ。 [↑](#footnote-ref-1)
2. # BKartA, Beschl, v. 6. 2. 2019, B6-22/16. <http://hbfm.link/4952>. 本決定や諸判決からの引用は、ドイツの慣用に従って、頁（S.)ではなく、Rn.で示す。なお、本決定と同時に、カルテル庁は、Fallbericht(事件解説)とPressemitteilung(報道発表)も出している。

   本決定については、鈴木孝之[2019]、杉本武重＝川島章裕[2019], 土田和博[2019]、伊永大輔[2019]、島村健太郎[2019]、市川芳治[2020]、ベック[2020]等を参照。予備評価の段階ではあるが、柴田潤子[2019a]132頁以下も参照。本稿執筆に当たっては、特に鈴木孝之・柴田潤子両氏の和訳と解説、東條吉純氏の研究会報告等を参考にした。記して厚くお礼申し上げる。 [↑](#footnote-ref-2)
3. この点は以前から注意が向けられてきた。例えば、市川芳治[2016-17]参照。 [↑](#footnote-ref-3)
4. これに対応して、ドイツの連邦データ保護法も改正された。これについては、泉眞樹子[2018]を参照。 [↑](#footnote-ref-4)
5. 参照、Langen/Bunte[2014], §19, Rn.6. [↑](#footnote-ref-5)
6. 田中裕明[2018]48頁以下、柴田潤子[2019a]121頁等を参照。 [↑](#footnote-ref-6)
7. 柴田潤子[2019b]参照。本件の異議告知の段階について、中島美香[2017]参照。 [↑](#footnote-ref-7)
8. 柴田潤子[2017b]226頁以下, 柴田潤子[2019a]、柴田潤子[2019b]参照。その前提は、FB等が収集・処理する個人データは、今日の経済において圧倒的な重要性と経済的価値をもっており、それに基づいて、市場支配力を形成・強化できるようになっている、という認識である。 [↑](#footnote-ref-8)
9. 土田和博[2019]54頁参照。 [↑](#footnote-ref-9)
10. アメックス事件判決については、井畑陽平[2019]を参照。 [↑](#footnote-ref-10)
11. 詳しくは、柴田潤子[2019b]122頁以下を参照。 [↑](#footnote-ref-11)
12. ドイツ競争法における妨害的濫用と搾取的濫用については、舟田[2009]128頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-12)
13. このような「条件」の解釈によれば、ドイツ民法（BGB ）305条における「約款」を超える射程距離を持つことになろう。このことは、日本における優越的地位濫用の規制と改正民法548条の2の関係についても同様であると解される。 [↑](#footnote-ref-13)
14. 参照、Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256,275f.　 [↑](#footnote-ref-14)
15. 参照、Langen/Bunte[2014], §19, **Rn.121** [↑](#footnote-ref-15)
16. 普通取引約款法(AGBG.またはAGB法)については、日本でも多くの研究がある。最も早い起草段階の研究として、谷本圭子[1996]参照。 [↑](#footnote-ref-16)
17. 参照、Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.254. 普通取引約款に対する条件濫用規制についてリーディング・ケースとされるのは、遠隔地冷暖房サービスに関する,,Favorit”事件のBGH判決である。BGH, Beschl. v. 6.11.1984 WuW/E BGH 2103, 2105 ,,Favorit”. 本件については、柴田潤子[2019b]134頁注8を参照。~~また、OLG Koblenz v. 14.6.1985 WuW/E OLG 3608.もよく引用されている。~~

    　取引条件濫用のケースで近年最も注目されたのが、大規模小売業者による納入業者に対する利益供与の要請を違法としたエデカ事件であるが、これは個別の取引条件に係る事件である（BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR3/17）。本件については、柴田潤子[2018]を参照。 [↑](#footnote-ref-17)
18. 参照、Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256 [↑](#footnote-ref-18)
19. 以上については、柴田潤子[2019a]133頁以下を参照。 [↑](#footnote-ref-19)
20. 連邦経済・エネルギー省「グリーン・ペーパー『デジタル・プラットフォーム』Gr[ü](http://www.wadoku.de/##)nbuch Digitale Plattformen」（2016）48頁、柴田潤子[2019a]135頁以下参照。

    <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/gruenbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=32> [↑](#footnote-ref-20)
21. 和訳は、佐成実[2014]による。ドイツ民法の内容規制については、日本の消費者契約法10条とも関連するので、多くの研究がある。山本豊[1998]、原田昌和[2000]、原田昌和[2000-01]、原田昌和[2002]、原田昌和[2007-08]、プレルス[2011]、丸山絵美子[2014]、丸山絵美子[2015]等を参照。 [↑](#footnote-ref-21)
22. 以上については、差し当たり、舟田[2017b]参照。なお、大阪バス協会事件についての引用は、私の立場(違法性阻却説)からのものである。 [↑](#footnote-ref-22)
23. 基本権保護義務は国家，加害者たる私人・被害者たる私人の三極間の関係として構成され、国家S、私人P1、P2からなる法的三面関係において、SはP1の侵害からP2の基本権を保護すべき義務がある、とする。小山剛[1990]42頁、小山剛[1998]1頁等のほか、舟田[2016]180頁以下を参照。ただし、多くの指摘があるように、このような三極間の関係は、多数説である間接適用説等によっても考慮され得る。 [↑](#footnote-ref-23)
24. 参照、Langen/Bunte[2014], §19 Rn.1-2 [↑](#footnote-ref-24)
25. 多くの文献があるが、差し当たり、小山剛[2004]148頁以下、國分典子[2006] 、大串倫一[2018]、及び舟田[2016]175頁以下に挙げた文献を参照。それらは主に憲法上の議論であるが、自己決定に関する民法上の議論については、吉村良一[1998]、潮見佳男[2005]等がある。 [↑](#footnote-ref-25)
26. 差し当たり、笹倉秀夫[2001]を参照。 [↑](#footnote-ref-26)
27. ホラーバハ[1997]52頁。 [↑](#footnote-ref-27)
28. 参照、Langen/Bunte[2014], §19,Rn.5 [↑](#footnote-ref-28)
29. 山本敬三[2000]各所、特に218頁以下を参照。 [↑](#footnote-ref-29)
30. 渡辺康行[2003] 18頁参照。比例原則については更に、須藤陽子[1990-91]、須藤陽子[2000]、須藤陽子[2008]、井上典之[2011]等を参照。 [↑](#footnote-ref-30)
31. 松原光宏[2001-03](一)18頁、及びそこに引用されている諸文献を参照。 [↑](#footnote-ref-31)
32. 舟田[2016]参照。なお、「私法の憲法化」という表現については、カナーリス[1998]2頁参照。 [↑](#footnote-ref-32)
33. 多くの議論があるが、差し当たり青谷和夫[1985]、プレルス[2011]等を参照。 [↑](#footnote-ref-33)
34. 笹倉秀夫[2001]15頁。 [↑](#footnote-ref-34)
35. 河上正二[1988] 249頁、大村敦志[1995]349頁以下、山本豊[1997]、山本豊[1998]、韓都律[2012](2)420頁以下、大澤彩[2011]16頁等、丸山絵美子[2015]179頁、舟田[2009] 246頁以下等、を参照。 [↑](#footnote-ref-35)
36. 「ドイツの暴利行為論は対価という契約の中心部分について認められており」、これに対し、「従来の日本における暴利行為論の中で、特に主観的要件推定型や客観単独型が契約の付随部分に関する暴利に認められてきた」（堀川信一[2009]342頁）。 [↑](#footnote-ref-36)
37. 参照、Emmerich[2014] S.325 [↑](#footnote-ref-37)
38. BVerfGE65,1(<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>) 本判決については、鈴木庸夫＝藤原靜雄[1984]、藤原靜雄[1985]、平松毅[1996]、ホラーバハ[1997]51頁以下、玉蟲由樹[1998]、松本和彦[2001]、小山剛[2010]、小山剛[2015]、小山剛[2016]、高橋和広[2012]、高橋和広[2013]、高橋和広[2014]、山田哲史[2019]等を参照。

    同判決は、一般的人格権の中には、「自己決定の思想から尊かれる個人の権能があり，そこには，個人が自己の生活実情をいつ，いかなる範囲において開示するかについて，原則として自ら決定する権能」も含まれると述べた。

    小山剛[2016]101頁は、この情報自己決定権を「自己情報コントロール権の意義を活かしつつ、その短所を補うものとして注目される」とし、①古典的プライバシー権（要秘匿性が高い私的領域の保護）とは別に、私的領域の保護に直接はかかわらない個人情報の収集・保存・結合・利用の問題に特化されている、②自己情報コントロール権が積極的権利を含むのに対し、情報自己決定権は、防御権に限定されている、と説く。

    　ドイツ憲法の有力説である「領域理論」は，個人の生活領域を3つに分け、①核心領域・内密領域を絶対的に保障し，②私的領域にも比例原則を通じて十分な保護を与え，③社会的領域では公共の福祉を優先させる、という区別を設ける。本事件で問題とされたのは、名前，住所，家族構成，住居の利用状況などであり、これらは、前記の3種類のうちの私的領域に入るのか社会的領域に入るのか定かでないという批判はありながら、核心領域・内密領域ではないことは明白であり、この点で古典的プライバシー権の保護対象と異なる。判例の力点は「私生活の内密性の保渡」から「自律的決定の保護」へと移ってきている、と説かれている。

    また、本判決には、「自動データ処理の可能性と危険性が個人データの保護の必要性を認識せしめた」という認識が基礎にある。自動データ処理によって、特定の，あるいは特定可能な， 個人の人的・物的諸関係に関する個々の情報（個人関連データ）を技術的に無制限に貯蔵し，距離に関係なくいつでも瞬時に取り出すことができるようになった。さらに、統合情報システムが構築された場合は，この個人関連データと他のデータ集積体を結合することによって，部分的あるいは完全な人物像を作り上げることも可能になる。しかも，当該個人はその正確さや利用を十分にコントロールすることができない。

    これらから、本判決は、本稿で取り上げたフェイスブック事件のような、今日のデジタルプラットフォームによる「自動データ処理」と個人の情報自己決定権の関係にも及ぶ理論的可能性を示していると考えられる。 [↑](#footnote-ref-38)
39. 藤原靜雄[1985]737頁以下、玉蟲由樹[1998]160頁以下参照。これと並んで、前注23に挙げた基本権保護義務説も有力に説かれている。 [↑](#footnote-ref-39)
40. 石井夏生利[2019]35頁は、本文で引用した本決定におけるデータ保護法の基本的性格と同様のことを述べている。すなわち、「『自由』は、データ主体の真の選択およびコントロールを意味する。----『力の不均衡』について、公的機関と個人の間には明らかな力の不均衡が存在することが多いため、同意に依拠できる可能性は低い。力の不均衡は、職場のカメラ監視などの雇用環境においても生じる」、と述べる。このような、「自由」と「力の不均衡」を結びつける考え方が、GDPRの基本的立場のようである。 [↑](#footnote-ref-40)
41. EUのGDPRと日本の個人情報保護法の比較については、藤原靜雄[2016]、藤原靜雄[2018]、石井夏生利[2017]等を参照。 [↑](#footnote-ref-41)
42. この点については、舟田[2017a]17頁以下参照。 [↑](#footnote-ref-42)
43. 杉本武重「欧州における個人情報保護の競争政策上の取扱い」: 板倉陽一郎「個人情報保護と競争政策 日本における状況」競争政策研究センター第２回大阪国際シンポジウム「デジタル社会における新たな競争政策～プラットフォーム＆個人情報保護～」（2018年12月7日）報告レジュメを参照。

    <https://www.jftc.go.jp/cprc/koukai/sympo/181207sympo.html> [↑](#footnote-ref-43)
44. 舟田[2009]537頁、舟田[2017a]、舟田[2018]等を参照。 [↑](#footnote-ref-44)
45. OLG Dusseldorf,Beschl. vom 26.08.2019 ,Kartl/19 (V); BGH, **Beschl. vom 23. Juni 2020** ,**KVR 69/19.** これら両判決については、柴田潤子[2020]、柴田潤子[2021]を参照。 [↑](#footnote-ref-45)
46. 民法と競争法の関連等の問題については、不十分ながら、舟田[2020]で検討を加えた。 [↑](#footnote-ref-46)