

「ドイツ・フェイスブック事件---濫用規制と憲法・民法（詳細版）」

舟田 正之

* 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 卷 9 号（2019 年 8 月号）156 頁以下(2019)の詳細版です。字数は 3 倍近くになり、法律時報掲載論文では触れていない論点にも論及しました¹。

<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。

1. 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、中小事業者に対する事業者間取引と消費者取引という 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

¹ 本稿では、脚注等に挙げた引用文献は、末尾掲載の<参考文献>で示した略語を用いて示している。

「競争法」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ている。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。

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視点から、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を法的に捉え、多様な法的問題を提起していると思われる。

2. ドイツ FB(フェイスブック)事件

(1) 違反行為

(a) 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、FBの大略次のような行為が同法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）。これに対しFBは、同決定の取消しを求めて提訴している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。

また、FBは、[facebook.com](https://www.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。（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）

ここでの違反行為は、より具体的には、データ保護法違反を根拠とするものである。

「FB コンツェルン所属の他のサービス提供者者（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

² <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、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]等の研究がある。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ます。

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。

スおよび Facebook Business Tools からのデータの処理は、GDPR 6 条 1 項および 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)。

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。

(b) 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 ヶ月以内に變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 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

(a) 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」サービス市場を画定し、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。

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。

⁵ 参照、Langen/Bunte[2014], §19, Rn.6.

⁶ 田中裕明[2018]48 頁以下、柴田潤子[2019a]121 頁等を参照。

「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、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、グーグルが市場支配的地位を濫用したと判断したものである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。

(b) 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きている。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。

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。

⁸ 柴田潤子[2017b]226頁以下参照。その前提は、FB等が収集・処理する個人データは、今日

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。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）。

(c) 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⁹。

(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¹⁰。

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)を超えている。また、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 (Rn. 374 以下)。

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。多くの指摘があるが、差し当たり、柴田潤子[2019a]、柴田潤子[2019b]を参照。

⁹ アメックス事件判決については、井畑陽平[2019]を参照。

¹⁰ 詳しくは、柴田潤子[2019b]122 頁以下を参照。

(4) 条件濫用

(a) 濫用規制の対象となる取引条件

GWB19 条 1 項は、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、データおよ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。データおよ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 号で用られているカルテル法上の取引条件概念は、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、それに従って行われる、形式的には納入業者の一方向的な行為（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¹¹。

(b) 妨害的濫用と搾取的濫用

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 本件で問題になっているのは、この搾取的濫用である。

(c) 対価と取引条件

GWB19 条 2 項は、「次の各号に該当する場合には、特に濫用に当たる」として 1 号から 5 号まで行為態様を例示しており、条件濫用については、その 2 号で次のように定義されている。

「対価 (Entgelt) 又は他の取引条件(Geschäftsbedingungen)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。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」。

本決定は、本件のような、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

¹¹ 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る。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。

¹² 舟田[2009]128 頁以下参照。

項 2 号および 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 13。「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 14。

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。

(d) 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) 15。

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 16、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

13 参照、Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256,275f.

14 参照、Langen/Bunte[2014], §19, Rn.121

15 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。

16 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 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 v. 23.1.2018, KVR3/17)。本件については、柴田潤子[2018]を参照。

(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¹⁷。

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¹⁸。

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。

(e) 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。すなわち、「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)

ただし、「(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」¹⁹。

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。

(5) 依拠した連邦通常裁判所判決

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。(Rn.527。文中の下線は舟田が付した)

「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。

¹⁷ 参照、Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256

¹⁸ 以上については、柴田潤子[2019a]133 頁以下を参照。

¹⁹ 連邦経済・エネルギー省「Gurnbüch 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

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 (Grundrechtsschutz) を実現するために、GWB 19 条の適用を考慮すべきである」。²⁰

「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)

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生ずる。」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

(6) 競争法と憲法・民法

(a) 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べきである。

例えば、NTT 東日本 (私的独占) 事件=最判平成 22・12・17 (民集 64 卷 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

²⁰ BGH2013 年 11 月 6 日判決 (VBL-Gegenwert I)、2017 年 1 月 24 日判決 (VBL-Gegenwert II)、2016 年 6 月 7 日判決 (Pechstein)。

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[2007-08]、プレルス[2011]、丸山絵美子[2014]、丸山絵美子[2015]等を参照。

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。

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用いて直接援用し、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。

(b) 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すという 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、連邦の競争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。

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。

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。

²⁴ 参照、Langen/Bunte[2014], §19 Rn.1-2

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。

(7) 「自己決定」と「他者決定」

(a) 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、前記の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)。

前出の 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 (BVerfG) 1993 年 10 月 19 日決定（「連帯保証決定」）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。

「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」。

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]、舟田[2016]175 頁以下に挙げた文献を参照。最近のものとして、大串倫一[2018]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。

「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」。

(b) 自己決定と憲法

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は、日本の憲法学・私法学においても多くの議論があり²⁶、憲法 13 条の幸福追求権が包括的基本権とされるが、自己決定権として具体的に引き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（議論は錯綜している）。

これに対し、上記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。

これは、各法領域（特に、民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

（Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes）を逆に見ることになる」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が重要であるが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

²⁶ 差し当たり、笹倉秀夫[2001]を参照。

²⁷ ホラーバハ[1997]52 頁。

²⁸ 参照、Langen/Bunte[2014], §19,Rn.5

²⁹ 山本敬三[2000]各所、特に 218 頁以下を参照。

性」審査から成っている、と解されている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。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。

(c) 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積極的に民法上の契約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。

FBなどGAFAに係る消費者取引およ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、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条以下に吸収されている。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は周知のとおりである(改正民法548条の2~4)。

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、当事者の利益およ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

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。

³¹ 松原光宏[2001-03](一)18頁、およびそこに引用されている諸文献を参照。

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。

であるべきであると説かれている³³。

そこでは、「個人の消費者が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である」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はかならない。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、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ことは前述のとおりである。

(d) 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。本決定で対象となった、FBが個人ユーザーのデータを情報収集・蓄積・加工する根拠となっているのも、価格ではなく、当該取引に附随する条件である。

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。

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、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＝「買ったたき」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、搾取濫用の典型例は不当高価格販売とされてきたことにも留意すべきである。

前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る、その実際的意味が軽視されがちであるこ

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。

³⁴ 笹倉秀夫[2001]15頁。

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。

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）。

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。

(8) 「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んで衡量が行われる。

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、およ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されている。

「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。

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。

(9) 「情報上の自己決定権」

(a) 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。ドイツ連邦憲法裁判所 1983 年 12 月 15 日決定 (「国勢調査」) は、「情報の自己決定権」(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「情報の自己決定権」を基本権として認めている³⁸。

この国勢調査決定は、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、情報の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。

(b) 本決定は、前記(5)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)

³⁷ 参照、Emmerich[2014] S.325

³⁸ BVerfGE65,1(<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>) 本決定については、鈴木庸夫＝藤原静雄[1984]、藤原静雄[1985]、平松毅[1996]、ホラーバハ[1997]51 頁以下、玉蟲由樹[1998]、小山剛[2010]、高橋和広[2014]等を参照。その内容は、米国の「自己情報コントロール権」とほぼ等しい。ただし、その基本権としての限界等については、ドイツ特有の基本権解釈論に基づいて議論されている。

³⁹ 藤原静雄[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。

「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て。

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、基本権としての情報の自己決定権、およ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、「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濫用の基本的性格と連続するのである。

(10) 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 (2.(8))、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 の管轄権および一貫性規定 (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

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。

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、ということを考えてきた。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）

3.本決定が提起した視点

(1) 競争制限禁止法固有の解釈問題

本稿でこれまで垣間見てきたように、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、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.本稿 2.(1)参照）という点は、濫用規制の対象となる行為の特定と性格付けであり、本稿ではほとんど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。

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、および、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）の保護であり、日本の独禁法も、これら両者の価値的立場を内在させていると考えられる⁴²。

(3) 個人情報保護法と競争法の価値的關係

GDPR あるいは日本の個人情報保護法と競争法の価値的關係については、これまでほとんど論じられてこなかったし⁴³、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。

(4) 残された問題

本決定は、「規範的因果関係」ではなく「結果的因果関係」のレベルで競争者妨害という側面があることも指摘しているし (Rn. 885)、なぜ EU 法を適用しないのか (Rn. 914. および Q&A 文書)、等にも触れている。

また、本決定が示している民法との関連、特に給付と反対給付の不均衡については、競争法と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。

⁴¹ EU の GDPR と日本の個人情報保護法の比較については、藤原静雄[2016]、藤原静雄[2018]、石井夏生利[2017]等を参照。

⁴² この点については、舟田[2017a]17 頁以下参照。

⁴³ 最近の研究として参照、伊永大輔[2019]、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～」(1990 年 12 月 7 日) 報告レジュメ。

<https://www.jftc.go.jp/cprc/koukai/sympo/181207sympo.html>

⁴⁴ この点については、舟田[2009]537 頁、舟田[2017a]、舟田[2018]等を参照。

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—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]

<https://rp.kddi-research.jp/nextcom/volume/>

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]

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) → 泉眞樹子[2018]

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

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) → 大串倫一[2018]

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

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・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]

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「プライバ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]

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) → 佐成実[2014]

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

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]

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 卷 2 号 727 頁以下 (2019) → 島村健太郎[2019]
鈴木庸夫＝藤原静雄「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＝藤原静雄[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 卷 2 号 347 頁以下、32 卷 1 号 501 頁以下、32 卷 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理論的考察」六甲台論集 60 卷 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 E G 指令』国内法化の実現-----
約款規制法(A G B G) 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 卷 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 卷 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「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」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]

藤原静雄「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 卷 5 号 728
頁以下 (1985) → 藤原静雄[1985]

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

藤原静雄「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
原静雄[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]

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

舟田正之『『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エコノミー』(日本評論社、2017) 3 頁以下 → 舟田[2017a]

舟田正之「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]

舟田正之「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]

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 卷 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 卷 3・4 号 1 頁以下 (2001 年)、109 卷 7・8 号 75 頁以下(2003 年) → 松原光宏[2001-03]

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 年) 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 卷 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—」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]