**「ドイツ・フェイスブック事件----連邦通常裁判所決定を中心に」**

# ＜概要＞

# ＜1＞BGH本決定における「濫用」の捉え方

**（1）BGH本決定は、FB内の個人データと「オフFacebookデータ」を結びつけ処理したことを、「押し付けられたサービス拡張」と捉える。**

**Kopllung（英：tying）とすることで、伝統的な競争法の概念につながる。力の拡張の1つとして捉える。**

**（2）連邦カルテル庁とBGHは、本決定によって、「新たな損害理論」を打ち立てた。従来の搾取的濫用が、不当高価格などの「実質的損害」を対象としたのに対し、本決定では、情報自己決定権ないし「選択の自由」を侵害された不利益という意味での「損害」とした。**

**本決定が最も重視しているのは、このデータの結合について、消費者が実質的に選択肢を与えられていない（「選択の自由」の侵害）ということにある。**

**搾取的濫用には、従来からの「実質的損害」と区別される「法的利益の損害」という類型があることになる。**

**（3）搾取的濫用と妨害的濫用の混交がみられる実態を捉えて、19条1項を適用した。「新しいのは、インターネットの多面市場の特殊性にねらいをつけた搾取と妨害の**[**組み合わせ**](http://www.wadoku.de/##)**である。」**

**妨害的濫用は、市場支配的地位がある場合、「残余の競争」を侵害するおそれ（潜在的危険性）で足りる。**

# ＜2＞GDPRとの関係

**（1）連邦カルテル庁とBGHの本決定には、GDPRの「価値評価」（Wertung）という表現が用いられ（BGH,Rn.109）、GDPRの具体的な規定に照らし違法だと述べている箇所は見当たらない。**

**むしろ、より高次元の情報自己決定と消費者の「選択の自由」に力点を置いた議論を展開したと理解される。**

**（2）「契約のサービス特性を決定することは、データ保護法の諸要件についての審査に先行する問題（vorgelagerte Frage）である」。**

# ＜3＞因果関係

**（1）行為的因果関係とは、「市場支配的地位にない事業者は行うことができない、という関係」を指す。連邦カルテル庁とBGHの本決定は、これを不要とした。**

**（2）規範的因果関係とは、「原則として、市場支配的地位が、市場支配的事業者の市場行動が競争を侵害する結果をもたらす原因であれば十分である」。**

**本件において搾取的濫用に当たるとするための要件は、次の3つ。**

**（ⅰ）市場支配的地位**

**（ⅱ）民法307条以下の法的評価（利益衡量）→基本権（情報自己決定権）保護が行為者の自由に優先**

**（ⅲ）当該行為が市場力の表出として認められる**

**BGHの本決定は、上の（ⅲ）につき、下のように肯定した。**

**「本件のように、使用された取引条件がユーザーの不利益となる市場効果をもたらし、機能的な競争が十分に期待されず、かつ同時に、客観的に競争を妨げる性格をもつ場合、GWB19条1項で要求される因果関係は原則として否定されない」。**

# はじめに

**ドイツの連邦カルテル庁は、フェイスブックの個人データ処理に関し、2016年に調査を開始し、2019年、市場支配的地位の濫用を禁止する競争制限禁止法（GWB）19条1項に違反するとの決定を下した。これは、世界中を驚かせ、日本でも多くの論評や研究が出た。**

**本事件に関する私の最初の論考（舟田[2019]）は、同年中にいち早く公表したものであるが、その後、2021年、その後の経緯にもふれつつ、内容を掘り下げた論考を公表した（舟田[2021]）。しかし、そこでは、連邦通常裁判所（BGH）決定（2020年）を十分読み込んだものではなかったので、本稿ではこのBGH決定を中心に、3度目の論考をまとめることにした。**

**前稿では、GWB上の濫用に関する判断が、ドイツ民法（BGB）307条の「不相当」な不利益を基礎としたこと、および情報自己決定権の2点を中心に検討した。これに対し、本稿では、「押し付けられたサービス拡張」という捉え方、「新たな損害理論」、「価値評価」（Wertung）、因果関係、の4点に力点をおいて検討する。**

# ＜略語・用語法＞

**本稿における引用文献は、文末掲記の略語による。**

**「フェイスブック」は、メタ（Meta. 旧Facebook, Inc.）が提供するソーシャル・ネットワーク・サービス（SNS）の名称として用い、適宜、具体的サービスとして「FB」と略記する。また、その事業主体を、「メタ」と呼ぶことにする。**

**soziale Netzwerke （ソーシャルネットワーキングサービス）は、適宜、SNSと略記する。**

**連邦通常裁判所は、「BGH」と、また本件連邦通常裁判所決定は、「BGH決定」または単に「本決定」と略記する。連邦カルテル庁は、「BKartA」と、また本件連邦カルテル庁決定は、「BKartA決定」と略記する。例えば、BKartA Rn.522は、本件連邦カルテル庁本決定のRn.番号（パラ）522を指す。**

**裁判所が行うBeschlussは通常、「決定」と訳されるが、法的効力としてはUrteil=「判決」と同じである。連邦憲法裁判所の場合は、口頭弁論を経るか否かという違いがあるだけである[[1]](#footnote-1)。**

**引用文中、私が付けた注は、[ ]で表す。**

**EUの一般データ保護規則(**Regulation **(EU)2016/679)は、ドイツでは****DSGVO（Datenschutz-Grundverordnung）と呼ばれるが、本稿では日本で広く通用している「GDPR」と表示する。**

# Ⅰ　事件の経緯

**まず、本事件の経緯を箇条書きで簡潔に示す。特に、2024年にメタが本件訴えを取り下げ、連邦カルテル庁が事件終結として以降の動きについて、やや詳しく述べておく。**

1. **連邦カルテル庁決定****（2019年2月6日）**

**BKartA,Beschl.,v.6.2.2019, B6-22/16 ”Facebook”**

**2. デュッセルドルフ上級裁判所決定（2019年8月26日）**

**OLG Dusseldorf,Beschl.,vom 26.08.2019 ,Kartl/19 (V)- ”FacebookⅠ”**

**メタは、前記連邦カルテル庁決定の取消し（以下、「本案」という）、および、同庁が、決定と同時に出した処分の即時執行命令（GWB67条）の停止を求めて抗告訴訟を提起[[2]](#footnote-2)。**

**メタは、即時執行命令の停止を請求する理由として、「異議が述べられた処分の適法性に重大な疑いがある場合」（67条3項2号）に当たる等と主張。**

**本決定は、即時執行命令の停止請求を認容。**

**3. 連邦通常裁判所決定（2020年6月23日)**

**BGH, Beschl.vom 23.6.2020 ,KVR 69/19, BGHZ 226, 67 ”****Facebook”**

**上記2の決定に対し、連邦カルテル庁が上告。上告認容、原決定取消し。**

**4．“FacebookⅡ“　上記と同様の即時執行命令の停止請求事件**

**4-1**

**OLG D[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)sseldorf,Beschl.vom 26. 8.2019 -VI-Kart 1/19 (V) ,WRP 2019, 1333**

**BGH,Beschl.vom 23.6.2020-KVR 69/19, NZKart 2020, 473 - Facebook II;**

**4-2**

**OLG D[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)sseldorf, Beschl.vom 30.11.2020 - Kart1 3/20 (V)、WuW2021,49**

**BGH,Beschl.vom 15.12.2020 - KVZ 90/20**

**いずれも、上記3（“FacebookⅠ“）と全く同じ経緯を辿る。**

**5.** **デュッセルドルフ上級裁判所が、欧州司法裁判所（CJEU）に先決裁定を付託(2021年3月24日)**

**OLG Disseldorf, Beschluss vom 24.03.2021 -Kart 2/19 (V),**

**Facebook-Vorlagebeschluss, WuW2021,374**

**同裁判所は、本案につき審理中に、CJEUに先決裁定を付託し、手続を中断。**

**6. 欧州司法裁判所（CJEU）2023年7月4日判決[[3]](#footnote-3)**

 **競争法上の濫用について、GDPRないしデータ保護規制を考慮することを認め、かつ、データ処理への同意に関し厳格な解釈を示し（Rn. 150-151）、連邦カルテル庁の本決定をサポートする内容になっている。**

**7. メタは本件訴えを取り下げ、連邦カルテル庁は事件終結を宣言（2024年10月10日）[[4]](#footnote-4)。**

**次の8に述べるように、メタは、連邦カルテル庁と交渉しながら、違法とされたデータ処理を変更しつつある。**

**8．”Kontenübersicht”（アカウント政策の見直し）[[5]](#footnote-5)**

**本件終結を承けて、メタは連邦カルテル庁と合意を得て、「Kontenübersichtコンテンツ概要・展望」と呼ばれる措置をとる[[6]](#footnote-6)。**

**連邦カルテル庁によれば、本件の中心的な成果は、FBのユーザーに、次の2つの選択肢を与えることにある。**

**(a)メタの諸サービス（アカウントを含む）を分離。すべての本質的機能を利用できる。od.**

**(b)ユーザーは各アカウントを統合。これにより追加的な、複数のアカウントを跨がる機能を享受できる。メタは、アカウント**[**間でリンクされた**](http://www.wadoku.de/##)**データを、パーソナライズされた広告の表示の**[**ために**](http://www.wadoku.de/##)**使用することができる。**

**メタが、FB、インスタグラム、WhatsApp、その他のメタが提供するサービスにおける個人データを相互の結び付ける際に、消費者は、選択の自由（当該結合に合意するか拒否するか）、データ保護（結合されたデータに基づく、パーソナライズされた広告を無効にすることを可能にする）、等につき自由に判断できる。その同意または拒否はいつでも変えられる。**

**「様々な調整と連邦カルテル庁との[協議を経て](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)、2023年中に[導入された](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)新しいアカウント見直しは、メタの**[**ユーザーにとって**](http://www.wadoku.de/##)**初めて、ほぼ自由で十分な情報に基づいた意思決定プロセスである（ただし、詳細についてはまだ最適化の可能性がある）。」（連邦カルテル庁）**

**9. GWB第10次改正（2020年、施行は2021年）**

**（1）19条1項の文言修正**

**同改正において、GWB19条1項の文言が、次のように修正された。**

**「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。」**

**改正前は、「****市場支配的地位の濫用的な行使は，禁止される」であり、これは、EU条約102条と同様である。**

**die „missbrauchliche Ausnutzung“**

**→　„der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung“**

**同改正の政府提案理由書に明示されているように、本改正は、本事件に関する因果関係をめぐる議論とBGH本決定をふまえ、行為的因果関係を否定し、規範的因果関係で足りるとした（後述Ⅳ三3.参照）。**

**（2）19a条の新設**

**同じ第10次改正において新設された19a条では、「****競争において****卓越した、市場横断的な重要性を有する事業者」を対象とする濫用規制が定められた。本条は、多面的市場を特徴とするデジタルプラットフォームを対象とするものである。**

**本条の2項4号柱書とaは、次のように定める。**

**（条文は2段下げで）**

**規制対象事業者が、収集した競争に関連するデータを処理することによって市場への参入障壁を設け、あるいは感知し得る程度に（spürbar）高めること、又は、その他の方法で他の事業者を妨害すること、及び、そのような処理を認める取引条件を要求すること、特に、**

**a）規制対象事業者又は第三者のその他のサービスによって収集したデータの処理について、利用者が、その処理の状況、目的、態様に関して十分な選択をすることなく、同意することを条件とすること**

**これは、まさにFB事件において、GWB19条1項の濫用に当たるとされたデータ処理行為を記述したものである。ただし、新設された19a条では、メタの提供する様々なサービス、すなわちフェイスブック（FB）だけでなく、Instagramなども含んで、「市場横断的な重要性を有する事業者」としての指定を受けるが、本件で規制対象とされたのは、FBだけである。その意味では、19a条は、本件より広く規制対象をとっていることになる。**

# Ⅱ　その他のFB関連事件(個人データの結合に係る事件に限る)

**（1）連邦カルテル庁確約＝グーグル・個人データ事件（2023年10月5日）[[7]](#footnote-7)**

**グーグルは、利用者に十分な選択可能性を与えずに、ユーザーの個人データにつき、諸サービスを跨がる処理ができるとする取引条件を用いて****おり、これはGWB 19a条2項4号aに違反する可能性があるとした。。**

**問題とした個人データは、Google Shopping, Google Play, Google Maps, Google Search, YouTube, Google Android, Google Chrome and Google's online advertising services.**

**前記のように、この4号aは、FB事件を下敷きにして定められたものである。**

**(2)VR-Brillen/Facebook 事件(調査・交渉中)[[8]](#footnote-8)**

**メタは、Oculus (now Meta Quest) virtual reality (VR) productsと、the social network Facebookの間で****、個人データを結合（KopplungまたはリンクRink）した。FBとインスタの登録をした者しか、VR-Brillenを利用できない。**

**連邦カルテル庁の指摘を受け、メタは分離の提案。しかし、連邦カルテル庁は、それ以外に、メタの様々なデータ取引の結合も問題視。**

**同庁の年次報告2023/24 S.39によると、連邦カルテル庁との[協議を経て](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)、メタが2023年中に[導入した](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)新しいアカウント政策見直しは、メタの**[**ユーザーにとって**](http://www.wadoku.de/##)**初めて、ほぼ自由で十分な情報に基づいた意思決定プロセスである、ただし、詳細についてはまだ最適化の可能性がある、とされている。**

# Ⅲ　市場・市場支配的地位

**（1）本件では、市場の画定と市場支配的地位の認定についても争われ、BGH本決定はこれについて詳細に判示している。しかし、本稿のテーマは、次のⅣで扱う濫用の判断にあるので、これらについては、簡単にBGHの決定における認定を抜粋するにとどめる。**

**BGH本決定は、「Facebookが個人ユーザー向けのソーシャルネットワーク[＝SNS]の関連する国内市場で支配的地位を占めている」、という連邦カルテル庁本決定の認定に異議はない、とする（BGH Rn.14）。**

**市場の画定のためには、SNSに対応する需要市場は何かという観点から、需要の弾力性を考慮すべきである（BGH Rn.21,Rn.26）。この観点から、メタが主張するような、ユーザーの注目(Aufmerksamkeit)に対応する世界規模の（グローバル）市場ではなく、SNSの国内市場を基準とすべきである（BGH Rn.20）。**

**「機能的な視点によれば、Facebookが提供するサービスは、ビジネス目的（Xing、LinkedIn、Indeed、Stepstoneなど）、メッセージサービス(Snapchat、WhatsApp、Skype)や、その他のソーシャルメディア(YouTube、Twitter、Pinterest)と代替性はない。(vgl. BGHZ 170, 299 Rn.18 - NationalGeographic II)（BGH Rn.25）。**

**無料での取引に係る市場の問題（BGH Rn.27）、また、「多面的市場の2つの側面は何ら単一の市場相手方を形成しない」として、米国アメックス判決の立場を否定したこと（BGH Rn.30, Rn.41以下）も重要であるが、ここでは立ち入らないことにする。**

**（2）以上のように、BGHは、個人ユーザーと広告主に対する市場は区別して画定した上で、個人ユーザーを対象とするソーシャルネットワークに係る国内市場において、FBはLinkedInやTwitter、YouTube、Snapchatなどが提供しているものと交換可能ではない、としたので、その市場支配的地位は明白である。**

**その判断過程で、BGHは、メタが主張する注目（アテンション）市場を排し、競争法におけるオーソドックスな市場画定手法、すなわち、個人ユーザーである消費者からみたサービスの代替性、弾力性から市場を画定した。**

**本件は、多面的市場が問題になるケースであるが、関連市場を個別に画定し、他方では、当該行為による反競争効果を判断する際には、2つの市場サイドを相互にリンクさせて論じており、この点も首肯し得る[[9]](#footnote-9)。**

# Ⅳ 濫用行為の捉え方

## 一. データの結合

## 1．個人データの収集・処理

**BGH本決定は、次のようなメタの個人データの収集・処理が、「濫用」に当たるとする。**

**「Facebookのネットワークを私的に利用するには、Facebook外のユーザーのさらなる同意を得ることなく、Facebook.com外で生成されたユーザーおよびユーザーデバイス関連データ（以下「オフFacebookデータ」）と、Facebook自体の使用から生じる個人データと****を結びつけ、そのようなリンクされたデータを処理すること」（BGH Rn.53）。**

**FB内の個人データ　＋　FB外の個人データ(****「オフFacebookデータ」)**

**この点は、カルテル庁も同様である（BKartA Rn.522）**

## 2．「押し付けられたサービス拡張」

**（1）BGH本決定の特徴は、上のようなメタの行為を、****「押し付けられたサービス拡張」(aufgedrängte Leistungserweiterung)と表現し、それをデータの結合 (Kopplung)とみる見方にある。**

**結合供給とは、次の２つを結び付けてサービス提供することを指す（BGH Rn.58）。**

**１．「典型的なサービス範囲（Rn.24）」**

**２．「ネットワーク外でのユーザーの活動によって生成されたデータに基づく『パーソナライズされた体験の提供』**

**「****ソーシャルプラットフォームの****典型的なサービス範囲が拡大され、****ネットワーク外でのユーザーの活動によって生成されたデータに基づく『パーソナライズされた体験の提供』が含まれることによって、ユーザーが望んでいない可能性があるサービス内容（Leistungsinhalt）が押し付けられ****る。ユーザーは、少なくともFacebookに提供していない個人データへのFBのアクセスをFacebookに許可したくないかもしれないからである。」**

**しかも、FBの場合、ユーザーにとって「不可欠なサービス」を、「望んでもいない別のサービスとともに受け取っている」。（以上、BGH Rn.58）**

**(2) これは、競争法上の「抱合せ販売」、または（ドイツ流の表現で）強制的結合****（Zwangskopplung）について議論を想起させる。**

**BGHがいう結合供給は、次の2つを含む概念のようである。**

**１．強制的な結合供給Zwangskopplung （Rn.64）--- 日本法の抱き合わせに近い**

**２．非強制的な結合供給 --- FBは同意するか聞いてくるので、一応非強制的となる。**

**しかし、本決定は、次のように述べるにとどめる。**

**「2つの独立した製品、すなわち、ネットワークの使用に基づく機能性と、ネットワーク外のデータに基づくサービスの提供の結合であるのか、あるいは、より明白な、単なるサービスの拡張であるのか、どちらであるかについては、判断が分かれるところである」。（BGH Rn.58）**

**実際には、FBの場合、結合されたのは個人データであって、それらは商品化されているわけではなく、「抱き合わせ」販売における、2つの独立した商品の抱き合わせという行為要件を満たしていない。**

**しかし、本決定が問題にしているのは、既存の「抱き合せ販売」という類型に当たるか否かという単純な当てはめの可否ではなく、今日のデジタル経済における実態として、異なる発生源で収集されたデータの結合がデジタルプラットフォーム独特の行為類型として有意に、強力に機能している、という事実認識であろう。**

**さらに、本決定が最も重視しているのは、このデータの結合について、消費者が選択肢を与えられていない（BGH Rn.58）、ということである（この点は後述）。**

## 3．「競争侵害的な効果」

**本決定は、これも連邦カルテル庁決定とややニュアンスが異なる考え方として、上記のようなデータ結合が、競争法上問題になるのは、それが、「需要者の搾取または競争者の妨害として」、「競争侵害的な効果（wettbewerbsschädliche Wirkungen）」がもたらされる場合であるとする。**

**「押し付けられたサービス拡大****(aufgedrängte Leistungserweiterung)が、****需要者の搾取または競争者の妨害として示される場合に、商品・役務の強制的結合の場合と同様に、垂直的関係だけでなく、水平的な関係においても、****競争侵害的な効果****がもたらされる」（BGH Rn.64）。**

**つまり、問題にされたメタの行為は、データの結合であり、それは「押し付けられたサービス拡張」であるが、本件では、それが同時に、「競争侵害的な効果」をもつので「濫用」となる、という筋書きである。**

**これは、日本の独占禁止法上の私的独占について、人為性と排除効果をもって「排除」に該当する、という最高裁判所判例法理の形を想起させる[[10]](#footnote-10)。**

# 二．行為を違法とする（＝濫用と評価する）判断[[11]](#footnote-11)

## 1．「想定競争」との対比

## （1）想定競争基準＝比較市場の考慮

**ドイツ競争法においては、従来、価格や取引条件についての搾取的濫用を判断するには、仮に競争が有効に機能していればどうなったかということを規準にする、「想定競争（Als-ob-Wettbewerb)基準」が用いられてきた。**

**現行のGWB19条2項2号は、次のように、この趣旨を明文化している。**

**「対価又は他の取引条件について，仮に有効な競争(wirksamem Wettbewerb)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」。**

**これは理論的に妥当な考え方であることに異議はないが、特に、後段の比較市場として適切なものをみつけるのが困難であり、僅かな例外を除いて、本号はそのままでは使えないことが多いとされてきた。**

## （2）「比較市場」に代わる「規範的な規準」

**（ⅰ）本件で連邦カルテル庁とBGHは、従前の判例法理を援用し、民法307条以下の法的評価を基礎にし、当該行為が「市場力の表出（Ausfluss)」と認められる場合は、19条1項を根拠にして濫用と評価できる、とした[[12]](#footnote-12)。**

**「行為が客観的に市場状態に著しい侵害を及ぼす性格を有している状況においては、GWB19条1項に定める濫用行為とみなすために、GWB19条2 項2号におけるような、有効な競争下では異なる契約条件が使用される蓋然性が高いという条件は必要ない。**

**むしろ、市場参加者が識別可能なユーザーの選好に経済的に合理的な方法で反応し、その結果、別異の契約条件の利用やサービスの多様化へのインセンティブにつながるという、事実上の根拠に基づく期待があれば十分である。」(BGH Rn.81)[[13]](#footnote-13)**

**民法307条以下の法的評価(＝利益衡量) ＋ 市場力の表出 ＝　濫用**

**（ⅱ）このように、連邦カルテル庁とBGHは、前出のGWB19条2項2号が明示する「比較市場」に代わる、規範的な規準（normativen Ma**[**ß**](http://www.wadoku.de/##)**st**[**ä**](http://www.wadoku.de/##)**ben）を提示したのである。その際の条文上の根拠としては、19条2項2号は比較市場規準を明示していて用いることができないので、19条1項の一般条項に立ち戻ることになる。**

**（ⅲ）Ellger[2019]は、つぎのように指摘する。「濫用の概念に適用される基準は、独禁法当局自身が決定するのではなく、競争経済の秩序原理に、また限られた範囲ではあるが、非競争法規制における他の法的価値判断に基づくものである。」[[14]](#footnote-14)**

**ここで、「非競争法規制」とは、連邦カルテル庁決定において、上記の民法307条以下とデータ保護法（GDPR）・基本法（＝ドイツ憲法）が念頭におかれている[[15]](#footnote-15)。BGH決定でも、これは同じであるが、むしろ「競争経済の秩序原理」(後述の基本権,「選択の自由」)に戻った議論が中心となっている。**

## （3）競争経済の秩序原理1---「力の濫用」

**（ⅰ）競争経済の秩序原理（Ordnungsprinzipien）は、オルドー自由主義以来、競争法の議論でしばしば用いられる用語である[[16]](#footnote-16)。**

**既に、学術顧問団鑑定書(1962年)は、「濫用行為か否かを判断するための基準は、競争経済の秩序原理から導かれるべきである」、「濫用規制は、------実質的競争の下ではあり得ない方法で、他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様を禁止する」と述べ、****濫用規制を本格的な規制に仕立て直したGWB第1次改正（1965年）を導いた。**

**これを基にして諸判決・諸議論が蓄積され、それを明文化したのが、搾取的濫用を例示した、前記の19条2項2号における、「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」という文言である。**

**これは、搾取的濫用においては、価格・取引条件という取引の結果・成果（Ergebnis）を比べるものである（成果規制Ergebniskontroll[[17]](#footnote-17)）。しかし、ドイツの濫用規制は、単なる結果・成果それ自体をターゲット(攻撃対象)にするというものではない。**

**（ⅱ）この点については、ドイツにおいて濫用規制は、既に戦前に始まっていた民法上の公序良俗規定に基づく「力の濫用」（または「独占濫用」）の規制、さらに商法上の規制を含む取引約款に関する規制との連続性の中で発展してきたのであり、そこでは、当該濫用行為の基になる行為者の「力」・「独占」とそれに従属する取引の相手方の不均衡な関係を問題にしてきた、という点を看過してはならない。**

**戦後に生まれた競争法上の濫用規制も、そのような判例・学説の展開の中で成立し運用されてきたのである。特に、1976年制定の普通取引約款法（AGBG）をめぐる諸議論と裁判実務にも、上記の「力の濫用」とその基礎にある取引当事者間の取引力の不均衡という視点があり、これが前記のGWB19条に関する近時のBGH諸判決に大きく影響している。**

**この点で、ドイツの濫用規制は、日本の優越的地位の濫用規制の実際----民商法や消費者法と切り離されて捉えられてきた----と際立った対照をみせているといえよう[[18]](#footnote-18)。**

## （4）競争経済の秩序原理2---　行為の相手方の自己決定権の保護

**上記のように、搾取的濫用規制の下で保護されるのは、当該取引の結果ではなく、そのような結果が生じることになった、市場支配力が不当に行使されるという取引経過(取引過程)である。**

**そもそも、濫用規制の出発点は、行為者が市場支配的地位にある場合であっても（「力の存在」）、それが不当に行使することは（「力の行使」）許されない、という考え方である。**

**濫用規制においては、行為者に市場支配力があることが前提であるから[[19]](#footnote-19)、そこでの「秩序原理」とは、その市場支配力が不当に行使されることによって、取引の相手方または競争事業者が、独立の取引主体として有すべき判断・行為の自由が侵されることは許されない、ということである。言い換えれば、市場支配力が向けられる者（取引の相手方または競争事業者）の主体としての法的自由が、濫用規制における「保護法益」(Rechtsgut)なのである。**

**この法的自由については、FB事件においては、BGH本決定とカルテル庁決定では、「情報の自己決定権」（informationelle Selbstbestimmungsrecht）というキーワードが頻繁に用いられている。その他、私の旧稿でふれたように、「自己決定・他者決定」という対概念は、より一般的な視点から、かつ実態に近いものとして用いられる。なお、一般的な概念として、「自己決定権」は、包括的な基本権として憲法論で用いられてきたものである[[20]](#footnote-20)。**

## (5)「競争類似」（wettbewerb-analog）

**（ⅰ）先に学術顧問団鑑定書を引用したように、「濫用規制は、------実質的競争の下ではあり得ない方法で、他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様を禁止する」、とされてきた。**

**上述の「競争経済の秩序原理」の下では、濫用規制は、力の濫用、不均衡な関係、行為の相手方の自己決定権の侵害、という諸点をターゲットにすることになるが、具体的に濫用の有無を判断する基準としては、「競争類似」という観点が説かれてきた。**

**既に前記引用でも、「実質的競争の下ではあり得ない方法で」という文言がある。この観点から、濫用規制は、有効な競争があったならあり得ただろう市場成果を念頭におくという意味で、成果規制（Marktergebniskontrole）と呼ばれる。**

**前項で述べたように、濫用規制は、市場支配力が不当に行使されるという取引過程それ自体に悪性を見出すのであるが、実際に規制の可否を判断する際には、当該行為がなされた結果としての当該取引の価格・取引条件を手掛かりとするほかはない。そこで、「競争経済の秩序原理」においては、濫用規制は、仮に有効な競争があったならあり得ただろう価格・取引条件との比較という観点から行われる。**

**かつて、オイケンは、「独占的事業者に対し、あたかも(als ob)完全競争が存在しているかのように行動させる（「競争類似」wettbewerb-analog）、という、独占解体に比してより現実的な原理を提示していた」[[21]](#footnote-21)**

**濫用規制は、経済的力を持つ者に対し、「競争類似」の行動をするように促すものだともいえる[[22]](#footnote-22)。すなわち、市場支配力が不当に行使されなければ、すなわち、有効な競争が機能していれば、あり得たであろう価格・取引条件との比較で、現実になされた取引の価格・取引条件が評価されるのである。**

**（ⅱ）前記のように、GWB19条2項2号は、「仮に有効な競争(wirksamem Wettbewerb)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」とし、これは直接的には、適切な比較市場との比較が想定されていた。**

**しかし、これは、実際上は極めて困難なことである。これに代わる、一般的な基準として、「緩和された想定競争基準」[[23]](#footnote-23)または「競争類似」か否かという基準が説かれている。**

**例えば、BGH本判決は、各所で、仮に競争が有効に機能していれば、実際のFBとは異なる状況になるだろうという趣旨の記述をしている。**

**「仮に機能する競争が存在する市場だとすれば（-----）、ソーシャルネットワーク市場では、ユーザーがインターネット利用の全体像をほぼ反映したデータへのアクセス方法を設計する際のより大きな自律性を重視するユーザーの好みを反映し、ユーザーに選択の余地を提供するサービスが利用可能であることが期待できるだろう-----。しかし、FBには、そのような制限されない選択の可能性はない。」(BGH Rn.86)[[24]](#footnote-24)**

**これについて、Podszun[2020b]S.1270は、「BGHは、想定競争シナリオ（Als-ob-Wettbewerbs-Szenario）の厳格な検証は不要であると判断している」、と妥当なコメントを付けている。**

## （6）「競争類似」の意義と限界

**（ⅰ）これを想定するということの前提には、行為者が市場支配力を有しているとしても、例えば市場シェアが100%まではないことが多く、また、何らかの代替的または類似の商品・サービスもある。市場支配力ないし市場支配的地位とは程度問題であり、多くの場合、他の競争事業者が全くいないわけではない。妨害競争の目的とされる、「残されている競争（Restwettbewerb）の保護」という慣用概念にも表されているように、競争事業者と比較しながら、市場支配的事業者と取引について交渉することもある程度は可能である。**

**（ⅱ）ただし、当該市場において、市場支配的事業者以外の競争事業者も、市場支配的事業者と同様の不当な取引条件を真似して採用している等の場合には、上記の比較は機能しない。具体的に、本件でも、多くの競争事業者も、FBが採用しているデータ処理に関する約款と同様または類似の約款を採用している。この点について、BGH本決定は次のように述べる。**

**「たとえ、係争中の利用規約が当該ソーシャルネットワーク関連市場において業界で慣例的に使用されていたとしても、仮に競争が機能している場合の商品・サービスの提供に関する結論を導くことはできない。FBの卓越した市場ポジションを考慮すると、（他の事業者が）FBの利用規約を当該業界の慣行に従って模倣した行為から、仮に機能する競争下での状況について結論を導き出すことは適切ではない。」（BGH Rn.90）**

**「一般的な取引条件が、競争が激しい業界においても、競争が存在しない場合と同様に無批判に受け入れられることは、情報格差と消費者の合理的な無関心を反映している点において、決定的な要因とはならない。」（BGH Rn.91）**

**以下、BGH,Rn.91は次のように続ける。すなわち、このような模倣は、消費者のアパシー(無関心)につけこんだ行為であって、仮に機能する競争が存在する場合との比較が重要であることには変わりはない、仮に競争が機能すれば、ユーザーは真の選択の余地を有し、特にデータに敏感なユーザーがそれらを利用することが期待される。**

**この見解は、いわゆる「プライバシー・パラドックス」に関する議論・各種調査を踏まえると、妥当な方向を示していると思われる。**

**（ⅲ）上に述べたことは、日本の優越的地位の濫用をめぐる議論でも同様である。「いわゆる『下請いじめ』が寡占的大企業によって並行的に行われている場合、下請事業者はどの親事業者と取引しても同様の不利益な取引条件を飲まされる」、「大規模小売事業者と納入業者の関係においても、押し付け販売、協賛金、従業員派遣などが商慣行として多くの大規模小売事業者によって採用されている場合、納入業者は「取引先変更」をしても同じような濫用行為を受ける」[[25]](#footnote-25)。**

**この認識は、優越的地位について「転換可能性」を無批判に受け入れることの危険性、また、いわゆる間接的競争侵害説の限界につながるものである。**

**（ⅳ）上記のBGH本決定の「仮に競争が機能している場合」の想定と、模倣の慣行がある場合についての指摘に関連することとして、Podszun[2020b]は、因果関係に関する文脈ではあるが、次のように述べる[[26]](#footnote-26)。**

**BGH本決定は、「想定競争（Als-ob-Wettbewerbs）の考え方に従って、仮に競争のある市場において、ユーザーの選好がより良く実現されうるかどうかを検証する。」**

**「もし法律が、インターネットの大規模なインフラ・プロバイダーが指示する、インターネットにおける消費者の参加基準の引き下げ（舟田注：個人データ処理についての本件約款）に従うとしたら、これはSein-Sollens-Fehlschluss.の誤りである。この問題は、独禁法専門家にとっては、別の文脈で『セロファンの誤謬』として知られている」。**

**やや不適切かもしれないが、一般化して言えば、今の市場の状態（Sein.例えば価格）を前提に、あるべき状態(Sollen)を知ろうとすると、基となる今の状態が既に市場支配力等(例えば消費者の無関心につけこんで広めに個人データを取得・処理)によって歪められている場合、誤った推論をしてしまう、ということであろう。**

## 2．非競争法規制の法的価値判断

## （1）普通取引約款法

**前記のように（Ⅳ二1.(1)）、「比較市場」基準に代わる、「規範的な規準」として、BGHの先例・本決定と連邦カルテル庁本決定は、普通取引約款法上のコントロール、および、基本権を持ち出した。さらに、これら規範的な規準は、取引両当事者間の利益衡量によって、当該取引条件が「不相当」か否かが決せられる（民法307条）[[27]](#footnote-27)。さらに、この利益衡量を行う際には、競争経済の秩序原理がまず重視される。**

**私人間の約款による取引条件は、普通取引約款法（AGB法。現行法では民法305条以下）が規制することになっており、そこでは取引当事者間の利益の不均衡を防止するという基本的観点から、取引両当事者間の利益衡量がなされる。その規制対象には、消費者取引と事業者間取引の双方が含まれる。**

**民法307条　（内容規制）**

**1項 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（unangemessen）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。**

**2項　ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合であって，疑いがあるときは，不相当に不利益な取扱いがあると推定する。**

**1号　法規定と相違し，当該法規定の本質的な基本思想と抵触をきたすとき**

**2号　契約の性質から生ずる本質的な権利または義務を，契約目的の達成を危殆化するほどに制限するとき**

**上の307条1項における「契約相手方を不相当に（unangemessen）不利益に取り扱う」に当たるか否かは、契約両当事者間の利益衡量によって判断されると解されている。**

**このように、取引条件を定める約款に対する強力かつ広範な規制については、戦前の大審院判決による「力の濫用」規制が続く中で、L.ライザーの論文(1935年)が大きな反響を呼び、その潮流は、1960年代末からの消費者運動の昂揚とも相まって、普通取引約款法（AGB法)を生むことになった。同法は、裁判所の諸判決によって強力に推進され、競争法（GWB）の濫用規制もそれらに間接的に影響を受けてきた、という経緯を見逃してはならない(前出、二1．（3）参照[[28]](#footnote-28))。**

## （2）基本権としての「情報自己決定権」

**（ⅰ）上記のように、普通取引約款法をほぼそのままの形で取り入れた民法305条以下の諸規定、特に307条の「内容規制」は、「契約相手方を不相当に不利益に取り扱う」ときは無効とすると定め、「不相当に」か否かは、両当事者間の包括的な利益衡量によると解されてきた。**

**これとGWB上の濫用規制を結び付けたのは、BGHのVBL-Gegenwert判決(2013年)とPechstein事件判決(2016年)であった。連邦カルテル庁の本決定は、民法307条の利益衡量において、基本権保護が重要な要素となるという、これらBGHが打ち出した判例法理を基にして、かつ、その基本権につき、初めて「情報上の自己決定という基本権」（＝自己情報決定権）を持ち出し、濫用という判断を導いた。**

**Pechstein事件判決は、「自己決定」と「他者決定」という対比の下で「基本権保護」という要素を挙げていたが、連邦カルテル庁本決定は、そのような一般的な基本権ではなく、自己情報決定権と特定したのである（舟田[2021]を参照）。**

**（ⅱ）この点は、BGH本決定も同様である。**

**「情報自己決定権は、個々人に、どのようなコンテクストと態様で、自己のデータが他人によってアクセスされ利用されるかについて、様々な方法で影響を与える可能性を保障している。それ（情報自己決定権）は、自分自身についてなされる帰属について、自らが実質的に決定することの保障を含んでいる。**

**この基本的人権の保障は、私法上の法律関係にも影響（Ausstrahlungswirkung）を及ぼし、民法上の一般条項の解釈においても考慮されなければならず、これにはGWB19条も含まれる」(BGH Rn.104)[[29]](#footnote-29)。**

**（ⅲ）ドイツの基本法、ことに基本権条項は、日本と異なり、一貫して個別の実定法上の紛争において重要な位置を占め、多くの裁判で、実際に効力を発揮してきた。特に、私人間の取引に対しても、「自らの人格の自由な発展を求める権利」（2条1項）、「職業の自由」（12条）等の諸条項を根拠に、強力かつ広範に介入してきた。これは、連邦憲法裁判所だけでなく、連邦通常裁判所等でも同様である。**

**憲法学説では、基礎的な基本権について、「****一般的人格権」、自然権的権利としての｢自己決定権｣、さらに「一般的行為の自由」などにつき、多様で複雑な議論が続いている。FB事件で取り上げられた****情報自己決定権と、****一般的自由権との異同などが議論されているが、ここでは次のBGHの判示を引用するにとどめる。**

**「基本的人権の保障には、情報自己決定権が含まれる。たしかに、情報自己決定の権利には、自身のデータの利用に関する一般的な、あるいは包括的な自己決定の権利は含まれていない。しかし,この情報自己決定権は、個々人に、どのようなコンテクストと態様で、自己のデータが他人によってアクセスされ利用されるかについて、様々な方法で影響を与える可能性を保障している。」(BGH Rn.104)**

## （3）消費者の同意

**（ⅰ）BGHは、この情報自己決定権につき、本件では消費者の同意が真に自由に行われているかという点に焦点を合わせる。**

**DGPR6条1項によると、個人データの処理は、そこに規定された条件のうち少なくとも1つが満たされた場合にのみ許される。その1つが当該個人の自由意思に基づく同意（freiwillige Einwilligung）であり、これについて、DGPR 7条4項は、「****同意が自発的に与えられたものであるかどうかを評価する際には、契約の履行が契約の履行に必要ではない個人データの処理に対する同意に依存しているかどうかという状況を最大限考慮しなければならない」、と定めている。**

**「****次の場合、同意が自発的に与えられたとはみなされない。個々のケースでは適切であるものの、異なる個人データの処理操作に対して個別に同意を与えることができない場合、または、履行には必要ないのに、サービスの提供を含む契約の履行が同意に依存している場合」。（BGH Rn.107）**

**「たしかに、DGPR6条1項(a)および(b)は、メタが適切に主張するように、データ処理の適法性を、契約上の法的関係に依存させ、他の許可事由が適用されない限り、契約関係の内容を特定するものではない。したがって、特定のデータの収集および処理の必要性が生じる可能性があるサービス内容について、効果的に合意できるかどうかという問題は、一般データ保護規則によって決定されるものではない。しかし、その価値評価（Wertungen）は、情報に関する自己決定の権利と同様に,ここで要求されている利益衡量において重要性を増す可能性がある」。(BGH Rn.109)**

**「情報自己決定権による保護は、メタのような支配支配的事業者が、そのソーシャルネットワークへのアクセスを制限なく利用できるとすれば、GDPR6条1項(b)により、契約履行に必要なデータ処理という要件が大幅に損なわれることになるだろう---（以下略）」(BGH Rn.110)**

**（ⅱ）さらに、BGHは、DGPRについてのメタの主張を斥けつつ、SNSに関し次のような一般的認識を示す。**

**「FBのソーシャルネットワークは、少なくとも一部の消費者にとっては、社会生活への参加を広い範囲で決めるものになっており、政治、社会、文化、経済に関する公共の議論においても非常に重要な存在となっている。**

**これは、プラットフォーム企業が、プラットフォーム利用条件を定める際に、情報自己決定権を尊重する特別な法的責任があることを意味する」。（BGH, n.124）**

**この点につき、当時のBGHの裁判長であったMeier-Beckは、退任後の講演で次のように述べる[[30]](#footnote-30)。**

**第一に、「****利益衡量の際には、利用者の人格的、社会的、政治的なコミュニケーションにとっての意味が本質的な役割をもつ。**

**情報自己決定という憲法によって保障されている権利は、特にインターネット上のコミュニケーションの政治的、社会的、経済的な重要性に関連して----収集されるデータの範囲と深さに鑑みて-----、ソーシャルネットワークの運営事業者による利用のために、（情報自己決定を）不相当に放棄させることによるコミュニケーションデータの搾取から、利用者を特別な程度において保護することを要求する」。**

**第二に、「ユーザーの法的地位の重要性、市場支配の度合い、現在の市場構造、そして利用者の利益に反する妨害的効果、また、フェイスブックのデータ処理をソーシャル・ネットワークの**[**使用に**](http://www.wadoku.de/##)**必要な**[**ものに限定できるという**](http://www.wadoku.de/##)**考慮を前提にすれば、自らの考えに基づいて提供するサービスを形成するというフェイスブックの利益は劣位におかれるべきである。」(**Meier-Beck[2021]S.692)

**第三に、「BGHが述べるように、FBは、“パーソナライズド成果”’（ein,,personalisiertes Erlebnis“）を利用者に提供することは妨げられない。ただし、利用者に対し、そのようなサービス提供をうけるか、それとも、FB外のインターネット利用によって生じ、利用者がそれをFBに引き渡すことを明示的に同意していないデータの収集と利用をせずにサービス提供をするか、についての選択を与えるべきである。」[[31]](#footnote-31)**

**上のことは、BGHの基本的視点が消費者（＝利用者）の法的地位にあることを示しており、これは次のような控訴審決定の批判にも現れている。**

**控訴審決定は、「データの収集と処理がソーシャル・ネットワークの利用と資金**[**調達に**](http://www.wadoku.de/##)**必要な**[**ものに限定さ**](http://www.wadoku.de/##)**れることを重視する利用者の利益を考慮していない」[[32]](#footnote-32)。**

## （4）DGPRないしデータ保護法との関係

## （ⅰ）ドイツにおけるGDPRの受容

**GDPRは、EU法上の「規則」であって、2018年から域内各国に直接適用されている[[33]](#footnote-33)。**

**ドイツでは、GDPRの適用にあわせ、「EU データ保護適用法」（2017年成立）が施行された。泉眞樹子[2018]によれば、「ドイツは、ナチスの秘密国家警察や東独のシュタージによる監視活動への反省から、厳格な個人情報保護法を既に整備しており、EU の個人情報保護法制が指令から規則に格上げされることによって、むしろこれまで保障されてきたデータ保護の枠組みが失われることを危惧する論説が連邦憲法裁判所の裁判官から発表されていたほどであった」、という。**

**ここで、「厳格な個人情報保護法」とは、後述の連邦と州のデータ保護法、および連邦憲法裁判所諸判決によって、個人データが極めて厚く保護されている状況を指すのであろう。また、ドイツはEUにおけるデータ保護の諸措置を推進する立場をとってきており、かつ、ドイツ国内のデータ保護法制とEUのEUデータ保護法制との「ハーモナイゼーション」を重要課題としてきている[[34]](#footnote-34)。**

**また、GDPRは、一定の事項について、加盟国が国内法によって独自に規定することを認めており、各国による規定を認める条文（開放条文）が70 条にも及び、各国の現行水準等に合致する国内法の規定が可能となったこともあり、上の危惧は杞憂だったようである。**

**ここで、上記のGDPRに対するドイツの「危惧」の背景を簡単に述べれば[[35]](#footnote-35)、まずデータ保護法の制定・発展の歴史を挙げることができる。1970年、ヘッセン州で最初の州データ保護法が制定され、それに続く1974年のラインラント＝プファルツ州データ保護法などの動きを受けて、1977年、連邦データ保護法（BDSG）が制定された。同法は、1995年のEU指令を受けて、2001年、指令の水準に合わせた改正を行い、その後も累次の強化改正が行われている。**

**このような動きと並行して、連邦憲法裁判所は、幾つかの決定において個人データ保護を強力に打ち出している。既に1970年の離婚記録に関する判決では、既に後のドイツ・データ保護法の基本原則、すなわち、保護されるべき個人に関するデータは、法律に基づくか、または関係者の同意によってのみ処理することが許される、という原則が明示された[[36]](#footnote-36)。同裁判所は、著名な1983年12月15日決定（「国勢調査」Volksz[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)hlungsurteil）において、「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た。[[37]](#footnote-37)その後も、2008年のIT基本権判決は、一般人格権のさらなる具体化を明確にした[[38]](#footnote-38)。**

**以上のことから、ドイツでは、EUのGDPR施行（2018年）によって、データ保護法の状況が大きく変わったということはないといえる。特に、ここで問題にしている個人データの処理の原則、特に「同意」についての厳格な解釈は、GDPR以前、具体的には1995年のEU指令、およびそれに基づくドイツデータ保護法におけるそれらと同様である。**

**特に本件に関連するGDPRの4条11号は、「同意」を、「自由になされた，特定の，十分に情報を提供された，かつ，明示的なデータ主体の意思表示であって，本人が，言明又は明らかに積極的な行動のいずれかによって， 自己に関する個人データが取り扱われることへの同意を表明するものをいう」、と定義する。**

**「データ保護指令と比較すると，****『自由』，『特定』，『十分に情報を提供された』という要件に加え，『明示的な同意』が明文化された点に違いがある」、に過ぎない[[39]](#footnote-39)。GDPRの6条、7条の諸規定は、本4条をさらに明確化したものと位置づけられる。**

## （ⅱ）BGH本決定におけるGDPRの諸規定への言及

**GDPRの施行は2018年5月25日で、カルテル庁の決定は2019年2月6日である。問題となったメタによるFacebookに関する行為は、施行前に始まっており、施行後にも継続している。日独の行政法における処分時説・判決時説のいずれによっても、GDPRが適用されることには問題はないであろう。**

**BGH本決定は、GDPR について各所でふれているが、特にGDPR6条（1）が、個人データの処理が許される条件として、本人の「自由意思に基づく同意」を挙げていることに注目する（BGH Rn.106）。さらに、同7条4項における、「同意が自由になされているかどうかを評価する際には、当該契約の履行が契約の履行に必要のない個人データの処理に対する同意を条件としているかどうかを最大限考慮しなければならない」、という規定を引用する(BGH Rn.107)。**

**この「最大限考慮---」という文言は、諸議論の妥協の産物であると推測されるが、その真意について、BGH本決定は、GDPR補足説明[[40]](#footnote-40)を引いている。**

**「補足説明43条2項2文は、****（個人データの処理についての）目的による制限をさらに明確に強調している。それによれば、サービス提供を含む契約の履行が同意に依存している場合、この同意は履行には必ずしも必要ないものの、同意は自由意思によって与えられたとはみなされない」。**

**補完的理由の冒頭にも、また、上記の43条2項の下にも、「これは非公式」と断り書きがあるが、EUの立法当局の真意が伝わる文書であり、BGH本決定が引用するのは、この理解に賛意を表したということであろう（これについては、後述参照）。**

## (ⅲ)Podszunが見たBGHのGDPR対応

**本FB事件を最も詳しく検討しいくつかの論考を公表した****Podszunは、GDPRの扱いにつき、連邦カルテル庁本決定とBGH本決定を比較して、次のように述べる[[41]](#footnote-41)。**

**連邦カルテル庁本決定に対し、批判がなされた。「（本件FBの行為は）、GDPRの規定に反しているのだろうか？連邦カルテル庁には、濫用の法を、カルテル法外の法領域の規範執行を行えるのか？これは、カルテル法上の競争損害であろうか?」**

**「BGH は、これらの障害をエレガントに迂回する。避けて通る。GDPR に関する問題、GDPR問題****が果たす役割は周辺的なものにすぎない。BGH は、市場力の濫用を、BGHは、“****押し付けられたサービス拡張”の類型として構成したのである」。**

## （ⅳ）GDPR違反ではなく、その「価値評価」に反すること

**Podszunが述べたように、連邦カルテル庁の本決定に対しては、当初、GDPR違反行為を競争法で扱うのか、という驚きや批判があった。例えば本件の控訴審判決は、データ保護法違反（Datenschutzrechtsverstoß）という用語を何度も使い、この点で連邦カルテル庁本決定を批判している[[42]](#footnote-42)。**

**この控訴審判決が出てまもなく公表された伊永大輔[2020]も、「GDPR上の適法性」、「データ保護法違反」などと述べ[[43]](#footnote-43)、「デュッセルドルフ高等裁判所が述べたように、本来の競争法の目的から乖離する法運用は不適切である」、と批判する[[44]](#footnote-44)。**

**さらに、私の旧稿****（舟田[2019]156頁）も、連邦カルテル庁本決定における当該部分を次のように訳した。**

**「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」(BKartA Rn.573)。**

**しかし、上の文章の前半は、「GDPRに基づくヨーロッパのデータ保護の価値評価に反する」と訳すべきであった[[45]](#footnote-45)。原文は、データ保護の価値評価（Datenschutzwertungen）であって、データ保護法上の諸規定（Vorschriften）に違反する、とは述べていない。実定法に直接当てはめて、禁止行為に当たるから違法だということではなく、「価値評価」（Wertung）は、当該規定の基礎にある価値付けに反するという意味にとるべきであろう。同様に、前記引用の後半にある、正当化根拠を有するか否かは、まさにこの上位レベルでの価値評価＝価値付けに当たる議論であろう[[46]](#footnote-46)。「価値」（Wert）は、ドイツ法で法秩序の基礎にあり、実定法上の諸規定を根拠付けるとされる概念である[[47]](#footnote-47)。**

**実際、****連邦カルテル庁とBGHの本決定において、「価値評価」（Wertung）は何度も用いられているが、GDPRの****具体的な規定に照らし違法だと述べている箇所は見当たらない。**

**学説も、この点について正確に受け止めている。例えば、代表的なコンメンタールImmenga/Mestmäcker[2020]では、次のように述べられている。**

**「一般条項による濫用の審査においては、法律上の価値決定（die gesetzliche Wertentscheidung）を考慮すべきである。それは、BGB307条以下の内容規制によって基礎付けられる。」[[48]](#footnote-48)**

**これは、前記のような「価値」と法秩序を結び付ける基本的考え方、および、BGHのこれまでの判例理論を踏まえているものである（そこでは、前出のVBL-GegenwertⅠ事件その他の判例が挙げられている）。**

**同時に、ここには、連邦カルテル庁とBGHの、GDPRに対する慎重な姿勢が見られる。連邦カルテル庁は、本決定に至る以前にEUのGDPR担当部署と何度も協議したようであり、用語の工夫によって、GDPRの諸規定を適用したという批判を抑えようとしたものと推察される。**

**連邦カルテル庁とBGHは、メタがGDPRに関し数々の抗弁をしたので、それに答えつつ、****むしろ、より高次元の情報自己決定と消費者の「選択の自由」に力点を置いた議論を展開したと理解される。**

**なお、Weck/Reihold [2021]は、BGHと欧州司法裁判所判決を比較した論考で、次のようにこれら2つの特徴を描いている。**

**「BGHは、価値評価判断（または法的価値判断＝Wertentscheidungen）に強く依拠し、§19第1項GWBの枠組みにおいて原則として行わなければならない利益衡量に依拠している。****これに対し、欧州司法裁判所の基準は、競争法的な観点に明確に重点を置いている一方で、規範的な評価を大幅に排除している。」[[49]](#footnote-49)**

## （ⅴ）利益衡量におけるGDPRの位置づけ

**このように、連邦カルテル庁とBGHは、GDPRを直接に適用したのではなく、あくまでもBGHの先例（民法307条の利益衡量）に沿って、競争法違反の文脈で述べている。**

**また、GWB19条の濫用の判断においても、利益衡量を行うべきだということは、古くから説かれてきたことである[[50]](#footnote-50)。**

**上のように、民法307条とGWB19条は、いずれも包括的な利益衡量を要求しており、かつ、当然ながらこれら2つの利益衡量は、実質的には内容が重なることになる。**

**この利益衡量という枠組みの中で、BGHは、消費者の同意ないし基本権侵害の有無を検討する。**

**「契約上の特徴的なサービスが恣意的に拡大解釈されることのないようデータ主体を保護しなければならないという考慮は、契約上の特徴的なサービスを可能な限り狭義に定義し、データ主体が希望するサービスの実際の核心部分にまで縮小しようとするデータ保護の考慮とも結び付いている。**

**しかし、****契約のサービス特性を決定することは、データ保護法の諸要件についての審査に先行する問題（vorgelagerte Frage）である」。（BGH Rn.111）**

**つまり、GDPR違反 → GWB上の濫用、という順序ではなく、GWB上の濫用に当たるか否かが「先行する」[[51]](#footnote-51)。そのGWB上の濫用に当たるか否かという判断の際に、GDPRの基本的考え方、上の引用文でいう「データ保護の考慮」を実質的に踏まえているのである。**

**これによって、本件ではGDPR違反ではなく、GWB違反が問題になっているはずだ、という控訴審決定の批判、また、カルテル庁はGDPRの所管庁ではない、という批判をかわした、と推測される。しかし、より基本的なこととして、判断の基礎は、憲法上の情報自己決定権、それを基にした「データ保護の考慮」という、より高次の規範的立場である。**

## （ⅵ）BGH本決定の「選択の自由」

**BGHは、濫用問題はGDPR違反に先行するとしながら、それでもメタのGDPRに関する主張に逐一答え、その後、次のように述べる。**

**「ユーザーの法的地位の重要性、市場支配力の程度、現在の市場構造、および当該行為がユーザーに対して及ぼす妨害効果を考慮すると、メタが自己の方針に従って提供するサービスを形成するという原則的に認められている利益は、ユーザーがソーシャルネットワークの利用に必要な範囲にデータ処理を制限する利益の前に後退する。**

**メタは、（連邦カルテル庁本決定による）禁止命令に従う場合でも、ユーザーに対し、FB内およびFB外でのユーザーのインターネット利用状況を包括的に分析した『パーソナライズド体験』を提供することを妨げられていない。**

**しかし、****その圧倒的な市場での地位を考慮すると、ユーザーに対し、①（上記のデータ処理・利用を含む）現行のサービスと、②FB外でのインターネット利用により生成されたデータをFBに送ることついてユーザーが明示的に同意していないサービス提供を断念するサービスとの間に、選択肢をユーザーに与えないまま、①のサービスを提供することはできない」。（BGH Rn.121）**

**このように、BGH本決定は、FBの約款とその運用の下では、ユーザーに個人データの収集・処理について選択肢が与えられていないから、利益衡量において、メタの「営業の自由」ではなく、ユーザーの「選択の自由」をより強く保護すべきだと判断したのである。**

## （ⅶ）「同意を契約の履行の条件としている」場合

**BGH本決定には、GDPR7 条４項を直接取り上げている箇所がある。**

**同項は、「****同意が自由に与えられたか否かを判断する場合、特に、サービスの提供を含め、当該契約の履行に必要のない個人データの取扱いの同意を契約の履行の条件としているか否かについて、最大限の考慮が払われなければならない。」、とする。**

**BGH,Rn.107は、同項につき大要、次のように述べる。**

**すなわち、GDPR6条1項は、自由意思による同意（****freiwillige Einwilligung）といえるための条件を規定している。同意が自発的に与えられたものであるかどうかを評価する際には、GDPR7条4項に従って判断されなければならない。**

**「GDPRの補足理由（Erwägungsgrund）[[52]](#footnote-52)43第2文の2は、（個人データの処理についての）目的の制限をさらに明確に強調している。それによれば、サービス提供を含む契約の履行が同意に依存している場合、この同意は履行には必ずしも必要ないものの、同意は****自由意思によって与えられたとはみなされない」。**

**この点につき、GDPRの補足説明(Erwägungsgrund)43「非強制的な同意（Zwanglose Einwilligung）」は、次のように述べる。**

**「次の場合、同意が自由意思によって与えられたとはみなされない。個々のケースでは適切であるものの、個人データの様々な処理操作に対して個別に同意を与えることができない場合、または、履行には必要ないのに、サービスの提供を含む契約の履行が同意に依存している場合。」**

**上では、データの処理について同意しないなら、サービスそのものを利用できません、という扱いを否定していると読める。ここはGDPR制定当時、争いがあったところのようで、前記のGDPR７条は、「最大限の考慮が払われなければならない。」として、なるべくそうしないように、とのニュアンスであり、補足説明が「同意が自由意思によって与えられたとはみなされない」と言い切っているのと対照的である。**

**BGH本決定は、この補足説明43をわざわざ引用しているところから、「サービスの提供を含む契約の履行が同意に依存している場合」には、****自由意思による同意とは認められないという立場に好意的であることは明白であるが、それ以上の記述はなく、それ以降は情報自己決定権の説示に移り、情報自己決定権を根拠に、上と同様の結論を導いている。**

**さらに、BGH本決定の後、本決定に関し付託を受けた欧州司法裁判所（CJEU）判決は、前記の補足説明43を引いて、「問題となっている処理が、メタのソーシャルネットワークのユーザーとの間の契約の履行に不可欠であるとは認められない。これらのユーザーは、契約締結の際、契約の履行に必要でない特定のデータ処理作業への同意を個別に拒否する自由を有する」、と明確に支持した(同判決、Rn.144-150)。**

## 3．市場力の表出

 **連邦カルテル庁の本決定は、次の2つの法的評価によって、GWB19条1項の「濫用」に当たると説いた（詳細は舟田[2021]参照。そこでは、これを「2重の評価」と呼んだ）。**

1. **民法307条以下の法的評価（利益衡量）によって、****基本権（情報自己決定権）保護が行為者の自由に優先して､より強く要請される場合、かつ、**
2. **当該行為が市場力の****表出として認められる場合**

**これら2点とも、BGHの先例（VBL Gegenwert I事件判決、Pechstein事件判決）に従ったものであり、BGH本決定も、同様に先例を引用し、これを支持している（BGH Rn.76）[[53]](#footnote-53)。VBL Gegenwert判決では、「無効な条項を合意することが、市場力の表出である」とも述べており、上記①が満たされれば、常に上記②も満たされることになり、これでは濫用規制が広くなり過ぎる、と批判されている[[54]](#footnote-54)。**

**ともあれ、これら2点がクリアされれば、残る問題は、市場支配的地位と当該行為の関連である（これについては、因果関係の問題として後に（Ⅳ三）取り上げる）。**

## 4. 競争法上の「損害理論」（Schadenstheorie）

## （1）「実質的損害」と非実質的損害

**上記（Ⅳ二2と3）で、連邦カルテル庁とBGHの本決定における「濫用」の捉え方をみた。これを学説がどう受け止めたかを簡単にみておこう。**

**Ellger[2019](S.449)は、従来の不当高価格を念頭においた搾取的濫用が、行為の相手方の「実質的損害」(****materielen Schaden)を問題にしていたのに対し、本件のような無料市場での「損害」については、「ユーザーが個人データの使用について、****AGB（普通約款規制法）が可能としたコントロールを、行為の相手方が失ったという不利益（Nachteil）を問題にした、という対比を示した。****「実質的損害」ではなく、****情報自己決定権ないし「選択の自由」を侵害された不利益という意味での「損害」だ、という訳である。**

## （2）「量的な条件コントロール」と「質的な条件コントロール」

**前記のBGH諸判決と連邦カルテル庁・BGHの本決定が、取引条件に関する「規範的な規準」の採用は、それ以前の「比較市場」による価格の量的コントロールに対して、取引条件の中身に対する規範的評価によるので、「質的コントロール」(****quantitativen**

**Konditionenkontrolle) と呼ばれることもある[[55]](#footnote-55)。**

**また、VBL-GegenwertⅠ事件においてBGHは、価格濫用の場合は、価格に対する影響が顕著であるというという要件が解釈上要求されてきているが(****顕著性の追加＝Erheblichkeitszuschlag)、競争法以外の規定または法的評価（例えば、普通約款法またはデータ保護法）を、濫用の認定に必要な包括的な利益衡量に組み込む場合は、「不利益の質的性格」が問題になるので、顕著性の要件は不要であると判示した[[56]](#footnote-56)。**

## （3）「新たな損害理論」（Podszun）

**Podszunも、****連邦カルテル庁とBGHは、本決定によって、「新たな損害理論」を打ち立てたとする。**

**「このFB事件は、連邦カルテル庁がデータ保護法とカルテル法の境界領域に踏み込み、新たなカルテル法上の損害理論（Schadenstheorie („theory of harm“)）を適用した点で興味深い」[[57]](#footnote-57)。**

**Podszun[2024]によれば[[58]](#footnote-58)、BGHは、連邦カルテル庁がGDPRの規定に反することが「不相当」であるとした点をエレガントに迂回する。実際、BGH決定において、GDPR問題が果たす役割はごくわずかである。**

**これに代わって、BGHは、第一に、結合（Kopplung）に関する過去のBGH判例を踏まえるべきことを明示する（結合については、前述、Ⅳ1を参照）。**

**第二に、BGHは、メタの本件行為により、ユーザーが、「強くパーソナライズされた成果（Erlebnis）」をもち、しかもそれは選択できないまま押し付けられ、かつ、それは、広告市場、データ市場で強められ、参入障壁を高めた、ということを強調する。**

**第三に、「これに追加して、BGHは利益衡量が必要であるとする。すでに、選択のない強制されたサービス（成果Leistung）は、他の市場側面である広告市場における競争にも損害を与える。これは、古典的な秩序思想の要素を、(今日の) プラットフォーム経済の現象とかみ合わせることである」。**

## (4) 「秩序原理」＝力の不均等性に対する「選択の自由」の確保

**私たちはここでようやく、前項の「競争経済の秩序原理」につなげることが可能になった。上のPodszun[2024]が指摘する「古典的な秩序思想」とは、ドイツのオルドー自由主義が、国家による経済介入を排すれば自然に自由な市場経済が成立するという考え方に反対し、そこでは一定の「秩序原理」が必要であると主張していたことを指すのであろう。**

**この点につき、Podszun[2024]は、ドイツの古典的自由主義の流れに沿って、次のように続ける。**

**「まさに古典的なということが、出発的である。消費者取引の関係では、力の平等性が存在する。社会的市場経済の法制度は、普通取引役款規制法（AGBG）、暴利行為禁止条項、借地借家法、労働法、商業仲介（代理）人法などで、これを何度も是正している。**

**経済的力から生じる市場の不均等性は、GWB19条、20条の立法上の核心である。市場経済が機能するためには、すべての市場参加者の自由で、情報を持った上での決定が前提としてなければならない。この自由が取引の相手方の経済力によって侵害されるときは、カルテル法上の介入の正当な正当な根拠となる。オルドー自由主義では、選択の自由は、個人の経済的選好（Präferenzen）の表現として、市場経済の実質的な礎石（土台Baustein）である」[[59]](#footnote-59)。**

**2つの要素、すなわち、「古典的な秩序思想」における選択の自由と、「プラットフォーム経済の現象」における個人データに関する競争妨害ないし高められた参入障壁から、濫用という評価がもたらされる。**

**FB事件についての連邦カルテル庁とBGHの本決定に対し、“theory of harm”が欠けている。また、競争法の範囲をあいまいにする、という批判がある。これらの基礎には、競争の目的についての批判がある。**

**しかし、本件における消費者の競争法上の「損害」とは、個人データの処理について、「選択の自由」が侵害されたことである。消費者の自律的な判断は、競争という調整過程の第1の要素であり、それこそが“harm”である[[60]](#footnote-60)。**

**BGHは、連邦カルテル庁決定をところどころ構成し直しつつ、消費者の役割とFBを基本権に服すべきとしたことの2点を強調した[[61]](#footnote-61)。**

**以上のPodszumの論旨は、連邦カルテル庁とBGHの本決定を説得的に支持したものであり、基本的に首肯できるものである。**

**なお、連邦カルテル庁とBGHが採用した新しい損害理論は、EUの判例法における市場力による搾取的濫用および妨害濫用に関する判例法と整合的である、との指摘がある[[62]](#footnote-62)。**

## 5. 妨害的濫用

## （1）プラットフォーム経済

**今日のプラットフォーム経済の下では、個人データには重要な経済的価値があり、その収集・処理によって獲得されたデータ支配力は、市場の両側において市場参入障壁として機能し、これにより（潜在的な）競合他社に対して競争阻害効果を発揮する。**

**この点は、既に多くの論者が指摘し、今日では確立された見解になっているといえよう。ここではGWB第10次改正で新設された18a条が、「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、ネットワーク効果と関係する規模の利益等の諸要素を列挙していることを指摘するにとどめる。**

## （2）搾取的濫用と妨害的濫用の混交(同時適用)

**市場支配的地位の濫用に関する規定が、判例と学説の進展に伴って次第に整備され、19条がその1項で一般条項とし、2項で例示を挙げるようになってから、具体的な事件は、2項1号は妨害的濫用、2項2号は搾取的濫用と分けて適用されてきた。**

**妨害的濫用は、市場支配的地位があっても、なお残っている競争を保護するために適用される（＝「残されている競争の保護」Schutz des Restwettbewerb）。**

**これに対し、搾取的濫用は、市場成果に対するコントロール（Marktergebniskontrole）と性格付けがなされている。**

**ところが、VBL-Gegenwert事件も、またPechstein事件も、搾取的濫用の事案であるのに、19条2項2号は「比較市場」を要求するので適用しにくい事案であることから、19条1項を根拠にした。連邦カルテル庁とBGH本決定は、これらを先例として挙げ、19条1項を根拠にした。**

**本件では、****同じ理由から、かつ搾取的濫用と妨害的濫用の混交がみられる実態を捉えて、両者を分けて定めている19条2項の1号と2号ではなく、****19条1項の事案としたのである[[63]](#footnote-63)。**

**「新しいのは、インターネットの多面市場の特殊性にねらいをつけた搾取と妨害の**[**組み合わせ**](http://www.wadoku.de/##)**である。」[[64]](#footnote-64)**

## （3）BGHと競争妨害的効果

**（ⅰ）既に引用したように、BGH本決定は、「押し付けられたサービス拡大による競争侵害は、利用者の搾取からだけでなく、その競争妨害的影響からも生じる」（BGH Rn.64.二1(3)参照）、として、タテの関係だけでなく、ヨコの関係における競争制限的効果も指摘する。**

**「本件で違反が問われている利用規約が反競争的な市場成果（wettbewerbswidrigen Marktergebnis）につながることは疑いの余地がない。なぜなら、それは機能する競争（funktionierenden Wettbewerbs）の条件下では想定されないからだ」。（BGH Rn.84）**

**「連邦カルテル庁は、この（規範的な性格を持つ）期待を、かなりの数のユーザーが個人情報の開示を減らしたいと考えているという調査結果に結び付けている。これらの調査結果からも、当該取引条件が、競争を妨害する性格をもつことが根拠付けてられいる。」(BGH Rn.85)**

**（ⅱ）BGH本決定の競争妨害について、Podszun[2020b]は、次のように述べる。**

**「BGHは、連邦カルテル庁よりもより強く、高められたデータ力による競争上の侵害を強調する。（中略）Facebookユーザーとの不均衡の利用は、市場の反対側である広告主への影響という観点から分析される。こうして、間接的なネットワーク効果の複雑なスパイラル効果が把握される」[[65]](#footnote-65)。**

**そこで引用されているBGH本決定Rn.94では、下の箇所が排除的効果の核心を述べている。**

**「Facebookが利用可能なデータが増えれば増えるほど、ユーザーの行動予測はより正確になる。（中略）さらに、すでに膨大な数のユーザーを抱えるFacebookが提供するデータおよびデータ分析の量と質が向上するごとに、競合他社がFacebookのサービスと競合できる可能性が低下するため、競合他社（潜在的なものも含む）がネットワークを運営するために必要な広告契約を獲得できなくなるリスクがある。これは、ネットワーク効果による市場参入障壁に加わるものである。」**

# 三．因果関係

## 1．問題の所在

**（1）本件事案では、「濫用」と認めるためには、行為的因果関係まで立証する必要があるか、それとも、規範的因果関係で足りるか、が争われた。**

**行為的因果関係（Verhaltenskausalit[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)t）とは、「市場支配的地位にない事業者は行うことができない、という関係」[[66]](#footnote-66)をいう。これに対し、****規範的因果関係（normative Kausalit[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)t）については、「原則として、市場支配的地位が、市場支配的事業者の市場行動が競争を侵害する結果をもたらす原因であれば十分である」[[67]](#footnote-67)、とされる。あるいは、「濫用行為の有害な効果が主に市場支配的事業者の特別な経済的力に****よって生じ、少なくともそれによって競争に危険を及ぼすおそれがある場合（規範的因果関係または結果的因果関係Ergebniskausalit[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)t）****」、とも説かれる[[68]](#footnote-68)**

**（2）議論の混乱を避けるため、この因果関係の問題は、次の２つが含まれていることを確認しておこう。**

**a.市場支配的地位と濫用行為の間**

**b.市場支配的地位・当該行為による競争上有害な結果の発生の間**

**前者（a）だけを議論すれば、問題は簡単だが、後者（b）のように、濫用行為にその競争上の結果の評価をどう位置づけるかまでいれると、日本の競争法にも通じる議論になる。実際の論争では、以下に見るように、両者が混在して分かり難くなっている。**

**（3）因果関係を検討する前に、日本とドイツの競争法の違いを次のように図式化してみる。**

**a. 日本の私的独占**

**（支配・排除）行為　→　市場支配力の形成・維持・強化　→　競争の実質的制限**

**b. ドイツの市場支配的地位の濫用**

**市場支配的地位　→　濫用行為　→　競争への悪影響（die wettbewerbsschädlichen Folgen;（英）anti-competitive effects ）[[69]](#footnote-69)**

**競争への悪影響は、GWBの条文上はそれ自体としては明示されず、「濫用」概念に内包されていると解される。**

**上のb.の関連は、論理的関連を示す「図式」であって、実際の適用、解釈において、当て嵌めがこれに沿って行われる（べきだ）ということではない。**

**（4）いうまでもなく、ここでの因果関係は、民法や刑法におけるそれとは異なる。市場支配的地位・濫用行為・競争への悪影響という競争法上の諸概念のつながり（それに関する解釈・事実認定）を議論しているのである。本件判決等やドイツ語文献では、同じ文脈で因果関係(Kausalität)ではなく、関連性（Zusammenhang）という文言も多く用いられていることは、それを示している。**

**一般に、因果関係には，民法や刑法において論じられているように、事実的な意味での因果関係と，法的な因果関係の両方が含まれている。上記の行為的因果関係は、基本的には事実的因果関係の性格を有しているのに対し、規範的因果関係は、基本的には法的な因果関係を問題にしているといえよう。**

**「規範的因果関係」は、規範と事実の対立関係から分かるように、事実的因果関係ではなく、市場支配的地位と当該行為の間に、規範的意味から関連がある、という意味であると理解される[[70]](#footnote-70)。結果的因果関係における「結果」（＝成果Ergibnes）とは、当該行為によってもたらされる競争法上の「損害」を意味し、連邦カルテル庁とBGHの本決定によれば、情報自己決定権ないし「選択の自由」の侵害と理解すべきであろう（Ⅳ二4．）。**

## 2．BGHの因果関係に関する判示

**（1）BGH本決定は、「GWB19条にいう条件濫用が、どの程度、市場支配と契約条件の因果関係を前提にするのか、という問題」について、諸説を簡単に整理している（BGH Rn.66以下）。**

1. **GWB19条1項を適用できるか否かは、因果関係テストに依存しない(Lettl)。**
2. **市場支配と搾取の間に手段的な因果関係（＝行為的因果関係）が必要である（本件控訴審判決、多くの学説）。ただし、「行為的因果関係があるとするために、どのような条件があるかは様々である」。**
3. **市場支配と搾取の間の因果関係は「規範的性格」を持つことで足りる。「当該行為が，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」（BGH Rn.71. そこでは、この説の例として、連邦カルテル庁本決定、独占委員会特別鑑定書、Fuchs、Mohrの諸説が挙げられている）。**

**（2）その上で、BGH自身の意見は、次のように簡潔に述べられている（BGH Rn.72）。**

**「最後に述べた****見解（上のc説）は、控訴裁判所が要求したような厳格な行為的因果関係は、GWB19条1項の適用可能性にとって十分条件ではあるが、必要条件ではないとする限り、同意できるものである。**

**いずれにしても、****本件のように、使用された取引条件がユーザーの不利益となる市場効果をもたらし、機能的な競争が十分に期待されず、かつ同時に、客観的に競争を妨げる性格をもつ場合、GWB19条1項で要求される因果関係は原則として否定されない」。**

**この下線部分の判示が、結果的因果関係を肯定した部分である。これについて、BGH,Beschl.vom 23.6.2020- Facebook II（前出、Ⅰ4）で、次のように、より具体的に述べられている(冒頭の決定要旨b)。**

**「市場支配と市場結果との間のこのような因果関係は、特に二面プラットフォーム市場において、一方の市場側における仲介事業者による搾取が、支配市場における競争および他方の市場側における競争を侵害する可能性を有する[または、「そのような性格を有する」geeignet ist]場合に認められる」。**

## 2．学説の受け止め---行為的因果関係は不要

**学説は、BGH本決定と第10次改正（前述、Ⅰ9参照）の後は、上のc説を支持する議論が有力なようである。分かりやすい説明として、Emmerich/Lange[2024] の叙述をみてみよう。**

**「濫用的行為と市場支配的地位の間に、後者の故に前者がなされた＝市場支配的地位にない事業者は行うことができない、という関係（「行為的因果関係」）が必要か、という論争があった。****このため、行為的因果関係が立証されないことによって濫用禁止を適用することがしばしば、または全く断念された」。****（Emmerich/Lange[2024]§26a Rn.2）**

**「この点につき判例は割れていた。--（中略）-- 2020年のFB事件でBGHは、連邦カルテル庁の見解を支持し、はじめて行為的因果関係を否定し、部分的に結果的因果関係に変えることを明示した。違法な条件濫用を適用する際に、当該支配的市場または第3の市場に競争侵害的影響(wettbewerbssch**[**ä**](http://www.wadoku.de/##)**dlicher Wirkungen)があるという条件下で。」（Emmerich/Lange[2024]§26a Rn.3）**

**この最後の部分にあるように、その後の議論の焦点は、結果的因果関係に移る。すなわち、BGH本決定が判示した、「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（前記c説）の意味内容および射程距離が議論されることになる。特に、当該行為が「ユーザーの不利益となる市場効果」または「搾取」をもたらすことを示せば足りるのか、それとも、それに加え、「客観的に競争を妨げる性格をもつ場合」または「競争を侵害する可能性を有する」場合であることも示す必要があるのか、という問題である。**

## 3．GWB第10次改正(2020年)と政府提案理由書

**（1）同改正は、本事件の経緯を踏まえ、GWB19条1項の文言を修正し、行為的因果関係を不要とした（前記、Ⅰ9参照）。その政府提案理由書[[71]](#footnote-71)は、次のように述べる（a～dは舟田が付けた）。**

**「(a)第1項の改正により、条件濫用も（§19 GWBのすべての構成要件と同様に）、当該企業が市場支配的地位を有していたためだけにその濫用行為が可能であったことを要件としない、ということが明確にされる。**

**(b)将来においても、GWB第19条に定める市場支配的地位の濫用を構成する要件として、濫用行為と競争制限防止法の目的との間の関連性は、（上の文言だけでなく、次に述べる）他の事情からも、規範的因果関係の意味で導き出される可能性がある。**

**(c)競争の自由の保障という法律の目的から導かれる規範的因果関係は、市場支配的企業の濫用的行為が、その企業の市場における存在により既に弱体化している競争に及ぼす有害な潜在的影響から、これまでの濫用行為のケースにおいて認められている[先例を列挙する。ここでは割愛]。**

**(d)搾取的濫用の場合、規範的因果関係は、取引の相手方（消費者を含む）を、力の行使や不当な利益の取得から保護する（1955年のGWB提案理由書）、取引の相手方の選択の自由を保護する（BGH Rn.123）、および、力に基づく他者決定（Fremdebestimmung）から保護する（BGH,2016年6月7日判決＝Pechstein事件）という法目的から、認められる。これらの際には、市場支配により市場相手方が規範の適用対象者の行為から逃れるために他の企業に切り替える、またはこれに対抗する能力が制限されていること、および、これらに伴って、市場支配力に特有の取引の相手方への不利益な作用が及ぼされることが考慮されるからである。**

**他者決定からの保護を目的とする法律の目的から、取引の相手方が回避行動によって自らこの保護を実現できない限り、禁止による介入が必要とされる。したがって、搾取的な状況においても、規範的因果関係を採用すべきである---」。**

**（2）上の引用の冒頭(a)にあるように、19条1項の用語の変更によって、その趣旨（＝行為的因果関係を不要とすること）は、搾取的濫用だけでなく、妨害的濫用にも及ぶ、と理解されている。**

**さらに、それに続く部分（c）では、規範的因果関係は、「競争の自由の保障という法律の目的から導かれる」のであるから、市場支配が認められる市場における「残された競争（または「残余競争」とも訳される）」（Restwettbewerb）を保護するため、「競争に及ぼす有害な潜在的影響」をも勘案して判断される、としている。これも、妨害的濫用・搾取的濫用の双方に妥当すると考えているようである。**

**また、上の引用の後半（d）では、搾取的濫用の規制目的を、これまでの議論・諸判決から、取引の相手方の保護、特に「他者決定」からの保護であるとし、かつ、当該行為を受けた取引の相手方がそれに対抗し得ず、不当な不利益を受けざるを得ないという作用が及ぼされることが、規範的因果関係であるとしていると思われる[[72]](#footnote-72)。**

**この提案理由書の立場によると、市場支配的地位と濫用行為が認められる以上、それに加えて、規範的因果関係を特に立証する必要はない、ということにもなりそうである。この点は、後に再検討する（三5参照）。**

## 4. 本件控訴審判決

**（1）ここで、上記のBGHやGWB第10次改正理由書との対比のために、本件控訴審決定の因果関係論をみておく。同決定は極めて長文で複雑、分かり難いが、行為的因果関係のみでなく、結果的因果関係も立証すべきであるのに、カルテル庁決定はそれに成功していない、という立場のようである。**

**一般論として、(a)「市場支配的地位の----濫用的な行動が、まさにその有する市場力により、市場での地位の強化や（さらなる）競争構造の弱体化（結果的因果関係）につながることはあり得る」（控訴審決定S.19）。**

**しかし、(b)「支配的な企業が消費者に違法または不当な契約条件を課すという事実が、その企業の行動が自己の市場での地位を強化したり、競争構造を弱体化させることを意味するわけではない」（控訴審決定S.20）。**

**(c)「搾取濫用の場合には、結果的因果関係は、人に訴える力の大きい（有意義な）結果をもたらさない」（控訴審決定S.21）。妨害的濫用の場合と異なり、「搾取的濫用を疑わせる行為は、通常、市場構造に影響を与えない」。この場合は、「市場支配力が市場の相手方に不利な取引条件を押し付けるために利用されているかどうかという基準も適切である」（控訴審決定S.20）。**

**(d)「競争の観点から見ると、唯一重要なのは、ソーシャルネットワークへの登録時に消費者に求められる追加データの処理およびリンク化に関する同意が、FBの市場支配的地位によって外部から決定され（fremdbestimmt＝他者決定）、もはや同意の表明がユーザーの自主的な決定（autonomen Entscheidung＝自己決定）に基づくものとはみなされないかどうかである。****この点において立証責任を負う連邦カルテル庁は、その事実を証明できていない」（控訴審決定S.27）。**

**（2）控訴審決定は、最後の引用(d)から明らかなように、そもそも濫用は立証されていないとする。本件における追加データを提供させること、データの「過度の」譲渡は、消費者の同意に基づいているであって、消費者の搾取ではなく、連邦カルテル庁本決定のいうような「自己決定権の喪失」も理由がない、と説くのである[[73]](#footnote-73)。ここで同決定の結論は出ているのであるが、この点は措くとして、因果関係についてどう論じているかをみておく。**

**まず、一般論として、搾取的濫用によって行為的因果関係と結果的因果関係が認められることはあり得る（前記(a)）。不当な高価格取引の場合、「その有する市場力により、市場での地位の強化や（さらなる）競争構造の弱体化（結果的因果関係）につながる」（S.19）。これに対し、「違法または不当な契約条件を課す」場合、そのような結果的因果関係は認められない（前記(b)）。ここで、BGHのVBL-Gegenwert判決を否定しているわけである。**

**控訴審決定は、結果的因果関係として競争侵害（Wettbewerbsschaden）の立証が必要だが、本件ではこれが欠けているとする（S.7、特にS.17）。そこでは、市場全体の競争を制限する、弱めるという効果が考えられており、本件のようなデータ保護の不当性から、そのような効果が生じることの関連性が明らかではないと考えられたのである。**

## 5．市場支配的地位　→　濫用行為（前記a）

**（1）FB事件においてメタは，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[[74]](#footnote-74)。**

**しかし、市場支配的地位にある事業者が、市場において具体的にどういう行為をとるかは、当該事業者の意思ないし自由な選択に係わることであり、より具体的にはその時々の経営者(ないし決定権限者)の判断による。つまり、行為者側の自由意思が介在する場合の因果関係を論じているのであって、客観的な事実としての原因と結果の間の因果関係の問題ではない。すなわち、市場支配という事実だけが違反行為という事実をもたらした、という意味での、いわば純粋の事実的な因果関係を問題にしているのではない。**

**（2）この点につき、Podszun[2020b]（S.1272）は、他の事業者も行っているのだから市場支配的地位との因果関係はないという行為的因果関係の抗弁に対し、次のように指摘する。**

**「フェイスブックで、どういう意味であれ、利用規約の新しい変更にいちいちクイッククリックで同意することを学んだ人なら、中小企業に手の込んだデータ保護コンセプトを期待することはないだろう。もし法律が、インターネットの大規模なインフラ・プロバイダーが指示する、インターネットにおける消費者の参加基準の引き下げに従うとしたら、これはSein-Sollens-Fehlschluss.の誤りである。この問題は、独禁法専門家にとっては、別の文脈で『セロファンの誤謬』(cellophane fallacy)として知られている」。**

**他の事業者も行っているという事実（Sein）があるから、当該行為をしてはならないという規範（Sollen）は導くことはできない、という誤った議論である、という趣旨であろう。**

**（3）日本でも、優越的地位と濫用行為の間の関係につき、これと類似の議論がある。**

**「優越的地位にある行為者が，相手方に対して不当に不利益を課して取引を行えば，通常，『利用して』行われた行為であると認められる」（優越的地位濫用ガイドライン第2の3）。**

**上の「利用して」は、当該行為が、当該行為者の優越的地位をいわば背景として行われることを示している。当該行為の相手方は、優越的地位にある者が行う行為だから、やむを得ず受け入れるという関係にあるからである。**

**たしかに、優越的地位にない事業者が、独禁法2条9項5項イ～ハ所定の行為（例、押付販売以下の行為類型に該当する行為）を行うこともあるかもしれない。通常は不可能であろうが、消費者の情報格差、無関心、または需給関係の逼迫等の状況を利用して行われることもあろう。**

**同様に、FB事件で、メタは、FB外の個人データとFB内の個人データを結び付け利用した行為は、他の事業者もやっていることだから、市場支配的地位と本行為の間には因果関係はない、と主張した。**

**しかし、FBの市場における地位を考えれば、ユーザーは当該行為に「同意」しないと、FBを利用できないので、やむを得ず受け入れるのであって、FBの市場地位と当該行為には密接な関連がある。小規模事業者が、消費者の情報格差、無関心、需給関係の逼迫等を利用して、同様の行為を行う場合と異なる。これは、排他条件付取引などでおなじみの非対称規制の1例である。**

**したがって、同様の行為が、優越的地位にある行為者しかできない、ということを特に立証する必要はないと考えられる。“but for test”（仮に優越的地位がなければ、当該行為はあり得ないか否か）の厳格な要求は不要ということである。**

## 6. 市場支配的地位 → 競争への悪影響（前記b）

## （1）規範的因果関係

 **（ⅰ）BGH本決定は、規範的因果関係に関しても、控訴審決定を排して、基本的に連邦カルテル庁本決定を支持したので、まず連邦カルテル庁本決定をみてみよう。**

**そこでは、従前のBGHの判例法理に依拠して次のように述べる。**

**「VBL GegenwertⅡ判決において、BGH はその判決要旨で、GWB第19条第1項の受範者[市場支配的地位にある事業者]との長期契約関係を終了することが困難になるような不当な取引条件は、通常、市場独占の濫用にあたる、と定式化した。****これは明らかに、市場支配的地位に関連して、当該取引条件の潜在的な影響を考慮している。**

**BGHは、競合他社が同様の取引条件を使用するかどうかを検討する必要はないと判断した。BGHは、代わりに、市場支配的企業との長期的な関係を解除することを困難にする条件には、追加的な市場参入障壁を構築することにより市場支配力をさらに強化する危険性が内在していることを理由に、その条件を有効と認めた」（BkartK Rn.874）。**

**（ⅱ）上の中で、「不当な取引条件は、通常、市場独占の濫用にあたる」という定式は極めて重要であり、ここでBGHは、民法の不当条項規制と競争法上の濫用規制が内容上つながっているということを明示した。いずれも、取引関係者間の力の不均等を是正しようという法趣旨によるからである。**

**しかし、「通常」という文言からも分かるように、不当条項規制と濫用規制が全く重なるわけではない。VBL GegenwertⅡ判決では、VBL GegenwertⅠ判決で、民法の不当条項規制と競争法上の濫用規制がつながるとしたことを前提に、次のように範囲を狭めている。**

**「普通約款における無効条項を使用することが、すべて市場力の濫用に当たるわけではない。濫用とされるのは特に、無効条項を締結することが市場力または大きな市場における優位性の表出（Ausfluss）である場合である。そのような場合、普通役款の使用は、契約関係の解約告知や解約を不当に困難にする。本件の被告に対する規制は、まさにそのような条項に係るものである。」（VBL GegenwertⅡ,Rn.35）。**

**本件では、被告＝連邦州年金基金（VBL）が定めた役款に基づいて、加入者が契約から離脱する場合に、不当に高い対価請求（Gegenwertforderung）をしたことが、GWB19条1項の濫用に当たるとされた。**

**ここでは、普通約款法上の「不当な取引条件」に加え、前出の「市場力の表出」（前出、Ⅳ二3.）が認められる場合、当該行為は市場に対する効果ないし影響があり、これは結果的因果関係を示したことになる、とされているのであろう。**

**連邦カルテル庁本決定は、これを受けて次のように述べる。「『表出』要件が認められる場合，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（Marktmachtbezug）を通して、カルテル法に委ねることについての十分な手がかりとなる」（BkartK Rn.872）。**

**（ⅲ）連邦カルテル庁本決定は、上を前提に、次のように述べる。**

**「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。その場合、市場支配力により、結果として競争侵害的な行為であることが証明されれば十分であり、厳格な（行為的）因果関係は要求されないが、結果としての因果関係は要求される」（BkartK Rn.873）。**

**（ⅳ）BGH本決定は、本件の規範的因果関係につき、メタによるデータ結合が、「需要者の搾取または競争者の妨害として」、「競争侵害的な効果」をもつ場合に「濫用」となると述べた（（BGH Rn.64.前出、Ⅳ一3）。BGH本決定は、さらにこれを敷衍して次のように述べる。**

**「ここで要求されている因果関係は、濫用規制の目的から決定される。濫用規制は、競争がもはや効果的にそのコントロールする機能を果たしていない市場で行使される経済力を制限することを目的としている。**

**市場支配的地位の濫用は、市場支配的事業者が有している競争によって十分に制御されていない行動余裕（＝行動余地、または行動の自由Handlungsspielräume）が第三者に負担を与えているので、規制されるべきである[ガスと電力に関するBGH判例を引用]。**

**この濫用規制の下で、消費者は、競争によって十分にコントロールされていない市場構造によって引き起こされる間接的な侵害から、またそれによる競争の侵害から、保護されるのである。**

**これは、有効かつ歪曲のない競争がその行動によって阻害されないようにするために、市場支配的事業者が負う特別の責任に基づいている」（BGH Rn.74）。**

**（ⅴ）以上みたように、BGH本決定は、濫用規制の目的が「競争がもはや効果的にそのコントロールする機能を果たしていない市場で用いられる経済力を制限すること」にあること、そして、市場支配的事業者の「競争によって十分に制御されていない行動の自由」が、第三者（取引の相手方,特に消費者を指す）の負担をもたらす、という認識に立っている。そして、そのような消費者は、濫用規制によって、「間接的な侵害から、またそれによる競争の侵害から、保護される」、という筋道において、結果の因果関係が明らかにされている。**

**ここでは、市場支配的事業者の当該行為による消費者の負担・不利益が、規制によって守られる「保護法益」であるという立場が前提になっていると思われる。これが控訴審決定との決定的な差異であろう。**

## （2）競争への悪影響

**BGH本決定は、濫用規制に関する因果関係につき、メタによるデータ結合が、「需要者の搾取または競争者の妨害として」、「競争侵害的な効果」をもつ場合に「濫用」となると述べた（前出、Ⅳ一3）。**

**本節冒頭に図示したように（Ⅳ三1）、濫用に当たるとするためには、「競争への悪影響」、あるいは、連邦カルテル庁本決定が述べるように、「結果として競争侵害的な行為であること」を明らかにする必要があることには、学説上も異論はない。**

**そして、連邦カルテル庁とBGHの本決定は、上記のように、当該行為が単に取引の相手方との関係で「不相当に不利益に取り扱う」(民法307条1項)だけでなく、市場力の「表出」でもあることを明らかにすれば足りるとした。**

**取引の相手方を「不相当に不利益に取り扱う」ことが、市場力から生じたものである場合、当該行為は行為者のデータに関する優位性をもたらし、かつ、「追加的な市場参入障壁を構築することにより市場支配力をさらに強化する危険性が内在している」から（前出、BkartK Rn.874）、「競争侵害的な効果」をもつ、というのが規範的因果関係の中身であるといえよう。したがって、連邦カルテル庁・BGHの本決定によれば、「不相当に不利益に取り扱う」と市場力の「表出」を示せば、同時に「競争侵害的な効果」も示したことになる。**

## （3）Andreas Fuchsの所説

**（ⅰ）ドイツ競争法の代表的なコンメンタールである、****Immenga/Mestmäcker[2020]では、濫用規制を定める19条は、****Fuchs,Andreasの執筆になっており、****BGH本決定が出た直後の出版なので、主として連邦カルテル庁本決定について、極めて詳細な叙述がなされている。その大筋は、本稿で明らかにした連邦カルテル庁・BGHの本決定を支持する内容であるが、最後に扱った「競争への悪影響」＝「競争侵害的な効果」については、規範的因果関係とは別に明らかにすべきである、と説く。**

**「これ[＝規範的因果関係]に加え、競争上の侵害の危険性（Gefahr eines wettbewerblichen Schadens）がなければならない。19条を適用することによって、例えば、当該行為が残された競争をさらに減少させ、または競争の再生のチャンスをつぶすことから保護すべきときなど」（Rn.214a）。**

**（ⅱ）しかし、Fuchsによれば、本決定では、「具体的な、市場関係にフォーカスした競争に関する分析がおこなわれてはないが、データ保護諸規定の侵害が、19条違反を基礎付ける十分な競争関連性を示している」（Rn.214b）。**

**「FBのような、広告で収入を得ているSNSの活動にとって、利用者の個人データの収集・利用は、決定的な競争要因(パラメーター)である。したがって、その種のデータ処理の許容性を規制するデータ保護法上の諸規範に対する競争・市場の関連性は否定できない」（Rn.214d）。**

**連邦カルテル庁とともに、他者決定の観点に焦点を合わせるとき、その違反が、一方では利用者の回避(転換)可能性が決定的に制限され、他方で、データ収集・処理についての違法な取引条件の広範な影響に配慮するという、市場支配的地位の特別の刻印が含まれている」（Rn.215）。**

**すなわち、「市場力の表出」（＝市場関連性）については、「どの程度、この要求が市場支配的地位に固有の重さに帰すべきかは不明のまま」であるが、本件のような有力SNS、プラットドーマーによる個人データの不当な処理のケースでは、連邦カルテル庁・BGHの本決定が示す規範的因果関係で十分である、と説く。**

## （4）市場支配的地位 →　行為→　結果、の規範的因果関係

**以上の検討から、少なくとも本件のような事案については、市場支配的事業者の当該行為と競争への悪影響との間を因果関係と呼ぶ必要もなく、内容的に、当該行為の違法性の判断（利益衡量による）と重なるともいえよう。**

**結局、因果関係は行為的因果関係・結果的因果関係のいずれの意味でも、特に取り出して立証すべきものではない。むしろ、本稿で検討したように、当該行為によってもたらされる情報自己決定権ないし「選択の自由」の侵害という不利益が「競争上の損害」であるとすれば、それ以外に、因果関係を論じる意味はほとんどない、と考えられる。**

**市場支配的地位 →　行為→　結果、という関連は、それぞれ結び付いていることを示すことで十分であり（これが、事実的因果関係ではなく、「規範的」因果関係と呼ばれる理由である）、それらの間の関連を個別に事実に即して取り出し、立証することは不要である。これら3つの中身を具体的に示すなかで、それらの関連が明らかにされるのである。**

**これを繰り返して述べるなら、本件のように、有力なデジタルプラットフォーム事業者が、個人データを、データ保護の価値評価に反して収集・処理することは、a.当該ユーザーの「選択の自由」ないし情報自己決定権を不当に侵害し、かつ、b.今日のデジタル経済において、当該事業者がデータ面で有利な地位を獲得し、参入障壁を不当に高める、というのが、「結果」まで示す規範的因果関係の中身であるといえよう。**

# おわりに

## 1．本件の革新的な傾向

**本件におけるデータ処理に関する規制手法ないし解釈の新構築は、デジタル大企業におけるデータ処理の重要性を考えると、いわば「内的解体」（”innere Entflechtung”）を強制するという性格を有している[[75]](#footnote-75)。本件のような、民法上の役款規制をとっかかりにして、競争法上の濫用規制を進めることは、上記の意味で企業の構造の再編成を促す方向を示している。**

**この革新的な傾向は、有力PFまたはSNSサービスに関する競争を促進する契機も含んでいるが、その成果の評価は時期尚早なのであろう。すなわち、デジタル市場における独占化の傾向に対する規制の有力な武器となるかもしれないが、他方で、本件のような事案に限った影響しか生まないおそれもある。また、利益衡量、市場力の表出、規範的因果関係、「競争侵害的な効果」など、その解釈・適用の問題について、より明確にすべき点も多い。**

**なお、BGHの本決定には、EU競争法上の濫用規制の判例を参照せよなどの記述があるが、本決定における新解釈が、どれだけEU競争法上の濫用規制にも通用するものかは筆者には不明である。ドイツ競争法もEU競争法とのハーモナイゼーションを常に意識して立法論・解釈論が展開されているが、本件は差し当たりはドイツ競争法の独自の展開としてみるべきなのであろう。**

## 2．GWB19a条との関係

**GWB第10次改正によって19a条が新設されたことによって、本件と同種の行為に対して、今後は、19a条で対処することになろう（本稿Ⅱ(1)で挙げたグーグル・個人データ事件を参照）。要件からも、そのほうが簡易、迅速に処理できるからである。**

**しかし、それで本判決の意義が失われたわけではない。むしろ、本件によって市場支配的事業者に対する濫用の解釈論的基礎が新しく形成されたことの意義は大きいといえよう。**

## 3．データ保護法制との関係

**本件については、データ保護の観点からの問題の解決というのはできなかったのかという疑問も生じる。たしかに、本稿の行為的因果関係についての叙述から明らかなように、本件のようなデータの収集・処理は、FB以外の多くのPF事業者も行っているであろう。**

**そのような中で、FBの本件行為は、第一に、消費者に対し、本件約款に同意しないとFBサービスを使えないとする（「同意を契約の履行の条件としている」場合につき、前述、Ⅱ二2（4）（ⅶ）参照）。FBの実名によるSNSサービスとして、他に類を見ないユーザーの広がりを踏まえれば、FB以外の事業者の場合と異なって、競争法上の問題として捉える意義は大きい。**

**第二に、本件行為が、FBのデータの量・質に関する力を与え、他の事業者に対する競争力を高め、あるいは潜在的競争者に対する高い参入障壁をもたらす。同時にこれは広告市場におけるFBの優位性を高めることにもなる。このような事情を勘案すれば、市場支配的事業者に対する濫用と捉えた方が事案の性格に適切に対応するものだと考えられる。**

**さらに、ドイツ民法上、約款規制として当該条項が無効になるのであればそれで足りるのではないかという疑問に対しても、上と同様の観点から、競争法上の濫用規制によって対処することの特別の意義があるといえよう。**

## 4．日本法の優越的地位濫用・私的独占との比較

**最後に、残された問題として、日本において、本件FBのデータ処理と同様の行為に対し、優越的地位の濫用または私的独占が適用できるのか、という問題がある。**

**出発点として、個人情報（個人データ）の保護を明確に基本権として位置付けるEU（GDPR）やドイツの場合と日本の場合を完全に同一視することはできないであろう[[76]](#footnote-76)。**

**憲法との関連は措くとして、日本の優越的地位濫用規制についても、特に****「消費者優越ガイドライン」は、「自己の提供するサービスを継続して利用する消費者に対して，消費者がサービスを利用するための対価として提供している個人情報等とは別に，個人情報等その他の経済上の利益を提供させること」(5エ)、等の記述がある[[77]](#footnote-77)。**

**ドイツの本件諸決定とそれに関する諸議論は、これらの日本法上の個別の解釈・適用を考える際の理論的基礎を提供しているように思われる。**

**もう1点、市場支配的地位または優越的地位にある事業者による問題行為の相手方として、事業者と消費者との間で、「選択の自由」・情報自己決定権、あるいはより具体的な要件のレベルでは「不利益」を分けて考えるかという問題があり、本件についてもこの点にふれる論考が少なからず存在する。**

**例えば、****Podszun[2020b]は、その題名が「市場アクターとしての消費者」であることに象徴される内容であり、そこでは、****BGH本決定が、連邦カルテル庁本決定を基本的に支持しながら、消費者の役割とFBを基本権に服すべきとしたという2点で新しく構成し直した、と総括する。本稿は、同論文を参考にしたが、より一般的にデジタルプラットフォームにおける消費者の法的利益については、さらに検討すべきことが多く残されていると思われる。**

# ＜文献リスト＞

## ドイツ文献

**Bunte,Hermann-Josef/Stancke,Fabian,Kartellrecht. 4. Aufl. (2022)**

**→　Bunte/Stancke[2022]**

**Goncalves/Karsten, Die Zul[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)ssigkeit der engen Bestpreisklausel , WuW2019,454 →　Goncalves/Karsten[2019]**

**Ellger, Reinhard, Konditionenmissbrauch nach §19 GWB durch Datenschutzversto[ß](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22) - Der Facebook-Fall des Bundeskartellamts , WuW2019,446 →　Ellger[2019]**

**Emmerich,Volker/Lange,Knut Werner,Kartellrecht, 16.Aufl. (2024)→**

**Emmerich/Lange[2024]**

**G[ö](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)hsl, Jan-Frederick, Das.Google-Datenverfahren - ein Verfahren mit**

**Signalwirkung, auch f[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)r den DMA, WuW 2023,659 →****G**[**ö**](http://www.wadoku.de/##)**hsl[2023]**

**Heinz,Silke,Alphabet/Google ist Anwendungsfall f[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)r neue Aufsicht uber gro8e Digitalkonzerne, WuW,2019,61 →****Heinz[2019]**

**Immenga/Mestmäcker、Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht,6.Auflage.2020 →****Immenga/Mestmäcker[2020]§19（Fuchs）**

**Immenga/Mestmäcker、Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht,7. Auflage. 2024 →　Immenga/Mestmäcker[2024]§19（Fuchs）**

**Lettl.Tobias, Kartellrecht,5.Auflage,2021 →　Lettl[2021]**

**Lohse ,Andrea, Facebook und die Verarbeitung der off-Facebook-Daten nach der DSGVO: Ein Fall f[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)r die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht? NZKart 2020, 292**

**→　Lohse[2020]**

**Meier-Beck, Peter, Grundlinien der neueren Rechtsprechung des Kartellsenates des Bundesgerichtshof, WuW 2021 Nr.12,S.686**

**→****Meier-Beck[2021]**

**Podszun, Rupprecht, The Pechstein Case: International Sports Arbitration Versus Competition Law. How the German Federal Supreme Court Set Standards for Arbitration (September 6, 2018). Available at SSRN:**[**https://ssrn.com/abstract=3246922**](https://ssrn.com/abstract%3D3246922)**or**[**http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3246922**](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3246922)**→　Podszun[2018]**

**Podszun, Rupprecht, Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers – On the Value of Autonomy for Competition (March 19, 2019). SSRN:**[**https://ssrn.com/abstract=3420692**](https://ssrn.com/abstract%3D3420692)**or**[**http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3420692**](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3420692)**→　Podszun[2019a]**

**Podszun, Rupprecht, THE FACEBOOK DECISION: FIRST THOUGHTS(2019)** [**https://www.d-kart.de/en/die-facebook-entscheidung-erste-gedanken-von-podszun/**](https://www.d-kart.de/en/die-facebook-entscheidung-erste-gedanken-von-podszun/)

**→****Podszun[2019b]****Podszun,Rupprecht, FACEBOOK CASE：The Reasoning(2020) →　Podszun[2020] →　Podszun[2020a]**

[**https://www.d-kart.de/blog/2020/08/28/facebook-case-the-reasoning/**](https://www.d-kart.de/blog/2020/08/28/facebook-case-the-reasoning/)

**Podszun,Rupprecht,Der Verbraucher als Marktakteur: Kartellrecht und Datenschutz in der „Facebook“-Entscheidung des BGH, GRUR 2020, 1268**

**→****Podszun[2020b]**

**Podszun,Rupprecht, Facebook: Next stop Europe（2021）**

[**https://www.d-kart.de/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/**](https://www.d-kart.de/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/)

**→****Podszun[2021]**

**Podszum,Rupprecht, Das Leitbild des wertgebundenen Wettbewerb WuW2024,507**

**→　Podszun[2024]**

**Schwarz,Jürgen,Verfassungsrechtlich gewahrleistete Vertragsfreiheit und ihre moglichen Grenzen durch wetbewerbsrechtliche Preiskontrolle -Anmerkungz um**

**Urteil des OLG D[ü](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)sseldorf vom 14.3.2018 in Sachen Kabelkanalanlagen -**

**→　Schwarze[2018]**

**Voges,Bernhardt,Kartellrechtsdurchsetzung in Plattformm****[ä](http://www.wadoku.de/%22%20%5Cl%20%22)rkten,WuW 2022,651(2022)**

**Weck,Thomas/Reihold,Philpp.,Der FB-Fall nach EU Recht, WuW 2021,70**

**→ Weck/Reihold[2021]**

## 日本の文献

**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]**

**石井夏生利『**[**EUデータ保護法』（勁草書房、2020**](https://www.keisoshobo.co.jp/book/b496472.html)**）→****石井夏生利[2020]**

**石上敬子「役款規制の事業者間契約における意義」損害保険研究82巻3号35頁以下（2020）→****石上敬子[2020]**

**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―ドイツ連邦カルテル庁Facebook決定をめぐる論点を手がかりに：欧州の視点から―」慶應法学43号139頁以下（2019）**

**市川芳治「欧州司法裁2023年7月4日判決の検討---ドイツカルテル庁のデータ収集制限命令を認めた事例」ジュリ1593号20頁以下（2024）→****市川芳治[2024]**

**小畑徳彦「国際スケート連盟の資格規則をEU機能条約101条違反とした欧州委員会決定」公正取引823号67頁以下（2019）→****小畑徳彦[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]**

**金井貴嗣＝川濵昇＝泉水文雄編『独占禁止法』（第6版，弘文堂，2018）→****金井貴嗣ほか（編）[2018]**

**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頁以下　→****小山剛[2015]**

**小山剛「経済的自由の環境変化と憲法学」論究ジュリ36号76頁以下（2021）→小山剛[2021]**

**實原隆史「ドイツのSNS法 オーバーブロッキングの危険性について」情報法制研究4号46頁以下(2018）→　實原隆史[2018]**

**實原隆史「ヘイトスビーチ対策としてSNS事業者に対行政費任を課す場合の法的課題」福岡大学法学論叢66巻2号247頁以下(2021）→　實原隆史[2021]**

**實原隆史「GAFAの保護利益とその限界---ドイツの議論」比較憲法学研究34号61頁以下（2022）→　實原隆史[2022]**

**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＝東條吉純「 オンラインプラットフォームにおける搾取型濫用行為規制の理論 ～フェイスブックケースを手掛かりとして」CPDP-82-J June 2021**

**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』79頁以下（2021）→　柴田潤子[2021a]**

**柴田潤子「優越的地位が強いる不均衡 契約是正に向けたアプローチ」Journalism389号11頁以下（2022）→　柴田潤子[2022]**

**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]**

**白石忠志「Facebookに対するBundeskartellamtの決定を契機とする日本法の若干の検討」EU法研究6号（2019）31頁以下**

**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）**

**鈴木秀美「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由――ドイツのSNS 対策法をめぐって」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開（上巻） 戸波江二古稀』（信山社，2017 年）577 頁以下　→　鈴木秀美[2017]**

**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]** [**曽我部真裕**](https://www.koubundou.co.jp/author/a101949.html)**＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説［第 2 版］』（弘文堂、2019）2 刷への増刷にあたっての訂正・補遺（2020）→　曽我部真裕ほか[2020]**

[**https://www.koubundou.co.jp/files/35764\_1.pdf**](https://www.koubundou.co.jp/files/35764_1.pdf)

**中野雅紀「価値・原理・統制」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開（上巻） 戸波江二古稀』（信山社，2017 年）313 頁以下　→　中野雅紀[2017]**

**滝澤紗矢子「優越的地位の濫用における因果関係--- デジタル・プラットフォーム事業者による個人データの取得・利用を中心に」東北大学・法学85巻1号1頁以下(2021)→****滝澤紗矢子****[2021]**

**畑尻剛＝工藤達郎（編）『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版部、第2版、2013）→****畑尻剛＝工藤達郎（編）[2013]**

**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」論究ジユリ18号64頁以下（2016）→　藤原静雄[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（2018）→　藤原静雄[2018]**

**舟田『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）→** **舟田『不公正な取引方法』**

**舟田「正田彬先生の人と業績を振り返る」ジュリスト1388号56-65頁（2009）→　舟田[2009]**

**舟田正之「判批：JASRAC審決取消事件＝最高裁判決平成27・4・28」民商法雑誌151巻3号309頁以下（2016）→　舟田[2016]**

**舟田＝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）→　『独占禁止法とフェアコノミー』**

**舟田「『公正な競争』と取引の自由」『独占禁止法とフェアコノミー』3頁以下→****舟田[2017a]**

**舟田「判批：NTT東日本事件＝最判平成22・12・17」経済法百選（第2版）266頁以下（2017））→　舟田[2017b]**

**舟田「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件----濫用規制と憲法・民法」法時91巻9号156頁以下(2019)　→　舟田[2019]**

**舟田「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」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』1頁以下(2021) →　舟田[2021]**

**舟田『独占禁止法の研究』（勁草書房、2021) → 舟田『独占禁止法の研究』**

**舟田『経済法総論』（有斐閣、2023）→　舟田『経済法総論』**

**舟田正之「デジタルプラットフォームとマスメディア」立教法学108号225頁以下（2023）→　舟田[2023]**

**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、トーマス[2020]**

**宮下紘『EU一般データ保護規則』（勁草書房、2018）→　宮下紘[2018]**

1. **畑尻剛＝工藤達郎（編）[2013]161頁、197頁参照。** [↑](#footnote-ref-1)
2. **ドイツの競争制限禁止法（GWB）は頻繁に改正されているが、本稿では便宜上、現行法（2025年時点）に置き直して表示する。**

**ドイツの行政裁判所法80条1項は、抗告訴訟が提起された場合につき、執行停止原則を採用しているが、明文上の根拠があれば執行不停止が可能である（同条2項）。そこで、GWB67条は、カルテル庁による処分の即時執行命令（Anordnung der sofortigen Vollziehung）を定め、これに対し、申立によって同命令の停止を請求できる、としている。** [↑](#footnote-ref-2)
3. **the Court of Justice of the European Union ( CJEU 2023) Case VI -Kart1 /19 (V) ; EuGH, Urteil vom 04.07.2023-C-252/21, Meta Platforms, WuW 2023,416、これについては参照、伊永大輔[2020]、市川芳治[2024]。** [↑](#footnote-ref-3)
4. **連邦カルテル庁報道発表。****<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2024/10_10_2024_Facebook.html?nn=48916>** [↑](#footnote-ref-4)
5. **参照、Das Bundeskartellamt Jahresbericht****2023/24 S.39. 前注の報道発表において、****連邦カルテル庁の長官Andreas Mundtは、大要次のような談話を公表した。**

**2019年のBKA決定は、今日でもgroundbreakingたり得る。メタは、ユーザーのデータの扱いにつき重要な変化を行った。データの量およびリンクを、それがFBによって得られたものであっても、制限する。これは、インスタグラムや他のウエッブのサービスにも適用される。メタは、ユーザーの明確な同意があった場合のみ、データを結合することができる。しかし、それは現行のFBの条件のもとでは不可能である。今回の変更によって、FBのデータの結合についてのオプションが改善される。** [↑](#footnote-ref-5)
6. [**https://www.fachanwalt.de/ratgeber/abschluss-des-facebook-verfahrens-neue-perspektiven-fuer-datenschutz-und-nutzerkontrolle**](https://www.fachanwalt.de/ratgeber/abschluss-des-facebook-verfahrens-neue-perspektiven-fuer-datenschutz-und-nutzerkontrolle) [↑](#footnote-ref-6)
7. **BKartA,Beschl.v.05.10.2023, B7-70/21 – “Google Datenverfahren”.本件につき参照、Heinz[2019].　本確約は、GWB19a条2項4号の基礎になっている、連邦カルテル庁がFB事件で編み出した新しい損害理論（Schadenstheorie）の最初の展開を示している、と説く者がある。G**[**ö**](http://www.wadoku.de/##)**hsl[2023] S.661.** [↑](#footnote-ref-7)
8. **連邦カルテル庁press release 2020年12月10日、連邦カルテル庁年次報告2022/23, S.39** [↑](#footnote-ref-8)
9. **以上については、Podszun[2020]を参照。** [↑](#footnote-ref-9)
10. **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、JASRAC事件＝最判平成27・4・28民集69巻3号518頁。舟田[2016]、舟田[2017b]参照。** [↑](#footnote-ref-10)
11. **本款で述べることについては、私の旧稿、および、舟田『経済法総論』453頁以下を参照。** [↑](#footnote-ref-11)
12. **BGHの従前の判例とは、次の3件を指す。VBL-GegenwertⅠ****事件＝BGH, Urtl. v.06.11.2013 KZR 58/11,BGHZ 199,1；VBL-GegenwertⅡ事件＝BGH,Urtl.v.24.01.2017 KZR 47/14；Pechstein事件＝BGH, Urtl. v.07.06.2016 - KZR 6/15；BGH 9.11.1987,Az.KZR 6/15, BGH210,292.**

**VBL-GegenwertⅠ,Ⅱ事件については、鈴木孝之[2019]47頁注26参照。Pechstein事件は複雑な経緯を辿ったが、同じ案件で、EU委員会が国際スケート連盟の資格規則をEU機能条約101条違反とした事件につき、小畑徳彦[2019]参照。なお、滝澤紗矢子[2021]は、このAusflussに「発現」という訳をあてている。** [↑](#footnote-ref-12)
13. **Meier-Beck[2021]S.691は、この引用箇所を引いて重要視している。** [↑](#footnote-ref-13)
14. **Ellger[2019] S.450. 同様の趣旨を、Podszun[2020b]S.1270.は、次のように述べる。「連邦カルテル庁は、不相当なデータ収集処理を濫用とし、その際、（民法307条における---舟田注）不相当性をベンチマークとして****GDPRの諸規定に違反することに関連付けた」。「そこでは、****不当高価格の準・等価物という認識があり、ベンチマークとしての想定競争（Als-ob-Wettbewerb）でなく、法的状況（Rechtslage）を用いた」。** [↑](#footnote-ref-14)
15. **舟田[2019]、舟田[2021]参照。** [↑](#footnote-ref-15)
16. **初期の論者として、ニッパーダイについて『経済法総論』204頁以下、ベームについて『経済法総論』277頁以下（これらでは「秩序諸原則」と訳した）を参照。** [↑](#footnote-ref-16)
17. **成果規制については、『経済法総論』474頁以下参照。** [↑](#footnote-ref-17)
18. **このような濫用規制の背景ないし経緯におけるドイツと日本の違いは、（故）正田彬が繰り返し指摘していた。ドイツでは民法等の一般的ルールが濫用規制を担っている部分があるのに、これがない日本の独占禁止法は、単独でより多くを背負わなければならないのである（舟田[2009]参照）。** [↑](#footnote-ref-18)
19. **舟田『経済法総論』397頁以下を参照。** [↑](#footnote-ref-19)
20. **自己決定権については、舟田『経済法総論』249頁以下等を参照。** [↑](#footnote-ref-20)
21. **舟田『経済法総論』409頁。** [↑](#footnote-ref-21)
22. **舟田『経済法総論』205頁。** [↑](#footnote-ref-22)
23. **Podszun[2020b]S.1272は、BGH本判決の議論を、「想定競争の考え方を弱めて応用」（in abgeschwächter Anlehnung an die Idee des Als-ob-Wettbewerbs）と表現する。** [↑](#footnote-ref-23)
24. **BGH本判決は、他の箇所でも「競争類似」か否かという基準で説いている。例えば、「押し付けられたサービス拡大が、有効競争では想定されないような、消費者の不利益につながる市場結果をもたらす----場合、因果関係は否定できない。」（BGH Rn.65）**

**同様のことをLegner[2025]S.213は、BGH 本判決の要旨として次のように述べる。**

**「問題になっている利用条件は、反競争的な市場成果をもたらすことに疑いはない。何故なら、それは仮に機能的な競争の下であればあり得ないからである。------これに対し、仮に機能的な競争の下であれば、ユーザーの選好を反映する代替的供給があることを期待できるだろう」.** [↑](#footnote-ref-24)
25. **舟田『独占禁止法の研究』375頁。** [↑](#footnote-ref-25)
26. **Podszun[2020b]S.1272** [↑](#footnote-ref-26)
27. **前記、Ⅳ二.1(3)参照。普通取引約款法（AGBG）については、舟田[2019]、舟田[2021]、舟田『経済法総論』465頁以下参照（注137等で文献を挙げている）。** [↑](#footnote-ref-27)
28. **石上敬子[2020]によると、特に事業者間取引にも消費者取引と同様の保護ガイドラインなされていることにつき学説・弁護士等から厳し過ぎるとの意見が多くなり、ドイツの事業者間契約規制が国際的に見ても厳格なものとなっていたことによる「ドイツ法からの逃避」が指摘されている。しかし裁判例は変わらず、「改正必要論と不要論・慎重論は拮抗しているようにみえる」、とのことである（57頁）。しかし、本FB事件は消費者取引が中心であることを踏まえると、同法の立法目的の核心は，不当条項規制を通じた《最終消費者の保護》にあったこと、また、その後のEU指令を受けて、消費者取引については同条項に加え、さらに厳しい規制がなされていることが重要である(35頁、40頁)。** [↑](#footnote-ref-28)
29. **影響（＝放射効Ausstrahlungswirkung）とは、私人間における基本権の第三者効力を認める際に以前から用いられてきた用語である。** [↑](#footnote-ref-29)
30. **Meier-Beck[2021]S.691f.そこでは、BGH,Rn.97－124を参照とある。** [↑](#footnote-ref-30)
31. **この点についてのBGHの判示については、BGH Rn.121を参照。** [↑](#footnote-ref-31)
32. **BGH Rn.58.この点は、Meier-Beck[2021]S.691も指摘している。** [↑](#footnote-ref-32)
33. **以下については、泉眞樹子[2018]を参照。** [↑](#footnote-ref-33)
34. **連邦のデータ保護法の2001改正において、「行動規範の実定法への適合性を行政機関が審査する」仕組みが導入された（寺田麻佑[2017]175頁以下）。これはEUデータ保護法とのハーモナイゼーションを担保する効果を有する。** [↑](#footnote-ref-34)
35. **以下については、Buchner[2006]、K**[**ü**](http://www.wadoku.de/##)**hling/Seidel/Sivridis[2011]、Tinnefeld/Buchner/Petri[2012]等を参照した。** [↑](#footnote-ref-35)
36. **BVerfG v. 15.01.1970, BVcrfGE 27,344,350; BVerfG v. 18.01.1973, BVcrfGE 34,205 f.** [↑](#footnote-ref-36)
37. **BverG v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1(本判決については、****舟田[2019]、舟田[2021]でふれた)。** [↑](#footnote-ref-37)
38. **BVerG v.27.02.2008, BVerfGE 120,274 ff.** [↑](#footnote-ref-38)
39. **石井夏生利[2017]69頁。石井夏生利[2019]34頁以下、石井夏生利[2020]34頁、49頁以下、宮下紘[2018]56頁以下等をも参照。** [↑](#footnote-ref-39)
40. **補足説明（Erwägungsgrund）は、「補完的理由」と訳すべきか。石井夏生利[2020]等では「前文」と訳されている。なお、本稿では、GDPRについては、主に石井夏生利[2017]、石井夏生利[2019]、石井夏生利[2020]を参考にした。** [↑](#footnote-ref-40)
41. **Podszun[2020b]S.1270.** [↑](#footnote-ref-41)
42. **デュッセルドルフ上級裁判所決定、S.17 、S.26等を参照。** [↑](#footnote-ref-42)
43. **伊永大輔[2020]63頁，65頁** [↑](#footnote-ref-43)
44. **伊永大輔[2020]67頁。** [↑](#footnote-ref-44)
45. **原文は、verstößt gegen europäische Datenschutzwertungen nach der DSGVO. 同様の用語法は以下の箇所でも用いられている。「これまでのBGHの判例に基づき，FBのデータ処理条件が、市場力の表出として、DGPRの価値評価（Wertung）に反する場合、最終消費者の保護をも含む19条1項に基づき濫用に当たるとすべきである(BKartA,Rn.525)」。**

**「GDPRに基礎付けられているデータ保護法の評価は、市場支配的事業者のデータ処理条件の相当性を判断する基準として適切である。特に、それ（データ保護法の価値評価）は、上位の憲法規範である基本権の保障を具体化するものとして、必ず考慮しなければならない(BKartA Rn.526)」。** [↑](#footnote-ref-45)
46. **Podszunの最新作、Podszun[2024]＝「価値に導かれる競争という指導像」(Das Leitbild des wertgebundenen Wettbewerbs. または、「価値に基づく競争という指導的理念」。英訳は、The concept of value-driven competitio)は、まさに競争経済の価値（Wert）の下で、競争法を再構成しようとする。**

**「この例（****フェイスブック事件---舟田）は、競争法がいかに価値決定(Wertentscheidungen)に依存しているかを示している。」S.507**

**「競争法は、経済における力の行使を抑止・制限するという政治的な考え方に基づく。競争法は私的権力を制限する法律だからである。競争法の使命は、力の増大を防ぎ、力の濫用を防止し、競争という「精神の最も偉大で最も独創的な、力に対抗する手段」(フランツ・ベーム)を活性化することである」。S.507**

**「****競争法は、市場経済における憲法秩序の基本的権利と価値が優先されるように、経済力を抑制しなければならない。これが価値に基づく競争という概念(Das Konzept des wertgebundenen Wettbewerbs)である」。S.509** [↑](#footnote-ref-46)
47. **法律（Gesetz）上の規定(Vorschrift)と「価値評価」の関係については、例えば、次のような法(Rech)の理解を参照。「法は、法理念・法的価値を実現するために、一つの法秩序として存在している。すなわち、****法秩序は、正義(Recht ; Gerechtigkeit)を現実の世界に実現すべきものとして、****価値秩序(Wertordnung)としての性格を本質としている。そもそも、『法は、正当(gerecht)であろうと欲し、それは、たんなる合目的(zweckmäßig)以上のものである』」（舟田『経済法総論』25頁）。**

# これは、法哲学上の議論であるが、実定法上の議論として、戦後のボン基本法は、ナチス・ドイツの反省から、同法1条1項の「人間の尊厳」条項をはじめとする、一定の「価値決定」を含むとされ、かつ、それを「尊重し、および保護することは、すべての国家権力の義務である」(同項)という規定に象徴されているような、「価値被拘束性」が説かれる。その具体的展開として、「国家の基本権保護義務」の発端とされる、著名なリュート判決は、基本権は国家に対する防御権であるにとどまらず、「客観的価値秩序」あるいは「価値体系」を包摂している、と判示した（舟田『経済法総論』227頁。「価値秩序」に関する諸議論の対立・展開につき、例えば最近の研究業績として、中野雅紀[2017]を参照）。本文における、BGH本決定の「データ保護の価値評価に反する」という言い回しは、上記のような法(特に基本権)と価値の関係に関する議論を踏まえて理解すべきであろう。

 [↑](#footnote-ref-47)
48. **Immenga/Mestmäcker[2020]§19（Fuchs）§19,Rn.66a** [↑](#footnote-ref-48)
49. **Weck/Reihold [2021]** **S.76.** [↑](#footnote-ref-49)
50. **舟田『経済法総論』414頁以下、453頁以下参照。** [↑](#footnote-ref-50)
51. **Meier-Beck[2021]S.691.** [↑](#footnote-ref-51)
52. **「補足理由」**[**https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-43/**](https://dsgvo-gesetz.de/erwaegungsgruende/nr-43/)**なお、ここでは、「この章は、非公式な叙述である」と断りがある。** [↑](#footnote-ref-52)
53. **Ellger[2019]S.451.** [↑](#footnote-ref-53)
54. **BGH 6.11.2013 WuW/E DE-R 4037,4046f.“VBL Gegenwert Ⅰ". Immenga/Mestmäcker[2020]§19（Fuchs）Rn.66aその他各所。** [↑](#footnote-ref-54)
55. ##  Immenga/Mestmäcker[2020] §19,Rn.60,Rn.66a,Rn.211e,Rn.214b（Fuchs）.

 [↑](#footnote-ref-55)
56. **BGH,Urtl.v.06.11.2013,Rn.66.参照、Bunte/Stancke[2022] §19 Rn.70.** [↑](#footnote-ref-56)
57. **Podszun[2020b]S.1268. また、Podszun[2024]S.508,511でも、「新たな損害理論が開発された」と述べる。** [↑](#footnote-ref-57)
58. **以下は、Podszun[2020b]S.1268の論旨をまとめたものである。** [↑](#footnote-ref-58)
59. **Podszun[2024]1268頁** [↑](#footnote-ref-59)
60. **Podszun[2019a]** [↑](#footnote-ref-60)
61. **Podszun[2020b]S.1268** [↑](#footnote-ref-61)
62. **Weck/Reihold [2021] S.76** [↑](#footnote-ref-62)
63. **Ellger[2019]S.450.また、Emmerich/Lange[2024]Rn.41 も、「条件濫用のケースで、19条2項2号に拠らずに、19条1項の一般条項に立ち戻ることを妨げるものはない」とする。** [↑](#footnote-ref-63)
64. **BGH,Rn.81、Meier-Beck[2021]S.691. Immenga/Mestmäcker[2024]§19（Fuchs）Rn.215bでは、「ハイブリッドの市場力濫用」と表現されている。** [↑](#footnote-ref-64)
65. **Podszun[2020b]S.1271.** [↑](#footnote-ref-65)
66. **Emmerich/Lange[2024]§26a Rn.2** [↑](#footnote-ref-66)
67. **Immenga/Mestmäcker[2020]****§19（Fuchs）Rn.72** [↑](#footnote-ref-67)
68. ##  Emmerich/Lange[2024]§26a Rn.2. 同様に、Bunte/Stancke[2022]§19,Rn.68は、「市場支配力は、受範者の市場行為による反競争的な結果に対してのみ因果関係がなければならない」とし、これが結果的因果関係のことだとする。

 [↑](#footnote-ref-68)
69. **競争への悪影響について、連邦カルテル庁決定Rn.871参照。BGHの決定）では、結果Ergebnis、競争への否定的効果der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb（Rn.96）などと表現される。** [↑](#footnote-ref-69)
70. **規範的因果関係と結果的因果関係を分ける見解もあるが（島村健太郎[2019]743頁以下参照）、連邦カルテル庁・BGHの本決定や多くの学説は区別せず用いている。** [↑](#footnote-ref-70)
71. **Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 19/23492(19.10.2020), S.71.** [↑](#footnote-ref-71)
72. **なお、ここで搾取的濫用の目的として、取引の相手方の保護、特に「他者決定」からの保護を挙げていることは、より一般的な「力の濫用」規制における、「自己決定」と「他者決定」という基本的視点から強く支持したい。舟田『経済法総論』262頁以下、486頁以下等を参照。** [↑](#footnote-ref-72)
73. **控訴裁判所決定の要約をしているBGH Rn.8、9を参照。** [↑](#footnote-ref-73)
74. **舟田[2021]24頁参照。** [↑](#footnote-ref-74)
75. **Immenga/Mestmäcker[2020] §19（Fuchs）Rn.211b.** [↑](#footnote-ref-75)
76. **藤原静雄[2016]、藤原静雄[2018]、小山剛[2015] 322頁以下、石井夏生利[2020]特に353頁以下、357頁等を参照。** [↑](#footnote-ref-76)
77. #  公取委「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（2019）。同ガイドラインには、本文で挙げた他、注17に、「消費者から取得した『個人情報以外の個人に関する情報』と他の情報を照合して個人情報とさせ----」、との記述もある。

 [↑](#footnote-ref-77)