

## ドイツおよびEUにおけるインターネット・プライバシーの自主規制

Alexander Roßnagel / Gerrit Hornung

カッセル大学

訳：三瀬朋子

東京大学大学院法学政治学研究科

2007年6月

# ドイツおよびEUにおけるインターネット・プライバシーの自主規制

Alexander Roßnagel / Gerrit Hornung<sup>\*</sup> (三瀬朋子訳)

## 翻訳の経緯

2007年1月18日と19日の2日間、ソウルの成均館大学法学部でSelf-Regulation of the Data Protection in U.S.A., Germany, Japan and Korea(韓・米・独・日における情報保護の自主規制)という国際シンポジウムが開催された。私は、日本の個人情報保護法とその下での自主規制や医療情報の問題について報告したが、ドイツからはカッセル大学副学長のロスナーゲル教授がドイツおよびEUの状況について講演された。その内容は、彼の地での情報保護法制の経験を踏まえて、ソフト・ローの基礎理論と分析に深く関わるものであり、わが国にも紹介すべきだと考えた。講演はドイツ語でなされたが、教授は英語による草稿も用意されていた。そこで、この英文版を、教授の許可を得た上で、COEプログラム「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」拠点形成特任研究員の三瀬朋子氏に訳していただいたのが、下記の文章である。

東京大学大学院法学政治学研究科教授 樋口範雄

## I. イントロダクション

情報に関する法的規制において、自主規制(Self-Regulation)は基本的な軸となる要素である。とりわけプライバシー(ドイツ連邦憲法裁判所(*Bundesverfassungsgericht*)の表現を用いれば「情報に関する自己決定」)を保護するためのルール作りの際、特に重要である。自主規制は自由を表現すると同時に、正義を実現するのに適切な手法でもある。自主規制という手法があるおかげで、経済界は各業界や企業に特有の必要性に応じて適切な規則を迅速に策定することができる。ひとたび自主規制が広く認められると、世界中の情報処理を単純化することができる。さらに、自主規制は、政府による規制と規制対象者が協同する可能性を開き、そのような領域では、情報処理者自身が十分なレベルの情報保護体制を採っているとの理由から、政府はこの問題に直接関与しないことも可能になる。

自主規制がますます重要となっている背景には、次のような経験的事実がある。高度に複雑で技術革新の影響を受け非常に変化の激しい世界においては、政府単独で包

---

<sup>\*</sup> *Alexander Roßnagel* 教授はカッセル大学の副学長であるとともに、同大学で技術と環境に関わる法を中心とした公法の教授、同大学での研究プロジェクト「憲法にかなった技術発展と法」の代表、ザールブリュッケンにあるヨーロッパ・メディア法研究所の科学部門部長でもある。*Gerrit Hornung* 博士は、カッセル大学の研究プロジェクト「憲法にかなった技術発展と法」科学部門のマネージャーである。

括的に情報保護を担うことはできない<sup>1</sup>。とりわけインターネットに関してはそのように言える<sup>2</sup>。これらの状況下では、政治の階層的概念、すなわち国家(the state)が唯一の決定機関であるという考え方はもはや適切ではない。この概念とは対照的に、政府は複数のプレイヤーの中のひとつに過ぎないのであり、よりよい規制体制の確立を目指して他のプレイヤーと協同していかなければならないのである<sup>3</sup>。情報保護法の分野においては、規制は、関連する技術の発展や高度に複合なシステムおよび多数の応用に遅れないよう柔軟な対応をしなければならない。したがって、それが正当とされる限りで立法者は詳細な情報保護条項の策定に関し謙抑的態度を取り、個々の情報保護の問題については規制対象者による自主規制に任せることが望ましいと思われる。

情報保護法はきわめて広範な課題を提示するため、議会は最も基本的な事柄を定めるだけで精一杯である。そこで、制定法の規定をより妥当なものとし、かつ改善していく手法として、自主規制が重要な戦略となっている。この目的のためには、立法者はより詳細な規制を差し控えて、制定法の抽象的規定を具体化する任務は自主規制に任せる必要がある。この手法を採れば、制定法の数は減少し、情報保護法は単純化され、議会は規制する負担から解放されるはずである。だが、議会が自らの役割を基本原則の設定に限定しない限り、それは不可能となる。

このような洞察にもかかわらず、ヨーロッパ（特にドイツ）における自主規制はアメリカや日本におけると同様の役割を果たしていない。そうなった理由を以下で説明する。その際、自主規制(self-regulation)と自己管理(self-control)を区別することで自主規制の概念について論じ、自主規制をその利点とリスクの観点から評価する(II)。その上で、ヨーロッパ(III)とドイツ(IV)における法の詳細を示す。しかる後に、ヨーロッパとドイツにおける自主規制の例を説明しそれらの評価につき述べ(V)、最後に、自主規制の将来につき展望する(VI)。

## II. 自主規制の概念

自主規制とは、ルールを定めるひとつの手法である。これはルールを実施する形態のひとつである自己管理とは区別されてきた。自主規制は、その意図によっては、法的秩序の中で異なる目的を目指すことが可能であり、それによって自主規制のモデル

---

<sup>1</sup> さらに参照、*Roßnagel*, *Konzepte der Selbstregulierung*, in: *Roßnagel* (Ed.), *Handbuch Datenschutzrecht*, 2003, ch. 3.6; *Roßnagel*, *Konzepte des Selbst Datenschutzes*, in: *ibid.*, ch. 3.4, para. 17 et seq.; *Roßnagel*, *Globale Datennetze: Ohnmacht des Staates – Selbstschutz der Bürger*, *ZRP* 1997, 26; *Trute*, *Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung*, *VVDStRL* 57 (1998), 262; *Heil*, *Datenschutz durch Selbstregulierung – Der europäische Ansatz*, *DuD* 2001, 129; *Karstedt-Meierrieks*, *Selbstregulierung des Datenschutzes – Alibi oder Chance?*, *DuD* 2001, 287; *Bizer*, *Gateway: Selbstregulierung des Datenschutzes*, *DuD* 2001, 168; *Weichert*, *Regulierte Selbstregulierung – Plädoyer für eine etwas andere Datenschutzaufsicht*, *RDV* 2005, 1 et seq.; *Büllesbach*, *Selbstregulierung im Datenschutz*, *RDV* 2005, 13 et seq.

<sup>2</sup> インターネットにおける自主規制の一般的な問題については参照、*Caral*, *Lessons From ICANN: Is Self-Regulation of the Internet Fundamentally Flawed?*, *IJL&IT* 2004, 1 et seq.

<sup>3</sup> メディア分野については参照、*Ukrow*, *Die Selbstkontrolle im Medienbereich in Europa*, 2000, 9 et seq., 環境分野については参照、*Faber*, *Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht*, 2001, 1

も違ってくる。自主規制には特有の利点とリスクがあり、その結果を予測する際それらを考慮に入れる必要がある。

## 1. 自主規制と自己管理

自主規制とは、国家によってではなくその規制の対象者自身によって規則が設定されるという規制形態である<sup>4</sup>。これとは対照的に、自己管理とは、(制定法または自主規制による)ルールが規制対象者の側の自主的な管理によって実施されることだけを主として指す概念である<sup>5</sup>。一例を挙げれば、企業や政府機関に情報保護担当者を置くことや<sup>6</sup>、情報保護監査や製品認可の手続きが定められていることも自己管理システムのひとつと呼ぶことができる<sup>7</sup>。

ドイツにおける情報保護監査とプライバシー・シールに関する最初の制定法は、シュレスヴィヒ・ホルスタイン州で制定された<sup>8</sup>。この法律では、情報保護の概念やシステム、申請者からの手続きは公式的な手続きで評価される。2006年末までに、民間製品のため36種類のプライバシー・シールが認可され、地方行政機関のさまざまな部局のため16の監査手続きが定められた。

## 2. 自主規制と国家法

自主規制は規制緩和を目指すものではなく、誰が規制の舵を取るかに焦点を置くものである。異なる主体によって規則の策定をすべきであるとするのであり、統治機構の手続きを通して国家が策定するのではなく、規制対象者自身またはその団体が自己決定の形で策定すべきだというものである<sup>9</sup>。

このような「自主規制」が「法秩序」との間でいかなる関係に立つのかという疑問から基本的な問題が生ずる。両者の関係としては次の3つのタイプが考えられる。第1のモデルでは、両システムは相互に全く自律的なものと見る。このモデルでは、自主規制の結果は制定法の規定に対し直接的な影響力を何ら持たない、拘束力のない自主的宣言(self-commitments)である。第2のモデルは、自主規制ルールが制定法の規定に自ら取って代わることを主張し、制定法の規定の脱法を試みさえするものである。3番目のモデルでは、法律による規範と自主規制によって策定された規定が協力的関係にあるとする<sup>10</sup>。

---

<sup>4</sup> 規制対象が行動規準の実体的内容について決めるため、国家は立法する負担を軽減される。

<sup>5</sup> これは、国家の行政と司法の機能を果たす負担を軽減する。

<sup>6</sup> 参照、*Königshofen*, Betriebliche Datenschutzbeauftragte; *Abel*, Behördliche Datenschutzbeauftragte, both in: *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, ch. 5.5, 5.6.

<sup>7</sup> 詳しくは参照、*Roßnagel*, Datenschutzaudit, in: *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht, 2003, ch. 3.7, para. 63 et seq. 情報保護監査という概念は、自主規制の様相を含意している。参照、同上 para. 81 et seq.

<sup>8</sup> 参照、<http://www.datenschutzzentrum.de/audit/index.htm>; *Weichert*, RDV 2005 (above n. 1), 3 et seq.

<sup>9</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow* 2000 (above n. 3), 23.

<sup>10</sup> *Hoffmann-Riem* による類似の分類として参照、*Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Ed.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, 300 et seq.

## a) 拘束力のない自主的宣言 —第1モデル

何らかの折りによき行動をとることを誓うのは誰にでもできるし、またそうすべき場合がある。情報保護法の分野では、自発的にプライバシー保護の声明を出すことがその例となる。しかし、そのような誓約は、せいぜいで一般的な拘束力もなく実効性を確保する効率的システムも持たない自主的宣言である。これらの非拘束的宣言は、情報保護問題に対する意識向上のためには非常に重要であり、また情報保護法の実施を促進する。ただし、この第1のモデルでは、国家の領域と社会の領域とが厳密に分離されている。国家は拘束力のある法を制定する。それと同時に、社会のプレイヤーもそれぞれの分野で行動規準(rules of conduct)を策定するが、それらの規準は厳密に言って法律とは無関係である<sup>11</sup>。法律要件は、政府の法実施メカニズムによってのみ実行される。これとは対照的に、非拘束的規制はそのようなメカニズムに依存することができない。さらに、それぞれの規定の策定に関するルールも同様に別個のものである。行動規準は法的手続きに対して何の影響力も持たず、また制定法の規定も（会社法を例外とすれば）非拘束的宣言の策定手続きを何も定めることがない。

このような民間組織による拘束力のない宣言という形態が存在しているのは、市場の不十分な部分を民間主導で補おうとする試みの場合がある。行動規準が遵守されるなら、国家にとっても利益となる。なぜなら国家の規制機能を単純化し、さらには無くしてしまうことさえ可能となるからである。したがって、この種の自主規制を促進することには利益がある。ただし、立法者は、非拘束的な行動規準が出現して国が対処する必要のあるすべての情報保護問題を解決する、という単純な希望をあてにはできない。このモデルでは、すべての対象者がこれらの自ら定めた規定を受け入れ、受け入れた人々が実際にそれらに従って行動するという保証はない。結局のところ、非拘束的自主規制には、すべての対象者がそれにコミットし、実効性のある信頼できる実現メカニズムが欠けている。

## b) 制定法による規制の代替としての自主規制—第2モデル

制定法の規定にただ拘束されることを嫌う場合、自らルールを確立する必要がある。そこで各種の団体や企業は国家法の適用を回避しそれにとって代わるための自主規制ルールの策定を考える<sup>12</sup>。この第2モデルでは、制定法と自主的に策定されたルールは互いに競合する関係にある。ただし、自主規制ルールが制定法のルールにとって代わろうとするなら、それらは後者が備えているすべての機能を代替できるものでなければならない。立法的な機能だけでなく、行政や司法の機能まで備えなければならないことになる<sup>13</sup>。そこで、さまざまな団体は、自主規制の対象範囲を特定して会員

---

<sup>11</sup> 詳しくは参照、*Rofnagel, Konzepte der Selbstregulierung* (above n. 1), para. 39 et seqq. 例外については参照、同上 para. 40.

<sup>12</sup> たとえば参照、*Swire, Markets, Self-Regulation, and Government Enforcement in the Protection of Personal Information*, in: U.S. Department of Commerce (Ed.), *Privacy and Self-Regulation in the Information Age*, 1997.

<sup>13</sup> たとえば参照、*Swire 1997* (above n. 12); *Perritt, Regulatory Models for Protecting Privacy in the Internet*, in: U.S. Department of Commerce (Ed.), *Privacy and Self-Regulation in the Information Age*, 1997.

制や契約制度を設け、代表制によるルール定立機関や透明性のある手続規定を提示し、それらの実施をコントロールする体制を組織し、不服申し立てに対応する機関を整備して、政府によらずに実効性を担保する道を模索している<sup>14</sup>。この中で最も困難なものは、当該行動規準への違反を処罰する強制力のあるしくみを設けることだと思われる。通常、民間団体は単に違反者の除名処分という手段に頼るしかない<sup>15</sup>。ところが、除名処分が他の会員への抑止力となるのは、会員資格がなんらかの大きな利点とつながっている場合に限られるからである<sup>16</sup>。

制定法の回避や代替が可能になるのは、これらの行動基準が厳密に実施される場合だけであるのは明らかである。この場合には、情報保護政策として欠陥はもはや存在せず、それ以上の規制の必要もない。この目的のためには、行動規準は一般的な拘束力を持つ必要がある。同じ理由で、効率的な執行手続きであるためには、国家法の情報保護規定に従った形でそのルールを遵守することを対象者に強制しなければならない。だが、これらの条件は現実には満たされていないことが多い。通常、自主規制団体はその対象者全員を捕捉するに足るほどに代表的性格を有しておらず、違反行為を罰してルールに実効性を持たせることができるほどの権限も持っていない。

### c) 共同規制 (Co-Regulation) — 第 3 モデル

前述の欠点を回避しつつ法的規制と社会的規制双方の利点を組み合わせることはいかにして可能だろうか？ 共同規制は、活動を社会的に分担することによってこれを達成する試みである。すなわち、自主規制と国家による干渉は協力し合わなければならない。他の法分野におけると同様、国家は情報保護の分野における自らの責任のうち一定部分を返上し、規制対象者による自主規制にそれらを委ねる。このモデルでは、制定法の規定は一般的な原則やガイドラインのみに限定され、具体的な情報保護義務は自主規制に委譲される<sup>17</sup>。ただし、そのような自主規制は直接の対象者だけでなく、第三者および社会全体の利益にも影響を与えることへの配慮はなされる。したがって、国家は「ゲームの規則」を定め、かつその実施をコントロールする権利を留保している<sup>18</sup>。

「コントロールを受けた自主規制」というこの形式においては、国家は単に手続きに関するルールをコントロールし、規制対象者の行動に影響を与えるための実体的要件を定めるだけではない。むしろ、国家は民間が自発的に主導して活動することを公

---

<sup>14</sup> *Roßnagel* によるオンライン・プライバシー協会の例は以下で参照されたい。 *Konzepte der Selbstregulierung* (above n. 1), para. 74. さらにたとえば参照、*Swire* 1997 (above n. 12); *Perritt* 1997 (above n. 13).

<sup>15</sup> 他の可能性としては、契約上の制裁や保証金の設定などがある。たとえば参照、*Spindler, Sicherheit im E-Commerce = Rechtssicherheit*, in: *Müller/Reichenbach* (Hrsg.), *Sicherheitskonzepte für das Internet*, 2001, 167.

<sup>16</sup> たとえば、自己に規制による情報保護規定を守っていることを示すドメイン名を配布するという手法があり得る。参照、*Perritt* 1997 (above n. 13).

<sup>17</sup> たとえば参照、*Karstedt-Meierrieks, DuD* 2001 (above n. 1), 287.

<sup>18</sup> さらに参照、*Roßnagel, ZRP* 1997 (above n. 1), 30; *Heil, DuD* 2001 (above n. 1), 134.

的・目的への貢献として奨励する<sup>19</sup>。その際、国家は実際に現場で活動する人たちの知識や関連する実務上の問題に彼らが精通していることから利益を得る。逆に、そのような共同作業によって、現場を知る人たちは、自ら拘束力のある規則を策定し、かつそれらの規則を実施する法的な執行メカニズムに頼ることのできる立場を得ることができる。

### 3. 利点とリスク

ヨーロッパとドイツについて述べれば、先に述べた3種類の自主規制モデルがすべて存在している。だが、3つの中でも、共同規制のモデルが最も利点が大きく、かつリスクが少ないために最も頻繁に採用されている。ただし、このモデルも、その利点をさらに強化しリスクを最小化する必要がある。

#### a) 自主規制の利点

自主規制にどのような利点があるかは明白である。それらの利点のうち最も重要な要素の一部を以下で列挙する。

- 法と比較して、自主規制の方が、規制対象者に規範として速やかに受け入れられる可能性がある。「機能的正統性（実際にうまく機能することから生まれる正統性）」(functional legitimacy)というこの利点<sup>20</sup>は、それぞれの商業分野における専門的な情報保護基準の策定を促し<sup>21</sup>、ひいてはそれらの分野や団体の評判を向上させるばかりでなく、社会全体の経済への信頼を生み出す。そのことが自己規制ルールの遵守（コンプライアンス）のレベルをさらに向上させる<sup>22</sup>。
- さらに、自主規制はその他利害関係者にとっても、より受け入れやすい。なぜなら、彼らの代表者がこれらの規則策定手続きに参加し、情報処理担当者と直接交渉することができる可能性があるからである<sup>23</sup>。保険やダイレクト・マーケティングの分野は、この利点を生かした例である<sup>24</sup>。
- 別の利点として、専門知識その他の関連する情報を生かすことができる点が増えられる<sup>25</sup>。たとえば、それらの知識や情報は、実務にたずさわる情報保護担

---

<sup>19</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow* 2000 (above n. 3), 27。環境分野についてはたとえば参照、*Faber* 2001 (above n. 3), 63 et seqq.

<sup>20</sup> たとえば参照、*Ritter*, *Der kooperative Staat*, AöR 1979, 411; *Ukrow* 2000 (above n. 3), 14.

<sup>21</sup> 詳しくは参照、*Swire* 1997 (above n. 12).

<sup>22</sup> 参照、*Swire* 1997 (above n. 12).

<sup>23</sup> たとえば参照、*Heil*, *DuD* 2001 (above n. 1), 132; *Fuhrmann*, *Vertrauen im Electronic Commerce*, 2001, 146, 216.

<sup>24</sup> これについてはたとえば参照、*Walz*, *Selbstkontrolle versus Fremdkontrolle – Konzeptwechsel im deutschen Datenschutzrecht?*, in: *Simon/Weiss* (Hrsg.), *Zur Autonomie des Individuums – FS für Simitis*, 2000, 461.

<sup>25</sup> たとえば参照、*Swire* 1997 (above n. 12)（このことが、特にこれらのルールの経済的効率性につながる点を強調している）。さらに参照、*Fuhrmann* 2001 (above n. 23), 143.

当業者や規則によって影響を受ける関係者を代表する組織を通して得られる<sup>26</sup>。多くの場合、自主規制は、より迅速なルールの方策や実施を可能にする手法であり、特に技術革新が起こっている分野ではそれが当てはまる。<sup>27</sup>

- 自主規制は国家の負担を減らす手段でもある<sup>28</sup>。国家が自らの役割を本質的な問題の規制に限定することができるからである<sup>29</sup>。それぞれの分野において、各分野の特殊性や変化の激しさや複雑な事情に適合させ、特有のルールを設定することが自主規制で可能になる。<sup>30</sup>。規制内容が広く受け入れられれば、実施にかかるコストも相当に節約できる<sup>31</sup>。
- 上述の利点に加えて、自主規制の適用範囲が、特定の法域や国境、さらに超国家的な機関の境界に限定されない点も重要である<sup>32</sup>。この長所のために、自主規制はグローバルなビジネスで情報保護基準を実施する最良の道となり<sup>33</sup>、特に短期的な意味で有意義である<sup>34</sup>。さらに、そのような自主規制が策定されれば、いずれは情報保護法の世界基準への道を切り開く可能性さえある<sup>35</sup>。
- 自主規制は、時には、一般的目標についてしか多数者の合意や妥協が得られず、具体的な規範内容について合意が得られないと思われる状況において、この政治的な閉塞状況を解く手段として役立つことがある。合意が得にくいという問題は、異なるレベルの法体系間で齟齬が生じることがある連邦国家やEUのような超国家的組織において、深刻なものとなりがちである。このような場合、自主規制という手段を用いれば、より広範囲に適用でき、しかも満足なルールの策定ができる可能性がある<sup>36</sup>。
- 重要な点として、たとえば比例原則(principle of proportionality)のような憲法上の要件があるために制定法の策定が制限される事項で、自主規制によってのみある高邁な目標が達成できるという場合がある。社会一般に適用される法は、平均的な企業にとって技術的および経済的に見て遵守可能かどうかを考慮に

---

<sup>26</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow 2000* (above n. 3), 14.

<sup>27</sup> 参照、*Overkleft-Verburg*, *Datenschutz zwischen Regulierung und Selbstregulation*, in: *Alcatel SEL Stiftung* (Ed.), *Rechtliche Gestaltung der Informationstechnik*, 1996, 41; *Büllesbach*, *RDV 2005* (above n. 1), 15.

<sup>28</sup> たとえば参照、*Faber 2001* (above n. 3), 80; *Büllesbach*, *RDV 2005* (above n. 1), 15.

<sup>29</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow 2000* (above n. 3), 15.

<sup>30</sup> *Trute*, *VVDStRL 57* (1998) (above n. 1), 262 et seq. さらに参照、*Fuhrmann 2001* (above n. 23), 143; *Faber 2001* (above n. 3), 81.

<sup>31</sup> これについては参照、*Faber 2001* (above n. 3), 80.

<sup>32</sup> 参照、*Weichert*, *RDV 2005* (above n. 1), 5; *Büllesbach*, *RDV 2005* (above n. 1), 14 et seq. メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow 2000* (above n. 3), 14.

<sup>33</sup> たとえば参照、*Büllesbach/Höss-Löw*, *Vertragslösung, Safe Harbor oder Privacy Code of Conduct*, *DuD 2001*, 138; *Büllesbach*, *Datenschutz in einem globalen Unternehmen*, *RDV 2000*, 1 et seq.; *Büllesbach*, *RDV 2005* (above n. 1), 16.

<sup>34</sup> 参照、*Kranz*, *Kundendatenschutz und Selbstregulierung im Luftverkehr*, *DuD 2001*, 162.

<sup>35</sup> たとえば参照、*Bizer*, *DuD 2001* (above n. 1), 168; more generally *Rofsnagel*, *Weltweites Internet – globale Rechtsordnung?*, *MMR 2002*, 69.

<sup>36</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow 2000* (above n. 3), 13.

入れなければならないが、それぞれの分野の自主規制による規定であればこのような拘束を受けないからである<sup>37</sup>。

## b) 自主規制の問題点

社会的利益の増大を目指して利用される自主規制だが、同時にそれがさまざまな問題やリスクを生じる場合があり、それらの問題の中には上記の利点と表裏一体の関係にあるものもある<sup>38</sup>。

- 特に多様な利害を持った関係者を統合して透明性のある手続きでルールを策定しようとする場合、多くの者の期待に反して、自主規制でも比較的複雑で時間もコストもかかる場合がある。この理由から、自主規制の試みはしばしば失敗する<sup>39</sup>。自主規制という手法は、民間による主導と利害調整に大きく依存しているため、常に法秩序の信頼できる一部分として組み入れることはできない。
- 自主規制のプロセスでは、市場での競争相手、消費者、供給者、第三者、将来の世代の利益よりも、経済的に最も強い者の利益を優先しがちである。なぜなら、この形態の規制においては、今現在問題となっている特定の経済的利益を考慮する方が、社会的・文化的・個人的その他非経済的側面から見た、一般的・長期的・将来的な配慮よりも、ずっと容易だからである。そのために、自主規制ルールはしばしば、影響を受けるすべての関係者の利益を公平に反映できていないという欠点を持つ<sup>40</sup>。
- 逆に、特定の利益グループが自主規制の策定過程で優位に立てない場合、合意が最低限度のものにとどまるおそれもある。その結果は、改革や予期せぬ事態への迅速な対応が不可能になり、とりわけ広く影響を及ぼす事項につき深甚な決定が必要な場面で問題が生ずることがある<sup>41</sup>。
- 規制主体である合議体のメンバーは通常、各団体のメンバーから選出されるが、そのために、その合議体には民主的正統性が欠けるという側面がある。さらに、自主規制システムが一般に透明性を欠いておりたとえば、自主規制システムの基礎や結論に関する公表資料を見いだすのが難しいという問題が拍車をかけている<sup>42</sup>。

---

<sup>37</sup> これは、自主規制による情報保護監査手続き規準にとって特に重要な点である。参照、*Roßnagel, Datenschutzaudit* (above n.7), para. 81 et seq.

<sup>38</sup> インターネット規制一般については参照、*Christiansen, Selbstregulierung, regulatorischer Wettbewerb und staatliche Eingriffe im Internet*, MMR 2000, 124 et seq.; *Roßnagel*, MMR 2002 (above n. 35), 67.

<sup>39</sup> ひとつの経済分野において国際的情報保護規制の成功しなかった試みとして I A T A の事例について以下を参照されたい。*Kranz, DuD* 2001 (above n. 34), 162.

<sup>40</sup> 参照、*Mankowski, Wider ein transnationales Cyberlaw*, AfP 1999, 140; *Ukrow* 2000 (above n. 3), 16 et seq.; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts, Gutachten für das Bundesinnenministerium*, 2001, 158 et seq.

<sup>41</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow* 2000 (above n. 3), 16.

<sup>42</sup> メディア分野についてはたとえば参照、*Ukrow* 2000 (above n. 3), 16 et seq.

- これと大いに関連した問題として、自主規制による規範はそれを遵守する意識が必ずしも高くない。大抵の場合、規制されるべき対象者のうちのごく少数者しか拘束しない<sup>43</sup>。ところが、多くの場面で、より一般的な解決策が強く求められているのである。
- 自主規制による規則は、その違反者に対してほとんど強制力を持たない<sup>44</sup>。それは、規制主体の側に有効な強制メカニズムがないからである<sup>45</sup>。このため、利害が衝突する場面での安全弁が存在しない。
- 最後に、さまざまな自主規制過程が併存する状況は、たとえば米国でさまざまなプライバシー・シール・プログラム(seal programmes)が併存しているという事態に現れるような、法の分裂(legal fragmentation)につながりかねない<sup>46</sup>。

### c) 規制された自主規制(Regulated Self-Regulation)

自主規制の利点を強化して問題点を補い、自主規制による規範を拘束力のあるルールとして法システムに組み込むためには、自主規制のために制定法が枠組みを整備する必要がある<sup>47</sup>。国家が具体的な問題につき法の制定を控える可能性があるのは、自主規制の側が、上述のような懸念を払拭し、社会一般の福祉への適切な配慮を怠らず、かつ実効性のある実施体制を確立した場合だけである<sup>48</sup>。

制定法による枠組みは、自主規制の欠点を補完するものでなければならない。そのために、制定法は明確な目的を設定し、その具体化を自主規制に委ねるという手法を採り、この手法によって、考慮される利益が偏っていたり、民主的正統性が欠如していたり、法の分裂が生じるなどの、自主規制のリスクを防止しなければならない。そのような枠組みは、公平な規制手続きを定め、それによってそれらの手続きが生み出す結果の適正さを保障し、おろそかにされやすい利益を擁護することを目指す。自主規制による規範は、制定法の枠組みによって方向付けを与えられ、法秩序の中に組み

<sup>43</sup> Westin によれば、米国では最大で 40 パーセントのインターネット企業が情報保護行動規準に参加しているという推計がある。参照、Grimm/Roßnagel, Datenschutz für das Internet in den USA, DuD 2000, 446; US Federal Trade Commission, Fair Information Practices in the Electronic Marketplace, A Report to Congress, 2000; Fuhrmann 2001 (above n. 23), 217 et seq.

<sup>44</sup> それが遵守されている率については、以下のがっかりさせる統計を参照されたい。US Federal Trade Commission 2000 (above n. 43).

<sup>45</sup> 参照、Roßnagel, Konzepte der Selbstregulierung (above n. 1), para. 45.

<sup>46</sup> 米国における情報保護については参照、Roßnagel (above n. 40), 385. 日本については参照、Roßnagel, Datenschutz in Japan, DuD 2001, 154.

<sup>47</sup> たとえば参照、Heil, DuD 2001 (above n. 1), 133 et seq.; Roßnagel/Pfitzmann/Garstka, 2001 (above n. 40), 158 et seq.; Weichert, RDV 2005 (above n. 1), 1 et seqq.

<sup>48</sup> 規制された自主規制についてはたとえば参照、Hoffmann-Riem (above n. 10), 261 ff; Hoffmann-Riem, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, AöR 1998, 537 et seq.; Finck, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998; Christiansen, MMR 2000 (above n. 38), 123; Fuhrmann 2001 (above n. 23), 145; Faber 2001 (above n. 3), 3; Ladeur, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke“, Beiheft 4 zu Die Verwaltung 2001, 59; Holznapel, Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, Beiheft 4 zu Die Verwaltung 2001, 81; Schmidt-Aßmann, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, Beiheft 4 zu Die Verwaltung 2001, 253; Schulz, Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht, Beiheft 4 zu Die Verwaltung 2001, 101.

込まれた時、より安定し実施も容易となる。さらに、情報保護法の体制全体から見ても、この手法によって、自主規制の試みが失敗に終わるリスクを回避することができる。

これらの制定法の枠組みは、慎重にバランスを取りながら自主規制のあり方を指導し制限しなければならないが、同時に、適切な範囲でそれらの発展も容認する必要がある。すべての自主規制の原動力は個人または集団の利己心であること、そして個人的な利益という動機付け無しにはいかなる自主規制も存在しないことは心に留めておく必要がある。自主規制は通常何らかの負担が伴うものであることを前提とすると、自主規制の実施に実際に駆り立てるには、その利害関心は相当強いものでなければならない。

### III. ヨーロッパの法的枠組み

EUは、自主規制という手法にますます重きを置くようになっている<sup>49</sup>。例としては、メディアや環境保護の分野<sup>50</sup>や電子取引と関わるさまざまな問題がある<sup>51</sup>。ただし、EUが情報保護について自主規制を活用するに際しては、プライバシー保護のための適切な体制を整えなければならない。

#### 1. 情報保護に対する基本的権利

1969年以来、欧州司法裁判所(European Court of Justice) は情報保護への基本的権利を認めており<sup>52</sup>、その根拠としては、加盟諸国の憲法<sup>53</sup>と加盟諸国が同意した国際条約の両方に依拠している。この国際条約の主たる部分は、ヨーロッパ人権条約の第8条であり、欧州司法裁判所は、その解釈に当たっては欧州人権裁判所(European Court

---

<sup>49</sup> ヨーロッパの立法府には、未成年者の保護や広告のような情報サービスの分野での公益保護のために、自主規制が大きな役割を果たすという期待がある。だが同時に、公平な競争の観点から適切かどうか、あるいは文化的、政治的、社会的目的の追求の観点から適切かという疑問が呈されている。参照、*European Commission, Results of the Public Consultation on the Green Paper „The Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation“*, 10.3.1999, COM(1999)108.

<sup>50</sup> 環境についてはたとえば参照、*Holzinger/Knill/Schäfer, Rhetoric or Reality? ‘New Governance’ in EU Environmental Policy*, *European Law Journal*, Vol. 12 No. 3 May 2006, 428 et seq.; *Faber 2001* (above n. 3), 186 et seq. and for the media *Ukrow 2000* (above n. 3), 41 et seq., each with further references.

<sup>51</sup> 自主規制の位置づけについては以下も参照されたい。the initiative „eEurope 2005“, [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/2005/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/index_en.htm).

<sup>52</sup> 参照、inter alia, Case 29/69, ECR 1969, 419 – *Stauder v. City of Ulm*; Case 145/83, ECR 1985, 3539 – *Adams v. Commission*; Case C-404/92 P, ECR 1994 I, 4737 – *X v. Commission*. さらに参照、*Craig/De Búrca*, *EU Law*, 3rd ed. 2002, 320 et seq.; *Mähring, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im europäischen Gemeinschaftsrecht*, *EuR* 1991, 369; *Schorkopf, Persönlichkeits- und Kommunikationsgrundrechte*, in: Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2002, para. 4, 35 et seq.

<sup>53</sup> 参照、Case 4/73, ECR 1974, 491 – *Nold v. Commission*, para. 13; Case 44/79, ECR 1979, 3727 – *Hauer v. Land Nordrhein-Westfalen*, para. 14 et seq.; *Craig/De Búrca 2002* (above n. 52), 323 et seq.

of Human Rights)の判例法に準拠する<sup>54</sup>。すべての個人情報の取り扱いは同条約第8条が保障する権利の侵害となる可能性があり、そのため、比例原則のテスト (proportionality test)や同条約第8条(2)に定められたその他の要件に適合した具体的な法的根拠がなければ、個人情報の取り扱いはできない。

上述の条約の他にも、EU基本権憲章(Charter of Fundamental Rights of the European Union)<sup>55</sup>が、その第8条に情報保護の権利を定めており<sup>56</sup>、この条文はヨーロッパ憲法を制定する条約(Treaty establishing a Constitution for Europe)の第II-8条にも組み入れられた<sup>57</sup>。前者にはまだ法的拘束力がなく、後者もまだ批准されていないが、欧州司法裁判所はこれら2つの条文にもいずれ依拠するようになるはずである。

## 2.情報保護に関するEU指令(The European Data Protection Directive)

情報保護に関するEU指令(The European data protection Directive)<sup>58</sup>は、第27条に自主規制に関する条文を置いている。この条文はオランダと英米の例に倣ったものであり<sup>59</sup>、また、情報保護に関するOECDのガイドラインの19b)<sup>60</sup>にも従っている。

同指令の第27条(1)は、同業組合および他の団体による行動規準の策定を奨励することを、各加盟国に義務づけている<sup>61</sup>。この条項は、同指令の各加盟国による実施に取って代わろうとするものではないが、同指令に従う各加盟国が採用する国内の法規定の円滑な実施に貢献しようとするものである<sup>62</sup>。同指令は法的拘束力を持つ国内法を整備することによって本指令を実施することを各加盟国に義務づけており、そのため、仮に上記の条項が各加盟国の国内における実施政策に取って代わることを意図しているなら、それ自体が同指令への違反となってしまう<sup>63</sup>。だが、自主規制による行動規準には、国内の法規定を解釈すること、そしてそれによって、それぞれの分野

---

<sup>54</sup> 参照、Case C-13/94, ECR 1996, I-2143 – P v. S, para. 16; Case C-274/99 P, ECR 2001, I-1611 – Connolly v. Commission, para. 39 et seq.; *Kühling*, Kontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismussicherung im Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1997, 296, 297 et seq.; *Alber/Widmaier*, Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 497, 505.

<sup>55</sup> OJ 2000 C364/01.

<sup>56</sup> 参照、*Grabenwarter*, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?, EuGRZ 2004, 563 et seq.; *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, 570 et seq.

<sup>57</sup> OJ 2004 C 310/01.

<sup>58</sup> Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ 1995 L281/31.

<sup>59</sup> 参照、*Roßnagel*, Konzepte der Selbstregulierung (above n. 1), para. 96 et seq., 103 et seq. さらに参照、*Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Art. 27, para. 1; *Simitis*, in: *Simitis* (Ed.), BDSG, 6th ed. 2006, § 1 para. 157, 118; *Trute*, VVDStRL 57 (1998) (above n. 1), 262; *Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 131.

<sup>60</sup> OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data of 23.9.1980, [http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en\\_2649\\_34255\\_1815186\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html). さらに参照、*Simitis* (above n. 59), § 1 para. 147; *Trute*, VVDStRL 57 (1998) (above n. 1), 262

<sup>61</sup> 参照、*Dammann/Simitis*, (above n. 59), Art. 27, para. 3 et seq.

<sup>62</sup> さらに参照、recital 61.

<sup>63</sup> たとえば参照、Case C-361/88, ECR 1991, I-2567.

における法の実現を促進することが期待されている<sup>64</sup>。これらの行動規準自体は法的拘束力を持たないが、各加盟国が法的拘束力を付与することもできる<sup>65</sup>。

同指令の第 27 条(2)は、加盟国に自主規制を奨励するよう義務づけているが、それは妨害をしないというだけではなく、法的枠組みを整備し、その他の積極的措置を講じることを意味している。第 27 条(2)によれば、各団体は行動規準の草案を策定したらそれを各加盟国の監督官庁の担当機関に提出することとされており<sup>66</sup>、その担当機関が当該草案を情報保護に関する国内の法規定と矛盾しないかを確認しなければならない<sup>67</sup>。

欧州委員会(European Commission)は、ヨーロッパ全体に適用される適切な行動規準を策定し公表することもできる<sup>68</sup>。このような国境を越えた形態の自主規制は、ハーモナイゼーションの手段として役立ち、そのため、同委員会の利益ともなる。この手法によって、同指令の解釈を確立し、経済的利益と情報保護の間のバランスがどのように保たれるべきかを定めることができる。したがって、各加盟国の国内法の空白を徐々に埋めるための手法として、ヨーロッパ単位の自主規制もひとつの選択肢と見なされている<sup>69</sup>。

同指令第 26 条(2)は、自主規制の具体的な形式を定めている。ある国が、同指令第 25 条が定める十分なレベルの情報保護体制を備えていない場合であっても、以下のような条件を満たせば、加盟国はその国に個人情報を送ってもかまわない。その条件とは、相手方の情報管理者が「プライバシーと基本的人権の保護および個人の自由に関して、および関連する権利の行使について十分な保護体制を示すことであり、そのような保護体制は、具体的には、適切な契約条項を交わしたことによって確立する場合もある」。契約当事者は、これによって当該取引に直接適用される情報保護規定を確立することができる<sup>70</sup>。

ヨーロッパでは、インターネットにおける自主規制に関する具体的な制定法の規定は存在しない。そのため、上記で説明した条項は、インターネットにおける情報保護にも同様に適用される。

#### IV. ドイツの法的枠組み

他のすべての加盟国と同様、ドイツも情報保護に関する E U 指令を国内法に組み込まなければならず、2001 年にそれを実行した。それ以前は、ドイツの情報保護法に

---

<sup>64</sup> たとえば参照、*Mayen*, Die Auswirkung der Europäischen Datenschutzrichtlinie auf die Forschung in Deutschland, NVwZ 1997, 450; *Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 131; *Dammann/Simitis* (above n. 59), Art. 27, para. 3; *Bizer*, DuD 2001 (above n. 1), 168.

<sup>65</sup> たとえば参照、*Dammann/Simitis* (above n. 59), Art. 27, para. 3. Yet they become legal norms in this case.

<sup>66</sup> 同指令は、他の組織にもこの決定を行うことを認めている。参照、*Dammann/Simitis* (above n. 59), Art. 27, para. 7.

<sup>67</sup> さらに参照、*Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 131.

<sup>68</sup> 参照、*Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 131.

<sup>69</sup> 参照、*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 46.

<sup>70</sup> これについては参照、*Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001 (above n. 33), 136.

自主規制に関する規定はなかった<sup>71</sup>。同様に、インターネットを対象とする新しい情報保護のためのルール策定においても、ドイツは自主規制という手法を採らなかった。ドイツで自主規制の実現・実施につき規定する法律の条文を設ける場合には、それはまず憲法上の要件に従っていなければならない。

## 1. ドイツ憲法

自主規制を策定する権利は基本的権利を根拠に主張されるが、逆に、自主規制はその内容において基本的権利を遵守する義務を負う。自主規制が国家と社会の新しい関係を提案し、両者は共同規制という形で拘束力のあるルール作りを共に行う。

### a) 関連する基本的権利

情報処理に関する法律の規定は、情報処理者の職業の自由に関係してくる。職業の自由は、ドイツ憲法(German Basic Law)第12条(1)で保障されている。これらの法規定がこの憲法上の権利を侵害するものではないと認められるのは、その規定が第三者の情報に対する自己決定権を保護するのに不可欠であり、具体的な制定法上の根拠に基づいて適用され、比例原則テストの要件を満たしている場合に限られる。さらに、法的規範が必要とされるのは、個人のプライバシー保護という目的を同程度に達成できる他のより制限的でない手段が存在しない場合だけである。具体的な事例において、自主規制がより制限的でない適切な手段にあたる場合がある。したがって、それぞれの職業が自らこの目的を達成している場合には制定法による規制は不必要だが、そうでない場合には、国家の介入が正当化される<sup>72</sup>。

さらに、自主規制は、基本的権利を行使して自由を実現する手段と見なすこともできる<sup>73</sup>。このプロセスにおいては、基本的権利の主体は、立法による他律に従う代わりに自己決定を下すことになる。したがって、ある個人情報取り扱い行為が情報管理者の基本的権利の範囲内である際に、この取り扱いに関する自主規制は、基本的権利の行使と同じだとされるのである。

他方、国家は、国民の基本的権利(すなわち情報に関する自己決定権、通信の秘密、その他の憲法上保護された秘密)を保護する憲法上の義務を負っている<sup>74</sup>。この義務には、それらの権利を他者の侵害から保護するだけでなく、権利主体によるそれらの権利の具体的な行使を可能ならしめる責務も含まれている<sup>75</sup>。この目的のために、

---

<sup>71</sup> たとえば参照、*Mayen*, NVwZ 1997 (above n. 64), 450.

<sup>72</sup> たとえば参照、*Ukrow* 2000 (above n. 3), 13.

<sup>73</sup> たとえば参照、*Faber* 2001 (above n. 3), 2, 94, (自主規制はそれ自身が関係者の社会的および個人的利害関心を制限することができている場合に限り、強制力を持ってよいという正当な指摘)

<sup>74</sup> 参照、*Rofnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001 (above n. 40), 46 et seq.; zur Schutzpflicht als Grenze der Selbstregulierung *Schmidt-Preuß*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDStRL 56 (1997), 172 et seqq.; *Faber* 2001 (above n. 3), 275 et seqq.

<sup>75</sup> 自由の行使を保障するための領域の形成については参照、*Hoffmann-Riem*, AöR 1998 (above n. 48), 523.

議会は、とりわけ情報や経済力を持つ者によって国民の情報に関する自己決定権が侵されないよう配慮して、私法秩序を形成しなければならない<sup>76</sup>。

したがって、国家が自主規制を承認することができるのは、それが制定法と同程度に基本的権利を保護することができる場合に限られる<sup>77</sup>。国家が自主規制を承認して自らの役割につき謙抑的になればなるほど、またこれらの権利侵害の危険性が高まれば高まるほど、自主規制はこの点でより大きな責任を負うことになる<sup>78</sup>。以上のことを言いかえれば、国家は自主規制プロセスおよびそれらの結果に対して監視を続け、それらを監督する体制を整備しなければならない<sup>79</sup>。

自主規制が上記の要件を満たすまでは、国家は逸脱行為に介入する権限を留保しなければならない<sup>80</sup>。さらに国家は、社会全体の福祉の観点から、自主規制システムが完全に崩壊するという可能性をも念頭に置かねばならない。したがって、国家は社会的対立を吸収するような情報収集「ネットワーク」を形成しておく必要がある<sup>81</sup>。そのようなわけで、民間団体が、外部の拘束から完全に自由であると同時に実効性のあるルールを策定することは不可能である。これを最大限実現するとすれば、「規制された自主規制」(“regulated self-regulation”)という選択肢になるが、この場合にも、国家が適切な枠組みを規定し、それによって基本的権利の適正な保護を担っているのである。

## b) 国家と民間団体による共同規制

自主規制は、社会全体の利益を実現するために国家と社会が役割分担して協力し合うべきであるという原則にかなったものである<sup>82</sup>。国家観が変容し、国家は自らの行為の結果すべてに対する責任をとるべきであるとする「介入的国家」(“interventionist state”)から、民間部門に一定の責任を委譲する国家へ変わるとき<sup>83</sup>、自主規制は、情報保護のために関係者の知識や労力を活用できる適切な手法であるように思われる。

---

<sup>76</sup> たとえば参照、*Mallmann*, *Zweigeteilter Datenschutz?*, CR 1988, 94 et seqq.; *Hoffmann-Riem*, AöR 1998 (above n. 48), 524; *Schulz*, *Verfassungsrechtlicher “Datenschutzbeauftragter” in der Informationsgesellschaft*, *Verwaltung* 1999, 145; on the duty to protect the economic self-determination of consumers see *Drexler*, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 258.

<sup>77</sup> たとえば参照、*Schmidt-Preuß*, *VVDStRL* 56 (1997) (above n. 74), 219.

<sup>78</sup> 一般的に以下を参照されたい。*Hoffmann-Riem*, *Verfahrensprivatisierung als Modernisierung*, in: *Hoffmann-Riem/Schneider* (Ed.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996, 24 et seqq. 情報保護法については参照、*Hoffmann-Riem*, *Datenschutz als Schutz eines diffusen Interesses in der Risikogesellschaft*, in: *Krämer/Micklitz/Tonner* (Ed.), *Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung*, 1997, 787; *Hoffmann-Riem*, AöR 1998 (above n. 48), 532, 534; *Roßnagel*, *ZRP* 1997 (above n. 1), 26 et seqq.

<sup>79</sup> 参照、*Schmidt-Preuß*, *VVDStRL* 56 (1997) (above n. 74), 172 et seqq.; *Faber* 2001 (above n. 3), 282 et seqq.

<sup>80</sup> たとえば参照、*Schmidt-Preuß*, *VVDStRL* 56 (1997) (above n. 74), 173. さらに参照、*DiFabio*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, *VVDStRL* 56 (1997), 262; *Faber* 2001 (above n. 3), 3.

<sup>81</sup> たとえば参照、*Hoffmann-Riem*, *Vom Staatsziel Umweltschutz zum Gesellschaftsziel Umweltschutz*, *Die Verwaltung* 1995, 433.

<sup>82</sup> *Schmidt-Preuß*, *VVDStRL* 56 (1997) (above n. 74), 162.

<sup>83</sup> さらに参照、*Roßnagel*, *Konzepte des Selbstdatenschutzes* (above n. 1).

国家が自らの責任を国民の基本的権利の保障という一般的な責務に限定し<sup>84</sup>、情報保護に関する具体的な問題を解決する主な責務をいっそう民間に委譲していくとしても、国家はなお、少なくとも、組織的枠組みを定めた法規定を策定する義務を負っており、その枠組みを通して民間に委譲した責務が確実に社会的要請にかなう仕方で遂行されるようにしなければならない<sup>85</sup>。国家はすべての場面で、国民の基本的権利の保護という責務に従って行動しなければならない<sup>86</sup>。

ドイツ憲法第 20 条(2)が定める民主主義の原則によれば、国家の権威はすべて国民に由来する<sup>87</sup>。それゆえに、選挙によってそのメンバーが選ばれた議会のみ立法行為が許されている。このことから、憲法が制定法によらなければ情報に関する自己決定を制限することができないと定めているのに、これらの権利を制限する自主規制があるなら、それは憲法違反であると言える。ただし、議会自らが基本的問題につきルールを定め、現場で活動する人たちにその具体的実施を任せるという手法であれば、国家が法律に従って自主規制の結果をコントロールする責任を負う限り、民主主義原則と矛盾しない<sup>88</sup>。なお、これらの結果は議会による制定法が發布されるのと類似の方法で公表されなければならない。なぜなら、このようなプロセスによってはじめて、自主規制ルールが透明性を持ち、追跡可能で民主的コントロールの下にあることが保障されるからである。

## 2. ドイツ情報保護法(German Data Protection Law)

ドイツの情報保護法は、自主規制の可能性をほとんど認めていない。EU指令の第 27 条に従って、ドイツ連邦情報保護法(Federal Data Protection Act, Bundesdatenschutzgesetz)の § 38a は、事業団体その他の情報管理者を代表する団体が、国家当局(national authority)の意向に沿ってドイツ情報保護法を適切に実施することを旨として全国的な行動規準を策定し、その草案を提出することを認めている<sup>89</sup>。これらの行動規準は第三者に影響を与えるものではなく、それらを提出する団体内部でのみ適用され、それによってドイツ情報保護法の円滑な実施に資することを意図している<sup>90</sup>。これらの草案は、それらを提出する団体内部で、法律上、技術上、および組織上の要件を満たしていることが確認されていなければならない<sup>91</sup>。そして説明を受けた当

<sup>84</sup> 参照、*Roßnagel*, *Konzepte der Selbstregulierung* (above n. 1), para. 17.

<sup>85</sup> 情報保護一般についてはたとえば参照、*Hofmann-Riem*, *Weiter so im Datenschutzrecht?*, DuD 1998, 687; for multimedia services in particular *Roßnagel*, ZRP 1997 (above n. 1), 26 et seqq.

<sup>86</sup> 参照、*Roßnagel*, *Konzepte der Selbstregulierung* (above n. 1), para. 17.

<sup>87</sup> 民主主義原則に由来する自主規制への制約については参照、*Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997) (above n. 74), 175; *DiFabio* (above n. 80), 263 et seqq.; *Ukrow* 2000 (above n. 3), 28 et seqq.; *Faber* 2001 (above n. 3), 246 et seqq.

<sup>88</sup> 国家は自主規制の内容を理解しそれを自らのものとして適用しなければならない。参照、*Schulte*, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, 1995, 174; *Faber* 2001 (above n. 3), 252.

<sup>89</sup> これについては参照、*Bull*, *Neue Konzepte, neue Instrumente?*, ZRP 1998, 313; *Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 132; *Gerhold/Heil*, *Das neue Bundesdatenschutzgesetz 2001*, DuD 2001, 382; *Abel*, *Umsetzung der Selbstregulierung im Datenschutz: Probleme und Lösungen*, RDV 2003, 11 et seqq.

<sup>90</sup> BT-Drs. 14/4329, 46. On the authority of data protection officers in concerns to set such rules of conduct see *Nitsche*, *Datenschutz bei einem Finanzdienstleister*, DuD 2001, 165.

<sup>91</sup> BT-Drs. 14/4329, 46.

局は、当該行動規準が情報保護法に準拠しているかを審査する。このように、国家は規制主体が法に違反した内部規則を策定することを防ぎ、かつ自主規制の結果に対する国家としての責任を全うすることができる<sup>92</sup>。

EU指令第26条(2)に従って、ドイツ連邦情報保護法の§4c(2)は次のような内容を定めている。ある国が十分なレベルの情報保護体制を備えていない場合でも、以下のような条件を満たせばその国に個人情報を送ることができる。その条件とは、相手方の情報管理者がプライバシー保護と関連する権利行使に関する十分な保護体制（セーフガード）を示すことである。そのような保護体制は、具体的には、適切な契約条項や<sup>93</sup>、あるいは企業内部に拘束力のあるガイドラインを用意することによって確立される場合もあり、したがって、自主規制の活躍の可能性は大きい<sup>94</sup>。

このプロセスでは、自主規制による行動規準が契約上の条項の代用となる場合がある。国際的なビジネス・グループが、あらゆる国や地域にある子会社すべてに適用する包括的な情報保護規則を策定する際、自主規制という手法に頼るケースが増えている<sup>95</sup>。これらの行動規準の内容は関係者の間で交渉の対象とされることはなく、当該グループの意思決定機構を通して決定される。法的概念を用いれば、これらは指令あるいは独特な規則であり<sup>96</sup>、特定のビジネス分野や問題に直面している分野で、従業員や第三者の利益のために適用されるものである。行動規準が、目標を述べているにすぎない非拘束的な宣言に限定されることがあってはならない。むしろ、行動規準には、その対象者に対して実効性を持った命令も含めるべきである<sup>97</sup>。企業は通常、自社の行動規準を内部と外部の両方に対して公表する(たとえばインターネットで「プライバシーに関する声明」を公表するという形式で)<sup>98</sup>。そして、必要ならばそれらを更新することもある。契約条項と同様、このような自主規制による行動規準も国家当局に報告しなければならない<sup>99</sup>。

## V. インターネットにおける情報保護に関する自主規制の例

職業の自由で保護される職業、クレジットや保険、環境や技術、および「古い」メディアと「新しい」メディアなどの法分野とは対照的に、ドイツとヨーロッパいずれにおいても、情報保護の分野では、自主規制の数が少ない。その一因としては、この

<sup>92</sup> BT-Drs. 14/4329, 46; *Heil*, DuD 2001 (above n. 1), 131; *Gerhold/Heil*, DuD 2001 (above n. 89), 382.

<sup>93</sup> 欧州委員会による有効な契約条項の標準型については参照、*Duhr/Naujock/Peter/Seiffert*, *Neues Datenschutzrecht für die Wirtschaft*, DuD 2002, 18.

<sup>94</sup> たとえば参照、*Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001 (above n. 33), 135; *Karstedt-Meierrieks*, DuD 2001 (above n. 1), 288.

<sup>95</sup> 参照、*Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001 (above n. 33), 135; *Kranz*, DuD 2001 (above n. 34), 161; *Nitsche*, *Datenschutz bei einem Finanzdienstleister*, DuD 2001, 165. たとえば参照、the DaimlerChrysler Code of Conduct, [http://www.daimlerchrysler.com/Projects/c2c/channel/documents/916653\\_dcx\\_corp\\_2002\\_docs\\_cocprivacy\\_g.pdf](http://www.daimlerchrysler.com/Projects/c2c/channel/documents/916653_dcx_corp_2002_docs_cocprivacy_g.pdf).

<sup>96</sup> 以下による。*Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001 (above n. 33), 137.

<sup>97</sup> たとえば参照、*Duhr/Naujock/Peter/Seiffert* (above n.93), DuD 2002, 18.

<sup>98</sup> 参照、*Büllesbach/Höss-Löw*, DuD 2001 (above n. 33), 138; *Kranz*, DuD 2001 (above n. 34), 162 et seq.

<sup>99</sup> これについては参照、*Gackenholtz*, *Datenübermittlung ins Ausland*, DuD 2000, 727.

分野で制定法の規定が多く、内容も厳しいという事情がある<sup>100</sup>。だが、その数が少ないとは言っても、とりわけ単独の企業や団体の中には、自主規制の例を見ることができる。さらに、自主規制による行動規準やプライバシーに関する声明<sup>101</sup>は全ヨーロッパで増加しつつある。

## 1. ドイツにおける自主規制

ドイツにおける自主規制の試みの重要な例としては、連邦政府と経済界が協同して提起したイニシアチブ「D 21」(initiative “D 21”)<sup>102</sup>と、ドイツの大手企業を含む国際企業が始めた「電子商取引についての国際企業の意見交換」(“Global Business Dialogue on e-Commerce (GBDe)”) <sup>103</sup>がある。両プロジェクトは、具体的な情報保護規定を含む行動規準とそれぞれのメンバーへの提案をまとめるために、ワーキング・グループを立ち上げた。さらに、両プロジェクトは、消費者の信頼を得るために、情報保護シールのシステムと自前の紛争解決システムを確立することを目指している。ただし、これらのスキームのほとんどは情報保護を主たる目的としているのではなく、むしろ、いかに電子商取引を強化するかに主眼がある。これらとは逆の例を挙げると、マルチメディア・情報保護監査作業グループ (“Arbeitskreis Datenschutz-Audit Multimedia”)は、ドイツの情報保護法の規定に準拠した内容で、マルチメディア・サービスにおける個人情報取り扱いに焦点を当てた原則とガイドラインを策定し、1999年に公表した<sup>104</sup>。

現在までのところ、これらの試みのいずれも目立った成功を収めていない。別の事例として、ドイツの債権回収業者全国協会 (*Bundesverband der Deutschen Inkasso-Unternehmen*)が、自分たちの情報保護に関する行動規準を国家機関に承認させることを試みたが、失敗に終わった<sup>105</sup>。とりわけインターネットの分野では、情報保護ルールを設定する手段として、自主規制という手法が定着しているとは言えない状況である<sup>106</sup>。恐らくその一因は、ドイツの情報保護法が自主規制に大きな役割を与えていないこと、関係者にさまざまな利害の確執があること、事業団体が緩やかな結びつきにすぎないことなどにある。だが、主な要因は、自主規制を策定する主体自身がどの程度の努力を傾けるか、という点にあると思われる。インターネットを通じて個人情報をやりとりするそれぞれの企業が持つ経済的利害関心は非常に多様であるため、このようなやりとりがどのようになされるべきかに関して自発的な合意に到達するには、非常に複雑で時間とコストのかかる作業が必要となる。そのため、多く

<sup>100</sup> さらに参照、 *Holzinger/Knill/Schäfer* (above n. 50), 419.

<sup>101</sup> 電子商取引の分野でのプライバシー・ポリシーの策定のための OECD のソフト(the Privacy Policy Statement Generator)がある。以下で参照可能である。 <http://www.oecd.org/sti/privacygenerator>.

<sup>102</sup> 参照、 <http://www.initiated21.de>.

<sup>103</sup> 参照、 <http://www.gbd.org> (毎年出される提案では自主規制の重要性がしばしば指摘されている); *Cowles*, *The Global Business Dialogue on e-Commerce (GBDe): Private Firms, Public Policy, Global Governance*, *TA-Datenbanknachrichten*, 4/2001, 70; *Rieß*, *TA-Datenbanknachrichten*, 4/2001, 65.

<sup>104</sup> *Arbeitskreis Datenschutz-Audit Multimedia*, *Prinzipien und Leitlinien zum Datenschutz bei Multimedia-Diensten*, *DuD* 1999, 285.

<sup>105</sup> 参照、 *Abel* (above n. 89), 13 et seqq.

<sup>106</sup> 報道の分野とは対照的である。たとえば参照、 *Thomale*, *Die Privilegierung der Medien im Datenschutzrecht*, 2006.

の企業は自主規制への意欲を失い、公平な競争の条件として一般的拘束力のあるルールを議会が策定することを期待している。

## 2. ヨーロッパにおける自主規制

EUの情報保護指令に先だって、オランダは、1988年の情報保護法に「規制された自主規制」に関する制定法の規定を置いており、この規定はEU指令の第27条のモデルとして役立った<sup>107</sup>。この1988年法では、制定法が定める原則に沿った内容の個人情報取り扱いに関する条件を、各団体が策定するものとされた。それによって策定された行動規準は、一般的な制定法の規定を補完し、かつそれぞれの分野に焦点をあてた解釈としての役割を果たすことになった。国内当局による承認の後、承認された行動規準は官報に掲載された<sup>108</sup>。

一般的に、オランダは情報保護の自主規制について、良または優と評価されるような有意義な経験を積んできた<sup>109</sup>。最初の年には多くの組織が行動規準を策定し、とりわけその健全さと専門家としての責任感に対する社会の信頼に依存している事業分野においてそれが目立った<sup>110</sup>。自主規制の策定によって、企業は経済的利益を追求するだけでなく、よい意味で社会的に目立つことが可能になり、企業と社会の「どちらにとっても良いことづくめの状況」(“win-win-situation”)となった。自主規制による行動規準は、情報保護法の迅速な実施に寄与し、参加者にとっては法的安全性を高め<sup>111</sup>、同時に、社会にとってはより高いレベルの情報保護を達成した<sup>112</sup>。

マイナス面としては、政府当局が期待したほど多数の組織が自主規制プロセスに参加したわけではないという事実がある<sup>113</sup>。その上、策定された行動規準の多くが更新されずに放置され、国家による承認後5年間という有効期限が切れてしまった。規制対象者は、新しい技術の進歩につき規制するのに困難を覚えた<sup>114</sup>。また、自主規制プロセスは、各組織とオランダ国家当局(*Registratiekamer*)の双方にとって、比較的成本と時間がかかるものであることが明らかになった。さらに、各団体は、自主規制への意欲と制定法の遵守義務とを両立させることが難しく、両者の間で板挟みのような

---

<sup>107</sup> EU加盟国の最新の情報保護法については参照、[http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/law/implementation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm).

<sup>108</sup> 旧法についてはたとえば参照、*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 42, *Kuitenbrouwer, Self-Regulation: Some Dutch Experiences*, in: U.S. Department of Commerce (Ed.), *Privacy and Self-Regulation in the Informatin Age*, 1997; *Hustinx*, *The role of selfregulation in the scheme of data protection*, XIIIth Conference of Data Protection Commissioners, Strasbourg 2-4- October 1991, Council of Europe, Doc CONF/XIII/DPC (91)35.

<sup>109</sup> 以下による。*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 45.

<sup>110</sup> 詳しくは参照、*Kuitenbrouwer* 1997 (above n. 108), 112 et seqq.

<sup>111</sup> 法的な結果については参照、*Kuitenbrouwer* 1997 (above n. 108), 112.

<sup>112</sup> たとえば参照、*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 42 et seqq.

<sup>113</sup> 以下については参照、*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 44 et seq.; *Hustinx* (above n. 108); *Kuitenbrouwer* 1997 (above n. 108), 114 et seqq.

<sup>114</sup> オランダ国家当局がそれをICカードを広範囲で採用するためには不可欠な先行条件であると宣言してはじめて、ICカード規準が採択された。参照、*Kuitenbrouwer* 1997 (above n. 108), 111。以下の文献によると、これは市場における条件が未確立であるために参加者による共通のルールへの合意が妨げられることに起因している。*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 46.

状態になった。このような状況下で、オランダ国家当局は自主規制主体から、彼らにとって有利な法解釈を採用するよう強い政治的圧力を受けた。結果として、自主規制は、単に「法律とその実施に反対する抵抗手段」としての役割を果たしたことになる<sup>115</sup>。

2001年9月1日に成立した新しい情報保護法<sup>116</sup>は、従来の制定法を改正した。第25条は、行動規準が情報保護委員会によって承認されるための手続きと要件を定めている。同委員会が、提出された行動規準を制定法の規定の適切な実施方法のひとつとして承認すれば、当該行動規準は法的拘束力を持つものになる。したがって、この規定は自主規制を策定する動機付けともなる。この誘因が役に立たなかった場合には、第26条(1)は、適切な行動規準が策定されないなら詳細な行政規則を策定すると宣言する、という圧力を用いることを認めている。第26条(2)によれば、情報保護委員会はそのような行政規則策定の必要性が有るか否かにつき、その年次報告書の中で宣言するものとされる。

手続きについて述べれば、各団体は、その行動規準が情報保護法の規定を特定の応用分野において正確に具体化したものであると宣言する内容の文書を発行するよう、情報保護委員会に申請することができる(第25条(1))。同委員会は、当該申請団体の行動規準がその分野において詳細な解釈を提示しており、かつ情報保護法に抵触していない場合に限り、承認を与えることができる。さらに、申請団体のメンバーはそれぞれの分野における関係者を十分に代表していなければならない。旧法とは異なり、自主規制による基準の採用と適用の過程において、消費者団体が関わることを要件とはしていない。消費者団体は明らかに、これらのプロセスに進んで関わろうとはしてこなかった<sup>117</sup>。

現行法の第25条(4)は、情報保護委員会が13週間以内の合理的な期間内に結論に達することを命じている。もし承認されれば、その行動規準は5年間有効であり、承認の更新も認められる可能性がある。第25条(6)によれば、同委員会は、当該行動規準の内容と承認決定という判断の両方を、公的刊行物で公表する責任を負う。

アイルランドでは、1988年の情報保護法13条で<sup>118</sup>（同法は2003年の情報保護法修正法によって修正された<sup>119</sup>）、事業団体他の団体が行動規準を策定し、承認申請のためにそれを情報保護委員に提出することを認めている<sup>120</sup>。同委員は、他の事業団体やこれによって影響を受ける関係者の代表に意見を求めなければならない。同委員がその行動規準を承認すれば、その後、最終的な承認のために議会に提出される。これらのプロセスを経たなら、その行動規準はそれぞれの事業分野のすべての団体を拘束し、同法13節(6)に従って裁判所でも適用されなければならない。

---

<sup>115</sup> *Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 45.

<sup>116</sup> *Wet bescherming persoonsgegevens* of 6.7.2000, *Amtsblatt* 302.

<sup>117</sup> 参照、*Overkleft-Verburg* 1996 (above n. 27), 44.

<sup>118</sup> 同法は1989年4月19日施行。

<sup>119</sup> 同法は2003年4月10日成立、2003年7月1日施行。

<sup>120</sup> これらの規定はEU指令の第27条のモデルとして役立った。

イギリスでは、1998年の情報保護法の51条と52条が、自主規制の可能性につき定めている<sup>121</sup>。各事業分野がそれぞれの行動規準を策定するよう促すことは、情報保護委員の責務である(51節(3))。このプロセスでは、同委員は影響を受ける関係者と彼らを代表する組織に意見を求めなければならない。51条(3)によれば、同委員は、当該行動規準が情報保護を強化するか否かを評価しなければならない。行動規準を承認する場合、同法52条(3)に従って、当該申請団体にその結論を通知し、また両議会に当該行動規準を提出する。

イタリアでは、2003年6月30日に成立した個人情報保護法の12条によれば<sup>122</sup>、情報保護委員は行動規準や専門家の活動に関する行動規準の策定を奨励するべきであり、それらの行動規準を公的刊行物で公表する責任を負う。12条(3)は、公的機関と民間機関による個人情報の取り扱いが適法と見なされるための要件として、自主規制による行動規準の遵守を挙げている。注目すべき点として、2003年の新しい個人情報保護法の公布に際しては、それまでに承認された5つの詳細な自主規制による行動規準も、同法の一部に組み込まれた<sup>123</sup>。これらの行動規準には、報道活動、歴史上の目的、統計目的および科学的な目的のための個人情報の取り扱いについての規定や、消費者のクレジット情報や支払履歴を含む信用情報を扱う民間システムについての規定があった。

他のEU加盟国の情報保護法は、EU指令の第27条をそのまま実施しているのみという状況である。ドイツ(上記参照)以外の国について述べれば、この条文は各国の以下の条項に取り込まれている。ベルギー情報保護法の第44条(2)(3)<sup>124</sup>、フィンランドの情報保護法の42節<sup>125</sup>、ポルトガルの情報保護法の第32条<sup>126</sup>、スウェーデンの情報保護法の12条<sup>127</sup>、スペインの情報保護法の第32条<sup>128</sup>、デンマークの情報保護法の74条である<sup>129</sup>。

## VI. 今後の展望

ドイツの情報保護においては、自主規制の伝統もその文化もない。ヨーロッパ全体を見渡しても、インターネット・プライバシーの自主規制に向けた動きはほとんど見受けられない。個別の取り組みを別にすれば<sup>130</sup>、いくつかの国際企業が、国際市場の

---

<sup>121</sup> EU指令の第27条のモデルとして役立つ1984年の情報保護法と類似している。

<sup>122</sup> Legislative Decree no. 196 of 30 June 2003; the Act entered into force on 1.1.2004.

<sup>123</sup> 参照、<http://www.garanteprivacy.it/garante/document?ID=311066>.

<sup>124</sup> Data Protection Act of 8.12.1992. (EC指令95/46/EGの履行のために1998年12月11日修正法により修正された)

<sup>125</sup> Act No 523/1999 (the Act on the Amendment of the Personal Data Act (986/2000)によって修正された)

<sup>126</sup> Act No 67/98 for the Protection of Personal Data of 26.10.1998.

<sup>127</sup> Data Protection Regulation (1998:1191) of 3.9.1998.

<sup>128</sup> Ley Orgánica 15/1999 of 13.12.1999 de Protección de Datos de Carácter Personal. 同法は2000年1月14日施行。

<sup>129</sup> Act No 429 of 31.5.2000.

<sup>130</sup> 参照、the *Arbeitskreis Datenschutz-Audit Multimedia* (working party data protection audit multimedia), DuD 1999 (above n. 104), 285. (マルチメディア・サービスにおける個人情報の取り扱いに関する、原則とガイドラインを策定した)

圧力と各国の国内法の多様性という事情に対応するために、企業の内部規則を策定し始めたのみである。これに対し、国内だけ、またはヨーロッパ内でのみ活動している中小企業の間では自主規制に対する関心も意欲もほとんどない<sup>131</sup>。この分野では、事業団体を育成し支えるための教育と援助が大いに必要である。これは、新しいビジネス分野で活動する人々からの要請であり、情報保護委員はこの要請に応えなければならない。

概して自主規制に対しては好意的な雰囲気があるものの、適切な法的枠組みがさらに整備される必要がある。ドイツ連邦情報保護法の § 38a は、正しい方向へ向けた重要な一歩ではあるものの、この観点からすると十分とは言えない。今後の課題について例を挙げると、自主規制の策定手続きとその承認手続き、競争法による保護体制、および拘束力のある目標を設定する法的手段につき、法的整備が必要である。これら内容につき、今後法律の規定が追加されるべきであると考えているが、それらの規定は必ずしも包括的なものである必要はない。なお、これらの規定につき既に初の提案が公表されているので参照されたい<sup>132</sup>。

---

<sup>131</sup> たとえば参照、. *Karstedt-Meierrieks*, DuD 2001 (above n. 1), 289.

<sup>132</sup> 参照、 *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001 (above n. 40), 157, 159, 161 and 168.