

2016年11月5日、東京専修大学での日本ドイツ憲法判例研究会における講演<sup>※</sup>

## データ保護規則と構成国の権利との関係

### Die Datenschutz-Grundverordnung und ihr Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten

アレクザンダー・ロスナーゲル<sup>1</sup>

ドイツ カッセル大学経済学部教授

笠原 毅彦<sup>2</sup> 訳

桐蔭横浜大学法学部

(2017年3月18日 受理)

社会のさまざまな領域、経済と行政、学問と文化において、今日では、個人情報の自動化された処理（Datenverarbeitung）がなされている。これらのデータの保護は、全ての領域で、その領域を問わない使命となっている。データ保護を規定する者は、同時にその未来をも定める。

この規則制定権能は欧州連合が行使し、欧州連合運営条約（AEUV）第16条に基礎を置く。2016年4月27日、連合の立法者（Unionsgesetzgeber）は、「個人データの取扱に係る自然人の保護及び当該データの自由な移転、並びに95/46/EG（データ保護基本法 - DSGVO）の廃止を勧告する欧州議会2016/679号規則」<sup>1)</sup>を定めた。この規則は2016年5月25日に施行された。2年後に全加盟国において直接効力を生じ、その法秩序の一部となる。

本講演では、最初に、データ保護基本規則

（Datenschutz-Grundverordnung）によって、ドイツが影響を受ける改正点を述べ、第2部でその目的を説明し、第3部で、規則の形成過程における欧州連合の委員会、議会及び理事会の権力闘争を説明し、第4部で、ドイツ法と当該規則の関係を明らかにし、規則がその目的を如何に実現するのかを評価し、最後にドイツにおけるデータ保護の将来を問いたいと思う。

#### I. データ保護基本規則による変更

データ保護基本規則は、欧州連合におけるデータ保護を99条の条文で規定している。規定の半分はデータ保護法の実体法である。これには総則規定と基本原則、データ主体（betroffenen Person）の権利、責任者の義務、及び個人情報の第三国への移転が含まれてい

※本稿は、2016年11月5日、カッセル大学ロスナーゲル教授（Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Universität Kassel）のドイツ判例研究会（専修大学）における講演「Die Datenschutz-Grundverordnung und ihr Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten」である。2016年4月27日に欧州連合から出されたデータ保護規則が、加盟国であるドイツにどのような影響を与えるのかを論じたものである。大部の規則を要領よく紹介し、その影響を詳しくまとめており、学問的価値が高い。翻訳して公刊する。

<sup>1</sup> Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Universität Kassel

<sup>2</sup> KASAHARA Takehiko : Professor, Faculty of Law, Toin University of Yokohama. 1614 Kurogane-cho, Aoba-ku, Yokohama 225-8503, Japan

る。規定の残りの半分は、主としてデータ保護監督者の枠組みの問題、規制権限 (Regelungskompetenz) その他の形式的な問題を扱っている。

## 1. データ保護法における継続性 (Kontinuität)

データ保護基本規則は多くの部分で 1995 年の 95/46/EG データ保護指令 (DSRL)<sup>2)</sup> の条文と基本原則を引き継いでいる。中でも第 2 条と第 3 条<sup>3)</sup>で実体的適用範囲と地理的適用範囲を定め、第 5 条で、従来通りデータ処理の諸原則を、第 6 条第 1 項でデータ処理の許容性、第 9 条で特別な種類の個人データ [機微データ] の規定を原則として引き継いでいる。データ主体の権利に関しては、第 12 条から第 23 条で当該指令に強く依拠している。同様に、委託処理、データセキュリティ、第三国への情報移転、監督機関の地位及び権限 (Stellung und Aufgaben) に関して、規則は基本的に指令の規定に依拠している。

これらの規定は、規則において、精緻化され、新たに規定され、また拡大されているが、概念的には特に進展があるわけではない。

## 2. 新規規則 Innovationen der Verordnung

これに対して新しくなったのは、第 3 条第 2 項の市場地原則 (Marktortprinzip) による空間的な適用領域の拡大である。この規定によると、データ処理者が欧州連合内に居住する (aufhalten) 者のデータを処理する場合は、常に規則を適用できる。しかしながらこの規定は、処理者がデータ主体に物品または役務の給付を提供し、またはデータ処理がその関係の遵守に資する場合に限られる。未だ不明確な点は、データ処理者 (Verantwortlichen) が作成した個人のデータを他の情報処理者に移転する場合の、第 20 条のデータ主体の権利である。新規のものとしては、第 25 条の設計及び初期設定のデータ保護要

求と、第 35 条のデータ保護の影響評価である。欧州連合内の監督機関の間の緊密な共同作業は、第 60 条から第 76 条という組織に関する独自の規定を生み出した。注目に値する改正は、さらに、規則の条項違反に対する非常に強力な (drastisch) 制裁を可能にする第 83 条である—最大 2000 万ユーロ、または企業の場合は世界全体で得た年間総売上上の 4 % のいずれか高い金額を課することができる。

## 1.3 データ保護法の失ったもの Verluste im Datenschutzrecht

ドイツデータ保護法 (Bundesdatenschutzgesetzes —以下「BDSG」と略す。 ) との関係では以下の条項が適用できなくなる。データ主体からの直接収集原則 (BDSG 第 4 条第 2 項)、最小データ (Datensparsamkeit) の原則 (BDSG 第 3 条 a)、データの秘密保持の原則 (BDSG 第 5 条)、および、宣伝のためのデータ処理の許容を危険性毎に定めた規定 (例えば、BDSG 第 28 条第 3 項ないし第 5 項)、興信所 (BDSG 第 29 条)、市場調査 (BDSG 第 30 条 a)、テレメディア (インターネット) (テレメディア法第 11 条ないし第 15 条 a)、自動化された個別判断 (BDSG 第 6 条 a)、ビデオカメラによる監視 (BDSG 第 6 条 b)、および、携帯データ処理媒体 (BDSG 第 6 条 c)<sup>4)</sup>。

## II. データ保護基本規則の目的

規則によって欧州連合は三つの目的を追求している。一つにはデータ保護法を欧州連合全体で統一し、欧州連合内のデータ保護の領域に統一された貫徹可能な法的枠組みを作ること<sup>5)</sup>。次に、統一されたデータ保護実務を創出し、これを通じて欧州連合内に同一の経済条件を呈示し、それによって欧州連合内経済をより強固なものにすること<sup>6)</sup>。「個人情報処理に関する自然人の基本権及び基本的自由の保護規定を、欧州連合内で同じように、

また統一的に適用されなければならないとする。<sup>7)</sup>」最後に、技術的な進化がもたらす求めに応じてデータ保護を進化させ(modernisieren)、基本権の保護を深化しなければならないこと<sup>8)</sup>。「人は誰でも自身のデータをコントロールできなければならない、個人、財界、国家は、法的ないし実務的観点から、より高度な安全性を確保しなければならない。<sup>9)</sup>」と規定する。

### Ⅲ. データ保護の未来の形をめぐる闘い

これらの目的がどのように追い求められたかは、なによりデータ保護の将来の形をめぐる権力闘争であったといえることができる。この争いは、欧州連合と加盟国の間で繰り広げられた。他方、欧州連合の委員会と議会、理事会の権力分配の争いも生じた<sup>10)</sup>。争いはまず、データ保護基本規則制定後、将来的に、誰が、いかなる権限に基づいて、データ処理を規制するのかを巡って始まった<sup>11)</sup>。データ保護基本規則という成果は、この政治的な論争を考慮することで初めて理解することができる。

#### 1. 委員会草案

数年前、欧州委員会は欧州一体化のための戦略を強化した。「法規の調整(Angleichung der Rechtsvorschriften)(AEUV 第114条第1項)」を欧州連合内の法規の統一(Ver einheitlichung der Rechtsordnungen)に変更した。その手段として—従来のように—指令を優先的に利用するのではなく規則を利用している。これは、欧州連合法の異なった取り込み(Umsetzung)や解釈、適用を避けるためといわれる<sup>12)</sup>。従来指令によって形作られてきた政治的領域も、以来、規則によって規定されている<sup>13)</sup>。これはデータ保護に関しても同様である。

数年に亘る準備を経て、欧州委員会は

2012年1月25日、データ保護基本規則草案<sup>14)</sup>を提出した。この中で、委員会はデータ保護法の必要で継続的な近代化のために、急進的な解決法を提案した。規則を選択することにより<sup>15)</sup>、データ保護の領域での構成国の追加的な立法の排除を望んだ。多くの曖昧で追完が必要な規定や通達(Ankündigungen)・目標(Absichten)・趣旨(Vorsätzen)付きの中身のない一般条項によって、重要なデータ保護規定を開かれたものになっている。委員会は、欧州連合内で、それらを補充し、進展させるための権限を留保している。そのために草案は、規則を権限委託文書(delegateierte Rechtsakte)によって事後的に具体化する26の授權を規定し、施行文書(Durchführungsrechtsakte)によって補完するための23の授權を規定した。更に委員会は、本来独立しているデータ保護監督機関(Datenschutzaufsicht)に対する拒否権を留保した。

この草案によって委員会は、将来のデータ保護法の立法を自身に集中・独占させようとした。草案は、加盟国のデータ保護法を展開する権限を、委員会との関係で失わせる結果をもたらそうとした。同様に議会と理事会も、事実上<sup>16)</sup>、データ保護の将来に対する影響力を失うことになる。

#### 2. 議会草案

2年以上にわたる議論の後、2014年3月12日欧州議会はその交渉における立場を前に進めた<sup>17)</sup>。権力分配に対する委員会の攻撃、および欧州連合の民主制に対し、欧州議会は限定的にしか対抗しなかった。欧州連合と加盟国の間の権力闘争に関しては、欧州議会は規則という法的手段を保持し、加盟国への授權を擁護した。しかしながら、その範囲で、国内規定へ任せることを規定しているとの批判を招いた。公的機関による「古典的な」データ処理の許可要件の細かい点は自ら規定することができるべきとする。他の点でも一例えば、社会的データの保護との関係で一草案

は、構成国に引き続き決定の余地を認めていた。これらを通じて、欧州議会は統一欧州データ保護法という目的を諦めていた。

欧州連合内の権力配分に関して、欧州議会はより強く反応した。議会は委員会に10の権限委託文書（delegierte Rechtsakte）と一つの施行文書（Durchführungsrechtsakte）の授権のみを認めた。委員会草案の名目的空疎な規定を、欧州議会は、幾重にも正確でより敷衍した規定によって補おうとした。しかし草案は細かすぎる点に迷い込んでしまい、規則の不完全性（Unterkomplexität）は、やはり補い切れてはいない。草案は、その完全性と規定対象に関しては、抽象的な規定を越えることはまれである。提案がより具体的になされる場面では、議会はつまらないことに拘泥してしまい、規定は使い勝手の悪いものになっている。

### 3. 理事会草案

三年以上経った2015年6月11日、理事会は交渉文書（Verhandlungsdokument）<sup>18)</sup>を作成した。欧州データ保護法の規定形式として規則を選ぶことが理事会によって認められた。しかし、委員会に対する権力集中は認められなかった。議会の草案よりも急進的な点は、一つの権限委託文書（delegierte Rechtsakte）と七つの施行文書（Durchführungsrechtsakte）の授権を規定した点のみであった。デジタル社会の未来に対する権力は、大部分構成国に残されることになった。——特に、それが固有の問題に関わる場合（公的分野、データ処理に関する義務）と欧州域内市場でない場合<sup>19)</sup>。この点については、特に公的領域における、構成国の国内に特化した規定の高い完全性に言及されている。これらは、データ保護基本規則の少数の不完全な規定で置き換えることはできなかった。結局、委員会草案規定の不完全性が問題を引き起こすところでは、一委員会ではなくて一構成国に権限を委ね、現行規定を維持し、または新たに制定することとされた。というのも、理

事は委員会の専属的な立法権限を削除し、民主的な立法を強めたからである。それはまた、非常に曖昧に書かれた委員会の規定を残したままでは、法的に不確実なものになってしまうからである。

### 4. 三者会談の結果 Das Ergebnis des Trilogs

2015年下期、理事会と議会の代表が委員会の仲介の下、共同案作成のためいわゆる「三者協議」に合意した。これにより、三つの草案<sup>20)</sup>は規則最終案<sup>21)</sup>にまとまった<sup>22)</sup>。議会と理事会の合意により、委員会へ二つの権限委託文書（delegierte Rechtsakte）<sup>23)</sup>の授権のみが認められ、七つの施行文書（Durchführungsrechtsakte）の授権が残された<sup>24)</sup>。

欧州連合と構成国との関係では、理事会はその目的をいかに貫徹することができた。規則の規定の不完全性は、非常に多くの場合、構成国が国内に対して定めるデータ保護規定が補い、新たに定めることで補ってきた。この結果は結局、欧州連合と構成国の間の共同規制である。

## IV. 欧州連合規則のドイツ法との関係

これらのことはドイツのデータ保護法にどのような意味を持つのだろうか？ どの規定が欧州連合の規則によって排除されるのだろうか？

データ保護基本規則は、欧州連合運営条約第288条第2項により、全ての加盟国において直接の効力を有する<sup>25)</sup>。規則は施行により各構成国の法秩序の一部となり、そこでは全ての個人及び組織に対して適用される<sup>26)</sup>。規則は指令のようにその目的に対してだけではなく、そこで採られた形式と手段との関係でも義務付けられる。規則はそれゆえ、何らの国内的書き換え（Umsetzungsakts）も必要とされない<sup>27)</sup>。



しかし、欧州連合の法と加盟国の法は、おのおの固有の根拠（Geltungsgrund）<sup>28)</sup>を持って、それぞれ固有の自立した法秩序<sup>29)</sup>を持つ。双方の法秩序は互いにバラバラのものではない。加盟国は、加盟国として欧州連合を設立し、その国家権力を譲り渡した範囲で主権が制限される。加盟国は「そこに所属し、自らを義務付ける法共同体を作り上げた<sup>30)</sup>」のである。

そうはいっても欧州連合はドイツの法律を改正したり、失効させたりする権限を持つわけではない。欧州連合規則は優先的な効力を持つわけではない。それゆえ、その発効後もドイツのデータ保護法は変わりなく有効である。この並列は規定が矛盾する事態を引き起こし、どちらの規定を適用すべきかという問題を生ぜしめる可能性がある。そのような衝突の場合、欧州連合規則は適用に関して優先権を持つ<sup>31)</sup>。矛盾する一なお有効なドイツの規定は適用することができない<sup>32)</sup>。これは、欧州裁判所の判決によると、ドイツ憲法の規定が問題となる場合であっても同様である<sup>33)</sup>。反対に、連邦憲法裁判所は優先適用にも限界があるとし、ドイツ憲法の同一性を左右するような規定（Identitätsmerkmale）に関しては適用されないとする。この判決に従えば、欧州連合は「基本法第23条第1項第3文及びこの規定で引用される第79条第3項により、憲法の同一性にかかわる基本法の不可侵の核となる内容に反することができない<sup>34)</sup>」。

優先適用の根拠は、欧州連合法の統一機能に求められる<sup>35)</sup>。欧州連合が、一つの欧州としての欧州国民の統合に資するのなら、その法規も構成国の法規へと歩を進めなければならない<sup>36)</sup>。構成国に単一の欧州連合法の有効性が保障されなければ、欧州連合は法的共同体として存続することはできない<sup>37)</sup>。優先適用は、主権〔的権利〕を欧州共同体に譲渡することができるとする基本法第23条第1項にも合致する<sup>38)</sup>。この条項は同時に、欧州連合法がドイツにおいて貫徹されること

の保証（Versprechen）を含む<sup>39)</sup>。

この統合目的はデータ保護基本法にも妥当する。目的は、規則の規定が国内のデータ保護規定に対して優先適用されることにより到達することができる。ただし、三つの理由から構成国の規定は、そのまま適用可能である。

第一に、優先適用は、欧州連合規則が矛盾する場合のみ使われる。たとえドイツの規定の文言が規則と異なる場合であっても、矛盾が生じない場合は、ドイツの規定がそのまま適用される。これは、ドイツの規定が、規則の規定する目的を毀損することなく、規則の曖昧な法概念を明確にしている、あるいは詳細な規定によって具体化している場合がある<sup>40)</sup>。そのような矛盾の存否は個別に判断されなければならない。具体例を挙げると、データ主体は、第15条第1項h)により、自動化された意思決定（Entscheidungsfindung）に「使用された論理（verwendete Logik）」について照会することができる。BDSG第34条第2項及び第4項によると、何より情報主体は評価に際してどのように推定値（Wahrscheinlichkeitswerte）を算出したのかという情報を求めることができる。この規定は、第15条第1項h)の「使用された論理」を明確化したものと理解できる。

第二に、規則が国内法に明示的に裁量の余地を残している場合、ドイツの規定を従来通り適用できる。例えば、加盟国は第6条第2項及び第3項により、第6条第1項c)及びe)、両項の許可要件（Erlaubnistatbestände）を定めることができる。このことは、法的義務の履行のためのデータ処理、公的職務の遂行または主権の行使のための、すべてのデータ処理に当てはまる。ドイツ法は、データ処理の目的ないし処理条件、データの種類、データ主体、データの移転、保存期間、並びに処理過程ないし処理手続に関して、より詳細に定めることができる。

第三に、裁量の余地が示唆されている（impliziten Spielraum）場合も、ドイツの規定を適用できる。ドイツの規定が、不完全な規則

の規定に必要な特定性を補い、規則の施行を可能にする場合は、欧州連合規則に対する矛盾は生じない。同様に、ドイツの規定が、国内法の枠組みを維持するために規則に必要な書き換えを加えた場合、あるいは国内法の体系ないし言語の用法に適合させた場合、規則の優先適用は適用されない。この例としては、第22条のプロファイリングの保護の補完が挙げられる。個々の決定の自動発生は、加盟国が「データ主体の権利ないし自由及び保護されるべき利益の保護のために十分な措置」を規定している場合にのみ許される。

## V. 目的の欠如

このような背景を持つデータ保護基本規則は、果たしてその目的に到達していると言えるのであろうか？ データ保護の将来の法制定権をめぐる権力闘争の結果としてできあがったこの規則の構想には疑問の余地がある。

### 1. データ保護法の不統一

規則の中心問題はなにより、一方で規定されるべきものの膨大な複雑さと、他方で抽象的で、それ故に単純な規則の規定の間の差が大きすぎることにある。ドイツデータ保護法が、1000の領域毎の規定を持つのに対して、規則は、同じ問題を51条のデータ保護実体法で規定している。この差は規則の大きな欠陥を表している。データ保護を規定する者は、全ての社会領域に対して変化をもたらす。一記録の在り方から新聞出版にいたるまで。委員会の言葉によれば、委員会案で、構成国の多くの、また多種多様なデータ保護法規定を、少数の抽象的な一般規定に置き換えることができたとしているが、委員会はこの役割を完全に過小評価した。また、委員会は、多様性と差異の存する規定を切り捨て、それによって法的安定性に大きな穴を生み出す、否定的側面を看過した。

全ての欧州連合構成国のデータ保護に一つ

の統一的な法的枠組みを作成するという委員会の目的は、データ保護基本規則の不完全さ故に達成することができなかった。それ故、正当にも理事会、さらに議会は、70以上の開かれた条項（委任条項）を付け加えた。構成国のこれらの規定を通じてのみ、十分な法的安定性を保証するための、複雑で詳細な規定を得ることができる。構成国も、開かれた条項（委任条項）の対象国として、規則の条項を詳細化、具体化、目的に沿った補充をすることができる<sup>41)</sup>。それ故、結果として、非常に多くの規定領域で、欧州連合全体にわたる統一的数据保護法はなくなってしまった。むしろ、各構成国は、規則によって作られた曖昧な枠組みを、自らのために定めることになった。

### 2. データ保護実務の不統一

同じ法文が欧州連合内で有効であるとしても、それは欧州連合全体で同じデータ保護の実務がなされるわけではなく、そのことによって、同様の域内経済の競争的条件を作り出す。まさに、多くの抽象的で曖昧な規則の規定は、実務において、国内の監督機関ないし裁判所による具体化を必要とする。データ保護指令（DSRL）第7条の5つの許可要件のみが受け入れられた。というのも、それらが国内の立法者に向けられた指令の規定に過ぎず、領域及び問題点に関しては、国内法によって具体化されるものであったためである。今もし、第6条第1項の一既に1995年に手直しされたが—非常に抽象的な同じく5箇条の許可要件が、直接に効力を持ち、既に分化して（ausdifferenzierten）存在する国内規定に置き換えられるべきだとすれば、それは、データ保護の統一にも法的安定性にも寄与しない。例えば、第6条第1項f号の許可要件によると、データ処理者は彼に認められた利益と、データ主体の守られるべき利益を自由に比較衡量することができる。この衡量は、それぞれの構成国における今日までのデータ保護の文化の結果であり、それ故にその結果

は異なっている。ドイツにおいては、ビデオカメラ監視に関しては、今日まで連邦データ保護法第6条bによって制限的な規定が置かれているが、イギリスでは非常に広範囲にビデオ監視カメラが認められている。欧州のデータ保護は、データ処理の許容性に関しては、それぞれの構成国の実務において異なる内容になっている。統一的に施行された現行法は存在しない。競争の平等性（Wettbewerbsgleichheit）は、実現していない。

### 3. データ保護法の近代化の欠如

データ保護法の近代化も規則は怠っている。規則は一少数ない例を除けば一基本的に1995年のデータ保護指令の概念をそのまま使っている。20年以上を経た規則で解決しようとする、将来の技術的進歩がもたらす要求に答え得ることは極めてまれである。一度ならずそれを目指して試みている。これは、データ保護規則の技術的に中立な個々のアプローチのためである。技術的中立性は、技術的な進歩にも対応して法規定が適用できるように作られるように働く場合、意味のあることである。しかしながら、規則はこのアプローチを危険中立性という意味で利用した。すなわち、例えば、ユビキタスコンピューティング、ビックデータ、クラウドコンピューティング、あるいは、〔ビック〕データ利用の事業モデル（datengetriebene Geschäftsmodelle）といった、個々の基本権に対する危険に対して言及する規定はなく、消え失せている。変わらない許可規定、目的制限、あるいはデータ主体の権利といったものは、「横町のパン屋」の顧客リストであっても、データ主体にとって危険に満ちたデータ処理形態にも、同じように適用される。これによって、まさに個々の人権が危機に陥るのである。規則の法文で、特定のデータ処理形式の典型的な危険を考慮することによってのみ、必要な法的安定性と正しい利益考量（Interessengerechtigkeit）を得ることができたはずなのに<sup>42)</sup>。

### 4. 欧州連合と構成国の共同規制

要約すると、以下のことが確認できる。：欧州連合規定の不十分さのため、解決されるべき現実の問題に規則を適用できるようにするために、加盟国による正確化、詳細化、補足が必要である。このため、データ保護基本規則は、欧州連合のデータ保護のための均質で、完結した法典ではなく、穴だらけの構造物である。このことは、たしかにいくつかの補われなければならない点を示している。しかし、決定的なのはこれらの穴を、構成国が独自に埋めることである。それによって、適用されるべき統一のデータ保護法は存在しなくなる。むしろ、これまでデータ保護指令のもとでそうであったように、多くの差異が存在する。一従来と別の箇所、そして、重大な法的不安定性と共に。

## VI. ドイツのデータ保護法の未来

データ保護基本規則に補充と詳細化が必要であるとして、結局、2018年5月25日以降の規則の直接的効力発生後、ドイツのデータ保護法のどの規則が適用できるのか、さらに、どのような規定をドイツの立法者は制定でき、また、制定すべきなのかという問題に行き着く。

欧州連合規則は優先的効力を有するのではないため、ドイツのデータ保護法はこれからも変わらず有効である。データ保護基本規則に矛盾しない全ての規定は、変わらずに適用することができる。というのも、これらの規定は、規則を正確化し、具体化し、補足するものであり、あるいは70を越える開かれた条項（委任条項）によって制定されたものだからである<sup>43)</sup>。

データ保護基本規則は、新しい欧州規定と従来からのドイツ法の先の見えない混乱状態を作り出した。このような状況で、ドイツの立法者には、ドイツにおけるデータ保護の水

準を保ち、規則の穴と弱点を補い、新たな情報技術の危険に対するデータ保護を導入することで、法的安定性をもたらす役割が与えられている。

法的安定性を増すために、ドイツの立法者は一方で、規則の優先適用で排除される、個々の適用事例に関する全ての規定を削除することができるかもしれない。他方で、立法者は規則の規定をより明確なものにし、現行規定を書き直すことができるであろう。さらに、規則の概念や構造 (Systematik) に特定の適用が維持される規定を適合させることもできるであろう。またさらに、規則を実施できるようにするために、ドイツ法に適合するよう補充規定を置くことも可能であろう。

開かれた条項 (委任条項) を、ドイツの立法者は、現行のデータ保護の水準を保つために利用すべきである。立法者は、慣れ親しみ、機能し、調整された規定の枠組みを維持し、将来にわたって予測のできる結果を実現することにより、法的安定性を作り出さなければならない。そうすることによって適合および書き換えの費用を最小化することができる。

最後に、立法者は、データ保護法を新たな情報技術の新しい危険に対応できるように、自身の立法裁量を利用すべきであろう。このためには、規則が非常に抽象的に規定している点を逆手にとって、これを明確化し、実務に適した形で作ることができるであろう。これは例えば、データ保護結果評価や、設計段階 (Privacy by Design) と手続全体にわたる (Privacy by Default) プライバシー配慮要求に利用できる。最後に、立法者は、典型例としてビックデータ、日常使いのスマート家電等スマート機器 (smarte Alltagsgegenstände)、クラウドコンピューティング、〔ビック〕データ利用の事業モデル (datengetriebene Geschäftsmodelle) その他基本権を脅かす危険がある新しい情報技術の危険を除去する規定を作成するために、公的部門と雇用関係 (Beschäftigungsverhältnisse) のための開かれた条項 (委任条項) を利用すべきで

あろう。

### 【注】

- 1) EU ABl. L 119 vom 4.5.2016, 1.
- 2) EG ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31.
- 3) 全ての条文及び理由 (Erwägungsgründe) は、特に言及することなく DSGVO に依る。
- 4) ただし、この問題の規定に関しては、4 章開かれた条項の構成参照。
- 5) Erwägungsgrund 3, 9 und 13 参照。
- 6) Erwägungsgrund 5, 9 und 13 参照。
- 7) Erwägungsgrund 1, 2, 4 und 6 参照。
- 8) Erwägungsgrund 1, 2, 4 und 6 参照。
- 9) Erwägungsgrund 7 参照。
- 10) 舞台裏の強力なロビー活動も影響した。この点に関し *Albrecht*, CR 2016, 97 参照。
- 11) S. *Roßnagel*, DuD 2012, 553.
- 12) 例えば、委員会通知 „Eine Vision für den Binnenmarkt für Industrieprodukte“ vom 22.1.2014, KOM (2014)24 endg., 9 参照。
- 13) 例えば、域内市場の電子的同一性及び電子商取引の安全な役務のための規則 (eIDAS-VO), EU ABl. L 257 vom 28.8.2014, 規則 (EU) 910/2014 vom 23.7.2014 に関する署名指令 1999/93/EG の変更も参照。— この点に関しては、*Roßnagel*, Das Recht der Vertrauensdienste, 2016 参照。
- 14) KOM (2012) 11 endg.
- 15) 根拠として、EU-Kommissarin Reding, ZD 2012, 195 ff. 参照。
- 16) 法的に見ても AEUV 第 290 条第 2 項により、ごくわずかな権限しか有することができない。
- 17) EU-Parlament, P7\_TA-PROV (2014) 0212.
- 18) Rat der Europäischen Union, 9565/15.
- 19) 第 1 条第 2 項 a 及び Erwägungsgründe 8, 16, 16a und 41 des Rats-Entwurfs 参照。
- 20) 三つの草案については、die Synopse des Bayrischen Landesamts für Datenschutzaufsicht, [www.lida.bayern.de](http://www.lida.bayern.de) 参照。



- 21) 28.1.2016 の草案と 公表されたバージョンの細かい差異に関しては, die Arbeitshilfe in *Roßnagel* 2016 参照。
- 22) Ratsdokument — Trilog-Ergebnis dt., 28.1.2016, 5455/16 参照。
- 23) Art. 12 Abs. 8 und 43 Abs. 8 更に, Art. 92 参照。
- 24) Art. 40 Abs. 9, 43 Abs. 9, 45 Abs. 3 und 5, 47 Abs. 3, 61 Abs. 9 und 67 参照。
- 25) より詳しくは以下を参照。*Roßnagel* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung — Vorrang des Unionsrechts — Anwendbarkeit des nationalen Rechts, Baden-Baden 2016, 67 ff.
- 26) *EuGH*, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, Ls 3; *EuGH*, Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629, Rn. 17/18.
- 27) *EuGH*, Rs. 43/71, Politi, Slg. 1971, 1049, Rn. 9; *EuGH*, Rs. 34/73, Variola, Slg. 1973, 981, Rn. 10; *EuGH*, Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629, Rn. 14.
- 28) *BVerfGE* 22, 293 (296).
- 29) *EuGH*, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251 (1269); *EuGH*, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (25).
- 30) *EuGH*, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, Ls 3.
- 31) *EuGH*, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, Ls 3; *EuGH*, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; *EuGH*, Rs. 106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629, Rn. 17f.; *EuGH*, Rs. 94/77, Zerbone, Slg. 1978, 99, Rn. 22, 27; *BVerfGE* 31, 145 (173 ff.); 73, 223 (244).
- 32) *EuGH*, Rs. C-106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629, Rn. 21/23.
- 33) *EuGH*, Rs. C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; *EuGH*, Rs. C-106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629, Rn. 21/23.
- 34) 基本法の同一性の留保に関しては, 以下を参照。*BVerfGE* 123, 267 (353f.); s. auch *BVerfGE* 125, 260 (323); *BVerfGE* 126, 286 (302), einschränkende Verfahrensvoraussetzungen in *BVerfGE* 126, 286 (302 ff.).
- 35) 例えば, 以下を参照。*BVerfGE* 126, 286 (301f.) = NJW 2010, 3422 (3423).
- 36) *EuGH*, Rs. C-106/77, Simmenthal II, Slg. 1978, 629 Rn. 17/18 und 21/23.
- 37) *EuGH*, Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, 1251, Ls 3; *BVerfGE* 126, 286 (301f.) 参照。
- 38) *BVerfGE* 31, 145 (174); 123, 267 (402); 126, 286 (301) 参照。
- 39) *BVerfGE* 126, 286 (301).
- 40) *EuGH*, Rs. 272/83, Kommission/Italien, Slg. 1985, 1057 Rn. 25.
- 41) この点については第 4 章参照。
- 42) 例えば, 以下を参照。典型的なものとして, 自動緊急連絡の許容性に明確なデータ保護を要求している自動車用緊急連絡 (eCall) 規則 (EU) 2015/758 第 6 条。
- 43) *Roßnagel* (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung – Vorrang des Unionsrechts – Anwendbarkeit des nationalen Rechts, Baden-Baden 2016 参照。