

デジタル経済における競争法・法規制

— 2017～2019年度公益事業の規制と競争政策検討班研究報告書 —

2021年3月

日本エネルギー法研究所

は し が き

2011年の東日本大震災を契機に開始した電力システム改革は、2020年4月の発送電分離を終え、ひと段落した。しかし、発電・小売事業における競争は十分に進展したとは言えず、さらなる競争の活性化に向け、現在も議論が継続している。

一方、2016年の小売全面自由化以降、新たな価値創出等を目的にデジタル化を推進する動きが活発化しており、電力データの利活用等についても議論が進められている。デジタル化技術によって電力・エネルギー産業は大きな変革期を迎えつつあるが、法的課題は山積しており、未だ事業化は十分ではない。また、デジタル化は、電力分野のみならず、あらゆる産業における課題であり、デジタル時代の競争政策はどうあるべきか、盛んに議論がなされている。

本研究会は、これらの電力システム改革や経済のデジタル化に関し、先行する欧米の事例や他の公益事業等を参考に、2017年度から2019年度の約2年にわたり調査・研究を行ってきた。活動の詳細は本報告書の研究活動記録を参照されたい。本報告書はその主要な成果をとりまとめたものである。なお、2020年現在も継続して研究活動を行っており、時宜にかなった内容を掲載するべく、本報告書の一部は2019年6月以降の研究内容も含んでいる。

まず、舟田報告（第1章）では、ドイツ連邦カルテル庁による2019年2月のFacebookに対する決定を取りあげ、競争法上の濫用規制と、憲法・民法・個人情報保護法等の関連性について詳細に検討を行った。

土田報告（第2章）では、2018年12月から日本に導入された確約制度について取り上げ、導入以降の適用事例や、先行するEUのエネルギー分野における事例を踏まえつつ、日本の確約制度の評価・課題の検討を行った。

東條報告（第3章）では、デジタル・プラットフォームの諸特性と、デジタル・プラットフォームによる「ゲートキーパー」としての能力行使等の反競争行為を明らかにし、それらに対する競争法規制の可能性について検討した。

柴田報告（第4章）では、舟田報告において取り上げた2019年2月のFacebook決定の控訴審決定（2019年8月）を取りあげ、Facebookによる消費者への搾取濫用、競争者への妨害濫用について詳細に検討を行った。

若林報告（第5章）では、米国携帯通信市場におけるT-Mobile（全米シェア第3位）とSprint（全米シェア第4位）の合併事件の同意判決を取り上げ、その競争評価や問題解消措置の内容を分析した。

武田報告（第6章）では、オンラインモール事業者に関する横取りや自己優遇といった競争法の問題に対する欧米での議論を取り上げ、プラットフォーム事業者に対する規制のあり方について検討した。

友岡報告（第7章）では、規制のサンドボックス制度（生産性向上特別措置法）を取り上げ、革新的技術が用いられる分野における、企業等の自主的な創意による規制緩和の実現に向けた法的課題を検討した。

本報告書がこの分野の研究に多少なりとも資することができれば幸いである。

最後に、研究メンバーの諸氏、ゲストスピーカーとして貴重なご報告をいただいた方々、参加研究員の皆様のご努力に感謝したい。

2021年3月

舟 田 正 之

公益事業に関する規制と競争政策検討班 主査

立 教 大 学 名 誉 教 授

公益事業に関する規制と競争政策検討班名簿

(2017年4月～2019年5月)

主 査	舟 田 正 之	立教大学名誉教授
研 究 委 員	土 田 和 博	早稲田大学法学学術院教授
	安 念 潤 司	中央大学法科大学院教授
	東 條 吉 純	立教大学法学部教授
	柴 田 潤 子	香川大学法学部教授
	若 林 亜理砂	駒澤大学大学院教授
	武 田 邦 宣	大阪大学法学研究科教授
	友 岡 史 仁	日本大学法学部教授
オブザーバー	櫛 本 俊 夫	電気事業連合会企画部副部長 (2017年6月まで)
	林 田 隆 志	電気事業連合会企画部副部長 (2017年7月から)
	行 天 健一朗	電気事業連合会企画部副部長 (2019年2月まで)
	津 島 孝一郎	電気事業連合会企画部副部長 (2019年3月から)
	辻 森 耕 太	電気事業連合会企画部副部長
	佐 藤 佳 邦	一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所 主任研究員
	外 崎 静 香	一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所 主任研究員
研 究 員	村 上 恵 也	日本エネルギー法研究所 (2018年3月まで)
	羽 鳥 洋 一	日本エネルギー法研究所 (2018年4月から)
	瀧 口 洋 平	日本エネルギー法研究所 (2017年6月まで)
	高 橋 一 正	日本エネルギー法研究所 (2017年7月から)
	小 路 智 也	日本エネルギー法研究所 (2017年6月まで)
	勢 藤 耕 平	日本エネルギー法研究所 (2017年7月から)
	戸 本 武 志	日本エネルギー法研究所 (2018年6月まで)
	井 上 大 樹	日本エネルギー法研究所 (2018年7月から)
	栗 林 克 也	日本エネルギー法研究所 (2018年6月まで)
	井 熊 良	日本エネルギー法研究所 (2018年8月から)
	堀 雅 晃	日本エネルギー法研究所

研 究 員	森 実 慎 二	日本エネルギー法研究所
	塚 本 泰 史	日本エネルギー法研究所（2018年7月まで）
	城 野 智 慧	日本エネルギー法研究所（2018年8月から）

※肩書きは，特に示さない限り，研究会当時のものである。

<2017 年度>

- 第1回研究会 2017年4月27日
「電力システム改革の現状と課題
—卸電力市場の活性化と、小売全面自由化の進捗状況を中心に—」
(瀧口研究員)
- 第2回研究会 2017年5月18日
「個人情報保護法改正とビッグデータ・IoTに関する課題」
(日本大学危機管理学部教授 小向太郎先生)
- 第3回研究会 2017年7月28日
「欧州における電気事業制度を巡る現状と課題
～2016 Winter Packageを題材に～」
(一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所スタッフ上席研究員 丸山 真弘様)
- 第4回研究会 2017年9月29日
「エネルギー事業と最恵国待遇 (MFN) 条項,
プラットフォーム間均等 (同等) 条項 (APPA)」
(土田研究委員)
- 第5回研究会 2017年10月31日
「東電『相場操縦』事件」
(舟田主査)
- 第6回研究会 2017年11月27日
「比較サイトの競争と問題点—英国の市場調査をてがかりに—」
(若林研究委員)
- 第7回研究会 2018年1月15日
「Google Search (Shopping) Date:27/06/2017」
(柴田研究委員)

第 8 回研究会 2018 年 2 月 19 日

「制度検討作業部会中間論点整理について」

(武田研究委員)

第 9 回研究会 2018 年 3 月 26 日

「液化天然ガスの取引実態に関する調査について」

(公正取引委員会事務総局経済取引局取引部企画課取引調査室長 垣内 晋治様)

＜2018 年度＞

第10回研究会 2018年4月27日

「裁判官と専門知」

(安念研究委員)

第 11 回研究会 2018 年 6 月 4 日

「水道事業基盤整備に関する検討」

(友岡研究委員)

第 12 回研究会 2018 年 7 月 6 日

「EUの電力・ガス事業分野における合併審査

—1990年以後の欧州委員会による審査事例の検討—」

(一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所主任研究員 佐藤 佳邦様)

第 13 回研究会 2018 年 9 月 28 日

「安定供給と容量市場」

(上智大学法学部教授 古城 誠先生)

第 14 回研究会 2018 年 10 月 29 日

「縦のカルテル」

(舟田主査)

- 第 15 回研究会 2018 年 11 月 26 日
「日欧の競争法上の確約制度
—エネルギー産業は、EUのごとく構造的措置を求められるか—」
(土田研究委員)
- 第 16 回研究会 2018 年 12 月 10 日
「卸電力市場における相場操縦の規制」
(武田研究委員)
- 第 17 回研究会 2019 年 1 月 28 日
「購買力濫用規制—ドイツの EDEKA ケースについて」
(柴田研究委員)
- 第 18 回研究会 2019 年 3 月 1 日
「デジタル・プラットフォーム事業者による個人データ収集と競争法
—独カルテル庁 Facebook 事件決定を手掛かりとして—」
(東條研究委員)

＜2019 年度＞

- 第 19 回研究会 2019 年 4 月 12 日
「水道事業基盤強化方策と 2018 年水道法改正の課題」
(友岡研究委員)
- 第 20 回研究会 2019 年 5 月 31 日
「原発の競争力に関するいくつかのトピック」
(安念研究委員)

※肩書は、研究会当時のものである。

なお、本報告書の執筆は、以下のとおり分担して行った。

第1章 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

舟田 正之 主査

第2章 日欧の競争法上の確約制度について

土田 和博 研究委員

第3章 デジタル・コングロマリットの特性と競争政策上の課題

東條 吉純 研究委員

第4章 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)

柴田 潤子 研究委員

第5章 米国携帯通信市場における合併事案の検討

～T-Mobile・Sprint 合併事件同意判決～

若林 亜理砂 研究委員

第6章 オンラインモール事業者に対する競争法の適用問題

武田 邦宣 研究委員

第7章 「規制のサンドボックス」制度の法的意義

——「自主創意型」モデルの序論的考察

友岡 史仁 研究委員

目 次

第1章 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.....	舟田 正之	1
<概要>		3
I はじめに		3
II ドイツ FB(フェイスブック)事件.....		4
1. 違反行為.....		4
2. 無料市場.....		5
3. 市場支配的地位.....		7
4. 条件濫用.....		8
III 競争法と憲法・民法		14
1. 他の法律の援用.....		14
2. 民法・憲法と競争法の価値的関連性.....		15
3. 「自己決定」と「他者決定」		15
4. 「利益衡量」		19
5. 「情報上の自己決定権」		20
6. 競争法とデータ保護法.....		22
IV 本決定が提起した視点		23
1. 競争法固有の解釈問題.....		23
2. 競争法の目的としての基本権保護.....		23
3. 個人情報保護法と競争法の価値的關係.....		24
4. 因果関係.....		24
第2章 日欧の競争法上の確約制度について.....	土田 和博	33
はじめに		35
I 独占禁止法上の確約制度		35
1. 48条の2から48条の9までの規定		35
2. 確約手続に関する対応方針(公正取引委員会, 平成30年9月26日)		36

3. 事例.....	37
4. 小括.....	39
II EU 競争法上の確約決定(commitment decision)制度.....	40
1. 欧州理事会規則 1/2003, 2011 年欧州委員会告示による枠組み	40
2. エネルギー分野の EU 確約決定.....	42
おわりに	50
 第3章 デジタル・コングロマリットの特性と競争政策上の課題	東條 吉純 53
I 問題の所在：デジタル・コングロマリットの何が問題なのか	55
II DPF のコングロマリット化に対する現行独禁法規制.....	57
1. 混合型企業結合(企業結合ガイドライン(2019 年 12 月 17 日改定))	57
2. 市場支配力のレバレッジ(隣接市場における競争者排除)	58
III デジタル・コングロマリット規制の法理.....	59
1. DPF の諸特性と戦略的行動(能力とインセンティブ).....	59
2. ゲートキーパー問題に対する競争政策規制の方策.....	65
〔補論〕ゲートキーパー能力行使に対する支配型私的独占の適用可能性	73
 第4章 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)	柴田 潤子 79
I 控訴審決定の要旨	81
II 根拠となる条文について(24-27).....	81
III 消費者を侵害する搾取の否定(28-30).....	82
1. 過剰なデータ開示について.....	82
2. 消費者を侵害する搾取.....	83
IV 競争侵害的行為を前提とする市場支配の濫用(38-41)	84
V 支配的地位と濫用行為の因果関係の問題(42-83)	85
1. データ保護法違反について(42)	85
2. 法令違反と搾取(42-48)	86

3. 市場支配力と濫用行為の間の因果関係の必要性(49-58)	87
4. 詳細な判例の検討(59-68)	90
5. 本件データ処理と Facebook の市場支配力との間に、搾取的濫用の認定に必要な行為 の因果関係は存在しない(69-83)	93
VI 妨害濫用が認められないこと	96
1. 不当な妨害の観点から、カルテル庁決定の検討	96
VII 検討	99
1. 適用条項について	99
2. 自己決定権の喪失	100
3. 市場支配的地位と濫用行為の因果関係	100
4. 妨害効果について	106
 第5章 米国携帯通信市場における合併事案の検討	
～T-Mobile・Sprint 合併事件同意判決～	若林 亜理砂 107
はじめに	109
I 市場の特徴及び事案の背景	109
1. 携帯通信事業者	109
2. 米国携帯通信市場	110
3. AT&T・T-Mobile 合併事案(以下、「AT&T 事件」)	111
II T-Mobile・Sprint 合併事案	114
1. 事実概要	114
2. 連邦司法省等(原告)の主張	114
3. 同意判決	116
III 検討	118
1. 本件合併当初計画に関する判断について	118
2. 同意判決について	122
終わりに	126

第6章 オンラインモール事業者に対する競争法の適用問題	武田 邦宣	129
I はじめに		131
II 「横取り」の問題		132
III 自己優遇の問題		134
1. アマゾンによる自己優遇		134
2. その他の濫用行為との関係		135
3. 新たな濫用行為		136
IV 規制のあり方の問題		137
1. プラットフォーム規制のあり方		137
2. 競争法規制のあり方		138
おわりに		139
第7章 「規制のサンドボックス」制度の法的意義—— 「自主創意的型」モデルの序論的考察	友岡 史仁	141
I 問題の所在——「自主創意的型」の視点から		143
1. 従来型規制緩和政策——「行政発案型」の特質		143
2. 本稿の軸足——「自主創意的型」へ		143
II 「規制のサンドボックス」制度の意義		145
1. 制度概念と対象		145
2. 制度意義——FCA のケース(概観)		147
III 特措法の概要と課題		148
1. 制定経緯と検討範囲		148
2. 特措法の全体構造		149
3. 「新技術等実証」制度の概要と課題		150
4. 残された課題		152
IV 結語		152

第 1 章

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

立教大学名誉教授
舟 田 正 之

<概要¹>

1. ドイツ連邦カルテル庁のフェイスブック (FB) 事件決定は、EUの一般データ保護規則 (GDPR) 違反を競争制限禁止法違反に結びつけて、「濫用」とした初めての判断である。
2. FBなどのデジタルプラットフォームの場合、消費者は無料でサービスの提供を受けるが、同時に、当該事業者はその定める約款に基づき、個人データを入手し、それを蓄積・処理・利用して、広告市場等において収益をあげているのであるから、このような消費者取引市場も、競争法上の「市場」として評価される。
3. 本決定は、濫用を判断するための取引両当事者間の「利益衡量」において、基本権（「自己決定」）を重要なファクターとしており、一方的な取引条件の設定を「他者決定」による基本権の侵害と捉えている。
4. 本決定は、競争制限禁止法上の濫用規制を「私法上の一般条項の1つ」と位置づけ、かつ、民法上の不当条項規制と関連させて濫用を認めた連邦通常裁判所 (BGH) 判決を基にして、不当条項をデータ保護違反に置き換えて濫用を認めた。
5. 日本の独禁法 (ドイツの濫用規制に対応する規定は、差し当たり「優越的地位の濫用」規制である) でも、本決定とほぼ同様の解釈が可能と思われる。

I はじめに

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

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

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

¹ 本稿は、舟田「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件」法律時報91巻9号 (2019年8月号) 156頁以下 (2019) を、大幅に加筆・修正したものである。法律時報掲載論文では触れていない論点にも論及し、また本決定後に出された執行停止高裁決定にも触れるなどしたため、字数は3倍近くになった。

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

「競争法」という用語は、日本の独占禁止法やドイツの競争制限禁止法など、各国の競争維持・促進を目的とする法を総称する場合に用いる。ただし、EU機能条約101条・102条については、慣例に従って、「EU競争法」と呼ぶ。

的問題を提起していると思われる。

II ドイツFB(フェイスブック)事件

1. 違反行為

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

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

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

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

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

「FB コンツェルン所属の他のサービス提供者(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

² BKartA, Beschl, v. 6. 2. 2019 — B6-22/16. <http://hbfm.link/4952>. 本決定や諸判決からの引用は、ドイツの慣用に従って、頁(S.)ではなく、Rn.で示す。なお、本決定と同時に、カルテル庁は、Fallbericht(事件解説)とPressemitteilung(報道発表)も出している。

本決定については、鈴木孝之[2019]、杉本武重・川島章裕[2019]、土田和博[2019]、伊永大輔[2019]、島村健太郎[2019]、市川芳治[2020]、ベック[2020]等の研究がある。予備評価の段階ではあるが、柴田潤子[2019a]132頁以下も参照。本稿執筆に当たっては、特に鈴木孝之・柴田潤子両氏の和訳と解説、東條吉純氏の研究会報告等を参考にした。記して厚くお礼申し上げる。

³ この点は以前から注意が向けられてきた。例えば、市川芳治[2016-17]参照。

⁴ これに対応して、ドイツの連邦データ保護法も改正された。これについては、泉眞樹子[2018]を参照。

Facebook Business Toolsからのデータの処理は、GDPR 6条1項及び9条2項に基づく正当化根拠を有するものではない」(Rn.573)。

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

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

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

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

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

2. 無料市場

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

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

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

「従来の判例では、金銭的な売上(monetäre Umsatz)とその基礎にある価格設定(Preissetzung)が本質的な競争パラメーターであり市場関係の不可欠な構成要素であると考えられていたため、無料の利用関係は一般的には市場として捉えられなかった」。「立法者は、

⁵ 参照, Langen/Bunte[2014], §19, Rn.6.

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

18条2a項の導入により、原則として、無料の提供(Leistungen)であっても、市場業績(Marktleistung)として位置付けられる可能性を開いた。ただし、そのための諸条件は決められないままになっている」(Rn.240)。

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

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

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

Facebook/WhatsApp事件＝EU委決定(2014年10月3日)

Microsoft/Skype事件＝EU委決定(2011年10月7日)

Google事件＝EU委決定(2017年6月27日)

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

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

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

一般に、デジタルプラットフォームには、取引型デジタルプラットフォーム(マッチン

⁷ 柴田潤子[2019b]参照。本件の異議告知の段階について、中島美香[2017]参照。

⁸ 柴田潤子[2017b]226頁以下、柴田潤子[2019a]、柴田潤子[2019b]参照。その前提は、FB等が収集・処理する個人データは、今日の経済において圧倒的な重要性和経済的価値をもっており、それに基づいて、市場支配力を形成・強化できるようになっている、という認識である。

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

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

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

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

3. 市場支配的地位

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

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

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

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

⁹ 土田和博[2019]54頁参照。

¹⁰ アメックス事件判決については、井畑陽平[2019]を参照。

¹¹ 詳しくは、柴田潤子[2019b]122頁以下を参照。

4. 条件濫用

(1) ドイツ競争法における濫用規制

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

濫用は、妨害的濫用と搾取的濫用に分けられる。

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

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

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

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

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

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

(2) 濫用規制の対象となる取引条件

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

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

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

¹² ドイツ競争法における妨害的濫用と搾取的濫用については、舟田[2009]128頁以下参照。

何ら変えるものではない」(Rn.561)。

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

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

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

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

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

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

(3) 対価と取引条件

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

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

¹³ このような「条件」の解釈によれば、ドイツ民法(BGB)305条における「約款」を超える射程距離を持つことになろう。このことは、日本における優越的地位濫用の規制と改正民法548条の2の関係についても同様であると解される。

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

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

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

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

(4) 普通取引約款と民法・濫用規制

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

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

¹⁴ 参照, Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256,275f.

¹⁵ 参照, Langen/Bunte[2014], §19, Rn.121.

¹⁶ 普通取引約款法(AGBG.またはAGB法)については、日本でも多くの研究がある。最も早い起草段階の研究として、谷本圭子[1996]参照。

¹⁷ 参照, Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.254. 普通取引約款に対する条件濫用規制についてリーディング・ケースとされるのは、遠隔地冷暖房サービスに関する“Favorit”事件のBGH判決である。BGH, Beschl. v. 6.11.1984 WuW/E BGH 2103, 2105, “Favorit”. 本件については、柴田潤子[2019b]134頁注8を参照。

取引条件濫用のケースで近年最も注目されたのが、大規模小売業者による納入業者に対する利益供与の要請を違法としたエデカ事件であるが、これは個別の取引条件に係る事件である(BGH, Beschl. v. 23.1.2018, KVR3/17)。本件については、柴田潤子[2018]を参照。

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

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

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

(5) GDPR違反と濫用の結びつき

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

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

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

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

(6) 依拠した連邦通常裁判所判決

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

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

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

これらの判決につき、本決定は次のように述べる。

「BGHのVBL-Gegenwert判決によれば、例えばドイツ民法(以下、BGB)307条以下の法的

¹⁸ 参照, Immenga/Mestmacker[2014], §19,Rn.256.

¹⁹ 以上については、柴田潤子[2019a]133頁以下を参照。

²⁰ 連邦経済・エネルギー省「グリーン・ペーパー『デジタル・プラットフォーム』Grünbuch Digitale Plattformen」(2016)48頁、柴田潤子[2019a]135頁以下参照。

https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/gruenbuch-digitale-plattformen.pdf?__blob=publicationFile&v=32

評価によれば許容されない普通取引約款が用いられている場合、それに加え、特にそれが市場力または優越的市場地位の表出をも示している場合には、GWB 19条1項の一般条項に基づいて濫用と認めることができる。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ 和訳は、佐成実[2014]による。ドイツ民法の内容規制については、日本の消費者契約法10条とも関連するので、多くの研究がある。山本豊[1998], 原田昌和[2000], 原田昌和[2000-01], 原田昌和[2002], 原田昌和[2007-08], プレルス[2011], 丸山絵美子[2014], 丸山絵美子[2015]等を参照。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ⅲ 競争法と憲法・民法

1. 他の法律の援用

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

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

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

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

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

²² 以上については、差し当たり、舟田[2017b]参照。なお、大阪バス協会事件についての引用は、私の立場(違法性阻却説)からのものである。

²³ 基本権保護義務は国家・加害者たる私人・被害者たる私人の三極間の関係として構成され、国家S、私人P1、P2からなる法的三面関係において、SはP1の侵害からP2の基本権を保護すべき義務がある、とする。小山剛[1990]42頁、小山剛[1998]1頁等のほか、舟田[2016]180頁以下を参照。ただし、多くの指摘があるように、このような三極間の関係は、多数説である間接適用説等によっても考慮され得る。

2. 民法・憲法と競争法の価値的関連性

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

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

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

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

3. 「自己決定」と「他者決定」

(1) 連邦通常裁判所「連帯保証決定」

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

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

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

²⁴ 参照, Langen/Bunte[2014], §19 Rn.1-2.

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

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

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

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

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

(2) 自己決定と憲法

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

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

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

もちろん「自己決定権の限界」を論じるということは、その限界を超えると「他者決定」になるということであるが、ドイツの判例・学説のように、私人間の関係について、「他者決定」の側から見ているという視点も重要である。例えば、「自己決定は明らかに他者決定

²⁵ 多くの文献があるが、差し当たり、小山剛[2004]148頁以下、國分典子[2006]，大串倫一[2018]，及び舟田[2016]175頁以下に挙げた文献を参照。それらは主に憲法上の議論であるが、自己決定に関する民法上の議論については、吉村良一[1998]，潮見佳男[2005]等がある。

²⁶ 差し当たり、笹倉秀夫[2001]を参照。

の反対概念であり、外部から来る制限や拘束からの解放をめざしている」²⁷、と説かれる。

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

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

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

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

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

(3) 自己決定と民法----約款規制

ドイツでは、上の連帯保証決定のように、憲法(特に基本権規定)を根拠に、民法上の契約

²⁷ ホラーバハ[1997]52頁。

²⁸ 参照, Langen/Bunte[2014], §19,Rn.5.

²⁹ 山本敬三[2000]各所, 特に218頁以下を参照。

³⁰ 渡辺康行[2003] 18頁参照。比例原則については更に、須藤陽子[1990-91], 須藤陽子[2000], 須藤陽子[2008], 井上典之[2011]等を参照。

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

に積極的に介入することがあり、これは私法における基本権の影響力が強くなっていくという意味で、「私法の憲法化」とも呼ばれ、これを警戒する説もあるが、大勢としては判例を支持する学説が多いといえよう³²。

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

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

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

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

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

(4) 契約の中心条項と付随的条項

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

私法上の契約の内容規制については、通常、契約の対象とその価格等に関する中心条項(=契約の本体部分)と、付随的条項(独禁法上問題となる例として、拘束条件付取引、排他

³² 舟田[2016]参照。なお、「私法の憲法化」という表現については、カナーリス[1998]2頁参照。

³³ 多くの議論があるが、差し当たり青谷和夫[1985]、プレルス[2011]等を参照。

³⁴ 笹倉秀夫[2001]15頁。

条件付取引、抱き合わせ販売等)を区別して考えられている³⁵。

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

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

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

4. 「利益衡量」

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

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

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

このため、法秩序、例えばAGB法で定められている利益衡量に基づいて契約条件が認められない場合、そのような取引条件は、十分な市場支配力関連性がある場合には、GWBにお

³⁵ 河上正二[1988] 249頁、大村敦志[1995]349頁以下、山本豊[1997]、山本豊[1998]、韓都律[2012](2)420頁以下、大澤彩[2011]16頁等、丸山絵美子[2015]179頁、舟田[2009] 246頁以下等、を参照。

³⁶ 「ドイツの暴利行為論は対価という契約の中心部分について認められており」、これに対し、「従来の日本における暴利行為論の中で、特に主観的要件推定型や客観単独型が契約の付随部分に関する暴利に認められてきた」(堀川信一[2009]342頁)。

いて具体的事情に基づいて行われる利益衡量(Interessenabwägung)により、濫用をも意味することになる」(Rn.528)。

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

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

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

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

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

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

5. 「情報上の自己決定権」

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

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

この立場を基礎としながら、ドイツ連邦憲法裁判所「国勢調査判決」1983年12月15日(BVerfGE 65, 1)は、「情報自己決定権」(情報について自己決定を求める権利)という新たな概念を打ち出し、国勢調査の調査事項について、届出帳簿との照合を許す規程、連邦・ラント行政庁への提供を許す規程等を違憲とし、以後の判例・学説もこれに従って「情報の自己

³⁷ 参照, Emmerich[2014] S.325.

決定権」を基本権として認めている³⁸。

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

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

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

「データ保護法の目的は、なにかんずく、組織と個人の間における力関係に対抗し、責任を負う者と関係者の間の相当な利益調整を作ることにある。データ保護法は、個人に対し、情

³⁸ BVerfGE65,1 (<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>) 本判決については、鈴木庸夫＝藤原静雄[1984]、藤原静雄[1985]、平松毅[1996]、ホラーバハ[1997]51頁以下、玉蟲由樹[1998]、小山剛[2010]、松本和彦[2001]、小山剛[2015]、小山剛[2016]、高橋和広[2012]、高橋和広[2013]、高橋和広[2014]、山田哲史[2019]、小貫幸浩[2019]等を参照。

同判決は、一般的人格権の中には、「自己決定の思想から尊ばれる個人の権能があり、そこには、個人が自己の生活実情をいつ、いかなる範囲において開示するかについて、原則として自ら決定する権能」も含まれると述べた。小山剛[2016]101頁は、この情報自己決定権を「自己情報コントロール権の意義を活かしつつ、その短所を補うものとして注目される」とし、①古典的プライバシー権(要秘匿性が高い私的領域の保護)とは別に、私的領域の保護に直接はかかわらない個人情報収集・保存・結合・利用の問題に特化されている、②自己情報コントロール権が積極的権利を含むのに対し、情報自己決定権は、防御権に限定されている、と説く。

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

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

これらから、本判決は、本稿で取り上げたフェイスブック事件のような、今日のデジタルプラットフォームによる「自動データ処理」と個人の情報自己決定権の関係にも及ぶ理論的可能性を示していると考えられる。

³⁹ 藤原静雄[1985]737頁以下、玉蟲由樹[1998]160頁以下参照。これと並んで、前掲注23に挙げた基本権保護義務説も有力に説かれている。

報上の自己決定という基本権を保護するために、自己決定として、また第三者による強制の行使などなく、自らの人格に関係するデータの取扱いについて自由に決定する権利を割当てる。

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

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

6. 競争法とデータ保護法

本決定については、なぜデータ保護法で対処しないのかという疑問も生じる。

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

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

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

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

「事業者が個人データをどう扱うかは、データ保護庁にとってのみならず、競争当局にとっても重要なことである。--- (GWBの)立法者は、デジタル・エコノミーにおいては、データの収集と処理、関連する取引条件は、競争にとって極めて重要な企業活動を示す、ということを考えてきた。データへのアクセスは、殊にオンラインプラットフォームとネットワ

⁴⁰ 石井夏生利[2019]35頁は、本文で引用した本決定におけるデータ保護法の基本的性格と同様のことを述べている。すなわち、「『自由』は、データ主体の真の選択およびコントロールを意味する。---『力の不均衡』について、公的機関と個人の間には明らかな力の不均衡が存在することが多いため、同意に依拠できる可能性は低い。力の不均衡は、職場のカメラ監視などの雇用環境においても生じる」と述べる。このような、「自由」と「力の不均衡」を結びつける考え方が、GDPRの基本的立場のようである。

ークのケースにおいて、GWB18条3項における市場支配的地位の関連ファクターとして位置づけられている。

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

IV 本決定が提起した視点

1. 競争法固有の解釈問題

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

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

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

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

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

2. 競争法の目的としての基本権保護

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

本決定は、ドイツ・EUの特殊厳格なデータ保護法の捉え方ないし価値判断に基づいており、日本の現行の個人情報保護法と独禁法を前提とする限り、直接参考となるものではない

という見方もあり得よう⁴¹。

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

3. 個人情報保護法と競争法の価値的關係

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

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

4. 因果關係

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

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

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

⁴² この点については、舟田[2017a]17頁以下参照。

⁴³ 最近の研究として参照、伊永大輔[2019]、杉本武重「欧州における個人情報保護の競争政策上の取扱い」：板倉陽一郎「個人情報保護と競争政策 日本における状況」競争政策研究センター第2回大阪国際シンポジウム「デジタル社会における新たな競争政策～プラットフォーム&個人情報保護～」(1990年12月7日)報告レジュメ。

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

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

⁴⁵ OLG Dusseldorf, Beschl. vom 26.08.2019, Kartl/19 (V); BGH, Beschl. vom 23. Juni 2020, KVR 69/19. これら両判決については、柴田潤子[2020]、柴田潤子[2021]を参照。

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

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

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

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

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

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

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

(5) 本件の本案は、依然として前記高等裁判所にこの執行停止事件は、本訴と並んで係属中であり、今後も議論は続くであろう。

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

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

＜参考文献＞

本リストでは、執筆者の名前(姓)を先に出し、それを五十音順で並べた。

本文の注で引用する際には、→で示した略語を用いた。

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

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

→ Immenga/Mestmacker[2014]

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

→ Langen/Bunte[2014]

あ

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

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

石江夏生利「EUデータ保護関連法の『同意』概念」Nextcom38号33頁以下(2019)

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

→ 石江夏生利[2019]

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

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

井畑陽平「『取引型』の二面プラットフォームによる垂直的な制限とシャーマン反トラスト

⁴⁶ これらの問題については、不十分ながら、舟田[2020]で検討を加えた。

法1条---- アメックス事件連邦最高裁判決」公正取引821号19頁以下(2019)→ 井畑陽平[2019]

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

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

→ 泉眞樹子[2018],

井上典之「競争制限・国家独占と規制の首尾一貫性—経済活動に対する規制と比例原則—」

『季刊 企業と法創造』(早稲田大学・総合研究所)「特集・憲法と経済秩序II」7巻5号(通巻27号)(2011)→ 井上典之[2011]

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

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

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

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

→ 大串倫一[2018],

大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣, 1995)→ 大村敦志[1995]

小貫幸浩「情報的自己決定権とIT基本権とのはざま・覚書」駿河台法学32巻2号43頁以下(2019)→ 小貫幸浩[2019]

か

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

河上正二『約款規制の法理』(有斐閣, 1988)→ 河上正二[1988]

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

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

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

小山剛『基本権の内容形成』(尚学社, 2004年)→ 小山剛[2004]

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

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

小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，第3版，2016）→ 小山剛[2016]
 國分典子「民事裁判所による保証契約の内容統制と基本権規定の私人間効力--- 連帯保証決定」ドイツ憲法判例研究会（編）『ドイツの憲法判例2』（信山社，第2版，2006年）54頁以下
 → 國分典子[2006]
 伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか」法律時報91巻5号（通巻1137号）106頁以下（2019）→ 伊永大輔[2019]
 伊永大輔「ドイツ連邦カルテル庁によるFacebook 事件決定の法的論点—デュッセルドルフ高等裁判所が示した疑問が意味するもの」公正取引831号61頁以下（2020）→ 伊永大輔[2020]
 さ
 笹倉秀夫「自己決定権とは何か」松本博之＝西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』（信山社，1997）4頁以下→ 笹倉秀夫[2001]
 佐成実「比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）」（2014）
<http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf>
 → 佐成実[2014]
 杉本武重＝川島章裕「ドイツ連邦カルテル庁によるFacebookに対するドイツ競争法上の決定」国際商事法務47巻4号510頁以下（2019）→ 杉本武重＝川島章裕[2019]
 潮見佳男「説明義務・情報提供義務と自己決定」判例タイムズ1178号9頁以下（2005）→ 潮見佳男[2005]
 柴田潤子「私的独占」日本経済法学会年報38号20頁以下（2017）→ 柴田潤子[2017a]
 柴田潤子「グーグルケースにおける市場画定と市場支配」舟田古希『経済法の現代的課題』（有斐閣，2017）221頁以下→ 柴田潤子[2017b]
 柴田潤子「EUにおける優越的地位の濫用」公正取引817号10頁以下→ 柴田潤子[2018]
 柴田潤子「情報と市場支配力-ドイツ競争制限防止法第9次改正をめぐる議論を中心に」日本エネルギー法研究所報告書『公益事業の規制と競争政策—電力システム改革を中心として』119頁以下（2019）→ 柴田潤子[2019a]
 柴田潤子「グーグルの市場支配的地位濫用と EU競争法 -----Googleshopping」法律時報1135号（2019年3月号）63頁以下→ 柴田潤子[2019b]
 柴田潤子「ドイツ『Facebookケース』最高裁決定について」NextCom44号34頁以下（2020）
 → 柴田潤子[2020]
 柴田潤子「デジタルプラットフォームに関する最近のドイツのケース -Facebook控訴審決定（Düsseldorf控訴裁判所2019年8月26日決定）」日本エネルギー法研究所報告書『デジタル経済における競争法・法規制』79頁以下（2021）→ 柴田潤子[2021]
 島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的なデジタルプラットフォーム事業者の濫用行為規制について」一橋法学18巻2号727頁以下（2019）→ 島村健太郎[2019]

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

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

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

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

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

た

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

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

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

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

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

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

→ 谷本圭子[1996]

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

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

な

中島美香「Googleに対するEU競争法上の3つの異議告知事案」InfoComREVIEW69号104頁以下(2017)→ 中島美香[2017]

は

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

原田昌和「極端に巨額な保証債務の反良俗性---ドイツ良俗則の最近の展開(1)(2・完)」法

学論叢148巻2号18頁以下(2000), 149巻1号46頁以下(2001)→ 原田昌和[2000-01]
 原田昌和「itibumukouno ronri ——高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開」
 甲南法学42巻3・4号389頁以下(2002)→ 原田昌和[2002]
 原田昌和「ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について(1)
 (2)-----内容規制の法理論的基礎の検討に向けて一」立教法学73号105頁(2007), 75号215頁
 以下(2008)→ 原田昌和[2007-08]
 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」『ドイツの憲法判例』(信山社, 1996)42頁以下 →
 平松毅[1996]
 平松毅「自己情報決定権と国勢調査」『ドイツの憲法判例 I (第2版)』(信山社, 2003)60頁
 以下→ 平松毅[2003]
 藤原静雄「西ドイツ国勢調査判決における『情報の自己決定権』」一橋論叢 94 巻 5 号728
 頁以下(1985)→ 藤原静雄[1985]
 藤原静雄「個人情報保護に関する国際的ハーモナイゼーション」論究ジュリ18号64頁以下
 (2016)→ 藤原静雄[2016]
 藤原静雄「日本とEUの個人情報保護法制の比較」ジュリ1521号14頁以下(2018)→ 藤原静
 雄[2018]
 プレルス, ユルゲン(金岡京子訳)「約款のわかりやすさードイツ法における不明確準則と透
 明性原則」明治学院大学・法学研究91号233頁以下(2011)→ プレルス[2011]
 舟田『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009)→ 舟田[2009]
 舟田「経済法序説(4)」立教法学94号197 頁以下(2016)→ 舟田[2016]
 舟田「『公正な競争』と取引の自由」舟田正之=土田和博(編著)『独占禁止法とフェアコノ
 ミー』(日本評論社, 2017)3頁以下→ 舟田[2017a]
 舟田「事業法と独禁法---- NTT東日本事件と新潟タクシー事件を素材として」立教法学96号
 163頁以下(2017)→ 舟田[2017b]
 舟田「取引開始時における優越的地位の濫用」立教法学98号92頁以下(2018)→ 舟田[2018]
 舟田「経済法序説(6・完)」立教法学101号341頁以下(2020)→ 舟田[2020]
 ベック, トーマス「欧州・ドイツ競争法におけるプラットフォーム, オンライン取引とデー
 タ」公正取引836号60頁以下(2020)→ ベック[2020]
 ホラーバハ, アレクサンダー「法哲学から見た, 法における自己決定」松本博之=西谷敏
 (編)『現代社会と自己決定権』(信山社, 1997)48頁以下→ ホラーバハ[1997]
 堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件について----ドイツにおける議論を参
 考に」大東法学19巻1号307頁以下(2009)→ 堀川信一[2009]
 ま
 松原光宏「私人間効力論再考(一)(二・完)」法学新報106巻3・4号1頁以下(2001), 109巻7・

8号75頁以下(2003年) → 松原光宏[2001-03]

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

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

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

や

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

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

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

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

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

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

わ

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

Podszun, Rupprecht, THE FACEBOOK DECISION: FIRST THOUGHTS(2019)

<https://www.d-kart.de/en/die-facebook-entscheidung-erste-gedanken-von-podszun/>

Podszun, Rupprecht, FACEBOOK CASE : The Reasoning(2020)

<https://www.d-kart.de/blog/2020/08/28/facebook-case-the-reasoning/>

第 2 章

日欧の競争法上の確約制度について

早稲田大学法学学術院教授
土 田 和 博

はじめに

独占禁止法の一部改正を含む「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」(TPP協定整備法、2016年12月9日成立)により導入された独禁法48条の2から48条の9が「環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定」(TPP11協定)の発効日である2018年12月30日に施行された。これは確約手続、確約制度などと呼ばれるもので、一定の独禁法違反被疑行為について、公正取引委員会が被疑行為者との交渉・合意に基づいて、違反を認定することなく、当該被疑行為を排除するために必要な措置を取らせることができるというものである。制度導入に際して、1つの参考とされたのはEU競争法上の確約決定(commitment decision)制度と考えられること、欧州ではエネルギー産業の構造分離が確約決定により行われたことから、本稿では、EUの確約決定制度と対照しながら、独禁法上の確約制度の利点と問題点を検討することとしたい¹。

I 独占禁止法上の確約制度

1. 48条の2から48条の9までの規定

独占禁止法48条の2は、私的独占(3条前段)、不当な取引制限(3条後段)、不当な取引制限・不公正な取引方法に関する国際的協定・契約(6条)、事業者団体の競争制限的行為(8条)、不公正な取引方法(19条)、一般集中(9条、11条)、市場集中(9条、11条以外の第4章規定)に関する違反被疑行為が、確約手続の対象となることを規定する²。確約手続は、公取委の書面による通知から始まる³。すなわち、公取委は、「違反する事実があると思料する場合」(48条の2)には、違反被疑事業者⁴に対して、①違反被疑行為の概要、②違反の疑いがある法令の条項、③排除措置計画⁵の認定申請ができる旨が記載された書面を交付して通知することができる(48条の2各号)。通知を受けた事業者は、通知から60日以内に、排除措置計画または排除確保措置計画を作成して、その認定の申請をする必要がある(48条の3第1項、48条の7第1項)。

認定の申請が行われた場合、当該申請に係る計画が①当該違反被疑行為を排除するために

¹ 本稿では、EUの制度を「確約決定制度」といい、日本の独禁法48条の2から48条の9の規定のうち、認定申請の通知、確約計画の認定、その取消など手続的側面について言及する際には「確約手続」と、また排除措置計画・排除確保措置計画を含めた制度全体をいう場合には「確約制度」ということとする。日欧を含めていう場合には、「確約(決定)制度」と記述する。

² 違反被疑行為が既になくなっている場合でも、私的独占、不当な取引制限、不当な取引制限・不公正な取引方法に関する国際的協定・契約、事業者団体の競争制限的行為、不公正な取引方法については確約手続の対象となる(48条の6)。

³ もっとも、例えば立入検査を受けた事業者は、公取委の通知の前においても、確約手続の利用可能性について公取委と相談することができるとされるから(本稿 I・2 を参照)、その場合には、非公式な手続の開始時点は事業者側からの相談が行われた時点ということになる。

⁴ 以下、違反被疑事業者団体も含めて、代表的に違反被疑事業者という。

⁵ 違反被疑行為が既になくなっている場合には、排除確保措置計画(48条の6)を策定することになるが、排除確保措置計画を含めて確約契約ということがある。

十分なものであること(＝十分性)、②排除措置が確実に実施されると見込まれるものであること(＝確実性)のいずれにも適合すると認めるときは、公取委は当該確約計画を認定するものとされる(48条の3第3項)。排除措置計画の変更も、公取委の認定を受ければ可能である(48条の3第8項)。排除措置計画が公取委より認定を受ければ、排除措置命令、課徴金納付命令等は行われない(48条の4)。

また違反被疑行為を行う者の提出した計画が①、②の認定要件に適合しないと認めるときは、公取委は、決定でこれを却下しなければならない(48条の3第6項)。また認定された排除措置計画に従って排除措置が実施されていないと認めるときや「虚偽又は不正の事実に基づいて当該認定を受けたことが判明したとき」には、公取委は認定を取り消さなければならない(48条の5第1項)。その場合には、確約手続通知を行う前の調査が再開され、取消決定の日から2年間は排除措置命令や課徴金納付命令を行うことができる(48条の5第3項)。

2. 確約手続に関する対応方針(公正取引委員会、平成30年9月26日)⁶

本対応方針によって確約制度の詳細や予定される運用が明らかになった。それによれば、第1に、確約手続の対象に関して、①入札談合、受注調整、価格カルテル、数量カルテル(以上、3条、6条、8条1号・2号に関する違反被疑行為)であって、課徴金の対象となるもの、②過去10年以内に行った違反行為と同一の違反被疑行為であるもの(繰り返し)、③刑事告発方針のとおり、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより国民生活に広範な影響を及ぼすと考えられる悪質かつ重大な違反被疑行為は、確約手続の対象としないとされる。その他の違反被疑行為は、「個別具体的な事案ごとに、確約手続により競争上の問題を解決することが公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるか否かを判断する」とされる(以上、「5 確約手続の対象」)。

第2に、確約計画の認定については、申請された措置内容の十分性および措置実施の確実性から判断されるが、前者については、過去の排除措置命令等で命じられた措置の内容を参考にし、後者は、例えば契約変更を伴う場合など第三者との合意が必要な場合は、これを確約認定申請時まで成立させる必要があるとされる。また後者に関して、実施期限を設定する必要があるともされる(以上、「6 確約計画・(3) 確約措置・ア 基本的な考え方」)。

第3に、「確約計画の典型例」として、次のように3つに区分されている(「6 確約計画・(3) 確約措置・イ 確約措置の典型例」)。

①「必要な措置」：例えば、(ア)違反被疑行為を取りやめること、取りやめていることの確認、違反被疑行為を行わないことを取締役会等の意思決定機関で決議すること、(イ)履行状況の報告。

⁶ 「企業結合審査の手続に関する対応方針」の一部改定も同じ日に公表されたが、これについては省略する。

②「必要となる場合がある」措置：(イ)取引先への通知，利用者等への周知，(ウ)コンプライアンス体制の整備，(エ)契約変更(自己の商品の取り扱いを条件とし，競争品の取り扱いを制限する効果を有するリベートなどの場合)，(オ)事業譲渡や株式の売却等。

③「有益である」措置：(カ)取引先等に提供させた金銭的価値の回復(購入後の不当な減額の場合の收受した利得額，いわゆる購入強制の場合の取引先の実費損害額の返金)。

第4に，確約手続の通知(公取委が事業者には排除措置計画の認定申請をすることができる旨の通知)は，原則として公取委の調査開始から意見聴取の通知までに行われるが(「4 確約手続の流れ」)，確約手続通知の前であっても，調査を受けている事業者はいつでも当該行為について「相談」することができる(「3 確約手続に関する相談」)。通知を受けた事業者が認定の申請をしなかった場合，公取委は調査を再開する。この点は，認定を取り下げた場合(以上，「6 確約計画」)，認定の申請が却下された場合も同じである(「8 認定又は却下」)。

第5に，公取委は，申請のあった確約計画が認定要件に適合するか否かの判断に当たって，広く第三者の意見を参考にする「必要があると認める場合には…第三者からの意見を募集する」。これは，本対応方針の原案が，第三者の意見を聴くための意見募集を「する可能性がある」とされていたが，上のように修正されたものである⁷。

3. 事例

確約手続を導入する独禁法改正法は，TPP11協定の発効日である2018年12月30日に施行されたが，以後，2020年8月5日までに，以下の4件の確約手続に基づく計画が認定されている。

(1) 楽天トラベル(令和元年10月25日)⁸

楽天株式会社は，楽天トラベルと称するウェブサイトには宿泊施設を掲載するホテル，旅館等との契約において，楽天トラベルに掲載する部屋の最低数を定めるとともに，宿泊料金，部屋数について他の販売経路と同等またはそれより有利なものとするを定めているが，これが不公正な取引方法・一般指定12項(不当な拘束条件付取引)に該当する疑いがあるとされた。同社は，当該行為を取りやめ，3年間同様の行為を行わないことを取締役会で決議すること等を内容とする確約計画(48条の3に基づくものと思われる)を提出し，これが認定された。確約計画が認定された最初のケースである。

⁷ 広く第三者からの意見募集を行わない場合でも，競争者，取引先等に個別に確約計画に関する事実関係の確認等を行うことがあるとされる(「7 意見募集」)。

⁸ 公取委「楽天株式会社から申請があった確約計画の認定について」(令和元年10月25日)。吉留宏樹ほか「楽天株式会社から申請があった確約計画の認定について」公正取引832号77頁。

(2) 日本メジフィジックス(令和2年3月12日)⁹

放射性医薬品の1つであるフルデオキシグルコース(FDGという)の製造販売業を営む日本メジフィジックスは、富士フィルムRIファーマ(FRIという)が参入するまで国内で唯一のFDGのメーカーであったが、FRIの参入に当たって行った行為が違反被疑行為とされた。すなわち、日本メジフィジックスは、①FRIが卸売業者でもある日本アイソトープ協会に地域別価格で販売しようとしたところ、協会に対して、そのような取引をした場合にはFDGの供給を停止する意思がある旨を伝えたこと、②FRIが他の事業者と共同開発したFDGの自動投与装置の導入があり得た南関東地区と近畿地区の医療機関に対して、こうした自動投与装置でも日本メジフィジックスのFDGを使用できる可能性があったにもかかわらず、明確な根拠なく使用できないと説明したこと、③FRIからFDGの供給を受ける南関東地区と近畿地区の医療機関からFDGの当日中の配送依頼を受けた際これを拒否する社内方針を定め、実際に拒否していたことが、それぞれ一般指定14項(不当な取引妨害)に該当し、19条に違反する疑いがあり、また、これら「三つの行為が一体として¹⁰」私的独占を禁止する3条に違反する疑いがあるとされた。

本件は、私的独占の禁止に違反する疑いのある行為に関して、初めて確約手続が行われたケースであり、また違反被疑行為が既になくなっている場合に確約手続が行われた初めてのケースでもある(排除確保措置計画が認定された例)。さらに、類似事件の排除措置命令で通常命じられる措置以上の(以外の)措置が確約計画に含まれる点が特徴的だともされる¹¹。

(3) クーパービジョン・ジャパン(令和2年6月4日)¹²

違反被疑行為は、①取引先小売業者に対して、1日使い捨てコンタクトレンズと2週間頻回交換コンタクトレンズの小売価格を小売業者のチラシやホームページ上の広告に表示しないように要請していたこと、②医師の診断を受け、コンタクトレンズの製品名、規格、有効期間等の記載された指示書の交付を受けた消費者に対して、取引先小売業者がインターネットによる販売を行わないように要請していたことである。

公取委は、これらが、それぞれ一般指定12項(不当な拘束条件付取引)に該当し、19条に違反する疑いがあるとして、これらの行為を「既に行っていないこと」の確認、今後3年間同様の行為を行わないこと等を取締役会で決議することなどを内容とする排除確保措置計画を認定した。

⁹ 公取委「日本メジフィジックス株式会社から申請のあった確約計画の認定について」(令和2年3月12日)。

¹⁰ 齊藤隆明ほか「日本メジフィジックス株式会社から申請のあった確約計画の認定について」公正取引835号65頁。

¹¹ 同前65-66頁によれば、②の違反被疑行為に関して、FRIらが共同開発した自動投与装置で日本メジフィジックスの製造するFDGが使用できるかの確認試験の結果を南関東地区と近畿地区の医療機関に通知する措置が含まれているとされる。

¹² 公取委「クーパービジョン・ジャパン株式会社から申請のあった確約計画の認定について」(令和2年6月4日)。

(4) ゲンキー株式会社(令和2年8月5日)¹³

4件目は優越的地位濫用に関する確約計画である。福井県に所在する食品、雑貨、化粧品、医薬品等の小売業者であるゲンキーは、継続して直接に取引する納入業者に対して、①新規開店・改装・閉店に際し、店舗における商品の移動、陳列作業を行わせるため、派遣条件について合意することなく、派遣に必要な費用を負担することもなく、当該納入業者の従業員を派遣させていた、②納入業者の取引と関係がないクリスマスケーキやお節料理の購入を要請していた、③催事の実施に必要な費用、自社物流センターの運営費用、搬入用ケースの購入費用またはバーコードラベルの発行費用を確保するため、算出根拠を明確に説明することなく、金銭の提供を要請していた、④売行不振商品について、納入業者の帰責事由がないのに、返品の合意や納入業者からの申出がないにもかかわらず、返品に応じるよう要請していたが、これが優越的地位濫用(2条9項5号)に該当する疑いがあるとされたものである。

確約計画においては、①の行為に関して「納入業者における金銭的価値を回復すること」を含めた措置が認定されていることが注目される。これは、「対応方針」で示されていた実費損害額の返金である(本件では従業員派遣の費用)。ただし、②、③、④については返金措置がとられていないが、理由は不明である。

4. 小括

ここでは、以下の点に触れるにとどめ、「おわりに」でEUの確約決定制度と比較して総括する。第1に、従来の警告との異同である。公取委の審査に関する規則によれば、警告とは「委員会が、法第3条、第6条、第8条又は第19条の規定に違反するおそれがある行為がある又はあったと認める場合において、当該事業者又は当該事業者団体に対して、その行為を取りやめること又はその行為を再び行わないようにすることその他必要な事項を指示することをいう」(公正取引委員会の審査に関する規則26条(平成17年10月19日公正取引委員会規則第5号、最終改正・平成29年1月25日・公正取引委員会規則第2号))。「排除措置を行うに足る証拠が得られなかった場合であっても、違反の疑いがあるときは、関係事業者等に対して警告を行い、是正措置を採るよう指導している」とされ、事前手続も行われているようである(平成29年度年次報告書35頁)。ただ、仮に事業者が求められた是正措置を行わなかった場合でも「指導」とどまるかぎり、法的には措置を強制することはできない。これに対し、確約計画が認定された場合、事業者に対し、法的に拘束力が働くと解されるから、計画どおりに実施されない等の場合には、公取委は認定を取り消して、排除措置命令・課徴金納付命令の手続を再開することになる。

第2に、2020年8月5日時点で4件の排除措置計画または排除確保措置計画が認定された。い

¹³ 公取委「ゲンキー株式会社から申請があった確約計画の認定について」(令和2年8月5日)。

ずれも私的独占または不公正な取引方法の禁止に違反する疑いのある行為に係るものであるが、意見聴取手続を経て排除措置命令(および課徴金納付命令)に至る事件と確約手続で確約計画を認定するケースをどのように公取委が振り分けたかは明らかでない¹⁴。認定に先立って計画の十分性や確実性に関して(48条の3第3項1号、2号および48条の7第3項1号、2号)パブリックコメントの手続は取られていない。排除措置計画または排除確保措置計画には、排除措置命令の主文において命じられるものに類似した事項が記載されている。計画の実施に関して、独立した第三者による監視は行われていないようである¹⁵。4件の公表された文書には2、3頁の極めて簡単な説明しかなく、20頁以上に及ぶものが公表されることが多い欧州委員会の確約決定とは対照的である。仮に被害者が民法により損害賠償を請求しようとしても、追加的な資料を入手できない限り、提訴は困難であろう。

II EU競争法上の確約決定(commitment decision)制度¹⁶

1. 欧州理事会規則1/2003¹⁷、2011年欧州委員会告示¹⁸による枠組み

EU競争法の執行権限を加盟国にも分権的に付与し、TFEU101条3項の適用免除に関する事

¹⁴ 公取委は、2020年7月7日、久方振りに私的独占事件において排除措置命令を発出した(マイナミ空港サービスに対する件)。事案は、大阪府八尾市にある八尾空港において受命者が機上渡し給油による航空燃料の販売に際して、昭和49年以降、運輸安全委員会(旧名は省略)の事故調査報告書に同油種・同等級の航空燃料が混合することに起因した航空事故の記載がないにもかかわらず、新規参入者(外国の石油精製業者から輸入した航空燃料を販売するSGC佐賀航空)の航空燃料と混合することによって航空事故が起こった場合、責任を負えないなどと需要者(空港の給油会社)に通知して、新規参入者の事業活動を排除したというもの。事案の内容から必ず排除措置命令・課徴金納付命令で事件処理をしなければならないものかは明らかでなく、公取委は排除措置計画の認定申請ができる旨通知したのかもしれないが(48条の2)、「当社は、同委員会の主張を是認する考えはなく、今後は訴訟の場において、当社の安全第一、品質管理最優先の主張を展開していく所存です」と同社のホームページ上に公表していることから推測して、確約計画の認定を申請しなかったため、排除措置命令が出されただけかもしれない。

¹⁵ 前記・公取委「確約手続に関する対応方針」は「確約措置が措置内容の十分性を満たす場合であっても、実際に確約措置が履行されないのであれば、競争秩序の回復が確保できない。このため、確約措置の履行状況について、被通知事業者又は被通知事業者が履行状況の監視等を委託した独立した第三者(公正取引委員会が認める者に限る。)が公正取引委員会に対して報告することは、措置実施の確実性を満たすために必要な措置の一つである。」として第三者による監視の可能性を認めている(7頁)。

¹⁶ 欧州連合では加盟国も確約決定制度を導入しているが、これについては省略し、以下では欧州連合(EU)の確約決定制度に検討対象を絞ることとする。これに関する参考文献は非常に多いが、さしあたり、金井貴嗣「EU競争法における確約決定の制度と運用」金井・土田・東條編『経済法の現代的課題－舟田正之先生古稀祝賀』555頁以下(2017年)、武田邦宣「戦略的過少投資と市場支配的地位濫用」日本エネルギー法研究所『電力自由化委による新たな法的課題－独占禁止法・競争政策の観点から－』(平成25・26年度電力システム改革に伴う法的問題検討班研究報告書)97頁以下、佐藤佳邦「自由化後の電力長期契約をめぐる競争上の課題－EU競争法の適用事例を通じた検討－」電力経済研究 61号39頁以下(2015年)、岡田直己「欧州競争法の確約決定制度に関する基礎的研究：近年の批判的議論にみる特徴と課題」青山ローフォーラム4巻2号97頁(2016年)等を参照。

¹⁷ COUNCIL REGULATION (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty. 以下、「理事会規則」または単に「規則」という。

¹⁸ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102, 2011 OJ/C 308/06. 以下、「欧州委員会告示」または単に「告示」という。

前届出制を廃止した欧州理事会規則1/2003のもとで、EUは確約決定(commitment decision)制度を導入した(9条¹⁹)。違反被疑行為者との交渉・合意等の協調的手法で欧州委員会がケースを処理することは、規則17/62²⁰のもとでも相当に行われていたようである²¹。もっとも、この時代の非公式のセトルメント(informal settlement)には、被疑行為を取りやめ、一定の措置を履行するという事業者の約束が順守されなかった場合でも制裁はなく、また多くのケースでセトルメントの条件は公表されなかったとされる²²。

これに対して、確約決定制度は、欧州委員会が暫定的評価(preliminary assessment)において表明した競争上の懸念に、事業者が対応する措置(行動的措置、構造的措置)をとることを確約し、この確約に拘束力を持たせる制度である。被疑事業者による確約の正式の申出は、通常、暫定的評価後1か月以内に行われるが²³、事業者はいつでも(暫定的評価の前でも)、確約決定の可能性について欧州委員会に接触することができるとされる(告示パラグラフ118)。

確約決定の対象となり得るのは、制裁金が課される「秘密裏に行われるカルテル(secret cartel)」以外の行為であるから(告示パラ116)、市場支配的地位濫用と非ハードコアカルテルが中心ということになる。

欧州委員会は、確約の内容が暫定的評価において示された競争上の懸念(competition concerns)を解消するに足る措置を含むと認めれば、確約決定を行うことができるが(理事会規則9条)、決定の前に委員会は、事案の概要、確約案の要約を公表して、market testと呼ばれる第三者意見を求める手続を経なければならない²⁴(規則27条4項)。意見を述べようとする者は、委員会によって公表されたケースと確約の概要に基づいて、1か月を下回らない期間内にコメントを提出することができる。ただし、この者は、欧州委員会の当該調査に関する記録・書類にアクセスすることができないとされる²⁵。

確約決定が行われると、違反を認定し、制裁金の納付を命じる違反(禁止)決定が行われることはない。ただし、①確約決定が前提とする事実を実質的な変更が生じた場合、②事業者

¹⁹ 1. Where the Commission intends to adopt a decision requiring that an infringement be brought to an end and the undertakings concerned offer commitments to meet the concerns expressed to them by the Commission in its preliminary assessment, the Commission may by decision make those commitments binding on the undertakings. Such a decision may be adopted for a specified period and shall conclude that there are no longer grounds for action by the Commission.

2. The Commission may, upon request or on its own initiative, reopen the proceedings:

(a) where there has been a material change in any of the facts on which the decision was based; (b) where the undertakings concerned act contrary to their commitments; or (c) where the decision was based on incomplete, incorrect or misleading information provided by the parties.

²⁰ Council Regulation 17/62/EEC First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, 1962 OJ/P 13/204.

²¹ J. F. Bellis, *EU Commitment Decisions: What Makes Them So Attractive*, DAF / COMP / WD(2016) 53, paras 3-5.

²² Id. at paras. 6-7.

²³ 適当なケースならば、異議告知書が発出された後でも確約の申出ができる(告示パラグラフ123)。

²⁴ この点は、日本の確約手続と異なる。

²⁵ R. Whish & D. Bailey, *Competition Law* 266-7 (9th ed., 2018).

が確約を遵守しない場合、③確約決定が事業者からの不完全な、不正確な、または誤導的な情報に基づくものであった場合、欧州委員会は、手続を再開することができ(規則9条2項)、②の場合、委員会は、当該事業者に、前事業年度の総売上額の10%を上限とする制裁金を課することができる(規則23条2項c号)。履行強制金の徴収も可能である(規則24条1項c号)。

欧州理事会規則2003年第1号により導入された確約決定制度は、2004年5月1日に施行されたが、確約決定が行われたケースは、予想よりも多い件数を数えているとされる²⁶。102条に違反する疑いのある行為を含むケースが101条の被疑違反行為を含むケースより多い。特にエネルギーと運輸分野で確約決定が行われた例が多いといわれる。

確約決定をめぐる興味深い問題の1つは、欧州委員会が確約決定を行った同じ行為や協定について、加盟国や私人は違反を問うことができるかというものである。この点に関して、司法裁判所は、2017年11月23日、欧州委員会の確約決定によって、加盟国裁判所が確約決定の対象となった契約を無効と宣言することを妨げられず、さらに暫定的評価を反競争的性質の徴憑と受け取らなければならないとしたことが注目される²⁷。

2. エネルギー分野のEU確約決定

(1) 全般

エネルギー分野全体では10件を超える確約決定がみられる。特に注目されるのは、送電線ネットワークの分離やガスパイプラインの分離など、構造的、準構造的措置が確約計画に定められていることである²⁸。以下では、これが認められるE.ON確約決定、TFEU101条(共同行為)に関する確約決定、最近の102条に関するケースをみることにする。

²⁶ Id. at 264. 同書執筆の時点で38件であるとされている。

²⁷ Gasorba et al. v. Repsol, Judgment of 23 November 2017, Case C-547/16. スペイン燃料小売(retail fuel) 市場におけるTFEU101条に係る競争上の懸念を理由に、2006年4月12日、欧州委員会はRepsolが燃料の長期・排他的供給契約を結ばないこと等を内容とする確約決定を行った。その後、原告ら(二人の燃料小売業者)は、スペインの裁判所に自己の契約がTFEU101条に違反するとして損害賠償を請求するとともに、無効である旨の判示を求めて提訴した。第1審、第2審で原告の訴えは退けられたが、原告らは無効の確認を求めて上告したところ、スペイン最高裁はEU司法裁判所に先決裁定を求めた。

司法裁判所は、上記2003年規則第1号の前文第13と第22が明示的に確約決定は加盟国の競争当局および裁判所が当該事件についてTFEU101条、102条を適用する権限に影響を及ぼすものではないと規定していることを強調して、確約決定の対象となった協定について加盟国競争当局や加盟国裁判所が101条や102条を適用することを妨げないとした(パラ27)。さらに欧州委員会の行った暫定的評価を、当該協定がTFEU101条1項の観点からみて反競争的性質を有することの一応の証拠(prima facie evidence)ではないとしても、その徴憑(indication)と加盟国裁判所はみなければならないと判示した(パラ29)。

確かに2003年規則第1号は上のように規定しているから、加盟国の競争当局と裁判所がTFEU101条、102条違反とする判断が行われることはあり得たとはいえ、暫定的評価によって加盟国で事業者が違反とされる可能性が高まるのであれば、事業者が確約決定の申請を躊躇するという意味で、欧州委員会にとっては歓迎できる先決裁定ではないであろう。

²⁸ R. Whish & D. Bailey, Competition Law 268-270 (9th ed., 2018).

(2) Case COMP/39.388 German Electricity Wholesale Market; Case COMP/39.389 German Electricity Balancing Market, 26/11/ 2008

エネルギー分野の確約決定は多いが、中でも様々な点で批判が少ないのがドイツにおける電力およびガス分野の垂直的統合企業であったE.ONに対する確約決定である。本件では、E.ONがドイツの卸電力市場において、発電を留保し、第三者の発電設備投資を抑制させたこと、およびドイツのbalancing市場において、自己の子会社を優遇するとともに、他の加盟国のbalancing電力の供給者がE.ONにbalancing電力²⁹を供給することを妨害したことが問題とされた(パラ1)。

A-1 前者の行為

前者の行為(発電の留保、第三者の発電設備投資の抑制)との関係では、関連市場はドイツ卸電力供給市場である(パラ11, 12)。この市場においてE.ON, RWEおよびVattenfallまたはE.ONおよびRWEは共同支配的地位 (collective dominance)³⁰にあるとされた(パラ14-24)。

Table 1: Generated electricity as a share of consumption (%); 2002-2006*

Year	E.ON	RWE	Vattenfall	Joint
2002	[20-30]%	[30-40]%	[10-20]%	75%
2003	[20-30]%	[30-40]%	[10-20]%	75%
2004	[20-30]%	[30-40]%	[10-20]%	70%
2005	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%	67%
2006	[20-30]%	[20-30]%	[10-20]%	67%

違反被疑行為については、まず、判例法によれば、共同支配的地位を占める全ての事業者によって濫用行為が行われた訳ではなく、そのうちの1事業者だけがこれを行っても、当該行為が共同支配的地位の利用と関連する (in relation to exploitation of the joint dominant position) ものであれば、EC条約82条(市場支配的地位濫用の禁止)の適用は妨げられないとした(パラ27)。

その上で、「発電可能な能力を短期的に留保する戦略(一定の発電施設における発電制限)(a strategy to withdraw available generation capacity (limiting the production of certain plants))」, すなわち卸電力価格を引き上げるために、発電設備が利用可能であったにもかかわらず、戦略的にこれを利用しなかった(いくつかの発電所で発電を制限した)疑いを挙げ

²⁹ Balancing電力は需給調整のためにTSOが調達するものであり、第2次のほか、第1次、第3次、風力用など各種のbalancing電力があるとされる(パラ46, 47)。

³⁰ 判例法によれば、特定の市場において同様の行動を採るほどに十分に連結 (sufficiently linked between themselves to adopt the same line of action) していれば、経済的に独立した事業者も「共同支配」的事業者と認定され得る。M. Sadowska, *Energy Liberalization in Antitrust Straitjacket: A Plan Too Far?*, 34 (3) World Competition 449, 455 (2011).

た(パラ28)。具体的には、欧州エネルギー取引所(European Energy Exchange)における1時間単位の市場において発電を留保することにより、卸電力価格を釣り上げた疑いがあり(パラ33, 34)。これは1年、2年、3年の先物市場の価格をも上昇させた疑いがある(パラ38)。本件市場では、新規参入が非常に困難で、仮に可能だとしても、発電所の建設には3-5年を要する(パラ39)。

上の行為を補完するものとして「第三者による発電設備投資の妨害」が行われ、長期供給契約およびE.ON発電所への参加呼びかけを通じて、顕在的、潜在的競争者が独自に発電設備投資を行うことを妨害した疑いもあるとした(パラ41, 42)。

A-2 後者の行為

balancing市場において、自己の子会社を優遇するとともに、他の加盟国のbalancing電力の供給者がE.ONにbalancing電力を供給することを妨害したこととの関係では、関連市場は、送電系統運営事業者(TSO)の供給区域における第2次balancing電力取引市場(the market for the demand of secondary balancing power)であるとされた(パラ46, 47)。この市場において、E.ONの子会社E.ON Netzは独占的地位にあるから、E.ONは、EC条約82条にいう市場支配的地位を占める(パラ48)。

E.ON Netzからの調達コストが上昇したとしても、E.ONはこれを最終消費者に転嫁することが可能であるから、より競争的環境にある安い第3次balancing電力を購入せず、自己の子会社から高い第2次balancing電力を調達した疑いがある(パラ51)。また他の加盟国のbalancing電力供給者からE.ONに取引の申出(引き合い)があったにもかかわらず、E.ONは、これを拒否して、ドイツへの供給を妨げた疑いもある(パラ52)。これは加盟国籍によって、国内balancing電力と輸入balancing電力を差別するものであり、EC条約12条(国籍による差別の禁止)に違反し、当該行為は82条(市場支配的地位濫用の禁止)に違反すると暫定的に評価された(パラ54)。

B 確約措置の内容

E.ONが申し出た当初の確約計画は、水力、原子力、褐炭などを電源とする発電所の独立事業者への分離・譲渡および引取権の設定(合計5018.9MW)ならびに380/220kVの超高压系統送電事業の、発電、供給(supply)につき利害を有さない事業者への売却(アンバンドリング要件)であった(パラ57)。計画実施後10年間、これらを再取得しないことも確約した(パラ57)。

この確約計画案に対して、市場テストにおいて複数の第三者意見は、分離される総発電量が不十分であるなどと指摘したが、欧州委員会は、市場支配的地位そのものを排除することが目的ではなく、違反被疑行為に対応するには十分とした(パラ60)。そのほか合計20者から様々な意見が提出されたが、(買手の事情で譲渡の実施が遅れる見込みの特定の水力発電所を別の水力発電所に変更することを除いて)欧州委員会は、当初の確約計画案を維持した(パラ58, 68, 76)。

判例法によれば、欧州共同体の諸機関によってとられる措置は、目的を達成する上で適切かつ必要な(appropriate and necessary)限度を超えてはならない。また複数の適切な措置が選択可能な場合、最も煩雑でないもの(the least onerous)による必要があり、生じる不利益が追究する目的に均衡しない(disproportionate)ものであってならない(パラ77)。本件の最終的な確約計画は、暫定的評価において表明された競争上の懸念に対応するのに十分であり、かつ(不利益が目的に)均衡しないものではないとされた(パラ78)。

具体的には、まず発電所の分離という構造的措置について、ドイツの卸電力取引市場は1時間単位のオークション方式であるところ、この市場における発電の留保という問題に対応するために(構造的措置と)同等に有効な行動的措置はない。またE.ONは、発電の種別と技術、発電出力の異なる50以上の発電所を所有・管理するから、1時間ごとの入札行動を拘束する行動的措置はE.ONにとって管理が極めて難しく、構造的措置よりも重い負担を課すことになる(パラ81)。さらに発電の留保という違反被疑行為はE.ONの事業構造から生じているから、構造的措置をとらなければ、被疑行為が継続し、繰り返される実質のおそれがある(パラ82)。構造的措置は競争者の発電設備投資の抑制という問題に対応する上でも必要であり、比例的である(パラ85)。

次に送電事業の分離についても、balancing電力に関する競争上の懸念を解消する上で構造的措置と同等に有効な行動的措置はない。balancing電力市場は15分単位で系統運用者(system operator)によって継続的に管理される必要のある市場である。したがって、E.ONの15分単位のbalancing電力購入活動を拘束する行動的措置は、E.ONにとって管理が極めて困難であり、構造的措置より重い負担を課すことになる(パラ86)。さらにE.ONがより高いbalancing電力を自己の子会社から購入するとともに、他の加盟国のbalancing電力供給者のドイツへの供給を妨げたと疑われる行為は、発電/電力供給と送電を共にコントロールする垂直的統合という構造から生じているから、構造的措置が必要となる(パラ87)。balancingの機能は超高压レベルに限られるので、380/220kVの送電網の分離が必要かつ適切である(パラ88)。

C 批判

ここでは、以上のようなE.ON確約決定に対する最も批判的な論者の一人であるSadowskaの議論をみることにする³¹。まず暫定的な法的評価について、Sadowskaは、①Vattenfallが共同支配的地位の一部を構成するか否かを確定させないままに、いずれの場合にもE.ONはその一部だとされたが、仮にVattenfallが共同支配的地位を構成しないなら、E.ONとRWEだけで共同支配的地位が成立するかは不明であり、この点は極めて曖昧である³²、②E.ONの違反

³¹ M. Sadowska, *Energy Liberalization in Antitrust Straitjacket: A Plan Too Far?*, 34(3) *World Competition* 449 (2011).

³² *Id.* at 456.

被疑行為は発電可能な能力の短期的留保(単独行為)であるところ、判例法によれば、共同支配的地位による濫用行為は単独行為でも足りるが、それは共同支配的地位を守るための行為である必要があり、この点の説明が確約決定にはない³³、③濫用行為に関しても、卸電力市場の価格操作(価格引き上げ)が発電可能な能力の短期的留保による損失を償えなければ、当該戦略は利益をもたらさないのだから、この点の説明も必要と考えられるが、確約決定にはないとする³⁴。

次に確約措置について、禁止措置とは異なり、比例性 (proportionality) の要請は Regulation 1/2003 上は明確でないとはいえ、その前文第12にもみられるように、EU法の基本原則としての比例原則は、欧州委員会の確約決定においても求められると解される。したがって、達成されるべき目的にとって適切かつ必要である (appropriate and necessary) 以上の措置を確約させることはできない³⁵にもかかわらず、それでもE.ON決定において欧州委員会は、発電可能な能力の短期的留保が繰り返されることを行動的措置 (behavioural remedy) では止められないとして構造的措置(全発電量の20%に相当する設備の売却)を確約させた³⁶。

しかし、本当に煩雑でない有効な措置がなかったか。近年の経済学の研究は、ベースロード電源よりも高コスト電源の売却の方が市場支配力の発揮を抑止する(例えば卸電力価格の引き上げを抑止する)効果があるという。したがって、E.ONの市場支配的地位の濫用を抑止する観点からは、欧州委員会が確約決定で認定した、水力、原子力、褐炭など全般的な電源の売却ではなく、高コスト電源にターゲットを絞った売却の方が有効だった可能性がある³⁷。老朽化し競争力のない電源をも売却できることは、E.ONにとっても不利ではなかったかもしれないという。

(3) Case COMP/39736 Siemens/Areva, 18/6/2012

前述したように、確約決定はTFEU102条に関する違反被疑行為について行われることが多いが、一部には101条に関するものもみられる。エネルギー関連分野の事例としては、以下

³³ Id. at 457.

³⁴ Id. at 459.

³⁵ もっとも、E.ON決定の後に、EU司法裁判所は、Alrosa判決(2010年)において、規則9条(確約手続)における比例性の原則により欧州委員会に求められるのは、問題となる確約計画が事業者に提示した懸念に対応するものであること、事業者が同様に懸念に対応する、より煩雑でない (less onerous) 確約を提案していないことを認定することに限定されると判示した (Commission v. Alrosa, Case C-441/07 P, 2010, para.41)。

³⁶ E.ONは水力、原子力、石炭、ガス、石油、再生可能エネルギーなど各種の電源全般にわたって設備を売却した。Florian Wagner-von Papp, *Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: the Dangers of Abandoning the "Struggle for the Law,"* 49 Common Market Law Review 929, 960 (2012) も、この点は比例性に問題のある「超法規的措置」であり、究極的には「法の支配」に悖るものと批判する。エネルギー産業がこのような構造的措置に同意したのは、禁止決定が出された場合の多額の制裁金、当時のエネルギー産業の不人気を前提とすれば企業分割措置を含む立法が成立する可能性があったこと、事後的損害賠償訴訟のおそれであるという (960頁の注122)。

³⁷ M. Sadowska, *supra* note 30, at 467-469.

のSiemens/Arevaケースがそれである³⁸。

A 事実

Areva SAとSiemens AGは、2001年、Areva NP SASという共同企業体(JV)を設立し(出資比率はAreva66%、Siemens34%)、JVの存続する期間およびSiemensがJVの共同支配権を失った後も8ないし11年(後に2011年5月の仲裁により、4年に短縮)にわたって、JVの事業と競合する事業を行うことができない競業避止義務を課し合うことに合意した。Siemensは2009年1月にJVからの離脱を通告し、同年10月16日に離脱した(パラ2, 6, 33)。なお、JVの設立自体は、欧州委員会が理事会規則2004年第139号の下で合法性を確認している(パラ79等)。

欧州委員会によれば、本件競業避止義務条項は、義務が課される期間の長さや範囲の広さの点で、TFEU101条に違反するおそれがある(パラ3)。特にSiemensがJVの支配権を失った後も、この契約条項は、同社がAreva NPの中心的事業である原子力アイランド³⁹、原子力サービスおよび核燃料集合体(nuclear fuel assembly)に関する事業において、Areva NPと競争しない義務を課す点、Areva NPの競争者に、原子力アイランドを構成する装置および二次系設備⁴⁰を供給することを禁止する点で問題があるとされた(パラ13)。

B 商品・サービス市場/地理的市場および市場占有率

欧州委員会は、次の4つの市場におけるAreva SAとSiemens AGの地位を検討した。

①原子力アイランド市場。EEA域内の電気事業者が原子力アイランドを供給できる事業者の所在する地理的範囲は世界全体にわたるが、いくつかの国では原子力アイランドの輸出が禁止され、あるいは専ら国内向けだけに供給されるから、これらを除くと、より狭い世界市場ないし「アクセス可能な市場(accessible market)」が画定され则认为られる(パラ14, 15)。このように把握し、設置された原子力アイランドベースでみると、Areva SAは、EEAで65%、世界全体で20-30%のシェアを占める(パラ25)。

②二次系設備は①とは別の市場を構成する。地理的範囲はEEAまたは世界全体である。この市場において、設置された二次系設備(蒸気タービン発電機等の数)ベースで、Siemensのシェアは、EEAでも世界全体でも20-30%である(パラ16, 17, 28)。

③原子力サービス(nuclear services)、すなわち原子力発電所の検査、維持、修理、エンジ

³⁸ 本件は、厳密にはエネルギー事業者が違反被疑行為者ではなく、その取引相手であるケースであるが、TFEU101条に関する確約決定が少ないため、エネルギー分野に関連する事例として本件を取り上げる。

³⁹ 原子力アイランド(nuclear island)とは、原子炉蒸気供給系(NSSS)、原子炉格納建物、1次系のメカニカル・電装システムなどで構成される原子力発電所の中心部分の呼称である。原子力発電所の施設には、このほか、次注の二次系設備等も含まれる。(株)アイビーティー「平成24年度発電用原子炉等利用環境調査(海外原子力産業調査)」を参照。

⁴⁰ 二次系設備(conventional island)は、タービン、2次系のメカニカルおよび電装補助システム、給水システムなどで構成される。さらに、外部送電網との接続、給水、冷却塔(cooling tower)、負荷施設、管理棟などから構成される原子炉蒸気供給系(NSSS)以外の BOP(balance of plant)が二次系設備から区別される。

ニアリング、関連部品の供給市場において、電気事業者は、このサービスを原子力アイランドの供給者または原子力サービスを専ら供給する事業者から調達する(パラ18)。①の供給者は③も供給し、輸出制限等にも服するので、③の地理的範囲は①に類似する(パラ19)。この市場で、Areva SAはEEAで30-40%、世界全体で20-30%を占める(パラ29)。

④核燃料集合体市場—加圧水型燃料集合体(PWR Fuel Assembly)と沸騰水型燃料集合体(BWR Fuel Assembly)とは別市場である。地理的範囲はEEA域内と画定される。混合酸化物燃料(Mixed Oxide fuel : MOX燃料)の地理的範囲はEEAであるか、若しくはより広い地域である(パラ23)。Areva SAは、ヨーロッパの加圧水型燃料集合体市場で70-80%、沸騰水型燃料集合体市場で30-40%を占め、MOX燃料については唯一の大規模生産者である(パラ30)。

C 違反被疑行為

Siemens AGは、JVの事業に競合する事業活動(原子力アイランド、原子力発電所、原発に係るtransverse functionに関する設計・建設、原子力燃料集合体、廃棄物処理、使用済み燃料の処理)を8ないし11年間(後に4年間に短縮)行うことができないが(パラ34, 35)、問題は、Siemens AGがJVから離脱した後の競業避止条項である(離脱する前の同条項は、JVに必然的に伴う付随的(ancillary)制限であるから問題としない(パラ33))。

欧州委員会は、Siemens AGがJVを離脱し、共同支配権を失った後の3年間に限って、かつArevaNPが事業活動を行う原子力アイランド、原子力サービス、核燃料集合体の各市場についてのみ、Siemensに対する競業避止義務条項は、Areva SAのAreva NPに対する支配権獲得に伴って必要な付随的制限であると判断する(パラ77)。これに対し、(Siemens AGがJVを離脱してから3年後および)Areva NPが事業活動を行っていない市場、特に二次系設備、原子力アイランドの部品については、Siemensに対する競業避止義務条項は、Areva SAのAreva NPの支配権獲得に必要な付随的制限であるとはいえない(パラ78)。

したがって、特に原子力アイランド、原子力サービス、原子力燃料集合体、原子力アイランドの構成装置についてはSiemensが離脱してから3年が経過すれば、また二次系設備においては離脱直後から、本件競業避止条項は、SiemensがAreva NPに対して競争的事業活動を行うことを制限し、TFEU101条1項の「目的による競争制限(a restriction by object)」に該当するとともに、上記の当事者の地位を考慮すれば、上記市場において知覚可能な効果(appreciable effect)をも有するものである(パラ80)。

TFEU101条3項については、(i)商品の生産、販売の改善または技術的、経済的進歩の促進(効率性)は、JV設立に伴うものであって、競業避止条項に伴うものではない(パラ82)。(ii)仮に何らかの効率性が存在するとしても、それを達成する上で上記の範囲を超えて不可欠な(indispensable)ものというわけではないとした(パラ83)。

D 確約措置

「Areva NPコア製品およびサービス」として確約書に添付される附属書に記載される原子

カアイランドに直接関係する商品・サービスに係る事業活動を、SiemensはJV離脱後3年間(2012年10月16日まで)行うことはできないが、それ以外の事業活動を行うことは可能であるとするように、上記の競業避止条項を両者が修正することとされた。要するに、本件は原子力関連市場における制限の対象となる製品やサービスの範囲を減少させ、競争しない義務を課す期間を短縮する確約決定である。

(4) TenneT確約決定⁴¹

ドイツ最大のTSO(送電系統運営事業者・Transmission System Operator)であるTenneTは、デンマーク西部地区とドイツ等を結ぶ送電線の能力を組織的に制限する(systematically limit)ことにより、北欧の風力、水力等を電源とする低価格の電力がドイツ国内に送電されることを妨害し、TFEU102条(市場支配的地位濫用の禁止)に違反する疑いがもたれた。具体的には、以下のとおりである。

A 事実

デンマークとドイツを結ぶDE-DK1インターコネクター(送電線)における送電容量の決定は、デンマークのTSOであるEnDKとTenneTによって、まずTenneTとDE-DK1がそれぞれ最大送電容量を計算し、次に「Net Transfer Capacity」が両社によって計算され、低い方の容量が商業的容量として保持されるという方法で行われた。したがって両社は、ネットワークを通じる最大の輸出容量と輸入容量を決定することができた(パラ20)。

2016年における安全基準を遵守したDE-DK1送電線の最大商業容量(デンマークからドイツへの送電)は、欧州エネルギー規制協力庁(the Agency for the cooperation of Energy regulators: ACER)の計算に従って1,582MWと欧州委員会は暫定的に認定できる。それにもかかわらず、TenneT(とEnDK)は、同年の最大送電容量が0ないし1,640kWだとノルドプールのウェブサイト「緊急市場メッセージ」を投稿し、TenneTはドイツ国内の風力発電が3,000MWを超える場合には、デンマーク西部地区からの輸入量を0に設定していた。換言すれば、TenneTは国内の風力を電源とする電力生産が大きい場合には、DE-DK1送電線の商業的容量を制限していたわけである(パラ9)。その結果、DE-DK1による送電の商業的容量は2010年の497MWから2016年前半の201MWまで85%以上減少した(パラ32)。こうしたデンマーク西部地区からドイツへの送電容量の制限は、両者の電力価格差(ドイツの方が高い)の維持に貢献した(パラ36)。

Regulation (EC) No 714/2009 of the European Parliament and of the Councilの16条3項は、ネットワーク運営の安全基準を遵守した上で、市場参加者の利用に供するように送電容量を最大化する義務を課している。この規則のAnnex Iのポイント1.7では、「TSOは、自己の管理領域内で混雑を解決すること以外の理由で送電線の容量を制限してはならない。ただし、上述

⁴¹ Commitment decision of 7 December 2018, Case AT.40461-DE/DK Interconnector.

の事由による場合および運営上の安全を理由とする場合には、この限りでない。」と規定している。

B 法的評価

欧州委員会は、本件の市場を(1)デンマーク西部地区の卸電力市場、ドイツ・ルクセンブルク・オーストリア(オーストリアは2018年9月30日まで)の卸電力市場、(2)DE-DK1を含むTenneTのネットワークによる送電市場(パラ50)と画定し、(2)の市場でTenneTは独占的事業者であってTFEU102条のいう市場支配的事業者に当たると暫定的に判断した(パラ54-55)。

判例法によれば、国境によって市場を分断する(partition)行為や国籍によって取引相手を差別する行為は反競争的で102条に違反するとされている(パラ58-59)。上記のTenneTの行為(パラ29-31)は、この意味で102条に違反すると暫定的に判断する(パラ60)。そのため、デンマーク西部地区や北欧の発電事業者は、ドイツ国内への送電が妨げられ、ドイツ国内の発電事業者に比べて不利な立場に置かれる(パラ65)。またTenneTの行為は、ドイツ、ルクセンブルク、オーストリアのbidding zoneとデンマーク西部地区の価格差を人為的に維持し、前者の地域における高価格を結果する(パラ66)。

正当化事由について、TenneTは、風力による発電が多い時間帯にさらに他の電力の流入を容認すると混雑が著しくなり、ネットワークの安全性にかかわると主張したが、これはカウンター取引(counter-trade)や電力の転送(re-dispatch)等によって対応できる問題であるとされた(パラ67)。

C 確約措置⁴²

TenneTは、デンマーク西部とドイツを結ぶ送電線において、少なくとも毎時1,300MWの送電能力を維持すること(当該送電線の75%の容量)、2026年1月1日までに毎時2,625MWの送電能力を2020年の東海岸線プロジェクトおよび2022年の西海岸線プロジェクトを通じて確保することを内容とする確約計画の提案を行った。

これに対して、欧州委員会は、毎時1,300MWの最低保証送電容量と2つの場合に限定された例外およびこれをEnDKとのcountertradingを利用して調達するという確約計画の提案は、競争上の懸念に対応するものであるとし(パラ92, 94)、その実施状況を監視受託者(monitoring trustee)が監視するものであって、競争上の懸念に対応するものであると判断した。また当該事業者がより煩雑でない確約を提案するものでないこと、第三者の利益が考慮される必要があることというAlrosa判決の要件をも満たすから、最終的確約計画の提案は競争上の懸念に対応し、かつ比例原則にも適うものであるとした(パラ100)。

おわりに

ハードコアカルテル以外の競争法上問題となる行為について、違反を認定することなく、

⁴² 当初の確約提案と23のパブリックコメント(para.81)の結果、TenneTは当初の提案内容を修正し、本確約決定書の附属書(Appendix)に記載される最終的確約計画を提案した。

一定の措置を取らせるという制度は、近年、世界的に拡大している⁴³。EUの確約決定制度は、2000年代初頭に導入され、急速にその件数を増大させている。日本でも2018年末に確約手続を導入する改正法が施行されたが、これは、公取委と事業者の間で、「意思疎通を密に」し、「合意」に達することにより、「協調的に問題解決を行う」（対応方針の「1 趣旨」「3 相談」）手続であって、「公正取引委員会と事業者の双方にとって有益である」（「8 認定又は却下」）とされることから、今後、その件数は増大するのではないかと予想される。施行後、約1年半の間に4件の確約計画が認定されていることも、こうした予想を裏書きするものといえよう。それだけに、EUの確約決定に関する評価を踏まえつつ、日本の確約制度の運用のあり方を検討しておく必要があると思われる。

まず第1に、確約手続による排除措置計画・排除確保措置計画は、排除措置命令・課徴金納付命令に比べて、証拠による事実認定を要しないから迅速な措置が可能であり、通常、取消訴訟等が提起されることはないから、訴訟対応の必要性も含めてコストが相対的に小さい。排除措置命令において命じられた措置が、訴訟提起により長期間確定しなければ、ようやく確定した時には意味を持たなくなっている可能性があるから、確約制度は、迅速な措置の確定という点で公共の利益にも適う⁴⁴。

第2に、他方で、確約手続による排除措置計画・排除確保措置計画は、排除措置命令・課徴金納付命令の有する利点を失わせることになるおそれがある。特に不公正な取引方法や私的独占（あるいは非ハードコアカルテルに係る不当な取引制限）であって、新しい法的問題（特にtheory of harmが明らかでないもの）を含むケースについて違法性基準を明確にする機会を失うことになる⁴⁵。公取委の排除措置命令は、従来から簡単な記載にとどまるものが大半であったが、それでも取消訴訟が提起される可能性を考慮して、調査や理論的な詰めは相当に行われていたはずである。それが排除措置計画・排除確保措置計画の認定においては失われるのではないかという懸念である。

したがって、安易な確約制度の利用を回避するため、排除措置命令・課徴金納付命令を命じる事件と確約制度の対象とする事案を振り分ける基準を公取委は一層明確にする必要があ

⁴³ OECD, *Executive Summary of the Roundtable on Commitment Decisions in Antitrust Cases held at the 125th meeting of the Competition Committee of the OECD*, DAF / COMP / M (2016)1 / ANN5 / FINAL のpara.1を参照。交渉ないし合意による排除措置の決定を世界的に最も早く行ったアメリカ合衆国では1906年とされるが、司法省のconsent decree、FTCによるconsent orderのより本格的な利用は1990年代半ば頃までに観察されるようになったようである（H. Ginsburg & J.D. Wright, *Antitrust Settlement: the Culture of Consent*, DAF / COMP / WD (2016) 58のpara.3）。現在では、米国の反トラスト当局が取り上げたハードコアカルテル以外の違反被疑行為の大部分がこうした措置によって終結するとされる。

⁴⁴ Florian Wagner-von Papp, *Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: the Dangers of Abandoning the "Struggle for the Law,"* 49 Common Market Law Review 929, 959 (2012).

⁴⁵ Id. at 961は、これを「法の探求の放棄(abandoning the struggle for law)」と呼ぶ。滝川敏明「確約手続と違反決定手続の選択」公正取引818号18頁も、違法性認定上の不確実性が大きい事件こそ違反決定手続（排除措置命令、課徴金納付命令）がとられるべきで、その不確実性が小さい事件では詳細な検討が不要であるから確約手続が選択されるべきだという。

る。「対応方針」の「個別具体的な事案ごとに、確約手続により競争上の問題を解決することが公正かつ自由な競争の促進を図る上で必要があるか否かを判断する」では基準としては不十分である。

第3に、確約計画は、公取委による違法認定を伴わないものであるから、当然に課徴金や刑事罰が違反被疑事業者に賦課されることはなく、また25条・26条に基づく無過失損害賠償の基礎とならないことにも注意する必要がある。違反被疑行為による損害の賠償を民法に基づいて請求することや24条によって差止を請求することは妨げられないが、公取委が違反と認定しなかった行為について、原告が違法性を主張立証することは、相当な困難に直面するであろうと想像される。

第4に、確約計画において認定する措置の内容に関して、「柔軟な措置(flexible remedy)」を含んだ計画を認定できることが確約制度の利点の一つだとされることがある。確かに、「行為の差止め、事業の一部の譲渡」(7条1項)、「契約条項の削除」(20条)など、当該「行為を排除するために必要な措置」として、競争を回復するために有効な措置が計画に含まれるなら歓迎してよかろう。もっとも日本の確約制度は、EUのエネルギー産業にみられたようなドラスティックな構造的措置は予定していないと思われる。むしろ、当該違反被疑行為の排除や競争の維持・回復とは無関係な措置を含む計画が認定されるおそれが潜在的にあり得ることに注意が必要であるかもしれない⁴⁶。

なお、「柔軟な措置」に関連して、例えば経済的利益の提供要求を含む優越的地位濫用が違反被疑行為である場合に、排除措置計画・排除確保措置計画において、当該経済的利益(行為者が収受した協賛金や労務の対価等)の返還・支払いを行わせることは、間接的に競争上の有利・不利を是正する方向に働くことから、競争の維持と関係のある措置と考えておきたい。

第5に、日本の確約制度の運用に固有の問題がある。欧州委員会の確約決定書に比べて、公取委の公表文は極めて簡略である。欧州委員会は決定書に加えて、事業者が欧州委員会に確約した内容そのものを附属書として公表しているが、そこまでは期待できないとしても、公取委の公表文自体はもう少し詳細なものにできないものであろうか。

(2020年8月6日脱稿)

⁴⁶ 世界的には(特に途上国で)、確約の内容が競争法から離れた(反競争的行為の排除、反競争的效果の除去とは無関係の)当局の人気取りのようなものになるおそれが指摘される。D. H. Ginsberg & J. D. Wright, *supra* note 43, at para.14で、南アフリカ共和国でWalmartとMassmartの企業結合が2年間レイオフしないこと、3年間に少なくとも10億ランドの投資をすることを条件に承認されたとされる。台湾のクアルコム決定に関する行政訴訟では、制裁金を減額する代わりに、台湾国内で大規模な設備投資を行うことを約束させた(行政訴訟法上の行政和解)。台湾公平交易委員会のプレスリリースを参照(2018年8月10日付)。<https://www.ftc.gov.tw/internet/english/doc/docDetail.aspx?uid=179&docid=15565>

第 3 章

デジタル・コングロマリットの特性と競争政策上の課題

立教大学法学部教授
東 條 吉 純

I 問題の所在：デジタル・コングロマリットの何が問題なのか

GAFAに代表される巨大デジタル・プラットフォーム(以下「DPF」という)は、それぞれ中核事業についての市場支配的地位を確保しつつ、多くの場合M&A等の方法を通じて多数の異業種に事業拡張を行い、コングロマリット化することに一つの特徴がある。例えば、Amazonはオンライン書店からスタートして、総合小売業(電子モール)、出版業(電子・紙)、各種デジタル機器製造業、ロジスティック(FBA)・物流業(トラック運送、航空運送)、金融・決済サービス、VOD(映像配信)、映像制作、音楽配信、クラウドコンピューティング(AWS)、音声アシスタント(Alexa)など多数の事業分野に進出し、いずれも確固たる地歩を築いている¹。またGoogleは、検索エンジンからスタートし、オンライン広告(AdSense)、OS(Android)、各種アプリ(Gmail, Google Map)、動画配信(YouTube)、映像制作、クラウドコンピューティング、音声アシスタント(Google Assistant)、電気通信(Google Fiber)、自動走行車、医療等に事業展開している²。

一見するとこれらコングロマリットの中には、伝統的なそのように事業ポートフォリオを構築する場合も少なくないように見えるが³、デジタル・コングロマリットの特徴として、供給サイドでは、既存プラットフォームの活用、ビッグデータの利用等において範囲の経済性(効率性)が強く働くこと、需要サイドでは、顧客(消費者)にとって一つのプラットフォームで多種多様な商品・サービスを購入できることのシナジー効果が挙げられ、DPFがコングロマリット化を促す要因として説明される⁴。

他方、近年、競争政策上の関心を集めているのは、あらゆる事業活動にとってデータが死活的に重要な投入財となるデジタル経済下におけるDPFの諸特性によって、はじめて可能となる各種の戦略的行動である。これら戦略的行動は、競争政策上の懸念を惹起するが、市場競争に及ぼす影響は十分に解明されておらず、既存の競争法の分析枠組みの適用によっては競争法規制を免れる場合もある。

より具体的には、強力な直接／間接ネットワーク効果、低廉な限界費用(極端な規模の経済性)、及び、ビッグデータ利活用による正のフィードバック効果という市場の特性であり、市場における初期の優位性が強化され続け、市場支配的地位の獲得へと至る「市場総取り(winner-take-all)」の性質をもつとともに⁵、新規参入者にとっては、高い参入障壁として機能する⁶。また有力な地位を得たDPFは、「レギュレーター」としてプラットフォーム参加条

¹ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Amazon;
https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_Amazon_products_and_services

² https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Alphabet

³ Petit (2016) は、急速なイノベーションを伴う「破壊的競争」時代におけるDPF間の熾烈な競争下の生き残り戦略としてのポートフォリオ投資の動機づけについて説明する。

⁴ Bourreau & Streel (2019), at 9-13.

⁵ しばしば、「tipping」と呼ばれる市場の性質。

⁶ DPFにかかるデータ収集・利活用に関する参入障壁については、当初の議論では、複製の容易さ、

件や、利用者間の取引条件を一方的に定める等、自社プラットフォームへのアクセスや情報を自由にコントロールできる「ゲートキーパー」としての能力をもつとされる⁷。これに伴い、媒介者として供給者と顧客⁸の間の取引の仲介サービスによる取引費用削減の対価を得るという当初のビジネスモデルは、ゲートキーパーとしての力を駆使し自己の利潤最大化を図るそれへと変容する⁹。

このような市場と競争の特性を熟知するDPFにとって最優先すべき事業戦略は、①顧客ベースの拡大と維持(=「顧客囲い込み」)、②データ支配の2つである。

①については、とくに不当廉売やバンドル割引販売による顧客奪取(市場シェア獲得)が、従来にならぬ形で合理性をもつため、DPFは、その中核事業の上流・下流分野であるか隣接市場であるかを問わず、他分野に事業拡張する能力とインセンティブをもつことになる¹⁰。さらに、DPFは「エコシステム」と呼ばれるデジタル・コングロマリットの形成を通じて、顧客の日常生活や経済活動のニーズに関わる多様な商品・役務を提供し、デジタル経済における中心的なインフラストラクチャとしての地位の獲得を目指している。これはプラットフォーム利用者にとって、多数の商品・役務にかかる取引が当該エコシステムの中でのみ行われるようになることを意味し¹¹、さらなるレバレッジ効果を創出する。またDPFにとって、供給者はDPFにとって自社プラットフォームを利用する取引相手であると同時に競争者でもあるため、本質的に利益背相反状況が生じる中、DPFには自社商品・役務を優遇するインセンティブが生じる(self-preferencing)。

②については、第一に、ビッグデータの生み出す正のフィードバック効果がコングロマリット化を促す強い動機の一つとなる。なぜなら、収集される顧客データが大量かつ多種多様であればあるほど、イノベーションが活発となり、顧客の嗜好、価値、ニーズをよりの確に踏まえた新商品・役務の市場投入が可能となること、個別顧客に向けたより精度の高いターゲティング販売が可能になること等から、複数の商品・役務にわたる顧客ベース拡大によるネットワーク効果の拡張及び多種多様なデータ収集(=コングロマリット化ないし「エコシ

マルチホーミングの可能性、入手経路の多様性などの理由から参入障壁は低いという一般論が強かったが、その後、ネットワーク効果、スイッチングコスト等により新規参入者が同様のデータを収集するのは現実的に困難であり、参入障壁は高いという認識が共有されていると考えられる。CPRC (2017), at 3, 13-15 ; Crémer et al. (2019), at 19-23.

⁷ Khan (2019); Bourreau & Streel (2019).

⁸ DPF事業は2つの異なる需要者層に直面する二面市場の性質をもつため、プラットフォームを利用する商品・役務の供給者、顧客のいずれも、DPFが提供するサービスの需要者であるが、本稿では、プラットフォームに参加して商品・サービスを販売する者を「供給者」、同じくプラットフォームに参加して商品・役務を購入する者を「顧客(消費者)」という。また、両者を併せ「(プラットフォーム)利用者」という。

⁹ Ruprecht (2019).

¹⁰ 例えば、Amazon Primeサービスがこれに当たる。Wirz (2018); Khan (2017).

¹¹ 顧客にとってはスイッチングコストの大きさと利便性から、供給者にとっては事業活動に必要な不可欠なため、ともに当該DPFにロックインされるため、ともに当該DPFに強く従属することになる。

システム」構築)がDPFにとっての重要な事業戦略となるからである。

第二に、DPFがゲートキーパー能力に基づき、プラットフォーム利用者に提供する情報の操作を通じて自己の利潤最大化を図る各種行動が問題視されている。このように、エコシステム(デジタル・コングロマリット)は、多種多様なビッグデータの独占とゲートキーパー力を通じて、その市場支配的地位を強化するとともに、顧客と供給者を支配する装置として機能するおそれがある。

以上の問題意識を踏まえ、本報告では、DPFのコングロマリット化にかかる各種行為に対する現行独禁法規制について整理した上で、現行独禁法の分析枠組みを修正する新たな提案について検討する。また補論として、デジタル・コングロマリットのゲートキーパー能力行使に対する支配型私的独占規制の可能性について触れる。

Ⅱ DPFのコングロマリット化に対する現行独禁法規制

後述する通り、デジタル・コングロマリットの各種行動に対する競争法規制のあり方の検討は、現行競争法の分析枠組みの見直しや、場合によっては目的論の修正を迫るものであるが、考察の端緒として、DPFのコングロマリット化にかかる各種反競争行為に対する現行の日本独禁法規制について、行為類型ごとの事例を中心に概観する。

1. 混合型企業結合(企業結合ガイドライン(2019年12月17日改定))

従来、混合型企業結合は、市場における競争単位の数減少させないので、水平的企業結合に比べて競争に与える影響は大きくないと考えられてきたが、近年、混合型企業結合にかかる届出・審査件数の増加状況を受けて¹²、改定ガイドラインでは、大幅に加筆され、判断基準の明確化が図られた。競争の実質的制限は単独行動／協調的行動の観点から検討され、①組合せ供給による市場の閉鎖性・排他性、②潜在的競争の消滅、③秘密情報の入手の3点が検討対象とされる。

①組合せ供給による市場の閉鎖性・排他性

A社(甲商品)・B社(乙商品)間の企業結合後、当事会社それぞれの商品を技術的に又は契約上組み合わせる供給する「組合せ供給」行為によって、市場の閉鎖性・排他性の問題が生じる場合。A社が甲商品の市場において市場支配力をもつ場合には、組合せ供給により乙商品の市場シェアが高まり、市場の閉鎖性・排他性の問題が生じる(ガイドライン第6の2(1)ア)。

これは、甲商品市場における市場支配力を、抱き合わせ又はバンドル販売を通じて、乙商

¹² 例えば、『平成30年度公正取引委員会年次報告』の第10表(212頁)を見ると、届出受理件数321件中、混合型企業結合が含まれる案件は123件ある(ただし、複数の形態に該当する場合、該当形態を全て集計しているため重複カウントがある)。

品市場にレバレッジする場合である。

②潜在的競争の消滅

一方当事会社B社が具体的な参入計画を有していないとしても、他方当事会社A社の商品市場や地域市場に参入した場合に有力な競争者になることが見込まれる場合、企業結合によってB社の新規参入の可能性を消滅させる場合。とくにB社がデータ等の重要な投入財を有し、参入時には有力な競争者となることが見込まれる場合は悪影響が大きい(ガイドライン第6の2(2))。

この後段部分は、DPFによるスタートアップ企業買収(killer acquisition)を念頭に置いた記述であると考えられる。これに関連して、「企業結合審査の手續に関する対応指針」6(2)では、国内売上高基準等が届出基準を満たさない企業結合計画であっても、「買収に係る対価が400億円を超え、かつ、国内需要者に影響を与えると見込まれる場合には、…資料等の提出を求め、企業結合審査を行う」と規定される。

③秘密の入手

甲商品＝乙商品間の相互接続性を確保するため、両商品の供給者が競争上の重要な秘密情報を交換する必要がある状況で、一方当事会社A社(甲商品)が他方当事会社(B社)を通じて、自社の競争者の競争上の重要な秘密情報を入手し、当該情報を自己に有利に用いる場合(市場の閉鎖性・排他性)、当事会社と競争者が協調的な行動をとりやすくなる場合(協調的行動)。

【参考事例】エムスリー／日本アルトマーク事件(2019年10月24日)

エムスリー：医薬品情報を医師に提供する医薬品情報提供プラットフォームを運営・管理する事業を営むDPFであり、製薬会社向け医療情報PF事業のシェア約75%(1位)、医師向け医療情報PF事業の会員数は医師総数の約85%(1位)、「m3.com」という医療関係者向けポータルサイトで情報提供及びSNS機能を提供する市場支配的DPF。日本アルトマークは医療機関・医師等の医療情報DBを提供する会社であり、同社のMDBは事実上の標準データベースとして独占状態にある。

公取委は、垂直型企业結合、混合型企業結合のいずれについても競争の実質的制限を認定した。混合型企業結合に関しては、MDBが事実上の標準データベースであり、独占状態にあり、製薬会社にとって必要不可欠なものであることから、当事会社が製薬会社に対して、MDBの提供と、エムスリーの医薬品情報提供PF利用の組合せ提供により、エムスリーの競争事業者は医薬品情報提供PF市場から排除される可能性が高いと認定した。当事会社は、組合せ供給を行わないことを問題解消措置として申し出て、本件企業結合は承認された。

2. 市場支配力のレバレッジ(隣接市場における競争者排除)

DPFによる市場支配力のレバレッジ先例はないが、市場Aにおける市場支配力を他の市場B

にレバレッジする各種行為については、以下のような行為類型がある。

(1) 抱き合わせ販売(一般指定10項)

【事例】日本マイクロソフト抱合せ事件(1998年12月14日勧告審決)

日本マイクロソフトが、パソコン製造販売業者に対して、市場シェア1位の表計算ソフトの供給に併せてワープロソフトを自己から購入させ、さらに、表計算ソフト及びワープロソフトの供給に併せてスケジュール管理ソフトを購入させた行為(市場A：表計算ソフト市場、市場B：ワープロソフト市場、スケジュール管理ソフト市場)。

(2) 取引条件等の差別取扱い(一般指定4項)

【事例】関西電力・オール電化事件(2005年4月21日警告)

関西電力が、集合住宅における受電室の設置及び戸建て開発地の無電柱化について、オール電化等を採用する住宅開発業者等に比べて、住宅の熱源としてガスを併用する住宅開発業者等を不当に不利に取り扱った疑い(市場A：電力小売供給市場、市場B：住宅熱源市場)。

(3) 排除型私的独占

【事例】雪印乳業・農林中金事件(1956年7月28日審判審決)

多額の乳牛導入資金を供給しうる北海道内唯一の期間である農林中金・北信連が、有畜農家に対して、雪印乳業・北海道バターにだけ生産乳を供給することを条件として融資を行うことにより、他の乳業者の集乳活動を排除し、すでに集乳量80%に及ぶ地位を維持・強化した行為(市場A：乳牛導入資金融資市場、市場B：集乳市場)

【事例】NTT東日本事件(2010年12月27日最高裁判決)

東日本において光ファイバー回線の70%超を保有し、加入者光ファイバー設備接続市場において市場支配的地位にあるNTT東日本が、自ら提供するFTTHサービス料金設定において、認可を受けた同設備接続料金を下回る逆ザヤ料金を設定し、FTTHサービス市場において競争者を排除した行為(市場A：光ファイバー設備接続市場、市場B：FTTHサービス市場)。

Ⅲ デジタル・コングロマリット規制の法理

1. DPFの諸特性と戦略的行動(能力とインセンティブ)

デジタル・コングロマリットが新たな市場・事業への参入を企図する戦略的動機を詳細にみると、従来のコングロマリットとは異なる市場のダイナミクスと、事業戦略における重要な違いが見えてくる。

DPFがコングロマリット化を推進する理由の一つは、やはり「多様化」戦略であるといえる。従来の多様化戦略は資本を分散化しリスクヘッジを行う目的をもっていたが、デジタル化時代のそれは、破壊的技術革新による「新たなサービス」に取って代わられることに対するヘッジであり、これがDPFの未開拓市場に向けた膨大なR&D投資及びコングロマリット化

の動機付けとなっているとされる¹³。

DPFがコングロマリット化するもう一つの重要な理由は、顧客が自社プラットフォームに継続的に関わるように、商品・サービスの範囲を拡大することであり、顧客の日常的活動の中で、当該DPFへのアクセスを継続的に確保し各種サービス利用が行われるよう、商品・サービスの範囲を拡大する。このような意味において、Amazon、Facebook、Googleなどは、熾烈なプラットフォーム間競争を繰り広げ、顧客の獲得、拡大及び維持に努めている。これはDPFに限ったことではないが、DPF事業においては、強力な範囲の経済性及び間接ネットワーク効果が働き、市場がwinner-take-allの性質をもつため、DPFは「市場における競争(competition in the market)」ではなく「市場のための競争(competition for the market)」に従事し¹⁴、顧客ベースの拡大が最優先の事業戦略となる。また強力な範囲の経済性及び間接ネットワーク効果の存在は、中核事業における市場支配的地位を、進出先の新たな商品・役務市場にレバレッジすることが比較的容易であることを意味する。「プラットフォーム包囲(platform envelopment)」と呼ばれる行為は、DPFが中核事業(第1の市場)における顧客ベースと自社プラットフォーム等の共通コンポーネント活用による新規サービス(第2の市場)提供コストの節減(=範囲の経済性)、並びに、抱き合わせ・バンドル販売によって、隣接市場への事業拡張を果たす戦略を指す¹⁵。これはDPFの典型的なコングロマリット化戦略であるが¹⁶、市場支配的DPFが、新規参入DPFが開拓した新規市場に向けて同戦略を実施する場合、反競争的な排除行為として評価されうる。先に紹介した日本マイクロソフト抱き合わせ事件は、表計算ソフト市場における市場支配力を、まずワープロソフト市場に拡張し、さらに、表計算ソフト+ワープロソフトの市場支配力をスケジュール管理ソフト市場に拡張する、典型的なプラットフォーム包囲戦略であると言える。

(1) 略奪販売による事業拡張

顧客ベース拡大に関連して、DPFの特徴の一つは、短中期の収益力(採算性)の有無と資金調達力とが相関しないことである。例えば、Amazonは1994年の創業以来、7~8年間にわたり経常収支赤字を出し続けたが、同社に対する投資は衰えず株価は上昇を続けた。Amazonの成功は各種インフラへの継続的な積極的投資とともに、採算性を度外視した販売による顧客の奪取及び囲い込み戦略を特徴としている。これは他の多くのDPFに当てはまることであ

¹³ Petit (2016), at 32-40. Crémer et al (2019)は、隣接市場から起こる破壊的競争に晒されていることが、反競争行為に従事する一因ともなると述べる(at 37)。

¹⁴ Evans & Schmalensee (2001). なお、同論文によれば、現行略奪販売規制は、破壊的競争の本質とダイナミクスに対する理解を欠くものであり、winner-take-all市場競争の性質を実証することによる抗弁が許されるべきと述べる。

¹⁵ Eisenmann et al (2011).

¹⁶ 例えば、Uberは、配車サービスで成功した後、その顧客ベースやソフトウェア等を活用して飲食物配達サービス(Uber Eats)に事業拡張した。

り¹⁷、投資家はDPFビジネスの諸特性を踏まえ、将来期待される収益力の現在価値に対して投資を継続する。こうしたDPFの成長プロセスは、競争法規制、とくに略奪的廉売行為に対する規制のあり方について再考を迫るものである。というのは、DPFの事業戦略においては、資金調達市場(投資家)の支持を受けて、採算性を度外視した顧客獲得戦略、すなわち、略奪的廉売行為が合理性を持ち続けるため、「埋め合わせ」を要件として求める略奪廉売規制は¹⁸、DPFの場合には機能不全に陥るからである¹⁹ ²⁰。ネットワーク効果とデータ支配は強固な参入障壁である。また、DPFでは廉売対象となる商品・役務と同一の商品・役務において「埋め合わせ」又は短期損失の回収を行う必要はなく、より洗練された多様な形態で実現される²¹。

(2) スタートアップ企業の買収

潜在的競争者の先占的買収はDPFのコングロメリット化の主要な動機の一つとされる。過去10年間に於いて、ビッグ5Tech企業(GAFAM)は430超の企業買収を実施したと報告される²²。巨大DPFが市場支配的地位をもつ特定範囲の商品・サービス市場は、スタートアップ企業が生き残れない「キル・ゾーン(kill zone)」と呼ばれ、市場支配的DPFによる買収又は攻撃的な反応を招く。この認識は資金調達市場においても共有されるため、キル・ゾーンにおける事業計画に対しては投資資金が集まらないという事態が生じる。キル・ゾーンの形成は市場支配的DPFの地位が強固であることの裏返しであり、DPF事業の諸特性に由来する各種の優位性に基づくが、逆にスタートアップ企業にとってはキル・ゾーンを回避するのが生き残り戦略となるため、既存DPFの市場支配的地位をさらに強める効果をもつ。

先占的買収の競争への影響は明確でないが、「キラー買収」と呼ばれる先占的買収はイノベーションの芽を摘むことを目的とした戦略的行動であり、進行中の研究開発プロジェクトが中断、廃棄される等、イノベーションへの悪影響のおそれが指摘される。

DPFによる企業買収がすべて市場先占に動機づけられたものと考えるべきではないが、企業結合審査においては、その可能性を含めた慎重な審査が求められることになる。

¹⁷ 2004年創業のFacebookがはじめて黒字化したのは2013年のことであり、2009年創業のUberはいまだに黒字化の道筋は見えていない。2013年創業のメルカリもしかりである。

¹⁸ 排除型私的独占ガイドライン第3の2(注22)では、原価割れ販売による排除行為を私的独占に問う際に、「埋め合わせ」要件を求める。

¹⁹ Khan(2017)は、投資家の後押しするDPFの戦略的行動を、反トラスト法理は見損なっていると批判する(at 788)。

²⁰ Evans(2016)は、DPFの効率性を重視する一方で、DPFが直面する多面市場の間の調整の必要性に着目して、むしろ、原価割れ販売に関する行為に対する競争法上の評価はより寛容であるべきと説く。

²¹ より価格弾力性の低い商品・役務の価格引き上げ、PF参加供給者への不利益押し付け、AIデータ解析に基づく時間帯別価格差別(dynamic pricing)、顧客別価格差別(personal pricing)など。

²² Asher Schechter, “Google and Facebook’s “Kill Zone”: “We’ve Taken the Focus Off of Rewarding Genius and Innovation to Rewarding Capital and Scale”, 25 May 2018, ProMarket, available at <https://promarket.org/google-facebooks-kill-zone-weve-taken-focus-off-rewarding-genius-innovation-rewarding-capital-scale/>.

(3) エコシステム構築とゲートキーパー能力の行使

自社プラットフォームを中心としたコングロマリット化を推し進めるDPFは、「エコシステム」と呼ばれるデジタル・コングロマリットを構築し、当該エコシステムの中に多数の商品・役務を統合していく²³。エコシステム構築は、以下のような大きな効率性の達成に支えられている。すなわち、供給サイドにおいて、自社プラットフォーム活用による新規サービス提供コストの大幅な節減やビッグデータの活用など、範囲の経済性が強く働くとともに、需要サイドにおいて、顧客にとって一つのプラットフォーム上で多種多様な商品・役務を購入できることの消費シナジー効果が働く。したがって、エコシステムの構築は、顧客の利便性を大幅に向上させる側面をもち、短期的には消費者厚生を改善する効果が期待できる。

しかしながら、上述したDPF事業の諸特性(強力なネットワーク効果、低廉な限界費用、データの重要性)及びエコシステムに強く働く範囲の経済性は、プラットフォーム利用者のスイッチングコストの増大など、エコシステム内におけるDPFの市場支配的地位をさらに強化する方向に作用し、様々な問題を生み出す要因ともなる。

また、有力な地位を得たDPFは、自社プラットフォームへのアクセス及び利用者向け情報を自由にコントロールできる「ゲートキーパー」能力を獲得するため²⁴、DPFはエコシステム内において、以下に述べる通り、情報操作を含め、プラットフォーム利用者の行動に対して様々な影響力を及ぼすことが可能となる²⁵。

「ゲートキーパー」とは、その字義の通り「あるゲートの通過の可否を決定する事業体」のことを指すが²⁶、いずれにせよ、各種情報へのアクセスをコントロールする主体であり、アクセス自体の制限やアクセス可能な情報の範囲を限定する等の能力をもつものと理解される²⁷。競争政策の文脈では、例えば、流通分野(大規模小売店舗)、電気通信分野(インターネット接続事業者)などで用いられるが、これら事業者は、商品・役務の供給者と顧客を仲介するプラットフォームであり、自社プラットフォームへのアクセスを自由にコントロールできる地位に基づく各種の反競争行為は、競争法、個別事業法とを問わず、競争政策規制の対

²³ ここで「エコシステム」とは、自社プラットフォーム上に統合されたサービスとして、顧客の日常生活や経済活動における幅広い分野のニーズを満たす多数の商品・役務を提供するデジタル・コングロマリットのことを言う。

²⁴ ゲートキーパー能力の有無は、市場シェアの大きさとは連動しない(後述)。

²⁵ Podszun (2019), at 4; Lynskey (2017)。

²⁶ Laidlaw (2010)。古典的なゲートキーパーは、その判断にかかる違反行為によって受益しない「中立性」を特徴とし、政府規制能力の制約から、第三者的にゲートキーパー機能を代行する場合もあれば、事業の性質上、ゲートキーパー機能を果たす場合もある(例：書店・図書館司書、マスメディア等)。特に、マスメディアとの関係では、言論の自由や民主主義と結びついて理解され、分権型規制論の文脈では、「国家の規制能力が限定される状況において、他者の行動を変更する能力をもつ非国家主体」と定義されることもある。また、インターネット規制論においても、ISPのゲートキーパー機能に関する議論がある。

²⁷ Ibid., at 2-3。

象となってきた²⁸。

ゲートキーパーとしての地位を獲得すると、DPFのビジネスモデルは変容する。当初のビジネスモデルでは、異なる需要者層の間の取引の「場」を提供する仲介サービス等により、両者にとっての取引費用を大幅に削減し、その価値に対する対価を得る。収益獲得の手段はさまざまであり、データ販売、PF参加料徴収、取引成立時の報酬課金、データ解析に基づくマーケティング等支援サービス提供の対価、広告スペースの販売などが挙げられる。このうち、例えば、取引成立時の報酬課金モデルについて考えると、もしもDPFがゲートキーパー能力をもち、情報のコントロール等によって取引に影響を及ぼす力があるならば、DPF自身の利潤最大化するよう取引を仲介・成立させる能力及びインセンティブをもつことが分かる²⁹。利潤最大化のため、プラットフォーム利用者に提供する情報を操作する例としては、次のようなものが挙げられる。例えば、検索結果表示、リコメンド機能などにおける情報操作、競争者データの活用による自社商品・役務の優遇、顧客データへのアクセス制限など。

このように、DPFのビジネスモデルと収益の源泉は、取引の「場」及び関連支援サービスの提供を通じた供給者・顧客間の取引費用節減の便益に対する対価の獲得から、プラットフォーム利用者間取引それ自体を操作することへとシフトする。すなわち、供給者及び顧客の選択の自由を広げるビジネスから、情報操作により両者の選択の自由を狭め、意思決定を歪曲するビジネスへと変容する。また、DPFのゲートキーパー能力が高まるほど、このインセンティブは強くなる。

○対プラットフォーム利用顧客 (PtoC: Platform to Customers)

DPFが顧客の選択プロセスに歪曲的影響を及ぼす方法はさまざまである。選択にかかる意思決定の前提となる情報提供に関しては、例えば、検索結果ランキングの操作の場合や (Google Shopping事件)³⁰、DPFを通じて提供される情報の一部が遮断されたり、特定情報が強調されたりする場合 (リコメンド機能、ターゲット広告) などにより、顧客の関心を特定の商品・役務へと誘導し顧客の意思決定に影響を及ぼすことが可能であり、当該顧客の嗜好、価値、ニーズに関するデータ分析によって、情報操作の精度は一層高まる³¹。データ分析に精通したDPFは、新たに顧客の嗜好やニーズ (需要) を創造することもありうる。また、意思

²⁸ Grimes (2005),

²⁹ Podszun (2019), at 8; Bourreau & Streel (2019), at 19-21. Hagiu & Jullien (2014) は、DPFによる情報操作戦略では、顧客1人当たり収益と顧客トラフィックとはトレードオフ関係にあるが、とくに市場支配的地位が強固な状況では前者が優先すると説く。

³⁰ European Commission, 27.6.2017, Case 37940—Google Shopping.

³¹ 例えば、Amazonは自社の商品価格を一日に数百万回変更しているとの報告もあり、マーケットプレイス上で収集した顧客データに基づき、精度の高い顧客別差別価格 (personal pricing) を設定しているとされる。Khan (2017), at 763. なお、ターゲット広告主体は個人の特定には無関心であり、ある顧客 (群) が、特定の商品・役務について他の顧客 (群) よりも高い関心をもつか (=留保価格水準) にのみ関心がある (品質については許容される最低品質)。購買パターンのプロファイリングプロセスが統計的に処理され自動化されるなら、個人情報保護の問題は生じない可能性もある。Lynskey (2017), at 20.

決定後の実際の取引段階においてもDPFによる操作がありうる。例えば、決済手段において、追加的手数料の支払いの有無、特定決済手段の制限等。

デジタル・エコシステムにおける顧客の選択肢は、当該顧客がいったん経路依存性理論に言うクリティカルな分岐点を越えると、強い制約を受けることになる(例：スマートフォンにおけるiPhone、iOSの選択)。これがロックインのメカニズムであり、「壁に囲まれた庭(walled garden)」の外側にある選択肢を取ることは極めて困難になる³²。また、DPFは、自社エコシステムに取り込んだ顧客が、この「壁」が自由に対する制約であると認知しないよう、嗜好それ自体を操作することを目指し、AIその他の技術革新がこの戦略を支えることになる³³。

こうした力の行使により市場競争における消費者の役割は顕著に変わり、短期的にはエコシステム内の利便性向上によって経済厚生は改善するが、長期的には意思決定能力を喪失するリスクがある。

○対プラットフォーム利用供給者(PtoB: Platform to Business)

プラットフォーム利用供給者に向けても、同様の情報操作が行われる。また、MFN条項のように品揃えや価格設定に関する自由を拘束する場合もある。DPFが供給者＝顧客間の接点を遮断することによって、供給者が顧客に対する直接のアクセスを失うと、より容易に情報を操作することが可能となる。供給者は、プラットフォーム利用によって、より多くの顧客ベースにアクセスする便益と引き換えに顧客との接点を失うが、商品・役務にかかる顧客データの重要性が増すほど、この代償は大きくなる。自社の商品・役務にかかる顧客ニーズ、嗜好、価値等の情報は、DPFを通じて提供されるため、プラットフォーム利用供給者は当該DPFに強く従属することになるが、同時に、当該供給者にとっては、DPF自身が自社の最大のライバルという、本質的な利益相反状況が生じることになる。例えば、Amazonは、Amazonマーケットプレイスに参加する小売業者(出店者)の販売データを分析し、自社商品のためのテスト・ラボとして活用しているとされる³⁴。

顧客が自律的な意思決定能力を喪失し、供給者が顧客との直接の接点を失った市場においては、競争機能は周辺化し、需要者の獲得に向けた競い合いは期待できなくなる。これに代

³² Lynskey (2017), at 12-15.

³³ 例えば、AmazonダッシュボタンやEcho音声によるAlexaショッピングなど。今はネット家電の中にAmazonダッシュボタンが組み込まれ、自動購入サービスとセットで家電製品が販売されている。ここに至り、消費者の選択プロセスは形骸化され、価格等の取引条件は一切顧慮されない。(例)スマート洗濯機は洗剤が切れかかると自動的にAmazonに注文データを伝送する。

³⁴ Khan (2017), at 781. 欧州委員会は、Amazonによる顧客の購買行動に関する機微データの活用がEU競争法違反の疑いありとして調査を開始している。European Commission, “Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-competitive Conduct of Amazon, Press release on 17 July 2019, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291.

また、米FTCも同様の調査を開始し、かつ、調査対象範囲をクラウドサービスにまで拡大した。<https://www.crn.com/news/cloud/ftc-expands-amazon-antitrust-probe-to-include-aws-report>

わる競争は、DPFエコシステムの周縁部における「競争」であり、供給者にとってDPFへのアクセスがその事業活動に必要不可欠な要素となるため、DPFが一方的に定める契約条件に応諾せざるを得ない³⁵。これはまさに搾取的濫用における「他者決定」そのものと言える。

このように周辺化された競争は、もはや、良質廉価な商品・役務を巡る競い合いとしての「市場における競争(competition in the market)」ではなく、「市場(獲得)のための競争(competition for the market)」の性質がさらに強まる³⁶。かかる市場においては、効率性、イノベーション、選択等の顧客(需要者)の選好に依拠した市場競争の要素の意味は失われる³⁷。

なお、DPFのゲートキーパー能力行使による競争歪曲の問題点の一つは、行為態様が曖昧である点にあり、独禁法の規制対象としうるのは、外部から検知可能な一部の行為にとどまざるを得ないことである³⁸。例えば、PtoCについては、顧客が検索サービスの質を評価するのは困難であり、例外的にあからさまな場合を除き、検索サービスが中立的であるかどうか、不当に需要を喚起される等選択・意思決定を歪められているかどうかを知りえない。

PtoBに関しては、公正取引委員会は、2019年、デジタル・プラットフォーマーの取引実態についての調査を行い、その結果を公表しているが、上述のような、プラットフォーム利用供給者向けに提供する顧客データの操作等による利潤最大化行動は、おそらく探知困難であるため、例示されていない³⁹。

2. ゲートキーパー問題に対する競争政策規制の方策

以上の考察を踏まえ、デジタル・コングロマリットの拡大を続ける市場支配的DPFの反競争行為(ゲートキーパー能力の行使を含む)に対して、どのような競争法規制が可能だろうか。DPFによる反競争行為にかかる問題点の一つとして、現行競争法の分析枠組みにおいては、対象行為の弊害理論(Theory of Harm)が明確でないという点が挙げられる。もっとも、弊害理論は競争法上確立した法的要件ではなく、競争侵害行為による消費者に対する経済的損害の発生機序を説得的に説明するための概念である。したがって、後述のPodszun提案のように、競争法による規制介入の正当性を価格効果等の短期消費者厚生に求めないのであれば、異なる弊害理論を構築することになる。

以下で紹介する各提案は、競争法の目的論それ自体の再考とも関わっているが⁴⁰、本報告ではこれには深く立ち入らず、ゲートキーパー能力行使を念頭に置いた考察を行うこととす

³⁵ Podszun (2019), at 15-17.

³⁶ 最適のビジネスモデルは、当然のことながら「市場の総取り」である。PayPalの創始者ピーター・ティール氏の言を借りれば、「競争は敗者のためのもの」である。

³⁷ Podszun (2019), at 17.

³⁸ Lynskey (2017), at 12; Pasquale (2015).

³⁹ 公取委『DPF取引慣行報告書』。

⁴⁰ Ezrachi (2018).

る。ゲートキーパー問題に対しては、日本独禁法上、主に不公正な取引方法(排他条件付取引、拘束条件付取引、優越的地位濫用など)による規制が行われてきたが、市場支配的DPFの反競争行為に対する抑止効果という観点からは、私的独占の適用が望ましい。最後に〔補論〕として、支配型私的独占の適用可能性について検討する。

(1) 現行競争法の分析枠組みの見直し提案

①Crémer et al. (2019)の提案：

デジタル経済下の、プラットフォーム、デジタル・エコシステム、データ経済といった諸現象に対して、競争法の基本的な分析枠組み、方法論、弊害理論を適応させることが必要。デジタル経済においては、価格を競争変数とする消費者厚生基準の実務的重要性は低下し、デジタル化を巡る実証的証拠に基づく弊害理論が必要となる。

(a) 短期価格効果に基づく反競争効果分析ではなく、品質、イノベーションに対する悪影響の方がより関連し、競争的抑制の減少についての多角的な分析が求められる。二面市場においては、市場シェアが小さくとも、「顧客へのアクセスを支配する」という意味での市場支配力が存在する(=「仲介支配力(intermediation power)」)⁴¹。DPFではデータ支配と仲介支配力とは相互強化の関係に立つ。

(b) 個別の商品・役務市場画定及び市場支配力分析という分析枠組みを前提とした、抱き合わせ・バンドル販売等による投入物閉鎖・顧客閉鎖等の市場の閉鎖性・排他性(企業結合規制)や市場支配力のレバレッジ(排除行為規制)という弊害理論だけでは捉えきれないデジタル・コングロマリットの問題がある。より広い「デジタル・エコシステム市場(market for the digital ecosystem)」におけるDPFの地位を検討対象とすることにより、実効的競争に対する顕著な弊害の認定が可能となる。例えば、他分野スタートアップ企業の買収(killer acquisition)は、潜在的競争理論によって弊害を説明するのではなく、エコシステム全体の強化による顧客ベース拡大(=買収対象企業の顧客のエコシステムへの統合)、及び、ネットワーク効果と範囲の経済性に基づく顧客スイッチングコストのさらなる増大によって説明されるべきである。ただし、同じ理由により、効率性と消費者厚生改善効果もまたもたらされるため、企業結合規制においては、効率性と競争損失を慎重に比較衡量した上で、問題解消措置の設計として、エコシステムへの競争者アクセスを確保する相互運用性(interoperability)の可能性を探る必要がある⁴²。

②Khan(2019)の提案：

主として短期消費者厚生(=価格および産出量への短期的影響)に着目する現行反トラスト

⁴¹ 古典的には、一紙しか購読しない読者へのアクセスを独占する日刊紙の例が挙げられる(at 49)。

⁴² Crémer et al. (2019), at 121-123. また、スタートアップ企業買収は、winner-take-all市場において、新規参入者による破壊的競争リスクを回避する防御的戦略としても理解されるところ、この戦略は市場に対する弊害効果が大きい。

法の分析枠組みでは、デジタル化時代の市場支配力のアーキテクチャを捕捉できない。DPFを巡る競争の実態を評価するためには、市場の構造とダイナミクスの分析が必要であり、競争プロセスそれ自体を評価対象とすべきである。そのためには、DPFの事業構造、とくに市場へのアクセスを構造化するゲートキーパー機能に着目して精査する必要がある。反トラスト法はもともと多様な目的を含んでいたが、シカゴ学派は、違反分析の焦点をプロセス(競争に必要な条件)から成果(消費者厚生)へと移し、市場構造に対する関心を価格分析に置き換えたが、この分析アプローチは、市場支配的DPFの利益相反する2つの事業(PF運営と自社の商品・役務販売)及びゲートキーパー機能によるPF利用者のデータ流用等に対応するには不適切である。市場構造分析において競争プロセスの中立性及び市場の開放性を検証するため、①参入障壁、②利益相反、③ゲートキーパー／ボトルネックの存否、④データ活用・コントロール、⑤交渉力のダイナミクスといった諸要素が検討対象となる。

Khan(2016)は、市場支配的DPF問題に対して2つの規制アプローチを提案する。1つ目は現行反トラスト法分析枠組みを見直し、略奪販売規制、垂直的統合規制を強化する方法、2つ目はDPFが本質的に独占的又は寡占的であることを認めた上でDPFを規制する方法(=公益事業規制類似の規制)。Khan(2019)では、さらに一歩進んで、より明確に構造分離による問題解決が提案される。

③Podszun(2019)の提案：

純粋に効率性及び経済厚生効果に着目した規制の弱点が露呈していることを確認した上で、市場参加者による自律的な決定プロセスを保護することを競争法の目的として再定位する。これは「自由かつ公正な競争プロセス」と呼ばれてきたものと近似する概念であるが、とくにDPFの特質を前提とした人為的な競争歪曲行為(取引操縦行為=steering transactions)への対応という文脈において、競争法による規制的介入を正当化する根拠として認識されるべき。経済的アクターによる意思決定プロセスが市場経済の核心部分であり、自由かつ十分な情報に基づいて決定がなされるならば、最適な成果をもたらす。換言すれば、経済的アクター自身が自律的に経済的決定を行う場合にのみ、市場は機能する。上述の通り、DPFによるエコシステムの構築は、顧客から自律的決定能力を奪い、供給者から顧客との接点とデータ取得機会を奪い、市場における競争を「周辺化」する。これは市場の調整機能の喪失を意味し、市場経済にとって致命的な問題であり、情報流通、技術革新ともに危機に晒される。

水平的共謀(カルテル)規制に関するECJ判例において繰り返し判示されてきた競争法上の自律的決定原理(市場参加者、経済的行為者は、その決定を他者から独立して行わなければならない=独立性の原則)が、消費者及び垂直的關係又は混合的關係の事業者にまで拡張されるべきである。なぜならDPFにおいては、多くの場合、水平的・垂直的・混合的な關係の要素がエコシステムとして統合されるからである。

自律的決定の保障こそが、市場支配的事業者との垂直的關係、混合的關係において市場秩

序を保全するために重要な保護法益であり、消費者へと拡張されるべき法理である。かかる保護法益に基づく弊害理論を認めることが市場支配的DPF規制の文脈において重要であり、この点に着目した競争法執行を強化すべきである。

④舟田(2020)の提案：

独禁法の保護法益としての「取引の自由」を「すべての市場参加者が、実質的な意味で経済活動の『主体』としての独立性と自律性をもって意思決定し、活動し得る」という法的地位としてとらえるとともに、競争法の保護法益は、競争秩序の維持という「制度保護」だけでなく、市場参加者(供給者と消費者)が公正かつ自由な競争秩序の下で取引すること自体を保護するという意味で「個人保護」をも含んでおり、とくに搾取的濫用において基本的性格をなす。これは優越的地位濫用規制にかかる公正競争阻害性(自由競争基盤の保護)⁴³に限定されず、他の規制対象についても原則として妥当する。

「力の濫用」の認定においては、市場支配的地位に基づく交渉力格差、取引相手の従属性等の構造要因に起因して、取引相手の自己決定権が侵害され「他者決定」が認められる場合には、市場競争保護という目的に照らした利益衡量(衡量対象は、経済的利益だけでなく法的利益も含む)に基づき、濫用行為が認定される⁴⁴。

(2) 考察

①各提案の概観

これら識者による提案は、いずれも現行競争法の分析枠組みが、短期消費者厚生への影響(とくに価格効果)に主として着目することに対する批判的な観点を含んでいる。本稿で紹介した通り、デジタル経済の諸特性を前提としたDPFの各種行為を念頭に置くならば、まったく正当な指摘であり、反競争効果分析において、価格効果ではなく、品質・イノベーションに対する悪影響に着目した上で、競争的抑制減少の立証方法を早急に確立すべきである。

また、DPFのゲートキーパー能力行使を競争法上どのように評価するかという課題については、Crémerらが、二面市場においては市場シェアが小さくとも、顧客アクセスの支配という意味での市場支配力が存在すると指摘し、対顧客の市場におけるDPF間の活発な競争と両立する形で、対供給者の市場では「回避不能な取引相手」としてふるまうと述べる点は興味深い⁴⁵。これは、アフターサービス市場における力の行使を競争法上どのように評価すべきかという文脈で議論されてきた問題とも深く関わる⁴⁶。Khan (2019)は、巨大DPFの問題は、

⁴³ 「取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われている」ことの侵害行為。

⁴⁴ 舟田(2020)が引用するMünchener Kommentar[2015], § 19, Rn.34は以下のように述べる。「関連市場におけるその地位が強いほど、または、市場の取引相手方の従属性が強いほど、市場において有力な事業者が追求する利益の正当性に課せられる要求はより高くなる。市場関係への悪影響が強いほど、名宛人の個別利益に対立する(相反する)有効な競争の保護という利益がより重視される」。

⁴⁵ Crémer et al (2019), at 49.

⁴⁶ 例えば、東芝昇降機サービス事件・大阪高判平5・7・30, 判時1479号21頁。

DPFの自然独占的な諸特性に起因する市場構造の問題であるとの認識を踏まえ、より広範な反トラスト法の目的論を一つの論拠として、巨大DPFのプラットフォーム運営機能と同プラットフォーム上の商業機能との構造分離を提案する。また、Podszunと舟田は、ともに市場参加主体の自律的な意思決定権を実質的に保護することを競争法の保護法益として再定位すべきであると述べ、第一に、競争法の保護対象を一般消費者にまで拡張すること、第二に、タテの取引関係におけるDPFの各種の競争歪曲行為の規制強化を提案する。ただし、Podszunが「制度保護」に結びつけて弊害理論の構築を試みるのに対して、舟田はより直截に「個人保護」を含むとする点に違いがあり、市場支配力認定との関係では、前者は、あくまでも市場支配的地位濫用規制の枠組みで考えるのに対して、後者は、法理論研究であるがゆえに、具体的な適用条文及び法解釈論にまでは立ち入るものではない。

また、Facebookによる個人データの違法収集行為に対して、市場支配的地位濫用規制(GWB19条)の法執行を断行したドイツでは、現在、GWB改正法案が審議されている。連邦経済エネルギー省が2019年10月に公表したGWB第10次改正法案「競争法デジタル化法」は、デジタル経済に対応した2017年の第9次改正に続く第2弾である。法案はいくつかの改正を含んでいるが、エコシステム構築との関係では、新設される19a条が重要である。同条は「複数市場を跨ぐ競争上最重要な事業者(undertakings with paramount cross-markets significance for competition)」に関する規定であり、デジタル・エコシステム構築、並びに、DPFがある市場における市場支配的な地位及び経済力を戦略的に行使し、他の市場における競争を制限する各種濫用行為⁴⁷⁾について定める⁴⁸⁾。DPFが進出先市場において反競争的な構造を確立する場合には、当該市場において市場支配的地位がなくとも濫用行為を認定する狙いがある。この新設規定は、Google Shopping事件等を念頭に置いたものと考えられるが、「複数市場を跨ぐ最重要(paramount cross-market significance)」概念(同条1項)はドイツ法上も新規の概念であり、既存の「市場支配力」概念との差別化や、カルテル庁による法執行(排除措置の設計と事後のモニタリングを含む)など、法の解釈・運用上、様々な課題があるとの批判もなされている⁴⁹⁾。

米国では、民主党大統領候補だったE.Warrenが、巨大DPFの分割、及び、巨大DPFによるスタートアップ企業買収規制の強化を提案するが、Hovenkampは、かつてStandard Oilを34の事業者に分割した後、ガソリン価格が高騰した例などを引いて、高い粗利率(価格＝コスト

⁴⁷⁾ 2項各号で列举される濫用行為は、自己優遇(1号)、略奪販売、抱き合わせ等による妨害排除(2号)、市場横断的なデータ利用による妨害排除(3号)、相互接続性に関する妨害排除(4号)、虚偽情報等の情報操作による利益獲得(5号)であり、DPFのコングロマリット化及びゲートキーパー能力行使にかかる各種行為がカバーされる。

⁴⁸⁾ Monopolkommission, “10th amendment to the Competition Act—meeting challenges in digital and regional markets!”, Policy Brief, January 2020 (Issue 4).

⁴⁹⁾ Ibid., at 2-3.

間マージン)が観察されるのはむしろ製造業セクター(シリアル、鉄鋼、ビール等)の方で、Google、Amazonのマージンは大きくないこと等を指摘し、価格と産出量に無関心なこの政策提案は、Trumpと同様、非効率的な事業者にアピールするポピュリズム政策であり、消費者及び労働者の利益に反すると批判する⁵⁰。

②自己優遇(Self-preferencing)

上述の通り、DPFが、プラットフォーム機能を提供するとともに、自らも商品・役務を提供する場合、PDFにとって、プラットフォーム利用供給者は、仲介サービスの取引相手であると同時に、同じ商品・役務を顧客に向けて提供する競争者でもある(=DPFの「二重機能(dual role)」)。

近年、市場支配的DPFによる多様な市場支配力レバレッジ戦略について、「競争者の商品・役務を差別的に取り扱い、自己の商品・役務を優遇する」行為、すなわち、「自己優遇(self-preferencing)」と呼んで検討対象とする場合がある。この言葉は、さまざまな文脈で用いられる一種のバズワードであり⁵¹、それ自体として、反競争的な性質を帯びるものではない。例えば、有力なスーパーマーケットが自社PBブランド商品を開発し、陳列棚に優先的に配置して販売する行為が独禁法違反とされた例はない。また自己優遇はコングロマリット化を含む非水平型企業結合による効率性達成の表現でもある。

DPFによるゲートキーパー能力の解明は、第一に、規制対象とすべき自己優遇規制の絞り込みを行う際の、(新たな)弊害理論を明確化する(又は必要に応じて修正する)という点において、重要な意味をもつ。というのは、ゲートキーパー能力に基づく多様な行為の多くは、その競争歪曲効果の解明が不十分であったために、競争法規制を免れてきた側面があるからである。またさらに進んで、DPFの市場支配力認定に伴う困難さとも関係して、法改正やガイドライン策定により、デジタル・コングロマリット及びゲートキーパー能力の諸特性を記述した上で、DPFの自己優遇行為を新たな規制対象として設定する可能性もありえよう。

EUにおいて自己優遇行為が問題となった例としては、総合検索サービス市場において市場支配的地位を有するGoogleが、検索結果において、自社の比較ショッピングサービスを最上位にリスティングする一方で、競争者のそれを下位にリスティングしたGoogle Shopping事件がよく取り上げられる⁵²。また、Amazonがマーケットプレイス上の競争者＝顧客間の取引データを収集・活用する行為(例：Amazon Basics商品の開発・投入)に対してEU競争法101条

⁵⁰ Herbert Hovenkamp, “The Warren Campaign’s Antitrust Proposals”, The Regulatory Review, March 25, 2019.

⁵¹ Pablo Ibañez Colomo, “Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles”, “Chillin’Competition” Blog, 24 April 2019, available at <https://chillingcompetition.com/2019/04/24/self-preferencing-yet-another-epithet-in-need-of-limiting-principles/>

⁵² 同事件を紹介する文献として、例えば、柴田(2019)。

又は102条違反の調査が開始されている⁵³。その他、公式調査は開始されていないが、AppleがAppStoreからSpotifyアプリ削除しダウンロードできなくした例もこれに該当する。

従来、競争法が適用された市場支配力のレバレッジ行為は、ほぼすべてが競争者排除行為であり、抱き合わせ、価格圧搾(マージンスクイズ)、取引拒絶といった違反行為類型が特定され、各行為類型について違法性を判断する法的テストが発展してきた。これに対して、DPFのゲートキーパー能力に基づく自己優遇行為については、その市場支配力認定の問題もさることながら、対象行為及び反競争効果(競争歪曲効果)が曖昧であるという難問があり、過少規制リスクが伴う。

市場支配力レバレッジ行為規制の一般法理としては、例えば、EU競争法の市場支配的地位濫用では、業績競争に基づかない手段により、レバレッジ先市場において反競争的目的(=競争減殺や地位強化)以外には経済的・客観的な正当化理由を見出せない場合に、濫用行為性を認めるとの一般法理が提示される。また日本独禁法の排除型私的独占では、「市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」の有無によって判断される⁵⁴。

なお、単独の取引拒絶については、欧米において、不可欠施設の法理(EF法理)が判例法上発展し、対象サービスの不可欠性をはじめとした厳格な要件の下での適用例があるが、日本の独禁法においては同法理の適用例はない。欧州委員会のGoogle Shopping事件決定においても、EF法理が適用されたわけではなく、EU競争法102条の下で市場支配的事業者に課せられた特別の責任論に基づき、業績競争によらないレバレッジ行為が濫用行為に該当すると評価された。すなわち、対象行為は、比較ショッピングサービス市場へのレバレッジ戦略目的以外には経済的な意味をもたない行為と評価されたのである。同事件決定については、市場支配的地位認定を含め、既存の分析枠組み(行為類型+法的要件)からは、自己優遇行為の濫用行為性が十分に解明されていないとの批判もあるが⁵⁵、もとよりEU競争法102条の適用対象は、取引拒絶や抱き合わせ等の行為類型に限定されるものではない⁵⁶。

また1970年代後半以降、垂直的制限行為や非水平的合併に対する競争法上の評価に大きな影響を与えたシカゴ学派の二重限界化の議論では、垂直的バリューチェーン内の市場支配力レバレッジについても、経済合理性がなく「ありそうもない」と考えられたが⁵⁷、Google Shopping事件の事実が示す通り、DPFの市場支配力レバレッジの場合には経済合理的な戦略的行動となる。比較ショッピングサービスの広告販売の落札価格が総合検索サービスのそれ

⁵³ European Commission, “Antitrust: Commission Opens Investigation into Possible Anti-competitive Conduct of Amazon, Press release on 17 July 2019.

⁵⁴ NTT東日本事件・最判。

⁵⁵ 例えば、Akman (2017)。

⁵⁶ Hoppner (2017); Petit (2015)。

⁵⁷ Bork & Sidak (2012), at 674-677.

より高額になるため、独占的な総合検索サービスの品質低下により生じる(かも知れない)広告収入減少を、顧客の誘導先である比較ショッピングサービスにおける広告収入増加が上回るからである⁵⁸。そしてこの収益構造を支えるのが、Google検索上で横断的に収集されるデータ解析及びターゲティング広告の精度向上(=データ支配)であることは言うまでもない。

また上述の通り、DPFのゲートキーパー能力に基づく情報操作等の自己利潤最大化行為(=自己優遇行為)の中には、競争者排除ではなく、プラットフォーム利用者との支配・従属関係に基づく搾取的濫用行為と性質決定すべき行為が数多く含まれているため、自己優遇行為は、その性質に従って、(i)競争者排除行為、(ii)搾取的濫用行為の2つに分類すべきである。Google Shopping事件、AppStoreからのSpotify除外行為は(i)の場合であり、Amazonのデータ支配・活用行為は、(i)とも(ii)とも言えそうである。また楽天による送料無料化(一方的な契約条件改定)は、(i)よりも(ii)の側面の方が強い。

③日本の独占禁止法について

わが国独占禁止法においても、「競争の実質的制限」とは市場支配力の形成・維持・強化を意味するものと解され、「価格、品質、数量、その他各般の条件を左右すること」と表現されるものの、実務上は、主に価格効果に着目している。反競争的行為の排除だけが目的であれば、より違反認定基準の閾値が低い不公正な取引方法規制が存在するため、米・EUよりも幅広くDPFの行為を規制可能であると考えられる。もっとも、不公正な取引方法の各行為類型においても、公取委は、事実上市場画定を行う場合が大半を占め、違反行為者の市場における有力な地位が違法性判断の重要な基準となるため、やはり、対象行為による反競争効果の発生機序(弊害理論)についての説明は必要となろう。

不公正な取引方法によるDPFのゲートキーパー能力にかかる反競争行為の法適用例は多数にのぼる。古くは、DeNA取引妨害事件(平成23年6月9日排除措置命令)があり、最近では、みんなのペットオンライン事件(排他条件付取引、行為取りやめによる調査終了)、Airbnb事件(排他条件付取引、行為取りやめによる調査終了)、Amazonマーケットプレイス事件(MFN条項、行為取りやめによる調査終了)、Amazon e-Book事件(MFN条項、行為とりやめによる調査終了)、Amazonポイント還元強制事件(一方的な契約条件押付け、行為とりやめによる調査終了)、楽天トラベル等予約サイト事件(MFN条項、楽天トラベルは確約手続で終結、ブックینگ・ドットコム、エクスペディアは調査中)、楽天送料無料化事件(一方的な契約条件押付け、調査中)など、DPFの各種行為に対する違反調査件数が急増している。

また、公取委の『DPF取引慣行報告書』(2019年)では、オンラインモール、アプリストアを運営するPDFの取引慣行等に関する大規模な実態調査を行い、本報告で示した各種のゲートキーパー能力行使行為について、独禁法上の考え方を示した上で、取引の公正性・透明性

⁵⁸ Hoppner (2017).

を高め、公正な取引環境を確保するための具体的な方策について記述している。例えば、「規約変更による取引条件の変更」については優越的地位の濫用のおそれが、「取引データを利用した運営事業者の直接販売」「自己又は自己の関連会社と異なる取扱い」については競争者に対する取引妨害等のおそれが、「アプリ内課金手数料の設定とアプリ外決済の制限」については拘束条件付取引のおそれが、それぞれ指摘されている。

なお、DPFによる独禁法違反行為抑止の観点からは、確約手続による対象行為の排除で十分であるかどうかやや疑問がある。これは不公正な取引行為規制が、一部行為の除き、課徴金の対象とならないことと深く関連する。他方、排除型私的独占の適用については、DPFの行為に限らず極めて低調であり、DPFの行為にかかる競争の実質的制限(市場支配力)認定における立証の困難さとも相まって、執行上、大きな課題があると言わざるを得ない。これは支配型私的独占の適用を考える上でも同様である。

〔補論〕ゲートキーパー能力行使に対する支配型私的独占の適用可能性

ここでは、DPFのゲートキーパー能力行使のうち、対プラットフォーム利用供給者取引にかかる各種行為に対する支配型私的独占の適用可能性について考える。

私的独占の行為主体の要件は「事業者」であり、米・EUのように行為主体が市場支配力を有することを明示の要件とするものではないが、「競争の実質的制限」要件において、「競争自体が減少して、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができるが状態をもたらす」かどうかを評価することになるため、これまで実務上着目されてきた価格・数量効果ではなく、DPFが自社プラットフォーム上の取引に関して、「ゲートキーパー」として、又はデータ支配に基づく情報操作等を通じて、「各般の条件」を左右できるか否かについて、個別事案ごとに、証拠に基づき、規範的に評価することが必要となる。

「支配」概念については、独禁法の母法であるシャーマン法2条は排除行為を規制対象とするものであり、「事業者の事業活動の支配」という行為類型は日本独自のものである。独禁法制定時に支配行為が採用された事情として、合併等の企業結合が念頭に置かれていたとされるが、2条5項の文言は、より広く具体的な作為・不作為に向けた意思決定の制約を含んでいる⁵⁹。例えば、根岸・舟田(2015年)では「他の事業者を直接間接に拘束しあるいは強制することによって、その事業活動を自己の意思に従わせることである。企業の事業活動についての自主的な決定を行えない状態をもたらす行為と言い換えることもできる」と説明される⁶⁰。

支配行為を通じてある市場に反競争効果が生じるシナリオは多様であり、独禁法上の先例

⁵⁹ 根岸哲[編]『注釈独占禁止法』(有斐閣, 2009年)52頁〔川濱昇執筆〕。

⁶⁰ 根岸・舟田(2015年)66頁。

では、支配を通じた排除(間接の取引拒絶等、東洋製缶事件)のほか、競争回避型の反競争効果として、入札価格指示(パラマウントベッド事件)、仕入先・販売先・価格・地域の制限(日本医療食協会事件)、価格斉一化(野田醤油事件)などがある。もっとも、支配行為による反競争効果の発生機序はこれに限定されるものでなく、DPFのゲートキーパー問題の本質は、プラットフォーム利用供給者が、当該DPFの取引相手であると同時に競争者でもあるという点にあることに着目することが必要である。

あくまでも事案ごとの判断ではあるものの、上述した通り、市場支配的DPFのプラットフォーム利用供給者は、事業活動上、当該DPFに強く従属する場合が少なくない。また、当該DPFがコングロマリット化を通じてエコシステムを構築することによって、顧客ベースを拡大するとともに、複数市場横断的なデータ支配・利活用の正のフィードバック、強力な間接ネットワーク効果及び範囲の経済性により、顧客のスイッチングコストが高まると、供給者の従属性はさらに強まることになる。また、プラットフォーム上の供給者＝顧客間取引にかかるデータもまたDPFに収集・利活用されるため、DPFと供給者との支配・従属関係は構造化される⁶¹。

このようなエコシステムの市場構造におけるDPFの戦略的目的は、自己の競争者である供給者の排除ではなく、取引相手でもある供給者の競争機能を抑圧し⁶²、自己の利潤最大化を図ることである。市場競争秩序維持の観点からは、エコシステム内のあらゆる取引関係、すなわち、DPF＝供給者間取引、DPF＝顧客間取引、供給者＝顧客間取引(DPFの情報操作や取引条件への介入によって歪曲されたそれ)は、DPFの利潤最大化のために歪曲されることを意味するため、仮にDPFによる価格引き上げ等の価格効果が立証できない場合であっても、まさに「競争の実質的制限」と呼ぶにふさわしい反競争効果が生じる⁶³。

この点、他のEU加盟国がwide-MFN条項のみをEU競争法違反とする中で、ドイツ連邦カルテル庁・HRS決定(デュッセルドルフ高裁支持)がnarrow-MFN条項を含めEU競争法101条違反認定したことは興味深い。ただし、その後、Booking.comの実施したnarrow-MFN条項を禁止する2015年カルテル庁決定について、2019年6月4日、デュッセルドルフ高裁はBooking.comの申立を認め、カルテル庁決定を取り消す判決を下した⁶⁴。デュッセルドルフ高裁は、「ポータルサイトとホテルの間の公正かつ衡平な契約上のサービスの交換」を確保するため

⁶¹ Khan (2017)。

⁶² 『独占禁止法〔第6版〕』(弘文堂、2018年)178頁(川濱昇執筆)。川濱は「相手方の競争活動を阻止するような場合は支配とも排除ともいいうる」と述べる。

⁶³ 日本・優越的地位濫用とEU・市場支配的地位濫用とは同じ性質の行為であり、搾取的濫用行為に対して私的独占規定を適用すべきと説く論者として、例えば、Shiraishi (2017); 白石 (2018)。

⁶⁴ Silke Heinz, “Booking.com’s „narrow“ MFN clauses now also permissible in Germany, Court of Appeals rules”, Kluwer Competition Law Blog, June 5 2019, available at <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2019/06/05/booking-coms-narrow-mfn-clauses-now-also-permissible-in-germany-court-of-appeals-rules/>.

narrow-MFN条項は必要であり、とくにポータルサイト顧客が予約の際にホテルサイトに切り替える行為を防止するという目的に照らして比例的であると判示した⁶⁵。この判決は、他のEU加盟国とドイツの間で101条違反とされるMFN条項の範囲にズレが生じていたという背景のもとで下されたものであるが、同時に、MFN条項が競争促進効果・競争阻害効果の両側面をもち、ケースバイケースの慎重な判断が求められることを示している。また、ホテル予約サービスの場合、顧客がDPFを仲介して取引を行う必要性は低いため、ホテルによるフリーライド論が現実味をもちうる。

なお、DPFゲートキーパー能力に基づく反競争的行為の抑止という観点からは、支配型私的独占の適用にかかる実務上の重要な論点として、課徴金の問題がある。2005年改正より、支配型私的独占に対する課徴金が導入されたが、その際の立法事実として、カルテル類似の状況が念頭に置かれたため、いくつかの要件によって、課徴金の賦課対象は限定されている。まず、「対価に影響することとなるもの」（＝対価影響要件）であり、違反行為者が、被支配事業者の供給する商品・役務の価格決定に関与することを指す⁶⁶。典型的には、再販売価格の指示や入札価格の指示などであるが、そのほか、供給量、市場占有率、取引相手を実質的に制限することにより対象となる商品・役務の対価に影響することとなる場合も含まれる。また、課徴金対象になるのは、供給に係る私的独占の場合だけであり、購入に係るその場合は含まれない。

(2020年3月1日脱稿)

〔参考文献〕

Akman, Pinar (2017), “The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law”, J. of Law, Technology & Policy, vol.2: 301-374.

Bork, Robert and Gregory Sidak, “What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?”, Journal of Competition Law & Economics, 8 (4), 663–700.

Bourreau, Marc and Alexandre de Streel (2019), “Digital Conglomerates and EU Competition Policy”, CERRE Discussion Paper.

Bourreau, Marc (2019), “Germain Gaudin, Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias”, CESifo Working Paper 7390, available at SSRN 3290617.

Colomo, Pablo Ibañez, “Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to

⁶⁵ ただし、narrow-MFN条項は協定全体に「付随する制限」に分類されたため、そもそも競争制限行為の対象とならず、フリーライド防止等の正当化事由分析も行われなかった。

⁶⁶ 土田和博ほか『条文から学ぶ独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣，2019年）103頁（武田邦宣執筆）。

Slovak Telekom and Google Shopping”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol.10-9, 532-551.

Crémer, Jacques, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer (2019), “Competition Policy for the Digital Era”.

Eisenmann, Thomas R., Geoffrey Parker, and Marshall Van Alstyne (2011), "Platform Envelopment." *Strategic Management Journal* 32-12: 1270–1285.

Evans, David (2016), “Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms”, Chicago Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No.753.

Evans, David and Richard Schmalensee (2001), “Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries”, NBER Working Paper No. 8268.

Ezrachi, Ariel (2018), “EU Competition Law Goals and the Digital Economy”, Oxford Legal Studies Research Paper No.17/2018.

Fox, Eleanor M (2008), ‘The Efficiency Paradox’ in Robert Pitovsky (ed.), *How Chicago Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust* (OUP 2008) 77.

Grimes, Warren S. (2005), “Buyer Power and Retail Gatekeeper Power: Protecting Competition and the Atomistic Seller”, 72 *Antitrust L. J.* 563-588.

Hagiu, Andrei and Bruno Jullien (2014), “Search Division and Platform Competition”, *International J. of Industrial Organization* 33: 48-60.

Höppner (2017), “Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google’s Monopoly Leveraging Abuse”, *European Competition and Regulatory Law Review*, 1-3: 208-222.

Hunold, Matthias, Reinhold Kesler, and Ulrich Laitenberger (2018), “Hotel Rankings of Online Travel Agents, Channel Pricing, and Consumer Protection”, Centre for European Economic Research Discussion Paper 18-059.

Khan, Lina M. (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale L. J.* 126: 710-805.

Khan, Lina M. (2019), “The Separation of Platforms and Commerce”, *Columbia L. Rev.* 119: 973-1093.

Laidlaw, Emily (2010), “A framework for identifying Internet information gatekeepers, *International Review of Law, Computers & Technology*”, Vol. 24-3, 1-16

Lim, Yong (2017), “Tech Wars: Return of the Conglomerate - Throwback or Dawn of a New Series for Competition in the Digital Era?”, available at SSRN 3051560.

Lundqvist, Bjorn (2019), “Cloud Services as the Ultimate Gate(keeper)”, *J of Antitrust Enforcement* 7: 220-248.

Lynskey, Orla (2017), “Regulating ‘Platform Power’”, LSE Law, Society and Economy Working Paper 1/2017.

Petit, Nicolas (2016), “Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer”, available at SSRN 2856502.

Petit, Nicholas (2017), “Theories of Self-preferencing under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf”, available at SSRN 2592253.

Podszun, Rupprecht (2019), “Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers – On the Value of Autonomy for Competition”, available at SSRN 3420692.

Schweitzer, Heike, Justus Haucap, Wolfgang Kerber, and Robert Welker (2018), “Modernising the Law on Abuse of Market Power”, Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany).

Shiraishi, Tadashi, “The Exploitative Abuse Prohibition: Activated by Modern Issues,” Antitrust Bulletin, Vol.62, No. 4 (2017)

Wirtz, Glade Michel (2018), “Ecosystems—New Challenges for Competition Law Enforcement”.

公正取引委員会(2019)『デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)』(令和元年10月)(『DPF取引慣行報告書』)

競争政策研究センター (2017)『データと競争に関する検討会報告書』(CPRC(2017))

柴田潤子(2019)「グーグルの市場支配的地位濫用とEU競争法」『法律時報』91巻3号63-66頁

白石忠志(2014年)「支配的地位と優越的地位」『日本経済法学会年報』35号46-58頁。

白石忠志(2018年)「「プラットフォーム」の諸論点を巡る既存の議論」『ソフトロー研究』28号37-51頁。

根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第5版)』(有斐閣, 2015年)

林秀弥・石垣浩晶・五十嵐俊子(2004)「垂直・混合型企業結合規制の法学・経済学的考え方に関する調査」競争政策研究センター共同研究報告書

舟田正之(2020年)「経済法序説(6・完)」『立教法学』101号

第 4 章

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)

香川大学法学部教授
柴 田 潤 子

I 控訴審決定の要旨

連邦カルテル庁は2019年2月6日の決定により、Facebookに対し、GWB19条1項¹及び32条²に基づき、Facebookの提供するソーシャルネットワーク(以下、SNSという)利用条件に定めるデータ処理及びその実施を禁止し、禁止措置を課した³。本控訴審決定は、Facebookの不服申立てに応じて、2019年2月6日のカルテル庁の決定(B6-22 /16)に対する抗告訴訟の停止効果を命じ⁴、当該カルテル当局の決定の適法性に関して重大な疑義があるとして、Facebookの即時執行停止は、主たる請求において認容された。

多数のOLG(控訴裁判所)の判例によれば、GWB65条3項1文2号にいう適法性についての重大な疑義は、略式の審査において、不服が申立てられた決定の破棄が圧倒的な蓋然性があると思込まれる場合であるとして、必須となる暫定的な評価(「疎明」)を実施している。本件において適法性に重大な疑義があるとする理由は、事実のおよび法的状況の疎明によって、当該Facebookによるデータ処理は、重要な競争侵害(damage)や競争の展開を妨げないことであるとして、このことは、Facebookのソーシャルネットワークに参加している消費者の不利益を与える搾取的濫用と、Facebookの現在または潜在的な競争者に影響を与える妨害的(排除的)濫用の双方に当てはまるとした。市場画定及び市場支配についての検討はほとんどなされていないので、検討を割愛し、以下、濫用行為該当性の検討に絞ることとする。

II 根拠となる条文について(24-27)

搾取的濫用の認定については、19条2項2号の例示規定に基づく搾取的濫用は存在しないため、一貫して法的懸念がある。当該規定によれば、支配力の濫用が認められるのは、とりわけ、特に支配的な事業が、有効な競争から生じる可能性が非常に高いものとは異なる料金

¹ 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。

² GWB32条1項によれば、カルテル庁は、事業者又は事業者団体に対して、競争制限禁止法並びに欧州機能条約101条及び102条に規定する禁止行為を除去することを、義務付ける決定を行うことができる。

³ 本件決定については、舟田正之「ドイツ・フェイスブック事件----濫用規制と憲法・民法(詳細版)」、<http://www.pluto.dti.ne.jp/~funada/funadagermanyFBdetail.pdf>参照。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(2019年)727頁以下。

⁴ 当事者の不服申立てによる執行停止について、第65条 即時執行の命令(Anordnung der sofortigen Vollziehung)第1項第1文では、「以下の場合には、申出によって、抗告裁判所は、停止効果の全部又は一部を回復させることができる、

1. 第1項による命令についての要件が無かったか、またはもはや存しない場合または
2. 異議が述べられた処分¹の適法性に重大な疑いがある場合または
3. 関係人に対する執行が、不当で、広い公の利益によっても望ましくないような過酷な結果となる場合。

第3項第3文 抗告裁判所は、第1文第2号又は第3号の要件がある場合には、申出によって、停止効果の全部又は一部を命じることができる。」以上、島村健太郎「独占禁止法における行政手続及び司法審査の位置付け：ドイツ及びEUとの比較法的検討」一橋法学3巻18号(2019年)93頁以下参照。

または他の条件を要求する場合である。カルテル庁は、「競争があれば」(als ob)について十分に検討していないため、競争があればいかなる利用規約が形成されたのかという問題に関して、意味のある結論に達していないとする。「als ob」競争と言われる仮定競争理論は、従来、比較市場を基準にして、主に高価格濫用規制において用いられる手法である。

Facebookが、GWB19条1項にいう支配的な地位を濫用したという非難は当たらない。もっとも、消費者保護の侵害を、GWB19条1項の規範上、重要な競争侵害として捉えることを、当初から排除するのではない。消費者保護機能も認められる国内の濫用禁止の例示には、たとえば、GWB19条2項2号に基づく高価格濫用と条件濫用、同条同項3号に基づく価格差別の禁止(参考事例として、BGH, Urteil v. 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, Entega II)があり、カルテル庁が搾取的濫用を19条1項にもとづき認定していることとの関係で、いかなる要件のもと、GWB19条1項に基づいて高価格濫用または条件濫用が例外的に違法となるか、GWB19条2項2号に規定されている「想定競争」基準から逸脱していると判断できるかについては、現時点では判断する必要はない。いずれにしても、本件でカルテル庁によって禁止された行為は、競争侵害効果を持っていない。この場合、グループ内の他のサービス(Instagram, WhatsApp, Masquerade, Oculus)およびFacebook Business Toolsから、ユーザーおよびデバイス関連データを収集し、ソーシャルネットワークのためにその「追加データ」をFacebookデータとあわせて用いることに焦点が当てられるべきであり、これらの追加データのみがカルテル庁の命令の対象であるとする。

Ⅲ 消費者を侵害する搾取の否定(28-30)

1. 過剰なデータ開示について

追加データは、課金(料金)とは異なって容易く複製可能であり、Facebookに開示しても消費者を経済的に弱体化しない。当該データは、ソーシャルネットワーク市場におけるFacebookの競争者を含む全ての第三者にも任意に受け入れ可能である。

一定の市場価値が伴うデータの過剰な開示という観点のもとでも(この点に関しては、Körber, NZKart 2019, 187 [191]参照)、同様にFacebookユーザーの搾取を根拠づけない。カルテル庁の決定は、本件追加データの質量、ソースともに意味のある説明がない。

「過剰な」データ開示を考慮してカルテル庁の決定を支持することはできない。なぜならば、当該決定は、個人ユーザーがFacebookの提供するソーシャルネットワークに参加することをデータ処理に依存している限り、グループの他のサービス(Instagram, WhatsApp, Masquerade, およびOculus)、プログラミングインターフェイスを通してFacebook.comと結合されたウェブサイトまたはモバイルアプリからの追加情報の収集、リンク、および使用を何らの区分もなく禁止しているからである。かかる広範囲に及ぶ禁止が正当化されるのは、例外なく、言及されたすべての追加データが過剰と判断される場合ということになるが、この

ことはカルテル庁によって何ら認定されていない。さらに、支配的な市場地位の濫用を非難するには、市場相手方から要求される条件と競争的な条件との間に著しい乖離が必要である（たとえば、BGH, Beschluss v. 15. Mai 2012 - KVR 51/11, Wasserpreise Calw I; Beschluss v. 14. Juli 2015 - 平等な競争の場を作り、相反する利益の公正なバランスをもたらすことを目的としたGDPRの下でのデータ保護法のための個人データの使用についても同様である。BGHZ 206, 229 Wasserpreise Calw II）。これは、競争的な水準や認容性を超える場合、常に支配力濫用が認定されるわけではないためであるが、この点についてのカルテル庁の認定はなく、GWB19条2項2号に基づくFacebookの濫用禁止違反は認定できない。

2. 消費者を侵害する搾取

カルテル庁は、ユーザーへの侵害を「コントロールの喪失」に見ており、この文脈では、データ保護法違反、追加データの収集と処理、および基本法で保護される、Facebookユーザーの情報の自己決定権の侵害に焦点に当てているが、この説明は成功していない。

カルテル庁は、ネットワークサービスの利用を、グループ内の他のサービスやプログラムインターフェイスを通して可能となる第三者のサイトからの追加データをFacebookデータと統合させることに依拠させるという不利益にカルテル法違反の重点をおくが、この追加データの収集・処理は、Facebookによって設けられた利用条件に根拠があり、Facebookユーザーの同意に基づいている。かかる事実関係のもとでは、ユーザーのコントロール権の喪失は問題とならない。データ処理は、ユーザーの意思と希望を伴ってそのコントロールのもとに行われている。カルテル庁自身も、Facebookが本件データ処理の内容、範囲、および意図する目的をその利用条件（データポリシーおよびCookieポリシーを含む）において、ユーザーに完全、包括的かつ正確に説明していないとは主張していない。Facebookが強制、圧力、故意または不当な手段を用いてユーザーの同意を得たこと、または事業者が合意の範囲を超えて追加データを使用したことを示唆する証拠もない。Facebookネットワークの利用が追加データの利用についての同意に抱き合せられていることは、ユーザーのコントロールの喪失を意味するものではなく、つまり強要状態を根拠付けない。広告でサポートされた（したがって無料の）ソーシャルネットワークを使用する利点と、Facebookが提供する追加データを使用した結果との間の衡量のみが求められる。この衡量を、ユーザーは、影響を受けることなく、かつその好みや価値に応じて完全に自律的に判断する。かなりの数のFacebookユーザー（1か月あたり約3,200万人）とFacebookの非ユーザー（約5,000万人）が示すように、この衡量が様々に行われることは、ユーザーの搾取を示すものではない。データに対するコントロールの喪失については、何ら立証がない。

また、データ収集が引き起こす不法行為の懸念について、データの収集によって、ネットワークのユーザーの（有体・無体）財産が脅威にさらされる可能性、例えば、不法行為（個人

情報の盗用・盗難，詐欺，脅迫)に関して，または収入，現在位置，病気，政治的見解または性的指向の開示の観点からのカルテル庁による議論は支持できない。カルテル庁の決定は，ソーシャルネットワークのユーザーに，本件追加データの収集と処理によって，どのような懸念が引き起こされるかを包括的に示していない。現在の状況では，カルテル庁はデータ保護法のみを議論し，競争の問題については議論していない。

データ処理の不透明性・予想不可能性については，Facebookの個人ユーザーが，個人データを提供および統合する場合，どのデータがどの範囲の企業およびどこに配信されるか，データ処理への同意の範囲がどの程度得られているかを理解するのは困難であるというカルテル庁の包括的主張は，不十分である。これには2つの理由がある。

(a) 第一に，どのテキストの節がFacebookによる利用条件のこれに関する情報欠陥を示しているかにつき述べられていない。顧客が利用条件を読んでいないために，顧客に対して説明されていないというカルテル庁の議論は説得的ではない。つまり，後述の通り，認識が欠けていることはFacebookの支配力に基づいているのではなく，Facebookのユーザーの無関心や利便性という生活感的な評価に基づいていると思われるからである。

(b) 第二に，「個人データの処理に対する見通し及びコントロールの欠如」という基準は，本件の決定の論点から外れる。本件決定が，Facebookが追加データを処理および統合することを禁止しているのは，Facebookユーザーに十分に説明することなく，かつユーザーがデータの処理をコントロールすることなくそれが実行されるからではなく，もっぱらFacebookの顧客による区別された同意なく，それが実行されるからである。

IV 競争侵害的行為を前提とする市場支配の濫用(38-41)

市場支配による濫用が競争侵害的行為を前提とすることは，GWB19条1項からも明らかであり，消費者に不利益を与える搾取濫用の関連事例についても，同様である。競争侵害的行為の必要性は，GWB19条1項の文言で既に定められており，さらに，競争の自由，すなわち，業績競争の確保と開放性の保護に向けられた一般的なカルテル法の目的設定からも導かれる。

GWB19条1項は，同19条2項と同様に，価値判断の評価も必要であり，つまり包括的な利益衡量に基づく(BGH, Urteil v. 7. Juni 2016 - KZR 6/15, BGHZ 210, 292, Pechstein/International Skating Union)。この利益衡量は，競争の自由というGWBの目的を考慮して，最高裁判所の判例に従って行われ(BGH, Beschluss v. 23. Januar 2018 - KVR 3/17, Hochzeitsrabatte; Urteil v. 7. Juni 2016 - KZR 6/15, BGHZ 210, 292, Pechstein/International Skating Union; Urteil v. 24. Oktober 2011 - KZR 7/10, Grossistenkündigung)，19条の市場支配力の濫用規制は，市場支配者の競争侵害的行為を前提とし，単なる法律違反それ自体は，要件充足のために十分ではない。さらに，BGHが詳細な法的説明なく，競争侵害的行為の必要性に関する確定した判例法を放棄しようとしたと捉えるのも全くの誤りであり，争点とならなかったに過ぎない。

BGHの一連の「VBL-Gegenwert」判決によれば名宛人が普通取引約款(AGB)において無効な条項を用いれば全て市場支配力濫用を意味するわけではない(BGH, Urteil v. 24. Januar 2017 - KZR 47/14, Gegenwert II)としており、この様なオープンな文言からは、「市場支配者による普通取引約款に反する契約条件は、必然的にGWB19条1項の意味で濫用的な契約条件であるということ」は受け入れられない。また、市場支配者は、法違反を回避することによって法的秩序を遵守することではなく、競争について特別な責任を負っているのである(Körber, NZKart 2019, 187 [190 f.])。

VBL GegenwertI及びIIケースでは、市場支配的事業者による行為の競争侵害的な効果は明らかであった。判決が基礎にした条項は、市場の取引相手が名宛人との契約関係を終了することを不適切な方法かつ取引条件で困難にし、したがって最終顧客に不利益をもたらし、その経済的取引自由の著しい侵害に連なる。何より、この条項は、保険サービスの代替的な供給者が、影響を受ける顧客と独自に契約関係を結ぶことを不当に困難にしたため、水平的な競争に影響する(妨害)。このようにBGH判決「VBL-GegenwertI」の判旨から、BGHがGWB19条1項の文脈で競争侵害的行為の要件を放棄したことが推論できないことは明らかである。

V 支配的地位と濫用行為の因果関係の問題(42-83)

1. データ保護法違反について(42)

カルテル庁によるFacebookの支配力濫用違反の認定は、本件利用条件および追加データの収集、統合及びその他処理が、データ保護法違反のみに基づく可能性があることを問題視する。カルテル庁は、BGHの2つの判決、すなわちVBL-Gegenwert I及びIIからそれを導いているが、カルテル庁が述べる以下の点について妥当ではない。すなわち、

(a) VBL-GegenwertIおよびVBL-GegenwertII連邦司法裁判所(BGH)の判決から、契約条件の認容性は、法秩序(例えばAGB法)で行われる利益衡量に基づき、十分な支配力の関連性においてGWBによる利益衡量に基づき濫用を示す。

(b) 不均衡な交渉状況における条件の適切性に関係する限り、このアプローチは、十分な支配力の関連性においてすべての法秩序の価値評価に転じうる。

Facebookが用いる利用条件とそれに基づいたデータ処理は、GDPR規定違反かどうかは、未決のままにすることができる。

いずれにせよ、グループ内の他のサービスまたはFBTの使用から生成されたユーザーデータの収集、統合、その他処理が、ソーシャルネットワークに参加する消費者に対して、カルテル法上の搾取を意味するというカルテル庁の見解については、根本的に懸念がある。

2. 法令違反と搾取(42-48)

追加データの収集、統合、およびその他処理に関連する条件に基づくFacebookネットワークのユーザーの搾取は、カルテル庁によって認定されたデータ保護違反から導くことはできない。

① 法秩序の価値評価に基づき認められない契約条件について

契約条件の使用が、法秩序の価値評価に基づき認められない場合であっても、そのこと自体が、カルテル法の保護法益(Schutzgüter)を侵害するわけではない。ここに言う保護法益は、自由な業績競争と市場参入の開放性を指す。

BGB138条は、対価の合意に対し、それが法秩序・良俗秩序からは認められない内容を持つ場合(138条1項)、または、取引相手方の構造的従属性を利用するものである場合(同条2項)、良俗違反の観点から法的妥当性を否定する。BGB138条によれば、法律および良俗違反な内容(§138条1項 BGB)、または取引相手方の劣位を利用する場合、公序良俗という観点のもと、料金契約の法的有効性が否定される(§138条2項 BGB)。このような超過的または不相当に合意された料金自体は、カルテル法が保護しようとする競争上の問題を示唆するものではない。公序良俗に違反する料金がGWBの競争関連の目的に照らして濫用とされるのは、市場支配的な事業者によって設定され、かつ競争があると仮定すれば形成されなかったことが明らかである場合である。

この基準は、料金に関する合意だけでなく、全体の契約条件・取引条件に妥当する。料金合意については、GWB19条の法的概念によれば、契約条件の主たる適用事例にすぎず、したがって、GWB19条2項2号に従い、料金およびその他の条件は、「競争があれば」(als ob)という同一のカルテル法上の審査基準に服するのである。法秩序(BGB138条2項 や普通取引約款に関する法等)に反する契約条件は、契約当事者間の相互の不均衡のみを示し(Körber, NZKart 2019, 187 [191]が適切に指摘)、市場支配によって競争構造が既に弱体化した市場を直ちに示唆するのではない(EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 - C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 123 - Hoffmann-La Roche; Urteil v. 6. Dezember 2012 - C-457/10 P, Astra Zeneca/Kommission)。

上記のような法違反の契約条件は、その限りで私法上の法的効果をもたらすだけでなく、ないしはデータ保護法違反のように監督機関の規制に服するだけでなく、市場支配的事業者によって設定される場合には、これらに加えて、カルテル庁による濫用規制を受けるということは、客観的に正当な理由がない。なぜなら、市場支配的でない事業者によって違法な契約条件が用いられる場合に、契約の相手方がより低い保護に値するなどということはないからである。

違法な契約条件は、その限りで私的な訴追に委ねられ、又は -データ保護法違反のように- それぞれの監督機関の規制に服する他に、契約条件が支配的事業者によって実行又は合意されている場合にカルテル庁の濫用規制に服することを、客観的に正当化する理由はない。と

いうのは、違法な契約条件が支配的でない事業者又は私的な第三者によって用いられている場合には、法違反に関係する契約当事者の保護価値が、より低いことにはならないからである (Körber, NZKart 2019, 187 [191/193]; vgl. in diesem Sinne auch Franck, ZWeR 2016, 137 [152 f.])。

(a) VBL-Gegenwert ケースでは、争点となった契約条項の反競争的效果は明らかであり、本件解約条項によって、当該規範の名宛人(受範者、市場支配者)の競争者はその顧客にアクセスすることが不当に困難になった。さらに、市場支配者の顧客が、長期的な契約関係を終了する自由を制限されるという濫用があった。

(b) Pechstein ISU ケースでは、BGHがGWB19条1項に基づき仲裁合意を審査し、原告の基本権に反する可能性について利益衡量の観点から検討された。支配的事業者の契約相手方の基本権に関連する地位を無視すること自体が競争侵害的であり反競争的であること、したがって、私法上の一般条項としてのGWB19条を超えて修正することを意味するのではない。問題の仲裁合意は、原告がプロアスリートとしてスピードスケートに従事しているため、基本法第12条1項に基づき保護される職業の自由に抵触することに留意すべきである。仲裁合意の締結が、アスリートとして原告の経済的自由の行動の前提条件であるため、原告が独占である協会と締結した仲裁合意の競争的関連性は明らかであった。BGHの「Pechstein/ISU」ケースに照らして本件をみれば、Facebookによるデータ保護法違反、および基本法で保護されたFacebookユーザーの自己情報決定権を侵害することそれ自体は、市場支配力の濫用として非難されることにはならない。

この様に、濫用禁止の名宛人である市場支配的事業者による、消費者に悪影響を与える法違反があるだけで、競争制限的效果もない場合、支配的事業者による法違反があることだけをもって、GWB19条1項にいう濫用禁止に当たるとすることは、正当化されない。BGBやデータ保護法の違反があるケースでは、「規範的な」競争制限が存在するという理由付けは、結果指向的であり、競争の自由に向けられたカルテル法目的の範囲ではない。

3. 市場支配力と濫用行為の間の因果関係の必要性 (49-58)

法違反が行為事業者の市場支配的地位に起因するものである場合、競争違反(侵害)およびGWB19条1項違反に分類される搾取的濫用を問題視しうるかどうかにについて (Franck, ZWeR2016年137, 153参照), TEFU第102条とGWB19条双方にいう濫用禁止要件の成立には、濫用行為と市場支配力間の因果関係が必要であるが、Facebookの市場支配的地位とデータ保護法違反との間に、必要な因果関係は認定しえない。

① 濫用禁止規定の文言から必然的に導かれる (Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677も参照)

GWB19条1項は「支配的地位の濫用」を禁止する。TEFU第102条は、英語版だと「any Abuse ...of a dominant position」となる。このことは、カルテル法の下では一般的に市場支配

的な事業者の濫用行為を意味するのではなく、支配的地位に起因する名宛人の行為を禁止する (Eilmansberger/Bien in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht [MüKoWettbR], Band 1, 2. Aufl. [2015], Art. 102 AEUV Rz. 135; vgl. Auch Franck, ZWeR 2016, 137 [144])。

② 濫用の禁止の意義と目的から見た因果関係

因果関係の必要性は、濫用の禁止の意義と目的に合致する (MüKoWettbR-Eilmansberger/Bien, Art. 102 AEUV Rz. 137)。市場支配が競争上問題となるのは、市場支配的事業者が本質的にその競争者や顧客に顧慮することなく独自に市場行動を形成し、それにより関連市場における有効な競争を妨害、阻害することを可能にするためである (EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 - C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 38 - Hoffmann-La Roche)。濫用行為の禁止は、支配的な市場参加者が既存の競争を侵害したり、業績競争以外の手段によってその競争構造が既に弱体化した市場での競争の発展の妨害を防ぐことを目的としている (EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 - C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 91 - Hoffmann-La Roche; Urteil v. 6. Dezember 2012 - C-457/10 P, Astra Zeneca/Kommission)。一方、競争の関連性が無いのにカルテル法違反を追求することは濫用規制の目的ではない。ここから、市場支配的事業者の支配力とその濫用行為、または少なくともその行動の侵害的影響との因果関係が必然的に前提となる (Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677)。

国内の濫用禁止についても同様に (BGH, Urteil v. 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, Entega II), BGH は、市場支配と濫用行動またはその反競争的效果との因果関係の必要性を、既に言及している (BGH, Urteil v. 4. November 2003 - KZR 16/02, Strom und Telefon I)。

本件のような搾取的濫用の非難においては、行為的因果関係が必要である。支配的な事業者がその契約相手方に対して、濫用とみなされる条件を強制することを可能にするのは、市場支配力のみである (Franck, ZWeR 2016, 137 [151 ff.]; MüKoWettbR-Eilmansberger/Bien, Art. 102 AEUV, Rzn. 139, 150 f.; Körber, NZKart 2019, 187 [193]; Schröter/Bartl in Schröter/Jakob/Klotz/ Mederer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. [2014], Art. 102 AEUV Rzn. 26 und 168; vgl. auch EuGH, Urteil v. 14. Februar 1978 - Rs 27/76, Slg. 1978, 207 Rz. 248, United Brands; BGH, Beschluss v. 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, BGHZ 68, 23, -Valium)。カルテル庁の見解とは反対に、消費者の搾取の分野で例外を認めるべきではない。とりわけ、かかる場合の結果的因果関係(「規範的因果関係」)では不十分である。

③ 判例および学説の動向

判例および学説では (EuGH, Urteil v. 13. Februar 1979 - C-85/76, Slg. 1979, 461 Rz. 91 - Hoffmann-La Roche; Urteil v. 6. Dezember 2012 - C-457/10 P, Astra Zeneca/Kommission; BGH, Urteil v. 4. November 2003 - KZR 16/02, BGHZ 156, 379, Strom und Telefon I; Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 677; Wiedemann in Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl. [2016], § 23

Rz. 55; Fuchsin Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, 5. Aufl. [2014], § 19 GWB Rz. 82b; MüKo-Eilmansberger/Bien, Art. 102 AEUV Rzn. 131 ff.), 市場支配的地位の濫用行為を出発点とすることができるのは, 市場支配者が, 他の市場参加者の特定の行動を実施するために自らの支配力を用いるのではなく(行為的因果関係), その濫用的行為がその存在する市場支配力ゆえに, 市場地位の強化や競争構造の弱体化に連なる(結果的因果関係)場合であることが認識されている。特に, 欧州連合の判例法によると, 競争の構造的弱体化は, 現在または潜在的な競争者を犠牲にして, 支配的な事業者の市場地位の強化につながる濫用行為が問題となっている。結果の因果関係という意味で濫用と市場支配力との関係が十分であると捉えられるようなケースは, 典型的には妨害濫用の位置付けとなる。(Franck, ZWeR 2016, 137 [148 f.]; auch Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rz. 678)。これに対して, 搾取的濫用の疑義のある行為は, 典型的には市場構造に影響を与えない。

④ 消費者に対する搾取的濫用

上記のことは, 消費者への濫用的搾取の場合にも当てはまる。この場合は, (上記のような)競争者に悪影響を与える競争構造の弱体化とは事情が根本的に異なり, 濫用行為が支配的事業者によって行われているからといって, 消費者への搾取が, 消費者にとって不利な市場成果(Marktergebnis)につながるわけではない。搾取の根拠は, むしろ, 消費者が合意した条件の内容が消費者にとって不利益となることである。そのような場合, 条件が, 市場支配的な事業者によって設定されているか, あるいは非支配的事業者によって設定されているかは, 消費者への不利益とは無関係である。支配的事業者・非支配的事業者のいずれも, 消費者に悪影響を与える内容の取引条件を設定・実施する可能性がある, という本決定の一貫した認識に基づいている。かかる認識により, 搾取濫用の範囲では, 濫用と市場支配との間に必要な因果関係は, 結果の因果関係という説明をもって正当化できないと結論付けることになり, 唯一の適切な基準は行為的因果関係である(例えば, EuGH, Urteil v. 14. Februar 1978 - Rs 27/76, Slg. 1978, 207 Rz. 248, United Brands; BGH, Beschluss v. 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, BGHZ 68, 23, Valium)。

市場の相手方に不利益を与える取引条件を実施するために, 支配力が用いられているかどうかという評価基準が適切である。これは, 特にGWB19条1項の適用範囲に妥当し, 競争侵害的展開が示される場合, 行為的因果関係が肯定されることになる。なぜならば, 市場支配者は, 支配力を形成しその結果, 業績競争を逸脱した手段で市場戦略を遂行し, 著しい範囲で競争者だけでなく顧客(消費者)に顧慮することなく行動をとることに成功するからである。このことは, 濫用禁止の意義と目的に合致する。すなわち, 力を持つ市場支配者が, 業績競争以外の手段でもって, 既存の競争を弱体化させたり, 競争の発展を妨害することを防ぐためである。一方, 結果的因果関係は, 搾取的濫用の場合, 意味のある結論をもたらさない。これは特に消費者の搾取に妥当する。市場支配的な事業者が, 消費者に違法または不相当な

契約条件を課すことは、その行為が自身の市場地位の強化または競争構造の弱体化につながることを意味するものではない。競争構造に対する悪影響は、消費者の搾取が、同時に名宛人が支配する市場における競争行動の可能性に悪影響を与える受ける場合にのみ発生する。評価対象となる行為が消費者侵害に尽くされる(完結する)場合、それ(競争構造への悪影響)は生じない。

ここでは、違法又は不相当な条件の利用は、それらが市場において反競争的效果を及ぼすかどうかを考慮せずに、濫用と捉えられる可能性があることを付け加える。しかし、その場合でも、行為的因果関係の要件を回避することはできない。このように、濫用禁止の規制目的を超越するカルテル法の適用を回避することを可能とするのであり、同時にカルテル庁が、支配的事業者が関与することのみをもって、競争関連的な法違反に当たらない場合に介入することを防ぐのである(Franck, ZWeR 2016, 137 [151 ff.])。行動の因果関係がなければ、介入に正当な根拠はない。不相当に不利益を与える取引条件は、たとえ「活発な価格競争」が存在する市場でも合意されることがある。そこでは搾取は、市場力の行使に還元される必要はなく、「情報市場の失敗」、及びそこから導かれることになる買手に不利益をもたらす「組織的な情報の非対称性」に基づくことができ、それが、一方では、違法性または不相当性を根拠付け流ことになり、普通取引約款のコントロール権および消費者保護法の大部分の適法性を形成する(Franck, ZWeR 2016, 137 [151 ff.])。

4. 詳細な判例の検討(59-68)

「VBL-Gegenwert」BGH ケース, 「Hochzeitsrabatte」ケース(BGH, Beschluss v. 23. Januar 2018 - KVR 3/17, Hochzeitsrabatte)では、カルテル庁の考えとは異なり、「行為的因果関係」の要件が放棄されたわけではなく、市場力と市場力濫用の間の因果関係を完全に断念したわけでもない。

① VBL-Gegenwert I ケース

BGHは、認容できない普通取引約款の利用に関連して、GWB19条に基づく濫用の要件を次のように述べている。

“支配的な事業者による認容されない普通取引約款の利用は、原則として、GWB19条の意味での濫用となる可能性がある。これは特に、無効な条項の合意が市場力またはユーザーに対する強大な優越的市場地位(grossen Machtueberlegenheit)の結果である場合に適用される。VBLS2001(定款)第23条2項に基づく不相当な請求は、GWB19条1項の一般条項に該当する条件濫用という形での搾取濫用とみることが可能である。この要件を検討する場合、BGB307条以下に基づき内容規制の根拠となる法的な価値判断を考慮に入れる必要がある(Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 Rn. 174を参照, BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, Favoritは、この点について結論を留保している)。”

BGHが、支配的事業者による認容されない普通取引約款の使用を、何より無効な条項の合意が「市場力または強大な優越的市場地位の表出」である場合には、GWB19条の意味での市場支配力の濫用とみなすことが可能であると考えていることは、因果関係または「行為的因果関係」の必須性を考慮すると、認容できない。

合理的な考慮においては、むしろ以下のような見方が支持される。すなわち、

- (a)「市場力」と「優越的市場地位」という用語は市場支配的地位の口語的な説明である
- (b)「..の表出」というフレーズは、市場支配的地位と本件取引条件の合意間における必要な行為の因果関係を示している。

② 「VBL-Gegenwert II」 ケース

BGHは、「名宛人との契約関係の終了または解約を過度に妨げる条件を用いていること」について、無効な条項の合意が市場支配力又は行為者の優越的な力の表出を意味し、そしてこの理由から市場支配力の濫用を意味するとする。ここから因果関係ないしは行為の因果関係が不要であることは導かれない。BGHが搾取的濫用に必要な因果関係という核心となる問題について、これに関係する何らかの法的説明なく、かつ判例や学説において支持される見解の何らの分析なく、あたかも行間で答えたであろうというカルテル庁の解釈には反対である。BGHによって確立された市場支配力濫用は、本件のような悪影響を持つ取引条件は通常、契約の相手方の強力な市場地位を理由にしてのみ、相手側によって受け入れられるという考慮に基づくことが明らかに推測される。このことから、VBLの競争者が存在するにもかかわらず、BGHは競争者が同様の条項を用いているかどうかを検討しなかったことも説明されるであろう。

BGHが、カルテル庁の見解のように、対価(Gegenwert)条項について、VBLの市場支配力は参入障壁が加わることによって強化されるという内在的な危険性を認めたのかどうかは、当該事実関係に依拠することになる。当該条項があるから、追加的な参入障壁となっていて、競争妨害に結びつくという観点は、搾取的濫用ではなく、競争妨害を説明することになる。妨害的濫用については、濫用と市場支配力間の「結果的因果関係」で十分であることについて疑いの余地はない。しかし、この検討結果をもって、条件濫用の認定のためどのような因果関係が必要かという問題については何も得られないとする。

③ 「Hochzeitsrabatte」 ケース

このケースでは、購買力の濫用が、GWB19条2項5号⁵違反に該当するかどうか争われたケースである。当該BGHの決定からも同様に、搾取濫用の場合、市場支配的地位の因果関係または行為の因果関係が不要であるという説を正当化しない。

垂直的關係における不当な要求を求めることの禁止は、水平および垂直の双方の側面での

⁵ GWB19条2項5号「支配的事業者が市場地位を濫用し、客観的に正当化される理由なく利益を提供することを、他の事業者に求めたり又は促す場合、特に濫用が存在する」。

競争保護に役立つとして、垂直方向の保護は、要求主体である事業者に従属する場合、規模に関係なく、有利な条件の要請から、事業者を保護する必要がある。かかる背景のもと、BGHは、「Hochzeitsrabatte」ケースにおいて、不当に有利な条件の要求は、GWB19条2項5号の要件の充足のため既に十分であるとしており、この要求の中に、名宛人に従属する供給者に対して名宛人が持つ市場力は明らかであると詳しく根拠づけている。しかし、ここでは、この決定の原則を本件に適用することはできないとする。考慮されているのは、GWB19条1項と同条2項5号の規定が根本的に異なる市場状況に関係しているため、GWB19条1項に基づく取引の条件濫用について何ら決定的な法的結論をもたらさないこと、つまり、GWB19条2項5号にいう「教唆の禁止」は、購買力の過度の行使を抑制する目的に機能し、GWB19条1項に基づく条件濫用の禁止は、供給力の不適切な利用を制限しようとするのだから、事情が異なる。また、確立した説ではないにしても、優越的な市場地位とGWB19条2項5号で問題視される行為間の関係は、名宛人を市場有力者に限定することで確保されており、19条2項5号の法的例示において市場地位の濫用との関係は完結している。Facebookネットワークの個人ユーザーが、Facebookに従属していることは明らかではない。Facebookは、本件対象の利用規約について個人ユーザーからの同意を得て、すでにソーシャルネットワークへのアクセスを確立しており、ユーザーが同意する時点でFacebookの利用規約に従属していることを示唆するものは何もない。データ処理はFacebookユーザーの知識と希望で行われ、同意は自由かつ自律的なユーザーの決定に基づいていることはすでに述べたとおりである。Facebookが強制、圧力、故意という搾取または不当な手段によりユーザーの同意を取得したこと、または事業者が合意された範囲を超えて追加データを使用したことを示す兆候はない。Facebookネットワークの使用が、追加的なデータ使用への同意に抱き寄せられているという事実は、強制を意味するものではなく、ユーザーに強制状態・困難をもたらすものではない(Körber, NZKart 2019, 187 [191])。広告でサポートされている(したがって無料の)ソーシャルネットワークを使用することで得られるメリットと、本で提供される追加データを使用した結果との衡量のみが必要である。ユーザーは影響されることなく、ユーザーの好みや価値に応じて完全に自律的にこの衡量を行うことが可能である。かなりの数のFacebookユーザーと同様(毎月約3,200万人)に非Facebookユーザーの数が著しく多い(約5,000万人)ように、この衡量の結果は様々である。Facebookユーザーに反対するより多数がいるという事実は、データの不本意な転送を示すものではなく、反対に、ユーザーの決定の任意性を証明する。

5. 本件データ処理とFacebookの市場支配力との間に、搾取的濫用の認定に必要な行為の因果関係は存在しない(69-83)

① 追加データ処理が因果関係の対象

因果関係の確認は、Facebookが設定した利用条件に基づく追加データの処理のみに基づく事になる。なぜならば、追加データのみが、本件の対象であるからである。したがって、起こりうる可能性のある他のデータ処理はすべて、当初から除外される。さらに、かかるプロセスは、データ保護法の「隠された」違反に過ぎず、そもそもFacebookの市場地位の行使は明らかにその原因ではない(Franck, ZWeR 2016, 137 [160])。

② 必要な因果関係は、データ保護法の規定を基準とするのではなく、カルテル法の原則に基づく

(Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten 2018, Rzn. 681-683)

GWB19条1項違反の疑いがある行為という意味で条件濫用の評価が問題になっている限り、カルテル庁の見解に反して、以下の事項は重要ではない。すなわち、

- (a) Facebookのソーシャルネットワークに登録する際にユーザーの同意が、GDPR4条11号、同条6項1文a号にいう個人データの処理における任意の同意の要件を満たしているかどうか、
- (b) データ保護法にいうネットワークユーザーの任意の同意という意味で、抱き合せ禁止に関するFacebookのGDPR第7条4項(かかるデータの処理に同意するために契約の履行を条件とするが、実際には契約履行に必要な)違反かどうか、
- (c) GDPRについての前文43に関して、前述の抱き合わせ違反は、当事者間の「明らかな不均衡」を前提としているかどうか、
- (d) 当該前文の意味での「明らかな不均衡」が認められるかどうかは、データ処理を担当する者(Person)が市場支配的事業者である場合かどうか、
- (e) 抱き合わせの禁止の違反は、たとえそのような理解がその条項の文言によって示唆されていない場合でも、支配的な事業者によってのみ行使されるのかどうか。

Facebookのデータ保護法違反という評価について、支配的な地位を持たない競争者によっては「それほど」行使できないのは、抱き合わせ禁止違反を軽視することに公然と現れる「市場力関連性」が、厳格な因果関係の要請(必要性)も充足とするカルテル庁の結論には従えない。考察方法、アプローチが短絡的である。

行為的因果関係について基準となる唯一の問題は、濫用の疑いがあるとされた法違反-この場合、同意が義務付けられている利用規約で定められる、追加データの収集、統合、および活用が市場支配に因果的に起因するかどうかである。これに対して、上記の濫用を否定するデータ処理についての正当性に関するデータ保護法の考慮事項は、Facebookの市場力と、Facebookユーザーによる当該利用条件の受け入れとの間の因果関係に影響しないため、重要ではない。これらの規定は、純粋にデータ保護法の問題であり、カルテル法の規定ではなく、

また、GDPR第7条(4)項の抱き合わせ禁止から、カルテル法の意味での規範的な行為の因果関係は導き出せない。GDPRの第7条(4)のEU立法者が、同第6条(1)項1文(a)号に基づく市場支配力とユーザーの同意との間のカルテル法上必要な因果関係を合わせて規定しなかったという手がかりはない。

③ 競争の観点からの決定的要因としての他者決定

競争の観点から、唯一の決定的なことは、Facebookの支配的地位を根拠に、追加データの処理と統合について、ソーシャルネットワークへの登録時に消費者に要求される同意が、ユーザーの自律的な決定に基づいているとみることができない、という意味で「他者決定」かどうかである。これが事実であるということは、カルテル庁によって証明されておらず、この点で決定に瑕疵がある。既に述べたように、登録という基準となる時点で、ソーシャルネットワークの私的な利害関係者においては、プロバイダーであるFacebookへの従属はない。ユーザーの自由かつ自律的な決定は、個人的な考慮事項の問題であり、Facebookの利用規約に同意する人にデータの損失はない。むしろ、ユーザーはFacebookに登録後でも、問題のデータを他の第三者に自由に転送できる。その点で、カルテル庁が苦心した「VBL-Gegenwert」（退会時の対価支払いの要求）および「Pechstein/ISU」（仲裁条項の承認なしで競技へのプロのアスリートの参加禁止）ケースの事実関係の基礎となった事項とは、根本的に異なる。ネットワークユーザーは、公益的な生活需要を満たすために必須な商品をFacebookに要求しない。それは、Facebookを介して友人または他の第三者と通信することができる可能性のみの問題である。連邦領域5,000万人の住民がFacebookネットワークを使用していないという事実でさえ、それが基本サービスを満たすことでも、他者と通信する唯一の方法でもないことを示している。

これらの状況下で、Facebookに利害関係を持つ者によって付与された利用条件の承認は、Facebookの市場支配力の結果ではなく、個人が、Facebookの登録に関連する長所と短所を比較検討した結果である。

Facebookネットワークのユーザーが、追加データの使用と処理を許容しているのは、有料ベースの（ファイナンスされていない）ソーシャルネットワークを提供するネットワークプロバイダーが存在せず、したがって加入はユーザーデータの転送に依拠させている、という結論は支持されえない。カルテル庁の結論の前提は、平均的なネットワークユーザーが、広告によって資金が供給される結果として、個人データを提供する無料のネットワークよりも、有料のネットワークを好む、ということであるが、カルテル庁は、信頼できる有意義な調査結果を提示していない。それどころか反対に、私的ネットワークのユーザーは「かなり低い支払意思」を持っており、そのため、ほとんどのソーシャルネットワークは無料であり、広告によって資金提供されていると想定している。何よりもまず、本件追加データに限定した処理と統合に関するカルテル庁の調査及び認定がなされていない。同様にカルテル庁は、

Facebookのネットワーク提供に興味深いと考えるかどうか、どれ位の人々がそう考えるかという問題について認定していないにもかかわらず、追加データの処理と統合を理由に、それを否定している。

カルテル庁が説示する、いわゆる「プライバシーパラドックス」の現象についても、上記の評価を変えるものではない(懐疑的, Körber, NZKart 2019, 187 [192])。この現象は、ネットワークのプライバシーが不十分であるというインターネットユーザーの懸念と、インターネットトラフィックでの個人データの実際の不注意な取り扱いの間での推論される矛盾を説明する。カルテル庁は、Facebookが提供するソーシャルネットワークの私的ユーザーでさえ、データに極めて敏感であると主張し、実施した消費者調査によれば、ソーシャルメディアのユーザーの約4分の3が、データ処理条件をソーシャルネットワークの選択に関する非常に重要な事項としているとする。それでも、ユーザー調査では、ユーザーの5分の4が、何れにしてもそれを受け入れる必要があるため、普通取引約款の未読が明らかとなった(385)。

カルテル庁の見解とは逆に、カルテル庁が提供しようとしている調査結果は、利用規約の同意とソーシャルネットワーク市場でのFacebookの市場地位との因果関係を受け入れうる有効な指標にはならない。

まず、このような関係に対しては、ユーザーが自分の好みに応じてFacebookを利用するかどうかを自由かつ影響を受けることなく、自律的に決定できることを根拠づけることになる、上記の考慮(ユーザーの判断)に相反する。これらの考慮(ユーザーの判断)は、いわゆる「プライバシーパラドックス」に関するカルテル庁の説明に合致しない。

Facebookユーザーの80%がとにかく同意する必要があるため、当該利用条件を読んでいないという事実は、Facebookが、広告でサポートされたネットワークを提供し、それに応じて料金という意味でのネットワークアクセスを、追加データ処理、統合についてのユーザーの同意に依拠させているという事実を説明するだけである。この限りで、Facebookによる市場支配力の濫用は推論されない。追加データの利用条件の未読での受け入れは、ユーザーのネットワークオペレーターへの市場力の従属性を反映しているのではなく、ユーザーはソーシャルネットワークに参加することが、どの追加データが処理されてFacebookデータに統合されるかという問題よりも重要であるという、ユーザーの個人的な考慮の結果である。かかる理由から、ユーザーが未読で追加データの利用条件に同意しており、Facebookの市場支配力を理由にしているのではないということが、カルテル庁の認定から何ら排除されない。

ソーシャルメディアユーザーの75%未満が、ソーシャルネットワークの選択においてデータの責任ある利用を非常に重要な問題と捉えているという事実も、カルテル庁の結論を支持しない。データとデータ処理条件の責任ある取り扱いは、問題となるソーシャルネットワークFacebookのデータ収集ではなく、合意の上で収集したデータの処理と利用に関係するという理由で、カルテル庁は「プライバシーパラドックス」の問題に触れていない。この関係で

は、カルテル庁は、Facebookによる不当な行為として非難していない。「データの扱い」をソーシャルネットワークの選択における重要な基準として特定した調査対象の消費者が、「データ」を当該追加データのみとして理解したかどうか、どのデータの扱いについて、関係する消費者が批判的に考えていたか等につき、不明であり、いずれにせよ、調査結果から、合意されたデータの利用が回答者の意思と矛盾し、追加データについてのFacebookユーザー利用条件への同意が、ネットワーク事業者の市場力に起因すると推論することはできない。

VI 妨害濫用が認められないこと

Facebookの競争者に対する不利益という意味で妨害的濫用の非難も支持されない(GWB19条1項, 2項1号)。規定によれば、特に他の事業者が直接的又は間接的に不当に妨害された場合、市場支配力の濫用がある。

1. 不当な妨害の観点から、カルテル庁決定の検討

カルテル庁決定は、Facebookが当該追加データの収集、統合、および利用を単にそれ自体を禁止しているのではなく、Facebookネットワークの個人ユーザーが、Facebookネットワークの目的でこの追加データの処理、統合を区別して同意していない場合についてのみ禁止している。この追加データの処理と統合から想定されるFacebookとの水平関係における競争妨害は、Facebookの個人ユーザーがこのデータ処理に同意するかどうかに依存することを全く前提としていない。

① GWB19条2項1号の意味での妨害

他の事業者の競争力の客観的な妨害を意味する。他の事業者に向けられる経済的不利益すべてが妨害を意味するわけではなく、事業者の競争行動および意思決定の可能性を制限することが必要である。しかし、単なる妨害的行為の属性または妨害の単なる試み(不成功に終わる)は、要件充足に十分ではない。侵害・妨害(Beeinträchtigung)が事実上発生しなければならず(Senat, OLG Düsseldorf, Urteil v. 30. März 2016, VI-U (Kart) 10/15), これについては、学説・判例も幅広く一致している。

カルテル庁は、競争侵害の単なる属性で十分としていることには(その限りで不明35頁)、賛同できない。GWB19条(2)項1号1(妨害)の文言は、競争侵害が生じることを明確にしている。カルテル庁によってこの関係で引用された、BGHの判旨は、これに反対する法的見解を何も述べていない。あらゆる判決から受け入れられることは、妨害濫用が競争者への侵害を超えて、競争構造への感知できる(spürbarkeit)または著しい影響が必要とされているのではなく、その限りで市場関係への侵害の属性で十分であるということのみである(BGH, Beschluss v. 6. November 2012 - KVR 54/11, Gasversorgung Ahrensburg; Senat, OLG Düsseldorf, Beschluss v. 6. April 2016 - VI-Kart 9/15 (V))。

カルテル庁によって画定された市場において、追加データについての利用条件が、顕在的または潜在的なFacebook競争者の妨害につながることは認定されない。カルテル庁決定におけるこれに関連する説明(Rzn.885以下)においてももっともらしく理解しうる競争妨害は認識されない。

② 当該追加データの処理によるFacebook競争者のソーシャルネットワーク市場への参入障壁

ネットワークが広告でサポートされており、ユーザーデータの量と質が広告収入の発生に関連しているため、確かに、追加データの処理がFacebookの市場での地位をさらに維持できることを、そもそも無視することはできない。しかし、具体的な判断のケースで市場参入障壁が実際に発生するのか、それとも強化されるのかについては、必要な綿密な調査と詳細な説明が欠けている。直接的なネットワーク効果の概念は、ユーザー数の増加または減少が、製品の有用性または個々のユーザーのパフォーマンスに直接(プラスまたはマイナス)の影響を与えるという事実を説明し、このことは、判断する場合に重要である。Facebookネットワークの利用は、そのユーザーにとって、ネットワークに接続するユーザーの総数とともに増加する。なぜなら、ユーザー数の増加に伴い、個々のユーザーのコミュニケーションオプションが増加するためである。その結果としてソーシャルネットワークのプロバイダーとしてのFacebookの市場地位が有効な競争に直面することになるのは、競争者がそのネットワークの魅力のために合理的な時間内に十分な数のユーザーを獲得することに成功した場合であり、それは、Facebook.comと比較して魅力的なソーシャルネットワークを提供できるかどうかに依拠する。ここに市場参入への決定的なハードルがあり、この点で、Facebookは毎月約3,200万人のユーザーがいることに鑑みれば、極めて有利である。当該追加データの処理と統合が、Facebookの競争者の市場参入を困難ないしは妨害することになるのかは自明ではないにしても、カルテル庁による審査と決定的な提示が必要であるが、それが欠落している。本件決定において、カルテル庁は、Facebookデータを超える、具体的にどの追加データが一般的に問題になるのか、およびこの追加データ処理と統合がソーシャルネットワークの目的について競争者であるネットワーク供給者の市場参入にどのような影響を与えるかが実証、包括的に説明されていない。

③ オンライン広告市場への影響

同様に、当該追加データの利用は、Facebookがソーシャルネットワークの資金調達のための広告収入を感知しうる程度で高める状態をもたらすのか、その場合どの程度か、そしてこれによってどの程度、Facebookの市場地位が将来の市場参入に対して維持されるかについて、信頼しうる説明が欠けている。市場参入の成功の鍵は、可能な限り最高の広告収入を生み出すことではなく、競争者のソーシャルネットワークにとって十分な数のユーザーを短時間で獲得することについては争いがなく、これらの認定は不可欠である。ソーシャルネットワー

クの運用を成功させるには、データの量が決定的ではないことが明らかであることから、これらは益々必要となる。このことは、欧州委員会の調査によって確認されており(欧州委員会Facebook / WhatsAppを参照)、これによれば、2013年1月から3月の調査参照期間において、競合するソーシャルネットワークであるGoogle+を運営するGoogleは、インターネット上のデータ収集の33%を占めていたが、最終的には市場から退出し、これに対してFacebookは6.39%であった。最終的にカルテル庁は、大量データのメリットを、個々のデータの蓄積ではなく消費者の関心と将来の行動を導き出すアルゴリズムを使用するという点に見出だすため、それらも必要となる(496)。

これにより、ソーシャルネットワーク市場参入に対する実際上有効な障壁の認定は不可欠であり、

- (a) Facebookが当該利用条件を通して、どの追加データ -少なくともどの種類の追加データ- を引き入れたのか、
- (b) どの範囲の追加データが、Facebookの既存のデータ状態の品質を、アルゴリズムベースの評価に関して感知しうる程度に向上させるか、
- (c) Facebookが潜在的な競争者に対してどの程度乖離した市場地位を維持できるか

カルテル庁の見解とは異なり、ソーシャルネットワークの市場から、ソーシャルメディアのためのオンライン広告に係るいわゆる第3市場への「市場の支配力移転のリスク」はない。カルテル庁自身がソーシャルメディアのオンライン広告の市場を独立して画定しておらず、単に考えうる(それについて...多数が賛成する451)としていることは、市場の力の移転(トランスファー)に対立する。このオンライン広告に係る第3市場に関しては、本件決定にはすでに重大な理由付けの欠陥がある。同時に、ソーシャルメディアの分野でのオンライン広告の市場における妨害非難に対して、理解しうる市場画定がないことに対して、十分に防御できないため、申立者の法的な聴聞権は侵害される。

同様に、カルテル庁の認定は、FacebookがそのグループサービスであるWhatsApp(メッセージングサービス)またはInstagram(写真サービス)が活動している、他の第3市場の競争侵害という仮定を支持しない。これまでのところ、カルテル庁は「市場支配力を移転する懸念」について蓋然性を持ってかつ包括的に立証していない。WhatsAppとInstagramの市場での地位は直接的なネットワーク効果が決定的であることを認めているが、当該追加データ処理がこれらの市場への市場参入をどの程度妨げるかについての信頼できる包括的な説明はない。カルテル庁によれば、「特にWhatsAppおよびInstagramのユーザーデータは、Facebook.comで生成されたデータとの組み合わせで、利用やトラフィック管理についての根拠を提供し、ここでは、次のようなFacebook.comの機能を通して、WhatsAppまたはInstagramの利用を示したり(たとえば、それぞれのユーザーがInstagramを使用していることを示すFacebookからの提案)、そして、機能統合を通して、競争者に悪影響を与える抱き合わせ効果(WhatsApp to

Facebook Messengerからの意図的な直接送信など)、 - WhatsAppおよびInstagramの競争者としてのSnapchat -が引き起こされる」、当該追加データの処理及び統合が、WhatsAppおよびInstagramの市場地位に与える効果を認定するための必要な解明がない。

VII 検討

控訴審決定は、即時執行命令の取り消しではあるが、カルテル庁の結論及び理由づけの大部分を否定する内容となっている。以下、主要な相違点を検討する。

1. 適用条項について

控訴審決定は、本件に対する適用条項として、GWB19条2項2号にいう想定競争理論の妥当性を繰り返し述べている。本決定が引用するケースは、概ね高価格濫用が問題になっているのであるが、ここから、取引条件の搾取についても、比較市場コンセプトに基づく検討の必要性が説かれ、競争があると仮定した場合の想定価格基準と現実価格との間に著しい乖離が必要であることに対応して、データの過剰な開示という問題設定となっている。しかし、カルテル庁の決定では、搾取は、データの過剰な開示自体の問題として捉えられておらず、また、比較市場コンセプトに基づく場合には、不利な条件が有利な部分と低価格によって調整されることに鑑みて、業績をまとめて包括的に検討する手法がとられることもあるため、この比較の困難さから問題視する主張もある⁶。かかる困難に鑑みて、一般条項である19条1項に基づき、BGHが展開してきたのが、本決定でも引用されている3つのケースということになる。VBL-GegenwertケースではAGB規定の評価、Pechstein/ISUケースでは基本法の衡量が問題となり、GWB以外の規定の価値判断や正当性を利益衡量に引き入れ、契約条項の正当性や均衡性を問うている⁷。想定競争基準を用いるGWB19条2項2号を根拠とする必要はないことが確立しているのは、従来判例からも明らかであろう。また、GWB第10次改正の理由書においてこの点に言及されており、特にデジタルプラットフォーム市場では、一方で力が集中し、他方で情報の非対称性によって特徴づけられるため、比較市場コンセプトを用いることが意味のないような典型的ケースの事実関係においても、市場支配者による搾取的濫用の禁止と措置が可能でなければならないとしている⁸。

⁶ Horst Satzky 「Missbrauchsaufsicht und Verbraucherschutz im GWB」 NZKart(2018年)554頁以下。

⁷ Eckart Bueren 「Kartellrecht und Datenschutzrecht – zugleich ein Beitrag zur 10. GWB-Novelle und zum Facebook-Verfahren」 ZWeR (2019年)436頁。

⁸ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie- Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz) v. 24.01.2020, 73

2. 自己決定権の喪失

カルテル庁の決定では、本件の搾取は、自己のデータについてユーザーのコントロール権の喪失に見ているのに対して、控訴審決定では、本件の対象は「追加データ」であるとして、かかるデータは、他の供給者にとっても利用可能であるとし、当該Facebookのデータ処理によってユーザーは、経済的に不利益を受けないこと、また、カルテル庁は追加データを区別することができていないため、濫用的な過剰なデータ開示も認めていない。

控訴審決定がいう追加データの区分については、カルテル庁に実施不可能な要求をするものという批判がある。カルテル庁は、Facebookが有効な同意のない事業活動を問題視しているものであり、カルテル庁はかかる区分の基準を示す必要はなく、むしろ、控訴審が具体的な区別の基準を示していないこと、また、濫用概念は包括的な検討を基本とするものであり、追加データに十分な価値がある場合には、「オフFacebook」データを全体として見て、行き過ぎたデータ収集と捉えられる余地があるのではないかと指摘される⁹。

控訴審決定は、ユーザーはソーシャルネットワークの登録の際に利用条件、たとえオフFacebookの利用から生じる関連する個人データであっても、その処理について同意をしているということを出発点とする。カルテル庁が、利用条件が完全に理解されておらず、また不適切に説明されていたことを立証していないとし、加えて、ドイツ国内のFacebookユーザー及び非ユーザーの数がいずれも一定数いることを挙げて、加入とデータ保護の間の比較衡量は、影響を受けることなく個人の価値観に基づいて行われていると指摘した。

しかしながら、このような控訴審の見解によれば、ソーシャルネットワークサービスを提供するFacebook自体の利用を回避できることを前提にして、この非ソーシャルネットワークユーザーがかなりの割合で存在すれば濫用に当たらない可能性があるということになる。ソーシャルネットワークの公益性、ないしは不可欠性、又は市場規模を議論する場合にはかかる視点も用いられることがあろうが、一定のサービスを画定した取引条件の濫用行為を評価することが前提であり、その場での当該取引条件の問題を捉えているのであって、有力なソーシャルネットワークであるFacebookを利用しない選択肢まで含めて検討することは、従来の濫用行為の検討の枠組みを逸脱するように思われる。

3. 市場支配的地位と濫用行為の因果関係

カルテル庁の決定によれば、FacebookのGDPR違反に基づいてGWBにいう搾取的濫用が認められているが、控訴審決定でも引用されている従来の最高裁判例からも、市場支配的事業者によるあらゆる法令違反が、GWBにいう搾取的な濫用禁止違反に直ちに当たることを意味すると言っているわけではない。他の法律違反が、GWBの濫用禁止違反の評価に直接反

⁹ Hasu/Deniz Cesarano, Mehr -Daten fuer Facebook, NZKart (2019年) 641頁。

映されるのではなく、GWB違反に関する重要な兆候、手掛かりとなるということであり、GWBの評価、究極的には比較衡量の枠組みで検討されることになる。

学説・判例に基づけば、一定の要件のもとで、GWB以外の評価が、GWB法上の条件濫用を根拠づけうることになり、カルテル庁の本件決定では、GWB以外の法令違反から条件濫用を根拠づける場合、市場関連性が必要であるとしており、控訴審決定においても、十分な競争関連性が必要であるとしている。このような検討の必要性は、GWBに関係のない目的のために濫用規制を利用することを回避することから説明され、適切な因果関係が必要とされる¹⁰。本件について言えば、濫用に当たるデータ保護法違反は、支配的地位の存在に基づく濫用行為として、どのような関係にあるかという因果関係の理論として議論される。ここで留意する必要があるのは、支配的地位と濫用行為の関係は、実際には、行為とそれによりもたらされる市場における効果との関係とは区別されることであり、後者の検討は、濫用行為がどのような効果を持つかという検討であるとされる¹¹。このような議論に関して、「VBL-Gegenwert」で明示された「市場力または優越的な地位の表出」である場合にAGBの利用に支配的地位の濫用を認めていることについて、「厳格な因果関係」の必要性が指摘されており、「特に」と説示していることから、結果の因果関係も排除されないことを示していると理解する見解がある¹²。本件について、カルテル庁の決定と控訴審決定で見解の差異があるように、具体的にいかなる因果関係が必要かについては、欧州法も含めて¹³従来の判例上、一致した見解に達していないように思われるものの¹⁴、基本的には、結果的因果関係が存在することで十分であるといえよう¹⁵。これは、事業者の濫用的行為は、支配的地位のみに基づいてのみ可能であることまでは必要とされず、その行為と効果は、支配的地位に基づくことで濫用であることで十分である、すなわち市場支配的地位に基づいて行為が特別な競争上

¹⁰ Nela Grothe 「Datenmacht in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle」 (2019) 230, 239頁。

¹¹ Fuchs 「Immenga Mestmäcker Wettbewerbsrecht Auflage 6」 (2019) Rn.136以下。

¹² Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten (2018)。

¹³ 控訴審決定では、欧州機能条約102条が、支配的地位の濫用的利用と定めていることを強調する。その限りで、EU法もドイツ法と同様に、原則として規範的因果関係が所与のものとされているようにも思われるが、有力な見解は、支配力と濫用行為の間の因果関係を必要としないとする説であり、この見解は、欧州の裁判所によって支持されていると言える(例えば, Hoffman La Roche, EuGH, Urteil. V. 13.12.1997, Slg 1979, 461, Rs. 85/76, 91)。裁判所の見解によれば、因果関係の必要性の問題について決定的に意味があるのは、102条の保護目的であり、それは、歪みのない競争を保護することであり、このことが、市場支配力と濫用行為の間の因果関係を重要としない重要な問題となっている。決定的であるのは、市場支配的地位と競争への濫用行為の効果であり、これらがそれぞれ立証されることで十分であるとする (Hasu/Deniz Cesarano・前掲注(9), Rn 643

以下)。他方で、濫用と支配的地位は、因果的に密接な関係にあるべきとする見解もあるが、ここでは、厳格な因果関係を前提とせず、濫用非難は競争条件の歪曲や望ましくない市場成果に関係づけられているのであり、この効果と市場支配的地位の関係は必要であるとして、結果の因果関係で十分であるとしている (Eilmansberger/Bien, in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 3. Auflage, 2020, AEUV Art. 102 Rn 272以下)。

¹⁴ 最高裁もこの点について、明確な立場を示していない。Fuchs・前掲注(11) Rn. 72b。

¹⁵ Wolf, in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 3. Auflage, 2020, GWB § 19 Rn 34以下。

の懸念状況を生み出すことで足りるということである。

他方、控訴審決定では、仮定的競争のもとでの取引条件を基準した上で、両者の厳格な因果関係を求め、行為的因果関係を前提とする。行為的因果関係は、法違反となる条件の実施と市場支配の間に厳格な因果関係を必要とすることを意味し、事業者が、支配的地位に基づいてのみ、濫用行為の疑いがある行為を実施しうることを前提とする。控訴審決定は、当事者間の情報の格差に基づく契約当事者が法違反の条項を受け入れざるを得ない場合として本件を位置づけ、支配的でない事業者であっても当該条項を用いることは可能であることを基本とし、一貫して、濫用とされる取引条件を強要することができるのは、市場支配力のみとする立場である。また、消費者に不利益を与える取引条件については、支配的事業者によって設定されているのかどうかとは無関係であり、支配的事業者が消費者に不相当な取引条件を課すことは、市場地位の強化や市場構造の弱体化につながることを意味するものではないと説示する。

このような厳格な因果関係理論の背景には、搾取的濫用行為については、従来、19条2項2号または3号の要件の問題として捉えられたことも関係があろう。実際、控訴審決定は、本来、取引条件の濫用についてはこれらの条項の範疇の問題としている。この場合、高価格濫用に対して、有効な競争が存在すると仮定した場合の想定競争価格と現実価格の乖離が著しいことが求められ、いわゆる比較市場コンセプトに基づくことから、濫用的高価格と市場支配的地位との間の因果関係は明白となり、厳格な因果関係も首肯されることになる。これに対して、本件の様な取引条件の搾取的濫用について、カルテル庁は19条1項を適用しているため、競争があれば想定される取引条件と現実の取引条件の格差を基準とする、19条2項2号にいう比較市場コンセプトを用いた立証を行うことはないのであり、この点からも、厳格な因果関係に限定した検討に対して疑問が生じるのである¹⁶。

データ保護法違反行為は、市場支配的地位ではなく、むしろユーザー側の情報の不足(defizit)に起因するという見解もあり¹⁷、控訴審決定もこれを支持する。これは、事業者のAGBが複雑であるため、ユーザーが内容的に完全に把握できないこと、その実施行為は、ユーザーの非科学性に起因すると主張する見解もある。通常、広範囲に渡るAGBを詳細に通読することにユーザーの関心がないこともユーザーの不案内を増幅させ、特に、プラットフォーム上で無料のサービスが提供され、ユーザーは金銭的な不利益を計算する必要がない状況のもとでは、法違反の取引条件は、市場支配的事業者の存在のみによって可能と認定することはできないとして、むしろ、厳格な因果関係が求められるべき根拠とされることになる。

控訴審決定では、Facebookデータ処理条件の実施は、市場支配力の結果ではないとしてい

¹⁶ Grothe・前掲注(10)226, 232頁。

¹⁷ Grothe・前掲注(10)235頁。Jens-Uwe Franck「Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmisbrauch durch rechtswidrige Konditionen」ZWeR(2016年)156頁。

ることに力点がおかれ、本件は、データ保護法の規制範囲の問題として捉えているようであるが、当該Facebookのデータ処理条件が、GDPRに反するかどうかについては明言していない。ユーザーは、ソーシャルネットワーク外でデータが集められ処理されるかどうかという問題よりもむしろソーシャルネットワークに参加することを重視したと評価し、利用条件の承認・同意は、Facebookの市場支配力の結果ではなく、個人が、Facebookの登録に関連する長所と短所を比較検討した結果であるとして、GWB19条1項にいう濫用禁止に反しないことを直接評価している。もっとも、このような評価の根拠は定かではなく、いずれにしても、GWBにいう搾取は、ユーザーへの侵害が認められないとして否定することになる。控訴審決定では、統合されたデータに関するデータ収集・処理については、ユーザーの同意に基づいていることを出発点とするために、ユーザーの自らのデータコントロール権の喪失はそもそも問題にならない。搾取に当たるかどうかについては、登録時に消費者に要求される同意が、ユーザーの自律的な決定に基づいていると見ることはできないという意味での「他者決定」かどうかが重要であるとする点は、カルテル庁と同様の見方に立つといえ、搾取を自己決定の侵害の有無に見る点は否定されていない。ただし、結局、カルテル庁はこのことを立証していないと評価した。

控訴審決定に対しては様々な異論がある。ユーザーが契約条件を理解しないまま受け入れる有力な理由は、まさにFacebookの市場地位の存在である。ユーザーは、ユーザーデータを扱う専門的、かつ圧倒的な地位にある事業者によるサービスが、データ保護規定に合致することを期待するのであり、Facebookは、この市場地位に結びついた信頼を利用して、データ処理に関する詳細な情報を省略している。かかるデータ処理についての十分な説明ないことは、Facebookの市場地位と結びついたユーザーの信頼と因果的な関係にあるとする¹⁸。さらに、支配的地位と法違反に当たる条件の実行との厳格な因果関係の必要性を否定する見解によれば、ユーザー数が著しく減少することなく、データ保護法違反の取引条件が実行されるのは、プライバシーパラドックスと言われる現象が背景にあることも加わるとする¹⁹。つまり、ユーザーはそのデータがどのような価値を持っているかの認識をしばしば欠いており、データ保護に関する規定を読むことに時間をかけない。ユーザーは、データの開示や自身の個人データの保護に関心があるにもかかわらず、プライバシーの脅威よりも、データの開示からもたらされるメリット、無料のサービスを優先しがちとなり、プライバシーの喪失懸念とそのデータを気軽に扱うという矛盾が生じている。データの開示は、無料のサービスについての事業者による反対給付として用いられることができ、それによって、経済的反対給付が必要とされないことになり、データの提供はプラットフォームの利用に応じて自動的に行

¹⁸ Michael Bergmann/Johannes Modest, Vom Umschreiben der Gesichtsbücher – Anmerkung zu OLG Düsseldorf in Sachen Facebook, NZKart (2019年) 533頁以下。

¹⁹ Reinhard Ellger 「Digitale Herausforderungen für das Kartellrecht」 ZWeR (2018年) 272頁。

われることになる。ここにもユーザーが効果的なデータ保護について関心を持たなくなる理由があるとする²⁰。すなわち、取引条件は、ユーザーの関心がないところで、その事業者によって利用、実施されており、インターネット経済においては、データ保護法違反に当たる可能性のあるAGBを用いる事業者が数多く存在する可能性は否定できないが、これら全ての事業者が支配的地位を持っているわけではない。

市場支配的地位が存在し、他に代替しうる選択肢がない状況、本件で言えば、Facebookの市場地位が、ユーザーにとって、特に検討することなく契約条件を受け入れる原因となっていると理解する方が合理的である。Facebookが市場支配的地位に基づき、ユーザーに対する取引条件が適正かつ公正であるか、ユーザーが行き過ぎた同意を強いられているかどうかの問題であると言える²¹。控訴審決定がいうように、ユーザーの同意があり、データ保護と言う利益とソーシャルネットワークへの参加を衡量した結果であるとしても、Facebookとユーザー間に存在する著しい情報の非対称性により、いずれにしてもその実質的な判断は影響を受けざるを得ないというべきである²²。

取引の実態として、データ管理者は、利益の最大化を目指し、より多くのデータを集めるために行動することは企業行動として合理的であるが、ここでは、データ保護法上の問題として、ユーザーの同意が果たしてGDPR4条1項に定める要件を充足しているのか、ユーザーが同意しているとしても、直面する取引条件に透明性が欠如し、正確に理解されているのかなど、様々な問題が提起されうる可能性がある。さらに、DPFとユーザーの間にもそもそも情報の不均衡が存在する上に、大量のデータの収集、またはその他の方法でのデータ処理という形態で認識されるデータ保護法違反は、DPFにとっての経済活動、市場地位に決定的な影響を与えうるデータ利用を意味しており、この点、市場との関連性を前提とした取引における不均衡と考えるべきであり、競争法の適用対象でもある。本件データ保護法違反に当たる取引条件の実施は、競争に対して少なくとも潜在的に多面的に悪影響を及ぼすと考えられるであろうし、市場構造の集中化が進むところでは、市場支配的なFacebookの提供においては、ユーザーにとっての実際の選択肢は限られることになる。データ収集は支配力の強化をもたらし、市場相手方である取引相手、ユーザーにも反競争的に機能することになり、ユーザーのコントロール権の喪失は、事業者の力をより強固にすると指摘される²³。市場支配的事業者に対する相手方事業者によるコントロールは困難となり、實際上、競争によって

²⁰ Grothe・前掲注(10)236頁以下。

²¹ Marco Botta and Klaus Wiedemann 「EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra incognita」 Max-Planck Institute for Innovation Research Paper No.18-08,58頁。

²² Bergmann/Modest・前掲注(16)534頁。

²³ Rupperecht Podzun 「Digital ecosystem, decision-making, competition and consumers」 (2019) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3420692

コントロールされる行為余地は殆どないということになる。

デジタル市場においても同様に、支配的事業者には、残余競争を維持する特別の責任が課され、市場支配的でない事業者には認容される行為全てが、支配的事業者にとっても認容されることにはならないのである²⁴。本件でいうデータ保護違反に当たる取引条件が、競争阻害には当たらないとして、業績競争の範疇とすることについては、法違反を通して競争上優位に立つことを認めることにもなり、疑問であるという指摘は²⁵その通りであろう。さらに、市場支配を通して特に多くのデータが集積され、その支配力をより強化するという補足的メリットが市場支配からもたらされることを指摘し、市場支配的でない事業者によるデータ保護法違反の場合とは、競争上の観点からも規模に格差があると指摘される²⁶。

支配的地位と濫用行為の関係は、カルテル庁の決定のようにデータ保護法違反に着目すれば、データ保護法の規範的評価において、Facebookの市場支配的地位は重要な意味をもっているという意味での規範的因果関係が認められ、同時に、市場支配的地位に基づきネガティブな効果を及ぼす行為を捉えるという意味で、結果的因果関係とも特徴付けられる説明が説得的である。本件のような搾取のケースでは、支配的事業者によってもたらされた市場状態が、究極的には妨害される競争者だけでなく、侵害される消費者の利益において、GWBの目的にどの程度反するかを認定することで、結果の因果関係としては十分であるとされる²⁷。すなわち、この結果的因果関係として、行為のもたらす明らかな反競争の効果を立証する必要はなく、取引相手方の決定の自由を制約することで十分であると考えられる。もっとも、マルチサイドで活動するFacebookのようなデジタルプラットフォームについては、カルテル庁の決定で述べている通り、妨害効果として、ソーシャルネットワークや広告市場に影響を及ぼしうることは認定しうるであろう。この因果関係の議論は、ドイツGWB第10次改正法案の理由書でも言及されており²⁸、今後の議論の動向を見ていく必要がある。

²⁴ Julia Barth・前掲注(24)223頁以下。

²⁵ Hasu/Deniz Cesarano・前掲注(9)642頁。

²⁶ Julia Barth「Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch -Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt」(2019)223頁。

²⁷ Wolf・前掲注(15)Rn.34

²⁸ 改正法案・前掲注(8)。かかる因果関係の議論について、従来、BGHは未だ明確な判断を示していないとして、改正案では、支配的地位と濫用の関係は、搾取濫用の場合、規定の保護目的から規範的因果関係が明らかとなることを次のように説明する。すなわち、力の行使や過度に不利益を与えられることから消費者を含む市場相手方を保護すること、および、市場支配によって制限される市場相手方が他の事業者に乗り換えることを通して名宛人の行為を除去する、またはこれに対して対抗するという可能性が市場支配によって制限されていること、及びそれと関係した市場相手方に不利益をもたらす市場の特別な効果に鑑みて、契約当事者による力に条件づけられた他律的決定からの保護という法目的から明らかとなる。他律的決定から保護するという法目的は、市場相手方がこの保護を代替するという対応が取れない限り、禁止の介入を必要とする。その限りで、搾取行為においても、規範的関係が受け入れられ、これはそれ以上明文化する必要はないとする。

4. 妨害効果について

カルテル庁の決定では、ユーザーの搾取が潜在的な競争妨害効果をもつと説明されている。これに対して、控訴審決定では、妨害要件は、第三者の競争可能性を侵害する属性だけでなく、事実上の侵害を要件とするとして、当該データ収集が広告収入の増加を介して、市場参入を困難にすること、WhatsAppやInstagramが活動する市場やオンライン広告市場における市場力の移行に関して、ここでは、まず、ソーシャルネットワーク市場における強化を通して間接的にFacebookの地位が強化されるオンライン広告という第3市場に関しての適切な市場画定が欠けるなど、カルテル庁の十分な説明がなく、妨害的效果を否定している。結論としては、濫用禁止の名宛人である市場支配的事業者による、消費者に悪影響を与える法違反があるだけで、競争制限的效果もないと断じている。カルテル庁は、競争者妨害効果の可能性の立証で足りるとしているのに対して、顕在的な立証を求める控訴審決定によって、カルテル庁の立証が十分でないと言われたが、この点も疑問である²⁹。

重要であるのは、カルテル庁が述べているように、Facebookによる違法なデータ処理により、「市場支配力が移行するリスクは極めて高く、Facebookは、ターゲットを絞ったユーザーに応じて広告を提供することを他のサイドの事業者(広告主)に可能と」することであり、オンライン広告市場への影響を問題視していることである。間接ネットワークが機能するDPFにおいては、競争者にとって無料のソーシャルネットワークについてのファイナンスを著しく困難にするであろう。かかるオフフェイスブックでの連綿たるデータ収集・処理は、支配的な地位を確固たるものとするのであり、むしろ妨害効果は強調して問題視すべきであろう。

²⁹ Hasu/Deniz Cesarano・前掲注(9)645頁以下では、「Der Oberhammer」(BGH,Urt.v.30.3.2994, KZR1/03)を挙げ、隣接市場での市場支配は要件とされていないことが指摘される。Facebookは、当該データ処理条件により、より良いデータを取得し、それをデジタル広告分野に用いることができるのである。

第 5 章

米国携帯通信市場における合併事案の検討

～T-Mobile・Sprint合併事件同意判決～

駒澤大学大学院教授
若 林 亜 理 砂

はじめに

1990年代以降実用化が進んだ携帯電話は、当初はアナログ方式による音声通信のみであったものが、90年代後半にデジタル化が進み、現在は画像や動画等を含む高速データ通信も行い得るようになった。また、技術の進歩及び通信量の飛躍的な増加に伴い展開されるサービスが拡大していることにより、人々の社会生活に必要不可欠なツールとなっている。

事業者が自らネットワークを有して携帯通信事業を行うためには、まず広範囲をカバーする十分な量の周波数のライセンスを受ける必要があり、加えて、携帯通信基地局、無線通信及び受信機、及びシグナルをコアネットワークに送るための機器を含め、ライセンスを受けた周波数でシグナルを送受信するネットワークインフラを獲得する必要がある。さらに、これら携帯通信事業者は、流通ネットワークや消費者への自社サービスの宣伝広告にも投資を行う必要がある。そのため、ネットワークを所有する携帯通信事業者(MNO)としての参入障壁は非常に高いといえる。MNOの競争者であるMVNOは、ネットワークの容量を通常全国レベルのMNOから卸購入し、自らのブランド名で携帯通信サービスを販売しているが、競争者であるMNOからインプットを購入しなければならないことから、必ずしも有効な牽制力となり得ないことも多い。このような事業/市場の特徴から各国において市場は寡占的であることが多く、寡占的な事業者間の協調的な行動が問題とされる場合もある。本稿において扱う全米第3位のT-Mobileと第4位のSprintとの間の合併計画においても、全国レベルのMNOが4社から3社に減少し寡占化が進むことによる反競争効果が主な議論の1つとなっている。

T-MobileとSprintの合併構想はかねてより両社により検討がなされていたものである。2013年にSprintを買収したSoftbankは、翌2014年にT-Mobileの買収構想につき公表していたが、オバマ政権当時の当局との非公式な折衝において、携帯通信市場において4社寡占を少なくとも維持することにこだわった司法省及び連邦通信委員会(FCC)が難色を示し¹一旦は断念している²。

現トランプ政権は、当初からこの合併には前向きであり早期に実現するのではとも考えられてきたが、2017年、SoftbankとT-Mobileの親会社であるDeutsche Telekom との間における交渉において、新会社の持分に関し合意に至らず一旦は決裂していた。その後、Softbankが持分について譲歩することを決定し、本件合意に至っている。

I 市場の特徴及び事案の背景

1. 携帯通信事業者

米国における携帯通信事業者には、携帯通信ネットワークを有するAT&TなどのMNO事業

¹ 日経産業新聞2014年2月5日2頁。

² 日本経済新聞2014年9月12日夕刊3頁。

者と、MVNOと呼ばれる事業者が存在する。MNOには全米レベルのネットワークを有する4社と地域のネットワークを有する事業者が存在するが、以下で述べるように全米レベルの4社でほとんどのシェアを占めている。

2. 米国携帯通信市場

携帯通信市場は、多くの国において寡占化が進んでおり、米国もその一つである。携帯通信網を有する (facility based) 携帯通信事業者であるMNOは、米国においては全米をカバーする全国レベルの事業者と、一部地域をカバーする地域事業者とに分類されることが多い。2003年末時点において、全国レベルの事業者とされる事業者(当時、いずれも全国を完全にカバーしてはいなかった)は6社(シェアの大きな順から、Verizon Wireless, Cingular Wireless, AT&T Wireless, Sprint PCS, T-Mobile, Nextel)であった³。地域レベルの事業者の数は非常に多く、また、一定規模を有するものが一定数存在した。100万人以上の契約者数を有する地域レベルの事業者が13社あった。その主なものとして、ALLTEL, Western Wireless, US Cellular, Dobson等が挙げられる。

それ以来、競争事業者間の合併⁴により寡占化が進み、全国レベルの事業者の数も減少する。主なものとしてまず、2004年に行われた、いずれも全国規模の事業者である、当時市場第2位のCingular Wirelessによる第3位のAT&T Wirelessの買収が挙げられる。同事件では、携帯電話通信サービスに関してはオクラホマシティを始めとする、連邦通信委員会(FCC)がライセンスする10の携帯販売エリア(Cellular Market Areas (CMA))、携帯ブロードバンドサービスに関してはダラスを始めとする3つのCMAにおいて、同合併により合併当事者が単独で市場支配力を有することとなり、競争を実質的に減殺するとされた。その上で、両社が携帯電話通信サービスプロバイダーを有している5つの市場においてAT&T Wirelessの同事業を売却すること、うち3つの地域においてAT&T Wirelessが有する周波数を譲渡すること、5つの地域においては、両社のうち少なくともいずれかが保有している競争者の株式を売却すること、3つの地域において10MHzの周波数を譲渡することを内容とする問題解消措置が講じられ、同意判決により合併が認められた⁵。

第2の大きな動きとしては、2005年のSprint によるNextelの買収が挙げられる。当時全国レベルをカバーする大規模事業者がCingularのAT&T Wireless合併により5社となった中で、第3位の事業者による第5位の事業者との合併事案である。司法省は、関連市場は携帯電話通信サービスに地域的な市場であるとして、2社のシェア、両社のカバーする地理的範囲の重

³ FCC, Ninth Annual Report and Analysis of Competitive Market Conditions With Respect to Commercial Mobile Services, September 28, 2004.

⁴ 企業結合には株式取得や合併など様々な形態があるが、米国のガイドライン等では便宜上これらを全て「合併(merger)」と呼ぶことが多く、本報告でもそれに倣うこととする。

⁵ その後商標は再びAT&Tとなっている。

なり具合、サービス内容やネットワーク品質、消費者の選択などにつき検討を行ったが、当該合併は競争を実質的に減殺しないと結論づけた。当該合併後も市場にはCingularやVerizon Wirelessという大規模事業者や地域的な事業者が存在し、合併事業者が事業活動を行う全ての地理的市場において活発な競争が行われると考えられること、両社が類似のサービスを提供する地域においても別の事業者が同様のサービスを提供していることから、合併事業者が単独で市場支配力を有することにはならないとし、また、市場での協調的効果がもたらされるものでもないとした。また、両社が2,495-2,690 MHzの周波数帯の最大ライセンスの保有者となることについても、当時両社はこの周波数帯を利用したサービスを提供していなかったこと、この周波数帯を利用して両社が全国レベルのサービスを展開することができるようになることから、競争の減殺をもたらすものではないとした。結果として、事業分割等の条件を付されることなく合併は認められた。

そして、第3の大規模事案として以下に挙げるAT&T・T-Mobileが挙げられる。この合併は、Sprint によるNextel合併事案以降、2008年には米国における携帯通信サービス第1位のVerizon社による第5位の事業者であったAlltelの合併事案が、また、2011年には当時第2位のAT&T社による第8位のCentennial社の合併が同意判決により条件つきで認められたのちの大規模な合併事案であったが、司法省はこの合併を認めなかった(詳細は以下)。

このように米国において携帯通信事業者間の合併が進んだ主たる理由としては周波数に制約があることが大きいと考えられている。顧客の通信量は飛躍的に大きくなっているのに対し、周波数をオークションで獲得できない場合には合併が他の事業者の周波数を獲得する有力な手段となる。参入は周波数を獲得しない限り行い得ず、また、その他の設備投資額も大きいため簡単には見込めない。このような理由から、市場のプレーヤーの数が減少することは米国に限らず世界中で生じている現象である⁶。米国では2003年1月まで、1事業者が各地域において携帯通信サービスのために獲得できる周波数に実質的に上限があったため、合併により周波数を獲得するインセンティブは少なかったが、当該ルールが非常に硬直的であるとしてそれ以降事例ごとの審査により認めるようになってきている。このため、2003年以降合併の動きが見られるようになってきている。

3. AT&T・T-Mobile合併事案(以下、「AT&T事件」)

2011年3月20日、AT&Tは、Deutsche Telekom AGからその子会社であるT-Mobile社の株式を購入する契約を締結した。米国において、AT&Tは、携帯端末約9,860万回線を有しており、T-Mobile社は3,360万回線を有していた。米国全体で携帯通信事業を営む事業者は、AT&T社およびT-Mobile社を含め米国には4社あり、残りの事業者は、Verizon及びSprint Nextelであっ

⁶ OECD Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy, Wireless Market Structures and Network Sharing, 08 Jan, 2015.

た。その他、中小事業者も存在するが、そのいずれも米国の3分の1もエリアとしてカバーしていないこと、その他の事業者の中で大規模な事業者でもT-Mobileの3分の1の回線数も有していないこと、など大きな差があった。大規模4社は、米国の通信端末への回線の90%以上を有していた。

司法省は、本件株式買収が競争を実質的に減殺することとなりクレイトン法7条に違反するとして、差止を求めて2011年8月31日、DC地区連邦地裁に提訴し、この他7州も原告として参加した。結果的に2011年12月19日、AT&Tは本件合併を断念することを公表し、司法省による提訴も取り下げられている。

同裁判における主張に見る本件合併に対する司法省の評価は以下の通りであった。まず、関連商品市場につき、音声及びデータサービスを含む携帯通信サービスに代わるコストの面で有用なサービスはない。携帯通信サービス及び事業者及び政府ユーザー向け携帯通信サービスであるとした。事業者及び政府ユーザーに関しては、入札により購入を行い、個人契約よりも有利な条件で取引を行っており、事業者及び政府ユーザー向け携帯通信サービスもそれ自体で市場を構成するとした。

地理的市場については、携帯通信サービスは地域市場において消費者に販売されており、それは支配的なサービス事業者間の全国レベルの競争によって影響を受けているため、地域市場及び全国市場を特定することが必要であるとした。4事業者は全国レベルで販売を行っているが、中小事業者は自己のエリア以外では販売すらしていないため、消費者の観点からはFCCがライセンスをするCMAが関連地域市場となる。4社により提供されている価格プランには地域差がなく、意思決定は全国レベルで行われており、競争は地域市場を通し全国レベルで行われている。従って、関連地域市場は個人消費者の観点からはCMAとするのが適切である一方、販売者の観点からは全国ベースで競争が行われているため全国市場とするのが適当であるとした。事業者及び政府ユーザーについては、全国的なサービスを国内のいずれの事業者とも取引しようとするため、全国が関連地域市場である。

集中度に関しては、当該買収後のトップ100のCMAのうち96におけるHHIは2,500超である。このような市場は高度に集中化された市場であると判断される。97のCMAに広げても2,500をわずかに切るのみである。CMAの半数以上においてAT&T及びT-Mobileのシェアは40%以上である。全国レベルでは、HHIは3,100超であり、増分は約700であり、競争が実質的に減殺されると推定される値を超えている。事業者及び政府ユーザーに関しては、HHIは少なくとも3,400、増分は少なくとも300であり、競争が実質的に減殺されると推定される値を超えている。

合併の反競争効果については次のように述べられている。T-Mobileは、市場において積極的な価格政策、サービス、技術革新に焦点を当てた「市場における巨人に対するナンバーワンチャレンジャー」であった。技術革新の点においても、同社は数々の「米国初」を達成し

ており(アンドロイド機の導入、ブラックベリーのワイアレスeメール等)。ネットワークの点でも、米国で初の4Gを提供している。これにより、AT&Tは競争上の圧力を感じていた。このように、T-Mobileは一般消費者市場及び事業者及び政府市場において成長を目指しており、AT&Tによる買収はT-Mobileがもたらしてきた価格、品質、品揃え、技術革新の競争を減殺するものである。

多くのCMAにおける市場参加者は4社のみであり、その他においては1、2社の地域事業者がいるが、これらの事業者は全国レベルでの通信ネットワークを有さないために競争上の制約があり、4社の有するような競争圧力を有していない。

本件合併により生じる集中度の実質的な上昇及び4社から3社に事業者が減少することから、反競争的協調の可能性が高まることによる競争の減殺につながる。価格設定の透明性、購入側の支配力がないこと、参入障壁が高いこと、等の携帯通信サービス市場の特性により、市場参加者が協調する傾向がある。全国的レベルにおける反競争的協調は、全国レベルでの高価格につながる。また、T-Mobileが「チャレンジャー」として事業活動をするという近年の同社の決定を前提とすると、競争への懸念はより高まる。

また、T-Mobileの買収により、AT&TとT-Mobileの直接の競争も減殺する。携帯通信事業者は、差別化されたサービスを販売している。消費者に重要な差別化の要素は、価格、ネットワークカバー率、サービスの品質、顧客サポート、端末である。事業者が差別化された商品を販売している一方で、消費者の嗜好も多様であり、何が最も近接した代替品であるかについても異なるが、多くの顧客がAT&TからT-Mobileにまたその逆に移動している。従って、当該買収によりAT&TとT-Mobileの間の重要な競争が失われる。また、T-Mobileが新規サービス、商品を提供してきたことを考慮すると、当該買収により技術革新及び品揃えに関し、重大な懸念を生じる。

このように、多くの市場で集中度が高まり、全国に渡り競争が実質的に減殺することにより、高価格、投資の減少、品揃え及び技術革新の低下がもたらされる。

携帯通信事業への新規参入は困難で、時間及びコストがかかり、周波数の割り当て及びネットワークの構築が必要である。さらに、AT&Tの買収によるT-Mobileの消滅の反競争的効果を埋め合わせるためには、新規参入者はT-Mobileと同様に、全国的な周波数の確保と全国的なネットワーク、数千万人との契約に起因する規模の経済及び強いブランド等が必要であり、従って、携帯通信サービスにおける少額であるが有意な価格引き上げに反応しての参入は、その可能性、迅速性、及び十分性に欠けている。

合併当事者は、反競争効果を上回るような、当該合併固有の結果として生じる効率性について示すことができない。

Ⅱ T-Mobile・Sprint合併事案

1. 事実概要

本件は米国の携帯通信事業者であるT-MobileとSprintの合併事案である。

T-Mobileは、ワシントン州に本社を置くデラウェア州法人であり、米国第3のモバイル事業者である。2018年度において、T-Mobileは8,000万の利用者がおり、総収入が433億ドルに上る。T-Mobileはモバイル通信サービスをT-Mobileのブランド名で販売していた。また、AT&TがT-Mobileの合併を断念して以降、2013年に、T-Mobileは当時全米で第5位であったMetroPCS社を合併しており、プリペイドのモバイル通信サービスを主にMetro by T-Mobileのブランド名で販売し、また事業者向けに直接あるいはMVNOを通じて販売していた。T-Mobileの株式の63%は、ボンに本社を置くドイツ法人であり欧州最大のテレコム事業者であるDeutsche Telekomが保有していた。

Sprintは、カンザスに本社を置くデラウェア法人で、米国第4のモバイル通信事業者である。2018年度の契約者は5,400万人で、326億ドルの収益があった。同社は自らの名前でモバイル通信サービスを、Boostの名前でプリペイドサービスを、また消費者に再販売する事業者に直接またはMVNOを通じて携帯通信サービスを販売している。また、同社は全米に有線電話網を有している。Sprintの85%の株式は日本のSoftbankにより保有されていた。

2018年4月29日、T-Mobile及びSprintは株式交換方式による結合につき合意を行い、新会社のシェアの42%をDeutsche Telekomが、27%をSoftbankが保有することとした。

司法省は2019年7月26日にクレイトン法7条違反であるとして提訴した。これと同時に同意判決案及び関連書面がDC連邦地裁に提出された。

2. 連邦司法省等(原告)の主張

①関連市場

関連市場は携帯通信サービスの小売市場である。ここで言う小売には販売店あるいはネットでサービスを購入する消費者および、中小事業者を含む。消費者及び中小事業者向けの携帯通信サービスは、事業者向け、および政府機関向けのサービスとは代替性がない。事業者及び政府機関は、異なる経路により一定の手続きを踏み異なる価格でサービスを購入しており、入札において小幅ながら有意な値上げが行われた場合であっても、個別取引に転換するとは考えられないためである。

関連地理市場は全国である。事業者は全国向けに価格設定、宣伝を行っており、全国規模で競争を行なっている。

②競争への影響

小売携帯通信サービス市場はすでに高度に寡占化しており、結合によりさらにそれが進み、3社寡占となる。消費者は、Verizon 及びAT&Tの顧客も含め、T-MobileとSprintが携帯通信業

界にもたらした競争により利益を享受してきた。例えば、2016年に両社が通信無制限プランを導入するまで、Verizon もAT&Tもそれを行ってこなかった。

また、T-MobileとSprintは小売の顧客全体の30%程度を占めるプリペイドの分野において激しく競争をしてきた。この分野の顧客は、後払いの顧客と比較して一般に非常にコスト感に敏感である。T-Mobile傘下のMetroブランドとSprint傘下のBoostの競争により、市場では大きな値下げ圧力がかかった。例えば2017年、Boostが家族向けに4回線月100ドルプランを導入した際、Metroは3回線90ドルのプランで対抗し、さらにそれに対しMetroは5回線100ドルプランで対抗した。Sprintのポストペイド及びプリペイドの価格が50%安くなっているのを見て、T-Mobileの経営陣も月40ドル値引きし、さらに30ドル値引きを行った。T-MobileとSprintの競争により、プリペイドの顧客が入手可能であるデバイスの質やプランの幅に改善をもたらされた。2015年にSprintの役員が次のように述べている。「プリペイド商品は価格競争となっている。MetroとCricketという競争者により、全米中強力で最良の事業者であるとポストペイドレベルの広告が行われている。われわれは、これら事業者とデバイス及び価格以外の点で自らを差別化する必要がある」そして、Boostは、メキシコへの通話無制限及びメキシコへの旅行の際の音声ローミング無制限のプランの提供を開始した。同年、同社は「BoostUp!」プログラムを導入し、支払履歴の良いプリペイドの顧客に対し、デバイスを1ドルの頭金及び無利息18か月払で提供を始め、2018年には他社から乗り換えてくる顧客に対し、iPhone6を49ドルで販売を開始した。

合併が認められた場合、このような競争が失われることとなる。業界の低価格リーダーであるSprintが市場からいなくなることにより、新T-Mobileは価格を引き上げるインセンティブ及び能力を有することとなる。また、合併後はVerizon及びAT&Tも価格を引き上げるインセンティブ及び能力を有することとなる。さらに、残った3社による協調が高まり、それに対して市場が脆弱な状態に置かれることも懸念される。協調により、高価格、イノベーション低下、品質低下、選択肢減少につながり、消費者に損失がもたらされる。

このほか、両社間のMVNOをめぐる競争の消滅により、MVNOによる低価格、イノベーションにより消費者にもたらされていた便益をなくしてしまう恐れがある。

③参入及び効率性

全国規模の事業者は、全国の契約者にサービスを提供するための周波数及び携帯通信設備が必要なので、全く新規に参入するには障壁が高い。最終判決案に示された措置がなければ、タイムリーな新規参入は見込めない。また、この合併によってもたらされる効率性は、追加の措置が認められない限り、特に短期的には、小売携帯通信サービス市場における米国の消費者に対する反競争的影響を相殺するのに十分ではない。

3. 同意判決

同意判決は、合併を認める条件として一定の構造的、行為措置を被告人に義務づけるものであり、Tunney Actの手續に従い、同判決を下すことが公共の利益に合致しているかについてのパブリックコメントが求められた後、2020年4月1日に下されている。同判決の条件はケーブルテレビ事業者であるDISHを携帯通信サービス提供を行う競争者として参入させることとともに、合併が目指した効率性を実現し、消費者がより高品質のネットワークに接続できるようになることを目的とするとされている。判決の概要は以下の通りである。

①分割譲渡

本判決案に基づき、T-Mobile及びSprint両社(以下、両社)はSprintのプリペイド携帯事業および周波数ライセンスをDISHに譲渡し、また、携帯の基地局および小売店舗を購入するオプションをDISHに提供しなければならない。

・プリペイド

Sprintの保有するほぼ全てのプリペイド事業(ブランド名、Boost, Virgin, Sprintいずれも)を譲渡しなければならない。これら携帯通信設備に加え、現在の事業、顧客、従業員および知的財産を獲得することにより、DISHは携帯通信サービスを提供することが可能となる。

・800MHz周波数

DISHが事業を提供できるように、Sprintの有する800MHz周波数のライセンスを譲渡すること。当該周波数がなくとも現在保有する周波数でサービスを提供できる場合は、DISHはこれを購入しないというオプションを有する。その場合T-Mobileは、これをオークションにかけ、全国規模の携帯事業者以外の者にこれを譲渡する。

・携帯基地局および小売店舗の譲渡

両社は合併により使用しなくなる携帯基地局および店舗を購入するオプションをDISHに与えることを義務付けられる。

上記資産等譲渡は、DISHが小売モバイルサービス市場において有効に競争できるような事業者となると合衆国が認めるような形で行われる必要がある。DISHは譲渡された資産を、小売モバイルサービス提供のために利用しなければならない。その他、両社は資産譲渡を妨害するいかなる行為も禁止される。

②過渡的サービス

譲渡から2年間、DISHが希望する場合には、両社はプリペイドサービスにつき、料金請求、顧客サービス、SIMカード調達等につき過渡的サービスを提供しなければならない。

③600MHz周波数帯の獲得

両社とDISHは、DISHの有する600MHzの周波数帯を両者が自らの顧客に使用させるために賃借するための善意の交渉を行うことを義務づけている。これにより、DISHが自らのネットワーク構築を完成させるより前から消費者に600MHzを利用させることができるようになる

り、また、T-Mobileが利用者を5Gネットワークにより迅速に移行することを促すことができる。

④MVNO契約

両社及びDISHは、少なくとも7年以上に渡る全面的なMVNO契約を合理的な条件で締結することを求めている。これに付随して、両社はDISHに対して適法なトラフィックを拒絶したり、同社を差別的に扱ったりすることが禁じられ、同社に対しDISHの顧客が両社のネットワークを利用するために必要な全てのサポートを提供するために合理的な努力を尽くすことが義務づけられる。

⑤設備ベースの参入および事業拡大

両社は、FCCに行ったネットワーク構築に関する以下の約束を遵守しなければならない。
(1)世界をリードする5Gネットワークを構築すること、具体的には、合併の完了から3年以内に、人口の4分の3を中域スペクトルで覆い、97%を低帯域スペクトルでカバーすること、合併の終了から6年以内に5Gネットワークの導入し、全人口の少なくとも99%が5G低周波数帯にカバーされ、人口の少なくとも88%が5G中周波数帯にカバーされること。(2)地方に関しては、合併の完了から6年以内に低周波数帯は人口の90%のカバー率、中周波数帯は66.7%のカバー率を達成すること(3)家庭内ブロードバンドサービスに関して、3年以内に960万軒(うち地方の家庭260万軒)、6年以内に2,800万軒(うち地方の家庭560万軒)に対して営業活動を行い、うち一定数の契約数を得ること。

また、DISHも6月14日にFCCに対して行った5Gネットワーク等の構築に関する約束、すなわち、DISHの周波数を使って5Gネットワークを構築し、i) 少なくとも合衆国国民の70%が35Mbpsあるいはそれ以上のダウンロード速度を享受するようにすること、ii) 少なくとも15,000の5G無線基地を構築すること、iii) 少なくともDISHの30MHzのダウンリンク周波数が、DISHの全国に展開された5G無線基地の平均となるようにすること、を守ることが義務付けられる。

⑥MVNO対応

両社は、現在の全てのMVNO契約を原則として同意判決失効まで現在の条件で延長しなければならない。これにより、両社のネットワークを利用するMVNOは継続して消費者の選択肢となり得る。また、当該MVNOも本同意判決の失効まで存在維持することができる。また、T-MobileとDISHは、eSIMテクノロジーをサポートすることおよび、リモートSIM契約やeSIMを差別しないことが義務づけられる。

⑦その他

その他の条件として監視役(Trustee)を定めること、両社が競争を阻害するような形で両社の秘密情報が利用されることのないように、ファイアーウォールを設けることを求めており、また、T-Mobileが2年間DISHから譲渡設備を買い戻すこと及びDISHが獲得設備を他の全国的

キャリアに譲渡することを禁止している。

Ⅲ 検討

1. 本件合併当初計画に関する判断について

(1) 関連市場

本件は、商品市場⁷を携帯通信サービスの小売市場とし、消費者及び中小事業者を対象としたサービスとしている。AT&T事件まではいずれも、固定無線通信サービス及び有線サービスはいずれも移動性がなく、消費者によってそれらは代替サービスとは認識されていないとして、固定無線サービス等の有線通信サービスとの代替性を検討していたが、本件では携帯通信サービスの定着を受けてか、このような代替性の検討が言及されることなく商品を携帯通信サービスであるとしている。本件では消費者及び中小事業者向けの小売市場は、事業者及び政府機関向け市場とは代替性がなく異なるとしており、これについてはAT&T事件と同様であるが、合併両者の後者市場でのシェアが低いからか、AT&T事件とは異なり本件では前者小売サービスのみを関連市場としている。

地理的範囲に関してであるが、米国政府は2003年に周波数を事業者にライセンスする際に、なるべく多くの事業者に対してライセンスを行うため、小さな区域を区切り周波数を割り当てており、現在もこの地域区分が残っている。本件と同様に全国的にサービスを展開する事業者同士の合併であるCingular/ AT&T事件、Sprint/Nextel事件、及びAT&T事件では、消費者が自己の住居または職場の近くの地域で携帯通信サービスを購入していることから、需要者側から見た代替性の観点から各ライセンス地域を関連市場としている。

これに加え、AT&T事件は、供給者側から見た代替性を根拠に全国市場も同時に画定している。また、州による訴訟において原告側は全国に加えて、T-MobileとSprintのシェアが高く競争を行なっている地域としてニューヨーク、シカゴ、LAなどを含み、全米の人口の50%をカバーする全米トップ50CMAにおいても競争を実質的に減殺するとして地域市場も画定している。これに対し、本件では初めて地域ごとの市場を画定せず、全国市場のみを画定している。訴状やCompetitive Impact Report(CIR)では地域市場については全く触れられていない⁸。CIRで触れられているeSIMなどの技術革新により、消費者が必ずしも地元の小売店で購入しなくなっていることも理由の1つとして考えられるが、地域市場の画定が行われなかった理由は具体的には不明である。本件で全国市場を画定したこと自体にはこれを支持する見解も多い⁹。

⁷ 取引の対象に関する関連市場は一般的に商品である場合もサービスである場合もあるが、ここでは便宜上全てを含めて商品市場と呼ぶ。

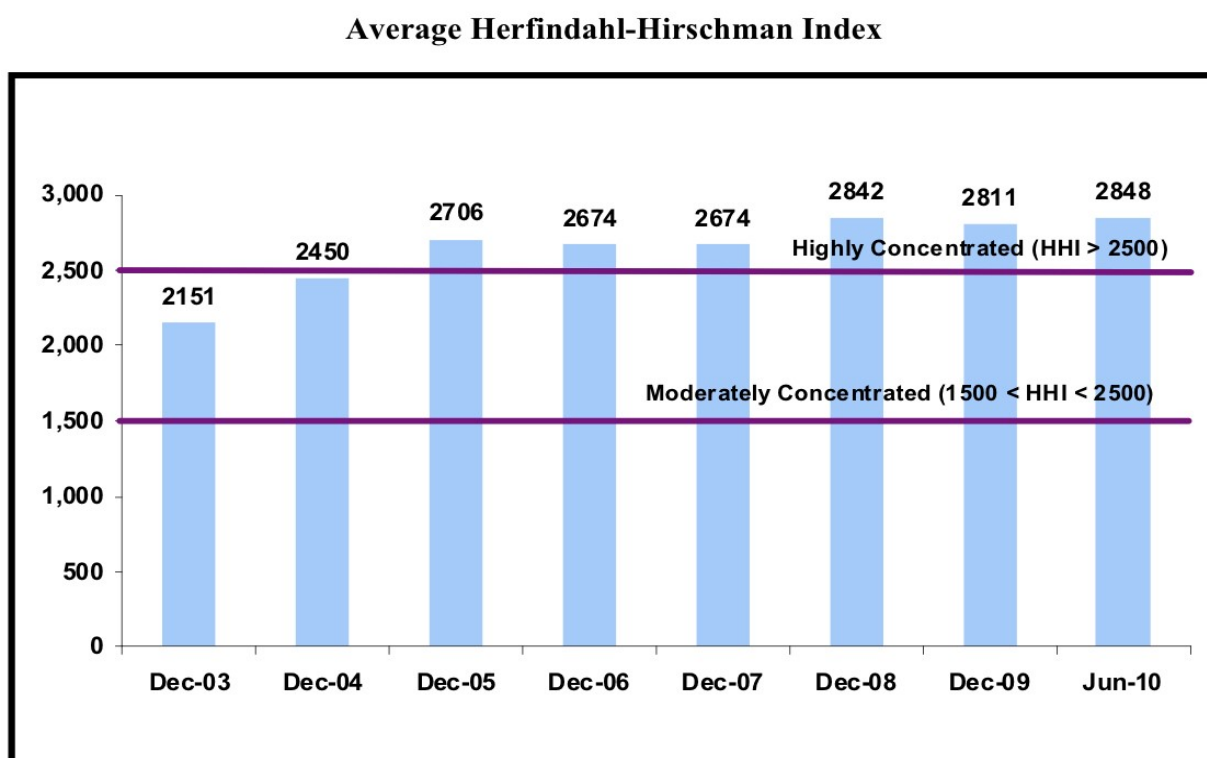
⁸ 本件合併に関するFFC決定においては、競争への影響は全国レベルでも検討する必要があるとしつつも、従来の事例と同様、各地のCMAをそれぞれ関連市場として画定している(68パラグラフ)。

⁹ American Antitrust Institute, Why the Proposed Sprint-T-Mobile Merger Should be DOA at the DOJ(written

(2) 当初合併案の競争に対する影響

米国の携帯通信サービス市場では、参考1のように2005年以降HHIは高度集中市場とされる基準となる2,500を超えており、2010年以降も上位事業者による下位事業者の合併事例が続いていることから一貫して上昇している。このような中で上位事業者間の合併が行われればその増分が200を超えることとなり、本件でもその集中度の上昇が問題の1つであると指摘されている。

参考1: 米国携帯通信サービス市場のHHI（出典 FCC Mobile Wireless Competition Report (15th Annual)）



by Diana L. Moss), June 5, 2018.

参考2：米国合併ガイドライン基準

	HHI増分100未満	100以上200以下	200超
非集中市場 (HHI:1500未満)	通常はさらなる分析を必要としない		
中程度集中市場 (HHI:1500以上2500以下)	通常はさらなる分析を必要としない	詳細分析必要	
高度集中市場 (HHI:2500超)		詳細分析必要	支配力強化推定 (反証可能)

本件におけるシェアやHHIについては訴状やCIR等に具体的な記載はない¹⁰。公開されている資料に基づき算出すると、顧客数ベースの市場シェアは、T-Mobileが約17%、Sprintが約14%、合計約31%であり¹¹、2社の合併後のHHIは3,212、合併による増分は476となる。いずれも合併ガイドラインが示す、競争減殺が推定される数値を大きく超えている(参考2)。合併が認められなかったAT&T事件の場合はHHIが3,100で、増分は700であった。本件の場合増分はこれより低いものの、合併後HHIはこれより高くなる。ただし、ガイドラインによればHHIやその増分が高くても、競争の実質的減殺があると推定されるだけであり、これは説得的な証拠により反証可能である。

本件合併につき特に以前から問題であると指摘されていたのは、全国レベルの事業者4社のうちの2社が合併することによる協調的な競争制限効果である。一般的に寡占が進めば市場参加者間の協調が懸念されると言われており、携帯通信サービス市場において何社までであれば競争が機能するかにつき、2社では競争を維持するためには少なすぎるという点については各国共通した見解のようである。他方、3社では少なすぎると言えるのかについて、例えばカナダでは4社から3社寡占となり、それ以降価格が上昇したという指摘がある一方で¹²、では4社必要なのか、という点については必ずしも一致した見解はないようである¹³。

AT&T事件は本件同様に3社寡占につながる合併案であったが、協調的な競争制限効果を検討するにあたりこの事例で強調されたのは、T-Mobileの市場でのMaverickとしての経営姿勢

¹⁰ FCCの決定においても、シェアやHHI等は伏せられている。

¹¹ Mike Dano, How Verizon, AT&T, T-Mobile, Sprint and more stacked up in Q1 2017: The top 7 carriers, FierceWireless, May 8, 2017.

¹² 英国OFCOMの25か国の市場を対象とする調査では、4社寡占市場から「破壊的なプレーヤー」がいなくなり3社寡占となった場合には、平均17.2～20.5%の価格上昇があった、とされている。OFCOM, A Cross-Country Econometric Analysis of the Effect of Disruptive Firms on Mobile Pricing, at 2 (March 15, 2016), available at https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0019/74107/research_document.pdf.

¹³ 前掲注(4)。

であった。2010年水平的合併ガイドラインは、合併が、市場において消費者に利益をもたらすような「破壊的役割」を果たす **Maverick**を市場から消滅させることにより競争を実質的の減殺させることがないか検討すると述べる¹⁴。同事件では、**Maverick**である**T-Mobile**が市場から消滅することによって、市場に残った3社による協調的行動による競争の実質的減殺が生じるとされている。

これに対し本件では、ポストペイドの分野を含めた市場全体に関して**Sprint**が消滅し、3社寡占となることによる協調的効果について、訴状及び**CIR**には、「残った3社による協調が高まり、それに対して市場が脆弱な状態に置かれることも懸念され」、「協調が高まることにより、高価格、イノベーションや品質の低下や選択肢の減少につながり消費者に損失がもたらされ得る」との記述があるのみであり、その詳細については**CIR**には記載がない。本件合併につき州が提起した訴訟において原告は、**Sprint**が急速に米国で5Gの展開を開始しており、そのインフラ、顧客規模、周波数の保有程度、等から、他の3事業者に対して競争圧力を与えていること、仮に合併が成立した場合に、すでに首位2社と肩を並べる規模となった新会社にとっては、これまで**T-Mobile**がとってきた「非キャリア」「チャレンジャー」としての低価格政策を取ると収支に与える影響が大きいこと、またそのインセンティブもなくなること、各社が価格を発表することから価格については透明であり各社が価格シグナルを送り合う市場環境であること、顧客の側には交渉力がないことなどから、さらに協調が進むと主張している。ただし、この訴訟の連邦地方裁判所判決は、協調的効果が生じることには懐疑的である。その理由として、**T-Mobile**が**Maverick**としての性格を残したまま市場に存在することをあげている。判決は、**T-Mobile**が消費者向けプランを低価格で提供することにより顧客を獲得してきており、合併後協調することによりこれまで築いた自らのイメージを壊すことを選択するとは考えにくく、**T-Mobile**が他の2社と比べ多くの空き容量を有していること、また、**Maverick**戦略をとってきた経営陣が合併後もそのまま指揮を執ること等から、**T-Mobile**の合併により協調的効果が生じるとは考えられないとしている。

本件で特に問題であると指摘されたのは、単独の競争制限効果である。本件では小売全体の約30%の顧客をめぐり**T-Mobile**及び**Sprint**が直接激しく競争を行っているプリペイドの携帯サービスをめぐる競争の消滅が問題とされている。プリペイドの市場シェアについては訴状では非公開となっており正式な値は不明であるが、ある調査によれば、全米における2018年度第3四半期**T-Mobile**が36.5%、**AT&T**が29.3%、**Sprint**が15.7%、**Verizon**が8.2%であり、本合併計画では、**T-Mobile**が過半数のシェアを有することとなっていた。

差別化された商品市場における密接代替品の競争に関する、いわゆるユニラテラル効果について、ガイドラインにおいて単独行為による競争制限効果の主な4つの例の1つとしてあげ

¹⁴ USDOJ&FTC, Horizontal Merger Guideline (2010), P3.

られている。ガイドラインでは、検討の中心は合併当事者がそれぞれ販売していた商品がどの程度直接的に競争関係にあったかという点であり、直接的に競争関係が強く認められ、また、合併当事者以外の事業者の商品が需要者の選択肢として考えられないような場合に、反競争効果が懸念されるという。ポストペイドと比較してプリペイドの分野ではトップ2社のシェアは相対的に低く、2014年にプリペイドブランドであるLeap Wirelessを買収したAT&Tは30%弱程度の全国シェアしか有しておらず、37%弱を占めるT-Mobileの後塵を配していた。本件CIRで指摘されたように、プリペイドの顧客は都市部の低所得層が多くコスト感に敏感な層であり、合併両社はプリペイドの分野で激しい価格およびサービス競争を続けてきた。当初計画通りに合併が実現した場合、T-Mobileが激しく競争を行ってきた2つのブランドを保有することになり、一方のブランドで小幅ではあるが実質的で一時的でない値上げが行われた場合に、顧客は他方のブランドに流れることが予想される。FCCの決定文書においても、合併両当事者のブランドが相互に密接代替品であるとされ、具体的数字は伏せられているが、経済モデルにおいても価格上昇圧力が生じると認定されている。

また、Boostというプリペイド分野における価格面、サービス面での競争牽引者が消滅することにより、プリペイドの競争がポストペイドをめぐる競争に間接的に及ぼしてきた競争促進効果の消滅もCIRでは懸念されている。

本件合併が当初計画通りに行われた場合、市場の競争を実質的に減殺する恐れがあるとする司法省の結論自体を批判する見解はほとんど見られない。

2. 同意判決について

(1) 問題解消措置

①問題解消措置の組み立て

本件の同意判決における問題解消措置の中心はSprintが保有するプリペイドブランドBoostの分割である。このような分割を典型とする構造措置は、多くの場合、競争を維持するための「シンプルで、比較的監視が容易で、確実な」方法の問題解消措置であるとされている¹⁵。2004年ガイドにおいても、問題解消措置としては構造措置がまず優先されることが示され、2011年ガイド全体としては、構造措置だけではなく場合によっては行為措置も取ることを示し、より柔軟に対応するという方針を示しているが¹⁶、本件のような水平的合併については、「市場支配力の強化は、合併がなければ競争をもたらしたであろう類似の資産の組み合わせの結果生じる」ものであり、「水平的合併により競争上の問題が生じる場合には、資産の全部又は一部に対する共通のコントロールが生じることを防ぐことにより競争を効果的に維持することが、典型的な問題解消措置となる」として、原則的には構造措置が問題解消措置と

¹⁵ United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 331 (1961).

¹⁶ 田平恵「米国司法省による問題解消措置に関するガイドについて」公正取引737号67頁。

なることを表明している¹⁷。本件における問題解消措置も、この点で従来の司法省の立場と整合的である。

本件では、構造措置に加えて行為措置も行われている。2011年ガイドでは上記のように水平的合併の場合の典型的な問題解消措置として構造措置をあげるものの、場合によっては構造措置と行為措置の組み合わせが最も効果的であるとされ、本件もそのような場合に当たると考えられる。

②Boostの分割譲渡等による第4の事業者の市場参入

本件同意判決において、Sprintが保有するBoostのほか、周波数のライセンスについても譲渡が命じられている。また、新T-MobileはDISHに対して、希望に応じて過渡的サービスを提供することを義務付けられることとなる。前述のように、T-MobileとSprintは両社ともプリペイド部門に強く、携帯通信サービス市場の約30%を占めるプリペイドサービスのうち約半分のシェアを有し、それぞれが保有するプリペイドブランドであるMetroとBoostは互いに最も近接した競争者であった¹⁸。本件合併が当初計画通り実現した場合、いずれか一方の値上げを行なった場合にその売り上げの減少を他方の売り上げ増により補うことができる、いわゆるユニラテラル効果も懸念されるため、Boostを譲渡することを求めることは、問題解消措置としては必要であったと考えられる。

しかし、単にBoostを他の事業者に譲渡するだけでは競争の回復のためには十分とはいえない。州による訴状において指摘されていることであるが、仮にBoost MobileがMNO以外に売却された場合、MVNOとして事業活動を行うこととなる。MVNOとして活動する場合、BoostはいずれかのMNOからネットワークアクセスを購入する必要がある、その意味においてBoostは自己の価格と提供する品質を間接的に制限されることとなる。他方、他のMNO、すなわちAT&TやVerizonに譲渡された場合、すでに有する支配力を強化することとなるため、適切であるとは言えない。従って、一定の周波数を有し自らMNOとして活動できる新たな事業者に譲渡される必要があった。

譲渡を受けることとされたDISHは、コロラド州に本社を置くネバダ州法人であり、衛星および周波数帯を財産として保有し、主にテレビサービスを提供している。2018年、Dishは1,200万人の有料テレビの契約者がおり、136億ドルの収益があった。

2004年問題解消措置ガイドは、分割譲渡の相手方はすでに市場で当該事業活動を行なっている事業者、すなわち、事業活動を行うために必要な設備のみならず、人的資産、カスタマーリスト、情報システム、無体財産、及び経営インフラを保有している事業者であることが望ましいとしている¹⁹。本件の場合、DISHはすでに有線テレビ事業を行なっており、一定の

¹⁷ DOJ, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, I.B.1(2011).

¹⁸ Complaint, para 20.

¹⁹ DOJ, Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, III.C(2004).

周波数を保有しているが、携帯通信サービス事業は従来行なっておらず、新規参入者に対する分割譲渡ということになる。ただ、上記のように、すでに市場において能力のあるMNO、すなわちVerizonやAT&Tに譲渡することはできず、また既存の小規模事業者も合併等により数が少なくなり、小規模ゆえに譲渡を受けるだけの余裕がある事業者もほとんどいない中で、すでにある程度の周波数を保有し5Gへの参入を希望していたDISHは条件にある程度合致する数少ない事業者であったのであったと思われる。上記に挙げた従来の携帯通信サービス市場に関する同意判決で合併が認められた事案では、判決時点で譲渡先まで決定していた事例は見当たらないが、本件でDISHを相手先として挙げられているのは、そのような事情もあるのではないかと推測される。

これにより、AT&T事件でも競争が適切に保てないとされ、司法省が問題であると指摘していた3社寡占となることは回避され、合併後も市場には全国規模の事業者が一応4社残ることとなった。しかし、問題は、譲渡先であるDISHに従来のSprintと同様の活発な競争行動を行う能力、及びその意思があるかである。

携帯通信サービス分野への新規参入者であるDISHはまずはBoostブランドによりプリペイド分野に参入することとなる。しかし、上記のようにDISHには携帯通信事業者としての経験はないため、その競争力は未知数である。合併会社には合併後もDISHをサポートする義務が課されるが、どの程度それがなされるかはわからず、また、DISHは自らのネットワーク構築までに一定期間かかると見られておりその間MVNOとして活動するため、現在のSprintと同様にT-Mobileに競争圧力をかけ得る存在となるのかは疑問であるとの指摘がなされている。このような懸念に対し、まず競争圧力をかけ得る能力をDISHが有することを確保するために、5G設備の整備をDISHに義務づけている²⁰。また、DISHが自らのネットワークを整備するためには一定の時間がかかるため、合併両社に対しDISHと少なくとも7年間は合理的な条件でのMVNO契約の締結を義務づけており、これによって、DISHは自らのネットワーク構築する一方で、同意判決直後から合併会社のネットワークを利用してMVNOとして運営することができるように考慮されている。また、eSIMを十分にサポートする義務を合併当事者に課すことにより、店舗数において劣るDISHにとっての参入にあたっての障害をさらに軽減すると考えられる。

ただ、プリペイド分野でのDISHと新会社との競争が、現在までMetro及びBoostの2社間で行われてきた競争のように活発に行われるかについてだけでなく、携帯通信サービス市場全体の協調関係を脅かすようなMaverickとしての活動を新会社から支援を受けるDISHに期待できるのかも疑問であるとの見解もあり、従って、このような競争回復措置では十分ではなく、

²⁰ John Kwoka, Masquerading as Merger Control: The U.S. Department of Justice Settlement with Sprint and T-Mobile, available at https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2019/08/Kwoka_Sprint-T-Mobile-Settlement_8.21.19_F.pdf.

そもそも合併を禁止すべきであったとする見解も見られる²¹。

③エンフォースメント

問題解消措置が付された同意判決が下された場合、この問題解消措置が適切に実施されることが必要である。同意判決案はまずTrusteeを定め、合併当事者のコスト負担により売却が適切に行われることを監視させることとしている。

本件合併後に市場での競争が適切に維持されるためには、合併当事者のみならずBoostの譲渡先であるDISHが命令を遵守することが重要である。このため、本件では合併当事者である2社及びその親会社である2社に加え、Stipulation and OrderでDISHも判決の対象となることに合意を行っており、それに従い、判決において合意の目的に限定した形で被告として加えられている。従って、DISHが上記の義務に違反した場合は、同意判決にあらかじめ定められた制裁金のほか、他の被告事業者と同様、法廷侮辱罪(civil contempt あるいはcriminal contempt)等に問われ得る。

わが国で本件同様に合併当事者以外の第三者への設備譲渡等を命じた八幡富士製鉄合併事件同意審決は、譲渡を受けたこの第三者が積極的に競争を行わない場合に、これを強制する手立てがない点で批判されていたが、本件ではこのように合併当事者以外も同意判決の対象とすることにより、第三者をも処分の対象とすることができ、効果的なようにも思える。2011年の問題解消措置ガイドは、「従来からいくつも法廷侮辱罪で提訴を行ってきており、将来も必要な場合には同様に提訴を行う」と述べている²²。

しかし、行為措置はその遵守につき監視に困難であることが指摘され、Derlahim局長も、行為規制は執行不可能で過剰規制につながる恐れがあると述べている。そのためか、従来司法省は法廷侮辱罪等の措置を積極的に援用してこなかったと言われており、これに対する批判も多い。また、仮に提訴が行われたとしても、司法省と比較して資金力もある大規模事業者は訴訟において最大限抵抗を行うことが予想され、このような制裁が制度的にあるとしても期待できないのではないかという見方も、合併の反対論者には多い。実際に、同意判決において合併当事者に課される義務の中には、「DISHに対し強力な(robust)サポートを行う」などの具体的ではない義務も含まれており、このような条項が争われる可能性がある。

(2) 効率性についての言及

本件において両社は、5Gネットワーク網の構築に関して効率性の主張を行っていた。2010年水平的合併ガイドラインでは、認められるような効率性は認識可能な(cognizable)「合併固有」の効率性である必要があるとする。すなわち、考慮される効率性は、当該合併あるいは同等の反競争効果を有する他の手段がなければ達成されなかったものでなければならないとされる。本件においては、被告側は、合併により2社それぞれ単独では成し遂げられない

²¹ 前掲注(6)。

²² Supra note 17, at V.C.

5G網の全国的な構築が可能となる、という効率性を主張していた。これによると、T-Mobileにとって、手持ちの5G用の周波数は現在LTEに使用されており、また、5Gに適した十分な中帯域の周波数を保有しておらず、また、近い将来オークションで獲得する見込みもないため、単独では新会社が構築するような5G網は構築できない。また、Sprintは、十分な低帯域の周波数を十分保有しておらず、単独では地方で十分な5G網が構築できない。さらに、Sprintはそのシェアを近年落としていることもあり、5Gの構築は困難な状態であるが、合併が実現すれば、両社とも単独ではなし得なかった5Gサービスを米国の消費者に提供することが可能となると主張されている。

この主張につき、今後構築される5G網は、トライアンドエラーで行われていくことを考えると、ある程度大規模事業者が行うことが適しており、T-MobileやSprintが単独で行い得ない可能性があるため、合併を認めこれを担わせていくことに合理性があるとして効率性の主張を支持する見解があった²³。これに対して、両社ともすでに5Gの構築に各々着手しており、5Gに関する宣伝活動も行なっていることからこの効率性は仮に存在するとしても「合併固有」ではないとして、これを合併承認のための根拠の1つとして認めることには批判もなされている²⁴。

司法省は訴状において、単に、本合併の反競争効果を補い得るような効率性は認められないと述べるにとどまり、原告が述べるような5Gネットワーク網の構築が考慮される合併固有の効率性として認められるかについては触れていない。しかし、CIRにおいては同意判決に記載された問題解消措置の目的として、もしその措置がなければSprintが消滅して大規模事業者が3社となることにより競争が減殺される市場において、DISHを参入させて独立した競争力のある事業者に成長することを確保することに加え、「消費者が高速ネットワークにアクセスすることが可能となる等合併の潜在的メリットを実現させることができる」と述べられており、5Gネットワーク網の構築も合併によって達成できる固有の効率性として捉えているようにも思われる。

終わりに

近年、米国の携帯通信サービス市場において注目されてきた、上位4社のうちの2社であるT-MobileとSprintの合併に関する同意判決を中心に検討を行ってきた。本件のような電気通信分野における合併の場合、反トラスト法上の審査に加えて、FCCによる審査も必要となるが、2019年8月14日には委員長であるAjit Paiが他の委員に合意を認める採決を促す声明を出した後、Sprintがユニバーサルサービスの1つと位置付けられるLifelineプログラム(経済的弱者層

²³ Scott Wallsten, An Economic Analysis of the T-Mobile - Sprint Merger, Written testimony Before the Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law Committee on the Judiciary United States House of Representatives, March 12, 2019, p16.

²⁴ Kwoka, Supra note 20.

への経済的援助)の対象アカウントを88万件ほど水増しして不正に補助金を受け取った疑いが明らかとなり、Geoffrey Starks委員がこの調査に見通しがつくまで合併審査を進めることはできないと述べるなど²⁵、採決の日程が遅れることが予想されていた。最終的にFCCは、2019年11月6日、同意判決案に付された条件を合併当事者が遵守することを含む、一定の条件付きで本件合併を認める決定を行った²⁶。これにより、本件合併は連邦の規制当局レベルでは認められることとなった。

このほか、本件合併が連邦反トラスト法に反しているとして6月に10州が提訴、以降他の州もこれに加わり計14州が原告となっていた²⁷が、2020年2月10日、連邦地方裁判所は州の訴えを棄却している。これに対し14州は上告を断念し、この判決が確定している。

AT&T事件と同様に、市場に4社寡占から3社寡占状態をもたらす合併計画であったにもかかわらず、条件付きで合併を認めた本件判決については、その評価は分かれている。FCCの決定も5人の委員のうち民主党選出の2人の委員が反対を行っている。2019年4月ごろまでは司法省も本件合併にむしろ否定的であったとされており、司法省の判断に対する批判的な見解も見られる。

合併が承認されなかったAT&T事件と条件付きながらも合併が認められた本件との違いは、まず、AT&T事件は、市場第1位の事業者であるAT&TがMaverickであるT-Mobileを吸収する計画であり、Maverickの消滅により協調的効果が大きく懸念されるものであったのに対し、本件では第3位と第4位との合併事案であり、上位の事業者の支配力が強化されるわけではないことに加え、Maverickとして事業活動を行ってきたT-Mobileの合併前の経営陣がそのまま継続的に経営を行うとされており、AT&T事件ほど協調的効果が懸念される状況ではなかったこと、本件ではプリペイド市場における反競争効果が強く懸念されたものの、すでにある程度自ら未使用の周波数を有するDISHという受け皿が本件の場合存在し、その参入により単独行為による競争制限及び協調的行為による競争制限双方の問題を解消すると考えられたこと、さらに、国として5Gの全国的普及が急がれる中、本件合併により同ネットワーク網構築が少なくとも促進されるという競争促進効果(あるいは政策目的)の存在があったことであるように思われる。

本稿では、T-MobileとSprintの合併に関する同意判決について検討を行ってきた。前述のように本件についてはFCCによる決定や州による訴訟においても、その競争への影響が検討されており、本件合併の評価に当たってはこれらの詳細な検討も有用であると考えられるが、

²⁵ FCC, Commissioner Geoffrey Starks Calls for Withdrawal of Draft Sprint/T-Mobile Merger Order Based on Serious Misconduct Allegations, Sep 24, 2019.

²⁶ FCC Press Release, available at <https://docs.fcc.gov/public/attachments/DOC-360637A1.pdf>

²⁷ 原告となっていたのは以下の州である。New York, California, Connecticut, Hawaii, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nevada, Illinois, Virginia, Wisconsin, Oregon, Pennsylvania and the District of Columbia. 元々、これらの州を含む25州が何らかの提訴を行っていたが、合併当事会社による交渉などの結果、11州が提訴を取り下げている。

それについては他日を期したい。

第 6 章

オンラインモール事業者に対する競争法の適用問題

大阪大学大学院法学研究科教授
武 田 邦 宣

I はじめに

2020年11月10日、欧州委員会（以下、「委員会」という）は、アマゾンに対して異議告知書を送付した。2019年7月17日、委員会は、アマゾンがマーケットプレイスで商品を販売する小売事業者の重要なデータ（sensitive data）を利用することが競争法に違反することについて、決定を行うための正式調査を開始したことを明らかにしていた。ベステアー委員は、Eコマースが消費者に対して多大な便益をもたらしてきたことを認めた上で、アマゾンの「2つの役割（a dual role）」を前提とした行為がEU競争法に違反することがないかを精査するという¹。

ここでいう「2つの役割」とは、①アマゾンが小売業者として自身のウェブサイトの商品を販売しつつ、②独立の小売業者（以下、単に「小売業者」という）が消費者に商品を販売するためのプラットフォーム（アマゾンマーケットプレイス）を提供することを意味する。委員会によれば、アマゾンは、マーケットプレイスの運営において、小売業者の商品や取引にかかる競争上重要な情報を収集しているという。そして、このような情報収集に基づき、次の2点について詳細な審査を行うとする。

すなわち、第一に、アマゾンと小売業者との標準契約において、アマゾンが第三者の販売データ（accumulated marketplace seller data）を利用することで、競争にどのような影響を与えるのか。第二に、データが「バイボックス（Buy Box）」の獲得にどのような影響を与えるのか。後者のバイボックスについて、マーケットプレイスにおける取引の多くはバイボックスに表示される商品についてであり、バイボックスの獲得は、小売業者にとって極めて重要な意味を持つという。

デジタルプラットフォームについては、「市場における競争（competition in the market）」、「市場を求めた競争（competition for the market）」について、それぞれ次のような議論がなされてきた²。

まず、「市場における競争」については、無料サービスの提供にかかる市場をどのように評価するのか、同評価との関係で品質やイノベーションをどのように評価するのか、無料サービスはユーザーの個人データの提供と引き換えに提供されていることが多く、そのようなデータ提供をどのように評価するのかなどが議論されてきた³。

次に、「市場を求めた競争」については、ネットワーク効果や規模の経済性によって一人勝ちをもたらしかねない市場において、市場のコンテストビリティを確保するためにどのよ

¹ European Commission, Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon, 17 July 2019.

² 拙稿「デジタルプラットフォームの市場支配力分析」公正取引797号19頁（2015年）参照。

³ プラットフォーム事業者による市場支配力の行使は、不透明かつしばしば理解困難な利用条件に同意を求めて個人データを提供させつつ、それを自由にマネタイズするとの形式を取りうる（Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report (2019) [hereinafter cited as Stigler Report], at 29）。

うな施策が可能か、特に、ユーザー側のマルチホーミングの確保、データポータビリティにかかる制度設計が議論されてきた。また最近では、「キラーアキュジション (killer acquisition)」として、プラットフォーム事業者による新規参入企業の買収が、新規参入企業に対するエクジットの機会を与えるとの望ましい機能を有するものの、時に潜在的競争者を排除するとの効果をもたらしていないかが議論されている。

これらに対して、アマゾンのようなオンラインモール、アップルストアのようなアプリストアにかかる競争問題は、「市場の上での競争 (competition on the market)」と呼べるものである。ここで「市場 (market)」とあるのは、マーケットプレイスであり、またアプリストアを指す。自らが管理する「市場 (market)」での競争について、どのようにその公正さを確保するのが論点になるのである。

そしてこのような「市場の上での競争」問題は、わが国においても解決すべき喫緊の問題として認識されている。すなわち、公正取引委員会が公表したオンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引にかかる報告書は、「オンラインモール運営事業者…が利用事業者の出品する商品と競合する商品を販売する場合があります、そのような場合にはオンラインモール事業者…と利用事業者との間においても競争が行われる」として、「2つの役割」を認識する。その上で、「特に運営事業者が、①どのように規約を変更しているのか、②利用事業者の取引データを自らの直接販売に利用していないか及び③検索アルゴリズムを操作することなどにより自己…を優遇していないかという点については、…引き続き注視していく」とするのである⁴。

本稿では、上記2つの役割を有するアマゾンに関して、公取委報告書における②および③の問題、すなわち「横取り (appropriation)」の問題と、「自己優遇 (self-preferencing)」の問題について、欧米での議論を検討した上で、プラットフォーム事業者に対する規制のあり方を検討してみたい。これら検討を通して、わが国における規制を考える際の示唆を得ることにする。

II 「横取り」の問題

アマゾンに関しては、その規制のあり方が政治的アジェンダにもなっている。2020年の米国大統領選挙において、民主党のエリザベス・ウォーレン上院議員は、アマゾンの2つの役割を取り上げ、審判と選手とを兼ねることが公平かと論点を提起し⁵、また、2020年月に開催された下院司法委員会反トラスト小委員会の公聴会において、アマゾンのベゾスCEOに対

⁴ 公正取引委員会「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引）」（令和元年10月）17頁、99頁。

⁵ This is why Warren wants to break up big tech companies,
<https://edition.cnn.com/videos/politics/2019/04/23/elizabeth-warren-amazon-google-big-tech-break-up-town-hall-vpx.cnn> (last visited Sep. 20 2020).

して、マーケットプレイスにおける販売業者の販売データを自己に有利に利用しているのではないかとの指摘がなされた⁶。

アマゾン米国はオンライン販売について50%以上のシェアを有するとされる。そしてアマゾンのマーケットプレイス事業は、拡大する様々な事業の中でも収益性の高い事業であると言われる⁷。同マーケットプレイス事業において、アマゾンはプライベートブランドを拡大していると言われる。すなわち、マーケットプレイスでの情報収集を基礎に、売れ筋商品を「アマゾンベーシック (AmazonBasics)」として販売するというのである。このような横取りは商品だけではなく、商品情報のスクレイピングにも及んでいると言われる。アマゾンが審判と選手を兼ねることによって、このような横取りが可能になっていると指摘されるのである。

このような行為については、販売業者がビジネス上のリスクを負うのに対して、アマゾンのビジネスリスクはゼロであり、競争が不公正であるとの指摘がなされる⁸。すなわち、まず、販売業者の参入によってアマゾンの横取りを誘引するならば、必ず参入の失敗をもたらす領域という「キルゾーン (kill-zones)」が生じることになり、スタートアップ企業へのファイナンスの減少を指摘する意見がある⁹。また、新規参入者は短期の利潤のみを考えるがゆえに、市場価格が高止まりすることを指摘する意見もある¹⁰。そしてこれらから、市場ではなく、アマゾンのような「ビッグテック (Big Tech)」が市場の勝者を決定することになると指摘されるのである¹¹。

さらに学説には、インターネットのエンドツーエンド原則への侵害を問題にする意見もある¹²。すなわちインターネットは、同原則に基づくアーキテクチャを採用することで、エンドにおけるイノベーションが活発化されと考えられている。横取りといった行為は同原則を完全に無意味にする行為である。そのような行為についてはイノベーションへの影響を具体的に示す必要なく、行為自体にイノベーションへの脅威を捉えて、規制対象にすることも可能になりそうである。

このような指摘に沿うように、アマゾンによる参入が価格の低下や消費者の満足をもたらすことなく、小規模事業者による市場参入を断念させる効果をもたらしただけとの評価もな

⁶ Amazon CEO Jeff Bezos questioned over use of third-party seller data, <https://www.cnbc.com/2020/07/29/tech-ceo-antitrust-hearing-live-updates.html> (last visited Sep. 20 2020).

⁷ L.M.Khan, The Separation of Platforms and Commerce, 119 COLUM.L.REV. 973 [hereinafter cited as Separation of Platforms], 985-987 (2019).

⁸ T.Hoppner & P.Westerhoff, The EU's Competition Investigation into Amazon's Marketplace (2018), at 3.

⁹ Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report (2019), at 76-77.

¹⁰ Kahn, Separation of Platforms, at 1011.

¹¹ Khan, Separation of Platforms, at 1011 n.207. アマゾン以外にも横取りは問題になる。フェイスブックは競合アプリを追跡した上で、それを模倣するか、買収するとし、アップルは自らの脅威となるアプリをレーダーによって監視すると指摘する, Khan, at 1002, 1008参照。

¹² Khan, Separation of Platforms, at 1014.

されるが¹³、アマゾンの行為を定量的に評価する研究はないようである。アマゾンの行為の効果は必ずしも明らかではないが、アマゾンが販売データを利用して売れ筋商品を自ら販売することになっても、それらは知的財産を侵害することではなく、アマゾンベーシックはスーパーマーケットのプライベートブランドと同じであり、これを規制することは「小規模な販売業者が大きなマージンを求めることを、消費者が低価格を求めることよりも優先するものだ」との指摘もある¹⁴。

Ⅲ 自己優遇の問題

1. アマゾンによる自己優遇

EU競争法で問題とされるのが、アマゾンの「自己優遇」である。2つの役割を有することを前提に、アマゾンは、仮に他の販売業者が安い商品を販売していたとしても、自らをデフォルトの販売業者とするのである。このような自己優遇はアマゾンに極めて有利な地位を与えると評価される¹⁵。さらにユーザーが販売業者からの購入ページに移動したとしても、最後まで広告を表示し続けるという。ここでは、①アマゾンがマーケットプレースの運営で集積したデータの利用が、アマゾンと小売業者間の小売競争にどのような影響を与えるのか、また、②「カートを取る者 (the winners of the “Buy Box”)」をどのように選別しているのが問題となる。

アマゾンの販売について、「Buy Box」の商品は圧倒的に売上が大きいと言われており、アマゾンの販売量の8割とも指摘されている¹⁶。ここでは、消費者が目立つものに惹かれるとの「セイリエンシーバイアス (saliency bias)」が機能しているとの指摘がある。最も売れ行きのよい場所に自身の商品を配置することで競争者を排除するとして、そのような自己優遇行為を競争法によって規制することが可能であろうか。セイリエンシーバイアスを利用した自己優遇の問題について、グーグルショッピング事件¹⁷との共通性を指摘する意見もある。同事件では、一般検索の検索結果について自身が販売する商品をトップに表示するほか、「目立つインターフェイス (eye-catching interfaces)」により表示することが、問題になった¹⁸。また、オンライン広告市場について最も重要な課題の一つは、広告取引 (アドエクスチェンジ) でのラストブックである¹⁹。これも取引の場を提供する者がその立場を利用して自己の

¹³ Khan, Separation of Platforms, at 994.

¹⁴ H.J.Hovenkamp, Antitrust and Platform Monopoly, (2020) Faculty Scholarship at Penn Law 2192, at 46.

¹⁵ Khan, Separation of Platforms, at 988.

¹⁶ Khan, Separation of Platforms, at 988 (82%とする)。

¹⁷ Google Search (Shopping), Case COMP/AT.39740 (2017)。

¹⁸ FTC, Memorandum on Google Inc., File No.111-0163 (2012), at 30.

¹⁹ 川濱昇・武田邦宣「オンライン広告市場の競争分析」RIETIディスカッション・ペーパー20-J-013 (2020年)。

利益を確保しようとする行為である²⁰。これらから明らかなように、自己優遇はプラットフォーム規制の中心的課題の一つである。

2. その他の濫用行為との関係

自己優遇は経済学的にレバレッジ（leverage）と整理できよう。他方、法的なセオリーオブハーム（legal theory of harm）が何かが問題となる。グーグルショッピング事件では、自己優遇の違法性判断基準として、次のように要件が示された。すなわち、①競争の重要なパラメーターへの影響があること（トラフィック）、②反競争効果をもたらし得る重大な影響であること、③正当化事由がないことである。このような要件で定義される自己優遇が、取引拒絶、差別取引、抱合せといった、支配的地位の濫用規制にかかる既存の違反行為類型とどのような違いがあるのかという問題がある。

たとえば取引拒絶との違いである。よく知られるように、EU競争法の執行機関である委員会は、伝統的に、港湾施設など物理的施設の利用に関する取引拒絶を、不可欠施設理論によって積極的に規制してきた²¹。これに対して司法裁判所は、次のような要件によって、欧州委員会による積極的規制を抑制しようとした²²。すなわち、物理的施設ではない新聞販売網が不可欠施設に該当するかが問題となったBronner事件において、欧州司法裁判所は、①投入物が下流市場における競争に「必要不可欠」であること、②取引拒絶が下流市場における競争の完全な排除につながることを、③取引拒絶が客観的に正当化されないことという3要件を満たして、はじめて単独の取引拒絶が濫用行為に該当すると述べた²³。これら3要件は、過剰な競争法規制への懸念に基づく²⁴。

そして、Bronner事件は、競争者が不可欠施設を構築し得ないことのみで「必要不可欠」要件を充足することはなく、不可欠施設に対する二重投資が市場において経済的に実現不可

²⁰ さらに、アップル社が、競合するスポティファイ社などに対して選択的に30%以上の手数料を請求するのに対して、自身のアプリについては課金を行わず、またスポティファイ社がユーザーと直接取引をすることを妨げ、さらにスポティファイ社のアプリを機能向上させることを妨げるなどが指摘されている（Khan, Separation of Platforms, at 1007）。

²¹ 拙稿「欧州における不可欠施設理論：戦略的過少投資と市場支配的地位の濫用」日本エネルギー法研究所月報230号（2014年）、根岸哲「『エッセンシャル・ファシリティ』の理論とEC競争法」（『正田彬先生古稀祝賀・独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂，1999年）所収）303頁以下、柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（一）」香法22巻2号94頁以下（2002年）、泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引637号32頁（2003年）参照。

²² K.TALUS, EU ENERGY LAW AND POLICY: A CRITICAL ACCOUNT (2013), at 122.

²³ Bronner, [1998] ECR I-7791, para.41.

²⁴ 法務官Jacobsは、取引先選択の自由、投資インセンティブの保護、競争法の目的（競争者の保護が目的ではない）という3つの理由から、単独の取引拒絶に対して慎重な態度を示す（Opinion of Advocate General Jacobs on Case C-7/97, para. 56-58）。See P.MOSER & K.SAWYER, MAKING COMMUNITY LAW: THE LEGACY OF ADVOCATE GENERAL JACOBS AT THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE (2008) 118-120 (R.Whish)。

能であることをもって同要件を充足するとした²⁵。これは、取引拒絶の規制が競争者の保護にならぬよう、経済合理性の観点から同要件を検討すべきことを意味する²⁶。このように取引拒絶については過剰規制を抑制するための詳細な要件が存在するにもかかわらず、取引拒絶と構成し得る行為について、新たに「自己優遇」という濫用行為類型を創設して、取引拒絶にかかる成立要件を回避することが果たして適当なのかという問題が生じる。

3. 新たな濫用行為

新たな濫用行為概念にかかる同問題について、委員会のチーフエコノミストのT. Valletti et al.によれば、「既存の濫用行為のカテゴリーでは急速に変化する市場に対応し得ない (Ready made abuse categories might not fit new and quickly changing markets)」と述べる²⁷。確かにEU競争法においては、これまでも新たな濫用行為が認められてきた。もっともよく知られた例は、スクイーズである。米国では取引拒絶や不当廉売とは異なる別個の独占行為としてのスクイーズの存在を認めないのに対して、EUではそれらとは異なる別個の濫用行為としてのスクイーズの存在を認める。スクイーズと性質決定されれば、判例法上、必要不可欠性は要件とはならない²⁸。

しかし容易に新たな濫用行為の類型を認めるのであれば、濫用行為規制は法ではなく政策の問題になってしまう²⁹。また事業者の予測可能性を損ない、結果としてイノベーションのインセンティブを減じることになるとの指摘もある³⁰。ここでは、競争者排除行為の規制基準一般にかかる議論が参考になるであろう。市場効果ないし厚生への影響のみから競争者排除行為の競争法上の違法性判断を行うとの考えについて、①事業者の予測可能性を損ない排除行為との認定を恐れて事業活動を萎縮させ得ること、②損害を受けたとの競争者の主張が影響力を持ちやすく、競争者への損害のみをもって違反認定がなされがちなこと、③そのた

²⁵ Bronner, [1998] ECR I-7791, para. 45-46. P.I.Colomo, Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping, 10 J.EUR.COMP.L. & PRACT. (2019) 532, 539.

²⁶ 必要不可欠要件が上流市場における自然独占性を意味するのであれば、複製費用が小さい知的財産権のライセンス拒絶については、同要件が102条の適用範囲を限定することがない。そこで、ライセンス拒絶については、必要不可欠要件は、ライセンシーがライセンサーの商品とは異なるイノベーション商品を生み出すとの要件へと修正される (IMS Health, [2004] ECR I-5039, para.38)。

²⁷ A.Amelio, T.Valletti et al., Recent Developments at DG Competition: 2017/2018, 53 REV.INDUS.ORG. 653, 664 (2018)。

²⁸ P.I.Colomo, Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping, 10 J.EUR.COMP.L. & PRACT. (2019) 532, 539, 548. TeliaSonera事件判決 (Case C52/09 Honkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, EU/C 2011/83 [2011]) において司法裁判所は、スクイーズについて、取引拒絶の問題ではなく、不当な価格設定の問題とする。不当廉売に必要不可欠性が要求とされないことと共通して、スクイーズに必要不可欠性を要求しないことになる。

²⁹ P.I.Colomo, Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping, 10 J.EUR.COMP.L. & PRACT. (2019) 532, 548.

³⁰ R.Carlton & R.Haria, Self-Preferencing: Legal and Regulatory Uncertainty for the Digital Economy (and Beyond?), CPI ANTITRUST CHRONICLE June (2020), at 25.

めに競争者において活発に競争するインセンティブが損なわれてしまうことなどが指摘されている³¹。これら指摘は、オーダーメイドで濫用行為を創出していくことにも当てはまるであろう。

IV 規制のあり方の問題

1. プラットフォーム規制のあり方

さて、横取りや自己優遇といった新たな競争上の課題が生じる中で、アマゾンのようなプラットフォーム事業者に対して、どのような規制を行っていくべきか。料金規制やアクセス規制・構造分離といった伝統的な公益事業規制がうまく機能するかが問題となる。しかし前者については、料金規制を課すとしてその前提となる費用の算定ないし資産の算定が、多くのプラットフォーム事業者のようなグローバル企業については困難であることが指摘される³²。また後者については、ボトルネックの対象を特定してそれを切り出すことの困難さのほか、そもそもそれらレメディが前提とする自然独占性がプラットフォーム事業者に見出すことができるのかが指摘される³³。

そこで、プラットフォーム事業者に対しては「自主規制 (Self-Regulation)」や「行動規範 (Code of Conduct)」を基礎としたライトタッチレギュレーションが志向されることになる。その例は、EUプラットフォーム規則 (Regulation 1150/2019 (2019)) であり、またわが国の特定デジタルプラットフォームの透明性及び公平性の向上に関する法律となる。それら規制の対象を特定するために、ボトルネックパワー³⁴ (米スティグラーレポート) や戦略的市場地位 (Strategic Market Status)³⁵ (英ファーマンレポート) といった新たな規制対象概念が登場するところである。

スティグラーレポートは、ボトルネックパワーについて、「消費者が専らシングルホームで単一のサービス提供者 (ボトルネック) に依拠しており、これによって他のサービス提供者が事業活動を行うにあたり、それら消費者へのアクセスについて禁止的な費用の増大を被る状況を指す」と述べる。これから明らかなように、消費者を囲い込む (シングルホーム) ことができる地位が基礎となっている。自己優遇もこのような地位が前提となって競争上の問題が生じることになろう。消費者の選択をコントロールする力をもって、プラットフォームのパートナーから顧客を奪取することができるのである。

³¹ M.L.Katz, Exclusionary Conduct in Multi-sided Markets, in OECD, RETHINKING ANTITRUST TOOLS FOR MULTI-SIDED PLATFORMS (2018), at 105-106. 競争法規制ではなく事業法規制となりかねない。

³² J.Tirole, Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age (2020), at 5.

³³ J.Tirole, Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age (2020), at 5-7.

³⁴ Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report (2019), at 105.

³⁵ Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel (Furman Report), at 60.

2. 競争法規制のあり方

消費者を囲い込む地位を前提にボトルネックパワーを定義すれば、対応するライトタッチレギュレーションとして、データポータビリティやオープンスタンダードなどが考えられよう。しかし実際には透明性の確保が中心となっているようであり、EU競争法のある論者達が「規則は『公正さ』に言及するものの、その規定の大部分は透明性について述べるものだ (Although Regulation 1150/2019 refers to “fairness”, the majority of its provisions addresses transparency)」と指摘されるところである³⁶。そこで同論者は、公正さを確保するための「準規制的競争法 (quasi-regulatory competition law)」の役割について指摘する。わが国の「取引環境の透明性・公正性確保に向けたルール整備の在り方に関するオプション」(2019)も、「ルール整備に当たっては独占禁止法の積極運用を中心に据えることが望ましい」とする。事前規制と事後規制としての競争法の適切な組み合わせを考えることが必要となる。

特に、上で見た「横取り」と「自己優遇」について、「市場における競争 (competition on the market)」の公正さにかかる問題であるならば、競争法の果たす役割は大きい。しかし、そもそもどのような根拠によって、プラットフォーム事業者に対して公正さ確保の義務付けをなすのかという問題が生じることになる。このような規制の根拠についても諸外国で活発に議論されているところであるが、EUのいわゆるベステアーレポートでは、プラットフォーム事業者が競争のあり方を規律するという「ルール策定機能 (a rule-setting function)」や「マーケットデザイン (market-design)」に言及する³⁷。そして、「規制者としての機能から、支配的なプラットフォームの運営者は、プラットフォームにおける競争を、公正、公平、ユーザー中心なものとする責任を負う (Because of this function as regulators, the operations of dominant platforms have a responsibility to ensure that competition on their platforms is fair, unbiased, and pro-users)」とするのである。その上で、同レポートは、支配的事業者による自己優遇について、自己優遇にもかかわらず、商品市場において長期的な排除効果が生じない (no long-run exclusionary effects on product markets) ことの立証責任を、支配的事業者が負うべきであるとする。

グーグルショッピング事件では、支配的事業者の「特別の責任」に関して、様々な市場参加者の機会の平等 (equality of opportunity) が確保されて、はじめて歪みのない競争を確保することができる」と述べられた³⁸。濫用行為概念の拡大にかかる過剰規制のおそれについて、濫用行為概念の拡大が、市場の公正さを確保すべきプラットフォーム事業者の特別の責任に基づくものであれば、当該おそれを理由とした批判は必ずしも当てはまらないことになりそ

³⁶ A.Tonazzi & G.Carovano, Digital Platforms and Self-Preferencing, CPI ANTITRUST CHRONICLE June (2020), at 49.

³⁷ J.CREMER ET AL., COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA 60-61, 66 (2019).

³⁸ Google Shopping Decision, para.331.

うである。

おわりに

本稿では、アマゾンに対する最近の競争法上の論点として、横取りの問題と自己優遇の問題があることを指摘した。これら問題は、デジタルプラットフォームを巡ってこれまで論じられてきた2つの競争フェーズ、すなわち「市場における競争」と「市場を求めた競争」とは別に、「市場の上での競争」があることを示すものである。同市場での公正さを確保するためには、透明性確保にかかるプラットフォーム規制では必ずしも十分ではなく、積極的な競争法規制が要請される場所である。自己優遇といった新たな濫用行為概念の拡大には、事業者の予測可能性の低下、ひいては競争の停滞をもたらしかねないとおそれがある。しかしプラットフォーム事業者が「市場の上での競争」について公正さを確保すべき特別の責任を負うのであれば、必ずしもこのような懸念は当てはまらないことになる。

第 7 章

「規制のサンドボックス」制度の法的意義 ——「自主創意的型」モデルの序論的考察

日本大学教授
友 岡 史 仁

I 問題の所在——「自主創意型」の視点から

1. 従来型規制緩和政策——「行政発案型」の特質

「規制緩和(deregulation)」政策は、欧米における潮流に乗り、さまざまな議論の俎上にのせられて久しい。そもそも「規制」概念の外延が極めて多義的であるほか、「規制緩和」の考察手法も当然多様化する。また、緩和対象となる「規制」のうち、本稿では「行政上の規制」を念頭に置くが、これまで見られた方法として、積極的意義を認める立場から費用対効果をはじめとした政策的立証、各分野に応じた規制の存在意義の堅持という観点からの利害対立の明確化と現状維持の妥当性といった一定の政策的視点を基調とした考察が大半と思われる。もちろん、こうした考究自体が、規制の機能性を法的に論ずる上で重要であることに変わりはない。

具体的には、規制の分類とそのための趣旨・目的の明確化、およびその機能化とその意義の明確化といった手法が見られたが¹、電力・ガス産業といったエネルギー産業の規制緩和政策に典型的に見られるように、いずれも規制緩和の対象となる産業分野がある程度限定されていたこと、しかも組織や既存の産業構造を残していること、法的には“事業法”(または“業法”)を中心として被規制者の活動範囲を画する構造は継続されている。これに対し、規制緩和の対象が分野横断的になると、たとえば「特別区域制度」(構造改革特別区域法、国家戦略特別区域法、総合特別区域法)のように既存の行政区域を前提とし、そこで実験的にある種の分野を対象とする規制緩和手法が採られることとなり、制度上は分野を問わない。

以上の規制緩和手法に係る特徴を総括すれば、いずれも行政機関が制度立案したうえで緩和の対象を特定していき、最終的には立法化していく(法改正につなげる)というやり方である。もちろん、制度立案という行政過程の中で企業等をはじめとして利害対立する意見をくみ上げることが当然なされる点では、行政機関が一方的に決するものではないといえる。しかしながら、産業分野別の規制緩和であれば行政組織内に設立された特定の利害関係者を含む第三者から構成された審議会・検討会等による答申にのっとり、構造改革特別区域法であれば自治体という行政主体からの発案形式をとり、内閣総理大臣または政府が公表した「基本方針」に沿って具体的計画が策定されるといったように²、規制緩和の具現化はあくまで行政機関の発案によるとの「行政発案型」に軸足が置かれてきた。

2. 本稿の軸足——「自主創意型」へ

以上に対し、本稿では平成30年法律25号として制定された生産性向上特別措置法(以下、

¹ 経済的規制と社会的規制の関係が、これに当たると思われる。概要として、友岡史仁『要説経済行政法』(弘文堂、2015年)10頁以下参照。

² この点について、例えば、友岡・前掲注(1)202頁以下参照。

「特措法」という)³を考察素材とするが、本法は、日本版「規制のサンドボックス (regulatory sandbox)」制度を具体化した法律であり、その対象は「革新的事業活動」として規定されるいわゆる先端技術に係るものである。同法の具体的構造とその考察は本論に譲るが、「規制のサンドボックス」制度が本来被規制者である企業等の自主的な創意を具現化するものであることから、本稿では先の規制緩和の軸足との対比においてこれを「自主創造型」と称することができる。本制度の特徴は、本来必要とされる規制を被規制者の発意により緩和(場合によっては撤廃)することを制度上可とする構造を採る点にあり、先の「行政発案型」とは異なった規制緩和のベクトルを提示する斬新な制度として、注目されるものである⁴。

「規制のサンドボックス」制度は、イギリスの金融行動監視機関 (Financial Conduct Authority) (以下、「FCA」という)が打ち出した金融技術 (Financial Technologyと呼ばれている。以下、「FinTech」という)の促進策から派生したものである⁵。このため、制度の原型がイギリス法制にあり、仕組み自体は主に[・][・][・][・]シンガポール、オーストラリア等)を中心に発展が顕著であるが⁶、イギリスやオーストラリアでは、エネルギー技術にもこの制度を応用する事例が散見されることから⁷、他の産業分野への応用という意味でも、比較法的視点に基づく一定の考察意義があろう。

その一方、日本における事例は、本論にも言及するように、現時点では規制当局が認定する単発的な「革新的技術」にとどまっており、既存の規制それ自体への対象拡大を見越すものでもなければ、個別産業を視野に入れた面的なものでもない(少なくともエネルギー産業との関係では見られない)。このように、特措法の適用対象となり得る範囲が立法的にも行政過程的にも制限的であり、適用範囲の拡大という課題を抱えているものの、視点の重要性という点では否定できない。

こうした認識のもと、以下では①「規制のサンドボックス」制度の法的意義について検討

³ 本法については、宇賀克也「生産性向上特別措置法の制定と産業競争力強化法の改正——新技術等実証制度(規制のサンドボックス制度)を中心として」行政法研究30号(2019年)i頁以下参照。

⁴ 本法を特区制度との関係でとらえるものとして、寺田麻佑「特区と法——規制のサンドボックス制度について」地方自治860号(2019年)2頁以下、特措法との関係については、同16頁以下参照。

⁵ 金融行動監視機関によるレポートとして、See Financial Conduct Authority, *Regulatory Sandbox Lessons Learned Report* (October 2017). 邦語文献として、荻谷亜紀「FinTech振興を図る英国FCAのレギュラトリー・サンドボックス」野村資本市場クォーターリー20巻4号(2017年)32頁以下参照。

⁶ See Byungkwon Lim and Charles Low, "Regulatory Sandboxes," Jelena Madir (ed.), *FINTECH Law and Regulation* (Elgar Financial Law and Practice, 2019), p.302 et seq. 日本においては、例えば、轟木博信「新規市場の独占に向けて グレーゾーン解消措置・サンドボックス制度活用のかた」ビジネス法務18巻9号(2018年)42頁以下、田澤元章「『信頼』を確立するための規制上の課題」久保田隆編『ブロックチェーンをめぐる実務・政策と法』(中央経済社、2018年)96頁以下参照。

⁷ イギリスにおける制度概要については、See Ofgem, "What is a regulatory sandbox?" (September 2018). (https://www.ofgem.gov.uk/system/files/docs/2018/09/what_is_a_regulatory_sandbox.pdf). オーストラリアにおける具体的な進展については、See Australian Energy Market Commission, *Regulatory Sandbox Arrangements to Support Proof-of-Concept Trials* (September 2019).

したうえで(Ⅱ)、②特措法を検討素材にして考究することで、断片的ではあるが「自主創造型」に係る規制緩和政策の今後の展望を見ておきたい(Ⅲ)。

Ⅱ 「規制のサンドボックス」制度の意義

1. 制度概念と対象

(1) 一般的意義

「規制のサンドボックス」制度は、例えば、「開発者が自らの製品またはビジネスモデルを試す場面であり、それらは複数の法的要件から一時的には除外されるもの⁸」と定義付けられたり、「実験のためのスペースや規制者との対話を生み出すことで——単純化されたルールやコンプライアンスの枠組みに助けられることはよくあるとして——新たな製品が開発され試され得る⁹」といった実用的効果が強調されるように、「革新的技術」を用いた新たなビジネスモデルが実験的に構築されるために、既存制度を一定程度暫定的に緩和することを主眼とする制度を指す¹⁰。

先に触れたように、本制度は、元々は金融システムにおいて先端技術の利用促進を目指す仕組みとして位置付けられるものである。このことにつき、発祥の地であるイギリスのFCAは、この制度を行政実務の運用レベルにおいて活用しているものの、それ自体は立法化されていない(制度設計については次の2参照)。さらに、本制度は、コモンロー諸国の金融システムに強い影響を与える一方、大陸法諸国に属するスイスの事例も指摘されているように、法制度の仕組みに左右されない普遍性のある制度とも言い得る。

もっとも、コモンロー諸国の一つであるアメリカでは、事情が異なる。すなわち、一部の州法レベルに見られる積極的な進展に対し¹¹、連邦レベルでは、例えばFinTech企業に対し消費者金融保護局(Consumer Financial Protection Bureau)が事業実績に係るデータの交換を含む特定のガイドラインの順守と引き換えに「ノーアクションレター」制度を活用した暫定的な規制緩和政策を実施しているが¹²、これは上記の意味での(実験的性格を主とした)「規制の

⁸ Michèle Finck, *Blockchain Regulation and Governance in Europe* (Cambridge, 2019), p.159.

⁹ Chris Brummer and Yesha Yadav, "Fintech and the Innovation Trilemma," *The Georgetown Law Journal*, vol.107, issue.2 (2019), p.294.

¹⁰ このほかにも、「規制のサンドボックスが非常に魅力的になることとして、技術が日々の生活に流入する限りにおいて、かかる技術は議論の余地が生まれるし民主的な監視と統制の対象となることだろう。このようにして、規制上の議論に参加する公的資格が規制を正当化する新たな意味の正当性を生み出す手助けとなり得る」との評価も見られる。See Mark Fenwick, Wulf A.Kall, and Erik P.M. Vermeulen, "Regulation Tomorrow: What Happens When Technology is Faster than the Law?" *American University Business Law Review*, vol.6, issue.3 (2017), p.593.

¹¹ 例えば、2018年にアリゾナ州法が制定されている。同法については、See Sarah Jane Hughes, "Conceptualizing the Regulation of Virtual Currencies and Providers: Friction Points in State and Federal Approaches to Regulating Providers of Payments Execution and Custody Services and Products in the United States," *The Cleveland State Law Review*, vol. 62, no.1 (2019), p.58 et.seq.

¹² See Christopher G. Bradley, "FinTech's Double Edges," *Chicago-Kent Law Review*, vol.93, issue 1 (2018),

サンドボックス」制度化とは異なる。この点、Brummer & Yadavが「米国の規制当局者は、実験的な特定スペースを提供するというよりは、規制プロセスを通じたFinTech企業に手引する制度支援構造(institutional support structures)の創出に対し、より焦点を当てているように思われる」と一般的に評価するように¹³、既存制度の中での規制緩和政策の実現化を念頭に置いてみた場合、その実態は国として一様でない点が注目されよう。さらに、このような同国における状況について、Piriは連邦の消極的な政策的姿勢を積極化の方向へと転換すべきことを提言する一方¹⁴、Allenは逆に具体的な制度設計と恒久化でなく時限立法的に暫定的制度として位置付けるべきといったように¹⁵、「規制のサンドボックス」制度に対する論者の姿勢に相違が見られるところでもある。

(2) 本制度の対象について——FinTechとRegTech

諸外国において統一的な基準や実施手続自体が明確化されているわけではないが、FinTechは、従前の銀行業務(信用保証(credibility))を中心とした規制当局による監督ケースに係る場合とは異なり、例えば、ブロックチェーン技術を用いた仮想通貨(crypto currency)取引への対応を見据えた“革新的技術”そのものが対象として理解されることとなる。

その一方、FinTechそのものとは異なる側面として、規制技術(Regulatory Technology, 以下、「RegTech」という)の視角から、本制度が語られることもある。金融システムとの絡みでRegTechをとらえる場合、例えば、非許可事業者にBusiness-to-Customers(B2C)のほかBusiness-to-Business(B2B)の販売モデルを対象とする概念として解されるなど¹⁶、リスクを伴う金融商品を市場において実験するために「規制のサンドボックス」制度の活用が期待される意味として用いられてきたといえる¹⁷。

また、RegTechは単にFinTechの文脈以外にも、「健康管理のような他の厳格な規制産業(regulation-intense industries)や公共調達において利用され得る」との指摘が見られる¹⁸。この場合、煩雑な行政上の諸規制を“革新的技術”により代替し得るものととらえられているのである。もっとも、「規制のサンドボックス」制度という視角において、RegTechがFinTech

p.86.

¹³ See Brummer and Yadav, *op.cit.*, n 9, p.294.

¹⁴ See Michael M. Piri, "The Changing Landscape of FinTech and RegTech: Why the United States Should Create a Federal Regulatory Sandbox," *Business and Finance Law Review*, vol.2, no.2 (2019), p.249 et seq.

¹⁵ See Hilary J. Allen, "Regulatory Sandboxes," *The George Washington Law Review*, vol. 87, no. 3 (2019), p.583 et seq.

¹⁶ FinTechとRegTechの相違については、See Henri Arslanian and Fabrice Fischer, *The Future of Finance: The Impact of FinTech, AI, and Crypto on Financial Services* (Palgrave Macmillan, 2019), The Box 3.1.

¹⁷ ただし、RegTechの採用に際し障害となり得る諸点の指摘として、See Nizan Geslevich Packin, "RegTech, Compliance and Technology Judgment Rule," *Chicago-Kent Law Review*, vol.93, issue.1 (2018), pp.216 et seq.

¹⁸ See Désirée Klingler, "RegTech and the Sandbox- Play, Innovate, and Perfect!," Janos Barberis et al (eds.), *The RegTech Book: The Financial Technology Handbook for Investors, Entrepreneurs and Visionaries in Regulation* (Wiley, 2019), p.106.

以外の分野にどの程度活用し得るのかは依然不透明なため、今後の進展を見守る必要があろう。

2. 制度意義——FCAのケース(概観)

FCAは本制度を導入した理由につき、「破壊的なイノベーションを支持することで競争促進を欲していること」を前提に、①潜在的に低コストで市場化への時間の削減、②金融へのより良いアクセス、③市場に到達するさらなる革新的な製品(の登場)といった利点を掲げるとともに¹⁹、「適切な消費者保護措置が大規模市場に到達する前に、新製品やサービスの中に構築されることを保証できるよう革新的事業者と連携できる」といった点も指摘する²⁰。

FCAは、「規制のサンドボックス」制度を具体化するための設計方法として、明確な目的の下、小規模に限定して一定の期限内で制限された顧客数に対しイノベーションを試行することを基準としている²¹。この場合、具体的基準として①対象となるイノベーションが「イギリス金融サービス市場(UK financial market)」に限定されること、②市場において新規で顕著なイノベーションが提供されること、③利用者に明確な利益があること、④サンドボックスの中で試行する真の必要性(genuine need)があること、⑤実際の市場で実際の利用者にイノベーションを試行する準備ができていることを掲げている²²。特に⑤については、「規制のサンドボックス」制度が実験という枠組みの中で一定のリスクをとる前提であるものの、「消費者を保護するために適所に十分な保護措置を有しかつ必要に応じて適切な救済を提供できるようにしておくこと」とするように²³、申請事業者へのリスクヘッジの事前構築が要求されていることは注目に値しよう。なお、各コホートにおいてこれらの基準を満たす場合のイノベーションについて、FCAはその活用を個別に認めているが、本稿執筆現在(2020年8月)、第6コホートに至っている²⁴。

以上から、FCAによる「規制のサンドボックス」制度にあつて、「主要かつ普遍的目標それ自体は、金融サービス部門におけるイノベーションを育成し、したがって(内在的に)国内金融市場の魅力を強化することにある」としたうえで、この目標が「もっとも重要なこととして、効率性が増大しコストが削減される形で、最終的には金融へのより良いアクセスへとつながる形によって、消費者や当該産業の利益ともなる」(傍点筆者)といわれる²⁵。本稿では比較法的な検証は避けるが、このような評価の背景には、FCAのほかシンガポールの金融規制当局のガイドラインがこの種の目標を指摘しているのに対し、スイスとオーストラリア

¹⁹ See Financial Conduct Authority, *Regulatory Sandbox* (November 2015), p.5.

²⁰ See *ibid.*, p.5.

²¹ FCA ウェブサイト (<https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox>) 参照。

²² FCA ウェブサイト (<https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox-prepare-application>) 参照。

²³ FCA ウェブサイト (<https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox-prepare-application>) 参照。

²⁴ FCA ウェブサイト (<https://www.fca.org.uk/firms/regulatory-sandbox/regulatory-sandbox-cohort-6>) 参照。

²⁵ See Klingler, *op.cit.*, n 18, p.110.

の規制当局では明確になされていないとの指摘がある²⁶。少なくともFCAの上記に掲げた判断基準に照らせば、イノベーションと消費者保護との均衡という、とりわけ金融システムにおける顕著かつ困難な課題を思考するうえで看過できない差違(諸外国の制度が採る独自のスタンス)を示すものであろう。

Ⅲ 特措法の概要と課題

1. 制定経緯と検討範囲

特措法は、第196回国会において平成30年法律25号として公布(平成30年5月23日)され、「産業競争力強化法の一部を改正する法律」(以下、「改正産競法」という)が同法律26号として同じく公布されている。前者が本稿の考察対象となる「規制のサンドボックス」制度の根拠法となる一方、後者は「グレーゾーン解消制度」および「新事業活動特例制度」と称して、特措法と一体的な運用が想定されるものである。両者の大きな違いは、特措法が三年間の時限立法(附則2条)であるのに対し、改正産競法は恒久法である点にある。なお本稿では、改正産競法は「規制のサンドボックス制度」の課題を見るうえで最低限度の検討素材とし、特措法を重点的に視野に入れて考察することとする。

このほか、第201回国会において「国家戦略特別区域法の一部を改正する法律」(以下、「改正国特法」という)が令和2年法律34号として公布されたが(令和2年6月3日)、同法では「国家戦略特別区域」における「自動車の自動運転」および「無人航空機の遠隔操作・自動操縦」(25条の2)に限定した「規制のサンドボックス」制度の導入を図るための法改正が行われた²⁷。本稿冒頭に触れたように、同法は「行政発意型」の規制緩和制度であるところ、当該法改正によって一部「自主創造型」へと転換する仕組みが導入された点は注目に値する。しかしその一方、改正国特法が特例対象となる分野を限定していること、特別区域にのみ有効という「地域限定型」を指向しており、これとの比較で特措法が「プロポーザル型」であることとの大きな相違点に鑑みて、改正国特法は、本稿が検討の主眼とする「自主創造型」とは異なる趣旨により制定されたとみることが可能であるため、本稿では当該法改正は必要な限りでの言及にとどめるものとする²⁸。

²⁶ See *ibid.*, p.110.

²⁷ これ以前に自動車の自動運転、ドローンの技術実証の集中的推進を狙いとした「国家戦略特別区域法及び構造改革特別区域法の一部を改正する法律」(平29法71)が制定されている。同法の批判的検討については、其田茂樹「国家戦略特別区域法及び構造改革特別区域法の一部を改正する法律(平成29年6月23日法律第71号)」下山憲治編『地方自治関連立法動向第5集』(2018年6月)47頁以下参照。

²⁸ これら一連の法改正に係る概要について、例えば、阿部・井窪・片山法律事務所ほか『第4次産業革命と法律実務——クラウド・IoT・ビッグデータ・AIに関する論点と保護対策——』(民事法研究会, 2019年)227頁以下(柴山吉報)参照。

2. 特措法の全体構造

特措法は、全体で5章からなる法律であり、先述のように時限立法であるとともに、個別法の改正を念頭に置くものではないので準用規定は置かれておらず、完結型の実定法となっている。

(1) 「革新的事業活動」の意義

特措法2条は「革新的事業活動」を「我が国において国際競争力を早急に強化すべき事業分野に属する事業活動であって、当該事業分野において革新的な技術又は手法を用いて行うものをいう」と定義するところ、特措法立案担当者によれば、同法は①「革新的事業活動」による生産性の向上および②中小企業の設備投資を促し、より先端的な設備導入の促進を通じた国全体の生産性の向上を図ることを、主眼とするものである。そして「規制のサンドボックス」制度は、同法のかかる主眼に関する具体的措置である「革新的データ産業活用の促進」(21―30条)および先端設備等導入の促進(36―42条)と並ぶものの一つに位置付けられるものとされる²⁹。

ただし、特措法は「規制のサンドボックス」制度をそのような名称で規定しているわけではなく、これに該当する用語として「新技術等実証」を用い、同法2条2項においてこれを定義し、その詳細な制度設計を同法第2章第2節において規定している。この規定に係る概要は3において摘示する。

(2) 「新技術等実証」制度以外について

このほか、特措法では「革新的データ産業活用」を「革新的事業活動のうち、電磁的記録……に記録された情報……を、革新的な技術又は手法を用いて収集し、産業活動において活用するものをいう」と定義しているが(2条4項)、これについては、「公的データ提供要請制度」が設けられた点が、注目に値する。すなわち、データを共有する事業活動(26条1項では「データを収集及び整理をし、他の事業者に提供するもの」として「特定革新的データ産業活用」と称する)について、データの安全管理に係る基準³⁰に適合する確認を主務大臣から受けた事業者が、「国の機関または公共機関等……保有するデータ」の提供要請を主務大臣に対し求めることができるというものである。これによって、当該制度はコネクテッド・インダストリーズに係る重点分野³¹について、当該データ活用を期待するものである³²。この

²⁹ 経済産業省経済産業政策局法案準備室「生産性向上特別措置法の制定」時の法令2065号(2019年)5頁以下参照。

³⁰ 「データの安全管理に係る基準」(平成30年総務省・経済産業省告示第2号)。

³¹ 「革新的データ産業活用に関する指針」(平成30年総務省・経済産業省告示1号)第二において、「自動走行・モビリティサービス」、「ものづくり・ロボティクス」、「バイオ・素材」、「プラント・インフラ保安」および「スマートライフ」の重点5分野のほか、「国際競争力の強化及び社会的課題の解決が期待される分野として総務大臣及び経済産業大臣が特に認めるもの」を掲げる。

³² 具体的には、「自動走行の3Dの地図データや船舶関連企業の保有する公開データを活用した事業等」とされる。経済産業省経済産業政策局法案準備室・前掲注(29)18頁参照。

「革新的データ産業活用」は、官民データ活用推進基本法の趣旨を踏まえたオープンデータ政策の一環としての取組みと位置付けられるものである³³。

なお、特措法36条以下の「先端設備等導入の促進」については、中小企業者が先端設備等導入を行う上で、市町村から固定資産税の減免制度などが適用され(地方税法附則15条47項)、産業助成型の産業保護育成法制³⁴が採用されている。具体的には、経済産業大臣が先端技術の導入促進に関する指針を策定することが必要であり(36条1項)、この指針に従い市町村が基本計画を策定して経済産業大臣から同意を得たうえで(37条1項)、当該基本計画に基づく先端設備の導入を企図する中小企業者が当該市町村から認定を受ける(40条1項)という点において、国と地方公共団体さらには中小企業者との協働的事業の性格を伴うものでもある。

3. 「新技術等実証」制度の概要と課題

(1) 「新技術等」の概念

特措法は実証される「新技術等」を、「革新的事業活動において用いようとする技術又は手法であって、当該革新的事業活動の属する事業分野において著しい新規性を有するとともに、当該革新的事業活動で用いられることにより、高い付加価値を創出する可能性があるものをいう」と定義する(2条2項1号)。このような定義規定は、必ずしも一義的に決し得る内容でないと解される意味では、時宜に応じた運用を可能にする面に注目することにより、前述した「規制のサンドボックス」制度として意義ある部分を構成するものと解されよう。

なお、立案担当者によれば「著しい新規性を有する」新技術等の意義として、「当該分野において通常用いられている技術や手法と比して新規性を有し、実用化や事業化の議論が生じている技術や手法のことであり、例えば、AI・IoT・ビッグデータ・ブロックチェーンなどに関連した技術や手法がこれに該当する³⁵」と解している。したがって、FCAが金融システムに限定して本制度を導入したのに対し、特措法の対象は分野横断的という点では、より広範囲化した制度運用を可能とするものである。

(2) 「新技術等実証」の実施に係るプロセス

「新技術等実証」の実施を求める者(以下、本稿では「実施申請者」という)は「新たな規制の特例措置の整備」を主務大臣に求める形をとることとし(9条1項)、実施申請者は実施しようとする新技術等実証に関する計画を作成し、主務大臣から認定を受けること(11条1項)とされる。このように、実施申請者による「新たな規制の特例措置の整備」を自主的な創意に基づき行うことを認めるプロセスが“プロポーザル型”と称される所以と考えられる。

³³ 経済産業省経済産業政策局法案準備室・前掲注(29)17頁参照。オープンデータ法制の初期段階における法的課題について、友岡史仁「日本におけるオープンデータ法制の構築と課題」行政法研究16号(2017年)103頁以下参照。

³⁴ この種の用語法と分類について、友岡・前掲注(1)197頁以下参照。

³⁵ 経済産業省経済産業政策局法案準備室・前掲注(29)9頁。

他方、特措法では「新技術等関係規定……の解釈及び当該新技術等実証に対する当該新技術等関係規定の適用の有無」について、主務大臣に確認を求めることができること(10条1項)とされている。同法における「グレーゾーン解消制度」は、すでに産業競争力強化法にも整備されているものとして看取されるが(7条)、本制度が「日本版ノーアクションレター制度の改良版」と称される点に鑑みれば³⁶、この部分だけ取り上げれば、どちらかといえば、FCAによる制度設計をベースにしているというよりはアメリカ(連邦)が前提とするFinTech企業に対する制度設計手法との類似性を看取できよう。このほかにも、「規制の特例措置」という概念規定は、国家戦略特別区域法はもちろん、その原型である構造改革特別区域法の制定当初から用いられてきた文言であり、この点は、従前からの実定法規の流れに与している点を指摘できる。

(3) 主務大臣による認定について

実施申請者からの認定申請を受けた主務大臣は、適合要件として①政府が策定する革新的事業活動実行計画(6条)および基本方針(8条)に照らして適切なものであること、②当該実証が円滑かつ確実に実施されると見込まれること、③計画内容が特措法や同法に基づく命令その他「新技術等関係規定」に違反するものでないことが列挙されており(11条4項1から3号)、第三者機関である革新的事業活動評価委員会からの意見聴取が求められている(11条4項)。

以上のプロセスにあって、法解釈として一番問題となり得るのは、適合要件の一つである③であり、当該申請内容が既存の関係規定との整合性が問われるという点にある。立案担当者によればこの部分につき「新技術等実証の実施において当該新技術等関係規定により保護されている法益が確保されるかどうかを検討する必要がある」と指摘するが³⁷、保護法益の解釈の範囲が当該新技術との関係においてどの程度のものかによっては差が生ずると思われる。しかし、このような理解の結果として、保護法益にも技術利用者とあわせて技術提供者という視点があり得ることにも留意すべきであろう。すなわち、同法が金融システム以外にも視野に入れていることによるが、さらに敷衍すれば、先端技術の存在意義が誰のものであるのかが究極的な問題となるため、恣意的な解釈によってイノベーションの深化に支障をきたす制度的可能性を看過してはならない。

(4) 終了時の対応

「新技術等実証」の終了後、主務大臣は「新技術等に関する規制の在り方」について、「規制の特例措置の整備及び適用の状況」とあわせて、「諸外国における規制の状況、技術の進歩の状況その他の事情を踏まえて検討を加えて、その結果に基づき、必要な規制の撤廃又は緩和のための法制上の措置その他の措置を講ずるものとする」とされている(20条)。

³⁶ 宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第7版〕行政法総論』(有斐閣、2020年)116—117頁参照。

³⁷ 経済産業省経済産業政策局法案準備室・前掲注(29)12頁。

4. 残された課題

上記に取り上げた特措法の諸規定に係る個々の解釈上の課題がある一方、同法の実際の利活用に際しての課題も依然として残る。

すなわち、特措法の活用に係る一つのバロメーターとして申請件数を取り上げることができ、経済産業省が収集した統計³⁸によれば、同法については施行後累計が8件しかない。その一方、1に触れた改正産競法に基づく二つの制度を活用した申請件数が、①「グリーゾーン解消制度」については165件、②「新事業特例制度」については13件と、特措法という一つの法律をもって活用が期待されていた中での8件となっており、(特に①との数字と比べれば)その開きは顕著である。他方、FinTech企業を対象とする「規制のサンドボックス」制度の沿革との絡みでは、金融庁が認定した「新技術等実証計画」は特措法施行後累計3件であり、同法9条2項の規定に基づき「新たな規制の特例措置」を講ずることとした件数も1件にとどまっている³⁹。

このような状態につき、特措法は他の諸国とは異なり、金融システムそのものを念頭に置く仕組みにはなっていないという意味において、当該システム特有の「信用」に立脚したFinTechやその流れを汲む(狭義の)RegTechに係る「規制のサンドボックス」制度導入を、めぐる課題につき、これをあえて回避しているとの疑いも排除できない。

以上にあつて、本来、「グリーゾーン解消制度」および「新事業特例制度」との関係性も見する必要は残されるものの、少なくとも特措法施行後の運用方法を見る限り、規制当局が事業促進に際しリスクのとり方において厳格な制度運用がなされた結果として、同法が本来主眼とする「革新的事業活動」の進展を狙いとしたイノベーション促進につながられているか否かが、検証を要する点として残されていると思われる。

IV 結語

本論では、規制緩和政策の推進に当たり基軸とされてきた「行政発案型」から「自主創造型」の移行という視角から「規制のサンドボックス」制度をとらえ、それに係る法的意義と日本において制度を具体化した特措法における制度構造とその課題について、それぞれ検討を行った。

これらの検討から出てくる内容は、①少なくとも日本法の場合には緩和される「規制」の対象を被規制者の視点から抽出する作業にあつて、それを取り上げる公平性(利害等)を確保する手法、②行政機関がそのことに関与するための手続的手法、③その決定方式といった点については、従前からの構築されてきた構造改革特別区域法の骨格から逸脱していない点においては、「行政発案型」の流れにあることは変わらないという点である。このことは、

³⁸ 経済産業省ウェブサイト (<https://www.meti.go.jp/press/2020/04/20200422002/20200422002.html>) 参照。

³⁹ 金融庁ウェブサイト (<https://www.fsa.go.jp/policy/sandbox/index.html>) 参照。

換言すれば「自主創意型」という新たな枠組みに対する現在の日本法における制度的限界を示すものと評価し得る。

このように、特措法は当該制度の対象分野を金融分野には限定せず他の「革新的技術」にまで拡大することを主眼とする一方、主務大臣の認定手続を通じた「新たな規制の特例措置」が実施される制度設計により、既存の行政過程の中に組み込まれた諸手続を経由する点において、「行政発意型」になり得る要素を含んだ制度設計とみることが可能になろう。しかし、この点は、諸外国が「特定の事業者と行政当局と一緒に問題を考えていく枠組みであること⁴⁰」が「自主創意型」であることに照らすと、同法上の制度設計は本来的意義から乖離しているとの理解は不可能でない。

以上において、特措法は時限立法として、“恒久法”ではない“実験法”としての性格である。このため、対象となる「革新的技術」についてもその時々段階において、革新性が低下し、そのことで緩和対象となる規制の存在意義自体が“恒久法”の観点から評価されることは必至と思われる。その分、より迅速に時宜にかなった対応の具現化について、同法が残す課題を改善する余地が十分あるといえよう。今後とも注視していきたい。

⁴⁰ 問題の指摘として、木下信行『デジタルイノベーションと金融システム』（金融財政事情研究会、2018年）334頁参照。

JELI R-No. 146

デジタル経済における競争法・法規制

—2017～2019 年度 公益事業の規制と競争政策検討班研究報告書—

2021 年 3 月

発行 日本エネルギー法研究所

〒141-0031 東京都品川区西五反田七丁目 9 番 2 号

KDX五反田ビル 8 F

T E L 03-6420-0902 (代)

<http://www.jeli.gr.jp/>

E-mail contact-jeli@jeli.gr.jp

本報告書の内容を他誌等に掲載する場合には、日本エネルギー法研究所にご連絡下さい。
