

# CPRC ディスカッション・ペーパー

## 競争政策研究センター 公正取引委員会

オンラインプラットフォームにおける搾取型濫用行為規制の理論  
～フェイスブックケース（ドイツ連邦カルテル庁決定）を手掛かりとして～

柴田 潤子

香川大学法学部教授・競争政策研究センター客員研究員

東條 吉純

立教大学法学部教授・競争政策研究センター客員研究員

CPDP-82-J June 2021

100-8987 東京都千代田区霞が関 1-1-1

Phone:+81-3-3581-1848 Fax:+81-3-3581-1945

URL:<https://www.jftc.go.jp/cprc/index.html>

E-mail:[cprcsec@jftc.go.jp](mailto:cprcsec@jftc.go.jp)

本ディスカッション・ペーパーの内容は公正取引委員会の見解を示すものではなく、文責は執筆者のみに帰する。

オンラインプラットフォームにおける搾取型濫用行為規制の理論 ～フェイスブックケース  
(ドイツ連邦カルテル庁決定)を手掛かりとして～

香川大学 柴田潤子

立教大学 東條吉純

<概要>

<事実関係>

I 市場画定

1. 連邦カルテル庁の市場画定について

2. 最高裁の市場画定の認定と検討

II 市場支配的地位

1. 連邦カルテル庁の認定

2. 最高裁の認定(市場支配)

(1) 市場シェア(GWB18条 3a項 1号)

(2) 直接及び間接ネットワーク効果(GWB18条 3a項 3号)

(3) 競争上重要なデータへのアクセス(GWB18条 3a項 4号)

(4) 複数のサービスの並行利用及びユーザーにとっての乗り換えコスト(GWB18条 3a項 2号)

(5) イノベーションがもたらす競争圧力(GWB18条 3a項 5号)

III 濫用行為

1. GWBによる搾取濫用行為規制の概要

(1) 関係条文

(2) GWBの保護目的と濫用規制

① GWBの保護目的-システムとしての競争保護の前提となる個別の競争の自由

② 濫用規制の目的

(3) 価格濫用と条件濫用

① 条件濫用と価格濫用の関係

② 条件濫用の類型

2. 従来の事例の検討

(1) Favorit

(2) VBL-GegenwertI・VBL-GegenwertII

(3) Pechstein/International Skating Union

(4) 民法(普通取引約款規制)と条件濫用

(5) 濫用規制と基本法

(6) EU法レベルの運用

① EU法の関連規定

② 運用事例

### ③小括

#### 3. データ保護法と競争法の関係について

(1)情報についての自己決定権の侵害と搾取(カルテル庁の見解)

(2)ユーザーの侵害を認めない控訴審決定の見解

(3)情報についての自己決定権(最高裁の見解)

(4)データ保護法と **GWB** の目的の共通性

#### 4. 多面的市場における濫用行為としての搾取と妨害

(1)市場支配と濫用行為の因果関係

(2)ユーザーのコントロール権の喪失と有効な競争のもとでの真正な選択可能性

①最高裁の認定に基づく押し付けられたサービス

②有効な競争があれば期待されない取引条件

(3)妨害(排除)濫用について

①本件の妨害(排除)効果について

②搾取と妨害行為の関係

#### 5. 利益衡量

(1)利益衡量の定式

(2)本件における利益衡量

①ユーザーの保護される利益

②GDPR に基づく考慮

③その他の考慮事項

### IV 結語

1. データ保護法と **GWB -GDPR** にいう同意の意義とその限界

2. 消費者に対する濫用規制のヒント

3. データ集積と支配力

### <概要>

本件 Facebook ケースにおいては、Facebook のソーシャルネットワークのユーザーデータを、他のインターネットサイトの訪問履歴を通して獲得されるデータと統合することの認否が論点となっている。連邦カルテル庁(以下、カルテル庁)の決定<sup>1</sup>では、Facebook に対し、**GWB**19 条 1 項<sup>2</sup>及び 32 条<sup>3</sup>に基づき、Facebook の提供するソーシャルネットワークの利用条件に定めるデ

<sup>1</sup> BKartA, Beschl.v.06.02.2019, B6-22/16, -Facebook.

<sup>2</sup> 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。

<sup>3</sup> **GWB**32 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。

ータ取扱い及びその実施を禁止し、禁止措置を課した<sup>4</sup>。これに対して、本件控訴審決定(Das Oberlandesgericht Düsseldorf/OLG/デュッセルドルフ地方上級裁判所)<sup>5</sup>は、Facebookの申立てに応じて、2019年2月6日のカルテル庁の決定に対する抗告訴訟の停止効果を命じ<sup>6</sup>、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ため、Facebookの即時執行停止の申立ては、主たる請求において認容された。本件において適法性に重大な疑義があるとする理由は、事實的及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にあり、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(排除)濫用双方に当てはまるとした。

しかしながら、最高裁(Bundesgerichtshof/BGH/連邦最高裁判所)<sup>7</sup>では、Facebookの行為は、国内のソーシャルネットワーク市場において、搾取濫用だけでなく、妨害濫用にも当たることを明らかにし、基本的にはカルテル庁の決定が支持されている。本稿では、これらの決定の主たる論点を検討し、データプラットフォームによる、ユーザーに対するデータの収集から生じる濫用行為規制のあり方を明らかにする手がかりとしたい。

#### <事実関係>

Facebookは、インターネットサービスやアプリを提供し、その核となる製品は、ソーシャルネットワーク「Facebook」であり、特に個人ユーザーによって利用されている。Facebookは、ユーザーに対し、その友達や知り合いとネットワークで結びつく様々な手段を提供し、コンテンツを彼ら

---

<sup>4</sup> 本件決定については、舟田正之「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」『デジタル経済における競争法・法規制』日本エネルギー法研究所1頁以下(2021年)<http://www.jeli.gr.jp/img/file66.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727頁以下(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)、杉本武重「ドイツ連邦カルテル庁によるFacebookに対するドイツ競争法上の決定」国際商事法務47巻4号510頁以下(2019)、鈴木孝之「ドイツ連邦カルテル庁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)、越知保見「競争法大全」(2020年)805頁以下参照。

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, Beschl.v.26.08.2019, VI-Kart 1/19(V), ECLI: DE:OLGD2019:0826.KART1.19V.00. 本件については、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」『デジタル経済における競争法・法規制』日本エネルギー法研究所79頁以下(2021)参照。

<sup>6</sup> 当事者の申立てによる執行停止について、GWB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 of 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」とする。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2019年3巻18号93頁以下参照。

<sup>7</sup> BGH, Beschl.v.23.06.2020, KVR69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. 柴田潤子「ドイツ「Facebookケース」最高裁決定について」Nextcom2020年44号34頁以下参照。

と共有する。Facebook は、コンテンツを拡散するために、無料で自己の Facebook サイトを設けることをユーザーに可能にする。Facebook の事業活動は、ソーシャルメディアネットワーク、Facebook メッセンジャー、インスタグラム及び OS を通して結合している第三者のウェブサイト上で対価に対して事業者に現れるオンライン広告から収益を得ている。広告は個別のユーザー毎に提示されており、これは、可能な限り個別の消費者行動、その趣味、購買力、生活状況に基づいて、ユーザーに関心を持たせるような広告を含む。ソーシャルネットワークの利用は、個人ユーザーにとって詳細な取引条件のもとでのみ可能であり、Facebook は、そのいわゆる利用条件とそれに関連するガイドラインを定めており、ユーザーは、事前にそれに同意しなければならない。この取引条件において、Facebook は、そのユーザーに「パーソナライズされたエクスペリエンス」を提供し、そのため、Facebook は、グループ内の他のサービスやその他のユーザーのインターネットアクティビティを利用してユーザーデータ、デバイスデータを含む、個人データを自由に利用する。後者のデータは、追加データまたはオフ Facebook と呼ばれている。

カルテル庁は、2016 年に Facebook に対して、市場支配的地位の濫用の疑いで手続きを開始し、2019 年 2 月 6 日、Facebook のソーシャルネットワークのプライベートユーザーに対して課している取引条件が濫用に当たり、禁止する旨の決定をした。当該取引条件の利用と実施は、ソーシャルネットワークの利用に係るデータとオフ Facebook データを共有し利用することを条件としており、ドイツ国内のプライベートユーザー向けのソーシャルネットワーク市場における市場支配的地位の濫用に当たるとされた。ここでは、ソーシャルネットワークの利用自体において関係するデータの利用は問題にされていない。

以下、それぞれの論点について、カルテル庁決定、控訴審決定、最高裁決定に基づき検討を加えることとしたい。

## I 市場画定

### 1. 連邦カルテル庁の市場画定について

カルテル庁は、商品市場に関して、需要者コンセプトに基づき、個人ユーザーから見た特性、利用目的及び価格についてソーシャルネットワークに関する市場を画定し、地理的範囲については、ドイツ人ユーザーが主にドイツ国内において知人とつながるためにソーシャルネットワークを活用することからドイツ国内市場を画定し、GWB19 条に基づく濫用禁止の名宛人となる支配的地位を認定した(GWB18 条 2a 項、同条 3a 項)。

カルテル庁によれば市場画定に際しては、関係する事業者、または競争者の視点ではなく、市場の相手方の視点が重要であるとする。Facebook とのソーシャルネットワークにおける代替性の認定に際して関連する市場の相手方は、広告主、コンテンツプロバイダー、及び開発者から構成されるいわゆる多面的な市場を前提としており、多面的市場を構成する全ての市場サイドは、統一的な市場の相手方を形成しないとする(BKart232)。他方、多面的市場において、多様なユーザーグループが区別されない統一的な市場画定も可能であるとする。例えば、マッチングプラットフォームがそれに当たる(BKart233)。

個人ユーザーは、ソーシャルネットワークの利用にあたって金銭的対価を支払わないが、ソーシャルネットワーク上の無料でのサービス提供は、市場成果(市場業績)として捉えられる。有料の広告取引を考慮すれば、ソーシャルネットワークサービスの提供は、GWB18条2a項にいう要件を満たす(BKart239)。従来の判例では、価格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、無料である利用関係は市場として捉えられなかったが、18条2a項の導入により、無料での提供が市場サービスとして位置付けられる可能性を開いた。ただし、その諸条件は定かではないとしている(BKart240)。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的対価が要求されないユーザーサイドについて、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、またカルテル法上十分意味がある。ここで決定的であることは、広告サイドと注目サイド(ソーシャルネットワークサービスを指す)の双方の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。また、このことは、EU競争法の実際の運用にも一致し、ここから、競争法上のハーモナイゼーションを図り、GWBの運用を見直すことになる(BKart241-243)。

カルテル庁は、Facebookが主張する「ユーザーの注目についての市場」を採用していない。これは、究極的には全てのインターネットサービスが競争関係となることを意味するであろう。さらに、ソーシャルメディアとは区別されるソーシャルネットワークに対する特別の需要が存在するとした。ソーシャルネットワークに含まれるサービスは、機能と用途の類似性の観点からFacebook.comのほか、StudiVZとJappyのみが含まれるが、直接的ネットワーク効果の規模が異なっており、それらの互換性は限定的であるとされた(BKart264)。

## 2. 最高裁の市場画定の認定と検討

控訴審決定では、市場画定についての独自の検討は殆どなされていないのであるが、最高裁は、カルテル庁の決定に法的問題はないとしている(BGH14)。まず、最高裁は、Facebookの見解に反して、カルテル庁が、本件においてユーザーの注目を集めるグローバル市場を画定せず、ソーシャルネットワークの国内市場を基準としたことを支持する(BGH20)。限られた時間で世界中のユーザーの注目を求めて、オンラインサービス上の他のプロバイダーと競争しているというFacebookの主張によれば、究極的には全てのインターネットサービスが競争関係にあると捉えられることになり、採用されなかった<sup>8</sup>。さらに、最高裁は、カルテル庁の認定を支持し、(潜在的な)ユーザーの視点から、機能的な視点からFacebookが提供するサービスは、ビジネス目的(Xing、LinkedIn、Indeed、Stepstoneなど)、メッセージサービス(Snapchat、WhatsApp、Skype)やその他のソーシャルメディア(YouTube、Twitter、Pinterest)と代替性はないとする(BGH25)。

---

<sup>8</sup> 広告ファイナンスのための顧客の注目についての意義を捉えるために、「注目市場」というコンセプトが用いられている。顧客の注目をめぐって多様なサービスが競争しているとされ、かかるコンセプトは市場を広く画定する傾向がある。

最高裁は、関連市場を画定する目的に鑑みて、市場サイドの単一の需要を認定しうる場合にのみ、多面市場において統一的な市場が画定されるとする。この場合のみ、それぞれの需要者グループを出発点とする競争効果は異ならないためである(BGH31)。Facebook が広告主のユーザーグループに対して、プライベートユーザーに対する場合と別の需要に機能することは明らかであるとして、対個人ユーザーと対広告主の市場は区別して画定される。ここでは、パーソナライズされた広告をもって、ネットワークユーザーの注目を得て、自己の製品・サービスの販売を促進することになる(BGH32)。この点においても、最高裁はカルテル庁の認定を支持している。

Facebook が、ユーザーにサービスの利用についてなんら金銭的な対価を求めていることは、かかる市場の画定を妨げないとする(BGH27)。特に、GWB18 条 2a 項は、無料サービスが市場におけるサービスとなりうることを承認していることが重視される。敷衍して、最高裁は、無料での取引関係の存在が、競争法上の関連市場を認定することを常に正当化するわけではないとして、多面的市場ではなく、かつ非経済的動機から無料でサービスが提供されているように、関連する競争関連性が欠ける場合、市場画定は困難とされる(BGH28)。無料で提供されているサービスが、営利目的の取引活動の一環であることが必要であり、Facebook は、個人ユーザーに対してソーシャルネットワークを無料で提供する一方、第三者である事業者を仲介する事業者として、プラットフォームのユーザーに向けて、その広告と併せて、Facebook ユーザーにアクセスすることを可能にすることを通して、ファイナンスされていることが重要である<sup>9</sup>。このような最高裁の見解は、カルテル庁と軌を一にする。さらに、EU 法においても、Google に対するケースで同様の考え方が示されている<sup>10</sup>。

GWB18 条 2a 項が定める「サービスが無料で供給される取引であっても、市場画定を妨げない」という規定が、DPF における多面的な市場を画定することに一定の役割を果たしていることは否めないが、他方で、本件のように、ソーシャルネットワークの利用に対して個人データが供与されている場合には、無料で供給される取引を前提としているわけではない。カルテル庁

---

<sup>9</sup> 学説においても、同様の指摘がなされる。多面的なサイドが存在し、間接ネットワークが内在するユーザーサイドと支払いサイドの間の緊密な相互関係を指摘し、本件の濫用行為である情報収集行為は、支払いサイドに影響を与えることなく行われえないことに着目し、より有用な個人データの収集は、広告サイドでのさらに多くの支払につながり、かかる広告への需要増大が、当該サイドにおける支配的地位を強化することになる。結果として、広告スポット価格の不当な上昇がもたらされ、二次的な濫用に連なることも指摘される。これは、DPF において緊密な相互関係があるという認識を重視し、不当な取引条件を通してのゼロプライスサイドでの搾取的濫用行為が、不当な価格という形態での支払いサイドでの搾取的濫用行為をもたらすことを説明する。Giulia Schneider, *Testing Art. 102. in the Digital Marketplace*, *Journal of European Competition Law & Practice* 2018,9-4, pp224.

<sup>10</sup> 「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。」「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」舟田正之・前掲注 4)21 頁、7 頁。



は、個人データが金銭的価値のある対価であると認識しており<sup>11</sup>、その限りでは、厳密に言えば対価が無料であるとは言えないであろう。ここでは、競争法上の対価という概念の評価は金銭的な対価に限定されていないことを前提として、データ保護法上の同意の表明は、債権法の意味での相当な対価に当たり、さらに競争法上の意味で対価の相当性を問うことが可能であるとして、法秩序の統一的な枠組みの中で理解すべきとする見解がある<sup>12</sup>。これによれば、カルテル庁が市場概念につき、「市場は需要と供給の合致から生じ、取引関係の存在によって特徴付けられる」<sup>13</sup>としていることに着目し、本件のビジネスモデルに基づく契約は、対価的な債務を負う双務関係によって特徴づけられ、そして、価格を競争変数の中心とする伝統的な市場概念から離れて、質を考慮するアプローチの必要性を説き、個人データの供与という市場における質に着眼して市場を画定すべきとする<sup>14</sup>。ここでは、どのような状況下で個人データの供与が対価として理解されるのかという基準については、本件でも指摘されている通り、当該サービスのファイナンスモデルの枠組みで、経済的な相互関連性を求めるだけでは不十分であり、データ保護法に基づく同意の枠組みを重視し、GWBの評価において同意の表示を考慮し、市場を画定することが可能となるとする。

無料でのサービスの利用に際して個人データ供与が介在する場合、どのような場合に、金銭的対価を伴わない取引として市場が画定されるかについて、さらに検討が必要であろう。

Facebook が主張する注目市場を論拠に市場を画定することは難しい。他方、間接ネットワークを背景にして多面的であり、かつ金銭的対価での支払い義務のあるユーザーサイドと結びついているという相互関連性は重要なファクターであるにしても、それだけでは決定的ではないとされる<sup>15</sup>。すなわち、多面的市場と言われる場合に、単一市場又はそれぞれ需要者に応じた市場をそれぞれ画定するのかを区別しなければならない。データ駆動型ビジネスモデルの枠組みでは、市場の本質的な構成要素である取引関係として、サービスの提供に対し、データ保護法にいう同意に基づくデータ供与を対価と捉え、これを基軸として市場画定することも可能であろう。

## II 市場支配的地位

市場支配の法的定義は、GWB18条に定められている。最高裁決定では、主に、カルテル庁の認定から、GWB第9次改正で新設された、多面的市場やネットワークにおける事業者の市

---

<sup>11</sup> BKartA, Arbeitspapier-Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, 42.; 公正取引委員会の見解も同様である。公正取引委員会「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(2019年)参照。

<sup>12</sup> Franziska Leinemann, Personenbezogene Daten als Entgelt(2020)140ff.

<sup>13</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, v. 07.11.2016 BT-Drs.18/10207, 47.

<sup>14</sup> Franziska Leinemann(Fn.12)153ff.

<sup>15</sup> Franziska Leinemann(Fn.12)143ff. アプローチの説明があり、この分類によれば、アテンションエコノミー、多面的市場、個人データの提供というアプローチが示されている。アテンション(注目)は、データ駆動型エコノミーのコアとなる事項ではあるが、単なる相互依存関係の存在だけでは関連市場の画定は困難であり、注目という投資を対価として考えるには、有形でないこと、検証や計算が可能ではないという問題があり、このような状況で対価としての概念は考慮されないとされる。

場地位を定める同条 3a 項に基づく検討が行われ、個人ユーザーに対するソーシャルネットワークに係るドイツの国内市場において、市場支配的地位であるとしている(18 条 1 項、同 3 項、3a 項)。カルテル庁は、当該条項に基づいて、関連市場において、DPF の特有を示す市場ファクターを包括的に考慮し、Facebook の行動余地が、競争によって十分にコントロールされてないとしており(BKart374)、以下の通り、最高裁もこれを支持している(BGH39)。

#### 1. 連邦カルテル庁の認定

まず、カルテル庁は、個人ユーザーに対する SNS に係る国内市場に関するすべての市場ファクターを包括的に考慮し、Facebook の行動可能性は競争によって十分にコントロールされてないとした(BKart374)。関連する他の市場において市場支配が認められるかどうかは未決とする(BKart375)。価格行動は、唯一の市場力に関連した行為ではなく、価格の引上げ以外に、量、質、多様性の低下、イノベーションの低下においても、コントロールされていない行動可能性は現れる(BKart377)。市場力は、競争市場であれば存在しないであろう、無料で供給されるサービスの価格を引き上げることを可能にすることを意味する。

経済的には、ゼロという価格は、何れにしても価格であり、ゼロ価格は、それに代わる不利益となる他の契約条件につながり、取引条件の交渉余地を制限する可能性がある(BKart378)。特に、広告でファイナンスされるインターネットプラットフォームにおいては、データ取扱いの範囲は、サービスの質を構成する一つのファクターとなる(BKart379)。顧客データ及びユーザーデータの経済的利用は、すべての市場サイドに対して、特にデジタル市場において競争上、極めて意味のあるファクターである。デジタル化及び何よりインターネットは、様々なリソース等からの膨大なデータ量を可能な限り迅速に分析することを可能とした。このことは、競争において実質的な意味を持ち、特に買手のプロフィールを構築し、利益を得ることを可能にする(BKart380)。広告でファイナンスされるマルチサイドの特性は、データ取扱いの可能性を活用することにより、他方当事者の自己決定と交渉の可能性を奪うだけでなく、搾取を介して、市場力が他の市場に移行する懸念も存在する(BKart381)。

支配力によって、データ取扱いの可能性が著しく拡大されたりすることはなく、また支配力がなくても、かかる余地可能性は存在するという主張があることに対して、立法者はこのような主張とは異なる趣旨に立脚しているということである。つまり、GWB18 条 3a は、データへのアクセスを独立した支配力審査の基準であると定めている。「ユーザーのデータ放棄姿勢」(Datenpreisgabebereitschaft)は、有料の場合より、無料の場合の方がより強力に特徴付けられること、データは、開示しても使い尽くされることなく、ライバル化されない商品であり、限られた予算内での節約を余儀なくされることもなく、消費者のデータ開示に関する感受性は、価格の感度より弱いかもしれないが(BKart382)、それでも、依然として、データ取扱い行為は、競争者・消費者に顧慮することなく、事業者の独自の行動を拡大することにつながる(BKart383)。どのデータがどの程度、どの事業者によって収集され、どこで共有され、どの範囲でそのデータ取扱いの同意があるのかについて、消費者には予見が困難であることであり、一部、プライバシーパラドックスと言われる問題がある。ユーザーは、プライベートという側面に

高い価値を置いているにもかかわらず、インターネットの実際の利用に際しては惜しむことなくその個人データを開示してしまう現象である(BKart384)。そして、データ取扱いの不透明性は、支配力によって強化されることになる。支配力は、ユーザーの意思に反するとしても、データ取扱いを可能とし、ユーザーは、事業者の支配的地位を理由にデータ取扱いについて同意するより他の選択肢がなく、データ取扱いを回避するという選択肢がない(BKart385)。

多面的市場やネットワークに関する当該ケースでは、市場構造や顕在的な競争者のほか、GWB18条3a項で定める基準が重要である(BKart387)。本件の市場シェアについては、重要な指標として、毎日利用するアクティブユーザーが重視されている。ドイツのソーシャルネットワーク市場では2012年以来、Facebookのシェアは90%以上で推移し、上昇傾向にある(BKart413)。ソーシャルネットワークとしては、Facebookの他、Google+、Stayfriends、StudiVZ、Jappy、Wize.Lifeがあるが、これらのシェアは合計5%に満たないとされている。さらに、Youtube、Snapchat、Twitter、WhatsApp、Instagramとの代替競争は、Facebookの市場シェアに影響を与えず(BKart414)、これらに関連市場に含めても、GWB18条4項に定める認定基準を相当上回る。

ネットワーク効果(GWB18条3a項1号)については、直接的ネットワークが認められ、市場のティッピングによる独占の蓋然性による懸念があるとされる(BKart424)。ソーシャルネットワークのような商品においては、直接的ネットワーク効果の自己強化型フィードバックループに基づく、いわゆるマーケットティッピング効果によって競争が脅威に晒されている。間接的ネットワーク効果は、直接ネットワーク効果を伴い、ソーシャルネットワークへの市場参入制限及びティッピングの傾向を強化する(BKart441)。広告主のプラットフォームから得られる利益は、サービスのユーザー数とその構成に左右されるため、間接ネットワーク効果が、広告収入型ビジネスモデル(閲覧型PF)における広告サービスで生じる。もっとも、拡張広告は必ずしもユーザーの視点からはメリットであると捉えられないため、間接ネットワーク効果は多くの場合、非対称である(BKart442)。広告収入型プラットフォームでは、供給者は、市場の2つの側面、本件では、ソーシャルネットワークのユーザー市場及びオンライン広告市場に参入することに成功する必要があるため、持続的な市場参入はもとより困難である。ユーザー市場でのFacebookの高いシェアは、広告収入のビジネスモデルが市場で成功していることを示すものである。ユーザーは、サービスに対して金銭的対価を支払うことを望んでいないため、有料ベースでのビジネスモデルでの市場参入は困難である。競争者が広告収入型ビジネスモデルの下で、広告スペース販売市場に参入し、魅力的な広告スペースを提供するためには、基盤となるユーザー数がクリティカルマスに達する必要がある。しかしながら、強力な直接的ネットワーク効果がこれを妨げる方向に作用するのである(BKart443)。

このように、本事案では、販売される広告スペースは大規模な数のユーザー基盤によって価値を高めることになり、直接的ネットワーク効果による規模の経済性が、Facebookに非常に広範な戦略的選択肢を与えることになる。データ収集・解析と精度の高いターゲット広告スパー

販売の間のフィードバック・ループを通じて、広告主にとって、Facebook は取引必要性の高い取引相手となっているということも指摘しうるであろう。

競争者の排除を防止するような新規参入を促す並行的な利用者行動は認められない(BKart453)。マルチホーミングや分散化をもたらすことになる、ソーシャルネットワークにおけるインテンシブな製品差別化は認識されない(BKart456)。ロックインされているため、スイッチングについて高い障壁がみられ、特に個人のアイデンティティーベースのネットワーク効果は、ユーザーが他のソーシャルネットワークにスイッチすることを困難とする(BKart460)。さらに、データポータビリティもみられないことから、スイッチングはさらに困難である(BKart469)。

Facebook には、ネットワーク効果と関係する規模の利益も生じ(GWB18 条 3a 項 3 号)、競争上重要なデータ(特に個人ユーザーのデータ)へのアクセスも優れている(GWB18 条 3a 項 4 号)(BKart481)。市場参加者の大規模なデータベースは、それ自体として、市場力の兆候ではないが、競争上重要性の高いデータベースは、競争者の大部分にとって追加的な市場参入制限を意味する事になる(BKart482)。

イノベーションによる競争圧力(GWB18 条 3a 項 5 号)も認められていない(BKart501)。

Facebook は、強力な直接的ネットワーク効果の下で、競争者の代替サービスの伸長を退けることに成功している。インターネットという高いイノベーション力及びこれに伴うダイナミズムの可能性をもってしても、過去 7 年間に於いて Facebook の市場シェアの喪失やスイッチングの動向は認識できなかった(BKart521)。

## 2. 最高裁の認定(市場支配)

控訴審決定では、市場支配について特に認定はなかったが、最高裁では、市場支配の認定についてもカルテル庁の評価が支持されている(BGH36)。カルテル庁が、実質的な状況全ての包括的考慮にもとづき、市場支配的地位を肯定しているのは適切であるとする(BGH37)。GWB では、市場支配的地位の認定に際して、考慮すべきファクターを法律で明示しており、当該規定に従い、基本的にはカルテル庁の評価に基づき、最高裁決定では市場支配的地位の有無が以下の通り検討されている。また、GWB 第 10 次改正では、市場支配について、多面的市場で活動する仲介者としての市場地位が考慮事項として加えられるなど(GWB18 条 3b)<sup>16</sup>、DPF の支配力を評価するのに手がかりとなるファクターが法定されていることは、注目に値する。なお、Facebook は、当該新設された考慮事項に基づく検討によっても、支配的地位が認定されることになろう。

### (1) 市場シェア(GWB18 条 3a 項 1 号)

カルテル庁と同様に、特にソーシャルネットワークの毎日のアクティブユーザーに関する Facebook の高い市場シェアが重視されており、2012 年にドイツ連邦カルテル庁が実施したトラフィック調査の結果によると、Facebook ネットワークのユーザーのシェアは 90～95%であり、

---

<sup>16</sup> Das „GWB 10.0“ – Eckpunkte des Referentenentwurfs für das GWB- Digitalisierungsgesetz Aufsatz, Nicolas Kredel, Jan Kresken, NZKart 2020, 2. 仲介力は、供給力、購買力に続く第 3 のカテゴリーとして位置付けられている。

2013年は92～97%、2014～2016年は95%以上、2017年は96%以上、2018年は97%以上となり、また、競争者との格差が著しいことも指摘されている(BGH38、39)。

### (2) 直接及び間接ネットワーク効果(GWB18条3a項3号)

Facebookが多面的に活動していることと関係し、Facebookが主張するように、他の市場サイドの競争状況が加味されるかどうかについて、上述の通り、カルテル庁の決定では、この点に関して、他の市場サイドにおいて市場支配が認定されるかどうかは未決としているところ

(BKart375)、最高裁は、他方の市場サイドである広告市場の包括的な競争上の分析を必須としないとした(BGH41)。最高裁は、他の市場サイドでは、有効な競争が機能しているという仮定を否定するものではないが、他の市場サイドについて検討を加えないことに問題はないとする。関連市場として、他の市場サイドにおける行為の効果を考慮することを介しての相対化は、決定的な意味を付与するものではないが、双方の市場サイド間の相互効果は存在する。すなわち、無料で利用しうるネットワークユーザーの範囲拡大が、広告顧客に対する

Facebookの地位にポジティブな影響を与えることに示され、逆に、ユーザーサイドにデメリットとなる戦略的判断に起因するユーザー離れは、直接的に広告サイドにネガティブな影響を及ぼすことになる。かかる根拠に基づき、GWB18条3a項1号に照らして、多面的市場とネットワークにおける間接ネットワークが、事業者の市場地位の評価に際して考慮されるとする

(BGH42)。間接ネットワークによって、ユーザーに対しての行為がコントロールされない可能性は否定されることはなく、反対に、広告市場で有利になることを目的として、ユーザーに対する行動可能性を利用することをFacebookに動機づける。すなわち、双方サイドへの相互効果は同程度で発生しないため、非対称なネットワーク効果が問題になっているとする(BGH43)。この点は、上記カルテル庁の決定でも認められている。

GWB18条3a項3号にいう直接ネットワークの存在は控訴審決定でも認められており、ユーザーにとってのFacebookネットワーク利用の利点は、ネットワークに接続しているユーザーの総数に応じて増大する。個人ユーザーにおける直接ネットワークは、より改善されたデータ保護がユーザーに保障されるとしても、友人がユーザーであることやユーザー総数が重要視されていることから、他のソーシャルネットワークに乗り換えることが期待できず、極めて高い拘束効果(ロックイン効果)がもたらされることになる(BGH44)<sup>17</sup>。

### (3) 競争上重要なデータへのアクセス(GWB18条3a項4号)

広告市場にとって競争上重要なデータへのアクセスは、GWB18条3a項4号に照らして、特にこのような多面的市場における市場支配的地位の認定に際して、実質的な市場構造パラメーターであるとする。広告主が利用できるFacebookサービスの供給の魅力は、データの品質及び量に比例して高まる。このため、Facebookは、データ利用の範囲を拡大するために、ユーザー市場における行動可能性を濫用するインセンティブが生じるのである(BGH43)。

---

<sup>17</sup> 連邦カルテル庁によるユーザーアンケートによれば、Facebookユーザーの46%が、Facebookの代わりに別のサービスの使用を増やす場合には、その理由はより少ないデータ開示であるとする。

(4) 複数のサービスの並行利用及びユーザーにとっての乗り換えコスト(GWB18条3a項2号)

市場支配的地位の認定に際しては、カルテル庁が認定するように、マルチホーミングやユーザーの乗り換えコストは重要なファクターである。しかし、本件では、マルチホーミングが注目に値する程度存在し、新規参入を容易にしていることは明らかではない(BGH46)。2012年から2018年の間、Facebookのユーザーシェアは上昇しているのに対し、競争者のシェアは一貫して低下していることが認定されている。マルチホーミングの利用が支持されるのは、ソーシャルネットワークの並行利用が、ユーザーにコスト負担を課さないことであるが、並行利用には技術的複雑性などの障害が指摘される。ソーシャルネットワークの非互換性やデータポータビリティの欠如が、マルチホーミングにマイナスに機能する(BGH48)。また、他のソーシャルメディア(YouTube、Twitter、Snapchat)との代替競争により、Facebookの市場地位が大きく制約を受けることもないとする(BGH47)。

(5) イノベーションがもたらす競争圧力(GWB18条3a項5号)

多面的な市場における事業者の市場地位を評価する場合、イノベーション主導の競争圧力が特に重要であるとする(GWB18条3a項5号)。インターネット上のネットワークの市場地位は、技術的イノベーションの結果もたらされる卓越したダイナミズムの展開や短期的に変化するユーザーイメージによって、むしろ競争者による攻撃を受けやすい。このように、イノベーション力に基づく競争圧力の可能性を認めつつも、具体的ケースに応じて、市場地位の脆弱性は漠然と存在するのかどうか、客観的な時間的視点からも抽象的であるだけでなく、慎重な検討が必要であるとする。究極的には、支配的な地位が存在しなくなる可能性があるという単なる見通しのみで、市場支配を否定することは、濫用規制の後退を意味する(BGH51)。カルテル庁の理解では、Facebookが提示した競争に影響を与えるイノベーションの例は、現在までのFacebookの市場地位に対抗しうる可能性のある競争圧力を示していない。インターネットの革新的な強さにもかかわらず、過去7年間にわたってFacebookからの市場シェアの喪失や関連する市場シェアの低下の兆候は見られず、これは、市場地位の脆弱性は漠然とした抽象的に過ぎないこと意味し、少なくとも現時点及びカルテル庁の決定時点でFacebookの支配的地位を制約するものではないとする(BGH52)。

### III 濫用行為

#### 1. GWBによる搾取濫用行為規制の概要

最高裁は、控訴審の決定とは異なり、以下のように判示している。すなわち、Facebookが、カルテル庁によって禁止された利用条件を用いて、ユーザーの同意なく、facebook.comの外部で生成されたユーザー及びユーザーのデバイス関連するデータ(以下、オフFacebookデータ)を、Facebook利用それ自体から生じる個人データに統合するというデータ取扱いの決定権をFacebookに与えることに依拠させて、個人ユーザーに当該ネットワークを利用させ、このことは、市場支配的地位の濫用に当たることには疑いはないとしている(BGH53)。この場合、関係

するデータ等のポリシーについて、ユーザーのデータ利用の同意が必要かどうか、必要とされる程度については、この文脈では重要でないとされている(BGH54)。

#### (1) 関係条文

GWB19条にいう濫用行為について、市場支配的地位にある事業者の存在が、なんら法律違反なく内部成長の過程で確立している限り、競争プロセスの結果、原則として受け入れられることになるため、市場支配の濫用行為に係る判断基準の確定は困難であるとされる。濫用は、市場における一定の有力な地位を用いて、積極的な法の評価に基づき認容されない事業者の行為であるとされる<sup>18</sup>。

GWBでは、同法19条1項が一般的に支配的地位にある事業者の濫用行為を禁止しており、本件は、当該条項の問題として捉えられている。さらに、同条2項は「市場支配的である事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号に該当する行為を行った場合は、濫用行為とみなされる」として、同1号から4号を挙げており、2号が「有効な競争が存在すれば高度の蓋然性をもって形成されるであろう水準を逸脱した対価又はその他の取引条件を要求する行為」(いわゆる比較市場コンセプトと呼ばれ、有効な競争が仮定される市場を比較対象とする)、3号が「市場支配的事業者が比較市場(関連市場に近似する仮定の市場)において自らが同種の取引先に要求しているものより不利で、かつ当該差別が客観的に正当化されないような対価又はその他の取引条件を相手方取引先に要求する行為」を禁止している。これらの規定は、いずれも搾取的濫用行為を規制対象としている。同3号は、特殊な搾取的濫用の形態を定義し、比較市場における自己の行為を基準とする点に同2号との相違がある。

#### (2) GWBの保護目的と濫用規制

##### ① GWBの保護目的-システムとしての競争保護の前提となる個別の競争の自由

搾取濫用禁止は、GWBで定める濫用規制の一類型として、原則としてGWBの法目的と同一の方向を目指すことになる。GWBは、その原則に基づけば、競争秩序維持法として、従来と同様、集团的利益を指向した公法的に概念づけられる限り、一義的には、システムとしての競争の有効性の確保に機能することになる。GWBがシステム保護または個人保護を目的としているかという議論が伝統的に存在し、この議論については、Zenkerによれば、システム保護と個人保護の対立は結論として否定される事になる<sup>19</sup>。システムとしての競争というコンセプトはその法的定義を欠くとしても、その対象は、法的秩序としての競争プロセスと個別参加者の競争の自由との関係付けであり、究極的には、個々の競争の自由が、他者の同種の権利との関係でどのように限界付けられるかという問題に帰着する。競争システムの保護は、競争プロセスを基準として評価され、一貫して、競争システムは、個々の行動・決定の自由を保障すると

<sup>18</sup> Fuchs, in: Immenga/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6.Auflage 2020, §19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen, Rn5-8.

<sup>19</sup> Stefan Zenker, Kartellrecht und Rechtsmissbrauch, 2017, 202. 日本の文献では、舟田正之「不公正な取引方法」(2009)139頁以下参照。

いう個別利益のために保護されることが確認され、市場参加者の行動の自由が、システムとしての競争を構成する前提として捉えられている。このように、一方では、個々の市場参加者の行動・決定の自由が保護されることは、他方で、このプロセスに内在するそれぞれの市場参加者の自由、すなわち他の市場参加者の同種の自由との対立し、その限界づけの問題が生じる。この問題との関係で、GWBの名宛人は、競争の自由について責任を負い、競争を保護する義務及び禁止が課せられることになることも説明され<sup>20</sup>、これは、支配的地位にある事業者にとって妥当する。

関連して消費者保護の競争法における位置付けについて、次のように説明されている<sup>21</sup>。すなわち、競争法においては、特に、アングロサクソン系言語で説かれた **more economic approach** において消費者保護が支持され、欧州委員会もこれと関連する消費者厚生を指向する傾向にあった。しかし、ここでいう消費者保護は伝統的な意味での消費者保護とは区別され、また EU 競争法の唯一の目的でもないとする。消費者厚生の最大化として理解される効率性を引き上げようとする、**more economic approach** に基づく EU 競争法の立場に対して、ドイツの **GWB** では、むしろ消費者厚生の構造的なアプローチを追求し、システムとしての競争を保護対象とすることが強調される。また、アングロサクソン系の法域で追求される消費者厚生を指向したアプローチ(消費者厚生基準 **consumer welfare standard**)の枠組みとは異なり、ドイツ **GWB** 上、行為の具体的な市場に対する悪影響を立証する必要はないとされる。本件 **Facebook** ケースにおいてカルテル庁及び最高裁決定においても、この方向性が支持されている。システムとしての競争を保護することは、結果として、有効な競争が促進され、より有利な価格での供給を可能にすることになる。消費者保護は、**GWB** の直接的な保護対象ではないとしても、システムとしての競争保護は体系的に消費者保護を支える前提であるという一般的な認識を基点とする<sup>22</sup>。

## ② 濫用規制の目的

濫用規制は、カルテルを典型とする多数の事業者による協調的行為とは異なり、事業者の一方的行為を対象とする。市場において有力な事業者(**GWB**19条にいう市場支配的地位及び同20条にいう市場において有力な地位)は、その経済力に基づき、可能な限り自由かつ歪みのない競争を維持する特別の責任が課せられることになる。その目的は、市場力を持つ事業

---

<sup>20</sup> Stefan Zenker(Fn.19)202ff.

<sup>21</sup> Stefan Zenker(Fn.19) 205.

<sup>22</sup> Stefan Zenker(Fn.19), 206f.さらに、競争法が目指す消費者保護は、市場において、自己決定に基づく行為のための基盤を形成し、契約自由の基本的前提とする歪みのない契約自由を保障することであり、ここに契約法とカルテル法の相関性を理解することができるとする。Josef Drexler, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998, 293によれば、市場における自己決定に基づく行為のための基盤を形作る原則は、私的自治の原則的な保障と市場参加者に選択可能性を保障する規定から構成され、後者は競争維持を通して確保されるとする。これらの二つの要素が、市場参加者の経済的な自己決定の基本であり、さらに、消費者保護は市場参加者の自由を前提とすることから、消費者保護にも同様にこれらの要素が求められるとする。



者の存在故に、既に競争によってコントロールされない当該事業者の行動余地が、第三者を犠牲にして利用されることを防止することである<sup>23</sup>。

濫用規制は、市場において力のアンバランスに基づく不相当とされる市場成果を調整し、市場における相手方及び競争者の保護という目的を持ち、市場支配的地位にある事業者の競争侵害的な行為を禁止する<sup>24</sup>。したがって、濫用禁止の保護範囲は、支配的な事業者の支配力に直面し、その影響を受ける範囲で活動する全ての事業者であり、最終購入者としての消費者も含む<sup>25</sup>。そして、搾取行為規制は、主に垂直的な保護を目的として、直接の保護対象は個別の取引相手方とである。このようにして、個々の市場参加者の決定の自由及び活動の可能性を保障し<sup>26</sup>、市場を通して達せられるべき公正なバランスに反する反競争的な成果をコントロール・修正することにより、消費者主権の維持と公正な企業活動を目指している<sup>27</sup>。

保護目的の理解に際しては、市場支配的地位の濫用の禁止が、基本法上の重要性を持っていることも重要である<sup>28</sup>。したがって、市場での活動は、経済的な自由権の行使を意味するのであり、それを制限することは基本法上の制約の枠組みでのみ可能である<sup>29</sup>。かかる原則を考慮し、最終的に、GWB19条に基づく濫用禁止は、市場の関係当事者間の利益の衡量が決定的となる。

### (3) 価格濫用と条件濫用と

#### ① 条件濫用と価格濫用の関係

搾取濫用としては、GBW19条2項2号だけでなく、本件 Facebook ケースの様に、原則として同19条1項の一般条項の枠組においても、価格引き上げ及び取引条件の濫用が捉えられる。高価格濫用と条件濫用の重要な相違は、高価格においては、競争者にとって競争のチャンスとなる可能性は否定されないが、濫用的な条件は、しばしばそれが支配力の維持につ

---

<sup>23</sup> Jürgen Kühnen in Loewenheim / Meessen / Riesenkampff / Kersting / Meyer-Lindemann  
Kartellrecht Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage, 2020, §18 GWB Rdnr.3.

<sup>24</sup> Julia Barth, Datenschutzrechtsverstöße als kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch: Der Fall Facebook vor dem Bundeskartellamt, 2020, 42. 舟田正之「経済法序説(6)」立教法学 101号(2020年)391頁では、濫用規制には、「個人保護」とともに、競争秩序の保護=制度保護という2つの目的がともに含まれるとする、

<sup>25</sup> Fuchs(Fn.18) §19, Rn.20. 妨害(排除)行為と搾取行為の区別との関係で濫用禁止は様々な保護の方向性が明らかとなる。すなわち、市場力の利用の区別として、3類型が捉えられる。第一に、前後の取引段階の参加者から、市場支配的事業者の支配力行使からその経済的活動の自由が保護される。市場に条件づけられた不相当な市場成果、特に著しく引き上げられた価格、取引条件の改悪を修正することが問題になる。第二に、競争関係における競争者から妨害、潜在的競争者を参入制限から保護すること、第三に、支配市場の支配力を隣接市場でまだ支配していない市場への移行することを通して、第三市場において市場支配的事業者側の経済力の濫用的利用を防止することである。

<sup>26</sup> Rupprecht Podszun, Digital ecosystems, decision-making, competition and consumers – On the value of autonomy for competition, 2019, 22, SSRN3420692.

<sup>27</sup> Julia Barth(Fn.24), 43ff; Harri Kalimo and Klaudia Majcher, The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, European Law Review 2017 vol.42, no.2, p.214.

<sup>28</sup> Julia Barth(Fn.24) 42.

<sup>29</sup> Jörg Nothdurft in Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar 13. Auflage, GWB § 19, Rn.2.

ながら、そこでは、競争者の可能性を弱体化又は、行為者である事業者の影響可能性を強化することになると指摘される<sup>30</sup>。このように行為の性質に若干の相違があるものの、搾取濫用行為の禁止は、既に述べたとおり、いずれの場合も、直接的には市場に相對する側の個別の自由を保護する<sup>31</sup>。

## ② 条件濫用の類型

条件濫用における具体的な保護目的を概観するために、条件濫用を定性的又は定量的な視点から分類し、理解することが有益であるとされる<sup>32</sup>。定量的な条件濫用は、価格に置き換わる形で契約条件に結びつく価格引き上げを意味する。定量的に搾取が生じる場合であり、事業者が、過度に高い価格に置き換えうる形で取引条件として過度な要求をすることであり、例えば、事業者が、不相当に過度なデータを要求する場合が挙げられる。

定性的な取引条件の濫用は、取引条件の濫用が、定量的な要求ではなく、要求される条件自体の質・内容から明らかになり、要求される内容自体から条件濫用が認められる。本件 Facebook のケースでの取引条件の濫用は、カルテル庁の決定ではデータ保護法違反が強調されているが、いずれにしても定性的な取引条件の濫用に分類され、過度のデータ要求に基づくものではない。定性的な取引条件の濫用とされる場合も、価格濫用のケースにおける立証と同様に、公正かつ自由な競争の結果もたらされる取引条件ではないことを前提として、行為者の支配力の表出であることが必要とされる<sup>33</sup>。

取引相手方が、事業者の一定の市場力の行使、すなわち交渉及び市場状況における不均衡の懸念から保護されるという個別具体的な性質を持つ視点は、日本の独占禁止法にいう優越的地位の濫用との近似性が見られる。搾取濫用規制による取引条件や価格の修正は、競争に直接的にネガティブな影響を与えているわけではない市場成果の修正であるとされる。搾取濫用は、個々の利益の保護を通して、想定される競争関係を間接的に回復するという役割を果たすことになる<sup>34</sup>。このように、究極的には、個々の競争保護を通して、システムとしての競争を回復することが決定的な意義を持つと理解される点は、取引相手方の取引における自由・自主性の侵害を公正競争阻害性と捉える、独占禁止法の優越的地位の濫用規制と通底するといえよう。

濫用規制は、市場支配それ自体を禁止しているのではなく、その濫用を禁止している。濫用行為の厳密な定義は、規定の文言から一義的に明確にされないが、濫用とされる行為は、業

---

<sup>30</sup> Julia Barth(Fn.24) 43.

<sup>31</sup> Jochen Mohr, Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019, EuZW2019, 271f. 市場支配的事業者の契約相手方は、反競争的な条件及び価格から保護されるべきであり、これが、個別の市場参加者の決定の自由や行動の自由を保障することになるとする。

<sup>32</sup> Julia Barth(Fn.24) 44; Fuchs(Fn.18)§19,Rn.66a.

<sup>33</sup> vgl.BGH24.01.2017, KZR47/14(35)-VBL-Gegenwert II.

<sup>34</sup> Julia Barth(Fn.24) 46.

績競争に当たらないことは前提とされる<sup>35</sup>。言い換えれば、正常な競争行為に属さないということになるが、この業績競争の定義はあらかじめ可能ではなく、有効な競争において期待される行為として一般的に理解される。行為それ自体が競争との関係で不確定である排除行為については、特に、行為者の支配力の状況に応じて濫用とされる可能性があり、究極的には、後述する利益衡量によって評価されることになる。このように、濫用行為を予断し得ないことについては、排除・支配を行為類型として規定するに留まる独占禁止法にいう私的独占の評価プロセスと共通することになる。私的独占行為は支配・排除を意味し、行為類型は、濫用行為よりやや限定されるが、濫用規制と同様に、支配力・支配的地位と無関係には行為を捉えることはできず、支配力・支配的地位との結びつきにおいて、行為の不当性が明らかになると考えるべきである。

## 2. 従来の事例の検討

搾取濫用に関しては、近年、規制緩和に伴う電力・ガス・水道、医薬品等の分野において「高価格濫用」に当たるかどうか争点となった事例が幾つかある。ここでは、GWB19条2項2号が定めるように、市場支配的地位にある事業者が、その取引相手方に対して、有効な競争があれば高い蓋然性を持って形成されるという想定水準を逸脱した「対価」を要求しているか否かが問題になっている<sup>36</sup>。

GWBに基づく条件濫用のケースは極めて少ない。従来、殆ど実務的には意味がないとされてきており、圧倒的に一般的な私法、民法の問題として考えられてきたということだが、1973年の市場支配的地位の定義規定の改正を契機にカルテル庁が調査を開始したケースは少なくないようであり、カルテル庁は、普通取引約款(AGB)が競争法にいう条件濫用に当たるかどうかを繰り返し検討してきている<sup>37</sup>。市場支配的事業者による不相当な普通取引約款は濫用とされる可能性があるが、禁止手続きに進められたのは1980年の改正までの期間で4件、正式な禁止決定ケースはなかったが、以下で述べる、リーディングケースの一つである「Favorit」ケースで最高裁がその立場を明らかにした。

---

<sup>35</sup> Julia Barth(Fn.24)53. 舟田・前掲注24) 397頁参考。GWBの法目的は業績競争と特に市場の開放とされていることの当然の帰結であろう。本件控訴審決定においても、GWBの目的は、業績競争と市場開放の維持であるとする(OLG39)。

<sup>36</sup> 柴田潤子「ドイツ電力エネルギー産業における市場支配的地位の濫用規制」『電力産業と独占禁止法・競争政策』(舟田正之編)483頁以下、電力産業における搾取的高価格濫用規制のケースについて検討している。

<sup>37</sup> Jan Christoph Höft, Die Kontrolle des Ausbeutungsmissbrauchs im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2013,324.たとえば、1960年のGEMAの取引条件、1969年の水道供給契約、1976年の書籍・雑誌卸売業者の供給・支払い条件、1977年の医薬品メーカーにおける事前支払いの要求、1978年のエネルギー供給事業者による建設補助金の要求、自動延長による契約形成の一方的要求、地域暖房供給が挙げられている。正式な違反ケースではないが、カルテル庁によってAmazonがマーケットプレースの販売業者との間の取引条件を変更したケースも注目される。Amazonの取引条件は繰り返し審査の対象となっているところ、カルテル庁は、マーケットプレース販売業者に不利益を与え、一方的に取引条件を決定していることを問題視した(Entscheidung, BKart, v.17.7.2019,B2-88/18)。引き続き、欧州委員会の審査手続きも開始されている。see, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)

### (1) Favorit<sup>38</sup>

本件では、初めて、最高裁が、搾取濫用の評価に際して **GWB** 以外の法(本件では **AGB** 法・普通取引約款規制法)を考慮した。ここでは、地域暖房を供給する事業者と買手間の遠隔暖房供給契約における取引条件として、30年を超える契約期間の中で遠隔暖房に関する価格適応条項が存在しないことが、濫用に当たるか否かが問題となった。最高裁は、有効な競争が存在する比較市場を前提とすれば、当該条件を押し通すことが可能ではないという場合に、原則として契約相手方の搾取が肯定されるとして、比較市場コンセプトを採用した。カルテル庁の決定では、当該契約は、遠隔暖房に関するドイツ規格協会(ドイツの国家標準化団体)規定(**DIN4701**)に基づいて、「合意された基本価格、測定、計算料金は、暖房の消費量や暖房を購入しない理由に関係なく支払われなければならない」と定めているところ、連邦カルテル庁は、かかる取引条件について市場支配的事業者の濫用を認定した。ここでは、買手が消費電力の継続的低下を立証した場合、支配的事業者は、暖房供給契約の枠組において、契約締結時に前提とした消費電力に基づく基準価格の計算が禁止される。すなわち、当該事業者は遠隔暖房市場において支配的地位にあることを前提に、契約期間中消費電力が低下したにもかかわらず、契約締結時に確定した消費電力を有効とする条件が問題視された。これに対して、控訴審及び最高裁では、支配的地位が認められたものの、濫用は否定された。本件の遠隔暖房契約では、消費電力の事後的な変化に対応する基本価格の引下げについて合意がなかったこと、また、遠隔暖房供給に関する普通取引約款法に照らしても問題がないことを挙げながら、比較市場コンセプトを用いることによって、競争が存在すると想定すれば要求しえない価格や取引条件であったことをカルテル庁は立証していないことが、その主たる理由であった。

最高裁は、取引条件の濫用を検討するに当たって、当該契約条項を個別に **GWB19** 条に基づき評価するのではなく、価格や取引条件、すなわち給付と反対給付について全体の業績(パフォーマンス)を束にして包括的に考慮すべきであるとした。このような包括的考慮は、全ての条件を束にした比較であることから、結果として、比較が困難となるという指摘もある<sup>39</sup>。仮に本件 Facebook ケースで問題となったデータ取扱い行為をかか手法で検討すると、実際にそのような証拠を提示することは極めて困難であると思われる。

### (2) VBL-Gegenwert I・VBL-Gegenwert II(連邦政府及び州政府の年金機構の対価)<sup>40</sup>

公法上の機関であり公的機関の使用者(参加者)にグループ保険の形態で一定の給付金を支給する **VBL**(連邦政府及び州政府の年金機構)の退会に際して、当該参加者に請求される支払いが争点となった。**VBL** の定款によれば、退会者には、退会後も基金が計算する一定の対価の納付が義務付けられていた。当該約款は、**BGB307** 条(後掲・参考条文の抜粋を参照)

<sup>38</sup> BGH, Beschl. v. 06/11/1984, KVR13/83 - Favorit.

<sup>39</sup> Horst Satzky, Missbrauchsaufsicht und Verbraucherchutz im GWB, NZKart2018, 554ff.

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 06.11.2013, KZR58/11 - VBL-Gegenwert; BGH Urt. v. 24.01.2017, KZR47/14 - VBL-Gegenwert II.

に基づく内容規制に服することになる。それに基づき、対価請求の計算に際して、退会者を不利に扱うことが不相当な不利益に当たり、当該定款の関係規定は無効であるとされた。

さらに、GWBとの関係では、認容されない普通取引約款が市場支配的事業者によって用いられた場合、原則として、GWB19条にいう濫用に当たる可能性があり、このことは特に、無効な条項の合意が市場支配力又は搾取側の優越的な市場地位の表出である場合に当てはまるとした。

当該機構が市場支配的地位にあることは否定しえない。被保険者数と売上金額で算定した公務員の団体協約の中で最大の付加年金機構であり、本件の不当な対価要請は、条件濫用という形態での搾取濫用に当たり、GWB19条1項にいう一般条項が適用されるとした。当該要件の検討に当たっては、BGB307条以下に基づく内容規制に服する法的評価が考慮されることが明らかにされた。また、高価格濫用の検討において比較基準となる価格等を「著しく」上回っているか否かは、当該事例で不利益の定量的な特定がたとえ可能であっても考慮する必要はないとされた。BGB307条に基づく契約条項の無効という法律効果は、一定の重みを前提としており、BGB307条に基づく無効検討の枠組みで、「著しい」要件は既に評価済みであることが理由である。このケースでは、「Favorit」で採用された比較コンセプトに基づく包括的考慮という手法は採用されておらず、もっぱらBGB307条による禁止に基づいてGWB19条1項にいう濫用行為の認定が導き出されているようである。

「VBL-GegenwertII」では、最高裁は、普通取引約款上無効な規定を利用することが直ちに支配力の濫用につながるのではないことを確認した。そして、一方当事者の解約を不当に困難にしている条件は、無効な契約の合意であり、当該事業者の支配力の表出である場合に濫用と評価されるとし、「VBL-GegenwertI」の方向性を基本的に支持したと言える。

BGB307条違反をGWBに言う濫用行為と結びつける関連性は、支配力ないしは優越的な力の表出である。これ自体は民法上の要件ではないが、一定の力の表出としての濫用に当たる不当な取引条件は、BGB307条の射程にもなってくる。

### (3) Pechstein/International Skating Union<sup>41</sup>

国際スポーツ仲裁と競争法の関係が争点となった。成功を収めたスピードスケート選手(以下Xという)は、ドーピングに関する決定(ドーピングの認定により、懲戒委員会が2年の試合出場禁止、過去の一定期間の受賞及びメダルの剥奪等を決定した)を不服として、ISU(スイスを本拠地とする国際スケート連盟)をCAS(ローザンヌに所在するスポーツ仲裁裁判所)に提訴した。ISUは、選手との契約で仲裁条項を定めており、これに従って手続きが進められた。争点は、国際協会として唯一のスケート連盟と選手の間で締結される契約に含まれる仲裁条項が、競争法上の市場支配的地位の濫用に当たるか否かであった。この契約締結は、世界大会に出場するために必須となっている。CASは、当初のISUの決定を支持したため、Xは、国内

<sup>41</sup> BGH, Beschl. v.07.06.2016, KZR6/15.

のドイツの裁判所に提訴し、ミュンヘン高裁では当該仲裁条項が競争法違反と判断された<sup>42</sup>。これに対して最高裁は、ISUのドーピング禁止等の決定を支持した。

ミュンヘン高裁は、ISUが、選手の立場からは偏頗な仲裁条項を強要することによって、その支配的地位を濫用していると判断した(TFEU102条違反)。ISUは、スケートトーナメントの組織として、選手にとって世界選手権出場に関するグローバル市場において支配的であるとされ、私的に組織されたCASは、完全な意味での中立かつ公正な裁判を保障するものではなく、当該仲裁条項の存在は、通常の裁判所への提訴を妨げない。仲裁条項は強行法規に反するため無効であり、加えて、かかる事業者は、欧州法に基づき市場の機能を維持する特別の責任を負うと判示された。

これに対して、最高裁は、ミュンヘン高裁の判断を覆し、競争法違反を認めなかった。最高裁は、本件に関して競争法が適用可能であることは認めており、さらに、ISUが支配的であり、仲裁条項が定める手続きが適正な裁判に関する一定の基準を充足しない場合に、原則として濫用が存在することは認めつつも、CASの手続規定が、最高裁による修正を必要とする程度の不備を伴うものではないとした。加えて、Xは、当該契約に任意に署名しているということも認定された。しかしながら、この「任意」については、高裁では認定されておらず、もとより濫用行為において行為の任意性は本質的ではないといえよう<sup>43</sup>。

最高裁は、国際スポーツ仲裁は、組織だけでなく選手にとってもメリットをもたらす、すなわち、スポーツ選手にとって、公正な競技が行われることはメリットであり、特にドーピングの分野では、アスリートの公正な国際競技を可能にするために、協会ないしは国際的なドーピング禁止規則を一律に適用することが不可欠であるとする。加えて、単一のスポーツ仲裁裁判所は、国際スポーツルール発展に寄与することを可能とする。国際スポーツ仲裁のその他の利点には、スポーツ競技に関する迅速な決定を特に可能にすること、審判員の特別な専門知識、仲裁判断の国際的承認及び執行を可能にすることにある。他方で、公正さと職業の自由というXの持つ基本権を可能な限り実効性を持たせるためにも、CASに対する独立性と中立性の要請は過度に低く設定されないことが求められ、CASの仲裁者リストには、基本的に十分な数の独立した中立者が含まれているなど、CASに関する法令及び手続規定にドイツ民事訴訟法との共通性も認められると指摘された。

結論として、ドーピング禁止規則に基づく仲裁をCASに指定することを定める仲裁条項の署名を条件に、スポーツ競技会への競技者の参加を認めることは、国際的なスポーツ連盟による市場支配力の濫用を構成しないとされた。加えて、CASの手続規定は、選手の権利の保護に関して十分な保障を与えており、つまり、CASはスイス連邦最高裁判所による審理の対象となっていることも指摘された。

---

<sup>42</sup> OLG München, Urt.v.15.01.2015, U 1110/14- Pechstein, Pechstein.

<sup>43</sup> Rupprecht Podszun, The Pechstein Case: International Sports Arbitration versus Competition Law, 2018, 16, SSRN3246922. 任意性の概念を考慮することは、経済的従属性及び支配的地位の誤った評価であるとする。連盟が極めて有力であることから、Xが仲裁合意に、任意ではなくむしろ署名を強要されたと指摘される。

当該ケースでは、本件仲裁条項が、不当な契約条項として基本権の侵害、ひいては **GWB** にいう濫用行為に当たるかどうか争点となった。基本権の侵害と同時に競争法違反の審査が可能であることは明らかにされたが、濫用行為それ自体の要件該当性の説明について殆ど示唆はなく、いわゆる仲裁条項の正当性の説明に力点が置かれ、基本権侵害及び競争法違反のいずれも否定された結論となった。

最高裁は、条件濫用が **GWB19** 条 1 項または 2 項のいずれに基づくかを問わず、基本権上の地位を考慮することは包括的な利益衡量において必要であるとし、一方の契約当事者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、相手方の契約当事者には他者決定(*Fremdbestimmung*)として作用する場合には、基本権保護(*Grundrechtsschutz*)を実現するために **GWB19** 条の適用を考慮すべきであることを明示した。

このケースでも、競争があった場合に想定される取引条件の検討はなされていない。**GWB** 以外の法令違反は、利益衡量の枠組みで取引条件の濫用評価の手掛かりとされることから、「法令違反による」濫用として、独立の行為類型とし得るかどうかは不明であるが<sup>44</sup>、条件濫用として **GWB19** 条の適用を容易化する傾向が認められる。

#### (4) 民法(普通取引約款規制)と条件濫用規制

普通取引約款は、現行 **BGB**(ドイツ民法)305 条以下による内容規制、特に同法 307 条で定める約款の内容規制に服することになる。同 307 条 1 項は、その内容規制として、約款中の条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方に不相当な不利益を与える扱いは無効とすること、不相当な不利益は、条項が明確性を欠き、または平易でないことから明らかにすると定めている。「Favorit」ケースでは、約款に対する民法上の内容規制と **GWB** による条件濫用規制の適用の重複性を含め、その一般的な関係については、未解決の問題として残された。

**BGB307** 条以下による内容規制は、私法の一部として、一義的には、個別の契約当事者間の劣位に基づき生じる、不相当な取引条件を修正するのに対し、競争法の濫用規制においては、不相当な取引条件が競争の弱体化をもたらすこと、すなわち契約当事者の関係を超えた状況から明らかとなる<sup>45</sup>。保護目的という観点から、普通取引約款規制が、私法の一部として、情報等の不均衡によって条件づけられる不相当な契約内容を修正することに機能する一方

---

<sup>44</sup>また、不正競争防止法(**UWG3** 条)が「法違反による優越」を定めており、かかる原則が **GWB** においても承認されるのかどうかという問題提起もある。すなわち、**UWG3a** 条は、市場参加者の利益のために、市場を規律するために定められた規定で、かつ、その違反が、消費者、その他の市場参加者、競争事業者の利益を相当程度、侵害するものとなる場合には、当該法律規定に違反した者は、不正行為が認められる。係属中であるが、**Facebook** のドイツデータ保護法違反を根拠に、**UWG3** 条違反が認められたケースもある(LG Berlin, Urt.v.16.01.2018, 16O341/15- Soziales Netzwerk)。

<sup>45</sup> Höft(Fn.37) 33f.

46、**GWB** は、競争の自由を保護することを主たる目的としており、厳密に言えば全く同一とはいえない。

もともと普通取引約款規制法による内容規制についての根拠は、一方的地位に基づく契約条件に関する経済的な自己決定の制限にあるとされ<sup>47</sup>、契約交渉を経ることのない約款における約款使用者の一方的地位によって、他方の当事者に不利益を与えることが可能となるという意味で、契約における当事者間の力の不均衡にある。**Drexl**によれば<sup>48</sup>、この力の不均衡は、実際には他の(競争)者との契約締結や取引を回避する可能性が、残されていない状況のもとで、主に当事者間に存在する情報の不均衡に基づくとされる。約款の使用者は、普通取引約款の有利性を事前に評価することができ、契約の相手方は、当該約款に直面した契約交渉の段階で初めて当該約款の内容をアドホックに評価するという負担を課されることになる。かかる情報の不均衡を是正するためには、透明性義務、すなわち取引条件が明確かつ理解しうること、他の供給者との比較が問題なく可能であることを確保する情報上の措置は一定程度機能することになるが、これのみでは、自己決定を形成するには不十分であるとされる。契約の可能性が他に残されていない限り、不利益な当該約款を受け入れるということは、顧客の合理的な判断に基づくのではなく、むしろ計算し得ないリスクを伴う、いわば絶望的な認識のもとでの状況の結果の行動を意味する。当事者の一方的地位に基づく約款の設定を受け、他方当事者がそれを受け入れざる得ない場合には、たとえ、市場における競争的な構造が存在していたとしても、競争は失敗していると言わざるを得ないとする。普通取引約款における一方的な地位が、むしろ条件競争を妨げていると捉えることから、普通取引約款規制は、**GWB** による濫用規制との関連性を見出すことが可能となると説示される。

取引において、一方の当事者が強い交渉力を持ち、一方的な取引条件を課すことが **BGB307** 条に基づく内容規制の問題になるとしても、ここから直ちに **GWB** ないしは競争法にいう濫用行為が導かれないことは一般的に承認されている。しかしながら、取引・契約の可能性が他にない状況、すなわち競争が有効に機能していない構造の中で、一方的な取引や自己決定による行動が制限されることが問題になる構図では、競争法の適用が実際には問題となることは十分考えられるのである。**GWB** の搾取濫用は、一定の市場地位が存在するために自己決定権が機能しない場合を捉える一方<sup>49</sup>、普通取引約款を規定する **BGB307** 条以下は一定の市場地位を条件としていないにしても、**BGB307** 条による私的契約に対する介入は、市場における伝統的な活動の成果に関わるものである。このため、市場規制である **GWB** との

---

<sup>46</sup> Hajo Michael Holtz, Die AGB-Kontrolle im Wettbewerbsrecht (2010) 67ff. 契約における自律性の濫用のもとでの不相当な不利益から保護することは、契約当事者の経済的地位とは関係ないと指摘される。

<sup>47</sup> Josef Drexl(Fn.22)490.

<sup>48</sup> Josef Drexl(Fn.22)332-339.

<sup>49</sup> Josef Drexl(Fn.22)492.



連続性を持って理解することが可能となり、搾取濫用規制の一定の範囲において幅広く重なることになる<sup>50</sup>。

本件 Facebook ケースにおいても、カルテル庁の決定では、本件データポリシー等は、普通取引約款の定義を満たすため、BGB307 条 1 及び 2 項に基づく内容規制の枠組みで、本件データポリシーの相当性の問題を捉えうとする(BKart534)。BGB307 条違反かどうかの検討も可能であるところ、GDPR はこれに準拠しているため、GDPR の内在的評価において、普通取引約款規定による相当性に応じて GDPR の適用が可能となり(BKart534)、GDPR に基づく評価を直接行っている。

#### (5) 濫用規制と基本法

濫用規制と普通取引約款規制の根底には、個々の取引の自由を維持することによって、市場参加者の基本権の地位を保障するという基本法上の要請があることも重要である<sup>51</sup>。基本法上に根拠がある自己決定概念は、実際の経済社会の中では、形式的な私的自治を実質化し、実質的な自由を目指すと同時に、市場参加者のより積極的な役割という性格づけを加えながら展開している。ここでは、他者による強制からの自由だけでなく、経済的行動の目的や手段を自律的に決定するという機会の確保を図り、市場の秩序を形成する自己決定を含意することになる<sup>52</sup>。

上記「Pechstein/ISU」ケースと同様に、本件カルテル庁の決定においても、市場支配的事業者による顕著な力の優位性を背景にした、一方的な契約条項の設定に対して、「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、その中には GWB19 条も含まれる...が調整的に介入する必要がある」(BKart527)と述べており、基本権の考慮の重要性を明らかにしている。

このような基本法における濫用規制の妥当性については、経済法及び経済力・地位の濫用を防止する立法管轄を定める基本法 74 条 1 項 11 及び 16 号から明らかとなる<sup>53</sup>。これにより、基本法上、GWB は、個々の経済活動の自由の保障を伴う自由経済を確保する法として位置付けられる<sup>54</sup>。基本的自由権は最優先され、経済秩序の確立においても普遍の原則として尊重されることから<sup>55</sup>、市場参加者の経済的自由及び私的自治のための保護体制として、競争

---

<sup>50</sup> Julia Barth(Fn.24)58.

<sup>51</sup> Julia Barth(Fn.24)58.; Jochen Mohr(Fn.31), EuZW2019,272. 舟田正之・前掲 24)において詳細に検討がなされている。

<sup>52</sup> Josef Drexler(Fn.22) 7.

<sup>53</sup> 舟田正之・前掲注 4)ドイツ GWB は、カルテル規制、濫用規制、企業集中規制が主たる規制の柱としているが、濫用規制のみ、ドイツ基本法において、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」が明示されている。基本法第 1 項は、競合的立法が及ぶ分野を挙げており、11 号において経済法、16 号において経済的権力の濫用の防止が挙げられている。

<sup>54</sup> Wolfgang Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch* (2012)100. 基本法上の評価からは、競争制限に関して、経済的効率性という基準を指向する規定の解釈を原則的に優先するのではなく、基本法上の視点から、特に排除濫用の禁止については、一義的には自由な競争プロセスを保護するとする。

<sup>55</sup> Julia Barth(Fn.24)39.

秩序という基本原則が明らかとなる。その中で、搾取濫用規制も同一の保護方向にある。基本法は、これより踏み込んだより詳細な一定の経済秩序を定めておらず、むしろ、基本法の枠内で、その詳細なフレームワークとなる規定を設けることを立法者に義務付けており、経済政策と同様に社会政策的目的を基礎にして **GWB** が制定されたということになる<sup>56</sup>。

## (6) EU 法レベルの運用

### ① EU 法の関連規定

EU においては、支配的事業者による濫用行為の例示の一つとして TFEU102 条に搾取行為が挙げられており、搾取行為は、市場支配的な事業者の特別な力やそこから生じる取引関係の依存関係を利用し、有効な競争があれば得られないであろう取引上の利益を生み出す支配的事業者の行為と解される<sup>57</sup>。同 102 条では、「直接的または間接的に不公正な購入・販売価格または販売条件を課すこと」(a 号)、「需要者に利益に反する生産・販売・技術開発の制限」(b 号)、「他方の取引相手との同質の取引において異なる条件を適用し、それによって、それらの取引相手を競争上の不利に扱うこと」(c 号)が関連する規定である。搾取濫用の形態は、特に同条同項 a 号に基づく不公正な価格、不公正な取引条件という枠組みで検討されることになる。

同条同項 a 号にいう取引条件の不当性や不相当性は、EU 法独自の基準に基づくことになる<sup>58</sup>。すなわち、問題となる条項が、その他の競争過程や市場統一という目的に鑑みて適切であり、契約当事者及び第三者の利益衡量においても承認される法的な根拠があるかどうかである。これが肯定されれば、当該条項が比例原則に従い、正当な利益の実施のために、契約の他方当事者にとってより不利益とならないような契約条項の有無が検討される。TFEU102 条 2 項 a 号によって不相当とされる、過大又は過度な取引条件は、市場支配的事業者の一方的利益のもとで合意されていると捉えられることになる。

EU の競争法においても、濫用規制は、排除(妨害)・搾取に大別して整理されるが、濫用禁止の存在意義は、ドイツ法と異なる側面がある。EU の濫用規制は、優先的な原則として単一の統一市場の形成があり、これに濫用規制も機能する。これに対して、ドイツ法では、既に述べた通り、憲法や経済社会政策上の目的の追求がより前面に出されており、一定の消費者保護の理解と関連した、欧州委員会による **more economic approach** は、ドイツではそれほど重視されてこなかった様に思われる<sup>59</sup>。本件カルテル庁の決定文においては、EU 加盟国における基本法や個別立法の構造や考え方などの整合性が十分に存在する必要があるとして、本

<sup>56</sup> Julia Barth(Fn.24)39.; Wolfgang Wurmnest(Fn.54) 99.

<sup>57</sup> Eilmanberger/Kruis, StreinzEUV/AEUV, 20, Art/102, 1196.

<sup>58</sup> Eilmanberger/Kruis(Fn.57)1198.

<sup>59</sup> “more economic approach”は、純粋な効果ベースのアプローチであり、基本法と欧州基本的人権にいう自由競争モデルに一致していない限り、法適用には不向きであると指摘される。2005 年以来、欧州委員会は、経済基準に基づく運用に注力してきたが、問題は、法的拘束力のない欧州委員会のガイドラインを通して、民主的に正当化されない競争政策の方向性を変更していることにあるとされる。結果として、かかるアプローチに裁判所がどの程度従うのかは、多数の個別問題について不明であると指摘されている。Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2018, §5, Rdnr.629f.

件において TFEU の適用は控えられている(BKart 914)。濫用規制と憲法の関係についての加盟国間の理解の一致が見られないということであろう。

このような EU とドイツ法における搾取濫用規制についての基本的な意味合いの相違は、特に、不当な取引条件をめぐる濫用規制の重点の置き方やその理由づけに反映されており、EU 法において、支配的事業者による顧客に対して課せられた契約条項はさまざまな内容を示している。Botta/Wiedemann によれば、裁判所は、不当な契約条項についての完全なリストやその定義を示したことがないが、ケースローを整理することにより、いくつかの一般的なクリテリアを抽出することができるとしており、これに基づき以下のようにケースを整理してみたい<sup>60</sup>。

## ② 運用事例

EU レベルでは、「United Brands」<sup>61</sup> ケースにおいて、濫用行為として搾取的価格濫用が初めて承認された。ここでは、十分かつ有効な競争があれば得られない取引上の利益を得るために、市場支配的地位に起因する行動余地を利用しているのかが問題となるとされた。裁判所は、過度の高価格に当たるかどうかは、製品の経済的価値と合理的な関係がないという意味での不均衡性に依拠するものの、支配的事業者が過度な利益幅を設けていたか否かの検証のため、欧州委員会が支配的事業のコスト構造を分析し、バナナの卸売価格と生産コストを比較すべきであったと説示し、欧州委員会の提示した証拠は採用されなかった。裁判所は、その後、かかる費用テストをしばらく支持していたとされ、この費用テストによる立証は極めて困難であることを背景に、欧州委員会が TFEU 102 条に基づき搾取的な価格濫用の審査に着手することは殆どなかった<sup>62</sup>。

近年の「Latvian Copyright Society」<sup>63</sup> ケースにおいて、ラトビアの著作権管理団体が音楽作品の利用について課す超過的な価格が問題になった。裁判所は、市場支配的事業者による不公正な価格を評価するに際して費用テスト以外の手法が可能であり、超過的か否かの評価について、他の EU 加盟国との価格比較が有効な手法であると位置付けた。一加盟国との比較で、超過価格が一過性に過ぎない場合には濫用を根拠付けるのに不十分であるが、価格差が継続的かつ実質的である場合には不当な高価格として認定しうるとした。かかる比較に基づく検討手法は加盟国においては既に実践されているところであり、EU レベルにおいても承認されたということである。なお、価格差の理由の正当性は、支配的な事業者側に立証責任がある。当該ケースにおいて裁判所が比較検討手法の有効性を肯定したことから、この後、価格の搾取行為に対してより積極的に規制する方向性も見受けられる<sup>64</sup>。

<sup>60</sup> Marco Botta/Klaus Wiedemann, EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita, 2019, p.17.

<sup>61</sup> Judgement in United Brands Chiquita, 27/76, 14.February 1978, Slg1978, p.207.

<sup>62</sup> Kyra Brinkmann, Marktmachtmissbrauch Durch Verstoss Gegen Ausserkartellrechtliche Rechtsvorschriften, 2018, 37. 欧州委員会は、主に排除濫用に 102 条を適用してきており、搾取濫用については、優先順位としては下位的な位置付けであった。

<sup>63</sup> Case No C-177/16, 2017, ECLI:EU:C:2017:689.

<sup>64</sup> Marco Botta/Klaus Wiedemann, EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita, 2019, p.12.

不当な取引条件として整理される事例として、まず、前述の「United Brand」ケースにおいて、同時に、グリーンバナナ(未完熟)の販売を販売者に禁止することによって、異なる加盟国において販売されるバナナの価格コントロールを維持し、加盟国間におけるバナナ価格を差別化することも濫用に当たるとされた。「Port di Genova」<sup>65</sup>ケースでは、海運会社は、ジェノバの当局によって指定された会社が供給するドックサービスの利用を強制されたため、サービスの供給者を自由に選択できないことから不公正であるとされた。「CVL」<sup>66</sup>ケースでは、ドイツ著作権管理団体が、ドイツのアーティストとの比較で、外国のアーティストをより不利に扱う契約条件を課す場合には、TFEU102条にいう濫用に当たるとされた(異なる加盟国間の顧客を差別的に扱う契約条項は濫用であるとして一貫して評価されており、本件は同102条2項c号のケースとなる)。これらのケースでは、支配的事業者による一方的な契約条項の賦課が同102条違反に当たるとされた。「Alsatel」<sup>67</sup>ケースでは、支配的事業者と他の会社との間で締結された通信施設の賃貸契約が15年間の契約期間終了後、自動的に15年更新され、かつ25%以上の賃料等の値上げがされることは、改修等の費用の必要性に鑑みても、不当な取引条件であり、濫用に当たりうるとされた。「BRT」<sup>68</sup>ケースでは、アーティストが契約終了後も自らの著作権の管理をSABAM(著作権管理団体)に委託することを求められる契約条項は濫用に当たるとされ、同102条2項a号違反が認められた。ここでは、著作権の利用管理を委託されている支配的地位にある事業者がそのメンバーに対して、当該目的を達成するために必要とされない著作権の自由な行使を不公正に侵害するような義務を課す場合に、メンバーの著作権の自由な行使を不当に侵害し、濫用行為が認められるとした。決定的な要因は、それが効果的な保護のため絶対的に必要な限度を超えているかどうか、また、それが個々の著作権者の著作物を処分する自由を必要以上に制限しているか否か(比例原則)である<sup>69</sup>。「AAMS」ケース<sup>70</sup>では、イタリアのAAMSによるタバコ販売の独占に関して、外国の供給者によるイタリアでのタバコ販売を限定する条項が問題視された。このケースの争点は、販売網のキャパシティーが限定的であることから当該条項の必要性が正当化事由として承認されるかどうかであった。裁判所は、結論的には、事業利益を保護し、かつ販売ネットワークが過重負荷となる危険性を回避するために、AAMSのタバコを独占することの必要性が立証されていないとして、正当化事

---

<sup>65</sup> 旧86条(現行102条)の2項aからc号に特に着目し、濫用が存在するのは、当該サービスの需要者に対して、不当な購入価格またはその他不当な取引条件を課したり、消費者に不利益を与える技術発展を制限したり、差別条件を課す場合であるとしている。Judgement in *Merci convenzionali port di Genova*, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 Celex-61990CJ0179, 10 December 1991.

<sup>66</sup> Judgement in *GVL/Commission*, C-7/82, ECLI:EU:C:1983:52 Celex-61982CJ0007, 2 March 1983.

<sup>67</sup> Judgement in *Alsatel*, C-247/86, ECLI:EU:C:1988:469 Celex-61986CJ0247, 5 October 1988.本件では、Alsatelの市場支配的地位の有無が主要な争点となり、取引条件が濫用的であっても、行為者が支配的地位にないため、結論としてはTFEU102条(旧86条)違反が認められなかった。

<sup>68</sup> Judgement in *BRT et Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 Celex-Nr. 61973CJ0127(01), 27 March 1974.

<sup>69</sup> Harri Kalimo/K.Majcher, The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, *European Law Review* vol.42, no.2, p.224.

<sup>70</sup> Judgement in *AAMS (Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato)*, Case T-139/98 EC ECLI:EU:T:2001:272.

由を認めなかったが、支配的事業者が主張する正当化事由を議論、検討することを確立したケースとされている<sup>71</sup>。価格に関するケースではあるが、広く取引条件に関する搾取としても捉えうる「DSD」<sup>72</sup>ケースでは、支配的事業者による取引条件が、比例原則に反するとして不公正性が認定された。「AstraZeneca」<sup>73</sup>ケースでは、主に排除濫用として理解される事例であるが、特許法の不備を競争法が修正したという理解もあり<sup>74</sup>、濫用行為において他の法令違反の評価が考慮されるかどうかという論点もある事例となる。ここでは、本来は、取得し得ないであろう証明書を特許庁から取得するため、製薬会社 AstraZeneca による、意図的かつ一貫して誤解が生じる表現による、特許庁や加盟国への情報提供が濫用行為とされた。欧州委員会は、かかる行為は、ジェネリック医薬品メーカーを市場から排除しようとする全体戦略の一環であるという見解であった。欧州裁判所は、市場支配的事業者が、自らの視点に立脚した解釈によってのみ支持される権利を達成するために、あらゆる手段、即ち、本件では、より強度の混同懸念のある表現を用いる場合、業績(Leistung)競争の概念及び特別の責任に反するとした。

支配的地位に基づき、全ての重要な情報について特許庁に説明する義務があると認定され、支配的地位に基づいて存在する責任は、支配的事業者がその行為によって有効な競争を阻害しないことが考慮に入れられる。濫用は、行為が事実上、公的な機関に対して排他的権利を付与するように仕向けるおそれがあったことに認められており、濫用の認定は、競争制限的効果の出現ではなく、潜在的な反競争効果の立証で十分であるとされている。裁判所は、AstraZeneca が規定に違反したかではなく、違法に得られた証明書という構造に基づく、

---

<sup>71</sup> Marco Botta/Klaus Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, 2019, p.19. もっとも、異なる加盟国の顧客間の価格差別については、域内市場の考慮から、支配的事業者の主張する正当化事由が認められる余地はほぼないと指摘される。

<sup>72</sup> *Judgement in Duales System Deutschland / Commission*, T-151/01, EU:T:2007:154, *Celex-Nr. 62001TJ0151*, 24 May 2007. 当該事業者 DSD の容器包装及び再生スキームが問題となった。一定の商標が付された容器包装について利用者に一括して課金するシステムが、競争者によって取扱われた量を考慮しておらず問題視された。DSD は、競合する複数の商標を容器包装に付することはできないと主張したが、欧州委員会が示した措置である混合システムは、当該事業者は何ら不均衡な負担を意味するものではないとした。基本的には価格に関する搾取行為ではあるが、広義の取引条件に含めて整理できる。加えて、利用者に DSD と競合する代替システムの利用を断念させることも濫用と認定された。欧州委員会は、支配的地位にある企業が比例原則を遵守しない場合に、不公正な取引条件が認められるとした。

<sup>73</sup> *Judgement in AstraZeneca AB v European Commission*, C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770, *Celex-Nr. 62010CJ0457*, 6 December 2012.

<sup>74</sup> Arianna Jane Barnes, *Abuse of dominance causing congestion in the pharmaceutical industry: what is the cure in light of the Reckitt Benckiser CE/8931/08 Decision?* *JECLR* 2018 vol.39 no.2 pp.49. 本件で特徴的であるのは、市場に参入するジェネリックバージョンの効果を最小化することを目的とするストラテジーの変更に対して、競争法介入の根拠を拡大したことであるとされる。

排除の問題<sup>75</sup>、すなわち市場参入制限がもたらされるということである。他方、特許法にいう独占を前提として、AstraZeneca が、様々に加盟国の特許庁に混同懸念のある情報を提供していることが、競争の問題であるとする指摘もあり<sup>76</sup>、搾取的要素も一部含まれる事例といえよう。

### ③ 小括

これらのケースは、取引条件の不当性が問題になった濫用行為とされている事例の一部であるが、行為類型としてはかなり幅広い射程となっている。行為類型という観点からは、厳密に言えば、日本の独占禁止法にいう差別的取扱い、排他条件、抱き合せ、優越的地位の濫用等に当たりそうである。支配的事業者とその取引相手である事業者との取引に関係することが必要であり、「Alsatel」ケースで示されたように、取引条件が不公正な取引条件に該当しそうだとしても、行為者が市場支配的地位と認められなければ、濫用に当たらないことになる。

支配的事業者によって一方的に課されている取引条件については、TFEU 102 条 a 号にいう「不公正」の含意が問題になろう。ここでは、「fairness」という概念が示され、消費者に対する fairness も問題とすることができる。もともと、消費者に対する公正さを問題にしているが、その概念や、公正性を判断するために評価されるべき要素に関する体系的な議論の展開は見られないことが指摘されている<sup>77</sup>。EU においても、2016 年 11 月の Vestager 委員による演説は、搾取濫用の展開に大きな意味を持ち、競争当局は、市場構造を競争的に維持することで間接的に消費者を保護し、支配的事業者が過度な価格を請求したり、不公正な条件を課すことに、顧客の搾取が見出されることを強調している<sup>78</sup>。

従来のケースの法理を要約すると、(a) 契約の目的を達成するために必要ではなく、(b) 目的に照らして比例性がない場合には、取引条件は TFEU 102 条(a)にいう意味で不公正であり、必要性と比例原則が重要なメルクマールとなる。さらに、比例原則として、(i) 契約の目的が正当であること、(ii) 契約の義務が当該目的の達成に貢献できること、(iii) 目的を達成するために、より濫用的ではない手段がないこと、(iv) 正当な目的が搾取的な効果を上回ることが求められるとする<sup>79</sup>。支配的地位を前提とした取引の必要性・比例原則の議論は、ドイツ法に基づく利益衡量と基本的に同じ基軸に基づいており、さらに、個々の競争の自由の制限が公正

---

<sup>75</sup> Kyra Brinkmann (Fn.62)119.

<sup>76</sup> Maximilian Volmar and Katharina Helmdach, Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation, European Competition Journal 2018 vol.14, NOS2-3 p.203.

<sup>77</sup> Harri Kalimo/K.Majcher, The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, European Law Review 2017 vol.42, no.2, p.223.

<sup>78</sup> Maximilian Volmar and Katharina Helmdach, Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation, European Competition Journal 2018 vol.14, NOS2-3 p.204. 委員長の Vestager 氏のスピーチなどが取り上げられている。特に、加盟国の動きを受けての発言と推測されている。

<sup>79</sup> Ibid p.202.

性概念にどの様に組み込まれているかという議論の展開に注目したい。これにより、欧州競争法と GDPR の不公正性概念の異同も視野に入れた理解が可能となろう<sup>80</sup>。

### 3. データ保護法と競争法の関係について

Facebook をめぐって欧州では、いわゆる最終消費者の個人データの扱いに関する問題が様々な角度から提起されてきた。2014年に条件を設定することなく承認された Facebook-WhatsApp の合併とその後の展開として<sup>81</sup>、ドイツの裁判所では、合併後に Facebook が採用したプライバシーポリシーは違法であると判断された<sup>82</sup>。ハンブルクのデータ保護及び情報セキュリティ責任者は、2016年の Facebook のプライバシーポリシーの変更に際して、ドイツのデータ保護法によれば、ドイツにおいて、WhatsApp ユーザーの個人データ収集については同意が必要であるため、必要な同意を得ることなく収集した個人データの削除を命じた。この決定に対して、Facebook が訴訟を提起したものであり、ハンブルクの行政裁判所は、Facebook は、当面、ドイツの WhatsApp のユーザーの個人データを、ドイツのデータ保護法に合致する同意が存在する場合にのみ利用することができると決定した。イタリアでも Facebook に対して罰金が科されているが、競争法ではなく消費者保護法違反を根拠としている。Facebook は、WhatsApp のユーザーに対して、プライバシーポリシーに合意しなければ当該サービスを受けられないと誘引することによって、改訂された利用条件、特にその個人データを Facebook と共有する条項を受け入れることを強要したと認定された<sup>83</sup>。

---

<sup>80</sup> この点について検討を加えるものとして、Harri Kalimo/K.Majcher, *The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace*, *European Law Review* 2017 vol.42, no.2, p.211.

<sup>81</sup> 本件合併によって影響を受ける3つの取引分野(消費者コミュニケーションサービス、ソーシャルネットワーク、オンライン広告サービス)において競争法上の懸念はないとした。加えて、欧州委員会による審査では、双方のネットワークに集積されている個人データを統合する可能性についても分析されていた。それに関して、Facebook は、幾つかの理由により、両者の統合は技術的困難が伴うと主張していた。欧州委員会もこの主張を受け入れ、ユーザーデータベースのある程度の統合が可能であっても、多数のユーザーが既に双方のプラットフォームを利用していた現状に鑑みて、競争法上の評価には影響を与えないと結論づけた。2016年に Facebook は、サービス条件とプライバシーポリシーを変更することになる。変更後は、Facebook と WhatsApp 間のユーザーマッチングの自動化、Facebook とその子会社は、一定の WhatsApp の一定のデータにアクセスし利用することが可能となる。新規の WhatsApp ユーザーは、これらの条件を受け入れなければならず、既存のユーザーもこのための手続きを踏むことになる。2017年、欧州委員会は、Facebook/WhatsApp に2014年の合併審査の際に不正確かつ誤認される情報提供という過失に対し罰金を科す決定をした。この罰金は、合併の手続きの際に既に、ターゲット広告にとって十分な程度の WhatsApp 及び Facebook のユーザープロフィールを統合させることが技術的に可能であったということ、Facebook が開示しなかったのは信義則に反するという理由に留められた。See, Marco Botta/Klaus Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, 2019, p.60.

<sup>82</sup> VG Hamburg, v.24.04.2017, 13E5912/16 -Facebook/Freie und Hansastadt Hamburg

<sup>83</sup> Vgl. <http://en.agcm.it/en/media/detail?id=a6c51399-33ee-45c2-9019-8f4a3ae09aa1> 同意がサービス利用の継続に必須でなかったにもかかわらず、ユーザーに同意させるようにいわば騙すことによって、Facebook と WhatsApp のデータ共有を促すことは、102条にいう不当な契約条項を一方的に課すことにも当たる可能性も指摘される。See, Marco Botta/Klaus Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, 2019, pp 60.

このように、Facebook によるデータの取扱いに対しては、エンドユーザーである消費者との取引を対象としていることから、EU 加盟国では、データ保護法や消費者法の適用によって、対応してきたという従来の運用がある<sup>84</sup>ところ、ドイツでの本件 Facebook 決定は、これらの法との共通の原則を介在し、競争法の問題であることを明らかにしたことに意義がある。最高裁では、直接 GDPR 違反を GWB 違反に直結させているわけではないが、利益衡量の枠組みで詳細に検討されている。以下、個人データ保護法である GDPR と競争法の関係を検討する。

#### (1) 情報についての自己決定権の侵害と搾取(カルテル庁の見解)

本件カルテル庁の決定によれば、Facebook グループ内の他のサービスや Facebook Business Tool を利用した本件 Facebook によるデータ取扱いは、GDPR に基づく欧州のデータ保護法の原則に反するとされている。ユーザー及びデバイス関連のオフ Facebook データの収集、当該情報を各 Facebook アカウントに割り当てて共有することによる統合は、「特別なデータカテゴリー」(GDPR 9 条 1 項)及び「プロファイリング」(同 4 条 4 項)を含む個人データの取扱いの問題となるからである。GDPR の原則によれば、個人データ取扱いは禁止されており、例外的な一定の状況のもとでのみ許容されることになり、同 6 条 1 項が、契約上の必要性、データ管理者による合法的利益という様にその法的根拠を定め、特に 6 条 1 項(a)で定める「データ主体による同意」が重要な法的根拠となる<sup>85</sup>。

カルテル庁の決定では、従来の判例に基づき、Facebook のデータ取扱い条件が市場力の表出として GDPR に違反する場合には、最終消費者の保護をも含む GWB 19 条 1 項に基づき濫用に当たるとすべきであるとして、データ保護法違反と GWB 上の搾取濫用を結びつけた点が特徴である<sup>86</sup>。

カルテル庁による濫用認定の核心は、ユーザーが不利益を受けることなく、オフ Facebook データの利用について同意しないという自由な選択が与えられないことにあり(BKart645)、搾取は、自己のデータについてのコントロール権の喪失というユーザーの自己決定の制限に基づき見出される。これは、データ保護法上、有効な同意が存在しないことに基づく情報上の自己

---

<sup>84</sup> 消費者法の中心は、消費者を誤認させ、かつその自由な選択を制限する不当な契約を規制することであり、消費者保護基準も EU の基本的人権憲章に定められているが、消費者保護法は、競争法やデータ保護法と比べて、二次法源という観点からは、加盟国間のハーモナイゼーションが進展せず、消費者法を統一するため幾つかの指令(EU の消費者法の中心は、不正取引方法指令 2005/29/EC とされ、その 11 条で加盟国は、十分かつ効果的な手段(adequate and effective means)を確保しなければならないこと、13 条で加盟国は、不正取引方法指令を国内法化する規定に対する違反について罰則を定め、これを実行化しなければならないと定めている)が公布されている一方、依然として加盟国間に差異が残っている。EU 及び加盟各国の消費者保護法についての詳細は割愛するが、加盟国において、民事、刑事、行政的執行において重点の置き方が異なるアプローチを取っているのが現状である。See, *ibid.*

<sup>85</sup> Nela Grothe, *Datenmacht in der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle*, 2019,45 .個人データの取扱いについての原則は GDPR 第 5 条に定められている。

<sup>86</sup> 欧州データ保護スーパーバイザー長官である Buttarelli は、既に 2015 年のスピーチで、「データ保護法にも違反するドミナンスの濫用にも準備すべきであると述べている。See Inge Graef, *Blurring boundaries of consumer welfare, in Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, 2018, pp.137.



決定権の喪失というデータ保護法違反に還元される(BKart785、883)。ユーザーは基本的に自己の当該データ利用について自律的に決定できなくなったことが、問題視されている<sup>87</sup>。

カルテル庁は、GWB19条1項の枠組みにおいて、まず、BGB307条以下の相当性の概念を考慮するために展開した判例法理が、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、十分な支配力関連性を捉える全ての法制度の評価に用いることができるとしており、このことは特に、情報の自己決定権またはデータ保護の基本権の評価に妥当とする(BKart526)。ここでは、(後述の)利益衡量において、データ保護法に内在する相当性の概念を直接考慮しなければならず、これは、欧州連合基本憲章8条2項に基づくデータ保護の基本権に基づき、一方でデータ保護という基本権、他方でこれに対してデータ管理者の権利及び利益の対立を衡量することになるとする(BKart529)。

カルテル庁の決定によれば、まず、データ保護法の目的の一つとして、組織と個人との間の力の不均衡を回復し、管理者と関係者との間の相当とされる利益のバランスを確保することを挙げる。データ保護法は、基本権の保護のため、その個人データの取扱いを自律的に決定する権利を個人に与える。デジタルマスマスビジネスにおけるオンラインサービスの設計は、平均的な消費者がもはや現実的に対処しえないような意思決定プロセスを含むようになってきていることを踏まえて、データ保護法は、公的でない分野において、経済目的のためデータを取扱う関係者としての消費者及びデータ管理者との利益の調整を図ることになり、特別の経済法と位置付けることが可能であるとしている(BKart530)。

#### (2)ユーザーの侵害を認めない控訴審決定の見解

上記のカルテル庁の決定とは異なり、本件はむしろデータ保護法の問題であると主張する学説<sup>88</sup>も有力である。控訴審決定は、当該 Facebook のデータ取扱い条件が、GDPR に反するかどうかについては明言していないが、Facebook のサービスの利用に際して、オフ Facebook からの追加データと Facebook データを統合させることを条件とするという不利益に、カルテル庁が GWB 違反の重点を置いていることに対して、控訴審決定は、追加データの収集・処理については、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くと理解する。ユーザーは SNS 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、その取扱いについて同意をしているということを出発点とするため、データ取扱いは、ユーザーの意思及び希望に即して、そのコントロールのもとに行われており、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とした(OLG27,28)。

ここで重視されたのは、オフ Facebook データは容易に二重に作ることができるため、個人ユーザーが Facebook に情報を提供しても経済的に弱体化しないこと、オフ Facebook データは、第三者も利用可能であること、事業者が合意の範囲を超えて追加データを利用するとい

<sup>87</sup> Maximilian Volmar, Digital Marktmacht, 2019,385.

<sup>88</sup> Torsten Körber, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes – Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts? NZKart 2019,187.192

う、過度の個人データの供与を示唆する証拠もない(OLG23-26)こと、利用条件が個人ユーザーによって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、カルテル庁が立証していないとして、ユーザーの認識が欠けていることは、支配力に基づくのではなく、ユーザーの無関心や利便性という生活感的な判断に基づいているとする<sup>89</sup>。さらに、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ていないこと、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も挙げて、加入することとデータ保護の間の比較衡量は、自発的な個人の価値観に基づいて行われているという認定を補強している。(OLG75)。

控訴審決定では、ユーザーの利用は、単に、広告でファイナンスされるため無料でのソーシャルネットワークの利用から生じるメリットと、Facebook による追加データの利用と結びついた結果との自律的な衡量をした結果とするが、この根拠は明らかではない<sup>90</sup>。

#### (4) 情報についての自己決定権(最高裁の見解)

しかしながら、この控訴審決定の理由付けは、最高裁によって、実質的に否定されている。最高裁は、以下の通り、基本的にカルテル庁と同様の趣旨を説示している。まず、最高裁は、控訴審決定がユーザーを介するデータ開示の経済的核心を看過しているとする。控訴審決定が、オフ Facebook データは第三者にもアクセス可能であるとしたのに対して、最高裁では、これを否定する。Facebook を通して生成され、ユーザーが貢献しているデータベースについては、第二の市場サイドにおける当該サービスの需要者にはアクセス可能であるが、当該データベースはユーザーにとって全くアクセスできず、第三者も同様にアクセスし得ないことを指摘する(BGH62)。

最高裁によれば、情報についての自己決定は、個人の帰属について自ら実質的に決定することの保障も含む<sup>91</sup>とする。基本法上保障された情報上の自己決定権は、インターネットにおけるコミュニケーションの持つ著しく政治的、社会的、かつ経済的な意味、発生するデータの深度や範囲に関係して、ソーシャルネットワークの管理者自身が利用する目的のもとで、不相当なデータ開示という当該コミュニケーションデータの搾取から、利用者を保護する必要性を特に認めている(BGH103)。前述の「Pechstein/ISU」ケースを引用し、この基本法上の保障は、私法上の法律関係にも効果を持ち、私法上の一般条項の解釈においても考慮に入れなければならない、これには **GWB19** 条も含まれる。私的事業者が支配的な地位を形成し、公的なコミュニケーションそれ自体の枠組みを提供する場合、私人の基本権を拘束することは、結果として、国家による基本権の拘束に近似、または同一として捉えうる。この限りで、データ取扱いを、厳格な規定の要件、及び目的や目的拘束性に結びつけることは、特に同意を必要とする

---

<sup>89</sup> 同趣旨の指摘として、Jens-Uwe Franck, Eine Frage des Zusammenhangs: Marktbeherrschungsmissbrauch durch rechtswidrige Konditionen Facebook im Visier des Bundeskartellamts, ZWeR 2016,156.

<sup>90</sup> 同様の指摘として、Benedikt Buchner, Datenschutz und Kartellrecht, WRP2019,1246.

<sup>91</sup> Vgl. Beschl. vom 06.11.2019, 1 BvR 16/13, ECLI:DE:BVerfG:2019:rs20191106.1bvr001613 - Recht auf VergessenI.

相互作用において、情報による自己決定を保護するために相当であり、かつ基本法上必要とされる手段となり得る。個人データ取扱いについての自己の実質的な決定の必要性や目的拘束性は、同意との相互作用の中で、GDPRにおいて定められている(BGH105、106)。

個人データの保護は、基本権として自律性や人間の尊厳という基本的な価値観を起源としており、これは、情報の自己決定権概念と密接に結びつく。GDPRを含むデータ保護法の直接的な目的は、本件決定においても繰り返し述べられているように、自然人の自己の情報についての自己決定であり、これはドイツ基本法<sup>92</sup>、さらに欧州法、欧州連合基本権憲章<sup>93</sup>から明らかにされる<sup>94</sup>。

#### (5) データ保護法とGWBの目的の共通性

搾取濫用規制・GWB及びデータ保護法は、消費者保護をめぐって関連性がある法分野である<sup>95</sup>。データ保護法上も、基本権及び基本的自由権が保障されることから、とりわけ、個々の行動の自由も保護されなければならないことが、学説においても強調されている<sup>96</sup>。基本的に、データ取扱いについて予見性と透明性を確保することは、データに関連する当事者の私的自治を保護することになる。このことは、データ主体が、経済や民主的な生活、思想形成に参加する前提であり<sup>97</sup>、さらに、個人の行動自由の保護に帰する<sup>98</sup>。個人は、取引相手方の情報力及び経済力の格差から保護され、そこから生じる不相当な交渉力の結果から保護される<sup>99</sup>という理念に基づく。さらに、不相当な取引上の不均衡に起因する自由の制限との関係で、個人データを対象とする範囲での公正性及び利益の公正性の確保は重要な価値観であり<sup>100</sup>、公正性は、データ保護法及び競争法においても、違法性の判断において考慮される概念である。

データ保護法とGWBは、個別的な行動の自由及び市場に関連する決定の自由、それを持って私的な基本権上の地位を保護するという目的において共通性が見出される。目的の共通

---

<sup>92</sup> 情報の自己決定権は、基本法において明示的規定はないが、1980年代、連邦憲法裁判所によって基本権として承認され、人格の一般的権利の一つを構成する(1条1項、2条1項)。

<sup>93</sup> 欧州連合基本権憲章8条は、欧州機能条約16条と同様に、個人データ保護を定めており、最終的には、欧州連合基本権憲章7条にいう私的な権利や情報の自己決定権から明らかとなる。

<sup>94</sup> Julia Barth(Fn.24) 66.

<sup>95</sup> Julia Barth(Fn.24) 65. この関連性は、GWBが、私法的な意味で特定される消費者ではなく、消費者ないしは事業者であるという区別なく全体として市場における相手方を保護し、さらに制度としての競争を保護することを目的としていること、データ保護法も同様に、全ての自然人を保護し、特定の消費者を保護するのではないという点に認められる。もっとも、データ保護法上では消費者を規定しているわけではないので、データ保護法違反が全てGWBの濫用規制において問題になるわけではない。

<sup>96</sup> Kühling / Buchner, DS-GVO / BDSG Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, Art.1.Rdnr 8,9,17.

<sup>97</sup> Rossnagel, in Roßnagel/Abel, Handbuch Datenschutzrecht, Kapital1, Rdnr.1.

<sup>98</sup> Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 39,Rdnr.146.

<sup>99</sup> Rossnagel(Fn.97) Kapital1,Rdnr12.

<sup>100</sup> Harri Kalimo/K.Majcher, The concept of fairness: Linking EU competition and data protection law in the digital marketplace, European Law Review 2017 vol.42, no.2, p.210. ここでは、データ保護法制は、データ主体である個人が、公正さを徹底するための前提条件を形成しているとして、公正性は、データ保護の重要な価値観であるとする。

性は、既に述べた通り、カルテル序の決定において言及されているところであり、最高裁決定において明言されていないものの、両法域の共通する機能として、不均衡な取引上の地位の調整が図られることが認められている。ここでは、基本的にはデータ保護法は自然人のデータに関連する主権を基軸とし、搾取濫用は市場支配における相手方の個々の競争自由に焦点を当てることになる。さらに、かかる原則は、普通取引約款に関する民法の規定と共通しており、市場における相手方が自然人であるかぎり、保護されるグループは重なることになる。この様に、保護目的の重複が事実として存在するのは、自然人のデータに関連する行動の自治が、自由な市場における経済活動の自由に一致する場合である。特に、消費者を対象として、その個人データ保護の侵害が、同時に市場参加者として消費者の決定の自由にネガティブな効果を与え、その選択可能性を弱めることが問題視される<sup>101</sup>。個人ユーザーの選択可能性が制約されることについては、本件の最高裁もとりわけ重視しており、この点において、競争法、民法の約款規制及びデータ保護法の有機的な結びつきが示される。約款規制以外の取引条件に関しては、別途民法の BGB138 条が良俗違反を規定しており、日本の民法 90 条と対比した検討もなされているが、本報告書ではこの点については立ち入らない<sup>102</sup>。

加えて、データ保護法は、データ保護の標準化や統一化を通して、EU 域内の自由なデータ取引を確保することも主要な目的としている<sup>103</sup>。GDPR1 条 3 号、GDPR の前文 2、5 及び 10 項に基づき、GDPR は、広義のデータについての自由な経済領域を創出するという反射的目的のみを持っているのではなく、欧州立法者の政策的な意図として、データそれ自体に着目し、現代に適応する欧州のデータ保護規定の統一を備えるべきであり、事業者にとってのレベルプレイングフィールドを導入する機能を持つと理解されている<sup>104</sup>。欧州のデータ保護法に内

---

<sup>101</sup> Julia Barth(Fn.24)69. GWB.ここでは、条件濫用規制が、行動の自由の保護や想定される競争的な取引条件・基盤を創出することを目的としているとする。このことは、同様に、個人データの利用に関して、レベルプレイングフィールドを創出し、相反する利益の公正なバランスをもたらそうとする GDPR に基づくデータ保護法にも当てはまるとする。いずれも、あらゆる者に同一の競争条件を創出することに寄与する役割があるといえよう。

<sup>102</sup> 舟田正之・前掲注 24)398 頁以下によれば、ドイツ民法に基づく内容規制として、約款以外の取引条件については、BGB138 条 1 項及び 2 項による良俗規定がある。この場合の個別取引条件についても、交渉の実質を見るべきであり、当事者の実質的対等性が確保されているような交渉とは認められない場合は、約款と同様に、実質的に自己決定権が行使されたとは言えないであろうとされている。良俗違反とされた判例等について検討が加えられている。本件 Facebook の控訴審決定においては、この BGB138 条について、法律及び良俗違反な内容である場合 (§138 条 para 1 BGB)、または取引相手方の劣位を利用して、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)として、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とした。公序良俗違反の料金が 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、かつ競争があれば(仮定的な競争基準)形成されなかったことが明らかである場合である。BGB138 条及び普通取引約款に関する規定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、市場支配によって競争構造がすでに弱体化した市場を示唆するのではないとする。

<sup>103</sup> Julia Barth(Fn.24)68.

<sup>104</sup> Plath, in Plath Kommentar zu DSGVO, BDSG und den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG,2018,Art.1 Rdnr.1,6.もともと、GDPR は、EU 連合内の自由なデータ移動を制限している側面も指

在する域内市場コンセプトとの密接な結びつきは、データ保護法が競争関連性を持つことを補足的に説明することになる<sup>105</sup>。データの商業化を容易にすると同時に、とりわけ、信頼の構築を通して経済市場を強化するという目的を持って、EU 域内市場において、あらゆる者にとって同じ競争条件を創出することが重視されよう<sup>106</sup>。さらに、前文 18 も、データ保護法の経済関連性に言及しており、純粋な私的又は家族上のデータ取扱いは、GDPR の適用から除外される。このように、GDPR は、自由な経済取引の分野において、情報の自己決定、特に個人の行動の自由や主権に関して自然人を保護することに基づきながら、個人データの商業的利用やデータ取引についての統一的な条件の確立を図る機能を持つと言える<sup>107</sup>。

GWB と GDPR はいずれも市場を積極的に秩序づける役割があり、この役割に関連して、双方に共通する目的・原則に着目される。もっとも、本件の最高裁決定では、直接、GDPR 違反に基づいて GWB に反する濫用行為に当たることが認められたわけではなく、GWB の濫用行為を根拠づけるために、GDPR 上の評価は、予備的な評価として扱われているといえ、両者は密接な関係にあることは否定できないであろう。

#### 4. 多面的市場における濫用行為としての搾取と妨害

本件の Facebook による濫用行為は、事業者が、ユーザーデータを利活用し実現する経済的な可能性を獲得するという手段によって、個人ユーザーとの関係での搾取、及びそれに対応する広告市場での競争者の妨害(排除)であるとされる<sup>108</sup>。すなわち、ソーシャルネットワークのユーザーにとって、オフ Facebook のデータ取扱いによりネットワークの拡大機能を受け入れるかどうかについては、これを受け入れない場合にも、デメリットがなく、法的かつ事実上の同意の自由が認められるべきである。支配的なソーシャルネットワークのオペレーターが、このようなユーザーの自由な判断を認めないことは、データ保護法違反に当たるだけでなく、GWB 違反を構成するということが最高裁の趣旨である<sup>109</sup>。当該データ取扱いについては、ユーザーによる法的または事実上の任意の同意の存在や契約目的によって正当化されることがないということである(後述)。

##### (1) 市場支配と濫用行為の因果関係-「支配力または市場における著しい優越性の表出」

上記で検討した通り、GDPR は、GWB と共通の目的を含むものではあるが、GWB にいう条件濫用の評価に際しては従来の判例法理を踏襲して、契約条件の GDPR 等の法違反から直ちに濫用が導かれるのではない。前提として、GWB が市場支配的地位に基づく濫用行為を

---

摘される。すなわち、6 条で定める個人関連データの取扱いは原則禁止され、データ取扱いには同意やその許可要件が定められていると指摘されるのであり、結局、これらの間の相当なバランスが求められることになろう。

<sup>105</sup> Julia Barth(Fn.24)68.

<sup>106</sup> Kyra Brinkmann(Fn.62) 69ff. データ保護規定は、有力な市場参加者に対して、より弱い立場にある市場参加者が限定的にのみ実行可能な行為を禁止し、それによって、全ての市場参加者にとっての枠組みとなる条件を調整することに連なる場合にのみ、その法目的が理解されることになるとする。

<sup>107</sup> Julia Barth(Fn.24)68.

<sup>108</sup> Jochen Mohr, *Konditionenmissbrauch durch soziale Netzwerke: Facebook*, WuW2020,511f.

<sup>109</sup> Jochen Mohr (Fn.108)510.

問題にすることから、濫用行為と市場支配の間には結びつきが必要となる。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が<sup>110</sup>、両者の関係についての理解は従来の判例及び学説において一様ではない。本件では、濫用行為としてのGDPRに基づき認容されないデータ取扱い条件の評価も加わり、カルテル庁、控訴審決定においても様々に議論されてきている。このことに関して、「VBL-Gegenwert」ケースで明示された、「特に当該合意が市場力または優越的な地位の表出」である場合、普通取引約款の利用に支配的地位の濫用を認めていることから、「厳格な因果関係」の必要性が指摘されているが、「特に」と説示していることから、結果の因果関係も否定されないことを示していると解する見解がある<sup>111</sup>。

本件最高裁は、この点につき、明確に説示していないように思われる。契約条件が、需要者に不利益を与え、有効な競争があれば期待し得ない市場効果及び同時に客観的に競争過程を阻害することとなる場合、特に、二面市場において、一方の市場サイドの仲介者による搾取が同時に、他の市場サイドにおける競争を阻害するおそれがある場合、GWB19条1項に基づく因果関係の存在を肯定する。したがって、本件については厳格な因果関係を前提にする必要はないとする(BGH78)。この厳格な因果関係というのは、市場支配的地位の存在を前提として初めて市場支配者に、濫用行為の実行を可能にするという関係であり、搾取に関して言えば、市場支配的地位にあることが、買手側を搾取する取引条件の実施を可能にすることを意味する。カルテル庁の決定では、本件に関して、厳格な因果関係の存在も認定されており、当事者の著しい不均衡に起因する違反は、市場支配的事業者によってのみ実施されると指摘した(BKart880)。

他方、控訴審決定では、想定競争のもとでの取引条件を基準した上で、厳格な因果関係を前提とする行為的因果関係の必要性を説く<sup>112</sup>。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、市場支配のみとする立場である。控訴審決定では、結果的因果関係という意味で、濫用と市場支配の関係が十分認められる典型は妨害濫用である一方、取引条件による消費者の搾取についていえば、これが消費者にとって不利益をもたらす市場成果に直結するわけではないとする。このため、搾取の不利益として、取引条件それ自体が消費者に不利益をもたらしているとする限りにおいては、かかる取引条件が、支配的事業者によって設定されているかどうかは無関係であるとする。消費者に悪影響を与える法

---

<sup>110</sup> Nela Grothe(Fn.85), 230,239. 因果関係については、杉崎弘「EU 競争法における支配的地位の濫用禁止規定の構造」一橋法学 19 卷 3 号 1360 頁以下参照。

<sup>111</sup> Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten,2018, Rn685.当該報告書では、厳格な因果関係を必要であるとすると、カルテル庁に著しい立証負担を課す事になり、このため、規範的因果関係を受け入れる事によって、濫用禁止の適用範囲は拡大しうるのであろうと指摘する。

<sup>112</sup> 厳格な因果関係を主張する代表的な学説として、控訴審決定でも引用されている。Jens-Uwe Franck(Fn.89) 137 ff.

違反に留まり、競争制限効果も生じない場合には、濫用は認められないのであり、濫用とされるためには、競争関連性が必要であるとする<sup>113</sup>。この様に述べて、搾取濫用の範囲では、結果的因果関係ではなく、行為的因果関係が適切な基準であるとした。

厳格な因果関係のほか、学説等では、前提要件について厳密な理解の一致を見ないものの、規範的因果関係も有力に主張される<sup>114</sup>。この考え方によれば、市場支配的事業者が、契約相手方を搾取または競争者を妨害する取引・条件を実施しており、この行為は、支配的地位の存在から可能な行為であること、すなわち、競争的な市場であればそのような行為は可能ではないとすることで因果関係は十分認められるとする<sup>115</sup>。法違反に当たる条件設けることがGWB上問題となるのは、その行為が支配的事業者によって行われているために、ネガティブな効果を持つ場合であるため、結果的因果関係と究極的には同じ趣旨となる。

GWB19条に関する従来のBGHの判例法では、基準として、厳格な因果関係と規範的因果関係の双方が適用されている<sup>116</sup>。妨害(排除)濫用に関しては、従来の判例によれば、必ずしも厳格な因果関係を要件としておらず、結果的因果関係が肯定されている<sup>117</sup>。このことは、本件BGHによれば、市場有力な事業者との長期契約関係の終了を困難にする不相当な普通取引約款が搾取濫用だけでなく、妨害濫用にもあたるとされた「VBL- Gegenwert II」における判例理論と合致し、このような意味で、濫用は、行為者の支配力または市場優越性の表出であるとする(BGH76)。すなわち、最高裁は、濫用の要件として、いわゆる厳格な因果関係を説く控訴審を支持していないが、本件のように、当該行為の市場効果が契約当事者との関係に限定されず、むしろ行為が、潜在的競争者にとっての市場条件を阻害する場合には、結果的因果関係で十分であるとしているようにも読める(BGH82)。単に搾取濫用のみが問題になっている場合には、やはり行為的因果関係が必要なかどうかは明言していないようにも思われる。

---

<sup>113</sup> Torsten Körber, Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamtes -Machtmissbrauch durch Verletzung des Datenschutzrechts?, NZKart 2019,187ff.また、Facebook が支配力を持っていないとしても、当該普通取引約款はユーザーによって受け入れられるのであり、そこには単なる契約のインパリティが存在するのみであるから、普通取引約款の問題に過ぎないと指摘する見解。Torsten Körber, Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017,93ff.; Maximilian Volmar(Fn.87)392f.交渉力は、支配力概念や支配的地位という概念から厳格に区別されるべきであり、支配力は、消費者と事業者の間の一般的な非対称に基づき存在するのではなく、他の競争者との関係で特に強力な市場地位に基づくとする。

<sup>114</sup> Jörg Nothdurft (Fn.29) §19 Rn.473f.;Wernhard Möschel,Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,(1974)296.

<sup>115</sup> この様な考え方は、日本の優越的地位の濫用に通じると思われる。そこでは、濫用行為を挙げ、その実施が優越的地位によって可能であると説明される事に見られる。

<sup>116</sup> Fuchs(Fn.18)GWB§19, Rn72bff.

<sup>117</sup> 例えば、EuGH, 13.12.1997(Rs.85/76,91)-Hoffman La Roche.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視しない。厳格な因果関係ではなく、結果の因果関係で十分であるとする学説では、Eilmansberger/Bien,in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht. 3. Auflage, 2020, AEUV Art.102 Rn272ff.ドイツの判例では、BGH, Beschl. v.04.11.2003,-Strom und Telefon I.

搾取濫用行為に対する規制は、従来、GWB19条2項2号又は同3号の要件の問題として捉えられてきた。実際、本件控訴審決定は、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や場合によっては事業者内部のコストに基づく価格と現実価格の乖離が著しいことを求める、いわゆる比較市場コンセプトに基づいて検討されることから、市場支配的事業者による価格は、反競争的に過度であることが明らかにされる。かかる検討方法により、濫用的な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、定性的な条件濫用に関しては、価格濫用のように、内部のコスト構造や比較市場における想定競争価格に基づく検討は意味を持たず、検討方法は別意に考えられることになり、厳格な因果関係の適用も容易ではない。加えて、適用条項の観点からも、本件の様な取引条件の搾取濫用について、カルテル庁はGWB19条1項を適用しており、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、GWB19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必要はない。この点からも、厳格な因果関係に限定して検討することに対して疑問が呈されている<sup>118</sup>。

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<sup>119</sup>、これによれば、規範的因果関係を基本として考えられている。今後の議論の動向を見ていく必要があるが、理解の不一致を立法的に解決する意図が認められる。

(2) ユーザーのコントロール権の喪失と有効な競争のもとでの真正な選択可能性

---

<sup>118</sup> Nela Grothe(Fn.85)226,232.

<sup>119</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, 71f. Drucksache 19/23492, 19.10.2020, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/234/1923492.pdf>. 参照。ここでは、搾取濫用の場合の規範的因果関係について、消費者を含む市場の取引相手型の力の行使や行き過ぎた行為から保護するという法目的、選択の自由の保護等に起因すると説明され、搾取の事案でも規範的關係が受け入れられ、このことは、それ以上明文化する必要はないとする。もっとも、今回の改正で、支配力を持つ事業者によるあらゆる種類の違法行為に対してGWB19条違反を認めることを目的とするのではなく、市場関係の内容を目的や効果としていない法律規定違反は、今後もGWB違反を構成することはないと明言している。市場関係における契約当事者の保護を目的としているか、あるいは、これらの法律関係に影響を与えるような法規定または基本法の規定の侵害は、原則として、GWBに基づく支配力の濫用の審査で考慮することができる。そして、市場相手方に対する搾取は、金銭的に測定可能な損害を受ける場合だけでなく、法秩序の一定の保護の元にある、個人関連データの不当な開示にも存在する。特に、DP市場では、一方で力の集中が進み、他方で、情報の非対称性が顕著であることが特徴的であり、比較市場コンセプトの適用が不可能であるケースということになるが、この場合でも、支配的事業者による搾取的濫用を防止することが必要であるとする。ここで、厳格な因果関係を立証することは、市場相手方の搾取が、情報の非対称性や顧客サイドの合理的な無関心という要因によって助長され、ここから、対応する行為が、個別事例においては支配的でない事業者によっても実行可能となるため、困難に直面することになる。このことは、デジタルエコノミーの分野において特に妥当するところ、かかる場合であっても、市場相手方の保護の必要性がなくなるわけではない。名宛人である事業者の特別の市場地位は、比較を行う意欲を減退させ、他方では、他の供給者の間で模倣効果をもたらす可能性があるため、他の競争者の行動は、名宛人に対する濫用非難を疑問視するものではないとする。価格及び取引条件に関する濫用要件の法的明確化は必要であるとされる。



最高裁は、控訴審の理解とは異なり、Facebook が、カルテル庁により禁止された利用条件を用いることについて、カルテル庁が市場支配的地位の濫用を認定したことについて疑問はないとする(BGH53)。

① 最高裁の認定に基づく押し付けられたサービス

最高裁では、控訴審決定が示す理由は、濫用を否定する根拠にならないと評価している(BGH58)。最も重視されたのは、ソーシャルネットワークの利用を止めたくないが、データの収集・処理をソーシャルネットワークの利用とファイナンスに必要な程度に限定することに価値を置くユーザーの利益が考慮されていないことである。つまり、ネットワーク外でのユーザーアクティビティから収集されるデータに基づきパーソナライズされたエクスペリエンスを提供するソーシャルプラットフォームにおいて、典型的には、サービス供給の拡大によって、ユーザーが望まない可能性があるサービスコンテンツが押し付けられ、いずれにしても、そのために認められない個人データへのアクセスが Facebook に可能になることを問題視する。ここでは、二つの自己の商品の抱き合わせか、あるいは単なるサービスの拡大が問題になっているのかは未決にしうとするが、個人ユーザーは、自己のオフ Facebook でのインターネット利用について、潜在的な Facebook による無制限なアクセスと併せて、インテンシブなユーザーエクスペリエンスのパーソナライズを伴うネットワークを利用したいのか、または、Facebook 単体で開示するデータに基づくパーソナライズのための同意を表明したいのかについて、何ら選択が与えられていない(BGH58)。

上記の押し付けられたサービスの拡大の重要性は、控訴審決定がいうように無料であることを理由に否定されない。望まないサービスを強いることを通して、個人ユーザーのデータ開示という形で現れる、需要されるサービスについての対価の価値は高まることになり、これは、他方の市場サイドで実質的な競争パラメーターを意味する(BGH59)。この「押し付けられたサービスの拡大」が、「抱き合わせ」を意味するのかどうかは明確にされていないが、必要なサービスを望まないサービスと一緒にないと得られないことから、GWB との関連性が認められることになるとする(BGH58)。

ここで引用される「Gemeinsamer Anzeigenteil」<sup>120</sup>ケースでは、市場における相手方と競争者に対する濫用として問題となっており、ドイツのある地域での定期購読新聞の広告市場で支配的である新聞社が実施した広告の強制的な組み合わせ料金が、市場における競争者と相手方の濫用に当たるか否かが問題となった。カルテル庁によれば、不可欠な広告メディアと望まない広告メディアの抱き合わせは市場慣行や業績競争に当たらず、広告主の決定の自由、及び中小の競争者である日刊紙の競争機会を著しく阻害するとされた。GWB における抱き合わせ取引についての反競争性の理解は、具体的な抱き合わせの類型に応じて、強制的であるか、能率的であるかという UWG(不正競争防止法)と共有しうる伝統的な観点を基礎にしつつも、その主たる反競争性は、第三市場への支配力の移行、従たる市場での競争者・新規参入

---

<sup>120</sup> BGH Beschl. v.09.11.1982(KVR 9/81).最高裁では、結論的には、利益衡量において、支配的事業者の主張する正当化事由が認められた。

者の排他的効果に重点が置かれてきている。最高裁が引用する「Oberhammer」ケース<sup>121</sup>においてもこのことは明らかであり、このケースでの押し付けられたサービスの提供をめぐる濫用評価のロジックは、本件最高裁決定と共通する。本件で広告市場への妨害効果を問題視する点は、これまでの判例理論に即した判断であろう。

## ②有効な競争があれば期待されない取引条件

最高裁は、本件の取引条件は、有効な競争があれば期待されないものであり、反競争的効果をもたらすことに疑いはないとする(BGH84)。

最高裁は、ユーザーの著しい部分は、より少ない範囲での個人データの開示を望んでいるというカルテル庁の認定を基礎として、以下のように説示する。有効な競争があれば、まず、ロックイン効果から生じるスイッチングのハードルは存在しない。そして、ソーシャルネットワーク市場でのサービス供給が利用可能となり、ユーザーの主観的な選好を考慮に入れて、ユーザーエクスペリエンスのよりインテンシブなパーソナライズを伴うネットワークの利用を希望するか、またはプラットフォームのサービス供給の利用において開示されるデータに基づくパーソナライズのみにも同意しているのか、という選択が設けられることになろうが、かかる完全な選択可能性を Facebook は提供していないとする(BGH85)。他のグループのサービスからデータを収集し統合する際のコントロールの可能性が存在していないとする(BGH86)。このように述べて、少なくとも需要側の主観的な選好によるコントロールを受けていると評価されない行為は、競争によって十分にコントロールされてない行為による搾取を意味しうるとする(BGH87)。

控訴審決定は、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ていた。これに対して、最高裁は、競争が存在しない場合と同様に活発な競争がある分野においても、普通取引約款条項が同様に批判なく受け入れられることについては、情報上のアシメトリーや消費者の合理的無関心の現れと見るべきであり、本質ではないとする。このことは、控訴審決定の認定によれば、80%の Facebook ユーザーが、本件での当該利用条件を読んでいないことに示され、その理由は、いずれにしても当該利用条件を受け入れなければならぬ状況に求められる。ユーザーは、オフ Facebook データの取扱いの問題に対して、ソーシャルネットワークに参加することをより重視したという控訴審決定の推論は適切であるとしつつも、有効な競争があれば、ユーザーは、真正な選択可能性を持つのであり、データに敏感なユーザーによっても利用せざるを得ない点を控訴審決定は誤解しているとする(BGH91)。

---

<sup>121</sup> BGH Urt. v.30.03.2004 -Oberhammer(KZR 1/03).本件では、固定通信ネットワーク接続の市場を支配している電話会社(ドイツテレコム)が、インターネットアクセスの市場で既に強力な地位を築いている子会社(T-online)とインターネットアクセスを組み合わせた ISDN 接続を提供する場合、市場支配的地位の濫用の観点からの懸念が生じるとされた。抱き合わせに強制的要素、すなわち他のインターネットプロバイダーの顧客になる選択肢が残されるとしても、支配的事業者による抱き合わせが実際に吸引効果を出発点とし、抱き合わせのために、T-online の顧客の大部分が、他のインターネットプロバイダーにとって事実上失われることで、支配力拡大を通じた競争侵害を認めるのに十分であるとした。

このような最高裁の見解は、多数の学説に支持されていると言える。支配的事業者による不利益をもたらす普通取引約款を個人ユーザーが受け入れることは、支配力の結果としてのユーザーの合理的な無関心に起因するとし、このことは、特に、所与の選択可能性があれば、より高度なデータ保護を伴う他のソーシャルネットワークを選好するというユーザーについて当てはまると説示される<sup>122</sup>。また、合理的な無関心と関連して、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施されることについては、カルテル庁の決定で指摘するように、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<sup>123</sup>。さらに、データの開示は、いわゆる無料のサービスについての反対給付として用いられるのであり、それによって、金銭的反対給付が求められることなく、データの開示はプラットフォームの利用に応じて自動的に行われ、ここにもユーザーが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<sup>124</sup>。

学説では、データ取扱いについての十分な説明がない局面では、Facebookの市場地位と結びついたユーザーの信頼との因果的な関係も指摘される<sup>125</sup>。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しているところ、Facebookは、この市場地位に結びついた信頼を利用して、データ取扱いに関する詳細な情報を省略しているということである。市場地位に結びついた信頼が問われている。いずれにしても、控訴審決定がいうようにユーザーの同意があり、データ保護とい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り<sup>126</sup>、Facebookの市場地位に基づき、他に代替しうる選択肢がない状況のもとでは、個人ユーザーにとって、特に検討することなく契約条件を受け入れる要因となっていると理解する方が合理的である。また、Facebookがほぼ独占的な地位にあることに鑑みれば、個人ユーザーが事実上選択の可能性を持っていないにもかかわらず、宣言についての法律効力を個人ユーザーの形式的な自由な決定のみに依拠させるのは、競争の自由と契約の自由についての時代遅れの理解であると批判する見解もある<sup>127</sup>。

カルテル庁は、情報についての自己決定権の制限から、搾取に当たる不利益を承認している。条件濫用は、直接的な金銭的侵害をもたらす必要はなく、ユーザーの個人データや自己決定についてのユーザーのコントロール喪失から認められることになる。控訴審決定においても、競争の観点から、唯一決定的な要素として、Facebookの市場地位を根拠に、ソーシャルネットワーク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ない

---

<sup>122</sup> Jochen Mohr (Fn.108)511.

<sup>123</sup> Reinhard Ellger, Digitale Herausforderungen für das Kartellrecht, ZWeR2018,272. なお、本件控訴審決定では、プライバシーパラドックスの存在について懐疑的である。

<sup>124</sup> Nela Grothe (Fn.85)236ff.

<sup>125</sup> Michael Bergmann/Johannes Modest, Vom Umschreiben der Gesichtsbücher – Anmerkung zu OLG Düsseldorf in Sachen Facebook, NZKart 2019,533ff.

<sup>126</sup> Bergmann/Modest (Fn.125)534.

<sup>127</sup> Florian C. Haus /Carlos Deniz Cesarano, Mehr-Daten für Facebook– OLG Düsseldorf zum Facebook-Beschluss des Bundeskartellamtes –NZKart2019,637.

と言う意味で他者決定かどうかであるとする点は、カルテル庁の見解と異ならない。しかし、この場合、追加データの取扱いと統合に限定することによって、Facebook に対するユーザーの従属を認めないことから、いずれにしても、ユーザーへの侵害が認められなかった。この点、最高裁は、自己決定権の前提として、契約の自由及び消費者の選択可能性を位置づけ、これは有効な競争のもと確保されるという考えを基礎としていると言える<sup>128</sup>。

結論として、最高裁は、本件取引条件は、有効な競争があれば期待されないから、反競争効果に連なることに疑いはないとする。つまり、ユーザーには、ユーザーエクスペリエンスのよりインテンシブなパーソナライズを伴うネットワークの利用を希望するのか、または、Facebook のプラットフォームの供給において開示されるデータに基づくパーソナライズのみで同意するのかという、完全な選択を Facebook は提供しておらず、有効な競争があれば、真正な選択可能性をユーザーが持つことが可能であるとする。このように「有効な競争があれば」と仮定し、そもそも支配的地位の存在により有効な競争が存在しないこと、さらに、競争関係の問題として競争妨害の可能性にも結びつけ、最高裁は、以下のように、本件利用条件の形成は、競争を妨害することになると認定する。

### (3) 妨害濫用(排除濫用)について

最高裁の決定では、本件 Facebook による利用条件は、競争を妨害することとなると認定されている(BGH92)。

#### ①本件の妨害(排除)効果について

妨害効果については、カルテル庁の決定においても、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おり、Facebook による違法なデータ取扱いにより、「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」(BKart887)し、「不適切なデータ取扱いは、ソーシャルネットワーク市場における潜在的な競争者の参入に対する障壁も増大させる」(BKart888)としていた。

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、事実上の侵害の発生を要件とするとする。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他の市場に関しての適切な市場画定が欠けていること、当該データ収集が広告収入の増加を介してもたらず市場参入、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、カルテル庁による十分かつ包括的な実証がなく、市場参入の制限については自明でなく(OLG90 以下参照)、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、競争制限的效果も明らかでないとした。

---

<sup>128</sup> Jochen Mohr(Fn.108)508.ここでは、EuGH Urt. Von 20.09.2001,C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465 によれば、欧州裁判所も連合条約の競争規定を、契約の内容規制というインストルメントとして位置付けていると指摘される。

カルテル庁は、競争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、顕在的効果の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断じられたことについては、学説から疑問が呈されていた<sup>129</sup>。カルテル庁の決定においては、妨害効果・妨害濫用について、より詳細な検討をすべきであったと思われるところ、最高裁では、より踏み込んで、搾取濫用だけでなく、妨害濫用も認められることを明らかにしたと思われる。

最高裁の決定では、以下のように説示している。予測可能な時間的範囲で、競争者が、そのネットワークの魅力にとって十分なユーザー数を獲得することに成功する場合のみ、Facebookの市場地位に対して有効に対抗することが可能である。Facebookの膨大な利用者数を見れば、著しい市場参入障壁が存在する。そして、Facebookのビジネスモデルは、双方の市場サイドに関係するため、それぞれの行為を切り離して個別に検討すべきではない(BGH93)。オフFacebookデータへのアクセスによって可能となるインテンシブなパーソナライズは、Facebookが多くのデータを利用すればするほど、ユーザー行動の予測可能性の精度が上昇することになり、顕在的または潜在的な競争者との関係において、その供給の改善を可能にする。もともとユーザー数が極めて多いため、顕在的及び潜在的な競争者がFacebookの当該オファーに追いつく可能性は低い。さらに、ネットワーク効果に起因する市場参入制限があるため、潜在的な競争者には、ネットワークの運営のために必要となる広告契約獲得をめぐる競争のリスクが加わることになる(BGH94)。

最高裁は、さらに、広告契約をめぐる競争へのネガティブな効果を理由に、オンライン広告市場への阻害も否定しない。控訴審決定の理解とは異なり、ソーシャルメディアに係るオンライン広告という独自の市場が存在すること、そして、Facebookが当該市場で市場支配的地位を有していることの認定は必要ではないとする。阻害は、支配的市場ではなく、支配されていない第三市場においても現れうるとする(BGH96)。

ここで引用されている「Strom und TelefonII」<sup>130</sup>ケースにおいては、公営事業者が、電力と電気通信のセット販売を実施し、その際に割戻金を提供することが、GWB19条にいう濫用に当たるかどうか争われた。最高裁は、当該公営事業者が電力市場において市場支配的地位にあり、その地位を利用し、未だ支配していない電気通信市場における他の事業者の競争可能性を競争にとって著しい方法で制限することが問題視されるとして、この制限は、支配市場だけでなく、第三市場においても捉えられる必要があるとした<sup>131</sup>。

<sup>129</sup> Hasu/Deniz Cesarano(Fn.127) 645ff.「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、当該データ取扱い条件により、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。

<sup>130</sup>BGH Urt. v. 04.11.2003(KZR 38/02). 電力と電気通信の抱き合わせが濫用に当たるかどうか問題となった。詳細は、柴田潤子「電力市場における濫用規制の問題」「電力自由化による新たな法的課題-独占禁止法・競争政策の観点から-」(2016)日本エネルギー法研究所報告書 77 頁以下参照。

[http://www.jeli.gr.jp/img/jeli-R-134@2016\\_10\\_legal\\_issue\\_by\\_electricity\\_liberalization1.pdf](http://www.jeli.gr.jp/img/jeli-R-134@2016_10_legal_issue_by_electricity_liberalization1.pdf) 参照。

<sup>131</sup> いわゆる抱き合わせのケースとなる。日本の独占禁止法にいう不公正な取引方法である不当な抱き合わせに当たることは問題がない。GWBの濫用規制では、いわゆる主たる市場において支配的地位にあることを前提として、従たる市場においては、競争者の競争可能性が著しく制限されることが必要で

Facebook が、オフ Facebook データを利用して提供する機能は、市場支配的地位を搾取することを介在した押し付けられた拡大サービスの問題であり、ユーザーはこのサービスを受け入れなければならない。この場合、拡大サービス範囲がこの対価に値するのかどうかとは関係なく、オフ Facebook データへの Facebook のアクセスを受け入れることになる。押し付けられたサービス範囲の拡大は、それと結びつくデータアクセスがあるため、この機能を利用したくないようなユーザーにとってデメリットがあり、さらに妨害効果があることから、(後述する)必要な衡量に基づき、濫用となることに疑いはないとする(BGH97)。

## ②搾取と妨害行為の関係

本件 Facebook ケースでは、ドイツ国内の個人ユーザーに向けた市場において、Facebook の支配的地位が認定されている。この支配的地位形成の主たる要因は、Facebook のパフォーマンスによるところが大きいと思われるが、本件で問題となった取引条件は、その支配力行使する、ユーザーに対する搾取行為と位置付けられたということである。ユーザーに対して、競争があれば期待される選択を与えないことは、ユーザーの自己決定権を制約することに連なる。このユーザーに対する搾取行為は、さらに、ソーシャルネットワーク市場の影響を受ける広告市場での Facebook の地位を強化する。ここでは、原則として、当該市場における競争者の排除効果のおそれがあることで十分とされており、顕在的な効果の立証を求めていることから、未だ支配されていない広告市場に関して厳密な市場画定は求められていない。

このように見てくると、2020 年時点でのドイツ **GWB** において、複数の市場に影響を及ぼす濫用行為に対する規制は既に一定程度可能であると言える。支配的地位が存在する市場を前提にして、その支配力が行使される市場については支配的地位の存在は必ずしも要件とされていない。日本の独占禁止法との対比においては、まず、私的独占規制が挙げられることになろうが、私的独占規制では、支配的地位が形成・維持・強化された市場が複数の市場に関係する場合の根拠については明確にする余地があると思われる。一市場における支配力の形成という支配市場が存在する場合を超え、他の市場での展開として、関連する行為により、(a)さらに他の市場において、支配力を形成することが必要であるのか、(b)もとの支配市場の地位を強化・維持することが必要なのか、(c)支配市場の力をレバレッジすると言う意味で正常な競争手段の逸脱を捉えるのか、と言う観点からの検討が必要となろう。この点は、今後の検討課題としたい。

ドイツでは、**GWB** 第 10 次改正法として 19a 条が新規に、「複数の市場を跨ぐ競争にとって圧倒的な意義」を持つ事業者(特に、デジタルコンツェルン)に対する効果的規制を図るため、その濫用行為を禁止する規定を設けている。この第 10 次 **GWB** 改正は、**GWB** デジタル法と呼ばれ、ドイツの **GWB** をデジタル時代に適合させることを目的とし、濫用規制の改正は、特

---

あると考えられており、この意味では、日本法の不当な抱き合わせ規制に比べて、理論上適用範囲は限定されるかもしれない。もっとも、「マイクロソフトケース」では、従たる市場であるワープロソフト市場において「MSword」が一太郎を抜いて市場占拠率 1 位を達成した事実からは、**GWB** による濫用規制によっても禁止される事案となろう。

に注目に値する<sup>132</sup>。同 19a 条は、市場支配的地位が存在しない場合であっても、いわゆるゲートキーパー機能を持つ大規模なデジタルコンツェルンの効果的なコントロールを可能にする<sup>133</sup>。重要な事業分野としてデジタルビジネスモデルを持つ事業者を名宛人としており、個々のプラットフォーム又はネットワーク市場において、市場支配的地位にあるだけでなく、それに至らなくても、第三者の事業活動に著しい影響を及ぼすこと、又は常に新しい市場及びセクターにおいて自己の取引を拡大することを可能にする、リソース及び戦略的地位を持つ事業者がターゲットである。このような「複数の市場を跨る圧倒的な意義」要件の導入は、個別市場において既に存在する市場支配及びそこから生じる行為の可能性に結びつくだけでなく、未だ支配的でない市場の競争プロセスを保護しうる、特別な濫用規制の必要性から説明される。

さらに、かかる事業者と認定される場合には、当該事業者に適用される濫用行為が新たに定められている。新規定 19a 条 2 項 3 号では、データの利用と関係する妨害行為が禁止される<sup>134</sup>。顧客、その利用者及びその他第三者のデータについての経済的利用、収集、統合は、特にデジタル市場において、全ての市場参加者及び市場サイドに対して極めて意味のある競争ファクターとなってきた。同号は、本件 Facebook ケースを念頭に置いていとされる。理由書によれば、データの利用が消費者及び事業者に便益をもたらすことは認めつつも、同時に、データ利用が、他者に対して直接間接的に妨害的に作用することがあり、このことは、特に、支配的市場でデータが集められ、未だ支配されていない他の市場において、競争者を妨害するために不当に用いられるような状況に当てはまるとする。この侵害の潜在性は、多様なリソースからのデータの集積にあり、典型的には著しい支配力を持つ事業者にのみ可能とされる。その他、多様なリソースからのデータの組み合わせは、検証済みであり横断的に関連して生成され得られるために、競争上特に価値がある。データの収集、統合、利活用による搾取及び妨害行為は同様に、GWB19 条のもとでカルテル法的に捉えうるとしても、補足的に、「複数の市場を跨る競争にとって圧倒的な意義を持つ事業者」に対して、かかる禁止を問うことは正当化されるとされる。競争上重要なデータが市場を跨いで利用される可能性は、競争者の革新的な供給を妨害し、事業者の市場を跨ぐことから生じる意義を、さらに維持・強化するという巨大なポテンシャルを包含する。特に、競争上重要なデータへ圧倒的なアクセスを既に持つ事業者においては、たとえ、市場支配的地位になくとも、競争関連データの利活用やアクセスの拡大が、典型的には市場参入制限をより強固にする。

このように、デジタルエコノミーにおいては、一市場だけで濫用行為を捉えられない事象が認められることから、今後も搾取と妨害の組み合わせた濫用行為の検討は必要である。さらに、いかなる地位にある事業者を規制対象とするのかについて、ドイツでは、支配的地位や相対的に有力な地位にある事業者のみでなく、さらに規制の名宛人の対象を拡大した。日本の

---

<sup>132</sup> Nicolas Kredel/Jan Kresken(Fn.16)2.

<sup>133</sup> Tobias Lettl, Der Regierungsentwurf für eine 10. GWB-Novelle (GWB-Digitalisierungsgesetz), WM 2020,2353.

<sup>134</sup> その他に、1号では自己優遇行為、2号では競争者の妨害行為、4号ではインターオペレーション、データポータビリティの妨害、5号では欠陥情報の提示である。

独占禁止法についていえば、優越的地位の濫用規制は、優越的地位はかなり広い射程を捉えると言えるが、多面的に影響を持つDPFの力を評価する際に「従属性」概念をどのように理解するかは検討課題である。

## 5. 利益衡量

### (1)利益衡量の定式

ドイツ法において市場支配的地位の濫用かどうかは、全てのファクターの包括的評価及び関係する利益衡量が、競争の自由というGWBの法目的を考慮して検討される。この利益衡量は、常に個別事例に即して行われる(BGH98)。

GWBは、市場支配的地位の濫用行為を禁止されていることから、いわば市場支配の存在を前提とし、具体的な法適用に際しては、その行為が正当か又は濫用的であるかを区別する必要がある。しかしながら、ダイナミックな競争展開の中で具体的に濫用行為をあらかじめ詳細に定義すること、特に妨害・排除行為に関しては、競争法違反を構成する濫用行為を予断することや濫用行為の規範を展開することは困難である。

本件ケースのカルテル庁、最高裁でも確認されているとおり、GWBにおける濫用規制は、私法の枠内の法制度に属し、主に私的自治の原則に服するため、ここでは、不確定な法規範に基づく当事者間の利益対立を解決するための方法論的論拠として、利益衡量が用いられている。濫用規制においては、支配的事業者の存在によって、競争が既に制限されている中で残余競争の弱体化が問題とされるわけであり、この残余競争を維持することは支配的事業者の特別の責任として理解されつつも、支配的事業者側においても、自らの利益を追求することは当然に禁止されていないことは、繰り返し判例において述べられている。濫用行為の不当性は、現在においても、最終的に「競争の自由を目的とする規定の目的を考慮して、全ての利益を衡量する」という伝統的な決まり文句に基づく利益衡量の定式によって評価されている<sup>135</sup>。濫用行為を判断する決定的な基準がないところで、最終的にこの利益衡量を行う必要性については、実務上も争いのないところである。もっとも、このような支配力に関係した利益衡量に基づく検討手法に対しては、その法的不確実性から批判がないわけではない<sup>136</sup>。しかし、この点への批判は、利益の調整を図る検討を否定するほど重要ではないとみる。批判があるものの、競争に関連する濫用規制は、特に柔軟性と個別ケース毎のアプローチに依拠しており、利益衡量に代替する手法はないと考えられている<sup>137</sup>。

このように、伝統的な利益衡量の定式として、競争の自由を目的とする法目的を指向する利益衡量の枠組みで、まず関係する利益と判断される事項が、その衡量の対象となる。次に、衡

<sup>135</sup> Jörg Nothdurft(Fn.29) GWB §19, Rn.243.

<sup>136</sup> Tobias Krohn, Die methodengerechte Auflösung marktmachtbedingter Interessenkonflikte durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB,2020, 137 以下では、批判について詳細に説明されている。その他、カルテル法の実務では、もっぱら個別の利益が衡量されているのに対し、競争自由への言及は定型的なものに過ぎず、厳密な検討がなされていないと批判されている。比例原則を原則として用いても、競争に合致する行為を反競争的行為から区別する課題が解決されないことが認められている。

<sup>137</sup> Tobias Krohn(Fn.136)136,138.ここでは、結局ところ、具体的事実関係を、大前提に基づく不完全な利益評価に割り振ることができる方法が問題になっているに過ぎないと指摘される。



量プロセスにおいては、最上位にある比較衡量基準として **GWB** の濫用規制の保護目的であるシステムとしての競争保護という観点から、それぞれの保護価値の程度が検討されることになる。**GWB**19条2項1号の意味で、個人利益の保護自体は、システムとしての競争の保護に寄与する範囲内で考慮され<sup>138</sup>、当事者の関連する個別具体的な利益が、競争保護という目的との関係で重みづけられることになる<sup>139</sup>。

妨害濫用については、利益衡量のもとで、「支配力を前提とする妨害が、法的に重要な意味で競争が機能する条件を阻害するかどうか」という定式により評価されるとする<sup>140</sup>。ここでは、競争が機能する条件は、究極的には、市場参加者の実質的な自由の集合体と合致し、これらの自由が一定の基準によって衡量されることになる。私的自治の原則や契約が機能するためには、私法上の規定が原則として他者の自由を侵害する可能性に鑑みて、一方の自由の限界についての価値判断が必要となる。これと同様に、競争の自由を強調する **GWB**19条2項1号の解釈において、不当性の検討に関わる利益の意義は、競争の経済的機能との整合性にに基づき判断される<sup>141</sup>。妨害行為については、一方で、何らかの形で競争が機能する条件を阻害しようと仮定され、他方で、名宛人である支配的事業者の実質的な自由を示される競争のダイナミズムに矛盾すべきでないことも前提とされる。このため、**GWB**19条2項1号は、市場関係のあらゆる変化を濫用と認識するのではなく、究極的には「不当」であることが求められる<sup>142</sup>。

濫用行為の最終的な判断においては、競争との関係で捉える基準を設けるにしても、無機質に評価することは不可能であり、そこには一定の価値評価が入らざるを得ない。判断基準のコアとなる競争への影響という概念を明らかにする場合、競争秩序を市場参加者全体の最大限の実質的自由の総体であると捉えるならば、その枠内で、競争法の究極的目的に顧慮しながら、当事者等の自由の対立を解決し、その限界を明らかにするのが、利益衡量の果たす役割であろうと考えられる。

## (2)本件における利益衡量

具体的な重み付けでは、行為が名宛人の利益をどの程度充足するか、関係者の利益をどの程度侵害するかが検討され、本件では、最高裁は、以下の様に個別の具体的利益を検討している。まず、契約が法秩序の一般的基準によって違法とされる場合、契約条件の違法性は、濫用の認容に必須となる要件ではないとしつつも<sup>143</sup>、利益衡量において衡量される一ファクターとなるとしている。

<sup>138</sup> Tobias Krohn(Fn.136)139; Fuchs(Fn.18 )§19,Rn15f.

<sup>139</sup> Tobias Krohn(Fn.136)257

<sup>140</sup> Tobias Krohn(Fn.136)139f.

<sup>141</sup> Tobias Krohn(Fn.136)140.

<sup>142</sup> Tobias Krohn(Fn.136)161.

<sup>143</sup> Tobias Krohn(Fn.136)211.学説においても、**GWB** 19条が他の法令の規定をその内容に組み込むことが可能であることについては争いが無いが、競争的な価値評価だけでなく、非競争的な評価も組み込むことができるかどうか、組み入れる場合の競争自由を目的とする **GWB** の目的とどのように関係づけるかという問題については、統一的なターミノロジーがあるわけではないとされる。「不公正」

## ①ユーザーの保護される利益

最高裁によれば、ユーザーの保護される利益として、データの収集や処理の範囲について、ソーシャルネットワークを利用するのに必要な程度の利用やファイナンスに限定すること、特にオフ Facebook のインターネット利用履歴を把握されない、ということに価値を置くユーザーの保護がある。この場合、控訴審決定の意図するところとは違って、ユーザーが強制状態に置かれること前提としない。つまり、搾取を回避するために需要を諦めることが可能ではないこと、濫用は支配的事業者との契約の締結のために必要であるという意味での強制状態を前提としていないとされる(BGH100、101)。

最高裁は、控訴審決定がソーシャルネットワークへのアクセスを社会生活への参加として不可避であると理解するのは誤った認識であるとする。その上で、ソーシャルネットワークは、重要な社会的コミュニケーションフォームであり、相互に意見交換し、考えを表明する目的で開かれたフォーラムの利用は、ユーザー数の多さやネットワーク効果のために、特別の意味があるとす。なお、市場支配的事業者による搾取から需要者を保護することは、生活必需品・サービスに限定されない(BGH102)。

そして、基本権上保障される情報の自己決定権は、ソーシャルネットワークの管理者が、自らの利用ため、不相当なユーザーデータの開示によってコミュニケーションデータを取得することから、ユーザーを保護することは特に必要であるとする(BGH103)。既に述べた通り、個人ユーザーの情報上の自己決定権の保護は、基本法上求められる措置であり、私法上の法律関係にも効果を及ぼし、GWB19条も含む私法上の一般条項の解釈において、考慮に加えることが可能である(BGH105)。

## ②GDPR に基づく考慮

個人データの利用に関するデータ主体の実質的な意思決定権限の要件及び同意要件と関係するデータ取扱いの目的と必要性の議論は、GDPR に基づいて考慮される。

最高裁は、GDPR 第 6 条 1 項に基づき、個人データの取扱いについては、法定の要件のうち少なくとも一要件が充足されなければならないとして、以下の通り検討を加えている(BGH106)。まず、GDPR6 条 1 項(a)では、当該者の任意の同意を要件としており、同意が任意に与えられたかどうかの評価は、同 7 条 4 項に即して、契約の履行が、契約履行に必要な個人データの取扱いの同意に依拠しているか否かについて、可能な限り考慮されなければならないとする。関係して、前文 43 項の 2 文 2 は、目的拘束性をより強調し、それによれば、同意が任意に与えられていないとされるのは、同意が契約の履行に必要なにもかかわらず、契約の履行、サービスの提供も含む契約の履行が同意に依拠している場合であるとしている(BGH107)。契約の履行のためのデータ取扱いの必要性については、同 6 条 1 項(b)に固有の要件が定められている(BGH108)。強調されているのは、Facebook のように市場支配

---

という文言は、競争法の目的以外も含みうるとする説(Rudolf Lukes, Die Problematik der umfassenden Interessenabwägung in § 26 Abs. 2 GWB, BB1986,2079)もあるが、このことが濫用とされる行為を正当化することはできないであろう。

的地位にある事業者が、ユーザーの関心を無視して、そのサービス供給を定義し、データ取扱いの範囲を、Facebook内外のインターネット利用から生成されるユーザーの個人データのデータベースのマーケティングという自分の利益のためのみに調整し、かつ、それを通してソーシャルネットワークに必要なデータ範囲を超えて拡大するために、そのソーシャルネットワークへのアクセスを無制限に利用することになれば、情報の自己決定権による保護、及び同6条1項(b)にいうデータ取扱いを契約履行の必要性に結びつけている要件に、著しく反することになるであろう(BGH110)ということである。さらに、同6条1項(c)及び(d)に基づく根拠も明らかではないとされる。GDPR6条1項(f)に基づき、管理者または第三者の正当な利益を保護する必要がある場合、個人データの保護を必要とするデータ主体の利益または基本的権利及び自由が、この必要性を凌駕しない限り、個人データの取扱いは合法となる。しかし、本件では、「オフ Facebook」のデータを取扱うためのいかなる正当性も明らかにされていないとしている(BGH117)。

Facebookは、第三者ソースからのデータの取扱いについての正当な利益について、ターゲット広告に利用し、ネットワークのファイナンスに貢献すること、さらに、測定・分析目的、ユーザーやネットワーク安全性、研究目的と同様に法的調査に対応する可能性に機能することを挙げる(BGH118)。これらは、原則として、正当な利益となりうるものであり、特に、ダイレクトマーケティングを目的としたデータの取扱いは、正当な利益に役立つ取扱いと解することができる(前文47第7文GDPR)<sup>144</sup>。しかしながら、個人データの保護の観点で、例外や制約は、絶対的な必要性に限定されなければならない<sup>145</sup>。ソーシャルネットワークの枠内でのみデータを収集することによっては、Facebookの正当な利益が適切に保護されないということは明らかではなく、立証されていないとされている(BGH118)。ユーザーにとっての意義、市場支配の程度、及び所与の市場構造、そして、行為を出発点とする利用者の利益に対立する妨害効果に鑑みて、Facebookの承認される利益は後退せざるを得なく、そのデータ取扱いは、ソーシャルネットワークの利用にとって必要な程度に限定されるとされる(BGH121)。

### ③ その他の考慮事項

最高裁は、支配的事業者を含むすべての事業者は、基本的にその経済活動を決定し、どのような商品またはサービスでもって市場に参加するかを決定することができるという原則を前提とするが、これはGWBによる制約を受けることになる。即ち、自由の濫用、競争の自由を目的とした法目的に適合しない競争制限につながる場合には、除外される。必要な利益衡量として、支配的事業者が追求する利益の重要性は、市場における相手方の当該事業者の供給へ

<sup>144</sup> The processing of personal data for direct marketing purposes may be regarded as carried out for a legitimate interest. (7文)

<sup>145</sup> 最高裁は、参照判例として、EuGH, Urt. v. 4. Mai 2017 - C-13/16, juris Rn. 30 - Rigas satiskmeを挙げている。個人データの取扱いの必要性に関する条件として、個人データの保護に関連して適用される例外や制限は、厳密に必要とされる限りにおいてのみ適用されなければならない(9.11.2010, C-92/09 and C-93/09, EU. C:2010:662, paragraph 86 -Volker und Markus Schecke and Eifert; 7.11.2013 IPI, C-473/12, EU:C:2013:715, paragraph 39; 11.12.2014, C-212/13, EU:C:2014:2428, paragraph 28- Rynčs)。

の依存度の増加と同じ様に理解する必要がある。結論として、カルテル序の認定した反競争的効果に鑑みて、ユーザーにとっての Facebook のサービスの重要性は支配的事業者の自由の制限を正当化するとしている(BGH122)。

さらに、消費者の選択の自由は、競争的プロセスやその機能、供給と需要を通して調整、保障される。しかし、この調整機能が市場支配やロックイン効果、競争機能の弱体化等を通して阻害され、そして、残余競争は需要者の主観的な嗜好を反映させることができない場合、GWB19 条 1 項の濫用禁止は、関係する利益の重要性に応じて、市場支配的事業者には、競争プロセスにおいて期待される買手の選択可能性を考慮に入れるという特別の義務が課されることになる。とりわけ、市場支配的事業者の行為が同時に当該または近接市場における市場地位をさらに維持または強化する場合に、このことは当てはまるとする(BGH123)。

これに加えて、Facebook は、消費者の一部にとっては、著しい範囲に及ぶ社会的生活の参加についての決定を意味し、かつ政治や社会、分野、経済的な問題について公的な討議にとって本質的な意味があることから、支配的事業者には、情報の自己決定の視点のもと、プラットフォーム利用に係る条件の形成において、特別な法的な責任が増すとされている(BGH124) 点も注目される。

#### IV 結語

##### 1. データ保護法と GWB -GDPR にいう同意の意義とその限界

GDPR に基づく情報についての自己決定権は、個人データの開示及び利用を原則的に自ら決定する個人の権利であると理解され、個人データの収集、利用、開示、処理等にはその同意を必要とする。「同意」の意味するところは、同 4 条 11 項<sup>146</sup>によれば、自由な意思で、特定された範囲について、十分な情報提供のもとで、明確に同意をすることが必要であり、任意の同意が必要であるとされる。これは、データ主体が強制されないこと、具体的事実について認識があることを前提とし、そのために、データ主体は、自己の個人情報がどのように利活用されるのかについて、完全な情報とコントロール権を与えられる必要がある<sup>147</sup>。

---

<sup>146</sup> 参考:前文 32 項では、次の様に定める。電子的手段や声明等を含む書面による、自由かつ特定された、個人に関連する個人データの取扱いについてインフォームされ具体的なデータ主体の合意を形成する明確な肯定的行為によって、同意が供与されなければならない。これには、インターネットの Web サイトにアクセスするときにボックスをクリックする、情報化社会サービスの技術設定を選択する、またはこの文脈でデータ主体が自分の個人データの取扱いの提案を受け入れることを明確に示す他の声明または行動が含まれる。したがって、黙示、チェックボックス、または非アクティブ状態は同意を構成しない。同意は、同じ単一の目的又は複数目的のために行われたすべての取扱い活動を対象とする。取扱いに複数の目的がある場合は、それらすべてに同意する必要がある。データ主体の同意が電子的手段によるリクエストに続けて与えられることになっている場合、そのリクエストはそれが提供されるサービスの利用を不必要に中断せず、明確で簡潔にすべきである。

<sup>147</sup> Marco Botta/Klaus Wiedemann, EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita, 2019,pp.24. 自己決定の原則にもとづく同意は、データ主体が個人データ取扱いの可否、そしてその程度について自律的に決定することを可能にすることを包含し、GDPR の枠組みでは、同意を与える場合、データ主体は、自らのデータに生じる事象についてコントロールかつ完全な情報を持つべきであるという考えに支えられている。適切なプライバシー保

このように、GDPRは、データ主体の「任意かつ明確な同意」を基礎とし、個人の自己決定の帰結である「同意」に依拠する形で法律関係の変動を正当化する、同意を中心とした制度設計がなされている。データ管理者に「同意」取得の立証責任を負担させ、データ主体は、いつでも同意を撤回できるという仕組みが構築されている。このような「同意」を支える自己決定権は、実質的な内容を目指すものであり、その経済的な意味合いは、経済的行動の目的や手段を自律的に決定するという機会の確保を図り、市場の秩序づけに関わる自己決定を含意する経済的な自己決定の問題でもあると指摘される<sup>148</sup>。

データ市場における競争が機能するかどうかは、データ主体であるユーザーが、データ保護法の本来予定している適切な情報を得た上で、自主的にそのデータ取扱いについて同意を与えているかどうかが重要である。多面的に活動するプラットフォーム事業者であるソーシャルネットワークによるデータ収集行為、その利活用による競争優位の獲得及び広告スペース販売というビジネスモデルとが密接不可分な関係にあるネットワーク効果が存在する業態では、いずれにしても、膨大な個人データが、ソーシャルネットワーク事業における競争優位を決定づける最重要なインプットであり競争変数であることに異論はないであろう。

他方で、個人データが決定的な経済的価値を伴う枠組みでは、個人データの取扱いに際して、個人データがユーザーのプライバシーを含む可能性があることから<sup>149</sup>、プライバシーの保護も競争状況に左右されることになる。つまり、プラットフォーム間の競争が弱体化しているところでは、個人データの過剰な収集が可能になり、多様なユーザーの選好を満たすには不十分なプライバシーオプションの提供という状況が生じるであろう。さらに問題は、データ開示に含まれるプライバシー保護の度合いについての個人の選好度は、きわめてパーソナルな性質をもっていることから、ユーザーは、プライバシーの開示(より多くの個人データ提供)を通じて、より品質の高いサービスの提供を受けられる等の便益を期待できる場合も少なくないという意味で、その選好はまちまちであり、取引対象ないし競争変数としての機能は一義的ではない。

DPFによるデータ収集に際しては、この様に、プライバシーそのものではなく、プライバシーの持つ経済的価値に着目した取引であり、プライバシー保護を含むデータ保護の問題は、以下の様に市場の失敗に晒されることになる。

支配的事業者がより多くのデータを収集すること自体は原則として問題がないことは言うまでもないが、取引実態として「プライバシー・パラドックス」と呼ばれる状況が存在することも多く指摘され、本件カルテル庁の決定でも認識されている問題がある(BKart384)。すなわち、ユーザ

---

護は、データ主体がその個人データへのコントロールを付与することにより、達成されるという欧州の伝統的なプライバシー学説に則して形成されている。

<sup>148</sup> Josef Drexler(Fn.22),7.

<sup>149</sup> Inge Graef, EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms,2016,285. データ保護とプライバシー保護は、厳密には別の概念であるが、個人データがプライバシーを含む可能性がある。プライバシーの保護は個人データ保護がそれに含まれているかとは直接的には関係なく、個人データのプライバシーの局面を保護することを意味するのに対して、データ保護は個人データの取扱いの中で問題となる事象である。

一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、ユーザー側のプライバシーの選好はもともと個人的であり多様であることからデータの価値測定が困難であることも加わり、プライバシーの喪失懸念よりも、データの開示から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、個人データを気軽に扱い、同意するという矛盾が生じている。ユーザーは、情報保護について強い関心を持っているにもかかわらず、自らが一般的に選好したプライバシー保護水準に沿った行動をとらず、極めて文脈依存的な行動をとることが実証的に知られているのである。

さらに市場の失敗は、集積されるデータの範囲が不透明であったり、将来のデータ処理について確認が困難になるなど、ユーザーが、開示されたデータ及び収集されたデータの価値について長期的に予見することはもとより困難な状況にあるため、合理的な判断をすることが困難であるという、ユーザーとDPF間に存在する情報の非対称性にも起因する。金銭的対価を求めない提供が一般的になりつつあるDPFの利用に際しては、ユーザーは当該サービスを利用するために一定の個人データをデータの供与することが求められるが、ユーザーが自らのデータ提供に関する同意を適切に判断することは容易でない複雑な実態があるのである。この様に、ユーザーは、情報の非対称性に直面し、限定的合理性に縛られ、行動決定上のバイアスがある主体であることが、行動経済学上、実証的に広く知られている<sup>150</sup>。さらに、DPFが支配的地位にあり事実上、他に選択可能性がない場合には、任意の同意を求めることには事実上、限界がある<sup>151</sup>。

経済的に合理的な得失計算にもとづく取引という、民事法、競争法を含む経済取引法秩序の前提それ自体に有力な疑問が投げかけられるところで、本件決定が示唆した、データ収集行為をめぐって、サービス利用規約に対するユーザー同意がもたらす利益の不均衡という観点は重要である。プライバシー保護を含むデータ保護の問題は、「市場の失敗」に晒されるため、市場の力が最適な均衡を実現することは期待できないのであり、このような実態を前提として法政策は考えられるべきである。

本件最高裁の決定を受けて、デュッセルドルフ地方上級裁判所は、Facebookに対する連邦カルテル庁の決定について本案訴訟の審理を中断し、欧州裁判所に先例的判決を申請している。ここでは、特に、データ保護法違反が競争法においてどのような役割を果たすのかななどの重要な問題が提起されており<sup>152</sup>、どのような判断になるのか注視していきたい。

## 2. 消費者に対する濫用規制設計のヒント

データ取引に内在する限界として、ユーザーの「任意かつ明確な同意」が得られない場合ないしは「同意」が得られているとしても、行き過ぎた同意である場合、その要因として取引事業

<sup>150</sup> Wolfgang Keber, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, GRUR Int.2016, 642.

<sup>151</sup> 個人情報保護法制における同意をめぐる実際上の課題について、松前恵環「個人情報保護法性における「同意」の意義と課題」NBL1167号20頁以下参照。

<sup>152</sup> OLG Düsseldorf, Beschl.v.24.03.2021, Kart 2/19 (V).

者間の不均衡に着目し、競争法の規制が自己決定権の侵害を中心とした濫用行為規制の理論構成によって、是正を図ることが可能であることを示したのが、本件であると理解できる。最高裁では、Facebookの当該データ取扱いがGDPR違反かどうか、少なくともFacebookのデータポリシーに対する私的ユーザーの同意の有無は問わないとすることによって、GDPRとの関係でデータポリシーについて同意の有無を主たる論点の対象としていないが、最終的な利益衡量において、いわゆるオフFacebookデータ取扱いについて個人ユーザーの任意の同意を得ていないことは重視されている様に思われる。

本件最高裁は、搾取行為との関係で、自己決定権の制限がどの様に位置付けられるのかについての議論を回避している様にも思われるが、カルテル庁も、関係者が不利益を被ることなく「オフFacebook」のデータの利用への同意を拒否または撤回する「真正または自由な選択肢」を持たないということに濫用の核心を見ている(BGH131)。究極的には、最高裁は、個人ユーザーの選択の自由は自己決定権の前提であるという考えに基づくことになり、この点、カルテル庁の決定が問題とする核心となる本質的な評価は異ならない。基本法上の権利としての自己のデータの決定権を根底にして、経済的価値をもつ自己データを取引対象とする経済的取引における交渉力の喪失は、競争法上の問題として取り上げることが可能となり、このような場合には、競争の自由を保護するという視点を持つGWBによって、実質的な自己決定権の回復が図られることになると同時に、取引主体として取引の自主性が確保されると言える。

他方で、控訴審決定が重視する、ユーザーの侵害に着目した検討を必要とする見解もある。データの価値は測定困難であり、何より相対的であり、かつFacebookサービスの改善に資することは否定できず、特に、ユーザーにとって不利益を課すのか又は妥当な反対給付であるのかは直ちには明らかでないことを強調する。しかし、最高裁決定では、競争上重要なデータ取引においては、どの程度の個人データを提供した上でどのようなサービスを利用するかという選択肢が提供されていないことがそもそも問題視されている。選択肢が制限されている要因は、競争が機能していないことに根幹にある。ユーザーがそれ以上の不利益を受けているか否か、ユーザーの具体的侵害の現出の認定は、最高裁では問われていない。

経済取引過程における経済的な自己決定権の喪失は、最終需要者として現れる私的ユーザーの取引における自主性を阻害するものであるとするならば、日本法にいう優越的地位の濫用の公正競争阻害性と捉えられている「競争基盤の侵害」との共通項が見出せると考える<sup>153</sup>。ここでは、他の取引相手への取引の転換可能性も共通の基準となる。経済的な意味での自己の情報の決定権は、競争基盤を構成する一要素に含めて捉えることが可能であり、特に消費者である私的ユーザーについては、その点、より強力な保護が必要であると考えられる。民事法領域では、「消費者」という取引主体の特殊性を明確に意識し、消費者保護法という法体系を発展させてきた。また労働法も、カテゴリー的に労務提供契約上の地位が劣位する「労働者」という存在を念頭に置いた社会法として一般契約法を修正する法体系である。我が国

---

<sup>153</sup> 舟田正之・前掲注24) 371頁では、競争法上の保護法益である「取引の自由」は、憲法上及民法上の「自己決定権」と連続線上に捉えることができると指摘されている。

独禁法上の優越的地位濫用を、消費者を一方当事者とする濫用行為に適用する際には、事業者間取引を念頭に置いた法規制とは異なる解釈法理を形成・発展させることが、むしろ自然な発想であるように思える。この様な意味で、日本の「デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」<sup>154</sup>は、意味があろう。

本件決定を念頭に置き、当該考え方は、データエコミーにおける消費者保護に関してより明確にした立場をとっていると思われる。すなわち、ドイツの民法である BGB 及び GDPR は、これらの法に対応する日本の民法や個人情報保護法との対比では、取引関係における不均衡から派生する問題が重視されており、この点は GWB への連続性を容易にしている。特に GDPR について、カルテル庁の決定では、GWB との原則の共通性が強調され、特別の経済法という位置付けがされており、Buchner は、データの経済的価値を重視したデータ保護規制のあり方を説いている<sup>155</sup>ことにも注目される。このような法律の相互関連性は日本における様相とは異なっている。すなわち、日本では、むしろ独禁法が力の不均衡に基づく取引関係に焦点を当てることによって、取引における力の不均衡を調整する役割を担うことになり、特に個人ユーザーである消費者の不適切なデータ収集に対しては、優越的濫用として規制していくことに意義が見出せる。

### 3. データ集積と支配力

本件対象行為のように、ユーザーが Facebook によるデータ収集範囲をそもそも認識しておらず、したがって「任意の同意」を与えていないことが明らかであるようなデータ収集行為でなく、カルテル庁が「未解決の問題(open question)」とした問題、すなわち、サービス利用許諾契約に基づく「同意」を与えている場合にも、ソーシャルネットワーク事業者を含む DPF によるデータ集積を競争法違反に問うべきケースを考えてみる。

ユーザーに対して無料サービスを提供する一方で、そこで収集した膨大なデータの解析を通じて、アルゴリズム等の成果物の販売はもとより、サービス改善及び広告スペース販売における競争力向上(ターゲティング広告の精度向上等)に利活用するという DPF のビジネスモデルは、ソーシャルネットワーク事業者であれ、他の DPF であれ変わりはない。できるだけ多くのユーザーを集めることによって直接的／間接的ネットワーク効果のループによる相乗効果が高まる点も同様である。

想定される事案は、Google、Facebook、LinkedIn 等の DPF が無料サービスと引き換えにユーザーから個人データを収集するケースであり、DPF が取引相手に対して一定の拘束条件(最恵待遇条件、排他的条件など)を課す場合とは明確に区別される。DPF は、ユーザーに対

---

<sup>154</sup> 前掲注 11)参照。

<sup>155</sup> Benedikt Buchner(Fn.90)1245ff.人格権という個人の権利のみを唯一の保護目的とすることからの脱却し、データに経済的価値があることを前提としたデータ保護法制として GDPR、各国のデータ保護法制を捉えている。



して、何ら拘束条件を課すものでないため、競争者排除を問う場合は、支配的事業者による行為のいかなる側面に「人為性」を見出すかという問題が設定される。

本件決定においても、パーソナライズされたサービスの提供、広告によって成り立つビジネスモデル自体は事業者の裁量の範囲であることは承認されているところである。つまり、データ主体の同意を得ることは必要であるとされているが、Facebook のビジネスモデル自体を否定しているのではない。とはいえ、市場支配的地位にあることから、サービスの利用を同意に依拠している場合、「任意の同意」が認められないとすれば、結局、Facebook のビジネスモデルは従来通りの運営を継続することは困難であろう。この点は、「Facebook 保有データの内部的分割(internal divestiture of Facebook's data)と言うべきもの」と Mundt 連邦カルテル庁長官が指摘する通りである<sup>156</sup>。

様々な同意の問題をクリアした上で、「任意の同意」が与えられていると仮定すれば、競争法の観点から本来問題とされるべきは、Facebook によるデータ集積戦略によってもたらされる市場閉鎖効果となろう(=妨害・排除)。本件カルテル庁及び最高裁決定も、当該 Facebook の競争者の妨害・排除に言及しており、最高裁決定では、搾取だけでなく、妨害・排除を重視していることは明らかである。本件決定において、ソーシャルネットワーク市場における Facebook の市場支配力が移行することに大きな懸念が持たれている。広告にサポートされた DPF では、本件違法なデータ取扱い条件により広告サイドの成功を確実にし、多面的に活動する DPF として、他のサイドの事業者に対してターゲットを絞った広告の提供を可能にする。さらに、メッセージサービス市場における WhatsApp、フォトサービスにおける Instagram には、他のサービスへの乗り換えを困難にするという利益をもたらすことになり、究極的には、ソーシャルネットワーク市場における潜在的な競争者の参入を困難にすることになる。本件違反行為については、他のソースからの不適切かつ違法なデータ取扱いを含む Facebook の取引条件の具体的効果として、合法的な手段でデータ取扱いを実施してきた競争者は、Facebook と比較して競争上不利になるという点に、直接的な市場関連性が見出せるとしている。

もともと、控訴審決定が主張する、個人ユーザーの考慮の上での選択としており、自己決定権の侵害もなく、ユーザーに対する不利益が生じていないという理解との関係では、データがユーザーサービスの改善に資するという側面が捉えられ、市場支配的なソーシャルネットワー

---

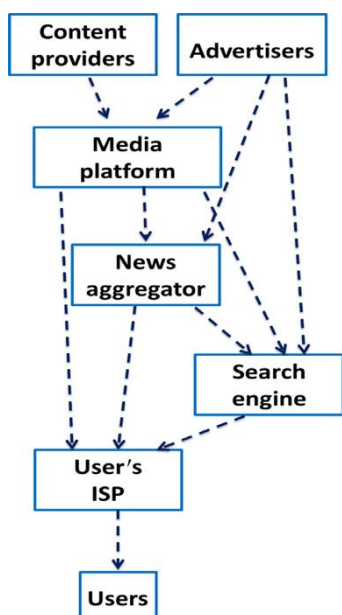
<sup>156</sup> Walter Stoffel, Facebook, EuZW2019,177. 本件決定では、Facebook の子会社には、自己のサービスからデータを収集、処理することを禁止していないが、Facebook に対しては、同意を得ることなく様々なサービスからデータを統合することを禁じている。本件決定の趣旨は、ムント長官が示唆するように、データ構造を各サービスに分割することである。当該決定の斬新な点は、市場支配的事業者への組織的介入にある。これによって直接的ネットワークが部分的に中立化する。すなわち、ソーシャルメディアは、ユーザー数が多ければそれだけ魅力が増す、という直接的ネットワークを内在し、ある時点から市場構造が最適な地位を占める事業者は有利に傾き、それを持って支配力が形成される。データの分散化は、これに対する措置ということになる。支配的事業者は、小規模な市場であるが、それぞれの市場で支配的である蓋然性が高い。当該措置は、構造的な質の問題を示唆し、濫用とされない行為への言及・示唆を避けている。当該措置の効果はオープンであり、そのため、可能な限り競争に近い形が捉えられると指摘される。

ク事業者による個人データの大規模収集は、その厚生上の帰結として、必ずしも、競争法が規制対象とすべき市場支配力懸念をもたらさないという結論も可能かもしれない。

データ駆動市場においては、競争の最重要な投入物である個人データに優越的にアクセスできる地位を利用して、直接的／間接的ネットワーク効果のフィードバック・ループを通じて、この地位を強化するという戦略的行動が、競争排除効果を生み出すおそれという、反競争効果評価の対象とされることになる。多面的に活動する DPF においては、その行為の影響は他のサイドにも影響を及ぼすことは十分想定され、本件搾取行為によって形成された支配力が、他の市場に移行される懸念が示されていることは重要である。かかる支配力の移行については、デジタルエコノミーにおいてかねてより指摘されている問題であると思われ<sup>157</sup>、ドイツ・欧州においては、支配力濫用の形態として承認されつつある。

日本法に関して言えば、本件で言えば、データが過剰に収集され、それについてそれぞれ同意が与えられていたとしても、市場支配的地位の形成・維持・強化として、競争者排除を問うための「人為性」をどのように見出せるかを明らかにし、私的独占による対応が考えられよう。優越的地位の濫用規制も含め、私的独占によるデジタルエコノミーにおける独禁法の規制の有効性は、今後の検討課題としたい。

<参考>



出典: Martin Peitz/Markus Reisinger, The Economics of Internet Media, Handbook of Media Economics, Volume 1A, 2015, 453, see, <http://dx.doi.org/10.1016/B978-0-444-62721-6.00010-X>

上記のチャートは、コンテンツと広告がどのようにユーザーに届くかを示している。

<sup>157</sup> 東條吉純「デジタル・コングロメリットの特性と競争政策上の課題」『デジタル経済における競争法・法規制』(2021年)日本エネルギー法研究所 53頁以下を参照。

本件で問題となったのは、Media Plattformの中でも、Facebookを違反行為の名宛人として、個人ユーザー向けのソーシャルネットワークに係る市場を画定し、Facebookと当該ユーザーの関係での搾取濫用行為である。さらに、ソーシャルネットワーク市場における競争の潜在的排除、広告獲得をめぐる競争へのネガティブな効果を問題視しているが、この点、厳密に市場が画定されているわけではない。

#### <参考条文の抜粋>

#### 競争制限防止法 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

#### 18条 市場支配的地位

(1) 単独の事業者は、物的 (*sachlich*) 及び地理的に重要な市場 (関連市場・*relevanter Markt*) において、一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号に該当する場合には、市場支配的である。

1. 競争者が存在しない場合
2. 実質的競争 (*wesentlicher Wettbewerb*) に直面していない場合
3. 競争者との関係において、優越的市場地位 (*überragende Marktstellung*) を有する場合

(2) 本法における地理的な関連市場は、本法の適用領域を越えて拡大することができる。

(2a) *Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.*

「サービスが無料で供給される取引であっても、市場画定を妨げない」

(3) この場合、特に次の事項が考慮される。

1. 当該事業者の市場占有率、
2. 当該事業者の資金力 (*Finanzkraft*)、
3. 当該事業者の調達市場又は供給市場に対するアクセス (*Zugang*)、
4. 他の事業者との結合関係 (*Verflechtungen*)、
5. 他の事業者による当該市場への参入に関する法的又は事実上の制限、
6. 本法の適用領域内又は適用領域外に所在する事業者による顕在的競争又は潜在的な競争、
7. 当該事業者の供給又は需要を他の商品又は役務に転換する能力、
8. 取引の相手方が他の事業者に転換する可能性

(3a) 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。

- ① 直接的及び間接的ネットワーク効果、
- ② 複数のサービスの並行的利用及び利用者にとっての転換コスト
- ③ ネットワーク効果と関係する規模の利益
- ④ 競争上重要なデータへのアクセス、
- ⑤ イノベーションがもたらす競争圧力 (*innovationsgetriebener Wettbewerbsdruck*)

(3b) 多面的市場で仲介業者として活動する事業者の市場での地位を評価する際には、調達・販売市場へのアクセスのために提供する仲介サービスの重要性も特に考慮しなければならない。

(4) 単独の事業者は、40%以上の市場占有率を有している場合に、市場支配的であると推定される。

(5) 複数の事業者は、次の各号に該当する場合には、市場支配的である。

1. それら事業者の間で実質的な競争にさらされていない場合
2. それら事業者が全体として第1項の要件を満たす場合

(6) 複数の事業者は全体として、次の各号に該当する場合に、市場支配的である。

1 複数の事業者の全体が3又はそれ未満の数の事業者からなり、合計の市場占有率が50%に達する場合

2 複数の事業者の全体が5又はそれ未満の数の事業者からなり、合計の市場占有率が3分の2に達する場合。

(7) 当該事業者が次の事項を立証する場合、前項は反証される。

1. 当該事業者間の競争条件がそれら間の実質的な競争が期待される または
2. 当該事業者の全体が他の競争者との関係で優越的市場地位(*überragende Marktstellung*)を有していないこと

#### 19条 市場支配的事業者の禁止行為

(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) ある事業者が、物的(商品・サービス *sachlich*)及び地理的に重要な市場(関連・*relevanter Markt*)において、一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号に該当する場合には、特に濫用に当たる。

1 実質的に正当な理由がないのに、市場における競争にとって重大な方法で他の事業者の競争の可能性(*Wettbewerbsmöglichkeiten*)を侵害する場合

2 対価又はその他の取引条件について、有効な競争(*wirksamem Wettbewerb*)がある場合に高度の蓋然性で生じたであろうものとは異なるものを要求する場合。この場合、有効な競争のある比較可能な市場(*vergleichbarer Markt*)における事業者の行動が考慮される。

3 市場支配的事業者自身が比較可能な市場において同種の需要者に要求するよりも不利な対価又はその他の取引条件を要求する場合。ただし、差異が実質的に正当化される場合は、この限りでない。

#### 第19a条 複数市場を跨ぐ競争にとって圧倒的な事業者による濫用的行為

(1) 連邦カルテル庁は第18条(3a)項の意味する市場において著しい範囲で活動している事業者が、複数の市場を跨いだ競争にとって圧倒的であると命令により認定することができ、複数の市場を跨いだ競争にとって圧倒的であることを認定する際には、特に以下の点を考慮しなければならない。

1. 1つ以上の市場での支配的な地位。

2. その金融力または他のリソースへのアクセス。
3. その垂直統合と、それ以外の関連する市場での活動。
4. 競争上重要なデータへのアクセス。
5. 当該事業者の活動が第三者の調達・販売市場へのアクセスに与える影響及び第三者の事業活動に与える影響。
3. その垂直統合と、それ以外の関連市場での活動。
4. 競合的に機密性の高いデータへのアクセス。
5. 当社の活動が第三者の調達・販売市場へのアクセスに与える影響及び第三者の事業活動に与える影響。

第1文の規定による命令は、確定後5年効力を持つ。

(2) 第1項の規定に基づく認定がなされた場合、連邦カルテル庁は、その事業者に以下の行為を禁止することができる、

1. 調達・販売市場へのアクセスを仲介する際に、競争者と比較して自己の供給を優遇すること。
  - a) 自己の供給を表示において優遇する
  - b) デバイスに自己の供給のみをプリインストールしたり、他の方法で事業者の供給に統合したりすること。
2. 他の事業者の事業活動が、調達市場や販売市場へのアクセスに重要である場合に、当該事業者の当該市場での事業活動を妨害する措置を取ること、特に、
  - a) 事業者の供給について排他的インストールや統合につながる措置を取ること。
  - b) 他の事業者が自らの販売を促進したり、事業者が提供または仲介する以外のアクセスで、顧客に到達することを困難にしたり、妨害したりすること。
3. 直接的または間接的に、事業が支配的でなくても急速にその地位を拡大することができる市場での競争相手を妨げる。
  - a) その別の供給がどのような状況でどのような方法で利用されるかについて、供給の利用者に十分な選択権を与えずに、その際、その目的のために必要ではない別の供給を自動的に利用することと事業者の一つの供給の利用を組み合わせること。
  - b) 事業者の供給の1つの利用を、事業者の別の供給の利用を条件にする(利用に依拠させる)。
4. 事業者が収集した競争上重要なデータを取り扱うことで、参入障壁を作ったり、著しく高めたり、またはその他の方法で他の事業者を妨害したり、そのような取扱いを認める取引条件を要求したりする。
  - a) 事業者または第三者のサービス提供者が提供する他のサービスからのデータ取扱いを利用者が同意することを条件に、その取扱いの状況、目的、方法について利用者に十分な選択権を与えないサービスの利用。

b)他の事業者から取得した競争上の機密性の高いデータを、処理の状況、目的、方法について事業者に必要な選択可能性を与えずに、他の事業者に自己のサービスを提供するために必要な目的以外の目的で、取り扱うこと。

5. 製品やサービスの相互運用性やデータのポータビリティを拒否したり、困難にし、競争を阻害すること。

6.他の事業者に、提供または契約したサービスの範囲、品質、成果を十分に伝えないか、または他の事業者がそのサービスの価値を評価することを困難にしている。

7.他の事業者の供給の取扱いについて、要求の根拠と不均衡な利益を要求すること

a)この目的のために絶対的に必要ではないデータまたはその提示のための権利の譲渡を要求すること。

b)これらの供給の表示の質を、要求の根拠に不均衡なデータまたは権利の移転に依存させること。

それぞれの行為が客観的に正当化される場合は、この限りではない。これについての立証責任は、事業者にある。

### **民法 BGB**

佐成実(法制審議会民法(債権関係)部会委員):国立国会図書館調査及び立法考査局「ドイツ民法I(総則)」調査資料 2014-1-d(平成 26 年)

#### **307 条(内容規制 *Inhaltskontrolle*)**

(1) 約款中の条項(*Bestimmungen*)は、当該条項が信義誠実の要請(*den Geboten von Treu und Glauben*)に反して約款使用者の契約相手方を不相当に(*unangemessen*)不利益に取り扱うときは、無効とする。不相当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生ずる。

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

1. 法規定と相違し、当該法規定の本質的な基本思想と抵触をきたすとき

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

(3) 本条第 1 項及び第 2 項、ならびに第 308 条及び第 309 条は、約款の規定であって、法規定と相違し、または法規定を補充する規律が合意されているものに限り、適用される。その他の規定についても、本条第 1 項第 1 文との関連において本条第 1 項第 2 文により無効となし得る。

### **GDPR 前文 43**

(43) *In order to ensure that consent is freely given, consent should not provide a valid legal ground for the processing of personal data in a specific case where there is a clear imbalance between the data subject and the controller, in particular where the controller is a public*

*authority and it is therefore unlikely that consent was freely given in all the circumstances of that specific situation. Consent is presumed not to be freely given if it does not allow separate consent to be given to different personal data processing operations despite it being appropriate in the individual case, or if the performance of a contract, including the provision of a service, is dependent on the consent despite such consent not being necessary for such performance.*

(43) 同意が任意に与えられることを確保するために、データ主体と管理者との間に明確な不均衡が存在する特別な場合、特に、管理者が公的機関である場合で、それゆえに、当該状況の全体からみて、同意が任意に与えられる可能性が低いような場合には、その同意は、個人データを取扱うための有効な法的根拠を提供するものとはならない。個々の場合に個別に同意することが適切であるにもかかわらず、異なる個人データ取扱業務毎に分けて同意を与えることが認められない場合、又は、サービス契約の履行のためにそのような同意を必要としないにもかかわらず、サービスの提供の場合を含め契約の履行に同意を依拠させている場合、そのような同意は、任意に与えられていないと推定される。

Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. <sup>2</sup>Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.