

Title	デジタル経済における競争法の射程に関する覚書： ドイツ連邦カルテル庁Facebook決定をめぐる論点を手がかりに： 欧州の視点から
Sub Title	Memorandum on the scope of competition law in the digital economy : from European perspectives : bundeskartellamt decision on Facebook
Author	市川, 芳治(Ichikawa, Yoshiharu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.139- 160
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0139

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

デジタル経済における競争法の 射程に関する覚書

——ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定をめぐる論点を手がかりに：
欧州の視点から——

市 川 芳 治

- I はじめに
- II ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定
- III 諸論点
 - 1 デジタルプラットフォームの特性の扱い（「二面市場」「無料市場」など）
 - 2 搾取型濫用（対消費者、位置付け論）
 - 3 憲法からの視点（私的自治・自己決定の確保、経済的自由の保障）
 - 4 競争法単独の視点（違反要件判断時における他法の違法性の評価、GDPR 特化の論点）
 - 5 EU / 加盟国秩序のなかで
- IV おわりに

I はじめに

近時、デジタルプラットフォーム等の扱いをめぐり、洋の東西を問わず、競争法の射程が議論されている¹⁾。無料の商品役務を扱うことはできるのか（「市場」画定できるのか）、価格ではなくプライバシー・個人データの保護水準をめぐる競争を扱うことはできるのか（市場支配力の判断尺度は何か）、翻って競争法のそもそもの目的は何であったのか（伝統的な消費者厚生追求から、公

1) 簡潔に論点を網羅した最新論考として、川濱昇「経済教室：巨大 IT 企業と競争政策 欧州、データ保護規則と協働」日本経済新聞朝刊（2019 年 5 月 14 日）。

平性の確保、経済的自由ほか憲法論的な基本権の保護まで）、など喧しい状況となっている²⁾。

欧州ではかねてより、EDPS（European Data Protection Supervisor）³⁾ が、競争法・プライバシー・消費者政策の融合領域について積極的な提言を行うなど、幅広い議論が喚起されている⁴⁾。その EDPS のトップをして、「パイオニア的な潜在力を持つ」⁵⁾ と言わしめた決定が、2019 年 2 月、ドイツ連邦カルテル庁で行われた。

ドイツは、世界の先陣を切る形で、デジタル経済の発展への対応としてその特徴を取り込む競争法の改正を行ってきた（競争制限禁止法（GWB：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen）・第 9 次改定）。また、フランスとともに、世界の競争法の一角を形成する EU 競争法の形成に大きな影響を与えてきた存在でもある。

本事案についても、欧州委員会（コミッション）競争政策担当委員 Vestager 氏と連邦カルテル庁長官 Mundt 氏の、プレスやソーシャルメディアを通じた「応答」が、今後の EU 域内の競争法執行方針、とくに注目を集めている個人データ・プライバシー保護との関わりについて様々な憶測を呼んでいるところである。

本稿では、多岐にわたる有用な論点が含まれるこの決定を手がかりに、今後

2) とくに前段についての冷静な議論として、白石忠志『『プラットフォームと競争法』の諸論点をめぐる既存の議論』ソフトロー研究 28 号（2018 年）37 頁。

3) EU 諸機関がパーソナルデータの保護に関する基本権を尊重することを確保する監督機関で、市民のプライバシー権に関わる政策等についての提言任務も担う。

4) 先駆的なものとして、Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy, March 2014（競争法の主たる保護法益である消費者厚生と消費者保護とを一括で捉え、競争法を適切に活用することでプライバシー保護を促進するほか、選択肢の多さや、十分な情報に基づく選択（informed choice）を重視するアプローチ（「データ・ポータビリティ」活用も）にまで踏み込む主張）。その後、複数領域の規制機関の協調的執行等も提唱。

5) Giovanni Buttarelli, 'This is not an Article on Data Protection and Competition Law', *CPI Antitrust Chronicle*, February 2019.

の競争政策を考えるうえで想起すべき諸論点からいくつかを選び、わが国の議論への接続を見据えつつ⁶⁾、既存の議論との関係、検討の示唆を整理することをめざす⁷⁾。

II ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定⁸⁾

まず、対象となる事案を概観する⁹⁾。

Facebook 社は、ユーザーが傘下の Facebook.com、WhatsApp、Instagram 等の

6) EU における支配的地位の濫用規制と、独禁法における優越的地位の濫用規制のアナロジーについて、帰山雄介「EU 競争法における支配的地位搾取型濫用規制（上）（下）」国際商事法務 39 巻 4 号・5 号（2011 年）、白石忠志「支配的地位と優越的地位」日本経済法学会年報 35 号（2014 年）46 頁。

7) 国境を越える商品役務の提供が通例となる時代における、多元的立憲主義からの検討視点の必要性については、European University Institute の Maduro 教授から多大な示唆を受けた。その機会を提供くださった本塾庄司克宏教授（Jean Monnet Chair）に対してとともに、ここに謝意を表する。本稿はあえて法管轄・領域を限定せず、競争法全般についての示唆を引き出すことをめざす。

8) Bundeskartellamt, Beschluss B-22/16, February 6, 2019。本稿の検討は、原則として決定原文（独語）に基づいているが、適宜 Case Summary（February 15, 2019）や FAQ（February 7, 2019）も参照する。

9) 邦語の評釈としては、杉本武重ほか「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（2019 年）510 頁、伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか－EU におけるデータ保護法制（GDPR）と競争法の交錯」法律時報 91 巻 5 号（2019 年）106 頁（プライバシー侵害による競争弊害の発生機序（theory of harm）の整理に基づき、本事案以外の代表的なケースも検討）等。なお、本事案の最終決定前に予備的評価が公表されており、ほぼ論旨は同一であることから、これに対する評釈・解説も有用である（土田和博「デジタルプラットフォームと独占禁止法・総論」法律時報 91 巻 3 号（2019 年）54 頁、Maximilian N. Volmar and Katharina O. Helmdach, 'Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation' (2018) *European Competition Journal* 14(2-3), p.195 等)。なお、脱稿後、Christina Etteldorf, 'Data 'Protection' from a Different Perspective: German Competition Authority Targets Facebook's Data Usage' (2019) *EDPL* 5(2), p.238、Christoph Becher, 'Germany - A Closer Look at the FCO's Facebook Decision' (2019) *CoRe* 3(2), p.116、Arno Scharf, 'Exploitative business

図1 Facebookアカウントの作成画面（Rdn. 88）

サービスを利用する際の利用規約等により、ユーザー・端末関連のデータを収集し、サービスを跨いでFacebook.comのユーザーアカウントに連携させることを必須としている。加えてAPI（Application Programming Interface）を用いたサードパーティーのサービスとの情報連携（「いいね！」やFacebook Login、アクセスの測定・分析ツールであるFacebook Analytics等を通じて実施）が行われ、同じくFacebook.comのユーザーアカウントに紐付けている。

Facebook社は、ドイツ国内の個人ユーザー向けソーシャルネットワーク市場（核となるユーザーは、Facebook.comの無料利用者）で、不公正な競争を維持できる程度の支配的地位を有しており、上記のようなデータの収集・利用を求める利用規約等が、サービス提供に必要な方法・程度ではなく、ユーザーの有効な同意なく課されており、一方の当事者が一方的に内容を決定する構造的な不均衡によるものであることから（プロファイリング及びそれを用いたターゲティング広告等を行う経済効率性と、直接利用するサービスの外からのデータ処理（data processing）とを衡量）、市場支配力の発露（Ausfluss）と言え、ドイツ国内の競争法である競争制限禁止法の支配的地位の濫用（19条1項）〔搾取型濫用〕に該当するとされた¹⁰⁾。

Facebook社は、無料のサービス提供のため、直接の損害はない、あるいはは濫用行為による経済的損失は算定できないと主張したが、プロファイリング及

terms in the era of big data – the Bundeskartellamt's Facebook decision' (2019) *ECLR* 40 (7), p.332, Konstantina Sideri, 'German Facebook decision: the interplay of competition and data protection law' (2019) *ECLR* 40 (8), p.354, 舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件－濫用規制と憲法・民法」法律時報91巻9号（2019年）156頁に接した。

10) 濫用認定の詳細議論については、Rdn. (para.) 522 以下。

びそれを用いたターゲティング広告等に利用するためにデータを集積し、第三者へ開示・提供することは、自己決定が介在されていない場合には、ユーザーのデータコントロールを奪っており、損害に当たるとされた。そしてこのような直接的な影響と同時に、個人データ処理に際しての潜在リスクも認定された¹¹⁾。

これに加え、当該規約等は、競争事業者との関係では、顧客のロックインを強め、参入障壁を高める効果を持つもので、競争上の優位をもたらすとされた。

ドイツでは、契約関係において、交渉力の構造的な不均衡により、一方当事者に対して一方的な負担を課す内容である場合には、私法秩序（民事法秩序）はこれに対処しなければならないとされる¹²⁾。私的自治・自己決定という基本権保護の観点から、私法の一般条項（民法の良俗条項及び特に信義則条項（民法の約款規制法（307条））、GWB19条1項（支配的地位の濫用を禁止する一般条項）も含まれる）の適用の際には、是正のために介入することとなる。

このような契約当事者の構造的な不均衡は、EUの個人データ保護を司る一般データ保護規則（GDPR: General Data Protection Regulation）6条1項各号（個人データ処理の適法性）が満たされていない時も、情報自己決定権が保護されていない（個人データ開示を自律的に決定できない）という点で同旨であり、GWBの判断にあたっては、同一の観点で評価することができるとされ、本事案では、これらのデータ保護規律にも反することから、違法性が認定された。

そして、GWB32条に基づき、このような条件を付す利用規約等の使用を禁止する決定を行い、必須ではないデータの収集・紐付けが排除できるという意

11) Rdn. 907 以下、FAQ 5。

12) Ⅲ 3 で検討するが、この基本権保護義務論アプローチについては、日本法における理解（憲法的適合的解釈とも呼ばれる）との関係も含めて、小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』尚学社、2016年、133頁以下（「私法関係と基本権」）。ドイツにおける概観については、村上淳一・守矢健一／ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門〔改訂第9版〕』有斐閣、2018年、161頁以下（「私的自治と憲法」：ランドマークの判決であるリュート判決（BVerfGE 7, 198）から説き、社会国家の原理も含まれる憲法的秩序のもと、契約当事者の構造的な不均衡を排除する形での私的自治の保護が行われる）。

味において自律的で有効な同意を可能にする問題解消措置（是正計画）を12か月以内に提出するよう命じている¹³⁾。

なお、Facebook社は既にデュッセルドルフ上級地方裁判所に抗告訴訟を提起しているところである¹⁴⁾。

Ⅲ 諸論点

1 デジタルプラットフォームの特性の扱い（「二面市場」「無料市場」など）

デジタル経済の発展に備えた改正ドイツ競争制限禁止法（GWB）は、本事案においてまさに準備通りの適用がなされた。改正によって、支配的地位の認定にあたって、商品役務が無料で提供されていても、「市場」画定ができること（18条2a項）、多面市場において、直接・間接のネットワーク効果、規模の経済性、データへのアクセスの度合い、イノベーションに基づく競争圧力（牽制力）等を、支配的地位評価の考慮要因とすること（18条3a項）などが明記されている。

本事案では、この各項に従って支配的地位の評価が行われ¹⁵⁾、図2のような関係を認定した¹⁶⁾。

核となる需要者は、Facebook.comを金銭的補償なく利用する個人ユーザーであり、同時に、広告主がターゲット広告を行う二面市場が構成されている。二つのグループの間には間接のネットワーク効果が存在することとなる。

市場画定に当たっては、ソーシャルネットワーク産業においては、サービスの差別化競争が激しいこと、機能の重なりが多いこと、強い直接のネットワーク効果があること等が重要な判断要素とされた。欧州委員会の先例である

13) Rdn. 916 以下。“内部アンバンドリング”とも呼ばれる。

14) なお、本稿脱稿後の2019年8月26日、本事案の禁止・措置命令に対するFacebook社の差止め請求を認容する判断が下っている。末尾の〔補遺〕を参照されたい。

15) Rdn. 374 以下（とくに Rdn. 422 以下で改正法の各項目に沿って検討）。

16) Case Summary, p.4. なお、本事案に限らないドイツにおける議論の背景整理として、田中裕明「ビッグ・データと競争法（Big Data und GWB）」公正取引 No.817（2018年）47頁。

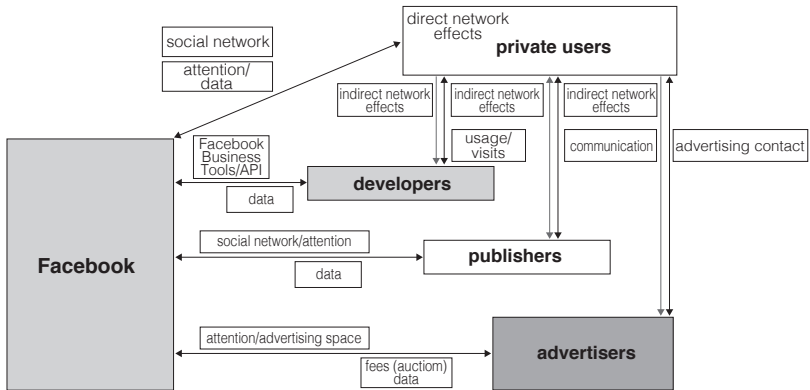


図 2 本事案の関係図

Facebook/WhatsApp や Microsoft/LinkedIn の事案に倣い、競争事業者・ユーザーの調査等を通じて、主として需要代替性に着目して検討がなされた。

結果、広義にはソーシャルネットワークサービスとして括られるであろう YouTube や Twitter は、ビジネスモデル・サービスの性質の違い、スイッチングの困難さ等から除かれるとし（Google+ が退出したことも特記）、ドイツ国内の個人向けソーシャルネットワーク市場が画定されている。

そして、このいわば「狭め」の市場画定を踏まえ、（通常の売上等ではなく）1 日あたりのアクティブユーザーと、滞在時間に着目して市場シェアが算出された。また、たとえ他の競争事業者を加えて「広め」の市場画定をしたとしても、GWB18 条 4 項で定める支配的地位の推定の閾値である 40% を超えていると認定している。

このように、改正法のもと、市場画定・支配的地位の認定を、サービス特性に即して容易に進めることが可能になっており、立法措置（改正）には一定の意義があったと考えられる。

他方、特定の着目事項が追記されたのみであって、従来の一般条項で対応できない訳ではないとも言える。そうでないならば、例えば、「二面市場」「無料

市場」など同一の特徴を持っている伝統的なメディア（新聞・テレビ等）も、扱えなかったはずである。

経済学的な知見の活用に伴い、ある種の明瞭さとの引き換えに“価格偏重”という事態に至った反省から、競争法はそもそも価格に限らない「競争変数」を扱ってきたことが「再評価」されている¹⁷⁾。価格のみで検討することを前提としてきた向きからすれば、方向転換が見えやすい、ということもあるだろう。

また、後述する憲法的視点からすると、どのような役割が競争法に委ねられているのかが不明瞭な場合、民主的正統性のない機関に秩序創造の裁量を委ねることになってしまう懸念がある¹⁸⁾。情報自己決定権等、経済的自由とともに、精神的自由に深く関わることの多いデジタルプラットフォーム関連の規律にあっては、立法により、産業の特徴から対象を絞り込む明確な根拠条項があることは、予見性・透明性の確保という観点からも、意義があるという考え方もあろう¹⁹⁾。

2 搾取型濫用（対消費者、位置付け論）

近時、日本においては、優越的地位の濫用の対象は「消費者」を含むのか、という論点が、いわゆる GAFA 等を念頭に置いたデジタルプラットフォーム規制の文脈でクローズアップされた²⁰⁾。

17) 白石・前掲注 2、43 頁。最近注目された米司法省幹部の発言も、同様の趣旨と言えらう（“‘...And Justice for All’: Antitrust Enforcement and Digital Gatekeepers” - Assistant Attorney General Makan Delrahim Delivers Remarks for the Antitrust New Frontiers Conference, June 11, 2019（‘price effects are not the sole measure of harm to competition under the U.S. antitrust laws’））。

18) 後で扱う日本の三菱樹脂事件でも、立法対応が優先されることが指摘されている。古くからの論点では、独立行政機関の位置付けも含まれるであろう。

19) なお、米国の検討でも、従前の市場画定論において需要代替性に着目して（「狭い」市場に向き合って）対応するならば、デジタルプラットフォーム等にも問題なく対処できるとする論考がある（Jonathan B. Baker, *The Antitrust Paradigm - Restoring A Competitive Economy*, Harvard University Press, 2019（II. Antitrust Rules and the Information Economy 9. Harms to Suppliers, Workers, and Platform Users）（ユーザーに着目する点は、次節の対消費者搾取型濫用にも示

一般に競争法は、事業者間の競い合いを司るものと捉えられ、その傾向はドイツでも同様であったが、同国では消費者・エンドユーザー保護の局面を含めて見るべきとの判示が出されている²¹⁾。

本事案ではこれに従い、ユーザーに、適正ではない条件を課した個人データ処理を行うこと（＝データ保護規律違反）を根拠として、支配的地位の濫用を認定した²²⁾。

日本でも、優越的地位濫用規制の条項における「相手方」が事業者に限定されていないことはかねて指摘されており、「相手方」に「消費者」を読み込む裁判例も確認されていることから、まさに同様の視角が議論され得る状況にあると言えよう²³⁾。

このような「搾取型濫用」の認定については、間接的に競争阻害がもたらされることに着目する間接的競争阻害規制説、（狭い）市場における“搾取”に直接的に着目する搾取規制説の二つの整理が提起されている²⁴⁾。本事案では、前者について競争上の優位等に言及してはいるが、基本は後者の立場となつて

唆をもたらししている))。

20) かねてからの指摘として、白石忠志『独禁法講義〔第8版〕』有斐閣、2018年、190頁。近時の公的文書の中での指摘として、透明性・公正性確保等に向けたワーキング・グループ「取引環境の透明性・公正性確保に向けたルール整備の在り方に関するオプション」デジタル・プラットフォームを巡る取引環境整備に関する検討会（2019年5月21日）23頁（注14）（中間論点整理の「デジタル・プラットフォームに対して事業者と同様に事業活動上、経済的価値を有していると考えられるデータを提供し続けている消費者との関係では、優越的地位の濫用規制を適用することを考える必要もあるのではないか」との指摘を引用）。また、政府の未来投資会議（第28回・2019年6月5日）における「成長戦略フォローアップ案」では、「現行の独占禁止法の優越的地位の濫用規制をデジタル・プラットフォーム企業による対消費者取引に適用する際の考え方の整理を本夏までに行い、執行可能な体制を整備する」との記述が盛り込まれた。

21) *Entega II*, KZR 5/10（価格差別の文脈で、消費者保護の観点を取り込んで判断）。

22) ドイツ競争法の搾取型濫用の概要について、宗田貴行「搾取的濫用行為と独禁法上の行政及び民事的エンフォースメントードイツ競争制限禁止法における議論を参考にし－（上）」獨協法学96号（2015年）388頁等。

23) 東京地判平成28年10月6日〔太陽電池グレードポリシリコン〕。

24) 白石・前掲注20、198頁以下。

いる。

前者については、競争事業者が並行的に実施し、相手方も含めていずれかの行為による不利益を受けている場合には、違反にできないこともあり得るとの懸念があるところ、先例において、違法性の認定のためには、競争事業者が同種の条項を用いているかどうかを調査する必要はなく、規範的因果関係（Normativ-kausaler Zusammenhang）が認定されればよいとされた判決を引用している²⁵⁾。搾取性を前面に出していると言える。

他方、本事案については、ユーザー・消費者への“強制”とまでは言い切る説得性が乏しいとして、間接的競争阻害規制説に因った方がより説得性を持ったのではないかとする見解も主張されている²⁶⁾。

このように、搾取論の位置付けについては、様々な議論が存在している。理論的な一貫性を追究する議論は、さらに続いていくことであろう。

EU レベルでは、搾取型濫用について、消費者の選択肢の欠如等で、排除型濫用同様に効果を見ずに違法とした事案が存在することについて、取引先の搾取と、最終消費者の搾取とが必ずしも一致しない場合があることを指摘し、「（最終）消費者への弊害」に着目することで逆に消費者厚生判断の一貫性を確保しようとする論考も生まれているところである²⁷⁾。

25) 長期契約の中断を困難にする取引条件の存在について、支配的地位の濫用の潜在性が推定されたとした事件（Rdn. 872 以下。VBL Gegenwert II 事件判決（KZR 47/14））。Case Summary, p.11.

26) Thomas Höppner, Data Exploiting as an Abuse of Dominance: The German Facebook Decision, *Hausfeld Bulletin* 1/2019, February 26, 2019.

27) Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law - Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, 2012 (Chapter 8: A New Approach to 'Abuse', とくに p.304 以下)。このほか、'duty of care'（注意義務）概念で整理しようとするものとして、Wolf Sauter, 'A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law', *TILEC Discussion Paper* No. 2019-002。

3 憲法からの視点（私的自治・自己決定の確保、経済的自由の保障）

本事案では、ドイツ憲法における基本権保護義務論の考え方を軸に、競争法とデータ保護規律の架橋が行われた。

根本の構造を見ておくと、ドイツでは、憲法判例において、私的自治の基本権保障（基本法2条1項）と社会国家原理（同20条1項・28条1項）の二点から、「一方当事者が構造的劣位にあることが典型的に明らかなケースであって、契約内容がその劣位者にとって著しく不利である場合には、民事法秩序はこれに対処して修正をほどこさなければならない」とされている²⁸⁾。契約の対等性が全く無視されたとき等は、基本権として保障された私的自治が侵されたと捉えるということである²⁹⁾。

本事案の直接の根拠先例とされた *Pechstein* 事件³⁰⁾ では、上記憲法判例群を受け、契約関係に著しい不均衡がある場合には、競争制限禁止法上の問題となり得ることが、同じく私的自治の基本権保障と、社会国家原理の二点から確認されている。

経済秩序の原則は私的自治・自己決定であるが、経済的自由が保障された体制は、自律的生の可能性を最もよく保障すると考えられている。そのため、この保障をどう考えるかが重要であり、社会国家・福祉国家といった積極国家、あるいはいわゆる夜警国家のような消極国家というアプローチの差異を同時に見ていくことが必要となる³¹⁾。

以下、この二つの観点（私的自治・自己決定の確保、経済的自由の保障）を順

28) 村上ほか・前掲注12、161頁以下。本事案でも引用される基本判例として、連帯責任決定（BVerfGE 89, 214）（「民事裁判所には、一般条項の解釈、適用の際に契約が他者決定（Fremdbestimmung）の手段とならないよう注意する義務が生ずる」）・代理商決定（BVerfGE 81, 242）（「社会的経済的不均衡に対処する法律規定は、そこにおいて基本権条項の客観的基本決定を実現し、同時にそれによって基本法の社会国家の原理を実現する」）（『ドイツの憲法判例Ⅱ〔第2版〕』信山社、2006年に評釈所収）。

29) 過去の議論の優れた検討として、大串倫一「契約自由の憲法保障に関する序論的考察ードイツ連邦憲法裁判所判例を素材に」北大法政ジャーナル25号（2018年）33頁。

30) BGH, KZR 6/15（調停機関を契約で指定する条項について、契約関係上の不均衡がある場合、競争法違反となり得ることを確認）。

に検討する。

本事案では、私的自治・自己決定という一般的観点から一步進んで、基本権の範囲として憲法判例で認識・拡張されてきた「情報自己決定権」(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)が論点となった。データ保護規律は、個々人に対し、自己の個人データについて、第三者に強制されない自律的な決定権を付与していると捉えるということである（対国家・公的機関だけではなく、私人間でも妥当）³²⁾。

EU加盟国にそのまま適用されるGDPRは、情報の非対称性・交渉力の不均衡を規制するもので、基本権の内容形成、その保護・保障を目的とするものであるから、支配的地位にある事業者のデータ処理の適正性の評価（GWB19条1項の違法性の判断）に、この規則（法）の評価を用いることは妥当であるとされた³³⁾。

日本では三菱樹脂事件³⁴⁾が憲法の私人間効力を扱った先例として存在し、私的自治に対する一般的制限規定である民法1条、90条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、私的自治の原則を尊重しつつ、他方で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本権を保護し、その間の適切な調整を図るとされている。

契約関係については、個人の尊厳が妥当し「一般条項が憲法解釈の『突破口』とされてきたのは自然なこと」³⁵⁾とされているが、優越的地位の濫用規制ほか競争法については、もっぱら民法・消費者法等との関係で議論されてい

31) 「私人間において、民主主義社会の基本前提が侵害される場合には、一個人の尊厳の妥当とは独立の—『憲法的公序』が問題になっていると見ることができよう」との指摘に通底する区分である（宍戸常寿「私人間効力の現在と未来—どこへ行くのか」『人権の射程』法律文化社、2010年、44頁・斜体筆者）。

32) Rdn. 530 以下。

33) Rdn. 526. なお、そもそも補充法として各国のデータ保護規律の存在を前提としている。

34) 最大判昭和48年12月12日。

35) 憲法の観点からの諸説の明快な整理として、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』日本評論社、2014年、94頁（「憲法の私人間効力」）。

るのみで、憲法論としての議論は少数に留まっているところである³⁶⁾。三菱樹脂事件での言及がある通り、一義的には立法対応で不均衡に対応すべきとの見解が通説であると言えよう³⁷⁾。

一方、ドイツは基本法（憲法）で社会国家の追求を明示していることから、憲法的秩序として私人間において経済的自由を保障するアプローチ（積極目的の規制）も浸透している。

これは現在、EU 条約（TEU 3 条）にも目的として冠せられる「社会的市場経済」（social market economy）として議論されてきたものであり³⁸⁾、オルドー自由主義（Ordo：秩序の意）という考え方にその源流がある。

オルドー自由主義は、個人の自由の保障のために国家が経済へ介入することを肯定し、経済秩序を憲法に根拠づけられた規範的秩序（normative order）として位置付ける³⁹⁾。その中で競争法は、「公平性」と「経済的自由」という憲法原理を保護するためのツールとして認識されているところである⁴⁰⁾。

デジタルプラットフォーム等の勃興は、民主主義社会における意見形成にも

36) 近時の例外として、舟田正之「経済法序説 (1)～(5)」立教法学 90 号 (2014 年) 以下 (未完) 等。

37) 小山・前掲注 12、138 頁。なお、本事案同様に、当事者間の不均衡に着目した消費者契約法判決（最判平成 18 年 11 月 27 日）についても、指摘がなされているところである。消費者保護を目的とする立法と事業者の営業の自由や契約自由の原則との関係について、同判決を含めた整理として、消費者委員会・消費者法分野におけるルール形成の在り方等検討ワーキング・グループ（中間整理）（平成 30 年 8 月 7 日）。とくに、第三回会合ヒアリング（「消費者と憲法」松本哲治教授（同志社大学））。

38) 歴史的経緯については、黒川洋行「リスボン条約における社会的市場経済の適用－EU の経済秩序に関するオルドー自由主義からの考察」日本 EU 学会年報 31 号（2011 年）102 頁等。

39) 理論的な整理は、Gerber らの貢献が大きい（David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe - Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998 等）。日本における検討として、金井貴嗣「EU 市場支配的地位濫用規制の生成」中央ロー・ジャーナル 12 巻 1 号（2015 年）43 頁等。

40) この観点を含む最新論文集として、Damien Gerard and Ioannis Lianos (eds.) *Reconciling Efficiency and Equity – A Global Challenge for Competition Policy*, Cambridge University Press, 2019。オルドー自由主義は、個人の契約の自由の最上位性を確認しつつ、一方で、私法全

影響を与えていることから、EU では、このように憲法的な経済秩序を規定する際、競争法を、複数の目標を標榜しているものと捉え、非市場的価値を取り込む検討も行われている⁴¹⁾。

プライバシーの保護等は他の立法措置によって対応されるが、特に統一市場の実現という「市場」要素の強い EU においては、非市場的要素が捨象されがちであり、経済「憲法」の再概念化を通じて、憲法的目標である「社会的市場経済」をめざすというアプローチである⁴²⁾。

ただし、EU における競争法をオルドー自由主義に結びつける考え方については、単純に捉え過ぎであるとの批判もある⁴³⁾。競争法については、憲法的秩序に因らず、直接の保護法益として消費者厚生を追求する動きも根強い。他方で、過去、社会的市場経済を標榜する目的規定のみを残し、中核である「競争の歪曲」（‘a system ensuring that competition is not distorted’）を目的規定から落とす動きも存在した⁴⁴⁾。

般の原則、とくに取引の自律性の原則を強調している（Oles Andriychuk, *The Normative Foundations of European Competition Law - Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Edward Elgar, 2017 等）。

41) Anna Gerbrandy, ‘Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution’ (2019) *JCMS* 57(1), p.127（本事案も参照されている）。

42) なお、米国においても、プラットフォーム事業者の情報信託義務（information fiduciary duty）を課す、ステイト・アクション法理につながる義務論的なアプローチが観察される（Jack Balkin, Information Fiduciaries in the Digital Age, *BALKINIZATION* (March 5, 2014)。他方、疑義として、Lina Khan and David Pozen, ‘A Skeptical View of Information Fiduciaries’ (2019) *HLR* 133, *Forthcoming*。

43) Antonio Robles Martin-Laborda, ‘Exploitative Prices in European Competition Law’ *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar, 2018（支配的地位の濫用を「排除型濫用」に限るべきとする）。Peter Behrens, ‘The Ordoliberal Concept of “Abuse” of a Dominant Position and its Impact on Article 102 TFEU’, *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar, 2018（Gerberらの説を批判的に検討）。

44) これに抵抗し、条約と同じ法的地位を持つ議定書（Protocol）に留めたのが、当時のブレア元首相率いる英国であり、その意味で Brexit が持つ意味は小さくない。ロックインを抑制し、競争促進的とされるデータ・ポータビリティについて、基本権の文脈ではなく、競争政策の文脈で捉えられるものだ」と主張したもの、英国である。Brexit 後を見据え

目的論ほか根本からの議論の動きに注意が必要であることの証左と言えよう。

日本でも、経済的自由に力点を置いて、社会的権力への牽制の観点から、憲法的秩序（「公序」）を読み込もうとする考え方がある⁴⁵⁾。通説では憲法は特段の秩序を語っていないとされるが⁴⁶⁾、公序と競争法の距離は遠いわけではない⁴⁷⁾。

このように、議論全体に通底しているのは、価値充填の振れ幅が大きい状況で秩序を創造する（してしまう）ことについて、どのように正統性を考えることができるか、ということである⁴⁸⁾。

日本での議論としては、正面から憲法論として捉える⁴⁹⁾、あるいは、不公正な取引方法の条項（「正常な商習慣に照らして」）に読み込む形⁵⁰⁾となろうが、三菱樹脂事件の射程は、不法行為まで含んでおり、本事案同様のアプローチも、完全に否定されるものではないと考えられる。

どのような立場であれ、本事案は、参照点のひとつとなる事例と言えよう。

た課題整理として、Florian Bien, Towards A ‘Ministerial’ Authorisation in the European Merger Control Procedure? A German Point of View, *Concurrences* (2019) N° 2。

45) 樋口陽一『憲法入門〔六訂〕』勁草書房、2017年、111頁（「経済的自由と社会権－「自由」と「公正」の間で」、舟田・前掲注35等。なお、プラットフォーム事業者への適用を念頭に検討したものとして、拙稿「AIと経済秩序」『AIと憲法』日本経済新聞出版社、2018年、161頁。

46) 石川健治「営業の自由とその規制」『憲法の争点』有斐閣、2008年、148頁。

47) 日本でも「人材と競争政策に関する検討会」報告書（平成30年2月15日）では、憲法22条に言及し、職業選択の自由は、単なる経済活動の自由だけではなく、人格的価値と密接に関係しており、それがゆえに公正かつ自由な競争が必要である旨、明記している（上述のPechstein事件も、ドイツ基本法12条（職業の自由等）と関連）。

48) 穴戸・前掲注31、25頁。

49) 舟田・前掲注36、青木玲子・小田切宏之・林秀弥「【鼎談】いま求められる競争政策とは——独占禁止法誕生70年」経済セミナーNo.698（2017年）8頁（「市場メカニズムを通じて多くの利害関係者の意向が適切に反映されてはじめて、消費者の自律的・自主的な選択が最大限尊重され、競争的な市場経済の特性が発揮」「野放図な経済的自由や営業の自由の行使を抑止するのが独禁法」「つまり、経済的自由を保障し、社会の構成員の公正を確保するのが独禁法」（林秀弥発言））。

50) 伊永・前掲注9、110頁。

4 競争法単独の視点（違反要件判断時における他法の違法性の評価、GDPR特化の論点）

ある法の違法性判断にあたって、他の法の違法性の評価が援用されることは、よくあることである。競争法も、民事法の世界で「証明道具」として用いられることも多い⁵¹⁾。

本事案では、支配的地位の濫用を認定するにあたり、憲法を介する形（基本権保護義務、憲法適合的解釈）とはなっているが、端的に、競争法の各要素を評価するにあたって個人データ保護の観点を参照することの適否が問われているとも言える⁵²⁾。

競争制限禁止法一般においては、既に、民法に違反する不当条項は、それを含む契約が市場支配力を通じた力の発露である場合には、GWB上の支配的地位の濫用に該当する、との先例がある⁵³⁾。

他方、公共料金の不当な値上げの事例で、民法上の違法性の判断を経ずに、当該値上げをGWB上の支配的地位の濫用と認定しており⁵⁴⁾、直接の違法性で見ると、あくまで援用か、という観点は分かれて存在している。

前節のようにドイツでは憲法論からの前捌きが行われるが、あえて義務論的構成を取らなくても、他法の観点からの読み込みは可能ということになる。

EUレベルでも、国内法の違法性評価を用いて競争法違反を問うた事案は存在しており⁵⁵⁾、一般的なものとも言えよう⁵⁶⁾。

学界でも、違反要件を公正性（fairness）に揃えることで、両者を架橋しよう

51) 他の領域の法をどのように読み込むかという観点は、必ずしも基本権に関わらなくても生じる。日本で近時課題となっている電気通信における通信サービスと端末の分離についても、元となる電気通信事業法は、公正な競争と利用者の保護を掲げており、その違法性判断が独占禁止法の法益と一致する点もある。

52) Rdn. 901. あくまでデータ保護当局判断の代替ではなく、競争法判断の重要な参照点であるとの強調も行われている（Rdn. 536）。

53) Rdn. 527 でも引用（*VBL Gegenwert I, II* 事件（KZR 58/11; KZR 47/14））。

54) この事案を扱ったものとして、宗田貫行「ドイツ競争制限禁止法上の行政処分による集团的消費者被害救済」慶應法学 42 号（2019 年）229 頁（KZR 31/95）。

とする説⁵⁷⁾や、利用規約・個人データ法違反の競争法違反性に着目し、EU法よりも不公正な取引条件に踏み込み、搾取を主体としたところを「未踏の競争法の道」(unexplored path of competition law)と称して、競争法の枠内でEDPS提起のアプローチに対応できたと評価する説も生まれている⁵⁸⁾。

これに対しては、どのような法違反でも競争法に帰責出来てしまうのではないかとの批判もある⁵⁹⁾。米国連邦取引委員会(FTC)のように、プライバシー違反は反トラスト法問題にはならない、と言及する当局も存在する⁶⁰⁾。

日本では、「当然のことながら、競争阻害とは別の観点(例えば個人情報保護や消費者保護)から問題のある行為については独占禁止法では対応することができないという限界がある」との研究會取りまとめがある⁶¹⁾。逆に言えば、競争阻害の観点であれば、他の法の違法性は評価に用いることができることになる。

以上の検討から、一定の共通項が導き出されることがわかる。競争法と他の

55) Case C-32/11 *Allianz Hungaria* ECLI:EU:C:2013:160 (先決付託のため傍論となるが、代理店の独立性確保義務を課す国内法違反から、EUレベル競争法の違法性を導いた)。この判断を、他の法領域の判断からの影響を考慮する道を拓いたと評価するものとして、Giulia Schneider, 'Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook' (2018) *JECLP* 9(4), p.213。

56) ハンブルク上級地方裁判所においては、競争制限禁止法ではないが、不正競争防止法(UWG)において、本事案同様にデータ保護規律違反を理由とした違反認定が行われている(3 U 66/17)。

57) Harri Kalimo and Klaudia Majcher, 'The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace' (2017) *ELR* 42(2), p.210、Volmar and Helmdach・前掲注9も同旨。

58) Schneider・前掲注55(予備的評価に対する論考)。Buttarelliも、複数政策の同時組み合わせとしての先例を期待(前掲注5)。

59) Höppner・前掲注26(前述のように秩序創造の懸念はあるが、基本権コアに関わる憲法適合的解釈を求められるため、一定の縛りがかかるとも考えられる)。

60) FTC's Phillips Says Privacy Breaches Not An Antitrust Issue, *Law360*, May 8, 2019, Delrahim・前掲注16('I do not believe the antitrust laws are bent towards values other than competition.')

61) 透明性・公正性確保等に向けたワーキング・グループ・前掲注20、11頁。

規制との関係は解きほぐしが難しく、個別事象毎に異なるものではあるが、参照事例のひとつとはなるであろう。

以下、GDPR に特化した論点に付言する⁶²⁾。

まず、GDPR の保護法益がどのように確保されるべきか、という観点が論じられた。

データ保護当局が各加盟国に置かれ、行政機関として一貫した監視・措置がとられることが想定されているが、行政的措置のみではなく、私法秩序のなかで実質的な権利確保が行われることも予定されているとされた⁶³⁾。データ保護規律を競争法の違法性判断に取り込めないとする先例はなく⁶⁴⁾、支配的地位の濫用にかかるような形態での違反について、どう追加措置をとるべきかは空白になっているとし、上乗せ規制も可能であるとした⁶⁵⁾。実際の判断では、ユーザーが犠牲になる形であれば、支配的地位の存在とデータ保護規律違反との間には因果関係が認められるとされ⁶⁶⁾、有効な同意があるか、正当な利益は存在するか等個人データ処理の適法性（GDPR6 条 1 項各号）が精査されている。

さらに、GDPR の一貫性保持⁶⁷⁾ のための手続条項も遵守しており⁶⁸⁾、管轄を有すると考えられるアイルランド当局（Facebook 社の EU 内本拠地存在）へも通知したこと、国内データ保護当局（連邦・州レベル）とも連携し、決定プロセスを容認されたこと等も明記している。

このような配意をしつつ、GDPR の違法性の評価を、競争法の違反要件の判

62) Rdn.530. 情報自己決定権の文脈はここでは言及しない。

63) 一事不再理・二重処罰の議論が及ばない論旨となっている（Rdn.536 以下）。

64) Buttarfelli・前掲注 5。個人データのセンシティブ性にまつわる事案は、それ自体では競争法の対象とはならない、という判示は存在する（Case C-238/05 *Asnef-Equifax* ECLI:EU:C:2006:734）。

65) Case Summary, p.8 以下に簡潔なまとめがある。

66) Rdn. 875.

67) 手続としては、GDPR56 条（監督機関間の連携）、63 条（一貫性ある適用）、65 条（EDPB（European Data Protection Board）との関係）等。

断に取り込んでいることになる⁶⁹⁾。

5 EU / 加盟国秩序のなかで

本事案では、憲法・競争法それぞれの観点からの示唆が得られているが、他方で、現実的に最初に留意すべきなのが、EU 法 / 加盟国法の関係である。

連邦カルテル庁は、EU 法の支配的地位の濫用（単独行為）が加盟国の上乗せ規制を可能としていることを活用し⁷⁰⁾、まずは、競争法からの視点で、ドイツ独自の対応の余地を留保している（あえて TFEU102 条の判断をしていない）⁷¹⁾。

その上で、GDPR に関しても、一貫性を要請する「規則」でありながら、加盟国の上乗せ規制を認容していることから、ドイツ国内の独自の措置が認められることを留保する論旨としている。

このようなアプローチのため、本事案の射程につき、EU レベルへの適用拡大という積極解釈論⁷²⁾と、効果はドイツ国内に留まるという消極解釈論とが同居することとなった⁷³⁾。かねて競争法と、他の憲法価値の並存をめぐる、「EU Lawyer 対 Competition Lawyer」という構造（「基本権確保まで拡張して対応できるというアプローチ」対「消費者厚生に因って伝統的競争法判断を行うという

68) Rdn. 538.

69) 他方、自ら指名してデータ保護規律の執行官となり、競争法を上回る ‘special privacy responsibility’ を課しているとの指摘もある（Giuseppe Colangelo and Mariateresa Maggolino, ‘Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?’ (2019) *World Competition Law and Economic Review* 42(3) (forthcoming)). 基本権保護義務のアプローチが、一義的には立法、そして裁判所の対応を想定していることから、行政・執行機関側から踏み込んだ対応であることへの指摘も読み取れる表現でもある。

70) EU 競争法の手続を定める規則 1/2003 号 3 条 2 項（‘Member States shall not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national laws which prohibit or sanction unilateral conduct engaged in by undertakings.’）。

71) Rdn. 914 以下、FAQ 6。

72) Ariel Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No.17/2018（プライバシー保護レベルの引き下げ、不公正なデータ収集等も EU 競争法の多様な目的のひとつとして執行対象になるとする）。

73) Volmar and Helmdach は、現時点の可能性と限界を的確に整理している（前掲注 9）。

アプローチ」）が指摘されたが、それがさらに重層的になって展開されていると言えよう。

本事案の着手後には、EU 競争法の先占を主張する向きもあったが、Vestager 委員は、欧州議会における質問に対し、本事案はあくまでドイツ競争法に基づく問題関心であって、立法者は当該行為については、GDPR によって対応することを想定している、との回答を示している⁷⁴⁾。

その GDPR の一貫性確保に関しては、実質を問う先決付託事案も生まれており⁷⁵⁾、管轄やワンストップショップの内実について、徐々に秩序が見えてくると思われる。

競争法の違法性判断を導く参照材料としているのか、直接の適用に焦点を当てているのかを視野に入れたうえで、慎重に判断しなくてはならないだろう。

IV おわりに

本稿ではドイツ連邦カルテル庁の Facebook 決定にまつわる諸論点を概観・整理した。当然にして、ドイツ、EU そして日本特有の法体系は存在するが、その中に通底するもの、過去の議論と接続できるものはある程度、明らかになったと思われる。

このように見ると、本事案については、ドイツ国内での競争法適用に限定して保守的に明確に違法性を確定することと、欧州への波及効果も含め、野心的に将来を描くことの双方を行っていることがわかる⁷⁶⁾。

議論を喚起することも想定範囲なのであろう。本事案決定公表後、Mundt 長官は、「データが市場支配力と連関するなか、Facebook 社に対して明確なガイドラインを設定し、無制限なデータ収集・連携を抑止し、一定の“内部アン

74) P-001183/2019, Answer given by Ms Vestager on behalf of the European Commission, May 8, 2019.

75) ベルギーにおいて、ワンストップショップに関わる条項の解釈を求める先決付託（先決裁定手続）が行われている（Court of Appeal of Brussels – 18N – 2019/AR/410, May 8, 2019）。

バンドリング”を課した」と述べている⁷⁷⁾。

近時、米国においても、憲法に直結する社会契約説の観点から、競争法と私的自治・自己決定、プライバシー、社会的厚生に関連性を問う論考が登場してきている⁷⁸⁾。わが国でも、「法学的営為として、広く憲法・私法・競争法を通じた、経済的自由ないし取引の自由の意味・性格を再構成することが要請されている」⁷⁹⁾との指摘がある。

既存の議論との関係という観点で見ても、最も古くから言及されてきたテーマのひとつであり、本稿で取り上げた他の論点とともに、再認識されてよいものと思われる。

本稿が、今後の検討の一助になれば幸いである。

(本稿の意見にわたる部分は、筆者のみその責を負う。)

(令和元年5月末日脱稿)

76) Buttarelli・前掲注5(本事案に呼応する形で、融合領域への踏み込みを評価)。学究面からの同様の立場として、Rupprecht Podszun, 'After Facebook: What to Expect from Germany' (2019) *JECLP* 10(2), p.69, 論文集として、Josef Drexler, Reto M. Hilty and Joseph Straus (eds.) *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law: Towards a Holistic Approach?*, MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law (Book 28), Springer, 2018。ドイツでは、さらなる競争法の改革を検討しており、第一段階として、連邦経済エネルギー省から、デジタル時代の各種特性に適合した支配的地位の濫用規制の在り方に関する研究委託が行われている(Heike Schweitzer, Justus Haucap, Wolfgang Kerber and Robert Welker 'Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen', Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi), Projekt Nr. 66/17 (September 4, 2018)(なお、Schweitzer氏は、今後のEUの競争政策を構想すべく欧州委員会より委託された検討報告の執筆者の一人でもある(Competition policy for the digital era, 2019))。オランダでは、本事案にも言及しつつ、対消費者の支配的地位の濫用(搾取型濫用)につき、価格以外のプライバシー等競争変数への適用強化等をめざす競争法改正が提案されている。EU競争政策全体への波及効果も明言されており、本稿の検討の視点にも重なる(Dutch government: change competition policy and merger thresholds for better digital economy, May 27, 2019)。

77) Media Convention Berlin, 2019 (Big Tech im Check: Wettbewerb um Daten und Chancengleichheit im Netz)での発言(公式twitter上でも発信(2019年5月6日))。

78) Dipayan Ghosh, 'A New Digital Social Contract to Encourage Internet Competition', *CPI Antitrust Chronicle*, April 2019.

〔補遺〕

本稿脱稿後の2019年8月26日、デュッセルドルフ上級地方裁判所は、連邦カルテル庁 Facebook 決定について、その法的判断に深刻な懸念があるとし、Facebook 社の差止め請求を認容し、本案判決を待つとした（Case VI-Kart 1/19 (V)）。なお、本決定に対し、連邦カルテル庁は上訴を決定している。

「未踏の競争法の道」に対する、司法のひとまずの応答は、従来の間接的競争障害規制型で対応せよ、というものになった。競争事業者等への影響を評価するための反実仮定の検討を行っていない、という形で否定するものとなっているが、（狭い）市場画定・支配的地位の存在は支持している。

連邦カルテル庁の決定を支持していた向きからは、非常に悲観的な反応も見られるが⁸⁰⁾、今後も続く司法での議論、またデジタル経済に関する競争政策への反映を踏まえると、「おわりに」で記した、「野心的」「議論喚起」という点では、本決定が提起した論点は色あせないものと思われる⁸¹⁾。

79) 舟田正之『『公正な競争』と取引の自由』『独占禁止法とフェアエコノミー』日本評論社、2017年（同名誉教授サイトに、本論文の長尺版あり）。

80) Rupprecht Podszun, Der Kartellrechts-Clash, *Legal Tribute Online* <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/facebook-verfahren-bkarta-ausbeutung-marktbeherrschung/>

81) 同様に、示唆を引き出すことを目的に本事案を材料として扱った論考として、白石忠志「Facebook に対する Bundeskartellamt の決定を契機とする日本法の若干の検討」EU 法研究 6号（2019年）31頁（脱稿後に接した）。