

市場支配力濫用規制の現代化

田 中 裕 明

1. はじめに

近時、GAFA（Google, Amazon, Facebook, Apple）に代表される巨大IT⁽¹⁾に対する規制が盛んである。わが国では2019年2月26日、アマゾン・ジャパンへの立ち入り調査が行われた。アマゾン・ジャパンが企画した全商品へのポイント還元制度が、出品者のほぼ全面的負担による還元であり、これはアマゾン・ジャパンによる「優越的地位の濫用」に当たる可能性があると考えられた。EUの欧州委員会では、2017年、2018年と2019年にGoogleをめぐる訴訟が続いた。2017年6月27日のGoogle Shopping事件では、Googleの比較ショッピングサイトでの扱いが「支配的地位の濫用」に当たるとされた。2018年7月18日のGoogle Android事件で

(1) わが国では、2020年5月27日、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律（デジタル・プラットフォーム取引透明化法）」が成立した（2021年2月1日施行）。また、イギリスでは2020年12月8日、巨大ITによる合併・買収に対する審査を強化する、GAFAを念頭にとしたデジタル市場の新たな規制案が公表された。さらには、EUの欧州委員会が同年12月15日、デジタル規制法案を発表した。こちらも検索サイトやインターネット通販などのデジタル市場で支配的な立場にある巨大IT企業を対象とするものである。巨大ITに対する規制の動向については、拙稿「ビッグ・データと競争法（Big Data und GWB）」公正取引817号（2018年）47頁以下、同「On Regulating Huge IT—Towards Ensuring Transparency and Fairness of Trading by IT-Platformers—」神戸学院大学法学第49巻第1号（2020年）105頁以下参照。

は、Google が基本ソフト Android を採用する携帯端末に、同社のアプリやブラウザ Chrome をプリインストールさせるなどして、総合検索サービスの支配的地位を強固にしたことが問題とされた。さらに2019年3月20日の Google AdSense 事件では、Google のオンライン検索連動型広告サービス AdSense を利用する広告主との間で、競合他社が配信する広告の掲載を禁じるとともに、他社の広告を検索結果に表示させるには承認を要するなどの拘束を通じて、検索広告仲介業務での支配的地位を維持する行為が問題とされた。またドイツでは、2019年2月7日、ドイツ連邦カルテル庁が、米国の Facebook に対し、利用者のデータ収集を大幅に制限するよう命じた。すなわち同社は、利用者の同意なしに、同社の傘下⁽²⁾や外部のサービスにある利用者のデータを統合することなどを禁止された。

以上のように、各国ともこれまでのところ現行の競争法(独占禁止法)の枠組みの中で巨大 IT への規制を展開している。そのような中、競争法とは別の規制法を設ける動きもあるところ⁽³⁾、ドイツでは「市場支配的地位濫用規制の現代化(デジタル化)」と称する第10次改正法が、2020年9月9日、連邦政府内閣で承認され、2021年の第1四半期のうちに施行されることが決定された(同改正法は2021年1月19日に施行された)。

本稿は、ドイツ競争制限禁止法(GWB)第10次改正法のうち、市場支配力濫用規制に関わることを紹介、検討することを目的とする。併せて、わが国における巨大 IT 規制についての示唆を得ることを目的とする。

(2) それぞれの事件の詳細については、拙稿「On Regulating Huge IT—Towards Ensuring Transparency and Fairness of Trading by IT-Platformers—」神戸学院大学法学第49巻第1号(2020年)105頁以下参照。

(3) 註(1)参照。

2. GWB 第10次改正の背景

GWBの第9次改正法を以て、立法者は、同法18条にプラットフォームとネットワークの市場支配力の判定基準をより一層明確化した。デジタル経済におけるより新たな展開は、しかも新たな問題を提起している。すなわち、そこに提起された問題とは、競争法上の濫用監視の介入のための閾が——一般的なケースであれ特殊なケースであれ——、あまりに高すぎて時宜を得た介入を妨げているのではないか、というものである。さらには、競争上の危険、例えばそのリスクは部分的には、デジタル経済の市場で有力な事業者の新しい種類の事業上の戦略として表れているのかどうかも解明すべきである（もっとも、その戦略は濫用監視の従前の規定で効果的に捕捉できるのではあるが）。その際、特別な意義があるとするれば、おそらく、垂直的に統合された事業者の反競争的な抑圧戦略や、競争妨害的なポートフォリオ上のおよび結合上の利益の投入や、データの入手もしくはデータへのアクセス拒否に認められる⁽⁴⁾。

デジタル経済の展開（デジタル経済からの挑戦）に関しては、すでにGWBの第9次改正法でも、デジタル市場における市場支配力のより簡易な捕捉のための取り組みがなされていた（GWB 18条 3a 項参照⁽⁵⁾）。そ

(4) Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden, 2018, S. 13. 本書は、ドイツ連邦経済・エネルギー省により委託された「市場支配的事業者に対する濫用規制の現代化」に関する研究（2018年5月18日開催の連邦経済・エネルギー省内でのワークショップの成果）である。その研究目的は、カルテル法上の、経済力濫用に対する保護規制は十分に明瞭であり効果的であるかどうかの解明であるとされている。これに関して決定するのは、一方ではEU機能条約102条とGWB 18条および19条の適用領域と構成要件である。他方では、とりわけ注意を要する問題として、上述の規定を助けとするが、ときによっては効果的には予防することができないこともあるデジタル経済の特殊な挑戦が、GWB 20条を基準にして成し遂げられるかどうかという問題がある（a. a. O.）

の後、EUの2019年1月14日の「ヨーロッパ競争ネットワーク（ECN）指針」を背景に、企業結合規制に対応するための濫用監視の明らかな拡張を図る改正案が検討・提出された。それには、実務にとっても間違いなく重大なGWB 42条の大臣許可手続の修正、民事上のカルテル法執行の修正および過料手続における大幅な改正にまで至る行政手続の修正が含まれていた。⁽⁶⁾

デジタル市場は、周知のとおり、市場集中に向けての特異な傾向がその土台となっている。すなわち、ある市場がもっぱら積極的な、競争相手に有利なネットワーク効果に基づいて「転倒され」、変更の際に高いハードルとなる「ロックイン効果」にある場合、つまりシングルホームिंगが確定されている場合、競争は「市場をめぐる」決定されるので、通常、停止することになる。そして、（売り手市場および買い手市場の）相互運用性（Interoperabilität）に瑕疵がある場合には、新たな競争への衝動が、それだけに一層まったく別の仕方、破壊的な（disruptiv）解決方法から生じてくる。⁽⁸⁾

(5) GWB 18条 3a 項は、次のとおりである。すなわち、「とりわけ、多面的な（mehreseitig）市場およびネットワークでは、事業者の市場での地位を評価する際には、以下のことを考慮する必要がある。1号、直接および間接的なネットワーク効果、2号、複数のサービスの並行利用および利用者にとっての転換費用、3号、ネットワーク効果に関連する規模の経済性、4号、競争に関連するデータへのアクセス、5号、イノベーションに推進される（innovationgetrieben）競争圧力」。

(6) P. M. Steinberg/M. Wirtz, Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle—Ein Dialog zwischen BMWi und der anwaltlichen Praxis (Teil 1)-, WuW 2019, 606.

(7) 複数のプラットフォーム企業が競争しているとき、顧客（企業または消費者）がスイッチコスト（転換費用）が高いために、1つのプラットフォームを利用するときをシングルホームिंगという。これに対し、複数のプラットフォームを利用するときをマルチホームिंगという。

(8) Th. Höppner, Plattform-Regulierung light—Zum Konzept der Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung in der 10. GWB-

市場支配力濫用規制の現代化

ともあれ、事業者が中心的な仲介サービス (Vermittlungsleistung) を行い、それで自らのプラットフォーム市場を確保したならば、この地位はしばしば容易にさらなる市場への拡張へと向かうことになる。つまり、消費者のユーザー・グループが大きければ大きいほど、そしてそのグループにとり複数のプラットフォーム (マルチホーミング) が同時に大して役に立たなければ、それだけインターメディア (仲介事業) の、隣接市場への入り口のための手段—それも業績にかなったとはいえないような手段—をもった消費者への特恵的なアクセスを利用する契機となる可能性は高くなるのである。また、隣接市場での競争相手は、その際しばしばかかる実践に何も異議を唱えることはできない。なぜなら、かかる実践は同時に梃子としての巨大な固有の消費者のユーザー・グループが欠けており、かかるグループは経済的に期待できる手段なしには構築できないからである。隣接市場の拡大を以て現住事業者 (Incumbent) はその市場力のみを拡大はしない。現住事業者は同時に、通常の支配的地位を元の仲介市場に固定させる。例えば、さらなる利用にかなうデータの集合、集結によってである。⁽⁹⁾

(2018年までの) 25年間は、情報・通信技術並びにデータ・ストレージ技術およびデータ処理技術という特にダイナミックな展開によって特徴づけられてきた。それに伴って現れる情報へのアクセスにおける変化、それはしばしば、プラットフォーム・モデルで実験する新たな情報通信メディアによってつながっており、そして新たなデータ経済の発展は、基本となる経済的・社会的な変化をし始めてきている。変化のプロセスは、その初期の段階でまず、ユーザーや消費者にとっての全権付与の可能性を認めている。比較的早期でも次第に、デジタル経済の新たな問題や硬直化の危険 (Vermachtungsgefahr) が、政策課題として意識され

Novelle—, WuW 2020, 71, 72. この表現は、J. A. シュンペーターの「創造的破壊 (creative destruction)」を想起させる。

(9) Th. Höppner, a. a. O.

世間に知れ渡るようになった。他の種々の領域におけると同様、競争法においても次のような議論が起きている。すなわち、この変化は現行の枠組みとの適合を必要とするのかどうか、という議論である。かかる議論の必然的な出発点は、どのような方法で上述の展開は企業戦略並びに市場と競争の機能の仕方を変えてきたかという総括である。⁽¹⁰⁾

さらにこの20年という期間のうちに、過去に例を見ない権力的地位が出現したことを指摘しなければならない。前述のGAFAsの登場である。この巨大ITの情報仲介能力を無視することができなくなっている。GAFAsはその仲介能力に依拠して、事実上グローバルに、何百万ものビジネス上の提供者のアクセスを介して、その都度何十億もの利用者に向けた取引規模を数兆規模へと高めているのである。その際、プラットフォーム（巨大IT）は、いずれのゲームのルールに従い、いずれの条件に向けて、商用の利用者が消費者ユーザーベースへのかかるアクセス—かかるアクセスはしばしば人為的に遮断されるが—を維持するのか、そしてかかるルールは実施されるのか、されるのであればどのようにしてかを自ら、かつほぼ無制約に決定するのである。そうすることで巨大ITは、自身が仲介を請け負う多数の市場での競争を限定するために、さまざまな調整ねじ（Stellschrauben）を自由に使うことができるのである。⁽¹¹⁾

同時にこの仲介サービスは技術的にも、経済的にも高度に複雑であり、扱うデータ量も多く（意図的に）不透明になっている。外部の者には、何百もの（定期的に更新される）当該アルゴリズムの効果を知り、それを理解する者はほとんどいないのである。

GAFAsのような情報仲介事業者に必要なとされるのは、多くの古典的な市場支配的事業者に行われるよりもさらに細分化された競争の監視であ

(10) Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 15.

(11) Th. Höppner, a. a. O. GAFAsについては、cf. S. Galloway, *The Four-The-Hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook, and Google*, New York, 2017.

る。かかる事業者は、とくに堅固な市場での地位を確立しているからである。

3. GWB 第10次改正法の概要—GWB 19a 条を中心に

改正法担当官の草案 (Referentenentwurf) の見出しには「焦点となる積極的なデジタル競争法4.0 (fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0)」と記されていた GWB 第10次改正法の実質的な目的は、デジタル経済、とりわけこの場合プラットフォーム経済にとっての濫用監視の現代化である。

今回の改正で最も重要なのは、19a 条の新設である。すなわち同条項は、「競争にとり優越的で市場横断的な重要性の帰属する (eine übertragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt) 巨大なデジタル・コンツェルンへの効果的な規制」を可能にし、「しばしば18条 3a 項の意味での、個々のプラットフォームあるいはネットワーク市場における支配的地位を占めるのみならず、さらには第三者の営業活動に相当程度の影響を与え、もしくは固有の営業活動をつねに新たな市場や領域へと広げていくことを可能にさせるリソースや戦略的な立ち位置を自由に扱える (über Ressourcen und eine strategische Positionierung verfügen) 事業者にも」⁽¹²⁾ねらいをつけている。

ここで「巨大なデジタル・コンツェルン」とは、例えば Facebook の傘下に写真共有アプリの「インスタグラム (Instagram)」, 対話アプリ「ワッツアップ (WhatsApp)」があるが、これは、成長著しいこれらのアプリがやがて Facebook にとっての脅威となる前に買収して、自社の傘下に置くことで、その脅威を回避することを図ったものである。その結果、Facebook は巨大コンツェルン化したのである。同様に、Google も過去20年の買収企業数が200社超に上るとされている。GWB 第10次

(12) Ch. Degenhart, Verfassungsfragen einer 10. GWB-Novelle auf der Grundlage des Referentenentwurfs vom 24.01.2020, WuW 2020, 308, 309.

改正法の理由書では、このような現象を念頭に置いて、規制の実効性を担保しようとしている。⁽¹³⁾

新19a条1項の「競争にとり優越的で市場横断的な重要性」についての考慮要因には、事業者のリソースや戦略的な立ち位置が再現されている。すなわち、1号では「1つのまたは複数の市場でのその市場支配的地位」が、2号では「その資金力 (Finazkraft) またはその他のリソースへのそのアクセス」が、3号では「その垂直的統合とその他の方法で相互に結び付く市場でのその活動」が、4号では「競争に関連するデータ (wettbewerbsrelevanten Daten) へのそのアクセス」が、そして5号では「調達市場および販売市場 (Beschaffungs-und Absatzmärkt) への第三者のアクセスにとってのその活動の重要性ならびにそれに伴う第三者の営業活動への影響」が挙げられている。

ドイツ連邦カルテル庁は19a条2項に従って、特定の行動様式 (Verhaltensweisen)⁽¹⁴⁾ を予防的に濫用として禁止している。そして同じよう

(13) Vgl. www.bundeskartellamt.de, Meldung vom: 19.01.2021 (2021年3月10日閲覧)。なお、Facebook に対しては2020年12月9日、アメリカ連邦取引委員会がかかる買収を含めて反トラスト法違反として、ワシントンの連邦地裁に提訴している。これは、同年10月20日のアメリカ司法省による Google に対する反トラスト訴訟に続くものである。当初アメリカは、日本やヨーロッパに比べて巨大 IT 企業の規制には消極的であった。しかし、2019年7月23日、同司法省が巨大 IT 企業に対し反トラスト法に違反する行為がないか等を調査すると発表以後、積極姿勢に転じてきている。

(14) ここにいう特定の行動様式とは、次の5つである。1号：調達・販売市場へのアクセスの仲介に際して、競争相手のオファーを自身のそれとは異なる扱いをすること。2号：当該事業者がその地位を直ちに市場支配的なものにすることもない市場で競争相手を、妨害が競争のプロセスを著しく侵害することとなる限りで、直接または間接に妨害すること。3号：市場の相手方により支配されている市場で収集された競争に関連するデータの利用により、また被支配市場以外からの競争に関連する他のデータとの組み合わせで、他の市場で市場参入障壁を構築したり、あるいはそれを高めたり、または他の事業者をその他の方法で妨害したり、あるいはかかる利用を許すような取引条件を要求すること。4号：製品あるいはサービス

に予防的に、20条3a項でいわゆる「ティッピング (Tipping) (市場の転倒 (Kippen eines Marktes))」をも対象にしている。これは18条3a項で掲げる「市場の変形 (Transformation eines Marktes)」, すなわち積極的なネットワーク効果に基づく「高度に集中化した市場への変形」⁽¹⁵⁾に対応するものである。

また、デジタル・プラットフォーマーの仲介力は、GWB 18条3b項によって捕捉され、それによればある事業者の市場での地位の評価について、市場へのアクセスにとってのその仲介能力の意義もまた重要なものとなるといえる。当該市場へのアクセスに関連する問題として、GWB 19条2項4号が明らかにしているのは、プラットフォームあるいはインターフェイス (Schnittstellen) およびデータへのアクセス拒絶もまた市場支配的地位の濫用を根拠づけるということである。したがって、データはインフラ設備およびネットワークと同一視され、それはエッセンシャル・ファシリティ・ドクトリンの意味におけるインフラ設備、ネットワークと同じである⁽¹⁶⁾。この点さらには、GWB 20条1a項でも「従属性 (Abhängigkeit)」の発生との関連で「データへのアクセス」を掲げている。このデータは、これまで事業者が自身の目的のためにのみ利用してきたもので、これまで交渉の開始がなされてこなかったものも含まれる。

ここで「競争に関連するデータへのアクセス」について整理しておく。

の相互運用性またはデータのポータビリティを阻害し、それを以て競争を妨害すること。5号：他の事業者に不十分にしか調達あるいは委託されないサービスの取引量、品質あるいは成果を伝えないこと、または他の事業者に別の方法で当該サービスの価値判断を阻害させること。

(15) 以下本稿では、ティッピングを本文のように、競争的市場から競争制限的市場への「転換」の意と解していく。vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 23.

(16) Ch. Degenhart, a. a. O. なお、エッセンシャル・ファシリティ・ドクトリン (不可欠施設の法理) については、拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』(2001年, 嵯峨野書院) 194頁以下参照。

前述の通り、データの重要性については「市場支配的地位」を定めるGWB 18条3項3号に掲げられていることから明らかである。さらには、GWB 18条3a項4号でも考慮要因に加えられている。とりわけ同条項では「市場力の画定」に際して、データへのアクセスを「多面的な市場やネットワーク」において考慮しなければならないとされており、市場力の分析の際にはデータへの事業者のアクセスがあらゆる状況の全体像の中でも重要視されるということである。つまり、GWB 18条3項においては、データへのアクセスがすべての経済領域で重要なのである。

GWB 19条2項4号は、従来、他の事業者に相当の対価と代えて固有のネットワークまたはインフラストラクチャーの利用を認めることを拒絶する市場力の濫用を規律していたが、前述の通り、データへのアクセス拒絶の場合もまた、「市場の前後の段階で活動するために、そしてその供給拒絶が当該市場での有効競争を排除するおそれがあり、その供給拒絶に実質的な正当理由がないときには、当該供給が客観的に不可欠であるかぎりにおいて」対象となることとなった。ここに「相当の対価に代えて」については、とりわけデータへのアクセスの際に、無償のアクセス許可の場合もあることが考慮される。すなわち、「相当の対価」が「ゼロ」の場合すらあり得るということである。実務上は、物理的なインフラストラクチャーへのアクセス拒絶のみならず、データへのアクセス拒絶の場合についても、前述のように、エッセンシャル・ファシリティ・ドクトリンを規定する19条2項4号を対応させることになるものと考えられる。すでにヨーロッパ裁判所は、Magill事件とIMS Health事件で（テレビ番組の）著作権と情報へと同ドクトリンを拡張⁽¹⁷⁾している⁽¹⁸⁾。

(17) Vgl. P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O. S. 607.

(18) EuGH, Urt. v. 6. 4. 1995-EuZW 1995, 339=JZ 1996, 304-Magill; EuGH, Urt. v. 29. 4. 2004-WuW 2004, 668-IMS Health. Magill事件については、拙著前掲書196頁以下参照。

市場支配力濫用規制の現代化

さらに、先に GWB 20条 1a 項での「従属性」の発生について言及したが、これは事業者の相対的な市場力に基づくデータへのアクセスに対する規律を意図するものである。すなわちこれは、事業者が「自身の活動につき、他の事業者によって規制されているデータへのアクセスに依存している (angewiesen ist)」場合にも、当該他の事業者への従属性が認められる、とするものである。⁽¹⁹⁾ その際、データへのアクセス拒絶を理由に、不当な妨害あるいは差別を要件として、データへのアクセスを要求することが根拠づけられるのである。

また補完的に GWB 20条 1a 項 2 文が明らかにしていることは、相対的に有力な事業者が、その時点ではまだ自由に処理することができなかったデータへのアクセスの拒絶もまた、不当な妨害となり得るということである。改正法担当官が取り上げているデータへのアクセスというテーマについては 3 つの視点がある。1 つには、競争相手にとっての一般的なデータへのアクセスの要求は、エッセンシャル・ファシリティ・ドクトリンの新たな枠の中に取り込まれている。とりわけ、デジタル分野・非デジタル分野での「管理人 (Gatekeeper)」へのアクセスを改善するためのデータという観点においてである。2 つには、GWB 20条 1a 項が導入するのは、現実に相対的市場力（売り手と買い手との間の力関係にみられる非対称性に基づく従属性）が認められる中での契約関係における特殊なデータへのアクセスの要求である。そして 3 つには、新たな 19a 条 4 号の枠において、市場横断的な重要性を有する事業者にとっての競争に関連するデータへのアクセス拒絶もまた濫用となり得るとい⁽²⁰⁾う視点である。

なお、第10次改正の中で、市場支配的地位の濫用についての認識が改まったとされる。すなわち、従来「厳格な因果関係 (strikte Kausalität)」ということで、市場支配的地位の故に避けられない「濫用」が問題なの

(19) GWB 20条にいう「従属性」については、拙著前掲書71頁以下参照。

(20) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O.

ではなく、つまり市場支配的地位の「濫用的利用 (missbräuchliche Ausnutzung)」ではなく、他の事情からも生じ得る市場支配的地位の「濫用 (Missbrauch)」—規範的因果関係 (normative Kausalität)—の存在こそが問題であると認識されたのである。この点、EU 機能条約102条の「支配的地位の濫用 (missbräuchliche Ausnutzung)」という文言からは⁽²¹⁾⁽²²⁾離れた捉え方であると考えられる。

4. GWB 第10次改正法の主なメルクマール

ここで、GWB 第10次改正法の注目したい個々のメルクマールについて一瞥しておきたい。上述部分と若干重複する個所もあるが、ご寛恕願いたい。

(1) 仲介力 (Intermediationsmacht)

この仲介力概念が中心部分に描くのは、種々の市場サイト (Marktseite) 間の仲介者として行動する事業者の権力的地位 (Machtposition)

(21) Vgl. Ch. Degenhart, a. a. O. 従来筆者は、拙著、拙稿では「濫用的利用」という表現は使っておらず、いずれも「濫用」と表記していた。

(22) GWB 第10次改正は、本稿のテーマである「デジタル経済に向けての濫用監視」のほかに、GWB 32c 条4項に、連邦カルテル庁の決定につき相当の法的、経済的利害が存するときには、連邦カルテル庁は申立てに基づき6か月以内に限り、競争者間の協調的行為 (Kooperationen) を許す決定ができる、法定の請求権 (水平的協調行為の許可) が盛り込まれた。また、企業結合規制に関して実質的な変更として、2つの国内売上高閾値が、1つには2500万ユーロから5000万ユーロへ、もう1つには500万ユーロから750万ユーロへと引き上げられた。それに伴い、GWB 35条2項1文の附帯条項 (Anschluss-Klausel) が削除された。そして36条2項2文の瑣末市場 (Bagatellmarkt) の売上高閾値が1500万ユーロから2000万ユーロへと引き上げられた。主な審査期間も4か月から5か月へと延長された。そのほか手続き面では、本文でも述べたように、競争法の施行を強化するための「ヨーロッパ競争ネットワーク指針」との調和が図られた。そしてこれに併せて課徴金 (Bußgeld) 手続の強化も図られた。

市場支配力濫用規制の現代化

である。それゆえ、この市場力は伝統的な販売力・購買力のカテゴリーと並んで、第三のカテゴリーを形成している。⁽²³⁾ ドイツ連邦経済・エネルギー省の確認した問題の背景にあるのは、GAFAなどの巨大プラットフォームの競争上中心となっている役割である。つまり、巨大プラットフォームは競争上の「分岐点」に係るその位置づけに基づき、他の事業者の市場へのアクセスを、すなわちその顧客グループへのアクセスを決定できるのである。これが当てはまるのは、市場へのアクセスの種類、方法（例えば、検索の結果得られる売り手のランキングやリスト）のみならず、むしろ場合によっては、市場へのアクセスの「疑問 (Ob)」⁽²⁴⁾ の解決に至るまでの流れも、である。

この仲介力にまず言及しているのは、GWB 18条 3b 項である。市場支配的地位の確認につき、多面的市場での仲介機能を有する事業者において将来問題となるのは、当該事業者は「調達市場・販売市場へのアクセス」への実質的な影響力を与えることができるかどうかである。当該事業者の市場地位の分析は、これまでもあらゆる要素を総合的に考察して行われてきたのであるから、この仲介力を GWB 18条に取り入れることも理にかなったことである。

仲介力はさらに、相対的市場力の様相を示すものとしても重要である。GWB 20条 1 項 2 文は、この点を踏まえて競争に関連する従属性 (wettbewerbsrelevante Abhängigkeit) を定めている。同条項によれば、事業者が「仲介者として複数の市場で活動しており」、他の「調達市場・販売市場へのアクセスに臨む (mit Blick auf den Zugang) 事業者が、十分かつ期待できる回避可能性のない方法でその仲介サービスに依存している」場合にも、かかる従属性が認められる。⁽²⁵⁾

この巨大プラットフォームの仲介力についての指摘は、わが国独占

(23) Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 85f.

(24) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O., S. 608.

(25) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O.

禁止法にみる「優越的地位の濫用」について考察する際の有益な材料になると思われる。

(2) ティッピング

ティッピングは学界（Wissenschaft）からの提案を採用したものであり、GWB 20条 3a 項で規定されている。同条項によれば、不当な妨害が認められるのは、「18条 3a 項の意味での市場で優勢な（überlegen）市場力を有する事業者が競争相手による積極的なネットワーク効果の自主的な獲得を妨害し、それにより業績競争（Leistungswettbewerb）が相当程度（in nicht unerheblichem Maße）制約される重大な危険が生じる場合」である。

ドイツ連邦経済・エネルギー省のGWB改正法理由書によると、ティッピングは、「強力な積極的ネットワーク効果により特徴づけられる複数の売り手を有する市場を、独占的あるいは高度に集中化された市場に変形すること」と定義される⁽²⁶⁾。したがってこの定義では、おそらくデジタル経済のネットワークとプラットフォームが念頭に置かれている。これは適切であると思われる。なぜなら、デジタル分野での競争はとりわけ、ネットワーク効果によって特徴づけられるからであり、その際通例、ティッピングによって（完全に）停止することができるものの、「市場をめぐる競争」が支配しているからである⁽²⁷⁾。つまり、ティッピングの過程をみると、競争相手は当該市場から著しく締め出されることになる。というのは、その（デジタル）ネットワークあるいはプラットフォームは埋没する（積極的）ネットワーク効果により、そのユーザーにとっては魅力のないものとなるからであり、それは「勝者、（ほぼ）総

(26) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O., S. 609.; Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 61.

(27) Vgl. BKartA, Beschl. v. 6.2.2019, B6-22/16, WuW 2019, 277, Rn. 424-Facebook.

取り」とも称される。ティッピングを推奨する側からすれば、結局、GWB 20条 3a 項が名宛人とするのは、プラットフォームということになるが、それでも全体の文脈を考慮すれば、デジタル経済に限定されることになる。⁽²⁸⁾

他方、ドイツ連邦経済・エネルギー省が提案する名宛人は、GWB 18条 3a 項の意味での多面的市場あるいはネットワークで優勢な市場力を有する事業者であり、当該市場をティッピングに傾斜した (Tippinggeneigt) ものと解される。しかしそれでも、GWB 18条 3a 項からも20条 3a 項からもデジタル市場への限定は生じない。それで原則として、「類似する」ネットワークおよびプラットフォーム提供者 (Netzwerk- und Plattformanbieter) もまたこの規律の対象となる、とされる。⁽²⁹⁾

この新たな介入要件が対象にしようとしているケースは、「非業績競争的手段」を以て、市場のティッピング化を惹起させようとする場合であり、そうする間に例えば事業者がマルチホーミングを困難にさせたり、あるいはプラットフォームの変更を妨害したりする場合は考えられる。⁽³⁰⁾

思うにこれまでのGWBの運用をみると、何もティッピングなるメルクマールを打ち立てずとも市場の競争的状态から競争制限的状态への転換(転倒)は確認できていた。ならば、ことさらティッピングというメルクマールを取り上げるのは、デジタル市場(デジタル経済)に限定する趣旨とみておくべきではなかろうか。

(28) G. Cetintas, Gefährlicher („Tipping“-) Gefährdungstatbestand?-Eine Analyse von §20 Abs. 3a des Referentenentwurfs für eine 10. GWB-Novelle, WuW 2020, 447.

(29) G. Cetintas, a. a. O.

(30) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O.

(3) 優越的で市場横断的な重要性を有する事業者

デジタル経済に対する、より良きカルテル法上の規制に向けた実体法上の取り組み（Bestrebungen）の要は、「競争にとり、優越的で市場横断的な重要性を有する事業者」のGWB 19a条への導入である。すなわち同条がねらいとするのは、かかる重要性が帰属するデジタル・コンツェルンへの効果的な規制を可能にしようというものである。かかる重要性が存するとみられるのは、事業者が自ら第三者の営業活動に相当の影響を及ぼしたり、あるいは自身の営業活動をつねに新しい市場、領域へと拡張したりすることができるようになるリソースや戦略的地位を自由に行使できる場合である（19a条1項参照）。かかる事業者には、新たな市場での業績競争を制限し、そうすることでその市場での地位を当該市場と同じく強化し、最終的にその市場横断的な重要性全体をさらに深化させるために、その権力的地位と他の市場からのリソースを投入する可能性があるため、追加的な禁止事項が課されている（19a条2項⁽³¹⁾参照）。

19a条について強調しておくべきことは、従来の市場支配や相対的市場力に加えて新たなカテゴリーの導入を以て高められた事業者の答責性（Verantwortlichkeit）だけではない。むしろ、19a条は条文の規範構造に新たな道を開いたことである。すなわち、19a条1項により答責性は法から導き出されるのではなくて、連邦カルテル庁が「命令により（durch Verfügung）、18条3a項の意味での市場の相当の範囲で活動する事業者に、競争にとり、優越的で市場横断的な重要性が帰属する」ことを確認しなければならないのである。その際、19a条1項2文が考慮事項として掲げているのは、例えば、事業者の市場支配的地位の存在、データへのアクセスおよび資金力等である。さらには、（前述した）プラットフォームの仲介力あるいはユーザー数なども考慮事項として挙

(31) Th. Höppner, a. a. O., S. 73.

⁽³²⁾
げられる。

GWB 19a 条は三段階の手続を用意している。第一段階では、連邦カルテル庁は、多方面に及ぶプラットフォーマーあるいは18条 3a 項の意味でのネットワークカーが 19a 条 1 項の意味での優越的で市場横断的な重要性を享受しているかどうかを調査することができる。同庁が命令を通じて優越的で市場横断的な重要性を有する事業者としての地位を確認した場合、第二段階として、当該事業者に対して 19a 条 2 項にある特定の行動様式について、そのときから有効に禁止することができる。同2項に含まれる違反要件はデジタル市場の特異性を反映しており、その限りで従来 GWB 19条、20条の範囲で市場力の濫用と認識されてきたものを超えている。とりわけ当該要件にはつねに可能な客観的正当化のために、説明責任・立証責任の転換が図られている（19a 条 2 項 2 文）。そうすることで当該要件は、「事案により反証可能な推定として」機能するのである。同庁が具体的な行動様式を禁止した場合、第三段階として、32 条 2 項および 3 項、そして 32a 条および 32b 条に用意された確認された違反を終了させるための手段が投入されている（19a 条 2 項 4 文）。1 項による優越的で市場横断的な重要性の確認は、2 項による禁止命令と組み合わせることができる（19a 条 2 項 5 文）。GWB 19条、20条の禁止規定については何も触れられておらずそのままとなっている。したがって優越的で市場横断的な重要性を有する事業者にもこれらの条項は引き続き適用される（19a 条 3 項）。それゆえ、19a 条 2 項に掲げられた行動様式は優越的で市場横断的な重要性を有さない事業者には一般的には許容される、という反対解釈（Umkehrschluss）は同じように許され⁽³³⁾ないこととなる。

この点に関連して、ドイツでは GWB の中に「デジタル条項」を盛り込んで、巨大な IT 事業者に対応しようとしている。他方、わが国では

(32) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O., S. 610.

(33) Th. Höppner, a. a. O.

「デジタル・プラットフォーマー取引透明化法」を以て、独占禁止法とは別途（あるいは併用して）巨大IT事業者に対応することとしている。上記のGWB 19条、20条との解釈・運用を参考にすれば、ある事業者が「デジタル・プラットフォーマー取引透明化法」の適用を回避できたとしても、独占禁止法の適用、例えば「優越的地位の濫用」禁止の適用の余地があるということになる。アプローチとして、このように取り組むべきものとする。

そろそろこの項目のまとめにはいろう。

GWB 19a条がねらいとするのは、前述の通り、巨大なデジタル・コンツェルンの捕捉である。この巨大デジタル・コンツェルンはその時々のプラットフォーム市場で市場支配的であるのみならず、「さらには、リソースと戦略的なポジションを自由に使うことができるのである」。その際極めて注意を要するのが、「種々の市場で重要性を享受し、当然には当該すべての市場のそれぞれで市場支配の閾を超える必要のない」巨大なプラットフォーマーの鍵となるポジションの捕捉である。⁽³⁴⁾

そして、19a条2項は競争侵害的なレバレッジ戦略（Hebelstrategie）を阻止するものでもある。この戦略は、実質の正当事由があれば可能であろうが、前述の通り、立証責任の転換を要することとなる。したがって、妨害を受けた事業者による民事上の救済も考えられる。というのは、第一に、先にみたように19a条は19条、20条の適用を排除していないからであり、第二に、19a条2項の命令の効力（Bestandskraft）により、GWB 33条1項の排除請求と不作為請求もまた認められるからである。

「優越的で市場横断的な重要性を有する事業者」概念の導入は、かつての1973年のGWB第2次改正の「優越的市場地位（überragende Marktstellung）」概念の導入を想起させる。同改正では、「企業結合規制」が初めて導入され、その規制のハードルを下げるために、「市場支

(34) P. M. Steinberg /M. Wirtz, a. a. O.

配」の概念を「優越的市場地位」にまで緩めたものとされている。⁽³⁵⁾ 今回は、巨大なデジタル・コンツェルンの捕捉のための新概念の導入であるが、これまでみてきたような 19a 条の内容からすると、「市場支配力濫用規制」のハードルは、決して緩やかにはなっていないように思える。即断はできないところであるので、これからの実際例の蓄積を待つしかないだろう。

5. むすびにかえて

巨大デジタル・コンツェルン、巨大プラットフォームに対する規制の動きは、先にみた EU、ドイツだけでなく、2021年4月10日には中国・国家市場監督管理総局が IT 大手アリババ集団に対し、中国の独占禁止法である反壟断法 6 条（市場支配的地位の濫用）に違反したとして約 18 億元（約 300 億円）の罰金を科した。報道によればアリババは、自社のインターネット通販の出店業者に競合他社のサイトには出店しないよう「二者択一」を要求したことが支配的地位の濫用に当たるとされた。⁽³⁶⁾ これは Google Shopping 事件でみられた「自己選好（Selbstvorzug）」の事例であるとみられる。「自己選好」は GWB 19a 条 2 項 1 号で定められているものである。また、わが国でも巨大 IT のデジタル広告の規制に向けた、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」の改正が、同年 4 月 27 日に政府報告書で公表されている。⁽³⁷⁾

このような動きに鑑みて、今回の GWB の改正は「革命的」なものではないにせよ、プラットフォーム経済への対応に向けての法制化作業のための指標になるといいだろう。その中でも 19a 条に盛り込まれた「事業者の、競争にとり優越的で、市場横断的な重要性」というメルクマールは、基本的に歓迎すべきものである。同条項はドイツ連邦カル

(35) 拙著前掲書 28 頁以下参照。

(36) 読売新聞、2021年4月10日夕刊。

(37) 読売新聞、2021年4月27日夕刊。

テル庁に、経済的権力地位にあり競争上の潜在的危険性の高い事業者に対する強力な武器を与えているからである。そして、「市場横断的」という要件が加わることで、従来の市場の画定のアプローチにも変化を要することが生まれており、かつての「第三市場での濫用」規制の是非をめぐる問題にも、解決の方向性を見出せるようになってきているからである。

また、かかるメルクマールの特性を確認し濫用要件を機動的なものにするための基準についても、これは、デジタル条項を以て実現せんとする重要な目的の達成のために必要であり適切なものであると思われる。

ただ今回の改正で残念なのは、濫用要件の活性化のためのメカニズムについて、これが起動するのが個別具体的な事案についての禁止命令を通じて初めて、すなわち濫用による侵害行為に着手してからである、という点である。これは、競争政策的にみて的が外れているのではないか。これでは「濫用規制の現代化」ではなく、第6次改正より前への「逆行」ではないだろうか。このようなアプローチでは、19a条からせっかくのパンチ力を奪い取ってしまう。

しかし、このような根本的な誤りが解決されれば、19a条はデジタル分野およびグローバル・モデルでの競争を確保するための効果的な手段となるといえよう。

わが国の巨大IT規制への取り組みも、ドイツと同じくまだ緒に就いたばかりである。本稿でみてきたドイツでの取り組みが、わが国でのそれに大いに参考になるものと信じている。