

ドイツ・デジタル条項を補完する 改正 GWB 20条の概要

田 中 裕 明

1. はじめに

第10次改正ドイツ競争制限禁止法（以下、GWB）が目指したのは、従来とは異なる分野での濫用監視の現代化である。とりわけデジタル経済分野での展開をより迅速に一層効果的に規律できることを目指している。若干その経緯を一瞥すると、「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)」と他の競争法規定（GWB デジタル条項）のための競争制限禁止法の改正が、2021年1月14日にドイツ連邦議会で可決し、同年1月18日に連邦官報に告知され、同法の競争法規定は2021年1月19日に施行された。ここに、2018年に始まったドイツ・カルテル法の包括的現代化、とりわけデジタル化を背景にしたプロジェクトが終了したのであった。

GWB デジタル条項について、ドイツ連邦政府には、実質的に三つの推進装置（Treiber）があった。一つ目には、デジタル化とグローバル化を見据えた秩序枠の現代化に関するキリスト教民主同盟・社会同盟と社会民主党との共同声明による要請が、二つ目には、競争規定のより有効な施行と域内市場の円滑な作動の保証を考慮に入れた加盟国の競争当局の強化のためのガイドラインである「EU 2019年1月の履行義務（ヨーロッパ競争ネットワーク指針）」が、そして三つ目には、正式な企業結

合規制に係る規定の部分的改定を勧めた近時のドイツ連邦カルテル庁における企業結合規制の数ある事例の展開が、それであった。それ以外にも、ドイツ連邦経済・エネルギー省の望みとして、第10次改正 GWB を一般的・包括的なドイツ・カルテル法の現代化に役立てたいというものがあ⁽¹⁾った。

GWB の第10次改正の中では、19a 条で記されている「優越的で市場横断的な重要性を有する事業者」に関する規律が注目されるが、その一方で GWB 20条の改正も行われている。同条は従来、相対的なあるいは優勢な市場力を有する事業者の一定の行為を禁止していた。その際重要視されたのが、市場支配の規律に対する伝統的な中産階級（中小規模事業者）に特化した補充であった。第10次改正 GWB は、同20条の適用幅の拡大を図った点が注目される点であり、すでに同条の果たしてきた実践的意義をなお一層拡大することが予想される。

本稿は、改正 GWB 20条の概要を示し、その問題点を整理することを目的とす⁽²⁾る。

2. GWB 20条の名宛人の範囲の拡大

はじめに GWB 20条の改正部分を概観する。

GWB 20条 1 項 1 文は次のように改められる。すなわち、「他の事業者が、特定の種類の商品または役務の供給の担い手または需要の担い手として、第三者たる事業者への十分かつ期待できる回避の可能性がなく、

(1) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, Das GWB-Digitalisierungsgesetz im Überblick, WuW 2021, 269.

(2) 第10次改正 GWB の概要については、島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法第10次改正の概要について」公正取引850号（2021年）45頁以下参照。また、柴田潤子「デジタル経済における相対的な市場力規制の展開」『現代経済法の課題と理論—金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』（弘文堂，2022年）413頁以下および拙稿「市場支配力濫用規制の現代化」神戸学院法学第49巻第3・4号（2021年）117頁以下も参照されたい。

他の事業者の対抗力が明らかに不均衡となる方法において（相対的市場力となる場合）、当該事業者および事業者団体に従属する限り、19条1項は2項1号との関連で当該事業者および事業者団体にも適用される。19条1項は2項1号との関連でさらに、他の事業者が調達市場および販売市場へのアクセスに向けて、十分かつ期待できる回避可能性がない方法で、その仲介業務に従属している限り、仲介者として多面的な市場で活動している事業者にも適用がある。」

また、1項のあとに1a項が挿入される。「1項による従属性は、事業者が自らの活動のために他の事業者が管理するデータへのアクセスに依拠していることから生じる。かかるデータへのアクセスの拒否は、当該データに係る取引がまだ開始されていない場合にも、1項による不当な妨害となる場合がある。」

そして、3項のあとに3a項が挿入される。「3項1文の意味での不当な妨害は、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、競争者によるネットワーク効果の独自の実現を妨げ、それにより少なからぬ程度に業績競争が制限される深刻な危険を生じさせる場合にも、存在する。」

以上の改正部分を手がかりにして20条の名宛人の範囲を眺めることにする。名宛人は、一方では同条1項に従って、供給の担い手あるいは需要の担い手としての他の特定の事業者に相互に従属する事業者であり（相対的市場力を有する事業者）、他方では同条3項に従って、中小規模の競争者との関係で優勢な市場地位（überlegene Marktposition）を占める事業者、すなわち優勢な市場力を有する事業者である。もう少し立ち入ってみると、ここでは、一部は競争者であり、もう一部は買い手あるいは売り手となり得る特定の事業者間における力関係が（Kräfte-⁽³⁾verhältnisse）が問題となる。

（3） J. Herrlinger, Der geänderte § 20GWB-Zwischen Leistungswettbewerb und Netzwerkeffekten-, WuW 2021, 325, 326.

GWB 20条の改正は、一方ではこれら市場で有力な事業者についての名宛人の属性 (Eigenschaft) を拡大し、他方では市場で有力なおよび優勢な事業者についての禁止される行動様式 (Verhaltensweisen) をデータおよびネットワーク市場との関連で補完しようとしているのである。GWB 20条はすでにこれまでも、非常に様々な適用範囲と禁止行為とを捕捉してきた。今回の改正で引き下げられた名宛人の要件と新たな禁止内容は、20条の濫用規範の適用をさらに広範囲にするものと思われる。

したがって、GWB 18条による市場支配は一つの事業者か、寡占の場合における複数の共同での市場支配的事業者に限られるのに対して、GWB 20条では一つの市場で複数の事業者が同時に20条の名宛人になることがある。この意味でも GWB 20条の適用範囲は広がったといえる。

とはいえ、デジタル経済をより強力に規律することを上位目標として明示したにもかかわらず、GWB 20条の改正には統一性があるでもなく、もっぱらデジタル経済に合わせた適用領域があるでもない。どちらかといえば改正箇所は、誇張され寄せ集めといった印象がある。それでも20条の改正点には、それらが部分的に従来の同条の1項を補完するものもあり、部分的に同条の新たな1a項および3a項によって補完がなされているものもある。

以下、個々の改正箇所を眺めることにする。

3. 中小規模事業者要件の削除 (GWB 20条1項)

第10次改正前の GWB 20条では、4項でいわゆる「ヨコの」(水平的)妨害行為を禁止していた。すなわち、GWB 旧20条1項は GWB 19条2項1号により適用される不当な妨害および実質的に正当な理由のない差別的取扱いの禁止を、相対的な市場力を有する事業者および事業者団体に、中小規模事業者がそれらに従属する限りにおいて、拡張していた。この中小規模事業者の市場で有力な事業者への従属という考えは、中産階級保護において根拠づけられており、GWB の中では歴史的に様々な

立場から支持されてきた。例えば、1980年の第4次改正の際に、旧37a条3項として中小規模事業者の保護規定が新設された。その後同条項は、1985年の第5次改正で旧26条4項とされ、若干の文言の整理がなされた。⁽⁵⁾そしてさらに、1989年の第6次改正で20条4項とされた。しかしかかる歴史的な流れも次第に解消されていき、第10次改正を以て GWB 20条1項における中小規模事業者への限定もまたなくなった。⁽⁶⁾したがって今や、大規模場事業者ですら相対的に市場で有力な事業者に従属することがあり得、それゆえ当該規定の保護領域に当てはまることとなるのである。⁽⁷⁾

今回の改正で、この中小規模事業者要件が削除されたことは、実質的に GWB 20条の名宛人の範囲が広がったことになる。その背景には、立法者が「市場で有力な事業者に対する濫用監視の現代化」という研究の「推奨事項 (Handlungsempfehlung)」に従ったことが窺われる。これは、中小規模事業者への限定削除を、久しく「大規模事業者にとっても関連する従属状態が現れてきている」⁽⁸⁾との認識がなされていることを引き合いに出して提案するものであった。今回の改正では、大規模事業者ですらデジタルプラットフォーマーに従属し得る、との認識があったものと思われる。

かつて GWB については個人保護をねらいとする「保護法規 (Schutzgesetz)」があるとされ、いずれの条項がそれに当たるのか議論された。

(4) 拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における中小規模事業者の保護—37a条3項についての考察—」一橋論叢第97巻第6号(1987年)878頁以下参照。

(5) 拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』(嵯峨野書院, 2001年)98頁以下参照。

(6) Vgl. Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, Die 10. GWB-Novelle Das neue Kartellrecht, München, 2021, S. 85.

(7) J. Herrlinger, a. a. O., S. 326.

(8) Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Baden-Baden, 2018, S. 157.

現行20条はこれまでも「保護法規」であるとみられていた。⁽⁹⁾ 今次の改正で、個人保護分野の規定についての新たなメルクマールとして、中小規模事業者基準の代わりに、「他の事業者の対抗力 (Gegenmacht) に対する明らかな不均衡」が導入された。かかるメルクマールの導入は、当該事業者の「水平的関係」であれ「垂直的关系」⁽¹⁰⁾ であれ事業者の規模に関係なく、当該事業者の従属性を問題にすることができることを意味する。例えば、国際的なコンピューターや自動車のメーカーが、電子光学部品のニッチな供給者に従属することもあり、それはとくにメーカーの個々の需要にとって有用な供給者が他にいない場合に顕著であろう。したがって、グローバル企業であっても従属する場合があるものと思われる。

GWB 20条 1 項 1 文の名宛人に関する改正の背景について、ドイツ連邦通常裁判所の Hochzeitsrabatte 事件判決が有用であるとされている。⁽¹¹⁾ 同判決は、保護領域を中小規模事業者に限定することがすでに削除されていた GWB 20条 2 項に基づいていた。⁽¹²⁾ もっともデュッセルドルフ高等裁判所は、本件の食料品販売業者の名宛人としての適格性 (Normadressatenschaft) については未解決のままとし、もっぱらその市場地位の実

(9) 拙著前掲書101頁参照。

(10) 「水平的関係」、すなわち同一経済段階での中小規模事業者に対する妨害行為を規制するために、GWB 旧 37a 条 3 項が1980年の第4次改正の際に導入された。それまでは異なる経済段階における「垂直的关系」での「相対的」優越性に基づく旧26条 2 項 (現20条 1 項) のみであったので、カルテル法上「保護の不備」と称されていた。拙稿前掲 (註4) 878-879 頁参照。ちなみに、旧 37a 条 3 項それ自体は「保護法規」とはみられていなかった。

(11) BGH, Beschl. v. 23. 01. 2018; vgl. Bien/Käseberk/Klumpe/Körber/Ost, a. a. O., S. 86 f.

(12) 2013年の第8次改正の際に、中小規模事業者に限定する旨の文言は削除された。GWB 20条 2 項の条文は次の通りである。「事業者又は事業者団体が、当該事業者又は事業者団体に従属している事業者に対して、客観的に正当な事由無く、自らに利益を与えるように要請する行為は禁止される。」

質的正当性についてのみ取り組んだ。すなわち、「対抗力」というテーマについて同高裁が説示したのは、当該スパークリングワインメーカーについて問題とされるのは、それが世界的規模で高い売上高を獲得している巨大事業者である、ということであった。しかしドイツ連邦通常裁判所が判決の中で指摘したのは、GWB 20条2項の対象を中小規模事業者に限定することは問題にならず、それゆえ売り手あるいは買い手の規模は従属性を妨げることはないということであった。むしろねらいとされたことは、その時の事業者の回避可能性であった。その際重要なことは、双方の事業者間において、相互の従属性に明らかな非対称性があるかどうかであった。

ドイツ連邦通常裁判所の判断として注目したいところは、契約交渉の失敗が食料品販売業者とその相手方であるスパークリングワインメーカーとでは、まったく異なる結論をもたらしたことである。売り手側、すなわちメーカー側では、食料品販売業者とのすべての販売が取り止めとなり、当該食料品販売業者にとっては、その時々スパークリングワインメーカーの製品の売上げが関わるものの、売上げ全体の数パーセントでしかなく、補償の可能性もなくなったのである。またこのとき事情として、当該スパークリングワイン市場での上場廃止という事実が、食料品販売業者の「品揃えの完備」を中断させた面もあった。消費者の側では、これらの製品についてはほとんどブランドロイヤルティ (Markenbindung) が定まっていなかったからでもある。したがって重要なことは、当該食料品販売業者からみて、スパークリングワインは、いわゆる「マストアイテム (must-have Produkte)」ではない、ということである。⁽¹³⁾

従属性の確認について、ドイツ連邦通常裁判所は市場の両側での売上高の損失にも焦点を当てた。上場廃止になれば、明らかにスパークリン

(13) Bien/Käseberk/Klumpe/Körber/Ost, a. a. O., S. 87.

グワインメーカーの売上げは二けた減となり、それを補うことはできないが、スパークリングワインメーカーの製品の売上げは、驚くなかれ、食料品販売業者の総売上高の数分の一に過ぎなかったのである。

ドイツ連邦通常裁判所の見解によれば、従属性の存在、ひいては名宛人の適格性もまた、スパークリングワインメーカーが交渉の際に、一定の成果を収める可能性があったという事実によっても排除されないということであった。なぜなら、円滑な交渉結果、すなわち適法な振舞いであっても、原則として、市場で有力な事業者が GWB 20条 2 項の名宛人であることは変わらないからである。⁽¹⁴⁾

以上の判決から読み取れることは、他の事業者に向けての対抗力に明らかな不均衡が存在しない場合には、司法は GWB 20条 1 項を取り上げても、今後はその構成要件の適用をあからさまにも排除するということであった。すなわち、保護領域の拡大が適用されるのは、参加事業者の市場力について、事実上著しい不均衡が存在するような状況においてのみである。このような制約を設けることで、GWB 20条 1 項が、立法者の意図に反して、大規模の、あるいは同程度の規模の、またはそれどころか負担がのしかかる小規模事業者との間の対立に無意味な圧力手段 (sachfremdes Druckmittel) として投入されることをも、阻止することになるのである。⁽¹⁵⁾ その結果、とくにデジタル市場における新たな市場力関係を考慮に入れるために、いわゆる中小規模事業者基準が GWB のデジタル条項の導入により削除されたのである。したがって、大規模事業者であっても、他のなお一層規模の大きい事業者に従属することがあり、相対的な市場力の濫用の禁止によってその事業者も保護されることになる。⁽¹⁶⁾

かくして第10次改正を以て、中小規模事業者の保護領域への限定から

(14) A. a. O.

(15) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O., S. 271.

(16) A. a. O.

の転向が意図されるに至った。これを可能としたのは、GWB 20条にみられる従属性の種類とは無関係に、その構成要件の柔軟な適用であるといえ、それはデータベース市場 (datenbasierte Märkte) の枠において⁽¹⁷⁾も同様である。

4. GWB 20条の新たな名宛人

GWB 20条 1 項 1 文の一般的な従属性と並んで、「対抗力に対する明らかな不均衡」というメルクマールを以て、二つの種類の有力な事業者が名宛人として補充された。すなわち、これら二つの事業者が関わるのは、ひとつにはプラットフォーマーに焦点を置いた条項であり、もうひとつにはデータ保持者に関する条項である。後者はこれまでほとんど議論すらされて来なかったものであるが、いずれも競争法上意図的にデジタルの優位性 (digitale Vormachtstellungen) を封じ込めるために新たに⁽¹⁸⁾設けられた規定と関わりがある。

まず、GWB 20条 1 項 2 文のプラットフォーマーを眺めることにする。

GWB 18条 3b 項にある「多面的市場 (mehrseitige Märkte) での仲介者 (Vermittler)」—通称プラットフォームオペレーター—もまた、他の

(17) K. J. Weisser, Datenbasierte Märkte im Kartellrecht, Berlin, 2021, S. 226. K. J. ヴェイサーが述べるには、垂直的な事業者に関する従属性について、妨害を受けている事業者とのその競争者との間の水平的な規模の比較は、ドイツ連邦通常裁判所にとっては重要ではないとされる。なぜなら、通常決定的とされるのは、従属事業者が自身の競争相手との比較で、どの程度の規模であるかではなくて、むしろ相対的に市場で有力な事業者とどう立ち向かうかであるからである。このとき、例えば市場占有率のほかに、プラットフォーマーの仲介活動も考慮されることとなる。しかし他の場合には、当該事業者の規模もまた、他の従属性のケースにおいては、判定される。すなわち、需要者側での競争者との水平的関係が、品揃えに関する従属性の場合には決定的であり、供給者側での競争者との水平的関係が、需要に関する従属性の場合には決定的となる (a. a. O.).

(18) J. Herrlinger, a. a. O., S. 327.

事業者には調達および販売市場へのアクセスにつき十分かつ期待できる回避可能性がないという意味で、このオペレーターに他の事業者が従属している限りで、名宛人に含まれる。第10次改正法は、したがってこの場合も同時に、「仲介力 (Intermediationsmacht)」という考えを想定することに資するものとなっている⁽¹⁹⁾。

プラットフォームは、それが名宛人であるためには、プラットフォーム上のあるいはその外の、一定の製品の供給の担い手あるいは需要の担い手にとってのボトルネックでなければならない。このことは、独自のアプリストアで提供される可能性があるなど、技術的にすでにこのプラットフォームを介してのみアクセス可能な市場については、比較的明らかであるといえる⁽²⁰⁾。

次に、自身の事業活動が他の事業者の管理下にあるデータに依存していることから、そこに従属関係が生じる場合がある。その際、例えば、合理的な料金の提示にもかかわらず、当該データへのアクセスを拒否することは違法となる可能性がある。また、その拒否が不当であると判断

(19) J. Herrlinger, a. a. O. 「仲介力」については、拙稿前掲（註2）128頁以下参照。

(20) もっとも、この点についての法的評価は、そうともいえないさそうである。問題のプラットフォームについてだけでなく、他の場所でも販売できる製品の販売の場合にも、明らかであるとはいえない。例えば、小規模な販売店でもインターネット上でオープンな販売プラットフォームで自動車部品を販売することも考えられる。このような場合、プラットフォーム外のディーラーにとって当該販売が十分かつ合理的に可能でない限り、GWB 20条1項を介してGWB 19条1項および2項1文というすべての条項を武器としてディーラーが利用できるようになる可能性がある。この場合、GWB 18条による市場支配の要件は必要ではない。このような措置は、小規模なB2BやB2C分野でのプラットフォームにとっては有用かもしれないが、デジタル化による競争の歪曲を回避するというGWB第10次改正の一般的な目的とどの程度整合しているか、20条1項に加えてのカルテル法上の規制が必要かどうか、この点について、競争政策の観点からは疑問があるとされている。vgl. J. Herrlinger, a. a. O.

されると、ここからアクセスの要求が生じることになる。さらには、申立人とデータ保持者が過去に取引関係になく、申立人が要求されたデータに過去にアクセスしたことがないという理由だけで、アクセスを拒否してはならない。GWB 18条 3a 項による市場支配的地位の決定に関する競争関連データへのアクセスの重要性に加え、データストックは今や、18条が定める市場支配のレベル以下でも従属性を根拠づけることができるようになったといえる。⁽²¹⁾

GWB 20条 1a 項によれば、1 項による従属性は、事業者が自身の活動について、他の事業者によって管理されているデータへのアクセスに頼らざるを得ない場合にも生じ得る。相当の対価を以てする当該データへのアクセスを拒否することは、19条 2 項 1 号に関わる 1 項による不当な妨害となる。これは、当該データに係る取引がこれまで開始されていない場合でも、当てはまる。

本条項からは、従属性はこれまでも GWB 20条 1 項によって捕捉されていたが、さらに独自の従属性が類型化されたといえる。その類型の一つとして、データへのアクセスのあり方が、具体的なデータストックが GWB 19条 2 項 4 号の意味における、いわゆるエッセンシャル・ファシリティの役割を果たす状況に関するものである。これは、派生市場 (abgeleiteter Markt) で活動するために、データへのアクセスが客観的に必要となる場合が当てはまる。従来も GWB 19条 2 項 4 号の適用に際しては、データへの適用を排除するものではないとするのが広く支持されており、判例も同条項を非物理的施設 (nicht-physistische Einrichtungen)

(21) J. Herrlinger, a. a. O., S. 328. データへのアクセスが注目（あるいは重視）されるようになったのは、データが、とりわけビッグ・データが将来の経済成長にとっての中心的な要件として広く認識されるようになってきたからである。とくにデジタル化の進展によって特徴づけられる種々の市場において顕著な現象である。vgl. V. Emmerich/K. W. Lange, Kartellrecht, 15. Aufl., München, 2021, S. 271. なお、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頁以下参照。

⁽²²⁾
への適用を認めてきた。

データへのアクセスに係るもう一つの類型としては、事業者間に従属関係が認められる場合の、GWB 20条によるいわゆる相対的市場力に関わるものである。ここでも（相対的市場力を背景とする）従属事業者のデータへのアクセスの要求は、適用実務は確定していないものの、従来の法の下でも考えられるものであった。それゆえ、新たな GWB 20条 1a 項により明らかにされるのは、GWB 20条 1 項の意味での従属関係はデータへの従属関係からも生じ得るということである。おそらくこれまでの適用実務を超えて、当該データに係る取引がまだ開始されていなくても、これからは、GWB 20条 1a 項 3 文を介してデータへのアクセスが考慮されることになるであろう。⁽²³⁾

さらに GWB 20条 1a 項において明らかとなることは、事業を遂行するために、例えば、自動車修理に関するメーカーのデータのように、もっぱら他の事業者によって管理されているデータを当該従属事業者が欠いている場合に当該データへのアクセスを必要とする際には、同条項が私的な権利の執行において有用であることである。⁽²⁴⁾

(22) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O., S. 271. 議会の審議過程で 1a 項 2 文の始めに「相当の対価を以てする当該データへのアクセス」という文言が追加されたのは、19条 2 項 4 号を意識してのことではないかと思われる。GWB 第10次改正の起草者は、当該データへのアクセスを容易にするため、市場支配的事業者に対する関係において、19条 2 項 4 号の適用範囲を拡張することも検討していたようである。結局、「事業上の関係から生じる従属性 (unternehmensbedingte Abhängigkeit)」の特殊な形態として「データに条件づけられた従属性 (datenbedingte Abhängigkeit)」という新たな要件を導入した。vgl. V. Emmerich/K. W. Lange, a. a. O. データへのアクセスの要求とエッセンシャル・ファシリティ・ドクトリンとの関連性について検討するものとして M. Schweda/F. v. Schreitter, *Ran an die Datenschätze? Datenzugangsansprüche nach der 10. GWB-Novelle*, WuW 2021, 145 ff. 興味深いテーマでもあるので、別途検討したい。

(23) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O.

(24) S. M. Nagel/K. Hillmer, *Die 10. GWB- Novelle-Update für die Miss-*

5. 優勢な市場力（überlegene Marktmacht）⁽²⁵⁾の場合の介入要件 ーティッピングー

GWB 20条 3a 項において、市場のいわゆるティッピングの場合の介入の可能性が示された。すなわち、18条 3a 項の意味での市場で優勢な市場力を有する事業者が、競争相手による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が相当程度制約される重大な危険が生じる場合、3 項 1 文にいう不当な妨害があると判断される。

中小規模事業者の保護をねらいとする 3 項を引き合いにするにもかかわらず、第10次改正政府案が明らかにしていたのは、GWB 20条 3a 項の保護領域に含まれるのは、中小規模事業者だけではないということである。⁽²⁶⁾

ティッピングによる妨害的濫用とは、立法理由書によれば、強力な積極的なネットワーク効果により特徴づけられる、大勢の売り手を擁する市場を独占的あるいはいずれにせよ高度に集中化した市場へと転化する

brauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft, DB2021, 327, 331. そのほかに重要なこととして、個人に関するデータの移送は EU 一般データ保護規則（Datenschutz-Grundverordnung）の規定によってのみ可能ということである。したがって、実際上は、その個人の同意がなければ不可能である。例えば、個人に関わらない機械類の保守データであればそのまま転用が許されるが、顧客信用プログラムなどの個人に関わるデータの転用は、匿名化するなどの措置を施すことが必要であると考えられる。vgl. S. M. Nagel/K. Hillmer, a. a. O. GWB 20条 1a 項のもとデータへのアクセスが不可欠とされるケースでも、EU 一般データ保護規則に服さなければならないケースもあるということである。

(25) ティッピングの問題については、すでに拙稿前掲（註 2）130-131頁で概観した。また、島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法におけるティッピング問題に関する新たな優越的市場力規制について」一橋法学第21巻第2号（2022年）549頁以下および Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, a. a. O., S. 110 ff. も参照されたい。

(26) S. M. Nagel/K. Hillmer, a. a. O.

ことであり、その際の手段として、業績競争によらない、すなわち不当に競争相手を妨害することが講じられることである。ここでいう妨害が想定されるのは、例えば、職務上のネットワークや社会的なそれなどのような強力な積極的なネットワーク効果を有するプラットフォーマーが、その利用者に多数のプラットフォームの並行利用や他のプラットフォーマーへの移行を困難にさせる場合や、かかる行為により小さいとはいえない程度⁽²⁷⁾の競争制限の危険が生じる場合である。

要するに、かかるプラットフォーマーが展開する「市場のゲーム」においては、「勝者総取り (Winner-takes-it-all-Markt)」という事態となるのである。かかる事態はこれまでも学術上の議論の対象となっただけでなく、カルテル官庁の実務においても監視の対象とされてきている。例えば、ドイツ連邦カルテル庁が取り上げた2019年2月6日のフェイスブック事件がそうである。同事件ではソーシャルネットワーク市場に着目し、当該市場が同社に有利に傾倒 (Kippen)⁽²⁸⁾していると想定した。

GWB 20条 3a 項の新たな要件がねらいとするのは、市場の傾倒という危険を減少させるところにある。同条項の新たな要件は、GWB 20条の体系に順応するものであり、したがって、相対的な市場力を要件とするものである。同条項は、ネットワーク効果を自主的に獲得する際に、

(27) A. a. O.

(28) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O., S. 272. また, vgl. K. Brinkmann, Marktmachtmissbrauch durch Verstoß gegen außerkartellrechtliche Rechtsvorschriften Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Facebook-Verfahrens des Bundeskartell-amtes, Baden-Baden, 2018. 同事件についての邦文文献として、越知保見『日米欧競争法大全』(中央経済社, 2020年) 762頁以下、舟田正之「デジタルプラットフォームと経済法・国際経済法・4 [最終回] 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頁以下、また島村健太郎「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—facebook 事件を素材として—」一橋法学18巻2号(2019年) 387頁以下も参照。

競争相手を妨害することを禁止している。ここでは、相対的な市場力を有する事業者による意図的な妨害的戦略行為（gezielte Behinderungsstrategien）のみが明示されており、業績競争的行動（leistungswettbewerbliches Verhalten）は対象とはされていない。そのために、危険の要件（Gefährdungstatbestand）として構想されている規範の適用には業績競争への特殊な危険（qualifizierte Gefährdung）を要するものとなっている。また、この適用領域が限定されるのは、とりわけ、GWB 18条 3a 項の意味におけるネットワーク効果によって特徴づけられる市場での妨害行為のみが禁じられるということによってである。⁽²⁹⁾

ここでは、競争相手によるネットワーク効果の自主的な獲得の妨害を確認することが、潜在的にティッピングをもたらし行動を濫用的であると実質的に評価する際の第一段階である。なぜならネットワーク効果が獲得されるのは、その都度同効果を産み出すユーザーグループの移動（Wanderungsbewegung）が行われる場合のみだからであり、この要件をとりわけマルチホーミングのおよびプラットフォームの転換（スイッチング）の妨害が満たすときである。⁽³⁰⁾ このとき認められる妨害は、価格形成すなわちリベートの設定の際や、最恵待遇条項、排他条件あるいは抱き合わせ条件などに現われる。もっとも、プラットフォームやネットワークのオペレーターは自身のネットワーク効果の利用を条件とはせず、一方で例えば、他の事業者との相互運用（Interoperabilität）を拒んでも妨害とはされ⁽³¹⁾ない。

実質的な評価の第二段階は、政府理由書によれば、「競争にとっての危険性が立証された際の特殊な行動様式（spezifische Verhaltensweise）

(29) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O.

(30) Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, a. a. O., S. 113., vgl. Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker, a. a. O., S. 77 f. マルチホーミングについて、拙稿前掲（註 2）120頁参照。また、同131頁も参照。

(31) G. Cetintas, Gefährlicher („Tipping“-) Gefährdungstatbestand? WuW, 2020, S. 446, 449.

が、具体的な効果の立証とは無関係に、阻止される」ように介入の要件を仕上げ、カルテル官庁による介入が迅速にできるようになることである。⁽³²⁾

ネットワーク効果についてみると、それが基づいているのは、個々のすべてのユーザーにとっての、新たなユーザーが現われることにより生じる利益である。ソーシャルネットワークの場合に十分であるとされるのは、これがすべてのユーザーにとり有意義であり利益になればそれだけ一層、多くのユーザーがそれに参加することになるということである。すべての参加者が自らに望むことは、目の前のそしてまだ見ぬつながり (aktuelle und potentielle Kontakte) への参加である。これがあらゆるアクセス (Zutritt) を以て成長の可能性をもたらし、理想的な場合にはネットワークの指数関数的な成長をもたらすのである。このことが最終的に考えられるのは、理論上結局は総じて、「すべて」に参加するネットワークのみが存在するということである。⁽³³⁾そして、初めは複数の競合するネットワークで、そのうちの一つが目的を達成すると、このネットワークのネットワーク効果は次第に他のそれよりも大きくなっていく。ここからさらに、新たな参加者は自ら主導的なネットワークを圧倒的に有利に接続し、他のネットワークユーザーを他へ移転させてしまうようになる。ネットワーク理論では、これは不可逆的なプロセスを開始し、最後には主導的なネットワークのみが生き残り、他のすべてのネットワークが消滅してしまうのである。この不可逆的なプロセスが始まる理論的な時点をティッピングと呼ぶ。⁽³⁴⁾

論述の順序が逆になってしまったが、ネットワーク効果との関わりか

(32) Bien/Käseberg/Klumpe/Körber/Ost, a. a. O.

(33) J. Herrlinger, a. a. O., S. 329. かかる作用を称して、本文前述の、「勝者総取り」と呼んでいる。

(34) A. a. O. かかる現象を例えるならば、シーソーが最終的には反対側に傾く (tip) 姿である。いったん反対側に傾いたシーソーは、そのままでは簡単には元には戻らない (= 不可逆的) ということである。

らながめると、ティッピングの位置づけは以上のとおりである。GWB 20条 3a 項は、このようなティッピングを阻止しようとするのである。

GWB 20条 3a 項の位置づけで注目したいところは、同19条や20条の他の諸項では市場支配や市場で有力であるというようなある特定の市場地位を阻止するのではなく、そのようになっている地位の濫用を阻止するのであり、(濫用を可能とする)特定の市場地位の形成に向けて早期に市場の動きに介入することである。従来のドイツ競争法制度からの転向を図る、このような 3a 項のパラダイムシフトは、ティッピングの実際上の不可逆性から導き出される。従来、自由に監督官庁が処分権限を行使できたのは、競争法上、重大な市場力の存在が確認されてから初めて可能であった。当局による調査可能性の強化を目的として推してきたのは、濫用監視への新たな介入要件のための「市場で有力な事業者に対する濫用監視の現代化」⁽³⁵⁾という課題であり、その結果、カルテル官庁の時宜に遅れない活動を可能にさせたのであった。GWB 20条 3a 項の位置づけの背景には、以上のような諸事情がある⁽³⁶⁾。

立法者は、ティッピングのもたらす二つの状況について「業績競争 (Leistungswettbewerb)」概念に結び付けて検討している。すなわち、一つには、集中化の進んだ市場では業績競争における事業者の成果として現われる状況である。これは、競争上問題のないものとして判断される。しかし他方では、名宛人には非業績的競争手段により、とりわけ自身の顧客が競争相手のネットワークへ変更することを妨げることによって市場集中を惹起させることが禁じられる。このことは、マルチホーミングによる妨害にみられる事実上の排他的拘束によっても、プラットフォームの変更を困難にさせる事実上の顧客拘束によっても生じるのである⁽³⁷⁾。優勢な市場力を有する事業者による以上のような措置は、非業績

(35) ドイツにおける本文の「課題」に対する取り組みについて、拙稿前掲(註2) 119頁参照。

(36) Vgl. J. Herrlinger, a. a. O.

競争の危険性を条件として、当然に禁止される。

GWB 20条 3a 項の体系的な位置づけに注目すると、一方では、優勢な市場力を有する事業者の規定は、他の市場参加者に対する相対的な要素（つまり、相対的な市場力）を拠り所としており、したがって多くの供給の担い手は同時に当該規定の名宛人となり得るのである。それゆえこの規律には（場合によっては大多数の）供給の担い手にとっての行為規定を手掛かりにした市場の準統制（Quasi-Regulierung）を根拠づける可能性（Potential）があるといえる。他方では、上述のネットワーク効果の理論に鑑みて、望ましい市場成果と顧客の利益に対する一定の緊張関係（Spannungsverhältnis）が認められる。顧客の獲得する莫大な利益は、可能な限り巨大なネットワークによるもので、それは（それ自体は「悪く」ない）、ネットワーク効果の作用機序（Wirkmechanismus）である。その過程で、ネットワーク効果に関する新たな規律が（市場支配あるいは市場で有力であるとは無関係の）供給の担い手に、その競争相手に対する不確定な配慮義務を課すのである。これが、新しいカルテル法規⁽³⁸⁾（kartellrechtliches Norm）となるのである。

カルテル官庁や裁判所による当該規律の適用には、相当の手際（の良さ）と市場メカニズムについての非常に深い理解が必要であるとされるが、それは最終的には消費者利益の進展を害することなく市場の発展に⁽³⁹⁾関与するためである。

(37) A. a. O.

(38) J. Herrlinger, a. a. O., S. 329-330. もっとも、この法規は、業績競争という不確定だが必要十分な概念に埋め込まれていくのである。その際、直接的な規範的意義が求められるようになる。

(39) J. Herrlinger, a. a. O., S. 330. 同じような趣旨であると解されるが、わが国でも2022年10月11日、東京地方裁判所中目黒庁舎にいわゆる「ビジネス・コート」が誕生した。

6. 展望—むすびにかえて—

GWB のデジタル条項（18条 3a 項，19a 条）は，濫用監視や企業結合規制に際して，国内カルテル法を時代の要請に適合させたものである。ヨーロッパのおよびドイツの競争政策もすでにここ何年もの間また世界規模での比較において，巨大プラットフォーマーによる挑戦を想定してきた。この取り組みによる功績は依然認められるが，同時に，その手続きの複雑さや要する時間の長さが酔いから醒めさせられることになり，実効性のためには新たな道具が必要であると気づかされた。GWB 19a 条はかかる進展のための初めの一步である。同条は，場合によっては，EU の立法者にとっての「砕氷船」および「引き金」にもなった。⁽⁴⁰⁾ 特定のプラットフォーム市場にとっては，企業分割や代替可能なガバナンス・モデルなどのような構造的な措置も考えられる。デジタルによる市場の変化の速さは，カルテル官庁や裁判所の迅速な決定によってのみ起こるのである。

また，同条項の導入による濫用監視の現代化は，将来おそらく，デジタル市場でも伝統的なアナログ市場でも同じように，優勢な市場力を有する事業者に対するデータアクセスの要求やプラットフォームの利用の要求をより簡易なものにすると思われる。実務上重要なことは，先にみたように，GWB 20条 1 項等の「中小規模」事業者要件の削除である。これにより實際上，デジタル市場であれアナログ市場であれ，その市場で活動するすべての事業者が改正された条項に関わりを有することになるのである。つまり，そこにはアメリカの巨大インターネットプラット

(40) Th. Käseberg/T. Brenner/D. Fülling, a. a. O., S. 275. EU では現在，デジタル市場法（DMA）が2022年11月 1 日に発効しており，アマゾンやグーグル，メタ・プラットフォームズなどの大手テック企業が，2023年から自社のプラットフォームをオープンで相互運用可能なものにするよう求められている。わが国でも DMA を参考に，アプリ市場の規制に動き出している（読売新聞，2023年 2 月10日朝刊）。

フォーマだけでなく、ドイツの中小規模の事業者も含まれるのである。⁽⁴¹⁾

巨大IT企業の活動に若干の陰りが見え始めているものの、依然として寡占構造は解消されていないのが現状である。そのような中、18条3a項、19a条だけでなく、20条の従来 of 枠組みに3a項を加えることで、巨大デジタルプラットフォーマー規制に対する積極的な姿勢が示されたといえる。ドイツにおける市場支配的地位の濫用、差別・妨害の禁止を通じた巨大デジタルプラットフォーマー規制の取組みは、これまで以上にわが国のこれからの取組みにとっての有益な示唆となるのは間違いのないところであろう。

EUも含めて、ドイツの取組みに注目し続けていく所存である。

(41) Vgl. S. M. Nagel/K. Hillmer, a. a. O., S. 332.