

プライバシー・ビッグデータ・競争法

*Facebook/WhatsApp*合併・欧州委員会決定を事例に

市川芳治

第78回慶應EU研究会
Keio Jean Monnet Workshop for EU Studies
(2015.04.25)

※発表内容等は禁無断転載

はじめに(問題意識)

- 競争法はかねて新しい産業や環境が登場するたびに、その有用性を問われつつ、柔軟に、かつしたたか(resilient)にその力を発揮
- 近時、個人に関する情報・プライバシーに関わるデータの集積(ビッグデータ)が、サービスの価値、ひいては企業の競争力に相当程度の影響力を持つという認識から、競争法の適用に当たっては特に意識すべき、という声

本日の検討内容

- 米国・EU、そして日本における議論の進捗状況の概観
- 欧州委員会(コミッション)の最新事例である、*Facebook/WhatsApp*決定の検討
- 論点を抽出し、日本法への示唆も含め、議論の深化への貢献

米国におけるアプローチ

- 2007年の米国Google/DoubleClick合併事案において、問題なしとした多数意見に対して出された、Harbour委員の反対意見が、議論の嚆矢
(Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170. (2007))

通常の水平的効果を検討するだけでなく、

- インターネット上の消費者行動のデータを大量に獲得するという点に着目し、オンライン広告におけるネットワーク効果の大きさをより評価すべき
- データに関連する商品・サービス等の市場のみを見るのではなく、“データ合併”そのものの反トラスト調査・分析を行うべき
- 需要者(消費者)のプライバシー問題も同時に反トラスト法の文脈で扱うべき

米国におけるアプローチ

議論の整理:

- 反トラスト法は一般に「消費者」に焦点を当てておらず、「無料」での商品・サービス提供の判断枠組みに乏しいこと、また、広告メディアはオンライン時代でも、一方は消費者一方は広告主という両面(二面的)市場を呈していること
- プライバシーは価格・質のような競争変数ではないため、競争法から見ると捉えどころがない概念であること
- 消費者情報等が商品・サービスのインプットとなる場合には、アクセスが容易であれば問題は無いし、閉鎖・排除があればネットワーク効果を利用するものとして課題となるが、確立された理論とはなっていないこと
- 現代反トラスト法思考は、原則として新規のビジネス習慣等に非介入のスタンスを取ること

米国におけるアプローチ

(競争のレンズでプライバシーを審査すべきという観点の概観)

- 競争の非価格側面としてのプライバシーに着目、当該取引により、プライバシー保護のインセンティブを失うようなことになるか否かを審査すべき
 - (Apple社のTim Cook CEOがメール等のプロファイリングを行わないことを宣言する等、プライバシー保護の方策の競争も生じていることが観察される)
- 競合事業者群が一定のセンシティブデータを用いないよう約すなどの消費者保護が、競争への害に対する懸念をしのぐか、費用便益のバランスを見るべき
- 独占力の達成あるいは維持のために欺瞞的なデータ収集を行う等の手段まで反トラスト法の対象にすべき
- 競争の一側面としてのプライバシーの侵害ではなく、取引によって生じるプライバシーの侵害そのものに違法性を見るべき

⇒他方、現時点では「反トラスト分析につついて現代のコンセンサスを不安定化させる」「反トラスト法の「周縁」で対応できるものである」等

欧州におけるアプローチ

- 嚆矢は、欧州委員会・Almunia前競争政策担当委員による、競争・データ保護それぞれで対応すべきとしつつ、競争法でカバーし得ることは否定しなかったスピーチ
- 本格的には、EDPS (European Data Protection Supervisor) による問題提起
 - ビッグデータへのコントロールを通じて市場で力を持つことができるデジタルエコノミー
 - 個人のデータと引き換えで、かつそれ自体が商品・サービスとは結びつかない無料のサービスが提供され、従来の商品・サービスの代替性に着目する分析では対応が困難であるため、データそのものを無形資産として捉えて反競争性を判断する必要性
 - この状況下、プライバシーに関する情報へのアクセス拒否が支配的地位の濫用につながるなか、その入手方法・プライバシーポリシーも視野に入れ、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、競争法における「消費者への害」(consumer harm)の概念を拡大する正当性を指摘し、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でき、消費者による自らのデータコントロールが強化できる可能性があると主張
 - さらに、そもそもEU競争法は、効果を見る単一的な経済的アプローチを支持しておらず、より選択肢の多さや、十分な情報に基づく選択 (informed choice) を重視するアプローチもあり得ることにまで踏み込み(「データポータビリティ」も)

欧州におけるアプローチ

- 近時では、現競争政策担当委員Vestager氏の言及についても注目
- パーソナルデータと競争政策について、「Google/DoubleClick合併を事例に挙げ、米FTCのようにデータ保護と競争法の双方の観点からアプローチすべきではないか」と問われた際、
- この課題は「競争、データ保護、個人の権利そして個人の自由の間の領域に問題があるということが分かっている」「(ビッグデータ市場は)競争総局にとって間違いなくチャレンジである」と
(Parliamentary hearing of the Commissioner-designate, 2 October 2014)

欧州におけるアプローチ

Lynsky (2014)の見解:

- EDPSレポートは、消費者厚生の概念にデータ保護の考慮を組み込み、TFEU101・102条ないし合併規則での実質的な判断に基本権を取り込もうとする野心的なもの(=現状の判断からのラディカルな離脱)
- データ保護のエンフォースメント確保の観点から、競争法によって実際の消費者選択の増加に貢献すべきという意見は、長く提唱
- 一方で、消費者厚生への取り込みに対する以下のような反論
 - このような理由での介入は、支配的地位を罰し、当該事業者の経済的自由に大きな干渉を及ぼすもので、一般には事業法・規制法の役割
 - 競争法が「手段化」(‘instrumentalisation’)し、基本権を競争法の実質的分析に読み込む内部一貫性が得られない
 - 個々人のデータ保護権の保護は、データ保護規制が適切に行うべき
- しかし最終的には、EDPSレポートにつき、データ保護の保護についての包括的なアプローチの第一歩と位置付け

欧州におけるアプローチ

Lamadrid (2014)の見解:

- データは重要な資産であってそれ以上ではない
- 現在の合併規則の閾値は、両面市場にはうまく合致しない
- 当該データ市場という、中間データ市場を画定する考えには賛成できない
- 規模・集積・ネットワーク効果については、効率性の源泉でもある
- データへのアクセスが参入障壁となり得るのは事実だが、事実関係次第のもので、行為ではなく構造の場合、競争法の介入が必要とされる問題ではない
- 強制的に共有されるべき「エッセンシャル・ファシリティー」との指摘があるが、本来の高い法的ハードルが課されていないこと、ネットワーク効果と規模によってユーザーがロックインされると言われるが、個別事案では否定 (*Microsoft/Skype*)

欧州におけるアプローチ

Lamadrid (2014)の見解:

- ただし、データポータビリティについては、競争法とデータ保護法は融合する(提案中のデータ保護規則にも(当初)明記)ものと捉え、プライバシーポリシーは競争変数(パラメータ)のひとつにはなり得る
- データ保護基準(=非経済的なプライバシー考慮)を、競争法の実質的な審査に組み込むべきかという問いに対しては、
 - 本質は、競争法は消費者厚生を扱うべきものとした際、それは現在見ているような狭い意味での経済的考慮(economic consideration)にのみ留まらなるとすべきものかどうか
 - 競争法が魅力ある手段(instrument)であるのは確かだが、競争当局は、hammerは持っていてもnailは持っていない
 - 競争法は、法秩序の「最後の切り札」(last resort)であり、規制の存在しない領域で、競争が資源配分の最上の手法であることを前提に存在しているなか、問題は、競争法がリーチできていないことではなく、データ保護法が、適切な規律と問題解消措置を欠いていることにある

欧州におけるアプローチ

Lamadrid (2014)の見解:

- 基本権憲章は、欧州委員会の基本権侵害を抑止させるだけでなく、市民による行使も促進させるもので、「大変革をもたらすもの」(game changer)であるとの主張もあるが、この議論については、欧州委員会に、消極的義務だけでなく、特定のアドホックな法によって求められる程度を超えて、さらに他者の基本権と衝突するような程度にまで、私企業を従わせる積極的な義務を負わせるものであり、憲章の範囲を大きく超えている
- ⇒ 「基本権保護の視野まで競争当局と競争法弁護士に担わせるのは重過ぎる」

日本における議論

- まだ緒に就いたばかり
- 「ある日本の家電会社がヘルスケア部門を外資に売却」という想定事例
(林(2014))
- 消費データの収集・蓄積によるネットワーク効果を活用して競争優位に立つ事業者が生まれていることを前提に、伝統的な「市場」の範囲での競争状況にのみ着目することの限界が指摘されるとともに、そうした事業者の保有情報をエッセンシャル・ファシリティーのように観念すべきかどうか、垂直的な関係になる隣接事業を展開させてよいか等が論点
(経済産業省(2013))

事例: *Facebook/WhatsApp* 欧州委員会決定

(事案概要)

- Facebook社(以下、「当事会社」と呼ぶ場合もある)は、モバイルアプリ“WhatsApp”を提供するWhatsApp社を、自らの100%子会社と合併させることを計画
- Facebook社は、ソーシャルネットワーキングプラットフォーム(“Facebook”)、消費者コミュニケーションアプリ(“Facebook Messenger”)、写真・動画共有プラットフォーム(“Instagram”)等の機能を提供する企業で、WhatsApp社は、モバイルアプリ“WhatsApp”を提供する企業
- 当該合併は、3加盟国以上の当局の検討対象になり得ること等から、EUの合併規則における「集中」該当し、「EU規模の合併」として、欧州委員会による検討が実施
- この際、両企業の価値は、プライバシーに関わるものを含む大量のデータを扱うことにあったことから、競争法における検討に新しい観点が必要となるのではないか、プライバシー等との関係はどうか等、様々な議論が展開

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(各領域の特徴)

- 消費者コミュニケーションサービス
 - 同サービスは、友人や家族等がリアルタイムに様々なメディアで意思疎通できるサービスで、その対象端末は、徐々にパソコンからスマートフォンやタブレット等のモバイル端末に移行しつつあり、今日では、モバイルアプリにおいて最も成長著しいサービスのひとつ
- ソーシャルネットワーキングサービス
 - Facebook社のコアなサービスは、オンラインのソーシャルネットワーキングプラットフォームであり、世界で13億の人びとをつなぐ
 - 同サービスは、相対的に最近の現象であり、多くは2000年代以降に提供がはじまっている。絶えず進化を続けており、確立された定義は無い。多くのサービスは無料で提供されているが、広告やプレミアムサービスへの課金によってマネタイズ
- オンライン広告サービス
 - 広告分野におけるFacebook社の活動は、パソコン・モバイル端末におけるFacebookのコアなソーシャルネットワーキングプラットフォーム上のオンライン(非検索)広告
 - WhatsAppは現在広告を販売しておらず、広告目的で貴重になる、性・年齢等のユーザーデータを蓄積したりはしていない

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(検討対象市場検討時の論点)

- 消費者コミュニケーションサービス
 - Microsoft/Skype決定、Microsoft/Nokia決定において、消費者/法人向けの区別のほか、機能・プラットフォーム・OS別の観点で検討を行ったことを踏まえて判断
 - (競争性の評価のなかで)'look and feel'まで詳しく検証
- ソーシャルネットワーキングサービス
 - 当事会社によれば、同社は、ソーシャルネットワーキングサービスとして、ユーザープロフィール(user profile)、ニュースフィード(newsfeed)、タイムライン(timeline)からなるコアな機能を提供
 - 欧州委員会は、代替性判断時に詳しく機能・利用感まで詳しく検証
- オンライン広告サービス
 - 欧州委員会は、過去の決定において、オンライン/オフライン広告を区別
 - さらに、オンライン広告については、検索広告/非検索広告を区別することを検討
 - 多くの広告主から見ると、検索広告は直接のユーザートラフィックの誘導等、非検索はブランド認識の向上等別目的で、代替性はないとされ、5-10%の価格上昇があっても、スイッチは起こりにくいと判断

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(検討対象市場の画定)

	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キングサービス	オンライン広告サービス
商品市場	スマートフォン向けの消費者コミュニケーションアプリ (狭めの暫定画定)	ソーシャルネットワーキングサービス (ひとまず利用意図別までは細かくしない)	オンライン広告 (ひとまず検索/非検索までは細かくしない)
地理的市場	EEA 範囲 (狭めの暫定画定)	EEA 範囲 (狭めの暫定画定)	EEA 範囲ないしは言語境界

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

• 消費者コミュニケーションサービス

- 消費者コミュニケーションアプリ間の競争の原動力は、(i) 提供される機能と、(ii) 支えるネットワーク

市場シェア:

- 水平合併ガイドラインによれば、市場シェアと集中度は、合併会社と競合事業者の双方の市場構造と競争の重要度の有用な第一の示唆
- 他方、市場シェアで評価する限界(手法、ダイナミックな文脈での不適合)
- 当該取引の消費者への影響を評価するため、欧州委員会は、当事会社双方が、合併後だけでなく、合併前にも、「牽制力・競争圧力」(competitive constraints)を相互に行っているかを調査

競争の近接性:

- 両当事会社の消費者コミュニケーションアプリは‘look and feel’(外観と雰囲気)が異なる
- 両アプリの提供している特徴で、他の市場プレイヤーの提供していないものではなく、ネットワークも大きく重なり合っているため、近い競合というよりも、補完関係

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

- 消費者コミュニケーションサービス

スイッチングの可能性:

- 当該合併後も、多くの消費者コミュニケーションアプリの提供者がいる、との指摘
- 消費者コミュニケーションアプリの顧客は、一般にmulti-home
- データ蓄積(アプリ変更の際にすべてのデータ・交流履歴が無くなること)がスイッチングコスト増につながるのではないか、との指摘

参入・拡大の一般期な障壁:

- 破壊的なイノベーションで特徴づけられる市場: BlackBerryの事例
- 消費者コミュニケーションアプリの市場がダイナミックで成長が早い
- 参入障壁となるような特許、ノウハウ、知的財産等がなく、アプリに用いられる技術は急速に標準化
- 異なる消費者コミュニケーションアプリ間でのデータポータビリティと互換性の無さが参入障壁となる、との指摘
- 両アプリとも、プリインストールはされておらず、“現状維持バイアス(“status quo bias”)”はない

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

• 消費者コミュニケーションサービス

ネットワーク効果

- ネットワーク効果＝ユーザーへの製品/サービスの価値が、同製品/サービスの他のユーザーの数の増加によって高まる
- 欧州委員会は、本事案では、両当事会社は大きなユーザーネットワークを持つと認識(2014年7月時点の世界市場で、WhatsAppが6億ユーザー、Facebook Messengerが[2.5-3.5]億ユーザー)
- 同一消費者コミュニケーションアプリのユーザー基盤の大きさとユーザーの友人・親族(friends/relatives)の数がアプリの顧客にとって、重要あるいは決定的に価値があるとの声
- 消費者コミュニケーションアプリ市場においてネットワーク効果は存在する
- 本事案では、参入や拡大を阻害するネットワーク効果の役割を低減させる多くの要素が存在
(プライバシーポリシー競争、multi-homingの状況、ロックインの可能性)
- 本事案では、比較衡量('on balance')の結果、新規あるいは既存のアプリからの競争を、合併会社から守る盾とはなりにくい、と判断

⇒域内市場に反するような深刻な懸念は生じない

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

• ソーシャルネットワーキングサービス

- WhatsAppがソーシャルネットワークに進出する計画があるとの証拠は得られなかった
- しかし、両者が実際の競合事業者であると推定して、当該取引のあり得べき競争への影響を調査

競争環境

- ソーシャルネットワークサービスの提供者は、Facebook、Google+、LinkedIn、Twitter、MySpace等
- ソーシャルネットワーキングサービスの潜在市場にWhatsApp等消費者コミュニケーションアプリを含むとすると、数多くの代替サービス提供者が存在し、消費者からは交換可能なものとして使われている

競争の近接性

- WhatsAppとFacebookには近接した代替性はない (機能と特化のポイントは大きく違う)

潜在的な統合効果

- いずれにしても両サービスの利用者は大部分が重なっており、潜在的な純増は大きくない

⇒ 域内市場に反するような深刻な懸念は生じない

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

- オンライン広告サービス

前提

- 欧州委員会は、潜在的なデータ集中について、オンライン広告あるいはその下位セグメントにおいて、Facebook社の地位が強められるという範囲において分析
- Facebookのコントロールする範囲のデータの集中の程度が上がるために生じるプライバシーに関する懸念は、EU競争法の範囲ではなく、EUデータ保護法制の範囲に入る

競争阻害の想定理論 (theory of harm) は以下の2つ

- WhatsAppに広告が導入されること
- WhatsAppがFacebookのターゲット広告改善のユーザーデータ源として利用されること

事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

(競争性の評価)

• オンライン広告サービス

WhatsAppに広告が導入されること

- 当事会社に予定なし
- プライバシー・セキュリティの価値に重きを置くかなり多くのユーザーに対し、不満足をもたらす
- 実際に別サービス (Telegram、Threema) に移行
- いずれにしても十分な数の代替事業者が存在



事例: Facebook/WhatsApp 欧州委員会決定

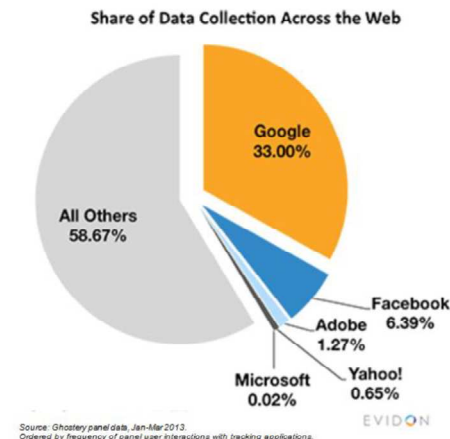
(競争性の評価)

- オンライン広告サービス

WhatsAppがFacebookのターゲット広告改善のユーザーデータ源として利用されること

- 当該取引によって、Facebookのコントロール下に置かれるデータの量の増加することから、同社の地位が実質的に強化されるのではないか、という反応多
- たとえWhatsAppからデータを収集し、利用を開始したとしても、当該取引が競争の懸念を生じるのは、Facebookコントロール下のデータの集中が、広告における地位を強めることがあれば
- 当該取引後にも、十分な数の代替提供者が引き続き存在
- ウェブ上のデータ収集量という観点から市場の地位を検討しても、Facebookへの競合は多い

⇒域内市場に反するような深刻な懸念は生じない



検討：競争法の潜在力と限界

- ネットワーク効果は競争法で扱えるのか
 - 経済分析において、そのプラスの影響とスイッチングコストのマイナスの影響を識別して測定することが困難であるとされる
 - 本事案では、競争法の枠内で結論を導いている
- 非伝統的アプローチは認められるのか：市場画定
 - いわゆるニューエコノミーに関する事案においては、市場画定不能論あるいは不要論が主張
 - 本事案では、市場画定について、利用者にとって機能代替性・利用意図等を幅広く検討することで対応
- 非伝統的アプローチは認められるのか：非価格競争
 - プライバシーポリシーの競争の可能性
 - プライバシー保護は知財同様に収斂できるか

検討：競争法の潜在力と限界

- データ保護法制・プライバシー規律等と競争法との関係は
 - 「データポータビリティ」という蝶番
 - 伝統的な「事業法と競争法」という断面（欧州委員会の政策化）
- エンフォースメントの在り方は
 - 欧州委員会で扱われた本事案は、合議体（college）として判断
 - Harbourも、消費者保護と競争法を両方所管する唯一の連邦機関としてのFTCだからこそ対応が求められていることである、という観点を主張

日本法への示唆

- ネットワーク効果、両面市場の扱い
- プライバシー保護と競争の規範的秩序
- 独禁法の具体的な潜在力
- 近時の独禁法改正（審判制度廃止）、景表法移管（と残置されたもの）の影響

おわりにかえて

- プライバシー権の祖のひとりとされるBrandeisは、かつて、競争秩序を回復させる「規制された競争」(regulated competition)を提唱
- 自由の確保と、その自由の確保のための自由の制限
- 法システム全体を競争秩序と整合的にすることで「発見プロセスとしての競争」を追求すべき、としたハイエクの議論も再度参照
- 規範と具体の反復の繰り返しの必要性

(主要参考文献)

- Ohlhausen, Maureen K. and Okuliar, Alexander, 'Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy', *Antitrust LJ*, Forthcoming (February 6, 2015)
- Grunes, Allen P. and Stucke, Maurice E., 'No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data', *the antitrust source*, April 2015, p.1
- Grunes, Allen P., 'Another Look At Privacy' (2013) 20(4) *Geo Mason L Rev*, p.1107
- Swire, Peter, *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*, Center for American Progress, October 19, 2007
- EDPS, 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
- EDPS, Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Bid Data, 2 June, 2014
- Buttarelli, Giovanni, *Antitrust, Privacy and Big Data*, Brussels, 3 February 2015
- Lynsky, Orla, A Brave New World: The Potential Intersection of Competition Law and Data Protection Regulation, *Chillin'Competition*, April 21, 2014
- Lamadrid, Alfonso, On Privacy, Big Data and Competition Law (1/2); On Privacy, Big Data and Competition Law (2/2) On the nature, goals, means and limitations of competition law, *Chillin'Competition*, June 6, 201
- Geradin, Damien and Kuschewsky, Monika, Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue, *SSRN*, February 12, 2013
- 舟田正之「ソーシャルゲームと競争秩序ーグリー対DeNA損害賠償請求事件」『法律時報』85巻11号、2013年、78頁