

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

デジタル PF による単独行為に関する競争政策上の論点整理

ーイノベーション競争に対するデータ保有の意義

土佐 和生

甲南大学法科大学院教授・競争政策研究センター客員研究員

CPDP-73-J December 2019

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

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。

デジタル PF による単独行為に関する競争政策上の論点整理

－イノベーション競争に対するデータ保有の意義

甲南大学 土佐和生

要旨

はじめに

1. 分析手法と予備的考察

1-1. 分析手法

1-2. 予備的考察

1-2-1. ネットワーク効果

1-2-1-1. 要点

1-2-1-2. 無料市場におけるデジタル PF の料金設定

1-2-1-3. 課題

1-2-2. データの保有

1-2-2-1. データの大量性

1-2-2-2. データの瞬時性

1-2-2-3. データの多様性

1-2-2-4. データの価値

1-2-2-5. 課題

1-2-3. 競争法、消費者法及びプライバシー保護法制の相互関係（補論）

2. 競争政策上の課題－価格レンズを通じては可視化できないイノベーション競争

3. 現在市場における競争政策上の論点

3-1. 取引型デジタル PF による単独行為

3-1-1. 取引型デジタル PF 間での競争問題

3-1-2. 取引型デジタル PF と事業者ユーザーとの間の市場競争（Within-Side Competition）問題

3-2. メディア型デジタル PF による単独行為

3-2-1. メディア型デジタル PF と広告主との間の市場の画定

3-2-2. メディア型デジタル PF 間での競争問題

3-2-2-1. 情報的基礎に関わる論点

3-2-2-2. 消費者ユーザーの情報的基礎の歪曲

3-2-2-3. 事業者ユーザーの情報的基礎の歪曲

3-2-3. 2面それぞれの市場での競争（Within-Side Competition）問題

4. データ保有がもたらす将来の事業活動及びイノベーションにおける競争政策上の論点

4-1. 2つの局面の区別

4-2. 新商品等の市場における競争政策上の論点

4-2-1. General Electric/Alstom 事件決定

4-2-2. 識別点としてのパイプラインの限界

4-3. イノベーションスペース（IS）における競争政策上の論点

4-3-1. Dow/DuPont 事件決定

4-3-2. イノベーション支配力形成等認定の試み

おわりに

要旨

いま、世界的にデジタル・プラットフォーム事業者（「デジタル PF」）に対する競争政策的対応が議論されている。ビッグデータの収集・分析利用等があらゆる経済生活に浸透するデータ駆動型経済社会が到来すると言われる。本稿の目的は、データを保有することの意義に絞って、データ駆動型経済社会においてデジタル PF による単独行為はどのような競争上の意味を持つか、従来の競争政策・独禁法はそれに対応するのに十分か、不十分であるならばいかに対応すべきか等につき、もっぱら競争上の弊害に関する課題整理を試みるところにある。なお、新市場を創出する商品等を社会実装するような行動に係る正当化事由をどのように併せて考慮すべきかは大きな課題として残る。

デジタル PF にとってはイノベーションをめぐる競争が重要である。デジタル PF にネットワーク効果とデータ保有に基づく優位性という特徴が相乗して働くことが、その高い市場地位、強い市場力が生じる源泉の 1 つである。ネットワーク効果とデータの保有に係るこの特徴を踏まえると、デジタル PF による行為は、(1)現在市場、(2)将来の新商品等の市場、(3)イノベーションスペースのそれぞれにおいて課題を提起する。その際、デジタル PF 間競争の軸が、価格ではなくイノベーションをめぐる競争に大きくシフトしつつある点に着目すれば、価格中心アプローチだけでは事業者間競争の実相を見誤ってしまうおそれが高くなる。競争当局は、漸次、イノベーションをめぐる競争の動態をも市場画定及び競争分析の評価フレームに追加的に取り込んでいく必要があると考えられる。

現在市場における競争政策上の課題として、2 面市場双方のユーザーに対する競争的デジタル PF へのスイッチングやマルチホーミングを禁止・制限する行為がある。これにつき、今後、競争当局は、ネットワーク効果分析と並び、データ保有の意義も併せて具体的に分析することが重要になる。また、データ流通の視点から眺めると、消費者ユーザー、デジタル PF 及び広告主ユーザーは複雑で相互依存的な一個のビジネス・エコシステムを形成している。消費者ユーザー及び事業者ユーザーが、いかなる情報に基づき、どのデジタル PF とデータのやり取りを行うか（情報的基礎）の判断心理の過程の操作は、上記エコシステム間のイノベーションをめぐる競争に影響を及ぼす。今後、競争当局は、上記情報的基礎を歪曲するおそれのあるデジタル PF の行為に着目する必要がある。

デジタル PF がネットワーク効果を持続的に享受できる市場地位に達すると、その市場地位を通じて保有されるデータ保有に基づく優位性は、参入障壁をいっそう高めるように働く。この優位性は、例えば潜在的ライバルとなり得るスタートアップを買収すること等を通じても強化される。デジタル PF の市場地位が確かになって以降、当該市場のなかで競争は機能しにくくなり、競争的イノベーターによる新市場を創出する商品等の市場投入以外に、当該デジタル PF による単独行為を競争的に牽制・制約付ける力は生じにくい。この意味で、データ保有に係るデジタル PF の単独行為は単に現在の市場に影響を及ぼすに止まらず、データが将来の事業活動にとって競争上重要なインプットとして働くという意味で、将来の新商品等の市場やイノベーションスペースでのイノベーター間競争のスタートライン及び各プレイヤーの初期条件に大きな影響を及ぼすおそれがある。

はじめに

いま、わが国を含めて世界的に GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) や BATH (Baidu, Alibaba, Tencent, Huawei) など、いわゆるデジタル・プラットフォーム事業者 (以下「デジタル PF」) に対する競争政策的対応が議論されている。これらは、検索エンジン、SNS、アプリストア、ネット通販、民泊仲介、自転車・クルマのシェアライドなど多種多様な事業分野で活動しているが、ICT を用いるデジタル PF としてグローバルに事業展開する点で共通している。ビッグデータの収集・分析利用等 (以下「収集・分析利用等」又は「保有」) があらゆる経済生活に浸透する第 4 次産業革命の時代 (以下「データ駆動型経済社会」) が到来すると言われる。このデータ駆動型経済社会に、競争政策・競争法はいかに対応すべきか。この問いをめぐる議論は、単に競争法運用の問題だけでなく、競争政策の基本的なあり方や保護法益のあり方をどう考えるか、プライバシー保護法制や消費者法との連携をどう考えるか等にも及んで広く展開されている。周知の通り、わが国でもこうした課題に独禁法・競争政策としていかに対応すべきかが活発に論じられている¹。

本稿の目的は、こうした議論の成果に学びつつ、データを保有することの意義に絞って、データ駆動型経済社会においてデジタル PF による単独行為はどのような競争上の意味を持つか、従来の競争政策・独禁法はそれに対応するのに十分か、かりに不十分な場面があるならばいかに対応すべきか等に関して、もっぱら競争上の弊害に関して課題整理を試みるところにある。

分析の前提として、まず本稿で用いる用語法を示す。

(1) PF は多面市場に直面するのが特徴とされる。従来も、卸売業者はメーカーと小売業者の双方に直面するという取引の 2 面性の点で、これと GAFA や BATH に基本的違いはない。こうした転売取引とデジタル PF との違いは、デジタル PF には、①ネットと ICT を駆使して仲介する 2 面市場の間に間接ネットワーク効果が顕著に認められる点 (1 面市場のユーザーにとって、当該市場での価格のみならず他面市場に参加するユーザーの数・規模が相互に重要な意味を持つ)、②ネットと ICT の飛躍的發展に伴い、事業遂行上データに決定的に重要な意義がある点に違いがあると考えられる。以下、この違いを以て従来と区別される意味で「デジタル PF」を用いる。なお、デジタル PF を 2 面市場と捉えて思考を簡略化するが、現実には動画配信サービス事業者が対視聴者・対広告主・対コンテンツ

¹ FTC “Hearing on Competition and Consumer Protection in the 21st Century” from Dec. 11-12, 2018 to June 12, 2019 now continuing (以下 “FTC Hearing”) ; EU Conference “Shaping competition policy in the era of digitization” on 17 Jan. 2019 (以下 “EU Conference”) ; ACCC Digital Platform Inquiry Preliminary Report Dec. 2018 (以下 “ACCC Preliminary Report” and Final Report, June 2019 (以下 “ACCC Final Report”))、経産省・公取委・総務省「デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に関する検討会中間論点整理 (平成 30 年 12 月 12 日)」、同「プラットフォーマー型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則について (平成 30 年 12 月 18 日)」。同「プラットフォーマー型ビジネスの台頭に対応したルール整備に関するオプションの公表について (令和元年 5 月 21 日)」、泉水文雄「デジタル・プラットフォームのルール整備と競争政策」公正取引 821 号 3 頁。

事業者の3面市場に直面するように、2以上の市場（多面市場）に直面するデジタルPFの方が多いかも知れない。また、「データ」とは、いわゆるビッグデータ²を念頭に置く。

(2) 2面市場を仲介するデジタルPFを「取引型」と「メディア型」の2つに区分する³。取引型とは、2面ユーザー間の取引を仲介・円滑化するサービスを提供するデジタルPFである（例、クレジットカード、Uber、Airbnb等）。これは、当該デジタルPFに対する他面の需要が当該デジタルPFが他面ユーザーに請求する価格だけでなく、1面ユーザーから見た他面ユーザーの数・規模に依存する類型である（2面双方で他面に参加するユーザーが相応に存在しなければ当該デジタルPFに誘引されない。両面市場で当該デジタルPFが事業として成立するところにユーザーの数・規模が達し（“chicken-and-egg” problem）、競争的デジタルPFのユーザーもこれにスイッチングするようになる閾値をtipping pointと呼ぶ（以下「臨界点」）。他方、メディア型とは、一方で、例えば1面ユーザー（個人）に対しウェブ検索機能を提供し、又は当該ユーザー間でSNS機能として音楽・メッセージ等何らかのコンテンツを通常無料で広めつつ、他方、他面ユーザー（広告主）が1面ユーザーに提供する広告等のために用いるデータを収集等するデジタルPFであって、当該デジタルPFに対する1面の需要は、デジタルPFが1面ユーザーに対し請求する価格だけでなく、他面ユーザーから見た1面ユーザーの数・規模に依存する類型である（例、SNS、ウェブ検索、アプリストア等）。

(3) デジタルPFが直面する上記2面市場のユーザーのうち当該デジタルPFとBtoCの関係にあるユーザーを「消費者ユーザー」、BtoBの関係にあるユーザーを「事業者（又は広告主）ユーザー」と呼ぶ。

1. 分析手法と予備的考察

1-1. 分析手法

データ駆動型経済社会の進展するなか、デジタルPFにとって、能率競争を以て行われる現在の競争はもちろん重要であるが、新たな商品等を市場投入することを想定して行われる競争、そしてまだ具体的な商品等を必ずしも特定できないまま行われるイノベーションをめぐる競争が、次第に重要になりつつある⁴。

² 本稿では、ヒトによる処理・構造化では対応不能な規模、種類の多様さ、処理速度により特徴付けられるデータのこととする（OECD、“BIG DATA: BRINGING COMPETITION POLICY TO THE DIGITAL ERA, 2016”）。

³ この区分は、Herbert Hovenkamp, PLATFORM ANTITRUST, Journal of Corporation Law, 2019, Forthcoming に依る（以下“Hovenkamp, PLATFORM ANTITRUST”）。わが国でも、例えば、消費者委員会・オンラインプラットフォームにおける取引の在り方に関する専門調査会報告書（平成31年4月）」はデジタルPFをマッチング型と非マッチング型に区分して検討する。このように民事規律か競争問題かの違いはあれども、デジタルPFを法的に検討するとき、仲介機能に着目してこれを2分するのは分析の便宜に適う。

⁴ イノベーションをめぐる競争は、質量共に十分なデータの収集、それを分析・利用するアイデアを着想

良質廉価な商品等をめぐる現在の競争の有り様を把握するのに価格中心アプローチ（後述2.）は当然に有効である。しかしながら、イノベーター間でのイノベーションをめぐる競争についてはこのアプローチが有効に働かず、イノベーターとしてのデジタル PF 間の競争の全貌を把握するに難がある。本稿では、デジタル PF による単独行為の持つ競争政策上の課題を、現在市場、将来の新たな商品等の市場及びイノベーションスペース⁵（以下「IS」）という3つの場面に分けて検討したい⁶。何故なら、イノベーションをめぐる競争が次第に比重を増していく上記それぞれの場面ごとで、単独行為規制のトリガーを引くSSNIP（仮想的独占者）テスト＋市場支配力の存否という競争分析のための価格中心アプローチの有効性や、競争分析に追加されるべき別の視点の援用可能性に違いが生じてくると考えるからである。

これを比喩的に擬えれば、筆者は、競争当局が、価格をめぐる競争の展開される場に焦点をぴたりと合わせ、その姿を高精細に観察できるレンズ（以下「価格レンズ」）だけではイノベーターとしてのデジタル PF 間の競争の全貌を観察し切れず、価格レンズを通じても明瞭に観察し切れないイノベーションをめぐる競争の動態的な姿をいっそうはつきり観察するために、別のレンズ（以下「イノベーション活動を見るレンズ」）も追加的に用いることによってその競争の全貌を捉えることが重要になると考える。

1－2. 予備的考察

予備的考察として、ネットワーク効果とデータの保有が持つ競争上の意義について瞥見する。データ駆動型経済社会で、デジタル PF にネットワーク効果とデータ保有に基づく優位性という特徴が相乗して働くことが、その高い市場地位、強い市場力が生じる源泉の1つであると考えられる⁷。デジタル PF が、健全な競争の過程においてこの2つの特徴を

して実際の商品・サービスに応用できるデータアナリスト等の人材、その過程で獲得されその過程を安定的に進展させる基盤となる知財、以上すべてを支える予算・施設設備等をインプット要素として展開される。この意味で、データ駆動型経済社会におけるイノベーションをめぐる競争の動態を観察するためには、イノベーションに向けられる予算と施設設備、知財及び人材等についても総合的に視野に入れるべきであるが、本稿はこのうちデータ保有の意義に着目するに止まる（和久井理子「イノベーションと独禁法」日本経済法学会年報38号（2017年）142頁）。

⁵ 本稿でISとは、将来の新たな商品役務市場を具体的に想定できないが、狭義の研究開発、新たなビジネスモデルのデザイン等も含めてデジタル PF 間で競い合いが行われている場を意味するものとして用いる。

⁶ データ駆動型経済社会の現在市場における競争政策上の課題を示すうえで、デジタル PF による単独行為は重要であるがすべてではない。本稿では言及できないが、AI 共謀（渡辺昭成「競争法とデジタルカルテル」法律時報91巻3号72頁）、イノベティブ人材獲得競争の制限（長谷河亜希子「ギグワーカーと経済法」法律時報91巻3号76頁）等は重要課題である。

⁷ 同様にこの2つの結合をデータ駆動型経済社会の徴表に挙げる文献として、A report by Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer, "Competition Policy for the Digital Era" 2019（以下「Crémer Report」）at pp.19-29; Report of the Digital Competition Expert Panel "Unlocking digital

自生的に享受すること自体は咎められない。問題は、いかなる場合に、どのような行為がこれらの特徴の自生的享受に過ぎないか、自らの市場支配力形成等の見地から見て正常な競争手段の範囲を逸脱するような意味での人為性を有する戦略的操作かを識別するところにある。競争当局はデジタル PF に係る事案を観察する際、当該事案に即して上記の特徴を正確に認識する必要がある。

1-2-1. ネットワーク効果

1-2-1-1. 要点

デジタル PF が仲介する 2 面市場にはネットワーク効果が生じるとされる。一般に、ある者がデジタル PF に参加することによって、当人だけでなく 2 面双方の市場における当該デジタル PF の他の参加者の効用も増加させる効果である。これに直接と間接がある。直接効果とは、同一デジタル PF への参加者が多ければ多いほど、それだけ同一 1 面市場の参加者全体の効用が高まる効果である。間接効果とは、2 面の一方市場で同一デジタル PF への参加者が多ければ多いほど、それだけ 2 面双方の市場参加者全体の効用が高まる効果である。もっとも以下の通り、ときに漫然と自明視されるこの効果の発生にはデジタル PF ごとに個別具体的な違いもあることに注意が払われるべきである。

(1) 取引型とメディア型では、直接ネットワーク効果の発生経路に違いがある。例えば、クレジットカードサービス取引のような取引型では、いずれか 1 面のユーザー数の増大に応じて上記説明の経路で当該 1 面のユーザーについてこの効果は発生するが、メディア型がより多くの消費者ユーザーを引き付けるのは、提供サービスが無料(もしくはごく低料金)又は当該機能の体験が消費者ユーザーに魅力的に訴求し又は注目に値する点が大きい⁸。もっともこの魅力訴求や注目度についても、例えば SNS では、同一 SNS に既に家族・友人等が登録しているかどうかを選択の決め手になることがあり、検討対象のデジタル PF ごとに上記魅力訴求や注目度を具体的に組成する要素も一様ではない。このように、デジタル PF だからといって直接ネットワーク効果の発生経路は定型的に決め付けられず、特定例の事情を以て他例を過大・過小に類推することに慎重さが要る。

(2) デジタル PF と類別されれば、必ず間接ネットワーク効果が相互にフィードバックループするとは限らない。例えば、新聞は、1 面市場でより多くの消費者ユーザーを有することが他面市場でより多くの広告主ユーザーの数を増大させるように働く。しかしより多く

competition” March 2019 (以下 “Furman Report”) at pp.32-42; George J. Stigler Center, “Report of Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee” DRAFT 15 May 2019 (以下 “Stigler Report”) at pp.11-17. 上記徴表以外に、Crémer Report ではデジタルサービスの追加生産コストが顧客数に比例して極端に低まっていく点 (Extreme returns to scale)、Furman Report ではスイッチング及びマルチホーミングの制約、資金・無形資産へのアクセス制約等、Stigler Report でも Extreme returns to scale、グローバルリーチ等が追加的に挙げられている。しかし、本稿では、筆者の能力的限界から、このうち上記 2 つの徴表の働きに絞ってデジタル PF の行動分析を試みるに止まる。

⁸ ACC Preliminary Report. p.24.

の広告主ユーザーを有するからといって、このことが読者数も増大させるよう働くかは疑わしい⁹。新聞の場合、間接ネットワーク効果は一方向にのみフィードバックループすると思われる。このように、間接ネットワーク効果のフィードバックループの相互性についても定型的に決め付けられない。

(3) フィードバックループの働く方向も積極的な向きばかりではないことがある。例えば、動画配信サービスを提供するメディア型デジタル PF において、多くの消費者ユーザーが他面市場でより多くの広告主ユーザーを引き付けるからといって、当該デジタル PF が供給するサービスに広告機会をいっそう差し挟めば挟むほど、消費者ユーザーの中には当該デジタル PF での動画配信サービス視聴を忌避する消費者ユーザーが現れる余地がある¹⁰。有料サービスではこの傾向は強まるだろう。このように、間接ネットワーク効果のフィードバックループの働く方向もデジタル PF をめぐる事業環境に応じて常に同じではない。

なお、取引型かメディア型かを問わず、この消極的なフィードバック過程は、積極的フィードバック過程と等しい強度で巻き戻すことに配慮したい。あるデジタル PF による行為によって競争的デジタル PF がいったん 1 面市場の消費者ユーザー数を減少させるならば、それは他面市場の事業者ユーザーにとっての当該デジタル PF に対する価値を、その市場地位形成と同じ経過を逆に辿って減衰させる。

(4) メディア型については次の派生的誘因に注意を払いたい。競争者に比し多くの消費者ユーザーを有するメディア型デジタル PF は、単にネットワーク効果を享受できるだけではない。①広告主ユーザーは特定のメディア型デジタル PF を使って特定の販促広告を行うために一定のセットアップコスト等を負担しなければならないので、1 消費者ユーザーあたりの平均セットアップコスト¹¹を低めるという意味で、また、いっそうの消費者ユーザー情報の細分化等を通じてターゲティング広告の精度・密度等を向上させるという意味でも、広告主ユーザーにとって、競争的デジタル PF に比して当該メディア型デジタル PF をいっそう利用する誘因を派生する¹²。また、②例えば、ウェブ検索する消費者ユーザーの数の増大が検索精度の向上、検索ランキング序列の適時性・的確性の向上¹³など当該サービス提供に用いられる検索アルゴリズムの機械学習をいっそう強化するという意味で、消費者ユーザーにとっても、競争的デジタル PF に比して当該メディア型デジタル PF をより利

⁹ OHIO, et al., Petitioners v. American Express Company, et al., 138S.Ct.2274, June25, 2018, p.2286

¹⁰ Hovenkamp, PLATFORM ANTITRUST (note 3), p.10

¹¹ データ駆動経済社会の特徴として、広告主ユーザーにとって、たとえ一定のセットアップコストを要するとしても、消費者ユーザー数の増加に係る追加費用はほとんど無視し得るほど些少であること、したがって消費者ユーザー数が増加すればするだけ平均セットアップコストも劇的に低まっていくことに留意したい。

¹² ACC Preliminary Report, p.40

¹³ 一般に、広告主にとって、ユーザー層毎の属性等が詳細化すればするほどターゲティング広告が可能になり、広告サービス取引においてその経済価値は高まるとされる。

用する誘因も派生する¹⁴。

1－2－1－2．無料市場におけるデジタル PF の料金設定

デジタル PF がネットワーク効果を最大限享受するための料金戦略と関わって、その料金設定の特徴、特に無料設定の事情に触れておく。従来、市場画定・競争分析で、この無料市場をどう捉えるかは重要な論点になってきた。市場画定について、例えば Facebook/WhatsApp の買収事件¹⁵で EU 委員会は、消費者向けと企業向けの通信サービスを区分的うえ前者につき機能・機器の別・OS でこれを細分化し、結論的にスマホ向けの消費者向け通信アプリに係る市場とした¹⁶。また、競争分析について、例えば MS/Skype の買収事件¹⁷で EU 委員会は、Skype の無料通話サービスについて有料への引き上げを仮想したうえ、その場合消費者ユーザーは Google, Facebook 等の競争者にスイッチすると想定されることから、当該無料サービス市場で MS の商品群と Skype の無料サービスが抱き合わせ・バンドルされる蓋然性は低いとした。このように 2 面市場を単体市場ごとに考えることは妥当か。

2 面市場を仲介するデジタル PF の価格設定は、2 面市場で異なるユーザーと取引する当該デジタル PF に対する需要は、当該ユーザーの属する 1 面市場での価格だけでなく他面市場のユーザーの数・規模にも依存すること（当該デジタル PF を利用する 1 面市場のユーザーの数・規模が、他面のユーザーにもたらす外部性）を反映して、当該 1 面市場における需給だけで決まらない。他面市場のユーザーに対する当該デジタル PF の価格設定は、双方市場のユーザーに対する合算価格をどう設定するか（価格水準：price level）、それを双方市場のユーザーにいかに配分するか（価格配分：price distribution）という 2 段階構造を持つ。1 面市場での価格調整は、当初の需要に対する対応を強め又は低めるようにフィードバックループし、最終的に 2 面それぞれの市場のユーザーの数・規模を増減させる。デジタル PF は、この価格設定構造を踏まえて、価格水準の変更ではなく価格配分の変更を通じて、2 面市場双方のユーザーの数・規模を当該デジタル PF にとって最適に調整する¹⁸（シーソー原理。1 面市場のユーザーに対する価格を引き下げれば当該市場のユーザー数が増加するが、それは同時に他面市場のユーザーに対する価格引き上げを意味し、他面市場のユーザー数は減少する。）。メディア型デジタル PF のうちウェブ検索や SNS を例に採れば、Google や Facebook は、他面市場のユーザーである広告主よりも、請求される価格にいっそう敏感な消費者ユーザーに対しサービスを無料で提供すること¹⁹で極めて

¹⁴ ACC Preliminary Report, p.42

¹⁵ Case No COMP/M.7217-FACEBOOK/WHATSAPPC(2014)7239, 3.Oct.2014

¹⁶ Id. paras 20-34

¹⁷ Case No COMP/M.6281-MICROSOFT/SKYPEC(2011)7279, 7Oct.2011

¹⁸ Hovenkamp, PLATFORM ANTITRUST (note 3) p.13

¹⁹ 内部相互補助とも言い換えられる。

多くの消費者を引き付ける。そのことは、Google や Facebook に広告主に対する広告機会の供給をいっそう増大させ、広告主ユーザーに対するターゲティング広告サービスの精度・密度等の品質を向上させ、また、広告キャンペーンに反応するトラフィック数を増大させること等を通じて、Google や Facebook の広告収入を増やす。Google や Facebook がなぜ無料でサービス提供するかは、広告主ユーザーの側に、その提供に要する費用のすべてを支払ったとしても、消費者ユーザーから得られるデータの仲介者として当該デジタル PF を利用する経済価値がそれに見合うか又はそれ以上に大きいからにほかならない²⁰。これが、ウェブ検索や SNS 等のサービスが消費者に無料提供される所以と考えられる²¹。

1-2-1-3. 課題

以上の通り、ネットワーク効果の存否及び程度等については検討対象事案をめぐる個別具体的な分析が重要になる。ネットワーク効果の自生的享受のみを通じて形成されるデジタル PF の市場力それ自体は競争政策上問題にできないが、自らの市場支配力の形成又は維持・強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する、ネットワーク効果の発生経路及びフィードバックループの働く方向や強度を戦略的に操作する行為については問題にできよう²²。競争当局には、このネットワーク効果の戦略的操作に向けられる行為の人為性を識別する点で、当該デジタル PF の関わる事業特性に照らして、個別具体的に、直接間接ネットワーク効果が何に基づき、いかにして、どの程度に発生し、かつ、2 面市場間でいかなる方向で、いかに積極（又は消極）に相乗しつつ機能するかを分析することが求められる。

²⁰ 指数関数的に増大する消費者ユーザーの個人データと現在および将来のその無数の応用に鑑みると、現状で消費者ユーザーの個人データの経済価値を金銭換算するのは困難である（OECD, Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, 2013, p.2）。かりに広告主との関係で、個々の消費者ユーザーが自己の個人データを自ら取引して金銭化するならば、取引費用に比して当該データの経済価値はおそらく遙かに僅少になるところ、デジタル PF はこれらの取引を瞬時・大量・自動で行い、その分析利用等を通じてデータの大量性及び多様性に基づく優位性（後述 1-2-2.）を生み出しており、広告主はそこに経済価値を認めていると考えられる。なお、このように消費者ユーザーの個人データを当該ユーザーに原始的に帰属させて捉える視点に基づけば、データポータビリティ、情報信託・情報銀行又は PDS(personal data store)及びデータ取引市場など当該ユーザーの意向を踏まえたデータ提供・管理と第三者移転及びその利用等に関する制度設計を展望することができる。この展望は、デジタル PF 間の競争のあり方、さらにはデジタル PF 以外にもかかるデータの収集・蓄積・利用分析・第三者移転等を管理し得る取引主体の成立余地があることを示唆する点で、競争政策上も有益な洞察をもたらす（Furman Report（note 7）p.5, 他方、ACCC Final Report（note 1）p.276 は、データポータビリティの参入促進及びスイッチング促進の効果を限定的とする。）。

²¹ 日本法上は、東京都と畜場事件最高裁判決に示された「事業者」定義との関係で、無料市場における事業者性認定には何らかの工夫が要ると考えられる（例、豊北町福祉バス事件、山口地下関支判平成 18 年 1 月 16 日・審決集 52 巻 918 頁）。

²² 業務提携に関する検討会「業務提携に関する検討会報告書（令和元年 7 月 10 日）（以下「業務提携報告書」）」42 頁以下参照。

ネットワーク効果の戦略的操作に向けられる行為の人為性識別の点で、今後、競争的デジタル PF へのスイッチングやマルチホーミングの禁止・制限をより実証的に分析することは有益と考えられる。一般に、ユーザーによるスイッチングやマルチホーミングはデジタル PF が享受するネットワーク効果を減衰させる。競合するサービスが本質的に同じで、別の提供者との契約締結に法外なコストがかかる等の場合、消費者・事業者ユーザーは複数のサービスを同時に利用せず、したがって自ずとシングルホーミングになる傾向がある。このとき競争が有効に働くかはユーザーのスイッチングが人為的に妨げられないことに係る。また、スマートフォンに類似アプリを複数持つ消費者ユーザーや複数のデジタル PF で同時に商品等を販売し又は広告を出す事業者ユーザーのように、競合する差別化されたサービスが同時利用でき、同時利用に大きなコストを要しない場合、これらのユーザーはマルチホーミングの能力と誘因を持つ。この場合も競争が有効に働くかはユーザーのマルチホーミングが人為的に妨げられないかに左右される。このように、検討対象のデジタル PF におけるネットワーク効果が、その自生的享受のみに依るか、あるいはその戦略的操作に向けられる人為的行為も与るかの識別において、スイッチングやマルチホーミングの禁止・制限は導きの糸になり得る。こうした制限の性質はおそらく多様で、技術的に固有のもの（例、特定のモバイルメッセージングアプリは、同一アプリを使用するユーザー間でしかメッセージ交換できない）、半ば技術的に事前設計されたもの（例、アプリとモバイル OS）、ユーザーの慣性に基づくもの（例、デフォルトオプションに対する強い選好、強いブランド忠誠）、デジタル PF による反競争的契約条項（例、同等性（MNF）条項や排他取引条項等）などが混在すると思われる²³。それぞれの制限につき立ち入った分析を要する。

1-2-2. データの保有

データの保有に関する特徴として 4V（volume, velocity, variety and value）に言及される²⁴。今日、ヒトの手を経由せずに構造化されないまま、さまざまなデータが膨大かつ瞬時、加速度的に作出されている。この現象をもたらす決定的な基盤の 1 つは、ネットと ICT をめぐるハード・ソフト両面の飛躍的な機能向上にある。データの保有は、事業者間競争にとってどのような競争上の含意を持つか²⁵。以下、その大量性、瞬時性、多様性等に基づく優位性について瞥見する。

1-2-2-1. データの大量性

データ保有には大量性に基づく優位性（規模の利益）がある。量の点で、一般に、大量

²³ Furman Report (note 7) at p. 41, Crémer Report (note 7) at p. 57.

²⁴ OECD, Data-driven Innovation for Growth and Well being INTERIM SYNTHESIS REPORT, Oct. 2014; Executive Office of the President of the US、BIG DATA: SEIZING OPPORTUNITIES, PRESERVING VALUES, May 2014.

²⁵ 武田邦宣「データの集中と企業結合規制」法律時報 91 巻 3 号 67 頁。

のデータの収集・分析利用等は、データを保有する事業者がデータに関する規模の利益を生む。また、AI のアルゴリズム（特定業務処理を目的としてヒトの思考能力や技法を、ソフトウェアを用いて模擬するべく数学的に表現された手順²⁶）の優秀さ（例、検索業務ならば精確性・網羅性等）は、当該 AI が曖昧境界をより精度高く識別する機械学習のためにどれだけ大量の関連するデータセットを学んできたかに依存し、より多くのデータを保有することは機械学習の成果を高める。機械学習では無秩序なデータを無闇に保有すること自体にはなく、特定業務処理の目的観から関連する一連のデータが標準セット化されていなければならない（例、AVA：Google が公開したヒトのアクションに各ラベルが付いている動画データセット）それがより効率的な機械学習を可能とする点に、競争上の含意がある。また、特定業務処理の目的に応じて、複数事業者による競合的なデータ収集の可否に違いが生じる余地がある。例えば、ヒトのアクションやジェスチャーの画像データ収集は比較的・相対的に競合的収集ができそうであるが（上記以外に JHMDDB、UCF101、20BN-JESTER など多数あるようである）、取得経路が一義的に定まっている年月季節時間別の家庭用・産業用の電力使用量のデータは相対的に競合的収集が困難となる²⁷。

ところで、しばしばデータは非競合的（non-rivalrous）であるといわれる。自己保有データに競争者がアクセスできないように働く知財法制・個人情報保護法制など特段の制度障壁がない限り、確かにデータは非競合的であるかも知れない。しかし、これでは、なぜデジタル PF は多大の努力とコストを費やしてデータ保有に努めるのかを説得的に説明できない²⁸。競争政策的視点に基づけば、データはその性質において非競合的であるとしても、データの収集・蓄積・利用等にもコストを要することを踏まえると、デジタル PF がこれを排他的に保有して競争者のアクセスを制限する方策はなお想定できる。ネットワーク効果に関する先の記述を想起すれば、①より多くの消費者・事業者ユーザーを有するデジタル PF は、何ら人為に頼らずともユーザーに係る大量のデータを自ずと保有できる。新規参入者は、参入時点でデータの大量性の点で大きく劣後し、最低限のデータの初期保有に

²⁶ データ量と生成速度への対応で AI 等による機械学習の役割が飛躍的に増大しているが、他方、機械学習にはなおヒトによる AI 初期設定が必要かつ重要である。また、大量データ処理にあたるデータ分析者や高等教育で必ずしも教育していない最先端のプログラミング言語修得者の不足、技術革新の進展に伴う既存知識・技能の陳腐化に対応する企業内訓練・再教育の必要性、及びそうした人材の雇用流動性の高まりは、企業にとってデータ・知財等と並ぶもう 1 つ別のインプット要素としてヒトが持つ天賦の才能（専門人材）の獲得競争をますます重要にしつつあり（経済産業省・経営競争力強化に向けた人材マネジメント研究会報告書（平成 31 年 3 月 29 日））、その経済取引について競争制限を目的又は効果として伴う単独又は共同行為等にも競争政策上注目が集まっている（公取委 CPRC「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））。

²⁷ それ故、わが国では競争的小売事業者に対して一般電気事業者の設置するスマートメーターにより収集されたデータの提供がなされる。

²⁸ Maurice Stucke and Allen Grunes, Big Data and Competition Policy（以下“Stucke & Grunes, Big Data”）、OUP（2016）、p.42

達するのに相応のコストを要するとすれば、これは新規参入者に参入障壁となる。また参入後も、②データが商品等の提供・改良など事業遂行上重要になる場合、競争者によるデータアクセスの制限を目的として、消費者・事業者ユーザーに対しスイッチング等に何らかの制限を課し、若しくは前述の各種誘因（1-2-1-1. (4)）の効果を人為的に操作し、又は第三者のデータブローカーからの代替的入手を妨げること（RRC）があり得ないとは言えない。これらの行為の評価において、データの追加的保有に要する費用が漸次低まるような場合データの排他性はなおさら強まる。このように、その性質ではなくコストとの関係でデータの保有を眺めれば、データの非競合性はそれだけで、データの保有に大量性に基づく優位性が発生しないことまで意味しない。デジタル PF 間でデータ保有を競う誘因を生む1つの背景はこの障壁であろう²⁹。

1-2-2-2. データの瞬時性

いまデータはその発生時に収集されるようになりつつある。ソフトウェア等が、言葉の真の意味で瞬時にそれを分析利用することまでできてはいないが、株式のシステム取引に観察されるように次第にそれに近づきつつある。このデータの収集・分析利用等に要する速度が早ければ早いほど、当該システム取引の主体は上記における他のトレーダーと比べて有利になる。このように、一般にデータの収集・分析利用等を通じて行う現在予報（nowcasting）が可能になっており、かつ、その精度が高ければ高いほど、事業者にとって市場調査・商品開発・資材等調達・製造販売・販売促進など全ての事業活動で、環境変化により適応的・効率的に事業活動を展開することができる。これがデータ保有の瞬時性に基づく優位性である³⁰。

データの瞬時性の重要度は特定業務処理の目的に応じる。例えば、現時点のクルマの自動運転や交通混雑予測等の特定業務処理の目的からはデータの瞬時性は決定的に重要であり、当該目的達成との関係で歴史的な過去の履歴データの意味や価値は格段に劣る。しかし、同じクルマに係るデータといっても、そのデザインや性能に関する消費者ユーザーの選好に関する市場調査では必ずしもそうとは言えない。なお、現在予報のアルゴリズム開発にあたって診断分析（diagnostic analyses、履歴の系統的分析による相関関係の特定）のために過去の履歴データは必要であり、一般にそれが無価値にはならないようである。

データの瞬時性を問題にすべき局面は、データの大量性における先のアクセス制限よりはおそらくより狭く、データフローへのアクセス速度がデジタル PF に瞬時性に基づく優位性をもたらす場合に限られる。例えば、特定の施設設備・機器等に取り付けられた IoT センサからのデータフローのようにデータ自体はすぐに消失し又は事後公開されるものの、そのリアルタイムでの代替的作出が経済的又は技術的に困難である場合、当該データフ

²⁹ Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, Access Barriers to Big Data, vol. 59 Arizona Law Review, pp.339, 375

³⁰ OECD, supra note 24, p.11

ローへの事後的アクセスやデータブローカーからの代替的入手を通じては埋め合わせできないような、当該データフローに対する競争者のリアルタイムアクセスの制限等であると考えられる³¹。

1-2-2-3. データの多様性

データ保有には多様性に基づく優位性（範囲の利益）もある。例えば、小売業者にとって、優待付き利用カード等を通じて、消費者の住所・氏名・年齢・性別等のデータを収集するだけでなく、これに加えてオンライン・オフラインでの購入商品・その分類・頻度や周期・利用金額等の履歴に係る自社データを収集・統合し、販売促進のために分析利用することは売上を向上させるだろう。さらに、これらにかりに当該消費者の与信、趣味、余暇の過ごし方、定期購入雑誌・新聞等のデータを第三者等から入手して統合すれば、いっそう細分化・精細化されたセグメント別の販売促進活動が可能になろう。いかなる属性の消費者が、いつ、どのような推定的理由・根拠に基づき、どんな種類の商品等を消費する傾向にあるかが、より細分にかつ精細に分析できるほど（ターゲティング広告の精度・密度の向上）、当該事業者の販売促進活動の費用対効果は高まり、収益向上が期待できる。このように、多種類のデータの統合的な収集及び分析利用（多種類のデータを1つにまとめ、そこから諸要素相互の増減や補完・代替等の関係性の有無と程度等を抽出すること。）の累積から、データ保有に範囲の利益が生み出される。

競争政策の視点から見ると、データの多様性に基づく優位性についても商品等における同じくレバレッジが考えられる。例えば、A分野につき大量のデータを保有するデジタルPFは、不十分なデータしか保有できていないB分野でのデータ収集のために商品等のバンドル提供を行うかも知れない。例えば、Googleは、同一ログインアカウントで数十に及ぶ各種サービスを提供し、消費者ユーザーの検索クエリ、メール、スケジュール、文書、ニュース・使用アプリ・書籍・動画等の選好、位置情報等に係るデータを継続的かつマルチデバイスで収集し続ける。レバレッジはアカウント連携を通じてもなされ、例えば、Facebookアカウントはデータ補完関係にあるInstagramをリンクさせることで、消費者ユーザーの名前、メールアドレス、携帯電話番号、パスワード、誕生日、性別等に加えて、写真・動画付きで当該ユーザーの興味、趣味嗜好、位置情報、ハッシュタグ利用から推察される各種選好等を追加することができる。

別のレバレッジの形態としてしばしば指摘されるのは、デジタルPFによるスタートアップの買収である。特に、デジタルPFは、競合又は関連分野で自分よりデータを保有する潜在競争者や、新しい技術・商品等の萌芽段階で先行してデータを保有するスタートアップの買収を通じて、データの多様性に基づく優位性をライバルに先んじて獲得することがある。例えば、Facebookは、WhatsApp（2015、当初は2年目以降有料で広告なし、買収後に広告表示）、2012年Instagram（当初は写真共有のみで広告なし、近時広告表示）

³¹ Maurice Stucke & Allen Grunes, Big Data (note 28) p.47. TwitterによるPeopleBrowsrに対するユーザーのツイートを集成するデータベースへのリアルタイムアクセスの制限事案が挙げられている。

を買収した。Google は、2004 年から 2014 年の間、Nest Labs（2014、家庭内自動化ソフト）、Waze（2013、GPS ナビソフト）、ITA Software（2011、トラベル技術ソフト）、Admeld（2011、オンライン広告）、AdMob（2009、携帯広告ソフト）、DoubleClick（2008、デマンドサイド PF ソフト）、YouTube（2006）を含む 145 社を買収した³²。一般に、こうしたスタートアップの買収は、現在又は潜在の競争者としてのスタートアップの持つ競合技術・商品等に係るデータの死蔵・消去、結合前に当該スタートアップの目指していたはずの保有データが導くイノベーションの方向性を結合後に歪曲する等の効果をもつかも知れない³³。

また、データの多様性に基づく優位性からは、あたかも企業結合規制における二重参入³⁴（two-level entry）の強要に類似する状況も描けるかも知れない。例えば、Thomson/Reuters 結合事件³⁵で DOJ は、経済全体の動きや個別企業の財務情報から成る国際的なファンダメンタルズ・データ市場への新規参入者は、数万に上る企業データの収集を世界規模で手配し、信頼できるデータベースを構築し、各国会計基準に精通した現地専門家を準備し、データの正規化・標準化プロセスを開発しなければならず、したがって参入は、当事会社の価格引き上げを競争的に制約するには適時・蓋然的又は十分（timely, likely, or sufficient）ではないとした。多様性についても、その性質ではなく保有コストの視点から眺めれば、データの非競合性はそれだけでデータの多様性に基づく優位性が発生しないことまで意味しないことが分かる。

³² ACC Preliminary Report, pp.49, 52

³³ こうした効果を検討するために、競争当局には、①買収企業・対象企業の戦略・目的（その意図が、入手データを将来の新商品等市場創出に向けられるイノベーションのインプットに利用するためか、又は単に市場地位を維持強化しようとするためか等々。）、②結合後、データの多様性の増大に伴う当事会社の優位性はどの程度で、どの市場でのイノベーションをめぐる競争にどんな影響を及ぼすか、③当事会社及び競争者の知財・人材など他のインプットの保有状況、④イノベーションスペース及び最終製品市場における当事会社間及び競争者との過去の競い合いの履歴、⑤ユーザーにとっての商品等の品質と選択肢に中長期にどのような影響を与えるか等を分析するよう求められると考えられる。

他方、こうした killer acquisition について、スタートアップに投資の収益化・リスク補償を可能にし、当該スタートアップにイノベーション拡大のために必要なリソースを獲得させる点で、こうしたイノベーション促進効果も併せ考慮する見方（the Center for Data Innovation, contribution of EU Conference (note 1) p.6, Sep. 28, 2018）や、スタートアップが買収企業のエコシステム内又は既存製品に統合されるようなタイプの買収には、革新的な補完サービスの統合がしばしば効率性の点で正当化根拠を有しており、競争上の弊害分析だけでは足りないとする見方もある（Crémer Report (note 7) pp.117-118）。

³⁴ US. DOJ, Non-Horizontal Merger Guidelines (1997) at4.211-4.212. Two-Level の当該結合を通じて、第 2 市場への参入に何らかの困難性がある場合、競争者は、2 つの市場への同時参入により大きな資本を必要とし、スキルセットを一度に習得し、第 1 市場に比して第 2 市場に大きな規模経済性が要求されるならば第 2 市場での非効率（効率規模施設での過小操業又は過小規模施設での非効率操業）等を余儀なくされる。

³⁵ US v. Thomson Corp. & Reuters Group PLC, Proposed Final Judgment and Competitive Impact Statement, 73 Fed. Reg. 15, 196, 15, 199(Mar.21, 2008)

1-2-2-4. データの価値

以上から導かれる洞察は、①データの大量性と多様性に基づく優位性の間には積極的フィードバックループが働き、より大量・より多種類にデータを保有すればするほど、相互補完的にそれぞれの優位性は高まる。②この相互作用（以下「相乗」）を通じて、データをより大量・多様に保有するデジタル PF は、特定業務目的達成に向けられたアルゴリズムによる観察・推論・予測等の精確性をいっそう高めることができる。③瞬時性に基づく優位性は、競争者を戦略的にいち早く出し抜くことを可能にし、その意味で大量性及び多様性に基づく優位性の間の相乗の過程をいっそう早めるように働くと考えられる。

もっともこれは一般論に過ぎず、それぞれの検討対象事案にあって3つの優位性の競争上の意義は個別具体的に異なり得る。上記ネットワーク効果と並んで、競争当局は、検討対象事案をめぐる個別具体的な事業環境やデータの保有を子細に観察することを通じて、この一般論が妥当するか、妥当するとして何についてどの程度か等を評価する必要がある。

1-2-2-5. 課題

以上の通り、データ保有についても検討対象事案をめぐる個別具体的な分析が重要であることが分かった。今後の課題として、第1に、抽象的には多地域・多言語に展開するオンライン取引・ウェブ検索・SNS等のサービス提供は世界中のあらゆるすべての事業者が開かれているが、現実には幾つかの主要な地理的ドメインを持ちつつ有力デジタル PF のみが行うことができている。こうした有力デジタル PF だけがデータへのグローバルリーチが可能である。現時点では、ウェブ検索、SNS、アプリ・音楽・書籍など、その範囲は限定されているものの、有力デジタル PF の収集・分析利用等する消費者・事業者ユーザーに関するデータの量・範囲・速度と、それ以外の事業者との間の格差は今後加速的に隔絶するかも知れない。この懸念は、有力デジタル PF のみが、PC、タブレット端末、スマホ、スマートウォッチ等のウェアラブル端末等々のマルチデバイスを通じて、消費者・事業者ユーザーに係るデータを丸裸同然に保有しているという事情によって強められる。

第2に、このように有力デジタル PF のみに集中するデータ保有に係る3つの優位性の相乗が、これらの有力デジタル PF にそれぞれの国・地域のさまざまな取引市場にどのような新たな形でデータ保有の面で影響を及ぼしているかは必ずしも自明ではなく、わが国におけるその影響について詳細かつ精緻な実態調査が期待される³⁶。

³⁶ 例えば、オーストラリアのウェブ検索サービスで Google は 94%を占めるとされる（ACCC's Preliminary Report、p.4）。ドイツの消費者向けオンライン取引市場で Amazon は最大のオンライン小売業者であり、かつ、これまでで最大の取引市場を運営するとされる（Press Release “Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon” 29 Nov. 2018）。また、日本の消費者向け e コマース取引でアマゾン・楽天市場・ヤフーショッピングの3社が主要なオンラインモール運営業者とされる（公取委「消費者向け e コマースの取引実態に関する調査報告書（平成 31 年 1 月 29 日）」）。ただし企業名は不掲載である。）。調査に関わり、デジタル PF と取引先との間での秘密保持契約の存在が実態解明を妨げるおそれ

第3に、分析手法について。わが国でも、データ保有に基づく優位性の競争政策上の分析方法について既に幾つかの考え方が示されている³⁷。このうち経産省研究会報告書（注37）では、①データがサービス等に与える影響の程度が高いか、②他事業者が活用のために必要な種類のデータを必要なだけ集積しなければ事業ができないか（(1)競争者が自らデータを生成・取得し得るか、又は他者のデータを入手できるか、(2)ネットワーク効果・スイッチングコスト・ホーミング状況等を勘案して競争者が十分な量のデータを確保することができるか、(3)データの種類の）、③データを集積した競争者が当該データを十分に活用できるか（(1)競争者がデータを自ら活用するか他者に委託する等により、サービス等の開発や価値の向上につなげることができるかという観点から、経済上、契約上、法律上、技術上等の制約があるか、(2)データの活用によるサービス等の価値の向上がどのように起こるのか、現にどの程度の差が開いているのか）、④検討対象行為が、正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するかの要素・指標を挙げている。

これらの指標や評価枠組は、事案検討の時点におけるデータ保有の競争上の意義を、現在情報に基づいて分析するに適する。しかしながら、現在のデータ保有が将来の新サービス市場に対して持つ効果の広がりや程度についてまで、また、データ保有がもたらす大量性と多様性に基づく優位性及びその相乗の効果についてまでは、必ずしも視野に収めない。筆者は、企業結合規制やデータに関わる業務提携事案等の事前相談等の場面で、上記要素や指標に並んで、①データ保有が、将来の新サービスおよびそれに向けられていると特定できるイノベーション活動が事業者間で想定可能ならばそれに対する影響効果を追加すべきこと、②上記②(2)の分析の際に、大量性と多様性に基づく優位性及びその相乗の効果も併せ考慮すべきであると考ええる。

1-2-3. 競争法、消費者法及びプライバシー保護法制の相互関係（補論）

現在、電気通信事業法・放送法等の事業法はデジタル PF のようなデータ寡占に不適用である。また、個人情報保護法・行政機関個人情報保護法等の個人情報保護法制での、データポータビリティ、マルチラッキング及び第三者提供要件等に係る議論でも、その参入・スイッチング促進の効果に必ずしも配慮されているわけでもない。

個人情報という視点からデータ駆動型経済社会を眺めるならば、個人情報の収集・分析利用等は、独禁法の課題であると同時に、消費者法と交錯し、かつ、個人情報保護法とも交錯する。デジタル PF が主導するデータ駆動型経済社会では、①競争の維持・促進は商品等の価格低下、品質改善、選択肢の拡大、イノベーションの促進という意味で消費者法の進展にとっても重要である。また、②デジタル PF に、個人情報の提供について透明度が高くプライバシー保護に安心できる手続に基づいて消費者ユーザーから実質的な意味で

が指摘され（経産省「第四次産業革命に向けた横断的制度研究会報告書（平成28年9月15日）」14頁）、独禁法40条の積極活用が唱えられる。

³⁷ 公取委 CPRC・データと競争政策に関する検討会報告書（平成29年6月6日）、経産省・第四次産業革命に向けた競争政策の在り方に関する研究会報告書（平成29年6月28日）。

十分な同意を得させることは個人情報保護法制にとっても有益である。さらに、③データポータビリティ等の試みは、競争法の観点から見ても参入・スイッチングが促進的に働くと考えられる。このように、上記 3 つの法制度・政策は相互に連動しているとみられる。それぞれの法制度の働きをいっそう実効あらしめることは、3 つの法制度・政策相互の最適化を通じて、価格だけでなくプライバシーポリシー（以下「PP」）に記載されるプライバシー保護水準を含むあらゆる取引条件について、消費者から実質的な意味でしっかりした同意を得るデータ駆動型の競争市場を創出していくうえで極めて重要であると考えられる。この問題意識は、この間の閣議決定「未来投資戦略 2018³⁸」及びそれに基づく経済産業省、公正取引委員会及び総務省による「デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に関する検討会」でも確認できる³⁹。

もっとも、課題の全てに競争法・競争政策は対処できない。3 つの法制度・政策相互の協働を意識しつつ、競争法・競争政策がなすべきは、デジタル PF 間での競争の基軸が、価格競争ではなく（又は価格競争が存在せず）、もっぱら個人情報の収集・分析利用等、又は消費者・事業者ユーザーに対するサービスの品質競争等に置かれているような場合、検討対象市場における当該競争制限を規制する目的の限りで、例えば、デジタル PF による単独行為が、改良サービス提供に必要かつ相当なデータ収集など品質向上という意味での効率性に依らずに消費者・事業者ユーザーのスイッチングを妨げ、又は経済的もしくは技術的に合理的理由なく消費者・事業者ユーザーによるマルチホーミングを阻害することがないか、あるいは、デジタル PF 間の企業結合が、PP の内容改訂を通じて上記市場での品質競争を劣化させ、商品等の選択肢を減少させることがないか、商品等のイノベーション阻害に至ることとならないか等を監視していくことになる。重要な洞察は、下図の通り、それぞれの法制度・政策による対応が実効性を増せば増すほど、他の法制度・政策の実現にとって好循環を相互に生み合うことにある。

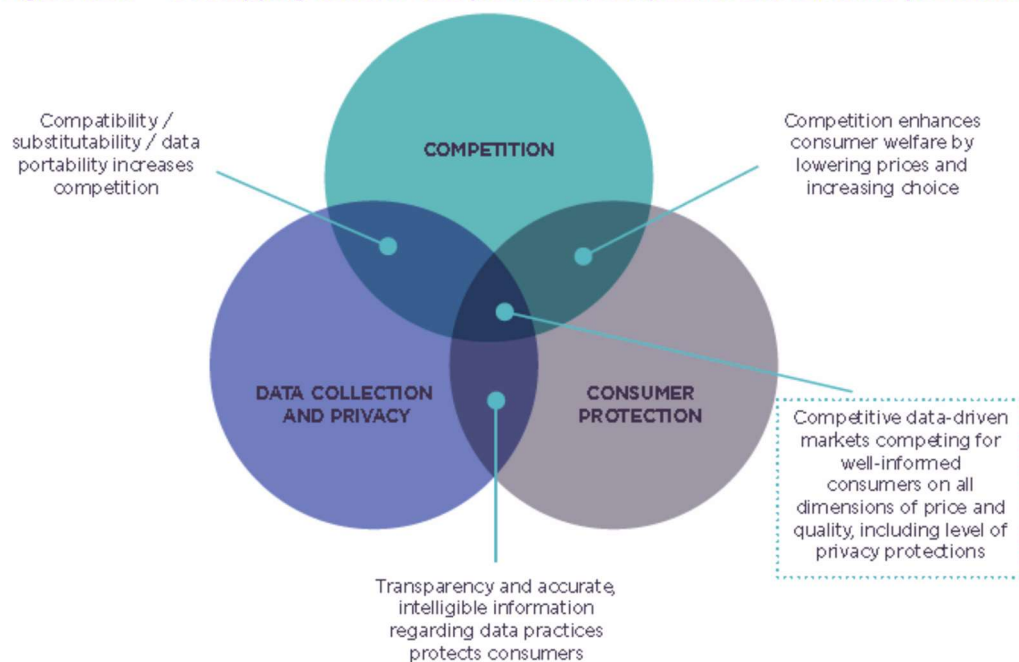
【図 ACCC Final Report (note 7), p.5】

³⁸ 「未来投資戦略 2018－「Society 5.0」「データ駆動型社会」への変革－（平成 30 年 6 月 15 日）」。

³⁹ 経済産業省、公正取引委員会及び総務省「デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に関する検討会・中間論点整理について（平成 30 年 12 月 12 日）」、同「プラットフォーマー型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則について（平成 30 年 12 月 18 日）」、同「プラットフォーマー型ビジネスの台頭に対応したルール整備に関するオプションの公表について（令和元年 5 月 21 日）」。

このことは、他の法制度の側でも自覚・認識されており、例えば、消費者庁「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会報告書（案）」27 頁は「消費者契約法は、競争法、行政法、刑事法といった他の法分野と関連性を有しており、消費者法全体の中で消費者契約法がどのような役割・機能を担うべきかという観点から検討を進めることも、重要な課題である」とする。

Figure 5.17: Overlapping issues in data protection, competition and consumer protection



Source: Adapted from European Data Protection Supervisor, Privacy and competitiveness in the age of big data, March 2014.

2. 競争政策上の課題－価格レンズを通じては可視化できないイノベーション競争

以上のネットワーク効果とデータの保有に係る特徴を踏まえるとき、デジタル PF による行為は、どのような競争政策上の課題を新たに提起するか。以下、取引型とメディア型のデジタル PF の異同に留意しつつ、(1)現在市場、(2)将来の新たな商品等の市場、(3)IS のそれぞれにおける課題を具体的に眺めてみよう。

結論を予め述べれば、筆者は、これらの課題検討、特に(2)(3)において従来の市場画定及び競争分析の方法には限界があると考えている。比喩的に、従来の市場画定及び競争分析の基本的考え方をまとめると、競争当局にとって検討すべき競争の姿と行為の及ぼす反競争効果の性質や程度は当初必ずしも自明ではない。この価格レンズのピントがぼやける状態から、まず、SSNIP（仮想的独占者）テストを通じて、基本的に、仮想的独占者が新たな利益を生み出せる閾値を上回るかどうかの観点に基づいて、需要の価格弾力性が違反主体を競争的に制約づけ得る商品的・地理的範囲へと価格レンズの焦点を合わせるように働く（市場画定）。企業結合規制では、市場画定の後にはじめてシェアを（HHI も）算定できる。こうして、その視野のうちに検討対象にすべき競争の姿と検討対象行為の持つ価格に対する効果を明瞭に観察できるようにしたうえ、次に、競争当局は、検討対象行為が価格に対していかなる効果を持つかを分析し、それが価格を支配する力ないし状態の形成又は維持・強化をもたらす（事前規制としての企業結合規制では「こととなる」）ならばそれを違法と評価する。このとき、いったん検討対象市場への焦点化から外された参入圧力、商品的・地理的隣接市場からの競争圧力及びユーザーからの競争圧力等も、検討対象市場の外から掛かる競争圧力という見え方を經由させて、改めて考慮（可視化）される。

このように、SSNIP テストによる検討対象市場の焦点化と価格効果に基づく競争分析は、いずれも、需要者又は現在・潜在競争者等の行動に対する仮想的な又は検討対象行為に伴う価格引き上げの効果・反応を想定・認定し、それが有意であると評価され又は当該価格引き上げを競争的に制約付けるとは評価されない場合に価格支配力形成又は維持・強化(以下「形成等」)をありとする意味で、価格の変化とそれが需要者・供給者に持つ効果及びそれに対する競争者による実効的な競争制約の存否に注目して、競争上の弊害の有無を測定する。この評価フレームは、検討対象事案を価格レンズに通すことで、市場画定と競争分析に関する首尾一貫した評価フレームを提供する。以下これを価格中心 (price centric) アプローチと呼ぼう。

このような価格レンズに備わる SSNIP テストによる検討対象市場の焦点化と価格効果分析という仕組みの機能不全、いわば価格レンズの盲点を端的に示すのが無料市場をどう扱うかという点にあった。もちろん、消費者ユーザーに直面する市場でゼロ価格を設定するメディア型デジタル PF を除いて、取引型デジタル PF について価格中心アプローチはなお有効である。2 面市場の合算価格は、なお取引型デジタル PF 間競争の強度を示す指標たり得るからである。その場合 2 面市場のそれぞれを市場と捉えずに、上記のようなデジタル PF の価格設定上の構造を踏まえて、相互依存する双方の市場を一括して検討対象市場と捉え、他面市場におけるそれぞれの価格相互の関連性、フィードバック効果及び当該デジタル PF の直面する 2 つの市場での利潤の変化等を考慮のうえ競争分析を行うことができる⁴⁰。

しかし、メディア型デジタル PF についてはゼロ価格を消費者ユーザーにとっての行動評価の識別基準に利用できないことから、価格効果に着目する価格中心アプローチに限界が生じる。この限界に対応するため、市場画定について、SSNIP テストを品質競争に方法的に模倣する SSNDQ (Small but Significant Non-transitory Decrease in product Quality) テスト⁴¹に基づく市場画定が提案されてきた。例えば、実際、中国最高人民法院は、奇虎 360 対テンセント独禁法訴訟において、この SSNDQ テストを実用している⁴²。また、カナダの 2018 年支配的地位濫用ガイドライン案は、仮想的独占者テストを多面市場に適用する際の考慮要素として、需要代替性、フィードバック効果及び当該 PF の多面の全ての市場における利潤の変化を挙げた後、「加えて、(例えば、収益を目的として広告主に依存

⁴⁰ 典型例として、オハイオ等対アメリカンエクスプレス事件 2018 年 6 月 25 日米国連邦最高裁判決がある。本判決に依れば、カード保有者が商品等の購入時点においてアメックスカードではなく他社カードを利用するようにさせることを禁じる誘導禁止条項(後述)に付き、原告は、当該条項がクレジットカード取引の費用を競争水準以上に引き上げて、当該取引の数量を減少させたことを、さもなくば 2 面に亘るクレジットカード市場全体での競争を窒息させたことを立証しなければならないところ、これに失敗した。

⁴¹ SSNIP テストによる価格上昇効果の評価と同等の方法で、「商品の品質が僅かではあるが、有意かつ一時的ではなく劣化すること」の効果を測定するもの。

⁴² 鄭双石・林秀弥「奇虎 360 対テンセント中国独占禁止法訴訟・最高人民法院判決について:市場画定と市場支配的地位の判断を中心に」国際商事法務 43(3) pp. 354-362, 2015

する多面 PF へとユーザーを誘引するためにサービスが無料で提供されるような場合) 当該無料市場 (zero-monetary price) における仮想的独占者テストの適用は挑戦的になるおそれがある。この場合、事業者は金銭的な意味での価格以外のさまざまな局面で競争しているかも知れない (例、製品の品質)。競争当局は、それは実際には運用しにくいものの、仮想的独占者が、一時的でなく僅かだが有意な程度を以て、競争のこの非価格的な局面を劣化させることが利潤最大化をもたらすと考えているかどうかを分析するよう試みるかも知れない。結論的に、本当局の分析は、代替性の品質面の (qualitative) 指標に焦点を当てる可能性がある」とする⁴³。さらに、この無料サービス及び多面市場に関する上記限界を克服するための立法的対応として、ドイツ競争制限禁止法第 9 次改正を挙げることができる。本改正で、同法 18 条 (市場支配的地位) に 2a 条 (市場の推定は、サービスが無料提供されていることを排除しない。) 及び 3a 条 (特に多面の市場ないしネットワークについては、事業者の市場地位の評価において次の諸点を考慮する。1. 直接間接のネットワーク効果、2. 多面サービスの並行的利用及びユーザーのスイッチング努力、3. ネットワーク効果に関わる規模の経済性、4. 競争的データに対する当該事業者のアクセス、5. イノベーションが駆動する競争圧力) が新設された。このように、司法上・行政上・立法上、上記限界に対応する試みは幾つか認められる⁴⁴。もっとも、思考上はともかく実際には商品・サービスの品質劣化 (その一部としてプライバシー保護水準の低下を捉える) については消費者毎にその代替度・感応度が著しく異なり (プライバシー・パラドクス⁴⁵)、市場画定においてこれが各競争当局に標準的に採用されているとは言えず、また、競争分析でこうした限界に配慮する対応が十分であるとも評価できない。本稿の問題意識からこうした各種の試みを眺めると、デジタル PF 間競争の主軸が、価格ではなくイノベーションをめぐる競争に大きくシフトしつつあるデータ駆動型経済社会において、価格中心アプローチだけでは、事業者間競争の実相を見誤る陥穽に陥るおそれが浮かび上がる。競争当局は、漸次、イノベーションをめぐる競争の動態をも市場画定及び競争分析の評価フレームに追加的に取り込んでいく必要があると考えられる。

以下、規制事例等を整理することを通じて、①データ保有に関わって現在市場における取引型デジタル PF の単独行為を検討する上で、なお従来の価格中心アプローチが有効であること、②将来の新品・新サービス市場については、価格中心アプローチを補完する、例えば潜在競争論にいつそうの精緻化が求められること、③IS では、市場画定と競争分析について価格中心アプローチ適用の余地がなくなり、イノベーターとしてのデジタル PF

⁴³ at Recital 16 of Draft Guideline of Abuse of Dominance Enforcement Guidelines, March 14, 2018 なお、本案は 2019 年 3 月 7 日付で正式にガイドラインとして公表されており、そこでは Recital 17。

⁴⁴ Facebook/WhatsApp (Case/Comp/M.7217) Commission Decision C(2014) 7239 Final. 3 Oct. 2014 para 87.では、ユーザーを誘引する SNS サービス改善要素として、サービス信頼性に加えて、プライバシーと安全性が加えられている。

⁴⁵ Patricia A. Norberg, Daniel R. Horne, David A. Horne, The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors, The Journal of Consumer Affairs, 41(2007), p.100

間競争におけるイノベーション活動それ自体を分析する必要があるところ、まだ競争当局はこれに成功していないことが示される（下図）。

	価格レンズの有効度	イノベーション活動を見る レンズの有効度
現在市場での競争分析	◎（有効に利用できる）	△（補充的に利用されるべき）
将来の新サービスでの競争分析	△（利用可能性は限られる）	○（利用可能性がある）
IS での競争分析	×（利用可能性に乏しい）	？（検討対象スペースの画定・競争分析に課題が残る）

3. 現在市場における競争政策上の論点

取引型デジタル PF とメディア型デジタル PF では、現在市場における競争政策上の論点で課題の現れ方に違いが生じる。また、検討対象として、デジタル PF 間の競争問題、（他面と垂直類似に）統合するデジタル PF と 1 面市場における競争者との間の競争問題が区別される。以下、これらの区別に応じて課題を整理しよう⁴⁶。

取引型とメディア型を区別する競争政策上の意義は、以下の通りである。第 1 に、例えば Uber/ Airbnb、E コマースのショッピングモール、クレジットカードのように、このデジタル PF の本質的特徴は、従来取引費用が高すぎて困難であった 2 面市場のそれぞれに存在する取引対象商品等の事業者ユーザーと消費者ユーザー間で取引を実際に可能にする仲介機能にある。したがって、取引型デジタル PF による単独行為はまず取引先たる上記売手の事業活動に影響を及ぼし、その結果当該効果はデジタル PF 間競争に及ぶ。他方、メディア型には仲介機能は乏しく、あるとしても消費者ユーザーが当該メディア型デジタル PF 上のウェブ広告に誘引されて取引を行うなど当該 PF 外における取引成立の契機となる場合がほとんどである。このことは、取引型デジタル PF の単独行為については垂直的取引制限類似に、PF 間競争で競争的デジタル PF 排除効果を導く行為や事業者ユーザー間競争に回避効果を導く行為に着目することが重要になることを示唆する。

第 2 に、取引型デジタル PF は、2 面市場双方の取引主体にとっての需要代替性の点でメディア型デジタル PF と大きく異なる。例えば、価格中心アプローチに依れば、Uber/ Airbnb、E コマースのショッピングモール、クレジットカードの事業者ユーザー及び消費者ユーザーにとって仲介機能を供給する取引型デジタル PF に代わり得る提供主体の範囲は、メディア型と比較して相対的に画定しやすい。他方、需要代替性から見てメディア型の 1 面市場の消費者ユーザーにとってのウェブ検索、SNS 等のサービス提供主体の範囲は、より魅力的に訴求するか、注目度が高いか、より簡便に利用できるかどうか、検索が

⁴⁶ この区分は、公取委の問題意識と共通している。例えば、公取委「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査について（中間報告、平成 31 年 4 月 17 日）」7 頁及び 13 頁参照。

一般的か専門的か、有料か無料か等の着眼点に応じて、その内包は交錯し外延が重なり合うことは多い。また、他面市場の広告主ユーザーから見ても、ターゲット層の違いに応じて、新聞雑誌などオフライン広告提供主体も含めて代替的と評価すべき広告サービスの提供主体の範囲はより曖昧である。このことは、メディア型の競争が、価格を主軸とする競争というよりも、イノベーターとしてのデジタル PF 間でのイノベーションをめぐる競争、すなわち 2 面市場双方のユーザーからいっそうの魅力訴求・注目を集めることに向けられる技術的・営業的手段を開発実装する競争や、いわゆる市場をめぐる競争 (competition for market) にシフトしていることを含意する。このイノベーション競争の動態を解像度高く捉えるために、競争当局は、メディア型デジタル PF の単独行為に関する市場画定・競争分析では、価格効果の分析に加えて、上記のネットワーク効果とデータ保有に係る優位性にいっそう配慮することが重要になる。

3-1. 取引型デジタル PF による単独行為

3-1-1. 取引型デジタル PF 間での競争問題

まず着目できるのは、参入阻止を含む競争者排除効果を生じる、2 面市場双方のユーザーに対する競争的デジタル PF へのスイッチングやマルチホーミングを禁止・制限する垂直的取引制限類似の行為である。これには、取引先に対し競争者と取引しないことを契約上直接義務づける排他取引のみならず、同等性 (MNF) 条項⁴⁷、顧客誘導禁止 (anti-steering) 条項等の義務付けを通じて同等・類似の効果を発生させることも含まれる。わが国の公取委実務では、それらは、排他条件付取引・拘束条件付取引 (又はそれらを手段とする排除型私的独占) 等さまざまな形態をとって現れている。併せて、原告の請求趣旨・原因とは異なるが、類似の背景を持つ事例として米国のアメックス事件連邦最高裁判決⁴⁸を瞥見する。なお、消費者ユーザーに対するスイッチング・マルチホーミングの禁止・制限に関しては、後に一括してメディア型で言及したい。

(1) エアビーアンドビー被疑事件—競争的デジタル PF への民泊情報の掲載制限

本件⁴⁹では、ホスト (民泊サービス提供物件のオーナー等) や代行サービス提供者等が、

⁴⁷ 大槻文俊「プラットフォームにおける同等性 (MNF) 条項の公正競争阻害性」日本経済法学会年報 39 号 (2018 年) 15 頁。和久井理子「最恵待遇条項・価格均等条項と独禁法 (上) (下)」NBL No.1093/1095、大槻文俊「インターネット通販サイトの最恵国待遇条項」(舟田・土田編著・独占禁止法とフェアコンミ (日評、2017 年) 87 頁)、本田・和久井「最恵国条項 (MFN 条項) と独禁法」法学研究 47 号 (2015) 1 頁。

⁴⁸ OHIO, et al., Petitioners v. American Express Company, et al, 138 S.Ct.2274, June25, 2018.

⁴⁹ 公取委「エアビーアンドビー・アイルランド・ユー・シー及び Airbnb Japan 株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について(平成 30 年 10 月 10 日)」。本件は、本文中の制限に係る規定を適用する権利を放棄する措置を速やかに講じるとの申出で被疑は解消すると判断され、当該措置が講じられたことを確認のうえ審査終了(五十嵐収・池田大起「エアビーアンドビー・アイルランド・ユー・シー及び

エアビーアンドビー（以下「ABB」）の民泊サービス仲介サイトに、アプリケーション・プログラミング・インターフェイス⁵⁰（主にインターネットを通してソフトウェア同士のデータ連携を可能にする仕組み、以下「API」）を利用して民泊サービス情報を掲載等するにあたって、ABB の権利が付帯する API を利用して他の仲介サイトへの民泊サービス情報の掲載等を制限する規定を定めることが被疑された。API を利用して仲介サイトに接続した管理ツールを利用すると、予約管理、ゲストとの間のメッセージの送受信、価格設定等の管理を一元的に行うことができ、業務効率化や管理コスト圧縮を図ることができるため、API を利用して接続した管理ツールは、代行サービス提供者等に広く利用されている。平成 29 年 6 月以降、ABB は、一部の代行サービス提供者及び管理ツール提供者との間で API の利用等に関する契約を締結しているが、当該契約中の他の民泊サービス仲介サイトへの特定物件に関する情報掲載を制限する規定が問題になった（私的独占・3 条、排他条件付取引・一般指定 11 項、拘束条件付取引・一般指定 12 項）。上記 API の利用等に関する契約中の他の民泊サービス仲介サイトへの情報掲載を制限する規定が、取引先事業者の事業活動を制限し、もって他の民泊サービス仲介サイト運営事業者の排除につながるおそれが懸念された。なお、本件検討対象分野のデジタル PF には、ABB のほか海外事業者が運営するウェブサイトやわが国に所在する事業者が運営するウェブサイトが存在するとされるが、代替的供給主体・シェア・順位等の詳細及び民泊利用者にとっての民泊サービス仲介サイトと各民泊の独自ウェブサイトやオフライン仲介又は直接取引との需要代替性等について、公表文から明らかではない。

本件は、有力な民泊サービス仲介サイト運営事業者たる ABB が、API という取引先事業者の業務遂行上重要な管理ツールの利用可否を人為的に操作することによって当該取引先事業者の競争的デジタル PF へのスイッチング又はマルチホーミングを禁止・制限するように試みた事案と評価できる⁵¹。

Airbnb Japan 株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」公正取引 820 号 84 頁）。

⁵⁰ Crémer Report (note 7) P.33-35 は、補完サービス等の束から成るエコシステム間競争を指し、当該エコシステム内で保有されるデータへの外部からのアクセス経路として API を位置づけ、その排他的利用や開放拒絶などが競争的エコシステムのデータ保有に及ぼす競争上の意義を指摘する。

⁵¹ 取引型の本件で、競争分析上の論点としての民泊仲介サイトの競争的運営事業者に対する取引機会の減少（投入物閉鎖効果）の分析に際して、以下の諸点に係る情報も併せ考慮されるならば、競争者排除効果をいっそう具体的に検討するのに役立ったであろう。①民泊利用者にとって代替可能なサービス範囲及び ABB を含むそこでの各プレイヤーのシェア・順位、②民泊仲介サービス取引分野において想定される両面市場でのユーザー数の臨界点（なお、現在、民泊ホスト等には、住宅宿泊事業法に基づく者、旅館業法上の簡易宿所許可を受けた者、国家戦略特区法上の認定を受けた者が混在する。）、③当該分野で間接ネットワーク効果の強度・フィードバックループの働く方向性と向き（例、民泊利用者における特定仲介サイトの使い慣れ等に基づくロックインの程度等）、④上記制限が取引先事業者等による競争的デジタル PF へのスイッチング及びマルチホーミングを妨げる強度、⑤民泊サービス提供主体のなかで当該制限を受ける取引先事業者等の占める割合等。

(2) みんなのペットオンライン被疑事件—優遇取引先に対する競争的デジタル PF への情報掲載の禁止

本件⁵²では、ブリーダーと一般消費者の間の犬又は猫の取引を仲介するペット仲介サイトを運営するみんなのペットオンライン（以下「みんなのペット」）が、自己サイトにおける特典付き優遇登録ブリーダーに対し、競争的運営事業者のペット仲介サイトへの犬又は猫の情報を掲載することを事実上禁止することが被疑された。平成 28 年 11 月以降、みんなのペットに登録するブリーダーには、単に情報掲載できる登録ブリーダーと、登録ブリーダーのうちプレミアムパートナーがある。後者は、①成約手数料が値引きされ、②一般消費者によるみんなのブリーダー等での情報検索時、検索条件に該当する犬又は猫の情報の表示順位が優遇される等の特典が受けられるものの、他方、③他のペット仲介サイトへの情報掲載が禁止される。みんなのペットは、プレミアムパートナーが他のペット仲介サイトに情報掲載していることを把握した場合、当該パートナーに情報掲載を取りやめるよう複数回にわたって注意し、それでも取りやめないときプレミアムパートナーの適用を解除して特典を受けられないようにしており、これが被疑された（排他条件付取引・一般指定 11 項）。公取委は、プレミアムパートナーに対する情報掲載の上記禁止は、①他の仲介サイトを利用する販売業者が減少することにより、他の仲介サイト運営事業者と販売業者との間の取引機会を減少させる効果を生じさせ、また、②他の仲介サイトに掲載される商品の数を減少させることにより、他の仲介サイトを選択する消費者も減少させる効果を生じさせるおそれがあるとした。なお、消費者が、ブリーダーが繁殖させた犬又は猫を購入するまでには、ペット仲介サイトを通じた取引を含めて様々な流通経路が存在する。ペット仲介サイトを運営する事業者はみんなのペット以外にも複数存在するが、シェア・順位等の詳細、及びペット仲介サイトと様々な流通経路との間の消費者から見た需要代替性は、公表文から明らかではない。上記(1)事件と異なり本件では、①仲介実績等を踏まえて、みんなのペットがペット仲介サイト運営分野において有力な事業者であること、②一般に、ペット仲介サイト運営事業者は、当該サイトを通じて取引された犬又は猫の仲介実績、当該サイトに登録している犬又は猫の数及び登録ブリーダーの数を当該サイトに掲載し、消費者に対し仲介実績や犬又は猫の登録数の多さ等を訴求していることが追加的に示される。

本件も、有力なペット仲介サイト運営事業者たるみんなのペットが、プレミアムパートナーという優遇制度の適用如何を操作することによって当該取引先事業者の競争的デジタル PF へのスイッチング及びマルチホーミングを阻止・制限するように試みた事案と評価できる⁵³。

⁵² 公取委「公取委「みんなのペットオンライン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について(平成 30 年 5 月 23 日)」。本件は、本文中の制度を取り止める等の措置を自発的に講じた旨の報告があり、これで違反被疑は解消すると判断され、審査終了（田邊貴紀・八子洋一「みんなのペットオンライン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」公正取引 814 号 79 頁）。

⁵³ 本件でも、競争的運営事業者に対する投入物閉鎖効果の分析が関心事となる。この点で、本件には上記

(3) アマゾン電子書籍関連契約に係る被疑事件－電子書籍配信をめぐる同等性条項

本件⁵⁴では、電子書籍の配信事業を行っているアマゾンが、同ウェブサイト上で配信される電子書籍につき、出版社及び流通業者(以下「出版社等」と)との間の契約(以下「電子書籍関連契約」)において定める同等性条項(①出版社等の一般消費者等に対する小売価格、②出版社等のアマゾンに対する卸売価格、③販売促進用の当該小売価格、当該卸売価格及びコンテンツ、④品揃え、⑤ビジネスモデル(例、定額配信やレンタル)並びに⑥機能(例、操作性)を含む事項について、出版社等と他の電子書籍配信事業者又は同事業者が運営する電子書籍配信プラットフォームにおける消費者等との取引(以下「他の取引」と)との同等性を義務付ける)が被疑された(適用条文明示なし)。なお、ここで問題にする競争者排除効果以外に、取引先の事業活動に直接に影響を及ぼすという意味で、同等性条項には事業者ユーザー間で競争回避効果も発生する(詳細後述)。公取委は、当該条項が、①競争上の努力を要することなく、アマゾンが運営する電子書籍配信プラットフォームにおける電子書籍の価格を最も安くし、サービスを最も良くするなど電子書籍配信事業者間の競争を歪める効果、②電子書籍配信事業者による出版社等向け取引条件の向上が、出版社等による電子書籍の価格の引下げやサービスの向上につながらなくなるなど電子書籍配信事業者のイノベーション意欲や新規参入を阻害する効果を懸念した。なお、本件検討対象分野のデジタル PF でアマゾン以外の電子書籍配信事業者等に係るシェア・順位等の詳細は公表文か

(1)事件と比べて幾つか注目点がある。①公取委は、ペット仲介サイト運営分野について、仲介実績数をベースにして当該分野における被擬事業者の市場地位を推計し得るという考え方を示しており、これは応用余地のあるシェア推計手法と考えられる。

また、公取委によれば、ペット仲介サービス運営分野では、消費者に対する仲介実績(ペット及びその仲介サービスの経験財的特性)、犬又は猫の登録数の多さ(品揃えも競争軸の1つとする特性)が仲介成立のうえで大きな役割を果たす。この2つの機能特性はペット仲介サービスに固有ではない。上記(1)事件の民泊サービス仲介サービス運営分野においても同様に妥当すると考えられる。投入物閉鎖効果の分析において、仲介対象商品等の経験財的特性及び品揃えは、商品等のブランド力と並び、この特性を持つ他の仲介サービス運営分野にも応用できる分析要素と考えられる。

本件は、わが国で間接ネットワーク効果が消極的にも働くことを認めた初例でもある。公取委は、仲介実績に加えて、消費者に対する訴求要素として登録する犬・猫の数及びブリーダーの数の多さを指摘している。この指摘は、みんなのペットが直面する2面市場間で間接ネットワーク効果が発生して積極的にフィードバックループすることを示す事情であると同時に、本件制限行為が、単にデジタル PF と事業者ユーザー間の市場で競争的デジタル PF に登録ブリーダー数の減少をもたらすのみならず、それを通じて間接的に当該 PF にとってデジタル PF と消費者ユーザー間の市場での競争軸の1つとして重要な品揃えも阻害するという意味で、本件制限行為が競争的デジタル PF を選択する消費者数も減少させるおそれがあるとの公取委の評価に説得性を与える。

⁵⁴ 公取委「アマゾン・サービスズ・インターナショナル・インクからの電子書籍関連契約に関する報告について(平成29年8月15日)」。本件は、アマゾンが、本文中の制限条項に基づく義務に係る規定を行わない、本件同等性条項を定めない等の措置を最低5年間実施する旨等自発的な措置の申出がなされ、これらで懸念は解消すると判断され、審査終了(栗谷康正「アマゾン・サービスズ・インターナショナル・インクからの電子書籍関連契約に関する報告について」公正取引805号71頁)。

ら明らかでない。

本件は、電子書籍配信事業者たるアマゾンが、取引先の出版社等に対し、電子書籍関連契約中に同等性条項を課すことによって、（当該事業分野への潜在競争者の参入阻止を含む）競争的デジタル PF へのマルチホーミングのインセンティブを奪うことを試みた事案と評価できる。事業者ユーザーにとって、新規参入者がより低額の手数料など営業上の創意工夫を示して新規取引（マルチホーミング）を促し、それを原資に当該デジタル PF 上に掲載する電子書籍の値引きを行うよう試みても、当該事業者ユーザーは同条項に基づく義務としてアマゾンにも同額まで引き下げ等をしなければならない以上、当該事業者ユーザーにとって新規取引に伴う増収がアマゾンに対する値引きに伴う減収を上回らない限り、新規参入者と新規取引を始める誘因はない。まして新規参入者が臨界点に達していないならば参入は起きない。また、事業者ユーザーが、マルチホーミングを許す競争的デジタル PF を追加して当該 PF に電子書籍の価格引き下げ等を行ったとしても、アマゾンにも同額までの引き下げ等をしなければならない以上、当該事業者ユーザーにとってマルチホーミングに伴う増収がアマゾンに対する値引きに伴う減収を上回らない限り、マルチホーミングへの誘因はない。このように、同等性条項には、アマゾンに競争的デジタル PF に対する費用優位が常に成り立つ状態を帰結するとともに、潜在競争者の参入阻止を含む事業者ユーザーのマルチホーミングを抑制する効果が認められる⁵⁵。

(4) アマゾンジャパン電子商店街に係る被疑事件—電子商店街をめぐる同等性条項

本件⁵⁶では、Amazon.co.jp に開設される Amazon マーケットプレイスという電子商店街を運営するアマゾンが、同ウェブサイトの出品者との間の出品関連契約において定める価格等及び品揃えの同等性条件が被疑された（拘束条件付取引・一般指定 12 項）。なお、同等性条項の取引先事業者間での競争回避効果の検討は同じく後述する。公取委は、当該条項が、①競争上の努力を要することなく、被疑主体の電子商店街に出品される商品の価格を最も安くし、品揃えを最も豊富にするなど電子商店街の運営事業者間の競争を歪める効果、②電子商店街の運営事業者による出品者向け手数料の引下げが、出品者による商品の

⁵⁵ 本稿の関心からすれば、本件で間接ネットワーク効果が積極的に働くと推定される点は上記(1)(2)事件と同じであるが、特に品揃えを競争軸とする特性の点で、民泊利用者、ペット所有者及び電子書籍のユーザーを対比すれば、電子書籍関連事業に係る 2 面市場双方のユーザーに当該特性はいっそう強く働くのではないかと推察される。他方、①アマゾン以外の関連事業者の有無・シェア・順位が不明であること、②上記条項に伴うデジタル PF のイノベーション意欲と新規参入の阻害効果をも問題視している点は上記(1)(2)事件と異なる。

⁵⁶ 公取委「アマゾンジャパン合同会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について（平成 29 年 6 月 1 日）」。本件は、アマゾンが、締結済みかつ有効な出品関連契約における価格等の同等性条件を削除し、又は当該契約における価格等の同等性条件及び品揃えの同等性条件に係る同社の権利を放棄して行使せず、今後同条項を定めない旨等自発的な措置の申出がなされ、これらで懸念は解消すると判断され、審査終了（栗谷康正「アマゾンジャパン合同会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」公正取引 801 号 82 頁）。

価格の引下げや品揃えの拡大につながらなくなるなど電子商店街の運営事業者のイノベーション意欲や新規参入を阻害する効果を懸念した。なお、本件検討対象分野のデジタル PF には、被疑主体以外に楽天市場、Yahoo!ショッピング等が存在するとともに、被疑主体は Amazon マーケットプレイス以外に Amazon.co.jp ウェブサイトにおいて自らも消費者等に商品を販売している。

本件も、電子商店街の運営事業者たるアマゾンが、取引先の出品者に対し、出品関連契約中に同等性条項を課すことによって、当該事業分野への潜在競争者の参入を阻止するとともに、当該取引先事業者の競争的デジタル PF のマルチホーミングへのインセンティブを奪うことを試みた事案と評価できる⁵⁷。

(5) 米国の American Express 事件連邦最高裁判決—顧客誘導禁止 (anti-steering) 条項⁵⁸

取引型デジタル PF が、当該事業分野への潜在競争者の参入を阻止するとともに、事業者ユーザーの競争的デジタル PF へのスイッチングを阻止・制限するために用いる行為として誘導禁止条項も知られる。米国クレジットカード取引市場の主要 4 社のうち最も後発参入の Discover は、事業者ユーザーに対して低額手数料を提示することで Visa、MasterCard、American Express (以下「AE」) に対抗した。これにより事業者ユーザーは消費者ユーザーに Discover カードの利用を誘導するようになったところ、上記 3 社は事業者ユーザーに対し他社へのこのような誘導を禁止する義務を契約上定めた。本件は、2010 年 10 月、司法省及び 7 州が、上記誘導禁止条項が AE と事業者ユーザー間の不法な取引制限に当たりシャーマン法 1 条に違反するとして上記 3 社に対し上記条項の差止を求めてニューヨーク東部連邦地裁に反トラスト民事訴訟を提起し、Visa、MasterCard は直ちに和解したものの、AE は裁判所の判断を求めて訴訟追行した事案である。同地裁で原告勝訴、その後第 2 巡回区控訴裁で被告・控訴人が勝訴したところ、原告・被控訴人の州の一部が上告。周知の通り、連邦最高裁は、2 面市場における反トラスト原告は、1 面市場での価格引き上げだけでなく、それがどのように他面市場の消費者利益を害するかも立証する必要があるとした控訴審判決を支持した。

本稿の関心に基づけば、本件は、クレジットカード事業者の AE が、取引先の小売事業

⁵⁷ 本稿の問題意識から見て、①積極的な間接ネットワーク効果が働くと推定される点は上記(1)(2)(3)事件と同じであろう。しかし、品揃えを競争軸とする特性に関して電子商店街の消費者ユーザーは電子書籍に比してさほどでないとも推察される。また、②懸念主体を含む関連事業者のシェア・順位が不明である点、③上記条項に伴うデジタル PF のイノベーション意欲と新規参入の阻害効果をも問題視している点は、上記(3)事件と同じである。いずれも上記(3)事件と類似する背景等があるとも考えられる。なお、本件では、被疑主体は Amazon マーケットプレイス以外に自らも消費者等に商品を販売しており、この点は上記(3)事件と異なり後述する。

⁵⁸ 木村友彦「プラットフォーム事業者の不公正な取引慣行の評価の枠組みに関する一考察」日本経済法学会年報 39 号(2018 年)73 頁、井畑陽平『「取引型」の二面プラットフォームによる垂直的な制限とシャーマン反トラスト法 1 条』公正取引 821 号 19 頁、林秀弥「プラットフォームと二面市場」法律時報 91 巻 3 号 59 頁。

者に対し、関連契約中に顧客誘導禁止条項を課すことによって、当該事業分野への潜在競争者の参入を阻止するとともに、当該取引先事業者のマルチホーミングを抑制し、競争的デジタル PF へのスイッチングを阻止することを試みた事案とも評価できる。

(6) データ保有に関わる共通論点

各事案におけるネットワーク効果分析に関しては各注を参照されたく、ここではデータの保有に関わる共通論点に言及する。デジタル PF による単独行為を通じて、現在市場におけるデータの保有に関する優位性はネットワーク効果によって増幅される。上記の民泊・ペットの仲介、電子書籍配信、電子商店街及びクレジットカード、すべての事業分野において、2 面市場双方での取引に応じて被疑主体に収集・分析利用等されていく事業者ユーザーと消費者ユーザーに係るデータの競争上の含意を、競争当局が分析した跡は認められない。今後、競争当局は、事案分析にあたり、ネットワーク効果分析と並び、上記の特徴を踏まえて、①データを、より大量・多種類に保有すればするほどそれぞれの効果を高める、②データ保有の大量性及び多様性に基づく優位性は相乗する、③この相乗は特定業務目的達成に向けられたアルゴリズムによる観察・推論・予測等の精確性を高めることを帰結することも、併せて具体的に分析することが重要になる。

具体的に、例えば、上記(5)事例における消費者ユーザーの年・月・曜日・時間別の利用額、利用店舗及び購入商品・サービスの種類と関連性等の情報は、漸次、入会時の住所・氏名・年齢・年収・家族構成等の基礎情報に追加・更新されつつ、個々の消費者の行動分析・予測等における基幹データになる。同時に、事業者ユーザーの年・月・曜日・時間別の売上額、売上店舗及び売上商品・サービスの種類と関連性等の情報も、個々の事業者の営業分析・予測等において基幹データになる。両方のデータを個々に又はセグメント化等して分析することを通じて得られる消費者・事業者ユーザーに係る推論や洞察は、将来の競争にとって重要なインプットたり得る。このように AE の顧客誘導禁止条項には、競争的デジタル PF のデータ収集・分析利用等を行う双方のユーザー対象範囲を狭め、当該デジタル PF にとって将来の競争にとって重要なインプットの形成について狭窄に陥らせる効果がある。同時に、この効果と併せて、単独行為に基づく競争者排除の観点からは、AE の顧客誘導禁止条項が、新規参入者に対して、そもそも推論や洞察を導くに足るデータ収集・分析利用等を行わせない（又はそのコストを増大させる）という意味で、データ保有上の新たな参入障壁を構築する効果を発生させることができると見てもできる⁵⁹。

上記(1)事例でも、消費者ユーザーの宿泊期日・場所・金額等に係る情報、事業者ユーザー

⁵⁹ Stigler Report (note 7) at p. 84 は、この効果を発生させる力を Bottleneck power と呼び、この力を有するデジタル PF については、反トラスト当局による救済措置に加え、デジタル当局という新たなセクター規制当局によって、データシェアリング、オープンプロトコルと相互運用性確保基準の設定、差別扱い禁止及びアンバンドリング等の救済措置を構想すべきとする。なお、同様な規制機関 (digital markets unit) の新設は、Furman Report (note 7) at p. 5 以下でも提言され、また、ACCC Final Report (note 1), p. 510 はオンブズマン組織の新設を提言している。

の年・月・曜日・時間別の売上額、売上民泊サービスの種類と関連性等の情報は、上記同様に、データ駆動型経済社会での個々の消費者・事業者ユーザーの行動分析・将来予測等における基幹データの 1 つとなろう。同様に、ABB が API という業務遂行上重要な管理ツール利用を操作することにも、ホストや代行サービス提供者等の取引先事業者の競争的デジタル PF へのスイッチングやマルチホーミングを禁止・制限する効果と並び、競争的デジタル PF にとって将来の競争にとって重要なインプットである上記推論や洞察について狭窄に陥らせる効果等も発生させることも看取できる。この点は、上記(3)(4)事例でも基本的に異ならない。なお、現在市場でのネットワーク効果によって増幅されるこのデータ保有に関する優位性は、将来の新サービスや IS でのイノベーションをめぐる競争のスタートライン及び各プレイヤーの初期条件に大きな影響を及ぼすおそれがある点にも留意したい⁶⁰。

上記(3)(4)事例において公取委が示す競争上の懸念のうちに「イノベーション意欲」の阻害という用語に示される通り、競争当局には個別具体の事件処理においてデータ保有の視点に基づく分析を深めていくことが期待される⁶¹。

⁶⁰ 参照、公取委「携帯電話事業者との契約に係るアップル・インクに対する独占禁止法違反被疑事件の処理について(平成 30 年 7 月 11 日)」。本件は、契約の下記部分を改定するとの申出がなされ、これで違反被疑は解消すると判断され、審査終了。事件解説として、栗谷・吉留「携帯電話事業者との契約に係るアップル・インクに対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」公正取引 817 号 78 頁)を参照。本件では、Apple Japan の最終親会社であるアップルが、同社と NTT ドコモ、KDDI 又はソフトバンクとの契約に基づき、① 3 社が Apple Japan に注文する iPhone の数量、② 3 社が iPhone の利用者に提供する電気通信役務の料金プラン、③ 3 社が iPhone の利用者から下取りした iPhone、④ 3 社等が iPhone を購入する利用者に提供する端末購入補助について 3 社の事業活動を制限していることが被疑された(拘束条件付取引・一般指定 12 項)。事案処理としては、スマホメーカーとしての被疑主体による上記制限行為という把握ではあるが、①検討対象行為の競争上の影響を、上記①から④につき、それぞれ、スマホメーカー間の競争に与える効果(販売機会を減少させる)、MNO 間の料金プランに係る競争に与える減殺効果、スマホ市場における Apple Japan の地位を維持・強化し、iPhone の販売価格維持等の効果及び MVNO を含む移動体通信サービスを提供する電気通信事業者間の低廉で多様な料金プランの円滑な提供を通じた自由競争減殺効果の視点から検討している。このように、本件は、わが国で端末と電気通信サービスが一体で提供されるサプライチェーン特性及び上記寡占 3 社による役務の定期契約(2 年・4 年縛り)の実態に即して、競争上の影響が及び得る競争の場を多段階・多元的に認め、その相互の関わり(エコシステム)を踏まえつつ上記効果を検討している。

本件で、被疑主体をプラットフォーム機能(iOS 等)を提供するデジタル PF として捉える検討は認められない。しかし、データの収集・分析利用等の観点から見て、上記制限がエコシステムに及ぼす効果を分析する際に、①スマホ取引分野における iPhone の市場地位が、iOS、Safari や iTunes 等のアプリ、アプリストアである App Store など被疑主体に関わる(PC としての Mac/macOS を含む)エコシステムとしての総合的な競争力に裏打ちされていること、②このエコシステムに消費者ユーザーを誘導するキラー商品が iPhone というモバイル端末であることに注意が払われるべきと考えられる。

⁶¹ わが国で消費者の購買行動データの保有に懸念を示した初例として、ヤフーによる一休の株式取得「平成 27 年度における主要な企業結合事例」事例 8、72 頁。

3-1-2. 取引型デジタル PF と事業者ユーザーとの間の市場での競争（Within-Side Competition）問題

取引型デジタル PF による単独行為は、直接には当該デジタル PF と事業者ユーザーとの間の取引市場における競争に影響を及ぼすものが多い。ここでの競争問題に 3 つの類型がある。

(1) 1 つは、上記事例で挙げられた、有力デジタル PF が、取引先事業者ユーザーに対して各種拘束条件を課す場合である。公取委は、上記(3)(4)事例の同等性条項について、出版社等による他の取引における電子書籍の価格の引下げやサービスの向上を制限するなど出版社等の事業活動を制限する効果を、また、出品者による他の販売経路における商品の価格の引下げや品揃えの拡大を制限するなど出品者の事業活動を制限する効果を懸念した。同等性条項には、競争的デジタル PF に対する排除効果のみならず、同時に、事業者ユーザー間での価格引下げ、サービスの向上、品揃え拡大等に係る競争を回避・抑制させる効果も発生させる。このとき、電子書籍事業分野又は電子商店街事業の事業者ユーザーとしては、たとえマルチホーミングする何れかの競争的デジタル PF に対し電子書籍又は出品する商品等の値引きを行ったとしても同条項に基づく義務としてアマゾンにも同額まで値引きをしなければならないのである以上、値引きを行うこと自体に消極的になり、価格競争回避効果が発生する。

また、上記(5)事例で、原告がシャーマン法 1 条に基づき AE が問責されたのはこの事業者ユーザー間での価格競争抑止効果の存否であって、顧客誘導禁止条項も価格競争回避効果を併有する。本件原告に依れば、AE 加盟の事業者ユーザー間で、AE に対する高額の手数料を嫌って店舗で AE のカードを提示する顧客を Discover 等の競争的デジタル PF のカード利用に誘導することを禁じられていることから、代金値引き、景品の追加等をなすこと自体に消極的になり、ひいてはそのような事業者ユーザーに対する競争上の弊害は AE 入会の消費者ユーザー及びその他のカード利用の消費者ユーザーに転嫁され、消費者に対する商品等の小売価格引き上げをもたらす。

(2) 有力デジタル PF が取引先事業者ユーザーに対して各種条件を課すというとき、当該デジタル PF 自体も事業者ユーザーサイドの取引市場で垂直統合類似に⁶²事業活動を行っている場合、上記類型と並んで、EU における Google 事件に観察されるウェブショッピング検索での自社優遇⁶³、スマートフォンの Android OS と自社アプリの抱き合わせ販売等を識別することができる。例えば、上記(4)事例で、アマゾンは、Amazon マーケットプレイスに加えて Amazon.co.jp ウェブサイトにおいて自らも消費者等に商品を販売していた。なお本件で、垂直統合するデジタル PF も事業者ユーザーと競争関係にある 1 面市場における競争上の弊害という視点に基づいて審査が具体的になされた跡は認められない。

(3) 以上のように取引先の事業者ユーザーが有力デジタル PF から各種拘束条件を課せら

⁶² 「垂直統合類似」の表現は、前注 70 頁の記述に依る。

⁶³ 柴田潤子「グーグルの市場支配的地位濫用と EU 競争法」法律時報 91 巻 3 号 63 頁。

れる以外に、デジタル PF に加えてむしろ共同行為への参加主体として事業者ユーザーが積極的に関与する事例がある。米国の Apple eBooks 事件⁶⁴に観察されるようにデジタル PF と事業者ユーザー間の販売価格競争を回避するハブアンドスポーク型の共同行為が典型である。本件で、Amazon の電子書籍端末 Kindle の発売と書籍販売価格 9.99 ドルの設定以来、事業者ユーザーたる出版社は紙媒体同一書籍の売上不振に悩んできた。2009 年、Apple は、iBookstore という電子書籍配信事業を運営するデジタル PF の立ち上げを企図し、電子書籍のより高い販売価格設定の点で大手出版社 5 社と利害を一致させた。Apple は、5 社との間で電子書籍のより高い小売販売価格設定を主導し、5 社に対し、従来の電子書籍の販売方法であった卸売モデル（wholesale model: 出版社から電子書籍を供給される小売業者が、電子書籍の小売販売価格を設定する）ではなく代理店モデル（agency model: 出版社が、代理店たる小売業者の電子書籍の小売販売価格を設定し、Apple は販売手数料 30%を受け取る）及び小売販売価格等に係る同等性条項を採用することに合意した。なお、同条項に基づく義務は、本来、出版社が、Apple に対し Amazon を含む他の全ての小売業者に対する小売販売価格のうち最も低い価格を以て販売しなければならない点にあるが、同時に、本件では、これは電子書籍の高価格設定に関する Apple と 5 社間での上記共謀の遵守を監視する実効確保手段として機能するようにも企図されていた。裁判所は上記共謀をシャーマン法 1 条違反とした。このように、本件は、デジタル PF が事業者ユーザー間で競争を回避し合う共同行為を主導・促進するハブ的位置に立ち得ること、同等性条項にはデジタル PF が事業者ユーザー間での共謀を監視して、その実効確保手段として機能する面もあることを示す。

3-2. メディア型デジタル PF による単独行為

3-2-1. メディア型デジタル PF と広告主との間の市場の画定

以下、メディア型デジタル PF の行う取引と競争の特徴を示す代表例として、ウェブ検索や SNS を念頭に検討する。考察の前提として、まず、市場画定をいっそう精密化する必要性に言及したい。上記の通り、メディア型デジタル PF が直面する 2 つの市場とも、双方のユーザーから見たサービスの用途・価格・ユーザーの認識と行動等に基づいてサービス範囲の画定は容易でない。特にメディア型デジタル PF と広告主との間の広告サービス市場を考えると、含まれるべき広告サービスの種類や範囲等について、例えば、オーストラリア競争当局は、広告を、ラジオ、TV、屋外・劇場（以上「オフライン」）、印刷メディア及びオンラインに区分するとともに、広告費ベースで 47% が Google を、21% が Facebook を、32% が他サイトを用いると推計する（三行広告（classified ads）を除く。）⁶⁵。さらに、オンラインのデジタル広告を、検索広告、三行広告及びその他広告に三分して、Google と Facebook が検索広告及びその他広告分野で市場支配力を有するとする。わが国を眺めると、例えば電通の「日本の広告費」ではインターネット広告費の区分を用いるが、それ以

⁶⁴ United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015).

⁶⁵ ACCC Report, figure 1.8, p.33

外のラジオや TV 等の区分にもウェブオンライン広告費が含まれており、その実態は一見するほど自明ではない。公式統計の経済産業省の特定サービス産業動態統計調査でも、区分の再調整が必要であることに違いはない⁶⁶。公取委には、今後、メディア型デジタル PF 関連の競争実態を解明するため、デジタル広告市場の実証分析がいつそう求められる。

3-2-2. メディア型デジタル PF 間での競争問題

3-2-2-1. 情報的基礎に関わる論点

後述の通り、データ流通の視点から収集、分析利用等の過程を眺めると、消費者ユーザー、メディア型 PF 及び広告主ユーザー（加えて周辺の関連アド事業者等）は複雑で相互依存的な一つのビジネス・エコシステムを形成している。データ流通の起点となる消費者ユーザーが、またその終端となる事業者ユーザーが、いかなる情報に基づき、それをどのように評価して、どのデジタル PF とデータのやり取りを行うか（以下「情報的基礎」）の選択に影響を及ぼす行為は、各エコシステムの持続と繁茂の可能性に大きく影響する。ビジネス・エコシステムとしてメディア型デジタル PF 間競争を考えると、メディア型 PF 間競争において競争的デジタル PF 排除効果を発生させる行為に注目すべき場面は、メディア型 PF の提供するサービスに提示される取引条件に関する競い合いだけではなく、むしろ取引条件の選択に先立つ判断心理の過程の操作⁶⁷や、前述のイノベーションをめぐる競争へと広がっていると考えられる。以下、メディア型デジタル PF による消費者・事業者ユーザーに対するサービス選択の判断心理の過程に関わる慣行について瞥見したい。こうした慣行は消費者・事業者ユーザーのデジタル PF 選択における情報的基礎を歪曲し、当該歪曲を踏まえて判断するならば選択しなかったかも知れない又は取引先変更を望むかも知れないデジタル PF に消費者・事業者ユーザーを引き留める効果を生み、メディア型デジタル PF 間競争に影響を及ぼしているおそれがある。

3-2-2-2. 消費者ユーザーの情報的基礎の歪曲

メディア型デジタル PF との取引で、消費者ユーザーはより良質な、広告主ユーザーはより廉価なサービスを求めるだろう。このとき、例えば消費者ユーザーを誘引する際にメディア型デジタル PF が取引条件について選択判断の上で重要な事実を告知せず（例、サービス提供に必要な種類を超えてデータを収集する）、もしくは告知が十分でなく（例、プライバシーポリシー（以下「PP」）が過度に曖昧で、ミスリードされやすい）、又はそれらに関する判断を行うための時間的猶予や技術情報等を事実上与えない慣行等が論じられている。

⁶⁶ 例えば、現状、ラジオ広告費に分類される radiko での広告費、TV 広告費に分類される Abema TV での広告費は、本来デジタル広告費に分類されるべきと考えられる。

⁶⁷ EU におけるオンライン検索広告に関する Google に対する制裁金決定（EUIP/19/1770, Antitrust: Commission fines Google €1.49billion for abusive practices in online advertising, Brussel, 20 March 2019; Google Search (Shopping) CASE AT.39740 Commission Decision in the December 2017)。

いま、メディア型デジタル PF との無料サービス取引に入る段階で、ユーザーは、クリックラップ契約⁶⁸（当該デジタル PF にサインインする過程で取引条件及び PP）に同意したと見なされる契約を、応諾しなければサービス提供されないという意味で応諾強要的に、かつ、法的保護対象の個人情報以外の個人データ（例、地理的所在情報等）を含むデータがオンライン・マルチデバイスで追跡されて収集・蓄積・第三者提供される個別契約条項につき包括的に同意するよう求められる。このクリックラップ契約には、当該サービスを選択すべきかどうか判断するための消費者ユーザーの情動的基礎に対して以下のような悪影響を及ぼすかも知れない。

第 1 に、限定合理的な自然人としての行動的バイアス⁶⁹に乗じるおそれがある。消費者ユーザーの行動には、ある種の限定合理性が伴うことが知られている⁷⁰。限定合理性は、ヒトの行動的バイアスや認知上の制約に基づく⁷¹と見られる。例えば、消費者ユーザーはしばしば無料という名目に即座に誘引されやすく⁷²、自己の個人データがメディア型デジタル PF の事業リソースとしてしばしばオンライン・マルチデバイスで追跡され⁷³、また、競争上の重要インプットの 1 つとして保有され、かつ、いったん匿名化されるとしても技術的に逆匿名化されて利用されるおそれがあること等を合理的かつ中長期的観点に基づく熟慮をした上で、当該デジタル PF にサインインすると判断しているとは必ずしも評価でき

⁶⁸ ACCC Report, p.176

⁶⁹ ヒトの行動的バイアスには、フレーミング効果、現状維持バイアス、アンカーリング効果等々が知られている。また、実際、EU/Google ADP 事件では、検索サービスにおける displaying の持つユーザーに対する効果が問題とされた。また、より広くターゲット広告等による消費行動操作の可能性も指摘される。

⁷⁰ What can behavioral economics teach us about privacy? in Acquisti & Vimercati, Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices(2007), p.363

⁷¹ Amanda P. Reeves & Maurice E. Stucke, Behavioral Antitrust, Vol. 86, Issue 4 Indiana Law Journal p.1527, Timothy J. Muris, Will the FTC's Success Continue?; at FTC Hearing (note 1) #1: Competition and Consumer Protection in the 21st Century.

⁷² この点で、「無料」表示は消費者ユーザーをミスリードしている。サービス提供の対価として個人データを提供する取引を真の意味で「無料」であるとは言いがたい（Chris Jay Hoofnagle, Jan Whittington, Free: Accounting for the Costs of the Internet's Most Popular Price, 61 UCLA L. Rev. p.606 (2014), p.626）。

⁷³ オンライン追跡の手段としてさまざまな方策が知られている。①ウェブサイトやアプリへのサインイン・サブスクリプション時に氏名・年齢・住所・生年月日・電話番号等の情報が収集され、以後それらを紐付ける ID で追跡する。②閲覧したウェブサイトがユーザーの PC に自動的に見えない形で送り込む Cookie は、当該ユーザーのウェブ閲覧履歴・ショッピングカートの中身等の情報を返送し、当該ユーザー向けにカスタマイズされたウェブ画面や商品等を提示する。③HTML ファイル中に記載された文字列のウェブタグは、コンバージョンを測定したり Google Analytics 等のツールの使用を制御したりするために画面内に配置される要素であること以外、Cookie と同じ。④指定した箇所に広告を配信するようアドサーバーへリクエストを送信するための HTML 内の文字列のアドタグも、広告を見たか・クリックしたか等の情報を広告主又はウェブサイトを提供する。⑤pixel は、IP アドレス・使用マシン等を手がかりに様々な方法で、アクセス時間・滞在時間・ボタン等のクリック情報等を含むユーザーの行動を追跡する。⑥モバイルアプリは位置情報等を含むユーザー行動を地理的に常時追跡する。

ない。第2に、上記契約及びサインイン後の設定変更等でのデフォルト設定又は選択オプション設定 (pre-selection) が、しばしばメディア型デジタル PF に一方的に有利となっており、これらを注意深く読了した後でサインインするユーザーは明らかに少数である。第3に、クリックラップ契約に付随する PP はしばしば冗長、複雑、曖昧かつ案内不足であって、結果的に PP の本質部分からユーザーの注意を取らせて逸らす面がある。

クリックラップ契約に係る以上の問題点は、消費者ユーザーの行動的バイアスや認知制約に乗じる手段・態様で、合理的な選択判断において求められるべき情報的基礎を掘り崩すおそれに特徴がある。経産省・公取委・総務省「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則（平成30年12月18日）」では、サービスの対価として自らに関連するデータを提供する消費者との関係での優越的地位の濫用規制の適用を検討するとする。この点で、消費者法の視点に基づく行動的バイアスや認知制約をめぐる知見・洞察は、例えば、取引上の地位の優越性認定における取引依存度や取引先変更可能性の評価を根拠付ける際にも役立つと考えられる⁷⁴。

3-2-2-3. 事業者ユーザーの情報的基礎の歪曲

メディア型デジタル PF による情報的基礎の歪曲は、デジタル広告に係る媒介取引（広告業では仲介を「媒介」と呼ぶ）の不透明さを通じて消費者ユーザーよりも合理的と考えられる事業者ユーザーに対しても行われているおそれがある。例えば、デジタル広告は、ウェブサイトと広告主との相対取引を通じて、又はその間を媒介する事業者を経由するプログラムに基づく RTB (real time bidding) 取引を通じて行われる⁷⁵。NDA によってこ

⁷⁴ 消費者ユーザー全体に対する調査結果に反して、ある特徴を有する一定層だけ、行動的バイアスや認知制約の故に特定サービスに関して特定デジタル PF への取引依存度が高いことはあり得る。また、一見消費者ユーザーに取引先変更の余地が与えられていると見えても、行動的バイアスや認知制約に乗じるデジタル PF の情報的基礎を歪曲する操作によって、取引先変更の余地が消費者ユーザーに実質的意味を伴って認識されていないことはあり得る。このような社会心理学的分析の例として、消費者庁「若者の消費者被害の心理的要因からの分析に係る検討会報告書（2018年8月）」。また、同「消費者契約法改正に向けた専門技術的側面の研究会報告書（案）」24頁は、浅慮（本来の意思決定から注意が逸れたり、思考の範囲が狭まったりすること、あるいは、思考力が低下するような心理状態）、眩惑（将来一定の価値や利益を獲得することができると期待し、当該契約を締結するか否かについて自由な意思決定をすることが妨げられている心理状態）といった心理状態を作出する行為に着目する。

⁷⁵ RTB 取引の技術的概要は以下の通り。①ユーザーが、広告掲載サイトを閲覧すると当該サイトからウェブサイト側の SSP に広告リクエストを送信、②SSP はこれを分析し、接続する広告主側の各 DSP に入札リクエストを送信、③各 DSP は DMP から提供されるデータも参照しつつこれを分析し、広告効果最大化の観点から最も有効な広告配信先を決定して入札レスポンスを返信、④SSP は各 DSP からのこれを分析し、最高値の入札レスポンスを決定し当該サーバーに返信、⑤落札された広告主側の広告がユーザー閲覧サイトに表示・掲載。広告主及びウェブサイト双方とも、自社保有データに加えて、データプロバイダ等の第三者から取得した当該ユーザーの過去の購入商品・店舗・場所の履歴、年齢、未婚の別等の社会人口学的データなど他のデータを DMP に統合し、DMP は当該データを DSP に提供することによって、

した契約・取引の実態解明が進んでいないことはつとに知られているが、RTB 取引についても SSP(Supply-Side Platform)/DSP(Demand-Side Platform)/DMP(Data Management Platform)間での各種情報のやり取り及びそれを制御するプログラムのアルゴリズムに関し、競争政策の見地から立ち入った分析が十分に行われたことはないようである⁷⁶。例えば、広告主ユーザーには、有力なメディア型デジタル PF のウェブサイト上でのデジタル広告が、広告主には本当に意図した通りのターゲットに適切に行われているかどうかを確かめる術がなく、いわゆるアド詐欺⁷⁷ (ad fraud) を典型に、当該広告の効果及びその測定手法に関して懸念があるとされる。この懸念が妥当しているのであれば、BtoB 市場でも広告主が広告を掲載するデジタル PF を選択する際の評価・判断を歪めるおそれがあり、競争的デジタル PF 排除効果の有無を確かめる必要がある。有力なメディア型デジタル PF も広告効果の検証のため専門機関からの認証や第三者評価を行ってはいるが、結局、検証の信頼性は当該専門機関等が、当該デジタル PF が用いるプログラムやアルゴリズムにどこまでアクセスできるかに依存しており、また、有力デジタル PF の側に自らこれを糾そうとする誘引は生じないことから、上記懸念の有無を明らかにするためにいっそう精緻な実態調査が求められる⁷⁸。

3-2-3. 2面それぞれの市場での競争 (Within-Side Competition) 問題

メディア型デジタル PF による単独行為は、デジタル PF と事業者ユーザーとの間の取引市場における競争に影響を及ぼすのみならず、ドイツ競争当局による Facebook 決定(後述(2))のように、当然、消費者ユーザーとの間の個人データのやり取りの場における競争についても検討されている。

(1) メディア型デジタル PF と広告主ユーザーとの間の取引の場

メディア型デジタル PF による単独行為について以下の諸点が指摘されている⁷⁹。第 1 に、有力なメディア型デジタル PF は、一方で、自ら広告主に対して広告サービスを提供しつつ、同時に、当該 PF 上で広告掲載を仲介する事業活動を垂直統合類似に行っている。この有力なメディア型デジタル PF が、自己が提供する広告媒介サービスを広告主ユーザーとの間の市場で自己に有利に供給しているのではないかという懸念がある。例えば、有力デジタル PF の DSP 又は SSP は、①検索連動のランキング又は SNS の画面上での表示位置について自社を優先・優遇することを通じて、あるいは②アプリストア等での競争

ターゲティング広告の精度など広告サービス価値をいっそう向上させる。また、通常、SSP/DSP の間にアドネットワーク (広告枠の交換) 及びアドエクスチェンジ (インプレッション課金ベースの入札) というネットワークシステムがある。参照、公取委 CPRC 報告書 (注 37) 13 頁。

⁷⁶ ACCC Final Report (note 1), p.145.

⁷⁷ 原則として、広告料は 1 インプレッション・1 クリックベースであるところ、bot 等を使ってヒトの動作に依らずにインプレッションやクリックを偽装して、成約件数や広告効果などを水増しすること。

⁷⁸ ACCC の場合、内部にデジタル PF 部門新設のうえ、この課題を含めてデジタル PF に関する調査・監視・規制を行うとする (Recommendation 5 in Final Report, p.157)。

⁷⁹ ACCC Preliminary Report (note 1) , pp.77-90; Final Report (note 1) chap.3

者による広告媒介を拒否し又は劣位させること等を通じて、さらには③自社グループ(例、Google Display Network, Facebook Audience Network 等)に属する事業者について①②と同様・類似の効果等をもつ機能を発揮させることで、広告主にとって利益最大化となるようにではなく、自己の広告媒介サービス提供にとって利益最大化となるように働いているのではないか。

第2に、上記 RTB 取引においてバンドル取引ないし抱き合わせ販売等がなされているのではないかと指摘もある。例えば、広告主が YouTube に広告枠(ad inventory)の掲載を望む場合、現在のところ Google の提供する仲介サービスを利用するほかないようである。このように、媒体事業者等の SSP が特定の垂直統合類似の有力デジタル PF ないし関連事業者の広告サーバーをデフォルト設定する場合、広告主は当該 PF から各種仲介サービスもデフォルトで購入するおそれがある。また、Google は、Google Analytics という無料分析ツールを提供しているが、このことがデジタル PF 間競争及びデジタル広告取引にもたらす影響についても分析検討する余地があると考えられる。

なお、DSP/SSP はいずれかのアドネットワーク(広告枠の交換ネットワーク)及びアドエクスチェンジ(インプレッション課金ベースの入札ネットワーク)を経由しない限り広告枠取引に事実上参加できないので、これらのネットワークが提供する各種仲介サービスに対するアクセス拒絶及び差別的取扱(また、広告枠の入札は瞬時に行われるので、例えば競合他社のサーバーについてだけ接続速度を遅延するようにする・させることも、拒絶と同様・類似の効果を生む)は、それ自体として、また、さまざまな競争政策上の問題性を疑われる行為の実効確保手段としても、互換性・相互接続性等の技術的観点に基づく分析(経済上・技術上の合理性を伴わない技術的抱き合わせ販売等)も含めて、注意深く観察される必要がある。

第3に、こうした取引に関わり、わが国ではデジタル PF につき優越的地位の濫用についても議論されている。例えば、上記経産省研究会報告書では、取引上優越的地位にある事業者が取引先事業者に対し、①当該事業者の保有するデータの収集・分析利用及びそれを行う範囲等が不適切であり、又は、②集積したデータの活用方法として、対価なく乙の競争者にこれを提供するなど乙を害するようなものである場合、独禁法規制が及ぶ余地があるとする。

そして、以上のような有力デジタル PF による各種行為につき競争政策上の問題点を検討するためには、結局のところ有力デジタル PF が DSP や SSP に用いているプログラムやアルゴリズムの競争上の同等性確保について立ち入って詳細な分析を要する。わが国でも独禁法 40 条調査の利活用を含めて詳細な実態調査が求められる⁸⁰。

(2) メディア型デジタル PF と消費者ユーザーとの間の取引の場合

前述の通り(3-2-2-2.)、メディア型デジタル PF は、消費者ユーザーのヒトと

⁸⁰ 「プラットフォーム型ビジネスの台頭に対応したルール整備の基本原則」(注 1) 2 頁の基本原則・(3)①②。

しての行動的バイアスや認知上の制約を人為的に操作し又は不当に誘導することによって現在又は潜在の競争的デジタル PF に対して消費者ユーザーを囲い込んでいるのではないかという疑問が呈されている⁸¹。実際に、ドイツ連邦カルテル庁による Facebook に関する決定⁸²は、Facebook が、自ら及び WhatsApp や Instagram のような子会社等の活動を通じて保有する消費者ユーザーの個人データを、実質的な意味で当該消費者ユーザーからの同意なく、それらを結合して保有することができる旨の SNS サービス提供条項を、市場支配的地位の濫用のうち搾取濫用（ドイツ競争制限禁止法 18(3a)条）にあたるとして、消費者ユーザーの同意を得ることなく上記個人データの処理を行うことを禁じる旨命じた。

本稿の視点から興味深いのは、連邦カルテル庁が、上記条項は 2 面市場双方に競争上の弊害を発生させるとした点である。まず、市場支配的地位が認定された個人ユーザーに対するソーシャルネットワークに係る国内市場（national market for social networks for private users）という BtoC 市場での消費者ユーザーに対する弊害として、金銭的損害ではなく自己情報コントロールの喪失を挙げる。消費者ユーザーは、どのソースからのどのデータがいかなる目的のために Facebook アカウントからのデータと結合されるかを判断することはできず、個人データがどのように使われるかをコントロールすることができない。そして、Facebook の市場支配力のゆえに消費者ユーザーは自分の個人データの上記結合を避ける選択肢がないという意味で、上記条項は憲法上保護された消費者ユーザーの情報上の自己決定権を侵害するとする（本決定 recital. 376 p.105 以下）。さらに、別の競争上の弊害として、Facebook を含むデジタル広告サービスを提供するデジタル PF と広告主との間の BtoB 市場（メディア型デジタル PF と広告主との間の市場）及び競争的デジタル PF 間の競争（デジタル PF 間競争）にも反競争効果についても検討している。

わが国でも、主としてメディア型デジタル PF を念頭に、それによる消費者ユーザーの個人データの保有に係る事業活動について、消費者ユーザーに目的を知らせずに個人データを収集すること、サービス提供に必要な範囲を超えた個人データを、消費者ユーザーの意に反して収集、利用すること、安全管理のために必要な措置を取らずに個人データを収集、利用等することを、独禁法上の不公正な取引方法のうち優越的地位の濫用として規制することが検討されている⁸³。上記 Facebook 決定が示すように、メディア型デジタル PF

⁸¹ European Commission, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine, 18 July 2018, accessed 23 November 2018., ACC Preliminary Report, p.65

⁸² Bundeskartellamt NewsKarussell: Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, 07.02.2019; 6th Decision Division on 6 Feb. 2019, B6-22/16, Decision under Section 32(1) of German Competition Act (以下“FCO Facebook Decision”)、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。本決定につき、本年 8 月 26 日、デュッセルドルフ高裁が執行停止する旨決定し、連邦カルテル庁は上告する旨報道がある。

⁸³ 公取委「デジタル・プラットフォーム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（案）」

による消費者ユーザーの個人データの保有は、確かに消費者との取引の場において弊害を発生させ得るが、データ保有の各種優位性を背景にして、他面の市場に反競争効果を波及させるおそれがあることも想定され、狭くデジタル PF と消費者ユーザーとの間の取引の場における優越的地位の濫用該当行為としてだけでなく、適用条文をどう賄うかは置いて、2 面双方の市場に対する効果を観察することが重要になる。

4. データ保有がもたらす将来の事業活動及びイノベーションにおける競争政策上の論点

2 面双方の市場参加者数が臨界点を超えると、デジタル PF はネットワーク効果を持続的に享受できる市場地位に達し、そのこと自体が参入障壁として働く。また、その市場地位を通じて保有されるデータの大量性に基づく優位性は、当該障壁の強度をいっそう高めるように働く。加えて、当該デジタル PF が、例えば提供サービスの種類を多様化し又は当該市場で潜在的ライバルとなり得るもしくは隣接市場で事業展開するスタートアップを買収すること等を通じて、複数種類のデータを保有するならば、データの多様性に基づく優位性も増す。こうしたデータの保有に基づく各種優位性は当該デジタル PF の各種 AI アルゴリズムの精確性・的確性を向上させる。このようにして、一般に、デジタル PF の市場地位が確かになってから後に当該市場のなかで競争は機能しにくくなり、競争的イノベーターのイノベーション活動に基づき別の新たな市場を創出するような画期的な新サービス（以下「新市場創出の意味で画期的な新サービス」）の市場投入以外に、当該デジタル PF による単独行為を競争的に牽制・制約付ける力は、当該市場のなかで、また、既存の商品的隣接市場から生じにくいのかも知れない。

もし新市場創出の意味で画期的な新サービスの市場投入以外に、イノベーター間のイノベーション競争を強化する要因を見出しにくいとすれば、データ保有に係るデジタル PF の単独行為は単に現在の市場に影響を及ぼすに止まらず、保有されるデータが将来の事業活動にとって競争上重要なインプットとして働き、また、当該デジタル PF の各種 AI アルゴリズムの精確性・的確性を増すという意味で、将来の新サービスや IS でのイノベーションをめぐるイノベーター間競争のスタートライン及び各プレイヤーの初期条件に大きな影響を及ぼすおそれがある⁸⁴。

⁸⁴ この点、特に、企業結合規制やデータ保有に関わる業務提携事案等の事前相談等において配慮されるべきと考えられる。その際、無料サービス提供に係る事案以外で価格中心アプローチはなお有効性を失わないが、競争分析において検討対象の共同行為や結合が関連サービスの品質・規格等、将来の新サービスの市場投入やイノベーションをめぐる競争に及ぼす影響等をいっそう重視することが求められると考えられる。企業結合規制に関わって、ドイツ競争制限禁止法第 9 次改正での事前届出基準のように、資産額や売上高など以外の（データを含む）企業価値に着目することそれ自体は妥当である。既にわが国でも同様の法改正の必要性に言及される（デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に関する検討会「デジタル・プラットフォーマーを巡る取引環境整備に関する中間論点整理（平成 30 年 12 月 12 日）」13 頁、小川聖史「プラットフォームと競争法・競争政策－企業結合規制と確約手続の利用を中心に」公正取引 821 号 13 頁）。しかし、真の課題は、詳細分析段階で、イノベーションに対するデータ保有の効

4-1. 2つの局面の区別

競争分析の点で、この影響について2つの局面を区別することができる⁸⁵。すなわち、第1に、まだ商品投入前の段階ではあるものの将来の新商品・新サービスが想定できる場合、各イノベーターによるイノベーション活動の観察を通じて、当該新サービスの提供をめぐる将来展開される競争に対する効果を検討できる局面がある。第2に、具体的な新サービスを直ちに想定できない場合、特定のサービスを必ずしも念頭に置かずに遂行されているイノベーションそれ自体をめぐる競争に対する効果を検討するほかない⁸⁶。

まだ市場に、もしくは市場として存在しない将来の新商品等をめぐるデジタル PF 間競争、又はイノベーションをめぐるその競争を観察しようとする場合、価格中心アプローチでは必ずしも可視化できないこれらの競争軸を捉える識別点として何があるか。従来の医薬品や農薬など他産業における企業結合規制事例を眺めると、その1つはパイプラインである。イノベーション活動とは、予算と施設設備、知財及び研究者やアナリスト等の人材等が結び付いた知的営みの総体であり、パイプラインとはこの総体が結実した成果の具体的現れと言える。例えば、医薬品や農薬の分野では新薬候補である。もちろん開発断念又は不承認の結果、その全ては新薬として市場投入されない⁸⁷。ただし、医薬品や農薬の分野

果等について有効かつ実用に耐える競争評価フレームを考案しなければならない点にある。同様の指摘として、Furman Report (note 7) at pp.93-103.

⁸⁵ 業務提携報告書(注15)23頁以下も、同じ問題意識から、イノベーションを阻害する業務提携に係る共同行為の類型化を行っている。

⁸⁶ 取引型かメディア型かを問わず、臨界点は、デジタル PF にとって事業として成り立つかどうかの分岐点になることから、特にその到達以降に間接ネットワーク効果の人為的・戦略的利用が可能になるという意味でこれを念頭に置くことは重要と考えられる。なお、デジタル PF が臨界点への到達に至る前の行動にも注意を払う必要は当然ある。例えば、特定時点での特定市場において、双方市場で当面1つのデジタル PF のみ事業存続が可能な場合には、デジタル PF が臨界点到達を目指す過程において、競争者排除的行動を誘うおそれがある。このように、検討対象事案の個別具体的な事情に応じて検討対象市場における臨界点に留意しておくことは、事案の文脈のなかで検討対象行為の効果や意義を探究するうえで有益な分析視角を提供する可能性があると考えられる (FCO Facebook Decision (note 81) 432, p.122)。

⁸⁷ パイプラインが製品として市場投入される成功確率は、規制制度、国又は産業ごとに異なる。例えば、EU で、医薬品につき、phase I (治験薬をヒトに使用) で上市まで 8-10 年・約 10%、phase II (治験薬を患者に使用) で 4-5 年・約 30%、phase III (既存薬と治験薬の効能比較) で上市 3 年前・約 50% 超とされている (EU Case No COMP/M.1846 GLAXO WELLCOME / SMITHKLINE BEECHAM, recital 70)。また、農薬産業に臨床試験制度はないものの製造販売承認制度がある。EU では、まず、医薬品と同じく高速大量スクリーニング法 (high throughput screening method) に基づき候補分子から有効活性成分 (active ingredients: AIs) を発見し (発見過程、AIs に関する特許取得が市場参加者にとっての新 AIs 可視化の端緒)、コスト・薬効等のテストを繰り返した後に AIs を登録申請し (開発過程、この時点で市場参加者に新薬パイプラインとして可視化)、続いて複数 AIs から成る調剤製品 (formulated products) として承認申請し、承認後に製品として市場投入される。この過程すべてに約 8-10 年かかる。毒物・環境スクリーニングは発見過程の早期段階で行われることが多いので、候補分子が開発過程に入ると、市場

では、上市前の段階にパイプラインに関する臨床試験等の承認手続があり、新薬候補たるパイプラインの保有数・効能分野・薬効・承認段階等に関する各プレイヤーのポートフォリオから、将来の新商品分野での事業者間競争の姿をある程度まで推定可能になる。医薬品や農薬に比べて確度はかなり低いものの臨床試験等の承認手続をもたない産業分野でも、会社の商品開発計画や知的財産の保有状況等から製品化を目指すパイプライン及びその製品化段階等を同じく推定できることがある。

4-2. 新サービスの市場における競争政策上の論点

寡占的で、参入障壁が高く、製品又はサービスの研究開発に向けられるコストが高く、期間も長期に亘り、各イノベーターによる当該研究開発によってどのような新商品・新サービスが市場投入されるかが確度高く予測できるような場合、そのような新商品・新サービスに関わる商品範囲をもって市場画定でき、パイプラインの得喪変更に基づいて競争分析が可能になることがある。

4-2-1. General Electric/Alstom 事件決定⁸⁸

以下瞥見する重電事業に関わる EU の General Electric/Alstom 事件は、データの保有に直接関わる事例ではないが、検討対象ガスタービンのパイプライン（決定時、市場投入済み製品）がイノベーター間での中長期的なイノベーションをめぐる競争の動態を可視化する手掛かりになっている点で、デジタル PF による単独行為を考える上でも示唆的である。

(1) 概要

本件は、米国法人で、グローバルに様々な事業を営む General Electric（以下「GE」）が、フランス法人で、グローバルな工業・エンジニアリング事業を営む会社 Alstom（以下「A」）の重電部門の買収規制事例である。本件で競争上の懸念が示された市場は、（中国・イランを除く）世界全体及び EEA 内の、初期サービス及びタービン制御システムを含む 50Hz 重電ガスタービン（以下「HDGT」）の製造販売市場等である。以下、本稿の問題関心との関係で、本件格式取得の価格に対する効果及び品揃えに対する効果は省略する。

当事会社のイノベーション活動と関わって、以下の諸点に留意されるべきである。重電事業には多大の設備投資、研究開発能力及び知財の備え等が必要であり、よって参入障壁は極めて高い。特に最新の HDGT は定常運転ではなく発電出力を柔軟に変えられて、しかも高効率な運用が求められるタイプが主流となっている。

上記市場での第3位シェアにもかかわらず（当事会社合算で約 50-70%）、A は最先端技術に優れ、GE 及びジーメンスと並び、HDGT 全般にわたるフルラインでの製品展開、技術ポートフォリオ、研究開発向けの投資額及び開発要員数から見てクラストップのニッチ・イノベーターである。A は、50Hz 周波数供給地域で信頼され、顧客が GE と競合し、変動する部分負荷運転での効率性や環境負荷の点でも GE 製品と競合する。本件買収は、この

投入の可能性は 80-90% に高まる（後出 Dow/DuPont 事件決定 recital 284 以下参照）。

⁸⁸ CASE M.7278 - GENERAL ELECTRIC/ALSTOM, 08/09/2015.

重要なイノベーターを消滅させ、残るプレイヤーに対するイノベーション面での競争圧力を弛緩させる能力とインセンティブを当事会社にもたらし、有効なイノベーション競争を実質的に阻害することとなるとした(recital.944 以下)。この評価のなかで、委員会は、特に、A は幾つかの製品パイプラインを有すところ、GE は、このうち巨大規模出力用タービンの製品パイプラインであった A の GT36 の製品化を放棄させるとともに、②A の大規模出力用タービンの既存製品 GT26 の供給も停止させることとなる点(recital 1006 以下)、また、そのことが残るイノベーターであるジーマスに対するイノベーションの競争圧力を緩和させる点(recital 1073 以下)に着目している。

本件は、最終的に、GE が、研究開発設備・開発要員・テスト設備等、GT26 及び GT36 等の製品に関する改良及び開発の計画を含む A の資産の一部を、イタリア法人で特に中規模出力用 HDGT における競争者である Ansaldo 社に譲渡すること等を条件に承認された。

(2) 評価

パイプラインは、それ自体でイノベーションをめぐる競争の動態を可視化できるのではない。それを識別点として機能させるには前提を要すると考えられる。第 1 に、検討対象市場でのイノベーションに関わる特徴及び技術傾向を精密に認識する必要がある。CCGT (コンバインドサイクル発電) 方式による HDGT は、他の方式に比べて、低い環境負荷、高い熱効率、低い設備投資、高い運用上の柔軟性の点で EEA において圧倒的に優位性があり、将来も引き続き、不安定な再生可能エネルギーをバックアップする発電機として期待される(決定書 8.3)。また、当該重電産業には、多大の設備投資、高い研究開発能力及び知財の備えが必要になる。特に新型 HDGT の開発では、タービンを稼働させるテスト設備の充実度や、顧客設備で実際にタービンを回して各種状態データを取り、それを新製品開発につなげる能力が重要で、これに相応する顧客ベースを持つことも求められる(recital. 350-409)。本件買収実施後、当事会社は、既に高度寡占に達した状態にある市場でさらにシェアを増大させ(recital 429 以下)、改良又は新製品の開発に必要な顧客ベースを約 6-7 割に増加させるとする(recital 470 以下)。このように本決定は、近年、欧州での電力供給の技術傾向が CCGT 方式による HDGT にシフトし、そこでイノベーション活動を持続するには、資金力や知財保有のみならず、次々に既存製品を改良又は新製品を市場投入して一定の顧客ベースを持続する必要があることを示している。

検討対象市場でのイノベーションに関わる特徴及び技術傾向を正確に認識した上で、第 2 の前提は、イノベーション活動での各イノベーター相互の関係性を明らかにすることである。本件で、GE は、ジーマスと並んで技術的に優れた HDGT をフルラインで提供する 2 大競争者であり、A を密接な主要イノベーターと認識していた。A も GE を競合製品の開発・市場投入における密接な競争者と認識していた(決定書 8.5)。A は、巨大規模出力用製品を持たず、その市場地位こそ低いものの、コンバインドサイクル発電プラント(CCPP、HDGT と他の設備等を一体的に統合運用するシステムプラント)を含むクラストップのニッチ・イノベーターであると認識されてきた。これら 3 大イノベーターとともに、三菱日立パワーシステムズ(MHPS)等も存在するが、地理的に遠隔で、発生させる

製品周波数も違い、かつ、主にベースロード電源としての製品開発に注力している。このように、本決定は、中規模出力用は別として、大規模及び巨大規模用出力の HDGT において、ジーメンスと並び A が GE にとって重要な競争者であり、MHPS 等は近接した競争者とは評価できないとする（recital 890 以下）。このように、イノベーション面での各イノベーター相互の関係性を踏まえることによって、GE による A の製品パイプライン GT36 の製品化放棄及び既存製品 GT26 の供給停止が、（GT26 については後継アップグレード製品の改良が終わるという意味で）本件市場におけるイノベーションをめぐる競争を大きく弛緩させる競争上の弊害発生メカニズムの説得性が高められている。

データ保有の観点から 1 点言及する。IoT の進展する現在、重電事業のみならず広く産業機器の稼働状態に係る各種データをオンライン・オフラインでセンシングし、部品等の交換など保守業務等に生かすことが進められている。IoT によるデータ保有にも関わる側面のある企業結合規制や業務提携の事前相談等において、計画実施後、検討対象市場における当事会社のシェアの増分にはもとより注目すべきだが、同時に、データの大量性及び多様性に基づく優位性の視点から、今後、保有されるデータ又はデータセットのもつ競争上の性質、検討対象の結合や共同行為が当事会社及び競争者の顧客ベースに及ぼす影響、その影響が将来の製品改良や新製品の市場投入にどのような意味を持つかにも留意すべきと考えられる。

4-2-2. 識別点としてのパイプラインの限界

パイプラインは、確かに将来の新商品等の市場が創出されるかどうか、そこで競争がいかに展開されるかを蓋然的に想定するとき有用である。しかし限界もある。第 1 に、時系列的に市場投入から遠ければ遠いほどパイプラインの成功確率も低く、想定が現実と齟齬する余地は大きくなる。GE/Alstom 事件では、GT36 が市場投入間近のパイプラインであったこと、重電事業では GT26 に代表される通り既存製品の改良によって後継アップグレード製品を継続的に市場投入するのが通例であった事情が、これらが市場の中長期的なイノベーションをめぐる競争の動態を可視化する手掛かりたり得たことを支えている。別言すれば、こうした時系列的に市場投入に近接し、又は改良製品が継続的に市場投入されることが蓋然的に想定されるパイプラインでなければ想定の合理的信頼度は落ちる。

第 2 に、データ保有に係るデジタル PF の単独行為についてはパイプライン的存在が直ちに見当たらない。医薬品や農薬の分野以外では、一般にデジタル PF の提供するサービス等に関して当該提供に先立つ許認可など制度上の識別スクリーンは存在しない。GE/Alstom 事件では、委員会は、数多くの当事会社の内部資料等の複合分析から、当事会社及び競争者にとっての GT36 及び GT26 等について製品パイプラインとしてのイノベーション競争上の位置づけを見出すことができた。後述のように、特許取得状況の精査はこのパイプライン的存在を市場参加者が探知・推定する 1 つの方法たり得るが、検討対象主体がソフトウェア特許やビジネスモデル特許でも有さない限り、デジタル PF のイノベーション活動の成果の全貌を示すとは到底言えない。

第3に、かりに保有されるデータ又はデータセットを上記のパイプライン的存在として見做すことができたとしても、それが実際に市場投入されない限りデータ又はデータセットが本当に新商品等の市場を創出するほど革新的なイノベーションを帰結するかどうかは事前に分からない。GE/Alstom 事件で検討されたのは、あくまで当該買収の、既存の EEA 域内の 50HzHDGT の製造販売市場で現に競争する事業者間のイノベーション競争に対する制限効果である。これは、デジタル PF がスタートアップを買収するときに仮託されるような、新市場創出の意味で画期的な新サービスを新規に供給すると考えられる潜在主体のイノベーションの芽を摘むという状況とは異なる。一見革新的なサービス候補が次々に創発しているように見える目下の情報通信環境で、デジタル PF によるイノベーション活動の結実するパイプライン的存在が本当に革新的かどうかを評価時点で明確にできない以上、当該パイプライン的存在の識別価値はいっそう低下する。

第4に、パイプラインを通じて観察可能なのは、そもそも現時点で現存するイノベーターの一群でしかない。競争回避に向けられるイノベーター間の共同行為は別として、将来の新商品等に関わる、特にメディア型デジタル PF 事案においてイノベーションをめぐる競争を制限する単独行為としては、むしろ新規イノベーターの参入阻止行為にこそ注目すべきなのかも知れない。

4-3. イノベーションスペース (IS) における競争政策上の論点

いかなる将来の新サービスに向けられているかを特定できないイノベーション活動に関わるデジタル PF による単独行為について価格中心アプローチは直ちに役立たない。さような行為がもたらす効果について分析検討を行うとすれば、検討対象行為がデジタル PF 間に展開される head to head のイノベーションをめぐる競争に及ぼす影響を直接観察できる術を探索するほかない。

4-3-1. Dow/DuPont 事件決定⁸⁹

以下瞥見する農薬産業に関わる EU の Dow/DuPont 事件もまた、データの保有に直接関わる事例ではないが、新薬パイプラインを手掛かりに、製品市場及び技術取引市場と区別される意味でのイノベーション・スペース (IS) における中長期的なイノベーションをめぐる競争の動態が描写されており、本稿の問題関心から参考になる。なお、前記 GE/Alstom 事件では検討対象市場への商品投入に時間的に近接する製品パイプラインが識別点となっていたが、本件では、除草剤、殺虫剤及び殺菌剤の分野での IS については新薬の市場投入の点で時系列的により遠い（それだけイノベーションをめぐる競争の動態に接近する）新薬の初期パイプラインを識別点としている。

(1) 概要

本件は、いずれも米国法人で、プラスチック、化学薬品及び農業製品等の製造販売を行

⁸⁹ CASE M.7932 – Dow/DuPont, 27.03.2017.

う Dow（以下「D」）と、化学製品、農薬、種子、食品添加物等の製造販売を行う DuPont（以下「DP」）による対等合併規制事例である。医薬品と並び、農薬分野は、イノベーション主導型産業である。本件で競争上の懸念が示された製品市場は、農薬分野で除草剤、殺虫剤及び殺菌剤、化学素材分野で酸コポリマー及びイオノマーの取引市場であり、また、有効活性成分（以下「AIs」）の技術取引市場も検討されているが、本稿の問題関心との関係で立ち入らない。

本件で当事会社を含む競争各社のイノベーション活動との関わりで問題にされたのは、当事会社間で研究開発及び初期段階のパイプライン（以下「初期パイプライン」）が競合する、グローバルな除草剤、殺虫剤及び殺菌剤の分野での IS 及び農薬分野全体での IS である（recital. 1955 以下）。以下、主として前者の IS について瞥見する。

委員会によれば、イノベーションが川下の製品市場及び川上の技術取引市場に対するインプットであって、それ自体を市場と理解すべきではないものの、そのことは本件合併がイノベーションに及ぼす影響を評価するのを妨げないとする（recital 342 以下）。その際、イノベーターの範囲に関わって、新薬を発見・開発し市場投入できる資産と能力を有する会社を同定すること、農薬分野でイノベーション競争が行われているスペースを同定する（identify）こと、植生や規制制度等の別がないわけではないが AIs の開発も特許戦略もグローバルに行われていることに留意している。

委員会は、当事会社の研究開発活動を概観した後、イノベーションが農薬分野で極めて重要な意義を持つことを示す。その上で、委員会は、①当事会社のような世界的に極めて有力なライバル同士の合併は、当事会社のイノベーション活動を減退させるおそれが高いとする。すなわち、本件合併は、限られた数の重要なイノベーターのうちの 2 社を統合するもので、合併なかりせば互いに売上を競い、発見対象物質、新薬パイプラインとしての AIs 及び調剤製品での競合をもたらすはずのところ、むしろ当事会社間でのカニバリゼーションが起こればと考えられる（recital. 2039 以下）。②農薬分野での過去の企業結合の観察に基づけば、結合実施後に研究開発支出額と革新的な成果が増大したという実証はなく、結合を通じてイノベーション活動が阻害されるか、少なくとも改善されてはこなかった（recital. 2124 以下）。③これまでの集中によってグローバル競争者が 5 社寡占になり、その他の地域的競争者にはこれと類似の能力もインセンティブも認められない。本件合併は、このように AIs の発見と開発の点で極めて高い参入障壁に急速に達してしまった状況の下で行われる（recital. 2159 以下）。④本件合併は、合併前の事業者間競争にとっては、製品や技術取引での市場シェアや研究開発支出額よりもイノベーションが重要である産業において、イノベーションをめぐる密接に競争する主要 2 社を 1 社にしてしまう（recital. 2396 以下）。⑤当事会社は、イノベーションをめぐる主要かつ密接な関係に立つ競争者であって、調剤製品市場でのシェアに比して特許、先端的な AIs の数・質⁹⁰、研究開発支出等の点で優位にあり、農薬分野での多くの IS において他に代わりうる競争者はほとんど存在し

⁹⁰ 本決定は、特許の質を、主として検討対象特許の後続特許での引用回数等によって判断する（Annex I THE COMMISSION'S ECONOMIC ANALYSIS OF PATENT DATA , 1.1）。

ない (recital. 2396 以下)。

以上を踏まえ、委員会は、本件合併後、当事会社は、グローバルな除草剤、殺虫剤及び殺菌剤の分野での IS において、イノベーションに向けた努力を減らすインセンティブを持つことになり、したがって現在競合している当該 IS における有効なイノベーション競争を実質的に阻害することとなるとした (recital. 3015 以下)。また、同じく、グローバルな農薬産業分野全体での IS においても、当事会社は、全体として本件合併前と同じレベルのイノベーション活動を遂行するためのインセンティブを低めてしまい、当該産業全体としての有効なイノベーション競争を実質的に喪失させることとなるとした (recital. 3054 以下)。本件は、最終的に、DP が農薬分野の一部事業を米国法人の FMC に、D が化学分野の一部事業を競争者に、それぞれ譲渡することを条件に承認された。

(2) 評価

(ア) イノベーターの範囲の同定

まず、本決定は、いかに IS を同定 (画定) したか。従来、IS のような検討対象の場合は、研究開発市場又はイノベーション市場⁹¹として知られてきた。米国の過去のイノベーション市場論を見ると、基本的に SSNIP テストに依拠しつつ、まずは検討対象となる研究開発活動を特定したうえで、いわゆる特定資産を基準に、これと代替可能な研究開発活動のプレイヤーを識別する。次に、1992 合併 GL (当時) に即して、わずかだが有意で一時的でない研究開発の削減に対して、競合する研究開発活動を遂行するに必要な資産を 2 年以内に獲得すると予想される企業が市場参加者として追加されて、仮想的独占者の供給面での代替可能性の面から市場参加者を最終的に画定していた⁹²。

本件で、委員会は、事業者間での head to head のイノベーションをめぐる競い合いについて取引を観念できず、また、実際に観察もできない以上、これを「市場」と呼称するのは価格中心アプローチ⁹³にイノベーションをめぐる競争に影響を及ぼす行為を取り込むた

⁹¹ DOJ and FTC, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 12 August 2016 at 3.2.3 によれば、研究開発市場とは「商品化され得る製品の範疇に関わる研究開発又は特定の新しい商品やプロセス、改良された商品やプロセスもしくは当該研究開発にとって密接に代替する商品やプロセスに向けられた研究開発を含む資産からなる。」。併せて、宮井雅明「反トラスト法と技術革新—「技術革新市場」分析をてがかりとして」立命館法学 250 号 1452頁参照。なお、DOJ/FTC による、この研究開発市場の位置づけは、Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, April 2000 3.332(c)でも踏襲されている。EUにつき、Guidelines on horizontal co-operation agreement, para119. なお、公取委は研究開発市場の成立余地にいまのところ消極的である (公取委「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第 2-2-(3)第 2 段落)。もっとも、共同研究開発 GL 第 1-2-(1)-[1]は、「研究開発の主体が相当数存在するかどうか基準となる」として、技術取引市場に限ってではあるが、価格中心アプローチに厳密には依拠せず、むしろ競争単位の数に着目する考え方を示している。

⁹² Richard J. Gilbert & Steven C. Sunshine, INCORPORATING DYNAMIC EFFICIENCY CONCERNS IN MERGER ANALYSIS: THE USE OF INNOVATION MARKETS, 63 Antitrust L. J. 569 at p.595

⁹³ もとより従来の価格中心アプローチを通じて蓄積されてきた法理も大変参考になる。例えば、検討対象市場をなお現在又は将来の商品市場で止め得るのであれば、現実的潜在競争者理論 (likely timely な参

めの比喩に過ぎないと考えたのであろう。そこで、この競い合いの場をイノベーションスペース（IS）と呼び、そこでの競い合いの過程で上記米国のイノベーション市場論のように価格中心アプローチが必ずしも適切に機能しないことを直視し、それを代替し得る競い合いの場の同定フレームを探索したと考えられる。その際、イノベーターの範囲につき、当事会社2社のイノベーション活動に係る開発要員数・研究開発支出・AIs数と比肩すべき研究開発活動を遂行できる資産と能力を有する競争単位として、BASF、Syngenta 及び Bayer を端的に挙げる（recital 2205）。なお、当事会社は他の周辺的な研究開発主体も加えるべきとしたところ、委員会は、AIs 発見過程での業務遂行の有無、保有する AIs の数・登録年次等の点で、Monsanto、FMC、その他のジェネリック会社や日本の会社等は上記主要5社に比肩しないと評価した（recital 2227 以下）。価格引き上げに対する需要者（及び供給者）の対応の感度を見る代わりに、研究開発支出と施設設備、知財及び人材等が結び付いた知的営みとしてのイノベーションを遂行する能力を総体的に見て、問題となるイノベーションをめぐる競い合うイノベーターの範囲を端的に同定したことになる。

ところで、データ保有との関係でイノベーターの範囲の同定を見ると、こうした同定は、クルマの自動運転をめぐるイノベーション活動、電子決済をめぐるイノベーション活動など幾つかの研究開発分野について可能かも知れないが、一般にはイノベーターの範囲を同定することは容易でないように思われる。農業分野と異なり、デジタル PF の事業活動分野では、当該デジタル PF と競争的イノベーター以外に競争者の存在を認識できないかも知れない。また、デジタル PF のイノベーション活動を遂行する能力を示す指標として、研究開発支出と施設設備、知財及び人材等がどれほど適切かも知れずしも自明ではない。

（イ）競争評価

本決定によれば、本件結合後の初期パイプラインに係るイノベーションをめぐる競争に対する効果に関して、当事会社の研究開発能力、イノベーションをめぐる競争でのそれぞれの密接度、その他のライバルによる競争的制約等を評価しつつ、イノベーションをめぐる競争における密接かつ重要なプレイヤーたる当事会社間で、本件結合なかりせば達したはずの水準以下に当事会社のイノベーション活動と能力を抑制させることにより、グローバルな除草剤、殺虫剤及び殺菌剤の IS におけるイノベーションをめぐる競争を阻害することとなるとする（それぞれ recital 2600, 2702, 2809 以下）。委員会は、イノベーションの能力とインセンティブの減少を示すものとして、高騰する研究開発費・調剤製品でのカリバニゼーションを考慮するならば、初期パイプラインや研究開発の中断、方向歪曲（redirecting）又は延期による既存イノベーション活動を継続するインセンティブの減退、

入可能性）ないし知覚された潜在的競争者理論（参入しないが価格引き上げを競争的に制約付ける）のような潜在競争者理論に依拠して、その限りで行为主体ないし当事会社間（又は当事会社と競争者）間のイノベーションをめぐる競争の動態を競争分析に取り込むことはできよう。ただ、これらの法理では、イノベーションの過程における競い合い（head to head rivalry）それ自体及びそこでの検討対象行為の効果そのものを評価するのでは必ずしもない。

数多くの IS で当事会社が競合していることを踏まえて農薬産業全体に亘るインセンティブの減退を挙げる（それぞれ recital 3015, 3054 以下）。なお、IS における競争者からの競争圧力について、本決定は、本件結合後、当事会社以外のグローバルイノベーター3 社について、3 社ともそれぞれ初期パイプラインが僅かしかない又は持たない分野があり、研究開発資産・特許・能力・強みの所在が異なっており、新薬の開発前及び開発段階での能力に限界があり、上記減退を打ち消すべく新商品市場で攻勢的に競争するようなことは想定できず、上記3 社が減退を打ち消すに足るまでにイノベーション活動を実質的に増大させる能力もインセンティブもありそうにないとする。このように、当事会社及び競争者による初期パイプラインの保有状況は、イノベーションをめぐる競争の動態を可視化する識別点として、本決定においても評価を根拠づける重要な要素となっている。また、本件合併後、川下の既存調剤製品につき広汎なポートフォリオを有する当事会社間で製品のカニバリゼーションが起こる蓋然性から、それを回避すべく当事会社がインプット要素としてのイノベーション活動を弛緩させることを導いている（recital 2083 以下）。

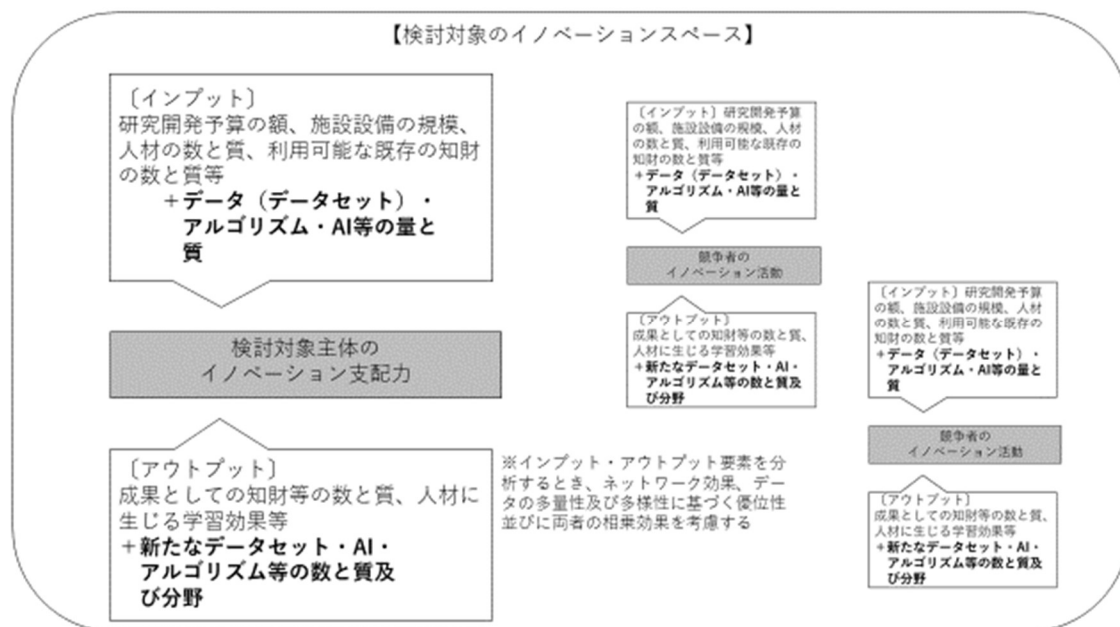
ところで、価格中心アプローチで言うところの価格支配力は IS において何に相当するか。明示はないが、委員会は、それを検討対象 IS において競争水準以下にイノベーション活動の活発さを弛緩・劣化させる（その意思である程度自由に左右する）力、いわばイノベーション支配力と捉えているように見える。初期パイプラインは時系列的に新薬の市場投入に相当遡り、それだけイノベーションをめぐる競争の動態を近接して観察し得る識別点となっており、研究開発資産・特許の数・質等と並び、イノベーション支配力形成等の認定にとって市場シェア・順位に類似する意義を持つように思われる。

4-3-2. イノベーション支配力形成等を認定する試み

デジタル PF による単独行為に基づくイノベーション支配力形成等の存否を認定できる分析フレームとはどのようなものであろうか。Dow/DuPont 事件決定では、委員会は、当事会社のシェア・順位及びライバルとの格差、価格引き上げに対し当該市場の外から牽制・制約的に掛かる力としての参入・隣接市場・ユーザーによる競争圧力という価格中心アプローチの分析フレームを借用し、シェア等に代わる指標として、当事会社及び競争的イノベーターが保有する初期パイプラインや特許の数・質、それぞれの初期パイプラインにおける競争的イノベーターとの競合の度合い等を見たようにも見える。このことは、デジタル PF による単独行為を評価しようとするとき、いかなる含意をもつか。いま、ある特定の IS にイノベーター間で広く認められている特定業務向けデータセットやそこから生み出されるアルゴリズム・AI の一群等が存在するならば、これを Dow/DuPont 事件での初期パイプラインに擬えて考えることは不可能でないかも知れない。また、さようなデータセットやアルゴリズム・AI に過去・現在・将来に向けられる研究開発投資の額及び施設設備、研究者等の人材を含む研究開発資産、特許・ノウハウ等を含む知的財産等は、当該 IS における競争の動態について有益な知見や洞察をもたらすかも知れない（ただし、おそらく人材については規模・総数が直ちに重要なのではなく、どれだけ特定業務処理の観点か

ら見て有能なタレントが集積しているかの方が遙かに重要と考えられる)。デジタル PF による単独行為がイノベーションをめぐる競争の動態に弊害をもたらすかどうかを評価する事実としてどのようなものがあるかについて、Dow/DuPont 事件決定に触発されて、試みに筆者は下図のようなアイデアはどうかと考えてみた。

〔図〕



この図の要点は以下の通り。まず、IS の範囲を同定しなければならない。検討対象主体のイノベーション活動に係る専門人材の質と数・研究開発支出・データセットや AI 数と比肩すべきイノベーション活動を遂行できる資産と能力を有するイノベーターの範囲を（特にメディア型デジタル PF の場合はおそらくグローバルに）検討対象の IS とする。

次に、競争分析である。一般にイノベーション活動は相当期間（検討対象産業により異なる⁹⁴）に亘ることから、シェアのように単年度毎の観察は適切でない。そこで、中長期のイノベーション活動に関するインプットとアウトプットの両面から各イノベーターによる当該活動の活性度を分析する。その際、前者の要素として、特定分野に向けられた、研究開発予算の額、短期間に獲得又は形成できないような施設設備の規模、専門人材の数と質、利用可能な既存の知財の数と質等（いわゆる特定資産 specialized assets）に加えて、保有するデータ（データセット）・アルゴリズム・AI 等の量と質、後者の要素として、成果として獲得された知財等の数と質、人材に生じる学習効果、新たに獲得されたデータセット・AI・アルゴリズム等の数と質及び分野等を考慮する。これらの要素のうち評価に適合する識別点としてのパイプライン的存在に何を宛てるかは事案によって異なる。なお、かりにデータセット、アルゴリズム及び AI 等がパイプライン的存在たり得るとしても、データセット及びアルゴリズムについては、イノベーターがこれらを予算と施設設備、知財及び

⁹⁴ 例えば、GE/Alstom 事件決定で研究開発支出額につき 3 年間（recital 498 参照）、Dow/DuPont 事件決定で特許評価につき 2000-2015 年を相当としている（Annex I, 3.2.1.2.参照）。

人材等を結び付けて特定の研究開発目的を AI なりに結実させるのは相当あとの段階と考えられるので、少なくともその初期段階でこれらに Dow/DuPont 事件の初期パイプラインと同じ役割を期待できるかには疑問がある。

そのうえで、検討対象の単独行為がイノベーション活動の活発さを弛緩・劣化させる力を競争的に牽制・制約付けることが、競争的イノベーターにどれほど期待できるか、当該 IS への参入圧力、分野的隣接 IS からの競争圧力及び川下類似に観念できる技術取引市場・製品市場での競争状況等も考慮のうえ、最終的に、当該単独行為を通じて、検討対象主体に当該 IS において競争水準以下にイノベーション活動の活発さを弛緩・劣化させる力もたらされるかを評価する。

もっともこのアイデアには方法上欠陥がある。まず、第 1 に、デジタル PF がイノベーターとして活動するような検討対象 IS を同定するとき、価格に代わる確かな競争変数を用いているわけでもなく、その外延の同定は客観性を欠く。Dow/DuPont 事件で同定された農薬分野のビッグ 5 イノベーターと、概括的に括られるに過ぎないデジタルイノベーション分野での GAFA や BATH を同視することはできない。第 2 に、かりに検討対象 IS を同定できたとしても、価格に対する効果に基づく需要代替性評価に代わることを厳密に行うことはできないので、上記 IS への参入及び分野的隣接 IS からの競争圧力の判定も客観性を欠くおそれが二重にある。こうした欠陥は、翻って、結局、価格中心アプローチによる市場画定と競争分析がいかに精緻・精密であるかを示すところでもあり、IS でのデジタル PF の単独行為について、現時点で、そもそもイノベーションをめぐる競争の動態に焦点を合わせてその弊害を正確に描写し得るイノベーション活動を見るレンズを競争当局は必ずしも持ち合わせていないと考えられる。

おわりに

本稿では、データ保有に係るデジタル PF による単独行為について正当化事由をまったく検討できていない。正当化事由のなかには、他面で発生する反競争効果を打ち消し又は上回る競争促進効果又は社会公共的価値等の実現に資するものも多いであろう⁹⁵。事業者によるデータ保有が、当該データを収集・分析利用される側の消費者ユーザーに新商品等の社会実装、既存品の改良という形で多大の利便をもたらすとともに、こうした 1 市場の需要・供給サイドだけでなく政府活動を含む経済社会全体の効率性の向上、イノベーションの促進・加速化等に劇的な形で寄与していることは改めて言うまでもない⁹⁶。

難問の 1 つは、その際、新市場創出の意味で画期的な新商品・サービスを社会実装するようなタイプの正当化事由をどのように考慮すべきかである。例えば、従来、反競争効果発生の際、規模の経済、生産設備の統合、工場の専門化、輸送費用の削減等によって、生産性向上やその他の事業活動上の効率性向上がもたらされるとき、これらを当該の現在

⁹⁵ 西村高等法務研究所「データをめぐる競争と産業の法政策研究会報告書（2018 年 6 月）」は、このような立場から、競争政策・競争法の限界ないし副作用を考えて、萎縮効果に配慮すべきとする。

⁹⁶ 日本再生本部・未来投資会議・構造改革徹底推進会合・「第 4 次産業革命」会合配布資料等。

市場における短期の効率性向上として考慮するのが通例であったと考えられる。しかし、検討対象のデジタル PF によるデータ保有が、既存サービスの既存競争者に排除効果を生じさせるとともに、他面、新市場創出の意味で画期的な新商品・サービスを新たにいち早く社会に実装することにもなるような場合、既存競争者に対する排除効果という競争上の弊害を、画期的サービスの社会実装という中長期の動態的メリットと比較考量すべきか、適切にできるか、できるとしてその方法はどのようなものか。経済社会全体の効率性の向上、イノベーションの促進・加速等は、中長期的な評価軸を含んでおり、従来の検討対象となる 1 市場での価格低下を含む短期の効率性向上等の評価には収め切れない。このことは、競争上の弊害に関する分析評価のみならず、競争促進効果等の正当化事由の分析評価に関しても動態的視点が必要になることを示唆している。

同じく、かりにデジタル PF による単独行為が中長期に新市場創出の意味で画期的な新商品・サービスを生み出すタイプではなくても、既に米国のアメックス事件連邦最高裁判決にて示されるように、短期であっても、反競争効果が多面市場のうちの 1 面市場に発生するが、同時に他の又は複数面の別の市場でイノベーション競争を促進する効果等を生み出すような場合、複数の市場を跨がる競争上の弊害と動態的メリットを比較考量すべきか、適切にできるか、できるとしてその方法はいかなるものかもまた難問と考えられる。

追記 本稿脱稿後、公取委『『企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針』の改定案及び『企業結合審査の手続に関する対応方針』の改定案に対する意見募集について（令和元年 10 月 4 日）』、「楽天株式会社から申請があった確約計画の認定について（令和元年 10 月 25 日）」、「デジタル・プラットフォーマーの取引慣行等に関する実態調査(オンラインモール・アプリストアにおける事業者間取引)」について(令和元年 10 月 31 日)」等に接した。併せて参照されたい。