

競争過程・人為性の判例理論とデジタル経済¹

— Consumer welfareからcompetitive processへ—

明治大学教授 越知保見

- ▶ 欧米の理論状況
- ▶ Consumer welfareからcompetitive processへ
- ▶ 公正な競争(Fairness)保護は、競争過程を重視するという意味
- ▶ Contestability & fairnessは、まさにその考え方を具体化したもの
- ▶ 日本の状況
- ▶ 判例における有効競争・競争過程論の展開とそれに対する学説の拒絶反応・主要学説の理論的問題の明確化
- ▶ 公正な競争が競争過程との関係ではなく、搾取性・対等性との関係で用いられる。
- ▶ 欧米よりはるかに介入主義的・私的自治・市場経済の本質との整合性に疑問な形での優越の活用
- ▶ 経済分析・消費者厚生を重視する市場支配力説の論者が上記のような優越の考え方を押し進めるという理論的破綻

- ▶ 日本では、多くの学説は、今日でさえも競争プロセスを抽象的とみなして、規範性を否定的に解している。
- ▶ しかし、芝浦と殺場事件最判は、「自由競争経済は、需給の調整を市場機構に委ね、事業者が市場の需給関係に適応しつつ価格決定を行う自由を有することを前提とするものであり、企業努力による価格引き下げ競争は、本来、競争政策が維持・促進しようとする能率競争の中核をなす。」「不当廉売が能率競争を阻害すること、正常な競争過程を反映しない場合はこれを禁止する」と判示している。

- ▶ 資生堂事件最判では、「拘束条件付き取引が禁止されるのは、良質廉価な商品・役務を提供するという形で行われるべき競争を人為的に妨げる側面があるからである」
- ▶ 「能率競争」→良質廉価な商品・役務を提供するという形で行われるべき競争
- ▶ 「正常な競争過程を反映しない場合」→人為性
- ▶ NTT東
- ▶ 人為性→「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場合」「市場支配力の形成・維持・強化」の観点から、市場の特性、当事者の市場における地位、競争条件の差異、当事者の行為態様、競争に与える影響を総合評価」

最判における5概念の展開のまとめ

4

- ▶ 最判は、競争過程→人為性→競争機能侵害・総合評価という一連の規範の具体化・深化の連鎖が生じている
- ▶ (i)人為性(資生堂・NTT東・JASRAC)
- ▶ NTT東日本事件最判は、排除行為を定義する前に、独禁法1条を引用して、保護法益に言及し「事業者の競争的行動を制限する人為的制限を除去することにより事業活動の自由を保障することを旨とする」と判示し、取引の自由の人為的制限が違法判断の核心であることを指摘している。
- ▶ (ii)競争機能侵害（多摩、ブラウン管、マイナミ）、これらは「正常な競争プロセス」を反映しない行為を示す規範であり、「正常な競争プロセス」論の深化である。
- ▶ (iii)総合評価：市場支配力の形成・維持・強化の観点から、市場の特性、当事者の地位、競争条件の差異、行為態様、競争への影響の総合評価（NTT東、JASRAC）

- ▶ 審決取り消し訴訟の最初の判決である昭和31年に下された日本石油事件東京高裁判決では、東宝スバル事件を引用しつつも、人為性を有することを競争の実質的制限該当性の理由として指摘しており、人為性概念は、独禁法の黎明期においてすでに違法と適法を識別する基準として機能していた。
- ▶ 8条1号に関する石油連盟事件東京高判では、競争の実質的制限とは、有効競争がほとんど期待できない場合と判示されている。
- ▶ 食べログ事件の東京地裁判決は、総論として、人為性、総合判断という有効競争・競争過程に関する視点を優越的地位の濫用にまで及ぼした（後に言及する）

競争過程保護の内容

(1) 行為無価値的側面

- ▶ 行為無価値的側面(行為態様)と有効競争維持(競争機能確保)の面がある。
- ▶ 行為態様の点は、多くの判決が言及手段の不当性・不正手段性、行為者の意図へ言及。近時は人為性を基礎づける要因
- ▶ NTT東日本事件最判、JASRAC事件最判の排除行為の定義
- ▶ **行為者の意図・計画**：マイナミ・有線ブロード
- ▶ **行為の累積性**：ニプロ事件や北海道新聞事件
- ▶ 誰がやっても用いてはならない行為：**不正手段型**
- ▶ で指摘されているが、**行為の不当性・不正手段性に対する介入の根拠としての競争過程は、自由主義経済の暴走を抑えるうえで歴史的にも今日的にも重要である。**
- ▶ 優越における不当性は**抑圧性**で考えられてきたが、これも行為態様の側面(食べログ事件では、人為性に言及)

もう一つのより重要な観点：競争が有効に機能するかという観点。

- ▶ この表現は、EUの判例では、ほぼすべての判例で言及。日本の最判における人為性の観点に関して言及されている。
- ▶ NTT東日本事件最判：①NTT東と競争者の著しい競争条件の差異により、いかに効率的な競争者でも対抗できないとの観点(グーグルショッピングの視点)
- ▶ ②電力系の通信会社が、NTT東に対する有効な牽制力のある競争者でないことが考慮されたことは有効な競争が期待できるかという観点の考慮
- ▶ JASRAC事件：競争条件の差異、排他性を緩和する方法があったにもかかわらず、それがとられなかったという観点
- ▶ 両最判の上記の視点は、デジタル経済における有効競争維持のための考慮要素として、重要かつ先進的なものであり、EUのインテル事件、ショッピング事件・アンドロイド事件などについての反競争性も同判決の理論で説明できる。
- ▶ 競争が有効に機能するかという観点は、有効競争とは何かという検討が不可欠であるが、学説は、これを廃れた概念として無視し続けている。その歴史的経過をまず説明する。

競争が有効に機能するかという観点が重視されてこなかった経緯

(1) 有効競争の2つの意義

- ▶ 第1は望ましい市場構造の基準を求めるもので、①かなり多数の売手と買手が存在し、②そのいずれもが市場の大部分を占めておらず、③相互に共謀がなく、④新規参入が可能な4条件を満たした状態が有効競争の状態である、と規定している。
- ▶ 第2は、成果基準に求めるもので、問題は構造基準でいうような集中や共謀にあるのではなく、産出量の制限、高価格、過剰設備などにあると考え、これらを排除することにより市場における価格低下、品質の改善、技術革新などがもたらされるならば市場の競争は有効であると考えるもので、その基準として、①生産物や生産技術の改善が積極・効果的、②生産費用の低下が価格低下に結びついている、③過剰投資がない、④類似の他産業に比べ利潤が永続的・実質的に高くない、⑤競争努力が販売費の増嵩となっていない、の5つがあげられている。（ブリタニカ国際大百科事典）

(2)成果に基づく有効競争(業績競争・能率競争) 9

- ▶ 第2の考え方は、ドイツで発展しEU競争法の考え方の基礎となった成果基準を主基準とした有効競争である。日本では業績競争と呼ばれるが、英訳はperformance based competition(成果に基づく競争)である。
- ▶ ①が品質、②が価格にかかわるものであり、良質廉価という成果基準を示している。③の「過剰投資がない」、米国アルコア事件の人為性（deliberateness）の要因として指摘された「過剰投資」の問題を成果競争に取り込むもので、競争過程の要因が成果競争に取り込まれている例である。④の「類似の他産業に比べ利潤が永続、実質的に高くない」というのは、ドイツ・EU競争法の搾取的濫用における考慮要素である。⑤の「競争努力が販売費の増加となっていない」との点は、効率性にかかわるものである。

(3) EU法102条の定義

- ▶ ドイツの業績競争論は、EU法102条の支配的地位、濫用行為の定義とリベートに関する一連の判例の形成に大きな影響を与えている。
- ▶ 市場支配的地位とは「有効競争の維持を妨げることができる地位」(United Brands事件)、
- ▶ 濫用行為とは「支配的事業者の存在によって競争が弱められている市場において、通常の(normal)条件とは異なる条件を設定することによって競争の程度を維持するかまたは活性化することを妨げる効果を有する行為」(Hoffmann事件)。
- ▶ この「通常」は、ドイツ語の原義は、「業績」であり、ウルマーの業績競争論がEUに反映していることの重要な根拠となっている(カラハ論文269頁)。

(4) EUの濫用行為の定義と最高裁の排除行為の定義の近似性

日本の判例の人為性概念が、正常な行為を逸脱濫用する場合とするのは、まさに上記のEUの成果基準による有効競争の考え方そのものである。

日本(NTT東日本)	EU	要因
自らの市場支配力の形成・維持・強化の観点から	(i) 支配的地位にある企業の存在によって、すでに競争構造が弱められている市場に	市場構造要因
正常の競争手段を逸脱濫用する人為性を有する	(ii) 影響を与えるか、 通常の競争における条件とは異なる条件を設定することにより	行為要因
競業者の・・・参入を著しく困難にするなどの効果を持つ行為	(iii) 市場において依然として存在する競争の程度を維持するまたは 競争を活性化させることを妨げる効果 を有する行為	効果要因

(5)有効競争についての固定観念(1) 廃れた理論との固定観念

- ▶ このブリタニカ辞典の引用は、競争過程について、土田教授を座長とする科研費研究会で土田教授がデジタルと競争過程Ⅴ・Ⅵを中心として報告を行ったことに関し、コメントで指摘されたものである。このように、明確に2つの意義があるとされ、自ら引用しているにもかかわらず、土田教授は、有効競争論は、経済学上、第1の意味であることが確立していると述べ、EUのeffective competitionは有効競争ではないというコメントが行われた。
- ▶ 固定観念を「確立している」と評価し、一般の辞典にさえ、2つの意義が記載されているのに、その誤りの是正を断固拒否する姿勢が、このコメントに表れている。しかし、このような固定観念は、年配の研究者に共通するものであり、それが形成された経緯を知ることは重要。

(6)有効競争に関する半世紀前の議論状況

13

- ▶ 日本では、1980年代までに成果基準ベースの有効競争の意義を知っている人は日本の専門家にはいなかった。それまでは、有効競争は廃れていたもので、初期オルドー主義の考え方をベースに対等な取引条件の確保を志向する学説(正田舟田説)、成果基準ベースは、welfareに表れるので、welfare effectだけを見ればよいとするシカゴ学派の考え方の2つの考え方をベースにした理論しか存在しないと考えられていた。1990年代の2つの最判は、成果基準ベースの有効競争の考え方に立つものであったが、当時、そのような意義を有することに気付いたものはいなかった。
- ▶ もっとも、市場機能・人為性に当時の公取委が言及している文献もないわけではない。例えば、新独占禁止法の実務(商事法務) 2頁では市場機能が有効に作用していない市場においては、市場支配的な企業の恣意によって、良質廉価な商品を受けることが期待できなくなってしまうであろうと指摘されていた。

(7)有効競争・競争過程についての固定観念(2) 抽象的で規範性がないとの固定観念

- ▶ 1990年代以降、日本とEUの判例理論が深化し続けている状況にかんがみれば、1980年代までの議論に固執することができないことは自明である。
- ▶ しかし、早稲田大学の科研費研究会では、デジタルと競争過程Ⅴで競争過程の法規範性について、詳細に述べ、本日発表する理論をより詳細に報告したにもかかわらず、土田教授からは、依然として競争過程も有効競争も抽象的であり、具体的違法性判断基準になり得ず、目的に過ぎないとするコメントが行われた。
- ▶ このコメントは、年配の研究者には、いかに最高裁判決の展開を説明しても、半世紀前の考え方・固定観念から脱却できないことを示しているといえる。
- ▶ 。

(8) 具体的違法性判断基準についての半世紀前の議論状況と今日の状況

- ▶ 具体的違法性判断基準とは何かについて半世紀前の議論は、白と黒をはっきり線引きできるようなものを想定していた。それは、ガイドラインで白、黒、灰色を指摘する手法に表れていた（EUでも、1990年代までは垂直的制限、知財に関するガイドラインにはそのようなものが行われていた）。それが、新独禁法実務の考え方が顧みられなかった理由でもある。
- ▶ しかし、今日では、具体的違法性判断基準とはそのような形式的な判断の道具ではなく、有効競争に基づく総合考慮の枠組み、どのようなパラメーターがどのように用いられるかを示すことを重視する、それがセオリーオブハームであり、有効競争の位置づけが明確でなければ、セオリーオブハームを説得的に提示できない。それは、有効競争・競争過程が基準・規範であって、単なる目的ではないことを示すものである。

- ▶ また、2000年以前であっても、EUの市場支配的地位の濫用に関しては、成果基準ベースの有効競争の考え方に基づくS,C,Pをパラメーターとして用いる分析手法の展開は行われていた。それが私が日米欧独占禁止法で紹介した後、最高裁は、NTT東日本事件で、正常な競争手段を逸脱する人為性、総合考慮、競争機能侵害など、EU同様の定義・考え方に従い判例を展開させている。
- ▶ この動きこそ、デジタル経済に適応する理論であることは上述の折である。しかし、年配の学説は、これらの判例を具体的事例の中で個別的にのみ評価し、判例は学説と同じであると強弁してきた。判例理論をコモンロー的に連鎖で考えるという発想がないという致命的な欠陥があるというべきか、連鎖を考えると学説と異なる発想であることが明確になることから、防衛本能によって判例の果たす役割を意図的に事例判断に矮小化しているというべきか、いずれにせよ判例理論の受け入れを拒否してきた。

有効な競争(競争機能)の維持は総合評価によって行われること

17

- ▶ 競争機能が維持されるかの分析は市場構造要因・消費者利益を含む市場成果要因も考慮して、総合的に判断される。総合考慮による分析の過程をセオリーオブハームで示すことが適切な競争評価であり、セオリーオブハームという考え方は、総合評価・有効競争論と親和的である。
- ▶ 総合判断というものを抽象的・あいまいなものとしてネガティブにとらえる見解が一部の専門家に根強いが、単一の基準に依拠する結果、その他の考慮要素を無視して過少規制・過剰規制を招く可能性があり、そのことがデジタル経済の進展により明らかになっている。総合考慮による柔軟性こそが重視されるべき状況であり、最高裁判決はまさにその点を繰り返し判示し、総合的評価の在り方についても十分な指針が示されている。

デジタル経済の利益誘導による囲い込みについての反競争性の分析(今日的にはセオリーオブハーム)には、競争条件の差異により、首位事業者による利益誘導が行われると、有効な競争が機能しなくなるという観点が不可欠

- ▶ デジタル経済の囲い込み戦略は、将来伸びてくるであろう新しい媒体を先回りして押さえることにある。欧州インテル事件・クアルコム事件でも問題となったが、デジタル経済では一層顕著である。
- ▶ リベートを廉売と見て結果無価値的側面に過剰に傾斜すると、行為者がリベートのスキムを複雑化することにより認定事実の一部を崩しやすくして、原価割れの立証を崩すことが簡単にできるようになってしまった(デジタルと競争過程 I)。
- ▶ 競争法上放置できないが、従来の消費者厚生基準では難しく、ショッピング事件・アンドロイド事件のGVC判決、DMAも有効競争・競争機能確保の観点を押し出している。

市場の特性(市場構造要因)と競争条件の差異の分析

- ▶ その際重要なのは、市場支配的事業者がいるか、支配的事業者がどの程度競争条件の優位性を持っているかの検討である。
- ▶ 競争機能が損なわれる場合には、まず、市場の特性、当事者の地位にかかる要因を挙げて競争者との競争条件の差異を示し、市場支配的事業者の競争上の優位性が説示される（NTT東日本事件、JASRAC事件）。
- ▶ 次いで、この要因により、支配的事業者に、有効競争の機能の維持を妨げることができる地位にあることを明らかにするような説示が行われる。

成果基準と商品選択の自由・ 効率的な商品の排除

- ▶ 有効競争における成果の最も重要な要因は、価格(price)と品質(quality)であるが、商品の範囲(range), サービス(service)を含めて、PQRSと総称されることもある。平たく言えば商品力であるといえる。商品の範囲には、商品の多様性も考慮され、行為基準において商品選択の自由が確保されることが重要となる。
- ▶ EUの成果に基づく有効競争（ドイツの業績競争）の特徴は、成果の保護が他の2つの要因、特に行動要因(競争過程要因)と結びついていることである。反トラスト法では、消費者厚生一辺倒であり、価格の低下を絶対視する傾向が強いのに対し、EUの成果に基づく有効競争では、市場の地位に基づく競争条件の差異の結果、同等に効率的な商品が駆逐される場合に、取引先の商品選択の自由、あるいは消費者の商品選択の自由が害されると考えるところに特徴がある。

同等に効率的という言葉の意味²¹

- ▶ 正常な競争手段による淘汰が生じるときも形式的には、商品選択の自由が奪われるかの外観が生じる。しかし、競争の結果、非効率的な商品が淘汰されることまで、商品選択の自由という成果基準で阻止されることは、成果基準にとって本末転倒であるから、商品の商品力が支配的事業者の商品と少なくとも同等に効率的なものである必要がある。
- ▶ 同等に効率的とは、実際の競争者自身が、同等に効率的か否かが問われるのではなく、同等に効率的な競争者であっても排除されるか否か(商品を選択できないメカニズムが働くか否か)によって考えるべきである。NTT東日本事件最判が判示した競争条件の差異から「競争者がいかに効率的に事業活動を行おうと必ず損失が生じる状況におかれる」ことから人為性を認定したこと、JASRAC事件で、実際にイーライセンスが効率的な競争者であるかが問題ではなく、追加負担が発生することにより、効率的な競争者であっても、利用抑制効果が生じることを問題にするのは、上記の趣旨と整合的である。

効率的な競争者が同じ手段を用いることができるかという観点(Replicability)

- ▶ 最近のECJの先決裁定事件判決 においては、「同等に 効率的な事業者が同じ行為をとる(replicable)ことができない場合」は有効競争を阻害する行為(competition on the merit に反する行為)であると判示された。これは、NTT東日本の考え方そのものであり、同判決の先進性を示すものである。
- ▶ ショッピング事件、アンドロイド事件のGC判決もこの考え方が表れている。

インテル事件：競争条件の差異を生かしたセオリーオブハーム

- ▶ インテル事件は、排除効果を利用抑制効果で考え、反競争性(日本では人為性)を競争プロセス保護の観点、行為態様（戦略的意図）、より競争が活性化する方法があるのにそれが妨げられていないか(JASRAC事件最判)という観点の重要性を示すものである。
- ▶ 上記の観点に立てば、インテルのリベートはまさに、より競争が活性化することを妨げる戦略的な意図のもとに、排他的リベートの対象商品を選び、利益誘導によって、競争者が戦略商品に食い込むことを抑制している。そして、リベートは、戦略商品以外についても及ぶが、その部分は数量リベートか条件付きリベートかが判別しがたい態様で行われている。しかし、いずれであろうと競争者にとっては、戦略商品と非戦略商品の両方のリベートを補填しない限り、戦略商品に食い込むことはできない。市場シェアが低い競争者にとっては、同等に効率的であったとしても、その補填は経営体力上、困難である(デジタルと競争過程 I・V)。

ショッピング事件

24

- ▶ 本事例は、サーチのアルゴリズム操作の問題とされていたが、GC判決では、検索結果の最初のページ2列目にグーグルのShopping Unitを固定したことの問題として再構築されている(事件名が、グーグルサーチ事件からグーグル・ショッピング事件に変更されたのはこのような構成の変更が生じたことを示している)。
- ▶ この行為により、同等に効率的な競争者であっても、対抗することが困難であり、有効な競争は期待しがたい。競争の消滅は、長期的に考えれば、品質の向上、イノベーションの促進、消費者利益を阻害する蓋然性が高いとの論理を示したものである。【排除される競争者自身の効率性を問題とするものではない】
- ▶ 競争条件の差異により、いかに効率的な競争者でも対抗できないとの観点は、日本のNTT東日本事件では、内部補助が利用できるという競争条件の差異により、同等に効率的競争者であっても、同じ値引きを行うことができないとのべ、内部補助の利用ができるか否かという観点を加味している。この観点は、ショッピング事件の反競争性を基礎づける上でも利用できる論理であり、言及することにより、より説得的な判示となったであろう(デジタルと競争過程Ⅱ (上)・Ⅴ)。

アンドロイド事件

25

- ▶ 一般検索市場のグーグルの市場シェアは、90%に達し、検索クエリを利用した広告市場でのグーグルの圧倒的優位性をもたらしている。かつ、3協定により、参入障壁が著しく高まっているため、参入は、さらに困難になっている。
- ▶ しかし、グーグルアンドロイド事件の3協定（MADA（mobile application distribution agreement）,RSA(revenue share ag.),AFA）により、一般検索市場の支配力の維持は、価格支配をもたらすものではなく、広告市場においては、データの集積に基づき、ターゲティング広告の精度の上昇をもたらし、品質と効率性を大幅に向上させている。
- ▶ 3協定が、どのように参入障壁を高め、競争が有効に機能しない状況をもたらしているかという反競争性の論理の説明についても、競争条件の差異により同等に効率的な競争者でも対抗できないとの視点が有効

AFA(anti-fragment ag.)

26

- ▶ グーグルが自ら無償で利用させている 안드로이드OSの改変を禁じることは、知財権の行使として当然であるかのように見える。
- ▶ しかし、そういう問題ではない。안드로이드OSは、オープンソースであるから改変が禁止されるわけではない。
- ▶ 問題は、改変したら、MADAによって提供されるグーグルの6つのアプリの搭載・利用が禁止されることにある。
- ▶ 안드로이드を全く用いない新たなOSの開発は困難であり、改変したOS (안드로이드フォーク)にグーグルのアプリを搭載した端末の販売を認めないことは、実際において、안드로이드OSと안드로이드フォーク(実際は、FireFox) の二者択一を迫るものであり、안드로이드OSに代えてえて안드로이드フォークを選択することは、端末事業者にとって不可能であるから、AFAは競争の機能を損なうものといえる。これは、日本のマイナミ事件と同じ状況である。

RSAとMADA

27

- ▶ RSA: 端末メーカーに対するアンドロイドの無償供与とRSAによる巨額な利益分配により、**唯一の有効な牽制力となる競争者（アップル）を協調的な競争者となるように誘導し、かつ、アンドロイド端末を製造販売するメーカーにも競合する検索アプリを搭載させないように誘導するものである。**その結果、既に競争の機能が著しく低下している検索市場での参入障壁を著しく高め、グーグルの市場支配的地位を維持強化する。
- ▶ MADA:RSAと組み合わせられる結果、**端末業者にとっては、他のアプリを搭載する動機を一層失わせ、デフォルトパワーにより、他のソフトの利用の機会を著しく減少させる。**
- ▶ 競争条件の差異の結果、**同等に効率的な競争者が対抗できず、競争の機能が危機に瀕する。**
- ▶ 判決はポートフォリオRSAのみ問題としているが、**デバイスRSAであったとしても、すでに著しく高い排他性をさらに強化するものであるとの観点から人為性を持つものと判断されるべきであった（デジタルと競争家庭Ⅳを参照）。**

MADAと排除効果・市場閉鎖効果の評価の仕方 28

- ▶ 排除効果・市場閉鎖効果は、成果要因としての排他性の程度として考慮される。代替的取引先を確保できない場合のみが市場閉鎖効果・排除効果を生じるとの考え方が市場支配力基準説で主張されるが、この基準によると、この閾値を超えない場合には、違法判断ができなくなる。
- ▶ MADAは、競争者のアプリを搭載できなくするものではないから、締め出すという意味での排除があるわけではない。ダウンロードすれば、他社のアプリを使えるし、初期画面への搭載の義務付けの場合には、クリック1回すれば、他のアプリを使える場合もある。
- ▶ そこから「排除」で対応できず、「搾取」で対応するという考え方がもてはやされたが、搾取を使ったとしても有効な競争を阻害することの立証は必要であり、問題を解決するものではない(この点は後述する)。
- ▶ 「排除」概念を、競争者の取引機会の減少、利用抑制効果があれば、市場閉鎖効果・排除効果は認められ、さらに有効競争が阻害されるかという観点から反競争性を総合判断するという考え方をとればよく、それが有効競争の考え方である。その解釈は、一般指定11項が、不当な取引機会の減少により公正競争阻害性が生じるとされていることとも整合的。JASRAC事件最判、マイナミ事件東京地判は排除効果を利用抑制効果で考えることを明言している。。

3協定の累積性とJASRAC事件の考え方

29

- ▶ 3協定の累積効果については、JASRAC事件最判が示唆する人為性の考え方によって説得的な説明が可能。
- ▶ 競争促進効果があるとしても、競争者を市場から排除したり、新規参入を困難ならしめるような大きな排除効果・排他性をともなう場合には、その排除効果・排他性を緩和するために取りうる行為(しばしば、カーブアウト手段といわれる)がとられていない限り、そのような行為は、正常な競争手段を逸脱するという考え方である。
JASRAC事件では、包括許諾・包括徴収は、競争促進効果があるとしても、個別徴収を選択肢にすることは、容易に実現できるカーブアウト手段であり、かかる手段がとられていないことに人為性を見出したものである。
- ▶ 各協定には、それなりの競争促進効果があり、他のアプリの利用も完全に排除されるわけではない。しかし、AFAにより、他のOSの出現が困難となり、RSAとMADAの組み合わせにより、グーグルサーチへの対抗も極めて困難になる。有効競争維持の観点からこれらの協定の累積的利用に人為性があると解することができる。

- ▶アンドロイド事件、DMAなどでは、長期的に消費者の利益を害するという表現が多用される。これは、動態的評価の観点であり、有効競争の確保という視点である。
- ▶競争の結果、淘汰が生じることにより、競争者の数は減少するが、その競争のプロセスを通じ、商品の品質は向上し、価格は低下する。そうであれば、競争者の減少が生じたとしても、競争が減少した(競争機能が損なわれた)と直ちに考えないことも動態的評価の観点の表れである。企業結合で有効な牽制力がある競争者の存在を検討するのは動的評価の観点からである。EUの初期の企業結合の判例で、コンテストタビリティに言及される多数の事例も動態的評価の観点の表れである。越知・競争法大全913頁参照。
- ▶他方、勝者となった事業者に対し、高い参入障壁が生じ、競争が消滅する場合(有効競争がおよそ期待しがたい状態が形成される場合)には、競争の機能が損なわれる(有効競争が阻害される)と考えることになる。アンドロイド事件GC判決、DMAのコンテストタビリティは、そのような観点を示しているのである。

- ▶ 最近、イノベーションの阻害がセオリーオブハームとして脚光を浴びているが、これは、価格引き上げ能力だけで合併の反競争性を分析することの限界、将来の市場における有効な競争の阻害の観点から合併分析についても必要となっていること、動態的評価の観点の重要性を示すものである。
- ▶ 米国では、消費者厚生が悪化（成果基準）にイノベーションの阻害を含めることにより、消費者厚生基準の下でイノベーションの阻害の反競争性の説明を行おうとしているが、そこでの分析は、川濱・市場支配力基準の説くようなMPデルタを定量的に把握するのが難しいため、代理変数を用いたラフな分析にとどまっている。そのような分析は、消費者厚生基準で説明しているというよりは、イノベーションという動態的な競争の過程の定量化であって、競争プロセスの観点（有効な競争の維持の観点）の重要性が再認識された現象である。

動態的評価は有効競争基準のもつ核心的性格を表すものであること

- ▶ 動態的評価は、有効競争論が、規模の経済と競争原理を両立させる理論でもあるという性格もあらわしている。競争の結果、淘汰が生じ、規模の経済の利点を享受した事業者によって良質廉価な商品が提供されるのであれば、それを直ちに競争機能の侵害とは見ないが、競争が消滅してしまう、あるいは、本来、生じるはずの効率的な競争者の出現(参入)まで排除されてしまうのであれば、有効競争を損なうことになる（デジタルと競争過程Ⅴを参照）。
- ▶ アンドロイド事件、ショッピング事件GC判決などデジタル経済に関する競争評価は、規模の経済の持つ効率性を尊重しつつ競争についての動的評価を行うことにより、より競争が活性化するかそれとも不活発になるか、競争が機能しない状況が出現することはないかという観点から、競争分析を行い、セオリーオブハームを提示するものである。その理論的基礎は、有効競争論・競争過程論である。

DMAのcontestability & fairnessの意義

- ▶ デジタル経済の本丸の問題は、市場をまたいだデータの集積による支配力(パワーX)の膨張であり、その支配とは、消費者の日常生活に関するあらゆる取引ニーズがそのエコシステムの内部で充足されるという現象である(それがエコシステム支配である)。それは、エコシステム間で競争があったとしてもなお巨大な市場が囲い込まれ、エコシステムの支配者は、消費者との取引で得られたデータをエコシステム内の他の市場での取引で利用できるという優位性を有する。そのため、エコシステム間で競争があれば、有効に競争が機能しているといえるものではない。例えば、グーグルとアップルの間で競争が残されたとしても両社は、エコシステムに囲い込まれた消費者に対する圧倒的支配力を有しており、将来において多数の市場で有効な競争が機能していない状況がもたらされる危険がある。DMAで持ち込まれたcontestabilityという概念は動態的評価の観点からの有効競争概念をあらわすものである（越知・競争法大全913頁、デジタルと競争過程IIIを参照）。

- ▶ 成果要因と競争過程要因は、相関的に評価する。例えば、市場シェアが大きく、排除効果・市場閉鎖効果が大きい場合には、正常な競争手段であることは厳格に解され、より競争を活性化する方法があるときは、人為性があるとされる（JASRAC事件）が、市場シェアが小さく排除効果が小さい場合には、競争過程への害がより大きなこと（例えば抑圧的であること）が違法判断として求められる。総合評価、スライディング・スケールで考える（相関的に考える）ことはいわば当たり前のように見えるが、日本では、それほど自明ではない。
- ▶ 市場支配力基準は、市場成果の一部である価格支配力のみを見る方向になりがちであるし、能率競争を手段の不当性とする見解も、競争過程の行為無価値的側面だけを切り取って競争評価するものであるともいえる。そのような基準では、総合考慮と反対の結論が導かれ、過少規制・過剰規制を誘発する。優越でもこの視点が生かされるべきであり、田中・解説は、そのように考えていることは後述する。

デジタル経済における有効競争維持の視点³⁵と相関的考慮の視点：ドイツ第10次改正20条3aの意義

- ▶ 市場支配的地位がなくとも、市場の特性によっては、競争条件の差異が著しいため、競争の機能を損なう場合がある。デジタル経済のDPはその典型的な場合である。
- ▶ そのような規制を行うことができる場合を明確化し、その射程を示したのが優越的支配力概念であり、ドイツの第10次改正20条3aの改正は、ティッピング概念を導入し、業績競争概念を成文化してそのデジタル経済における射程を明らかにした（デジタルと競争過程VI・島村論文参照）。
- ▶ 日本の有力な事業者基準で運用される自由競争減殺型の不公正な取引方法と同じ考え方だが、競争の減殺が生じるのは、有効な競争が損なわれる場合であることを明確化している。
- ▶ 市場支配的地位なしに、有効な競争が損なわれる場合とは、例えば、著しい競争条件の差異がある場合がある（以下の先例）。

Immobilien Scout : 優越的支配力を有する者が36 による他の者の競争条件を著しく悪化させる行 為の禁止：不動産仲介事業のプラットフォーム のリベートによる囲い込み

- ▶ 本件は、最初の10日間、他の業者のプラットフォームに広告を掲載しないことを条件に会員フィーを割り引く(排他的リベートである)ことに関し、最初の10日間に閲覧が集中することから、かかる条件は、有力事業者の競争者の競争条件を著しく悪化させるものであることを理由に業績に基づく競争ではないと判断された事例である。多面市場性を有するプラットフォーム仲介事業では、市場支配力の獲得以前に競争の機能を損なう状況が生まれかねないことを示唆するものである。

日本の不公正な取引方法の 有力な事業者基準への示唆

- ▶ 日本の不公正な取引方法は、市場支配力がない場合をカバーするが、どのような場合に反競争性が認められるかという射程は明らかではなかった。排除を代替的取引先の確保で考えることにより、逆に、その射程を狭めすぎるという問題もあった。
- ▶ 競争条件の著しい差異があるために、同等に効率的な競争者でも対抗できないというEUのreplicabilityの考え方は、市場支配的地位がない場合の反競争性を考える上でも参考になり、Immobilient Scoutは、その具体的な事例である。
- ▶ それは、有効な競争が機能するかの観点からの検討であり、同事例・あるいは私的独占に関するNTT東、JASRACのセオリーオブハームが、有力な事業者の射程と反競争性を考えるにあたっても参考になることを示すものである。

競争過程論と目的の正当性

・手段の相当性理論

- ▶ この基準を用いる場合にも相関的評価の観点が必要がある。その意識を欠くと、適切に市場構造・競争過程・市場成果要因が考慮されないと競争法的な分析にならず、民法の利益衡量的な分析になってしまう危険があり、後述のインクカートリッジについてその問題が生じている(後述する)。
- ▶ 排他性が極めて高い場合には、手段の相当性において、排他性を緩和する方法があるのにそれが取られなかったことは、手段の相当性を欠くとされる理由になる。それがJASRAC事件理論の帰結である。
- ▶ 排他性の程度が低い場合は、この手段の相当性は厳格には要求されない。例えば、垂直的制限行為は、ブランド間競争を促進する場合、高い排他性を生じる場合でなければブランド内競争制限効果を最小にするための方法をとらなければならないとまでは考えられていない(資生堂事件最判は、そのような判決と理解することもできる)。

インクカートリッジ事件と総合考慮39

- ▶ 総合考慮の視点の重要性は、インク・カートリッジ事件が参考になる。
- ▶ ブラザー事件東京地判は、排除目的以外に設計変更の理由が見いだせないという事情があり、正当理由がないことから簡単に違法と考えている。
- ▶ リコー事件東京高判は、再生品を使えなくするのではなく、残量表示が出ないだけにとどまる場合には、排除されたわけではないとの判示と解するならば「排除」の意義を狭く解しすぎている判決といえる。
- ▶ しかし、リコー事件高裁判決が、利用抑制効果という観点から、排除効果はあるが、競争制限効果は小さく、リコーの市場における地位も首位級とは言えず、プリンター市場では活発な競争が行われており、行為は特許の権利行使の範囲内であるという総合考慮を行って、人為性がない(正常な競争過程を逸脱していない)と判断したものと考えれば、よい判断といえる。
- ▶ ブラザー事件では、3カ月あれば、互換性のある再生品を供給できるので、競争制限効果が限定されている。ブラザーは、10%程度の市場シェアしかなく、主製品市場の競争も活発であることを考慮すべきであった。
- ▶ もっとも、これに対しては、EUの101条では、目的に正当性がなければ、手段を見るまでもないと考えているという反論もあり得る。これは、実質において、目的に正当性がない場合を不正手段と考えているものである。

- ▶ 有力な事業者でなくとも、**並行輸入**を制限する行為に対し、公取委は、排除目的しか見いだせないとして、排除措置を取ろうとした。それと同じであるとの反論もある。
- ▶ しかし、**再生品業者が行っている行為は、フリーライド**であり、排除目的だけとも言えない(開発費を負担しないからこそ安く提供できる。カートリッジを集めて詰め替えることは、誰でもできる行為であり、何らの産業の発展に貢献できる行為ではない。**プリンターの開発のインセンティブの確保の観点**が考慮される必要があり、不正手段と考えるべき事例ではない。主製品市場の競争が活発である限り、競争制限効果が大きくない範囲で、再生品を利用抑制する対抗措置を許容することは正当化できると考える余地がある。少なくとも、不正手段や並行輸入つぶしと同視することはできない。
- ▶ EUでは、**主製品市場の競争が活発である限り**、再生品を制限する行為を許容している。米国でも、反トラスト法違反とはされていない。ただし、消尽理論の適用を認め、再生品が市場に出回ることを阻止することは違法と考えている。(越知・大全712頁、743頁)。
- ▶ インクカートリッジの先例を取り上げるのは、**総合考慮した上での判断が必要であるのに、日本ではそれを看過して議論される典型例としてであり、その原因は、有効競争の考え方が無視されてきたからであることを示すためである。結論の当否以上にその点が重要である。**(他の例としてDeNA事件)

能率競争DPと人為性

41

上記の有効競争・競争過程の考え方に極めて近い考え方が、CPRCで昨年発表された田辺・能率競争Discussion Paperである。この能率競争概念は、成果に基づく有効競争と同じであり、能率競争阻害の概念を不正手段型、あるいは自由競争減殺だけではなく、すべての類型に及ぼそうと試みている点で一元論的に考える判例と同論文発表前の私見をさらに推し進めたものといえる。

自由競争減殺→正常な競争を逸脱するかについて、市場構造と競争過程・市場成果を総合判断する必要がある場合

不正手段型→行為の悪性が高く、市場の地位にかかわらず禁止される。行為の悪性それ自体が競争への悪影響が生じる抽象的危険があるために行為それ自体で人為性が肯定される場合

優越的地位の濫用→経済的弱者に対する抑圧的態様に加え、行為により優位にある者の競争者との間の競争上有利になったかという事情により人為性が肯定される場合であるとする。これは、ドイツ・エディカ事件でドイツ最高裁が示した考え方である。

食べログ事件とDPガイドライン42

以前の優越の規制

- ▶ 食べログ事件は、人為性・総合考慮という有効競争・競争過程に関する視点を優越的地位の濫用にまで及ぼしたことに格別の意義がある。ただし、各論で致命的な誤りを犯している。
- ▶ 田中寿「一般指定の解説」の「不当不利益」の意義は、実質的にこの人為性言及するものである。田中・解説では、「取引当事者が完全に満足することはまれであり、何らかの意味で、双方または一方に不利益が生じるものであ」る。「不当な不利益は、力の格差を利用し、相手方の自主性を抑圧する性格を有するような不利益をい」い、「不利益の程度が大きいか類似の行為が広く波及するおそれがある場合に不当な不利益と認めることができる」（90頁）と解説している。これは、私的自治に配慮し、「不当不利益」に該当するには手段の抑圧性・伝播性・不利益の程度が人為性を構成する重要な考慮要素であると指摘するものといえる。

優越の人為性・総合評価の視点

- ▶ 他方、岐阜信組事件最判(S52.6.20)は、地裁判決が両建て預金の拘束は違法な抱き合わせ、契約にない役務の提供のように解し、契約全体を無効にしたのに対し、**実質的に利息制限法の脱法行為と構成しなおし、契約を無効とせず利息制限法違反（法令違反）の部分の金利支払いのみを損害と認めた**。同最判は、独禁法違反行為の私法上の効力に関する判例と解されてきたが、今日的には、法令違反性を基礎として優越の不当不利益性を限定したことに先例的価値を見出している。
- ▶ さらに、2条9項5号イロハに列挙された事項は、まさに、（契約に規定されていない役務提供を要請されるなど）契約上、期待された利益が侵害される場合を指していると考えられた。
- ▶ 能率競争DPは、**優位にある者が、その行為によって利益を獲得し、それによって自らの競争者との競争上、有利な地位を獲得することに「反競争性」を見出している**。
- ▶ 田中解説、最判、例示条項、能率競争DPを総合すると、優越における人為性とは、**期待される利益が、法令・契約または商慣習上存在し、抑圧的な態様で、利益侵害が繰り返されるか大きいこと、行為により優位にある者の競争者との間の競争上有利になったかという事情の総合評価である**といえる。

食べログ事件東京地判の各論の問題：契約の競争 44 制限性という問題の看過

- ▶ 食べログ事件東京地判は、抑圧性も行為により優位にある者の競争者との間の競争上有利になったかという事情もない。その意味で、従来の優越の考え方からは不当性は基礎づけられない。
- ▶ ところが、判決は契約上の利益の侵害によって不当性を認定している。すなわち、ステルスマーケティングと口コミの評価以外によって、評点が下降することがないことが契約上の利益と構成し、その利益が侵害されたと考えた。しかし、その契約自体に独禁法上の問題があることを看過している。
- ▶ 評点についての有利な取り扱いを行う合意は、評点に関する公正な評価を阻害するものであり、合意自体が正常な事業活動を逸脱するものである。そのため、合意をそのような者と解する場合には、契約違反を不当性の根拠にしてはならない事例であった（越知・評釈・デジタルと競争過程Ⅵを参照）。
- ▶ これは、取引制限が不当な合意(人為性を有する合意)と位置付けられていれば気づく問題。合意を競争者間の合意に限定し、反競争性に市場支配力の形成維持強化を要するとする日本独自の理論がデジタル経済の最初の司法判例の理論を歪めることになったといえる。

市場支配力基準説と取引の自由⁴⁵ の本来的位置づけ・最高裁判決

- ▶ 取引の自由についての上記の歪曲した考え方が生じた原因として、競争の実質的制限の概念について、多数の学説は、競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化と解し（以下「市場支配力基準説」という）、取引の自由の観点を持ち込んでこなかったことがある。半世紀前の営業の自由を巡る論争において、経済史学者である岡田教授は、取引の自由(同教授は「営業の自由」と述べている)が自由競争保護の核心的概念であることを主張していたが、同学説は、今日まで、経済法研究者の間で顧みられていない。
- ▶ しかし、最高裁は、薬事法事件最判以来、岡田説の取引の自由に対する考え方を受け継いで展開され、NTT東日本事件最判では「競争的活動に対する人為的制限を除去することにより、事業活動の自由を保障することを旨とする」と述べるに至った。

競争機能侵害と市場配力基準説は同義とみなされるのか

- ▶ さらに、最判は、競争の実質的制限の意義を競争機能侵害と定義するに至っている。市場支配力基準説は、競争機能侵害と市場支配力の形成維持強化が同値であると強弁している。しかし、競争機能侵害とは、競争的活動（取引の自由）に対する人為的制限であり、市場支配力の形成維持強化は、人為性を判断するためのパラメーターである。その点もNTT東日本事件最判が、排除行為の定義において、「市場支配力の形成維持強化の観点から」正常な競争手段を逸脱する人為性を有するかを判断することを求めていることによって判示されている。市場支配力基準説は、市場支配力の形成維持強化が競争の実質的制限の意義と解する説であるので、要件事実として立証が必要であり、パラメーターとして考えることができない。その意味で同値と見ることはできない。

その他の市場支配力基準説の問題

47

- ▶ 市場支配力基準説に立ち、同基準を擁護しようとする川濱教授の諸論考自体が、市場支配力基準説の多様な問題を明らかにしている。
デジタルと競争過程Ⅶ参照。以下では要点のみ示す。
- ▶ (i) 川濱説は、市場支配力の形成維持強化が米国の独占化の事例で発展してきたとするが、アルコア事件は、人為的な (deliberately) 市場支配力の形成維持強化であると判示している。
- ▶ (ii) 川濱説自身、人為性が必要であることを認めたり、競争の実質的制限をMPデルタだけで見ようとするなど混乱している。
- ▶ (iii) さらに、市場支配力基準を消費者厚生基準と同値と見たり、競争過程が取り込めると見たり、消費者厚生基準の多義性を理由に消費者厚生は基準でなく目的であり、消費者厚生基準より優れた基準であると見たりするなど、米国の消費者厚生基準より、はるかに節操なく多義的に市場支配力基準の意義を変遷させている。

最も根源的な問題が棚上げされ続け48 ているという問題

- ▶ (iv) 反競争性の認定において、そこまで経済分析の観点を重視し、市場支配力基準にこだわりながら、自由な競争と公正な競争を二元化することによってそれと対極にある対等性基準説・DPガイドラインを支持することは矛盾している。何のための経済分析
 - ・ 経済学的知見の活用なのかが問われる(デジタルと競争過程Ⅶ・Ⅴ参照)。
- ▶ (v) デジタル経済でエコシステムを支配している事業者は、価格支配力を行使しているわけではない。多くの市場で無償の価格を提示しているからである。それ故に消費者厚生も改善しているともいえる。問題は価格支配ではない支配力いわばパワーXの問題を論じる必要がある。そのパワーは、価格だけではなく、データの支配から生じるものであり、マネー支配を問題とした市場と支配概念がデータ支配を含めた市場と支配概念に移行する必要があるのではないかという問題である。デジタルと競争過程Ⅲ参照。この問題が棚上げされている。

フェアネスと有効競争・競争過程

(1) 欧米の競争法における公正性の保護

- ▶ 欧米では、競争法におけるフェアネスは、自由競争と一元的に保護されるものであり、日本の学説の自由競争概念と別建てで公正な競争を保護するものではない。一元論におけるフェアネス保護の問題は、競争過程保護に対応するといっている。なお、判例は、欧米同様、一元的に考える考え方に依拠している(公正かつ自由な競争を保護する独禁法1条からそう解すべきことは明らかである)。
- ▶ 一つには不正手段、行為の不当性の問題であり、これは、競争過程保護の行為無価値的側面に対応する。もう一つは、競争条件の差異の不当利用にかかわる問題であり、競争過程保護の競争機能の維持(有効競争の確保)にかかわる問題である。この意味での公正性とは、unfair advantageである。
- ▶ デジタルで重要なのは、DMAがその規制原理としてcontestability and fairnessとしているように競争機能維持の側面である。これは、競争条件の差異に基づく地位の不当利用により、同等に効率的な競争者も競争できないという問題を、unfair advantageと表現していると考ええるとわかりやすい。

日本のフェアネス論の独自性の淵源：ドイツ競争法の有効競争・競争過程の考え方が対等性基準説によって歪められて紹介されているという問題

- ▶ 以上のとおり、有効な競争が維持されるかどうかには公正性の認定も関わってくるのであり、ここでも有効競争概念は決定的な役割を果たしている。
- ▶ 柴田・東條CPRCのDP (2021)、舟田教授の諸論文などで、ドイツの先例・業績競争概念を取引当事者間の対等性を回復させることを基準に競争法を運用する学説(以下「対等性基準説」という)に整合する理論として紹介されてきた結果、DPガイドラインの比較法的根拠としてドイツ法の研究がもてはやされている。しかし、ドイツの先例理論と業績競争概念は、筆者が論じてきた成果基準ベースの有効競争・競争過程の考え方にに基づき運用されてきたのであって、対等性基準説を支持するものでも、DPガイドラインに基づく優越の考え方を支持するものでもない。デジタルと競争過程VI（下）参照。以下は、その要点である。

対等性基準説の成立の経緯

51

- ▶ 対等性基準説のおおもとの考え方は、完全競争状態をベースとし、経済的地位の利用それ自体を濫用と考える理論(オルドー主義の初期の理論)である。その結果、縦の関係で対等な経済的地位にある者との取引であれば獲得できなかった取引条件は経済的地位の濫用とされる。ドイツでは、その理論は、介入主義的になりすぎ、市場経済・私的自治と整合しないとして、成果基準ベースの有効競争の考え方に修正された(それが今日のオルドー主義の意味である)。ところが、日本では、ドイツで廃れた初期のオルドー主義の考え方が、正田教授により、対等取引権説として有力に主張され、舟田教授等により、「取引の自由」「搾取性」「公正な競争」「力の濫用」憲法の平等権などに依拠して有力学説として生き続け、それが今日のドイツの理論であるかのように主張されている。

ドイツ・フェースブック事件の歪められた解釈 52

- ▶ ドイツ・フェースブック事件では、カルテル庁は、反競争性の要因として個人情報保護法違反による自己決定権の侵害を過度に強調していたが、ドイツ最高裁は、同意なき個人情報の取得が、搾取濫用の類型であることを認めたものの、それにより、フェースブックが競争上の不当な優位性を取得することが業績に基づく競争ではない(市場の有効な競争を損なう)と判断された。搾取性が認められれば、直ちに違法になるとか、民事的な利益考量（取引当事者間の利益考量）の結果、違法になると判断したものではない。
- ▶ しかし、CPRCの柴田・東條（2021）のディスカッションペーパー、舟田教授の論文は、有効競争の視点を対等な取引関係の視点に置き換えて（すり替えて）同事件を解説している。

フェイスブック事件における競争プロセスへの言及

- ▶ 柴田・東條(2021)は、冒頭で、フェイスブック判決が、GWBの目的は、有効な競争の確保が目的であること、競争プロセスと競争の自由を保護することによって達成されるとしていることを引用している。この点もマイナミ事件判決が言っていることと同じである(P13,14参照)
- ▶ 有効競争の確保は、消費者厚生 of 構造的保障を追及するアプローチであり、消費者厚生基準とも整合するものであることも指摘されている(この点は無効競争の動態的評価の観点を説示するものである)。
- ▶ 40頁では、最高裁決定の引用として、有効な競争があれば期待できない取引条件であることが業績によらない競争であることの理由(セオリーオブハーム)であることを指摘している。これも、EU競争法が、有効競争の観点に立っているを示すものである。

対等性基準説の自己決定権、憲法上の自由 権(取引の自由)の問題

- ▶ 以上のように、最決が、有効競争の観点に立っていることは引用されている点からも明らかであるのに、柴田・東條 (2021)は、縦の関係での経済的に劣位の者の保護のために、取引の自由・経済的自由を援用しているとする。「取引の自由」ではなく、対等取引権・経済的平等の意味で、取引の自由・自己決定権を用いている。平等を自由の前提とする理論であり、取引の自由を平等の確保によって、制度的に保護しようとする理論であるもので(舟田説も自ら制度的自由と述べている)。、自然法に基づく人権思想ではなく、市場経済を国家の介入により成立する理論と考える点で、市場経済理論と整合しない理論である。
- ▶ 論者の取引の自由、自己決定権は、正常な競争過程からの逸脱という判例の人為性の考え方ではなく、対等な取引ではありえない条件を搾取と見る対等性基準説の理論の根拠として取引の自由、自己決定、憲法的価値が使われている。EUの有効競争、ドイツの業績競争、日本の判決理論の取引の自由・自律性の考え方とは似て非なるものである。

有効競争基準の取引の自由・自己決定権の意味

55

- ▶ 取引の自由・自己決定権は、当然、独仏EUでも保護されるが、それは、公正な競争ではなく、自由競争の原理であり、その意味は、自由な事業活動こそが、経済の成長と国民の富の総体の最大化をはかることができるという思想に基づくものであり、平等を達成するために劣位のものの対等性を回復させることではない。
- ▶ 自律性・自己決定権は、EU競争法の判例でも指摘されるが、それは、市場支配的地位の濫用の判例であり、市場支配的地位を有するという構造的要因による特別の義務があるからである。およそあらゆる経済力の格差に関し、対等な当事者間で生じないような取引条件が設定されれば、自律権の侵害であると考えられるわけではない。そう考えれば私的自治が崩壊する。

搾取的濫用・業績競争についての反競争性を認める論理・射程の違い

- ▶ 搾取的濫用については、EUで問題にされるのは、基本的に金銭的搾取であり、取引条件が過度に高価格を導く場合でなければ問題にされない。ドイツには、取引条件の搾取的濫用という概念はある（条件濫用）が、実際に、条件濫用が認定されるのは、業績に反する競争である場合だけである。そして、業績に反する競争か否かの判断においては、競争の機能が維持されるかで判断されるので、実質上、競争の排除が認定される場合だけが、条件濫用と認定される。それは、EUの濫用行為(排除行為)の考え方と同じである（というより、ドイツのそのような業績に基づく競争の概念がEUの濫用行為の分析手法となった）
- ▶ 業績競争に関し、対等性基準説では、経済力の利用は非業績競争と考えているが、有効競争基準では、非業績競争となるのは、正常な競争手段を逸脱する人為性がある場合であり、人為性は、有効競争が機能していれば、生じないような取引条件が設定される場合に限定される(フェイスブック事件最決)。

対等性基準説の利益考量と有効競争基準の総合考慮の違い

- ▶ 競争機能侵害・人為性・競争過程に基づく総合考慮に関して、利益衡量をいう一見似たような考え方が取られているかに見えるが利益衡量の考慮要素として、有効な競争が確保されるかという観点が現れず、取引当事者間の利益考量を取引当事者の私的利益・GDPR上の利益が侵害されれば、直ちに違法であるかのような判断構造となっている(46頁)。その理由は、**私人の利益も保護しているから、当事者間で不公正であれば、競争の機能は侵害される。だから、民事的利益考量によって、濫用性・公正競争阻害性が判断されるとするものである。**
- ▶ ドイツ・日本の判例理論とは根本的に異なる分析手法である。

結語：有効競争を廃れた概念・抽象的であり規 範性がないとしてきた真の理由

58

▶ 以上から、明らかになるのは、有効競争をはじめとする5つの基礎概念を無視し続ける理由は、抽象的であり規範性がないからではなく、「取引の自由」を自由競争ではなく、公正競争の概念に置き、劣位の者の取引の自由で考えるという対等性基準説的発想・2元論を維持したいための口実であり、すたれた理論、抽象的で規範性がないというのは、対等性基準説の問題そのものだということである。

▶ 対等性基準説の考え方では、介入主義的となり、市場経済と相いれない。そのため本家ドイツでは廃れ、成果基準ベースの有効競争の考え方に移行している。日本では、4分の3世紀ものあいだ、初期のオルドー主義をベースとした考え方が生き続け、それに依拠し続けたいがために、自らの理論が廃れているのに、米国の議論と混同させて(欧州で展開している)有効競争を廃れたものとみなし、欧州の展開を対等性基準説の理論的基礎として歪めて理解しようとしてきたのである。今日ではドイツの判例の英訳もネットで簡単に入手でき、あらゆるEU/ドイツ判例で有効競争effective competition, competition on the merits に言及されていることを誰でも知ることができる。

- ▶ NTT東日本が指摘した「事業者の競争的行動を制限する人為的制限を除去することにより事業活動の自由を保障することを旨とする」との説示とそれに基づく最高裁判決の考え方、さらに優越にも人為性を要求する食べログ事件東京地判の総論の考え方は、公正な競争と自由な競争を一元的に考える考え方に依拠するものであり(公正かつ自由な競争を保護する独禁法1条からそう解すべきことは明らかであるが)、能率競争DPの考え方を総論において説示するものである。
- ▶ 主要学説の2元論を公取委が当然の前提とすることはできない状況が生じているのである。

補論：他法令違反の競争法違反該当性

- ▶ 日本では、法令違反は、不正手段型として、競争法違反になることを当然視しているが、このように考えてきたのは日本だけである。これまで欧米の実務は、他法令違反があれば、その法令に任せればよいのであって競争法違反と考える必要がないという解釈の方が有力であった。ドイツでは、ウルマーなどが不正競争防止法違反は競争法違反になると主張してきたが、そのような解釈も立法化も実現していない。フェイスブック事件は、個人情報保護法違反という他法令違反を競争法の違反に取り込むカルテル庁の試みである。しかし、ここでも有効な競争が損なわれるという状況の説明が必要であることが最高裁により説示された。
- ▶ フランスでは、著しい不均衡規制などの「競争制限行為」には、有効競争阻害の立証は不要である。しかし、それは、競争制限行為とは、不正競争防止法違反のように考えられており、被害者自身による救済、経済産業大臣が代位訴訟を行うことにより執行されるからである。競争制限行為は、競争当局(オーソリテ)の管轄にはされておらず、競争政策の問題とは解されていない。以上の詳細は、デジタルと競争過程VI