

デジタル経済と競争過程保護Ⅰ

リベート問題と欧州インテル事件および
米国と欧州のクアルコム事件

〔上〕

越知保見*

はじめに（GAFA 問題における競争過程の重要性）

GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple) 問題を通じ、消費者厚生への害だけによって反競争性を論じたのでは、デジタル時代の巨大プラットフォームにおける競争を有効に機能させることができないことが明らかになりつつある。GAFA の戦略は、消費者厚生の観点からは競争促進的であるが、同時に有効に競争を行うことができる競争者を消滅させる（競争の機能が著しく阻害される）という問題だからである。これは、市場支配力の形成・維持・強化を基準として、競争の実質的制限を論じてきた有力学説の立場でも、今日のデジタル経済の問題に対応しきれないことを明らかにするものもある。そのため、欧米では、競争過程を重視することで、デジタル経済に適合する競争法理論の再構築・深化を図る方向性が探られている。消費者厚生に及ぼす効果一辺倒で違法性判断をするとのシカゴ学派の考え方方が根強かった米国でさえ、シカゴ学派的竞争観では、デジタル経済の問題に対応できないことが明らかになり、競争過程を重視する立場に回帰する方向性が模索されている¹。リナ・カーン米国 FTC 委員長の論文（以下「カーン論文」という）²はその先駆的な動きとして評価される。

しかし、日本では、競争過程・有効競争という議論がほとんど深まることなく、優越的地位

位濫用（以下「優越」ともいう）を不当不利益一般に拡張する動きによって対応しようとしている。しかし、GAFA の戦略は、取引の相手方に不利益を与えるものではなく、むしろ利益を与えて囲い込もうとするものであるから、優越で有効に対処できるものではない。日本の独禁法の黎明期において、初期オルドー主義の影響のもとに完全競争モデルをベースラインとして、対等取引でなければあり得ないような取引条件であれば、不公正な取引方法であるかのように論じる学説が有力に主張された³が、DP ガイドライン後の劣位のものに生じた不利益一般を（優越で）規制するという解釈は、このような学説に回帰するものである⁴。しかし、対等な取引条件の回復を志向する競争政策・競争法観は、市場機能に基づく淘汰自体を否定するものであり、市場経済とも私的自治とも相いれないため、欧米では廃れた考え方である。そのため、筆者は、DP ガイドラインの志向する方向性は、持続可能な競争政策ではないと論じてきた⁵。

筆者は、デジタル経済への対応は、EU が展開してきた有効競争（effective competition,

—もくじ—

はじめに

- I 利益誘導による囲い込み戦略についての EU の新有効競争論の展開
- II 欧州 Intel 事件
- III 米国・欧州のクアルコム事件

結語

*おちやすみ、明治大学大学院教授

competition on the merit) の本来の考え方(以下 SCP パラダイムとして批判された学説だけを有効競争論と認識する考え方と区別するため「新有効競争論」ともいう)⁸。競争過程保護の考え方を展開させることによって対応すべきものと考えており⁹。米国のネオ・プランダイス派の主張は、行き過ぎの点もあるが、競争過程保護を再生するものである点において、正しい方向性と考えている¹⁰。

デジタル経済における GAFA の戦略は、利益を供与して消費者・需要者を囲い込もうとするものである。そして、デジタル・プラットフォームの特性、データ優位性、消費者行動などのさまざまなデジタル経済の特徴によって、その囲い込み効果が従来の問題で考えられている関連市場よりもはるかに広範な市場に及び(しばしば、エコシステムと呼ばれる)。GAFA のエコシステムに囲い込まれた需要者のあらゆる需要が当該エコシステムを通じて充足される事態が生じている。その結果、広範な市場で、有効な競争が機能しなくなってしまい、競争の機能が危機に瀕している。この問題についての実態調査報告は、精力的に行われているものの、既存の先例で構築された論理をどのように乗り越えるかについての検討は十分なものではない。筆者は、「デジタル経済と競争過程保護」(以下、「デジタルと競争過程」という)とのタイトルの下で発表する一連の論考でその点の方向性を示唆しようとするものである。本稿は、その第 1 稿として、リペートの問題に關し、執行当局が立証に失敗した EU インテル事件、米国と EU ケアルコム事件が提起した問題をどのように克服すべきかを詳細に論じる。リペートと利益誘導による囲い込みの問題は、EU が黎明期から問題にしつつ、その理論を展開させてきた問題で、EU の有効競争論の核心の問題である。デジタル経済における利益による囲い込み戦略の方向性をたどるために、リペート問題についての EU 競争法の有効競争論の到達点を確認する必要があるからである。そのうえで第 2 稿において、グーグルの囲い込み戦略、第 3 稿でエコシステム支配とキラー買収を含む買収戦略

を取り上げ、第 4 稿では、第 3 稿までの各論を踏まえた競争過程保護について、注 7、8 で指摘した能率競争概念との関係を含め、理論と規範の体系的整理を行う予定である。

I 利益誘導による囲い込み戦略についての EU の新有効競争論の展開

1 リペートに関する EU の先例の展開の要約

EU では、EU 競争法の黎明期から、リペートの問題が、EU の有効競争論の形成に大きな役割を果たした⁹。EU 競争法 102 条の市場支配的地位の濫用におけ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と定義され(United Brands 事件¹⁰)、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¹¹)と定義される。かかる定義は、日本の NTT 東日本事件・JASRAC 事件が排除行為の定義として示した「正常な競争手段を逸脱する人為性を有する行為であって、競争者の事業活動を困難にする効果を有する行為」とする定義に類似する定義である。

以上の定義は、EU 競争法の反競争性が有効競争の阻害(impediment to effective competition or harm to competition on the merit)を意味することを明らかにするものであるが¹²。EU 競争法では、かかる定義に基づき、リペートに関する多くの判例が蓄積している。黎明期の Suiker Unie 事件¹³、Hoffmann 事件において、数量実績に直接比例する累積リペートは通常の競争手段の範囲内であるが、金融面での支援、競争者からの供給を受けないこと、支配的事業者の設定した基準を超えたことを条件とする割引、いわゆる忠誠リペート(fidelity rebate)(排他的リペート、条件付きリペートとも呼ばれる)は、購入者が競争者から購入するインセンティブを奪うので、正常な条件とは異なる条件であって、市場の競争を弱めるものであるから、

濫用行為性を有することが宣言されていた。

さらに、Michelin 事件¹⁴において、取引先が年間の売上目標(target)を達成するか否かを基準とした値引き(ターゲット・ディスカウント・システム)は、不可避的にディーラーにディスカウントを得るために購入数量を目標額まで引き上げさせる効果を有し、ターゲット・ディスカウント・システムにより、ディーラーの供給者を選択する自由が害され、競争者にとって市場アクセスがより困難となるとして、有効競争を阻害するものとされた。

以上のような判例に対し、上記の判例理論は、支配的事業者の排他的取引契約に当然違法を採用するものであり、形式主義的アプローチであるとして批判された。これに対し、1990 年代の BPB Industries 事件(Plasterboard 事件)¹⁵、Portuguese Airports 事件¹⁶、2000 年代の Michelin II 事件¹⁷、Virgin/British Airways 事件¹⁸では、違法性を推定しつつ、経済効率や消費者の得る利益などの正当化事由を支配的事業者が立証できる場合には、正常な競争手段の範囲内であって違法でないとされたが、その立証を認めた判例はなかった。

また、2 つの商品にまたがる値引き・リペートに関しては、両方を購入した場合に値引きすることは、バンドルリペート(mixed bundling)・複数商品に渡るリペートと呼ばれているが、一方の商品を買わざるを得ない状況で、このようなりペートが行われる場合、マストストックでない商品しか供給できない競争者と取引することに対するディスインセンティブとなることから有効競争を阻害するものと考えられてきた。先駆的判例は Hilti 事件¹⁹であり、ネイルガンについての支配的事業者が、その部品であるカートリッジと針(nail)をバンドルしたものである。

その他に、コカコーラ社があまり売れていない商品を含めて全商品を購入した販売会社に対して、もっとも売れている商品の商品価格を安くしたり(商品横断値引き across-products rebate)、コカコーラの冷却用キャビネットを供与したことに関し、問題にされた事例がある(確

約により終了)²⁰。

2 102 条ガイダンスペーパーによる現代化

欧州委員会は、102 条ガイダンスペーパー²¹において、排他的リペートについては、反競争的市場閉鎖が行われるか否かが問題であり、市場閉鎖が生じるかどうかは、Hoffmann 事件の濫用行為の定義に従い、行為なかりせば、競争者がより多くの市場を獲得できたのに、それが妨害されたという観点(取引機会の有意な減少、利用抑制効果)で判断するが、そのような効果が生じたとしてもさらに反競争性が問題になることを明らかにした。これは、通常の条件とは異なる手段を反競争性に言い換えたものであるが、反競争性の判断において、同等に効率的な競争者が排除されるかという基準、AEC テスト(as efficient competitor test)が用いられる場合があることを示例した。これは、支配的事業者のリペートが値引きという消費者厚生を促進する可能性がある以上、自動的に競争に悪影響を与えると推認することはできないとの批判を受け、同時に効率的な競争者であっても排除されるという観点。あるいは効率性を追求するのではなく、競争者を排除することを目的とする行為であるなどの観点から反競争性の立証(セオリーオブハームを示すこと)が求められるようになったものと解されている。

3 EU における同等効率性基準の意義・運用

現代化された有効競争論が、同等に効率的な競争者を基準としたことについては、支配的事業者によって競争が弱められた市場においては、競争者が効率に劣っているからといって支配的事業者がすべて駆逐することを認めたのでは、競争が機能しない状態がより強化される。その意味で、競争者が効率に劣る場合も構造を保護しなければ、結局、長期的には消費者厚生も害される場合があるのではないかという議論が存在した²²。しかし、これは、AEC テストを誤解するものである。競争者が効率に劣ることが排除を正当化するものではない。効率的な競争者

であっても排除されるかどうかが基準である。

同等効率性基準は、シカゴ学派のポズナーの提唱にかかる基準ではあるが、ガイダンスパートナーの AEC テストは、米国流の同等効率性基準を採用したものではなく、(EU の有効競争の考え方方に依拠すれば) 同等に効率的な競争者であっても、取引の機会を有意に奪われた結果、効率性に照らせば獲得できるはずの市場シェアを得ることができなかつた(同等に効率的な競争者であれば、リペートなかりせばより大きな市場を獲得できていた)場合には、有効競争が損なわれたものであると解することができ、そのようなものとして AEC テストが運用されるものと理解されていた。

また、この基準は、EU 競争法においては、市場閉鎖効果の判断基準ではなく、市場閉鎖効果を利用抑制効果・取引機会減少効果で判断した後の反競争性の判断基準であると理解され、そのように運用されていた。

ところが、欧州インテル事件では、欧州委員会は、市場閉鎖にかかる基準であるかのように主張し、本 GC 判決も、AEC テストを市場閉鎖効果にかかる基準として位置付けたうえで、市場閉鎖効果の立証がないものとして、欧州委員会を敗訴させた。ガイダンスパートナーの趣旨に反する運用であり、それが、欧州委員会が敗訴した理由となっている。下記 II で詳述する。

デジタル経済が突きつけるもう一つの問題は、競争圧力が消滅する場合には、競争者が同等に効率的でなくとも唯一の競争圧力として、これを保護する必要があるのではないかという観点である。グーグルの検索の問題がこれにあたる。グーグルの検索は無償であり、かつその検索能力においても最も効率的なものであると考えられる。しかし、そうであれば、それと異なる検索がすべて駆逐されることが放置されてよいのかが問われている。これについては、デジタルと競争政策 II で詳述する予定である。

4 ガイダンスパートナー後の先例

ガイダンスパートナー後の ECJ の判決である Thorma 事件²⁴は、Thorma の商品の比率が

所定の閾値に達した場合に遅延的にリペートが交付されるスキームであり、所定期の閾値を超えたものは、購入者の 3 分の 1 程度にとどまっていた。この事例は、遅延リペートによって囲い込まれた市場が限定的であることから、違法でないとの判断もあり得た事例かと思われたが、閉鎖された部分が重要な部分であるとして、この遅延リペートを違法と判断している。

また、Post Denmark II²⁵は、民営化された郵便事業分野であるバルク郵便に関して参入した民間事業者に対し、信書 (addressed mail) における法律上の独占が保障されていた Post Denmark が、信書の市場とバルク郵便の市場を区別せず、全体として、一定割合以上を Post Denmark から購入した場合 (市場横断値引きである) には、全体に対しリペートが支払われることをバルク郵便の顧客と約束し、その結果、多くの顧客が参入者から Post Denmark に回帰し、参入者が撤退に追い込まれたという事案である。ECJ は、本件のスキームは、正式の義務によって顧客を拘束するものではないが、顧客が競争者から商品の供給を受けることをより困難にする効果 (これを吸引効果と呼んでいる) を持つものであり、排他性を強めるものであって濫用行為に該当すると判示した。本件のリペートは、いわゆるバンドル値引きの事例であり、マストストックである信書の市場と競争が生じているバルク郵便市場に横断的な値引きを行うと、競争者は、バルク郵便でのリペートに対抗しただけでは顧客を取り返すことはできない。マストストックを有する場合には、市場横断値引きは AEC テストによつても違法となることが宣言された事例である。

II 欧州 Intel 事件²⁶

1 日米欧のインテル事件の異同

日米欧のインテル事件は、いずれも占有率リペートを問題にするものであるが、欧州インテル事件は、リペートのスキームを複雑化させると、同等効率性基準のセオリー・オブ・ハームの立証が容易でなくなることを示す事例である。

欧州インテル事件のリペートは、日本や米国でのインテル事件のリペートとはかなり事実関係が異なっている。日本のインテル事件は、上記の先例のなかでは、Michelin に近いターゲット・ディカウント・システムの事例であった。米国 FTC の同意判決の事例は、同意判決で終了した事例であるが、占有率リペートを供与するだけではなく、占有率目標に達しない業者に対し、リペートの留保、技術サポートの留保、共同開発計画の解消などの脅し、業者の入札における slush fund (不正資金) と表現されているファイナンスの供与を行うなどのスキームにより、OEM 業者が AMD からチップを購入させないようにした事例である。このように、ターゲットに達しない場合に、単にリペートを得られないだけではなく、その他の不利益が課される場合には、価格以外から排除の支配的メカニズムが生じるので違法とされることは、ZF Meditor 事件 (2012 年)²⁷で判示されており、かかる先例が適用された事例であった。

欧州インテル事件のリペートは、日本などの事件の学習効果であろうが、リペートのスキームが日本との事件よりも複雑なものとなっている。リペートは、Dell、HP、NEC、Lenovo など主要な取引先にオファーされているものの、特定機種の高い占有率 (100% または 90%) にすぎず、リペートがオファーされていない機種も存在する。ある機種の高い占有率が達成されれば、それが他の機種のリペート (値引き) をもたらすが、そのリペートの適用期間も限定されており (だいたい 1 年)、その期間が終了すると別のリペート・プランが用意される。しかし、それも一定期間であり、毎年のようにリペートのスキームは変動する。そのため、リペートがどのような排他効果を持つかを分析することが段階に難しいものとなっていた。

2 欧州インテル事件の推移

欧州インテル事件では、欧州委員会は、ガイダンスパートナーの枠組みに従い、AEC テストによる分析を行い、AEC テストによつても本件のリペートが違法になることを決定書において

て詳細に記載していた。ところが、普通裁判所 (General Court) ([GC]) の原判決は、競争者から購入しないことを条件とする排他的リペートは、正常な競争手段ではないという Hoffmann 事件判決に従い、AEC テストを行う必要はなく、それについて考慮するまでもなく本件リペートを違法と判断した。

しかし、ECJ は、AEC テストを委員会が行い、それについてインテルが反論している以上、その点についての判断を行わなければならないとして、AEC テスト (同等に効率的な競争者基準) についての欧州委員会の分析とそれに対する反論について審理するよう指示して、GC に差し戻した。

GC は、欧州司法裁判所 (European Union Court of Justice) ([ECJ]) の判示に従い、AEC テストを適用し、欧州委員会が市場閉鎖効果を立証していないとして、欧州委員会決定を取り消した。事件は確定しているようである。

3 GC 判決の概要

(1) 判断枠組み

GC 判決は、ECJ の指示した分析枠組みを以下のように理解した (パラ 106 から 121)。

有効競争 (competition on the merit) の結果、より効率的でない競争者が排除されることがある。他方、あらゆる価格競争が正当化されるものではない (106)。

Hoffmann 事件では、忠誠リペートは、102 条違反であると判示したが、Hoffmann 事件法理は、忠誠リペートが閉鎖効果 (foreclosure effect) を生じる場合に限定される (107-108)。

102 条に違反するか否かは、市場支配的地位の強さ、市場シェア、リペートが付与される条件、期間とその額、同等に効率的な競争者を排除することを目的とする戦略の存否を考慮して判断される (119)。

欧州委員会は、リペートが市場閉鎖をもたらす可能性があるとしている (120)。市場閉鎖効果を判断するために、必ず AEC テストに依拠する必要があるものではないが、本件では、

AEC テストによる詳細な分析に依拠して濫用行為性を認定した以上、GC は、AEC テストに関するインテルの判断を検討する必要がある(122)。

したがって、同等に効率的な競争者に対し、市場閉鎖が生じることを欧州委員会が立証する必要がある。

欧州委員会によると市場閉鎖効果は以下のように判断される。

チップという商品の特性とそのブランドイメージから、顧客は、一定量のインテルのチップを購入せざるを得ない。

インテルのリペートは、各取引先に向けたりペートが一様でなく、かつ各社の機種ごとのリペート、そのターゲット（占有率）と金額、期間、範囲が一様でないという複雑なスキムで運用されていた。欧州委員会は、各社ごとにその内容を認定したうえで、リペート（数量ディスカウントのリペートである non-conditional rebate は除かれる）が支払われる各 PC モデルについて、リペートを値引きとみた実効価格（effective price）を算定し、その値引きが、AAC（平均回避可能費用）テストにより費用割れかどうかを認定する。費用割れになっていない部分は、競争者は対抗可能であり、この部分がコンテストブルシェアである。費用割れになっている部分は、対抗できないので、コンテストブルシェアには含まれない。コンテストブルな部分の大きさによって、市場閉鎖効果が生じたか否かを判断する。

以上の枠組みにより、欧州委員会は、各社ごとに、そのリペートによって、閉鎖されない部分（コンテストブルシェア）を認定したが、各社ごとのリペートスキムの内容自体が十分に把握されておらず、認定事実のあらを徹底的に突かれた結果、欧州委員会の各社ごとの認定は十分な証拠に基づくものではなく、市場閉鎖が生じることの立証がないとして、決定が取り消されたものである。

(2) 各社ごとの欧州委員会の立証・インテルの反論・判決の認定

以下、各社ごとに欧州委員会が立証しようとした内容と欧州委員会の認定の欠陥（それがインテルの反論をもとにした GC 判決の説示内容である）を示す。

① Dell

Dell については、MCP 協定により、リペートを提供していたが、このリペートは、Dell が大部分をインテルから購入することを条件とするものであった。そのため、委員会は、コンテストブルな部分は7.1%しかないと主張した。これに対し、インテルは、年度によってリペートのスキムが年度によって変動していることを欧州委員会は考慮しておらず、欧州委員会の認定の仕方によっても、あの年度には、コンテストブルな部分はより広がっており、実際のコンテストブルシェアは、15~25%であると主張された。GC は、コンテストブルな部分が7.1%であることの立証はないとされた。

② HP

HP については、主要顧客に対するデスクトップに対しては、インテル製を使うことがリペートの条件であった（ノートパソコンに対しては、そのような制限はないが、デスクトップでインテルを使えば、ノートパソコンにもリペートが支払われる）。その他の顧客（主要でない事業者で、中小企業、政府、教育、医療系の顧客など）については、AMD を使うことについての制限はなかった。GC 判決は、欧州委員会はリペートが提供された機種、期間、金額なししディスカウント率を明らかにして、リペートが商品群全体に、どのような効果を有していたか（取引先の行動にどのような影響を与えたか）について明らかにする必要があったが、それが立証されていないとした。

なお、AMD に決まっていたチップでその購入を半年遅らせるためにリペートが支払われている場合もある。これについては、排除の意図があるので、違法なりペートであると認定された。

③ NEC

NEC については、インテルはサンタクララ協定を締結し、インテル製チップが80%を占めることを条件とするリペートを提供した。また、最新チップであるセルロン、ペンティアムを搭載する新機種でインテルを採用すると他の機種もリペート受けるように合意した。しかし、NEC が積極的に AMD のチップを搭載した PC を販売し、日本では41.6%を AMD から購入していたので、日本だけではこの条件は達成できていない。欧州委員会は、世界ベースでそれが達成され、リペートが供与されていたとするものだが、他の地域でどのように8割のターゲットが達成されたかがわからないので、世界の地域ごとにどの程度の市場閉鎖効果が生じたかは立証されていない。

market development fund (MDF) が提供されたが、これは、NEC がインテルのチップのプロモーションに対して支払われたものであり、宣伝してもらったときにその宣伝費の一部を負担するのは、通常の経済活動であると考えられる余地がある。MDF が条件付きリペートの市場閉鎖効果をどのように強めるかは立証されていない。

④ レノボ

レノボが2006年に AMD との間で AMD のチップをベースとするノートパソコンを売り出そうとすることに対し、インテルがレノボに資金提供を増額する見返りとしてノートパソコンの販売を遅らせた。その後、さらに資金提供の増額合意によって、AMD を搭載した PC の販売計画は撤回され、レノボはそれ以来、AMD のチップをベースとするノートパソコンを販売していない。

以上の欧州委員会の認定について、これについて、レノボについても世界全体でのリペートを問題にしているが、ある地域のある機種についてのリペートと、他の地域のある機種についてのリペートの時期が異なるものを合算して考えているところもあり（ずさんな認定となっている）、ある時期についての市場閉鎖効果が立証されていない。なお、チップを無償供与して

いること（これを非金銭的な便宜供与（non-cash advantage）と表現している）については、金銭に換算する場合、コストで評価するか、それを購入した場合と比較したうえでの利益の供与かが争われている。ただ、購入した場合と比較した利益の供与だとしてもそれが市場閉鎖効果をもたらしているかは立証されていない。

⑤ MSH

MSH は、販売店であり、販売店がインテル製チップの PC の占有率によるリペートであるが、販売店は多数あり、その市場での MSH の市場シェアがわからず、どの程度の市場閉鎖効果が生じていたかは明らかでない。

4 GC 判決の評価

(1) 欧州インテル事件における条件付きリペートの複雑性

本件のリペートは、以下のようなイメージで考えるとわかりやすいと思われる。顧客端末メーカーに A1 から A10 までの 10 機種があり、A1, A2 がノート型、デスクトップ型のニューモデル、A3, A4 は、それまでの売れ筋機種、A5 から A10 は旧モデルで、番号は大きいほどモデルが古いものとする。

A1 が最新機種でこれをインテルのチップに採用された場合にはリペートの金額は大きいうえに、残った機種全てについて追加的に値引きが行われる。

A2 も新機種だが、他機種の追加的リペートの額は、A1 よりは小さく、A9, A10 にはそのような機種横断値引きは及ばない。

A3, A4 についてはその機種の占有率の条件を満たせば、その機種へのリペートだけでなく、A3 から A8 の他機種の一部について、追加的リペートが支払われるが、どの機種が対象となるかは契約で決まり、一様ではないし、その額は、A1, A2 の場合より小さい。

A5 から A8 については、その機種をすべてあるいはある占有率以上（例えば 90% 以上）をインテル製にした場合（通常は機種ごとに搭載チップは同じであろうが、場合によっては、そ

の機種の廉価版だけに競争者のチップを許容することもある), 他の機種の追加的リペートはない(しかし、その機種ごとの数量リペートはある)。

A9, A10については、条件付きリペートではなく、数量リペートだけがある。

以上のようなスキムであれば、AMDが、インテルから顧客を自分に振り向けさせることの困難さは、機種によって異なる。A1, A2の奪取が困難であることはわかりやすいが、A3, A4は、排他性を持っているとまでは言えないよう見え、これを排他的リペートといえるかが疑問になってくる。しかし、AMDから購入することを抑制していることは確かである。競争者の商品の利用抑制効果、取引機会の減少効果があれば、滥用行為となりうるが、そのようなりペートは、これまで考えられてきた商品全体の90%なり100%を購入させる排他的リペートとは排除効果が異なることがわかる。そのため、呼称が排他的リペートという用語ではなく、条件付きリペートという用語に変更されたのであろうと推測される。

(2) カバレッジが14%しかないことの意義

本件では、主要な顧客5社に対し、条件付きリペートを付与しながら、そのカバレッジが14%しかないと認定されている。なぜ、そのように低くなるか明確でないが、カバレッジ14%というのは、おそらく、A1, A2のような排他性が高い機種に対するリペートの5社分(販売店であるMSHを除く)の総和ではないかと思われる。

以上のようなリペートの排他性が限定的な場合には、リペートの価格低減効果により、競争にプラスの影響を生じることも考えられるので、滥用行為性の認定は、単純な排他リペートより慎重である必要がある。欧州委員会もそれを自覚しており、そのために、実効価格という概念を設定し、それが廉売の費用割れ基準(本件では、平均回避可能費用で考えられている)を下回るかどうかで判断し、また、AMDから購入しようと考える余地が残された部分(これが、

コンテストブルシェアである)を測定しようとしたものであろう。

しかし、以上のような考慮によって、実効価格、コンテストブルシェアを算出するには、リペートの契約内容の細部まで理解する必要があり、その立証の困難性は明らかであろう。しかも、さらに以下の要素まで考慮する必要がある。

(3) リペートが交渉によって、年ごと地域ごとに変動すること

各機種のリペートの内容は、交渉により頻繁に変更される可能性があり、期間の要素を考慮する必要がある。商談の交渉は、四半期毎に行われ、最初にインテルが決定したグローバルベースの標準価格に対する値引きをリペートの形で事後的に調整するものであった。リペートは、原則として各年度ごとであるが、交渉により、より長い期間を提供したり、1年で終了したものを見越すこともある。例えば、A1についての全量購入の際に、A1についてリペートが支払われることはもちろんだが、他機種への追加的リペートも支払われ、それは、1年ごとに、その範囲、金額が見直される。A2を全量購入した場合のA3からA8に対する追加的リペートは、A3からA5は2年だが、A6からA8は1年、A2自身についてのリペートの金額も初年度、2年度、3年度で異なるのが通常である。そうすると、各機種ごとの実効価格がいくらか、それが原価割れであるかの認定はますます困難になる。

また、A8の数量リペートがその年度で終了する予定であったところ、A3を購入すれば、それが2年延長されるといった場合には、単なる数量リペートの延長との境界は一層、不明確となる。

さらには、地域の要素である。ざっくり占有率を見た場合でも、地域ごとに大きなばらつきがある。NECの場合には、日本ではAMDの利用が進み、40%を占めているが、米国、EUでは90%から70%と一様ではない。欧州委員会は、世界全体で8割と見ているが、どうして8割と認定できるかは明らかでないと判示されて

いる。

以上のように、欧州インテル事件のリペートは、各社ごとにリペート内容が異なり、その機種ごと、期間ごと、地域ごとのリペート内容も異なるものであり、契約条件がどの程度排他性を有するかについての定量的立証が困難なものであった。しかも、リペートは、値引きと異なり事後的に調整されるものであるため、費用割れになるかならないかは売り上げ次第という場合も生じる。つまり、各社ごとに実効価格を算定し、実効価格が原価割れかどうかを測定したうえ、コンテストブルな部分を測定することで市場閉鎖効果を認定することは、実務上、非常に困難なものであった。

(4) 実効価格・コンテストブルシェア部分の算出の脆弱性

以上述べたことからすれば、実効価格の算定、コンテストブル部分の認定の脆弱性は容易に理解できよう。例えば、A1で実効価格を算定する場合、A1の値引きに加えて、A3からA8の追加的リペート考慮する必要があり、その値引き分を上乗せして実効価格が算定されたと思われる。しかも、そのような追加的リペートは、上記のとおり、毎年の交渉で変動するものであり、その全容を把握することが極めて困難なものである。追加的リペートが毎年払われていると思ったら、その追加的リペートは、1年で終了しているから実効価格はもっと高く、AAC基準の費用割れは生じていないと簡単に反論できる(しかも、実際には、その追加的リペート終了していても、別の機種での追加的リペートが支払われているかもしれない)。それは、Dellに問し、コンテストブルシェアが7.1%と主張したのに対し、事業者が15.25%と主張して、市場閉鎖の立証がないとされたことに象徴的に表れている。個別の機種ごとの実効価格と算出し、コンテストブルシェアを認定することは、多大な労力を要やしても、簡単に崩されてしまいかねないという脆弱なものなのである。

しかも、A3に対する追加的リペートが条件付きリペートかを明らかにすることさえ困難な

場合もある。リペートについては契約書に記載されておらず、電子メールのやり取りしかない証拠がないからである。電子メールで「A1についてそちらの意向通り、貴社から全部買うのですから、A3の方は、もっと値引いて(リペートを出して)いただけませんか」と需要者から主張され、「わかりました」というメールのやり取りしか証拠がないこともあります、その場合には、それが条件付きリペートなのかはっきりしない。上記の事実だけでは、単に数量値引きが提示されたに過ぎないとも考えられる。NECに関して、条件付きリペートだからAMDが負けたのかも明らかでないことが示唆されているが、それは上記のような事情を考慮したものと思われる。

そもそも、以上のような電子メールだけだと約束かどうかすらはっきりしない場合もある。実際には、A1から全量購入せず、そのためA3のリペートも得られていないのに、それが得られていると審査官が誤認するとそれだけで、実効価格もコンテストブルコンテストブルシェアの割合も変わってくる。Dellのコンテストブルシェアが7.1%だったのに、それが15%以上だと反論されたのは、上記の期間についての誤認だけではなく、実際には、得られなかつたリペートを得られたものとして算定したからである可能性がある。

(5) MSHに対するリペートの位置づけ

さらに、MSHに対するリペートを並列的に問題とした趣旨も明らかでない。MSHに対するリペートは、販売店に対するものであり、これは、メーカーへのリペートとは販売段階が異なるので、並列的に論じられるべきものではない。しかも、消費者に対する販売については、多数の販売店があり、反競争的な市場閉鎖効果が生じているとは言い難い。累積効果として考える趣旨であれば、その累積性がどのように市場に影響を与えるかを述べるべきであったが、欧州委員会の決定では、メーカーへのリペートと並列的に述べられており、メーカー段階と小売り段階を区別し、その累積性を問題にする趣

旨なのかが明確でない。

(6) 欧州委員会の判断枠組み・セオリー・オブ・ハームの誤りとその原因

欧州委員会はこのような判断枠組みを自ら設定しており、なぜ事実認定がいちいち争われるこことによって訴訟維持が困難になることが予想されるような判断枠組みを自らに課したかがいぶかられるのである。この枠組みは、排他的リベートは排除の意図が支配的なものではない限り、廉売の原価割れで考えるという米国の基準をほぼ採用したに等しく、欧州委員会の審査官は、同等効率性基準を取る限り、米国の基準と同じような基準として同等効率性基準を運用しなければならないと考えてしまったようである。しかし、ガイダンスペーパーでは、市場閉鎖効果が「反競争的である場合」に濫用行為になるという判断枠組みを採用しており、同等効率性基準は、市場閉鎖効果の基準ではなく、反競争性の判断基準であり、本件で欧州委員会が採用した実効価格、AACテストを基準にコンテストタブルシェアが十分に大きくなる場合にのみ市場閉鎖効果が生じるという基準を採用すべきではなかった²⁸。

(注)

かかる立場はネオ・プランダイス派と呼ばれることがある。米国の反トラスト法の思想の系譜とカーン論文に関しては、松下「米国反トラスト法の新潮流」国際商事法務(2021)以下松下(2021)によく整理されている。

2 Rina Kahn "Amazon's Anti-trust Paradox" Yale Law Review Vol.710 (2017) p710-804. 同論文は、アマゾン社が市場支配的地位を形成するに際し、反トラスト法の考え方間に問題があつたため有効に対応できず、今日のGAFA問題が生まれたと主張し、米国で支持されてきた消費者厚生に及ぼす効果で違法性判断をするとの考え方では、デジタル経済に適応できず、競争プロセスを阻害するという考え方の重要性を指摘している。

3 対等な取引をベースにした基準は、「かのように」基準、as if 基準と呼ばれる。川瀬昇「市場秩序法としての独禁法(1)(2)(3)」(『民商法雑誌』139巻3号265-301頁、4・5号439-465頁、6号581-606頁、2008年) (以下「川瀬昇『市場秩序法』」) 278頁。正田彬「全訂独占禁止法」(日

本評論社) 120頁

- 4 この点は、越知保見「市場法秩序における取引の自由・公正な競争—優越的地位の濫用に傾斜する競争政策の持続可能性—」(以下「越知・市場法秩序」という)で詳細に論じている。越知保見「営業の自由論争の今日的意義」(金井貴樹先生古希記念論文集) (弘文堂2021) 33頁)では、取引の自由の制限・自律性の問題は、本来、自由競争減殺の問題であるのに、それが優越の規制根拠となっている歪みに関し、50年前の営業の自由論争にさかのぼって、理論の歪みの形成を論じるものであり、越知・市場法秩序は、その点をさらに、初期オルドー主義にさかのぼって論じるものである。DPガイドラインにより、優越を不利益一般に拡張したことの問題は、それ以外にも多くあるが、その点は、越知保見「【デジタル経済と優越的濫用】優越的濫用と取引の自由・私的自治」国際商事法務第48巻4号467頁(2020) (以下、「越知・デジタルと優越I」という)。同「[同II] データ集中と市場法秩序(上)(F)」国際商事法務第48巻5号627頁、6号775頁(2020) (以下、「越知・デジタルと優越II」という)。同「[同III] 競争についての二元論と最高裁判決(上)」国際商事法務第48巻7号917頁(以下、「越知・デジタルと優越III」という)。同「[同IV] 「撃沈」「排除」の意義・射程とFacebook事件ドイツ最高裁決定」国際商事法務第49巻2号195頁(2021) (以下、「越知・デジタルと優越IV」という)。越知保見「日米欧競争法大全」(中央経済社2020) (以下、「越知・競争法大全」という) 第2章題5節。その他、DPガイドラインの優越の運用の在り方に疑問を呈する論文として、根岸哲「優越的地位の濫用規制の現状・行く末・覚悟」商学研究第71巻臨時号、上杉秋則「デジタル・プラットフォーム事業と優越的地位の濫用規制」商事法務49巻5号(2021) 588頁、細田孝一「優越的地位の濫用規制の新展開—適用範囲の拡大の問題性」同志社大学法学部第73巻6号(424号) (2021年)。
- 5 最近のドイツのエディカ事件、フランスの著しい不均衡規制、米国下院に提出されたDP報告書(滝川敏明「E コマースの巨大プラットフォームと独禁法・競争法」(国際商事法務50巻3号267頁注64参照))が、日本の優越の拡張の動きに連動する動きのようにミスリードされることが多いが、これらの動きは、DPガイドライン以前の優越の解釈・運用を正当化するものであつて、DPガイドライン以後の「不利益」一般への拡張を支持するものではない。越知・市場法秩序157頁
- 6 日本では、SCPパラダイムとして批判された学説が有効競争であり、有効競争はすたれたとする学説が根強い。川瀬昇「市場秩序法としての独禁法(1)(2)(3)」(『民商法雑誌』139巻3号265-301頁、4・5号439-465頁、6号581-606頁、2008年) (以下「川瀬昇『市場秩序法』」) 139巻3号265-301頁。

4・5号439-465頁、6号581-606頁、2008年) (以下「川瀬昇『市場秩序』」) 289頁参照。

- 7 effective competition を有効競争.competition on the merit を能率競争と訳し分けられることがあるが、これは同じ意味であり、同じ訳語があつられるべきである。能率競争については、完全競争モデルをベースラインとして、対等取引における取引条件が公正な競争であり、能率競争であるという見解が有力であり、それは、competition on the merit という考え方ではない。能率競争という訳語は、混乱を招きがちであるので、本編では有効競争という訳語を用いる。なお、能率競争について、対等性の回復の観点から能率競争を理解する見解のほか、能率競争を手段の不当性にかかる概念であり、有効競争と別のものとらえ、competition on the merit をそのような概念として、理解する立場もあるが、EU競争法で、competition on the merit が手段の不当性に限定して使われているものではなく、競争過程を重視した概念として用いられている。ただし、最高裁は、能率競争概念を有効競争障害の意味で用いている。越知・市場法秩序第4で詳細に論じている。越知・競争法大全第2章第5節、デジタルと優越Ⅳ参照。
- 8 最近では、公取委競争政策研究センターのディスカッションペーパーにおいて、優越の問題を掲げ、有効競争の観点から優越の位置づけを再構築する方向性が模索されるようになっている。田辺治「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察(公取委競争政策研究センター令和4年5月19日発表) 同論文は、最高裁判決に従い、新有効競争の意味で能率競争概念を再構築するものであり、かかる方向性が支持されるべきことは、デジタルと競争過程Ⅳで詳述する。
- 9 リベートについての日米欧競争法の展開については、越知保見「日米欧競争法大全」(中央経済社2020) (以下「越知・競争法大全」という) 第7章において、先例を網羅して解説を行っている。より詳しい研究としては、早川雄一郎「競争者排除型行為規制の目的と構造」(商事法務2018) (以下「早川(2018)」) といふ。インテル事件に関しては、上杉秋則「排他リベートによる市場閉鎖効果はどのように分析すべきか—インテル事件が示唆する新たな分析方法」「独禁法のフロンティア」第8章(商事法務2019)
- 10 United Brands v. Commission [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429
- 11 Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), Case 85/76 [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211
- 12 EU競争法における有効競争の考え方について

は、越知・競争法大全第2章参照。EUの濫用行為の定義は、NTT東日本事件最高裁判が定義した正常な競争手段を逸脱する人為性を有する行為という定義にきわめて類似するものである。越知・競争法大全85頁の表を参照。

- 13 Suiker Unie v. Commission Case 40/73 [1975] ECR 1663 [1976] 1 CMLR 295
- 14 Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282
- 15 BPB Industries and British Gypsum v. Commission [1993] ECR II-389 [1993] 5 CMLR 32
- 16 Portuguese Airports OJ 1999 L69/31, [1999] 5 CMLR 103
- 17 Michelin [2002] OJL143: Case 1-203/01
- 18 Virgin/British Airways OJ 2000 L30/1 [2000] 4 CMLR
- 19 Hilti v. Commission [1991] ECR 1439 [1992] 4 CMLR 16
- 20 COMP/A.39.116/B2 European Commission [2005] OJL253/21
- 21 Guidance on Commission's enforcement priority in applying Article 102 of the treaty on functioning European Union to exclusionary conduct by dominant undertakings
- 22 上田和博「競争法は、競争者ではなく、競争を保護するものであるという格言について」『独占禁止法とフェアエコノミー』(日本評論社2017) 47頁、JASRAC事件審決(公取委平成24年6月12日)は、競争者イライセンスが準備不足であることを指摘し、効率に劣る競争者であるかのように認定しており、それも排除権命令を取り消しを正当化する理由として示唆されているが、これはその誤解に基づくものである。これに対し、最高裁判決、最高裁判決は、いかに効率的な競争者であつても追加負担により利用抑制されることから、排除を導いており、これは、同等効率性基準の正しい運用である。
- 23 Thorma, Case C-549/10P ECJ [2012] 4 CMLR 27
- 24 競争法大全で欠落 Case C-23/14 Post Denmark A/S v.Konkurrencerådet
- 25 Case C-413/14P ECJ [2017] 5 CMLR 18
- 26 ZF Meditor v. Eaton 696 F.3d 254 (3d Cir. 2012)
- 27 早川(2018) 141頁、174頁、注230などでも言及されている
- 28 それが欧州委員会の取る解釈でないことは、本件以後の欧州委員会の価格や便宜供与による囲い込みの事例で、本件で欧州委員会が取ったような判断枠組みを取るものがないことに表れているといえる。

とが可能かは明らかではない。

(次稿のインドネシア民法概論(2)では、インドネシア民法第3編「債権関係」および第4編「証拠と時効」についてビジネス法務の観点から検討する。)

(注)

- 1 本稿は一般的な情報の提供を目的とするものであり、具体的な案件に関する法的助言を提供するものではない。具体的な案件の実施に際しては詳細な具体的条件に基づいて個別に法的助言を求めることを検討されたい。
- 2 なお、建設契約（建設業法施行令（政令2020年第22号）第75条）や雇用契約など、インドネシア法を準拠法とすることが必須となる契約書もある。
- 3 原典のオランダ語では *Burgerlijk Wetboek*、インドネシア語では *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* (KUHP) と呼ばれている。
- 4 インドネシア語や英語の非公式翻訳は複数存在し、インターネット上でもインドネシア語訳と英語訳を併記した三ヶ国語版を「<https://oia.coi.go.th/tb/file/get/file/201903264363b12ae3994f045a4fb5fad740dc8090532.pdf>」で見ることができる。また、日本語訳は日本インドネシア協会監修の全訳が昭和43年に刊行されている。
- 5 本稿でのインドネシア民法の理解は、英語訳、インドネシア語訳、インドネシア弁護士との日常業務におけるインドネシア民法に関する議論をもとにしている。
- 6 アダットと国家法の関係については、高野さやか「アジア法整備支援叢書インドネシア 第二部 公式法と非公式法 第2章慣習法と国家法」を参照。
- 7 民法改正と世界の民法典（信山社）382頁
- 8 同373頁
- 9 *Indonesia Law and Society 2nd Edition [The importance of private law doctrine in Indonesia]* (Gary F Bell) 367頁
- 10 同上366頁
- 11 池田真朗「ボアソナードとその民法」67頁
- 12 土地権、地役権などは不動産とされている一方（第508条）、それらは物権としてその内容等が詳細に規定されている。日本民法では物権とその対象である「物」は明確に区別されているが、不動産を使用する権利も不動産と概念されているようである。
- 13 土地基本法で定められた土地に関する諸権利の内容は平石努「アジア法整備支援叢書 インドネシア 第III部経済発展と法制度改革 第2章不

動産法則」を参照。

- 14 土地基本法第35条、運用権、土地上の権利、集合住宅、土地の登記に関する政令2021年第18号第37条
- 15 建設権の譲渡に際しては、その有効期間、その他の条件が引き継がれる。建設権には抵当権の設定、登記も可能である。
- 16 抵当権に関する部分は廃止対象から除外されたが、1996年に新たに抵当権法が制定されたことにより、インドネシア民法第2編の抵当権に関する部分も廃止された。
- 17 インドネシアでは新しい法令が制定された際に既存の法令は新法令に反しない範囲でのみ有効に存続すると定められることが一般的に行われている。土地基本法によるインドネシア民法第2編「物権」の一部廃止にとどまらず、このような新法令による既存法令の廃止範囲を明らかにしない新法令制定方法は、インドネシアにおける法令解釈を困難にする一つの理由となっている。
- 18 *Perjanjian Pengikatan Jual Beli (PPJB)* と呼ばれている。
- 19 *Akta Jual Beli (AJB)* と呼ばれている。
- 20 土地取引に係る手続きを行う資格を有する公証人で *Pejabat Pembuat Akta Tanah (PPAT)* と呼ばれている。
- 21 *Badan Pertanahan Nasional (BPN)* と呼ばれる、土地に係る権利の登記局。
- 22 土地登記制度の電子化が進められており、土地登記手続の迅速化が期待されるところではある。
- 23 インドネシア民法第617条では不動産の譲渡、分割、抵当権設定、引渡しに関する証書は公正証書の形式で作成されなければならず、これに違反する場合は無効であると定められている。
- 24 土地登記制度に関する政令1961年第10号の前文でも国家土地庁によって発行される土地に係る権利の登記証書はそこに記載される物理的および法的情報の強い証拠となり、それに反する内容が証明されるまでは、日常的な法的行為及び裁判所での訴訟手続きにおいて真実とみなされるとされている。
- 25 <https://media.neliti.com/media/publications/147934-ID-peralihan-hak-dalam-jual-beli-hak-atas-lpd.pdf>
- 26 物権の変動に関するフランス民法の意思主義とドイツ民法の形式主義について、我要栄著「有泉亨補訂「新訂物権法（民法講義II）」48頁から
- 27 要栄著「有泉亨補訂「新訂物権法（民法講義II）」53頁
- 28 *Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 1999 Tentang Jaminan Fidusia* INC

・デジタル経済と競争過程保護 I

リベート問題と欧州インテル事件および米国と欧州のクアルコム事件 〔下〕

越知保見

4 GC 判決の評価

(7) GC 原判決の説示の意義と ECJ がそれを否定したことの意義

GC 原判決が、ガイダンスペーパーの分析枠組みを無視して先祖権りするかのような判決を行ったことは乱暴であるかに見えたが、差戻された GC 判決を読むと、その理由がよくわかる。

GC の原判決は、欧州委員会の実効価格を算定し、コンテストブルシェアを算定し、排除効果、反競争性を判断するという欧州委員会の判断枠組み従えば、反競争性の立証は行われていないとの心証に傾いた。しかし、そもそも EU の裁判所の濫用行為の定義は、市場支配的事業者は、通常の条件とは異なる条件を設定することで、市場支配的な地位にある事業者の存在によって既に競争が弱められている市場の機能をより弱めるか、あるいはその活性化を妨害する場合に濫用行為になると判断してきたのである。本件のようなリベートは支配的事業者だけが行い得るものであり、そのような条件付きリベートが供与されることで、全体として吸引効果を有し、競争者の取引機会は減少するのだから、通常の条件とは異なる条件により市場の機能を弱めたものであると認定でき、したがってそのように濫用行為が認めればよいのではないかと考えたように思われる。

つまり、原判決は、一見、市場支配的地位に

ある者が排他的リベートを行えば、ほとんど常に市場の競争を弱めることになり、濫用行為に当たるとする極端な考え方のように見えるが、そうではなく、リベートスキームを複雑化させることによって、その排除効果を見にくくすることができ、Hoffmann 事件に依拠することによりそのような複雑なリベートスキームによって競争の活性化を妨げることを禁止することは、合理性があると考えたのではないかと思われる。ただし、そうであれば、上記(6)で考えたよう

——もくじ——

はじめに

I 利益誘導による囲い込み戦略についての EU の新有効競争論の展開

II 欧州 Intel 事件

1 日米欧のインテル事件の異同

2 欧州インテル事件の推移

3 GC 判決の概要

4 GC 判決の評価

(1) 欧州インテル事件における条件付きリベートの複雑性

(2) 実効価格・AAC テスト・コンテストブル部分を算定する理由とその算出の困難性

(3) カバレッジが14% しかないこと

(4) リベートが交渉によって、年ごと地域ごとに変動すること

(5) MSH に対するリベートの位置づけ

(6) 欧州委員会の判断枠組み・セオリーオブハームの誤りとその原因 (以上前号)

(7) GC 原判決の説示の意義と ECJ がそれを否定したことの意義 (以下本号)

III 米国・欧州のクアルコム事件

結語

おちやすみ、明治大学大学院教授

に、同等効率性基準を市場閉鎖効果にかかる基準ではなく、反競争性にかかる基準と位置付け、後記(9)で指摘するようなセオリーオブハームが示されるべきであった。単に先祖帰りしただけのように見られたことが、ECJによる破棄を招いてしまったと考えられる。

本GC判決は、ECJが欧州委員会がAECテストで立証するとしている場合、欧州委員会の判断枠組みに従って判断することが要請されるとして原判決が破棄された以上、欧州委員会の判断枠組みに従って判断するほかなく、本件は、反競争性の立証に失敗した事例として決定を取り消さざるを得ないと考えたようである。

問題は、ECJが、欧州委員会の判断枠組み「のみ」に依拠して判断せよとまで言っているかである。単に、欧州委員会の判断枠組みをあてはめた場合に反競争性が認定できるかについての判断を示せといっているだけであり、それ以外の分析枠組みを提示して、欧州委員会の結論を維持することが否定されたわけではないとも考えられる。

しかし、ECJは、ガイダンスベースーー後の排他的リベートの重要事件であるPost Denmark II・Thorma事件を説示せず、廉売に関するPost Denmark Iを引用し、その判断枠組みを参照することを示唆しているので、欧州委員会の判断枠組みに従って反競争性・濫用行為性を判断せよという趣旨とともに考えられ、少なくとも、GCがそのように理解したことには理由があるように思われる。

(6) Post Denmark I事件の意義

Post Denmark Iとは次のような事件である。Post Denmark I¹⁴は、Post Denmark IIに先立つ事例であり、そこでは、自由化されたダイレクトメール市場に關し、参入者にスイッチした顧客に対し、選別的に価格を引き下げた事例である。デンマーク当局は、Post Denmarkに競争者排除の意図があることは明らかであるとして措置を命じた。しかし、デンマークの裁判所は、競争者を排除する意図が立証されていない

とし、排除の意図が立証されていない場合の選別的な価格引き下げに関するECJの先決判断を求めた。ECJは、AIC（平均増分費用）以上ATC未満の価格領域（以下「中間価格帯」という）について、計画や意図が立証されていない場合には、市場に存在する競争水準の維持もしくはその競争の拡大（growth）を妨げる効果または消費者に不利益となる効果があれば濫用とするとの基準を打ち出した。この判断は、支配的事業者が内部補助を活用して値引きを行えるネットワーク産業においては、中間価格帯では、AKZO事件¹⁵の排除の意図・計画が立証されなくとも市場への影響によっては違法となる場合があることを示した判断と考えられている¹⁶。

これを受けたデンマークの裁判所は、本件では、選別的価格引き下げによって、参入者は一時に顧客を奪われはしたが、最終的には取り返しており、競争および消費者利益を害するような排除効果（市場への悪影響）は生じていないとして、デンマークの競争当局を敗訴せしめた。

その後、Post Denmarkはより強力な問い合わせ戦略として、ダイレクトメールを排他的に扱わせている顧客については、信書部分についても値引きする（リベートを支払う）という市場横断値引きを行った。それについて違法と判断されたのがPost Denmark II事件である。

以上の経緯に照らせば、そもそも、Post Denmark I自体が、信書市場の独占力を利用した内部補助であり、参入者が顧客を取り返しているとしても、行為ナカリセバ参入者はより多くの市場シェアを獲得できていたのであるから、（ECJの説示に基づき、デンマークの裁判所が）競争への影響があり、違法であると判断されるべき事例であったようと思われる。

また、ECJもPost Denmark Iで市場の影響を考える場合には、独占領域を有する事業者が行う選別的価格設定の場合には、独占領域の利益をしづめるという優位性を考慮したうえで競争に与える影響を見ることを明示すべきで

はなかったかと思われる。

別の考え方として、Post Denmark Iは、ある特定の顧客だけに絞った値下げ（内部補助）だったので、他の顧客の市場は開放されており、そのために、競争者は市場シェアを伸ばすことができた事案であり、一部の顧客に絞った選別的なリベートの事例であるから競争への悪影響がないと判断されたように見える。しかし、そうであれば、主要顧客全てにリベートが提供されている本件にPost Denmark Iが適用されるべきではなく、ECJが、Post Denmark Iを参照するよう指示したこと自体が疑問であったとも考えられる。

(9) 脱示されるべきであった本件のセオリーオブハーム

本件の条件付きリベートについては、機種の一部にだけ行われ、そのカバレッジが低い場合には、商品全体での実効価格を算定して原価割れかどうかを見たり、コンテストブルシェアがどこまで残されているかを見るという廉売で用いられるような考え方を取るのではなく、ニューモデル、それまでの売れ筋機種を守るという一貫した方針のもとに、リベート戦略が維持・展開されていることを重視すべきであったように思われる。

もっとも欧州委員会もその点を考えていないわけではなく、单一かつ継続的戦略（single and continuous strategy）のもとにAMDを排除するためにリベート戦略が取られたと主張し、小売り段階のリベート（MSHに対するリベート）もその戦略に向けられた行為であり、その累積効果によって、AMDは、本来、得られるはずの市場シェアを得られなかつたこと（AMDのチップの利用が抑制されたこと）も主張している。

しかし、他方で、反競争性判断に先行する市場閉鎖効果の発生の立証に關し、各社ごとに実効価格を判定し、それが原価割れの部分（非コンテストブルシェア）が十分大きい場合に、市場閉鎖効果が発生するという米国の廉売基準の

ような判断枠組みを用いていた。そのため、市場閉鎖効果が立証できていないので、その戦略性に基づく反競争性認定の段階に進めなかったものである。ガイダンスベースーーでも、EU競争法の判例理論でも、市場閉鎖効果は、競争者の利用機会の減少・利用抑制効果で足りるのであり（濫用行為の定義からもそのように解される）、実効価格を算定し、コンテストブル部分を算定しなければ市場閉鎖効果が立証できないとしたことは、ガイダンスベースーーにも判例理論にも反するものであった。

利用抑制効果で市場閉鎖効果を判断したうえ、市場閉鎖の「反競争性」については、それが通常の手段を逸脱するものかどうかを検討し、その検討に当たっては、市場支配的事業者の戦略性を考慮したうえで、判断されるべき問題であるという判断枠組み（セオリーオブハーム）を説示すべきであった（それが、ガイダンスベースーーの取ってきた解釈である）。

反競争性の分析における戦略性については、「单一かつ継続的戦略」とされるAMDを排除するための戦略的内容をより詳細なセオリーオブハームとして指摘すべきであった。具体的には、差別化された商品において、最新機種（売れ筋商品）などのターゲットを定めたうえ、そのターゲットへのアクセスを困難にすることの戦略的意味についての説明であり、それは、重要な「顧客」へのアクセスが禁止された観点を重視して濫用性・反競争性を認定したThorma事件の先例を、重要な顧客のみならず、重要な「商品」へのアクセスが禁じられることも反競争性を認定する上で重要な要素であるとの理論を示すべきであった。

すなわち、そのカバレッジが14%であっても、競争者の市場におけるプレゼンスが高まることを抑止する觀点から、競争者のプレゼンス拡大を効果的に抑制させる商品をターゲットとして選び出し、戦略的に選別的なリベートを行っており、各年度ごとにリベートスキームが複雑に変動するものの、全体を通してみれば、選別的リベートが競争者のプレゼンス抑制のための単

一つは、このリペートスキムが競争を促進する目的ではなく、競争を排除する目的によるであつて、そのような目的・戦略に向けられたりペートは反競争的であるとのセオリーオブハームが示されるべきであった。

本件で、そのような意図があることが決定的なのは、上記の複雑なスキムに加え、すでに、AMDのチップが新商品に搭載されている場合に、その発売を遅らせる目的でリペートが行われたことである。本件で、GC判決は、これを当該リペートだけを違法としているが、これは、全体のリペートが競争促進的目的で行われたものではなく、競争者排除の目的の下に行われたことの証拠であり、リペートスキム全体の反競争性を基礎づける証拠として位置づけるべきであった。

米国でもリペートの支配的目的が競争者の排除によるときは、排他的リペートを違法とする判決があるが、そのような認定が行われた事例は、ターゲットを達成できなかった事業者に出荷停止するなどの極端な事例に限られていた。上記の理論は、そこまで明白な事例でない場合にも、競争者排除に向けた計画・戦略であれば、反競争性を認めるものである¹⁰。

(10) 量的な意味でのマストストックによる吸引効果という考え方

以上のような戦略性の考慮に及ぶセオリーオブハームとともに、複数商品でとられるマストストックの考え方を量的な意味でのマストストックに及ぼすというセオリーオブハームを考えることもできるかもしれない。

複数市場を構成する市場横断値引き（バンドルリペート）に関しては、一つの市場の商品を支配的事業者から購入しなければならない不可欠な商品である場合（これが通常、マストストックといわれる）、そのマストストックの独占的利益を利用して、競争の生じた分野で同等に効率的な競争者がオファーすることのできない価格を提示する場合には、濫用行為とされる（先

述した Post Denmark II 参照。米国でも大体同様の考え方方が取られている。一つの市場でも、その中に支配的事業者から購入しなければならない不可欠な部分が存在すれば、バンドルリペートの考え方をとることができると考えられる。米国の LePage 事件最判（2004年）¹¹も複数商品でのバンドルリペートの事例と考えられているが、高級ブランドのスコッチテープの市場の廉価商品分野に、プライベートブランドで LePage が参入した事例であり、市場が別といえるかは微妙な事例といえる。

本件で intel inside の商品が、高級ブランド品市場で、AMD は、プライベートブランド市場に参入しているという事件と考えられれば、LePage 事件の考え方を使えたであろう。しかし、インテルのチップでなければならぬという商品（機種）は特定できず、単に、端末メーカーの自社製品がインテル・インサイドの広告の対象にならないというのも見栄えが悪いので、一定量のインテルのチップの搭載が不可欠ではあるが、マストストックとして、その部分を特定することは出来ないようである。つまり、従来のマストストックが特定の機種のマストストック（質的な意味でのマストストック）であるのに対し、本件でインテルのチップのある程度揃えなければならないことは、量的な意味での不可欠性に過ぎない（以下では、「量的な意味でのマストストック」という）。その場合には、バンドルリペートのマストストック理論は使えないと考えられたようである。ちなみに、欧州委員会決定がコンテストブルな部分、非コンテストブルな部分を区別しようとしていることについて、非コンテストブルな部分が、マストストックであるように錯覚しがちであるが、これは、リペートが供与されることによって閉鎖される部分であり、リペートがあろうがなかろうが、購入する必要があるマストストックとは異なる概念である。

ただ、量的な意味でのマストストックが有意に大きければ、その量をより安価に調達できるインセンティブを与えて、自社製品の市場シェ

アを高めるように誘引することができる。これまで、そのような量的意味でのマストストックは、その計測が難しく無視されてきたが、本件は、支配的事業者がそのような量的なマストストックを持つことの優位性を活用して、複雑なリペートスキムを構築した事例であり、量的な意味でのマストストックを競争評価において無視してよいかが問われる事例だったといえる。

量的な意味でのマストストックは、従来の質的な意味でのマストストックほど、マストストックからの独占的高利潤によって、事実上の内部補助が可能になるというセオリーオブハームを簡単に導けるものではない。しかし、量的な意味でのマストストックの存在があるからこそ、同等に効率的な競争者はオファーすることのできない機種横断的な複雑なスキムのリペートを行うことができること、それにより、競争者の商品は、（同等に効率的な商品であっても）そのような量的な意味でのマストストックが存在しない場合よりも、有意な利用抑制効果が生じるといえるので、質的な意味でのマストストックの理論はある程度、量的な意味でのマストストックにも当てはまるようと思われる。本件の場合、AMD 搭載商品の発売時期をリペートによって遅らせることができたのは、量的な意味でのマストストックを持っていることによる優位性の反映ということができる。つまり本件は、量的な意味のマストストックも、競争評価において、全体としての吸引効果が生じているかを考慮する必要があることを示す先例であった。以上の量的な意味でのマストストックの存在は、上記(9)で述べたリペートによる吸引効果・戦略的意図の総合評価において重要な要因になるものと評価されるべきである。上記 I の複数商品に関する商品横断値引きの末尾において紹介したコカ・コーラの商品横断値引きの事例は、以上のような量的な意味でのマストストックの先例と解することも可能であると思われる（ただし、同事件では、冷却キャビネットの無償供与も同時に行われている。無償供与による買い込み効果の問題は、本「デジタルと競

争過程 II」でグーグルアンドロイド事件との関係で論じる予定である。

以上の考え方によれば、反競争性の分析において、インテルの意図、計画、戦略性に加え、インテルの量的な意味でのマストストックの存在により、同等に効率的な競争者であっても本件の複雑なリペートによって、有意に AMD のチップの利用が抑制されていることをも考慮したうえで、競争者を排除する单一かつ継続的目的のもとに行われたことをもって、反競争性・セオリーオブハームを認定できることになる。

(11) 市場の一部で原価割れが生じた場合の廉売理論の再構築の必要性

本件で、本件の条件付きリペートが実効価格を算定し、実効価格が原価割れしているかを見て反競争性を判断する考え方の立証の困難性が明らかになったことは、廉売理論に関しても、その内部補助を考慮して分析する必要性（廉売理論の再構築の必要性）をも示唆するものであるよう思われる。

廉売についての内部補助は、複数市場の問題として意識され、EU 競争法においては、そのような場合、廉売のコスト割れの原価の算定基準は、より経原価に近い基準が用いられるべきであり、LRAIC が用いられることが多い（ドイツボスト事件¹²）。上記のとおり、複数市場におけるバンドルリペートの優位性の問題は、単一市場における量的なマストストックの場合にも生じるのではないかという観点は、廉売の考え方方に再考を迫るものもある。

本件のように、(i)取引先ごと、機種ごと、地域ごと、期間ごとに廉売の態様が異なることにより費用割れがあるかどうかを算定することに困難性がある場合、あるいは、(ii)費用割れかどうかは、売上という事後的な要素で決まるものである場合、競争者排除の目的で、廉売スキム全体が構築されていることが反競争性の判断において重要と解すべきではないかと思われる。それは、中間価格帯においては、行為者の意図・計画を考慮するという AKZO 事件法理の適用

局面であるともいえる。しかし、多数の商品がある場合に、競争者の競争行動を牽制・抑制する目的で戦略的にその商品群の値引きを複雑なスキムで行う場合に関しては、中間価格帯でのみかかる意図・計画を考慮するのではなく、総原価以下の立証がない場合でも、各モデルの値引きの累積効果、各取引先で行われることによる累積効果、その期間が及ぼす影響などを総合的に考慮し、排除の意図・計画・戦略性が認定される場合には、反競争性を認定するべきであるように思われる⁷。

(2) リベートにおいては、廉売以上にそれを付与する者の付与時点における意図・計画が重視されるべきであること

(ア) リベートの場合、原価割れかどうかは行為時に決まらないという問題

リベートは値引きと同種のものと考えられてきたが、リベートの場合には、売上や市場占有率に応じた事後的調整であるため、行為時にはそれが原価割れかどうかがわからないという問題も本件から明らかになった。行為時（リベートの付与時点）に違法なものかどうかわからぬものが違法判断の基準になることは不可解であるが、その点がこれまで無視されてきたのである。

(イ) 競争者の対応を決めるのは、支配的事業者の費用構造ではなく、競争者自身の費用構造であること

しかも、支配的事業者にとって原価割れかどうかによって、競争者の行動が左右されるものではない。それが決まるのは、支配的事業者のリベートスキムが、購入額全体にとってどれだけの減額となり、それに対し、競争者がそれを補てんできるかの問題である。それは、競争者の経営体力がそれ（対抗値引き）に耐えられるかの判断であり、支配的事業者にとって原価割れになるかどうかではない。競争者が退出するかどうかは、競争者自身の費用構造に依拠するのに、違法性は支配的事業者側の費用構造で決められてきたのである。もちろん、それは、同

等効率性基準の下で、支配的事業者よりも非効率的な競争者を排除するためであるが、それでは、事後の調整となるリベートの場合、行為時において、違法かどうかを判定できないのである。本件でいえば、コンテストアブルシェアがいくらくかが、リベートの付与時点において決まらないのである。

以上の点は、事後の調整であるリベートに廉売理論を適用することの不合理性を示すものであり、リベートにおいては、廉売以上にそれを付与する者の付与時点における意図・計画が重視されるべきであることを基礎づけるものであるように思われる。

III 米国・欧州のクアルコム事件⁸

1 世界におけるクアルコム事件の概要

クアルコム（以下「Q社」ともいう）は、第3世代 CDMA に関する技術標準の中核部分に関する必須特許（以下、「SEP」ともいう）を多数保有している。Q社は、端末メーカーに対し、ベースバンドチップ（以下、単に「チップ」という）を販売し、合わせてライセンス料を請求している。そのライセンス料は、端末機器の卸売価格の4.5%ないし5%である。Q社の特許は、第3世代 CDMA に関する技術を問題にするものであるが、日本の公取委が世界に先駆けて事件を取り上げた時点では、モバイル市場は第3世代であったが、EU、米国が事件を取り上げた時点では、第4世代に移行している。スマートフォンの出現で、端末機器の無線通信機能の比重は大きく減少し、代わってデータ通信・インターネットの比重が飛躍的に上昇し、端末機器も、著しく高額化した。しかし、スマートフォンの基盤となるLTE・UMTSという技術は、主としてデータ通信に利用され、音声は引き続き2G、3Gでの通信となるという点、インフラには古いものが残るため、LTE・UMTSだけでは通信として機能しないので、Q社の2G、3Gの技術標準は依然として使用されており、ライセンサーはライセンス

料を払い続けなければならない。ただ、第4世代の無線SEPに占めるQ社の必須特許の比率は減少している。しかし、端末価格がライセンス料の基礎となっており、その料率は変わらないので、端末価格が上昇していることの恩恵を受け、必須特許の比率が低下しているにもかかわらずライセンサーの支払額は増加している。そのため、Q社のライセンス契約に関して、様々な切り口から日米欧中韓台で訴訟が行われている⁹が、本稿では、チップの供与をリベート類似の便宜供与・廉売の問題として構成する米国高裁と欧州委員会決定・GC判決を検討する

2 米国のクアルコム事件

(1) 地裁判決の概要

米国では、2017年1月17日にFTCが、以下の理由でライセンス契約の差止めを求める訴えを提起した。Q社が、(i) no license-no chips policy のもとで、他のチップメーカーから買ってもライセンスを改めて結ばなければ特許侵害であるという立場をとり、(ii) このライセンス料の金額は、他のチップメーカーからチップを買わずに、Q社からチップを購入しても同じ金額とし、チップを購入すれば、チップ奨励金が交付されることとした¹⁰。その結果、他のメーカーから買ったチップの代金は、追加負担（アドオン）になる。

カリフォルニア地裁は、かかるスキムにより、競合チップメーカーの参入が妨害され、その結果、Q社の不当に高いロイヤリティを維持させ、OEMに対しより多くの金銭的負担をかけさせたこと、競合チップメーカーへのライセンス拒否は、FRAND義務・アスペン事件最判に反することなどを理由に、差止めが認容された。

また、アップルが5年間の排他条件を受け入れることと引き換えに、アップルに巨額のリベートを提供することにより、他社のリベートの利用を禁じたことは、Appleとの取引を失えば、競争者は市場から退出せざるを得ないことを認識して競争者がAppleと取引する機会を

奪ったものであり（排除の意図があり）、AppleのQ社に対する訴訟提起を妨げるもので反競争的リベートであるとされた。

(2) 高裁判決の概要

高裁判決は、以下の理由で地裁判決を取り消し、事件は確定した。

① no license-no chips policy のもとで、チップに価格が設定されているので、追加負担の問題ではなく、マージンスクイーズが生じるか否かの問題であり、マージンスクイーズの立証がない。これは、no license, no chipsに関するFTCの主張の前提事実自体が否定されている。その価格だと競争者のチップを買うメリットがないという問題はマージンスクイーズの問題であり、原価割れの立証がないと判断されたものである。② FRAND義務に関しては、その義務は反トラスト法上の義務ではないし、端末メーカーの段階でライセンス料を請求する目的で、チップメーカーにライセンス料を請求しないことは、FRAND義務に反するものではない。④取引拒絶が、アスペン法理に反するものでもない。アップルに対するリベートがシャーマン法2条に反するものでもない。

3 EUのクアルコム事件

EUでは、略奪的価格設定による競合チップメーカーの排除（以下「UMTS事件」という）とアップルに対する巨額の排他的リベート（以下「LTE事件」という）とが問題とされている。欧州委員会決定は、2020年には下されているが、開示範囲について合意されていないためであろうか、いまだに開示版の決定は公表されていない。その意味で、評議には時期尚早ではあるが、米国事件の高裁判決と同一の構成（チップの廉売という構成）から反対の結論を導いていることからこの段階であっても比較することに意義があると考えられるので、Informa ConnectのAdvanced Competition Law Conference November 2020 Brussels で John Ratliff が行った presentation とその事案サマリーに基づき、決

定の要旨を分析し、米国事件との異同を検討し、脱稿した。しかし、2022年6月15日付で、LTE事件は、GCにより、取り消された。この取消判決も極めて重要であり、脱稿後、(下)の掲載までの間に、GC判決について緊急に分析を行い、その結果を追加した。なお、GC判決は、クアルコムに対する防御権侵害を認定しており、その理由が判決全体の3分2近くを占めるが、本稿は、時間的制約から実体的な部分のみの分析結果を報告するものである。

(1) UMTS 事件（不当廉売事件）

EUのUMTS事件は、競合チップメーカーであるICEAがno license, no chipsにより排除されたと評価できる事例であり、実質において米国事件と同じ問題であるが、EUでは、チップが無償ではなく名目上、価格が設定されていたので、略奪的価格設定とされた事例である。EUのUMTS事件は、米国事件の高裁判決と切口は同じだが、結果は正反対となっている。UMTS事件は、不当廉売が認定され、その結果、スタートアップであるICEAが排除されたことを理由として、102条違反が認定され、課徴金が賦課された。チップの代金が原価割れかを判断する基準が争われたが、決定では、LARICを用いている。

ただし、欧州委員会は、廉売であるとの決定を行ったものの、廉売かどうかを判断するために委員会がQ社に提出を求めた書類が提出されていないことを理由にQ社に不利な認定を行っているようである。それについてQ社がGCに異議を申し立て、手続きの問題でECJが2021年によくQ社の意義を棄却する判断が行われた。その後、実体問題についての審理が開始されているようであり、欧州委員会決定に関する裁判所の判断は行われてない。

(2) LTE 事件（アップル・リペート事件）

アップルに対するリペート供与の事件は、いまだに決定全文が公表されていないが、GCの取消判決は公表されている。そのため、GC判

決の引用する委員会決定の詳細が不明であるが、大筋で以下のようなものである。アップルとインテルの間には、5年間で毎年1億ドル、合計5億ドルというリペートを支払われる約束となっていた。その条件として、アップルが競合チップメーカーのLTEのチップを使わない義務が課せられていたとして、欧州委員会は、これを排他的リペートとみなし、Q社の市場における地位が圧倒的であり、排他的リペートにより、競争者の重要な顧客であるアップルに対する販路が競争者に閉ざされたことから、このリペートは、102条に反するとした。これに対し、Q社は、そのような排他的条件は課されておらず、インテルのチップが採用されなかつたのは、インテルのチップがアップルの要求水準に満たなかつたからである。すなわち、リペートは同時に効率的な競争者を排除するものではないと主張し、AECテストの具体的な分析手法としてクリティカルマージン分析を証拠として提出し、同等に効率的な競争者は排除されないと主張した。委員会は、かかる証拠は、非現実的な仮定、誤った仮定を前提とするものであり、Q社の主張を裏付けるものではないとして排斥した。

しかしGC判決は、支払いが排他的リペートであること、市場閉鎖が生じたことの立証はなされていないとして、決定を取り消した。

4 米国高裁判決、UMTS事件決定の評価

(1) 廉賣ないしマージンスクイーズという構成について

米国事件とEUのUMTS事件は、no license, no chipsの問題を廉賣の問題として処理している。米国高裁判決は、チップは事实上無償であるため、他社のチップを使うと追加負担が生じるというFTCの構成(FTCは、taxと表現する)が事実誤認であるかのように判示している¹⁰。しかし、ライセンス料の一部がチップの代金に付け替えられ、実質は、無償ないし原価割れであるのに、原価を超えているように見せること

ができるという問題であり、これは、廉賣ないしマージンスクイーズというより、内部補助の問題である。単に原価を割り込んでいなければよいという問題ではないと思われる。

EUのUMTS事件では、廉賣の問題としつつ、他の独占領域で生じた利益を競争が生じた市場につぎ込めるような事業者については、LRAIC基準が妥当であるとするようである。これは、ドイツボスト事件以来、内部補助によることができる事業者の廉賣行為には、LRAICを適当としてきたEU競争法の先例に従うものである。ただし、本件は、総原価(ATC)が適当であるが、LRAIC以下であるので、いずれの基準でも原価割れであると認定しているようである。

しかし、複数商品のバンドルリペートに似た側面もあることに注意すべきである。チップとライセンスという複数商品で、ライセンスがマストストックになっており、ライセンスというマストストックでの独占利益をチップの廉価での販売の原資にしているという側面がある。

(2) ライセンス料で独占価格付けができるのに、なぜチップを販売するのか

インテルは、ライセンス料で独占価格付けができるのになぜ、チップを抱き合せようと考えたのであろうか。これは、チップを抱き合わなければ、ロイヤリティの交渉となり、FRAND条件に基づきロイヤリティの価格が下げられざるを得ないからだと考えられる。

チップを供給していれば、ロイヤリティが高いと文句を言うライセンサーに対しては、チップの供給を止めることをちらつかせることができ、実際問題として、FRAND条件を争うことは困難となる。チップの供給はそれを狙つたものではないかと思われる。

実際に、競争者からチップを買った会社はなかったことから、この戦略により、競争者の参入を困難ならしめていることがうかがえる。

しかもダメ押し的に、競争者のチップを買う可能性のあるアップルをてなずけるべく排他的リペートを供与している。それがアップルのリ

ペートの問題であり、UMTSとLTEという異なる商品ではあるが、インテル事件の商品販売を遅延させることの対価としてのリペート同様、本来は、両事件全体の戦略性を問題にすべきであるように思われる。

(3) チップの代金の名目性の評価と追加負担の問題

不当廉賣という構成については、内部補助がある場合には、総原価以上であれば、問題がないとは言えず、その意味では、複数商品のリペートに近いものと考えた方がよいように思われる。

しかも、本件の場合には、帳簿上ロイヤリティの一部をチップ購入代金に振り替えているだけで、実質的無償と変わりない。Q社のライセンス対象特許は、SEPとSEPでないものを含み、SEPについては、非差別のFRAND義務がかけられるのでライセンス料の操作は難しいかも知れないが、非SEPについては、そのような義務はないので、チップを競争者から買っているものについては、非SEPのライセンス料として、チップをQ社から購入しない需要者向けのライセンス料を高くすることにより、实际上、追加負担と同じ効果を発生させることができる。

非SEPについては、ライセンスを受けないことができ、そのようにすれば追加負担は回避できるが、他からライセンスを受けるか、特許侵害にならないように端末を作る必要が生じ、それもまた追加負担（ライバル費用引上げ）であり、競争者からのチップの購入を抑制することになる。

その意味で、不当廉賣の基準となる金額を上回っていればよいというものではない。ライセンスというマストストックを利用したチップ市場における競争者の排除であることが十分に推認可能であり、欧州インテル事件と同じく、no license, no chips戦略は、チップ市場の競争者排除の目的・戦略であることが推認できる。その点から反競争性（セオリーオブハーム）を導くことができる事例と位置付けるべきであるよ

うに思われる。

(4) レメディについての考え方

このような場合のレメディ（是正措置）については、JASRAC 事件が参考になる。競争者のチップを買った場合には、その分の金額を Q 社からチップとライセンスを買った場合の合計額から控除することになると思われる（JASRAC 事件では、最終的には、そのような対応が取られている）¹¹。JASRAC 事件が参考になるのは、本件の実質が競争者の商品を購入した場合に、追加負担が生じるという実質を持つことを示すものであるといえる。

5 LTE 事件（アップルリペート事件）の評価

(1) 決定の論理とその意義

本件についても、決定全文のリリースを待つ必要があるが、決定は、競争者にとってアップルという重要顧客への販路が失われた以上、市場閉鎖効果が生じたこと、その競争に与える影響が重大であることは自明であると考えているようである。そのように自明であるといえるのは、アップルに対するリペートには、pay for delay の性格をも有しているという特徴があるからではないかと思われる¹²。

pay for delay の問題は、今や医薬品業界特有の問題ではなく、競争者への巨額の支払いによる買い込み（参入の抑制）という普遍性を有する戦略として評価されるべき問題となっている。クアルコム事件の米国地裁判決もこの点を考慮しているし¹³。グーグルアンドロイド事件でも、グーグルがアップルに巨額の支払いを行っていることが問題にされている。欧州インテル事件もリペートが AMD 搭載商品の発売時期を遅らせるなどを条件に支払いが行われている点は、違法と認定されている。筆者が、越知・クアルコムで提示した pay for delay の問題が、有力取引先（競争者）の買い込みの問題を検討するうえでの切口を提示しているとの視点は、

徐々に浸透しつつあるようと思われる。

(2) GC 判決の論理とインテル事件 GC 判決の影響

しかし、GC 判決は、5 年間にわたって、毎年、1 億ドルずつ支払うことになっているが、その支払いが、競争者からチップを買わないことという条件を課すものであったことが立証できていないとした。

筆者は、越知・クアルコムでは、アップルは、排他的リペートを提供する契約自体が違法であるから、あえて契約条件に反して、インテルから購入したのだと考えていたが、書面でそのようなインテルからの購入を禁じる条項は明示的に記載されておらず、米国判決で認定されている 2 年以内に他から購入した場合には、受け取ったリペート全額を返還する合意すら契約条項にないようである（それゆえ、合意の存在が争われたものようである）。そして、アップルはインテルのチップを購入できたのであって、競争者からの購入を排除するような排他的リペートが供与されたことは立証されていないとされたのである。最初の 2 年間にインテルが売り込みをかけたのに、アップルがインテル製チップを全く購入できていないことについては、リペートに 2 年間について、他社から購入した場合には、リペート全額を返還する約束が課されていたからインテル製チップを買わなかったのではなく、インテル製チップを検討したが、アップルの要求水準を満たしていないから買わなかっただけに過ぎない。つまり、インテルは同時に効率的な競争者ではなかったから購入されなかっただけである可能性があり、リペートによって購入が制限されたことの立証はないとされたのである。要するに、GC 判決は、欧州委員会決定がリペートの内容を明らかにしていないので、排他性が生じているかは立証されていないとしたのである。

これに対しては、このリペートに条件が付いていなければ単なる値引きとなるが、毎年 1 億ドルが売り上げに関係なく支払われることに

なっており、数量ディスカウントであるともいえない。売り上げに関係なく（どんなに売り上げが少なくとも）1 億ドルが支払われることは、購入数量に応じた値引きではないことを推認させるものである。しかも、最初の 2 年は解除すると受け取ったリペート全額の返還義務が課されていることは、米国の判決からも明らかになっている（世界ベースの契約である以上、契約条件が異なっていたとは考え難い）。そうすると、排他的なリペートあるいは条件付きリペートであると認定した委員会決定の認定は合理的なようにも思われる。

しかし、本 GC 判決は、欧州委員会決定に、インテル事件の欧州委員会決定と同じ欠陥があり、インテル事件 GC 判決が指摘した論理が本件でも当てはまると考えているようである。クアルコムのリペートは、（インテル事件で、インテルのリペートがそうであったように）全くインテルのものを使ってはならないとするものではなく、最新機種など戦略的に重要な機種のみを対象としていた可能性がある。だからこそ、アップルは、インテルのチップを買うことを検討したのではないか。本件もチップが問題となっているが、チップにはいろいろな機種がある。最新のスマホに搭載するには、最新機種が必要だが、既存機種には汎用品のチップで対応できる場合もある。2G, 3G, 4G に対応する高性能チップもあれば、個別の世代に対応する汎用品チップもあり、また、アップルのプレゼンスは地域によって異なるので、排他性が要求される場合でも地域なのか世界なのかで排他性の大きさは全く異なる。

大まかに言えば、条件付きリペートといっても、排他的購入義務がすべてのチップにかかっている場合（以下「機種横断型」という）、需要者は全部を切り替えるしかないが、排他性が重要機種に限定される条件付きリペートがあり（以下「重要機種限定型」という）、その場合には、機種横断型より排他性の程度は高くないが、依然として競争者のチップの利用抑制効果は生じている。2 つの類型では、反競争性（セオリー

オブハーム）の説明の仕方は異なる。そのうえ、重要機種限定型では、重要機種以外はインテル製の機種を採用できるので、競争者の機種の採用を検討することが起こり、そこで採用されない理由が排他性ではなく、商品のパフォーマンスの不満足によることが起こり得る。

そのような主張をされた場合（まさしく本件であるが）、仮にパフォーマンス的に十分なもののが競争者から供給されたとしても、重要機種の市場で閉鎖されることには、競争者の積極的競争行動を抑制し、限界的競争者として協調的行動をとらせることになるといったセオリー オブ ハームを説明する必要がある。しかし、本件で、欧州委員会は、リペートの対象、排他性の範囲を特定しなかったので、排他性の程度が不明であった。排他性のカバレッジが小さくても、重要なところを押さえているため反競争性が生じているというセオリー オブ ハームを構築して、反競争的市場閉鎖効果を立証することは可能であったが、本件では、（インテル事件同様）それができていなかった。それが敗因であり、GC が本件を取消したことは、インテル事件の取消判決の論理的帰結であると考えているようである。

6 FRAND 義務の射程（license to all か access to all か）

クアルコム事件では、FRAND 義務が取引段階の異なる者が請求した場合、その者にライセンスなくして使わせ、後の段階の取引先に請求することが肯定されるかという問題を生じている。これが license to all（ライセンス請求されれば、すべて応じなければならない）か access to all（前の段階でライセンス付与は行わずに特許を使用することを黙認し、後の段階でライセンス請求することを許容する）かという問題である。この問題は、自動車のサプライチェーンを巡って多発した事件の先例の結果、FRAND 義務は、license to all ではなく、access to all であるとの解釈が優勢となっている¹⁴。これは、特許技術を使うどの段階でロイ

ヤリティを請求するかは、特許権の範囲に属し、特許権者の裁量にゆだねられるとする解釈によるものである。その解釈によれば、特許権者が端末で請求する場合、チップメーカーは、(特許侵害で訴えられるものではないから)特許技術の利用は妨げられないので、インテルがライセンスを請求したのに対し、これを拒んだことを独禁法違反としたKFTCの論理¹⁵もはや有効でなくなっている。

NAP条項を問題にしたJFTCは末端の問題を取り上げたかに見えたが、まわりまわって今日では、FRAND義務の履行を求める主張をNAP条項により封じたことを問題とするJFTCの構成は有力な構成だったのかもしれないとして再評価される状況が生じている。それを第4回審査期日で無価値だけの問題にしてしまった訴訟維持戦略の失敗が悔やまれる¹⁶。

結語：両事件GC判決のデジタル経済に対する示唆

欧州クアルコム事件(LTE事件)と欧州インテル事件のGC判決から2つの教訓を得ることができる。第1に、ガイダンスペーパーの発表時には、機種横断型の条件付きリバートしか念頭に置いていなかった。重要機種限定型については、より競争過程を重視したセオリーオブハームを構築する必要があった。それができておらず、いずれの事件でも、機種横断型のセオリーオブハームで反競争性を立証しようとしたことが委員会の敗因となった。

第2に、消費者原生の観点を金科玉条視し、それに反することについての高い立証責任を当局・原告に求める米国のリバート理論は、デジタル経済以外の分野においても立証の困難性という問題に直面しており、競争過程の観点をより重視する必要があることが鮮明になっている。

これらの点は、デジタル経済において、より重大な問題となっている。デジタル経済では、利用が強制されるというよりも、変更が可能であっても、需要者はわざわざ変更せずにデフォルト設定されたものを用いることから生じる誘

導の問題であり、より排他性が弱い。他方で、そこで囲い込まれる市場は、エコシステムという巨大な市場であり、問題が幾層にも巨大化している。デジタルと競争過程Ⅱで検討するグーグルショッピング事件、同アンドロイド事件でも、欧州委員会の示したセオリーオブハームは、インテル事件・クアルコム(LTE)事件同様の粗さがある。しかし、ショッピング事件でGCは、インテル事件・クアルコム(LTE)事件と異なり、委員会決定の論理の粗さに目をつぶって決定を支持している。アンドロイド事件は、まだ判決が下されていないが、論理の洗練が求められる状況にあり、その点は、日本の独禁法においても同じ状況である。デジタルと競争過程Ⅱ以下で詳細に論じる。

(注)

- Post Denmark A/S v. Konkurrencerader Case C-209/10 ECJ [2012] 4 CMLR 23
- AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR 3359同事件は、底光についての基本先例である。越知・競争法大全605頁
- 以上について、越知・競争法大全615、621頁。早川(2018) 167頁以下
- EU の Irish Sugar 事件(Irish Sugar plc v. Commission [1999] 5 CMLR 1300)は、選別的価格設定に関しては原価割れの立証がないことを理由に違法ではないと判断したが、選別的リバートについては違法と判断した(越知・競争法大全614頁)。
- 3 M Co. v. LePage's Inc. 124 Sct. 2932 (2004) 高裁判決は LePage's Inc. v. 3M Co. 277 F.3d 365. (3rd.2001) 地裁判決は 2000-1 Trade Cas. (CCH) 72846 (E.D.Pa 2000)
- Deutsche Post mail order parcel service OJ2001 L125/27: [2001] 5 CMLR 99 越知・競争法大全609頁 日本のヤマト運輸事件東京高裁判決(平成19年11月25日審決集54巻699頁)でとられた基原価を各市場に配分する方式はこれに近いものである(同654頁)。
- EU の判例にも排除の意図に基づく場合には、基原価以上でも反競争性を認めた事例がある。Compagnie Maritime Belge Transports v. Commission [2000] ECR-I 365 [2000] 4 CMLR 1076 越知・競争法大全614頁
- Case AT.40220 European Commission 24 January 2018 本件の決定全文はいまだ公開されていない。

9 日米欧中韓の事件については、越知・クアルコム、「日米欧中韓のクアルコム事件の横断的検討(上)(下)」(公正取引816号44頁、817号41頁)(2018年)(以下「越知・クアルコム」という)。日本事件の審決に関しては、越知保見「セオリーオブハームの多角的検討—農協事件・クアルコム事件・ガイドライン・最高裁判決(上)(下)」(国際商事法務47巻9号1077頁(2019)以下「越知・セオリーオブハーム」という)、10号1226頁また、日本事件を含め、越知保見「日米欧競争法大全」(中央経済社2020)第8章は、米国地裁判決を含め、その要點を記載している。

10 白石幸輔「標準必須特許と他の商品のセット供給の独占禁止法上の検討～米国 FTC v. Qualcomm 審査をして～」(競争政策研究センター2022.3.29発表)同報告書には、越知・クアルコム、越知・セオリーオブハームにも十分に言及されているが、どのように対応すべきであるのかという観点はややあいまいなものとなっており、本稿はその点に関する示唆を与えるものである。

11 越知保見「JASRAC 事件最高裁判決」上杉秋則・山田香織編「独禁法のフロンティア」(商事法務2019) 第7章参照。

12 詳細は、越知・クアルコム参照。アップルは、iPhone 終末の製造業者であり、終末メーカーとしても最大手といつてもいい有力車業者である。また、サムソンとの特許係争でも知られているように、安易に高額のロイヤリティを支払うという対

応を取らずに、ロイヤリティ前の妥当性を争うことでも知られている。アップルは、Q社の特許戦略を争う可能性のあるメーカーであり、巨額のライセンス料を支払うぐらいなら他のチップメーカーのチップを使い、特許の消尽を理由にQ社のライセンス料支払いを拒む戦略をとる可能性の高いメーカーであった。そのようなアップルの戦略の可能性を摘み取るため、競合品メーカーの結果を使わないのであれば、巨額のリバートを支払うという戦略を取った可能性がある。

13 最初の2年は解除すると受け取ったリバート全額の返還義務が生じることも問題とされた。米国高裁では、この点は問題にされなかった。

14 林秀徳「標準必須特許のライセンスを巡る近時の諸問題」金井貴嗣先生古希記念論文集(私文堂2022) 375頁以下参考 Nokin v. Daimler 事件、Sisvel v. Haier 事件などの先例がある。

15 越知・クアルコムは、KFTC 事件を詳細に報告している。KFTC は、米国 FTC と緊密に協議して、同事件のセオリーオブハームを構築したとみられる。

16 越知・セオリーオブハーム1234頁。上杉秋則「クアルコム事件審判審決(上)(下)」(国際商事法務68巻2号165頁、3号317頁(2020)、176頁以下では、より詳細に論じられている。本稿執筆にあたっては、同氏からの多くの助言を賜り、また同氏が主宰する研究会(オータム会)での講話を参考させていただいた。

▶ デジタル経済と競争過程保護Ⅱ ◀

グーグル・ショッピング & アンドロイド事件の総合的分析

[上]

越知保見*

はじめに¹

グーグルの3つの事件は、便宜供与に基づく問い合わせの問題がデジタル経済の分野においては、単一市場ではなく、エコシステムと呼ばれることもある広範な分野で競争ないし競争機能の深刻な毀損が生じていることを示している。にもかかわらず、従来の理論（ことにシカゴ学派理論²）では、その行為の反競争性を立証することが容易でない。GAFAは、それぞれ、画期的なイノベーションをもたらしており、これまでにもたらされてきた巨大な消費者利益に鑑みれば、イノベーションを達成したものに対し、そのリワードとして、リードタイムにおける独占利益に対する介入は差し控える。それが、さらなるイノベーションをもたらすことにつながるという考え方³では、競争が広範に消滅する事態をもたらすことになる。

とくに、グーグルがもたらしている利益は、最も広範な消費者にいきわたっている。アマゾンの通販を利用しない者、フェースブックを利用しない者、アップルの端末を利用しない者はいるかもしれないが、グーグルの検索サービスを利用しない者は、ほとんど皆無ではないかと思われる（ヤフーの検索は、グーグルの検索エンジンに抱っている）。それが無償で提供され、ほとんどのものが日常的に、そのサービスを利用しているのであるから、その便益の巨大さは比肩するものがないほどである。

そのため、従来の理論に行き詰まりを感じ、「排除ではなく、搾取だ。搾取的濫用には優越的地位の濫用だ」という発想⁴に抵抗感がない専門家がかなり多い。しかし、筆者が多数の論文で明らかにしているように、その考え方は、市場経済と整合する考え方ではない。競争政策の死であるといってよいような考え方である。本来の競争政策の在り方は、競争の過程の活用であり、本稿は、具体的にいかにその理論を深化すべきかをグーグル事件に即して、検討するものである。また、本稿が明らかにするように、GAFAとりわけ、グーグルの洗練されたビジネスモデルは、取引の相手方に利益を与えることで、問い合わせのものであるから搾取的濫用や優越的地位の濫用を活用すれば、規制できるというものではない。

シカゴ学派理論に依存する考え方では、便宜供与に基づく問い合わせの問題に適正に対応できないことは、欧州インテル事件、欧州&米国のクアルコム事件でも明らかになっており、それはデジタルと競争過程保護Ⅰで論じた通りである。デジタル経済においては、両事件をはるかにしのぐ重大な問題を生じている。そのこと自

—もくじ—

はじめに

- I グーグルが利用しているとデジタル経済の特徴
- II グーグル・ショッピング事件（以上本号）
- III グーグル・アンドロイド事件（以下次号）

*おちやすみ、明治大学大学院教授

体は、多くの専門家にとっても明らかであるが、欧州インテル事件、クアルコム事件で生じたどのような問題が、どのようにネックになっているのかについては、必ずしも詳細に検討されることなく、従来の理論では対応できないという結論を独り歩きさせていること、優越的地位の濫用規制に傾斜する結果、従来の理論をどのように修正していくべきかについての検討・分析がほとんど行われてない状況が問題である。それには、過去の理論の問題を検証し、デジタル経済に適応するような理論の再構築が不可避である。しかるに、過去の理論に問題があるというと各方面に波風が立つので、そのような問題提起が行いにくいという日本特有の事情があり、そのような事情・風土こそが、デジタル経済における理論の再構築の最大の障害となっている。

かかる問題へのアプローチとして、本稿は、訴訟化した事件の検討を重視する。報告書などでは、執筆者の側の一方的な主張であり、事業者の主張が十分に検討されていないのに対し、事件においては、事業者側の主張に対する十分な検討が行われ、セオリーオブハームを示す形で判断が行われているために、問題の所在を真正に理解できるからである。

本稿が取り上げるグーグルの2つの事件のうち、ショッピング事件⁵に関する評議・論考⁶が多いが、そのほとんどの論考は、検索結果の操作の問題ととらえている。しかし、GC判決で明らかになったのは、グーグルは、検索アルゴリズムを操作しているのではなく、自社の価格比較事業(Shopping Unit)の価格比較広告を検索結果の前に置いただけであり、検索結果ページの表示に関する設計とその変更の自由の限界の問題である(米国FTCは、まさにかかる見地から、本件の調査を打ち切ったものである⁷)。

アンドロイド事件⁸は、デジタル経済の本丸中の本丸の問題であるが、これに関しては、評議はほとんどない⁹。欧州委員会決定は、既存の理論をつなぎ合わせて、グーグルの3つの協定の反競争性を指摘している。しかし、従来の

議論をそのまま当てはめた場合、競争促進効果の大きい本件の反競争性としては、必ずしも説得的なものではない。この点は、米国DOJの訴状¹⁰は、同じく3つの協定を問題にするものの、そのセオリーオブハームはより洗練されたものとなっている。端的に言えば、欧州委員会決定では、3つの協定の反競争性がばらばらに論じられているのに対し、DOJ訴状では、3つの協定が統合されることによるセオリーオブハームを指摘するものとなっている。ここでは、欧州委員会決定とDOJ訴状を比較しつつ、グーグルの囲い込み戦略の問題を明らかにする。特筆すべきは、取引の機会の有意な減少・利用抑制効果を市場閉鎖効果としてとらえつつ、その反競争性を有効競争(能率競争)の観点から位置付けるという筆者が主張し続けているセオリーオブハームのアプローチが米国DOJの訴状においてもとられていることである。それ故、裁判所が受け入れるためのハードルは高いものの、米国の当局においてもデジタル経済の問題に対しては、パラダイムシフトが必要であることを認識していることが表しておらず、興味深い。注意すべきは、パラダイムシフトを一般的に行う必要はなく、エコシステム支配という特殊な局面においては、そのような考察が米国といえども要求されるのだと考える余地がある。本「デジタル経済と競争過程保護」は、その理論を詳細に論じるものである。

I グーグルが利用しているデジタル経済の特徴

グーグルが利用しているデジタル経済の特徴として、以下のような点が指摘されている。

- (i) 範囲の経済、ネットワーク効果が強く働く。
- (ii) 巨大化したPF事業者がデータへのアクセラに対し、決定的優位性をもつ。
- (iii) PF事業者は、PFで事業を行う事業者にとっては、仲介業者であるとともに自らも出店事業者の競争者になり得るという二重の地位を有し、競争者としての自らの地位を有利にするように、仲介業者としての地位を利用

できる。この問題は、自己優遇の問題と言われているが、不透明性(Lack of transparency)の問題、利益相反性の問題を含む。

(iv) 圧倒的な資金力を背景として、新たな市場での買収戦略により、優位性を確保する市場、競争の機能がそこなわれる市場が拡張している。この点は、本稿ではなく、別稿で論じる予定である。

(v) それは、イノベーションの阻害を生じているが、他方で、GAFAが提供するサービスとその進化は、消費者厚生を増加し、新たなサービスを発生させるという意味で競争促進的であり、消費者厚生の観点からは、イノベーションを阻害しているといえるかが問題である。

あまり指摘されていないように思われるのが、デフォルト設定する能力である。これは、行動経済学の活用により、強制や利益誘導を行わなくとも、消費者行動を予測したデフォルト設定能力によって消費者を囲い込めるという新たな問題であり、ビッグテックことにグーグルでは、生命線となっている。

介入の在り方については、以下のようことが言われる。ただし、ボリシーが実際の事例で如何に適用するかが重要であり、それを論じるのが本稿のテーマである。

- ・データ優位性の解消
- ・消費者の選択を回復させるための介入
- ・(公正かつ合理的な条件による)アクセスの確保または企業分割による救済
- ・マルチホーミングの確保
- ・互換性の確保

II グーグル・ショッピング事件

1 本件のセオリーオブハーム：検索結果の操作の問題か設計変更の自由の濫用の問題か

(1) 検索結果の操作の問題なのか

本件は、デジタル経済の問題の初期から、グー

グルの一般検索についての支配的地位を利用して、検索結果を自己優遇することによる競争者排除の問題と理解されてきた。多くの評議もそれを前提とし、公取委の報告書¹¹もランキング操作の文脈で本件を理解してきた。本件の異議告知書(statement of objections)においては、そのように認定されていたが、委員会決定を丁寧に読むと、そのような検索結果の操作の問題ではなく、グーグルが広告の位置に自らの商品比較広告を検索ページの最上段と一般検索の間(以下「第2列」ともいう)にone boxと呼ばれる固定された広告欄を設定したという問題であることがわかる。委員会決定は、そのこと 자체は、認識されているようであるが、決定は、それでもなお、検索結果の操作だと強弁してSOのセオリーオブハームが維持されており、そのために本件の問題の反競争性が分かりにくくなっている。

GC決定では、それが、商品比較広告であることを明確にしつつ(検索結果の操作ではないとしつつ)、やはり、自己優遇であることに関わらず、正常な競争手段を逸脱し(abnormal)、有効競争(competition on the merit)を阻害するという判断構造となっている。

そのような変遷ぶりを象徴するのが、事件のタイトルと決定・判決が画像入りで示した例に表れている。事件のタイトルは、委員会決定の時点ではGoogle Search(Shopping)、GC判決の時点では、Google Shoppingとなっている。また、決定時点の画像は、Cannon EOSをクリックした場合のCannon EOSの各商品が画像付きで紹介されるものであったのに対し、GC判決では、各ショッパーの衣料品の比較が画像付きで行われていること、その画像をクリックするとショッパーのサイトに飛べる構造であることを紹介するものとなっている。

このグーグルの商品比較広告は、Product Universal Shopping Unitという名称で呼ばれる。Googleは、この第2列の比較ショッピングサイトの名称をProduct Universal, Shopping Unitと変更させてきた(GC判決には、

広告であることがより明確な Shopping ad. という書かれ方がされているところもある。これは、委員会が、検索結果の自己優遇であるかのように主張するため、第2列が検索結果の表示ではないこと（広告であること）を明らかにする趣旨で変更されたものと考えられる。以下では、2列目の one box に固定されたグーグルの商品比較広告を「Shopping Unit」ともいう。

第2列にグーグルの価格比較広告を割り込ませたこと自体が、自己優遇であるといえるので、広い意味で自己優遇であるといつてもよいが、その反競争性の論理は大きく異なる。第2列が検索結果の表示であれば、ランキング操作であるが、第2列がそうでない（広告である）のならば、それは、検索結果の操作ではなく、設計変更の自由の制限の問題である。

米国は、最初から第2列にグーグル自身の比較ショッピングサイトを広告としておくことができるかの問題であることを最初から認識し、設計変更の自由の観点から許容的な判断の下で、事件化を見送っている¹²。

(2) 自己優遇・二重の地位に関する一般論

自己優遇とは、一般に DP の地位と DP 上のアプリ事業を行う地位を有する者が、DP の地位を利用して、アプリ事業における DP 事業者の地位を優遇する問題であると理解されている。

検索における自己優遇とは、検索の結果において、DP のアプリ事業の検索結果と競争者のアプリ事業の検索結果に関し、アルゴリズムを操作（異なるアルゴリズムの調整メカニズム）に服せることにより、DP を競争者よりも上に置くこと（目立たせる）ことで、競争者が不利になるという問題と理解されている。検索結果において、楽天市場の検索結果が下の方におかれるという疑いがそのような例であり、これは、韓国の Never 事件¹³は、このような例と思われる。

一般検索上の自己優遇の事例は、以下のようにその反競争性（セオリーオブハーム）を説明できる。

一つ、検索結果では、一般に上位の3つから5つぐらいしか見ないという消費者の消費行動を利用した競争者排除戦略で、同等またはより良質な商品の利用が検索結果の恣意的運用によって抑制され、商品力に比して魅力のない商品の利用が促進されることにより、競争が歪められる（競争の機能が損なわれる）という問題である。

これについて、アルゴリズムに基づいているので、有利に取り扱っていない。消費者のための品質向上のため、調整メカニズムを選択する権利がある（インターネットのルールを決めるのは俺たちだ）と主張されることがあるが、事実の問題として、同一のアルゴリズム自社サイトに使う選択のアルゴリズムと他社サイトの選択のアルゴリズムが異なっている（両者のランキング付けのメカニズムが異なっていた）場合には、不合理な差別的取り扱いの問題と考えることができる。欧州委員会は、本件もこのような一般論で本件のセオリーオブハームを考えることができると考えていた。

(3) 本件の自己優遇は、検索結果の自己優遇ではないこと

しかし、本件は、そのような検索結果の表示の操作を行っているのではない。一般検索結果ページには、検索結果の上（と左側）に広告があり、その下に一般検索の結果が表示されるが、検索結果の上の広告欄の2列目などと変更されている（グーグルの画像付きの商品比較広告（Shopping Unit）が固定され（固定された箇所は one box と呼ばれる）、その商品をクリックするとショッパーサイトに飛ぶようになっている。それが、広告的のは、画像付きで表れるこにも表れている。例えば、購入のための検索だと予見できるキーワードが検索されると（例えばポロシャツ）と、ポロシャツのショッパーを比較できるグーグルのショッパー比較広告が、上から2列目に必ず現れるという問題である。

上記(2)の韓国 Naver 事件場合は、アルゴリ

ズムで一般検索の結果を操作しているのだが、グーグルショッピングの事例は、ショッピング目的の検索と思われるキーワードが入力された場合に、2列目にグーグルの商品比較広告（Shopping Unit）が現れるようなアルゴリズムが設定されているだけで、一般検索結果を操作して競争者の商品比較サイトを不利に扱っているものではない。

(4) 設計変更の自由 v. エコシステム支配（市場横断的な巨大支配力）

これは、一般検索広告の結果を操作した自己優遇と直ちに同視できない。検索結果頁の1列目と右側に広告を置くことは、一般検索の無償化のビジネスモデルに不可欠なものとして（マネタイズの手段として）、肯定されている（民法テレビがCMを入れるのと同じである）。そうであれば、2列目にグーグルの画像付き商品比較広告を置くことも肯定されるのではないかという問題である（グーグルに自分の広告を出してはいけないとは言えないのではないかという問題である）。しかも、それは、個別のショッパーの広告ではなく、商品比較広告という消費者に有益な情報が最も見やすい形を提供するものである。

いわば、駅前の1階に周辺の不動産屋とその価格を比較した不動産業者の紹介所があるようなものである。そのような紹介所を自社ビルに設けて何がいけないのかという問題である。

しかし、競争阻害効果の大きさは、駅前の自社ビルに不動産業者の紹介所を置くのとは比較にならないほど絶大な集客の効果がある。

まず、この Shopping Unit は、検索ワードに合わせて、その商品比較広告の内容を変化させることができる。言ってみれば、不動産だけでなく、衣料、雑貨等あらゆる業種の紹介所が、訪問した人のニーズに合わせてディスプレイが変更される。そして、特定の駅前ではなく、日本全国津々浦々の駅前にそのような紹介所が置かれる状況が作られるのである。いや、日本だけでなく、（規制によっておくことができない、

地域を除く）世界のあらゆる駅前におかれているといつてもよい。

もちろん、お気に入りの店舗があるとかその業界に詳しい検索者は、第2列のグーグルの比較広告を無視して、一般検索結果から自分の目的に沿う店舗をクリックするであろうが、例えば、筆者が法律の書籍、出張でよく使う町のホテルを探すときに、（すでにその目的に取って最も優れたショッパーなり比較サイトを知っているので）2列目のグーグル比較広告を利用しようとは思わないが、あまり価格・相場についての知識がないような商品、衣料であったり、お礼・プレゼントの対象になるような商品などであれば、2列目に画像付きであまたあるショッパーの代表的な商品の比較広告がでてくれれば、大変便利なのでとりあえずそれを見てみるかということになる（あるいは反射的にその2列目をクリックしてしまう）。大多数の検索利用者も同じような行動をとるはずである。

そうすると比較ショッピングサイトの競争者は、致命的なハンディを負うことになる（グーグルの比較ショッピングサイトもよい商品（より優れた比較ショッピングサイト）を設計してもグーグルに勝つことは困難なばかりか、ほとんどの比較ショッピングサイトが淘汰されてしまう。実際に、グーグルが Shopping Unit を置いてからは、競争者の比較サイトの利用が急減し、グーグルの商品比較広告の利用が急伸した。

以上について、グーグルの側からの競争促進的正当事由とその反論は以下のものである。

(5) 消費者の便宜の観点

第1に、かかる商品の提供は、消費者にとって、有益な情報が最も見やすい形で提供されるので、最も簡単に商品比較が行われる点で、消費者の比較の時間と手間を節約し、消費者厚生基準からは、競争促進的と評価される商品の提供である。そのため、米国は、これを設計変更の自由の観点から問題にしなかったのである。

この点は、デジタル経済において消費者厚生

の観点からのみ反競争性基礎づけることの限界・競争過程保護の重要性を示すものである。

(6) 第1列の広告欄を利用して競争が可能ではないかとの観点と競争条件の差異

第2に、検索表示の第1列の広告欄にオークションの結果で決まる商品比較広告を置くようにすれば、競争は可能であり、効率的な競争者であれば、対抗可能ではないかという問題がある。

しかし、この点については、1列目の広告の場所の広告料に商品比較広告を恒久的に置くことは、コストの面で現実的な選択肢ではない。ショッパーであってもそのような広告利用は、期間を限定して行われる。恒久的に行うとなれば、費用が大きすぎるし、広告により周知性を上げれば、広告の目的を達成できるので、それ以後は広告を行う必要がなくなる。しかし、グーグルに対抗するには、恒久的に第1列を確保しなければならず、その費用負担には、到底、耐え切れない。

これに対する反論としては、グーグルも同じではないか、グーグルは、別に使えば高く売れる場所を自分の比較広告のために使っているのだから競争条件は同じではないかとの反論が考えられる。実際、NTT 東日本事件では、事業者（NTT 東日本）は、このような主張を展開していた。光ファイバーの利用者が少ないために逆転になるため参入できないとしても、それは、NTT 東日本も同じであり、利用者が増えた段階で赤字は解消できることを見込んで、NTT 東は、現在は逆転でも商品を提供しているだけであり、競争者も同じことをすればよいのである。¹⁴⁾

しかし、NTT 東日本は、小売りと卸売りの両者を行っているので、損失が生じてもそれは帳簿上だけの問題であるのに対し、競争者は、現実にキャッシュが出ていくのであり、赤字が継続することのインパクトは、NTT 東と競争者では全く比較にならない。最高裁は、まさにそのような競争条件の差異の観点から、NTT

東日本が正常な競争手段を逸脱する人為性を認めたものである。本件は、かかる NTT 東日本事件の観点が参考になる。この観点は、デジタルと競争過程Ⅰで論じた内部補助の観点である。

そのうえ、その競争上のインパクトは、NTT 東日本事件が戸建て光ファイバー市場だけにとどまるのに対し、グーグルショッピングは、世界全体のあらゆる商品に対する商品比較広告であり、世界のあらゆる商品にその影響が及んでいる。競争に与える影響は何万倍のレベルであるといえる。

(7) 競争は排除されていないが、制限されること

そして、他の比較サイトとの競争が完全に排除されるわけではない。ショッパーのサイトをクリックした後で、何らかのワード・広告によりそこで比較サイトをクリックさせるように紐づけることはできる（ホテルの予約サイトではそのように比較サイトが運用されている）。しかし、それは、グーグルに比して圧倒的に不利な状況で細々と事業を行う（限界的な競争者として生き延びる）という地位に甘んじなければならない。有効に競争が機能しているとはいえない。

(8) 検索サイトの管理者として、商品比較サイトの利用データを知りうる立場にあり、それに基づいて割り込んでいるものであること

そして、決定的と思われるが、検索により商品比較サイトの利用データを知りうる立場にあることである。DP として一般検索の管理者の地位によって、商品比較サイトの利用実態（利用が増えていること、上に表示されることが価格比較サイトのトラフィック上、決定的であること）を知り、広告という方法であれば、検索操作による自己優遇を回避できると考え、Shopping Unit を広告として第2列においていたことは、競争者の席を奪って割り込んだものと評価されるべきものである。その割込みにより、競争者の比較サイトの利用は80%減と急減して

いる。

単なる割込みというよりも、二重の地位に基づき、成功しているビジネスモデルのパクリ（盗用）を行っているともいいうべきもので、不正手段性が強い（これは、アマゾンでも問題となっている）。

この二重の地位は、金融においては、厳格なファイアーウォールが敷かれる問題であり、これは、第2列に競争者の価格比較のバーを置くことでレメディとなるものではなく、グーグルの進出を禁じるべき問題といえる。

(9) レメディの設計について

本件を広い意味での自己優遇の問題として理解するか、設計変更の自由の濫用の問題ととらえるかは、レメディにも違いが生じる。自己優遇であるとすると優遇（差別的取り扱い）を取り除けばよいので、第2列に競争者のサイトも同等の表示の仕方で置くことを命ずるというレメディが論理的であり、実際、そのようなレメディが命じられている。しかし、設計変更の濫用ということになると、そのようなサイトを第2列に置くこと自体を禁じるというレメディも可能である。実際に、委員会の求めるレメディの実施は困難であり（価格比較サイトが多数あれば、どのサイトを優先するかの問題を生じる）、本件のセオリーオブハームからは、端的に第2列目に one box を置くこと自体を禁止すべきであったと思われる。

2 委員会決定の概要と評価

(1) 決定の概要

(ア) 2列目の表示は検索結果か広告か

既に述べたように、委員会は、当初（SO を送る時点）、本件の Shopping Unit が広告として表示されているとの主張に耳を貸さず、グーグルの専門検索サイトが一般検索結果の最上部に表示されていると解し、検索順位の操作の問題と考えている。

しかし、決定時には、それが広告の個所にお

かれていることまでは把握しつつ、それを検索結果の操作・自己優遇でないように仮装しているだけで、実質的には、グーグルの専門検索サイトが一般検索結果の最上部に表示されているという問題であるから検索結果の操作・自己優遇の問題であるという当初の考え方を維持している。それ故、設計の自由の問題がほとんど論じられていない。

(イ) 委員会決定のセオリーオブハーム
歐州委員会決定は、濫用行為の定義に従い、本件行為によって、すでに市場支配地位にある者の存在によって、競争が弱められている市場における競争がさらに弱められるとし、その理由（セオリーオブハーム）として次の点を挙げる。

- ① グーグルの一般検索サービスは他に代替できない機能を有する。
- ② 多くのユーザーは、最初の3つか5つしか見ない。下におかれると、より良い商品であっても選択されないので、このような優遇は、有効競争を阻害する。
- ③ 本件行為の結果、競争者の商品比較サイトからグーグルの商品比較広告へ巨大なトラフィックが生じた。競争者にとって、このトラフィックの減少は、他に代替し得ないので、かかるトラフィックの大変動を生じさせた本件行為は、有効競争（能率競争）を阻害し、イノベーションを阻害した。

(2) 委員会決定の評駁

(ア) 2列目の表示の性格

2列目は、1列目の広告の下であるし、画像付きで広告のような体裁で表示していることを考へると、これが一般検索の一番上においているということには無理があるし、常に固定的に一番上に来るようによることは、まさに広告の表示の仕方であるから、これを一般検索の表示とするのは無理がある。なお、本件の評駁・解説は相当数あるが、この点を指摘したものは見当たらない。

(イ) セオリーオブハーム：不可欠性 v.s. 誘導

2列目の表示の性格を一般検索の最上部と解した結果、検索操作の問題となってしまった。

委員会が強調しているのは、グーグルの検索を利用しなければならないという不可欠性であり、EUに準じるもののようにも主張している。しかし、今日的には、エコシステムに取り込まれた顧客は、実際に、他の検索アプリがあってもグーグル検索を使うし、その第2列に便利な商品比較が出れば、それを使うという「誘導」の問題であり、不可欠施設とは違う問題である。

以上の通り、委員会決定は、基本的な反競争性の評価において、本質を外した説示となっている。

3 GC 判決の争点と判決の構造

GC 判決は、委員会決定の基本的な反競争性の評価を教済するものとなっているが、委員会決定の枠組みを維持して、グーグルの主張を検討するという構成になっているために破たんも生じている。

Shopping Unit の仕方として、委員会決定の Canon EOS ではなく、衣料品の比較広告が画像付きで表れることを最初に表示しており、GC は、一般検索の結果ではなく「広告」として行われていることを認識していると思われる。しかし、第2列にグーグルの価格比較広告を割りませたことも自己優遇であることから、委員会を支持し、GC 判決は、グーグルの主張を下記(i)ないし(iv)の4つの主張に整理して検討し、それを退けるという構造で行われているため、本質的問題が見えにくくなっている。

(i) 自己優遇は、正常な競争手段を逸脱するものではない。

(ii) Bonner 事件の不可欠施設理論によれば、競争者に協力する義務はない。

(iii) 行為ナカリセバより競争的な市場となったことについての立証がないので、反競争効果が立証されていない。

(iv) 客観的正当当事由の存在。グーグルが採用した検索アルゴリズムは、品質の確保と効率性の改善、イノベーションに資する。

筆者が、上記1(i)で指摘したその反競争性の論理が異なる点に関しては、4つの争点に対する判断の中で断片的に取り上げられているので、わかりにくい。それゆえ、筆者は、読者の便宜を考え、筆者の整理に基づくセオリーオブハムを先に示したものである。

競争者も広告を出すことができるという上記1(i)での指摘の点は、争点として整理されておらず、それゆえ、内部補助を使うことのできる地位・競争条件の差異には触れられていない。データを利用するとの優位性については触れているが、設計変更の自由の濫用であるという観点ではなく、自己優遇の観点からとらえ、有効競争に反するという委員会決定を支持するものとなっている。

4 各争点に関する判断

(i) Google の主張(i)について

市場支配的な事業者は、歪曲のない競争 (*undistorted competition*) という目的に関し、特別の責任を有している。

有効競争概念は、競争者間の機会の均等を含む。グーグルの検索結果が競争促進的な商品の改善であったとしても、差別的取り扱いを正当化するものではない。

価格、選択肢、品質、イノベーションは、能率に基づく競争(有効競争)を測るパラメーターである。

グーグルの商品比較サービスを競争者より、表示上有利に扱ったことは有効競争 (*competition on the merits*) に反するものである。委員会は、以下のような事情を考慮したものである。

ユーザーは、最も上位のいくつかの検索結果しか見ないので、Shopping Unit を第2列に固定したことは Shopping Unit へのトラフィックの集中をもたらす。

グーグルの一般検索エンジンは、普遍的検索ツール ("universal vocation") であり、そのような事情に鑑みれば、グーグルの Shop-

ping Unit を他より目立たせることは、人為的な (*abnormal*) 競争手段である (パラ176)。

グーグルはオープンなプラットフォームを超支配的な市場支配力を用いて選択的に閉鎖したのであり、これは人為的な (*abnormal*) 競争手段である¹⁵。

一般検索市場において、グーグルはクリティカルマスを押さえており、データ優位性により、参入障壁は高い。マイクロソフトのBing であっても10%しかシェアを奪えないことからも明らかである。グーグルは、支配的地位を有しているといえ、その支配的地位に基づく特別の責任は、通常の支配的地位以上に重い (パラ178-183)。

委員会が、一般検索サービス市場での競争を阻害するとした点は破棄する。

(2) Google の主張(ii)について

グーグルの主張は、欧州委員会が、一般検索に関し、グーグルの一般検索を使わざるを得ないことから、欧州委員会は、不可欠施設理論を実質的に適用するものだとしたうえ、Bonner 事件の不可欠理論の適用要件を満たさないとするものである。要点は、①他のエンジンもあり、不可欠性はない。②掲示はしているので、供給拒絶ではない。③グーグルショッピングの利用を強制しているわけではない、というものである。

GC 判決はこれに対し、委員会は、レバレッジ理論に依拠するものであり、Bonner 事件に依拠しているものではない。不可欠施設を Bonner 事件が厳格に解したのは、それを容易に認めると投資のインセンティブが損なわれるからである (Bonner 事件は、競合する新聞社が、他社の新聞の宅配システムを利用させろという請求の事例であり、まさにそのような事例である)。本件は、実効的に代替できる投資が期待し得ない状況にある。

拒否したものではないが、ユーザーが上位3-5社しか見ないという行動により、著しく不利になる状況が作られる。川下市場 (ショッピ

ングサイト) において、競争サイトの利用が抑制され、それは市場閉鎖効果である (ここでは、インテル事件 GC 判決と異なり、EU 競争法の伝統的な考え方から、取引機会の減少で市場閉鎖効果を認定している)

不可欠施設が問題になるのは、不作為が行われた局面で、作為義務を課すものであるが、本件は、自己優遇という積極的な作為が行われている。

(3) Google の主張(iii)について

反競争効果は、潜在的なもの、可能性で足り、現実的排除効果を立証する必要はない。委員会は、競争者の比較ショッピングウェブサイトからグーグルの Shopping Unit へのトラフィックの流入が起き、他の比較ショッピングウェブサイトの退出の結果が予期されている。それは、イノベーションへの阻害、消費者の商品選択の自由を侵害し、競争を弱めることになっている以上、反競争効果は立証されている。

(4) Google の主張(iv)について

品質の確保と効率性の改善、イノベーションに資することを立証していない。

5 GC 判決の評駁

(i) 争点(i)(iv)について

判断枠組みとして、「市場支配的事業者の存在により脆弱化している競争機能が、さらに脆弱化することは、competition on the merit を損なうものである。」との指摘は、Hoffmann 事件以来の EU の有効競争の枠組みを指摘するものである。

GC 判決は、グーグルの地位をスーパードミナンスと認定し、単なる市場支配力以上のものであることを認定している点は、有効競争の規範のあてはめ方を示したものとして、評価されるべき点であり、GC 判決の説示は、以下の趣旨と理解できると思われる。プラットフォームの性格とグーグルのデータ優位性により、市場

構造上、競争者はただでさえ、圧倒的に不利な地位にある。そのような状況で、PF事業者がその二重の地位を利用し、自己優遇を行えば、ただでさえ脆弱化している競争機能が、さらに脆弱化する。それは、competition on the merit（有効競争）を損なうものである。

グーグルは、one boxへの配置は、品質の向上であり、有効競争の範囲内であると主張していること、争点(iv)で品質の向上を正当事由を主張しているのは重なる主張である。これは、人為性分析が、結局において正当事由に関する主張と重なることを示すものである。

グーグルのこの点の主張は、設計の自由を確保させることができ、品質の確保と効率性の改善、イノベーションに資するし、その自由度を行使した結果生じた利潤は、発明を行った者に与えられる報酬であるという米国バーキー・コダック事件判決が示した考え方の主張であったと思われるが、設計の自由の確保と品質の確保を結び付けた主張は行われていない。

GCは、本件行為は、品質の向上とイノベーションを阻害すると認定したが、品質の向上があっても、有効競争阻害があるとの認定に変わりはないとも指摘している。

この点は、良質廉価・イノベーションの観点からは、競争促進的であるとしても、有効な牽制力ある競争が消滅してしまうような場合には、なお有効競争阻害があると指摘するものであり、市場の特性・競争過程を重視して、有効競争阻害を認定したものであり、より適切なアプローチであるがインテル・クアルコム事件の考え方との一貫性に疑問を生じる説示ともいえる。より、適切に表現するとすれば、「エコシステム支配という巨大な市場構造上の圧倒的優位性と二重の地位を有するという優位性、さらには、データを自由に利用できるという優位性という市場の特性を踏まると2列目にShopping Unitを固定させることは、同等に効率的な競争者が効果的に競争することを妨げる通常な競争手段を逸脱するもの（人為的なもの）である」と表現すれば、より明確であったと思われる。

競争者が、第1列の広告の個所に商品比較廣告を行うことで対抗できるのではないかという問題に対する検討（上記1(6)で指摘した内部補助を用いることができる優位性の観点からの検討）が行われていない。この点は、本件行為の反競争性を認定するうえで重要であり、その点の説示を欠き、かつ、一般検索の操作による自己優遇との違い、データ利用による割込み、成功したビジネスモデルの横取りといった本件の悪性は、表現されているものの断片的になっているため、本判決を読んだだけでは、本件のセオリー・オブ・ハームがわかりにくくなっている。そのため上記1で整理したものであるが、本来は、一般検索の操作ではなく、商品比較サービスについての広告をone box（第2列）に置くことの反競争性が示されるべきであったように思われる。

(2) 争点(ii)について

本件は、供給拒絶の問題でもないし、グーグルの一般検索が不可欠のサービスでもないので、不可欠施設の適用ではないことは明らかである。それにもかかわらず、このような争点が形成された背景として、欧州委員会決定で、quasi EFという説示がなされていたからである。これは、不可欠ではないが、quasi EFとなっているプラットフォームでプラットフォーマー(PF)が、PF自身の商品を優遇するような差別的取り扱いは、許容されないとするものであり、EUデジタル報告書¹⁶でも用いられた概念である。GC判決では、この用語は使われずに、レバレッジの問題として処理したが、エコシステムに取り込まれた顧客は、実際上、他の検索アプリがあってもグーグル検索を使うし、その第2列に便利な商品比較が出れば、それを使うという「誘導」の問題として処理されるべきであったと思われる。

(3) 争点(iii)について

今日的に、反競争性は可能性で足りるというのは、支配的事業者の排他契約・排他的リベ-

トについて形式主義を取った時代の名残であり、インテル事件、ポストデンマークI事件などのECJの判示を見る限り、蓋然性のレベルまでの立証は必要と考えられる。しかし、本件では、取引機会の減少とそれが正常な競争手段に揺らがないことを立証しているので、十分に蓋然性まで立証されている事例であり、可能性で足りるなどという必要もない事例である。

グーグルの主張は、反競争性の立証について、行為ナカリセバより競争的な市場となったことについての立証が当局に求められることを前提とするものである。この主張は、日本でも、競争の実質的制限について、市場支配力の形成・維持・強化と解する学説（以下「市場支配力基準説」という）から、MPデルタの立証として主張されている¹⁷。しかし、判決は、そのような立証は必要ないとした。この点は、MPデルタの立証による必要がないことを示したものであり、EUにおいて、市場支配力基準が取られていないことを示すものである。なお、反競争性の立証は多様であり、MPデルタの立証が常に必要であるかのように解することが市場支配力基準説の問題を示すものである。この点は、越知・市場法秩序142頁以下で詳述しているが、デジタルと競争過程Ⅲでも言及する。

[注]

- 1 文献で略称が取られている用語の内、デジタルと競争過程Ⅰで既出のものについては、本稿で再定義は、行わっていないので、デジタルと競争過程Ⅰの注を参照されたい。
- 2 消費者厚生基準によって反競争性を認定する理論を含む。日本の一部の学説は、これをポスト・シカゴと呼んでいる（泉木文雄『独占禁止法』20頁）が、稳健シカゴ理論であり、「ポスト」というその理論から離れているかのような呼称は、混乱を招く。
- 3 米国のバーキー・コダック事件（Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d (2d Cir. 1979)）で判示された考え方である。
- 4 杉本和行「デジタル時代の競争政策」（日本経済新聞社2019）
- 5 Case AT.39740 European Commission 27 June 2017（委員会決定）、T612/17, Google and Alphabet v. Commission ECLI:EU:T:2021:763 (GC

判決）。

6 柴田潤子「Google ケースにおける市場画定と市場支配（SO 評釈）」「舟田正之古希記念論文集」（有斐閣2017）221頁、同「欧州委員会決定評釈」法律時報91巻3号63頁、同「GC 判決評釈」公正取引859号56頁（2022.5）。ただし、一貫して検索結果の操作の問題としてとらえている。武田邦宣「デジタルプラットフォームと競争者排除規制」経済法学会年報42号（2021）17頁、23頁。

7 武田前掲注6の論文25頁

8 Case AT.40099 European Commission 18 July 2018

9 中島美香「グーグルアンドロイドと EU 競争法上の問題」国際商事法務47巻4号419頁（2019）が代表的なものであるが、欧日とも、簡単に違法判断できるかのような記述振りとなっており、既存の理論では、この事件を違法にすることに多くの障害が横たわっていることが伝わりにくくなっている。

10 Case 1:20-cv-03010 Document 1 Filed 10/20/20 DOJ の他、11の州が原告となっている。

11 デジタル・プラットフォームの取引慣行等に関する実態調査報告書（オンラインモール・アーリストアにおける事業者間取引）公取委2019年10月【以下「公取委2019年10月調査】】

12 武田前掲注6の論文25頁

13 韓国公正取引委員会 Naver 事件2020年10月7日決定

14 クアルコム事件の no license, no chips policy に似た問題であるともいえる。FTCは、チップが無償になっており、競争者からチップを買うと追加負担が生じるために競争が排除されると主張したが、クアルコムから、チップは無償でないと反論され、高裁での逆転判決につながった。費用をライセンス料からチップの購入価格に振り替えることが簡単にできるために生じた問題であるといえる（「デジタルと競争過程Ⅰ」のクアルコム事件の解説参照）。

15 EU 競争法では、日本の最高裁の示した「正常な競争手段を逸脱する人為性」についての人為性は、normalな競争手段を逸脱するものとして abnormal という表現が用いられる。

16 欧州委員会2019年4月 Competition policy for the digital era

17 MPデルタの立証については、川演昇「市場支配力基準の再検討」「金井貴嗣船籍古希記念論文集」（弘文堂2022）51頁（以下「川演・市場支配力基準」という）。本学説は、市場支配力基準・MPデルタの立証がEUでも取られている普遍的なものであるかのように主張している。

▶ デジタル経済と競争過程保護Ⅱ ◀

グーグルショッピング & アンドロイド事件の総合的分析 〔下〕

越知保見*

III EU/米国のグーグル・アンドロイド事件

1 グーグルのアンドロイド戦略の特徴と基本的な視点

- (1) 本件は、デジタル経済の問題の本質と既存理論で反競争性を基礎づけることの困難性を体现する事例であること

アンドロイド事件は、利益による囲い込み、デフォルト設定能力による誘導、その結果、個人の日常の行動・交流・嗜好・考え方など個人に関する広範な市場（本稿では、これを「エコシステム」という）に消費者が囲い込まれ、それによって個人の包括的なデータが集積・保有されることによって生じた競争上の圧倒的優位性（同じく「エコシステム支配」とよぶ）が生じるために、エコシステムにかかる広範な市場での競争が有効に機能しなくなっているという問題であり、デジタル経済・GAFA問題の特徴が最も端的に表れている事例である。同時に、ショッピング事件と比較しても、インテル事件・クアルコム事件と比較しても既存の理論によって反競争性を基礎づけることが難しい事例である。

アンドロイド事件の囲い込み戦略の特徴は、アンドロイドOSの無償化をしたことした3つの協定上の制限が、グーグルの一般検索を利用するよう誘導するものであり、その誘導の結果、一般検索市場での参入を困難ならしめ、一般検

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

索市場での地位が維持・強化されていることである。

そして、グーグルは一般検索市場において、支配的地位を得ていることは一見して明らかであるが、その市場のサービスは無償で支払われているため、価格支配力で市場支配力をとらえると一般検索市場では、市場支配力がないといふおかしなことになりかねない。両面市場の裏側にある検索連動広告市場で課金しているから、両市場を総合評価するという考え方をとったとしても（市場支配力基準説¹はそのように考えるものと思われる）、一般検索市場で収集されたデータにより、ターゲット広告の精度が増し、広告の精度・広告の費用対効果を改善している。したがって、商品の品質が向上し、効率性を著しく改善しているのであるから消費者厚生（需要者の厚生）は、著しく改善しているといえ、消費者厚生で市場支配力を考える市場支配力基準説からは、市場支配力が維持形成強化されたとは言えないことになりかねず、実際に、ビッグデータの側からはそのような主張が常に行われている²。価格支配力、消費者厚生の観点だけで反競争性を判断しようとする市場支配力基

—もくじ—

- はじめに
 I グーグルが利用しているとデジタル経済の特徴
 II グーグル・ショッピング事件（以上前号）
 III EU/米国のグーグル・アンドロイド事件（以下本号）
 IV 2つの事件の横断的評価

準説では、反競争性の説明が容易でないことが一見して明らかになっている。

また、3つの協定は、デフォルト設定を求めるにすぎず、競合品が利用できなくなるものではないから、市場支配力基準説の論者の代替商品へのシフトの困難性を基準とする「排除」の考え方³では、排除に該当しない。この問題は、デジタルと競争過程Ⅰで取り上げた欧州インテル事件、クアルコム事件すでに生じている問題であるが、アンドロイド事件では、その誘導の効果がエコシステムにかかる広範な市場に及ぶ一方、誘導の誘因が、リペートという値下げではなく、検索市場でグーグルが得た利益の還元という消費者厚生の観点からはより競争促進的な方法により行われているので、一層、反競争性を基礎づけることが難しい。

しかし、デフォルトにグーグル商品を設定されることにより、消費者の多くはグーグルの一般検索に誘導され、一般検索市場でのグーグルの地位を盤石なものにしている。

このような行為（誘導による囲い込み）の反競争性を的確に説明できる理論の再構築・現代化が求められていることは明らかである。筆者は、NTT 東日本事件、JASRAC 事件、マイナミ事件で判例法理として確定している市場構造、市場行動（競争過程）、市場成果を総合評価する有効競争の考え方を深化することによって解決できるものと考えており、その方向性は、まさにEUの方向性に合致するものである。本「デジタルと競争過程」は、その理論再構築の方向性を明らかにするものである。本稿では、まずアンドロイド事件のEUと米国の当局の事件処理の状況から明らかにする。

(2) デフォルト設定能力

デフォルト設定の持つ力は、大規模小売のスペースを配分する力に似ているところがある。一番いい棚でなければ、消費者選択できないわけではないが、特定の商品にこだわりのない顧客（それが通常、多数を占める）は、自分の目線から最も取りやすい商品を選ぶので、棚の配

置を決める権限は、小売側のメーカーとの交渉力の源泉になっている⁴。大多数のユーザーは、デフォルトで設定されているアプリをそのまま使うので、デフォルト設定能力は、スペースを配分する力をはるかに凌駕する競争上の優位性を獲得するツールになっている。

(3) アンドロイドOSの無償供与は不当廉売にならないのか

無償供与に関しては、一般検索サービスの無償供与とともに、スマートフォン用のOSであるアンドロイドOSの端末業者に対する無償供与が行われている。アップルのiOSは、自らのブランドで販売しており、マイクロソフトは、有償でライセンスを行っているので、このアンドロイド端末の無償供与に関しては、不当廉売の問題が生じるのではないかが問題になり得るが、その点は、欧州委員会決定では、議論されていない。これには種々の理由が考えられる。

- (i)マイクロソフトのウインドーズOSはオフィス用であり、スマートフォン用であるアンドロイドOSとすみ分けられており、市場が異なる。
- (ii)アップルは、iOSを搭載した端末を自ら独占的に製造販売しているので、排除されている競争者がいない。
- (iii)技術に関しては、その金額をいくらにするかは、権利者の自由である。
- (iv)広告市場で課金しているのだから、短期利益を犠牲にした略奪的な価格設定ではない。
- (v)OSの無償提供の代償として、グーグルは、アンドロイドOSを使ってスマートフォン端末を製造する端末業者に、グーグルの6つのアプリ（プレイ・ストア、グーグル検索、クローム、ユーチューブ、グーグルマップ、Gメール）を事前に搭載すること（これがモバイルアプリ頒布協定 Mobile Application Distribution Agreement (以下「MADA」という) といわれるものである）とアンドロイド端末の変更禁止（これが断片化禁止協定 Anti-Fragmentation Agreement(以下「AFA」という) といわれるものである）を義務付け、このような義務の代償として、グーグルがアンドロイド端末に関連し

て生じた売り上げの一部を端末業者に支払う（これがレベニューシェア協定 Revenue Sharing Agreement（以下「RSA」という）といわれるものである）こととされ（これらの協定の意義は、下記2で詳述する）、以上の条件のもとに、端末業者に対し、OSと6つのアプリに関する包括ライセンス協定が締結されている（これを「GMS」という）ので、無償ではない。

(iv)が最も重要な理由であろう。しかし、それは、他の市場で回収することができない競争者にとっては、対抗することができないものであるから、重大な排除効果が生じているともいえる。自己の犠牲を回復できたかという利潤犠牲説の考え方方がここでも通用しなくなっていることを示すもののように思われる。そして、この点がAFAの反競争性を基礎づける要因ではないかと考えられる。6(4)のAFAの評価の項で詳述する。

2 欧州委員会決定の概要とその問題点

(1) 違反行為の概要

欧州委員会は、以下の行為を違法とした。

- ① グーグルは、スマートフォン用のOSであるAndroidを無償で提供し、プレイ・ストアのライセンス条件として、グーグル検索アプリをプリインストールすることを求めたこと。
- ② プレイ・ストア およびグーグル検索アプリをライセンス許与する条件としてブラウザ・アプリであるクロームをプリインストールすることを求めた。
- ③ プレイ・ストア およびグーグル検索アプリをライセンス許与する条件として、Android・フォーク（Android OSを改変したモデル）を搭載したスマートフォン端末の販売を禁止した。
- ④ OEM端末業者及び通信事業者に対して、グーグル検索を端末に専用的にプリインストールすることを条件としてのRSAを結び、それに基づく支払いを行った。(①②)は、

MADA、③は、AFA、④は、RSAに関するものである。

(2) 市場画定と市場支配力

グーグルの支配的地位の存在が指摘されているのは、一般検索市場、モバイルOS市場、Android OS向けのアプリ・ストアに関する市場である。

ア スマート・モバイルOSのライセンスに関する世界市場（中国を除く）であり、Android OSが95%以上を占める（ただし、これは、競合するiOSに関しては、アップルが自社で生産し、ライセンスを行っていないからである）

イ アンドロイドのアプリ・ストアに関する世界市場（中国を除く）については、プレイ・ストアが90%以上を占める（ただし、ここでも、Android端末向けに限定するからであり、スマートフォン向けアプリ市場だと、アップル・ストアがかなりの市場シェアを占めるはずである）。

ウ EEAの一般検索サービス市場に関し、グーグル検索は90%以上の市場シェアを有する。

(3) MADAの内容、違法行為①②に関する認定されたセオリーオブハーム

端末業者はMADAにより、プレイ・ストアのライセンス条件として、グーグル検索サービスとブラウザ・アプリであるクローム、プレイ・ストア、ユーチューブ、グーグルマップ、Gメールを一体として、プリインストールすることが求められている。

MADAにより、端末業者に課された義務は以下の内容を含む。

- (i) 端末業者が1つ以上のグーグル・アプリをプリインストールすることを決定した場合には、グーグル必須アプリの全部をプリインストールすること。
- (ii) 端末業者は、グーグル検索アプリ、プレイ・ストア及び「グーグル」とラベル付け

されたフォルダー（「グーグル・フォルダー」）にアクセスするためのアイコンを端末のホーム画面上にデフォルト設定すること。

(iii) ブリインストールするグーグル・アプリは、ホームスクリーンもしくはその一層下の階層に設置すること。

(iv) 端末業者は、グーグル検索を、あらゆるウェブ検索のアクセス・ポイントでデフォルトの検索プロバイダーとして設置すること

以上の内、①スマートフォン用のOSであるAndroidを無償で提供し、プレイ・ストアのライセンス条件として、グーグル検索をブリインストールすることを求めたこと（行為①）、プレイ・ストアおよびグーグル検索アプリをライセンス許与する条件としてクロームをブリインストールすることを求めたこと（行為②）は、102条に違反する行為である。

(セオリーオブハーム)

なぜなら、行為①の結果、プレイ・ストアは、グーグル検索を搭載しないと取得できない。これは、グーグル検索とプレイ・ストアを抱き合わせるものであり、濫用行為である。

また、行為②の結果、プレイ・ストア及びグーグル検索アプリは、クロームなしに取得することができない。これは、クロームをプレイ・ストア及びグーグル検索アプリと抱き合わせるものであり、濫用行為である。

(4) AFAの内容、違法行為③に関する認定されたセオリーオブハーム

グーグルはAndroid端末の無償利用にかかる条件として、以下のアイウを義務付けている。

- ア 端末業者は、Android OSを搭載する端末には、Android対応端末のみで頒布されるアプリの頒布が義務付けられる。
- イ Android OSの断片化を生じまたはその可能性のある行為（具体的には、OSの改変）をしない（この改変されたOSを

「Android・フォーク」という）。

ウ AndroidまたはAndroid対応端末から派生する第三者のSDKの作成または促進に一切関わってはならない。

アイウの条項により、Android・フォークを搭載したスマートフォン端末の販売が困難となるので、AFAの行為③は、102条に違反する行為である。

(セオリーオブハーム)

AFAは、Android・フォークがアプリ開発者を惹き付けることをいっそ困難とする。

その結果、一般検索市場におけるグーグルの支配的地位を維持・強化することを助けるとともに、イノベーションを阻害し、消費者を直接的・間接的に害する。

(5) RSAの内容、違法行為④に関する認定されたセオリーオブハーム

端末製品に競合他社の一般検索サービスをブリインストールして販売しないことを条件として（一般検索機能を含まないアプリをブリインストールする権限は認められていた）、検索連動型広告収入をOEM端末業者と通信事業者に分配する協定を締結している。RSAの行為④は、102条に違反する行為である。

(セオリーオブハーム)

RSAの結果、OEM端末業者及び通信事業者が競合する一般検索サービスをブリインストールするインセンティブを減じられる。その結果、一般検索サービス市場の競争者は、一般検索サービスの加盟国市場へのアクセスがより困難となった。その結果、商品のイノベーションを阻害することになった。

3 決定の評価：競争促進的正当事由の分析の不十分性

欧州委員会決定は、十分に競争促進効果を考慮していない。本件の競争促進効果を考えると、3つの協定は、個別に反競争性を見たのではなく、セオリーオブハームの論証として十分でなくこれらの協定の累積効果を考える必要があったと

思われる。米国DOJの訴状は、そのような構成になっている。以下の点を克服するだけのセオリー・オブ・ハームの論証が求められるが、決定のそれらについての分析は断片的である。

(1) MADAの問題

MADAは、プレイ・ストアのライセンスの条件となっているように見えるが、実体を考えれば、アンドロイドOSの無償供与の条件ではないか。

OSを無償で提供したのだから、アプリでグーグルのものを使わせ、その広告収入からOSの開発費を回収するのは、合理的な戦略であり、正常な事業活動の範囲ではないか。開発に伴うコストを広く分散したうえ、端末業者に、無償にともなう制約を課すことは、そうしないとOSの開発費を回収出来ない以上、正常な競争手段の範囲ではないか（competition on the meritの範囲内の行為として許容されるのではないか）。

このアプリに関する協定（MADA）には、他のアプリの搭載が禁止されるわけではなく、グーグルの6つのアプリが、最初の画面に表示されるように求めているだけであり、従来考えられてきた強制性の基準では、排他的であるとは言えないのではないか。確かに、事実上、グーグル検索、クローム、プレイ・ストアと競合するアプリをプレイインストールすると、RSAによる収益分配を失うので、利益による囲い込みが生じているといえる。しかし、RSAによる収益分配は、端末業者がグーグルの共同事業となっていることを示すものであり、共同事業のパートナーに対し、収益分配の前提として競争者のアプリの搭載を制限するのは、正常な事業活動ではないか。

ユーザーにとっても、他のアプリを後からインストールできるのでグーグル検索、クローム、プレイ・ストアの利用が強制されているものもない。しかも、ユーザーがその使用において、対価を支払うものもない。ユーザーにとって、プレイ・ストア、クロームとグーグル検索が使

いやすい箇所にデフォルト設定されていることは、利便性を促進するものであり、消費者厚生に合致するのではないか。

そもそも、グーグル検索、クローム、プレイ・ストアのいずれも無償であり、価格支配力を有するものではないから、市場支配力はなく、抱き合わせても、競争阻害効果を生じるとは言えないのではないか。

(2) AFAの問題

アンドロイド・フォークの開発を許容しなければならないのはなぜかの理由は明確ではない。アンドロイドという発明を保護することは、知的財産権保護の趣旨からは当然であり、改変を禁止するAFAは自分が有する知財保護の観点から、当然の規定ではないか（バー・キー・コダック理論によって正当化されるのではないか）、自分の知財保護という正当な競争手段の行使の主張に十分にこたえていないように思われる。

(3) RSAの問題

RSAについては、グーグル検索を専用的にインストールした端末業者、通信会社に著しく高額のリペートを供与するものである。アップルのiOSは、グーグルの検索アプリであるサファリをプリインストールし、グーグルから巨額のリペート受け取っていたと評価しているものと思われる。しかし、アプリは対価を払って購入したわけでもなく、値引きの実質を有しない点でリペートとはいえない。また、利益が出た場合の分配であり、原価割れの問題は生じず、需要者にとって便宜を与えるものとして競争促進的と評価されるべきではないのか。

単に最初の画面に表示させただけで収益合分配を受けるのであるから、需要者（端末業者）にとっては、有り難いボーナスのようなものである。それにより、端末の開発費の一部を負担し、究極的に端末の価格を低下させることになるのであるから（消費者厚生基準に立つ限り）これを競争阻害的とは到底言えないのではないか。OSを無償で供与している以上、そのよう

な誘導を行うことは、正常な競争手段の範囲内ではないのか。

4 参照されるべき過去の先例とその事例との異同

上記のようなグーグルの課した取引条件に關し、以下の類似の既存の案件についての日米欧の事件処理を参照すれば、問題の難しさが明らかになる。

(1) クアルコム事件との異同

クアルコムは、端末業者が使わざるを得ない標準必須特許に関する独占力をこにして、チップにその力を拡大し、両者の市場から収益を得ている。他方、グーグルは、必須特許ではないもののきわめて先進的な技術を無償供与して、端末業者が差別化された商品を作らせる代わりに、6つのアプリをデフォルト設定させ、それによりユーザーの利用を促進させ、その利用の結果、得られるデータがグーグルのエコシステム支配を強化し、広告料の課金によって、OSとアプリの開発費用を回収するものである。グーグルのアンドロイドOSは標準必須特許でもないし、その利用は無償である。アプリの利用も無償であり、レバレッジセオリーがそのまま該当するものではない。課金された広告料についても、端末業者は収益の分配を受ける。端末業者にとっても利用者にとっても消費者厚生の観点からは競争促進的ではないかとも考えられる点で大きな相違がある。

(2) ブラウザ統合に関する米国マイクロソフト事件との異同

本件では、6つのアプリの包括ライセンス（GMSライセンス）を取得しなければ、アンドロイドOSをインストールできない。グーグル事件の決定では、この6つのアプリのうち、プレイ・ストアの独占力によってほかのアプリの市場シェアを獲得することを問題にするかのように構成しているが、なぜ、そう考えたのであろうか。素直に考えるとアンドロイドOSとア

プリの抱き合せと考えた方がよいのではないかが問題である。

米国マイクロソフト事件⁵でのウインドウズメディアプレーヤーやインターネットエクスプローラー（以下「マイクロソフトAS」という）をウインドウズOSに抱き合せで、インストールさせたマイクロソフトに対する介入のケースを想起させ、統合商品ではないかという点が問題になる。

GMSライセンスを取得するためには、アプリの一体的インストールとアンドロイドの改変を禁じ、互換OS（アンドロイド・フォーク）の利用を禁じるものであり、マイクロソフトの統合戦略を想起させる。

しかし、米国マイクロソフト事件で主張された技術的統合性という観点からは、GMSに含まれる個々のアプリは、MADAによって契約上相互に結びつけられているにすぎず、独立した商品である。GMSを構成する6つのアプリは、マイクロソフトASと異なり、技術的にOSに統合されていない。統合商品という主張は、EUマイクロソフト事件⁶では否定されているが、本件では、より一層、根拠がない。

また、マイクロソフトの統合戦略は、OSの市場支配力の維持強化が目的だが、アンドロイド事件は、アンドロイドOSの維持強化を直接の目的にしていない。アンドロイドOSは、無料であるため、価格支配力を持っていない。

(3) マイクロソフト日本事件との異同

しかし、委員会決定は、プレイ・ストアの独占力によるGMSに含まれる複数のアプリの抱き合せ（ないしレバレッジング）と解しており、アンドロイドOSへの抱き合せと解しているわけではない。類似の考え方を取った事例として、日本マイクロソフト事件がある。同事件では、Windows95に、ワードとエクセル、アウトルックを搭載して販売したことが、エクセルの市場支配力により、ワードとアウトルックを抱き合せという構成で問題とされた。

しかし、同事件の問題の本質はWindows

OSの市場支配力をこととして、3つのアプリをセットで搭載させ、3つのアプリ市場での市場シェアを高めたことに本質がある。エクセルを使わない人にとって、エクセルが搭載されているかは重要ではない。ブラウザーを通じてインターネットと統合されたウンドーズOSで動くソフトであるからワードとアウトロックを購入した者がほとんどであって、ニッチな市場におけるエクセルの市場支配力によるワードとアウトロックに対するレバレッジ効果は限定されている。エクセルを一太郎（当時ワードよりも優れた互換機能を持った日本語入力ソフト）に抱き合わせても、そのレバレッジ効果はほとんどなかったであろう。

本件のブレイ・ストアの場合、エクセルのようなニッチな市場の商品ではないが、それでも、ブレイ・ストアの力で他のソフトの魅力が増しているというよりも、グーグルの主要アプリ6つを使えるというメリットがアンドロイド・スマートフォンの商品性であり、商品の統合化が魅力の源泉であり（この点は、日本マイクロソフト事件も同じである）、ブレイ・ストアの独占力のレバレッジであるというのは、戦略の本質に合致するものではないように思われる。

したがって、アンドロイドOSに6つのアプリが抱き合わされ、あるいは統合して、販売されたことを問題とすべき事例であったように思われる。

しかも、マイクロソフト日本事件とは、違いが2点ある。アンドロイドOSが無償であること、6つのアプリは、競合アプリを搭載してはならないとする義務まで課されるものではなく、最初の画面という最も使われやすい場所に配置することの義務付けに過ぎない。排他性が弱まっているという特徴がある。

なお、GMSパッケージの中で、OEMの選択が限定されていることは、人気ソフトを買いたければ必要でないソフトも買わざるドラクエ事件⁸を想起させるが、本件のアプリを端末業者が購入させられるわけではない。端末に搭載する義務が課されるだけである。

(4) OSの無償供与：EUのドイツ・アイスクリーム事件との異同

本件のようなインフラ商品の無償供与の条件としてアプリの搭載を要求する点は、EUのドイツ・アイスクリーム事件⁹におけるフリーザーキャビネットの無償供与に似ており、同事件が参考になる。同事件は、キャビネットの無償供与の代わりに、供与者であるユニリーバのアイスクリームだけをそのキャビネットに入れることを要求しており、店のスペースの関係で、もう一台のキャビネットを置くことはできないから、競争者のアイスクリームが排除される。排他的リベートに類する効果を有するものとして、反競争的であるとされた。

この事件では、他のアイスクリームをキャビネットに入れることを禁じられたため、102条違反とされたが、仮に同事件で、他社のアイスクリームを置いてもよいが、他社製は、キャビネットの底に置き、取りやすい表面にはユニリーバのアイスクリームを並べるという条件にしたのであれば、無償供与の見返りに一番良い場所を要求することは合理的な要求であり、正常な競争手段の範囲内にあると解される可能性がかなりある。表面を埋め尽くすのではなく、真ん中あたりはユニリーバを入れなければならぬ（隅の方に他社製を置くようにする）というのであれば、より適法とされる可能性が高い。日本で、ドリンクのキャビネットを無償供与する代わりに、目線の位置に供与者の商品を入れることを要求することは、合理的と考えられる余地が大きい。確かに、他のアイスクリームの販売は抑制されるが、スペースの割り当てに対価を払った者を優遇することは、一般には否定されておらず、キャビネットの無償供与は、そのような良いスペースの割り当てを得るために出捐（対価）と考える余地がある。それとパラレルに考えるならば、6つのアプリだけについて、単に良い場所を確保しただけということもできるような事例である。

ただし、それによって生じる競争への影響の

範囲は著しく異なる。ドイツ・アイスクリーム事件は、ドイツのアイスクリーム市場だけの問題であるが、MADAの場合は、6つのアプリ市場であり、それは、エコシステムにかかる横断的な市場での競争上の著しい優位性をもたらす。また、それを通じてグーグルへのデータの集中をもたらし、競争が困難になる。ドイツ・アイスクリーム事件とは競争制限効果、排除効果、参入障壁の範囲・高さが著しく異なる。以上の観点ごとにエコシステム支配の強化の観点からセオリーオブハームを構築することができる可能性がある。

5 米国DOJ訴状のセオリーオブハーム

上記の欧州委員会決定の問題点を踏まえて、米国DOJの訴状を見ると、DOJの訴状は、同じく3つの協定を問題にするものの、3つの協定のセオリーオブハームを問題にするのではなく、①②③④の行為の累積効果により、利用者をグーグル検索にロックアップさせ、同市場での圧倒的市場支配力を維持することに向けられていることをセオリーオブハームの核心に置く構成となっている。

(1) 市場画定と市場支配力

米国における一般検索市場で、グーグル検索は、2018年には、PCで79%、携帯で93.5%の市場シェアを有する。米国における一般検索市場及び検索連動広告市場において、市場支配力を有する。

(2) DOJの提示するセオリーオブハーム

まず、アップルのiOSのデフォルトで設定されているサファリはグーグル検索を採用しており、サファリがグーグル検索を採用していることの対価として、RSAを締結し、巨額の報酬をアップルに支払っている。

さらに、アンドロイドOSにより端末を製造販売する事業者に対し、(ア)アンドロイドOSを無償提供する条件として、グーグル検索を最初の画面にプリインストールし、(イ)他の検索をデ

フォルト設定しないことを条件として、レビューシェア協定を締結しているので、収益分配を受けたい端末業者は、他の検索アプリをブレイインストールしないこと（グーグル検索をデフォルト設定すること）に対する大きな誘因が生じている。

これにより、スマートフォンの2大システムがグーグル検索を採用しているため、他の一般検索市場への参入障壁は著しく高まっている。

MADAによるデフォルト・パワー¹⁰とRSAが組み合わされることにより、端末業者、唯一のスマートフォンOS市場の競争者であるアップルまでも囲い込んでいること、あらゆる協定上の制約は、それにより、競争者の参入を抑制して、グーグル検索の支配的地位を維持強化するものである。

6 EU事件・米国事件を通してみたアンドロイド事件の総合的評価

米国事件の構成は、EU事件の問題点をある程度克服するものとなっている。その要點は以下の通りである。

(1) アンドロイド事件の利益誘導の特殊性

デジタルと競争過程Ⅰで述べたインテル事件、クアルコム事件から、利益誘導による囲い込みに対しては、従来の不当廉売理論では対応が難しいことが示唆されているが、アンドロイド事件の利益誘導は、原価割れの立証があり困難であり、いっそ従来の不当廉売理論の限界が明らかになりつつあるといえる。

また、排除の理論に関しては、強制性がなく、取引の相手方に巨額の利益を与える一方で、囲い込みの対象もこれから伸びる商品、戦略的に重要な商品に特化した戦略が取られるようになっている場合にも問題があることがインテル・クアルコム事件から示唆されているが、アンドロイド事件では、(DOJのセオリーオブハームは)グーグル検索という商品を守ることに向けられている、従来のような、市場支配力をてこにして、それを周辺市場に拡散させるのではなく

く、コアビジネスへの参入を阻止することに利益誘導戦略が用いられているのである。なお、エコシステム支配の拡大という支配力の拡大の側面もある点もある点については、下記(4)を参照。

(2) RSA の評価

(検索サービスの消費者に対する無償供与) 端末業者に対するアンドロイドの無償供与と RSA による巨額な分配により、唯一の有効な牽制力となる競争者を利益により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ことで、検索市場での参入障壁を高めるものである。つまり、本件の核は、RSA にある。

RSA は、利益がなければ、分配されない以上、廉光以上に略奪性が希薄であり、消費者厚生的観点からは、アップルに対する RSA により、アップルが巨額の利益を得て、かつ消費者もそれに満足している場合、アップルがサファリでグーグル検索を使うことは、競争促進的なものと評価されざるを得ない。しかし、それにより、最も有力な競争者が囲い込まれてしまい、有効な競争が期待できなくなる状況が出現している。これは、有効競争の観点であり、DOJ は、本件により、少なくともエコシステム支配の事例では、消費者厚生一辺倒のシカゴ学派的理論を脱却しようとしているように見える。これに対し、これまで執行当局以上に、シカゴ学派理論・消費者厚生基準に依拠してきた裁判所の対応が注視される。

(3) AFA の評価

DOJ は、AFA の競争阻害効果に關し、アマゾンの Fire OS が排除された事例を挙げ、具体的に、アンドロイド OS と互換性を有する OS の発展を妨げていると主張している。すなわち、アマゾンは、Fire OS により、スマートフォンへの参入を企図したが、AFA により、アンドロイド OS の無償供与を受ける端末業者は、Fire OS を OS とする端末を製造すること

が禁止されることになった。このため、スマートフォンの OS 市場について、事実上、グーグルとアップルの複占を切り崩す唯一の可能性のある潜在的競争者の参入が阻止されるという重大な反競争効果を生じているとする。しかし、この部分に関しては、技術に関するグーグルの知財保護の観点からの改変禁止の問題が克服されているといえるためには、より、丁寧な論理が必要なように思われる。

この点、アンドロイド OS は無償であり、開発資金は、OS 上で動くアプリにより収集された情報を用いて、アプリの利用に伴って行われる広告についての課金によって開発コストの回収を行うが、これによって、端末業者と消費者に OS と検索サービスの無償利用という競争促進効果を生じているが、同時に参入障壁を極限まで高めることになる。新たな OS によって競争することは事实上極めて困難であり、アンドロイド OS の改変によって新商品（アプリ）を提供することが競争を確保するために不可欠である。そのような場合には、有効競争を確保するための不可欠の行為を制限することは、「セオリー・オブ・ハームを構成する」ものと考えるべきである。他の市場で回収することができない競争者にとっては、対抗することができないものである。以上の点は、日本の JASRAC 事件最高裁によって示唆された法理の応用であり、デジタルと競争過程Ⅲ以降でもより体系的に取り上げる。

(4) 欧州委員会決定の有効競争の観点とその断片性・GC 判決

欧州委員会決定も、「一般検索サービス市場の競争者は、一般検索サービスの加盟国市場へのアクセスがより困難となった。」と指摘し、また、單一かつ従来的な排除の意図を問題にする点で有効競争的観点を有していることは明らかであるが、上記のとおり、違法行為を4つに区分し、抱き合わせのレバレッジングを問題にするようにも読める点で、セオリー・オブ・ハームが不明確となっている。そのような場合に、GC がセオリー・オブ・ハームを自ら示して違法と

するか、（インテル事件・クアルコム事件のように）委員会の理論の弱点を指摘して（本件では抱き合わせ理論の弱点）、決定を取り消すかが注目されたところ、本稿脱稿後の2022年9月14日、GC は、欧州委員会決定を維持する判決を下している（ただし、制裁金については、5% の減額を行っている）。同判決は、4つの行為の累積効果により、利用者をグーグル検索にロックアップさせ、同市場での圧倒的市場支配力を維持することに向けられていることを指摘したうえ（パラ68）、決定後の議論の進展、ことに DMA の制定過程でのエコシステム支配と GAFA の戦略に関するセオリー・オブ・ハームの分析の深化を受けて、より洗練された反競争性についての説示が行われている。他方で、RSA に関しては、インテル事件判決を引用し、単独では違反なしとされているようである。デジタルと競争過程Ⅳにおいて評価する予定である。

(5) エコシステム支配の強化の観点については、歐米ともに十分にセオリー・オブ・ハームが示されていないこと

6つのアプリをホーム画面にプリインストールするように求めたことは、マイクロソフトがアウトルック（電子メール）、ブラウザ、音声ソフト、映像ソフトを統合していく過程に似ており¹¹、グーグルのエコシステム支配を強化するものであり、その点も反競争性の根拠とされるべきものである。ただし、この点は、マイクロソフトの場合には、ウインドーズ OS の独占力を拡張するものとしてわかりやすいに対し、アンドロイド OS は無償であり、バンドルされたアプリも無償でかつ單にデフォルト設定されただけなので、利用者は簡単に他のアプリに乗り換えることができる。グーグルの一般検索市場のようにグーグルがほぼ独占しているわけではなく、アップルのアプリとの競争がある点で相違がある（一般検索は、アップルのサファリはグーグル検索が使われているので競争はない）。その点が、DOJ がこの問題を取り上げなかった理由であろうが、この点は、エコシス

テム支配の強化により、データの集積が進み、競争上の優位性がさらに増すという観点からセオリー・オブ・ハームが構成されるべきであるように思われる。このエコシステム支配の強化の問題は、デジタル革命後の競争法理論の核心の問題であり、それをどのように考慮するかについては、デジタルと競争過程Ⅲ以降でさらに論じるが、以下で、とりあえずのまとめを行う。

IV 2つの事件の横断的評価：エコシステム支配の問題を取り込んだ競争法理論再構築の必要性

アンドロイド事件では、デフォルト設定など、これまでの独禁法の基準では排除に該当しえず、消費者厚生の観点からも競争促進的とも評価される手段を駆使してエコシステムを支配している。消費者厚生も取引先の厚生も改善しているともいえ、消費者厚生で市場支配力を考える市場支配力基準説からは、反競争性の立証は容易でない。

ショッピング事件は、自己優遇で簡単に反競争性を示せているかのように考えている者が多いが、消費者厚生を万能視する競争法理論の下では、常に2列目に価格比較サイトが現れるることは、消費者の利便性を促進する面がある。市場支配力基準説が主張する行為ナカリセバより良質廉価な商品が提供されたことの立証を要するとの考え方（これは、川濱・市場支配力基準が示した MP デルタの立証を要するとする考え方である）では、反競争性の立証は必ずしも容易でない。GC 判決は、MP デルタの立証による必要がないと判断したが（本稿（上）の末尾参照）、この判決は、EUにおいて、市場支配力基準が取られていないことを示すものであると共に、また、市場支配力基準の立証上の困難性を示すものである。

2つの事件から明らかになっていることは、エコシステムを支配していることにより、そこに囲い込まれた消費者に対しては、競争を挑むことが困難になっていること、すなわち競争の機能が侵害されている実態である。市場支配の

概念を価格支配力の観点だけから捉えたり、市場支配力基準を消費者厚生基準と同値のものととらえる考え方では、「広告の精度を通じて品質・効率性の向上をもたらしているので消費者厚生は増大している」と主張されると反競争性の説明に耐することになる。消費者厚生、効率性を万能視することの限界を示しているものと言え、競争法理論の現代化が要請されている。その適切な方向性は、デジタルと競争過程Ⅲ以降で詳述するが、要点は以下の通りである。

まず、(i)市場支配を価格支配力だけで考えるのではなく、市場構造要因にかかるパラメーター（考慮要素）ととらえることにより、市場支配の意義を柔軟化すること、(ii)デフォルト設定による誘導などの新たな問題に対し、競争過程を動態的に把握しその保護を図ること、がデジタル時代の競争法理論として不可欠である。

それに加えて、エコシステム支配を競争評価のパラメーターとしてどのように位置づけるかの問題がある。2つの事件が問いかける根源的な問題は、マネーの集積を成長の原動力としてきた自由主義経済・資本主義経済が、データの集積を成長の原動力とする経済システムに変貌していることである。換言すれば、2つの事件は、自由主義経済の玉座にあったマネーがデータにとってかわられようとしているという市場経済の根幹が変動し始めているという状況を映す事件であるということである。筆者は、エコシステム支配という概念は、資本主義の新たな主役であるデータによる支配力・支配的地位を示す概念として位置付けられるべきであると考えており、デジタルと競争過程Ⅲでは、この点から論じ、アンドロイド事件GC判決はデジタルと競争過程Ⅳで取り上げることとする。

[注]

- 1 本稿（上）注17の川瀬・市場支配力基準の川瀬説を市場支配力基準説という。同学説は、競争の実質的制限を市場支配力の形成維持強化と解し、その理由として、(i)独禁法の目的は消費者利益の保護にあるので、消費者利益・消費者厚生を基準に競争の実質的制限を理解すべきである。(ii)市場支配力は価格支配力であるから、市場支配力の形

成維持強化は消費者厚生への害と同値である。(iii)したがって、競争の実質的制限は市場支配力の形成維持強化と解することが論理的であり、欧米でもそのように解されている。と主張する（川瀬・市場支配力基準説51頁）。同じ理解に立つものとして、泉水文雄「独占禁止法」（2022有斐閣）41頁。しかし、上記の理解は、独禁法の目的の理解、競争の実質的制限に関する最高裁判例と整合せず、欧米の考え方とも一致しない。越知・市場法秩序143頁。本「デジタルと競争過程」Vでも旨及する予定である。なお、競争の実質的制限を市場支配力の形成維持強化と解する学説のすべてが、上記の学説のように、市場支配力の形成維持強化を考えているものではないと思われるが、その学説に旨及するときは、「その他の市場支配力説」として旨及する。

- 2 それは、市場支配力の形成維持強化と消費者厚生の悪化を同値でとらえるからであって、消費者厚生と市場支配力は同値とはいえないことを示す事象として理解されるべき問題であるといえる。
- 3 泉水文雄「経済法入門」（有斐閣2018）275頁。越知・競争法大全第2章題5節88-92頁（なお、欧米については、同第2節39頁、越知・デジタルと優越IV200頁、越知保見「セオリー・オブ・ハームの多角的検討（上）（下）」国際商事法務47巻9号1077頁、10号1226頁（2019）、1078頁）
- 4 越知保見「流通激変の環境下における優越的地位の濫用規制の新たな課題—「優越的地位」の源泉は何か」公正取引724号24-30頁（2011）
- 5 United States v. Microsoft Corp. 147 F.3d 935 (D.C. Cir. 1998) 6 980 F.Supp. 537 (D.D.C. 1997) および United States v. Microsoft Corp. 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) 87 F.Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000) (原審の Conclusion of Law) 97 F.Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (原審の Final Judgement) 越知・競争法大全686頁
- 6 Case T-201/04 Microsoft Commission [2007] ECR-II-13601, EU:T:2007:289
- 7 動告審決平成10年12月14日審決集45巻153号
- 8 審判審決平成4年2月28日
- 9 Scholler v. Commission [1995] ECR II-611. [1995] 5 CMLR 659; Langnese-Iglo [1995] ECR II-1533 [1995] 5 CMLR 602 Van den Bergh Foods Ltd v. Commission [2004] 4 CMLR 1 越知・競争法大全596頁
- 10 デフォルト設定を外したり、競争者の検索アプリを搭載することができるが、グーグルの検索に不満がなければ（他社商品にアドバンテージがないれば）面倒な設定変更は行わないから、デフォルト設定された検索が圧倒的に優位になるという力がある。
- 11 アウトルックがGメール、ブラウザがクローム、動画がYouTubeである。

トデジタル経済と競争過程保護Ⅲ

エコシステム支配と混合合併理論・ FTC-Meta 分割訴訟・DMA ～データ資本主義時代の「市場」・「支配」概念～

(上)

越知保見

はじめに

本稿は、エコシステム支配の意義とその問題に対する欧米の取組みの代表的な対応である混合合併理論の修正、FTC-Meta（以下「Facebook」または「FB」という）分割訴訟、Digital Market Act（「DMA」）を分析し、デジタル経済が既存の競争法の枠組みでとらえきれない問題を提起していることの理由とその理屈再構築の方向性を論じるものとする。

I エコシステム支配とデータ資本主義

1 エコシステムの経営学的意義と競争法的意義

エコシステムは、法的概念として、いまだ生成中の概念であり、定説があるわけではなく、定義せずに論じられることが多い。元々は、経営学上、（自然界の生態系になぞらえ）互いの活動に依存している企業の集合体を意味していた。デジタル経済においては、デジタルプラットフォームが、そのコアサービスを基礎として、それに隣接・関連する複数の市場に参入する状況が形成されることをデジタルプラットフォームのエコシステム形成と呼ばれることが多い²。

しかし、この定義では、(i)エコシステムを論じる意義であるデータ集中の問題が定義の中に全く現れていないこと、(ii)競争法的にはエコシステムが形成されていることより、エコシス

テムが特定の事業者に支配されることが重要であることから、デジタルと経済Ⅱ（下）Ⅲ. 1(1)では、エコシステム支配を「DPを利用して多くの商品サービス分野に進出したた事業者により、個人の日常の行動・交流・嗜好・考え方など個人に関する包括的なデータが集積・保有されることによって生じる競争上の圧倒的優位性を意味する」と暫定的に定義づけた。

私見の定義は、デジタル経済の下での巨大DPによる個人データの集積・支配というビッグデータの核心的問題を定義の中で表現することができるという意味では、読者の方にわかりやすいと考えている。とりあえず、そのような概念として、筆者がエコシステムという用語を用いることを念頭に置かれた。

2 超支配・市場横断的超支配という概念について

このようなエコシステム支配は、グーグル・ショッピング事件では、超支配的地位（super-dominance）。ドイツ競争制限法第10次改正では、市場横断的な超支配的地位 paramount significance for competition across markets と

—もくじ—

はじめに

- I エコシステム支配とデータ資本主義
- II 混合合併理論の修正
- III FTC-Facebook訴訟とDMAの意義概論
- IV FTC-Facebook訴訟の状況（以上本号）
- V DMAの理論と実体規定の解説（以下次号）

呼ばれている。しかし、この市場横断的超支配は、東ねられた市場における価格支配力や事業の支配力ではなく、圧倒的なデータ保有量を有することから競争上、圧倒的な優位性を獲得していることが重要であり、そのような概念として「超」支配とか市場「横断的」支配という用語が用いられている。しかし、そのような定義では、従来の「市場」「支配」概念を引きずっているようにも理解されやすく、実際、デジタル経済を論じる日本の論考では、デジタル経済の何を再構築する必要があるのかという問題意識が十分でなく、「超」支配とか市場「横断的」支配に關し、旧来の概念を引きずって説明するために、デジタル経済の下での競争法理論の方向性を示すものとなっておらず、読者をかえって暗夜行路に導くような議論も多いようと思われる。そのため、筆者は、エコシステム支配という用語を用いることが適切であると考えている

3 エコシステム支配と従来の「市場」「支配力」の概念の相違点

エコシステム支配という概念を、単に「超」支配、横断的市場支配と解すると、混合合併の今日の問題は、バンドル効果、ポートフォリオ効果あるいはかつての総合的事業能力のDP版と認識されることになる。混合合併の新しいセオリー・オブ・ハームとして組み合わせ供給を擧げる公取委の認識もそのような理解であるのかもしれない。確かに、市場を横断する市場支配である点で、混合合併のポートフォリオ効果に似ているが、従来概念は、商品ないし事業をベースにして考えられているのに対し、エコシステムでは、東ねられた商品・事業による支配が問題になるのではなく、東ねられた情報・データによる消費者の支配が問題になる点で異なる。

そして、その違いこそがデジタル革命の本質にかかるものである。物の組み合わせ供給による問題は、商品群のポートフォリオから生まれるパワーであり、ある商品がそこから欠けることにより、そのポートフォリオの価値が減殺されることがある。

好例が半導体製造装置の企業結合に関するアプライドマテリアルと東京エレクトロンの合併の中止の事例（以下「アプライドの件」という）である³。半導体製造装置市場は、（削る、洗う、磨く等）多くの製造工程によって半導体製造装置が完成され、個別の製造工程ごとに競争者が異なる。各工程は、相互に代替的なものではないから、別の市場であった（混合合併である）。アプライドと東京エレクトロンの各工程の市場シェアが重なっているところはそれほどなく、相互補完的であったが、両社の統合により統合会社は、一連の半導体の製造過程についてAMSLが圧倒的市場シェアを有する露光装置以外のすべての市場で50%程度の市場シェアを押さえることができるものであった。本件は、日米中などの交渉により、当初は、両社の市場シェアが突出する過程について、市場シェアの小さい会社の事業が売却することが求められたが、最終局面で米国が、ある過程については、大きい市場シェアを有する事業の売却が求められた。これに応じれば、その過程については市場の50%を押さえることができなくなってしまう（当局の意図はまさにそこにある）。両社は、この申し出を受け入れることができず、企業結合を断念した。

本件は、横断的な市場すべてを統合する買収について、事実上、ポートフォリオ効果の理論を復活させた先例とも評価でき、エコシステム支配に応用可能な先例ではあるが、違いもある。それは以下のようない点である。アプライドの件では、オールドエコノミーの下では、ある過程が欠けてしまうことによりM&Aが意味をなさなくなることを示している。しかし、デジタル・ビッグデータの場合、商品ではなく、データの強化が主眼が置かれている。ポートフォリオ効果を狙うこれまでの混合合併では、crown jewel（M&Aをする核心となる被買収企業の資産）は、事業であり商品であるから、対象になっている事業者は、すでに関連する複数の市場である程度高いプレゼンスを示している有力事業者である。これに対しデジタル・ビッグデータの場合、crown jewelは、将来的に有望

な事業とそこにかかるデータであり、対象事業者は、市場シェアが僅少な事業者である場合が多く、買収した事業を閉鎖することも多い(キラー買収と呼ばれる)。そのような買収の動機は、買収された事業者が有するデータであり、事業ではない(事業は自分で行うので、有続させる可能性はないから閉鎖してしまうことが多い)。要するに、オールドエコノミーの下でのポートフォリオ効果を横断的な市場における商品・事業を支配する力でとらえるのに対し、デジタル経済では、データの集積による効果の観点からとらえるという相違がある。

その相違の結果、デジタル経済の場合、ポートフォリオ効果が生じる範囲が商品ベースのポートフォリオ効果に限る、はるかにオープンエンドである。これまでの混合合併のポートフォリオ効果は、アプライドの件にみられるように混合合併の対象となる商品市場は限定され、その一部の商品市場が抑えられない、ポートフォリオ効果が大きく減殺されることがあり、その意味で、クローズドエンドの横断的市場である。これに対し、エコシステム支配の場合、個人の日常の行動・交流・嗜好・考え方についての新たな情報が取得できれば、買収対象となりうる。その意味で、はるかにオープンエンドである。

以上の議論から明らかなように、エコシステム支配は、データの集積によって生じるパワーであり、それは、既存の市場単位で生じるものではなく、また(商品・事業が有する)価格支配力(MP)とは別の力・支配であり、いわばパワーX(XP)である。

また、エコシステム支配は、ある種の強制による支配ではなく、利益によって生じる誘導であり、また消費者がそれを逃れようとすれば逃れられるが、現状を変更するまでもないことからそれを受け入れることによって生じるソフトな支配力である。これを筆者はデフォルトパワーと称しているが、アンドロイド事件GC判決では、status quo bias(現状維持バイアス)と表現している。いずれにしても「支配」という概念も従来の意義の再検討が必要である。こ

のように「市場」「支配」という競争法の基本概念の再構築を迫っている点にデジタル経済の問題の核心がある。

エコシステム支配は、行為を通じて強化されるだけでなく、企業結合を通じても強化される。むしろ、事業集中からデータ集中への問題状況の変遷が明確に表れるのが、企業結合・キラー買収の問題であることは、上記のアプライドの件で事業ベースの混合合併とデータベースのデジタル混合合併を比較して説明したところからも明らかであると思われる。価格支配力(MP=マーケットパワー)の視点から企業結合のセオリーオブハームとして否定的評価が定着していたポートフォリオ効果や総合的事業能力などの概念の意義がデータによるパワー(XP)の観点から再評価される状況を生み出していると総括することもできる。言い換えれば、既存概念であるポートフォリオ効果・総合的事業能力が商品・事業のポートフォリオに注目していたのに対し、エコシステム支配という新しい用語は、データの集積に注目する点で新しい概念である。

また、その説明により、すでに企業結合ガイドラインの改訂という形で、対応が行われているものの、それは、従来の「市場」と「支配」の意義を維持した上でパッチワーク的改正であり、パワーXないしエコシステム支配の本質を突き詰めれば、十分なものではないことも明らかであろう。さらに、それに対する企業結合規制による対応の難しさも明らかになっている(その点は、II、III、IVで取り上げる)。それがDMAという立法的解決の方向性を模索する動きにつながっているのである(その点は、Vで詳細に取り上げる)。

4 デジタル革命の本質：資本主義の蓄積対象としてのデータ

以上の概念の異同・変遷にかかる理解は、デジタル革命の性質・そのとらえ方(本質・歴史的意義)を映す問題である。現在が、第4次産業革命といわれるが、そのもっとも大きな変革は、マネーの集積を成長の原動力としてきた自由主義経済(それゆえに資本主義と呼ばれて

きた)が、データの集積を成長の原動力とする経済システムに変革していることにある⁴。エコシステムという概念は、資本主義における蓄積・支配の対象がマネーからデータに移行していることを示す象徴的概念であり、そのような観点から定義づけが行われる必要がある。

そして、自由主義経済の玉座にあったマネーがデータにとってかわられようとしているという市場経済の根幹が変動し始めている状況で、競争法理論はどのように再構築されるべきかという観点からの検討が要請されている。エコシステム支配という概念は、データ資本主義の中核をなす概念として、競争法分析のパラメーター(考慮要素)として極めて重要であり、この概念をどのように位置付けるかについての検討が不可欠である。

その際、市場経済の玉座の地位にデータが脅すことにより、個人情報保護、言論空間における自己決定権などデータにかかる非競争的側面の問題に対処することも目的とするかのような議論が行われがちになっている。しかし、①不正手段による情報の収集と収集された情報の利用、②不正手段とまでは言えない行為によって、データ収集される場合に、どこまでを正常な競争手段を逸脱するかという観点から競争評価が行われるべき問題である。その基本的スタンスが取り払われると競争政策を議論しているのか、プライバシー・表現の自由という憲法論を議論しているのかわからなくなってしまう(フェースブック事件⁵のドイツカルテル庁の決定によって生じたDPガイドラインの改訂はその象徴的な事件である⁶)。

筆者は、この主役交代あるいは主役の拡張によって、独禁法の本来の保護法益である取引の自由に情報(流通)の自由が含まれ、情報の自由な流通に対する人為的制限もまた、取引の自由を制限するという理論として展開されるべきものと考えており、それは、有効競争の競争過程保護の考え方を展開することで確保できると考えている⁷。そして、司法判例の中には、デジタル革命に対応する理論構築に有用な概念が多数存在する。問題は、競争の実質的制限を「市

場支配力の形成維持強化」と解し、公正な競争は、自由な競争とは別途で保護されるという二元論に固執する学説および取引の自由を自由競争ではなく、公正な競争を保護する概念として専ら劣位の側の取引の自由を問題にする学説であり、学説が独禁法理鑑の再構築に対する最大の抵抗勢力であるとすらいえる状況にある。デジタルと競争過程Vで詳述する。

5 グーグルのエコシステム形成の概要

エコシステムの形成過程を知ることは、その対応との関係でも重要であり、ここでは、デジタルと競争過程IIで2つの事例を詳細に説明していること、デジタルと競争過程IVで論じる予定のアンドロイド事件GC判決との関係でも重要なことから、グーグルを例にとって説明する。グーグルは、ウェブ上の一般検索を発明したわけではないが、ウェブサイト同士の関係を分析することで検索結果をランクづけする改良された検索エンジンを提唱・普及させ、一般検索市場の検索により、広告収入によって収益化(マネタイズ)するビジネスモデルを確立した。現在でも一般検索市場の圧倒的市場シェアを有するが、それは無償であり、価格支配力という意味での市場支配力を有していない。しかし、検索結果によるデータ集積により、個人の日常の行動・交流・嗜好・考え方など個人に関するあらゆるデータを集積している。かかる個人データの集積による優位性の結果、デジタル広告市場で圧倒的な収益力を有している。しかし、ここでも、精度の高い広告を提供することにより、広告の費用対効果を大きく改善させており、効率性・消費者厚生が改善しているので、消費者厚生基準と同値のものとして市場支配力を考える限り、市場市支配力を有しているといえるかは微妙なところがある。グーグルは、地図、ゲーム、電子メール、動画、音楽などのアプリを提供するサービスを提供し、これらも無償であるが、これらのアプリ利用者からさらに入力を取得し、データ優位性を強化している。この情報も、同様にアプリの利用に連動する広告の提供によって収益化している。また、ショッ

ピング事件のように、グーグル自身が価格比較サービス事業を行って収益化する場合もある。これらのアプリ事業に関しては、グーグルは、モバイル事業において、アンドロイドOSを携帯端末業者に無償で提供し、グーグルの主要アプリをアンドロイド端末のもっとも見やすい場所にブレインストールすることにより、アプリ市場での市場シェアを強化し、それによりさらに情報を取得し、情報の精度を高めている。

さらに、フィットピットの買収により、ウェラブル端末事業に拡張し、ここでも個人の健康に関するデータを取得し、そのデータにより健康に関する広告を提供することだけでなく、その他の分野の広告についてもターゲティング精度を高め⁹、収益力を高めている。なお、エコシステムは、その拡張の過程で、競争が生まれその淘汰をもたらすこともある。例えば、アンドロイドOSは、iOSやブラックベリーに対する競争をもたらし、ブラックベリーの淘汰とスマートフォンにおけるシステム間競争をもたらしてもいる。

6 DPとエコシステムの位置付け・相互関係

(1) DPの意義

デジタル経済とは、インターネット空間を利用した取引によって営まれる経済領域である。デジタル経済に販売者が、店を構えるには（出店するには）、仲介業者であるDPを介することが、事实上、不可欠である（出店者自らがDPになれないわけではないが、それでは取引機会が限定される）。デジタル空間以外でも仲介業者が関与する取引がある（不動産や証券などが典型例である）が、デジタル空間においては、あらゆる分野の取引がDPを介して行われる。そのため、DPにデジタル経済のトラフィックについての情報が集積される。つまり、DPとは、デジタル経済において情報集積の道具である。

DPも多様である。DPには、ある商品に特化したDPもあれば、幅広い商品を取り扱う

DPも存在する。ある商品といつても、衣料品に特化するか、その中でもジーンズに特化するDPもあり、他方で、衣料品だけでなく日用雑貨も取り扱うDPもあり、さらに消費者に関心のあるあらゆる商品サービスを取り扱うDPもある。

また、商品を売らずに、情報を提供したり、コミュニケーションの場を提供するDPも存在する（そこで広告がDPの収益源になる）

(2) DPと関連付けられたエコシステム支配の意義

これに対し、エコシステム支配は、DPを利用することによって生じたデータ集積の結果としての現象である¹⁰。エコシステム支配は、DPのうち、個人の活動にかかわる分野を幅広く事業対象とする事業者において生じる現象であり、グーグル、フェースブック、アマゾン、アップルのGAFAは、その代表である。マイクロソフトを加えたGAFAMと言われることがあるが、マイクロソフトの基盤はビジネスサイドにあり、GAFAとは、やや成り立ちが異なる。もっとも最近では、企業のビジネスの領域でも、いくつかのサービスを束ねる動きが生じており、「個人」の活動を「個人及び団体」の活動と読み替えるべき状況が生じるかもしれない。

これらの事業者は、多数の商品サービス事業を展開し、そこで得られたデータによる競争上の優位性をもとに提供する商品サービス事業の範囲を拡張している。そして、その利用者は、日常のあらゆるニーズが囲い込まれたGAFAのサービスを通じて充足されるようになる。それがエコシステム支配という現象である。

(3) エコシステムとDPの関係

公取委は、デジタル経済の問題をDPから発生する問題として捉えているように思われる。しかし、DPであるからといって、エコシステム支配につながるわけではないし、横断的な市場において、データの集積ができるというものでもない。数でいえば、専門的な分野に特化しているDPの方が圧倒的に多い。そのような事

業者とエコシステム支配につながるような巨大な支配力を有する事業者がDPであるからといって同列に扱われることは疑問である。「みんなのペット」のような零細なDPに対する事件¹¹を処理し、デジタル経済を規制した事例として報告していることは、DPであることを規制の基準と考えていることの問題性を示しているように思われる。

デジタルエコシステム中間報告書¹²では、規約の設定変更の問題が最初に取り上げられている。その問題は、エコシステム支配でなくDPの問題であり、それは透明化法で対処された問題である。この問題が同中間報告書でエコシステム支配の主問題として蒸し返されたことは、エコシステム支配の問題とDPの問題が混亂していることを象徴しているように思われる。同報告書では、DPのセオリーオブハームであるネットワーク外部性でエコシステム支配を説明している箇所もある。

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ある種の支配力（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取引（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支配力を有しており、有効な競争が機能していない可能性は残る。DMAは、この問題にcontestabilityという概念を持ち込むことで反競争性を説明している（下記V参照）。

(4) エコシステム支配はレバレッジ、ロックインの問題なのか

エコシステム支配は、レバレッジ、ロックイ

ン効果を生じるといわれることがある。ロックインといつても別のアプリに切り替えることができるが、多くの消費者はそれをしないという問題なので、これまでのロックインとは異なる。デフォルト設定するパワーを通じた誘導による力である（グーグルアンドロイド事件はその端的な例である）。それをロックインと呼べるのか、呼ぶとしてもソフト・ロックインであり、既存のロックインとは区別して考えられる必要がある。

取引拒絶の問題のように主張されることがある。例えば、組み合わせ供給（バンドル効果）の問題に関し、混合合併のセオリーオブハームとして公取委の企業結合ガイドラインにも指摘がある。しかし、取引が拒絶されるから問題になる、あるいは取引を拒絶されないから問題にならないという問題ではない。組み合わせ供給の問題でもない。組み合わせ供給が行われる蓋然性は低いし、ばらして買えれば問題がないというものでもない。むしろ、ばらして買っても（組み合わせ供給しなくとも）、市場への悪影響が生じる点にデジタル混合合併の特徴がある。その意味では、むしろ、ポートフォリオ効果という用語の方が適切であるが、そのポートフォリオ効果は、商品・事業で見るのはなく、データで見る必要がある。

(5) デジタル混合合併のセオリーオブハームを構成する方向性

以上の通り、デジタル経済における囲い込みのセオリーオブハームを考えるためにあたって重要な点は、商品ベースのレバレッジ、ロックイン効果、取引拒絶、そこから生じる商品ベースの市場支配力よりも、個人のエコシステムにかかる圧倒的な情報（データ）が取得されたことによって生じるパワーXである。パワーXとは抽象的に言えば、データ優位性によって生じる力であるが、具体的には、そのようなデータ優位性により、データを取り込んだ消費者に対する商品提供において、そのデータのない競争者に対して、競争条件の著しい格差が生じるという問題。そのようなデータを利用して、デー

タを有する市場横断的に、広告・商品・サービスの提供によって、他の競争者が取得できない収益機会を得ることができるという力である。

デジタル経済においては、そのようなパワーX（データ優位性によって生じる力）の反競争性を分析する必要がある。エコシステム支配の反競争性の本質は、市場群を束ねることにより、データが充実し、個人の嗜好に合わせた商品群の広告の提供が行われるという形で発生する消費者支配、それにより、消費者厚生、効率性向上は認められるものの有効な競争が機能しなくなるという問題である。DMAでcontestabilityと表現されているのは、この問題といえる。下記Vで詳述する。

そのため、市場支配を価格支配にとらわれず、競争条件にかかる市場構造要因（バラメーター）ととらえることにより、エコシステム支配の本質が何かを考え、それに適合する柔軟なバラメーターを確立する必要がある。エコシステムを支配する事業者がもつ圧倒的優位性は、データ優位性である。競争保護の観点、そこから必然的に導かれる競争条件の差異というバラメーター（考慮要素）の分析という観点からは、データ優位性という競争条件の差異の構造的要因として、エコシステム支配を位置づけることが、適切である。

(6) 理論の再構築におけるNTT東日本事件最判、JASRAC事件最判の有用性

そのような考え方は、市場支配力の形成・維持・強化の観点から市場の特性・競争条件の差異を考慮することを求めるNTT東日本事件最判、JASRAC事件最判に適合するものである。

構造的な競争条件の差異を考慮要素とし、市場支配・市場構造的要因の柔軟化する理論を推及すると、以下のような理論構成が可能であろう。市場横断的な支配的地位がある場合ないしエコシステム支配がある場合には、広範な市場で競争条件の著しい差異が生じることになるので、関連市場限りの支配的地位に比し、競争の機能が著しく歪められている。そのようなエコシステム支配を有する事業者の排除行為性の判

断は、消費者利益が増進していたとしても、有効な競争が機能し得ない状況を作出される場合には、正常な競争手段を逸脱する人為性を有するという理論を導くことができると思われる。デジタルと競争過程Vで詳述する。

II 混合合併理論の修正

1 デジタル経済における企業結合戦略の独自性・新奇性

巨大DPの買収戦略は、有望な事業・有望なデータを自社に囲い込むことにより多くの消費者を自らのエコシステムに誘導し、囲い込むことによってデータ優位性・エコシステム支配を強化する意図で行われる。また、将来伸びて来るであろう新しい媒体を先回りして買収することにより、将来の競争を競争者が現れる前、あるいは競争の萌芽的段階でつぶしてしまうという動機によって行われることもあり、これは、キラー買収とも呼ばれている¹³。

これらは、イノベーションの阻害の問題をも生んでいる。その結果、企業結合規制でも、価格効果以外の問題への考慮が進み、混合合併理論・潜在的事業者間の合併の理論の見直し、イノベーションの阻害をセオリーオブハームに取り込む理論上の展開がみられている¹⁴。こうした動きは、価格支配力・消費者厚生だけを基準に反競争性を考える市場支配力基準説が企業結合でも破綻していることを示すものであり、その点もデジタルと競争過程Vで詳述する。

FTCのフェースブックに対する訴訟は、インスタグラム、ワツアップを分割すれば誘導力が減退し、SNS関連広告市場の競争の機能が回復すると考えて提起された訴訟という側面を持っている。

2 エコシステム支配と混合合併のセオリー・オブハーム

デジタル経済の特徴は、多角化のコストが値少である場合が多いことである。かつて、混合合併がほとんど問題ないとされてきたのは、異業種合併は、コングロマリットディスカウント

が生じ、競争法上の懸念にはならないというものであった。

しかし、プラットフォームビジネスにおいては、そのようなディスカウントはほとんど生じず、コングロマリット買収による新たなデータ取得の結果、データの精度がより高まり、データ優位性を利用して、簡単に新市場に参入し、最初の段階から、消費者の個人をターゲットにした広告によって、巨大な利益を得ることができる。ビッグデータにとって、低い参入コスト（買収コスト）による買収により、他方において、新たな市場からのデータが収集できることによりその市場からの収益機会が生まれ、買収した市場からの収益機会が十分でない場合でも（買収した市場が十分成熟していない場合がこれに当たる）、既存の市場に関するデータの精度向上により、収益力が強化される。そのような買収が繰り返されることにより、データの集積に基づく優位性が強化される範囲が拡張し、強化されるという循環が生じる。これは、価格支配力という意味での市場支配とは異なる意味での支配力である。多数の市場を束ねる従来の概念としてクラスター市場というものががあったが¹⁵、それよりも規模がはるかに大きく、また、従来の市場支配の概念が、商品・事業単位のものであったのに対し、エコシステム支配は、データを単位とする支配である点で異なっている。データ優位性の強化、エコシステム支配の強化によるエコシステム全体における競争評価を行う必要があり、その一部の市場シェアが上昇している市場での価格を引き上げる能力とインセンティブを見るだけでは到底十分ではない。

3 エコシステム支配の観点からの企業統合ガイドラインのさらなる現代化

企業結合ガイドラインが改訂され、組み合わせ供給による排除効果をセオリーオブハームとして追加している。エコシステム支配に至っていない事例では、このような排他性・アクセス拒絶で対応できるが¹⁶、エコシステムを支配する巨大DP規制としては十分でないことは、上記I、6(4)(5)(6)で述べた通りである。組み合わ

せ供給されなくともエコシステム強化をもたらすことがある。商品・事業ベースの市場支配力・価格支配力の観点から反競争性を見るのではなく、データ優位性・エコシステム支配強化の観点から反競争性を見る必要があり、問題解消措置も市場シェアが大きくなっている市場における救済だけではなく、エコシステム全体の情報に対するアクセスを認める必要があり、下記Vで詳述するDMAでは、有効な競争の維持（contestability）の観点から、まさにその場合にデータ・アクセスを保障する規定が置かれている。企業結合ガイドラインにおいても、DMAでゲートキーパー指定が行われるような事業者の買収に関しては、データ・アクセスが義務付けられる場合があることを規定し、あるいは、事件処理においてもDMAのかかるアプローチが参照されるべきである。

かかる観点からは、グーグル・フィットピット事件¹⁷の処理は以下の点で問題がある。同事件では、4つの市場の反競争性を分析するが、その4つの市場以外からも統合を通じてグーグルに多くの消費者データがもたらされる。その情報の解析により、検討された4市場以外で、消費者への広告の精度が上昇しマネタイズすることができる。すなわち、エコシステム全体が検討の対象とされ、エコシステム強化の観点から、エコシステム全体のデータに対するアクセスの確保が命じられるべきであった。そのような考え方は当時としては気づきにくい観点であったと思われるが、DMAが公表された今日では、企業結合の問題解消措置の設計においても参酌されるべきである。

4 データ集中の指標と規制の在り方

データ集中・優位性に反競争性を見出そうとする場合、データの量の格差というものの実態が見えないという問題がある。これについては、売上、顧客数を代理変数として用いるという解決が考えられる。DMAはそのような発想に立っている。

次に、データ集中自身を問題にするとデータ

が一定量を超えたこと自体を規制しなければならなくなる。データ量が一定限度を上回るときに、合併が禁止されるとなると、経済活動の活力をそぐのではないかという懸念も生じる。これは、構造規制に対する懐疑的見方である。ただし、シカゴ学派の台頭前には、広範囲に独占的事業者にこのような発想に立って、圧倒的な市場支配力を有する AT&T の他業種への進出が制限され、AT&T のベル研究所の研究成果の商業利用が制限されていたし、AT&T 分割後の地域ベルも一定期間、長距離通話などの他業種への進出が禁止されていた¹⁸。

構造規制による解決ではなく、行為規制によることも考えられる。DMA はまさにそのような発想に立っている。DMA は、contestability を規制原理に置く点で、競争過程論を重視する考え方でもあり、日本のデジタル規制の方向性を示唆するものとなっている。DMA については下記 V で、日本のデジタル規制の方向性についてはデジタルと競争過程 V で、詳述する。

III FTC-Facebook 訴訟と DMA の意義 総論

エコシステム支配の問題に対し、米国は、企業分割をも視野に入れた対応を取るのに対し、EU では、新たな立法による行為規制で対応しようとしている。

米国では、既存の反トラスト法理論の変更の必要性が叫ばれているが、同時に司法過程での反トラスト法理論の変更を目指し、FTC 法 5 条 + シャーマン法 2 条に基づく Facebook 対する分割訴訟が提起されている。しかし、裁判所の対応は、既存理論にもとづく塩対応となっているのが現状である。請求原因のうち、企業結合自体が独占化に当たるとした請求原因については、補正により本案審理に進んでいるが、取引拒絶などを独占化とした請求原因是訴状の却下で確定している。州長官による訴訟は、訴状却下で確定している。下記 IV で FB 分割訴訟の現状をまとめているが、裁判所が既存理論を変更しない場合には、立法対応となるので、その意味で、それを先駆している DMA は重要で

ある。

EU の DMA は、ゲートキーパー規制と呼ばれるが、その意義は、上記のエコシステム支配の問題に対する競争法理論を成文化したものである。

通常、市場の競争にかかる分野で立法が行われる場合に、市場の失敗に対応するレギュレーション（公益事業者規制）としての側面が強い。しかし、DMA は、市場の失敗に対する公益事業者規制のような規定があるものの、それは 7 条だけであり、5 条、6 条は、ビッグテックに対する競争法の特別法ともいべき内容となっている。

このような巨大企業グループに対する競争法との特別法的規制は、日本では先例がある。今も持ち株会社規制（9 条）がその残滓となっている過度の事業支配力の集中規制である。この規制は、資本の集中に対し、独禁法の行為規制で十分でないことを理由とした規制であったが、競争法理論が混合合併を問題にしなくなつたために撤廃された¹⁹。

しかし、デジタル経済では、資本の集中ではなくデータの集中が問題になっており、過度のデータ集中規制を競争法で考えることには相応の意味がある。ただし、その規制手法は集中を禁止する構造規制ではなく、集中が生じる場合に様々な行為規制を課そうとするものである。構造よりも、競争過程を重視するものとして、EU の競争法理論・本稿の立場とも整合的である。

以上の趣旨は、DMA の前文からも明らかになっている。DMA の前文は、108 項におよぶ異例の長さで、DMA の趣旨と各規程の趣旨を詳細に説明するものとなっている。下記 V で、重要な前文の意義と条文との照合関係を明らかにしつつ詳述する。

IV FTC-Facebook 訴訟の状況

（事案の概要）

FTC 対 FB 事件は、2021 年 1 月 13 日に、シャーマン法 2 条に基づき、(i) プラットフォームに関する行為が独占化に該当するとして、行為の差

止めを求める（請求原因 1）、(ii) インスタグラム、ワツアップなどの買収行為が独占化に該当するとして事業分離を求めて（請求原因 2）提起された²⁰。

6 月 28 日、Memorandum Opinion（訴状却下命令）により、訴状の特定不十分を理由として訴状が却下された。ただし、訴状を追完して提出することは認められており²¹、FTC は、8 月 19 日に修正訴状を提出した²²。

地裁は、2022 年 1 月 11 日再度、Memorandum Opinion により、(i) 行為の差止を求める部分については、訴えを却下し、(ii) の買収行為に関しては、訴状で十分に特定が行われたとした。現在、買収行為の違法だけが争点となっている。

訴状の却下は、Twombly 最判²³に基づき、訴状の特定性が厳格に解されるようになったために新たな争点となったものだが、この点が問題になるのは、私訴の場合と解されていた。すなわち、ディスカバリーで証拠を集めることに期待し、訴状で十分な主張をせずに、訴訟を提起する原告に対するものであり²⁴、国の執行当局として十分な調査権限を有する FTC で問題とされること自体が異例である。

しかも、訴状が修正された後に、請求原因 1（プラットフォームに関する行為が独占化行為に該当すること）については、再び、却下されているが、Memorandum Opinion を読むと、裁判所は、FTC の主張の前提となる事実が認定されたとしても、およそ請求を認容される余地がないことを却下の理由としているように見える。しかし、それは、訴状審理で行うことではなく、サマリージャッジメント²⁵で行うべきことである。この判断を見る限り、何とか生き残った請求原因 2 についても FTC の苦戦が予想される。

請求原因 1 の方がオーソドックスな独占化の主張である。FTC の主張の要点は、2011 年から 2018 年の間、Facebook 上で連動する第三者アプリについて Facebook や Messenger と競合する機能を持たないこと、および Facebook と競合する他社を宣伝しないことを求め、実際

にこの条件に違反した第三者アプリに対し、API 接続を解除することにより、締め出した。このことで Facebook と競合する機能開発を思いとどらせたり、他の企業が SNS で Facebook の独占を脅かす能力を妨げたりしたというものである。これは、利便性の提供によってではなく、取引拒絶によって、PSN サービス市場（個人向けソーシャルネットワーキングサービス）において、FB をとるか競争者をとるか 2 者択一を迫る単純なものである。日本のマイナミ事件がこれに似ている。

FTC は、先例として、ローレインジャーナル事件²⁶を引用している。同事件は、オハイオ州において 90% 以上の市場シェアを有する日刊新聞社で新聞広告の供給について独占力を有していた L 社が、同地区的ラジオ放送会社が広告収入のため広告主を募集したのに対し、ラジオ放送会社で広告を行った企業に対し新聞広告の掲載を拒否した事例である。この事例は、L 社の取引拒絶には正当な理由がなく、取引拒絶は、ラジオ放送会社を倒産させて、広域市場での完全独占を再取得する略奪的意図に基づく行為であるから独占化の企図（attempt to monopolize）に該当するとされた事例として理解されてきた²⁷。しかし、FTC は、本事例を、ラジオ放送会社に広告を出すか、L 社に広告を出すかの 2 者択一を迫る事例と位置付け、API 接続拒否も、FB が競争者かのいずれをとるかをユーザーに迫るものとして位置づけたようである。

FTC は、当初の訴状では、FB の市場シェアが 60% だけを明らかにし、競争者がだれで、どの程度の市場シェアを有するか明らかにしていなかった。修正訴状では、Snapchat、Path、Myspace などが競争者であることを明らかにした。しかし、裁判所は、この行為が行われたのは、2011 年であり、現在、行われているか行われる危険があるとはいえないこと、2011 年ボリシー（規約）には、他の PSN へのアプリ提供が禁止されているのではなく、独立のアプリ事業者と FB のライバルとの取引を禁じるものではないから 2 者択一を強要するものといえ

ず、ローレインジャーナル法理は適用されないとした。

しかし、このような判断は、サマリージャッジメント段階で行われるべきことであり、訴状の特定性が十分でないとは言えない（特定しているからこそ、ローレインジャーナル事件法理の適用事例か否かの検討判断が行われたといえる）。したがって、請求原因1について、訴状を却下したことは甚だしく疑問である。

請求原因2に関しては、本件の買収が有効な競争が機能しない状況を作出したものか(harm to competition on the merit) 否かが争点となる。CEOのザッカーバーグが社内メールにおいて、「太刀打ちできないから、買ってしまった方が得だ」という趣旨の指示を行っており、そのメールにより、インスタグラムやワツアップがFBより競争力を有していたこと（より効率的な競争者であることを認めていること）は競争を消滅させることが買収の目的であることを認めているとも解される。被買収事業者が買収事業者の脅威になる場合において買収の意図が排除目的である場合に、買収から8年以上が経過した後でも、かかる買収が違法であるとして、分離を命じることができるかについての判断が示されるものと思われる。

(注)

1 最近のモバイルエコシステムの中間報告書では定義せずに概念が検討されている。

2 OECD競争委員会：「デジタルエコシステムの競争原理」についてのヒアリング（2020年12月）
英国競争・市場庁（CMA）モバイルエコシステムの市場調査・中間報告（2021年12月14日）：

3 越知・競争法大全990頁。本件は、匿名な事例であり、かつ、研究開発活動の阻害やバンドル効果といった2019年のガイドライン改訂で生じたセオリーオブハームを先取りする事例にもかかわらず、企業結合事例集で取り上げられていない。

4 データ資本主義に関する著作として、ピーター・マイヤー・ショーンベルガー（著）、トマス・ランジ（著）、前藤栄一郎（翻訳）『データ資本主義—ビッグデータがもたらす新しい経済』（NTT出版 2019）、野口悠紀雄『データ資本主義—21世紀ゴールドラッシュの勝者は誰か』（日本経済新聞社2019）エヴァル・ノア・ハカリ『ホモ・デウス（上）（下）』（河出書房新社2016）（下）

第1章209頁では、データ至上主義・データ教との表現も用いられる。

- 5 従来、メディア集中排除原則の問題として議論されていた問題に近いが、今日では、アテンションエコノミーなどの呼ばれ方で言論と民主主義にかかわる問題として議論されている。この点は、競争法的に許容されることがあるとしても、なお、他の法領域の問題が残るというのが基本的視点であるのに、その点が確認されずに、どこまでを競争法上の問題とするかを整理できずに議論される場合が多い。
- 6 同事件に関しては、デジタルと優越でカルテル決定とジュッセルドルフ高裁決定、同IVで最高裁決定を詳説している。越知・競争法大全762頁以下では、最高の紹介が概説にとどまる。
- 7 DPガイドラインの問題については、越知・デジタルと優越全体、越知・競争法大全第2章第5節、越知・営業の自由論争、越知・市場法秩序で繰り返し指摘している。
- 8 そうすれば、解決できるというものではないが、少なくとも市場支配力基準より、問題に対する解決についてのより良いセオリーオブハームを提示することができ、市場経済・私的自治と整合しない優越的地位の濫用に頼るよりも、適切な規範の方向性を示すことができるものと考えている。
- 9 健康に気を使う者が共通の関心を有する健康器具以外の分野を見つけ出し、その分野でターゲティング広告を行うことができ、その広告からの購入利益が増大することにより、手数料収入を強化することができる。
- 10 それゆえ、エコシステムは、デジタルエコシステムと呼ばれることがある。

- 11 公取委平成30年5月23日「みんなのベ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」
- 12 デジタル市場競争会議令和4年4月26日「モバイルエコシステムに関する競争評価中間報告」
- 13 ザッカーバーグがメールで、脅威になり得る競争者は買収してしまえばよいと指示していたことが有名である。
- 14 Colleen Cunningham et al "Killer Acquisition" 129(3) Journal of Political Economy 649 (March 2021)。（以下「カニンガム論文」という）。同論文を紹介する桝文の文献として梶原洋「欧米におけるスタートアップの反共的買収に対する規制の現況」公正取引84号（2021.6）25頁（以下「梶原論文」という）
- 15 越知・競争法大全835頁参照
- 16 梶原論文では、排他性・アクセス拒絶の問題として処理された事例としてSabre/F社の統合事例などが挙げられている。
- 17 公取委令和3年1月14日発表「グーグル・エル

エルシー及びフィット比特・インクの統合に関する審査結果について」

- 18 越知・競争法大全第10章1007頁
- 19 9条のタイトルとして、過度の事業支配力の集中規制・一般集中規制という表現が置かれているが、実体は持ち株会社規制であり、親会社が事業を行えば、適用がないので簡単に規制を滑脱できる。同条の実質は、持ち株会社を解禁した規定である。
- 20 この訴提起についてのFTCの評決は、3対2であった。
- 21 なお、同じく訴訟を提起していたニューヨーク州等の州務長官による訴訟については、訴状の修正が認められずに却下されている。
- 22 この訴状の再提出についてのFTCの評決も3対2であった。ウィルソン委員会が反対意見を書

- いている。
- 23 Bell Atlantic Corp. V. Twombly, 550 U.S.544 (2007)
- 24 越知・競争法大全152頁、316頁参照。
- 25 ディスカバリー後、トライアルに向かう前に相手方の主張に基づく事実が存在するとしても、請求を認める余地がないとして、請求棄却を求めることができ(motion for summary judgement)。これに対する判断がサマリージャッジメントである（越知・競争法大全129頁）
- 26 Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)
- 27 越知・競争法大全540頁

▶ デジタル経済と競争過程保護Ⅲ ◀

エコシステム支配と混合合併理論・ FTC-Meta分割訴訟・DMA ～データ資本主義時代の「市場」・「支配」概念～

[下]

越知保見*

V DMAの理論と実体規定の解説

1 DMAの構造と特徴

(1) DMAの構造

DMA (Digital Market Act) は全54条にわたる法律であるが、実体法の条文は、5条、6条、7条の3か条だけである。また、前文が108項に及んでおり、各条項の趣旨が詳細に前文に記載されており、前文を読み込むこと、規定と照合する前文を読みあわせることでその趣旨を理解することができるという特徴がある。

5条6条は10項程度のさまざまな行為が規定されており、5条が包括規定、6がその具体化規定とされる。7条は、通信の相互接続に似たレギュレーション的な規制であり、5条と6条が競争法的世界に関する規定である。その意味で、DMAは、競争法以外の要素を含んだ包括的な市場規制となっている。

6条、7条に関しては、8条2項で欧州委員会に具体化する規定を置く権限とその手続きが定められている。

なお、9条以下に調査手続きなどを含む執行に関する条項が規定されているが、これは、EU競争法に関する執行に関する規則を準用できない（法律でないので準用規定で対処できない）ので改めて規定されている条文も多い。ただし、英国の市場調査に似た条文が置かれている（おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士）。

ることは、EU競争法の本則にない規定である。以下では、前文と各条の照合関係を明らかにしつつ、解説する。

(2) DMAの特徴

DMAは、データ集中・エコシステム支配に応対するため、理論においては、コンテストアビリティと公正性 (contestability & fairness) を規制原理としているが、取引の誘導、データ収集が①端末業者、②ビジネスユーザー、③エンドユーザーという多段階で行われることを認識し、各段階を区別して規制を行っている。特に、注目されるのは、ビジネスユーザーを定義し、端末上での第三者アプリを提供することによる競争の活性化を促進するため、ビジネスユーザーにデータへのアクセスを確保するための規定が置かれていることである。

—もくじ—

はじめに

- I エコシステム支配とデータ資本主義
- II 混合合併理論の修正
- III FTC-Facebook訴訟とDMAの意義総論
- IV FTC-Facebook訴訟の状況（以上前号）
- V DMAの理論と実体規定の解説（以下本号）

2 前文の総則部分の意義とDMAの規制手法の特徴

(1) 前文2項の記述

前文2項は、次のように述べる。「極端に巨大な企業規模、非常に強力なネットワーク効果、両面市場において多くのビジネスユーザーとエンドユーザーを結びつける能力、ビジネスユーザーとエンドユーザー双方からの重大なレベルでの依存、ロックイン効果、エンドユーザーのマルチホーミングの欠如、垂直統合、データ優位性が挙げられる。この特徴はCPS提供事業者の不公正取引（unfair practice）とあいまってCPSのコンテストアビリティを実質的に損なう効果を有しうるとともに、GKとビジネスユーザー・エンドユーザーとの間の経済的関係における公正性（fairness）に影響を及ぼす。

(2) 前文2項の意義

前文2項は、プラットフォーム全般の問題ではなく、巨大プラットフォームを区別し、後者をgatekeeper（以下「GK」という。）と呼び、そのコアプラットフォームサービス（core platform service）以下「CPS」という）とよんで、後者だけを規制対象としている。これは、エコシステム支配にかかるのが後者だけであるから、ある意味、当然であるが、日本では、プラットフォーム全般と巨大プラットフォームの問題が区別されず、プラットフォーム全般の規制を強化する議論を行う傾向が強い。この点は、みんなのベット事件を例に、上記Iで論じているが、DMAは両者の問題を明確に区別しようとしていることは、日本のデジタル規制の在り方を考えるにあたって重要である。

前文2項は、DMAはコンテストアビリティと公正性の観点から規制を行うことが明言されているが、この文章にDMAの思想が凝縮して説明されている。コンテストアブルとは、競争が可能であるということであるから、コンテストアビリティとは、有効に競争が機能する状態を維持

できているか否かという基準である。fairnessは、競争手段として許容できるかという行為態様の観点を問題にする基準である。この2つの要因は、競争過程にかかる要因そのものである。つまり、DMAは、競争過程を重視する競争保護の法律（つまり競争法）であることが、前文2項で示されているのである。

(3) 前文5-11項の記述

前文5-7項では、競争法の適用は、特定市場における支配力（dominance on specific markets）と反競争的行為（anti-competitive behavior）がある場合に限られ、かつ事後適用であり、非常に複雑な個別の事実関係についての幅広い調査を必要とする。そしてGKは必ずしも競争法上の市場支配力を有さない（5項）。GKは数多くのビジネスユーザーにエンドユーザーへの入り口（gateway）を提供する。不公正取引（unfair practice）とCPSのコンテストアビリティの弱体化による悪影響が生じている（6項）。本法の目的は、デジタル市場及びCPSのビジネスユーザーとエンドユーザーのために、コンテストアビリティと公正性を確保するためのルールを規定し、域内市場が適切に機能することに貢献することにある（7項）。さらに、前文11項では、DMAは競争法を補完するものではあるが、その目的は、競争法で定義される歪められない競争を守るという目的とは異なり、GKの存在する市場が、GKの慣行による実際の若しくは推測される効果に拘束されず、コンテストアブル（contestable）であり、公正（fair）であることを維持することであると規定する。

(4) 前文5-11項の意義

日本では、これらの規定から、事前規制の点がDMAの特徴であり、それが競争法でない性格として強調される傾向にある。しかし、企業結合規制は、事前規制であるが競争法であることは疑いなく、事前規制であるからといって競争法の性格になじまないというものではない。

(上) Ⅲで述べたように、日本では、資本の集中に対し、今も持ち株会社規制（9条）がその残滓となっている過度の事業支配力の集中規制という規制が競争法において行われていた。DMAは、資本の集中をデータの集中に置き換え、構造規制ではなく、行為規制を課すものと考えれば、DMAの規定の構造と趣旨を競争保護・競争法の観点から理解しやすい。

前文5項で競争法上の市場支配力を有さないと記述するのは、これまでの「市場」「支配力」概念で競争が機能しないため、DMAは、コンテストアビリティとfairnessの観点から、巨大プラットフォーマーに向けての競争法理論を再構築するものであると理解することができる。

前文11項も、effect based approachのeffectの意味が、（社会的厚生だけでなく）競争過程をも重視する方向に修正されることを述べるものであり、インテル事件、クアルコム事件において取られた社会厚生基準に傾斜した解釈論により、有効な競争が機能しない状況が出現することを防ぐことにDMAの意義があること、有効な競争を維持するための概念がコンテストアビリティであると理解することができる。

日本では、競争過程という用語は、最高裁判決が古くから用いている¹⁾にもかかわらず、抽象的なものであるとか規範性がないとして無視したり、公正性を掉取性や取引上劣位者の取引の自由の観点からとらえたりする日本独自の解釈が有力である。そのためにDMAの趣旨とその競争的意義が正しくとらえられず、デジタル経済における日本の競争法理論の再構築を阻む最大の壁となっている。デジタルと競争過程Vで詳述する。

3 GKとCPSの指定とその意義

DMAの規制対象は、ゲートキーパー（以下「GK」という）である。GKは、3条に従って指定されたCPS（core platform services）を提供する事業体（undertaking）を指す（2条1項）が、これは、GAFAなどのビッグテックを対象にしている。GKの指定要件は、事業

者（undertaking）であって、①域内市場に重大な影響を及ぼし、②ビジネスユーザーにエンドユーザーに到達する重要な入り口であるCPSを提供するものであり、かつ③現在または近い将来に確固とした持続的な地位を確保し、またはそれが予見されるものである。

上記①については、事業者のEU域内市場での直近3年間の毎年の売上高が75億ユーロ以上、または最終決算年度の平均時価総額または公正な市場価値が750億ユーロ以上である場合で、域内3か国以上同一のCPSを提供している場合を指す。上記②については、事業者がCPSを提供している域内市場で4500万人以上の月間アクティブエンドユーザーが存在するか、または1万以上のEU域内設立の年間アクティブビジネスユーザーが存在する場合を指す。上記③については、上記②の閾値を3年度以上該当した場合を指す。

要するに、規模一売り上げ（75億ユーロ）、資産（750億ユーロ）—と利用者数－個人ユーザー（月4500万人）・ビジネスユーザー（1万人）－を閾値として、規制対象を確定しているのであるが、これは、データの量を把握できないための代理変数であると考えれば規制の趣旨と規制手法を理解しやすい。

指定を受けたGKは指定を受けたCPSに関して、以下に述べる5条、6条、7条の規定のうち、3条9項で指定決定（designation decision）を受けた条項を遵守しなければならず（5条1項）、遵守していることを示すことができなければならない（8条1項）。CPS指定から6か月経過時までに遵守することが求められる（3条10項）。

なぜ、このような指定が行われるかについては、前文13項から16項で明らかにされている。コンテストアビリティの弱体化と不公正取引は、特定のデジタルサービスにおいて顕著であり、その原因は、多面市場性、ロックイン効果、マルチホーミングの欠如、垂直統合によって生じる極端な規模の経済とネットワーク効果に原因がある（13項）。特に、オンライン仲介サービ

ス、オンライン検索エンジン、オペレーティングシステム、オンラインソーシャルネットワーク、ビデオ共有プラットフォームサービス、番号に依存しない対人通信サービス、クラウドコンピューティングサービス、仮想アシスタント、Webブラウザ、および広告仲介サービスを含むオンライン広告サービス（これらがCPSである）では、その問題が特に大きい（14項）。しかし、CPS自体がコンテストアビリティの弱体化と不公正取引の問題を引き起こすのではなく、CPSが重要なゲートウェイを構成し、域内市場に大きな影響を与える、定着した永続的な地位を持つ事業、または近い将来にそのような地位を享受する事業によって運営されている場合にのみ、そのような懸念が生じる。したがって、重要なゲートウェイを個別に構成するCPS事業にのみ適用されるべきであり（15項）、欧州委員会は客観的基準に基づいて、規制対象のCPS事業を指定することができる（16項）（以下では指定されたCPS事業を「CPS」という）。

17-25項では、指定を行う方法に言及される。欧州委員会は、定量的な閾値を考慮に入れながら、市場調査の結果に照らして行われるべきとする（25項）。

26-31項は、指定されたGKに対する適用の在り方を規定する。GKに指定されたCPSの一貫性と公平性を保護し、一連の調和のとれたルールを明確な方法で提供することは、ビジネス環境、ユーザー、最終的には社会全体の利益のために必要である。

32項では、コンテストアビリティの基準のもたらす意義・利点とは、参入障壁を高める可能性のあるGKの行為を禁止し、義務を課すこと、プラットフォーム内の競争を創設または増加させることにあると規定する。

コンテストアビリティと公正性は一体的に考慮・評価されるべきであると指摘されている（34項）。この指摘は、公正な競争と自由な競争を二元的に保護する風潮の強い我が国の学説に参考になる指摘である。ただし、最高裁判決は、一貫して、EU同様、一元的な考慮を説示して

いる。デジタルと競争過程Vで言及する。

4 各則（5-7条）についての本稿の整理の仕方

本稿では、各則を条文ごとに追うのではなく、エコシステム支配に対するDMAの規制手法が頭に入りやすいように、データ→アプリ→他のエコシステムとの開放性の確保に関する条項の順に整理している。データに関しては、最初にデータの収集利用にかかる条項（下記5）、第2にデータへのアクセス確保にかかる条項（下記6）、第3に広告主とパブリッシャーの情報へのアクセス（9項）の順に解説している。その後に、アプリに関する条項（下記7）を説明する。これはデフォルト設定などでユーザー、ビジネスユーザーを囲い込む規定を含む。その後は、他のCPS経由のコンテンツの利用についての条項（下記8）、その他条項（10項）の順に解説している。各項では、包括規定である5項を先に説明し、その後に6項の規定を解説する。7条は、競争法というよりも通信法的な規定であり、最後に説明する。

5 データの収集利用にかかる規定

（1）5条2項：データの結合の禁止

個別実体規定の最初の条項である5条2項は、DMAがデータ集中の問題に対処する規制であることを象徴する条項となっている。

（a）GKは、CPSでのビジネスユーザーのサービスを利用したエンドユーザーの個人情報を、オンライン広告サービスの目的で利用してはならない。

（b）GKは、CPSから得られた個人情報を、他のGKのCPSあるいは第三者のサービスから得られた個人情報を統合してはならない。

（c）GKは、CPSから得られた個人情報をGKの提供する他のサービスで利用してはならず、その逆の利用も禁止される。

（d）GKは、個人情報の窓口のためにGKの他のサービスにエンドユーザーをサインインさせ

ではない。

(e)これらの義務は他の選択肢を示されたうえで同意をした場合には適用されない。なお、この同意が拒絶された場合において、GKは同一目的で1年以内に複数回同意を求めてはならない（同項）

(2) 6条1項：収集された情報の競争への利用禁止

GKは、ビジネスユーザーによるGKのCPS利用、あるいはCPSと一体で提供されるサービス利用によって生じた情報あるいは提供された情報（エンドユーザーによって生成あるいは提供された情報を含む）であって、公に取得することができないものを、ビジネスユーザーとの競争に利用してはならない。公に取得できない情報には、ビジネスユーザーやエンドユーザーのCPSにおける商業活動（クリック、検索、閲覧、音声データを含む）を通じて集められ収集され、（データとして）整理され、あるいは整理されていないデータを含む。

(3) 5条2項、6条1項の意義（前文36-38項）

5条2項は、その具体化規定である6条1項とともにDMAの中核的な条文である。この2条の趣旨・目的は、前文36-38項に説明されている。

ビッグテックの提供するプラットフォームでは、自らが直接、その利用者（エンドユーザー）の情報を取得するだけでなく、プラットフォームを利用する事業者がその顧客から取得する情報についてもアクセスすることができる。

アンドロイド事件でいえば、MADAでOSに統合された6つのアプリは、そのアプリ上の事業者、例えばブレイ・ストアであれば、ゲーム・ソフトを提供する第三者事業者によって提供されたゲームの利用者の情報をも取得することができる。

そのため、GKは競争者にデータの収集利用において、圧倒的優位性を有する。かかる圧倒的優位性を緩和して、コンテストアビリティ・マ

ルチホーミングを確保することが5条2項、6条1項の趣旨であり、前文39項、40項でかかる趣旨がよりわかりやすく説明されている。

このような第三者事業者（ビジネスユーザー）が、その顧客との間で取得した情報を、エンドユーザーの同意を得ていない限り、他のビジネス（例えば、グーグルの広告事業）で使用してはならないとされる。同意に関しては、拒絶事業者に対し、（1年内に）繰り返し同意を求めることが禁止されている。それが5条2項(a)(b)(c)の規定であり、その趣旨は、前文36項で言及され、(d)の同意の点は、37項で言及されている。前文38項では、児童の保護について言及されている。

さらに、同意という形ではなく、サインインさせることにより、GKの事業として情報を取得するという抜け道についても、サインインさせることの禁止によって、抜け道をふさいでいる。

制度的には大胆な提案であるといえるが、実際問題として利用していることをどこまで止められるかは未知数である。Facebookは、FTCとの同意命令により、同意がない個人ユーザーの情報を利用してはならないことを制約していた²。

(4) エコシステム支配の強化を目的とする企業結合に及ぼす影響

とくに5条2項の情報の結合禁止は、適正に機能すれば、情報取得を目的とする買収を行っても、情報を有機的に結合させることができなくなるので、エコシステム強化を目的とする買収戦略を抑制することができる。これが機能するのであれば、FBを分割したり、企業結合を禁じる必要はなくなる。その意味で、運用が注視される。

6 データ等へのアクセスに関するFRAND義務

6条では、ビジネスユーザーのデータアクセスに關し、さらに大胆な規定が置かれている。

(1) 6条9項（前文59項）：データポータビリティの確保

GKはエンドユーザー（エンドユーザーにより権限を付与された者を含む）に対して、その要求により無償で、エンドユーザーにより提供された情報とエンドユーザーがCPSを利用することで生じた情報について、効果的なデータのポータビリティを可能にし、データポータビリティを促進するためのツールの提供、およびこれら情報への継続的でリアルタイムのアクセスを提供しなければならない。

この規定の趣旨は、GKがデータの集積により、データへのアクセスの圧倒的優位性を有するため、GKがCPSのコンテストアビリティ・イノベーションを損なわないようにさせ、マルチホーミングを促進することにある（前文59項）

(2) 6条10項（前文60項）：エンドユーザーが提供し生成されたデータへのビジネスユーザーの無償アクセス

GKはビジネスユーザー（ビジネスユーザーにより権限を付与された者を含む）に対して、その要請により無償で、高品質、継続的かつリアルタイムで集計されたあるいは集計されていないデータへのアクセスおよび利用を提供しなければならない。このデータにはビジネスユーザーがCPSまたはCPSの付随サービスを利用するにあたって提供し、または生成されたビジネスユーザーまたはビジネスユーザーと取引をしたエンドユーザーのデータを含む。なお、個人データはビジネスユーザーとの直接取引があり、かつエンドユーザーが情報共有に同意した場合に限り提供される（6条10項）

この規定の趣旨は、ビジネスユーザーを介し、エンドユーザーが提供し生成されたデータに対し、ビジネスユーザーが無料でアクセスすることを認め、必要があれば、エンドユーザーから同意を取得するようにするものである。59項同様、コンテストアビリティ・イノベーション・マルチホーミングの観点からの規定である（前文

60項）

(3) 6条11項：第三者事業者への検索データへのアクセス

GKは、オンライン検索サービスを提供する第三者事業者に対して、その要求により、公正かつ合理的、非差別的な条件において、GKの運営するオンライン検索サービスにおけるランキング、検索ワード（query）、クリック、閲覧データを開示しなければならない。検索ワード、クリック、閲覧については匿名化されなければならない。

(4) 6条11項の趣旨（前文61項）と課題

前文61項は、GKによるランキング、クリック、ビューデータへのアクセスは、参入と拡大に対する重大な障壁となり、オンライン検索のコンテストアビリティを損なっているのであるから、コンテストアビリティの観点から、GKは、オンライン検索エンジンで消費者によって生成された無料および有料の検索に関連して、公正、合理的、非差別の条件（FRAND条件）で、データの表示、クリック、および表示へのアクセスを提供する必要があると規定の趣旨を説明する。

本項の第三者事業者は、競争者を含むと考えられ、既存のオンライン検索エンジンに対して、その保有するデータを新規参入事業者に提供すべきとするものである。そうすると、グーグルの一般検索の競争者は、グーグル検索で得た情報を開示することを求めることになるのであろうか。大胆な規定であるが、どのように情報を特定して請求するのか、請求に対する価格をどう設定するか（無償とはされていない）など、理論実務両面の課題が多いと思われる。

提供情報の匿名化の点は個人情報保護の観点からは、適正のように見えるが、それ（氏名を含む属性に関するデータ）を知っているGKとの間の情報格差は解消されないのでないか（個人を特定した情報を持っているかいないか

でターゲット広告の精度に大きな差異が残る可能性があり、GKのデータ優位性は何ら解消されず、広告業者もこれまで通り、GKに依頼することになるのではないか)。情報提供の意義が半減するのではないかとの疑問がぬぐえない。

(5) 6条12項(前文62項):ビジネスユーザーに対するFRAND条件でのアクセス

GKは、ビジネスユーザーに対して、そのリスト化されたアリストア、オンライン検索エンジン、オンラインSNSへのアクセスについて公平、合理的かつ非差別的な条件を適用しなければならない。

この趣旨は、GKとソフトウェアアプリケーションストアのビジネスユーザーとの間の交渉力の不均衡を考慮すると、価格設定または他の一般的なアクセス条件が、ビジネスユーザーに課せられた権利と義務の不均衡につながる場合、またはGKがビジネスユーザーに提供するサービスに不均衡な優位性を与える場合、またはゲートキーパーと同じまたは類似のサービスを提供する際にビジネスユーザーに不利益をもたらす場合は、FRAND条件を義務付ける必要があるとするものである(前文62項)。

(6) 前文48項:クラウドコンピューティングに関する情報へのアクセス

クラウドコンピューティングに関しては、GKがビジネスユーザーがクラウド上で取得したデータを使用させない義務が課されている。これは、クラウドによって、さらに膨大な情報をGKが取得利用できることにより、データ優位性がさらに著しく拡大するため、そのような利用を禁じる趣旨である。本項の記述は極めて重要であるが、一見すると条文に落ちていないように見える。しかし、CPSにクラウドが含まれうることが前文16項に規定されているので、CPSの定義を通じ、データの結合禁止(5条2項)によって実質的に条文化(規範化)されていると読むのではないかと思われる。

7 広告主とパブリッシャーの情報へのアクセス

(1) 5条9項10項:広告主とパブリッシャーへの情報提供

GKはオンライン広告掲載サービスを提供している広告主(advertisers)に対して、広告主の要請によって、無償で、一日ごとの情報を提供しなければならない。この情報には(a)広告主が支払う個別の広告に係る価格と手数料、(b)パブリッシャーにより受領される報酬(パブリッシャーによる同意がある場合に限る)、(c)価格、手数料および報酬が計算されるマトリックスが含まれる(5条9項)。

GKはオンライン広告サービスを行っているパブリッシャーに対して、パブリッシャーの要請によって、無償で一日ごとのパブリッシャーの在庫(inventory)についての情報を提供しなければならない。この情報には、(a)パブリッシャーが個別の広告掲載によって受け取る報酬とパブリッシャーが支払う手数料、(b)広告主によって支払われる価格(広告主の同意がある場合に限る)、(c)価格と報酬が計算される方法が含まれる(5条10項)。

(2) 6条8項:効果測定ツールへのアクセス

GKは広告主とパブリッシャー(権限を与えたものを含む)に対して、その要請により無償で、GKの効果測定ツールと、広告主とパブリッシャーが広告在庫(inventory)の独立した検証(verification)に必要なデータ(集計されたものと集計されていないものを含む)にアクセスできるようにしなければならない。

(3) 規定の趣旨(前文45項・58項)

5条9項、10項は、広告主・パブリッシャーに対する手数料または報酬など支払いにかかる情報の提供を義務付けるものである。5条9項、10項はいわば請求明細の提供であり、当たり前ともいえる規定であるが、その趣旨は、前

文45項に規定されており、デジタル広告を提供する条件の不透明性に対応するものとされている。

6条8項は、広告効果を計測するに必要なツールとデータの提供を義務付けるものである。この規定の趣旨も、特定の広告のアドバタイズメント効果に対する不透明性が指摘されていることから、公平性、透明性、コンステンシティの観点に基づき、情報提供を義務付けるものである(前文58項)。効果測定ツールはアルゴリズムを含むものではない(アルゴリズムの開示が求められるものではない)。

8 アプリの設定・利用、デフォルト設定によるエコシステム支配にかかる規定

グーグルアンドロイド事件から、OSのライセンスにアプリを抱き合わせ、アプリの利用からデータ優位性を強化している実態が明らかになり、また、アンドロイドフォークに対する利用制限により、参入障壁を高めている実態が明らかになり、また、ショッピング事件からは、二重の地位の利用による競争上の優位性の問題が明らかになっている。本条は、このようなアプリ・OSなどに関するコンステンシティを確保するための規定が置かれており、これに関連する規定をまとめる。

(1) 6条3項:アプリの削除とデフォルト設定変更の許容

OS上のアプリは技術的に削除可能なもの、エンドユーザーが容易に削除できなければならない。ただし、OSが機能するために必要であり、第三者アプリでは対応できない場合を除く。

GKはOS初期設定、特にオンライン検索エンジン、バーチャルアシスタント、ウェブブラウザ(以下、「検索エンジン等」という)といった機能に関し、GKが提供するものを利用するよう仕向ける設定について、変更することを容認し、かつ技術的に容易に変更できるようにしなければならない。

(2) 6条3項の規定の趣旨・射程(前文49項)

前文49項は、以下のように本条の趣旨を説明する。GKは、検索エンジン等に關し、上の自社または第三者のサービスまたは商品を優先し、エンドユーザーが第三者を通じて入手できる同じまたは類似のサービスの取引機会を減少させることができ(前文は、損害を与えることができる)と記載されている。

前文49項は簡潔だが、6条3項は、グーグルアンドロイド事件の問題に対応するものであり、端末事業者(第三者事業者)にプリインストールさせない。あるいは、デフォルト設定によって、競合の検索エンジン等の利用を抑制させる場合に対応するものである。「仕向ける設定」には、アンドロイド事件のRSAのような収益分配を通じて、競合アプリをプリインストールするインセンティブをくじくことが含まれるようにも考えられるが、「エンドユーザー」に「変更することを容認する」ことだけで救済として機能するかが問題である。エンドユーザーが変更できたとしても、問題は、端末事業者が収益分配を得るためにGKのアプリを優遇するからである。デジタルと競争過程IV(アンドロイド事件GC判決)では、この点をさらに詳述する。

(3) 6条4項:第三者アプリのインストール許容とOSのインターフェラビリティの確保

GKはそのOSを利用または相互運用する第三者のアプリ及びアリストアをインストールすることを許容し、効果的に利用することを技術的に可能にしなければならない(インターフェラビリティの確保)。またGKのCPS以外の方法で第三者アプリまたはアリストアにアクセスできることを認めなければならない。またエンドユーザーが自身のデフォルトとして第三者アプリやアリストアを設定することを妨げてはならない。ただし、ハードウェアやOSの完全性を危険にさらすことのないような手段を探すこと、およびエンドユーザーのセキュリティ確保のための手段を探ることは許容される

が、これらの手段は比例的である必要がある。

(4) 6条7項：OS等へのアクセスの確保

GKは、サービスの提供者とハードウェアの提供者に対して、無償で、効果的な相互運用または相互運用目的のアクセスを提供しなければならない。これらはリスト化されているOSやバーチャルアシスタント経由でアクセスされるサービスやハードウェアに対して行われているアクセスや相互運用性と同程度でなければならない。ただしGKがOS運用の統合性を確保するに必要最小限の措置をとることは否定されない（6条7項）。

さらに、GKはGKが提供するOS、ハードウェア、ソフトウェア（OSの一部かどうかを問わない）が得られるのと同等に効果的な相互運用性及び相互運用のためのアクセスを、ビジネスユーザー及びCPSとともに提供されるサービスの代替的提供者に対して、無償で許容しなければならない。ただし、OS、バーチャルアシスタント、ハードウェア、ソフトウェア機能の完全性を阻害させない手段を必要最小限に限定してとることができる（同項）。

(5) 6条4項7項の趣旨と前文50項

6条4項7項は、規約や技術を通じ、第三者のアプリが、GKのOS上で適切に機能しないようにすることを禁じる規定であり、前文50項では、より詳細に説明している。その趣旨は、アップルやグーグルでは、アリリストアを通じて、第三者アプリを利用するようになっているが、OSのセキュリティ・品質の維持を理由に利用できる第三者アプリを制限している。そして、それが真にセキュリティ・品質の維持ではなく、アップルやグーグル自身の競合アプリが利用できないようにするために用いられる場合もある。下記9とその冒頭で説明しているエピック対アップル事件ではアップルのiOSでは、セキュリティ・品質の維持を理由にAPI(application software interface)のライセンスを制限することにより、第三者アプリの利用が制限されて

いた。6条7項では、GKがセキュリティ・品質の維持を制限の理由とする場合、そのような制限が厳密に必要かつ比例的であり、他のより制限的でない手段がないことを実証した場合にのみ許容されるとする。

EUでは、EUマイクロソフト事件で既にOSのインターバラビリティを確保するための情報開示が命じられている先例があり、同判決の法理をアリリストアを通じてAPIのライセンスを制限することにより、第三者アプリが利用できないようにすることに応用するものであるといえる。

(6) 6条5項：二重の地位と自己優遇

GKは、GK自身により提供されるサービスや商品に関するランキングと、それに関連するインデックス作成とクロール(indexing and crawling)⁵について、類似する第三者のサービスや商品より有利に取り扱ってはならない。GKはランキング付与等にあたって透明性、公平性および非差別的条件を適用しなければならない

(7) 6条5項の趣旨と二重の地位と自己優遇に関する46-47、51-52、54-56項の記載

6条5項は、GKの二重の地位に基づく自己優遇についての規律に関する条文である。

前文では、まず、46項、47項において、二重の地位を持つことの優位性について記述する。51項52項は、GKが垂直統合され独自のCPSを通じて、またはしばしば利益相反につながるビジネスユーザーの支配(control)を通じて、エンドユーザーに特定の商品やサービスを提供する場合に対応するものである。これには、GKがオンライン検索エンジンを通じて独自のオンライン仲介サービスを提供する状況が含まれる。GKがCPSでこれらの商品またはサービスを提供する場合、GKは、そのGKが運営されている第三者の商品またはサービスよりも、ランキングおよび関連するインデックス作成およびクロールの点で、競争者より有利な地位を

確保することができる（51項）。このような状況では、GKは、CPSでのランク付け、および関連するインデックス作成およびクロールにおいて、法的、経済的、または技術的な手段を通じて、自らが提供する商品またはサービス、または自分が管理するビジネスユーザーを通じて、いかなる形態の差別的または優先的扱いを行ってはならないと記述している。

51項52項で自己優遇の問題をランキング優遇だけでなく関連するインデックス作成およびクロールに拡張しているのは、グーグルショッピング事件に対応するものである。デジタルと競争過程Ⅱ（上）で指摘したように、同事件での優遇は、検索におけるランキングの優遇というよりも第2列に「product universal（後には、shopping unit）」と呼ばれるインデックスが置かれ、そこに必ずグーグルの価格比較サイトが現れること、しかもその現れ方は、他の価格比較サイトであれば、そのサイト名のインデックスをクリックして初めて、比較の画像が現れるのに対し、最初からproduct universalのサイトの画像が現れる（広告と同じような現れ方となっている）ため、場所とクリックの手間（これがクロールの優位性である）の二重の点で、グーグルの価格比較サイトに有利になっているという問題であり、本項は、かかる優遇をも禁止するものである。

二重の地位に関しては、さらに、54項でウェブ端末などのハードの提供に関し、競合ハード事業者との平等性確保、55項でGKのデバイスマーカーとしての地位を有する場合（アップルが端末を自社で生産することを念頭に置いている）の問題を記載し、さらに、56項では、二重の地位によるイノベーションの阻害について言及されている。

(8) 6条6項：アプリやサービスの切り替え制限の禁止

GKは、技術的あるいはその他の方法で、エンドユーザーが、異なるCPS上のアプリやサービスを乗り換え、選択する能力を制限してはな

らない。これにはインターネット接続サービスに関する選択も含まれる。

(9) 規定の趣旨（前文53項）・アメックス事件との関係

前文53項にも同趣旨の記載がある。6条3項4項5項を実効化するためには、切り替えを制限してはならないことは自明であるが、本項の規定と米国アメックス事件最高裁判所が整合しないわけではない。アメックス事件は、関連市場で3位の事業者が行う制限であり、商品差別化に必須の規定であり、1位と2位事業者との競争を活性化される競争促進的正当事由を有する事例であり、GKとは明確に区別される⁷。

9 他のCPS経由のコンテンツ・ソフト利用についての制限の禁止

(1) エピック対アップル事件

上記8は、エコシステムの中に取り込んだユーザーに第三者アプリなどを使わせることによって、コンテストibilityを確保させようとする規定であるが、本項は、ユーザーがエコシステムの外とつながり、外部での有利な取引（決済）を確保することによってコンテストibilityを確保しようとするものである。米国のエピック対アップル事件は本項の問題が具体的に争われた事例である。ただし、同事例は、5条7項の問題であり、本項の規定は、決済以外の囲い込みの問題にも包括的に対応するものである。

エピック対アップル事件は、オンラインゲームの提供事業者（ビジネスユーザーである）であるエピックがアップルを訴えた米国の私訴事件であり、反トラスト法違反はないが、州の不正競争防止法に違反するとの判断が行われた事例である。アップルが、アップル・ストア経由で音楽やゲームのアプリを取得した場合に、それらアプリの楽曲やゲームのアイテムを購入するには、アプリ内課金システム（In-App Payment System）の利用が強制され、その価格の

30%をアップルに支払うことが義務付けられ、②エンドユーザーがアップル・ストア外でアイテムが購入できることを告知し、誘導することが禁止されていた。EU・日本でも調査が行われ、欧州委員会は、(i)アップル・ペイについて、第三者が商業アプリやウェブサイトへの組み込みの際にアップルが課す条件その他の措置、(ii)iPhoneを利用して、店舗において支払うための近距離無線通信(NFC)機能(タッチアンドゴー)をアップル・ペイに限定していること、(iii)アップル・ペイへアクセスが制限されたことについて、調査を開始すると発表した⁹。日本では、アップルは、一定範囲の事業者に関しては、CPS外部での決済を認めるようアップルの規約が改められたことにより終了している¹⁰。

(2) 5条4項：CPS外取引の容認

GKは、ビジネスユーザーがGKのCPSで獲得したエンドユーザーに対して、CPSあるいは他のチャネルを利用して、GKのCPSでの条件と異なる条件で行うことも含め、エンドユーザーと通信し、勧誘を行って契約を締結することを無料で認めなければならない。

(3) 5条5項：CPS外で取得したコンテンツ利用

決済の抜け道として、CPS外で入手したアイテムを、CPSで利用できないようにして、事実上、アプリ内課金に誘導することを禁ずるなどの理由から、「GKは、エンドユーザーが自社のCPS外でビジネスユーザーから取得したサービス、コンテンツ、定期購読(subscription)、購読物(features)その他のアイテムについて、自社のCPSで取得したアプリ経由での利用を認めるものとする」との規定が置かれている。

(4) 5条7項：アプリ内課金システム利用強制禁止

GKはエンドユーザーまたはビジネスユーザーに対して、識別サービス、ブラウザ、支払

いサービス、アプリ内支払技術の利用を強制してはならない。

(5) 5条8項：他のCPSへの登録要求の禁止

GKはビジネスユーザーまたはエンドユーザーに対して、他のCPSや閾値を満たすCPSへの登録に関し、GKのCPSの利用・アクセス・登録を条件としてはならない。

(6) 前文39-44項

以上に対応する前文の規定が39-44項である。39項は、GKが、(i)エンドユーザーに対し、他のオンライン仲介サービスを利用するのを制限したり、(ii)ビジネスユーザーに対し、エンドユーザーに他のオンライン仲介サービスを通じたより有利なサービスの提供を制限してはならないことを明記する。40項41項は、エコシステムへの問い合わせを緩和し、マルチホーミングを促進する必要性を述べる。42項は、エコシステムへの問い合わせの緩和、マルチホーミングの促進のためには、コンテストアビリティとフェアネスの確保が重要であり、その確保の観点から当局の権限が行使されることを述べる。

さらに43項で、課金に関し、エコシステムの外部の決済の利用が確保されることを記述し(5条7項の趣旨を記述し)、44項でかかる決済に登録・サインインなどを要求することで他のCPSへのアクセスを制限したり、外部を利用したことについての情報を収集して、データを蓄積すること禁じている。

10 その他条項

(1) 5条3項：MFN条項の禁止

GKは、ビジネスユーザーに対して、他のオンライン仲介サービスやビジネスユーザー自身のチャネルで、GKの提供するオンライン仲介サービスと異なった価格や条件で提供することを禁止してはならない¹¹。

(2) 5条6項：非係争条項の禁止とその趣旨

GKはビジネスユーザーやエンドユーザーが、GKによる欧州法あるいは国内法違反を理由とする行政や司法当局への苦情申し立てや訴訟の提起を阻止してはならない。

本項では日本のケアルコムで問題となったNAP条項が禁止されている。日本の公取委は、これを無償化条項という理解を行ったために、取消審決を受けることになった¹²が、本来のNAP条項の趣旨に基づいてその禁止が盛り込まれている。

(3) 6条13項：不均衡な契約解除規定の禁止

GKはCPS提供に関して、不均衡な(disproportionate)解除条件を設定してはならない。GKはユーザーの解約規定の行使を不当に困難なものとしてはならない。

11 7条：個人間通信サービスの相互接続・インターフェラビリティの確保

(1) 電話番号から独立した個人間通信サービスの相互接続の確保

GKは、リスト化されたその運営する電話番号から独立した個人間通信サービス(number-independent interpersonal communications services以下、NICS)の基礎的な機能を、他の事業者が提供する、あるいは提供しようとするNICSと相互接続が可能となるようにしなければならない。このことは他の事業者からの要請に基づいて、無償で、必要な技術的なインターフェイスまたは相互運用を可能とする類似のソリューションを提供することで行う(1項)。相互接続の義務はGKにのみ課せられているので、GKでないNICS提供者は相互通信を可能とするかどうかの選択権を有する。またエンドユーザーも相互運用が可能な事業者において相互運用を行うかどうかの選択権を有する(7項)。

(2) 本条の意義

本条は、インターネット経由での通信が行われる状況が生じていることから、インターネット経由の通信にも相互接続を確保する趣旨の条項である。本条に関しては、相互接続に関するスケジュールまで規定されている。その概要是以下のとおりである。

(a) 二人の個人エンドユーザーのテキストメッセージ・画像、音声メッセージ、ビデオその他の添付ファイルで二人の個人間エンドユーザー間の通信については、GKとして指定・登録された段階で直ちに相互接続を確保することが求められる。

(b) 個人エンドユーザー集団内におけるテキストメッセージ・画像、音声メッセージ、ビデオおよびその他の添付ファイルによる、グループチャットと個人エンドユーザー間の共有については、指定から2年以内に相互接続を確保することが求められる。

(c) 二人の個人エンドユーザー間の音声通話・二人の個人エンドユーザー間のビデオ通話・グループチャットと個人エンドユーザー間の音声通話・グループチャットと個人エンドユーザー間のビデオ通信については、指定から4年以内に相互接続を確保することが求められる。

12 DSAとの関係

DSA(Digital Service Act)は、個々の取引の公正を確保するための規定であり、DPの責任を中心に規定されている。日本で中心的な問題として考えられている一方的な規約変更の問題は、DMAに規定ではなく、DSAの問題として整理されている。日本では、優越を競争法とすることにより、デジタル経済の理論の再構築の問題が、脇に置かれたまま、市場の問題と取引の問題が混同して論じられる傾向があるが、EUでは、問題を分けて論じる姿勢が、DMAとDSAを分けて立法化していることに表れている。

13 加盟国における DMA 類似の立法

EU では、加盟国レベルでもビッグテックのエコシステム支配に対し、競争法の特別法的観点からの立法が行われている。

(1) ドイツ競争法第10次改正

ドイツでは、本則19条において、市場横断的な支配的事業者 *paramount significance for competition across markets* についての規制を追加し、その中で、DMA のような行為を規制する条項を挿入する改正を行っている。1項から7項において¹³、大要、DMA と同種の規定を置き、これら行為が客観的に正当化され得る場合には違反とはならないが、その立証責任が市場横断的な支配的事業者にあることを規定する。

(2) 英国における Digital Markets Unit の設置提案

英国では、2021年4月、ビッグテックを監視させる機関として、① strategic market status (SMS) を有する事業者を指定し、② code of conduct の遵守を監視し、③競争促進的介入 (PCI) を行う英國競争当局である Digital Markets Unit (DMU) をCMA の一部局として設置することを提案している。DMU がコード違反の調査、違反の発見、中止、全面的停止等の命令（コード命令、緊急コード命令）を行う権限を有する。

[注]

1 芝浦と教場事件最判（平成元年12月14日）民集43巻12号2078号は、「原価を著しく下回る対赤で継続して商品または役務の提供を行うことは、企業努力または正常な競争過程を反映せず」と指摘していた。最近のNTT東日本事件最判、JAS-RAC事件最判、ブラウン管事件最判も競争過程を競争評価のパラメーターとしている（越知・競争法大全第2章第5節、デジタルと優越Ⅱ参照）

2 In the matter of FACEBOOK, INC., DOCKET NO.C-4365. 競争法大全730頁

3 公取委の広告についての報告書を引用。バブリッシャーは、媒介者と訳されたりするが、広告

を介する電話などの広告代理店を指すのではなく、デジタル検索結果が表示された画面（デジタル広告が出ている画面）で情報や動画を提供する者を指す。

- 4 Case T-201/04 Microsoft Commission [2007] ECR-II-3601.EU:T:2007:289 競争法大全748頁
- 5 クロールとは、ページ上のリンクをたどって新しいページに移動し、新しいページ上の他の新しいページへのリンクを見つけてたどり続けることをいう。インデックス作成とは、ページにある情報を格納および整理することをいう
- 6 Ohio v. American Express Co. 585 U.S. 138 SCt 2274 201 Ld.2d 678 (June25 2018)
- 7 越知・競争法大全726頁
- 8 Epic Games Inc. v Apple Inc. Sep 10 2021 United States District Court N.D. California Case No. 4:20-cv-05640-YGR Document 812 Filed 09/10/21 P なお、本訴訟では、反トラスト法違反を否定しつつ、カリフォルニア州不正競争防止法違反が認定された。https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cand.364265.gov.uscourts.cand.364265.812_0_2.pdf
- 9 European Commission press release 16 June 2020
- 10 公取委新聞発表令和3年9月2日アップル・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
- 11 MFN の問題については、越知・競争法大全第6章で論じている（478頁、503頁、518頁など参照）。
- 12 本デジタルと競争過程Ⅰのクアルコム事件の解説の末尾参照。越知・クアルコム論文（下）46頁、越知・競争法大全778頁。
- 13 19a条1項から3項は、上記ダーゲルショッピング事件、同アンドロイド事件、同4項は、ドイツのFacebook事件（デジタルと優越Ⅱ、IV、競争法大全762頁参照）、5項は、OS等のインターフェラビリティの確保、6項は、広告業者などへの情報開示、7項は、エディカ事件（利益強要禁止）を念頭に置いた規定となっている。 (46)

デジタル経済と競争過程保護Ⅳ

グーグルアンドロイド事件 GC 判決

越知保見*

I 総論

2022年9月14日、GCは、グーグルアンドロイド事件について、欧州委員会決定を維持する判決を下している（ただし、制裁金については、5%の減額を行っている）。同判決は、パラグラフで1000以上に上る膨大なものであるが、判決の長さもさることながら、決定後の議論の進展、インテル事件で示された重点機種型のリベートによる利益誘導についての考え方、デフォルトパワーの位置付け、DMAの考え方、エコシステム支配に関するセオリーオブハームなどGAFAの戦略に関する分析の深化を理解していくなければ、判決の意図・評価を正しく行うことは難しい内容となっている。とくに、GC判決は、委員会決定に比べ、セオリーオブハームの説明を改善しているが、欧州委員会決定の枠組みにとらわれているため、判決の論理は明確さを欠く。

すなわち、本判決は、欧州委員会決定が違法行為として指摘した4つの行為（デジタルと競争過程Ⅱ（下）を参照）は、個別の問題ではなく、その累積効果により、利用者をグーグル検索にロックアップさせ、同市場での圧倒的市場支配力を維持することに向けられていることが問題の核心だということを絶対段階で指摘している（パラ64-72）。これは、事実上、米国DOJの訴状の考え方により、セオリーオブハームを再構築するものとして、積極的に評価でき

る。

しかし、各論では、委員会決定の構成に従い、3つの協定を個別に問題にし、しかも、RSAを論じたD章では、ポートフォリオ RSAは、インテル事件 GC 判決の考え方方に依拠し、それ自体違法ではないと結論付けられている（802）。しかし、MADAを論じたC章、制裁金を論じたF章では、RSAとMADAの累積効果をMADAのセオリーオブハームとしており、その結果、ポートフォリオ RSAは、それ自体違法ではないとされながら（3つの契約の一つの違法性が否定されたにもかかわらず）、制裁金の減額は、5%にとどまる。RSA自体が違法でないとあえて評価する意味があったのかは疑問である。

しかも、RSAの累積効果として分析される内容は、RSAの項目ではなく、MADAで論じられている。MADAの項目での分析は、RSAとの累積効果の観点が入り込んでおり、RSAの反競争性を理解していないと判決のセオリーオブハームの理解は困難である。GC判決の論理において濫用性の中核にあるのはMADAで

——もくじ——

- I 総論
- II 判決の構成と要点
- III 各協定とその累積効果の反競争性の分析
- IV 4事件の総合評価・共通性とデジタル経済における意義

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

なく RSA であり、MADA こそ単体で違法ではないが、RSA との累積効果で濫用になるのではないかという疑問を感じる論理構成となっている。

アンドロイド事件の各協定は、一般検索（本稿では、「サーチ」ともいう）の競争者排除とエコシステム支配の維持・強化を目的に組み合わされたものであり、判決は、まさにその点をセオリーオブハームと考えている。そうであれば、単体の RSA が濫用行為でないとあえて認定する意味はあまりない。委員会が当初、単体で問題としたからそれに答えたといつても、判決の考え方を推し進めれば、MADA も単体では RSA 以上に問題ではない。単体としては、MADA も RSA も違法とは言えないが、累積することで誘導による排他性が強化される。AFA にしても、2者択一を迫っているという問題、それにより、排他性をさらに強化しているという視点が重要である。つまり、3つの協定は、競争者を排除し、エコシステム支配を強化するための3層構造になっていることが重要であり、それが GC 判決による委員会決定のアプローチの洗練であるともいえ、また米国 DOJ のアプローチと共通するものであるといえる。しかし、委員会決定のセオリーオブハームの一部と個別の協定ごとに違法性を判断する構成を引きずっているために、判決の論理は混乱しているように見える。上告審における ECJ の対応が注目される。

II 判決の構成と要点

説示の細部については、Ⅲの評釈の中で述べ、ここでは判決の構成と説示の流れを概説する。以下、括弧内の数字はパラグラフ番号である。なお、事案と委員会決定の概要・問題点については、デジタルと競争過程Ⅱ（下）参照。

A 総論 (preliminary observation)

複数の側面を持つ單一の侵害という表現で、累積効果が問題であること、それがグーグル検索の支配力維持に向けられたものであることを

説示している（64-72）。

B 関連市場の固定と市場支配的地位の評価

(1) OS 市場における支配的地位

(1) ライセンスされない商品が市場に含まれるか

アップルの iOS は関連市場に含まれない。iOS はライセンスされない。ライセンス不能の商品は、OS ライセンス市場には含まれないからである（139以下）。

(2) SSNDQ の分析手法：品質の考慮の仕方

委員会は、SSNDQ の観点も考慮している（172以下）。すなわち、アンドロイド OS の品質の低下があったとしても、ほかの商品にシフトせずに、アンドロイド OS を使い続けるとする。しかし、SSNDQ に関しては、SSNIP のような定量化は必要ないとする（180）。代理変数として、ユーザーの忠誠心を挙げている（183以下）。

(2) プレイ・ストアにおける支配的地位

グーグルは、アップル・ストアとの競争を理由に支配的地位がないと主張しているが、iOS が別市場であるから、アップル・ストアは別市場を構成するので、プレイ・ストア（以下では、単に「プレイ」ともいう）の支配的地位は明らかである。

(3) 一般検索サービスにおける支配的地位

一般検索サービスにおける支配的地位が認定されている。

(4) エコシステム間競争

エコシステム間競争は、ある程度の制約にはなるが（242, 243, 322）が、グーグルの支配的地位にアップルがアприオリに影響を与えることができるわけではないので（272）、支配的地位の認定を左右するものではない。

C MADA

(1) 競争制限に関する条件

競争制限となる条件を(i)グーグル・サーチとプレイのバンドル(ii)グーグル・サーチとクロムのバンドルとした委員会決定を維持しつつ、2つのバンドルは、累積効果(complementary)をもつ、とする。

(2) 競争制限効果

委員会決定では、MADAをプレイ、クロムとサーチの抱き合わせの観点だけから分析しているが、判決は誘導によるパワー、デフォルトパワーを現状維持バイアス、ユーザーエクスペリエンスとして、詳細に分析している。しかし、それは、MADA単体で生じるものではなく、RSAとの累積によって生じるものである。

(a) 現状維持バイアス(デフォルトパワー)の認定

グーグルは、デフォルトパワーがない(デフォルト設定に競争を排除する力はない)かのような主張を行い、証拠を出している。これに対し、丁寧に証拠を検討し、100パラグラフにおける分析を経て、最終的に、デフォルトパワーがない(ユーザーの乗り換えを妨げ、競争を制限する効果がない)との主張を退けている。(317-418)

(b) 競合するサーチ・アプリをブリインストールできるのか(419以後)

端末業者(判決は、「OEM」と表現している)は、競合するサーチ・アプリそれを設定すること、それによりグーグルの優位性を減殺させることができないわけではないが、端末業者が、競合アプリをデフォルト設定することは、RSAに基づく自らの収益分配を減らすことになるからディスインセンティブが働く点を指摘している(451,457,472など)

(c) ブリインストール以外の競合アプリのユーザーへの到達手段があるか

IIIで評議と一体的に説明するが、競合アプリ

の到達手段が極めて限定されることが指摘されている。

(3) 正当化事由:

20パラ程度の簡単な記述にとどまり、効率性は、正当事由になるとしつつ、その立証責任は、グーグルが負い、グーグルは立証に失敗したとする。ただ、正当化事由は、その他の箇所でも言及されており、客観的正当化条件の項(597以下)において、アンドロイドと収益を生み出さないアプリへの投資を収益化するために、この抱き合わせが必要であることを立証できていないとも説示されている。

D RSA

RSAはイノベーションを抑止している(628)、投資の回収に必要とのグーグルの主張は立証されなかった。

排他性が生じるかについて(651以下)、生じるとした決定に誤りはないとする。ホフマン事件を引用し、その条件なしに、義務は履行されえないのであれば、排他性を持つとする(651)。ところが、カバーレジが小さいとのグーグルの主張に対し(712)、インテル判決パラ138-140を引用し(748)(795)、結果として、AECテストに基づく濫用性を委員会は立証できていないとする(799)

結論として、①ユーザーの競合サーチサービスへのアクセスを見る必要があり、それなしに、かつ、②反事実を仮想するテストを経ることなしに、ポートフォリオ RSAはそれ自体では濫用とはいえないとする(802)。

E AFA

委員会は、AFAの目的は互換性のないアンドロイドフォークの排除にあると主張し、グーグルは、アンドロイドOSのオープンソースモデルの高度の柔軟性を維持しながら、OSの実践力(viability)と品質を保証すると主張したが、GCは、グーグルの正当理由は立証されないとする。

F 制裁金

RSAについては単体として違法ではないが、他の協定との累積により、反競争効果を生じていることを理由に、制裁金は5%の減額とされた(1018-19, 1021)。

III 各協定とその累積効果の反競争性の分析

1 協定の全体構造

MADAについては、2つの行為を分けて論じており、また、従来のレバレッジのような考え方よりも、①端末業者、②ビジネスユーザー、③エンドユーザーという多段階で生じる取引の誘導、データ収集によって生じる圧倒的データ優位性を反競争性・セオリーオブハームの核心に置く内容となっており、RSAは、その誘導のツールとして、累積性を問題としている。

AFAについても、AFAを単体で論じた箇所でも違法と判断されているが、実際には、MADAで論じている多段階の誘導の手段としての側面、MADAとの累積効果を問題にするものである。

これは、委員会決定の実質的理由付け(セオリーオブハーム)を大きく変更するものである。しかし、委員会決定の構成を維持し、決定に対するグーグルの反論(不服申し立て理由)について理由がないことを補足説明する構成をしている。これは、ショッピング事件にも共通するものもある。

いずれの判決もセオリーオブハームは、大幅に変更されているが、表面的に読むと決定の構成がそのまま維持され、委員会の主張とグーグルの主張を整理し、それについての判断を補足するかのように見える書き方になっている。セオリーオブハームを全面的に変更しているのであれば、誰でもわかるようになぜ構成から書き替えないのかという疑問が生じるが、委員会決定が構成からして維持できないのであれば、決

定は取り消されるべきではないかという議論が出来てしまうために、そうならないように決定の骨格を維持し、説示の内容を洗練するという構成がとられているものと思われる。そして、これは、ショッピング事件とも共通する判決の説示の方法である。

(DMA 制定との関係)

委員会がMADAを問題にしたのは、DMAの前文で詳細に言及されたエコシステムが広範に支配されることから生じる圧倒的優位性の問題であること、実質的に、contestability & fairnessというDMAのセオリーオブハームの考え方を取り込んでいるが、そのような用語が明確に使われているわけではない点も、判決の評価をわかりにくくしている。

DMAの制定により、本件のグーグルの行為は、DMA 6条3項(前文49項)に反することになり(デジタルと競争過程Ⅲ(下) V 8参照)、巨額の制裁金は別として、判決の意義は相対的に低下しているようにも見える。しかし、DMA前文で行われている反競争性の分析は、ある意味で欧州委員会の一方的な論理であり、判決で主張されたグーグルの競争促進性、既存の理論によれば反競争性がないとの主張・論理に対する判決の評価を踏まえた、セオリーオブハーム、反競争性の論理の洗練は、デジタル経済における競争法の理論の正しい展開のために不可欠である。

2 MADAの反競争性の分析総論

(i) MADA 単体の意義

MADAは、3層構造の基本で、6つのアプリをブリインストールしなければアンドロイドOSをライセンスしないとするものである。それ自体は、アプリ6つのパッケージライセンスであり、それ自体を違法といえるものではない。そこで、決定は、プレイストアとサーチ、クロムとサーチの抱き合わせだけを問題にした。しかし、端末業者は競合アプリを置くことが禁止されるわけではない。RSAと組み合わされて、

競合アプリのプリインストールやデフォルト設定をするよう誘導される（ほかのアプリをプリインストールしたり、デフォルト設定しないと収益分配を受けられなくなる）が、MADAの協定によって義務付けられているわけではない。

その意味では、MADA単体での違法性はなく、サーチの利用に誘導する手段として、MADA、RSA、AFAの累積効果により、Bingなど競合するサーチが排除されていることにセオリーオブームを見出すべきであり、判決は、その方向に向かっている。

(2) DMAの考え方：エコシステム強化によるコンテストアビリティの消滅

6つのアプリのパッケージングライセンスがMADA単体で問題ないとしても、他の2つの協定と組み合わされることにより、サーチだけでなく、6つのアプリから情報の集積が高められ、それによって、コンテストアビリティが失われるという観点から、反競争性を導く余地はある。DMAはその点を意識し、第三者アプリから取得した情報の利用禁止（5条2項、6条1項）とデータへのアクセス義務（6条11項、12項）を課しているが、判決はその点をセオリーオブームとして指摘しているものではない。

しかし、サーチの圧倒的な支配的地位が切り崩されると、全体のエコシステム支配が弱まり、収益も低下すると考え、サーチの支配の維持・強化をエコシステム支配の生命線と考えていることに注目し、エコシステム強化によるコンテストアビリティ消滅（競争機能侵害）の観点から本件のセオリーオブームを構築した方がわかりやすかったように思われる。

(3) 決定の考え方の破綻

委員会決定は、サーチがブレイ、クルムとの抱き合わせだけを問題にしている。その理由として、ブレイとクロムの市場シェアが高いことを挙げているが、これは破たんしている。

第1に、ブレイにサーチを抱き合わせる、あるいはクロムにサーチを抱き合わせるといつて

も、抱き合わされるサーチの競合商品がMADAによって排除されるわけではない。端末業者は、競合するサーチ（Bingなど）を搭載することは禁じられていない。RSAによって、端末業者に、競合するサーチをプリインストールするインセンティブが失われているからであって、ブレイやクロムの市場支配力によるものではない。

第2に、ブレイは、アプリの入り口を提供するものであり、ゲームアプリなどビジネスユーザーーやエンドユーザーがアプリを搭載するために不可欠なものである（OSに近い性格を有しているともいえる）。ブレイは、デバイスを機能するために不可欠な商品であり、抱き合せざるを得ないものであるから、抱き合わされていること自体を濫用行為と見ることはできない。

クロムは、今日では、ブレイほど多くのアプリの入り口にあるわけではないが、ブレイが登場する前は、アプリの入り口的機能を有していた。米国マイクロソフト事件において、ブラウザはOSに統合された商品と認定されたのはそのインターネットへの入口的機能・OSを補完する機能のゆえであった。今日でも、ズームなどの会議ソフトは、クロムなどのブラウザーアプリを経由して登録する必要があるなど、入口機能は残存しており、やはりデバイスの機能を発揮させるために不可欠のものである。それゆえ、抱き合せられていること自体を（単独で）濫用行為と見る委員会決定の論理は無理があり、判決ではその構成は採用されていない。

(4) 判決の考え方・累積効果の概要

GC判決は、3つの協定の累積性により他のサーチが排除されていることにセオリーオブームを見出しており、実質的に委員会決定のセオリーオブームは書き換えられている。3つの協定の役割の要点は、(i)6つのライセンスをパッケージ化するMADAが、RSAによる収益分配のインセンティブにより、サーチについての競合アプリ（Bing）のプリインストールをしない、あるいはグーグルサーチをデフォ

ルト設定をするよう誘導される（ほかのアプリをプリインストールしたり、デフォルト設定しないと収益分配を受けられなくなる）。(ii)さらに、AFAにより、サーチについての競合アプリだけがプリインストールされた端末の出現を防ぐ、というものである。以下で、3協定の役割を詳述する。

3 RSA

(1) ポートフォリオベースのRSAとデバイスベースのRSAの意義と排他性の意義

判決は、デバイスRSAとポートフォリオRSAを区別しているが、その区別が明確に書かれていません。D章でポートフォリオRSAはそれ自体で濫用といえないとするが（802）、デバイスRSAについては何も言っていない。このことも判決におけるRSAの取り扱いをわかりにくくさせている原因になっている。

両者の違いを大雑把にイメージするならば、デバイスRSAが数量リペートに近く、ポートフォリオRSAが条件付きリペートに近いといえるかもしれない（したがって、判決では、ポートフォリオRSAが単体で問題ないのであれば、デバイスRSAも当然問題でないことになる）。その違いを考える上では、MADAとRSAによって、どのように競合アプリの利用抑制効果を生じさせようとしているか、その排他性の生じ方がデバイスRSAとポートフォリオRSAでどのように異なるのか（あるいはあまり変わらないのか）を理解する必要があり、その理解こそが、本件の核心的問題である。

この排他性（市場閉鎖効果）は利用抑制効果の問題として把握する必要がある。デジタルと競争過程Iでは、代替的取引先確保可能性で排他性や市場閉鎖効果をとらえたことが、インテル事件GC判決の問題であると指摘したが、デジタル経済においては、代替的取引先確保可能性で排他性や市場閉鎖効果をとらえたのでは、MADAやRSAのセオリーオブームを構築することができないことが本件ではっきりと表

れている。

(2) MADAとRSAによって生じる排他効果・利用抑制効果

MADAは、Android OSの無償供与の条件として、6つのアプリのプリインストールが求めるものである。それ自体としては、パッケージングライセンスである。

排他性を考える場合、①このライセンスの条件として、端末業者に他のアプリのプリインストールが禁止された場合、②インストールは禁止されないが、グーグルアプリの全部または一部のアプリを競合アプリより前（あるいはユーザーの使いやすい場所）にプリインストールするよう義務付ける場合、③そのような義務付けはしないが、RSAにより、他のアプリをプリインストールしない場合には、グーグルサーチの検索の結果、広告料への課金を通じて得た収益を分配することを約する場合、を分けて考える必要がある。

③の分配の方法にはいくつかのバリエーションがある。そのバリエーションは、インテル事件で判明したリペートのバリエーションに対応するものである。

(i) 端末業者の全機種に対し、他のアプリをプリインストールしない場合（あるいは90%で他のアプリをプリインストールしない場合）のみ、収益の分配を行う場合（全機種型ポートフォリオRSA）

ii) 端末業者の新機種・売れ筋モデルなどの特定の機種に対して、他のアプリをプリインストールしない場合のみ、収益の分配を行なう場合（重点機種型ポートフォリオRSA）

(iii) 機種ではなく、デバイスベースで他のアプリが搭載されていない端末について、収益分配を行う場合

以上の各場合で排他性を考えると、①の場合ですら、代替的取引先の確保が困難な場合を基準とする考え方（排除型私的独占ガイドライン、流通取引慣行ガイドラインが取っている考え方

である)では、排他性は生じていない。競合アプリをブリインストールすることを禁止しても、ユーザーは自らアプリをダウンロードしたり、検索して競合アプリにアクセスして競合アプリを使うことができる。競合アプリがアンドロイドOSを使うデバイスに対するアクセスを失うものではないからである(代替取引先はおろか、囲い込んだ取引先へのアクセスすら失われていない)。しかし、実際問題として、ユーザーがブリインストールされているアプリに不満がなければ、ダウンロードしたり、検索したりして競合アプリを使わない。実際には、競合アプリの取引機会は大きく減少するので、利用抑制効果で排他性・市場閉鎖効果を見るならば、排他性・市場閉鎖効果が発生している。

②の場合には、ユーザーは1回余分にクリックすれば、競合アプリを使うことができるので、代替的取引先の確保という基準では、さらに問題は生じない。しかし、多くのユーザーは、その1秒の手間をかけて競合アプリを選ぶ人は限定されているので、利用抑制効果で見ると、①よりは小さいものの、なおかなり大きな排他性が生じている。

これが、デフォルト設定による誘導力であり、デフォルトパワーである。判決で現状維持バイアス・ユーザーエクスペリエンスと表現されているのは、このようなデフォルトパワーとおおむね同義であると思われる。

さらに、③の場合は、リペートになぞらえており、判決は、(i)は違法であろうが、本件は(ii)であり、インテル事件を引用し、ポートフォリオRSAの支給は、5%から35%と幅があり、カバレッジ率が低いので、市場閉鎖効果が生じているかは立証されておらず違法ではないと判断している。(iii)には言及していない。

ところが、D章では、そのように説示して、ポートフォリオRSA(上記(ii)のタイプが念頭に置かれている)はそれ自体は違法でないとしつつ、MADAとの累積効果を生じているので、全体としては違法であるという説示になっている。

(3) 判決理論の評価

しかし、RSAが単体で問題になることは考え難く、MADAと一緒に成了るものとして、RSAの適法性をD章で論じ、違法と判断すべきであった。すなわち、上記の①②をMADAに関するC章で論じ、③(i)(ii)(iii)をRSAに関するD章で違法と判断すべきであったと思われる。

以上に加え、RSA単体で考えたとしても、リペートのインテルに依拠し、(i)重点機種型のカバレッジが低ければ、市場閉鎖効果が生じないとすること自体も疑問である。

もともと重点機種型をコンテストブルな範囲がある程度生じれば、市場閉鎖効果は生じないかのように示唆するインテル事件の判示自体が疑問であり、市場閉鎖効果を利用抑制効果で考え、反競争性を戦略的意図を考慮して考えるべきであるが(この点は、デジタルと競争過程Ⅰで詳述している)、リペートは原価割れの問題を生じるのに対し、RSAは、利益が出なければ支払われないので、原価割れの問題は生じない。原価割れしている部分だけがコンテストブルでない部分であり、市場閉鎖効果を生じるという論理では、市場閉鎖効果は全く生じえないことになる。インテルを引用して考えること自体が不合理なのである。そのような考慮は、C章では行われている。しかし、D章では、一転して、インテル事件に依拠したAECテストを論じている結果、判決がわかりにくいくのとなっている。D章では、MADAを前提としたRSAの適法性の議論をすればよかったと思われる。

上記のような、現状維持バイアス(status quo bias)やユーザーエクスペリエンスを考慮する場合、デバイスRSAすら排他性・反競争性を持っているように思われる。

Bingが同じ比率のRSAを結んでも(元の充り上げに大きな差があるから)全く対抗できないことはデバイスRSAも同じである。つまり、同じ効率性があっても競争者は対抗できず、同

等効率性基準の観点からもコンテストブルティの観点からもデバイスRSAであっても違法と考えるべきであるように思われる。

(4) 途中でポートフォリオRSAからデバイスRSAに変更したことの評価

本件では、最初は、ポートフォリオRSAだったものが、途中でデバイスRSAに変更されている。しかし、MADAとの累積効果を考えるとデバイスRSAであっても、(i)端末業者に競合するサーチ・アプリをブリインストールしないことを条件とする場合、(ii)グーグル・サーチをデフォルト設定している場合に、収益分配が行われるという協定になっていれば、やはり、端末業者には競合アプリをグーグル・アプリと同じレベルないし競合アプリの方をデフォルト設定するインセンティブは生まれないことは、ポートフォリオRSAとそれほど変わらず、デバイスRSAでも誘導効果・排他性を生じる。したがって、デバイスRSAであってもMADAと組み合わされることで排他性を生じているから違法とされるべきものであった。判決が、デバイスRSAについては、累積効果の観点からも違法としていないことは奇異に見えるが、これは、委員会決定自体が、デバイスRSAについては、数量リペートのように考え、違法としていない(排除を命じていない)ためである¹⁾。

なお、デバイスRSAが、(ii)競合アプリをグーグル・アプリと同じレベルないし競合アプリの方をデフォルト設定した場合も、グーグル検索から生じた広告の課金収入に(i)と同様のレベルで、収益分配がなされる場合にも、実は、利用抑制効果は生じている。そのような場合にBingが同じようにRSAを締結したとしても、Bingで得られる収益分配は、グーグルサーチからの収益分配よりもはるかに小さく、なお、グーグルの市場支配を強化しているとも考えられる。しかし、RSAすべてが違法になると解すると、収益分配を失った端末業者の費用の上昇を通じて端末価格の上昇を生じ、消費者厚生に悪影響をもたらすことになり、そこまでを違法とする

ことは難しいであろう。デジタル経済の問題の難しさを象徴する問題といえる。

(5) 本件からの示唆・コンテストブルティを補って考えることの意義

本判決は、(i)市場閉鎖効果・排他性というのは、代替的取引先の確保という概念ではとらえきれないこと、(ii)カバレッジが低ければ、自動的に市場閉鎖効果がなく違法性がなくなるということではないこと、(iii)利用抑制効果がある場合には、その大きさ、誘導性などで、優位性が生じているかを見る必要があること、を示唆するものである。競争上の優位性がある場合、有効な競争を阻害しているか(コンテストブルティ)を見る必要があるというのがDMAだが、competition on the meritという用語で、実質的にコンテストブルティを問題にしているといえる(下記5(3)の判旨引用も参照)。competition on the meritをコンテストブルティに置き換えて判旨を読むとこの判決の意義・セオリーオブハームが理解しやすくなる(下記5(3)の判旨引用も参照)。

(6) RSAに関連している各条項の整理

RSAはそれ自体では違法でないが(802)、MADA、AFAとの総合評価すれば違法である(68、451、1018-19、1021)。C章の451、452にはMADAとRSAの累積評価が必要であり、累積評価すれば濫用性があるとされると表現されるが、MADAのパートに書かれている結果、累積評価すれば、(MADAとRSAの両者ではなく)MADAだけが違法になると評価しているようにも読める書きぶりとなっている。

4 アップルに対するRSA(単体で付与されるRSA)

単体のRSAを問題にしないということになれば、アップルに対し供与されるRSAが問題にならないことになる点も大きな問題である。アップルは、アンドロイドOSもアンドロイドフォークも使わないので、MADA、AFAは問

題にならず、RSA 単体の問題だからである。

単体であっても、アップルがグーグルサーチだけをプリインストールしたり、デフォルト設定していることは、グーグルサーチへの大きな誘導をもたらしており、むしろ、その点は、グーグルにとって死活的重要性を持っている。DOJ の訴状でもその点を重視している²。その重要な部分が違反なしになったのでは、規制がすり抜けになってしまふ。

この点に関し、判決が問題にしないのは、委員会決定が、アップルとの関係を問題にしていないからだと思われる。EUは、クアルコム事件で、クアルコムがアップルを抱え込んだことを別事件としているが（デジタルと競争過程Ⅰを参照）、それと同じ発想のようでもある。しかし、その結果として、アップルとの関係で生じる反競争性の累積効果を問題にすることができなくなっている。委員会の事件処理の問題が表れているように思われる。

5 MADA 再論：C 章の記述の整理

以下では、RSAとの累積効果を意識しつつ、C 章の記述を整理する。

(1) 現状維持バイアス（デフォルトパワー）

グーグルは、デフォルトパワーがない（デフォルト設定に競争を排除する力はない）かのような主張に対し、100パラをかけて丁寧に分析し、最終的に、デフォルトパワーがない（ユーザーの乗り換えを妨げ、競争を制限する効果がない）との主張を退けている（317～418）。しかし、実際には、競合する検索サービスアプリをプリインストールできるが、RSAによってそのインセンティブを奪われていることが419以降で認定されており、317～418で、単独で排除効果が生じるかのような書き方と419以降の記載の一貫性は疑問である。

(2) 競合する検索サービスアプリをプリインストールできるのか（419以後）

判決は、以下の通り、RSAによって競合す

るサーチ（具体的には Bing）をプリインストールするインセンティブが端末業者に働かないことを指摘する。

RSAに関するデバイスの排他性を保障していると述べている（これは、ポートフォリオ RSAに限るとはされていない）（451）。端末業者は RSAに拘束される（457）。

端末業者がほかのブラウザをインストールすることができるからと言って、クロムの優位性が否定されるものではない（465）。RSAがなければ、端末業者は、対抗するサーチアプリをプリインストールすることに対し、商業的利益を持っていただろうと述べる（472）。

グーグルは、端末業者に他のサーチをプリインストールすることに同心がないと主張するが（475～537以下）、競合のサーチは、MADAがなければより有利な競争条件を得ていたはずのところ、MADAにより、そのような条件での取引機会を失った（480）。

グーグルにとっては、少なくともグーグルのサーチがプリインストールされない状況は回避され、（480）。主要なエントリーポイントでは、グーグルサーチがデフォルト設定されているので（490～491）、グーグルの一般検索市場での地位強化に役立った（495）。さらにそこから、40パラをかけ、RSAに言及しつつ（501）、潜在的な収益（482以下）、取引コスト（516～）、ユーザーエクスペリエンス³（523～）、収納スペースなど（529～）に分けて、MADAとRSAの累積のもたらす反競争性について丁寧に分析している。競合するアプリがプリインストールされたとしても、既定の web ブラウザとして設定することはできない（505）。GMS シート（6つのアプリのパッケージライセンス）を得るためにも、他の検索アプリ、ブラウザを設定するインセンティブがなかった。

端末業者は、ほかの検索アプリ（Bingが念頭に置かれている）をプリインストールしても限られた収益しか得られない（搭載するインセンティブに欠ける状況になっている）（515）。

(3) プリインストール以外の競合アプリのユーザーへの到達手段があるか。

プリインストール以外でのユーザーへの到達手段として、(i)ダウンロード、(ii)ブラウザを介した競合検索サービスへのアクセスがある。そこで、グーグルは、プリインストールされなくとも、競合アプリの事業者への選択の余地は残されており、排他効果はないかあるいは大幅に限定されていると主張した。しかし、実際にはユーザーの大半は、現状維持バイアスがあるため、ダウンロードもブラウザの検索を利用したアクセスもしない。その結果、競合アプリの利用は抑制される（562）むしろ、RSAで、PC ブラウザとしてもグーグルが選択されるようになっている。

グーグルは、（競合アプリの事業者への選択の余地は残されているため）市場閉鎖が生じていないとする（564）。しかし、市場閉鎖効果が生じなくてもいいというものではなく、競争上の優位性を持つかどうかが問題だとする（570）。

同時に効率的な事業者のアプリ（品質上差異が生じないアプリ）であっても利用が抑制されている（580～82）。

ブレイ、クロムのバンドル効果、AFA、MADAの累積効果として、グーグル検索が選択され、グーグル検索の地位を盤石なものにしている（586）。そのことは、現状維持バイアスが存在することから自明である。商品の品質の優位性の結果である可能性があったとしても（576）、類似のレベルにある競合商品の取引機会が奪われている（582）。これは、競争プロセス阻害が生じているものである（574）。

ブレイ、クロムのバンドルが競争上の優位性をもたらすこと、現状維持バイアスは、プリインストールによって発生し、競争者は、これを打ち消す手段がないので、有効競争（competition on the merit）を阻害する（593）。

以上のような説示は、DMAのコンテストアビリティと同じアプローチであり、コンテストアビリティという用語は競争過程阻害、有効競争

（competition on the merit）阻害を具体化する考え方であることがわかる。

6 AFA

AFAについては、単体としてのアンドロイドフォーカという OS（具体的には Fire OS）の排除効果と共に、他の協定との累積効果によって、競合するサーチアプリ（Bing）を排除する効果があり、グーグルの目的は、後者にある。

デジタルと競争過程Ⅱでは、ライセンスをするか否か、する場合の条件を決めるることは自由であり、正当理由がないから改変禁止条項を設けてはいけないととはいえないのではないかとの疑問があったが、判決は、この問題に対し、以下のように考えているようである。

この条項は、断片化禁止条項と訳される条項であるが、改変を禁止しているのではなく、アンドロイド OS の端末業者に、改変されたアンドロイドフォーカを OS とした端末の製造販売を行わないというものである。それは、二者択一を迫る排他的条項としての効果があり（日本のマイナミ事件と同じ戦術である）、そこに反競争性が見出される。

アンドロイド OS は、オープンソースであり、誰でもアクセスして改変することはできる。しかし、そのような改変された OS を端末業者が販売するのであれば、正規のアンドロイド OS のライセンス契約を維持することはできなくなるとするものである。

このような条項を入れれば、すでにドミニントなアンドロイド OS を捨てて、アンドロイドフォーカ（具体的には FireOS）とライセンスを結び、アンドロイドフォーカだけを生産する端末業者は出てこなくなる。

ただし、グーグルの狙いは、アンドロイドフォーカ OS の出現を妨げるというより、競合のサーチアプリの出現・伸長を妨げることを目的としている。アンドロイドフォーカは、MADAの効果として、グーグル・サーチもクロムもプリインストールされない。そうすると

アンドロイドフォーケの端末にプリインストールされるのは必然的にグーグルサーチの競合アプリであるBingである。アンドロイドフォーケが出現し、それが伸びると、Bingのプレゼンスが高まり、相対的にグーグルサーチの地位が低下する。そのようなライバルの出現を妨げることがAFAの意味なのである。

7 正当事由の取り扱い

3協定での正当当事由については、問題の核心的論点であるにもかかわらず、正当理由の立証は事業者が負い、その立証責任を果たしていないとして、簡単に避けられている。これは、そこだけ見ると極めて不自然に見えるが、実際において、競争制限性の分析における通常の条件(normal condition)か否かの分析（これが濫用行為の識別基準であることは、デジタルと競争過程Ⅰの790頁の濫用行為の定義参照）において、正当当事由があれば、通常の条件になるので、競争制限性の分析に取り込まれているからであり、正当当事由が考慮されていないということではない。

ただし、効率性という正当化事由については、競争制限性の分析では分析されていないように見えるが、判決全体を見れば、Bingが効率的でないことの立証はないという理由が暗示されているようでもある。しかし、この点は、DMAの発想によって補足されるべきであったように思われる。すなわち、効率性だけで、コンテストアビリティの消滅等、巨大な競争制限効果をオフセットすることはできないということこそが、実質的な理由であり、その点に言及される方がより説得的であったように思われる。

また、サーチとクロム、サーチとストアの抱き合せに関し、「客観的正当性がないことにに関する条件」という項目では、アンドロイドと収益を生み出さないアプリへの投資を収益化するために、この抱き合せが必要であることを立証できていないとしている(597以下)。しかし、この抱き合せによって、消費者の利便性が向上するなら、それは正当当事由として一応

の立証は出来ているので、消費者の利便性向上だけでは、正当化できないこと、それによって、競争が失われるというコンテストアビリティの観点からの競争阻害効果が大きく、競争を可能にするだけのほかの方法一例えば、競争者のアプリも同じ条件で搭載することをとることが可能であったのにそれをしていない、という書き方をするべきであると思われる。以上の論理は、JASRAC事件の行為性該当性でも用いられている論理である。デジタルと競争過程Ⅴでも詳述する。

8 市場画定の問題

(1) 市場支配力と市場支配的地位

本件では、市場がある程度自明なものに見えるため、読み飛ばしがちになるが、市場として画定されるアンドロイドOS、6つのアプリは、いずれも無償で提供されており、価格支配力によって市場支配的地位を考えると市場支配的地位がないことになりかねない。日本では、EUでも市場支配的地位は、市場支配力であり、価格支配力であるという誤解を持っている専門家も多いようである⁵が、EU競争法の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であり（United Brands事件⁶）、価格支配力だけで考えるものではない（デジタルと競争過程Ⅰ（上）790頁参照）。

(2) SSNDQの分析手法：品質の考慮の仕方と有効競争的思考

SSNDQに関しては、SSNIPのような定量的分析は必要ないとして、消費者の関心・嗜好に基づき市場を画定する。これは、United Brands事件の考え方であり、定性的分析そのものである。SSNDQが本質的にSSNIPと異なる分析手法であること、ここでも有効競争的な意味での「市場支配的地位」の概念に回帰していることが鮮明になっている。

機種変更時に新たな機能を求めてシフトしていることを品質の低下によるシフトではないと

する（187）のは、奇異にも見えるが、同一商品での品質低下でなければ、SSNDQの対象にならないと考えていることも、定性的な分析であることを示しているように思われる。

また、グーグルは品質低下によってアプリ開発者は代替OSの開発が進み、シフトが起こると主張したが、GCは、アンドロイドOSの改変制限、ソースコードが必ずしもオープンでないことからなどにより、代替OSの開発は進んでいない。実際、アンドロイドフォーケは出現していない、と説示してグーグルの主張を退けている。

(3) アンドロイドOSだけの市場画定

ライセンスしないOS（アップルのiOS）を市場に加えないことについては、内製化される場合に市場の一部に含まれるかという問題としてとらえている。日本では、内製化される場合、代替候補となり得ないので、除外されると考えており⁷、その考え方立てば、ライセンスしないOSを市場に含めることは自然である。しかし、EUでは、内製化されても市場に含まれるとしたシュナイダー事件判決⁸があり、その判決が適用されない理由について言及されている（157以下）。シュナイダー判決の射程を限定する結果となるが、妥当なものと考えられる。

(4) アプリ開発者の代替OSへのシフト

アプリ開発者の代替OSへのシフトの点は、参入障壁の分析と思われ、現実的なシフトの可能性がアンドロイドOSの改変制限（AFA）などによって起こりにくくなっていることの指摘は、参入障壁を高めるというAFAの濫用行為についての指摘である。参入障壁の問題が、市場画定と濫用行為性（contestability、有効競争が機能するかの問題）にまたがる問題であることを指摘するものといえる。

(5) エコシステム間競争

「ある程度の制約にはなることを欧州委員会は認めている（242、243、322）が、グーグル

の支配的地位にアップルがアプリオリに影響を与えることができるわけではないので（272）。支配的地位の認定を左右するものではない。」との判決の指摘は、エコシステムを支配していることの競争阻害効果は、エコシステム間競争があることによりオフセットされるものではないとの指摘と理解することができる。エコシステム間の競争が残されてさえいれば、有効競争が維持されることにはならないという発想はDMAのcontestability理論の競争法規（競争過程を重視する競争法規）であり、この点では、判決とDMAが共通の競争法規に立っているといえる。

IV 4事件の総合評価・共通性とデジタル経済における意義

1 4事件の共通性：判決によるセオリー・オブハームの再構築

本件は、セオリー・オブハームを再構築することにより濫用性を基礎づけた。このような再構築は、ショッピング事件でも行われているが、インテル事件、クアルコム事件でも行われるべきであった。

世界トップ企業の場合、既存のセオリーでは捕捉出来ないが、なお正常な競争手段を逸脱した行動がとられることがある。その行動のどこに問題の核心があるかは容易に発見できず、不完全な分析でSOや委員会決定のセオリー・オブハームが構築されることはやむを得ない面がある。デジタルと競争過程でこれまで取り上げてきた4つの事件はいずれもその特徴を有している。最初の2つの事件では、委員会のセオリー・オブハームをベースにすることがECJで求められたが、インテルの差し戻し事件、クアルコム（LTE）事件で、それでは、必ずしも妥当な結論を得ることができないことが明らかになっている。そのため、ショッピング事件、アンドロイド事件では、実質上、セオリー・オブハームが書き換えられている。その結果、両事件の論理構造は、わかりにくいものになっている。

他方で両事件の反競争性の大きさは素人的にもインテル・クアルコム事件より明白であるともいえる。そのような場合にECJがどのように事件を終結させるかが注目される。

2 本判決とグーグル事件の持つデジタル経済についての格別の意義

本件は、データ集積によるエコシステム支配の核心的事件である点で格別の意義があったが、その点を本判決のセオリーオブハームとして構築することは見送られた。しかし、本件を通じて、排他性について、代替取引先の確保という基準が機能しないこと、市場支配的地位を価格支配力で考えたのでは機能しないこと等、既存の競争法理論の限界が明らかになり、エコシステム支配とそれに対処するコンテストタビリティを理由とするセオリーオブハームがDMAと類似のアプローチがとられている点で格別の意味があるといえる。

(注)

- 1 Informa Connect 主催で、2022年11月21-23日開催された EU Advanced Competition Law Conference in Brussel で、GC の裁判官がインテル事件、クアルコム事件、ショッピング事件、アンドロイド事件の包括的説明が行われ、筆者は、上記の点を質問し、上記のような回答を得ている。その他の判決に聞いても、4 事件についての本デジタルと競争過程 I, II, IV で示した筆者の理解が正しいことも確認できた。
- 2 グーグルの幹部が、アップルの幹部に We are like one company.と言っていることが DOJ 証状に記載されている。
- 3 グーグルは、デフォルト設定を行う理由として、いちいちユーザーに複数からチョイスさせようにはすること、ユーザーにとって煩わしいからで

あると主張していたが、これを、ユーザーエクスベリエンスを損なうと称している (523)。

- 4 代表的な文献として、川濱・市場支配力基準(文献詳細は、デジタルと競争過程 II (上) 注17参照)
- 5 United Brands v. Commission [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429
- 6 日本のNTT 東日本事件では、競争の実質的制限の定義として、市場支配力の形成維持強化をもたらしているとしているが、その理由は、電力系に有効な牽制力のある競争者でないことを挙げており、実際には、有効な競争が維持できるかという観点で判断しており、最判は競争機能侵害(有効競争の意味での能率競争阻害)で争っている。この点は、デジタルと競争過程 V で詳述する。
- 7 日米の考え方については、越知・競争法大全 833-834頁、アルコア事件の解説参照。
- 8 Schneider/Legrand, Judgement of GC, 22 October 2002, press release No.84/02 越知・競争法大全938頁、シュナイダー事件判決は、競争者が内製化を行っているために、内製化シェアを含めることで合併企業の市場シェアは小さくなる。本件のアップルは競争者であり、そのシェアを含めると合併企業あるいは違法行為を行っている事業者の市場シェアが低くなる事例である。 

デジタル経済と競争過程保護V

デジタル経済における競争過程保護と 日本の判例理論 (上)

越知保見*

はじめに：競争過程をめぐる学説と判例の状況の概観

デジタルと経済Iの冒頭で指摘したように、デジタル経済における競争保護においては、消費者厚生の観点からのみ（あるいは市場支配力の観点からのみ）、競争保護を考えたのでは、競争が機能しない状況が生まれる。その兆候は、デジタル経済の問題ではなくとも、利益を供与することによって囲い込みが行われる場合にも存在することが、インテル事件、クアルコム事件において看取されているが、GAFAの場合には、消費者、取引先のいずれにも巨大な利益を与えるために、消費者厚生基準では、競争が機能しなくなる状況を防ぐことができないからである。そのため、競争プロセスが損なわれることにより、競争が機能しなくなる場合、独禁法による介入を行うことができるよう理論の再構築が求められる状況にあり、グーグル・ショッピング事件、アンドロイド事件GC判決は、かかる観点からセオリーオブハームを構築している（デジタルと競争過程II（上）、IV参照）。

日本の最高裁判決は、1990年に下された芝浦と駒場事件以来、一貫して、競争過程保護を反競争性分析の重要なパラメーターとして位置づけ、その意義を具体化・深化させてきている。能率競争、有効競争、人為性、競争機能という概念（以下では、競争過程と合わせ「5概念」と総称することがある）に言及される司法判断

—もくじ—

- I 総論
- II 判決の構成と要點
- III 各協定とその累積効果の反競争性の分析
- IV 4事件の総合評価・共通性とデジタル経済における意義

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

ドライン¹において、この考え方方が採用されているようでもある。市場経済と相いれない理論、著しく過剰規制が生じる危険がある規制枠組みであるが、それが欧州のドイツやフランスでとられているかのように主張する学説がもてはやされる状況が生じている²。

なお、最近では、人為性や能率競争については、学説でも言及されるが、その能率競争の理解は判例と異なる独自の理解である。最判は、能率競争を有効競争の意義に用いているが、学説は、対等性志向説の意味で用いたり、競争手段の不当性という有効競争の考慮要素の一部を切り出してそれだけで違法とする概念として用いている³。

以上の状況は、市場経済・競争法の原理に対する危機であり、筆者は、デジタルと優越・越知・市場法秩序等の一連の論文等で警鐘を鳴らしてきた⁴。その結果、公取委でも、DPガイドラインの考え方を再検証しようとする議論がCPRCのディスカッションペーパーで公にされるようになっている⁵。本稿では、本道である有効競争と競争過程の保護によってデジタル時代の競争政策として持続可能な理論を提示するものである。ただ、最初に、有効競争・能率競争・競争機能の概念についての混乱が生じている原因とEUの有効競争の正しい理解が必要であり、まず、以下のIでその要点を論じ、しかる後に、競争過程保護について、日欧の判例理論を整理しつつ、日欧の判例の展開と整合的な理論を提示するものとする。

I 保護される「競争」の意義：有効競争・能率競争の意義とその関係

1 有効競争の意義と完全競争・「かのよう」に基準

有効競争とは、競争のメリットがある場合に保護する考え方である（competition on the meritとは、有効競争を指す概念そのものである）。競争のメリットがあるか否かは、市場構造(structure)、行動(conduct)、成果(performance)を総合して判断するが⁶、1960年代の米国の寡占をめぐる論争の時代には、有効競

争論の論者から市場構造と市場行動が重視され成果基準が補完的に使われると主張され、その成果は高い利潤率によって判断すると主張された⁷。このような有効競争論がSCPパラダイムであるが、日本では、このSCPパラダイム=有効競争と誤解され、シカゴ学派の台頭により、SCPパラダイムが廃れたことを有効競争が廃れたものと読み替える誤解が一般化してきた⁸。

他方、ドイツでは、第2次大戦後、競争制服法が制定される前後には、（初期のオルドー学派により）完全競争状態を競争政策の観点から理念型とし、対等取引の取引条件を実現するような介入を通じて経済力を制御しようとする学説が唱えられた。これを完全競争であるかのように（完全競争状態を仮想して）規制することから「かのように基準」説、「as if 基準」説と呼ばれることがある⁹。この「かのように基準」を発展させたのが、正田教授の経済的劣位のものが優位のものに対する対等な交渉権限を回復する権利であるかのように解釈する理論（以下、「対等取引権説」という）である。

しかし、初期オルドー主義の競争法觀は、競争による淘汰、規模の経済、私的自治の原理が否定される点で市場経済と相いれないものであることが認識され、成果基準を良質廉価というパラメーターで判断し、成果基準を主基準とする有効競争の考え方修正された。これがドイツの業績競争（performance based competition）¹⁰であり、EUの有効競争論（competition on the merit, effective competition）という考え方である（以下では、「新有効競争論」あるいは単に「有効競争論」という）。この業績競争概念は、EUの市場支配的地位の濫用の定義で採用されており、ドイツもEUも成果基準を主基準とする新有効競争論に立っているのである¹¹。

良質廉価をめぐる競争と位置付けられる能率競争概念は、本来は、ドイツの業績競争の意義に近いものである。しかし、日本では、ドイツ法・大陸法研究者において対等取引権説の影響が強く、初期オルドー主義がドイツにおいて廃れた後も、日本では、対等取引権という用語は用いないものの、取引条件の対等性確保が「取

引の自由」「公正性」(公正な競争)「擷取性」などの概念を活用してなお有力学説として主張され続けてきた。(以下では、かかる学説を「対等性志向説」¹²という)。同学説は、ドイツの業績競争論、「取引の自由」「公正性」「擷取的濫用」が対等性志向説の流れをくむものとして紹介され¹³、学説において、有効競争論・業績競争論への正しい理解が進まなかった。

対等性志向説は、そもそも取引上有利な地位が生まれること自体に問題があると考え、その問題に優越を使って規制しようとするが、事業者がその交渉力を活用して有利な条件を求めることが、すなわち、取引条件をめぐる交渉こそ、競争プロセスが働く機会そのものであり、対等な取引条件の確保をベースラインとすると、規模の経済その他の効率性の追求行動まで幅広く規制されることになり、競争のメリット(競争の機能)の否定、競争法自身が競争機能の発揮を妨げることになる。その意味で、対等性志向説の理論を基礎とした優越の活用は、自由競争秩序と相いれないものである。

対等取引権説は、すでに今村教授によって、「公正競争の理想形は、同じような規模の競争者が多数存し、その間ににおいて、「純粋な」能率による競争(ここでは良質廉価な商品または役務の提供を「唯一の手段として」顧客を獲得しようとする)が行われる状態を指すものとして使われている)と位置付け(かっこは筆者)、「しかし、現実の資本主義社会では、より複雑なヴァリエーションにとむもので、形式的に純粋競争の姿を追うことはできないし、また、そのための規制が極端に走って、能率競争以外の行為を一切禁止するというような場合を想定すれば、それはもはや競争の管理に他ならないもので、自由競争の原則とは、縁もゆかりもないものということにならう」と厳しく批判されている¹⁴。優越的地位の濫用規制がこのような初期オルドー主義的な解釈論を誘発する危険は、優越的地位の濫用を取り上げた、2008年に京都で開かれたICNの年次総会でも、国際的な競争法学者のネットワークであるASCORAの東京大会(2013年)でも、繰り返し指摘されている¹⁵。

デジタル経済の問題が生じる以前は、優越は実質的には不正手段的なものと位置付けられ、シンポジウムで指摘されたような危険な運用が行われてきたわけではなかったが、対等性志向説の考え方によって優越を活用してデジタルプラットフォーム規制を行うというDPガイドラインが発表されたことにより、従来、表立った議論を避けてきた競争法の基礎理論に関する学説の問題を避けて通ることができなくなっている。

取引の自由、公正な競争によって対等取引権説を再構築した対等性志向説は、本来の取引の自由、公正な競争の概念をゆがめている。本来の取引の自由は、自由競争の問題であり、対等性志向説の取引の自由の理解は、私的自治と相容れない¹⁶。公正な競争は、自由競争における競争過程保護の問題であり、自由競争と一元的に保護されるべき概念である。¹⁷で紹介するマイナミ事件東京地判は、取引の自由が一元的な自由競争の問題であることを明言している(判決書55頁)。

2 能率競争概念についての3つの見方

能率競争概念は、対等性志向説、公取委が田中・解説¹⁸で明らかにした見解、最高裁の見解と考え方が判例学説実務で異なり、各学説で、定義の表現が微妙に異なるにもかかわらず、学説書では、その相違にあえて触れることなく、異なる3つの見解を混同させて用いてきた。詳細は、越知・市場法秩序で述べているが、この点の見解の相違を正しく理解することが、競争過程保護のみならず、独禁法理論を正しく理解するために必須であるために、以下で、能率競争概念の3つの理解とその理論的背景を、越知・市場法秩序後の研究成果を補足しつつ、指摘し、4で世界と日本の競争法理論の分布状況を整理したうえで、有効競争・能率競争について日本の独自の見解を位置づけ、IIで、日本の学説の混乱にもかかわらず、裁判所は、欧州の有効競争の考え方に基づき正しく能率競争、競争機能侵害を位置づけていることを指摘する。

第1説は、対等性志向説であり、良質廉価を「唯一の手段として」と表現される¹⁹。当初は

この見解が能率競争概念=ドイツの業績競争概念であると考えられており、今村・独禁法92頁でもその様な理解を前提に批判が行われている。良質廉価といえば、よいものが安く手に入ることであり、それは消費者余剰の増大であって、シカゴ学派の考え方ではないか、とくに、「唯一の」という他のパラメーター(考慮要素)が考慮されないがごとき表現は、シカゴ学派・消費者厚生基準説に親和的とも思えるが、実際には、その対極の考え方である。「唯一の手段として」とは、自己の経済的地位を一切利用してはならないという意味であり、この考え方では、広告を活用したブランド化・商品差別化も能率競争に反することになりかねない。

第2説は、能率競争を(自由競争減殺型とは異なる類型として位置づけられる)不正手段型に限定された規制根拠とする立場である(行為の不当性説)。これが、田中・解説の立場で示された公取委の解釈だが、一部の学説²⁰は、この不正手段を広げて解釈し、手段の不当性を意味すると解し、それが、competition on the meritの意味であるとの主張も行われている。この立場からは、第2の立場に立つ最判と同じく「良質廉価の商品が提供されることによって行われる競争」と定義されるほか「真価に基づく競争」(川嶽昇ほか編『ベーシック経済法(第5版)』(有斐閣)157頁)と定義されることが多い。

competition on the meritとは、競争の機能(それがmeritである)を保護するという意味であり、有効競争であり、competition on the meritを能率競争と訳すことは、第3説の定義からの訳語となるはずであるが、不正手段型の規制根拠の意味で、能率競争を用いながら、能率競争をcompetition on the meritと訳している概説書が多い。ベーシック経済法157頁では、真価をメリットと呼び、competition on the meritの意義で用いているが、182頁以下では、不正手段型の規制根拠として、解説している。

第3説は、EU競争法と同じく、有効競争の考え方に基づき、自由競争減殺・競争機能侵害の意味で能率競争を理解する最判の立場であり(有効競争説)、「良質廉価の商品が提供される

ことによって行われる競争」と表現されている(資生堂事件最判、マイナミ事件東京地判では、このように用いられている。判例理論については、下記IIで詳述する)。かかる立場からは、自由競争と公正な競争は一元的に保護されることになる²¹。

3 能率競争概念の混乱が生じた理由

(1) ドイツの業績競争論への誤解

ドイツの業績競争論(成果競争論)は、業績(成果performance)に基づく競争(performance based competition)であるか否かが反競争性を基礎づける枠組みである。擷取的濫用か妨害的濫用かという類型が重要なのではない。擷取類型であれ、妨害類型であれ、業績に基づく競争か否かという有効競争論の考え方に基づく反競争性の分析によって、違法判断が行われている。今日のドイツ・フランスの競争法研究者の多くが、業績に基づく競争か否かという問題を論じず、擷取的濫用であれば、新たに規制可能であるかのように考えているが、そのアプローチ自体に根本的な問題がある。

(2) EUの判例に影響を与えたウルマーの見解の要説

ドイツの業績競争の考え方には、EUの有効競争論に影響を与えたが、とくにドイツの業績競争論の論者としてウルマーが主張した理論が、102条の支配的地位、濫用行為の定義と(デジタルと競争過程Iの冒頭で整理した)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。1970年代において、市場支配的事業者の競争者を不当に妨害することの意味が問題になったとき、ウルマーは、競争者の競争の機会に重要な影響を与えること、行為は、業績に基づくものではないこと、という2ステップ・アプローチを提倡した。業績に基づく競争であることは、市場支配的地位の濫用のセーフハーバーであると解された。この見解は、1977年から1980年のベルリンの控訴審裁判所の4つの事件で採用された。そのうち2つの事例がリベートに関するものであった²²。

EU判例においては、ミシュラン事件とホフマン事件により²²、実質的に、上記のウルマーの解釈が採用された。すなわち、EU競争法がEU競争法102条の市場支配的地位の濫用におけ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と定義され（United Brands事件²³）。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、正當の条件（normal condition）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と定義される（Hoffmann事件²⁴）。この「正常」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）。しかし、上記のEUの市場支配的地位と濫用行為の定義にみられるように、有効競争阻害が濫用行為性を判断する中核であり、有効競争の具体的規範化において業績競争概念が参照され、重大な影響を及ぼしたのである。

ウルマーによって主張され、EU競争法に影響を与えた業績競争論の要諦は、有効競争の成果を重視し、その競争手段を正常な競争手段を逸脱する場合には、業績に基づく競争ではないとして排除する点であり、その理論はEUの支配的地位の濫用行為の定義に反映され、その後の判例の展開においても参照されたのである。

（3）対等性志向説の業績競争論についての理解

しかし、上記の業績競争論は、対等性志向説では、大要、以下のように、経済力を反映した取引条件を非業績競争と考えるかのような理論として紹介される²⁵。

「各事業者は、一定の商品または役務を自己の業績（Leistung：「成果」）として市場に提示し、それが、他の競争者の業績と、価格、品質、条件、サービス等の行為パラメーターをめぐって比較に供されるところに、業績競争が成立する。取引者の企業努力、すなわち正当と評価すべき業績（これは、市場に対して提示する商品・役務の品質と価格として現れる）を的確に反映したものか（＝業績競争）、それとも、当該事業者の力を反映した内容の取引か（＝非業績競

争）、という区別が肝要である。」

（4）不正競争防止法との連続性により業績競争を理解する学説について

業績競争のもう一つの理解として、第2次大戦前から存在した不正競争防止法との連続性を強調する学説がある（岸井説）²⁶。このような業績競争の理解は、能率競争学説の第2説（不正手段型を拡張する学説）の論拠であるようにも思われる（ただし、第2説の支持者には、市場支配力基準説に立っている者が多い）。行為の不当性を市場構造・競争への影響を総合判断するのであれば、有効競争の考え方であり、まさにそれが今日の業績競争論であるが、岸井説は、行為の不当性がある場合に市場効果との総合判断を行うことなく、違法にできると主張する様であり、そのように解すると対等性志向説に接近する²⁷。近時、この不当性をフェアネスと呼び変え、フェアネスに対する観点を持ち込むことで、対等性志向説に接近した理解が行われ、DPガイドラインの優越の解釈を支持する論拠として構成する動きがある。下記のⅢ 4とV デジタルと競争過程VIを参照。

（4）EUの有効競争論の最高裁判決への影響

独禁法2条6項の排除行為の判断枠組みを示したNTT東日本事件最判、JASRAC事件最判の排除行為の定義はEU競争法の濫用行為の定義に非常に似たものであり、このことからも、最高裁が、有効競争の立場をとっていることがよくわかる。図表化すると以下のとおりである。

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影響を与えるか	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) 正常な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	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
-----------------------------	---	------

4 競争法理論の分布状況と根源的問題の整理

（1）世界の競争法理論の分布状況

以上を踏まえて、日米欧における沿革に照らした競争法理論の展開・分布状況を素描すると以下の通りである。

世界の競争法理論

- ① 初期オルドー主義に基づく「かのよう」基準説、対等取引権説、取引条件の対等性確保説
- ② 構造基準・競争過程基準を主基準とし、成果基準を利潤率でみる古い有効競争理論（SCPパラダイム論）
- ③ 修正されたオルドー主義²⁸に基づき、成果基準を良質廉価で考え、競争プロセスを重視する新有効競争論
- ④ 競争保護を消費者厚生基準で考える考え方（シカゴ学派・現在の米国の主流の考え方）、市場支配力基準説
- ⑤ 競争保護を総余剰基準で考える考え方（シカゴ学派の原理的主張）

欧米では①②⑤は廃れており、③④をめぐり議論がたたかわれている状況である。しばしばwelfareかcompetitive processかという議論のされ方が行われる。

デジタル経済の問題が生じる前までは、EUでは、経済分析をもとりこみ（more economic approach）④の立場との融合が図られるようになっていたが、デジタル経済においては、消費者厚生を重視する考え方による限り、膨大な消費者利益を生み出しているGAFAを規制することが困難となることが認識され、EUは、もとの③の立場に回帰し、米国でも③を志向す

る立場²⁹が力を得つつある。

欧米のいずれの学説においても、自由競争保護とは「取引の自由」であり、公正な競争は、自由競争理論の中で一元的に考えられている。公正な競争は、基本的には競争過程保護で考えられるが、公正な競争保護の観点から競争保護の射程（競争過程保護の射程）が拡張しつつある。

（2）日本の学説の位置づけ

日本の学説では、①が対等性志向説として生き残り、②だけが有効競争であり、有効競争論はすたれたという固定観念があり、③を有効競争論として認識していない。判例理論が③をとっていることを無視し、④をとっているかのような主張が行われている。

④⑤については、川濱・泉水説³⁰は、⑤がシカゴ学派で、④をポストシカゴ、effect based approachなどと位置付けている。そして、④と市場支配力基準説を同値のものとみている。また、公正な競争は自由競争とは別の保護基準に服するとするが（二元論）、自由競争減税型不公平な取引方法に関しては、実質的には③の立場をとるようでもあった。しかし、最近の泉水・独禁法では、小型の市場支配力という新概念が登場し、④の小型版であるとされている。しかも、川濱・泉水説は、DPガイドラインの優越の考え方を支持する³¹ので、①をもとっているといえる。

しかし、①と④は、一方は、規模の経済を否定し、他方はそれを過剰に強調する考え方であり、まったく相いれない見解である。欧米で、welfareかcompetitive processかを議論しているときに、welfareの論者がcompetitive processよりはるかに介入主義的な考え方、自由競争原理と整合しない考え方を述べるようでは、論者の学説の信頼性は致命的な打撃を受けることになるだろう。①と④を共に保護するというのは、それほどの非論理的な主張なのである。そのような議論が主要学説から行われている事態は危機的状況と言わざるを得ないのである。

(3) 競争過程保護という概念についての十分な検討の欠如の問題

日本では、有効競争論をSCPパラダイムと同義のものと解し、それが廃れたものと解された結果、競争過程の保護の意義がよく理解されてこなかった。競争の実質的制限を「市場の持つ競争の機能に影響を及ぼすこと」³⁴、「有効競争を期待することがほとんど困難な状態をもたらすこと」³⁵と述べた今村教授でさえ、索引には、競争過程という用語が入っておらず、競争過程に関する十分な考察を欠いており、最高裁が判示し続けている人為性の考え方、市場構造・競争過程・市場効果を総合評価するという考え方は示されていない。

今村・独禁法96頁は対等取引権の能率競争の意義である「良質廉価」を唯一の競争手段とすることは市場経済ではないことを正しく指摘しており、それは当時においては卓見というべきであったと思われるが、二元論自体は維持されており、また、公正競争において、ところどころ対等性をベースにする考え方が残存している。これは、(有効競争論をSCPパラダイムと同義のものと解し、それが廃れたものと解された結果、)競争過程という概念の活用に思い至っていないために生じた問題である。

川瀬教授は、川瀬・市場秩序において、競争過程に言及されていたが、川瀬・市場支配力基準により、川瀬教授の競争過程への考慮は、結局市場支配力分析のMPデルタの分析(市場支配力が優位な増加を示すか否かの分析)に解消され、本来の競争過程論の意義を失っている。

行為の不当性を重視する学説も、市場構造・市場成果との総合評価という考え方に向かえば、判例理論に親和的な方向に向かう余地があったが、DPガイドライン後は、行為の不当性を重視する学説は、DPガイドラインを支持し、優越的地位の濫用の一般化を志向している。

以上のように、有効競争・競争過程保護の観点を欠いたことが、主要な学説・実務(公取委)をして、優越を競争政策の柱に備えるという市場経済と相いれない競争政策に向かわせる根本

原因、いわば学説の終崩れをもたらした根本原因となっている。

II 日本における競争過程論の展開

1 競争過程保護に関する最高裁判決の展開

最高裁は、6つの最判³⁴により、能率競争の意義を明らかにし、取引の自由の人為的制限を反競争性の核心ととらえ、競争保護に関する一元論の觀点を明らかにしており、その点については、越知・デジタルと優越Ⅲ、越知・市場法秩序、越知・営業の自由論争、公取委のCPRCにおける筆者の講演「デジタル経済における競争保護と6つの最高裁判決-優越的地位の濫用と取引の自由」³⁵で繰り返し指摘してきたが、これらの判決は、競争過程保護の意義、その具体的な内容を深化させ、その法規範性を明らかにし、一元論的な立場を明らかにしている。

驚くべきことに、最高裁は競争過程の意義に言及している学説が存在せず、かつ学説が、能率競争概念を自由な競争とは別建てで保護される公正な競争保護の概念として位置づけてきた1990年に、すでに、能率競争を自由競争保護の概念として位置づけ、かつ、競争過程が能率競争保護の中核にあることを指摘している。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。これは、まさに、ドイツの業績競争論・EUの新有効競争論 competition on the merit の正しい理解にもとづくものであり、そのような指摘が行われていない中で、このような判断が下されたことは驚くべきことである。

統いて8年後の1998年には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べき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」と説示し、能率競争の意義(良質

廉価な商品・役務を提供するというべき形で行われるべき競争)を明らかにするとともに、その違法性判断基準として人為性概念が、最高裁によってはじめて判示された。これは、芝浦と殺場事件最判が、禁止するとした「正常な競争過程を反映しない場合」が、人為性を有する場合であることを示唆するものであった。

そして、人為性概念は、2010年に下されたNTT東日本事件最判でその内容が具体化された。すなわち、排除行為に該当するのは、「正常な行為を逸脱滥用する人為性を有する場合」とされ、正常な競争過程を反映しない場合とは、人為性を有する場合であることを2条5項においても確認し、かつ、かかる人為性の有無の判断を「市場支配力の形成・維持・強化」の觀点から、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するという分析手法、判断のメカニズムを明らかにし、市場支配力の形成・維持・強化は、人為性判断における考慮要素(パラメーター)であることが指摘された。これは、競争過程要因として、行為態様が具体的に指摘された判決であり、その点でも意義深いが、実は、それだけでなく、競争機能の維持の觀点をも判示しており、多摩談合事件最判の萌芽となる説示が行われている。

その5年後のJASRAC事件最判は、さらに人為性概念を深化させ、デジタル経済の最新の問題にも対応可能な高度な理論・具体的な規範が簡潔に述べられている。この点は、下記IVで詳述する。

2条6項の競争の実質的制限に関しては、NTT東日本事件最判が下された直後(2年後)、多摩談合事件において、当該取引にかかる市場が有する競争の機能を損なう場合であると説示し、落札者・落札価格がある程度自由に決定される場合には、競争の機能が損なわれると判示し、市場支配力基準から離脱した(市場支配力説の論者は、これを市場支配力基準によったものと強介するが、受注調整により落札された物件が市場の50%に満たないので、市場支配力が形成されなくとも競争の実質的制限が生じることを認めたものと解するほかない判決である)。

さらに、同事件から5年後のブラウン管事件最判では、競争の実質的制限の意義を当該取引にかかる競争の機能が損なわれる場合をいうと述べたうえ、交渉という競争の過程の一部が日本で行われたことを根拠に競争の機能が損なわれることを指摘し、競争の過程が競争機能侵害を見るうえで重要な考慮要素であることを説示している³⁶。同事件では、商品が国内で消費されていなければ、消費者に被害が生じるものではないので、独禁法の保護法益は侵害されず、独禁法は適用されないとする見方を否定し、市場支配力基準と消費者厚生を同値と見て消費者厚生一辺倒で、競争の実質的制限や独禁法の保護法益を検討する解釈を否定している。

以上のように、最高裁は、一貫して、競争保護における競争過程の重要性を指摘しており、その具体的な内容を深化させ、裁判規範として活用する姿勢を鮮明にしている。これらは、グーグル事件のような最先端のデジタル経済の問題にも適用できる規範である(VIで詳述する)。

2 マイナミ空港サービス事件東京地判

最近のマイナミ空港サービス事件東京地裁判決³⁷は、6つの最高裁判決を有機的に結び付け、保護法益と競争過程保護についての判例理論を発展させるものとなっている。

(1) 競争の保護が取引の自由に対する人為的制限の除去であるとの觀点の説示

第1に、排除行為に関するNTT東日本事件の定義を引用する前に、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(判決書55頁)。取引の自由の人為的制限が競争保護の核心であることを指摘したことは、競争の実質的制限を市場支配力の形成維持強化で考える説、および公正競争阻害性を自由な競争とは別建てで保護し、そこに「取引の自由」の保護を位置付ける二元論を改めて否定したものである³⁸。

(2) 競争の実質的制限の意義に関する競争機能侵害の観点の脱示

第2に、競争の実質的制限の意義に関し、2条6項で判示された競争機能侵害が、2条5項にも適用されることを判示した。さらに、競争の実質的制限に形式的には該当しても実質的には、法目的に照らして実質的に該当しないとしたことは、取引の自由の人為的制限が反競争性の本質であることと整合的であり、本判決のより、市場支配力の形成維持強化の観点は、競争機能侵害を考える上での考慮要素であることが明らかにされたといえる。

市場支配力の強化自体、(佐賀航空という)有効な牽制力が失われたこと、競争的抑制が失われたか否か生じているか否かで見ている。この点は、NTT 東日本事件最判も同じ観点であり、競争の実質的制限の認定において「市場支配力の形成維持強化がもたらされている」との説示があるが、電力系が有効な牽制力を有していないことを理由とするものであり、競争的抑制が失われるという観点を重視している。これは、実質的には、有効に競争が機能しているか否かで見るものであり、有効競争阻害・競争機能侵害の観点からの判断であることが示唆されている。川濱教授が主張するような MP デルタの増分を見るという考え方は取られていないのである。

(3) 有効競争阻害を競争の実質的制限の意義とした判決は、マイナミ事件以外にも存在すること

最高裁判決・マイナミ事件判決の示した競争機能侵害（有効競争阻害）の観点は、下級審判決でもそれ以前に存在し、むしろ、競争の実質的制限を「単純に」市場支配力の形成維持強化と解した判決こそ存在しない。

競争の実質的制限の意義を「市場支配力の形成維持強化」と述べたとされる東宝スバル事件ですら、競争の減少をいうとの一般論を述べたうえで、企業結合において市場支配力が形成される状況に至っている場合をいうと説示している。昭和31年に下された日本石油事件東京高裁

判決³⁹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⁴⁰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おり、(市場支配力基準ではなく、) 有効競争阻害が競争の実質的制限の意義であることを判示している。

市場支配力の形成維持強化は、競争機能侵害と同義であるとの見方が市場支配力基準説から、根強く主張されるが、市場支配力の形成・維持・強化は、競争機能侵害のセオリーオブハームを示す主要な考慮要素ではあるが、それ以外の考慮要素も考えるという見方であって、同義ではない。そのことは、すでに独禁法の最初の判決において明らかにされ、多くの判決例は、そのような解釈をとっていたのである。学説が、企業結合に関する東宝スバル事件に基づき、競争の実質的制限を「市場支配力の形成維持強化」と解する見解が判例で支持されているかのように解釈するのは、「人為的に」判例理論を歪めるものである。

(4) 排除効果を利用抑制効果で判断していること

第3に、排除効果に関しては、排除効果を競争者のサービスの利用を抑制する効果によって排除効果を認定している。これは、JASRAC 事件最判が、競争者（イーライセンス）の利用を抑制する効果を有することから排除効果を認定した理論を適用するものであり、排除効果において利用抑制効果を問題にするものであることを再度確認したことによる重要な意義がある。

(5) 人為性に關し、排除の目的・意図と需要者の商品選択の自由の侵害を人為性に關する考慮要素として追加している点

第4に、行為者の意図、需要者の商品選択の自由が、人為性・競争過程の考慮要素になると、が人為性の要因となることを説示している。この点は、競争過程の考慮要素を具体化したも

のとして重要である。下記Ⅲで詳述する。

(6) 公取委の主張が一元論的に整理されていること

第5に、公取委の主張の整理で「2者択一を迫る状況を強いことは自由競争秩序の基本である能率競争とはおよそ相いれない」と整理し（判決書26-27頁）、司法は、公取委も一元論的に能率競争阻害の意義をとらえているものと理解していることを明らかにしている。

（注）

1 令和元年12月17日「デジタル・プラットフォーム事業者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ついての考え方」（以下「DP ガイドライン」という）。

2 フランスもドイツもEU加盟国であり、EU 競争法からかけ離れた理論が取られているはずがないにも関わらず、このような主張がもてはやされるのは、有効競争という概念を検証してこなかつたことの問題を象徴するものである。競争過程VIで詳述する。

3 資生堂事件では、市場における当事者の地位を検討することなく、市場の特性のみから、対面販売義務条項が公正競争阻害性を認定しており、この基準は、行為の不当性にかかるものであるとも解する余地があったが、NTT 東日本事件最判、JASRAC 事件最判は、排除効果と正常な範囲を逸脱滥用する人為性は、市場の特性、行為態様、期間、競争に及ぼす影響等を総合して判断するとの立場が示されたので、人為性概念が單に行きの不当性にかかる概念ではなく、有効競争阻害を認定する規範であることが明らかになっている。

4 筆者の一連の論考、特に越知・市場法秩序を参照。なお、本項の文献で引用を略語で記載しているものは、デジタルと競争過程Iの脚注で紹介され、略語が与えられている文献である。

5 田辺治「能率競争」概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察（以下「能率競争 DP」という）

6 その経緯については、越知・競争法大全第2章第1節17頁以下参照。

7 構造基準・行為基準を主たる基準とみて、成果基準を從たる基準とみて、成果基準を、利潤率・事業者の数などから見る経済学の学説であり、クラークなどによって主張された。そのため、日本の学説は、この主張を有効競争（あるいは有効競争プロジェクト）とみてきた。今村65頁、川濱・市場秩序288頁、越知・市場法秩序117頁以下

8 川濱・市場秩序288頁

9 川濱・市場秩序278頁、「経済法序説」立教法学第101号（2020）立教法学101号（2020）（以下「舟田・経済法序説」という）「第1章第5節二、2(2)は、想定競争基準と呼んでいる。

10 素續の英訳は、performance であり、有効競争の「成果」基準のことであり、本来は、成果競争と訳されるべき概念である。舟田正之「公正な競争」と取引の自由」「独占禁止法とフェアエコノミー」（日本評論社2017）（以下「舟田・フェアエコノミー」という）9頁は、SCP パラダイムにおける performance（成果）とは異なるとしている。成果基準だけでなく、行動基準（競争過程）を重視するため、そのように見えるかもしれないが、英語では、同じ汎語が使われ、競争構造・競争過程と総合して成果基準を見て、濫用性を分析するという考え方であり、それは有効競争の考え方である。舟田説のような対等性を基準に performance が考えられているわけではない。

11 その経緯の詳細は、越知・市場法秩序参照。

12 舟田・フェアエコノミー、舟田正之「不公正な取引方法」（2009有斐閣）（以下「舟田・不公正」という）など舟田教授の一連の著作では、「力の濫用」を強調されるので、「力の濫用説」「経済力濫用説」という呼び方もあり得るが、力の濫用を問題にするのはどの基準にも共通しているし、濫用性の基準・ベースラインが平等性とされ、対等性からの逸脱が基準とされるところに特徴があり、まさにその点が、有効競争論と異なる点であるので、対等性志向説と呼ぶのが学説の主張を捉えているように思われる。同学説は、対等取引権説という名称を封印しているが、その主張は、対等取引権説の再構成である。

13 下記3で要約されているが、詳細は、越知・市場法秩序・2022年8月5日第116回 CPRC セミナー「市場法秩序における取引の自由・公正な競争・能率競争—なぜ優越的地位の濫用は補完的でなければならないのか？」の講演のスライドを参照。公取委 CPRC のHP の CPRC セミナーの項には、講演のスライドとともに、越知・市場法秩序も掲示されている。公正に関する問題の亞曲状況については、デジタルと競争過程VIで補足する予定である。

14 今村成和「独占禁止法（新版）」（有斐閣1978）（以下「今村・独占禁止法新版」という）96頁。ただし、今村教授も正田説の能率競争概念を「公正な競争」の意義としてとらえたうえで批判し、二元論と能率競争概念自体に問題があることの指摘には至っていない。

15 越知・市場法秩序134-135頁

16 越知・デジタルと優越1参照。

17 田中寿編「不公正な取引方法－新一般指定の解説」（商事法務研究会1982）（以下「田中・解説」

- という)
- 18 根岸哲・舟田正之「独占禁止法概説（第5版）」（有斐閣）182頁
- 19 泉水教授、川濱教授など関西の学説は、この説に依拠していることが多い。
- 20 章者の見解であり、学説上は少数説とみなされているが、実際はかなりの共感を得ている。
- 21 以上については、John Kallaugher & Brian. Rebate Revisited :Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82 abuse [2004] E.C.L.R. 263（以下「カラハ論文」という）269頁参照。詳細は、越知・市場法秩序第3. 第4（130頁以下）を参照。
- 22 Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), Case 85/76 [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211. Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282。デジタルと競争過程I 790頁以下
- 23 United Brands v. Commission [1978] ECR 207 [1978] 1 CMLR 429
- 24 Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), Case 85/76 [1979] ECR 461 [1979] 3 CMLR 211
- 25 舟田・フェアエコノミー7頁、舟田・不公正185頁。業績競争に関する日本の文献は、対等性志向説の立場から（本来の業績競争概念をゆがめて）業績競争概念を紹介するものが多い。独仏の競争法がEUの競争法から乖離された理論がとられるはずがないにもかかわらず、EU競争法理論との整合性を意識しない我田引水的理解に基づき、独仏競争法の理論が紹介され、そのような学説がもてはやされる状況が問題である。デジタルと競争過程VIで詳述する予定である。
- 26 岸井大太郎「ドイツ競争法における「業績競争(Listungswettbewerb)」理論(=)」(法学士林) 第83巻1号4号（以下。「岸井・業績競争」という）。
- 27 UWG(不正競争防止法)の競争概念とGWB(ドイツ競争制限法)の競争概念を共通のものと見ためそのような考え方となるのであるが（その見方は、対等性志向説でも取られている。舟田・不公正50頁注38）、今日、判例で形成されている業績競争は、そのようには理解されていない（岸井・業績競争281頁参照）。UWGの不正競争概念は民事上のフェアネスの具体化であり、市場への影響に関する総合評価を行わない点でGWBの競争概念とは異なる。今日のドイツの学説でいまだこのような理解が有力かは疑問である。
- 28 今日、オルドー主義という時には、この修正されたオルドー主義を指す。詳細は、越知・市場法秩序117頁以下
- 29 Rina Kahn "Amazon's Anti-trust Paradox" Yale Law Review Vol.710 (2017) p710-804. (以下「カーラハ論文」) という) はその先駆的なものと言える。デジタルと競争過程Iの「はじめに」と注2を参照。
- 30 川濱説については、川濱昇「市場支配力基準の再検討」「金井貴嗣先生吉希記念論文集」(弘文堂2022) 51頁（以下「川濱・市場支配力基準」という）。泉水説については、泉水文雄「独占禁止法」（有斐閣）2022（以下「泉水・独禁法」という）参照。
- 31 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL116号24頁（2020）（以下「川濱・優越」という）など。
- 32 今村・独禁法61頁
- 33 今村・独禁法62頁。公取も当初は、そのように考えていたことについて、同61頁
- 34 芝浦と殺場事件最判（最判平成元年12月14日民集43巻12号2078頁）資生堂事件最判（最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁）、NTT東日本事件最判（最判平成22年12月17日民集64巻8号2067頁）JASRAC事件最判（最判平成27年4月28日民集69巻3号518頁）多摩談合事件最判（最判平成24年2月20日民集66巻2号796頁）ブラウン管事件最判（最判平成29年12月12日民集71巻10号1958頁）
- 35 2021年4月2日第89回CPHCセミナー。要旨のスライドは、公取委CPHCのHPのCPHCセミナーの項を参照。
- 36 越知・ブラウン管事件最判評釈、田辺治「ブラウン管事件審判決一競争の観点からの一考察一」商事法務2166号35頁（2018）参照。池原桃子「最高裁判所判例解説」法曹時報71巻1号198頁も物的要素ではなく人的要素の観点から管轄権を見えたと解説しており、市場効果（効果理論）の観点ではなく、競争過程（実施行為説）の観点から管轄権を認めたことを示唆している。
- 37 令和4年2月10日（令和3年（行ウ）4号、同124号）
- 38 同判決は、越知・営業の自由論文、CPHCにおける「取引の自由と最高裁6判決」と題する講演で主張した内容に沿った説示となっている。
- 39 昭和31年11月9日（昭和30年（行ナ）第53号）日本石油株式会社ほか10社の件。
- 40 石油連盟事件東京高判昭和55年9月26日高判集33巻5号359頁

デジタル経済と競争過程保護V

デジタル経済における競争過程保護と 日本の判例理論 (下)

越知保見*

III 競争過程保護の意義・内容

1 競争過程保護に関する考慮要素の概要

競争過程の保護は、競争保護の本質からの要請である。競争過程・競争プロセスを保護することは平たく言えば、競い合いを保護することであり、競い合いの過程を保護することは、抽象的どころか競争保護の基本的・本来的な姿である。「正常な競争過程を反映しない」廉売行為は禁止すると判示して競争過程の規範性に言及した芝浦と殺場事件最判は、廉売をめぐる競争の評価において、良質廉価という結果だけで競争評価を行うのではなく、その結果が正常な競争プロセスによって達成されているかを考慮するというものであり、十分に具体的な規範である。そして、(i)人為性、(ii)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、(iii)競争機能侵害、という後の最高裁判決で示された規範は、「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。競争過程→人為性→総合評価→競争機能侵害という一連の規範の具体化・深化の連鎖が生じている。

競争過程保護は、多様な考慮要素を持っているが、大別すると(i)行為無価値的側面、(ii)有効な競争が行われる状況の確保(競争機能の維持)であり、(iii)公正な競争の確保は、この両側面に

かかわる。行為無価値的側面の方がわかりやすく、この点が競争過程の問題であるかのように考えている専門家も多いが、競争機能維持の観点の方がより重要であり、デジタル経済の競争法理論の再構築においては、かかる観点が決定的に重要である。

公正性は、競争過程の要素として考慮されるが、この要因は上記の2つの要因にまたがる要素である。

2 行為無価値的側面の配慮

(1) 先例において、多数の言及例があること

行為態様の点は、NTT 東日本事件最判、JASRAC 事件最判の排除行為の定義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²。両最判だけでなく、下記に示す多くの判決が、行為態様、競争手段の不当性・不正手段性、行為者の意図(競争者を排除する目的・計画)などへ言及しており、これらは、競争過程の行為無価値的側面が具体化されたもの

—もくじ—

はじめに

- I 保護される「競争」の意義
- II 日本における競争過程論の展開(以上前号)
- III 競争過程保護の意義・内容 (以下本号)
- IV デジタル経済における競争過程保護
- V 公正性の観点

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

のと整理することができる³。

(2) 行為者の意図・計画

マイナミ事件地裁判決において、排除行為の定義において、排除意図・計画が考慮要素として明示され、認定においても「排除の強い意思・目的」を排除行為該当性を認める重要な理由としている⁴。

廉売に関しては、行為者の意図の考慮に消極的な学説も有力に主張されている⁵が、芝浦と殺場事件最判は「正常な競争過程を反映しない廉売行為はこれを禁止する」と明言しており、かかる立場は、最高裁判決の立場ではない。事業者の脅威となる競争者を排除しようとするなどの動機がある場合には、価格を引き下げる行為であっても許容されない場合がある。

なお、行為の累積性を考慮するニプロ事件⁶、北海道新聞社事件⁷等でも、当事者が取った行動の動機が排除意図であることも考慮されていると考えられる。

(3) 欧米の先例における排除意図

EU 競争法102条においては、行為の目的・動機が競争排除であることは重要な要素であること(ただし、それがないとしても違法判断ができなくなるものではない⁸)は、アクゾー事件⁹で確立し、多数の先例がある¹⁰。

消費者厚生一辺倒に見える米国反トラスト法のリベートの先例でさえ、行為の支配的動機が競争者排除であるときには、違法とされる(ZFMeditor 事件¹¹)。ただし、米国では、主たる目的が排除にあるとの認定は慎重である。それでも、アスペン事件¹²、ローレイン・ジャーナル事件¹³などでは排除意図が違法判断が行われた重要な要因となっている。

(4) 行為の累積性の配慮の意味

ニプロ事件や北海道新聞事件などでは、問題行為を複数指摘し、その累積性が違法判断において重視されたと見られる。このような先例は、複数の問題行為が累積している行為態様を問題

にするものとも、複数の行為の累積により排除意図が推認されると考えるものとも解しうる。いずれにせよ、問題のある行為が複数ある場合には芝浦と殺場事件最判の「正常な競争過程を反映するものではない」ことの推認が働くものと考えられ、同最判は、行為を個別に評価するのではなく、累積的に評価することの基礎となるものと考えられる。

3 競争機能の維持の観点から競い合いのプロセス自体が保護される必要がある場合

(1) 競争機能の維持(有効な競争の確保)

競争過程に関するより重要な観点は、競争が有効に機能するかという観点である。消費者厚生基準・市場支配力基準によって、競争への悪影響が立証されていないとされる事例でも、競い合いのプロセスが阻害される結果、長期的に見れば、競争が機能しない事態が生じる事例がある。そのような場合に、競争プロセスの侵害という動的観点を考慮することは重要であり、競争過程保護の核心はそこにあると考えられる。

競争が有効に機能するかという観点は、効率性を達成しているものであるとしても、競争が困難となり、競争者が市場から消えてしまうことになる場合(市場における有効競争が期待しえなくなる場合)には競争プロセス保護(有効競争保護といつてもよい)の観点から介入を正当化することができ、DMA のコンテストバリティという考え方は、まさにこの点に関わるものである。

(2) 競争機能維持の観点を示した先例

日本の判例には、実はかかる観点に言及したものが相当多数ある。競争の実質的制限に関し、石油価格調整事件東京高裁判決は、8条1号の競争の実質的制限を「有効競争が期待しがたい場合」と定義している(市場支配力の形成維持強化とは判示されていないのである)。多摩談合事件最判の競争機能侵害という概念は、東京高判の有効競争が期待しがたい場合という観点

を考慮要素にとりこむものであると考えられる。ブラウン管事件では、顧客獲得競争という競争過程に明らかに日本が巻き込まれているにもかかわらず、消費者厚生基準では、消費者に被害が生じていないから日本の独禁法は適用できないという主張が有力に行われた。本件は、管轄理論について欧米で採られている実施行行為論をとることによって解決することも可能であり、最高裁の原審である東京高裁はそのように判示していたが、最高裁は、あえて競争の機能の観点から競争過程が正常に機能していることを保護法益と認め、その点を補足したうえで、かかる見地から原審の判断を是認したのである（これは、実施行行為論の根拠は、競争過程保護にあるとしたものと言える）。

カルテルの課徴金算定において、受注調整会議で、2社ないし3社に絞り込まれたが、最後の2社ないし3社が争って最低落札価格ぎりぎりで落札するような場合でも、独禁法7条の2の当該商品または役務の解釈として判例法上、要求されている具体的な競争制限効果が生じていると解されているが、これも競い合いという競争過程が侵害されているからであると説明できる¹⁴。

行為態様を考慮要素として判示したNTT東日本事件最判、JASRAC事件最判は、行為無価値的側面を考慮要素とすることを判示したが、各論では、競争機能維持の観点の考慮要素を具体的に判示しており、その点はより重要である。例えば、NTT東日本事件では、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を考慮するものであり、NTT東と競争者の競争条件の差異に言及している点も同様である。

また、JASRAC事件でも競争条件の差異を考慮したうえ、排他性を緩和する方法があつたにもかかわらず、それがとられなかつたことに入為性を見出すものであり、それも有効な競争の維持、競争過程への配慮である。

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、重要な先進的なものであり、詳細は下記IVで述べる。

(3) 競争への影響の動的評価・総合評価

有効競争論は、競争プロセスを重視することにより競争への影響の動的評価の視点を提供する。完全競争モデル¹⁵あるいは消費者厚生モデル¹⁶が静態的評価となりがちであるのに対し、市場構造・市場成果とともに競争過程を保護する有効競争の考え方の利点は、動的的な競争評価の視点を提供し、あるいははそのような評価の正当性の根拠を提供することもある。

動態的評価とは、例えば、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る）と直ちに考えない¹⁷。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まさにそのような有効競争の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、コンテストアビリティに言及される多数の事例もそのような観点の表れである¹⁸。ただし、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。まさに、グーグルアンドロイド事件は、そのような事例である。

以上の動的評価は、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。

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には競争過程を生かした有効競争の考え方が優れている¹⁹。実際に、デジタル経済に関する競争評価（例えば、グーグルアンドロイド事件、ショッピング事件GC判決）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り、その理論的背景は、有効競争論・競争過程論である。

この競争プロセスの保護は、それだけを見るというものではなく、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たものである。総合考慮と動的評価による柔軟性こそが重視されるべきであり、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・動的評価の在り方についても十分な指針が示されている。下記4以下で詳述する。

(4) イノベーションの確保

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が合併分析についても必要となっていることを示すものである。最近のEUのDowDuPont事件²⁰では、ケミカル市場における将来のイノベーションの阻害を問題とした挑戦的な事例である。

米国では、消費者厚生の悪化（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²¹が、そこでの分析は、川瀬・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的的な競争の過程の量化であって、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とみるべきである。

イノベーションの問題に関しては、1970~80年代には、競争者を排除する目的の設計変更の問題が predatory innovation として議論されてきたが、米国では、開発者がリードタイムを確保するためにデザイン変更することを許容すべきであり、発明を保護する観点から設計変更の反競争性を認めることに後ろ向きであった（越知・競争法大全718-719頁。同頁掲載のバーキー・コダック事件が代表的先例である）。この方向性が、グーグルショッピング事件が、米国で事件化されなかった理由でもある。

日本では、プラザ・エレコム事件で設計変更の問題が改めて問われている。この事件については、下記4(2)で詳述する。

4 競争過程と成果要因・市場構造要因

(1) 3つの要因は総合評価される必要があること

競争過程は、競争の成果（良質廉価・消費者厚生）と同じく、競争評価の考慮要素であり、その現れ方は、市場の特性、当事者の市場における地位、市場で最有力の事業者とその他の競争者との競争条件の差異、市場に与える影響（行為が市場にとって良質廉価なものが供給されるという成果を生むのか、そのような商品の供給が阻害されることになるか）が総合的に考慮される。その点は、NTT東日本事件最判、JASRAC事件最判が排除行為の定義に関して、明言しているし、そのような多様な要因を考慮す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、市場成果の一部のみだけで考慮する基準であるし、能率競争を手段の不当性と見る見解

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。実際、市場構造・市場成果との総合評価が行われる必要があるのに行われていない具体的な事例もある（下記プラザー・エレコム事件であり、下記で詳述する）。

競争評価においては、競争に影響を与える要因を考慮要素としたうえで、その総合考慮し、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とは、総合評価・有効競争論と親和的である。

一つの総合考慮の在り方として、スライディング・スケールで考える（相関的に考える）という一般則がある²²。成果要因で排除効果が大きい場合には、競争過程要因への配慮がより必要となり（より緩やかな基準となり）、排除効果が小さい場合には、競争過程要因はより小さな考慮を行うことになる。

例えば、行為無価値的側面で考えると、行為態様だけを見て、行為の不当性を緩めて考えると、市場構造をみない完全競争的な競争観に向かってしまう危険がある。行為の不当性は、市場構造、市場成果と総合して判断される必要があり、市場支配的地位にある場合には、行為の不当性が認定される余地は広がるものと解され、廉売などで排除意図がある場合に違法判断の余地は広がるが、市場支配的地位を有しない場合においては違法判断の余地は狭まる。

（2）プラザー・エレコム事件

行為の不当性は、市場構造・市場に与える影響を考慮したうえで判断しなければならない。その視点を欠くと競争評価が民事的な利益考量に向かい、競争に対し、正の影響がある場合にも介入が行われること（過剰規制）になりかねない。それが能率競争に関する第2説及び近時のフェアネス論の問題であり、そのような思考が、競争の実質的制限においては、市場支配力

基準を取る学説によって行われていることは、何のために市場支配力基準が取られているのかという疑問を生ぜしめるものである。

その点への配慮が欠けているように見える萌芽的な事例がプラザー・エレコム事件（東京地判令和3年7月16日・令和元年（7）35167号）である。

プラザー・エレコム事件は、プリンターが稼働する電流の領域を操作し、再生品が装てんされた場合には、電流がプリンターに流れないように設計変更して、再生品を排除した事例である。設計変更に正当理由がないので、排除の意図があるものとされ、公正競争阻害性が認められた。しかし、本件のプラザーは、プリンター市場での市場シェアが10%程度で有力な事業者でさえなく（市場構造要因）、再生品を排除する効果も3カ月程度しかなかった（再生業者は、設計変更に3カ月程度で再生品がプリンターで稼働できるようにすることができる）。競争制限効果は限定的な事例であった。

同事件では、市場におけるプラザーの地位、競争制限効果が小さいことを分析・認定せず、いきなり正当理由の分析に向かい、正当理由がないから違法と判断した。有効競争の考え方、あるいは、NTT 東日本事件、JASRAC 事件の排除行為の定義で示された市場構造要因・市場成果要因との総合考慮の枠組みが、公正競争阻害性でも考慮されなければならないことがこの事件から示されている。それは、市場構造要因として、市場支配的地位まで常に必要と解するという意味ではなく、行為の悪性が高ければ、市場構造基準の閾値は下がるという意味である（IV6で言及する FTC ポリシーステートメントは、これをスライディングスケールで分析すると表現している）。

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が直ちに排除意図であるかのように考えている。しかし、本件の場合、競争制限効果が極めて限定されている。知的財産侵害を再生品に対し主張したものではなく、3ヶ月もあれ

ば、互換性のある再生品を供給できる。この程度の再生品排除は、プリンターの開発のインセンティブの確保の観点（この程度の設計の自由が認められないとプリンター価格上昇を招く）から正当化される余地は十分にあると思われる。ただし、審理においては、プリンター本体価格の上昇を招くという観点は、プラザーから主張されなかつたようである。

（3）有効競争における成果要因の評価：商品選択の自由の位置付け

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 の有効競争論（ドイツの業績競争論）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 の有効競争（ドイツの業績競争）では、市場の地位に基づく競争条件の差異の結果、優れた商品が駆逐される場合を許容しない傾向が強く、そのような場合に、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問題とされる。

注意すべきは、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觀が生じる。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²³。

排他性（排除）が生じる場合には、必然的に商品選択の自由は損なわれる。それで直ちに反競争性が生じるというものではなく、排他的な行為によって、同等に効率的な競争者であって

も排除されるようなものである必要がある。ただし、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²⁴。

日本の JASRASC 事件最判でも、JASRAC の包括徵収システムは、同等に効率的な競争者であっても競争することが困難であることを認定している。

マイナミ事件では、圧倒的な市場占拠率を有する事業者が、競争相手から一切購入するなど迫ることは、いかに競争者が効率的であっても対抗できないという意味で、強い排他性を生じているといえる。これは JASRAC 事件でも同じであったが、JASRAC 事件の場合は、マイナミ事件に比べ、競争促進効果をより考慮する必要があったので、人為性において排他性を緩和する措置を取れたのに取れなかったこと（個別徵収が選択肢にならないこと）を認定している（下記IV4参照）。

（4）成果要因と排除効果・市場閉鎖効果

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採られるが、この基準によると、この閾値を超えない場合には、競争過程を考慮することができなくなる。競争過程と総合考慮するためには、排他性の閾値は低いものである必要があり、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るが、さらに反競争性を総合判断するという考え方が取られることになる。排他条件付き取引に関する一般指定11項は、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が、これは、上記の競争過程を考慮する枠組みに親和的である。そして、JASRAC 事件最判、マイナミ事件東京地判が排除効果を利用抑制効果で考えているのも、上記の競争過程を考慮する芝

浦と殺傷事件最判の立場に親和的である。

デジタルと競争過程Ⅰで論じたように、102条のガイダンスペーパー以後、欧州委員会が、価格的濫用に関する市場閉鎖効果の閾値を上げ過ぎたことが重点機種型の排他的リバートに対し、適切な法運用を妨げる結果となったようと思われる。同事件に関しては、下記5で詳述するが、重点機種型の排他的リバートについては、利用抑制効果によって市場閉鎖効果を認め、戦略的意図を総合考慮して濫用性を認めるべきであった。

マイナミ事件東京地判は、マイナミの競争上の優位性から、マイナミとの取引を絶つことができない以上、二者択一取引を迫ることは、佐賀航空の事業を著しく困難にする効果（排除効果）を有するとの認定とともに、競争者のサービスの利用を抑制する効果によって排除効果を認定している。これは、JASRAC事件最判が、競争者（イーライセンス）の利用を抑制する効果を有することから排除効果を認定した理論を適用するものである²⁵。

(5) 市場の特性（市場構造要因）と競争条件の差異の分析

競争機能が維持されるかの分析とは、市場構造要因・競争過程要因と総合し、市場の競争を減少させるか、有効な牽制力ある競争者を失わせるかという観点からの分析を行うものである。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り、競争機能が損なわれる場合には、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。次いで、支配的事業者に、有効競争の機能の維持を妨げ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²⁶。NTT東日本事件、JASRAC事件は、この点に関し、極めて適かつ理論的先例性の高い分析が行われている。

排他性が極めて高いが、競争促進の正当事由

もあるとされる場合には、有効競争を時事するとの観点から、その高い排他姿勢を緩和する方法があるのにそれを行わなかった場合には、手段の相当性を欠く（正常な競争手段を逸脱する）という分析の枠組みがとられる。それが実際に用いられたのが、JASRAC事件であり、高い排他性があるにもかかわらず、個別徴収が選択肢にならないという枠組みによって、競争者を選択することで追加負担が発生するという仕組みが構築され、それがいかに効率的な競争者であろうと効果的に競争できない状況を作り出すものと評価された（そのようにセオリー・オブ・ハームが構築された）²⁷。

さらに、デジタル経済においては、多数の市場における支配的事業者、データの圧倒的優位性を有する支配的事業者は、効率性を有しているとしても、有効な競争が生じない状況が生じる場合には、違法と判断する余地が生じる。DMAがcontestabilityを違法判断の基準としていることは、かような理論的基礎を有するものである。

マイナミ事件判決は、「佐賀航空は、マイナミの供給量の全てを直ちに代替することができたとはいえない状況にあった」こと、「マイナミは、佐賀航空と異なり、八尾空港内に給油施設を構えていたことから、需要者からの給油の依頼に対し、佐賀航空よりも、緊急の場合など、迅速に対応できる場合が多」かったことなどから競争上の優位性を認定しているが、これは、競争条件の差異により有効な競争が妨げることができる状況が生じることを指摘するものといえる。

(6) 競争過程論と目的の正当性・手段の相当性理論

市場への影響の分析に関し、市場支配力基準説に立つ論者も、目的の正当性と手段の相当性の観点から人為性ないし競争促進効果を分析することが多い。市場支配力基準説の立場からは、本来は、MP デルタの分析に向かうはずであり（川瀬・市場支配力基準説はまさにそのよう

方向性を示唆する）、（目的の正当性と手段の相当性の分析に向かうことは）市場支配力基準・消費者厚生一辺倒では競争法分析としてうまくいかないことを示すものである。ただし、この基準を用いる場合には、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、それを自覚して運用する必要がある²⁸。すなわち、正当事由の考慮は、競争制限効果の大きさと相関的に考えられる必要があり、また、多面市場における競争への影響を総合評価して行われることが不可欠である。

プラザ事件はこの点でも参考になる事例であり、実施企業が10%程度の市場シェアしかないこと、3ヵ月もあれば、再生品業者は、互換性を有する再生品を販売することができ、競争制限効果が限定的であること、プリンター市場では活発な競争が行われているという事情を考慮する必要がある。単に正当事由がないことだけを理由にする東京地判の分析は、分析としては粗すぎる。

逆に、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つたことは、手段の相当性を欠くとされる理由になると考えられる。それが上記のJASRAC事件理論の帰結である。

排他性がそれほどでもないときは、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ることが必要とされるとまでは解すべきではない。

IV デジタル経済における競争過程保護

1 総論：利益誘導による囲い込みの問題と競争プロセス保護の関係

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つたが、デジタル経済は一層顕著である。囲い込みだけではなく、買収戦略でもその視点が重要になっている。

EU競争法では、その黎明期から今日に至るまで、利益誘導・便宜供与による囲い込みが正常な競争手段といえるかが問題であり続けた。デジタルと競争過程Ⅰで論じたように、欧州インテル事件・クアルコム事件では、戦略的に重要な部分に競争者が食い込めないように、市場の重要な一部を囲い込むというものである。

リバ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、行為者がリバ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できるようになってしまった。それが具体化したのがデジタルと競争過程Ⅰの欧州インテル事件・クアルコム事件である。それでは、競争を排除するようリバートスキムが温存され、競争が機能しなくなる事態を招く。

デジタルと競争過程Ⅱのアンドロイド事件では、一般検索という無償サービス市場をデフォルト設定というさらに強制的要素の希薄な方法で囲い込むという問題であり、他方でエコシステムという広範な市場における有効な競争の消滅を招いている事例である。この事例は、競争促進効果が及ぶ市場とその大きさが欧州インテル事件・クアルコム事件よりも格段に大きい一方、競争が機能しなくなる市場もまた格段に大きい。既に述べたように、広告市場を考慮したとしても、結果無価値的側面（消費者厚生基準）だけからは、一般検索サービスのインテルへの集中は、広告の精度の向上をもたらし、広告の費用対効果を格段に向上させるので、効率性は格段に向上したといえ、結果無価値からは、セオリー・オブ・ハームの説明が難しい事例である。

ショッピング事件では、エコシステム支配により、二重の地位があるという以上に著しい競争上の優位性が生じている。その優位性により競合サービスが成立しなくなっている。

以上の状況は、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GC判決は、競争過程保護・有効競争の考え方を押し出して違法性評価を行っており、DMAもその規制原理としてcontestability & fairnessという有効競争・競争過程論の考え方を押し出している。

日本の最高裁判決で示された競争過程・人為性・競争機能侵害という諸概念も、上記のデジタル経済の問題の解決に有効であり、NTT東日本事件最判、JASRAC事件最判、マイナミ事件東京地判は、ショッピング事件、アンドロイド事件のセオリーオブハームの理論的基礎を提供するものである。以下で具体的に指摘する。

2 欧州インテル事件・クアルコム事件からの示唆

これもデジタルと競争過程Ⅰで論じたように、欧州インテル事件では、この同等効率性基準が市場閉鎖効果の発生についての閾値と欧州委員会の立証責任のバーを上げ過ぎたため、競争が機能しない状況に十分対処することができない場合が生じるという逆の弊害が明らかになった。

これは、EUの伝統的な理論のうち、排除効果を利用抑制効果で考え、反競争性を競争プロセス保護の観点、行為態様、競争が有効に機能するか（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）という観点の重要性を示すものである。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という観点に立てば、インテルのリバートはまさに、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、排他的リバ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、リバートは、戦略商品以外についても及ぶが、その部分は数量リバートか条件付きリバ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、戦略商品と非戦略商品の両方のリバ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。

この点は、従来マストストックを利用する場合の複数商品の値引きに関してのみ、内部補助を使った値引きと解されてきたが、マストストックがないとしても、あるいは、別市場にある複数商品でなくとも、商品横断値引きを戦略商品の囲い込みに利用できることが、欧州インテル事件で示されたものといえる。戦略商品を防衛しようとする戦略的意図のもとに、商品横断的な値引きを行うことは、戦略商品以外の値引き分を負担しない限り、競争者は戦略商品の分野に食い込むことができなくなる。その結果、戦略商品において（同等以上に効率的な競争者による）より良い商品の提供が阻害されることになる。戦略商品への競争者の進出を防ぐために、市場の地位に基づく競争条件の差異によって、（同等に効率的な競争者でも）対抗できないようなリバートのパッケージが行われ、戦略商品に対するよりよい商品の提供が阻害される場合、そのようなリバートは、正常な競争手段を逸脱するものと評価されるべきである。クアルコム（LTE）事件も同じような戦略的意図のもとに、主要な機種にインテルが食い込むことを抑制してきたものと評価されるべきである。

3 ショッピング事件からの示唆

デジタルと競争過程Ⅱで述べたように、ショッピング事件で委員会が示した一般検索結果の操作というセオリーオブハームの妥当性には疑問があるが、GCは、インテル・クアルコム事件とは一転し、委員会を擁護する姿勢を鮮明にしている。この落差が生じる原因是、競争者の席を奪って割り込んでいるかのような行為態様に加え、二重の地位に基づき、成功しているビジネスモデルのパクリ（盗用）を行っているともいいくべき不正手段性にあり、それが能率に基づく競争とは言えない（有効な競争の機能が損なわれる）ことが明白であると考えたためではないかと思われる。

GC判決のセオリーオブハームの核心は、グーグルの地位をスーパードミナンスと認定し、エ

コシステム支配という巨大な市場構造上の圧倒的優位性と二重の地位を有するという優位性、さらには、データを自由に利用できるという優位性という市場の特性を踏まえると、競争者はただでさえ、圧倒的に不利な地位にある。そのような状況で、グーグルがその二重の地位を利用し、競争者が対抗できないような手段をとることは有効な競争の機能を損なう（competition on the meritに反する）と認定した点である。

2列目にShopping Unitを固定させることに対する対応としては、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、この行為により、有効な競争は期待したい。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と考えられる。

以上の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東日本事件でも説示されており、ある意味、簡潔だがより重要な視点を補って認定されている。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という重要な要因に言及しており、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重要であり、判決でも言及されるべきであった。すなわち、ショッピング事件の場合、競争者が第1列に費用をかけて広告を出し続けることは、制度的には可能であるが、経済的に不可能であり（デジタルと競争過程Ⅱ（上）で詳述している）、デジタルプラットフォーマーと価格比較サイトの事業者という2重の地位により、内部補助が可能な競争条件の差異を利用した同等に効率的な競争者の商品の利用を大幅に抑制させるものであることを指摘すればより説得的であったと思われる。

4 アンドロイド事件からの示唆

グーグルアンドロイド事件の3協定により、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ので、結果無価値的側面（消費者厚生基準・市場支配力基準）からは、正常な競争手段と解され、市場支配力の形成維持強化も生じないことになる（市場支配力が強化されていないという表現は、常識に反するが、市場支配力基準説からは、そう解されざるを得ないことは、既に繰り返し指摘している通りである）。

しかし、一般検索市場のグーグルの市場シェアは、90%に達し、かつ、3協定により、参入は、さらに困難になっている（参入障壁が高まっている）。その検索市場での圧倒的市場シェアは、収集されたデータの圧倒的優位性をもたらし、検索クエリを利用した広告市場でのグーグルの支配力を一層高める。しかし、3協定による一般検索サービス市場でのグーグルへの集中は、データの集積を高め、広告の精度を高めている結果、参入障壁もまた著しく高まっており、検索クエリからの広告市場でグーグルに太刀打ちできない状況が生まれている。

さらには、一般検索サービスによって集積されたデータにより、広告がグーグルの検索に連動して行われる結果、エコシステムと呼ばれる消費者の生活にかかわるあらゆる商品・サービス・情報の購入が、グーグルの検索サービスを媒介として行われることになる。つまり、グーグルは単に一般検索市場、検索連動広告市場を広範に支配している結果、個人のエコシステムが支配され、関連市場限りの支配的地位に比し、はるかに大きな市場での競争がほとんど機能しない状況を招いている。エコシステムを支配するグーグルの特別の責任は、通常の市場支配的地位にある事業者の特別の責任よりもより大きな責任が課される。

AFAについては、アンドロイドを全く用いない新たなOSの開発は困難であり、アンドロイドフォークを搭載した端末の販売をアンドロイドOSをライセンスした端末事業者に認めないことは、事実上、二者択一を迫るものであり、アンドロイドOSに代えてアンドロイドフォークを選択することは、端末事業者にとつ

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といえる（需要者にとって、マイナミの代わりに佐賀航空を選択することは不可能である）。

RSA は、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から、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、市場支配的地位・構造を維持強化するものである。そのことから違法性を基礎づけることができる。

MADA は、RSA と組み合わされる結果、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。これも、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ことにセオリーオブハームが見いだされる事例である。この点は、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る。

以上の 3 協定の累積効果の観点については、JASRAC 事件最判が示唆する人為性的考え方によって説得的な説明が可能である。その観点とは、大きな競争促進効果があるとしても、その行為が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、個別徴収が選択肢にならないという枠組みが作られていること、NTT 東日本事件では、4 分岐、8 分岐を設定することが、

取りうるカーブアウト手段であり（そうすれば、競争者の逆輸送は解消される。最終的に NTT 東日本はこのような分岐方式を提供した）、かかる手段がとられていないことに人為性を見いだしうる事例である²⁹。

アンドロイド事件は、大きな効率性向上効果をもたらすものの、3つの協定により、その参入障壁をさらに高めている。アンドロイドフォークを許容することは、その排他性を緩和する手段があるのにそれをとっていないとの観点からも要請されるというべきである。

以上のとおり、NTT 東日本事件最判、JASRAC 事件最判は、エコシステム支配という市場構造要因をも考慮した有効競争の総合評価により、デジタル経済の最も難度の高い事例にも応用可能な論理を提示しているのである。

5 replicability に関する ECJ 判決

最近の ECJ の先決裁定事件判決³⁰においては、「同等に 効率的な事業者でも同一行動をとることが不可能な行為」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、上述した本来の EU の同等効率性基準から導かれる考え方であり、本判決は、欧州インテル事件 ECJ の考え方を本来の EU の有効競争の考え方へ回帰させる方向性を示唆する判断であるといえる。NTT 東日本事件最判が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ける人為性を認定したアプローチは、この replicability の考え方を示すものであり、同判決の先進性を示すものである。

なお、同事件では、あわせて、ある行為が支配的地位濫用に該当するかを競争当局が立証するためには、価格・選択・品質・イノベーション等の消費者にとってのポジティブな影響が当該行為から生じ得る排除効果を相殺し、又は上回ることを当該支配事業者が示さない限り、当該行為が関連市場における有効な競争構造を損なうことを証明すれば足りる」と判示してお

り、EU 競争法102条においては、委員会は、すでに生じている非競争的な市場構造をさらに非競争的に変化させる行為であることを立証すれば足り、消費者厚生の観点については、抗弁事由であり、事業者がその立証に成功した時の濫用行為が否定されるものと判示されている。

6 FTC のポリシー・ステートメント

FTC のポリシー・ステートメント³¹は、消費者厚生基準一辺倒であった米国の反競争性の立証に関し、競争過程を考慮していたシカゴ学派台頭以前の考え方に戻して、FTC 5 条を執行する方針を明らかにしたものである。

この考え方は、部分的には1960年代に回帰するかのような過激な表現も用いられているが、競争過程を考慮した執行方針をとることを明らかにするもので、現在の日本でもてはやされている対等取引権的な意味での公正性や民事的な意味での公正に基づき、競争法を執行しようとするものではないし、公正な競争と自由な競争を別の保護法益ととらえる日本の二元論の根拠となるものではない。

また、この考え方方が裁判所に受け入れられるかは、明らかではない。FTC 法は、シャーマン法と異なる規定となっており、独自の執行が可能であるとしても、シャーマン法で適法とされる行為は、競争法上は許容される行為であって、FTC 法に依拠したとしてもそのような行為を違法とすることは容易ではないと思われる。市場にとって反競争性があるにもかかわらず、シャーマン法、クレイトン法では違法とすることでできない行為であるとの立証が求められる可能性があるからである。

V 公正性の観点

公正性は、競争過程の要素として考慮されるが、この要因は、行為無価値的側面と競争機能の維持の両側面にまたがる要素である。不正の排除という観点からの公正性は、行為無価値的側面にかかわっている。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の維持の側面である。この意味での公正性とは、unfair advantage 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るとわかりやすい。しかし、日本の学説（特にフランス・ドイツの競争法の研究者）は、フェアネスを対等性を基礎として理解し、今日のドイツ・フランスの理論とかけ離れた理論がドイツやフランスの理論として紹介されている。デジタルと競争過程 VI で詳述する。

[注]

1 最近の宍戸聖『私的独占における排除概念の再構成』（商事法務2022）は行為無価値的側面を指摘している。

2 自由貿易が奴隸貿易を禁止していなかったために、もっとも利潤率の高いビジネスとして奴隸貿易が行われた。ユヴァル・ノア・ハラリ『ホモサピエンス全史（下）』（河出書房新社）第16章127頁

3 消費者厚生一辺倒で競争評価を行うシカゴ学派の考え方とは、いわば結果無価値の考え方であり、刑法の結果無価値論と行為無価値論に似ているからである。

4 例えば、12月7日通知の態様や継続期間、マイナミの意図・目的について、判決は、「需要者側にとってのリスクを示すことにより、佐賀航空を八尾空港における航空燃料の販売事業から排除する強い意図なし目的でなされたものであった」と認定している。

5 有線プロードに関する経済法判例百選第1版（川瀬昇執筆）、第2版（和久井理子執筆）参照。同事件は、価格割れ基準、AAC 基準でも違法性が認定できた事案とするが、そのような証拠を公取委が収集していたか疑わしいうえ、芝浦と穀場事件最判への言及を欠いている。

6 審判審決平成18年6月5日審決集53巻195頁、損害賠償事件として、東京高判平成24年12月21日審決集59巻第2分冊256頁

7 同意審決平成12年2月8日 審決集44巻395頁

8 アンドロイド事件 GC 判決でも指摘されているが、要件ではないので当然である。

9 AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR 3359

10 越知・競争法大全605頁以下

- 11 ZF Meditor v. Eaton 696 F.3d 254 (3d Cir. 2012) 越知・競争法大全576頁
- 12 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585 (1985)
- 13 Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)
- 14 競争的な入札であってもそれを下回ることができないとしても、競争制限的な合意と行いそれを実施していたのであるから競争の過程は損なわれている。越知・競争法大全420頁。越知保見「岩手談合課徴金事件評釈」ジャリスト1459号110-114頁(2013)
- 15 ハイエクは、完全競争を前提とするとプロセスは見なくなると述べている(今の優越がそのようになっている)。
- 16 川濱・市場支配力基準のMP デルタの分析は、そのような分析になっている。越知・市場法秩序 142-147頁参照
- 17 淘汰が生じていない完全競争に近い農産物市場と、淘汰が生じては新商品による参入が生じる工業製品市場を比較して考えれば、規模の経済自体を否定できないことは明らかである。
- 18 越知・競争法大全913頁以下。特に動的評価に関し、914頁注120
- 19 小西忠雄『反独占政策と有効競争』(有斐閣 1967)は、規模の経済を害さないように競争のメリットを保護するのが有効競争であると指摘している。
- 20 Case M.7932 [2017] OJC353/ 9
- 21 「金井貴嗣古希記念論文集」(弘文堂2022) 所収の齋藤高広「イノベーション市場の展開と課題」69頁、隅田浩司「競争法における疑陽性・偽陰性に関する一考察」87頁、宮井雅明「イノベーションの阻害を根拠とした企業結合規制の可能性について」301頁参照。
- 22 スライディング・スケールという考え方、下記IV 6で取り上げる最近のFTCのポリシー・ステートメントでも指摘されている。
- 23 もともと、初期の判例には、支配的事業者のコストが引き下げられた結果、中小企業の商品が淘汰される場合も102条の濫用行為性を持つかのように述べた判決もあるが、102条ガイダンス後には、このような判決は先例性を失っていると考えられる。
- 24 デジタルと競争過程 I 792頁参照。土田和博「『競争法は、競争者ではなく、競争を保護するものである』という格言について」舟田正之・土田和博編『独占禁止法とフェアエコノミー』(日本評論社2017) 47頁は、同等効率性基準を実際の競争者の効率性が劣る場合に排除される理論であるかのように解しており、JASRAC 事件審決もそのような誤りを犯している(競争者であるイーライゼンスが同等に効率的競争者でなかったことを排除効果を否定する理由として示唆している)。
- 25 「本件市場の需要者にとってマイナミとの取引を避けることができない以上、佐賀航空との取引を断念させ、八尾空港においてマイナミのみと取引することを実質的に強制するものであり、また、需要者に対し、競争上優位性のあるマイナミと取引することのできる地位を維持するために、佐賀航空との取引を抑制させる効果を持つものということができる。このように、佐賀航空にとって代替的な取引先を容易に確保することができなくなることから、12月7日通知は、八尾空港における航空燃料の機上渡し給油市場において、佐賀航空における事業活動の継続を著しく困難にする効果を有するものといえ」とする。
- 26 EU 競争法102条では、支配的地位は、「相当程度まで (appreciable extent) 競争者と顧客そして消費者から独立に行動することが許容されることを通じ、関連市場における有効競争 (effective competition) の維持を妨げることができる企業が享有する経済力に關わる地位」と定義されるが、この定義は、上記の有効競争論に基づく構造基準を意識した定義である。
- 27 越知・競争法大全630頁、772頁、清水知恵子「JASRAC 事件最判調査官解説」法曹時報69巻8号2261頁(2017)
- 28 フェアネスを主張する学説のなかには、フランス・ドイツの競争法の比較的研究に基づき、そのような民事的な利益考量を競争法で行うべきであるかのよう主張するものがある。デジタルと競争過程VIで詳述する。
- 29 越知・競争法大全630頁、771頁、越知保見「JASRAC 事件最判評釈」上杉秋則・山田香織編『独禁法のフロンティア』(商事法務2019) 第7章、上杉秋則「独占化行為の理論と実務」(商事法務2013) 262頁以下、とくに292頁
- 30 Case 377/20 SEN v. AGCM. 電力市場自由化後に、支配的事業者が行った事業法上は違法ではないが、顧客囲い込み効果を生じる行為について、102条との整合性に関する先決裁判を求めた事例であり、これに対し、効率的な競争者がreplicable できない行為によって、競争上の優位性を獲得することは、濫用行為に該当すると判示された。
- 31 Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202 November 10, 2022

▶ デジタル経済と競争過程保護VI ◀

フェアネス・他法令違反と競争過程・競争の機能 (上)

～独从競争法の先例理論と食べログ・楽天事件～

越知保見*

はじめに

フェアネスについては、欧米と日本で異なる概念として議論が行われ、その概念の違いが優越ことに規約・アルゴリズムの変更問題への優越の解釈問題に影響を及ぼしている。また、規約の変更の問題は、公取委がどこまで他法令の違反を不公正手段と解して独禁法を適用できるか、民事法の約款規定に公取委がどこまで関与できるか、約款理論で適法とされる場合を独禁法として問題にできるかなどの他法令違反への関与の問題が含まれ、その点についてもフェアネスとの関係が問題になっている。以上のようなフェアネスをめぐる問題に関し、独从法について、日本の対等性基準説¹に近い運用が行われているかのような紹介を行う学説がもてはやされている。本稿は、これらの学説の問題を含めて、フェアネスをめぐる上記の問題を整理し、競争過程・競争機能保護・有効競争（判例のとる能率競争）の見地からの考え方を示唆するものである。

I 欧米と日本のフェアネスの議論のされ方の異同

1 欧米のフェアネス論

欧米における競争法上のフェアネス保護の問題は、競争過程保護を実現するための概念である。デジタル経済において、消費者厚生基準だけでは、巨大DPの存在により、競争が有効に機能しない状況において、競争プロセスを競争

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

法の考慮要素に取り込むかどうか（consumer welfareか competitive processか）が議論の軸にあり、competitive processを重視する根拠として、フェアネスが論じられている。ところが昨今の日本の議論では、競争過程の復権ではなく、正田博士の対等取引権説を再編成した対等性基準説を復権させる根拠としてフェアネスが論じられている。

デジタルと競争過程VのVで論じたように、競争法におけるフェアネスの保護とは、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）にかかる問題である。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。この意味での公正性とは、unfair advantageである。これは、競争条件の差異に基づく地位の不当利

—もくじ—

はじめに

- I 欧米と日本のフェアネスの議論のされ方の異同
- II 欧米と日本の他法令違反・一方的規約変更についての議論のされ方の異同
- III フェアネス・他法令違反とフランス競争法の先例理論
- IV ドイツ競争法の考え方と事例からの検証
(4(1)まで本号、4(2)以下次号)
- V 対等性基準説と有効競争論の異同
- VI 優越に傾斜する日本のデジタル経済対応の根幹的問題

用により、同時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るとわかりやすい。欧米のフェアネスを保護する学説は、competition on the merit, competitive condition, function of competition, contestabilityなどの用語を用いてその点を表現している。

2 日本の近時のフェアネス論

ところが、日本では、有効競争からの能率競争と対等性基準説的観点からの能率競争の違いが十分理解されておらず、対等性基準説の考え方方が公正な競争・フェアネスを重視することの意義であるかのような理解（誤解）が蔓延している。DPガイドラインは、まさにそのような誤解によって生まれた側面がある。その結果、対等性を逸脱する取引条件があれば、取引条件の擁取があり、擁取があれば不公正であるとして、対等な関係では生じない取引条件は不公平であるかのような考え方方が有力化している。筆者は、そのような考え方方が対等でない取引について、優位にある者に劣位にある者の利益保護義務を課すに等しく、私的自治に反するものであることを、デジタルと優越Ⅰにおいて指摘し、今村教授・欧米の研究者から繰り返し、市場経済と相いれない解釈であることが指摘されていることを越知・市場法秩序で指摘してきた。

3 ドイツ・フランスの判例が歪めて紹介されている現状について

フランス・ドイツの競争法研究者の論考には、フェアネスの観点から、DPガイドラインのような優越の考え方とそれに基づく運用が、フランス・ドイツさらにはEUの最近の判例・学説で支持されるかのように論じるものがある。しかし、論者が引用するフランス・ドイツ・EUの判例・学説は、いずれも有効な競争が確保されるか、競争の機能が維持されるかという観点から「公正」「フェアネス」を論じており、デジタルと競争過程Vで論じた競争過程論・有効競争論の基礎となる判例・学説であり、DPガ

イドラインあるいは対等性基準説の裏付けとなるようなものではない。このような議論の仕方は、ドイツで有効競争論によって、「かのように」基準にもとづく対等取引権説的な見方が廃れたのに、取引上、劣位にある者が対等な取引における取引条件を確保させるための概念として「取引の自由」を構築し（それは、「取引の自由」ではなく、正田教授の提唱した「対等取引権」そのものである）、ドイツでもなおそのような考え方方が有力であるかのように主張する対等性基準説の議論の仕方に酷似している。II, III, IVでは、フランス・ドイツの先例に依拠してフェアネスについての議論がゆがめられているという新たな事態に動きに関し、論者の照会する事例は、フランス・ドイツでも、筆者が論じてきた有効競争の考え方方が支持されていることを指摘し、対等性基準説を示すものであることを指摘し、対等性基準説と有効競争論を対比して整理し、日本の議論におけるフェアネスの議論がどのように歪められているかを明らかにするものである²。

II 欧米と日本の他法令違反・一方的規約変更についての議論のされ方の異同

1 問題の所在

デジタルプラットフォームに関し、公取委が前のめりになって、優越を援用しようとしている事例として、DPによる規約やアルゴリズム変更の問題がある。VIで詳述するが、楽天の送料込みライン事件、食べログ事件もこの事例であり、DPガイドラインに従って、優越に当たり得る（独禁法違反になり得る）という姿勢を示している。それどころか、エコシステムに関する中間報告書が、規約の一方的変更の問題をする最初に取り上げるように、デジタル経済における競争政策の中心の問題のように位置付けている。

ところが、EUにおいては、規約の一方的変更の問題は、デジタル経済の中心的問題とはみなされていない。その点は、この問題が競争法の特則での特則であるDMAではなく、民事法の特則で

あるDSAで規定されたことに象徴的に表れている。これは、一方的規約変更の問題が、基本的に契約法・約款理論の問題であり、それは、デジタル経済における民事法の修正の問題と考えていることを示すものである。最近では、労働・言論・環境など他法令で規律されてきた分野への競争法の規律の活用が問題にすることに積極的なEUにおいてさえ、規約の一方的変更を原則として民事上の公正の問題と考えているのである。それは、競争上のフェアネスと民事上のフェアネスを区別して考えていることを示唆するものもある。どの国でも、規約の一方的変更は、約款理論の下で民事上、多数の先例によって判例法が形成されているので、民事法の専門家ではない競争当局が解釈・適用されるべきものではないと考えているようである。

ただ、楽天事件、食べログ事件を見れば、規約の一方的変更がどこまで許容されるかは、消費者の利益ともかかわるものであり、全く民事上の問題と割り切れるものではない。EU、フランス、ドイツでも、（巨大DPに関しては）競争当局が介入を差し控えるべき問題とまで考えているわけではない。しかし、競争当局の介入は、民事法という競争当局が管轄しない法令を競争当局が解釈して介入することができるのかという問題提起が行われる。そして、競争法的介入は、多面市場の特性を考え、（DP一般ではなく）巨大DPに限定して、競争機能・消費者利益の観点から介入が検討されている。

日本の運用は、DPという範疇でくくり、小さなDP³に対しても、多面市場を考慮することなく、取引先の不利益の観点から、民事法と私的自治に配慮することなく優越を適用するというものである。これは、EU、独仏の考え方とは全く異なる過剰規制的な対応である。日本の優越の問題に関しては、VIで詳述する。

2 民事上のフェアネスと競争法上のフェアネスの混同・同一化

この議論の歪みは、民事上のフェアネスと競争法上のフェアネスの混同・同一化によって、

もたらされている面もある。欧州における競争法上のフェアネスとは、アンフェアな行為による行為を行ったものが競争上優位な地位を占め（あるいは従来の優位な地位をさらに強固なものにし）、そのような不当なアドバンテージにより、競争過程が歪む、あるいは有効な競争が機能しなくなるという問題として、フェアネスの問題を考えている。そして、アンフェアな行為が競争にもたらす悪影響の説明（セオリーオブハーム）が求められると考えてきた。DMAは、巨大DPに関しては、競争が有効に機能していない状況が明らかだから（contestabilityが失われていることが明らかだから）、具体的なセオリーオブハームの立証を不要としたものだが、競争への悪影響は、抽象的なレベルでは、依然として問題にされている（それを明らかにするために、DMAの前文が詳しくなっているといえる）。

これに対し、対等性基準説・DPガイドラインで、優越を適用した場合、優越は取引当事者でしか考えないため、競争への影響への考慮を全く欠く運用が可能となり、まさに、そのようになりつつある。しかも、対等性基準説においては、利益衡量（比較考量）において、当事者間の民事的な利益考量によって、競争法上の公正性（公正な競争）を考えるために、いっそ民事法の問題と競争法上の問題を混同し、私法の私的自治の原理が競争法で破壊される傾向が強まっている。

3 他法令違反に関する日本の考え方とその問題点

そのような議論が生まれる背景に、日本では、不公正な取引方法の一般指定に関する田中・解説⁴以来、日本では、法令違反のような不正な競争手段については、法令違反は、誰がやっても違法であるから、競争評価を行わなくても違法にできるという考え方が承認されてきたことがある⁵。競争者の子息を誘拐するとか、生命身体に対する危害を予告・示唆して脅すという刑法違反行為⁶、欺瞞的手段での顧客誘引（詐

欺罪、景表法違反)、ビジネス上の不法行為（集团的引き抜き⁷、物理的妨害⁸）などの場合がある。

また、公正性に関する他法令の規定は、独禁法を具体化するものであるから、独禁法が介入できることは当然とも考えられてきたようにも思われる。証券取引の損失補てんについて、証券取引法で違反に該当するかが不明瞭な部分を違法とした事例⁹、競争者に対する虚偽情報の交付などの不正競争防止法違反¹⁰の事例がある。

しかし、公正性に関する他法令違反というのは、どこまでが他法令違反かは、必ずしも明白でない場合がある。規約の変更のような1対多に関する契約の変更がどこまで許容されるかは、約款に関する先例・実務が積み上げられている分野であり、契約法違反（約款理論違反）にあたるかが不明なままに優越の不当不利益があると考えてよいかについては、緻密な検討・理論的詰めが必要である。不利益が生じているから民事法にお構いなしに、あるいは民事法上も違法であるべきだとして、優越を適用することは、私的自治とそれに基づく民事法の集積を無視するものであり、それは、市場経済の根本ルールへの認識不足に起因している。

4 他法令違反についての欧米・ドイツのデジタル経済以前の考え方

そもそも、法令違反は不正手段であり、そのような行為は、市場の地位に関係なく誰がやつても違法であるから、競争評価を行わなくても違法にできるという考え方は、欧米ではとられてこなかった（EU競争法にも反トラスト法にも、不正手段型行為は競争評価を行うまでもなく違法という考え方はない）。

岸井・業績競争では、ドイツにおいては、業績競争概念が不正競争防止法（UMG）の競争概念が、競争制限法（GWB）上の競争概念の基礎となったもので、ドイツの業績競争概念は基礎に不正競争防止法があると説かれているが（デジタルと競争過程V参照）、少なくとも、今日の判例理論上は、全くそのようには考えられてきていない。競争制限法上の業績競争とい

るのは、市場構造、競争過程、市場成果の観点からの競争への影響の総合評価が必要であるのに對し、UWGは、行為それ自体で違法にできるような不正手段行為を違法とする概念であり、しかもUWGの執行は私人にゆだねられてきたのであるから（この点は、他の欧米諸国・日本も同じであった）、不正競争防止法と競争法の競争概念が一致するということはおよそ考え難い。今日のEU競争法102条の濫用行為の定義に大きな影響を及ぼしたドイツの競争法学者ウルマー（デジタルと競争過程Vを参照）は、不正競争防止法（UWG）違反をドイツ競争制限法違反に取り込むべきであると主張したが、それは、行為それ自体が禁止されるような行為が用いられる場合は、競争法上も違法であり、不正競争防止法で違法とされる場合には、業績競争上も、市場の地位、市場における影響を考慮することなく、競争法上も違法にできるという主張である。業績によらない競争にUWGの違法を取り込んだだけであり、UWGとGWBの競争概念を一致させるとか、不正競争防止法上の競争概念を参照して競争法の競争概念を定義づけるというものではない。日本で、不正手段型は、具体的な競争制限効果の立証なくして違法であるという考え方と同じ考え方である。そして、このウルマーの考え方は、日本では、不正手段型として当然のように受け入れられているが、ドイツではそうではない。むしろ、UWGという競争当局の管轄にない法律を競争当局が解釈して、競争法違反を認定することには慎重であり、それゆえUWGの違法をGWB上も違法とする法案は、長らく採用が見送られ続けてきた。

そして、ドイツのフェースブック事件で、カルテル庁が個人情報保護法違反を競争法上の違法としたことに対し、ジュッセルドルフ高裁が否定的であるのは、以上の点の懸念が大きな理由である。ジュッセルドルフ高裁は、ドイツの最決が出た後の本案審理においても、なお抵抗し、ECJに先決裁判を求めたため、他法令違反を競争法の違反にできるかという問題につい

ての先例が初めて形成される状況となっており、下記5およびIVで詳述する。しかし、日本においては、他法令違反は、不正手段であることは、新一般指定の改正以来、一般的に承認されてきたので、個人情報保護法違反を不当な顧客誘引として規制することは容易であり、DPガイドラインで優越の考え方を変える必要などなかったのである。DPガイドラインの目的は、デジタルの新たな問題を利用した優越についての考えた方のパラダイムシフトであり（その意味で火事場泥棒的なガイドライン改訂であったとさえ言いう），そのことは、楽天事件・食べログ事件で検証される状況となっている。

ドイツに限らず、欧米では、他法令の解釈権限は競争当局にないし、法令違反の救済は、法令に書かれた方法によるのが筋であり、法令違反だから、競争当局が当然に執行できるとするのは論理の飛躍があるうえ、むしろ立法趣旨に反するものと考えられてきた。他法令で規制されているなら、競争法で介入する必要がないとも考えられてきた。だからこそ、ドイツのカルテル庁が、個人情報保護法違反から競争法違反を導くために新たな理論を提示したものである。しかし、その理論は、業績に基づく競争の観点からのものというより、個人情報保護法の保護法益と競争法の保護法益が混同されているかのような理論であったため、ジュッセルドルフ高裁で破棄され、ドイツ最決によって他法令違反を競争法違反とすることについて、業績競争（有効競争・競争の機能）の観点からの適切なセオリーが示されることとなつたのである¹¹。

5 デジタル経済における他法令違反に関するEU独仏の新たな考え方

昨今の欧米におけるGAFAを巡る議論では、個人情報保護法、規約変更の問題（継続的契約法理・約款法理・民法548条の2の違反）といった他法令違反、手続きの適正の問題に対し、競争当局が関与できるか、その際、どのような立証を要するか、あるいは、競争への影響（有効

競争阻害、業績競争阻害）の立証としてどこまで要求されるかという議論が盛り上がっている。

ドイツのフェースブック事件¹²に関して、ジュッセルドルフ高裁は、本案審理において、他法令である個人情報保護法違反を競争法違反の根拠としたとしたドイツ最高裁決定がEU競争法に整合するかについて、ECJに先決裁定を求め、現在、法務官意見¹³は、一般論として、競争当局には、個人情報保護法についての解釈権限はないしつつ、競争への影響がある場合で、個人情報保護法違反であることが明白な事例については、個人情報保護法違反をドイツ競争法違反の根拠とすることは、EU競争法102条と整合的である、としているように見える。これは、EU競争法においてもドイツ最高裁決定の解釈がとられたものといえるように思われる。IVで詳述する。

6 手続きの適正の問題の位置づけ

さらに、法令違反の延長の問題として、手続きの適正（公正）の問題を独禁法違反・優越違反と構成できるかという問題がある。

これも民事法的な手続きの適正まで競争法で保護されるべき問題なのかという問題である。日本の優越ガイドラインが、優位の者の協議義務を課しているのは、手続きの適正の表れであり、日本の独禁法は、少なくとも、適正手続きの不履行も優越的地位の濫用行為に当たりうると解してきたように思われる。しかし、1対多の契約の場合には、早期の是正がむしろ競争上の利益を促進する可能性がある場合があり、適正手続きの不履行に優越違反としてよいのか（独禁法が関与すべき問題なのか）が改めて問われている。それが楽天価格表示事件・食べログ事件の問題である。

これに関しては、フランス競争法に市場支配的地位にある者（グーグル）が行った不透明な行為に關し、客觀性、透明性、公正性を欠く規約変更がEU競争法102条を適用した先例がある（グーグルアド事件）。同事件は、日本の食べログ事件に似た事例のように紹介されるが、

透明性の観点からはるかに悪性の強い事例である。そのような事例にもかかわらず、適用されたのは、市場支配的地位の濫用規定であり、著しい不均衡規制が行われたわけではないことに注意する必要がある。下記Ⅲ・VIで詳述する。

7 フェアネスと立証責任の緩和

DMAの議論で行われている競争への悪影響の立証を要しないか、ほとんどの立証責任を事業者に転嫁させるという手法は、他法令違反に代えて、エコシステムを支配する巨大DPについて、市場構造要因によって競争の機能が麻痺している状況に対処するものである。その適用は、GAFAのような巨大プラットフォーム業者に限定されており、日本のように、表向き巨大プラットフォーム業者対応と言いつつ、実際は、優越を使って規制しやすくするよう独禁法の解釈一般を変更しようとする議論ではない。

III フェアネス・他法令違反とフランス競争法の先例理論

長尾（2022）¹⁴は、フランスにおいて、対等性基準説的な搾取的濫用・フェアネスについての考え方方がフランスの先例において取られているかのように主張し、2022年の経済法学会で発表されたが、以下の通り、フランスの先例理論は、EU競争法の考え方と軌を一にするものであり、筆者が論じてきた有効競争の考え方方に整合するものであって、対等性基準説的な搾取的濫用・フェアネスについての考え方、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はない。

1 フランスの不正手段型規制と著しい不均衡規制の位置づけ

フランスでは、日本の不正手段型・優越的地位の濫用に似た規定（旧442-6条1項1号から13号。現在は、442-1条1項1号、2号、2項）が置かれるようになった。この規定は、「競争制限行為」のタイトルで規定されているが、実質は、不正競争防止法の規律（民事上の不正手

段的な規律）であって、フランスの競争当局であるオーソリテ¹⁵が所管するものではない。オーソリテが所轄する競争法の実体規定は、「反競争的行為」に関する規律¹⁶である。そして、優越的地位の濫用に似た規制である「著しい不均衡規制」は競争制限行為の中に規定されており（旧442-6条1項6号、現在は、442-1条1項2号）、民事上の不正手段規制として位置づけられている。

「競争制限行為」が民事法の違反であれば、その執行は被害者の訴訟提起による民事的救済にゆだねられているはずだが（日本の不正競争防止法・ドイツのUWGはそのようになってい）、フランスでは、経済産業大臣が被害者に代わって民事訴訟を提起することによって救済される仕組みが整備されている¹⁷。

競争当局による排除措置ではなく、経済産業大臣による民事訴訟という仕組みが取られるのは、不正手段型・優越的地位の濫用類似規定は基本的には、民法の公正条項を具体化したものであり、本来、民事訴訟で解釈が示されるべき条項であると考えられているからである。つまり、民事救済条項の解釈権限は裁判所にあるから裁判所に訴訟提起して救済が行われるのである。この規定・救済の仕組みは、「競争制限行為」の規律は、競争法の規律とは考えられていない（民事の公正条項である）からである。

長尾（2022）は、著しい不均衡規制をフランス競争法のフェアネスの考慮を示すものと紹介し、その執行により日本のDPガイドラインのような運用がフランスの著しい不均衡規制でも行われているかのように主張するが、2点において誤導的であるように思われる。第1に、競争法におけるフェアネスと民事上のフェアネスの考慮を混同した説明であり、上記の体系は、著しい不均衡規制は、民事上のフェアネスの問題であって、本来的な競争法の問題でないことを示すものと言うべきである。確かに、筆者が参照しているフランス競争法の概説書にも、442-1条1項1号、2号、2項を unfair competition というタイトルで解説しているが¹⁸、オー

ソリテは、これらの条項を競争法の条項であるとは考えていない¹⁹。

第2に、DPガイドラインの問題は、自由競争基盤の侵害の意義を対等条件の確保であり、それが「取引の自由」の意義であるかのように読める記述となっていることであるが（それが対等性基準説の主張である）、フランスの著しい不均衡規制は不正手段規制と位置付けられている。不正手段性という性格は、DPガイドライン以前の優越についての考え方であり、それがDPガイドラインによって、変更されていることに問題がある。

そのほか、民法1382条、1383条に公正取引条項が記載されているが、これについては、被害者自身が民事訴訟を提起する必要がある純粹な民事法的救済である。長尾（2022）は、これらの条文まで競争法におけるフェアネスの考慮であるかのように論じており、公正に関する規定は競争法の規定だという思い込みを前提に論じているようである。このような誤解も日本の競争法研究者にかなり浸透しているように思われる²⁰。

2 規約の一方的変更とフランス・アマゾン事件

規約の一方的変更の問題に関しては、フランスでは、民事上の不正手段の問題として経済産業大臣により執行が行われた（フランス・アマゾン事件²¹）。長尾（2022）堀（2023）は、この事件を日本の優越に相当する著しい不均衡規制が用いられたように紹介している²²が、フランス競争法では、「対価の無い優位性の取得」という行為が著しい不均衡規制とは別個に規制されており、その条項が活用された。また、不正手段型規制を用いられたことは、規約の変更の問題は、「不正手段」の問題であると位置づけられていることを示すものである。

フランスのオーソリテはこの事例を競争法の執行の事例とは考えていないことは前述のとおりである。

3 グーグルアド事件（Gibmedia事件）²³と基準の不透明性

（事案の概要）

Gibmediaは、天気予報、電話帳などの情報サイトを運営し（一部の情報については有償での情報提供を行っていた）、グーグルアドにデジタル広告を掲載するパブリッシャーであった。グーグルは、無償製品・役務の有償提供の禁止、信頼性を欠く広告宣伝の禁止、という2項目の規約に違反したとして申立人のアカウントを予告なく停止した。

ただし、Gibmediaのグループ会社であるEcometrieのアカウントを復活させてグーグルによるサポートサービスの提供を提案した。Gibmediaは、アカウントの停止手続き及び停止理由は、客觀性、透明性、公正性を欠くとしてオーソリテ（競争庁）に苦情を申し立てた。

オーソリテは、TFEU102条を適用し、グーグルは市場支配的地位にある事業者の特別の責任に基づき、プラットフォームへのアクセスを公平・透明・かつ非差別的に運用する責任があるとし、この義務に違反したとした。この義務は、DMAでも課せられている。

本件では、以下のように、有効競争の観点から十分なセオリーオブハームが説明されている。不透明な取引条件により、広告主の費用・広告投資額を増大させた（その結果、グーグルの広告収入が増加する）。無償製品・役務の有償提供の禁止により、広告主の有償のサイトが削除されると、広告主は無償のサイトを開かざるを得ず、それによりグーグルは無償コンテンツ上の広告枠の売り上げから収益を得ることができた。

グーグルの規約の適用により、下流市場の競争の機能が損なわれる。グーグルアドのプラットフォームは、広告主がデジタルサービス市場に参入するため必要不可欠であり、代替的なプラットフォームは存在しない。広告主は、核心的なサービスを提供している効率的な事業者である。

無償製品・役務の有償提供の禁止条項は、広告主のデジタルサービスへの投資を抑制する可能性がある。グーグルの措置はサービスの多様性を損ない、市場の競争を抑制する効果を有する。以上によって、competition on the meritに反するものとされた。

(評駁)

長尾（2022）は、本件を搾取的濫用から公正性を導いた事例とするが、そのように解することができる先例ではない。フランスでは、競争者の排除・妨害により、実施行為者が直接利益を得る場合をfirst line injury caseとよび、競争関係に立たず、直接、利益を得ない場合をsecond line injury caseとして区別している。First line injury caseの典型例は、EUのショッピング事件であり、DPの検索ページの設計権限によって第2列をグーグルの比較広告サイトとして、クリックせずに最初から比較広告が出るようにすることで直接的にグーグルが利益を得る事例である。本件ではそのような直接的に利益を得る事例ではないが、それでも不透明な規約の運用により、広告主のデジタルサービスへの投資を抑制しているというセオリーオブハームを構築して、競争の機能を損なうとしたものである²⁴。搾取的濫用の事例ではないし、仮に搾取的濫用であるとしても、搾取的濫用であるからといって直ちに違法となるわけではない。競争への影響、競争機能侵害を認定する必要があり、フランス競争法も有効競争の考え方を立っていることを示す事例である。

4 グーグルニュース事件²⁵と言論の多様性

(事案の概要)

オーソリテがグーグルによるニュースコンテンツの無償使用に対し、保全措置と排除措置を命じた事例である。

デジタル著作権に関するEU指令は、ライセンス料についての交渉を義務付けたが、その施行直前、グーグルは、新聞社の方から無償で新聞記事を表示することを要望し自社コンテンツの無償かつ制限のないアクセスを許諾したとい

う体裁を整えた。グーグルニュースでの表示が減少すると自社サイトへのアクセスも減少し、広告料・購読料のいずれの収入も減少することが懸念されたことがその理由とされた。

オーソリテは、保全措置でグーグルにニュース対価についての交渉を行うように命じ、以下のように、フランス競争法とTFEUの市場支配的地位の濫用を認定した。

本件は、形の上で、新聞社が要望して無償にしたことになっているが、実質は、新聞社に対する報酬の無償を強制している点で通常の競争手段を逸脱する人為性がある。

交渉の不存在により、デジタル著作権指令が潜脱され、ニュースの品質の低下、メディアの投下資本に見合った報酬を得る機会を失わせ、民主主義の過程における公共の議論に寄与する報道機関を弱体化させるとした。

(評駁)

本件は、対価收受の機会を奪う点で搾取的濫用であるといえる面はある。しかし、交渉を認めないとするには、クアルコム事件のNAP条項に似た問題である。とくに搾取であることによって違法判断に資するというものではないことは、クアルコム事件の取消審決からも明らかである。まさに、NAP条項の違法性とパラレルな問題にどう対応するかが分析検討されるべき問題であり、搾取・不公正のレッテルを張つたり、その点を強調しただけで、当該行為の反競争性が認定できるものではない。本判決は、デジタル著作権指令が潜脱されているという他法令違反に根拠を見出しているが、「ニュースの品質の低下、メディアの投下資本に見合った報酬を得る機会を失わせ、民主主義の過程における公共の議論に寄与する報道機関を弱体化させる」という議論は、競争法の保護法益と言論という憲法上の価値を混同させており、プライバシーという憲法上の価値を混同したフェースブック事件のカルテル処罰決定と同じ問題を引き起こしているように思われる。本来は、ドイツ・フェースブック事件最決のように、競争条件の差異がもたらす巨大DPの優位性によって競争

の機能が損なわれており、デジタル著作権指令の潜脱がすでに提起している競争の機能をさらに低下させている点を反競争性の核心と位置付けるべき例であったように思われる。本件は、搾取的濫用を強調すると競争法に関係ない保護法益の侵害を反競争性・セオリーオブハームとする方向に向かいやすいことが再び示された事例として理解されるべきである。

5 アップル・フランス事件²⁶とウォーターベッド効果

(事案の概要)

本件は、アップルが特約店（Apple Premium Reseller (SPR)）に対し、販売価格を制限し、販売活動に制限を行った事例である。垂直的制限と相対的市場支配力規制の両者の適用が問題となり、オーソリテは相対的市場支配力規制を適用した。

(評駁)

本件は、カーン論文が指摘するウォーターベッド効果を判決において指摘した事例として格別の重要性を有しており、長尾（2022）が指摘する搾取的濫用・フェアネスの観点から相対的市場支配力規定が用いられたという整理がフランスで行われているわけではない。

GAEAとひとくくりにされるが、情報の集積によってユーザー（消費者）を囲い込むビジネスモデルであるのに対し、アマゾン、アップルはより従来のビジネスに近く、アマゾン、アップルに対し小売りが莫大な投資を行うことにより、小売りを囲い込み、他のプラットフォームへの投資を行うインセンティブを失わせる（「ウォーターベッド効果」と呼ばれる²⁷）というビジネスモデルがとられている。

本件では、そのようなウォーターベッド効果に対して、相対的市場支配力が認められたのである。ウォーターベッド効果は経済学上の概念であるが、カーン論文に対しては、アマゾンのビジネスモデルに真にそのような効果があることの検証が行われることなく、アマゾンのモデルを悪と決めつけているという批判が行われて

きた。

本件は、垂直的制限で対応できる事例であり、普通に市場支配力規制を行ってもよいようにさえ見える。それがとられなかつたのは、アップルの携帯、PCはグーグル、マイクロソフトに対し、むしろ2番手につけているし、同調的な価格形成を行っているのではなく、むしろ商品差別化により、競争を活性化させている²⁸。そのため、市場支配力濫用、垂直的制限規制を使うことは容易でなく、実際、裁判所は、垂直的制限違反を否定しているようである。

その様な状況で、ウォーターベッド効果をてことして、取引依存性という相対的市場支配力規制のハードルの高さ²⁹を乗り越えたことの意義は大きなものがある（ただし、当然のことながら議論を呼んでいる）。

ウォーターベッド効果を肯定するにあたり、判決は、アップルが背負うべきビジネス上のリスクをすべてAPRに転嫁していることを挙げている。それは、リスクとリターンのアンバランスの事例であり、構図的には、セブンイレブン事件³⁰に似ている。日本では、従来の優越の理論の適用事例として説明できるものであり³¹、DPガイドライン・対等性基準説の立場からの「フェアネス」論が根拠とされたものではない。同事件はDPガイドライン・対等性基準説を比較法の見地から正当化する事例ではない。

IV ドイツ競争法の考え方と事例からの検証

1 ドイツの考え方

柴田・東條（2021）、舟田教授の諸論文³²など（以下、これらの論文を「柴田・東條（2021）・舟田」と総称することがある）、ドイツ法の研究者により、ドイツの先例・業績競争概念が、対等性基準説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が、ドイツの先例理論と先例上の業績競争概念は、筆者が論じてきた有効競争・競争過程の考え方

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、あるいは楽天事件・食べログ事件の公取委の意見書を支持するものでもない。

ドイツは、購買力濫用規制の問題についても他法令違反行為の問題についても競争法に取り込むことにもしろ消極的であった。以下で取り上げる EDIKA 事件、フェースブック事件、第 10 次改正で、消極的姿勢はかなり払しょくされているものの、それは、デジタルと競争過程 I ないし V で論じたような有効競争・競争過程の考え方を推し進めたものであり、対等性基準説の立場の根拠になるものではない。

2 ドイツの条件濫用類型(擰取的濫用類型)について

日本では、ドイツ競争制限法の紹介において、ドイツが条件濫用を擰取的濫用として、排除的濫用と並ぶ柱のように紹介することが多いが、これもドイツの現状を正しく示すものではない。ドイツ競争制限法において、取引条件の不当性を条件濫用・擰取的濫用と位置付けた事例は、少數ながら先例があるものの、その場合にも競争への影響、競争の排除が同時認定されている。そして、それは、業績競争論の帰結でもある。そもそも、取引条件についての条件濫用は、どこまでの不当性で濫用となるのかの基準は明らかでなく、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か否かで決まる。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)。ドイツ・フェースブック事件では、カルテル庁はセオリーオブハームとして、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、擰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)と判断された理由である。対等性基準説あるいは柴田・東條(2021)のように擰取性が認められれば、直ちに違法になると、民法的な利益考量(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。詳細は、下記 4(2)を参照。

3 EDIKA 事件³³

ドイツでは、4 大スーパー・マーケットの一つである EDIKA が Plus という中堅スーパーと事業統合を行ったことを契機として、納入業者に対し、Plus の契約条件を納入業者に不利な方向で変更し、Plus の店舗のリノベーションのための協賛金を要請した事例である。

最高裁は取引条件の変更が業績を反映する要請ではなく、協賛金に関して、小売業者の長期投資にサプライヤーがコストを負担することは業績の観点から正当化されないとして、相対的市場支配力規制を適用した。本件は、2 つの点において重要である。第 1 は、相対的市場支配力規制に関し、経済的依存性の要件を緩和したことである³⁴。第 2 に、購買力濫用の濫用行為のセオリーオブハームとして、協賛金を支払わせることにより、Plus が競争上の優位性を得ることは業績に基づく競争ではないとされた点である。これは、地位の不当利用により unfair advantage を得ることが業績に基づく競争でないとするものである。

この先例は、競争上のフェアネスを不当な取引上の優位性の取得—unfair advantage—ととらえる考え方とは、フェアネスと有効競争(業績競争)の考え方を架橋する理論として、現在のデジタル経済におけるフェアネス論、DMA のフェアネスの考え方を先駆する考え方であり、対等性基準説の根拠になるものではない。むしろ、日本の優越に関し、間接競争侵害説を再構築した能率競争 DP(下記 VI で詳述する)の立

場の根拠になるものである。

4 フェースブック事件

(1) ドイツ・フェースブック事件最決の意義

本件の決定は、カルテル庁が GDPR 違反を擰取的濫用として濫用行為の根拠としたこと、その根拠を補足すべく、プライバシー、個人の自己決定権や憲法的価値を持ち出したことが議論を生んだ。競争当局が、管轄権のない他法令を解釈し、それを競争法違反の根拠としているかのようにも課される内容であったことから反発が生まれ、ジュッセルドルフ高裁での取消決定を招いた。しかし最高裁は、個人情報保護法違反によって得られた情報が、フェースブックの競争上の優位性をもたらし、他の競争者の参入障壁を高めていることから、有効な競争が阻害されているとして、高裁決定を取り消した。

この判断は、EDIKA 事件で示されたアンフェアな手段による競争上の優位性の考え方を押し進めたものであり、今日の DMA その他の GAFA 規制の根拠となるものである。不正手段性を導くために憲法的価値やプライバシーの重要性を強調したことで、かえって、それが競争当局の管轄する問題なのかという疑義を生んでいたところ、最高裁は、他法令違反が明白であり、それによって競争上の優位性が不当に強化されている場合に競争法上の優位性を認めるというセオリーオブハームを構築し、業績競争(有効競争)阻害性を明らかにしたものであるといえる。同最決が、明らかにした他法令違反と有効競争(業績競争)との関係は、本案に関し、ジュッセルドルフ高裁が求めた先決裁判に関する EU の法務官意見でも支持されていると考えられる。

[注]

1 本稿では、デジタルと競争過程 V で対等性志向説と定義した学説は、対等性基準説と呼ぶ。その他、定義なく使われる用語は、デジタルと競争過程 I、V の脚注で定義された意義を有する。

2 本稿は、そのため特定の論文に対する厳しい批判を含む。その点は心苦しいが、誤りが指摘され

ず誤った理解が通説として定着する結果、公正な競争についての日本独自の理論が強固に定着し、有効競争の観点が理解されないために比較法研究や経済分析の意義が失われていることが今日の経済法学会の問題である。そして、批判の対象となっている論文は、その独自の理解を強化ないし正当化する論文であり、問題の大きさに照らして、議論の材料とするために、忌憚のない意見を提示する必要があると信じるものである。なお、ドイツ・フランスの記述に関しては、ジョーンズディ法律事務所フランクフルト・オフィスの Dr. Carsten Gromotke 弁護士・法学博士、パリ・オフィスの Eric Barbier de La Serre 弁護士からのヒアリング結果によって確認を行っている。

3 公取委平成30年5月23日「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」参照。このような事件処理の問題は、デジタルと競争過程 III(上)でも論じている。

4 田中寿編『不公正な取引方法—新一般指定の解説』(商事法務研究会1982) (以下「田中・解説」という)

5 田中・解説における 3 類型の不正手段型行為についての考え方である。

6 濱口石油事件(排除措置命令平成18年5月16日審決集53巻867号)がその側面を有していることについて、越知・競争法大全665頁

7 有線プロード事件(勧告審決平成16年10月13日審決集51巻518頁 百選11事件)

8 鉄道タクシー事件(大阪高判平成26年10月31日審決集61巻260頁 百選86事件)

9 野村證券損失補てん事件(勧告審決平成3年12月2日審決集38巻134頁)参照。

10 ワンプレー事件(公取委平成28年11月18日報道発表「ワンプレー・エルエルシーに対する特選禁止法違反事件の処理について」百選94事件)、第1興商事件(審判審決平成21年2月16日審決集55巻500頁 百選82事件)。

11 デジタルと優越 II・IV 参照。CPRC ディスカッション・ペーパー CPDP-82-J June 2021 柴田潤子・東條吉純「オンラインプラットフォームにおける擰取型濫用行為規制の理論～フェイスブックケース(ドイツ連邦カルテル庁決定)」を手掛かりとして～(以下「柴田・東條(2021)」といふ)は、約款などの他法令を競争法違反の考慮要素として取り込んできたかのように論じているが、そのような考慮が判例上確立していたのであれば、ジュッセルドルフ高裁がカルテル庁決定を破棄するはずがなく、むしろ、他法令違反が業績競争(有効競争)の観点から考慮することができるようになるのは、本件最決によってであり、そして、本件最決の限度であると考えるのが素直な先例の解

- 積である。
- 12 Federal Cartel Office decision of 6 Feb 2019 Dusseldorf Regional Higher Court preliminary decision of 26 August 2019, German Supreme court preliminary decision 23 June 2020
- 13 Case C252/21 Meta Platforms Inc. etc v. Bundeskartellamt OPINION OF ADVOCATE GENERAL RANTOS delivered on 20 September 2022
- 14 長尾愛女「濫用規制におけるフェアネスの考慮」経済法学会年報43号（2022）（以下「長尾（2022）」という）35頁
- 15 L'Autorité de la concurrence
- 16 420-1条, 420-2条第1項。EU競争法101条, 102条に対応している
- 17 越知・競争法大全53頁、長尾愛女『フランス競争法における濫用規制』（日本評論社2018）
- 18 Lotus Vogel, French Competition Lawでは、不公正な競争が第1章に記載されているが、よく読むと不正競争防止法的な規律であることがわかる。堀夏子「フランスにおける競争政策の動向」公正取引868号（2023）（以下「堀（2023）」という）もこれを「小さな競争法」として紹介している。その「小さな」とは、不正手段からの保護は、自由な競争の前提であるという意味で用いられているものであり、対等性基準説的運用を正当化するものではない。
- 19 筆者は、2022年11月22日に開催されたInforma Connectの主催する競争法の会議で、パネルを構成したオーソリテの職員にアマゾン事件についての質問を行おうとしたが、アマゾン事件は競争法の執行の問題ではないと明確に回答された。
- 20 林秀弥「顧客誘引規制の原理的課題」（経済法学会年報40号（2019）。同第41号に収録された経済法学会の質疑応答記録についての筆者の質問と林教授の回答も参照。
- 21 T.com Paris September 2, 2019 RG n.20170506 25
- 22 長尾愛女「EUにおける優越的地位の濫用規制」公正取引841号（2020）21頁（以下「長尾（2020）」という）堀（2023）でも同様に解説している。
- 23 Decision n.19-D-26, 19 December 2019
- 24 長尾（2022）にも決定がその点を認定していることは記載されている。にもかかわらず、擡取的濫用あるいは公正性それ自体を問題とした事例として評価しているのは、評価の歪曲である。
- 25 Decision n. 20-MC-01 9 April 2020
- 26 Decision n.20-D-04 16 March 2020
- 27 カーン論文757頁以下、森平明彦「ドイツにおける受容力の規制理論—競争法學説についての近時の展開」高千穂論叢第47巻4号1頁、16頁。隅田浩司「競争法における疑陽性・偽陰性に関する一考察」『金井貴嗣古希記念論文集』（弘文堂2022）87頁、95頁注34
- 28 これは、クレジットカードに関するアメックスのビジネス戦略、米国アメックス事件（Ohio v. American Express Co.585 U.S._ 138 SCt 2274 201 Ltd.2d 678 June25 2018越知・競争法大全726頁）に似た状況であるといえる。
- 29 日本では10%程度の取引依存度で優越的地位が認められることがあるが、ドイツ・フランスの相対的市場支配力規制はそれよりもはるかに取引依存度（dependency）のハードルがあげられている。日本の取引依存度の考え方は、競争力のない事業者ほど優越を使いやくなるような運用となっている。筆者は、そのような考え方は、弱者保護であり、それは本来の競争機能の保護ではなく、自由競争基盤の侵害とは、不正手段の意味に解してきた（デジタルと優越I、越智・競争法大全119頁参照）。フランスも、そのような考え方立ち、競争制限行為を「競争法」ではないとして、経済産業大臣の訴訟提起によって救済したものである（筆者の上記の考え方は、まさにフランス競争法に示唆を得た主張であった）。ただし、後述するドイツ・EDIKA事件は、そのような運用を優位の者のunfair advantageの観点から競争を歪めるものと構成しており、今日のfairnessの議論は、かかる観点を強調することが多くなっている。下記VIで詳述する能率競争DPは、優位の者のunfair advantageの観点から間接競争侵害説、DPガイドライン以前の田中・解説の立場を理論化しているものであり、筆者も能率競争DPの立場を支持したいと考えている。
- 30 排除措置命令平成21年6月22日審決集52巻第2分冊6頁
- 31 筆者がリスクとリターンのアンバランスの観点から、セブンイレブン事件に関し、垂直的制限ではなく、優越を適用したことに肯定的であるについては、デジタルと優越I、越知・競争法大全114頁参照。
- 32 デジタルと競争過程で引用した舟田・不公正、舟田・経済法序説、舟田・フェアエコノミーを総称する。
- 33 BGH Kartellsenat KVR3/17 23 Jan.2018 WuW2018 p20柴田潤子「EUにおける優越的地位の濫用」公正取引1817号10頁（2018）森平明彦「ドイツ需要力濫用規制の問題点—エデカ事件連邦通常裁判所判決の検討」高千穂論叢54巻2号（2020）、同「ドイツ競争法性における利益強要（Anapfer）の禁止—自由保護と公正保護を架橋する競争歪曲の概念」高千穂法学47巻2号（2012）

デジタル経済と競争過程保護VI

フェアネス・他法令違反と競争過程・競争の機能 (下) ～独仏競争法の先例理論と食べログ・楽天事件～

越知保見*

IV ドイツ競争法の考え方と事例からの検証

4 フェースブック事件

(1) ドイツフェースブック事件最決の意義：(上) 参照

(2) 柴田・東條 (2021) の本件に対する視点・構成の問題

最高裁決定は、フェースブックの市場支配的地位によって、有効な競争が機能していれば、生じえない契約条件で契約が締結される状況が生まれていることを擰取とするものであり、単に取引上劣位の者に不利益が生じたことだけではなく、濫用行為性が生じるような優越の運用への比較法的根拠を与えるものではない。ところが柴田・東條 (2021) は、対等性基準説が、カルテル庁でも最高裁でも受け入れられ、取引上劣位の者に不利益が生じたことだけではなく、濫用行為性が生じるという優越の解釈についての比較法的根拠となりうるかのようにも読めてしまう評釈になっている。

典型的には、最高裁が総合考慮に基づき利益衡量を行うと判示している点を単に利益衡量の問題と位置付け、取引当事者間での民事的な利益衡量を行っていることに表れている。柴田・東條 (2021) のそのような理解は、対等性基準説が、完全競争を基準とする「かのように」基準から有効競争を基準とする考え方（以下では、

*おち やすみ、明治大学大学院教授、弁護士

「有効競争基準説」ともいう）に移行したオルドー主義の理論的変遷を無視し、初期オルドー主義がドイツの学説・判例であるかのように紹介していることを想起させるものである。

(3) カルテル庁決定と最決の有効競争基準への言及

同論文は、冒頭で、カルテル庁決定において、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正しく引用している (13-14頁)。また、有効競争の確保は、消費者厚生の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。

さらに、最高裁決定の引用として、有効な競争があれば生じえない取引条件であるかどうかが擰取的濫用に該当するか否かの基準であるとしている (40頁)。これは、正常な競争から是

—もくじ—

- はじめに
- I 欧米と日本のフェアネスの議論のされ方の異同
- II 欧米と日本の他法令違反・一方的規約変更についての議論のされ方の異同
- III フェアネス・他法令違反とフランス競争法の先例理論
- IV ドイツ競争法の考え方と事例からの検証
(4(1)まで前号、4(2)以下本号)
- V 対等性基準説と有効競争基準説の理論的基礎の異同についての整理
- VI 優越に傾斜する日本のデジタル経済対応の根幹的問題

認しえない手段により、競争が機能しない状況をもたらすか、または競争が機能しない状況がより深刻化することを基準とする有効競争基準説の考え方であり、日本の最判・マイナミ事件の説示した人為性・競争の機能についての考え方と同じ考え方である。

そのような考え方を推及すれば、条件濫用(搾取的濫用)か妨害濫用かが問題ではなく、有効に競争が機能するか否か(業績に基づく競争か否か)の分析が重要であるという論理になるはずであり、実際に、最決は、フェースブックの支配的地位により、消費者は選択の自由を奪われていること、フェースブックの競争上の地位が強化され、競争者の参入がより困難になることなどから有効競争が機能しておらず、その状況がさらに深刻化することを反競争性の論理(セオリオブハーム)として構成している。しかし、論者は最決を、搾取的濫用であることを認めたことが重要であるかのように整理している。

(4) 他法令違反が競争法の違反になる条件

また、他法令違反については、最決は、他法令違反が違反した事業者の市場支配的地位により、ユーザーの選択の自由がなく、違反による個人データの取得により競争上の優位性が強化されることから、有効な競争が機能しなくなることを説示しているのに、他法令違反それ自体が搾取であり、濫用性を構成するかのような議論に歪められている。

日本では、他法令違反を不正手段と考えるため、ドイツでもその様な考え方がとられたものと受けとめる読者も多いかもしれないが、それはドイツ最決の論理ではないし、カルテル序決定もそこまでは言っていない。ドイツ最決は、他法令違反が競争法違反を構成するためには、有効競争の観点から是認できないものである場合に限定されることを明言し、本件では、個人情報保護法に反する情報の取得が、競争上の優位性、参入障壁を形成・強化する場合には有効競争に反するという限定が付されている。

(5) 自己決定権・憲法上の経済的自由(取引の自由)

論者は、搾取的濫用について、憲法の経済的自由、自己決定権をも援用し、それも搾取的濫用を基礎づけるかのように論じている。この点は、最決の説示ではなく、憲法の経済的自由、自己決定権について、対等性基準説に基づき整理されている。

憲法の経済的自由を保護したものが競争法であることは、営業の自由論争において、岡田与好教授から指摘されているところであり²、取引の自由の人為的制限に対し、取引の自由を保護することによって自由競争秩序を保護することが独禁法の目的であることは、マイナミ事件東京地判も指摘するに至っている(判決書55頁。デジタルと競争過程V参照)。しかし、柴田・東條(2021)は、その趣旨とは異なり、縦の関係での経済的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おり、経済的平等・対等取引権の意味で、「取引の自由」を用いている。劣位の者の取引の自由を国家の介入による平等の確保によって、制度的に保護しようとすることが経済的な自由の意味であるとする理論である(舟田教授は、これを制度的自由と述べている)³。この理論は、劣位にある取引の相手方の利益を擁護する義務を生じることになり、私的自治と相いれず、平等を自由の前提とし、市場経済を国家の介入により成立すると考える点で、自由競争秩序、自然法に基づく人権思想とも整合しない。

自律権の侵害という考え方では、EU競争法の市場支配的地位の濫用でも取られている。それは、岡田(1975)が指摘し、また有効競争基準説においてもセオリオブハームを構成するものであることは筆者もつとに指摘している⁴。フェースブック事件最決も、支配的事業者の特別の責任に言及されている。

柴田・東條(2021)の問題は、それが優越においても問題とできるかのようにも読めるよう論じていることである。支配的地位がない段

階では、基本的には、双方の取引の自由(すなわち、私的自治)がより尊重される。そのような双方の取引の自由を生かした交渉過程こそが競争上保護される競争過程そのものだからである(それが私的自治の原理である)。したがって、劣位にある者の取引の自由が制限されたとしても直ちに有効競争を逸脱するとは言えない。もちろん行為態様によっては、市場支配的地位がなくとも有効競争に反することもある。あるいは、市場支配的地位にまで達しないとしても、市場構造によっては、効率的な競争者であっても対抗できない優位性が生じることもある。つまり、市場構造、行為態様、市場に与える影響の総合評価が必要である。それは利益衡量であるともいえるが、対等性基準説の利益衡量は、有効競争基準に基づく競争の機能維持の観点から多面市場全体における競争促進効果と競争阻害効果、競争過程、市場構造など市場への影響を考慮した利益衡量ではなく、当事者間の民事的な利益衡量となっている点で、似て非なるものである。下記(8)も参照。

(6) 約款理論と自己決定権の同一化

約款理論に関して、柴田・東條(2021)は、柴田・東條(2021)によれば、約款理論は、自己決定権を保護する点において競争法と共通の基盤に立っているのであるから約款違反は、競争法違反を構成し得るとする。1対多の契約である約款では、特定の個人の利益が損なわれる場合でも全体の利益が促進される場合には、相当な方法によれば約款の変更が許容される。この点が約款理論の競争法的配慮であり、そのような配慮は日本の約款の変更にも共通する(民法548条の4参照)。契約の相手方全員の同意が必要であり、それが競争法の自己決定権と同一の基盤があるとしたり、個々人の同意なしに約款の変更ができないように考えられているものではない。また、フェースブック事件からそのような理論を引き出せるものでもない。

(7) 個人情報保護法における自己決定の問題との同一化

以上の他法令における自己決定権と取引の自由から導かれる自己決定権の同一化・共通化を媒介として他法令違反を競争法違反に取り込む論理は、個人情報保護法でも用いられ、個人の情報についての自己決定権と取引における自己決定権が共通の基盤にあるとして、個人情報保護法の違反がそのまま競争法の違反になるかのような議論が展開されている。それは、まさにジュッセルドルフ高裁が指摘した個人情報保護法違反の問題と競争政策の問題の混同を引き起こすものである。最決が示した個人情報保護法に反する情報の取得が、競争上の優位性、参入障壁を形成・強化する場合には有効競争に反するという限定が取り去られている。

(8) 総合考慮 v. 利益衡量

柴田・東條(2021)は、最決の反競争性の判断は、利益衡量によって行われるとして、利益衡量の定式・本件における利益衡量を論じている。しかし、最決は、反競争性は、有効な競争が機能しているかという観点から、利益衡量(balance of interest)を用いて総合考慮(comprehensive assessments)すべきであるとしている(最決パラ98)。総合考慮にあたって、フェースブックの市場支配的地位、競争上の優位性、ユーザーの合理的無関心などの競争プロセスにかかる要因が考慮されている。しかし、柴田・東條(2021)では、利益衡量を取引当事者の私的利益・GDPR上の利益が考慮要因として重視されているかのように整理され、有効競争基準の最決の説示が対等性基準説と親和性を有する説示であるかのような印象を与えるものとなっている(46頁)⁵。

5 対等性基準説の利益衡量の考え方

舟田・FCO決定評決も利益衡量を論じているが、この利益衡量の手法に有効競争基準説の総合考慮と異なる対等性基準説の利益衡量の在

り方が現れている。ドイツ最高裁決定の示した総合考慮（それは、NTT 東日本事件で確立した日本の判例理論でも取られている）ではなく、取引当事者間の利益衡量を基礎に介入するというものであり、かつ、独禁法（優越）の観点に基づき、民事上の利益衡量を経済力が劣位の者に有利に規範を変更することができるかのような論理を利益衡量と呼んでいる。

競争への影響の評価という意味で利益衡量を用いる限り、あらゆる学説は利益衡量を行っている。その衡量の基準として、市場支配力基準説・消費者厚生基準説は、消費者厚生を基準に衡量を行う考え方であり、有効競争基準説は、競争機能の確保の観点から正常な競争からの逸脱・人為性を基準に衡量を行う考え方である。柴田・東條（2021）・舟田は、取引当事者間の対等性確保を基準にするものといえるが、そのように明言せず、競争法が私的利潤も保護していることを強調し、検討する市場を取引当事者間の市場に限定し（他の市場で生じた競争促進効果は無視し）、経済力を利用した行動を「力の濫用」として反競争的要素として考慮するものである。この手法によれば、経済的格差があれば、その格差がエコシステム支配であろうが市場支配力もない単なる経済的格差（優越的地位）であろうが同視され、エコシステム支配の利用もニッチな市場の優越的地位の利用も同列の反競争的な行為と解されることになる。そのような十羽ひとからげともいべき理論になる点で、過剰規制のリスクは有効競争基準よりも高い。みんなのベット事件（デジタルと競争過程V及びVI（上）参照）、下記VIで言及する楽天事件、食べログ事件は、その象徴的な事例といえる。

対等性基準説は、取引の自由、擡取性、フェアネスの概念を使うことで、そのような主張に論拠を与えようとする。取引の自由、擡取性の概念の活用の問題は、デジタルと優越I、越知・市場法秩序などで繰り返し指摘してきたが、ここでは、フェアネス概念の活用の問題に関し、補足する。このフェアネス論の問題は、フェア

ネスに基づく利益衡量が民事的な利益衡量によって行われ、多面市場全体への影響をも含めた総合評価が行われず、消費者厚生に与える正の影響、効率性などの要因を過小評価し、経済上劣位にある者の利益・私益の保護が優先されるような運用となることである。

6 経済的公序に関する民法学者の指摘

この点、民事法学者のなかに、経済的公序の運用においては、競争の機能を考慮する必要があるから独占禁止法に委ねるべきだと述べたものがある⁶。私益を保護することによって、経済的公序がむしろ阻害される恐れがあり、経済的公序は独禁法に任せていることを理由とする。ところが、柴田・東條（2021）・舟田のフェアネス論とその利益衡量は、市場への影響の総合的検討を無視して、まさに、民事法学者が懸念したような競争の機能を無視した私益の保護を、自由競争の前提であるとして保護しようとしているのである。そのような取引当事者間の利益衡量は、民事法の専門家に任せられるべきであり、競争当局が（市場への影響の総合的検討を行わずに）当事者間の利益衡量を行ったり、民事法の利益衡量を修正するような介入を行うべきではない。

個人情報保護法の事例ではあるが、ジュセップドルフ高裁が指摘したのはその点であり、それに対し、ドイツ最高裁は、個人情報保護法違反は明白であること、広告市場という多面市場を考慮し、個人情報保護法違反によって取得されたデータが、広告市場におけるフェースブックの競争上の優位性を強化するという観点から競争法を適用し、濫用性を肯定したのである。それは、競争に与える影響の観点からの利益衡量であり、柴田・東條（2021）、舟田・FCO 決定評議が論じるような私権を競争の保護の前提として保護されることを前提とした取引当事者間の利益衡量ではない。

7 ドイツ競争制限法10次改正における業績競争概念の成文化

また、最近のドイツ競争制限法10次改正に関して、優越的支配力（superior market position）濫用規定、ティッピング、業績競争概念の成文化がデジタル経済のDP規制として注目を浴びている⁷。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。それを規制する必要がある場合に、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であり⁸、そのDPに関する特則がティッピングである（20条3a）。20条3aには、業績競争という用語が条文上、はじめて規定されている。これは、EU・ドイツのデジタル関連立法の基礎に業績競争（有効競争）の観点が存在することを明確化するものとして重要である⁹。

Immobilien Scout 事件¹⁰はティッピングの事例で業績に基づく競争でないと判断された事例である。この事例は、有力な不動産仲介DPが広告主に対し、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キーを割り引いた事例である。条件付きリバートであるが、その期間は極めて短いことが特徴である。しかし、オンライン広告では、最初の1週間に閲覧が集中することから、かかる条件は、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。

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り、同先例は、日本でも自由競争減殺型の不公正な取引方法の活用こそデジタル経済に対処するための正しい方向性であることを示唆するものである。

V 対等性基準説と有効競争基準説の理論的基礎の異同についての整理

1 対等性基準説のフェアネス論の理論的基礎の整理

デジタルと競争過程Vで指摘したように、対等性基準説は、本来は市場成果（良質廉価）・競争過程を重視した有効競争基準説として理解されるべき能率競争概念を初期オルドー主義の「かのように」基準に引き戻し、対等な取引条件の確保を重視して再構築した対等取引権説を発展させたものである。本稿で示したとおり、対等性基準説は、能率競争概念だけではなく、有効競争に関わる全ての基礎概念について、平等・対等性を基礎に再構築し、通常の取引の自由の考え方と真逆の帰結を導くものであることに特徴がある。要点を整理すると、以下のとおりである。

取引の自由を劣位の者の自己決定権ととらえ、経済力の優位の者が対等取引で、提示できない取引条件が提示され、それを飲まされることは自己決定権の侵害であり、劣位の者の自己決定権の侵害は、憲法上の経済的自由の侵害でもある。憲法上の経済的自由は自由放任では実現せず、劣位の者の自己決定権が侵害されないような国家の介入を通じて達成されなければならない（これを制度的自由と呼ぶ）。

さらに、対等な取引関係では設定できないような取引条件の設定は「搾取」であり、「不公正」であるから、多面市場への具体的な競争への影響を総合評価せずに違法と判断される。この点、対等性基準説は、（競争への影響を見ないのでなく）競争への影響は当事者間の利益衡量で見るとも主張している。

しかし、利益衡量といいながら対等でない取引条件は不当不利益とされ、民事法で許容される場合でさえ「優越」で民事法の当事者間の利害調整を変更するように介入し、とくに約款理論の修正を行おうとするものであり、搾取・公正の名のもとに私的自治に基づく民事法の原理

に介入する。この考え方だと、経済力の利用がすべて力の濫用・自己決定権の侵害・不公正となり、公正な競争の原理によって、自由競争が侵害される状況が生じかねない。実際、論者は、「制度的自由」という概念を媒介にして、平等の保障が取引の自由・憲法上の「経済的自由」の前提であると主張し（それが自由競争基盤の意味である）、そのように条件化することにより、平等が自由に優越する理論となっている。

2 市場経済・自由市場に対する認識の問題

対等性基準説の論者は、「自由市場」は、それが成立する近世以来、今日の現代資本主義に至るまで、自生的に生まれた秩序ではなく、国家の法と政策の下で成立し、かつ、不断の法実行・政策遂行によってはじめて維持されるものである」と指摘する¹¹。しかし、この認識こそが根幹的な問題である。自生的に生まれた秩序が市場経済であり、自生的に生まれ、あるいは生まれるはずの経済活動への人為的な制限が取引の自由の制限であり、競争法・競争政策の目的はかかる人為的な制限を除去することにある¹²。

対等性基準説の見方は、憲法の基礎である自然法思想・それに基づく市場経済の考え方、「経済的自由」についての憲法論、競争法の思想¹³とは正反対の考え方である。アダム・スミスが国富論において、重商主義批判として説いた介入主義が国民の富を奪うという批判がそのままあてはまる考え方である¹⁴。

平等概念が、憲法上の権利の中核を占める点では、社会主義市場経済の理論であるとも評価できる¹⁵。平等を核心に置くことは、平等を達成する目的よりも介入を正当化する論理に使われやすい。

制度的自由という概念も、自由を保護するために国家が介入せよという原理なので、経済的力の利用に介入することが経済的自由・取引の自由により要請されるとするもので、自然法思想に基づく経済的自由、市場経済における取引の自由と対極の考え方である。

自由というものが管理されて初めて成り立つ

という自由と反対の思想に基づく解釈論が市場経済の基本法である独禁法の解釈において有力に主張されていることは、奇異なことである。日本では伝統的に社会主義的な思想への知識人のシンパシーが強すぎ、アダム・スミスの主張の真意をゆがめて「自由放任」というあたかも行き過ぎた自由を主張したかのように要約してきたことに原因があるように思われる。

3 アダム・スミスの思想と市場経済・有効競争

本来のアダム・スミスの思想は、取引の自由が保障され、事業者が利益の最大化を求める（それが、利己心を追及することの意義である）ことは、自然価格への収斂をもたらし、国民の富を最大化する（社会をもっとも発展させる）という思想である¹⁶。その思想的基礎は自然法の思想であり、それはギリシャ・ローマの自由な経済に回帰すること、経済政策におけるルネッサンスを主張するものである¹⁷。アダム・スミスの理論では、市場の各プレイヤーに自然な経済活動（すなわち取引の自由）が確保されている「自然な状態」が、「神の見えざる手」すなわち市場経済を機能するための前提とされている¹⁸。つまり、市場経済の利点を説いたアダム・スミスの国富論は、市場原理が機能するために取引の自由の確保の重要性を強調するものであり、有効競争基準説と親和的な思想である¹⁹。競争法は、取引の自由を確保することにより、アダム・スミスの思想を文化化したものである。日本の最高裁が繰り返し指摘する正常な競争手段を逸脱する人為性という考え方は、自然な状態を保護するというアダム・スミスの思想に整合的であるが、自由な競争保護を市場支配力の抑制と考え、公正な競争保護を経済的に劣位の者の取引の自由を確保するという考え方（二元論）は、そうではない。

4 対等性基準説・有効競争基準説の基礎概念の理解の相違の整理

対等性基準説は、有効競争に基づく基礎概念

を対等性基準説の考え方方に引き寄せて紹介し、ドイツ・フランス・EUでの比較法の基礎があるかのように主張しているので、有効競争基準説との違いを整理する。

取引の自由は、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発想に基づくものであり、平等を達成するために劣位の者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（ドイツの優越的支配力は、かかる責任を市場支配的地位が生じる危険がある場合に拡張するものである）。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るわけではない。

搾取的濫用については、EUで問題にされるのは、金銭的搾取であり、取引条件は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が、それは類型の問題であり、業績による競争とされる場合は違法とされない。フェースブック事件最決は、有効な競争があれば生じえない取引条件であるかどうかが搾取的濫用に該当するか否かを判断するとしており、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、搾取になるものではない。最決は、ドイツでも搾取濫用であろうが妨害濫用であろうが、有効競争が機能するかが反競争性の基準であることを明らかにする先例である。

業績競争に関し、対等性基準説は経済力の利用は非業績競争と考えているが、有効競争基準説は、有効な競争が機能しない状況がもたらされるか、すでに有効な競争の機能が低下している市場において、さらに有効な競争の機能が低下する状況がもたらされる場合を非業績競争と

考える。

対等性基準説の利益衡量は、「独禁法は、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」として、民事的利益衡量を民事法よりさらに経済的劣位の者の保護に傾斜する分析方法によって、濫用性・公正競争阻害性が判断される。有効競争基準は、市場の構造、競争過程、競争に与える影響の総合評価であり、多面市場が問題になる場合には、多面市場の影響を総合評価する。

VI 優越に傾斜する日本のデジタル経済対応の根幹的問題

日本のDPガイドラインのパラダイムシフトの現状とその問題点は、デジタルと優越でも指摘したが、その後の研究成果を踏まえて整理すると以下のとおりである。

1 「自由で自主的な取引の侵害」の意義

優越の規制根拠とされる取引の自由の侵害・自律性の侵害は、DPガイドライン以前にも用いられてきたが、その意味合いが抜本的に変更されている。

田中・解説では、縦の関係では取引の相手方たる優位な側も取引の自由を持っており、その自由は私的自治によって保護されるので、取引において、有利不利が生じても、それが不利益であるとは解されず、「不利益」には手段の抑止性・伝播性が必要とされていた²⁰。これは、経済的弱者が私的自治の濫用と考えられるような著しく不合理な行為（不正手段的行為）に濫用行為を限定していたといえる。田中・解説の解釈は、私的自治と経済的弱者保護をバランスさせた解釈であった²¹。

ところがDPガイドラインにより、劣位のものの取引の自由の制限全般が優越的地位の濫用にあたるように意義づけが変更された。その結果、従来、拘束条件付き取引の問題であるとされた垂直的制限の問題がすべて優越の射程に含まれるようになってしまった²²。

2 不当不利益の意義

「不当不利益」とは、期待される利益があることが前提であり、理論上、期待される利益が法令・契約または商慣習上存在することが前提であると考えられていた。2条9項5号イロハに列挙された事項は、まさに契約上期待された利益が侵害される場合を指しており、これらの例示条項も上記の解釈の正当性を裏付けているものと解されていた。

ところが、DPガイドラインではそのような限定をつけて、優位の者が経済的地位を利用して対等取引では行えないような取引条件の設定・変更が行われる場合、DPが規約・アルゴリズムを変更する場合に、それが一部のプラットフォームで事業を営んでいるものに不利であれば、不利益行為に当たると解されるようになった。

規約・アルゴリズムの変更については、変更手続きの透明性・協議や事前通知などの手続きの公正の問題が含まれ、これについても競争法ではない民事法の理論を民事法に習熟していない公取委が運用しているのか、あるいは民事法の蓄積を無視して優越を運用しているのかが問われるべきであるが、DPガイドライン以降、公取委は、その問題を無視し、取引先が予想していなかった不利益があれば、「あらかじめ計算しがたい不利益」があり、行為要件を満たすかのように解釈している。

3 自由競争基盤の侵害の意義

田中・解説とDPガイドラインの立場の違いは、自由競争基盤の意義に根差す対立であり、ひいては市場経済の本質にかかわる問題である。

有効競争基準説は、自由競争基盤の侵害とは、不正手段からの保護が市場経済の前提であり、それがフェアネスであるという考え方をとる。フランスは、優越類似制度である著しい不均衡規制を不正手段からの保護と解していることにその点が明確に表れている。ドイツでは、その点を競争法に取り込むために、不正手段によっ

て競争法上の不当な優位性が生じることをある程度立証されることを要求するが、発想は同じである。

これに対して、日本の対等性基準説は、自由競争基盤の侵害とは自由の前提としての平等の確保であり、それが市場経済の前提であると考えている。この考え方の下では、優越こそが独禁法の基本にあると解されることになり、限定的に考える必要はない、対等性を確保するための当局の介入が広範に行われることは好ましいことになる。

4 対等性基準説的理理解に基づく運用のもたらす実務上の危険

しかし、当局がいつでも介入して、取引を違法にできるというのでは自由市場経済は成り立たない。(経済学上の理想はともかく)法学上、「かのように」基準・完全競争状態を基準とすれば、市場経済・契約自由の否定になるのであり、政策目標としてはならない基準なのである。

水平的関係でさえ、競争者の対等性は保証されるものではない。非差別という形で、FRAND, equal accessなど水平関係での対等性が規範化されることはあるが、それは競争条件の平等性が競争機能維持から不可欠な場合であり、一般的に、level playing fieldが保証されるものではない。

まして、垂直的関係でも対等性を規範化したのでは、垂直的関係では対等な関係など厳密に存在しないので、いつでも、経済的に劣位の者が契約をひっくり返すことが認められてしまう。それでは、市場経済は成り立たない。

もちろん、いつも公取委があらゆる契約で対等取引を求めるとはしないと思われるが、いつでもひっくりかえせる、公取委がけしからんと直感的に思ったら、セオリーオブハームなど考えなくとも簡単に介入できることが問題なのである。公取委の担当官は、DPガイドラインの説明において、自分たちは契約自由や私的自治に反するようなことをするつもりはない。きちんと内部的に詰めてDPガイドラインを運用

すると説明していた。しかし、楽天事件、食べログ事件の公取委意見書を見る限り、そうはない、他方において、巨大DPに対する案件では、デジタル経済の本丸(データ集中)の問題を案件として取り上げておらず、徹底的に争われる巨大DPに対しては緩く、確約などで落とせる小粒のDPの事案に執行が向かう傾向が生じている。そのようなバランスを欠いた執行の傾向を生ぜしめている原因は、DPガイドラインの解釈に基づく優越の運用にある。

また、優越の適用が一般化すれば、契約を後から覆されないように契約をひな型化する動きが生じることになる。消費者保護の観点から契約のひな型を定めることは、今日の市場経済で行われる。しかし、対等性基準説は画一化させることを一般化しかねない理論であり自由な経済活動・自由な交渉の制限につながるものである。それは、自由競争秩序における競争政策の在り方ではない。優越の運用に関し、米国の研究者がつとに警鐘を鳴らしてきたことが正鶴を突いていたものであることを実証するものとなっている。

5 能率競争DPによる間接競争侵害説の再構築

有効競争基準の理論化の動きも、公取委内部からでてきている。能率競争DP²³は、DPガイドラインによって開いてしまったパンドラの箱をとじ、まとうな競争政策に回帰する動きとして重要なものである。

能率競争DPは、「優越的地位の濫用が取引の自由の侵害が自由競争基盤の侵害であり、取引の自由の侵害によって生じた不利益が搾取であり、優越は搾取的地位の濫用規制であるとの理解は、間接競争侵害説に立つ公取委審決の立場ではない」との趣旨を明らかにしている。

不利益を生じた行為の不正手段性に濫用行為性があり、そのような行為によって得た行為者の不正な利益が能率による競争に反するとする。これは、ドイツ・エディカ事件の考え方である。

従来、間接競争侵害説は、競争への悪影響を

立証しなければならないことになるため、批判されていた。能率競争DPは、不正手段性がある場合には、行為に一般的抽象的危険性があるので、競争への具体的影響を立証する必要はないという理論により間接競争侵害説を再構築するものである。²⁴

6 能率競争DPと岐阜信組事件最高裁判決を踏まえた不当不利益についての考え方

以上のとおり、能率競争DPが、(i)経済的弱者の弱みにつけこんだ抑圧的行為は、私的自治の濫用であり、(ii)不正手段型が能率にもとづく競争でないと同様、優越における濫用行為も不正手段であり、能率に基づく競争でないとして、(iii)能率競争阻害の観点から優越を位置づけたことは、田中・解説、細田論文の立場を理論化したものといえる。

かかる観点からは、優越（および不正手段型規制）は、法令・契約・商慣習によって保護される期待利益がある場合に、その利益に対する抑圧的態様での侵害が不利益行為（濫用行為）であると解すべきであり、DPガイドライン以前はそのように解釈されていた。商慣習上の保護とは、法令によって保護されるべきであるのに、過度の限定解釈が他法令の解釈で行われている場合が含まれる。不正手段の事例であるが、証券取引の損失補填事件（公取委勧告審決平成3年12月2日）がその例である。

岐阜信組事件最高裁判決²⁵は、そのような考え方に基づく先例であるといえる。同事件の両建て預金は、利息制限法違反の脱法行為であり、大蔵省（当時）が指導すべきものを指導していないという点で損失補填事件と共に通する問題を含む事例である。岐阜信組事件第1審判決は、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、最判は、実質的に利息制限法の脱法行為と構成し、契約を無効とせずに、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事例と理解できる。

7 規約・アルゴリズム変更についての考え方

(1) 楽天事件と食べログ事件が提起した問題

規約・アルゴリズム変更は1対多の契約である点で定型約款の変更の問題に似ている。民法上、定型約款の変更は、必要性と相当性があれば変更は可能であると規定されている（民法548条の4）。その観点から言えば、それが一部のプラットフォームで事業を営んでいる者に不利であれば、その者が同意しない限りその者との間で規約の変更ができないがとき理論は、民法理論に反するものである。加えて、そのような規約の変更が多面市場において競争促進的であれば、かかる変更是競争保護の観点から独禁法上は許容されなければならない。そのような行為が問題にされたことはなかった。DPガイドラインにより、不利益と主張する者が同意しない限り、その者との関係で規約の変更ができるないという解釈がとられる状況が生まれている。これが楽天事件²⁶、食べログ事件²⁷で生じた問題である。

(2) 楽天事件の問題

本件は、仮の不正手段規制（民事規制）・独約款規制を適用しても、送料込み表示に統一するという規約変更が発表から実施まで2カ月しかなかった点をとらえて、規約変更についての手段の相当性の問題と考えられる余地が生じるだけである。日本の約款規制である548条の2及び4との関係でも同じ結論と考えられる。しかし、公取委は、十分な期間を過ぎても公取委はなお、同意しない相手方に対しては濫用行為になるとのスタンスをとっている。

民事法で許容されるが、独禁法上、許容されない場合があるとしても、そのような場合は、自由競争減殺の規定（楽天事件の場合には、拘束条件付き取引）の問題であり、それは、その変更が取引の自由に対する人為的制限か否かで決まるべき問題である。楽天事件の場合、価格表示の制限が市場・競争に悪影響を及ぼすもの

かどうかに関し、多面市場に生じる効果を総合的に判断することで違法性が判断されるべき問題である。送料込みの価格表示は、価格に対する透明性が増し、消費者に利便性を高める点、プラットフォームの信頼性が増すことによる多数の出店者の利益を考慮すれば、一部の同意しない者がいるからといって、拘束条件付き取引の公正競争阻害性が生じると解されるべきではない。そのように解すれば、少数の非効率的な取引先の利己的な動機での反対により市場の有する効率性の発揮が妨げられることになる。そして、それが対等性基準説の核心的な問題なのである。仮想EUの競争法の観点から分析しても、上記の観点にかんがみ、違法とされることは考えられない。

(3) 食べログ事件東京地裁判決の問題

本判決は、優越の制度趣旨に関し「公正な競争を人為的に妨げる側面を有している」ためであると指摘し、不当性を「行為の意図、目的、態様、不利益の内容・程度等を総合考慮し、専ら公正な競争秩序の維持、促進の観点から是認される商慣習に照らして……判断するのが相当である。」と示説している。このうち、「専ら公正な競争秩序維持」の観点は、和光堂事件最判、人為性の観点は、資生堂事件最判、総合考慮の観点は、NTT東日本事件、JASRAC事件最判によるものである。本判決が、人為性・総合考慮という観点を打ち出したことは能率競争DPと整合的であり、大きな意義があるが、具体的な認定は、先例理論からかけ離れた認定となっている。

DPに対する優越の適用においては、NTT東日本事件・JASRAC事件最判で示された市場構造要因とくにDPの地位が重要であるが、それが考慮要素とされておらず、本件で、DP自身がアルゴリズム変更により、利益を得るものではないという重要な考慮要素を看過することになった。搾取性の観点からも間接競争侵害の観点からも被告が利益を得ていることは濫用性・不当性を基礎づける上で最も重要な考慮要

素である。判決は、原告の「直接の利益」がないことによって不当性を基礎づけたが、被告が利益を得るからこそ「直接の利益」が原告に与えられるかが問題になるのであり、被告の地位という考慮要素を看過したために生じた誤りといえる。

行為態様においても、本件には田中・解説が指摘する抑圧性の要素がなく、その点でも不当性を基礎づけることが難しい。そのため本判決は、「チェーンディスクонт」がアルゴリズム変更の場合として列挙されていなかったという契約の違反があることを不当不利益性を認定するよりどころとしている。

しかし、契約上の問題としても、アルゴリズム変更は、1対多の関係である点では、約款（規約）変更に準じ、必要性・相当性の観点から判断されるべきである（民法548条の4）が、独禁法の観点からは、評点事業においては、特定の会員の利害を考慮しないで運用することが期待され（それが正常な事業活動であり）、有償会員に評点の下降を制限する契約を結ぶことは、評点ビジネスを人為的に制限するものである。判決が認定するような契約上の評点下降の制限が有償会員にのみあるとすると、そのように取引を実施することこそが独禁法に違反するものであり、そうせずに運用したことは正常な事業活動を行ったと評価されるべきものである。変更の恣意性・透明性は問題になるが、チェーンディスクонтは、小規模店に対するチェーン店の優位性の解消の観点、ユーザー・エクスペリエンスの向上（ユーザーの利便性の向上）の観点から正当性を有する変更理由である。変更の恣意性・透明性が問題になったⅢで紹介したフランスのグーグルアド事件とは全く異なる事例である²⁸。

なお、本件は、人為的なマーケティング活動により原告の評点が上がり過ぎたことを「チェーンディスクонт」として評点を下降させているように見え、契約条項の解釈としても「意図的な評点操作」「ステルスマーケティング」に該当すると解する方が独禁法に整合的

な契約の解釈である。

優越により正常な評点活動の観点から直せるはずのものを直せなくなることは競争保護の観点からは、本末転倒である。本件は優越に過度に傾斜する結果、競争保護にとって本末転倒の運用が行われる危険を具体化する事例といえる。

10 結語

以上のように、能率競争DPが優越においても能率競争の観点を考慮することを提言していることは、貴重な提言であり、公取委・実務が能率競争DPと田中・解説の考え方回帰することが強く望まれる。

[注]

1 ジュッセルドルフ高裁では、業績競争という用語が用いられたが、最決は、有効競争という用語を用いている。しかし、いずれであろうと市場構造・競争過程・市場への影響の総合評価を行うもので分析の仕方に違いが生じるものではない。見解が分かれた最も大きな理由は、他法令違反を理由とする介入の評価であるように思われる。

2 岡田与好『独占と営業の自由』（本澤社1975年2月10日）（以下「岡田（1975）」という）、越知・営業の自由参照。

3 舟田フェアエコノミー20頁、舟田・不公正第2章、第3章、第4章

4 越知・競争法大全第28頁以下、越知保見『日本欧独占禁止法』（商事法務2005）44頁以下

5 舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件—濫用規制と憲法・民法」法律時報1141号（2019）（以下「舟田・FCO決定評議」という）。カルテル庁決定に関する評議である。

6 吉田邦彦『債権侵害論再考』（有斐閣1991）田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣・2003年）479頁以下も参考になる。

7 島村健太郎「ドイツ競争制限法におけるティップィング問題に関する新たな優越的市場力規制について」『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第21巻第2号2022年7月ISSN1347-0388（以下「島村（2022）」という）。ただし、同論文では、業績競争の意義に関し、業績競争概念がUMGにより発展してきたとされる点は（岸田・業績競争の指摘に従ったものと思われるが）疑問である。

8 優越的支配力の濫用という優越的地位の濫用に類似するネーミングを与えられているために、優越的地位の濫用に類似する規制として誤認しやすいが、この規定は、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方に立ち、市場支配力を有しない場合に規制できる範囲を（日本の自由競争減殺型よりも）明確に規定・理論化したものである。
- 9 島村（2022）注51には、筆者がデジタルと競争過程Vでカラハ論文を引用して説明したEUのホフマン事件の濫用行為の定義がドイツ競争法の業績競争概念に由来するものであることをドイツ語の原義を示して指摘している。
- 10 KG Berlin, Beschluss v. 11. 02. 2022, U4/21 Kart. 島村（2022）564頁
- 11 舟田正之「公正な競争と取引の自由」・『独占禁止法とフェアエコノミー』（日本評論社2017）（以下「舟田（2017）」という）23頁）。初期オルドー主義を唱えたオルセンの思想である。
- 12 マイアミ事件地裁判決55頁。この点に同判決の重要な先例的意義がある。
- 13 岡田（1975）が明らかにし、日本の判例理論によって取られている取引の自由の考え方であり、マイアミ事件東京地判で明言された（判決書55頁）。
- 14 競争的観点からのアダム・スミスの思想についての分析は、越知・市場法秩序149頁以下参照。
- 15 かつては、自由主義と社会主義の差異は、私有財産の有無にあるといわれていたが、今日では、社会主義的なシステムでも私有財産は肯定されている。制度の差異の核心部分は、自由と平等のいずれが思想の要になっているかに移行している。
- 16 丸山徹『アダム・スミスの国富論を読む』第6話では、アダム・スミスと自然法思想の関係が叙述されており、第3話では、『国富論』において、自然価格への収斂をもたらすために取引の自由が保障される前提があることが叙述されている。
- 17 土田正博『独禁法のルネッサンス』（日本評論社2021）は、フェアネスを対等性を基準に考える見方や優越に傾斜した独禁法の運用が公正性についての復権であり、独禁法のルネッサンスであるかのように暗喩したタイトルを付けている。しかし、優越に傾斜した競争法理論は、ルネッサンスと対極の考え方であり、むしろルネッサンスが打破した中世的秩序への回帰である。
- 18 国富論第4編、丸山・アダム・スミスの国富論を読む第3話、第6話参照
- 19 アダム・スミスの理論の意義の詳細は、越知・市場法秩序149頁以下参照。
- 20 田中寿編『不公正な取引方法－新一般指定の解説』（商事法務研究会1982）（以下「田中・解説」という）90頁。「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、双方または一方で不利益が生じるものである」と述べ、そのような不利益では、不当不利益にはあたらず、不利益に当たるには、抑圧性・伝播性が必要であると指摘している。
- 21 細田孝一「優越的地位の濫用規制の新展開—適用範囲の拡大の問題性」同志社大学法学第73巻6号（424号）（2021年）（以下「細田論文」という）は、「優越の行為要件である「不利益な条件の設定・実施・変更」は、あまりに広すぎ、それだけで違法としたのでは予見可能性を著しく損なうので、特殊指定を行うかあるいは特殊指定の対象になり得る行為に限定されて用いられてきた」と指摘している。
- 22 阿寒農協事件、改訂された農協ガイドライン、人材報告書などでは、拘束条件付き取引など自由競争減殺で考えられるべき問題に優越を適用し、またその適用があり得ることを示唆している。越知・競争法大全114頁、越知・デジタルと優越I参照。
- 23 田辺治「『能率競争』概念からみた優越的地位の濫用の公正競争阻害性に関する一考察」CPRCディカッシュンペーパー CPDP-90-J May 2022
- 24 能率競争 DPが一般的抽象的危険を導くために土佐あき農協事件高判を引用している点は疑問である。同判決の論理は資生堂事件最判の立場に反する（同判決が依拠する和光堂事件最判は、再販価格維持の事例であり、拘束条件付き取引で引用できる判決ではない）。そのような判決を引用しなくとも、不正手段型は行為それ自体に著しい悪性、一般的抽象的危険性があるから市場への悪影響を具体的に立証する必要がないと解されており、優越の濫用行為も強い非難に値する不正手段行為であるから同様に一般的抽象的危険性があり、市場への悪影響を具体的に立証する必要ないと解ることができる。
- 25 最判昭和52年6月20日民集32巻4号449頁
- 26 令和3年12月6日発表（楽天グループ株式会社に対する独占禁止法被疑事件の処理について）。楽天が、出品者に対し、3980円以上の商品についての価格表示を送料込みとすることを求めた事件である。
- 27 東京地判令和4年6月16日（東京地裁令和2年（ワ）第12735号）。食べログが、レストランの評点にに関して、チーン店に対し、チーンディスカウントと呼ばれる調整を行った結果、原告各店舗の評点が、3.5近辺から30から3.3近辺（店舗により差異がある）に下落し、その結果、集客数・売り上げが大幅に減額したことに関し、優越的地位の濫用の適用を求めた事件である。筆者のより詳しい評釈は、ジュリスト7月号に掲載予定である。
- 28 長尾愛女・本件評釈・TKC新・判例解説 WatchNo.86（2023.3.17）は、同事件を引用して、判決に賛成し、仮の不正手段規制（民事規制）が本件に適用されることを示唆するが疑問である。

▶ デジタル経済と競争過程保護Ⅶ

新ブランダイス主義と消費者厚生基準 ・有効競争基準・市場支配力

～要件事実かパラメーターか～

越知保見*

I welfare から competitive process についての米国と市場支配力基準（意義）説の動向

1 新ブランダイス主義を巡る米国の動向

デジタルと競争過程の一連の論考においては、欧州（EUと独仏）の議論を中心として、日本の判例理論である有効競争基準に基づきデジタル経済における競争法理論の再構築の方向を論じてきた。

米国でも、新ブランダイス主義と呼ばれる学説が消費者厚生基準に基づく反トラスト法の理論の再構築を図る動きが生じている。この米国の動きも welfare から competitive process という動きであり、米国においても有効競争基準 (effective competition, competition on the merits) が提唱されている¹。しかし、米国については、判例上の規範の展開がみられない。裁判所が消費者厚生基準を堅固に維持していることが最大の理由であるが、新ブランダイス主義の主張には、反トラスト法の政治目的を強調し、シカゴ学派以前の反トラスト法への回帰という復古主義的な主張にとどまり、具体性に乏しいことが問題である。FTCのポリシーステートメントにも1960年代の萌芽理論へ回帰するような主張が盛り込まれている。ただし、1960年代に回帰した執行が行われているものではなく、実務上は、雇用契約における賃金カルテル、no porch 条項のカルテルへの攻撃に向かっている。

競争過程理論の深化という点では SCP パラ

*おちやすみ、明治大学大学院教授、弁護士

ダイムの崩壊後、ドイツの業績競争理論とともに、有効競争基準が裁判例においても蓄積され、人為性の内容を明らかにし続けている EU のダイナミズムに一日の長があるようと思われる。そのため、これを軸に日本の理論の再構築の方向性を探ることが適当であると考えられ、デジタルと競争過程 I から V でその方向性を示し、対等性基準説により独仏の動きを説明する動きの持つ問題と有効性基準説との異同についてデジタルと競争過程 VI で指摘したものである。

2 新ブランダイス主義を取りこむ市場支配力基準（意義）説の動き

米国の動きはこれを日本法に取り込むことが難しいと思われたところ、最近、川濱・ブランダイス²において、競争過程の害を通じて、市場支配力が形成維持されることが市場支配力基準に含意されている（それが、新ブランダイス主義を含意するという主張の意味であると考えられる）かのように主張する論考が発表された。筆者は、支配力基準（意義）説³については、越知・競争機能⁴で問題を提起し、越知・市場

—もくじ—

- I welfare から competitive process についての米国と市場支配力基準（意義）説の動向
- II 川濱・ブランダイスと市場支配力基準（意義）説の核心的問題
- III 独占化（私的独占）以外の類型についての問題
- IV 二元論から派生する市場支配力基準（意義）説の根源的問題

法秩序142頁で、川濱・市場支配力基準⁵に対する問題点を検討しているが、川濱・ブランダイスは、問題の所在をより明確にするものである。本稿は、川濱教授の諸論考を包括的に検討し、市場支配力基準（意義）説が競争過程を含意するとの主張の意義とその問題点を整理・検証するものである。

3 川濱教授の諸論考の整理

川濱教授は、市場支配力基準（意義）説と競争過程に関して、以下の5つの論考を著わされている。全体として、諸論考によって、むしろ市場支配力基準は消費者厚生基準よりわかりやすい基準とは言えず、その独自性・問題点がより明らかになっている。

川濱・市場秩序法では、競争過程への害の観点を指摘していたが、その後の論考では、競争過程の害についての展開は見られず、不当廉売などでは、むしろ行為者の意図などの競争過程要因を競争保護のパラメーターとすることに消極的な姿勢が示されていた⁶。

川濱・ポピュリズム⁷では、川濱・ブランダイスの萌芽的主張が行われている。同論文では、有効競争基準的な考え方（競争過程保護を重視するフォックス教授などの考え方）をポピュリストと称し、その学説に親近感を示しつつ、市場支配力基準と消費者厚生基準は同値だが、市場支配力基準の方がわかりやすい基準であると指摘している。

川濱・市場支配力基準では、反競争性は、市場支配力の形成・維持・強化であり、それは、古典派経済学の静態モデルに基づく MP デルタの分析によって計測されるかのような古典派経済学に傾斜した主張が行われた。同論文では、競争過程の害も MP デルタの分析により明らかにされる（MP デルタの分析に取り込まれる）かのような主張となっている。

川濱・消費者厚生⁸は、消費者厚生の意義の多義性を主張し、消費者厚生は基準ではなく目的であり、反競争性の基準は、市場支配力の形成・維持・強化であると主張している。米国で

は、消費者厚生は基準と考えられており、この主張により、市場支配力基準（意義）説は独自性を強めている。

川濱・ブランダイスは、前記の3論文を統合させたものといえるが、論理的整合性・比較的の検証、教授自身がどちらの方向に向かおうとしているのかについての疑問はむしろ強化されている⁹。第1章、第2章は、新ブランダイス主義の台頭状況とその歴史的経緯に詳細に言及するが、これは、川濱・ポピュリズムでの言及のアップデート版である。論文タイトルからも市場支配力基準（意義）説が新ブランダイス主義の主張・競争過程保護を取り込める事を示唆するようになっている。ただし、米国の反トラスト法におけるポピュリズム・新ブランダイス主義の政治的目的・動向に紙幅が割かれる一方、デジタル経済の法的問題への適合性の検証は行われていない。また、市場支配力基準が新ブランダイス主義を含意しているとの論文タイトルにおける示唆は、法的に競争過程保護が含意されているとの主張のようであるが、どのように含意されると主張しているのかは、明確ではない。筆者の主張する競争過程保護の内容との異同も明らかではない。さらに、第3章では、新ブランダイス主義が批判している静態モデルで MP デルタで市場支配力の形成・維持・強化を識別する新古典派経済学の主張が維持されており、新ブランダイス主義が含意されるという主張との整合性に疑問を生じるものとなっている。

II 川濱・ブランダイスと市場支配力基準（意義）説の核心的問題

1 市場支配力基準（意義）説が形成された過程

市場支配力基準（意義）説は、市場支配力とは価格支配力であるから、消費者厚生基準と同値であるが、より適切な基準であり¹⁰、市場支配力の形成・維持・強化は、私的独占だけではなく、共同行為、企業結合において共通する競

争の実質的制限の意義であり、東宝スバル事件を引用して、それが判例の立場であると説く学説であり、川濱教授・泉水教授を中心として有力に主張されている¹¹。

しかし、このような考え方が独禁法の黎明期から通説的地位を占めていたわけではない。今村・独禁法62頁では、競争の実質的制限が生じるのは、有効な競争を期待することがほとんど困難な場合とされ、有効競争が期待できない場合とは、競争機能の発揮を可能とする市場の条件を確保しがたい場合と説かれている¹²。これは、まさに有効競争基準であり、判例の競争機能侵害の考え方である。今村教授は、有効に競争が機能しがたい場合として、私的独占においては、市場支配を挙げていたが、共同行為の場合には、市場支配が必要であるとは解していない（この点は、Ⅲ. 2で述べる）。しかも、そこでの市場支配は、価格支配力、マーケットパワーという意味ではなく、むしろ、EUの市場支配的地位（ドミニанс）的な意味、市場構造的な意味であり、実質的に、市場構造、競争過程（行為態様）、市場成果を総合判断する有効競争基準の考え方方に近いものであった。

市場支配力基準（意義）説は、シカゴ学派台頭後に米国で消費者厚生基準が有力化したことから、市場支配力の形成・維持・強化を消費者厚生基準と同値のものとして再構成した学説である。

2 米国の独占化の意義：「人為的な市場支配力の形成・維持・強化」

川濱・ブランダイス31頁は、市場支配力基準（意義）説が、1950年代に、それまでの判例・経済分析と整合的なものとして提唱されたとする。この比較法的理解には、いくつもの独自の理解があり、その点こそが問題の根源であるといえる。

第1に、消費者厚生基準と経済分析が提唱されたのはシカゴ学派の台頭後であり、それ以前は、市場支配力の形成・維持・強化は、市場構造的な指標と考えられていた¹³。

第2に、米国では、市場支配力は、消費者厚生に与える影響を見るための指標（パラメーター）と考えられており、消費者厚生基準と同値ないし近似のものと市場支配力基準が米国で提倡されたことはない（下記9参照）。

第3に、1945年に下されたアルコア事件判決により、市場支配力の形成・維持・強化そのものが独占化に当たるのではなく、人為的な（deliberately）市場支配力の形成・維持・強化が独占化であることが判示されている¹⁴ので、1950年代には、市場支配力の形成・維持・強化ではなく、人為的な市場支配力の形成・維持・強化が独占化の意義であることが確立している¹⁵。違法性の識別基準は、人為性にあることは、EUではホフマン事件、日本ではNTT東日本事件最判でも判示されている（デジタルと競争過程V参照）が、その萌芽を示したのがアルコア事件判決なのである¹⁶。

米国では、シカゴ学派により、アルコア事件で判示された人為性概念が不明確であり（あるいは広範すぎ）、競争促進的な行動まで規制されるとして、exclusionary conductに限定したうえ、exclusionの定義を代替的取引先を確保できない場合に限定する主張が行われた。このexclusionの定義は狭すぎ、不当な取引機会の減少で考えるべきであるが（一般指定第11項参照）、川濱教授は、この点は代替的取引先確保基準というシカゴ学派の主張に沿って考えており、同論文の新ブランダイス主義への共感にもかかわらず、シカゴ学派的アプローチの核心部分、新ブランダイス主義の批判の核心部分は変更も言及もされていない¹⁷。

正常な淘汰による独占を許容する観点からも、比較法的見地からも、「競争の実質的制限」は、「人為的な」市場支配力の形成・維持・強化と解されるべきであり、日米欧の先例でその点は確立しているのである。

3 日本の判例理論

市場支配力基準（意義）説の論者は、競争の実質的制限が市場支配力の形成・維持・強化で

あることは裁判例で支持されていると主張されているが、実際には、競争の実質的制限の意義を市場支配力の形成・維持・強化であると正面から定義づけた判例は存在しない。むしろ判例は、市場支配力の形成・維持・強化をパラメーター（考慮要素）として位置づける立場（有効競争基準説の立場）を一貫して取っている。

川濱・ブランダイス31頁注113で引用される東宝スバル事件東京高判は、「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団がある程度自由に価格・品質・数量その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる形態が現れているかまたは、少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」と判示するものであり、競争の減少が、競争の実質的制限のレベルに達する場合（十分条件）として、市場支配力の形成・維持・強化に言及しているに過ぎない。同判決は、「競争の減少が、その（筆者注：市場支配力の形成・維持・強化を指す）程度・態様に達しているかどうかの判断」であり、その立証が必要とされるものではないことを判示している。この判示は、競争の実質的制限の意義・要件事実は、競争の減少（今日では、競争機能侵害）であって、市場支配力の形成・維持・強化は、要件事実ではなく、パラメーターであることを説示するものである。

東宝スバル事件東京高判後の最初の審決取消訴訟では、人為的な市場支配力の形成・維持・強化が競争の実質的制限に当たるよう説示されている（デジタルと競争過程V参照）。

八幡富士事件審決は、有効な牽制力を有する競争者がいる場合に競争の実質的制限に当たらないとした。これは、市場支配力の形成を市場支配的な地位という市場構造的な要因で考え、市場支配力が形成されても有効な牽制力ある競争者がいれば、競争が減少しないから、競争の実質的制限に該当しないものと考えていると解され、競争の実質的制限の意義は、競争の減少にあることを確認した審決と評価できる。

NTT東日本事件最判は、市場支配力の形成・維持・強化という単一の基準で反競争性を見る

のではなく、市場の構造、競争過程を総合判断する立場をとることを明らかにした判決である。同判決は、まず、「市場支配力の形成・維持・強化の観点からみて、正常な競争手段を逸脱する人為性を有するものあり、競争業者の市場への参入を著しく困難にするなどの効果が生じるか否かによって決すべきである」と述べ、さらに、排除行為該当性に関して、市場構造要因、競争過程要因、市場成果要因を総合判断することを説示し、市場支配力の形成・維持・強化は、人為性・排除行為該当性の判断におけるパラメーターであると位置づけられている。競争の実質的制限に関しては、市場支配力の形成・維持・強化が競争の実質的制限の意義であるとは述べておらず、電力系が有効な牽制力のある競争者でないことから、「競争を実質的に制限すること即ち市場支配力の形成・維持・強化といし強化という結果が生じていたものと言うべきである。」と認定しているだけである。認定であるということは、市場支配力の形成・維持・強化があれば、競争の実質的制限をもたらすといっているだけであり（十分条件を示したにすぎず）、市場支配力の形成・維持・強化が競争の実質的制限の意義ないし要件事実（必要十分条件）であるといっているわけではない。MP デルタを立証するのではなく、有効な牽制力のある競争者がいないことを認定して、市場支配力が形成・維持・強化されたと認定しているのであるから、八幡富士事件審決同様、競争の減少ないし競争機能侵害の観点から（有効競争基準の観点から）、競争の実質的制限を認定したものであるといえる。

多摩談合事件最判は、最高裁が、競争の実質的制限の意義を競争機能侵害であると明らかにした判決である。同最判は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」とは、当該取引にかかる市場が有する競争機能を損なうことを言い、本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には、その当事者である事業者がその意思で

当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される」として、市場支配力には言及していない。市場支配力基準(意義)説は、「落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすこと」とは市場支配力と同義であると強弁するが、本件で最高裁が画定した市場は、Aランク工事の市場であり、その市場では、受注調整によって落札した物件は、50%を下回っていたのであるから、市場支配力は形成されなかった事例である。最高裁が、競争の実質的制限を市場支配力基準(意義)説のように解したとすれば、競争の実質的制限に該当しないとなるはずであり、そのような解釈は取りようがないのである。最高裁は、50%以上の物件を支配していくとも(市場支配力が形成されていくとも)、相当数の物件で落札者や落札価格が引き上げられるのであれば、競争の機能は損なわれているのだから、競争の実質的制限に該当するとするものであり、市場支配力の形成・維持・強化が、競争の実質的制限の意義無い要件事実ではないこと(競争機能侵害が規範的要件事実であること)を明らかにしたものである。その点は、ブラン管事件最判が、競争の実質的制限の意義を、「当該取引にかかる市場が有する競争の機能を損なうことをいう」とのみ述べたことで決定的となつた。

4 EUで市場支配力基準が用いられているのか

川濱・市場支配力基準51頁は、市場支配力基準がEUでも用いられているとするが、EUの判例上そのようには解されていない。EUでは、Michelin事件¹⁸において、支配的地位(Dominance)は、相当程度まで(appreciable extent)競争者と顧客そして消費者から独立して行動することが許容されることを通じ、関連市場における有効競争(effective competition)の維持を妨げることができると企業が享有する経済力に関わる地位と定義されている。市場支配力

は、顧客・消費者から独立して行動する力を含むが、価格を引き上げる能力の存在、行使を認定する必要がないとの柔軟な姿勢を取っている。有効競争基準に親和的な解釈が取られているのである¹⁹。

5 市場支配力基準(意義)説の人為性のとらえ方

川濱教授も、人為性が必要なことは認めている(むしろ、人為性が排除行為の反競争性の識別基準として必要であることを自ら説いている²⁰)。ところが、教授は、「識別基準」という用語を用いながら、排除行為における人為性概念は、(明らかに正常な行為だけを除外する)セーフハーバー的な基準と位置付け、反競争性判断の真の「識別基準」は市場支配力の形成・維持・強化であり、それは、MP デルタであると考えているようである。例えば、教授執筆の経済法判例百選(第2版)のNTT 東日本事件の解説では、同事件で人為性が認められることが明らかであるかのように解説している。同じく教授のJASRAC事件の解説²¹でも、個別徵収が選択肢になっていないことを人為性とした最判の論理が、単なる強制性の問題ととらえられている。

しかし、NTT 東日本事件最判は、競争条件の差異から同等に効率的な競争者であっても対抗できないという最も先端的な理論構成によって、何とか人為性・排除行為該当性が認められたのであり、簡単に認められる事例ではない。

JASRAC事件最判の人為性の認定もカーブアウト手段が失われていること(著しい排他性が生じる場合には、その排他性を緩和する方法があるのにそれが取られていなかつたこと)を人為性の要因として示すものであり、これもまたデジタル経済において極めて重要な先端的な理論として理解すべきものである²²。

人為性をそのようなセーフハーバー的な要件と考える場合、正常な事業活動までが、私的独占にあたる危険の方が大きく、最高裁および実務の感覚と大きく齟齬のある論旨となっている。

最高裁は、競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化と解する限り、競争の実質的制限の要件において、実質的に違法と判断される行為か否かを判断することはできない。そのため、NTT 東日本事件、JASRAC事件最判が、排除行為の定義において、正常な手段を逸脱する「人為性」という要件を加えただけなく、「市場支配力の形成・維持・強化の観点から」という要因も追記し、さらに排除行為が、市場構造、競争過程、市場成果にかかる要因を総合評価して判断するよう説示しているのである。判例理論の結果、立証されるべき対象が、市場支配力の形成・維持・強化から競争機能侵害に移行し、市場支配力の形成・維持・強化は、競争機能侵害を見るためのパラメーターであることが明確になっている。このパラメーター化により、正常な行為と違法な行為とのより適切な識別が可能となり、違法判断の柔軟性を確保しているのである。そして、その柔軟性こそがデジタル経済において必要とされるものである。

6 川濱・ブランダイスのMP デルタの立証への固執の不可解性

川濱・ブランダイスは、人為性を軽く考えるため、正常な競争手段により、市場支配力の形成・維持・強化される場合まで違法となりかねないという問題に答えず、MP デルタによって適切に違法領域と適法領域が識別できること、それが欧米でも取られているものと信じているようである。しかし、その認識自体が、アルコア事件で否定され欧米でも日本の判例でも取られていない独自の認識である。

同論文は、MP デルタの「維持」の場合の立証の困難性こそが問題であると認識し、対極的な考え方であるはずの正田博士のEUの市場支配的地位の濫用規制の導入まで示唆している(57頁)。私的独占に問擬される事例では、被疑事業者の市場シェアは、50%を超えており、排除型私的独占ガイドラインは、市場シェア50%で市場支配力を推認するとしているのであるから、判例理論の基準での人為性が認められる場合に、さらに市場支配力の維持・強化が立証上の問題となった事例ではなく、公取委を含む当局は、その点で立証に苦慮しているわけでもない。問題が生じるとしても、EUの市場支配的地位の濫用規制を導入すれば問題が解決するものもなく、同規制が採用している有効競争基準によつて問題を解決することができる。

現実の実務において、MP デルタの立証が活用されるのは、独占的事業者側にMP デルタが発生しないことが反競争性を否定する理由として使われる場合である(欧米では、まさにそのように活用されている)。有効競争基準の下では、それが事業者側で立証されたとしても、当局は、MP デルタの立証に固執する必要はなく(市場支配力の「維持」の立証に固執する必要はなく)、人為的行為によって競争上の抑制が低下し、競争が機能しない(competition on the meritsが失われる)ことを立証することによって反競争性を立証することができる(デジタルと競争過程II、IV、Vのグーグル・ショッピング事件、アンドロイド事件解説を参照)。

7 競争機能侵害の抽象性と市場支配力の形成・維持・強化の立証

市場支配力基準(意義)説は、要件事実の立証の問題からくる判決の法意を理解しようとせず、競争機能侵害という定義は抽象的であり、それは、具体的には市場支配力の形成・維持・強化であるとの認識が根強い。しかし、市場支配力の形成・維持・強化が、競争の実質的制限の意義であれば、それは要件事実であるから立証の対象であり、それが立証できなければ、競争の実質的制限が立証されておらず、法違反を認定することはできないことにならざるを得ない。川濱説のように、市場支配力の形成・維持・強化をMP デルタで判断するというのであれば、MP デルタの立証が必要とならざるを得ず、その立証負担はさらに重いものとなる。それを常に求めることは不可能であり、公取委もそのような立証活動は行っていないし、裁判所もそれを求めていない。それを明らかにする

ため、最高裁は、競争機能侵害が競争の実質的制限の意義であり、競争機能侵害を測るパラメーターとして市場支配力の形成・維持・強化を考えることを明確にしているのである。

これに関し、川濱・ブランダイスでは、市場支配力の形成・維持・強化の立証が必要ないという主張が行われている。この主張は、教授のMP デルタで判断する立場と一貫しないうえ、市場支配力の形成・維持・強化は、競争の実質的制限の意義ではなく、競争機能侵害を見るうえでのパラメーターであることを認めたということでもある²³。

川濱・ブランダイスは、市場支配力の形成・維持・強化も立証しなくてよいことの理由として、米国で「裁判所は、消費者厚生に関しては、独占者の行為が反競争的効果を持ち、競争プロセスを害し、それによって消費者が害されることを問題とするだけであって具体的な消費者の害を問題にするものではない」とされている(77頁)ことをも挙げている。独占者の行為が反競争的効果を持っていることが立証できれば、消費者厚生への害を立証する必要がないのは自明であるが、シカゴ学派は、消費者厚生の害が立証されないと反競争効果を持つことの立証がないと考えている。上記のような裁判所の説示があるとすれば、その裁判所が消費者厚生の悪化それ自体が反競争性の立証に不可欠ではないとする有効競争基準の考え方に対するものである。また、消費者厚生は、(市場支配力基準(意義)説と異なり) 反競争性の意義ではない。意義(要件事実)は、シャーマン法1条にあっては合理性(合理の原則)、シャーマン法2条においては、人為的な(deliberateness) 独占力の形成・維持・強化であり、(シカゴ学派理論であっても) 消費者厚生の悪化は、反競争性を判断するための決定的に重要なパラメーターではあるが、反競争性の意義ではないからである。

市場支配力基準(意義)説が、市場支配力の形成・維持・強化を立証しなくてよいと考えるのであれば、市場支配力基準(意義)説の放棄、有効競争基準・競争機能侵害説の正しさを認め

たことである。そして、その考え方方が市場支配力基準(意義)説が登場する前の考え方(今村教授の考え方)である。今日的には、データ支配など価格支配以外の要因、市場構造的要因も市場支配概念に取り込むことができ、デジタル経済に適合する理論を構築しやすいという利点がある。

8 市場支配力基準は、新ブランダイス主義を含意できるのか

市場支配力基準(意義)説は、川濱・市場支配力基準までは、市場支配力は価格支配力であるから、消費者厚生と同値のものだが、より分かりやすい基準と主張していたが、川濱・消費者厚生で、消費者厚生は、基準でなく目的であるとし、川濱・新ブランダイスでは、市場支配力基準は、新ブランダイス主義を取り込むことができるより良い基準であると主張するようになっている(新ブランダイス主義の含意というタイトルはそれを示唆するものと考えられる)。しかし、新ブランダイス主義の原理的主張は、市場支配力を指標として消費者厚生を基準として運用してきた過去40年間の反トラスト法の否定であり、消費者厚生と類似のものとして市場支配力基準を考える市場支配力基準(意義)説とは水と油の関係にあり、それを含意することは、二元論で対等性基準説を取り込んだこと(IVで言及する)と同じレベルでの理論的破綻である。

新ブランダイス主義の穏健な主張である競争過程の再評価という点が「含意」の意義であるとしても、MP デルタを競争の実質的制限の意義とする市場支配力基準(意義)説が、どのように競争過程への害を取り込めるのかは不明であり、消費者厚生基準よりわかりやすいともいえない。川濱・市場支配力基準を読む限り、単に、MP デルタを立証すれば、競争過程の害を取り込んだことになっているように主張しているように見えるが、それでは競争過程が取り込まれたとは到底言えない。他方、競争過程への害を考えたいのであれば、市場支配力の形成・

維持・強化をパラメーターで考える判例理論を受け入れればむずかしい問題であり、市場支配力基準(意義)説にこだわる意味がない。

9 米国における消費者厚生基準の規範性と市場支配力の位置づけ

川濱・ブランダイスは、消費者厚生は基準ではなく目的であるとするが(79頁)、米国では、consumer welfare standardは頻繁に用いられる用語であり、それは、反競争性を導く規範として機能している。反トラスト法の目的は、競争保護であり、その「目的」を達成するための規範として、消費者厚生を極めて重視することが消費者厚生「基準」の意味である。

消費者厚生基準は、今日では立証負担についての「基準」としても機能している。(i)原告が競争制限効果をまず立証し、(ii)それに成功した場合、被告が競争制限効果を打ち消す競争促進効果を主張し(iii)それに成功した場合、原告がそれに対し、行為に競争促進効果があれば、競争制限効果を打ち消すために必要最小限度のものではないという形で展開されている²⁴。市場支配力の存在(形成・維持・強化ではない)は、第1段階で主張立証され、それに対し、被告が、第2段階で効率性向上効果を主張し、さらに原告が、第3段階でその効果を達成するために必要不可欠でない(あるいは、競争制限効果が緩和するための措置があるのにそれがとられていない)という形で主張される²⁵。日本のJAS-RAC事件は、これと同じ分析枠組みをとり、第3段階を個別徴収が選択肢になっていないことを人為性の要素としたことは、原告が第3段階の立証に成功したものと解することができる²⁶。市場支配力の存在は、消費者厚生基準に基づく運用のパラメーターとして機能しているのである。

10 消費者厚生基準が多義化している理由とその意義

川濱教授は、消費者厚生基準の多義性を理由に、市場支配力の形成・維持・強化の方がわかれ

りやすい基準であるとするが、市場支配という懸念は市場構造的基準としての側面も有しており、市場成果にかかる基準であることが明らかな消費者厚生基準よりもあいまいな概念である。川濱・諸論考自体が、消費者厚生基準と同値のものと見たり、類似のものと見たり、競争過程が取り込め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用いているので、川濱・諸論考自体がわかりやすい基準とは到底言えない。また、それを競争の実質的制限の意義としている点で柔軟性に欠けるという致命的な欠点を有する。さらに、デジタル経済に適合しにくい理論であるという欠陥も有する(下記11参照)。

消費者厚生が多義的となるのは、有効競争的に考える学説が、競争過程に関する要素を消費者厚生に取り込もうとするからである。それは、欧州で、良質廉価という市場成果要因(performance based competition)を主基準とする有効競争・業績競争の考え方が、競争過程を取り込んでいるように、消費者厚生という概念に競争過程を取り込もうとするものである。もちろんそれはシカゴ学派的、古典派経済学的な消費者厚生の概念からは外れるが、競争過程を含意するという意味では、川濱・ブランダイスで主張しようとしていることの方向性を先駆しているものといえる。その先駆的な学説を多義的であるとして批判して、市場支配力の形成・維持・強化をMP デルタで考える考え方に戻すのであれば、競争過程・新ブランダイス主義はどうやって含意できるのであろうか。

11 デジタル経済に対する対応可能性の問題

デジタル経済でエコシステムを支配している事業者は、多くの市場で無償のサービスを提供しており、価格支配力を行使しているわけではなく、MP デルタの立証は困難である。価格支配ではない支配力いわばPOWER X の問題を考える必要がある。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という問題である。越知・デジタルと競争過程Ⅲ（上）では、この問題を詳しく論じ、競争が機能しているかという観点からの総合判断が必要であり、最判が説示した競争機能侵害という概念は、時代に適合する競争の実質的制限の解釈であることを論じている。その点は、市場支配力基準（意義）説のデジタル経済における持続可能性についての重大な疑義であるが、川濱・諸論考はそのような核心的な問題への具体的検討は行われていない。

III 独占化（私的独占）以外の類型についての問題

1 企業結合

(1) 企業結合規制を各類型の基本とすることの問題

市場支配力基準（意義）説は、企業結合においては、価格引き上げ能力で競争の実質的制限を見ることから、市場支配力の形成・維持・強化が規範であり、それが各類型の基礎であると主張する（Ⅱ 1 参照）。しかし、企業結合は、構造規制的側面を持つ規制であり、行為規制をベースに考えられるべき競争法理論においては、補完的地位に置かれるべきであって、各類型の基礎と考えることは妥当ではない。

競争者間で企業結合を行うことは、外的的に競争者の数の減少が生じるために一面において人為的である。しかし、企業結合により、淘汰される競争者（競争に敗れた競争者）の資産を効率的に接収し、残された競争者との競争に活用したり、より大きな競争者に対抗したり、規模の経済などによって効率が向上し、良質廉価な商品が供給されることになるなど競争促進的な場合も少なくない。そのため、競争の減少（今目的には、競争機能の侵害）があるかをケースバイケースで見る必要がある。東宝スバル事件東京高判が、単なる市場支配力の形成・維持・

強化ではなく、「競争の減少により」市場支配力の形成・維持・強化をもたらす場合が競争の実質的制限であると判示したのは、上記の認識と整合的である。

(2) 企業結合規制で市場支配力基準（意義）説によることの問題

市場支配力基準（意義）説は、今日の水平的企業結合の分析が、競争の減少を価格引き上げの能力とインセンティブで見ることから、それは、市場支配力の形成・維持・強化と一致するかのように主張されているが、この点は3つの点で問題がある。

第1は、デジタルと競争過程Ⅲ（上）ですでに論じた通り、デジタル経済において、競争機能への影響を価格支配で考えることは十分でないという問題は、垂直合併、混合合併においては、より顕著であり、エコシステム支配におけるデータデータ優位性など価格以外のパラメーターが重要であり、価格支配力、価格引き上げ能力だけ競争に与える悪影響を考えたのでは、競争の機能が確保できない状況の出現を阻止することができないことが明らかになっている。

第2に、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、この点も、価格支配力（市場支配力）、ないしMP デルタで価格引き上げ能力だけ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が合併分析についても必要となっていることを示すものである。

米国では、消費者厚生の悪化（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²⁷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とみるべきである。

第3に、価格引き上げの能力とインセンティブを市場支配力の形成・維持・強化と同義とみなしている点も疑問である。米国の規範は競争の減少（substantially lessening of competition 「SLC テスト」）であり、EU の規範は、有効競争 阻害（significant impediment to effective competition 「SIEC テスト」）である。日本の東宝スバル事件東京高判も競争の実質的制限の意義として冒頭で競争の減少であるとしており、多摩談合事件最判以降に用いられた競争機能侵害は、有効競争阻害（SIEC テスト）とほぼ同義である。

市場支配力基準（意義）説は、（水平の企業結合においては）価格引き上げの能力とインセンティブで競争の減少なしし有効競争阻害を考えるのであるから、それは、市場支配力の形成・維持・強化と同義であると考えているが、単独効果や協調効果が生じる場合を市場支配力の行使であると考えられるかについては疑義がある。

市場支配力に協調効果が含まれるのであれば、私的独占でも意思連絡のない複数・寡占も市場支配力の形成・維持・強化であり、私的独占に該当することになるが、そのように規定されていない。通謀のある場合にのみ複数の事業者での市場支配を問題とする規定となっている。また、市場支配力に協調効果が含まれるのであれば、野田醤油事件のようなプライスリーダーシップによる価格引き上げが生じる場合も、市場支配力の行使に当たると簡単に考えることができるが、そのように考えられていないし、そのように考えることは妥当でもない。

米国で単独効果と協調効果の考え方を導入した1992年水平合併ガイドラインが発表された直後は、単独効果を単独の市場支配力の行使、協調効果を共同の市場支配力の行使などと表現されたが、最近では、単独行動・協調行動による競争の実質的制限と表現され、市場支配力の行使という表現を回避している。欧米では、単独効果、協調効果を市場支配力の行使と表現されることはない。それは、経済学上は、価格引き

上げ能力と市場支配力を同義に解するとしても、法的概念としての市場支配は、顧客そして消費者から独立に行動する力を含意している（Ⅱ 4 の EU の市場支配的地位の定義参照。それが、価格を「支配」することの意味である）。そのため、協調効果や単独効果のように顧客や消費者の行動によって価格引き上げ能力が生じたり、生じなかったりする場合は、法的には、価格支配力・市場支配力の概念に含まれるか否かに疑義がある。しかし、市場支配力が行使されていないとても企業結合後に競争に悪影響を生じること自体の立証はできており、企業結合を禁止する理由にはなる。それがセオリー・オブ・ハームという考え方方が生まれた経緯である²⁸。

今日的には、混合合併・垂直合併のセオリー・オブ・ハーム、デジタル経済における価格引き上げ能力以外の合併によって生じる害悪まで視野に入れれば、企業結合においても競争の実質的制限は競争機能侵害であり、競争機能侵害は、企業結合後に結合企業が結合前に負担していた競争上の制約（competitive restraint）が、結合後により競争上の制約が生じなくなるように変化した場合（市場構造が非競争的に変化した場合）を解消すると考えるべきであり、企業結合ガイドラインでも、そのような表現が用いられている。これは、有効競争阻害・有効競争基準の観点である。日本の東宝スバル事件東京高判、八幡富士事件審決は、実質的には有効競争基準が取られたものであることはⅡ 3 で述べた通りである。

2 共同行為

合意による取引制限においては、いっそう市場支配力の形成・維持・強化を競争の実質的制限の意義とすることは困難である。（市場支配力が形成されるか否かにかかわらず）共同することによる市場への影響・競争への影響を見るのが、欧米の共通のアプローチであり、市場支配力基準（意義）説のような考え方はとられていらない。

日本法でも、競争促進効果のない類型は、ハ

ドコア制限として、相当程度の価格引き上げが行われている状況では、競争の実質的制限があるとされ、競争促進効果を生じる類型においては（非ハードコア類型）、競争促進効果の大きさと競争阻害効果の大きさの比較考量により分析され、共同の取引拒絶かそれに類する効果を生じる局面においては、行為の悪性をも考慮して競争の実質的制限の該当性が分析されてきた。多摩談合事件最判・ブラウン管事件最判が競争の実質的制限を競争機能侵害と再定義したことには、実際の運用・違法判断基準と定義のずれを解消するうえでも適切なものであった。本来は、反競争性とは、取引の自由に対する人為的制限で決まるというべきであり、NTT 東日本事件最判は、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、まさにそのように判示している（これまで、マイナミ事件東京地判判決書55頁を引用していたが、NTT 東日本事件最判においてその趣旨がすでに説示されていた。この判示は排除行為の定義の前に書かれているが、経済法判例百選（第2版）の同事件の判旨からは省略されている）。

今村説も、有効な競争を期待したい場合を市場支配を考えるのは、私的独占だけであり、共同行為に関しては、共同行為の存在それ自体が実効性ある競争の制限であることを推認させると述べていた（今村・独禁法62頁）。今日的にはやや粗いが、競争者間の共同行為は、原則的に人為性を持つ趣旨を述べているとも解され、それは、水平的合意の悪性は垂直的合意より厳格な違法性判断基準が適用されると解されている欧米の規範と整合的な規範を提示しているものと理解することが可能である。

市場支配力基準（意義）説では、水平的制限が垂直的制限よりも厳しい規範に服することの理由、水平的合意の場合、市場支配力が形成されなくとも、反競争性があるとされる理由を説明できない。消費者厚生の観点であれば、市場支配力が形成されなくとも消費者厚生が悪化したという説明ができるが、市場支配力基準（意義）説では説明がつかないのである。市場支配力の形成・維持・強化と消費者厚生基準が一致しないこと、消費者厚生基準の方が優れた基準であることは、この点でも明らかである。

川濱・ブランダイス48頁は、ハードコアカルテルについて市場支配力の形成・維持・強化を求めることについて、我が国の独占禁止法は例外的にそれを要求しているとし、およそ市場支配力の形成・維持・強化の恐れがない例外的な場合に場合を許容することが法執行に与える負担は大きいという主張もあるかもしれないという苦しい説明が行われている（49頁）。市場支配力の形成・維持・強化が我が国独占禁止法で要求されているとの解釈は判例を無視する主張であり、ハードコアカルテルにまで市場支配力の形成・維持・強化の立証（MP デルタの立証）が要求されることの法執行の負担こそ大きいのは自明である。米国では、ハードコアカルテルだけではなく、当然違法が適用されない場合でも、完全な合理的な原則が用いられるることはむしろ少なく、クイックルック、スライディングスケール・ルールオブリーズンなどの基準が用いられる。これらの基準では、市場支配力の形成・維持・強化は、必ずしも必要とされていない²⁹。

IV 二元論から派生する市場支配力基準（意義）説の根源的問題

1 なぜ、DP ガイドラインの優越の運用が是認できるのか。

そこまで経済分析の観点を重視し、市場支配力基準（意義）説にこだわりながら、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 ガイドラインをなぜ支持されるのかについて、川濱・諸論考は、何ら答えるものとはなっていない。教授が重視する古典派経済学は、本来、取引の自由を最大限尊重することが、市場経済のメリットを生かすことになるというアダム・スミスの思想によって展開された理論である。その理論を行き過ぎたほどに徹底する静態的な古典派経済

学の理論に依拠して、MP デルタを法規範に取り込もうとする学説が、取引の自由をもっぱら劣位の側から見て、経済力のある者の取引の自由を全く保障しない対等性基準説の立場に親和的な DP ガイドラインを主導し、支持していること³⁰は、理論的破綻というほかないものである。

2 市場支配力がない場合を違法にできないという問題について

川濱・ブランダイスの末尾では、上記の問題には答えず、市場支配力がない場合を違法にできないことを問題を今後のテーマとして言及している（81頁）。デジタル市場においては、市場支配力はなくともデータ支配力があるために、競争上の優位性が圧倒的のために競争が有効に機能しない場合がある。有効競争基準では、価格支配力という意味での市場支配力を持っていなくとも、競争が有効に機能していない状況が生じる場合には、規制は可能である。ドイツ競争法の優越的支配力、ティッピングと業績競争の明文化は、その具体的な動きである。それは、日本法では、自由競争減穀型の不公正な取引方法は、市場支配力は必要ないのだから、既存の考え方を理論化すれば足りる問題である（以上については、デジタルと競争過程VI（下）参照）。

市場支配力基準（意義）説に立つ泉水・独禁法では、自由競争減穀型の不公正な取引方法の規制理由として、小型の市場支配力という考え方を示すが、市場支配力がないのにあつては、理論的に破綻しているようなものであり、理論的に破綻しているというほかない。また、価格支配力という基準では、競争の機能を確保できないというデジタル経済の根源的問題に対応できないことに変わりはない。そこまで、市場支配力基準（意義）説の考え方へ固執することの意義が問われる。

3 取引の自由の位置付けという根源的問題

自由競争保護を、取引の自由の保護ではなく反独占（市場支配力の形成・維持・強化）に置くことに固執し、他方で劣位の者の取引の自由

の保護を公正競争の原理と構成して裁量的な介入を広範に認める理論は、市場の機能を保護するという競争法・競争政策と相いれず、理論的にも破綻している。自由競争秩序・市場経済の保護とは取引の自由に対する人為的制限の除去であるという NTT 東日本事件最判の説示は、競争保護の在り方の本質を明確に指摘するものである。かかる説示に基づき判例理論が深化し続けているのに、市場支配力基準（意義）説が競争機能侵害を市場支配力の形成・維持・強化と同義であると強弁して、反独占・二元論に固執することは、競争法の専門機関・専門家としてのアイデンティティに対する危機を招きかねない。一刻も早く市場経済の本道に回帰した競争政策の執行と学説の再構築が望まれる。デジタル経済は、このような日本の競争政策・学説の根源的問題をあぶりだしたのである。

〔注〕

1 M. Steinbaum & M. Stucke "The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust" 87 Chicago Law Review 595 (2020) 川濱・ブランダイス30頁では、「効果的競争」と呼んで言及されている。その理由については、越知・競争法大全29頁注11、31頁注17参照。

2 川濱昇「新ブランダイス主義の含意：消費者厚生基準と市場支配力基準をめぐって」REIHI ディスカッションペーパー23-J-001 (2023年1月)

3 同学説の有力論者である川濱教授が市場支配力基準とよんでいることから、競争の実質的制限を市場支配力の形成・維持・強化と解する学説を市場支配力基準説と呼んできたが、実際には、市場支配力基準説は、競争の実質的制限の意義ないし要件事実として用いられているので、本来は、市場支配力意義ないし市場支配力要件事実説といふべきものである。以下では、市場支配力基準（意義）説と呼ぶことにする。なお、本稿で定義なく用いられる用語は、デジタルと競争過程I、Vの注で定義された意義を有する。

4 越知保見「市場支配力の形成・維持・強化から競争機能侵害へ」上杉秋則・山田香織編『独禁法のフロンティア』（商事法務2019）第2章（以下「越知・競争機能」という）

5 川濱昇「市場支配力基準の再検討」「金井貴嗣先生古希記念論文集」（弘文堂2022）51頁

6 同教授執筆の経済法判例百選（第1版）の有線プロード事件の解説など参照。

- 7 川濱昇「反トラストボピュリズムに関する覚書」法学士林116巻2・3合併号(2019) 117頁
- 8 川濱昇「競争法における消費者厚生の位置づけ：目的か基準か」法学論叢188巻3号1頁(2021)
- 9 ある意味で、川濱・ブランダイスの指摘は、水と油の関係にある考え方の双方を市場支配力基準(意義)説に取り込もうとする点で八方美人的である。そのような同論文の方向性が問題の核心であり、その点を指摘することは今後の競争政策を考えるにあたって避けて通れない問題と信じるものである(越知・競争法大全63頁注38参照)。
- 10 川濱・ボピュリズム117頁。ただし、川濱・消費者厚生では、消費者厚生は基準ではなく、目的であると説かれ、さらに、川濱・ブランダイスでは、競争過程を取り込むことがより強調されている。そのような取り込みが市場支配力基準(意義)説と整合するかが問題である。
- 11 市場支配力基準(意義)説の論者による概説書(ペーシック経済法、泉水文雄『経済法入門』、同『独占禁止法』(いずれも有斐閣)では、企業結合規制が、規制体系の基礎にあるものとして最初に説明されている)。
- 12 今村成和『新版独占禁止法』(有斐閣1978)(以下「今村・独禁法」という)。
- 13 越知・競争法大全21頁以下と注4参照。
- 14 アルコア事件判決は、押し付けられた独占と述べる。United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) 越知・競争法大全521頁。
- 15 独占力とは、価格支配力であり、市場支配力であると通常解されてきたので、独占化とは、人為的な市場支配力の形成・維持・強化と解されることになる。ただし、市場支配力基準(意義)説は、そのように考えておらず、企業結合の単独効果・協調効果も市場支配力の行使であるかのように考えている。後記Ⅲ、1参照。
- 16 NTT東日本事件最判、JASRAC事件最判の行為性概念がアルコア事件を参照したものであることは、清水知恵子「JASRAC事件最判調査官解説」法曹時報69巻8号2261頁(2017)参照。
- 17 この問題に関しては、越知・競争法大全39頁、89頁、522頁、634-638頁、636頁と注174-176の川濱教授の論文、越知保見「セオリーオブハームの多角的検討」(国際商事法務47巻9号1077頁、10号1226頁)(以下「越知・セオリーオブハーム」という)も参照。
- 18 Michelin v. Commission [1983] ECR 3461 [1985] 1 CMLR 282
- 19 越知・競争法大全36頁、585頁。ホフマン事件(Hoffmann-La Roche & Co. v. Commission (Vitamins), Case 85/76 [1979] ECR 461)では、価格が下落状況にあっても、特許の保有による技術上の優位性の観点から市場支配的地位があるとされた(同588頁)。
- 20 根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣2009)39頁(川濱昇執筆)参照。
- 21 岡田羊裕ほか編『独禁法判審決の法と経済学』第8章〔JASRAC事件〕(池田毅・大木良子・川濱昇執筆)
- 22 越知・競争法大全629頁以下。越知保見「JASRAC事件最判評釈」上杉秋則・山田香織編『独禁法のフロンティア』(商事法務2019)第7章。デジタルと競争過程Vでも紹介している。
- 23 川濱・ブランダイスの76頁注223では、市場支配力の形成・維持・強化を立証する必要がないことの根拠として、上記3で引用した東宝スバル事件判決の「競争の減少が、その程度態様に達しているかどうかの判断」であり、その立証が必要とされるものではないとの説示を引用するが、その説示は、市場支配力基準(意義)説を取っていないことを示す判示部分であり、その判示を認識しながら、それでもなお市場支配力基準(意義)説に固執する意義が問われる。
- 24 JASRAC事件最判は、人為性をそのような考え方のもとで解釈・適用している。越知・競争法大全630頁以下
- 25 この3段階の基準は、アメックス事件最判で指摘されている。越知・競争法大全727頁。
- 26 越知・競争法大全91頁、639頁。越知・セオリーオブハーム1084頁
- 27 『金井貴嗣古希記念論文集』(弘文堂2022)所収の齋藤高広「イノベーション市場の展開と課題」69頁、隅田浩司「競争法における疑陽性・偽陰性に関する一考察」87頁、宮井雅明「イノベーションの阻害を根拠とした企業結合規制の可能性について」301頁参照。
- 28 越知・競争機能45頁、越知・競争法大全79頁も参照。
- 29 越知・競争法大全320-330頁。川濱・ブランダイス49頁は、当事者間の競争が緩和されていることを立証すれば、第1段階では、市場支配力が必要ないとのべている(最終的に必要かどうかが留保されている)。ここでも、要件事実として市場支配力の形成・維持・強化を立証する必要がないことが死させており、市場支配力基準(意義)説が貫徹できないことを認めている。
- 30 川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL1166号24頁(2020) 

経済法判例研究会

No.316

食べログ事件

—DPに対し優越的地位の濫用を適用した
最初の司法判断

明治大学教授

越知保見

OCHI Yasumi

東京地裁令和4年6月16日判決

令和2年(ワ)第12735号、株式会社X対株式会社Y、損害賠償請求事件／LEX/DB 25593696／参考条文：独占禁止法2条9項5号ハ

事実

飲食店情報を掲載するポータルサイト「食べログ」を運営する有力な事業者であるY（被告）が、食べログにおける飲食店の点数（評点）を算出するためのアルゴリズム（「本件アルゴリズム」）について、同一運営主体が複数店舗を運営している飲食店（「チェーン店」）の評点を下方修正するような変更（「本件変更」）を実施し、現在までこれを継続している。焼き肉のチェーン店を運営するX（原告）26店舗の各評点は、3.5近辺から、3.0から3.3の近辺（各店舗により差異がある）に下落している。Xは、本件変更是取引条件等の差別の取扱いまたは優越的地位の濫用に当たるとして、損害賠償・行為の差止めを求めた。判決は、優越的地位の濫用に該当するとして、損害賠償3840万円を認容し差止請求を棄却した。

評点の実施は、飲食店との契約関係の有無を問わずに行われる。飲食店は、店舗ごとにYの無料会員または有料会員となることができ、無料会員には、

当該飲食店に関する各種情報を食べログに掲載し、インターネットユーザーへ公開されるサービスが無償で提供される。有料会員には、これに加えて、何段階かの有料会員向けサービスプランを利用でき、繁忙時間帯における食べログサイトで優先的に視認性の高い形での掲載などのサービスが提供される。X各店舗は最上位の有料会員であったが、本件変更後にいくつかの店舗はグレードを下げていた。

判旨

請求一部認容、一部棄却。

優越的地位の濫用が規制されるのは、「自己の取引上の地位が相手方に優越している一方の当事者が、取引の相手方に対し、その地位を利用して、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、当該取引の諸否及びその取引条件等についての相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するなどして、公正な競争を人為的に妨げる側面を有している」ためである。

優越的地位とは、「当該取引の相手方にとって当該行為者との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、当該行為者が当該取引の相手方にとって著しく不利益な要請等を行っても、当該取引の相手方がこれを受入れざるを得ないような場合は、当該行為者が当該取引の相手方との間で優越的地位にあるものというべきである」。そして、優越的地位の有無は「①当該取引の相手方の当該行為者に対する取引依存度、②当該行為者の市場における地位、③当該取引の相手方にとっての取引先変更の可能性、④その他当該行為者と取引することの必要性、重要性を示す具体的な事実を総合考慮して判断すべきものである」。

取引の実施とは、「取引の条件の設定又は変更以外の取引に関連する事実行為等であって当該取引の相手方に不利益となるようなものを含む」とし、Yが食べログ上に当該店舗の評点を掲載することは、有料店舗会員に係る「取引を実施すること」に当たる。

「正常な商慣習に照らして不当に」不利益を与えるものであることに關しては、「行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度（例えば、①取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与えることとなるか否か、②取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、不利益を与えることとなるか否か）等を総合考慮し、専ら公正な競争秩序の維持、促進の觀点から是認される商慣習に照らして不当であるか否

かという見地から判断するのが相当である」。

本件では、「本件21店舗における〔食べログ〕経由の来店人数等が減少していること……を踏まえると、……不利益の程度は大きいといわざるを得ない」。

評点の算出にあたって公表されているものは、「料理、その味、サービス、雰囲気、コストパフォーマンス……ドリンクの品質及び内容のみが考慮され、〔非開示部分〕を公表しているものではない〔非開示部分は、チェーン店ディスカウントが変更の対象として公表されていないことを指摘しているものと推測される〕」。

のみならず、本件変更が本件基準日に行われた事実は本件変更前に本件変更の対象飲食店へ通知されておらず、また、当該飲食店の運営事業者が本件変更から得る直接の利益の存在は窺われない。

したがって、本件変更は、Xへ事前に計算不可能な不利益を与えるものであるのみならず、「Xが得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲内の負担を与えるにとどまるものとはいえない」。「Yが事前に公表しているのは、投稿者がステルスマーケティングや実際の飲食体験に基づかない口コミを多数投稿する等の方法によって影響度を不正に取得したり、悪用したりすることで、意図的に評点を操作することを防止するために本件アルゴリズムを定期的に見直していることのみであり」、本件変更是Xに対し事前に計算不可能な不利益を与えるものである。

「Yの主張する本件変更の意図・目的が正当なものであったとしても、Xに対し、事前の通知を行つておらず、「手段として相当であったとはいえない」。

評駁

判旨に反対する。

I 本件の意義

本件は、デジタルプラットフォーマー（以下「DP」という）に関し、優越的地位の濫用（以下「優越」ともいう）の適用が問題になった事例についての最初の司法判断であり、アルゴリズムの変更の問題に優越を適用できるかという問題としての最初の司法判断でもある。

II 不当不利益

1 本判決の設定した規範

優越的地位の濫用行為については、独禁法2条9項5号イ・ロ・ハに個別の行為が記載された後に、取引の相手方に不利益を与える行為という一般条項（catch all規定）が置かれ、同号柱書に「正常な商慣習に照らして不当に」という要件が置かれている。本判決は、優越の制度趣旨を、「当該取引の諸否及びその取引条件等についての相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害するなどして、公正な競争を人為的に妨げる側面を有している」ためであると指摘し、不当性を「行為の意図・目的、態様、不利益の内容・程度……等を総合考慮し、専ら公正な利益の維持、促進の観点から是認される商慣習に照らして……判断するのが相当である」と説示している。このうち、「専ら公正な競争秩序維持」の観点は、和光堂事件最判（最判昭和50・7・10民集29卷6号888頁）、人為性の観点は、資生堂事件最判（最判平成10・12・18民集52卷9号1866頁）、総合考慮の観点は、NTT東日本事件最判（最判平成22・12・17民集64卷8号2067頁）、JASRAC事件最判（最判平成27・4・28民集69卷3号518頁）によるものである。

以上の観点に関し、ラルズ事件東京高判（東京高判令和3・3・3審決67卷444頁）で示された判断枠組みに従っているとする評駁もある（泉水文雄・法教509号67頁、長谷河亜希子・公正取引870号72頁）が、同高判は例示された5号イとロの適用に関する事例であり、ハの一般条項を適用した事例ではない。同高判には、「人為性」や「総合評価」という観点は見当たらず、本判決は、司法先例に配慮し、「不当性」の判断に関し、人為性・総合考慮という新たな規範を設定した事例と評価すべきものと思われる。ただし、規範の設定・適用に多くの問題がある。

2 DPの地位という考慮要素の重要性

規範の設定については、DPに対する優越の適用においては、DPの地位も重要であり、①エコシステムとも呼ばれる巨大な市場を支配する巨大DPと②特定の事業において有力な事業者であるDPでは全く競争に与える影響が異なる。これらを区別せず、DPであれば何でも優越の適用で考える傾向にあるが、欧米で独禁法の問題とされているのもつばら①の事例である。DP自身がアルゴリズム変更により、利益を得ることになるか否かも重要である。本件の場合には、Yは、利益を得ていない。これらの観点への本判決の考慮は十分でないが、フランスのGoogle Ads事件を比較法的な対象事例に挙げる評駁（長尾愛女・TKC Watch 経済法No.86、泉水・前掲）もまた、その点の差異を看過するものである。同事件は、①の事例であり、かつ、エコシステムを支配する事業者が、自らの広告市場での利益を得られないために報復措置として不当な措置を

行っていると考えられる事例であり（越知保見「デジタル経済と競争過程保護VI(上)(下)」国際商事法務51卷4号489頁、51卷5号645頁参照）、同事件と本件では利益状況が全く異なる。

3 「不当不利益」の意義・本判決の認定

「不当不利益」の意義について、公取委の新一般指定の解説（田中寿編著、不公正な取引方法〔別冊NBL 9号〕）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、双方または一方で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。私の自治に配慮し、「不当不利益」に該当するには手段の抑圧性・伝播性・不利益の程度の考慮の重要性を指摘するものである。

また、優越に関する唯一の最高裁判決である岐阜信組事件最判（最判昭和52・6・20民集31卷4号449頁）は、地裁判決（岐阜地判昭和45・5・8金判224号14頁）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、契約を無効とせずに利息制限法違反（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を闇にしたがって、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の先例的価値が重要である。

さらに、独禁法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。田中編著・前掲、同最判、2条9項5号の例示条項を総合すると、「不当不利益」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が「不当性」を満たすために必要であると考えられる。本件ではこのような要件は満たされていない。

加えて、本件は、取引条件の変更ではなく、Yが取引の実施によってXから利益を得ている事例ではない。本判決は、Xが直接の利益を得ていないことを不利益との関係で問題にしているが、「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（公取委、平成22年11月30日）に記載されるこの基準は、被告が利益を得る一方で原告が不利益を被つ

ているという不均衡性を搾取性・不公正性の観点から考慮するものである。Yが利益を得ていない本事例で、Xに直接の利益を与える必要がなく、むしろ利益を与えるとすれば、それこそが独禁法上問題となりうる。そもそも、優越を搾取的濫用と考える立場でも、間接競争侵害を考える立場でも、また、課徴金が賦課されることとの関係でも、被告の利得の存在が必要と解すべきであり、それが本件では「不当不利益性」を基礎づけることはできない。利益状況、行為態様の観点からも本件は、ラルズ事件東京高判に依拠して不当不利益性を基礎づけることはできない事例なのである。

III 本件変更の契約違反との認定に係る問題

1 不当性を基礎づける本判決の論理

以上の通り、デジタル市場以外で確立してきた規範の下では、本件の「不当不利益性」を基礎づけることは困難である。「デジタル・プラットフォーム事業者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」（公取委、令和元年12月17日）は、抑圧性の要素を取り扱っているが、同ガイドラインが具体的に挙げているのは、個人情報保護法違反という法令違反行為が存在する場合であり、本件はそれにも該当せず、本判決が同ガイドラインに依拠したものとも思われない。

本判決はむしろ、Yが、Xを会員に勧誘する際、ステルスマーケティングなど以外では、アルゴリズムは変更しないといったこと、公表されていた変更が可能になる場合に当たらないことから契約違反に該当し、それを不当不利益性の最大の論拠と考えているように見える。しかし、この点は、①契約違反から直ちに優越の不当性を基礎づけられるのか、②1対多の関係で、契約を形式的に適用してよいのか、③契約理論をそのまま適用しても契約違反といえるのか、という3つの問題がある。

2 約款理論（民548条の4）と独禁法の観點

まず、②に関しては、アルゴリズムの変更の問題は、約款に関する民法548条の4の趣旨に照らし、必要性・相当性の観点から判断されるべき問題であり、契約を拘束規則に解釈して契約違反が認定されるべき事例か疑問である。①の独禁法の観点からは、（民法548条の4の必要性・相当性のみではなく）、評点ビジネスの事業活動・消費者の利益などの正常な競争を不当に制限することのないような総合判断

が求められ、本判決も総論としては、そのような規範を設定している。

競争保護、競争の機能の観点からは、評点事業においては、特定の会員の利害を考慮しないで運用することが正常な事業活動であり、有償会員に評点の下降を制限する契約を結ぶことは、評点という事業活動を人為的に制限するものである。本判決が認定するような評点下降の制限が有償会員にのみあるとすると、そのように取引を実施することは不当な顧客誘引に該当するおそれがあり、そうせずに運用したことは正常な事業活動を行ったと評価されるべきものである。

実際問題として、DPは規約やアルゴリズムの変更を頻繁に行っている。このような規約等の変更是、ユーザー・エクスペリエンスの向上（ユーザーの利便性の改善）をもたらすものであれば、独禁法上、不当なものではなく、契約法上も民法548条の4の趣旨により許容される。その観点からは、チェーン店ディスカウントは、チェーン店の（個人事業主に対する）評点上の優位性を解消し、評価基準をより中立的、適正な評価方法に変更しているものと考えられ、消費者の利益・公正性の観点から正当な理由があり、競争促進的なものと評価できる。評点についてのポリシーは、競争の機能の観点から保護されるべきである。変更が恣意的・不透明である場合には問題になるが、本件はチェーン店ディスカウントという理由が明確であり、恣意性・不透明性はない。

3 相当性の観点

本判決はチェーン店ディスカウントが評点変更の理由であることをXに事前告知しなかったことが手段の相当性を欠き、不当性を基礎づけるとする。しかし、アルゴリズム変更は頻繁に行われており、どのDPもいちいち会員に事前に告知していないし、それを求めるることは、アルゴリズムの効率的運用を阻害する。事前告知してクレームを行った者に手心を加えることがあれば、むしろ不公正である。評点の変更の理由がチェーン店ディスカウントであることは、Xも知っており、透明性が欠けているものでもない。迅速に変更させることは、消費者の便益にも資する。消費者に変更理由を通知しておくべきという考え方もありうるとしても、それはXの損害ではない。手続的瑕疵・相当性の観点から、本判決を正当化することは困難と思われる。本件を支持する評釈の挙げる前掲Google Ads事件とは変更の恣意性・透明性の点で本件とは全く異なる事例である（越知・前掲参照）。

4 独禁法の観点からの契約違反という認定の評価

上記③の観点からは、本件は、Xが食べログの評点を上げるために人為的な活動をし、その結果、3.5近辺という有名焼き肉店並みの高い評点に達しているように見える。Yが、これを「意図的に評点を操作することを防止するために本件アルゴリズムを定期的に見直していること」に該当するので、それを「チェーン店ディスカウント」として評点を切り下げるとも解しえ、そう解すれば、本件変更が契約の違反ともいえない。あるいは「意図的な評点操作」「ステルスマーケティング」は正常な評点獲得のための行動を逸脱する場合の例示であると解する方が、独禁法に整合的な契約の解釈である。優越により正常な評点活動の観点から直せるはずのものを直せなくなることは競争保護の観点からは、本末転倒だからである。

IV その他の要件の問題

1 取引の実施

今回生じた不利益は、評点を下降する行為によって行われており、評点は会員でなくとも行われるので、本件変更は、取引の実施によって生じた不利益とはいはず、また、取引の実施と損害の間の因果関係はない（契約なくとも損害あり）。本判決が、取引の実施であるとしたのは、契約において評点を下げる場合が限定されているので、それに違反して取引が実施されたと考えたものと思われるが、評点を下げる場合を限定すること、それに拘束されて取引を実施することは不公平な取引の実施であり、取引の実施に当たるとする根拠となるものではない（岡田直紀〔判批〕青山法学論集65巻2号）。

2 優越的地位

優越的地位があるかも問題である。依存関係・取引の必要が優越的地位を基礎づけるのは、取引額が大きくなってしまうために他に取引先を変えられないというものであるが、本件の場合、有料会員であることをやめることはでき、やめても評点が変わるものでもないし、それが変わるのであれば、そのこと自体が問題である。契約関係があろうがなかろうが（会員になるか否かに関係なく）発生するレベルの依存関係は、取引上の依存関係・取引上の必要性とはいえない。

* 参考文献として、根岸哲「優越的地位の濫用規制の來し方・行く末」商学討究71巻臨時号27頁。