

食べログ事件東京高判から考える明日の競争政策 t

Competition on the merits 理論の意義

EUと米国の競争法理論の異同

明治大学教授 越知保見

▶ (概要)

- ▶ 食べログ事件東京高判は、明日の競争政策に当たって多くの示唆を与える重要な判決である。同判決は、公正競争阻害性の判断の軸として、正常な競争行動の射程に含まれるかどうかという競争行動からの分析を軸とし、反競争効果を競争機能の侵害から判断するという分析手法を示している。これは、資生堂事件・NTT東日本事件の分析枠組みを改めて判示し、公正競争阻害性と競争の実質的制限の反競争性の分析が基本的に同一であること、正常な競争行動である限り、民法の違反にならないことを判示したものである。その分析枠組みは、本年2月7日にカラハ教授のCPRCセミナーで解説されたEU競争法の分析枠組みと基本的に同じである。優越に関しては、食べログ事件の抑圧性を基礎に考える優越的地位の濫用に関する説示とダイレックス事件東京高判が優位の側の者に不当な優位性が生じることにあることを説示した点は、田中寿「新一般指定の解説」の考え方に戻るべきことを示唆した点でも重要である。本講演では、カラハ講演で解説されたcompetition on the meritsと有効競争の意義、ドミナンスとマーケットパワーの違い、EUと米国の競争法理論の異同を日本語で解説しつつ、食べログ事件・ダイレックス事件東京高判を踏まえた最判理論に整合する競争政策の在り方について講演するものである。

食べログ事件東京高判の意義

2

- ▶ 本判決は、今後の競争政策のかじ取りを考えるにあたって格別の重要性を持つ多くの説示が行われている。
- ▶ 差別的取り扱いから説き起こし、**正常な競争行動であるか否かを分析する**という資生堂事件最判以降に形成された最判理論に従って分析を行った。
- ▶ 正常な競争行動であれば、不法行為・債務不履行に該当しないことが明らかにされた。
- ▶ **競争機能を損なうかどうかを公正競争阻害性の判断基準としたこと**で競争の実質的制限と公正競争阻害性が一元的な規範によって判断されることが明らかにされた。
- ▶ 本件は、原告が債務不履行を請求原因に追加したため、**有償契約者への優遇を求めていること、自己優遇に類似する問題であることが**明らかにされた。
- ▶ 優越に関して、抑圧性を「不当性」判断の基準とした
- ▶ 再販価格維持に関する**和光堂事件最判を優越に適用しようとした公取委意見書の立場は否定された。**

控訴審における主張の補足：評点調整のメカニズムと不開示部分の内容の推測

- ▶ 地裁では、本件変更を「チェーンディカウント」と表現していたが、高裁では、評点ポリシーの変更が、①新ロジックの採用によるものであり、②それに基づくアルゴリズムの変更(本件変更)と③影響度調整(これは、手作業による修正のようである)によるものであることが明らかになった。つまり、単にチェーンディカウントというアルゴリズム変更が行われたのではなく、**評点が人為的に高くなりすぎていることに対する消費者目線からの評点の調整**であり、その調整は、3段階の調整メカニズムによることが明らかにされた。
- ▶ そのメカニズムと評価部分が非開示になっているが、事実認定の問題であり、法的評価・理論構成についての評釈に影響を与えるものではない。開示部分の認定からは、一定の客観的なポリシーに基づく評点メカニズムの調整であり、合理的な調整(人為的でない調整)であると判断できる説示となっている。

差別的取り扱いの公正競争阻害性

(1) 競争機能への悪影響

- ▶ (判旨)
- ▶ 「差別取扱いを規制している趣旨は、経済活動において価格その他の取引条件をどのように設定するかは、市場メカニズムを通じて、本来自由に行われるべきものであるから、商品・役務の取引条件等に差があること、差異が正当なコスト差に基づくものである場合や、当該商品・役務の需給関係、市場性に対応したものである場合には問題とはならないが、差別取扱いを通じて市場における競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすなどの競争秩序に悪影響を及ぼす場合には、公正かつ自由な競争の維持・促進の見地からこれを規制する必要性が生ずることにある。該当性に関しては、諸事情を総合考慮する。」
- ▶ 資生堂事件最判を基礎に、その後の最判の趣旨に基づくアップデートが行われている。総合考慮(NTT東)、競争機能への影響(ブラウン管事件最判)。

(2) 「正常な事業活動からの逸脱」を検討の核心にしていること

- ▶ 「評点事業の性格上、評点が人為的に高くなりすぎると判断した場合に、アルゴリズムを変更して評点を調整することは、消費者目線から評点の調整を行うことによって消費者に対する信頼を確保し、被告の事業上の競争力を確保する観点から行為の目的と内容の合理性を有する」と指摘している。
- ▶ これは、資生堂事件最判、NTT東日本事件最判により判例理論として確立された「正常な競争手段からの逸脱」によって反競争性を分析する視点を示し、正常な事業活動である限り、その行動によって、第三者に不利益が生じたとしても、公正競争阻害性がないとする資生堂事件最判と同じ規範を適用するものである。その分析手法は、カラハ講演で指摘されたEUのcompetition on the meritsの考え方である。

EUのcompetition on the merits理論・ドイツの業績競争概念との整合性：カラハ講演の指摘

- ▶ 本判決が設定した規範は、最判のみならず、EUのcompetition on the merits概念（能率競争概念）、ドイツの業績競争概念とも整合的である。
- ▶ 競争を活発に行えば、その結果として、競争相手(とその者と取引する者等)の取引機会が減少し損害を被ることは避けがたい。それを不法行為あるいは不正競争としたのでは、活発な競争が抑制される。競争保護の観点からは、「不利益」が正常な競争行動の結果であれば、不利益が生じても違法ではないとすべき。
- ▶ ドイツの業績競争概念はもともと不正競争防止法(UWG) 上もunfairとはみなされない(従って違法とならない)とする法理として成立した。正当な競争行動の結果、競争者・取引の相手方に損害を与えても責任を問われないことを説明するための概念、すなわち、競争の成果が発揮されるような行動に対し、民事責任を問わない概念として生まれたものである。カラハ講演はこの点を指摘しており(PPT9頁)、本判決に比較法的裏付けを与えている。

ドイツ競争法の業績競争概念とEU競争法のcompetition on the merits

- ▶ 業績競争概念は競争法の成立後には、**正常な競争行動を業績競争として保護し、正常でない行動を非業績競争として、反競争性を判断する競争法の理論に発展した。**そして、市場構造によっては、一定の経済力を有する事業者は、より効率的な事業者が行えない行為を行うことができることが知られ、市場構造・競争過程の観点を加味して業績(成果)該当性を考える理論に発展した。EU競争法のcompetition on the merits(能率競争)はその概念・理論を継受したものであり、濫用行為の定義にそれが表れている。

EUの濫用行為の定義

- ▶ 濫用行為とは、支配的地位にある事業者の行動に関する客観的に認定される概念であって、(1) 当該事業者の存在そのものによって競争の程度が弱まっている市場の構造に影響を及ぼすような行為であり、かつ、(2) 成果に基づく製品またはサービスにおける通常の競争を条件づける方法とは異なる方法を利用することによって、市場に依然として存在する競争の維持またはその競争の拡大を妨げる効果を有する行為である(ホフマン事件)。
- ▶ 成果に基づく通常の競争：成果とは、いわゆる良質廉価であり、(資生堂事件最判の)良質廉価をめぐる競争と近似する概念である。
- ▶ 通常の競争を条件づける方法とは異なる方法：NTT東日本事件最判の「正常な競争手段を逸脱する人為性」と近似する概念である。

資生堂事件最判の判示との近似性

- ▶ 資生堂事件最判は、「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」と判示したが、その判示は、正常な競争行動である限り、その結果として、第三者に損害を与えても違法では無いとした上記の業績競争概念の成立時の法理を判示するものであった。同判決は、かかる観点に立ち、対面販売義務づけは、商品のブランド力を維持するために合理的な流通政策であるから、正常な競争活動であるとして、拘束条件付き取引に当たらないとしたものである。
- ▶ 「良質廉価をめぐって行われるべき競争」は、EUの成果に基づく通常の競争とほぼ同じ意義であり、同判決は、ドイツの業績競争・EUのcompetition on the meritsの考え方を採用したもの

日本の判例の展開との近似性

10

- ▶ ただし、資生堂事件では、市場構造・競争過程が競争を歪める点に配慮することができていなかった(市場シェアが50%前後の資生堂と8%に過ぎない花王に対する判示内容が全く同じであった)。NTT東日本事件最判に至り、人為性を「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、行為態様、競争への影響を総合考慮することにより、人為性を判断すべきことが説示された。
- ▶ この展開は、市場構造・競争過程(市場行動)を加味して業績該当性を考える理論に発展したドイツの業績競争論・EUの competition on the merits理論の展開をトレースするときの展開である。

不利益の大きさを問題にしている点の問題

11

- ▶ 判示③(評釈ドラフト参照)が、「原告を競争上「著しく」不利にさせるおそれがあるか否かを考慮し判断すべきである。」とし、判示④の後半の内容の合理性判断において、不利益を生じたとしても「飲食店市場における競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼすとは認め難い」理由として影響が限定的である点は、資生堂事件最判に整合するものではない。
- ▶ **資生堂事件最判**では、契約を解除され市場から退出を余儀なくされたのであり、**不利益の大きさを問題にするものではないことは示唆されていた**。NTT東日本事件、JASRAC事件でも、競争者が市場から退出されたり、参入できなくなる点で、不利益は大きいものであった。最判の理論を推及すれば、不利益の程度が大きいとしても、それが人為性を有しないのであれば(正常な競争の結果であれば)、その行為は是正されるべきものではなく、公正競争阻害性を持つものではない

不法行為の箇所での指摘が公正競争阻害性の理由付けとなっていること

- ▶ 判決では、ステマや実際の飲食体験に基づかない口コミを多数投稿するなど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」可能性を指摘する判示④(判決評釈参照)と「チェーン店に対する多数の口コミ等による過大評価の結果にすぎないとみることもできる」とする優越の判示④等により、原告に生じていた過大な評点による過大な取引機会が是正され、競争相手に生じていた過少な取引機会が是正された可能性が指摘されている。
- ▶ そのような可能性は、競争への影響が限定的なのではなく、競争の機能が発揮されている可能性である。競争の機能が発揮される行動により、原告が不利益を被っても、その不利益が競争上、保護されるものではないことが端的に指摘されるべきであった。その点は、不法行為において法的に保護された利益がない点の説示に置いて触れられている。しかし、差別的取り扱いの公正競争阻害性の分析において説示されるべきであった。

二重の地位に基づく自己優遇の 視点¹³

- ▶ 二重の地位を有するDPは、デジタルプラットフォームを利用した事業に関し、自己または関連会社をその他の競争者より優遇してはならないという義務を負うとの法理が展開されている。本件は、自己ではなく自己と契約しているものへの優遇の問題であるが、上記の法理の観点からは、二重の地位を有するDPは、有料会員あるいは会員を非会員より優遇することは禁止されると解すべき(非会員との取り扱いの平等性が要求される)。契約関係にある者を優遇しなかった被告の行動は、消費者の信頼性という事業上の正当な利益の観点だけでなく、プラットフォーム事業者に求められる公正な対応の観点からも正当化される。

地裁判決と公取委意見書の問題(1)

自己優遇の問題の視点を欠いたこと

14

- ▶ 債務不履行だから不公正であると考え、不当な不利益の根拠にした地裁判決は、「公正性」の意義をデジタル経済のあるべき解釈と真逆にとらえるものであった。また、公取委意見書は、地裁判決以上にチェーン店に不利に評点を変更することが差別的取扱い・優越的地位の濫用になりうるかのような意見であったが、本来指摘されるべきは、無償会員・非会員に対して、有利になるような取扱いを行うことが、自己と契約関係にある者を優遇することになり、不当な差別的取扱いとして独禁法上の問題を生じる可能性があることであった。公取委自ら事件を取り上げる場合でも本件のような事例ではこの観点—有料会員に対し、被告が、契約関係にある者と評点において有利に取りはからっていないか、あるいは、評点上有利に取り計らわれることをほのめかして会員になるよう勧誘が行われていないか—という観点こそが切口となるべき事例である。

- ▶ これは、地裁判決に肯定的な評釈についての問題でもある。公取委を含め、ほぼすべての独禁法の専門家は、DPの自己優遇を否定的に考えているにもかかわらず、本件で被告が二重の地位に基づく自己の契約者に対する優遇をしなかったという本来は肯定的に(公正な行動として)評価されるべき行為を否定的に(不公正な行動として)評価している
- ▶ 優越に偏重するために、不利益が生じれば何でも優越だと考え、そこで思考が停止し、事案の本質的問題が考察できなくなってしまう状況が生まれている。本件は、優越に偏重する競争政策の持つ問題を明らかにした事例として格別の意義がある。

人為性を生じる場合(正常な競争行動を逸脱する場合と不法行為に関する説示

- ▶ 高裁判決は、評点のポリシー変更が正常な競争行動を逸脱する場合について例を挙げて指摘している。それは、不法行為に関する説示(争点5-1 判決書53頁以下)に出てくる。
- ▶ 不法行為に関し、原則として法的に保護された利益を有しないが、「評点が、客観的とは言い難い指標、合理性を欠く指標などを用い、恣意的に特定の事業者にも有利ないし不利になるように評点を変動させた場合」に「法的に保護される利益」が生じる場合としている。
- ▶ これは、人為性が生じる場合であり、差別的取り扱いでの公正競争阻害性で指摘されるべきことである。不法行為に関しては、独禁法上、正常な事業活動を逸脱する人為性がある場合は法的に保護された利益が生じることが指摘されれば十分であった。

事前告知の要否—債務不履行・優越—17

- ▶ 事前告知の要否に関しては、優越(争点4)と債務不履行(争点5-2で言及されている)が、考え方は同じ。
- ▶ 事前告知して有償会員だけに損害の回避措置・軽減措置を取りうる機会を保障することは、有償会員以外の店舗(それらは原告の競争者)に対する人為的な優位性をもたらすものであり、独禁法に反する差別的取り扱いであり、自己優遇のアナロジーとして、有償会員に対して事前通知しなかったこと(優遇しなかったこと)は、公正な対応であって債務不履行にも優越の不利益行為にもなりえない。
- ▶ EUのP2B規則が基準の変更に関する開示義務を規定していることから、そのような信義則上の義務があるとする見解があるが、P2B規則は透明性の観点であり、事前である必要はないし、有償契約者への差別的取り扱いを正当化する根拠になるものではない。本判決も、消費者に対して、方針の変更を開示したことが好ましいが、それは、原告に対して負う債務ではないとする判示する(判決書58頁括弧書き。越知・ジュリスト評釈も参照)。

優越的地位の濫用：「正常な競争行動である場合、優越に該当することがあるのか」

- ▶ 優越に関する判示は、判決は、優越の不当性に関し、抑圧性を基準に考慮することを説示した点は意義がある。
- ▶ ただし、**正常な競争行動・公正な行動の結果、生じた不利益であることは、(差別的取り扱い・不法行為・債務不履行の違法性を否定するだけでなく)、優越においても、「正常な商慣習に反するものではないこと、濫用行為性・不当不利益性が否定されることは、明らかであり、優越に関しての事例判断としては、これだけでも足りる事例である。**
- ▶ 判決は、その点を考慮していないわけではない。**正常な競争行動・公正な行動の結果、生じた不利益であることは、不利益の内容・程度において、抑圧性を生じる程度の不利益ではないと構成している。**

優越はどのような場合に問題になるのか

- ▶ 自由競争減殺が認められない理由が、正常な競争行動とされる場合には、優越でも不当性が認められる余地はないと解すべきであり、本件はその場合に該当する。
- ▶ 優越の問題が生じるのは、(優位にある者の市場シェアが低く)競争の機能を損なっていることの立証・市場への悪影響の立証が難しいために、自由競争減殺で問題にできない事例である(優越で伝統的に取り扱われてきた購買力濫用・金融力濫用・フランチャイザーの地位の濫用はいずれもそのような事例である)。
- ▶ そのような場合に、取引当事者間の不正手段的な態様での不公正な取引の実施が行われることがあり、それを規制するのが優越である。例示条項にはそのような不正手段的な態様の行為が並んでおり、例示条項を見れば、以上の趣旨は明らかである。田中・解説、優越ガイドラインは、その考え方に沿って、包括条項を用いる場合には、その不正手段性が「抑圧性」(優越ガイドラインではな強制性)という要件で表現されているのである。

抑圧性の意義

20

- ▶ 優越の「不当性」の本質は、取引の相手方事業者の弱みに付け込む私的自治の濫用的形態・不正手段的行為を規制するものであり、競争法というよりも私法秩序としての公正性を国家権力が公権的に保護するものである。田中・解説、判例が用いた「抑圧性」は、そのような不正手段性をあらわす用語である。
- ▶ 抑圧性は、①意思決定への抑圧性などの行為態樣的な観点、②自分またはその関係者に劣位の者に帰属する利益を得ているという観点(不当利益性)の観点が重要である。
- ▶ 判決が抑圧性を「不当性」の判断基準として指摘したことは、田中・解説の考え方に回帰するものであり、重要な意義がある。
- ▶ 判決が考慮する著しい不利益性も、抑圧性を推認する考慮要素ではあるが、本件では、上記①②の要因がないこと—被告は原告と交渉して何かを強制しようとしたわけでも、評点変更によって、自己またはその関係者が利益を得たものでもない—から抑圧性を否定した方がわかりやすかった。

優越の不当不利益についての考え方の変遷

田中解説と優越ガイドラインの記述

- ▶ 田中・解説：「取引当事者が完全に満足することはまれであり、何らかの意味で、双方または一方に不利益が生じるものである」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」（90頁）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」には手段の抑圧性・伝播性・著しい不均衡などが必要であると解してきた。
- ▶ 優越ガイドライン：上記を引用しつつ、抑圧性という表現を使わず、「余儀なくされる」という表現が使われている。
- ▶ 学説においては、「させる」という表現は、5号八には用いられていないので「余儀なくさせる」ことも要件ではなく、要請を受け入れているのだから余儀なくされていることは推認されるとする解釈も行われ始めていた。

DPガイドライン・公取委意見書の考え方²² 問題点(2)抑圧性の要素を取り払ったこと

- ▶ DPガイドラインは、消費者取引での抑圧性は考え難いため、抑圧性という要件が条文になく、「させる」という要件も5号八においては使われていないことから、抑圧性の要素を完全に取り払った。その結果、「不利益」が生じれば、不当性が推認されるがごとき解釈となっていた。
- ▶ しかし、その解釈と優位な者に不当な利益が生じることは必要ないとの公取委意見書の解釈が組み合わせられると、優越は、不法行為の要件を満たせば成立することになる。
- ▶ それは、スライド5頁で指摘した正常な競争行動によって損害・不利益が生じたとしても、不法行為・不正競争防止法違反は成立しないとの法理に反することになる。つまり、抑圧性を取り払えば、不法行為が成立しない理由と同じ理由で優越も成立しなくなるだけなのである。その結果は、自由競争減殺型と同じく人為性で優越を考えることになるだけであり、優越の独自の存在意義は失われることになる。それは、優越の制度趣旨から乖離した運用であることは明らかである。

公取委意見書の問題点(3)

和光堂最判への依拠

- ▶ 公取委意見書：問題となる行為が事業経営上の必要性や合理性等があったとしても正当化されることにはならないと指摘し、和光堂事件最判を引用し(8頁)、同最判を起点として、事案の全く異なるラルズ事件東京高判からDPガイドラインの解釈を導いている。
- ▶ しかし、同最判は、事業上の合理性を考慮することを明示した資生堂事件最判、事業活動の自由を保障しつつ、人為的な制限のみを禁止することを旨とすると説示したNTT東日本事件最判によって覆されたか、あるいはその射程は限定され、和光堂事件最判が判示した原則違法とされる再販価格維持に限定されていると考えるべきであり、和光堂事件最判に依拠して、事業上の必要性・合理性が抗弁事由にならないと考えることは全く無理がある。上記のような考え方もまた、競争政策をとる主務官庁が行う意見として、行われるべきはなかった。

地裁判決の問題

24

- ▶ 地裁判決は、DPガイドラインとは異なり、人為性という自由競争減殺と同じ規範に拠ることを冒頭で明らかにしている。人為性で考えるならば、本件は、有償会員を優遇しないという公正な対応を取っているのであり、当然に人為性なしと解すべきであるのに、有償会員を優遇しなかったことを債務不履行と見て人為性(不当性)を認めるという真逆の解釈を行った。
- ▶ 地裁判決がこのように解釈してしまった原因として、差別的取り扱いについての検討を飛ばして、優越だけを検討し、優越で違法なのだから、差別的取り扱いは考えなくてもよいと考えたことにある。
- ▶ 差別的取り扱いとしても人為性が認められるのかを検証する姿勢があれば、有償会員を優遇しなかったことが債務不履行であり、優越の不当性(人為性)を基礎づけるという解釈の非常識さに気が付いたはずである。

抑圧性と不利益の内容・程度の関係²⁵

- ▶ 田中・解説が指摘した伝播性・著しい不利益性という点について、判決は、著しい不利益が立証できていないことが抑圧性を否定する考慮要素と考えるようである。「どの程度来店人数等が減少しているのかに關しては証拠上必ずしも明らかではない」とし、抑圧性があるかを総合判断している判示③④においては、評点下落による不利益が「合理的な範囲を超えた」と認められるほど大きいとまでは認められない」と認定している。
- ▶ 判決は、不当性に関して、従来、この点は、「不利益」の解釈問題とされていたが、本判決では、「不当性」の解釈問題としている。不当性は、抑圧性を軸に考え、不利益の内容・程度—不利益の著しさとともに、)不利益の不合理性(直接の利益を劣位の者に与えているか)、計算できない不利益であるか—を、抑圧性を認定するための考慮要素とみている。不正手段性にあることを考えるとこの解釈にも相当の理由がある。

鶴岡灯油事件最判の適用

26

- ▶ 数千万円の売り上げの減少や店舗の閉鎖により、著しい不利益が生じているのは明らかに見えるが、**判示にはそれなりの理由があるので、その点に触れる。**
- ▶ 第1に、「どの程度来店人数等が減少しているのかに關しては証拠上必ずしも明らかではない」という説示は、コロナの影響により、他の店舗の来客数も減少しており、**実際の来店客の減少が、コロナによるものか評点変更によるものかは明らかでないとの趣旨と思われる。**
- ▶ 競争者の来客状況まで、立証を要求することは立証のハードルを上げ過ぎているかのような批判もあるようだが、**輸入価格が上昇した場合に、その要因による損害を控除する必要があるのは、鶴岡灯油事件最判の考え方である。**
- ▶ しかも、鶴岡灯油の場合、損害の立証であったが、本判決は、抑圧性という「不当性」を基礎づける事情であり、それが立証されないと「不当性」の要件が立証されていないことになるのであるから、立証されていないことで請求を棄却することにも相当の理由がある。

以前の評点が過大であったが故に損害が生じた可能性の指摘²⁷

- ▶ 第2に、「（...従来の評点は）チェーン店に対する多数の口コミ等による過大評価の結果にすぎないとみることにもできる。」と述べた点を読み合わせると、来店数の大きな減少は、評点が過大であったことを示す事実とも評価できることを示唆しているようでもある。
- ▶ これは、変更前の評点3.5というのは、焼き肉のランキングで最高評価を得ている叙々苑の評点と同じレベルであり、そのような最高評価が適正に得られたものであれば、食べログの評点が下げられてもそれほど来店数が減少することはないのではないかと、来店数が大きく減少した事実は、それまでの評点が過大であったことを示す事実であって、損害の大きさを推認する事実と直ちに評価できないとしたものである。

抑圧性と人為性・不当な利益

28

- ▶ 正常な競争行動・公正な行動の結果、生じた不利益であることは、不利益の内容・程度において、抑圧性を生じる程度の不利益ではないと考えているようである。それは正しいが、やや分かりにくい。人為性がない行為(正常な競争行動の射程にある行為であれば、(不利益の内容・程度からの推認に拠るまでもなく)抑圧性を欠くと認定した方が分かりやすかったと思われる。
- ▶ さらに推認の事情としては、不利益の内容・程度以上に重視されるべきは、自己又は自己と特殊な関係にある者に不当な利益を与える観点である。本件では、被告に利益の移転があったものではないことが、抑圧性を否定する重要な事情と考えられるべきである。この点は、田辺治氏の能率競争ディスカッションペーパーが重視する観点である。

(不当な利益と構造的依存性：ダイレックス事件判決) 不当な利益の観点：不当性の問題か優越的地位(の 利用) の問題か

- ▶ 田中・解説が、優越の不当性に抑圧性を要求したのは、(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という、行為者の不正な利益を問題にする趣旨であった。
- ▶ 田中・解説では不当不利益の問題で考えていたが、最近のダイレックス判決は、依存性の問題と組み合わせて、優越的地位の問題で考えている。

EDEKA事件：unfair advantage の観点

- ▶ 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、協賛金を支払わせることは小売業者の長期投資にサプライヤーがコストを負担させるものであり、協賛金の支払いにより、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して、購買力濫用事例に相対的市場支配規制を初めて適用した。
- ▶ 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。

ダイレックス判決；不当な利益+構造的依存性の観点

- ▶ 「多数の納入業者に対して、Xの利益を確保することなどを目的として(下線①)、役員等の指揮ないし関与の下、組織的かつ計画的に一連のものとして行われた(下線②)ものであると認められ、これらの事情を総合考慮すれば、.....X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、Xが著しく不利益な要請等を行っても、これを受け入れざるを得ないような場合にあったということが出来る」
- ▶ 下線①は、優越の規制の問題は、劣位の者の不利益ではなく、**優位の者が利益を確保することであることを明らかにし**、下線②は、取引依存度に関し、**個別の依存度ではなく構造的依存性を問題にすることを明らかにするものである**。これらの説示は、**ドイツの相対的市場支配の考え方、1対多の関係を問題にする従来の優越の考え方に整合する説示であり**、また、従来、濫用行為の問題と考えられてきた不当な利益の問題を優越的地位の問題とするものである。

公取意見書の問題(4) 不当な利益の観点₃₂を無視したこと

- ▶ 公取委意見書は、「飲食店に生じる不利益から直接的に飲食店ポータルサイトが利益を得ていなければならない趣旨を含んでいるのか」との求意見に対し、(その理由を示すことなく)そのような趣旨まで含んでいないと回答している(10頁)。しかし、田中・解説が、優越の不当性に抑圧性を要求したのは、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という、行為者の不正な利益を問題にする趣旨であった。DPガイドラインでさえ、搾取性を基礎にしており、優位の者が利益を得ることが必要と解していた。
- ▶ 不当な利益の観点まで不要としたことで、優越の包括条項はいよいよ不法行為の成立要件と近似するものとなる。それは、優越の包括条項をそのように運用することが能率競争・competition on the meritsの考え方にも資生堂事件以来の最判理論にも反するものである。

依存性の意義(優越的地位は存在するか)

- ▶ 判決は「本件アルゴリズムの内容を自らの判断だけで変更して適用することにより、当該飲食店の評点を上下させることのできる地位を有するものであるから、このような意味において、被告は、これら飲食店との関係において取引上の優越的地位を有する」とする。
- ▶ 本件の場合、会員でなくなったからと言って、事業が継続できないものではないし、評点が行われなくなるものでもない。(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・取引上の必要性があるとは言えない。
- ▶ このような依存関係では、ドイツの相対的市場支配にも該当し得ない。

相対的市場支配における依存性³⁴ の意義

- ▶ 日本では、当事者間の関係だけで依存性を考え、10%程度の取引依存度にあっても取引の必要があるとか、取引先を変えるとスイッチングコストがかかるという理由で簡単に優越的地位を認め、それよりも依存度が小さい事業者との関係では優越的地位がないとしてきた。
- ▶ ドイツ競争法の相対的市場支配は、構造的依存関係が問題となるものであり、単なる交渉上の格差や個別の取引依存度によって依存性を認めるものではない。相対的市場支配における依存性は、市場構造にかかわるものであり、依存性の要件が満たされるのは、有効競争が機能することを妨げる市場構造が生じる場合である(構造的依存性)。

日本で1対多の関係を問題にしてきたことの意味

- ▶ 優越が適用されるのは、「典型的に濫用が行われがちで、特殊指定の対象になりうる場合である」とし、1対1ではなく、1対多の関係(あるいは行為の広がり)を問題にしてきたとされる(細田孝一)。この考え方は、市場支配的地位・その萌芽段階である自由競争減殺の有力な事業者基準(ドイツでは優越的支配でカバーできる)でカバーされない場合で、市場構造上の問題がある場合に適用するとしているもので、ドイツよりは緩やかな基準であるものの相対的市場支配に近い考え方である。

ダイレックス判決理論の意義

- ▶ ダイレックス判決は、取引依存度に応じて4つのグルーピングを行いながら、その4つのグループすべてについて、優越的地位にある者の利益の確保に向けられた計画的な一連の行為があることの指摘を繰り返している。
- ▶ これは個別的依存度が問題なのではなく、構造的に依存性が認められる市場であるか否かが問題であり、構造的依存性が認められれば、個別的に依存性が小さいことによって優越的地位が否定されるものではないと解するものであるといえる。
- ▶ 「優越的地位にある者の利益の確保に向けられた計画的な一連の行為があること」を優越的地位で問題としたことは、構造的依存性と不当な優位性 (unfair advantage) の観点を理論化したものであるといえる。

行為要件と地位要件の関係

ダイレックス判決理論の比較法的基礎

- ▶ 不当な利益を優越的地位で問題にしたことは、行為要件と地位要件が混同されているかに見えるが、EUでもおよそ濫用行為が行い得ないような場合には地位要件も満たさないとされている。EUの市場支配的地位の定義は、①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、②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関わる地位とされている。ここで、独立に行動する能力、有効競争を妨げることができる地位というのは、濫用行為を行い得る地位であり、EU競争法では、濫用行為を行い得る能力を有することを地位要件の問題としている。ダイレックス判決が行った濫用行為を行い得る能力がない場合、優越的地位を否定することは、比較法的根拠を有するのである。

- ▶ 評点事業の場合、すべての事業者は、有力な事業者の評点によって、売り上げの上下が生じる。例えば、社債・株式を発行する事業会社すべては格付け機関(S&P、ムーディーズ)に対し、依存性を有することになりかねない。その依存性を構造的依存性として考慮し、既存の事業者の評点の下降に手心を加えたのでは、評点の公正性が損なわれる。そのような依存性は構造的依存性とはなりえない。
- ▶ 構造的依存性は、特定の取引先との関係で生じる依存性であって、契約関係があろうがなかろうが生じる依存性は構造的依存性ではない。
- ▶ そもそも、本件では、契約関係は、食べログのサイトにおいて、有償契約者をより視認性の高い場所に表示するという契約であり、**評点を優遇することは契約の内容ではない**。本判決自身、評点に関する権利はないと述べている。そのように取引上の権利関係がないのであれば、**契約上の依存関係は成立せず、契約の仕組みにおいて依存関係が生ぜしめるような契約ではない**。加えて、**評点の変更によって、被告は何らの利益を得ていない**。これらの事情は、構造的な依存関係を否定する決定的要因である。

- ▶ さらに、ドイツ競争法の相対的市場支配は、絶対的市場支配がなくとも(競争上の制約を受けずに)独立して行動することができる場合に、それによって生じる反競争的行動を規制する規定である。評点の変更が行われた理由は、食べログの評点事業への消費者の信頼を失うことを恐れたためであり、そのために契約関係にある者を優遇しない行動をとっていることは、競争上の制約が機能していることを示す事情であって、(競争上の制約を受けずに)独立して行動するという「支配」の要件に該当していないことが基礎づけられている。したがってそもそもドイツ競争法の考え方からは相対的市場支配が問題になる事例でない。評点の変更は、評点事業市場における競争に対する事業上、正当な競争
- ▶ 評点事業者が特定の評点対象者に恣意的・差別的に低く評価する事態がありえ、本判決は、そのような場合には、不法行為に関し、法律上保護された利益が生じる場合があると説示しているが、そのような場合は、差別的取扱い、あるいは取引妨害で問題とされるべきであり、優越的地位の要件としての構造的依存性を肯定する理由にはなりえない。

「取引の実施」の意義

40

- ▶ 公取委はこれまで取引の実施を「関連性」があれば足りるとして広く解してきた。これは、差別的取扱いとの関係では、取引の無い者に対して、差別を行う場合にも差別的取り扱いとする必要があることからある程度の合理性を有する。
- ▶ しかし、優越の取引の実施を同じように考えるべきではない。
- ▶ 有償会員契約は表示を優遇する契約であり、アルゴリズムの変更あるいは評点の実施に関し、権利を有するものではないばかりか、優遇が行われていれば、消費者の信頼性・DPとしての公正性にかかわる。いわば、評点行為に関連させないことが独禁法上、義務付けられ、そのように(関連しないように)行っている行動(正常な競争行動・本来は要件の不充足が導かれるべき行動)をとらえて、関連する行為であるとする(濫用性の要件を満たす)のは、不合理である。差別的取扱いにおける取引の実施とは分けて考え、優越においては、契約上の権利義務が濫用されたかで問題になる以上、「取引の実施」は、当該契約上の権利の履行・不履行で考えるべきである。

優越の包括条項の利用に関する小括(1)

- ▶ 正常な競争行動の射程に含まれる場合：正常な商慣習に照らして不当に」に該当する余地がない。
- ▶ 優越の独自の存在意義は、不正手段的な態様が行われているのに、競争へ悪影響(競争機能侵害)が、立証ができない場合である。
- ▶ (本件の示唆)
- ▶ 本件で明らかになったのは、優越の包括条項を適用する場合には、自由競争減殺型が主張されていなくとも、正常な競争行動を逸脱する人為性があるかという観点からまず考察することの重要性である。それをしないと、正常な競争行動、公正な行動が、不利益があるというだけで、優越に該当するとされることになる。このプロセスを省くと優越が活発な競争を阻害するために用いられる危険性があり、それを明らかにしたのが本件の意義である。

優越の包括条項の利用に関する小括(2)

- ▶ 不正手段的な態様が行われているか否かに関しては、抑圧性・不当な利益・構造的依存性の観点が必要な分析の視点である。
- ▶ 抑圧性は、不正手段性の観点から判断される。自由意思の抑圧という行為態様の側面と優位の者(あるいは優位の者と契約関係など自己に準じる地位にある者)に利益が生じている点が重要。不利益の内容・程度(著しさ、直接の利益を与えているか、あらかじめ予測可能かは、自由意思の抑圧を推認する考慮要素だが、より重視されるべきは、不当な利益の観点である。
- ▶ 構造的な依存関係も優位の者の不当な利益もない場合は、優越的地位自体が否定されるべきである。本件の依存関係は有償会員であろうと非会員であろうと生じるものであり、構造的依存関係はなく、不当な利益もないので、優越的地位自体を否定することも相当の理由がある。
- ▶ また、「取引の実施」を否定することにも相当の理由がある。

食べログ事件の明日の競争政策への示唆⁴³

- ▶ 公取委の意見書が、競争法理論の基礎に反するものであったことが高裁判決で判明したことも重要である。
- ▶ 東京地裁も、今後は、安易に公取委の解釈に依拠する姿勢を改める可能性が高い。
- ▶ 本判決により、古い学説に基づく公取委の解釈と判例理論は、以下のような相違があることが明確化された。
- ▶ ・自由競争減殺の公正競争阻害性：価格維持効果・排除効果 v. 正常な競争手段を逸脱する人為性+競争機能侵害
- ▶ ・競争の実質的制限：市場支配力の形成維持強化 v. 正常な競争手段を逸脱する人為性+競争機能侵害(同一の規範)
- ▶ ・優越の不当性：劣位の者に対する不利益性・取引上の依存性 v. 抑圧性・優位なものへの不当な利益・構造的依存性

最高裁がダメだししている古い学説に依拠することのリスク

- ▶ 有効競争阻害、能率競争阻害、競争過程侵害は、抽象的であって、(目的であって)規範になり得ないという批判が行われる。
- ▶ しかし最高裁は、その規範性を認めて、その概念を具体的事例に当てはめる説示を行っている(これは、セオリーオブハームの説示である)。
- ▶ 他方で、市場支配力の形成維持強化で考える考え方も「不利益」で考える考え方にもダメ出しが行われて続けていることである。
- ▶ 抽象的とか規範になり得ないという批判は、50年前の有効競争をめぐる議論から一步も前に進めないことに古い理論に固執する学説の問題であり、「ためにする議論」である。(50年前の議論の詳細は、越知・有効競争基準(土田・デジタルエコシステムを巡る法的視座所収)参照)
- ▶ 司法がダメだしし続けている理論に公取委が依拠し続けることは、訴訟での敗訴リスクを高めるだけであり、それが、JASRAC事件、クアルコム事件、本件(公取意見書)の敗因である。

JASRAC事件等の敗因と裁判所が古い学説にダメだしする理由

- ▶ 公取委が敗訴したJASRAC事件審決は、その典型である。審査官の主張は、NTT東日本事件の規範を活用せず、利用回避あり、排除効果あり、市場支配力の形成維持強化ありというもの。正常な競争手段を逸脱する人為性（あるいは、正当理由＝競争促進効果があることに對し、それを上回る競争への悪影響）の立証ができていなかった。仮に審判で利用回避が認められ黒審決になっていた場合には、逆に高裁で覆された可能性もある。
- ▶ ダメ出しされる理由は、市場支配力の形成維持強化では違法な行為と適法な規範の識別基準にならないと裁判所が考えているからである。正常な競争行動の結果、市場支配力が形成され、あるいは価格維持効果が生じることがある。それを違法としたのでは自由競争秩序は成り立たない。判例がしばしば自由競争秩序に言及するが、そういう文脈で用いている。
- ▶ そこで、最判は、「正常な競争行動からの逸脱する人為性」「競争機能侵害」という概念の提示とその認定によって規範を具体化してきたのである。それが抽象的だとしても、市場支配力の形成維持強化ではナイーブすぎて使い物ににならず、ダメ出した解釈よりはましであると考えているのだから抽象性による批判は古い理論を正当化する理由にはならないのである。

本判決の東京地裁8部の審理への影響

- ▶ ここでは詳細は避けるが、クアルコム事件も資生堂事件最判・JASRAC事件最判を基礎とした主張が行われていれば、審判官はそれを尊重し、負けなかった可能性が高い。今回の公取委意見書も和光堂最判という資生堂最判で射程が及ばなくなっていることが明らかな最判に依拠したから裁判所で無視されたと考えるべきである。
- ▶ 東京地裁は、公正競争阻害性に関しては公取委の解釈を尊重してきた(土佐アキ農協事件と本件)。しかし、本件東京高判により、東京地裁も今後は、最高裁判決理論との整合性を検討する可能性が高い。
- ▶ 最判理論は、カラハ講演で明らかにされたEU競争法のcompetition on the meritsを軸とする考え方であり、同講演の考え方を整理する。

米国の「消費者福祉基準」とEUのcompetition on the merits基準との比較

47

—カラハ講演の要点—

- ▶ 米国の反トラスト法においてこの半世紀間受け入れられてきた目標は、厚生経済学で理解される「消費者厚生」の最大化である。そのため行為が消費者厚生に実証可能な悪影響を及ぼすこと(これが反競争的効果である)を示すことが介入の要件となる。
- ▶ これに対し、EU法における能率競争competition on the meritsは、反競争的「行動」を定義するアプローチである。そのため、競争過程という市場行動に関する害悪が生じることによって市場の機能が阻害されていることを立証しやすい。
- ▶ EU競争法でも、effective competition, impedemnt of effective competition(有効競争の阻害)等として、有効競争に言及される。これは、競争のレベルないし強度が維持されているかにかかわるものである。競争者が有効な牽制力を有するかなど、競争者による行動がもたらす競争への影響(コンテストビリティ)に関するものである。それは反競争効果の分析ではあるが、その立証水準は低い(その位置づけも合併分析以外では副次的なものである)

- ▶ 以上をまとめると、米国は、市場効果を中心に分析し、市場効果は消費者厚生への具体的害を立証する必要があり、その立証のハードルが高いのに対し、欧州のアプローチは、市場行動を軸とするアプローチであり、効果は、有効競争の阻害でみるので、立証のハードルは低い。
- ▶ 有効競争は、有効競争の阻害として反競争効果の分析ではあるが、competition on the meritsで、市場構造、市場行動、市場成果を総合判断し、ここで競争促進的正当事由を考慮した上での総合判断が行われる。市場構造、市場行動、市場成果の総合判断は有効競争がベースラインにあることを示すものである。

NTT東日本事件最判の先進性

49

- ▶ NTT東日本事件最判は、正常な競争手段を逸脱する人為性を判示し、かつ、総合判断を示したことは、上記のcompetition on the merits基準をとるものであるが、競争の実質的制限でも、電力系が牽制力ある競争者でないことを競争の実質的制限に該当する理由としているのはまさに有効競争阻害の観点である。
- ▶ 本件を市場支配力基準説を最判が採用したと主張されるが、同判決は、消費者厚生観点から市場支配力の形成維持強化を分析したものでMPデルタを分析したものでもない。競争機能侵害という多磨談合事件最判を先駆した判決とみるべき判旨であり、まさにそのように活用することはデジタル経済におけるセオリーオブハームの説明に有用である。DMAのcontestabilityは、まさに有効な牽制力を問題にするものだからである。

市場支配力概念の2つの意義：市場支配(ドミナンス)と価格支配力(マーケットパワー)

50

- ▶ EU法102条の支配的地位とは、「事業者が競合他社や顧客ひいては消費者から独立した行動をとることを可能にすることにより、関連市場における有効な競争の維持を妨げることを可能にする(事業者が享受する)経済的強さに関わる地位」(ミシュラン事件)
- ▶ 以上の定義は、マーケットパワーとは以下の点で異なる。マーケットパワーとは、売上を失うことなく、競争相手よりも価格を引き上げる能力であり、排除する能力すら定義からは明らかでない。
- ▶ 支配的地位(ドミナンス)は、有効競争条件下で存在する制約を受けずに「独自に行動する」能力であり、多様な要因を含みうる。価格支配力を有していなくとも、排除する能力があれば、支配的地位が認められる(ユナイテッド・ブランドズ事件、ホフマン事件)。今日のDPで問題となるゲームのルールを決める能力などを含むことができる。
- ▶ ドイツの相対的市場支配は、EU競争法のドミナンスの定義の意義を依存性の観点から広げたものである。

日本の市場支配力概念の問題

2つの概念の混同+指標と意義の混同(異なるものを同じとみなす方法論)

- ▶ 日本では、市場支配力をマーケットパワーの意味とドミナンスの意義が混同された使われている。東宝スバルは、ドミナンスの意味で使っているのに(市場支配と述べているし、その頃にはマーケットパワーという概念はない)、それをマーケットパワーの意味で使い始めた。そして、指標に過ぎないマーケットパワーをマーケットパワーの形成維持強化が消費者厚生への害と同値である(が、より分かりやすい基準)という無理な理論を構築し、それを欧米も同じ理論だと言い張ってきた。しかし、指標と意義そのものを同じと見ることはできない。マーケットパワーの存在により、競争阻害効果の第1段階の立証が行われるだけであり、マーケットパワーが存在しても消費者厚生への害はないと解されることもある(アップルエピック事件もその例である)。
- ▶ 最近の川濱・基礎理論では、ドミナンスの意味での使用とマーケットパワーの意味での使用が混在しており、上記の方法論上の問題が深刻化している。

- ▶ マーケットパワーで考える市場支配力基準説は、その基準が、経済分析の活用と整合するかのよう^に主張し、市場支配力分析・MPデルタの分析が経済分析・経済的知見の活用であるかのよう^に主張しているが、行動経済学の観点からは、マーケットパワーの存在、市場支配力分析・MPデルタの分析は決定的なものではない。
- ▶ 反競争性を消費者厚生への害で考える場合でも、その指標として市場支配力を用いているだけであり、反競争性を市場支配力の形成維持強化と一致させるものではない。それでは、正常な行動で市場支配力が形成されても違法になる一方、カルテルのような消費者厚生への改善が見込まれない行為まで、市場支配力が形成されなければ、介入できないことになる。市場支配力基準説は、ドミナンスで考えてもマーケットパワーで考えても違法な行為と適法な行為を適切に識別できない。

デジタル経済における経済的知見活用の法論

- ▶ 近時の経済的知見の活用として重要性を高めているのが、行動経済学的視点であり、これはマーケットパワーを前提としていない(市場支配欲分析から導かれるものではない)。
- ▶ MSアクティビジョン合併では動態的分析が活用され、グーグルショッピング、アンドロイドでは、ユーザーエクスペリエンスが活用された。情報非対称の問題は、データ支配という形で活用された。そのような活用は、正常な競争の射程に含まれるか否かの判断において活用されている。
- ▶ 市場支配を価格支配力だけではなく、様々な競争的制約が解放される力と考え、その支配による競争上の優位性を活用して、いかに競争者が効率的にふるまおうとも将来的に競争が有効に機能しなくなる状況がもたらされる状況が生じることに對し、介入する必要があり、マーケットパワー分析ではなく、行動経済学の観点から経済学の知見の活用が行われるべきなのである。

最判理論のデジタル経済への適用

- ▶ NTT東日本事件・JASRAC事件理論をはじめ、最判理論は、デジタル経済のセオリーオブハームの説明・EUの新たな理論にも対応可能な理論を提示している。
- ▶ DMAのcontestability: NTT東日本最判の有効な牽制力の観点から説示済み
- ▶ DMAのfairnessは、unfair advantageであり、その観点はダイレックス事件で指摘され、食べログ事件でも示唆されている。
- ▶ 最判理論が、グーグルショッピング、グーグルアンドロイドに活用できることは、昨年の講演で説明した通りだが、以下に要点を再掲し、アップル事件にも活用可能であることを示す。

ショッピング事件

55

- ▶ 本事例は、サーチのアルゴリズム操作の問題とされていたが、GC判決では、検索結果の最初のページ2列目にグーグルのShopping Unitを固定したこと、検索結果として、グーグルショッピングが表示されるのではなく、いきなりグーグルショッピングによる検索結果が表れるようになっている。そのため、消費者にとっては、すぐに価格比較ができるので利便性が増している。しかし、その結果、他の価格比較サイトは2頁以降に表示され、他の価格比較サイトの利用は激減した。
- ▶ この行為により、同等に効率的な競争者(より優秀な価格比較サイト)であっても、対抗することが困難であり、有効な競争は期待しがたい。競争の消滅は、長期的に考えれば、品質の向上、イノベーションの促進、長期的な消費者利益を阻害する蓋然性が高い。これが有効競争阻害の考え方である。
- ▶ 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東日本事件で判示されている。NTT東日本事件は、競争条件の差異をより具体的に説明している。「内部補助が利用できるという競争条件の差異により、同等に効率的競争者であっても、同じ値引きを行うことができない」とのべ、内部補助の利用ができるか否かという観点を加味している。この観点は、ショッピング事件の反競争性を基礎づける上でも利用できる論理であったように思われる(デジタルと競争過程Ⅱ(上)・Ⅴ)。

アンドロイド事件：3協定の累積性と JASRAC事件の考え方

56

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

- ▶ Apple: Epic事件は、社会厚生基準では、シャーマン法違反のハードルが高いことが改めて明らかになった。なぜ、消費者が高いものを買うことを余儀なくされているのに社会厚生に害を与えたことにならないのか。それは、アップルのスマホにおいてセキュリティが商品差別化の最重要な要素であり、アップルを購入することは、価格は高いがセキュリティのメリットがあることを重視しているのであれば、商品が差別化されており、消費者厚生に適合しているのだと考えているものと思われる。
- ▶ これに対し、不正競争防止法は、行為規範であり、行為が不当であれば違反になるので、同法上の違反が認定できたと考えられる(3倍額訴訟にならないという実質的配慮もある)が、反トラスト法違反を認定するには、さらに市場への悪影響が必要であるが、米国の消費者厚生基準では、安全性を消費者が選択していれば、その選択は相当強力に保護されるということではないかと思われる。

- ▶ グーグルの同じ条項が違法と判断されたのは、グーグルの商品は、セキュリティを売り物にする商品ではなく、むしろ開放性を売り物にしており、その建前と矛盾しているので、反競争的だといいやすいからである。端的に言えば、消費者がグーグルの商品をセキュリティを第1の理由として選んでいないのだから、アップルのようにセキュリティが強力な競争促進的正当事由とならないということではないかと思われる。
- ▶ もちろん、以上の結果は、法解釈自体がアップルに競争上の優位性を与えることになり、それ自体が問題である。しかし、消費者厚生基準では、消費者の選択を保護する観点が重視される一方で、競争上の優位性が生じること自体は問題にされない(それも競争の結果であると考えるのであろう)。
- ▶ しかし、有効競争阻害というEUの観点からは、アップルに競争上の優位性を与えること自体を問題にすることができる。DMAが contestability & fairnesse を指導原理にするというのはそのような趣旨である。

エピック事件における市場支配力(の形成)⁹ ・維持・強化と消費者厚生への害

- ▶ 同事件では、市場支配力が消費者厚生と同値のものではないことも指摘されている。地裁は、シャーマン法2条に関して、独占力は形成されていないとして、シャーマン法2条の適用は排除し、シャーマン法1条に関して、市場支配力(マーケットパワー)を認定しながらそれは第1段階の競争阻害効果の立証があったにすぎず、第2段階の競争促進的正当事由の立証があったとして、シャーマン法1条の違反を否定した。これは、市場支配力と社会厚生基準が同値ではないこと、市場支配力(マーケットパワー)は、反競争性を認識する指標に過ぎず、反競争性(日本でいえば競争の実質的制限)の意義そのものと解されてはいないことを示すものである。

AppleへのJASRAC理論の適用：スマホ法 8条但し書きに関する施行令についての考 え方

- ▶ JASRAC理論は、Appleでも活用可能。エコシステムという巨大な市場において圧倒的に優位な地位を持つものは、排他性を緩和する措置を講じる義務がある。審査基準の明確性・審査基準が現実的参入可能性を確保できること(有効な競争が維持されること)・安全基準をクリアできるだけの技術情報の開示がおこなわれること、が必要と考えられ、このような内容がスマホ法8条本文但し書きに関する施行令で盛り込まれる必要があると考えられる。