

大阪国際シンポジウム議事概要
「デジタル・エコノミーの進展と競争政策」
～IoT、データ、プラットフォーム・ビジネスと法～

1 日時 平成30年3月30日（金）13：00～17：30

2 場所 大阪府大阪市北区西天満1丁目12-5
大阪弁護士会館 2階ホール

3 議事次第

第一部（13：10～14：15）

- モデレーター 泉水文雄教授（神戸大学）
- 報告者 Jorge L. Contreras 教授（米国ユタ大学）
- 討論者 芝田員範氏（京セラ株式会社法務知的財産本部ライセンス部部長）
Liyang Hou 教授（上海交通大学）
川濱昇教授（京都大学）

第二部（14：30～17：20）

- モデレーター Thomas K. Cheng（香港競争委員会委員・香港大学准教授）
- 報告者 [1]日本の取組み（青木玲子・公正取引委員会委員）
[2]EUにおける取組み（Simon Vande Walle 氏・欧州委競争総局）
[3]ドイツ競争当局の取組み（Thomas Weck 氏・ドイツ独占委員会）
- コメンテーター 福岡則子氏（パナソニック IP マネジメント株式会社ライセンス部担当部長）
浜中孝之氏（はばたき総合法律事務所弁護士）
- パネルディスカッション
(モデレーター：Thomas K. Cheng 香港競争委員会委員・香港大学准教授)
青木玲子（公正取引委員会委員）
Simon Vande Walle（欧州委競争総局）
Thomas Weck（ドイツ独占委員会）
福岡則子（パナソニック IP マネジメント株式会社ライセンス部担当部長）
浜中孝之（はばたき総合法律事務所弁護士）

4 パネルディスカッションの概要

パネルディスカッションでは、大要以下のように議論が行われた。

(モデレーター) データはエッセンシャル・ファシリティと考えることができるか。また、データがエッセンシャル・ファシリティと考えられる場合でなければ、データを強制的にシェアさせることができないのか。公正取引委員会の「データと競争政策に関する検討会」報告書では、他の事業者がデータを収集することが技術的または経済的に困難である場合に問題になり得るとしている。データを収集することが困難

である場合とはどのような場合か。

(青木委員)データがエッセンシャル・ファシリティだとは思わない。データはエッセンシャル・ファシリティであると判断される要件を満たしていないからである。データを複製することができ、複製が経済的にみて価値があると事業者が判断すればデータは複製されるものである。同じものを複製するのに非常にコストがかかる橋、高速道路、港などとは違い、データは複製するのにそこまでコストはかかるない。

(Simon Vande Walle 氏) 欧州委員会レベルではデータがエッセンシャル・ファシリティとされたケースはないが、欧州委員会メンバーの各国レベルでは似たケースがあり、データがエッセンシャル・ファシリティだと考えられる場合はあり得ると思う。例えば、フランスではガス市場と電力市場が自由化されたところ、自由化前から存在していた既存事業者が、住所・規模などを含めた全ての顧客情報を保有しており、このようなデータがあれば、どういった顧客が新しい商品や契約に興味があるのかを判断できた一方で、新規参入事業者はそのようなデータ入手できないことが問題となつた事案があった。本件において焦点となつたのは、新規参入事業者はこのようなデータを簡単に複製することができるのかということである。新規参入事業者がフランスにいる全ての者にガス・電力の使用量について調査し、既存事業者の保有する顧客情報と同一のデータを一から作成することは現実的ではない。また、一般データ保護規制 (General Data Protection Regulation, 以下 GDPR) が定めるデータポータビリティ制度のもとでは、個人のデータを新規参入事業者に移行するには、各個人から同意をもらわなくてはならないが、そうしたことは現実的ではない。最終的には、本件において、フランスの競争当局は、既存事業者に新規参入者とデータをシェアすることを命じたところ、当該命令は裁判所にも支持された。このように、データがエッセンシャル・ファシリティだと考えられる場合もあると思う。

(モデレーター) データに価値があるかどうかは、ビジネスモデルによるものである。例えば、電力供給はネットワークビジネスであるが、電力を供給する事業者がデータを集めには、実際にすべての利用者にメールを送って質問するわけではなく、消費者に電力を供給するビジネスを行うことを通じてのみデータが収集されている。このような場合以外にも、データに高い価値がある場合はあるのか。

(Thomas Weck 氏) ドイツ独占委員会でデジタル・エコノミーに関するレポートを準備していたときには、例えば、検索エンジンはエッセンシャル・ファシリティと考えられるかどうかといった議論があったが、我々は青木委員と同じく、エッセンシャル・ファシリティではないとの立場を取った。当時は検索エンジンとして Bing や Yahoo! が競争相手として存在していたこともあり、エッセンシャル・ファシリティの法理は当てはまらないとした。欧州において、エッセンシャル・ファシリティの

法理が適用されるに当たっての条件は二つある。一つ目は、複製できること、二つ目は競争が阻害されていることである。しかし、IT産業で働く人々と話すなかで、データはデータの用途と切り離すことはできず、そのことが議論を複雑にすることが分かった。例えば、検索エンジンがエッセンシャル・ファシリティかどうかを判断する場合、私たちは検索アルゴリズムがエッセンシャル・ファシリティかどうかも考えなければならない。しかし、アルゴリズムとデータが組み合わされてエッセンシャル・ファシリティになり、規制の対象となるとすると、誰も検索アルゴリズムを作らなくなってしまうだろう。検索アルゴリズムを作る初期段階では、大量のデータがなくても簡単にアルゴリズムの精度を改善していくことができる。

現段階ではデータをエッセンシャル・ファシリティであるとすることは難しいが、すべてのデータが一つの事業者に吸収され、データを持たない他の競争事業者が弱い立場におかれる可能性があることを我々は考慮しなくてはならない。

(モデレーター) 実務の観点から、データとアルゴリズムが切り離せないものであるといったような経験はあるか。データとアルゴリズムは一つと考えられるべきなのか。データがアルゴリズムと切り離せる場合とはどのような場合か。

(福岡則子氏) アルゴリズムが当初予定していただけの学習能力を発揮するかは、データ量、データがどれだけの範囲で存在するかによって大きく異なるので、アルゴリズムとデータは深く関わっていると思う。

(浜中孝之氏) データを物理的に複製できないケースの典型例は、IoT機器によって収集されたセンサーデータであるが。一方で、日本において、データの開示の拒否が問題となった前例はないため、どのような場合においてデータが複製可能又は不可能と言えるかについては、欧州司法裁判所の先例を参考に検討しなければならないが、欧州での前例も、データ量の小さい事案がほとんどで、ビッグデータの事例ではない。興味深いケースとしては、欧州委員会の支配的地位濫用に関するガイドラインでは、強いネットワーク効果が生じているケースについては比較的支配的地位の濫用行為として認められ易いということが記載されている。このことは、欧州委員会ではデータに関して支配的地位の濫用を適用する余地が残されていることを示唆している。

複製可能か否かは、牽制力のある代替物を効率的に作ることができるかどうかで判断されるが、前例からみる、複製不可能とはほとんど認められていない。またデータは排他的ではないことが前提であるから、データが複製可能ではないということを立証するのは難しい。

(モデレーター) 先ほどデータポータビリティについて言及があつたが、GDPRの存在は、データに関連する事案における、エッセンシャル・ファシリティの法理の適用に影響を与えないのか。

(Simon Vande Walle 氏) GDPRがエッセンシャル・ファシリティの法理の適用に影響しないとは断言できない。実際、GDPRがあることで、データがロックインされる可能性は減り、取引相手を変更する可能性は増える。しかし、GDPRが全ての問題への解決策にはなるわけではない。確かに、データによって競争が阻害されていることを証明するのは難しいが、データがエッセンシャル・ファシリティになり得ないとは言えない。

(Thomas K. Cheng 氏) 次に、アルゴリズムを通じた共謀について議論したい。どのように、アルゴリズム自身が競争事業者のアルゴリズムとコミュニケーションをとり共謀することができるのだろうか。アルゴリズムが、単純に競争事業者の価格をみて自らの価格を決めているだけであるならば、違法ではない。しかし、競争事業者の値段に従うことでアルゴリズム同士による共謀がもたらされるようなアルゴリズムを設定するような場合には、問題になる可能性もあるのではないか。

(Thomas Weck 氏) どのようにアルゴリズム同士が共謀するかという疑問は、今、ドイツ独占委員会でも頻繁に議論されているトピックであるが、共謀に関しては、弁護士とエコノミストで違うアプローチを取っているように見える。エコノミストは、共謀がマーケットに生じる影響を見て、共謀を阻止すべきかどうかを判断する。一方で、弁護士は、共謀を阻止すべきかどうかを判断する要素として、共謀の責任の所在に関する証拠が必要となるため、競争法を用いてアルゴリズムによる共謀を競争法違反とすることは出来ないと考えるようである。

例えば、ガソリン市場においては、価格は競争者間で常に監視されており透明性が高かったものの、競争はそこまで盛んではなかった。こうしたガソリン市場での行為は単独かつ合理的に行われていたため、弁護士としては問題がないと判断していたが、エコノミストは問題があると考えていた。

アルゴリズムにより、今よりも価格等の透明性が高くなる一方で、暗黙の共謀が増える可能性がある。従来の競争法の運用を維持して、今よりも多く、暗黙の共謀が行われてもよしとするのか、エコノミストの視点に基づき何らかの措置を取るべきか、今のところ自分の中では解決策は見つかっていない。

(モデレーター) アルゴリズムは、情報の交換のツールとなりうると考えられるところ、市場の透明性をあげるほど、共謀はしやすくなる。価格アルゴリズムの利用から起こりうる結果について、欧州における価格シグナリングが問題となったケースのように、市場の透明性が上がり、共謀しやすくなるとして問題にと判断することはあるのか。

(Thomas Weck 氏) 欧州機能条約 101 条は共謀と判断するのに、意思の連絡が必要である。市場において単独かつ合理的な行動を取っていれば、欧州機能条約では問題とはな

らないとされている暗黙の共謀であることが示唆される。しかし、情報が事業者間において交換されたということは、何らかの意思が伝達されたことを強く示唆している。例えば、ある団体が戦略的な情報を自主的に渡した場合、明らかに相手方も何かしらの利益を自らに供与することを期待している場合がある。これはただアルゴリズムを使うのとは違うシナリオであるが、アルゴリズムを通じた共謀が発生した場合とマーケットに与える影響は同じである。

ガソリン市場の例で言えば、ガソリンスタンドの経営者が価格情報を交換している場合、ただ単に交換しているだけでその情報を利用していないなどほぼありえない。このような場合、一つの仮説はカルテルが行われているというものであるが、もう一つの仮説として暗黙の共謀が発生していることが考えられる。

(モデレーター) エコノミストの視点から言えば、暗黙の共謀であっても意思の連絡があつて共謀が起こっていても、高い価格という結果をもたらしていれば問題だと考えることになるのではないかとも思われる。この点については、どうか。

(青木委員) 価格が限界費用より高くなることは、生産量が減り、望ましくない状況とエコノミストは皆同意している。しかし、エコノミストは価格が需要の変動など様々な要因で高くなることも分かっている。エコノミストであっても、価格が共謀ではない他の要因によってたまたま高いのか、共謀によって高くなっているのかの違いは意識しているのであり、この点について経済的に検証を行うことが必要である。アルゴリズムを通じた共謀の議論については、OECDのワークショップにおいて、自分のこれまでの理解とは異なる意見があった。具体的には、企業がアルゴリズムを使い、アルゴリズムが価格をシンクロさせる場合には、企業の利益を最大化するために独占価格を設定することになる。しかし、もしアルゴリズムがそういう決定をしたとしても、そもそも人間がアルゴリズムに対してそのように行動するようプログラムしているので、人間に責任は帰着するのではないかという議論があった。共謀が意図せず偶然に起こる場合もあるかもしれないが、意図的に人間が仕向けているといえる場合もあるのではないか。

(Thomas Weck 氏) もちろんそれは正しい。しかし、人間がアルゴリズムに対して市場の動向を監視して価格を設定せよというプログラムを書いた場合は、意思の連絡がなく、アルゴリズムが単独で価格を決定することになる。自己学習するアルゴリズムになると、より話は複雑になる。競争事業者も自己学習するアルゴリズムを使っていて、アルゴリズム同士が、共謀が最適解であると自己学習した場合、どのように競争法において判断するべきなのか。仮に人間が、自己学習するアルゴリズムが、同じく自己学習アルゴリズムを使う競争者の価格を参考に価格を設定していると知っているながら、自己学習するアルゴリズムを使いカルテルを行っていたとすると、意思の連絡があり競争法上問題となるといえるかもしれない。

(浜中孝之氏) デジタルカルテルの議論に関しては焦点が定まっていない印象を受けている。

この話は自己学習するアルゴリズムにより、一切のコンタクトがないのに値段が並行的に決まるということが問題で、競争法上どう評価するのかという問題なのか、それとも実務的な問題でアルゴリズムが値段を決めると人間同士の直接のコンタクトが減り、競争当局がカルテルを立証しにくくなるという問題なのか、以前から議論されている直接のコンタクトがないハブアンドスポーク型カルテルのように当事者の認識がどこまであればカルテルとして問題とできるのかという話なのか、議論が混乱しているように思われる。また、自己学習するアルゴリズムによるカルテルは、現時点ではS Fのような実現性の低い話のようにも感じている。

(モデレーター) デジタルカルテルの議論は、自己学習するアルゴリズムがアルゴリズム同士で共謀することを選ぶ可能性があるのかどうかというのは議論の対象に含まれていると認識している。例えば、アルゴリズムが、自社の価格を上げて競争事業者がどう反応するかを確認し、もし他の競争事業者が誰も自社の価格に追随しなかった場合は価格を下げるという行動ができるとしたらどう判断すべきか。

(Simon Vande Walle 氏) もし価格をシグナルするように自己学習するアルゴリズムをプログラムしたとしても、競争当局がどのようにそれを証明するかは難しい問題である。しかし、よりデジタル化が進むことで何らかの痕跡は残ると思われるため、競争当局はアルゴリズムが自己学習するようにプログラムされていたのかどうかといった証拠は見つけやすくなると思う。

アルゴリズムが単に価格を監視しているだけであれば、欧州機能条約 101 条からすれば合法である。他方、アルゴリズムが使われることで、より多くの暗黙の共謀が起こるということであれば、企業結合審査において、将来的には、協調的行動が起これやすくなると判断される事案が多くなるかもしれない。

(モデレーター) それを示すには、企業結合行為によって、企業が、価格を設定するアルゴリズムを使う可能性が高くなることを示さないとならないように思えるが。

(Simon Vande Walle 氏) 企業結合審査においては、企業結合行為が協調的行動の蓋然性を高めるか否かを判断しなくてはならないところ、アルゴリズムがより広く使われ、競争事業者の価格の監視をより迅速に行っている状態にあるのであれば、その事実は企業結合審査において考慮されるべきである。

(モデレーター) 今日、アルゴリズムの活用によって増えていく潜在的な問題にどう対応していくかが問題である。アルゴリズムは市場の透明性を高めることで、暗黙的にも明示的にも共謀を簡単にさせるものであることに留意が必要である。

以上