

〔論 説〕

独占禁止法における「自己優遇」の実態と課題

宍 戸 聖

1. はじめに
 - A. 前提となる学術的背景
 - B. 課題の整理
 - C. 本研究のアプローチと本論文の位置付け
 - D. 本論文の意義
2. デジタルプラットフォーム（DPF）の特性
3. 「新しい排除慣行」の概要
 - A. 議論状況
 - B. 独占の梃子
 - C. 差別的取扱い
 - D. 自己優遇
 - i. なぜ自己優遇が競争法上の問題になるのか
 - ii. 定義
 - iii. 自己優遇の悪影響：Google（Shopping）事件での評価枠組み
 - E. プライバシーポリシーの抱き合わせ
 - F. フリーライドの強制（横取り）
 - G. 略奪的イノベーション
4. 「自己優遇」の実態と課題
 - A. 排除の識別の理論的基礎
 - B. 新しい排除慣行の実態と法的評価枠組の現状
 - C. 「自己優遇」という問題の核心

D. 日本法への示唆と今後の課題

5. むすびにかえて

1. はじめに

A. 前提となる学術的背景

独占禁止法（独禁法）2条5項は「他の事業者の事業活動を排除」することを私的独占としている。ただし、競争者との競争の結果、競争者を打倒して利潤の最大化を図ることはまさに正当な競争行動の典型でもあるため、他の事業者の事業活動の排除は正当な競争行動の結果としてもたられることもある。そのため、「正当な競争行動の結果としての競争者の排除」と「競争法上非難に値する不当な排除」の識別（以下、「排除の識別」）が重要になる。これまで、日本では行為の「人為性」や「反競争性」、「効率性」等に着目した排除の識別が試みられてきた⁽¹⁾。米国や欧州でも、「能率競争」や「通常の競争」という概念を基礎に排除の不当性の識別が論じられている⁽²⁾。しかし、世界的にどの基準を拠り所にするのかについては未だ見解の一致がみられていない。

このように、市場支配的事業者による競争者排除型行為の規制においては排除の識別が未解決の重要課題となっているところ、近年では、デジタルプラットフォーム（DPF）の隆盛に伴い、従来想定されなかった新たな取引慣行や市場の特性が注目されている。従来から、外形上は競争促進的とみられる行為であっても実は競争過程を害し、反競争の効果を持つということもあり得た。しかし、市場の多面性や情報が競争上の要因としての重要性を持つことによって、より認識困難な態様で競争過程への害あるいは競争への害がもたらされる筋道も想定されるようになった。また、市場支配的な企業が情報の集積を独占的に保有し、それを通じて獲得した市場における優位性を利用して排除を行う場合には、排除の手段としての不当性の評価がより難しくなることや、市場支配力の認定における参入障壁等の分析のあり方が変化することなども予想される。このように、従来検

(1) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法（第6版）』157～161頁〔山部俊文〕。

(2) EINER ELHAUGE & DAMIEN GERADIN, GLOBAL COMPETITION LAW AND ECONOMICS 382-385 (3d Ed. 2018).

討・提示されてきた要因や枠組のみでは説明出来ないような筋道からの「排除」の発生が懸念されており、DPF 産業における排除の識別は近年の独禁法における重要課題といえる⁽³⁾。

B. 課題の整理

排除の識別という点に限れば、DPF 産業に固有の論点は大きく2つに整理できる。

①典型的な排除行為として既に認知されているものの、市場特性によって従来の基準では評価が難しくなることが予想されるタイプの行為の問題。

②市場の多面性や情報の集積を媒介とし、従来想定されなかった筋道での競争過程や競争への害の発生が見込まれるタイプの行為の問題。

①は、例えば、DPF 市場の特性により最適価格が限界費用を下回っている場合における廉売行為の評価や、特定の情報の保有が市場における優位性を創出する場面における情報の集積へのアクセス拒絶の評価など、従来からその悪影響の発生機序が知られていて、独禁法介入が必要となりうることが知られているタイプの行為であるが、市場の特性故にその評価が難しくなるという問題である。

②は、従来は独禁法違反行為としては想定されていなかった行為について、DPF の特性によって新しい悪影響の発生機序が想定されるといった場合を指す。例えば OECD の分類によれば、濫用的梃子及び自己優遇、フリーライドの強制 (forced free riding)、プライバシーポリシーの抱き合わせなどが含まれるとされる⁽⁴⁾。以下、②を便宜上「新しい排除慣行」と呼ぶ場合がある。

(3) JONATHAN B. BAKER, THE ANTITRUST PARADIGM, RESTORING A COMPETITIVE ECONOMY (2019); OECD, Abuse of Dominance in Digital Markets, 53-56 at www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf (2020) [hereinafter *OECD Digital*]; Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, Investigation of Competition in Digital Markets, Majority Staff Report and Recommendations (2020) [hereinafter *Subcommittee 2020*].

(4) OECD Digital, *supra* note 3.

C. 本研究のアプローチと本論文の位置付け

以下、長期の研究として想定している DPF 産業を取り巻く競争者排除型行為規制の問題全般に関する研究計画全体を指して「本研究」という。

この「本研究」では B で述べた①と②の問題の両方を検討対象とする予定である。ただし、②の問題については本格的な法解釈論を行うための準備作業が必要と思われる。

②で取り上げた新しい排除慣行はいずれも共通して市場支配力を持つ市場における力ないしは優位性を異なる市場で利用する、という意味で「梃子」としての性質を持つ⁽⁵⁾。DPF による「梃子」は近年「自己優遇」とも呼ばれる問題であり、その悪影響の発生・作用の仕組みが必ずしも明瞭ではないが⁽⁶⁾、この種の行為に対する規制を設けることへの社会的要請は高まっている⁽⁷⁾。

本研究では、②の問題に関して、まずは現状の独禁法の理論の下ではこの種の行為がどのように評価されるのかを整理し、理論の現状を把握したうえで、この種の行為に対応するためにどのような解釈論があり得るのか、上記の社会状況に鑑みて立法論の提示も視野に入れて論じていく。

本論文は、この長期の研究計画の第一段階として、新しい排除慣行として想定される行為が伝統的に論じられてきた「梃子」の問題との連続性を持つものであるという理論上の整理と、RRC (raising rival's cost) や略奪と整合的な説明で論じられてきた⁽⁸⁾日本の「排除」概念のもとでの自

(5) 本論文3章参照。なお、本論文と同様の整理を前提として DPF による差別行為を分析する研究もある。See Erik Hovenkamp, *Platform Discrimination Against Rivals: An Economic Framework for Antitrust Enforcement*, JCL (Forthcoming) (2023).

(6) 自己優遇の競争法上の取扱いに関する議論として、例えば、Bo Vesterdorf と Nicolas Petit の論争がある。See Bo Vesterdorf, *Theories of Self-Preferencing and Duty to Deal - Two Sides of the Same Coin?*, Competition Law & Policy Debate 1, (2015) p.4-9, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2561355>; Nicolas Petit, *Theories of Self-Preferencing Under Article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf*, Competition Law & Policy Debate 1 CLPD (2015).

(7) デジタル市場競争会議「モバイル・エコシステムに関する競争評価 中間報告」(2022年4月26日公表)、デジタル市場競争会議「新たな顧客接点(ボイスアシスタント及びウェアラブル)に関する競争評価 中間報告」(2022年4月26日公表)。

己優遇を巡る解釈論の現状と限界の提示を目的とするものである。換言すれば、自己優遇型の行為に焦点をあてた分析を通じて、従来から参照されてきたRRCや略奪といったパラダイム・整理の限界を示すことが本論文の目的である。直前でも述べたとおり、今後本研究をすすめていくうえで、自己優遇と呼ぶことのできる個別行為の類型化と、独禁法19条の規制も視野に入れてそれら行為を独禁法の規制に取り込むための解釈論、また、必要に応じて立法論を提示することを予定しているが、本論文はそのための準備作業である。

D. 本論文の意義

EUでは、Digital Markets Act (DMA) といった立法を通じて自己優遇を規制するといった試みもみられる⁽⁹⁾。立法で対応しようとする動きはEUだけでなく、米国でもみられる。米国では、上院議員の Amy Klobuchar が「American Innovation and Choice Online Act (AICOA)」の制定運動をしている⁽¹⁰⁾。諸外国においてこのような立法論が展開されて

(8) 滝川敏明「排除行為の違法判定—競争法基準と独禁法への示唆」経済法学会年報28号40頁、43～49頁(2007年)、川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」経済法学会年報28号20頁、25～26頁(2007年)等を参照。なお、不当な「排除」を考えるうえでRRCと略奪のいずれかに整合的な説明を求めるといのは、特にEU競争法を念頭に置くと世界的には支配的な見解とは言えないが、米国の影響を少なからず受けてきた日本では従来「排除」はRRCと略奪のいずれかの観点から整合的な説明がなされてきたように思われる。

(9) European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council COM (2020) 842 final of 15 December 2020 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) art. 6 (1) (d). その他、EU及びイギリスではドイツ国内の立法やイギリス国内の立法がある。Deutscher Bundestag, 'Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und andere Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)' (18 January 2021) Bundesgesetzblatt Jahrgang art. 19 (a) (2) (1); Department for Digital, Culture, Media & Sport and Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 'A New Pro-competition Regime for Digital Markets' (20 July 2021).

(10) S.2992 - American Innovation and Choice Online Act (<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>). AICOAの内容は、一定の条件を満たすプラットフォーム (covered platform) に対して、特定の自己優

いることから、特に自己優遇を中心に、DPFによる競争者排除型行為のなかに現行のEU競争法や反トラスト法の枠組みだけでは対応できないものがあると少なからず考えられているということが伺える⁽¹¹⁾。

日本でもDPFによる競争者排除型行為に関する検討が散見されるようになってきている⁽¹²⁾。ただし、RRCや略奪といった概念を踏まえた、法解釈論の視点からの行為の効果に関する本格的な検討はまだ十分には行われていないように思われる。このような研究状況を踏まえ、本論文は、現行の独禁法2条5項の「排除」の解釈として、これらの立法が中心的課題としているDPFによる自己優遇がどのように取り扱われることになるのかを整理し、現行の理論で対応出来ない課題を明らかにするという点で意義があるものといえる。

2. デジタルプラットフォーム (DPF) の特性

しばしば、DPFの問題は、従来のショッピングモールや新聞といったプラットフォーム (PF) になぞらえて論じられることがある。従来、このような古典的なPFを持ち出す議論の多くは「DPFの問題はこれまでのPFの議論で対応できる問題だ」という論旨であることが多いように思われる⁽¹³⁾。ただ、従来のPFと近年取り沙汰されているDPFには大きな違いがある。いわゆるオフラインのPFとDPFとでは、蓄積される情報の粒度や蓄積の形態が異なるのである⁽¹⁴⁾。この点については既に周知の事実と思われるため詳細は割愛するが、端的には、オフラインビジネスの時代には想定されてなかったレベルで高練度の情報を膨大に集積できるよ

遇や競争者に対する不利益となる取り扱い、差別的なプラットフォームポリシーの適用などを禁止するものである。

(11) Subcommittee 2020, *supra* note 3; Lina Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710 (2017); JONATHAN B. BAKER, *THE ANTITRUST PARADIGM RESTORING A COMPETITIVE ECONOMY*119 (2019).

(12) デジタル市場における競争政策に関する研究会報告書「アルゴリズム/AIと競争政策」(2021年3月31日)。

(13) Debbie Feinstein (FTC), *The not-so-big news about Big Data*, June 16, 2015, https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2015/06/not-so-big-news-about-big-data?utm_source=govdelivery

(14) 大橋弘『競争政策の経済学』279～280頁(日本経済新聞出版社、2021年)参照。

うになった点がDPFの最大の特徴である。

また、DPFの経済的特性として、DPFが操業する市場は寡占化・独占化しやすい傾向にあることがあげられる⁽¹⁵⁾。この傾向は、規模の経済性、範囲の経済性、ネットワーク効果と市場の多面性といった種々のDPFにみられる効果に起因するものと説明される。なお、寡占化はそれ自体が競争法の問題となるわけではなく、また、これらの効果はむしろ効率性を裏付ける説明となる場合が殆どであることには注意が必要である。ただし、寡占化のトレンドは、DPFが獲得した市場における優位性を利用して種々の反競争的行為に及ぶことが容易な市場状態が形成されていることを意味しているともいえる。したがって、これらの効果は、種々の競争法上の問題にも関連している⁽¹⁶⁾。

上記の効果から言えることは、DPFにとっては創業からいかに早く最小効率規模を達成するかが重要であり、そのために通常の市場では非合理的とされる行動が合理的戦略となることもありうるということである。裏返せば、通常の市場では問題とならない行為であっても、DPFが行った場合には、DPF関連市場における初期段階でのユーザー規模の囲い込みが持つ効果に照らして反競争の効果が見込まれる行動もありうる⁽¹⁷⁾。

DPF関連事例では、新しいセオリーオブハームを考える必要性が生じうる⁽¹⁸⁾。その必要性は、主に、DPFを取り巻くビジネス慣行が、データの利活用を中心としたものであること、利活用の対象となるデータの粒度や蓄積の度合いが従来想定されていた水準を大きく上回っていることに起因する⁽¹⁹⁾。これらの要因によって、前記のような経済的效果が生じるこ

(15) 大橋・前掲注(14)276頁。

(16) なお、これらのDPFの特性による競争法上の問題について、Microsoftの独占が懸念されていた2000年代のころと比較して新しい問題が生じるわけではないとして、DPFに固有の競争法論を展開する立場に懐疑的な見方を示す文献もある。Geoffrey Manne and Dirk Auera, *Antitrust Dystopia And Antitrust Nostalgia: Alarmist Theories Of Harm In Digital Markets And Their Origins*, 128 GEO. MASON L. REV. 1279 (2021).

(17) このようなPFの特性は、近年の「デジタルプラットフォーム」の問題が社会的に注目されるようになる前から存在するものであり、あえて個別に取り上げて議論する必要はないという指摘は国内外を問わずにある。See *id.*

(18) BEATA MÄIHÄNIEMI, *COMPETITION LAW AND BIG DATA*, at 283 (2020). 詳しくは後述する。

とが、DPF 関連事例における排除に固有の問題を想定しなければならない理由である。

もちろん、従来のセオリーオブハームで説明のつく状況であれば、少なくとも「排除」の識別に関しては従来の議論で足りると思われる。ただし、市場画定や市場支配力の認定においては、参入障壁やスイッチングコスト等の分析において DPF の特性の考慮が必要となりうる。この点に関して、新しいセオリーオブハームに対して具体的にどのスタンダード（利潤犠牲基準や同等効率性競争者基準など）が適用されるか、ということをやめ決定することに実益はなく、特に DPF の市場特性を考えるとフレキシブルな適用が望ましいため、適用するスタンダードについては決定しておかないことがデジタル分野には適しているという趣旨の指摘がある⁽²⁰⁾。ただし、一定の行為について、どのような悪影響が想定され、それらについてどのようなスタンダードが利用可能なのか、ということを事前に最低限把握しておくことは重要だろう。

なお、忘れてはならないのは、近年問題として取り上げられている DPF の多くが、無料での情報コンテンツ（あるいはメッセージ機能等）の提供を業としているという点である。このタイプは情報型（information）・非取引型（non-transaction）PF として、一般的な買い手と売り手の取引の場を提供するタイプの取引型（transaction）の PF とは区別される。情報型には Google、Facebook、Twitter や LINE などが、取引型には Amazon や Apple App Store などがそれぞれ該当する。なお、情報型 PF のうち、Google の検索サービスなどを「検索サイト型」として区別する場合もある。

取引型と情報型の経済的性質の違いは以下のように纏められる。

市場創出型の取引型 PF は買いと売りの注文を単一の PF に集約することで効率性を最大化できる一方で、情報型 PF にとっては代替的な情報源を複数有することが望ましい行動となる⁽²¹⁾。わかりやすいように具体例をあげると、取引型 PF の典型であるオークションやクレジットカードでは、売り手と買い手が PF を介して直接に取引を行い、PF は手数料ない

(19) 大橋・前掲注 (14) 273 頁。

(20) MÄIHÄNIEMI, *supra* note 18, at 282-283.

(21) Donald I. Baker and William S. Comanor, *The Future of Antitrust*, 35-SUM ABA ANTITRUST Magazine 66, at 67 (2021).

し参加費の徴収を行う。他方で、情報型あるいは非取引型（ないし検索型）はPFの外部で取引が発生するため⁽²²⁾、その仕組としてそもそも参加費は徴収出来ても手数料は徴収できないという特徴がある。つまり、情報型PFが操業する市場においてはPFの多面性が重要な競争上の要因となる。そして、この事情こそが、DPFの隆盛によって新たな競争法上の問題が生み出されている所以といえる。以上を踏まえると、本論文で取扱う新しい排除慣行の問題は、主に情報型PFの文脈で生じる問題であると整理できる。

3. 「新しい排除慣行」の概要

A. 議論状況

本論文の冒頭でも紹介したOECDの報告書は、濫用的梃子及び自己優遇、フリーライドの強制、プライバシーポリシーの抱き合わせの3つを「new forms of abuse」と整理している⁽²³⁾。また、例えば、自己優遇を「new kinds of abuse」と整理したうえで検討を加える研究書もある⁽²⁴⁾。

これらの行為はいずれも、ある領域で持つ力を他の領域で利用し、そのいずれかの領域における競争上の優位性ないしは力を獲得・維持・拡大するという点で共通している。これは、まさに従来「独占の梃子」として論じられてきた問題である。

B. 独占の梃子

「独占の梃子（以下、単に「梃子」ともいう）」とは、広くは、ある市場における市場支配力を転用して、関連する市場において競争法上の優位性を獲得することを指す。DPF産業における排除の識別の問題は、情報の集積によって獲得したある市場における力の他の市場への転用、あるいは、多面市場における一方での力の他方への転用を通じた排除の問題として整理可能な場合もある。例えば、EUのGoogle Shopping事件における欧州委員会の主張のように自己を優遇するタイプの行為について「梃子」としてその違法性を主張する立場というのは、そのような整理を採用した一例といえる⁽²⁵⁾。

(22) 「PFの外部で取引が発生する」とは、PF上の広告を見て買い手のウェブサイトに移動して商品を購入する場合などを指す。

(23) OECD Digital, *supra* note 3, at 53-56.

(24) MÄIHÄNIEMI, *supra* note 18, at 20- and 282-.

ところが、そもそも、「梘子」に関して、どの程度で排除となるのか、どのような市場支配力の利用が不当となるのかについては統一的な見解が見出されていない⁽²⁶⁾。つまり、DPF 産業の特性を通じた力の転用の問題は従来論じられてきた「梘子」の問題と連続性を持つものではあるが、これを論じるためには、まず、「不当な梘子とは何か」の検討を尽くさなければならない。

「梘子」の議論に関しては、シカゴ学派の批判が一つの歴史的な転換点といえる。シカゴ学派の「梘子」理論に対する批判は、Robert Bork や Aaron Director を始めとする著名な学者らによって展開された⁽²⁷⁾。シカゴ学派の論者らは特に抱き合わせ販売行為を取り上げて、他の補完製品市場に抱き合わせを通じてレバレッジする能力はあってもインセンティブはないという説明を行った。

梘子の問題の古典的な事例として、IBM によるパンチカード式の電子計算機の実例がある⁽²⁸⁾。同事件では、IBM が自社の独占をパンチカードとタビュレティングマシンの市場の両方で拡大する可能性が懸念されていたが、そのような懸念に正面から反論を唱えたのがシカゴ学派であった。当時のシカゴ学派の主張は、IBM にとってはタビュレティングマ

-
- (25) Case T-612/17, *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)* [2021] ECLI:EU:T:2021:763. なお、DPF 産業における複数市場間の関係については、「梘子」の議論で前提とされてきたものとは異なる状況も考えられ、なかでも、市場の多面性の問題については「梘子」には当てはまらないタイプの市場支配力の形成・維持・強化も想定される点には注意が必要である。
- (26) 米国のシャーマン法 2 条規制に関する分析を通じて「梘子」を巡る議論を整理する先行研究として、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶 (一)」民商 121 巻 813 頁 (2000) 838~840 頁を参照。しかし、この研究以降、「梘子」に関する検討を行う研究は日本にはない。
- (27) R. Bork, *Vertical integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception*, 22U. CHI. L. REV. 157 (1954); A. Director & E. Levi, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 NW. U. L. REV. 281 (1956); W. Bowman, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 YALE LJ. 19 (1957); R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 925 (1978-1979). シカゴ学派による梘子理論を巡る批判について解説を加える文献として、例えば、Lewis Kaplow, *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, 85 COLUM. L. REV. 515 (1985).
- (28) *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).

シーンを安売りしてパンチカードの市場で独占利潤を獲得するか、通常通りタビュレティングマシンの市場で独占利潤を獲得するかの2択しか選択肢はないのであり、複数の市場で補完財等の販売を行っていたとしても、独占利潤は一つしかないというものであった⁽²⁹⁾。これがシカゴ学派による「独占利潤拡張不能理論 (single monopoly profit theory)」である⁽³⁰⁾。

米国における梘子理論の変遷について、米国裁判所の判例法の流れに着目すると、下記のように整理できる。第2巡回区控訴裁は、「ある市場において獲得された独占力の、他の市場における競争上の優位性の獲得を目的とした行使は、たとえ第二の市場における独占化の企図がなかったとしてもシャーマン法2条違反である」と判示した⁽³¹⁾。その後、第8巡回区控訴裁は、独占の「梘子」によるシャーマン法2条違反の成立要件は、「①ある市場における独占力の保持、②その独占力が合法に獲得されたものかどうかには関わらず、別個の市場における、競争閉鎖、競争上の優位性の獲得、競争者の破壊のための独占力の行使、③係る行為による被害」であると整理している⁽³²⁾。この間も、控訴審レベルでは「梘子」の理論を採用するかどうかで判断が大きく分かれていた。

しかし、最高裁が、実際に独占化し、ないしは独占化する蓋然性があるような単独行為のみがシャーマン法2条違反となると示したことをもって、「梘子」の対象となる第二の市場においても独占力の獲得・維持が必要であると解釈することが可能となり、一応、「梘子」を巡る議論は収束したようにみられた⁽³³⁾。また、後の第7巡回区控訴裁判所判決では、独占の「梘子」は独占者の利潤拡大には繋がらないとして、独占の「梘子」は独立した (free-standing) 反トラスト法上の理論ではないと示されている⁽³⁴⁾。

(29) PHILLIP AREEDA, LOUIS KAPLOW AND AARON EDLIN, ANTITRUST ANALYSIS 410- (7th ed. 2013) [hereinafter AREEDA, KAPLOW AND EDLIN].

(30) これについて解説する文献は多数あるが、わかりやすく解説されたものとして、CHIARA FUMAGALLI, MASSIMO MOTTA, CLAUDIO CALCAGNO, EXCLUSIONARY PRACTICES 363- (2018) など。

(31) *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 276 (2d Cir. 1979).

(32) *Willman v. Heartland Hosp. East*, 34 F.3d 605, 613 (8th Cir. 1994).

(33) *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993).

(34) *Schor v. Abbott Laboratories*, No. 05-3344 (7th Cir. 2006).

もっとも、シカゴ学派による批判については、上記 Schor v. Abbott 判決以降、独占の製品と補完製品を抱き合わせるような場合、価格差別による価格引き上げと消費者厚生への低下が懸念されるとして、独占利潤拡張不能理論は妥当性を欠くという指摘もみられる⁽³⁵⁾。また、仮に、シカゴ学派の主張のとおり、梘子が短期的には競争に害をもたらさないとしても、梘子を通じて動学的な効率性に悪影響がもたらされる場合はあるという指摘もある⁽³⁶⁾。この説明の趣旨は、独占による短期的な被害を増大させなかったとして、新規参入者は同時に二つの市場に入らなければならなくなり、それにより参入が非常に困難になるため、第二の独占が長期的な害をもたらす可能性もあるというものである。言い換えれば、梘子によって、いずれかの市場一方のみにおいて能率競争が制限されることを通じて、二つの製品の共同供給 (joint provision) へと非効率的にシフトされるのである⁽³⁷⁾。

米国の学説上は、原則的に第二市場における単なる優位性の獲得そのみではシャーマン法 2 条違反とはならないが、一部、RRC 型の悪影響が想定される戦略については第二市場における独占力の獲得に至らないような第一市場の独占力の利用であってもシャーマン法 2 条違反になりうるというのが有力な理解と思われる⁽³⁸⁾。

「梘子」による優位性の獲得それ自体を反トラスト法の問題とすることに慎重な立場をとる米国とは対照的に、EU では、2017 年 6 月の欧州委員会が Google に対して制裁金を課すにあたって、一般インターネット検索サービス市場における支配を「梘子」にして、比較ショッピングサービスという別個の市場において市場支配的地位を濫用したと認定されたことや、その後の一般裁判所判決でも Google による自社の比較ショッピングサービスを優遇する行為を従来の取引拒絶の法理とは異なる枠組みの「別種の濫用」として認定するなど、市場における一側面における優位性を利用した他の側面での優位性の獲得を積極的に問題視する傾向がみられ

(35) E. Elhauge, Tying Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory, 123 HARVARD LAW REVIEW 397 (2009).

(36) AREEDA, KAPLOW AND EDLIN, *supra* note 29, at 410.

(37) *Id.*, at 411.

(38) See 3 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 652, at 143-145 (4th Ed. 2015) [hereinafter 3 AREEDA & HOVENKAMP].

る⁽³⁹⁾。

梘子を通じた優位性や力の獲得を規制対象に含めることはDPFによる新しい排除慣行を規制するうえでの有力な道筋のように思われるが、一方で「梘子」の理論によって漫然と競争上の優位性の獲得それ自体を競争上の問題とすることには弊害がある。第二市場における力の形成・維持・拡大に至らない単なる優位性の獲得それ自体は、直ちに価格の上昇や生産数量の低下といった害をもたらすものではないためである。「梘子」が略奪的価格設定や単独事業者による一方的な取引の拒絶といった形で行われる場合はその不当性を比較的容易に説明出来る。しかし、独禁法違反となり得る典型的な行為を伴わず、単に独占力をもう一方の市場における競争上の優位性を獲得するために用いる場合、すなわち、典型行為を伴わずに行われる単なる力の転用（以下、これを「シンプルな梘子」ともいう）をシャーマン法2条や独禁法2条5項違反とすることが可能かどうかは明らかにされていない⁽⁴⁰⁾。「梘子」については、独占利潤拡張不能理論や、合法的に獲得した独占力を通じて得た独占利潤は合法であるといった説明を拠り所とする批判もある⁽⁴¹⁾。このように、何が不当な梘子なのか、より

(39) Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service - Factsheet, MEMO/17/1785 (June 27, 2017). その他、EU 競争法の体系書においても、レバレッジのシナリオに言及して、TFEU102条の事例において支配的企業が存在しない市場であっても調査対象となる場合があることや、リポートが競争への害を持ちうる事が解説されている。See MIGUEL DE LA MANO et al, THE EU LAW OF COMPETITION 361, 425, 429-430 (JONATHAN FAULL AND ALI NIKPAY eds., 3d ed. 2014); RHODRI THOMPSON QC et al, EUROPEAN UNION LAW OF COMPETITION (BELLAMY & CHILD), para 10.172, at 967 (DAVID BAILEY AND LAURA ELIZABETH JOHN eds., 8th ed. 2017).

(40) 独占の「梘子」の理論について、独占力の獲得・維持よりもはるかに低い水準である競争上の優位のみで十分シャーマン法2条違反を認定出来る点に問題があると指摘する見解もある。和久井・前掲注(26) 839頁。

(41) Louis Kaplow, *Extension of Monopoly Power Through Leverage*, 85 COLUM. L. REV. 515 (1985) による見解の整理を参考にした。日本ではこのような議論は紹介されてきていないように思われるが、関連性のある先行研究としては、早川雄一郎「抱き合わせ販売の規制根拠(1)」民商 153 巻 263 頁、272~280 頁(2017年)がある。同文献は、抱き合わせ規制の文脈で、独占利潤拡張不能理論を用いたシカゴ学派による抱き合わせ販売規制に対する批判を取り上げて、抱き合わせ販売規制の議論でありうる「梘子」に関する誤解を説明し

具体的に言えば、行為態様が「単なる力の転用」、あるいはそれに近い場合に、独禁法上どのように評価されるのかが不明であるという点でこの論点にはより一層の検討が必要な課題が残されている。

C. 差別的取扱い

シンプルな梃子に近い態様の行為が TFEU102 条の問題として取り上げられた近年の重要事例として Slovak Telekom 事件 ECJ 判決がある⁽⁴²⁾。同判決は、市場支配的企業による「不公正な取引条件の設定」を、取引拒絶とは別種の濫用行為であり、Bronner 判決の 4 要件の射程外であると認めたものである。この判示は、後の Google Shopping 事件において、一般裁判所が自己優遇を新たな濫用行為の類型として認めるうえでの判断の基礎になっている。

米国では、現在係争中の FTC 対 Facebook 事件で「条件付き取引 (conditional dealing)」という行為がシャーマン法 2 条に該当するか否か、すなわち、条件付き取引という新たな類型の排除を通じた独占化の主張が認められるか否かが争われていた。同事件においては、FTC が、Facebook による自社 SNS 用のアプリ開発事業者らに向けたプラットフォームポリシーの採用行為が「条件付き取引 (conditional dealing)」としてシャーマン法 2 条に違反すると主張していた。同事件において、FTC は、訴状及び修正訴状において、Facebook が①反競争的な買収と、②反競争的なプラットフォームポリシーの採用の 2 種類の行為を通じて、パーソナルソーシャルネットワークワーキングサービス (PSN) 市場における独占力を維持、拡大したとして、シャーマン法 2 条に違反していることを主張していた⁽⁴³⁾。

問題とされたポリシーの概略は下記のとおりである⁽⁴⁴⁾。

ている。

(42) C-165/19 P, *Slovak Telekom v. Commission* [2021] ECLI:EU:C:2021:139. 事案及び同判決の詳細については拙稿「米国・EU 独禁法判例研究 (第 140 回) EU における取引拒絶規制の新展開— Slovak Telekom 事件欧州司法裁判所判決—」公正取引 858 号 70 頁 (2022 年) を参照。

(43) *Federal Trade Commission, Plaintiff, v. Facebook, Inc., Defendant.*, Civil Action 20-3590 (JEB) (D.D.C. Jan. 11, 2022) [hereinafter *FTC v Facebook 2nd Memo*].

(44) *FTC v. Facebook, Inc.*, 2021 WL 2643627 (D.D.C. June 28, 2021), at 11-15.

- 1) FB Blue と直接の競合関係にある有望な PSN による API へのアクセスを断った。
- 2) ソーシャル機能を部分的に持つタイプの有望なアプリもアクセス拒絶の対象とした。
- 3) モバイルメッセージングアプリによる、商業上重要な API の利用もブロックした。

この事件における Facebook の行為は、プラットフォーム運営事業者が自社の優位性を利用してプラットフォームの何らかの側面におけるユーザーに対して、不利益となる条件を付す行為とも整理可能である。

本件では、前提として、取引拒絶ないし「conditional dealing の主張が反トラスト法上問題になりうるとしても」、行為は過去のもので手続き上救済の請求が困難であるからこの主張は生き残らないと述べられている。そのうえで、conditional dealing に関する主張については、第一回メモランダムにおいて、Lorain Journal 事件米最高裁判決の読み方を巡り FTC の主張が批判されている。

Lorain Journal 判決は、取引拒絶の要件を通じて実質的に排他条件付き取引と同様の効果を持つ行為を規制した事例である⁽⁴⁵⁾。FTC 対 Facebook 事件の第1回メモランダムは、明示的に取引を拒絶する行為がなかった点をあげて、本件行為が Lorain Journal 判決と区別されると述べている。米国の判例法における Lorain Journal 判決の位置づけを踏まえると、行為の外形に照らして、連邦地裁が述べるようにそもそも Lorain Journal 判決を持ち出して conditional dealing の主張をした FTC に問題があったのかもしれない。他方で、行為の効果に着目した場合、conditional dealing として主張された行為の効果は、Lorain 判決で問題とされ

(45) *Ibid*; HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 317- (4th ed. 2011). ただし、EINER ELHAUGE & DAMIEN GERADIN, GLOBAL ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 468- (3d ed. 2018) は Lorain が排他条件付取引型の行為であるが故に単なる取引拒絶とは異なりレメディとして取引強制を命じる必要がない点を注記している。つまり、通常、シンプルな取引拒絶の事例では、裁判所が介入した場合、取引関係に入ることの救済として命じる必要が生じるが、実質的に排他条件付き取引型の取引拒絶の場合には、単に競争者と取引関係にある事業者への差別を解消するというレメディで済むということである。

た行為の効果⁽⁴⁶⁾と類似しており、その効果に着目した場合、「他の PSN サービスを提供する事業者にのみ FB プラットフォームというツールの利用を認めない」ことにより、他の PSN サービスの参入が一定程度難しくなり、また、競争者は排除されうる可能性は状況によってはありえそうである。これは、後述の Google Shopping 事件で問題とされた自己優遇にもみられる、いわゆる RRC 型の悪影響である。

D. 自己優遇

i. なぜ自己優遇が競争法上の問題になるのか

DPF 産業の特殊性や行為主体が市場支配的地位にあること等を前提としない場合、元来、競争上の優位性を持っていることそれ自体が独禁法における「排除」となることはない。ある事業者が他の事業者に対して優位性を持っていることは、正常な競争過程の範疇であり、その優位性自体は独禁法上の問題にはならず、また、独禁法の規律のもとでは、事業者はそのような優位性を競争者に共有する義務を負うこともなければ、いわゆるレベルプレイングフィールドを創出する義務も負わないため、事業者は存分に自身の優位性を謳歌できるはずである⁽⁴⁷⁾。むしろ、企業の競争上の優位性を中和することは競争過程には害をもたらすことが知られている。つまり、従来、シンプルな梃子単独では原則的には独禁法の問題にならないと考えられてきたといえる⁽⁴⁸⁾。

ところが、近年では、上流と下流の双方で操業する DPF 運営事業者による、プラットフォームへ故に保有する情報等を利用した下流市場における自己優遇は、競争法上の問題になり得ることがしばしば指摘されるようになってきている⁽⁴⁹⁾。これは、DPF の市場特性や競争上の種々の要因が持つ

(46) Lorain Journal の行為の効果は、通常取引拒絶とは異なり、RRC 型の悪影響で説明されることが一般的である。See ANDREW GAVIL ET AL., ANTITRUST LAW IN PERSPECTIVE 450 (3d. ed, 2016); MOTTA ET AL, *supra* note 30, at 337-338.

(47) Pablo Ibáñez Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, 43 World Competition 417 (2020); Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3654083>. この文献の説明は TFEU の運用を念頭に置いたものであるが、日本でも純粋な競争法の規律によってこれらの優位性の共有や中立性の確保といった義務が課されることは原則として無い。

(48) 3 AREEDA & HOVENKAMP, *supra* note 38, at 143-145.

(49) Colomo, *supra* note 47, at 1-3.

重要性の比重の変化によって、シンプルな梃子あるいはそれに類似の形態の力や優位性の転用を通じた自社を優遇するタイプの行為が悪影響を持つ場合を懸念してのことである。

たとえば、米国の下院報告書（Subcommittee report）でも、直接に競争法上の問題として言及されているわけではないが、Google が Google Play store やその他 Google 製品及びサービス（Android, Google suite）で Google search や Google 製アプリを優遇するような条件付けを行っていたことや⁽⁵⁰⁾、Amazon がマーケットプレイス参加者らに対してサービスの利用にあたって自社広告サービスの購入を条件付けていたこと⁽⁵¹⁾等は競争法上の問題となりうる慣行・事実として取り上げられている。また、Google Shopping 事件で問題とされた、Google が自社 CSS を他の競合 CSS に優先して検索結果画面に表示する行為は、まさに上述したシンプルな梃子に近い態様の行為を通じて行われた自己優遇の典型である。

「自己優遇」の悪影響に関する説明は現行の日本法の解釈に基づけば二通りある。一つは、他の事業者にとって必須と考えられるようなインフラや投入要素に関して排他的な権利を持つ上流の事業者が下流市場において自己優遇を行うことが、市場閉鎖効果をもたらすため、競争法上の問題になるという説明である⁽⁵²⁾。もう一つは、このタイプの行為が略奪型の取引拒絶や、後述の略奪的製品開発あるいはイノベーションとして、競争者の排除が行われ、競争上の問題になるという説明が考えられる。詳しくは iii で述べるが、EU の Google Shopping 事件において、欧州委員会は、上記 2 つの説明の両方を用いて Google の自己優遇の不当性を説明しようと試みている。

ii. 定義

後でも述べるように「自己優遇」を厳密に定義することは困難であるが、一応の法学上の定義としては、Colomo（2020）の定義が参照されている⁽⁵³⁾。同文献は厳密な定義には言及していないが、一応の定義として、①水平あるいは垂直で関わり合いのある 2 つの市場が関連しており、②一方の市場を犠牲に（at the expense of others）、他の市場における自社の

(50) Subcommittee 2020, *supra* note 3, at 82, 181, 214.

(51) *See id.*, at 291.

(52) Colomo, *supra* note 47, at 9.

(53) *Id.*, at 5; OECD Digital, *supra* note 3.

活動を優遇するメカニズムが存在する場合を「自己優遇 (self-preference)」と定義づけている。

iii. 自己優遇の悪影響：Google (Shopping) 事件での評価枠組み

Google Shopping 事件において、欧州委員会は、自己優遇のセオリーオブハームを「差別」と「梃子」の2通りからの説明を試みている⁽⁵⁴⁾。

a. 差別

Google Shopping 事件において一般裁判所は、検索内容とサービスの関連性を無視して、競合の CSS よりも自社の CSS を優遇していたことに「異常性 (abnormality)」が認められ、このような行動自体が Google 自身のビジネスモデルに反するという点をあげて、Google による自己優遇の違法性を説明している⁽⁵⁵⁾。この説明は、Google が行った自己優遇が、適切な検索結果の表示という自社のビジネスモデルに矛盾しているながら、競合 CSS の排除のために行われたものであることを指摘しているのであり、略奪の効果を念頭に、まさに経済的有意性基準の考え方に依拠したものと見える^{(56) (57)}。

b. 梃子

一般裁判所は、欧州委員会が①自社 CSS をより目立たせたこと、②競合 CSS の視認性及び表示順位を低下させたこと、上記①及び②が、③消費者に影響を及ぼし、④ Google の一般検索結果からの競合 CSS へのトラフィックが失われたこと、そして、⑤ Google の検索結果は他のソースによっては効率的あるいは経済的に有効なかたちで複製できないこと、の5点に着目して Google の行為の反競争的效果を説明したと整理している⁽⁵⁸⁾。この際、裁判所は、市場の閉鎖度合い、競争者の CSS のトラフィックの低下、Google による行為に対する競合 CSS の対抗可能性といった要素を考慮しており、この点を指して委員会及びその分析を支持し

(54) European Commission Decision of 27 June 2017 case COMP/ AT.39740 Google Search (Shopping) paras 334-336.

(55) Case T-612/ 17Google and Alphabet v Commission (Google Shopping) [2021] ECLI:EU:T:2021:763, paras 177-179 [hereinafter *Google (Shopping)*].

(56) Elias Deutscher, *Google shopping and the quest for a legal test for self-preferencing under Article 102 TFEU*, 6 EUROPEAN PAPERS 1345, at 1352 (2022).

(57) この点に関しては詳しくは本論文の4も参照。

(58) Google (Shopping), paras 167-174.

た一般裁判所が Google の行為の市場閉鎖効果（RRC 型の悪影響）に着目していたと説明する文献もある⁽⁵⁹⁾。

自己優遇あるいは梃子が反競争的效果（市場閉鎖効果）を持つかどうかを考えるうえで鍵になるのは上記①及び②である。つまり、裁判所及び委員会は、①自社 CSS の改善（upgrading）と②競合 CSS の品質低下（demoting）という2つの行為をとりあげて、自己優遇の悪性を説明しているといえる。ここで問題になるのが、今後、当該一般裁判所判決の判例法にしたがって、①と②の両方が立証されなければ自己優遇の悪性は認められないのかということである。この点について、一般裁判所は必要条件とも十分条件ともしていないように読むのが素直な読み方といえる。ただし、一般裁判所は、Google による専門家証言が Google の自社 CSS の改善に関する論点にのみ触れ、競合 CSS の品質低下には言及がなかった点を理由に、当該専門家証言を退けている⁽⁶⁰⁾。このことから、自社製品・役務の改善と競合製品・役務の品質低下の両方がある初めて違法な自己優遇が成立するという判例法の理解も可能ではある。もっとも、どちらの立場が有力なのかは現時点では定かではない⁽⁶¹⁾。

E. プライバシーポリシーの抱き合わせ

Condorelli & Padilla は、支配的な地位を持つ市場において収集した消費者に関するデータを、支配的な地位を持たない市場において収集したユーザーデータと統合して利用し、前者の市場において優位に競争を進めることを「プライバシーポリシーの抱き合わせ（privacy policy tying）」と呼び、反競争効果の懸念を指摘している⁽⁶²⁾。同文献が指摘するシナリオは、ブラウザと OS といった補完的關係にあるプラットフォーム間ではなく、ユーザーに重複はみられるもののサービスの内容は一切関連を持たないプラットフォーム間を想定したものである点において特徴的である⁽⁶³⁾。また、既に独占を持っている市場（origin market：起点市場）に

(59) Elias, *supra* note 56, at 1358.

(60) Google (Shopping), paras 369-376.

(61) Elias, *supra* note 56, at 1354-1355.

(62) Daniele Condorelli and Jorge Padilla, *Harnessing Platform Envelopment in the Digital World Get access Arrow*, 16 J. COMPETITION LAW ECON. 143 (2020).

(63) *See id.*, at 161.

における優位性を、独占を持っていない市場（target market：ターゲット市場）において獲得したユーザーデータの抱き合わせより強固なものとする、という点で通常の梃子のシナリオとは異なっている。

この行為によってプラットフォーム運営事業者は改めて合意を得ることなく、各プラットフォーム上で収集した情報を統合し、両方のプラットフォームで利用することができるようになる⁽⁶⁴⁾。そして、行為者は、戦略の起点となる独占済みの市場で獲得したユーザーデータと、独占を持たず、また、起点の市場とは無関係の事業内容でありつつユーザーには重複のあるターゲット市場において、無料あるいは著しい低価格で操業することで収集した情報を抱き合わせ、これらの情報の組み合わせを利用、マネタイズすることで、起点となる市場における製品やサービスの向上等の優位性を発揮するというのが、プライバシーポリシーの抱き合わせのシナリオである。ターゲット市場におけるデータを支配下に置くことで、起点となる市場における競争上の優位性を獲得するという点が戦略の鍵になる。ターゲット市場の事業者が起点市場に参入しこの優位性を獲得しないよう、行為者はターゲット市場では積極的な低価格販売戦略をとる。この戦略により行為者は起点市場でより良い製品やサービスを提供できるようになり、また起点市場の参入を妨げることもできるため、ターゲット市場での廉売による損失を考慮しても、利益をあげられるというのが Padilla らの説明である⁽⁶⁵⁾。

この戦略の一例として紹介されているのが、Google による Android OS の無償提供である⁽⁶⁶⁾。

プライバシーポリシーの抱き合わせには、より良い製品を生み出すといった動的なインセンティブをもたらす点で競争促進効果がある。しかしその一方で、行為者は起点市場での収益を内部補助に利用し、ターゲット市場における廉売を行うのであり、周知のとおりこのような状況では行為者と同等あるいはそれ以上に効率的な事業者であってもターゲット市場で操業し続けることができない可能性が高い⁽⁶⁷⁾。通常のディープポケット理論等で説明される廉売戦略と異なるのは、この戦略が、行為者の資本金

(64) See *id.*, at 168-169.

(65) *Ibid.*

(66) See *id.*, at 169-172.

(67) See *id.*, at 173-174.

ではなく、双方の市場の情報を組み合わせマネタイズできる地位に依拠している点である⁽⁶⁸⁾。結果として、行為者はターゲット市場を独占化することを通じて起点市場の独占を長期にわたって強固なものとして維持、拡大し続けられるのである。この反競争効果は一見すると略奪的価格設定と同様のもののように捉えられるかもしれないが、Padilla らはこの効果を抱き合わせまたは梃子を通じた市場閉鎖効果、すなわち RRC で説明していると思われる⁽⁶⁹⁾。

F. フリーライドの強制（横取り）

Shelanski (2013) は、プラットフォーム運営事業者が当該プラットフォーム利用者のイノベーションを横取り (appropriate) することを、フリーライドの強制 (forced free riding) と呼び、イノベーションを排除するタイプの行為として紹介している⁽⁷⁰⁾。

このフリーライドの強制の典型として紹介されるのが、Google による飲食店レビューサイトのコンテンツを抽出し自社の検索結果ページに表示する行為である。このような行為をコンテンツスクレーピング (content scraping) と呼ぶ。あるいは、Amazon が取引型プラットフォームとして獲得した買い手と売り手双方の情報をもとに、人気商品の特徴を真似た Amazon ブランド製品を販売する行為もフリーライドの強制の一種として紹介されている⁽⁷¹⁾。

一見するとこれらの行為は知的財産権の問題として捉えられるようにも思われるが、下流の競争者のイノベーションを横取りすること (appropriation) によって下流の競争者のイノベーションへのインセンティブが損なわれることがこの行為の悪影響の根本であり、この悪影響は知的財産権を侵害せずとも生じるものである⁽⁷²⁾。また、横取りによってコンテンツを提供できる状態になることで、プラットフォーム自身のイノベーショ

(68) *Ibid.*

(69) *See id.*, at 158-159. 例えば、同論文の 167 頁でも、双方のデータの統合及びマネタイズの過程が梃子のシナリオを通じて説明されている。

(70) Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1692-1701 (2013).

(71) Khan, *supra* note 3, at 782.

(72) Shelanski, *supra* note 70, at 1700.

ンへのインセンティブも低下することが指摘されている⁽⁷³⁾。

コンテンツスクレーピングに関しては、例えば 2013 年の Google の飲食店レビューサイトからのコンテンツスクレーピングを例にあげると、問題の行為は、自社の検索結果画面に特殊なボックスを設け、そのなかにスクレーピングしたコンテンツを表示するという仕様変更であったと整理可能であり、これは、このあとに述べる略奪的イノベーションに該当するともいえる。Amazon による自社ブランド製品へのデータの利用に関しては、プラットフォーム運営事業者としての地位を利用して収集したデータを下流の競争で用いることで自社の優位性を確保、増大させる行為と整理でき、データの収集規約や利用規約が不公正ないしは差別的である、あるいは、シンプルな梃子型の自己を優遇する行為であるといった説明ができる。

G. 略奪的イノベーション

上流と下流の双方で操業する事業者が、専ら、自身が上流で供給する製品等に関する下流の競争者の製品の互換性を失わせるためだけに製品の設計や仕様を変更する行為や、消費者が上流における自社製品と下流における自社が製造する補完財の両方をその事業者から買わなければいけないような仕様に製品を作り変える行為のような、いわゆる「略奪 (predation)」として行われる製品開発や仕様変更のことを、略奪的イノベーション (predatory innovation) という⁽⁷⁴⁾。略奪的イノベーションとして分類される行為のすべてが DPF に固有の問題とは言えないが、なかには DPF 関連市場でのみ顕在化するものもありうるため、このセクションで略奪的イノベーションについて述べることにする。

略奪的イノベーションには様々な行為が包含される。以下では、このテーマについて詳細な検討をしている近時の Schrepel による論文をもとに略奪的イノベーションに関するこれまでの学説の整理を概観する⁽⁷⁵⁾。

(73) *Ibid.*

(74) *See e. g., Joseph Gregory Sidak, Debunking Predatory Innovation, 83 COLUMBIA LAW REVIEW 1121 (1983).*

(75) Thibault Schrepel, *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, 21 SMU SCI. & TECH. L. REV. 19, 27 (2018).

表1.⁽⁷⁶⁾

1	製品のモディフィケーション（変更）
	<ul style="list-style-type: none"> a. 類似製品を排除するタイプの製品の設計変更 b. 互換性を失わせるような製品の仕様変更 c. 製品の構成要素（部品等）に関する変更
2	技術上のデザインの変更
	<ul style="list-style-type: none"> a. 互換性を失わせるような技術上のデザインの変更 b. 新製品の発売予定情報を高頻度で発信する等の情報伝達戦略
3	抱き合わせ
	<ul style="list-style-type: none"> a. 競合製品との互換性を取り除くための既存製品の変更 b. 技術的抱き合わせ c. 古典的抱き合わせ

大枠の整理として略奪的イノベーションには2つのタイプがある。一つは、互換性を除去するタイプの製品やデザインの変更である。これは、3-a, b や 1-b のような実質的に補完財の技術的抱き合わせとなる行為を含む（タイプ①）。2つ目は、類似製品の信頼性や評判を低下させることで類似製品を排除するタイプの製品やデザインの変更である（タイプ②）。類似製品の排除に繋がる点で1つ目とは区別される。例えば、競合のソフトウェアを起動した場合、「安全な動作は保証できません」といったエラーメッセージを表示するタイプの行為がこれに当てはまる。

前者の評価においては、正常なイノベーションと不当な排除の識別という難問に直面するため、タイプ①は慎重な法的评价が要求されるハードケースといえる⁽⁷⁷⁾。他方で、タイプ②は一見すると cheap exclusion のよ

(76) この分類の整理は Schrepel による先行研究のサーベイをもとにしたものであるが、これらの分類は異なるベクトルからの複数の分類をそれぞれ纏めたもので、1、2、3、4 はそれぞれ独立した分類として捉えたほうが適切かもしれない。例えば、エレコム対ブラザー事件で問題とされた行為は 1-a と 3 のどちらにも当てはまりうる、といったことが起こるため、1 から 4 全体としてはいわゆる「漏れなくかぶり無い」ものではない点で注意が必要である。

(77) この評価が重要な争点となったのが日本のエレコム対ブラザー事件であった。同事件の概要及び評価の詳細については 穴戸聖「互換品の不当な抱き合わせ販売が認定された事例」法学セミナー増刊速報判例解説 vol.30（新・判例解説 Watch 2022 年 4 月）263 頁（2022 年）を参照。

うな安易な方法で行われる競合他社の評判を落とすための嫌がらせを想起させるため、前者との比較においてイージーケースのようにも思われるかもしれない。しかし、実際には、自社製品やプログラムの機能の向上を通じて他社製品の評判や信頼を相対的に低下させる状況もあるため、前者の評価と同様に慎重な法的取り扱いが求められる。

なお、Schrepel は、DPF に固有の略奪的イノベーションとして、オープンからクローズドへ、クローズドからオープンへのプラットフォームタイプの変更といったプラットフォームの変更 (modification of platform) と、独立した製品の技術上のデザイン変更 (modification of an independent product technical design) を提案している⁽⁷⁸⁾。もっとも、従来から提案されてきた略奪的イノベーションとあえて区別をしてこれらの行為を新たな分類として提示することには私見としては疑問を持っている。これは、例えば、プラットフォームのモディフィケーションは表1の分類の1-a あるいは 2-a として取り扱えば良く、デザイン変更に関しても 1-a の考え方を援用すれば足りるように思われるためである⁽⁷⁹⁾。

H. 小括

C で紹介した Facebook によるプラットフォームポリシーの採用のような複数の条件付け、あるいは、D で紹介した自己優遇、そして E, F で紹介したプライバシーポリシーの抱き合わせ、フリーライドの強制、G で言及した略奪的イノベーションなどの行為は、広い意味では「DPF 運営事業者による梃子」といえそうである。あるいは、自社が持つ優位性を利用して競争者よりも自社を優遇する行為という程度の意味で、自己を優遇する行為ともいえる。

しかし、ここで例示したすべての行為が必ずしも同じ効果を持つとは言えない。法的な分析を行ううえでは、これらを梃子や自己優遇として均一に論じることは適切ではないと思われ、いわば広義の自己優遇の中には、従来想定されてきた排除行為の類型に包摂して論じることが適切なものも

(78) See *supra* note 75.

(79) 略奪的イノベーションに関する法的評価をめぐる議論の詳細は、Thibault Schrepel, *The 'Enhanced No Economic Sense Test': Experimenting With Predatory Innovation*, 7 N.Y.U. JOURNAL OF INTELL. PROP. & ENT. LAW 30 (2018) を参照されたい。

あるかもしれない。抱き合わせ販売を通じた梘子はその最たる例である。他方で、何らかの典型的な独禁法違反行為を伴わずに、シンプルな力の転用に近い態様で行われる梘子ないしは自己優遇については、独立した新しい類型の排除を観念しなければ規制が難しいものもあるだろう。現状、日本では透明化法案でプラットフォームの提供条件や方法、取引拒絶の理由等について開示を義務付けることで事実上競争法上不当視される可能性のあるタイプの「自己優遇」や取引拒絶が禁止されているといえるが、透明化法案の規定には有効なサンクションが用意されておらず、その規定の特性上そもそも行為が競争法上不当か否かは問題とされていない⁽⁸⁰⁾。今後は競争政策やそれ以外の観点からの立法論の基礎となる独禁法の解釈論をより強固なものとする必要があり、自己優遇がどのように取り扱われるのかを整理・解明することが課題といえる。

4. 「自己優遇」の実態と課題

A. 排除の識別の理論的基礎

消費者厚生への害を前提としたとき、競争者排除型行為の市場競争への悪影響は「略奪」と「RRC」のいずれかに整合的に説明されることが一般的である。このうち略奪型の悪影響については、競争者排除型行為による競争プロセスの侵害、すなわち排除の手段としての不当性を識別するための基準が2つある。①行為が反競争的利益の獲得のみに資するものであることに悪性を見出す経済合理性基準、②同等に効率的な事業者ですら対抗できない事業活動に悪性を見出す同等効率性競争者基準である。

RRC型の悪影響については、これまで提示されてきた種々のシナリオに照らしてRRC戦略としての不当性が説明できるかどうかによって不当性の評価が行われる。単に競争者の費用を引き上げることが問題なのではない。RRC理論に基づく分析の基本枠組は、①排除または競争者の費用引き上げの有無、②市場力または価格に関する力の有無、③効率性の有無である⁽⁸¹⁾。もっとも、提案されてきたRRC戦略はこのようなシンプルなものに留まらず、Salopや米国の垂直合併ガイドラインが示すような複雑なRRC戦略もある⁽⁸²⁾。

(80) 特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律、第5条の4。

(81) GAVIL ET AL., *supra* note 46, at 455-459.

略奪型に関しては、経済合理性に着目した評価が可能となるため、例えば不当廉売や差別対価のような価格性の行為に関しては価格と費用の比較といった明瞭な分析枠組の設計ができた。しかし、例えば平均可変費用(AVC)を超える廉売や、あるいは略奪型の悪影響が問題となる競争者に対するアクセス拒絶といった行為に関しては、価格と費用の比較といった分析枠組のみではその不当性を同定できないという課題がある⁽⁸³⁾。

では、RRCの場合にはどのような法的評価枠組が考えられるだろうか。直前で紹介したRRCの三段階の評価枠組からもわかるように、RRCに関しては、事案の状況を総合考慮するというのが一般的な枠組になっており⁽⁸⁴⁾、PPB(protected profits benchmark)といった例外を除いて、価格費用基準のような分かりやすく、ルールとしての性質の強い法的基準は提案されてこなかった⁽⁸⁵⁾。

なお、たとえば略奪的イノベーションに関しては古くはOrdover & Willigが「略奪(predation)」概念をもとに論じたものであり、他方でSalop等はシャーマン法2条違反行為には「略奪」と「RRC」という2つのパラダイムがあると論じてきている。このことから、しばしばRRCと略奪は相互排他的な概念だと思われることがある。しかし、実際には、例えば、競合の補完財の互換性を除去するタイプの技術的抱き合わせを例にあげれば、当該行為はイノベーションとしての正の効果を一切もたずもつ

(82) See, e.g., U.S. Department of Justice & The Federal Trade Commission, Vertical Merger Guidelines (2020); Thomas G. Krattenmaker and Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power Over Price*, 96 YALE L.J. 209 (1986); Jaunsz A. Ordover, Garth Saloner, and Steven C. Salop, *Equilibrium Vertical Foreclosure*, 80 AM. ECON. REV. 127 (March 1990); Steven C. Salop and David T. Scheffman, *Raising Rivals' Costs: Recent Advances in the Theory of Industrial Structure*, 73 AM. ECON. REV. 267 (1983); Steven C. Salop and David T. Scheffman, *Cost-raising Strategies*, 36 J. INDUS. ECON. 19 (1987).

(83) これは、言い換えれば、価格と費用の比較といった基準を利用できない状況で、経済合理性をいかにして評価するかという課題である。この課題に関して、筆者は過去に行為者の戦略的態様を市場の客観的状況や行為者の意図から推測する、という評価枠組みを提案してきた。拙著『私的独占における排除概念の再構成』(商事法務、2022年)参照。

(84) JASRAC事件・最三小判平成27年4月28日民集69卷3号518頁。

(85) PPBについては穴戸・前掲注(83)112~114頁を参照。

ばら競合製品の排除として行われている場合には略奪とも言えるし、この行為によって補完財の市場にもたらされる市場閉鎖効果に着目して当該行為をRRC戦略と捉えることもできる。このような行為に関しては、略奪の観点から行為の手段としての不当性を推認しつつ、RRC戦略としての悪影響のシナリオの説明をより強固なものとする、というアプローチが有用と考える。

B. 新しい排除慣行の実態と法的評価枠組の現状

本論文の3では「DPFによる新しい排除慣行」として、一部の差別的取扱い・不公正な取引条件の設定、プライバシーポリシーの抱き合わせ、フリーライドの強制をみてきたが、いずれも、梘子のシナリオを通じた悪影響（leveraging theory of harm）が想定されるという点で共通している。略奪的イノベーションについては種々の戦略を包含するもので、個別の戦略によってその悪影響の性質は変わってくるが、例えばもっぱら互換品の排除に向けて主たる製品の開発事業者が製品の設計変更を行う場合などは、梘子のシナリオを通じた悪影響と言って差し支えないだろう。これらの行為類型を全て包摂する抽象的な概念として「梘子」があると整理できる。そして、しばしば、自己優遇という言葉はこの梘子と大差ない意味合いで使われているように思われる。このような「自己優遇」の用語法を以下、便宜上「広義の自己優遇」や「抽象的な意味での自己優遇」という。

梘子と一口に言ってもその悪影響の発生機序は排除の戦略・シナリオによって異なり、上記各行為を包摂する広義の「自己優遇」の悪影響は、事案の状況に応じてRRC型の悪影響と略奪型の悪影響のどちらかあるいは両方から説明されることになる。これは、後でも述べるように、「自己優遇」が概念として抽象的であるが故に略奪型とRRC型の両方の行為を包含しているだけのことであり、「自己優遇」というカテゴリーの行為が新しい種類の悪影響を持つわけではない。

この意味で、重要なのは行為の戦略的態様（シナリオ）であり、何らかの定義に基づいて問題の行為が「自己優遇」に該当すると言えたとして、そのこと自体は法的評価においてあまり重要ではない。重要なのは、悪影響の発生シナリオである。このシナリオは、略奪的イノベーションやプライバシーポリシーの抱き合わせ、フリーライドの強制などの具体化された

シナリオに問題の行為が当てはまる場合には比較的明瞭であり、採用すべき法的スタンダードについても相対的に議論の余地が少なく済むように思われる。他方で、行為態様が不公正な取引条件の設定のようなシンプルな梃子に近づくほど、悪影響の発生シナリオを事案の状況に応じて詳細に提示することが必要になり、そのシナリオに依存して参照すべき法的スタンダードも異なってくるという意味で、より慎重な法的評価枠組みの設計が必要になる。

Google Shopping 事件では、RRC と略奪両方のシナリオから評価が行われており、特に差別的取扱いとしてのセオリーオブハームに関しては、経済的有意味性テストとも解釈可能な枠組を用いた評価が行われていた⁽⁸⁶⁾。もっとも、この点には、特に非価格の行為については明確な基準を提示することが難しくなるという点で、経済的有意味性テストの採用に対する批判がある⁽⁸⁷⁾。この批判を唱える論者は、自己を優遇するタイプの差別的取り扱いについて、RRC 型の悪影響を前提に「関連する全ての状況」の考慮を求めた MEO 判決の枠組にしたがい、RRC 型の悪影響の分析を適用することを提案している⁽⁸⁸⁾。

既に述べたように不公正な取引条件の設定といったタイプの行為であっても、例えば、垂直統合企業による市場閉鎖のように略奪と RRC 両方の側面からその悪影響を説明可能なものもある。このような行為に関しては、たしかに経済的有意味性テストを利用しない評価枠組として上記提案が機能しうる。しかし、結局のところ、このタイプの自己優遇に関しては、RRC のシナリオを念頭に事案に固有の市場閉鎖効果の分析を「あらゆる状況を総合的に考慮」した場合と、略奪のシナリオを念頭に、市場シェアや市場の競争状況、行為者の意図、市場の特性、行為の差別性等の諸要因から戦略的態様の評価を行う場合とで、行為の評価の難しさは然程変わらないように思われる⁽⁸⁹⁾。この意味で、自己優遇と目される行為の

(86) もっとも、同事件における一般裁判所の「異常性 (abnormality)」に関する評価は、支配的企業の特別の責任に依拠した評価として解釈することもできる。

(87) See Elias, *supra* note 56, at 1352-1359.

(88) See *ibid.*

(89) 経済的有意味性の評価も究極的にはこれらの諸要因の総合考慮を通じて行われることになる。詳しくは、穴戸・前掲注 (83) 186~199 頁を参照。

悪影響を RRC に特別に比重を置いて考えることに実益はないといえる。

現時点では経済学的にも法学的にも、自己優遇の悪影響を RRC と略奪のどちらで説明しても差し支えないように思われ、どちらの側面からでも評価できる枠組を想定しておくことが重要だろう。自己優遇の経済的效果に関してもまだ分析が尽くされたとはいえない状況であり、その効果を知るためには事案ごとの詳細な分析を要すると考えられる⁽⁹⁰⁾。

C. 「自己優遇」という問題の核心

独禁法違反行為を伴わないシンプルな力の転用として行われる梃子が独禁法違反に該当するかどうかは予めから論じられてきたことであり、その意味では自己優遇を中心とする DPF の新しい排除慣行を巡る問題は、DPF の隆盛がみられる 2010 年代以前から競争法上の問題として認知されていた梃子の問題と連続性を有するものと言える。ここまで、自己優遇を巡る法的評価枠組みの現状を、RRC ないしは略奪の悪影響を前提とする立場から整理してきた。本章 B では、RRC ないしは略奪の観点からの総合考慮が現状としてあり得る法的評価枠組みであると整理している。たしかに、従来の梃子の議論との整合性を踏まえると、RRC 戦略として行われる梃子行為、または、略奪戦略に伴って行われる梃子行為のみが独禁法の問題となりうる⁽⁹¹⁾。

しかし、従前の議論と、近年の DPF の存在を前提とする議論とは決定的に異なる点がある。それは、DPF の種々の特性が故に、シンプルな梃子、あるいはそれに類似の行為が競争法上問題となるような悪影響をも

(90) Kittaka & Sato (2022) や Zenny (2022) では、プラットフォームによる検索結果表示における自己優遇が消費者厚生を増大させる場面もあることを示している。例えば、前者の文献では、一定の条件のもとにおいては、プラットフォームがプラットフォーム掲載を希望する販売者から徴収する手数料が高い場合には、自己優遇が消費者厚生を増大させる可能性があるとして述べられている。Yuta Kittaka and Susumu Sato, *Dual Role of the Platform and Search Order Distortion* (October 13, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3736574>; Yusuke Zenny, *Platform Encroachment and Own-Content Bias*, 70 J IND ECON 684 (2022).

(91) 例えば、Erik Hovenkamp は自己優遇について反トラスト法上の責任を問うためには相当程度の市場閉鎖効果 (foreclosure) を立証する必要があると整理している。See Hovenkamp, *supra* note 5, at 23.

たらしうることが懸念されているという点であり、この点に現代的課題としての「自己優遇」問題の核心がある。この核心に迫るためには、RRCや略奪といったフレームワークでは補足できないタイプの悪影響の作用機序の可能性も視野に入れ、従来のフレームワークにとらわれない法的評価枠組みの在り方を探ることが重要である。

D. 日本法への示唆と今後の課題

少なくとも日本の独禁法2条5項の文脈では、典型的な排除行為と非典型的な排除行為があるということは古くから知られており、仮に日本で上記のタイプの梃子行為が問題になったとして、単に、典型行為の枠に収まらない事案については非典型的な行為として処理されるという従来のフレームワークのとおり規制がすすめられることになる。この意味で、私的独占の適用を前提とすれば、基本的には排除行為の認定において行為のカテゴリライズは不要である⁽⁹²⁾。ただし、排除型私的独占の認定において行為を自己優遇とカテゴリライズすることが意味を持つ場面もありうる。自己優遇というカテゴリライズは既に述べた通り、シンプルな梃子も含め、あらゆる梃子行為が包含されうるという点で、カテゴリライズ自体に抽象性がある。これは、あらゆる行為が包含されうるにもかかわらず、定義を狭める合理的な手段はないためである⁽⁹³⁾。このように「自己優遇」は多くの場面では抽象的なカテゴリであるが、行為の効果を理解したうえで「自己優遇」というカテゴリライズでしか網にかからない行為があるのであれば、自己優遇という抽象的な概念が一般条項的な機能を果たすことになる。このタイプの自己優遇を2条5項のもとでどのように評価するのかは今後整理すべき論点の一つといえる。

上記に加えて、今後、特に議論が必要になるのは、不公正な取引方法としてこれらの行為を規制する際には個別具体的な行為がどの類型として処理されうるのかという点である。また、不公正な取引方法はそもそも巨大な力の濫用を想定して規定されたものではないということも注意が必要で

(92) これはEU法でも同様である。See e.g., Wouter P. J. Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, 37 WORLD COMPETITION: LAW AND ECONOMICS REVIEW 405 (2014).

(93) Colomo, *supra* note 47, at 16.

ある。たとえ、DPFによる自己を優遇するタイプのセオリーオブハームが具体的に確認・特定でき、なおかつそれを不正な取引方法の個別の類型に当てはめて論じることが「可能」であったとしても、それが制度の趣旨に照らして「適切」かどうかの議論が必要になる。このような事情に鑑みて、今後、本研究においては立法論の提示も視野に入れて、自己優遇と目される行為に対する独占禁止法の基本姿勢のあり方を論じていく予定である。

5. むすびにかえて

本論文の3では、自己優遇に関する言及のなかで、日本の透明化法案による自己優遇の規制が弱いサンクションを前提としたものであると述べた。ただし、透明化法案は、GDPR等の「規制ありき」の立法を懸念して慎重な立場をとるものであるという好意的な解釈も可能ではある⁽⁹⁴⁾。自己優遇には様々な悪影響のシナリオが包含されており、厳密な定義が困難であることに鑑みれば、特定の事業者による自己優遇を原則として禁止する類の立法を通じて漫然と「自己優遇」を規制してしまってもいいのかという点に関してはクリアすべき疑問が残っており、慎重な議論が必要だろう⁽⁹⁵⁾。

自己優遇は一定の状況下においては競争政策上の懸念をもたらすことが知られており、市場支配的なDPFによる市場競争を害する類の自己優遇に対しては競争法の執行が強く望まれている。しかし、他方で、少なくとも競争政策の観点においては、自己優遇を全面的に禁止することを正当化する根拠は示されていないのが現状である⁽⁹⁶⁾。

(94) 依田高典「行動経済学から迫るプラットフォーム規制:リクナビ事件を題材として」第2回JILIS情報法セミナー in 東京 (https://jilis.org/events/data/20190909tokyo_ida.pdf) (2019年9月9日)。

(95) なお、自己優遇については競争法以外の枠組で、プラットフォームの中立性といった価値を前提に規制をすればよいのだから、競争法上の評価枠組みについては真剣に考えなくてもよいという批判もありうる。しかし、私見としては、例えば、純粋な梘子に近いタイプの自己優遇について、自社製品等の「向上」と他社製品等の「低下」の両方が備わっていることを必要とするか、といった競争法上の評価の問題を整理しておくことは、他の立法や政策によって自己優遇を規制する際の参考にもなると考えている。

(96) See e.g., Yusuke Zenny, *Platform Encroachment and Own-Content Bias*,

独占禁止法における「自己優遇」の実態と課題

また、RRC や略奪といった悪影響の説明では対応できない自己優遇というものがDPFの経済的特性によって生じる可能性もあり、そのような場合に、RRC や略奪の概念を拡張して対応するのか、あるいは、異なる理屈に依拠して対応するのかといった問題も、独禁法の解釈論に残された課題といえる。

今後、政策や立法における自己優遇の取り扱いを巡る議論が活発化するであろうことを視野にいとると、規制すべき自己優遇をどのように判断・区別し、法的に評価するのかという今後の議論の指針とすべく、独禁法の理論を精緻化しておくことが重要になるといえる。

70 J IND ECON 684 (2022). 自己優遇を原則違法 (per se) の枠組で禁止することの危うさは MÄIHÄNIEMI, *supra* note 18 も指摘するとおりである。なお、特に米国を中心に、自己優遇は通常の事業活動でありビッグテックによるものも含めて規制すべきではないという論調もあるが (See e.g., Ryan Bourne and Brad Subramaniam, *The “Big Tech” Self-Preferencing Delusion*, CATO Briefing Paper No. 136, (2022). Available at <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2022-02/briefing-paper-136.pdf>), 筆者はこのような立場を取らない。本論文の主張は、あくまでも、規制すべき自己優遇はあるということを前提にしつつ、無条件に自己優遇を原則違法とすることに対して慎重な立場をとるものである。