

自己優遇に関するディスカッション

2022年10月11日

これまでの議論を踏まえた仮説（ディスカッション用）

- 第2回（7/28）及び第3回（8/19）の研究会で行われた自己優遇に関する論文報告やディスカッション内容を踏まえ、更にディスカッションを深めるべく、以下の仮説を準備した。
- 当該仮説をもとに、有識者にコメントを求めたところ、その概要は次頁以降のとおり。

【自己優遇についての現状整理（案）（ディスカッション用の仮説）】

- 自己優遇が社会によってよい結果をもたらす場合がある事が知られているが、どのような場合に自己優遇がよい結果をもたらすのかについての必要条件を列挙できるほど研究が進んでいるわけではない。
- 良いか悪いかが事前に判別できないとき、原則違法とすべきという見解はみあたらない。
- 良いか悪いかが事前に判別できないとき、合理の原理によって禁止すべきであるが、合理の立証を禁止する側がするのか、自己優遇をする側がするのかについては議論が行われているところである。
- 自己優遇によって被害を受けた人の救済が望ましいとする考え方があるが、被害者の救済が事前と事後のトレードオフ等によって、結果的に当該個人にとっての救済とならない場合などを考えると常に救済すべきというわけでもない。

有識者からのコメント①

- 事前に禁止できる自己優遇はありえる。競争法の考え方で問題であるのが明らかなのは、排他条件付取引（顧客に競争者とのいっさいの取引を禁止する）やOS等の支配的地位を他のレイヤーにレバレッジさせる行為（抱き合わせ販売、不当な拘束条件付取引）である。
- 自己優遇に関わる具体的に類型すると
 - (1) 検索サービスにおいて、自社のデジタル広告を良い位置に表示する（EUのグーグルショッピング事件）
→ これはEUで規制された事例である。
 - (2) 競合する商品を販売する際に、プラットフォームが支配するOSや検索サイトで得た競争者に係る情報を自己に有利に使用する。たとえば、競争者が販売しそうな新商品や競争者の顧客をターゲットにして、あるいは先回りして販売する。
→ (1) に準じる可能性が高い。
 - (3) プラットフォームが、競争者に対して、自己よりも有利な条件での販売を禁止する（同等性条項、MFN条項）
→ (1) に準じる場合があるかもしれない、共謀の可能性もある。
→ (2) (3) はレバレッジの危険性が高い行為は、デジタルプラットフォームの特性（OS等で支配的で、エコシステムのルールを作り、自らも競争する等）から、本来は合理の原則であるものの、立証責任を軽減したり、立証責任を転換することが十分に考えられる。
 - (4) プラットフォームが、(1)や(2)の効果がない場面で、プラットフォームだけが好きな（あるいは、自己の利益が最大化する）場所に広告を表示できるようにする。
 - (5) プラットフォームは、そのプラットフォームでのある商品の販売について販売や顧客のデータを得ており、そのデータを利用して、価格差別や抱き合わせ販売により、従来購入していなかった支払意欲の低い顧客に販売する。それにより購入価格が高くなった顧客もいる。このデータは、顧客のプライバシーに関わるので、競争者には提供しない。
→ レバレッジの危険性が高くはないが、各レイヤーでプラットフォーム自らが競争する場合には、プラットフォームの特性上競争上有利なのだから、イコールフットイングを確保させなければならないという考え方があり得る。EUには支配的事業者の「特別の責任」を負うという考え方があり、この「特別の責任」をプラットフォームにも課すという発想がある可能性がある。プラットフォームだけがもつデータを利用してはならない、あるいは競争者にもデータを開放せよ、などの自己優遇への対策において社会的厚生改善するか悪化させるかはEUではあまり気にしない。他方、米国では、伝統的に消費者厚生基準を問題にするので、新法でも合理の原則の修正や、結果として社会的厚生を見る可能性はある。日本の現在の独禁法の発想は社会的総余剰基準と大きく異なるものではない。
 - (6) 垂直統合したプラットフォームは、二重マージンを回避できたり、垂直統合による効率を獲得し、そうでないよりも安い価格を設定する。
→ 競争法上問題ないはずだが、垂直統合による効率やネットワーク効果によりえた力も、それを濫用すれば支配的地位の濫用になるという発想は、EUでは一部で見られる。

有識者からのコメント②

- 自己優遇の論点に限らず、DPF関連の議論では、
 - ①そもそも規制すべき「害悪」・「よい／悪い結果」とは何なのか
 - ②規制発動を正当化する害悪の程度は、抽象的なおそれの類で足りるのか個別的な定量分析を要するのか（事前規制であれば前者しかない）
 - ③立証責任・証拠提出責任の類を競争当局と被疑事業者のいずれが負うのか
 - ④要求される立証があまりにも複雑・高度になると私人・民間企業によるエンフォースメント（民事訴訟）が困難になってしまうのではないかと（当局によるエンフォースメントに委ねればよいのだ、と割り切ってもよいものか）などの議論が行われていると感じている。
- 第1回における議論のうち、「被害を受けた人の救済が望ましい」か否かは上記①、事前規制の是非や立証負担をめぐる議論は上記②③に、それぞれ関連する。
- 事前規制は、②についてみると、どうしても抽象的・類型的な害悪発生の可能性を根拠として行うほかなく、したがって個別の事案において過剰規制が生じるおそれを避けられない。したがって、被疑事業者に定量分析に基づく反論の機会を与えることが考えられる。
- ただし、事前規制すなわち行為が開始されたその瞬間に摘発され得るという規制において、「害悪が将来発生しない」旨の定量分析に基づく反論を被疑事業者が行為開始時に行うことは、反論に必要なデータを収集することが〔行為を開始したばかりなので〕容易ではないようにも感じる。どの程度抽象的な反論が許されるべきか、悩ましい問題ではないだろうか。
- ④は、日本では証拠収集手段がほとんどないなどの事情により、DPF分野に限らず民事訴訟で原告が勝訴することは一般にとっても難しいので、議論する実益は乏しいかもしれない。

有識者からのコメント③

- 「自己優遇」といえるための条件（定義）に依存しており、この行為の本質は、プラットフォームが
 1. 利用事業者（出品者等）の販売データを自己販売データと統合してアルゴリズムに利用している
 2. 利用事業者（出品者等）の販売努力（商品説明や写真だけでなく、コメント欄の蓄積やQ&Aを含む）に仕組み（表示のアルゴリズム）上ただ乗りしている（機会主義的に自社による販売機会を得ている）
 3. 自社販売にはプラットフォーム利用手数料がかかっていないなどの複合的要素から、競争条件の同等性（level playing field）が確保されず、歪曲した状況で競争を行っていることを問題視していると理解。
- 消費者は、現在の仕組みを前提とすると、効率的に最も安価な商品に辿り着けているので、その利益が侵害されていることを証明できない。データ統合によるイノベーションや安価で購入する機会を奪っているのかという点にも議論がある。
- 上記認識から、場の支配者であるプラットフォーム事業者に、一定の「競争条件の同等性」に関する法的な意味での責任を認めるか認めないかで結論が変わってくるのではないかと。EUはこれを積極的に認める立場で、米国はずっと認めてこなかった。現在米国議会で審議中の法案も成立・施行は難しいかもしれない。
- データ統合を認めないという方法だけでなく、データ統合の利益を利用事業者とも共有する義務を課すという自己優遇封じもあり得る。ただし、プライバシー侵害やデータ保護法制との抵触という別の懸念は生じるので問題が複雑化する。
- EUのDMAでは、超大規模なゲートキーパーのみに規制対象を絞ることで、競争者による競争の余地が限られている市場で競争への影響が極めて大きい場合に限定しようとしており、過剰規制とならないよう配慮した法的責任が定められているとみることができる。
- 最終的には、積極過誤（false positive）を懸念するか、消極過誤（false negative）を懸念するか、エビデンスに基づいた政策判断が重要。そのために経済学者の貢献が重要な役割を果たす。
- エコシステムを通じて市場支配力を有するプラットフォーム事業者については、原則として自己優遇を禁止し、自己優遇を企図する主体が害悪よりも利益の方が大きいこと、かつ、利益を維持しつつ害悪をもたらさない代替的手段が現実的には存在しないことを立証した場合のみ、例外的に自己優遇を認めるというあり方について、それなりの支持を得ているのではないかと。

有識者からのコメント④

- 経済学は「自己優遇が場合によって社会に望ましい結果をもたらす場合を出すことがある」ことを示したが、「そうでない場合もある」ことも認めている。
法学は「自己優遇が場合によって顧客を誤解させ当事者の意思決定を歪めるため不利益が生じる場合がある」ことを指摘する。しかし、それによる被害がどれほど大きいのか、刑法の詐欺や民法・消費者契約法に直ちに違反となるほどの意思決定過程の侵害と言えるかどうかまでははっきりしていない。
- 法律学も経済学も、社会にとってプラスになっている可能性はあるが、マイナスになっている可能性もあり、一律禁止はダメ、一律許容も問題がある、という点では意見が一致しているのではないか。
- 法律学と経済学の共通理解をルール化すれば「相当の理由がある場合は適法、相当の理由がない場合は違法」という整理が可能ではないか。
- 上記ルールを採用した場合には「相当の理由」の説明責任・立証責任をどちらに課するかという点が問題になる。立証責任の分配を決めるのは概ね以下の2つの要素と考えられる。
 - ・事実として存在する可能性が高いのはどちらか？（可能性の低い方に立証責任）
 - ・どちらが説明する能力・証拠を集める能力があるのか？（能力のある方に立証責任）
- これをDPFに当てはめる。伝統的な要素である前者では、上に見たようにそもそも「わからない」、無差別。後者の要素では、プラットフォームは顧客（あるいは消費者団体）よりも経済的規模が大きく説明能力・立証を集める能力が高い。以上よりプラットフォームに立証責任を課すルールが望ましいということになる。
- 以上をまとめると「自己優遇は原則として違法とする。ただしプラットフォームが相当の理由を説明した場合はのぞく」という形になるのではないか。