

公正取引委員会の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針草案に関するジョージメイソン大学アントニン・スカリア法律大学院世界独占禁止研究所の意見書

2017年5月4日

本意見書は、公正取引委員会（JFTC）の流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針草案に関する協議に対して提出されるものである。我々は、意見書を提出する機会に感謝するとともに、JFTCの透明性を称賛する。我々は独占禁止法および経済学における幅広い経験および専門的知見に基づいて、本意見書を提出している。¹

はじめに

全体として、我々は、JFTCが垂直的制限行為が競争促進効果または競争阻害効果をもたらすことを認識していることを称賛するが、指針草案について4つの主要な懸念を抱いている。

第1に、指針法案は殆どの垂直的制限行為に対し「理由のルール」または効果に基づくアプローチを適用しているように見えるが、パートI. 3およびパートIチャプター1は、「通常、競争阻害効果が大きく、原則として公正な競争を阻害するおそれのある行為である」という理由から再販売価格維持（RPM）行為を取り上げている。RPMを含む垂直的制限行為が競争を阻害することは稀であり消費者を利することが多いことを示す経済理論と経験的証拠を考慮し、² 我々はJFTCに当該アプローチを再考す

¹世界独占禁止研究所（GAI）はジョージメイソン大学のアントニン・スカリア法律大学院（スカリア・ロー）の一部門であり、世界中の競争当局および裁判所が直面する重要な独占禁止問題の法律的、経済的分析に焦点を当てている経済教育研究のための主要な国際プラットフォームである。大学教授の Joshua D. Wright, Ph.D. (経済学) は、GAI 所長であり、米国連邦取引委員会元委員である。Koren W. Wong-Ervin はGAI の理事であり、スカリア・ローの准教授であり、米国連邦取引委員会の知的財産国際反トラスト担当元法律顧問である。Douglas H. Ginsburg は、コロンビア特別区米国高等裁判所上級判事、GAI の国際諮問委員会委員長であり、米国司法省の反トラスト課担当元司法次官補である。研究・教職員開発担当準学部長で法学教授の Law Bruce H. Kobayashi, Ph.D. (経済学) はGAI の上級研究員であり創設理事である。

²例えば、James C. Cooper 他、*推論の問題としての垂直的反トラスト政策*, 23 INT'L J. INDUS. ORG. 639, 642, 658 (2005 年) (経験的文献を調査し、「一部の研究は競争促進効果と競争阻害効果の両方に合致する証拠を発見したが、... 垂直的慣行が競争を害した可能性が高い事例を特定したと主張できる研究は事実上一つもない」し、「検討された経験的研究の殆どにおいて、垂直的慣行は重大な競争促進効果を生んだことが明らかになった」と結論した。);

ることを強く促したい。セクション I I に述べる理由から、我々は、J F T C が R P M を含む全ての垂直的制限行為に対して、当該行為が引き起こす競争阻害的な損害が競争促進的な利益を上回る場合にのみ当該制限行為が非難されるという理由のルールまたは効果に基づく分析を適用するよう推奨する。

第 2 に、指針草案は、「除外効果」と「価格維持効果」という、垂直的非価格制限行為の 2 種類の効果を特定している。我々は、J F T C が、競争促進効果の証拠を求めているのと同じように、競争および不公正取引慣行の侵害行為両方に対しても実際の競争阻害効果の証拠を要求するよう主張する。我々はまた、当該委員会が、*重大な除外効果*、すなわち「メーカーの競争者が相当な期間にわたり価格上相当に不利な状況で活動することを余儀なくされるような流通の重大な割合の除外」だけを認知するよう推奨する。³「主張されている排他的取決めから生起する競争阻害的な損害の必要条件は、当該契約が最低限の効率的規模を達成するに十分な流通の割合から競争者を除外することであるというコンセンサスが生まれた」。⁴「臨界の市場シェア除外率は、生産の最小限の効率的規模であるべきである。製造において非常に大きな規模の経済がない限り、殆どの場合における競争阻害効果に必要な流通からの最小限の除外は 40 パーセントよりもはるかに大きなものである。それゆえ、40 パーセントは、この水準以上で競争阻害効果が存在する可能性が高いことを示す兆候ではなく、有益な審査の手段または「安全ルール」として考えられるべきである」。⁵

我々はまた、J F T C が反事実的世界、すなわち「排他的であると主張されている取決めまたは行為により除外される流通シェアの割合と当該取決めがない場合の流通シェアの割合の違い」を特定する分析を含めるよう強く主張する。⁶ 除外を評価するこの

Benjamin Klein、「フリーライディングなしの競争的再販売価格維持」、76 ANTITRUST L.J. 431 (2009 年); Bruce H. Kobayashi、「経済学は事業者による商品セット販売に対する信頼できるガイドを提供するか? 経済学文献の調査」、1 J. COMP. L. & ECON. 707 (2005 年); Daniel P. O'Brien、「垂直的制限行為の反トラスト的取り扱い: 可能性の定理を超えて」、垂直的制限行為の賛否両論 40, 72-76 (2008 年) (「ごく僅かな例外を除き、文献は [垂直的制限行為が] 競争阻害的理由で使用されるという見方を支持していない」し、「[垂直的制限行為] は殆どの場合、競争阻害的である可能性は低い」。) を参照。

³ Benjamin Klein、「「優秀さに基づく」流通のための競争としての排他的取引」、12 GEO. MASON L. REV. 119, 122-28 (2003 年)。

⁴ Joshua D. Wright、「ナイーブな除外分析を超えて進む」、19 GEO. MASON L. REV. 1163, 1166 (2012 年) (源泉の収集)。Derek W. Moore & Joshua D. Wright、「条件付き割引と排他的取引法」、22 GEO. MASON L. REV. 1205 (2015 年) も参照。

⁵ Klein、*前述* 注 3, 126 頁。

⁶ Wright、*前述* 注 4, 1165 頁。

ようなアプローチは、排他的であると主張されている取決めの真に競争的な効果を他の要素から区別する。

我々はまた、J F T Cが、主張されている濫用行為の期間における新規参入または参入拡大の証拠は、問題の制限が競争を除外しなかつたか、競争阻害効果をもたなかったことを示す強い兆候でありうることを明白に認めるよう推奨する。⁷ 価格の上昇に関しては、商品の変更および需要の変化を含むより高い価格を説明しうる他の要因を認め、考慮することが重要である。⁸

第3に、パート I I チャプター3は、「取引を拒絶される競争者の通常の事業活動が困難となるおそれがある」取引の一方的拒絶に対して、不公正取引慣行のライアビリティを課している。我々は、以下の理由から、J F T Cにこのアプローチを再考するよう強く促すものである。

第1に、提案されている基準（「困難となるおそれがある」）は曖昧かつ不明確である。

第2に、事業者の競争者は自己の商品に特定の物品または技術を使用したいかもしれないが、市場で競争するために特定の物品へのアクセスが必要であるという状況はたとえあったとしてもごく僅かである。実際、一方的で無条件の取引拒絶に対してライアビリティを課さない中心的理由の1つは、「実用的性格のものであり、あるファシリティが真に再製不可能なものか、単に競争上の優位にすぎないのかを判定する競争当局および裁判所の制限された能力に関係している」。⁹ 例えば、あるファシリティが複製可能かどうかを検査する信頼できる経済的または立証のテクニックは存在しない」し、多くの場合「顧客が単に1つのファシリティに対して強い好みをもつ状況を、客観的考察による顧客の選択が不可避なものである状況と区別することは困難である」。¹⁰

⁷ 国際競争ネットワーク、一方的行為ワーキンググループ、一方的行為ワークブック、CH. 6: 抱き合わせ販売およびバンドリング ¶¶ 104-05 (2015年4月)、<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/2014-15/icn%20unilateral%20conduct%20workbook%20-%20chapter%206%20tying%20and%20bundling.pdf> を参照。

⁸ 同上 ¶¶ 107-08 頁。

⁹ ROBERT O'DONOGHUE & JORGE PADILLA、第102条の法律と経済学 TFEU 518-19 頁(第2版2013年)。

¹⁰ 同上。

加えて、いくつかの事業者が同じインプットを使用することによる強要された競争は実際には、要請当事者が独自のインプットを開発するインセンティブを取り除くことにより独占を保護することになりうる。消費者の福利は価格競争によってだけ強化されるのではなく、需要が満たされていない新商品の開発によっても大幅に改善されうる。全ての競争者が同一のファシリティを共有する場合、こうしたことが起こるとしてもはるかに緩慢になるだろう。さらに、競争者が同一のファシリティと技術を共有することを許されると予想できるならば、新しい商品を開発するインセンティブは減少する。また、いくつかの競争者の間で独占を共有することは、それ自体、価格とアウトプットの改善につながらない限り、競争を増大させない。すなわち、消費者の福利を強めるという意味では何も達成されない。アクセスが提供される根拠になる条件が要請当事者が関連する下流市場で支配的事業者と効果的に競争することを許容する場合にのみ、競争は改善される。これは、支配的事業者が独占的料金を課する権利を持つか、あるいはアクセスを付与することに加えて、効率的な競争者が利益を得ることを許容するような条件を提供する義務を負うかという問題を提起する。¹¹

最後に、指針草案は、終始、「公正かつ自由な競争」を促進するという目標に言及している。とりわけ、パート I. 3は、「垂直的制限行為が公正な競争を阻害するようなら、当該制限は不公正な取引慣行として禁止される」と規定している。競争政策の制度は独占禁止法に対して福利と効果に基づくアプローチを採用したが、同時に不公正取引慣行の禁止を執行するので、この二重の執行義務は当該2つの制度の間の重大な緊張、場合によっては対立を生み出す可能性がある。経済的に堅実な競争政策は、その適用が事業者間の事後的な結果を規制しないという概念にしっかり根ざしている。すなわち、競争政策は市場における勝者と敗者を選定すべきではなく、競争プロセスを統治すべきだということである。しかし、不公正取引慣行を禁止する法律は、消費者を利するが競争者に負担になる効果をもつ一部の強力な競争行為を禁止するものと解釈できる。

不公正な取引方法を取り締まる法律を執行する責任も課せられた独占禁止への経済的アプローチにコミットする現代の競争制度は、難しい問題に直面している。それは、独占禁止制度の執行の基礎をなす経済的アプローチに忠実でありながら、不公正な取引方法の禁止をどう解釈できるかという問題である。経済的観点からすれば、一般的に受け入れられた「不公正」の定義は存在しない。しかし、不公正と競争法との適切な関係に関して2つの一般的で相容れない観点を引き出すことができる。

第1の観点は、不公正のライアビリティを独占禁止執行を補完するものとして考える。この見方に基づく不公正のライアビリティは、さもなければ独占禁止法を侵害するような事業行為が生み出すと同じ市場力の競争阻害的な獲得または創出という結果を生

¹¹ 同上。

み出す事業行為に効力を及ぼすよう意図されている。この観点に基づく不公正のライアビリティは、競争法のギャップを埋めることにより消費者を有益に保護しうるが、競争法の目的を弱めることはない。

第2の観点は、競争法と不公正を互いに代替できるものとする。この2番目の観点によると、不公正のライアビリティは競争政策の原則から完全に切り離されている。この不公正のライアビリティについての見方は、競争促進的な攻撃的慣行を非難するもので、効果に基づく競争法制度の目的を弱めることになる。米国連邦取引委員会（FTC）の100年の歴史とFTC法第5条による不公正な取引方法に対するFTCの禁止適用は、競争法の原則から切り離された不公正は消費者にとって悪い結果をもたらす可能性が強いという概念を示している。¹²

経済理論は、これら2つの相容れない観点の間で選択を行う競争制度が直面するトレードオフを明らかにしている。第1の観点は、「不公正」を事前的観点から解釈している一すなわち、重要性をもつ問題は事業者が競争する機会を与えられたかどうかということである。第2の観点は、不公正を事後的観点から解釈している一すなわち、重要性をもつ問題は競争プロセスが1つまたは複数の事業者を不利にしたかどうかということである。

不公正を事前的観点から評価することは、独占禁止への経済的アプローチと合致しうる。実際、重要性をもつ問題は競争する機会があったかどうかには焦点を当てているので、それは経済的観点から完全に重複しうる。個々の競争者にとっての結果ではなく競争プロセスが評価される。重要性をもつ市場において参入障壁があるかどうか、あるいは競争者が流通のため競争する機会から競争阻害的に排除されたかどうかなどを考慮することにより、事前的公正さが判定されうる。この不公正へのアプローチは、伝統的競争法の効果に基づくアプローチに合致している。この不公正の解釈はあらゆる国の競争法とかなり重複するものだが、通常独占禁止法によっては効力を及ぼせない競争阻害的に市場力を創出する行為に効力を及ぼす不公正分析の役割を排除しない。

¹² William E. Kovacic & Marc Winerman, 「競争政策と連邦取引委員会法第5条の適用」、76 ANTITRUST L.J. 929, 940-41 (2010年) (「他の反トラスト法の現行解釈を超えたFTCの第5条適用に関する控訴記録は感興をそそらない」); Joshua D. Wright, 連邦取引委員会委員、あなたのアジェンダは何か? ABA反トラスト春季会議7 (2013年4月11日)、http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/whats-your-agenda/130411abaspringmtg.pdf (「[Kovacic & Winermanが]‘FTCの第5条に関する経験は一般的に寒々とした記録だ’と結論していることは驚くに値しない」。) を一般的に参照。

あるいは、市場における競争の結果を検査し、結果が事後的観点から公正だったかどうかを観察することによってのみ、公正を評価できる。経済学者は長い間、「不公正」または一方的なように見える市場結果は多くの場合効率的であることを理解してきた。事後的に不公正を評価することは明らかに、一般的に消費者の福利を最大化し競争を促進することを目標としている独占禁止法との間に緊張を生むことになる。事後的に不公正は、交渉の争議の結果や価格自体、または競争を阻害する可能性が低い他の行為を律する競争ツールを許容する。例えば、交渉力を活用し価格差別に関与することはいずれも消費者の福利を増大させる可能性があるが、多くの場合事後的公正基準を侵害するよう見える。さらに、競争を阻害する可能性が少ない行為を規制することは、消費者に利益をもたらす革新などの競争促進的行為を抑制しうる。

米国の経験は、不公正に対する事後的アプローチの隠れた危険を明らかにする有益な例である。100年近くにわたり、米国FTCは「不公正な取引方法」の一貫した定義なしで活動してきており、ライアビリティは多くの場合事後的に不公正に基づいていた。その間、FTCの不公正な取引方法に関する権限の適用は多くの競争促進的行為を処罰し独占禁止法の目標に合致しない形で適用されてきたと、今理解されている。¹³ FTCは創設以来100年以上経った2015年に、不公正を伝統的な米国の独占禁止法で理解されてきた競争に対する損害の概念に明白に結び付けることにより、このアプローチを修正した。2015年のFTCの不公正な取引方法の声明は、事前的不公正だけを受け入れ、その概念を堅実な独占禁止政策の基礎にある経済的原則と結びつけた。¹⁴ 当該政策声明は、第5条の「不公正な取引方法」条項を執行する際にFTCが次の3つの原則により導かれることを明確にした。すなわち、(1) 米国の独占禁止法の先例において一般的に理解されている用語の意味における消費者の福利を促進する、(2) 競争または競争プロセスへの損害と行為の競争促進的利益とのバランスを取ることで行為を評価する、(3) 問題になっている競争上の懸念が米国の独占禁止法(シャーマン法またはクレイトン法)で十分に対処できるならば、当該行為に第5条を適用しない、という原則である。

不公正を独占禁止の原則と結びつけることは、不公正を競争法の基礎である経済的原則に整合させることを保証する。不公正な取引方法に関する法律の執行は、効率性と事業上の正当化の可能性を勘案しながら、競争への損害に焦点を当てるべきである。例えば、企業連合を形成する誘いは米国の独占禁止法の範囲外になるが、消費者の福利への脅威のゆえに不公正な取引方法として非難される。不公正は競争を害する行為に効力を

¹³ Kovacic & Winerman、*前述* 注12、940-43頁; Wright、*前述* 注12、6-7頁を参照。

¹⁴ FTC法第5条に基づく「不公正取引方法」に関する執行原則についての連邦取引委員会論述(2015年8月13日)、

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/735201/150813section5enforcement.pdf.

及ぼす有益なツールでありうるが独占禁止法の範囲内ではなく、不公正を独占禁止法の根本的目標に結びつけることが肝要である。

個別の条項に関する具体的推奨

I. パート I. 3 のマルチサイド・プラットフォームに関して

我々は、JFTCが、標準的独占禁止分析がマルチサイド・プラットフォームによる行為に適用されることを認めていることに称賛する。しかし、我々は、委員会が、ネットワーク効果が市場力または参入障壁を作り出すといふいかなる仮定も回避するよう主張し、何らかのネットワーク効果の存在と効果に関する経験的裏付けを伴う具体的事実に基づくケースバイケースの分析を推奨する。

ネットワーク効果は、使用者の数が増加するに伴い商品またはサービスの価値が増加する時に発生する。ネットワーク効果は一般的に有益なものである。¹⁵ それが無効的懸念を引き起こすか、どのような条件で懸念を引き起こすかについては議論があるが、「補完的商品（間接的ネットワーク効果）に関わる取引は補完的商品の利益を完全に内面化し、無効的懸念を提起しない」。¹⁶ 「ネットワーク効果の全ての分析におけると同じく、数量のみが効果の強度を決定するという標準的仮定は間違っている可能性が高い」。¹⁷ むしろ、例えば、広告主が最終使用者に配慮する度合いに応じて、彼らはその特性の多くにも配慮する。情報だけを求め商品を購入しない使用者の数が増えても、広告主にとって殆ど価値がないかもしれない。¹⁸ 「[例えば] 検索エンジンの広告においてネットワーク効果または規模の効果を評価することは極めて困難であり、規模はある大きさの範囲における価値の増大とは相関すらしないかもしれない」。¹⁹

マルチサイド・プラットフォームが関与する独占禁止事項のための適切な分析を理解するためには、そこにおける複雑性および相互依存性を理解することが重要である。比較的小さな変更もプラットフォームの効率的運用を阻害し、革新に否定的影響を与える

¹⁵ 例えば、Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright、「*グーグルと反トラストの限界：グーグルに対する反トラスト事案への反論*」、34 HARV. J. LAW & PUB. POL'Y 172, 208 (2011年) を参照。

¹⁶ 同上 (citing Stan J. Liebowitz & Stephen E. Margolis、「*ネットワークの外部性：稀な悲劇*」、8 J. ECON. PERSP. 133, 135 (1994年); Daniel F. Spulber、「*技術を解放する：反トラストと革新*」、4 J. COMP. L. & ECON. 915 (2008年))。

¹⁷ Manne & Wright、*前述* 注 15 208 頁。

¹⁸ 同上。

¹⁹ 同上。

ということが、重要な経済的特性である。²⁰ 公式に認められたプラットフォームの定義は存在しないが、ジャン・チャールズ・ロケットとノーベル賞受賞者であるジャン・ティローは、「プラットフォームが市場の一方のサイドにより高い料金を課し他のサイドにより支払われる価格を等しい額だけ減らすことにより取引の数量に影響を与えることができるならば、言い換えれば価格構造が重要であるなら、市場は二面市場であり、プラットフォームは両方を扱えるよう設計しなければならない。²¹

プラットフォームの典型的な特徴は、様々なグループ間、例えば供給業者と顧客の間の相互関係である。²² これらの関係および相互作用はプラットフォームに特定した投資を生み出すことが多い。²³ 同じ相互依存性はまた、価格設定および設計の決定を行う時に多様なグループ間のニーズのバランスを取るようプラットフォームに作用する。例えば、スポティファイの無料バージョン（広告を含むバージョン）は使用者を引き付けるために何百万ものデジタル音楽と多様な機能を提供しており、当該使用者が今度は広告主を引き付ける。スポティファイの事業決定はこれら2つのグループの好みのバランスを取らなければならない。広告を増やせば短期的収益が増えるが、使用者にとってのサービスの価値を減らす可能性が高い。広告を減らせば使用者にとっての価値が高まるが、広告主にとってのプラットフォームの価値が減る可能性がある。より魅力的な設計とより高品質のストリーミングは、使用者と広告主両方にとってのプラットフォームの質を高める。

様々なグループのプラットフォームに対する関係とグループ間の関係は、ノンプラットフォーム市場とは大きく異なる価格インセンティブを生み出しうる。例えば、利益最大化のためには、あるグループに対してサービスを提供する上で、例えば無料アクセスを提供したり参加できるよう補助金を提供するなどにより限界費用以下の料金を課することが必要になるかもしれない。²⁴ 例えば、スポティファイの基本バージョンは、運用費用が高くなっても最終使用者である消費者に無料で提供されている。それでも、無

²⁰ Joshua D. Wright & John Yun, 「あなたの国際ハーベスターの *Chug-a-lug-a-lugin* 時速5マイルを止めよ：近代経済学はどのようにFTCの不正分析をデジタル・プラットフォームに適合させるのか」、83 GEO. WASH. L. REV. 2130, 2135 (2015年)。

²¹ Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, 「ツーサイド市場：進捗報告」、37 RAND J. ECON. 645, 664–65頁 (2006年)。

²² Andrei Hagiu & Julia Wright, 「マルチサイド・プラットフォーム」5 (Harvard Bus. Sch. ワーキングペーパー No. 15-037, 2015年)、http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/15-037_cb5afe51-6150-4be9-ace2-39c6a8ace6d4.pdf。

²³ 同上参照。

²⁴ David S. Evans & Michael Noel, 「事業者がツーサイド・プラットフォームを運用する時の反トラスト市場を定義する」、2005 COLUM. BUS. L. REV. 667, 668, 681–82頁 (2005年) 参照。

料アクセスは当該プラットフォームのインセンティブに完全に合致している。なぜなら、スポティファイがもし全ての使用者にプラットフォームへのアクセス料金を課すならば、使用者の数は少なくなり、広告主の数も減ることを意味する。広告主が減れば、当該プラットフォームの収益も減る。それゆえ、アクセス料金を課することからくる収益の利得は広告収益が減ることからくる損失を補填するには足りないと推論するのが妥当である。²⁵

同様に、プラットフォームが設計の変更を行う時、プラットフォーム全体に及ぶ需要に影響を与える。²⁶ プラットフォームがある設計の機能、例えば購入を「検証」する指紋認証技術を導入したとすると、それは取引費用全体を削減することになる。設計変更はプラットフォーム事業者に利益を与え、同時に使用者の経験を改善することを通して消費者の福利を増大させ、アプリの購入を増やすことを通して市場でのアウトプットを増大させる。基本的プラットフォーム経済学からの1つの根本的な洞察は、とりわけ相互依存する需要がある場合において、消費者の福利はプラットフォームの異なる側面全体の総合的効果に依存するということである。重要な点は、商品の設計変更が行われる時、当該変更の利益と費用はプラットフォーム全体で感知されるということである。²⁷ 例えば、アップルのハードウェアの売上とそのオペレーティングシステムの設計の間の固有の補完的関係を見捨てるなど、プラットフォームの特定の部分だけに焦点を当てることは、多様な関係を見捨てる、当該プラットフォームがそのサービスをどのように現金化するか、これらの相互作用が最終的に消費者にどう影響するかを見捨てることになる。

対照的に、ノンプラットフォーム市場で価格設定および設計の決定を行う事業者は一般的に、当該決定が様々な市場参加者に与える差別的効果を考慮する必要がない。²⁸ 例えば、トラクターの価格を原価以下に設定したら、トラクターのインプット（原材料）供給業者からの参加増大によりそれを相殺することはできない。このアイデアはノンプラットフォームの設定では実際上無意味であるからである。このため、トラクター・メーカーが開示決定を含む価格設定または商品設計の決定を行う時、当該メーカーは自己のインプット費用および消費者への直接の効果だけに基づいてそれらの決定を行う。

プラットフォームおよびマルチサイド市場の経済学は、ノンプラットフォームの設定で適用される標準的な独占禁止原則の多くを適用することは悪い結果をもたらす可能性

²⁵ 同上 675-76 頁(「広告により支えられたメディア」の説明) 参照。

²⁶ 同上 669 頁参照。

²⁷ 同上 684 頁参照。

²⁸ 同上 668 頁参照。

が強いことを示唆している。実際、「2000年以降作成された経済学の文献は、ワンサイド事業者のモデルから派生した多くの結果は一般的に、相互依存的な異なる顧客グループにサービスを提供するマルチサイド・プラットフォームには当てはまらないことを強く示している」。²⁹

例えば、マルチサイド・プラットフォームにおける需要の相互依存性の存在は、市場力評価に対して普通に使用されるアプローチに影響する。³⁰ 米国の競争当局が競争上の効果を推論する上で市場定義と市場力に焦点を当てることをやめる動きがあることは、特筆に値する。とりわけ、2010年水平合併ガイドラインで明らかのように、競争当局は、事業者が市場力を持っているか、あるいは価格を引き上げる可能性が高いかを予測する際に、焦点をインセンティブおよび競争上の効果の直接的評価へとますます移行させており、市場シェアを使わないようになってきている。これはマルチサイド市場でも同じである。しかし、マルチサイド・プラットフォームは追加の問題を提起している。デビッド・エバンスとリチャード・シュマレンシーは次のように説明している。

マルチサイド事業者の「シェア」をどう算定するかは必ずしも明確でない。ソフトウェア・プラットフォームを考えてみよう。ソフトウェア開発業者が当該プラットフォームから得る中心的「商品」の1つは使用者へのアクセスである。使用者が得る中心的「商品」の1つはソフトウェア開発業者へのアクセスである。これら双方の各々のプラットフォーム全体におけるシェアを比較し、双方のシェアを見ることにより市場力について判断を下すことができるが、これらのシェアが同等であると予想する理由はない。³¹

加えて、マルチサイド・プラットフォームは自己の商品の1つを無料または補助金付き価格で提供することが多く、その場合は価格は使用者が受け取る価値を反映しないので、普通推奨されるような価値に基づく市場シェアの算定が不可能になる。³²

幾人かの著者が、市場力についての判断をマルチサイド・プラットフォームの1つのサイドだけの分析に基づいて行わないよう警告した。³³ プラットフォームで価格が1

²⁹ 例えば、David S. Evans & Richard Schmalensee、「マルチサイド・プラットフォーム事業者の反トラスト分析」4 (Chicago Inst. for L. & Econ., ワーキングペーパー No. 623, 2013年)、http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373 (経済文献の調査)を参照。

³⁰ 例えば、同上19-20頁参照。

³¹ 同上20頁。

³² 同上。

³³ Elena Argentesi & Lapo Filistrucchi、「ツーサイド市場における市場力を推計する：新聞の事例」、22 J. APPL. ECON. 1247 (2007年); David S. Evans、「マルチサイド・プラットフォーム市

つのサイドにおいては限界費用を大幅に上回り、他のサイドにおいては限界費用かそれ以下であるということは経験上よくあることである。³⁴ プラットフォームは競争的収益率を大幅に上回る収入をあげ、プラットフォームの他のサイドでは限界費用以下の価格にしているような独占を維持しうる。その一方のサイドだけの価格を検査することは、市場力の偽陰性の試験結果を生み出すことになる。反対に、プラットフォームは、一方のサイドでは限界費用を大幅に上回る価格設定をしている場合でも、競争的な収益率だけしか得られない場合もある。その一方のサイドだけの価格を検査することは、市場力の偽陽性の試験結果を生み出すことになる。³⁵

別の例は、市場定義に関するもの、すなわちワンサイド事業者用に開発された分析ツールをマルチサイド・プラットフォームの1つのサイドで提供されている商品を定義するのに適用することの結果に関するものである。例えば、デビッド・エバンスとマイケル・ノエルは、需要における肯定的なフィードバック効果を考慮するのを怠ることは、分析アプローチによっては、市場の幅広さを大幅に誇張したり控え目に言い過ぎたりする結果になりうることを実証した。³⁶

同じ顧客グループAおよびBにサービスを提供する2つのMSP [マルチサイド・プラットフォーム] の間の企業合併の事例を考えてみよう。市場を定義するために、アナリストは例えばサイドAの需要を満たす商品の合併から始めることで進める。なぜなら、それが競争上の懸念の焦点だからである。商品のセットは、当該商品セットに対する仮定的な独占者が、例えば商品各々の価格を5パーセント以上引き上げることができるまで拡張される。分析のため、当該商品セットが市場を定義することになる。

場の反トラスト経済学」、20 YALE J. ON REG. 325 (2003年); Minjae Song、「ツーサイド市場におけるプラットフォーム市場力を雑誌広告への適用で推計する」、(Simon Sch. of Bus. Admin., Univ. of Rochester、ワーキングペーパー No. FR 11-22、2013年)。

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1908621; E. Glen Weyl、「マルチサイド・プラットフォームの価格理論」、100 AM. ECON. R. 1642 (2010年); Julian Wright、「ツーサイド市場におけるワンサイド論理」、3 REV. NETWORK ECON. 44 (2004年)。

³⁴ Evans & Schmalensee、*前述*、注29、20頁。

³⁵ *Id.*

³⁶ David S. Evans & Michael D. Noel、「マルチサイド・プラットフォーム事業者が関与する企業合併の分析」、4 J. COMP. L. & ECON. 663 (2008年) [以下、Evans & Noel、「マルチサイド・プラットフォーム事業者が関与する企業合併の分析」]; David S. Evans & Michael D. Noel、「事業者がツーサイド・プラットフォームを運用する時の反トラスト市場を定義する」、3 COLUM. BUS. L. REV. 101 (2005年)。

しかし、アナリストはサイドBを無視することにより、当該価格引き上げがサイドBで利用できるサイドAの顧客の数を減らし、それによりサイドBの顧客が支払う価格を減らし、さらにサイドAの顧客が支払う価格をも減らすことを考慮することを怠ることになる。サイドAとサイドBの間の繋がりは価格引き上げの利益性を減少させる。それゆえ、標準的アプローチは他のサイドからくる価格への軽減効果を考慮しないので、市場は余りに狭く市場集中度の推計は余りに高く描写されることになる。しかし、我々はまた、直接には推計できない弾力性の推計値を得るための普通のワンサイド較正テクニックの使用が逆のバイアスを引き起こし、市場が余りに幅広く描写されることになりうることも示す。したがって、全体的バイアスはMSPの性格と使用される推計テクニックに依存する。

ただ誤りはより深甚なものだ。．．． それらのマルチサイドの間の関係を考慮するのを怠ることは、タイプIおよびタイプIIの誤差を引き起こしうる。³⁷

他の例は排他的行為が関与するものである。経済学者は、特定の事業慣行が消費者に損害を与える可能性が高いかどうかを分析するのを助けるための多様な分析ツールおよびモデルを開発してきたが、使用される仮定条件が変化する時にこれらの分析ツールおよびモデルの結果も変化する。³⁸ とりわけ排他的行為に関しては、独占禁止分析で使用された理論的モデルの殆どは明示的あるいは暗示的に、考慮されている事業者はワンサイドであることを仮定している。比較的少数の著者が、これらのモデルの一部をマルチサイド・プラットフォームの状況に拡大した。デビッド・エバンスとリチャード・シュマレンシーがこの作業を調査し、全体として現在までの研究は「ワンサイドの結果は一般的にマルチサイド事業者には当てはまらない」し、「経済学者がワンサイド事業者に関して行った研究はマルチサイド事業者の行為を評価するための指針を余り提供していない」ことを示していることを確認した。³⁹

最後に、効率性に関しては、中心的情報は、一方のサイドの需要を増大させることにより、プラットフォームは間接的なネットワーク外部効果を通して他のサイドの代理人にとっての価値を増大させることができ、それは「真の社会的利益であり、当該プラットフォームがそれを全てキャプチャーできる可能性は低い」ということである。⁴⁰ さらに、プラットフォームは、消費者に課した価格を増加させた以上に提供する価値を増加させるならば、全体的な消費者の福利を増大させることができる。変更の評価におい

³⁷ Evans & Noel、「マルチサイド・プラットフォーム事業者が関与する企業合併の分析」、*前述* 注36、672頁。

³⁸ Evans & Schmalensee、*前述*、注29、23–35頁(研究論文集)。

³⁹ *同上* 28頁。

⁴⁰ *同上* 35頁。

て、規制者は1つの消費者グループへの損失にだけ焦点を当て別のグループによる利得を無視するのではなく、全体的な消費者の福利を考慮すべきである。⁴¹

I I. パート I、チャプター 1 の再販売価格維持に関して

以下に述べる理由により、我々はパート I、チャプター 1 に対する次のような修正を強く主張する。

マーケティング活動の1側面として、あるいは流通業者の要請により、事業者が流通業者の販売価格を制限する場合、[(カギ括弧内は削除部分)それは原則として不公正取引慣行として違法である。なぜなら、流通業者の間の価格競争を削減または排除するからである。] 当該行為は効果に基づく分析により評価され、競争阻害効果が当該慣行により創出される競争促進の利益に優る場合にだけそれが非難されるようにする。

「経済学者はほぼ一様に、最低RPMは競争阻害的結果を生み出しうる場合もあるが、当該取決めは競争促進的であることの方が多いいことを経験的な証拠が示していることに合意している」。⁴² RPMに関する初期の経験的証拠には、1965年半ばから1982年までFTCの68件のRPM事案を分析し、当時入手できたRPMに関する経験的研究を調査したトーマス・オーバーストリートによる1983年報告書がある。⁴³ オーバーストリートは、FTCにより提起され解決された当該RPM事案の圧倒的多数がディーラーまたはメーカーの談合を助長しない市場で発生したという所見を述べ、それゆえRPM取決めは一般的に競争促進的であったと結論した。⁴⁴ 既存の経験的研究に対するオーバーストリートの調査は、RPMが社会的に望ましい結果も望ましくない結果も両方持ちうるが、当該研究はRPM取決めがどちらかと言えば競争阻害的であるという結論を支持しなかったことを示した。⁴⁵

1991年の研究で、ポーリーン・イッポリトは1975年から1982年までに報告された203件のRPM訴訟事案を検討し、当該事案は一般的にディーラーまたはメ

⁴¹ 同上参照。

⁴² Joshua D. Wright、連邦取引委員会委員、「再販売価格維持と競争法および政策に対する意味合い」、英国国際競争法研究所での発言 16 (2014年)、https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/302501/140409rpm.pdf (研究論文集)。

⁴³ THOMAS R. OVERSTREET, JR.、経済局、連邦取引委員会、「再販売価格維持：経済理論と経験的証拠」(1983年)。

⁴⁴ 同上。

⁴⁵ 同上。

メーカーの談合の理論とは合致しないと結論した。⁴⁶ とりわけ、イッポリトは、もし問題のRPM取極めがディーラーまたはメーカーの談合を反映していたという何らかの証拠を原告が持っていたなら原告は当然その申し立てを含めていたはずであるにもかかわらず、当該事案における水平的価格操作の主張は極めて稀であり、民事事案の9.8パーセント、全事案の13.1パーセントに当該主張が出てきたにすぎないという所見を述べた。⁴⁷ さらに、当該事案の殆どはRPM使用を競争促進のために正当化することを示唆する事実を提供していた。このことから、イッポリトは、談合に基づく説明よりも「サービス強化および販売強化の理論を合わせたものが[RPM]の慣行を説明するより大きな可能性を持っているようだ」と結論するに至った。⁴⁸

垂直的制限行為に関する経験的文献を要約する最近の2つの追加の経験的調査は、最低RPMが常に、または通常競争阻害的であるという主張に疑問を投げかけている。第1の調査は司法省(DOJ)とFTCの経済学者グループが著述したもので、1984年から2005年までの期間に公表された垂直的統合と垂直的制限行為の経験的効果を示す24の論文を検討している。⁴⁹ 当該研究は、証拠を注意深く総合した内容を提供し、「垂直的統合と統制の経験的分析は、当該慣行が競争を阻害したという納得できる証拠を見つけることができず、数多くの研究はそうでないことを明らかにしている」という所見を述べている。⁵⁰ 他の垂直的制限行為は扱わずRPMだけを扱っているのは選別された一握りの研究だけだったが、著者は「一部の研究は競争促進効果と競争阻害効果の両方に合致する証拠を見つけているが、... 垂直的慣行が競争を阻害した可能性が高い事例を特定したと主張できる研究は事実上一つもなかった」と結論した。⁵¹

第2の最近の経験的調査は、元FTC競争局長フランシン・ラフォンタインとマーガレット・スレイドによるもので、DOJおよびFTCの経済学者が作成した研究論文を含む23の論文を検討している。⁵² ラフォンタインとスレイドは同様の結論に到達しており、「メーカーが制限を課すことを選択する時、メーカー自体が裕福になるだけでなく、概して消費者もより高品質の商品とより良いサービスの提供から利益を得ること

⁴⁶ Pauline M. Ippolito、*「再販売価格維持：訴訟からの経験的証拠」*、34 J.L. & ECON. 263 (1991年)。

⁴⁷ 同上281頁。

⁴⁸ 同上291-92頁。

⁴⁹ Cooper 他、*前述* 注2。

⁵⁰ 同上658頁。

⁵¹ 同上。

⁵² Francine Lafontaine & Margaret Slade、*「排他的契約と垂直的制限行為：経験的証拠と公共政策」*、反トラスト経済学ハンドブック 391(Paolo Buccirossi ed., 2008年)。

を可能にしている。．．． 証拠はこのように、当該市場においてはメーカーと消費者の利害が整合する傾向があるという結論を裏付けている」と述べている。⁵³

もっと最近のRPM並びに排他的領域および前方統合という関連慣行の分析では、F T Cの経済学者ダン・オブライアンは、当該文献への3つの追加がこのような制限行為がダブル・マージナライゼーションを軽減し、小売業者の努力を促進するという新しい証拠を提供していると指摘した。⁵⁴ オブライアンはさらに続けて、「僅かな例外を除き、当該文献は当該慣行が競争阻害的理由で使用されているという見方を支持していない」し、「当該慣行は殆どの場合、競争阻害的になる可能性が低いというかなり強い従来の考え方」を支持している。⁵⁵

最低RPMの競争的効果を検査した強力な経験的文献は、最低RPMの取極めが「通常重大な競争阻害効果を持つ」ことを示唆しておらず、我々はJ F T Cに最低RPMの一般的効果に関する論述と独占禁止法または競争法を通してRPMを規制するアプローチの両方を再考するよう促す。最低限のRPMの福利効果の測定に関して、官庁は価格効果とアウトプット効果の両方を評価する必要がある。これは、「消費者福利の観点から、他の全てが同等であれば、競争促進理論と競争阻害理論のいずれもより高い価格を予測しているので、最低RPMの価格だけに対する効果を測定することは最低RPMの競争上の効果について殆ど何も明らかにしないからである。当該両理論が正反対の予測を示す最低RPMのアウトプットへの効果を分析することが、この問題を解決する」。

⁵⁶

III. パートI、チャプター2. 7の抱き合わせ販売に関して

我々は、J F T Cが、抱き合わせ販売の競争促進的利益の可能性を認め、独占禁止法に基づいて除外効果がない状況では、抱き合わせ販売「それ自体では、自動的に問題になるものではない」と述べていることを称賛する。しかし、我々は、パートI、チャプター2. 7が「もし当該販売が消費者の選択の自由を阻害する傾向があるなら」抱き合わせ販売は違法な不公正取引慣行となるものとし、「価格、品質、サービスに焦点を当てた優秀さの観点からの競争手段として正当化されない」とも述べている。我々は、以下のような理由から、この条項を削除するよう強く促すものである。

⁵³ 同上22頁。

⁵⁴ O'Brien、*前述*、注2。

⁵⁵ 同上76頁。

⁵⁶ Wright、*前述* 注42、16頁。

第1に、抱き合わせ販売は至るところで行われ、様々な事業者により広く活用されている。⁵⁷ 大多数の場合においては、パッケージ販売は「生産における規模の経済学あるいは取引および情報費用の削減により容易に説明されるもので、販売者、購入者またはその両方に明らかに利益をもたらすものである」。⁵⁸ 当該利益は、消費者にとっての低価格、新市場への参入の円滑化、メーカーおよび流通業者の間の対立的インセンティブの削減、小売業者のフリーライダー問題や他の種類の代理店問題の低減などを含みうる。⁵⁹ さらに、市場力をもつ事業者やもたない事業者により広く行われている抱き合わせ販売の競争促進的な活用のゆえに、抱き合わせ販売を本質的または推定的に（すなわち、純然たる競争阻害効果の証拠なしで）違法とすることは、多くのタイプI（偽陽性）誤差を生む可能性が強く、米国最高裁判所は当該誤差を「反トラスト法が保護するよう意図したまさしくその行為を抑制するので、とくに大きな打撃になる」と説明した。⁶⁰

第2に、米国最高裁判所が述べているように、「購入者は通常他の販売者からも買わなかったような商品を買うことを‘強要’される」という事実は「競争への有害な効果」を意味するものではない。⁶¹ アルデン・アボットとジョシュア・D・ライト博士は次のように説明している。

[米国最高裁判所の] この．．． 論述は、もし購入者が単に割引価格でのパッケージ販売で提供されている商品の全セットよりも少な目に購入したいと希望し

⁵⁷ 例えば、Bruce H. Kobayashi、「経済学は事業者による商品セット販売（バンドリング）に対する信頼できるガイドを提供するか？：経済文献の調査」、1 J. COMP. L. & ECON. 707、707-08頁（2005年）を参照；see also THOMAS T. NAGLE & REED K. HOLDEN、「価格設定の戦略と戦術：利益を生む意思決定へのガイド」（3d ed. 2002年）；David S. Evans & Michael Salinger、「事業者はなぜセット販売と抱き合わせ販売を行うのか？ 競争市場および抱き合わせ販売法実施からの証拠」、22 YALE J. ON REG. 37（2005年）；Stefan Stremersch & Gerard J. Tellis、「商品と価格の戦略的バンドリング：マーケティングのための新しい統合」、66 J. MARKETING 55（2002年）を参照。

⁵⁸ Kobayashi 前述 注57、708頁；see also David S. Evans & A. Jorge Padilla、「一方的慣行評価のための反トラスト規則を設計する：新シカゴ・アプローチ」、72 U. CHI. L. REV. 27（2005年）；Stremersch & Tellis、前述 注57、70頁。

⁵⁹ Kobayashi、前述 注57、708頁；Bruce H. Kobayashi、「バンドリングの2つの物語：セット販売割引に対する反トラスト法適用に対する意味合い」（George Mason Univ. Sch. of Law、Law & Econ. ワーキングペーパー No. 05-27（2005年））も参照。

⁶⁰ Verizon Commc'ns Inc. 対 Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP、540 U.S. 398、414（2004年）（中の引用符省略）。

⁶¹ Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 対 Hyde、466 U.S. 2、16、31（1984年）。

ているなら、セット販売（バンドリング）は違法な抱き合わせ販売にはならないと示唆している。むしろ、違法な抱き合わせ販売またはセット販売の主張で勝つためには、原告（または代理人）は、他の販売元からセットの中の1品目または複数品目の代替品を購入したいという原告の願望が妨げられた結果としての、市場における抱き合わせ商品に対する競争を阻害する他の販売者への排他的効果を示さなければならない。⁶²

このため、我々は、広く行われている抱き合わせ販売の慣行を非難する根拠としての「選択の自由」を削除し、そのかわり J F T C がライアビリティをレバレッジングや独占維持など広く容認されている経済に基づく損害理論に限定することを強く促すものである。⁶³

IV. パート II、CHAPTER 3 の単独の直接取引拒絶に関して

上記の導入部で述べた理由により、我々は、パート II、CHAPTER 3 の「取引を拒絶される競争者の通常の事業活動が困難となるおそれがある」取引拒絶は違法な不公正取引方法に該当するとしている文言の削除を強く推奨する。

導入部で述べた理由に加え、発明の結果としての商品または知的財産権を共有しなければならないことにより発明者の発明努力への報償が削減される場合、当該発明者が発明または新商品につながる研究開発に着手する可能性が低くなりうることを考慮することが重要である。⁶⁴ 同様に、事業者が他の事業者の商品や知的財産権に容易にアクセスを得ることができると知っている場合、当該事業者が革新を行うインセンティブが減り、代わりに他の事業者の高リスクで高価につく研究にフリーライドするインセンティブが増える。⁶⁵ 本分析がもつ意味は、事業者に競争者と取引することを要求することにより、革新が減り、それにより長期的に消費者を害することになる可能性が高いということである。

⁶² Alden F. Abbott & Joshua D. Wright, 「抱き合わせ販売の取極めと排他的取引に関する反トラスト分析」、4 ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS: ANTITRUST LAW AND ECONOMICS 183, 190 (Keith N. Hylton ed., 第2版 2010年)。

⁶³ Koren W. Wong-Ervin 他, 「標準的な不可欠の特許が関与する抱き合わせ販売とセット販売（バンドリング）」、24 GEO. MASON L. REV. (2017 出版予定)。

⁶⁴ 例えば、O'DONOGHUE & PADILLA, 前述 注 9; J. Gregory Sidak, 「米国の電気通信規制の経験はどのように世界的競争法のもとでの知的財産権の強制的共有を導くのか?」(Criterion Econ. ワーキングペーパー、2012年)、<https://ssrn.com/abstract=2061895> を参照。

⁶⁵ Trinko, 540 U.S. 408 頁を参照。

結論

我々は、意見書提出の機会に感謝し、本意見書に関する J F T C の質問には喜んで回答したい。