# **「ソーシャルゲームと競争秩序」補遺**

2013年9月29日記

　本小論は、下記の拙稿において書き込めなかった点などを補足するものである。

「ソーシャルゲームと競争秩序----グリー対DeNA損害賠償請求事件を素材として」法律時報85巻11号78頁以下（2013年）。

以下では、これを「本論文」と略記する。

# **１．電気通信・放送におけるプラットフォーム（PF）**

（１）本論文では、ドコモのiモードをめぐる議論に触れた。これ以降、電気通信において、PFがしばしば議論の俎上にのぼることになる。

本論文の注1でも挙げたえ総務省「通信・放送の総合的な法体系に関する研究会」報告書（2007年）は、電気通信分野におけるレイヤー構造において、「プラットフォームレイヤー」を明示した。その後、総務省・通信プラットフォーム研究会「通信プラットフォームの在り方」（2009年）は、次のようにPFを通信に特化して、認証・課金機能に着目している。

「プラットフォームはあくまで通信レイヤー上でコンテンツ・アプリケーションを円滑に流通させる機能であり、その代表的な例として認証・課金機能が挙げられる。」

＊参照、<http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/2009/pdf/090130_3_bt_1.pdf>

（２）PFについての唯一の立法例として、放送法152条の「有料放送管理業務」を挙げることができる。

　これは、2007年（平成19年）の放送法改正によって創設されたものであり、エンド・ユーザー保護というより、委託放送事業者に対し優越的地位にあるプラットフォーム事業者の業務の公正性、中立性、透明性等を確保するための規律が必要であるとの観点から規定されたものである。

　＊参照、舟田『放送制度と競争秩序』（有斐閣、2011年）12頁等を参照。

# **２．ソーシャルゲームとPF**

ソーシャルネットワーキング・サービス（SNS）のPFを介して提供されるソーシャルゲームの特徴は、ユーザー同士で一緒にゲームを楽しめるところにある。（本論文の図において、商品販売を行う専売店制との違いに注目）。したがって、本件行為は、PFによるユーザーの囲い込みが有効に機能する点で特徴的である。

このことを具体的に述べれば、ユーザーが1つのPFの中で遊べば遊ぶほど、ソーシャルネットワークの特性から同じPFに登録している友人の範囲が広がり、繋がりも強くなる。また、ゲーム内のポイントが貯まり、そのポイントは他のPFでは使えないことなどの要因から、例えば、あるグリーのユーザーは、DeNAに慣れているヘビー・ユーザーを誘うことは難しい。

これをグリーからみれば、GREEから入るユーザーは、容易にモバゲータウンに移ることなく、GREE内でアクセスし続ける傾向があるから、グリーにとってはGREE内でゲームを充実させることが、極めて重要である。この反面、モバゲータウンで、内製またはSAP提供の多様なゲームを楽しんでいるユーザーは、モバゲータウン内のユーザー間のつながりがあるので、ヘビー・ユーザーほどGREEに簡単に移れないということになる。

　このように、本件事案を、公取委の流通・取引慣行ガイドラインが、念頭においているような、メーカーによる流通業者の系列化における専売店と同列に見るのは狭すぎるのであって、本件PFの場合には、第二の市場におけるユーザーの行動様式から、本件行為のような特定SAPの囲い込みによる市場閉鎖効果がより大きいのである。

　もっとも、これらソーシャルゲームのユーザーは、少額しか投資していない者が大半であり、移り気、流行や新しいものに敏感などの傾向から、上の囲い込みは、それほど長期間保つものではなく、せいぜい数ヶ月で移り変わるようにも思われ、この点も、長期的・固定的取引が多い商品販売における取引関係と異なる点かもしれない。

# **３．排他条件付取引における市場閉鎖効果**

流通・取引慣行ガイドラインでは、排他条件付取引による競争阻害の「一応の目安」は、シェア10％または上位3位以内であるとされている（第一部第4の2、第二部第2の2）。このように低いレベルが設定されていることの理由については、以下のように考えられる。

排他条件付取引は、自分だけと取引せよという点で、相手方に対し強力な排他的効果を生む可能性がある（いわゆる「市場閉鎖効果」）。

他方で、これを受ける側は、他の事業者の商品を扱えなくなる点で、大きな打撃となるから、それなりの見返り(代償措置)が必要なはずである。そして、このように相応の見返りがある排他条件付取引は、個別企業間の「提携」などに実際によく見られることであり、排他条件付取引の多くは、1対1の個別の取引関係に限定されていることから、市場全体への影響を及ぼすことが小さく、競争の減殺の効果は持たない場合がほとんどである。

　しかし、同ガイドラインが設定された当時の議論を振り返れば、独禁法上問題になる典型的な排他条件付取引として念頭に置かれていたのは、全国的に強い支配力を持ったメーカーによる多数の流通業者を対象とする流通系列化と、多数の部品製造業者を対象とする生産系列化（下請系列）であった。このような場合でも、上記の見返りは、相手方に当該地域の独占的販売権、各種リベート、継続的取引の保障、各種の商品情報の提供などの形で行われるが、それらの具体的実施はメーカーの裁量に委ねられる場合が多かった。

　このように有力な事業者が多数の広範な取引の相手方に対し、排他条件付取引を押しつける場合には、競争の減殺の効果を持つ可能性が強い。そのような場合を想定して、上記のシェア10％（または上位3位以内）という基準が設定されたと理解される。そして、本件行為は、全国市場で2社寡占市場において第一位にある事業者が排他条件付取引を強制したという事案であるから、上記の基準をはるかに上回り、強力な市場閉鎖効果をもたらすものであった。

# **４．間接の取引拒絶**

間接の取引拒絶の公正競争阻害性については、本論文で述べた「競争の減殺」と並んで、「違法・不当な目的」による場合、濫用行為の場合などがあると説かれてきた。

＊根岸＝舟田『独占禁止法概説』218頁以下等を参照。

流通・取引慣行ガイドラインも、「取引先事業者の取引先選択の自由を侵害するとともに、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあるものであり、独占禁止法上問題となる。」（第一部第4の1。下線は舟田）と述べており、この前半部分（「取引先選択の自由を侵害」）は、「競争手段の不公正さ」に対応するものである。

　したがって、間接拒絶の公正競争阻害性について、「競争手段の不公正さ」という観点からもみるべきであるが、これは既に取引妨害における「競争手段の不公正さ」を検討したことと重なるので、本論文では割愛した。

# **５．広義の「排他的取引」**

（１）本論文では、「競争の減殺」について検討したが、ここで本件行為は、「競争を実質的に制限」するものであって、私的独占に当たるのではないかという点にも触れておこう。

一般に、行為者が，取引の相手方に対し，自己の競争者から商品の供給を受けないことを取引の条件とすることは、これまで述べてきたように、行為の具体的形態によって、排他条件付取引のほか、拘束条件付取引、間接拒絶、取引妨害などに該当する可能性がある。

　近年は、反トラスト法上の議論をふまえ、これらを広く捉えて、広義の「排他的取引」として論じられることも少なくない。公取委「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」でも、排他条件付取引などの法定の諸類型に触れずに、排他的取引の反競争性について検討している（同ガイドライン第2の3。以下、適宜「排除型私的独占ガイドライン」と略記する）。

（２）私的独占（独禁法2条5項）の要件の1つである「排除」行為とは、「他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり，新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為であって，一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行為をいう。」（排除型私的独占ガイドライン第2の1(1)）。

「排除」行為の1類型としての排他的取引とは、事業者が相手方に対し、自己の競争者との取引を禁止し、又は制限することを取引の条件とする行為またはこれと同様の効果をもつ行為である。これにより、「他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない競争者の事業活動を困難にさせる場合には，当該行為は排除行為となる」（同ガイドライン第2の3(1)）。これに該当するか否かについては、商品に係る市場全体の状況、行為者・競争者の市場における地位、行為の期間及び相手方の数・シェア、行為の態様（取引の条件・内容，行為者の意図・目的等）が総合的に考慮される（排除型私的独占ガイドライン第2の3(2)）。

以上の同ガイドラインの記述は、従来、不公正な取引方法について説かれてきた「取引先代替可能性」と「事業活動困難性」をともに満たすときに、私的独占における「排除」に当たるとするものであり、それ自体は妥当な解釈であると考えられる。ただし、これは排除の１つの類型を示したものに過ぎないのであって、これ以外の排除行為もあり得ることは当然であり、同ガイドラインも、「排除型私的独占を構成する排除行為はこれら４つの類型に当てはまるものに限られない。」と断っている。

（３）排除型私的独占ガイドラインは、以上の引用部分を示す前提として、「排除」の性格付けの際に、正常な競争手段と区別される「排除」をどう捉えるかに意を用いている。

これによれば、自己の効率性の向上のために行った事業活動であれば、そのことによって競争者を排除しても、それは正常な競争手段と認めるべきである。よりよい商品・役務を、よりよい取引条件で提供するのは、まさに正常な効率性の向上のための企業努力である。「事業者が自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供したことによって，競争者の非効率的な事業活動の継続が困難になったとしても，これは独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争の結果であり，このような行為が排除行為に該当することはない」（排除型私的独占ガイドライン第2の1(1)）。

自由な競争において、事業者は様々な手段によって競争者を市場から排除しようとするものであり、その中で特定の「排除」行為だけが、独禁法上の私的独占の行為要件に当たる。ここで問題になっている排他的取引も、多様な状況の中で合理的な競争戦略の1つとして用いられることも少なくない。特定の市場状況における、特定の事業者による特定の排他的取引だけが違法となるのである。

（４）それでは、正常な競争手段としての排他的取引と、反競争的な排他的取引をどう区別すべきか。

この点については、特に1990年代後半から米国や欧州等そして日本で多くの議論が重ねられてきた。これらの議論をふまえ、今日では、違法な排除行為を「効率性によらない排除」として性格付け、特に排他的取引等については、「ライバル費用の引き上げ行為」(RRC: Raising Rivals’ Cost)か否かで判断すべきであるという説が有力に説かれている。

これによれば、もっぱら他の事業者の競争する能力を低下させる行為、具体的には他の事業者の事業活動を行う費用を人為的に引き上げることは違法な排除行為とすべきである。すなわち、排他的取引の反競争性の有無は、それが新規参入やライバルの費用を人為的に高めたか否かによって決せられる。

　　＊「ライバル費用の引き上げ行為」についての独占禁止法上の規制をふまえた経済学からの説明として、例えば、柳川隆＝川濵昇（編）『競争の戦略と政策』（有斐閣、2006年）190頁以下、231頁以下、岡田羊祐＝林秀弥（編）「独占禁止法の経済学」（東京大学出版会、2009年）223頁以下等がある。

独占禁止法の解釈論における「ライバル費用の引き上げ行為」については、川濵昇「私的独占の規制について」後藤晃ほか（編）『日本の競争政策』（東京大学出版会、1999年）199頁以下、226頁以下、同「独占禁止法2条5項(私的独占）の再検討」『京都大学法学部 創立百週年記念論文集 第3巻民事法』(有斐閣、1999年)323頁以下､331頁、同「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田古稀祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」（三省堂、1999年）112頁以下、126頁、同「競争者排除型行為規制の理論的根拠---不公正な取引方法を中心に」公正取引671号9頁以下、18頁以下（2006年）、同「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会年報28号20頁以下､26頁(2007年)、根岸哲(編)『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009年）41頁以下（川濵昇執筆部分）、金井・川濵・泉水編『独占禁止法（第3版）』（弘文堂、2010年）第5章、特に153頁以下（山部俊文執筆部分）、川濵・前注21公正取引736号9頁以下､12頁等を参照。

（５）この観点から、これまで具体的に取り上げられてきた排他的取引の事例をみてみれば、他の事業者の競争する能力を低下させる行為には、例えば、取引の相手方が、自己の競争者と取引できないように物理的に障壁を設ける等の直接行動がある。これも、「ライバル費用の引き上げ行為」の1例といえる。

　しかし、そのような物理的な妨害は実際には稀であり、従来から「ライバル費用の引き上げ行為」の具体例として議論されてきたことの1つが、ここで問題とされている契約に基づく排他的取引である。

例えば、日米経済構造協議（1990年最終報告）においては、日本の自動車メーカーがそれぞれ自前で構築した販売網を通じて自動車を販売しているため、外国のメーカーが日本で販売するためには、輸入総代理店制度を利用するほかはなく、競争上不利であり、これは日本産業における「取引の排他性」の象徴だという批判がなされた。輸入総代理店と比べ、全国網としての販売店システムは、全国どこでもきめの細かいサービスを提供でき､強力な販売力を維持することができるからである。

日本のメーカーは、この批判に応えて、それぞれ自己の販売店で、提携先の外国メーカーの自動車を販売するという方向をとることになった。その後、日本でも外国メーカーの自動車の販売量が次第に増加するにつれ、各外国メーカーは自己の販売網を整備するようになったが、日本のメーカーの販売網に比べると貧弱であり、現在のTPPを契機とした日米協議でも、米国側がこの点を流通制度の閉鎖性として攻撃しているようである。

　この例のように、日本のメーカーがそれぞれ自己の販売店と排他条件付取引をすると、それ以外のメーカーは、新規参入して対等に競争するために、それぞれ独自に販売網を作らざるを得ず、これはかなりのコストや手間暇がかかるので、「ライバル費用の引き上げ行為」という性格を有するということになる。

（６）以上のことを本件事案に当てはめれば、DeNAの本件行為によって、グリーは有力SAPのゲームを取り入れて、ユーザーに提供することが著しく困難になっている。

DeNAと同様に、グリーも、それぞれの内製ゲームではサービスの成長・売上増に限界があるという認識から、外部の事業者によるゲーム提供という新しいビジネスモデルに基づくサービス形態（本件でいう「オープン化」）を開始したという状況をふまえれば、DeNAの本件行為は、グリーによるオープン化によるサービスという新分野への新規参入を阻止しようとしたものと捉えられる。

数多くのSAPの中でも、有力なSAPは少数であり、グリーがDeNAの本件行為によってこれら有力な特定SAPと取引できないということは、グリーが特定SAPと取引するための費用を引き上げたということになる。「ライバル費用の引き上げ行為」には、このように実際には実現できなかったという損失も含まれる。あるいは、グリーが特定SAPと取引するために高額な支援を行えば可能かもしれず、それも本件行為によって新たに発生した費用と考えることができる（「ライバル費用の引き上げ行為」論における「費用」は、実際にかかった費用だけを指すものではなく、「機会費用」などの経済学上の費用概念である）。

以上のように、DeNAの本件行為は、ライバル（競争者）であるグリーが、「オープン化」によるサービス提供という新分野への新規参入のための費用を著しく引き上げたという性格をもつ行為であり、私的独占における「排除」も当たると解される。

ばお、本件行為が私的独占に当たるとするためには、「排除」要件を満たすだけでなく、「競争を実質的に制限」するものであることが必要である。この点は、「競争の減殺」について述べた（本論文におけるニプロ事件に触れた箇所を参照）。

* 本論文脱稿後に、以下の文献に接した。

河谷清文「上位レイヤーにおける競争と手段の不公正」根岸哲先生古希記念祝賀『競争法の理論と課題』（有斐閣、2013年）323頁以下

NERA平成24年度我が国経済構造に関する競争政策的観点からの調査研究（プラットフォーム関連事業に関する理論分析）（2013年）

<http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2013fy/E003170.pdf>