

# 「人工知能(AI)時代の競争法」試論

—“アルゴリズム”によるカルテル:欧米の最新事例を踏まえて—

---

市川芳治

第90回慶應EU研究会  
Keio Jean Monnet Workshop for EU Studies  
(2016.11.12)

※発表内容等は禁無断転載

# はじめに(問題意識)

---

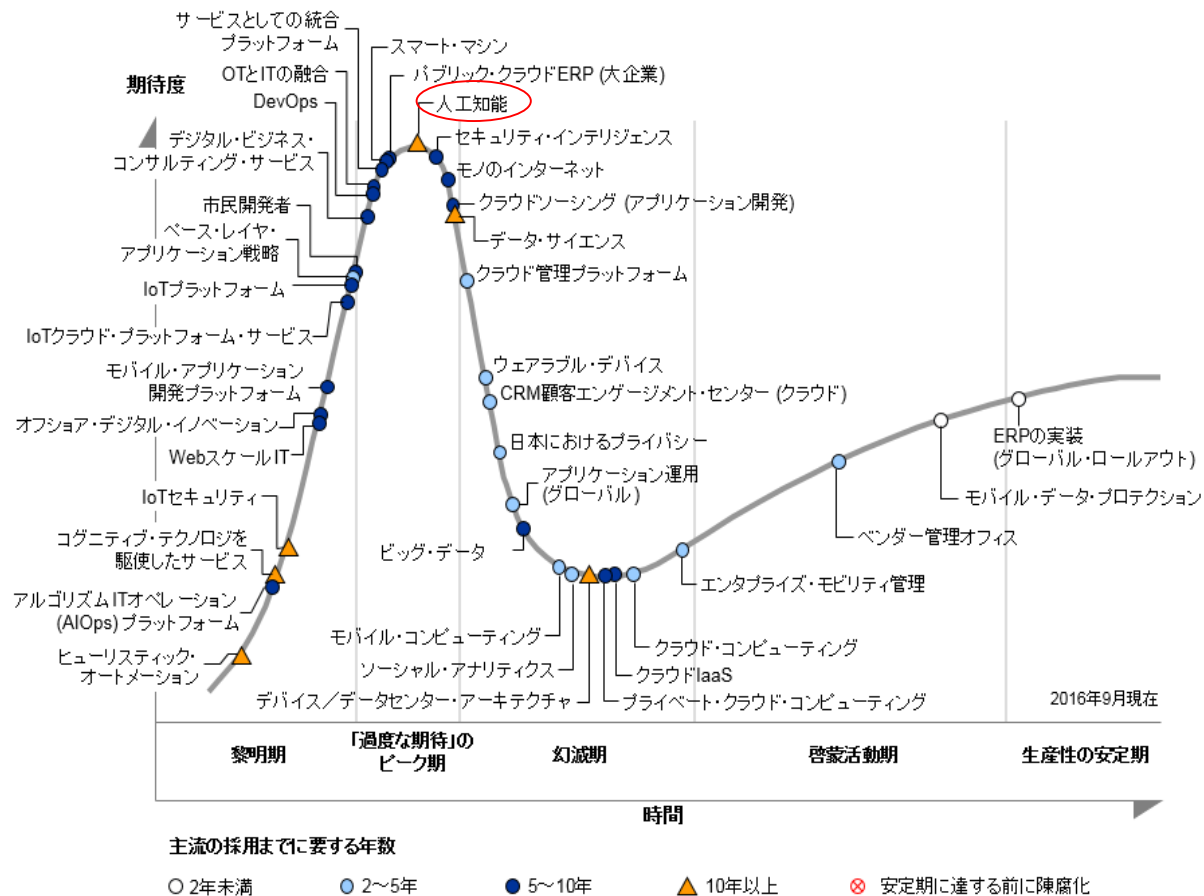
- 人工知能(AI)が、再びブームに

- 「『意思』の定義にもよりますが、最初の段階で人間によるプログラムは必須となるため、それを意思と呼ぶことが適切かはわかりません。ただ機械学習を通して、必ずしも人間に命令された通りに動くのではなく、自律的に経済行為を行うAIは登場すると思います。」
- 「そこにAIによる自発的な経済行為が生まれることで、従来型の企業や組織とは異なるプレイヤーが登場するかもしれません。」

— 暦本純一

# はじめに(問題意識)

- 人工知能(AI)が、再びブームに



## はじめに(問題意識)

---

- オンライン上の小売販売について、複数の事業者が、市場の需給を観察しつつ一定の利益を確保する同種のアルゴリズムを持った価格調整プログラムを利用した結果、自律的に、相互に依存する協調行為が観察される状況に至った場合、誰がどのような責任を負うことになるのであろうか。
- 同じく複数の事業者が、競争者の出方を含む市場の需給等に留まらない(むしろ外れた)様々なパーソナルデータから、消費者の支払意思を直接的に推定しつつ一定の利益を確保する同種のアルゴリズムを持ったプログラムを利用して個別に価格提示を行った結果、同じような状況に至った場合には、どうであろうか。

⇒結構なことだ、で、「即終了」もあり

## はじめに(問題意識)

---

### 【もう少し粘ってみます】

- 結果として価格が一定水準に収斂するこの状況は、消費者厚生観点から競争法を捉える際は特に、供給者側が競争変数を自由に左右し、超過利潤の確保を行っている状況と同じであり、市場への弊害が生じ、競争の機能が損なわれていることになる。
- 需要者から見れば、なぜか価格の変動は(ほぼ)同時に生じ、同種の財・サービスには、(ほぼ)同額が提示され続けることになる。

⇒競争法、ないしその思考枠組みに近い考え方で、対処を試みる

# 目次

---

- はじめにー人工知能と競争法
- 各国競争法のカルテル規制の“限界”
- 欧米の事例から
- 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか
- おわりにかえて

# はじめにー人工知能と競争法

---

## ■ いわゆる競争・・・

- 需要者からの選択を受けるという前提のもと、競争者の出方を見つつ行われる、事業者(“人”)の創意工夫や努力の結果が、価格等の競争変数に現れるという仕組みとして認識
- これを前提として、競争停止など、競争の機能が侵害される事象が評価されることとなるため、競争法においては、一定の「行為」要件と、市場への影響を見る弊害要件(対市場効果要件)の両者、そしてその因果関係をもって、違法性の評価が行われるのが一般的

# はじめにー人工知能と競争法

---

## 【再掲】

- オンライン上の小売販売について、複数の事業者が、市場の需給を観察しつつ一定の利益を確保する同種のアルゴリズムを持った価格調整プログラムを利用した結果、自律的に、相互に依存する協調行為が観察される状況に至った場合、誰がどのような責任を負うことになるのであろうか。
- 同じく複数の事業者が、競争者の出方を含む市場の需給等に留まらない(むしろ外れた)様々なパーソナルデータから、消費者の支払意思を直接的に推定しつつ一定の利益を確保する同種のアルゴリズムを持ったプログラムを利用して個別に価格提示を行った結果、同じような状況に至った場合には、どうであらうか。



# はじめにー人工知能と競争法

---

- 現在の競争法の概念整理に再考を迫ることなく、事業者らの「意思」が、プログラム利用の決定等、先行する行為の過程のどこかに介在したとして違法性を問うことができるのか。
- また、寡占的協調をめぐって議論され、適法とされてきた、事業者の「意識的並行行為」や「純粋な並行行為」の領域が拡大し、競争当局が、競争の機能が侵害される事案を実質的に捕捉できない状況が生じ得ることをどう考えるか。
- 一方、そもそも需要と供給の精確なマッチングは市場機能の求めるところであり、経済的効率性が向上する手段に過ぎないのであるから、違法性を問えないのではないか。
- AIに法人同様の「格」を認め、その間の協調行為に「意思の合致」を見ようとする事の妥当性をどう考えるか、という問いもあり得よう。

# 各国競争法のカルテル規制の“限界”

---

## ■ いわゆるカルテル事案・・・

- 弊害要件において、欧州ではTFEU101条1項の「目的」(by object)規定の適用、米国では当然違法の原則の適用を通じて、立証を省略
- わが国では、簡略的な立証方法を採用することで、通底した対応
  
- それゆえ、事案を検討する際には、現状の各規律の行為要件に関わる「合意(協定)(agreements)」等への該当判断において、“人”(事業者)の意思がどのような評価要素となっているかが、重要に

# 各国競争法のカルテル規制の“限界”

---

## ■ EU競争法におけるカルテル・・・

- TFEU101条の反競争的合意(協定)等の禁止の条項でカバーされており、実際の法運用に当たっては、当該行為が「合意(協定)(agreements)」  
「協調的行為(協調行動)(concerted practices)」に該当するか否かが重要なポイント
- 「合意」は、事業者間での「意思の合致」(concurrency of wills)を要件として評価されており、形式等は問われない。「協調的行為」は、事業者が明示的な合意をしていない共謀状況を、いわばセーフティ・ネットとしてカバーするものであり、現在の判例では、一体のものとして解釈
- かねて、このTFEU101条1項において、適法である「意識的並行行為」(tacit collusion; parallel behavior)と、違法な「協調的行為」の線引きは難しいとされているところ、事業者の行為の独立性・自律性＝不確実性を実質的に減殺させる直接的ないし間接的な「コンタクト(接触)」の存在の有無が主要な判断基準

# 各国競争法のカルテル規制の“限界”

---

- 米国反トラスト法におけるカルテル・・・
  - 反競争的な協調行為を禁止する米シャーマン法1条は「契約 (contract)」「結合 (combination)」「共謀 (conspiracy)」の三つの類型を規定するが、EU同様、一体的なものとして捉えて「合意 (協定) (agreement)」として扱う
  - シャーマン法1条において、反競争的な協調行為の違法性が問われるためには、「暗黙の共謀」(tacit collusion) を超えて、「共通のスキームへの意識的関わり」が立証される必要
  - 合意の違法性を示す直接証拠がない場合、推論を支える状況証拠が求められるが、これが「プラスファクター」と呼ばれるもので、適法である「暗黙の共謀」と、違法な「合意 (協調)」の区別を行うものに
  - 非難に値する行為であるためには、「暗黙の共謀」では足りず、合意の立証としては、「コミュニケーション」に関する証拠が最も重要なプラスファクターであるとされる

# 各国競争法のカルテル規制の“限界”

---

- わが国独禁法におけるカルテル・・・
  - 反競争的な協調行為を認定するためには、「共同して」という要件を満たすことが必要
  - このためには、客観的に同一またはこれに準ずる行動があるのみではならず、少なくとも、複数事業者が相互に、他の事業者の対価引上げ等の特定の事業活動を認識して、暗黙のうちに認容している（「黙示の合意」）必要に
  - これが、結果として行為が斉一化する適法の「意識的並行行為 (tacit collusion)」と、違法である「黙示の合意」とを区別するもの
  - この存在の立証に当たっては、共通の了解を作り出す、強化する行為＝“人為性”が必要となっており、事前の連絡・交渉(事前の情報交換)など『共通の了解を人為的に作り出す行為(又は強化する行為)』(人為性)を見いだして、こうした経験を積み重ねていくしかないのではないかとされているところ

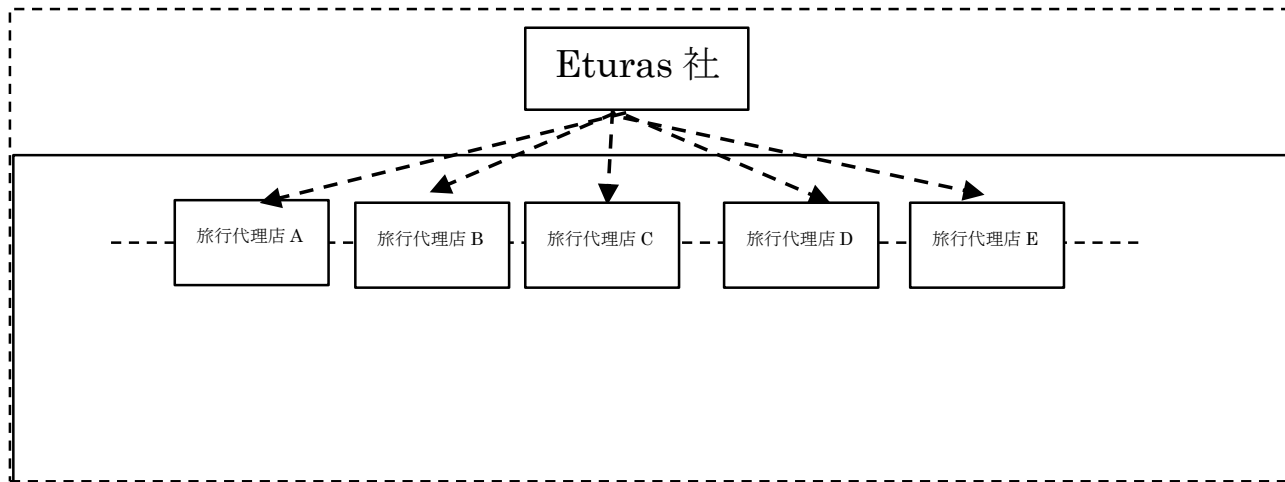
# 各国競争法のカルテル規制の“限界”

---

- 「コンタクト」「コミュニケーション」をコア概念とし、人為性に着目する評価が、カルテル事案の判断の中核(のひとつ)に
- これを前提とすると、プログラムを通じてアルゴリズムが価格等を自律的に調整できる時代が到来するならば、評価・判断方法には再考が迫られることに
- わが国の反競争的な協調行為の違法性評価でも、「結局、意思の連絡の概念とは、『単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけ』あるいは『一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみ』を越えて、何らかの形で意思を通じ合わせる行為である、と表現するしかない」と
- AI時代には、状況証拠も、誰もが入手できるプログラムの利用開始等、弊害との直接の因果関係に乏しいものに留まることが想定され、コミュニケーション等の人為性に基づく「何らかの形」を見出すことは、さらに困難に

# 欧米の事例から

## ■ EUにおける事案－Eturas事件



- リトアニアでは、旅行代理店各社は、Eturas社が独占権を持ち、管理する共通のオンラインの旅行予約システムを利用（E-TURASシステムと呼称）
- 各社は、自社の予約販売ウェブサイトにも同一の形態で展開される同システムにつき、個別に契約を結んでライセンス供与を受けている。ただし、管理者が、システムによって各社の提供するサービスの価格設定を行える等の条項は含まれていない

# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

- 各社は同システム上に個別電子アカウントを持ち、電子メールのようなメッセージ機能が備えられていたところ、2009年8月25日、Eturas社の担当者は、複数の旅行代理店に対し、オンライン上の値引率について、4%の設定から1%-3%の設定に移すことの賛否を問う「投票」と題した連絡を送付した。その後27日には、E-TURASシステムの管理者は、同システムを用いて、上記のうち少なくとも2社の旅行代理店に対し、オンライン旅行予約の割引適用に関する各社からの提案・希望を受け、割引レートを0%から3%の範囲に設定できるようにすること、この3%“キャップ”が、手数料の確保と競争条件の正常化の助けとなること、それを超えた設定の場合は自動で3%に修正されること、を伝えるメッセージを通知した(同日午後2時からの適用も付記)。
- そして通知後のシステム変更の結果、旅行代理店側は、追加的な技術手段なしには、3%を超えた割引ができなくなっていたことが確認されている。



# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

- これを受け、リトアニアの競争当局は、同システムを当該期間に用い、変更  
更に異議を唱えなかった旅行代理店については、他のユーザーの割引  
率が最大3%に制限されていることを合理的に予測できていたとし、競争  
法違反の責任があるとした。
- これは、旅行代理店が、将来に渡って適用される割引率を相互に通知し  
合い、暗示・黙示を問わず承諾したこと(implied or tacit assent)により、  
間接的に共通の意図(common intention)を表明したことになるという推  
定に基づく判断である。Eturas社については、同一市場の競合者ではな  
いものの、当該市場でこのような共謀を促進する役割があったとして、当  
該旅行代理店らとともに、TFEU101条1項の「協調的行為」に該当するとし、  
制裁金を課されることとなった。

# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

- 当該旅行代理店らはこの決定を不服として行政裁判所に提訴し、争いは最高行政裁判所 (Supreme Administrative Court) まで至った。
- 当該旅行代理店らは、E-TURASシステム上の行為は、あくまで独立・単独の行為であること、同システムを代替するものがないために割引率制限後も利用していたに過ぎないこと、別途個々のクライアントには追加割引を実施していたこと等を主張した。
- 一方、競争当局は、E-TURASシステムは、直接の接触なく「意思の合致」に至ることを可能にするものであって、割引率制限に対し異議を唱えなかったことは「黙示の承諾」に当たると主張した。
- ここにおいて、最高行政裁判所からEU司法裁判所に先決裁定 (先決付託) が行われ、以下の問いが司法裁判所に付された。

# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

### 【付託された問い】

- 割引率制限まで組み込まれたこの共通コンピュータ情報システムに参加している際には、当該事業者は、同システムの通知を認知していたか、もしくは認知しているべきであったと推定でき、割引率制限の適用に反対しないことを通じて黙示の承諾を与えたことで、TFEU101条1項の「協調的行為」(concerted practice)に参加し、責任があることを推定できると解釈すべきか

# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

- 司法裁判所は、同システムにおいて当該メッセージの「認知」があったならば、101条1項の「協調的行為」に参加していたことは推定し得る、とした。
- 「協調的行為」については、直接の証拠でなくても、客観的で一貫した状況証拠で認定は可能であるが、通知のみで内容を「認知していた」かどうかを推定することについては、EU全体の「同等性・実効性の原則」(principles of equivalence and effectiveness) 確保の観点も踏まえたうえで、証拠の評価と立証水準は、加盟国国内法規に委ねられるとした。
- また、同システムのような環境は、因果関係が確認できるならば、共通の反競争的慣行に対して、黙示の承諾を行っていたものとみなせる前提条件となるが、単なる技術的な制限の存在のみでは協調的行為への参画は推定できないとした。
- 単なるメッセージの発出のみで、「認知しているべきであった」ことの十分な証拠になるかについては、反論の機会の確保等が行われないう限り、EUにおける法の一般原則としての「推定無罪の原則」(presumption of innocence) に反することから難しいとされた。

# 欧米の事例から

---

## ■ EUにおける事案－Eturas事件

### 【法務官 (Advocate General) 意見】

- 事業者間の「一般的ではないコミュニケーション方法」が事案の中核であると捉えたうえで、このようなシステムそのものが価格の自由形成に反し、「目的」(by object) 規定に照らして明確に違法であることを踏まえ、メッセージ通知を受けつつ、反応なく同システムを利用し続けていた事業者は(通常は単なる通知は、「コミュニケーション」までは至らないが)、「協調的行為」への参加の責任を問われなくてはならない、との論を展開。

# 欧米の事例から

---

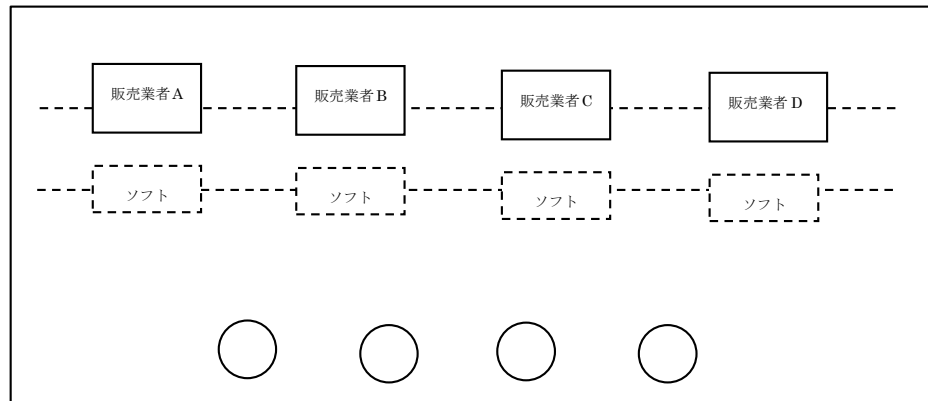
## ■ EUにおける事案－Eturas事件

### 【小括】

- コンピュータがより自律的なコントロールを行う環境においても、引き続き、従前のようなコミュニケーション等の人為性に基づく「認知」の前提は継続されるのか、あるいは本事案の提起のように、一步踏み込んで、義務違反(不作為)等を問う形で適用範囲を広げることを考えるべきなのか。
- これまでの“人為性”要件の限界が問われているだけでなく、競争法における“処罰”とは何か、その根拠は何か、という問いかけ。

# 欧米の事例から

## ■ 米国における事案－Topkins・Aston事件



- Amazon社のマーケットプレイス(Marketplace)と呼ばれる、オークションによって値段を形成する電子商取引が行われる場が舞台となった。販売者は様々な商品を販売することができ、価格、配送決定のすべてをコントロールすることができるものとなっている。両事案では、ポスター等が対象商品であった。

# 欧米の事例から

---

- 米国における事案－Topkins・Aston事件
  - 当該事業者らは、マーケットプレイス上で販売されるポスターの価格設定について、商業用に入手できるアルゴリズムベースの価格設定ソフトを用いていた。
  - 同ソフトウェアは、マーケットプレイス上で、特定の商品についての競合者の価格情報を収集し、販売者によって設定された価格で販売する機能を持っていた。
  - このような背景のもと、当該事業者らは、一定範囲のポスターの価格についての検討を行う会話やコミュニケーションに参加し、価格の固定・増加・維持・安定について合意し、各々の価格の変化の調整のために、特定のアルゴリズムを採用することを合意したとされた。そして、その合意の遵守のために、価格や売上についての情報の収集・検討等を行ったほか、価格アルゴリズムの効果のモニタリングを行ったとされた。
  - このような合意により、当該事業者らは、マーケットプレイス上で、共謀による、非競争的な超過利潤を得られる価格づけのもと、商品の販売、流通等を行っていた、とされた。



# 欧米の事例から

---

## ■ 米国における事案－Topkins・Aston事件

- 本事案は、当該事業者らが意識的・意図的に合意をするという、明確に“人”の役割が確認できるものであったが、この事案で用いられたような価格設定ソフトウェアは、既に世に数多く存在している。
- このようなソフトウェアを、各々の事業者が自律的に判断して用いる事態となれば、コンピュータが自律的なコントロールを行う環境において、コミュニケーション等の“人為性”を見いだせないがゆえに、競争当局が捕捉不能な状況が生じることも想定されることとなる。
- 競争当局においても、ソフトウェアが自律的に行動様式を形作ることができる機械学習の時代は「興味深いフロンティアであるのは間違いない」とされているゆえんである。

# 欧米の事例から

## ■ 今後を占う—Uber事案から

「我々は価格を設定しているのではない。市場が価格を設定しているのだ。我々はマーケットが何を示しているかを定めるアルゴリズムを持っているだけだ。」  
— Uber社CEO・創業者 Travis Kalanick

- ニューヨーク州南部連邦地方裁判所のクラスアクションの事案
  - あくまでTrial前の段階での判断であるが、両当事者の主張等を整理すると、提訴した側は、Uber社は同社のコンピュータベースのアルゴリズムにより、運転手たちの間の価格競争の制限を企図し、価格固定カルテルを構築・推進する役割を担った、としている。
  - 他方、Uber社側は、個々の運転手は独立して行為しており、それぞれ別個にUber社と契約したに過ぎず、水平的な合意などない、と反論している。
  - 裁判所は、Uber社の契約条件とアプリによる水平的な共謀はあり得ると判断し、Uber社のシステムが運転手たちの値下げ競争を抑止し、カルテルを安定化させ、超過利潤を得る実現可能性を上げていると判断、会合等のコンタクトの存在を重視しなかったInterstate Circuit事件を参照しつつ、事実審理に進むことを決定した

# 欧米の事例から

---

## ■ 今後を占う—Uber事案から

### 【“百家争鳴”の評価】

- 既存の競争法上の観点からは、需要が増える際に価格を上昇させる、Uber社の価格アルゴリズムを運転手間に適用している行為は、競合事業者間の合意・共謀を媒介するいわゆる“ハブ”事業者の役割であり、競争の機能の侵害に関与、あるいは促進するハブ・アンド・スポーク型 (“hub and spoke”) の反競争的な協調行為に該当する、との見解が示されている。
- この主張に対しては、Uber社自身は取引をつなぐ中立的なプラットフォームであり、顧客に運転サービスを提供するアプリを利用させ、料額はアルゴリズムで定額を算出・提供する仕組みであり、運転手は独自の判断で参加していることから、むしろ独占的なタクシー業界への挑戦であって、競争促進的であるとの評価も出されている。
- なお、Uber社と運転手の雇用・労働関係を巡っての争いも多く、その際には、競争法に関してまた別の視点を提供することにもなる。

# 欧米の事例から

---

## ■ 今後を占う—Uber事案から

### 【“百家争鳴”の評価】

- 米国反トラスト法で著名なPosner判事からは、競争法では対応できない事案であり、規制を導入すべきという意見が出されている。
- かつてのタクシー規制と同じ状況であって、Uber社が独占者として超過利潤を得られる状況であり、二面プラットフォームにおけるスイッチングの困難化—払わないなら使わなければいい、が出来ない—を認定し、ならば介入して価格規制するしか方法はない、との判断に至ったものである。
- 規制に関しては、米国食品医薬局の取り組みのような形で、利用・提供されるアルゴリズムの透明性・説明責任確保の規律を導入すべきとの声も上がっているほか、現在米国でFTCがプライバシー保護について行っているように、競争法と並ぶ形で規制を行うべきとの意見も提起されている。
- 他方、道徳・倫理的な抵抗があるのは理解できるが、経済学的には市場機能の発揮のほうが望ましく、特別な規律は必要ないとの論も提起されている。

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

「我々は、反競争的な行為については、それがタバコの煙に満たされた部屋で行われたものであれ、インターネット上で複雑な価格アルゴリズムを用いたものであれ、容赦はしない。アメリカの消費者は、一般の財・サービスのビジネス同様、自由で公正なオンライン市場の権利を持っているのだ。」

- 欧米の事案については、AIに依拠したソフトウェアの進化による判断の困難化がありつつも、“人為性”を(何とか)認定して処理できたものだと評価できよう。
- しかし、今後さらに経済活動のコンピュータ化が進めば、伝統的な法運用は、事実認定のレベルから、かなりの困難に陥ることも想定される。市場への弊害の除去をコアとして競争法のエンフォースメントを考える限り、各種違反要件の限界が試され続けることとなるであろう。
- 他方、市場の動向を見つつ、利潤を確保すべく価格設定していくという行為そのものは、競争の機能の根幹でもある。
- 経済全般を眺めるならば、こうした大規模なマッチングを中心とした経済に移行しつつあり、それ自体が経済的効率性の向上を内包していることから、政府の法・規制では直接的な対処が不十分となるため、価値創造を後押しする形で対処するなど、これまでとは別の考え方の規律を確立しなければならない、との見解もある

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

- カルテル規制としてどこまで対応が可能か、現状の延長線上での検討
- 競争の機能の維持という究極目的に照らして、AIを用いる者の果たすべき義務・責任とは何なのかという視点から、創論的な検討

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

## ■ 今後想定される類型別に各種概念の扱いを整理

	「合意（協定）」 (Agreement)	「意図」 (Intent)	「法的責任」 (Liability)
カテゴリー1 メッセンジャー	強い証拠	限定的役割	原則違法
カテゴリー2 “ハブ&スポーク”	一定の証拠	証拠は「目的」と、あり得る「効果」を明確化するために用いられる	原則違法 / 合理の原則
カテゴリー3 予測可能な代理人 (Predictable Agent)	証拠なし (「協調的行為」(concerted practice) で捉えられるか)	証拠は、「暗黙の共謀」を促進する動機と認識を示すために用いられる	おそらく FTC5 条なし TEFU102 条
カテゴリー4 自律機械 (Autonomous Machine)	証拠なし (「協調的行為」(concerted practice) で捉えられるか)	証拠なし	不明確

↑ “人為性”をどう捉えるか、という領域

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ 現状の延長線上でどこまで対応できるか

### (1)「合意」における“人為性”

- 現在は、進化するAIの「自律的」な「思考」による動作・判断による損害の法的責任はどう考えるのか等、法学の側も様々な根源的な問いを投げられている状況にある
- 総務省の研究会では、「人間によるAIネットワークシステムの制御可能性を確保すること」が、AIの規律のひとつとして掲げられ、“人”の意思の介入を意識すべきとの視点で議論も行われている



# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ 現状の延長線上でどこまで対応できるか

### (1)「合意」における“人為性”

- かつてPosnerが提起した、合意の立証が反トラスト法執行の制約になっており、市場成果に基づく合意の立証を採用すべきではないか、「暗黙の共謀」はカルテルと等価に扱うべきではないか、という“人為性”から離れた、帰結主義的なアプローチ
- EU競争法に関しては、Kaplowは、純粋な並行行為であってもカルテル同様に社会的害悪(social harm)が大きいことが指摘されることを踏まえ、同趣旨で、協調の危険性の高い領域に対する適用に言及
- 英国競争法では、違法な「行為」が見出されなくとも、寡占的な市場状況に直接規制を及ぼすことができる、「市場調査」(Market Investigation)と呼ばれる手段も存在

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ 現状の延長線上でどこまで対応できるか

### (1)「合意」における“人為性”

- 推定のバーを下げるこのような思考方法は、市場構造のせいですらより仕方がない行為を禁ずることになり得るという根源的な批判につながり、過失などが見出されない事業者の義務を高めていくことから、責任主義、罪刑法定主義との関係の議論をも生むことに。
- また、このような「事後的合理の原則形式」(Post hoc rule of reason style)は、因果の流れも逆行しており、不確実性と誤った結論(uncertainty and erratic results)をもたらすとも指摘

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ 現状の延長線上でどこまで対応できるか

### (2) 競争の機能の侵害への関与または促進寄与

- AIに依拠するソフトウェア等の機能に着目し、協調行為への関与度合いをより精緻に見る対応も考えられる。
- 近時、反競争的な協調行為については、コンサルタント会社等の媒介などについて、幅広く、しかし直接的に規律する「受動的参画」(passive participation)とも呼ぶべき事案も生まれている。この文脈に則して考えれば、同ソフトウェアを提供・利用する事業者の行為を“参画”捉えることで、規律の対象としていくことも考えられよう。

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ AIを提供・利用する事業者(法人)の責任－刑法理論からの示唆

### (1) 法人の規律の視点から

- AI時代には、結果として市場への弊害をもたらし、競争の機能を侵害する事業者(法人・団体)の義務違反をどう問えるか、その際の故意などの主観的要素はどう考えるか、といった根本的な論点の問い直しも生まれ得る状況
- わが国や英国では、大規模法人による経済犯罪等の招致への対抗策として、法人処罰に有効性が認められる
- 単なる自然人の集積とは捉えず、法人組織自体を処罰対象とする組織モデルのもと、個別の自然人に処罰に値するほどの違法・責任が備わらない場合であっても、活動が集積することで法益に対する脅威が発生し得ることに対処

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ AIを提供・利用する事業者(法人)の責任－刑法理論からの示唆

### (1) 法人の規律の視点から

- しばしば欧米の競争法領域で語られる、監督措置・コンプライアンスプログラムの実施によって処罰の可否・量刑を増減できるかという論点同様に、AIを用いる事業者(法人)の責任を扱うことが想定される。
- 例えば、競争の機能の侵害のおそれと想定されるアルゴリズムを持つソフトウェアの利用について、一定の回避措置を期待し、需要者に対し、当該アルゴリズムの透明性・説明責任確保を何らか果たしたか否かという点を通じて、義務違反との関係を問う、という視点

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ AIを提供・利用する事業者(法人)の責任－刑法理論からの示唆

### (2) 不作為責任と経済的自由(の確保)

- 不作為であっても、結果発生に一定の責任を負わせるものとなる。法の規定は作為を予定している(ように見える)犯罪が不作為によってなされる場合を指す、刑法上の「不真正不作為犯」の考え方にも通じるもの
- 自由の侵害の度合いに対応し、特別の根拠が必要であること、作為との同価値で評価できること等が論点となっており、結果不発生を保障すべき立場にある者の不作為が構成要件に該当すべき、とされる

# 既存の競争法概念はどこまで対応できるのか

---

## ■ AIを提供・利用する事業者(法人)の責任－刑法理論からの示唆

### (2) 不作為責任と経済的自由(の確保)

- 行政法としての独禁法は、客観的な独禁法違反の状態を排除して競争秩序を回復する目的であり、行為者の故意(または過失)は要件ではないが、処罰を加える場合には、原則として、責任要件としての故意の存在・期待可能性の存在が要求される(通説)
- 自由の侵害のおそれを一方で認識しつつ、経済的自由の保護のための措置の重要性を説くオルドーリベラル(Ordo-liberal)の考え方とは、親和性を持つと考えられる(公序に整合した形でのみAIを利用する義務が事業者には課されており、その認知の期待性・不作為への責任は生まれている、と)

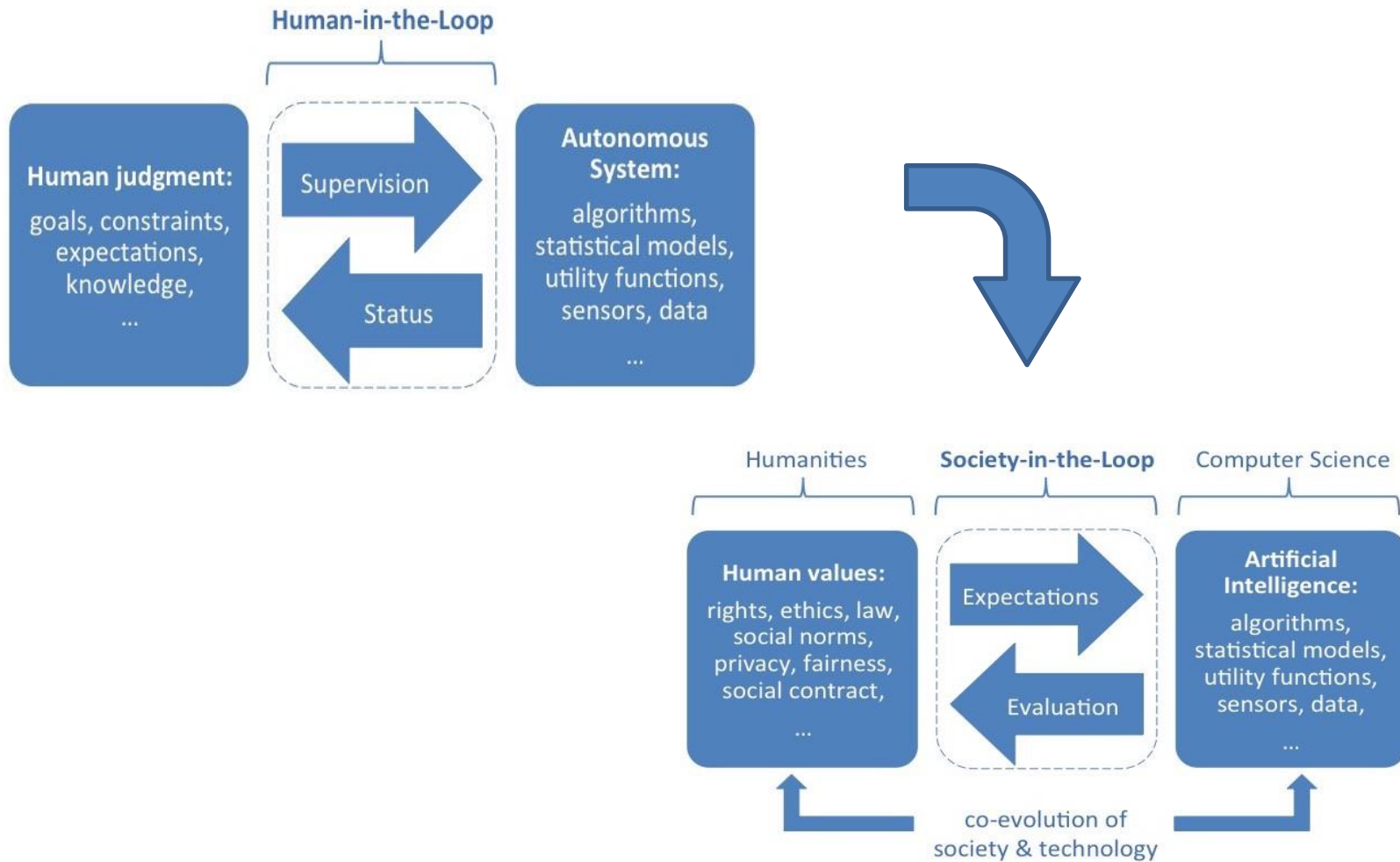
# おわりにかえて

---

- 近時、過失責任論の変容：客観化が生じており、「本人の認識」ではなく「認識できた情報・予想すべきであった事態」への対応が求められ、規範の意味が事後的に構成されるという事象が生まれている。
- 本発表で検討してきた内容は、まさにこの入り口に立ったもの。
- <強い個人>を想定し、選択に対する責任を負うモデルが近代の前提であるが、猪木が言うように、「自由の擁護を功利主義から切り離せるか」「自由とそれを護る力は不可分(「保護権(主)への依存関係」が含まれている)」という問いは、とくに競争法において再度強く響いていると考えられる。



# おわりにかえて(参考)



## (主要参考文献)

---

Andreas Heinemann and Aleksandra Gebicka, Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age, *Journal of European Competition Law & Practice*, June 3, 2016

Richard A. Posner, Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, 21 *Stanford Law Review* 1562 (1968)

Catalin S. Rusu, Eturas: Of Concerted Practices, Tacit Approval, and the Presumption of Innocence, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, Vol. 7, No. 6, p.396

Louis Kaplow, On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law, 99 *California Law Review* 683 (2011)

Salii K. Mehra, US v. Topkins: can price fixing be based on algorithms, *Journal of European Competition Law & Practice* (2016) 7(7), 470

Elai Katz, Uber Algorithm Alleged To Constitute Price-Fixing, *New York Law Journal*, June 29, 2016

Julian Nowag, The UBER-Cartel? UBER between Labour and Competition Law, Working Paper, LundLawCompWP 1/2016

## (主要参考文献)

---

David S. Evans and Richard Schmalensee, Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms, Harvard Business Review Press, 2016

Ariel Ezrahi and Maurice E. Stucke, Artificial Intelligence & Collusion: When computers inhibit competition, Working Paper CCLP(L) 40, 2015

Andrew Tutt, A New Agency: An FDA for Algorithm, Administrative Law Review, Vol. 67, 2016

公正取引委員会・競争政策センター「カルテル事件における立証手法の検討－状況証拠の活用について－」CR 02-13、2013年

根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』有斐閣、2015年

川濱昇「カルテル規制の再検討」法学論叢140巻5・6号(1997年)

鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為責任の意義と展開」本郷法政紀要 No.8、1999年

松尾豊『人工知能は人間を超えるか ディープラーニングの先にあるもの』KADOKAWA/中経出版、2015年

猪木武徳『自由の思想史 市場とデモクラシーは擁護できるか』新潮選書、2016年