

## 反トラスト法上の義務としての検索中立性

ダニエル・A・クレイン (Daniel A. Crane)\*

大久保 直樹 (訳)

### イントロダクション

インターネットが「優れた平等化装置」<sup>1</sup>と呼ばれていることを考えると、非差別的取扱いがウェブ規律の中心的な目標となるのも当然である<sup>2</sup>。とはいえ、冷遇、差別的取扱いおよび中立性が、規制原理としてもっとも扱いにくいものであることも確かである。ある人を冷遇することは、別の人を優遇することだからである。

ネット中立性を主張して成功を取めた興奮も冷めやらない中<sup>3</sup>、Googleは、ネット中立性から演繹される検索中立性義務という火の粉を払うのに

---

\* ミシガン大学教授。本稿で論じた問題について議論の相手となってくれたGoogleやMicrosoftの方々に感謝します。本稿に記されている全ての見解は、わたくし個人に帰属する。Elizabeth Cuneoの優れた研究支援に感謝する。

<sup>1</sup> たとえば、連邦通信委員会のWilliam E. Kennard委員長がthe Supercomm 2000 International Dinnerでおこなった、The Great Equalizer (June 5, 2000)と題する講演を参照。この講演の原稿は、<http://www.fcc.gov/Speeches/Kennard/2000/spwek014.html>に掲載されている。

<sup>2</sup> 世界中のインターネット監督機関にとって基本原理の1つである非差別性を論じたJOVAN KURBALIJA, AN INTRODUCTION TO INTERNET GOVERNANCE 52 (4<sup>th</sup> ed. 2010) を参照。

<sup>3</sup> Benjamin Edelman, *Bias in Search Results?: Diagnosis and Response*, 7 INDIAN J.L. & TECH. 16, 19 (2011) (「Googleの経営管理部門および公共政策部門のスタッフがネットワーク中立性に好意的であった」と証言している)。

必死である<sup>4</sup>。検索中立性は、その中身が確定し、一般人にも理解された義務であるとは言えないが、要するに、インターネット検索エンジンは、検索結果を表示する際に、関連する Web サイト上の自らのコンテンツを優遇してはならず、「中立的な」検索アルゴリズムを用いて、何らかの客観的な関連度指標にもとづき検索結果の表示順位を決定しなければならない、ということである<sup>5</sup>。

筆者は懐疑的である。ネット中立性の主張にどのような言い分があるとしても、検索中立性を一般原則として認めると、インターネット検索の有機的发展を大きく阻害する。競合する Web サイトをあからさまに排除する行為を、個別の事実関係に応じて反トラスト法で規制しようという主張ならば理解できるが、包括的な中立性の主張は、説得力が弱い。インターネット検索が、わずか数年前の「青色リンクのリスト」モデルから、最終目的である情報と Web サイト情報のインターフェースを提供するモデルへと移行するにともない、中立性原則は筋が通らなくなっている。

## 1. 青色リンクのリストから、統合的な情報プラットフォームへ

### A. 青色リンクのリスト

検索中立性の議論の大部分は、前提が時代遅れである<sup>6</sup>。それも仕方がないことだろう。というのも、インターネット検索は非常に速いスピードで発展しており、大半の情報は、最新情報として紹介される頃には古くな

<sup>4</sup> Nate Anderson, *Search Neutrality? How Google Became a Neutrality Target*, ARS TECHNICA (Apr. 29, 2010, 10:32 PM), <http://arstechnica.com/tech-policy/2010/04/search-neutrality-google-becomes-neutraliy/>

<sup>5</sup> Eric Edelman, *Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism*, 8 YALE J.L. & TECH. 188, 189 (2006) (Jason Lee Miller, *Left, Right, or Center? Can a Search Engine Be Biased?*, WebPRONEWS (May 10, 2005), <http://archive.webpronews.com/insiderreports/searchinsider/wpn-49-20050510LeftRightorCenterCanaSearchEngineBeBiased.html>) を引用している) を参照。

<sup>6</sup> Rufus Pollack, *Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search* 11 (Apr. 2009) (unpublished manuscript), available at <http://ssrn.com/abstract=1265521> を参照。

っているからである。他のダイナミックな産業と同じように、最先端から陳腐化までのスピードが速いことから、穏健なシュンペーター主義の立場を採用し、反トラスト法による介入は市場のペースについていけない可能性があると考えておくべきである。

いずれにせよ、検索中立性をめぐる議論の大半は、たとえば2005年頃の検索業界を前提としている。当時のインターネットでは、Web サイトと検索エンジンとは別のものであった<sup>7</sup>。Web サイトは、インターネットにおける情報の源泉、すなわち、ユーザーが訪問してコンテンツにアクセスする場所であった。検索エンジンは、最終的な情報は提供せずに、最終的な情報にアクセスする方法や手がかりとなる情報だけを提供する。この頃の検索エンジンの役割は明らかであった。つまり、「最も有益な Web サイト」のリストを生成し、ユーザーが検索エンジンを離脱して「できるだけ素早く適切なサイトに」到着できるようにすることであった<sup>8</sup>。数学的アルゴリズムの助けを借りて、検索エンジンは、青色リンクすなわち URL のリストとそれぞれの検索結果からの抜粋（フェアユース法理が抜粋を許容していた）を表示することによって、ユーザーの検索に応答していた。それぞれのリンクは、ユーザーが入力した単語にしたがって順位付けされていた<sup>9</sup>。こうした機械的「直観」によって、ページがユーザーの探しているものに合致する可能性が決まった<sup>10</sup>。

こうしたパラダイムにおいては、垂直統合が大問題であった。検索エンジンが Web サイトを開設して垂直的に統合しはじめると、かつては客観的だった検索アルゴリズムを操作して、検索結果を表示する際に自らのサイ

<sup>7</sup> See id. at 8-11.

<sup>8</sup> David Scheff, *Playboy Interview: Google Guys*, PLAYBOY, Sept. 2004, at 60, available at <http://www.secinfo.com/d14D5a.14cZu.htm>.

<sup>9</sup> See *The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition?: Hearing Before the S. Subcomm. on Antitrust, Competition Policy & Consumer Rights*, 112th Cong. 6 (2011) [hereinafter *Power of Google*] (statement of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc.).

<sup>10</sup> See id. at 9.

トを優先しようという誘惑にかられた<sup>11</sup>。ドライブルートを探していることを示す検索語が入力されると、Googleは、MapQuestを差しおいて、Google Mapsへのリンクを検索結果として優先的に表示するおそれがあった。検索について堅固な支配的地位を保有していることを考えると、Googleは、市場におけるMapQuestの立場を徐々に掘り崩して、Google Mapsを支配的なドライブルート検索サイトとすることができる<sup>12</sup>。

インターネット検索の「青色リンクのリスト」パラダイムが、検索中立性を強制する前提としておそろしく不適當であることをこれから示そう。しかし、その前に、「青色リンクのリスト」パラダイムそれ自体について検討してみよう。

反トラストの見地からは、「青色リンクのリスト」モデルは、垂直的統合が引き起こす独占の梃子という、お馴染みの問題を提示しているように見える。1975年のAT&Tを考えてみよう。通常、以下のような議論がされてきた<sup>13</sup>。独占の梃子は成り立たない。なぜなら、検索エンジンの独占者が、隣接するWebサイトにおける価格を引きあげれば、検索から得られる広告収入を食い潰すだけだからである。そのような指摘に対する反論としては、次のようなものがある。独占利潤は一度しか得られないという主張

<sup>11</sup> *Id.* at 2 (statement of Sen. Herb Kohl, Chairman, S. Subcomm. on Antitrust, Competition Policy & Consumer Rights).

<sup>12</sup> Foundem (イギリスにおいて垂直的な検索Webサイトを運営しているインターネット・テクノロジー企業)の共同創立者のAdam Raff氏は、まさにこのような議論をしている。Raff氏によれば、Googleが「Google Mapsを優先したために、アメリカでナンバーワンのオンライン地図サービスの座からMapQuestはほぼ一晩で引きずり下ろされた。」Adam Raff, Op-Ed., *Search, but You May Not Find*, N.Y. TIMES, Dec. 28, 2009, at A27, available at <http://www.nytimes.com/2009/12/28/opinion/28raff.html> さらに言えば、Googleは「全世界の検索市場を独占しており、競争者を不利な立場に追い込みつつ自らのサービスを検索結果の筆頭に置くことができる」ため、「ほぼ克服不可能な競争上の有利」を手にすることができ、そのような戦略が実行にうつされると、既存事業者はなすすべなくひっくり返され、新規参入者は参入を妨害され、技術革新は危機に瀕した。

<sup>13</sup> 概観するには、Geoffrey A. Manne & Joshua D. Wright, *If Search Neutrality Is the Answer, What's the Question?*, 2012 COLUM. BUS. L.REV. 151 (2012)を参照。

は、主たる商品と従たる商品の消費比率が一定の場合だけであり、検索サービスとWebサイトはそうではない。また、たいていの検索サービスとWebサイト機能に対し直接に対価を支払うのは、需要者ではなく広告主であって、広告主は、Webサイトと検索エンジンを補完的な関係ではなく代替的な広告掲載ルートと考えている。この反論に対する再反論としては、垂直的統合は二重限界化を解消するので、価格の低下につながるなどといったものがある。

仮に検索エンジンの独占を梃子にして隣接Webサイトに殴り込みをかけることが、理論上合理的な企業行動であると仮定しても、現実合致しているかどうかを検討しなければならない。ある検索エンジンが他の検索エンジンを圧倒しているからといって、近隣のWebサイトを後押ししたりおとしめたりできるとは限らない。それができるのは、検索エンジンが、Webサイトへのアクセスに欠かせない窓口となっている場合だけである。しかし、現実には、そうではない。ユーザーは、検索エンジンではなく、ブックマークや他のWebサイトでの紹介やEメールに貼られたリンクなどを起点としてWebサイトにたどり着く。圧倒的な人気をほこる検索エンジンであっても、トラフィックの起点としての存在感はかなり小さい。

たとえば、Googleが、ITAという旅行検索ソフト会社を2011年に買収した際、Googleが検索における圧倒的立場を利用して、Expedia、TravelocityおよびPricelineなどの競合サイトではなくGoogleの旅行サイトに需要者を誘導するだろうと、ライバルは申し立てた<sup>14</sup>。しかし、Googleが仮にそのようなことをしたとしても、ライバルの旅行検索サイトに致命的な打撃を与えるとは思えない。Complete, Inc.の情報によると、Google検索から三大旅行検索サイトに流れこむトラフィックの量は、ごくわずかである。Expediaについて12%、TravelocityとPricelineについて10%にすぎない<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> Greg Sterling, *Google's Travel Opponents Hoping Bigger Antitrust Case Will Soon Follow*, SEARCH ENGINE LAND (Apr. 8, 2011, 6:32 PM), <http://searchengineland.com/googles-travel-opponents-hoping-for-bigger-antitrust-action-to-come-72298>.

<sup>15</sup> Daniel A. Crane, Presentation at the George Mason Law Review Symposium: Search Neutrality as an Antitrust Principle (Jan. 26, 2012) (on file with George Mason Law Review).

Google 検索によって Yahoo! Travel や Bing travel（Microsoft が提供するサービス）へたどり着く割合は、もっと低くて、それぞれ 7% と 4% である<sup>16</sup>。

こうしたデータについては注意が必要である。Google からワンクリックで目的のサイトにたどり着く割合は小さなものとしても、最初に Google で検索していくつかのサイトを経由して目的のサイトにたどり着く割合は、もっと高い可能性がある。たとえば、ユーザーが Google 検索によって中間地点に飛び、そこから最終目的地にたどり着いているのかもしれない。検索についても経路依存が成り立ち、ユーザーがどの検索エンジンから始めるかによって、最終到着地点が左右され、経由地は関係がないのだとすると、最初の検索段階におけるマーケット・パワーは、ずっと後々まで影響をもつことになる。

それでも、多くの Web サイトにとって検索エンジンがエッセンシャル・ファシリティになっているとは言えない<sup>17</sup>。Google が検索の起点として大きな割合を占めているという調査結果でさえ、Web のトラフィックに占める Google の割合は 50% を大きく下回るとしている<sup>18</sup>。新しく開設された Web サイトは、評価の定まったサイトよりも検索に依存するだろう<sup>19</sup>が、

<sup>16</sup> *Id.*

<sup>17</sup> エッセンシャル・ファシリティ法理の概観には、3B PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW* ¶1771c (3d ed. 2008) を参照。

<sup>18</sup> See Omar Khan, *How Much of an Average Website's Traffic Comes from Google?*, <http://www.islco.com/blog/how-much-average-websites-traffic-comes-google> (last visited May 20, 2011) (サンプルとして選んだ 21 の Web サイトを訪れる全トラフィックの 61% が検索によるものであり、平均して 41% が Google の検索であると述べる); Mike Blumenthal, *Understanding Google Places and Local Search—Developing Knowledge About Local Search*, *BLUMENTHALS* (Jan. 11, 2011, 8:30 AM), <http://blumenthals.com/blog/2011/01/11/how-much-trafficdo-local-sites-get-from-google> (2009年に調査の対象としたサイトの全トラフィックの 36.9パーセントが Google 検索によるものであったと報告している)。

<sup>19</sup> *What Percentage of Website Traffic Should Be Generated from Search Engines*, *ROI.COM.AU* (May 2, 2011), <http://www.roi.com.au/beginners-search-engine-marketing/what-of-website-traffic-should-be-generated-from-search-engines> (「新しく開設された Web サイトへ流入するトラフィックの 70% から 80% が検索エンジンによる」という分析結果を報告している)。

他のメディアに広告を出したりスポンサーリンクを購入したりするなどの選択肢があり、トラフィックを引きつけるために検索ランキングが高い必要はない。

したがって、独占の梃子だという議論の大きな欠点は、特定の検索エンジンが検索手段として圧倒的な存在感を示しているとしても、Web サイトに到達するための支配的な手段ではないということである。おおくの場合、クリティカル・マスのユーザーは、検索するまでもなく、自分がどのサイトに行きたいのか分かっている。特定のサイトを優遇するために検索エンジンを操作すれば、そのサイトを訪れるトラフィックを増やすことができるかもしれないが、競合サイトにユーザーがたどり着けなくなるわけではない。

## B. 統合的な情報ポータル

### 1. 変化するインターネット検索のパターン

「青色リンクのリスト」モデルでインターネット検索を考えるのは、時代遅れである。検索エンジンは、手がかりとなる情報だけでなく、最終的な情報、つまり検索に対する答えそのものを提供するようになってきている<sup>20</sup>。最終的な情報そのものを提供しない場合でも、目的の情報と統合されている<sup>21</sup>。検索エンジンと Web サイトを別のものと考えたり、両者が垂直的な関係にあると考えたりするのは正しくない。驚くべきスピードで境界線が曖昧になってきている。

このように発展したのは、ユーザーの選好に応じたからである。Yahoo! Labs と Yahoo! の検索戦略の責任者が 2009 年に説明したところによると、

<sup>20</sup> *Facts About Google and Competition: Better Answers*, Google, <http://www.google.com/competition/betteranswers.html> (last visited July 1, 2012).

<sup>21</sup> comScore, Inc. が公表した 2010 年 10 月時点の調査によると、三大検索エンジンで行われた検索のうち 3 分の 1 は、ニュース、動画、画像といった Web 以外の検索結果をふくんでいた。とくに Bing と Google は、こうした多種多様な検索結果をそれぞれ 54% と 33% 含んでいた。Eli Goodman & Eli Feldblum, *Blended Search and the New Rules of Engagement*, *COMSCORE*, 7-8 (Oct. 14, 2010), <http://www2.comscore.com/1/1552/ore-RankAboveBlendedSearch-pdf/34z2rq>.

「人々は、実は検索したくないのだ。探している情報を素早く発見することが目的であって、Web ページへのリンク一覧表をスクロールしたくない。」<sup>22</sup> 結果として、検索エンジンは、もはや単に文書を見つけ出す手段ではなくなっている<sup>23</sup>。「検索者の意図を把握」して、見たいと思われるコンテンツを表示することによって、検索エンジンは、青色リンクのリストというパラダイムから、より情報満載の世界へと移行している<sup>24</sup>。

この論文の執筆時点である2011年5月1日にしか妥当しないかもしれないが、いくつかの例を考えてみよう。Googleで「エンパイヤ・ステートビルの高さは？」と入力してみよう。検索結果を見ると、今では慣れた青色リンクのリストの前の部分に、「エンパイヤ・ステートビルの高さはおよそ1250フィートである。」という情報が表示されている。これこそ目的の情報であり、高校生の大半がレポートを書くためなら、青色リンクをたどらなくても、この情報だけで十分だろう。もちろん、さらに深く掘り下げたいときには、「典拠を表示」というボタンをクリックすると、典拠が表示されて、青色リンクも現れる。しかし、多くのユーザーにとっては、検索エンジンだけで用事が足りる。つまり、答えが得られる。

次に、Bingで「ニューヨークからローマへ」と入力してみよう。スポンサー・リンクのあとに、航空会社のWebサイトや伝統的な旅行サイトで慣れた、フライトの横断検索ボックスがあらわれる。つまり、カレンダー機能とともに、出発地と到着地、出発日と到着日を入力する欄が表示される。小さなサイド・パネルによって、出発日ごとの見積価格を一覧できる。この段階ではまだ検索エンジンの中にとどまっているが、明らかに青色リンクのリストとは別世界である。Webサイトの機能が、検索機能と一体となって提供される。日付を入力して、再度検索してみよう。リンクではなく、運行スケジュールと価格が一覧表の形式で提供される。2011年5月11日時点のBingにおいては、取引を完了するためには、OrbitzやAmerican

Airlineといったベンダーを選ぶことになり、ここにおいてようやくBingは古典的な検索エンジンとして機能し、取引の最終段階を管理するWebサイトへとユーザーを送り出すこととなる。GoogleがITAを買収することによって、この種の旅行検索はさらに継ぎ目なく融合して、検索エンジンとWebサイトの境界線は完全に消滅してしまうかもしれない。

最後の実験として、Yahoo!に行ってみよう。何も単語を入力しない状態でも、最初のページにニュース・ヘッドライン＝目当ての情報が表示されている。検索バーに「ヴェニス」という単語を入力してみよう。検索結果を表示する最初のページから、現地時間、現在の天気と今後の予報、地図、写真、そして、スポンサー・リンクとそれ以外のリンクなど、すでに情報満載である。検索結果の表示画面から、ヴェニスについて必要な全ての情報を入手することができ、青色リンクをクリックする必要はないかもしれない。

これが、進化した検索の世界である。Yahoo!の上級副社長が2011年に説明したように、「検索というものを再考する時が来た。新しい検索の世界は、これまでのように青色リンクを辿って行ったり来たりさせないで、ユーザーが必要とする答えを提供することに力を注ぐ。検索結果を表示するページに青色リンクが一切ないこともありうる。」<sup>25</sup>

検索とサービスが融合した世界、つまり、検索エンジンが外部の情報にリンクするだけでなく、情報インターフェースとデータを提供の世界において、自分自身のサービスを優遇する意味はなんだろうか。Googleが検索結果の最初のページに地図を表示することにしたら、その地図がGoogle MapsかAOLのMapQuestかを中立的に決めなければならないだろうか。MicrosoftがBingにチケット購入機能を埋め込むのであれば、そのインターフェースを、競合サービスにも同等の条件で開放しなければならないだろうか。Yahoo!が、株価の検索に対して、現在の価格と株式の購入方法を示す場合には、Yahoo!自身またはその提携企業がその取引を引き受けるので

<sup>22</sup> James Niccolai, *Yahoo Vows Death to the "10 Blue Links"*, PCWORLD (May 19, 2009, 8:40PM), [http://www.pcwORLD.com/businesscenter/article/165214/yahoo\\_vows\\_death\\_to\\_the\\_10\\_blue\\_links.html](http://www.pcwORLD.com/businesscenter/article/165214/yahoo_vows_death_to_the_10_blue_links.html).

<sup>23</sup> See Oren Etzioni, *Search Needs a Shake-Up*, 476 NATURE 25, 26 (2011).

<sup>24</sup> See Niccolai, *supra* note 22.

<sup>25</sup> Shashi Seth, *A New Era of Search Is About the Answers, Not Just the Links*, TECHCRUNCH (May 7, 2011), [http://techcrunch.com/2011/05/07/search-answers-not-just-links/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=feed&utm\\_campaign=Feed%3A+Techcrunch+%28TechCrunch%29](http://techcrunch.com/2011/05/07/search-answers-not-just-links/?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+Techcrunch+%28TechCrunch%29).

はなく、人気の高い株式売買サイトを人気順に提示しなければならないのだろうか。

以上のような質問にイエスと答えるならば、検索エンジンの進化は止まるだろう。検索エンジンが「青色リンクのリスト」パラダイムに止まっているべきでないならば、検索エンジン企業は、サービスの設計について自由に戦略を選択し、これまではWebサイトだけが提供してきた機能を検索エンジンのもので取りこむといった意思決定ができなければならない。こうした自由な意思決定は、検索中立性という包括的な義務とは相容れないが、インターネット検索における技術革新のためには必要不可欠である。

インターネット検索の進化は、多くの市場の様相を一新させ、たくさんメディアおよびテクノロジー企業を大いに戸惑わせている。ケン・アウレッタが述べたように、検索が進化した結果として、Googleは「多くのメディア企業にとって」敵であり友となった<sup>26</sup>。いずれにせよ、検索エンジンの進化は、シュンペーターが言うところの「創造的破壊の嵐」を裏付けている。創造的破壊は、市場経済における大幅な進歩のためには必要不可欠である。

## 2. Google についての特別ルール？

インターネット検索全体が急速に進歩しており、検索エンジンの定義が変わりつつあるにもかかわらず、Google（Googleを念頭に検索中立性が論じられていることは言うまでもない）は非差別的な方法で進化しなければならないと考える人々もいる<sup>27</sup>。Googleが特別な義務を負うことの根拠としては、2つのことが言われている。

第一に、Googleは、自らの検索エンジンが中立的なアルゴリズムにもとづくプラットフォームであると言ってきたのだから、中立性と透明性について特別な義務を負うという主張がある<sup>28</sup>。実証研究によると、検索語と

の関連性によるランクづけの点でGoogleは中立的なはずだと利用者は信頼している。その結果、Googleのアルゴリズムによる関連性の判断を、検索結果に対する自らの判断に優先させることも多い<sup>29</sup>。この点で、Googleの検索エンジンは、客観性を標榜せずユーザーも中立性を期待していない競合の検索エンジンと異なると言える。たとえばMicrosoftは、Bingが検索エンジンであるとは言っておらず、ユーザーの個人的な好みを折りこんでカスタマイズした検索結果を提供する「意思決定エンジン」だと言っている<sup>30</sup>。Bingの機能は、最初から、「青色リンクのリスト」タイプの検索エンジンではなく、Webポータルに近いものであった。

以上のような議論は、説得力が低い。ユーザーが「青色リンクのリスト」モデルとGoogleを結びつけてしまったので、Googleはインターネット検索の発達に歩調を合わせてはならないという議論には到底ならないだろう。Googleが、サービス内容について故意にユーザーをだまして競争を相当ゆがめたというならともかく、どうして、これまで期待されていたからといってこれからも義務を負うことになるのか、まったく不明である。

以上の議論は、2番目の主張につながる。Google（だけ）は、検索について圧倒的に有利な立場にあるから特別な中立義務を負う、という主張で

---

要者が最初に見るようにすること及びGoogleとWebページの関係によって検索結果が左右されないようにすることであった。」Power of Google, supra note 9, at 2 (statement of Hon. Herb Kohl, Chairman, S. Subcomm. on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights). 2004年の株式公開に際してGoogleが明らかにしたところによれば、「私たちは、金銭的動機づけからは独立して、最も適切かつ有益な検索結果を提供できるよう最善の努力をつくします。私たちの検索結果は客観的であって、結果に含めること又はランクを上げることの対価として金銭を受けとることはありません。」Google Inc., Final Prospectus (Form 424B4), at 1 (Aug. 18, 2004), available at <http://www.secinfo.com/d14D5a.14cZu.htm>.

<sup>29</sup> Bing Pan et al, *In Google We Trust: Users' Decisions on Rank, Position, and Relevance*, 12 J. COMPUTER-MEDIATED COMM. 801, 801 (2007).

<sup>30</sup> Press Release, Microsoft, Microsoft's New Search at Bing.com Helps People Make Better Decisions (May 28, 2009), <http://www.microsoft.com/en-us/news/press/2009/may09/05-28newsearchpr.aspx>.

<sup>26</sup> KEN AULETTA, GOOGLED: THE END OF THE WORLD AS WE KNOW IT 254 (2009).

<sup>27</sup> Sterling, supra note 14.

<sup>28</sup> Herb Kohl 上院議員が最近述べたように、「設立時のGoogleが検索について前提としていたのは、偏りのない検索エンジンを構築し、最も関連性の高い検索結果を需

ある<sup>31</sup>。アメリカ法のいう独占的事業者またはEU法のいう市場支配的事業者だとGoogleが言えるとしても、中立義務を負わせる説得的な理由にはやはりならない。市場支配的事業者は、立場の弱いライバルが負わないような競争法上の特別な義務を負うことがあるが、こうした義務が、事業者の技術革新力を殺ぐことはあってはならない。広範な中立性義務、すなわち、利用者の検索に対して自社の関連サービスをGoogleが優遇することを禁止することは、インターネット検索の継続的発展についてGoogleに大きなハンディキャップを負わせることになるだろう。

## II. 反トラスト法は、この問題に対処できるか。

### A. 包括的な中立義務に反対

ここまで論じたように、包括的な検索中立義務を負わせるべきではない。せいぜい、個々の事実関係に応じて、圧倒的に優勢な検索エンジンが、合理的な人間を納得させるような効率性も主張せずに、市場支配力を形成、維持または強化するようにアルゴリズム的プロトコルを故意に改ざんして競合サービス（またはライバルが開始した非競合サービス）を不利な立場に立たせたという主張だけを認めるべきである。それぞれの要素について検討してみよう。

第一に、後回しが故意であったこと（原告のサービスを個別具体的にターゲットとして不利な立場に立たせたこと）の証明責任は、原告が負うべきである。たまたま競争者の検索結果順位が下がることは、プログラムのパラメーターの数を考えると起こりうることであって、反トラスト法違反とされるべきではない。

第二に、被告がいつものアルゴリズム的プロトコルを書きかえたことを

<sup>31</sup> この議論は、「ユーザーがWebを巡回するのに検索は必要不可欠であり」検索のトラフィックがインターネットの発達を促しているという前提にもとづいている。Power of Google, supra note 9, at 182 (statement of Thomas O. Barnett, Partner, Covington & Burling LLP). Googleの圧倒的に有利な立場は、「ユーザーを誘導し競争を台なしにする強大な力を同社に与える」だけでなく、価格を引きあげ技術革新を停滞させる力をも与える。

原告は証明しなければならない。たとえば、Foundemについて言えば、Googleは、制裁的なフィルターを適用して、Foundemの元々の順位を下方修正したと言われている<sup>32</sup>。競争者の検索ランキングをこのようにわざと下げることは、2番目の要素を満たす。といっても、検索エンジンの関連サービスを優先し、競争者の特定のサービスを不利にするように検索エンジンのアルゴリズムを設計したという主張は認められない。そのようなプロダクト・デザインの決定を精査することは、反トラスト法の果たすべき役割ではない。

第三に、競合する検索エンジンに向けた行為または不利な扱いをされたライバルに誘発された行為だけが反トラスト法の規制対象となるべきである。必然的にロビンソン・パットマン法の論理を辿ることとなる。つまり、行為者レベルの競争または取引相手レベルの競争に弊害を及ぼすかどうかだけを検討することになる。垂直的な関係にある全ての企業を公平に扱う反トラスト法上の義務を認めるべきではない。

第四に、検索エンジン企業が、自社のサービスの効率性を高めるために必要だと考えて経営判断をした場合には、その経営判断に法的責任を負わせるべきではない。責任追及を制限する2つの要素が、この命題には埋め込まれている。第一に、サービスの機能を改良するため、ある経営判断が必要であると善意で信じている場合には、反トラスト法違反とはならない。経営判断原則の基礎となる原理によれば、裁判所や規制当局は、訴訟記録や調査記録にもとづいて同一の判断に到達したかどうかをとわず、検索エンジン企業がその状況で到達した合理的判断を尊重するべきである。第二に、モノポリゼーションの分析には必要なステップであると主張する裁判例や研究者もいるが、裁判所や規制当局は、その経営判断の競争促進効果と競争阻害の弊害とを比較考量するべきではない。そうした比較考量は、これ以外の文脈でも困難であるが、インターネット検索という非常にダイナミックな世界ではとりわけ不適切である。特定のプロダクト・デザインの価値は、陳腐化するまで分からない。

最後に、反トラスト法の他の事例と同じように、競争を阻害する行為、

<sup>32</sup> Foundem's Google Story, SEARCH NEUTRALITY (Aug. 18, 2009), <http://www.searchneutrality.org/foundem-google-story>

つまり、市場支配力を形成・強化・維持する行為だけを規制対象とすべきである。市場の競争状態を歪めない単なる悪意から出た行為は、反トラスト法ではなく不法行為の対象である。

以上のような違法判断基準によれば、効率性の観点からの適切な説明なしにあからさまな排除行為（競合するサービスの選択的な後回し）を故意におこなった検索エンジンの責任を追究することは認められる。これは、原告にとっては非常に高いバーを設けることになるが、ひどい排除行為に対する責任追究については広く門戸を開いておくことになる。

## B. プロセスの危険性

非常にダイナミックな産業分野でみられる排除行為に多くの問題がからむように、検索中立性原則を実際に遵守させるには、実務的に非常な障害が立ちほだかる。検索エンジン企業は、検索結果の表示の順番について何千という複雑な判断をしているから、検索中立性のマネジメントには、多人数の官僚や、Microsoft に対する命令が義務付けたものよりもはるかに巨大な技術委員会が必要となるだろう。そのような仕組みのコストや濫用のおそれは、競争におよぼす良い影響を上回るだろう。

さらに、そのような仕組みが政府によって設けられるとすれば、表現の自由の問題も生じる。語句の入力とそれに対する応答という形式でインターネット検索がおこなわれていることを考えると、ユーザーとサービス・プロバイダーのあいだの会話、つまり検索エンジンのデザインは、憲法による一定の保護を受ける<sup>33</sup>。反トラスト法違反として規制することが直ちに違憲だというわけではない<sup>34</sup>。そうではなくて、インターネット検索の当否について政府が広範に関与すると、民主主義社会が避けようとしてきた様々な厄介ごとに巻きこまれることを認識すべきである<sup>35</sup>。

<sup>33</sup> See *Search King, Inc. v. Google Tech., Inc.*, No. CIV-02-1457-M, 2003 WL 21464568, at \*9-13 (W.D. Okla. May 27, 2003) (Google のページランクは、第一修正によって保護される主観的な意見であると判断)。

<sup>34</sup> Oren Bracha & Frank Pasquale, *Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, 93 CORNELL L. REV. 1149, 1195-96 (2008).

<sup>35</sup> See Sterling, *supra* note 14.

## 結 論

インターネット検索は、おそろしいスピードで進化している。一旦落ちついてしまうと、ネットワーク効果や規模の経済や先行者利益や参入障壁によって市場支配的プレーヤーはポジションをがっちり固めてゲームは終わってしまうから、今こそ、競争条件の対等さが保たれるように反トラスト法が介入すべきときだという主張もある。これに対して、変化のスピードが速いことから反トラスト当局や裁判所は一步退いて、既存の仕組みが創造的に破壊されるのを待ち、市場が安定的な状態に移行して今後の予測が可能になってからゲームに加わるべきだという反論がある。

広範な検索中立性原則を押しつけることは、愚かにも、前者の議論を支持することになる。それは、時代遅れのインターネット検索のモデルに市場支配的な検索エンジンをしばりつけ、ライバルは自由に技術を革新していけるのに、市場支配的検索エンジンの進化を止めさせることになる。そのようなルールは、Google の圧倒的に有利な立場を消滅させるだろうが、利用者のニーズに対応して、もっとシームレスかつ統合的な検索体験や取引体験を提供することを禁止する結果となる。反トラスト法は、市場支配的事業者が利用者のニーズの変化に応じて技術革新をすることを禁止して市場支配状態を破壊するものではないはずである。

広範な検索中立性義務は、実現可能でもないし望ましくもないが、圧倒的に有利な立場にある検索エンジンは、検索結果にライバルが表示されることに故意に介入しても責任を負わないわけではない。ただし、追及できるのは限られた場合であり、厳格な要件が設定されていて、予測可能でなければならぬ。つまり、検索中立性は、一般的な義務としてではなく、支配的な検索エンジンによる酷い濫用行為が個別に認定できた場合のラベリング（適当なものではないが）として、生きながらえるだろう。