慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	EUにおけるデジタル市場法案の新たな競争ツールと分野特殊的な規制
Sub Title	New competition tool at digital markets act and sector-specific regulation in EU
Author	佐藤, 真紀(Sato, Maki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.48 (2022. 3) ,p.137- 157
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	岡野谷知広教授・庄司克宏教授・菅原貴与志教授・増田晋教授・山手正史教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220331-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

EU におけるデジタル市場法案の新たな競争ツールと分野特殊的な規制

佐　藤　真　紀

1．はじめに
2．EU 競争法と分野特殊的な規制の関係
（1）EU 競争法の執行
（2）分野特殊的な規制の執行
（3）電子通信分野特殊的な規制（SMP 規制）
3．デジタル市場法案における新たな競争ツール
（1）デジタル市場法案
（2）新たな競争ツールの執行
（3）ゲートキーパーに対する行為規制
（4）分野特殊的な規制との対比
4．新たな競争ツールと EU 競争法等との適用関係
（1）EU 競争法との適用関係
（2）他の分野特殊的な規制との適用関係
5．おわりに

1．はじめに

EU では、コミッションが、2020 年 2 月に「人間を中心に据えたデジタル技術の構築」、「公正で競争力あるデジタル経済の成長」、「民主的で持続可能な社会への貢献」を柱とした欧州のデジタルな未来の形成（Shaping Europe's Digital Future）[1] を打ち出した。この中で、大規模プラットフォームが関わる市場が公正で競争力あるものとして持続することを保障するために、オンラインプラットフォームの責任を強化する事前ルールを提案することが示された。

1）The Commission, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf

これに従い、2020 年 12 月に、SNS、オンラインマーケットプレイスおよびデジタルサービスを対象とした新たなデジタルサービスの包括的なルールとして提案されたのが、デジタルサービス法案（Digital Services Act）[2] とデジタル市場法案（Digital Markets Act）[3] である。特に、デジタル市場法案は、取引にかかる高度なデジタル化といわゆる GAFA と呼ばれる、Apple、アルファベット傘下の Google、社名を Meta に変更した Facebook、Amazon 等、デジタルプラットフォーム事業者による市場集中が進む中で EU 競争法や既存の経済規制ではカバーできないデジタル市場の構造的な競争問題に対処することを目的として [4]、新たな競争ツールを提案した。つまり、デジタル市場法案は、EU 競争法を補完する規制であるといえる。

現在、デジタル市場の基盤を支える電子通信分野に対しては、EU 電子通信規制パッケージ [5] が定められているが、一部、消費者保護等の観点から定められた規則を除き、その主たる目的は、同市場の構造的な競争問題に対応するために定められている各加盟国の電子通信分野特殊的な規制を調和することにある。電子通信分野特殊的な規制は、EU 電子通信規制パッケージの下、各加盟国の国内事業法等により定められており、その執行も国内規制当局に委ねられてきた。

今回のデジタル市場法案は、デジタル市場に特化して専らコミッションが執行することが想定されている。デジタル市場は、あらゆる取引にまつわる機能が高度にデジタル化され、ヒト、モノ、情報、カネの流れが動的に組み合わさることで、様々なサービス、活動が実現される市場である。そもそも国境はも

2）Digital Services Act, COM（2020）825, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN

3）Digital Markets Act, COM（2020）842, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN

4）前掲 Digital Markets Act ¶ 2。

5）The functioning of the five Directives which are part of the existing regulatory framework for electronic communications networks and services, Directives 2002/19/EC, 2002/20/EC, 2002/21/EC and 2002/22/EC, and Directive 2002/58/EC.

とより産業も横断的で、即時、小口、多頻度で取引が行えることが特徴である。このようなデジタル市場法案は、分野特殊的な規制として捉えることができるのか。また、EU 競争法とはどのような適用関係にあるのか。現在、デジタル市場法案は法案の段階であるため、規制内容は修正が加わる可能性はあるが、本稿では、既存の分野特殊的な規制との対比を通して、その法的位置づけと EU 競争法の関係について整理・考察することとしたい。

2．EU 競争法と分野特殊的な規制の関係

まず、EU 競争法と分野特殊的な規制の関係について、これまで判例法により整理されてきた電子通信分野特殊的な規制を通して確認しておく。

(1)　EU 競争法の執行

事業者に適用される EU 競争法は、主として 3 つの要素で構成されている。EU 機能条約第 101 条（複数の事業者による競争制限的行為の禁止および適用除外）および第 102 条（市場支配的地位の濫用の禁止）と合併規則 139/2004（合併および買収等事前審査）である。

EU 機能条約第 101 条および第 102 条（以下、「EU 競争法第 101 条および第 102 条」という。）の執行については、規則 1/2003 が定められており、コミッションと加盟国の国内競争当局が共同して遵守確保の責任を負う。加えて、国内競争当局およびコミッションのネットワークである「欧州競争ネットワーク（ECN）」によっても EU 競争法の遵守確保がなされている。コミッションと国内競争当局は緊密に協力して EU 競争法を執行し、国内裁判所は、EU 競争法第 101 条および第 102 条を適用する権限を有し、また EU 競争法とともに国内競争法も並行して適用される。

(2)　分野特殊的な規制の執行

EU の経済規制は、「ある分野について自由市場の運営によらず、国が積極

的かつ強制的に変更することをいい、通常、市場の欠陥を補うために行われる経済的性質を持つもので、主に社会的目的を追求する規制とは区別される。」[6] と解されている。

EU の経済規制の執行は、各加盟国の国内規制機関が行うが、規制により逆に競争を歪めることがないように経済制裁を効率的かつ差別的でない方法で適用することが重要であることから、EU は国内規制機関に対し、独立性、説明責任、専門性、手続き上の保護措置、司法審査、報告義務、定期的な市場評価やレビュー等伝統的なセーフガードを備えることといった、厳しい要件を設定しており [7]、EU 司法裁判所はその遵守確保を担っている [8]。

EU の経済規制のうち、特定の分野で認識されている市場の失敗を是正するために実施され、調整される規制を「分野特殊的な規制」と呼ぶ [9]。ここでいう市場の失敗とは、規模（または範囲）の経済、（直接または間接的な）ネットワーク効果、スイッチングコスト、情報の非対称性、消費者バイアス等の有無により判断される。これらは、伝統的な競争法の適用では対処することが難しいとされている。分野特殊的な規制の目的は、EU 競争法と同じく、域内市場における歪みのない実効的な競争（Effective Competition）を確保することであり、その実現に向け、特定の市場が機能していない状況において、競争環境を整え、競争を促進することである。競争法と異なり、企業の行動に必ずしも依拠することのない、その市場の特徴に合わせた事前規制である。具体的には、

6）Dunne N.（2015）, Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets, Cambridge University Press.

7）EECC, Art. 6-9; Directive 2019/944 on common rules for the internal market for electricity［2019］OJ［2019］L 158/125, Art. 57. 同じ要件が国内規制当局にも適用される。Directive 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market, O.J.［2019］L 11/3.

8）この点判例でも示されている。Case C–424/15 Ormaetxea Garai et al. v Administración del Estado ECLI:EU:C:2016:780.

9）EU の経済規制には、消費者保護やデータ一般保護法（特に GDPR）も需要側の規制として含まれるとも解されるが、本稿では取り上げない。

電子通信分野以外にも、電気・ガス等のエネルギー分野[10]、保険等の金融分野[11]等について分野特殊的な規制が定められている。これら分野特殊的規制は、EU 競争法と重複があることも認めたうえで、同目的の下、相互補完的に効果をもたらしていると解されている。

分野特殊的な規制は、比例性と補完性の原則の観点から、規制の策定と見直しが行われる。この方法は、よりよい規制（Better regulation）ガイドライン[12]により示されており、規制の範囲や実施および執行において、経済分析を用いることが組み込まれている。

(3) 電子通信分野特殊的な規制（SMP 規制）

分野特殊的な規制の例として、電子通信分野特殊的な規制を掲げる。電子通信規制は、2018 年に制定された EU 電子通信コード制定指令[13]の下、電子通信パッケージと呼ばれる 5 つの関連する指令[14]により構成される。EU 電子通信コード制定指令の前文には、「この指令は、市場での競争が進展するにつれて、事前の分野特殊的な規制を段階的に削減し、最終的には、電子通信分野が競争法によってのみ管理されるようにすることを目的としている。電子通信市場が近年力強い競争のダイナミクスを示していることを考えると、関連市場で効果的かつ持続可能な競争がない場合にのみ事前規制による義務が課されることが不可欠である。事前規制による介入の目的は、小売市場を持続可能な

10）Now: Directive 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity OJ［2019］L 158/125. See Hancher and Larouche（2011）.

11）例えば、最近の規則 267/2010（OJ［2010］L 83/1（現在は失効））が果たしたセクター別ブロック免除の役割は、セクターの自由化と、保険会社が業務の特定の側面で協力する必要性との間のバランスを取るうえで、最もよく示されている。

12）European Commission Staff Working Document of 7 July 2017, Better Regulation Guidelines SWD（2017）350, Chapter III.

13）Diretive 2018/1972.

14）アクセス指令（2002/19/EC）、認証指令（2002/20/EC）、枠組み指令（2002/21/EC）、ユニバーサル指令（2002/22/EC）、プライバシー指令（2002/58/EC）。

ベースで効果的に競争力のあるものにすることにより、消費者に利益をもたらす。」[15] とある。

このEUの電子通信分野特殊的な規制で中心となるのが、SMP（Significant Market Power）事業者に対するアクセス義務等の非対称規制であり、SMP規制と呼ばれる。ここでいうSMPとは、判例で定義される支配性（dominance）の概念「ある事業者が持つ経済的な力であって、自己の競争相手となる事業者、自己の顧客、そして最終的には消費者から認知可能な程度に独立する力を得ること」と同一であり[16]、市場支配的地位と同じ基準で評価される[17]。

SMP事業者の認定にあたっては、まず、コミッションが規制の必要性に関する3つの基準[18]、①一時的でない、法的または構造的な高い参入障壁が存在すること、②予想可能な期間内において有効な競争が成立しないであろう市場構造があること、③競争法の適用だけでは、関連市場の失敗を十分に解決できないこと、に基づき、SSNIPテスト[19] 等EU競争法を同じ分析方法を用いて、関連市場を画定し勧告する。そのうえで、各加盟国は、EU競争法に依拠したSMPガイドラインに従って分析し、各関連市場においてSMP事業者が存在するならば、予め定められた6つの義務[20] のうち、比例性原則に基づき、少なくとも1つを問題解消措置として選択する。これらは、いずれもSMP事業者に行為義務（不作為も含む）を課すものであり、制裁金等の賦課はない。

また、各加盟国による分野特殊的な規制の適用に一貫性を持たせるため、その決定を事前にコミッションおよび電子通信規制者団体（BEREC）[21] および他の加盟国に通知しなければならない。

15）前掲注13）前文（29）。

16）SMPガイドライン ¶5。

17）枠組み指令第14条第2項。

18）関連市場勧告 ¶（5）。

19）Small but Significant and Non-transitory Increase in Price, 仮想的独占者テスト。

20）①透明性、②非差別性、③会計分離、④特別なネットワーク設備へのいわゆる「アクセス義務」、⑤料金規制、⑥機能分離、各問題解消措置の詳細については、拙著の「EUの電気通信政策と競争法」慶應法学35号、215頁～216頁（2016年）を参照されたい。

3．デジタル市場法案における新たな競争ツール

(1)　デジタル市場法案

コミッションは、デジタル市場法案および新たな競争ツールの提案にあたり、その目的をこう述べている。「同規則は、市場間の構造的な競争問題に対処することを目的とした新たな市場調査手段を追加することで、現行の EU 競争法を補完しようとするものである。これには、現行の競争法では対処できない（例：市場支配力を持つ非支配的企業による独占戦略）、あるいは最も効果的な方法で対処できない（例：支配的企業による複数の隣接市場への並行したレバレッジ戦略）構造的な競争問題が含まれる。[22]」つまり、デジタル市場法案の制定により、EU 競争法とのギャップを埋め、市場全体の構造的な競争問題に対してタイムリーかつ効果的に介入できるようになることを企図しているのである。

よりよい規制ガイドライン[23]に基づく、デジタル市場法影響調査[24]によれば、その国境を越えて取引を行うデジタルサービス全般をデジタル分野と捉え、デジタル経済において、その主要な構造要素となっているオンラインプラットフォームに着目し、EU レベルでの介入が必要な理由を次のように整理している。

第一に、デジタル市場における脆弱な競争力である。コアプラットフォームサービスの周辺に参入障壁を強化するコングロマリットエコシステムが形成され、少数の大規模事業者が極めて高いシェアを有し、持続的な地位を享受している。

第二に、ビジネスユーザーに対する不公正な取引慣行である。コアプラット

21）The Body of European Regulators for Electronic Communications, 各規制当局の最高責任者等から構成され、1 年間の任務中は独立した立場で活動しなければならない。

22）https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2020-new-comp-tool_sk

23）前掲注 12）。

24）Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on contestable and fair markets in the digital sector（Digital Markets Act）SWD（2020）364 final.

フォームサービスを提供する事業者（ゲートキーパー）は、エンドユーザーとビジネスユーザーの取引の大半を仲介し、両者間のゲートウェイやゲートキーパーとして機能している。また、これら事業者の多くは、エンドユーザーの包括的な追跡とプロファイリングを行うことで囲い込み、さらには、ゼロに近い限界コストでエンドユーザーやビジネスユーザーを追加することができる。そのため、多くのビジネスユーザーがコアプラットフォームサービスに大きく依存せざるを得ず、その力の格差が反競争的行為につながる要因となっている。

第三に、市場の失敗である。デジタル市場は、多面的市場、強力なネットワーク効果、規模の経済、ロックイン効果、マルチホーミングの欠如等といった特性を持っている。

しかしながら、このようなゲートキーパーの問題に対し、加盟国による規制では、完全に対処することはできず、また既存の EU 競争法およびその手続規則 1/2003 に基づく分野別調査[25] でも対処できていない（または効果的でない）。ゲートキーパーは通常、国境を越えてグローバルにビジネスを展開しているため、EU レベルで執行しなければ、プラットフォーム規制の断片化が増大し、デジタル単一市場の分断化につながると EU レベルで介入する必要性を説明している。

すなわち、デジタル市場法案は、エンドユーザーとビジネスユーザーがプラットフォーム経済およびデジタル経済の完全な利益を享受できるように、最も顕著な不公正な慣行と脆弱な競争可能性に対処し、プラットフォームの可能性を最大限引き出し、公正かつ厳正な競争環境を確保すると評価している。

(2)　新たな競争ツールの執行

デジタル市場法案は、「新たな競争ツール」として、コアプラットフォームの要件を示したうえで、ゲートキーパーがすべきこと、してはならないことを定め、コミッションにその執行権限を与えている。コミッションは、規制の対

25）Regulation 1/2003, Art. 17.

象となるコアプラットフォームサービスとこれを提供する事業者のうち、次の3つの要件を満たす場合に当該事業者をゲートキーパーとして指定する。1つ目が、域内市場に市場支配力を持つこと、2つ目がコアプラットフォームを運営しており、ビジネスユーザーが各ユーザーに到達するにあたって重要なゲートキーパーとしての役割を果たしていること、3つ目が、コアプラットフォームの運営にあたって強固で永続的な地位を享受しているか、近い将来享受すると見なせることである。EU 域内の売上高が過去3年間65億ユーロ（約8450億円）以上で、EU 人口の10％にあたる4500万人以上のユーザーを持つ等、要件ごとの閾値を満たす事業者がゲートキーパーとして指定される[26)]。

コミッションは、ゲートキーパーの義務の効果的な履行と遵守のために必要なあらゆる問題解消措置（構造的、行為義務、複合的な一定の義務を課すこと）を講じることができる。当然だが、「新たな競争ツール」の適用時、すなわちゲートキーパーの指定にあたっては、規則違反の認定や制裁金等を賦課しない。ただし、ゲートキーパーに指定された後、定められた義務や手続きに違反した場合、コミッションは、全世界の売上高の最大10％の制裁金や定期的な罰金の支払いを課すことができ、さらに当該違反行為が組織的で他に是正措置がないと判断した場合、企業分割等を命じることもできる。これら制裁金と罰金の支払いおよびその他問題措置に関して、EU 司法裁判所が無制限の管轄権を持つとしている。一方で、ゲートキーパーは、コミッションによる問題解消措置が命じられる前に、定められた義務を遵守する旨のコミットメントを提出し、

26）例えば、次のようなコアプラットフォームサービス等の指定が想定される。

（a）オンライン仲介サービス：Amazon の物販サービス、Apple の iOS や Android のアプリストア

（b）オンライン検索エンジン：Google 検索サービス

（c）SNS サービス：Facebook、Twitter

（d）ビデオ共有プラットフォーム：YouTube

（e）メッセンジャーアプリサービス：WhatsApp

（f）OS：Windows、iOS、Android

（g）クラウドコンピューティングサービス：AWS、Azure、GCP

（h）ネット広告サービス：Google の検索連動型広告、Facebook のパーソナライズド広告

コミッションはこれを法的な拘束力のある決定とすることができる。

コミッションは、迅速かつ大幅な変更があり得るデジタル分野の特殊性に鑑み、コアプラットフォームサービスのリストとゲートキーパーの義務等については、定期的な見直しをしなければならない。そのため、コミッションは、デジタル市場の変化を捉えることができるように、デジタル市場を調査し、ゲートキーパーの必要なデータにアクセスできる強力な調査・監督権限を持つ。ただし、この市場調査で得られた情報は、規則違反の調査と制裁には使用されないため、基本権憲章第 48 条と欧州人権条約第 6 条の意味での準刑事手続には該当しない[27)]。

このようにコミッションが広範な執行権限を有するのに対し、各加盟国は、デジタル市場に公正かつ厳正な競争環境を確保するために法令、規制、行政措置を通じて、ゲートキーパーに対し更なる義務を課すことはできない。

(3) ゲートキーパーに対する行為規制

ゲートキーパーは、特定されたコアプラットフォームのそれぞれに対して、次の 7 つの事項を行わなければならない[28)]。

(a) エンドユーザーから同意を得た場合を除き、コアプラットフォームサービスから得られた個人データを、ゲートキーパーが提供する他のサービスから得られた個人データまたは第三者のサービスから得られた個人データと結合したり、個人データを結合するためにエンドユーザーをゲートキーパーの他のサービスにサインインさせたりしてはならない。

(b) ビジネスユーザーが、第三者のオンライン仲介サービスを通じて、同じ商品またはサービスを、ゲートキーパーのオンライン仲介サービスを通じて提供されるものとは異なる価格または条件でエンドユーザーに提供することを許可する[29)]。

27）欧州人権裁判所「欧州人権条約第 6 条に関するガイド」参照。Right to a fair trial（criminal limb）, updated on 30.4.2020, p.9−10.

28）Digital Markets Act, act5.

(c) ビジネスユーザーが、コアプラットフォームサービスを介して取得したエンドユーザーに対する提案を促進し、ゲートキーパーのコアプラットフォームサービスを利用するか否かに関わらず、これらのエンドユーザーと契約を締結することを認める。また、エンドユーザーが、ゲートキーパーのコアプラットフォームサービスを利用せずに当該ビジネスユーザーから取得した、コンテンツ、サブスクリプション、機能またはその他のアイテムにゲートキーパーのコアプラットフォームサービスを通じて取得したビジネスユーザーのソフトウェアアプリケーションを使ってアクセスまたは利用することを認める。

(d) ゲートキーパーの行為について、ビジネスユーザーが関連する公的機関に問題を提起することを禁止または制限をしてはならない。

(e) ビジネスユーザーが、ゲートキーパーのコアプラットフォームサービスを利用して提供するサービスの中で、ゲートキーパーの識別サービスを利用、提供または相互運用することをビジネスユーザーに強制しないこと。

(f) ビジネスユーザーまたはエンドユーザーに対し、特定されたコアプラットフォームサービスへのアクセス、サインアップまたは登録の条件として、第 3 条（2）（b）の閾値[30] を満たす他のコアプラットフォームサービスへの加入または登録を要求しないこと。

(g) 広告サービスを提供する広告主および媒体の要求に応じて、所定の広告の掲載およびゲートキーパーが提供する関連広告サービスのそれぞれについて、広告主および媒体が支払った価格、および媒体に支払われた金額または報酬に関する情報を提供すること。

これに加え、ゲートキーパーは、特定されたコアプラットフォームのそれぞれに対して、さらに次の 11 の事項に従わなければならない[31]。

29）最恵国待遇条項の禁止を意図するもの。

30）アクティブユーザー数の基準。

31）Digital Markets Act, act5.

(a) ビジネスユーザー（当該ビジネスユーザーのエンドユーザーを含む）が、コアプラットフォームサービスを利用することにより生成された、またはコアプラットフォームサービスのビジネスユーザーもしくは当該ビジネスユーザーのエンドユーザーにより提供された、公開されていないデータを、ビジネスユーザーとの競争において使用しないこと。

(b) オペレーティングシステムまたはデバイスの機能に不可欠である場合を除き、エンドユーザーが、プレインストールされたソフトウェアアプリケーションを削除することをゲートキーパーは認めなくてはならない。

(c) 当該ゲートキーパーのOS上で作動する第三者のソフトウェアアプリケーションまたはソフトウェアアプリケーションストアについて、インストールおよび効果的な使用を許可し、当該ゲートキーパーのコアプラットフォームサービス以外の手段でこれらのソフトウェアアプリケーションまたはソフトウェアアプリケーションストアにアクセスすることを許可すること。ただし、ゲートキーパーが、第三者のソフトウェアアプリケーションまたはソフトウェアアプリケーションストアが、ゲートキーパーによって提供されるハードウェアまたはOSの完全性を危険にさらさないことを保証するために、相応の措置を講じることを妨げない。

(d) ゲートキーパー自身または同一の事業に属する第三者が提供するサービスおよび製品のランキングについて、競合他社より有利に取り扱ってはならず、かかるランキングにおいて、公正かつ非差別的な条件を適用すること。

(e) インターネット接続プロバイダーの選択を含め、エンドユーザーがゲートキーパーのOSを使用してアクセスする別のソフトウェアアプリケーションやサービスに乗り換えたり、それらに加入したりすることを技術的に制限してはならない。

(f) ゲートキーパーが提供する付帯サービス[32]と同様の機能が可能となる

32）例えば、決済機能等が挙げられる。

ように、ビジネスユーザーおよび付帯サービス提供者に対し、OS、ハードウェアまたはソフトウェアへのアクセスおよび相互運用性を認めること。

(g) 広告主および媒体に対し、その要求に応じて、ゲートキーパーのパフォーマンス測定ツールへアクセスすること、また広告主および媒体が広告在庫の独自の検証を行うために必要な情報を無償で提供すること。

(h) ビジネスユーザーまたはエンドユーザーの活動を通じて生成されたデータの効果的なポータビリティ（移管）を提供し、特に、継続的かつリアルタイムのアクセスの提供を含め、データポータビリティの行使を容易にするツールをエンドユーザーに提供する。

(i) ビジネスユーザーまたはビジネスユーザーから委託を受けた第三者に対し、ビジネスユーザーによるコアプラットフォームサービスの利用に関連して生成された、効果的で高品質な継続的かつリアルタイムに集計されたデータまたは非集計データへのアクセスおよび利用を無償で提供すること。

(j) オンライン検索エンジンの第三者提供者に対して、その要求に応じて、ゲートキーパーのオンライン検索エンジン上でエンドユーザーによって生成された無料および有料検索に関するランキング、検索ワード、クリックおよび閲覧データへのアクセスを、個人情報を構成する検索ワード、クリックおよび閲覧データの匿名化を条件として、公正、合理的かつ非差別的な条件で提供する。

(k) コアプラットフォームサービスに指定されたソフトウェアアプリケーションストアへのビジネスユーザーのアクセスを公正かつ非差別的な一般条件で認める。

(4) 分野特殊的な規制との対比

デジタル市場法案で示された「新たな競争ツール」の最終的な目的は、域内市場における歪みのない実効的な競争の確保による消費者厚生であり、EU 競

争法や分野特殊的規制と同じくする。また、市場の失敗による構造的な競争問題を介入の機会とする点は、分野特殊的な規制と同様である。市場の分析方法について、EU 競合法では伝統的な分析手法を用いられるが、分野特殊的な規制では、先に掲げた SMP 規制のように伝統的な EU 競争法の手法を用いる場合もあれば、もう少し一般的な意味での経済分析を用いる場合もある。デジタル市場法影響調査においては広く一般的な経済分析が行われているが、「新たな競争ツール」の適用にあたっての調査においても、一般的な経済分析を行うかは明確には示されていない。

「新たな競争ツール」の問題解消措置については、分野特殊的な規制と同じく構造的および非構造的措置のほか、幅広く適切な措置を講じることができる。EU 競争法と異なり、「新たな競争ツール」の適用の段階では、制裁金等の賦課はない。EU 競争法の執行権限がコミッションに優先権があるものの、国内競争当局も執行できることに対して、分野特殊的な規制は専ら国内規制当局が行うが、「新たな競争ツール」はコミッションのみが執行する。そのため、今のところ横断的協力プログラムとして、ECN や BEREC のような各加盟国の規制者団体のような組織は想定されていないが、コミッションは、専門機関として、デジタル市場諮問委員会の支援を受けることが定められている。デジタル市場法案の見直し自体は、よりよい規制ガイドラインに従い行われるとすれば、分野特殊的な規制と同じといえる。

「新たな競争ツール」は、EU 競争法を補完・強化する事前規制という意味で、分野特殊的な規制や合併規則 139/2004 と同じであるが、先に述べたとおり、これまでの分野特殊的な規制とは、執行権限等で異なり、一方で合併規制 139/2004 と同じく、規則としてデジタル市場法案が定められるものの、デジタル分野に限定している点や市場分析手法、執行権限等が異なっている。このことが「新たな競争ツール」といわれる理由である。

また、興味深いことにデジタル市場法案の前文には、EU 電子通信コード制定指令の前文にあった「……事前の分野特殊的な規制を段階的に削減し、最終的には、電子通信分野が競争法によってのみ管理されるようにすること……」

といったような事前規制へのけん制は述べられていない。未確定要素が多い法案段階では、規定ぶりだけで、「新たな競争ツール」が分野特殊的な規制なのか、それとも合併規則 139/2004 に近い位置づけなのか、確定することは難しい。

デジタル市場法影響調査では、構造的な競争問題を有する市場に対する政策として、次の 4 つの選択肢が示されている。

① 市場支配力に基づいた水平方向の競争ツール
② 特定分野内での市場支配力に基づく競争ツール
③ 市場構造に基づいた水平方向の競争ツール
④ 特定分野内での市場構造に基づく競争ツール

これに従えば、EU 競争法第 101 条および第 102 条は①であり、合併規則 139/2004 も①の事前規制といえる。一方で、電子通信分野特殊的な規制は②である。「新たな競争ツール」は④にあたり、特定の分野で認識されている市場の失敗を是正するために実施され、調整される規制として、広義の意味で分野特殊的な規制と現時点では位置づけることができるのではないだろうか。なお、経済学的な見地から影響調査を行い、広く③とすべきであるとの意見も出ている[33)]。

4．新たな競争ツールと EU 競争法等との適用関係

(1) EU 競争法との適用関係

EU 競争法を補完する分野特殊的な規制が適用される市場であっても、EU 競争法は当然に並行して適用される[34)]。そのうえで、矛盾が生じた場合には、EU 競争法が優先される関係にある。一方で、合併規則 139/2004 により競争を実質的に阻害することとなる合併等であっても、EU 競争法第 101 条および第 102 条の適用は通常、意図されていない。

33）Prof. Massimo Motta and Prof. Martin Peitz: Intervention triggers and underlying theories of harm.
34）Case C-280/08 P, Deutsche Telekom v Commission, EU:C:2010:603, at para. 84.

EU 競争法に違反する行為があり、EU 競争法の適用で行為が排除できるのであれば、その根底にある市場の構造的な競争問題に対処しなくてもよいという理由にはならない。したがって、「新たな競争ツール」が EU 競争法を補完する実効的な手段であるならば、EU 競争法と並行して適用されるべきである。なお、「新たな競争ツール」の執行は、コミッションのみが行うことから、各加盟国による EU 競争法の執行との間で、補完性原則[35]を考慮すべきかという論点もあるが、この点については、コミッションが EU 競争法の適用が除外される場合のみ「新たな競争ツール」を執行できるとしたならば、まずは EU 競争法違反の有無を検討しなければならず、タイムリーな介入を行うという事前規制としての利点が失われるものであり適切ではないとの意見が有力である[36]。

確かに、先に紹介したゲートキーパーの行為規制の多くが、これを行わなかった場合、EU 競争法第 101 条および第 102 条に違反する可能性がある。現にそのような競争上、問題となる行為を念頭に行為規制が定められたと言ってよい。

ゲートキーパーにより反競争的行為が行われた場合、コミッションは、EU 競争法第 101 条および第 102 条の執行と同時に「新たな競争ツール」に基づく是正という、大きな裁量を有することとなる。「新たな競争ツール」とすべき行為規制は、それが単なる市場のゲートキーパーの行為（不作為含む）ではなく、当該市場の構造的な競争問題に根ざしており、事後的な手当てである EU 競争法手続規則 1/2003 の問題解消措置では歪みのない実効的な競争の確保または改善ができないことが想定される場合に限定すべきであろう。そして、抑止力と法的確実性の観点から、当該行為規制の違反が客観的に評価可能であるものでなければならない。

「新たな競争ツール」の適用にあたっては、先に述べたとおり、コミッショ

35）庄司克宏著『新 EU 法基礎篇』35 頁、岩波書店、2013 年 参照。

36）Prof. Heike Schweitzer: The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, p.9.

ンはまず市場調査を行うが、その手続きにおいて、EU 競争法第 101 条および第 102 条に違反する明らかな証拠を発見した場合、「新たな競争ツール」適用の手続きと並行して EU 競争法違反を調査・摘発することができる。ただし、調査手続きにおいて徴収した情報は、EU 競争法違反の証拠として直接使用することはできない。

「新たな競争ツール」における市場調査は、一見すると EU 競争法手続規則 1/2003 に基づく分野別調査と類似している。双方ともに、市場の特徴とそれが引き起こす可能性のある競争上の問題を分析するものであるが、分野別調査は、あくまで EU 競争法第 101 条および第 102 条の違反を検証するものであり、構造的な競争問題による反競争的な効果を検証し、コミッションによる「新たな競争ツール」の適用の根拠となる調査手続きとは異なる。分野別調査を拡大し、「新たな競争ツール」の適用も含め、イギリスの市場調査と同様にコミッションによる様々な調査のトリガーとすべきとの意見もある[37)]。

(2) 他の分野特殊的な規制との適用関係

「新たな競争ツール」が適用される市場において、既存の分野特殊的な規制と重複は生じえないのだろうか。たしかに、現在、想定されているゲートキーパーは、いずれも既存の電子通信分野特殊的な規制において、伝統的な EU 競争法の手法を用いた SMP では、捉えきれない事業者である。そのため、直ちに適用関係が問題になることはないだろう。

しかしながら、先に掲げた構造的な競争問題を有する市場に対する政策として、4 つの選択肢のうちの③市場構造に基づいた水平方向の競争ツールとすべきとの意見も多く、電気通信、エネルギー運輸、金融サービス等、既存の分野特殊的な規制が課されている分野に対する当該競争ツールの適用は少なくとも正当化されるとの意見もある[38)]。その場合、各加盟国が執行する既存の分野

37）On market studies, see Whish/Bailey, Competition Law, 2018, Chap. 11.4.

38）Prof. Pierre Larouche and Prof. Alexandre de Streel: Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU.

特殊的な規制と当然に重複するが、並行して適用されるのか、それともいずれかが優先される、あるいは既存の分野特殊的な規制を廃止することもありえるのか。いずれにしても、各加盟国の規制権限に抵触し、補完性原則の観点からも検討が必要であり、執行権者間の調整は必須となる。

実際、BEREC は次のようなリスクを指摘している。「電子通信サービス規制と新たな競争ツールの対立は、事前規制の一貫性のない適用、市場の関係者によるフォーラムショッピング、市場の関係者のうち誰が、どのように、どんな状況下で規制の対象となるかについての潜在的な規制の不確実性をもたらす可能性がある。このような法的不確実性は、ダイナミックで競争力のある分野への投資に深刻な影響を及ぼす可能性がある」と述べている[39)]。

5．おわりに

現時点において、デジタル市場法案における「新たな競争ツール」は、構造的な競争問題を有する市場に対する政策として、4 つの選択肢のうちの④特定分野内での市場構造に基づく競争ツールであり、デジタル分野特殊的な規制と位置づけるべきであろう。分野特殊的な規制である以上、EU 競争法も並行して適用されると解されるが、「新たな競争ツール」の適用にあたっての調査手続きについては、EU 競争法手続規則 1/2003 との整理が必要である。

今後、「新たな競争ツール」を EU 競争法も踏まえ、どのように位置づけていくべきか。物よりもその価値も捉えがたい情報のやりとりが国境を越えたビジネスの主流となりつつある現代において、伝統的な競争法の手法では、新たな市場構造上の問題を捉え、問題解消措置を講じることが難しいことは、EU に限らず、各国においても同様である。EU は近年、このような問題に対し、EU 競争法の積極的な適用[40)]に加え、データ一般保護規則（GDPR）等、基本的人権や消費者保護の観点からのアプローチ[41)]やソフトローを多用し、何と

39）BEREC Response to the Public Consultations on the Digital Services Act Package and the New Competition Tool, BoR（20）138, p.37.

か対応しようと試みてきた。それでも、デジタル市場の構造的な競争問題に対し、有効な問題解消措置を講じるには足りず、デジタル市場法案等の提案するに至ったと思われる。

ゲートキーパーと指定されるであろう、Apple のフェデリギ上級副社長は、2021 年 11 月に開催された欧州最大級のテック系カンファレンス「Web Summit」[42] に登壇し、提案されているデジタル市場法案に触れ、これが成立すれば、正規ストア以外からソフトウェアアプリケーションを iPhone 等にインストールする「サイドローディング」可能となり、利用者が危険に晒されるとけん制し、「EU の政策立案者はしばしば時代の一歩先を行くがサイドローディングを許せば一歩後退してしまう。パンドラの箱を開けるようなものだ。」と訴えた。フェデリギ氏の懸念は、先に紹介したデジタル市場案第 6 条（d）にゲートキーパーの行為規制として、ゲートキーパーはその OS 上で作動する第三者ソフトウェアアプリケーションや第三者ソフトウェアアプリケーションストアについてそのインストールと利用を許容すると定められているからである。

また、ゲートキーパーに指定されることが想定される事業者の多くが、スタートアップ企業を買収し新たな技術やサービスを拡充することで事業を拡大し続けてきたが、デジタル市場法案第 12 条に基づき、ゲートキーパーは、合併規則 139/2004 の対象とならない買収等であったとしても、コアプラットフォームサービスにかかるものであれば、事前にコミッションに通知しなければならない。ゲートキーパーは、当該通知において、当事者となる各事業者の年間売上高、年間のアクティブなビジネスユーザー数およびエンドユーザー数、

40）2021 年 6 月、Facebook が広告主である他者のデータを利用して自社のサービスを有利にしている可能性があるとして、EU 競争法違反の疑いでイギリス当局と協力し調査を開始したことを明らかにしている。

41）近時でいえば、Amazon が GDPR に違反したとして、7 億 4600 万 €（約 971 億円）の制裁金を科せられたことが、同社が 7 月 29 日（現地時間）に公表した第 2 四半期決算発表で義務付けられている報告書から判明した。https://www.cnn.co.jp/tech/35174647.html

42）https://websummit.com/

コアプラットフォームサービスに関する全世界の年間売上高等、情報を提供する。コミッションはこれを受け、コアプラットフォームサービスの集中を確認する。また、ゲートキーパーの指定における閾値に照らし、コアプラットフォームサービスが追加される場合には、3 か月以内にコミッションに通知し、ゲートキーパーの指定に必要な情報を提供しなければならない。デジタル市場法案には、買収に関する事前通知を受け、コミッションがどのような措置を講じることができるのか明確に定められていないが、コアプラットフォームサービスのリストとゲートキーパーの義務等の見直しを行うものと思われる。

「新たな競争ツール」を構造的な競争問題を有する市場に対する政策として、4 つの選択肢のうちの③市場構造に基づいた水平方向の競争ツールに拡大した場合、分野特殊的規制ではなく、集中規制に近い位置づけになると考えられる。EU における集中規制は、合併規則 139/2004 に従い、域内市場またはその実質的部分において有効な競争を著しく阻害する合併（集中）を禁止する企業結合規制のみであるが、これとは異なる集中規制になるであろう。

日本の独占禁止法では、財閥という歴史的背景もあり、いわゆる市場集中規制として合併規制以外に一般集中規制が定められている。一般集中規制の趣旨・目的は、少数の個人や企業または企業集団に日本経済全体に対する経済力・事業支配力が過度に集中することを防止しようとするものである[43)]。運用としては、持株会社を中心とした特定規模以上の会社に対し、事業支配力が過度に集中することとなる会社に該当しないかを公正取引委員会が判断するために一定の報告義務を課している。ガイドラインに定められた要件の該当性は別として、一般集中規制の趣旨に鑑み、既にグローバルな規模でデジタル経済を左右する力をもつ、超巨大企業をどう評価できるのか。現在、日本の内閣府でもデジタル市場における競争やイノベーションを促進するため、競争政策の迅速かつ効果的な実施を目的として、デジタル市場競争本部を設置されているが、安易に分野特殊的な規制ありきで欧米の規制を輸入するのではなく、現行

43）根岸哲・舟田正之著『独占禁止法概説』〔第 3 版〕、有斐閣、2006 年。

の独占禁止法の適用を十分に検討し、議論されるべきであろう。

本稿で見てきたとおり、デジタル市場法案は、コミッションの権限のさらなる拡大になることは確実であり、その意味でも慎重な検討が必要である。デジタル市場法案により規制されるゲートキーパーは、いずれもグローバルに活動する超巨大企業であり、全世界のデジタル経済に影響を与える。それゆえ、「新たな競争ツール」が日本をはじめ諸外国の政府のデジタル市場への規制の在り方に影響を与えることは必須である。GDPR やデジタル課税のような世界的な規制のうねりとなるのか、本法の成立における議論も見ていくとともに、特に米国、イギリスや国際機関の動向にも注視していくこととしたい。

以上