



RIETI Discussion Paper Series 13-J-055

文化的財のデジタル化に伴う文化多様性規制の変容可能性 ーボトルネック事業者に対する競争政策規制ー

東條 吉純
立教大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

文化的財のデジタル化に伴う文化多様性規制の変容可能性 — ボトルネック事業者に対する競争政策規制 —

東條吉純（立教大学）

要 旨

文化的財のデジタル化およびブロードバンドネットワークの整備に伴い、文化的財がオンライン上で「情報」として生産・流通・取引されるという取引形態が急速に拡大している。こうした取引実態の変容は、二つの方向で大きな変化をもたらす。まず、アナログ環境下の有体物取引を念頭に置いた伝統的な理論及び規制は、合理的根拠を失うことになり、法政策論として大幅な見直しを迫られる。次に、ネットワーク上の「情報」への自由かつ公正なアクセス保障という観点から、デジタル文化的財の生産・流通・取引などの諸活動にかかるボトルネック事業者に対して差別禁止を義務付ける中立性規制の重要度が高まる。しかしながら、競争法の観点からは、中立性規制はかえってイノベーションや効率性を妨げるおそれがあり、過剰規制リスクが伴うため、規制導入には慎重な姿勢が求められる。デジタル文化的財に対する法規制においては、伝統的な議論の対立を止揚し、真に文化多様性の実現に貢献しうる法規制を適切に設計することが必要である。

キーワード：ネットワーク中立性、文化的財

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

本稿は、著者の経済産業研究所におけるプロジェクト「現代国際通商システムの総合的研究」プロジェクト（プロジェクトリーダー：川瀬剛志ファカルティフェロー）下の「文化多様性と貿易・投資の法学・経済学研究会」の成果の一部である。本稿を作成するにあたっては、川瀬剛志教授（上智大学）、経済産業研究所の同僚、並びに経済産業研究所ディスカッション・ペーパー検討会参加の方々から多くの有益なコメントを頂いた。

1. はじめに

文化多様性という政策概念は、近年、公共政策上の目的として、その重要性及び正当性を高めているが、文化的表現物（文化的財）の貿易に対する規制についての国際的議論は長い対立の歴史をもち、「貿易と文化」にかかる国際規律のあり方を巡っては、ガット創設時のフィルム輸入に関する例外規定の導入以降、現在の WTO サービス貿易交渉の停滞状況に至るまで、長きにわたり政治的対立が続いている。

文化的財の貿易自由化を巡っては、文化的価値の特殊性をどの程度重視しうるかに応じて、理論的には大きく二つの見解の対立があるものの、自由化にかかる政治状況としては、文化的財を特別視し、AV 産品等を中心として文化的財の自由化に消極的な国が国際社会の大多数を占め、自由化を求める米国ら少数の国との対立が今日まで継続している。

こうした対立は、もともとアナログ形態の文化的財が有体物に固定化されて取引される状況の下で形成されたものであったが、近年、メディアコンテンツのデジタル化が加速度的に進み、インターネット（とくにブロードバンド）を通じて「データ」「情報」として流通・取引されるという取引形態が進行する中で、アナログ環境下における対立状況がそのまま持ち込まれる形で交渉が停滞している。他方、デジタル環境下においては、メディアコンテンツの創作・流通・取引は、大きく影響を受け、前提となる市場の性質が根本的に変容し、アナログ形態を念頭に置いた問題状況それ自体が大きく見直しを迫られている。

インターネットを通じたメディアコンテンツの流通・取引は、原則としてボーダレスな世界である。コンテンツは、「データ」「情報」として取引に供されるため、データ流通にかかる国家規制のあり方およびインターネットを通じた取引に関わるプラットフォーム事業者や ISP などのボトルネック事業者（ゲートキーパー）による阻害行為が新たな問題を引き起こすことになる。また、これら事業者に対する競争政策規制のあり方が、文化多様性の確保に大きな影響を及ぼすことになる。

本稿では、デジタル化に伴う市場の特質の変容の方向性を概観した上で、インターネット取引におけるキープレーヤーであるボトルネック事業者（プラットフォーム事業者及びネットワーク事業者・ISP）によるデジタル文化的財の流通・取引にかかる差別的行為（遮断行為を含む）に着目し、ボトルネック事業者に特別な義務を課すネットワーク中立性規制がどのような機能を果たすか、また、中立性規制は競争政策上どのような意味をもつかという点を中心に考察する。文化多様性という政策課題の実現という観点から、特に重要な規制上の視点を提供するのは、ネットワークを流通・取引される「情報」としての文化的財へのアクセス阻害という視点である。というのは、アナログ環境下における様々な制約から解放されたデジタルネットワーク環境下においては、「情報」としての文化的財へのアクセスの確保は、基本的人権としての「表現の自由」を保障し、文化的な表現となる創作及び流通を確保するための最重要な制度的仕組みと言えるからである。

考察の手順としては、第一に、デジタルネットワーク環境下において、文化的財の生産・

流通・取引が、どのような影響を受けたかを整理する。無論、この変化は、有体物としての文化的財にかかる取引形態からの完全な移行を意味するものでないし、コンテンツとしての同一性が維持される場合も含め、需要者は、時には「同種の」財として、時には「異種の」財として、相互に重複する形で、有体物（アナログ財とデジタル財の双方を含む）と「情報」（デジタル財）とを区別して取引することになるが、本稿では、インターネットを通じて取引される「情報」としてのメディアコンテンツ取引に固有の特質に着目し、考察対象をかかえるデジタルネットワーク環境下における取引形態の場合を主として念頭に置くこととする。かかる形態においては、コンテンツの創作（生産）・流通・取引等がアナログ環境下の市場構造とは大きく異なり、新たなプレーヤーがボトルネック事業者として公的規制の対象となるため、両者を区別して論じる実益は大きいからである。これに加えて、国境を越える取引という観点から見ると、従来の、有体物としての文化的財に対する国境措置（関税、数量制限等）や、放送電波等の資源希少性を前提とした放送規制等の規制様式はその規制根拠および有効性を失うからである。

第二に、上記のようなデジタル文化的財の特性を踏まえ、新たに流通取引における重要なボトルネック・プレーヤーとして登場する電気通信事業者及びISP、並びに上位レイヤーにおけるプラットフォーム(PF)事業者の差別的行為に着目し、これに対する国家規制のあり方につき、ネットワーク中立性規制ないし競争政策規制を中心に検討する。インターネット取引は、様々な公共政策上の理由に基づくネットフィルタリング規制等の公的規制を除くと、原則としてボーダレスな自由取引が実現している世界であるが、市場支配力をもつ事業者によって特定のデジタル文化的財が差別・排除される場合に、これら差別・排除行為を適切かつ実効的に規制することができなければ、文化多様性という政策課題の実現にも大きな影響が及ぶからである。また同時に、競争政策規制のあり方の考察は、デジタルネットワーク環境下におけるデジタル文化的表現物の公正かつ自由な創作・流通・取引・消費にかかる環境・秩序を確保するという意味において文化多様性政策の重要な一部を構成するものである。この点、とくにPT事業者ネットワークへのユーザー及びコンテンツ・アプリケーション事業者(C/A事業者)等の公正かつ自由なアクセスの確保という観点は重要であるが、過剰な規制的介入による弊害にも十分な注意が必要となる。

2. デジタルネットワーク下における文化的財・サービスの創作・流通・取引の変容

(1) 「文化と貿易」問題を巡る国際的な対立状況

国境を越える文化的財の取引に対する各国規制および「貿易と文化」を巡る国際規律のあり方を巡っては、第一次大戦後、映画フィルムにかかる比較優位が欧州から米国ハリウッドに移ると同時に、欧州各国が自国の映画産業に対する保護措置を導入したことに始ま

る。第二次大戦後のガット創設時には、フィルム輸入に関する内国民待遇の例外規定が導入され¹、その後、テレビの興隆とともに欧州・カナダは国産番組を保護するためにテレビ放映時間規制を導入した。このような流れは、ウルグアイ・ラウンド交渉でも解決せず、現在のドーハ・ラウンド交渉における物品・サービス貿易交渉の停滞に至るまで、長きにわたる政治的対立が続いている。

他方、1990年代に入ると、ユネスコは相次いで報告書を公表し、文化的財・サービスは、規制上、他の通常の貿易財と同様に扱うべきでない、との立場を明らかにした。その後、2001年11月には、非拘束的な文化多様性宣言を、そして、2007年3月には、拘束力のある「文化的表現の多様性を保護・振興する条約」（以下、「文化多様性条約」という）を採択した。文化多様性条約は、WTOに対する対抗軸として採択されたものであり²、各国の文化主権を認め、「貿易」・「文化」両利益間の不均衡を調整し自国の文化および文化多様性の保護・振興のために適切な文化政策措置をとる権利を付与している³。またその前提として、文化的財・サービスのもつ二重の性質、すなわち、商取引の対象となる財としての性質および文化的表現物としての性質が認められる⁴。ただし、同条約では、「文化」、「文化多様性」の定義を明確化することはできなかった。また、加盟国の義務も曖昧な表現にとどまり、かつ、紛争処理手続規定の整備も不十分なものとどまったため⁵、国際的ルールとしての実効性を大きく損なう結果となった⁶。また、文化多様性条約は文化と国際的な知的財産保護システムとの関係を整理することができなかった点にも限界が見られる⁷。

以上のように、両価値に関連する二つの主要な国際機関は、いずれも「文化と貿易」問題に対して適切な解決を提供できていないのみならず、両条約の間のインターフェイス部分についての有効な法的整理もなされていない。

文化的財の貿易自由化を巡っては、文化的価値の特殊性をどの程度重視しうるかに応じて、理論的には大きく二つの見解の対立があり、自由化にかかる政治状況としては、文化的財を特別視し、音響・映像（Audio Visual(AV)）製品等を中心として文化的財の自由化に消極的な国が国際社会の大多数を占め、自由化を求める米国ら少数の国との対立が今日ま

¹ ガット 3 条 10 項、4 条。

² Christoph Beat Graber, “The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?”, 9(3) JIEL 553 (2006).

³ Holly Aylett, “An International Instrument for International Cultural Policy: The Challenge of UNESCO’s Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions 2005”, 13 Int’l J of Cultural Stud. 355 (2010).

⁴ CCD 第 1 条(g)において、文化的財・サービスは「アイデンティティ、価値観及び意味の媒体」と規定される。

⁵ Michael Hahn, A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law”, 9(3) JIEL 515, 533 (2006).

⁶ Graber, “Substantive Rights and Obligations under the UNESCO Convention on Cultural Diversity” in Schneider and Bossche (eds.) Protection of Cultural Diversity from an International and European Perspective (2008), pp.141-162.

⁷ Burri-Nenova, “Trade versus Culture in the Digital Environment: An Old Conflict in Need of a New Definition”, 12(1) JEIL 17, 52-54 (2009).

で継続しているのである。

(2) アナログ文化的財取引における不完全競争性およびボトルネック性

さて、文化的財・サービスの貿易を巡る上述のような国際的対立は、アナログ文化的財が物理的媒体に固定化された物品として取引されるという条件の下で生じたものであり、かつ、主として AV 産品にかかる関連国内産業を保護するための規制として導入されたという歴史的経緯をもち、現在も、国際的対立の最大のステークホルダーは各国の AV 産業である。

AV 産品については、本質的に「市場の失敗」状況が存在し、これを是正する国家による公的介入が正当化されると説明される。さらに、グローバリゼーションの進展及び技術革新によって、この状況は悪化しているとの認識の下、文化多様性を保護するための国家規制の強化が政治的に唱導される。より具体的には、(1)生産及び流通にかかる規模の経済性による失敗、(2)公共財的性質を帯びる産品間の競争に由来する失敗、(3)価格設定の外部効果の影響による失敗、(4)集団的行動問題による失敗、が挙げられる⁸。

他方、より一般的に、文化的財の文化的表現物としての側面と、生産物が商取引の対象となる産業的側面の関係について見ると、文化的表現の活性化という文化政策の目的の下に、文化的財の生産者を保護するという産業政策が正当化されることはない⁹。

例えば、EU における共通 AV 政策は、域内及び各加盟国の国内 AV 産業分野に対する補助金、数量制限（放映時間規制）をはじめとする様々な規制を継続しているが、納税者から AV 生産者への膨大な財政的資金移転は正当化されるのか、AV 産業分野の文化的側面（文化的財の生産の活性化）という政策目的から正当化されるのか、という疑問が投げかけられている。例えば、映画産業分野では膨大な補助金により映画製作数は増加するが、観客動員数における市場シェアで見ると、補助金の効果が認められないことが、TV 番組分野でも補助金や放映時間規制によって文化的側面がかえって損なわれていることがそれぞれ実証的に示されている¹⁰。それにもかかわらず、従来の規制をそのままデジタル文化的財に拡

⁸ Sauve and Steinfatt, *Towards Multilateral Rules on Trade and Culture: Protective Regulation or Efficient Protection?*, in Productivity Commission and Australian National University, *Achieving Better Regulation of Services* (Ausinfo, 2000), pp.323-346, 325.

⁹ Patrick Messerlin, *Regulating Culture: Has It 'Gone with the Wind'?*, in Productivity Commission and Australian National University, *Achieving Better Regulation of Services* (Ausinfo, 2000), pp.287-320. メッサーリンは、AV 分野の規制を念頭に、過去における文化的表現の担い手であった書籍と絵画にかかる自由取引の歴史から、文化的財の産業的側面と文化的側面の関係性についてヒントを得ようとする。仮に生産者が保護される場合も、規制コストの負担者とのバランス確保の必要性、および、規制によるレント発生について指摘する。また、AV 産業分野の現状は、文化的、経済的および政治的な要因が相互に強め合う形でもたらされたものであると推測する。

¹⁰ Messerlin, *id.*

張する政策が推進され、EU 映像メディアサービス(AVMS)指令が採択された¹¹。同指令は、オンライン上で流通・販売されるデジタル AV 産品について数量制限および政府補助金を拡張するものであり、欧州原産の AV 産品の保護・促進を目指している。しかしながら、以下で述べるデジタルネットワーク環境下における、デジタル文化的財の生産・流通・取引の劇的な変化は、AV 産品を巡る従来の保護政策の前提条件および理論的根拠に大幅な修正を迫る可能性をはらむものであると言える。

(3) デジタルネットワーク下の文化的財の変容

しかしながら、文化的財の生産・流通・消費を取り巻く環境は、近年大きく変容した。最大の変化はデジタル化である。デジタル技術によって、あらゆる情報は、0 と 1 の配列によるデジタル信号に変換されるため、極めて容易かつ瞬時に保存・輸送が可能となる。すなわち、文化的財の性質それ自体が大きく変わるのである。第一に、表現物は、もはや物理的な媒体（フィルム、紙その他の記録媒体）に固定化して流通される必要がなくなり、電気信号として、デジタルネットワーク（光ファイバケーブル等）を通じて流通・取引が可能となる。

規制の対象となる文化的財に関する、このような劇的な変化は、文化多様性を巡る従来の議論を大きく変化させる契機となりうる。ただし、取引環境としてのデジタルネットワークへのアクセスの有無による格差という問題（いわゆる「デジタル・デバイド」問題）は今後ますます大きくなることが予想されるが、このことは同時に、ブロードバンドネットワークを通じて、デジタル化された文化的財が取引される市場の性質及び構造は、物理的メディアに固定化されて商品として取引される市場と、今後ますます、乖離していくことを意味している。現時点では、まだインターネット上でデータとして流通・取引されるデジタル文化的財は、物理的媒体に固定化されて取引される場合と、市場取引の観点から別個の市場を形成するとは言い難いが、以下に列挙するように、ブロードバンドネットワーク環境におけるデジタル文化的財の生産・流通・取引・消費の各プロセスで現れる新たな特質を考慮すると、この乖離傾向はますます強まることは確実である。

まず、市場における競争全般の観点からは、参入障壁が大幅に低減し、いわゆるロングテール効果により新規参入者がニッチ市場で生き残ることが可能となる¹²。他方、大きなネットワーク効果により、メディア市場における水平・垂直集中が進むことも同時に予想され、少数のグローバルプレーヤー（とくにプラットフォーム事業者）が、文化多様性の確

¹¹ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Provision of Audiovisual Media Services 2010 O.J. (L 95/1).

¹² クリス・アンダーソン『ロングテール [アップデート版] — 「売れない商品」を宝の山に帰る新戦略』(ハヤカワ新書、2009年)。

保という観点から、より重要な責務を負うことになる。また、ユーザーや C/A 事業者がブロードバンドネットワーク環境に強く依存し、同環境を通じてデジタル文化的財コンテンツに自由にアクセスできることが重要な前提条件となる。

文化的表現の方法・態様という観点からも、ブロードバンドネットワーク環境は多大な影響をもつ。デジタル化は、単に、アナログ文化的財を代替物としてのデジタル文化的財に置き換えるプロセスではなく、次のような変革の契機となる。すなわち、ユーザーはもはやユーザーという地位のみにとどまることなく、同時に表現者にもなり、デジタル文化的財の生産者となる¹³。もとより、文化的表現は、商業ベースの表現行為には限定されないところ、創作者（送り手、生産者）とユーザー（受け手、消費者）という役割が固定化されていた従来の構造から離れ、両者が常に反転可能性をもつ、創作・消費の双方向性が生じる（例：ブログ、電子掲示板）。また、共通の興味・嗜好をもつユーザーが、グループをつくり、相互コミュニケーションをはじめとする様々な活動を行う「ソーシャル化」が極めて容易になり（例：SNS、ブログ、ネットコミュニティ）、新たな文化的表現物の共同創作基盤が形成される。また、プロの文化的表現・創作者にとっても、創作者相互間の、また、ユーザー社会とのコミュニケーションの形態にも大きな影響を及ぼし、あらゆる文化的財の創作・流通・消費に大きな変化が生じる可能性が高い。このように、デジタル化とは、ユーザーが強力な文化的表現の手段を獲得し、新たな文化的コミュニケーション空間を作り出す可能性をもつものであり、文化的刷新の大きな契機ともなる。

従来、商業ベースでは、TV 多チャンネル化は番組の多様性を高める契機とはならず、逆に、利潤の最大化及び財政リスクの最小化を最優先した結果、番組内容は、ますます均質性を高めるという結果を招いている。また、グローバルメディア企業による世界的な番組配信がこの傾向をより強めたと言える。これは「プッシュ」型のマスメディア流通の特質を表しており、保存・流通のコストが高く、供給に要するさまざまな物理的資源（例：棚スペース）の制約がある場合がそれであり、生産されるメディアコンテンツのうち、20%が商業ベースの流通・取引の対象となって収益の8割を稼ぎ出し、残りの80%はTV、映画の画面、CD、DVD ショップの棚スペースに並ぶこともないという、いわゆる「80/20 ルール」が成立することになる。

他方、ブロードバンドネットワーク環境の下では、もはや「80/20 ルール」は通用しなくなり、より多様かつ大量な文化的財が流通・取引の対象となり、入手可能となる（ロングテール効果）。デジタル文化的財の供給者には、少数の需要者グループ向けのマイナーまたはローカルな文化的財を供給する能力および誘因が生じ、かつ、多言語によって提供されるようになり、本来の意味における文化多様性の実現に資する環境条件が整うことになる。

流通・取引プロセスにおいては、供給側では、物理的媒体の商品の貯蔵・流通コスト

¹³ 「UGC/UCC(User Generated/Created Content)」と呼ばれるものがそれである。OECD, Participative Web: User-Created Content, at 5, DSTI/ICCP/IE(2006)7/FINAL(Apr. 12 2007).

が大きく減少し（資源希少性という観点からはほぼ無制限）、より多様かつ大量な文化的財が供給可能となる。また、需要側でも、検索・発見に要する時間コストが最大の障壁であるところ、インターネット及び検索エンジンは、膨大な情報の「海」から、特定のコンテンツを探し出すために要の機能を果たし、ユーザーにとって大きな助けとなる。また、「サンプル」「フィードバック」「推奨」「他のユーザーのレビュー記事」等の補助ツールも、ユーザーが望むコンテンツを発見する助けとなる。こうしてデジタル文化的財へのユーザーアクセス及び消費形態における「プッシュ」型から「プル」型への変容が実現する。すなわち、ユーザー（消費者）がデジタル文化的財について、その消費形式や時期も含めたあらゆる選択について決定権をもつため、自国原産のコンテンツに対する旧来型の保護・振興政策の意味はますます低下していく。このように、上記のような環境変化は、従来のアナログ財を前提とした「文化と貿易」および文化多様性を巡る議論が、ブロードバンドネットワーク環境の下では大部分において理論的根拠を失うことを強く示唆するものであり、文化多様性の確保においてより広い視野からの問題認識の形成を促す要因となっている¹⁴。

より広い視野に立脚した文化多様性規律のフレームワークにおいては、ネットワーク上で文化的表現物（文化的財）の生産・流通・取引・消費に参加するユーザーや C/A 事業者が、デジタル文化的財を巡る各プロセスに自由にアクセスでき、文化的表現の自由が実質的な意味において確保されることが、文化多様性という価値を実現するために極めて重要である。すなわち、デジタル化された文化的財及びデジタルネットワーク網への公正かつ自由な「アクセス」権の確保が重要な政策目的または規制上の保護法益となりうる¹⁵。

IP化されたブロードバンドネットワーク環境の下では、市場構造は多層的にレイヤー化する¹⁶。デジタル文化的財へのユーザー等の自由なアクセス権確保という観点からは、これら全てのレイヤーにおいて適切かつ実効的な規制が必要となるが、とりわけ、デジタル文

¹⁴ Mira Burri, Christoph Beat Graber and Thomas Steiner, “The Protection and Promotion of Cultural Diversity in a Digital Networked Environment: Mapping Possible Advances to Coherence,” in *The Prospects of International Trade Regulation: From Fragmentation to Coherence* 359-393 (Thomas Cottier & Panagiotis Delimitis eds. 2011)..

¹⁵ Ibid.; Mira Burri, “Cultural Protectionism 2.0: updating Cultural Policy Tools for the Digital Age”, in Sean Pager and Adam Candebub, eds., *TRANSNATIONAL CULTURE IN THE INTERNET AGE*, 182-202 (2012). バリは、デジタル文化的財へのアクセスに対する障壁として、①インフラストラクチャー（ブロードバンドネットワークへのアクセスにおける排除・差別）、②ハードウェア・ソフトウェア（プラットフォーム毎の相互運用性の欠如、フォーマットの違い）、③コンテンツ（著作権等の知的財産保護、デジタル権利管理(DRM)）に分類する。本稿では、知的財産保護によるアクセス阻害については考察対象としない。

¹⁶ 総務省・中立性報告書では、ブロードバンド環境における市場構造について、以下の各レイヤーに分けて分析している。すなわち、①電気通信サービスを提供するための物理的設備で構成される物理網レイヤー、②コンテンツ・アプリケーションの流通を媒介するための伝送サービスを提供する通信サービスレイヤー、③認証・課金、QoS 制御、デジタル著作権処理等、コンテンツの円滑な流通を管理し、ユーザーとのインターフェースを提供するプラットフォームレイヤー、④コンテンツ・アプリケーションをユーザーに提供するコンテンツ・アプリケーションレイヤーの4つである。

化的財の生産・流通・取引・消費についてボトルネック性を握る以下の事業者に対する適切な規制が重要である。第一に、物理的なネットワーク設備を保有し、ユーザーに対して電気通信サービスを提供するネットワーク事業者（電気通信事業者及びインターネットサービスプロバイダ(ISP)）。第二に、より上位のプラットフォーム・レイヤーにおいて、強いネットワーク外部効果をもつプラットフォーム(PF)製品を提供し、認証・課金、QoS制御、DRM（デジタル著作権処理）等、コンテンツ・アプリケーションを通信サービスレイヤー上で円滑に流通させる機能を果たすプラットフォーム事業者¹⁷。

そして、これら事業者に対する有効な規制を通じて、データ化されたデジタル文化的財の自由かつ公正な生産・流通・取引・消費環境を確保することが、文化多様性を確保するための大事な必要条件となることが判る。これは国内取引の場合も国際取引の場合も同様であり、原産国の如何を問わず、特定の文化的財の自由流通を排除する事業者の行為を適切にコントロールすることが文化多様性の見地からも重要な政策課題となる。

上記の政策課題を実現する上で、もっとも深い関連性をもつ規制は、ネットワーク中立性規制及び競争法規制である。ただし、以下で考察するように、これら規制政策の目的は、デジタルネットワークに参加するユーザー等の活動の場となるネットワークの健全な環境の保全であり、ボトルネック事業者に対して、効率性や合理性を度外視した中立性義務を課すものではないことには注意が必要である。ネットワーク及びコンテンツへのアクセス環境において公正かつ自由な競争秩序が維持されている限り、上記のような形での新たな形態による文化財の生産・流通・取引・消費の各活動が、ボトルネック事業者によって不当に阻害されることはないからである。

3. デジタル文化的財を巡るボトルネック事業者規制（ネットワーク中立性規制および競争法規制）

（1）電気通信サービス

物理的な電気通信ネットワーク施設への接続義務は、各国の電気通信事業法によって規制されてきたが、公益事業分野における世界的な自由化の流れと、それに呼応して推進された WTO・GATS 自由化交渉による結果、電気通信サービス分野における競争促進が促進された。デジタルネットワークにおいて最も下位に位置する物理網へのアクセス権の保証は、この 20 年間に飛躍的に進んだと評価できる。

電気通信役務は、従来、国家独占企業等によって提供されてきた。同役務は、伝送網等の電気通信ネットワーク施設への接続なしには提供しえないという特性をもっており、同

¹⁷ 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）24頁では「物理的な電気通信設備と連携して多数の事業者間又は事業者と多数のユーザー間を仲介し、コンテンツ配信、電子商取引、公的サービス提供その他の情報の流通の円滑化及び安全性・利便性の向上を実現するサービス」と説明される。

分野の規制改革（国家企業の民営化や競争導入等）が実施された国も含め、現在も多くの国において、電気通信役務市場（特に基本電気通信役務）は、ネットワーク施設を保有する市場支配的事業者の存在によって特徴づけられており、かつ、当該事業者による反競争的行為の潜在的リスクは各国間で広く認識されている。同分野における規制改革の実施にあたっては、ボトルネック性をもつネットワーク施設への公正な条件による相互接続義務をはじめ、市場支配的事業者による市場支配力行使を抑止するための諸規制が導入された。

日本においては、1985年、電気通信事業法及びNTT法の制定により、電気通信事業が自由化され、NTTの分離・分割と業務範囲の限定という構造規制、および、NTTが独占していた加入者回線設備（第一種指定電気通信設備）の接続義務（接続料金規制、アンバンドル義務を含む）を中核とする行為規制が実施された。後者については、接続情報の目的外利用の禁止、電気通信事業者間の差別取扱いの禁止、関連事業者に対する不当な規律・干渉等の禁止を通じて、同分野における公正な競争を確保し、競争制限・阻害行為の発生を予防するための事前規制が行われている。また移動系通信についても、固定通信に準じた事業法上の競争ルールが定められた。移動系には固定系の加入者回線設備ほどの不可欠性はないが電波の有限性により物理的にさらなる参入が困難となることから、業務区域ごとの占有率25%超の事業者のネットワーク設備（第二種指定電気通信設備）には接続義務が規定されるとともに、収益率ベースのシェア25%超の事業者には接続情報の目的外利用の禁止、電気通信事業者間の差別取扱いの禁止、関連事業者に対する不当な規律・干渉の禁止等の事前規制が導入された。また、ブロードバンド普及促進のための公正の競争環境整備という観点から、固定系についてはNTT東西のNGNにかかる中継局、收容局および通信プラットフォーム機能のオープン化が推進されるとともに、移動系については第二種電気通信設備指定の閾値を25%から10%に引き下げる¹⁸等の規制強化が図られている。

またGATS電気通信交渉の結果、1994年、GATS本体と同時に電気通信附属書が、さらに1997年、GATS第4議定書（基本電気通信にかかる各国の自由化約束表を含む）が、それぞれ締結された¹⁹。後者の交渉においては「参照文書(Reference Paper)方式」という独特の方法が採用された。つまり、電気通信規制のモデルを「参照文書」という形で作成し、先進国は原則として、そのモデルの義務をすべて（開発途上国も可能な限り）、約束するという方法である。したがって、参照文書それ自体に法的効力はないものの、その実体規範の内容は、加盟国の自由化約束を通じてWTO協定上の義務として実体化しており、極めて重要なものとなっている²⁰。

電気通信附属書は、「公衆電気通信の伝送網及び伝送サービスへのアクセス並びに当該伝送網及び伝送サービスの利用」（以下、「公衆伝送網へのアクセス等」という）に影響する

¹⁸ 改正電気通信事業法施行規則（昭和60年郵政省令第25号）（2012年6月19日公布・施行）。

¹⁹ ただし、第4議定書の署名国は65ヶ国と限定的な数にとどまった。

²⁰ また参照文書方式は、電気通信分野における各国の国内規制枠組みの国際的ハーモナイゼーションを強力に推し進めるものである。

「加盟国のすべての措置」に適用され²¹、加盟国は約束表に記載するサービスに関して、「合理的な、かつ差別的でない条件で」、他の加盟国のサービス提供者に対して、自国の公衆電気通信の伝送網及び伝送サービスへのアクセスと利用を確保する義務を定める²²。

参照文書は、上記電気通信分野の特性に鑑みて、同分野における市場支配的事業者（＝「主要なサービス提供者」）に対する規制を加盟国に義務づけている。「主要なサービス提供者」とは、「(a)不可欠な設備の管理」又は「(b)市場における自己の地位の利用」の結果として、「基本電気通信サービス…市場において（価格及び供給に関する）参加の条件に著しく影響を及ぼす能力を有するサービス提供者」をいうものと定義され²³、第一に、これら事業者による反競争的行為の防止義務（第1項）、第二に、これら事業者との相互接続を確保する義務（第2項）を規定する²⁴。

このように、現在の電気通信関連の主要国の国内諸規制は、GATS上の自由化義務と相俟って、物理網への自由かつ公正なアクセス保証をかなりの程度実現するものと評価できる。

ただし、参照文書を含む GATS 電気通信サービス自由化義務の範囲は、あくまでも電気通信接続サービスにとどまっており、デジタルネットワークを形成するインターネット接続サービスに対するオープンアクセス義務を電気通信事業者に義務付けるものとは言えない²⁵。特にブロードバンドサービスについては、電気通信事業者に ISP へのオープンアクセス義務を課すか否かは、各国の電気通信政策（インターネット政策）に委ねられている。後述する米国におけるネットワーク中立性規制を巡る議論は、2005年の有線ブロードバンド・アクセス指令によって、それまで連邦通信法上のコモネクティア規制の下に置かれてきた地域電話会社を含む固定系ブロードバンド・ネットワーク事業者全体が、ISPへのオープンアクセス義務から解放されたため、ブロードバンドインターネット接続サービスに関する、これらネットワーク事業者の市場支配力に対する現実的懸念の存在が過熱化した論議の出発点となった²⁶。

²¹ GATS 電気通信附属書第2項(a)。

²² 同上、第5項。

²³ 参照文書（GATS 第四議定書・附属文書）・定義

<http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm>。

²⁴ その他、ユニバーサル・サービス（第3項）や独立の規制機関（第5項）等について規定が置かれている。

²⁵ ただし、インターネット上で提供される越境サービス（第1モード）については、それが自国の自由化約束に含まれる範囲において、各加盟国は GATS 上の義務を負うことは、米国・越境賭博事件(WT/DS285/AB/R, 7 April 2005)で確認された通りである。

²⁶ 他方、欧州や日本では、電気通信事業者間の相互接続義務や不当差別禁止義務を課すと同時に、市場支配的事業者に対する非対称規制（ドミナント規制）（指定電気通信設備に着目した規制）が導入されており、ISPへのオープンアクセス義務が課されているため、ブロードバンドサービス市場における ISP 間の競争は活発であり、競争法による事後的規制に加えてネットワーク中立性規制を導入すべきとの議論にはならなかったのである。総務省「中立性規制報告書」（2005年）、Jasper P. Sluijs, “Network Neutrality Between False Positives and False Negatives: Introducing a European Approach to American Broadband Markets.”, 62 Fed. Comm. L.J. 77 (2010); Pierre Larouche, “Network

(2) ネットワーク中立性規制

ネットワーク中立性規制の議論は、ブロードバンドインターネットサービス市場において、ボトルネック設備を保有する電気通信事業者やケーブルテレビ事業者などのネットワーク事業者のブロードバンドサービスにかかる市場支配力を、公的規制を通じていかにコントロールすべきかという問題認識から米国で始まった政策論争である。とくに、ブロードバンド接続サービスを垂直統合で提供するネットワーク事業者が、自ら又は提携事業者を通じてコンテンツ・アプリケーション(C/A)サービスを提供する場合に、通信レイヤーないしブロードバンド接続サービスにおける市場支配力をレバレッジして、上位の C/A レイヤーにおいて自己と競合する C/A 事業者を差別的に取り扱う等の競争者排除が懸念された。ネットワーク中立性問題とは、それ自体が保護法益として規制上どの程度考慮されるべきかという観点に加え、米国においては、このような反競争行為のリスクに対して、事後規制としての反トラスト法規制に加えて、一律の事前規制としての事業法ないし個別分野規制を導入すべきか否かという問題であり、ブロードバンド接続サービスを提供するネットワーク事業者に対して、伝送サービスの非差別的な(=「中立的な」)提供の義務付けの是非という問題である。

また近時においては、リッチコンテンツの増加や、一部ヘビーユーザーによる過大なネット帯域利用に起因して、ネットワーク混雑問題が顕在化している。これは、短期的には既存のネットワーク容量の効率的な活用という問題であり、長期的にはネットワーク容量の増強及び高度化に要する投資コストを誰がどのように負担するかという問題である。ブロードバンド市場の発展に応じて、将来的な最適ネットワーク容量を的確に予測し、時機に遅れず十分な設備投資を確保することはほぼ不可能であるが、事業者による投資及びイノベーションに対するインセンティブを確保・促進するとともに、現存するネットワークの効率的活用のインセンティブを妨げないような規制上の配慮を行うことが重要になる²⁷。

より具体的には、ネットワークの品質維持や混雑解消のための帯域制御等のネットワーク管理の問題や、定額料金制によるベストエフォート品質(＋先着順のトラフィック伝送)のサービスの提供というビジネスモデルの見直し、及び、伝送品質に応じた料金差別化の是非の問題などが含まれる。

伝送品質に応じた料金の差別化は、一般に「ティアリング」と呼ばれるが、ティアリングにはエンドユーザーに対する料金差別化と C/A 事業者に対する料金差別化の双方が含まれ、とくに後者の C/A 事業者に対する有償の伝送優先化サービスの是非という問題を中心に議論が展開される。というのは、従来、エンドユーザーに向けて提供するコンテンツ配信にかかる C/A 事業者への課金は行われてこなかったところ、インターネット市場におい

Neutrality: The Global Dimension” in Mira Burri and Thomas Cottier eds. *Trade Governance in the Digital Age* (CUP 2012), pp.91-121.

²⁷ Christopher Yoo, “What Can Antitrust Contribute to the Network Neutrality Debate?” 1 *Int’l J. of Comm.* 493, 500-501(2007).

て急成長を遂げたグーグル、アップル、アマゾン等の世界的に有力な C/A 事業者の出現に伴い、ネットワーク事業者の側からは、これら巨大 C/A 事業者によるネットワーク伝送路の只乗り論が主張されるようになったからである。またいったんネットワーク容量の希少性問題が現実的に意識されるようになると、C/A 事業者の側にも、自己の C/A サービスに対するより高品質の伝送サービスを求める誘因が生じうる。これに対して、前者のエンドユーザーに対する料金差別化については、ブロードバンド市場の進展に伴って、エンドユーザーの求めるコンテンツ・アプリケーションの性質も多様化しており、これら多様化したユーザー需要に応じたコンテンツ・アプリケーションが次々と開発・提供されている。コンテンツの性質に応じて、異なる伝送品質のブロードバンドサービスが異なる価格で提供されることはもとより合理的な価格設定である。また、同品質のブロードバンドサービスに対するエンドユーザーの留保価格が多様である状況の下で、ネットワーク事業者が価格差別を行う場合であっても、資源の効率的利用という観点からは一定の合理性が認められよう²⁸。また、インターネットの現状（ネットワーク間の相互接続とベスト・エフォーツ・サービス）とイノベーションの促進という観点からは、現在のベスト・エフォーツ・モデルを脱却し、イノベーションのパターンに変化を及ぼす可能性もあるが、その予測は不可能である。一般に、公的介入にかかる基本的態度として、反競争的リスクが明確かつ特定可能でない限り、ネットワーク事業者の事業活動をできるだけ制約すべきでないと言える。他方、インターネットの性質上、個別の ISP が現実的に伝送品質を差別化するのは技術的に困難であるという問題の方が現時点では大きい。というのは、ISP が所有・管理するネットワーク部分は、ネットワーク全体のごく一部にしかすぎず、それがベストエフォーツ品質によるサービス提供の最大の理由であるところ、そもそも、エンド・トゥー・エンドで高品質の伝送サービスを提供する能力をもたないからである。技術的にこの問題を解決しようとするれば、多数の ISP・ネットワーク管理者間の連携によるエンドトゥーエンドの高品質伝送経路の確保できる場合であるが、実現するためのハードルは非常に高く、実際の高品質伝送サービスの提供は現時点では困難である²⁹。

有限資源であるネットワーク容量の効率的利用という観点からは、エンドユーザーに対

²⁸ Rob Frieden, *Internet 3.0: Identifying Problems and Solutions to the Network Neutrality Debate*, 1 Int'l J. of Comm. 461 (2007); D. Weisman and R. Kulick, *Price Discrimination, Two-Sided Markets, and Net Neutrality Regulation*, 13 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 81 (2010).

²⁹ Pierre Larouche, "Network Neutrality: The Global Dimension", in Mira Burri and Thomas Cottier eds., *Trade Governance in the Digital Age*, pp.91-122, 97-99 (CUP 2012). ラルーシュは、この技術的問題を解決するためには、①単独の ISP が特定の C/A 事業者およびユーザーの双方と契約し、エンドエンドのサービスを提供する、②複数 ISP 連携により、クラウドを解消する（インターネットとは独立に一種のプライベートネットワークを構築する、③現実には提供できない高品質サービスの提供を装う、という3つのシナリオがあると指摘する。米国のネットワーク事業者は、固定・移動ともに寡占的構造をもち、①のシナリオの実現可能性がある。

する有償の伝送優先化も C/A 事業者に対する有償の伝送優先化も、ともに許されるべきケースが多いところ、これは同時に、インターネット黎明期より受け継がれてきたネットワーク利用の公平性ないしネットワーク中立性という価値との衝突可能性を意味する。というのは、インターネットはその急速な普及に伴って、今日では社会経済活動に不可欠なインフラの一部となっており、インターネットを通じた「表現の自由」の保障やインターネットへの自由かつ公平なアクセスが、それ自体として非経済的な価値をもつに至っており、経済的考慮を度外視した「公平性」を求める声も小さくないからである。

以上述べたような、様々な規制政策上の考慮をいかにバランスするかがネットワーク中立性問題の本質である。

米国においては、多くの地域において有線ブロードバンドサービス市場は、旧ベル系電気通信事業者とケーブルネットワーク事業者による複占構造が成立しており、これら事業者の市場支配力懸念が強く懸念されるという背景事情の下で、2010年、連邦通信委員会(FCC: Federal Communications Commission)が新たなネットワーク中立性規則(オープン・インターネット規則)を制定した。同規則では、固定ネットワーク事業者に対して、(1)透明性義務、(2)遮断(ブロッキング)禁止義務、(3)不当な差別禁止義務が定められた。したがって、ティアリング等の差別的行為については、「不当な」差別の場合のみ、禁止の対象となり、かつ、「不当な」の意味は、今後の解釈実践に委ねられた。また差別行為が合理的かどうかについての指標として、①ユーザーに対する透明性の高さ、②ユーザーの選択の自由度確保、③ユーザーが選択するコンテンツ・アプリケーション、端末に対する中立性が挙げられ、C/A事業者に対する差別行為に対しては、やや否定的な評価が示されている。これに対して、移動体(モバイル)ネットワーク事業者については、上記義務のうち、(1)透明性義務と(2)遮断禁止義務だけが課されている。モバイル事業と固定事業との規制の違いの背景には、移動体においては、技術革新が急速に進み、ダイナミックな競争が活発に行われているという認識がある。

他方、「合理的なネットワーク管理」行為については、中立性規制の例外とされている。同行為には、ネットワークの安全性・統合性を確保する行為、親権者の管理や安全性に関するユーザーの選択に適合したコンテンツへのアクセス、ネットワーク混雑の緩和等が含まれる。また、緊急時通信、法の執行、公共の安全、安全保障のための行為、その他の法令に適合しない違法コンテンツは当然ながら、自由アクセスの対象から除外される。したがって、後述する通り、様々な公共政策的理由に基づく、国家のインターネットフィルタリング規制は、多くの場合、ネットワーク中立性規制の範囲から除外されることになる。また、自社ネットワークを通じてユーザーにエンドツーエンドで直接コンテンツが提供される「特別サービス」についても規制の対象外とされた。ただし、特別サービスによるコンテンツ提供は、インターネットによるコンテンツ提供と競合関係に立ち、かつ、使用されるネットワークも共通するため、新規則の同例外は、潜在的には大きな問題をはらんでいるとも言える。

米国におけるネットワーク中立性規制に関する議論は各国に波及し、活発な議論を喚起している。例えば EU では、ネットワーク中立性原則が、2009 年の改正電気通信規制フレームワークにおいて位置づけられ³⁰、加盟各国において、ネットワーク中立性に関連するガイドラインが相次いで公表され、オランダのように国内法が整備された国もある。欧州委員会は、2009 年フレームワークに追加してネットワーク中立性規制を導入することに慎重だったが、EU 加盟国の電気通信規制当局フォーラムである BEREC(Body of European Regulators for Electronic Communications)と共同で実施した調査において、多数の遮断(ブロッキング)や差別的取扱い事例が報告されたことを受け³¹、加盟国に一定の中立性規制を義務付ける新たなオープンインターネット規則案³²が策定されることとなった。現在公表されている同規則案の概要によれば、透明性義務と遮断・伝送遅延行為が禁止される一方で、C/A 事業者やユーザーが ISP と有償の伝送優先化契約を結ぶ自由が認められており³³、差別的取扱いについてより許容的な立場がとられている。

他方、日本においては、2007 年に総務省「ネットワークの中立性に関する懇談会報告書」が公表され、この問題について、ブロードバンド市場における市場統合・融合化の進展や次世代ネットワークの構築といった環境変化を踏まえつつ、①ネットワークのコスト負担の公平性、②ネットワークの利用の公平性、という二つの観点から網羅的に論点の整理・検討が行われた³⁴。もともと、日本においては、ブロードバンドサービスは「電気通信役務」であり、電気通信事業法に基づくネットワーク事業者の接続義務や NTT 東西に対する非対称規制(ドミナント規制)が有効に機能しているため、ISP レベルの競争が活発であり、現時点では、事後的な競争法規制に加えて、個別分野規制による事前規制としてのネットワーク中立性義務を課す方向には進んでいない。

³⁰ Directive 2002/21/EC on a Common Regulatory Framework for Electronic Communications Networks and Services (Framework Directive) as amended by Directive 2009/140/EC and Regulation 544/2009, Art.8(4).

³¹ 400 超の事業者に対する調査の結果、固定系の約 20%が PtoP ファイル交換伝送等に対する制限を導入しており、移動系の少なくとも 20% (潜在的には 50%) が VoIP サービス等を制限していることが判明した。BEREC Press Release, “BEREC publishes net neutrality findings and new guidance for consultation”, 29 May, 2012.

³² Proposal for a Regulation Laying Down Measures to Complete the European Single Market for Electronic Communications and to Achieve a Connected Continent (Leaked version), art.20.

³³ Neelie Kroes, “Speech: The EU, safeguarding the open internet for all”, SPEECH/13/498, 04/06/2013.

³⁴ 「ネットワーク中立性」の定義として、「①消費者がネットワークを柔軟に利用して、コンテンツ・アプリケーションレイヤーに自由にアクセス可能であること、②消費者が法令に定める技術水準に合致した端末をネットワークに自由に接続し、端末間の通信を柔軟に行うことが可能であること、③消費者が通信レイヤー及びプラットフォームレイヤーを適切な対価で公平に利用可能であること」という 3 要件に合致したネットワークが維持・運営されていること、と述べられる。

(3) プラットフォーム(PF)事業者に対する中立性規制

ネットワークの上位レイヤーに位置する PF 事業者が、インターネット上のデジタル文化的財の流通・取引において重要な責務を負うことについてはすでに述べた。PF 事業者は、C/A 事業者・ユーザー双方にとって重要な PF 製品を提供するが、強い間接的ネットワーク効果によって市場支配力を獲得するチャンスが高まり、競争者排除等の市場支配力懸念がある。

上記ネットワーク中立性の議論は、ネットワーク施設を保有するボトルネック事業者及びこれと一体の ISP に対する規制問題として議論されるものであるが、ネットワーク上のプラットフォームの社会的インフラストラクチャとしての性質に着目し、そのオープン性を求め、中立性規制をより上位の PF 事業者へと拡張すべきとする議論、あるいは、より上位の PF 事業者の差別的行為に対して、中立性規制を拡張し、あるいは、ネットワーク中立性の価値を重視した競争政策規制により、その是正を行うべきとの議論がある。

一般に、PF 事業者は、両面市場と呼ばれる性質の市場に直面していると言われる。両面市場とは、近年の産業組織論研究において脚光を浴びている領域の一つで、エヴァンスによれば、次のような性質をもつ市場である。すなわち、①異なる二以上の顧客グループが存在すること、②間接的ネットワーク効果が存在すること、③各顧客が生み出すネットワーク外部性を内部化するための媒介者 (PF 事業者) が存在すること。二面市場においては二つの顧客グループとの取引は相互依存的であり、一方のグループとの取引増加が、他方のグループとの取引を増加させる、という間接的ネットワーク効果が存在し、両市場で取引される財は補完的關係にある³⁵。一般的にプラットフォームは、規模の経済性、範囲の経済性の獲得につながるものであり、このような効率性を通じて、価格の低廉化が実現する可能性がある。また、取引費用の観点からも、消費者が望む財を探索するコスト (サーチコスト) を引き下げ、個別取引にかかる交渉コストを引き下げる等、ワンストップ取引の場を提供するという効用がある。

他方、PF 事業者には、そのネットワーク効果の存在により、市場支配力に対する懸念があり、とくにスイッチングコストが高く、ロックイン効果が大きい場合は新規参入を阻害し反競争的行為の問題が生じうる。その具体的なケースとして、例えば、上位レイヤー (コンテンツ・アプリケーションレイヤー) との垂直的統合がある場合の、さまざまな市場閉鎖戦略が挙げられる (例: 上流からの投入物閉鎖、下流からの顧客閉鎖といった排除行為)。また、プラットフォームレイヤーの市場支配力を梃子とした他部門へのレバレッジ (例: 抱き合わせ、バンドル取引、ライバル PF の費用の引き上げ戦略) があり得る。わが国で排除措置命令が出された、オンラインゲーム PF にゲームを提供するソーシャルゲーム提供事業者を巡って行われた DeNA によるグリーの取引妨害事例³⁶がこれに当たる。また、高い

³⁵ David S. Evans, Two-Sided Markets, in Market Definition in Antitrust Theory and Case Studies 437, 437 (Henry B. McFarland & Mark W. Nelson eds., 2012).

³⁶ 排除措置命令平成 23 年 6 月 9 日 (平成 23 年 (措) 第 4 号)。

スイッチング費用等のロックイン効果を利用し、取引相手である事業者に不当な拘束的条件を強制するといった場合もある。

ただし、過度の規制的介入や競争法による過剰規制が、かえって PF ビジネスにおける発展、競争及び技術革新を妨げ、かえって社会厚生を損なう可能性にも十分留意することが必要であり、ブロードバンドサービス事業者に対する上記のネットワーク中立性規制の文脈においても最大の論点として議論されたところである。また後述の通り、不可欠施設 (EF) 法理の考え方は、多くの論者によって批判されているところであり、かつ、仮にその適用を考えた場合にも、PF 事業者の提供する商品・役務は、EF 法理が言うところの「不可欠な」設備とは言えない。

まず一般論として、C/A レイヤーは何らボトルネック性をもつ設備とリンクしていないため、通信レイヤーとはかなり異なる市場構造と性質をもち、ネット中立性規制を上位レイヤーの PF 事業者に対して導入することは、かえって競争及びイノベーションという観点から有害な帰結をもたらす危険性がある高いと言える。

また、インターネット上の PF 事業者は、通常、ユーザーが他の競合プラットフォームを同時に利用することを排除しない。例えば、サーチエンジンの場合、一つの検索エンジンの検索結果に満足しないユーザーは、ほぼゼロコストで、即座に別の検索エンジンに切り替えることができる。すなわち、C/A レイヤーにおけるプラットフォームのスイッチングコストは一般に低く、多くの場合、PF は長期にわたり市場支配力を維持することはできない。他方、他の PF 事業 (例：SNS) の場合、乗り換えコストは相対的に高くなるが、ブロードバンドサービスの場合とは異なり、やはり、ユーザーは複数の SNS を同時に活用することができる。

また、PF 事業者においては、ブロードバンド事業者の場合よりも多くの場合において、オープンアクセスを許さないビジネスモデルに依拠している。例えば、検索エンジンの場合、検索結果群を差別化することがまさに提供されるサービス品質そのものだからである。したがって、PF 事業者の中には、開放的かつ中立的なアクセスを認めるものもあれば、特定の事業者やコンテンツによるプラットフォームの使用を認めなかったり、待遇に差別を設けるものもある。こうした多様な PF 事業者の戦略が互いに競い合う中で、有力 PF 事業者に対して、コンテンツやユーザーに対して中立的に振る舞うことを一律に義務付けるか否かは、PF サービス分野の成長を含め、ネットワーク上の競争や技術革新のあり方に大きく影響する問題である。

たとえば、いくつかの有力プラットフォーム事業者 (例：iTunes, Kindle 等) では、コンテンツ事業者に対して、自己の PF との排他的取引を求めているが、それ自体は、PF 間の競争を促進する競争戦略の一つであり、PF 及びその上で展開されるサービス等の性質に応じて、開放的／閉鎖的の選択する自由について正当性をもつものである。例えば、革新的かつ急速に進化する PF の場合には、PF 上を流通するコンテンツ・アプリケーションの数を制限ないし資格審査し、PF 上のコンテンツが PF の技術革新に遅滞なく追従できるよう

な戦略をとることは合理的かつ競争的でありうる³⁷。

また、中立性規制との関係でしばしば参照される EF 法理については検討する。EF 法理とは、ある市場において、それへのアクセスなしには利用市場で競争ができず、かつ、自ら構築するのが困難な施設（＝不可欠施設(EF)）を保有するボトルネック事業者に対して、正当な理由なく競争者等の EF へのアクセス拒絶を競争法違反とする考え方であり、EF 保有者は、合理的な対価により無差別に他の事業者に対する EF へのアクセス提供を義務付けられる。この理論は、米国反トラスト法の判例法理に由来し、その後、EC 競争法によって継受・発展した法理である³⁸。

EF 法理は、まず、その構築に公的資金が費やされ、国民経済の観点から重複投資が許されないインフラ施設に適用されるが、それ以外の施設に対する同法理の適用される射程については大きな論争のあるところであり、慎重な意見も強い³⁹。というのは、市場支配力の形成等の反競争効果要件を課す通常の競争法規制に追加して、競争政策の観点から EF 保有者に対する特別義務を課すべきかどうかについて疑問視されているからである。

EF 法理を巡る最大の問題は、「EF とは何か」という点である⁴⁰。EF 法理は、模倣困難な価値の高い施設（競争手段）が存在する場合に、政府が介入して、当該施設の共用を義務付けるものであるが、一般的には、価値の高い施設をもつ競争者は、共用を拒絶するのが合理的であり、これを強制するならば、事業者に対して、経済的に有用な施設に対して投資するインセンティブを減ずるおそれがあるからである。

以上の論点整理を踏まえて、デジタル文化的財の流通・取引にもっとも関連の深い ICT プラットフォームの一つである検索エンジンを取り上げ、「検索中立性」を根拠とする競争法規制の是非について検討する。

グーグルによる検索サービスの検索結果（オーガニック検索及びアドワーズ（広告販売））の人為的操作が提起する競争法上の問題について、米国 FTC および欧州委員会による調査が開始された⁴¹。問題とされるグーグル行為はいくつかあるが、オーガニック検索結果につ

³⁷ Jeffrey Jarosch, Novel “Neutrality” Claims against Internet Platforms: A Reasonable Framework for Initial Scrutiny, 59 Clev St L Rev 537, 541-543(2011).

³⁸ 泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」『公正取引』637号 32 頁(2003 年)、川原勝美「不可欠施設の法理の独禁法上の意義について—米国法・EC 法及びドイツ法を手がかりとして」『一橋法学』4 巻 2 号(2005 年)669 頁。

³⁹ Areeda & Hovenkamp, Antitrust Law ¶ 771c, at173 (2002); P. Areeda, “Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles”, 58 Antitrust L.J. 852 (1990).

⁴⁰ この他、①取引義務は競争者または潜在的競争者に対してのみ課されるか、上流・下流の事業者にも課されるか、②利用市場での EF 保有者の市場シェアが小さい場合はどのように考えるか、③EF とその利用市場との関係、④正当な理由とは何か、⑤エンフォースメントをどのように確保するかといった論点が指摘される。泉水・前注、根岸・川濱・泉水編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』（有斐閣、2007 年）85-86 頁〔池田千鶴執筆部分〕。

⁴¹ 米 FTC 調査について、ロイター

<<http://jp.reuters.com/article/topNews/idJPJAPAN-21888820110624>>, 欧州委員会につ

いては、検索結果を人為的に操作し、グーグルの競争者のウェブサイトを検索結果から除外または下位に掲載して競争上不利に扱ったという問題であり、アドワーズについては、グーグルがアドワーズ広告の対価を操作し、バーティカルな検索エンジンとの競争でライバルを不利に扱ったことが問題とされた。その後、米国 FTC はグーグルと和解したが⁴²、欧州委員会による調査はいまだ継続中である。

文化多様性の実現という観点からは、主として、オーガニック検索結果の人為的操作を通じた競争者排除または「情報」へのアクセス阻害の可能性が問題となる。グーグルは、ユーザーおよび広告主という2つの異なるグループに直面しており、ユーザーは検索サービスを対価ゼロで利用し、オーガニック検索結果(=「情報」)を得る。広告主は、検索語(キーワード)ごとの入札を通じて、検索エンジン上の広告スペースを購入するが、その入札金額に品質スコアによる調整を経て広告掲載が行われる。グーグルが検索サービスの価値を高めることにより、ユーザーの閲覧数が増加すると、取引される広告スペースの価値が高まるという間接的ネットワーク効果が生じている。他方、検索サービス連動広告によってユーザーの効用が高まっているかと言えば疑わしく、双方向の外部効果という意味における両面市場の状況が成立しているとは言い難いものの⁴³、上記の間接的ネットワーク効果により、検索サービス市場におけるグーグルの様々な行為が競争政策上も検討対象となり得る。

グーグルのような有力な検索エンジンに対してありうる競争法適用の根拠は、グーグルが、ほとんどのユーザーのインターネットへの「アクセスポイント」であり、グーグルの検索結果がウェブサイトの成否を決めるという意味でインターネットのボトルネックを握っていることにある。とくにネット上でサービス提供するビジネスモデルの事業者からは、事業の成否はグーグル検索に大きく依存するとの主張がなされ、競争法適用にとどまらず、ネットワーク中立性規制と結びつく形で、検索アルゴリズムの第三者モニタリング規制の導入といった主張にまで発展している。エーデルマン・ロックウッド両教授は、グーグル検索結果が反競争的バイアスを示すものか明らかでないが、新規事業への参入場面において競争者を排除し、自己の新規サービスを上位に掲載する懸念があると指摘する⁴⁴。また同バイアスは明確に示すことが困難であるがゆえに、そのインセンティブが高いとも述べる。

しかしながら、グーグル検索エンジンが、ユーザーにとって代替不能なインターネット

いて、Press Release, 30 November 2010, IP/10/1624.

⁴² グーグルは、スマートフォン等のデバイス開発のために必要な標準化特許を FRAND 条件により提供すること、広告主はより自由にアドワーズ広告取引を行うことができ、ライバル PF に対しても出稿可能とすること、垂直的ウェブサイトのオンラインコンテンツを不利に扱うことを差し控えること等の内容を約束し、2013年1月3日、FTC と和解した。
<<http://ftc.gov/opa/2013/01/google.shtm>>

⁴³ Giacomo Luchetta, “Is the Google Platform a Two-sided market?”, SSRN #2048683.

⁴⁴ Benjamin Edelman & Benjamin Lockwood, Measuring Bias in “Organic” Web Search.; Can Search Discrimination by a Monopolist Violate U.S. Antitrust Laws?, FAIRSEARCH (July 12, 2011)

への「アクセスポイント」であるとはおよそ考えられない。他の検索エンジンへの乗り換えコストはゼロであり、ユーザーは複数の検索エンジンを同時に利用することも可能である。また、フェイスブック等の有力な SNS やアマゾンも、インターネットへの「アクセスポイント」という意味では重要な競争者と言える。

また、検索技術は日々進化しており、とくに検索目的別に特化した検索エンジンの進化は目覚ましく、顧客に付加価値を提供し続けるとともに、グーグルに対して競争的抑制として機能している⁴⁵。

そもそも、グーグルが検索サービス市場において市場支配力を有しているか否かについても評価の分かれるところである。上記の間接的ネットワーク効果及び規模の経済性により、グーグルの市場支配力を認める見解もあるが⁴⁶、以下、米国反トラスト法の違法性判断の分析フレームワークに沿って考察する。なお、ここではオーガニック検索結果にかかる問題を考察に関連して、検索サービス連動広告にかかる検索サービス市場も検討対象とする。

まず関連市場の画定において、検索サービス（及びこれに連動する広告販売）市場を画定する場合、検索サービスにかかる市場シェアの大きさは、市場支配力認定の代替指標としての機能は相対的に低い。というのは、ここで取引されるのは「情報」であり、供給者サイドの産出量にかかる供給能力の制約は小さく、サービス品質向上のため、アルゴリズム改善やサーバー増強の設備投資が必要となる程度にとどまるからである。ただし、検索エンジンはユーザーからの「検索設問」情報を投入財として品質が向上するという性質をもち、習熟効果と同様、市場シェアの大きさは、累積的な「検索設問」情報量の多寡の代替指標と考えることは可能である。

広告取引に関しては、第一に、オフライン広告（他の媒体による広告）も含めた広告市場を関連市場として画定すべきかという問題がある。需要者の観点からは一定の代替性が認められ、次に、グーグルの提供するコア検索サービスを関連市場とするか、特定分野にあらかじめ情報が限定されたバーティカル検索サービスも加えて市場画定するかによって、市場シェアや競争関係の判断に大きな影響を与えることになる。グーグルは、コア検索サービスにおいては約 65%の市場シェアを占めるが、バーティカル検索サービスを加えると市場シェアは約 42%に下落する⁴⁷。バーティカル検索サービスは、グーグルによるコア検索サービスのシェアが急速に拡大するのとほぼ同時期に発展し、ビジネスモデルとしては、広告収入とともに、直接的な商品・役務の提供を通じて収益を上げているが（例：イーベ

⁴⁵ Mark A Jamison, “Should Google be Regulated as a Public Utility?” 9 J L Econ & Pol’y 223, 226-229 (2013).

⁴⁶ Joshua G Hazan, “NOTE: Stop Being Evil: A Proposal for Unbiased Google Search”, 111 Mich L Rev 789 (2013).

⁴⁷ James D. Ratliff & Daniel L. Rubinfeld, Online Advertising: Defining Relevant Markets, 6 J. Competition L. & Econ. 653, 670 (2010); Eli Goodman, Searcher Intent: Why Vertical Search is Now Giving Ground to Core Search, comScore (Sep. 27, 2011), <http://blog.comscore.com/2011/09/searcher-intent-why-vertical-s.html>.

イ、アマゾン、エクスペディア)、広告収入にかかる事業手法はグーグルと同様のものである。2010年時点で、ユーザーは、バーティカル検索サービスを102億回、コア検索サービスを152億回それぞれ利用したとの調査結果もあり⁴⁸、バーティカル検索サービスが、非常に有力な検索サービスとして発展していることを示している。グーグルは、コア検索サービスの精度を向上させると同時に、バーティカル検索サービスを次々と立ち上げる等、活発な競争が展開されている⁴⁹。

広告主(広告販売の取引相手)は、対象となる広告の閲覧ユーザー数及び当該広告のクリック回数に応じて広告料(対価)を支払う⁵⁰。広告スペースは有限資源であり、検索サービス事業者は、閲覧者が最も関心を寄せる広告を掲載することに利益を見出す。検索サービス連動広告が、他のオンライン広告あるいは他の媒体による広告とは独立の市場として画定されるかどうかについては、否定的に解する裁判例や⁵¹、実証的な調査結果⁵²が見られる一方で、検索サービス連動広告に固有の特徴を指摘する法執行例もある⁵³。

バーティカル検索サービス連動広告については、コア検索サービス連動広告との十分な類似性が認められる。両者には、検索フレーズと関連する広告掲載を通じて、当該フレーズに関心があることを宣言した顧客にアプローチできるという共通のユニークな性質があり、広告の目的も共通する⁵⁴。また、両者には合理的な代替関係が認められ、グーグルによる広告販売価格の引き上げに対する競争的抑制として機能している。したがって、少なくともコア検索サービスとバーティカル検索サービスとは、同一の関連市場として画定されるべきであり⁵⁵、バーティカル検索サービス事業者がグーグルと活発な競争関係にあるという事実は、検索サービス市場におけるグーグルの市場支配力の存在を疑わしめる要因と言える。また、ツイッターやフェイスブックといったSNSも広告媒体としてはグーグルと競争関係にあると考えるべきであり、かつ、インターネットへの「アクセスポイン

⁴⁸ Eli Goodman, *Ibid.*

⁴⁹ Mark A. Jamison, "Should Google be Regulated as a Public Utility?", 9 *J.L. Econ. & Pol'y* 223, 226-228(2013).

⁵⁰ James D. Ratliff & Daniel L. Rubinfeld, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, 6 *J. Competition L. & Econ.* 653, 660-661 (2010)

⁵¹ *Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc.*, 2007 WL 831806, at 5-6 (N.D. Cal. Mar. 16, 2007); *Person v. Google, Inc.*, 2007 WL 1831111, at 3-5.

⁵² Geoffrey A. Manne, "The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic and Legal Assessment", Berin Szoka and Adam Marcus, eds., *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, 419, 425-426 (2011).

⁵³ グーグルのダブルクリック買収にかかるFTC審査において、FTCは、①検索サービス連動広告が他のオンライン広告とは異なる目的に利用されること、②広告主が、広告対象商品に関連する関心を宣言した閲覧者(=潜在的な顧客)に接近するユニークな機会を提供すること、の2点を指摘した。Fed. Trade Comm'n, F.T.C File No. 071-0170, *Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick* (Dec. 20, 2007). Cf. James D. Ratliff & Daniel L. Rubinfeld, *Online Advertising: Defining Relevant Markets*, 6 *J. COMPETITION L. & ECON.* 15 (2010).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Manne & Wright, *ibid.*, p.32.

ト」としての機能という意味においても重要な代替的機能を果たしている。

オーガニック検索結果についても上記の同じ分析が可能であり、検索サービス市場の画定において、コア検索サービスとバーティカル検索サービスとは同一の関連市場として画定される。検索サービス連動広告は、オーガニック検索結果との間で、ユーザーの閲覧およびクリックを巡って競争関係にあると同時に、補完財の関係も成立する。というのは、検索サービス連動広告としてリスティングされると同時に、オーガニック検索結果でも上位にランキング表示されれば、相乗的にユーザーの関心を喚起することができるからであり、検索サービス連動広告販売市場におけるグーグル検索エンジンの魅力を高めている。したがって、グーグルが検索サービスの提供において、対価ゼロにより、「情報」（＝オーガニック検索結果）とユーザーの「閲覧」を交換する取引は、対価がゼロであるという理由のみで、市場支配力を否定する根拠とはならない。特に、情報の非対称性が極めて大きい状況下において、取引対象となる「情報」の質をユーザーが適切に評価できない場合には、評価不能な範囲において、市場支配力行使（＝ある程度自由に競争変数の一つである商品の品質を低下させる）の可能性がある⁵⁶。例えば、仮に、自社コンテンツと競合するウェブサイトのリスティング順位を恣意的に下げる等の行為が、より低品質な「情報」と客観的に評価することが可能ならば、市場支配力行使と判断できる場合もありえよう。あるいは、「情報」の質低下に対して、広告スペース取引の相手方である広告主が需要者として反応可能であれば、こうした市場支配力行使に対する競争的抑制となりうるが、その可能性も低い。以下で述べるように、そもそも検索サービスにおける「情報」の質を客観的に評価する基準についての共通理解は存在せず（少なくとも立証は極めて困難）、かつ、「情報」の質に対する競争政策上の判断には、グーグルが直面する双方の市場に対する競争上の影響評価を要するからである。

いずれにせよ、グーグルが検索サービス市場において市場支配力を有しているかについてはせいぜい「明らかでない」としか言えず、かつ、ユーザーのインターネット利用において必要不可欠なアクセスポイントとして機能しているとは言えない。

次に、排除行為該当性について見る。グーグルに対しては、検索サービスにおけるオーガニック検索結果の人為的操作による競争者排除が問題視されている。すなわち、自社コンテンツと競合するコンテンツの排除、および、自社の検索サービスと競合するバーティカル検索サービスの排除である。事業者による排除行為が競争法違反となるためには、競争過程及び消費者に悪影響を与えるような反競争的行為が認定されることが必要であるところ、グーグルの検索サービスによる検索結果が、自社または関連事業者によるサービスを上位にリスティングし、競合するサービス提供者を不利に扱ったとの主張がなされる。しかしながら、多くのユーザーは目的に応じて、グーグル検索サービスと他の検索サービスとを使い分けており、特定の検索エンジンにより、目的を達成できなければ、別の検索エンジンを試すのが通常である。すなわち、競合する検索サービスへのスイッチングコス

⁵⁶ George J. Stigler, *The Economics of Information*, 69 *J. Pol. Econ.* 213, 214 (1961).

トはゼロに等しく、実際にも利用されている⁵⁷。また、ある検索サービスが検索結果を人為的に操作・歪曲するならば、当該検索サービスの価値を減ずることになるため、ユーザーは極めて容易に他の検索サービスに乗り換えることができる。また、URL をブラウザ上に打ち込むだけで、ユーザーはいかなるサイトへも自由にアクセス可能であり、グーグルはこれを妨害・排除することは一切できない。また、たとえ独占的事業者であっても、より効率的でない競争者を援助する義務はない。グーグルのオーガニック検索結果の上位にリランキングされない限り、実質上存在しないも同然であるとの主張は、グーグルの効果的かつ安価なマーケティング手段へのアクセスを求めることに他ならない。ユーザーへの代替的アクセス手段が確保されている限り、グーグル検索サービスは「不可欠な」施設とは言えず、オープンアクセスを義務付ける根拠とはなりえないのである。また、検索結果の「上位リランキング」には希少性があり、検索エンジンサービスには、最も関連性が高く、かつ、品質・安全性その他の検索エンジンが定めた基準に反しない検索結果を上位リランキングとして表示する機能が求められる。この「上位リランキング」を競争者と共有するよう義務づける規制は、検索サービスの本質に反し、消費者厚生を損なうおそれが高い。その意味において、純粋な意味における「中立性」義務づけは不可能であり、かつ、望ましくもない。

また検索エンジン間には活発な競争があり、グーグルは、販売する広告スペースの価値を低下させないため、自己の検索サービスおよびオーガニック検索結果の品質を低下させない強いインセンティブをもっているため、恣意的に検索結果を歪曲するインセンティブは低いと言える。ただし上述の通り、ユーザーが「情報」の質を適切に評価できない場合には、評価不能な範囲において、オーガニック検索結果の恣意的操作等、提供する「情報」の質の低下を通じて、市場支配力を行使する可能性はある。

グリーンメルマンは、「検索中立性」原則について、次のように批判的に考察している⁵⁸。第一に、中立性論者は、検索エンジンがウェブサイトを選択的に取り扱うことを問題視するが、検索結果の選別（差別化）こそが、ユーザーの目的であり、検索エンジンは全てのウェブサイトを平等に扱うことはそもそも不可能であること。また、差別化を行うにせよ正しい差別化を行うべきとの主張については、検索設問に対して客観的に正しい答えが存在することを前提とする議論であり、何を基準に「客観性」及び「正しさ」を担保するのかが明らかでないこと、および、ユーザーの目的は多様性に富んでおり、特定の基準に基

⁵⁷ Mark A. Jamison, *supra* note(xx), at 239-241.

⁵⁸ 検索中立性原則の 8 要素は以下の通り。①平等性（ウェブサイト間の差別をするべきでない）、②客観性（正しい検索結果を表示すべきである）、③バイアス（情報を歪曲すべきでない）、④トラフィック（訪問者数に依存するウェブサイトを排除すべきでない）、⑤関連性（検索結果におけるユーザーの満足度を最大化すべきである）、⑥自己利益（自己の利益に基づき取引すべきでない）、⑦透明性（ランキングを決めるアルゴリズムを開示すべき）、⑧操作（一般的ルールのみによりランキングを決め、個別の事情でサイトを有利不利に扱うべきでない）。James Grimmelmann, “Some Skepticism About Search Neutrality” <<http://james.grimmelmann.net/essays/SearchNeutrality>>.

づく検索結果の表示は、そもそも検索サービスを利用するユーザーの多様な目的と合致しないこと等を指摘する。同様な意味において、「関連性」についても、どのような基準に基づき、関連性の高さを評価すべきか明らかでなく、検索エンジンにおける「バイアス」とは何かについての共通理解は存在しない。少なくとも、グーグルの排除行為を主張する競争事業者(ウェブサイト)が立証責任を負うことになる。また、検索エンジン最適化(SEO)がビジネスとして成立しているのは紛れもない事実であり、どのようなアルゴリズムに基づき検索サービスが提供されようとも、それを所与として検索ランキングの順位を上げるためにウェブサイトは激しく競い合う状態にある。さらに、ある時点で上位にランキングされたウェブサイトがその後上位ランキングから落ちて、グーグル経由の訪問者数が激減するといったケースについては、そもそも個別ウェブサイトは、たとえ収益上大きな影響があるとしても、上位ランキングの継続を法的権利として主張し得ないのは言うまでもないことである。また仮に恣意的なランキング変更を規制するとしても、「恣意性」を判断する基準が明らかでない。検索エンジン間の個性(主観性)や同一検索エンジンの時期的な違いに応じて検索結果が異なるのはまったく自然なことである。最後に、検索エンジンにそのアルゴリズムないし選別方針の開示や第三者モニタリングを義務付ける透明性規制の可否については、アルゴリズムの完全な開示は、複製が容易なため、検索エンジンのサービス提供にとって致命的であり、かつ、検索エンジン最適化が容易に可能になるため、検索サービスの効用は著しく減少することになる。また政府機関によるモニタリングも、アルゴリズムの高度な複雑性のためその実効性は疑わしい。

検索サービス市場は、両面市場の性質および間接ネットワーク効果により、短期的には、効率的な事業者が独占的なシェアを獲得する「独り占め(winner takes all)」型競争をもたらす傾向が強いものの、同時に技術革新のスピードも速く、投資意欲も高い。持続的な投資および技術革新を促進する最適な市場構造についての共通理解はない。一般的には、技術革新が活発な ICT 市場のダイナミックな性質に照らすと、過剰な規制的介入は、技術革新を妨げ(技術革新に対する過少投資)、検索サービス市場の競争及び発展を阻害するリスクが高い⁵⁹。もちろん、市場支配的事業者による反競争的行為に対する規制的介入によって競争的な市場秩序が保護され、技術革新が促進される場合も想定されるが⁶⁰、異なるプラットフォーム間競争が活発に存在する場合には、競争法による規制的介入がどこまで正当化されるか必ずしも明らかでない。このような一般的認識の下での競争政策規制は、過剰規制コストの回避をより重視すべきであり、事前の検索中立性規制、あるいは、検索中立性という価値を重視した事後の競争法規制が過剰な規制的介入となるリスクは高い。

以上のように、インターネット上の有力な検索サービス事業者に対して、差別的取扱い

⁵⁹ Daniel F. Spulber, “Unlocking Technology: Antitrust and Innovation”, 4 J Comp L & Econ 915 (2009); Frank H Easterbrook, The Limits of Antitrust, 63 Tex L Rev 1 (1984).

⁶⁰ Carl Shapiro, “Exclusivity in Network Industries”, 7 Geo Mason L Rev 673, 674-75 (1999).

の禁止義務を課すような事前の検索中立性規制、あるいは、検索中立性という価値を重視した事後の競争法規制は、いずれも過剰な規制的介入になるリスクが高く、技術革新に対する過少投資をもたらし、検索サービス事業の発展をかえって阻害するおそれがある。規制的介入に際しては、関連市場の特質及び市場支配力の有無を含め、慎重な反競争効果分析が必要となる。また競争法による事後的規制が必要となるのは限定的な場面にとどまると考えるべきである。

(4) オンライン越境取引という文脈における議論の整理

それでは、越境オンライン取引という場面においては、上記の議論はどのように整理されるだろうか。デジタルネットワーク取引はそれ自体としてはボーダレスな世界であるが、関税等の貿易規制に関しては、デジタルコンテンツの WTO 協定上の取扱いや電子送信（楽曲のダウンロード等）に対する関税賦課の可否についての大きな進捗が得られないまま、電子商取引交渉は停滞している。すなわち、デジタルコンテンツがインターネットを通じて「データ」「情報」として有償の取引対象とされる場合に、取引対象は物品かサービスか、あるいは知的財産の使用料かという問題である。また、関税賦課の可否については、現時点では課税技術上の問題があることに加え、インターネット及び電子商取引の発展のため、デジタルネットワークを通じたデータの取引は無関税とすべきという議論である。後者については、1998年第2回閣僚会議において、「グローバルな電子商取引に関する閣僚宣言」が採択され、この問題についての作業計画の策定（「電子商取引に係る作業計画」（WT/L/274））が決定されるとともに、関税不賦課のモラトリアムが決定された。その後、作業計画が進捗しないまま、モラトリアムは閣僚会議において、更新・継続されて現在に至っている。

競争政策規制という観点からは、自国領域外に所在する事業者による反競争行為に対する法執行上の困難さ等の差こそあれ、理論的には、事業者又はコンテンツの国籍または原産国に基づく法適用上の差別はなく価値中立的である。ただし、物品取引において、対象国への「市場アクセス」という観点から、競争政策と通商政策とが事実上交錯する問題が生じうる。これは、主要国が国内競争法を整備し、積極礼讓等の活用や法執行にかかる国際協力の仕組みが構築されたことにより、部分的には解消されたが、本稿が考察対象とするインターネット PF 事業者に対する規制という場面においては、上記のように、対象行為の反競争性や PF 事業者のオープン化について、競争政策の観点からも見解が分かれる⁶¹。

このような状況を踏まえると、後述するインターネットフィルタリング規制とも相まって、實際上、外国事業者又は外国産コンテンツが、国内の市場支配的な PF 事業者に差別的取扱い・排除されるという場面は容易に想定される。また、現行の競争当局間の国際協力

⁶¹ Pierre Larouche, “Network neutrality: The global dimension” in M Burri and T Cottier eds. *Trade Governance in the Digital Age* (CUP 2012), pp.91-122; Frederick W Pfister, “Net Neutrality: An International Policy for the United States”, 9 *San Diego Int'l L J* 167 (2007).

は、自国の法令に反しない限りにおいて、実施されるにとどまる。したがって、仮にデジタルネットワーク環境下におけるボトルネック事業者に対する法規制について、各国間で共通理解が醸成されたとしても、個別案件が通商問題に転化する可能性は常に存在する。たとえそのような問題が起こりうるとしても、文化多様性という政策目的に照らして従来から論じられてきたような意味合いにおいて、外国事業者／外国原産文化的財を排除するボトルネック事業者の反競争行為が正当化されることはない。

4. ネットワーク参加者の公正かつ自由なアクセス権保障と文化多様性

上記のような競争政策規制は、ブロードバンドネットワークに参加して、デジタル文化的財の生産・流通・取引・消費等の様々な活動を参加するユーザー・事業者等がネットワーク及びコンテンツに自由かつ公正にアクセスできる環境をいかに確保するかという点に着目する規制である。したがって、自由かつ公正な競争秩序が維持される限り、結果主義的に文化多様性が保証されるわけではないが、先述の通り、ブロードバンドネットワーク環境の下では、伝統的に主張されてきたデジタル文化的財の生産・流通・取引にかかる様々な制約要因が解消するため、「情報」「データ」として取引対象となるデジタル文化的財へのユーザーや C/A 事業者等の自由かつ公正なアクセスが競争政策規制を通じて維持・確保されることが、文化多様性という政策目的を実現するための、重要な必要条件となることは疑いがない。

ただし、多くの国々において実施されている、公共政策的な目的（例：公序良俗、宗教・政治、刑事法規制、安全保障、知的財産保護、その他）に基づく様々なネットフィルタリング規制は、これら競争政策規制に優先適用される場合がほとんどであり、その規制範囲において、デジタル文化的財へのユーザーのアクセスは大きな制約を受ける⁶²。もとより、ネットフィルタリングは、基本的人権としての表現の自由と関係において常に緊張関係が生じるため、例えば、EU では、欧州人権条約第 10 条(2)との適合性が明確に意識され、目的の正当性やフィルタリング規制の比例性等のルールがガイドラインにおいて定められているが⁶³、フィルタリング規制において、技術上または規制コスト上、規制対象コンテンツ

⁶² Christina Angelopoulos, “Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe”, IRIS plus Legal Observations (2009); Ian Brown, “Internet Censorship: Be Careful What You Ask for”, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2012-04, SSRN #1026597 (2008); John G Palfrey, Jr., “Local Nets on a Global Network: Filtering and the Internet Governance Problem”, Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series: Paper No.10-41, SSRN #1655006.

⁶³ Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2008). Angelopoulos, id, p.7.

だけをブロックすることには大きな困難が伴い、常に過剰規制リスクが生ずる。このような状況は、国境を越えるデジタル文化的財への自由かつ公正なアクセス環境確保という観点からも大きな問題であり、国際的な法的規律は、この問題に対して適切な解決策を見出す糸口が見つからない状態であると言わざるを得ない⁶⁴。

例えば、2012年12月3～14日にドバイで開催された既存の国際電気通信規則(ITR, 1988年)の改正を目指す世界際電気通信会議において、インターネット上の情報に対して適切な規制を行う権限を各国に認めるグローバル電気通信条約案が89ヶ国の賛成多数で採択された(2015年1月発効)。同条約の前文において、「同規則は、国際電気通信サービスに対する加盟国のアクセス権を認める(recognize)」との一文が追加され⁶⁵、かつ、ネット上の安全性に関して、各国の規制権限条文(第5A条「ネットワークの堅牢性及び安全性(Robustness and Security of Network)」)により、各国のインターネット規制を容認する規定が含まれる。同条約を、自国のインターネット上のトラフィック監視及びフィルタリング規制に対する国際社会の正当性の承認としたい、アラブ諸国、中国、ロシア、その他の新興諸国・途上国に反対し、米国、EU諸国、カナダ、豪州、日本等55ヶ国は、採択された改正案及び決議が、インターネットのコンテンツ規制や検閲、遮断等の規制強化につながりかねないとの理由で署名を拒絶した⁶⁶。

また、インターネットフィルタリング規制については、すでに各加盟国が行っているWTO/GATS自由化約束の範囲内に含まれるかどうかの問題となる。検索エンジンをはじめとする、多くのインターネット上のサービスは、「オンライン処理サービス(online processing services)」(CPC843)または各国が自由化を約束した各種サービスに含まれると考えられるからである⁶⁷。仮に、問題となるフィルタリング規制が、約束表の文言解釈上、自由化約束の範囲内に含まれると判断されるならば、公共秩序・道徳等の一般的例外規定への適合性が審査されることになり、経済的理由に基づく規制はもちろんのこと、正当な目的に基づく規制であっても、GATS第14条の要件に照らしたWTO適合性審査が行われることになる。

このように大きな留保はあるものの、デジタル文化的財がブロードバンドネットワークを通じて、生産・流通・取引・消費される環境下においては、ネットワーク参加者が、自

⁶⁴ John G. Palfrey, Jr., “Local Nets on a Global Network: Filtering and the Internet Governance Problem.” Harvard L. School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, No. 10-41 (2010).

⁶⁵ 当初は、「検閲」や「遮断」などの表現は盛り込まない妥協案を軸に交渉が進んだが、最終局面の13日にアフリカ諸国からの提案として、前文の問題の一文が追加され、米国をはじめとする先進国が猛反発した。

⁶⁶ ITU press release, <http://www.itu.int/net/pressoffice/press_releases/2012/92.aspx#.UQTfn78z3oK>. 総務省 HP <http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01tsushin06_02000042.html>。

⁶⁷ Tim Wu, “The World Trade Law of Internet Filtering.”, 7 Chi J. of Int’l Law 263(2006); Brian Hindley and Hosuk Lee-Makiyama, “Protectionism Online: Internet Censorship and International Trade Law.”, ECIPE Working Paper No.12(2009).

由かつ公正な条件によりネットワーク及びコンテンツ（デジタル文化的財）にアクセスできることが重要であることに変わりはない。

以上、本稿を通じて検討した通り、AV 産品を念頭においた視野の狭い「文化と貿易」問題を巡る対立状況及び各国規制は、少なくとも、ネットワーク上を流通・取引されるデジタル文化的財に関しては、もはや十分な合理的な規制根拠をもちえず、かかる場面においては、文化多様性とは具体的に何をどのように保護するための政策概念なのか、その意味を問い直す契機とすべきである。

ブロードバンドネットワーク環境という条件下において、文化多様性規制として理論的に正当化できるものは、文化的財の創作・流通・取引に参加するユーザーおよび C/A 事業者等が、ネットワークを通じて「情報」としてのデジタル文化的財に自由かつ公正にアクセスできる環境を確保するための競争政策規制であることは、本稿で検討した通りである。ただし、政治的・社会的理由ないし公序に基づくフィルタリング等、データ流通規制（ネットフィルタリング）は規制国が必要性についての説明責任を果たすことを条件として、合理的に必要な範囲で相互に許容されるべきと考えざるを得まい。ただし、それは自国文化関連産業を保護する目的のため、競合する外国産品・事業者のアクセスを妨げるものであってはならない。

また、文化多様性条約において確認された文化主権および自国文化を保護・振興するための適切な文化政策措置という観点からは、自国のアイデンティティや価値観を表象する文化的財の生産（創作）を刺激する補助金等の政策手段が正当化されるケースもあり得る。もっとも、このような補助金の導入においては、経済的インセンティブを供与する対象を明確化できることが必要条件であり、かつ、できる限り市場メカニズムに沿った手法が選択されるべきである。さもなくば、欧州の映画産業への補助金のように、産出量だけが増加し、肝心の自国のアイデンティティや価値観を表象する文化的表現物の創作活動は刺激されないという結果に終わる危険性が高い。ただし、補助金の対象の特定という作業は困難を極めることが予想され、あらためて「『文化』とは何か」という答えのない問いに逢着することになる。そうだとすれば、少なくとも、ブロードバンドネットワークを通じて「データ」「情報」として取引されるデジタル文化的財に関しては、文化的財の生産はユーザーや C/A 事業者等のネットワーク参加者の創作意欲及び表現活動に委ねた上で、生産された多様な文化的財およびネットワークへの自由かつ公正なアクセス権確保をこそ優先的なルールと考えるべきであると思われる。