

EUデジタル市場法と国際経済法

——より柔軟なデジタル規制に向けた過渡期の検証——

関根豪政

- I はじめに
- II デジタル市場法（DMA）と検索データへのアクセス
- III TRIPS協定との接点
- IV より柔軟な議論へ——FTA等への期待
- V おわりに

I はじめに

目下のところ、EUのデジタル市場法（Digital Markets Act、以下、DMA⁽¹⁾）は、競争法研究者から非常に高い注目を浴びている。⁽²⁾ その理由は、デジタル市場においては既存の競争法の規制枠組に十分に対処できないことが多く、新しい手法が模索されているところ、DMAがその新たなアプローチを示していることにある。⁽³⁾

それに対して、DMAは国際貿易の観点からも議論が必要とされるが、この点についてはあまり注目されてい

ない。具体的には世界貿易機関（以下、WTO）の「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」（以下、TRIPS協定）との非整合性が惹起される。かかる論点については、いくつかの文献で協定違反の可能性が触れられているのみで、詳細については分析されていない⁽⁴⁾。そこで、本稿では、デジタル市場法第六条一項で規定されるオンライン検索エンジン関連のデータへのアクセスを主に取り上げて、当該規定をTRIPS協定第三十九条に照らし評価する⁽⁵⁾。DMAが仮にWTO協定（TRIPS協定）違反とされるのであれば、それはどのような意味を持ち、我々にどのような示唆を与えるのか、検討を試みる。

II デジタル市場法（DMA）と検索データへのアクセス

1 DMAの概要

DMAは、二〇二二年一月一日に発効し、翌年五月二日に適用が開始されている。その目的は、ゲートキーパーが存在するEU横断的なデジタル分野において、全ての事業にとって競争的で公正な市場を確保するための調和的な規則を制定することで、域内市場の適切な機能に貢献することとする（第一条一項）。DMAの適用対象となるのは「ゲートキーパー」として指定されたプラットフォームである。ゲートキーパーとは、第二条(1)によると、コアプラットフォームフォームサービスの提供者であり、第三条によって指定される事業者とされる。第三条一項は、ゲートキーパーとして指定される条件として、①域内市場に重大な影響を及ぼす、②ビジネスユーザーがエンドユーザーに到達する上で重要なゲートウェイ（玄関口）となるコアプラットフォームフォームサービスを提供する、③運営に際して、確立された持続的な地位を有する（あるいは近い将来にそのような地位を有する見込みがある）ことを挙げる。二〇二三年九月六日に、アルファベット、アマゾン、アップル、バイトダンス、メタ、マイクロソ

フトの六社がゲートキーパーとして指定されている。⁽⁶⁾

ゲートキーパーの義務は主にDMA第五条ないし第七条に規定される。第五条は「ゲートキーパーの義務」と題され、MFN条項の押し付け禁止、自己の決済サービス等の利用強要の禁止等を規定する。それに対して第六条に規定される義務は、第八条の下でさらに特定される可能性のあるゲートキーパーの義務とされ、ビジネスユーザーとの競争におけるビジネスユーザーの情報利用規制や、広告サービスの検証等のための情報アクセス確保義務が含まれる。第七条は、電話番号によらない個人間コミュニケーションサービスの相互運用性に関するゲートキーパーの義務を定める。

2 検索データへのアクセス

本稿でフォーカスを当てる第六条一項は、ゲートキーパーが、要請があった場合に、オンライン検索エンジン⁽⁸⁾を提供する第三者に、自己のオンライン検索エンジンにおいてエンドユーザーによって創出された無料及び有料の検索に関連するランキング、クエリ、クリック、閲覧データへのアクセスを、公正、合理的及び非差別的な条件（FRAND条件）⁽⁹⁾で提供することを義務付ける。ただし、クエリ、クリック、閲覧データが個人データに該当する場合には匿名とされる。DMAの基本的な目的は、デジタル分野における「競争的で公正な市場」の確保であることは前述した。これを踏まえると、第六条一項は、ゲートキーパーが保有している検索エンジン関連のデータを開放することで、競合する検索エンジン提供者の競争力を強化し、ゲートキーパーの確立した地位に対する対抗力を強化することになる。⁽¹⁰⁾

もつとも、当該規定については過剰規制であるとする指摘が散見される。Budzinski and Mendelsohnは、検索データが再生産できる性質を有することや、規模の収穫の逓減を考慮すると、ゲートキーパーにデータを共有

させることは過剰に嚴格であると指摘する⁽¹¹⁾。また、*Baschenhof* は、第六条一一項がゲートキーパーによる濫用行為の存在の証明を前提としていないことに触れたうえで、当該条項の規制内容が競争法の観点と異なる——すなわち、EU 競争法で示される「支配的事業者の特別な責任」論と異質である——と論ずる⁽¹²⁾。このように、競争法的観点から懐疑的な目が向けられている当該条項であるが、国際貿易法との整合性にも疑義が持たれるのである⁽¹³⁾。

III TRIPS 協定との接点

DMA 第六条一一項はゲートキーパーに対して検索エンジン関連情報の開示を義務付けるため、これが営業秘密の開示に該当し、TRIPS 協定に違反することが示唆されている⁽¹⁴⁾。以下では、TRIPS 協定第三九条の内容を概観した上で、法的評価を加える。

1 TRIPS 協定第三九条

「開示されていない情報の保護」と題された TRIPS 協定第七節は、第三九条のみで構成される。当該条項は第一項にて「一九六七年のパリ条約一〇条の 2 に規定する不正競争からの有効な保護を確保するために、加盟国は、開示されていない情報を 2 の規定に従って保護し、及び政府又は政府機関に提出されるデータを 3 の規定に従って保護する」と定める。パリ条約第一〇条の 2 は不正競争行為の禁止を規定しており、「各同盟国は、同盟国の国民を不正競争から有効に保護する」(一項)、「工業上又は商業上の公正な慣習に反するすべての競争行為は、不正競争行為を構成する」(二項)、とする。そして、特に、禁止される行為等として(三項)、①競争者の

営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動との混同を生じさせるようなすべての行為、②競争者の営業所、産品又は工業上若しくは商業上の活動に関する信用を害するような取引上の虚偽の主張、③産品の性質、製造方法、特徴、用途又は数量について公衆を誤らせるような取引上の表示及び主張を例示する⁽¹⁵⁾。

パリ条約第一〇条の２の条文からも分かるように、当該条項は非開示情報については明示しないが、TRIPS協定第三九条がパリ条約に言及するのは、次で触れるTRIPS協定第三九条二項以下に基づく非開示情報の保護は、「あくまでもパリ条約第一〇条の２に規定する不正競争からの保護の一環であると明示」する意図からである⁽¹⁶⁾。換言すれば、「非開示情報の保護はもともとパリ条約に内在していたものであることを」(TRIPS協定で)「明記」したことになる⁽¹⁷⁾。もっとも、形式上はそのように位置付けられたとしても、実態としては、非開示情報の保護はTRIPS協定第三九条二項以下に基づいて実現されることになる。

TRIPS協定第三九条二項は「自然人又は法人は、合法的に自己の管理する情報が：公正な商慣習に反する方法により自己の承諾を得ないで他の者が当該情報を開示し、取得し又は使用することを防止することができるものとす」と規定し、その情報が、(a)「一体として又はその構成要素の正確な配列及び組立てとして、当該情報に類する情報を通常扱う集団に属する者に一般的に知られておらず又は容易に知ることができない」という意味において秘密である」場合、(b)「秘密であることにより商業的価値がある」場合、(c)「当該情報を合法的に管理する者により、当該情報を秘密として保持するための、状況に応じた合理的な措置がとられている」場合に、当該規定が適用されることになる。

まず、第七節のタイトルにも示されているように、第三九条は「開示されていない情報 (undisclosed information)」が対象とされる。ここでは非開示情報という表現が用いられているが、我が国においては、これは不正競争防止法における「営業秘密」に相当する⁽¹⁸⁾。不正競争防止法において、営業秘密として保護の対象とさ

れるためには、秘密管理性、有用性、非公知性を満たす必要があるとされ、これはそれぞれ TRIPS 協定第三九条二項の(c)号、(b)号、(a)号が対応する⁽¹⁹⁾。これらのうち、(c)号に反映されている秘密管理性の理解は、我が国の不正競争防止法においては争点とされてきた⁽²⁰⁾。通商産業省知的財産政策室監修の逐条解説によると、①当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることを認識できるようにされていること（認識可能性、例えば書類に「部外秘」と記載されている）、②当該情報にアクセスできる者が制限されていること（社員以外がアクセスできないような措置が講じられている）の二つの基準で判断されるとする⁽²¹⁾。しかし、後者のアクセス制限の要件については、それを独立の要件とはしない（前者の認識可能性を担保する一つの手段とする）とする考えもあり⁽²²⁾、議論に変遷や対立が見られる⁽²³⁾。このようなこともあり、②のアクセス制限を巡って統一的な理解が示されているわけではないが、その要件性を認める場合には、「秘密を維持するために合理的な努力を払っていること」が一つの指標になりえる⁽²⁴⁾。

この点、TRIPS 協定第三九条二項は、情報を「秘密として保持するための、状況に応じた合理的な措置 (reasonable steps)」がとられていることを前提とするため、②のアクセス制限を求めていると理解される⁽²⁵⁾。米国の統一営業秘密法 (UTSA) も定義において「秘密を維持するための、状況に応じた合理的な努力の対象となっている」ことを求めており⁽²⁶⁾、これを踏まえると、TRIPS 協定第三九条も前記アクセス制限に相当する措置の存在を前提として把握することもできる⁽²⁷⁾。

残りの要件のうち、非公知性に関して、TRIPS 協定第三九条は、非開示情報に「類する情報を通常扱う集団に属する者に一般的に知られておらず又は容易に知ることができない」ものと説示する。秘密であるかの基準は、「類する情報を通常扱う集団に属する者」⁽²⁸⁾であり、基本的には分野ごとに判断されることになるが、既存の競争者や潜在的な競争者が典型例であろう。「一般的に知られて」いないについては、どの程度の範囲に知られ

ていることが求められるかについては学説の相違が存在するが、文言からは、すくなくとも集団の過半数は知らないことが求められると言えよう。「容易に知ることができない」においてはリバース・エンジニアリングの議論が含まれ、リバース・エンジニアリングによつて簡単に情報を知ることができるのであれば、「容易に知ることができている」として、保護の対象から除外されることになる⁽³⁰⁾。

有用性については、第三九条は「秘密であることにより商業的価値がある」とする。この文言からは、情報それ自体に価値があることよりも、他者に知られることによつてその模倣が可能になり、その結果、競争上の有利性を失うことになるような情報が該当すると言えよう。ここで問題となるのが、現時点では価値がないが、将来に有益とも考えられる情報の扱いである。この点について、現実的に価値を有するもののみが対象となるのであり、潜在的なものとは認めないことを示唆する解説もあるが、我が国の不正競争防止法の文脈では、潜在的なもの（例えば、失敗した実験のデータ）も認められるとされる⁽³²⁾。

次に議論を喚起しうる要件が、TRIPS協定第三九条が「自然人又は法人は……防止することができる……」とされている点である。この規定はドラフト段階では、「締約国は、自然人又は法人が……防止するための法的手段を国内法で定める」と表現されていた⁽³³⁾。この変更は、権利者が民事訴訟において自ら行使できる権利を付与することに限定しない（行政措置等で権利侵害が防止されることも認める）ことを意図しているとも把握できるが、TRIPS協定第四二条の存在や、第二三条一項の注釈のように行政措置の利用を明示する文言が存在しないことを踏まえると、基本的には民事訴訟を提起する権利を付与することを求める規定と評価されている⁽³⁶⁾。また、当該文言は、自然人又は法人に直接的に法的な主張を行う権利を付与するかのような書かれ方をしているが、同条一項が「……加盟国は……2の規定に従つて保護」することが求められているため、WTO加盟国を対象とした義務を課す（直接効果は有さない）規定であると把握される⁽³⁷⁾。

情報の開示が問題とされるのは「公正な商慣習に反する方法」に該当する場合である。この言葉には注が付されており、「少なくとも契約違反、信義則違反、違反の教唆等の行為をいい、情報の取得の際にこれらの行為があったことを知っているか又は知らないことについて重大な過失がある第三者による開示されていない当該情報の取得を含む」とされる。ここでは「少なくとも」とするため、契約違反等以外の行為による取得も認められるが、その外縁は必ずしも定かではない。「公正な (onest)」の表現が鍵になると思われるが、当該文言には絶対的で単一の基準が存在するわけではないことから、⁽³⁸⁾ 事実ごとに判断されることになる。

2 D M A 第六条一一項の評価

以上の議論を踏まえて、D M A 第六条一一項を再検討する。まず、検索に関連するランキング、クエリ、クリック、閲覧データが営業秘密に該当するかが最初の争点となる。先で述べたように、「開示されていない情報」に該当するか否かは、情報の内容や性質から直ちに導かれるのではなく、秘密管理性、有用性、非公知性を満たす必要がある。最初の秘密管理性については、T R I P S 協定の文言上は、「秘密として保持するための、状況に応じた合理的な措置」の存否が判断基準となる。不正競争防止法の文脈で議論したように、この文言がどのような措置を要求するかについては見解が割れると予想されるが、ゲートキーパーがこれらの情報を秘密として保持するための措置を講じているにも拘わらず、情報の提供を強制されると、T R I P S 協定違反が疑われることになる。アクセス制限を厳格に要求しないのであれば、より一層、当該要件は容易に充足されることになる。

検索エンジン関連情報の有用性も肯定されよう。有用性については、その情報が開示されると他の事業者を利用するものであることが前提であるが、そもそも D M A が情報開示により他の検索エンジン事業者の競争力を強化することを意図としている以上、その該当性は肯定される。非公知性についても、やはり肯定されよう。競争者

が容易に知ることができないからこそ、DMAにおいて開示を要求しているのである。しかし、経済学的観点からの批判でも見られたように、検索データは再生産が不可能ではないとされる。³⁹⁾再生産により「容易に知ることができない」が否定されることになれば、非公知性を満たさないことになる。

次に、DMAが検索データの他社による取得を許容している点と、TRIPS協定第三十九条二項の「自然人又は法人は、…防止することができるものとする」の文言の関係について検討する。TRIPS協定の下では、WTO加盟国には自然人又は法人が、公正な商慣習に反する方法で営業秘密が開示等された場合に民事訴訟を提起する権利を付与する義務があると理解される⁴⁰⁾ところ、それを実施しているかという問題となる。DMAが明示的に検索データへのアクセスを許容することは、営業秘密の不正取得として民事訴訟を提起する機会を失わせることから、当該規定に違反することになる。

ここで論点となるのが、DMAが情報開示を求めることが「公正な商慣習に反する方法」に該当するか否かである。換言すれば、DMAという法令によってアクセスが認められている場合には不正性が否定されるのであろうか。法令に定められていることで直ちに非公正性が否定されるとは解されないはずであるが、正当な法令上の規制とされれば、「公正な商慣習に反する方法」が否定されよう（この点については次節の議論も参照）。

以上を踏まえると、検索データの強制的な開示を要求するDMA第六条一項は、検索データの営業秘密該当性に多少の疑義がある（非公知性を充足しない可能性がある）ものの、TRIPS協定第三十九条二項違反を構成する可能性は高いという結論となろう。その意味では、本稿の「はじめに」で紹介したDMAのTRIPS協定第三十九条違反の可能性の指摘は正しいことになる。

ところで、EUでは営業秘密に関して、「開示されていないノウハウ及び事業上の情報（営業秘密）の違法な取得、使用及び開示に対する保護に関する指令」(2016/943)⁴¹⁾が制定されている。基本的に、当該指令における

「営業秘密」の定義は TRIPS 協定と同質である⁽⁴¹⁾。よって、DMA において開示が要求される情報は、本来的には同指令の適用対象となる。しかし、同指令は第三条及び第四条でそれぞれ適法と違法になる営業秘密の取得等を規定しており、このうち、第三条二項は、「(欧州) 連合又は国内法で要求される又は認められる取得、使用又は開示」は適法と認められると規定する⁽⁴²⁾。このように EU 域内法では、例外として営業秘密の取得等が適法化される場合を、単に EU 法の存在に求めるため、DMA において当該規定を根拠に営業秘密の移転が認められるとしても、営業秘密指令との抵触は生じえないことになる。

3 WTO 協定上の正当化

前節で論じたように、DMA 第六条一一項は TRIPS 協定第三九条に違反する可能性が高い。その場合、代わりに TRIPS 協定上の他の条項で正当化が可能かという争点が考えられるため、ここでは第八条⁽⁴³⁾及び、関連性の強い第七条⁽⁴⁴⁾の適用の可否について検討する。

TRIPS 協定第八条一項は、「公衆の健康及び栄養を保護し並びに社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するために必要な措置」をとることを認める。既述したように DMA はその目的を、EU 横断的なデジタル分野における競争的で公正な市場を確保するための調和的な規則を制定することによる域内市場の適切な機能の実現とする。デジタル分野は「社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野」に該当する——「極めて」に該当するかは議論の余地があるかもしれないが、一次的には加盟国の判断に委ねられよう⁽⁴³⁾——と思われ、「競争的で公正な市場」の確保も「公共の利益を促進」に合致するものと思われる⁽⁴⁴⁾。なお、「促進」の表現があることから、公共の利益を実際に実現する必要はなく、それが重視される文脈に照らして実現するに適切と判断されればよいと解される⁽⁴⁵⁾。

TRIPS 協定第八条一項で争点となるのが「必要な」措置と「この協定に適合する限りにおいて」の解釈であろう。前者については、「関税及び貿易に関する一般協定」(GATT) 第二〇条をはじめとする各関連規定で数多くの判断が示されてきたため、そこにおける基準が参考にされると推測される。⁽⁴⁶⁾ 同要件を充足する上での最大の障壁は、DMA 以外の代替的な手段では同じように競争的で公平な市場を実現できないことの証明である。⁽⁴⁷⁾ もっとも、以下で論ずるように、第八条の条文規定としての性格ゆえに GATT 第二〇条と完全に一致して解釈されるとは限らないことが指摘される。

難解なのが「この協定に適合する限りにおいて」の要件である。文言通り、協定の他の条項に違反することを認めないことの表象であれば、第三九条二項に違反する政策は、第八条一項の下でも認められないことを意味する。そもそも、ここまで TRIPS 協定第八条は、GATT 第二〇条に類する例外条項かのように論じてきたが、前者はそのようには位置付けられない点に決定的な相違が存在する。⁽⁴⁸⁾ 例外条項でないのであれば、他の協定規定に違反してはならないことの確認は必然と言える。

なお、TRIPS 協定第八条は第七条と融和的に解釈されることが求められる。⁽⁴⁹⁾ 第七条は、知的財産権の保護及び行使が「社会的及び経済的福祉の向上に役立つ方法」による「技術革新の促進並びに技術の移転及び普及」に資することを旨す。よって、検索データの保護がかかる目的に資さないのであれば、反射的に DMA 第六条一一項は正当な規制として認められることになる。とはいえ、本規定が明確な義務を規定するものか不透明で、*“should contribute to”* とされていることから、どこまでの影響を有する規定か不透明と言える。

法的な義務を課す規定かという意味では、実は第八条も不明瞭である。そのタイトルが示す通り「原則」規定であり、義務を直接的に規定しない(つまり、直接的に適用はされない)と理解できる。⁽⁵⁰⁾ ただし、仮にそうであったとしても、他の規定を解釈する上での指導的な原則となることから、第三九条二項の解釈の際においても内包⁽⁵¹⁾

されると捉えられる。すなわち、第三九条二項の解釈として、社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益を促進するか否かが考慮されることになる。なお、E C—商標及び地理的表示事件パネルは、T R I P S 協定において一般例外規定が存在しないこととの関係において、「知的財産の保護の根源的な特徴は、加盟国に正当な公共政策目的を追求する自由を本質的に与える」と説明し、かつ、「公共政策目的を達成するための多くの措置は知的財産権の射程外に存在しており、T R I P S 協定の下で例外とすることを要しない」と示す⁽⁵²⁾。第三九条を第八条と統合的に解釈することは、このようなパネルの考えと軌を一にするとと思われる。

より具体的にはどのような解釈が考えられるか。豪州—タバコプレーンパッケージング事件にてパネルが、T R I P S 協定第二〇条の「不当に」の解釈において、第八条（及び第七条）を念頭に置いて解釈するとしたことを踏まえると、第三九条二項では「公正な商慣習に反する方法」の解釈において読み込むことが考えられる。すなわち、「社会経済的及び技術的發展に極めて重要な分野における公共の利益」の促進という正当な目的を追求するD M A の下で検索データの開示を要求されることは「公正な商慣習に反する方法」に該当しないと論理である。

最後に、仮にT R I P S 協定第三九条違反の構成が不可避であったとして、それをG A T T 第二〇条で正当化可能かという点について簡単に触れる。W T O 協定上、T R I P S 協定とG A T T の適用関係について示す規定は存在しないため⁽⁵⁴⁾、両者の関係は不透明である。この点、T R I P S 協定とG A T T は「共存でき、一方が他方に優越することはない」とするパネルの判断はあるものの⁽⁵⁵⁾、目下のところ、T R I P S 協定とG A T T 第二〇条の関係においてこの言及がどのような効果を持つのかは定かではない⁽⁵⁶⁾。

IV より柔軟な議論へ——FTA等への期待

以上で論じてきたように、そして幾つかの指摘に見られるように、DMA 第六条一項は TRIPS 協定第三条九条二項に抵触すると——解釈次第ではあるが——結論付けることは可能なように思われる。たしかに、特定国の政策が WTO 協定による制約を受けることは、一方的で独善的な政策を抑止する上で有効と言える。しかし他方で、時代や状況に応じて作成される国内政策が、一九九〇年前後の状況を受けて制定された規範に強制的に服することになるのも、また硬直的である。本稿では、DMA 第六条一項が TRIPS 協定第三九条に違反するか否かという機械的な議論ではなく、違反とされとしても、今後どのように対処することが必要かという点に焦点を当てたい。⁽⁵⁷⁾そこで、より新しい貿易ルールである自由貿易協定(FTA)でどのような対処が見られるか検討する。

結論から言うと、FTA における対処は割れている。まず、DMA を制定した EU については、近年締結した FTA において、前述の EU 営業秘密指令(指令 2016/943)と同様に、国内法の要請に基づく営業秘密の開示を許容する明文規定を設ける傾向を見せている。初期の例が H E U ・ E P A であり、第一四・三六条四項(c)において、「関係法令の要請又は許可により情報を取得し、使用し、又は開示すること」は「公正な商慣習に反するもの」とはしないと規定されている。⁽⁵⁸⁾この傾向はその後の(及び英国が締結した)協定においても見られ、おそらく、かかる規定の挿入は EU が締結する FTA におけるスタンダードになると予想される。

それに対して、EU が参加していない FTA においては類似の動向は見られない。例えば、「環太平洋パートナーシップに関する包括的及び先進的な協定」(CPTPP)は、「営業上の秘密」を扱う第一八・七八条において、コンピュータ・システム関連の営業秘密の許諾のないアクセスや横領等について刑事上の手続等を定める旨

を規定する(第二項以下)⁽⁶⁰⁾。まさに、ゲートキーパーがコンピュータ・システムで保有するデータに対するアクセスを防止する方向の規定であることから、TRIPS協定と同一内容の議論となる⁽⁶¹⁾。

このようにEUのFTAはTRIPS協定から一歩進んでいるが、EUのFTAにおけるルール形成が適切か疑われる面もある。まず、法令の存在それ自体で自動的に営業秘密の情報開示を許容してよいのか疑問がわく。よって、EUのFTAがTRIPSプラスと評価して良いか定かではなく(つまり、営業秘密の保護に制限的という意味でTRIPS協定からの後退とも捉えられる)、かつ、最惠国待遇の問題や、現実問題としてFTA当事国のみに別ルールの適用が可能かといった問題も惹起される⁽⁶²⁾。単純にFTA規定を設けることでルールが整備されることにはならない。さらに言うと、EUのFTAに依拠した行動が、他国とのFTAの関係で違反行為とされる可能性さえある。EUがFTAで営業秘密のルールを拡充することそれ自体は評価されるものと言えるが、他の協定等との関係を踏まえると、適切な対処か疑われる。

今後は、EUと米国間の枠組みであるEU米国貿易技術評議会(以下、TTC)における動向が鍵になろう。TTCでは、主要なグローバル技術、経済、そして貿易問題に対するアプローチを調整すること等が目的とされ、その目的の実現のために一〇の作業部会が形成されている。その第五部会が「データ・ガバナンス及び技術プラットフォーム」とされており、「……EU及び米国の完全な規制の自律性を尊重しつつ、両者が共有する懸念に効果的に対処するために、EU及び米国の双方における現在及び将来の規制に関する情報と見識を交換する」ことや、「オンライン・プラットフォームのパワーに適切に対処し、有効競争と競争的な市場を確保するための効果的な措置について議論する」ことが計画されている⁽⁶⁴⁾。目下のところ、オンライン・プラットフォームのデータについては研究者によるアクセスに関する議論が中心であり、競争者によるアクセスがどのように扱われるかについては見通しが定かではないが、この場でより柔軟なアプローチが模索されることが期待される⁽⁶⁷⁾。

また、第九作業部会として、「中小企業によるデジタルツールへのアクセスと利用の促進」が設けられており、デジタル技術へのアクセスや理解を加速させるための援助の実施を作業部会がE U及び米国の政策決定者に勧告することが目指されている。この作業部会で議論が進められることは、中小企業支援と連動したデジタル規制を実現する契機となる。

V おわりに

以上、本稿では、D M Aの一部がT R I P S協定に抵触する可能性があるとする指摘があることを受けて、その仔細と可否を分析した。本稿では、当該主張が肯定されうることを論じてきたが、最後に、かかる議論には多くの論点が含まれるのであり、単純な協定違反か否かに留まらないことを指摘したい。

最初に指摘されるのはT R I P S協定の硬直性とそれに対する対処の問題である。本稿でも論じたように、T R I P S協定における営業秘密の規制は原則違法的な規定であり、変化する国際情勢に十分に対応できるか心配ない。この問題はW T Oの内部的な規律発展の問題を提起すると同時に、仮に規律発展がF T Aという外部協定で実現された場合の国際貿易の規律の階層性にも影響を与えることになる。時代や経済状況の変化に伴い柔軟な規律を設けること自体が肯定されたとしても、E UのF T Aに見られたような、その創設が許容されるべきか十分に吟味されていない規定——国内法の存在で営業秘密の開示を認める包括的な規定——が優先性を持つことが認められるべきかという観点は、多層性を増す次世代の貿易規律構造の議論にも影響を及ぼすような論点と言えよう。さらに言えば、他のF T Aにおける規律との異同という水平的関係における問題も惹起する。

また、本稿では詳しく論じなかったが、D M Aは地政学的意味も大きい。D M Aの主な規制対象は米国のデジ

タル企業である。実際には中国の企業もゲートキーパーに指定されたため、米国に過度に偏重するという危惧は回避されたが、米国企業に影響が大きいことは明らかである。そのような地政学的な観点を踏まえると、D M A が T R I P S 協定違反と認定されることにも意味が生まれる。D M A が中国のゲートキーパーに相当する企業を利するとする指摘は以前よりなされており、⁽⁶⁸⁾ 実際、本稿で取り上げた検索データの開示条項は、それにより恩恵を受ける企業の国籍を問わない規定となっている。⁽⁶⁹⁾ T R I P S 協定違反と認定されることは、制度設計を再考する好機となろう。もっとも、現状では W T O の紛争処理制度は、上級委員会の機能停止により米欧間については機能不全の状態となっており、単なる W T O 協定違反の主張に留まらない工夫を要する。米欧間の貿易紛争の在り方にも連動しよう。田村次朗教授は、グローバル化が進展した国際社会においては、経済法と国際経済法に跨って研究活動を行うことが重要であることを示された先駆的研究者であるが、⁽⁷⁰⁾ 本稿が取り上げた D M A を巡る議論は、かかる田村教授のスタンスが依然として重要であることを再認識させてくれる。

(1) Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

(2) 日本語の文献としては、林秀弥「EU デジタル市場法案について」EU 法研究 一一号 (二〇二二年) 一一九頁以下、佐藤真紀「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な規制」慶應法学四八号 (二〇二二年) 一三七頁以下、平山賢太郎「EU デジタル市場法 (The Digital Markets Act) — 規制の概要と我が国への示唆 —」現代消費者法五八号 (二〇二三年) 一〇九頁以下、王威駟「EU デジタル市場法の論点と示唆」情報法制研究 一三号 (二〇二三年) 一三四頁以下、岡田直己「EU デジタル市場法 (上)」青学法学論集六五巻一号 (二〇二三年) 二五七頁以下等。

(3) Monti G., “The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design”, *European Competition and Regulation*

- Law Review*, 90, (2021), p. 90. See also, DMA Recital 11.
- (4) Hufbauer G. C. and Hogan M., "The European Union Renews Its Offensive Against US Technology Firms", *Peterson Institute for International Economics Policy Brief 22-2*, (2022), p. 8. Broadbent M., "Implications of the Digital Markets Act for Transatlantic Cooperation", CSIS (2021), p. 11.
- (5) DMA は TRIPS 協定の無差別待遇規定との抵触も惹起する。紙幅の関係で本稿では論じない。
- (9) European Commission, "Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers", 6 September 2023, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/%20en/ip_23_4328.
- (7) 第八条二項によると欧州委員会は、第二〇条の手続（決定採択のための手続）の開始や、第六条及び第七条の義務の効率的な遵守のためにゲートキーパーが実施する措置を特定する実施規則を採択できる。
- (8) 「オンライン検索エンジン」の定義については、規則 2019/1150（PDSB 規制）が参照されている（DMA 第二十一条⑥）。当該定義では、小規模な分野別検索やドメイン内検索などは含まれないとされる。Luis Cabral et al., "The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts", Publications Office of the European Union (2021), p. 23.
- (9) オンライン検索エンジンはコマンドプラットフォームサービスに含まれる（DMA 第二条②）。
- (10) Monti, *supra* note 3, p. 91; Schweitzer H., "The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What Is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal", ZEuP 2021, p. 511. また、Schweitzer は「単なる競争性の保護及び推進を越える」と指摘しており、多様な目的が含まれる中で各規定の目的や意味が把握される。
- (11) Budzinski O. and Mendelsohn J., "Regulating Big Tech: From Competition Policy to Sector Regulation?" (Updated October 2022 with the Final DMA), *Immanu Economics Discussion Papers*, Vol. 27, No. 168, p. 15.
- (12) Baschenhof P., "The Digital Markets Act (DMA): A Procompetitive Recalibration of Data Relations?", *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2022, Iss. 1, p. 119.
- (13) ところで、デジタル市場競争会議の「モバイル・エコシステムに関する競争評価最終報告」（二〇二三年）では、

検索データへのアクセスが可能になったとしても、新規参入への大きな障壁が残る等の理由から、特段の対応を行わないとされている(一六八頁)。

- (14) Hubbauer and Hogan, *supra* note 4, p. 8.
- (15) 後藤晴男『パリ条約講話(第一三版)』(発明協会、二〇〇七年)四八二頁。
- (16) 尾島明『逐条開設TRIPS協定とWTO知的財産権協定のコンメンタール』(日本機械輸出組合、一九九九年)一八五頁。
- (17) 尾島・前掲注(16)、一八五頁。
- (18) 茶園成樹『知的財産関係条約(第二版)』(有斐閣、二〇一五年)二二二頁。
- (19) 茶園・前掲注(18)、一二二頁。不正競争防止法第二条六項は「秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であつて、公然と知られていないものをいう」とする。
- (20) 高部真規子「営業秘密の保護」知的財産法政策研究四七号(二〇一五年)六〇頁、帖佐隆「不正競争防止法における営業秘密の秘密管理性とTRIPS協定」久留米大学法学八〇号(二〇一九年)六頁以下。二〇〇六年から二〇一五年という秘密管理性要件が厳格に判断されていた時期を含むデータであるが、日本では秘密管理性要件に基づく請求棄却率が五％に上っているという調査結果がある。山根崇邦「アメリカにおける営業秘密の保護(1)―連邦営業秘密貿易法(DTSA)の運用実態と日本の営業秘密訴訟との比較―」知的財産法政策学研究五三号(二〇一九年)二九頁以下。
- (21) 通商産業省知的財産政策室監修『営業秘密・逐条解説改正不正競争防止法』(有斐閣、一九九〇年)五五頁。
- (22) 経済産業省『営業秘密管理指針』(平成三二年改訂版)六頁。
- (23) 岡村久道「営業秘密の刑事的保護をめぐる諸問題」刑事法ジャーナル第五九号(二〇一九年)三一頁以下、田村善之「営業秘密の秘密管理性要件に関する裁判例の変遷とその当否(その1)―主観的認識と「客観的」管理―」知財管理第六四巻五号(二〇一四年)六二一頁以下等。
- (24) 産業構造審議会「財産的情報に関する不正競争行為についての救済制度のあり方について」(通商産業省知的財産政策室監修・前掲注(21)、一七八頁参照)。

- (25) 帖佐・前掲注(20)、二二頁。例えば、TRIPS協定第三九条でいう「合理的な措置」について、秘密を守るために覆いを作るようなことは、高価過ぎなければ求められると解説される。Antony Taubman, Hannu Wager, and Jayashree Watal, *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, (Cambridge University Press, 2012), p. 138. なお、も「状況に応じた」ものが求められている点は注意を要する。
- (26) Uniform Trade Secrets Act with 1985 Amendments, Sec. 1(4). 米国連邦経済スパイ法(EUA)、営業秘密防衛法(DTSA)における定義もDTSAと同様とされる。DTSAにおける定義の仔細については、山根・前掲注(20)、二六頁。
- (27) もっとも、TRIPS協定の解釈に際して、営業秘密に関する法的集積の多い国の実績に依存することに対する警鐘もある。竹内誠也『詳解 国際知的財産法：TRIPS協定解釈と加盟国実施』(慶應義塾大学出版会、二〇二二年)二一八頁。
- (28) Peter M. and Michaelis M., "Section 7: Protection of Undisclosed Information", in Peter-Tobias Stoll, Jan Busche and Katrin Arend, *WTO : Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 639.
- (29) *Ibid.*
- (30) UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development* (Cambridge University Press, 2005), p. 529.
- (31) Correa C. M., *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement, 2nd Ed.*, (Oxford University Press, 2020), p. 358.
- (32) 茶園成樹「不正競争防止法(第二版)』(有斐閣、二〇一九年)七〇頁。
- (33) "Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations", MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3 December 1990, p. 214.
- (34) 第四二条は、「加盟国は、この協定が対象とする知的所有権の行使に関し、民事上の司法手続を権利者に提供する……」(注は省略)とする。
- (35) 第二三条一項の注釈は、「……第四二条第一段の規定にかかわらず、民事上の司法手続に代えて行政上の措置に

よる実施を確保する」ことが「公衆」であると。

- (36) 尾島・前掲注(16) 一八六頁。
- (37) Peter and Michaelis, *supra* note 28, p. 646.
- (38) Correa, *supra* note 31, p. 356.
- (39) Budzinski and Mendelsohn, *supra* note 11, p. 15.
- (40) Directive (EU) 2046/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets) against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure, OJ C 226, 16.7.2014, 48.
- (41) Contreras J. L., "Trade Secret", in D. Healey et al. (eds.), *Global Dictionary of Competition Law* (Concurrence, 2023), <https://www.concurrences.com/en/dictionary/> (as of 11 October 2023)
- (42) 第五条(d)も参照。
- (43) UNCTAD-ICTSD, *supra* note 30, p. 127.
- (44) 「公共の利益 (public interest)」は WTO 協定ではあまり使われない言葉だが、TRIPS 協定第二七条二項の「公の秩序 (ordre public)」よりも広い概念として捉えられる。Correa, *supra* note 31, p. 97. もともと、検索データは、競争法上の概念としての「エッセンシャル・ファシリティ」該当性が認められるような不可欠情報ではないという指摘もある。Baschenhof, *supra* note 12, p. 119.
- (45) Correa, *ibid.*, p. 96.
- (46) 必要性要件の分析例としては、関根豪政「GATT 第二〇条における必要性要件の考察―比較衡量プロセスの内容と意義に関する検討」日本国際経済法学会年報第一九号(二〇一〇年)一六六頁以下等。
- (47) WTO では必要性の判断に際して、採用が合理的に期待できる WTO 協定に整合的な代替措置の存否が検討された。E.g., Appellate Body Report, *Korea - Various Measures on Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001, paras. 165-166.
- (48) Brand O., "Article 8", in Stoll P.-T., Busche J. and Arend K., *WTO : Trade-Related Aspects of Intellectual*

- Property Rights*, (Martinus Nijhoff Publishers, 2009), p. 189.
- (49) *Ibid.*
- (50) *Ibid.*, p. 191.
- (51) Panel Report, *Canada - Pharmaceutical Patents*, WT/DS114/R, adopted 7 April 2000, para. 726.
- (52) Panel Report, *EC - Trademarks and Geographical Indications (US)*, WT/DS174/R, adopted 20 April 2005, para. 7210; Panel Report *EC - Trademarks and Geographical Indications (Australia)*, WT/DS290/R, adopted 20 April 2005, para. 7246.
- (53) Panel Report, *Australia - Tobacco Plain Packaging*, WT/435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R, adopted 27 August 2018 and 29 June 2020, paras. 72399-2411. 上級委員会がペパネルに支持的な立場を示している。Appellate Body Report, *Australia - Tobacco Plain Packaging*, WT/435/AB/R, WT/DS441/AB/R, adopted 29 June 2020, para. 6658.
- (54) GATTと附属書一Aの協定については、抵触する限りにおいて後者が前者に優先するとされている（附属書一Aに関する解釈のための一般的注釈）。
- (55) E.g., Panel Report, *EC - Trademarks and Geographical Indications (US)*, *supra* note 52, para. 7, 208.
- (56) TRIPS協定違反の行為にGATT第二〇条が適用されることに懐疑的な見解を「Correa, *supra* note 31, p. 100.
- (57) 過度な営業秘密の保護は技術革新等の阻害要因ともなり得るため、one-size-fits-allの規制は望ましくないと云える。データに排他的な所有権は必要ないとする議論として例えば、Kerber W., “Governance of Data: Exclusive Property vs. Access”, *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 47 (2016) pp. 759-762.
- (58) EU・カナダ包括的貿易投資協定（CETA）等ではそのような規定は設けられていない。
- (59) EU・ニュージーランドFTA第一八・四一条四項(c)。HEU・EPA以前としてはEU・アルメニア第二四九条四項(c)。

- (60) CPTPP 第一八・七八条の注一三六は、当該条項の規定が、締約国の法令違反の証拠を提出するための善意の合法的な開示を保護する措置に影響を及ぼすものではないとする。
- (61) 他方で、近年の FTA にはデジタル章が設けられることが多い。しかしここにおいても、DMA というゲートキーパーの情報開示に関連する規定は存在しない。日米デジタル貿易協定のように、ソース・コードについてはその移転やアクセスを要求されないとする規定が設けられることがあるが(第一七条一項)、対象がソース・コードと直接的に関連するものに限定される等の制約がある。もともと、かかる規定においては、締約国の規制機関等が、特定の調査や検査等のためにソース・コード等へのアクセスを求めることが認められている(同条二項)。
- (62) これらについては更なる検討が必要とされるが、本稿では紙幅の関係で争点のみ提起する。
- (63) EU-US Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement, Brussels, 29 September 2021.
- (64) *Ibid.*
- (65) Joint Statement EU-US Trade and Technology Council of 31 May 2023 in Lulea, Sweden, Annex II.
- (66) 二〇二三年六月二二日には、米国議会の議員からバイデン大統領領宛に、EU のデジタル規制を TTIC で取り上げることとを要請する手紙が送付されている。Congress of the United States, 21 June 2023.
- (67) 同時に、米国と EU の競争関係当局間で共同技術競争政策対話も実施されている。この場でもデジタル規制は議論の対象とされる。議論の性質に応じて様々な対話の場が利用されることになろう。
- (68) Broadbent, *supra* note 4, p. 5.
- (69) Baschenhof, *supra* note 12, pp. 150 and 152.
- (70) TRIPS 協定を題材にこの点を指摘するものとして、田村次朗「TRIPS 協定における並行輸入問題」法学研究七三卷九号(二〇〇〇年)一九頁以下。