

公益事業規制と競争政策の 法的論点の検討

— 2019～2020年度公益事業規制と競争政策の法的論点検討班研究報告書 —

2 0 2 3 年 8 月

日本エネルギー法研究所

は し が き

2011年の東日本大震災を契機に開始した電力システム改革は、2020年4月の発送電分離を終え、ひと段落した。しかし、発電・小売事業における競争は十分に進展したとは言えず、さらなる競争の活性化に向け、現在も議論が継続している。また、2016年の小売全面自由化以降、新たな価値創出等を目的にデジタル化を推進する動きが活発化し、電力データの利活用等について議論が進められるなど、エネルギー産業は大きな変革期を迎えているが、解決すべき課題は多く残されている。

本研究会は、エネルギー産業が現在直面する課題のみならず、先行する欧米の事例や他の公益事業分野等を参考に、2019年度から2020年度の約2年にわたり、広範な調査・研究を行ってきた。本報告書は、その主要な成果をとりまとめたものである。なお、活動の詳細については、本報告書の研究活動記録を参照されたい。また、本報告書の一部は、2021年4月以降の研究内容も含んでいる。

まず、土田報告（第1章）では、2020年に電気事業法が改正され、一般送配電事業者が需要者からの同意に基づいてスマートメーターから収集したデータを認定電気使用者情報利用者等協会に移転し、同協会がデータ利用先にこれを提供できるようになったことを踏まえ、スマートメーターから収集されるデータの利活用に当たり検討すべき論点について、競争政策の観点及び情報銀行との対比の観点から詳細に検討を行った。

柴田報告（第2章）では、2021年以降、ドイツにおいて電力・ガス料金の高騰が継続し、消費者の経済負担が大幅に増加していることを踏まえ、ドイツにおける電力価格規制及び電力価格規制に関する裁判例を取り上げ、検討を行った。

武田報告（第3章）では、近年、我が国では電力市場におけるインサイダー取引や情報公開について制度変更が見られることを踏まえ、EUの電力市場におけるインサイダー取引規制との比較を通じ、我が国の電力市場における情報公開やインサイダー取引規制のあり方について検討を行った。

友岡報告（第4章）では、水素の製造・利活用が脱炭素社会の実現に向けて重要な政策課題として位置付けられるなか、水素に係る諸規制について関連事例を断片的に取り上げ、水素関連法制における現時点での法的課題について詳細に検討を行った。

舟田報告（第5章）では、新型コロナウイルス感染症をめぐる諸問題のうち、経済活動の制限、事業活動の公的援助、消費者及び競争法に関する問題を取り上げ、国及び地方公共団体の行政活動を規制行政、給付行政及び調達行政の3つに分類した上で詳細に検討を行った。

東條報告（第6章）では、オンライン診療サービスにおける段階的な自由化について概観した上で、新型コロナウイルス感染症拡大に伴って露呈した、我が国における医療サービス提供体制の問題点について考察するとともに、オンライン診療サービスの自由化の過程にお

いて競争政策の観点がどのように貢献し得るかについて検討を行った。

若林報告（第7章）では、事業者によるアルゴリズムやAIの利用は、消費者にとって大きな恩恵をもたらす一方で、競争阻害効果をもたらすこともあり得ると指摘されていることを踏まえ、アルゴリズムが市場の競争や消費者に与える影響について、英国における検討状況を概観した。

本報告書がこの分野の研究に多少なりとも資することができれば幸いである。

最後に、研究メンバーの諸氏、ゲストスピーカーとして貴重なご報告をいただいた方々、参加研究員の皆様のご努力に感謝したい。

2023年8月

舟田 正之

公益事業規制と競争政策の法的論点検討班 主査

立教大学名誉教授

公益事業規制と競争政策の法的論点検討班名簿

(2019年6月～2021年3月)

主 査	舟 田 正 之	立教大学名誉教授
研 究 委 員	土 田 和 博	早稲田大学法学大学院教授
	安 念 潤 司	中央大学法科大学院教授
	東 條 吉 純	立教大学法学部教授
	柴 田 潤 子	香川大学法学部教授
	若 林 亜理砂	駒澤大学法科大学院教授
	武 田 邦 宣	大阪大学大学院法学研究科教授
	友 岡 史 仁	日本大学法学部教授
オブザーバー	林 田 隆 志	電気事業連合会企画部副部長 (2019年6月まで)
	辻 森 耕 太	電気事業連合会企画部副部長 (2019年6月まで)
	山 本 高 広	電気事業連合会企画部副部長 (2019年7月から)
	津 島 孝一郎	電気事業連合会企画部副部長
	佐 藤 佳 邦	一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所 主任研究員
	外 崎 静 香	一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所 主任研究員
研 究 員	羽 鳥 洋 一	日本エネルギー法研究所 (2020年2月まで)
	高 橋 一 正	日本エネルギー法研究所 (2019年6月まで)
	阿 部 桜 子	日本エネルギー法研究所 (2019年7月から2019年12月まで)
	橋 本 侑 磨	日本エネルギー法研究所 (2020年3月から)
	井 熊 良	日本エネルギー法研究所 (2020年10月まで)
	菱 田 欣 矯	日本エネルギー法研究所 (2020年11月から)
	勢 藤 耕 平	日本エネルギー法研究所 (2020年9月まで)
	井 上 元 太	日本エネルギー法研究所 (2020年10月から)
	井 上 大 樹	日本エネルギー法研究所 (2020年7月まで)
	堀 雅 晃	日本エネルギー法研究所 (2020年1月まで)
	林 洋 志	日本エネルギー法研究所 (2020年2月から)

研 究 員	森 実 慎 二	日本エネルギー法研究所 (2020年2月まで)
	高 尾 宗士朗	日本エネルギー法研究所 (2020年3月から)
	城 野 智 慧	日本エネルギー法研究所 (2020年7月まで)
	上 野 佑 太	日本エネルギー法研究所 (2020年8月から)

※肩書きは，特に示さない限り，研究会当時のものである。

研究活動記録

<2019 年度>

- 第1回研究会 2019年6月21日
「非化石価値取引市場の現状と今後について」
(森実研究員)
- 第2回研究会 2019年7月26日
「デジタル・プラットフォーム規制に関する法的課題」
(神戸大学大学院法学研究科教授 泉水 文雄先生)
- 第3回研究会 2019年9月27日
「米国携帯通信市場における合併事案の検討
～T-Mobile・Sprint合併事案～」
(若林研究委員)
- 第4回研究会 2019年11月1日
「搾取的濫用に対する規制----- 競争法と民法の連動」
(舟田主査)
- 第5回研究会 2019年11月29日
「スマートメーターデータと個人情報保護法・電気事業法・独占禁止法（研究序説）」
(土田研究委員)
- 第6回研究会 2019年12月23日
「オンライン広告市場における競争制限問題」
(武田研究委員)
- 第7回研究会 2020年1月31日
「ドイツの電力分野に関する連邦カルテル庁のガイダンスと報告書」
(柴田研究委員)
- 第8回研究会 2020年2月21日

「デジタル・コングロマリットの特性と競争政策上の課題」
(東條研究委員)

<2020 年度>

- 第9回研究会 2020年6月8日
「電気事業における差別的廉売について」
(勢藤研究員)
「マスクの販売に関する独禁法上の諸問題」
(舟田主査)
- 第10回研究会 2020年7月13日
「確約制度（手続）の日欧比較」
(土田研究委員)
「オンライン診療サービスと競争」
(東條研究委員)
- 第11回研究会 2020年8月11日
「広告ブロッカーケース（Werbeblocker III, ドイツBGH Urteil, KZR23/17）」
(柴田研究委員)
「ヤフー・LINE事業統合事例」
(武田研究委員)
- 第12回研究会 2020年9月23日
「反トラスト法によるプラットフォームの規制～AMEX事件以降の展開・
Sabre/Farelogix合併事件～」
(若林研究委員)
『規制のサンドボックス』制度の法的意義——『自主創意型』モデルの序
論的考察」
(友岡研究委員)
- 第13回研究会 2020年10月23日
「電気事業ユニバーサル・サービスに関する法的課題」
(一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所主任研究員 佐藤 佳邦様)

- 第14回研究会 2020年11月30日
「アメリカ商品先物取引市場における相場操縦の規制」
(大阪大学大学院高等司法研究科法務専攻教授 松尾 健一先生)
- 第15回研究会 2020年12月18日
「ドイツの電力市場と法規制」
(一般財団法人電力中央研究所社会経済研究所副研究参事 丸山 真弘様)
- 第16回研究会 2021年2月26日
「『適正なガス取引についての指針』の改定について」
(公正取引委員会事務総局経済取引局調整課長 小室 尚彦様)
- 第17回研究会 2021年3月15日
「電力システム改革の貫徹～新しい市場設計とその運用・課題について～」
(経済産業省資源エネルギー庁電力供給室長 森本 将史様)

※肩書は、研究会当時のものである。

なお、本報告書の執筆は、以下のとおり分担して行った。

第1章 スマートメーターデータの収集・利活用と個人情報保護—研究序説—

土田 和博 研究委員

第2章 ドイツにおける電力規制の最近の展開

柴田 潤子 研究委員

第3章 欧州電力市場におけるインサイダー取引規制

武田 邦宣 研究委員

第4章 水素関連法制の構造と課題

友岡 史仁 研究委員

第5章 新型コロナウイルスと経済法---発生から3年が経過して

舟田 正之 主査

第6章 オンライン診療サービス市場形成期における規制と競争

東條 吉純 研究委員

第7章 アルゴリズムの弊害について～英国 CMA 報告書を手がかりに～

若林 亜理砂 研究委員

目 次

第1章 スマートメーターデータの収集・利活用と個人情報保護

—研究序説—	土田 和博	1
I はじめに		3
II スマートメーターによるデータの収集		3
III スマートメーターデータと個人情報保護		4
IV 電気事業法の2020年改正		7
V 考察		10
1. 競争政策の観点から		10
2. 情報銀行との対比の観点から		11
VI おわりに		16
〈補論：パーソナルデータのコントロール，排他的支配可能性をめぐって〉		17
1. データオーナーシップ		17
2. プライバシー権ないし自己情報コントロール権		18

第2章 ドイツにおける電力規制の最近の展開

I 最近のドイツにおける電力価格高騰の問題	柴田 潤子	21
1. ドイツのエネルギー供給形態		23
2. ドイツにおける電力価格の高騰と供給停止の問題		23
II 電力価格の高騰を背景にした濫用行為規制に関する最近の裁判例		24
1. 電力・ガスの基本供給における新規顧客と既存顧客の間の異なる料金プランの認容性		24
2. 異なる供給基本料金設定による，電力供給事業者の市場支配的地位の濫用		26
3. 小括		28
III GWB29条に基づく電力料金規制の概要		29
1. 経緯		29
2. GWB29条の経緯		32

3. GWB29 条の概要	32
第3章 欧州電力市場におけるインサイダー取引規制	武田 邦宣 37
I 発電関連情報公表をめぐる動き	39
II インサイダー情報 (ACER ガイダンス・3)	40
1. インサイダー情報の要件	40
2. インサイダー情報の例外【取引計画と取引戦略】	48
III インサイダー情報の公表義務 (ACER ガイダンス・4)	49
1. 公表の主体	49
2. 実効的な公表メカニズム	49
3. 実効的な公表の必要条件	49
4. 適時公表	50
5. 情報公表の遅延	51
6. REMIT4 条 7 項に基づく例外	51
IV インサイダー取引の禁止 (ACER ガイダンス・5. 1～5. 2)	51
1. インサイダー取引の定義	51
2. インサイダー情報を利用したインサイダー取引【第1類型】	52
3. インサイダー情報の公表(開示)によるインサイダー取引【第2類型】	54
4. インサイダー情報に基づく取引の推奨・勧誘【第3類型】	55
V インサイダー取引の立証 (ACER ガイダンス・5. 3～5. 4)	56
1. シグナル(possible signal)	56
2. 行為類型	56
3. インサイダーの範囲	57
VI インサイダー取引禁止の適用除外 (ACER ガイダンス・5. 5)	58
VII 適正取引ガイドラインとの比較	59
1. 適正取引ガイドライン	59
2. インサイダー取引禁止の趣旨・目的	59
3. インサイダーの範囲	60
4. インサイダー情報	60
5. インサイダー取引	61

6. インサイダー取引の例外	62
VIII おわりに	62
第4章 水素関連法制の構造と課題	友岡 史仁 65
I 問題の所在	67
II 水素をめぐる保安規制——運輸分野を素材にして	68
1. 水素の特性と運輸分野	68
2. 水素ステーションの保安規制	69
3. FCVの保安規制と構造的問題	71
III 水素技術の多面性と法規制	72
1. 水素製造技術の新評価制度	72
2. 新水素技術と既存事業の整合化	75
IV 結語	76
第5章 新型コロナウイルスと経済法	
---発生から3年が経過して	舟田 正之 79
はじめに	81
I 規制行政	82
1. 特措法・感染症法	82
2. 国民生活安定緊急措置法	85
3. 風営法等	86
II 給付行政・調達行政	87
1. マスクの配布等	87
2. 持続化給付金	88
3. 行政サービスの民間委託	91
4. 公共調達の統一ルールと統一監視機関	94
III 競争法に関連する諸問題	99
1. マスクの抱き合わせ販売	99

2. マスクの最高価格に係る再販売価格維持行為	99
3. 不当な取引制限	100
4. 企業結合規制	101
5. 下請法	101
6. 景表法	102
7. その他	102
第6章 オンライン診療サービス市場形成期における規制と競争	東條 吉純 107
I はじめに～問題の所在	109
II オンライン診療サービス市場の現状と評価	110
1. オンライン診療自由化の現状	110
2. オンライン診療自由化を巡る主張の対立	112
3. 「かかりつけ医」の制度化	116
III オンライン診療と独禁法	118
1. 医療サービスの特性	118
2. 診療サービスに対する独禁法の適用	119
3. 市場画定の際の留意点	120
4. 反競争効果分析の際の留意点	122
IV 結語～市場形成期における競争政策の役割～	122
第7章 アルゴリズムの弊害	
～英国 CMA 報告書を手がかりに～	若林 亜理砂 125
I はじめに	127
II 英国 CMA 報告書	128
III アルゴリズムの弊害	130
1. 消費者への直接的被害（パーソナライゼーション）	130
2. 競争者排除	135
3. アルゴリズムによる共謀	138
4. 非効率的なプラットフォーム監視の弊害	139

IV アルゴリズムの弊害以外の論点	139
1. アルゴリズムの弊害を調査する技術	139
2. 規制当局の役割	140
V おわりに	142

第 1 章

スマートメーターデータの収集・利活用と個人情報保護

— 研究序説 —

早稲田大学法学学術院教授
土 田 和 博

I はじめに

需要家の電力消費について、限りなくリアルタイムに近い計測ができ、双方向の通信も可能な計器として、スマートメーターが社会的に注目されている。その理由は、需要家が電力の使用量を把握し、管理することが容易になるというだけではなく、スマートメーターから収集されるデータ（以下、「スマートメーターデータ」という）を分析することにより、社会的課題の解決や新たなビジネスに利活用することが可能になるとされることにもあると思われる。しかし、電力の消費量、消費時間および消費パターン等が第三者に把握され、利活用されることは、個人需要家のプライバシーないしパーソナルデータの保護の観点から、問題が生じる可能性がある。

このような背景の下、電気事業法が2020年に改正され、一般送配電事業者の保有する需要家のスマートメーターデータを、需要家の同意に基づき、認定電気使用者情報利用者等協会に移転し、同協会がデータ利用先にこれを提供することができることとなった(IV)。本稿は、このような電気事業法改正の内容、検討すべき論点を考察することとするが(V)、その前に、スマートメーターとは何か、スマートメーターデータの収集と利活用に、プライバシーないしパーソナルデータ保護との関係で、どのような問題が生じ得るかをみることとする(II, III)。

II スマートメーターによるデータの収集

一般に、スマートメーターは遠隔検針および遠隔開閉の機能を持つとともに、電力使用量（例えば30分値）、逆潮流値（太陽光発電等の余剰買取り分を示す）および時刻などの情報を需要家と電気事業者の双方に提供するものと言われる。このようなスマートメーターの設置は、特別高圧・高圧大口需要家（契約電力500kW以上）および高圧小口需要家（契約電力500kW未満）に関しては既に2016年度までに終了し、家庭等の低圧部門は、旧東京電力管内では2020年度末までに、全国的には2024年度末までに完了する予定とされる¹。スマートメーターにより収集された個人需要家の電力使用量などに関するデータは、一般送配電事業者（メーターデータマネジメントシステム）に蓄積される。

スマートメーターに期待される機能としては、①需要家の省エネ、省CO2の推進、②電気事業者の業務改善（供給、送配電、遠隔検針）、③社会的コストの低減、新ビジネスの

¹ 経済産業省総合資源エネルギー調査会 電力・ガス事業分科会 電力・ガス基本政策小委員会（第20回）資料5「電力データの活用について」（2019年8月29日）3頁、https://www.meti.go.jp/shingikai/enecho/denryoku_gas/denryoku_gas/pdf/020_05_00.pdf。送配電網協議会「電力データ活用の取り組み」（2021年10月1日）5頁、<https://www.tdgc.jp/information/docs/aff1c4a6362deebaa5d9d3f5389c5395c4cbfad2.pdf>（最終閲覧日：2022年9月9日）によれば、2021年3月末時点において、全国で6,917万台が設置済みとされる（設置率85.7%）。

創出である。①は特にヨーロッパにおいて強調されるものであるが、個人需要家がエネルギー消費の「見える化」によって、エネルギーを節約することが期待される。もっとも、それだけなら、電力使用量等のデータを外部に送信する必要はないと考えられるから²（第三者にエネルギー消費の分析を依頼する場合は別）、個人需要家データの外部送信は、②や③にこそ期待される理由があると言えようか。

②は需要家の電力消費データを電気事業者自身が業務の改善、効率化に用いる場合であるから、比較的容易に理解できるが、スマートメーターに期待される③社会的コストの低減、新ビジネスの創出とは、具体的には何か。これについて、しばしば挙げられるのは、例えば地球温暖化防止、高齢者見守り等の社会的課題の解決・緩和や、宅配便等の再配達コストの削減、空家把握、きめ細やかな電力メニューの創出といった新ビジネスの創出である。しかし、そのために収集、分析、利活用される個人需要家のスマートメーターデータは、しばしば個人情報保護法との関係で、以下のように、一定の緊張関係を生み出す可能性がある。

Ⅲ スマートメーターデータと個人情報保護

スマートメーターにより収集されたデータの利用がプライバシーないしパーソナルデータの保護との関係で一定の緊張関係を生み出し得ることは、ヨーロッパでは以前から指摘されていた。欧州における立法の経緯と懸念の理由をみておきたい。

(1) 指令2006/32/ECは、エネルギー全体（電力、天然ガス、地域冷暖房(district heating and/or cooling)、温水)について、加盟国が、技術的に可能で、経済的に合理的で、エネルギー節約との関係で比例的である場合には、これらのエネルギーの最終消費者が競争的価格でスマートメーターの供給を受けられるようにすることを確保するものとするとしていた(13条)³。また指令2009/72/ECでは、電力の効率的生産・供給と節約の観点から、スマートグリッド、インテリジェント(スマート)メーターの利用が推奨され、加盟国は、それが積極的に評価される場合、2020年までに少なくとも80%の消費者がスマートメーターの実装を受けられるようにするものとするとしていた⁴。

これらの指令に基づき、加盟国は立法的措置を行ってきている。しかし、加盟国レベル

² Colette Cuijpers & Bert-Jaap Koops, *Smart Metering and Privacy in Europe: Lessons from the Dutch case, in European Data Protection: Coming of Age 269, 280* (S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert & Y. Poullet ed. 2013).

³ DIRECTIVE 2006/32/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 5 April 2006 on energy end-use efficiency and energy services and repealing Council Directive 93/76/EEC.

⁴ DIRECTIVE 2009/72/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC. 加盟国は、適切な場合に、電気事業者にスマートグリッドやインテリジェントメーターを導入するよう強く推奨するものとするとしている(3条11項)。Annex I・IIも参照。

では、これに対して賛否両論がみられたところである⁵。反対ないし消極論は、スマートメーターデータが法執行当局によって捜査対象者の居宅内での行動の監視に使用される可能性を懸念するものから、機微情報の漏えい、プライバシーの侵害を懸念するものまで様々である⁶。

例えば、オランダでは、上記のEC指令を国内法化するため、①電力については15分おきのデータの計測・送信、ガスについては1時間おきの計測・送信を行うこと、②家庭の設置は義務化すること、③違反には17,000ユーロまたは6月以下の自由刑を科すこと、④緊急時等には遠隔でスイッチを切ることができることを主たる内容とする31374法案が提出されたが、上院(The First Chamber)は、これを否決した。その後、①1日より短い間隔での計測・送信は行わない(行う場合には、ユーザーの明示的同意を必要とする)こととし、②も削除するとともに、一旦設置した家庭でも機能を停止することができることを主たる内容とする2010年新法案を提出して、ようやく成立に漕ぎつけたとされる(2011年2月)⁷。こうした立法に対する反対論は何を懸念していたのだろうか。

スマートメーターは、単に電気使用者が在宅か否かだけでなく、消費データの時間的粒度(time resolution)によっては、相当詳細に、個人である電力ユーザーの生活パターンや使用電気器具などが明らかになるといわれる。次の図は、30分単位の計測で1日の行動が分かり、1分単位の計測では、他のデータと突き合わせることにより(経験豊かな者の目には、突合しなくとも)、どのような家電製品を使ったかが分かることを示すものとされる⁸。その結果、自宅で電気器具を使って行う治療から病歴が、特定の月の電力消費パターンから信教(ラマダン)が推測されることなどが問題となり得る⁹。

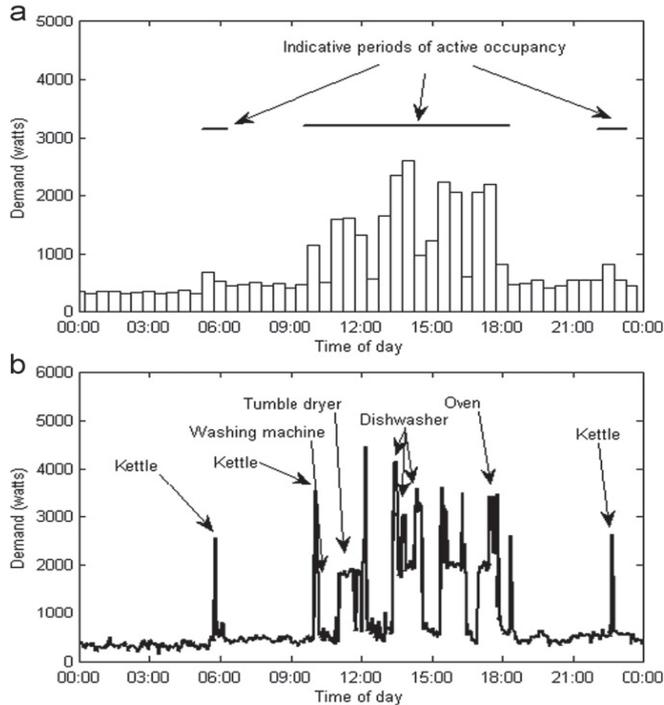
⁵ スマートメーターの実装に向けた法的措置に対する加盟国の態度は、①最積極グループ(デンマーク、フィンランド、フランス、アイルランド、イタリア、マルタ、ノルウェー、オランダ、スペイン、スウェーデン、イギリス)、②市場牽引グループ(ドイツ、チェコ、エストニア、スロベニア、ルーマニア)、③曖昧グループ(ポルトガル、ベルギー、オーストリア)、④落伍グループ(その他の加盟国)の4つのグループに分類できるとされる(Colette Cuijpers & Bert-Jaap Koops, *supra* note 2, at 272-273)。

⁶ J. Milaji & J. P. M. Bonnici, *Privacy Issues in the Use of Smart Meters- Law Enforcement Use of Smart Meter Data*, in *Smart Grids from a Global Perspective* 179 (A. Beaulieu, J. de Wilde & J. M. A. Scherpen ed. 2016). かつては、「麻薬工場」として自宅等が使われていないかを電力使用量により把握することが行われたといわれるが、現在では、電気自動車の充電データにより運転した距離や目的地が判明する可能性があり、被疑者・被告人のアリバイ等の主張の真偽の確認に使用され得るといえる。そのほか、他のデータと照合することにより、著作権を侵害する形でのDVD等の視聴や、被疑者・被告人の性的傾向(例えば小児虐待(pedophiles))に関するプロフィールの形成への利用の可能性(同論文184-185頁)、捜査対象でない者のデータが偶然に把握される可能性などが懸念されている(同論文186頁以下)。

⁷ Colette Cuijpers & Bert-Jaap Koops, *supra* note 2, at 269-283.

⁸ E. Mckenna, I. Richardson & M. Thomson, *Smart Meter Data: Balancing Consumer Privacy Concerns with Legitimate Applications*, 41 *Energy Policy* 807, 808-809 (2012). 最終需要家のエネルギー節約のためであれば、そのような粒度の高い(頻繁な)計測は必要ではなく、1日、1週間、1か月単位の粒度で足りるはずである。

⁹ J. Milaji & J. P. M. Bonnici, *supra* note 6, at 183; Colette Cuijpers & Bert-Jaap Koops, *supra* note 2, at 275.



Demand data for a single dwelling averaged over half-hour (a) and 1 min (b) intervals. Hildebrand, DEHEMS Cycle2 participant demand data., Database file (2011).

(2) 日本においては、プライバシーないしパーソナルデータの保護の観点からスマートメーターデータの収集および利活用について、ヨーロッパほど敏感な議論が行われているわけではない。しかし、スマートメーターによって収集されるデータが個人情報保護法との関係で、法的問題を惹起する可能性はあると思われる。例えば、電気事業者が収集・利活用する個人需要家の氏名および住所等は、個人情報保護法上の「個人情報」（個人情報保護法2条1項）に該当すると考えられる。電気使用者情報は使用者の氏名や住所と共に収集される（そうしないと意味がない）とすれば、個人情報保護法上、電気使用者情報そのものがどのように位置付けられるかにかかわらず、これらがセットになった情報の収集や利活用と個人情報保護法との関係が問題になると考えられる¹⁰。したがって、電力の個人ユーザーの上述の一群の情報が個人情報を含むとすれば、それを第三者が取得、利用・活用するためには、A 技術的対応を行い、個人情報保護法に反しない形で取得、利活用す

¹⁰ 「要配慮個人情報」には、信教を含む「信条」や「病歴」が例示されるが（個人情報保護法2条3項）、前述のとおり、電力の使用パターン、時間等から、これらが推知されることがあり得る。後述する情報銀行は、要配慮個人情報を扱う場合には、認定されない。また「情報銀行における要配慮個人情報の取扱いは認められていないことから、情報銀行において、要配慮個人情報であるプロフィールを取得又は推知することのないよう注意する必要がある」ともされている（情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会「情報信託機能の認定に係る指針Ver.2.2」（2022年）18頁、https://www.soumu.go.jp/main_content/000811172.pdf（最終閲覧日：2022年9月9日））。

るか、B 同意を得る、または匿名加工情報にするのいずれかによらなければならないと考えられる。

A の対応として、1 台のスマートメーターに、Low-Frequency ID（実名）と High-Frequency ID（匿名）を付して、使い分けるというアイデアが示されることがある¹¹。ただし、HFID は、本人から真正のデータが送信されたかを電気事業者は確認できないため、独立した第三者が真正性を認証することが必要となる (third-party escrow)。そのため、この「第三者」（独立して認証を行う者）は、スマートメーターのメーカーであれ、それ以外の第三者であれ、スマートメーターデータにアクセスし、処理し、または蓄積することがあってはならないとされる。

B の対応は、a ユーザーの同意を得る、または b 匿名加工情報にするのいずれかである。もっとも、何に利活用するかに応じて、個人情報や個人データではなく、いわゆる統計情報¹²の提供で足りることはあり得ることから（例えば温暖化対策）、その場合には個人情報保護法上の問題は生じないであろう。

a については、誰の同意を得る必要があるかが問題となり得る。①受電契約の名義人、②住居に居住する一群の者全体（典型的には家族）、③同居する個々人（一時的なゲストを含む）などの可能性がある¹³。常識的には①だとしても、多数の名義人から明示的に同意を得ようとする、相当に困難を伴うのではないか。

b については、どの程度「匿名加工」すれば足りるかが問題となる。個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン（匿名加工情報編）」によっても必ずしも明らかでないが、要は「特定の個人を識別することができないように」し「復元することができないように」（個人情報保護法2条6項）する必要があると考えられる。ただし、匿名加工してしまうと、利用目的を達成し得ないことになる場合もあると考えられるが、2020年の個人情報保護法改正により、「イノベーションを促進する観点から、より柔軟なパーソナルデータの利活用方法を検討」する制度（仮名加工情報、個人関連情報）が盛り込まれたが、これについては、本人の同意が必要になる場合がある。

IV 電気事業法の 2020 年改正

スマートメーターデータの収集、利活用について、2020年の電気事業法改正により、一定の対応が行われた（エネルギー供給強靱化法による）。同年の改正の背景には、2019年

¹¹ C. Efthymiou & G. Kalogridis, *Smart Grid Privacy via Anonymization of Smart Metering Data*, 2010 First IEEE International Conference on Smart Grid Communications 238, 239 (2010).

¹² 「統計情報」の法的定義はないが、個人情報保護委員会「個人情報の保護に関する法律についてのガイドライン（匿名加工情報編）」（2016年）4-5頁によれば、複数人の情報から共通要素に係る項目を抽出して同じ分類ごとに集計して得られるデータであり、集団の傾向又は性質などを数量的に把握するものであるとされる。

¹³ J. Milaji & J. P. M. Bonnici, *supra* note 6, at 183-184.

9月、10月の台風による関東地方の大規模かつ長期的な停電、2018年9月の地震による北海道のブラックアウトなどにより、電力供給の強靱化が喫緊の課題となったという事情がある。これに対応する改正に合わせて、スマートメーターデータの収集、利活用に関する条文も電気事業法37条の3から37条の12として規定された。

(1) まず、スマートメーターデータを蓄積する一般送配電事業者（または配電事業者）は、「認定電気使用者情報利用者等協会」（認定協会ともいう）に対して、電気使用者情報を提供することができる（同法37条の3第1項）。

「認定電気使用者情報利用者等協会」は、電気使用者情報を利用しようとする者、一般送配電事業者、配電事業者が設立した一般社団法人であって、a.（一般社団法人の）社員（会員という）による電気使用者情報の利用、提供の適正化を図ることにより、電気供給事業者間の適正な競争関係の確保に資することを目的とすること、b. 電気使用者情報利用者等（電気使用者情報を利用しようとする者、一般送配電事業者、配電事業者—同法37条の4柱書）を会員に含む旨の定款の定めがあること、c. 37条の5に定める情報利用等適正化業務の適確な実施のために必要な業務の方法を定めているものであること、d. 情報利用等適正化業務を適確に行うに足りる知識および能力並びに財産的基礎を有するものであることの各基準に適合すると認められるものである（同法37条の4）。本条項に基づき、2022年6月30日付で、電力データ管理協会が認定された¹⁴。

(2) 認定電気使用者情報利用者等協会は、次の業務を行うものとされる（同法37条の5）。

- ①一般送配電事業者または配電事業者が認定協会に提供した電気使用者情報を会員に提供する業務、
- ②会員が電気使用者情報の利用、提供をするに当たり、この法律その他の法令の規定および④の規則を遵守させるための会員に対する指導、勧告その他の業務、
- ③会員の行う電気使用者情報の利用、提供の適正化を図るために必要な指導、勧告その他の業務、
- ④会員の行う電気使用者情報の利用、提供の適正化、その取り扱う情報の適正な取扱い、および安全な管理のために必要な規則の制定、
- ⑤会員のこの法律、この法律に基づく命令、処分または④の規則の遵守の状況の調査、
- ⑥会員の行う電気使用者情報の利用、提供の適正化を図るために必要な情報の収集、整

¹⁴ 資源エネルギー庁HP「電気事業法に基づく認定電気使用者情報利用者等協会を初めて認定しました」
https://www.enecho.meti.go.jp/category/electricity_and_gas/electric/shiryo_joho/electricity_data.html（最終閲覧日：2022年8月31日）。なお、電力データ管理協会の業務のうち、後述する同意内容の審査、会員管理、利用実績管理、情報セキュリティ対応、苦情・相談窓口対応等は、一般送配電事業者およびNTTデータが出資する（株）GDBLが委託を受けて行うこととされており、同社の委託業務がどのように行われるかが實際上重要であると思われる。

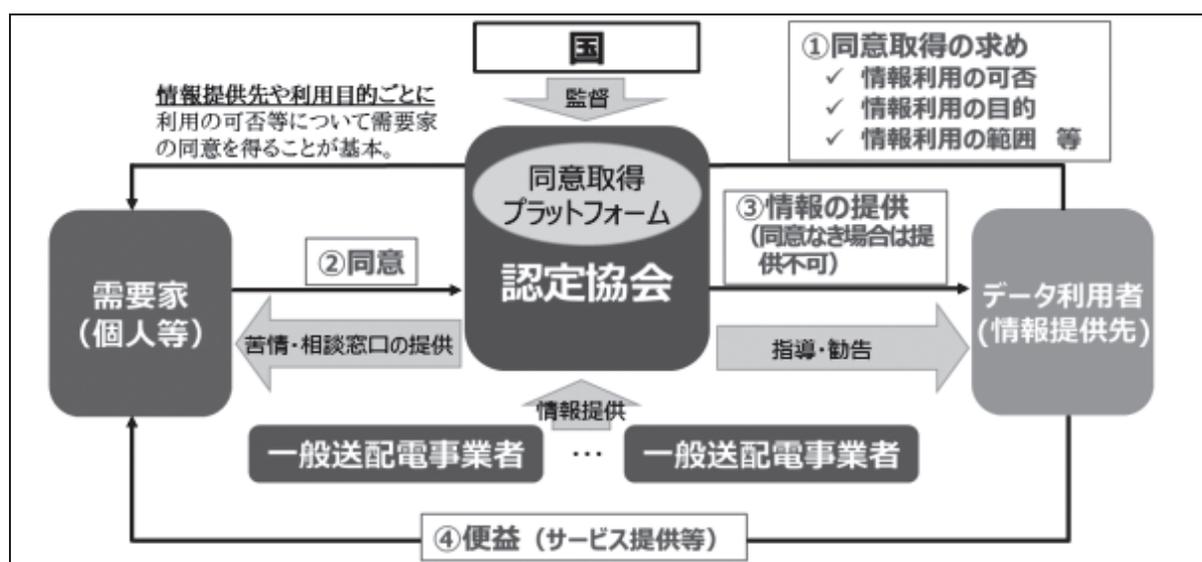
理および提供,

⑦電気使用者情報の利用, 提供に関する電気供給事業者および電気の利用者からの苦情の処理(⑧, ⑨は省略),

⑩前各号に掲げるもののほか, 電気使用者情報の利用, 提供に関し, 電気供給事業者間の適正な競争関係の確保に資する業務である。

認定協会は, 電気使用者情報を会員に提供するだけでなく, 会員に対する指導・勧告, 規則の制定, 規則遵守状況の調査, 電気供給事業者や電気の利用者からの苦情の処理も行うこととされる点が注目される。

(3) 電気事業法のこの改正は, 2022年4月に施行されたが, 同意取得の詳細¹⁵, データ活用費用の取扱い(受益者(データ提供先)負担を原則とするかどうか(災害対応を目的とする自治体等への提供は無償とされる可能性もある), データ提供による利益が費用を上回った場合には託送料金を通じて需要家に還元するかどうかなどが検討されている模様である¹⁶。



出典：総合資源エネルギー調査会 基本政策分科会 持続可能な電力システム構築小委員会(第9回)資料1-4「平時の電力活用」(2021年3月17日)4頁

¹⁵ 例えば, 認定協会から提案されたデータ利用者への提供を個別に判断するか, 或いは認定協会から事前に示されたデータ利用者の条件を個別に, または包括的に選択するか等が考えられるかもしれない。

¹⁶ 他方, スマートメーターデータの具体的な利活用の方法等については, グリッドデータバンク・ラボ(GDBL)有限責任事業組合において, 一般送配電事業者, 資源エネルギー庁および利用者により検討が行われてきた。

V 考察

以上のような仕組み，すなわち個人需要家の電力消費に関するデータを一般送配電事業者が蓄積し，これを国が認定した協会に提供して，認定を受けた協会が，同意の必要なデータについては個人需要家からこれを取得した上，協会に加入するデータ利用者の利活用のために提供するという仕組みは，どのように評価されるであろうか。ここでは，競争政策の観点および情報銀行との対比の観点から検討してみたい。

1. 競争政策の観点から

(1) 公正取引委員会・競争政策研究センター「データ市場に係る競争政策に関する検討会報告書」（2021年6月25日）は，パーソナルデータを含めてデータ市場における競争を活発にするという観点から，そのためには，①個人の安心・信頼を得るためのより丁寧な検討（仕組みの構築について），②事業撤退まで見据えた仕組み・ルールの検討，③プライバシーに対する懸念への対応の必要性を指摘する。このうち，①は当然であり，②は上記の認定協会を中心とする仕組みは撤退という可能性は考えにくいと思われるので，③が重要であろう。同報告書は，これに関して，「多くのステークホルダーの参加を得ながら，個人から個別具体的にオプトイン方式で同意を取得した上で行うべき事項やオプトアウト方式で行ってもよい事項を峻別するとともに，包括的又は個別具体的に同意を取得した後も同意の撤回が可能となる仕組みをデザインすること」を事業者が負う義務として求めていくことが考えられるとの指摘があったとしている（同報告書51頁）。

また別の公正取引委員会の報告書は，データの集積，利活用それ自体は競争促進的行為であり，競争政策上望ましい行為であるが（公正取引委員会・競争政策研究センター「データと競争政策に関する検討会報告書」（2017年）21-22頁），データは，「集積されたデータの量が一定の閾値を超えた後に初めて利用価値が生じる」一方，「当該閾値を超えた後は，ネットワーク効果および規模の経済性又は範囲の経済性によって，データの集積が持続的・増幅的に向上する可能性がある。」こうした特性のため，データを分析して新商品・サービス開発等に役立てる事業は独占化・寡占化が進みやすく，後発事業者の新規参入が困難となり，独占・寡占が維持されやすい可能性があるともされる（公正取引委員会・競争政策研究センター「業務提携に関する検討会報告書」（2019年）41-44頁）。

さらに認定協会と類似する情報銀行の仕組みに関して，情報を提供する個人が自身のプライバシーに対する懸念について正しく把握，理解できない可能性があること（パーソナルデータの取引のコストに関する個人の合理性の問題）や，一定規模以上のプラットフォームとしての情報銀行が一つしかない場合には情報銀行間の競争が働かないという問題も

指摘されている¹⁷。

(2) こうした指摘のうち、データの特性から、データを集積して、これを利活用する（あるいは利活用に供する）事業は、独占化・寡占化が進みやすいと言われる点についてみれば、スマートメーターデータの仲介を行う電気使用者情報利用者等協会は、1団体の認定しか予定されていないとすれば、この点では政策的に疑問の余地がある。なぜなら、スマートメーターデータ仲介者間の競争が存在せず、データポータビリティ等、個人が受任者を変更するメカニズムも働かないからである¹⁸。制度の立ち上げ当初は、1認定団体で出発するにせよ、将来的には、この点は検討の余地があるのではないか。ただし、後述する情報銀行が、個人需要家からスマートメーターデータの提供を受け、これを利活用することができれば、認定協会の競争者となる可能性がないとは言えないかもしれない。

また認定団体の行為については、独禁法上の問題もあり得る。例えば、1団体しか存在しない認定協会が、会員であるA運送業者にはスマートメーターデータを提供するが、同じく会員であるB運送業者には提供しないとすることは、客観的に正当化される理由がなければ独禁法上問題があると考えられる¹⁹。

2. 情報銀行との対比の観点から

上記の認定電気使用者情報利用者等協会（認定協会）やパーソナルデータの利用の仕組みは、既に被認定者が公表されている「情報銀行」とその仕組みと類似することから、これと対比して検討することとしたい。

(1) 情報銀行の意義

情報銀行は法令に基づく制度ではないため法令上の定義はないが、「実効的な本人関与（コントローラビリティ）を高めて、パーソナルデータの流通・活用を促進するという目的の下、利用者個人が同意した一定の範囲において、利用者個人が、信頼できる主体に個人情報第三者提供を委任するというもの²⁰」あるいは個人に関するデータについて、個人との契約等に基づいて、ITシステムを活用して個人のデータを管理するとともに、個人の指示または予め指定した条件に基づいて、個人に代わって妥当性を判断の上、データを

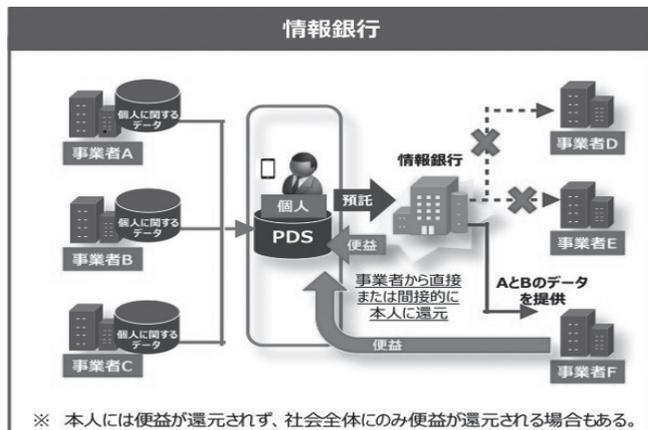
¹⁷ 高口鉄平「情報銀行を通じたパーソナルデータの取引への期待と課題」Nextcom36号（2018年）36-38頁。

¹⁸ もっとも、個人がA運送業者ではなく、B運送業者にパーソナルデータを移すよう認定団体に求めることや、個人がA運送業者への提供に不満であれば、認定団体に対して同意の撤回をすることは可能とされるはずである。

¹⁹ 公正取引委員会・競争政策研究センター「データと競争政策に関する検討会報告書」（2017年6月6日）42-48頁、https://www.jftc.go.jp/cprc/conference/index_files/170606data01.pdf（最終閲覧日：2022年9月15日）も参照。

²⁰ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)7頁。

第三者に提供する事業であるとされる²¹。利用者個人が個人情報等の利活用を包括的に委任することにより、一々の同意を不要とすることを可能にする点や利用者個人に何らかの便益が還元されることが前提となっている点に特色が認められるものと考えられる²²。法令に基づく制度ではないので、参入規制や法律上の認定制度があるわけではない²³。



出典：内閣官房IT総合戦略室「AI、IoT時代におけるデータ活用ワーキンググループ 中間とりまとめの概要」

(2) 任意の認定制度

(1) 「情報信託機能の認定に係る指針」に基づき、一般社団法人・日本IT団体連盟による情報銀行の認定が行われる。2018年12月から申請受付を開始し、2022年6月21日現在、通常認定は2件、P認定（サービス開始に先立って立案した計画、運営・実行体制が認定基準に適合しているサービスであることを認定するもの）は、中部電力を含む5件に与えられている²⁴。認定は2年間有効とされる（更新可能）。

情報銀行として認定を受けるための基準としては、①事業者の適格性（法人格、財産的基礎、損害賠償に対応できる資産規模、賠償責任保険への加入等、法令遵守、プライバシーポリシー・セキュリティポリシーの策定、業務を的確に遂行できる知識・経験・ガバナンス体制等）、②情報セキュリティ（JISQ15001、ISO/IEC29100²⁵等のセキュリティ体制、

²¹ 福岡真之介「情報銀行とデータオーナーシップについて」知財管理71巻2号（2021年）191頁。

²² 福岡・前掲注(21)192頁，195頁。

²³ 梅澤拓・九本博延「プラットフォーム事例研究(5)ー情報銀行・RegTech/SupTechプラットフォーム」NBL1151号（2019年）54頁。

²⁴ 情報銀行の例は、公正取引委員会・競争政策研究センター「データ市場に係る競争政策に関する検討会報告書」（2021年6月25日）43頁以下にも、医療分野2件、放送分野1件が紹介されている。

²⁵ JISQ15001は、取扱う個人情報を安全かつ適切に管理するための標準として、一般財団法人日本規格協会の原案によって策定された日本産業規格であり、ISO/IEC29100は国際標準化機構(ISO)が2011年に発行したプライバシーフレームワークを規定する規格で、プライバシー保護のためのOECD8原則やEU指令をベースにして開発されたものとされる。

プライバシー保護、プライバシーマーク、ISMS²⁶認証を取得した安全管理基準等)、③ガバナンス体制(利用者個人や事業者からの相談体制、社外委員を含むデータ倫理審査会の設置、定期的な報告・公表、認定基準の遵守などに関する認定団体との契約等)、④事業内容(モデル約款を踏まえた契約約款の作成・公表、個人情報の利用目的と第三者提供に関する個人情報保護法上の同意の取得、個人情報の取扱い・提供先第三者との関係について約款に明記し、利用者個人の同意を得ること、個人情報の第三者提供に係る条件の指定・変更、個人情報の提供履歴を閲覧できるユーザー・インターフェイスを提供すること(トレーサビリティ)、情報銀行に委任した個人情報の第三者提供・利用の停止、保有個人データの開示請求、利用者個人が請求した方法による開示を可能とする仕組みの提供、提供先の帰責事由により個人に損害を与えた場合の損害賠償責任、⑤諮問体制(データ倫理審査会)が挙げられる。

認定を受けた情報銀行が認定内容に違反した場合や個人情報の漏洩が生じた場合、認定団体(日本IT団体連盟)は、認定の留保、一時停止、停止、認定の取消し、事業者名の公表などを含めて検討し、第三者委員会(監査(諮問)委員会)に諮問、判断するとされる²⁷。

(2) 認定電気使用者情報利用者等協会は、法律に基づいて経産大臣によって認定される、スマートメーターデータを提供する(少なくとも当面は、おそらく唯一の)団体であるから、法律によらず民間団体(日本IT団体連盟)によって複数認定される情報銀行とは、法的位置付けや法的性格が基本的に異なる。しかし、パーソナルデータの委任を受け、管理し、利用に供するという機能の面では類似すると考えられる。

求められる認定基準として、電気使用者情報利用者等協会には「社外委員を含むデータ倫理審査会」に相当する委員会等は設置されるのであろうか。また提供先の帰責事由により個人に損害を与えた場合の認定協会の責任はどうなるのであろうか。個人情報の提供履歴を閲覧できるユーザー・インターフェイスなどは設けられるのだろうか。パーソナルデータの提供先第三者が契約に違反した場合や個人情報を漏洩させた場合、認定団体が採るべき措置についても予め定めるべきではないか。

この点、経済産業省「電気事業法第37条の4の規定による認定電気使用者情報利用者等協会の認定の基準について」(以下、「認定の基準について」という)や「一般社団法人電力データ管理協会定款」等によれば、電力データ管理協会には社外委員を含むデータ倫理審査会の設定までは行われていないようである。もっとも、同協会には「諮問委員会」が設置される。諮問委員会は個人情報保護、消費者保護、データ解析、セキュリティに精

²⁶ Information Security Management System. 情報セキュリティマネジメントに関する国際規格の一つ。

²⁷ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)33頁。

通した専門家から構成され、「事業スキーム等の適切性を審議する」とともに、認定協会に助言することを目的とした会合を少なくとも年1回程度開催するものとされるが、これが情報銀行のデータ倫理審査会と同様の機能を果たすかどうかは不明である。また電気使用者等に与えた損害を賠償する責任は、基本的には「利用会員」（電力データ管理協会の会員で、電力データを利用する事業者）が負うものとされるが²⁸、「認定の基準について」は、認定を受ける協会の財産的基礎に関して、「利用会員に帰責事由がある場合であっても、電気使用者に損害が発生した場合に、電気使用者からの損害賠償請求等に対応する能力があること」を要求しているから、認定協会が原因を発生させた利用会員に代わって損害の賠償を行うことが想定され得るのであろう。提供履歴に関するユーザー・インターフェースについても、「認定の基準について」は、「電気使用者が自身の電気使用情報の利用会員への提供履歴を閲覧可能であること」（1・(1)・⑦・ロ）を求めており、電力データ管理協会も提供履歴を閲覧できる機能を電気使用者等に提供するとしている（業務規程7条1項）。

データ利用者会員や一般送配電事業者が個人情報情報を漏洩させた場合などの対応については、「認定の基準について」は、会員が電気事業法その他の法令および同法37条の5第4号の規則に違反した場合に、当該行為の中止その他違反を是正するために必要な措置を行うべき旨を勧告し、勧告に応じない場合には除名することができることとされているほか（1・(2)イ、ロ）、「事件・事故が発生した場合の報告・連絡に関する事項」を契約で定めることも要求される（1・(4)・⑥・ヌ）。電力データ管理協会の「業務規程」にも、その旨規定されているが（9条3項10号、10条3項）、具体的にとるべき措置が規定されているわけではない。

(3) 利用者個人と情報銀行の関係の観点から

(1) 情報銀行と利用者個人の関係は、情報銀行が利用者個人に代わって、（利活用の）妥当性を判断の上、個人情報情報を適正に管理・利用（第三者提供を含む）することについて、利用者個人が情報銀行に委任する関係とされる²⁹。個人情報保護法は、第三者提供について、本人の同意かオプトアウト方式による提供を求めている（27条1項、2項）。

これは最低限のルールと考えられ、実際には情報銀行は、モデル約款により、利用者個人に対して、①提供先第三者と利用目的に関する判断基準、②第三者提供の判断プロセス（データ倫理審査会の承認等）、③提供先第三者と第三者の利用目的をそれぞれ明示するとともに、④個人が同意の撤回を求めた場合に対応することが求められている。なお、情報銀行の委任契約の対象となる個人情報には、要配慮個人情報（個人情報保護法2条3項）は含まれない（個人と『情報銀行』との間におけるモデル約款（2021年12月）3

²⁸ 一般社団法人電力データ管理協会「会員規約」1条5項（2022年6月2日制定）。

²⁹ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)26頁。

条2項)。(2) 認定電気使用者情報利用者等協会が個人需要家に求める同意がオプトイン方式かオプトアウト方式かが決定的に重要と思われる³⁰。またいずれであれ、個人需要家に示す情報利用の目的、情報利用の範囲をどの程度、詳細に示すかも重要であろう。

前述した電力データ管理協会の「業務規程」は、一定の事項をあらかじめ明示した上、「利用会員に対する個データの提供について同意を確認する」ものとする(3条1項柱書)。「個データ」とは、「需要場所ごとの電気使用者情報および発電場所ごとの電気供給事業者情報」である(同2条2号)。「電気使用者情報」の内容は「業務規程」等からは、これ以上に明らかではないが、同意取得につきオプトイン方式を想定していると考えられるほか、少なくとも利用目的を明示すること、目的のために最低限必要な項目のみに限定して個データを収集すること、収集する正当な理由を明確にすることは規定されている(4条1項, 2項)。

(4) 情報銀行と提供先第三者の関係から

(1) 情報銀行の認定指針によれば、提供先第三者にも、情報銀行の認定基準に準じた扱い(セキュリティ基準, ガバナンス体制, 事業内容等)を求めることとされているが³¹, それではプライバシーマーク・ISMS認証などの第三者認証を有せず, またはFISC安全対策基準に基づく安全管理措置を講じていない第三者には提供できないなど, 提供先が非常に限定的になるため, 例えば「情報は情報銀行が管理し, 提供先第三者には転記・複製禁止の契約を締結し, 一覧での閲覧や任意検索ができない方法で, 一人分のみ検索できる技術的対策を施した上で, 必要な情報の閲覧のみができることとする」などの場合には, 情報を提供することができるとしている³²。

また認定指針は, 別の第三者への個人情報の再提供³³も原則として禁止する³⁴。もっと

³⁰ 経済産業省 資源エネルギー庁・電力データ活用の在り方勉強会 資料3「電力データ活用検討委員会での検討状況の報告」(2021年5月28日, 6月3日) 6頁, https://www.enecho.meti.go.jp/category/electricity_and_gas/electric/shiryo_joho/data/20210528_3.pdf (最終閲覧日:2022年9月15日)では, 「オプトイン許諾済みの個人」(利用者)に紐づく「電力量」と「属性項目」を収集, 提供の対象とする予定とされる。なお, 提供される「電力データ(個人データ)の標準仕様項目(ドラフト案)」として, A. 電力量に関しては, ①提供単位=許諾済みの個人(利用者), ②提供時間単位=30分, ③提供リードタイム=リアルタイム(数時間後), 2か月後, ④速報値, 確定値とし, B. 属性項目については, ⑤契約情報(本人情報, 所在地住所), ⑥建物情報(電圧分類, 用途, 電気方式分類, 託送契約有無, 契約電力, 建物分類), ⑦発電設備情報(受電契約有無, 発電設備有無, 契約受電電力, 発電設備容量)⑧その他情報(位置情報, 通電分類), ⑨移動日情報とされる(6, 7頁)。

³¹ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)11, 29頁。

³² 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)11-12頁。

³³ ただし, 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会「情報信託機能の認定に係る指針Ver.2.0」(2019年)では, 以下の場合には「再提供」に当たらないとされていた。①提供先第三者が個人情報でないデータに加工して別の第三者に提供する場合(そのことにつき, 利用目的として本人に示すことが必要), ②別の第三者に個人情報の取扱いを委託する場合, ③提供先第三者において共同利用する場合(共同利用事業者の範囲を個人に提示し, 情報銀行が共同利用事業者すべてと契約する必要がある)。指針Ver.2.2では, この点は明示されていないが, この解釈

も、情報銀行と提供先との契約で、(i)①再提供先の業種、事業分類（また個社名）、利用目的、提供する個人情報の項目、再提供先に対する開示請求等を行う場合の窓口を情報銀行に報告すること、②提供先第三者が提供元の利用者個人から再提供について同意を得ること、③再提供先からさらに別の第三者に提供することはできないことを定めること、(ii)利用者個人が再提供の可否を選択することができ、デフォルトオフとすること、(iii)再提供の例外は、再提供先が公的ガイドラインや業法の整備されている分野のアグリゲーションサービスである場合および再提供が利用者個人の指示の下、同様・類似の内容のサービスに乗り換える場合であることを前提とすることのいずれも満たす場合には、再提供は許容される³⁵。

そのほかにも、情報銀行は、必要に応じて提供先に対する調査、報告の徴収を行うことができること、損害賠償責任、提供したデータの取扱いや利用条件（認定基準に準じた扱いを求めること）について提供契約に定めることが求められる³⁶。

(2) 以上のように、情報銀行は、提供先第三者の選定について、情報銀行と同様のセキュリティ基準、ガバナンス体制の基準を満たした第三者とするよう求められ、また個人情報を提供先第三者がさらに別の第三者に再提供することを原則として禁止するよう求められている（提供先第三者との契約でそのような制限を行うよう求められる）。

認定協会については、スマートメーターデータの提供先は同協会の会員であることが予定されているため、会員資格としてセキュリティ基準等を満たしているかが判断されるのであろうと思われる。認定協会においても、再提供に関しては、情報銀行の場合ほど厳格ではないと思われるが、再提供先が情報利用等適正化業務を的確に行える者として第三者認定を受けたことを含む一定の条件を満たす場合を除き、禁止している（「認定の基準について」1・(4)・⑧）。

VI おわりに

個人需要家の電力消費に関するデータを収集することができる計器として、スマートメーターの全国の家庭等における実装が間もなく完了しようとしている。これによって収集されたスマートメーターデータは、一般送配電事業者に蓄積された後、認定電気使用者情報利用者等協会に移転され、その後、同協会の会員である事業者の利用に供されることになる。スマートメーターデータは、個人需要家の電力消費の管理、節電という目的だけでなく、地球温暖化防止、高齢者の見守り等の社会的課題の解決・緩和、宅配便の再配達コ

は、基本的には変更されていないのではないと思われる。

³⁴ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)22頁。

³⁵ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)23頁。

³⁶ 情報信託機能の認定スキームの在り方に関する検討会・前掲注(10)22頁。

ストの削減などの新ビジネスの創出という目的との関係でも、その利活用が期待されているところである。

しかし、ヨーロッパでの議論が示すように、個人需要家のスマートメーターデータの利活用は、プライバシーないしパーソナルデータの保護との関係で一定の緊張関係に立つ可能性があり得る。認定電気使用者情報利用者等協会が、こうした懸念を払拭・緩和して個人需要家の同意が必要な情報・データについては同意を取得しつつデータを収集できるか、収集したデータについて情報漏洩等を生じさせることなく、有効に会員事業者に利用させることができるかが、今後のスマートメーターデータの収集・利活用の進展に影響することになる。認定電気使用者情報利用者等協会（電力データ管理協会）は、2022年6月に認定されたばかりであり、その活動の具体的評価は時期尚早であるが、将来においては、競争政策の観点および情報銀行との対比の観点からの評価・検討が一つの有効な視角を提供するものと考えられる。

〈補論：パーソナルデータのコントロール，排他的支配可能性をめぐって〉

1. データオーナーシップ

パーソナルデータについて、しばしばデータオーナーシップということが言われる。オーナーシップは通常「所有権」と訳されるが、民法上、所有権は「所有物」（民法206条）について成立し、「物」とは「有体物をいう」（同法85条）から、無体物であるデータや情報³⁷について所有権は成立しない。一定の情報は特許法や著作権法により排他的支配権を認められるが、これは例外である。

ただし、知的財産権法による保護の対象とならない情報でも、個人情報保護法等により、他人の利用が禁止、制限される場合がある。また憲法13条に基づくプライバシー権、自己情報コントロール権によって、自分自身のデータや情報について（開示するかどうか、何をどの程度、誰に対して開示するか等を）自己決定することができるとする考え方もあるが（後述）、個人のデータや情報を民間事業者が収集、利活用することに対して、個人がプライバシー権ないし自己情報コントロール権に基づいて差止めや損害賠償を請求することができるという最高裁判決はないようである³⁸。

民法においても、少なくともパーソナルデータ（を記録した媒体）の売買が一切許されないとは考えられておらず、データの種類、性質、人格的価値との関わり方、提供先およ

³⁷ データと情報の区別については、データは事実を単純に示すもの、情報はデータを加工し一定の評価を加えたものと言われることもあるが、ここでは特に区別することなく相互互換的に用いる。

³⁸ いわゆる住基ネット事件最高裁判決（最判平20・3・6民集62巻3号665頁）では、原審大阪高裁が「自己情報コントロール権」という語を用いて原告住民らの自治体に対する請求を一部認容したのに対して、最高裁はこの用語を使わず、原審判決を覆した。

び提供の文脈によってデータの取引の可否が判断されるものとして扱われるのではないかとされる³⁹。

もつとも、契約により一方当事者にパーソナルデータの排他的支配権を帰属させることは可能であり、現実には、この方法でデータ、情報の利活用が一定の範囲で行われている（もちろん、契約当事者以外の第三者に対する効力はない）。

2. プライバシー権ないし自己情報コントロール権

戦後憲法学において、プライバシー問題は、いくつかの時期に区分して論じられる。最初に論じられたのは、私生活を公表されない権利としてプライバシー権を把握する「第1期プライバシー権」論である（例えば、宴のあと事件東京地判昭39・9・28判時385号12頁）。その後、佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）⁴⁰をはじめとする、1960年代後半からの「第2期プライバシー権」論は、警察による盗聴および住基ネット等、国や自治体によるプライバシー侵害を主たる検討対象としていた。これに対して、1990年代後半以降の「第3期プライバシー権」論は、デジタルプラットフォーム、AI、IoTなどと常時接続し、情報収集が常態化する「超高度情報化社会」におけるプライバシー問題を論じる（例えば、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年））。

特に山本のプライバシー権論は、①自己決定的要素、②構造・アーキテクチャーへの着目、③目的・機能の多元性を特徴とする。①は「誰に対して自己の何を見せるか、いかなる情報を開示するか」について本人の自己決定を認めるべきであり、そこではプライバシー権は自己決定権の一類型として再解釈されるとするものである（山本は佐藤と異なり、「固有情報」と区別された「外延情報」であっても外延情報に止めておく構造がない限り、この区別は維持できず、外延情報も自己決定の対象となるという）。②は、個人情報収集後の取扱いをシステム構造やアーキテクチャーの観点から審査・検討するものであることに特徴がみられる（情報管理の構造・アーキテクチャーを堅牢なものにしない限り、濫用や漏洩のリスクが常に存在する）。③プライバシー権の目的・機能の多元性については、この期のプライバシー問題が現れる様々な文脈によって、プライバシー権の根拠・機能が多元的であり、多様性を持たざるを得ないとするものである⁴¹。

³⁹ プラットフォームビジネス研究会（千葉恵美子代表）・岸本充生「パーソナルデータ取引の倫理的・法的・社会的課題（上）（下）」法律時報93巻5号（2021年）106-112頁，同93巻7号（2021年）106-112頁。

⁴⁰ 本書第4章の中心的な節を構成する論文は、1970年の「法学論叢」掲載論文を初出とするものである。

⁴¹ 音無知展『プライバシー権の再構成－自己情報コントロール権から適正な自己情報の取扱いを受ける権利へ』（有斐閣、2021年）23頁は、山本の議論を「多元」的な保障根拠から、「自己決定の要素を重視しつつ、自己決定を尊重する技術的なアーキテクチャーや制度を整備しない限り自己情報の取扱いを許さない権利を認めようとするもの」と総括する。

これに対し、曾我部真裕「自己情報コントロールは基本権か？」憲法研究3号（2018年）71頁は、実定法上、自己決定がどの程度貫徹されているか疑問であること（個人情報保護法、行政機関個人情報保護法（当時一筆）では、自己情報コントロール権の要素としての自己決定・同意が不要な場合が相当な範囲で認められていること）、情報開示の範囲の選択や本人関与に関わるコントロール（個人情報の開示請求、訂正請求、利用停止請求）も個人情報の不当な取扱い、それに起因する不利益を防止する目的に対する手段にとどまることから、プライバシー権は自己情報をコントロールする権利（基本権）というより、個人情報の保護（個人情報の社会通念上不当な取り扱いとそれに起因する不利益を防止すること）を求める権利と言うべきであるとする⁴²。

両者による対談が興味深い（曾我部真裕・山本龍彦「自己情報コントロール権をめぐって」情報法制研究7号（2020年）128頁以下）。山本がAI技術の発展やプラットフォームの台頭が著しい時代だからこそ、自己情報コントロール権を基本権と捉えることが一層重要となってきたというのに対して、曾我部は基本的な認識はほとんど変わらず、ただ、基本権と認められても当然に他の利益と衡量されたり、同意はないが正統な利益をもつような情報処理を否定することを意味しないとしたりする（山本・135頁）のであれば、また情報自己決定権が直接行使されるのは個人情報の世界であって匿名加工情報など統計的で集合的な情報は識別行為の禁止を厳格化することを条件に自由にFlowさせ、徹底的に使い倒すことが重要だとする（山本・135頁）ならば、自己情報コントロール権として構成するのではなく、「個人情報の保護を求める権利」、「自己情報の適正な取り扱いを求める権利」と構成する方が適合的なのではないか（135頁）としている。

⁴² 山本龍彦・プラットフォームビジネス研究会「AIと憲法（上）」法律時報94巻5号（2022年）101-102頁は、曾我部らの議論を第4期プライバシー権論として、本人のコントロールを権利概念から外す方向を指向しているとみる。また音無・前掲注(41)42頁では、曾我部の議論を「自己情報コントロール権という本人の決定やチェックといった本人関与を本質的要素又は原則とするプライバシー観からの脱却を試み、本人関与が認められるべき領域を認めつつもその要請を相対化させた『個人情報の保護を求める権利』という名称が適当と主張する」ものと捉える。

なお、音無自身は、憲法31条（適正手続きを受ける権利）との類比で考えることにより、「自己情報に関する権利」、すなわち「適正な自己情報の取扱いを受ける権利」は「収集・利用・提供といった一つの自己情報の取扱い自体（刑罰権行使方法に対応）の適正さ、およびそれらの個々の取扱いの適正さを担保するための措置（以下「適正取扱い担保措置」という。よるべき手続に対応）が講じられるべきことを保障範囲に含む」ものと捉える（同書206頁）。

第 2 章

ドイツにおける電力規制の最近の展開

香川大学法学部教授
柴 田 潤 子

I 最近のドイツにおける電力価格高騰の問題

1. ドイツのエネルギー供給形態

ドイツでは、電力やガス（エネルギー）の需要家にとって、次の三つの供給の選択肢、すなわち、①供給者と個別のエネルギー供給契約の締結、②地域の電力一般供給者との基本供給契約の締結、③供給停止の際の供給保障として代替供給があり、主流は①である。その場合、供給事業者には、原則として、個々の需要家への供給を拒否する権利があることを前提とする。しかし、エネルギー供給者が個々の需要家に対してエネルギー供給を拒否することが可能であっても、全ての国民に事実としてエネルギーが供給されることは確保すべきであると考えられ、エネルギーを供給する事業者が見つからない需要家に対しては、これらの需要家に対してのエネルギー供給を確保するために、地域の送配電エリアで最大の需要家を持つ電力またはガスの供給者が、いわゆる一般供給事業者として3年ごとに指定されることになる。一般供給を行う送配電エリア内全ての一般の需要家に対して、当該事業者が公表する普通取引約款と価格でもって供給されることになる。

2. ドイツにおける電力価格の高騰と供給停止の問題

2021年以降、ドイツではエネルギー危機によって、エネルギー卸売価格の混乱および電力・ガス料金の高騰が続き、消費者の経済負担が大幅に増加している。このような価格の高騰は、消費者保護という観点から見て、回避し得ないファンダメンタルな影響なのか、あるいは競争や規制の問題に起因するのかが問われているところである。

ドイツの電力価格規制としては、後述のとおり、競争制限防止法（以下、「GWB」という）29条に規定があり、従来から一定の役割を果たしてきていると思われる。

ロシアがウクライナへの軍事侵攻を開始して以来、日本では、2022年に入ってから一部、新電力事業者の倒産や事業撤退が相次いでおり、ドイツにおいても同様の事態が起きている。ドイツ連邦ネットワーク庁(BNetzA)によると、2021年は二桁の数のエネルギー供給事業者が供給停止を発表、あるいは実施したとのことである。また、2021年8月から10月にかけて、ドイツの消費者センターには、エネルギー供給事業者からの手続に関する苦情が増加しているようであり、ここでは、エネルギー供給事業者に対して、極めて短期間での供給削減、価格保証に反する急激な値上げなどの不満が、消費者から寄せられているとのことである。

ドイツでは、格安の電力事業者から安い電力を購入していた顧客が、電力供給契約を解除されたり、また、これまでは起こり得なかった、顧客が予告なく契約を解除されるという事態も起きている。格安電力事業者の中には、「調達価格が高騰したので供給を停止する」、「予告無く契約を打ち切る」または「代替供給を紹介する」という方向性を発表する事業者がある。特に、格安電力事業者は、電力卸売価格の推移を理由に、自らのこのよ

うな行動を正当化しようとしており、多数の顧客と締結していた固定価格での長期契約が維持できない事態が生じていると主張している。

電力やガスの購入価格が高騰したケースで、一部の電力事業者が供給を停止したり、撤退した場合に、それらに關係する需要家は、自動的にそれぞれ責任がある一般供給事業者による代替供給および基本供給に受け入れられることになる。実際には、供給事業者を変更する場合には、遅延が生じるリスクがあり、それを補うのが代替供給と呼ばれる供給形態である。これによって、需要家へのエネルギー供給が途絶えることはなく、一般供給事業者が、全ての最終需要家に供給する緊急供給に当たる。この代替供給における価格は、基本供給における価格と同一である必要はないが、基本供給における価格を超えることができないとされている。

ドイツでは、この代替供給に依存する需要家が増えたため、一般供給事業者の中には、急激な需要増に対応できず、結果として電気やガスを高値で追加購入することになり、これらの新規需要家向けに新たな基本供給価格を導入し、この中で、代替供給または基本供給に加入した時期に応じて異なる料金を設定することがある。予期せぬ新規需要家に対して、基本供給料金と代替供給料金が改定され、この改定では、追加コストが転嫁され、その結果、代替供給および基本供給の新規需要者と既存需要者間の価格分割・差別が実施されるということになった。しかし、これに対しては、既存の需要者と新規の需要者間の差別を禁止し、一律料金体系を規定すべきだということも主張される。ここ数年、ドイツの裁判所では、基本供給における供給開始時期に応じて、すなわち、既存か新規によって、需要家グループ内での価格差別を行うことは違法かどうか争点となった事例が散見されるので、以下、検討を加えてみたい。

II 電力価格の高騰を背景にした濫用行為規制に関する最近の裁判例

1. 電力・ガスの基本供給における新規顧客と既存顧客の間の異なる料金プランの認容性

原告は、消費者団体(Verbraucherzentrale O.e.V.)であり、被告は、電力とガスのグリッドベースの供給分野において、エネルギー事業法の意味でのエネルギー供給事業者であり、基本供給かつ代替供給者として主に当該地域において供給を実施する。そして、基本供給と代替供給の価格設定において、エネルギー供給を受けている新規顧客と既に長期にわたって供給を受ける既存顧客が区別されている。すなわち、2021年12月16日以前に契約開始した既存顧客は、2021年12月16日以降に契約開始した新規顧客に比べて低い料金で利用できる。その他、基本供給と代替供給の料金は同一である。

S市とX市の電力供給に関する既存顧客の料金表では、30.76セント/kWh、1年当たりの基本料金は109.39ユーロとなっているが、この地域の新規顧客の料金表では、エネルギー価格は72.80セント/kWh、基本料金は145.89ユーロとされている。他の供給地域やガス供

給地域でも、同一の価格差がある。

原告の主張によれば、2021年12月30日に初めて既存顧客と新規顧客の価格設定が異なることを認識したという。エネルギー事業法36条1項1文¹は、エネルギー事業法の意味における消費者保護に関する規範であり、新旧顧客間の価格差別は認容されないため、新旧顧客に差をつけた価格設定は当該規定に違反するという主張であった。このことは、規定の文言、規定目的から明らかであるとする。

かかる訴えに対し、地方裁判所は、2002年2月8日の命令により、同36条1項1文および同38条1項違反はないと判断した²。

さらに、控訴審の決定によれば³、エネルギー事業法36条1項1文は、消費者の利益のために、家庭需要家へのエネルギーの基本供給が行われ、全ての消費者に電気とガスの供給が保障されるようにすることを目的としており、この規定は、基本供給者の強制的な締約義務を含んでいる⁴。消費者のために供給の安全を確保し、かかる供給が普通取引約款の条件の下で行われることも保障することで、全体として、当該規定は公益に機能し、それを以って消費者保護にも機能すると理解されている。

同36条1項1文に基づき、エネルギー供給事業者は、ネットワークエリア内の家庭需要家への基本供給に関する普通取引約款と標準価格を公示し、さらにインターネット上でそれを公表し、全家庭需要家にこれらの条件と価格で供給しなければならないとする。そして、被告は、新旧顧客に対して異なる価格を提示することは、当該義務に違反していないとして、同36条1項1文の規定は、地方裁判所が正しく評価したように、全顧客に同一価格で供給する義務を生じさせるものではないとした。

標準価格と言う場合、文言上個々の顧客に対して価格設定を行うことを含意せず、全ての顧客に対して同じ原則に従って価格決定されることを意味すると理解される。同36条1項に基づいて、既に、消費量に応じた価格の差別化は認められるところであり、「標準価格」という表現は、全消費者に対して一律の価格を意味するものではないことを明らかにした。つまり、どの家庭需要家も、標準価格での供給を求めることが可能である。

同36条1項1文は、消費者が生計維持の枠組みで、普通取引約款の下で電気とガスの供給が保障されることにより、競争原理が適用されないことを保証しているのであり、個々の

¹ Energieversorgungsunternehmen haben für Netzgebiete, in denen sie die Grundversorgung von Haushaltskunden durchführen, Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen (エネルギー供給事業者は、一般家庭の需要家に対して基本供給を行うネットワーク区域について、低電圧または低圧での供給に関する普通取引約款および標準価格を公示し、インターネット上で公表するとともに、全ての家庭の需要家に対して、この条件および価格で供給しなければならない)。

² LG Köln 31. Beschluss, 8. Februar 2022, 31 O 14/22.

³ OLG Köln, Beschluss vom 2. März 2022 – I-6 W 10/22.

⁴ Hellermann, Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Auflage(2015), para36, no.1-2 参照。

顧客と交渉するのではなく、顧客に応じて価格が決まっている場合には、標準価格での供給が前提となるのであり、本件は、このようなケースを想定している。全体として、不合理な価格ではない限り、差別化は原則として可能であることを明確にした。

ここでの決定的な要因は、被告が、公示された標準価格を持ってエネルギーを供給するのか、または契約の自由の枠内で提供するのかである。前者の場合、基本供給の枠組みでの締約強制は、営業の自由の著しい介入を意味するとしても、エネルギー供給事業者からの電力供給が期待できないという場合に締約強制の範囲を見出すことができ、このような限度があることで、基本供給の合憲性が確保される。基本供給者の自由に対する制限が限定的であることは、このことから明らかであるとする。

本件では、新規と既存の顧客間で異なる価格を設定することによる差別は生じない。このような差別は、個々の事例の全ての状況を勘案した上で、異なる料金体系が客観的に正当な理由なく新規顧客に不利益を与えることを意図している場合にのみ認められるのであり、本件はこのようなケースではない。むしろ、新規顧客は基本供給開始時に妥当な価格を支払う義務がある。この点、エネルギー供給事業者間の買取価格にばらつきがあるものの、エネルギー市場の価格は相当程度上昇していることは一般的に認識されており、被告もそれを立証している。

新規に基本供給を利用する顧客には不利になるが、この不利な条件には客観的理由がある。また、（おそらく経済的危機から）既に基本供給の需要家は、より高い価格を支払わなければならないだろう。しかし、このような背景から、客観的に正当化される異なる取り扱い、基本供給を脅かすものでもないとしている。

2. 異なる供給基本料金設定による、電力供給事業者の市場支配的地位の濫用

電力供給事業者(Y)は、それまで一律であった電気の基本供給料金を供給開始時期に応じて3つに分類し、電気を供給しようとした。このような(Y)の価格差別行為に対して、家庭用および商業用の需要家にグリーン電力を供給している者(X)が、家庭需要家に対して開始日の異なる基本供給料金を公示、請求しないことを求めた裁判事例がある。

(Y)は、そのネットワークエリア内の家庭需要家の大部分にエネルギーを供給していることから、管轄の系統運営するネットワーク事業者によって、約9万人の基本供給の可能性のある顧客から成るコンセッションエリアにおいて、2022年1月1日から2024年12月31日までの期間の基本供給者と決定されたものである。

特定の供給契約を締結していない顧客には、原則として基本供給の枠内で供給される。倒産手続の開始などにより供給者によるサービスを受けられなくなった場合、または需要家が、従前の電力供給契約を解除した後に新たな電力供給契約を締結しない場合、基本供給の普通取引約款に基づいて供給されることになる。

(Y)は、現在、約22,500人の既存顧客に基本供給を供給しており、(Y)の基本供給区域では、約25の供給者が32の料金体系で最終消費者に電気を供給している。

電力取引所での買取価格の上昇により、2021年末には低コスト業者を中心に多数の電力事業者が破産の申告を行っていた。これらの電力供給事業者等の供給停止のため、そのコンセッションエリア内の需要家は(Y)から電力の基本供給を受ける必要があった。

これに伴い、(Y)は、それまで一律であった電力の基本供給料金を供給開始時期に応じて3つに分類し、電気を供給しようとした。すなわち、2021年12月21日まで、31.98セント/kWhのエネルギー価格で供給を開始する顧客（「以下、顧客グループ1」という）、2021年12月22日以降2022年1月16日までの期間に供給を開始する顧客に対し、107.66セント/kWhのエネルギー料金で提供する顧客（以下、「顧客グループ2」という）、2022年1月17日以降に供給を開始する、エネルギー価格55.24セント/kWhの顧客（以下、「顧客グループ3」という）である。顧客グループ2および3は、その後、(Y)から連絡を受け、特別供給契約に基づき、より有利な電力供給を提案された。

(Y)による上記行為に関して、GWB等に基づく差止請求権等に基づき、(X)が、(Y)の家庭需要家に対して開始日の異なる基本供給料金を公示、および要求しないことを求めた事例である。

裁判所の決定では、まず、仮処分命令の申立てには十分な根拠があるとした。(Y)は市場支配的事業者であり、その支配的地位を濫用するものである。

市場の画定およびその支配的地位については、連邦カルテル庁の市場画定の実務を考慮し、最終消費者への電力販売は、いくつかの個別の製品市場に細分化されるとする。第一に、記録のため電力計測を行う顧客（RLM顧客）の供給市場、第二に、消費が標準負荷プロファイルに従って請求される顧客（SLP顧客）の供給市場、第三に、エネルギー事業法36条の意味での基本供給顧客の供給市場である。基本供給顧客への供給市場に関しては、地理的な観点からそれぞれの基本供給者の販売地域、すなわちコンセッション地域が決定的となる。市場がそれぞれの販売地域に地理的に限定されていることを根拠に、同36条に言う基本供給者は個別に支配的であるとされた。連邦司法裁判所も、エネルギー供給事業者は基本供給の範囲で法律により独占者であると判断している（参照：BGH, Urteil vom 7. März 2017 – EnZR 56/15）。

さらに、支配的な電力供給者としての濫用行為が肯定された。類似の顧客、すなわち、特別な電気供給契約を締結していないコンセッション地域の顧客に対して、電力供給の開始に応じた基本供給に係る比較可能な市場において、より有利な料金またはより不利な料金を要求しているため、GWB19条2項3号に基づく市場支配的地位の濫用が認められた。(Y)は、異なる料金が客観的に正当化されることを、支持し得る形で証明していない。そして、価格差別は、競争者である(X)に悪影響を及ぼすことになる。上記の契約開始時期

による価格差別は、新規に契約する需要家に直接不利益をもたらすだけでなく、電力供給の時間、空間、場所の面で、その需要家をめぐって(Y)と競争関係にある(X)にも不利益を与えると判示した。

すなわち、2021年12月22日から供給される需要家に対して、(Y)が提示・請求する料金を設定することによって、事実上の市場閉鎖効果が生じるとする。(Y)の既存顧客で、基本供給を受けている平均的な知識を有する需要家は、公表された区別された価格に基づく価格差別を見れば、いかなる理由であれ、基本供給に戻ろうとすれば、電力供給者を変更しなかった場合よりも圧倒的に高い価格を支払わなければならない可能性があると考えられるであろうこと、さらに、需要家には、(Y)が、既存需要家と新規需要家の価格差別を引き続き維持し、既存需要家の忠誠心に報いてくれると信じるだけの理由があるとされた。

エネルギー供給事業者は、基本供給という枠組みにおいても、例えば消費量に依存した異なる料金体系を提供する自由があることは事実である(参照：BGH, Urteil vom 31. Juli 2013 – VIII ZR 162/09 – Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Energieversorgungsunternehmens-「エネルギー供給事業者の普通取引約款」ケース)。もつとも、価格差別化という濫用によって、顧客を差別するようなケースであってはならない。

差別的であり濫用とも言える価格分割があったことは、上記のとおり、顧客グループ1と比較して、顧客グループ2と3の料金差は、それぞれ336%と173%であったことから首肯されている。

(Y)は、客観的に正当化される事由を立証していない。特に2021年11月から12月にかけて、エネルギー調達コストの増加があったことも考えられるが、(Y)が提出した供述書では、300%や150%以上の恒常的な増加が予想されることは示されていない。さらに、基本供給で新たに電気を供給しなければならない顧客は約1,000件、つまり基本供給顧客全体の約4%に過ぎないことが明らかになった。また、顧客グループ1と比較して、顧客グループ2が336%、顧客グループ3が173%という価格差は正当化されない。価格差が正当化されないということは、顧客グループ2の新規顧客は誰も107.66セント/kWhの料金を支払ったことがなく、遡及的にこれらの顧客も顧客グループ3の55.24セント/kWhの料金のみ支払い義務にとどめられていることを認めた(Y)の説明とも一致すると評価された。

上記のとおり、本件の価格差別は、濫用行為に当たると判断された。一般家庭の需要家が、供給者が倒産した場合、高い料金体系となる代替供給に陥ってしまうことを懸念し、供給者の切り替えを躊躇するような過大な負担があると考えているかが重要ということである。

3. 小括

既存の需要家と新規の需要家との間の価格差別が濫用行為に当たり、法違反となるかど

うかについては、抽象的に判断し得ないところではあるが、それ自体は違法行為とは言えない。他方、新規の需要家に過度に高い料金を設定することは、それによって、電力供給の競争に悪影響を与えるおそれがあることも否定し得ない。

近年、エネルギーの卸売価格が上昇していることに起因してエネルギー価格が高騰していることは、世界的に幅広く看取される事象である。これに関しては、ドイツでは、GWB29条がエネルギー価格の高価格規制を定めている。以下で述べるとおり、エネルギー小売価格の過度に高すぎる価格を規制する場合には同29条による規制の対象となるが、超過的な価格自体ではなく、上記事例のように、価格差別行為が行われる場合には、従来から存在する、一般的な市場支配的地位の濫用規制（GWB19条）の適用対象となる。次に、GWB29条の規定を検討し、GWB第11次改正を考察する手がかりとしたい。

Ⅲ GWB29条に基づく電力料金規制の概要

<GWB29条の規定>

事業者は、支配的な地位を有する市場における電気またはガスの供給者（供給事業者）として、単独で、または他の供給事業者とともに、以下の方法でその地位を濫用することを禁止する。

1. 他の供給事業者または類似市場の事業者よりも不利な料金またはその他の取引条件を課すこと。ただし、供給事業者が、その乖離が客観的に正当化されることを立証する場合はこの限りではないが、立証責任の転換は競争当局の手続においてのみ適用される。

2. コストを不当に上回る料金。

競争の下では発生しない程度のコストは、1文の意味での濫用を判断する際に考慮してはならない。第19条および第20条は影響を受けない。

1. 経緯

(1) 適用除外規定

1957年の制定当初のGWBでは、既にエネルギー部門に対する広範な適用除外（特に、エネルギー事業者に関して、地域分割やコンセッション契約（最長20年）、連携契約、垂直的価格維持契約などが除外対象であった）が定められていた。電力事業部門に対する適用除外の範囲について、立法過程で激しい論争があったが、その制定内容は、その後の改正過程でも基本的に変わず維持されてきた。

連邦カルテル庁は、GWB旧103条5項（旧規定）に基づき、電力・ガス分野の価格濫用に対して、多数の手続に着手し、その結果、裁判所が決定したケースも含め、一定の価格引き下げが実現した⁵。

⁵ 特に、「Spree Gas」ケースでは、裁判所においてカルテル庁の決定が支持され、カルテル庁は、立証された構造上の特殊性を考慮して、妥当する範囲の家庭用ガス供給事業者のガス料金につい

(2) 適用除外の廃止

世界的な市場開放・規制緩和の流れを受けて、ドイツでも、1998年に電力・ガスの供給に関する旧103条が削除されることにより、適用除外は廃止され、同時に、エネルギー事業法が改正された。しかし、これにより自動的に有効な競争が関係市場に生じるわけではなく、ネットワーク段階での自然独占とされる事業者は、その垂直的統合に基づき、前後段階である新規に競争が導入された市場においても、強力な地位を持つことが問題視されてきた。これに関連して、1999年には、差別のない自由なネットワーク利用を意図するGWB19条2項4号（不可欠施設のアクセスに関する規定）が導入された。

電力・ガスの価格は、市場支配的事業者による濫用行為の一般的な規制であるGWB19条に基づき、カルテル庁は1998年から2005年にかけて、エネルギー分野におけるネットワーク部門を規制する主たる機関としての機能を果たしたことになる。2005年改正エネルギー事業法施行後、ネットワーク分野に関する濫用手続きが連邦ネットワーク庁に移管される間、カルテル庁による、電力・ガスネットワークの託送料金規制に関するいくつかの決定がある⁶。ネットワーク・オペレーターの自然独占的な地位を特徴とするこの分野におけるGWB19条（一般的な市場支配的地位の濫用規制）の適用において、旧103条5項を継受するような試みは、裁判所においては部分的にのみ成功したと評価されている。

また、連邦カルテル庁は、Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 102条（旧EC82条）の適用にドイツ国内において単独で責任を負っているが、特に、カルテル庁が、エネルギー分野についてTFEU102条を主に適用した事例はなく、実際には、エネルギーネットワークの規制は、連邦ネットワーク庁（特に市場画定と市場支配力の評価に関しては、カルテル庁と一部合意の下）が単独で担っている⁷。エネルギーネットワーク外の上流の発電、下流の販売に関するエネルギー市場については、GWBの規制が専ら適用され、カルテル庁の管轄となる。

(3) GWB29条導入までの経緯

この間、消費者が支払うエネルギー価格全般に関して、カルテル庁は供給者による超過的エネルギー価格を効果的に規制し、エネルギー価格の上昇を抑えることに成功しなかったというのが政策的論争での主張であり、ドイツ連邦政府の見解では、エネルギー市場は十分に競争が機能していないとした⁸。確かに1998年の自由化によって、短期的には活発

て、他の安い供給事業者の水準に整合させることを実現したことで注目された。KG Berlin, Beschluss vom 15. Januar 1997 – Kart 25/95.

⁶ 拙稿「ドイツ電力エネルギー産業における市場支配的地位の濫用規制」舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』（有斐閣、2014年）483頁以下参照。

⁷ エネルギー事業法111条1項には、ネットワーク利用料金については、連邦ネットワーク庁が単独で規制権限を持つと定めている。同3項では、カルテル庁の価格濫用規制手続きにおいて、規制を受けるネットワーク利用料金を正当なものとして基礎とすると定めている。

⁸ Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des Preismisbrauchs im Bereich der

な競争が回復した一方、その後、特に家庭用需要家にとっては、競争は大幅に後退したとされる⁹。また、欧州委員会は、発電とガス輸入の分野での極めて高い集中に主な要因がある、エネルギー市場における競争の不十分さを指摘している¹⁰。既に市場開放が行われていたにもかかわらず、電力・ガスの発電・送配電市場では全般的に依然として有効な競争が展開されておらず、エネルギー価格は経済的に問題のあるレベルまで上昇しており、これは、一次エネルギーコストの上昇を以ってもはや正当化できないとされた。顧客である事業者や最終消費者に過剰な負担を強いるものと評価され、ドイツ連邦政府は、2006年にエネルギー価格の上昇を抑えるための取り組みを強化した。

この検討の中では、構造的な対策も議論された。一方では、特に欧州委員会が要求する垂直的アンバンドリング（生産、送電、配電の分離）が考えられ¹¹、他方では、ドイツ連邦議会でも提案があった水平的アンバンドリングが選択肢として挙がっていた¹²。当時、連邦政府が構造対策を否定した理由は2つあったとされる。すなわち、第一に、これらの施策の短期間での実現可能性への疑問があったこと、第二に、連邦政府はエネルギー価格の上昇は一時的な問題であると確信していたため、構造的措置は行き過ぎた措置とされた¹³。このため、連邦政府は一時的な措置として、エネルギー価格の濫用規制を限定的に強化することを決定したのである。

電力・ガス分野での価格濫用に対するカルテル庁の効果的な措置を確保するためには、GWBの規制を強化する必要があるとされ、2007年にGWB29条が設けられた。当初、GWB29条は、2012年末までの期間限定の時限立法として、関係する市場の具体的な問題

Energieversorgung und des Lebensmittelhandels (BT-Drucks. 16/5847, 9).

⁹ Bernhard Heitzer, Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik, WuW 2007, 856.

¹⁰ Sektoruntersuchung Energie, Abschlussbericht v. 10.1.2007, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0841:FIN:DE:PDF>（最終閲覧日：2022年11月25日、Pressemitteilung v. 20.4.2006, IP/07/522参照）。

¹¹ ARBEITSDOKUMENT DER KOMMISSIONSDIENSTSTELLEN, Begleitdokument zum Legislativpaket zum Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, ZUSAMMENFASSUNG DER FOLGENABSCHÄTZUNG, Brüssel, den 19.9.2007 SEK(2007) 1180, https://news.wko.at/news/oesterreich/3_Energie_Binnenmarktpaket_Begleitdok.pdf（最終閲覧日：2022年11月25日）参照。

¹² Gesetzentwurf, Deutscher Bundestag Drucksache 16/8405 v. 5.3.2008参照。ここでは、競争制限の原因は、コスト動向ではなく、市場の寡占構造にあるとされ、ドイツでは、エネルギー供給の発電所容量の4分の3以上が4つの大企業の掌中にあった。ドイツの電力小売価格は、自由化の努力にもかかわらず、欧州の基準からすると依然として高すぎる原因は、電力会社の行き過ぎた卸売価格にあると考えるのが妥当であるとされ、発電市場のアンバンドリングは、競争の活発化と電力価格の低下をもたらすと期待されていた。提案されていたアンバンドリングの要件は、①経済全体において重要な意味を持つ市場でなければならない。特に、供給と構造政策の面で大きな関心を集めている重要な、あるいは不可欠な商品の市場がこれに該当し得る。②介入基準は国内の合併規制を超えること。③関係する事業者は、関連市場において支配的地位を有していること。④関連市場において、予見可能な将来において、実質的競争が期待し得ないことである。これらの要件が満たされ、競争条件の顕著な改善が見込まれる場合、ドイツ連邦カルテル庁は、事業者の関与のもとで、資産の売却や別の形態の分離を命じることができる。

¹³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 16/5847 v. 27.6.2007, 9.

に対処することにより、カルテル庁がGWB19条に定められた濫用禁止の執行を容易にすることを目的としていた。

他方で、GWB29条の導入には反対論もかなり強かったことは否定できず、実質的に、エネルギー産業全体から反対されたようである。GWB29条は、価格規制を意味し、競争者が価格を下げるとすれば、各社はその価格に適合しなければならず、その結果、最低価格が全社の統一価格として拘束力を持つ効果があるという批判である。他方、産業界の需要者や消費者からは支持されていたようである¹⁴。また、経済・技術系の研究者からは、平均コストを基準にした価格コントロールには強力な反対論があり、このようなアプローチは、利益を上げるインセンティブを制限し、市場経済の効率性を損なうと主張された¹⁵。結局、このようなGWB29条導入に対する強い反対の動きがほとんど成功しなかった決定的な理由として、根本的な懸念がGWB29条の規制それ自体に関わるものではなく、価格濫用規制自体に向けられていたことに起因するとされる。

2. GWB29条の経緯

既に述べたとおり、GWB29条は2012年までの時限立法であったが、延長されている。立法者によると、GWB第8次改正で当該規定が2017年末まで延長された決定的な要因は、電力・ガス市場での競争は基本的に順調に進展しているにしても、エネルギー供給の個々の分野では、搾取的濫用に対する追加的な保護の必要性があり、特に暖房用電力の場合はもちろん、発電や電力卸売の分野でも、独占的に支配された市場から競争的な市場への移行が未だ十分に成功していないと捉えられていたことによる¹⁶。さらに、GWB第9次改正で2022年まで再延長されたのは、電力・ガス市場の競争条件が全般的に改善されている一方で、この間、より厳格な濫用規制の必要性、特に地域住民にとって重要な電力供給の分野では相応の必要性があると考えられたためである¹⁷。

3. GWB29条の概要

規定の名宛人は、電気または導管を伴うガスを供給する事業者に限定されている。規定では、「供給事業者」と定義されており、電力やガスの流通において、生産者や輸入者が最初に卸売りで販売する段階から、産業および家庭の需要家に最終的に販売するまでの全ての段階にある事業者であるが、電力やガスを供給しない純粋なネットワーク事業者は

¹⁴ Baron, Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Seeliger, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (2022), § 29, para 24.

¹⁵ Baron, Fn.15, § 29, para 31.

¹⁶ Deutscher Bundestag Drucksache 17/9852, 35. v .31. 5. 2012.これに対して懐疑的な見方もある。Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Teil. Marktöffnung und Wettbewerb in der Energiewirtschaft: Ein- und Verkauf von Strom und Gas, a) Entstehungsgeschichte 3. Auflage (2013).

¹⁷ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 18/10207, 107

「供給事業者」に含まれない。

濫用については、二つの要件が定められている。第一に、比較市場コンセプトを用いた要件、すなわち、比較可能な状況にある他の事業者の価格との不均衡に基づく価格濫用行為、第二に、限界利益コンセプトに基づき、支配的事業者が不当に高い利益を上げている場合である。両者のコンセプトは代替的に用いられる。比較市場コンセプトは主に電力小売価格、限界利益コンセプトは、発電をめぐる価格引き上げを主なターゲットにしている。

(1) 比較市場コンセプト (GWB29条1号)

比較市場コンセプトでは、「競争がありせば価格」(als ob Wettbewerb)からの乖離に焦点を当て、従来、GWB19条にいう搾取的な高価格濫用規制においては、仮定的な競争価格を出発点としていたが、今後は、事実上存在する価格を問題にして、比較し得る市場の事業者であるかどうか、さらに、比較市場において競争が有効かどうか等は重要ではない。コストの計算においては、競争において計上されない費目は考慮されないとされる。

GWB19条4項2号の文言には、競争価格の水準を超える価格を正当化する規定はないが、従来のケースによれば、客観的な正当化理由によって、例外的に比較市場の価格を上回ることが許容される場合がある¹⁸。また、立証責任の転換は、GWB19条2項3号および4号の濫用規制の枠組みで用いられており、GWB29条1号においても、正当化事由に関する立証責任の転換が図られているが、カルテル当局の手続きに限定されている。

ドイツ基本法第2条に基づけば、市場支配的事業者であっても価格設定の自由が認められるのであり、GWB29条の立証責任の転換によって、事業者の自由が特に過度に制限されているとする主張もある。これに対して、一般に、支配的地位の濫用にに基づく価格は、基本法によって保護されないという反論があり得る。市場支配的な供給事業者の価格が比較可能な供給事業者の価格より高い場合、その供給事業者の市場支配的な立場によってのみ実施できたことは明らかであるとして、この場合、電力事業者にはより強い協力義務が課され、「通常の」事業者よりも幅広く責任を負うことが客観的に正当化される¹⁹。

立証責任の転換が図られていることから、比較価格からの乖離が正当化されることは、例外的な場合ということになるだろうが、超過的価格が例外的にどの程度正当化されるかを検討するには、電力事業者側と消費者側の利益を総合的に判断することが必要である。GWB29条を適用する場合でも、カルテル庁は、事実の解明に関連する全ての状況を、たとえそれが当該事業者に利する場合であっても、可能な限り明らかにする義務を負っていることに変わりはない(Amtsermittlungsgrundsatzes/行政調査の原則)。もともと、立証責任が発生するため、事業者には提示・立証の義務が増えることになり、不確実性については立証責任を負う事業者の側に不利な下で判断される可能性もある。事実関係について

¹⁸ Unterrichtung durch die Bundesregierung, Deutscher Bundestag Drucksache 16/5710 v. 15. 06. 2007, 121.

¹⁹ Baron, Fn.15, § 29, para 79

電力事業者が説明・立証義務を負うのは、自己の範囲内にある事情、または自己の資源で合理的に解明できる事情に限られる。立証責任の転換により、それ以上の協力義務を課すことはできない。比較事業者の範囲内であって、一般に入手できない事情については、特に比較事業者の営業秘密である場合、当該電力事業者は提示・立証の義務を負わないことになる。

(2) 限界利益コンセプト (GWB29条2号)

GWB29条2号の定める限界利益コンセプトに基づき濫用かどうかは、二つの段階を経て評価される。まず、発生した収益が実際のコストをどの程度上回っているのか、すなわち支配的事業者が生み出す利益が確定されなければならない。そして、この利益が絶対的に、あるいは他の事業者や他の市場の状況との関係で、不当に高いかが評価されることになる。コストを上回る価格が全て濫用になるのではない。ここに言う限界利益概念は、GWB19条2項3号上に明記されていないが、従来の判例によれば、この方法も超価格的な濫用であるかどうかを判断するための許容される手続であることに疑いはない²⁰。したがって、GWB29条2号は、従来から妥当する考え方を明確化する以上の意味はないとも言える。多くの場合、利益や特に認識すべき費用について極めて複雑な計算を必要とするため、実務上、この手続はかなり慎重に適用されており、今後もGWB29条2号の実務的な意義は低いと思われる。この手法は、比較市場概念に従属し、例外的な場合にのみ適用され得るという位置付けになろう。実際、GWB29条2号に基づく手続きの着手はないとされる²¹。

(3) 具体的運用

a. SLP顧客についてのガス料金 (連邦カルテル庁)

2008年3月に、SLP (Standard-Last-Profil) 顧客を持つガス供給事業者34社に対し、2007年と2008年に暖房用ガスの価格を不当に高く設定した疑いがあるとして、カルテル庁が手続を開始した。既に経過した2007年については、GWB19条4項2号 (現行法GWB19条2項2号) に言う比較市場概念と低価格の供給者との数量加重のネット価格比較に依拠し、2008年についてはGWB29条1号に依拠した。ここでは決定的となる収入額が確定していないため、五つの典型的な消費事例における数量加重によるネットの価格比較に依拠した。税金や課徴金、認可された送電網の利用料やコンセッション料など、サプライヤーが影響を受けない価格要素は、それぞれのケースで控除される。さらに、GWB29条1号の適用において、カルテル庁は、認定された当該事業者の競争類似 (擬似) 価格に関連する割増金額を追加し、この割増金は、関連市場における顧客のスイッチング行動によって測定された、

²⁰ このことは、欧州裁判所 (ECJ) が TFEU102条 (旧EC82条またはEEC86条) の文脈において、価格とコストの著しい乖離を濫用の判断基準として認めているという事実によっても裏付けられる。EuGH v. 14.2.1978 - Rs. 27/76- United Brands, Slg. 1978, 207. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Fn. 14, 11参照。

²¹ Baron, Fn.15, para120.

関連市場における残存競争の強さ（スイッチング率）に従い計算された。

合計33件の手続のうち15件は、GWB32b条に基づく、当該供給事業者による価格引き下げの約束というコミットメント決定によって終了し²²、3件は濫用が認定できず、1件は低い価格を示していたとされた。その他は、かかる約束の拘束力のある宣言なしに、場合によっては供給事業者による価格の報告なく終了した。確約の内容は、顧客への過剰請求の返済（翌年の年間請求書に関連して）、顧客に配布した金額を翌年以降の価格に転嫁しないこと、2008年度は、ガス調達コストの大幅な上昇を顧客に転嫁しないことになっている。

カルテル庁の評価報告書によると、約束された金銭的補償は全て顧客に支払われており、コスト増が価格上昇という形で相当程度、顧客に転嫁されていないということである。その結果、顧客にとって、2008年と2009年に合計で約4億4,400万ユーロの負担を軽減することとなった。他方、新規参入が抑制され、最終消費者が既存のサプライヤーに留まるのではないかという懸念は払拭されなかったとされる。

b. 夜間蓄熱暖房機やヒートポンプの電気料金

2009年秋、カルテル庁は、2007年から2009年にかけて、蓄熱暖房機やヒートポンプの電力価格が不当に高く設定されていた疑いがあるとして、供給事業者18社に対して手続を開始した。カルテル庁による調査の端緒となったのは、「暖房用、すなわち夜間蓄熱式暖房機やヒートポンプの運転用に電気を購入する個人の最終顧客からの多数の苦情」であった。

18件の手続のうち、濫用が立証されていないという理由で5件の手続が中断され、12件は、当該供給事業者による約束に基づく、GWB32b条に従いコミットメント決定により終了し、コミットメント決定による顧客にとっての価格メリットは、カルテル庁によれば約27百万ユーロと見積もられている。さらに、1件はコミットメント決定に対する拘束力のある宣言がないまま手続が進んだ。その中で、カルテル庁による電力供給事業者に対する情報提供命令に対しての適法性審査が争点となったケースでは、GWB29条1号に基づく場合、当該供給事業者の価格が他の供給事業者の価格よりも相当程度に不利（高い）であることを示すことで十分であるとし、そして、その逸脱を正当化するのは、当該供給事業者であるとされた²³。

2012年3月19日、カルテル庁は、地域暖房を目的とした断続的な機器（主に夜間蓄熱暖房機や電気ヒートポンプ）の運転を目的とした家庭や小規模事業者への電力供給市場（以下、「暖房電力」）を画定し、かかる市場において、Entegaは支配的であると判断した²⁴。

²² BKartA, WuW/E DE-V 1704 – Rhein Energie. カルテル庁決定部の見解によれば、当該 RheinEnergie は、天然ガスの標準最終供給顧客(SLP)への供給（自家消費のために天然ガスを需要するすべての天然ガス消費者が含まれる）において、その供給地域における支配的地位を持っているとする。

²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Mai 2010 – VI-2 Kart 9/09 (V)

²⁴ BKartA, 19.03.2012, B 10 – 16/09

さらに、GWB32条に基づき、同社の暖房用電気料金が2007年に0.40セント/kWh、2008年に1.45セント/kWh、2009年に1.02セント/kWhと不当に引き上げられていたとし、顧客への過剰分の返金を命じる命令を下した。ここでの評価について、カルテル庁は、2008年と2009年について、すべてのケースで数量加重のネット収入の比較に依拠している。実際には顧客が供給者を変更することはほとんどないが、割増比率は概ね1%とし、当該事業者により有利に設定されている。

(4) 運用の状況のまとめ

以下の表は、カルテル庁の年次報告書等に基づく運用状況を示している。正式な事件数は極めて少なく、事業者の改善措置や確約により手続きが終結しているケースが殆どである。カルテル庁が事業者に対して、一定の改善措置を間接的に強いているという見方も可能であるにしても、高価格濫用規制に関しては、その性質上、正式の決定に至る過程における解決が有効であるといえよう。今回は検討の対象としていない電力価格と民法（ドイツBGB）との関係を今後の検討課題としつつ、競争法・独禁法に基づく電力規制のあり方を考えたい。

		手続き開始	確約
2008年	連邦カルテル庁	53	1
	州カルテル庁	37	11
2009年	連邦カルテル庁	46	16
	州カルテル庁	30	2
2010年	連邦カルテル庁	18	4
	州カルテル庁	0	13
2011-2015年	連邦カルテル庁	17	0
	州カルテル庁	1	1
2015-2020年	連邦カルテル庁	22	15
	州カルテル庁	0	0
合計	連邦カルテル庁	162	36
	州カルテル庁	68	27

(出典：ドイツのカルテル庁の年次報告書等を参考に筆者作成)

第 3 章

欧州電力市場におけるインサイダー取引規制

大阪大学大学院法学研究科教授
武 田 邦 宣

I 発電関連情報公表をめぐる動き

2020年度冬期（2020年12月から2021年1月）のスポット市場価格高騰に際して、市場の取引の予見可能性を高めるために、(1)発電事業者による発電関連情報公表の充実、(2)日本卸電力取引所（以下「JEPX」という）の需給曲線（入札カーブ）の公表、(3)一般送配電事業者による需給関連情報（予備率等）の公表の在り方、(4)価格高騰時における電力・ガス取引監視等委員会の監視及び情報提供の在り方を検討していく必要性が指摘された¹。

これを踏まえて、特に(1)については、電力・ガス取引監視等委員会の制度設計専門会合において、①JEPXが設置する発電情報公表システム（以下「HJKS」という）登録要件・方法の見直しや、②HJKS登録時の理由（燃料制約等）の公表、③発電実績の公表が議論された。例えば、①については、従前、「10万kW以上の出力低下が24時間以上継続することが合理的に見込まれる場合」とされていた登録要件を「継続する24時間以内で240万kWh以上の出力低下が合理的に見込まれる場合」へと変更することが議論された²。他にも、①について、公表の例外となる「日常的な運用」に該当する事象や非該当となる事象の類型を明確化することや、停止・出力低下が解消すると合理的に見込まれる時期を登録することが議論されたほか、②について、必須項目に「出力低下・停止の原因」を追加することなども議論された。

その後、上記(1)ないし(4)のいずれについても、それら方針に従った対応がなされており、(1)及び(2)についてはJEPXの情報公表サイトにおいて、(3)については電力広域的運用推進機関の情報公表サイト（広域機関システム）において、それぞれ公表内容が充実されることになった。特に(1)については、公正取引委員会＝経済産業省「適正な電力取引についての指針」（以下「適正取引ガイドライン」という）が改正され、経済産業大臣による業務改善命令や、電力・ガス取引監視等委員会による業務改善勧告（電気事業法27条の29、27条1項、66条の12第1項）がなされ得る適時公表が必要な情報が拡充・整理された。適正取引ガイドラインにおいて、それら情報はインサイダー情報とされており、情報を公表せずに取引を行えば、インサイダー取引として業務改善命令や業務改善勧告の対象となり得る。

以上のように、近年、市場の透明性を高める観点から、電力市場における情報開示やインサイダー取引に関して、大きな制度変更が見られる。それでは、諸外国では電力市場におい

¹ 電力・ガス取引監視等委員会 制度設計専門会合「2020年度冬期スポット市場価格の高騰について」（2021年4月28日、2021年6月14日改訂）44、48-49頁、https://www.emsc.meti.go.jp/activity/emsc_system/pdf/2021061401_haifu.pdf。

² そのような変更によって、2020年冬季のスポット価格高騰時において、発電事業者で燃料制約がなされた事象の多くを補足できたという。すなわち、従前の要件では2020年度冬期のLNG燃料制約発生量の50%をカバーするに過ぎないのに対して、新たな要件では同量の97%をカバーすることになるという（電力・ガス取引監視等委員会 第63回制度設計専門会合資料5「発電関連情報の公表について（事務局提出資料）」（2021年7月30日）6頁、https://www.emsc.meti.go.jp/activity/emsc_system/pdf/063_05_01.pdf）。

てどのようなインサイダー取引の規制がなされているのか。本稿では、EUにおける卸売エネルギー市場の健全性と透明性に関する規則 (REMIT)³に関する最新の Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER) ガイダンス⁴を詳細に見てみたい⁵。以下、II～VIにおいて、ACERガイダンスの内容を紹介した上で (ACERガイダンスの第3章～第5章)、VIIにおいて、わが国の適正取引ガイドラインとの比較を通して、若干の検討を行うことにする。

II インサイダー情報 (ACERガイダンス・3)

1. インサイダー情報の要件

以下、ACERガイダンスを通して、EUの電力市場におけるインサイダー取引規制を見ることにする⁶。ACERガイダンスに沿って、インサイダー情報の定義、インサイダー情報の公表義務、インサイダー取引の禁止 (立証、適用除外を含む) の順に、その内容を紹介する。

REMITにおいて、「内部情報 (inside information)」 (以下「インサイダー情報」という) は、“information of a precise nature which has not been made public, which relates, directly or indirectly, to one or more wholesale energy products and which, if it were made public, would be likely to significantly affect the prices of those wholesale energy products” と定義される⁷。

ここでは、「情報」であることに加えて、4つの要件 (明確な情報、公表されていない情報、卸エネルギー商品に関係する情報、卸エネルギー商品の価格に重大な影響を有する蓋然性) を満たすことが必要となる。それら要件を満たすかは市場参加者自らが判断する。ACERガイダンスは、それぞれの要件を次のように説明する⁸。

(1) 情報であること【前提条件】

インサイダー情報は「情報 (information)」でなければならない。REMITは、情報を次のよ

³ REGULATION (EU) No 1227/2011 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency Text with EEA relevance [hereinafter cited as REMIT].

⁴ ACER Guidance on the application of Regulation (EU) No 1227/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on wholesale energy market integrity and transparency (6th Edition) (22 July 2021) [hereinafter cited as ACER Guidance].

⁵ EUの制度を検討した論稿として、丸山真弘「欧州卸電力市場における情報の公表と市場監視のための制度の概要」電力中央研究所報告Y17004 (2018年)がある。米国の商品市場におけるインサイダー取引規制を包括的かつ詳細に検討した論稿として、松尾健一「米国商品先物取引におけるインサイダー取引規制の展開」(齊藤真紀他編『企業と法をめぐる現代的課題』(2021年、商事法務)所収) 535頁以下参照。

⁶ EUの電力市場におけるインサイダー取引の規制には、REMITのほかMAR (市場濫用規則) (REGULATION (EU) No 596/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 April 2014 on market abuse (market abuse regulation) and repealing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directives 2003/124/EC, 2003/125/EC and 2004/72/EC)が関係する場合もある。ただし卸電力市場について、MARの適用範囲は狭く、REMITに比してその重要性は小さい(P.MANTYSAARI, *EU ELECTRICITY TRADE LAW* (2015), at 267-268)。

⁷ REMIT, Article 2 (1).

⁸ ACER Guidance, para.3.

うに規定する⁹。(a)規則714/2009（現在の規則2019/943）及び規則715/2009に基づいて公表が義務付けられている情報であり，これらの規則に基づいて採用されたガイドライン及びネットワークコードを含む。(b)電力若しくは天然ガスの生産，貯蔵，消費若しくは送電・輸送のための施設の容量及び使用に関連する情報，又はLNG施設の容量及び使用に関連する情報であり，これらの施設の計画的若しくは非計画的に使用不能であることの情報を含む。(c)EUレベル若しくは国内レベルの立法若しくは規制，マーケットルール(market rule)，又は関連する卸エネルギー市場の契約若しくは慣習に従って公表が要求される情報であり，卸エネルギー商品の価格に重大な影響(a significant effect)を与える可能性があるもの¹⁰。(d)合理的な市場参加者(a reasonable market participant)が，卸エネルギー商品に関する取引を行う，又は注文を出す際の意思決定に使用する可能性のあるその他の情報。

これらのうち(d)の「合理的な市場参加者テスト」が適用されるのは，(a)ないし(c)に該当しない場合である。ACERガイダンスは，合理的な市場参加者概念について，大要，次のようにまとめている¹¹。

「合理的な市場参加者」は，短期・長期の商品を対象とした異なる取引戦略（例：ポートフォリオの最適化，裁定取引，投機）を有する，異なるプロフィール（例：ビギナー，アベレージ，プロ）を有する市場参加者を含む。

「合理性(reasonability)」という概念は，市場参加者が取引の意思決定を行う際の認知的要素に関連する。本能や気分などの非認知的要素に基づいて取引の意思決定を行う市場参加者は，合理的とはみなされない。

REMITの下である事実を情報として認めるためには，これらのプロフィールのうち少なくとも1つを有する者が，卸エネルギー商品に関連する取引を行うとの意思決定を行う際，又は卸エネルギー商品の取引を行うための注文を出すとの意思決定を行う際に，同事実を使用する可能性があることで十分である。

「合理的な市場参加者テスト」の適用にあたり，加盟国規制機関（以下「NRA」という。）は次に注意する。

- 「使用するであろう(would be likely to use)」と，「使用したい(would like to use)」は異なる。テストは合理的な市場参加者が同情報を使用したいと願うかを見るものではない。テストは，市場参加者がそのような情報が利用可能であるという正当な期待を持つことが合理的かどうかを見るものである。

- したがって，「使用するであろう」は，公表されることが合理的に期待できるものに基づいて解釈される。例えば，市場参加者は自らの取引戦略のために競合他社の取引計画を使用

⁹ REMIT, Article 2 (1)

¹⁰ ACERガイダンスは，特に規則543/2013が重要であるとする(ACER Guidance, at 32)。

¹¹ ACER Guidance, at 33.

したいと考えていても、これらの計画は「公表されることが合理的に期待できる (can reasonably expected to be published)」情報ではない。また、合理的な市場参加者が使用する可能性が高い情報でもないため、REMITにいう「情報」でない。

- 市場参加者が取引の意思決定の基礎として同様の事実（例えば、異なる時点での）を使用したことは、その事実が合理的な市場参加者によって使用される可能性が高い情報かを事案ごとに分析する際の手がかり (proxy) となる。

ACERガイダンスは、「情報」の例を2つ示す¹²。

1. TSOの送電可能容量(TSO's available transfer capacity)に係る情報

- TSOであるAとBの各日における送電運用容量の見通しと、入札ゾーンCとD間の送電能力確保量

評価：これら事実はREMITにいう「情報」である。なぜならばそれらは規則2019/943に基づき公表が必要となる情報に関係するからである。すなわち、同50条3項に基づき、TSOは既に確保された送電運用容量を含む、日々の送電運用容量に係る見通しを公表しなければならない。

2. 発電ユニットの年次メンテナンスに係る情報

- 市場参加者Aが発電ユニットであるXPTOの年次定期メンテナンス（点検）を計画中である。これは2025年2月1日から同年4月1日までトータル50MWの能力に関係する。

評価：この事実は、2条1項b号で規定される発電施設の容量と使用に関するものであり、REMITにいう「情報」である。利用できない容量が規則543/2013に含まれる100MWの閾値を下回っているかは、それがREMIT2条1項c号に基づく「情報」となるか（公表対象となるか）の評価に関連するが、2条1項a号、b号及びd号に基づく「情報」となるかの評価に関連しない。

(2) 明確な情報【第1の条件】

「インサイダー情報」と評価されるためには、情報について、4つの追加的要件（明確な情報、公表されていない情報、卸エネルギー商品に関係する情報、卸エネルギー商品に重大な価格効果を有する可能性）を満たす必要がある。ACERガイダンスによれば、情報がこれら要件を満たしてインサイダー情報となるか、それゆえにREMIT4条1項に基づいて公表すべきかは、市場参加者自らが判断する¹³。

ACERガイダンスは、同判断を適切に行うために、内部コンプライアンスルールを構築することを推奨する。そのベストプラクティスは、インサイダー情報を判断するためのフレームワークを構築すること、インサイダー情報を扱うためのワークフローを構築すること、イ

¹² ACER Guidance, at 34.

¹³ ACER Guidance, at 34.

ンサイダーのリスト及びインサイダー特定の方法を含む。

ACERガイダンスによれば、「明確な情報(information of a precise nature)」とは、①存在する、若しくは存在することが合理的に予想される一連の状況(a set of circumstances), 又は発生した、若しくは発生することが合理的に予想される事象(an event)を示し、かつ、②その一連の状況又は事象が、卸エネルギー商品の価格に及ぼす可能性のある影響について結論を導くことができる程度に具体的であることを意味する。

情報が明確か否かは、情報保有者がケースバイケースで自ら判断する。情報保有者は次の3点を考慮する。(i)ある事実が発生するという現実的な見通し(realistic prospect)があること、(ii)情報公表による潜在的な価格効果の見通しと、明確な性質の評価とは無関係であること、(iii)長いプロセスの中の中間的なステップが明確な情報となり得ること。これら3点は次のように敷衍できる。

まず、(i)情報が明確というためには、事実が起こる現実的な見通しがあれば十分である。状況や事象が、判断時のすべての事情を考慮して、存在ないし発生するであろうという現実的な見通しがある限り、情報は明確と言える¹⁴。

ACERガイダンスは、現実的な見通しについて2つの例を示す¹⁵。

1. 発電ユニットの通常運転に携わる労働者に影響を与えるストライキの情報

- このようなストライキに関する情報は、例えば、同ユニットの発電に影響を与えるような効果的なストライキが発生したという過去の記録の存在をもって、「発生する現実的な見通し(a realistic prospect of happening)」があると言える。
- 本ストライキに関する情報は、「明確な」情報と言える。これは、ストライキが中止され得ることや、ストライキの期間などに不確実性が存在しても変わらない。
- 状況（ストライキの中止、期間の変更、影響を受ける労働者の範囲など）によっては、ストライキが現実的でなくなる可能性がある。しかし、それら事象が市場参加者が情報を受け取った後に発生すれば、考慮の対象外である。

2. 上半期に発電ユニットで実施され得る安全テストに関する情報・規制当局からの要請

- このような安全テストに関する情報は、例えば、同様の情報があった際に実際に安全テストが行われ発電やユニットの利用に影響を与えたという過去の記録、原子力規制機関の計画を反映しているとの事情(episode)、ユニットの運転について既に懸念が示されていた等の事情をもって、「発生する現実的な見通し」があると言える。
- 本情報は、安全テストの現実的な見通しに係る情報と言える。

¹⁴ これは金融規制に係る司法裁判所判例(Case C-19/11, Markus Gelzl v Daimler AG)と整合的であるという(ACER Guidance, at 35 n.47)。P.MANTYSAARI, *EU ELECTRICITY TRADE LAW* (2015), 前掲注(6) at 272-273.

¹⁵ ACER Guidance, at 36.

- 加盟国には、原子力規制機関が安全テストに関するこれら情報を公表すべきことを定めるものもある。

また、(ii) 情報公表による潜在的な価格への影響は、明確性の評価に影響しない。すなわち情報が明確かどうかを評価するにあたり、公表された際の潜在的な価格への影響を十分な蓋然性をもって (with a sufficient degree of probability) 示すことは、必ずしも必要ではない。価格への重大な影響の蓋然性 (the likelihood of a significant price effect) は、別要件 (後述【第4の条件】) である。

最後に、(iii) 長いプロセスの中間段階であっても「明確な情報」とみなされ得る。そのような中間段階におけるプロセスに関する知識は、競争者間の共通の土台 (to place market participants on an equal footing) の確保や、情報の対称性を確保することによる市場の健全性 (market integrity in terms of information symmetry) の確保といった REMIT の精神に反する形で優位性を与える。なお、将来の事象 (future circumstances or events) につながる中間段階 (に係る情報) は、それが卸エネルギー商品の価格に与える影響を示し得る程度に特定されなければならない。ACER ガイダンスは中間段階の考え方の適用例を2つ示す¹⁶。

1. 発電所の稼働・再稼働

- 新規発電所の稼働や稼働停止中の発電所を再稼働するプロセスは、長期かつ複雑なものになる。同過程における重要な節目 (取締役会での決定、規制当局による承認、ライセンスの付与など) は、同プロセスの中間段階となる。

評価：発電所の稼働・再稼働のプロセスの中間段階に係る事実は、REMIT における「明確な情報」と評価し得る。なぜならば、それは、存在する又は存在することが合理的に予想される状況と評価できるものであり、かつ、将来のある時点から生産されるエネルギーの現実的見通しに影響を与えるからである。

2. 増強工事に伴う連系線運用容量に影響を与える作業停止計画

- 連系線の増強プロセスは、長期かつ複雑なものになる。同過程における重要な節目 (取締役会での決定、規制当局による承認、ライセンスの付与、連系線の運用主体による作業停止の決定 (decisions from the interconnector's operational centre to proceed with the unavailability) など) は、同プロセスの中間段階となる。

評価：この例における取締役会の決定 (例えば、増強工事のために、特定の期間、既存の連系線を利用停止する決定) は、中間的なプロセスであるが、REMIT における「明確な情報」の要件を充足する。取締役会が特定期間の修繕計画を承認するか承認しないかは、卸エネルギー商品の価格に与える影響について結論をなし得るほどに特定されている。

¹⁶ ACER Guidance, at 37.

(3) 公表されていない情報【第2の条件】

インサイダー情報とは、公にされておらず、その結果、市場参加者間に情報の非対称性をもたらす情報である。市場参加者に対して実効性のある情報公表がなされることで、非公表情報は公表情報になる。情報の公表により、市場の健全性と透明性が高まることになる。情報は、誰によってであれ、公衆、すなわち不特定多数の市場参加者が知り得る状況に置かれれば、公表されたとみなされる。誰が公表したかは関係がない。

市場参加者の全てが同時に、その情報に平等にアクセスできるようにすることで十分であり、かつそのような状況が必要である。「インサイダー情報プラットフォーム (Inside Information Platform)」(以下「プラットフォーム」という)により公表がなされた場合には、これを満たす。電子メールを通じて特定の市場参加者のみに伝えたり、取引所メンバーのみが利用可能なニュースボードで情報公表することでは、情報公表の要件を満たすことがない。

(4) 卸エネルギー商品に関する情報【第3の条件】

インサイダー情報は、卸エネルギー商品と直接又は間接に関係する情報である。「卸エネルギー商品 (wholesale energy products)」はREMIT2条4項に定義されており、(a)域内で引き渡し (delivery) がなされる電力又は天然ガスの供給契約、(b)域内で生産、取引又は引き渡される電力又は天然ガスに関するデリバティブ、(c)域内での電力又は天然ガスの輸送 (transportation) に関する契約、(d)域内での電力又は天然ガスの輸送に関するデリバティブである。

卸エネルギー商品の需要、供給、価格に何らかの影響 (possible effect) を有する情報、卸エネルギー商品の需要、供給、価格の見通しに何らかの影響を有する情報は、卸エネルギー商品に直接又は間接に関係すると考えられる。

仮にその情報がある卸エネルギー商品の価格に重大な影響を与えそうであれば、その情報は必然的に同卸エネルギー商品に関係を有することになる。それゆえに、NRAは、情報が卸エネルギー商品に関係するかを確認するために、価格への重大な影響の有無を確認しさえすればよい。

(5) 卸エネルギー商品の価格に重大な影響を及ぼす蓋然性【第4の条件】

情報がインサイダー情報となるのは、それを公表した際に、関連する卸エネルギー商品の価格に重大な影響を与える場合に限られる。広く捉えた「情報」を、価格への重大な影響によって限定する。すなわち、価格への重大な影響を及ぼす決定的な司法裁判所判例 (crucial) 情報に限定することで、(広く捉えた) 情報を、取引に係る情報に限定する。なお、ここでは重大な影響の「likelihood (蓋然性)」で十分であり、現実に価格への重大な影響が生じる必要はない。

蓋然性の評価は、市場参加者がケースバイケースで判断する。市場参加者は、①情報の性質、②市場の特性 (specificities)、③評価時の市場状況に照らして、情報が有し得る効果を考

慮する。それらの例は次のとおりである¹⁷。

- ・市場の特徴（規模、タイムフレーム、マーケットデザイン、流動性、市場参加者のタイプ）
- ・事象の規模
- ・供給と需要について既に公表されている情報
- ・送電設備や輸送設備、貯蔵、ネットワークの制約に係る状況(availability and unavailability of transmission facilities, storage or network constraints)
- ・時間帯（ウィークデーかウィークエンドか、営業時間内か営業時間外かなど）
- ・不定期な事象に係る公表がなされたか（新しい発電所の稼働、停止中発電所の再稼働など）
- ・TSOによるシステムに関する公表（インバランス、安定供給、技術的な制約など）
- ・問題の状況において価格に影響を及ぼしそうなその他の状況（天候、CO₂、燃料価格、政治的・地政学的なニュースなど）

市場参加者は、特定の情報が重大な価格への影響を持ち得るかについて、評価のためのフレームワーク(a systematic framework)、コンプライアンスルールを構築することが奨励される。特定の情報が価格への影響を持ち得るかは、事業者が事前に(ex ante)判断する。NRAは、事後に(ex post)その判断をチェックできるが、事前に利用可能な情報に基づき合理的な判断を行った市場参加者を規制することがあってはならない¹⁸。

価格への重大な影響に係る市場参加者の評価が、合理的な市場参加者(a reasonable market participant)のそれと整合するかを判断するにあたり、NRAは次を検討することができる。

- ・情報が、過去に価格に重大な影響を及ぼしたものと同一種類か
- ・アナリストの分析レポート等が、問題の事象の価格への影響を示唆するか
- ・市場参加者自身が問題の事象をインサイダー情報と扱ってきたか
- ・他の合理的な市場参加者が、同様の事象をインサイダー情報と扱ってきたか
- ・合理的な市場参加者であれば取引の意思決定に利用するかどうか¹⁹

ACERガイダンスは、情報が価格に重大な影響を与えることになるかの判断の例を2つ示す²⁰。

1. 発電ユニットの計画外停止に係る情報の更新

発電事業者Aが、発電ユニット(100MW)の計画外修理(公表済み)について、修理のための停止時間を2時間延長すべきと考えた。問題の卸エネルギー商品市場の流動性は限定的で

¹⁷ ACER Guidance, at 39.

¹⁸ ACER Guidance, at 39.

¹⁹ これは市場濫用規則(MAR)で適用されるルールとする(ACER Guidance, at 39 n.51)。

²⁰ ACER Guidance, at 40.

ある。Aはそのような情報が重大な価格への影響を有するかについて判断が迫られている。

その判断にあたって、Aは、合理的な市場参加者であればその情報を取引の意思決定に利用するかを検討しなければならない。同事前の検討においては、以下のような事由を考慮できる。

- ・市場の特徴：当日市場（時間前市場）は開場している。1時間単位で取引される商品の2つ、15分単位で取引される商品の8つが、停止によって直接的な影響を受ける。直前の取引を見ると取引の厚みは限られており、ファンダメンタルズの小さな変化でも影響が生じそうである。

- ・事象の規模：限定的である。100MWで2時間のみの影響である。

- ・供給と需要について既に公表されている情報：現在の計画停止以外の情報公表はない。

- ・その他の制約条件：地域間連系線の容量は限定的である。

- ・時間帯：通常の営業時間帯である。

- ・不定期の事象やTSOの事象に係る情報の公表：特にない。

- ・その他の状況(market variables)：風況の予測に変化はない。前日市場価格が時間前市場のスタート価格となる。前日市場価格が、市場のファンダメンタルズ、すなわち需要と供給に係る情報を反映している。

評価：①取引の厚み、②地域間連系線の容量不足、③今回の延長が既に公表された事実を変更するものであることを考慮すれば、合理的な市場参加者であれば今回の停止を取引の意思決定に利用するであろうこと、価格に重大な影響を与えるであろうことが予想される。特に、本件延長により直接の影響を受ける商品（時間単位の商品、15分単位の商品）について、そうである。またこのような結論は、当初の停止の事実をAが公表すると決定したとと整合的である。

2. TSOによる調整力の発動指令

インバランスに係るリアルタイム情報の公表をTSOに対して求めている加盟国において、実需給25分前にTSOが調整の責任主体(a balancing responsible party)に対して、一定期間200MWhの発電を指令する。時間前市場は開場している。TSOはそのような情報が価格への重大な影響を有するかについて判断が迫られている。

その判断にあたって、Aは、合理的な市場参加者であればその情報を取引の意思決定に利用するかを検討しなければならない。同事前の検討においては、以下のような事由を考慮できる。

- ・市場の特徴：当日市場（時間前市場）は開場している。ビッドアスクスプレッド（買値と売値の差）は小さく、市場の厚みは存在するといつてよい。

- ・事象の規模：実需給との近接性から事象の大きさは無視できない(relevant)。TSOによる早

めの公表もこの理由による。

- ・供給と需要について既に公表されている情報：本件以外に停止に係る情報はない。
- ・その他の制約条件；地域間連系線の容量がない。
- ・時間帯：実需給に極めて近接した段階での公表である。
- ・不定期の事象やTSOの事象に係る情報の公表：特にない。
- ・その他の状況 (market variables)：特にない。

評価：需給調整電源の発動に係る情報は、システムインバランスの方向性を考える上で市場参加者にとって価値ある情報である。上の事情から、TSOは、合理的な市場参加者であれば、調整力電源の発動に係る情報を取引の意思決定に利用すると考えることができる。それゆえに、本情報は、当日市場の商品について、価格に重大な影響を与えるであろうと結論付けることができる。

2. インサイダー情報の例外【取引計画と取引戦略】

REMITの前文12は、市場参加者自らの取引計画及び取引戦略に係る情報はインサイダー情報と考えられるべきではないと明示する。「取引計画(trading plans)」とは、卸エネルギー商品の供給、需要、価格を評価する体系的手法(a systematic method)を含む事業上の計画であって、取り得るリスク量の決定、短期ないし長期の投資ターゲットの策定を含む。これらは日常の取引活動の基礎となる。必要となるエネルギー量や注文量で現れる短期ないし長期の投資ターゲットの結果は「取引計画」の一部であり、REMITにおける「情報」と評価されることがない。

「取引戦略(trading strategies)」とは、取引（開始・終了）が行われるために満たさねばならない条件を規定する客観的ルールである。注文のための仕様(specifications)を含む。なお、「取引戦略」がインサイダー情報に該当しなくとも、その変更を利用される具体的事実はインサイダー情報に該当し得る。

他者のために注文を実行する者（例えばブローカー）が、取引計画や取引戦略を入手する場合を検討する必要がある。クライアントにおいて、注文内容は取引戦略であってインサイダー情報に該当しない。しかし注文を受けたブローカーにとっては「情報」に該当するのであって、その情報を基礎に自己取引を行うことは許されない（フロントラニング）²¹。

ACERガイダンスは、インサイダー情報の例外として、①当日の注文内容を「取引戦略」とし、②リスク最適化戦略の見直しとして、電力調達ポートフォリオ（取引所取引と相対取引の割合等）の見直しを行うことを「取引計画」と例示する²²。

²¹ ACER Guidance, at 42 n.52.

²² ACER Guidance, at 43.

Ⅲ インサイダー情報の公表義務（ACERガイダンス・4）

1. 公表の主体

インサイダー情報の公表義務とインサイダー取引規制との間には一貫性が必要となる。両者間に整合性がなければ、公表しなければならない情報が、同時に、秘匿されなければならない情報となりかねない²³。

REMIT4条1項は、市場参加者は、事業又は施設に関するインサイダー情報を「実効的かつ適時に (in an effective and timely manner)」公表しなければならないと規定する。同項において、公表すべきインサイダー情報には、電力や天然ガスの生産・製造、保管、消費、輸送に係る設備の能力や利用に関する情報のほか、LNG設備の能力や利用に関する情報を含む。公表すべき情報には、親会社等関連会社の情報を含む。また、保有し支配する施設に関する情報だけではなく、運営について責任を有する事業又は設備に関する情報を含む。REMIT4条3項によって、公表義務は従業員等にも及ぶ。

2. 実効的な公表メカニズム

卸エネルギー市場の透明性を確保するためには、情報公表はできるだけ広く、全てのユーザー（情報のユーザー）に対して、容易かつ平等にアクセスできるようになされるべきである。実効的な公表のためには、情報公表はプラットフォームを通じてなされるべきである。プラットフォームをデフォルトの情報公表メカニズムとすることで、(a)REMITの規定に合致することになる、(b)金融市場での公表メカニズムの技術標準と整合性を確保できる、(c)プラットフォームの集約化の利益を期待できる。

利用可能なプラットフォームはACERのREMITポータルサイトでリスト化する。情報公表が規則2019/43、規則715/2009に適合する場合には、REMIT4条4項で規定される「同時、完全、実効的な情報公表 (a simultaneous, complete and effective public disclosure)」であると言ってよい。自らのウェブサイトやソーシャルメディアを通じた公表も補完的に利用することは可能であるが、プラットフォームを通じた公表に代替することはない。情報は市場参加者の登録制度(CEREMP)を通じて規制当局にも利用可能となる。プラットフォームは排出権取引に係る情報公表にも利用可能である。

3. 実効的な公表の必要条件

実効的な公表がなされるために、プラットフォームは、次の最低限の要件を満たさなければならない²⁴。

- ・ 広く、非差別に、無料で、関連するエネルギー市場に同時に公表すること

²³ P.MANTYSAARI, EU ELECTRICITY TRADE LAW (2015), 前掲注(6) at 261.

²⁴ ACER Guidance, at 46-47.

- ・電子手段によって情報の完璧性(completeness)、完全性(integrity)、秘密性を確保すること
- ・公衆が容易かつ素早くアクセスできるよう、範囲を特定した上で、できるだけ広く公表すること
- ・当局が収集し市場参加者が分析しやすいようなウェブフィードで情報を伝達すること
- ・ダウンロードできるフォーマットを含めて、データの効率的な利用のために情報のフィルタリング（データカテゴリーの分類）を可能とすること
- ・事象終了後も少なくとも5年間はデータへのアクセスを可能とすること
- ・同様の事象に係る以前の公表へのアクセスを容易にするとともに、過去の公表と新しい公表との機能的リンクを可能とすること
- ・冗長化（予備）、バックアップを確保すること
- ・公用語と英語か、又は英語のみで公表すること
- ・プラットフォーム事業者と市場参加者間に利益相反が生じないよう内部の取り決めを設けること

市場参加者はプラットフォームの技術的問題に対して責任を負うことがない。プラットフォームへの情報提供によってその義務を果たしたことになる。バックアップを取るほか、プラットフォームの技術的問題が継続する際には他のプラットフォームでの公表も検討すべきである。

インサイダー情報は簡潔(concise)・特定(specific)・完全(complete)であることが必要である。それら情報は、市場の透明性を向上させて、市場参加者間の競争上の平等を確保する形で公表されることが必要である。公表される情報には経営者のメッセージや広告を含んではならない。

情報公表に将来予測(prognosis)を含む場合には、不確実性(uncertainty)の問題が存在する。入手可能な全てのデータに基づき、合理的な努力を行った場合には、市場参加者は公表義務を果たしたことになる。不十分また不正確な形での情報公表は実効性のない(non-effective)情報公表であって、REMIT4条1項に違反する。

4. 適時公表

REMIT4条4項で明示されるように、情報が規則2019/943、規則715/2009、規則543/2013に基づいて公表されれば、「同時、完全、実効的な(simultaneous, complete and effective public disclosure)」情報公表と評価される。しかし、必ずしも「適時に」公表されたことにはならない。上記規則に基づかない情報公表も含めて、事象が起きてからできるだけ早く、少なくとも1時間以内、かつ取引前に公表することが必要である。リアルタイムの公表を目指して、市場参加者は適時公表に係る内部プラン(a clear compliance plan)を設ける必要がある。

5. 情報公表の遅延

REMIT4条2項によって、例外的に情報公表を遅らせることができる。その要件は、①情報公表の遅れが公衆をミスリードしないこと、②その情報の秘密性を維持すること、③同情報に基づいて取引を行わないことである。同例外について、規制当局による事前承認の制度はない。同例外に合致するかは事後的に評価されるのみである。正当な理由がなくなれば、情報はすぐに公表される必要がある。同遅延情報の公表のために、ACERは公表のための共通フォーマットを用意する。

6. REMIT4条7項に基づく例外

「重要インフラ保護に関連した機微情報(sensitive information relating to the protection of critical infrastructure)」については、公表の遅延が認められる。「重要インフラ」は定義されており、公表によって重要インフラの設置に関して混乱や破壊(disruption or destruction)が予想されるものが、例外情報に該当する。単に重要インフラに該当する情報だけでは不十分である。

IV インサイダー取引の禁止 (ACERガイダンス・5.1～5.2)

1. インサイダー取引の定義

REMIT3条1項は、インサイダー情報を有する者について、(a)それを取引に利用すること、(b)それを他人に開示すること、(c)それに基づき取引を推奨することを禁止する。(a)市場での行為('on-market' practice)であり、(b)と(c)は市場外の行為である('off-market' practice)。インサイダー取引を分類すると、次のようになる²⁵。

		Forms of insider trading	
		Attempted form	Effect form
On-market		Using inside information by trying to acquire or dispose of wholesale energy products	Using inside information by acquiring or disposing of wholesale energy products
Off-market			Disclosing inside information ⁶³
			Recommending or inducing to acquire/dispose of wholesale energy products

出典：ACER Guidance, at 51

²⁵ ACER Guidance, at 51.

インサイダー取引を実行したのか、インサイダー取引を企図したのか(has attempted insider trading)の判断は、REMITの目的に照らしてなされる。REMITは卸エネルギー市場の透明性と健全性を確保することと、市場参加者間に「共通の土俵(level-playing field)」を設けることを目的とする。インサイダー情報は、そのような情報を有さない者に対する「不当な情報上の優位性(an unfair informational advantage)」を与え、市場参加者間に「情報の非対称性(information asymmetries)」をもたらす。同状況は卸エネルギー市場の透明性と健全性を損ない、市場参加者の市場への信頼を損なう。

情報の非対称性に基づく不当な競争上の優位性が生じるためには、必ずしも行為者に経済上の利益をもたらす必要はない。インサイダー取引の禁止はインサイダー情報を取得した時点から適用されることから、インサイダー情報に基づき注文などの取引を開始した段階で、インサイダー取引は成立する。インサイダー取引が成立するかの判断において、REMIT4条1項に基づくインサイダー情報の公表義務(上述3)がどの程度果たされているかを考慮する。

なお、REMIT3条6項は、報道の自由と表現の自由に言及する。しかし、それらの自由の濫用(misuse)は禁止される。それら自由が濫用される場合に、インサイダー取引が正当化されることはない。(i)情報の流布から不当な優位性や利益を獲得する場合、又は(ii)情報の流布が供給、需要、価格のミスリードを意図する場合に、濫用が認められる²⁶。

2. インサイダー情報を利用したインサイダー取引【第1類型】

3条1項a号の違反が成立するための要件は、卸エネルギー商品を取得・処分すること、自らの又は第三者のためになされること、直接又は間接になされること、卸エネルギー商品に関する情報であることの、4つである。

(1) 卸エネルギー商品を取得・処分すること

「取得・処分すること(acquiring or disposing)」は、注文や取引に係る広い行為(注文、注文の変更、注文の取消し)を指す。情報を入手した後の取引の変更・取消しは慎むべきである(hands-off approach)。違反行為の成立に当事者の主観は無関係である。「意図的である(deliberately)」ことも「無謀である(recklessly)」ことも不要である。

取引にインサイダー情報を利用したことの証明は、(i)取引に先立ちインサイダー情報を有していたことを示す明白な証拠によるか、そのような明白な証拠がない場合には、(ii)一連の明確かつ一貫した証拠(例えば、なされた行為、期待された行為の不作为、情報管理プロセスの欠如、チャイニーズウォールの不存在)によって、インサイダー情報を利用したこと以外には、なされた取引に説明がつかないことを立証することによる。

取引を「試みる(trying to)」について、実際の取引は不要である。インサイダー情報を有

²⁶ ACER Guidance, at 52.

する者が取引を行った場合には、そのインサイダー情報を利用して取引を行ったものと推定する。それに対する反証は、その取引が行われた真の理由を示す社内文書 (the insider documents) に基づく必要がある²⁷。

(2) 自ら又は第三者のために

第三者のための情報利用もインサイダー取引となる。自己の利益にならない場合であってもインサイダー取引が成立する。自然人によるインサイダー取引は、雇用主である法人のためになされることもある。法人が他の法人のために取引を行うこともある。

(3) 直接又は間接に（取引すること）

取引は自らの購入・処分のほか、第三者を通じたものを含む。インサイダー情報を有する子会社が親会社（子会社は親会社に対して経営・事業に対する影響を持たない）を通じて取引をなす場合や、インサイダー情報を有する親会社の指示により子会社が自らの利益のために取引を行う場合もある。

(4) 情報と関係する卸エネルギー商品

情報と関係する卸エネルギー商品を特定しなければならない。まず、インサイダー情報を構成する事実が起きている間に引き渡しがなされる商品は、情報と関係する卸エネルギー商品となる。例えば1時間の稼働停止のインサイダー情報は、同時間が関わる時間前市場と関係する。数週間にわたる稼働停止の情報は、時間前市場、前日市場、週間市場、月間市場、四半期市場、先渡市場や先物市場の年間商品と関係し得る。供給、需要、価格の見通し (prospects) が影響を与える商品もある。例えば計画外停止は、復旧見通しによっては、隣接する時間帯の商品にも影響を及ぼす。

事象の大きさ、事象に関する技術、発電所の信頼性も影響を有する。例えば近頃計画外停止のあった発電所で大規模な停止があった場合には、仮に短期間の停止であっても、長期間の商品に影響を与え得る。

ACERガイダンスは、3条1項a号が適用される具体例を示す²⁸。

*インサイダー情報を利用した取引の例

事実：市場参加者Aがガス貯蔵設備を有する。100MWhの発電が可能なガスの引き出しが可能である。ガス貯蔵設備について2週間の補修が計画されている。同期間中、ガスの引き出し、注入は不可能である。Aはプラットフォームを通じて「UMM(an urgent market message)」として同計画を公表した。同補修期間の終了5日前に、次のような事態が生じた。

－ ①終了予定5日前の午前7時：補修が計画よりも早く終了しそうであること、具体的には同日の24時に終了することを、Aが知った。Aは翌日よりガスを引き出し販売することを決

²⁷ ACER Guidance, at 53 n.67.

²⁸ ACER Guidance, at 55.

定した。Aは問題の貯蔵設備が存在するビディングゾーン(BZA市場)の流動性は低く、それ故にBZA市場に近接するより規模の大きいBZB市場で販売することにした。

- ②同日18時：AはTSO(TSO dispatch center)に対して24時以降の貯蔵設備の稼働スケジュールについて情報をアップデートした。TSOは情報を公表する義務を負わず、同情報が公表されることはなかった。
- ③同日21時から24時：AはBZAからBZBへの輸送能力を確保するとともに（翌日から修理予定日であった日までの4日間における時間単位の商品）、BZBにおいてガスを販売した（同期間の時間単位の商品）。
- ④翌日（終了予定4日前）の12時：Aはプラットフォーム上の公表情報を更新して、計画よりも早く補修が終了したことを公表した。市場価格は下落した。

評価：Aの行為はインサイダー取引に該当する。

- インサイダー情報：情報は①の段階で明確になった。この評価は②においてTSOに通知をなしていることから明らかである。
- 卸エネルギー商品の取得・処分：Aは輸送能力を確保するとともに、ガスを販売している。
- 直接又は間接に：Aは直接に輸送能力を確保するとともに、ガスを直接に販売している。
- 情報が関係する卸エネルギー商品：(i)4日間の輸送能力（当日市場の時間商品）、(ii)4日間の輸送能力（前日市場の日中商品）、(iii)4日間のガス現物（当日市場の時間商品）、(iv)4日間のガス現物（前日市場の日中商品）

Aの行為は、インサイダー情報の公表義務にも違反する。

3. インサイダー情報の公表（開示）によるインサイダー取引【第2類型】

3条1項b号の違反が成立するための要件は、情報の第三者への開示と、それが通常の業務等以外でなされたことの、2つである。

(1) 第三者にインサイダー情報を開示すること

3条1項b号における「開示(disclosure)」概念と、4条1項による「公表(disclosure)」概念は異なる。3条1項b号は、4条1項で必要とされる実効的かつ適時の公表前の、インサイダー情報の第三者への開示を禁止するものである。3条1項b号における「開示される情報(disclosing information)」には、4条1項で公表されていない情報の全てが含まれる。情報の開示先が1人であっても複数人であっても問題である。開示に「正常性(normality)」がないことが問題である。開示された相手が情報を取引に利用するか否かは関係がない。開示することそれ自体が禁止される。

情報が開示されたことの証明は、(i)明示のコミュニケーションに係る明白な証拠による

か、そのような明白な証拠がない場合には、(ii)一連の明確かつ一貫した証拠（例えば、インサイダー情報を有する者、第三者、第三者がインサイダー情報を有することの関係）によって、違法な開示があったとしか考えられないことを立証することによる。

(2) 通常の業務等以外での開示

通常の業務等(the normal course of the exercise of employment, profession or duties)における開示である場合には、インサイダー取引には該当しない。通常の業務等か否かは厳格に判断する。NRAは、開示が、(i)「need to know」原則に沿うものであるか、(ii)その者の業務契約に明記されているか等を検討する。私的利益の目的でなされた開示は、通常の業務での開示と評価されることがない。

ACERガイダンスは、3条1項b号が適用される具体例を示す²⁹。

*インサイダー情報の公表（開示）によるインサイダー取引の例

事実：発電所Aは700MWの発電能力を有し、ビiddingゾーンBに位置する。同ゾーンにおける総発電容量は5000MWである。技術部門のトップ(head of technical operations)がAの修繕計画の責任者である。トップがディレクターに対して、次年度4ヶ月の修繕計画を伝えた。同情報はAのコンプライアンス・オフィサーに対して午後3時に公表するよう依頼するまで、他の誰も知らないものであった。

ミーティング後、ディレクターは労働組合の会合に出席した。そこでは次年度の活動がアジェンダであった。重要な活動の計画時期が、Aの修繕時期と重なっていた。ランチブレイクの際に、ディレクターは労働組合の代表者に対して、非公式に、次年度の修繕計画と、その時期が労働組合の活動計画と重なり得ることを伝えた。

評価：同開示は通常の業務等においてなされるものではない。したがって違法である。

- インサイダー情報：長期修繕に係る情報はインサイダー情報の要件（明確、未公表、卸エネルギー商品との関係、価格への影響）を満たす。
- 第三者への開示：ディレクターはインサイダー情報を有する者に該当する。労働組合の代表者への伝達は、第三者への開示に該当する。
- 通常の事業活動等における開示でないこと：技術部門のトップからディレクターへの開示は「need to know」原則に基づく適法な開示である。しかしディレクターから労働組合の代表者への開示は、同原則に基づき予め定められたワークフローに基づくものではない。

4. インサイダー情報に基づく取引の推奨・勧誘【第3類型】

3条1項c号の違反が成立するための要件である「取引の推奨・勧誘(recommending or inducing)」は、取引に関連する直接間接のシグナル(direct or indirect signals)を他者に提供す

²⁹ ACER Guidance, at 59.

ることを意味する。情報そのものではなく、取引上のシグナルの伝達を禁止している。伝えられたシグナルを取引に利用することは違反の成立に必要でない。

ACERガイダンスは、3条1項c号が適用される具体例を示す³⁰。

*インサイダー情報に基づく取引の推奨・勧誘の例

事実：Aは合計出力2000MWの発電機5つを所有する。技術責任者(the chief technology officer)が、それら発電機のタービンの部品に欠陥があり、近い将来取り替える必要があることを伝えられた(交換は10日を要する見込みであり、緊急ではないが、次の四半期には必要)。同情報をもとに、技術責任者が、エネルギー取引を行う会社に勤務する友人に対して、できるだけ早く次の四半期の先物商品を購入することを勧めた。

評価：違法である。

- インサイダー情報：近い将来に修理が必要との情報はインサイダー情報である。
- 同情報に基づく推奨・勧誘：推奨は上記インサイダー情報を有することに基づくものと考えられる(more likely than not)。

V インサイダー取引の立証 (ACERガイダンス・5.3～5.4)

1. シグナル(possible signal)

NRAがインサイダー取引を探知するための要因として、次のものがある。(a) 事実の発生・公表前の取引量の変化として、短期間に特定の者に取引量・注文量が集中すること、計画外停止の公表前において同社が大量の取引をなすこと。(b) 価格の変化(relevant and/or sudden changes in the prices)として、市場のファンダメンタルズからは説明できない価格変化のスピードと大きさが見られること、インサイダー情報の公表やインサイダー情報に該当する事実の発生前に突然の価格変化が見られること。(c) 取引行動の変化として、売買の偏った注文がなされること、同日の取引量の多くを占める短期間での注文・キャンセル・修正がなされること、短期間でポジションが変更されること。(d) ポジションの変更により利益の増大・変化があること。(e) REMIT上の義務違反、すなわち、適時公表義務違反や適用除外ルール(3条4項b)の濫用が見られること。後者には、適用除外の対象事業者でない者によりなされる場合、損失カバーのために既存の設備(asset)を利用しない場合、損失のカバーに必要となるもの以上の注文・取引を行う場合、適用除外に該当する設備保有者の代理として取引をしつつ、自らも取引を行う場合が該当する。

2. 行為類型

(1) フロントラニング・プリポジショニング

³⁰ ACER Guidance, at 60.

これはインサイダー情報公表前に取引を行うものである。例えば典型的な場合として、代理人が顧客の情報をもとに自らの取引を行うことがこれに該当する。インサイダー取引とならないためには、顧客の取引の前に自らの取引を行わないことが重要である³¹。同インサイダー取引のシグナルとして、顧客からの注文と自らの注文との時間的近接性、顧客からの注文よりもよい又は同じ条件での注文、最初の注文よりも高い価格での販売（利益の獲得）³²、フロントランニングに該当する行為が繰り返し行われること、がある。

(2) ダブルプリンティング

本来一つの取引で十分であるのに複数の取引を行うものである。代理人としての市場参加者が本人より注文の指示を受けた後に、市場において注文の執行が可能であるのにあえて行わず、自らの勘定で取引を行い、さらに自らが顧客と取引することで、さや取りの利益を得るような場合である。ダブルプリンティングは、市場において似たような取引を観察することにより探知できる。

3. インサイダーの範囲

「インサイダー(insiders)」は、REMIT3条2項に掲げられる、①経営陣のメンバー、②株主（法人、自然人）、③職務上情報にアクセスできる者（法人、自然人）、④犯罪行為により情報を取得した者（法人、自然人）、⑤インサイダー情報であると知る者、知るべき者（法人、自然人）である。

これら5つのカテゴリーは市場参加者の範囲を超えている。インサイダー情報を有する者が法人である場合、インサイダー取引の禁止は、法人の取引の意思決定に関与する自然人にも及ぶ。⑤情報がインサイダー情報であると知る者、知るべき者のカテゴリーは、インサイダー取引の範囲を拡大する。インサイダー情報であると知るべき者の認定は、その者の職歴や問題の取引に照らして判断する。

ACERガイダンスは、インサイダーの範囲に関して具体例を示す³³。

* 自然人・法人の責任の例

事実：トレーダーのXはAに勤務する。Aは複数の発電プラントを有する発電事業者である。偶然、Aが現場労働者間の計画外停止に係る会話を耳にした。このような情報はインサイダー情報の定義を充足する。Xは、計画外停止による電力価格の上昇を予期して、Aのために卸電力市場で電力を購入して後に売ることによって利益を得た。

評価：Xは自然人である。3条1項a号に基づき、情報がインサイダー情報であると知るべき者としての要件を満たす。また、3条5項に基づき、3条1項a号に基づくインサイダー取引の禁

³¹ プリヘッジ(pre-hedging)として合法となる場合がある(ACER Guidance, at 62 n.73)。

³² ただし、利益を得ることはフロントランニングの必要条件ではない(ACER Guidance, at 62)。

³³ ACER Guidance, at 65.

止は、法人のための取引の意思決定を行う者にも及ぶ。なお、Aもインサイダー取引の責任を負う。なぜならばXは、Aの従業員が有するインサイダー情報に基づき、Aのために取引を行ったからである。

検討：Aはさらに公表義務違反の責任も負う。計画外停止に係る詳細情報は市場に提供されなかったが、取引者の行動からみて価格に影響があり得そうだからである。

VI インサイダー取引禁止の適用除外（ACERガイダンス・5.5）

REMIT3条3項及び4項は、インサイダー取引禁止に係る適用除外を定める。3項によれば、TSOがシステムの安全・安定のための行為を行う場合には、インサイダー取引禁止規定のうちREMIT3条1項のa号（取引）とc号（取引の推奨・勧誘）は適用されない。他方、b号の適用除外はないことから、第三者に情報を開示すればインサイダー取引違反となる。適用除外はTSOが関連する指令に基づく行為を行う場合であり、これはアンシラリーサービス提供のために電力調達を行う場合である。システムの安全・安定上必要な場合に限られる³⁴。

4項によれば、(a)インサイダー情報を得る前になされた取引義務の履行、(b)予期せぬ停止から生じる物理的ロス(the immediate physical loss resulting from unplanned outages)をカバーするためになされる、発電事業者・ガス製造業者、ガス貯蔵設備の運用者、LNG輸入設備の運用者の取引、(c)危機的状況下において政府による介入がなされる場合のそれぞれには、インサイダー取引禁止規定は適用されない。

(a)については、注文内容を変更したり、インサイダー情報に係る取引のみを撤回するようなことがないよう注意が必要である。(b)については、生産・製造、貯蔵、輸入設備の計画外停止に限ること、即座に物理的ロスが予期される場合であること、物理的ロスの回復に必要な範囲に限ることが必要である。また、REMIT3条4項b号（他者への開示）について適用除外が認められるのは、①既存契約上の義務を履行できない場合と、②TSOとの契約に基づきシステムの安全性確保を目的とする場合に、限られる。①の場合について、既存契約が（計画外停止前より）存在しており、契約違反を回避すること、その他の手段がないことが必要である³⁵。②の場合について、システムの安全・安定を確保するための取引に限られ、具体的に、TSOに代わりアンシラリーサービス市場で取引する場合に限られる。(c)については、緊急事態の宣言がなされ、市場メカニズムの機能が停止されるような場合に限られる。

³⁴ 加盟国にはTSOに似た役割を果たす市場参加者が存在しており、TSOと同様にインサイダー情報を有する。その扱いはケースバイケースで判断される(ACER Guidance, at 66-67)。

³⁵ 卸エネルギー商品の取引を前提としない情報公表の遅延が認められる場合（REMIT4条2項）とは異なる。

Ⅶ 適正取引ガイドラインとの比較

1. 適正取引ガイドライン

以上、ACERガイダンスを通して、EUの電力市場におけるインサイダー取引規制を見た。以下、ACERガイダンスと、適正取引ガイドラインとを比較して、若干の検討を行ってみたい。適正取引ガイドラインは、「卸売分野等における適正な電力取引の在り方」（第二部II）として、「卸電力市場の透明性」に関する考え方を示している（同2(3)）。

まず、適正取引ガイドラインは、「電気事業者は、卸電力市場におけるインサイダー取引や相場操縦を防ぐため、内部的な取引監視体制を構築することが望ましい。具体的には、所属する従業員等に対して社内教育を行い、電気の卸取引に関し問題となる行為等について周知するとともに、インサイダー情報に該当し得る情報の社内管理体制の構築を行うことが望ましい」として、法令遵守体制の構築を「公正かつ有効な競争の観点から望ましい行為」とする。

また、適正取引ガイドラインは、インサイダー取引とインサイダー情報の公表を行わないことを、相場操縦と並んで、「公正かつ有効な競争の観点から問題となる行為」とする。インサイダー情報を公表しないで行われる取引とともに、公表を行わないことそれ自体を問題となる行為とすることによって、情報公表の実効性を確保するものとなっている。

2. インサイダー取引禁止の趣旨・目的

適正取引ガイドラインは、卸電力市場の透明性の向上を確保することが必要として、相場操縦が行われたり、インサイダー情報を一部の電気事業者のみが知る状況では、市場に対する不信感から新規参入者が参入を断念する事態等につながりかねないとする（第二部III(3)）。

また、インサイダー取引を禁止する趣旨について、一部の電気事業者のみが、インサイダー情報を入手し、これに基づいて取引を行うことができるとすれば、インサイダー情報を知る電気事業者のみが同情報に基づいた取引により卸電力市場で利益を得て、他方でインサイダー情報を知らない電気事業者が損失を被るおそれがあり、このようにインサイダー情報を知る一部の電気事業者のみがインサイダー情報を知って取引を行うことは、卸電力市場における健全性と公正性を損なうおそれがあるため、電気事業法に基づく業務改善命令と業務改善勧告の対象になるとする（同2(3)イ①）。

わが国の金融商品市場におけるインサイダー取引規制では、金融商品市場の健全性と公正性に対する投資家の信頼を確保することが趣旨・目的とされており³⁶、適正取引ガイドラインの上記説明も、金融商品市場における規制の趣旨・目的と共通するよう見える。

これに対して、欧州の金融商品市場におけるインサイダー取引規制では投資家相互間にお

³⁶ 黒沼悦郎『金融商品取引法（第2版）』（有斐閣、2020年）429頁、山下友信・神田秀樹編『金融商品取引法概説（第2版）』（有斐閣、2017年）306頁（松井秀征執筆部分）。

ける情報の平等を確保するとの考え方が採られているようであり³⁷、電力市場におけるインサイダー取引規制でも、ACERガイダンスを通じて見たように、情報の非対称から生じる競争上の不当な優位性の発生を問題視した上で、競争上条件の平等を実現することが趣旨・目的であると繰り返し強調されている³⁸。

3. インサイダーの範囲

適正取引ガイドラインにおいて、インサイダー取引禁止の名宛人（インサイダー）は電気事業者である。従業員等に対しては、電気事業者における社内管理体制の整備を通じて、規制が間接的に及ぶにすぎない。これに対してREMITにおけるインサイダーの範囲は極めて広い³⁹。その範囲は上記V. 3で見た通りであり、法人、自然人かかわりなく、インサイダー情報であると知る者、知るべき者、職務上情報にアクセスできる者、犯罪行為により情報を取得した者、事業者の経営陣のほか、株主も含む。

4. インサイダー情報

適正取引ガイドラインは、インサイダー情報とは、「電気の卸取引に関係があり、卸電力市場（相対契約を含む。）の価格に重大な影響を及ぼす以下の事実等をいう」とする。

(a) 認可出力10万kW以上の発電ユニットの計画外停止に係る事実（停止日時、ユニット名、当該発電ユニットが所在するエリア及び発電容量）。(b) 上記(a)の発電ユニットを保有する発電事業者が合理的に推測する当該ユニットの停止原因及び復旧見通し。(c) 認可出力10万kW以上の発電ユニットの計画停止を決定した場合における当該決定の事実。(d) 上記(c)の決定を変更する決定を行った場合における当該変更決定の事実（当該変更決定を更に変更する場合も含む。）。(e) 上記(a)又は(c)の発電ユニットの復旧予定日を決定した場合における当該決定の事実。(f) 認可出力10万kW以上の発電ユニットにおいて継続する24時間以内における合計240万kWh以上の出力低下が合理的に見込まれる場合（当該出力低下を決定した場合を含む。）における当該事実（出力低下日時、ユニット名、当該発電ユニットが所在するエリア及び出力低下量）。ただし、自然変動電源（例えば太陽光発電や風力発電など）において、設備など発電能力に問題がなく単に未来の気候条件により発電量の低下が見込まれる場合はこの限りでない。(g) 上記(f)により開示された見込みに変更が生じた場合における当該変更後の見込み（当該変更後の見込みを更に変更する場合も含む。）。(h) 広域機関の系統情報公開サイト（広域機関システム）において公表することとされる送電設備の運

³⁷ 山下＝神田・前掲注(36)306頁注釈5（松井秀征執筆部分）。わが国ではそのような考え方は採られていないとする。

³⁸ 市場参加者による卸エネルギー市場への信頼(confidence)を確保することへの言及はある(ACER Guidance, at 51)。

³⁹ P.MANTYSAARI, EU ELECTRICITY TRADE LAW (2015), 前掲注(6) at 280-281.

用容量や使用状況に関する事実等。

(a)ないし(h)は、柱書において、以下の事実「等」とまとめられている。この「等」からは、(a)ないし(h)が例示列举でありインサイダー情報はさらに広がるように読めるし、(a)ないし(h)が限定列举であり、「等」は(b)や(g)の「見通し」や、(h)の「事実等」を受けたものにすぎないとも読める。いずれと読むべきかが問題となるが、電力先物市場を開設する東京商品取引所⁴⁰、インサイダー取引を禁止する業務規定及びその細則において、上記(a)ないし(h)をインサイダー情報（重要事実）と限定列举しており⁴¹、スポット市場等と先物市場とで扱いを異にする理由はないことから、適正取引ガイドラインにおいても(a)ないし(h)は限定列举であり、それらを超えてインサイダー情報が拡大することはないと言えよう。そうであれば、適正取引ガイドラインは、明確性を重視して、インサイダー情報を限定的に捉えようとしていると言える。

これに対してACERガイダンスにおけるインサイダー情報は、適正取引ガイドラインのような例示で制限をかけることなく、卸エネルギー商品の価格に重大な影響を及ぼす蓋然性があるものを広く補足する（蓋然性で足るとの違いはあるが、「価格への重大な影響」を要する点は、わが国とEUとで共通する）。ACERガイダンスによれば、将来の事象につながる中間段階に係る情報であってもインサイダー情報となる。そしてその理由として、競争者間の共通の土台の確保や、情報の対称性を確保することによる市場の健全性の確保といったREMITの精神が指摘されている（上記Ⅱ．1．(2)）。インサイダー情報から明示に除外されるのは、取引計画と取引戦略だけにすぎない。

5. インサイダー取引

適正取引ガイドラインは、インサイダー取引に該当する行為として、次を指摘する。①業務上インサイダー情報を知った電気事業者又は当該事業者からインサイダー情報の伝達を受

⁴⁰ 電力先物市場におけるインサイダー取引規制について、山本真知子「商品先物取引とインサイダー取引」甲南法学61巻1-4号（2021年）103頁以下。

⁴¹ 東京商品取引所業務規程（令和4年1月31日一部改正）92条（インサイダー取引の禁止）は、次のように規定する。

「取引参加者及び委託者等は、公表前の重要事実（以下「インサイダー情報」という。）に基づく取引（以下「インサイダー取引」という。）を行ってはならない。

2 電気事業者たる取引参加者及び委託者等は、他者に利益を得させ又は他者の損失の発生を回避させる目的をもってインサイダー情報を他者に対し開示する、又はインサイダー取引を他者に勧める行為を行ってはならない。

3 電気事業者たる取引参加者及び委託者等は、インサイダー情報の管理に努めなければならない。

4 重要事実及びインサイダー取引とは、それぞれ電力におけるインサイダー規制に関する細則に定める事実及び行為をいう。」

同条第4項を受けて、電力におけるインサイダー規制に関する細則（令和4年1月31日一部改正）は、「業務規程第92条に定める重要事実とは、次の各号に定めるものとし、公表前の重要事実をインサイダー情報という。」とした上で、適正取引ガイドラインの本文(a)ないし(h)と同じ内容を、1号から8号に列举する。

けた電気事業者が、インサイダー情報の公表前に、当該インサイダー情報と関連する卸取引をする行為。②業務上インサイダー情報を知った電気事業者又は当該電気事業者からインサイダー情報の伝達を受けた電気事業者が、インサイダー情報の公表前に、第三者に利益を得させ又は第三者の損失の発生を回避させる目的をもって、当該第三者に対しインサイダー情報を開示する、又は情報に関連する卸取引を勧める行為。

これに対してREMITにおけるインサイダー取引は、上で確認したように主体を電気事業者に限らないほか、①について取引のほか取引の企図(attempted form)を含み、②について利益獲得や損失回避といった目的を要しない点において、適正取引ガイドラインよりも広い行為をインサイダー行為としている。そして、インサイダー取引の定義を与えるに際しても、インサイダー情報の保有が不当な情報上の優位性を与えることへの懸念が示されていることに注目できよう(上記Ⅳ. 1)。

6. インサイダー取引の例外

適正取引ガイドラインは、インサイダー取引に該当しない例外的な場合として、次を指摘する。①緊急の物理的な電力不足を補填する場合など、電力の安定供給のために、インサイダー情報の公表に先立って行うことが必要不可欠である取引。②インサイダー情報を知る前に締結していた契約又は決定していた計画に基づいて行われた取引。③広域機関が実施する電気事業法第28条の44に基づく指示に関する電力取引として行う場合。④インサイダー情報入手する電気事業者の内部において、実際にインサイダー情報を知る者と卸取引を行う者の間に適切な情報遮断措置(ファイアウォールの設置)が講じられている場合に、卸取引を行う者がインサイダー情報を知らされないで行った取引。これらの例外的な場合には、その「正当な理由」を監視等委員会に報告することが適当であると規定される。

これに対してEUでは、安全・安定上必要なTSOの行為であっても、一部の行為(開示)については適用除外とならないなど、インサイダー取引禁止の例外は限定的である。特に、適正取引ガイドラインが示す上記④の場合、すなわち電気事業者内部にファイアウォールが設置される等の場合に関しては、REMITには同様の適用除外は存在しないようである。ACERガイダンスは、ファイアウォールをセーフハーバーの要件とするのではなく、むしろ、ファイアウォール(チャイニーズウォール)の不存在をインサイダー取引の存在を示す証拠の一つとしており(上記Ⅳ. 2. (1))、EUにおいて、ファイアウォールは当然に設けられるべきものと考えられている。

Ⅷ おわりに

設備を有する者と有さない者との間に著しい情報の非対称性が存在する電力市場において、情報の不当利用は、調達コストの著しい差異を生じさせることで、小売市場参加者間に競争

条件の大きな差をもたらしかねない。また、適正取引ガイドラインが言うように、情報が不当利用されかねないという市場に対する不信感から新規参入者が参入を断念する事態にもつながりかねない。十分な情報公表がなされるとともに、インサイダー取引が実効的に禁止されることは、競争的な電力市場に必要な不可欠である。わが国においても、漸次、情報公表の範囲を拡大する取り組みがなされてきたところである⁴²。

本稿では、EUの電力市場（エネルギー市場）におけるインサイダー取引規制について、REMITに関するACERガイダンスの内容を詳細に確認した。その内容は、基本概念を提示した上で（例えば合理的な市場参加者テスト）、その判断を市場参加者に委ねるという形になっており、明確性を最大限確保しようとするわが国の適正取引ガイドラインとは大きく異なっている。自主的取り組みを含む規制全体を眺めなければ、いずれの方法が適切か即断できないであろう。このように規制内容及び規制方法が大きく異なるものの、ACERガイダンスが示す数多くの仮設事例やインサイダー取引をスクリーニングするための経済的指標（上記V. 1）は、わが国の電力市場における情報公表のあり方やインサイダー取引規制のあり方を考える際にも有益となるものである。

⁴² 直近においても、認可出力10万kw以上の発電ユニットを対象に、原則、実需給後5日以内にユニット毎・コマ毎の発電実績を公表する方向で検討がなされている（電力・ガス取引監視等委員会制度設計専門会合（第73回）資料5「発電実績の公開について」（2022年5月31日）、https://www.emsc.meti.go.jp/activity/emsc_system/pdf/073_05_00.pdf）。

第 4 章

水素関連法制の構造と課題

日本大学法学部教授
友 岡 史 仁

I 問題の所在

地球温暖化対策の手法が多様化する中で、既存の経済活動との整合性を維持しつつ、できる限り二酸化炭素の排出をゼロに近付ける試み（「ゼロエミッション」、「脱炭素」または「カーボンニュートラル」政策）の一つに水素の活用が叫ばれている。

そもそも、「水素」は自然界において水などの化合物として大量に存在する点で、豊富な資源との位置付けが可能であった。これまでも、水素は、需要面からは工業用原料として石油精製、化学、金属等に関する分野がその諸用途であったこと、供給面からは、化石燃料（天然ガス、液化石油ガス、ナフサ、石油残滓といった炭化水素）や工業プロセス（製油所における石油精製、コークス炉などの製鉄、エチレン製造などの石油化学、ソーダ工場における食塩水の電解の各プロセス）から製造されてきたこと、など指摘することができるように¹、地球温暖化対策に寄与するものとの認識は必ずしも持たれていなかったように思われる。

もともと、大量の二酸化炭素の排出源とされてきた運輸分野において、「燃料電池自動車（Fuel Cell Vehicle）」（以下、「FCV」という）の普及と相まって、化石燃料であるガソリンに代替する新たな“燃料”として水素の存在が「脱炭素」に寄与する観点から注目されるに至っている²。もともと、水素製造技術には複数見られるものの、大量製造や製造過程における二酸化炭素の排出量の相違といったように、サプライチェーンを含めた産業政策それ自体に大きな課題が伴うと同時に、高コスト燃料からの脱却にどの程度寄与できるかは、これからの大きな課題となろう。

以上であって、「脱炭素（カーボンニュートラル）」と経済成長（「グリーン成長戦略」と称される）との整合的関係を示し、水素を産業界全体に広める形での“事業化”という趣旨で論じられるようになったのは、2020年10月26日における菅義偉首相の所信表明演説における2050年までの実質温室効果ガス排出をゼロとする宣言（いわゆる「ゼロエミッション宣言」）、それを受けて翌年に具体的な政策課題を示した「2050年カーボンニュートラルに伴うグリーン成長戦略」（2021年6月18日）（以下、「グリーン成長戦略」という）および第6次「エネルギー基本計画」の公表（2021年10月22日閣議決定）に由来するといえる。

そこで本稿では、水素の製造・利活用が「脱炭素」に係る重要な政策課題として位置付けられている中で、既存の法制度がどのように展開され、その過程における産業構造を形成する上での現実的課題を呈しているかについて、現時点での諸課題を検討するものである。こ

¹ 需要・供給面の具体的な態様については、独立行政法人新エネルギー・産業技術総合開発機構編『NEDO 水素エネルギー白書』（日刊工業新聞社、2015年）4頁以下参照。

² 燃料電池自動車の普及については、すでに2013年における当時の安倍晋三政権における「成長戦略第2弾スピーチ」（2013年5月）や「日本再興戦略——JAPAN is BACK——」（2013年6月）、さらには、2014年の第4次「エネルギー基本計画」（2014年4月11日閣議決定）にもみられるところであった。このあたりの経緯は、独立行政法人新エネルギー・産業技術総合開発機構編・前掲注(1)11-12頁参照。

の課題は、従前に水素の利活用がなされる中で形成されてきた法制度が個別事案に対応する縦割的状态から、新たな制度設計を通じた改善策を講ずる立法政策が求められ、そのことが脱炭素化という観点から既存のエネルギー産業の構造への大きなインパクトを与えるという意味においても、ここで取り上げておく意義があると思われる³。

II 水素をめぐる保安規制——運輸分野を素材にして

1. 水素の特性と運輸分野

水素の特性として、可燃性ガス（後述参照）であることのほか、無色・無臭、火炎が肉眼では見えにくいといった検知の困難性、容器等に亀裂や割れが生じやすく漏洩が起きやすいこと、などが指摘されている。他方、水素は貯蔵が可能ではあるものの、高圧の状態に保つ必要があるため、接触する金属等に対する「脆化」を起こすことなども指摘される。そこで、水素の利活用の際し、万一にも事故が生じないよう技術対策・安全管理が極めて重要となる特質を持つ。

しかし、以上の特質を踏まえた水素の利活用の際し、それに対応するための現行法制は必ずしも統一化されていない。その中で、水素利活用が最も念頭に置かれていたのが、運輸分野である。2017年に政府は再生可能エネルギー・水素等関係閣僚会議において「水素基本戦略」（2017年12月26日）と称する政策提言を行い、日本における水素社会実現に向けた具体的取組みを示す中で、「4. 水素社会実現に向けた基本戦略」「4. 5. モビリティでの利用」として、運輸分野における水素利活用の重要性を示していた。具体的には、FCVのような水素を燃料とした乗用自動車の普及であるが、それ以外にも、乗合バスや大型トラックをはじめとして、既存の物流手段に代替し得る自動車などがあることに加えて、将来的には、鉄道車両、自動二輪、港湾荷役機械・建設機械、そして船舶といったように、大量の水素利用が求められる分野での利活用が想定される場所である⁴。これとあわせ、FCVの普及にとって不可欠な「水素ステーション」（または「水素スタンド」と称されるが一般的には「水素ステーション」と称しておく）については、FCVとは別途異なる種類の諸規制を受けることになる。

以上のような運輸分野における各種乗物について、最も法的な課題となるのが保安規制である。先に見たように、水素の特性から充填容器についてはとりわけ厳格な安全性の確保が求められてきたという経緯があり、そのための技術基準が法規制を通じて担保される実態がある。もっとも、法規制の構造が複雑であったり、新技術が実用化されない実態に照らし、

³ 本稿脱稿に先立ち、水素技術に関する法的課題について、筆者も参加した小塚荘一郎ほか「座談会 新技術と法の未来⑧脱炭素社会と水素技術」ジュリスト1576号（2022年）68頁以下における参加者の発言参照。

⁴ 国土交通省「運輸分野における水素・燃料電池の利活用の現状」（2021年10月29日）参照。

法規の改正や実務対応、その他、規制の合理化が求められるのが現況といえる⁵。以下、このような現況に照らした水素に関する特有の法規制について見ておきたい。

2. 水素ステーションの保安規制

(1) 保安規制の実態

水素ステーションは、設置される諸種の装置・設備が高圧ガス保安法（以下、「保安法」という）とその関連法令の適用を受ける。同法は、保安要員の確保等により施設の安全性を担保し、技術基準を定めるなど保安規制のための根拠法規である。

保安法2条1項各号に規定する「高圧ガス」の定義規定はあくまで圧力に係るものであり、実体法として法規制の具体的中身についてみると、保安法自体に「水素」そのものを明示的に含む概念規定は見当たらないが、「水素ステーション」は、保安法の関連法令である「一般高圧ガス保安規則」（以下、「一般規則」という）が「水素」を「可燃性ガス」として位置付け、それに伴い法規制の対象となる「ガス」の一つを扱うという理解に立つものである（2条1号）。一般規則によれば、「水素ステーション」は①水素出荷設備を併設したスタンド等である「定置式製造設備」（6条）および②一般的な水素スタンドである「圧縮水素スタンド」であり有人（7条）と無人（7条の4）⁶のそれぞれに係る技術基準が定められている。ここにいう技術基準はかなり詳細なものであるが、大きくは、離隔距離、貯蔵容量、設備構造、部品強度、耐圧試験、安全対策および容器温度等を掲げている。規制緩和政策という観点からこれらの規定をとらえた場合、注目されるのは、無人の「圧縮水素スタンド」が2020年8月の規則改正によって設けられた点であるが、これは「圧縮水素スタンド内及び顧客による充填に係る行為を目視により確認できる措置を講ずること」（2号ニ）、「製造施設が危険な状態になったときに、必要に応じ付近の住民に退避するよう警告するための措置を講ずること」（同号へ）といったように、有人施設に近似した保安措置を講じることを期待することで、バックアップされている⁷。

⁵ 内容はやや古いですが、主にFCVと水素ステーションに係る規制の見直しの変遷について触れるものとして、飯田重樹「水素インフラ整備のための規制見直し」ENEOS Technical Review54巻2号（2012年）23頁以下参照。

⁶ 「顧客に自ら圧縮水素の充填に係る行為をさせるもの」という類型が設けられている（7条の4第1項柱書）。

⁷ このあたりは、ガソリンのセルフスタンドとは規定を異にすることがわかる。同スタンドの場合、例えば、消防法第3章および危険物の規制に関する政令の規定に基づく「危険物の規制に関する規則」28条の2の5第6号では、顧客自らによる給油作業を監視、制御、指示等を行うための制御卓等の設備を設けることとしており、「制御卓は、全ての顧客用固定給油設備及び顧客用固定注油設備における使用状況を直接視認できる位置に設置すること」（イ）、「給油中の自動車等により顧客用固定給油設備及び顧客用固定注油設備の使用状況について制御卓からの直接的な視認が妨げられるおそれのある部分については、制御卓における視認を常時可能とするための監視設備を設けること」（ロ）といった条件が見られる。昨今のセルフスタンドに係る同規則改正については、消防庁危険物保安室「危険物の規制に関する規則の一部を改正する省令について」Safety & Tomorrow190号（2020年）16頁

(2) 技術革新と既存制度の活用

以上は、水素ステーションを単独で新たに設置する場合についての法規制であるが、既存制度を用いて水素に係る技術革新の実現を図ることが課題となることがある。

第一に、基準の特例を設けることで、制度整備を図る例がある。具体的には、水素ステーションを給油所に併設する場合がある。これは、消防法第3章および危険物の規制に関する政令の規定に基づく「危険物の規制に関する規則」27条の5において「圧縮水素充填設備設置給油取扱所」と称して規制の対象とされている⁸。この規制には「液化水素」についても基準の特例が設けられている（3号）。

第二に、産業競争力強化法7条1項の規定に基づく新事業活動等の実施をしようとする者について、当該事業活動に対する規制に係る諸規定の解釈・適用の有無について確認を求める「グレーゾーン解消制度」を活用した例が見られる⁹。具体的には、水素ステーション整備における建設用地確保の面積削減によって、狭小地への建設を容易化すること等を狙いとして、保安法関連規定に照らした諸種の技術確認を求める場合であり¹⁰、確認が申請された具体的な各規準が一般規則の諸規定に掲げられた基準を充足するものと解しているとされる¹¹。

第三に、既存制度に適合した新技術を利活用しようとする例がある。具体的には、近時の技術開発の進展により水素ステーションの設置を促進し得ると指摘される「有機ハイドライド法」と呼ばれるものがある¹²。この方式は、製油所等から常温常圧で輸送されたメチルシクロヘキサン(MCH)を同ステーションにおいて水素とトルエンに分離するというものであり、既存のタンクローリー・貯蔵施設などのインフラ活用が可能という利点が指摘される。この場合、法的には、消防法2条7項を受けて同法別表第1のうち「第4類 引火性液体」のうち「2 第1石油類」（引火点が21度未満でありガソリンに相当¹³）に含まれることで、液化

以下参照。

⁸ 具体的な内容として、中嶋仁美「『液化水素スタンドを給油取扱所に併設する場合の安全性に関する検討報告書』の概要について」Safety & Tomorrow161号（2015年）2頁以下参照。

⁹ この制度のほか関連する「規制のサンドボックス」制度との関係を含めて、友岡史仁『経済行政法の実践的研究』（信山社、2022年）141頁以下参照。

¹⁰ 事業者による照会書は経済産業省ウェブサイト（https://www.meti.go.jp/policy/jigyousaisei/kyousouryoku_kyouka/shinjigyokaitakuseidosuishin/press/191220_shokaisho.pdf）、照会書に対する回答書は同省ウェブサイト（<https://www.meti.go.jp/press/2019/01/20200120002/20200120002-1.pdf>）をそれぞれ参照。

¹¹ 具体的には、①高压ガス設備とディスプレイ間の障壁の適正化については一般規則7条の3第2項30号の基準の充足、②水素トレーラ車の散水設備の不要化については同規則7条の3第3項1号において準用される同規則6条2項8号ホの基準の充足、③蓄圧器ユニット散水設備の上水道直結供給については同規則7条の3第2項19・20号の基準の充足、そして④危険場所範囲の適正化の内容としての「非危険場所に防爆を有しない構造の電気設備を設置すること」については一般規則7条の3第2項1号に準用される同規則6条1項26号の基準の充足が確認されていた。

¹² 「有機ハイドライド」は、事例の紹介も含めて、独立行政法人新エネルギー・産業技術総合開発機構編・前掲注(1)126頁以下も参照。

¹³ 別表第1備考10号では「引火性液体とは、液体……であつて、引火の危険性を判断するための政令で定める試験において引火性を示すものであることをいう。」および同12号では「第1石油類とは、

石油燃料と同様の扱いができるというメリットがあるといわれている¹⁴。

3. FCVの保安規制と構造的問題

水素燃料電池が基幹部品として搭載されるものとして、最も実用化が注目されてきたのがFCVである。なお、同じく水素燃料電池を活用したコージェネレーション（熱電併給）として「エネファーム」がある。FCVに搭載される水素燃料電池も、水素ステーションと同様に、保安規制が中心的課題として検討されてきたところだが、高圧水素容器その他の付属品（容器主止弁、接続配管等）は保安法の適用対象となるのに対し、車両そのものは道路運送車両法第3章の委任を受けた「道路運送車両の保安基準」（以下、「保安基準」という）の適用対象となることがある。FCVの場合、圧縮水素ガスを燃料にする点では、保安基準の規定に基づき性能・構造基準等に適合することが求められる（17条3項）。このほか、仮に保安基準に適合しない場合には、道路運送車両法上、基準不適合の車両として国土交通大臣による臨時検査（63条）や改善措置（いわゆるリコール）の勧告等（63条の2等）といったことが行われることになるほか、保安基準に反する車両は道路交通法の規定に基づき「整備不良車両」に該当するものとして運転が禁止され、違反運転者には罰則が適用されることになる（62条・119条2項2号）といったように、付随的な効果も伴う。

以上のような保安規制に係る制度構造の実態に対し、「グリーン成長戦略」では「燃料電池自動車の普及拡大に向けた事業者及び利用者の負担軽減の観点から、『道路運送車両法』と『高圧ガス保安法』における関連規制を一元化することも視野に、燃料電池自動車等の規制の在り方について検討を行う」とされ（63頁）、それを受けて2021年10月に燃料電池自動車等の規制の在り方検討会「燃料電池自動車等の規制の在り方検討会最終報告書」（2021年10月）が公表されている。最終報告書の中では「まとめ」における「検討の考え方」として、「道路運送車両法等により安全を確保できるものについては、保安法の適用を除外し、道路運送車両法の適用等により対応する」とし、道路運送車両法に一元化する方向で進められることがわかる。

以上のような保安規制の実態構造は、FCVに対する保安規制に係る“二重規制”とも称し得るものだが、令和4年第208回通常国会において「高圧ガス保安法等の一部を改正する法律」が成立し（令和4年法律第74号）、保安法3条1項5号によって「道路運送車両法……第2条第5項に規定する運航の用に供する自動車……の装置……内における高圧ガス」については適用除外とされることになったため、“二重規制”としての課題は解消された。これによって、利用者がガソリン車のような一般乗用車と類似の車検等を受けることで済むよう、車

アセトン、ガソリンその他一気圧において引火点が21度未満のものをいう。」と定義されている。

¹⁴ 木下彰「水素スタンドの多様化に対応した給与取扱所等に係る安全対策の在り方に関する検討報告書の概要について」Safety & Tomorrow186号（2019年）55頁以下参照。

両の安全性に係る煩雑な手続が不要となり得る。ただし、FCVがガソリン車との技術的相違から、従前に車検を行ってきた工場等では技術習得者の不在の事態、その他、必要な設備等を有する整備工場として新たに指定を受ける必要性が生ずる場合、即時の対応はしにくいように思われる。また、今後、故障や買替え等に伴い、仮に廃車とされる場合に、燃料電池部分の取出しによって保安法が引き続き当該装置部分に適用されることになるため、ガソリン車とは異なる法規制が残ることが実務上どのような影響があるかは注視しておくべきであろう。

Ⅲ 水素技術の多面性と法規制

1. 水素製造技術の新評価制度

(1) 水素製造技術の概要

本稿冒頭にも触れたように、水素製造技術はエネルギー産業それ自体にも大きな影響を及ぼすことになる。この技術には、大きく分けて、①石炭や天然ガスといった化石燃料から製造する「改質法」、②自ら電気を用いて製造する「水電解」の2つの技術が確立している。もともと、二酸化炭素の排出という観点から色付けした名称が見られ、①については、純粋に化石燃料から二酸化炭素が排出される場合を「グレー水素」、および二酸化炭素回収・貯留・利用技術（Carbon Capture, Utilization and Storage, 以下、「CCUS」という）等を活用した場合を「ブルー水素」とされ、②については、再生可能エネルギー由来の電源を用いた場合を「グリーン水素」（この技術的手法を「Power to Gas」と称することがある）として、それぞれ区分されている¹⁵。

「グリーン水素」については、「水素基本戦略」においてもすでに示されており、①再生可能エネルギー電源からの電源供給コスト(OPEX)、②水素製造設備等の稼働率、そして③水電解装置を中心とした設備コスト(CAPEX)の3つがコスト構造の要素とされるように(21頁)、一定のコスト低減の方策が必要となることは、そもそも水素製造に係る本質的課題として引き続き残ることになる。

(2) 水素の「非化石価値」に関する法整備——2022年改正法

a. 問題の所在

2050年の脱炭素実現のための法制度設計として、非化石価値の適正化評価のための法制度設計が求められることになる¹⁶。既存の法制度は、水素（アンモニアも含む）について、保

¹⁵ 製造技術を3種類に分けて説明するものとして、資源エネルギー庁ウェブサイト「次世代エネルギー『水素』、そもそもどうやってつくる？」（2021年10月12日）、https://www.enecho.meti.go.jp/about/special/johoteikyo/suiso_tukurikata.html参照。

¹⁶ この点を課題とした論考として、松平定之＝大槻由昭「水素エネルギーの利活用促進に向けた近時の法制度動向の概要」西村あさひ法律事務所・資源／エネルギーニューズレター2021年4月20日号(2021年)3頁参照。

安規制の観点からの論点は見られたものの、制度設計に係る個別具体的な基準設定のための枠組み作りは未着手である。例えば、①「グレー水素」とは切り離して、②「ブルー水素」および③「グリーン水素」の各製造方法について、それらがどのような「非化石価値」として適正な評価方法が存するかという点が、法制度上の課題となり得る。この点、令和4年第208回通常国会において「安定的なエネルギー需給構造の確立を図るためのエネルギーの使用の合理化等に関する法律等の一部を改正する法律」（令和4年法律46号）が成立しており（以下、「2022年改正法」という）、同法の中で、水素に係る法的位置付けがより明確化される予定であるため、以下で概観しておきたい。

b. 2022年改正法の概要

2022年改正法は、エネルギー関連法制の一元的な改正法案であり、第6次「エネルギー基本計画」および「グリーン成長政略」を前提にした法制度の整備を狙いとして、①「エネルギーの使用の合理化等に関する法律」、②「エネルギー供給事業者による非化石エネルギー源の利用及び化石エネルギー原料の有効な利用の促進に関する法律」（以下、「高度化法」という）、③「独立行政法人石油天然ガス・金属鉱物資源機構法」（以下、「JOGMEC法」という）、④鉱業法および⑤電気事業法などを一元的に改正する法律である。その中でも、本稿の主たる課題である水素関連の諸事項について規定を置いている点が、重要となる。

c. 改正高度化法の定義規定

2022年改正法の中で、水素関連として改正規定が見られるのは、②高度化法（「エネルギー供給事業者によるエネルギー源の環境適合利用及び化石エネルギー原料の有効な利用の促進に関する法律」という名称へと変更される。以下、2022年改正法による改正予定の高度化法を「改正高度化法」という）と③JOGMEC法の2法である。以下では、高度化法関連の規定について見ておく。

改正高度化法では、従来「非化石エネルギー源」に水素との関係が明示されてこなかったのに対し、「化石燃料（原油、石油ガス、可燃性天然ガス及び石炭並びにこれらから製造される燃料（その製造に伴い副次的に得られるものであって燃焼の用に供されるものを含み、水素その他政令で定めるもの……を除く。）であって政令で定めるものをいう」と明記され（2条2項）、化石燃料から産出される燃料としての水素（「グレー水素」）も2条2項括弧書きに含まれるため「化石燃料」の定義外となり、他の「ブルー水素」および「グリーン水素」とあわせて「非化石エネルギー源」として整理される。

もう一つに、「エネルギー源の環境適合利用」として、水素を含む非化石エネルギー源の利用そのもののほかにも、「電気事業者が電気のエネルギー源としての化石燃料の利用に伴って派生する二酸化炭素を回収し、及び貯蔵する措置（これに相当する措置を含む。）として経済産業省令で定めるものを行うこと（当該措置を行った他の者から電気を調達することを含む。）」と定義されていること（2条4項）からは、「ブルー水素」の製造に係る試験的

な技術（CCSUのほか、二酸化炭素回収・貯留技術（Carbon Capture and Storage）も含むものと考えられる）についても、改正高度化法の中で「エネルギー源の環境適合利用」に含まれ得るとした点は、水素製造技術の多様化とあわせて、次に見る「非化石証書」との関係性を読み解く上で、注目されるべき点と思われる。

d. 改正高度化法と「非化石証書」との関係性

改正高度化法において、水素製造のいずれの方式によっても「非化石エネルギー源」として明確に位置付けたことに伴い、その具体的効果が注目されよう。その一例として、いわゆる「非化石証書」との関係が考えられる。

これまでも小売電気事業者等は、小売供給を受けようとする者との間で、「当該小売供給に係る料金その他の供給条件について、その者に説明しなければならない」（2条の13第1項）とされているが、その説明に際し、電気事業法施行規則では「販売する電気が非化石証書……によりその発電に伴って二酸化炭素が排出されない電気であるという価値を称される場合を除き、……説明しなければならない」（3条の12第2項）として供給条件の説明事項の一つに「非化石証書」に係る説明義務がある旨の規制が存するが、この場合、「非化石証書」が高度化法2条2項に規定する「非化石エネルギー源をいう」として「非化石」概念が同法と結合されていた。

高度化法自体との絡みにおいて、「非化石エネルギー源の利用に関する電気事業者の判断の基準」（全部改正平成28年経済産業省告示112号、最終改正令和2年同省告示79号）に定められた「令和12年度における非化石電源比率を44%以上」とする利用目標に含まれる具体的な非化石電源として位置付けられることが期待できよう¹⁷。ただし、水素を他の燃料と混合させるのではなく、主要燃料とするためには大量の製造が求められるため、現在の技術的制約下においてこの目標達成比率に貢献できるか否かは、現時点では未知数と思われる。なお、現時点では直接的影響はないものと思われるが、「非FIT」の「非化石証書」における水素の位置付けは、大量製造の実現化に伴い、「非化石証書」を用いた市場性に一層着目する必要が生ずるように思われる。これとあわせて、「水電解」を用いて「グリーン水素」を製造する場合に使用する（余剰の）再生可能エネルギー源を「上げデマンドレスポンス」と評価することで追加的収入の確保作りが必要との指摘も見られる¹⁸。

このほか、「地球温暖化対策の推進に関する法律」（以下、「温対法」という）に基づき、

¹⁷ 直接水素と関係するわけではないものの、この目標値を前提に「非化石価値取引市場」が創設されている実態に対しては、同市場そのものの課題を含めて議論がある。「非化石価値取引市場」に係る批判的検討として、朝野賢司＝野口厚子「非化石価値取引市場によってFITと自由化の整合性は図れるのか？——需要家の視点に基づく論点整理——」電力経済研究64号（2017年）35頁以下参照。このほか、筑紫圭一「競争市場における再生可能エネルギーの導入拡大」友岡史仁＝武田邦宣編『エネルギー産業の法・政策・実務』（弘文堂、2019年）309頁以下参照。

¹⁸ 松平＝大槻・前掲注(16)4頁参照。

「特定排出者」には毎年度「温室効果ガス算定排出量」に関し、事業所管大臣への報告を義務付けられているが（26条1項）、この排出量の算定に際し「非化石証書」を利用することが認められているという実運用が指摘されるように¹⁹、温室効果ガスの量的削減にも寄与し得る可能性は期待されよう。

2. 新水素技術と既存事業の整合化

(1) 「グリーン水素」と再エネ特措法

2022年改正法案以外にも、水素製造技術に応じた二酸化炭素排出の経緯の違いを踏まえた上での制度設計がどの程度正当になされるのか、という問題もある。すでに指摘されているのは、「グリーン水素」の場合は、他の製造技術に比して二酸化炭素を一切排出しないという特性に鑑みた法的位置付けに係る課題である。

具体的には、「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法」（以下、「再エネ特措法」という）に見られる仕組みとの整合性が問題となる²⁰。同法では、「再生可能エネルギー源」を、太陽光、風力、水力、地熱、バイオマスおよび「原油、石油ガス、可燃性天然ガス及び石炭並びにこれらから製造される製品以外のエネルギー源のうち、電気のエネルギー源として永続的に利用することができる」と認められるものとして政令で定めるもの（2条4項各号）と規定している。しかし、このような定義規定から、現時点の大量生産に限界がある「水素」の技術的制約に照らしても、いずれの技術種別による「水素」をも「再生可能エネルギー源」に含めて定義されているとはいいがたい状況である。今後の技術進展やサプライチェーンの構築によって、このような定義規定に変化がみられることが想定されるが、その場合、例えば「バイオマス」との類似性に鑑みた制度設計を念頭に置くことも、今後の検討課題の一つといえよう。

(2) メタネーション技術とガス事業法

「グレー水素」と位置付けられる化石燃料（石炭・天然ガス）由来の水素製造技術がある中で、天然ガスの主成分であるメタンを二酸化炭素と水素から触媒を用いて製造する「メタネーション技術」が存することにも、言及しておきたい。この技術自体は新しいものではなく、基盤技術の進展はみられ、また、「グリーン成長戦略」の中でも「次世代熱エネルギー産業」として位置付けることで（50頁以下）、明確な政策課題とされていることがわかる。もっとも、商業化という意味では、既存の天然ガスに代替し得るほどの大量の合成メタンの製造技術には、限界があるとされているため、まずは実用化に向けた技術開発とそれとあわ

¹⁹ 環境省＝経済産業省「温室効果ガス排出量算定・報告・公表制度における非化石証書の利用について」（令和4年4月）において、「令和4年度の報告（令和3年度実績）から非化石証書を利用可能とする」との指摘などが見られるが、明文規定による手続というよりは、実運用レベルで行われる場合を指すと思われる。

²⁰ 松平＝大槻・前掲注(16)4頁参照。

せたコスト削減が求められることを意味しよう。

以上であって、「メタネーション技術」に対する法制面での補完的な実態は、現時点では見られない。ただし、今後の課題となり得るとするならば、天然ガス＝都市ガスの熱源に代わり得るという点で、ガス事業法上の位置付けが問題となろう。ただし、同法では現行法上「ガス」に係る定義規定が見られない。立法担当者による実務解釈では「『ガス』とは、ガス体の物をいい、灯油、燃料用、動力用、原料用の別を問わない。ただ、不燃性ガスについては、本法でいうガスには含まれないと解すべく、水蒸気の導管供給は、本法の対象事業とはならない」とされており²¹、可燃性という点で、水素もこの「ガス」に含むと解することは可能であろう。ただし、その場合であっても、細かい点ではあるが、既存導管に流入させる都市ガスに混合メタンを含ませる技術的な課題を前提に、諸種の規制に変化が生ずるようになると思われるが、ここでは課題の指摘にとどめる。

IV 結語

本稿では、水素に係る一連の諸規制について、関連する諸事例を断片的に取り上げることによって、技術革新の現在における進展度とあわせ、そこに見られる法的課題について触れることができた。

ここから明らかとなっているのは、いずれの諸事例も、複数法制を根拠に持つ諸規制の適用を受けるということである。そして、FCVや水素ステーションの場合、水素特有の諸規制としての保安規制は、高圧ガス保安法はもちろん、消防法、「危険物の取扱に関する規則」といったように、多岐にわたる諸法令が根拠となっていることを示すことができた。

他方、二酸化炭素の排出量（過程）との関連では、それに応じた水素製造技術に関する評価が異なる点は、法制度の整備にも影響がある。したがって、高度化法の制度目的を前提にした「非化石証書」を例にとってもわかるように、それ自体は一定の価値を持つことで市場での取引がなされるが、今後は、水素が「非化石」の大きな比重を占めるとするならば、再エネを基準とした市場設計から一定のシフトが加速する印象が持たれるところである。

なお、本論では触れなかったが、メタネーション技術など、既存の産業構造に大きな影響を与えない形での「脱炭素」化へのシフトも期待されるところである。ただ、このためには、縦割りの規制構造をより一元化する動きが伴わなければならないだろう。

以上であって、水素産業のビジネス化は、水素価格の低下を念頭に置いた大量製造技術の進展が必須となる。このほか、燃料としての水素は、電力供給という視点からも重要な着眼点であるが、この点は必ずしも普及されているわけではない。その意味では、既存の電気事業に組み入れる産業の成熟化が、より長期的な課題ということになるが、この点を視野に入れ

²¹ やや古いですが、経済産業省資源エネルギー庁ガス市場整備課＝原子力安全・保安院ガス安全課＝商務情報政策局製品安全課編『ガス事業法の解説』（ぎょうせい、2004年）7頁。

た今後の政策の展開は不可欠と考えられよう²²。

²² このあたりの趣旨は、小塚・前掲注(3)82頁(友岡発言)参照。また、自治体の場合はFCVの普及に係る補助金交付といった単発的事例は見られるが、水素産業の進展にどの程度寄与できるかについてビジョン的なものが今後求められるといった指摘についても、あわせて参照。

第 5 章

新型コロナウイルスと経済法

――発生から3年が経過して

立教大学名誉教授
舟 田 正 之

本稿は、拙稿「新型コロナウイルスと経済法」日本経済法学会年報42号(2021)139頁以下をもとに、その後の情報等を若干加え、さらに、提言として、「Ⅱ 4. 公共調達の一統ルールと統一監視機関」を加筆したものである。全体の分量も2倍近くに増えた。

情報収集の限界と私の能力不足から、記述に誤りや偏りが多くあると懸念されることは変わらないが、経済法の分野ではこの種の研究が少ないことから、第2版としてまとめ、本研究報告書において公表することにした。

文献引用には本章末尾に掲記した文献リストにおける略語を用いる。表示はそれぞれの項目内で50音順とした。括弧内の数字は公刊年。

はじめに

(1) 新型コロナウイルス感染症（以下、「コロナ」と略記）は、私たちの生活、活動等に多大な影響を与えているとともに、経済法・競争法という観点からみても重要な出来事であり、多くの法的問題を提起している。

やや大げさであるが、法律家には、その時々的重要事項について、法律・政令等の制定・改正・運用の実態・訴訟、それらに関する背景事情や諸議論等を記録し、後世に伝え歴史を残すということも1つの責任であると思われる。そして法学の分野に限っても、既に枚挙にいとまがないほど多数の論文等が現れている¹。

本小論では、経済法からみたコロナ問題として、経済活動の制限、事業活動の公的援助（支援）、消費者問題、そして競争法（独占禁止法、下請法、景表法）に関する問題を扱うことにする。このように限っても、極めて広範囲で複雑な事象が次々と現れており、情報収集も不十分なまま、私の目からみたごく粗いスケッチにとどまることをお断りしておく。新聞、テレビ、ネット記事などによる部分も多いので、事実関係など不確かな点等も多いことをお断りしておく（新聞等の引用はごく一部にとどめた）。今後、より確かな事実に基づく本格的な研究・議論が多様にまた継続的に行われることを期待する。

(2) 以下では、コロナ問題に関する国・地方公共団体の活動を、3つの行政のタイプ、すなわち規制行政、給付行政、調達行政に分けて考えてみることにする²。なお、地方公共団体の行政については情報が不足しており、ここでは主として国の行政を扱う。

コロナに関する規制行政は、経済的規制と社会的規制という規制目的に基づく分類によれば、健康・安全や環境保護などを目的とする社会的規制に属するが、規制の手段・効果という点に着目すれば、事業者・個人の経済的自由を制限し、取引・競争に影響を与える

¹ 極めて多数にのぼることもあり、私が参照したものも含め、これらの多数の研究成果をあげることは割愛するが、感染症法制定以降の詳細な研究として、阿部泰隆[2022]、藤原淳一郎[2021-22]参照。なお、政府も、コロナ対応を検証する有識者会議を立ち上げた。https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/coronavirus_yushiki/index.html（2022年6月5日最終閲覧）。

² これら行政の3タイプについては、舟田[2014]第1章第1節五2.(4)、舟田[2021]第1章1.7を参照。

ものもあるので、経済的規制としての性格も有することがある。

規制行政は、私人の権利・自由を法的に制限する権力行政を中心とするが、手段が権力的か非権力的かという分類とは必ずしも一致しない。非権力的な行政、例えば税の減免や補助金等を与える際に対象・条件を限定する等の手段によって、権力的規制と類似の効果をもたらす場合も規制行政として扱うこともあり得る。

今回のコロナに関して主として用いられた規制行政における行政手法は、正式の行政処分ではなく、行政指導であった（後述の「自粛の要請」等）。従来から、行政指導の曖昧な性格については多くの議論がなされてきた。特に、後述（I 1. (2)）の令和3年新型インフルエンザ等対策特別措置法（以下、「特措法」と略記）改正によって、飲食店等の「施設の使用の制限---を講ずるよう要請できる」とされ、「施設管理者等が正当な理由がないのに前項の規定に応じないときは、特定都道府県知事は、---当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができる」、と定められた(31条の6第3項)。これに対して、「行政指導に従わないと命令を出せるのでは行政手続法32条2項違反の制度である」、という厳しい批判がなされている³。

給付行政とは、私人に対する財貨・便益等、広義の役務（サービス）の提供にかかる行政活動を指す。今次のコロナに関して多種多様な給付金・助成金等が新設され、それに係る国・地方公共団体の行政に関し多くの問題が生じたことは周知のとおりである。

また、国・地方公共団体等が、上記の規制行政や給付行政を遂行するためには、資材等の調達や公共工事等を行う必要があり、そのための活動を調達行政と呼ぶことができる。コロナに関しては各種の新規の行政事務を行う必要があったことから、行政事務の一部を民間事業者に委託するという手法も多用され、これも調達行政のカテゴリーに入れることができよう。

上記の規制行政、給付行政、調達行政という3区分は、国・地方公共団体の行政活動を経済法の観点から整理する一応の分類であって、個別の行政上の行為がこれらのどれに当たるかを厳密に考える必要はないであろう。

以下では、論述の便宜上、例えば、特措法に基づく休業・時短営業の要請・命令は「規制行政」とし、また、持続化給付金は「給付行政・調達行政」として扱う。

I 規制行政

1. 特措法・感染症法

(1) 特措法による指定・「緊急事態宣言」

特措法、すなわち新型インフルエンザ等対策特別措置法（平成24年法律第31号。改正、令

³ 阿部泰隆[2022]97頁。本稿ではこれらの行政法上の問題には立ち入らないこととする。

和2年3月13日法律第4号，令和2年6月12日法律第49号，令和2年12月9日法律第75号，令和3年2月3日法律第5号，令和3年5月19日法律第36号）は，①外出自粛要請，興行場，催物等の制限等の要請・指示，②住民に対する予防接種の実施（国による必要な財政負担），③医療提供体制の確保，④緊急物資の運送の要請・指示，⑤政令で定める特定物資の売渡しの要請・収用，⑥埋葬・火葬の特例，⑦生活関連物資等の価格の安定（国民生活安定緊急措置法等の的確な運用），⑧行政上の申請期限の延長等，⑨政府関係金融機関等による融資，等々を規定する⁴。

同法の令和2年3月13日改正によって，コロナを同法に規定する新型インフルエンザ等とみなし，同法に基づく措置を実施することとされた。同法は，「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」（32条）により，私人を制限する公的活動・規制が始まる仕組みである。

しかし，欧米が同様の宣言を出し厳しい措置（ロックダウン）を取りだしたのとは対照的に，本改正当初，日本政府は緊急事態宣言を出さないことにした。西村経済再生担当相は，「伝家の宝刀として使わずに済むよう」とし，「自粛の要請」にとどめたのである⁵。

ここで想起されるのは，石油危機の際，いわゆる石油2法を正式に適用せず，代わりに行政指導を多用し，独禁法との関係等の問題を惹起したことである。すなわち，国民生活安定緊急措置法（昭和48年法律第121号），「石油需給適正化法」（昭和48年法律第122号）は，1973年10月に始まる第一次石油危機に際して，12月に成立，公布施行され，国民生活安定緊急対策本部は，緊急事態宣言（12月）を発出した。しかし，両法とも実際に適用されるまでに至らなかったのである。

特措法の令和2年3月13日改正の際の国会付帯決議（特措法5条と同文）は，「国民の自由と権利が尊重されるべきことに鑑み，対策を実施する場合において，国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても，その制限は当該対策を実施するため必要最小限のものでなければならない」とする。これは当然のことであるが，法的規制ではなく，自粛要請にしたということによかったか疑問がある。

その後の感染者の急増という事態の下，政府は，ようやく同年4月7日，同法に基づく1回

⁴ 新型インフルエンザ等対策研究会（編）『逐条解説 新型インフルエンザ等対策特別措置法』（中央法規，2013）。川本哲郎は，同法について，処分に対する不服申立の手続がない，手続の透明性，公正性を担保できない等と批判する（2020年3月13日TBSニュース番組）。川本哲郎[2020]，同「特措法に罰則 どうして必要なのか国民に説明が必要」毎日新聞2021年1月23日付朝刊，同「特措法改正強制力行使には慎重な姿勢を」毎日新聞2021年3月10日付朝刊参照。

⁵ その背景の1つとして，前年の熊本地裁令和元年6月28日判決は，国が長期間続けたハンセン病患者の隔離政策によって，本人のみならず家族も，就学・就労の拒否，結婚差別などの被害が生じたなどとし，遅くとも1960年には隔離政策を廃止する義務があったのに怠ったとして国の立法不作為を認定し，計約3億7千万円の賠償を命じ，同年7月9日，当時の安倍晋三元首相は，国の責任を認め，同判決を受け入れ，控訴しないと表明し，同事件は一番で確定したということもあると説く者もあった。その当否はともかく，政府（特に厚労省）には，感染症に関し強力な行政措置をとることに消極的な姿勢がみられる。

目の緊急事態宣言を発出した。これに伴い、国民や事業者に対する自粛要請、飲食店等に対する休業・時短営業の要請、および要請に応じた事業者への助成措置が講じられた。しかし、同宣言の下でも、私人に対する権力的規制は極力抑制され、「自粛の要請」が引き続き行われた。

(2) 改正特措法に基づく「まん延防止等重点措置」・時短命令等

およそ1年後、令和3年2月3日に成立した特措法改正の下では、「まん延防止等重点措置」の公示が行われた場合、特定の業態に属する事業を行う者に対し、営業時間の変更等の措置を講ずるよう要請し（31条の6第1項）、また、当該都道府県の住民に対し、感染の防止に必要な協力を要請することができる（31条の6第2項）。上の事業者が当該要請に応じないときは、当該要請に係る措置を講ずべきことを命ずることができ、命令に違反したときは20万円以下の過料に処する（31条の6第3項、80条1号）。同時に緊急事態措置の場合もほぼ同様の規定が置かれ（32条以下）、事業者が命令に違反した場合は、30万円以下の過料に処する（79条）、とされた。

2回目の緊急事態宣言の下で、2021年3月18日、東京都は、営業時間の短縮要請に応じない飲食店27店に対し、同法45条に基づく時短営業の命令を出した。これに対し、同年3月22日、命令を受けた飲食店が、都の命令は都の方針に反論したことへの「見せしめ」であって違法、違憲だとして、損害賠償を求めて1店舗当たり1日1円、計104円を請求し、東京地裁に提訴した。「法的根拠、科学的根拠があいまい」であること、「飲食店の営業を一律に制限することの是非---」を問うと主張する。同事件につき、東京地裁令和4・5・16判決は、時短命令は特に必要であったとはいえず違法とし、しかし、過失はないとして損害賠償請求は棄却した。

なお、報道によれば、都はこれまで192店舗に関し命令を出し、このうち応じなかった多くの場合に過料が科された。

また、前記の令和3年2月の特措法改正で63条の2が追加され、「当該影響を受けた事業者を支援するために必要な財政上の措置その他の必要な措置を効果的に講ずるものとする」と定められた。これは、損失補償等を定める62条等とは別に規定されたことから、「完全補償」ではなく、ここにいう「財政上の措置」の具体的内容は、国の合理的裁量に委ねられていると解される（「相当補償」）。

(3) 感染症法の改正

上記の令和3年2月の特措法改正と同時に成立した感染症法改正において、感染症の患者を受け入れる病床を確保するため、医師・医療機関等への協力が要請から「勧告」に強められた。正当な理由がなく勧告に応じない場合、厚労相や都道府県知事が機関名を公表できる（同法16条の2）。

この背景には、コロナ病床逼迫のなかで、民間病院は医療機関全体の7割を占めているが、

コロナ患者を受け入れている病院は2割程度にとどまるという事実があるとされる。しかし、病院は従来から国公立・民間を問わず赤字経営であることが多く、またコロナ感染対策には多大な費用がかかり、収益をさらに悪化させる。また、近年の「働き方改革」に関する議論と法制化⁶の過程で、医師の長時間労働が問題となり、時間外労働の上限規制適用まで5年間の猶予期間が設けられている。日本は「ベッド大国」といわれるが、病院における医師・看護師等の人員確保の困難さが指摘されており、また、病院等の医療機関の間の役割分担、連携等についての合理的な態勢作り、システム化が以前から課題とされてきた⁷。今回のコロナ禍において、これらの問題が先送りされてきたことの付けが回ってきたともいえよう。

2. 国民生活安定緊急措置法

(1) マスクの転売規制

政府は2020年3月、コロナ感染拡大で品薄となったマスクおよび消毒等用アルコール（以下、「マスク等」と略記）の転売を禁止するため、国民生活安定緊急措置法26条に基づき、同法施行令を改正し、同月15日から施行した。マスク、消毒等用アルコール等を「生活関連物資等」として指定し、これらの商品を購入した者は、当該購入をしたマスク等の譲渡（不特定又は多数の者に対し、マスク等の売買契約の締結の申込み又は誘引をして行うものであつて、当該マスク等の購入価格を超える価格によるものに限る。）をしてはならないとされた⁸。

同年5月22日、ネットショッピングで購入した衛生マスクを購入価格を超える高値で転売したとして、三重県警は、津市の衣料品販売会社の男性社長と同社を同法違反の疑いで書類送検した。

同年8月25日、マスク等は国内生産増や輸入拡大により、既に市場で入手できるとして、上記の指定は解除された。

⁶ 「働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律」（平成30年7月6日公布）。本法に基づき、時間外労働の上限規制が大企業は2019年4月から、中小企業は2020年4月から導入されている。

⁷ 地域医療法人の連携促進等については、佐藤吾郎[2017]，同[2019]，同[2022]参照。

⁸ 同法は、26条で、（割当て又は配給等）として以下を定めている。

「物価が著しく高騰し又は高騰するおそれがある場合において、生活関連物資等の供給が著しく不足し、かつ、その需給の均衡を回復することが相当の期間極めて困難であることにより、国民生活の安定又は国民経済の円滑な運営に重大な支障が生じ又は生ずるおそれがあると認められるときは、別に法律の定めがある場合を除き、当該生活関連物資等を政令で指定し、政令で、当該生活関連物資等の割当て若しくは配給又は当該生活関連物資等の使用若しくは譲渡若しくは譲受の制限若しくは禁止に関し必要な事項を定めることができる。

2 前項の政令で定める事項は、同項に規定する事態を克服するため必要な限度を超えるものであつてはならない」。

参照、厚生労働省ほか「国民生活安定緊急措置法による転売規制についてのQ&A」（令和2年3月11日。最終更新：令和2年5月25日），<https://www.pref.gunma.jp/contents/100155494.pdf>（2022年6月5日最終閲覧）。

なお、マスクの高額販売は、ネット通販で行われたため、批判されるべきはあくまで「転売ヤー」と呼ばれる買い占め・転売する個人であるが、プラットフォーム事業者(DP)には「場」の提供者として取引正常化の責務があるという意見もあった⁹。より一般的な問題として、DPが介在するネット通販において、販売事業者の違法な行為によって、消費者が被害を被った場合、DPの責任をどう捉えるか、という問題があり、多様な検討が始まっている¹⁰。

(2) マスクの売渡しの指示

2020年3月3日、厚生労働大臣から、北海道向け一般家庭用マスクについて、国民生活安定緊急措置法22条1項の規定に基づいて、売渡しの指示がされた¹¹。

上記の国民生活安定緊急措置法による転売規制、売渡しの指示は、経済的規制の性格を有する。しかし、自由競争秩序の下でも、短期的には価格スパイク（急上昇）はやむを得ない、価格変動は市場の機能として認めるべきだという立場には違和感がある。たとえ短期であっても、マスクを購入できないという消費者被害が明白である以上、青天井の価格スパイクを防止するための本件のような諸措置がとられるべきであろう。ただし、情報公開・個人情報保護等を含め適正手続を踏むべきことはいままでもない。

3. 風営法等

2020年7月、報道によれば、政府は風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（昭和23年法律第122号）、建築物における衛生的環境の確保に関する法律（昭和45年法律第20号）、食品衛生法（昭和22年法律第233号）など感染症対策と関係ない法令を適用させて、接待を伴う飲食店でのコロナ対策の強化を打ち出した。

小池百合子都知事の要請を受け、警視庁は同年7月24日夜、歌舞伎町（新宿区）と池袋駅周辺（豊島区）にあるホストクラブやキャバクラに立ち入りを行い、同行した都職員が感染予防策の徹底を呼び掛けた。

これに対しては、法律の目的から外れた適用ではないか、一部の地方公共団体はむしろ事業者との協力関係を重視しており、強圧的な手法は逆効果ではないか等の批判がなされた。都知事が主要な感染ルートが「夜の街」であるかのような発言を繰り返したことについても、正確な事実とそれについての専門的検討・評価に基づくものであったかなど疑問が残る。

⁹ 「品不足に付け込んで、衛生上必需品であるマスクを高額で転売することは批判されるべきものとする。そのため、出品者に対して、規約違反で出品取消、アカウント停止等の処分をすることは、プラットフォーム事業者自身の信用確保のために行うべきことは当然である」（ニッセイ基礎研究所・松澤登「マスク高額転売をどう考えるか—法的な規制は可能なのか」）。<https://www.nli-research.co.jp/report/detail/id=63836?site=nli>（2022年6月5日最終閲覧）。

¹⁰ 差し当たり、特集「デジタルプラットフォームと消費者の保護」現代消費者法48号(2020)等を参照。

¹¹ 厚生労働省報道発表資料「マスクの売渡し指示及び北海道への優先配布について」、https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_09935.html（2022年6月5日最終閲覧）。

II 給付行政・調達行政

1. マスクの配布等

(1) 通称「アベノマスク」

2020年4月1日、安倍晋三元首相は、全国の医療機関に対して、先週までに3,000万枚のサージカルマスクを配布すること、また、高齢者施設、障害者施設、全国の小学校・中学校向けには布マスクを確保し、順次必要な枚数を配布予定であること、全国で5,000万余りの世帯全てを対象に、日本郵政の全住所配布のシステムを活用して一住所あたり2枚ずつ布マスクを配布予定であることを発表した。政府は、既に3月に随意契約で数社との間でマスクの調達を決めていた。

2020年8月29日、全国の世帯に配った通称「アベノマスク」について、業者への発注枚数と単価を開示しなかったのは違法だとして、上脇博之教授（神戸学院大）が、国に開示などを求める訴えを大阪地裁に起こした。同氏は、4月以降、厚生労働省（以下、「厚労省」と略記）と文部科学省に対し、マスクの製造業者との契約文書を情報公開請求したが、単価や枚数は黒塗りにされた。ただ、一部文書に単価が143円（税込み）との記述があったという。

「菅義偉官房長官は2日の記者会見で、予算額は一枚当たり200円程度と明らかにした。送料などを合わせれば経費はマスク代の計200億円を上回る計算だ」（東京新聞2020年4月3日付朝刊）。

実際に不良品がかなりあったし、品質も従来の布マスクに比べても劣るという指摘もあった。専門家からは、布マスクは機能の点で医療用マスク（サージカルマスク）はもちろん、家庭用の不織布マスクに比べても明らかに劣るという指摘がなされている。

その後、2021年11月5日に公表された会計検査院の2020年度の決算検査報告によれば、大量の在庫が残る「アベノマスク」などの布マスクの保管に6億円以上の高額の費用がかかった、政府が調達した計2億9千万枚のうち3割近い約8,300万枚（115億1千万円相当）が今年3月末時点で倉庫に保管されている。厚労省によれば、今年度も億単位がかかるであろうとされる（その後も各種の動きがあるが省略）。

(2) マスクの購入斡旋

2020年5月22日、葛飾区がマスクの購入あっせんを行うという発表があった¹²。

それによれば、「新型コロナウイルス感染拡大防止のために、区内全世帯を対象に、葛飾区薬剤師会がマスクをあっせん販売します（1世帯1箱）。希望するすべての世帯が購入できる量を確保しています」。1箱50枚入り、大人用、不織布マスク1,800円（税込み）とあるので、当時の市場価格よりはかなり低い（その後の経緯は不明）。

¹² <http://www.city.katsushika.lg.jp/information/kouho/1005542/1023478.html>（現在は閲覧できない。しかし下のサイトは閲覧可能）。

https://www.city.katsushika.lg.jp/_res/projects/default_project/_page_/001/023/486/0525go4.txt。

2. 持続化給付金

(1) 各種の支援策・給付金・助成金

コロナに関する給付金・助成金には、個人・個人事業主・法人向けなど多様なものがある。例えば、家賃支援給付金、新型コロナウイルス感染症対応休業支援金・給付金、雇用調整助成金、新型コロナウイルス感染症対応休業支援金・給付金、小規模事業持続化補助金、IT導入補助金などである。

この他、地方公共団体も各種の支援策を出しており、例えば、東京都は営業時間短縮の要請に協力した都内飲食店等に対し、「営業時間短縮に係る感染防止協力金」を支給した。

これらのうち、特に話題になったのは、全住民に対する特別定額給付金（予算額12.73兆円）、持続化給付金（給付総額は約5.3兆円）、および、Go Toキャンペーン（予算総額約1兆6,794億円）であろう。特に後2者については、多くの疑問や批判がなされた。

Go Toキャンペーンとして、Go Toトラベル、Go To Eat、Go Toイベント、Go To商店街が、2020年4月1日に閣議決定された（予算総額1兆6,794億円）。このうち、特に観光支援策「Go Toトラベル」については、その具体的実施の時期等について諸議論がなされたが、その他、委託費が事業費の約2割にあたる3,095億円と巨額であることに、野党から批判が相次いだ¹³。運営委託先は、7社・団体（＝日本旅行業協会＝JATA）による「ツーリズム産業共同提案体」であるが、見積の根拠や、委託費の具体的な内訳が分かる資料などは公表されていない等の批判がある。

持続化給付金については、項を変えて次に述べよう。

(2) 電通持続化給付金取引妨害事件＝公取委注意令和2・12・17

(i) 持続化給付金は、コロナ禍の下、売上が前年同月比50%以上減少している事業者に対し、中堅・中小企業、小規模事業者に上限200万円、フリーランスを含む個人事業主に上限100万円を支給するものである¹⁴。

公正取引委員会（以下、「公取委」と略記）は、電通の社員がライバル会社の博報堂に協力しないよう下請けを“恫喝”するメッセージを送ったと報じられたとする報道に関し、電通に次のような「注意」を行ったと発表した¹⁵。

電通は、一般社団法人サービスデザイン推進協議会（以下、「サ協」と略記）が中小企業庁から受託した令和2年度の持続化給付金事業の一部の業務を、同協議会から受託している。

¹³ 「Go Toキャンペーンやり直しへ 委託費に批判」朝日新聞2020年6月5日付朝刊。

¹⁴ 経産省「持続化給付金制度の概要」、<https://www.meti.go.jp/covid-19/jizokuka-kyufukin.html>（2022年6月5日最終閲覧）。

¹⁵ 公取委「株式会社電通に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」（2020年12月17日）、<https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2020/dec/201217.html>（2022年6月5日最終閲覧）。本件については、川木秀昭＝村松聡[2021]参照。

電通は、この持続化給付金事業の申請サポート会場運營業務の一部を電通の兄弟会社を通じて、複数の事業者に委託し、これらの受託事業者は、受託した業務の一部をさらに他の事業者（これらを「委託先事業者」と略記）に委託していた。

これとは別に、中小企業庁の担当者は、令和2年度家賃支援給付金事務事業につき、入札公告前に同事業に対応することが困難であると回答していた電通に対し、家賃支援給付金事業の参考とするため、持続化給付金事業の実施方法等を問い合わせていた。

電通は、この問い合わせを受け、持続化給付金事業の運営に関する同社のノウハウが持続化給付金事業と関係しない事業者に流出することを危惧するなどした。電通は、令和2年5月23日、前記の委託先事業者のうち、申請サポート会場運營業務の取りまとめを担当する2社に対し、特定の事業者（以下「特定事業者」と略記）が家賃支援給付金事業を受注した場合、委託先事業者が特定事業者から家賃支援給付金事業の申請サポート会場運營業務を受託すれば、「出入禁止」、つまり、今後電通は当該委託先事業者と取引をしない旨を発言するとともに、当該発言の内容を他の委託先事業者に伝達するように指示した（「本件行為」）。

実際には、家賃支援給付金事業の入札参加事業者と委託先事業者との取引において、結果的に、前記の本件行為によって特段の支障が生じたとは認められなかったが、公取委は、一般指定14項（競争者に対する取引妨害）の規定の違反につながるおそれがあるものとして、電通に対し、注意を行った。

(ii) 本件は、公取委による法的処分ではなく、「注意」（行政指導）であることもあり、詳しい事実関係は不明であるが、次の点だけ指摘しておく。

本件で、「家賃支援給付金」事業の入札をめぐる、入札に参加する「特定事業者」とは博報堂であり、電通は経済産業省（以下、「経産省」と略記）・中小企業庁からの業務委託という分野をほぼ独占してきたので、そこにライバルである博報堂が入り込むことを警戒していたと推測される。

電通社員の「出入禁止」発言について、ノウハウ漏洩を危惧したということの真偽も不明であり、また、「本件行為によって特段の支障が生じたとは認められなかった」という公取委の認定が妥当だとすれば、何のために脅しをかけたかなど疑問も生じる。

公取委の注意にある「取引妨害」については、間接の取引拒絶とすべきではないか等々の議論があり得るであろう。公正競争阻害性については、本件事案では競争減殺は判断し難く、競争手段の不公正さまたは競争基盤の侵害が問題にされるのであろう。

取引妨害の類型として、古くから実例のある物理的妨害のほか、自由競争減殺型が増加しつつあるが、これらとは別に、威圧・脅迫、誹謗中傷、偽計を用いるという類型がある¹⁶。第一興商事件＝審判審決平成21・2・16（審決集55巻500頁）は、業界1位の企業が取引相手

¹⁶ 金井貴嗣ほか[2018]382頁以下参照。

方に対し、ライバルである第2の企業（博報堂系の会社）に関する誹謗中傷に近い言動を行った点で、本件に近い事例である。ただし、本件は、誹謗中傷というより脅迫・威圧に近い言動がなされており、より悪質である。もっとも、誹謗中傷・脅迫・威圧のどちらであつても、「競争手段の不公正さ」という点で公正競争阻害性があると考えられる。

(3) 持続化給付金に関する民間委託の実態

上記の公取委注意に関連して、報道記事等による情報を参考にしつつ¹⁷、以下の諸点を指摘しておく。

(i) 再委託・多重委託

中小企業などに支給する持続化給付金に関し、経産省は2020年度1次補正予算分の事務をサ協に769億円で委託した。サ協は749億円で、サ協設立に関与した電通にほぼ丸ごと業務を再委託した。電通は給付実務の全てをその子会社5社に645億円で外注し、そのうち4社は、さらにパソナ、トランスコスモス、大日本印刷、テー・オー・ダブリューの4社に外注（合計417億円）、そこからの外注などで多数の企業がかかわっていた（数字は報道記事により若干の差異がある）。

中小企業庁→サ協→電通→子会社5社→パソナなど、少なくとも63社

このように何層にも重ねられた外注について、予算の無駄遣いと批判が上がった。

サ協や電通は4次下請け以降の詳細を明らかにしていなかったが、野党議員の再三の求めを受け、経産省は6月、少なくとも63社が関わっていると国会で説明した。

この持続化給付金をめぐっては、申請から1か月たっても支給されない事例が相次いだ。また、中小企業庁から受託したサ協は、一度も決算公告をしていないなど経営実態が不透明で、「トンネル法人」との批判も上がる。

これらの批判をうけ、梶山弘志経産相は、2020年6月8日、お金の使い方が適切かどうか、外部の専門家を入れて月内にも検査を始めると発表した。検査結果は、10月12日に開かれた経産省の「調達等の在り方に関する検討会」でも報告され、検討会の梶川融委員長は「一定の経済的合理性のある範囲内での支出だと受け止めた」と述べた。

同年12月25日、持続化給付金事業への批判を受け、上記の「調達等の在り方に関する検討会」は報告書をまとめた。事業者への事前接触につき、事業者によって提供する情報に差が出ないようにする、費用の事後確認などチェック体制を厳しくするが、問題視されてきた再

¹⁷ 国会でもたびたび議論の根拠にされている週刊文春の記事については、<https://bunshun.jp/articles/-/38584>; https://bunshun.jp/articles/-/38064?page=2#photo_3（現在では閲覧できない。しかしそこに掲示されている電子版では閲覧可能性があるため、このまま残しておく）。

朝日新聞2020年6月27日付（社説）「民間への委託 統一ルールが必要だ」も、末尾で独禁法違反がなかったか調べるべきだと指摘されている。https://www.asahi.com/articles/DA3S14527841.html?iref=pc_ss_date（2022年6月5日最終閲覧）。また、東京新聞2020年6月26日付朝刊「『持続化給付金』再委託問題 浮かび上がった4つの論点とは」も参照。<https://www.tokyo-np.co.jp/article/37899>（2022年6月5日最終閲覧）。

委託の比率については、「再委託費率が50%を超える場合には、その理由を明らかにし、受託者の事業実施に関するガバナンスを確認する」と述べるにとどまり、上限の設定を見送った¹⁸。

(ii) 本件入札の実態

中小企業庁は本件事案について一般競争入札を実施したが、公示（4月8日）からわずか5日後の13日に入札は締め切られ、実際に応募（応札）したのは2社のみで、翌14日にはサ協の落札が決まったなどの流れから、「出来レース」だったのではないかとの批判がなされた。落札率は99%であり、価格だけでなく提案内容も審査される総合評価方式だった。

応札した2社は、ともに200頁近い提案書を経産省に提出していた。4日間では、2社以外の者がそれと同様の提案書を作成できるか、また、「わずか1日で提案内容の評価を決めるのは難しい」、と指摘されている。入札が「出来レース」だった疑いもあるとする報道がなされた¹⁹。

(iii) 一般社団法人を介した再委託

上の持続化給付金と類似する構図は、平成31年度「キャッシュレス・消費者還元事業」（ポイント還元事業）でもみられる。経産省は、一般社団法人キャッシュレス推進協議会に業務を委託し、同協議会は、契約金額の98%にあたる186億円で業務の大半を電通など3社に再委託していた。

また、経産省が2015年度以降、電通が設立した一般社団法人「環境共創イニシアチブ」に委託した事業（事業費総額、計4,013億円）のうち、9割に当たる54件で委託先を決める公募に他の事業者が参加せず（「1者応募」）、無競争で決まっていた。事業は全て電通に再委託されていた。

前記のように、全体として行政上の各個別事務の民間委託が進むなか、政策実行の手足となる出先機関の乏しい経産省では、同省管轄の業務が急増し、その多くが特定の一般社団法人を介して、電通に再委託されていたわけである。「経産省と電通の蜜月ぶり」と呼ぶ報道もある。

3. 行政サービスの民間委託

(1) 民間委託についての手続

国・地方公共団体は、特定の行政事務ないし公共サービスを自らが行うことができない、または不適當な場合は、民間企業に業務を委託することができる」とされている。なお、ここ

¹⁸ 経産省「調達等の在り方に関する検討会」報告書（2021年1月）、https://www.meti.go.jp/information_2/downloadfiles/hokokusho.pdf（2022年6月5日最終閲覧）。

¹⁹ 後掲注(24)の五輪アプリ入札においても、入札の公示から技術提案書の締め切りまでの期間が短く、問題の共同事業体だけが応札する「1者入札」となり、本件事案と同様の疑問が出された。

では「民間委託」を、広く行政主体が私企業に契約によって業務を委託すること指しており、「外部委託」などとも呼ばれる。

民間委託の際の事業者選定の手法は、競争入札と随意契約に分けられている。すなわち、会計法29条の3によれば、国が私人と契約する際には、原則として一般競争入札に付きなければならない。契約の性質または目的により競争に加わるべき者が少数で同法第1項の競争に付する必要がある場合等においては、指名競争入札に付することができる。また、契約の性質または目的が競争を許さない場合等においては随意契約によることができる（地方自治法234条2項、地方自治法施行令167条もほぼ同じ）。

前記のように、持続化給付金等の業務についても、ほとんどが一般競争入札によって行われている。問題はその実質であり、個々の入札において競争が公正かつ自由に行われるか否かである。

(2) 民間委託に関する諸手法の多様化

1980年代半ば以降、行政改革の一環として国や地方公共団体が自ら実施する公共サービスを民間の実施にゆだねる動きが顕著になった。特に、2006年に成立した、「簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律」（平成18年法律第47号、「行政改革推進法」）では、必要性の減少した事務・事業を民間にゆだねて民間活動の領域を拡大すること、公務員総数の純減および給与制度の見直しを行うこと等が政府の基本方針として規定されている。

同法に象徴されるように、特にバブル崩壊後、「官から民へ」の旗印の下、行政改革が進み、国家公務員数はこの20年で6割減の30万人になり、また独立行政法人による受注も削られ、これに代わって、民間委託が進んだ。

委託手法も、PFI（1999年）²⁰、指定管理者（2003年。地方自治法平成15年改正）、公設民営化、市場化テスト（2006年）²¹などが次々と提案され、実施されてきている²²。

(3) 「公共調達の適正化について」

2004年（平成16年）のIT関連事業の多重委託問題や、分割少額随意契約問題をうけて、財務省から、「公共調達の適正化について」と題する、各省各庁の長宛の通知（財計第2017号。平成18・8・25）が発出された²³。

そこでは、入札および契約の適正化を図るための措置、再委託の適正化を図るための措置、

²⁰ 民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（平成11年法律第117号。「PFI法」）。

²¹ 競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（平成18年法律第51号。公共サービス改革法または市場化テスト法）。

²² 紙野健二[2006]、紙野健二[2008]、菊地端夫[2011]、大橋豊彦[2009]、角松生史[2014]等を参照。

²³ 財務省「公共調達の適正化について」（平成18年8月25日）、https://www.mof.go.jp/policy/budget/topics/public_purchase/koukyou/koukyou_02.htm（2022年6月3日最終閲覧）。

契約に係る情報の公表，公共調達に関する問合せの総合窓口の設置，内部監査の実施等について要請が行われている。再委託については，一括再委託の禁止，再委託の承認，履行体制の把握等が指摘されている。

しかし，それ以外には，民間委託には，統一ルールがなく運用は省庁ごとに任されている。例えば，農水省では，再委託は，事実上の丸投げを防ぐため，原則として受託額の50%以内に抑えるとしている。経産省には，その種のルールはなく，一括再委託に近い事案が多く見られるようである。経産省は外注費の高騰を防ぐため，発注先に相見積もりを取るなどのルールを定めているとされるが，再委託ないし丸投げに関する制約がなく，経産省側に大きな裁量があったことなど，経産省のルールが他省庁に比べて企業・団体側に有利になっているともいわれる²⁴。

(4) 公私協働・裁判統制

行政法学においては，行政事務のうち，どこまでを民間委託することができるか，行政処分ないし公的判断を伴う事務，あるいは裁量が認められる事務はどうか等々の議論がなされてきたが，持続化給付金事業等については，ほぼ単純作業のようであり，その種の問題はないと考えられる。

近年，「公私協働」について，諸外国の比較研究も含め多くの研究が行われている²⁵。そこには，「私人による行政」²⁶という側面とともに，公共調達や行政の事務事業の委託などの側面も含まれている。比較研究においては，契約手続における透明性や公平性，競争性の確保，事業が確実に遂行されるべく民間主体を監督・統制する保証責任，締結後には裁判審査という事後的統制を通じて契約内容の適正さを確保する仕組み等々の取組みが紹介されている。諸外国でも，日本と同様の問題が意識されているようであるが，最後に挙げた裁判による事後統制という点は，日本の民間委託については，ほとんど実例も議論もないことが目立つ。

(5) 補助金行政と競争秩序

コロナ関連で事業者に対し給付される各種の補助金，例えば上記の持続化給付金や，営業

²⁴ その後の注目すべき記事として，「国委託事業 やまぬ人件費不正 企業，限度額に合わせ水増し請求」朝日新聞2021年8月17日付朝刊は，国から仕事を請け負った企業が，人件費を水増し請求する例が後を絶たない，と指摘する。また，「報告書『国民の疑念招く』五輪アプリ『不適切』」朝日新聞2021年8月21日付朝刊は，前日に公表された東京五輪・パラリンピック向けアプリ（通種応，五輪アプリまたはオリパラアプリ）の発注プロセスを検証した報告書において，内閣官房IT総合戦略幹部らが，公正な入札を装うような対応をしていたとする。アプリには，発注を担ったIT室幹部が関わったシステムも一部採用されており，民間出身のこの幹部は，国の発注事業で自ら利益を得られる予定だったという。なお，同報告書では平井卓也デジタル改革相（当時）の不適切な発言にはふれていない。同年8月27日，内閣官房IT総合戦略室は同室幹部らの6人に対する訓告などの処分をした。

²⁵ 山本隆司[2000]，人見剛＝辻山幸宣（編著）[2000]，岡村周一＝人見剛（編著）[2012]，角松生史[2014]「連載 公私協働の最前線」法律時報81巻6号から82巻2号（2008-09）等を参照。

²⁶ 米丸恒治[1998]参照。

時間短縮に係る感染防止協力金などについては、一律支給であることが多く、実質的に不公平ではないかとの不満もあるが、同時に、競争秩序からも注視すべき場合もあろう。例えば、Go Toトラベルなどは、直接は利用者（個人）向けの補助であるが、利用する宿泊施設は高級旅館等が選ばれるので不公平だという声があり、これも競争秩序に影響を与えているといえよう。

一般に国や地方自治体から支給される補助金またはより広く公的支援が、公正な競争秩序を歪めるおそれがあるという問題は、古くから指摘されており、EU国家援助規制がしばしば参照されてきた。特に、日本航空の再生に対する公的支援に関し、全日空側から異議が提示され、国土交通省「公的支援に関する競争政策検討小委員会」報告書（2013年）、2016年には、公取委「公的再生支援に関する競争政策上の考え方」（平成28年）が公表されたことは記憶に新しい。しかし、この間に、中小型液晶パネル大手のジャパンディスプレイ（JDI）に対する政府系ファンドの産業革新投資機構による金融支援（2016年）、台湾積体回路製造（TSMC）が主導して熊本県に建設する工場に対する巨額の補助金（2022年）などが行われている。

これらに比べれば、コロナ関連の各種公的支援は、広く薄く行われるという違いはあろうが、これらの公的支援に対し、前記の経緯や「考え方」等を踏まえ、公取委が競争政策の観点から調査・検討を行うとか意見を出すなどは未だ行われておらず、若干の疑問が残る。

4. 公共調達の一ルールと統一監視機関

(1) 行政事務の民間委託に関する諸問題

上記のように、持続化給付金やGo To キャンペーンなどのコロナ関連事業以外にも、ポイント還元事業、五輪アプリ入札事件などにおいて、それらを実施するための各種行政事務を民間事業者へ委託することにつき、多様な不祥事が明らかになり、または各種の疑問が提示されている。

その背後にある事務の民間委託のあり方に関し、上記で次のような諸点を指摘した。

1. 「経産省と電通の蜜月ぶり」。電通は経産省・中小企業庁からの業務委託という分野をほぼ独占してきた。他の省庁でも、特定の大企業・業界団体と密接につながっているのではないかとの疑惑が出されている。
2. 民間委託については、すべて一般競争入札に付されるが、「出来レース」と疑われる入札が少なからずある。
3. 再委託・多重委託について、予算の無駄遣いと批判がある。これに対しては、一括再委託の禁止、再委託の承認制度、再委託の比率の上限規制、履行体制の把握等が提案されているが、この種の統一ルールがない。
4. 上の3. と関連して、いわゆるトンネル会社の介在が疑われる場合もある。中小企業庁か

ら受託した「サ協」は、一度も決算公告をしていないなど経営実態が不透明で、「トンネル法人」との批判がなされている。

5. 前記の履行体制の把握については、例えば、持続化給付金をめぐって、申請から1か月たっても支給されない事例が相次ぎ、その他各種の苦情が多く寄せられ、落札された委託された行政事務が的確に遂行されたとは言い難いようである。

(2) 現在の規制・監視体制

これらのうち、特に多くの批判が集中した持続化給付金事業については、発注者である経産省が「調達等の在り方に関する検討会」を発足し調査を行ったが、違法行為なし、との結論を出し、注目された再委託の比率については、上限の設定を見送った。その後、この種の民間委託のあり方については、報道も次第に減って、議論がなされないまま推移している。

それとは別に、公取委「官公庁における情報システム調達に関する実態調査」（2022年）が公表された。そこでは、情報システム調達に関してではあるが、各種の問題点が指摘され、特に「バンダーロックイン」を回避するための諸提案がなされている。

より一般的な問題については、公取委「公共調達と競争政策に関する研究会報告」（2003年）が画期的な意義を有している²⁷。しかし、それ以後は、公共事業だけでなく、上記の民間委託を含む公共調達に関し、より公正で競争的な調達のあり方を議論することが行われてこなかった。

現在時点では、前出の財務省「公共調達の適正化について」通知が唯一の統一方針として示されている。そこでは今後の課題として、随意契約の約7割を一般競争入札に移行、情報公開の一層の充実、調達に関する問い合わせ窓口設置などが挙げられているにとどまっている。また、これは、各省各庁の長宛の要請であり、ルールとはいえない。

(3) ドイツの公的発注法

(i) ドイツの競争制限禁止法(GWB)においては、第6次改正（1998年）によって、公共調達（「公的発注」= *Vergabe von öffentlichen Aufträgen*）に関する詳細な規定がおかれた²⁸。

この法改正は、EUが公共調達関連の複数の指令に基づき、契約手続の国際的開放、透明性の向上、権利救済制度の整備等々を目指して、各国の国内法制の整備を促し、交渉が行われたことに基づくものである。

²⁷ 本報告については、平成15年度公取委年次報告に概要が掲載されている。<https://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h15/15kakuron00002-4.html#0402>（2022年6月5日最終閲覧）。これについては、箆島専[2003]、金子晃[2004]、楠茂樹[2012]、楠茂樹[2012a]も参照。これを含め、入札談合と独占禁止法について、鈴木満[2004]、鈴木満[2004a]、舟田[2021]、鈴木満[2022]を参照。また、公共調達における契約については、碓井光明[2005]、碓井光明[2007]、碓井光明[2008]等を参照。

²⁸ 本改正については、碓井光明[1998]、米丸恒治[1998]、米丸恒治[1998a]、米丸恒治[2000]を参照。本稿では、基本的にこれらによりつつ、現行のGWB上の諸規定を踏まえて記述する。その後の改正で、コンセッション（Konzession.前記のPFIにほぼ相当する）に関する規定が加わっているが、ここでは割愛する。

(ii) 本法においては、公的調達 (Öffentliche Aufträge) を、物品 (Waren)、建設給付 (Bauleistungen) およびサービス (Dienstleistungen) の調達の3種類とし、ただし、適用限界値 (Schwellenwert) 以上の発注額のものに限定している。

規制を受ける公的発注者の範囲については、連邦および州、地域団体の他、特殊法人、水道事業者、ガス事業者などの生活手段供給事業者、建設特許を受けた私企業、資金助成を受けた私企業など公共的なサービスにかかわる法人を公法人、私法人に関わらず含むとし、ただし、各種の適用除外を定めている。

(iii) その詳細は割愛するが、本法はその冒頭で、公的調達の発注についての諸原則を明示している。

「公的調達……は、競争により、かつ透明な手続によって委託されるものとする。その際には、経済性及び比例性の原則を遵守しなければならない」(97条1項)、「発注手続への参加者は、同法により明示的に不平等取り扱いが命ぜられまたは許容されていない限り、平等に取り扱われなければならない」(同条2項)。

「委託に当たっては、本章の定める基準に従って、質及びイノベーションの観点、並びに、社会的、環境に配慮する観点を考慮しなければならない」(同条3項)。

「公的調達の発注に当たっては、中小企業者の利益が特に考慮されねばならない(以下略)」(同条4項)。

「事業者は、発注者が本発注手続に関する諸規則を遵守することを求める権利を有する」(同条6項)。

(iv) 本法は発注の方法等について詳細な規定をおいているが、特筆すべきことは、発注に異議がある事業者の救済を手厚く保障したことである(同法155条以下)。

従来からの発注官庁への異議申立とは別に、新たに「委託発注審査部 (Vergabekammer)」を設け、前記の97条6項に基づいて、その権利を侵害された、またはそのおそれのある事業者の不服申立を認めている(160条1項、2項)。委託発注審査部は、連邦と州に設置される。連邦については、連邦カルテル庁に設置される。これは、独立性を保障された合議制の審査機関として構成されている(157条)。

その他、委託発注審査部に対する申請があれば、自動的に執行停止原則が採用されていること、職権探知主義、口頭の審査手続 (Mündliche Verhandlung) の保障、委託発注審査部の決定に対しては州の上級通常裁判所への即時抗告が可能であること等々が規定されている。以上のことから、委託発注審査部は、「裁判所に準ずる独立した機関」と位置付けられ、「“裁判的”な統制が確保されている」、と評されている²⁹。

(4) 日本の公共調達の問題点

²⁹ 碓井光明[1998]407頁。

以上のドイツの制度と比較して、日本の公共調達に関する制度の問題点を挙げてみよう。

第一に、日本では、会計法・地方自治法による規制を除くと、公共調達に関する契約は私法上の契約とされ、それ相応の調達ルールや適切な救済制度がない。

第二に、EUでは、1990年代に入って公的調達に係る契約手続の国際的開放、透明性の向上、権利救済制度の整備が進められ、GWBの上記改正は、これを受けたものである。

同様の観点から、日本でもWTO政府調達協定に基づいて苦情処理機関・手続が設置されている。しかし、その法的根拠として、閣議決定と行政規則にしか基づいておらず、その独立性、苦情処理の実効性は乏しい。

第三に、日本の公共調達に関しては、各発注行政機関が所管し、それらにおいて数多く設置されている「入札等監視委員会」は、その事務を当該発注行政機関が自ら担っている。これでは、第三者が中立委員として加わっていても、関連情報が当該発注行政機関からしか入手できず、発注に対し「お墨付き」を与える機能しかないに近い（これは私自身の苦い経験でもある）。

第四に、会計検査院は、基本的には事後的に（抽出案件を）検査するだけであって、その実効性には限界がある。

(5) 統一ルールと行政監視機関

(i) 以上のことから、次のような統一ルール設定と独立した行政監視機関の設置を提案してみよう。

第1に、発注行政機関ごとの個別ルールに委ねるのではなく、ドイツの例のように、国・地方公共団体の公共調達に関する、統一の法的ルールを作る。

第2に、この統一ルールを所管し運用する、独立した行政監視機関を設置する。そこでは、不服申立ないし苦情処理を扱うとともに、統一ルールの細則を定め、あるいはその改定等についても検討し提案する機能ももたせることが考えられる。

調達協定との関係では、裁判所による審査により担保していると説明されているが、日本の裁判所に訴えることのハードルの高さは周知のとおりであり、まずは行政不服手続を整備すべきであろう。

第3に、行政監視機関における審査方法および決定に関しては、前記のドイツ法のように、職権探知主義、執行停止原則または差止め等々をどうするかという問題があり、今後検討すべきであろう。

第4に、行政監視機関の決定に対しては、ドイツ法の例に倣って、取消訴訟が提起できることにする。このルートとは別に、事業者が直接、民事訴訟を提起できることにすべきである。

(ii) 前述のように、従来、日本においては調達行政における事業者との法的関係は、基本的に私法上の契約として扱われてきている。しかし、上記のEUとドイツの議論とそれに基

づく競争制限禁止法(GWB)改正による公共調達に関する制度整備にみられるように、国・地方公共団体等による調達は、まさに「公共調達」と呼ばれるように、それ特有の法制度が要請されていると考えられる。

特に、発注の手続の整備、および、事業者による異議申立に関する組織・審査の整備も、私法上の契約に関する紛争手続と異なる組織・実体法上のルール・手続で行われるべき点が多いように思われる（例えば、職権探知主義など、委託発注審査部における審理の原則を定めるGWB163条を参照）。

これらが整備されること、特に、共通の調達ルール設定と独立した審査機関による不服申立の審査は、発注行政庁にとっても、自己の公共調達に関する活動を、第三者の目の下で調べ直し、より適正かつ効率的な調達に向かう契機になることが期待される。

競争法との関連では、従来、委託先事業者の選定における競争原理の確保、特に競争入札の実効性確保のあり方が議論されてきた。それ自体は重要な視点であるが、公共調達に特有の制度を作ることによって、公共調達に特有の視点を再考することができ、また、従来ほとんど考慮されてこなかった事業者（特に入札に参加できなかった者や落札できなかった者）からの不服申立を容易にし、中立的な機関で審査することが可能になれば、従来と異なった法状況となると思われる。

(iii) 前記のドイツの例に倣って、新たな統一的調達ルールを独占禁止法の中に挿入するか、また、発注行政庁とは別個の独立した審査機関を公取委に設置するか、という問題もある。

競争法は、市場力を抑制し、競争制限・競争阻害につらなる諸行為を禁止するのが主たる機能であるのに対し、新たな公共調達法は、積極的に競争を担保する仕組みを作ること、それは必然的に競争法に吸収され得ない規定内容も含むということ、また、委託発注法は、公的に規制された市場に関わる法制度であることから、競争法とは異なる法制度・組織であるべきだという議論もあり得るであろう。

(iv) コロナ関連の各種給付金・助成措置等は、極めて短期の特殊な状況の下でのものであろうが、今後、それらが長期化することもあり得る。コロナと同様に深刻な危機的状況であった東日本大震災の後、政府が巨額の予算を組んで資金を投入した各種工事等において、入札談合等の独禁法違反行為が行われたことも忘れてはならない³⁰。

³⁰ フジタ取引妨害事件＝排除措置命令平成30・6・14審決集65巻第2分冊1頁。そこでは、東北農政局の職員が、建設業者に在籍する農林水産省の元職員に対して、震災関連事業についての入札に関連する各種情報の提供を行っていた、また、建設業者10社に在籍する東北農政局の元職員が、入札前に、相互に入札参加の意向を確認し合っていた行為が認められたとされている。

震災復旧工事談合事件＝排除措置命令・課徴金納付命令平成28・9・6、本件に係る刑事事件＝東京地判平成28・9・7審決集63巻423頁等、10事件で有罪判決が出ている。

このほか、独禁法違反事件ではなく脱税等に係る刑事事件であるが、「復興事業 鹿島元部長を告発 下請から謝礼」朝日新聞令和3年6月29日付朝刊、「鹿島元部長を脱税の罪で起訴」、「歪んだ復興マネー 準大手も接待」朝日新聞令和3年6月30日付朝刊などがある。

Ⅲ 競争法に関連する諸問題

1. マスクの抱き合わせ販売

2020年2月、マスクが品不足となり、マスクをインターネット上で高値販売される例も目立ち、供給不足を解消しようと国内の主要メーカーが24時間体制で増産しているとの報道もあったが、マスクの品不足はしばらく続き、国民は感染のおそれの下でマスクの購買に苦労するという状況が続いた。

例えば、報道によれば、ドラッグストア「コクミンドラッグ」の一部店舗でマスクと栄養ドリンク、化粧品などをセットで販売した。運営会社の「コクミン」（大阪市）は「誤解を招く恐れのある販売方法だった」として抱き合わせ販売を中止し、社内調査で経緯を調べている、と伝えられた。

このような状況の下、公取委は、2020年2月27日、「新型コロナウイルスに関連した感染症の発生に伴うマスク等の抱き合わせ販売に係る要請について」と題する文書を公表した。

「今般の新型コロナウイルスに関連した感染症の発生に伴うマスク等の衛生用品の供給不足を背景に、マスク等の衛生用品の販売を行う一部の販売事業者がマスクに他の商品を抱き合わせて販売していたとの報道がありました。公取委は、当該事業者が所属する関係業界団体に対して、商品の供給が不足しており、当該商品に代わる商品が存在しない状況の下で行われる抱き合わせ販売は、独占禁止法が禁止する不公正な取引方法（抱き合わせ販売等）につながるおそれがあることから、今後、同様の行為を行わないよう会員企業へ周知することを要請しました」。

上記のマスク等の抱き合わせ販売は、藤田屋事件＝審判審決平成 4・2・28（審決集38巻41頁）が明示するように、搾取濫用型（＝顧客の商品選択の自由侵害）であり、競争手段の不公正さ（能率競争阻害）にも当たると考えられる。

2. マスクの最高価格に係る再販売価格維持行為

コロナの感染拡大に伴って、マスクや除菌剤などの衛生用品はインターネット通販を中心に価格が高騰し、通常価格の10倍以上で出品される例もあった。

公取委は、2020年4月23日（翌日一部修正）、「新型コロナウイルス感染症への対応のための取組に係る独占禁止法に関するQ&A」と題する文書を公表した。

「1 メーカー等が小売業者の販売価格を拘束する行為は、正当な理由がない場合には、独占禁止法上問題となります（再販売価格の拘束）。

2 しかしながら、新型コロナウイルス感染症の感染拡大が進む中でマスクのような商品について、小売業者が不当な高価格を設定しないよう期間を限定して、メーカー等が小売業者に対して一定の価格以下で販売するよう指示する行為は、通常、当該商品の購入に関して

消費者の利益となり、正当な理由があると認められるので、独占禁止法上問題とはなりません。

3 なお、一定の価格以下で販売するよう指示することにより、かえって商品の小売価格の上昇を招くような場合には、正当な理由があるとは認められません。」

一部報道によれば、欧米では販売価格が法外につり上げられないように、メーカーが上限価格を指定する行為が比較的容認されている。欧州委員会などは3月、改めて考え方を示したほか、イタリアでは衛生用品の高騰に関する消費者からの苦情を受けて、当局がネット通販事業者に対して調査に入っている。これまで公取委の見解は曖昧だったため、専門家からは日本でも明確に上限価格の設定を認めるべきだとの声が上がっていた。

公取委の前記文書は、最高価格についての再販売価格維持行為について、感染拡大が進む中でという限定、期間の限定という条件化で認めるものである。しかし、既に多くの議論があるように、最高価格の再販売価格維持行為を公正競争阻害性または競争の実質的制限がないとすることは、原則を破るものであるだけに、どのような条件、市場環境下で認めるかなど、さらに議論が必要であろう³¹。

しかし、マスク価格高騰のなかで、メーカーがマスクを供給する卸・小売事業者に対し、特定の上限価格以下で販売することを条件とする行為は、必ずしも競争減殺をもたらすものではなく、また、その意図・目的は高価格との批判を受けて、自己の商品の評判を落とすことを懸念するというのであれば、公正競争阻害性はないと考えられ、前記公取委の見解は妥当である。

3. 不当な取引制限

公取委は、2020年4月28日、「新型コロナウイルス感染症に関連する事業者等の取組に対する公正取引委員会の対応について」と題する文書を公表し、次のように述べる³²。

「新型コロナウイルス感染症の世界的な感染拡大に伴って原材料の調達や商品の生産に影響が出ており、供給量が不足している物資の円滑・公正な流通を確保するためには、同業者で協力し合って対応に当たることが必要となる場面も想定される。

公正取引委員会としては、今回のような事態下において、このような物資の不足を回避するために行われる必要かつ一時的な行為は独占禁止法上問題となるものではないと考えている」。

この点について、平成24年3月に公取委が公表した「震災等緊急時における取組に係る想定事例集」が参考になると考える、とする。

そこに掲載されている想定事例の多くは、事業者間または事業者団体による情報交換・交

³¹ 差し当たり、金井貴嗣ほか[2018]74頁以下参照。

³² 長谷川好平＝名執祐矢[2020]参照。

流、製造委託等の協力等であり、コロナ感染拡大の下での必要かつ一時的な行為であれば独禁法違反となるものではないと考えられる。

4. 企業結合規制

2020年11月、韓国のアナシア航空を大韓航空が買収する計画を決定した。ほかの国でも、同様に1国1キャリアになる動きもあり、企業結合審査において、この種の事案への対応が問題になろう（企業結合ガイドラインガイドライン第4の2(8)イ①「業績不振等」参照）³³。

5. 下請法

公取委は、2020年5月13日、公取委・中小企業庁の連名で、下請法の考え方を示した「新型コロナウイルス感染症拡大に関連する下請取引Q&A」を公表した。

また公取委は、2020年11月18日、「令和2年度上半期における下請法の運用状況、企業間取引の公正化への取組」を公表した。そのなかで、下請法違反事例等の「a 新型コロナウイルス感染症に関連するもの」として、以下の記述がある。

「新型コロナウイルス感染症の感染拡大に伴い、事業活動に様々な影響が生じているところ、親事業者による受領拒否などの下請法違反となる行為が起り得ることが懸念されている。公正取引委員会は、令和2年4月28日以降、下請法違反行為について改善指導を行った親事業者5,084名に対し、当該指導に加えて、新型コロナウイルス感染症による取引への影響について、下請事業者に対して適切な配慮をするとともに、適正な費用負担なしに一方的に契約を変更・解除するなどの下請法違反行為を行わないよう注意喚起を行ったほか、同年6月、親事業者60,000名に対し、定期調査を行う際に、同様の注意喚起を行った。公正取引委員会は、新型コロナウイルス感染症に関連する下請法違反行為について厳正に対処することとしているところ、新型コロナウイルス感染症に関連する下請法違反事例は別紙3の1のとおりである」。

この別紙3の1に挙げられているのは、次の事例1件である。

「企業等から受託した職員研修の講師業務を下請事業者に再委託している社員教育受託会社A社（本社東京都）は、新型コロナウイルス感染防止を理由に取引先から講師派遣をキャンセルされたことを理由として、下請事業者に生じた費用を負担することなく、下請事業者への発注を取り消していた。このような行為は、下請法が禁止する不当な給付内容の変更及び不当なやり直しに該当するおそれがある」。

³³ 他方で、「JALと豪航空会社、共同事業認められず 当局、路線寡占化を懸念」朝日新聞2021年9月14日付朝刊参照。豪州の独禁当局にあたる豪競争・消費者委員会(ACCC)は13日、日本航空(JAL)と豪カンタス航空が申請していた共同事業を認可しない決定をした。コロナ禍での業界の厳しい状況に理解も示した一方で、本件共同事業によって、競争が減り、乗客に損害がでるかもしれない、と不認可の理由を説明したとする。

6. 景表法

消費者庁は、2021年2月以降、コロナの拡大に乗じて、インターネット広告上で同ウイルスへの予防効果を標ぼうしている健康食品や除菌スプレーなどの商品に対する緊急監視を実施し、45事業者による42商品・役務について、景品表示法および健康増進法の観点から表示の適正化について改善要請を行うとともに、ツイッター等のSNSを通じて一般消費者への注意喚起を行った³⁴。

その他、景品表示基準の弾力的運用、携帯型の空間除菌用品の販売事業者5社に対する行政指導、株式会社メイフラワーの手指洗浄用クリーム「ハンドクリーンジェル」に対する景品表示法に基づく措置命令（令和2・5・19）を行った。

7. その他

(1) オンライン診療サービス

コロナ感染拡大に伴って、生活・経済・行政のデジタル化、オンライン化が顕著である。その多様な展開のなかで、ここではオンライン診療サービスについて簡単に触れておく³⁵。

コロナ感染拡大に伴い、厚労省は時限的な措置として、オンライン診療（＝遠隔医療）の範囲を段階的に拡大し、これまで原則として認められていなかった初診からオンライン診療を可能とする時限的な措置がとられている³⁶。現在、厚労省において、ICTを活用した効率的で質の高い医療提供体制の構築を目指して、データヘルス集中改革プランが進められている³⁷。

診療用のツールとしては、各種の専用オンライン診療システムだけでなく、Zoom、Skype等の汎用ウェブ会議システムから音声通話（電話等）のみまでさまざまである。オンライン診療システムとしては、LINEヘルスケア株式会社がクリニックの検索・予約や、診察・決済を全てLINE上で可能にする「LINEドクター」の提供を発表し、KDDIや日医工もオンライン診療アプリの提供を発表している。

従来、医師による診療サービスについては、「対面原則」論が根強く、診療行為は五感で情報を得ることが望ましいと考えられてきたが、ポスト・コロナ時代において、初診を含めたオンライン診療が制度として恒久化すると同時に、医師・患者間の取引慣行としても定着

³⁴ 西川康一[2020]参照。

³⁵ 木下翔太郎[2021]，東條吉純「オンライン診療サービス市場形成期における規制と競争」本報告書第6章所収参照。

³⁶ 厚労省時限的・特例的取扱事務連絡（令和2・4・10，令和2・8・26），厚労省「オンライン診療の適切な実施に関する指針」（平成30年3月，令和元年7月改訂。その後も見直しの議論がなされている）。

³⁷ 厚労省「新たな日常にも対応したデータヘルスの集中改革プランについて」（2020年7月30日），<https://www.mhlw.go.jp/content/12601000/000653403.pdf>（2020年9月10日閲覧）。

していくであろう。

主要各社が提供するオンライン診療システムには、狭義のオンライン診療関連サービス（予約、問診、処方、決済）だけでなく、利用者に対する様々なサポート機能が実装されている場合が多い。これらは、患者と医師・医療機関をつなぐデジタル・プラットフォーム（以下、「DPF」と略記）としての性格を有する。

他方で、競争政策・競争法の観点からは、従来多くの独禁法違反事件にみられる地域医師会による反競争的行動のみならず、DPFによる市場支配力行使や、DPFが提供する情報交換の「場」を利用したDPF・医師間、医師相互間の市場操作やカルテル等が全国レベルで展開される可能性などが懸念される³⁸。

(2) コロナ治療薬・ワクチン

コロナ治療薬やワクチンについては、世界のワクチン製薬会社と各国政府の間の取引、コロナ検査・治療薬の開発・取引、それらを含め製薬会社間の競争が注目されている。

これらのうち、ワクチンについては、ワクチン生産国間の供給をめぐる諸問題が大きな話題となっているが、製薬会社間の競争の実態に関しては、ワクチンの価格、取引条件を含め、断片的な情報しか公にされていない。おそらく厳格な秘密保持契約(NDA)が、ワクチン製造会社側から要求されているのであろう。

ワクチン接種は、すべての国民に無料で提供され、接種が推奨されるということから、いわば市場経済の枠から外して実施されている。しかし、ワクチンは私企業によって開発され、契約によって各国に販売されるのであるから、国際的な市場経済の枠内で行われている。しかし、ワクチンは今後も接種を繰り返す必要があるので、国の財政にとって重い負担になり続けるであろう。国産のワクチンやコロナ治療薬の開発・実用化などの動きもあるようであり、今後は、これらに関する取引を競争秩序のなかにどう位置付けるかという問題がいずれ表れるとも考えられる。

文献リスト（50音順。引用は、→以下に示す略語で示した）

阿部泰隆『新型コロナ対策の法政策的処方せん』（信山社，2022）→阿部泰隆[2022]

碓井光明「公共契約と司法審査」磯部力ほか（編）『政策実現と行政法 成田頼明古稀』（有斐閣，1998）389頁以下→碓井光明[1998]

碓井光明『公共契約法精義』（信山社，2005）→碓井光明[2005]

碓井光明『公的資金助成法精義』（信山社，2007）→碓井光明[2007]

碓井光明『政府経費法精義』（信山社，2008）→碓井光明[2008]

³⁸ 最近の事例として、エムスリーによる日本アルトマークの株式取得事件＝公取委発表令和元・10・24（医薬品情報提供プラットフォーム、医療情報データベース提供事業に関する企業結合事例）、本件については、東條吉純[2020]参照。

大橋豊彦「公共サービスの民間委託等の推進--公民役割分担の再定義による新しい公共空間の形」尚美学園大学総合政策研究紀要18号3頁以下(2009)→大橋豊彦[2009]

岡村周一＝人見剛（編著）『世界の公私協働---制度と理論』（日本評論社，2012）→岡村周一＝人見剛（編著）[2012]

箴島専「公共調達における競争性の徹底を目指して」公正取引638号56項以下(2003)→箴島専[2003]

角松生史「行政事務事業の民営化」『行政法の争点』（2014）184頁以下→角松生史[2014]

金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄（編）『独占禁止法<第6版>』（弘文堂，2018）→金井貴嗣ほか[2018]

金子晃「公共調達の理念と制度----現状と問題点」日本経済法学会年報25号1頁以下(2004)→金子晃[2004]

紙野健二「総論NPMと行政法学の課題」法律時報78巻9号27頁以下（2006）→紙野健二[2006]

紙野健二「協働の観念と定義の公法学的検討」名古屋大学法政論集225号1頁以下（2008）→紙野健二[2008]

川木秀昭＝村松聡「株式会社電通に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」公正取引845号57頁以下(2021)→川木秀昭＝村松聡[2021]

川本哲郎「新型インフルエンザ特措法と自治体」月刊自治研72巻9号51頁以下(2020)→川本哲郎[2020]

菊地端夫「市場化,効率化と自治体行政の『民間化』--『市場化テスト』事例を手掛かりに」政経論叢79巻3・4号591頁以下(2011)→菊地端夫[2011]

木下翔太郎「新型コロナウイルス感染症の拡大に伴う遠隔医療の規制動向と展望—ICTに関する話題を中心に—」Nextcom45号31頁以下(2021)→木下翔太郎[2021]

楠茂樹『公共調達と競争政策の法構造』（ぎょうせい，2012）→楠茂樹[2012]

楠茂樹「公共調達と競争政策（上・下）」公正取引737号50頁以下，738号43頁以下(2012)→楠茂樹[2012a]

佐藤吾郎「地域医療法人の連携促進に伴う競争政策上の課題に関する一考察」金井貴嗣ほか（編）『経済法の現代的課題 舟田古稀』（有斐閣，2017）669頁以下→佐藤吾郎[2017]

佐藤吾郎「医療分野における競争法と消費者」日本経済法学会年報40号77頁以下(2019)→佐藤吾郎[2019]

佐藤吾郎「持続可能な医療提供体制の構築と競争政策----新型コロナウイルス感染症対応を契機として」土田和博ほか（編）『現代経済法の課題と理論 金井貴嗣古稀』（弘文堂，2022）607頁以下→佐藤吾郎[2022]

鈴木満『入札談合の研究』（信山社，第2版，2004）→鈴木満[2004]

鈴木満「談合を排除するための入札制度改革について」日本経済法学会年報25号74頁以下(2004)→鈴木満[2004a]

鈴木満『公共入札・契約手続の実務』（学陽書房，新版，2022）→鈴木満[2022]

東條吉純「判解：エムスリー・日本アルトマーク企業結合事件」令和元年度重判解238頁以下(2020)→東條吉純[2020]

西川康一「新型コロナウイルス感染症の拡大防止に向けた景品表示法の対応等について」公正取引836号36頁以下(2020)→西川康一[2020]

長谷川好平＝名執祐矢「新型コロナウイルス感染症に関連する事業者等の取組に対する公正取引委員会の対応について」公正取引836号32頁以下(2020)→長谷川好平＝名執祐矢[2020]

人見剛＝辻山幸宣（編著）『協働型の制度づくりと政策形成』（ぎょうせい，2000年）→人見剛＝辻山幸宣（編著）[2000]

藤原淳一郎「わが国コロナ・パンデミック危機管理前史(1)～(4 完)」慶應大学・法学研究 94 卷 12 号 43 頁以下(2021)，95 卷 1 号 35 頁以下，同 2 号 1 頁以下，同 3 号 47 頁以下(2022)→藤原淳一郎[2021-22]

舟田「経済法序説(1)」立教法学90号1頁以下(2014)→舟田[2014]

舟田『独占禁止法研究』（勁草書房，2021）→舟田[2021]

山本隆司「公私協働の法構造」『公法学の法と政策 金子宏古稀(下)』531頁以下(2000)→山本隆司[2000]

米丸恒治「ドイツ公共調達法と司法審査の保障---委託発注法改正法による裁判的統制の展開」立命館法学261号734頁以下(1998)→米丸恒治[1998]

米丸恒治（訳）「公共委託発注のための法根拠改正法（ドイツ）」立命館法学262号1283頁以下(1998)→米丸恒治[1998a]

米丸恒治『私人による行政』（日本評論社，1999年）→米丸恒治[1999]

米丸恒治「ドイツ競争制限禁止法と公共調達—第6次改正による委託発注法の組み込みとその後の状況」公正取引596号46頁以下(2000)→米丸恒治[2000]

第 6 章

オンライン診療サービス市場形成期における規制と競争

立教大学法学部教授
東 條 吉 純

I はじめに～問題の所在

本稿は、我が国における遠隔医療サービスのうち、とりわけ、公的保険の適用対象であるオンライン診療サービスについて、規制の段階的自由化を中心に、形成途上にある市場の状況を概観するとともに、医療サービスに係る規制と競争という観点から、現在及び将来の独占禁法の役割について素描することを試みるものである。

新型コロナウイルス感染症の拡大は、医療デジタル化の遅れを含む、日本の医療体制の脆弱性を浮き彫りにした。病院・診療所等医療機関が保有する人口当たり病床数で比べると、日本は主要国のなかで最多である。また、新型コロナウイルス感染者数は、少なくとも第6波までは世界的に見て穏当な水準にとどまっていたにもかかわらず、患者が十分な治療を受けられない事例が相次ぎ、本来であれば救えた命を死に至らしめる事態が発生した。こうした事態を招いた要因の一つとして、診療所の多くが、新型コロナウイルスの流行下で、「院内の感染防御ができない」等を理由として、発熱患者の診察や自宅療養者への往診を拒み、医療へのアクセスを閉ざされた患者が続出したことが挙げられる¹。

また、今回の新型コロナウイルス感染症拡大期のように、患者が通院による対面診療を忌避するような状況においては、オンライン診療を含む遠隔医療が、医療アクセスを確保するための非常に有力な打開策となる筈であるところ、2020年4月にオンライン診療が解禁されて1年経過した2021年4月時点において、オンライン診療に対応する医療機関は全体の15%、初診から対応する医療機関は6.5%に過ぎなかった。こうした医療界におけるデジタル活用の遅れの背景にも、開業医の既得権問題を含むわが国医療業界の深刻な構造的問題がある。

オンライン診療の普及と競争の活発化は、開業医にとっては患者を奪われかねない死活問題であり、開業医の主張を代弁する日本医師会は、今日に至るまで、医療デジタル化に強い抵抗を続けている。そこで展開されてきた立論と提案は、患者の立場からすれば合理的理由に乏しいものも少なくない。例えば、2022年1月に公益委員裁定を経てようやく撤廃されたオンライン診療総量規制（オンライン診療を全診療の1割以下とする上限規制）はその一例である。遠隔地からの安易な診療が広がれば、各地域の診療所の経営を圧迫し、ひいては地域医療を崩壊させることになる、という日本医師会の主張も、オンライン診療に対する厳格な規制レベルを踏まえ、かつ、新型コロナ禍の下で患者に医療が提供されていない現状に鑑

¹ 国内の登録医師約34万人のうち約11万人が診療所で働く、いわゆる開業医であるが、この11万人へのガバナンスが弱く、コロナ対応でも開業医の協力度度は二極化した。日本は医師の開業に制限がなく、診療科も自由に掲げることができるため、政府が、医療需要に応じて医療機関の数や診療科ごとの医師数を決めることはできない。このため、医療人材の有効活用ができない仕組みになっている。「医療再建（上）開業医の統治不全に風穴を遅れるデジタル活用」日本経済新聞朝刊（2022年6月21日）1面。なお、直近の医師数については、厚生労働省「令和2(2020)年医師・歯科医師・薬剤師統計の概況」2022年3月17日、https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/ishi/20/dl/R02_1gaikyo.pdf（最終閲覧日：2022年8月29日）を参照した。同統計によれば、2020年12月31日時点の医師数は339,623人（うち医療施設の従事者数は323,700人）であり、診療所の従事者は107,226人、病院の従事者は216,474人となっている。

みると、持続可能な医療提供体制の構築という公益目的に照らして、開業医の既得権を擁護する一方で、肝心の医療アクセス保障に資することのない過剰規制と言わざるを得ない。

このように、オンライン診療サービスを巡る綱引きが継続するなかで、地域医療体制の崩壊を招くことなく、医療サービスをより患者本位のサービス産業に転換させるという観点からは²、オンライン診療サービスに係る規制と競争はどのような方向性を見出すべきか。また、その過程において、独禁法が果たすべき役割にはどのようなものがあるのだろうか。

以上の問題意識を踏まえて、本稿では、まず、オンライン診療サービスが段階的に自由化されてきた過程について概観し、対面診療原則に対して、オンライン診療があくまでも例外的にのみ認められている規制の現状を確認する。次に、わが国における医療サービス提供体制の問題点について、とくに新型コロナウイルス感染症拡大に際して露呈した脆弱性を踏まえて考察し、患者本位の医療サービス提供体制を整備するためには、オンライン診療サービスに関する規制について、より一層の自由化と競争導入が望ましいことを明らかにする。また、自由化の過程において、競争政策の観点がどのように貢献し得るかという点について、独禁法の適用をはじめとする競争政策に基づく適切な規制的介入が、将来の診療サービス市場のあり方を方向付ける点について述べる。

II オンライン診療サービス市場の現状と評価

1. オンライン診療自由化の現状

オンライン診療サービスは、2018年度から段階的に自由化されて今日に至っているが、今なお対面診療に対する例外としての位置付けがなされていることに加え、診療報酬点数は、対面診療の約87%にとどまっている。我が国の医療が直面する医療資源の偏在や高齢化による通院困難患者への対応等の課題解決のための施策としてオンライン診療を強く推進しているとは言い難い状況にある。

遠隔医療サービスは、疾病と対する患者の受療行動に応じて、予防・診断・治療・予後の各段階に分類されるが、本稿が考察対象とするオンライン診療は、診断・治療の両領域に含まれる。より具体的には、「医師—患者間において、情報通信機器を通して、患者の診察及び診断を行い診断結果の伝達や処方等の診療行為を、リアルタイムにより行う行為」を言う³。これに先行する予防分野の、より一般的なオンラインのヘルスケアサービス提供については、健常者向けの医療・健康情報ポータルや健康増進・管理アプリの供給等、多くのデジ

² 日本経済新聞社・日本経済研究センター「【医療改革提言】デジタル医療を成長の原動力に HCX 深化で患者本位のサービスを」（2022年6月20日）、https://www.jcer.or.jp/jcer_download_log.php?f=eyJwb3N0X2lkIjo5MzU1NiwiZmlsZV9wb3N0X2lkIjo5MzU2Mn0=&post_id=93556&file_post_id=93562（最終閲覧日：2022年8月29日）。

³ 厚生労働省「オンライン診療の適切な実施に関する指針」（平成30年3月（令和4年1月一部改訂））（以下、「改訂指針」という）5頁。

タルプラットフォームによって膨大な数のサービスが提供されているが、ほとんどの場合、公的保険の適用対象ではなく、医師法の適用対象となる「医行為」（医療行為）でもない（医師法17条）⁴。

オンライン診療サービスの適法性については、無診察治療等を禁じる医師法20条の「診察」概念との関係で解釈上の整理が必要であるところ、1997年の厚生省健康政策局長通知以降、数次にわたって解釈が示されてきた。また、医師の働き方の改善という観点からICTを活用した勤務環境改善の必要性が注記され、医師の偏在という観点からも医師の不足する地域においてオンライン診療が有用であるとの考え方が示される等の議論を経て、2018年度から再診に限ってオンライン診療が一部解禁された。より具体的には、2018年度診療報酬改定で「オンライン診療料」等の項目が創設されるとともに、実施に関する留意点等を定めた「オンライン診療の適切な実施に関する指針」が策定されたが（2018年3月）、同指針においては、初診対面実施原則が採用され、対象疾患についても様々な要件が定められた。

その後、新型コロナウイルス感染が急拡大した2020年4月には、医療機関を受診することが困難となった患者や、宿泊療養施設の患者への医療提供手段としてオンライン診療へのニーズが急激に高まり、新型コロナウイルス下の特例措置として初診からのオンライン診療が認められることとなった⁵。

さらに、2021年6月、初診からのオンライン診療を2022年度から恒久化する内容を盛り込んだ規制改革実施計画⁶が閣議決定された。これに基づき、厚生労働省の「オンライン診療に関する指針の見直しに関する検討会」で初診からのオンライン診療の恒久化・制度化に向けた具体的な検討が行われた結果、2022年1月、改訂指針が策定・公表された⁷。改訂指針によれば、初診対面原則が撤廃され、かかりつけ医以外の医師でも患者に関する医療情報を十分に持っていれば、診療前相談を経て、初診からのオンライン診療が可能となる。また、1

⁴ 両者の中間的サービスとして、オンライン受診勧奨がある。多くの場合、医師による一定の医学的判断の伝達を伴うものであり、誤情報の伝達の際にはリスクが生じる。例えば、発疹に対して問診を行い、「あなたのこの発疹の形状や色ですと蕁麻疹が疑われるので、皮膚科を受診してください」と勧奨する等の場合がこれに該当する。厚生労働省・前掲注(3)8頁。

⁵ 規制改革推進会議・新型コロナウイルス感染症対策に関する特命タスクフォース（2020年4月2日第1回・2020年4月3日第2回開催）の議論と、これを受けた「新型コロナウイルス感染症緊急経済対策」（2020年4月7日閣議決定）のなかの「院内感染を含む感染防止のため、非常時の対応として、オンライン・電話による診療、オンライン・電話による服薬指導が希望する患者によって活用されるよう直ちに制度を見直し、できる限り早期に実施する」との決定を受けて、2020年4月10日には、COVID-19疑いも含めた初診も解禁された。厚生労働省医政局医事課 厚生労働省医薬・生活衛生局総務課「事務連絡 新型コロナウイルス感染症の拡大に際しての電話や情報通信機器を用いた診療等の時限的・特例的な取扱いについて」（2020年4月10日）2頁。

⁶ 2021年6月18日閣議決定。

⁷ 厚生労働省・前掲注(3)2頁。改訂指針は、オンライン診療に際して、「最低限遵守する事項及び推奨される事項並びにその考え方を示し、安全性・必要性・有効性の観点から、医師、患者及び関係者が安心できる適切なオンライン診療の普及を推進するために策定するもの」であり、「今後のオンライン診療の普及、技術革新等の状況を踏まえ、定期的に内容を見直すことを予定している」とされる。

か月当たりのオンライン診療の割合を1割以下とする総量上限規制及び医療機関と患者との間の時間・距離要件（約30分以内に通院可能な距離）は撤廃された。他方において、「初診からのオンライン診療は、原則として『かかりつけの医師』⁸が行うこと」、かつ、「直接の対面診療を組み合わせることが原則である」との記載も残された。

また、2022年に改定されたオンライン診療の診療報酬点数は、初診において、2020年の特例措置の際の211点から251点へと加算され、対面診療の場合（288点）の約87%にまで引き上げられたが⁹、対面診療時と同一の診療報酬水準にまでは至らなかった。これは、オンライン診療は、たとえ同内容、同水準で実施されるものであったとしても対面診療とは異なるという従来の理解を維持した上で、効率的で利便性の高い医療を患者が享受できるよう、オンライン診療の推進に資する適切な報酬設定を図ったものと考えられるが、「患者ニーズを踏まえた適切な普及・促進を図る中で、安全性と信頼性の確保を前提に適切に評価」という基本方針¹⁰に照らすと、やや物足りない内容にとどまったと評価せざるを得ない。

2. オンライン診療自由化を巡る主張の対立

上述のようなオンライン診療規制及び診療報酬設定の現状は、効率的で利便性の高い医療アクセスへの患者のニーズを反映して、オンライン診療自由化を推進しようとする規制改革推進会議や保険組合等の支払側の考え方と、「医療機関へのアクセスが制限されている場合の対面診療の補完」という立場を堅持する医師会等の診療側の考え方の双方に配慮したものと考えられるが¹¹、結果として、オンライン診療に係る政府方針の方向性がやや分かりにくいものとなっている。とくに、引き上げ後の診療報酬点数が対面診療より低い現状では、オンライン診療が急速に普及することは期待できないだろう。以下、オンライン診療自由化を巡る二つの対立点（①対面診療と比較してオンライン診療の質は劣るか、②オンライン診療は地域医療体制を崩壊させるか）について見ていく。

(1) オンライン診療は質において対面診療より劣るか

医師会等の立場は、問診と視診に限定されるオンライン診療は、医師の五感を活用して行

⁸ 「かかりつけの医師」とは、「日頃より直接の対面診療を重ねている等、患者と直接的な関係が既に存在する医師」と説明され、日本医師会が定義する「かかりつけ医」とは異なる概念として用いられている。

⁹ 対面診療の点数水準と厚生労働省医政局医事課 厚生労働省医薬・生活衛生局総務課・前掲注(5)における手数料水準の中間程度の水準とすることが適当であるとの公益委員裁定による中央社会保険医療協議会総会（第513回）資料「オンライン診療に係る算定要件、施設基準及び点数基準」（2022年1月26日）2頁、<https://www.mhlw.go.jp/content/12404000/000887524.pdf>（最終閲覧日：2022年9月14日）。

¹⁰ 社会保障審議会医療保険部会・社会保障審議会医療部会「令和4年度診療報酬改定の基本方針」（令和3年12月10日）。

¹¹ 中央社会保険医療協議会（中医協）は、健康保険等の保険者・被保険者らを代表する支払側の委員（1号委員）、医師等を代表する診療側の委員（2号委員）、及び公益を代表する委員（3号）から構成される厚生労働大臣の諮問機関である（社会保険医療協議会法3条）。

う対面診療と比較すると質の劣る診療サービスであり、疾病の見落としや誤診リスクについても有意な差が生じることを免れないというものである。したがって、両者が同内容、同水準というのは論理的にあり得ず、診療報酬点数の設定においても、対面とオンラインを同じ点数とすることもあり得ない。オンライン診療は、あくまでも対面診療の補完的な位置付けであり、代替的なサービスではないとされる。

これに対して、規制改革推進会議は、患者等の身近な場所での受診や薬剤受取が可能となるオンライン診療・服薬指導や電子処方箋の普及・促進等は、移動の負担の大きい患者等にとっては、必要な医療アクセスに直結し、患者本位・利用者本位の医療を実現するための基盤となる取組であると位置付けた上で、「オンライン診療の適切な実施に関する指針」その他の公的文書において、以下の諸事項を適切に盛り込み、明確化することを提言している¹²。

- ・オンライン診療は、疾病や患者の状態によっては対面診療と大差ない診療効果がある場合も存在し得ること。
- ・疾患や患者の状態によってはオンライン診療のみで診療が完結する可能性があること。
- ・「かかりつけの医師」該当性が、最後の診療からの期間や定期的な受診の有無によって一律に制限されるものでないこと。
- ・オンライン診療を行う医療機関・医師と対面診療を行う医療機関・医師は、異なってもよいこと。
- ・診療計画について、診療録への記載とは別に作成することは必須でなく、診療録に必要事項が記載されていれば足りるものであること。
- ・診療前相談を効果的かつ効率的に行うため、実際の診療前相談に先立って、医師の判断で、事前に電子メール、チャットその他の方法により患者から情報を収集することは可能であること。

これら提言内容の多くは、現行の改訂指針において既に対応済みであるが、オンライン診療のみで診療が完結する例外的な場合について、禁煙外来及び緊急避妊に係る診療に限定する等の限界もある。また、対面診療と大差ない診療効果がある場合についての明確な記述は見られないものの、オンライン診療の際に最低限遵守する事項として、「直接の対面診療と同等でないにしても、これに代替し得る程度の患者の心身の状態に関する有用な情報を、オンライン診療により得ること」と述べられている。實際上、慢性疾患で状態が安定している患者への対応の場合や、薬の処方を受けるだけの診察の場合、オンライン診療による状態確認で十分な情報が得られる可能性が高いだろう。また、オンライン診療には、医師・患者の双方において、対面診療では得られない各種のメリットもある。患者にとっての最大のメリットは、通院にかかる時間負担が軽減されることであり、通院する時間がとれない勤労者の

¹² 規制改革推進会議「規制改革推進に関する答申～コロナ後に向けた成長の『起動』～」(令和4年5月27日)55頁。

場合、近隣に医療機関がない地域に居住する場合、体調不良・怪我等で移動困難な場合等、オンライン診療のメリットは大きい。また、24時間予約受付により、好きな時間・場所で診察を受けられること、医師以外の病院スタッフや他の患者と顔を合わせずに済むためプライバシーが守られること、院内感染・二次感染のリスクがないこと、居住地が変わっても従前のかかりつけ医療機関で受診できること等が挙げられる。

これに加えて、オンライン診療の場合、医療アクセスと同じプラットフォームを通じて、狭義のオンライン診療関連サービス（予約、問診、処方、決済）だけでなく、患者の健康・疾病に関連する様々な付加価値サービスが実装されている場合も多くなることが予想される。例えば、医療機関向けには、診療メニュー管理、スタッフ勤務管理、医師人材求人・紹介・派遣、予防医療・専門病院等ネットワーク連携、電子カルテシステム等。また患者向けには、オンライン医療事典、院内処方にかかる薬剤の自宅配送等がその例である¹³。

(2) オンライン診療は地域医療体制を崩壊させるか

医師会等の診療サイドがオンライン診療自由化に抵抗するもう一つの理由は、安易なオンライン診療の普及は地域医療体制の崩壊を招く、というものである。たしかに、医師会がその声を代弁する開業医にとっては、オンライン診療の普及は、患者を奪われかねない死活問題と言える。少なくとも一部の疾患については、患者を巡る競争の活発化を意味するため、結果として、事業活動に悪影響が及ぶ医療機関が出てくる可能性はなしとしない。医師会等の論法は、遠隔地からの安易な診療が広がり、経営が困難化した医療機関の閉鎖・移転が続出すると、いざというとき対面で診療できる医療機関がなくなるというものだ。

わが国の医療提供体制は、民間医療機関を中心に構築されてきた。2020年10月現在の統計によれば、全医療機関のうち、病院(8,200)の約80%、一般診療所(102,600)の約95%が民間医療機関であり¹⁴、自由開業制の下で、開設地域の選択や診療科名の標榜を含め、所定の要件を満たした医療機関は自由に開設を認められてきた。1961年に創設された国民皆保険制度の下で急増した医療需要の受け皿となる診療所開設を政府も歓迎したが、開業医の強すぎる「経営の自由」は、医療資源の地域・診療科による偏在問題や、適切な役割分担、医療機能の分化・連携等の医療資源の効率的活用といった我が国医療政策上の課題を生み出した。

公的保険診療においては、診療報酬の大部分は公的資金であり、その高い公益性に鑑みても、医療機関の事業活動について政府の規制介入を排除する特権を医師が維持することは

¹³ 主要なオンライン診療システム提供事業者として、株式会社メドレー（「CLINICS」）、LINEヘルスケア株式会社（「LINEドクター」）、株式会社インテグリティ・ヘルスケア（「YaDoc」）、株式会社MICIN（「curon」）、MRT株式会社（「ポケットドクター」）等があり、医療機関の獲得競争は激しい。

¹⁴ 厚生労働省「令和2(2020)年（静態・動態）調査（確定数）・病院報告の概況」（2022年4月27日）6-28頁、<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/iryosd/20/dl/09gaikyo02.pdf>（最終閲覧日：2022年9月14日）。

制度設計上あり得ない筈である。とくに、感染症対応等緊急事態において、公共政策上の重要課題を遂行する際には、民間医療機関であっても政府や地方自治体の指揮に服するよう法令上義務付けるのは当然のこのように思える¹⁵。しかしながら、今般の新型コロナ禍においては、この強すぎる「経営の自由」のため、緊急事態にもかかわらず、厚生労働大臣や自治体首長による命令・指示は出せず、診療所の多くが発熱患者の診察や自宅療養者への往診を拒む等、わが国医療提供体制における深刻な問題が露呈した¹⁶。

オンライン診療についても同様であり、新型コロナ禍の最中であって、国民の医療アクセスの打開策となるべきオンライン診療がほとんど普及していない実態が明らかになっている。日本経済新聞が情報公開請求で得たデータによると、2021年1～3月の初診からの利用頻度は35道府県で人口10万人あたり月1回未満とほぼゼロだったという¹⁷。初診からオンライン診療に対応する医療機関は全体の6%の約7,000箇所あるが¹⁸、「手間がかかる」といった理由で導入は進んでいない。

2022年版厚生労働白書によれば、2040年に必要な医療・福祉の就業者数は1,070万人の想定であるところ、医師等の担い手は974万人にとどまり、96万人が不足すると推計されている。現在、政府において医師や看護師、薬剤師等が職種を超えて仕事を分担する「タスクシェア」や、医師の仕事の一部を看護師らに任せる「タスクシフト」の推進が検討されているが¹⁹、この将来予測も、オンライン診療活用による医療資源のより一層の効率的活用の必要性を示唆している。

また、医療資源の地域的偏在問題や、医療機関の間の役割分担や機能分化・連携といった医療政策上の課題を解決するため、1985年には医療計画制度を導入し、2014年には地域医療構想策定、地域医療構想調整会議設置等の施策を実施してきたが²⁰、医療資源の効率的活用

¹⁵ 日本経済新聞社・日本経済研究センター「【医療改革緊急提言】医療機関に政府・自治体のガバナンスをヘルスケア・トランスフォーメーションで体制再構築」（2022年2月21日）、https://www.jcer.or.jp/jcer_download_log.php?f=eyJwb3N0X2lkIjo4OTAzNCwiZmlsZV9wb3N0X2lkIjo4OTA0Mn0=&post_id=89034&file_post_id=89042（最終閲覧日：2022年8月29日）。

¹⁶ 「医療、強すぎる『経営の自由』 患者本位へ政府関与を コロナが問う医療再建（上）」日本経済新聞 電子版（2022年2月22日）<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOCD105830Q2A210C2000000/>（最終閲覧日：2022年8月29日）。

¹⁷ 関優子、茂木裕輔、北本匠、上月直之、大城夏希「オンライン初診、活用ほぼゼロ 医療逼迫も医師動かず」日本経済新聞 電子版（2021年8月19日）、<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUE140ZB0U1A810C2000000/>（最終閲覧日：2022年8月29日）。

¹⁸ 総務省「令和3年版 情報通信白書」185頁。

¹⁹ 「医師・看護師が仕事シェア 厚労省、人手不足96万人に備え」日本経済新聞 電子版（2022年7月27日）、<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOUA263FA0W2A720C2000000/>（最終閲覧日：2022年8月29日）。世界では新型コロナウイルス禍をきっかけに医療分野のタスクシフトが加速した。例えば、米国・カナダではコロナのワクチン接種を薬剤師が薬局で実施した。また英国やスウェーデンでは一定の要件を満たせば、看護師が自らの判断で薬剤処方ができるという。

²⁰ 佐藤吾郎「持続可能な医療提供体制の構築と競争政策—新型コロナウイルス感染症対応を契機として」土田和博、山部俊文、泉水文雄、川濱昇、河谷清文編著『現代経済法の課題と理論 金井貴嗣先生古稀祝賀論文集』（弘文堂、2022年）607-624頁。佐藤（623頁）は、近時の協議会方式について、

及び持続可能な医療提供体制の構築に向けた抜本的な解決策となっているとは言えないように思える。

また中医協総会において、オンライン診療後に対面診療が必要となる場合、対面診療への切り替えにかかる患者の近隣の「かかりつけの医師」その他の医療機関との連携ケースについて、「無責任な診療を助長する」行為である等の発言が繰り返されているが²¹、こうした連携は、まさに改訂指針が想定する医療機関連携であり、対面診療を行うことができない遠隔地の医療機関がオンライン診療のみを行うことには何ら問題はない。また、改訂方針において、初診は「かかりつけの医師」が行うことが原則であり、対面診療と組み合わせる必要があるとの考え方が示されていることや、医師の変更を望まない患者の選好や心理を考慮すると、オンライン診療普及後も、患者の近隣の医療機関によるオンライン診療が初診から選好されることが予想され、ただちに地域の医療提供体制に大きな影響を及ぼすものでもない。そればかりか、仮に患者の所在する地域の医療機関が合理的な理由なく当該患者の診療を拒絶する場合、医師法19条1項の応召義務に違反するとともに、地域医師会が診療拒絶を指示する等の場合には独禁法上の問題が生じる（後述）。

以上のような状況の下で、経営への悪影響を懸念する個々の開業医の声を代弁する形で、オンライン診療自由化への抵抗を続ける日本医師会等の診療サイドの主張には、果たして十分に説得的な根拠があると言えるだろうか。

3. 「かかりつけ医」の制度化

「かかりつけ医」とは、「健康に関することをなんでも相談できる上、最新の医療情報を熟知して、必要な時には専門医、専門医療機関を紹介してくれる、身近で頼りになる地域医療、保健、福祉を担う総合的な能力を有する医師」であると説明されている²²。とはいえ、英国の家庭医制度とは異なり、これまで日本においては、「かかりつけ医」が制度上の位置付けをもっておらず曖昧なまま推移してきたが、上述の改訂指針においては、「かかりつけの医師」であることが初診からのオンライン診療提供と密接に関連する条件として明記されており、「かかりつけの医師」とはどのような存在であるかが極めて重要になる。以下、「かかりつけ医」の制度化に向けた検討状況について概観しておく。

規制コストの低減や地域ニーズへの柔軟な対応等のメリットを有する一方で、医療機関の自主的な対応を促すがゆえに、医療機関側の意見がより強く反映され、医療機関の既得権の保護・利害調整の場として機能する懸念について指摘する。

²¹ 例えば、中央社会保険医療協議会総会（第513回）「議事録」〔城守委員発言〕（2022年1月26日）、https://www.mhlw.go.jp/stf/shingi2/0000205879_00161.html（最終閲覧日：2022年8月29日）。

²² 厚生労働省「上手な医療のかかり方.jp」、<https://kakarikata.mhlw.go.jp/kakaritsuke/motou.html>（最終閲覧日：2022年8月30日）。また、日本医師会による説明文として以下を参照。日本医師会「国民の信頼に応えるかかりつけ医として」、<https://www.med.or.jp/people/kakari/>（最終閲覧日：2022年8月30日）。

2022年6月に政府が閣議決定した「経済財政運営と改革の基本方針2022」（骨太の方針2022）に、「かかりつけ医機能が発揮される制度整備を行う」と明記された。これを受けて、現在、厚労省では「第8次医療計画等に関する検討会」において、かかりつけ医機能についての本格的な議論が開始されている²³。現在は、新型コロナ禍の最中という、いわば有事対応であり、かかりつけ医機能を論じるに当たっては、平時と有事を区別して考えるべきだとの意見もあるが、新型コロナ禍において、患者自身が、かかりつけ医だと考えていた医療機関から新型コロナウイルス関連の診療を拒絶されたという事例が多発したという深刻な事態を踏まえ²⁴、かかりつけ医機能を担う医療機関を制度上明確にするという政策課題が強く意識されている。

国の財政を含めた政策論の観点から考えると、この問題は、どこまで国民の健康を守りながら医療の提供量を節約できるか（＝医療費抑制）という政策課題、すなわち、「医療水準の維持」と「医療の効率化」という二つの政策課題を実現するための施策として「かかりつけ医」の制度化が検討されているとも言える。

従来、わが国においては、受診時に保険者による事前審査等の制約を受けることなく、患者が自らの判断で医療機関を選択するフリーアクセス制がとられてきたが、医療資源の効率的活用の観点からは医療機関間の機能分化が必要であることは明らかである。とくに高齢化が進むなかで、予防や生活全般に対する視点も含め、継続的・診療科横断的に患者を診ることができる「かかりつけ医」が、プライマリ・ケア機能を果たすことが望ましい。医師会等は「フリーアクセスを損なう」として、「かかりつけ医」の制度化に反対してきたが、新型コロナ禍の最中であって、医師会等が広報や研修を通じて喧伝してきた、（制度的な位置付けをもたない）かかりつけ医機能が幻想である実態をさらけ出した。

「かかりつけ医」はプライマリ・ケア機能を果たす総合医療専門医であり、こうしたかか

²³ 2020年7月に実施された意識調査によれば、「かかりつけ医がいる」と回答したのは55.2%で、年齢別の内訳は、20歳代（21.6%）、30歳代（34.4%）、40歳代（44.5%）、50歳代（46.0%）、60歳代（66.0%）、70歳以上（83.4%）である（N=1,212）。公益社団法人日本医師会「『第7回 日本の医療に関する意識調査』について」（2020年10月7日）12-13頁、https://www.med.or.jp/dl-med/teireikaiken/20201007_4.pdf（最終閲覧日：2022年9月14日）。また、厚生労働省 第8次医療計画等に関する検討会（第10回）資料3「かかりつけ医機能について」（2022年7月20日）、<https://www.mhlw.go.jp/content/10800000/000965965.pdf>（最終閲覧日：2022年9月14日）。

²⁴ 日本においても、プライマリ・ケア機能の必要性は強く認識されており、「かかりつけ医」要件を充足する診療所には診療報酬が加算されてきたが、新型コロナ禍流行下で、多くの診療所は発熱患者の診察や自宅療養者への往診を拒んだ。また、発熱外来を実施する医療機関名を公表することを地域の医師会が拒んだため、地域住民に対する発熱外来の周知も一向に進まず、発熱患者等が円滑に診療を受けられない状況が生じた。「かかりつけ医どこに コロナ下、診療受けられぬ患者続出」日本経済新聞 電子版（2021年12月26日）、<https://www.nikkei.com/article/DGXZQOCD134FU0T11C21A2000000/>（最終閲覧日：2022年9月14日）、「我が家のかかりつけ医どこに コロナ危機下 閉ざされた医療アクセス」日本経済新聞朝刊（2021年12月27日）12面、「医療再建（上）開業医の統治不全に風穴を 遅れるデジタル活用」日本経済新聞朝刊（2022年6月21日）1面等。

りつけ医が「緩やかなゲートキーパー」機能を発揮することを通じて、医療機関間の機能分
化が実現することが期待されている²⁵。より具体的には、法令上、「かかりつけ医」機能要
件を明確化し、対象となる医療機関を認定した上で、利用希望者による事前登録・医療情報
登録を促すという手順が想定される。

かかりつけ医をもつ患者の比率が高まれば高まるほど、オンライン診療が地域医療提供体
制を崩壊させるリスクは低下する。上述のとおり、改訂指針の考え方に従えば、初診から
「かかりつけの医師」がオンライン診療を行い、対面診療と組み合わせて実施するのが原則
だからである。

Ⅲ オンライン診療と独禁法

1. 医療サービスの特性

医療サービスは、実際に消費してもその品質の客観的評価が難しいという性質をもつ。患
者は、医療診断や投薬処方等、何が最善の治療であるかを事前・事後を問わず知りようがな
いからである。それどころか、サービス提供者である医師が最善を尽くしているかどうかの
検証も困難であり、医師＝患者間の情報の非対称性も大きい。このように、医師と患者との
間の信頼が重要な根拠となって商品・役務が供給され、消費され、取引終了後もその商品の
評価が難しいという性質を持つ商品・役務を「信頼財(Credence Goods)」と呼ぶが、この特
性が、医療分野における良質廉価なサービスを巡る市場競争が機能しない理由の一つとされ
てきた。

また、日本の医療サービスに固有の特徴として、公的な国民皆保険制度の下で価値財とし
て提供されている点が挙げられる。国民皆保険制度の下では、受益者である患者とその対価
の支払者が分離されているため、市場メカニズムを通じた資源の最適配分という機能が期待
できない²⁶。

保険診療サービスの内容については、保険医療機関及び保険医療養担当規則²⁷による保険
医療の範囲内で選択されるにとどまる。また保険診療報酬は、厚生労働大臣が決定する診療
報酬点数表等に基づき算出されるため²⁸、この限りにおいて、価格競争は消滅する（＝公定
価格）。

保険診療サービスを提供するためには、厚生労働大臣の指定を受けて健康保険法上の保険
医療機関となる必要がある。国民皆保険制度の下では、健康保険等を利用しないで病院等を

²⁵ 財政制度等審議会『歴史の転換点における財政運営』（36-39頁）（2022年5月25日）。

²⁶ 診療報酬制度改革に患者の自己負担割合を増加させることによって、一定程度、市場メカニズムを
機能させることは可能である。

²⁷ 昭和32年厚生省令第15号、令和4年3月4日最終改正（同省令第31号）。

²⁸ 厚生労働省「令和4年度診療報酬改定について」（令和4年3月4日保発0304第1号），
<https://www.mhlw.go.jp/content/12404000/000907820.pdf>（最終閲覧日：2022年8月30日）。

受診する患者はほぼ皆無であるため、保険医療機関の指定を受けることは病院等にとって死活問題であるところ、厚生労働大臣は、申請者が保険医療機関として「著しく不相当と認められるものであるとき」には、指定を拒否することができる（健康保険法65条3項6号）。また医療法では、1985年改正により医療計画制度が導入された。同制度は自由開業制及び患者の医療機関へのフリーアクセス尊重という条件の下で、医療機関の地域的偏在という課題に対処するものであり、同制度は無秩序な病院病床の増加の制御により医療資源の地域偏在の是正を図り、医療関係施設間の機能連携の確保を図ることを目的とする。都道府県知事は、良質かつ適切な医療を効率的に提供するという観点から、ある医療圏における病床数が過剰となる場合には、病院開設中止勧告を行うことができるところ、同勧告に従わずに開設された病院については保険医療機関の指定が拒否される。これは事実上の参入規制であり、その限りにおいて自由競争を制限するものと言えるが、鹿児島県内の病院開設を巡って、保険医療機関の指定拒否処分が争われた事件において、最高裁は、「公共の福祉に適合する目的のために行われる必要かつ合理的な措置…であって、これをもって〔憲法22条の〕職業の自由に対する不当な制約であるということとはできない」と判示した²⁹。またその後、平成10年法律109号による健康保険法改正により、指定拒否要件として明文化されている³⁰。

このように、医療の提供は、医療法をはじめとする各種の公的規制に服しており、価格競争の働く余地は小さいものの、上記保険診療制度の範囲内において、医師によって治療方法や投薬が異なり、それによって治療費が異なるほか、医療機関の医療従事者の専門的能力、設備の水準等には差異があり、提供する医療の内容、質において競争原理の働く局面が多いのは当然のことである³¹。

2. 診療サービスに対する独禁法の適用

診療サービスについては、医療の提供が非営利事業である等、古くは医師の事業者性を疑問視する考え方もあったが、1970年代以降、公取委は地域医師会に対する独禁法適用を行い、「医師会の活動に関する独占禁止法上の指針」（医師会活動ガイドライン）³²を公表する等、一貫して独禁法の適用対象であるとの立場をとってきた³³。その後2011年になって、観音寺

²⁹ 最判平成17年9月8日（平成14年（行ツ）第36号・同（行ヒ）第39号：保険医療機関指定拒否処分取消請求事件），判時1920号29頁。なお、日本の医療提供に係る法制度の概要と競争政策上の課題について、佐藤吾郎「医療分野における競争法と消費者」日本経済法学会年報40号（2019年）77-92頁を参照。

³⁰ 健康保険法65条4項2号。

³¹ 事業者が、料金認可制等の公的規制に服する場合であっても、独禁法の適用を妨げないとした先例として、芝浦と場事件・最判平1・12・14民集43巻12号2078頁。

³² 公正取引委員会「医師会の活動に関する独占禁止法上の指針」（昭和56年8月8日，平成22年1月1日最終改正），<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/ishikai.html>（最終閲覧日：2022年9月14日）。

³³ 例えば、豊橋市医師会事件審決（公取委勧告審決昭和55年6月19日），千葉市医師会事件審決（公取委勧告審決昭和55年6月19日審決集27巻39頁），和歌山市医師会事件審決（昭和55年9月29日）等。

市三豊郡医師会が医療機関の新設と診療科目の標榜を制限した行為が独禁法8条3号・4号違反とされた審決の取消訴訟において、東京高裁が「医療の提供が独禁法の適用対象となることは明らかである」と明言し³⁴、最終的な決着を見た。本件事案では、地域医師会に加入しなければ「開業することが一般に困難な状況」がある場合において、地域医師会による医療機関の新規開設、診療科目の標榜、病床増設等に対する各種制限行為が実効性をもつものと認定された。

また、医療法の下で策定される医療計画制度については以下のように判示された。すなわち、同制度は無秩序な病院病床の増加の制御により医療資源の地域的偏在の是正を図り、医療関係施設間の機能連携の確保を図ることを目的とするもので、その限りで自由競争を制限するとしても、「独禁法の求める自由な競争の例外である以上、医療の提供に対する制限は、あくまでも医療法の目的である『医療を提供する体制の確保を図り、もって国民の健康の保持に寄与すること』との目的に沿うものであり、その手段も医療法の認める範囲内のものに限られる。・・・医療機関も、医療法の公的規制の枠内で、自由競争の原則を通じて医療役務の提供の質的向上等を図ることが求められている」。その上で、裁判所は、問題とされた医師会の行為は、医療法上の公益目的（＝医療提供体制の確保）としてではなく、会員の既得利益の保護を主な目的としてなされたと認定したのである。

3. 市場画定の際の留意点

上述したとおり、現在、オンライン診療については、改訂指針によって実施方法に関する考え方が示されており、医師であれば、制約なくオンライン診療を実施できるというものではない。

(1) 「かかりつけの医師」による実施

改訂指針によれば、オンライン診療は、「かかりつけの医師」によって行われることが基本であり、対面診療を適切に組み合わせて行うことが求められる。また、オンライン診療による診療が適切でない場合には、速やかにオンライン診療を中断し、対面診療に切り替えなければならない（改訂指針9頁、12頁）。

もともと、「かかりつけの医師」がオンライン診療に対応していない場合や、そもそも「かかりつけの医師」がいない場合は、患者の医学的情報が十分に把握できること等を条件として、その他の医師も初診からオンライン診療を実施できる。

かかりつけ医をもたない患者は全国民の約半数であり、かつ、初診からオンライン診療に対応している医療機関は約6%（再診の場合は15%）というオンライン診療市場の現状に鑑み

³⁴ 東京高判平13・2・16判時1740号13頁（観音寺三豊郡医師会審決取消請求事件）。武田邦宣「判批」判例タイムズ1131号（2003年）69頁、滝澤紗矢子「判批」ジュリスト1241号（2003年）104頁、村田淑子「判批」別冊ジュリスト・経済法判例・審決百選（第2版）（有斐閣、2017年）76頁等。

ると、オンライン診療は、診察側（供給サイド）、患者側（需要サイド）ともに、少なくとも、「かかりつけの医師」実施条件による規制上の制約はほぼないと言ってよい。

(2) 対面診療との連携

オンライン診療として治療が完結する例外的な場合として改訂指針が挙げる例外的なケースは、禁煙外来と緊急避妊に係る診療のみであるが、実際には生活習慣病等の慢性疾患の治療や、風邪等の一般感冒のように一時的な体調不良に対する診断と症状緩和を目的とした薬剤処方に終始する場合等、より広範な疾病・症状の患者の利用に供される可能性がある。改訂指針が基本理念として求める医師・患者相互の信頼関係が、オンライン診療を通じて形成されることも大いに期待される。その意味では、オンライン診療がより普及する将来においては、フリーアクセスの考えに沿う形で、患者サイドが自己の疾病・症状等に応じて、利用する医療機関、実施方法（対面／オンライン）を選択する可能性が高い。そうした患者側の使い分けがなされる場合には、独禁法の適用においても、「實際上、オンライン診療によって治療が完結する疾病・症状等に対応するオンライン診療」市場が役務の範囲として画定される可能性もあろう。またその際には、地理的範囲は「日本全国」となり得る。ただし、そのような場合であっても、不測の事態に備えて、対面診療との連携が確保される必要がある。また、患者との信頼関係をもつ医師がオンライン診療によるプライマリ・ケア機能を果たし、遠隔健康医療相談やオンライン受診勧奨を通じて、適切な診療科への受診勧奨を行う場合も想定される。

仮に、対面診療との連携の際に、オンライン診療からの紹介に対して、患者の近隣の医療機関が共同して診療を拒絶し、または、患者の所在する地域の医師会が診療拒絶を会員医師に指示する等の場合には、医師法19条1項の応召義務の問題のみならず、独禁法上の不当な取引制限の問題が生じる（独禁法3条、8条1号、同条4号）。

これに対して、オンライン診療一般については、原則として「かかりつけの医師」が行い、対面診療と組み合わせて実施することとされており、医療サービスの信頼財としての性質が示唆するように、治療の過程における医師の変更を望まない患者サイドの選好を考慮すると、オンライン診療普及後も、患者の近隣の医療機関によるオンライン診療を患者が選好することも予想される。すなわち、規制の結果としてではなく、患者による選択を通じた市場メカニズムの結果として、オンライン診療は、対面診療と補完し合う形で対面診療との適切な組み合わせの下で実施される可能性が高い。そのような場合は、市場画定における地理的範囲は、患者が対面診療にアクセス可能な範囲（患者の近隣地域である市区町村）となるだろう。

統計データによれば、現在のところ、大半の医療機関はオンライン診療の対応を行っていないとされる。これが個々の医療機関の経営判断に基づく結果であれば、法的な問題は生じない。2022年度診療報酬改定では、オンライン診療に係る診療報酬が211点から251点へと引き上げられたが、今なお、オンライン診療以外の初診料（288点）とは隔たりがある。情報

通信機器の操作や患者予約管理等、オンライン診療に対応するための手間等のコストも小さくないため、しばらく推移を見守るというのは、とくに診察の対象として診療時間中に来院可能な近隣の患者のみを想定する医療機関においては、合理的な経営判断であるとも考えられる³⁵。

これに対して、仮に、地域医師会の会合の場において会員医師間で情報交換等が行われ、相互にオンライン診療に対応しないことを取り決める場合や、地域医師会がオンライン診療に対応しないよう会員医師に指示する等の場合には、独禁法上の不当な取引制限の問題が生じるおそれがある。

4. 反競争効果分析の際の留意点

地域医師会が、オンライン診療のリスクに関する情報提供や助言の範囲を超えて、オンライン診療と対面診療の組み合わせ比率や、オンライン診療実施の上限割合を取り決める場合、オンライン実施それ自体を禁止する場合と比較すると、反競争効果は小さい。また、オンライン診療においては、対面診療に比べて得られる患者の心身の状態に関する情報が限定されることや、診療に際しては、医療上の安全性・必要性・有効性が担保される必要があるところ、例えば、超高齢化地域においては、情報通信機器の操作等に懸念がある場合等、地域医師会で話し合っ、相互にオンライン診療を差し控えることを取り決めることが直ちに独禁法違反となるものではない。これは正当化事由の評価に関する問題であり、個別具体的な事実関係の下では、地域医師会等が、事業法上の規制水準に上乗せする形でより厳格な自主規制ルールを設ける場合であっても、目的の正当性及び手段の相当性の観点から、競争への悪影響と比較衡量することによって対象行為を評価することになる。

IV 結語～市場形成期における競争政策の役割～

オンライン診療は、新型コロナウイルス感染症の拡大を大きなきっかけとして、段階的な自由化が推し進められてきた、新たな医療サービスの実施形態である。諸外国においてオンライン診療が急速に普及し、新型コロナ後も定着すると予想されているのに対して、我が国においては、これまでのところ、オンライン診療はほとんど利用されていない状況にある。医療従事者は、今なお、オンライン診療の質とコストに対して懐疑的な立場を崩していないが、2022年度診療報酬改定による診療報酬の引上げや、改訂指針によって初診からオンライン診療が可能となったことを受けて、将来的には、オンライン診療の普及と市場形成が見込まれる。というのは、今後、諸外国において、オンライン診療の有効性と安全性に関するエビデンスが蓄積され、誤診リスクに対する医療従事者の懸念が払拭されることが予想される

³⁵ もっとも、診察時間中に通院できない勤労者や移動困難な高齢者、自宅療養者にとっての医療アクセスの利便性向上という観点からは、そうした医師サイドの姿勢こそが問われるべきである。

からである。またコスト面においても、関連技術の開発・商品化や、医療系デジタルプラットフォーム事業者による患者とのマッチングや予約管理・決済機能の提供等、各種のオンライン診療サポートがすでに提供されている。オンライン診療の質の高さが実証され、実施コストが許容水準にとどまることが明らかになった後も、オンライン診療が普及しない理由は見当たらず、日本だけがグローバルな常識から乖離し続けるという将来予測は成り立たない。

医療業界に対する独禁法の適用可能性については、上述のとおり、すでに明確になっているが、医師会の活動に関する各種の競争制限的行為については格別、オンライン診療のように、事業法上の規制が段階的な自由化のプロセスにあるサービスについては、医師会等の診療サイドにおける違法性の認識も希薄であり、地域医師会の会合等の場で、軽々に「みんなで話し合っただけでしばらく対応しないことに決めた」といったケースも少なくないと想像される。このように、従来の業界慣行とは異なるルールの急速な変化に業界が晒される時期には、公正取引委員会による医療従事者への周知・啓発活動を通じて、業界の独禁法への理解を深めていくことが求められる。また、独禁法の適用をはじめとする競争政策に基づく適切な規制的介入を通じて、オンライン診療市場の健全な発展が促されるとともに、オンライン診療が、我が国の医療提供体制の充実と医療資源の効率的活用に貢献することが期待されよう。

(2022年7月脱稿)

第 7 章

アルゴリズムの弊害について ～英国CMA報告書を手がかりに～

駒澤大学法科大学院教授
若 林 亜 理 砂

I はじめに

近年、コンピューター技術が進化し、それとともに取り扱い得るデータの量も飛躍的に増えたことにより、アルゴリズムやAIが利用される領域、場面が増加している。オンラインによるサービス提供の種類・内容は飛躍的に広がり、消費者はコンピューターの前に座ったままで、これまでにはリアルでないと享受できなかった多くのサービスを利用できるようになり、また、以前には提供自体不可能であったサービスも消費者に提供されるようになった。現在、インターネットを利用している消費者は、ネット利用中のすべての作業においてアルゴリズムやAIの恩恵を被っていると言っても過言ではない。

アルゴリズムやAIの登場が消費者にもたらすメリットはそれだけではない。例えば、過去のデータの分析に基づいて、将来の結果の予測をするアルゴリズムは、事業者による需要の予測、価格変動の予測、顧客の行動や嗜好の予測等に利用され、より効率的に事業展開することが可能となるし、ビジネスプロセスの最適化のために利用することにより生産コストや取引コストの削減にもつながる¹。このような事業者の効率性の向上により市場における競争が促進され、消費者はより良質な商品・サービスをより安価に入手できることが可能となる。

一方で、アルゴリズムやAIが具体的にどのようなものであるのか、消費者にはわかりにくいことに加え、インターネット上で収集された個人情報やアルゴリズムやAIにどのように利用されているのか必ずしも明確でないことから、社会的にアルゴリズムやAIの広がり懸念が示されることもしばしばである。また、上記のように事業者によるアルゴリズムやAIの利用により競争促進効果が生じ得る一方、場合によっては競争阻害効果もあり得るとされている。

アルゴリズムに関しては、その利用の増加及び技術の進歩によるアルゴリズム自体の複雑化とともに近年特に注目されるようになり、すでに様々な機関や各国競争当局が検討を行い、ペーパーなども出されている。アルゴリズム関連のペーパーを公表している主な機関としては、OECD（2017年）²やICN（2020年）³、主要国としては、ポルトガル（2019年）⁴、ドイツ及びフランス（2019年）⁵、オランダ（2020年）⁶、フィンランド（2021年）⁷、ノルウェー

¹ OECD (2017), *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, available at <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf> (last seen: 27 Oct. 2022).

² Ibid. このOECDのプロジェクトには、EUや米国等からペーパーが提出されている (<https://www.oecd.org/daf/competition/algorithms-and-collusion.htm>) (最終閲覧日：2022年10月19日)。

³ ICN, *ICN CWG SG2 Project on "Big data and Cartels" The impact of digitalization in cartel enforcement - scoping paper-*, (28 April, 2020), <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/CWG-Big-Data-scoping-paper.pdf> (last seen: 27 Oct. 2022).

⁴ ポルトガル競争庁「Digital ecosystems, Big Data and Algorithms」(2019年7月), <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/processos/epr/Digital%20Ecosystems%2C%20Big%20Data%20and%20Algorithms%20-%20Issues%20Paper.pdf> (最終閲覧日：2022年10月19日)。

⁵ ドイツ連邦カルテル庁及びフランス競争委員会による共同報告書「アルゴリズムと競争」(2019年

(2021年)⁸、日本(2021年)⁹などが挙げられる。

本稿では、英国市場・競争庁(以下、「CMA」)が2021年に公表した、アルゴリズムに関するワーキングペーパー「Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers」(以下、「本報告書」)¹⁰を手がかりに、アルゴリズムが市場の競争、ひいては消費者に与える影響について、英国での検討状況を概観する。以下、文中括弧で引用する数字は、報告書の該当セクション番号である。

II 英国CMA報告書

本報告書は、英国がデジタル・プラットフォームに対する規制のあり方について継続的に行っている検討の一環として公表されたものである。

2019年3月、英国政府により委託された外部パネルによる報告書である、いわゆるファーマンレポート(the Furman Report)が公表され¹¹、合併規制の改革などと共に、急速に発展するデジタルマーケットに対応する規制機関であるDigital Market Unit(以下、「DMU」)の設立等の勧告を行っている。同年7月、CMAは、デジタル市場戦略を公表し、そのなかで今後取り組むべき七つの優先分野を示した。このうちの 하나가、新たな規制機関設立に向けての検討であり、そのための検討組織としてDigital Market Task ForceをCMA内に設立した。このタスクフォースはCMA内に設置されてはいるものの、CMA、OFCOM(Office of Communications)、及びInformation Commissioner's Officeのメンバーによって構成された。同

11月)、<https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>(最終閲覧日:2022年10月19日)。

⁶ オランダ競争庁報告書「アルゴリズムの監視」(2020年12月)、<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>(最終閲覧日:2022年10月19日)。

⁷ フィンランド競争・消費者庁報告書「アルゴリズムによる共謀」(2021年1月)、<https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2021/11/2021-kkv-selvityksia-1-2021-algoritmien-aiheuttamat-kolluusotilanteet.pdf>(最終閲覧日:2022年10月19日)、同庁報告書「消費者・競争政策分析におけるパーソナライズド・プライシング」(2021年2月)、<https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2021/11/2021-kkv-selvityksia-2-2021-personoitu-hinnoittelu.pdf>(最終閲覧日:2022年10月19日)。

⁸ ノルウェー競争庁報告書「アルゴリズムは競争にいかなる影響を与えるか」(2021年)、<https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2021/03/Report-Algorithms-english-version-2021.pdf>(主要部分の英語翻訳版)(最終閲覧日:2022年10月19日)。

⁹ デジタル市場における競争政策に関する研究会「デジタル市場における競争政策に関する研究会報告書 アルゴリズム/AIと競争政策」(令和3年3月31日)、https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2021/mar/210331_digital/210331digital_hokokusho.pdf(最終閲覧日:2022年10月19日)。

¹⁰ Available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/954331/Algorithms_++.pdf(last seen: 27 Oct. 2022).

¹¹ Digital Competition Expert Panel, *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, (March 2019), available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf(last seen: 27 Oct. 2022).

タスクフォースは、DMUの役割、機能、権限、ガバナンスを含む提言を2020年12月に公表された報告書において行っている。これを受けCMAは、2021年4月に、法律に基づく正式の機関設立を行う前の段階として、法律に基づかない暫定的な形式でDMUの設立を公表した。

タスクフォースの報告書では、DMUに必要とされる機能と権限として、事前規制(ex-ante regime)が推奨されている。これにより、現在継続して発生している最も強力なデジタル・プラットフォームによる害を効果的に抑止することができ、広範なデジタル市場においてDMUが効果的な監視機能を果たし得るとしている。この事前規制のあり方の検討にあたり、機械学習とAIの適用の進展が反競争的行動につながらないこと、或いは、消費者、特に脆弱な消費者の被害に繋がらないことを確保するために、これらを監視することが重要であるとされ、その努力の一環として本報告書が作成されている。

上記のように本報告書は2021年1月に公表されたが、本報告書はCMAがアルゴリズムについてその考えを示した初めての報告書ではない。本報告書公表以前の2018年10月にも、CMAは価格アルゴリズムに関するワーキングペーパーである「Pricing algorithms」を公表している¹²。この価格アルゴリズムに関するペーパーでは、競争者間の共謀及びパーソナライズド・プライシングを可能とするアルゴリズムに焦点を当てた、経済学的アプローチによる分析が行われている。本報告書のうち、内容的に2018年ペーパーと重なる部分（アルゴリズムによる共謀部分）は、2018年のペーパーを補足、アップデートするものであり、この点に関するCMAの最新の考え方を示すものとされている。

本報告書は、第1章「はじめに」、第2章「セオリーオブハーム」、第3章「害悪に対する調査テクニック」、第4章「害悪に対処する規制機関の役割」、第5章「結論」の全5章から成り立つ。第2章で論じるセオリーオブハームは、(1)消費者への直接的な被害、(2)排除行為、(3)アルゴリズムによる共謀、(4)非効率的なプラットフォーム監視の弊害、に分類されている。

本報告書は冒頭でアルゴリズムが社会や市場の競争にもたらすメリットについて簡単に言及しているが、報告書の趣旨は、アルゴリズムの不正使用(misuse)により「市場の競争及び消費者にもたらされる害」について述べるものであるとされ、第2章がその中心となっている。第2章で取り上げるそれぞれの行為・論点に関しても、アルゴリズムの使用による便益に触れられているが、中心はその利用に伴い得る害悪についてである。そして、それらの害が具体的にどのような法規により対処できるかについては特に区別を行わないとしている。本報告書は、上記のように新たな規制の仕組みを検討する一環として作成されたものであり、現存する法規制には必ずしもフィットしないものも含まれている可能性がある。具体的な適

¹² CMA, Pricing algorithms Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing, (6 Oct. 2018), available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf (last seen: 27 Oct. 2022).

用法（適用の必要性も含め）については今後検討されるものと思われる。

アルゴリズムにより消費者にもたらされる可能性のある弊害には、様々な種類のものが考えられるが、第2章で検討される弊害は主としてCMAが所掌する消費者法関連のものである。従って、例えば、消費者の個人情報保護の問題はアルゴリズムと関連して懸念はあるものの、本報告書では詳細に取り上げられていない（言及部分は存在する）。

本報告書は、アルゴリズムの弊害を規制するためのCMAの最終的見解というわけでは必ずしもない。公表時点におけるCMAの最新見解を示し、それに対する議論を喚起し、学界、競争法専門家、企業、市民社会、第三セクター組織等、社会から広く意見や情報を求めて具体的な規制のあり方を検討するたたき台という性格を有している。従って、本報告書は、最後に、(a)アルゴリズムの害の分類や潜在的な害が、注目すべき正しいものかどうか、その可能性や影響、そして他にも注目すべきものがあるかどうか。(b) i)弊害の可能性を監視及び評価し、ii)任意の企業のアルゴリズム及びシステムを調査及び監査するための方法及び技術、(c)アルゴリズムの弊害を防止又は是正するための、実現可能で効果的かつ比例的な措置、についての意見を求めている。

なお、「アルゴリズム」は、筆者のような技術的門外漢にとっては必ずしも具体性を持って容易に理解し得る概念ではないが、本報告書における定義は、「計算を実行したり、問題を解決したりするための一連の命令」であるとされており、単純なルールの集合体だけでなく、より高度な機械学習や人工知能(AI)のコードも含む意味で使用する、とされている。また、本報告書では、「アルゴリズム・システム」という用語も使用されており、この用語は、アルゴリズム、データ、モデル、プロセス、目的、そして人々がこれらのシステムをどのように相互作用させ、使用するかという、より大きな意味での自動化されたシステムを意味するものとされている(1.1)。

Ⅲ アルゴリズムの弊害

1. 消費者への直接的被害（パーソナライゼーション）

(1) パーソナライズド・プライシング

オンライン上のプラットフォーム事業が大きな発展を遂げると共に、プラットフォーム事業者が収集するデータを活用したパーソナライズド・プライシングが注目されるようになってきている。

顧客の状況に応じて行う価格差別については、従来からも様々に論じられてきているが、それが行われる状況は比較的限られたものであり、また、価格差別の基礎となる情報も限定的であった。例えば、地理や年齢など一定の属性に基づき行われる価格差別（いわゆる、third degree price discrimination）や、購入する数量に基づき行われる価格差別（いわゆる、second degree price discrimination）などであり、例えば、ビジネス旅行客と個人旅行客とで差

別的な価格をつけることなどはこれにあたり得る。しかし、デジタル・プラットフォームが収集する情報は詳細かつ多岐にわたっており、これら情報をAI技術等を使用して分析をし、個人が一定の商品・役務を購入するために支払おうとする金額を推定することが可能となり、一人ひとりが支払許容額と完全に一致するような高度に対応した価格設定（いわゆる、first degree price discrimination）すら可能となってきている。

本報告書において、パーソナライズド・プライシングとは、「異なる人に異なる価格を宣伝すること、及び、それと同様の効果を持つような行為」を含むとされている。異なる価格を提示する行為と同様の効果を持つ行為の例として「特定の顧客に割引を提供する」が挙げられている(2.9)。

パーソナライズド・プライシングの一般的な経済効果について、わが国のデジタル市場における競争政策に関する研究会報告書「アルゴリズム/AIと競争政策」（以下、「わが国報告書」）においては、第一に、パーソナライズド・プライシングにより、均一価格では対象商品・役務を手に入れることができなかつた消費者も購入が可能となることによる産出量拡大効果、第二に、均一価格より支払意思額の高い消費者がより高い価格を支払うことにより、消費者余剰の少なくとも一部が生産者余剰に移るといふ、配分効果、及び、第三に、競争的な市場においては、互いに競合する顧客に限って低い価格を付けることが可能になることや、新規参入者が奪いたい顧客にだけピンポイントで値下げすることが可能となることによる、競争促進効果が挙げられている¹³。

本報告書においても、多くの場合、パーソナライズド・プライシングは、総算出量と消費者厚生を向上させるものであって、便益をもたらすものであると述べられている。その具体例として、①消費者による検索コスト削減、②消費者と商品・役務のより正確なマッチングの実現、③一律価格では支払うことを望まない消費者に対し、事業者がより低価格を設定し利益を得つつ販売する可能性、④ターゲットを絞ったディスカウントを提供することにより、特にスイッチングコストがかかる市場で新規参入者の競争力を高める可能性、を挙げている。このうち③は、わが国報告書の第一点目と同様であり、また、④は、わが国報告書における第三点の例として述べられた競争促進効果である。

パーソナライズド・プライシングはプラスの効果を有することもあるが、場合によってはマイナスの効果をもたらすこともある。本報告書では、消費者への悪影響を与える場合につき四つの例を挙げている。第一に、競争が不十分で独占者が価格差別を行う場合には消費者への悪影響が生じる可能性が高いと述べている。本報告書はOFT(Office of Fair Trading)による2013年の報告書の考えを踏襲しており、2013年の報告書においては、特に、消費者を細かいグループに分類する場合、支払許容額が高い消費者を特定して差別が行われる場合に問題

¹³ デジタル市場における競争政策に関する研究会・前掲注(9)45頁。

があるとされている。

このほか、本報告書はパーソナライズド・プライシングが特に複雑で消費者への透明性が欠如している場合、及び、企業が実施するのに非常にコストがかかる場合にマイナスの効果があるとしている。前者に関しては、パーソナライズド・プライシングが、消費者が予想しない、或いはほとんどコントロールできない方法で、企業によって収集された個人情報に基づき、AIを利用した複雑な方法で使用される場合、非常に透明性の欠けたものとなると述べる。またそれだけでなく、それにより多く支払う顧客が脆弱な消費者である場合には、その配分効果も容認できないものとなると付言する。さらにパーソナライズド・プライシングによって、消費者がオンライン市場への信頼を喪失するような場合には、全体的な経済効率に悪影響を及ぼす可能性があり深刻であると述べる。

このほか、パーソナライズド・プライシングにより割増料金を請求されるのを避けるため、消費者が検索コストや取引コストを増大させる場合も経済効率性に悪影響を及ぼす可能性があるとも述べている。

パーソナライズド・プライシングについて、上記のようにその影響の議論は進行中であるが、その前提事実として、実際にどの程度パーソナライズド・プライシングが行われているかについては、その全体像が必ずしも明らかとはなっていない。これまで報告されたものとして、2012年時点で、米国スーパーマーケットのSafewayとKrogerが顧客の過去の購入行動に基づくパーソナライゼーションを行っていた事例¹⁴や、2017年にAir Asiaが旅客ごとに荷物の料金についてパーソナライゼーションを試行したこと¹⁵などが報じられている。デジタル・プラットフォームによるパーソナライズド・プライシングとして初期の例（と言われているもの）は、Amazonが顧客の過去の履歴によりDVDの価格を変えており、顧客がクッキーを削除したところ異なる価格が提示された2000年の事例¹⁶があるが、それ以外については具体例が多数報じられているという状況にはない。このように、これまでパーソナライズド・プライシングの利用が大きく報じられてこなかった理由としては、消費者の否定的な反応が予想されることが挙げられる。消費者の反感を買わないために、パーソナライズド・プライシングの利用を避けている場合や、利用していても公表を大々的に行わない場合があると思われる。

¹⁴ Clifford, S., “Shopper Alert: Price May Drop for You Alone”, *The New York Times* (9 Aug. 2012), available at <https://www.nytimes.com/2012/08/10/business/supermarkets-try-customizing-prices-for-shoppers.html>.

¹⁵ Jamie F., “AirAsia testing personalised baggage pricing, eyes more add-on revenues, Reuters”, (16 Nov. 2017), <https://www.reuters.com/article/airasia-strategy/airasia-testing-personalised-baggage-pricing-%20eyes-more-add-on-revenues-idUSL3N1NM2DS> (last seen: 19 Oct. 2022).

¹⁶ Kate A., *Will Personalised Pricing Take E-Commerce Back to the Bazaar?*, *The Business of Fashion*, (20 Mar. 2015), <https://www.businessoffashion.com/articles/technology/personalised-pricing-turns-e-commerce-online-bazaar/> (last seen: 27 Oct. 2022).この時、Amazonはこの値下げがランダムな価格テストのためであるとし、顧客の属性に応じて価格を変更したことはないと述べ、高い価格を支払った顧客に返金したという。

本報告書においても、B&Qというホームセンターによる店舗におけるデジタル値札を利用したパーソナライズド・プライシングの実例が挙げられている。この事業者は、顧客の携帯電話からの情報を利用して、顧客の消費習慣やロイヤリティカードのデータに基づいてデジタル値札の表示価格を調整していた(2.15)。

消費者が不公平に感じ、パーソナライズド・プライシングにネガティブな反応を示すため、一見してわかりにくい形でパーソナライズド・プライシングが実現されることがある。このような例として、本報告書は、ロイヤルティ・プログラムやクーポンやバウチャーなどの提供を挙げている。ただ、このような形態でのパーソナライゼーションの実施には問題があり、新規顧客や価格交渉を行う顧客のみが利益を享受したり、契約更新時ごとに価格値上げを行う方針を取る事業者がいるなど、あまりアクティブでない消費者にはメリットが及ばないことが指摘されている(2.16)。

(2) 非価格パーソナライゼーションの弊害

本報告書は、価格以外の要素がパーソナライズされる場合についても取り上げている。具体的には、①ランキングに関するパーソナライゼーション、②フィルタリングに関するパーソナライゼーション、及び、③ユーザージャーニーに関するパーソナライゼーションが取り上げられている。これらの非価格パーソナライゼーションは、消費者が、それがどのように行われているか、又は行われていること自体を認識していない場合、それが不公正な分配効果をもたらしたり、脆弱な消費者に害を与える場合には、問題となり得るとする(2.21)。

① パーソナライズされたランキング

検索クエリがインプット情報として利用されていることは多くの消費者が認識をしていると考えられるが、検索結果の表示順序を決定するため、ユーザーの位置情報、過去の検索クエリ及び過去の閲覧・購入行動等の情報が使用される場合がある。消費者は検索結果がどのような順序で表示されるのか、あるいはその理由を正確に観察することができないため、企業が消費行動を操作できる可能性が指摘されている。また、購買意欲の高い消費者に高い価格の商品を提示することで、(間接的にはあるが)パーソナライズド・プライシングと同様の結果を得ることができる「プライス・ステアリング」につながる可能性もあると述べられている(2.23)。

② おすすめ・フィルターのアルゴリズム

おすすめ・フィルターのアルゴリズムとは、本報告書では「消費者に提示される情報や選択肢の範囲を決定することで、その選択に影響を与えるようなアルゴリズム」とされており(2.25)、その典型例はYouTubeにおけるおすすめ機能である。本報告書は、その議論の焦点からは逸れるとしながら、自制心が脆弱化、消費者の使いすぎ、有害な(しかし魅力的な)コンテンツ拡散の可能性、共有される公共の言説や現実の理解が分断される可能性、に言及する(2.27)。また、SNSの中毒性等の負の影響は、製品やサービスの品質を効果的に低下さ

せ、結果として消費者厚生を低下させるとして、競争法の観点からも問題であるとの指摘があると述べる(2.28)。

本報告書は、GoogleやBingの検索窓に自動で出現するクエリの候補についても懸念を示しており、この機能が過去のユーザーの検索クエリに基づくため、悪意を持った第三者が数多くの特定のクエリを送信するなどにより、消費者の選択を操作することが可能となると指摘する(2.29)。

③ ユーザー体験・ジャーニーの操作

選択肢の設計には、通知やプロンプトを送信するか、そのタイミング、その他のユーザー体験やジャーニーの側面も含まれるが、これらがパーソナライズされると、消費者の選択と競争を損なうような歪みをもたらす可能性があるとする。例えば、特定の消費者がアプリで肯定的な評価をする可能性が高い特定の時間に、その消費者をターゲットにすることにより、通常であれば行われた評価よりも高い評価が得られるという意味での評価のインフレを招くことができることが指摘されている(2.31)。

(3) アルゴリズムによる差別

アルゴリズムシステムを悪用して消費者へのサービスやオファーをパーソナライズすることは、不当な差別につながり得る。英国では、Equity lawにより、サービスを提供する人や組織が「保護された特性(protected characteristics)¹⁷」に基づいて差別することが、間接差別を含め、一般的に禁止されている。本報告書は、アルゴリズムシステムによる不当な差別も違法となり得るとするが、執行は困難であり、現在まで英国ではAIシステムの差別に対処するための特別な法律は存在しないと指摘する(2.32)。ただし、英国のEquity Lawは属地的な適用しかなされないため、英国外に所在しオンラインを通じてのみ事業活動を行う事業者には適用することはできないという限界がある¹⁸。

間接的な差別が発生する可能性があるものとして、本報告書では三つの例が挙げられている。第一には、地理的ターゲティングに関するものである。保護された特性を有する需要者は一定の地域に居住している場合があることから、地域ごとに価格や利用可能サービスを変えることが差別につながる場合があるとして、米国Amazonの例を挙げる(2.36)。Amazonは、2016年に米国でプライムサービスの無料即日配送を拡大した際、プライム会員が集中している地域を優先したが、その影響で、黒人が多く住む地域は取り残されたとされている。第二の例は、オンライン・シェアリングエコノミー・プラットフォームに関するものである。AirbnbやFiverrなど、プラットフォームがサービスを提供する人に関する情報を提供するこ

¹⁷ 法律上「保護された特性」とは、年齢、障害、自認する性別、既婚あるいは内縁関係にある、妊娠中又は子供がいること、人種、宗教・信条、性別、性的嗜好を指す(The Equality Act 2010, Section 4)。

¹⁸ See, Equality and Human Rights Commission, Websites and Internet services, (19 Feb. 2019), <https://www.equalityhumanrights.com/en/multipage-guide/websites-and-internet-services> (last seen: 27 Oct. 2022).

とて信頼を築き、取引を促進しようとするものである場合、利用者の有するバイアスを緩和しきれない状況が生じる。例として、Airbnbにおいて、黒人のホストの同サイトでの収入が低く、また黒人のゲストが拒絶される割合が高いことを示す調査等が引用されている(2.42)。第三に、差別的広告ターゲティングが挙げられている。本報告書では、Facebookによる差別的ターゲティング広告を抑制するための措置が紹介されているが、費用対効果を最適化する広告配信システムにより、広告主の意図とは関わりなくターゲティング広告が差別的になされることを妨げられないことが指摘される(2.44)。この指摘は、一定の費用でその効果を最大化するために、例えば収入等一見保護された特性とは関連しないものをパラメーターとすると結果として、人種や性別に偏りが出てしまう結果となることを意味していると思われる。

(4) 不当なランキングとデザイン

検索結果のデフォルトやランキング（表示順）については、現在多くの国で問題とされ、競争法の観点からもいくつか適用事例が出ている。本報告書は、これらデフォルトやランキングが、消費者が効率的に意思決定を行うのに役立ち、プラットフォーム間で競争が行われていれば、積極的な消費者は満足できない場合に他のプラットフォームに乗り換えることも可能であるとする。しかし、ランキングやデフォルトのために採用する基準に透明性がない場合、消費者の利益を犠牲にして企業の利益を反映しているのではないかという疑念や懸念が生じる可能性があるとして指摘する(2.51)。

このような可能性のある場合として、二つの例が挙げられている。第一は、商業的利益のために他者を優遇する場合、第二の例は、ユーザーを騙し、意図せず潜在的に有害な意思決定をさせるユーザーインターフェースデザインである、ダークパターンである。第一の場合について、消費者は、関連性や価格、品質とは無関係に、単にその位置によって、結果リストのトップに近い選択肢を選択する傾向があり、オンライン・プラットフォームが商業的利益をもたらす事業者を透明性のない形で優遇した場合に、より中立的な選択肢が提示されればより優れた選択肢を選んだであろう消費者を犠牲にする可能性があるとする。第二の例として挙げられたダークパターンの一例として、本報告書は、製品の数量や時間が限られていることを強調するプロモーションメッセージである希少性メッセージの例を挙げ、この希少性メッセージが誤解を招くようなものである場合に問題であるとする(2.57)。また、バナーやウェブデザイン等に関し複数の案のどれが優れているかにつき、何度も試行して定量的に決定するテスト手法であるA/Bテストも、機械学習機能により実行される場合には適切な監督を欠き、消費者の損害につながる可能性があるとして指摘されている(2.60)。

2. 競争者排除

アルゴリズムやAIの利用は事業者の効率化を促し、また各消費者に最も適した商品やサービスとのマッチングを提供し得ることから、競争促進的である場合も多く、それ自体が問題

とされるわけではない。本報告書では、アルゴリズムシステムが支配的な企業によって使用され、競争者が市場における当該事業者の地位に挑戦することを制限するような場合に問題となるとされている。わが国報告書において「市場において複数の事業者が競争している場合においてはパーソナライズド・プライシングによって競争が促進される場合も多い」ことから、価格差別そのものが問題となるわけではなく、「基本的には、市場において有力な地位を占める事業者がパーソナライズド・プライシングを行」い、競争事業者を排除するなどの場合がわが国独占禁止法との関係で問題となり得ると指摘されているが¹⁹、これと同趣旨であると考えられる。

(1) 自己優遇 (Self-preferencing)

有力なデジタル・プラットフォームは、商品やサービスの検索・マーケットプレイスでの提供において、ゲートキーパー的役割を果たす場合がある。このようなプラットフォームの利用により、消費者は多くの商品・サービスの中から自己の希望に合うものを容易に発見ことができ、また、商品・サービス提供事業者にとっても消費者へのリーチが容易になる。この意味で、市場の競争を促進する意味においてこれらデジタル・プラットフォームの果たす役割は大きい。反対に反競争効果をもたらすと懸念される場合がある。

ゲートキーパーとなる検索サイトあるいはマーケットプレイスを運営する事業者自身が、自ら商品又はサービスを提供している場合、当該事業者が競争事業者と比較して自らの商品・サービスを検索サイトあるいはマーケットプレイス等で優遇した場合、すなわち、自己優遇が行われた場合には競争者を排除する効果が生じ、問題となり得る。自己優遇について、本報告書においては、「デジタル・プラットフォームが、競争者の商品・サービスを犠牲にして自らの商品・サービスを優先する決定を行うこと」とであると定義されている。本報告書は、デジタル・プラットフォームが行う取り扱いが、自社の製品及びサービスとライバル企業の製品及びサービスとの間の「メリットに基づく競争」によらない場合に特に問題とする(2.64)。

デジタル・プラットフォーム事業者による自己優遇の典型例は、ランキングにおける自社商品・サービスの優遇であろう。EUのGoogle事件²⁰はランキングにおける自己優遇が排除行為とされ、市場支配的地位の濫用が認定された事例である。ランキングにおける自己優遇は、わが国報告書においても競争を阻害するおそれのあるものとして取り上げられている。

自己優遇との関連ではランキングが問題とされることが多いが、本報告書は、それ以外にも、デフォルトやsaliency（配置によって注意を誘引すること）の効果を利用する自己優遇も問題となり得るとし、その具体例として、Amazonに掲載されている商品のデフォルトの小売業者である「Featured Offer」（以前の名称は「Buy Box」）を挙げる。消費者がBuy Box

¹⁹ デジタル市場における競争政策に関する研究会・前掲注(9)47頁。

²⁰ *Google and Alphabet v Commission*, T-612/17 (2021).

を通じて購入する割合は非常に高いが、Buy Boxに入る事業者の選定アルゴリズムの詳細につき、Amazonは公開していない(2.68)。

さらに、顧客に示される選択肢に影響するアルゴリズムは、情報の非対称性や潜在的な利益相反が存在する状況下で使用される可能性があるとする。例えば、消費者又は利用事業者がその選択肢の決定をデジタル・プラットフォームに委託する場合や、デジタル・プラットフォームが取引の仲介者として行動する場合などであって、その決定がアルゴリズムによって行われる場合（例えば、GoogleのAdTech）に、そのアルゴリズムは市場が機能するかどうかの鍵となる。このアルゴリズムの信頼性や透明性が不十分である場合に、当該デジタル・プラットフォームは消費者や取引事業者ではなく、自らの利益のために行動しているのではないかという疑念が生じ、最終的には消費者や顧客がデジタル市場への参加を取りやめることにつながりかねない。

このような事態を避けるため、デジタル・プラットフォームによる自発的な開示が行われない場合には、規制当局が介入して、アルゴリズムの動作を監査・確認する技術・取り組みに直接投資したり、独立したアルゴリズム監査プロバイダーの開発促進等により、情報の非対称性を緩和することが有効な場合があるとする(2.71)。

(2) アルゴリズムの操作及び意図せぬ排除

本報告書は、ランキングアルゴリズムの操作について、自己優遇とは別の項目で言及している。

まず、本報告書は、ランキングアルゴリズムやその他のプラットフォームの設計上の選択を操作すること、例えば、アルゴリズムを変更して、新規参入企業の成長にとって重要な時期に、その認知度や知名度を一時的に低下させる等の行為を行うこと等により、既存企業を優遇し競争事業者を排除できる可能性があるとする。本章は、市場支配的なプラットフォームにより行われることを前提として書かれており、このような排除は、現在の英国競争法上も問題となり得るものである。

さらに本報告書は、より一般的に、合理的な目的のためであっても、FacebookやGoogleなどのゲートウェイ・プラットフォームによる複雑なアルゴリズムシステムの変更は、それに依存している企業に意図しない弊害が生じ、多くの企業が意図せずに排除されるなど、市場での競争に悪影響を及ぼす可能性があるとする。これらのアルゴリズムの運用の変化を理解し、それに適応することが必要になるとすれば、それは参入障壁となる可能性があるとも述べる(2.73)。このような、合理的目的のためのアルゴリズムの変更は、即座に競争法上問題となるとまでは言えないと思われるが、本報告書は、プラットフォームは、意図しない影響も含め、自らのアルゴリズムに責任があるとし、影響を受ける可能性のある事業者は、アルゴリズムの機能につき十分な説明を受け、重大な影響を与える可能性のある変更について十分な通知を受ける必要があると述べる(2.75)。

(3) 略奪的価格設定

本報告書は、アルゴリズムを利用した略奪的設定についてごく簡単に触れている。理論的には、消費者のデータ、アルゴリズム、パーソナライズド・プライシングの技術を利用して、乗り換えのリスクが最も高い顧客や、新たな競争相手にとって重要な顧客を特定し、選択的に価格設定を行うことにより、競争事業者を排除することが、より容易に、より効果的に、よりコストをかけずに可能となり得ると指摘している(2.77)。

3. アルゴリズムによる共謀

アルゴリズムについては、それがカルテルを容易にすること、場合によっては、アルゴリズムが自己学習の結果カルテルを創出する可能性もあることなどから、アルゴリズムとカルテル（事業者間の協調・共謀）に関して各国で活発に議論が行われている。

本報告書は、アルゴリズムによる共謀をめぐる懸念を、①明示的な協定の促進、②ハブアンドスポーク型、③自律的な暗黙の共謀可能性、に大別している。わが国報告書もその分類において引用するOECDの報告書では、アルゴリズムと共謀に関し懸念される類型として、a. 監視アルゴリズム、b. 並列アルゴリズム、c. シグナリング・アルゴリズム、d. 自己学習型アルゴリズム、を例示している²¹。このうち、a, b, dはそれぞれ本報告書の①、②、及び③に直接対応している。cについては検討されていないようにも一見思われるが、それが明示的な競争を促進し得るという意味では、一部内容的に①に含まれるとも考えられる。

①について、本報告書は、「自動化された価格設定システムの利用により、協調から乖離が生じた場合にこれを察知し、対応することが容易になるため、明示的協調が促進される」とする(2.80)。この動きを即座に察知し、あるいはそれ以上に値下げをすることがわかっていれば、カルテル逃れを行うインセンティブは各参加者から失われ、当該価格カルテルは安定したものとなる²²。また、そのようにカルテルからの逸脱に自動的に反応し、逸脱を罰するような複雑なアルゴリズムではなく、単純な価格設定アルゴリズムであっても、競争者のリアルタイム価格データにアクセスできるようになれば、事業者間の明示的な協定をより安定させることが可能であるとする。なお、相互に価格を瞬時に参照し合うことにより、価格が斉一化する可能性はあるが、本報告書はそれ自体を必ずしも問題とするものではなく、既に合意があることを前提として協調の安定化を問題とする。

②に関して本報告書は、同一アルゴリズムシステムを使用する場合、同一ソフトウェアやサービスを使用し、または、共通の仲介者に価格決定を委ねたりすることにより、「ハブアンドスポーク」構造が形成され、情報交換が促進され、競争価格以上の価格をもたらす可能

²¹ Supra note 1, pp.26-31.

²² このような効果を持つアルゴリズムは、OECD報告書、わが国報告書などでは「監視型アルゴリズム」として紹介されている。

性が懸念されるとする(2.80)。例えばAmazonマーケットプレイス等のプラットフォームはサードパーティー供給者に対して価格設定・管理支援アルゴリズム(自動価格設定アルゴリズムを含む)を提供しており、これらのプラットフォームが供給者ごとに独立して価格・推奨価格を最適化しているかは疑問であると指摘する(2.83)。

③は、価格設定アルゴリズムが高度化、複雑化し、深層強化学習(deep reinforcement learning)などの技術を用いて、人間のカルテルを行う意図やコミュニケーションなしに、カルテルを行うことを学習するのではないかという懸念であり、シミュレーション研究ではこのことが現実化する可能性があるという明確な懸念が示されている、と本報告書は指摘している(2.85)。

しかし、実際に、①に該当するカルテルに対して何らかの措置を執った事例はこれまでほとんどなく、②及び③のように当事者間で直接的な接触のない事例に対して、競争当局が異議を唱えることができるのかについては不透明であるとされている(2.87)²³。

4. 非効率的なプラットフォーム監視の弊害

プラットフォームは、その運営上、不正等を防止するためにアルゴリズムを用いることがある。例えば、商品・サービスに関する偽の評価などを防止するためにアルゴリズムが用いられている。しかし、それにもかかわらず実際には効果がなく、透明性の欠如と相まって、外部から評価することができないことを、本報告書は「非効率的なプラットフォーム監視の弊害」と定義し、取り上げている。消費者への直接的な害悪や競争への影響に関する項目の内容と重なる部分がある一方で、この弊害が独立した項目として取り上げられているのは、事業者が効率性向上のインセンティブが得られない等、消費者への害悪となるだけでなく、より広い意味での社会的弊害につながるからであり、規制当局が透明性の欠如に対処する必要があるからであると説明されている(2.89)。

本報告書は、「非効率的なプラットフォーム監視の弊害」の実例として、Amazonは商品の偽レビューを排除するアルゴリズムを取り入れているとするが、英国消費者団体の調査で多くの偽レビューが発見されていること、Facebookが2019年に700万件のヘイトスピーチをアルゴリズムによって検出し削除したと発表したが、このアルゴリズムは約40の言語でしか機能していないこと、等を挙げている(2.90, 2.91)。

IV アルゴリズムの弊害以外の論点

1. アルゴリズムの弊害を調査する技術

アルゴリズムから上記の弊害を生じているかを調査するためには、一定の技術が必要であ

²³ わが国報告書(2021年3月公表)も、自己学習型アルゴリズムを利用した協調的行為の具体例は、国内外において確認できていないとされている。

り、また、調査の正確性を確保するためにはアルゴリズムを利用する事業者等から情報提供を受ける必要もあり、適切に調査を遂行することは必ずしも容易ではない。本報告書は、アルゴリズムの弊害を調査する技術として、企業のデータやアルゴリズムに直接アクセスすることなく、有害性を調査する技術、及び、データやアルゴリズムへの直接アクセスが可能な場合の危害の調査手法、に分類して検討を行っている(3.1)。

事業者のデータやアルゴリズムにアクセスできない場合には、一以上のアルゴリズム・プロセスによって動くシステムのインプットとアウトプットを分析することが通例であると本報告書は述べる(3.2)。このような分析の例として、ミステリーショッパーの利用、スクレイピング調査、APIの使用、リバースエンジニアリングによる試験等が挙げられている。これら、インプットとアウトプットを分析する方法に関し、例えばアルゴリズムによる協調行為のように、複数の自動化システム又はアルゴリズムの相互作用として弊害が生じる場合、価格競争の減少など、アルゴリズムの相互作用全体から生じる弊害については特定できても、個々のアルゴリズムがどのような役割を果たしているかを特定するのは困難である等、問題点が指摘されている。

また、本報告書は、入力情報に対して出力が確認された後、懸念される弊害が生じているかの分析が必要となるが、いかなる分析方法が適切であるかは、懸念される弊害の内容、調査対象システム、及びシステムが稼働する状況、文脈、により異なるとする。また、公正さに関する弊害が懸念される場合、そもそも「公正さ」の定義や解釈が様々であること、また、調査に当たり利用する技術は、保護された特性に関するデータにアクセスすることが必要である場合が多く、それらデータは容易には入手できないという問題も指摘されている(3.11)。

データやアルゴリズムに直接アクセスすることができる場合には、三つの分析方法、すなわち、コードを実行してテストを行う「動的解析」、コードを環境から切り離し解析を行うことによりフォーマットエラーを特定する「静的解析」、及び、手作業による「コードレビュー」が可能であると述べる(3.13)。その潜在的な効果は、アクセスを行わない調査よりも大きい。規制当局がこのような方法で効果的にアルゴリズムを調査できるかは、例えば関連する法律やソフトパワーを通じて事業者が積極的に関与するための適切なインセンティブを提供できるかどうか、及び、効果的な公式の情報収集力が存在するかどうかの両方に大きく依存すると指摘する(3.19)。

2. 規制当局の役割

アルゴリズム、アルゴリズムシステムに関連して、当局が介入する必要性が高い場合として、本報告書では以下の2つが挙げられている(4.2)。

- ①アルゴリズムシステムの不透明さと運用の透明性の欠如により、消費者や顧客が事業者を効果的に牽制することを困難にしている場合。特に、オンラインでの選択アーキテクチ

ヤに関し示された行為の多くは、より巧妙になり、検出が困難になる可能性が高い。

②英国経済（および国際経済）において重要な戦略的地位を占める事業者のアルゴリズム・システムに関わる場合。

具体的にどのような事業者が②で言及される事業者に該当するかの例示等は本報告書において示されていないが、英国を含む世界の各市場において非常に重要な地位を占める、いわゆるGAFA等を含むものと考えられる。

CMA及び規制当局が介入を行った結果として、取り得る行為として、以下の四点が挙げられている。

(1) 事業者へのガイダンス提供、基準の設定又は明確化

従来より、CMAは様々な行為類型に関し、事業者が法令を理解し、その遵守を支援するために、ガイダンスや基準を策定、公表している。本報告書は、アルゴリズムに関しても、ガイダンスや基準の策定がもたらす潜在的メリットが専門家により示されているとする(4.6)。差別に関連するアルゴリズムの弊害に関しては、様々な取り組みがなされており、これまで官民双方で開発されてきた倫理的アプローチ、ガイドライン、ツール、ルールを策定することをCMAは支持するが、ガイドラインや原則の多くは法的拘束力を持たず、場合により、さらに踏み込んだ対応が必要となるとする(4.7)。

また、透明性に関しても基準等の作成に向けて取り組みがなされており、その確保は、消費者及び顧客が自ら問題を特定し、当局の介入なく問題を相手方事業者との間で解決するために重要であると本報告書は指摘する。この目的達成のため、規制当局はアルゴリズムシステムのアウトプットに関し詳細な説明を事業者に求め、また、利害関係者や専門家と協力して実現可能な基準やベストプラクティスを策定することも可能であるとする。基準が明確になることにより、事業者が透明性のプロセスを後回しにせず、これに対応したアルゴリズムを設計するインセンティブが高まる可能性があるとする(4.12)。

(2) 既存の被害の特定及び救済

CMAのデータ・テクノロジー・アナリティクス・ユニット(DaTA)は、アルゴリズムの弊害の端緒を特定するため苦情、報道、論文等を監視しており、様々な方法により潜在的なセオリーオブハームを検討し、事案を積極的に特定しようとしている。実際に正式調査が始まれば、より詳細な分析のための情報を要求することが可能となる。また、研究者や報道関係者、市民組織に対し、関連情報の提供や、必要に応じて市民・競争への弊害を特定するための協力を要請しており、このほか、消費者の自衛に役立つ関連ソフトの開発にも関心を有していると述べる(4.17)。

事業者のアルゴリズムの使用により消費者法又は競争法を侵害していると疑う合理的な理由がある場合には、CMAによる正式調査が行われる。違反行為に対し、CMAは、状況に応じて措置を取るが、あり得る措置内容として、本報告書では以下が挙げられている。①消費

者に対しアルゴリズム・システムに関する情報開示を要求，②認証された監査人等への詳細情報開示，検査協力（データへのアクセス提供，アルゴリズムシステムの設計・保守等に関する文書，通信へのアクセス等）を要求，③継続的な監査，報告，又は主要システムへのAPIアクセスの要求，④新たに導入・変更されるアルゴリズムシステムのリスク評価，及び/又は，現存するアルゴリズムシステムの影響評価を事業者に要求，⑤主要アルゴリズムシステムの設計及び運用に一定の変更を命じ，この命令が遵守され必要な変更が行われることを確保するため監査人を選任することを要求すること(4.21)。

正式事件とすることにより，法律が明確化し，関連政策がより練られたものとなり，また，他の事業者に対して違反行為を示す効果を生じ，さらに正式事件から得られた知見をガイダンスにフィードバックすることが可能となるなど，より広範な利益をもたらすと述べられている(4.22)。

(3) アルゴリズムによる継続的なモニタリング

本報告書は，アルゴリズムシステムは頻繁に更新されるため，一度限りの調査では十分ではなく，継続的に監視し，違反があった場合には処分を行うことの必要性を説く(4.23)。また，事業者がコンプライアンス担当者を常設し，弊害に対処するための基準への適合性等を報告することが求められれば，より一貫性のある監視が可能となるとする(4.26)。

政府が2021年4月からCMA内に設立することとなるDigital Market Unitは，戦略的市場地位(Strategic Market Status, SMS)を有する事業者を監督し，競争促進のために介入する権限や，SMSを有する事業者よりも広い対象に対する情報収集権限を有すべきことが提言されており，いずれも，アルゴリズムにより可能となった行為を停止，中止，又は原状回復させることを可能とする権限を有する必要があると述べる(4.27)。

(4) デジタル機能の構築と活用およびコラボレーションの強化

CMAは，人的リソースに投資し，また，監視，情報収集，調査及び効果的な措置の策定などに新たな機能を活用してきたとする。また，法律上の制限を留保しつつ，他の規制当局や国際的な競争当局間の協力を構築していくとの意思を有していることを表明している(4.28～4.30)。

V おわりに

以上，CMAにより公表された本報告書につき，アルゴリズムが競争及び消費者に与える可能性のある弊害を中心に概観してきた。上述のように，本報告書はアルゴリズムやアルゴリズム・システムの利点も認識，示唆しつつ，弊害に関する記載を中心として報告書を構成しているが，本報告書はその結論部分で，「利益の最大化のために機械学習システムを設計している事業者は，適切なガバナンスがない場合には有用なデータであればどのようなものであれ使用して継続的に改変，最適化し，その結果，既存の市場の失敗の要因とさらに相互

に作用し合う可能性がある」と指摘している。また、ダイナミックに進化するデジタル市場においては、アルゴリズムシステム及びデータは、技術の向上に伴って急速に変化するため、新たな弊害がすぐに顕在化する可能性も強調されており、CMAが、巨大プラットフォームを特に念頭に置き、事業者により利用されるアルゴリズムの影響について深刻にとらえ、規制の必要性のある弊害を早急に把握するため検討を行っていることが伺える。

本報告書に関しては、既にパブリックコメントが求められ、提出されたコメントが公表されている。本報告書が指摘したアルゴリズムの弊害を始めとする内容については、概ね賛同が得られているが、いくつかの指摘がなされている。

上記のように、本報告書では弊害に焦点を当てて検討が行われており、その利点についてはそのいくつかを指摘するにとどまっている。本稿の最初に述べたように、アルゴリズムは消費者にとって大きな利便性をもたらしてきた。また、競争法の観点から見ても、競争促進効果をもたらす肯定的に評価される場合も多いと考えられる。前述のように、本報告書は、事前規制を含めた巨大デジタル・プラットフォームの規制を検討する過程における一つの作業であるため、この利点と弊害をどのような評価するのかについては本報告書時点では明らかとはされていない。実際に規制するにあたっては、このバランスをどのように取り、弊害を規制していくのか考慮すること、また、それを何らかの基準やガイダンスとして示す必要があり、この点は本報告書に対する米国法曹協会を始めとしたいくつかのコメントにおいても今後の課題であるとの指摘がなされている。

同様に、競争の関連する部分について、これを具体的にどのように規制していくかに関しても今後の明確化が必要である旨のコメントがなされている²⁴。本報告書が言及した排他的行為については、これらが検討中の事前規制の対象となるのか、現在の競争法が引き続きもっぱら適用されるのか、あるいは双方適用可能性があるのか、について報告書は明らかにしていない。

また、概ね弊害については合意されるものの、いくつか言及されていない点が指摘されている。例えば、IoTについては、その広がりと共に、これまでオンラインのサービスに限定されていたアルゴリズムの弊害が、物理的な環境にシフトしていることが指摘され、IoT環境におけるアルゴリズムの弊害にも言及すべきだったのではないかと指摘がなされている²⁵。

²⁴ American Bar Association, Comments of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law on “Algorithms: How They Can Reduce Competition and Harm Consumers”, (16 Mar. 2021), p.6. available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/994207/American_Bar_Association_Comments-AT_SIL_on_CMA_Algorithms_Consultation_Final_3.16.2021.pdf (last seen: 27 Oct. 2022).

²⁵ CMA, Algorithms: how they can reduce competition and harm consumers Summary of responses to the consultation, p5.

その他、個別の弊害に関する主な論点としては、アルゴリズム採用者の「意図しない効果」として生じる当該アルゴリズムによる競争者の排除について指摘がなされている。そのような「意図しない効果」による排除があるとしても、それは事後に判明する場合も多い。特に、事業者が合理的目的のためにアルゴリズムを変更した場合、これをどう評価するのかについては、検討が必要であるとの指摘がなされている。

今後、本報告書及びそれに対し行われたコメント等を基礎として、英国はデジタル・プラットフォーム、特にGAFAのような巨大デジタル・プラットフォームに対する規制をいかに行なっていくかにつき、さらなる検討を続けていくとされる。その際、アルゴリズムに関して障害の一つと考えられるのは、外部から見てアルゴリズムが複雑化・ブラックボックス化していることもあり、実証的な研究が少ないことである。本報告書においても「消費者や競争の弊害に関する特定の分野では、実証的な研究が比較的少なく、英国ではほとんど行われていない」と指摘がなされている。変化の早い分野であることもあり、弊害を抑制するためにどのような規制のあり方が効果的・現実的であるのか、さらなる議論を行うことが必要となる。

JELI R-No. 155

公益事業規制と競争政策の法的論点の検討

—2019～2020年度公益事業規制と競争政策の法的論点検討班研究報告書—

2023年8月

発行 日本エネルギー法研究所

〒141-0031 東京都品川区西五反田七丁目9番2号

KDX五反田ビル8F

TEL 03-6420-0902 (代)

<http://www.jeli.gr.jp/>

E-mail contact-jeli@jeli.gr.jp

本報告書の内容を他誌等に掲載する場合には、日本エネルギー法研究所にご連絡下さい。
