

規制緩和市場への参入と 独占的地位の濫用

田 中 裕 明

も く じ

- 1 はじめに
- 2 事実の概要と審決要旨
- 3 本件にみる私的独占該当性
 - (1) 「排除型」私的独占としての特徴
 - (2) 価格圧搾（price squeeze）か略奪的価格行為（predatory pricing）か
- 4 「独占の梃子」の効果
- 5 独占禁止法と公益事業規制法の関係
- 6 むすびにかえて

1 は じ め に

いわゆる「市場の失敗」に代わって「政府の失敗」とでもいうべき現象が顕著である。すなわち、「政府による規制市場」に対する緩和措置が、わが国においてここ数十年の間に目立って行われている。平成11年、12年における独占禁止法の改正にみられる適用除外規定の大幅な縮小が、その例である。⁽¹⁾

(1) 独占禁止法の適用除外については、拙稿「独禁法の適用除外」日本経済法学会編『経済法講座第2巻 独禁法の理論と展開（1）』（2002年）146頁以下参照。また、拙稿「Antimonopoly Law Exemption」『神戸学院法学』第37巻第3・4号（2008年）265頁以下参照。

規制緩和の根底にある考え方は、たとえ不完全な市場であっても、政府による市場への参入規制、投資規制あるいは価格規制よりは効率的であるというものである。この場合、政策上、組織上および経済上の自律性ばかりが強調され、政府による経済監視の不十分さのみが指摘されるかもしれない。しかしこの場合も、政府の介入なしに規制よりも競争を優先させることが可能であるかどうかを判断する際に、市場構造と同様、どれほどのコストがかかるかが考慮されるべきである。そして競争を優先させる政策の枠組みの中において新たに定めるべきことは、規制市場および規制緩和市場における競争制限禁止の規範に認められる意義である。理論上、経済監視の目的と競争制限に関する法（すなわち、独占禁止法）のそれとの間に矛盾はないものと考えられる。それは、公益事業規制（public utility regulation）や国家独占のような経済監視の最も重要かつ伝統的な正当事由は、当該市場に、競争の優位により一層符合する関係を形成する点に存するからである。

同様に他方においては、競争制限禁止の規範は、例えばカルテルなどのような集合的措置、企業結合あるいは市場戦略的な行動によって当該市場における競争を排除または制限する事業者の行動を阻止することとなるからである。

以上のように、法定の事業規制も一層の競争促進を図る考え方と符合する場合には、規範の衝突は起こりえないものと考えられる。事業規制のような制限法でも、当該市場の国家による監視が免除されている競争分野へ適用される場合には、国家による監視も競争が機能していないところへの介入にとどまることになる。⁽²⁾このように適用除外のような規制緩和政策の一つが競争制限禁止規範の妥当領域に、経済の監視が後退するのと同程度に、拡大するようになる。そうすると、法が実現せんとするものが、別物のように見えてこないだろうか。それぞれの法本来のね

(2) わが国では、このような独占禁止法と事業法との関係についての考え方を「相互補完説」と呼んでいる。後述する本文5参照。

らいとの乖離はないのか。

小稿は、平成19年3月26日の「NTT東日本審判審決」⁽³⁾を手掛かりに、独占禁止法の事業規制分野への適用をめぐる諸問題について、若干の考察を試みるものである。規制緩和市場への独占禁止法の適用拡大が、法本来の目的とどのように整合性を保つのか、依然規制市場での独占的優位の利用を濫用行為として捉えることは可能か、等が小稿での主たる検討課題であり、この作業を通じて上の疑問に対する回答を探ることにする。

2 事実の概要と審決要旨

まず、「NTT東日本事件」の事実の概要を眺めることにする。

被審人であるNTT東日本は、インターネットに接続することにより大量のデータ通信を可能にする、ブロードバンドサービスと呼ばれるデータ通信サービスとして光ファイバ設備を用いたサービス（Fiber To The Home、以下FTTHサービス）を、「Bフレッツ」という名称により平成13年8月から提供している。NTT東日本は、平成14年6月から販売を開始した「戸建て住宅向けニューファミリータイプ」について、実際には使用していない分岐方式（NTT東日本の電話局から延びている光ファイバの1芯を複数人で共用する方式）による他の電気通信事業者（本件の場合、東京電力、有線ブロードバンド等）に対する接続料金および「ニューファミリータイプ」のユーザー料金（当初月額5,800円、平成15年4月1日以降は月額4,500円）を設定しているながら、同サービスの提供に際して「光ファイバ」1芯をユーザーに使用させ（これを、

(3) 公正取引委員会平成19年3月26日審判審決（審決集53巻776頁）。なお、拙稿「市場支配的電気通信事業者による私的独占」『平成19年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1354号（2008年）、265頁以下も参照されたい。また、本審決のような電気通信設備の接続をめぐる議論に一石を投じる大著に、福田雅樹『情報通信と独占禁止法——電気通信設備の接続をめぐる解釈論——』（2008年）がある。

芯線直結方式という), 実質的に「光ファイバ」1芯の接続料金(5,074円)を下回るユーザー料金で同サービスを販売することによって, 同社の「加入者光ファイバ」に接続してF T T Hサービスを販売する他の電気通信事業者の「戸建て住宅向けF T T Hサービス」への新規参入を阻害する行為⁽⁴⁾に対して, 平成15年12月4日に勧告が行われたところ, 同社がこれに応諾しなかったため, 平成16年1月15日に審判開始決定がなされた。

本事案の背景として, N T T東日本は, 電気通信事業法により, 自社の光ファイバ設備に他のF T T Hサービス事業者が接続する場合の接続料金を定めた接続約款の認可を受けることが義務づけられており, また自社のF T T Hサービス部門も同額の接続料金を自社の光ファイバ設備部門に内部取引によって支払う形をとることが義務づけられていることが指摘できる。そして, N T T東日本の保有する光ファイバがF T T Hサービス事業者の保有する加入者光ファイバ全体に占める割合は, 平成15年3月末現在で, 70%以上であった。⁽⁵⁾

(4) 例えば, 他の電気通信事業者がN T T東日本の光ファイバ設備に芯線直結方式で接続してF T T Hサービスを提供する際に必要となる接続料金は月額6,328円, 実質コスト月額7,760円であった。なお, N T T東日本は, 平成16年4月以降, 「ニューファミリータイプ」の新規ユーザーに対して, 芯線直結方式でのサービスの提供を止めている。

(5) 本件については, 拙稿の他に次のような評釈・解説がある。柴田潤子「審決・判決評釈 東日本電信電話株式会社の私的独占事件」『公正取引』681号(2007年)77頁以下, 白石忠志「独禁法事例の勘所(22)」『法学教室』328号(2008年)89頁以下, 武田邦宣「F T T HサービスについてN T T東日本の私的独占行為が問題となった事例」『法学セミナー増刊速報判例解説 Vol. 2』(2008年)297頁以下, 谷原修身「私的独占事件審決の比較法的考察(下)——最近の私的独占事件を中心に」『公正取引』684号(2007年)48頁以下, 東條吉純「『排除』の不当性——F T T Hサービスにおける私的独占事件」『ジュリスト』1350号(2008年)88頁以下, 平林英勝「独占禁止法審判判決研究5 N T T東日本によるF T T Hサービスの私的独占事件審決の検討」『判例タイムズ』1246号(2007年)78頁以下,

以上の事実に対し、公正取引委員会は次のように審決（違法宣言審決）した。以下、要旨のみ掲げる。

〔N T T東日本〕が、〔F T T Hサービス〕の提供において、平成14年6月1日以降行った……行為は、〔N T T東日本〕の光ファイバ設備に接続して戸建て住宅向けF T T Hサービスを提供しようとする事業者の事業活動を排除することにより、東日本地区……における戸建て住宅向けF T T Hサービスの取引分野における競争を実質的に制限していたものであって、これは、独占禁止法第2条第5項に規定する私的独占に該当し、同法第3条の規定に違反するものであり、かつ、当該行為は、⁽⁶⁾既になくなっていると認める。

3 本件にみる私的独占該当性

(1) 「排除型」私的独占としての特徴

独占禁止法2条5項の私的独占の定義から、私的独占には「支配型」の私的独占と「排除型」のそれとがある。本件では「排除型」私的独占が問題とされた。すなわち、前記「事実の概要」からみて、N T T東日本が設定したF T T Hサービスのユーザー料金が、同サービスへの参入に際して必要となる同社の専有設備への接続料金よりも大幅に下回ったことで、東京電力、有線ブロードバンド等の参入が阻止され、このことが同項にいう「他の事業者の事業活動を排除し」たとされたのであった。

本件では、N T T東日本の専有する設備への接続が、私的独占にみる「排除」の問題の契機とみられよう。すなわち、本件ではまず、いわゆる「不可欠施設の法理（essential facilities doctrine）」が働いている。

村上政博「独占禁止法における判審決分析の役割 第17回 N T T東日本事件審判審決——私的独占の要件および事業法との調整原則」『公正取引』686号（2007年）50頁以下。

(6) N T T東日本は、本件審決に納得せず、平成19年4月26日、審決取消訴訟を提起している。

「不可欠施設の法理」とは、「それを利用できなければ競争相手は顧客にサービスを提供することができない施設を支配的地位を有する事業者が専有し」、「当該不可欠施設の利用を競争相手に拒絶する、あるいは自己が利用する場合よりも不利な条件を課す」場合には、競争法上違反とされ、当該施設を競争相手に利用させることを義務づけるものである⁽⁷⁾。同法理は、1998年、第6次改正ドイツ競争制限禁止法に「事業者による市場支配的地位の濫用」の一つの類型としても導入されたものである⁽⁸⁾。本件は、まさに、「不可欠施設の法理」の問題である⁽⁹⁾。

わが国の電気通信事業法によれば、第一種電気通信事業者には、原則として、他の電気通信事業者からの請求に応じて当該電気通信設備に接続する義務があるとされる。本件では、NTT東日本は第一種電気通信事業者として、総務大臣の命により他の競争電気通信事業者に対して自社の専有する電気通信設備への接続が義務づけられているわけである。同社は、電電公社以来、電気通信事業分野において支配的地位にあった

(7) 拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』(2001年)194頁。「不可欠施設の法理」についての本文の定義づけは、EU競争法82条に関する判例による。

(8) ドイツ競争制限禁止法19条4項4号では、「他の事業者には法律上または事実上の理由から、共同の利用なしには、取引段階の前後の市場で、市場支配的事業者の競争者として活動することが不可能な場合に、他の事業者に相当の対価と代えて固有のネットワークまたは他のインフラストラクチャーの利用を認めることを拒絶するとき」、市場支配的地位の濫用とされる。なお、同法理の導入の経緯については、川原勝美「不可欠施設へのアクセス拒絶に対する法規制——ドイツ競争制限禁止法19条4項4号の検討——」『久保欣哉先生古希記念論文集 市場経済と企業法』(2000年)77頁以下参照。

(9) 谷原前掲54頁によれば、本件は公益事業分野における「不可欠施設」に関して最初の法的措置を試みた事案であるとされる。本件以外に、実質的に「不可欠施設」に関する事案として位置づけられるものとして、「日本医療食協会事件」(平成8年5月8日勧告審決、審決集43巻209頁)がある。同事件についての検討として、拙稿「私的独占の新展開」『追手門経営論集』第2巻第2号(1996年)79頁以下参照。

規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用

わけであるから、事実上、独占的利益を享受し続けてきたものと考えられる（同分野は民営化されたとはいえ、依然として規制事業分野である）。したがって、同社は既存の独占的利益を梃子にして、当該事業分野から派生した電気通信事業分野（本件の場合、光ファイバ設備を用いたサービス分野）での競争を有利に展開できる地位にあった。すなわち、同社は既存の独占的市場（川上市場・上流市場）を利用してそこからの派生市場（川下市場・下流市場）での戦略を優位にできる状況にあったので、同社は市場支配的な「垂直的統合」事業者として位置づけられる。

仮にNTT東日本が接続義務に応じなかった場合には「不可欠施設の法理」に抵触し、他の競争事業者は当該市場に参入することができず、NTT東日本の行為は直ちに私的独占にいう「排除」に当たることになる。本件にみる「排除」は不可欠施設への接続拒絶ではなく、接続義務に応じながらも同社の有利な立場を利用した点に認めることができる。すなわち、F T T Hサービスに係るユーザー料金を低く設定したことで、他の競争事業者の活動が困難となったことである。

では、このような低価格戦略をどのように評価すべきであるか。

(2) 価格圧搾（price squeeze）か略奪的価格行為（predatory pricing）か

本件にみられるような垂直的統合と略奪的価格行為との関係について、まず一瞥する。

垂直的に統合され、独占的地位を享受できる事業者が、独占化されていない市場で採り得る価格戦略には二つある。すなわち一つには、その支配的地位に見合った業績（Leistungen）の代価として要求する価格の場合と、もう一つには競争状態にある市場で要求する競争価格の場合である。前者は、一般的に、独占的高価格となり、後者は逆に、低価格での価格戦略が展開されることになる。

一般的に、安値を付けた事業者の価格が、合理的な方法で、予見可能

な可変費用を補填できない場合には、かかる価格戦略は反競争的な略奪的価格行為の重要な指標とみなされる。しかしこのような指標としてのみなし方は、まだ十分ではない。可変費用について補填の可能性がある限り、不当とみられる略奪的価格であっても排除されることはないからである。したがって、市場支配的事業者であっても、競争を抑圧しない限りは、競争的価格への参入を阻止されることはない⁽¹⁰⁾のである。

そこで、本件のような垂直的支配事業者による低価格戦略に対する評価として、「価格圧搾」行為として位置づける立場がある。以下、この問題を検討する⁽¹¹⁾。

「価格圧搾」とは、支配的地位を占める事業者が価格差別を行使することによって最終製品市場の競争状態に影響を与え、市場構造に一定の影響を及ぼすような価格操作をいう。

「価格圧搾」についての競争法上の議論として、例えば、ドイツ競争制限禁止法19条2項2号に示される「優越的市場地位 (überragende Marktstellung)」の考慮要因の中に、「調達市場または販売市場へのアクセス」、「他の事業者との連係」があるが、これらのメルクマールは、取引段階を異にする事業者の垂直的な結びつきが問題となる限りで、共通性を有するものと考えられている。そしてまたこのメルクマールは、統合の程度が低い競争者の競争状態を侵害する要因となる、と指摘される。この侵害については、例えば、調達市場について供給路が限られている場合の供給確保の面での妨害の可能性が考えられる。あるいは資本財、生産財などの前過程生産物 (Vorprodukt) の価格は上がるが、最終生産物 (Endprodukt) の価格は安定を保っている場合に行われる「価格圧搾」が指摘されている⁽¹²⁾。ドイツ法ではこのように、市場支配的地位の判断に

(10) Vgl. E. J. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen, 1984, S. 181-186.

(11) 「価格圧搾」行為として本件を位置づけるものとして、柴田前掲79頁、平林前掲80頁。そして、武田も後掲論文(註(15))より同様であろう。

際して垂直的統合と「価格圧搾」が関連づけられて論じられる局面もあるが、直接、「排除」——この場合は、市場支配的地位の濫用——に結びつけて論じられたものではなさそうである。

次に、「価格圧搾」と低価格との関係について、平林英勝教授の分析をみることにする。以下、一部を引用する。⁽¹³⁾

「価格圧縮——筆者注、平林教授はこのように表現される——は、上流の原材料価格がコストの増大によって上昇したり、垂直的統合により統合企業の最終製品の製造コストが低下し効率性が向上することによっても生じる。価格圧縮が違法となるのは例外的な場合であり、垂直的統合企業が最終製品についてコスト割れとなるような価格を下流市場で設定する場合（略奪的価格圧縮（predatory price squeeze））である。

コスト割れというのは、垂直的統合企業の非垂直的統合企業への取引価格を垂直的統合企業への内部取引にあてはめた場合、垂直的統合企業の下流市場の最終製品または役務の価格コストを割っているということである。この場合、同等に効率的な非垂直的統合企業でも対抗し得ないから、能率競争に反する競争方法であることになる。不当廉売ないし略奪的価格の違法基準と同一であるといえよう。上流市場の取引価格が下流市場の競争価格を上回る場合は、明らかにコスト割れということになる。」

以上のように、「価格圧搾」が直ちに違法となるのではなく、コスト割れという事態を伴って初めて違法とされることを確認し、これを「略

(12) W.Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, u.a., 1983, Rdnr. 522. また、拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における優越的市場地位」『一橋研究』第11巻第1号（1986年）137, 140頁参照。なお、「価格圧搾」とドイツ法との関わりについて言及するものに、柴田潤子「ヨーロッパ電気通信事業における価格濫用規制についての一考察——ドイツテレコムの場合を手がかりにして」稗貫俊文編『競争法の現代的諸相（下）——厚谷襄兒先生古希記念論集』（2005年）846頁以下参照。

(13) 平林前掲80頁以下。

奪的」価格圧搾としている。ここに、コスト割れあるいはそれと同一視できる効果を伴う価格行為を指して、「略奪的」と称しているわけである。この点実は、川上市場（上流市場）と川下市場（下流市場）に跨り活動する支配的事業者の価格行為を形式的に捉えて「価格圧搾」行為とし、違法性を引き出すために実質面を強調して「略奪的」として把握している向きもあるのではないだろうか。

また、平林教授が強調されている点として、「ここで重要なことは、……不可欠施設に関する価格圧縮の場合、不当廉売または略奪的価格の問題が解消しても非垂直的統合企業が取引を再開または開始できなければ無意味なことである。ここでは、不当廉売や略奪的価格としての価格圧縮は、不可欠施設に伴う取引義務を回避する取引拒絶のための手段として使われているのである」、とされる。本件の私的独占にいう「排除」の問題はこの点にあるといえる。支配的事業者が不可欠施設への接続義務に応じながら、実質的に競争相手が事業活動を展開できない状況に陥れていることこそが、「排除」そのものだからである。そして、その「排除」の手段として低価格戦略が用いられているわけである。本件は、その意味で、典型的な「独占の梃子」に関する事例である⁽¹⁴⁾。低価格戦略の評価も、この点を出発点とすべきであろう。

この問題に関連して、EU 競争法の法運用等から「価格圧搾」規制に向けての手掛かりを得ようとする武田邦宣准教授の研究がある。この点についても一瞥する⁽¹⁵⁾。

この分析によれば、「価格圧搾」には「競争者費用引上げ (Raising Rival's Costs) 型」と「略奪型」とがあるとされる。前者では、川上市場（上流市場）での独占地位を利用し、川下市場（下流市場）での競争者

(14) 武田前掲298頁。

(15) 武田邦宣「競争法によるプライススクイズの規制」根岸哲・川濱昇・泉水文雄編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』(2007年) 54頁以下。

の費用を必然的に引き上げざるを得ない状況に追い込み、同市場で対抗できなくさせる手法を指す。⁽¹⁶⁾そしてこの型の場合、EU競争法のもと略奪的価格設定や搾取的濫用として規制することは困難である、と予想される。また、「そもそも搾取的濫用規制は対費用価格それ自体を評価するものであり（上流市場のみに注目）、下流市場における競争者排除効果は視野の外である」とし、結局、「下流市場（略奪的価格設定）なし上流市場（搾取的濫用）のみに注目して競争法分析を行うのではなく、両市場を眺めて市場支配力のレバレッジを検討する必要がある」として⁽¹⁷⁾いる。

次に後者では、川上市場（上流市場）で独占的地位を有する行為者が、川下市場（下流市場）では負の利潤となるよう価格を設定するが、川上市場（上流市場）における利潤により、両者を合わせると正の利潤となり、他方、競争者は川下市場（下流市場）においてのみの活動であるので、結局、対抗できなくなるようにする手法である。この場合も、川下市場（下流市場）のみに注目するのではなく、「上流市場と下流市場とを同時に眺めることにより、略奪的価格による競争者排除のメカニズムを正確に認定できるであろう」とする。⁽¹⁸⁾

(16) 武田前掲（註(15)）56頁で、実例が掲げられている。また、「競争者費用引上げ」行為については、さし当たり金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄編『独占禁止法 [第2版補正版]』（2008年）142頁、200頁参照。

(17) 武田前掲（註(15)）によると、EU競争法のもとでは、第三市場への濫用効果については本文のように解されているようであるが、ドイツ競争制限禁止法では濫用効果の第三市場への影響も規制の対象とするべく改正された経緯があり、搾取的濫用規制の在り方にEU法との間に大きな相違があるとは思われない。拙著前掲書12頁参照。

(18) 武田前掲（註(15)）57頁。いずれの型の検討もヨーロッパにおけるテレコム産業にみられる「価格圧搾」に対する規制基準を示したヨーロッパ委員会による「アクセス告示」（電気通信分野でのアクセス合意に対する競争法適用に関する告示）を手掛かりとしている。「アクセス告示」については、根岸哲『『エセンシャル・ファシリティ』の理論とEC競争法』『正田彬先生古希祝賀 独占禁止法と競争政策の理論と展開』（1999年）309

以上、結局のところ、この検討も「価格圧搾」のみでは市場支配力の濫用（わが国独占禁止法の私的独占にいう「排除」として構成することは困難であるということである。ここでも同じように、「略奪的」価格行為としての要素が加わってようやく支配的地位の濫用と認定する手法を想定している。

このように「略奪的」要因を加味して初めて、垂直的統合支配的事業者の行為を濫用として評価するのであれば、当該行為を形式的に「価格圧搾」として構成する必要はないのではないだろうか。川上市場（上流市場）と川下市場（下流市場）に跨って活動する支配的事業者による、後者の市場での低価格設定行為も略奪的価格行為の一種として位置づけるのが妥当であろう。⁽¹⁹⁾ 本件にみるNTT東日本の行為は、前述のように、「独占の梃子」の効果（Hebelwirkung von Monopolmacht）を利用した略奪的価格行為の範疇に入るとみるべきであり、そうしてこそ支配的地位

頁以下、和久井理子「欧州における支配的電気通信事業者に対する規制（上）」『公正取引』601号（2000年）39頁以下参照。

- (19) 白石前掲90頁。本文のような「価格圧搾」に対する評価に対しては既に、アメリカ反トラスト法（シャーマン法2条）の事例を通じて、「1990年代において、プライス・スキージングは、低価格を付けた市場について、新規参入業者の参入コストを高める効果を生じるならば、略奪的価格設定とは別の類型に属する独占化行為であるとみなすべきであるとの主張が台頭している」との指摘がある（越知保見『欧米独占禁止法の解説』（2000年）224頁）。筆者も「価格圧搾」については、1984年度、一橋大学に提出した修士論文「西ドイツ競争制限禁止法22条をめぐる諸問題」（未公刊）の中で言及した（その一部が拙稿（註(12)）である）。当時も、「価格圧搾」なる概念があるとの指摘だけで、いかなる要件・基準を必要とするかについては明確ではなかった。あれから20数年経つが、かかる要件・基準をめぐる環境に大きな変化があったようには思えない。もちろん、「価格圧搾」という概念がまったく無用であるというのではない。筆者としては、垂直的統合支配的事業者の価格設定行為について、これを濫用と評するに足る条件が、「価格圧搾」という概念にはまだ十分には整っていないように感じられるだけである。柴田前掲（註(12)）847-849頁においても、種々議論があることが窺われる。

(市場支配力)の濫用として構成することができる。

4 「独占の梃子」の効果

では、「独占の梃子」の効果とはどのようなものであろうか。「独占の梃子」の理論はアメリカ反トラスト法の運用の中から生まれた。若干の例を取り上げる。

「独占の梃子」は、アメリカ反トラスト法上、レバレッジング (leveraging) と呼ばれ、ある市場での独占力を利用して、取引拒絶などの行為を行うことによって、当該市場ではなく、まだ独占力を獲得していない他の市場において、競争上有利な効果を生じさせるよう戦略を展開することをいう。レバレッジングに言及する初期の事案である1948年の Griffith 事件⁽²⁰⁾では、「たとえ合法的に獲得された独占力の利用であっても、それが競争を排除し、競争上の利点を獲得し、あるいは競争相手を駆逐するために用いられることは違法である⁽²¹⁾」としたうえで、「ある市場での独占力の利用が、他の市場での競争の侵害または駆逐を目的とするときは、シャーマン法2条の独占化行為禁止の違反を構成する。たとえ、独占力が前者の市場で合法的に獲得されあるいは維持されたとしても、これは許されない⁽²²⁾」としている。

しかしその後の展開は、シャーマン法2条の適用を困難にする方向に進んでいった。例えば、1979年の Berkey/Kodak 事件⁽²³⁾で既に、シャーマン法2条の規制緩和に向かっていた。この事件では Berkey 社により、写真フィルム市場で独占力を有している Kodak 社が、新型写真フィルムの開発に合わせて新企画のカメラを企画したことが、写真フィルム市

(20) United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948).

(21) *Id.* at 107.

(22) Cf. Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973). 本件は、電力事業者 Otter Tail に小売事業者への電力供給のための接続義務を認めた事案で、同様の理論構成をした。また、福田前掲書522頁以下も参照。

(23) Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F.2d 263 [2d Cir. 1979].

場での独占力を利用したカメラ市場での独占力の取得を企図したものと主張された。これは、まさにレバレッジングの主張である。しかし、高等裁判所は次のように判断した。すなわち、Kodak 社のカメラ市場への進出は、同市場の競争の活性化につながり、技術革新による競争であって、これを排除するいわれはないものとした。また、同市場での効率化達成による適法な独占力の獲得は、シャーマン法2条に違反しないと判示された。

さらに1993年には Spectrum Sports 事件⁽²⁴⁾で、独占化の企図の基準として (1) 行為者 (被告) が略奪的または反競争的な行為を行っていること、(2) 特定の意図 (=競争を消滅させ独占を形成しようとする意図)、(3) 独占化の企図が成功する危険な蓋然性が挙げられ、これらが立証されることが要請された。

かくしてアメリカ法上、「独占の梃子」によるシャーマン法2条適用のケースは限られるようになったわけである。

他方、ドイツ競争制限禁止法・EU競争法上は (おそらく日本法の私的独占の禁止においても)、アメリカ法のような厳格な基準は設けられておらず、「独占の梃子」に基づく市場支配的地位の濫用の認定は可能であり、容易である。すなわち、ヨーロッパ裁判所の見解によれば、市場支配的地位の確認については、濫用を現示し、したがって支配的地位の存在を示す指標となる事実を考慮に入れることが合目的である、とされている。⁽²⁵⁾この点について、ドイツ競争制限禁止法の運用解釈上、支配的地位は、当該事業者の市場における事業活動の「影 (Spiegelbild)」にすぎないと考えられており、実際上は、濫用行為の認定を経て市場力の存在を認める方法が採用されているようである。ヨーロッパ裁判所の考え方も、このようなアプローチに近いものと思われる。⁽²⁶⁾

(24) Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

(25) Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Neuwied u. a., 2001, Art. 82 Rz. 58.

規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用

それゆえ、NTT東日本事件についても、第1市場である川上市場（上流市場）での独占力を梃子とした第2市場たる川下市場（下流市場）での独占力の獲得・形成として構成することができるわけである。同事件はこのように、「独占の梃子」の効果としての市場支配力の濫用事例であると解するのが無難であり、それが正解である。

5 独占禁止法と公益事業規制法の関係

ここで、本稿の「はじめに」で掲げた問題を取り上げたい。

初めに、大雑把な区分をする。まず、独占禁止法はあらゆる事業分野に一般的に適用される「一般法」として位置づけられる。次に、例えばNTT東日本事件で取り上げられた電気通信事業法は、事業の開始、設備の新増設、価格または料金の設定、数量の決定、事業の廃止等に対して経済的規制を加える事業法であり、「特別法」として位置づけられる。

このような区分のもと、両者の関係について考察する。

公益事業規制について補足すると、これは市場への参入規制、価格の設定、提供すべきサービスの質と条件、およびこれらのサービスをすべての需要者に平等とし、妥当な条件を自由に行使させる義務に関する規定によって特徴づけられる。

両者の関係について、結論的な点を述べると、法律による適用除外制度を欠く場合には、独占禁止法は当該行為が国家の監督下に置かれるような事業者にも適用可能である。ある事業分野で、競争が濫用阻止のために多様な公的規制のもとに置かれるような状況にあっても、このような状況は、私的な競争制限を独占禁止法の適用から除外する事由とはならない指標として位置づけられる。

次に、両者の関係に関するわが国における学説状況を一瞥する。⁽²⁷⁾

(26) 拙著前掲書135頁。

(27) 拙稿(註(3))267頁、土田和博「独禁法と事業法による公益事業規制のあり方に関する一考察」土田和博・須網隆夫編著『政府規制と経済法——

まず一つ目の考え方として、一般法と特別法の関係ということから、特別法を優先するという立場がある。すなわち、公益事業規制法を適用して独占禁止法の適用を除外するものである。これは、一般法・特別法という形式的区分に基づいた当然の結論である。しかし、今日、このような形式的区分で独占禁止法の適用を除外するには、根拠としては不十分である。したがって、個別具体的な問題行為の解決にあたって、その必要性が高いとみられる場合には事業規制法の適用が考えられ、一律に形式的基準に基づいて適用の優先を決定するものではなく⁽²⁸⁾なっている。この見解が主張されるのは監督官庁の所掌事務に関してであり、行政事務の配分上、公正取引委員会との解釈の相違が生じた際には事業規制法が優先されるものとする⁽²⁹⁾。

次いで二つ目の考え方として、一つ目とは逆に、独占禁止法（競争法）を優先的に適用する立場である。通則的法としての独占禁止法の適用が、いずれの事業領域であれ、まず考えられるべきであるとし、必要性およびその度合いなどを考慮して公益事業規制法の適用を考えるべきであるとする⁽³⁰⁾。村上政博教授によれば、この独占禁止法全面適用説はやや徹底していない状況にあるとされ、適用除外を受ける行為以外には独占禁止法が全面的に適用されるという原則を確立するべきである、と主張される⁽³¹⁾。

この村上教授の見解は、結局のところ、明文の適用除外規定がない限

規制改革時代の独禁法と事業法』(2006年)153頁,156頁以下参照。

(28) 久保成史・田中裕明『独占禁止法講義』(2008年)19頁参照。

(29) 土田前掲159頁。

(30) 岸井大太郎「公益事業の規制改革と独占禁止法——『領域特定規制』と独占禁止法・公正取引委員会——」日本経済法学会年報第23号『公益事業の規制改革と競争政策』(2002年)33頁,54頁以下,滝川敏明「情報通信の接続規制——事業法から競争法基準への転換」稗貫編前掲書787頁以下,土田前掲156頁以下参照。

(31) 村上前掲54頁。

り、独占禁止法が全面的に適用されるという公正取引委員会の立場と同じということである。これは、独占禁止法と個別の事業規制法との並存を認めるもので、両者は相互に補完する関係に立つものと解する立場である。

さらに、「相互補完説」のバリエーションとして、明文の適用除外のほか、個別事業法の構造、当該規制の性格、規制内容等を勘案して、解釈上独占禁止法の適用が排除される場合があるとする「黙示の適用除外理論」も主張されている。これは、一定の行為に対して独占禁止法を適用すると、他の法律の規定並びにそれに基づく法の作動を阻害する場合には、明示の適用除外規定がないにもかかわらず、当該行為に独占禁止法を適用しないことをいう⁽³²⁾。

この見解に対して、私見としては、独占禁止法と個別の事業規制法との並存を認める以上、独占禁止法の適用除外は明文規定があることが原則である、と考える。近年の各事業領域での規制緩和の進展をみるに、独占禁止法（競争法）による規制・規律こそが原則であるので、解釈によって適用除外を左右することは、極力例外的な場合に限るべきである。したがって、「相互補完説」を軸に、独占禁止法と個別の公益事業規制法との関係をとらえるべきものとする。

6 むすびにかえて

以上、「NTT東日本審判審決」を手掛かりに、市場支配的事業者の濫用行為に対する規制について検討してきた。規制緩和市場に競争原理が大幅に導入されることになったとしても、依然先行する市場支配的事業者が有利な立場にある。殊に電気通信事業分野においては、その専有する不可欠な施設の故に、このことは一層明らかである。その際、関連する事業法のみによる規制ではなく、原則として独占禁止法による規制

(32) 岸井大太郎「政府規制と独占禁止法」日本経済法学会編前掲書376頁以下参照。

も並存的に認められる限り、事業者の地位の濫用として位置づけ、わが国独占禁止法上、私的独占の禁止にみる「排除」行為であると評価することができる。

電気通信事業分野における先行事業者による独占的地位の濫用に対する、究極といってもいい措置として「企業分割命令」がある。アメリカ反トラスト法にみる「AT&T 分割」のケースである。⁽³³⁾ここでは詳細には立ち入らないが、これは徹底した規制緩和措置の一つといえる。ただし、市場を可能な限り競争的にするために、あえて競争単位を増やすための措置であるからである。このケースで採られた措置の法的基礎は、シャーマン法2条の「独占行為の禁止」である。すなわち、この分割命令は、行為規制の範疇で行われたものである。シャーマン法2条の解釈作用によって、行為規制の枠から構造規制的措置も可能であるとの結論を得たことの結果といえる。⁽³⁴⁾ドイツ法上、「企業分割」を可能にする根拠規定はない。かつて当該措置の導入について議論されたことがあるが、今のところ導入の動きはない。⁽³⁵⁾わが国独占禁止法では、同法2条7項、8条の4に「独占的狀態」に対する措置が規定され、具体的措置として

(33) United States v. American Telephone and Telegraph Co., CCH Trade Cases 1982-2, 64/979. 「AT&T 分割」事件については、多数の紹介文献がある。ここではさしあたり、越智保見『日米欧独占禁止法』（2005年）868頁以下参照。

(34) 寡占的市場に対する規制の一つとしての「企業分割」については、實方謙二『寡占体制と独禁法』（1983年）を参照されたい。實方教授によれば、私的独占の禁止の枠でも、独占禁止法7条の排除措置として「企業分割」は可能であるとされる（同書123頁以下）。私見としては、行為概念の拡大を以て「企業分割」への途を開く手法ではなく、私的独占の禁止の規制措置については構造志向型の行為規制で臨むのが無難であると考え。拙稿「経済力濫用規制の研究（5）（完）——西ドイツにおける市場支配的事業者および市場で有力な事業者の規制をめぐって——」『追手門経済論集』第27巻第2号（1992年）180-184頁参照。

(35) Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III, 1980, ziff. 662ff.

規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用

「企業分割命令」が可能とされている。しかし同規定の導入後30年、この規定は一度も適用されたことはない。おそらく今後もその可能性はないものと思われる。

アメリカ反トラスト法による措置は別として、日独両国の法状況に鑑みて、規制緩和市場における先行支配的事業者の行為規制としては、その独占的地位の濫用と構成して対処することが、より現実的なアプローチであると考え。ただ、情報通信の市場において一層の競争化を望む声が強まった場合には、NTTに対しては（東日本も西日本も含めて）再編をも視野に入れた措置が選択肢として浮上する可能性もある。

〈追記〉小倉先生からの最後の言葉は、「後はよろしく頼みますよ」であった。ご自身の体のことを承知した上での言葉であったと思う。短い言葉であったが、大学のこと、経済法の教育のこと等々、様々な思いを込めての言葉であったと思う。小倉先生とは、先生が公正取引委員会の大阪事務所長をされておられた頃からのつきあいであった。それぞれが同じ職場に着くとは、当時は思いもしなかったが、縁とは不思議なものである。さて、後事を託された身ではあるが、果たしてどれほどのことができるであろうか。一步一步、考えながら進んでいくしかない。