

## 不可欠施設へのアクセス拒否と

### 市場支配的地位の濫用行為（四・完）

柴 田 潤 子

はじめに

第一章 ドイツ・ヨーロッパ独占禁止法における不可欠施設へのアクセス拒否に係る規制（以上、第二三卷第二号）

第二章 価格濫用規制（以上、第二三卷第一・二号）

第三章 ドイツにおける電気通信セクターにおける濫用規制（以上、第二四卷第二号）

第四章 不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為

1 競争法における不可欠施設理論

2 不可欠施設理論と業法

3 結語（以上、本号）

## 第四章 不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為

### 1 競争法における不可欠施設理論

#### (1) 濫用行為についての近年の議論

濫用概念は、市場構造に影響を与える、支配的地位にある事業者の行為に関する客観的概念であり、EC条約八二条の適用範囲の枠組みでは、支配的事業者の行動は一定の限界のもとにある。通常状況下では問題のない行為が、支配的地位にある事業者によって行われる場合に濫用となりうる。支配的地位を強化する、ないしは既存の競争を弱体化する可能性がある市場行動は、八二条の意味での濫用とされることになる。

出発点となる考え方は、自由な競争、域内市場における歪みのない競争システムの確保を規定する同条約三条gであり、これに基づき八二条がECの一般的活動目的を具体化する。ここでは、まず、排除行為による妨害がない市場の維持に焦点が置かれ、次に、有力な地位を獲得した支配的事業者が、競争過程ないしは市場構造への影響に顧慮することなく、消費者に不利益を与える搾取的行為が捉えられる。

支配的事業者が存在することによって、問題となる市場における競争が弱体化されるため、支配的地位の原因が何であれ、支配的事業者の行為は、共同体市場における有効かつ歪みのない競争を維持する特別の責任を負うことになる。かかるアプローチは、支配的事業者の顧客及び消費者のために競争的環境を事実上再生するための競争法のメカニズムとして理解されている。このような支配的事業者の特別の責任は、支配的地位の存在が競争の弱体化を示すだけでなく、支配的地位にあることに基づく事業者の行為が、当該市場に残っている競争及び消費者に対して同様に強

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

いインパクトをもたらすことから説明されている。もつとも、支配的事業者に課された特別の責任は、競争の弱体化を示す具体的ケースの特性に照らして考慮されることになるため、ここから濫用行為の禁止基準を一義的に引き出すことは困難である。もとより、濫用行為に関する検討は、歪みのない競争の維持という観点から行われ、価格上昇等の現実的ないしは蓋然性、すなわち、市場への効果の具体的な立証を要求しない<sup>1)</sup>。排除行為が反競争的行為か否かの判断は、かかる行為が競争を排除ないしは減殺する効果を持つないしは見込み・傾向があることを理論づける認定で十分と考えられる。加えて、行為者の濫用的意図の有無を含めた客観的な正当化事由が検討される。八二条の枠組みにおいては、判例において、客観的正当化事由及び均衡の原則の概念が発展し、規定の解釈適用に一定の柔軟性を与えている。支配的事業者の具体的な濫用行為が客観的に正当化される場合には、そもそも濫用が認められず、八二条の禁止対象には入らない。正当化事由として、当該支配的事業者の客観的必要性、合法的な商業利益の確保等が挙げられており、経済目的のセーフガードとして理解される<sup>2)</sup>。濫用行為は、支配的事業者による行為でない場合には濫用とならないという場合を含めて広く捉えられるため、支配的事業者の側の必要なセーフガードとして、判例で発展してきた理論と考えられる。

他方で、具体的なケースでは、競争促進的な行為と反競争的な行為との区別は容易ではない。支配的事業者も自己の経済的利益を追求する権利は当然認められており、とりわけ競争において攻勢を受ける場合には、競争促進的という意味で通常の競争手段を用いることによって、経済的利益を確保することが適当であり、そのための合理的な措置をとる。かかる競争促進的な行為と反競争的な行為の区別は、八二条の基本的な課題であるものの、競争の保護と濫用行為の違法性判断基準との関係、正当化事由の理解、ひいては消費者の保護の意味内容の理解の相違から、必ずしも明確にされておらず、委員会によるDP<sup>3)</sup>の公表を契機に、近年、ヨーロッパでは、濫用行為をめぐる議論が活発で

ある。

D Pは、排除行為の分析に際しての八二条の実質的目的として、消費者厚生を高めかつ資源の効率的な配分を確保する手段として市場における競争を保護すること、すなわち、資源の効率的配分と結びついた消費者厚生を捉えている。伝統的な見方によれば、ヨーロッパでは、消費者保護は競争プロセスの侵害と結びつけて解釈されてきている。消費者厚生の上は、独占法制の唯一の目標ではないが、その一つであると考えられてきており、消費者保護が、独占禁止立法の一般的な目的であることは一致した見解である。他方で、公正な競争及び競争者の競争自由の確保が、立法目的として一般的に承認されており、排除行為による消費者への究極的效果は、競争者の排除及び市場における競争プロセスの減殺によって生じるとされ、競争プロセスの本質は、競争者が市場に参入することと理解されてきている。八二条の原則は、消費者の利益になるように、競争的な市場構造と市場参加者の経済的自由が維持されることを要求している。これに対して、集合的な社会的効用という意味での効率性の促進は、消費者余剰の増大に関連する別の概念である。これによれば、市場の競争レベルを減殺する行為が、当該行為者の効率性を高める場合、消費者へのメリットの転嫁がなければ、八二条によって禁止されると理解されるが、効率性上昇に対する支配力の増大という侵害効果を比較考慮する際、経済理論に基づいても競争構造及び消費者への制限効果の一義的な効果についての予測は容易ではないと指摘される<sup>(4)</sup>。

D Pによれば、一定の行為の性格を表すおその理論付けではなく、当該行為が、仮定的にかつ同等に効率率的ライバルを侵害するかどうかを基準として、濫用的排除行為が評価される<sup>(5)</sup>。もつとも、このような考え方に關しては、様々な反論がある。同程度効率的な事業者を排除しない行為も濫用となる可能性が指摘される。すなわち、競争法は同程度効率的不是ではないが合理的に効率性である事業者の存在を考慮しないのかどうか、新規参入者に関しては当初は

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

非効率的であつても同程度効率的になる可能性があること、より効率的でない事業者も支配的事業者に対する圧力を行使することは可能であること、従来のヨーロッパ裁判所の適用例で見られない理論であることが主張されている。<sup>(6)</sup>

次に最近の排除行為の具体例を検討することにより、濫用行為の違法性判断基準の展開を考察する。

## (2) 排除行為の分析

### ① British Airways ケース

本件では、市場支配的地位にある事業者によるリベートが濫用行為として問題になっている。当該判決は、ヨーロッパ委員会が八二条の改革過程にある興味深いタイミングで出されたもので、ヨーロッパ裁判所が委員会のリフォームに即した判断をするのか否かが注目された判断であつた。結論として、裁判所の判断は委員会の改革方向と一致した方向にあると言ひ難いものとなっている。

British Airways（以下、B A という。）は、イギリスに所在する旅行代理店と契約を締結し、当該契約によれば、代理店は、B A の航空券販売の仲介基本手数料及びマーケティングに関する三つの条項に基づき、追加して現金による報奨金が得られる。第一の条項によれば、現金の報奨金は B A 航空券の年間売上げが五〇万 GBP を超える代理店に供与される。報奨金の額は、前年度と比較した代理店の売上増加に基づき計算される。第二の条項は、旅行代理店と包括的に締結され、世界での B A の売上シェアの上昇に関して、追加手数料が旅行代理店に支払われることを内容とする。第三の条項は、基本手数料の減少に関係するが、当初の金額に対して基本手数料が上昇するオプションを伴う。手数料の変動的要素は、この場合、それぞれの旅行代理店の前月に対する売上の増加に依拠する。

委員会の決定は、当該手数料の支払いは、濫用に当たる差別的価格設定であり、禁止される排除効果を伴う事実上の排他的な購入契約とした。旅行会社間の競争を阻害し、競争可能な航空会社が旅行会社サービスの購入から排除さ

れるとする。

八二条c号は、他の取引相手との同等の取引について異なる条件の適用を対象としており、これによって、相手方を競争上不利にすることを捉え、本件で問題になったリベートがこれに当たる<sup>9)</sup>。買手が、規定された販売目標を一定の期間内に達成する場合にのみ、値引きが供与されるといふものであり、本件では、当該リベートの持つ具体的市場効果の立証の要否が主要な争点となっている。

裁判所は、市場支配的事業者によるリベートの供与が認められないのは、まず、それが排除効果を持つ場合であるとする。すなわち、当該リベートが支配的事業者の競争者の市場参入及び契約相手方の取引相手選択を困難ないしは不可能にするか否かを検討すべきであるとする。さらに、客観的かつ経済的な正当化事由が存在しない場合とする。そして、リベートシステムによる消費者への具体的損害の発生を認定する必要はないとしている。

第一の点について、リベートが排除効果を持つ三つの場合を挙げ検討する。第一の場合は、販売目標が個別に定められていることであり、本件においてもこのことが認められる。第二の場合は、当該製品の販売目標を超えた売上に基づくのではなく、リベートが遡及的にそれまでの取引量等の全体について供与されることである。第三に、リベートを供与する事業者が、競争者より実質的に高い市場シェアを持つ場合を挙げている。支配的地位にある事業者の取引相手方を引き寄せ、ないしはいずれにしてもそこから十分な注文量を確保するために、競争者は、明らかに高いリベートを供与しなければならぬであろう。本件では、競争者である他の航空会社は、B Aと同程度のリベート規定を導入する十分な財政基盤をイギリスで達成することが困難であるため、B Aと同様な利益を代理店に供与する状態にないとする。このようにして、当該リベートは、忠誠度を高める効果を持ち結果的には排除効果を示すとする。

第二の点である客観的かつ経済的正当化事由の検討に際しては、排除効果が効率的メリットにより相殺されるか、

ないしは消費者にもメリットが生じて効率性が上回るかを検討すべきとする。そして、排除効果は競争及び消費者メリットとも関係せず、かかるメリットを達成するために必要とされる範囲を超えるとして、濫用が認められている。より多くのB Aチケットを販売することによって、旅行代理店は著しいコスト削減を実現し、手数料支払いの増加という形態で削減が実現するというB Aの主張は、追加のチケット販売が利益を生むとは限らないとして、第一審裁判所によって否定されている<sup>(10)</sup>。

最終的に、裁判所は八二条c号の要件が充足されるのは、市場支配的事業者の行動が差別的であるだけでなく、競争関係を歪曲する、すなわち、当該事業者の取引相手の一部の競争地位の侵害に向けられている場合であるとする。これに対して、B Aから手数料が多く支払われる旅行代理店が、B Aからより少ない手数料が支払われる代理店との関係で、川下市場において競争上有利にあることは、単に仮定されるのではなく、事実として立証されるべきである。と、B Aは裁判において主張した。しかしながら、裁判所は、取引相手側における差別は、事実関係を包括的に考慮して取引相手間の競争関係阻害に向けられている場合に濫用に当たり、その場合、個別の取引相手の競争地位が事実上阻害されることの量的な立証を補足的に必要としないとする。

従来から、市場支配的事業者によるリベートが禁止される範囲については議論があり、D P及びガイドンス<sup>(11)</sup>でもこの問題が扱われている。本判決のリベートについての一般的考え方は、委員会の改革の方向と相違する訳ではない。すなわち、販売目標を超えた場合に過及的に取引量全体に対してリベートが供与される場合、市場閉鎖効果は特に蓋然性が高く、販売目標が市場支配的事業者とのこれまでの取引量を超える場合、吸引効果が生じ、競争者から購入する代わりに当該事業者から予定より多く購入することに連なる。この効果は、販売目標が個別に形成される場合に、より強化されるとしている。D Pの「より経済的アプローチ」は、むしろ、効果を指向する点であり、行為の形態で

はなく、競争への効果を決定的要因として、具体的な事例でリベートによって競争者が市場からどの程度排除されるかという効果的テストの導入を試みている<sup>(12)</sup>。ガイダンスでは、リベートシステムが、顧客の一部の需要への供給を困難にすることから、効率的な競争者の市場参入又は拡大が妨害されるか否かを検討する。このようにして、委員会は、顧客がその需要を支配的事業者から乗り換えるとすれば、条件リベートのロスを顧客に補償するため、どれだけの価値を支払うことになるかを考慮する<sup>(13)</sup>。本判決においても、排除効果と効率性の衡量が見られるが、形式的である<sup>(14)</sup>と指摘されている。一定の吸引効果を認めるのみで、リベートシステムが、競争者において、当該需要をめぐる競争を困難とするか否かは重要視されていない<sup>(15)</sup>。また、他の航空会社も類似のリベートシステムを提供していること、B Aのシェアが当該期間において低下していることなどが指摘されているが、本判決では、当該リベートにおいては、忠誠効果が認められ、それをもって排除効果が示され、かつ経済的理由から正当化されないとしている。

本判決は、本件リベートが忠誠効果を持つ点を強調する。本判決によれば、個別の取引相手方の競争地位の悪化の具体的数量的な立証は必要がないとされ、リベートシステムの反競争的效果が抽象的に立証されることで十分とされている。さらに、委員会がリベートについて求める価格とコストの分析は必要とされておらず、競争対抗価格との関係での客観的正当性はここでは認識されていない<sup>(16)</sup>。

## ② Duales System Deutschland ケース<sup>(17)</sup>

二〇〇七年、第一審裁判所は、ドイツの Der Grüne Punkt の容器包装の回収と再生スキームを八一及び八二条の適用との関係で取り上げ、委員会の決定を支持した。ドイツの容器包装令は、回収方法として自己処理システムと適用除外システムを定めている。Duales System Deutschland GmbH（以下、DSDという）は、ドイツ全域をカバーする唯一の適用除外システムである。DSDと製造業者および流通業者はDer Grüne Punktのマークに関する商標契約を



不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

締結し、当該マークが付けられた全ての容器包装に関してDSDに料金を支払う義務を負う。二〇〇一年委員会の決定は、マークを利用する製造業者と販売業者が、実際にはDSDではなく競争者によって処理されていた量とは関係なく、マークがついている容器包装の量に基づき課金されていることを濫用に当たるとしている。事業者が、容器包装の回収について、部分的にDSDの競争者を利用したい場合、実際には二重に支払うことになる。委員会はこれを濫用と捉え、その課金スキームの変更を命じたが、制裁金は課されなかった。委員会は、自己処理システム及び複数の適用除外システムを同時に利用できる混合システムを解決策として念頭に置いている。

委員会の決定を支持した裁判所の判決は、濫用は、サービスの提供が無いところでの搾取的課金、及び製造業者及び販売業者に対して、その需要の一部分をDSDの競争者のサービスの利用を思いとどまらせる状況の出現にあるとしている。支配的事業者が提供サービスの価値に対して不当な価格を課す場合には八二条a号に該当するとしている。

これに対するDSDの主張は以下の通りである。すなわち、DSDシステムと競合する他のシステムの表示とDSDマークを一緒に表示できないとしたが、裁判所は、容器包装に一つのマークのみを付けることは容器包装令によって要求されておらず、そして、このことは、DSDマークの機能に悪影響を与えないとする。DSDが主張する選択的な商標表示の方法は、委員会の提示する解決方法より、製造業者と流通業者にとってより困難でかつ多くの費用を必要とし、代替的システムを利用することを断念させることになる。また、他の回収システムないしは自己回収システムによる一定の容器包装量に関する容器包装令の義務を充足するための委員会が示した手法は、DSDに何ら不均衡な負担を意味しない、というのは、全てのシステムに妥当するからである。

本件では、DSDの包括的な料金システムが競争者の利用量と無関係に利用者課されていたこと、これによって

利用者にDSDの競争者の代替システムの利用を断念させるといふ、二つの要素に基づき濫用が評価されている。搾取的濫用の要素を主眼にしながら、競争者に対する影響を付加的に問題としていると思われるが、競争者に対する排除効果についての具体的な分析はない。

③ Soda Club ケース<sup>18)</sup>

Soda Club (以下、Sという。)は、家庭で水道水を炭素化するキットを生産販売しており、このキットには、機具、空のボトルと二酸化炭素で一杯になったガスシリンダーが含まれ、シリンダーは空になればレフィル又は交換が必要である。Sは、キットとレフィルシリンダーを、小売店を通して販売しており、近年、当該炭素化キットより、むしろシリンダーのレフィルから多大な利益を上げている。Sは、キット市場で強力な地位を持ち、バンドリングなどを通してセカンダリー市場のコントロールも獲得している。第一に、Sは、小売店に厳格な条件でもって、排他的拘束を課し、例えば、顧客がレフィルを購入に来た場合、小売店は、競争者のシリンダーからSのシリンダーに交換する義務がある。第二に、Sは、シリンダーを顧客に販売するのではなく、顧客に単にシリンダーをレンタルすることを要求する「レンタルシステム」を構築し、レフィル用のガスシリンダーの所有権を主張する。競争者のシリンダーとの交換と組み合わせることで、この手段は顧客をSのレンタルシステムに引き寄せた。第三に、Sの同意のないレフィルを監視している。このようなストラテジーが功を奏し、Sは現在、家庭用の水道水炭素化キットの二酸化炭素シリンダーの主導的レフィル事業者となっている。

まず、市場の画定について、高裁では、濫用ケースの市場画定は他のケースと異なることを明らかにしている。市場は、濫用行為の禁止という目的に向けて画定されなければならない。本件では、Sの活動に関して、炭素キットの市場とシリンダーのレフィル市場という二つの市場が画定された。Sは、後者の市場において支配的であり、レフィ

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

ルビジネス市場で、七〇%のシェアを持っている。

最高裁は、商品市場を炭素化キットの利用のためのガスシリンドラーのレファイルと画定した。シリンドラーの長期利用を前提とするシステムの選択を通して、特殊な需要が喚起されていることを前提にした、一定のシステムについての顧客の判断が考慮されている。飲み切りのミネラルウォーターのような他のシステムは、「代替的競争」として位置づけられている。さらに、市場の画定に関しては、SSNIPテストは、モデル理論として理解しうるものの、決定的基準とはされず、濫用行為の検討に際しては、出発点となる価格が競争価格であることは確かではないため、説得的ではないとしている。

濫用行為については、所有の要求に焦点が当てられている。カルテル庁及び高裁判決では、Sが、実際に消費者に手渡されたシリンドラーの所有を主張することについて辛辣な疑問を表明し、信義誠実の原則に基づき消費者が所有権を得るとする。高裁判決では、シリンドラーの所有は関連市場における競争を制限、歪曲する手段と認めている。Sは、実際のところ、消費者との真の賃借関係に関心があつたのではない。すなわち、使用料を継続的に受け取り、その後レンタル商品が返還されるという、一般的レンタルシステムの特徴は、Sにとって何ら意味がないとされる。

最高裁判決では、レンタルシステムを競争制限的動機付けのみから説明される販売システム形成とする点に関しては若干慎重であるが、Sに拘束される販売店が、契約に基づき、シリンドラーのレファイルに関して競争者からSに乘換えるという点を問題にする。Sが、顧客及び競争者に対してレファイルに関する排他的権利を維持することを目的として、シリンドラーの所有権を設定することは濫用に該当する。競争者にコスト負担を課し、より多くSのシリンドラーが流通し、他のレファイル事業者が市場から排除される効果を持つとしている。

本件では、第一に市場の画定が争点となっている。高裁及び最高裁も、競争制限防止法における統一的な市場画定

を前提とせず、企業集中規制における考え方をそのまま濫用規制に用いる必要はないとして、消費者の特殊なシステムに関する需要、長期的利用を前提に市場は狭く画定されている。

第二に、濫用規制においては、基本的にドイツ法が基礎とする競争プロセスを保護目的とし、競争者の行動の自由という観点が依然として最高裁判決において重点が置かれていると分析されている<sup>(19)</sup>。最高裁が、当該行為の消費者への影響のみを基準としていれば、判断は違ったのではないかと指摘される。すなわち、競争者の排除又は妨害が最終的に高価格の形成のように消費者に悪影響を及ぼすかどうかの問題となろう。最高裁は、このように競争プロセスの保護を基本として、消費者厚生の上昇を重視しない点は、*British Airways* 判決における原則と共通する<sup>(20)</sup>。

### (3) 不可欠施設理論と濫用行為

ドイツ及びヨーロッパにおいては、不可欠施設理論が市場支配的地位の濫用規制の一類型として展開してきている。もともとはアメリカで議論された理論であるが、一章で既に述べた通り、ドイツ競争制限防止法は、第六次改正で導入された一九条四項四号が、不可欠施設理論に基づいており、また、ヨーロッパレベルでも具体的運用事例ができてきている。不可欠施設理論の背景にある主な考え方は、複数の競争者による同一のネットワーク又はインフラ施設の共同利用を可能にすることである。不可欠施設理論を一義的に定義することは容易ではないが、一応、独占者が所有している施設、主にインフラ施設とネットワークを、競争者と共有し、それにより、競争者は、川上ないしは川下市場において競争することが可能になることを内容とする。この理論は、したがって、近年進められてきた規制緩和に伴う市場開放における競争秩序の導入の中心的要因として理解される、ネットワーク産業におけるネットワークへのアクセス規制と結びつく。もっとも、ここでは、ネットワークアクセスの規制と新しいインフラにおけるイノベーションの促進との緊張関係の問題が生じる。すなわち、アクセス規制が、ネットワークレベルにおける競争の導入に

資する方向に向けて厳格であるほど、新しいインフラに投資するインセンティブは低くなる可能性がある。この点に留意しながら、従来独占的地位にあった事業者が依然として事実上の支配力を有すること、エンドユーザーをめぐる競争参入の前提となるインフラの所有、さらにネットワーク産業の特殊性に基づき、競争法上の規制及び業法による規制を組み合わせた複雑な規制体系が求められることになる。まず、ここでは競争法との関係で検討を進める。

この不可欠施設理論に基づき、基本的には、市場参入制限が問題となる。自由化を前提とする市場において、アクセスの条件は、原則として当事者の交渉によって決定されるが、原則としてネットワーク所有者の市場支配的地位に基づいて、一定のアクセス義務が課されることが一般である。アクセス義務が市場支配的地位を明らかに基準にしない場合であっても、インフラの所有者は、関連市場を意味するボトルネック施設の所有者として特徴づけられ、原則として市場支配的地位の所有者と捉えられる。アクセス規制は、市場支配的地位が二次市場（エンドユーザーサービス）に存在するかどうかではなく、基本的には、ネットワーク所有者としての地位に結びついていると言える。すなわち、ネットワーク所有者としての地位に基づき、この地位が二次市場に移行する可能性が生じることから、アクセスに係る市場の市場支配的地位を問題視する規制である。この理論の内容は以下の点の特徴としている。

#### ① 施設について

第一に、このネットワーク又はインフラ施設においては、主に、従来自然独占と捉えられていた、電力供給、鉄道及び電気通信のようなネットワークが問題となる。これらは、典型的な不可欠施設の例示であり、ボトルネックを伴うことを特徴とする。知的財産権については、ネットワークまたはインフラに対応しないとされているが、強制ライセンスに関して、競争制限防止法一九条四項一号の問題として判断されているケースがある。

Standard-Spundlass<sup>(21)</sup> ケースでは、市場支配的地位の濫用禁止を根拠にして、競争制限防止法上の特許ライセンスを

求めることは、特許法二四条で認められている特許裁判所による強制ライセンス付与の権限によって排されないことが明らかにされている。これらの法制度は、異なる立法目的に機能し、異なる要件を前提とする。特許法上、公的な利益の観点からライセンスの供与が求められ、これに対して、競争制限防止法上のライセンス拒絶の問題は、市場支配的地位の濫用禁止の実施に機能する。

本件では、化学工業によって生産される液体に使用されるいわゆるＬーリング樽の生産に関するライセンスの要求が問題になっている。特許権者は、工業用樽を生産し、一定の樽の種類（Ｌーリング樽）について特許を保有している。当該特許による樽のみが、一定の規格又は規格上の統一的な基準値（VCI枠組条件）を充足しうる。当該規格によって加工されていない工業用栓付樽は、実際上非売品である。最高裁は、全ての特許権法に基づく排他的権利が、製品市場の川上市場における支配形成に連なるわけではないとし、決定的基準となるのは、特許の利用が、期待される目的のために、樽に関する他の技術によって代替されないことである。そこでは、販売に必要な規格の充足が、まさに特許に結びついている。本件では、特許権者が川上市場において支配的であることが認定されている。このように、VCI枠組条件によって特許製品である樽が標準となっているため、下流の生産市場における活動は、ライセンスを通してのみ可能である。

最高裁は、基本的に、特許ライセンスに際する相手方の異なる扱いは、権利の本質的要素であるとして、この法的地位は、市場支配事業者においても認められるとしつつ、異なる取扱いが競争の自由を侵害する場合には、このことは妥当しないとしている。すなわち、特許権者の市場支配的地位が、発明を基礎とするサービスだけではなく、産業規格、規格類似の枠組み条件に基づく川下市場への参入制限に基礎づけられ、その水準を上回るためには特許に依拠する場合であり、このような状況を利用して、ライセンスにおいて、競争の自由に向けられた法目的に反するような

基準に従って制限する場合に、市場支配事業者による差別禁止が認定されるとする。このような場合、規格は、特許で保護される解法が競合する様々な技術的解法の中で真価を示すことを困難にしている。また、特許権者が規格に關与しているか、主導しているか、又は同意しているかは重要ではなく、それによって有利になることで十分であるとする。

本判決は、事実関係の認定を高裁に差し戻しているが、規格に裏付けられた特許製品の実施許諾の拒絶は、市場支配的事業者の濫用行為として捉えられている。

### ② 不可欠性の議論

第二に、ネットワーク又は他の施設の共同利用は、川上又は川下市場で当該市場の競争者として活動することを可能とするために、請求者にとって不可欠でなければならぬ。この不可欠性については、施設を二重に作ることの経済的、技術的、ないしは法的に期待不可能であることと一般的に理解されている。Oscar Bronner ケース<sup>(22)</sup>では、オーストリアの新聞の戸別配達システムへのアクセスが問題になったが、不可欠性が認められなかった。当該判決によれば、事業活動を遂行するための不可欠性は、サービス自体が戸別配達体制についての現実又は潜在的な代替がないという程度を前提とし、二重に作ることの経済的、技術的非効率性では不十分とされる。

### ③ 正当化事由

アクセス規制について決定的であるのは、要求の内容だけでなく、合法的なアクセス拒絶の範囲、すなわちその正当化事由の評価である。有効かつ歪みのない競争の目的には、原則として、拒絶理由の正当性は限定的に解釈される。また、ドイツ法に関して、不可欠施設議論を問題とする競争制限防止法一九条四項における不当性は、他の規定における「不当性」とは異なって理解され、認められる範囲は狭いとされる。ここでは、施設所有者の不可欠施設を

排他的に利用することの一般的な経済的利益によって、アクセス拒絶を正当化することはできないとされる。<sup>(23)</sup> 能力不足に基づく事由は、一般的に正当化事由として承認されている。その他、技術的な障害の差し迫った危険性等が考えられる。ただ、ここでは、まず、能力不足がインフラ所有者の利用に起因する場合には、共同利用が不可能であるとされない。自己の利用の低減・制限が可能だからである。同様のことは、施設の所有者が、そのリソースの柔軟な扱いによって能力を向上することが出来る状態にある場合に妥当する。アクセス要求が既存の能力の限界を越える場合には、配分が考慮に入れられる。エネルギー産業法によれば、ネットワーク所有者の利用利益が優先されるわけではない。また、どの範囲で、相応する能力の提供のためリストラクチャリング措置をとる必要があるかは、明確ではない。<sup>(24)</sup>

(4) マイクロソフトケース

① マイクロソフトケース委員会決定<sup>(25)</sup>

委員会は、マイクロソフト社（以下、MSという。）に対して、ワークグループサーバーのオペレーティングシステム（以下、OSという。）に係る市場及びメディアプレーヤーに係る市場支配的地位の濫用行為を理由に制裁金を課すことを決定した。この決定の時点で違反行為は依然として継続しており、委員会は、一二〇日以内にそのOSのプラットフォームをオープンにすること、それを持って、競争者の製品がマイクロソフトのプログラムと相互運用を可能にすること、そして、九〇日以内に、PCメーカー及び消費者が、ウィンドウメディアプレーヤーのバンドリングのないウィンドウOSの入手を可能にする様に命じた。

委員会は、OS市場におけるMSの市場シェアを 九〇から九五%と認定している。この強力な市場地位の核心は、それ自体強化される原動力であるとして、これは、ウィンドウズのソフトウェアがウィンドウズOS上でのみ機



能するというマイクロソフト側の行動、可能な限り多くのソフトウェアを備えたOSの利用というユーザーの関心、そして可能な限り多くの潜在的利用者を獲得したいというソフトウェアメーカーの利益を出発点とする。このような状況に鑑みて、濫用行為は、マイクロソフトが、従来のOSの場合と異なり、コミュニケーションを可能にするために必要なワークグループサーバーに関するウインドウズOSのインターフェイス仕様の情報を競争者に提供しなかったことである。この場合、明白にソースコードの問題ではなく、というのは、その認識は対話可能な製品の開発にとって必要というのではなく、問題は、インターフェイスについての必要な情報である。委員会の理解によれば、市場支配的事業者の供給拒絶は一定の要件のもとで濫用となり、本件ではこれが認められるとする。すなわち、サンマイクロシステムを含む競争者は、互換性のあるOSのワークグループサーバーソフトウェアを開発することを妨害され、ワークグループサーバーについてのOS市場における競争が排除される懸念がある。完全に相互運用性のあるワークグループサーバーソフトウェア開発のための有効な選択肢はなく、インターフェイス仕様は競争者にとって不可欠であるとする。なお、リバースエンジニアリングは、その複雑性及び要する時間に顧慮して実行可能な手段ではないとされている。本件のマイクロソフトの供給拒絶の結果、当該市場のイノベーションが制限され、消費者には、同質のマイクロソフトソリューションを導入する以外の選択が残されないという不利益が生じる。さらに、拒絶を正当化する事由は認められていない。

加えて、マイクロソフトは、そのメディアプレーヤープログラムとそのOSのバンドリングが濫用行為に当たるとされている。ここでは、ウインドウズOSは、ウインドウズメディアプレーヤーを伴ってのみ供給される。この場合、消費者は原則として既にこのプログラムを所有するわけであり、改めてインターネットからダウンロードする必要がない。このため、コンテンツ供給者及びソフトウェアメーカーは、原則としてウインドウズメディアプレーヤー技術

を利用することになる。

② マイクロソフト第一審裁判<sup>(26)</sup>

二〇〇四年六月七日、マイクロソフトは、欧州第一審裁判所に委員会の決定の無効請求訴訟を提起した。これについての裁判所の見解は以下の通りである。

第一の争点である供給拒絶と相互運用性に関する情報利用・開示の正当性に関して、例外的な状況においてのみ、知的財産権者による排他的権利の行使が支配的地位の濫用に当たることを明らかにしている。すなわち、拒絶が隣接市場における特定の活動にとって不可欠な製品又はサービスに関係していること、当該隣接市場における有効な競争を排除すること、かつ、潜在的に消費者の需要が存在する新製品の登場を妨害するような場合である。このような状況が存在すると認められる場合、支配的事業者によるライセンス供与の拒絶は、それが正当化されない限り、八二条違反を構成する。

そして、二つの市場が以下の通り画定される。第一に、事業者が供給を拒絶する製品又はサービスの市場、すなわち著作権で保護されるコミュニケーションプロトコル（情報）のようなPCのOS、第二に、当該製品又はサービスが、他の製品の製造又は他のサービスの供給に利用される隣接市場、すなわちサーバーOSである。

まず、互換性のあるOS情報の不可欠性について、裁判所は委員会の見解を支持し、ウインドウズワークグループサーバーのOSと有効に競争するために、競争者のOSは、ウインドウズシステムとのイコールフットディングのもと、ウインドウズドメイン構成との相互運用が可能でなければならないとする。

裁判所の結論は、ウインドウズドメイン構成との相互運用性の欠如は、競争者のOSが重要性を付加する特性を消費者に提供する場合であっても、消費者に対して、競争者に先んじてワークグループサーバーOSの利用を促すこと

になり、マイクロソフトの競争上の地位を強化する。情報開示の他に、高い程度の相互運用性を可能にする解決手法は存在しないとする。

次に、競争の排除については、有効な競争排除の危険が直接的に差迫っている必要はないとする。既にウィンドウズをそのワークグループサーバーとして採用している組織が、将来、コンピュータOSを転換することを思いとどまるネットワーク効果によって特徴づけられる市場であることに着目し、マイクロソフトは、ワークグループサーバーのOS市場において六〇%の市場シェアを占め、その市場シェアが拡大していること等に基づき、競争排除のおそれが認められている。

最後に、新商品の必要性について、マイクロソフトは、競争者が情報提供後、単に当該製品がクローンされる懸念を表明しているが、この問題に関しては、競争品が、競争者の独自の努力に基づく実質的エレメントを含むことで十分であると言及される。そして、八二条b号に基づき、一般的に、ライセンス拒絶が技術上の発展を制限し、消費者の不利益となるかどうかを検討すべきとする。競合するソフトウェアの相互運用性が欠如し顧客はマイクロソフトの商品に拘束され、競争者による革新的製品の販売を妨害しているため、当該要件は充足される。

強制ライセンスが自己だけでなく競争者のイノベーションを低下させるという知的財産権に基づく主張は、ライセンス拒絶の正当化事由との関係で検討されている。しかし、マイクロソフトの主張は一般的かつ理論的な強制ライセンスの議論にとどまることから、これらの要件を満たさないとされる。

第二の争点として、ウィンドウズメディアプレーヤーとウィンドウズPCOSのバンドリングの問題がある。濫用的バンドリングを認定する要件は、従来、第一に主たる商品と従たる商品が二つの独立した製品であること、第二に当該事業者は、主たる商品市場において支配的であること、第三に当該事業者は、顧客に対して、従たる商品なしに

主たる商品を得る選択を与えていないこと、第四に従たる商品市場の競争を制限することである。委員会と裁判所は、第五の要件として、客観的正当化事由がないことを挙げている。委員会及び裁判所は、結論として、当該行為は、競争排除的であり、正当化されないとする。

まず、独立した二つの製品の存否が問題になっている。マイクロソフトの主張によれば、メディア機能は、ウィンドウズシステムの統合的一部を形成する。八二条に関する分析に際して、製品の特徴は、顧客の需要という観点から判断される。マイクロソフトは、一般的に主たる商品が従たる商品なく提供されているかどうか、メディア機能のないウィンドウズについての顧客需要の有無を基準とする一方、他方で、委員会は、従たる商品についての独立した需要がない場合には、独立した製品ではなく、濫用バンドリングがないと判断する。裁判所は、IT及びコミュニケーション産業は常に急速に進化する産業であり、当初は独立した製品が、徐々に技術的視点及び競争法的観点からも、単一商品として捉えられることがあると認識しながら、本件については、当該製品の性質及び技術特性に基づく一連のファクター、市場における事実関係、当該製品の歴史展開、及びマイクロソフトの取引慣行から、メディアプレーヤーについての独立した消費者需要の存在を認めている。

次に、買手の選択可能性の有無について、マイクロソフトは、追加的義務として強制がないこと、ウィンドウズメディア機能が無償であること、機能的にも使用強制がないこと、競争者のメディアプレーヤーのインストールを妨げていないことを主張している。これに対して、裁判所は、決定的であるのは、メディアプレーヤーが同梱されていないウィンドウズを購入できないこととしている。

さらに、競争の排除に関して、委員会の認定によれば、メディアプレーヤー市場で競争上の有利性を確保するための販売チャンネルとしてウィンドウズを使用していること、バンドリングにより、マイクロソフトの競争者は、たと

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

え製品がウインドウズメディアプレーヤーより潜在的に良質であっても、既に不利であること、マイクロソフトは、潜在性的かつ更に効率的なメディアプレーヤーであり、その地位にチャレンジしうる売手による有効な競争圧力から自身を保護し、このようにして、メディアプレーヤーにおけるイノベーションへの資本投資及び能力を低下する。ひいては、バンドリングにより、マイクロソフトは、その地位を隣接関連市場であるソフトウェア市場に拡大し、消費者に不利益をもたらし、有効な競争を弱体化する。

これに対して、マイクロソフトは、競争者のメディアプレーヤーの機能又は販売を妨害する技術的ないしは契約上の措置をとっていないこと、多数のPCメーカーが多くのメディアプレーヤーをインストールしていること、複数のメディアプレーヤーをインストールする利用者が増加していることなどを強調する。裁判所は、委員会の見解を支持し、ウインドウズPCにおけるメディアプレーヤーのオムニバスな存在を重要視し、ウインドウズメディアプレーヤーなしにウインドウズをインストールできないという事実があり、競争者には、それに対応する販売手段を持っていないとする。PCメーカー及びユーザーにそのメディアプレーヤーをインストールさせる動機を与えるためには追加的費用が必要となる。

最後にウインドウズメディアプレーヤー統合による競争促進的効果に基づく正当化事由の有無を検討する。マイクロソフトは、顧客、ソフトウェア及びインターネット開発者にとっての標準化利益を挙げる。裁判所は、これに対して、上記標準化利益は、競争侵害の根拠となるものであるとして、利益として認めていない。

#### c 本判決の評価

支配的事業者の知的財産のライセンス拒絶に関する要件として、第一に、知的財産権によって保護されているインプットが、川下市場において競争するために競争者にとって不可欠であること、第二に当該拒絶によってあらゆる有

効な競争が排除されること、第三に消費者需要がある新製品の登場を妨害するという例外的事例においてのみ認められ、更に、当該拒絶が客観的に正当化されない場合に濫用が認められる。この要件は、直近のIMS Health判決で確立したルールに即している。しかしながら、新たな視点も示されている。まず、第一の「不可欠性」について、従来の裁判所の考え方を緩和したとの見方がある。<sup>27)</sup> すなわち、「相互運用性」の問題と関係して、前述のBrommer及びIMS Health判決は、施設を所有する市場支配的事業者と競争者の地位が完全に同等であることを要求しておらず、逆に、多少有利でないにしても他の選択があることで十分としている。マイクロソフトのケースでは、このような厳格な不可欠施設理論に基づいていないように思われる。第二の点に関しては、本判決は、供給拒絶が、川下市場の競争すべてを排除することは必要ないとして、当該市場における有効な競争の排除で十分であるとす。第三の点について、支配的事業者による「技術開発の制限」が濫用を構成するEC条約八二条b号は、一般的規定として解釈される必要があるとする。裁判所は、長期に及ぶ情報開示拒絶の累積的効果は、サーバー市場におけるホールレンジな製品に及ぶ技術展開を制限しているという委員会の認定を支持する。このような裁判所の判断に対しては、批判的な見方も存在し、ワークグループサーバーOS市場で六〇%の市場シェアは、市場支配の基準を充たすとしても、当該市場における競争者が市場に残れないことを意味しないという見解、新製品の妨害要件に関して、マイクロソフトは、新製品の生産の妨害をしていないとして、「新製品」が、「技術開発の制限」と結びつけて理解され、濫用要件の拡大を指摘する見解がある。<sup>28)</sup>

バンドリングに関する争点をめぐっては、二つの独立した商品の存在の有無を議論する学説がある。<sup>29)</sup> これによれば、従来のケースと異なり、ウィンドウズの取得には追加的に費用を要する従たるサービスの継続的購入義務はなく、何人もウィンドウズメディアプレーヤーを利用しなければならない、ということではなく、競合するメディアプ

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

レーヤーのインストールは容易である。加えて、完全なウインドウズOSの販売をウインドウズメディアプレーヤーがないウインドウズと同じ価格で販売することは八二条違反かどうかという問題が裁判所に提起されたが、裁判所は、単に完全なウインドウズをウインドウズメディアプレーヤー同梱のウインドウズに対して割引をすることを禁止するのみである。

また、裁判所は、バンドリングが直接的消費者侵害につらなることを示す必要があるという委員会の議論を否定している。ただし、委員会にかかる効果の認定には同意している。裁判所は、メディアプレーヤーのライバルメーカーにとって不可避かつ重大な効果をもたらすことで十分であるとしている。<sup>(30)</sup>

#### (4) 不可欠施設理論の今後の展望

##### ① 取引拒絶の一形態としての不可欠施設理論

不可欠施設理論は、一般的に取引拒絶の特殊な形態として理解される。DPでは、特に不可欠施設理論を供給拒絶と分離して議論がなされていないが、「インプットの供給開始の拒絶」として、不可欠性基準（インプットを二重に作ることが不可能又は極めて困難）について言及がある。そして、川下市場において既に競争が存在していることを前提として、川下市場における競争への決定的影響を基準としているように思われる。

二〇〇八年に公表されたガイドランスにおいても、独立した形で不可欠施設理論が扱われていない。取引拒絶の問題として、典型的に、支配的事業者が川下市場で競争する買手に対して供給を拒絶する場合が挙げられている。川下市場は、拒絶されたインプットが生産又はサービスの提供に必要な市場を意味する。取引拒絶のコンセプトは、既存だけでなく新規顧客に対する供給拒絶、インターフェイス情報の提供を含む知的財産権のライセンス拒絶、不可欠施設又はネットワークへのアクセス拒絶という幅広い行為をカバーするとされる。

供給拒絶の違法性については、(a)拒絶が川下市場において効率的に競争するために客観的に必要な製品又はサービスに關係する場合、(b)拒絶が川下市場における有効な競争を排除することになる場合、(c)拒絶が消費者に害を与える場合を挙げている。第一のインプットの客観的必要性について、インプットの拒絶が無ければ競争者は川下市場に参入又は存続することができないという意味ではないとして、むしろ、競争者が川下市場において少なくとも長期的に依存しうる顕在的又は潜在的な代替性が無いという意味でのインプットの不可欠性である。見通せる将来、競争者がインプットを有効に二重に作れるかどうかを検討する。二重に設けること概念は、競争者が川下市場において支配的事業者の競争圧力となる、効率的な供給の代替的ソースの創造を意味する。次に、供給拒絶がダウンストリーム市場における有効な競争を即時にまたは徐々に排除する見込みがあるか否かを問題にする。川下市場における支配的事業者の市場シェアが高いほどその見込みは強化される。最後に、消費者侵害の有無については、支配的事業者による拒絶、排除の結果、フォロイングインペーションが硬直し、革新的な製品又はサービスの市場への参入が妨害される場合に生じる。これは、とりわけ、潜在的な消費者需要がある、ないしは技術発展に寄与する新しい又は開発された商品又はサービスを生産する意図がある場合に該当する。また、効率性に関しては、将来における投資活動のインセンティブの創出、プロジェクト失敗のリスクを考慮に入れながら、そのインプットビジネスの展開に必要な投資の十分なリターンを実現するために供給拒絶は必要かどうかを検討される。しかし、このような主張は慎重に検討される。

## ② 価格スキーズ

供給拒絶の代替措置として、市場支配事業者による価格スキーズについてガイドランスでは言及されている。<sup>(31)</sup> 価格スキーズとは、支配的事業者が川上市場において製品に課す価格が、川下市場において課す価格と比較して、同程度効率的事業者であっても川下市場で長期的には利益を生じる取引ができない、として説明されている。委員会は、



一般的に、効率的競争者としてのコスト確定に依拠するベンチマークを統合的支配的事業者の川下部門のLRACとし、上記の取引拒絶と同様の要件が検討されている。

価格スクイズに関しては、電気通信セクターの自由化後、競争法上のケースとして重要性を増していることが指摘される<sup>32)</sup>。関係するケースとしては、Telefonicaに対する委員会の決定がある<sup>33)</sup>。テレフォニカが競争者に対して課す、ブロードバンドネットワークのアクセス料金は自己のエンドユーザーに対する料金を上回っており、ここに価格スクイズが認められている。結果として、スペインの競争者は、テレフォニカのエンドユーザー価格と競争するため損失を受け入れることになる。委員会は、仮定的な競争者の基準を用いて、テレフォニカがエンドユーザーブロードバンドの接続に関するコストをカバーするためには、エンドユーザー価格と卸価格のマージンでは不十分であったと認定している。委員会の調査後、テレフォニカは、卸価格の引き下げにより価格スクイズを終結させることができた<sup>34)</sup>が、この機会を利用しなかった。国内規模で課される卸サービス料金は業法による特殊規制に服さず、地域的な料金のみが、スペインの規制官庁の規定する最高価格となっていた。二〇〇六年二月に委員会による手続きが開始され、規制当局が二〇〇六年二月にホールセールサービスの料金を大幅に引き下げ、それによって濫用は終結した。

さらに、二〇〇八年にドイツテレコム<sup>35)</sup>のケースにおいて、ヨーロッパ第一審裁判所は初めて価格スクイズを八二条にいう独自の濫用行為として承認している。本ケースでも、ホールセールとエンドユーザーレベルでの価格差が、八二条にいう濫用を構成するか否かが問題になった。

ドイツテレコムの議論は、第一にナローバンドについての価格は事前に審査・認可されていることと組み合わせ、ホールセール価格は、規制当局によって決定されるため、ドイツテレコムには、市場スクイズを回避する十分な余地がないということである。規制当局によって事前にチェックされた価格が、依然として八二条に服するか否か

についても争われたが、規制当局が八二条の観点で料金の検討を行った場合でも、委員会が当該ドイツテレコム濫用行為を認定することは差し支えないとする。委員会は、規制当局の決定に拘束されないとする。

結論としては、ドイツテレコムはその料金形成に影響力を行使できたこと、料金認可という規制当局の役割は別にしても、ドイツテレコムは料金を調整しスクイーズを終わらせる義務があったと判断されている。裁判所は、ドイツテレコムが規制当局に新たな認可申請をすべきであったとする。かかる申請をしないことは、ドイツテレコムが競争法上の原則に従い市場支配的事業者として負う特別の責任を果たしていないと捉えられる。

ドイツテレコムの第二の議論は、ホールセール価格は強制されており、ドイツテレコムはそれをコントロールできないため、価格スクイーズによる濫用は、エンドユーザー価格からのみ生じ、電話料金、付加価値サービスを含まないファクターに基づく計算に異議を唱える<sup>(35)</sup>。これに対して裁判所は、競争者はホールセールレベルでのみアクセスチャージを支払うのだから、一貫した分析においてはエンドユーザーレベルでのみのアクセスチャージを比較すべきとする。そして委員会がドイツテレコムの料金のみを検討に用いることに關して、支配的事業者と同等に効率的である事業者の排除の可能性を問題にするため、ドイツテレコムにおいても、競争者が支払うホールセールチャージを支払わなければならない場合には、損失を被るという意味であるとして、ドイツテレコムのみ（競争者ではなく）コストを利用することは適切であるとする。さらに、支配的事業者の価格政策の合法性が、競争者の特別な状況、特に支配的事業者には既知ではないコスト構造に依拠する場合には、当該事業者の行為の合法性を評価することはできないとする。この場合の議論のメルクマールは、競争における機会均等の考え方である。歪みのない競争システムは、個々の経済活動参加者の機会均等を前提とし、この機会均等は、既存のオペレーターが、ホールセールを含む全体のコストをエンドユーザー価格へ配分することを競争者に可能にする形でエンドユーザー価格を設定する場合にのみ、確保

されるところ。

第三に、ドイツテレコムは、委員会が行為の効果及び競争制限の立証を行っていないことを主張する。裁判所は、濫用は客観的概念であり、まさに価格スクイーズの存在自体は競争が制限されていることを意味し、結果として、具体的に反競争的效果を立証する必要はないとしている。

## 2 不可欠施設理論と業法

### (1) 業法と競争法の関係について

いわゆる公益産業については、規制緩和とともに競争秩序の導入が進められてきている。本稿では、とりわけ不可欠施設理論と関係するいわゆるネットワーク産業を中心とした電力及び電気通信におけるドイツ及びヨーロッパの理論・事例を検討してきた。競争法上のアクセス規制は、原則として一定の役割を果たしているといえるが、ネットワーク産業においては、ネットワーク所有者が多くの場合、いわゆる自然独占的な条件に基づき長期にわたって独占的地位にある。かかる産業においては構造的な競争の欠如が存在し、セクター特殊な規制が必要とされ、ネットワーク所有者の経済活動に特殊な規制の枠が与えられることになる。

業法においても競争という観点は見られるものの、その規制の手がかりは一般的な競争法と異なる。競争法の要件は、競争における活動についての枠組みを規定し、その枠組みの中で競争制限・障害を防止することがその課題となっている。これに対して、いわゆる自然独占を特徴としてきた分野においては一般的な競争法上の原則では不十分であり、一方で自然独占によって妨害されうる競争を確保し、そして他方では、事業活動を過度に制限しないように、競争の枠組み及びその中での競争者の法的地位を位置づけることが目的とされる。業法における競争規定は、

ネットワークの特殊性から安定的な競争が期待されない分野に適合して形成され、競争条件の確保を出発点とし、この意味で事前規制を中心とする。

競争法と業法の相違は、判断する時間的な基準に起因する場合もある。区別は一義的ではないともいえるが、業法の規制は、典型的には事前規制であり、競争法の規制は、事後的に効果を発する措置ということになる。この間、ドイツにおいては、電力、電気通信、ガス、郵便、鉄道に関する連邦ネットエージェンシーが設立され、それぞれの分野における具体的な問題についての法的な理解が示されている。しかし、他方で、これらの産業に妥当する実体的な法原則の確立にまでは至っていないという指摘もある。また、ヨーロッパレベルでは、ネットエージェンシーによる電気通信市場のセクター特殊規制の差異の段階的廃止という方向も打ち出されている。<sup>(36)</sup>業法の規定が将来どの程度基礎づけられるか、ないしはこの分野が一般的競争法に移行される可能性はどの程度かという問題が残る。

## (2) ネットワーク産業におけるボトルネック

いわゆるネットワーク産業においては、一方で独占的なボトルネックの問題がある。まず、ボトルネックの問題については問題となるリソースへの差別のないアクセスの創出という競争政策的な必要性が一般的に認められるであろう。これは、いわゆる不可欠施設の理論として一般に競争法で対応されている。鉄道ネットワーク、電力ネットワークが挙げられ、これらについては、とりわけボトルネック状況が永続的である、ないしは代替性が長期的に見込めない分野と考えられる。既に検討してきた通り、ドイツにおいては、電力供給事業者の濫用行為が一連の濫用規制の継続の対象となっている。これには、託送料金、供給転換を困難にしていること、測量価格、バックアップエネルギー・熱源との接続、さらに電力価格の不当性の問題が含まれる。原則として不可欠施設の所有者、すなわち、ネットワークへのアクセスについてのネットワークの所有者が支配的であると捉えられ、競争者排除の形での濫用行為を認

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

定するケースが多く認められる。このことは、とりわけ、電力及びガスの輸送に関して、エネルギー供給事業者に妥当する<sup>(37)</sup>。

さらに、ボトルネック状態がいわゆる一時的として理解される、例えば、電気通信におけるエンドユーザーへの直接的アクセスを意味するラストマイルがある。もともとは、電気通信における独占は、二重の銅線に基づいていたが、テレビケーベルを用いた無線のアクセスなども存在し、この部分では、規制とインフラ投資のインセンティブという目的の衝突も見られる<sup>(38)</sup>。

他方で、電気通信における第三者のネットワークへの着信独占の問題がある。着信の問題として、発信ネットワークは、受信者側のネットワークにおいてのみ通話を着信させることができる。その限りで、それぞれのネットワークが独占を構成することになり、原則として競争によってこれが消滅することはない。

固定ネットワークから移動体ネットワークへの通話着信に係る市場において、携帯電話ネットワーク所有者が市場支配的とされ、濫用禁止の有無が問題になったケースがある。競争制限防止法一九条四項四号に基づき、移動体通信ネットワークオペレーターは、他の事業者によるそのネットワークの着信サービスを供給させることが義務づけられるかどうか検討された<sup>(39)</sup>。ここでは、事業者が、テレコミュニケーションサービス（着信／固定電話から携帯電話への着信・通話）を、エンドユーザー契約に基づき得られるSIMカードを利用して供給することが認められるかどうか問題となった。いわゆるGSMゲートウェイ（SIMボックス）を通してその固定ネットワークからそれぞれの移動体ネットワークへの着信・通話には、契約に反して、当該エンドユーザーSIMカードが機能することになる。移動体通信オペレーターは、そのネットワークへの着信及び通話のために、固定ネットワークオペレーターに特別な相互接続タリフを供しているが、固定ネットワークオペレーターによっては利用されていなかった。

まず、固定電話から携帯電話への着信・通話に係る市場において、他の携帯電話ネットワークへの接続による代替可能性は存在しない、顧客は、さもなくば、携帯電話ネットワークの希望する通話相手方に到達することができない。ネットワークオペレーターの行動は、もはや十分競争によつてコントロールされておらず、ここでは、消費者としてのエンドユーザーは、着信料金の高さを考慮することはない。そして、ネットワークオペレーターは、エンドユーザーが意識的な通話時間の短縮を通して、割高な接続料金に反応することを考慮する必要もないことから、市場支配的地位にある事業者であることが認定されている。

しかしながら、TKG（電気通信事業法）三三条と対比しうる競争制限防止法一九条四項四号という濫用は、川上又は川下の市場における競争にとつて必要なネットワークの利用を捉えており、本件はこれには該当しないとされる。本件ではむしろ、固定電話オペレーターは、移動体通信ネットワークが活動する同一の市場、すなわち、固定ネットワークから移動体ネットワークへの電話に係る市場で活動することを希望していた。固定ネットワークから移動体通信ネットワークの着信に係る移動体通信ネットワークの利用は、着信市場から派生した独自の市場があるわけではない。このようにして、競争制限防止法一九条四項四号に定める要件を満たさず、同様の理由から、EC八二条の適用もないとされる。

電気通信については、自由化後約一〇年が経過し部分的には競争が展開する電気通信産業においては、業法による事前の規制の必要性が正当化されるかという議論がある。<sup>40</sup> 電気通信におけるセクター規制は、当初から過渡的なものとして考えられていたことが指摘されている。ドイツにおいては、連邦ネットエージェンシーが業法を運用し、とりわけ電気通信分野においては、規制措置の内容及び目的設定がより強化されつつある。すなわち、独占が存在しない移動体通信市場における事前規制、二〇〇七年六月のヨーロッパのローミング指令がホールセルだけでなく同時に

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

エンドユーザー市場における価格設定を行うことなどの措置がとられている。電気通信における規制は一般的な規制と特殊な規制を区別した上で、競争法との関係で問題になるのは、電波管理、ナンバーポータビリティのような基幹的な規制ではなく、特殊なとりわけ価格及び参入規制である。ここでは、規制体系は「顕著な支配力」という概念を中心とし、これは、市場支配的地位という競争法上の基準に結びつけて理解されている。すなわち、顕著なかつ継続的に構造上又は法的に条件づけられた市場参入制限によって特徴づけられ、長期的に有効な競争の傾向になく、当該市場の失敗に対処するために一般的な競争法の適用のみでは不十分であるという要件が満たされれば、「顕著な支配力」を持つ事業者に規制が課されることになる。そして、濫用として現れうる事実関係に関しては、高価格濫用、排除濫用、その一類型としてのリベート、価格スクイーズ、アクセス義務、抱き合わせであり、業法と競争法の間には差異はない。もつとも、従来の運用例に基づけば、市場が事前規制に服している場合にのみ、業法による濫用規制が適用されている。ここから、濫用規制は、独立した規制ではなく、事前規制に付属的である。市場が事前規制を受けていない場合、ネットエージェンシーは濫用規制という手法で介入することはなく、そのような場合には、競争制限防止法の基準に基づきカルテル庁のみが措置を講じることができる。<sup>(1)</sup>

「Strom und Telefon II」ケース<sup>(12)</sup>では、地方公営電力供給事業者がその子会社を通じて電気通信サービスと電力をパッケージで安価で供給したことに對して、ドイツテレコムが競争制限防止法一九条一項違反を主張し、差止め請求を提起したが、濫用に該当しないとされたケースがある。判決では、当該事業者が電力市場で支配的であり、この地位を濫用して、当該事業者による支配をまだ受けていない電気通信市場における他の事業者の競争可能性を、競争にとつて著しい方法で侵害することが必要であるとす。本件では、抱き合わせが強制的でないこと、需要があるとそうでないサービスの組み合わせでもなく、また、電気通信市場における競争可能性の侵害も認められないとしてい

る。当該電力供給事業者が、電力と電気通信サービスを購入する顧客に対して安価な価格で供給することは、原則として、市場支配的事業者に禁じられない。本件のような市場支配的事業者の経済活動の第三市場への拡大に関するケースでは、これにより、競争者にとつて第三市場における市場参入制限が達せられる場合に正当性が認められないとして、本件の事実認定からはこのことは明らかではないとされている。

### 3 結語

不可欠施設理論は、その意義をめぐる議論がヨーロッパにおいても同様ではないにしても、ヨーロッパ独占禁止法制の一部となつてきている。不可欠施設理論は、もともと取引拒絶の一類型として理解されているが、取引拒絶との違いは、施設の所有者が競争者に対してその施設を開放する意図がないことである。施設へのアクセスが、外部に対して解放される場合、その所有者は全ての競争者に対して同等のアクセスを認めなければならず、取引を拒絶することはできない。従つて、原則として新規参入を問題とする規制である。ただ、近年とりわけ問題になつてきているファクターは、施設の内部的利用がその所有者に確保されており、その施設の利用が隣接市場における競争上有利に働く場合である。いわゆるIT産業及び電気通信は技術の展開も急速であり、新しい派生商品を創出する可能性も大きい。

ヨーロッパレベルで、不可欠施設理論が最初に適用された事例は Commercial Solvents ケース<sup>(43)</sup>とされ、その一九九〇年の Stena Sealink と Sea Container ケース<sup>(44)</sup>等では、支配的地位にある事業者は、客観的正当性なく一定のリソース又は施設へのアクセスを競争者に与えることを拒絶し、このようにして川下市場における競争を排除するとして、一般的な不可欠施設理論が明白に確立したとされる。問題となった施設は、港湾施設であり、不可欠施設の供給支配的地位を有し、自らその施設（そのアクセスがなければ競争者とその顧客にサービスを提供できない施設）を使用する事



不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

業者が、客観的正当性なくその施設へのアクセスを他の事業者に拒絶するにせよは自身のサービスに与える条件より不利な条件でのみアクセスを認める場合には、八二条に該当する可能性があるとしている。さらに、RTE他ケース<sup>(45)</sup>は、国内の著作権規定に依拠して基本情報の提供を拒絶することは、まだ提供されていないが潜在的消費者の需要がある週刊テレビガイドという新商品の登場を妨害し、八二条b号にいう濫用を構成するとして、ここで新しい要件が加わったといえる。放送業者の番組情報がテレビガイドの編集に不可欠であることが強調されているが、一般的な不可欠施設理論への言及はなく、八二条b号の一般的な検討手法がとられているともいえる。本件では、知的所有権に基づく排他的権利の行使は、例外的な状況においてのみ濫用行為となるとして、八二条にいう取引拒絶の適用ケースでは、知的財産権は、他の所有権と異なつて扱われるべきとされている。その後、Oscar Bronner ケース<sup>(46)</sup>では、裁判所は、施設の不可欠性を否定し、濫用を認めなかったが、Magill ケースの検討手法を踏襲している。さらに、IMS Health ケース<sup>(47)</sup>においても、Magill 及び Oscar Bronner ケースと同様の理論を敷衍してきている。IMS ケースでは、強制ライセンスについては物理的施設よりも高い基準を設けていると見ることもできる。ただ、後述の最近のマイクロソフトのケースについては、従来の不可欠施設に関する事例を挙げながら、そこでの判断基準に正確に従うこと無く理論展開している面も認められる。これらのケースから、委員会及び裁判所によって一貫したかつ統一した不可欠施設理論が構築されているとはいえない。この理論の意義は、支配的な地位が特殊な施設の排他的所有・コントロールから生じる場合の濫用行為の問題を明らかにした点ということになる。

加えて、不可欠施設理論の規定を持つドイツでは、とりわけ電力産業を中心とした法適用が実施されている。その中心の考え方は、同一のネットワーク及び施設の競争者との共同利用であり、ここには社会的な要素が認められよう。しかしながら、かかる共同利用は例外的に認められるべきことを前提とする。いわゆる公益産業においても、

その施設の特特殊性に基づき業法との組み合わせで、従来の独占者に対する規制は一樣に理解されない。電気通信における施設の不可欠性は、長期的な視点を前提としておらず、技術の進展が大きく左右する分野である一方、他方で、電力産業・鉄道等における不可欠性は長期的に捉えうる。有効な競争を創出するという共通の目的を持つ業法的規制にも拘らず、既に様々な市場状況、秩序政策的切り口に基づき、規制の基本的枠組みは異なる方向に展開する傾向にある。

さらに、不可欠施設理論は、不可欠施設の取引拒絶という類型を出発点として、同時に、その施設の利用料金の妥当性が重要となる。これは、ドイツにおいては不可欠施設を捉える競争制限防止法一九条四項四号の問題だけでなく、いわゆる搾取的高価格濫用を問題にする一九条四項二号の問題でもある。近年、高価格濫用規制がドイツの競争制限防止法の実務において実際上の意味を持つのは、価格形成により同時に競争者への妨害効果を出発点とする場合であり、とりわけ、垂直的統合した事業者が、垂直統合していない競争者に対して前段階商品について計算する価格である。このようなケースは、特にネットワークに基礎をおく産業にしばしば見られ、価格スクイズという形でも捉えられる。

このようにして、「不可欠理論」の不確定さ、技術の更なる発展を背景に、「不可欠施設理論」の独自性は弱くなってきたように思われる。これは、「不可欠施設理論」が意味を失ってきているというよりは、その適用範囲が拡大して、一般的な濫用行為類型である取引供給等と近似してきているということである。すなわち、従来の「不可欠性」の捉え方を緩和しながら、施設への選択的なアクセスが欠ける場合には、「必要な」(indispensable)施設・インプットとして、川下市場で活動するために競争者が必要なインプットを取引拒絶することは認められないとする考え方である。ここでは、「不可欠施設理論」に言及することなく、取引拒絶の規制対象を拡大し、従来の「不可欠」施

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

設より広い「必要な」施設・インフラを捉えることを特徴として、川上、川下市場での活動を前提とする垂直的統合事業者に焦点を当てた取引拒絶が捉えられている。このような考え方は、委員会のガイダンスに見られる。そして、不可欠施設理論では、不可欠施設の所有者が、川下市場における製品又はサービス市場での活動に必要な施設の共同利用を拒絶することにより、これらの市場にその市場地位を拡大することを防ぐことであるとして、拡大されるべき市場において市場支配的地位が問題になる必要はないとされてきた。この点については、「不可欠性」の基準が「必要」であるという基準に緩和される場合には、いわゆる派生市場である川下市場への当該行為の効果の分析が重要になってくると思われる。派生市場の効果の問題にするか否か、そしてどの程度効果が捉えられ、さらに要求される立証の程度の問題がある。従来の一般的濫用事例のケースにおいても、この点は明確にはされていない。いわゆる搾取濫用の行為については、悪影響を受けるのが取引相手方であり、高価格による搾取については影響が明白であるため、濫用行為であることの認定の他、市場効果の立証は必要がない。これに対して、競争者排除のケースにおいては、排除の効果の立証は依然として大きな問題である。直近のマイクロソフトのケースでは、競争者を排除するのではなく消費者侵害の具体的効果の立証は必要とされていないように思われる。これは、市場支配的地位の濫用行為の本質、及び川上市場での支配力の存在に顧慮すれば、特に、川下（隣接）市場における支配力の存在や具体的効果を立証する必要はないということであろう。もともと、ドイツにおけるバンドリングのケース「Strom und Telefon II」では、川下市場における明白な競争制限的效果の立証を必要としているようにも思われ、今後の展開に注目する必要がある。

最後に、市場支配的地位の濫用行為としての不可欠施設理論をめぐる議論は、我が国独占禁止法においてどのような位置づけられるであろうか。公正取引委員会は、平成一五年に独禁法の独占・寡占体制の見直しに関する独禁法研

研究会報告書を公表している。<sup>(49)</sup> ドイツ・ヨーロッパで市場支配的地位の濫用行為として問題にされている行為は、いまでもなく、市場支配的地位を前提としている。従って、我が国に対応する規制としては、基本的には、公正な取引方法ではなく、私的独占ということになる。私的独占の運用については、近年、市場支配的地位の濫用規制と同様な適用事例が存在し、問題意識は異ならない。<sup>(50)</sup> ただし、私的独占においては、市場支配力の形成事例、維持、強化を問題にしていることと、「濫用」を問題にしている場合では、理論的には適用事例の範囲は同一ではない。「濫用規制」の枠組みでは単なる地位の濫用・利用が違反行為となる可能性があり、排除行為で問題にされる、不当な排除行為の幅は、私的独占よりも広いと考えられる。しかしながら、実際の私的独占の運用においては、市場支配的地位の濫用規制と同様の理論が見られる。少なくとも、具体的な排除の量的な経済分析に依拠するのではなく、排除をもたらす行為の一般的な行為の性格付け、理論付けに依拠して、違法性が判断されている。他方で、ヨーロッパでは、委員会によるDP及びガイダンスでは、「より経済的なアプローチ」が指向され、「効率性」を正当化事由に含んで、より効果を重視したアプローチを強調する動きと、「効率性」の正当化事由としての位置づけに疑念を呈する見解、競争プロセスとして自由な競争を保護することに主眼を置く判例とが、併存している状況が認められる。ドイツ・ヨーロッパの今後の展開に注目しながら、我が国の私的独占規制の理論・運用に着目していきたい。

- (1) 市場への具体的な効果の立証を要求することは、むしろ政策の問題であるとする指摘が正鵠を得ていると言える。すなわち、決定的な影響が実際に生じるまで競争当局の介入を制限することは、場合によっては遅すぎる判断にもなる。加えて、行為の現実的な効果を正確に評価することは原則として期待し得ず、当該行為がなければと多くの仮定を導くことになる。例えば、新規参入があることは、当該行為が市場における完全な排除を引き起こさないことを示しているが、当該行為がなければより効率的な市場参入があることの可能性を否定しない。八二条は完全な排除を禁止しているのではなく、特定の効果の可能性・見込みを問題視

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

- 49。Duncan Sinclair 「Abuse of Dominance at a Crossroads- Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82EC」 E. C. L. R. 二〇〇四年四九一頁以下。
- (2) Alberta Albers-Llorens 「The Role of Objective Justification and Efficiencies in the application of article 82EC」 CMLR 四四号二〇〇七年一七二頁以下。
- (3) 「DG Competition discussion paper on the application of Article of 82 of the Treaty to exclusionary abuses 二〇〇五年 European Commission」。
- (4) Victoria Merkopolou 「DG Competition's Discussion Paper on the Application of Article 82EC to Exclusionary Abuses : the proposed Economic Reform from A legal Point of View」 E. C. L. R. 二〇〇七年一四三頁。
- (5) 例えば前掲・注(3)パラグラフ六三参照。
- (6) 前掲・注(4)二四六頁以下。
- (7) ヨーロッパ裁判所判決二〇〇七年三月一五日 (C-95/04 P)。
- (8) 委員会決定 (2000/74 EC) 一九九九年七月一四日官報 L三〇号一頁以下。
- (9) Stephanie Pauke/Henning Leupold 「Rabatte- Haben marktbeherrschende Unternehmen nach dem British Airways- Urteil des EuGH endlich mehr Klarheit ?」 EWS 二〇〇七年二四六頁、Klaus Piffer 「Reflection on British Airways v Commission」 E. C. L. R. 二〇〇七年五九七頁以下。
- (10) 「British Airways PLC v. Commission of the European Communities」 (T-219/99) ヨーロッパ第一審裁判所判決二〇〇三年二月一七日 (判例集二〇〇三年 四〇七一以下)。
- (11) Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (二〇〇九年二月九日) <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>
- (12) 前掲・注(3)パラグラフ一五二以下。
- (13) 前掲・注(11)パラグラフ四〇以下。
- (14) Martin Holzinger 「Anmerkung」 EuZW 二〇〇七年二二三頁以降
- (15) Okrogahne Odudu 「Case Law」 CML Review 二〇〇七年四四号一八二頁では、本判決では、差別価格によって競争者 (Virgin) が被害を受けたのではなく、取引相手方が被害を受けたことが問題となっているとする。もっとも、異なる手数料レートによって損

害を受けたという旅行代理店の苦情はない。これは、単に消費者にリーチするコストの増加を意味し、ダウンストリームにおける支配力が増すほど、販売量を減らすものであるため、BAは、その取引相手方への侵害から利益があるわけではない。

- (16) 前掲・注(9)二四六頁。
- (17) 「Der Grüne Punkt」ヨーロッパ第一審裁判所二〇〇七年五月二四日(T-151/01) WuW/EU-R 二二七三以下。
- (18) デュッセルドルフ高等裁判所二〇〇七年三月一四日、最高裁判決二〇〇八年三月四日。
- (19) Daniel Zimmer/Lens Werner 「Anmerkung」JZ 二〇〇八年 九〇四頁。高裁判決に対する同様の評価として、Rupperecht Podszun 「A Sparkling Decision : Property Rights and Competition Law in a German Abuse Case」E. C. L. R. 二〇〇七年六九九頁。
- (20) Daniel Zimmer 「Der rechtliche Rahmen für die Implementierung moderner ökonomischer Ansätze」WuW 二〇〇七年二二〇四頁。
- (21) 「Standard-Spundfass」最高裁判決二〇〇四年七月二三日 WuW/E DE-R1329。
- (22) ヨーロッパ裁判所判決一九九八年一月二六日判決、判例集一九九八年I-七七九一頁以下。
- (23) Werhard Möschel 「Immenga/Mesmäcker Wettbewerbsrecht GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht」(四版) 二〇〇七年四九七頁。
- (24) Michael Heise 「Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften」(二〇〇八年) 一五五頁。
- (25) 「Microsoft」二〇〇四年三月二四日官報二〇〇七年L三三三頁以下、WuW/E EU-V931以下。
- (26) ヨーロッパ第一審裁判所二〇〇七年九月一七日判決(WuW/E EU-V931)。滝川敏明「EU裁判所マイクロソフト判決イイノベーション分野の排除行為規制」公正取引二〇〇八年六八八号九頁以下参照。
- (27) Torsten Körber 「Wettbewerb in dynamischen Märkten zwischen Innovationschutz und Machtmissbrauch」WuW 二〇〇七年二二二二頁以下。
- (28) Hans-Christian Hausmann 「Das Microsoft-Urteil : Zwischen Kartellrecht und gewerblichen Schutzrechten」MMR 二〇〇八年三八三頁。
- (29) 前掲・注(27)二二二六頁。
- (30) John Kallaugher and Andreas Weithrecht 「Microsoft and More-Developments under Articles 81 and 82 EC in 2007」E. C. L. R. 二〇〇八年四二五頁。
- (31) 前掲・注(11)パラグラフ七九参照。
- (32) Robert Klotz 「Die Preis- Kosten- Schere bei regulierten Entgelten als Verstoß gegen EF-Wettbewerbsrecht」MMR 二〇〇八年六五一頁

不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）（柴田）

- 以下。もともと価格スクイーズが問題になったのは、「Napier Brown/British Sugar」ケース（一九八八年七月八日委員会決定・官報一九八八年「二八四号四頁以下」）であり、卸段階及び小売段階で活動している垂直的事業者British Sugarの価格設定を捉えている。委員会は、比較においてBritish Sugarの卸段階商品産業用砂糖から小売市場における家庭用砂糖への転換、詰め替えについての製造原価を基準としている。さらに、第一審裁判所のケース（「Industrie des poudres Sphérique S. A./Kommission」T-5/97判例集二〇〇〇年 三七五五頁）では、濫用的価格スクイーズは、卸段階価格と小売段階価格の間に不十分なマージンが存在する場合に認められるとするが、当該事業者の卸段階価格の引き上げは正当化され、不十分なマージンは当該事業者の競争者の固有の高い労働コスト事情に基づく当該競争者の競争能力欠如に起因すると判断されている。その他、「France Telecom S. A./Kommission」（T-340/03・判例集二〇〇七年 一〇七頁以下）においても、高速インターネットサービスを提供するフランスでの大規模な事業者Wanadooがコストをカバーしないエンドユーザー価格を設定したことが八二条違反とされている。エンドユーザー価格は、平均可変費用を基準に検討されているが、平均可変費用をカバーする場合でも総費用を下回る場合には排除の意図が認定されている。本件については、経済的諸要因に鑑みれば価格スクイーズが認識しうる。エンドユーザー価格が濫用とされるのは、コストとの関係で低すぎるためであり、コストはWanadoo（フランステレコムの子会社）からフランステレコムに支払われるホールセル製品料金に基づいている。これに関連して、フランスの競争当局が、フランステレコムに対して、ローカルループでの支配的地位の濫用に関して制裁金を課すケースがある。濫用は、ADSLによるインターネットアクセスの営業に関して子会社であるWanadooを優遇する差別的取扱であり、Wanadooの競争者であるインターネットアクセスプロバイダーの成長を侵害する。本件については、Jerome Philippe and Aude-Charlotte Guyon「The French Competition Council Confirms its Extensive Approach of Repeat Infringements in a New France Telecom Decision」E. C. L. R. 二〇〇八年一七一頁参照。
- (33) ヨーロッパ委員会決定二〇〇七年七月三日。
- (34) ヨーロッパ第一審裁判所判決二〇〇八年四月一〇日（T-271/03）WuW/E EU-R 1429°。
- (35) Mairread Moore「Deutsche Telekom and the margin squeeze fallacy」E. C. L. R. 二〇〇八年七月二四頁では、問題の中心はホールセル価格が高すぎることにありと指摘する。焦点は低いエンドユーザー価格（ドイツテレコムは損失を受けていないため、本質として排除ではない）ではなく、ドイツテレコムがコントロールの及ばない人為的に高いホールセル価格に当てるべきであるとする。
- (36) 二〇〇七年十一月に公表された、ヨーロッパ委員会による新しい規制提案の考え方は、セクター特殊規制としては事前規制、である。必要な場合、市場支配的事業者は、事前の一定の義務（参入義務、料金規制差別禁止・透明性義務）が課され、事業者が事

前規制に服さない限り、単に事後的にカルテル庁による事後的な濫用規制に服するという提案である。この点については、Raimund Schütz「Effektiv Regulierung durch effective Missbrauchsaufsicht der BNetzA-Plädoyer für ein 3-Säulen-Modell」MMR 二〇〇八年五七九頁以下参照。

(37) 「Arealnetz」の最高裁判決(二〇〇五年六月二八日 WuW DE-R1520)では、Mainova が、再配電業者としてその所有する中圧ネットワークへの接続を拒否することは、市場支配的地位の濫用に該当するとされている。この点では、託送の要求だけでなく、ネットアクセスの問題となっている。

(38) Wernhard Möschel「Der zukünftige Ordnungsrahmen für die Telekommunikation : Allgemeines Wettbewerbsgesetz statt sektorspezifischer Regulierung」MMR 二〇〇八年五〇六頁。

(39) 「GSM-Gateway」ヘルリン高裁判決二〇〇四年一月一五日 (WuW/E DE-R 1274)。

(40) 前掲・注(38)五〇五頁。

(41) 前掲・注(36)五八一頁。

(42) 最高裁判決二〇〇三年十一月四日 (WuW/E DE-R 1210)。

(43) ヨーロッパ裁判所判決一九七四年三月六日、判例集一九七四年二三三頁以下。

(44) 委員会決定一九九三年二月二日、一九九四年官報七一五号八頁。

(45) ヨーロッパ裁判所判決一九九五年四月六日。判決集一九九五年七四三頁。

(46) 前掲・注(22)。

(47) ヨーロッパ裁判所二〇〇四年四月二九日 (C-418/01) WuW/E EU-R804。

(48) 拙稿「高価格濫用規制の現代的意義」香川法学二〇〇八年二八卷二号二五頁以下参照。

(49) 当該報告書については、池田千鶴「第五節 独占・寡占規制の見直し」『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェース』(二〇〇八年)七六頁以下を参照。

(50) 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(原案)に示された考え方については、ヨーロッパ委員会ガイドダンスと共通点が認められる。