公益財団法人公正取引協会主催「独占禁止法研究会（平成２５年度）」
ー私的独占Ⅰ－JASRAC 審決、NTT 東日本判決

Ⅰ　独禁法と私的独占

１　総説

独禁法は、２条５項に定める私的独占を３条（前段）において禁止する。２条５項は、私的独占を、事業者が単独で又は複数の事業者が共同して、他の事業者の事業活動を排除し又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること、と定める。私的独占は、手段行為によって、排除型私的独占と支配型私的独占とに区分される。

私的独占に対しては、公取委は、排除措置を命ずる（７条）とともに、課徴金の納付を命ずる（７条の２第２項第４項）。排除型私的独占に対する課徴金は売上額の原則６％であるのに対し、支配型私的独占に対する課徴金は売上額の原則１０％である。支配型私的独占は、その反競争効果が不当な取引制限（課徴金は売上額の原則１０％：７条の２第１項）の場合に類似しているという理由に基づく。支配型私的独占の課徴金の対象が（１）対価に係るもの、又は（２）(i)供給量・購入量、(ii)市場占有率若しくは(iii)取引の相手方を実質的に制限することによりその対価に影響することとなるものに限定されているのも、不当な取引制限の場合と同じである。排除型私的独占の課徴金の対象に限定はない。私的独占は、犯罪を構成し（８９条１項１号）、公取委の刑事告発方針の対象にも入っている（平成１７・１０・７最新改定平成２１・１０・２３）。しかし、私的独占が刑事告発されたことはない。

＊欧米の競争法には、支配型私的独占を禁止する規定はない。

米国のシャーマン法２条は、独占化と独占化の企図とを禁止する。独占化の要件は①独占力の保有と②反競争行為であり、独占化への企図の要件は①反競争的行為、②独占化の特定の意図及び③独占力獲得の危険な蓋然性である。インジャンクションと刑罰の対象となるが、刑罰が科されたことはほとんどない。また、シャーマン法２条自体の発動も近年ほとんどない。

EU 競争法１０２条は、市場支配的事業者による排除型濫用と搾取型濫用を禁止する。違反事業者に対しては、欧州委員会により、その全世界の売上額の１０％以下の行政制裁金が裁量的に賦課される。略奪的価格設定に係る AKZO 事件判決（１９９１）、取引拒絶に係る Magill 事件判決（１９９５）と IMS Health 事件判決（２００４）、取引拒絶と抱き合わせに係るマイクロソフト事件判決（２００７）、忠誠リベートに係る Intel 事件委員会決定（２００９）と Tomra 事件判決（２０１０）、マージン・スクイーズに係る Deutsche Telekom 事件判決（２０１０）、Telia Sonera 事件判決（２０１１）及び Telefonica 事件判決（２０１２）など、排除型濫用の事例は多い。搾取型濫用の事例としては、標準必須特許のライセンス料が高過ぎるとしてその上限を委員会が確約させた Rambus 事件（２００９）がある。

２　排除型私的独占ガイドライン

公取委は、排除型私的独占が新たに課徴金の対象行為に入った際に（平成２１年独禁法改正）、排除型私的独占ガイドラインを公表している（平成２１・１０・２３）。排除型

私的独占ガイドラインの公表は、通常の事業活動の結果として他の事業者の事業活動を排除するに至った行為と違法な排除行為とを区分することが容易でなく、排除型私的独占を課徴金の対象行為とすることは、事業者に萎縮効果を生じさせ、公正かつ自由な事業活動の支障となるのではないかとの指摘があったことに照らし、排除型私的独占の要件に関する解釈を可能な限り明確化することにより、法運用の透明化を一層確保し、事業者の予見可能性をより向上させることを目的とするものである。

公取委は、まず、排除型私的独占の執行方針として、商品のシェアがおおむね２分の１超で、かつ、国民生活に与える影響が大きい事案を優先的に審査すること明らかにしている。これまでのほとんどの排除型私的独占事件において、排除行為の対象となった商品のシェアが大きい事業者が審査の対象となってきたこと、また、他の事業者の事業活動を排除し、市場の閉鎖効果を持つこととなるのは、行為者が供給する商品のシェアがある程度大きい場合がほとんどであるからである。

つぎに、排除行為とは、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性の高い行為であって、他の事業者の事業活動が市場から完全に駆逐されたり、新規参入が完全に阻止されたりする結果が現実に発生していることまでが必要とされるわけではない、とする。

排除行為は多種多様であるが、典型行為として、①商品を供給しなければ発生しない費用を下回る対価設定（不当廉売）（参考例：ゼンリン事件平１２・３・２４警告）、②排他的取引（排他的リベートの供与を含む）（ノーディオン事件勧告審決平１０・９・３審決集４５・１４８、ニプロ事件勧告審決平１８・６・５審決集５３・１９５、インテル事件勧告審決平１７・４・１３審決集５２・３４１）、③抱き合わせ（参考例：日本マイクロソフト事件勧告審決平１０・１２・１４審決集４５・１５３、東芝昇降機サービス事件大阪高判平５・７・３０審決集４０・６５１）、④供給拒絶・差別的取扱い（ぱちんこ機製造特許プール事件勧告審決平９・８・６審決集４４・２３８、NTT 東日本事件東京高判平２１・５・２９審決集５６（第２分冊）・２６２（その上告審として、最判平２２・１２・１７審決集５７（第２分冊）・２１３））を挙げる。しかし、非典型的な行為も排除行為になり得るとして、競争者と競合する販売地域・顧客に限定して行う価格設定行為（有線ブロードネットワークス事件勧告審決平１６・１０・１３審決集５１・５１８）、他の事業者の事業活動を妨害する行為（東洋製罐事件勧告審決昭４７・９・１８審決集１９・８７、日本医療食協会事件勧告審決平８・５・８審決集４３・２０９）、複数の行為をまとめて、一連の、かつ、一体的な排除行為と評価された北海道新聞社事件同意審決平１２・２・２８審決集４６・１４４）などを挙げる。

さらに、一定の取引分野については、排除行為によって影響を受ける範囲をいい、具体的な行為や取引の対象・地域・態様等に応じて相対的に決定されるとし、必要に応じて需要者（又は供給者）にとって取引対象商品と代替性のある商品の範囲又は地理的範囲がどの程度広いものであるかとの観点を考慮するとする。この場合の商品の範囲（用途、価格・数量の動き等、需要者の認識・行動を考慮）と地理的範囲（供給者の事業地域、需要者の買い回る範囲等、商品の特性、輸送手段・費用を考慮）の判断は、企業結合ガイドライン（平１６・５・３１最新改定平２３・６・１４）に倣っている。競争の実質的制限についても、基本的に、企業結合ガイドラインに倣うものであり、特定の事業者又は事業者集

団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態を形成・維持・強化することをいう（前掲 NTT 東日本事件東京高判を引用）とし、①行為者の地位及び競争者の状況、②潜在的競争圧力、③需要者の対抗的な交渉力を総合的に考慮して判断するとする。そして、「抗弁」ないし正当化事由として、(i)効率性が認められる場合、(ii)消費者利益の確保に関する特段の事情（安全、健康など一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する場合）が認められる場合には、独禁法１条の目的に照らして、競争の実質的制限という要件を満たさないとするとともに、前記(i)又は(ii)が認められるとしても、独占又は独占に近い状態をもたらす場合には、通常、競争の実質的制限の要件を満たすことになるとする。ここで注目すべきことは、前記(i)又は(ii)の「抗弁」ないし正当化事由について、「公共の利益に反して」の要件ではなく、競争の実質的制限の要件のところで判断することを明らかにしている点である。

＊排除行為により、市場の価格をある程度自由に左右することによって市場を支配することができる状態を形成・維持・強化することになっても、独禁法１条の目的に照らして、当該行為に目的の合理性と目的達成方法の相当性が認められる場合には、競争の実質的制限の要件を満たさないことになる。

II　JASRAC 審決

1　事案の概要

一般社団法人日本音楽著作権協会（以下、「JASRAC」という。）は、著作権者から音楽著作権の管理を受託した楽曲の利用を放送事業者等に許諾し、使用料を徴収して著作権者に分配する事業（以下、「管理事業」という）を営む者である。JASRAC は、放送等利用に係る音楽著作権の大部分の管理を受託しており、ほとんど全ての放送事業者との間で音楽著作物の利用許諾契約を締結し、楽曲の利用の有無や回数に関係なく当該放送事業者の放送事業収入に一定率を乗ずる等の方法で音楽著作物の放送等利用に係る使用料を算定し、徴収している（これを、以下、「包括徴収方式」ないし「本件行為」ということがある。）。

そこで、公取委は、JASRAC による使用料の算定において、放送事業者が放送番組において利用した音楽著作物の総数に占める JASRAC が管理を受託した音楽著作物の割合が反映されておらず、放送事業者が、JASRAC 以外の管理事業者の管理する楽曲を利用すると追加負担が生じるため、それらの楽曲をほとんど利用しないこととなり、JASRAC 以外の管理事業者は放送等利用に係る音楽著作権の管理を受託することができず、放送等利用に係る音楽著作権の管理事業を営むことが困難になった、したがって、JASRAC による上記のような使用料の算定、徴収は、他の管理事業者の事業活動を排除するものであり、独禁法２条５項が定める排除型私的独占に該当するとして排除措置を命じた。これに対し、JASRAC が当該排除措置命令の取消しを求めて審判請求を行った。

2　審決要旨

①本件行為が独禁法２条５項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為に該当するか否かは、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争

手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の・・・参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決するものである」NTT 東日本審決取消請求事件最二判平２２・１２・１７民集６４・８・２０６７）ところ、本件行為が放送事業者による他の管理事業者の楽曲の利用を抑制する効果を有し、競業者の新規参入につき消極的要因になることから、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における他の管理事業者の事業活動を排除する効果があると断定することができるかどうかは、本件行為に関する諸般の事情を総合的に考慮して検討する必要がある。上記の諸事情としては、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における市場の構造、音楽著作物の特性（代替性の有無、その程度）、競業者の動向、本件行為及びその効果についての JASRAC の認識、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理受託分野との関連性等、多様な事情が考えられるが、審査官は、イーライセンスが平成１８年１０月に放送等利用に係る管理事業を開始するに際し、本件行為が実際にイーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を具体的に排除した等として、それを根拠に本件行為に排除効果があったと主張するので、その主張の成否を検討する。

②本件行為は、放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を利用する際に別途の使用料の負担を考慮する必要を生じさせるという意味で、放送事業者が JASRAC 以外の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有しており、JASRAC がわが国における放送事業者に対する放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において一貫して強固な地位を有することを併せ考慮すると、競業者の放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野への新規参入について消極的要因となるといえる。そして、JASRAC が管理事業法の施行後も、新規参入について消極的要因になる本件行為を継続し、平成１８年９月まで放送等使用料を徴収して管理事業を行う業者が現れなかったことは、本件行為が他の事業者の上記分野への新規参入を困難にする効果を持つことを疑わせる一つの事情ということができる。

③しかし、具体的に、イーライセンスが放送等利用に係る管理事業を開始した際の事実関係を検討すると、実際にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したと明確に認められるのは、１社の放送事業者にすぎず、放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したと認めることはできない上、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことは認められるものの、その主たる原因は、JASRAC の本件行為ではなく、イーライセンスが不十分な管理体制のままで放送等利用に係る管理事業に参入したため、放送事業者が困惑、混乱したことにある。また、エイベックス・グループがイーライセンスに対する管理委託契約を解約したのは、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、その原因が本件行為にあるという認識に基づくものであるが、現実には、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避したとはいえず、イーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことが認められるのにとどまり、その主たる原因もイーライセンスによる準備不足の状態での参入とそれに伴う放送事業者の困惑、混乱等であったのであるから、本件行為にエイベックス・グループのイーライセンスへの管理委託契約を解約させる効果があったとまではいえない。仮にイーライセンスが管理事業を営むことが困難な状態になっているとしても、著作権者がイーライセンスに音楽著作権の管理を委託しなかったのは、放送事

業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、その原因が本件行為にあるという認識に基づいていたためであり、本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまではいえない。

④以上のように、イーライセンスが放送等利用に係る管理事業を開始するに当たり、JASRAC の本件行為がイーライセンスの放送等利用に係る管理事業を困難にしたという審査官の主張について、これを認めるに足りる証拠はない。また、イーライセンス以外の管理事業者が放送等利用に係る管理事業に新規に参入しない理由が本件行為にあると認めるにたりする証拠もない。そして、他に本件行為が競業者の放送等利用に係る管理事業への新規参入を著しく困難にすることを認めるに足りる主張立証はない。

⑤したがって、本件行為は、放送事業者が JASRAC 以外の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有し、競業者の新規参入について消極的な要因となることは認められ、JASRAC が管理事業法の施行後も本件行為を継続したことにより、新規参入業者が現れなかったことが疑われるものの、本件行為が放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するとまで断ずることは、なお困難である。

３　検討

３－１　仲介業務法から管理事業法へ

管理事業は、平成１３年１０月１日に管理事業法が施行されるまでは、仲介業務法に基づき許可制とされ、音楽著作権については、JASRAC のみが許可を受けて管理事業を営んでいた。これに対し、管理事業法は、許可制を登録制に変更し、一定の欠格事由がなければ登録を可能とすることから、管理事業は、独占の時代から競争の時代へと転換することとなった。しかし、これまで、イーライセンスが、平成１８年１０月に放送等利用に係る管理事業への参入を試みただけであり、しかも参入はできなかったのである。

３－２　排除行為該当性

本件審決は、イーライセンスが平成１８年１０月に放送等利用に係る管理事業を開始するに際し、本件行為が「実際に」イーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を「具体的に」排除したという事実を認めることができなかったとして排除行為該当性を否定している。

しかし、従来、判例も公取委も、排除行為に該当するためには、「実際に」他の事業者の事業活動を困難にし、他の事業者の参入を「具体的に」排除することが必要であるという解釈・運用を示したことはない。本件審決が依拠する NTT 東日本最判は、後述するように、光加入者回線の接続料金（卸売料金）を利用者料金（小売料金）より高く設定する「マージン・スクイーズ（プライス・スクイーズ）」自体を排除行為に該当すると判示し、排除行為に該当するというために、「実際に」他の事業者の事業活動を困難にし、他の事業者の参入を「具体的に」排除することまで求めていない。また、ニプロ事件審決（平１９・３・２６審決集５３・７７６）では、排除しようとした他の事業者の輸入が結果的に増大し、「実際に」輸入は抑制されず、「具体的に」輸入に係る事業活動は排除されなかったにもかかわらず、輸入抑制目的で行われた取引条件の改定等自体で排除行為に該当するとされている。排除型私的独占ガイドラインも、「他の事業者の事業活動の継続を困難に

させたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性の高い行為は、排除行為に該当する」とし、「実際に」他の事業者の事業活動を困難にし、他の事業者の参入を「具体的に」排除することまで求めていない。

本件審決は、本件行為が放送事業者による他の管理事業者の楽曲の利用を抑制する効果を有し、競業者の新規参入につき消極的要因になることを認めているが、長期にわたり特定の事業分野において独占的地位にあった事業者が、競争導入を図る管理事業法の施行後において、継続して、他事業者による参入を「抑制する効果」を有する行為を行っている場合には、他の事業者の事業活動を「排除」する効果をもたらしていると評価するべきではなかったか。排除行為は、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものである」とされるが、独占性と手段の人為性とは、独占性が強ければ人為性は強くなくとも排除行為が成立し、独占性がそれほど強くない場合には強い人為性があってはじめて排除行為が成立するという、相関関係に立つのではないか。そうだとすると、本件のような、完全独占に近い事業者が、継続して、他事業者による参入を「抑制する効果」を有する行為を行っている場合には（従来から採用してきた包括徴収方式を変更しないという不作為の行為であったとしても）、排除行為が成立すると評価することができるのではないか。また、排除行為の成否は、それ自体独立して評価されるべきではなく、一定の取引分野における競争の実質的制限との相互関係において評価されるべきではないか。競争の実質的制限、すなわち、事業者が、その意思で、ある程度価格などを左右することにより市場を支配できる状態をもたらすと評価される行為であるか否かによって、排除行為の成否を判断するべきではないか。そうだとすると、排除行為に該当するためには、「実際に」他の事業者の事業活動を困難にし、他の事業者の参入を「具体的に」排除することまの必要はないのではないか。さらに、排除行為に該当するために、「実際に」他の事業者の事業活動を困難にし、他の事業者の参入を「具体的に」排除することまで必要であるとすると、排除型私的独占に対しては、分離・分割など極めて困難な構造的措置を命じなければならず、競争秩序の維持・回復に支障を来すのではないか。

３－３　正当化事由ないし「抗弁」事由

本件の包括徴収方式の採用が、仮に排除行為を構成し、これにより、JASRAC が、その意思で、ある程度自由に、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において使用料（利用許諾料）を左右できる状態をもたらしているとしても、取引費用の節約効果が大きく、また、これに代わる特定の楽曲の利用割合を反映する現実的に代替的な徴収方式を採用することを可能にする技術の採用が困難であるという事情が存在するかもしれない。このように事情が存在する場合には、正当化事由ないし「抗弁」事由が認められ、独禁法１条の目的に照らして、競争の実質的制限の要件を満たさないと評価されることになる。本件審決では、排除行為に該当しないと判断したことから、正当化事由ないし「抗弁」事由にまで及ばなかった。あるいは、管理事業は、管理事業法の規制下にあり、この規制如何によっては、正当化事由ないし「抗弁」事由として主張できたかもしれない。

３－４　手続上の問題

本件では、審判官ないし公取委は、専ら審査官の主張の成否に限定して審理を行い、上述のように、排除行為該当性に係る判例及び公取委の従来の解釈とは異なる解釈を採用す

るに至っている。しかし、審判手続は、訴訟手続ではなく、訴訟手続と同じような弁論主義が妥当するわけではなく、審判官なし公取委は、本来、審査官の主張に拘束されることなく、審判開始決定書記載の事実との同一性を害せず、被審人の防御の機会を閉ざさない限り、審理・判断できるのであり、本件では、本件行為と排除行為該当性に係る判例及び公取委の従来の解釈との関係につき、審査官の主張に拘束されることなく、自ら、審理・判断するべきあったと考えられる。

本件では、審決案が出てから審決まで４か月もかかっており、少数意見付記をめぐって委員会内部で何らかのやりとりがあったといわれる。独禁法７０条の２第１項は、「審決書には、委員長及び合議に出席した委員がこれに署名押印しなければならない。」と定め、同第２項は、「審決書には、少数意見を付記することができる。」と定めている。しかし、本件の審決書は、少数意見の付記がないのみならず、委員１名の署名がないという異例のものとなっている。本件では、判例及び従来の公取委の解釈とは異なる解釈を採用しているのであり、少なくとも少数意見の記載があってもしかるべきであった。委員長及び委員は、それぞれ独立して職権を行使することが保障されており、少数意見の付記につき、それが事実認定、法令の適用解釈のいずれに及んでも、各委員の独立した判断に委ねられるべきものであって、委員会や委員長の判断代置は許されないものである。

＊評釈：NBL９９１号５８頁（２０１２・１２・１５）、知財管理６３巻３号３８１頁（２０１３）。

III　NTT 東日本判決

１　事案の概要

NTT 東日本は、平成１４年６月から平成１６年３月までの間、ニューファミリータイプの FTTH サービス（光ファイバ設備を用いた戸建て住宅向けの通信サービス）の提供に当たり、当該サービスを分岐方式（収容局内外に分岐装置を設置して光ファイバ１芯を複数の加入者（最大３２人）で共用する方式）を用いて提供するとして、当該サービスの提供に用いる分岐方式の設備との接続料金の認可を受けるとともに、当該サービスのユーザー料金の届出を行いながら、実際には分岐方式を用いず、芯線直結方式（収容局と加入者宅とを直結して光ファイバ１芯を加入者が１人で利用する方式）を用いて、そのユーザー料金を、いずれも他の電気通信事業者が NTT 東日本の光ファイバ設備に芯線直結方式で接続して FTTH サービスを提供する際に必要となる接続料金（加入者１人当たり月額６３２８円）を下回る額である、当初月額５８００円、平成１５年４月１日以降は月額４５００円と設定して、当該サービスを提供した。

公取委は、NTT 東日本が、FTTH サービスを自ら加入者に提供するに際し、分岐方式を用いることを前提に光ファイバ１芯を共用する加入者の人数が増えるに従って１人当たりの金額が逓減する接続料金に係る認可を受けておきながら、実際には芯線直結方式を用い、他の電気通信事業者が芯線直結方式で上告人の加入者光ファイバ設備に接続して FTTH サービスを提供するために支払うべき接続料金を下回るユーザー料金を設定したこと（以下、「本件行為」という。）が排除型私的独占に該当するとして勧告を行い、NTT 東日本がこれに従わなかったことから、審判開始決定を行い、勧告と同内容の審判審決を行った（平１９・３・２６）。そこで、NTT 東日本は、東京高裁に審決取消訴訟を提起したが、棄却

されたことから、上告した。

2　判旨

①上告人が、その設置する加入者光ファイバ設備を、自ら加入者に提供しつつ、競業者である他の電気通信事業者に接続のために設備として提供するに当たり、加入者光ファイバ設備接続市場における事実上唯一の供給者としての地位を利用して、当該競業者が経済的合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したもので、その単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、当該競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にする効果を持つものといえるから、同市場における排除行為に該当する。

②本件行為期間において、ブロードバンドサービスの中で ADSL 等との価格差とは無関係に通信速度等の観点から FTTH サービスを選好する需要者が現に存在していたことが明らかであり、それらの者については他のブロードバンドサービスとの間における需要の代替性はほとんど生じなかったものと解されるから、FTTH サービス市場は、当該市場自体が独立して「一定の取引分野」であったと評価することができる。

③本件行為期間において、先行する事業者である上告人に対する FTTH サービス市場における競業者による牽制力が十分に生じていたものとはいえない状況にあるので、本件行為により、「競争を実質的に制限すること」、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じている。

④上告人が本件行為を停止した後に他の電気通信事業者が本格的に FTTH サービス市場への新規参入を行っていること、その前後を通じて東京電力及び有線ブロードの競争力に変動があったことを示すような特段の事情はうかがわれないこと等からすれば、FTTH サービス市場における上記のような競争制限状態は本件行為によってもたらされたものであり、両者の間には因果関係がある。

⑤総務大臣が上告人に対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を発出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものと判断していたことを示すものではないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないというべきである。

3　検討

本判決は、わが国において、初めて、最高裁が、いわゆるマージン・スクイーズ（ないしプライス・スクイーズ）を排除型私的独占の行為要件である排除行為に該当すると判示したものとして注目を集めている。上記排除型私的独占ガイドラインが排除行為の典型行為の１つとした供給拒絶・差別的取扱いの取扱いとも符合しているようにもみえる。

しかし、本判決には疑問がある。

本件では、NTT 東日本が、FTTH サービスを自ら加入者に提供するに際し、分岐方式を用いることを前提に光ファイバ１芯を共用する加入者の人数が増えるに従って１人当たりの金額が逓減する接続料金に係る認可を受けておきながら、実際には芯線直結方式を用い、他の電気通信事業者が芯線直結方式で上告人の加入者光ファイバ設備に接続して FTTH サービスを提供するために支払うべき接続料金を下回るユーザー料金を設定したことが排除

行為に該当するとされたのであり、芯線直結方式による FTTH サービスの提供においてマージン・スクイーズが行われたことを問題としたのである。すなわち、芯線直結方式による FTTH サービスへの新規参入を困難にしたことを問題にしたのである。しかしながら、本判決は、何らの説明をすることなく、本件マージン・スクイーズにより分岐方式を含めた FTTH サービス全体への新規参入を困難にしたものと判示している。本判決は、本件行為が停止した後に他の電気通信事業者が本格的に FTTH サービス市場への新規参入を行っているとも判示しているが、この参入も分岐方式による FTTH サービス市場への新規参入であって、芯線直結方式による FTTH サービス市場への新規参入ではない。本判決が、「一定の取引分野」を FTTH サービス市場全体と画定するのも同じである。

光ファイバ設備は、資本集約的で、初期費用が膨大であり、投資資金の回収にも長期間を必要とし、FTTH サービスは、中長期的な期間でユーザーを獲得し黒字化を目指すものであるが、需要の開拓や市場の動向の見極めに失敗するリスクもある。一方、FTTH サービスは、電気通信事業法（以下、「事業法」という）上、NTT 東日本には、光ファイバ敷設の義務はなく、光ファイバ敷設の投資も敷設地域やその順序もその経営判断に委ねられているが、NTT 東日本が光ファイバを敷設する場合には、競争者からの当該設備への接続請求に応ずる義務を課すとともに、第一種電気通信設備制度に基づき、当該設備の利用において NTT 東日本の利用部門と競争者との同等性を確保することを義務付け、接続料については、当該設備のアンバンドル化された機能ごとの接続料として認可され、ユーザー料金については事後変更命令付き事前届出制が採用されている。そして、本件での分岐方式による FTTH サービスの提供に係る当該設備の接続料は、５年～７年の将来期間において合理的に予測されるコストと需要数をベースに算定する将来原価方式により算定され、接続料の認可時に、行政指導に基づき、この将来期間を超えて接続料とユーザー料金の逆転が生じないことも検証されている（スタックテストと呼ばれる。）。本判決は、FTTH サービスの開始当初の需要の立上げ期で分岐設備を設置していなかった時期に暫定的に既設の芯線直結方式でのサービスを提供していたことを問題にするという、極めて短期的かつ静態的な問題の捉え方であるようにみえる。また、上述のように、事業法は、NTT 東日本に対し、競争者から分岐方式による FTTH サービスに係る接続請求があればこれに応じなければならない義務を課しており、他の事業者は、需要を開拓でき利益を上げる見通しが立てば、NTT 東日本に対して分岐方式による FTTH サービスに係る接続請求することができたのであって、現に、NTT 東日本は、規模は小さいものの複数の事業者（ウェブワンとアッカ）からの接続請求を受け、それに対応する分岐方式による接続用設備を完成していたのである。

本判決は、事業法上の接続義務のあることとは無関係にマージン・スクイーズが違法な排除行為を構成すると判示しているようにみえる。しかし、事業法上の接続義務がない場合には、独禁法上、接続料金（卸売価格）もユーザー料金（小売価格）もどのように設定しようと本来自由なはずではないか。独禁法の目的は競争者保護にはなく、独禁法上、競争者を育成する義務も競争者に協力する義務もないからである。

本判決は、競争の実質的制限を市場支配力の形成、維持ないし強化とみているが、その内容は必ずしも明らかではない。従来から、市場支配には、価格等を支配できる力を意味する統合型市場支配と市場の開放性を妨げる力で十分であるという閉鎖型市場支配とがあ

るといわれてきたが、いずれを意味するのかという問題である。本判決は、本件期間において既存の競業者による牽制力（料金引き上げに対する牽制力と捉えて。）が十分に生じていたものとはいえない状況にあると判示していることから、統合型市場支配を意味するものとする捉え方が多いようにみえる。しかし、既存の競業者である東京電力と有線ブロードは、自ら光ファイバ設備をもって FTTH サービスを提供する設備競争を展開する事業者であるのに対し、本件が問題とする事業者は NTT 東日本の光ファイバ設備に接続して FTTH サービスを提供するサービス競争を展開する事業者であって、後者への新規参入を困難にしたというのであるから、閉鎖型市場支配を意味するものとみるべきではないか。

＊評釈：民商法雑誌１４４巻６号８０２頁（２０１１・９・１５）