慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	接続取引に対する独占禁止法の適用
Sub Title	Application of the antimonopoly law to connection dealings
Author	佐藤, 真紀(Sato, Maki) 石岡, 克俊(Ishioka, Katsutoshi)
Publisher	Keio Economic Observatory Sangyo Kenkyujo
Publication year	2017
Jtitle	KEO discussion paper No.142 (2017. 8)
JaLC DOI	10.14991/004.00000142-0001
Abstract	NTT東西を相手取り, ソフトバンク株式会社が訴えた独占禁止法24条にもとづく差止請求は, 東京地方裁判所によって棄却され, 2014年7月に確定した。この事件に至るまでの経緯と裁判所の判断を通じて見えてきたものは, 競争を促進するはずの接続規制が, ときに被規制者の市場支配力を維持・強化させることがあり, そのような場合に独占禁止法を適用してこれを是正させることは, 日本では極めて困難だということである。 本稿は, 上記のような状況を作りだした原因が, 以下の4点にあることを指摘する。まず第一に, 接続規制の本来の目的と個々の規定の現実の効果との間にギャップがあること。第二に, 規制当局への配慮を優先する独占禁止法の適用が行われてきたこと(たとえば, NTT東日本私的独占事件)。第三に, 条文の形式的な解釈が司法解決の可能性を狭めていること(たとえば, 8分岐訴訟)。第四に, 規制に内在するリスクが考慮されず, 規制の上書きだけが繰り返されていることである。 本稿では, これらの点の分析を通じ, 接続規制に内在する問題を指摘するとともに, 規制された市場における独占禁止法適用の問題を提起する。 これらの問題は, 過去のものと認識されつつある固定通信分野の接続に限ったことではない。移動体通信分野や電力分野における接続はもちろん, ビッグデータが話題となる昨今においては, そう遠くないうちにデータへのアクセスという問題が生じる可能性がある。 Injunction against NTT East and West, in accordance with Article 24 of the Antimonopoly Act sued by SOFTBANK CORP., was rejected by the Tokyo District Court and finalized in July 2014. Through this case, we can find that the connection regulation inhibited which should promote competition makes a market power of regulated undertakings. In such case, it is very difficult to apply the Antimonopoly Law and make it correct this in Japan. We will ask the following point for which made such situation and raise the problem of inhering in connection inhibited and a problem of the Antimonopoly Law application in a regulated market : First, estrangement is between the gist of the connection regulation inhibited and the real effect of the law. Second, a competition authority gives priority to consideration to a regulation authority and has applied the Antimonopoly Law. Third, after a courthouse interpreted a text of law formally, a possibility of the judicial solution in the regulation field is being narrowed. Fourth, the risk which inheres in the regulation is not considered, and the regulation is overwritten repeatedly.
Notes	
Genre	Technical Report
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA10715861-00000142-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

接続取引に対する独占禁止法の適用

Application of the Antimonopoly Law to connection dealings

佐藤　真紀・石岡　克俊

2017 年 8 月 31 日
KEO Discussion Paper No. 142

【概要】

NTT 東西を相手取り、ソフトバンク株式会社が訴えた独占禁止法 24 条にもとづく差止請求は、東京地方裁判所によって棄却され、2014 年 7 月に確定した。この事件に至るまでの経緯と裁判所の判断を通じて見えてきたものは、競争を促進するはずの接続規制が、ときに被規制者の市場支配力を維持・強化させることがあり、そのような場合に独占禁止法を適用してこれを是正させることは、日本では極めて困難だということである。

本稿は、上記のような状況を作りだした原因が、以下の 4 点にあることを指摘する。まず第一に、接続規制の本来の目的と個々の規定の現実の効果との間にギャップがあること。第二に、規制当局への配慮を優先する独占禁止法の適用が行われてきたこと（たとえば、NTT 東日本私的独占事件）。第三に、条文の形式的な解釈が司法解決の可能性を狭めていること（たとえば、8 分岐訴訟）。第四に、規制に内在するリスクが考慮されず、規制の上書きだけが繰り返されていることである。

本稿では、これらの点の分析を通じ、接続規制に内在する問題を指摘するとともに、規制された市場における独占禁止法適用の問題を提起する。

これらの問題は、過去のものと認識されつつある固定通信分野の接続に限ったことではない。移動体通信分野や電力分野における接続はもちろん、ビッグデータが話題となる昨今においては、そう遠くないうちにデータへのアクセスという問題が生じる可能性がある。

【Abstrasct】

Injunction against NTT East and West, in accordance with Article 24 of the Antimonopoly Act sued by SOFTBANK CORP., was rejected by the Tokyo District Court and finalized in July 2014.

Through this case, we can find that the connection regulation inhibited which should promote competition makes a market power of regulated undertakings. In such case, it is very difficult to apply the Antimonopoly Law and make it correct this in Japan.

We will ask the following point for which made such situation and raise the problem of inhering in connection inhibited and a problem of the Antimonopoly Law application in a regulated market：

First, estrangement is between the gist of the connection regulation inhibited and the real effect of the law.

Second, a competition authority gives priority to consideration to a regulation authority and has applied the Antimonopoly Law.

Third, after a courthouse interpreted a text of law formally, a possibility of the judicial solution in the regulation field is being narrowed.

Fourth, the risk which inheres in the regulation is not considered, and the regulation is overwritten repeatedly.

一、はじめに

ソフトバンク（＊1）は、NTT 東日本株式会社および NTT 西日本株式会社（以下、総称して「NTT 東西」という。）との接続取引（＊2）につき、独占禁止法 24 条にもとづく差止請求を東京地方裁判所に提起した（＊3)。

この判決において、裁判所は「認可した接続約款による接続が、具体的な事案において、独占禁止法違反の要件を満たす場合に、独占禁止法に基づく規制に服することがあり得ることは否定できない」としながらも、独占禁止法と電気通信事業法の間で NTT 東西に「相互に矛盾する法的義務を課すこと」はできないとし、これを主な理由としてソフトバンクの請求を棄却し、2014 年 7 月に、同判決は確定した（以下、「本件差止事件」という。)。

そもそも本件差止事件で議論となった FTTH（Fiber to the home）（＊4）の分岐方式による接続自体は、2002 年前後から電気通信事業者の間ですでに問題となっていた（＊5)。それ以降今日まで、FTTH の分岐方式にかかる接続取引の問題（以下、「分岐問題」という。）は、総務省の審議会等でくりかえし議論されてきたものの、その都度結論は先送りされ、10 年以上もの間、解決できずにいる（＊6)。本件差止事件は、このような電気通信事業法自体によって回復困難な接続取引における競争上の問題について、独占禁止法の適用を通じた解決を期し、提起された訴訟であった。しかし、電気通信事業法で規制されている接続取引の問題を独占禁止法で争うことについては、多くの専門家から疑問が呈され、この東京地方裁判所の判決についても多くの論者によって概ね妥当な判断として受け入れられているようである。

本稿では、本件差止請求事件に至る経緯や判決の内容を分析し、なぜ、ソフトバンクの試みは受入れられず、分岐問題は未だ放置されているのか。そもそも、どうして接続規制は機能しないのか。その原因である構造的な問題を指摘し、将来、起こりうる類似の問題を防止するために必要な視点を提示する。

二、超高速ブロードバンドサービスの普及と FTTH サービス市場の停滞

日本の固定ブロードバンドサービスの普及率は 30.5%である。これは、欧州のドイツ（37.2%)、フランス（41.3%）、オランダ（41.7%）、デンマーク（42.5%）、ノルウェー（38.9%）と比べても、その他韓国（40.2%）やカナダ（36.4%）にも遠く及ばない（2015 年時点）（＊7）。

他方、2015 年 3 月末において（＊8）、日本の固定ブロードバンドの基盤整備率（固定ブロードバンドのカバーエリアの世帯数／住民基本台帳の世帯数）は、99.9%であり、その利用率（固定ブロードバンドサービスの契約数の総計／住民基本台帳の世帯数）は 66.5%である。そのうち、FTTH サービスを含む超高速ブロードバンドサービス（＊9）は、基盤整備率は 99.0%に対し、その利用率は 53.6%である（＊10）。国は、政策的に世界最高水準の通信基盤のさらなる普及・発展による経済活性化・国民生活の向上を実現するため超高速ブロードバンド基盤に関する

競争を促進し、伸び悩む FTTH サービスの利用率向上につなげることをまずは目標としている（＊11）。

2015 年 3 月末時点で、固定ブロードバンドサービスの契約総数は 3,680 万契約である。内訳は、DSL サービス（＊12）が 375 万、FTTH サービスは 2,661 万、CATV インターネットサービスは 643 万である。DSL サービスは、2006 年に FTTH サービスに逆転されて以降も契約数は減少し続け、2014 年 3 月には例年ほぼ横ばいの CATV インターネットサービスの契約数を下回った（＊13）。

なお、固定ブロードバンドサービスを提供するためには、加入回線設備（＊14）が必要となるが、加入回線総数における NTT 東西のシェア（設備設置比率）は例年わずかに減少傾向にあるものの、83.7%である（＊15）。加入メタル回線設備における NTT 東西の割合が約 99.9%、加入光ファイバ回線設備における NTT 東西の割合は、例年ほぼ横ばいで約 78.3%となっている（＊16）。

2015 年 3 月末における固定ブロードバンドサービスの契約数における主たる事業者のシェアは、NTT 東西が 54.2%、KDDI 株式会社（以下、「KDDI」という。）が 20.6%（＊17）、ソフトバンクが 6.7%（＊18）、株式会社ケイ・オプティコムが 4.1 %であり、市場の集中度を示すハーフィンダール指数（HHI）は 3,495 である。そのうち、加入メタル回線を用いて提供される DSL サービスのシェアは、NTT 東西が 33.2%、ソフトバンクは 64.0%である。一方、固定ブロードバンドサービスの中心である（＊19）加入光ファイバ回線を用いて提供される FTTH サービス（戸建て住宅向け＋ビジネス）は、NTT 東西が 70.3%、KDDI が 12.5%、ケイ・オプティコムが 5.7%、その他の事業者は単独ではシェアを判別できない（＊20）。FTTH サービス市場の集中度(HHI)も 5,267 と非常に高い（＊21）。NTT 東西の FTTH サービス契約のシェア（70.3%）が NTT 東西の加入光ファイバ回線のシェア（78.3%）に近いことからもわかるように、DSL サービスと比べ FTTH サービスは、これからみていく理由により接続を用いたサービス提供がほぼ行われていない。2015 年 3 月末時点における加入光ファイバ総回線数に占める他事業者使用の割合は全国平均で 12.4 %である（＊22）。

なお、2015 年 2 月に NTT 東西は、事業者向けに「光コラボレーションモデル」と呼ぶ FTTH 卸役務（＊23）の提供を開始している。2015 年 9 月時点で（＊24）、FTTH サービス契約総数における事業者シェアは、NTT 東西が 69.7%、KDDI が 12.7%、電力系事業者が 8.9%、その他が 8.6%である。卸役務による契約数が含まれない 2015 年 3 月時点のデータと比べると NTT 東西が 0.6%減で 7 割を切り、一方で KDDI が 0.2%、電力系事業者が 0.1%、その他が 0.3%増加している。卸役務による FTTH サービス契約数は 235 万、FTTH サービス契約総数に占める割合は、8.6%である。卸役務による FTTH サービス契約は、NTT 東西の契約数に含まれるとして、同契約総数の約 87%は NTT 東西の FTTH サービスからの転用（＊25）であることから、

FTTH 卸役務は FTTH サービス契約数の増加にはつながっておらず、NTT 東西のシェアにも影響を与えていないことがわかる。また FTTH 卸役務は、異業種からの参入による付加サービスの多様化が期待されていたが、卸先事業者は 208 事業者いるものの、卸役務による FTTH サービス契約総数の 90%以上が ISP 事業者（＊26）と移動体電気通信事業者（MNO）（＊27）によるものである。ISP サービス契約の事業者別シェア 1 位がエヌ・ティ・ティ・コミュニケーションズ株式会社、移動体通信サービス契約の事業者別シェア 1 位が株式会社 NTT ドコモであることからもわかるように、卸役務による FTTH サービス契約総数に占める NTT グループ（NTT ドコモ、エヌ・ティ・ティ・コミュニケーションズ、株式会社 NTT ぷらら）の占める割合は 46.2%である。特に NTT ドコモは 31%を占め、移動体通信サービスの契約数における事業者シェアも増加している（＊28）。

卸役務の提供による競争促進効果は未だ見えない一方で、FTTH サービス、ISP サービス、移動体通信サービスの連携による顧客囲い込みを用いた、NTT グループの集中と市場閉鎖効果が懸念されている（＊29）。

このように固定ブロードバンドサービスにおいて中心となる FTTH サービスを NTT 東西以外の電気通信事業者が提供するには、NTT 東西に接続料を支払い、NTT 東西の加入光ファイバ回線設備（第一種指定電気通信設備）と接続するか（「接続」型）、自ら加入光ファイバ回線設備を敷設するか（「自己設置」型）、NTT 東西から卸役務の提供を受けるか（「卸役務」型）（＊30）の 3 つの方法がある。新たに自己敷設することは物理的に困難であるため、「自己設置」型で FTTH サービスを提供する事業者は、ケイ・オプティコム（関西電力の 100%子会社）、STNet（四国電力の 100%子会社）、QTNet（九州電力の 100%子会社）や KDDI（＊31）等、既に電柱や管路を保有する電力系事業者およびそれら電力系事業者と事業統合する事業者に限られる。にもかかわらず、FTTH サービスの契約総数 2,535 万契約のうち、NTT 東西以外「自己設置」型は約 350 万契約に対し、「接続」型は約 100 万契約である（2015 年 3 月末）（＊32）。また、2015 年 2 月から開始された「卸役務」型は、設備の設置が必要ないにしても 2015 年 9 月時点で既に 235 万契約である。ここからも「接続」型による事業展開が、極端に困難である実態が見てとれる。

FTTH の「接続」（＊33）には、①芯線直結方式（シングルスター方式）（＊34）によるものと、②分岐方式（シェアドアクセス方式）（＊35）がある。戸建て住宅向け FTTH サービスは、NTT 東日本私的独占事件（＊36）の当初は、芯線直結方式も用いられていたが、現在ではほとんどが分岐方式となっている（＊37）。芯線直結方式は、主にビシネス向け FTTH サービスと集合住宅向け FTTH サービスで用いられている。集合住宅向け FTTH サービスは、芯線直結方式を用いてマンションの共用部分で個宅に分岐する方法が用いられている。特に競争上の問題があるといわれるのが分岐方式の「接続」であり、したがって、戸建て住宅向け FTTH サービ

ス市場となる。

分岐方式の場合、NTT 東西の加入光ファイバ回線は、局内のスプリッタでまずは 4 分岐され、さらに局外のスプリッタで 8 分岐される。接続事業者が、自己の戸建て住宅向け FTTH サービスを提供するために、分岐方式で当該回線設備に「接続」する場合、接続事業者は光主端末回線設備（局内スプリッタと局外スプリッタの間）を専有する構成となっているため（＊38）、最大 8 分岐として、収容する利用者が 1 人でも 8 人でも、同額の接続料を支払わなくてはならない。そして、同じ主端末回線設備で提供できる範囲（8 分岐のエリア）は、NTT 東西が任意に区切った光配線区域（光配線区画）（＊39）に限られている。たとえ、隣接する住宅でも光配線区域が異なる場合には、別の主端末回線設備から提供しなければならない。接続事業者の営業活動において、非常に重要となるこの光配線区域の情報は、NTT 東西が任意に更新しており、接続事業者は都度、最新の情報を取得しその対価を支払う。しかし、開示された光配線区域の情報がそもそも不正確であったり、NTT 東西が何らかの理由で事後的に同区域を分割、縮小等変更したことで、8 分岐が埋まらないまま、別の主端末回線設備に接続されている場合がある（いわゆる「8 収容問題」）等、問題が指摘されている（＊40）。

2014 年 9 月末時点で、NTT 東西の FTTH サービスの契約者シェアをもってしても、NTT 東西が任意に区切った光配線区域における分岐方式の主端末回線設備あたり収容される平均利用者数は、3.3 である。また、2014 年 3 月時点で、分岐方式により、NTT 東西の加入光ファイバ回線設備と接続して FTTH サービスを提供する接続事業者は KDDI およびソネット株式会社等、6 社である（＊41）。

なお、戸建て住宅向け FTTH サービスの月額利用料（ISP 料金込）は、NTT 東日本が 2005 年から 2012 年まで 6,200 円で価格が維持され、2012 年に政策的判断で主端末回線設備の接続料が大幅に引き下げられたことで、同年、5,500 円まで値下げしたが、その後はほぼ変化はない。NTT 西日本も 2005 年から 2012 年まで 5,970 円で推移し、主端末回線設備の接続料が引き下げられた翌年の 2013 年に 5,300 円に値下げしてから変化はない。FTTH サービスの競争評価（＊42）においては、よく KDDI やケイ・オプティコムの競争圧力があるといわれるが、2008 年に KDDI が 6,300 円から 5,200 円に大幅に値下げし、ケイ・オプティコムが当初から 4,600 円で戸建て住宅向け FTTH サービスを提供しているが、このような競争事業者の価格は NTT 東西の利用者料金に影響を与えていないようである（＊43）。また、FTTH サービスの品質を表す通信速度（実効速度）は事業者別に大きな変化は見られない。戸建て住宅向け FTTH サービスの変更（事業者切替）にあたり必要となるスイッチングコストは、サービスの解約料と新規契約手数料・登録料および初期工事費で構成され、おおよそ 1 万円から 5 万円と高額である（＊44）。なお、FTTH 卸役務を用いた「光コラボレーションモデル」による戸建て住宅向け FTTH サービスの場合、エヌ・ティ・ティ・コミュニケーションズの提供する OCN 光は 5,100 円（ISP 料

金込）（＊45）、NTT ドコモが提供するドコモ光は 5,200 円（タイプ A の ISP 料金込）（＊46）、ソフトバンクが提供するソフトバンク光は 5,200 円（ISP 料金込）である。NTT 東西の FTTH サービスから「光コラボレーションモデル」に変更する場合のスイッチングコストは、ISP 事業者の変更が生じる場合、おおよそ 2,400 円から 6,000 円である。今のところ「光コラボレーションモデル」が FTTH サービス自体の料金の引き下げにはつながっていない。

三、接続協定と接続規制

（一）接続取引の実態

1　電気通信市場の自由化と接続取引

1984 年 12 月 20 日、「日本電信電話株式会社法」（昭和 59 年法律 85 号）の成立により、国内電気通信については電電公社が民営化され日本電信電話株式会社（以下、「NTT」という。）となった（＊47）。これに続き、1985 年 4 月 1 日には「電気通信事業法」（昭和 59 年法律 86 号）等が施行されたことで、同市場は自由化された。まず、1986 年 8 月から第二電電株式会社（現 KDDI）、日本テレコム株式会社（現ソフトバンク）および日本高速通信株式会社（現 KDDI）等が、企業向け専用サービス（本社と支社等、特定地点間の通信のために常時占有でつなげるサービス）に参入し、1987 年 9 月には市外電話サービスを開始した。これにより、消費者は居住区以外の地域に固定電話をかける際、電気通信事業者を選択して利用することが可能となったのである。

固定通信サービスは、発信側端末と着信側端末の間に物理的な回線が接続され、相互に関係づけられること（ネットワーク）により提供される。つまり、回線設備のみならず接続を制御する電気通信設備が必要となる。たとえば、市内電話サービスの場合、加入者端末（電話機）から、加入者宅に最も近い電話局（NTT 局舎）に設置された交換機までの回線を加入者回線といい、これを制御する交換機を加入者交換機という。通信を行なうためには、加入者交換機同士が接続されなければならないが、これをつなぐ回線を中継線と呼んでいる。さらに、市外電話サービスにおいては、加入者交換機を市外の加入者交換機につなぐために、別に専用の交換機を介する必要がある。この市内外の中継を行なう交換機を中継交換機と呼び、これを相互に接続することで、市外電話サービスを提供する。電電公社は、これら全ての交換機を所有し接続することで、単独でネットワークを作り、固定電話サービスを提供してきたわけである。しかし、自由化後にあって、他の電気通信事業者が固定電話サービスを提供するには、競争者である他の電気通信事業者のネットワークに電気的・物理的に接続する必要が出てきた。この接続は、異なる電気通信事業者をまたがって相互に通信を行なうためのもので、個々のネットワーク内においてはそれぞれが責任を持ち（＊48）、共同して固定電気通信サービスの提供を行なうことでもあり、こうした接続を「相互接続」と呼んでいる（＊49）。

電気通信事業者間でネットワーク同士の接続を行なうためには、これを実行するためのインターフェース等、情報の開示や交換機等の電気通信設備を設置するためのコロケーション等も必要となる。それら接続にかかる取引全般を総じて「接続取引」という。電気通信事業者は、このような接続取引につき、当事者間で合意した内容を「接続協定」と呼んでいる。

接続は、ネットワーク同士をつなぐことであり、新規参入事業者も自らネットワークを敷設することを前提としている。しかし、経済的にも時間的にも敷設が極めて困難なネットワークが存在する。それが、加入者回線網といわれるネットワークである。加入者回線網とは、NTT が電電公社時代に全国に敷設した加入者回線と NTT 局舎に設置された加入者交換機により構成されるネットワークである。NTT 以外の電気通信事業者は、自己の固定電気通信サービスの利用者同士の通信であっても、NTT の加入者回線網に接続しなければ、サービスを提供できない。このことは、NTT 以外の電気通信事業者が、市内電話サービスを開始し、さらには交換機がルーターに代わって IP 網となり、インターネット接続サービス（ADSL サービスまたは FTTH サービス）が固定電気通信サービスの主流となっても、加入者回線網への接続が必須であることに変わりない。これは、明らかに「相互接続」とは違うタイプの接続であるといえる。本稿では、このような接続を「加入者回線網にかかる接続」と呼ぶこととしたい（＊50）。

２　接続協定までのプロセス

「相互接続」も「加入者回線網にかかる接続」も、接続請求にはじまり、電気通信事業者間の協議を経て、接続協定により合意することは概ね同じである。

たとえば、電気通信事業者 A が自己のサービスを提供するために必要な接続を電気通信事業者 B に請求し、B がこれに応ずれば、AB の間で接続協定の締結に向けた協議が始まる。この接続協定は、A の電気通信サービスを実現することが目的であるから、接続の内容（接続の概要、実施時期、接続点、技術的条件等）は、A の接続請求にもとづき定められ、その他の条件（接続料等）およびその他細目（事務手続き等）については両者の協議により決定され、これらが接続協定の内容となる。

電気通信事業法の接続規制はすべて、①接続請求を応諾することで、接続協定の締結に向け協議（以下、「接続協議」という。）を開始し、②その協議の中で必要な条件・細目を決定し、③これを内容として接続協定を締結するという、プロセスを前提としている。協議開始命令（電気通信事業法 35 条 1 項）と細目裁定（同法 35 条 3 項）が段階的に定められているのもそのためである。協議開始命令は①にあたり、細目裁定は②に該当する。そして、この一連のプロセスにおいて接続請求は、接続取引の端緒であると同時に接続協定の目的として、その内容の主たる部分を構成する。

これは、後述する NTT 東西との第一種指定電気通信設備（＊51）にかかる接続協定において

も同様である。電気通信事業法 33 条にもとづき認可された接続約款（以下、「認可接続約款」という。）に定めのある接続の場合であっても、卸電気通信役務における契約のそれとは異なり、申込みとその承諾で契約が成立するわけではない。接続請求（接続申込み）によりはじまり、接続協定締結まで同様のプロセスが認可接続約款にも定められている（NTT 東西接続約款第 3 章）。そして、電気通信サービスは、他の電気通信事業者との接続協定により、当該接続が実行されてはじめて、利用者に対するサービスの提供が可能となるものである。

「相互接続」であれば、相互に通信をやり取りすることが目的であり、電気通信事業者 A のサービスを提供するために接続を受ける電気通信事業者 B は一方で、自己の電気通信サービスを提供するために、A に対し接続を請求する関係にある。「相互接続」は、接続点にかかる情報を交換することで技術的条件は足り、自ずと責任分担も明確となる。さらには、接続料も相殺が前提であるため、同種のネットワーク同士（固定通信網同士または移動体通信網同士）であればほとんど問題にはならない。そのため、A と B 間の接続協議は事務的な手続きに過ぎず、接続請求が応諾された時点で、接続協定の締結が約束されているといってもよい。

一方で、「加入者回線網にかかる接続」は違う。当該接続における接続協議では、接続点の情報のみならず、NTT 東西の加入者回線網の技術的情報が必要だが、接続を請求する事業者（以下、「接続事業者」という。）はそれを持たない。そのため、接続事業者はあらかじめ NTT 東西に接続に必要な情報を一方的に開示してもらわなければ、自己が想定する電気通信サービスが、NTT 東西の加入者回線網を通じて提供できるのかさえ、はっきりとはわからないのである。この点につき、電気通信事業法にもとづき総務大臣の認可を受けた NTT 東西の接続約款（以下、「認可約款」という。）には、「接続申込み」とは別に、「事前調査」申込みというものが定められている（接続約款 11 条）。接続事業者は、所定の事前調査の申込書（認可約款別表 3（様式第 8））に、自己が実施したいサービスに必要な接続の概要、接続を希望する時期、相互接続点、接続の技術的条件等を記載して、NTT 東西に提出し、当該接続の可否を問い合わせる。接続協議のプロセスにおいて、事前調査申込みは必須の手続きではないが、実務において、接続事業者がこれを行わないことはまずない。そして、NTT 東西から事前調査申込回答書（認可約款別表 3（様式第 10））により接続ができないとされたならば、当該接続事業者があえて接続申込みをすることはないのである。実際、所定の接続申込書（認可約款別表 3（様式第 12））には、求める接続の概要や時期等について記載する箇所はなく、「貴社接続約款第 21 条（接続申込み）第 1 項の規定により、弊社事前申込書に対する貴社回答書につきまして、回答書の内容で接続を申し込みます。」とだけある。このことからも、接続の内容が記載された事前調査申込は、事実上の接続申込み（接続請求）であり、それに対する事前調査申込回答書で接続の可否が決まるといってよい。そして、事前調査申込書に必要な事項を記載するためには、必要な情報を NTT 東西から開示を受ける必要があり、その時点で既に非公式の接続協議ははじまっているといえ

る。

（二）電気通信事業者一般に課される義務

先に述べたとおり、電気通信事業者間で行われる「相互接続」は、基本的には相互に接続を求める関係にあるため、ほとんどの場合、接続取引につき当事者間の利害関係は一致する。そのため、電気通信事業者間の協議に委ねていても接続協定は締結できると考えられていた（＊52）。

しかし、国営企業であった NTT は、全国に加入回線設備を独占的に保有していたため、他の電気通信事業者と違い、自己の加入回線設備だけでサービスを提供することができ、小売サービスの市場で競争者となる他の電気通信事業者に自己の加入回線設備を利用させ、当該電気通信事業者の電気通信サービスを共同で提供するインセンティブは存在しない。一方で、1985 年の電気通信事業の自由化以降に参入した事業者にとって、NTT との接続なくして電気通信サービスを提供することは不可能であった（＊53）。すでに述べたとおり、現在も NTT 東西の加入回線設備は、加入回線設備総数の 83.7%を占め、他の電気通信事業者の事業活動に必須の加入回線設備を独占的に保有していることに変わりはない。そのため、この「加入者回線網にかかる接続」を電気通信事業者間の協議にまかせておいたのでは、NTT 東西と間で接続協定が締結できず、他の電気通信事業者が電気通信市場において事業活動をおこなえないことが懸念されていた。

現行の電気通信事業法 32 条が追加された法改正の際、根拠となった「接続の基本的ルールの在り方について」答申（平成 8 年 12 月 19 日、電気通信審議会）（以下、「平成 8 年答申」という。）では、NTT 東西が圧倒的に優位な立場にある加入回線設備（地域通信網）との接続（本稿でいう「加入者回線網にかかる接続」）に関して協議が進んでいない事例をあげ、事業者間協議を原則とする現行制度は必ずしも有効に機能していないことを指摘し（＊54）、「多数の事業者が複雑に接続する環境下においては、事業者間の接続のみでは、必ずしも公共の利益に適う接続が確保されない可能性があるため、……役務提供義務と同様に、正当な理由がある場合を除き、他事業者に対する接続協定の締結を義務付けることが適当である」とした。

このように、特に NTT 東西との加入者回線網にかかる接続取引を念頭に、第一種電気通信事業者間で接続協定の締結を義務付けるべきとされたものの（＊55）、現に電気通信事業法 32 条は、全電気通信事業者に対し「電気通信事業者は、他の電気通信事業者から当該他の電気通信事業者の電気通信設備をその設置する電気通信回線設備に接続すべき旨の請求を受けたときは、……これに応じなければならない。」と定めている（＊56）。この規定は、全電気通信事業者に対し一見「接続義務」を課しているようにも読めるが、条文からも明らかなように接続協定の締結を義務づけるものではない。全電気通信事業者の接続請求権を認め、これに応じる義務を定めたものである。同法 35 条 1 項は「……接続に関する協定の締結を申し入れたにもかかわらず当

該他の電気通信事業者がその協議に応じず、又は当該協議が調わなかった場合で、当該協定の締結を申し入れた電気通信事業者から申立てがあったときは、（同法 32 条各号に該当するとき、仲裁が申請されているときを除き）……その協議の開始又は再開を命ずるものとする。」と定める。つまり、接続協議の前提である「接続請求に応じること」を義務づけることで、同法 32 条各号（拒否事由）（＊57）に該当する場合を除き、接続協議を義務づけているのである。こうした理解は、協議開始命令が拒否事由に該当する場合を除くとされていることや、旧法と違い（＊58）、細目裁定を経てもなお、接続協定の締結すべきことを命ずることなく、「……細目裁定が申請され裁定があったときは、その裁定の定めるところに従い、当事者間の協議が調ったものとみなす。」（同法 35 条 7 項）と定められていることからもわかる。あくまで、最終的な接続協定の締結は当事者間に委ねられているのである。

（三）指定電気通信設備を設置する事業者に課される義務

１　「特別なルール」の付加

しかしながら、電気通信事業法 32 条にもとづき、接続請求の応諾義務により接続協議を担保しても、NTT 東西とその協議の中で、公正なかたちで必要な条件・細目を決定し、接続協定を円滑に締結することはほぼ不可能である。なぜならば、先に述べたように、接続事業者は接続請求ができても、当該接続を実現するための条件・細目を決定するのに必要な情報を持っていないため、あらかじめ NTT 東西の加入回線設備の情報が開示されていなければ、当該事業者が接続条件につき、その是非を判断することはおよそ不可能だからである。そもそも、「加入者回線網にかかる接続」は、接続事業者にとって、自己の電気通信サービスの提供に必須の代替のない接続であり、仮に NTT 東西に接続を拒絶されたならば、自己の電子通信サービスが提供できないことになる。そのため、接続事業者には、協議により条件が合わなければ接続を取りやめるという選択肢は事実上なく、NTT 東西が提示した条件に一方的に従わざるをえず、実質的な協議は期待できないのである。

逆に、NTT 東西は、接続に必要な情報を用いて、電気通信サービス市場においても優位に事業を展開することができる。実際、DSL サービスを提供するための MDF 接続（＊59）につき、NTT 東日本の収容局の空きスペースにかかる情報が十分に開示されず（＊60）、また、接続協議により取得した情報を NTT 東日本が自己の営業部門やグループ会社に提供したことが問題になったことがある。これを受けて、行政指導（＊61）や接続約款変更の申請が行われたが（＊62）、他の電気通信事業者の事業展開は約半年遅れ、NTT 東日本は他社に先んじて東日本地域で DSL サービスを優位に展開することができた。これらの行為は、2000 年 12 月 20 日に公正取引委員会から電気通信分野における新規参入妨害にあたるとして、NTT 東日本に対し警告が出されている（＊63）。

このような接続協議における NTT 東西との取引上の力の格差や情報の非対称性、接続協議の遅延の問題を踏まえ、ネットワークの透明、公平、迅速かつ合理的な接続を確保することを目的として、電気通信事業法は 32 条に加え、特別な接続ルールとして電気通信事業法 33 条を定めたのである（＊64)。

電気通信事業法 33 条は、市場支配力濫用規制として、接続協議において取引上の力を有する NTT 東西を規制の対象とするのではなく、設備のシェアが一定水準を超えていることをもって第一種指定電気通信設備を指定し、その設備にかかる接続条件を規制の対象としている。しばしばボトルネックとなる設備を規制するいわゆる「不可欠設備規制」とよばれることがあるが、この規制は、もともと供給拒絶（取引拒絶）の問題ではなく、ネットワークの透明、公平、迅速かつ合理的な接続を確保しようとした事前規制であり、当該設備のオープン化を企図していたことが規制導入の経緯からもわかる。

NTT 東西は同法 33 条にもとづき、原則として第一種指定電気通信設備につき「他の電気通信事業者の電気通信設備との接続箇所における技術的条件、電気通信役務に関する料金を定める電気通信事業者の別その他の接続条件」について接続約款を定め、総務大臣の認可を受けなければならない（変更の場合も同様）（同法 33 条 2 項）。そして NTT 東西は、「認可接続約款等によらなければ、……接続に関する協定を締結し、又は変更してはならない。」と定められている（同条 9 項）。ここでいう「締結してはならない」とは、ネットワークのオープン化の趣旨からみれば、第一種指定電気通信設備につき認可接続約款以外の条件による接続協定を認めないというものではないはずである（＊65）。現に旧法（＊66）のように電気通信事業者間の接続協定を認可の対象とすることなく、接続申込みを受け、NTT 東西が提示する接続条件（細目）である接続約款のみを認可の対象としている。

２　ネットワークオーブン化とイコールフッティング

そもそも、NTT 東西は、NTT の成立時（＊67）から NTT 法（＊68）にもとづき「ネットワークのオープン性」の確保を義務づけられている（＊69）。ネットワークのオープン性の確保とは、「接続事業者のすべての接続請求に応じること」と、「自己又は関係会社等と同条件で接続が提供されること」であるとされる。1995 年 2 月に郵政省は NTT に対し、他事業者からの接続申入れに応じることを基本的な考え方にすること等を指導した（＊70)。これを受けて NTT はネットワークオープン化宣言（＊71）を発している。ここで NTT は「他の電気通信事業者が当社ネットワークを自在に活用し、自由な発想によって多様なサービス展開を可能とするために」として「すべての接続要望にお応えします。」と述べ、さらに「相互接続の条件は、公平・公正、内外無差別とし、同一条件を確保します。」とした。現在も、NTT 東西の「相互接続ガイドブック」にはそれに準じた内容が記載されている（＊72）。

ネットワークのオープン性の確保は、公正有効競争を促進するために、NTT と他の電気通信事業者の間のイコールフッティング（equal footing）の実現を目的としたものである（＊73）。公正な競争のためのイコールフッティングとは、公正な競争基盤を形成し、事業機会の均等化を図ることをいう（＊74）。すなわち、接続協定の特性に鑑みれば、接続における NTT 東西とのイコールフッティングとは、他の電気通信事業者が NTT 東西の第一種指定電気通信設備と任意に接続し、個々に創意工夫して自己の電気通信サービスを提供することであるといえる。

しかしながら、NTT の自主的なルールよるネットワークのオープン性の確保では、先にあげたような問題が生じ、イコールフッティングが実現できないことから、電気通信事業法 32 条により「接続請求の応諾義務」を定め、さらにネットワークの透明、公平、迅速かつ合理的な接続を確保するため、接続約款の認可規制を同法 33 条に定めることとしたのである。同法 33 条の規制対象は、NTT 東西が接続事業者に一方的に提示する接続条件であることから、差別的取扱いのみが問題となる（＊75）。1997 年には NTT 再編（＊76）もあり、NTT 東西が自己又はエヌ・ティ・ティ・コミュニケーションズを優先して取り扱うことにつき、懸念が強く示された（＊77）。そのため、実際には NTT 東西および関係会社と他の接続事業者につき、接続条件が同一であるか否かが重視されるようになったのである。たしかに、認可接続約款により接続料金の透明化を図ることは、NTT 東西が独占利潤を得ることを防止し、認可接続約款の公表により接続条件をあらかじめ提示させることは、迅速かつ円滑な接続の実現に寄与する。しかし、それだけでは接続取引におけるイコールフッティングの実現としては、不十分である。接続取引における NTT 東西とのイコールフッティングで重要なことは、第一種指定電気通信設備につき、NTT 東西と同様に接続事業者も任意に必要な情報にアクセスでき、当該設備を利用することができるということである。そうだとすれば、法 33 条は NTT 東西が必要とすることを接続約款に定め、それを同条件で提供させるために公表させるとの趣旨とはならないはずである。電気通信事業法 32 条の「接続請求の応諾義務」が、接続協議を義務づけるものならば、同法 33 条はこれを受けて、当該条件を接続約款に定め、公表することであると解すべきであろう。つまり、「すべての接続請求に応じる」と「自己または関係会社等と同条件で接続が提供されること」と切り離して考えることは適切ではない。

３　接続請求の応諾義務

このように、接続規制がイコールフッティングの実現にあるとするならば、電気通信事業法 32 条と同法 33 条を合わせて、第一種指定電気通信事業者につき「すべての接続に応じること」、すなわち、接続協議に応じることだけではなく、接続事業者の求める接続を接続約款等に定め、接続取引を行なわなければならないという、真の接続義務が課されているとみること

ができるはずである。こうした理解は、アンバンドル義務においても示されている（＊78）。「平成 8 年答申」は、「アンバンドルとは、他事業者が特定事業者の網構成設備や機能のうち、必要なもののみを細分化して使用できるようにすることである。これは他事業者が多様な接続を実現するために必要なものであることから、基本的には他事業者の要望に基づいて行われるべきである」、「現時点において他事業者がサービス提供上必要であり、また、これを利用できない場合にサービスの提供が阻害されるおそれがあると判断されるものについては、当初からアンバンドルとして規定し、特定事業者〔NTT 東西〕に提供を義務づけるのが適当である」としている。つまり、接続事業者の要望に応じて、多様なアンバンドルが進んでいくことを前提とした上で、さらに円滑に接続取引をすすめるために、法令に定められた箇所につき、あくまで最低限のものとして接続約款に定めるというものである。これは、アンバンドル義務に限らず、認可接続約款に定められた条件のすべてにいえることである。同法 33 条において、認可接続約款にもとづく接続か否かの区別なく（＊79）、接続請求（申込み）から接続応諾（承諾）までのプロセスも接続約款に定めなければならないとされているのは、接続事業者からの接続請求により多様な接続が実現されること前提としているからといえる。

しかし、実際に NTT 東西の接続約款等に他の電気通信事業者の要望を反映させることは非常に困難である。なぜならば、接続約款の申請は NTT 東西しかできず、接続事業者がその要望を直接に接続約款に反映させることはできないからである。NTT 東西が接続約款を申請しそれを認可する際は、パブリックコメントに付される。その際、当該条件につき、各電気通信事業者の接続に関する要望を伝えることは可能である。その場合でも、接続約款に反映させるには、総務省が積極的に接続事業者の要望をくみとり、NTT 東西に当該接続約款の変更の認可申請をさせるしかない。しかし、総務省は当該設備を保有する NTT 東西に配慮するため、接続事業者の要望の実現は期待できない。接続事業者からの要望があるにもかかわらず、設備競争（＊80）とのバランスを理由に分岐問題が現在にいたるまで解決していないことからも、その姿勢は明らかだろう。

（四）接続請求の拒絶および接続協議の遅延

接続取引における NTT 東西とのイコールフッティングを実現するには、NTT 東西がすべての接続請求に応じることで、接続事業者の要望を接続約款等に取り入れていくしかないのである。しかし、第一種電気通信設備にかかる接続の請求であっても、認可接続約款に定めがあるか否かにかかわらず、拒絶することは可能である（＊81）。第一種指定電気通信設備にかかる接続請求の拒絶でも、他の接続請求の場合と同じく、まず法 35 条の協議命令を申請し、その中で電気通信事業法 32 条各号の拒否事由に該当するか否かにつき争うしかない。つまり、協議開始等が命じられれば、当該拒否事由に該当しないと解されるということである。結果として、拒否事

由に該当せず同法 32 条に違反していたとしても、直接の罰則はないことから、接続請求に応じず、接続協議を遅延させることで、競争を妨げることもリスクなく可能である。さらに、細目裁定も実施しなければならない場合も少なくなく、接続事業者が当該接続につき接続協定を締結し、自己の電気通信サービスを提供するまでには、さらに時間を要することとなる。その間、接続請求を拒絶する事業者は、市場において優位に事業活動を行うことができるのである。このような接続請求の拒絶および遅延が、NTT 東西により行われた場合、その影響が多大であることはいうまでもない。「平成 8 年答申」でも、電気通信事業法にもとづく業務改善命令につき、「接続の意図的な遅延」や「接続に不要な書類の提出要求」といった円滑な接続を阻害する行為に対して的確に対応することは困難であることが述べられている（＊82）。

このように、電気通信事業法の接続規制は、接続協定の特性を踏まえ、実際の接続協定の締結までのプロセスに沿ったものである。しかしながら、全電気通信事業者の接続請求権に対する応諾義務につき、他の電気通信事業者の事業活動に不可欠な NTT 東西との接続取引において十分に手当されているとは言いがたい。NTT 東西が自己の加入回線設備につき接続事業者のすべての接続請求に応じるという前提は、いまだ NTT 東西の自主ルールに委ねられている。接続協議における取引上の力の格差を補うべき導入された法 33 条も、その前提を切り離した理解のままだと、接続協定に接続事業者の要望を接続条件として組み入れるしくみとしては不十分であり、多様な接続を実現するよりも外見上同一条件であることだけが重要視される。

結果として、NTT 東西は、自己が設定した認可接続約款にもとづく接続にさえ応じれば、接続請求にも応じたことになり、電気通信事業法上はただちに問題とはされない。このことが、認可接続約款を通じた接続条件の押付けや認可接続約款によらない接続請求の拒絶、接続協議の遅延といった濫用行為を生じさせ、NTT 東西を電気通信サービス市場における優位な立場を寄り一層強固なものとしている。しかし、もともと電気通信事業法の接続規制は、公正競争の促進のために接続を円滑に行うための事前規制であり、具体的に生じてしまった競争を妨げる行為を取り除くことを目的とした規制ではないのである。

四、NTT 東日本私的独占事件

（一）事件の概要

NTT 東日本は、2002 年 6 月 1 日から 2004 年 3 月 31 日までの間、東日本地域において、戸建て住宅向け FTTH サービス（ニューファミリータイプ）を自らのユーザーに提供するにあたり、分岐方式（シェアドアクセス方式）で接続料にかかる認可を受けていながら、実際には芯線直結方式（シングルスター方式）を用い、他の電気通信事業者が芯線直結方式で NTT 東日本の加入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を下回るユーザー料金を設定した（以下、「本件行為」という。）。公正取引委員会は、NTT 東日本の本

件行為を排除行為として、独占禁止法 2 条 5 項に定める排除型私的独占に該当し、同法 3 条前段に違反するとした事件である（＊83)。NTT 東日本は、東京高等裁判所（＊84）及び最高裁判所（＊85）において、原審決の取り消しを求めたが請求は棄却された。

本事件の当時、接続事業者が FTTH サービスを提供する際、NTT 東日本の認可接続約款により、NTT 東日本に支払うべき接続料は、芯線直結方式は最低でも月額 6,328 円。分岐方式では、加入光ファイバ回線 1 芯あたり 1 ユーザーであれば 20,130 円だが、スプリッタにより最大で 32 人で利用できるため（＊86）、32 ユーザーいれば、2,326 円であった。NTT 東日本は、ニューファミリータイプのユーザー料金の設定において、分岐方式の接続を用いるとして、光配線区域（＊87）において約 19 人（収容比率約 6 割）のユーザーを獲得することを前提として、接続料を約 4,906 円と試算し、5,800 円で電気通信事業法 20 条（＊88）にもとづき届出を行った。しかし、実際には、分岐方式を用いず、芯線直結方式でニューファミリータイプを提供していた。そのため、接続事業者は、芯線直結方式の接続料が 6,328 円では、実際には芯線直結方式であるニューファミリータイプのユーザー料金 5,800 円に対抗することができないこととなる。

なお、当時の NTT 東日本の東日本地区における戸建て住宅向け（ビシネス向け含）FTTH サービスのシェアは 86.9%であった（2004 年 9 月末時点）。戸建て住宅向け FTTH サービスを提供する競争事業者は、東京電力株式会社と株式会社有線ブロードバンドネットワークスで、いずれも「接続」ではなく自己または子会社が保有する加入光ファイバ設備を用いてサービスを提供するもの（「自己設置」型）であった。

（二）本事件に対する独占禁止法の適用

1　排除行為（マージン・スクイーズ）

最高裁は、本件行為を排除行為と認定するにあたり、「……本件行為は、上告人〔NTT 東日本（筆者注)〕が、その設置する加入者光ファイバ設備（＊89）を、自ら加入者に直接提供しつつ、競業者である他の電気通信事業者に接続のための設備として提供するにあたり、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というべきである。」とした。そして、審決の取り消しを求める NTT 東日本の請求を棄却すべきとした高裁の判決を支持したのである。

排除型私的独占の行為は、不公正な取引方法と同様の行為があるが、それに限られず、その他の行為も排除行為とされる。本事件においては、本件行為の「単独かつ一方的な取引拒絶な

いし廉売としての側面」が、競争を実質的制限し、排除行為に該当するとしたのである。これを多くの専門家は、マージン・スクイーズとして整理している（＊90)。マージン・スクイーズは、垂直統合を前提として川上市場（卸市場）における価格とそれを用いた川下市場（小売市場）における価格の差、すなわちマージンを問題とする。マージンは、2 つの市場における価格設定行為により生じるものであるから、マージン・スクイーズが、本質的に川上市場での取引拒絶として問題なのか、それとも川下市場での不当廉売ないし略奪的廉売行為として問題なのか、それによって行為の違法性判断も異なるものであり、日本においても意見が分れている（＊91)。たとえば、公正取引委員会は「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（2009 年 10 月 28 日）において、排除行為のうち「供給拒絶・差別的取扱い」の一類型として、マージン・スクイーズを位置づけている（＊92)。この場合、接続料の設定が不公正な取引方法として禁止される単独の取引拒絶に該当するかどうかで違法性が判断され、接続事業者にとって接続取引が必須であることが前提となる。

しかし本判決では、川上市場の単独の取引拒絶または川下市場の廉売行為の該当性を判断せず、両市場における「取引拒絶と廉売の双方の側面を有する行為」を排除行為とした（＊93)。当該行為は、「分岐方式でニューファミリータイプを提供するとしつつ、実際には芯線直結方式で提供したこと」（いわゆる「欺罔行為」）（＊94）により生じたものである。つまり、本件行為の違法性をマージンがないこと（逆ざや）による排除効果だけではなく、接続の実施段階おける差異に見出しているといえる。ことさら最高裁が、「人為性（もしくは人為的制約)」（＊95）を強調しているのもそのような理解からと思われる（＊96)。この実施段階の差異には、「NTT 東日本が、未使用の光ファイバ（ダークファイバ）の所在情報を開示せず、一方で自己の営業部門はこの情報を利用して訪問営業をかけたこと」（＊97）も含まれる（＊98)。

２　排除措置

このように、実施段階の差異に違法性を見出し、排除行為を捉えたことで、排除措置もまたそれに沿って必要性が判断された。公正取引委員会は、2004 年 4 月 1 日以降、芯線直結方式でニューファミリータイプを新たに提供することがなくなったこと、既存の芯線直結方式によるニューファミリータイプも順次、分岐方式に変更していることをもって本件違反行為は終了したとし、また本件行為の終了後に分岐方式により新規参入もみられたことから（＊99)、排除措置を命じていない。しかし、新規参入は実施段階の差異が是正されたからではなく、分岐方式の接続料金の変更、アンバンドルメニューの追加、光配線区域の情報開示につき認可接続約款の変更が認可されたためにかろうじて参入できるようになったというべきである（＊100)。つまり、排除効果は実施段階の差異により生じたものではなく、分岐方式の接続料およ

び接続条件そのものが有していたといえる。NTT 東日本は、6 割の設備稼働率を前提に戸建て住宅向け FTTH サービス（ニューファミリータイプ）の料金につき届出をしつつも、分岐方式で採算がとれる需要がないことは認識していた（＊101）。だからこそ、当面は分岐方式を用いず、具体的な実施計画もなくニューファミリータイプを導入したのである（＊102）。また NTT 東日本は、まして自身よりも規模の小さい接続事業者は分岐方式では当然に採算が合わず、参入できないことも容易に想定できたはずである（＊103）。そのうえで、NTT 東日本は、「FTTH サービス市場においては、ADSL 市場のように競争事業者に急激にシェアを奪われることがないよう、早期に被審人の永続的な優位性を確保しておく」（＊104）ために、分岐方式による戸建て住宅向け FTTH サービスを実施したのである。

これにより、接続事業者が戸建て住宅向け FTTH サービスを提供するためには、①川上市場において、そもそも光配線区域により採算のとれない分岐方式の接続しかできず、②川下市場では、6 割の稼働率を前提とした NTT 東日本のニューファミリータイプが提供されていたため、同市場から排除された。いかに NTT 東西と同等に効率的な接続事業者であっても、NTT 東西に対抗して戸建て住宅向け FTTH サービスを提供することはできなかったのである。本件では、この点をマージン・スクイーズの違法性としてみるべきであった（＊105）。

接続事業者が自己の望む接続条件を実現できない一方で（＊106）、NTT 東日本は電気通信事業法の下、自由に接続条件を設定することができる。審決においても「接続料金の算定は、被審人〔NTT 東日本（筆者注）〕自身が行っており、被審人が申請しなければ、総務大臣は認可の前提を欠き、認可することはできず、しかも、接続料金の認可は、被審人が申請したとおりの設備構成を前提として行われている。したがって、被審人は、その経営判断や営業政策いかんで接続料金を変更することができる」と述べられている（＊107）。そもそも光配線区域ごとの光主端末回線設備の稼働率で実際の接続料負担が決まる分岐方式の接続条件は、任意に光配線区域を決定でき、先んじてサービスを開始し、シェアが首位である NTT 東西に明らかに優位な接続条件であるといえる。そして、認可接続約款の変更後も接続事業者にとって事業活動が極めて困難な接続条件であることに変わりはない。新規参入があったことだけをもって、競争が回復したとみるのは適切ではないだろう。このように、接続事業者に対し、認可接続約款を通じて、自己が川下市場で優位になるような接続条件の押付けは、「優越的地位の濫用」といえる行為である。このような認可約款制度を用いた濫用行為を念頭に、川下市場の競争状況も踏まえた排除措置が求められていたのである。ただし、そうした排除措置を命ずるならば、電気通信事業法の規制、特に接続約款の認可制度との関係を整理しなければならない。

（三）独占禁止法と電気通信事業法の適用関係

本事件において、芯直結方式および分岐方式の接続料はいずれも、電気通信事業法 33 条にも

とづく認可を受けた料金である。それらを用いたサービスのユーザー料金及びその他条件についても同法 20 条にもとづき届出が受理されている。さらに総務省は、本件行為につき、接続約款につき変更認可の申請命令や料金変更命令は発出しておらず（＊108）、インピュテーション・ルールにもとづく行政指導も行っていない（＊109）。この点につき、最高裁は「総務大臣が上告人〔NTT 東日本（筆者注）〕に対し本件行為期間において電気通信事業法にもと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、独占禁止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、本件行為の独占禁止法上の評価が左右される余地もないというべきである」と判示している。つまり、本件行為が電気通信事業法の規制を受けるものだとしても、独占禁止法の適用を受け、同法にもとづき違法性が判断されるということである。このような最高裁の見解は、通説的な「相互補完説」（＊110）に立つものとして理解されている。

ただし、独占禁止法の適用においては、主に 2 つの点から、当該違法性の判断に事業法の規制を考慮すべきとする見解がある。1 つは、重畳的に適用されうる可能性を認める以上は、両法を相互に矛盾抵触しないように解釈する必要があるとするものである（＊111）。たとえば、ある行為が他の法令等の規制によって完全に強制されている場合、当該行為を独占禁止法違反にできないとする。なぜならば、他の法律により当該行為が禁止されているのだから、独占禁止法所定の構成要件に該当するとして排除措置命令を講じて自由な競争をもたらしても、確保されるべき一般消費者の現実の利益がない等、独占禁止法の目的に沿わないものであるから「競争を実質的に制限する」ことにならないと考えるためと思われる（＊112）。本事案おいては、「〔NTT 東日本（筆者注）〕自らのイニシアティブで接続料金の変更認可申請やユーザー料金の変更届出を行うことができたのであり、公正取引委員会による排除措置がこれに命じるにとどまる限り、それが〔NTT 東日本（筆者注）〕が負う電気通信事業法上の義務と相反する余地もない」と解されている（＊113）。

もう 1 つは、専門当局の競争政策的な判断を独占禁止法違反要件の成否の判断に織り込んで尊重すべきというものである（＊114）。本事案でいえば、電気通信事業法はその目的規定に「……公正な競争を促進することにより、電気通信役務の円滑な提供を確保するとともにその利用者の利益を保護し、……」とある（同法 1 条）。また、「電気通信分野における競争の促進に関する指針」（2001 年、公正取引委員会・総務省）（以下、「共同ガイドライン」という。）にもあるように、電気通信事業法の規制は、独占禁止法の適用も念頭においた規制である。そのうえで、総務省が認可し是正措置を講じるに値しないと政策的判断をしているのだから、競争の実質的に制限することにはならず、独占禁止法違反にはならないということだろう。本事件において、最高裁は「上告人〔NTT 東日本（筆者注）〕はニューファミリータイプを分岐方式で提供するとの形式を採りながら、実際にはこれを芯線直結方式で提供することにより、正に上記のような状況

が生じることを防止するために行われていた行政指導を始めとするユーザー料金等に関する種々の行政的規制を実施には免れていたものといわざるを得ない」（＊115）と述べているが、これは、総務省の権限行使に配慮が働いたとする見方もある（＊116）。そもそも、接続約款の認可は先述のとおり、事前規制として接続条件が形式的に同一であるか否かは審査するが、当該接続条件そのものが、川下市場における状況も踏まえ、競争制限効果を有するものか否かを精査はしない。その意味で、総務省が専門的立場から、競争政策的判断を行ったとみるのは必ずしも妥当ではない。認可接続約款を濫用行為に用いられるなど、電気通信事業法は想定していないのである。独占禁止法と電気通信事業法の相互補完というのであれば、そのような問題にこそ、独占禁止法が適用され、競争侵害行為を取り除くことで、競争を回復させるべきではなかったか。

いずれの見解も独占禁止法を適用したうえで、違法性の判断において事業法の規制を考慮すべきということだが、結果として、適用除外とまったく同じ効果が生じる可能性があることに留意すべきである。他方、本事案の独占禁止法の適用においては、接続協定の特性は考慮されず、一般的な卸による取引のように専ら川上川下の料金だけが問題となっている。仮に認可接続約款を用いた濫用行為とそのユーザー料金の設定をマージン・スクイーズとして認定できても、公正取引委員会が命じる排除措置だけで、このような接続取引の構造的問題を完全に解決できるのかという課題は残る。真に公正競争を通じた国民経済の民主的で健全な発達を考えるならば、両法それぞれのアプローチや措置の限界を踏まえ、競合的に問題解消措置を検討すべきものである。本事案は、電気通信事業法およびその規制当局に配慮しギリギリの判断がなされたのかもしれないが、その結果、残された分岐問題はその後も長く尾を引くことになる。

五、独占禁止法 24 条にもとづく差止請求事件

（一）経緯

NTT 東日本私的独占事件以降も、加入光ファイバ回線設備への接続につき、認可接続約款には、芯線直結方式と収容局内で 4 分岐、収容局外で 8 分岐とした分岐方式（以下、「8 分岐単位」という。）のみが定められていた。これまでも現在も、NTT 東西が定めた光配線区域において、8 分岐単位で採算に合うだけの戸建て向け FTTH サービスのユーザーを獲得することは極めて困難であり、また、DSL サービスと同等の料金を想定した FTTH サービスを提供するためには、主端末回線につきユーザー単位、すなわち分岐端末回線単位（以下、「1 分岐単位」という。）による接続が必須であった。実際に、ソフトバンク以外にも多くの DSL サービスを提供する事業者が、FTTH サービスを提供したくても、同市場に参入できない状況である（＊117）。

本件差止請求事件前後も、総務省は、FTTH サービス市場における 70%強の NTT 東西のシェア、超高速ブロードバンドの基盤設備の整備率が 90%を超えるなかで、その利用率が 40%に

も満たないこと等を問題として、情報通信審議会等において FTTH の接続のあり方が繰り返し議論している（＊118)。その中では、接続取引におけるイコールフッティングの実現のためのネットワークのオープン化ではなく、専ら設備競争とサービス競争のバランスの観点から接続約款に定める分岐方式につき、新たなメニューを追加すべきか否かが議論された。そして、都度、1分岐単位の接続については､NTT 東西と接続事業者の間の意見の相違が大きいということで、先送りされてきたのである。最近においても、「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について」答申（2015 年 9 月 14 日、情報通信審議会）（以下、「加入光ファイバ答申」という。）において、急激な接続料水準の低廉化は「自己設置」・「接続」・「卸役務」の三形態のバランスが適切に確保されなくなるおそれもあるとして、総務省は、NTT 東西の企業努力による接続料の低廉化の取組みや光配線区域に関する取組み､「サービス卸」を含む FTTH サービス市場全体の競争状況を評価し、諸外国の事例も参考に改めて 3 年後に見直しを検討すること適当とされた。ほとんどの電気通信事業者にとっては、接続により自己の戸建て住宅向け FTTH サービスの提供できない状況が今後も続くことになったといえる。当然ながら、電気通信審議会等の議論で、NTT 東西の行為が法 32 条違反として検証されたことは一切ない。

電気通信事業法に定めるいずれの接続規制も、設備競争とサービス競争のバランス、または「自己設置」・「接続」・「卸役務」の三形態のバランスを考慮することは前提とされていない。あくまで、総務省の政策的判断である。設備競争および「自己設置」型が進めば、結果として NTT 東西の加入者光ファイバ回線設備の保有シェアが低下し、第一種指定電気通信設備でなくなるということであろうが、シェアに全く変化はない（＊119)。むしろ、先にあげた FTTH サービスの契約総数でいれば､三形態のうち「接続」型による FTTH サービスの契約数は､「自己設置」型の 3 分の 1 にも満たない。

（二）本件差止事件

1　概要

そのような状況下で、ソフトバンクは、自己の戸建て住宅向け FTTH サービスをユーザーに提供するために、認可接続約款の手続にのっとり、NTT 東西に 1 分岐単位での接続を正式に請求した。NTT 東西は、電気通信事業法 32 条の拒否事由の該当性を示すことなく、これを拒絶した。2011 年 11 月、ソフトバンクは、NTT 東西が当該接続請求に応じないことは、不当に取引を拒絶するものであり、また、分岐方式につき、認可接続約款に定める 8 分岐単位でしか接続に応じないことは、実質的に 8 分岐単位の接続条件を押付けであるとして、接続取引における NTT 東西の優越的地位を濫用する行為であるとして、独占禁止法 19 条に違反するため、同法 24 条にもとづき東京地方裁判所に NTT 東西の当該行為の差止を求めた。

具体的には、①8 分岐単位での接続を強要しないこと、②1 分岐単位での接続請求を拒否し

ないこと、③1 分岐単位の接続が可能となる NTT 東西の OSU（＊120）につき、ソフトバンクとの共用に応じること、④ソフトバンクが分岐方式（シェアドアクセス方式）で FTTH サービスを提供するために、指定の接続箇所（＊121）で接続することを求め、本件差止請求を提起した。また、予備的にソフトバンクが NTT 東西に対し、①8 分岐単位での接続を強要してはならない義務、②1 分岐単位での接続の申込みを拒否してはならない義務、③NTT 東西がソフトバンクとの間で OSU の共用に応じる義務、④NTT 東西の設備を指定の接続箇所で接続する義務を負うことの確認を求めた。

東京地方裁判所民事第 8 部の判断は、主意的請求棄却、予備的請求却下であった。

２　拒否事由

1 分岐単位の接続を行うには、主端末回線をラインシェアリングするために、NTT 東西と接続事業者間で OSU を共用することが必要である（＊122)。その上で、OSU の他事業者網側で各ネットワークに振り分けることとなる。

NTT 東西は、先にあげた情報通信審議会等の議論において、1 分岐単位の接続につき、①新サービスのタイムリーな提供に支障が出る、②NGN の特徴である帯域確保サービスの実現が困難となる、③故障対応等のユーザーサービスレベルが低下する、④異なるサービスポリシーを持つ事業者間で共通の運用ルールを定めることは困難であると述べていた（＊123）。そのような懸念に対し、2010 年にソフトバンクを含む接続事業者（＊124）は、NTT 外販許諾品の OSU と ONU（＊125）を用いて、複数事業者の OSU 共用による実証実験を行ったが、①新規契約のオペレーションに問題はなく、サービス品質の変更や新サービスの追加も可能であり、②各事業者がユーザーごとの帯域を制御することも可能で、③保守にも問題は生じないとの結論に至った（＊126)。しかし、NTT 東西はこの実証実験に参加せず、自身が懸念する OSU 共用による弊害を立証することもなかった。ソフトバンクが本件差止請求に踏み切った直接的な理由の 1 つは、NTT 東西に対し、接続事業者の事業活動を阻害している拒否事由につき、客観的な検証が全くされないことであった。

本件差止事件において、NTT 東西は接続請求の拒絶する理由を 2 つあげた。1 つは、サービス競争を阻害するというものである。具体的には、①事業者間の FTTH サービスの内容の均一化が余儀なくされ、技術革新のインセンティブを損なう、②サービス提供の変更の際、事業者間で調整が必要になり、機動的なサービス提供や運用に支障が出る、③故障が発生した際に、事業者間で連携が必要となり、故障復旧に時間が要する、ことをあげている。ここではじめて、NTT 東西は、電気通信事業法 32 条各号の拒否事由に沿って、同条 1 号の「電気通信役務の円滑な提供に支障が生じるおそれがあるとき」または 2 号「当該接続が当該電気通信事業者の利益を不当に害するおそれがあるとき」に該当すると主張した。

もう 1 つは、1 分岐単位での接続を実現するには新たなハードウェア・ソフトウェアの開発・導入を必要することである。これは、OSU の他事業者網側で各接続事業者のネットワークに振り分けるための設備の開発、導入等膨大な費用がかかるというもので、これは、法 32 条 3 号にもとづく電気通信事業法施行規則 23 条 2 号の「接続に応じるための電気通信回線設備の設置又は改修が技術的又は経済的に著しく困難であるとき」に該当するとした。

前者については、接続とはそもそもサービスを共同で提供するといった側面を持つものであり、現に DSL サービスの提供につき、事業者間の調整、運用は行われている。また、先にあげた実証実験でも問題ないとの結論が出ており、本件差止請求においても NTT 東西から具体的な立証は全くなく、訴訟の過程でも争点にはならなかった。

一方、後者は、接続料または網改造費用としてソフトバンクも負担することを前提に、経済的負担がどれくらいのものかが、2 年半に及ぶ本件差止事件の主な争点であった。訴訟の過程では、収容局ルータ（OSU の他事業者網側で、当該ネットワークの入り口でデータを制御、振り分けを行う収容局に設置される装置）につき、NTT 東西自身が「B フレッツ」（＊127）というベストエフォート型の FTTH サービスと「フレッツ光・ネクスト」という品質確保（QoS：Quolity of Service）を特徴とする NGN（＊128）の FTTH サービスを混在させて接続させていることも明らかとなった。このことから、異なるサービスの利用者ごとに制御が可能であること、各ネットワークに振り分けができる可能性が高いことがわかった。にもかかわらず、1 分岐単位の接続を実現するために収容局ルータをすべて置き換える必要があるのか、または当該収容局ルータの機能を拡張させる必要はあるのかという点に争点は絞られ、NTT 東西からの具体的な立証がない中で、収容局ルータを製造するメーカーに調査嘱託を求めるところまで整理されてきていたのである（＊129）。しかしその直後、そもそも本件請求自体に理由がないとして、本件請求は棄却され、結局、NTT 東西の拒否事由につき、独占禁止法にもとづきその違法性が判断されることはなかった。

なお、「加入光ファイバ答申」が出された情報通信審議会の議論では、「サービス卸はある意味で OSU 共用方式と同じ」であり、「OSU 共用方式を見送った理由が技術的に難しいということだったと思うが、サービス卸の開始により、実現できてしまっているのではないか」ということが指摘されている（＊130）。NTT 東西の FTTH 卸役務「光コラボレーションモデル」は、本件接続請求事件の判決言い渡しの直前、2014 年 5 月 13 日に発表された。卸役務による FTTH サービスは、各電気通信事業者ともサービス内容が同じであることはいうまでもない。

（三）本件差止事件における電気通信事業法の解釈

1　接続請求の応諾と接続協定の関係

裁判所は、主として「……被告ら〔NTT 東西（筆者注）〕は、本件請求に係る接続に関する接続約款等についての総務大臣の認可がない以上、電気通信事業法上、このような接続に応じてはならない義務を課されている状況にあるといえるのであって、にもかかわらず、独占禁止法により、このような接続をしなければならない義務を被告らに課すことは、被告らに相互に矛盾する法的義務を課すことにほかならないことを考えると、独占禁止法 24 条にもとづき、被告らに対してこのような接続を請求することはできないと解される。」との理由で本件請求を棄却した。この点、電気通信事業法と独占禁止法の適用関係が示された事案として評釈されているが（＊131）、その前提となる電気通信事業法 32 条と同法 33 条の解釈において、接続請求の応諾と接続協定の関係の理解に誤りがあるので、ここで指摘しておく。

まず、裁判所はで電気通信事業法 32 条につき、「……同条は、接続という行為義務自体を定めたものではなく、接続に関する協定を締結してこれを維持しなければならないことを定めたものであると解される」と述べる。さらに、裁判所は「接続協定」という部分から法 33 条とつなぎ合わせ、「……第一種指定電気通信設備に関する協定は、接続約款等についての総務大臣の認可があって、初めて当事者間に法的効力が生じると解するのが相当である。」とする。同法 32 条につき、「接続に関する協定を締結してこれを維持しなければならないことを定めたもの」とする理解は、本件差止請求における NTT 東西の主張を踏まえたと思われるが（＊132）、法の規定からは読みとれない。繰り返し述べているとおり、同法 32 条は接続協定締結に向けた協議の開始を目的として、電気通信事業者に接続請求権を認め、同時にそれに応じる義務を課しているものである。

接続事業者が電気通信サービスを提供するために行われる当該接続取引において、本体的債務は、「NTT 東西の加入回線設備につき、求める接続にかかる接続料等対価を NTT 東西に支払う接続事業者の債務」と「接続事業者のサービスを提供するために、接続事業者の要望する接続により当該設備を利用させる NTT 東西の債務」である（＊133）。

電気通信事業法 32 条にもとづき、接続事業者は接続を請求し、相手方事業者がこれに応じて接続協議が開始される。この接続請求と接続応諾はいずれも書面によって取り交わされる。当該書面は、その本体的債務につき協定締結の意思があることを示すもので、相互に接続協定の締結に向けて誠実に交渉することを義務付けるものである。いわば「基本合意」と捉えることができる。そして、このプロセスや書式が第一種指定電気通信設備に関しては、認可接続約款に定められていることからも、同法 33 条 9 項に違反するものでないことは明らかであり、当然ながら、これら基本合意は第一種指定電気通信設備にかかるものであっても総務大臣の認可を要しない（＊134）。したがって、「相互に矛盾する法的義務を課すこと」にはならない（＊135）。電気通信事業法は、接続取引のプロセスにおいて、①接続請求の応諾、②協議による接続条件・細目の合意、③接続協定の締結という段階に分けて合意を捉えているのである。

裁判所は、接続の応諾を基本合意としてではなく、接続協定の内容の一部として捉えたため、1 分岐単位の条件だけでは接続協定の内容を具体的に定めたことにはならないとして、「承諾の意思表示をすべきことを命ずる」ことはできないとした（＊136）。

しかし、NTT 東西が、1 分岐単位の接続請求に応諾し、ソフトバンクとの間で接続協定の締結に向け基本合意することは、電気通信事業法 33 条にもとづく総務大臣の認可を要さず、それ自体で法的拘束力を有するものと解される（＊137）。

２　大臣裁定等と民事的救済の関係

さらに、裁判所は「電気通信事業法は、同法 32 条により接続に関する協定を締結し維持しなければならない場合であっても、当事者間に協議が調わないときには、総務大臣の裁定により協定の具体的内容を定めることとし、これにより同条の規定を担保することとしたものと解されるのであって、当事者の協議が調わない場合に、このような裁定の手続を経ないまま、一方の当事者が協定の具体的内容を定め、その承諾の意思表示を請求することにより、相手方にその内容を強制できるとする理由は見出し難く、このような事態は電気通信事業法 32 条の想定するところではないと解されるから、同条にもとづく請求としても理由がないというほかない。」（＊138）とする。

判決は、法 32 条が接続協定の締結を義務づけているとの理解のもと、当事者間の協議を前提として、一方当事者が協定の内容を相手方に強制できないと述べるが、法 32 条は、そもそも一方当事者の接続請求につき「これに応じなければならない」ことを義務づけているのである。したがって、接続事業者の接続請求の内容を相手方に強制でき、当事者間の協議は不要である。このような裁判所の見解から、電気通信事業法 32 条は総務大臣の裁定を経なければ、裁判所で争うことができないと解することは適切ではない。実際、電気通信事業法の明文上、協議開始命令・裁定・あっせん及び仲裁以外の法的救済手段が禁じられているわけではない。いずれについても当事者が「申立て」もしくは「申請することができる」とされているのみで、事業法上の救済手段によらなければならないとは規定はない。電波法と違い、不服申立前置主義は採用されていないといえる（＊139）。

なお、電気通信事業法の目的規定に「公正な競争」と明記されていることから、「事業法にもとづく取引が問題とされ、電気通信事業法が特に定める接続義務について、より高い専門性を有する規制当局による規制が存在する場合には、規制当局による規制が尊重されるべき」とする見解もあるが（＊140）、総務省の専門性については先に述べたとおりであり、競争の実態を見ずに事業法に競争促進的な規定があることだけをもって、独占禁止法の適用を控えるべきとの理解は妥当ではないと思われる。

（四）本件請求と問題解消措置

このように電気通信事業法につき正しい理解に立っているとは言いがたい本判決が、多くの専門家から評価されているのは、独占禁止法 24 条にもとづき、はじめて作為命令を内容とする差止請求を容認したためである。裁判所は、「……差止請求の対象である『その侵害の停止又は予防』は、不作為による侵害を停止又は予防するための作為を含むと解するのが相当である。」とした。その上で、主意的請求につき、8 分岐単位以外の具体的接続、また 1 分岐単位を実現するための具体的な接続箇所、OSU の共用方法は NTT 東西の選択に委ねられているものとして、その強制執行は可能であるとしている（＊141）。しかし、そうであれば、NTT 東西はその意思で本件請求に応じて、接続約款の変更申請または 10 項協定の申請はできたのだから、認可を必須とした裁判所の理解に立っても、独占禁止法にもとづく問題解消措置としての義務づけは可能であったといえるのではないだろうか。たしかに、ソフトバンクの本件請求には、「1 分岐単位の接続のために、接続約款を変更申請又は 10 項協定を申請せよ。」はない。しかし裁判所は、本件請求がある程度、NTT 東西の選択に委ねても強制執行可能であると述べている。電気通信事業法 33 条があくまで第一種指定電気通信設備を設置する NTT 東西に対してのみ、接続条件の認可申請を義務づけるものであることに鑑みれば、本件請求につき、合法的に 1 分岐単位の接続を実現するために必要な申請を行うことも含まれると解するべきである。この点でも、本請求は電気通信事業法に反するものではなく、独占禁止法との間においても「相互に矛盾する法的義務を課すこと」にはならないと思われる（＊142）。

本判決は、「独占禁止法違反の要件を満たす場合に、独占禁止法にもとづく規制に服することがあり得ることは否定できない。」としつつも、「相互に矛盾する法的義務を課すことはできない」と述べていることから、NTT 東日本私的独占事件における独占禁止法と電気通信事業法の適用関係でとりあげた見解（「相互補完説」に立ち、相互に相反する義務を課すことはできない。）にも沿うものと捉えられている（＊143）。しかし、この見解は、排除措置が実施できないことを違法性の判断に織り込むべきとするもので、独占禁止法上、行為の違法性を判断しないというものではない。それにもかかわらず、裁判所は、本件が差止請求であり、本件請求の義務づけがそのまま独占禁止法にもとづく問題解消措置（排除措置）となることに着目し、当該問題解消措置を講じれば電気通信事業法と矛盾することを理由として、本件請求を理由なしとすることで、独占禁止法の違法性を判断しなかったのである。

独占禁止法 24 条にもとづく差止請求の立法趣旨は「事後的な金銭賠償だけでは被害者の救済にならない場合もありうることから、被害者の救済手段の一層の充実」と「被害者の救済に必要な範囲で独占禁止法違反の行為の全部または一部を差止めることによって、公正かつ自由な競争の促進に資し、同時に独占禁止法違反行為を抑止する効果をもつもの」とされる（＊144）。まさに、本件差止請求も接続取引の実現という損害賠償では回復できない救済を求めたものであ

る。独占禁止法 24 条にもとづく差止請求の対象を不公正な取引方法に限定しているのも、民事訴訟になじみやすく、違反行為の立証が比較的容易な行為であることが理由とされている。しかし、2000 年に導入されて以降、同条にもとづく差止請求につき、相当数判決が出されているが、裁判所に容認された事件は 1 件もない（＊145)。実際には、公正取引委員会が取上げていない事件を、独占禁止法違反として立証することは、極めてハードルが高いといわれている。

そのような中、本件差止事件は、一見すると作為義務を認めることで、同条にもとづく民事救済の可能性を高めたようにみえるが、結局のところ、規制産業における侵害行為の差止めにつき、事業法の規定と形式的にも抵触してはならないという、新たなハードルを加えたことに他ならない。すなわち、事業者が同条にもとづく差止請求する場合、まずは侵害行為の差止めが事業法に抵触せず可能であることを立証し、そのうえで、独占禁止法違反を立証しなければ独占禁止法による問題解決を得ることはできないのである。

ソフトバンクは、あえて電気通信事業法にもとづく協議開始命令ではなく、独占禁止法にもとづく差止請求によって、NTT 東西の拒絶行為の違法性が判断されること期待し、電気通信事業法では是正できない競争上の問題につき解決を得ようとした。しかし、このような裁判所の理解が正しいとするならば、独占禁止法の民事救済を通じ、真に事業法との相互補完を行うということは望み得ないとみるべきだろう。

一方で、公正取引委員会は、相互補完説に立ちつつも、NTT 東日本私的独占事件にみるように、競争促進に取り組む規制当局に配慮し問題解決を委ねている。結局のところ、いずれの事件においても残念ながら、独占禁止法による問題解決は図られなかった。そして、配慮されたはずの電気通信事業法の規制では、未だ解決される見込みは立ってない。

六、結語

（一）独占禁止法に期待される役割

独占禁止法の適用では、規制された市場の競争を回復することができないのだろうか。事業法の規制と競争法の規制の一番の違いは、事業法が構造的な問題に対し恒常的により深い介入をするのに対し、競争法は、反競争的行為が生じた場合により一般的に一時的な介入するものであり、その際、行為者の特定を要求することである。しかしながら、たとえば「携帯電話市場における競争政策上の課題」（＊146）等にみられるように、今日の独占禁止法は、それ自身が規制の一形式として理解され、反競争的行為の排除のみにとどまらず、特定の市場に対する積極的な競争政策として利用されているようにも思える。

事業法により規制されている市場で競争制限行為が行なわれた場合の事業法と独占禁止法の競合適用は、おおよそ 4 つの場面に整理することができるだろう。1 つは、事業法の規制はあるものの、当該事業者の自立的な行為として競争制限行為が行なわれた場合である。競争を制

限・歪曲する可能性があるならば、当然に独占禁止法が適用される。2 つめは、事業法が独占禁止法ではカバーできない非経済的価値を目的としており、事業法の規制によって当該事業者の行為が影響を受ける場合である。この場合でも、事業法により反競争的行為を強制されていないかぎり、独占禁止法は適用されることなる。しかしながら、独占禁止法の適用が非経済的価値を損なうような場合の判断が難しい。そのため、そもそも非経済的価値を目的とした規制は、競争への影響も踏まえ十分に正当化されるものでなければならない。3 つめは、事業法の規制自体が非効率性を生み出しているか、規制の隙間が生じているような場合である。このような場合、独占禁止法の適用により、競争者の救済および競争の回復が可能である。もちろん、独占禁止法の適用により規制が撤廃されるわけではないため、同時に規制の見直しが必要となり、独占禁止法の適用はその契機となる。4 つめは、「レギュラトリー・ゲーミング（Regulatory Gaming）」（＊147）といわれる場合である。この場合、事業者は戦略的に事業法の規制を悪用して（＊148）、市場における競争上の優位性を獲得する。いわゆる「規制の虜（Regulatory Capture）」が生じている場合、規制当局および事業法の規制は適切に機能しないため、独占禁止法の適用が必要となる。講じるべき措置としては法的分離（機能分離等）、企業分割も含まれる。政治的問題も含め、市場へのインパクトも大きく慎重に検討しなければならない。「規制の虜」は、未然に防止すべき問題であり、そのために独占禁止法の適切な適用と同法の視点による事業法規制の見直しが重要であるとされる。

いずれの場合においても、市場における競争上の問題に対する解決であるかぎり、まずは独占禁止法にもとづく検討がおこなわれ、問題解消措置においても同法の果たすべき役割が直接的にも間接的にも大きいといえる。なかでも、3 つめの規制の隙間および 4 つめのレギュラトリー・ゲーミングにおいては、規制の自浄作用は期待できず、独占禁止法の適用により回復するより他に手はない。確かに、このような独占禁止法の適用において、従来の独占禁止法による措置を超えた規制的な問題解消措置（たとえば、価格設定に対する介入や継続的な実施・モニタリング等）を講じることには、かねてより批判もある。しかし、事業法よりも独占禁止法の方が柔軟な問題解決が採ることができることも事実である。両法の役割分担を硬直的にみるのではなく、問題解消措置との関係においても、まさに「相互補完」的であるべきだと思われる。

（二）接続規制の問題点

上記のような期待される事業法と独占禁止法の競合適用関係に対して、すでに見てきたように、少なくともわが国の電気通信分野においては、4 つの場面のうちの 1 つめ、それも実際には極めて限定された場合にだけ競合適用が成り立っている。その理由は、電気通信事業法の規制により競争が促進され、電気通信市場に競争上の問題が何ら生じていないからではない。実

際、FTTH サービス市場における分岐問題のように電気通信事業法の運用だけでは解決しえない問題が長く取り残されている。いや、このような問題が生じた背景には、「規制の失敗」ともいうべき状況があるといってよいだろう。

まず第一に、電気通信事業法は、不可欠設備（第一種指定電気通信設備）に着目した規制でありながら、当該設備にかかる接続取引につき、「アクセス義務」が明確に課されていない。ここでいう「アクセス義務」とは、不可欠設備にかかる接続取引に応じることであり、接続の協議に応じること、接続に必要な条件・細目に合意すること、接続（アクセスサービス）の提供、アンバンドルによる接続（アンバンドルアクセスサービス）の提供、ネットワークのオープン化、コロケーション、必要な情報の開示等、すべてが含まれる。電気通信事業法 33 条は、「透明性」、「非差別性」、「会計分離」および「料金規制」を定めている。しかし、「アクセス義務」については、ネットワークのオープン性の確保や接続規制の導入の経緯から「すべての接続請求に応じる」との趣旨はあっても、同法 32 条にもとづき他事業者と同様に「接続協議に応じること」（「接続請求応諾義務」）しか担保されていない。逆に、同法 33 条によって他事業者の接続内容が限定され、NTT 東西による接続条件の押付け（濫用）を可能としていることは、既に NTT 東日本私的独占事件で指摘したとおりである。接続事業者が自己の FTTH サービスを提供するために必要であるものの、NTT 東西が望まない接続を実現するためには、その都度、総務省の介入を要し、接続規制による事前の公正な競争基盤が整備されているとはいい難い。仮に、電気通信事業法 32 条とは別に、同法 33 条について不可欠設備にかかる取引義務として、「アクセス義務」（真の接続義務）が明確に定められていたならば、独占禁止法 24 条にもとづく差止請求をせずとも、電気通信事業法上も NTT 東西による 1 分岐単位での接続請求拒絶には正当な理由を厳密に要し、接続料等費用負担の調整だけで早期に実現していたかもしれない。

第二に、電気通信事業法には、「規制の失敗」が想定されていないため、これを防止するために規制を見直す仕組みがない。まず、日本における電気通信市場の調査といえば、2003 年度以降、数年ごとに総務省が行う「電気通信事業分野における競争状況の評価」（「競争評価」）があげられる。この競争評価は、電気通信市場における市場支配力につき分析するものだが、それ自体で独占禁止法違反の有無を示すものではなく、政策立案の基礎データとしての役割をもつ。国際的な整合性の確保として EU の競争評価制度を参考にし、競争評価における「市場支配力」の説明では、EU の SMP 事業者を用いている。しかしながら、競争評価は、規制が有効に機能しているか否かの分析はせず、既存の規制の見直しには結びついていない。総務省の基本方針（＊149）によれば、競争評価は「市場の構造や事業者間の競争状況等から潜在的な「市場支配力」の有無を分析し、これに政策の存在等を加味した上で「市場支配力」の実効性を評価する」ものであるとする。実際の分析においては、「政策の存在」、すなわち規制の有

無を重視している。50%を優に超える市場支配的事業者がいても、規制があり、競争者のシェアがわずかでも増加傾向にあれば、「実際に行使する可能性は低い」と評価する。そもそも、「市場支配力」の解釈は、独占禁止法のそれと異なるとしており（＊150)、競争法の視点から（＊151)、市場の問題抽出を行なうものとはなっていないことからも、EU の市場調査と大きく異なるものとなっている（＊152)。その他、NTT 法にもとづく競争セーフガード制度（＊153）やブロードバンド普及促進の観点から公正競争レビュー制度（＊154）があり、いずれも総務省が「公正競争」の観点から市場分析をしている。しかし、これらは法令の適切な運用の確保を目的とするもので、既存の規制が市場の問題解決に有効か否かを判断するものではない。そもそも、規制を制定しかつ運用する立場の総務省が、究極的には規制の撤廃も含めた規制の見直しを客観的に行なうことには限界があると思われる。いろいろと角度を変えた市場分析を増やすよりも、独占禁止法の視点から、市場の現状と電気通信事業法の規制の与える影響、効果を分析・評価し、規制の見直しに影響を与えることが求められる。独占禁止法は、市場の普遍的な一般ルールであり、市場の競争に関しては、公正取引委員会が最も専門的な知識を有していると考えるべきである。電気通信事業法の規制が事前的な市場の介入である以上、よくも悪しくも競争を制限し歪める可能性があるとの前提に立てば、当該規制が独占禁止法ないし競争法の視点からチェックされるのは当然ではないだろうか。また、「公正競争」や競争促進を目的とした規制であるならば、独占禁止法の視点からも必要にしてかつ十分なものであることが説明できなければならないだろう（＊155)。

（三）電気通信市場における独占禁止法の適用

接続規制につき、不可欠設備にかかる取引義務が不十分であるという規制の隙間を電気通信事業法自体で埋めることが困難な場合、それにより生じた競争制限行為につき、市場の一般ルールである独占禁止法を適用することによって、是正することは極めて当然のことと思われる。日本においても、事業法と独占禁止法は相互補完の関係にあり、規制された市場に対しても、原則として独占禁止法が適用される。共同ガイドラインのいう、「独占禁止法及び電気通信事業法を適正に運用していくこと」とは、同時適用を前提としたものであると解される。

しかし、NTT 東日本私的独占事件や差止請求事件で見てきたように、同時適用においては、経済実態や事実よりも、規制に矛盾したり重複せずに独占禁止法が適用できる余地があるか否かが重視されている。そして、事業法の規制が競争促進を目的にしているならば、規制当局の執行が独占禁止法の違法性判断や問題解消措置においても考慮される。結果として、電気通信市場のように、事業法による競争促進を目的とした規制や検証が多い分野では、競争制限行為の有無にかかわらず、独占禁止法が適用される余地は極めて少なく、例外的な場合に限られる。市場に競争促進的な規制があるほど、競争制限行為は極めて少ない、もしくは生じないと

いうのであれば、現在のような同時適用でも問題はないはずである。しかし、現実にはそうなっていない。また、事業法の規制は、独占禁止法以上に公正競争や競争促進に適した規制であるとは限らない。分野に特化した専門性は有しているが、市場の変化に効果的に即応できないこともある。さらに、規制当局は、競争よりも市場にとって望ましいと考える結果の達成を優先したり、被規制者との間で緊密で継続的な関係を築く傾向があり、「規制の虜」のリスクもある。したがって、そのような規制の特性や規制の失敗をも想定しながら独占禁止法ないしは競争法の視点から市場における問題を把握することも必要だと考えられる。

規制も含めた市場の取引全体を監視し、競争秩序を維持することも独占禁止法の重要な役割でなければならない。競争促進を目的とした規制であれば、そのような独占禁止法の介入は、競争制限行為を排除するだけではなく、自ずと規制目的を補完し、規制をよりよく機能させるための見直しにもつながるはずである。同時適用において、独占禁止法がまずは事業法の規制との「すみ分け」に左右されることなく、その専門性にしたがい市場の問題を把握していたならば、少なくとも、8 分岐単位での接続条件はマージン・スクイーズとして、適切な是正がなされていたかもしれない。1 分岐単位の接続条件の拒絶についても、独占禁止法にもとづき、拒否事由を中心に私的独占の該当性が判断されていたならば、接続取引におけるイコールフッティングの実現にも寄与していたかもしれない。また「8 収容問題」についても、関係法令の改定（＊156）がなされたからよいということではなく、何故、分岐方式による接続についてだけ、さまざまな問題がくりかえされるのか、競争当局は一歩踏み込んで独占禁止法の視点から市場の問題を抽出すべきだろう。事業法の規制が多く複雑になればなるほど、独占禁止法による客観的な市場の問題把握が重要となる。まして、独占禁止法にもとづく私訴による民事救済が極めて難しい日本の現状においては、必然、公正取引委員会の責任は極めて重大となる。

【注】

（＊1）本件差止訴訟の終結当時、原告はソフトバンクテレコム株式会社とソフトバンク BB 株式会社であったが、2015 年 4 月 1 日付で両社は合併し、同年 7 月 1 日の社名変更により「ソフトバンク株式会社」となった。以下、本稿では合併前の法人についても「ソフトバンク」と記述する。

（＊2）接続取引とは、個々の電気通信設備における物理的な接続を前提とした電気通信事業者間の取引をいう。なお、接続取引の概念につき、石岡克俊編著『電気通信事業における接続と競争政策』（三省堂、2012 年）1-12 頁〔石岡克俊執筆部分〕。

（＊3）東京地裁平成 26 年 6 月 19 日民事第 8 部判決、平成 23 年（ワ）第 32660 号、判例時報 2232 号 102 頁。

（＊4）加入光ファイバ回線の設置形態の 1 つで、収容局から利用者宅まで光ファイバを引き込むものをいう。

（＊5）たとえば、2003 年、KDDI 株式会社は、「ADSL と同様、分岐端末回線単位での接続料を設定すべきである」旨の意見を提出している（後掲（＊83）・NTT 東日本私的独占事件審決第 17-イ）。また、ソフトバンク BB 株式会社（当時）は、2004 年 10 月以降、分岐方式による接続で FTTH サービス市場に参入したものの、その後、事実上撤退し、分岐端末回線単位（1 分岐単位）での接続を再び求めている。

（＊6）なお、「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について」（電気通信審議会、2015 年 9 月 15 日）においても、分岐単位接続料の導入が検討されたが、NTT 東西が接続料のさらなる低廉化の取組みを行い、光配線区画に関する取組みも合わせて、総務省が実施状況を注視することとされ、再び議論は、3 年後まで先延ばしされることとなった。

（＊7）総務省「世界の情報通信事情」（固定ブロードバンド事情）http://www.soumu.go.jp/g-ict/item/internet/index.html 参照。

（＊8）本稿で用いる統計データは、原則として 2015 年 3 月時点のものとする。市場の状況を評価する上で、数あるデータにつき、時期を一致させた方が望ましく、2015 年 3 月時点の統計データは比較的公表されたものが揃っている。また、本稿でも若干触れているが、この時期はいわゆる「サービス卸」のスタートにあたっており、その影響がいまだ小さい。本稿の関心は接続取引のなかでも「卸役務」型に先立つ、「接続」型の問題であることから、いまだ「卸」の影響が軽微なこの時点での統計データをあえて参照することにした。もちろん、接続取引としての「卸」についてもわれわれは注目しており、「サービス卸」導入以降の動向やその問題については、別稿を予定している。

（＊9）FTTH、CATV インターネット、FWA 、BWA および LTE 等（FTTH および LTE 以外は下り 30Mbps 以上のものに限る）。

（＊10）総務省『情報通信白書（平成 28 年版）』（日経印刷、2016 年）312-313 頁。

（＊11）「日本再興戦略」（平成 25 年 6 月閣議決定）および「2020 年代に向けた情報通信政策の在り方－世界最高レベルの情報通信基盤の更なる普及・発展に向けて－（答申）」（情報通信審議会、2014 年 12

月）参照。

（＊12）既設の電話線用の加入メタル回線を用いたインターネット接続サービスをいう。アナログ電話回線と共用を前提として考案された。ADSL を利用する場合、NTT 東西の収容局に DSLAM という多重装置を、利用者宅には ADSL モデムを設置する。また収容局と利用者宅の両方に音声信号とデジタル通信を分離するためのスプリッタを設置する。

（＊13）「2020 年代に向けた情報通信政策の在り方－世界最高レベルの情報通信基盤の更なる普及・発展に向けて－（答申）」（情報通信審議会、2014 年 12 月）参考資料 14。

（＊14）電気通信事業者のネットワークと利用者宅を結ぶアクセス回線のうち、特に収容局と利用者宅を結ぶ回線設備をいう。

（＊15）なお、加入回線の内訳は、メタルが 56.5%、光ファイバは 34.8%であり、メタルが減少する一方で加入光ファイバの割合は例年増加している（前掲注（＊13）参考資料 65 および 66）。

（＊16）同上参考資料 66。

（＊17）KDDI のシェアには、J:COM グループも含まれる。

（＊18）ソフトバンクのシェアには、イーアクセス株式会社を含まれる。

（＊19）FTTH サービスは DSL サービスからのマイグレーションが進み、ブロードバンド市場の総契約数の 7 割を占める。

（＊20）電力系事業者は 3.0%に加え、その他 5.2%である。

（＊21）独占的であるとされる固定電話サービスにおける HHI5,926 に近い数字である。

（＊22）「電気通信事業分野における競争状況の評価 2014」参照。

（＊23）「サービス卸」ともよばれる。フレッツ光のサービス提供形態やネットワーク設備形態を変更せずに、提供先をエンドユーザーから卸先事業者に変えて提供するもの（総務省 2020-ICT 基盤政策特別部会基本政策委員会第 9 回 NTT 説明資料参照）。

（＊24）情報通信審議会電気通信事業政策部会・第 34 回「NTT 東西における光回線の卸売りサービス提供状況について」（2015 年 12 月 17 日）資料 34-2 参照。

（＊25）NTT 東西の FTTH サービスを利用中の利用者が、接続を変更することなく契約の変更のみで卸先事業者の提供するサービスに切り替えること（同上資料 34-2）。

（＊26）インターネット接続サービスを行う電気通信事業者（インターネット接続事業者）。

（＊27）Mobile Network Operator：電気通信役務として移動体通信サービスを提供する電気通信事業者。当該移動体通信サービスにかかる無線局を自ら開設し、または運営しているもの。

（＊28）総務省公表「四半期データ」（平成 27 年第 1 四半期）。

（＊29）総務省が 2015 年 3・4 月に行なった FTTH 卸役務の利用状況に関するアンケートにおいて、卸役務による FTTH サービスを利用中と予約中と答えた人のうち、ドコモ光のシェアが 46.6%。OCN 光を含めた NTT グループ全体のシェアは 64.7%であったため、NTT グループの寡占化の進行が懸念されてい

る（2015 年 7 月 11 日付産経ニュース他）。

（＊30）なお、2016 年 4 月 1 日から、KDDI は CATV 事業者向けに「ケーブルプラス光卸」の提供を開始している。ただし、KDDI が「自己設置」により FTTH サービスを提供するエリアに限られているようだ（日経コミュニケーション「テレコムインサイト」（4 月 13 日号））。

（＊31）KDDI は、2006 年に電力会社の共同出資で設立された株式会社パワードコムと合併、翌年には東京電力と FTTH につき事業統合している。

（＊32）NTT 東西は約 1200 万契約である（「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について＜平成 27 年 2 月 9 日付け諮問第 1220 号＞（答申）」（情報通信審議会、2015 年 9 月 14 日）参考資料 18 参照）。

（＊33）「接続」とは、電気通信事業においては、ある電気通信設備と他の電気通信設備が電気的につながることを指す。相互にサービスで利用する目的をもった接続は「相互接続」とも呼ばれる。いずれも電気通信事業法上の定義はない。

（＊34）NTT 東西の収容局と個々の利用者宅を専用の光ファイバ 1 芯で直結してつなぐ方式をいう。

（＊35）光ファイバ回線 1 芯をスプリッタ等で分岐させ、最大 32 の利用者で共用し、NTT 東西の収容局と個々の利用者宅をつなぐ方式をいう。

（＊36）本稿〔四〕参照。

（＊37）なお、芯線直結方式を用いた NTT 東西の B フレッツ・ベーシックタイプも新規受付を終了し、2017 年 11 月 30 日でサービス提供も終了予定である。

（＊38）電気通信事業法 33 条にもとづき認可された NTT 西日本、NTT 東日本「接続約款」2 料金額 2-1-1-1 基本料(6)イに定められている。

（＊39）光配線区域は見直しにより、隣接する光配線区域との統合が進められたものの、1 光配線区域の平均回線数は、NTT 東が 57.7、NTT 西が 37.5 である（「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について（答申）」（情報通信審議会、2015 年 9 月 14 日）参考資料）。

（＊40）「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について（答申）」（情報通信審議会、2015 年 9 月 14 日）第 3 章参照。

（＊41）2013 年 9 月時点で、FTTH サービスを提供する事業者数は 241 で増加傾向にあったことからみれば、接続を用いてサービスを提供する事業者も極端に少ないことがわかる（「ブロードバンド普及促進のための公正競争レビュー制度に基づく検証結果（平成 25 年度）」参照）。

（＊42）総務省「電気通信事業分野における競争状況の評価 2013」。

（＊43）総務省「電気通信事業分野における競争状況の評価 2013」図表Ⅵ-33 およびⅥ-34 参照。

（＊44）総務省「電気通信事業分野における競争状況の評価 2013」図表Ⅳ-48 参照。

（＊45）OCN 光 HP（http://service.ocn.ne.jp/hikari/ocnhikari/)参照。当初 1 年間は月額 4,650 円（2 年縛り有）。

（＊46）ドコモ光 HP (https://www.nttdocomo.co.jp/hikari/charge/index.html)参照。月額 5,200 円（2

年縛り有)。

（＊47）電電公社民営化までの経緯については、石岡克俊編著『コンメンタール NTT 法』（三省堂、2011 年）2-7 頁参照。

（＊48）このことから、利用者料金を誰が決めるかという、いわゆる「料金設定権」の問題が生じる（総務省「料金設定の在り方に関する研究会」報告書〔2003 年 6 月 17 日〕参照)。

（＊49）石岡・前掲（＊2）参照。

（＊50）本稿における「加入者回線網にかかる接続」とは、同上における「参入手段としての接続」と同義である。

（＊51）電気通信事業法 33 条 1 項にもとづき総務大臣により指定される。具体的には、都道府県区域内における加入回線設備総数の 2 分の 1 を越える加入回線設備として、NTT 東西の固定端末系伝送路設備、端末系交換等設備、中継交換等設備、市内伝送路設備、中継伝送路設備およびそれら設備により提供される電気通信役務にかかる情報の管理、電気通信役務の制御および端末認証等を行うための設備等が第一種指定電気通信設備として指定されている。

（＊52）改正前の電気通信事業法は、原則として接続は電気通信事業者の協議に委ねることとして、接続義務は規定されておらず、例外的に、当事者間の接続協議が不調に終った場合に、郵政大臣による接続命令および裁定手続が規定されていた。

（＊53）NTT の民営化前の 1982 年には、基幹ネットワークを運営する中央会社と複数の地方会社に再編した上で、地方会社には新規参入者に対して中央会社と同一条件で相互接続する義務を課すべき旨が提言されていた（「行政改革に関する第三次答申（基本答申)」臨時行政調査会)。

（＊54)「平成 8 年答申」第 1 章参照。

（＊55）旧法の事業者区分。第一種電気通信事業者には NTT が含まれる。その後、平成 15 年法律第 125 号による改正で、当該事業者の区分は廃止されている。

（＊56）当初、「公共性」の源泉を公益事業者特権に見出し、NTT 以外の第一種電気通信事業者にも「接続義務」が課されたことがわかる（土佐和生「電気通信事業における相互接続規制の法制度的検討」『立命館法学』250 号（1996 年）1486 頁参照)。

（＊57）拒否事由と認められるのは次のとおりである。①電気通信役務の円滑な提供に支障が生じるおそれがあるとき（電気通信事業法 32 条 1 項)。②当該接続が当該電気通信事業者の利益を不当に害するおそれがあるとき（同法 32 条 2 項)。③電気通信設備の接続を請求した他の電気通信事業者がその電気通信回線設備の接続に関し負担すべき金額の支払いを怠り、又は怠るおそれがあること（同法施行規則 23 条第 1 号)。④電気通信設備の接続に応じるための電気通信回線設備の設置又は改修が技術的又は経済的に著しく困難であること（同法施行規則 23 条第 2 号)。

（＊58）旧第一種電気通信事業者間の接続協定が認可対象であったとき、これを担保する規定には「協定を締結すべきことを命ずることができる。」（旧電気通信事業法 39 条第 1 項）とあった。

（＊59）MDF（Main Distribution Frame）とは、NTT 東西の収容局において、電話交換機と加入者回線をつないでいる中央集配線盤のことである。通常は、MDF から電話交換機に接続されているが、電話交換機を介さず、直接もモデム等の DSL 装置に接続することをいう。

（＊60）DSL サービスを提供するためには、他の電気通信事業者は、①NTT 東西の収容局内に設置したモデム等の DSL 装置に接続するか、②NTT 東西の収容局内に自己の DSL 装置を設置（コロケーション）して NTT 東西の加入者回線を MDF 接続する必要がある。

（＊61）NTT 東西は、電気通信事業法により、接続の業務において知りえた他の電気通信事業者および利用者の情報を当該接続業務以外の目的に利用し提供してはならないと規定されている（同法 30 条 3 項 2 号）。また、そのために必要な体制整備や「設備部門」と「サービス部門」のいわゆる機能分離も求められている（同法 30 条 5 項および 6 項）。しかし、これ以降も 2010 年 2 月に NTT 西に対し、接続事業者の DSL 接続にかかる情報を FTTH サービスの営業に目的外利用したことにつき、業務改善命令が出されている。

（＊62）各種行政指導後、電気通信事業法施行規則の一部を改正する省令（平成 11 年郵政省令 101 号）により、コロケーションに関する手続き、要する標準的期間、工事保守等を請け負う場合に他事業者が負担すべき金額も接続約款に規定すべきことが定められた。

（＊63）2000 年 12 月 20 日、公正取引委員会は NTT 東日本に対し警告を行い、①DSL 事業者が希望しない場合には事前協議を行わないこと、②営業部と相互接続推進部との間で情報を遮断するファイアーウォールを設けること、③NTT 東日本とグループ企業との間で情報を遮断するファイアーウォールを設けること、④グループ企業が有する情報と同等の情報を DSL 事業者に対しても開示すること等の改善措置を講じることを求めた。

（＊64）「平成 8 年答申」でも、「また、相当規模の加入者回線を有する事業者は、接続協議において圧倒的に優位な立場に立ち得ることから、事業者間協議により合意的な条件に合意することが期待しにくい構造となっている。したがって、このようなネットワークへの透明、公平、迅速かつ合理的な条件により、競争を促進し、かつ、利用者利便の増進を図るため、第Ⅲ章の一般的なルールに加え、特別なルールを策定し、当該事業者に適用していくことが必要である。」としている。

（＊65）電気通信事業法 33 条 10 項により、認可接続約款により難い特別な事情があるときは（NTT 東西以外の事業者が新サービスを提供するため等）、総務大臣の認可を受けて接続協定が締結できる。なお、申請書類として、接続協定書の写しを添付することになっている（同法施行規則 23 条の 7）。

（＊66）旧電気通信事業法 38 条。

（＊67）1985 年 4 月 1 日に NTT 法にもとづき日本電信電話株式会社が成立した。

（＊68）日本電信電話株式会社等に関する法律（昭和 59 年法律第 85 号）。

（＊69）NTT 法の附則 2 条にもとづく、「日本電信電話株式会社付則第 2 条に基づき講じる措置」（1990 年 3 月公表）には、「他の電気通信事業者が、NTT のネットワークを NTT と対等な条件で利用できるよ

うにするため、接続形態、技術条件等に関する具体的な接続条件を明確にする。」とある。

（＊70）郵政省は NTT に対し、①他事業者からの接続申入れに応じることを基本的な考え方にすることの明確化、②接続協議における基本的な手順の策定、③接続費用の分担方法の明確化、④接続に必要な技術情報の明確化等について具体的な措置を講じるよう指導した。

（＊71）1995 年 2 月に NTT 自主ルールとして定められた。

（＊72）分割当初の NTT 東西の『相互接続ガイドブック』には「相互接続に関する基本的な考え方」にその旨が記載されていた。現在は「他の電気通信事業者が当社ネットワークを自在に活用し、自由な発想によって多様なサービス展開を可能とするために」は削除されたが、「競争の進展が市場の活性化やサービスの多様化につながるものと考えており、他の事業者様からの『すべての接続要望にお応えする』ことを原則として取り組んでいます。」と記載されている。

（＊73）高嶋幹夫『実務電気通信事業法』（NTT 出版、2015 年）272 頁。

（＊74）イコールフッティングの日本および米国における理解については、舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009 年）436 頁以下参照。

（＊75）電気通信事業法 33 条は、接続約款の内容が不当な差別的取扱いでないこと、接続取引の対価である接続料が適正に設定されていること、認可接続約款を公表すること、第一種指定電気通信設備の接続につき会計を分離し公表することに重きを置き、それらに対してだけ罰則が定められている。

（＊76）NTT 法が改正され NTT が地域会社である NTT 東西と長距離会社であるエヌ・ティ・ティ・コミュニケーションズ、移動体通信会社である NTT ドコモに再編された。

（＊77）NTT 再編において、電気通信分野における公正な競争の確保に必要な事項として示されたものに「接続条件・取引条件の同一性の確保」や「顧客情報その他の情報提供の同一性の確保」がある（「日本電信電話株式会社の事業引継ぎ並びに権利及び義務の承継に関する基本方針」（平成 9 年郵政省告示 664 号の 5）。

（＊78）加入回線を一体として構成する電気通信設備の総体に含まれる各電気通信設備について、接続約款に定める接続箇所ごとに接続を提供しなければならない（電気通信事業法 33 条 4 項 1 号イ）。

（＊79）接続事業者は、認可接続約款によるか否かの区別はなく、認可接続約款にもとづくプロセスと書式により接続を申し込む（NTT 東西接続約款様式第 8,10,12,13）。既存の認可接続約款によらない接続の場合、接続約款変更し接続約款による接続となるか、10 項協定となるかは NTT 東西の判断による。

（＊80）設備競争については、石岡克俊「「設備競争」論と「公正な競争」」KEO Discussion Paper No.128（2012 年 3 月）、または、石岡克俊編著『電気通信事業における接続と競争政策』（三省堂、2012 年 8 月）206-227 頁参照。

（＊81）認可された NTT 東西の接続約款には、電気通信事業法 32 条各号をそのまま写した拒否事由の規定がある（22 条）。

（＊82）接続に関する業務改善命令は、「……不当な差別的取扱いを行いその他これらの業務に関し不当

な運営を行っていることにより他の電気通信事業者の業務の適正な実施に市場が生じているため、公共の利益が著しく阻害されるおそれがあるとき。」（電気通信事業法 29 条 1 項 11 号）に限定される。

（＊83）公正取引委員会審決平成 19 年 3 月 26 日、平成 16 年（判）第 2 号、審決集 53 巻 776 頁。

（＊84）東京高判平成 21 年 5 月 29 日、平成 19 年（行ケ）第 13 号、審決集 56 巻第 2 分冊 262 頁。

（＊85）最二判平成 22 年 12 月 17 日、最高裁平成 21 年（行ヒ）第 348 号、審決取消請求事件〔上告棄却〕、判例時報 2101 号 32 頁以下。

（＊86）本事件当初のスプリッタは、局内 8 分岐、局外 4 分岐であったが、その後、現在と同じく局内 4 分岐局外 8 分岐となった。

（＊87）当時、電柱 2 本分の地域であった（審決第 4-1-(1)ウ(イ)）。

（＊88）NTT 東西が提供する FTTH サービスは、法 20 条にもとづき、指定電気通信役務として料金その他の提供条件につき、契約約款を定め、実施前に総務大臣に届け出なければならない。

（＊89）加入光ファイバ設備と同義。

（＊90）原審決については、平林英勝「判批」判例タイムズ 1246 号（2007 年）81 頁以下、東條吉純「判批」ジュリスト 1350 号（2008 年）90 頁、根岸哲他『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』〔武田邦宣執筆部分〕（有斐閣、2007 年）57 頁以下。高裁判決については、柴田潤子「判批」速報判例解説 6 号 6 頁、根岸哲編『注釈独占禁止法』〔川濱昇執筆部分〕51 頁他。

（＊91）略奪的廉売行為としてみるものとして、白石忠志『独禁法事例の勘所』（有斐閣、第 2 版、2010 年）378 頁以下、田中裕明「規制緩和市場の参入と独占的地位の濫用」神戸学院法学 38 巻 1 号（2008 年）162 頁、滝澤紗矢子「判批」ジュリスト 1383 号（2009 年）125 頁がある。

（＊92）「川下市場で事業活動を行うために必要な商品を供給する川上市場における事業者が、自ら川下市場においても事業活動を行っている場合がある。このような場合において、供給先事業者に供給する川上市場における商品の価格について、自らの川下市場における商品の価格よりも高い水準に設定したり、供給先事業者が経済的合理性のある事業活動によって対応できないほど近接した価格に設定する行為（いわゆるマージン・スクイーズ）は、「供給拒絶・差別的取扱い」と同様の観点から排除行為に該当するか否かが判断される」と記載している。

（＊93）逆に、本事件を取引拒絶と廉売で成り立つ排除行為類型「ハイブリット」とみるものとして、川濱昇「判批」ジュリスト 1419 号（2011 年）107 頁、越知保見「判批」ジュリスト 1422 号（2011 年）134 頁がある。

（＊94）特に本件審判審決につき、「行為の欺罔性に依拠する」とみるものとして、越知保見「判批」ジュリスト 1422 号（2011 年）133 頁。

（＊95）「人為性」を「排除効果」とは別に認定すべきという主張ではない。学説の示すとおり、「人為性」とは正常な競争過程としての取引拒絶なのか、市場支配力の形成、維持、強化と関係して、それを逸脱するものなのかという区別にすぎないとみるべきだろう（伊永大輔「排除型私的独占の成立要件とその

認定手法に関する考察」修道法学 36 巻 2 号、参照)。

（＊96)「人為性」という概念を使用せず、「正常な競争手段の逸脱」というべきであったとの判決への批判として、石岡克俊編著『電気通信事業における接続と競争政策』(三省堂、2012 年) 13-26 頁〔金子晃・石岡克俊執筆部分〕がある。

（＊97）最高裁判決理由 3-(5)。

（＊98）この実施における差異を「競争の同等性」と整理する見解もある（判例時報 2012 号 34 頁)。

（＊99）2004 年 10 月 5 日からソフトバンク（当時ソフトバンク BB)、2005 年 1 月 12 日から KDDI が分岐方式で接続し戸建て向け FTTH サービスを開始した（審決第 1-10-(2)ア・イ)。

（＊100）審決第 1-10-(1)イ。

（＊101）高裁判決第 4-2-(1)エ(ア)。

（＊102）高裁判決第 4-2 エ・オ。

（＊103）高裁判決でも「分岐方式で原告〔NTT 東日本（筆者注)〕の加入者光ファイバ設備に接続して FTTH サービス事業に参入することもまた、事実上著しく困難な状況にあったものと認められる。」とある。(高裁判決第 2-4-(1)ウ(イ))

（＊104）審決第 4-1-(2)イ(イ)

（＊105）当時、接続事業者からは、分岐方式の接続約款変更の認可申請において「B フレッツニューファミリータイプについては接続事業者が NTT と同一の水準の料金で提供することは困難なため、利用者料金が接続料金を下回っていないか早急に検証し、検討結果を出してもらいたい」とか、「ニューファミリータイプの接続料と利用者料金の関係について、反競争的でないかどうか詳細に検証すべきである」といった意見も提出されていた（高裁判決理由第 2-3-(7)ア(ア)・(イ))。

（＊106）既に KDDI が 1 分岐端末回線単位の接続を求めていた（高裁判決理由第 2-3-(7)ア(ア)・(ウ))。

（＊107）審決第 3-1-(1)イ。

（＊108）最高裁判決理由 3(７)。

（＊109）総務省は、将来も継続するようであれば、旧法 31 条 2 項 2 号または同項 3 号に該当することになるとしつつ、①分岐方式にすみやかに移行し状況を報告すること、②接続事業者から分岐回線単位〔1 分岐単位〕での接続料設定の要望があり、今後の需要動向次第では接続事業者が事業性を確保することが困難となる場合も想定されることも踏まえ、より柔軟な接続料の設定について検討を行い、報告することを行政指導したのみであった。

（＊110）事業法の規制を受ける行為であっても、適用除外についての法の明文の規定がなければ、独占禁止法が適用されるという立場。

（＊111）岡田幸人「判批」法曹時報第 64 巻第 11 号（2012 年）295 頁。

（＊112）白石忠志「競争政策と政府」『現代の法 8 政府と企業』(岩波書店、1997 年) 78 頁。

（＊113）平林英勝「判批」判例タイムズ 1246 号（2007 年）78 頁。

（＊114）白石忠志『独禁法事例の勘所』（有斐閣、2010 年）385 頁。

（＊115）最高裁判決 3-(9)。

（＊116）友岡史仁『ネットワーク産業の規制とその法理』（三和書房、2012 年）130 頁。

（＊117）「DSL 事業者協議会請願書」（2011 年 10 月 5 日）
(http://www.dsla.jp/u/report/p5343459jeug3y)。

（＊118）「コロケーションルールの見直し等に係る接続ルールの整備について答申」（情報通信審議会、2007 年 3 月 30 日）、「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方について」（同、2008 年 3 月 27 日）、「第一次答申」（同、2011 年 3 月 29 日）、「第二次答申」（同、2012 年 3 月 29 日）およびグローバル時代における ICT 政策に関するタスクフォースにおいても「『光の道』構想実現に向けて取りまとめ」（2010 年 12 月 14 日）。

（＊119）総務省「電気通信分野における競争状況の評価 2014」図 II－21「光ファイバ回線設備シェアの推移」によれば、78.3%で例年横ばいである。

（＊120）Optical Subscriber Unit：光信号伝送装置（光信号終端装置）。NTT 東西の収容局に設置して加入光ファイバ回線を収容する機器。複数の ONU は OLT（Optical Line Terminal）に収容されており、そこから加入光ファイバ回線を引き出して、利用者宅に設置する ONU と対向させる。

（＊121）訴状の別紙 1 の A ないし D の接続箇所。

（＊122）このほか、審議会においては、OSU を共用することなく、光信号種端末回線の接続料金を分岐端末回線単位で設定することも検討されていたが、これについても NTT 東西は反対し実現していない。

（＊123）NTT 東日本の「次世代ネットワーク接続ルールの在り方について」（2007 年 11 月）意見。NTT 西日本も同時期に同様の意見を出している。

（＊124）当時、株式会社アッカ・ネットワークス、イーアクセス株式会社、KDDI 株式会社、ソフトバンクテレコム株式会社、ソフトバンク BB 株式会社、株式会社 TOKAI、株式会社ビック東海の 7 社が参加。

（＊125）加入光ファイバ回線を設置する際に、利用者宅に設置する回線終端装置。

（＊126）「FTTH　OSU 共用トライアル」（2010 年 3 月 10 日）参加各社プレスリリース等。

（＊127）NTT 西については、フレッツ光・プレミアムを指す。

（＊128）Next Generation Network：広域かつ優先制御可能な次世代ネットワーク。

（＊129）ソフトバンク第 15 準備書面の参照（ソフトバンクの準備書面はすべて HP で公開している）。

（＊130）「加入光ファイバに係る接続制度の在り方について（論点整理）」（2015 年 5 月 26 日）8 頁。

（＊131）電気通信事業法の規定と独占禁止法の適用関係につき述べた評釈として、村上政博「判批」国際商事法務 42 巻 11 号（2014 年）、友岡史仁「判批」新・判例解説経済法 48 号、他がある。

（＊132）NTT 東西その主張の中で、多賀谷一照他編著『電気通信事業法逐条解説』（電気通信振興会、

2008 年）152 頁を引用している。

（＊133）「接続」契約は、賃貸借と役務提供契約の複合的契約類型であるとされる。（塩野宏「国際電気通信関係法制の研究『国際公益電気通信事業主体の法的地位に関する覚え書き』」『国際電気通信関係法制研究－KDDI 創業 25 周年記念論文集第 2 部』（国際電信電話株式会社、1997 年）73 頁。詳細については、石岡克俊編著『電気通信事業における接続と競争政策』（三省堂、2012 年）13 頁-26 頁〔内田千恵子執筆部分〕参照。

（＊134）同理解を示す評釈として、「認可前の当事者間の協議やその合意および認可申請は『接続に応じてはならない義務』に当然含まれない」とする見解もある（土佐和生「判批」NBL1038 号（2014 年）82 頁）。

（＊135）同理解を示す評釈として、「主意的請求の本質は、本件被告がそのような協議に応じて合意形成に努めること（1 分岐単位による接続の申込を承諾すること）と考えられるのであり、裁判所がこのような請求を認容して差止命令を行うことは『相互に矛盾する法的義務を課すこと』にはならない。」がある（岡田直己「判批」判例評論 675 号 140 頁参照）。

（＊136）判決は、実際の合意形成の経緯、接続交渉の実態を踏まえていない点を指摘する評釈として、石岡克俊「判批」公正取引 769 号（2014 年）31 頁以下。

（＊137）なお、判例においては「基本合意」（「中間的合意」ともいわれる）が成立したものの、最終合意（確定的合意）まで至っていない段階で、当該契約交渉の破棄が問題となった事件につき、基本合意にもとづく独占交渉義務および誠実交渉義務の違反を肯定している（最高裁平成 16 年（許）19 号、情報提供又は協議禁止仮処分決定認可決定に対する抗告審の取消決定に対する許可抗告事件〔抗告棄却〕、東京地裁平成 16 年（モ）59839 号、東京高裁平成 16 年（ラ）1323 号）。

（＊138）本差止事件判決第 3(4)。

（＊139）電波に関する事項は、「裁判所は、『専門的な知識経験については必ずしも十分ではない』ものであり、『電波監理審議会の専門的知識経験に基づく事実認定を尊重し，裁判所が証拠に基づく事実認定を行うことを留保するのを適当としたもの』とされている（東京高裁平成 19 年 12 月 5 日判決）。

（＊140）松宮広和「判批」ジュリスト 1474 号（2014 年）118 頁。

（＊141）本件差止事件判決第 3(3)。

（＊142）合意を反映する認可申請をせよという請求であれば、二律背反にならないとする見解として、土佐・前掲（＊134）82 頁参照。

（＊143）本件解説記事（判例時報 2232 号 103 頁）参照。

（＊144）根岸哲編著『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009 年）573 頁〔泉水文雄執筆部分〕参照。

（＊145）仮処分が認められたケースしては、ドライアイス取引妨害禁止等仮処分申立事件（東京地裁平成 23 年 3 月 30 日）がある。

（＊146）「携帯電話市場における競争政策上の課題」（公正取引委員会、2016 年 8 月 2 日）。

（＊147）Dogan, Stacey L. & Lemley, Mark A.(2009), *Antitrust Law and Regulatory Gaming*,87 Texas Law Review,P685.

（＊148）'Make the rules or your rivals will'と MBA でいわれるようなロービー活動等による戦略的なルールメイキング等。

（＊149）総務省「電気通信事業分野における競争状況の評価に関する基本方針」。

（＊150）ただし、市場支配力の概念と市場分析の手法は同じであるとしている。

（＊151）ただし、競争評価のアドバイザリーボードには、著名な独占禁止法の研究者が複数参加している。

（＊152）事業法の枠に囚われず、独占禁止法も含めた総合的な市場分析と評価の必要性につき述べるものとして、岸井大太郎「政府規制分野において公正取引委員会に期待される役割－公益事業分野規制改革を中心に－」公正取引 747 号（2013 年）26 頁以下参照。

（＊153）指定電気通信設備制度および NTT グループに係る累次の公正競争要件（活用業務認可制度にかかるもの等含む）の有効性・適正性を確保するため、これらを定期的に検証する仕組み（「競争セーフガード制度の運用に関するガイドライン」（総務省、2008 年 7 月））。

（＊154）ブロードバンドの普及に係る指標の達成度合いや公正競争要件の遵守状況等について総合的に検証するもの（「ブロードバンド普及促進のための公正競争レビュー制度の運用に関するガイドライン」（総務省、2012 年 5 月））。

（＊155）競争法によるレビューの必要性につき、「独占禁止法サイドから、事業法規制が本当に有効なものであるかどうか、他により競争制限的でない代替的な規制措置がないかどうか等、究極的には事業法を撤廃すべく現存する事業法規制に対し競争政策レビューを継続しなければならない。」との見解もあった（土佐和生「情報通信の規制改革の競争政策」『日本経済法学会年法』23 号（2002 年）93 頁）。

（＊156）電気通信事業法施行規則 23 条の 4 第 2 項 9 号および平成 13 年総務省告示第 395 号の改定。これにより、NTT 東西の接続約款に 8 収容の原則が明記され、これに必要な情報が開示されることとなった。

さとう　まき〔慶應義塾大学大学院法務研究科非常勤講師・同大学産業研究所共同研究員〕
いしおか　かつとし〔慶應義塾大学大学院法務研究科教授・同大学産業研究所兼担所員〕