

Title	欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受(一)
Sub Title	Reception of US's essential facilities doctrine in EC Competition Law (1)
Author	藤原, 淳一郎(Fujiwara, Jun'ichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2001
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.74, No.2 (2001. 2) ,p.1- 27
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010228-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20010228-0001</a>

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.

# 欧州における

# エッセンシャル・ファシリティ論の継受(一)

藤原 淳一郎

- 一 はじめに
  - 二 アメリカにおける「エッセンシャル・ファシリティ」論
    - (一) 問題の所在
    - (二) 「エッセンシャル・ファシリティ」の電気及び電気通信への適用事例
  - 三 欧州法における「エッセンシャル・ファシリティ」の継受
    - (一) EU競争法の規定
- 二 欧州委員会決定・裁判所判例にみるエッセンシャル・ファシリティ論
  - (一) 小括
  - (二) 「エッセンシャル・ファシリティ」概念輸入の背景
  - (三) 欧州のエッセンシャル・ファシリティ概念の特徴
- 三 小括……(以上、本号)
- 四 むすび

## 一 はじめに

一九八六年公益事業学会大会で私は、電気及びガス事業を規制するドイツのエネルギー事業法(通称 Energi-ewirtschaftsgesetz)下の競争問題を、競争制限禁止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 略称 GWB。以下、通称にしたがい「カルテル法」という)第四次改正(一九八〇年)と関連づけて報告した<sup>(1)</sup>。その後エネルギー

事業法は、一九九八年に実に六三年振りに大改正<sup>(2)</sup>され、カルテル法も、一九八九年の第五次改正を経て、一九九八年の第六次改正は全面改正<sup>(3)</sup>であり、一九九九年一月一日施行された。

右のエネルギー事業法及びカルテル法の大改正には、国内(法)的要因もさることながら、欧州(法)の影響が大である。人、物、サーヴィス、資本が国境を越え自由に移動出来る「域内市場 (internal market)」実現を目指して EEC が発足して以来、EC、そして現在の EU と着実にその目標を達成しつつある。公益事業(ないし公共企業) わけても電気通信及びエネルギー分野は、国有企業の比重が高かったこともあり、通信主権、エネルギー安全保障等のスローガンのもと、加盟国の国境を超えたサーヴィスの自由化に対する加盟国の抵抗は根強かった。電気通信は、急速な技術革新の流れの中で、域内市場を実現しなければ電気通信分野での日米加等との国際競争に敗退しかねないという危機感がばねになり、ドイツやフランスにおける郵政事業の民営化をともないつつ域内市場実現の方向に向っていった。それに比べると、エネルギーの中でもサーヴィス提供が送配電線・導管設備に拘束されている電気及びガスの市場の自由化は、遅々として進まなかった。一九九二年の公益事業学会大会報告でも述べたように、電気及びガス市場自由化に向けての重要な争点の一つが、既存事業者が所有する送配電線、ガス・パイプライン等のネットワークの開放ないしオープン・アクセス化、いわゆる「託送」ないし第三者アクセス (Third Party Access) を認めるか否かの点にあった。<sup>(4)</sup> 最終的には、一九九六年の EU 電気指令 (Directive concerning common rules for the internal market in electricity)<sup>(5)</sup>、一九九八年の EU ガス指令 (Directive concerning common rules for the internal market in natural gas) によって決着をみている。今回エネルギー事業法には、右 EU 電気指令を受けて、送配電アクセスに関する規定が設けられたが、当時ガス指令が未制定のため、ガス・パイプラインへのアクセスの規定はない。本稿執筆時現在、ガス指令の国内法化の問題が残されて<sup>(6)</sup>いる。

他方、カルテル法第六次改正により、優越的地位の濫用規制のカタログとして、いわゆる「エッセンシャル・ファシリティ」論の影響を受けた規定が、新しい一九条四項四号に設けられたことに、EU競争法の強い影響をみることができ<sup>(7)</sup>。

一九八一年の日本経済法学会での報告<sup>(8)</sup>、一九九五年の同学会報告でもお分かり戴けるように、この二〇年近く私は電気・ガスの規制と競争を中心的研究課題に設定してきた。その際、近時の重要な問題意識の一つがネットワーク開放問題<sup>(10)</sup>、他の一つが市場自由化<sup>(11)</sup> (liberalization of the market) の進展にともなう事業及び事業規制のリストラクチャリングにともなう問題である<sup>(11)</sup>。本稿は、前者ネットワーク開放にかかる研究課題のうち、旧稿<sup>(12)</sup>での留保事項を検討する「準備作業」として、欧州法の「エッセンシャル・ファシリティ」論継受について考察するものである。

具体的な検討に入る前に、問題の所在と私の問題意識とを述べておかねばならない。

第一命題…「エッセンシャル・ファシリティ」論は、アメリカ合衆国のシャーマン法の適用をめぐって形成されてきた理論と理解される。

第二命題…「エッセンシャル・ファシリティ」論が、アメリカ大陸を離れて、欧州委員会決定や欧州裁判所判例においても用いられるようになった。

第三命題…欧州競争法との調和のためのドイツのカルテル法第六次改正において、右の「エッセンシャル・ファシリティ」論の影響を受けた条文が挿入された。

第一問…ローマ法以来の伝統を有する誇り高き欧州が何故「欧州至上主義」を捨ててアメリカの「エッセンシャル・ファシリティ」論の輸入に踏み切ったか？

第二問…ドイツにおいて送配電線とガス・パイプライン)の「オープン・アクセス」をめぐる、カルテル法第

六次改正以前と以後とで、何らかの差異が生じるのか？

以下本稿では、第一及び第二命題の検証と、設問一の検討を行い、残余は、続稿に譲ることとした。

\*本稿は、「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論の継受…ドイツを中心として」と題する一九九九年六月五日、弘前大学での第四九回公益事業学会大会報告草稿の前半部分であり、当初は正田彬先生古稀祝賀論文集（三省堂、一九九九年）への寄稿を予定していた。ところが公務多忙で右締切り間に合わず、遅ればせながらここに公表するものである。正田彬先生及び論文集編集委員各位には深くお詫びするとともに、本誌への掲載を許可された法学研究編集委員会各位に厚く御礼申上げる次第である。学会大会当日の討論者・（財）電力中央研究所丸山真弘主任研究員、有益な質問・コメントを頂戴した醍醐聡教授、岸井大太郎教授に謝意を表する次第である。完成原稿しか受理しない本誌編集委員会の長年の方針もあって、後半部分を続稿に譲るという変則的な形となっている点、ご容赦願いたい。右学会報告から本稿執筆着手時（二〇〇〇年七月）の文献等も織り込んで、若干補筆している。なお、右学会報告のち一九九一年一〇月日本経済法学会での岡谷直明「EU・米国での電気通信・電力産業への競争政策」報告、二〇〇〇年六月公益事業学会での岸井大太郎「電力改革と独占禁止法」、醍醐昌英「交通投資に対するエッセンシャル・ファシリティ理論の有効性」報告がある。これら報告内容は、本稿には反映されていないことをお断りしたい。

(1) 藤原淳一郎「電気事業における独占と競争——熱電併給自家発電への日独法比較」公益事業研究三八巻一八頁（一九八六年）。一九三五年エネルギー事業法の制定過程の研究として JAN OTTO CLEMENS KEHRBERG, DIE ENTWICKLUNG DES ELEKTRIZITÄTSRECHT IN DEUTSCHLAND : DIE WEG ZUM ENERGIEWIRTSCHAFTSGESETZ VON 1935 (1997) がある。

(2) 藤原淳一郎「ドイツにおけるエネルギー事業法の改正問題」エネルギーフォーラム一九九七年九月号七六頁、同「ドイツにおける電力改革法その後…浮上したシングル・バイヤー」エネルギーフォーラム一九九八年二月号四六頁、同「ドイツにおける電力改革法」『一九九七年度・ガス事業研究会報告書』七九頁（未公開。社団法人都市エネルギー協会、一九九八年三月）参照。

(3) カルテル法第六次改正は「競争原理の強化 (Stärkung des Wettbewerbsprinzips)」、ECC法の継受 (aus dem EG-Recht uebernommen)」、ドイツ競争法の独自の発展 (das deutsche Wettbewerbsrecht eigenständig for-

- tentwickelt wird) 等を意図したものとみる。MICHAEL BARON: DAS NEUE KARTELLGESETZ, 15-17 (1999). なお真淵博「ドイツ競争制限禁止法第六次改正について」公正取引五八一号三九頁(一九九九年)、田中裕明「市場支配力の濫用と規制」経済法学会「技術革新・技術取引と競争政策(経済法学会年報二〇号)」一七六頁(有斐閣、一九九九年)参照。
- (4) 藤原淳一郎「EC電気市場統合論序説」法学政治学論究九号一頁(一九九一年)、同「EC電気市場統合への一考察」法学政治学論究一四号一、七頁(一九九二年) Cf. Glasl, *Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A Contribution to the Current Debate*, 6 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 306, 311-313 (1994).
- (5) 藤原・前掲注(2)・エネルギーフォーラム九七年九月号七六頁、同・前掲注(2)・ガス事業研究会報告書八一頁、同「ドイツ新政権下のエネルギー市場」『一九九八年度・ガス事業研究会報告書』一一、一五頁(未公開。社団法人都市エネルギー協会、一九九九年三月)参照。二〇〇〇年五月一七日付日本経済新聞八面によれば、さらなる電力自由化のため新たな電気指令作成の動きが伝えられている。
- (6) 電気の託送規定は、エネルギー事業法六条以下である。藤原・前掲注(2)『一九九七年度・ガス事業研究会報告書』八八頁、ガス託送ルールの動向は、藤原淳一郎「動き始めた独エネルギー法事情」エネルギーフォーラム二〇〇〇年六月号一二六頁参照。ガス指令を受けた加盟国の国内法化の遅れにつき EC to Punish Slow Gas Liberalisation, FT EUROPEAN ENERGY MARKETS, July 28, 2000 at 4.
- (7) BT-Drucks. 13/9720, reprinted in: Baron, *supra* note 3 at 141. なお田中・前掲注(5)・一八二頁参照。
- (8) 藤原淳一郎「エネルギー産業における政府規制と競争政策」経済法学会『政府規制産業と競争政策(経済法学会年報二号)』二七頁(有斐閣、一九八一年)。
- (9) 藤原淳一郎「電力市場における競争導入…発送配電垂直統合の再検討序説」経済法学会『持株会社と独占禁止法(経済法学会年報一七号)』一五三頁(有斐閣、一九九六年)。
- (10) 藤原淳一郎「一九二〇年代米国電気事業…連邦電力規制前史(一)」法学研究六六卷一〇号一、二一三頁(一九九三年)で明確に述べたところである。同「自著再訪・十九世紀米国電気事業規制の展開」三色旗二〇〇〇年四月号一二、一五頁参照。アメリカでの託送問題につき、やや時点が古いが、同「米国における電気託送問題について」エ

ネルギーフォーラム一九九一年三月号、同「米国の電力新規則案『ギガNOPR』の概要とその展望」同誌一九九五年九月号、同「米国電気事業のリストラ動向」同誌一九九七年四月号等参照。

(11) 藤原淳一郎「規制リストラクチャリング時代の公益事業法…電気事業を中心として」法学研究七〇巻一一号一頁(一九九七年)参照。この分野では丸山真弘主任研究員が精力的に研究を世に問われ、最新のものとして丸山真弘「電気事業における供給義務とユニバーサルサービスのあり方」公益事業研究五一巻一号一五頁(一九九九年)がある。共同研究として日本エネルギー法研究所『電気・ガス事業における規制緩和と制度改革』(未公刊。日本エネルギー法研究所、一九九九年七月)が目につく。

(12) 藤原・前掲注(2)・エネルギーフォーラム九八年二月号四九頁。

## 二 アメリカにおける「エッセンシャル・ファシリテイ」論

欧州における「エッセンシャル・ファシリテイ」論の継受を論じる前に、まずアメリカ合衆国(以下単に「アメリカ」という)における「エッセンシャル・ファシリテイ」論を確認しておく必要がある。

### (一) 問題の所在

日本法では、憲法二二条及び二九条から「営業の自由」、取引関係における私的自治の原則が導き出され、「公共の福祉」による右の営業の自由の制約として、独占禁止法・各種事業法等の何らかの法令によって、一定の要件の下での契約締結強制規定の選択肢を含むネットワーク等の開放の義務化がはかられ得るか否か、という論理の運びになると考えられる。<sup>(13)</sup> アメリカ法はネットワーク等の会報問題をどのように処理してきたのであろうか。

もともとアメリカは独立・自己責任の裏返しとして自由放任思想 (*laissez faire*) が強く、<sup>(14)</sup> 営業者がその取引相

手を自由に選択し契約内容も自由に形成できる裁量権を与えられているというのが出発点<sup>(15)</sup>になっている。

アメリカ憲法には、ずばりわが国の「営業の自由」に相当する規定は存在しないため、連邦又は州による営業活動への侵害事案においては、憲法修正一四条の適正手続き (due process) 規定が攻撃の根拠として用いられてきている<sup>(16)</sup>。

この契約自由に対する「例外」には、大別して二通りのアプローチが存在し得る。

第一は、公益事業 (public utility) 又は政府規制産業 (regulated industries) と称される一群の事業に対する規制である。たとえばこれら事業者の提供するサービス料金規制を正当化する法的構成として、一九世紀において「公衆の道徳、公衆の健康、公衆の安全の保護のため、どのような手段が適当であるかを決定する州の権力」である「ポリス・パワー」に根拠を求める見解があった<sup>(17)</sup>。マン対イリノイ判決 (一八八七年) は、ポリス・パワーと並んで、イギリスのコモン・ロー上の公的職業 (common calling or public employment)<sup>(18)</sup> に淵源を求め、穀物倉庫が「公益に係る (affected with a public interest)」事業なので州規制の対象になると判示した<sup>(19)</sup>。これが政府規制産業ないし公益事業規制の原点である。ことネットワーク利用問題について言えば、右の公的職業と同様の「コモン・キャリア (common carrier)」概念が関わる。すなわち、一八八七年の連邦通商法に始まりその後の数次の同法改正によって、鉄道、水路・鉄道の組合わせによる輸送、石油パイプライン、電信、電話等が連邦法上コモン・キャリアと明記された。つまりは線路、電線 (ケーブル&ワイヤ)、導管等のハードのネットワーク利用については、利用者・需要家から「輸送」サービス提供の申込みがあったときに非差別的にサービスを提供するという原則が徐々に実定法化されていった。しかし、こと本稿の問題関心事である送配電線及びガス・パイプラインに限定すれば、連邦法上明文での「コモン・キャリア」化には、現時点でも踏み切っていないことが注目される<sup>(20)</sup>。

ところで本稿の問題関心は、新規参入者を含めた競争者が、ネットワーク保有者自身の需要家 (顧客) をも奪



う結果にもなるネットワークの利用を申込みという最近の事態が生じてきている点にある。これには、既存のサーヴィスの質・価格に飽き足らないため、自治体が公営事業を創設して既存事業者にとつてかわるという新規参入の事例(後述のオッター・テイル事件)や、技術革新等の要因から新規参入者がサーヴィスの拡大・向上を意図して既存事業者のネットワークへのアクセスを希望する事例(後述のMCI対AT&T事件)等がある。仮にこれらの現象をなお「コモン・キャリア」概念によって説明しつくそうとすれば、当初、潜在的需要を含めた顧客に対するネットワーク及びサーヴィス提供義務の根拠として用いられた「コモン・キャリア」概念が、競争者に対するネットワーク開放をも含むというふう<sup>(21)</sup>に質的に拡張ないし変形せざるを得ないのかどうかである。いわば、コモン・キャリアは「敵に塩を送る」行為をも義務付けられるものなのかどうかという論点が浮上したのである。<sup>(21)</sup>

選択肢としては、ことの正否や憲法論を措くとして、連邦法上、コモン・キャリアとされているか否かを問わず、当該事業を規制する事業法令において、ネットワーク開放のための一般的な道筋を示す方法が考えられる。実際に、連邦法上コモン・キャリア明文化が見送られてきたガスと電気の両市場において、「競争導入 (more competition)」の旗印の下、数年をかけて連邦エネルギー委員会 (Federal Energy Regulatory Commission 以下「FERC」) 令によって、最終的にオープン・アクセスがはかられつつあることは、その適例である。ガスについてのFERC令六三六号(一九九二年)、電気についての(一九九二年のエネルギー政策法を契機にさらに前進の)FERC令八八八号(一九九六年)がそれである。<sup>(22)</sup>

第二は、個別事案ごとに連邦シャーマン法(一九九〇年)<sup>(23)</sup>又は類似の州法の問題として処理する方法である。同法一条は、共同行為による「数州間又は他国との取引又は通商」制限行為を違法とし、同法二条は、事業者単独で「数州間又は他国との取引又は通商を独占するもしくは独占する企図をもつ、又は他者と独占する目的で結合もしくは共謀する」競争制限行為を違法とするものである。<sup>(24)</sup>本稿主題はこれらのうち「取引拒絶 (refusal to

deal) を議論の対象に設定するものである。

「独占力を形成する又は保持する意図がなければ、法は、完全に私的営業に従事する取引者又は生産者に長期に認められてきた、「契約」当事者について自分の裁量を行使できる権利を制限するものではない」(一九一九年コルゲート判決)<sup>(25)</sup>。

ある論者の整理によれば、取引拒絶事案の決め手は、①意図 (intent) 基準、②独占力の拡張 (monopoly leveraging) 基準の二基準が有用であり、エッセンシャル・ファシリティ (essential facility) ないしボトルネック (bottleneck) がこれに加わるとい<sup>(26)</sup>う。

意図基準 (intent test) の下で原告は、攻撃されている行為の結果として独占的市场において排除効果が生じることと、当該行為に営業上の正当性 (business justification) が無いことを証明しなければならない。「皆無ではないが」<sup>(27)</sup>稀である」E、C法とは異なり、アメリカの判例は、筋道の通った営業上の正当化事由 (legitimate business justification) が、反競争的意図の主張を打ち負かすことが出来る広範で変化に富む状況を承認している。ことに独占者によって競争者との協力の拒絶が、(規模、経済性の達成とか、流通段階への統制の維持とかにより) 経済効率性を増加させることを示せば、一般に判例法上営業上の正当化事由が肯定される。ときに、独占拡張基準 (monopoly leveraging test) は、パーキー事件判旨にある「第二の市場を独占する企図がなくても、別の「第二」市場での競争的優位性を手に入れるために、一つの市場での独占力を用いることによって、企業はシャーマン法二条に違反する」が典型である。根拠の確かな営業上の正当事由の抗弁は認められる。意図基準が被告企業が有する市場力の排他的効果であるのに対して、独占拡張基準 (monopoly leveraging test) は、独占者によって獲得された第二の關係市場における優位性をみる<sup>(28)</sup>。

「エッセンシャル・ファシリティ」ないしボトルネック論の先駆けの判例<sup>(29)</sup>としては、ケース・ブックでもお馴染みのセント・ルイス鉄道等ターミナル利用をめぐる連邦最高裁判所ターミナル・レイルロード・アソシエーション (Terminal Railroad Association) 事件判決 (一九二二年)<sup>(30)</sup>、新聞社二二〇社以上が結成したAP通信からのニュ

ーズ配給や A P 加盟拒絶をめぐる連邦最高裁 A P (Associated Press) 事件判決 (一九四五年)<sup>(31)</sup> があり、いずれもシャーマン法、一条適用の先例といわれている。また、連邦控訴裁判所段階では、後述の M C I 対 A T & T 事件判決 (一九八三年) のように、同法、二条適用事件においても、エッセンシャル・ファシリティー論が用いられている。<sup>(32)</sup>

A P 通信事件からも自明のことであるが、「エッセンシャル・ファシリティー」の外延は、鉄道、橋梁等のハードのネットワークにとどまらない。<sup>(33)</sup> 近時は、コンピューター・ソフトのインター・フェイスも対象として問題化しつつある。<sup>(34)</sup> かといって、ハードのネットワークの開放問題が終止符を打ったわけでもない。<sup>(35)</sup>

以上の概観を前提に、典型的ハードのネットワークである送電線利用 (託送) 拒絶の事案等についてシャーマン法違反が争点とされた事案をみておこう。

## (二) 「エッセンシャル・ファシリティー」の電気及び電気通信への適用事例

アメリカにおいてどの判例がエッセンシャル・ファシリティー論を構成するか自体見解が対立するところである。<sup>(36)</sup> 電気及び電気通信ネットワークの第三者への提供拒絶がシャーマン法違反と判断されるのはどのような場合であるのか、既にわが国でもいくつかの先行研究があり、ここではごく要点を述べるにとどめる。

### (イ) オッター・テイル電力事件判決 (一九七三年)<sup>(37)</sup>

電気市場では、オッター・テイル事件判決が著名である。

オッター・テイル社は、ミネソタ、サウスダコタ、ノースダコタ三州の小都市における電力小売りを主たる業務としてつつ発電も保有する垂直統合の中小規模民営電気事業者である。同社の供給区域にあったミネソタ州エルボウ・レイク (Elbow Lake) は、新たに公営 (配電) 電気事業を創設しようと考え、同社からの (卸売り) 電力購入、自家発電へのバックアップ、又は他の電気卸事業者からの購入電力の「託送」を同社に申し込んだが、同社が右のいずれをも拒絶し

た。そこで (FERC の前身である) 連邦動力委員会 (Federal Power Commission) に持ち込み、同委員会はバックアップを命じたが有効な制裁策もなく、司法省が同社をシャーマン法違反として連邦地方裁判所に提訴したのが、本件事案である。<sup>(38)</sup>

本件が、同社の独占的地位、それ自体を違法とした事件ではない、ことはいうまでもない。(それは高々自然独占から来る合法的独占 [lawful monopoly] にとどまる)<sup>(39)</sup>。本件最大の争点は、一九三五年連邦電力法 (Federal Power Act) に基づいて (FERC の前身である) 連邦動力委員会によって規制されている電気事業者が、裁判所によって反トラスト法 (本件では具体的にシャーマン法二条) に従うことを強制されるかどうかであった。<sup>(40)</sup> 同社は、送電線の連系 (interconnection) ・託送 (wheeling) を含めて連邦動力委員会に管轄があり、反トラスト法 (シャーマン法) の適用除外であると主張した。連邦地方裁判所及び連邦最高裁判所は、連邦電力法の制定過程からは電気事業者を反トラスト法の適用除外とする意図をうかがえないとし、競争を排除してそのサーヴィス区域における独占的地位を確保するための本件取引拒絶を、シャーマン法二条違反と判示した。

本判決をエッセンシャル・ファシリティないしボトルネック論によつたとする見解が一般的であり、<sup>(41)</sup> シャーマン法一条の集団行為から二条の単独行為へとジャンプさせたものとの評価もある。ところが本件判旨は、直接にはエッセンシャル・ファシリティ論を用いてはいない。<sup>(42)</sup>

そこで、本件を同社の特定の独占化の意図 (specific intent to monopolize) を問題にしたもの<sup>(43)</sup> とか、下流市場 (downstream market 本件では配電市場) における競争<sup>(44)</sup> を抑圧するために独占力を用いた他の事案と異ならないし、ましてや本件判旨は、通常理解されているような *per se* (当然違法) アプローチをとつたものではないとの見解<sup>(45)</sup> も存在する。ただ、エッセンシャル・ファシリティ論においては、当該ファシリティへの支配だけではなく、少なくともファシリティの下流市場支配への「独占力拡張」を要求する点で単純な「独占力拡張」事案とは異なる

ことからすれば、本件はエッセンシャル・ファシリテイ論に親しむとの反論<sup>(46)</sup>もある。

さらに本件判旨について、①同社が市場で独占的地位を有しているとの認定の妥当性、②同社に託送を命じることが、同社供給区域からの公営事業の創設を勇気づけ、ひいては同社の電力統合システムが浸食され同社の需用家への適正なサーヴィスのための設備をおびやかす可能性の評価、③連邦電力法もシャーマン法も最終目標は資源の効率的配分 (efficient allocation of resources) にあるが、判旨は競争 (competition) を自己目的<sup>(47)</sup>にしており両者の政策矛盾ではないか、④本件救済決定が、連邦動力委員会の第一次判断権 (primary jurisdiction) に関連して、裁判所による託送 (wheeling) 救済判断が連邦動力委員会の判断を除外しないかの四点に分けて批判的見解を述べるものや、右の②類似の趣旨であろう「最高裁は、(規制によって) 課されたユニヴァーサル・サーヴィスを供給する義務を遂行する被<sup>(48)</sup>告 [同社] の努力からくる営業上の正当事由 (business justification) をたぶん誤解した」との見解<sup>(49)</sup>もある。

(ロ) オッター・テイル事件以後

オッター・テイル事件判旨とともに、託送拒絶を違法とした連邦最高裁の結論に批判的な見解を紹介した。その後連邦下級審はアナハイム事件<sup>(51)</sup>で、公営事業者 (アナハイム市) が、より安価な水力発電からの電気購入のために超高压送電線の託送を垂直統合事業者に申請した事案において、公営事業者の電気受給可能性、被告自身の利用や被告需要家の利益等を考慮して、託送拒絶を認めている<sup>(52)</sup>。ある論者は、右判決を、「託送が単に費用を需要家の一群から別の一群にシフトさせるだけであれば、垂直統合事業者に託送義務はない」として、正当事由が肯定された事案と総括している<sup>(53)</sup>。

既にわが国先人の研究で明らかのように、アメリカ電気市場において、託送取引拒絶を違法とした事例は、ほんの少数を数えるのみである<sup>(54)</sup>。

むしろアメリカ法で注目される連邦下級審判決は、電気通信における MCI 社対 AT & T 社事件判決 (一九八

(三年)<sup>(55)</sup>で、当時電気通信市場をほぼ独占していたAT&T社に対抗して新規参入してきたMCI社が、AT&Tの回線との接続を求めたが拒絶された事案である。判決は、AT&T社のシャーマン法違反を導く上で「エッセンシャル・ファシリティ」理論による責任を認定するための次の四要件を提示したことにおいて先例的判決となっている。

① 独占者によるエッセンシャル・ファシリティの支配、

② 競争者がエッセンシャル・ファシリティを現実には合理的に複製することの不可能性、

③ 「独占者による」競争者へのエッセンシャル・ファシリティ設備の使用の拒否、

④ 当該エッセンシャル・ファシリティ設備提供の実行可能性 (feasibility)<sup>(57)</sup>

ある論者は、のちのアスペン事件判決<sup>(58)</sup>によって、右の四要件に加えて、⑤ ネットワーク保有者が、アクセスを拒絶するか又は申込人が過度に負担と感ずる条件をつけることについて、合理的な営業上の正当事由を提示したか否か、が付加されたという<sup>(59)</sup>。さらに、エッセンシャル・ファシリティ理論が適用される場合には、第一に当該設備が単に申込人にとって「便利」とか「より安価」ではなく、「不可欠であること」、第二に、ネットワーク設備保有者がアクセスを拒絶したり制限する正当性について、裁判所が十分斟酌すること、第三に、仮にアクセスが命じられれば、アクセスを提供する全費用を回収する額の支払いを要求されるという三つの基本的な条件が充足されなければならないと、論点を整理する<sup>(60)</sup>。これをガス・パイプラインへのアクセス事案に当てはめれば、パイプラインの建設が容易に可能であるならばエッセンシャル・ファシリティに該当しない。アクセスを認めること<sup>(61)</sup>によって、ガス事業者需用家への適切なサービスを提供する設備能力を妨げるのであれば、その拒絶は違法ではない。

(三) 小括

(イ) エッセンシャル・ファシリティ論

シャーマン法違反の「取引拒絶 (refusal to deal)」の要件として、独占の「意図 (intent)」、「独占拡張 (monopoly leveraging)」となら<sup>(62)</sup>「エッセンシャル・ファシリティ」は、(典型的にはハードのネットワークが該当する) 必須 (essential) 又は隘路 (bottleneck) になっているファシリティ (facility) の所有者に対して、当該ファシリティへの「合理的価格」によるアクセスが命じられるというのが骨子である。エッセンシャル・ファシリティ論の目的は、独占的ボトルネックの垂直統合から引き起こされた構造的な参入障壁 (structural market entry barrier) を克服することにある<sup>(64)</sup>。

他の指標との差異として、たとえば次のような説明がある。

第一に、エッセンシャル・ファシリティへのアクセス拒絶事案での「営業上の正当事由」は、アクセスが独占者自身の営業を駄目にするときというふうに限定される。「意図」正当化事由としての独占者が競争者と協力しないで短期の利潤を最大化しようとしたということでは、エッセンシャル・ファシリティには不十分である。第二に、独占拡張基準とは異なり、エッセンシャル・ファシリティへのアクセス拒絶は、被告が市場力を有している市場において (where the defendant has market power) その効果を有するものである<sup>(65)</sup>。

エッセンシャル・ファシリティ論に好意的でない学説もあるが、エッセンシャル・ファシリティへのアクセスの拒絶と、それ以外の競争者との協定の拒絶とを区別するところから、首尾一貫した合理性が確認されるだろう。第一に、エッセンシャル・ファシリティが含まれない事案では、競争相手との取引拒絶を行ったとき、通常市場力の効率的行使が企業の腕前、先見性、勤勉 (skill, foresight and industry) の成果にある点に「取引拒絶」の営業上の正当性がある。しかしエッセンシャル・ファシリティが含まれる事案では、当該企業の継続的な市場力の行使を企業自身の努力 (firm's own effort) に帰すよりむしろ、競争相手が当該設備を複製する (duplicate) ことができないという外部性 (externalities) に求め主張される。この議論は、ことにエッセンシャル・ファシリティが、自然的原因又は国によるフランチャイズの付与の結果であるときに最も人を動かさずにはおられない。第二に、エッセンシャル・ファシリティ

事案では、設備の当該所有者は、既に設備の下流市場に市場力を有するので、エッセンシャル・ファシリティへのアクセス拒絶は、設備の容量に関する正当性を欠くか、または(競争相手からの競争とは別に)設備へのアクセスを認める結果として自身の営業活動を実施する能力を妨害されることがなければ、実質的にそれ自体(Per se)違法である<sup>(60)</sup>。

MCI判決を契機に、エッセンシャル・ファシリティ論の要件について、従来よりもより活発に議論されるようになってきている。

第一に、「設備は不可欠(essential)である、ことを要する。(たとえば医師にとつての病院や広告主にとつての雑誌のよう)一種の競争上の優位性(advantages)というだけでは不十分である

第二に、被告が市場力を有する市場における競争のために、原告にとつて当該設備が「必要」でなければならぬ。

第三に、「設備」は資源(resource)である。判例は設備を物理的意味での設備に限定していない(無形資産をも含む)。

第四に、「設備」は「合理的」複製可能性があつてはならない。判例は物理的又は財務上の複製不可能性を要求はしない。複製の費用が「取引の規模からして、そのような複製が容易とするのが不合理である」ことで十分である。代替設備の建設又は使用が追加的費用又は競争者の不便を課すということは、設備を複製できないことを示すのに十分ではない。

第五に、被告は単に合理的な選択肢を提供することが必要である。被告が実際に設備へのアクセスを拒絶したか否かは、事実問題である。不合理な条件のみの設備へのアクセス提供が、解釈上設備へのアクセス拒絶を構成することは明らかである。しかし同じく申請者に対して提供された条件が合理的であれば、設備所有者又は他の使用者によつて享受される条件又はアクセスと全く同一である必要はないことも明らかである。

第六に、被告は設備使用に対して合理的な補償(compensation)への権限がある。合理的な条件でのアクセスを許すという要請は、独占者がなお設備の使用への支払いを期待することを意味する。アリーダ教授は、被告は市場価格、すなわち問題のサーヴィス市場での独占力を反映した料金を要求できると考えている。



要件のチェック・リスト

電 気	州際ガス・パイプライン
様々	多くの卸需用家は唯一の州際ガス輸送システムにアクセスを有し、当該供給者への埋没費用を有す
様々	様々。 しばしば代替システムの建設は高価か極端に高い
<p>①静的効率性増進の競争機会はしばしば限られる</p> <p>②統合されたネットワーク操業はしばしば競争にとってかわる。供給者間の短・長期計画の協力必要</p> <p>③静的効率性達成のためシステムは通常任意の協力的エンジニアリング決定を通じて操業される</p> <p>④卸サービス料金と輸送アクセス料金は規制により供給者に相対的に有利な費用を反映しない</p> <p>⑤補助への差別的アクセスは競争者の相対的優位の人工的効率的指標を与えるかもしれない</p>	<p>① 78 年天然ガス政策法は井戸元価格を規制緩和し州際パイプラインによるガス取得への連邦の「慎重性」審査規制を制限</p> <p>② 上流の井戸元ガス競争は、下流需用家への販売者のアクセスを促進。下流需用家はガス獲得の競争力に依存。利害対立とパイプラインへのアクセスの否定から井戸元ガス市場におけ影響力への苦情生起</p>
<p>①「慎重な投資」規制とシステムオペレーション規制とはしばしば競争の代替物</p> <p>②供給義務に見合うためとサービス信頼性確保に向け予備供給のために多額の埋没費用</p> <p>③最近の規制環境は他の需要家に反し効率性への逆効果の可能性のある短期の規制ルールのゲーミングのインセンティブを生むかも知れない</p> <p>④非差別的に全ての需要に適合させる公的供給義務</p> <p>⑤サービス廃止の選択肢なし</p>	<p>①FERCは輸送(アンバンドリング)を命じる規制権限を有しない</p> <p>②競争は規制スキームへの「単純な矛盾」ではない。実際、FERCによる委員会令 436 号は、輸送とガス供給のアンバンドリング(分離)を強制しないで促進するために設計されている</p>

[引用者・註記] 1987 年以後の規制環境の変化によって記載内容が現状と異なるものも含まれる。

表・エッセンシャル・ファシリティ

要件	事業 事業共通論点
独占者による支配	様々
二重投資の事実上の不可能性	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 参入規制？</li> <li>② 規模の経済性？</li> <li>③ 埋没費用の重要性</li> </ul>
競争への本質的損傷を伴う拒絶	<ul style="list-style-type: none"> <li>① より広範な反競争行為の一部？</li> <li>② 取引費用と情報費用とは「任意の交渉」活動を妨害するか？</li> <li>③ 重大な埋没・固定費が「価格圧搾」又は（準）「rent seeking」のインセンティブをつくるか</li> <li>④ 規制スキームの範囲と規制の一貫性？</li> <li>⑤ 費用埋没のときに競争的アクセスへの規制及び反トラスト法ルールが信頼されるか？</li> <li>⑥ 効率性効果、長期費用の回収か長短期のインセンティブか</li> <li>⑦ 上流資源獲得の代理人／経営者関係の途絶か？</li> </ul>
正当な営業上の利益の欠如	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 埋没費用の役割と現在又は以前からの規制ルール？</li> <li>② 競争者間の純収入変更への規制上又は反トラスト法上の利益？</li> <li>③ 他の需要家への反作用をとまなう差別的な方法でのアクセス利用可能か？</li> <li>④ 経済的効率性効果？</li> <li>⑤ 経済的に合理的な価格かそれとも「ルールのゲーミング」か「非経済的バイパス」か？</li> <li>⑥ 規制のかわりに長期契約代替の実行可能性（例・強制性、行為者の規模、取引規模、情報必要条件、取引価格等）及びそのような代替を促進するアクセスの必要性？</li> <li>⑦ 規制価格と自由市場価格との「つまみ喰い」排除の能力？（供給義務の放棄の強制可能性？</li> <li>⑧ 規制原理と反トラスト法原理の矛盾？（協調対競争？）</li> <li>⑨ 規制アプローチはサービス廃止かサービス提供義務か？</li> </ul>

[出典]

Tye in : 8 ENERGY LAW JOURNAL 337, Table 1, Table 3, Table 4 (1987).

第七に、設備提供の<sup>レ</sup>実行可能性 (feasibility) は、起<sup>レ</sup>り得<sup>レ</sup>る被告自身の<sup>レ</sup>操業混乱と結び付けられる。設備利用を可能にする原則は、実際には二つの適用がある。①エッセンシャル・ファシリテイに関し容量又は供給が限られている事案の場合、被告は設備へのアクセスを配給する必要はない。②アクセスを可能にすると被告自身の<sup>レ</sup>正当な営業行為を混<sup>レ</sup>乱させる場合、被告がそのようなことを示せば、裁判所は、アクセス許容が実行不可能とみるだろう。<sup>(67)</sup>

しかしなお、どの判決がエッセンシャル・ファシリテイ論によるものかということ自体が論争の種であるし、エッセンシャル・ファシリテイ論によってアクセス拒絶を違法とする判断基準についてもいくつかの争点を抱えていることも否定できない。

たとえばアクセス希望者は「競争者」に限られるのか(消費者は含まれないか)<sup>(69)</sup>、オッター・テイル事件のように下流市場での競争阻害として上流・下流の二つの市場を念頭におかないとエッセンシャル・ファシリテイが成立しないのか(単一ないし水平的市場は含まれないか?)<sup>(70)</sup>、オッター・テイル事件でも(市場占拠率等で)問題になりはしたが、独占的地位を構成する「市場」をどうとらえるか<sup>(71)</sup>、アクセスを求めるとして、対価(料金)をどのように命じるか等、必ずしも決着がついていない。

一九八七年の論文においてタイ氏は、いくつかの公益事業分野についてエッセンシャル・ファシリテイの要件該当性を吟味するチェック・リストを「表」に掲げたように提示している。<sup>(73)</sup> もちろんこの一〇年余りの間に大きな規制環境の変化があったため、現時点ですつくりそのまま用いることはできないが、有益な手掛かりとなることは疑いないと考えられる。

#### (四) 電気事業におけるオープン・アクセス化

オッター・テイル事件において顔を出している連邦電力法と連邦シャーマン法との競合問題、これを管轄を有する機関の面でいえば連邦動力委員会と裁判所の競合問題の出発点は、ピアス教授も指摘するように、連邦委員

会に託送を命じる権限が欠けており、委員会が託送を命じ損ねたために、連邦裁判所がシャーマン法を適用したものと理解することができると、ピアス教授はさらに、裁判所がシャーマン法を適用して託送を命じたとしても、託送料を含む合理的な託送条件 (reasonable terms) を設定することは困難であり、連邦電力法の解釈として、連邦委員会が託送及び託送条件を命じ得ると解釈すべきであると主張していた。<sup>(14)</sup>

ここ数年、ガス及び電気市場では、(一)でも述べたようにFERC令等によってオープン・アクセスが進められてきた。これと歩調をあわせて、州段階においても、電気市場では発送配電の会計・管理の分離(いわゆる Unbundling)<sup>(15)</sup> から一部組織的分離までが実施され、もともと製造・州際輸送・配給が別々の企業で行われていたガス市場では、州際パイプライン事業者次いで州内配給会社の輸送と販売との機能的分離が進行中である。<sup>(16)</sup> 中立的に電力系統の運用を行うISO (Independent System Operator) や、より広域的に電力系統の運用等を行う地域でのRTO (Regional Transmission Organization) 設立により、電力託送のより透明化が期待される反面、その独占力の監視も新たな論点になりそうである。<sup>(17)</sup> 右のオープン・アクセス問題は、事業者の合併審査の際にも重要な審査項目とされている。<sup>(18)</sup>

オープン・アクセスが徹底され、うまく機能すればするほど、結果的には(一)で述べた第一の事業規制アプローチによる解決によってシャーマン法を持ち出す必要性が減少することが期待されるのではなからうか。<sup>(19)(20)</sup>

- (13) 藤原淳一郎「経済的自由権・営業の自由」公法研究五九号二七六、二八〇頁(一九九七年)参照。
- (14) 藤原淳一郎「一九二〇年代米国電気事業：連邦電力規制(三・完)」法学研究六七巻一号二五、二九頁。
- (15) Cf. ERNST GELHORN/WILLIAM E. KOVACIC, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS, 146(4th ed., 1994).
- (16) 渡井理佳子「アメリカにおける公益事業料金の司法審査：Dequesne判決を中心として」法学政治学論究一四号二四一頁(一九九二年)参照。

- (17) 藤原淳一郎『十九世紀米国における電気事業規制の展開』一三、一六一―一七頁(初出:『法学研究五九卷四号、一九八六年。法学研究会叢書四八巻、一九八九年)。
- (18) 藤原・前掲注(14)・二八―二九頁、四一頁註二二五―二二六。
- (19) マン対イリノイ判決につき、藤原・前掲注(17)・一九頁註四八、藤原淳一郎『現代経済社会における公企業と法』二二七、二四五頁(正田彬・金井貴嗣・畠山武道・藤原淳一郎『現代経済社会と法(現代経済法講座1)』)、「三省堂、一九九〇年)、渡井・前掲注(16)・二四三頁参照。一九世紀における各州の料金規制について藤原・前掲注(17)・一一六頁以下参照。
- (20) 藤原・前掲注(14)・二九頁以下。
- (21) 藤原・同右・四九頁。
- (22) 藤原・前掲注(11)・一六一―一七頁参照。なお前者のガスについて、藤原淳一郎「米国における地方ガス配給事業者『パイパス』に関する一考察」、『正田彬教授還暦記念論文集・国際化時代の独占禁止法の課題』二三九頁(日本評論社、一九九三年)は、委員会令六三六号発布前夜の状況を論じたものである。後者の電気について、藤原・前掲注(10)・エネルギーフォーラム九五号九月号、九七年四月号、丸山真弘「ネットワークへの第三者アクセスに対する事業法からの規制の整理:アメリカの事例を中心にして」『公益事業研究五〇巻一号一五頁(一九九八年)、草薙真一「米国における初期の送電線開放政策に関する一考察:ガスパイプライン政策との比較を中心として」(神戸商科大学)『商大論集五一巻五号四四九頁(二〇〇〇年)』等参照。
- (23) 連邦シャーマン法につき、金井貴嗣「アメリカにおける『不公正な取引方法』規制の史的展開」『法学新報八七巻九・一〇号(一九八〇年)。
- (24) 丸山真弘「ネットワークへの第三者アクセスに伴う法的問題の検討:いわゆるエッセンシャル・ファシリティーの法理を中心として」『公益事業研究四一巻一号三一、三二頁表一(一九九七年)』は、シャーマン法一条と二条の関係を要領よく整理する。
- (25) United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307(1919); Cf. GELLHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 146.
- (26) Ventri/Kallaugher, *Essential Facilities: A Comparative Law Approach*, [1999] ANNUAL PROCEEDINGS OF

- FORDHAM CORPORATE LAW, 315.
- (27) Berkly Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co., 603 F. 2d 263(2nd Cir., 1979). ゲルホン／ロヴァニックによれば、パーキー判決での独占する企図又は現実の第二市場での独占化の証明が不要な点が批判され、「独占者が第二市場での独占を獲得するか維持するために、その力を第一市場で用いなかったか、又はそうすることを企図しなければ、第二条違反は存在しない」との判決もあるという。GELHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 153.
- (28) Vent/Kallauger, *supra* note 26 at 317-318.
- (29) 初期の判例・学説について Note, *Unlogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine*, 83 COLUMBIA LAW REVIEW, 441(1983) に詳し。
- (30) たゞえば MILTON HANDLER/HARLAW M. BLAKE/ROBERT PROFSKY/HARVEY J. GOLDSCHMID, CASES AND MATERIALS IN TRADE REGULATION, 438, 440(3rd ed., 1990). 村上政博『アメリカ独占禁止法(アメリカ法ハネーシックス4)』五五頁(弘文堂、一九九九年)参照。本件は、被告の独占への略奪的意図が明白な事案であり、エッセンシャル・ファシリティ理論は不要であったとの分析も存在する (Note, *id.*, at 477)。
- (31) 村上・同右・五六頁参照。ダグラス判事は、競争者への単純な差別禁止の問題と判断したが、フランクフルター判事は、AP通信の加盟政策への介入の正当な理由付けという観点から、AP通信を公益事業と構成してエッセンシャル・ファシリティ論で説明したという。Cf. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST LAW JOURNAL, 841, 843(1990). アリーダ教授は、本件を①競争者が協同で有用な設備 (useful facility) を創設し、②ライヴァルの競争上の活力 (competitive vitality of rivals) に不可欠で、③(多分)市場の競争的活力 (vitality of the market) に不可欠で、④ライヴァルの承認が冒險的企業の正当な (legitimate) 目的と一致 (consistent) し、⑤協同者は比較的同等の (relatively equal) 条件でライヴァルを認めなければならぬ、との五命題に整理する。 *Id.* at 844)。
- (32) 正田彬編著『アメリカ・EU・独占禁止法と国際比較』二七、三二頁(金井貴嗣執筆。三省堂、一九九六年)丸山・前掲注(24)・三二頁。裁判所は法的独占企業の単独企業 (lawful single-firm monopolist) に「取引義務」を肯定するのに躊躇したという。 Note, *supra* note 29, at 453

- (33) 田中・前掲注<sup>3</sup>・一八三—一八四頁、白石忠志「Essential Facility 理論：インターネットと競争政策」ジュリスト一七二号七〇頁(二〇〇〇年)、滝川敏明『ハイテク産業の知的財産権と独禁法』一四七頁(通商産業調査会、二〇〇〇年)等参照。かつて「最終製造又は最終サーヴィスの製造又はマーケティングに用いられる製品、サーヴィス、ネットワーク、設備、又は構造物を含むべき」と表現されたこともある (Note, *supra* note 29 at 464)。
- (34) *Summary of Discussion, 1 OECD JOURNAL OF COMPETITION LAW AND POLICY*, 152, 153(2000)。
- (35) 最近の報道から拾っても、①数社合同による新たな日米間通信ケーブルの敷設計画が持ち上がったおり、仮にコンソーシアムから外れた通信事業者の利用を排除しないし不利益に扱う余地もあり、アメリカ司法省が関心を抱いているという。②放送にとどまらず通信手段としても注目されているCATV網の通信事業者による開放につき連邦通信委員会(FCC)は時期尚早説だが、訴訟事件も提起されているというふううに、現在進行形の問題でもある。
- (36) Sticlen, *The Essential Facilities Concept: Background Note, 1 OECD JOURNAL OF COMPETITION LAW AND POLICY*, 134, 135(2000)。アリーダ教授は、「ことに規制緩和と産業の文脈において『エッセンシャル・ファシリティ』が最近語られる。支持のために引用されるほとんどの最高裁判例は、エッセンシャル・ファシリティについて語らないしそれに言及しないで説明出来るため、『いわゆるエッセンシャル・ファシリティ』理論と「私はここで」いう。実際に、判例は解釈によつてのみまた高度に有能な方法で、『エッセンシャル・ファシリティ』理論を支持する。あなたは「エッセンシャル・ファシリティ」理論に一貫した合理性を提供する判例を発見しないだろうし、資産の創設者にライバルと「資産を」分かち合うことを要求する社会的費用と便益、行政上の費用を探索する判例も発見しないだろう。自己の創造物を自分自身保有する権利への例外、幾つかの例外を示しはするが我々にこれら例外が何かを語らない、形容詞ほどに理論ではない」とする(傍点引用者。Areeda, *supra* note 31 at 841)。
- (37) *Other Tail Power Co. v. United State*, 410 U.S. 366(1973)。本判決の背景を含めて浅賀幸平「アメリカ電気事業と反トラスト法・オッター・テイル電力事件を例に」公益事業研究二六卷一号四五頁(一九七四年)が詳しい。古城誠「電気事業とアメリカ独占禁止法」日本エネルギー法研究所『公益事業における新規制』二一一、二一三頁(日本エネルギー法研究所、一九九七年)、丸山・前掲注(24)・三三—三四頁、佐藤一雄『アメリカ反トラスト法』二二五—二二六頁(青林書院、一九九八年)参照。

- (38) 一九六九年時点で民営電気事業者が八〇%、公営が一二%、組合営が八%のシェアで、公営事業者の発電は規模の経済性がなく卸からの購入に頼らざるを得なかった。卸売電を拒絶されたときには他の事業者からの託送により知るをえず、電気市場における卸託送問題が重要な争点になり得たが、本件もその一例である。当時の民営対公営電気事業の *cf.* Note, *Other Trail and Its Import for Regulated Industries*, 9 WAKE LAW REVIEW, 407, 409-410 (1973). 浅賀・同右・五八頁以下参照。
- (39) Note, *supra* note 29 at 442-443.
- (40) Note, *Antitrust: Regulation by the Federal Power Act Does Not Immunize Electric Utilities from Sherman Act Sanction against Refusals to Deal Intended to Create or Maintain a Monopoly*, 23 DRAKE LAW REVIEW, 182, 184 (1973).
- (41) Note, *supra* note 38 at 412.
- (42) Glaezer/Lipsky, *Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act*, 63 ANTITRUST LAW JOURNAL, 749, 756 (1995). 丸山・前掲注(24)・三四頁は、本件は発電者間の市場分割契約の「ジョイント」同法一条の側面をもつた事実を指摘する。 *cf.* HANDLER/BLAKE/PITORSKY/GOLDSCHMID, *supra* note 30 at 747-748.
- (43) Note, *supra* note 29 at 442-443, 448.
- (44) 「送電」を中心に据えること、本件は表面上下流市場の配電(電力小売り)部門の競争問題のように見えるが、実質的には、当時部分的競争状況にあった上流市場の発電市場競争の便益の享受の問題であるとの指摘がある。Glaezer/Lipsky, *supra* note 42 at 788.
- (45) Note, *supra* note 29 at 450-451; *cf.* Norton/Early, *Limitations on the Obligation to Provide Access to Electric Transmission and Distribution Lines*, 5 ENERGY LAW JOURNAL, 47, 54 (1984). 「公益事業としてのオナー・ティール電力は自動的に需要家との非差別的取引義務が存在する【のべ】……非規制の企業に取引義務を課すか否かの問題は「本件では」現れな」とする点 (Note, *Id.*, at 451 n. 62) は、私には疑問である。右取引義務は配電における供給義務を指し、託送義務までは含まれていなかったからである。
- (46) Vent/Kallaugher, *supra* note 26 at 319 n. 12.



- (47) 「反トラスト法」適用に関する第一次的判断権について、連邦電力法に明文規定なき以上、連邦動力委員会ではなく連邦裁判所にある (Note, *supra* note 38 at 416)。しかも本件では、連邦動力委員会が裁判所よりも先に、連邦動力法に基づいて同社に連系 (interconnection) を命じた事案である (*Id.* at 417)。
- (48) 本件連邦地方裁判所は、ボトルネックへのアクセスを求める公正な条件 (fair terms) として、同社は託送サービスについて連邦動力委員会によって認可される料金で補填されるべきと判示してらる (*Id.* at 421, n. 92)
- (49) Note, *supra* note 40 at 188-190. なお浅賀・前掲注(37)・五四―五七七頁参照。
- (50) GELLHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 152.
- (51) City of Anaheim v. Southern California Edison Co., 955 F. 2d 1373(9th Cir. 1992).
- (52) 丸山・前掲注(24)・三五頁。
- (53) GELLHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 152. これに対して丸山・同右は、本件をエッセンシャル・ファシリティの要件のうち、設備の「不可欠性」を否定した事案と整理する。
- (54) 古城・前掲注(37)・二一八―二二〇頁、丸山・前掲注(24)・三五頁、藤原淳一郎「電気事業・ガス事業と独占禁止法」現代政策研究会『第四二回・日本の課題と選択・研究委員会』一八一―一九頁(限定配布未公開)。現代政策研究会(一九九五年)参照。
- (55) MCI Communications Corp. v. AT&T, 708 F. 2d 1081(7th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 891(1983).
- (56) AT&Tは一九八二年の司法省との同意審決により、八四年に長距離会社と地域電話会社に分割された。舟田正之・黒川和美『通信新時代の法と経済』一二四―一二七頁(菅谷実執筆、有斐閣、一九九一年)、山口一臣『アメリカ電気通信産業発展史：ベル・システムの形成と解体過程』二九一―二九二、二九六頁(同文館、一九九四年)参照。
- (57) Tye, *Competitive Access: A Comparative Industry Approach to the Essential Facility Doctrine*, 8 ENERGY LAW JOURNAL, 337, 346(1987); Glasl, *supra* note 4 at 308; GELLHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 151; Knieps, *Deregulation in the Contestable and Non - Contestable markets: Interconnection and Network Access*, 23 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL, 90, 105(2000). 白石忠志『技術と競争の法的構造』八八頁(有斐閣、一九九四年)、滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策』一六八頁(青林書院、一九九六年)、正田編・前掲注(32)・三二頁、

- 丸山・前掲注(24)・三二頁、林紘一郎『ネットワークキング：情報社会の経済学』一〇九頁（NTT出版、一九九八年）等参照。
- (58) アспен・スキー事件は連邦控訴審では「意図」と「エッセンシャル・ファシリティ」の両者から検討し、最高裁では後者は不要と判断しているが、「スキー場」という同一市場への事案である。同事件のご参照 Bouknight, *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing: The Conduct's Standard under Section 2 of the Sherman Act*, 6 ENERGY LAW JOURNAL 275 (1985); Areeda, *supra* note 31 at 850; Glazer/Lipsky, *supra* note 42 at 761. 正田編・前掲注(32)・三二頁、滝川・前掲注(57)・一六七―一六八頁、佐藤・前掲注(32)・二三四頁、二四七頁註(13)、『村上・前掲注(30)』・一―四頁等参照。
- (59) GELHORN/KOVACIC, *supra* note 15 at 151-152.
- (60) *Id.* at 152.
- (19) LaRue, *Antitrust and the Natural Gas Industry*, 11 ENERGY LAW JOURNAL, 37, 43 (1990); McArthur, *Antitrust in the New [De]Regulated Natural Gas Industry*, 18 ENERGY LAW JOURNAL 1, 69 n. 187 (1997).
- (62) Note, *supra* note 29 at 445; Glazer/Lipsky, *supra* note 42 at 754; Siclen, *supra* note 36 at 136.
- (63) Siclen, *id.* at 134.
- (64) Knieps, *supra* note 57 at 106.
- (65) Venit/Kallaugher, *supra* note 26 at 318-319.
- (66) *Id.* at 321-322.
- (67) *Id.* at 323-324; Cf. Siclen, *supra* note 36 at 135.
- (68) Siclen, *id.* at 134.
- (69) Note, *supra* note 29 at 453. 本稿筆者がみる限り、少なくとも文献上は、消費者を含め論じるものがある。
- (70) 必ずしもエッセンシャル・ファシリティが決め手とは限らぬが、アспен事件（前掲注58）はスキー場という同一市場への事案である。
- (71) Siclen, *supra* note 36 at 141.

- (72) 古城・前掲注(37)・二二〇〇・二二二三頁参照。
- (73) タイ氏は、エッセンシャル・ファシリテーター<sup>①</sup>独占者による支配 (Control by a monopolist)<sup>②</sup>複製・多重投資の事実上の不可能性 (Inability practically to duplicate)<sup>③</sup>競争への本質的な損傷をともなう「アクセス」拒絶 (Denial with substantial harm to competition)<sup>④</sup>「正当な営業上の理由」の欠如 (absence of a “valid business reason”)<sup>⑤</sup>の四要件を整理する Tye, *supra* note 57 at 363-364, 367, 375.
- (74) Pierce, *Who Will Mandate Access to Transmission: FERC or the Courts?*, PUBLIC UTILITIES FORTNIGHTLY, Mar. 29, 1999 at 28-29.
- (75) アンバントリント概念をめぐり、藤原・前掲注(4)・法学政治学論究一四号七頁、同・前掲注(10)・エネルギーフォーラム九七年四月号参照。
- (76) 近時のアメリカの電気・ガス市場をめぐり、Pierce, *Antitrust Policy in the Electricity Industry*, 17 ENERGY LAW JOURNAL, 29, 34(1996); Bailey, *Reassessing the Role of Regulators of Competitive Energy Markets, or: Walking the Walk of Competition*, 20 ENERGY LAW JOURNAL, 1(1999). 矢島正之『電力改革：規制緩和の理論・実態・政策』七六頁(東洋経済新報社、一九九八年)・同『世界の電力ビッグバン』一〇九頁(東洋経済新報社、一九九九年)・海外電力調査会ワシントン事務所「一九九九年の米国電気事業の動向」海外電力四二巻二号四頁(二〇〇〇年)・高橋尚子「FERCの最終規則オーダー二〇〇〇の全容(一)」：地域送電機関(RTO)設立の背景」同誌四二巻四号四頁(二〇〇〇年)等参照。
- (77) Cf. Michaels, *The Governance of Transmission Operators*, 20 ENERGY LAW JOURNAL, 233(1999); *RTOs Could Raise Antitrust Issues*, DOJ Official Says, ENERGY REPORT, May, 8, 2000 at 1. なお草薙真一「米国のにおける電力産業の再構築と競争導入政策：反トラスト法規制に焦点を当てて」[神戸商科大学]商大論集五一巻二・三・四号(一九九九年)二五一・二五七頁参照。
- (78) Michaels, *Market Power in Electric Utility Mergers: Access, Energy, and the Guidelines*, 17 ENERGY LAW JOURNAL, 401, 415(1996).
- (79) Report, *Submitted Committee Reports: Antitrust*, 21 ENERGY LAW JOURNAL, 211, 212(2000) 45 ミネソタ

カン・エナジー社事件 (MidAmerican Energy Co. v. Surface Transportation Board, 169 F. 3d 1099 [8th Cir. 1999]) を「エッセンシャル・ファシリティ論」の小見出しのもとで論じている。電力会社が石炭鉄道輸送コスト削減のためより安価な代替鉄道輸送手段を考えたが、総距離七五〇マイル中、代替輸送会社のない最後の九〇マイルについて分離料金提示等が争点となった事案である。なるほど判旨は九〇マイルを「ボトルネック」とは言うけれども (169 F. 3d 1099 at 1103)、「エッセンシャル・ファシリティないし反トラスト法の問題」(supra note, at 212) よりもむしろ、連邦州際通商法の土俵で、委員会 (Board) 裁定の司法審査論に終始している。

(80) オープン・アクセス化をはかるのに独占禁止法による個別処理と事業法による一般的処理とを比較すると、「事業法上に託送義務付け規定を設けるのが正攻法」(藤原・前掲注(2)・エネルギーフォーラム九八年二月号四九頁)で、託送料の決定を含めた個別案件の処理がより容易であるのは否定できないと考える。なお古城・前掲注(37)・二二二頁、舟田正之「電力産業における競争の促進のための法制度の検討」日本エネルギー法研究所・前掲注(11)・一〇五、一五六頁等参照。

(以下、七四卷三号)