

電力市場における競争と法(1)

——ドイツにおける託送料金の規制を手掛かりに——

東 田 尚 子^{*}

- 序
- I ドイツ法
 - 1 歴史的展開 (以上本号)
 - 2 市場の状況
 - 3 現行法の規制
 - 4 小括
- II 日本法
 - 1 歴史的展開
 - 2 市場の状況
 - 3 現行法の規制
 - 4 小括
- むすびにかえて

序

1995年に開始された我が国の電力市場の部分自由化により、規制上電力市場における競争は可能となったが、現実には未だに既存事業者の地域独占が続いており、抜本的な規制の見直しの必要性が唱えられている。

見直しの必要が強い分野として、託送料金の規制が挙げられる¹⁾。託送料金とは、電力供給者等が送電線網・配電線網²⁾を保有する事業者（既存事業者かつ独占者、以下ネット事業者という場合がある）に対してネット利用料として支払うものである。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第8巻第1号2009年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 文部科学省科学技術政策研究所 上席研究官

1) 公正取引委員会も、場合によっては託送料金に関して認可制の導入を検討する必要があるとしている。公正取引委員会『電力市場における競争状況と今後の課題について』33頁（2006）。以下、公取委『課題』として引用する。

2) 送電線とは特別高圧・高圧の電線、配電線とは中・低圧の電線のことである。以下、これらをネットということがある。

1980年代頃、自然独占分野とされていた電力市場のうち、自然独占分野は送・配電分野に限られることが経済学上明らかにされ、各国で送・配電分野の主に託送料金に関する厳格な規制の構築と、その川上・川下の競争が可能な市場である発電及び電力供給市場における規制緩和が始まった³⁾。

しかし我が国では、諸外国に比べ、送・配電分野における託送料金の規制が緩く、託送料金の水準が高すぎるため、新規参入者である電力供給者等(ネット利用者)が託送料金を払いながら、一般電気事業者と呼ばれるネット分野の川上・川下市場でも活動するネット事業者と活発に競争することはできないといわれる⁴⁾。託送料金が高ければ、これを支払う電力供給者等ネット利用者の利益が圧迫され、あるネット分野の川上・川下市場への新規参入は抑制される。

託送料金の設定においては、ネット事業者のネットへの投資額やネット経営と他の活動との共通費用をどのようにネット利用者に負担させるかが問題となるが、現在この負担額の算定に用いられるべき一般的な理論は存在しない⁵⁾。我が国の現行の電気事業法においては、託送料金を算定する際に計上が許される費用の規制⁶⁾が行われているが、負担額を算定する一般理論が存在しないため、多くの費用が計上されてよいこととなっており、その結果、高い託送料金が設定されている⁷⁾。高すぎる託送料金に対しては、独禁法の3条前段の私的独占及び不公正な取引方法の規制も理論的に可能であるが、負担額を算定する一般理論が存在しない以上、高すぎる託送料金を違法とすることも具体的に託送料金を特定して排除措置命令を行うことも事実上困難である。

3) Vgl. Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht 2005-2007, 2007, S. 3; Monopolkommission, Sondergutachten 49, 2007, Tz. 14. 以下、BundesnetzagenturはBNetzA、TätigkeitsberichtはTB、MonopolkommissionはMK、SondergutachtenはSGとして引用する。

4) 内閣府も託送制度の見直しの必要性を指摘し、託送料金について、「一層の効率化・低廉化に努めるとともに、透明性の確保に努めるべきである」としている。規制改革・民間開放推進会議『規制改革・民間開放の推進に関する第3次答申—更なる飛躍を目指して—』98頁(2006)。

5) これが、諸外国でインセンティブ規制が導入された理由の一つである。参照、MK, Hauptgutachten 2000/2001, 2002, Tz. 78. 以下、HauptgutachtenはHGとして引用する。

6) 一般電気事業託送供給約款料金算定規則により、託送料金を算定するに際して計上が許される費用が定められている。詳細は、本稿IIを参照されたい。

7) 上記の規則により、利潤を限定する規制が行われているが、多額の費用が計上されている以上、利潤が抑えられていたとしても託送料金は高くなる。

我が国と同様に、自由化後一時期ゆるやかな託送料金規制を行った結果、市場の競争状態を悪化させ、託送料金規制の厳格化を進めているのがドイツである。ドイツの電力市場は、1998年に改正されたエネルギー事業法（Energiewirtschaftsgesetz、以下EnWG）⁸⁾の施行により完全自由化されたが、自由化後託送料金は当初、GWB（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen、以下GWB）⁹⁾19条の濫用禁止規定により規制されていた。しかしGWB19条においては、託送料金が他者と比較して極端に高い場合や、算出根拠が不明な場合にのみ規制が可能であったため、すべての独占者がそれぞれの地域独占市場において一様に高い託送料金を設定している場合、引き下げさせることは困難であった。

GWBによる規制の実効性が低かったため、市場の集中が進み、新規参入者はほぼすべて撤退し¹⁰⁾、電力価格は2000年に上昇し始めた¹¹⁾。そこで、市場の競争状態を改善すべく、2005年にEnWGは抜本的に改正され、託送料金の規制については、GWBは適用除外となり（GWB130条3項、EnWG111条）、連邦系統規制庁（Bundesnetzagentur）による事前認可期間を経て（EnWG23a条）、2009年1月1日から、インセンティブ規制（EnWG21a条）、即ち独占者に効率化による価格引下げのインセンティブを与える規制が行われている。

本稿では、ドイツが電力市場自由化当初、託送料金の規制を軽視した結果、電力市場全体の競争を歪め、その市場を建て直すべく、規制の改革を続けてきた歴史を概観した後、現行法であるEnWGとGWBの規制を検討し（Ⅰ）、我が国の独占禁止法及び電気事業法の規制と比較をし、我が国の規制への示唆を得ることとする（Ⅱ）。

-
- 8) Energiewirtschaftsgesetz v. 24. April 1998, BGBl. I S. 730. EnWGは、「競争が国民経済に及ぼす悪影響」から電力産業を守るために1935年に成立し、これを受けて電力産業はGWB103条及び103a条でGWBの適用除外とされていた。
- 9) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 15.7.2005, BGBl. I S. 2114.
- 10) Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2005/2006, 2007, S. 29. 以下、BundeskartellamtはBKartA、TätigkeitsberichtはTBとして引用する。
- 11) 連邦カルテル庁によれば、卸売及び最終消費者への価格は、2000年から2007年まで上昇を続けており、2007年には、税金等の値上がりも影響し、自由化前の水準に近づいている。BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 29.

I ドイツ法

1 歴史的展開

i EnWGの1998年改正による電力市場の完全自由化

ドイツの電力市場は、1998年にEnWGの改正により完全自由化された。この自由化は、EUにより加盟国として負わされた国内の電力市場の自由化の義務を最低限果たすという形で始まった。加盟国に対して自由化の義務を課した欧州委員会¹²⁾の指令¹³⁾においては、本指令の作成過程においてドイツの電力業界の自由化への反発が大きかったため、託送料金の規制に関して、加盟国は、規制官庁による規制とドイツの要求した交渉による接続 (negotiated third party access) に委ねる方法のいずれかを選択できることとされ、後者を選んだ唯一の加盟国として、ドイツは規制官庁を置かずに託送料金の決定を当事者に任せる形で自由化を完了させた。それまでは、電力業界はGWBの適用を受けず(旧103条、旧103a条)¹⁴⁾、発・送電を行うRWE等8事業者が発・送電事業を地域独占し、配電は配電線網を保有する約80の広域電力供給事業者 (Regionalversorger) と約900の電力地方公営事業者 (Stadtwerke) が行っていた。1998年EnWGは、ネット事業者の送・配電部門とその他の部門の会計上の分離等を定めると同時に、その6条で、ネットへの接続の問題の解決をGWBと規則 (Verordnung) に委ねることとした。しかし実際には規則は定められず、この問題の解決は、連邦経済技術省 (Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie) も介入して締結された発電事業者、ネット事業者、電力小売事業者及び電力需要家 (電力関連事業者) の協定 (Verbandsvereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie und über Prinzipien der

12) 欧州委員会はEUの行政執行機関であり、競争法の執行において、規則や指令を制定する権限を有する。

13) Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.12.1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. Nr. L 27/20 vom 30.1.1997. EUでは、1985年にEUの電力市場の自由化の目標が掲げられ (vgl., Weißbuch der Europäischen Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 v. 14.7.1985)、2007年に完全自由化が果たされたが、加盟国に自由化の義務を初めて課したのが上述の指令であった。

14) 電力料金の規制のみが行われていた。本稿 I 1 iv 参照。

Netznutzung (ネット託送料金の設定の基準及びネット利用の原則についての団体協定、以下、団体協定とする)) に委ねられた¹⁵⁾。一部の学説¹⁶⁾は、団体協定は違法なカルテルであると批判したが、連邦カルテル庁¹⁷⁾と欧州委員会¹⁸⁾は、団体協定は、各団体の構成員に対して強制力を持たない、託送料金の設定の基準やネット利用の原則についてのベスト・プラクティスを推奨する性格のものにすぎず¹⁹⁾、価格を決定するものではなかったため、その存在自体は違法ではないとの考えを示し、電力業界による託送料金の自主規制が始まった²⁰⁾。

ii 業界の自主規制

1998年に締結された最初の団体協定(団体協定 I)²¹⁾は、特別高圧電力について、送電距離に基づき託送料金を設定する方式を採用するなど²²⁾、電力が移動するわけではない電力の託送の物理的な実態を無視し、託送料金を高く設定することを正当化する内容であったため、ここに批判が集中した²³⁾。

-
- 15) EnWGの立法資料にも、自主規制を前提とした記述 (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/7274) や、自主規制が失敗した場合のみ規則が必要となるという記述 (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. 13/9211; Bericht des Abgeordneten Uldall, BT-Drs. 13/9211) が見られる。
- 16) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, 8. Aufl., 1999, S. 378.
- 17) BKartA, TB 1997/1998, 1999, S. 28 f. 連邦カルテル庁はGWBの執行機関である(GWB 48 条ないし 53 条)。
- 18) EG-Kommission, 17. Bericht, 1998, S 174 f.
- 19) Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-Kommentar, Anhang 2 EnWG, 2008, Tz. 9 (Markert).
- 20) 団体協定は、自由化の開始の牽引役と考えられていた。Büdenbender, Rechtsfragen anlässlich der Durchleitung elektrischer Energie in: Bauer (Hrsg.), Energiewirtschaft-Der neue energie- und kartellrechtliche Rahmen, 1999, S. 73, S. 129.
- 21) Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Durchleitungsentgelten für elektrische Energie vom 22.5.1998 – Bundesverband der Deutschn Industrie e.V. – BDI, Berlin, Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. – VIK, Essen, Vereinigung Deutsche Elektrizitätswerke – VDEW – e.V., Frankfurt am Main.
- 22) この方法に対する批判として、vgl. z.B. BKartA, TB 1997/1998, a. a. O., S. 29; Latkovic, Übertragungsentgelte im internationalen Vergleich, ET 1998, 566, 571 ff; Klafka et al., Netzzugangsverordnung für elektrische Netze, ET 1998, 35, 37 ff.
- 23) 託送料金が高ければ参入者は減る。MK, HG 1998/1999, 2000, Tz. 15; Wolf, Die Liberalisierung der europäischen Energiemärkte, BB 1998, 1433, 1436; Emmerich, Kartellrecht, a. a. O., S. 378.

1999年に締結された次の協定（団体協定Ⅱ）²⁴⁾は、上記の批判に対応し、託送距離と無関係に託送料金を設定することとし、原則として電力が発電事業者により送・配電線に流入される時点では料金を課さず、小売業者が送・配電線から電力を取り出すときのみ料金を課し、この電力の取り出し料金のみが託送料金とされる方式（郵便切手方式）を採用した。しかし、ドイツ市場を東西二つの地域に分けてこれらの地域間の取引に料金を課し（後に二件の合併事件（RWEとVEWの合併²⁵⁾（現RWE）及びVEBAとVIAGの合併²⁶⁾（現E.ON）により二つの地域が統合され、この料金は課されなくなった）、さらに消費者が電力の供給元を変更するに当たりネット事業者と契約を締結し供給元変更料金を支払わなければならないとし、供給元の変更を困難にしていたため、連邦カルテル庁²⁷⁾、独占委員会²⁸⁾及び学説²⁹⁾から批判された。

2001年に締結された最後の協定（団体協定Ⅱプラス）³⁰⁾は、上記の批判に対応し、古い契約を解約し新しい供給者と契約を締結するだけで消費者は供給元を変更できることとし、供給元変更料金も徴収しないこととした。そしてこの協定は、独占者の費用に基づき託送料金を設定する原則を採用し、これと共にGWBの濫用規制において伝統的に用いられている比較市場の概念を用いると定めた。即

24) *Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13.12.1999* – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. – BDI, Berlin, Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. – VIK, Essen, Vereinigung Deutsche Elektrizitätswerke – VDEW – e.V., Frankfurt am Main.

25) *BKartA, WuW/E DE-V 301.*

26) *EG-Kommission, WuW/E EU-V 509.*

27) *BKartA, Pressemitteilungen v. 1.2.2001 und v. 18.10.2001, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de>.*

28) *MK, HG 1998/1999, 2000, Tz. 97; MK, HG 2000/2001, 2002, Tz. 90 ff.* 独占委員会は競争政策上の問題等について鑑定書（HG及びSG）により意見を表明し（GWB44条1項）、その意見は立法の際に参考にされる（GWB44条2項）。

29) *Markert, Verbändevereinbarung Strom II und Kartellrecht, BB 2001, 105, 108 f; Böhnel, Netzzugang nach Energiewirtschaftsgesetz und Verbändevereinbarung, ET 2001, 293, 296 f; Emmerich, Kartellrecht, a. a. O., S. 354.*

30) *Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netznutzungsentgelten für elektrische Energie vom 13.12.2001* – Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. – BDI, Berlin, Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft e.V. – VIK, Essen, Vereinigung Deutsche Elektrizitätswerke – VDEW – e.V., Frankfurt am Main.

ち、本協定は、その付録3で価格設定の原則について定め、託送料金に計上してよい費用を具体的に示したが、ここでネット事業者に託送料金に計上してもよいとされている費用のみを計上していれば当該託送料金は原則として適切であるとされ、この適切さは、他の地域のネット事業者の設定する託送料金と比較して確認されるというしくみであった³¹⁾。しかし独占者の設定する託送料金がその独占者の費用に裏付けられたものであっても独占者の非効率性が原因となり独占的な価格が設定され得、さらに比較市場の概念を用いても、比較の対象は独占者であるドイツ国内のネット事業者であり、結局独占者同士の比較しか行われないため競争的な託送料金の設定には繋がらないと批判された³²⁾。

iii 団体協定の内容の法定化

2003年5月に、連邦カルテル庁³³⁾と独占委員会³⁴⁾の反対にもかかわらず、GWBの適用を逃れようと意図した電力業界の主張に従ってEnWGが改正され³⁵⁾、EnGWの規定はGWBの適用に影響を及ぼさないとしていた接続についての規定(EnGW旧6条)に、団体協定IIプラスの定める託送料金の設定方法に合致させることは「よき専門的な実務 (gute fachliche Praxis)」であると推定されるという一文が挿入された。本条によっても、団体協定IIプラスに従って設定された託送料金が直ちにGWB上適法であるとされるわけではないが、裁判所は本規定を、団体協定IIプラスに則って託送料金が設定されている場合、GWB上適法であると解釈しているかのような態度を示し始め³⁶⁾、2003年12月末の団体協定IIプラ

31) これに対し、GWBの濫用規制においては、仮定的な競争価格との比較が行われる。Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-Kommentar, 3. Aufl., 2001, § 19 Rz. 204 (Möschel)。以下、I/M-Möschel, GWB § 19として引用する。

32) Vgl. Horn, Vertragsrechtliche Aspekte der Liberalisierung des Strommarktes-Anmerkungen zur Verbändevereinbarung vom 13.12.2001 in: Büdenbender/Kühne, Das neue Energierecht in der Bewährung, 2002, S. 175, S. 184; MK, HG 2002/2003, 2004, Tz. 773.

33) BKartA, TB 2001/2002, 2003 S. 38.

34) MK, HG 2002/2003, a. a. O., Tz. 65 ff.

35) Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 20.5.2003, BB I Nr. 20 (2003) 686. この改正により、GWB19条4項の濫用規制における連邦カルテル庁の決定の効果は、即時に発生することとなった (GWB § 64条1項1号)。

36) HEAG事件 (Fn. 96)。

スの失効後にもこのような託送料金を違反とすることを躊躇した³⁷⁾。

iv GWBの規制

a 総説

自由化後、無数の新規参入者との競争に晒され、既存事業者は価格を下げ続けた。しかし、その一方で、送電事業者は水平合併と配電事業者や電力供給事業者の株式所有による子会社化を進め、電力市場は二大送電事業者であるE.ONとRWEの合計市場シェアが約60%の複占となっていた³⁸⁾。下降していた価格は2000年に上昇に転じた。そこで、歴史的に費用や価格の規制に対して消極的であった連邦カルテル庁も、本協定の下で設定されている託送料金に問題があるのではないかと考え、ドイツの高水準の託送料金を下げ電力市場全体の競争を活性化するために、まず、連邦と州の電力の託送料金に関する研究グループ³⁹⁾を立ち上げ、競争が起こらない原因の追究と、競争を活発にするためのGWBの運用についての研究を行わせた。

この研究グループが公表した研究報告書⁴⁰⁾では、ドイツの電力料金の平均値はEUの平均値より若干高いだけであるのに、託送料金の平均値は他のEU加盟国を引き離して第1位であることが確認された⁴¹⁾。このことから、送・配電業者が、送・配電部門において著しく多くの利益を得ることにより、発電部門や電力供給

37) Stadtwerke Mainz事件 (Fn. 97)。高すぎる託送料金が問題となった私訴においても、下級審はEnWG6条を根拠に、適切な料金の決定の請求等を棄却している。参照、OLG Karlsruhe, 27.10.2004, RdE 2005, 51。しかし最高裁は、EnWG6条によりGWBの適用は制限されないことを理由に、高裁判決を破棄している。BGH 18.10.2005 WuW/E DE-R 1617 „Stromnetznutzungsentgelt I“; BGH 7.2.2006 WuW/E DE-R 1730, „Stromnetznutzungsentgelt II“; BGH 4.3.2008, NJW 2008, 2175, „Stromnetznutzungsentgelt III“。

38) 連邦カルテル庁は、この市場構造に加え、電力という製品の同質性、技術革新が起こる可能性の低さから、寡占的協調行動が採られる可能性が高いと考える。BKartA, TB 2001/2002, a. a. O., S. 163。

39) BKartA, TB 1999/2000, 2001, S. 39。

40) Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, Bericht der Arbeitsgruppe Netznutzung Strom der Kartellbehörden des Bundes und der Länder v. 19.4.2001, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de-Abschlussbericht.pdf>。以下、Arbeitsgruppe, Berichtとして引用する。

41) この事実は、EUの調査においても明らかにされている。Vgl. EG Kommission, SEK (2002) 1038, S. 5。

部門での利益を意図的に低く抑え、これらの市場を利益の上がらない市場として参入を阻止し、又は撤退を促し、競争を抑制していると考えられた⁴²⁾。そこで連邦カルテル庁は、この報告書に基づきGWBの19条を用い、高い託送料金は市場支配的地位の濫用にあたり得るとして、積極的な規制を開始した⁴³⁾。

託送料金の規制の根拠条文は、19条4項2号（搾取的濫用の禁止）、19条4項4号（適切な料金でネットを使用させる義務）、及び20条1項（差別禁止）である⁴⁴⁾。これらに違反する行為は、32条に基づき差止⁴⁵⁾又は81条1項1号に基づき過料（Bußgeld）納付命令の対象となる。

一様に高すぎる託送料金に関しては、20条の差別禁止条項は無力であるため、以下では19条4項2号及び4号について検討する。

b 19条4項2号に基づく規制

本号に基づく規制においては、比較市場の概念を用いた検討が行われる。比較市場の概念を用いた検討は、以下の三つに分類される。異なる地域の市場、異なる時期の市場、及び異なる製品市場との比較である。異なる地域の市場との比較は、同一の商品又は役務ではあるが、異なる地域の市場の比較が行われる。異なる時期の市場との比較においては、当該事業者が過去に設定していた料金と問題とされる料金との比較が行われる。この比較は、当該市場でかつて有効な競争が行われていた場合にのみ可能であるため⁴⁶⁾、電力のネット事業者のような独占者

42) BKartA, TB 2001/2002, a. a. O., S. 162. このような埋め合わせが行われ得ることは、裁判所も認めている。OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.4.2002, WuW 2002, S. 866.

43) 2001年8月に連邦カルテル庁は電力市場における公平な託送のための部門を設置してから、2003年までの間に、23の事業者の託送料金の審査を行った。BKartA, TB 2001/2002, a. a. O., S. 37.

44) この他、連邦電力料金規則（Bundestariffordnung Elektrizität v. 18.12.1989 (BGBl. I S. 2255)）12条により州は電力料金の規制を行うことができたが、この条文に基づく託送料金の規制は不可能であった。Arbeitsgruppe, Bericht, S. 6 f.

45) 差止は、直ちに効力を発するのが公共の利益に合致する場合等には、直ちに発効する（GWB 65条1項）。本条が第六次GWB改正により挿入されるまで、連邦カルテル庁は、高すぎる託送料金に対し緊急差止を命令した事件すべてで、高裁レベルで敗訴していた。Vgl. Engelsing, Missbrauchsaufsicht über Netzentgelte in: Bauer (Hrsg.), Die Energiewirtschaft in der Regulierung, 2004, S. 85, S. 90.

46) Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, § 19 Rz. 99 (Schultz). 以下、Langen/Bunte-Schultz, GWBとして引用する。I/M-Möschel, GWB § 19, Rz. 167.

が長期的に高い託送料金を設定する場合、比較が不可能である。また、異なる製品市場との比較は、当該市場に複数の製品や役務が存在する場合に行われるが、託送料金が問題となる場合、役務は電力の託送のみであるため、この比較も不可能である⁴⁷⁾。そのため、連邦カルテル庁による高すぎる託送料金の規制の実務においては、異なる地域の市場との比較が行われていた⁴⁸⁾。

異なる地域の市場との比較においては、原則として、有効な競争が行われている市場が比較の対象となるが、このような市場が存在しない場合、他の市場の独占者の価格との比較が行われる⁴⁹⁾。ネット事業者は独占者であるため、他のネット事業者との比較は独占者同士の比較となる⁵⁰⁾。比較の対象とされる市場において有効な競争が行われていない場合、このような比較が行われれば、高い料金が認められることとなり、その結果、全体的に高い料金が設定されることとなる⁵¹⁾。

異なる地域の市場との比較において比較の対象となるのは、国内市場⁵²⁾及び外国市場⁵³⁾である。国内市場において異なる料金が設定されている場合、国内市場が比較の対象として有意義であるが⁵⁴⁾、すべての事業者が高すぎる託送料金を設定している場合、国内市場との比較は意味がない⁵⁵⁾。そこで外国市場との比較が

47) Bauer/Henk-Merten, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 83.

48) 実務では、この比較が最も頻繁に行われており (Arbeitsgruppe, Bericht, S. 10.)、託送料金の規制においてもほとんどすべての審査でこの比較が行われている。Vgl. Pressemeldungen des BKartA v. 8.2.2001, v. 27.9.2001, v. 27.8.2002 und v. 29.5.2003, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de>.

49) BGH 21.10.1986 WuW/E 2309, 2311 „Glockenheide“; BGH 21.2.1995 WuW/E BGH 2967, 2969 „Strompreis Schwäbisch Hall“ sowie BGH WuW/E BGH 4140 „Gaspreis“. Strompreis Schwäbisch Hall 事件においては、総収入額の比較が行われた。学説上もこのような比較が認められている。Möschel, Strompreis und kartellrechtliche Kontrolle, WuW 1999, 5, 10.

50) Vgl. Bundesrat, Stellungnahme zu §§ 1-96 GWB, BT-Drs. 13/9720, Ziff. 5.

51) MK, HG 2002/2003, a. a. O., Tz. 740.

52) BGH 17.5.1965 WuW/E BGH 667, 672 „Rechtselbische Zementpreise“; BGH 31.5.1972 WuW/E BGH 1221, 1223 „Stromtarif“.

53) BGH 16.12.1976 WuW/E BGH 1445, 1452 „Valium I“; BGH 12.2.1980 WuW/E BGH 1678, 1682 „Valium II“; KG 5.1.1976 WuW/E OLG 1645, 1653 „Valium Librium“; Langen/Bunte-Schultz, GWB § 19 Rz. 98.

54) Bauer/Henk-Merten, a. a. O., S. 63.

55) Arbeitsgruppe, Bericht, a. a. O., S. 11 f; MK, HG 2000/2001, a. a. O., Tz. 106.

必要となるが、法的規制や経済状況が異なる国との比較においては、相違を反映させて比較するという困難な作業が必要とされる⁵⁶⁾。さらに外国で設定されている料金は、競争的な料金ではなく、規制された料金である。これらの理由により、外国市場との比較は不適切であるとする見解が多かった⁵⁷⁾。

託送料金の比較においては、個々の同種の (gleichartig) 事業者の料金との比較が行われた⁵⁸⁾。この比較においては、ネット事業者がすべての取引相手に対して高い料金を設定している場合だけでなく、特定の単独または複数の取引相手に対して高い料金を設定している場合にも、濫用が認められた⁵⁹⁾。また、複数の料金との比較が可能な場合、当該料金に最も近い料金との比較が行われた⁶⁰⁾。

比較の結果、ある事業者が他者より相当高い料金を設定しており、当該事業者に特別に考慮されるべき事情がない場合、当該料金設定は濫用行為と認められる。しかし、特別な事情がある場合、料金に差し引きや加重が行われなければならない⁶¹⁾。ここで考慮されるのは、客観的かつ事業者と無関係な、市場構造に条件付けられる費用であり、個々の事業者に特有の状況に由来する費用は含まれない⁶²⁾。前者に当たるのが、需要者及び供給者の分布状況、供給量、人口密度、利用期間、大口顧客と小口顧客の割合、地質学的又は地理的要素等である⁶³⁾。後者に当たるのが、人件費等である⁶⁴⁾。

かつて最高裁は、競争的価格からの「相当程度の」乖離がなければ濫用は認められないとしたが⁶⁵⁾、今日まで「相当程度」の要件が必要とされるかについては、議論がある。多数説⁶⁶⁾及び最高裁⁶⁷⁾によれば、この要件は必要である。しかし電力分野においては、ネット事業者は旧103条に基づくGWBの適用除外に基づき

56) Langen/Bunte-Schultz, *GWB*, a. a. O., § 19 Rz. 98.

57) Z.B. MK, HG 2000/2001, a. a. O., Tz. 741.

58) BGH 21.2.1995 WuW/E BGH 2967, 2973 „Strompreis Schwäbisch Hall“.

59) BGH 27.11.1964 WuW/E BGH 655, 657 f. „Zeitgleiche Summenmessung“.

60) KG 22.12.1982 WuW/E OLG „BAT Am Biggenkopf Süd“ 2935, 2940 f. I/M-Möschel, *GWB* § 19 *GWB* Rz. 165.

61) BGH WuW/E BGH 2967, 2974 „Strompreis Schwäbisch Hall“.

62) BGH WuW/E BGH 1221, 1224 „Stromtarif“.

63) Arbeitsgruppe, Bericht, a. a. O., S. 18 f.

64) Arbeitsgruppe, Bericht, a. a. O., S. 19.

65) BGH WuW/E BGH 1445, 1454 „Valium I“.

形成された独占的地位にあり、その設定する価格は競争的な価格ではないため、「相当程度」の要件は必要ないとした旧法下での最高裁判決⁶⁶⁾があり、一部の学説もこれに賛成していた⁶⁹⁾。

19条4項2号は、文言上、正当化理由を定めていないが、実務上、市場支配的地位を有する事業者による不当廉売の事件において、実質的な正当化理由があれば、廉売は違法とはならないとされている⁷⁰⁾ため、高すぎる託送料金においても、正当化事由が認められる場合があると考えられていた。例えば、濫用規制において適切とされる料金設定が、ネット事業者の原価割れ販売となるという場合、高い託送料金の設定には正当化理由があるとされていた。しかし、事業者特有の事情に基づく費用が原因となり高く設定されている託送料金は正当化されず、一般的にネット経営に必要な費用のみが正当化理由の根拠となり得るとされていた⁷¹⁾。

c 19条4項4号に基づく規制

19条4項4号によれば、市場支配的地位を有する事業者が所有するネットやその他の施設の利用が、川上又は川下の市場で活動する事業者が事業活動を行うために不可欠である場合、市場支配的事業者は、適切な対価を得て不可欠施設を利用させなければならない⁷²⁾。高すぎる託送料金の規制においては、市場支配的地位を有するネット事業者⁷³⁾が、有効な競争が行われている市場においては設定さ

66) Langen/Bunte-Schultz, *GWB*, a. a. O., § 19 Rz. 103 f.; Lange/Hübschle, *Handbuch zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 2001, S. 383; Wiedemann/Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts* § 23 Rz. 55; kritisch FK-Bauer/Wezer, *GWB* § 22 Rz. 631.

67) BGH 22.7.1999 WuW/E DE-R 375, 379 „Flugpreisspaltung“.

68) BGH 21.2.1995 WuW/E BGH 2967, 2974 „Strompreis Schwäbisch Hall“.

69) Langen/Bunte-Schultz, *GWB*, a. a. O., § 19 Rz. 119; Pohlmann, *Kartellrechtliche Aufsicht über die Stromabgabepreise der Energieversorgungsunternehmen nach der Energierechtsnovelle*, RdE 1998, 57, 59; Büdenbender, *Die Kontrolle von Durchleitungsentgelten in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft*, ZIP 2000, 2225, 2230; Rechnagel, *Kostenorientierte Preisbildung und Vergleichsmarktkonzept in: Bauer (Hrsg.), Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen in der deutschen und europäischen Energiewirtschaft*, 2001, S. 33, S. 45; Arbeitsgruppe, *Bericht*, a. a. O., S. 19; kritisch Bauer/Henk-Merten, a. a. O., S. 72.

70) Langen/Bunte-Schultz, *GWB*, a. a. O., § 19 Rz. 19 107; BGH 22.7.1999 WuW/E DE-R 375 ff. „Flugpreisspaltung“; dagegen BKartA 19.2.1997 WuW/E BKartA 2875, 2882 „Flugpreis Berlin-Frankfurt“.

71) Arbeitsgruppe, *Bericht*, a. a. O., S. 21.

れないような高い託送料金を課す場合、本号違反となる。連邦カルテル庁は、接続が拒否される場合、接続命令を下すことができ、託送料金の適切さについて争いがある場合、適切な託送料金を決定することができる⁷⁴⁾。

本号の違法性該当要件は、①市場支配的地位を有する事業者が、②ネットその他の不可欠施設の利用を、③その利用が川上又は川下市場で事業活動を行うにあたり不可欠である事業者に対して、④正当化理由なく拒絶し又は不適切な対価を要求することである。ネット事業者は独占者であるため①の要件は満たされ⁷⁵⁾、ネットには電力網も含まれるため②の要件も満たされる⁷⁶⁾。③に関しては、②の代替がなく、②の複製も不可能であることが必要とされる⁷⁷⁾が、送・配電網についてはこの要件も満たされる⁷⁸⁾。そこで問題となるのは、④の不適切な対価の要求である。

適切な料金の概念はGWBにも立法資料中にも存在しない。1998年EnWGの下では、6条1項(差別禁止)がGWB19条4項4号を補完することとなっていたが、すべての電力供給事業者に対して一律に高い託送料金が設定されている場合、差別禁止条項は意味を持たないため、本項が高い託送料金の規制のために設けられたものではないことは明白であった⁷⁹⁾。GWB19条4項4号の問題は、このように、

72) 本号は、電力市場の自由化前に、電力市場を含むネット分野におけるネット事業者の濫用行為を規制するために挿入された。BKartA, TB 1995/1996, 1997, S. 24. 自由化直後、ネット事業者は頻繁に接続を許否したため、本号に基づき接続命令が下された事件が多い。BKartA, TB 1999/2000, a. a. O., S. 135 ff. しかしネット事業者はその後、違法であることが明らかである接続許否ではなく、託送料金を高くすることにより川下市場の競争者より優位に立つ戦略をとり始めた。

73) 送・配電部門は自然独占であるため、ネット事業者は自己がネットを所有する地域において独占者であり、市場支配的地位が認められる。Arbeitsgruppe, Bericht, a. a. O., S. 8.

74) BGH 24.9.2002 WuW/DE-R 983 „Puttgarden“.

75) Arbeitsgruppe, Bericht, a. a. O., S. 8; Weyer, neue Fragen des Mißbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach § 19 GWB, AG 1999, 257, 261. これに対して以下の論者は、川上又は川下市場における市場支配的地位も必要とされるとする。Hohmann, Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 2001, S. 173 ff.; Emmerich, Kartellrecht 9. Aufl., 2001, S. 204.

76) I/M-Möschel, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 197.

77) I/M-Möschel, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 199.

78) Bauer/Henk-Merten, a. a. O., S. 85.

79) Bauer/Henk-Merten, a. a. O., S. 33; BKartA, TB 1997/1998, a. a. O., S. 29.

どのような料金が適切であるかが不明であることである⁸⁰⁾。

適切さの判断に際しては、まず、19条4項2項の比較市場の概念が用いられる⁸¹⁾。しかし前述の19条4項2項の検討の部分で述べたのと同様に、競争的な価格が設定されている市場が存在しないため、意味のある比較は不可能である。そこで、費用の考察が行われる⁸²⁾。この考察においては、まず、電力の総販売価格から託送料金や、電力税、売上税等すべての事業者が負担する費用が差し引かれ、発電と電力販売の費用、即ち電力の実額が産出される。この電力の実額が、市場価格、即ち他の事業者の電力の実額を相当程度下回れば、託送料金は高すぎるということになる。

費用の考察は、比較市場の概念を用いた方法と共に行われる場合と、比較市場の概念を用いた分析の代わりに行われる場合がある⁸³⁾。費用の考察に対しては、19条4項2号から乖離した考察であるため批判⁸⁴⁾があるが、比較市場が存在しない場合行われる必要がある⁸⁵⁾。基準となるのは、効率的な事業者の費用であるとする説⁸⁶⁾と、実際の費用を基準とする考え⁸⁷⁾がある。

前者は、競争を仮定する19条4項2号の概念に照らせば、有効競争の下で設定される費用が価格に反映されなければならないという理由に基づく⁸⁸⁾。効率的な

80) Maatz, Netznutzung und Netznutzungsentgelte für Strom nach dem EnWG sowie GWB/EGV in: Becker/Held/Riedel/Thoe bald (Hrsg.) Energiewirtschaft im Aufbruch, 2001, S. 69, S. 84.

81) Langen/Bunte-Schltz, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 168; Lutz, Durchleitung von Gas nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts und der Sechsten GWB-Novelle, RdE 1999, 102, 109; BKartA, TB 1997/98, a. a. O., S. 29.

82) BKartA, Diskussionspapier: Marktöffnung und Gewährleistung von Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, 2002, S. 24 f; Walter/Keussler, Der diskriminierungsfreie Zugang zum Netz: Reichweise des Anspruchs auf Durchleitung (Teil 1), RdE 1999, 190, 194. デュッセルドルフ高裁も、無関係な費用の計上の危険を指摘している。OLG Düsseldorf 8.5.2002 WuW/E DE-R 914 „Netznutzungsentgelt“.

83) BKartA, TB 2001/2002, a. a. O., S. 37, S. 167; Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., a. a. O., S. 205; Klaue, Einige Bemerkungen zur Höhe der Nezzugangsentgelte, ZNER, 2000, 271, 273; MK, HG 2000/2001, a. a. O., Rz. 111; I/M-Möschel, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 204; Bechtold, GWB § 19 Rz. 83.

84) Bauer/Henk-Merten, a. a. O., S. 89.

85) OLG Düsseldorf 8.5.2002 WuW/E DE-R 914 „Netznutzungsentgelt“.

86) Hohmann, a. a. O., S. 270 f.

87) BKartA, Diskussionspapier, a. a. O., S. 26 f.

事業者の費用が基準となるという考えは、既に電気通信分野で用いられており、ここでは、長期的な付加費用（Zusatzkosten）、適切な投下資本利益、固定費用の一部等は適正な料金の一部と考えられる⁸⁹⁾。

これに対して、実際の費用、即ち独占者の費用を基準とすれば、不効率に基づく高すぎる託送料金が正当化されてしまうため、妥当ではない⁹⁰⁾。しかし、電気通信分野と異なり、効率的な事業者の費用を基準とするための根拠条文がない以上、連邦カルテル庁は実際の費用を基準とするほかなかった。

そこで連邦カルテル庁は、団体協定Ⅱプラスを詳細に検討し、ネット利用者が負担すべきでない費用まで負担させられるしくみとなっていたことに着目し、上述の連邦及び州のカルテル庁の合同研究グループの報告書が示した、GWB上妥当な託送料金の計算方法と適切な託送料金の判断方法に基づき、ネットの構造の違いにより説明されない高い託送料金が問題となるとして規制を行った。

このような連邦カルテル庁の規制即ち、連邦カルテル庁は19条4項の審査に際して、比較市場の概念を用い行為者の費用の審査を行うことができること、及び被審査人に対して費用に関する情報の提供を命令することができることは判例上⁹¹⁾も認められた⁹²⁾。

しかし裁判所は、連邦カルテル庁の調査権限を認めても、連邦カルテル庁が命ずることができる措置を限定したため、連邦カルテル庁の濫用規制は実効性をもたなかった。団体協定Ⅱプラスに則って設定された託送料金の適切さが問題となったTEAG事件⁹³⁾において連邦カルテル庁は、高い託送料金を設定したThüringer Energie AG (TEAG) の託送料金の適切さを、上記の研究グループの提唱する方法に照らして判断し、高すぎる危険手当 (Wagniszuschlag) 等ネット利用者が負担すべきでない費用が計上されていることから、問題となった託送費

88) I/M-Möschel, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 204.

89) I/M-Möschel, GWB, a. a. O., § 19 Rz. 204; Hohmann, a. a. O., S. 270 f.

90) MK, HG 2002/2003, a. a. O., Tz. 773.

91) OLG Düsseldorf 8.5.2002 WuW/E DE-R 914 „Netznutzungsentgelt“.

92) この後、さらに、連邦カルテル庁が、地面の構造等比較される市場間の違いを考慮して1kmあたりの託送から得られる収入額を比較市場の概念を用いるに際して利用することも認められている。OLG Düsseldorf 30.7.2003, ZNER 2003, 254 „HEAG“.

93) BKartA 14.2.2003.

用は適切ではないと判断し、TEAGの託送の年間の総収入額の上限を定め、これを超える託送料金を課すことを禁止した。TEAGはデュッセルドルフ高裁に連邦カルテル庁の決定の取り消しを求めた。高裁は、託送の年間総収入額の合計に上限を課すことは許されない価格のコントロールに当たるなどという理由で、連邦カルテル庁の決定を取り消した⁹⁴⁾。この判断に対しては、本件では変電が行われているため連邦カルテル庁にとって個々の託送の費用を計算することはほぼ不可能であり、連邦カルテル庁に総収入額の上限を課す権限がなければ実効性のある濫用規制は不可能になると批判が集中した⁹⁵⁾。

同じく団体協定Ⅱプラスに則って設定された配電線への託送料金の適切さが問題となったStadtwerke Mainz事件⁹⁶⁾において、連邦カルテル庁は比較市場の概念を用い、Stadtwerke Mainz（マインツ地方公営企業）の配電線1キロメートル当たりの年間総収入額とその配電線の川上のREWの送電線1キロメートル当たりの年間総収入額を比較し、マインツ地方公営企業の配電の年間総収入額の上限を定め、これを超える託送料金の設定を禁止した。マインツ地方公営企業はデュッセルドルフ高裁に連邦カルテル庁の決定の取り消しを求めた。高裁は、REWとマインツ地方公営企業は規模や構造からして比較不可能である、総収入額の上限を課すことは許されない価格のコントロールに当たるなどという理由で、連邦カルテル庁の決定を取り消した⁹⁷⁾。連邦カルテル庁は上告し、上告審において最高裁⁹⁸⁾は、団体協定Ⅱプラスに則って設定されている託送料金について、連邦カルテル庁は当該託送料金を課した事業者の託送の年間総収入額を他の事業者のそれと比較し、年間総収入額の上限を定めることができるとし、実質的な判断を行わせるために事件を高裁に差し戻した⁹⁹⁾。

94) OLG Düsseldorf 11.2.2004 WuW/E DE-R 1239. 連邦カルテル庁は、EnWGの改正により、託送料金を規制する権限が連邦系統規制庁に移譲されることが予定されていたことから、上告しなかった。BKartA, TB 2001/2002, a. a. O., S. 167 f.

95) MK, HG 2004/2005, 2006, Tz. 1138; Klocker, Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen gem. § 6 EnWG in der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, WuW 2003, 880 ff.

96) BKartA 17.4.2003, ZNER 2003, 263.

97) OLG Düsseldorf 17.3.2004, RdE 2004, 141.

98) BGH 28.6.2005, WuW/E DE-R 1513.

このように、総収入額の上限を定めるという連邦カルテル庁の規制方法は、最終的には最高裁で認められた。しかし、氷山の一角に過ぎない違法行為に関する連邦カルテル庁の調査権限を、当該行為が行われてから何年も後に最高裁が認めた時点で、既に市場構造は反競争的になっていた。GWBに基づく事後的な救済が用意されているだけでは違反行為が行われる可能性があり、その可能性があれば、電力市場のように参入に際して多額の初期投資が必要な市場においては、それだけで参入障壁が上がるからである。

そしてネット事業者の濫用行為は、高すぎる託送料金の設定に限られず、ネットへの接続許否¹⁰⁰⁾、高すぎる電力消費量測定費の設定¹⁰¹⁾、高すぎる事業者向けの電力料金の設定¹⁰²⁾等、広範囲に及んでいた¹⁰³⁾。

v 2005年のEnWG改正

電力市場の競争が停滞していたことから、2003年にEUのエネギー市場の自由化を加速させるために欧州委員会の指令¹⁰⁴⁾が制定された。本指令により、垂直統合されたネット事業者の送・配電部門の他部門からの会計・経営及び法人格の分離や、託送料金またはその設定方法の事前規制等の義務が加盟国に課された¹⁰⁵⁾。GWBの規制では託送料金を低下させることができず、電力料金の上昇が

- 99) その後、EnWGの改正により連邦カルテル庁の濫用行為を規制する権限が連邦系統規制庁に移譲されたため、連邦カルテル庁とマインツ地方公営企業は、審理が不必要になった旨をデュッセルドルフ高裁に伝え、審理は打ち切られた。BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 128.
- 100) 連邦カルテル庁は、配電線の所有者であるMainovaの行った、複数の事業者に対する接続許否を禁止した。BKartA, 8.10.2003, WuW/E DE-811 ff. „Mainova“. 本決定は、デュッセルドルフ高裁 (OLG Düsseldorf, 23.6.2004, WuW/E DE-R1307) 及び最高裁 (BGH 28.6.2005 WuW/E DE-R 1520) で認められた。
- 101) BKartA 17.2.2003 B-1120/02 RWE Net. 本決定は、電力消費量測定市場が画定できないという理由で、デュッセルドルフ高裁で覆された。OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.12.2003, WuW/E DE-R 1236.
- 102) BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 128 f.
- 103) この他、発電者による高すぎる調整電力料金の設定も問題となっていた。調整電力に関しては、本稿 I 2 iii 以下を参照されたい。連邦カルテル庁はRWE及びE.ONグループの発電者の設定する調整電力料金が高すぎるという理由で審査を開始したが、EnWGの改正により、このような濫用行為は不可能になるという理由で、審査を打ち切った。BKartA, TB 2003/2004, 2005, S. 133 f.
- 104) Richtlinie 2003/54/EG AB1. EU Nr. L 176 v. 15.7.2003.

続いていたため事前規制の必要性が唱えられていた¹⁰⁶⁾ドイツでは、これを機に加盟国としての義務を果たしながら、託送料金の低下に繋がる規制を行うために、2005年にEnWGは改正された¹⁰⁷⁾。

EnWGは、ネット事業者のネット事業の、川上・川下市場の事業との会計(EnWG10条)、経営(EnWG8条)及び法人格(EnWG7条)の分離の義務を定め、ネット事業者の託送の義務(EnWG20条)を定めると同時に、託送料金については、事前認可制(EnWG23a条)とインセンティブ規制(EnWG21a条)を行うことを明記している。上述のように、ネット事業者の多いドイツでは、すべてのネット事業者の費用や価格についての情報を把握しインセンティブ規制を直ちに開始することは困難である。そのため、インセンティブ規制が開始されるまでの移行期間(2008年12月31日まで)、連邦及び州の系統規制庁による託送料金の事前認可制(EnWG23a条)が行われることとなった¹⁰⁸⁾。高すぎる託送料金に対しては、連邦及び州の系統規制庁の変更命令が下され(EnWG29条、30条)、認可されていない託送料金の設定は、過料の対象となる(EnWG95条1項1号)。連邦及び州の系統規制庁の決定に不服のある者は、高裁(第一審)(EnWG75条4項)及び最高裁(第二審)(EnWG86条)に決定の取り消しを求めることがで

105) EUのこれら一連のエネルギー政策により電力市場の自由化が進んでいることは、IAEにより高く評価されている。参照、IEA Energy Policies Review: The European Union 2008.

106) MK, HG 2002/2003, a. a. O., Tz. 880; Markert, a. a. O., BB 2001, 105, 109 f. Dagegen z.B. Böge, Vortrag zum Thema Building Energy and Transport Infrastructures for Tomorrow's Europe auf der 2. Jahrestagung für Energie und Verkehr am 12.11.2002, S. 10, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/>; Bonde, Deregulierung und Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, 2002, S. 263; Scholtka, Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2000 und 2001, NJW 2002, 483, Koenig/Kühling, Institutionelle Regulierungsordnung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaftssektorspezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?, WuW 2001, 810, 818 f. Engel, Verhandelter Netzzugang, 2002, S. 94.

107) BT-Drs 15/3917, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.10.2004, S. 1, Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970 (3621)), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 29. August 2008 (BGBl. I S. 1790). 本改正は、19条しかなかった旧法を118条からなる新法とする大改正であった。

108) 事前認可制は、ネット利用料と無関係な費用を計上してネット料金を設定することを防ぐために、電気通信分野でも行われている。電気通信事業法(Telekommunikationsgesetz v. 22.6.2004, BGBl. I S. 1190) 27条及び32条参照。

きる。

託送料金の設定に関する原則を定める EnWG 21 条によれば、託送料金は、適切かつ非差別的に、さらに効率的かつ構造的に比較可能なネット事業者の費用に対応して設定されなければならない、連邦系統規制庁による比較の結果、ネット事業者の託送料金、託送の収入額及び費用が比較可能なネット事業者のそれらを上回る場合には、効率的かつ構造的に比較可能なネット事業者の費用に対応して設定されていないと推定される。この規定により、効率的な事業者の費用を基準として託送料金の適切さが判断されることとなり、非効率的な事業者が高い託送料金を設定している場合の規制が可能となった。

連邦カルテル庁は、系統規制庁に高すぎる託送料金を規制する権限を譲ったが (EnWG 111 条)、連邦系統規制庁の下したネットの規制に関する決定に対して、意見表明を行うことができる (EnWG 58 条 2 項)¹⁰⁹⁾。また、連邦カルテル庁は、ネット分野の川上・川下市場における濫用を規制する権限並びに、ネット分野以外に関する GWB 19 条及び 29 条に基づく濫用規制¹¹⁰⁾、EU 法 82 条に基づく濫用規制 (ネット分野における濫用も含む)、企業結合規制¹¹¹⁾ 及びカルテルの規制¹¹²⁾ の権限を有している¹¹³⁾。

vi 欧州委員会の提案—垂直統合事業者の所有の分離

EU の加盟国の自由化された電力市場では、参入障壁や顧客の選択の自由の制限、そして折からの原材料の値上がりだけでは説明のつかない電力卸価格の値上

109) 管轄官庁が連邦カルテル庁から連邦系統規制庁に変わるにより、競争政策の一貫性が失われるという懸念があったが (Z.B. Koenig/Kühling, WuW 2001, 810, 818)、一貫性を保つために、両者の協力、相互の意見表明の機会の確保等の必要性が主張されていた。Vgl. Möschel, Das Verhältnis von Kartellbehörde und Sonderaufsichtsbehörden, WuW 2002, 683, 685 f. 実際には、58 条 2 項に基づき連邦カルテル庁は、2005 年 EnWG の施行以来、連邦系統規制庁の下したネットの規制に関するすべての決定に対して意見表明を行っている。BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 28.

110) BKartA, TB 2003/2004, a. a. O., S. 131 ff.

111) 連邦カルテル庁は活発な企業結合規制を行っており (BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 121)、連邦カルテル庁の決定は、最高裁においても認められている。Vgl. BGH, Beschluss v. 12.11.2008 „E.ON/Stadtwerke Eschwege“.

112) 寡占化進む電力市場は、協動的行動やカルテルの温床となっており、連邦カルテル庁は規制を強化している。BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 121.

113) BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 28.

がりが見られたため、欧州委員会は、市場が機能していない原因を解明するために、2005年に、規則1/2003¹¹⁴⁾の17条に基づく調査を開始した。この調査の結果、欧州委員会は、現在市場の競争が進まない原因の一つは、ネット事業者が川上・川下市場で活動していることであることを突き止め¹¹⁵⁾、所有の分離が必要であるという内容の報告書¹¹⁶⁾としてまとめた。現在加盟国には指令により法人格の分離の義務が課されており、ドイツにおいても、ネット事業者は別会社である発電会社や電力販売会社を所有しているが、これでは不十分であり、同じコンツェルンに属することも許されないという結論である。この調査に基づき欧州委員会は、2007年に、加盟国に所有の分離または独立系統運用機関 (Independent System Operator (ISO)) の設立の義務を課す新指令を議会と評議会に提案した¹¹⁷⁾。

ドイツでは所有の分離の必要性や可能性に関して、活発な議論が繰り返され¹¹⁸⁾。連邦経済技術省は、所有の分離は万能薬ではないことや、現行の発電業者のネット接続に関する規則¹¹⁹⁾により差別をなくすほうが、発電分野への新規参入者の接続を保障するにあたり、所有の分離より早く効果的かつ容易であるこ

114) Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (Abl. L 1 vom 4.1.2003, S. 1), geändert durch die Verordnung (EG) des Rates Nr. 411/2004 (Abl. L 68 v. 6.3.2004, S.1).

115) その後、E.ONが卸電力価格を吊り上げたこと及びbalancing市場 (本稿 I 2 iv参照) において自社の関連会社を優遇したことから審査が開始されたが、E.ONが市場を競争的にするために発電施設及びネットの売却等を提案したため、委員会はこれを決定により受け入れ、審査を終了させた。EG Kommission 26.11.2008 IP/08/1774, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html。なお、垂直統合事業者の所有の分離に関して、連邦系統規制庁は、ネット株式会社 (Netz AG) の設立を提唱しており、(BNetzA, Entwurf des Vorhabenplans für das Jahr 2009, 2008 S. 15) E.ONのネット売却はこれに対応した措置と思われる。

116) Mitteilung EG Kommission, (Abschlussbericht), KOM (2006) 851 endg. v. 10.1.2007.

117) EG Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt. KOM (2007) 528 endgültig v. 19.9.2007.

118) Vgl. Klees/Hauser, Eigentumsrechtliche Entflechtung in der Energiewirtschaft als strukturelle Maßnahme i.S. des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003? WuW, 2007, 596, 603.

119) Kraftwerks-Netzanschlussverordnung v. 26.6.2007, BGBl. I S. 1187. この規則の目的は、発電施設の建設へのインセンティブを与えることであり (RegE v. 27.6.2007, BT-Drs. 16/5847, S. 5, 10 f)、発電施設の建設を促す内容となっている。

と等を理由に、反対した¹²⁰⁾。

連邦経済技術省と同様に、早くから電力市場における競争の不存在を問題視していた独占委員会も、競争の不在の主な原因は、構造的な問題、即ちネット分野の自然独占、四送電事業者の垂直的・水平的結合及び四送電事業者と地方公共事業者との垂直的結合、並びに発電分野における市場の集中等であるとし¹²¹⁾、自然独占分野とそれ以外の事業をできる限り分離することに基本的には賛成しながらも¹²²⁾、所有の分離により、ネット事業者のネットへの投資のインセンティブが阻害されること¹²³⁾、ネット事業者を分割し、会社の形態を変えれば経営上のリスクが高まること¹²⁴⁾等を理由に、所有の分離に反対した。

垂直統合事業者が存在するドイツとフランスは、欧州委員会の提案に対して、第三の選択肢、即ち効率的かつ効果的な分離の達成により所有の分離やISOの設立を逃れることができるとする選択肢を盛り込むことを要求し、東欧諸国の賛同を得て、この要求は欧州委員会に受け入れられた¹²⁵⁾。各加盟国がこの三つのいずれかの方法による分離を選択し、その義務を負うとする内容の指令が、2009年前半に発令されることとなっている¹²⁶⁾。

vii GWBの改正

2005年のEnWGの改正後も、電力市場の集中は進み、温暖化ガス排出権取引に関連して卸電力価格が上昇し¹²⁷⁾、電力料金も著しく上昇した¹²⁸⁾。そこで連邦

120) Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Schlaglichter der Wirtschaftspolitik Monatbericht 1/2008 S. 27 ff. (2008), abrufbar unter: http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Monatsbericht/schlaglichter-der-wirtschaftspolitik-01-2008_property=pdf.bereich=bmwi.sprache=de.rwb=true.pdf. 以下、連邦経済技術省をBMWi、本報告書をSchlaglichterとして引用する。

121) MK, SG 49, a. a. O., Tz. 267 ff.

122) MK, SG 49, a. a. O., Tz. 243; MK, HG 2006/2007, 2008, Tz. 54. 独占委員会は、ネット分野と川上・川下の分野の従業員の分離（兼業・共同の禁止）も必要であるとする。

123) ネット事業者が垂直統合されている場合（法人格の分離も含む）、（関連会社を通して）販売も行うため、ネットの修理や新しいネットの建設のインセンティブを持つが、このインセンティブがなくなるといわれる。Vgl. MK, SG 47, a. a. O., Tz. 46 ff.

124) MK, SG 47, a. a. O., Tz. 32.

125) MK, HG 2006/2007, a. a. O., Tz. 51 ff.

126) 各加盟国は既にこの指令の内容に大筋で合意しており、現在調整が行われている。Vgl. EG Kommission 10.10.2008 IP/08/1484, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html.

経済技術省は、発電施設の接続に関する規則（以下、発電規則という）¹²⁹⁾を制定し、中期的に発電施設の建設のインセンティブを与え、ネット事業者による発電者の接続要求に対する差別禁止により発電分野の競争を促すこととしたが¹³⁰⁾、短期的にはカルテル庁による電力料金の規制のためにGWBの濫用規制を強化することが必要であると考えた¹³¹⁾。

そこで2007年のGWBの改正において、29条が挿入され、本条により、エネルギー市場において市場支配的地位を有するエネルギー供給者による濫用行為、即ち①他の供給会社より高い料金を設定すること、及び②費用との差（利益）が大きい料金を設定することが禁止されることとなった¹³²⁾。カルテル庁のGWB19条に基づき電力料金を規制する権限が、29条の挿入により強化されたのである。

29条の違反行為者は行為の差止を命じられ（GWB32条）、過料に処せられる（同法81条）。29条は、以下のように規定する。

29条：エネルギー事業

電力又はガス管を通して供給されるガスを販売する会社（供給会社）は、単独で又は他の供給会社と共に市場支配的地位を有する市場において、以下の方法

127) 29条の挿入が必要であることの理由の一つとして、卸電力価格の上昇が指摘されていた。Bundesregierung, Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2005/2006, BT-Drs 16/5710, S. 8.

128) Vgl. Bundesregierung, Jahreswirtschaftsbericht 2007, S. 34, abrufbar unter: http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/jahreswirtschaftsbericht_2007.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf. 1991以降の電力料金の推移は、以下のサイトで一望できる。<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Energie/energiestatistiken.did=1800914.html>.

129) Verordnung zur Regelung des Netzanschlusses von Anlagen zur Erzeugung von elektrischer Energie v. 26.6.2007 (BGBl. I S. 1187).

130) BMWi, Schlaglichter, a. a. O., S. 26.

131) GWBの濫用規制の強化の必要性は、連邦カルテル庁も指摘していた。Heitzer, Schwerpunkte der deutschen Wettbewerbspolitik, WuW 2007, 854, 859. また、2007年7月1日から、州のカルテル庁が行っていた電力料金の認可（本稿注44参照）が行われなくなることも、29条の挿入の理由であった。

132) Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18.12.2007, BGBl. I S. 2966. 29条は、2013年1月1日に失効する（GWB131条7項）。

でこの地位を濫用してはならない。

1 他の供給会社又は比較可能な市場の会社よりも高い (ungünstig) 料金又はその他の不利な (ungünstig) 事業条件を課すこと。但し、料金が高いこと又はその他の条件が不利なことの実質的な正当化事由を供給会社が立証した場合、カルテル庁の手続きにおいてのみ、説明及び立証責任が転換される。

2 不適切な方法で費用を上回る料金を要求すること。

競争があれば支出されない費用は、本条第1文でいう濫用の決定に際して考慮されない。

これらの内容は、連邦カルテル庁によれば、連邦カルテル庁が19条に基づき行ってきた規制と何ら変わりはないが、費用に基づき価格を濫用的であると規制する場合においても、連邦カルテル庁の決定の効果は即時に発効することとなり¹³³⁾、手続き的に素早く効果的な法律の適用が可能となった¹³⁴⁾。

29条は、不適切な方法で費用を上回る料金¹³⁵⁾を課すこと、即ち高利益を得ることを濫用としているが、高利益を得ることは、ドイツ法及びEU法上濫用とされている¹³⁶⁾。また、29条によれば、価格と費用の差が不適切である場合濫用とされるが、(不)適切という概念は、19条でも用いられている¹³⁷⁾。さらに、19条

133) GWB64条1項1号の削除により、一定の条文に関してのみ認められていた連邦カルテル庁の命令の即時の発効が、19条や29条においても認められることとなった。

134) BKartA, TB 2005/2006, a. a. O., S. 8.

135) 29条の「料金」は、19条の「料金」に対応しており、消費電力量測定料金等電力料金設定に関して計上される料金も規制対象である。Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT-Drs. 16/5847, S. 10. 以下、RegE v. 27. 6. 2007として引用する。

136) 費用に基づいて濫用を認定した判例としては、前述 TEAG事件 (注97) の他、以下がある。OLG Düsseldorf, 22.094.2002, WuW/E DE-R 914, 916 f. „Netznutzungsentgelt“. 同様の認定をした欧州裁判所の判例として参照、EuGH 14.02.1978, Rs 27/76, Slg. 1978, 207, 305 „United Brands“.

137) GWB19条4項4号は「適切な」料金でネットを利用させる義務を課す。なお、29条における適切さの判断に際しては、競争上の秩序原則のほかに、EnWGの目的である「安価なエネルギー供給」や他の分野での価格と費用の関係の適切さに関する判断が基準となる。Ritter/Lücke, Die Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des lebensmittelhandels-geplante Änderungen des GWB, WuW, 2007, 698, S. 703.

及び29条の比較においては、比較の対象より「相当程度」料金が低い場合に濫用が認められる¹³⁸⁾。

しかし、以下の点で、29条は19条と異なるといわれる。まず、19条においては、比較可能な市場との比較が行われ、この市場は電力市場に限られていたが、29条第1文の1においては、比較可能な市場との比較は必要ではなく、比較不可能であることは、行為者の側が立証しなければならない¹³⁹⁾。比較不可能ではない市場は、一部がネットの構造を有している市場¹⁴⁰⁾や商品取引市場での取引による価格の決定が重要な地位を占める原材料市場も含む¹⁴¹⁾と解される。19条の文言と異なり、29条第1文の1の文言上は、比較の対象となる市場において有効競争が行われている必要はない¹⁴²⁾。

29条の挿入に対しては、当然ながら電力業界は反対した¹⁴³⁾。連邦経済技術省の経済顧問も、電力市場の問題は、垂直的・水平的結合が進んだこと、託送料金が高すぎて販売競争が起こらないこと、及びエネルギー市場と温暖化ガス排出証市場の関係¹⁴⁴⁾にあり、電力の最終価格のみの規制を行うことは意味がないことや、「費用」がどのような費用を意味するのかが不明¹⁴⁵⁾であるため法的安定性を脅かすこと、そして、価格規制は秩序政策の原則、即ち価格は有効競争を通して決定されるという原則に反するとして、反対した¹⁴⁶⁾。独占委員会も、電力のような同質な製品の購入者は、新しい供給者と既存の供給者の価格が同じであれ

138) 19条に関して、参照、BGH 28.6.2005 WuW/E DE-R 1513, 1519 „Stadtwerke Mainz“. 29条に関して、Ritter/Lücke, a. a. O., S. 707. 相当程度の原則においては、10%程度までの乖離が必要とされるが、これに対する批判として、参照、Schulz, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., Bd. 1, 2006, § 19 Rn. 104.

139) 19条4項2号の法適用において発展してきた原則に従って比較市場の概念の適用において高すぎるとされた費用の正当化も可能である。RegE. v. 27.6.2007, a. a. O., S. 11.

140) RegE v. 27.6.2007, a. a. O., S. 11.

141) Ritter/Lücke, a. a. O. S. 701.

142) RegE v. 27.6.2007, a. a. O., S. 11. 前述のStadtwerke Mainz事件の最高裁判決においては、有効競争が行われていない市場との比較が行われていることから、29条は判例の立法化であるといえる。Ritter/Lücke, a. a. O., S. 701.

143) 電力業界の意見の要約は、以下に掲載されている。http://www.fiw-online.de/archiv/D/d041206gwb.html.

144) 発電者は無料で排出証を得ることができるが、排出証には価値があるため、発電者はこの機会費用を含めて卸電力料金を設定し、その結果電力料金が高くなる。

ば、新しい供給者に乗り換えなため、本条の実効性は疑わしいこと、本条により、競争者の価格引下げに対応した価格引下げの必要性が生じたが、この結果引き起こされる廉売競争を避けるために協調行為がもたらされる可能性があること、及び利益の抑制は競争プロセスのダイナミズムを無視していること等を理由に、この規制の導入に反対した¹⁴⁷⁾。

29条の導入に関しては、学説の対応も冷ややかである¹⁴⁸⁾。29条は連邦カルテル庁に認められていなかった手続き的な権限を与えるだけであり、直ちに違法行為が差し止められたとしても、違法行為が行われ得ることから参入障壁は上がるため、「競争のない複占」である市場に有効な競争が起こることは期待できないからである¹⁴⁹⁾。

(以下次号)

145) 29条は、特定の費用概念を用いることを規定していないが、政府法案の立法理由においては、完全競争下では価格は限界費用に一致する等の認識された経済原則を考慮してカルテル庁が29条を適用するとされている。RegE v. 27.6.2007, a. a. O., S. 11. このように費用概念が広く定められていることに加え、費用の規制は費用の認定が困難であるため、本条の適用は困難であるという指摘もある。Kuhn, WuW 6/2006, S. 578, 590.

146) Brief des Wissenschaftlichen Beirats zur Missbrauchsaufsicht auf dem Energiemarkt, abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/brief-energiebeirat-anglos.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de.rwb=true.pdf>.

147) MK, SG 47, a. a. O. Tz. 33 ff.

148) 独占委員会と同様に、高価格に対しては、別の方法で対処するのがよいとする説として、参照Bunte, Kartellrecht, 2. Aufl., 2008, S. 329.

149) Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl., 2008, S. 475; Säcker, Kommentar, WuW 12/2007; Immenga, FAZ v. 18.1.2007.