

不可欠施設の法理の独占禁止法上の意義について ～米国法・EC法及びドイツ法を手がかりとして～

川原 勝 美[※]

- I 課題の設定
- II 米国法の検討
- III EC法の検討
- IV ドイツ法の検討
- V 日本法への示唆

I 課題の設定

本稿は、いわゆる「不可欠施設 (essential facilities, wesentliche Einrichtungen)」の法理を取り上げて、米国法・EC及びドイツ法を手がかりとして、同法理が独占禁止法における従来の規制法理との関係でどのような意義を有するかについて検討を行うものである。

不可欠施設の法理とは、競争上不可欠な施設を保有する事業者は、正当な理由がない限り、適切な対価の下で競争者に対して当該施設を共同利用させなければならないという考え方である。この不可欠施設の法理は、米国反トラスト法の判例法理に由来し、近年ではEC競争法¹⁾の規制実務において顕著な展開を見せており、1998年にはドイツ競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下、GWBと略記) において明文化されるに至っている²⁾。一方、我が国では、2003年10月に独占禁止法研究会の独占・寡占規制見直し検討部会によって公表された「独占禁止法研究会報告書」(以下、「報告書」)において、同法理を独占禁止法において明文化することも提案された^{3) 4)}。

もっとも、不可欠施設の法理の意義・機能については議論があり、この法理を

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科) 第4巻第2号2005年7月 ISSN 1347-0388

※ 日本学術振興会特別研究員

1) EC競争法とは、本稿では、EC条約81条・82条及びEC企業結合規則を総称したものをいう。

独立の規制法理として立法化すべきかどうかについては検討の余地がある。不可欠施設の法理をめぐる議論は、適用要件やエンフォースメント（排除措置のあり方など）についての問題を含めて多岐にわたるが、第一に検討しておかなければならないのは、同法理が我が国の従来の規制法理に対してどのような意義を有しているのかという点である。「報告書」においても、「不可欠施設」の法理に関する明文の規定を設けることが提案されているものの、そうした規定が我が国独占禁止法における不公正な取引方法や私的独占の規制との関係で、どのような位置づけにあるか必ずしも明らかにされていない。

以上のような問題意識に基づいて、本稿では、我が国独占禁止法の母法であり、かつ不可欠施設の法理を生み出した米国法、それを継受したとされる EC 法、そして、同法理に関して明文の規定を設けたことで注目を浴びているドイツ法を取り上げて、これら各国の独占禁止法制において、不可欠施設の法理と従来の規制法理との関係についてどのような議論がなされているかを明らかにする。最後に、そこでの検討をふまえて、我が国独占禁止法への示唆を得ることとしたい。

II 米国法の検討

不可欠施設の法理に関する最初の連邦最高裁判決として一般に挙げられるのは、1912年の Terminal Railroad 事件連邦最高裁判決⁵⁾である。本件では、複数の鉄道

- 2) 米国反トラスト法における取引拒絶規制について詳細に検討した最近の文献として、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討(1)(2・完)」民商法雑誌121巻813頁、122巻74頁(2000年)。また、EC競争法における不可欠施設の法理の意義に焦点を当てて検討する文献として、藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受(1)(2)」法学研究74巻2号1頁、74巻3号(2001年)。本稿はこれと概ね同様の問題意識に立って検討を加えるものである。さらに、EC競争法・GWB及びドイツ電気通信法における不可欠施設の法理の展開及び理論状況を検討する文献として、柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用(1)(2)(3)」香川法学22巻2号1頁(2002年)、23巻1・2号1頁(2003年)、24巻2号119頁(2004年)がある。
- 3) その後、不可欠施設の法理に関する規定を設ける改正案を2004年度の国会に提出することについて議論がなされたが、見送られるに至っている。
- 4) なお、公正取引委員会が2001年11月に公表した「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」の中にも、不可欠施設の法理を採用する方向を示している記述が既に見られる。
- 5) United States v. Terminal Railroad Association, 224 U. S. 383(1912).

会社が共同管理していた鉄道ターミナルの利用を一部の鉄道会社に対して拒絶したことが、シャーマン法1条違反とされた。連邦最高裁は不可欠施設の法理について明確に述べてはいないものの、鉄道ターミナルの利用は鉄道輸送業務を行うために必要不可欠であると把握できることから、本判決は不可欠施設の法理の起点として位置づけられ得る。

このように不可欠施設の法理は、元来は、複数事業者による共同ボイコットのケースで打ち出された考え方である。そして、次に見るように、単独の事業者が保有する施設へのアクセス拒絶のケースに対しても適用されるに至っている。

単独事業者による取引拒絶を規制する根拠規定となるのは、シャーマン法2条である。シャーマン法2条は、単独又は複数の事業者による「独占化 (monopolization)」及び「独占化の企図 (attempts to monopolize)」を禁止しており、単独事業者による取引拒絶についても、独占化又は独占化の企図に該当する限りでシャーマン法2条違反となるということで、判例及び学説は一致している⁶⁾。そこで、取引拒絶が独占化又は独占化の企図となるかどうかの判断基準が問題となるが、1919年の Colgate 事件連邦最高裁判決⁷⁾では、すべての事業者は取引の相手方を自由に選択できることが明確にされ (いわゆるコルゲート原則)、取引拒絶は例外的にのみ規制されることが示された。そして、その後の裁判所は、単独事業者による取引拒絶に対する規制法理として、「意図」基準 (intent test)・「独占のテコ」基準 (monopoly leverage theory) そして不可欠施設の法理 (essential facilities doctrine) を発展させてきた⁸⁾。本稿のテーマである、不可欠施設の法理がどのような意義を有しているかという問題については、米国法においては、同法理が意図基準及び独占のテコ基準に対してどのように位置づけられるかという形で議論される。

6) See, e. g., Glazer/Lipsky, Unilateral Refusal to Deal under Section 2 of the Sherman Act, 63 Antitrust L. J. 749(1995).

7) United States v. Colgate & Co., 250 U. S. 300(1919).

8) Venit/Kallaugh, Essential Facilities : A Comparative Law Approach, Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1994, at 316 ; Gellhorn/Kovacic/Calkins, Antitrust Law and Economics, 174(2004) ; Jones/Sufrin, EC Competition Law, 387(2001).

以下では、これら三つの規制法理を明らかにした上で、不可欠施設の法理が他の規制法理との関係でどのような意義を有するかについて検討を加える。

1 取引拒絶に対する規制法理

(1) 意図基準

米国法において、取引拒絶に対する規制法理として第一に挙げられるのは、意図基準である。これは、取引拒絶が市場で独占的地位を形成又は維持する意図を伴って行われているかに着目して、違法かどうかを判断するというものである。

この意図基準は、取引拒絶についての基本先例として位置づけられる前記 Colgate 事件連邦最高裁判決において示されたものである。本件は、Colgate 社が自らの指示した再販売価格を遵守しない事業者には商品を提供しないという流通方針を採用したことが、反トラスト法上違法であるかどうかの問題となったケースである。この点について、連邦最高裁は、結論的には Colgate 社の行為を適法としながらも、同社の行為が独占を形成し又は維持する意図 (purpose to create or maintain a monopoly) を伴っているかが違法かどうかの決め手となることを明らかにしている。

このアプローチは、1927年の Kodak 事件連邦最高裁判決⁹⁾において踏襲されている。本件は、写真用品の製造業者である Kodak 社が小売市場へと垂直統合を行う過程で、Kodak 社による買収を拒否した Southern Photo 社に対して同社が取引拒絶を行ったケースであるが、連邦最高裁は、Kodak 社による取引拒絶は写真用品の小売市場を独占する意図を伴うものであるとして、シャーマン法2条違反を認定している。このように、取引拒絶の規制については、意図基準が伝統的かつ一般的な規制基準であると把握されている。

以上のように、元来の意図基準では、文字通り、行為者の主観面に着目して当該取引拒絶が独占意図に基づくものであるかどうかに着目していた。しかし、近年の意図基準はもはや元来の形では用いられておらず、一定の修正が加えられている¹⁰⁾。すなわち、近年の裁判所は、行為者の主観面よりも、取引拒絶が競争に

9) Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U. S. 359(1927).

対してどのような影響を与えるか、取引拒絶に正当な理由が存するかという客観面に着目して判断を行っている。そのような傾向を示すものとして挙げられるのが、1985年の Aspen 事件連邦最高裁判決¹¹⁾である。

本件では、従来より競争者の運営するスキー場と共同して共通リフト券を発行してきた Aspen Skiing 社が、共通リフト券を発行するという従来方式を取りやめて、自ら経営するスキー場専用のリフト券を発行する方式へと移行したことについて、違法な取引拒絶に該当するかどうかが問題となった。

連邦最高裁は、行為者の取引拒絶が独占意図を伴っているかどうかに着目して違法かどうかを判断するのが先例の立場であることを示しつつ、本件の取引拒絶が競争者及び消費者（本件ではスキー客）に対してどのような影響を与えるか、及び本件の取引拒絶に正当な理由が存するかという点に着目して違法かどうかを判断している。すなわち、消費者への影響という点については、どのスキー場でも使用できるという共通リフト券の性格、競争が活発であるその他の地域においても本件と同様に共通リフト券方式が普及しているといった事実を手がかりとして、本件の取引拒絶は消費者利益を阻害するとした。また、正当な理由に関しては、Aspen Skiing 社は説得的な証拠を示していないとした^{12) 13)}。これらの認定を基礎として、連邦最高裁は、同社の取引拒絶は、消費者利益を犠牲にして、競争者の排除・市場の独占の意図の下になされたものであるとした。

このように、本件では、取引拒絶が競争に与える客観的影響から行為者の意図を推認するアプローチが採用されている。この点で、近時の裁判所は、行為者の

-
- 10) Venit/Kallaugher, supra note 8, at 317; Beckmerhagen, Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, 2002, S. 35 f.
 - 11) Aspen Highlands Skiing Co. v. Aspen Skiing Co., 472 U. S. 585(1985).
 - 12) 本件では、従来行ってきた方式を変更した（行為パターンの変化）という点が問題であることも指摘されている。
 - 13) また、1992年の Kodak 事件連邦最高裁判決でも同様の判断枠組みが採用されている。本件は、コピー機の製造業者である Kodak 社が、自社製のコピー機の保守市場で競争者を排除するために、競争者に対してコピー機の保守部品の販売を拒絶したことが問題となった。Kodak 社は、保守市場における競争者を排除した後に、保守サービスの料金を引き上げている。本件においても、取引拒絶が競争者と消費者に対して与える影響、及び Kodak 社が自己の行動を正当化できるかどうかという点に着目して違法かどうかを判断している。Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc., 504 U. S. 451(1992).

主観的意図それ自体よりも、取引拒絶の客観面に重点を置いて判断する傾向にあるといえるが、意図基準についてはより根本的な疑問・批判が提示されている点にも注意しておきたい。すなわち、独占意図といっても、そうした意図それ自体は必ずしも不当とはいえないとの指摘がなされている¹⁴⁾。すなわち、独占意図といっても、それは良質・低廉な商品を提供する企業努力とも結びつき得るものであるから、独占意図のみに依拠して行為の違法性を判断するのは適切ではないとされる。反トラスト法上規制されるのは、独占力が反競争的な手段を伴って形成又は維持される場合である。従って、違法かどうかの判断において重要なのは、むしろ、行為の客観的性格及び市場に対する悪影響である。こうした指摘は、意図基準の修正というよりは、むしろ意図基準の放棄を促すものといえるかもしれない。いずれにしても、近時の裁判所は、意図基準とはいっても、行為者の主観的意図のみに依拠するのではなく、問題となる取引拒絶が競争にどのような影響を与えるか、また取引拒絶に正当な理由が存するかどうかといった客観面にも着目して判断を行っている¹⁵⁾。

(2) 独占のテコ基準

独占のテコ基準は、市場において既に独占力を有している事業者は、正当な理由なく、他の市場で競争上の優位を獲得するためにその独占力を利用してはならない、という考え方に基づくものである。このことから、少なくとも一方の市場において独占力を有していることの立証があれば、他の市場において独占力の獲得又はその蓋然性がなくとも規制し得る。

独占のテコ基準は1948年 Griffith 事件連邦最高裁判決¹⁶⁾で初めて打ち出され、1979年の Berkey Photo 事件¹⁷⁾において連邦第2巡回区控訴裁判所もこの考え方に従って判断している¹⁸⁾。すなわち、Berkey Photo 事件の第2巡回区控訴裁判所

14) Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L. J.*, 841, 845(1990); Glazer/Lipsky, *supra* note 6, at 755.

15) Glazer/Lipsky, *supra* note 6, at 754; Venit/Kallaughner, *supra* note 8, at 317; Ahern, *Refusals to Deal after Aspen*, 63 *Antitrust L. J.* 153, 165(1994); Beckmerhagen, *aaO.*, S. 35f.

16) *United States v. Griffith*, 334 U. S. 100(1948).

17) *Berkey Photo v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263(2d Cir. 1979).

は、「たとえ適法に獲得した独占力であっても、競争を制限し、競争上の優位性を獲得し、又は競争者を壊滅させるためにその独占力を利用することは違法である」とした Griffith 事件連邦最高裁判決を取り上げて、市場での独占力をテコにして他の市場で地位拡大を図ること自体が不当であるとの見解を明らかにしている。

しかし、上記のような意味での独占のテコ基準については、他方の市場における独占力の獲得又はその蓋然性の立証を不要とする点で、従来より批判が浴びせられていた。すなわち、シャーマン法2条においてそうした運用を許容してしまえば、ある市場において適法に獲得された独占力の単なる行使を直ちに規制することにつながりかねず、独占力の適法な行使と反競争的な行使とを適切に区別することができなくなってしまうとされる¹⁹⁾。適法に獲得された独占力を他の市場で行使するだけで規制を加えることは、独占化又は独占化の企図を規制するというシャーマン法2条の基本構想から逸脱する危険がある²⁰⁾。そこで近年では、このような批判に対応する形で、一方の市場で独占力を既に有していることに加えて、他方の市場でも少なくとも独占力が獲得される危険な蓋然性 (dangerous probability) のあることの立証を要求する見解が、学説及び判例上有力となっている。

このように、独占のテコ基準については、シャーマン法本来の規制枠組みに合致させる形で、適用要件を厳格化する方向で修正が図られてきている。

(3) 不可欠施設の法理

取引拒絶に対する第三の規制法理として発展してきたのが、不可欠施設の法理である。

反トラスト法の問題として不可欠施設の法理を学説上最初に取り上げたのは Neale と Sullivan である。Neale は、事業者集団が競争者に自己の施設へのアクセスを拒絶することによって競争上の問題が生じることを指摘した。また、Sul-

18) 1992年の Kodak 事件最高裁判決でも独占のテコ理論が再確認されている。

19) こうした点を指摘する判決として Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 548(9th Cir. 1991).

20) Beckmerhagen, aaO., S. 40.

livan は、不可欠施設の法理について、独占的事業者は顧客を公平に取り扱わなければならないとの19世紀以来のコモンロー上の原則に由来するとした²¹⁾。Sullivan は、このような考え方を公益事業アプローチ (public utility approach) と呼んでいる²²⁾。すなわち、公益事業者については、契約の自由が制限され、サービスを求めるすべての者と契約を締結することが義務づけられる。また、当該サービスを適正価格で提供することも義務づけられる。Sullivan は、公益事業者に課せられるこうした義務を、希少資源を独占的に保有する事業者一般へと拡張する。そして、競争者の集団が共通の施設を運営し、かつ、排除された競争者が当該施設を自ら調達することが実行不可能な場合、施設を運営する競争者は、合理的で非差別的な条件の下で、アクセスを提供する義務を負うとしている²³⁾。

連邦最高裁は、不可欠施設の法理をこれまで明示的に承認してはいないものの、連邦巡回区控訴裁判所は、1983年の MCI 事件判決²⁴⁾において同法理を採用することを明確にしている。

本件では、AT&T 社が、長距離通話の分野において競争関係にある MCI 社に対して、MCI 社が長距離通話サービスを行う上で必要不可欠となる地域回線への接続を拒絶したことが、シャーマン法2条に違反するかどうかが問題となった。

第7巡回区控訴裁判所は、以下のように述べて、本件に不可欠施設の法理を適用することを明らかにした。すなわち、「本件事情の下では、独占的事業者による取引拒絶は、いわゆる不可欠施設の法理に従って規制を受ける。そのような取引拒絶が違法となるのは、独占的事業者による不可欠施設（しばしばボトルネックと呼ばれる）のコントロールによって、独占力が、一つの生産段階から他の生産段階へ、また、一つの市場から他の市場へと拡大され得るからである。反トラスト法は、不可欠施設をコントロールする事業者に対して、差別的でない条件の下で当該施設を他の事業者にも使用させる義務を課したのである」としている²⁵⁾。

21) Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust*, at 125 (1977); Beckmerhagen, aaO., S. 52; Venit/Kallaughner, *supra* note 8, at 319-320.

22) Sullivan, *supra* note 21, at 125-126.

23) *Id.* at 131.

24) *MCI Communications Co. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

25) *Id.* at 1132.

このように、本判決は、不可欠施設の法理を採用することに一般的支持を表明した後に、事業者が保有する施設について共同利用を義務づけるには、①独占的事業者によって不可欠施設が保有されていること、②競争者が、實際上又は合理的に、当該施設を調達できないこと、③競争者に対して不可欠施設の提供を拒絶したこと、④当該施設の共同利用が實際上可能であることの4要件が充足されなければならないとしている^{26) 27)}。その上で、AT&T社による相互接続の拒絶はシャーマン法2条に違反すると結論づけている。

そして、これ以降の判例は、MCI事件判決で示された四つの要件を基礎としつつ、それらの要件について具体化ないし精緻化を図る方向で不可欠施設の法理の運用を行ってきている。

2 米国法における不可欠施設の法理の意義

このように、米国反トラスト法では、取引拒絶に対する規制法理として、不可欠施設の法理以外にも意図基準と独占のテコ基準が存在しているが、それらの相互関係（共通点・相違点）は必ずしも明らかでなく、この点が議論の対象となっている。以下では、意図基準及び独占のテコ基準に対して、不可欠施設の法理がどのような意義を有しているのかについて検討を加える。

まず、意図基準と不可欠施設の法理との関係について見ていくことにする。

前記MCI判決によれば、意図基準では行為者の主観面に焦点が当てられるのに対して、不可欠施設の法理では、アクセスの対象の性質（つまり、施設の不可欠性）や正当化事由といった客観面に焦点が当てられており、その点で両者はア

26) Id. at 1132-1133.

27) そして、①について、裁判所は、AT&T社は地域回線部分を完全にコントロールしており、その部分と相互接続を行うことはMCI社がサービスを提供する上で必要不可欠であると認定している。次いで、②については、「現在の技術環境下では地域回線部分は自然独占性を有すると考えられており、実際にそのようなものとして規制を受けている」との一般認識を述べた後に、地域回線を自前で設置することは経済的に実現不可能であり、かつそのような非経済的な設置については規制当局の認可を得ることもできないであろうとしている。さらに、④については、被告は相互接続が可能であったにもかかわらずそれを拒絶したことが証拠から明らかであるとしている。また、接続拒否について正当なビジネス上及び技術上の理由が示されていないと結論づけている。Id. at 1133.

アプローチの仕方が異なるとされる²⁸⁾。しかし、既に示したように、意図基準については、取引拒絶が競争に与える影響や正当化事由の存否によって違法かどうかを判断するのが現在の基本的傾向である。意図基準におけるこうした傾向に鑑みると、意図基準と不可欠施設の法理との間に大きな差はなく、競争に対する客観的な効果を判断するという方向で両者は接近しつつあるといえる。

また、意図基準が独占力を保有している市場自体における競争制限に着目するのに対して、不可欠施設の法理では、不可欠施設を使用して商品・役務を提供する市場、つまり隣接市場における競争制限に着目しているとの指摘もある²⁹⁾。つまり、着目する市場が異なる点に両者の相違点を見出す見解である。しかし、隣接市場に競争制限的な効果を及ぼす取引拒絶に対して意図基準では対応不可能であるとは必ずしもいえず、着目する市場が異なるという点は、両者の基準の本質的な違いを示すものではないと思われる。

このように、不可欠施設の法理と意図基準の相違点についてはあまり明確なものとはなっていないものの、同法理が意図基準に対してどのような意義を有するかという点については、1991年の Alaska 航空事件で第9巡回区控訴裁判所が示した見解が注目される。

すなわち、第9巡回区控訴裁判所は、不可欠施設の法理に関して、隣接市場における競争を完全に排除する程度の（施設の）不可欠性が立証され、かつ当該施設へのアクセス拒絶によって少なくともいくつかの競争者が実際に市場から排除されていることが立証される場合には、隣接市場において独占が形成される危険性は明らかであるとする。この場合には、独占化又は独占の企図が立証されるので、意図基準のように時間をかけて詳細な審理を行う必要はないとしている³⁰⁾。つまり、不可欠性という要件を付加することと引き替えに、競争に与える弊害、正当化事由の不存在といった検討事項がいわば省略ないし簡略化される点に、不可欠施設の法理の意義が認められるということになる。こうした見方からすれば、

28) Beckmerhagen, aaO., S.138 f.

29) Venit/Kallaugher, supra note 8, at 318; Haas, Essential Facilities Doctrine und offene Netze, 2000, S.138ff.

30) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F. 2d 536, 547(9th Cir. 1991).

不可欠施設の法理は、独自の規制法理として位置づけるよりも、取引拒絶における伝統的・一般的な規制基準としての意図基準の延長線上に位置づけるのが適切かもしれない³¹⁾。

次に、独占のテコ基準と不可欠施設の法理との関係について論じたい。

この点につき、客観面を重視するという点では、不可欠施設の法理と独占のテコ基準は共通性を有している³²⁾。さらに、前記 MCI 判決では、一つの市場における独占力が他の市場へと波及する点に不当性が見い出されるという点で、両者の規制法理に違いはないとされる³³⁾。

これに対して、独占のテコ基準では、一方の市場で独占力を有していれば足り、他方の市場においては単に競争上の優位性を享受しているというだけで違法となり、この点に不可欠施設の法理との違いが認められるとの見解がある³⁴⁾。これは、不可欠施設の法理の適用要件として、他方の市場（隣接市場）における独占力獲得の危険な蓋然性の立証を要求した前記 Alaska 航空事件判決をふまえた上での指摘である。しかし、既に述べたように、独占のテコ基準においても、近年では、他方の市場において独占力が獲得される危険な蓋然性の立証が要求される傾向にある。このように、両者は適用要件が厳格化される方向で共通しており、そうした見方からすれば、不可欠施設の法理の独自の意義は認めにくいといえる。

なお、上記のことと関連して、不可欠施設の法理を採用したことによって、米国反トラスト法における規制の性格が変化したことを指摘する者もある。すなわち、不可欠施設の法理の採用によって、シャーマン法 2 条による規制の性格が、

-
- 31) また、不可欠施設の法理では、正当化事由の範囲が意図基準及び独占のテコ基準よりも狭くなるという点を指摘する者もあるが (Venit/Kallaugh, supra note 8, at 318)、その根拠については明らかにされていない。おそらく、不可欠施設の法理が適用されるケースでは、通常よりも強度の競争制限的な効果が生じていることを根拠とするものであろう。
- 32) Kezborn/Goldman, No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the Essential Facilities Doctrine, Colum. Bus. L. Rev. 1, 6(1996).
- 33) MCI Communications Co.v. AT&T, 708 F.2d 1081, 1132(7th Cir. 1983); Vgl., Beckmerhagen, aaO., S.140.
- 34) Venit/Kallaugh, supra note 8, at 319; Vgl., Beckmerhagen, aaO., S.140; Haas, aaO., S.141.

本来の独占化規制を離れて、EC・ドイツの「濫用規制 (Mißbrauchskontrolle)」へと質的に変化したとの見方である³⁵⁾。これは、不可欠施設の保有に起因する力の不当な利用を阻止するという点に、その濫用規制としての性格を見出すものである。もっとも、濫用規制的な発想は独占のテコ規準にも見出すことが可能であるし、隣接市場における独占力形成の危険に着目する Alaska 航空事件判決に示されるように、米国における不可欠施設の法理はシャーマン法2条本来の独占化規制と合致する形で修正が図られている。その意味では、現在の同法理が濫用規制であるとまでいえるかは検討の余地がある。とはいえ、当初の不可欠施設の法理が、米国の伝統的な規制原理より、むしろ EC・ドイツにおける濫用規制の考え方と親近性を有していた点は否定できないであろう。

以上、取引拒絶に関する規制法理を明らかにしつつ、米国法において、不可欠施設の法理が従来の規制法理との関係でどのような意義・特質を有しているか検討してきた。もっとも、各々の規制法理が未だ流動的なこともあって、それぞれの規制法理の相互関係を明確にすることは現時点では困難である。ただ、シャーマン法2条の独占化規制の本来の趣旨に合致する方向で一定の修正が図られている点では、上記三つの規制法理は共通しているといえる。判例及び学説の一般的傾向としては、不可欠施設の法理の独自の意義を強調するというよりは、取引拒絶に関する伝統的・一般的な規制基準として意図基準を捉えて、その理論的深化ないし弾力化を図る方向が見受けられる³⁶⁾。こうした基本的傾向の下で、不可欠施設の法理は、安易な法運用及び過剰な規制への懸念はあるものの、意図基準に伴う複雑かつ長期の審理という弱点を克服し、規制基準の明確化及びそれに伴う審理の能率化を図るものとして位置づけることができると考えられる。

35) Klaue, Zur Rezeption der amerikanischen essential - facility - doctrine in das europäische und deutsche Kartellrecht, *Recht der Energiewirtschaft* 1996, 51, 54 ; Schwarze, *Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsfrecht : Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsfrecht*, 1999, S.19 ; Vgl., Hohmann, *Die essential facilities doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 2001, S.41.

36) 特に Hovenkamp は、不可欠施設の法理を廃止し、意図基準で一歩化することを主張している。Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 305(2nd ed. 1999).

Ⅲ EC法の検討

EC競争法において、不可欠施設の法理は、市場支配的地位の濫用規制における規制法理の一つとして継受・運用されている。

EC条約82条は、本文において、「単一又は複数の事業者による、共同市場又はその重要部分における支配的地位の濫用は、加盟国間の取引に影響を及ぼすおそれがある場合には、共同体市場と合致しないものとして禁止される」として、市場支配的地位の濫用行為を禁止する。そして、濫用の例示として、不当な取引条件を課すこと (a号)、生産・販売又は技術開発を制限し、消費者に不利益を及ぼすこと (b号)、取引相手方を差別的に取り扱うこと (c号)、及び、抱き合わせを行うこと (d号)を挙げる。EC条約82条の目的は、市場支配的事業者に一定の義務を課すことによって、有効な競争を維持することにあるとされる³⁷⁾。

EC競争法は、以下で示すように、1990年代初頭の港湾施設の使用に関する一連のEC委員会決定において、不可欠施設の法理を継受したといわれる³⁸⁾。もっとも、不可欠施設の法理が継受される以前にも、市場支配的事業者による取引拒絶に対しては、既に1970年代から一定の規制が加えられている。

取引拒絶に対して規制を加える場合の根拠規定としては、EC条約82条本文の一般条項、及び消費者に不利益を与える販売制限を濫用とする同82条b号がある³⁹⁾。前者は、濫用の例示規定だけではカバーできない多様な濫用行為を捕捉する機能を有しており、取引拒絶に関しても多くのケースで適用されている。後者は、消費者に不利益を及ぼす生産制限・販売制限・技術開発制限を濫用行為とするものであり、取引拒絶もこのような観点から規制される場合がある。

以下では、取引拒絶に対する従来の規制法理を明らかにした上で、EC競争法において、不可欠施設の法理が従来の規制法理との関係でどのような意義を有し

37) See, e. g., Michelin, 1983 ECR 3461, 3511, para. 57; Ritter/Braun/Rawlinson, European Competition Law: A Practitioner's Guide, 354(2nd ed. 2000).

38) Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht: Kommentar, 1997, S.766; Schwarze, aaO., S.16 f.; Klaue, aaO., 51 ff.

39) Ritter/Braun/Rawlinson, supra note 37, at 366, 379; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, Rdnr. 127 zum Art. 82.

ているかについて検討を加える。

1 取引拒絶に対する従来の規制法理

(1) 隣接市場における競争の排除

市場支配的事業者による取引拒絶が濫用となるかどうかを判断する際の視点として第一に挙げられるのは、隣接市場における競争の排除という視点である。

市場支配的事業者の行為によって生じる競争制限は、必ずしも支配的地位を有している市場において生じる必要はなく、その他の市場（隣接市場）において生じる場合であっても濫用となり得るとするのが通説及び判例の立場である。従って、市場支配的事業者が、自己の支配的地位を利用して、隣接市場において競争を制限する行為も濫用となり得る。そして、隣接市場における競争の排除という観点から市場支配的事業者による取引拒絶が濫用とされたりディング・ケースが、1974年の Commercial Solvents 事件 EC 裁判所判決⁴⁰⁾である。

本件は、結核治療薬であるエタンプトールを製造するために必要な原料の市場において支配的地位にある Commercial Solvents 社が、従来より取引関係にあった Zoja 社に対する原料の供給を打ち切ったことについて、市場支配的地位の濫用に該当するとされたケースである。

本件において、EC 裁判所は「事業者が原料の製造について支配的地位にあり、それゆえ派生品の製造者に対する供給をコントロールできる場合、事業者は、自ら派生品の製造を開始したことを根拠として、従来の顧客との競争を排除する行動、すなわち共同体市場におけるエタンプトールの主たる製造者のうちの1社を排除することになる行動をとることは許されない。…従って、原料市場において支配的地位にある事業者が、派生品を自ら製造するために原料を自己に留保する目的で派生品の製造業者である顧客に対して原料供給を拒絶することは、派生品市場における競争をすべて排除するおそれがあり、支配的地位の濫用に該当する」として、隣接市場であるエタンプトールの市場における競争の排除が濫用認定の重要な手がかりとなることを明らかにしている⁴¹⁾。

40) Commercial Solvents v. Commission, 1 CMLR 309(1974).

また、1995年の Magill 事件 EC 裁判所判決⁴²⁾においても、隣接市場における競争の排除という観点が濫用認定の一つの手がかりとなっている。

本件は、アイルランド及び北アイルランドにおいて、BBC、IBA 及び RTE のテレビ局3社が、週刊テレビガイドの創刊を計画している Magill 社に対して、テレビ番組表を掲載するために必要な著作権のライセンスをそれぞれ拒絶したことが問題となったケースである。本件において、EC 裁判所は、BBC、IBA 及び RTE の各社が、各社のテレビ番組表のライセンスに係る市場及び、各社のテレビガイドの発行に係る市場においてそれぞれ支配的地位を有することを認定した上で、濫用に関して以下のように述べている。

すなわち、先の Commercial Solvents 事件 EC 裁判所判決を引き合いに出して、「各テレビ局は、週刊テレビガイドという隣接市場における競争を完全に排除することによって、当該市場を自己に留保している。なぜならば、彼らは、週刊テレビガイドの編集にとって不可欠な基本情報（つまり、各テレビ局が著作権を有する番組表）へのアクセスを拒絶しているからである」と述べて、各社のライセンス拒絶行為は市場支配的地位の濫用に該当するとしている⁴³⁾

(2) 消費者への不利益

次に挙げられるのが、消費者に不利益となる販売制限（EC 条約82条 b 号）に該当するかという観点から規制を加えるという考え方である。すなわち、市場支配的事業者による取引拒絶によって消費者に不利益が生じる場合には、当該取引拒絶は濫用になるというものである。

そして、このような観点から規制が加えられたケースとして、前記 Magill 事件 EC 裁判所判決が挙げられる。

本件において EC 裁判所は、Commercial Solvents 事件判決で示された隣接市場における競争の排除という観点に加えて、テレビ番組表の著作権のライセンス拒絶によって、新規かつ潜在的な需要が見込まれる週刊テレビガイドの創刊が妨げられるという弊害にも着目している。その上で、本件のライセンス拒絶は、

41) Id. para. 25.

42) RTE & ITP v. Commission, 4 CMLR 718(1995).

43) Id. para. 56.

EC 条約82条 b号にいう消費者への不利益をもたらすことになるとして、濫用を導いている。

すなわち、アイルランド及び北アイルランドにおいては、従来、各テレビ局は自社のテレビ番組のみを掲載したテレビガイドをそれぞれ発行してきたが、Magill 社が創刊を計画していた週刊テレビガイドは、すべてのテレビ局についての番組表を掲載するものであった。この点で、本件におけるライセンス拒絶行為は、新規性を有しかつ潜在的な需要が見込まれる包括的な週刊テレビガイドの創刊を妨げることになり、その結果消費者の利益は阻害され得るものであった。

また、これ以前の1988年の Sabena 事件 EC 委員会決定⁴⁴⁾においても、消費者への不利益という点が濫用認定の一つの手がかりとなっている。

本件では、ベルギーにおいて航空輸送サービスを行い、かつ Saphir と呼ばれる航空券予約システムを保有・運営する Sabena 社が、ブラッセル・ルートン間の航空輸送サービス市場への新規参入者である London European 社に対して、当該システムを通じて London European 社の航空券を予約・販売することを拒絶したことが濫用に該当するかどうか問題となった。本件における航空券予約システムはベルギーの旅行会社の端末機に接続されており（全旅行会社の40～50%が接続されていた）、予約状況及び価格を即座に検索することが可能であった。また、航空会社にその都度照会する必要もなく、当該システムを通じて自動的に予約を行うことができ、本件の航空券予約システムは航空券の予約・販売にとって非常に有用であったとされる。

本件において EC 委員会は、Sabena 社がベルギー国内の航空券予約システムの運営に係る市場において支配的地位を有していることを認定した上で、同社が当該システムへのアクセスを拒絶したことは支配的地位の濫用に該当するとした。その理由の一つとして EC 委員会は、EC 条約82条 b号にいう消費者への不利益という点を挙げている。すなわち、航空券予約システムへのアクセスが拒絶されることによって、新規参入者である London European 社はブラッセル・ルートン間での航空輸送サービスの提供を断念せざるを得なくなり、それによって消費

44) London European/Sabena, OJ 1988 L317/47.

者に不利益が生じる結果となり得るとされた⁴⁵⁾。このように、本件では、競争者の新規参入が阻害されることによる競争圧力の減少が、消費者の不利益をもたらすということで濫用認定の重要な手がかりとなっている。

もっとも、消費者への不利益に着目する Sabena 事件委員会決定のアプローチは、Commercial Solvents 事件 EC 裁判所判決で示された、隣接市場における競争の排除に着目して濫用を認定するアプローチと実質的には大きな違いはないように思われる。競争の排除による競争圧力の減少は、結果として消費者への不利益をもたらし得るからである。

(3) 反業績的な競争手段（商慣行との不一致）

さらに、取引拒絶が「業績競争（Leistungswettbewerb, competition on the merits）」に合致するかという点に着目して濫用を判断するものもある。EC 競争法の市場支配的地位の濫用規制において、業績競争という視点を打ち出したのは Hoffmann-La Roche 事件及び Akzo 事件の EC 裁判所判決である。それによれば、市場支配的事業者は、自己の業績に基づく通常の競争とは異なる手段を用いて競争を阻害してはならないとされる⁴⁶⁾。つまり、業績に基づく競争に反する行為であるかどうか濫用の基準になるということである。そして、この業績競争の視点を手がかりとして取引拒絶が濫用とされたケースとして、1992年の British Midland 事件 EC 委員会決定がある⁴⁷⁾。

本件は、ロンドン・ダブリン間の航空輸送市場において支配的地位を有する Aer Lingus 社が、同市場への新規参入を計画している British Midland 社に対して、

45) Id. para. 30. なお、本件では、アクセスを巡る交渉過程で、Sabena 社は、航空券予約システムへのアクセスを認める条件として、London European 社の航空券の価格を Sabena 社と同一の水準まで引き上げることを要求していた。このような人為的な価格引き上げの要求は、自由競争のシステムに合致しないとされる。さらに、本件では、航空券予約システムの利用だけではなく、自らの搭乗手続業務を併せて利用することを要求しており、EC 条約82条 d 号の「抱き合わせ取引」に該当するとされた。このように、本件は、抱き合わせや価格競争の制限を実現するための手段としても取引拒絶が用いられていた点で濫用を比較的認定しやすいケースであったといえる。

46) Hoffmann-La Roche v. Commission, 1979 ECR 461(1979) ; Akzo v. Commission, 1 ECR 3359(1991) ; Waelbroeck / Frignani, European Competition Law, 266-267 (2000)

47) British Midland/Aer Lingus, 4 CMLR 596(1993).

相互乗り入れ (interlining) を拒絶したことが問題となったケースである⁴⁸⁾。本件において EC 委員会は、相互乗り入れの拒絶によって参入費用が引き上げられ、同市場への新規参入が阻害される点を濫用認定の手がかりとしているが、これに加えて、相互乗り入れが航空業界において確立した商慣行であって、その拒絶が業績競争に合致しないという点も考慮して濫用を導いている。すなわち、航空業界において相互乗り入れは、航空会社と乗客に利益をもたらすものとして普及しており、こうした相互乗り入れの拒絶は、ヨーロッパの航空業界においては適切な行為とはいえないとされる。このように、本件では、参入障壁の形成という市場構造的な要素だけでなく、相互乗り入れの拒絶は業界の商慣行に合致せず業績競争に反するという、行為自体の不当性も濫用認定の手がかりとなっている。

2 EC 競争法における不可欠施設の法理の継受

不可欠施設の法理を積極的に EC 競争法に導入したのは EC 委員会である。EC 委員会は、以下に述べるように、港湾施設の利用に係る一連の決定を通じて、不可欠施設の法理を EC 競争法82条の市場支配的地位の濫用規制に導入している⁴⁹⁾。

まず第一に挙げられるのは、1992年の B&I 事件 EC 委員会決定⁵⁰⁾である。

本件は、イギリスにおいてホリーヘッド港を保有し、かつフェリーの運航サービスを行っている Sealink 社が、フェリーの運航サービスについて競争関係にある B&I 社に対して、同社に不利益を与えるように発着時刻を変更したことが市場支配的地位の濫用に該当するとして、仮命令 (interim orders) が下されたケースである⁵¹⁾。すなわち、Sealink 社は、競争相手である B&I 社の運航するフェリーの乗船・下船時間に Sealink 社のフェリーが通過するように発着時刻の変更を行った。そのような発着時刻の変更によって、B&I 社はその時間帯に乗船

48) 相互乗り入れとは、複数の航空会社が共通に発行する単一の航空券によって、同一の路線で運行する異なる航空会社のうち乗客自身の希望する航空会社を利用することを可能にするシステムをいう。従って、航空券を発行する航空会社 (発行会社) と、実際に乗客を乗せる航空会社 (運行会社) が異なる場合がある。発行会社と運行会社が異なる場合には、決済システムを通じて両者間で運賃の分配が行われる。

49) Stollhoff, Ausschluss von Marktrisiken durch Essential Facilities, 2000, S. 41 ff.

50) B&I/Sealink, 5 CMLR 255(1992).

及び下船を一時中断しなければならなくなり、その結果フェリーの運航に支障が生じたことから、Sealink 社による発着時刻の変更は、市場支配的地位の濫用に該当するとされた。

EC 委員会は、本件での関連市場を、イギリスとアイルランドを結ぶ複数の航路のうち、中央航路（ホリーヘッドとダブリンを結ぶ航路）によるフェリー運航サービスに必要なホリーヘッド港の使用に係る市場とした上で、当該市場における Sealink 社の支配的地位を認定している。その上で、EC 委員会は、濫用に関して、「施設又はその他のインフラストラクチャーへのアクセスなくしては、競争者は自己の顧客にサービスを提供できないような不可欠施設を保有・管理し、かつ、自らも当該施設を使用する支配的事業者は、競争者に対して、当該施設へのアクセスを拒絶するか又は自己に対するより不利な条件でのみアクセスを認める場合には、それによって競争者は競争上不利な立場に置かれることになり、その他の要件が充足される限りにおいて、EC 条約82条に違反する」として、不可欠施設の法理を本件において適用することを明らかにしている⁵²⁾。その上で、EC 委員会は、Sealink 社に対して、B & I 社に不利益を与えないように発着時刻の変更を行うか又は変更前の発着時刻に戻すべきであるとされた。

本件は港湾施設の利用自体を拒絶したケースではなく、港湾施設の利用に関して不利益な取扱いを行ったものであるが、本件で EC 委員会は明確に不可欠施設の語を用いていることから、本件は EC 競争法における不可欠施設の法理の継受の起点として位置づけられている（もっとも、後に述べるように、EC 競争法における不可欠施設の法理が、規制の新たな方向を示すものまでいえるかについては議論がある）。

次に挙げられるのは、1993年の Sea Containers 事件 EC 委員会決定⁵³⁾である。

本件では、ホリーヘッド港の保有者であり、かつフェリーの運航を行っていた

51) 正確には、Stena グループに属する Sealink Harbours 社がホリーヘッド港を保有し、同じく Stena グループに属する Stena Sealink Line 社がホリーヘッド港を使用してフェリーの運航業務を行っていたが、Sealink Harbours 社と Stena Sealink Line 社は経済上の一体性を有しているとして、本件では Sealink 社として取り扱われている。

52) B & I/Sealink, 5 CMLR 255(1992), para. 41.

Sealink 社が、新規にフェリーの運航を開始しようとした Sea Containers 社に対してホリーヘッド港の使用を拒絶したことが、EC 条約82条の市場支配的地位の濫用に該当するかどうかの問題となった⁵⁴⁾。

本件は EC 委員会による仮命令のケースであったが、本件の審理中に、ホリーヘッド港の使用の申し込みを拒絶された Sea Containers 社は Sealink 社の提案する条件で同港を使用することで合意し、従って、EC 委員会は仮命令を下すまでには至らなかった。しかし、EC 委員会は審理の過程で、本件の拒絶行為が市場支配的地位の濫用に該当するかどうかに関して、以下のような判断を示したことが注目される。

まず、Sealink 社は、イギリスとアイルランドを結ぶ航路のうち、中央航路のフェリー運航サービスに使用されるホリーヘッド港の提供に係る市場において支配的地位にあるとされた。そして、濫用かどうかの判断基準について、EC 委員会は以下のような一般論を述べる。すなわち、「不可欠施設の提供において支配的地位を有し、かつ当該施設を自ら使用する事業者は、客観的に正当な理由なく、他の事業者に対して当該施設へのアクセスを拒絶し、又は自己に対するよりも不利な条件でのみ競争者に対するアクセスを認める場合には、EC 条約82条の他の要件を充足する限りにおいて同条に違反する。支配的地位にある事業者は、関連市場において、自己の活動について有利な取扱いを行うことは許されない。不可欠施設の保有者が、他の関連市場における地位を保護又は強化するために、ある市場における支配的地位を利用すること、特に、競争者に対してアクセスを拒絶し、又は自己に対するよりも不利益な条件の下でアクセスを認めることによって、当該競争者に対して競争上の不利益を与えることは、EC 条約82条に違反する」としている⁵⁵⁾。

このように EC 委員会は、不可欠施設の法理に関する一般論を述べた上で、自

53) Sea Containers /Stena Sealink, OJ L15/8(1994), 4 CMLR 84(1995).

54) 正確には、本件では、Stena Sealink Port 社（先の事件の Sealink Harbours 社の後継会社）がホリーヘッド港を保有し、Stena Sealink Port 社の関連会社である Stena Sea Link 社（先の事件の Stena Sealink Line 社の後継会社）がフェリーの運航業務を行っていたが、Stena Sealink Port 社と Stena Sea Link 社は経済上の一体性を有しているとして、本件では Sealink 社として取り扱われている。

らと同等の条件でホリーヘッド港の使用を認めていないことや、ホリーヘッド港の使用に関して Sea Containers 社や既にフェリー運航を行っている B&I 社にこれまで誠実に対応してこなかった等の事情を挙げて、EC 条約82条の意味での濫用に該当する可能性が高いとしている。

第三に挙げられるのは、1993年の Port Rødby 事件 EC 委員会決定⁵⁵⁾である。

デンマークの公企業である DSB 社は、ロドビー港を保有・運営しており、また、同港を他の事業者を使用させるかどうかの判断は、デンマークの運輸当局に委ねられていた。そして、DSB 社は、ロドビー港を運営するだけでなく、ドイツの DB 社と共同して、同港を起点としたフェリー運航サービスも行ってた。

このような状況の下で、スウェーデンのフェリー運航会社である Stena 社は、DSB 社と同一航路でフェリー運航サービスの開始を計画し（実際に業務を行うのは、Stena 社の子会社である Europort 社であった）、デンマークの運輸当局に対して、①Europort 社にロドビー港を利用させるか、又は②Stena 社がロドビー港の近くに新たな港湾施設を建設することを許可するよう求めた。しかし、運輸当局は上記の申込みのいずれも拒絶したことから、当該拒絶行為が EC 条約86条1項で禁止される「公企業に対する不当な国家的援助」に該当するかどうかの問題となった。

本件において、EC 委員会は、デンマーク運輸当局の行為は、EC 条約82条の市場支配的地位の濫用に該当するとした上で、EC 条約86条1項違反を導いている⁵⁷⁾。EC 条約82条違反の判断については、以下のように述べる。

まず、市場支配的地位については、DSB 社は、デンマークのロドビーとドイツのブットガルテンとを結ぶフェリー運航サービスに使用されるロドビー港を提供する市場において、支配的地位を有しているとされた。さらに、ロドビー・ブットガルテン間のフェリー運航サービスの市場において、DSB 社と DB 社は共同市場支配的地位にあると認定された。そして、デンマーク運輸当局が Stena 社の上記の要求を認めないことは、ロドビー・ブットガルテン間のフェリー運航

55) Sea Containers /Stena Sealink, 4 CMLR 84, para. 66.

56) Port Rødby, 5 CMLR 457(1994).

57) また、86条2項の適用除外にも該当しないとされた。

サービス市場における DSB 社と DB 社の共同市場支配を強化する効果を有するとして、濫用に該当するとした。すなわち、EC 委員会は、B&I 事件及び Sea Containers 事件と同様に不可欠施設の法理について一般的に述べた上で、フェリー運航にとって不可欠な港湾施設を保有・運営している事業者が、正当な理由なく、フェリー運航を開始することを希望する事業者に対して当該港湾施設の提供を拒絶することは、EC 条約82条の濫用に該当するとしている⁵⁸⁾。

以上のように、EC 委員会は、1990年代初頭から不可欠施設の法理を積極的に導入する姿勢を見せているものの、EC 裁判所は、こうした動向に対して一貫して慎重な態度を示している。EC 裁判所はこれまで不可欠施設の法理の採用を明言したことはないが、1998年の Oscar Bronner 事件 EC 裁判所判決⁵⁹⁾で、極めて限定的ではあるが、同法理に相当する判断を示したことで注目される。

本件は、EC 条約82条に対応するオーストリア・カルテル法35条1項の市場支配的地位の濫用に係るケースであり、オーストリアの国内裁判所が EC 条約82条と調和する解釈を得るために、EC 裁判所に対して先行判決を求めたものである。本件で先行判決が求められた点は、日刊新聞の販売市場において高い市場占拠率を有し、かつ、国内で唯一の全国的な戸別配達ネットワークを保有する Mediaprint 社が、配達部数が少ないために独自の戸別配達ネットワークを構築することが不可能な Oscar Bronner 社に対して、自らが保有するネットワークへのアクセスを拒絶したことが EC 条約82条の市場支配的地位の濫用に該当するかどうかという点であった。

本件裁判所は、不可欠施設という語を用いてはいないものの、アクセス拒絶が濫用行為となるためには、隣接市場における競争が排除される危険性のあること、及び事業活動を行う上でそれへのアクセスが必要不可欠 (indispensable) な施設を保有しているといった事情がなければならないとの一般論を述べている。その上で、Mediaprint 社の個別配達ネットワークへのアクセスが必要不可欠であるかという後者の点を重点的に審理して、結論として否定的な判断を下している。

58) Port Røaby, 5 CMLR 457(1994), para. 10–12.

59) Oscar Bronner v. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag, 4 CMLR 112 (1998).

3 EC法における不可欠施設の法理の意義

既に述べたように、EC競争法は、不可欠施設の法理を導入する以前から、EC委員会決定及びEC裁判所判決を通じて、取引拒絶に対する規制を展開してきた。そこで、EC委員会が港湾施設の使用に関する一連のケースにおいて不可欠施設の法理に明確に言及したことを契機として、取引拒絶に関する従来の規制法理との関係で、不可欠施設の法理がどのような意義を有するのかが学説上議論されている。

不可欠施設の法理に独自の意義を認める見解としては、以下のようなものがある。

第一は、市場支配的事業者が有する内部的経営資源を第三者に「初めて」開放させるという点に、不可欠施設の法理の独自の意義を認める見解である⁶⁰⁾。すなわち、取引拒絶に対する従来の規制法理は、既に市場取引の対象とされている商品・役務についての取引拒絶を念頭に置いていたのに対して、不可欠施設の法理は、自己使用の目的でのみ保有・運営してきた施設に対する第三者のアクセスを認めさせるという点で、独自の意義を有するとされる⁶¹⁾。

この見解は、施設が既に市場取引の対象となっている場合には、市場支配的事業者が正当な理由なく差別的取扱いを行うことは濫用行為であると評価されるが、一方で、施設の保有者が当該施設を専ら自己のために使用している場合には、そのこと自体は不当な差別的取扱いとはならないとの判断を出発点としている。その理由として、後者の場合には、施設を自己のみが使用するという施設運営者の意思決定を尊重すべきであるという点が挙げられている。施設の利用に係る市場が第三者に未だ開放されていない場合には、市場支配的事業者自身とその他の事業者との差別的取扱い自体を捉えて濫用と評価することはできず、それ以外の「特別の状況」が必要であるとされる⁶²⁾。そこで、市場支配的地位に加えて、不可欠施設の保有という特別な状況が存在する場合には、通常よりも厳格な取引義

60) この点を特に強調する論者として、Beckmerhagen, aaO., S. 245 ff.; Vgl., Busche, Privatautonomie, 1999, S. 367 f.

61) Beckmerhagen, aaO., S. 240.

62) Beckmerhagen, aaO., S. 240.

務を課すことが認められるとされる。

このような見方からすれば、不可欠施設の法理は、不可欠施設の保有という要件の下で、市場支配的事業者による取引拒絶に関する規制を拡大するものとして位置づけ得る⁶³⁾。

この見解は、EC委員会が電気通信分野におけるEC競争法の適用のあり方を示した1998年アクセス告示⁶⁴⁾の立場とも合致している。すなわち、アクセス告示では、取引打ち切りのケースや、商品・役務が既に市場に流通している場合の新規取引の拒絶のケースと並列する形で不可欠施設の法理が挙げられており、取引の対象とされていなかった施設を初めて第三者に開放するという点に、同法理の意義を見い出している⁶⁵⁾。

第二は、不可欠施設の法理は、市場支配的事業者に対して通常よりも義務を加重する点で独自の意義を有するとの見解である⁶⁶⁾。例えば Venit/Kallaugher は、不可欠施設の法理を導入したとされる、港湾施設に係る EC 委員会決定を分析した上で、以下の二点において、通常の市場支配的事業者の場合よりも義務が加重されることを指摘する。

まず第一は、不可欠施設の保有者については、市場支配的事業者による取引拒絶の場合以上に正当化の範囲が狭くなるという点である。すなわち、前記 Port Rødby 事件において、デンマーク政府は、①ロドビー港を新規のフェリー会社で使用させてもそれに見合う需要の増大は見込めないこと、②ロドビー港を新規の

63) この見解の代表的論者である Beckmerhagen は、不可欠施設の法理が独自の機能を発揮したケースとして Port Rødby 事件及び Magill 事件を挙げる。Beckmerhagen, aaO., S. 245.

64) Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, ABL EC 1998 C 233/2.

65) アクセス告示は、アクセス拒絶の態様を、①一部の事業者に対してのみアクセスを拒絶するケース、②すべての事業者に対してアクセスを拒絶するケース、及び③従来より認めていたアクセスを打ち切るケース、の三つのケースに類型化して分析を進めている。その上で、①のケースを差別的取扱いの問題、②のケースを不可欠施設の法理の問題、そして③のケースを供給打ち切りの問題として扱っている。

66) Venit/Kallaugher, supra note 8, at 331 ; Anderman, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, 203(1998) ; OECD, The Essential Facilities Concept, at 94 (1996).

フェリー会社に使用させる場合には既存のフェリー会社は運航サービスを拡大できなくなってしまうことをアクセス拒絶の正当化事由として主張したが、EC委員会はこれを認めなかった。その理由の一つとして、EC委員会は、たとえ現時点で市場が飽和状態にあるとしても、活発な競争による品質改善及び価格低下は消費者利益をもたらし、このことが再び需要を喚起する可能性があるという点を挙げている。このことから、新規参入者にアクセスを認めることによって競争が活発になることが明らかな場合には、既存の者に対する配分を減らしてでも新規のアクセスを認めなければならないとされている⁶⁷⁾。

第二は、不可欠施設の保有者には厳格な交渉義務が課されるという点である。Sea Containers 事件の EC 委員会決定がこの点を示している。本件では、不可欠施設としての港湾施設の保有者が、アクセスを求める事業者に誠実に対応しなかったことが濫用認定の手がかりとされており、このことから、不可欠施設の保有者はそれを利用する事業者と誠実に交渉しなければならないと解されている⁶⁸⁾。

このように Venit/Kallaugher は、上記二点において厳格な義務を市場支配的業者に課するという点に不可欠施設の法理の独自の意義を見出しているが、不可欠施設の保有者にそのような厳格な義務が課される根拠として挙げるのが、①「施設の運営者」と「施設の利用者」という二つの役割、及び②「施設の提供に係る市場」と「それを利用してサービスを提供する市場」における二重の独占という、二つの状況である⁶⁹⁾。すなわち、垂直統合のケースでかつ川下及び川上市場の双方で独占的地位を有している場合⁷⁰⁾にのみ不可欠施設の法理が適用され、その場合には通常よりも厳格な義務を課することが正当化されるという。

もっとも、この見解においても、不可欠施設の法理が従来の規制法理から全くかけ離れたものであるとみている訳ではないようである。例えば、この見解と同様の立場を示している OECD 調査報告書によれば、「不可欠施設の法理は、一般的ルール（筆者注…ここでは、隣接市場における競争の排除に着目して規制を加

67) OECD, *supra* note 66, at 98.

68) *Id.* at 97.

69) Venit/Kallaugher, *supra* note 8, at 334.

70) Venit/Kallaugher は、このような状況を dual role/dual monopoly cases と呼んでいる。

えた Commercial Solvents 事件 EC 裁判所判決を一般的ルールと呼んでいる) に対する例外をなすものではなく、市場支配的事業者による差別ないし妨害に関する一般的ルールの特殊な例にすぎない」とされる⁷¹⁾。こうした見方からすれば、不可欠施設の法理は、市場支配が通常のケースより極めて強度である場合に、そのような力を有している事業者には特に厳格な義務が課されるという点を明確化したにすぎないことになる。その意味では、不可欠施設の法理は、従来の取引拒絶の規制法理の延長線上に位置づけられると考えるのが適切かもしれない。

以上、不可欠施設の法理に独自の意義を認める見解について述べてきたが、不可欠施設の法理を導入する以前の規制状況をふまえて、EC 競争法においては不可欠施設の法理を導入しなくとも従来の規制法理で十分であったとの見解も有力に主張されている。

例えば、Markert は、Commercial Solvents 事件 EC 裁判所判決に代表される従来のケースを分析し、①取引拒絶の対象となる商品・役務についての代替性の欠如（つまり、商品・役務の不可欠性）、②取引拒絶の正当な理由の不存在という要素は濫用認定の重要な手がかりであったとして、不可欠施設の法理の導入によって規制対象が拡大されるわけではなく、従来の規制法理で十分対応できたとみている⁷²⁾。

また、米国のシャーマン法2条は独占化及び独占の企図を規制するものであって EC 法・ドイツ法上の濫用規制とは基本的性格を異にするが、米国において不可欠施設の法理が採用されたのは、それを通じて濫用規制への接近を図ろうとしたからであるとも言われる。そのような見方からすれば、濫用規制を既に有している EC 法やドイツ法に不可欠施設の法理を導入することの必要性はとりたてて認められないとされる⁷³⁾。

これらの見解によれば、不可欠施設の法理は EC 競争法における従来の規制法理と異なる点はなく、規制基準を明確化ないし体系化する点で意義を有するにと

71) OECD, supra note 66, at 93–94.

72) Markert, Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1995, 564, 560.; Klaue, aaO., 56; Vgl., Jacobi, Third-Party-Access im Europäischen Wettbewerbsrecht, 2002, S. 199 ff.

73) Schwarze, aaO., S. 18; Klaue, aaO., 54.

どまることになる⁷⁴⁾。

IV ドイツ法の検討

1 不可欠施設の法理の明文化…GWB19条4項4号の創設

GWBは、不可欠施設の法理に関する明文の規定を有している。すなわち、GWB 19条4項4号は、市場支配的地位の濫用の例示として、「適切な対価で自己のネットワーク又はその他のインフラストラクチャー (Infrastruktureinrichtungen) に他の事業者がアクセスすることを拒絶する場合であって、法律上又は事実上の理由から、共同利用が認められなければ、当該他の事業者が市場支配的事業者の競争者として、それに隣接する市場で活動し得ない場合。共同利用が経営上又はその他の理由から不可能であるか又は期待できないことを当該市場支配的事業者が証明する場合はこの限りでない」と規定している。

この規定は、1998年のGWB第6次改正の際に創設されたものである。このように、ドイツ法は不可欠施設の法理を米国反トラスト法・EC競争法に先駆けて明文化した点で注目されるが、ドイツにおいても不可欠施設の法理を明文化することの当否については見解が一致していた訳ではない。立法化の段階において、連邦カルテル庁及び連邦議会は、従来のGWB旧22条の市場支配的地位の濫用規制、及び旧26条2項の差別・妨害規制では不十分である、と述べるにとどまり、従来の規制法理に対して不可欠施設の法理がどのような意義を有しているのかについては必ずしも明確に示していなかった。そこで、ECの場合と同様に、同法理がGWBにおける従来の規制法理との関係でどのような意義を有するかという点が問題となった。

以下では、ドイツにおいて、不可欠施設の法理の意義として指摘される点を見ていくことにする。また、取引拒絶に関する従来の規制法理の特質についても明らかにすることとしたい。

74) 不可欠施設の法理はEC競争法にとって何ら目新しいものではなく、単なる流行語 (Modewort) ないし呪文 (Zauberformel) にすぎないとの評価もある。Schwarze, aaO., S. 18; Markert, aaO., S. 617.

2 ドイツ法における不可欠施設の法理の意義

第一に、不可欠施設の法理の独自の意義として「競争者援助義務」を肯定するという点を挙げる見解がある⁷⁵⁾。

不可欠施設を競争者に開放する義務を課するということは、競争者をいわば援助する義務を課することを意味する。従って、不可欠施設の法理は競争者援助義務という性格を必然的に伴うことになるが、このような性格を有する点で、同法理は従来の規制法理と異なっているとの指摘である。

すなわち、GWB 旧26条（現20条）における取引拒絶のケースで、従来より、連邦通常裁判所は「いかなる事業者も自らに損害を与えてまで競争者を援助する義務を負うことはない」との見解を繰り返し述べている⁷⁶⁾。これは、競争者への供給義務を課すことによって供給者自身との競争を強化することは、規制のあり方として適切でないということである。この考え方に照らせば、競争者に対する取引拒絶を違法とすべきでないことになる。しかし、GWB 19条4項4号の立法化、すなわち不可欠施設の法理の導入によって、もはやこのような従来の裁判所の判断は制限ないし否定されるに至った、と評価されるというのである⁷⁷⁾。そうした見方からすれば、GWB 19条4項4号の不可欠施設の法理は、従来の取引拒絶のケースで展開されてきた規制法理に修正を迫るものとして位置づけ得る。

もっとも、この見解に対しては反論もみられる。すなわち、競争者援助義務を否定してきた従来の判例は、あくまでも「原則」を示したにすぎず、競争者に対する取引義務を例外的に認めることまでも否定するものではなかったとの指摘である。そうした見方からすれば、GWB 19条4項4号は、従来の裁判所の立場と矛盾するものではなく、むしろ例外的なケースを明確化ないし具体化するものとして位置づけられる⁷⁸⁾。その意味では、不可欠施設の法理は従来の裁判所の見解

75) Weyer, Neue Fragen des Mißbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach § 19 GWB, AG 1999, 263, 257; Vgl. Markert, aaO., 568.

76) Z. B. BGH, v. 12. 11. 1991 WuW/E 2755, 2759(Aktionsbeiträge).

77) Haas, aaO., S. 177; Beckmerhagen, aaO., S. 385; Bechtold, aaO., Rdnr. 88 zum § 19; Weyer, aaO., 263; Langen/Bunte, aaO., Rdnr. 170 zum § 19. Dreherは、これを「方向転換」と評している。Dreher, Die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, DB 1999, 835, 833.

と根本的に異なる発想に立つものではなく、競争者援助義務の肯定という点を同法理の独自の意義として強調するのは必ずしも適切ではないことになる。

第二に、事業者の内部的な経営資源を第三者に「初めて」開放するという点で、不可欠施設の法理は独自の意義を有するとの見解がある⁷⁹⁾。これは、EC競争法に関して述べたのと概ね同様の見解である。

すなわち、従来の取引拒絶のケースでは、既に市場取引の対象とされている商品・役務に対するアクセスが問題となったのに対して、不可欠施設の法理が適用されるのは、保有者が排他的に使用してきた経営資源に対して初めて他の事業からのアクセスを認めるものであって、その点で両者は異なるとされる。この見解によれば、GWB 19条4項4号は、従来の取引拒絶規制について、取引強制の対象を拡大する点で独自の意義を有することになる⁸⁰⁾。

この見解は、EC・ドイツに不可欠施設の法理が導入された背景に着目した立論である。すなわち、不可欠施設の典型例としての地域回線、ガス導管及び送電線は、独占が法的に保障された中で、かつての公企業によって専ら自己使用の目的で構築・運営されたものである。不可欠施設の法理は、政府規制を撤廃して、市場の自由化・競争導入の促進に対応する形でEC・ドイツに導入された経緯がある。

しかし、この見解は以下のような問題点を抱えていることが指摘されている。

すなわち、他の事業者に対して一旦アクセスを開放した場合には、その後にアクセス拒絶を行ったとしてもGWB 19条4項4号では捕捉できなくなってしまうという不都合性が挙げられる。すなわち、企業内部の経営資源を第三者に初めて開放する場合にのみGWB 19条4項4号が適用されるとすれば、不可欠施設の保有者が一旦第三者に開放した当該施設を将来再び排他的に使用するような場合に

78) Markert, aaO., 570. Markertは、上記の法原則が示された事例は、①被拒絶者が競争商品を取り扱っていたケース、②アクセス供与が顧客の交替をもたらすケース、③被拒絶者が不正競争防止法1条に違反する模倣品を販売していたケースであったとして、同原則の射程範囲は実際上狭いとしている。Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., 2001, Rdnr. 217 zum § 19; Vgl., Hohmann, aaO., S. 334 ff.

79) Beckmerhagen, aaO., S.372.

80) Hohmann, aaO., S.192, 350f; Busche, aaO., S.367.

は、GWB 19条4項4号はもはや適用できなくなる。このケースではGWB 19条1項及び20条1項が適用されることになるが、そのような法適用の区分は適切でない指摘される⁸¹⁾。

第三に、市場支配的事業者と同一グループに属する事業者に対する優遇措置は「差別」には該当せず適法としてきた従来の裁判所の立場を修正した点に、不可欠施設の法理の意義があるとの見解がある⁸²⁾。

すなわち、従来の裁判所は、GWB 旧26条における差別規制において、親会社が子会社に対して（グループ外の会社との関係で）優遇措置をとったとしても、それは純粹にグループ内部の事項にすぎず、従ってGWB上の規制を受けることはないと判示していた⁸³⁾。例えば、1982年のStuttgarter Wochenblatt事件⁸⁴⁾では、シュツットガルト地区にある広告紙の出版社が自己の子会社である旅行会社に対して無料で広告掲載を行ったことがGWB 旧26条の差別に該当するかどうかの問題となったが、この問題に対して連邦通常裁判所は、当該行為はグループ内部の事項にすぎず、優遇措置を受けた子会社が他の事業者に対して競争力を強化するとしても適法であるとしていた⁸⁵⁾。

これに対して、GWB 19条4項4号は、立法の背景からも明らかなように、市場支配的事業者が、自らの事業部門又は同一グループに属する事業者とそれ以外の事業者との間で異なる取扱いをなすことを禁止するものである。これは、上記の従来の裁判所の見解との関係では規制強化の方向を示すものといえる。そのような規制強化の方向性は、競争の導入・確立というGWB 19条4項4号の立法目

81) Hohmann, aaO., S.194ff.

82) このような見解を示すものとして、Scheffele, Die Essential Facilities-Doktrin, 2003, S. 204 f; Beckmerhagen, aaO., S. 387; Weyer, aaO., S. 262; Haas, aaO., S. 176.

83) Vgl., Beckmerhagen, aaO., S. 387; Markert, Durchleitung von Strom und Gas: Allgemeines Kartellrecht oder Sonderregelung?, BB 1997, 1421, 1426; Schwintowski, Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, BB 1988, 1763, 1767.

84) BGH v. 29. 6. 1982 WuW/E 1947, 1949 (Stuttgarter Wochenblatt).

85) こうした考え方の背景には、企業グループは、自己の活動から生じた費用及び利潤をその企業構造の任意の場所に帰属させてよいという発想があるとされる。また、企業内部の事項に法が介入することが正当化されるとすれば、規制の実効性を確保するために企業グループ内部の費用計算を一定の法的コントロールの下に置かなければならなくなってしまうという点も挙げられている。Hohmann, aaO., S. 267.

的から導かれる。すなわち、隣接市場において有効な競争を導入・確立するためには、自身の事業部門とその他の事業者を平等に取り扱う（「対内取引と対外取引の平等（interne gleich externe Behandlung）」と呼ばれる）ことが必要であり、不可欠施設の法理は対内取引と対外取引の平等取扱いを確保する点で独自の意義を有するとされる⁸⁶⁾。

この対内取引と対外取引の平等を志向する点に不可欠施設の法理の特質があるとの指摘は、ドイツの文献においては多く見受けられる。不可欠施設の法理の意義に関するこうした指摘は、同一グループに対する優遇措置を差別規制から除外してきた、ドイツにおける従来の法状況を反映したものといえよう。

以上みてきたように、ドイツ法においても不可欠施設の法理の独自の意義を指摘する複数の見解があるが、一方で、不可欠施設の法理の意義を非常に限定的に捉える見解も有力に主張されている。

すなわち、GWB 19条 4 項 4 号が立法化される以前にも、不可欠施設の法理が適用される典型的な事例において GWB 旧26条が適用されたケースが既に存在しているとして、GWB 19条 4 項 4 号がなくとも従来の差別・妨害規定の弾力的な活用で十分対応できるとするものがある⁸⁷⁾。このような見方をふまえて、GWB 19条 4 項 4 号を創設したことの意義は、規制対象の拡大にあるのではなく、アクセス拒絶に関する正当な理由の立証責任が、市場支配的事業者に法律上転換された点に認められるにすぎないとの指摘がなされている⁸⁸⁾。

V 日本法への示唆

本稿では、米国法・EC法及びドイツ法を取り上げて、不可欠施設の法理が取引拒絶に関する従来の規制法理に対してどのような意義を有しているのか検討してきた。以下では、日本法について若干の検討を加えることとする。なお、不可欠施設の法理は、米国法では独占化規制、EC法及びドイツ法では市場支配的地

86) Hohmann, aaO., S. 267f; Beckmerhagen, aaO., S. 387; Haas, aaO., S. 176; Siehe auch Stellungnahme des Bundesrat, BT-Drucks. 13/9720, S. 74.

87) Langen/Bunte, aaO., Rdnr. 156 zum § 19.

88) Langen/Bunte, aaO., Rdnr. 156 zum § 19.

位の濫用規制の下で展開されている。他方で、我が国では、取引拒絶を「私的独占」として、また「不公正な取引方法」として規制することが可能である。その点に留意しつつ、検討を進めていく必要がある。

我が国独占禁止法における取引拒絶の規制は、不公正な取引方法に対する規制（独占禁止法19条、2条9項）及び私的独占に対する規制（同法3条前段、2条5項）という形でなされる。すなわち、不公正な取引方法の一般指定2項の「その他の取引拒絶」又は私的独占における「排除」として、それぞれの要件の下で規制が行われる。

我が国における取引拒絶規制の大部分は、再販売価格維持などの他の独占禁止法違反行為の実効性確保手段としてなされる場合であり、取引拒絶それ自体の不当性が問われるケースはほとんど見られない。従って、取引拒絶の規制法理を実際のケースから読み取ることが困難である。取引拒絶の規制法理を実際の審判決から読み取ることができず、審判決を通じた規制法理の展開があまり見られない点で、我が国は米国法・EC法・ドイツ法と大きく異なる。このように、従来の規制法理が明確でない点が、我が国に不可欠施設の法理を導入することの意義ないし必要性を明らかにする上での非常に大きな障害となっていると考えられる。

ただ、実際の審判決は少ないものの、1991年に公正取引委員会によって公表された「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（以下、「流通・取引慣行ガイドライン」）や1982年に公表された独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的考え方」（以下、「独禁研報告書」）において、取引拒絶に対する規制の基本的方針が示されている。

それらによれば、①自己又は自己と密接な関係にある事業者⁸⁹⁾の競争者の取引の機会を排除し、又はその円滑な事業活動の遂行を困難にさせるおそれのある場合、又は②有力な事業者が取引の相手方の事業活動を困難に陥らせること以外に格別の理由なく取引を拒絶するなど、独占力の濫用に該当する場合（以下、独占

89) 「自己と密接な関係にある事業者」とは「自己と共通の利害関係を有する事業者」を指し、これに該当するか否かは、「株式所有関係、役員兼任・派遣関係、同一のいわゆる企業集団に属しているか否か、取引関係、融資関係等を総合的に考慮して個別具体的に判断」される。

力濫用基準)には、取引拒絶は違法となり得るとされている⁹⁰⁾。そして①については、「競争者の取引の機会が減少し、他の代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるおそれがある場合」、つまり代替的な取引先が容易に見いだせない場合をいうとされる(以下、代替性基準)。従って、取引拒絶が①又は②のケースに該当する場合には、不公正な取引方法としての規制が問題となる。また、「競争の実質的制限(=市場支配力の形成・維持又は強化)」が認められれば、私的独占としての規制が可能となる。

以上が、我が国独占禁止法における取引拒絶の(一応の)規制基準といえるが、そこから以下の点を読み取ることができる。

第一に、我が国独占禁止法においては、代替性基準に見られるように、代替的な取引先が存在しないかどうかが取引拒絶規制の主たる着眼点となっている。この「代替的取引先の欠如」という視点は、不可欠施設の法理における不可欠性の要件に概ね対応するものと思われるが、我が国では、市場におけるシェアが10%以上又はその順位が上位3位以内が代替的取引先の欠如の一応の目安となるとの見方が示されており、その点では、(程度の問題なのかもしれないが)代替性基準は不可欠施設の法理よりも緩やかな規制基準として設定されているように見える。不可欠施設の法理における不可欠性の要件については各国で議論の蓄積が進んでおり、代替的取引先の欠如という我が国の視点とどのような対応関係にあるのかを含めて、今後検討していく必要がある。

第二に、「流通・取引慣行ガイドライン」・「独禁研報告書」とともに、同一グループ内の事業者に対する優遇措置であってもそれが競争に悪影響を与える限り独占禁止法上の規制対象となり得ることが明記されている。この点は、同一グループ内の事業者への優遇措置を差別規制から除外していたドイツ法の伝統的立場と顕著な対照をなしている。既にもてきたように、ドイツでは「対内取引と対外取引の平等」を確保するという点に不可欠施設の法理の意義を認める見解があ

90) これらの類型以外に、既に述べたように、例えば再販売価格維持など、他の独禁法違反行為の実効性を確保する手段として取引拒絶が用いられる場合にも、取引拒絶は違法となることが示されている。もっとも、この類型に属する取引拒絶については、本稿の検討対象である不可欠施設の法理との関連は比較的薄いといえるので、ここでは直接には取り上げないこととする。

るが、「流通・取引慣行ガイドライン」・「独禁研報告書」で示された規制の基本的方針を前提とする限り、そのような意味での不可欠施設の法理は、我が国においては既に導入済みであるとも言えることができる。

なお、既に述べたように、EC・ドイツの学説の一部には、内部的経営資源の利用拒絶を規制範囲に含める点に不可欠施設の法理の独自の意義を見出す見方がある。この点に関して、我が国の代替性基準・独占力濫用基準からは、内部的経営資源の開放という点についての手がかりを読み取ることはできない。既存取引の解消だけでなく新規取引の拒絶も規制され得る点では意見の一致が見られるものの、従来専ら自社でのみ使用してきた経営資源の利用拒絶も新規取引の拒絶として規制対象に含まれるとまで考えられていたかどうかは、我が国では必ずしも明確でない。従って、不可欠施設の法理の採用に関する議論を契機として、内部的経営資源の利用拒絶も独占禁止法違反とすべきかどうか検討を加える必要があると思われる。

また、EC法のように、不可欠施設の保有者としての性格と隣接市場における独占者としての性格を有する事業者には市場支配的事業者に対するよりも厳格な義務が課されるということを明らかにした点に不可欠施設の法理の意義が存するとの見解がある。我が国独占禁止法における従来の議論ではこのような考え方が示されることはあまりなく、検討に値する。ただ、上記の見解は、EC・ドイツに特有の濫用規制を前提とした上での立論であるようにも思われるので、我が国独占禁止法における取引拒絶規制の基本的性格に合致するか、あるいは濫用規制を我が国に新たに取り入れるべきかについても検討していく必要がある。

最後に、繰り返しになるが、不可欠施設の法理の基本的性格と我が国独占禁止法の規制体系との整合性という点について見ておきたい。

既に示したように、不可欠施設の法理の性格に関して、米国型の独占化規制というよりはEC・ドイツ型の濫用規制に近いと指摘されることがある。こうした指摘の当否自体検討の余地はあるものの、そのような指摘から示唆されるのは、不可欠施設へのアクセス拒絶を直ちに違法とする濫用規制的な発想は、取引拒絶規制をいわゆる「競争減殺」型として位置づける我が国独占禁止法の通説的な見解と相容れない可能性があるという点である。異質な規制原理から派生した規制

基準を我が国独占禁止法に直ちに導入するとなれば、体系上の混乱が生じるおそれがある。

この問題に対しては、米国法における近年の傾向が示すように、不可欠施設の法理の適用要件について、本来の独占化規制の趣旨に合致するよう修正した上で導入することも一つの選択である。その場合には、取引拒絶を不公正な取引方法としても規制する我が国独占禁止法の下では、隣接市場における競争制限については緩やかな基準で足りるとする余地もあり得る。

もっとも、独占力濫用基準に示されるように、不公正な取引方法における取引拒絶規制を濫用規制の枠組みで把握することが必ずしも我が国の規制体系と相容れない訳でもなさそうである。いずれにしても、不可欠施設の法理の導入に関する議論を契機として、不公正な取引方法としての取引拒絶規制の在り方を再検討する必要がある。

なお、本稿は、不可欠施設の法理を我が国独占禁止法に導入することの意義・必要性を検討することに焦点を当てており、不可欠施設の法理の適用要件についての議論やライセンス拒絶規制との関わりといった問題については、立ち入った検討を行っていない。また、不可欠施設の法理との関わりで、独占禁止法による規制と事業法による規制の関係（役割分担のあり方など）についても検討を加えることができなかった。これらの点については別稿を予定している。