

言 渡	平成22年12月17日
交 付	平成22年12月17日
裁 判 所 書 記 官	

平成21年（行ヒ）第348号

判 決

当 事 者 の 表 示 別紙当事者目録記載のとおり

上記当事者間の東京高等裁判所平成19年（行ケ）第13号審決取消請求事件について、同裁判所が平成21年5月29日に言い渡した判決に対し、上告人から上告があった。よって、当裁判所は、次のとおり判決する。

主 文

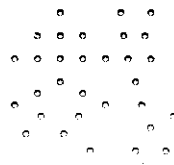
本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人川合弘造ほかの上告受理申立て理由について

1 本件は、東日本地区を業務区域とする電気通信事業者である上告人において、平成14年6月1日から同16年3月31日までの間（以下「本件行為期間」という。）、光ファイバ設備を用いた戸建て住宅向けの通信サービス（以下「F T T Hサービス」という。）を自ら提供するに際し、その利用者から徴収する料金（後記のユーザー料金）を、上告人と同等のF T T Hサービスを利用者に提供するために上記設備に接続する他の電気通信事業者から上告人が取得すべき料金（後記の接続料金）より低額に設定した行為につき、被上告人から、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（平成17年法律第35号による改正前のもの。以下「独禁法」という。）54条3項に基づき、当該行為は独禁法2条5項所定のいわ



ゆる排除型私的独占に該当し、独禁法 3 条に違反すると認める旨の審決（以下「本件審決」という。）を受けたため、その取消しを求めた事案である。

2 電気通信事業法（平成 15 年法律第 125 号による改正前のもの。以下同じ。）によれば、電気通信回線設備を設置して電気通信事業を行う者（以下「第一種電気通信事業者」という。）は、電気通信役務の円滑な提供に支障が生ずるおそれがある場合等を除き、他の電気通信事業者からその電気通信設備を当該電気通信回線設備に接続すべき旨の請求を受けたときは、その請求に応ずる義務を負い（38 条）、他の電気通信事業者の電気通信設備との接続が利用者の利便の向上及び電気通信の総合的かつ合理的な発達に欠くことのできない電気通信設備として総務大臣の指定を受けた電気通信設備（以下「第一種指定電気通信設備」という。）を設置する第一種電気通信事業者は、当該第一種指定電気通信設備と他の電気通信事業者の電気通信設備との接続に関し、当該第一種電気通信事業者が取得すべき金額（以下「接続料金」という。）及び接続の条件について接続約款を定め、総務大臣の認可を受けなければならない、接続約款を変更しようとするときも同様である（38 条の 2 第 1 項、2 項）。第一種指定電気通信設備を設置する第一種電気通信事業者は、原則として、上記認可を受けた接続約款によらなければ、他の電気通信事業者との間において、第一種指定電気通信設備との接続に関する協定を締結し、又は変更してはならない（同条 6 項）。

そして、総務大臣は、第一種電気通信事業者が認可を受けた接続料金がその原価に照らして不相当となったため公共の利益の増進に支障があると認めるとき等には、当該事業者に対し、相当の期限を定め、接続約款の変更の認可を申請すべきことを命ずることができる（36 条 2 項。以下、この命令を「変更認可申請命令」と



いう。) 。

また、第一種電気通信事業者の提供する電気通信役務については、その利用者から徴収する料金（以下「ユーザー料金」という。）の総務大臣への届出が義務付けられており（31条1項）、他の電気通信事業者との間の公正な競争の確保等の観点から、総務大臣は、届け出られたユーザー料金につき、その算出方法が適正かつ明確に定められていないとき（同条2項1号）、特定の者に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき（同項2号）、又は他の電気通信事業者との間に不当な競争を引き起こすものであり、その他社会的経済的事情に照らして著しく不適當であるため、利用者の利益を阻害するものであるとき（同項3号）には、相当の期限を定め、ユーザー料金の変更を命ずることができる（同項柱書き。以下、この命令を「料金変更命令」という。) 。

3 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) F T T Hサービスは、ブロードバンドサービス（インターネットに接続して大量のデータ通信を可能とするサービス）の中でも、通信速度が速い（毎秒最大100メガビット）上に通信方向や収容局からの距離に左右されず、接続が安定しており通信品質が良く、1本の回線で音声や動画等を統合したサービスが可能である等といった特徴を有している。加入者もこうしたF T T Hサービスの特徴を認識していることが多く、ブロードバンドサービスのうち、より通信料金の安価な非対称デジタル加入者線を用いた通信サービス（以下「ADSLサービス」という。）等からF T T Hサービスへと移行する者はいても、いったんF T T Hサービスを選択した後にADSLサービス等の他種のブロードバンドサービスへと移行する者はほとんどいない。



また、F T T Hサービスは、その利用開始に際して加入者宅に光ファイバを引き込む工事が必要であり、事業者を変更するには上記工事を再度行う必要があるため、電話回線による利用が可能であるA D S Lサービスと比較して、一度加入者と契約した事業者は当該契約を長期間維持することができるという傾向が強い。

(2) 第一種電気通信事業者である上告人は、平成15年3月末において、加入者光ファイバ（収容局から加入者宅に設置される回線終端装置までを結ぶための光ファイバ）約380万芯を保有していたところ、そのうち、上告人が自社のF T T Hサービス（集合住宅向け及びビジネス向けのものを含む。）に使用しているのが約9万芯、上告人がF T T Hサービス（前同）以外の通信サービスに使用しているのが約84万芯、他の電気通信事業者が接続しているのが約2万芯であり、その余の約285万芯（全体の約75%）は未使用の光ファイバ（以下「ダークファイバ」という。）であった。また、同時期において、上告人の保有する加入者光ファイバがF T T Hサービス（前同）に係る事業者の保有する加入者光ファイバ全体に占める割合は、東日本地区のいずれの都道府県でもおおむね芯線数の70%以上を占めていた。なお、上告人の設置している加入者光ファイバ設備（加入者光ファイバ並びにこれらと一体として使用される伝送装置及び加入者主配線盤の総称）は、第一種指定電気通信設備である。

(3) 一般に、電気通信事業者が自ら管路又は電柱を設置して加入者光ファイバを設置することには困難が伴うところ、特に、F T T Hサービスの需要が多く見込まれる都市部では、電線の地中化が進展しているために光ファイバの地下埋設工事の実施が可能な時期が限定される上、敷設費用も高額となる。また、既設の管路や電柱を賃借しようとしても、その所有者の協力が得られる保障はなく、仮に賃借が可



能であってもその手続に相当長期間を要する。このため、本件行為期間において、東日本地区で自らの加入者光ファイバ設備を用いてF T T Hサービスを提供していた事業者は、上告人以外では主に東京電力株式会社（以下「東京電力」という。）及び株式会社有線ブロードネットワーク（当時の商号。以下「有線ブロード」という。）に限られ、両社のサービス提供地域も、東京電力では東京都特別区、武蔵野市、三鷹市及び調布市の各一部に、有線ブロードでは東京都世田谷区周辺及び横浜市の各一部にそれぞれ限定されていた。

また、上告人が大都市圏の管路の多くを保有していたこと、東京電力及び有線ブロードの保有する加入者光ファイバ設備は芯線数が少なく、その敷設範囲も上記のとおり限定されていたこと、東京電力には電気通信事業に適した収容局が一部しかなく接続に要する設備や管理運営体制も整っていなかったことなどから、本件行為期間において、第一種電気通信事業者が設置する既存の加入者光ファイバ設備と接続してF T T Hサービスを提供しようとする電気通信事業者にとっては、事実上、その接続対象として上告人の加入者光ファイバ設備以外の加入者光ファイバ設備を選択することは考え難い状況であった。

他方、平成15年9月末の時点における上告人のF T T Hサービス（ビジネス向けのものを含む。）の市場占有率は、東日本地区の各都道県で開通件数の82ないし100%を占めていた。

(4) 上告人は、本件行為期間において、毎秒最大100メガビットの通信速度によるF T T Hサービスを、収容局と加入者宅とを直結して光ファイバ1芯を加入者が1人で利用する方式（以下「芯線直結方式」という。）によるベーシックタイプのサービスに加え、収容局の内外に分岐装置を設置して光ファイバ1芯を複数の加



入者（最大３２人）で共用する方式（以下「分岐方式」という。）によるニューファミリータイプのサービスとしても提供していた。分岐方式は、１芯の光ファイバを共用する複数の加入者が同時に利用した場合には芯線直結方式よりも通信速度が低下する可能性があった。また、分岐方式において上告人が他の電気通信事業者から取得すべき接続料金は、光信号伝送装置、収容局内外の分岐装置等を含む加入者光ファイバ１芯単位のものとして定められ認可されており、これによれば、加入者の人数が増加するごとに加入者１人当たりの金額が逓減する（例えば、１芯当たりの加入者が１人の場合は２万０１３０円であるが、３２人の場合は２３２６円となる。）ものとされていた。他方、芯線直結方式において上告人が他の電気通信事業者から取得すべき接続料金は、加入者１人当たり最低でも月額６３２８円となるものとして認可されていた。

（５） 第一種電気通信事業者が提供するＦＴＴＨサービスのユーザー料金と接続料金との関係について具体的に規制する法令は存在しないが、総務省においては、第一種指定電気通信設備を設置する電気通信事業者の設定するユーザー料金が接続料金を下回るという逆ざやが生ずることのないよう行政指導が行われていた。

上告人は、平成１４年４月１１日、総務大臣に対し、同年６月１日から提供を開始するニューファミリータイプのユーザー料金を月額５８００円と設定して届け出た。その際、上告人は、上記の金額について、ニューファミリータイプの加入者が平均で１芯当たり約１９人であると想定した場合は、その加入者１人当たりの接続料金（回線管理運営費等を含む。）が月額約４９０６円となることから、これをベースとし、これに一定程度の営業費を見込んだものであると説明していた。しかし、実際には、上記ユーザー料金は、東京電力が同年３月から開始する予定であっ



た毎秒最大100メガビットの通信速度によるF T T Hサービスのユーザー料金相当額（上告人は月額6000円程度と推測していた。）に対抗するために設定されたものであった。なお、ベーシックタイプのユーザー料金は月額9000円と設定されていた。

上告人は、自社のF T T Hサービスにつきニューファミリータイプを導入する際、加入者が少ないうちは芯線直結方式を用い、加入者が増えてきたら分岐方式を用いる方が自社の費用面で経済的であること等を踏まえ、新規加入者に対しては芯線直結方式の設備を設置すること、ベーシックタイプからニューファミリータイプへ移行する加入者に対しても本来必要となる加入者宅内工事を不要とすること等の手順を定め、当面、ニューファミリータイプについても芯線直結方式によって提供することとした。他方で、上告人は、どのような状況になれば分岐装置を設置するかについて具体的な基準は策定せず、将来的に分岐方式を導入する場合であっても、新たに利用する芯線についてのみ分岐方式で提供を行い、それでも芯線が不足した場合に初めて、芯線直結方式で既に提供している回線を分岐方式に移行することに経済的合理性があるとの認識を有していた。

また、上告人は、F T T Hサービスの加入者を獲得するため、電話やインターネットで申込みを受け付ける従来の営業方法に加えて、訪問営業をも併用することとし、訪問営業において加入者光ファイバに係る設備情報を活用することとしたが、ダークファイバの所在等が他の電気通信事業者に明らかになることを避けるため、対外的には上記設備情報の開示を行わないこととした。

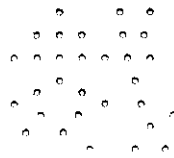
(6) 上告人は、東京電力が平成14年12月にそのF T T Hサービスの値下げを実施したことを受け、これに対抗する必要から、同15年1月27日、ニューファ



ミリータイプにおける分岐方法を変更して収容局から収容局外に分岐装置までの加入者光ファイバを共用する加入者数を増やしたために加入者1人当たりのコストが更に低下したことを理由とする接続料金変更認可の申請を行い、同年3月14日、総務大臣からその認可を受け、同月18日には、同年4月1日からニューファミリータイプのユーザー料金を月額4500円に引き下げる旨を総務大臣に届け出た。ニューファミリータイプの申込件数は、上記値下げ等を受け、平成14年5月の受付開始から同15年2月までの10か月間で計約3万3000件であったものが、同年4月から6月にかけては毎月2万件前後にまで増加した。

(7) 上告人は、平成15年9月、総務省から、ニューファミリータイプの実際の設備構成等について報告を求められた。上告人は、同年8月末当時、ニューファミリータイプの大部分を本来の分岐方式ではなく芯線直結方式により提供していたこと、その理由は、まだ需要が少なく加入者が点在している過渡期においては芯線直結方式の方が設備費用が安価であったためであること、需要が堅調に出始めたことから早急に分岐方式に移行するよう検討を行っていること等を回答した。

上告人は、平成15年11月、総務省から、ニューファミリータイプについて、そのサービスの内容が事実上ベーシックタイプと同じであり、現在の設備構成が将来にわたって継続する場合には電気通信事業法31条2項2号の「不当な差別的取扱い」又は3号の「社会的経済的事情に照らして著しく不適當であるため、利用者の利益を阻害するもの」に該当すると考えられるため、既存加入者の分岐方式への移行についてはできる限り前倒しでその工事を行うとともに、より柔軟な接続料金の設定について検討し報告すること等を求める行政指導を受けたが、上告人に対して変更認可申請命令や料金変更命令が発出されることはなかった。



(8) 被上告人は、平成15年12月、ニューファミリータイプにおけるユーザー料金が接続料金を下回っており、これにより上告人の加入者光ファイバ設備と接続しようとする他の電気通信事業者の新規参入を阻害している行為が独禁法3条に違反するなどとしてその停止等を勧告したが、上告人がこれを応諾しなかったため、同16年1月、上告人に対する審判開始決定をした。

(9) 上告人は、遅くとも平成16年4月1日以降、ニューファミリータイプのF T T Hサービスに関し、新規加入者に対する芯線直結方式での提供を停止し、同月27日には、既に芯線直結方式での提供をしている加入者についても、今後2年間をめどに順次分岐方式へ移行する予定であることを明らかにし、同年10月13日には、総務大臣に対し、分岐方式の設備を一括して使用させる従来の方法に加え、その一部のみを使用させる方式を追加すること、分岐端末回線の接続料金を引き下げること等を内容とする接続約款変更認可の申請を行い、同年12月21日にその認可を受けた。

本件行為期間後である平成16年10月以降になって、ソフトバンクBB株式会社が上告人の収容局に自らの分岐装置を設置して上告人の加入者光ファイバ設備に分岐方式で接続するなど、自らは加入者光ファイバ設備を設置していない電気通信事業者によるF T T Hサービス市場への本格的な新規参入が行われるようになった。

(10) 被上告人は、平成19年3月26日付けで、上告人が、本件行為期間において、ニューファミリータイプのF T T Hサービスを自ら加入者に提供するに際し、分岐方式を用いることを前提に光ファイバ1芯を共用する加入者の人数が増えるに従って1人当たりの金額が逡減する接続料金に係る認可を受けていながら、実際に



は芯線直結方式を用い、他の電気通信事業者が芯線直結方式で上告人の加入者光ファイバ設備に接続してF T T Hサービスを提供するために支払うべき接続料金を下回るユーザー料金を設定したこと（以下「本件行為」という。）が排除型私的独占に該当すると認めることなどを内容とする本件審決（公正取引委員会平成16年（判）第2号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反審判事件）をした。

4 独禁法は、公正かつ自由な競争を促進し、事業者の創意を発揮させて事業活動を盛んにすることなどによって、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的（1条）とし、事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な活動の保障を旨とするものである。その趣旨にかんがみれば、本件行為が独禁法2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為（以下「排除行為」という。）に該当するか否かは、本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者のF T T Hサービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである。この点は、具体的には、競業者（F T T Hサービス市場における競業者をいい、潜在的なものを含む。以下同じ。）が加入者光ファイバ設備接続市場において上告人に代わり得る接続先を確保することの難易、F T T Hサービスの特性、本件行為の態様、上告人及び競業者のF T T Hサービス市場における地位及び競争条件の差異、本件行為の継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断すべきものと解される。しかるところ、上記事実関係等によれば、当時東日本地区において既存の加入者光ファイ



バ設備と接続してF T T Hサービスを提供しようとする電気通信事業者にとって、その接続対象は、大都市圏の管路を多く保有し、光ファイバの芯線数及び敷設範囲で他社に比して極めて優位な地位にあり、接続に要する設備等も整っていた上告人に事実上限られていた。加えて、F T T Hサービスは、主として事業の規模によってその効率が高まり、かつ、加入者との間でいったん契約を締結すると競業者への契約変更が生じ難いという点で、市場における先行者である上告人に有利な特性を有していたものといえる。そして、本件行為期間において、上告人はニューファミリータイプのF T T Hサービスを芯線直結方式によって提供しており、当時の需給関係等からみてこれによってもダークファイバが不足するような事態は容易に想定し難く、上告人においても分岐方式への移行の具体的な予定がなかったことなどからすれば、ニューファミリータイプのF T T Hサービスはその実質において芯線直結方式を前提とするベーシックタイプと異なるものではなかったというべきところ、ニューファミリータイプのユーザー料金は芯線直結方式において他の電気通信事業者から取得すべき接続料金を下回るものであったというのであるから、上告人の加入者光ファイバ設備に接続する電気通信事業者は、いかに効率的にF T T Hサービス事業を営んだとしても、芯線直結方式によるF T T Hサービスをニューファミリータイプと同額以下のユーザー料金で提供しようとするれば必ず損失が生ずる状況に置かれることが明らかであった。しかも、上告人はニューファミリータイプを分岐方式で提供するとの形式を採りながら、実際にはこれを芯線直結方式で提供することにより、正に上記のような状況が生ずることを防止するために行われていた行政指導を始めとするユーザー料金等に関する種々の行政的規制を実質的に免れていたものといわざるを得ない。他方で、上告人は、F T T Hサービス市場において



他の電気通信事業者よりも先行していた上、その設置した加入者光ファイバ設備を自ら使用していたためユーザー料金が接続料金を下回っていたとしても実質的な影響はなく、ダークファイバの所在等に関する情報も事実上独占していたこと等にもかんがみれば、上告人と他の電気通信事業者との間にはF T T Hサービス市場における地位及び競争条件において相当の格差が存在したといえることができる。また、本件行為期間は1年10か月であるところ、その間のF T T Hサービス市場の状況にかんがみ、当時同市場は急速に拡大しつつあったものと推認されるから、上記の期間は上告人による市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から相応の有意な長さのある期間であったというべきである。

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

5 また、前記事実関係等によれば、本件行為期間において、ブロードバンドサービスの中でA D S Lサービス等との価格差とは無関係に通信速度等の観点からF T T Hサービスを選好する需要者が現に存在していたことが明らかであり、それらの者については他のブロードバンドサービスとの間における需要の代替性はほとん



ど生じていなかったものと解されるから、F T T Hサービス市場は、当該市場自体が独立して独禁法2条5項にいう「一定の取引分野」であったと評価することができる。そして、この市場においては、既に競業者である東京電力及び有線ブロードが存在していたが、これらの競業者のF T T Hサービス提供地域が限定されていたことやF T T Hサービスの特性等に照らすと、本件行為期間において、先行する事業者である上告人に対するF T T Hサービス市場における既存の競業者による牽制力が十分に生じていたものとはいえない状況にあるので、本件行為により、同項にいう「競争を実質的に制限すること」、すなわち市場支配力の形成、維持ないし強化という結果が生じていたものというべきである。さらに、上告人が本件行為を停止した後に他の電気通信事業者が本格的にF T T Hサービス市場への新規参入を行っていること、その前後を通じて東京電力及び有線ブロードの競争力に変動があったことを示すような特段の事情はうかがわれないこと等からすれば、F T T Hサービス市場における上記のような競争制限状態は本件行為によってもたらされたものであり、両者の間には因果関係があるといえることができる。なお、前記事実関係等に照らすと、総務大臣が上告人に対し本件行為期間において電気通信事業法に基づく変更認可申請命令や料金変更命令を発出していなかったことは、独禁法上本件行為を適法なものとして判断していたことを示すものでないことは明らかであり、このことにより、本件行為の独禁法上の評価が左右される余地もないものというべきである。

6 したがって、本件行為は排除型私的独占に該当するから本件審決の取消しを求める上告人の請求を棄却すべきものとした原審の結論は、是認することができる。論旨は採用することができない。



よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	千	葉	勝	美
裁判官	古	田	佑	紀
裁判官	竹	内	行	夫
裁判官	須	藤	正	彦



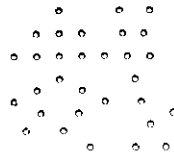
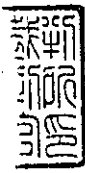
当 事 者 目 録

東京都新宿区西新宿 3 丁目 1 9 番 2 号

上 告 人	東 日 本 電 信 電 話 株 式 会 社
同代表者代表取締役	江 部 努
同訴訟代理人弁護士	川 合 弘 造
	木 目 田 裕
	弘 中 聡 浩
	一 場 和 之
	東 貴 裕
	宇 野 伸 太 郎
	山 田 将 之
	小 林 和 真 呂
	沼 田 知 之

東京都千代田区霞が関 1 丁目 1 番 1 号

被 上 告 人	公 正 取 引 委 員 会
同代表者委員長	竹 島 一 彦
同 指 定 代 理 人	田 中 久 美 子
	秋 沢 陽 子
	佐 藤 真 紀 子
	小 高 真 侑
	大 胡 勝



平成21年(行ヒ)第348号

平成21年(行ノ)第104号 審決取消請求上告受理申立て事件

(原審・東京高等裁判所平成19年(行ケ)第13号審決取消請求事件)

申立人(原審原告) 東日本電信電話株式会社

相手方(原審被告) 公正取引委員会

上告受理申立て理由書

平成21年8月5日

最高裁判所 御中

申立人訴訟代理人弁護士

川 合 弘 造

同

木 目 田 裕

同

弘 中 聡 浩

同

一 場 和 之

同

東 貴 裕

同

宇 野 伸 太 郎

同

山 田 将 之

同

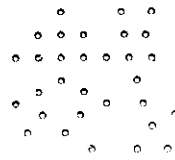
小 林 和 真 呂

(本件連絡担当)

同

沼 田 知 之

(本件連絡担当)



第1 上告人(申立人)の主張の骨子

上告人(申立人)は、平成13年8月に本格的にFTTHサービス¹の提供を開始したが、その当時、先行してサービス提供されていたブロードバンドサービスであるADSLサービス²等と比較して、ユーザー料金³が非常に割高であった。また、東京電力株式会社(以下「東京電力」という。)等が、上告人(申立人)のFTTHサービスよりも安価なユーザー料金でFTTHサービスを提供しようとしていた。そこで、上告人(申立人)は、FTTHサービスを普及させるとともに、ADSLサービスや東京電力のFTTHサービス等に価格面で対抗していくために、平成14年6月から、通信速度100Mbpsでユーザー料金を低価格に設定した戸建て住宅向けFTTHサービスとして、「分岐方式」によるニューファミリータイプを提供することにしたものである。「分岐方式」とは、加入者光ファイバ芯線⁴を複数のユーザーで共用させる方式であり、ニューファミリータイプは、このような分岐方式のサービスとすることで、ユーザー料金の低価格化を実現したものであった。

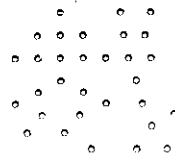
加入者光ファイバ等設備の構築維持のコストの大部分を占めるのは、加入者光ファイバ芯線であり、加入者光ファイバ芯線1芯の構築維持コストは5,074円であった。そのため、上告人(申立人)が提供していた「芯線直結方式」(加入者光ファイバ芯線をユーザー1人で占有させる方式)のサービスであるベーシックタイプでは、ユーザー料金が9,000円と割高になっていた。これに対し、ニューファミリータイプでは、加入者光ファイバ芯線を複数のユーザーで共用させることになるので、芯線直結方式と比較して、1ユーザーあたりで見た場合の設備の構築維持のコストを大幅に引き下げることが可能になり、その結果、ユーザー料金を5,800円と

¹ 光ファイバ等設備を用いたインターネット通信サービス

² 電話回線を用いて高速なデータ通信を行なう技術の一つである非対称デジタル加入者線を用いた通信サービス

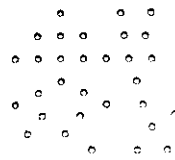
³ 上告人(申立人)がユーザーにサービスを提供する際の料金

⁴ 加入者回線として用いられる光ファイバ



いう安価に設定できた。分かり易さのため、厳密性を犠牲にして単純化して説明すれば、加入者光ファイバ芯線 1 芯あたりでユーザーを 2 人獲得できれば、1 ユーザーあたりの加入者光ファイバ芯線の構築維持コストは半分の 2,537 円となる。だからこそ、ニューファミリータイプは低価格化が実現できたのである。

もともと、前述のように FTTH サービス自体が平成 13 年 8 月に本格的にサービス提供が開始されたばかりであって、平成 14 年 6 月のニューファミリータイプのサービス提供開始当初は、FTTH サービスは、いまだ普及しておらず、これからまさに分岐方式を用いることで割高だったユーザー料金を安価に設定して需要を開拓していこうという段階であった。そのため、平成 14 年 6 月のニューファミリータイプ提供開始当初は、需要が乏しく、ユーザーが点在しているに過ぎなかったため、実際に加入者光ファイバ芯線 1 芯あたりに複数のユーザーを獲得するには、ある程度の時間がかかると予想された。上告人(申立人)は、このような状況を踏まえ、サービス提供開始当初の段階では、加入者光ファイバ芯線にスプリッタなどの加入者光ファイバ芯線を分岐させるための機器(以下「分岐のための機器」ということがある。)を直ちに設置する必要がある状況にないと判断した。そこで、上告人(申立人)としては、ユーザー料金の低価格化により、一定の需要を開拓して加入者光ファイバ芯線 1 芯あたりに複数ユーザーを獲得できた段階で実際に分岐のための機器を設置することにした。以上のように、上告人(申立人)は、需要が乏しく加入者光ファイバ芯線 1 芯に複数ユーザーを獲得できるようになるまでは、当面の間、分岐のための機器を設置しないこととして、需要を開拓した段階で分岐の機器を設置して、複数ユーザーによる加入者光ファイバ芯線の共用を実現し、サービス開始当初は赤字であっても数年間というスパンでの FTTH サービスの黒字化を企図していたものである。そして、上告人(申立人)は、平成 16 年 4 月以降、ニューファミリータイプの新規ユーザーすべてにつき分岐のための機器を実際に設置しており、平成 16 年 11 月からは、ニューファミリータイプの後継サービスとして、分岐方式を用いるハイパーファミリータイプの提供を開始して、通信速度 1 Gbps でユー



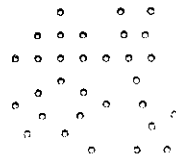
ザー料金 4,500 円のサービスを提供するに至っている。

このような行為について、公正取引委員会平成 19 年 3 月 26 日付け審決(以下「本件審決」という。)は、上告人(申立人)が、ニューファミリータイプを提供するにあたり、①上告人(申立人)の電話局から加入者宅までの加入者光ファイバについて、分岐方式を用いることを前提に、ニューファミリータイプの FTTH サービスの提供に用いる設備と競争事業者の設備との接続に係る接続料⁵の認可を受け、当該サービスのユーザー料金の届出を行ったが、直ちには分岐のための機器を設置せずに芯線直結方式を用いて、②芯線直結方式の接続料を下回るユーザー料金で、当該サービスを提供した行為により、競争事業者の事業活動を排除し、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限したと認定し、独占禁止法⁶3 条前段、2 条 5 項の私的独占が成立するとした。これに対し、上告人(申立人)が本件審決の取消を求め提訴したところ、原判決は本件審決を維持した。かかる原判決は、ニューファミリータイプのユーザー料金が芯線直結方式の接続料を下回っていた(以下「逆ざや」という。)として、それを理由に競争事業者による上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備の利用が困難であったと判断するものである。

しかし、本件において、①上告人(申立人)は、何ら競争事業者を「排除」しておらず、②「一定の取引分野における競争の実質的制限」も存在しない。また、③電気通信事業法を所管する官庁であって情報通信政策に関する専門知識を持つ総務省が、法令違反とは考えていないことを尊重すべきである。原判決の判断は、独占禁止法 2 条 5 項の法令解釈を誤っている。

⁵ 他事業者が上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備(加入者光ファイバ及びこれと一体として使用される設備)に接続する際の料金

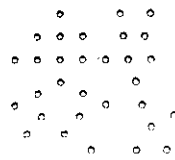
⁶ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律の一部を改正する法律(平成 17 年法律第 35 号)附則第 2 条の規定によりなお従前の例によることとされる同法による改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律



すなわち、**第一に**、取引自由の原則の下では、すべての事業者は誰とどのような取引をするか自由なはずであり、ましてや加入者光ファイバ等設備は既に民間企業となっていた上告人(申立人)自身が多大なコストをかけて、またリスクもとって自ら敷設したものである。競争事業者も自ら設備を構築して参入するのが本来の競争のあり方である。原判決は、かかる競争の本来の在り方を見失い、上告人(申立人)には競争事業者に自己の設備を当然のように提供する義務があるとしている点で誤りである。

第二に、ニューファミリータイプは分岐方式のサービスであるから、芯線直結方式の接続料と分岐方式であるニューファミリータイプのユーザー料金を比較して逆ざやを云々するのは誤りである。上告人(申立人)は、ニューファミリータイプについて、分岐のための機器を設置しても、サービス開始当初は需要が点在し、1つの加入者光ファイバ芯線を複数のユーザーで共用するに至る場合がほとんど発生しない事態が容易に想定されたことから、サービス開始当初の設備投資負担の軽減のため、直ちに分岐のための機器を設置することにはしないで、ユーザー料金の低価格化により一定の需要を開拓した段階で、実際に分岐のための機器を設置することにしたに過ぎない。中長期的なスパンで事業の黒字化を図っていく FTTH サービス事業のあり方からすれば、サービス開始当初の数年間、設備コストを抑えるために分岐のための機器を設置しないこととしていたとしても、それは一時的・暫定的な措置に過ぎず、ニューファミリータイプが分岐方式のサービスであることには変わりはない。

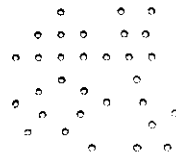
第三に、いかなる事業であれ、事業の開始当初は需要が乏しいため利益が上がり、時間をかけて需要を開拓して、何年間というスパンで最終的な損益を黒字化していくのが通常であり、FTTH サービス事業も例外でない。とりわけ、FTTH サービスのような装置型産業で、事業開始時に多額の設備投資を必要とする場合、サー



ビス開始当初は、上告人であれ、競争事業者であれ、赤字となるのは当然であって、サービス開始当初の暫定的・一時的に分岐のための機器を設置していなかった時点だけを切り取って逆ざやを問題とするのは誤りである。逆ざやの有無の判断においてユーザー料金と比較されるべき接続料は、芯線直結方式の接続料及び分岐方式の接続料とを各方式が利用される期間あるいは各方式が利用される数量に応じ、加重平均した金額とされなければならないはずであり、かかる加重平均された接続料とユーザー料金とに逆ざやは生じていない。

第四に、接続料は上告人(申立人)が加入者光ファイバ等設備の構築維持に要するコストを1利用単位で割って算定されており、接続料は上告人(申立人)の設備の構築維持コストと同額である(接続料の原価同等性)。そのため、芯線直結方式か分岐方式かを問わず、いずれであれ、競争事業者も、上告人(申立人)と同等のコストで上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を利用できた以上、上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備の利用という点では、上告人(申立人)と競争事業者との間で、競争条件の同等性が確保されていた。そうである以上、上告人(申立人)の行為により競争事業者が排除されることはあり得ない。上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備の利用に関して、上告人(申立人)と競争事業者との間で同等性が確保されていた以上は、具体的にいかなる設備を用いて、いかなるユーザー料金を設定するかは、基本的には、各事業者の経営判断に基づく営業政策の問題である。競争事業者も、上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供と全く同じ内容のサービスを、上告人(申立人)と同等のコスト負担(接続料)と条件によって行うことができた以上、上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供が排除行為になるはずがない。

第五に、ニューファミリータイプのユーザー料金は、東京電力の芯線直結方式のユーザー料金相当額に対抗できるように設定・変更されたものである。競争事業

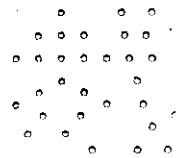


者は、もともと東京電力に対抗するために相応に低いユーザー料金を設定しなければならなかったのだから、原判決の論理によれば、競争事業者は、すでに東京電力の提供する FTTH サービスにより参入が困難となっていたのであり、上告人(申立人)の行為は競争事業者の参入の困難性と因果関係がなく、上告人(申立人)が競争事業者の参入を困難にしたとはいえないはずである。

第六に、ユーザー及び競争事業者は、ニューファミリータイプを分岐方式のサービスとして認識していたので、競争事業者は、ユーザー料金が高くとも、通信速度等の優位性を訴えるなどして分岐方式のサービスとの差別化を図り、芯線直結方式により参入することができたのであるから、上告人(申立人)の行為は排除行為にあたらない。

第七に、原判決が違反行為の終期としている平成 16 年 3 月 31 日の前後で上告人(申立人)の行為に帰せられる事情に変化はなかったが、平成 16 年 10 月以降、ソフトバンク BB 株式会社(以下「SBB」という。)及び KDDI 株式会社(以下「KDDI」という。)が、分岐方式の設備を用いて、FTTH サービス事業に参入していることから、上告人(申立人)の行為によって競争事業者が排除された事実はないことは明らかである。

第八に、ニューファミリータイプの提供は、5,074 円という加入者光ファイバ芯線の構築維持コストを所与の前提とせざるを得ない中で、東京電力等との競争において、中長期的スパンで分岐方式をとることとしてユーザー料金の低価格化を図ったものであり、分岐のための機器を直ちに設置しなかったのも設備投資判断として合理的なものであったのだから、正当な価格競争・能率競争であって、何ら反競争的なものではなく、排除行為に該当しない。

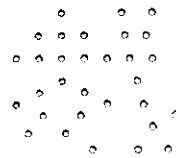


第九に、上告人(申立人)は、東京電力の FTTH サービスや ADSL サービス等と激しい価格競争を行っていた。上告人(申立人)は、自由にユーザー料金やその他の取引条件を設定できる状態にはなかったのであるから、本件において、「一定の取引分野における競争の実質的制限」は存在していない。現に、総務省や被上告人(相手方)である公正取引委員会自身も、FTTH サービス市場において激しい競争が行われていると述べていた。

第十に、電気通信事業法を所管する官庁であって情報通信政策に関する専門知識を持つ総務省は、ニューファミリータイプに関し、接続料やユーザー料金の設定が電気通信事業法に違反するとの指摘はしておらず、接続約款変更認可申請命令やユーザー料金変更命令も行っていない。かかる事実は独占禁止法の違反要件の成否を論ずるにあたっても重く受け止められるべきであり、当該接続料及びユーザー料金による上告人(申立人)の FTTH サービスの提供は競争の実質的制限とならないと考えるべきである。

本件審決については、被上告人(相手方)である公正取引委員会の職員が執筆し、原判決言渡し後に出版された文献においてさえも多くの疑問が投げかけられており(伊永大輔＝岡村薫「マージン・スクイーズによる私的独占 NTT 東日本事件」岡田羊祐＝林秀弥編『独占禁止法の経済学 審判決の事例分析』東京大学出版会(2009年)(添付資料))、貴裁判所におかれても、本件審決を維持した原判決の妥当性について慎重にご検討いただきたい。

なお、本件は、東京電力等との競争状況等から不当廉売には全くなならないが、被上告人(相手方)である公正取引委員会も、審判段階以来、不当廉売類型として排除行為に該当するといった主張をあえて回避し続けてきており、本件審決及び原判決も、本件が不当廉売類型として排除行為に該当するといった認定は行っていない。



以下では、第2において本件における上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供行為の具体的内容・経緯を説明した上で、第3において、原判決が法令の解釈を誤っていることの詳細について述べる。

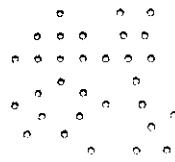
第2 上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供行為の具体的内容・経緯

上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供行為の具体的内容・経緯は以下のとおりである。なお、以下で述べる事実の大半は、本件審決でも認定されている事実である。一部に本件審決では明示的に言及されていない事実もあるが、かかる事実も、本件審決の認定と矛盾せず、かつ記録中の証拠に明確に現れている事実である。

1 電気通信事業法の規制

上告人(申立人)が保有する加入者光ファイバ等設備は、電気通信事業法上、第一種指定電気通信設備に指定され⁷、電気通信事業分野における公正競争の促進のため様々な規制を受ける。すなわち、上告人(申立人)は、その加入者光ファイバ等設備について、他の電気通信事業者(競争事業者)から接続の請求を受けたときはこれ

⁷ 電気通信事業法(上告人(申立人)が保有する加入者光ファイバ等設備が第一種指定電気通信設備に指定された平成13年4月6日から同年6月21日までは、同月22日に施行された平成13年法律第62号による改正前のもの、平成13年6月22日から同月11月29日までは、同月30日に施行された平成13年法律第62号による改正前のもの、平成13年11月30日から平成14年6月19日までは、同月20日に施行された平成13年法律第62号による改正前のもの、平成14年6月20日から平成16年1月25日までは、同月26日に施行された平成15年法律第125号による改正前のもの、平成16年1月26日から同年2月29日までは、同年3月1日に施行された平成15年法律第138号による改正前のもの、平成16年3月1日から本件審決及び原判決が上告人(申立人)の違反行為が終了したとする同年3月31日までは、同年4月1日に施行された平成15年法律第125号による改正前のものを指す。以下同じ。)38条の2第1項、電気通信事業法施行規則(平成13年総務省令第85号による改正前のもの。)23条の2、平成13年総務省告示第243号「電気通信事業法第38条の2第1項の規定に基づく指定に関する件」



に応ずる義務を負う⁸。また、競争事業者が上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備と接続する際に上告人(申立人)に支払う料金(接続料)及び接続条件については、上告人(申立人)は接続約款を定めて総務大臣の認可を受けなければならない⁹。接続約款の認可にあたっては、①接続料が原価に照らし公正妥当なものであること、②接続の条件が上告人(申立人)自らによる加入者光ファイバ等設備の利用の場合と比べて不当でないこと等が条件とされる¹⁰。実際、接続料は、加入者光ファイバ等設備の構築維持の原価を算定して、それを上告人(申立人)及び競争事業者の合計利用数量見込みで割って算出されている¹¹。そのため、接続料は、1利用単位¹²で見て、上告人(申立人)が負担するところの加入者光ファイバ等設備の構築維持コストと同額になるように設定されている。このように、競争事業者から分岐方式での接続の要求があれば、上告人(申立人)は、自らが分岐のための機器を利用していないとしても、これを設置した上で、その設備構築維持コストと同等額(上告人(申立人)に利益の出ない原価と同等額)で競争事業者に提供しなければならないとされていた。総務大臣が接続約款を認可するには、情報通信審議会による諮問を経

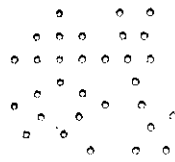
⁸ 電気通信事業法 38 条

⁹ 電気通信事業法 38 条の 2 第 2 項

¹⁰ 電気通信事業法 38 条の 2 第 3 項

¹¹ 電気通信事業法 38 条の 2 第 3 項 1 号ロ、接続料規則(上告人(申立人)が保有する加入者光ファイバ等設備が第一種指定電気通信設備に指定された平成 13 年 4 月 6 日から同年 6 月 10 日までは、同月 11 日に施行された平成 13 年総務省令第 85 号による改正前のもの、平成 13 年 6 月 11 日から同年 11 月 28 日までは、同月 29 日に施行された平成 13 年総務省令第 153 号による改正前のもの、平成 13 年 11 月 29 日から同年 12 月 10 日までは、同月 11 日に施行された平成 13 年総務省令第 165 号による改正前のもの、平成 13 年 12 月 11 日から平成 14 年 2 月 19 日までは、同月 20 日に施行された平成 14 年総務省令第 14 号による改正前のもの、平成 14 年 2 月 20 日から同年 6 月 18 日までは、同月 19 日に施行された平成 14 年総務省令第 64 号による改正前のもの、平成 14 年 6 月 19 日から平成 15 年 4 月 10 日までは、同月 11 日に施行された平成 15 年総務省令第 80 号による改正前のもの、平成 15 年 4 月 11 日から同年 7 月 1 日までは、同月 2 日に施行された平成 15 年総務省令第 95 号による改正前のもの、平成 15 年 7 月 2 日から平成 16 年 3 月 21 日までは、同月 22 日に施行された総務省令第 44 号による改正前のもの、平成 16 年 3 月 22 日から本件審決及び原判決が上告人(申立人)の違反行為が終了したとする同年 3 月 31 日までは、平成 17 年 2 月 14 日に施行された平成 17 年総務省令第 14 号による改正前のものを指す。以下同様。)7 条ないし 18 条

¹² 例えば、加入者光ファイバ芯線であれば 1 芯、光伝送装置(集線型 MC)であれば 1 装置(16 ユーザーで共用)、地域 IP 網であれば 1 ポートである。



る必要がある¹³、情報通信審議会における審議検討に際しては、いわゆるパブリックコメント手続が行なわれ、競争事業者を含む一般からの広範な意見の徴求が行なわれる。このような二重チェックや競争事業者等によるスクリーニングを経て、接続料の原価同等性を含め、接続約款における認可条件の充足が厳重に担保されている。

一方、電気通信事業法上、上告人(申立人)は、ユーザー料金を総務大臣に届け出ることが義務付けられている。電気通信事業法上、ユーザー料金と接続料の関係について具体的な規制はないが、ユーザー料金が「小売料」、接続料が「卸売料」であることから、総務省は、ユーザー料金が接続料を下回らないよう行政指導している(インピュテーションルール)。

2 B フレッツサービスの提供開始

上告人(申立人)は、IP 化の進展に対応した新規事業として積極的に IP 通信関連サービス事業に取り組むこととして、早くから光ファイバに注目し、他社に先駆けて、平成 6 年ころから加入者光ファイバ等設備の敷設を積極的に行ってきた。

上告人(申立人)は、平成 12 年 12 月から、一部の地域で最大 10Mbps の「光・IP 通信網サービス(仮称)」を試験サービスとして提供し、平成 13 年 8 月から、「B フレッツ」という名称で FTTH サービスの提供を本格的に開始した。

¹³ 電気通信事業法 94 条 1 号、38 条の 2 第 2 項、電気通信事業法施行令(上告人(申立人)が保有する加入者光ファイバ等設備が第一種指定電気通信設備に指定された平成 13 年 4 月 6 日から同年 11 月 25 日までは、同月 26 日に施行された平成 13 年政令第 361 号による改正前のもの、平成 13 年 11 月 26 日から平成 14 年 3 月 24 日までは、同年 3 月 25 日に施行された平成 14 年政令第 60 号による改正前のもの、平成 14 年 3 月 25 日から同年 6 月 11 日までは、同月 12 日に施行された平成 14 年政令第 206 号による改正前のもの、平成 14 年 6 月 12 日から同年 12 月 5 日までは、同月 6 日に施行された平成 14 年政令第 363 号による改正前のもの、平成 14 年 12 月 6 日から平成 15 年 12 月 9 日までは、同月 10 日に施行された平成 15 年政令第 499 号による改正前のもの、平成 15 年 12 月 10 日から平成 16 年 1 月 29 日までは、同月 30 日に施行された平成 16 年政令第 10 号による改正前のもの、平成 16 年 1 月 30 日から同年 3 月 23 日までは、同月 24 日に施行された平成 16 年政令第 59 号による改正前のもの、平成 16 年 3 月 24 日から本件審決及び原判決が上告人(申立人)の違反行為が終了したとする同年 3 月 31 日までは、同年 12 月 15 日に施行された平成 16 年政令第 396 号による改正前のものを指す。以下同様。)9 条



かかる上告人(申立人)による加入者光ファイバ等設備の積極的な敷設及び FTTH サービスの提供は、国の施策に沿うものであった。すなわち、IT 基本法¹⁴により設置された IT 戦略本部(高速情報通信ネットワーク社会推進戦略本部)は、平成 13 年 1 月に「e-Japan 戦略」を策定した。この「e-Japan 戦略」では、「5 年以内に超高速アクセス(目安として 30～100Mbps)が可能な世界最高水準のインターネット網の整備を促進することにより、必要とするすべての国民がこれを低廉な料金で利用できるようにする。(少なくとも 3000 万世帯が高速インターネットアクセス網に、また 1000 万世帯が超高速インターネットアクセス網に常時接続可能な環境を整備することを目指す。)」ことが目標として掲げられていた。上告人(申立人)は、この「e-Japan 戦略」に沿って、加入者光ファイバ等設備を積極的に敷設するとともに、FTTH サービスの普及に努めてきたものである。

B フレッツには、平成 13 年 8 月のサービス開始当初、戸建て住宅向けのサービスとして、加入者光ファイバ芯線 1 芯を 1 ユーザーで占有する「ベーシックタイプ」(芯線直結方式。通信速度最大 100Mbps、ユーザー料金 9,000 円)と、加入者光ファイバ芯線 1 芯を複数のユーザーで共用する¹⁵「ファミリータイプ」(分岐方式。通信速度最大 10Mbps、ユーザー料金 5,000 円)とがあった。

分岐方式においては、1 芯の加入者光ファイバを同時に複数の利用者が使用することにより、芯線直結方式に比べ通信速度が低下する場合があるものの、加入者光ファイバ等設備の設置・維持コストの大部分を占める加入者光ファイバ芯線を複数ユーザーで共用することから、芯線直結方式に比べて、共有するユーザー数が実際に増加すれば、ユーザー料金を大幅に安価に設定することが可能であった。

¹⁴ 高速情報通信ネットワーク社会形成基本法

¹⁵ 加入者光ファイバ芯線 1 芯を局内(上告人(申立人)の電話局内)で 8 分岐し、当該分岐回線を局外(上告人(申立人)の電話局外)で更に 4 分岐することで、加入者光ファイバ 1 芯を最大 32 ユーザーで共用する方式



本件で問題となっている「ニューファミリータイプ」は、この分岐方式であるファミリータイプの後継サービスである。

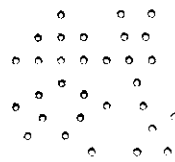
3 ベーシックタイプ及びファミリータイプの導入後の状況

上告人(申立人)は、ベーシックタイプのユーザー料金を、加入者光ファイバ等設備の構築維持コストや営業費用等を考慮して月額 9,000 円に設定していた。しかし、実際に、その当時 FTTH サービスにおいて提供されているサービスと同等のサービスを提供していた¹⁶という点で、FTTH サービスと競争関係にあった ADSL サービスの一般的な月額ユーザー料金は 4,000 円程度、CATV インターネットサービス¹⁷については 6,000 円程度であった。特に、平成 13 年 6 月より、SBB が 2,280 円という低価格で ADSL 事業に参入し、急激な勢いでユーザーを獲得しつつあった。これに対し、ベーシックタイプの 9,000 円というユーザー料金は、ADSL 等と比較すると明らかに割高であり、価格競争力はなかった。また、株式会社有線ブロードネットワークス(平成 17 年 3 月 1 日より、「株式会社 USEN」に商号変更している。以下、商号変更の前後を問わず「有線ブロード」という。)は、平成 13 年 3 月より、最大 100Mbps の FTTH サービス「BROAD-GATE 01(ホームタイプ)」の提供を開始していた。「BROAD-GATE 01(ホームタイプ)」は、ビデオ・オン・デマンドや音楽配信といったコンテンツが豊富であっただけでなく、その月額ユーザー料金は ISP¹⁸ 料金込みで月額 6,100 円であり、ベーシックタイプよりも大幅に安い価格設定であった(ベーシックタイプは ISP 料金も含めると、約 16,500 円で提供されていた。)。このように、上告人(申立人)の B・フレッツのうちベーシックタイプは、

¹⁶ 当時、電気通信サービスを通じて利用されるコンテンツについて、FTTH サービスでしか実用性のないようなコンテンツがほとんどなく、FTTH サービスの有する機能を十分に活かすことができなかったことによるところが大きい。

¹⁷ ケーブルテレビ設備を用いた通信サービス

¹⁸ インターネット・サービス・プロバイダ



ADSL サービス、CATV インターネットサービス、有線ブロードの FTTH サービスと比較して、価格競争力に乏しかったため、平成 13 年 8 月のサービス提供開始後、思うように利用者を増やすことができなかった。

また、ファミリータイプについても、ベーシックタイプと比べればユーザー料金が割安であったものの、ADSL に比べれば割高であったため、技術革新により高速化が進んだ ADSL に対して、最大 10Mbps 程度では通信速度の違いによる差別化を図ることもできず、32 分岐中 1 ユーザーしか獲得できない場合が大半であって、やはり、利用者の獲得が非常に低調であった。

そうした中、東京電力は、平成 14 年 1 月、ISP 料金を含めて 1 万円を下回る価格で、最大 100Mbps の FTTH サービス「TEPCO ひかり」の提供を開始することを発表した。上告人(申立人)は、「TEPCO ひかり」の ISP 向け卸価格(B フレッツのユーザー料金に相当)は、約 6,000 円と推測していた。「TEPCO ひかり」と同じ最大 100Mbps の FTTH サービスであるベーシックタイプのユーザー料金は 9,000 円 (ISP 料金を含めるとおよそ 16,500 円)であり、東京電力の「TEPCO ひかり」は B フレッツに比べて、約 3,000 円も割安となっていた。加えて、東京電力は、その主要な営業地域が、関東地域に限定されていたにもかかわらず、平成 15 年度の売上げ(4 兆 7300 億円)が東日本を営業地域とする上告人(申立人)の売上げ(2 兆 2600 億円)の 2.1 倍であるように、企業規模において上告人(申立人)を大きく上回っており、設備面でも上告人(申立人)に劣らぬ大量の加入者光ファイバ芯線を保有し(特に人口の集中する関東地方では上告人(申立人)より多くの加入者光ファイバ芯線を有していた。)、営業エリアの面展開(スポット的にサービスを提供するのではなく、ある一定の地域全体にサービスを展開すること)が可能であった。また、加入者光ファイバ芯線の敷設に必要な電柱についても関東地方で上告人(申立人)より多くの電柱を有していた。さらに、上告人(申立人)は、第一種指定電気通信設備規制に基づき、総務大臣から認可を受けた接続料で上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を競争事業者に開放する義務を負っているのに対し、東京電力はかかる第一種指定電気



通信設備規制を受けず、より自由で戦略的な料金設定が可能であった。

また、前述したとおり、有線ブロードは、既に最大 100Mbps の FTTH サービスを月額ユーザー料金 6,100 円 (ISP 料金込み) で提供していたところ、それまで都内の一部のエリアでのみ販売していた「BROAD-GATE 01 (ホームタイプ)」について、平成 13 年 10 月には東京都内 23 区及び全国政令指定都市に提供エリアを拡大し、平成 14 年 4 月には 30 万人都市及び県庁所在地級都市で、平成 15 年 4 月にはその他の全国主要都市で提供を開始する予定であった。

4 ニューファミリータイプの導入

(1) ニューファミリータイプの導入

前記のとおり、上告人(申立人)の提供する B フレッツサービスは、ADSL や有線ブロードの FTTH サービス等に押されて利用者の獲得が進んでいなかった。上告人(申立人)は、東京電力による FTTH サービス事業への新規参入や有線ブロードのサービス提供エリアの拡大によって、B フレッツサービスの利用者の獲得はますます困難になると考え、価格競争力のある新サービスを投入しない限り、このままでは競争に敗退して FTTH サービスからの撤退を余儀なくされるとの強い危機感を抱いた。

平成 14 年 2 月から 3 月ころ、分岐のための技術の進展により、最大 100Mbps を共用しうる新しい方式(E-PON 方式)の実用化の目処が立った。そこで、上告人(申立人)は、E-PON 方式を利用して新たな分岐方式¹⁹のサービスを提供することとして、東京電力等と対抗しうる通信速度と価格競争力をもつ新たな FTTH サービスとして、ユーザー料金を月額 5,800 円に設定したニューファミリータイプを提供する

¹⁹ 加入者光ファイバ 1 芯を局内で 8 分岐し、更に局外で 4 分岐することにより、最大 32 ユーザーで共用する方式



こととした。このニューファミリータイプでは、設備の構築維持コストの大部分を占める加入者光ファイバ芯線を局外で最大4ユーザーで共用させることが可能になるので、その分、ユーザー料金を安価に設定することが可能となった。

上告人(申立人)は、平成14年4月11日、ニューファミリータイプのユーザー料金5,800円につき総務大臣に対する届出を行い、同年6月1日からサービス提供を開始した。

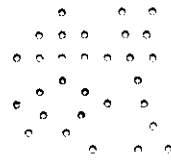
加入者光ファイバ等設備は第一種指定電気通信設備に指定されていたことから、上告人(申立人)が新たにE-PON方式による分岐方式の設備を利用したサービスを導入する以上は、上告人(申立人)は、かかるE-PON方式による分岐方式の設備を競争事業者にも上告人(申立人)と同等のコスト(接続料)と条件で提供すること等を義務付けられており、そのために、平成14年4月11日、このE-PON方式による分岐のための機器の利用(シェアドアクセス方式)を接続メニューに追加するための接続約款変更認可申請を行った。

なお、ニューファミリータイプは、ファミリータイプの後継サービスであったことから、ファミリータイプは平成15年3月31日をもって新規販売が中止された。

(2) 分岐のための機器の設置について

上告人(申立人)は、ニューファミリータイプの提供開始にあたり、以下の理由から、当初は分岐のための機器を設置しないこととした。

前記のとおり、ニューファミリータイプに先立って分岐方式でサービスを提供していたファミリータイプについては、需要の伸びが低調でユーザーが点在していたため、大半は加入者光ファイバ芯線1芯あたり1ユーザーしか獲得できていなかった。そのため、ファミリータイプにおいては、分岐のための機器を設置したにもかかわらず、結局加入者光ファイバ1芯を1ユーザーが利用するに止まっており、分岐のための機器を設置することに要した費用は、結果的に無駄であった。ニュー

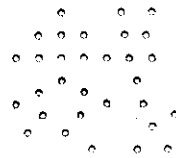


ファミリータイプについても、当時インターネット通信サービスとしては ADSL や CATV インターネットサービスが主流であったのに対し、FTTH サービスはサービス提供が開始されたばかりで需要が乏しかったため、ファミリータイプと同様に、最初から分岐のための機器を設置しても、サービス開始当初は需要を獲得できず、加入者光ファイバ芯線を複数ユーザーで共有させる状態とはならないことが明らかに想定された。そこで、上告人(申立人)は、ニューファミリータイプのサービス提供開始当初の段階では、たとえ分岐のための機器を導入したとしても、いずれにせよ加入者光ファイバ芯線 1 芯を 1 ユーザーが利用するに止まると想定される以上、最初から分岐のための機器を設置することにはしないで、需要が増加して複数ユーザーによる加入者光ファイバ芯線の共用が可能となる程度の需要の段階に進んでから実際に分岐のための機器を設置した方が、全体としての設備投資負担を低く抑えることができ、投資判断として合理的であると考えた。

つまり、サービス提供開始の当初は、たとえ分岐のための機器を導入したとしても、ファミリータイプと同様に加入者光ファイバ芯線 1 芯あたり 1 ユーザーしか獲得できない状態が当面続くと予想されたので、分岐のための機器設置による設備投資負担を抑えるため、ニューファミリータイプでは、当初は分岐のための機器を設置しないでサービス提供を開始することとしたのである。

上告人(申立人)としては、その上で、ユーザー料金の低価格化を実現することで需要を喚起し、ユーザーを獲得していき、加入者光ファイバ芯線 1 芯に複数ユーザーを獲得でき、分岐のための機器を設置した方が全体の投資負担として合理的になった段階で、実際に分岐のための機器を設置する予定であった。上告人(申立人)は、ニューファミリータイプについて、サービス開始当初、短期的には赤字となることを覚悟して低価格化し、ユーザーを開拓してから、実際に分岐のための機器を設置して収益を上げることで数年間という中長期的なスパンで収支相償し、黒字化させることを予定していた。

上告人(申立人)は、定期的な需要動向の確認を行い、分岐のための機器をどの時



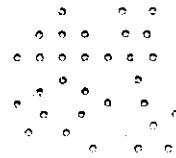
点で設置すべきかについて検討をしていたが、ユーザーが点在する状況が続いており、分岐のための機器を導入するメリットがないことが明らかであったことから、具体的な設置計画を立てるまでには至らなかった。

5 ニューファミリータイプの値下げ

平成 14 年 12 月以降、東京電力の「TEPCO ひかり」を販売する各 ISP は値下げを行った。上告人(申立人)は、東京電力の ISP に対する卸価格(B フレッツのユーザー料金に相当)は約 4,500 円に値下げされたと推測した。また、有線ブロードも、平成 14 年 10 月 1 日から個人向け FTTH サービス「BROAD-GATE 01」を「BROAD-GATE 01 Type E」と名称変更した上でユーザー料金を月額 4,800 円(ISP 利用料込)に値下げした。このように、東京電力が ISP に対する卸価格を約 1,500 円も引き下げ、有線ブロードもユーザー料金を同等の価格に引き下げるという状況に直面したことから、上告人(申立人)は、ニューファミリータイプのユーザー料金の対抗値下げを検討した。

上告人(申立人)は、局外 8 分岐・局内 4 分岐とする方式(B-PON 方式)を採用することによって、ユーザー料金をさらに引き下げること検討した。すなわち、設備の構築維持コストの大部分を占める加入者光ファイバ芯線について、E-PON 方式(局内 8 分岐、局外 4 分岐)では局外で最大 4 ユーザーまでしか共用させることができないのに対して、B-PON 方式であれば、その 2 倍の最大 8 ユーザーで共用させることが可能となるので、1 ユーザーあたりの設備の構築維持コストがより一層低廉なものとなり、その分、ユーザー料金を更に安価に設定することが可能であった。上告人(申立人)は、平成 15 年 3 月 18 日、総務大臣に対して、ニューファミリータイプのユーザー料金を月額 4,500 円とすることを届け出、同年 4 月 1 日より、当該新料金でのサービス提供を開始した。

一方で、上告人(申立人)は、かかる B-PON 方式による分岐方式の設備を競争事業



者にも上告人(申立人)と同等のコスト(接続料)と条件で提供すること等を義務付けられるため、平成 15 年 1 月 27 日、この B-PON 方式による分岐のための機器の利用(シェアドアクセス方式)を接続メニューに追加するための接続約款変更認可申請を行い、同年 3 月 14 日、同変更が認可された。

6 公正取引委員会の調査及び総務大臣の行政指導

被上告人(相手方)である公正取引委員会は、平成 15 年 7 月ころ、上告人(申立人)が、FTTH サービスへの他の電気通信事業者の参入を妨害し、独占禁止法 19 条に規定する不公正な取引方法の疑いがあるとして、上告人(申立人)本社等に立入調査を行った。

他方、総務省は、上告人(申立人)に対し、平成 15 年 9 月、ニューファミリータイプの実際の設備構成等について報告を求め、平成 15 年 11 月 12 日、「上告人(申立人)が提供しているニューファミリータイプについては、サービスの内容が事実上ベーシックタイプと同じであり、現在の設備構成が将来にわたって継続する場合には、電気通信事業法 31 条 2 項 2 号²⁰又は同項 3 号²¹に該当することになると考えられるところ、既設ユーザーの移行についてはできる限り前倒しでその工事を行うこととし、ニューファミリータイプの提供局数等について一定の期限内に報告を行うこと」等を内容とする行政指導を行った。

総務省の行政指導は、以上のとおり、上告人(申立人)に対して、今後、将来にわたって分岐のための機器を設置しないままニューファミリータイプの提供を続けた場合には電気通信事業法違反となりうる旨を述べるに止まり、ニューファミリータイプの提供が現在若しくは過去に電気通信事業法上違法である、接続料若しくは

²⁰ 特定の者に対し不当な差別的取扱いをするものであるとき

²¹ 他の電気通信事業者との間に不当な競争を引き起こすものであり、その他社会的経済的事情に照らして著しく不適当であるため、利用者の利益を阻害するものであるとき



ユーザー料金の算定に誤りがある、又は競争事業者の参入を困難にさせるといった内容ではなかった。また、総務大臣は、接続料の算定に問題があるときは、接続約款変更認可申請命令を発することができ、また、ユーザー料金が不適切なときは、ユーザー料金変更命令を発することができることとされているが、総務大臣は、かかる行政指導の後も、上告人(申立人)に対して、接続約款変更認可申請命令やユーザー料金変更命令を発することはなかった。

しかるに、被上告人(相手方)は、平成 15 年 12 月 4 日、上告人(申立人)に対し、ニューファミリータイプの提供が私的独占に該当するとして、排除措置の勧告を行った。

7 SBB、KDDI による分岐方式での FTTH サービス事業への参入

こうした状況下で、平成 16 年 10 月 4 日、SBB は、上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備に接続して、分岐方式で FTTH サービスの提供を開始することを発表し、同月 5 日、サービスの提供を開始した。

同年 11 月 30 日には、KDDI も、同様の方式で FTTH サービスの提供を開始することを発表し、平成 17 年 1 月 12 日、サービスの提供を開始した。

SBB 及び KDDI は、上告人(申立人)の加入者光ファイバ芯線等についてのみ提供を受けて、その他の装置²²については自前で用意して FTTH サービスの提供を開始したものである。

²² 光伝送装置(デジタル信号を光ファイバによって伝送可能な光信号に変換する、あるいはその逆の処理を行う装置)等

第3 独占禁止法2条5項の法令解釈の誤り

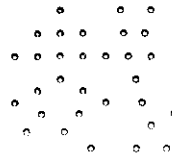
1 競争事業者を「排除」していないこと

(1) 独占禁止法上、上告人(申立人)は競争事業者に自己の設備を利用させる義務を負わないこと

原判決は、排除行為として、上告人(申立人)が、競争事業者が芯線直結方式で上告人(申立人)の加入者ファイバ等設備に接続して FTTH サービス事業に参入することを著しく困難にしたとする(原判決 67 頁 13 行目～16 行目等)。かかる原判決は、排除行為を認定するにあたり、上告人(申立人)に、競争事業者に対して、自己の加入者ファイバ等設備を利用させる義務があることを前提にしている。

しかしながら、すべての事業者は、原則として、誰とどのような取引をするか自由なはずである。したがって、競争事業者に対して自らの加入者光ファイバ等設備を使用させるかどうかは、本来は上告人(申立人)が自由に判断してよい事項である。上告人(申立人)は、既に民営化された私企業として、将来の需要を見込んでリスクをとり、多大なコストをかけて自ら加入者光ファイバ等設備を敷設したのであるから、競争事業者も、上告人(申立人)と同じように、加入者光ファイバ等設備を自ら敷設して FTTH サービス事業に参入するのが本来の競争のあり方である。このように、競争事業者が加入者光ファイバ等設備を自ら敷設することによって、上告人(申立人)を含めた競争事業者間において設備の優劣についての競争が行われ、その結果として技術やサービスの発展が達成されるのであって、これはまさに独占禁止法の目的にかなったものである。

また、上告人(申立人)は、電気通信事業法により、接続義務等を課されているが、かかる義務は、電気通信事業法上定められたものであって、直ちに独占禁止法上の義務となるものではない。仮に、電気通信事業法によって定められた接続義務



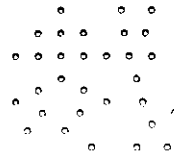
等が果たされていなかったとしても、そのことは、電気通信事業法違反として処理すれば足りる。

このように、上告人(申立人)が仮に競争事業者をして上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を利用させなかったとしても、それが排除行為に該当して私的独占に該当すると解するべきではない。したがって、原判決が、「他事業者が、芯線直結方式で上告人(申立人)の加入者ファイバ等設備に接続して FTTH サービス事業に参入すること」を著しく困難にしたことをもって排除行為に該当すると解した点は、独占禁止法の解釈を誤っている。

なお、米国では、複数の連邦最高裁判決において、ある事業者が事業法上規制を受けていたとしても、かかる規制をもって、直ちに反トラスト法(日本の独占禁止法に相当)上の特別な義務を負うことはないことが明らかにされている。すなわち、Trinko 事件連邦最高裁判決²³は、電気通信事業規制上、ある事業者が競争事業者に通信用施設を卸売価格で提供する義務を負っていたとしても、反トラスト法上、競争事業者と取引をする義務を負うことはなく、競争事業者と取引をする場合にも、競争事業者を有利に取り扱う義務はないとしている。また、Linkline 事件連邦最高裁判決²⁴によれば、ある事業者が電気通信事業規制上、自社の小売価格より高くない価格で、競争事業者が自社の設備へ接続することを認めなければならないとされている場合であっても、反トラスト法上は競争事業者と取引をする義務はなく、かかる義務は電気通信事業規制から生ずるものであるとされており、Trinko 事件と同様の考え方が採られている。

²³ *Verizon Communications Inc. v. Law office of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004)

²⁴ *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 129 S. Ct. 1109 (2009)



(2) ニューファミリータイプのユーザー料金と芯線直結方式の接続料を比較することは誤りであること

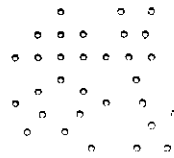
原判決は、競争事業者が芯線直結方式で FTTH サービスを提供する場合には、1 ユーザーにつき 5,074 円+1,254 円=6,328 円及び地域 IP 網への接続料を支払わなければならないところ、上告人(申立人)は、ニューファミリータイプの接続料を 5,800 円と設定していたことから、競争事業者は、芯線直結方式による接続によって事業を展開するには、接続料とユーザー料金とに逆ざやが生じて、大幅な赤字を負担せざるを得なくなるとする(原判決 66 頁下から 6 行目～67 頁 12 行目)。

原判決は、ニューファミリータイプのユーザー料金が芯線直結方式の接続料よりも安いことをもって「逆ざや」が生じたとするが、ニューファミリータイプは分岐方式のサービスであるから、芯線直結方式の接続料と、分岐方式であるニューファミリータイプのユーザー料金を比較するのは誤りである(第 10 準備書面²⁵3 頁～4 頁)。

この点、原判決は、①実際には分岐のための機器を設置していなかったこと、②ニューファミリータイプにおいて分岐のための機器を設置する具体的な見通しや計画はなかったこと、③ニューファミリータイプのサービス開始後 1 年以上経った平成 15 年 8 月末時点でも、ユーザー数 11 万 8,627 回線中、実際に分岐方式でサービスを提供していたのは 6 回線のみで、それも上告人(申立人)関係者をユーザーとして試験的に提供していたに過ぎないことから、ニューファミリータイプは実際には芯線直結方式で提供されていたとする(原判決 67 頁下から 5 行目～68 頁 8 行目)。

しかしながら、前記第 2 の 4(2)のとおり、上告人(申立人)は、ニューファミリータイプについて、分岐のための機器を設置しても、サービス開始当初は需要が点在し、1 つの加入者光ファイバ芯線を複数のユーザーで共用するに至る場合がほ

²⁵ 特に断りのない限り、準備書面は、上告人(申立人)が原審で提出したもの。

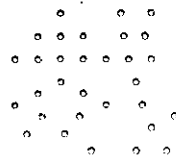


とんど発生しない事態が容易に想定されたことから、設備投資負担の軽減・効率化のため、サービス開始当初は直ちに分岐のための機器を設置することにはしないで、ユーザー料金の低価格化により一定の需要を開拓した段階で、実際に分岐のための機器を設置することにしたものである。また、分岐のための機器を設置する具体的な見通しや計画がなかったのは、ユーザーが点在する状況が続いており、分岐のための機器を導入するメリットがないことが明らかであったことから、具体的な設置計画を立てるまでには至らなかったからに過ぎない(第 8 準備書面 12 頁～15 頁)。

いかなる事業であれ、事業の開始当初は需要が乏しいため利益が上がらず、時間をかけて需要を開拓して、何年間というスパンで最終的な損益を黒字化していくのが通常である。とりわけ、FTTH サービス事業は、採算を確保するまで数年から 10 年程度を要するとされている(総務省が開催した全国均衡のあるブロードバンド基盤の整備に関する研究会の平成 17 年 7 月 15 日付け最終報告「次世代ブロードバンド構想 2010」39 頁)。また、上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備については、接続料規則において、いわゆる将来原価方式²⁶が採用されており、5 年間又は 7 年間の算定期間で収支相償するように接続料を算定することが義務づけられている。このことから、FTTH サービス事業については少なくとも 5 年以上のスパンでコスト計算すべきことが明らかである。

このような中長期的なスパンで事業の黒字化を図っていく FTTH サービス事業のあり方からすれば、サービス開始当初の数年間、設備コストを抑えるために分岐のための機器を設置しないこととしていたとしても、それは一時的・暫定的な措置に過ぎず、ニューファミリータイプが分岐方式のサービスであることには変わりはない(第 8 準備書面 15 頁～19 頁)。

²⁶ 需要が当面乏しい新規サービスについても接続料を極力安価に設定して競争事業者の参入機会を確保するために、将来の一定期間における設備の維持構築コスト(接続料の原価)を算定し、さらにこれを将来の一定期間における上告人(申立人)の利用数量で除して接続料を算定する仕組み(接続料規則 8 条 2 項但書)

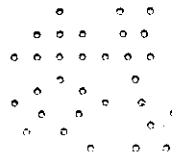


なお、原判決は、上告人(申立人)が「実際には分岐方式を当面用いることもなく、かつ、その具体的計画もないのに、分岐方式を用いるとしてニューファミリータイプを導入した」という本件審決の認定を維持している(原判決 60 頁 15 行目～17 行目)。しかし、原判決は、上告人(申立人)が「ニューファミリータイプの導入の際、分岐方式で提供しているファミリータイプにおいて 32 分岐のうちに 1 ユーザーしか入っていないものが大半であったため、ユーザーが少ないうちは芯線直結方式で、需要が増えてきたら分岐方式とする方が経済的であること等を踏まえ、当面、ニューファミリータイプについては、少なくとも 3 年間程度は、ベーシックタイプと同一の芯線直結方式を使用して提供するという方針を採ることとした。」との本件審決の事実認定も維持しており(原判決 23 頁 12 行目～18 行目)、原判決も、上告人(申立人)が、一定の需要が発生した段階で、実際に加入者光ファイバ等設備に分岐のための機器を取り付ける考えを有していたことを否定するものではない。

このように、上告人(申立人)が需要を開拓した段階で分岐のための機器を設置する予定であったことが否定されておらず、かつ、FTTH サービス事業においては中長期的に採算を確保して黒字化することが許容されている以上、需要が増加するまでの暫定的な期間における設備構成だけを捉えた上で、芯線直結方式の接続料とニューファミリータイプのサービス料金を比較し、逆ざやが生じるとするのは誤りである。

(3) ユーザー料金と芯線直結方式の接続料の逆ざやは生じていないこと

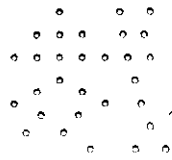
また、そもそも接続料とユーザー料金に逆ざやは生じていない。上告人(申立人)が、ニューファミリータイプにおいて数年間のスパンで通算して黒字化させる予定であったように、短期的にはユーザー料金が接続料を上回るとしても、中長期的に



見れば利益を上げることは可能であって、接続料とユーザー料金に逆ざやは生じていない。「逆ざや」の有無の判断においてユーザー料金と比較されるべき「接続料」は、中長期的に見て、芯線直結方式の接続料及び分岐方式の接続料とを、各方式が利用される期間あるいは各方式が利用される数量に応じて、加重平均した金額とされなければならない(第8準備書面15頁～19頁)。

この点、原判決は、競争事業者は、FTTH サービス事業の需要者の将来の見通しもはっきりしていない当時の状況の下では、上告人(申立人)のニューファミリータイプのユーザー料金に対抗するユーザー料金を設定して新規参入を図ることは、大幅な赤字を抱えることになって事業の継続も危ぶまれる状況になるおそれがあり、中長期的に見ても著しく困難であったとする(原判決70頁2行目～17行目)。

しかし、総務省の当時の需要予測によると、FTTH サービスは、平成13年度に7万世帯、14年度に97万世帯、15年度に335万世帯、16年度に593万世帯、17年度に773万世帯として、今後大きく増加していくと予測されており、また、政府のIT戦略本部が策定した「e-Japan 重点計画-2003」では、2005年までに「光ファイバによる超高速インターネットアクセスを1,000万世帯が利用する」ことが重点政策として掲げられており、FTTH サービス市場の需要拡大は、単なる需要予測に留まらず、政府の重要政策でもあった。また、中長期的にも競争事業者の参入が困難であったというが、平成16年10月以降、SBB及びKDDIが上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を利用して参入しているという厳然たる事実と矛盾する。競争事業者も、営業努力を行って、中長期的にユーザーを獲得することは十分可能であったことは明らかである。

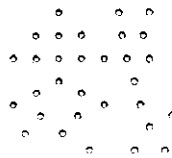


(4) 上告人(申立人)と競争事業者の競争条件は同じであるから、競争事業者が排除されることはあり得ないこと

前記のとおり、接続料は上告人(申立人)が加入者光ファイバ等設備の構築維持に要するコストを1利用単位で割って算定されており、接続料は上告人(申立人)の設備の構築維持コストと同額である(接続料の原価同等性)。そのため、芯線直結方式か分岐方式かを問わず、いずれであれ、競争事業者も、上告人(申立人)と同等のコストで上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を利用できた以上、上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備の利用という点では、上告人(申立人)と競争事業者との間で、競争条件の同等性が確保されていた。そうである以上、上告人(申立人)の行為により競争事業者が排除されることはあり得ない。

この点、原判決は、ニューファミリータイプにつき、分岐のための機器を設置することを前提として接続料の認可を受け、ユーザー料金の届出をしておきながら、実際には分岐のための機器を設置していなかったものであるから、提供するサービスの内容と接続料ないしユーザー料金の算定方法に食い違いがあるのであって、このような状況の下では競争条件の同等性が確保されているとはいえないとする(原判決 71 頁 17 行目～下から 4 行目)。

しかし、接続制度は、上告人(申立人)が自己のサービス提供のために用いる設備については、競争事業者にも自己と同等のコスト負担(接続料)と条件で利用する機会を保障せよという制度である。接続制度は、上告人(申立人)をして、接続メニューとして認可を受けた設備をその通り利用することを義務付ける制度ではなく、電気通信事業法上、上告人(申立人)にそのような義務を課した規定はない。ニューファミリータイプは、サービス提供開始当初で需要が乏しい段階では芯線直結方式の設備を使い、需要が開拓された段階では分岐方式の設備を使うというものであった。そして、上告人(申立人)は、接続約款において、接続メニューとして芯線直結方式と分岐方式の双方を用意して、競争事業者に完全に同等のコスト負担と



条件で提供できるようにしていた以上、「提供するサービスの内容と接続料ないしユーザー料金の算定方法に食い違い」などは全くない。原判決は、電気通信事業法の接続制度の理解を欠いているが故に、かかる奇妙な判示をしているのである。

また、仮に原判決が言うように、提供するサービスの内容と接続料ないしユーザー料金の算定方法に食い違いがあったと仮定しても、それで競争条件の同等性が否定されることにはならない。なぜならば、接続料は、ベーシックタイプかニューファミリータイプかといったサービスごとではなく、これらのサービスに利用される個々の設備について、コストと利用数量を推計して算定されているのであって、上告人(申立人)がニューファミリータイプをいかなる設備構成により提供するかは、接続料の算定に何ら影響しないためである(第8準備書面 26 頁～28 頁)。

そもそも、設備利用の面でのコスト負担の同等性を前提として、いかなる設備を用い、いかなるユーザー料金を設定するかは、基本的には、各事業者の経営判断に基づく営業政策の問題である。設備利用の面でのコスト負担の同等性が確保されている以上、上告人(申立人)がどのような設備を使ってどのようなユーザー料金を設定しようとも、そのことによって競争事業者による上告人(申立人)の設備の利用やサービス提供が制限されることはない(第8準備書面 26 頁～27 頁)。設備利用の面でのコスト負担の同等性が確保されている以上、競争事業者も、上告人(申立人)と同様に、自己の営業判断として、当初は分岐のための機器を設置せず、需要が増加した段階で分岐のための機器を設置することは可能であった(第8準備書面 34 頁～36 頁)。

原判決は、上告人(申立人)の場合は、すでに加入者光ファイバに投下した資本の配賦計算に過ぎず、現実の支出を要するものではないから、ユーザー料金が営業費等より高ければ、需要点在期でもユーザー料金が接続料より低く逆ざやが生じていてもサービスを提供することは意味があるのに対し、競争事業者にとっては現実の支出を要する経費であり、逆ざやの状態では多額の赤字を抱える結果になるから、需要点在期において先行投資するなどの選択は考えられないとする(原判決 71 頁下

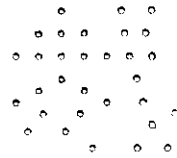


から 3 行目～72 頁 14 行目)。

しかし、上告人(申立人)であっても逆ざやでサービスを提供すれば、予め投資した設備について、投資しただけの価値を回収できず、多額の赤字を抱えることになる。需要を開拓して複数ユーザーによる加入者光ファイバ芯線の共用を実現して、数年間のスパンでの収支相償・黒字化を実現しなければ、上告人(申立人)は FTTH サービスからの事業撤退を強いられることになる。そうである以上、競争事業者の方が逆ざやの状態を認容しにくいということはない。

また、前記(3)のとおり、競争事業者も、中長期的に見れば、接続料とユーザー料金の逆ざやが生じない形でサービスを提供することは可能であったのだから、競争事業者に短期的な赤字が生じるとしても、それをもって上告人(申立人)と同様の方式でのサービス提供が不可能であったことにはならない。

なお、ニューファミリータイプにつき分岐のための機器が当初は設置されていなかったことは、競争事業者が、上告人(申立人)の分岐方式の設備を利用することの支障にはならない。というのも、前述のように、電気通信事業法上、上告人(申立人)には接続義務があり、接続約款において分岐方式の設備を接続メニューとして明示している以上、競争事業者から分岐方式の設備の提供を求められた場合には、上告人(申立人)はこれを拒むことができないこととされていた。現に、上告人(申立人)は、ニューファミリータイプにつき分岐のための機器を設置していなかった平成 14 年 11 月に、株式会社アッカ・ネットワークスから分岐方式の設備の利用につき打診を受けて、実際に平成 15 年 6 月に同社のために分岐のための機器を設置して分岐方式での光ファイバ回線を開通させている(第 5 準備書面 44 頁～49 頁)。上告人(申立人)としては、分岐のための機器を設置していなかったとしても、競争事業者から分岐方式の設備への接続の要請があれば、競争事業者のためにこれを設置して、しかもその設備構築維持コストと同等額という、上告人(申立人)にまったく利益の出ない額で利用させなければならなかったのである。

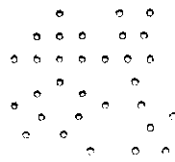


(5) 上告人(申立人)の行為と競争事業者の参入が困難であったこととの間に因果関係が存在しないこと

前記第2で述べたとおり、本件において、上告人(申立人)のニューファミリータイプのユーザー料金は、東京電力の芯線直結方式のユーザー料金相当額に対抗できるように設定・変更されたものである。競争事業者は、上告人(申立人)によるニューファミリータイプの導入あるいは値下げがなくとも、FTTH サービス事業に芯線直結方式で参入しようとするのであれば、東京電力に対抗するために相応に低いユーザー料金を設定しなければならなかった(第8準備書面36頁～37頁)。したがって、原判決の論理によれば、競争事業者は、すでに東京電力の提供するFTTHサービスにより参入が困難となっていたのであり、上告人(申立人)の行為は競争事業者の参入の困難性と因果関係がなく、上告人(申立人)が競争事業者の参入を困難にしたとはいえないはずである。

この点、原判決は、①東京電力のFTTHサービスは提供地域が限られていたこと、②東京電力は、電気通信事業者としての知名度、事業ノウハウ、事業規模を有するとは認められないから、競争事業者は、東京電力に対しては、価格競争力だけでなく、事業ノウハウ等を活用することにより、これに対抗するFTTHサービスを展開できる可能性があったのに対し、上告人(申立人)は、極めて大きな企業であり、電気通信事業者としての知名度や事業ノウハウを有し、多大な加入者光ファイバ等設備を有し、東京電力とは比較にならないほど大きな影響力を有していたから、上告人(申立人)と競争事業者の新規参入の困難性には因果関係があるとする(原判決72頁下から8行目～73頁下から9行目)。

しかし、まず、上記②の点に関しては、東京電力は、前記第2のとおり、企業規模において上告人(申立人)を大きく上回っており、設備面でも上告人(申立人)に劣らぬ大量の光ファイバを保有し、加入者光ファイバの敷設に必要な電柱についても



関東地方で上告人(申立人)より多くの電柱を有していた。また、東京電力は第一種指定電気通信設備規制を受けず、より自由な料金設定が可能であった。これらの事情からすれば、上告人(申立人)が東京電力とは比較にならないほど大きな影響力を有していたとはいえない(第8準備書面37頁～42頁)。また、原判決の論理を前提とすれば、ここで問題となっているのは、上告人(申立人)の行為と競争事業者が排除されたこととの間に因果関係があるか否か、すなわち、上告人(申立人)の行為がなかったとしても、競争事業者には参入可能性がなかったのではないかという問題である。これは、言い方を換えれば、競争事業者が、東京電力より大幅に高いユーザー料金を設定しても、東京電力に対抗できたか否かという問題であるから、上告人(申立人)と東京電力のどちらが競争事業者にとって影響力が大きいかを比較しても無意味である(白石忠志「判例講座 独禁法事例の勘所 第22回」法学教室328号91頁～92頁)。

また、上記①の点に関しては、東京電力のサービスも最も FTTH サービスへの需要が密集している東京23区や横浜市等をカバーしており(第8準備書面41頁～42頁)、競争事業者に対して大きなアドバンテージを有していたといえる(井手第二意見書27頁)。

さらに、仮に、競争事業者が東京電力と価格以外に対抗できたと仮定しても、前記第2の3のとおり、上告人(申立人)ですら、ベーシックタイプでは、ADSL(ユーザー料金4,000円程度)や、CATVインターネットサービス(同6,000円程度)に対抗できなかったのであるから、いずれにせよ、競争事業者が、赤字を取らずに芯線直結方式のサービスを提供することは不可能であった(第5準備書面55頁～60頁)。

したがって、競争事業者が参入困難であったことと上告人(申立人)の行為との間には因果関係が存在しない。

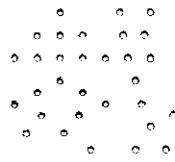
(6) 競争事業者は、芯線直結方式の優位性を強調することで上告人(申立人)のニューファミリータイプに対抗することができたのであり、競争事業者の芯



線直結方式での参入は困難となっていないこと

ユーザー及び競争事業者は、ニューファミリータイプを分岐方式のサービスとして認識していたのであるから、競争事業者は、ユーザー料金が高くとも、通信速度等の優位性を訴えるなどして分岐方式のサービスとの差別化を図り、芯線直結方式により参入することができたのであるから、上告人(申立人)の行為は排除行為にあたらない(第8準備書面5頁～11頁)。

この点、原判決は、上告人(申立人)は、①ニューファミリータイプの広告で最大100Mbps というインターネット速度を強調して広告し、ユーザーに対しベーシックタイプとニューファミリータイプのサービスの内容の違いについて説明をしていないこと、②ニューファミリータイプを契約しようとするユーザーについて、いずれは分岐のための機器を設置する工事が必要となる場合があることには一切触れていないこと、③いったん芯線直結方式でサービスを提供したユーザーについて、分岐のための機器を設置することは極力避けていたことから、「FTTH サービス市場におけるユーザーの大半は、ニューファミリータイプを分岐方式のサービスであると認識していたというより、むしろ、芯線直結方式と分岐方式のいずれのサービスを受けるのかの明確な認識はなく、最大100Mbpsの通信速度の光サービスを利用できるという程度の認識しか有していなかったか、仮にニューファミリータイプは分岐方式のサービスであるとの認識を持ったものとしても、それが芯線直結方式のサービスと比較して利便性において目に見えた差があるとの認識は有していなかった」と認定する(原判決69頁9行目～17行目)。そして、このような認識しか有していない者がユーザーの大半を占めていたのであるから、競争事業者は、芯線直結方式で参入するにあたり、上告人(申立人)のベーシックタイプと同程度のユーザー料金を設定するのでは、上告人(申立人)のニューファミリータイプには対抗できなかったとする(原判決69頁下から4行目～最下行)。



しかし、上告人(申立人)のホームページ(査第 26 号証)では、ニューファミリータイプについては、「最大 100Mbps を複数のお客さまで共用いただくサービスです。」として分岐方式のサービスであることを明記し、ベーシックタイプと明確に区別している。東京電力の比較広告(審第 29 号証)では、東京電力は、ニューファミリータイプを分岐方式であるとして、自社のサービスの方が通信速度や容量の点で優る等とユーザーにアピールしている。FTTH サービスの選び方を特集した雑誌記事(審第 43 号証)でも、ベーシックタイプが芯線直結方式のサービスであるのに対して、ニューファミリータイプは分岐方式のサービスであり、両者は性質の異なるサービスであることが説明されている。したがって、「FTTH サービス市場におけるユーザーの大半は、芯線直結方式と分岐方式のいずれのサービスを受けるのかの明確な認識はなく、最大 100Mbps の通信速度の光サービスを利用できるという程度の認識しか有していなかったか、仮にニューファミリータイプは分岐方式のサービスであるとの認識を持ったものとしても、それが芯線直結方式のサービスと比較して利便性において目に見えた差があるとの認識は有していなかった」との認定は明らかな誤りである。

(7) SBB や KDDI が分岐方式で FTTH サービス事業に新規参入していること

前記第 2 の 7 のとおり、平成 16 年 10 月以降、SBB 及び KDDI が、分岐方式の設備を用いて、FTTH サービス事業に参入している。したがって、競争事業者が排除されていないことは明らかである(第 8 準備書面 55 頁～57 頁、第 12 準備書面 11 頁)。

この点、原判決は、上告人(申立人)による排除行為は平成 16 年 3 月 31 日で終了しているのであり、その後に SBB や KDDI が FTTH サービス事業に参入したとしても、排除行為の有無に関する判断を左右しないとする(原判決 75 頁 19 行目～25 行目)。



しかしながら、SBB や KDDI による新規参入が存在するにもかかわらず、上告人(申立人)の行為が排除行為に該当すると認定するためには、排除行為の終期とする平成 16 年 3 月 31 日より前には、上告人(申立人)の行為に起因して SBB や KDDI 等の競争事業者の新規参入が困難であったが、平成 16 年 4 月以降は、上告人(申立人)の排除行為の要素に変化が生じたことによりこれらの新規参入が可能となったことが明らかにされる必要がある。原判決においては、かかる事実は明らかにされておらず、正しく判断されていない。市場の状況については、「平成 16 年度 電気通信事業分野における競争状況の評価」493 頁(原審参考書類 24)が、平成 15 年度の市場の状況について、「契約回線数や世帯普及率からは必ずしも本格的普及とは言えないが、加速が見込める」(下線は上告人(申立人)訴訟代理人らによる。以下同じ。)と評価し、平成 16 年度の市場の状況については、「契約回線数の拡大、世帯普及率の上昇は続くが、まだ本格化の兆しはみられない。サービスの利用可能地域は引き続き拡大中」と評価しているとおり、平成 15 年度と平成 16 年度でほとんど違いがない。また、SBB や KDDI は平成 16 年 10 月以降、上告人(申立人)の設備に接続して分岐方式のサービスを提供しているが、平成 16 年 4 月以前においても、上告人(申立人)は、接続義務を負っており、競争事業者から接続を要求された場合にはこれに応じる義務があったのであるから、競争事業者にとって平成 16 年 4 月前後で状況は変わっていない(第 8 準備書面 55 頁～57 頁)。

また、仮に、平成 16 年 4 月前後で市場の状況に変化があったとすれば、それは、上告人(申立人)のニューファミリータイプの提供等によって FTTH サービスの需要が開拓されてきたということであろう。競争事業者も、上告人(申立人)と同様に、いまだ市場が立ち上がったばかりの段階で、顧客獲得リスク(つまり、需要を開拓して加入者光ファイバ芯線の複数ユーザーによる共用を実現できなければ大幅赤字で事業撤退を迫られるというリスク)をとれば、(現に SBB や KDDI が参入できるほどに)需要を開拓することは可能であったことになる。すなわち、競争事業者が、上告人(申立人)の加入者光ファイバ等設備を上告人(申立人)と同等のコスト負



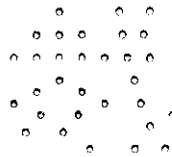
担(接続料)と条件で利用して、ニューファミリータイプと同等のユーザー料金のサービスを提供することは優に可能かつ容易であって、そのことに何の支障もなかった。

(8) 上告人(申立人)の行為は反競争的でないこと

ニューファミリータイプの提供は、5,074 円という加入者光ファイバ芯線の構築維持コストを所与の前提とせざるを得ない中で、東京電力等との価格競争において、中長期的スパンで分岐方式をとることとしてユーザー料金の低価格化を図ったものであり、分岐のための機器を直ちに設置しなかったのも設備投資判断として合理的なものであった。このように、上告人(申立人)が行った行為は、正当な価格競争・能率競争であって、何ら反競争的なものではなく、排除行為に該当しない。

また、ニューファミリータイプの提供は、FTTH サービスの価格を下げたという点でユーザーの利益に資するものであり、上告人(申立人)が、安価なサービスを実現した結果、需要が掘り起こされ、のちの SBB や KDDI 等の新規参入につながったのであるから、上告人(申立人)の行為は競争上望ましいものであったといえる。前掲伊永＝岡村「マージン・スクイーズによる私的独占 NTT 東日本事件」(添付資料)も、「本件では低料金でのサービス提供による消費者利益も短期的には存在し、市場の揺籃期のため事業者の短期的利益を犠牲にしてサービスの普及を図ることが許容される可能性があった。そのため、本件では排除行為に該当するか否かの判断に当たっては、短期的な消費者利益以上に、競争者が排除されることによって中長期的な消費者利益が侵害されたのかどうかについて、より慎重かつ厳密な事実認定が必要であったといえる。」(244 頁)と述べている。

これに対し、原判決は、総務大臣に対し 1 ユーザーあたりの料金が接続料を下回ることがないとの説明を行ったのに、実際には、その説明と違い分岐のための機器



を設置せず、ユーザー料金が接続料を下回るサービスを提供して、競争事業者の FTTH サービス事業への参入を著しく困難にしておいて、自らはユーザーを獲得するという行為に出たものであるとして、上告人(申立人)の行為は反競争的であるとする(原判決 75 頁下から 2 行目～76 頁 11 行目)。

しかし、前記第 2 で述べたとおり、上告人(申立人)がニューファミリータイプを導入したり、そのユーザー料金を値下げしたりした一連の行為は、いかにして東京電力に対抗できる安価な FTTH サービスをユーザーに提供できるかという検討の結果生じたものであり、競争事業者の参入を防ぐことを目的としたものではない。

原判決は、あたかも上告人(申立人)が総務大臣に虚偽の説明を行ったかのように述べるが、前記のとおり、かかる原判決の判示は、電気通信事業法の接続制度の理解不十分に起因する誤解である。上告人(申立人)は、接続約款において、接続メニューとして芯線直結方式と分岐方式の双方を用意して、競争事業者に同等のコスト負担と条件で提供できるようにしていた以上、原判決が述べるような「食い違い」などは全くない。

したがって、上告人(申立人)の行為が反競争的であると認定した原判決には誤りがある。

2 「一定の取引分野における競争の実質的制限」は存在しないこと

(1) 原判決の掲げる事情は、上告人(申立人)の行為が競争を実質的に制限するものであることの根拠とならないこと

原判決は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の意義について、「独占禁止法 2 条 5 項に規定する『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者団体がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場



を支配することができる状態を形成、維持、強化することをいうものと解される。」と述べた上で(原判決 78 頁 15 行目～19 行目)、①上告人(申立人)が、加入者光ファイバの保有量においても、戸建て住宅向け FTTH サービスの開通件数においても、大きなシェアを占めていたこと、②上告人(申立人)以外の事業者の保有する光ファイバ設備は、地域的に限定されており、かつ、上告人(申立人)の光ファイバ設備に比べて接続しにくい状況があったこと、③FTTH サービス事業に参入しようとする事業者にとって、上告人(申立人)の加入者光ファイバに接続することが極めて重要であったことをもって、上告人(申立人)の行為が競争を実質的に制限するものであったと認定している(原判決 78 頁下から 7 行目～79 頁 5 行目)。

原判決が述べる規範部分は、過去の裁判例(東宝・新東宝事件判決(東京高裁昭和 28 年 12 月 7 日判決高民集 6 巻 13 号 868 頁))を踏襲したものである。かかる判示からも明らかなように、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ものかどうかを判断するためには、上告人(申立人)が、その意思で、ある程度自由に価格その他の各般の条件を左右できる状態であったかどうかを検証されなければならない。

しかしながら、原判決は、かかる検証を一切行っていない重大な瑕疵がある。原判決が指摘する事情は、いずれも上告人(申立人)の立場・状況を述べたものに過ぎず、上告人(申立人)が、その意思で、ある程度自由に各般の条件を左右できる状態であったかどうかとは無関係である。

この点、前掲伊永＝岡村「マージン・スクイーズによる私的独占 NTT 東日本事件」(添付資料)は、本件について、「①NTT 東日本の高い市場シェア、②戸建て住宅向け FTTH サービスの供給者による限定されたサービス供給能力、③NTT 東日本の不可欠設備、④NTT 東日本のユーザー数の増加は、いずれも市場支配的地位にあることを示すものであっても、必ずしも本件排除行為によって当然に反競争的効果が導かれることを是認させる事実とはいえない。」(247 頁)と述べている。



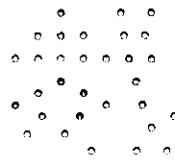
むしろ、前記第 2 で述べたとおり、上告人(申立人)は、東京電力との競争の中で、東京電力に追随する形でユーザー料金を設定し、それに合わせて設備構成を変更してきた。また、有線ブロードや ADSL サービスも上告人(申立人)のユーザー料金設定等に大きな影響を与えている。これらの事実から明らかなように、上告人(申立人)は、少なくとも、自由にユーザー料金を設定できる状態にはなかったのであるから、その意思で、ある程度自由に各般の条件を左右できる状態にはなかった。

したがって、本件において、「一定の取引分野における競争の実質的制限」は存在していない。

(2) 総務省が FTTH サービス事業については競争が有効に機能していると述べていること

原判決は、上告人(申立人)が競争事業者の新規参入を妨げて上告人(申立人)・東京電力・有線ブロードの 3 社による競争状態を維持したことを当然の前提であるかのように述べた上で、そのような競争状態の維持が「市場支配的状态を維持、強化することにほかならない」とする(原判決 80 頁 7 行目～12 行目)。

しかし、上告人(申立人)・東京電力・有線ブロードの 3 社による競争状態の維持は存在しない。総務省は、本件行為が行われた当時の戸建て住宅向け FTTH サービス事業について、「競争は有効に機能していると判断するのが適当であろう」(査第 220 号証・「平成 15 年度 電気通信事業分野における競争状況の評価」)264 頁)と述べ、さらに「近畿、関東については、サービス提供が本格化し始めたばかりですが、事業者用の顧客獲得競争は活発ですし、サービス提供地域の拡大もみられ、さらには、NTT 東西や電力系事業者以外にも参入する能力と意欲を有する競争者が存在しているようにもみえます。顕在する事業者としては複占ですが、協調的行動が

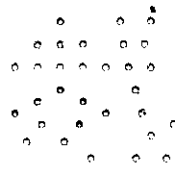


行われてないことから現状は競争が有効に機能しているとの判断は変えません。」(査第 220 号証 678 頁・意見 3-54)とも述べている。このように、総務省は、東京電力だけではなく、それ以外の事業者との関係を踏まえても競争が有効に機能していたと判断している(第 8 準備書面 58 頁～60 頁)。また公正取引委員会の担当者による報告においても、「FTTH 等のブロードバンド分野は、価格面をはじめ、競争が極めて激しい状況にある」との指摘がなされている(審第 146 号証)。

(3) 上告人(申立人)は、他の電気通信事業者の参入を困難ならしめないよう配慮すべき立場にはないこと

原判決は、競争の実質的制限があったとの結論を導くにあたって、行政指導内容としてのインピュテーションルールや第 1 種電気通信設備接続会計規則の規定を根拠に、上告人(申立人)は、「FTTH サービス事業に参入しようとする他の電気通信事業者の参入を困難ならしめないよう配慮すべき立場」にあるとする(原判決 79 頁 6～14 行目)。

しかし、上告人(申立人)が電気通信事業法に基づく規制を受けていたとしても、そのことから、何故そのような独占禁止法上の特別な配慮義務を負うことになるのか、全く根拠が不明である。前記 1(1)で述べたとおり、すべての事業者は、原則として、誰とどのような取引をするか自由なはずであり、法令の根拠もなく、上告人(申立人)がかかる自由を制限されるような義務を負うと解することはできない。また、接続制度を通じて競争条件の同等性が確保されているのに、かかる同等性を超えてまで、上告人(申立人)が、あたかも国や地方自治体であるかのように、競争事業者を「保護」すべき義務などあろうはずがない。前掲伊永＝岡村「マージン・スクイーズによる私的独占 NTT 東日本事件」(添付資料)も「本件において事業法上の接続義務や行政指導(インピュテーションルール)を持ち出して、公正競争の観点から特別の配慮が求められるとしている点には疑問がある。」(246 頁)と述べてい



る。

仮に、百歩譲って、上告人(申立人)にかかる特別の配慮義務があると仮定しても、これまで述べてきたように、上告人(申立人)は、競争事業者に対し、自己の設備を(上告人(申立人)が利用していない設備については、競争事業者のために構築した上で)、その構築維持コストと同等の額で利用させることとしているのであるから、特別の配慮義務を果たしていることは明らかである。

3 総務省の判断を尊重すべきであること

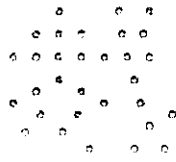
本件において、総務省は、上告人(申立人)が分岐のための機器を設置することなくニューファミリータイプを販売していたことを認識したが、接続料やユーザー料金の設定が電気通信事業法に違反するとの指摘はしておらず、接続料、ユーザー料金について、接続約款変更認可申請命令やユーザー料金変更命令も行っていない(原判決 29 頁 15 行目～31 頁 1 行目)。

日本法に属する独占禁止法と電気通信事業法とがその内容や運用を区々とすることは、日本法が全体として統一的な内容をなすべきであるという当然の理念に反するだけでなく、規制を受ける事業者にとっても、規制対応体制を複雑化させ、予測可能性を減じ、それらが相俟って活発な事業活動の妨げとなり、かえって独占禁止法や電気通信事業法の理念に反する結果をもたらすことになる。したがって、電気通信事業法を所管する官庁であって情報通信政策に関する専門知識を持つ総務省が、認可した上告人(申立人)の接続料について接続約款変更認可申請命令を発しておらず、届け出られた上告人(申立人)のユーザー料金についてユーザー料金変更命令を発していないという事実がある場合には、その事実は独占禁止法の違反要件の成否を論ずるにあたっても重く受け止められるべきであり、特段の事情がない限り、当該接続料及びユーザー料金による上告人(申立人)の FTTH サービスの提供は競争の実質的制限とならないと考えるべきである(審第 121 号証・白石忠志第一意



見書)。

以 上



添付資料

伊永大輔＝岡村薫「マージン・スクイーズによる私的独占 NTT 東日本事件」岡田羊
祐＝林秀弥編『独占禁止法の経済学 審判決の事例分析』東京大学出版会(2009
年)

「添付資料省略」