

欧州における

エッセンシャル・ファシリティ論の継受（二・完）

藤原 淳一郎

- 一 はじめに
- 二 アメリカにおける「エッセンシャル・ファシリティ」論
 - (一) 問題の所在
 - (二) 「エッセンシャル・ファシリティ」の電気及び電気通信への適用事例
 - (三) 小括………（以上、七四卷二号）
- 三 欧州法における「エッセンシャル・ファシリティ」の継受
 - (一) EU競争法の規定
 - (二) 欧州委員会決定・裁判所判例にみるエッセンシャル・ファシリティ論
 - (三) 小括
 - (四) むすび
 - (一) 「エッセンシャル・ファシリティ」概念輸入の背景
 - (二) 欧州のエッセンシャル・ファシリティ概念の特徴
 - ………（以上、本号）

三 欧州法における「エッセンシャル・ファシリティ」の継受

(一) EU競争法の規定

一九五七年締結の欧州経済共同体条約（European Economic Community Treaty のちの欧州共同体条約「EC Treaty」）¹⁾ 通称「ローマ条約（Treaty of Rome）」²⁾以下単に「条約」という）は、欧州域内市場の創設の手法と

ともに、競争制限的協定・契約 (anti-competitive agreement) の禁止 (八五条) と市場支配的地位の濫用 (abuse of dominant position) の禁止 (八六条) 両条の競争政策的規定を設けた。右の八五、八六条は条約一部改正によって、現在それぞれ八一、八二条に繰上がっている。⁽⁸¹⁾ 条約は (一九九八年改正前の) ドイツのカルテル法とは異なり、「電気・ガス・水道の事業分野について、適用除外分野とする規定を設けていない」。⁽⁸²⁾ 相対的にみて加盟国の国境を越える取引の比重が低い電気市場に右条約上の競争法規定が適用出来るかどうか論点としてくすぶっていたが、次第にエネルギー供給事業にも適用されるようになってきた。⁽⁸³⁾

ドイツでは、電気・ガス・水道供給事業者と自治体との道路占用にかかわる特許契約 (Konzessionsverträge) と、主として事業者間の縄張契約 (Demarkationsverträge)⁽⁸⁵⁾ の二契約が、カルテル法一〇三条によって同法適用除外とされ、供給区域独占を支えてきた。右カルテル法適用除外規定と条約八五 (現八一) 条の抵触問題が議論されたが、一九九八年のエネルギー事業新体制法 (Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts) 第二章によって (水道事業を除き) 適用除外規定が削除されて、立法的に解決された。⁽⁸⁷⁾ また、ドイツが国内炭保護のため長年採用してきた電力による国内炭引取りのいわゆる「百年契約」の適法性も本条との関連で論じられた。⁽⁸⁸⁾

本稿主題の託送は、条約八五 (現八一) 条の問題としてではなく、八六 (現八二) 条の問題と考えられる。⁽⁸⁹⁾ 条約八六 (現八二) 条は次のような規定である。

「欧州」共同体市場又はその重要な部分において支配的地位 (dominant position) にある一又は複数の者によるいかなる濫用 (any abuse) も、加盟国間の取引に影響を与える限りで、共同体市場と両立しないものとして禁じられる。

そのような濫用は、ことに以下の場合に存する。

- (a) 直接又は間接に不公正な購入ないし販売価格又は他の不公正な取引条件を課すこと
- (b) 消費者の利益を害する (prejudice of consumers) に至る生産、販売又は技術開発の制限
- (c) 他の取引当事者と同等の取引において、競争上不利な条件を適用すること
- (d) 他の当事者による承諾によって、その性質上又は商慣行によっては当該契約の対象と関係のないような補充的義務 (supplementary obligation) を契約に含めること。

ネットワークへのアクセス問題を論じるには、二つの手順が必要である。まず第一に、事業者の「取引自由」を前提としてもなお、「取引（供給）義務」が生じるのか否かの問題である。第二に、「取引（供給）拒絶」事案に条約八六（現八二）条を適用するとしたときの要件である。

まず第一に「取引（供給）義務」が生じるか否かの論点について、一般的に競争法は、企業に対して競争者へ自己の資産、ネットワーク、知的財産へのアクセスを与えることを要求はしない。⁽⁹⁰⁾ 原則として支配的地位 (dominant position) に立つ企業であっても、他者との一般的取引義務 (obligation to deal) や資産の共用義務 (duty to share their assets) を課すものではなく、市場支配的企業と言えども、取引を始めたい者を選択する地位に立つと⁽⁹¹⁾考えられている。

法は通常企業に、競争者がアクセスしたい資産についても、当該企業が自己の排他的利用のために適法に獲得した優位性を保持できることを許す。さらには、たとえ競争者が競争可能な取引を提供することが困難か不可能になったとしても、企業が需要家に対して、当該資産を関連する財又はサービス提供の取引の一部にすることで取引内容を改善することも通常自由である。⁽⁹²⁾

しかしながら、「アクセスを与えることを拒絶することが、重大な反競争的效果を有し、拒絶に合理的な営業上の正当性がないときに」⁽⁹³⁾、委員会及び欧州裁判所実務上、条約八六（現八二）条適用の傾向が生じることとな

ったが、これは(二)以下で検討する。

第二に、条約八六(現八二)条の要件には二つ論点があり、まずアクセス拒絶が、同条後段の a ないし d 項のどれに該当するかである。取引拒絶 (refusal to deal) を差別的取扱 (discriminatory dealing) の「極端な形態 (extreme form)」とみれば c 項 (差別的取扱) に該当する。極力 a ないし d の四類型に読み込む文献も存在する⁽⁹⁵⁾。しかし、もともと概括主義の規定であって、a ないし d 項は例示規定であるため、同条の一般条項による取引拒絶 (refusal to deal) に該当するとみても構わない。見解の差に実益はなく、説明の仕方にとどまると考えられる。

次いで、①市場、②市場支配的地位、③濫用行為の三要件が論点となる。これを電気・ガス託送拒絶事案についてみると、託送問題に限らず、事業者が「供給区域における関係エネルギー供給及び輸送市場に、通常市場支配的地位を有する特殊性が存する」との概括的見解もある⁽⁹⁷⁾。しかし、①の「関係市場 (relevant market)」を電気・ガス市場全体ではなく、「託送市場 (Durchleitungsmarkt)」に限定すべきであるとの主張と、「託送市場」の存在に懐疑的な見解とが対立している。

②の市場支配的地位については、欧州電気市場におけるフランス電力公社 (E D F) 等は別として、たとえばドイツの電気事業者のシェアは低く、少なくともドイツ電気事業者には、右の支配的地位は認められないとの見解がある⁽¹⁰⁰⁾。これは①の「市場」の画定の仕方にもよる論点とも考えられる。すなわち条約にいう「共同体市場又はその重要な部分」を、地域的にどう区切るのか(加盟国内の一部又は一部同志でも可能か、少なくとも加盟国内全体の規模以上か、域内市場全体規模か等)、また対象役務として、エネルギー市場のどの部門で区切るか(ネットワークの保有・管理も他部門から独立した市場か)によって、結果が大きく左右されることになる。

右の①②の二要件の議論の際に考慮すべきなのは、欧州電気・ガス市場の自由化に伴い、既存事業者の市場の

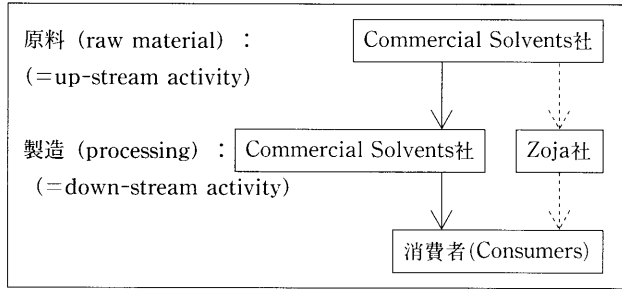
シェアが低下する場合と、逆に合併・買収等によるシェア拡大（寡占化）の場合の、双方の可能性を秘めているということである。

③の「濫用」については、文献上、託送拒絶が特定状況の下で濫用であると主張されている。「一般的に競争法は競争者がお互いに協力することを思いとどませるものだが、もしも他の競争者にとって営業を行うのにそれへのアクセスが不可欠な何か「設備」を所有しており、当該設備「利用」供給が期待され得ないときには、欧州競争法は不可欠設備の所有者に競争者に平等のアクセスを与えることを義務付ける。この義務は、アクセス拒絶の競争への効果のためである。この原則は『注意深く（with caution）取扱われねばならない』。というのは、託送拒絶の違法性の有無の判断に関して、対立する利害を十分に比較衡量することが必要であるからである。

すなわち、一般的な託送の義務付け論に対しては、「強制的な託送は、E.C条約によって包括的に認められた所有権保護⁽¹⁰⁶⁾によって狭い範囲に設定されなければならない。託送義務は、エネルギー供給企業が将来生じるものも「含めて」全ての託送義務を容量余力を処理出来る⁽¹⁰⁶⁾ところでのみ存在し得る」とか、仮に条約八六（現八二）条b号例示の『消費者の利益を害する』の指標を適用しても、事業者が拒絶したことによって不利益を蒙るのは、単に特定の需要家に過ぎない。さらに競争は、自己目的（Selbstzweck）でもない。託送契約締結強制（Kontrahierungszwang）は、その履行のために事業者が自己の発電設備を停止・廃棄せざるを得ないという『倒錯した競争（Perversion des Wettbewerbs）を導く』との批判的見解が主張されているところでもある。E.C委員会及びE.C裁判所による判断については、(二)で検討する。

託送につき自己子会社と他者とで差別的取扱いを行っても「エッセンシャル・ファシリティ」の適用になるとの見解があるが、このような事案は、条約八六（現八二）条a号又はc号の「差別的禁止」の事案として、単純な処理が可能である⁽¹⁰⁶⁾と考える。

図1 上流施設 (up-stream facility) の開放問題事例
① Commercial Solvents 事件



出所：[1996] ECLR 438, Figure 1, Figure 4を合成

(二) 欧州委員会決定・裁判所判例にみるエッセンシャル・ファシリティ論

ネットワークへのアクセス拒絶は、(一)で検討したように、条約八六(現八二)条後段C項の「差別的取扱い」又は同条一般条項による「取引拒絶」によって処理できるが、「エッセンシャル・ファシリティ」という新しい濫用行為の範疇 (a new category of abusive conduct) ⁽¹⁰⁾ が、EC委員会(以下、単に「委員会」という)及び欧州裁判所実務を通してどのように形成されたかが、ここでの検討課題である。

(イ) コマーシャル・ソルヴェンツ社判決等

一九七四年、化学原料製造において市場支配的地位にある者の取引拒絶を違法とした欧州裁判所コマーシャル・ソルヴェンツ社 (Commercial Solvents Corporation) 判決は、「取引拒絶」を扱った先例⁽¹¹⁾である。

化学原料ニトロプロペインとアミノブトール製造で世界的に独占的地位にあるコマーシャル・ソルヴェンツ社 (CSC) は、エタンブトール (ethambutol) を製造し、五一%出資の子会社 ICI を通じてイタリアの Zoja 社にエタンブトールを販売してきた。ICI と Zoja との合併交渉決裂後、Zoja へのエタンブトール販売価格をつり上げかつ供給力も徐々に削減した。その結果 Zoja がエタンブトールを入手出来なくなつたという事案である。欧州委員会決定を経て欧州裁判所に事件が持ち込まれた。

欧州裁判所は、(エタンブトール製造に必要な) 化学原料市場で支配的地位にある企業が自らの製造のためにそれら

原料を蓄えて顧客への供給を拒絶し、自らこれら製品の製造者で当該顧客のこの部分での競争を制限することは、支配的地位の濫用であると判示した。(図1-1①参照)⁽¹¹⁾

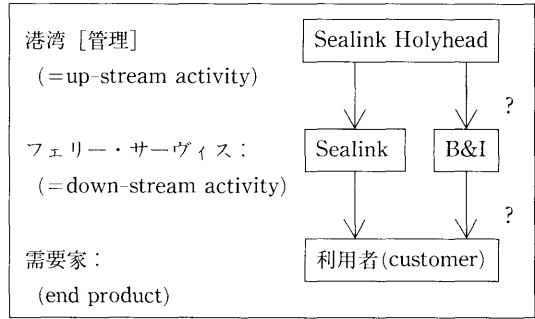
本件を①支配的企業による既存の顧客 (existing customer) への取引拒絶事例で、②支配的企業が隣接市場 (neighbouring market) に自ら進出するか否かを問わず、当該取引拒絶が隣接市場で既に活動している者の競争を制限する目的であった事例と整理できる。これは、EC委員会の当時の主張、すなわち取引拒絶を違法とするのは、①既存の顧客に向けられた取引拒絶で、②共同市場における有効な競争条件の維持に影響を与える場合に限られるとの見解と符合するものであったという。本判決が契機となって、エッセンシャル・ファシリティ論が欧州で注目されるようになったと言われる。⁽¹²⁾

判決としては次に一九八五年のテレマーケティング (Telemarketing) 事件がある。

ルクセンブルクの独占フランス語テレビ局 (市場支配的企業) グループに属する同局専属テレビ広告代理店が、テレビ・ショッピング会社 (既存の顧客) との契約終了時に、同広告代理店の電話番号を使用しない限り、今後テレビ・ショッピング広告を受付けないとした事案である。これは放送局が「テレビ・ショッピング」という従属的市場 (ancillary market) ないし隣接市場 (neighbouring market) を自らの関連会社のために留保すべく既存業者のテレビ・ショッピング営業を排除しようとした事例である。⁽¹³⁾

本件は、テレビ広告と電話番号使用との「抱合わせ (tying)」の事案という側面もあるにはあるが、取引拒絶に関しエッセンシャル・ファシリティの萌芽的事例とみられている。⁽¹⁴⁾ また、一九八八年ベルギー・サベナ事件の委員会決定は、航空座席予約システムへのアクセス拒絶の事例である。⁽¹⁵⁾ このようにアクセス拒絶の事例は判例及び委員会決定において存在したが、エッセンシャル・ファシリティ論が加速された (accelerated) のは、旅客フェリーの港湾利用をめぐる三事件 (drei Hafenaellen) において、委員会が明確かつ公式に「エッセンシャル

(図1)-②Sealink事件



出所： [1996] ECLR 438, Figure 1, Figure 3を合成

同港は狭いうえに浅瀬で競合航路は難しく、シーリンクの船が通過すると水位が上がり、B & Iの船は縦横に揺れ、棧橋と船とのlinkspanが絶たれ、乗船・下船が中断されていた。

シーリンク提案の一九九一年改訂時刻は、B & Iの船がバースにある間に右の乗船・下船の中断が二回(それまでは一回)生じてB & Iの着港遅延をもたらしたものである。そこでB & IはEC委員会に対し、「両」シーリンクはB & Iの競争者であるだけでなくB & Iの競争に不利な与える港灣管理者であって、条約八六(現八二)条に定める支配的地位の濫用に該当すると申立てた。シーリンクは、ひとまず右時刻表改訂の延期に同意したが、年末に新たな改定案をB & Iに提言してきた。この案は、B & Iの船がバースにある間にシーリンクの二隻の船が通過するもので、当初改定

ル・ファシリテイ」という用語を用いたことによるのである。⁽²⁰⁾

(四) 港灣利用をめぐるEC委員会決定

委員会の港灣三決定の第一は、B & Iライン/シーリンク(Sealink)事件決定(一九九二年六月一日)である(図1-②参照)。本決定は、委員会が初めて明確に一般原則として「エッセンシャル・ファシリテイ」概念を用い、脚注でコマーシャル・ソルヴェンツ社判決をも援用している。⁽²¹⁾

ステナ(Stena)・グループの子会社シーリンク・ハーバー(Sealink Harbours)は、ウェールズのHolyhead港を所有し港灣管理者(Holyhead Port Authority)である。ステナ・グループの別子会社ステナ・シーリンク・ラインと競争会社のB & Iは、ともにHolyheadとアイルランドDublin間のフェリー・サービスを行い、Holyhead港においてシーリンクは湾内のStation Berthを、B & IはAdmiralty Pier Berthを使用していた。

案と類似の効果を B & I に与えるものである。そこで B & I は、一九九二年一月、EC 委員会に、シーリンクの新時刻表の採用と港湾管理者としての新時刻表承認とは、条約八六（現八二）条違反を構成すると申し立てた。これに対してシーリンクは、この問題の真の解答は技術的なものであり、B & I には解決を導くに十分な時間がある等と反論した。

委員会は、条約八六（現八二）条の要件について、まず「関連市場 (relevant market)」を加盟国間のウェールズとアイルランドとを結ぶ航路北・中央・南のうち中央航路 (central corridor) のフェリー・サービスを行う港湾設備の供給と画定し、係争の Holyhead 港は、欧州共同市場の重要な部分 (substantial part of the Common Market) とした。シーリンクは、市場において支配的地位 (dominant position) に立つとした。そして支配的地位の「濫用」の有無について委員会は、「当該設備又はインフラストラクチャーへのアクセスがなければ競争者が顧客にサービスを提供できないエッセンシャル・ファシリティ (essential facility) を所有又は管理しつつ自分自身もそれを利用する支配的企業 (dominant undertaking) が、競争者には当該設備へのアクセスを拒絶するか又は自身のサービスのより好ましくない条件でのみアクセスを認めるときは、それによって競争者を競争上の不利益におくものであって、他の要件さえ整えば八六条「現八二条」に違反する」との命題のもと、B & I のバースの状況からみて、シーリンクは正当な理由なく新時刻表によって B & I に競争上の不利益を課しており、八六条（現八二条）違反と判断した。

委員会は、シーリンクに対して、B & I に不利益を与える航行時刻の変更をしてはならず、九一年の当初の時刻表に戻す旨の仮の措置 (interim measure) ⁽¹²¹⁾ を命じた。⁽¹²²⁾ 右委員会命令の翌月七月三日、シーリンクは委員会決定への異議を取消し、B & I と合意に達し、事件は決着をみた。

第二は、シー・コンテナ／ステナ・シー・リンク事件決定（一九九三年二月二一日）である。

シー・コンテナ (Sea Containers) は、Holyhead 港とアイルランドとの間の高速フェリー航路を当初一九九三年五月に運航開始すべく、港湾所有者のステナ・シーリンク・ポートと Holyhead 港の使用について、九二年八月以降、数次にわたる交渉を重ねた。シーリンクは、B & I の航行への影響も考慮せざるを得なかったし、九二年末に着工し九四年完成の同港の再開発計画も有していた。シーリンクが示したバース別発着枠 (available slots) は、ステーショ

ン・バース (Station Berth) 使用希望時間帯とは合致せず、シー・コンテナが提案した東埠頭 (East Quay) 使用案は、開発計画を阻害するものとしてシーリンクが拒否した。九三年に入って、シー・コンテナは九三年内の航路新設を断念し、九四年開設に向け復活祭までに妥結を願った。シーリンクは同港東部分の再開発案を示し、技術的な問題も解決されそうだったが、就航の港の合意は九月まで進まない旨をシーリンクは述べた。そこで同年四月一五日、シー・コンテナは、シーリンクが支配的地位を濫用していると委員会に申し立てた。

委員会に対しシーリンクは、西側の二つのバース (Admiralty Pier Berth と Outer Harbour Berth) について混雑時の一三時二〇分から一四時を除き発着枠 (slots) を提言し、B & I も右の混雑時の状況説明を支持した。シー・コンテナは、右の条件では柔軟な時刻表を組めないとして東埠頭に暫定設備をつくること等を要求して対立した。九三年一〇月、シーリンクが実質時間帯制限なく西側バースに発着枠 (slots) を設定することを提案し、シー・コンテナがこれを呑み、九四年五月からシー・コンテナは新航路を開発予定となった。ちなみにステナ・シー・リンクは、港灣管理者ステナ・シー・ポートの承認を受け、一足早く九三年五月に高速フェリー航路を就航させている^(四)。

右のようにシー・コンテナがシーリンクの発着枠 (slots) 提言を受入れてもなお、シー・コンテナから出された仮の措置 (interim measure) の申請への決定をすべきかどうか (申請人は、シー・リンクが、少なくとも合意内容を提案した九三年一〇月までの間は、支配的地位を濫用したと主張)、換言すれば決定への十分な公益が残っているかどうか問題となる。シー・リンクが依然として港灣所有者としての特別な義務はないと主張しており、のちに同港東側に建設される設備へのアクセスの問題もあり得ることから、委員会は仮の措置への判断を示すこととなった^(四)。

委員会は、英国とアイルランドの中央航路 (central corridor) のフェリー・サーヴィスのための「港灣」設備供給市場で、シーリンクが、支配的地位 (dominant position) に立つと認定した。エッセンシャル・ファシリティとの関係で支配的地位に立つステナ・シーリンク・ポートは、シー・コンテナによる「港灣利用」要求を「グループ内の」ス

テナ・シーリンク・ラインと比べて非差別的に扱っていないし、港湾の利用についてシー・コンテナやB&Iとの相談も行ってきていない。九三年一〇月一日までの間は、非差別的アクセス条件をシー・コンテナに提案していない。これらの事実から、条約八六「現八二」条違反を構成する。

シー・コンテナは、シーリンクによって九三年一〇月一日に提案を受けて九四年フェリー・サーヴィスが可能になった。委員会は、限られた港の状況から、右提案は合理的であると考える。シー・コンテナにはもはや重大で回復できない損害というものは存在しないので、シー・コンテナの「ステナ・シーリンク・ライン及びステナ・シーリンク・ポートに対する仮の措置の申請は却下する」⁽¹²⁵⁾。

右決定において「競争者がエッセンシャル・ファシリティへのアクセスを求めている競争者が関係市場への新規参入者であるときに、「条約八六（現八二）条違反の」原則が適用される」（傍点引用者）と述べている点が注目される。⁽¹²⁶⁾

第三は、ロドビー（von Rodby）港事件決定（一九九三年二月二日）である。

デンマーク交通省現業部門の鉄道DSBは、Rodby港を所有し交通省の認可を得て同港管理責任を負うが、ターミナル利用には交通省の認可を必要とした。DSBはデンマークと近隣諸国との間のフェリー・サーヴィスを提供していたものの独占権は有しなかった。スウェーデン系のステナ（Stena Rederi AB）は、デンマーク・ドイツ間のフェリー・サーヴィスとして、既にDSBと「当時の」ドイツ国鉄DBとが共同で就航していたRodby・Puttgarden港間を計画した。交通大臣に対してステナは、①Rodby港に近接した新ターミナル港を建設するか、②子会社ユーロポート（Europort AS）に既存のRodby港を利用させることを申請した。大臣がいずれの申請も拒絶したが、本件である。委員会認定によれば、本件航路は、デンマーク・ドイツ間の交通としての代替手段が空路も含め乏しい⁽¹²⁸⁾（旅客の七〇・八％、トラックの八七・九％が利用）⁽¹²⁹⁾ だけではなくスウェーデン・ドイツ間の輸送にとっても重要である。

委員会は条約九〇（現八六）条⁽¹³⁰⁾ に関して、①公的企業（public undertaking）に対して加盟国政府に条約上のルー

ルに反する措置を禁じており(一項)、本件交通大臣の拒絶はこれに該当する。②本件への競争ルールの適用は、DSBに課せられた鉄道サーヴィス及び港湾管理の「特定の任務の遂行を妨げる」もの(二項)ではないため、適用除外には該当しないと判断した¹³⁰⁾。

委員会は条約八六(現八二)条について、「関連市場 (relevant market)」を代替手段のない Rodby・Puttgarden のフェリー輸送のためのデンマークにおける港湾サーヴィス組織 (organization of port service in Denmark) と設定し、DSB が右市場で支配的地位に立つとともに、フェリー運航面で DSB と DB とが Rodby・Puttgarden ルートで共同で支配的地位に立つ (joint dominant position) と認定し、エッセンシャル・ファシリテイへのアクセス拒絶が支配的地位の濫用になり得るとの一般論も確認した。

デンマーク政府は、①両港フェリー輸送の需要が不十分であることから新ターミナル建設は、認められず、②同港設備の利用を認めると、既に就航の DSB を排除する効果を持つことから、ステナの要求を拒絶した。委員会は、①両港輸送需要が伸びていないことは認めしたが、ステナが港湾隣接地に土地を手配済みであること、②現在の同港設備が満杯との証拠がないとした。委員会は、デンマーク政府がステナに①新ターミナル建設を直ちに許さなかったこと、② Rodby 港の港湾設備を利用しての就航を許さなかったことは、条約八六(現八二)条とともに九〇(現八六)条一項に違反するとして、デンマーク政府に対して、右の違反行為をやめ、委員会へ二か月以内に(新ターミナル建設許可、同港設備共同利用かの)措置を報告するよう命じた¹³¹⁾。

イ) 委員会港湾三事件の検討

右の(イ)で述べた①B&Iライン/シー・リンク事件、②シー・コンテナ/ステナ・シー・リンク事件、③ロドビー港事件と「エッセンシャル・ファシリテイ」論の関連について、ここで検討しておく。

条約八六(現八二)条の「共同体市場又はその重要な部分 (substantial part of the common market)」という「市場」の画定において、右三事件は、「市場」を地理的な地域 (geographical area) ではなく、航行ルートなり

港湾自身とみている⁽¹³⁾。

三事件、なかんずく後者二決定によって「エッセンシャル・ファシリティ論の助けのもとに、EU条約八六「現八二」条の適用のための新しい次元 (neue Dimension) が開拓されたという意味で、委員会の新しい法適用」であると理解する見解と、「旧来の濫用規制で対処できた事例」と考える見解とが対立している⁽¹⁴⁾。

まず第一の「B&I事件」について、モルトビーは、委員会決定への疑問として、第一に、B&Iがより大型の船等に代えさえずれば、シーリンクの時刻表の変更によって何の影響も受けなかったこと、第二に、委員会決定からは、市場支配的地位のシーリンクのいかなる行為も濫用を構成するかのような印象を受け、シーリンクは、営業上の利益からの時刻表変更行為のために、B&Iとバスを交換するか、B&Iに港湾改造費を支払うことを要求されることになる⁽¹⁵⁾と述べる。そして、本決定は「濫用」の基準については何も具体的に語らず、市場支配的地位に立つ者のあらゆる行為が濫用になりかねないし、ことに所有・管理しつつ操業する者にとって深刻な影響を与えかねないと危惧の念を表明する⁽¹⁶⁾。またクラウエは、本件両当事者が港湾施設へのアクセス自体を争ってはいないことから明らかなように、本件は、エッセンシャル・ファシリティへのアクセス (Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung) の問題ではなく、競争排除行為 (Verdraengungswettbewerb) の禁止の事案であると述べる⁽¹⁷⁾。

他方、多くの文献は、B&I事件をエッセンシャル・ファシリティの適用例と位置付けている。たとえばフアースは、アメリカのMCI事件等では、競争者に長期に損害を与えることに排他的行為の主要な動機 (primary motivation) があるのが、本件決定では、競争者の蒙る損害はシーリンクの行為の結果 (consequence) であるものの、シーリンクの主要な意図 (primary intention) の証明が殆どないことを本決定の注目点とする⁽¹⁸⁾。リドゥワードは、本件が既存競争者の事案 (case involving existing competitor) であることに注意を喚起した上で、そ

もそも「Holyhead 港がエッセンシャル・ファシリテイであろうか」と、委員会決定の「市場」の画定の仕方にも注目する。英国とアイルランドの中央航路という狭い市場を関係市場 (relevant market) としたこと疑問をほきみつ、Holyhead 港以外に中央航路に代替手段が存在するか、また北航路及び南航路との物理的・地理的差異から市場を分離できるか等が論点であるとす⁽¹³⁷⁾。

第二の「シー・コンテナ事件」は、新規参入者シー・コンテナは当該航路の第三の競争者であつて、委員会は港湾の設備容量から不当な迷惑なく第三の競争者を認め得ると判断している事案である⁽¹³⁸⁾。本件を「その利用なしにはその顧客にサービス提供をすることができないような基本的設備を、差別的条件なしに提供することの拒絶を濫用としている」(傍点引用者) 事案、すなわちエッセンシャル・ファシリテイ論を適用したとの理解が一般的である。しかし、何も「エッセンシャル・ファシリテイ」概念の手を借りなくても、市場支配的企業による古典的供給拒絶事例 (Fall einer klassischen Lieferverweigerung) として、条約八六条 (現八二条) によつて容易に解決される事案であるとの見解⁽¹³⁹⁾も有力である。

本件は、八六条 (現八二条) のもとの伝統的な独占力拡張・取引拒絶 (monopoly leveraging/refusal-to-deal) 事件とみてもよい。同条でシーリンクをフェリー・サービスで支配的地位にみてもよいが、委員会は同条分析において、港湾サービスの提供市場における支配的地位に基いているのである。実際、おそらく委員会は、シーリンクが「上流と」同様に支配的である下流市場での行為のあり得る効果を考え合わせたエッセンシャル・ファシリテイの概念を援用しないでも、港湾へのアクセスの正当化されない拒絶にもとづく濫用を認定できたものである⁽¹⁴⁰⁾。

では、本決定に敢えて「エッセンシャル・ファシリテイ」のラベルを貼る意義はどこにあるのだろうか。

エッセンシャル・ファシリテイを支配する企業は、同条の分析で時として用いられたきた依存性・公平性原理 (dependency/fairness rationale) を反映して、市場支配的企業は、一般的に適用される義務よりもより大きな義務の

もとにあるとの見解が可能である。しかしエッセンシャル・ファシリティを支配する企業により厳しく課せられる義務は、インフラストラクチャーの管理者 (administrator) と当該インフラストラクチャーを利用した市場の営業者 (operator) との二重の役割 (dual role) からくるものである。

さらに本件では、同条がエッセンシャル・ファシリティ管理者に特別の手続き上の義務を課したことを示唆する独立の港湾管理者としての基準を含んでいる。委員会は、少なくとも仮の措置段階「審査」では、アクセス拒絶の事実関係上の正当事由の存否の考慮は必要なく、シー・リンクがその「港湾」独立操業者としてその利用者と交渉・相談に失敗したことが、少なくとも濫用の推定をつくりあげるのに十分であった。⁽⁴⁾

このように本決定におけるエッセンシャル・ファシリティの重要な役割が、エッセンシャル・ファシリティを統制する企業に厳格な非差別利用要求と、ある手続上の義務 (独立の操業基準) を課すという限りにおいて、(エッセンシャル・ファシリティを統制する企業が、実行可能であるときに合理的条件で当該設備を供給する以外、何らかの他の義務の下にない) アメリカで発展したエッセンシャル・ファシリティとは調和しない (at odds with) 新たな展開をみせたものとみることができる。とは言え本件では、エッセンシャル・ファシリティたる港湾を支配・操業者し、かつ (and) 下流市場でも市場支配的であるというシーリンク社の二重の独占 (double monopoly) に着目した論法である。逆にエッセンシャル・ファシリティ支配者が少しでも当該設備の下流市場に参入していれば、必ず「中立的な操業者」として行為基準 (code of conduct) に責任がある⁽⁴⁾とまで言えるかどうかは、本稿筆者には簡単には断定できない問題である気がする。

第三の「ロドビー事件」は、独占航路への新規参入事例であり、港湾がより多くの航行を扱えないとの証明がなく、新規参入者ステナは、参入に必要な (新ターミナル建設の選択肢をも含めて) 支出をする覚悟を有している事案である。⁽⁴⁾ 本件も、第二のシー・コンテナ事件と同様に、エッセンシャル・ファシリティ理論を適用したと理

解することも可能であるが、港の共同使用のみならず港湾施設の自己建設をも妨害した事案であり、これまた古典的供給拒絶の事案として処理できるとの見解も有力である。⁽¹⁴⁾

EC 競争総局長のラング教授は、ロドビー事件におけるアクセス拒絶の正当事由の有無に関して、委員会は、新規参入者にアクセスを認めると既存の港湾利用者の事業拡大を阻害するとの主張を認めず、彼らの利用契約が事業拡大を規定していない限り、その「事業拡大の」権利はいかなる場合も保障されていないと判断したものである。⁽¹⁵⁾

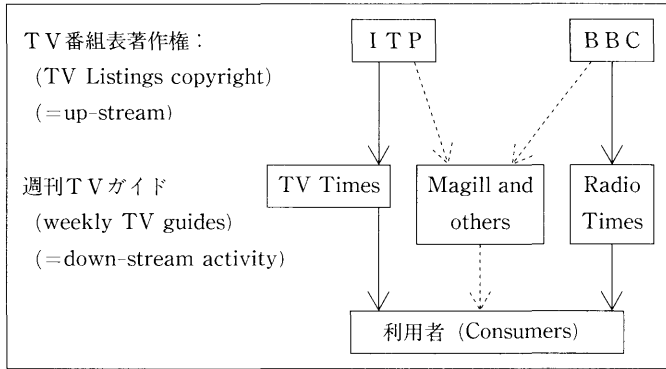
そして、仮にそのような条項があったとして、不合理に広いか一定期間が長期にわたるときには、条約八五（現八一）条に反して排他的になる。また委員会は、既存の港湾がより多くの船舶の航行を扱えないので新規参入による競争は増えないとの主張を退け、仮にそうであるとしても、サーヴィスの質（quality）の競争が可能であるとした。⁽¹⁶⁾

ヴェニット／カロアーは、シー・コンテナ事件との事実関係の重要な差異として、港湾側がフェリー会社にアクセスを完全に否定したことで、フェリー・サーヴィス認可のデンマーク政府による拒絶が含まれている点を指摘した上で、委員会決定の特色として、エッセンシャル・ファシリティーへのアクセス拒絶の正当事由についての委員会の見解を挙げている。

将来需要や港湾設備容量の限界を考慮したデンマーク政府の推定は、事実問題として有効とみていない。委員会は、仮に現在の設備が満杯（saturated）で追加的航行に適応できなくても、新規参入者にアクセスを供給して競争を導入することが望ましいということを指し示す。このことは、現存容量の基準では新規参入対応が不可能であることというところが、エッセンシャル・ファシリティーへのアクセスを拒絶する十分な正当事由にならないであろうことを示唆する。⁽¹⁶⁾

ヴェニット／カロアーが、「この状況下で委員会が支配的企業に希少資源」であるエッセンシャル・ファシリティー⁽¹⁷⁾を、ことによると輪番制でも、共有することを要求したくなるということも想像できる」とまで言う点

(図1)-③Magill事件判決



出所：[1996] ECLR 438, Figure 7を合成

当視されず、提供拒絶よって彼ら（放送会社）の独占的地位を濫用しており、条約八六（現八二）条違反として委員会決定を支持した。また放送会社の国内法上の著作権の主張を退けている。⁽¹⁸⁾

決定を争った事件である。

裁判所は、放送会社の番組情報提供拒絶は、放送上も雑誌発行上も正

放送三社が週末及び当日の番組情報のみを外部に提供したため、テレビ週刊誌は存在し得なかった。マガルが放送三社の右の行為を問題にした事件である。委員会がマガルの申立を認めたため、放送二社が委員会

（参照）⁽¹⁸⁾。事件判決（一九九五年四月六日。）が著名である（図1-③）

(三) 小括
(イ) マギル事件判決

は、本決定の読み方として正確かどうか、また、インフラストラクチャー開放の要件として妥当かどうか、本稿筆者は疑問なしとしな

文献上、本判決を知的財産にエッセンシャル・ファシリティ論を適用した先例とするものも皆無ではない。しかし、本判決は、「エッセンシャル・ファシリティ」論を直接援用したものではない。⁽⁵⁰⁾ ゴイダー教授によれば、裁判所が決め手としたのは、需要家の要求するテレビ週刊誌への現実的又は可能な代替商品 (actual or potential substitute for the product) が存在しないことと、番組情報の所有者が出版ライセンスを拒絶する営業上又は技術上の正当理由が存在しないことの二点にある。判旨は、マギルから求められたものが、知的財産 (intellectual property) よりも本質的に「情報」にあることに力点をおいたことが注目される。⁽⁵¹⁾ またブンテ教授によれば、本件は、放送三社が営業上の権利を有する地位そのものを問題にしたのではなく、消費者利益にかなった週刊番組雑誌市場を生ぜしめなかったという「異常な状況 (aussergewöhnlich Umstände)」を生んだ点を三社の濫用行為と判断したもので、つまりは独占的地位または競争優位的地位を他の市場で行使した点を濫用とした事例と考えられる。そこでエッセンシャル・ファシリティへのアクセスの事例と理解出来ないという。⁽⁵²⁾

本件判旨を「狭い決定 (narrow decision)」として判決の射程距離を極めて狭く解し、エッセンシャル・ファシリティと結び付けない見解⁽⁵³⁾は、判旨そのものの文理解釈以外に、その背景として、一般論として知的財産がエッセンシャル・ファシリティとして開放されてしまうと、発明・研究・開発努力への意欲を減退させるという効果を懸念するためである。

本稿ではマギル判決及び知的財産の問題にはこれ以上立入らず、⁽⁵⁴⁾ エッセンシャル・ファシリティ論を用いるか否かを別にして、条約八六 (現八二) 条の適用範囲の拡大の動きを確認するにとどめたい。なお知的財産へのエッセンシャル・ファシリティの適用問題⁽⁵⁵⁾について、EC 競争総局長ラング教授は次のように整理している。

「市場支配的企業が、競争者が直接に競争的生産物を製造するのを妨げることが出来る知的財産を有していても、競争者にライセンスを与えることを拒絶することは、必ずしも濫用ではない。ライセンスを受けない競争者が当該市場に参

入出来ないときにのみ、ライセンスは必然的にエッセンシャル・ファシリティへのアクセスを与えられることになる。さもなければライセンス拒絶は、ライセンス拒絶に加えて、搾取的であれ排他的であれ濫用を構成する行動又は状況が存在するときのみ、「条約」八六「現八二」条に違反する」(傍点、原文イタリック体)⁽¹⁵⁶⁾。

(四) 欧州法におけるエッセンシャル・ファシリティ論

本稿で過去の委員会決定及び判例を網羅的に検討することはできなかったが、エッセンシャル・ファシリティ論は、条約八六(現八二)条に抵触する「取引拒絶」に関する一類型であって、一定の要件のもとでアクセスを認めることが要求されるという原則に対する関係では下位概念(sub-category)として位置付けられることが判明する⁽¹⁵⁷⁾。全体像を把握するために、以下において、ラング教授の整理をみておこう。

直接キーワードとして「エッセンシャル・ファシリティ」の用語を用いたか否かを問わず、条約八六(現八二)条関連の一群の事案についてラング教授は、取引拒絶事業者が「通常上流の一の市場で支配的地位を有し、下流市場に財又はサービスの供給する」点に共通点を見出だす。当該企業が、上流・下流の双方で市場支配的であることまでは要しない。殆どの事案では、エッセンシャル・ファシリティを所有又は統制することがまさしく支配力の原因であって、仮に下流市場でも支配的であればアクセスへの要求がより強まってくる。教授は「電気グリッドと送配電線、ガスパイプラインを有する企業」をその例示に含めている⁽¹⁵⁸⁾が、かといって委員会及び欧州裁判所が電力・ガスの託送問題を直接裁いた具体例が引用されているわけではない。

「競争者が当該営業を始め競争するために必要な設備へのアクセスを競争者に認める企業の義務は何か？」

ラング教授自身、いくつかの難問を提示している。たとえば、①親競争的(procompetitive)立場をある意味で貫くと、企業が合法的に獲得した競争上の強み(competitive advantages)を自己排他的に使用させ、競争相手を市場から締め出す力を与えてしまうことになりかねない。これは不公正で不適当な排他的使用を許さない条約八六(現八

二) 条と矛盾する。②企業は提供するサービスの改善をすることなく競争者にアクセスを拒絶する例がある。ことに下流市場で競争者がサービスの質を下げたときは企業はサービスの質を向上させなくなる。もっと難しいのは、需要家へのサービスの最適化には利用可能な設備の社により利用されるべきだと支配的企業が示し得たときの扱いであり、需要家への影響によって競争を害してもよいのかどうかである。③支配的企業に競争者との「設備利用」契約を締結させるために双方の企業及び責任ある当局にかかるコスト (administrative costs) 負担を無視出来ない。④もしも当該設備が、独立の公益事業又は分離された所有者であれば、たとえ「設備保有自体が」支配的であったとしても、「下流市場がからむ」利害対立は起こらないであろう。そもそも非差別的取扱いの義務は純粹に「当該設備が」不可欠なときにのみ適用される。したがって、規制権限による国営企業の「アクセス」義務の判例法は、「民営で」利害対立を含む状況における「アクセス」義務事案に關係する。⁽¹⁹⁾

ラング教授の要約によれば、市場支配的企業が有する施設へのアクセスなしでは克服出来ない参入障壁があるか、又はアクセスなしでは競争者に活動が不経済的で重大で継続的で不可避の競争上のハンディキャップにさらされるときに、アクセス供給の義務が生じるというのが「エッセンシャル・ファシリティ」論である。このアプローチは、エッセンシャル・ファシリティを所有する企業の所有の利益を奪うものではないし競争と所有権とが矛盾するものではなく、アクセス拒絶が前述の要件を満たすような競争上重大な影響を与える場合にこれを問題にするにとどまる。たとえば支配的企業の活動によって競争者が深刻な競争上の不利益を蒙っても、これが支配的企業のエッセンシャル・ファシリティ所有に起因しないならば、アクセスを供給する義務はないのである。

上流と下流とが同一のビジネスの一部かどうかにかかるとみえる。たとえば鋳業会社が港湾を自己用に建設しても、同業他者やフェリー会社を利用させる義務を負わない。発電会社がグリッドも所有するとき、他の発電者又は配電者にグリッドへのアクセスを与えることが義務付けられ得る。というのは発電と配電とは別々の事業活動で、他の発電者によって発電された電気のためにグリッドを使用するのは電気事業にとって通常のことだからである。⁽²⁰⁾

この義務の存否は客観的 (Objective) アプローチでなければならぬ。欧州法は競争者ではなく、「競争」を保護するものだからである。また、拒絶の適法性は、正しく拒絶されたその時点で、要件の具備を判断すべきである。また、何故アクセスが不可欠かとか、何故競争者が当該設備を調達出来ないかの理由「その理由には、物理的、政治的、経済的諸理由が有り得るだろうが」は、そのことだけで「十分であって、その原因・理由は」重要ではない。

どのような状況の下で拒絶が正当視されるかについて、判例法はさほど明らかではない。かと言って委員会は、市場支配的企業は垂直統合の優位性を享受してはならないとか、需要家の厚生に悪い結果をもたらす競争者にアクセスを与えねばならないと言ったことは決してない。市場支配的企業は、合法的に獲得した競争上の優位性を相殺しなければならない義務はないが、優位性を獲得するためにエッセンシャル・ファシリティへの排他的アクセスを用いることはできないのである。

委員会は、「レジ計算機、コンピューター等」エッセンシャル・ファシリティの支配的所有者が、いくつかの新しい設備の建設に規模の経済性を享受すること、支配的企業の領域に単独設備を設けて「修理・メンテナンス等」の下流競争者を拒絶することを、非難され得ない、との非公式見解に立つ。

提案された設備利用が、当該設備の安全・技術上の基準に一致しないとき、その適切な利用を妨げるとき、現在の利用者の効率的利用の妨げになるとき等には、拒絶は正当視される。新規参入者による利用が深刻な混雑を招来するとき、アクセスは一時的には拒絶され得る。その場合の問題は、利用可能性が入札にかけられるか再配分されるかである。⁽¹⁰⁾

企業が設備の所有者で同時に自己使用も行うときの取扱いについての記述は、多分に政策的色彩が濃いように筆者には思われる。

市場支配的企業が設備の所有者で同時に自己使用も行うときには、自己使用からエッセンシャル・ファシリティの管理を分離する段階を踏まなければ、非差別的アクセスと利益対立の解決を通常は期待出来ない。また非差別的アクセス

供給の義務を負う支配的企業は、必然的に内部相互補助を行 (cross-subsidize) わない義務を負わねばならない⁽¹⁰⁾。
次にアクセスを命じる前提となる空き設備容量 (spare capacity) も論点となるが、これも多分に政策的色彩が濃いように筆者には思われる。

前提となる空き容量がなく、既に全量が競争者に利用されていれば、「比例原則 (proportionality)」からみて、新規参入者が下流市場に他者にはない新しい種類の生産物又はサーヴィスをもたらすことを示さない限り、アクセスは命じられない。既存事業者が現存容量を全て利用していると主張し、ことに下流市場で支配的である当該設備の所有者が自己の営業のために全て利用しているのであれば、容量が非効率に用いられていないか、見掛けの利用と利用実態に齟齬がないか等を状況をみる必要がある。

十分な設備容量がないときは、現存契約上の義務が法的には問題になる。少なくとも効率的競争に必要なならば、合理的な契約期間満了時に、新規参入者は他の利用者とアクセスを競う機会が与えられなければならない。

市場支配的企業がアクセスを提供する義務を負うときに、無制限の競争者に提供することが義務付けられるものではない。ことにハードの設備 (physical facilities) では、制限された競争者にしか提供出来ない。この場合に支配的企業は他の全ての競争者を排除し自己のためにのみ当該設備を保持する権利はなく、適切に制限された数の競争者に対して、自己の操業と同等の条件でアクセスを提供する。設備を十分に利用する使用者の最適で最大の数を決定してから、非差別的に自己使用を優先させないで設備利用を配分しなければならぬ。市場支配的企業は、非差別的でありさえすればエッセンシャル・ファシリティの独立所有者とは異なり、自己の利益・経済性の観点から、当該設備の自己及び競争者の利用の変更・中止をすることができる⁽¹⁰⁾。

エッセンシャル・ファシリティ論の適用により、慎重な見解も看過できない。たとえば英国の経済学者オヴァー
ド／ビショップは、概要次のように述べる。

競争当局は、エッセンシャル・ファシリティ論の熱心過ぎる適用は、企業に革新のインセンティブを深刻に蝕む可能

性があるから、懐疑的に取扱うべきである。通常、私的財産に第三者アクセスを要求するのは、良い考えとは思わないという事が中心の争点である。資産の発展へのインセンティブを蝕むし、その効果は、問題の資産を超えて、企業のあらゆる投資インセンティブにも影響を与える。アクセスを認めることが消費者の便益のために、下流市場における競争を増大させるという、例外的状況下においてのみ、そのようなアクセスの利用を可能にすることを要求することが適切であると考える。

アクセスを要求する前に答えられるべき四つの問題がある。①競争が存在しないか「競争を」本質的に欠いている適切に定義された下流市場が存在するか、②アクセスを求めている企業の参入が、下流市場の競争の拡大を実質的程度まで改善するか、③当該企業によって(当該資産の二重投資を含め)下流市場で経済的に競争するできる他の道は存在しないか、④関係財産へのアクセスを要求することなしに下流市場で競争出来るよりよい状況の企業は存在しないか。これらすべての回答が「然り」であるときに限って、私的財産への第三者アクセスが議論出来る事案である。なお、リスクを負った営業上の環境において発展した新しい資産(New asset)は、エッセンシャル・ファシリティ理論を強く適用されるべきではない事案である。⁽⁸⁾

以上の考察から、委員会及び欧州裁判所の実務上、「エッセンシャル・ファシリティ」論が導入されたと理解されている先例も、事実関係と照合すると、必ずしもエッセンシャル・ファシリティを振りかざさなくても、条例八六(現八二)条適用の従前の事案として難なく解決できたもので、果たして実際にエッセンシャル・ファシリティ論がどの程度「決め手」として働いたのか、単に「説得の術」として効用があるにとどまるのか、評価の分れるところであろう。競争及び託送推進の観点から、いわば戦術的にネットワーク開放に「運動概念」として「エッセンシャル・ファシリティ」を援用する可能性は十分に存在し得る。条約八六(現八二)条の建て前として個別の「行為規制」をとりながら、その実際の運用が、港湾三事件にもみられるように、当該「市場」構造に着目した規制色が強いという印象を受けることも符合する。これはラング教授の主張する参入障壁除去の観点

からのエッセンシャル・ファシリティ提供契約締結義務論や、「市場支配的地位にある企業が、純粋に (genuinely) エッセンシャル・ファシリティへの非差別的アクセスを供給する法的義務を負うという原則は、電気通信、エネルギー輸送、運輸及び多くの他産業において、大きくかつ増大しつつある重要性の一つである」と述べることとも整合性ある「推論」ということができる。この点について、なお次章で検証しよう。

- (81) BERNHARD NAGEL, WIRTSCHAFTSRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION, 25-26, (2nd ed., 1999) 八五及び八六条制定の経緯について D.G.Goyder, EC COMPETITION LAW, 17-33 (3rd ed., 1998) 参照。
- (82) 正田彬『EC独占禁止法』一九頁(三省堂、一九九六年)。
- (83) Cf. JOHN MCDOWNY/LEIGH HANCHER, ELECTRICITY INDUSTRY HANDBOOK: LAW AND PRACTICE, 34 (1992).
- (84) 正田・前掲注(82)・一九頁。Cf. ULRICH BÜDENBENDER, ENERGIEKARTELLRECHT, 261 (1994); NAGEL, *supra* note 81 at 170.
- (85) 藤原・前掲注(1)・九三頁以下で詳論したように、ドイツでは事業者と自治体との間での道路占用をめぐる「特許契約」と、(自治体を含むこともあるが)事業者間の「縄張り契約」の両契約がカルテル法一〇三条一項によって同法適用除外になっていたことよって「供給区域独占」が認められてきた。特許契約はわが国の「報償契約」に類似する。報償契約について、遠藤博也・阿部泰隆編『講義行政法 I (総論)』三一〇—三一三頁(藤原淳一郎執筆。青林書院、一九八四年)、藤原淳一郎「電気事業・ガス事業規制の沿革」林敏彦編『公益事業と規制緩和』一四—一五頁(東洋経済新報社、一九九〇年)参照。
- (86) Cf. Klaue, *Europäisches Kartellrecht und Energiewirtschaft*, in: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, 405, 407 (1989). 他方、RWE法務部長時代に藤原が数回意見交換の機会を得た現在持株会社RWEの代表者のクーン博士は Kuhn, *Uebertragung von Strom nach deutschem und europäischem Recht*, in: *Id.*, at 411, 418. において、「エネルギー供給の安定供給と低廉性とは閉ざされた供給区域(「地域独占」)の保持のみによつて保証される」との立場から、適用除外規定として明文化されてはいないが、八五条の内在的制限として、特

- 許・縄張り両契約はEC競争法に抵触しないと主張していた (*Id.* at 419)
- (87) 藤原・前掲注(2)・『ガス事業研究会報告書』八七頁、ROLF STÖBER, BESONDERES WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT, 163(11th ed., 1998) 参照。
- (88) LEIGH HANCKER, EC ELECTRICITY LAW, 57(1992) この「百年契約」は、条約八五(現八一一条)との抵触のほか、発電用国内炭の購入を支えていた発電法にもとづく「コールペニヒ (Kohlepfennig)」が条約九二条の国庫補助の禁止 (state aids) に抵触するか否かが論点である。条約九二条につき Cf. ROLF STÖBER, ALLGEMEINES WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT, 311(11th ed., 1998)。「ドイツ憲法裁判所は「コールペニヒ」につき違憲判決を出している」。
- 右論点との関連で電気事業者に再生可能エネルギー発電の電気を引取らせる電力購入法 (Stromeinspeisungsgesetz) の条約適合性及び合憲性が焦点になっていた。Cf. Puender, *Die Foerderung alternativer Energiequellen durch das Stromeinspeisungsgesetz auf dem Pruefstand des europaischen Gemeinschaftsrecht*, [1999] NEUE VERWALTUNGSRECHT ZEITSCHRIFT, 1059, 決着のこまぬままに二〇〇〇年「再生可能エネルギー優先法 (Gesetz fuer den Vorrang Erneuerbarer Energie 略称「再生可能エネルギー法 (Erneubare-Energien-Gesetz; EEG)」) に衣替えした。右の新法は、電気事業者のみが負担することを改め、最終的に全供給者ひいては全需要家が購入価格を負担するシステムをとる(一一一条) ように改善されている。藤原淳一郎「ドイツにおけるコージェネレーション促進策」CGC NEWS 一六巻六号二頁(日本コージェネレーションセンター、二〇〇〇年五月)、「ドイツの再生可能エネルギー法」NEF NEWS 八巻一号一〇頁(新エネルギー財団、二〇〇〇年六月)等参照。
- (89) Kuhnt, *supra* note 86 at 418. もともと「親会社とジョイントベンチャー (joint-venture) との取引問題や複数企業 (Multi-company) 間の行為については、条約八六(現八二)条の問題とともに八五(現八一)条にも抵触する可能性がある」とはこうまじもなご。Cf. Lang, *Defining Legitimate Competition: Companys' Duties to Support Competitors and Access to Essential Facilities*, 18 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL, 437, 507(1994).
- (90) Lang, *Competition Law and Regulation Law from an EC Perspective*, 23 FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL, 116, 117-118(2000).

- (61) Subiotto, *The Right to Deal with Whom One Leases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate*, 6 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 234 (1992).
- (92) Lang, *supra* note 89 at 439.
- (93) Lang, *id.*, at 476; Lang, *supra* note 90 at 117-118.
- (94) Lang, *supra* note 89 at 443.
- (95) CLEMENS STEWING, GASDURCHLEITUNG NACH EUROPAEISHEM RECHT, 57 (56) RECHT-TECHNIK-WIRTSCHAFT, 1989)
- (96) 正田・前掲注(82)・二二頁、村上政博『EC競争法』二四八頁(弘文堂、一九九五年)。
- (97) EUGEN LANGEN/HERMANN-JOSEF BUNTE, KOMMENTAR ZUM DEUTSCHEN UND EUROPAEISCHEN KARTELLRECHT, 1708-1709 (7th ed., 1994).
- (98) STEWING, *supra* note 95 at 24ff.; BUDENBENDER, *supra* note 84 at 262.
- (99) RWE「現在持株会社」法務部在籍時代の一九八五年から旧知のドレスデン大学ヒューデンベンダー教授は、電気託送市場概念に否定的である(BUDENBENDER, *id.*)。ステウインク博士は、ガス託送市場は「一般的には存在し得る」と述べる(STEWING, *id.* at 42)。後者は、欧州大陸における広域ガス・パイプラインによるガス輸送・売買の存在が背景にあるものと思われる。シヨナサン・P・スターン(山藤泰・大阪ガス国際部訳)『ヨーロッパの天然ガス市場：一九九〇年代の展望と課題』(KBI出版、一九九一年)、同(山藤泰訳)『エネルギー市場の競争条件：ヨーロッパ天然ガス市場の経験が語る』(白桃書房、二〇〇〇年)参照。
- (100) Kuhnt, *supra* note 86 at 419.
- (101) 同条「市場」概念の一般論につき、正田・前掲注(82)・一九二―一九四頁参照。
- (102) LANGEN/BUNTE, *supra* note 97 at 1709.
- (103) Lang, *supra* note 89 at 439.
- (104) BUDENBENDER, *supra* note 84 at 262; STEWING, *supra* note 95 at 54-56, 64-67。ステウインク博士は一九八九年時点で既に欧州レベルでのガス託送の促進のために託送規則化が必要と説いていた(*Id.* at 227ff.)。
- (105) EC条約二二二(現・二九五)条の所有権保障である(STEWING, *Id.*, at 78-85, 99)。ドイツ国内法の観点から

- 託送の憲法問題を論じたものとして、HANS-JÜRGEN PAPIER, DIE REGELUNG VON DURCHLEITUNGSRECHT, (LUKES ed., 77 RECHT-TECHNIK-WIRTSCHAFT, 1997) をみる。
- (90) LANGEN/BUNTE, *supra* note 97 at 17.
- (91) Kuhn, *supra* note 86 at 419-422.
- (92) Rapp-Jung, *Die EU Richtlinie fuer Elektrizitaet im Spannungsfeld zwischen den Wettbewerbsregeln des Vertrags und den verbotenen energiepolitischen Befugnissen der Mitgliedstaaten*, [1997] RECHT DER ENERGIEWIRTSCHAFT, 133, 135.
- (93) GOYDER, *supra* note 81 at 346.
- (94) *Id.* at 334.
- (95) Fox, *Abuse of A Dominant Position under the Treaty of Rome: A Comparison with U.S. Law*, [1983] ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE, 367, 390-392; Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duty to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities*, [1999] ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE, 245, 248; GOYDER, *id.* at 334-336. ヴァンントイン・コーラ一著・有賀美智子監訳『EC競争法概説』一九四頁(商事法務研究会一九八九年)・村上・前掲注(96)・二四八―二五〇頁参照。
- NYUフォックス教授は、本判決の利益衡量として、消費者保護ではなく、実際にはイタリーの中小企業 Zoia の営業と操業施設の危機であること (Fox, *id.* at 403) / CSC社の垂直統合自体が参入障壁として問題になるのではなく、CSC社が垂直統合のメリットの証明責任、具体的には Zoiaへの原料供給継続によって価格引下げがはかられず消費者への価格転嫁になる旨の証明責任をCSC社が果たし得ないときに、垂直統合の目的が原料への独占力の搾取 (exploit) と推定されると述べている (*Id.* at 420)。なお八六〔現八二〕条の法目的が、搾取的濫用 (exploitative abuses) 禁止のみにあり反競争的濫用 (anticompetitive abuse) 禁止にないとの初期の見解が、右の議論の背景にある。 Cf. Waehlbeck in *Panel Discussion*, [1983] ANNUAL PROCEEDINGS OF THE FORDHAM CORPORATE LAW INSTITUTE, 433, 438.

- (112) 上流企業 (CSC社) の下流活動を垂直的に統合する意図は、下流企業への供給を継続しない客観的正当事由にはならぬ。Silen, *supra* note 36 at 159.
- (113) Subioto, *supra* note 91 at 234-235, 235.
- (114) SNIJON BISHOP/MIKE WALTER, THE ECONOMICS OF EC COMPETITION LAW, 114 (1999).
- (115) Subioto, *supra* note 91 at 235; Glasl, *supra* note 4 at 306, 309; Lang, *supra* note 89 at 469. 村上・前掲注(96)・二五五―二五六頁参照。
- (116) Glasl, *id.* at 309; GOYDER, *supra* note 81 at 346-347. 村上・同右・二五六頁。
- (117) Lang, *supra* note 89 at 458; Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duty to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities*, [1999] ANNUAL PROCEEDINGS FORDHAM CORPORATE LAW, 245, 260. 村上教授は「サマナ航空事件がエッセンシャル・ファシリティ理論を「きわめて近い」と指摘される(村上・同右・二五四頁)。一九九二年のブリタニッシュ・ウヰルランド事件(アイルランドの航空会社が他の航空会社のためのサーヴィス提供拒絶の事例)に「き」正田・前掲注(82)・二二二頁参照。
- (118) BISHOP/WALTER, *supra* note 114 at 115; GOYDER, *supra* note 81 at 347.
- (119) Klaue, *Zur Rezeption der amerikanischen "Essential-Facility-Doctrine" in das Europaische und deutsche Kartellrecht*, [1996] RECHT DER ENERGIWIRTSCHAFT, 51, 54.
- (120) Silen, *supra* note 36 at 136.
- (121) Lang, *supra* note 89 at 461; Lang, *supra* note 117 at 263.
- (122) interim order (村上教授は「緊急停止命令」との訳語)一般論に「き」村上・前掲注(96)・三九頁参照。
- (123) Maltby, *Restriction on Port Operators: Sealink/B&I-Holyhead*, 5 EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 223 (1993); GOYDER, *supra* note 81 at 347.
- (124) *Sea Containers v. Stena Sealink*, [1994] OJ (= OFFICIAL JOURNAL OF EUROPEAN COMMUNITIES) LAW 15/8.
- (125) *Id.* at 14-15.
- (126) *Id.* at 15-18.

- (127) *Id.* at 17 (Rn. 67); Lang, *supra* note 89 at 461.
- (128) *Stena v. DSB*, [1994] OJ (= OFFICIAL JOURNAL OF EUROPEAN COMMUNITIES) Lw. 55/52.
- (129) 条約九〇(現八六)条一項は「公企業 (public undertaking) 又は加盟国が特別な権利又は排他的権利を認め
ている企業の場合には、加盟国は本条約に定められた規則」とくに七(現六)条、八五ないし九四(現・八一ないし
八九)条に規定された規則に抵触するいかなる手段を定めても維持してならない」と規定して、公企業も公益事業
(公共企業) も完全に (in full) 自由取引と競争の条約上のルールに服することを明言する。同条二項は、これらの
うち「一般的経済的利益に奉仕する (operation of services of general economic interest) 企業について「法的又
は事実上、その特別な任務の遂行 (the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them)
を妨げない限り」において、条約の規定が適用される」との一種の留保条件的(例外)規定になっている。とくに二項
は公益事業と独占禁止法という観点からは重要な論点を含むが、本稿ではこれ以上立入らない。Cf. HANCHER, *supra*
note 88 at 83; LANGEN/BUNTE, *supra* note 97 at 1803, 1818-1820.
- (130) OJ, *supra* note 128, L. 55, at 54, 56.
- (131) *Id.* at 54-57.
- (132) Lang, *supra* note 89 at 485. ファースは、本件の港それ自体は条約にいう「共同市場……の重要な部分」では
ないが、重要な輸送ルートの利用のために当該港湾施設への合理的アクセスが絶対必要ときには、当該港が「重要
な部分」と判断したものと解している。Furth, *The "Essential Facilities" Doctrine in Community Law*, [1995]
EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 469.
- (133) Klaue, *supra* note 119 at 56.
- (134) Malby, *supra* note 123 at 224-225.
- (135) Klaue, *supra* note 119 at 56. 同註Bunte, 6. *GWB-Novelle und Missbrauch wegen Verweigerung des
Zugangs zu einer "Wesentlichen Einrichtung"*, [1997] WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB 302, 310.
- (136) Furth, *supra* note 132 at 469.
- (137) Ridyard, *Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition*

- Law*, [1996] EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 438, 442; Cf. Furth, *id.* (前掲注132)
- (138) Lang, *supra* note 117 at 264.
- (139) Bunte, *supra* note 135 at 310; Klaue, *supra* note 119 at 56.
- (140) Venit/Kallaugher, *supra* note 26 at 331.
- (141) *Id.* at 331-334.
- (142) *Id.* at 332-334.
- (143) Lang, *supra* note 117 at 264.
- (144) Bunte, *supra* note 135 at 310; Klaue, *supra* note 119 at 56.
- (145) Lang, *supra* note 89 at 513.
- (146) Venit/Kallaugher, *supra* note 26 at 331-332.
- (147) *Id.* at 332 n. 46. この論法は「低利用スロットの再配分論の論拠にもなるか？」
- (148) マギル判決について、山根裕子編著『ケースブックEC法：欧州連合の法知識』二五二頁以下（一九九六年）、滝川・前掲注(57)・一七四頁、同・前掲注(33)・一五三頁以下等に詳しい。Cf. Lang, *supra* note 89 at 514 ff.;
- Lang, *supra* note 117 at 253.
- (149) 21 EUROPEAN LAW REVIEW, CC 28.
- (150) 滝川・前掲注(33)・一五四—一五五頁。
- (151) GOYDER, *supra* note 81 at 357.
- (152) Bunte, *supra* note 135 at 311.
- (153) Summary of Discussion, *supra* note 34 at 156, 166.
- (154) のちに一九九七年の Landbroke 事件で、マギル判決の射程距離が狭められたとの指摘もある。Art/van Liedekerke, *Development in EC Competition Law in 1997: An Overview*, 35 COMMON MARKET LAW REVIEW 1135, 1165 (1998).
- (155) 知的財産のエッセンシャル・ファシリティ適用に批判的見解としてたどる Treaty, *Essential Facilities: Is*

- The Tide Turning?*, [1998] EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 501.
- (156) Lang, *supra* note 117 at 246.
 - (157) *Summary of Discussion*, *supra* note 34 at 155.
 - (158) Lang, *supra* note 89 at 477-478.
 - (159) *Id.* at 479-480.
 - (160) *Id.* at 487-489.
 - (161) *Id.* at 489-490, 512-513.
 - (162) *Id.* at 500-501.
 - (163) *Id.* at 493-497.
 - (164) Bishop, *Essential Facilities: The Rising Tide*, [1998] EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 183-185.
 - (165) Lang, *supra* note 89 at 439.

四 むすび

本稿冒頭一、において、検証すべき三命題と二設問とを定立し、これらのうち、本稿の作業対象を二命題と一設問とに限定し、残りの検証作業を続稿に委ねた。

これらのうち第一命題の「『エッセンシャル・ファシリティ』論が、アメリカ合衆国のシャーマン法の適用をめぐって形成されてきた」ことは、本稿「二」で論じた。第二命題の「『エッセンシャル・ファシリティ』論が、アメリカ大陸を離れて、欧州委員会決定や欧州裁判所判例においても用いられるようになった」ことは、本稿「三」で論じた。そこで残る本稿の検討課題は、第一問の「欧州が何故……『エッセンシャル・ファシリティ』論の輸入に踏み切ったか？」にある。

(一) 「エッセンシャル・ファシリティ」概念輸入の背景

欧州が「エッセンシャル・ファシリティ」概念を輸入した背景について、いくつかの分析がある。

まずもつて欧州は今だ域内市場形成過程にあることに加えて、多くの重要な部門の全部又は一部が国有であり、私営、公益事業者を規制する法的手段や、たとえば(本稿二、(一)で言及したイギリス法にルーツを有する)コモン・キャリアの概念が欧州では発達しなかった。そうしたいわば法の「真空状態」を埋めるために、アメリカでは少なくとも部分的には規制法によつて取扱われた問題を、欧州では独占禁止法が扱うことを求められた。⁽¹⁰⁶⁾その意味で、「エッセンシャル・ファシリティ」概念は、E.C法ではアメリカ独禁法におけるよりも重要」となったのである。

① いくつかの状況の下で契約締結義務と非差別義務を負わせるエッセンシャル・ファシリティは、分析道具 (analytical tool) よりもむしろ有用なラベル (useful label) であること、② E.C市場はアメリカと異なり殆どの財とサービスについて統合経済的ではなく、まだ実際に単一市場にはなっていないため、「共同体市場」ではなく「その重要な部分」での支配的地位にとどまり、運輸のようにしばしば地域的事であること、③ 欧州では市場支配的国有企業が、アメリカ以上に保護主義的理由から取引拒絶又は差別をすること、④ 欧州ではエネルギーや運輸等の重要な産業が、Uによつて規制緩和されたか又は少なくとも自由化されたが、殆どが自己のサーヴィス区域で支配的な彼ら「既存事業者」がさらに自由に統合し、自己の下流「市場」営業に利益になるように差別することが関心事であれば、「市場自由化」措置の価値がなくなること、⑤ 政府規制産業又は国有企業はしばしば下流競争者の全員又は多数にとつて不可欠の設備を有すること、エッセンシャル・ファシリティ原則は、効果として条約九〇「現八六」条のフォローアップでもあること等が背景である⁽¹⁰⁷⁾。

それでは、これらことに公益事業ネットワークのアクセス問題がエッセンシャル・ファシリティ論の助けを借りつつ、競争法のみで対処できるかというところではなく、事業ごとの一般的措置の採用が必要でもあった。⁽¹⁰⁸⁾そ

の際、たとえば委員会の一九九八年八月、電気通信部門の接続合意への競争ルール（Commission's Notice on the Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector）は「アクセス拒絶の正当事由（objective justification for refusing access）を狭く解釈することにより」、「エッセンシャル・ファシリティのより広い適用（over-liberal application）を採用している」ともいわれる⁽¹⁶⁾。視点をかえて中長期的には、規制は、競争法と異なり自由化された市場が競争的になるまでの移行期（transitional period）に何よりもまず必要であつて、そののち規制としては、たとえば電気通信について言えば、周波数の割当、標準化、番号ポータビリティ、ユニヴァーサル・サーヴィス等の公益確保等、技術的な枠組みを供給することのみが必要であるとの指摘もある⁽¹⁷⁾。

滝川教授も、欧州法がアメリカ法以上に取引拒絶の自由を制限する背景として、①市場統合の未完成さと、②アメリカ法が判例法中心なのに対して欧州は委員会の比重が高いことを指摘されていたところでもある⁽¹⁷⁾。

このような欧州における特殊な法及び規制状況を支える背景としてフォックス教授は、以下のような国民性の差異をも指摘している。

アメリカにおいては若干の自然独占又は寡占産業に対する規制を別にすれば、規制に対して国民には不人気である。ところが欧州では、規制者としての政府の役割に対する敵意はアメリカよりも少なく、企業が私的所有である限り大企業の経営者が公益に奉仕することへの信頼は、アメリカよりも小さい。欧州共同体は、競争政策を共同市場内部の交易・取引の統合、加盟国の経済の統合の手段として採用している⁽¹⁸⁾。

(二) 欧州のエッセンシャル・ファシリティ概念の特徴

アメリカ法で形成されたエッセンシャル・ファシリティが欧州法でどのような役割を演じたであろう？ ヴェ

ニット／カロアーは、次のように述べる。

アメリカ法では、エッセンシャル・ファシリティは、たとえ当該選択が競争を制限しても、その選択に営業上の正当性があれば、企業は自ら選択する者と取引をするという広範な「一般原則」に対する例外を創り出すものである。これと対照的に、条約八六（現八二）条は、市場支配的企業に広範な取引義務を課すと解される。アメリカではエッセンシャル・ファシリティは、シャーマン法二条の下で規制される市場力を有する市場への効果に焦点を合わせる。条約八六（現八二）条は対照的に、市場支配的企業が下流市場で支配的地位を有する程度について広範囲の考慮をしないで、独占力拡張の文脈でエッセンシャル・ファシリティ概念を用いるようにみえてくる。⁽¹⁷⁾

またファースは、よりクールに次のように述べる。

アメリカ判例法で設定された位置付けとは異なり、当該施設の管理者へより煩わしい負担を引起すものである。このことは、「法」論理的にはシャーマン法と条約八六（現八二）条の「条文の」文言から導かれる差異でなければならぬ。同時に、この強調される「米欧」差異の存在の事実、共同体法への輸入の探求が、「米欧とは」異なつた文脈において発展されたことに注意を払わねばならない。委員会によつて発展されたエッセンシャル・ファシリティ論は、市場開放に強力な手段を提供したが、市場支配的企業は小企業よりもより非難される体制で操業することを要求されたと論じる関係者のことも加えなければならぬ。もしこのことが事実であるとすれば、市場支配そのものは罪ではないとの主張は、ますます空虚に聞こえるだろう。⁽¹⁸⁾

ラング教授は、一般に競争法は、企業にその競争者に資産、ネットワーク、知的財産へのアクセスを与えることを要求しないし、この状況は条約八五、八六（現八一、八二）条の下でのエッセンシャル・ファシリティ原則でも同じであるという。そして、アクセスが競争者が競争できるために不可欠で、かつ拒絶に正当な営業上の事由がなければ、アクセス付与の拒絶が重大な反競争的効果を有するときにのみ、エッセンシャル・ファシリティ論が適用されるという原則をまず確認する。その上で、電気通信市場を念頭におきつつ、たとえこれら条件が充

足されていない（not fulfilled）ても、規制者は、ネットワーク所有者に競争者へのネットワーク接続を命じてもよい（may）が、委員会は、規制当局ではなく、競争当局である。規制は、E.C.指令に基づいて加盟国規制当局によって達成されるものであると注意を喚起している。⁽¹⁶⁵⁾

欧州競争法の下では、単独企業は、エッセンシャル・ファシリティに対してのみアクセスを要求される。そうであれば、支配的企業がアクセスを得るに对应する非差別的な条件で、アクセスを与える義務が存在する。この義務は、支配的企業の二部門の会計分離を生み出すか、規制による解決法を課す必要がある。

この原則は、競争法が、非支配的企業又はエッセンシャル・ファシリティを統制しない支配的企業に義務を課さないという意味では、非対称的（asymmetrical）である。しかしその効果においては、競争者の活動を、エッセンシャル・ファシリティを所有する類似の支配企業の「下流」活動と同一基盤におくので対称的（symmetrical）である。⁽¹⁶⁶⁾ 以上で、本稿で定立した第一命題、第二命題、第一問の検証作業を終了する。

- (166) Lang, *supra* note 117 at 281.
- (167) Lang, *supra* note 89 at 483.
- (168) Lang, *supra* note 117 at 246.
- (169) Nikolinakos, *Access Agreements in the Telecommunications Sector: Refusal to Supply and the Essential Facilities Doctrine under E.C. Competition Law*, [1999] EUROPEAN COMPETITION LAW REVIEW, 399, 405-406.
- (170) Lang, *supra* note 90 at 121.
- (171) 滝川・前掲注(57)・一七七一―一七八頁。
- (172) Fox, *supra* note 111 at 371.
- (173) Vent/Kallaugher, *supra* note 26 at 332-333, 340.
- (174) Furse, *supra* note 132 at 473.
- (175) Lang, *supra* note 90 at 117-118.

(176) *Id.* at 118-120.

(一九九九年六月四日草稿脱稿、二〇〇〇年九月二日加筆作業終了)

〔追記〕 本稿校正時に根岸哲「『エセンシャル・ファシリテイ』の理論とEC競争法」、『正田彬先生古稀祝賀・独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂、一九九九年)、山根裕子「公益サービスへのEC競争法の適用」日本EU学会編『二一世紀へ向うEU(日本EU学会年報二〇号)』(有斐閣、二〇〇〇年)、岡谷直明「EU・米国の電気通信・電力産業への競争法の適用について」日本経済法学会編『社会的規制と競争政策(日本経済法学会年報二一号)』(有斐閣、二〇〇〇年)、和久井理子「欧州における支配的電気通信事業者に対する規制(上・下)」公正取引六〇一号、六〇二号(二〇〇〇年)、岸井大太郎「電力改革と独占禁止法」公益事業研究五二巻二号(二〇〇〇年)等の邦語文献に接したが、本稿に抜本的な加筆・修正を施す必要性を感じなかったため、提出原稿に加筆せず原文のままとした。青木淳一「EU電気通信アクセス問題への競争法適用に関する一九九八年委員会告示」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集四一号(二〇〇一年)が近刊と聞く。