

"設備競争"論と「公正な競争」[†]
The Facility-Based Competition and Fair Competition

石岡 克俊*

Katsutoshi ISHIOKA

本稿の目的は、かねてより電気通信分野における競争政策においてしばしば指摘される競争の2つのカテゴリー---設備競争とサービス競争---の検討を踏まえ、これらと「公正な競争」の関係性を明らかにすることである。

近年、電気通信事業法における接続関連規制の充実とともに、同分野において「公正な競争」の促進という理念は法律の上でも明確に位置づけられてきた。しかし、ネットワークの開放を促すことにより「公正な競争」を促進することを企図する接続関連規制が、サービス競争との間で見いだすことが可能な明示的な関係性に比べ、設備競争との間にあるそれは必ずしも明らかではない。

そこで本稿では、これまでのいわゆる"設備競争"論の経緯と内容を敷衍し、独占禁止法における「公正な競争」のオーソドックスな理解を前提に、設備競争が「公正な競争」とは次元を異にする概念であり、必ずしも「公正な競争」という理念に基礎付けられているわけではないことを明らかにする。

The purpose of this text is to clarify the relation between these and "Fair competition" based on the examination of two categories of the competition often pointed out beforehand in a competition policy in the telecommunication industry.

Recently, the idea of promotion of "Fair competition" has been clearly located in the same field with the enhancement of the regulation related to the connection in Telecommunications Law also on the law. However, necessarily the regulation that plans to promote "Fair competition" by pressing opening the network is clear and it between the facility-based competition is not clear compared with the specified relation that can be found between the service-based competition.

Then, the facility-based competition amplifies details and the content of a current, so-called "Facility-based competition" theory, and clarifies that "Fair competition" is a concept of especially doing the dimension, and the base is not necessarily put on the idea "Fair competition" in this text on the assumption of orthodox understanding of "Fair competition" in Antimonopoly Law.

March 31, 2008

情報通信政策研究プログラム

[†] 本稿は「情報通信政策研究プログラム」の研究助成を得て行った研究成果の一部である。

* 慶應義塾大学産業研究所准教授 tel:03-5427-1482 e-mail:ishioka@a5.keio.jp

1 はじめに

東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社の両地域会社（以下、NTT 東西）による次世代ネットワーク（NGN）^{*1}の商用サービスの開始を間近に控え、NTT 東西は、本年 2 月 25 日、いわゆる「活用業務」の認可を取得し、また、これと併行し情報通信審議会において審議されていた「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方」の答申もこのほど公表されるに至った^{*2}（2008 年 3 月 27 日）^{*3}。

この答申では、NTT 東西が NGN を活用したサービスを提供するにあたり、(i) 接続約款の作成・公表義務をはじめとする接続関連規制^{*4}の対象となる「第一種指定電気通信設備」の指定範囲^{*5}、(ii) 当該設備の中で接続料を設定する単位となる設備・機能の細分化（アンバンドリング）^{*6}、(iii) ここで細分化された設備・機能に対する接続料の算定方法についての検討結果ないし方向性が示されている。

本答申に至る過程において、NTT 東西等の光ファイバ設備を有する事業者（電力系事業者や CATV 事業者も含まれる）と、その設備を借り受けて FTTH サービスを展開する競争事業者との間で大きな意見の隔たりを見た論点の一つが、NTT 東西に対する OSU（光信号主端末回線収容装置：Optical Subscriber Unit）^{*7}共用の義

^{*1} 次世代ネットワーク（New Generation Network）とは、従来の公衆回線網（PSTN:Public Switched Telephone Network）が有する信頼性・安定性を確保しながら、IP（Internet Protocol）網の利便性・経済性を備えた次世代の情報通信ネットワークとされる（情報通信総合研究所編『NGN の時代——情報通信アウトック 2008』（NTT 出版、2008 年）64-71 頁参照）。たとえば、帯域制御を通じた QoS（通信の品質保証）や、発信者 ID の確認によるなりすましの防止など、一般に IP ネットワークの短所とされている信頼性や安定性の確保が可能となる。わが国では、現在、NTT のほか KDDI（ウルトラ 3G 構想）及びソフトバンク（IRIS・ULTINA 構想）が構築中であるが、まずわが国における「基幹的な通信網としての性格を有することが想定される」（情報通信審議会「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方について（答申）」1 頁）NTT 東西の NGN が 2008 年 3 月 31 日に「フレッツ光ネクスト」の名称で首都圏と大阪の一部地域でサービスを開始し、同年度内に他の政令指定都市及び県庁所在地等全国主要都市に順次サービス地域を拡大していく。なお、同サービスの提供に先駆けて、すでに NGN を利用したいくつかのサービスの概要が発表されている（例えば、企業に対し情報システムソフトウェアをネットワーク経由で貸し出す「SaaS」やテレビ向け映像配信サービス「ひかり TV」等）。NGN のアーキテクチャ及び技術的構成については、浅谷耕一『ネットワーク技術の基礎と応用—ICT の基本から QoS、IP 電話、NGN まで』（コロナ社、2007 年）12 章参照。

^{*2} 活用業務については 2007 年 10 月 25 日に認可申請が行なわれ、申請案及び認可方針に関する意見招請を経て、2008 年 2 月 25 日に認可が行われている。また、「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方」については、活用業務の認可申請の翌日（2007 年 10 月 26 日）に総務大臣から情報通信審議会に諮問がなされ、数ヶ月にわたる審議の上、2008 年 1 月 29 日に回答申案が公表され、意見招請の後、同年 3 月末の NGN 商用サービス開始に合わせ公表された。なお、審議の経緯や答申案の内容及び論点については、井上健悟「スペシャルレポート『光』論争が激化／NTT 接続料の行方」週刊東洋経済（2007 年 12 月 8 日号）34-35 頁、滝沢泰盛「暫定接続料で始まる NTT 東西の NGN」日経コミュニケーション（2008 年 2 月 15 日号）18-19 頁、榊原康「岐路に立つ日本の光アクセス」日経コミュニケーション（2008 年 2 月 15 日号）32-41 頁。些かジャーナリスティックな関心ではあるが、NGN に内在する問題点を指摘するものに、宗像誠之『NTT の自縛—知られざる NGN 構想の裏側』（日経 BP 社、2008 年）、芦田幾一郎「ソフトバンクを追いつめる NTT『次世代ネットワーク』の深謀」ZAITEN（2008 年 1 月号）82-84 頁、ウェッジ編集部「独占回線に進む NTT・消費者に何をたらすか—通信『冬の時代』再来か・値段やサービスはどうなる」WEDGE（2008 年 2 月号）10-12 頁、池富仁「NTT 再々編問題への布石『NGN』の五里霧中」週刊ダイヤモンド（2008 年 3 月 1 日号）138-143 頁がある。

^{*3} 以下、本稿においては特に断らない限り、答申といえは、情報通信審議会「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方について（答申）」（2008 年 3 月 27 日）を指すものとする。

^{*4} 電気通信事業法上、第一種指定電気通信設備に対する接続関連規制には、本文で掲げた接続約款の作成及び認可接続約款の公表義務（法 3 条 2 項及び 11 項）のほかに、接続会計の整理・公表義務（法 33 条 13 項）及び網機能提供計画の届け出義務（法 33 条 4 項、同法施行規則 23 条の 4 第 2 項参照）がある。

^{*5} 今次答申において新たに第一種指定電気通信設備に指定された設備には、今回サービスを稼働させる NGN と、OAB-j 番号を使用し IP 電話サービスを提供するひかり電話網がある。

^{*6} 答申では、NGN において地域 IP 網と同等の機能を提供するためのルーティング伝送（収容局接続）、中継局接続、閉門交換機（IGS:Interconnection Gateway Switch）接続形態による IP 電話サービス及び法人向けイーサネットサービスの主要 4 機能がアンバンドルの対象とされた。なお、帯域制御機能や回線認証機能等 NGN に固有の新たな機能については「未だ具体的なサービスの提供形態や接続ニーズ等が明確でない段階でアンバンドルの可否を判断することは、将来現れるサービスの芽を事前に摘むことになりかねないので抑制的に対応することが必要である」とされ、将来の判断に付することとされた（答申 30 頁）。

^{*7} ONU（回線終端装置：Optical Network Unit）に対向して光信号を伝達する装置で、OLT（光信号伝達装置：Optical Line Terminal）

務づけに関する問題である*8（いわゆる「1分岐貸し問題」）。

現行の加入ダークファイバの設備方式には、芯線直結方式（シングルスター方式）と分岐方式（シェアドアクセス方式）とがある。芯線直結方式は、収容局と利用者宅とを1芯の光ファイバで結び、収容局及び利用者宅にメディアコンバータ（MC）という回線終端装置を設置する方式であり、分岐方式は、収容局内外に分岐装置（スプリッタ）を設置し、これとONU（回線終端装置：Optical Network Unit）を結ぶことにより、複数の利用者が加入者光ファイバの1芯を共有する方式である*9。それぞれ接続料は、芯線直結方式にあつては芯線単位で設定される一方、分岐方式にあつては主端末回線単位ごとに設定されている。現在、分岐方式はGE-PON（Gigabit Ethernet-Passive Optical Network）と呼ばれる方式が採用されており、局内スプリッタで4分岐、さらに局外スプリッタで8分岐し、OSUは最大32人の利用者を収容することが可能である*10。分岐方式での接続料設定単位である光信号主端末回線とは、この収容局内外のスプリッタを結ぶ回線のことをさす。主端末回線は局外スプリッタで分岐端末回線を最大8回線接続させることができるが、接続料はここに収容する利用者の数に関係なく一定である。そのため多くの分岐端末回線が接続された場合には一利用者当たりの主端末回線の費用を抑えることができる一方、接続される分岐端末回線が少ない場合には割高となってしまう*11。

このことから、かねてより競争事業者は、主端末回線を収容するOSU単位で共有し分岐端末回線単位（1分岐単位）での接続料の設定を求めており、この論点は、本答申に先立つ2007年3月31日の情報通信審議会答申（「コロケーションの見直し等に係る接続ルールの整備について」）においても検討が行われていた。

この答申では、OSUの共用化について、FTTHサービスの「提供コストの低廉化等を通じ、競争の活性化が実現する」面を認めるものの、NTT東西に対するOSU共用化の義務づけについては、(i) OSU共用化に伴い接続事業者から受けるNTT東西のサービス品質等への悪影響の発生（共用化に伴うサービス品質の低下）、(ii) OSU共用化に当たって必要な地域IP網の通信振り分け機能の実装化（共用化に伴う設備コストの負担）、(iii) 接続事業者による自前OSUの設置可能性といったいくつかの懸念から、「少なくとも現時点において、NTT東西にOSUの共用化を義務付けるべきであると結論付けることは適当ではない」とし、NGNの接続ルールの検討において改めて議論することとした*12。

これを受けた本答申では、接続料負担を低減し競争を活性化する方策として、3つの案が提示された。これには、(i) OSU共用化（OSU共用案）のほかに、(ii) OSUは従来どおり専用とした上で接続料の算定に当たりシェアドアクセス方式の芯線に係る総コストを事業者合計の分岐端末回線数で除し、分岐端末回線単位の接続料設定を行う方法（OSU専用案）と、(iii) Bフレッツに係る機能を細分化（アンバンドル）しキャリアズレート方式で接続料を設定する方法（Bフレッツ機能接続料化案）があった。

OSU共用案については、「まずは競争事業者間でのOSU共用の取り組みを積極的に進めることが適当」で

の構成単位。

*8 この論点は、ジャーナリズムにおいて、加入ダークファイバの分岐端末単位の「貸し出し形態の見直し」の議論として、しばしば「1分岐貸し」と呼ばれ、俎上にのせられる。この点に言及する記事ないし論考として、先に指摘したもののほか、榊原康「光ファイバの1分岐貸しに黄信号？電力系とCATV事業者が猛反発」日経コミュニケーション（2007年11月15日号）24頁、同「リポート・NTT東、光ファイバ1分岐貸しに猛反発—『設備事業者の生命線、全く受け入れられない』」日経コミュニケーション（2007年12月15日号）20-22頁、孫正義「巨大独占NTTとの『最終戦争』—光回線開放が日本を救う」中央公論（2007年12月号）150-157頁等がある。

*9 公取委平成19年3月26日審判審決、平成16年（判）第2号、東日本電信電話（株）に対する件、審決集53巻776頁以下（第1-3-(3)782頁）参照。

*10 同上・第1-6-(1)及び(2)789-790頁参照。

*11 この点、局外スプリッタを設置するNTT東西が任意に設定する光配線区画（局外スプリッタがカバーする区域）の大きさ（NTT東においては約59世帯、NTT西においては約35世帯）と相まって、KDDIやソフトバンクなどの競争事業者が事実上市場から閉め出されており、従来から競争事業者によって独占禁止法上の問題の一つとして指摘されてきたところである。

*12 情報通信審議会「コロケーションの見直し等に係る接続ルールの整備について（答申）」（2007年3月31日）27-30頁。

あるとし、「NTT 東西を含めた OSU 共用を実現するために、NTT 東西に対し OSU 共用を義務付けることは、現時点で必要不可欠とまでは言えない」。そして、競争促進を図る観点から「競争事業者間における OSU 共用の取り組みの積極的な推進など代替的な措置が講じ得る場合には、まずは当該措置を講じることが適当である」とした^{*13}。また、FTTH サービスの競争促進は、NTT 東西に対する OSU 共用の義務付け以外にも可能であるとして提案された OSU 専用案については、「1 芯当たりの接続料は固定したままで接続料の低廉化を図る工夫であるが」、この方策を採るよりも「加入光ファイバの 1 芯当たりの接続料そのものの低廉化を図ることが最も直接的・効果的な措置である」とした^{*14}。B フレッツ機能接続料化案については、OSU 共用案と併せ FTTH 市場活性化のための補助手段として検討する価値はあるとされながらも、接続料設定に技術的な問題があることに加え、FTTH 市場の競争促進を図る観点からは OSU 専用化案と同様、「加入光ファイバ接続料の低廉化を図ることが最も直接的・効果的である」とされた^{*15}。そして、答申では、上記 3 案の検討を踏まえ、結果としてこれらのいずれの案も採用するところとはならず、OSU 共用化の問題は「最も直接的・効果的な措置」とされた接続料そのものの低廉化を図る方向性が示されるにとどまった^{*16}。

近年の電気通信事業法における非対称規制の導入や接続関連規制の充実、そして、同法 1 条で明示された「公正な競争」をいまさら掲げるまでもなく、近時、電気通信事業分野における政策基調は「競争の促進」である。だが、その内容は一見して必ずしも明らかとはいえない。その理由の一つは「設備競争」という概念にあると思われる。これは、電気通信分野における競争政策を議論する際、しばしば「サービス競争」と対で指摘され、これら両者の「一体的な促進」が主張されることもあれば、これらの「バランス」が指摘されることもある。

近時の NTT 東西に対する OSU 共用の義務付けをめぐる議論においても、設備競争を重視するか否かは光ファイバ網を有する事業者と競争事業者との見解が対立する主要な論点の一つとして指摘されている^{*17}。確かに、電気通信サービスの提供に当たって一定のネットワーク設備は必要でそれに対する投資は不可欠であろう。観念上、投資競争としての「設備競争」の存在は否定しない。しかし、これが競争法ないし競争政策の枠組みの中で、どのような位置を占めるのかについてはいま一度検討を要する。なぜなら、ネットワークの開放を促すことにより「公正な競争」の促進を企図する接続関連規制が、サービス競争との間で見出すことが可能な明示的な関係に比べ、設備競争との間にあるそれは必ずしも明らかではないからだ。

本稿では、かねてより電気通信分野の競争政策においてしばしば指摘される”設備競争”論の検討を踏まえ、これと「公正な競争」の関係を明らかにすることを目的とする。そのために、まずこれまでの”設備競争”論の経緯と内容を敷衍し、しかる後に、独占禁止法における「公正な競争」の伝統的理解を前提に「設備競争」の意義とその位置づけについて検討していく。

^{*13} 情報通信審議会・前掲注*3・答申 48 頁。

^{*14} 同上・50 頁。

^{*15} 同上・50-51 頁。

^{*16} これを受けて、同日、情報通信審議会「東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社の第一種指定電気通信設備に関する接続約款の変更の認可（平成 20 年以降の加入者光ファイバに係る接続料の改定）について」（平成 20 年 3 月 27 日）において、NTT 東西に対し、(i) ダークファイバ需要予測を修正した上で加入者光ファイバ接続料を再算定（具体的には追加値下げ）すること、及び、(ii) 乖離額調整制度を導入することを求める旨の答申がなされている。ただし、これが競争促進効果をもたらすか否かについては不透明との懸念が一部新聞報道により示されている（たとえば、日本経済新聞 2008 年 3 月 28 日朝刊 3 面）。

^{*17} 情報通信審議会・前掲注*3・答申 44-46 頁。

2 “設備競争”論

電気通信事業者間の競争には、各事業者が設備を自ら敷設して競う「設備競争」と NTT 東西から設備を借りてサービスで競う「サービス競争」の2つの競争に関するカテゴリーがあり^{*18}、これまで、電気通信分野の法規制においては、通信の用に供されるネットワークの構築に関する「設備競争」と、既存事業者のネットワークをライバルに開放して競争を行う「サービス競争」の両方を促進してきたといわれている^{*19}。

元来、設備競争を強調する議論は、NTT の国内全国・全サービス市場における独占状況を前提として主張され^{*20}、それ故に、たとえば電力等異業種からの新規参入やホットスポット・無線 LAN といった新技術の登場は、設備競争の結果、長期的には NTT 地域会社のボトルネックを解消していくものとして期待されていたのである^{*21}。

ところが、最近では、この設備競争についてこれまでとは異なる文脈で主張されるようになったようである。たとえば、近時の B フレッツ・ニューファミリータイプに関する独占禁止法違反事件^{*22}において展開された被審人（NTT 東日本）の主張にそれは典型的に現れている。

「加入者光ファイバ等の設備は、被審人（NTT 東日本—筆者注）が設備投資負担の下で構築している途上のものであって、顧客獲得のリスクを負担して先行投資を行うことのできるインセンティブを確保し、設備ベースの競争〔「設備競争」と同義—筆者注〕を促進することこそが重要である」^{*23}。

あるいは、

「FTTH サービスがより普及し、より活発な競争が実現するためには、利用ベースの競争〔「サービス競争」と同義—筆者注〕だけでなく、設備ベースの競争が重要であり、そのためには投資インセンティブの確保による設備ベースの競争の促進が不可欠であること、被審人の行為が、独占禁止法違反とされて接続料金を引き下げざるを得なくなるのであれば、被審人の加入者光ファイバ等の設備敷設に係るインセンティブは失われ、結果として FTTH サービスの普及が困難になる……」^{*24}。

設備競争が「通信の用に供されるネットワーク構築についての競争」を意味するものだとすれば、この競争は電気通信分野の内と外の両方において見いだすことができよう。例えば、地方公共団体が整備・保有する光ファイバ網の未利用部分が順次開放されてきたことに伴い、最もボトルネック性が強いとされてきたラストワンマイル（最寄りの収容局と利用者を結ぶネットワークの末端部分）において、既存事業者の保有する電柱や管路等の線路敷設基盤を活用しての設備構築による参入促進措置や、無線 LAN・WiMAX・次世代 PHS など新しい無線形アクセス技術による参入もあり得るが、これらはいずれも電気通信事業者間の設備競争といえる。他方、CATV や衛星を通じたブロードバンドサービスの提供は電気通信の枠組みを越えた設備競争の一例であろう^{*25}。

^{*18} 榊原康「岐路に立つ日本の光アクセス」日経コミュニケーション（2008年2月15日号）34頁。

^{*19} 土佐和生「電気通信の最近の動きと競争をめぐって」公正取引 688号（2008年2月号）2-3頁。

^{*20} 佐藤治正「通信政策の政治経済分析—事業法抜本改革に向けて」日本経済法学会編『日本経済法学会年報』23号（2002年）120頁参照。

^{*21} 同上・127頁。

^{*22} 公取委平成19年3月26日審判審決、平成16年（判）第2号、東日本電信電話（株）に対する件、審決集53巻776頁以下。

^{*23} 同上・第3-5-(2)-ア [審査官の主張]802頁。

^{*24} 同上・第3-5-(1)[被審人の主張]802頁。

^{*25} ただし、このような設備競争が実効的に機能しているか否かについてはまた別の問題を提起する。たとえば人工衛星を通じたブ

先に指摘した公正取引委員会の審判手続において NTT 東日本によって主張された「設備競争」は、電気通信分野でもとりわけ FTTH サービスという限られた市場のみに関わるものであり、議論の関心は FTTH サービスの競争促進それ自体に向けられているというよりも^{*26}、その前提ともいうべき加入者光ファイバ設備の構築をめぐる投資競争、しかもこれを導く投資インセンティブの確保の問題に向けられている点を重視した議論といえる。

公正取引委員会の審査官は、独占禁止法違反として審判に付された本件行為との関係で、問題となる競争を次のように述べ、「サービス競争」に限定する。

「本件で問題とされるのは、設備ベースの競争ではなく、被審人の設備との接続による『利用ベースの競争』である。被審人が、同社の光ファイバへの接続によるサービス市場への参入を阻害することは、本来期待される新たな競争の可能性を封じているといえる」^{*27}。

審査官は、本件における問題のポイントが、「設備競争」にあるのではなく、NTT 東の光ファイバへの接続による「サービス市場」への参入阻害の問題であると応じている。最終的に、審判官は審決の中で「設備競争」及び「サービス競争」への明示的な言及を慎重に避けながら、ここにいう設備競争の本質が「投資インセンティブの確保」の問題であることを見抜き、それらは本来「加入者光ファイバ設備の敷設に要するコストは、接続料金の設定の際の算定根拠となり、被審人自身及び他の事業者の実際の利用に応じて回収されるものである」^{*28}と述べ、妥当にも NTT 東の主張を退けている。

しかしながら、B フレッツ・ニューファミリータイプ事件において被審人により主張された「設備競争」の理解は、既に述べた OSU 共用化をめぐる議論の際に、いわゆる設備事業者によってもいくたびか示されていた。すなわち、

(i) OLT 共用要望のポイントは、「投資リスクを負って設備を構築し、営業努力をして収容効率を高めてきた事業者に後から相乗りすることで、自らはリスクを負わずに、先行事業者と同等のコスト（1 ユーザ当たりの設備コスト）で設備調達して事業展開したい」ということ、(ii) これは、自ら投資リスクを負って設備を構築し、営業努力によって 1 ユーザ当たりの設備コストを低減させてきた事業者との競争環境を歪めるものであり、進展しつつある設備競争の芽を摘む、

と^{*29}。

ロードバンドサービスについては、超高速インターネット衛星「きずな」が 2008 年 2 月に打ち上げられたものの、すでに地上インフラが充実し、ほとんどの世帯でブロードバンドサービスの導入が可能な現状にあつては、今のところサービス化は困難との見通しが示されている（日本経済新聞 2008 年 2 月 4 日朝刊）。

^{*26} もし、FTTH サービスの競争促進に向けられているとすれば、これは「サービス競争」そのものといえることができる。

^{*27} 前掲注*22・第 3-5-(2)-ア [審査官の主張]802 頁。

^{*28} 同上・第 4-4-(1)[審判官の判断]811 頁。

^{*29} 情報通信審議会・前掲注*3・答申 46 頁。

3 「公正な競争」

3.1 「公正な競争」の諸法令における位置

「公正な競争」の語は、まず独占禁止法 1 条の目的規定において「公正且つ自由な競争」として現われ、さらに同法 19 条で禁止される「不公正な取引方法」の指定要件として「公正な競争を阻害するおそれ」が規定されている。「公正な競争を阻害するおそれ」をその本質とする「不公正な取引方法」の禁止は、私的独占や不当な取引制限といった競争制限行為の前段階にある行為の規制として予防的な性格が認められる一方、事業者が採用し得る競争方法ないし取引方法の一般ルールとしての意義も認められる。たとえば、カルテルなどの共同行為が一定の要件の下で認められる場合（適用除外カルテル）であっても、「不公正な取引方法を用いるとき……は、この限りではない」とされるのが通例である（たとえば、輸出入取引法 33 条 1 項、海上運送法 28 条、道路運送法 18 条、航空法 110 条、著作権法 95 条 13 項、生活衛星関係営業の運営の適正化及び振興に関する法律 10 条 1 項）。これは、法認された競争制限行為によって形成された市場支配力が「公正な競争を阻害するおそれ」を伴って行使されることの弊害（あるいはその拡大）を除去すべく企図されたものである（もちろん、こうした明文の規定を有さない事業分野においては、当然のこととして不公正な取引方法が一般に妥当すると考えてよい）。

他方、個別的な規制法令のいくつかは独占禁止法と同様、「公正な競争」を目的ないしは政策実施の際の原則ないし理念として掲げ、これを受けて種々の規制を設けている。たとえば、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成 12 年法律 144 号）においては、高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する施策の策定にあつては、広く国民が低廉な料金で利用することができる世界最高水準の高度情報通信ネットワークの形成促進は、主として事業者間の「公正な競争」の促進によることとされ（高度情報通信ネットワーク社会形成基本法 17 条）、かつ、国・地方公共団体は「公正な競争」の促進、規制の見直し等高度情報通信ネットワーク社会の形成を阻害する要因の解消その他民間の活力が十分に発揮されるための環境整備等を中心とした施策を行なうものとされている（7 条）。

また、電気通信事業法（昭和 59 年法律 86 号）は、公共的性格を有する電気通信事業の運営の適正性及び合理性の維持・確保とともに「公正な競争」の促進を手段的目的と位置づけている（電気通信事業法 1 条）^{*30}。これは、先に指摘した市場支配的事業者に対し一定の反競争的行為を禁止したいわゆる「非対称規制」と一連の接続関連規制の充実^{*31}を踏まえ、電気通信事業法の 2001 年（平成 13 年）改正において明示されたものである。

このほか、「日本電信電話株式会社等に関する法律」（NTT 法：昭和 59 年法律 85 号）においては「公正な競争」が NTT 東西の業務範囲の拡大に関する認可基準の一つとして示されている。もともと NTT 東西は、それぞれの都道府県区域（NTT 法 2 条 3 項 1 号、NTT 東にあつては同号イ及び NTT 西にあつては同号ロ）において同一の都道府県区域内の電気通信に限定される地域電気通信業務（NTT 法 2 条 3 項 1 号）やその付帯業務（同 2 号）等を事業として営むことを目的として設立され（NTT 法改正法（平成 9 年法律 98 号）附則 2

^{*30} なお、ここでいう「公正な競争」とは、「電気通信事業の公共性及びネットワーク産業としての特質にかんがみ、不当な競争を排除し、公正妥当な競争ルールの整備を行い、そのルールに則り事業者が創意工夫の下で事業活動を行い、事業者間で徹底した競争が行われている状態をい」い、「こうした状態を『促進』するため、市場支配力を有する事業者に関する制度の導入等電気通信事業における競争関係を整備することにより、事業の効率化、合理化を進め、サービスの多様化、料金の低廉化等を図ること」と説明されている（多賀谷且一照＝岡崎俊一＝岡崎毅＝豊嶋基暢＝藤野克編著『電気通信事業法逐条解説』（電気通信振興会、2008 年）20 頁）。

^{*31} 電気通信事業法上の接続制度と「公正な競争」の関係については、前掲注*3・答申 4-7 頁に端的に指摘されている。

条1項及び5条、またNTT法1条2項参照)、区外の地域電気通信業務やその他の業務については総務大臣の認可を受けなければならない(NTT法2条4項)。また、NTT法2条3項及び4項に規定する業務以外で、上記地域電気通信業務等(NTT法2条3項1号及び2号)を営むために保有する設備もしくは技術又はその職員を活用して行う電気通信業務その他の業務(いわゆる「活用業務」^{*32})については、当該地域電気通信業務等の円滑な遂行と、電気通信事業の「公正な競争」の確保に支障を及ぼすおそれがないと認められる限りにおいて、総務大臣は認可しなければならないと定めている(NTT法2条5項)。

前者の要件は、NTT東西がNTT法に基づく特殊な責務が課されている特殊な会社であることに鑑み(NTT法1項1項)、本来の責務の履行が困難となるおそれがないことを確保するためのものであり、後者のそれは、NTT東西の業務範囲を地域電気通信業務及びその付随業務に制限している規制の趣旨^{*33}に由来し、それにより不可避にあらわとなるNTT東西の地域通信分野におけるボトルネック独占の弊害が拡大することを防止するためのものである^{*34}。

以上、独占禁止法の適用除外規定において示された不公正な取引方法の位置づけや、ここに指摘した電気通信事業関連の規制法令と独占禁止法の整合的な解釈の必要性を踏まえれば、個別の規制法令における「公正な競争」あるいはその確保のための個々の規定について、仮に独占禁止法上のそれと規制の手法や手続きが異なっていたとしても、その意義は原則として同一のものと解されるべきであるということになる^{*35}。

3.2 公正な「競争」

独占禁止法は、まず同法2条4項において「競争」を定義し、そこでは「2以上の事業者がその通常の事業活動の範囲内において、かつ、当該事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく次に掲げる行為をし、又はすることができる状態をいう」と述べた上で、1号として「同一の需要者に同種又は類似の商品又は役務を供給すること」、2号として「同一の供給者から同種又は類似の商品又は役務の供給を受けること」をあげる。これによると、ここでいう競争には、まず、売り手競争と買い手競争が含まれること、そして、顕在的競争と潜在的競争とが含まれることが示されている。しかし、この条文の文言を迎れば明らかだが、この規定は「競争」それ自体を定義してはいない。これは、単に競争関係が成り立つための条件の一端を示しているに過ぎない。

したがって、「一定の取引分野における競争の実質的制限」にいう制限される対象とされる「競争」ないし「公正な競争を阻害するおそれ」にいう阻害される対象としての「競争」は、法2条4項にいう競争とは別個に構成されるとするのが通説である。かかる理解を前提として、従来より競争の概念については「複数の事業

^{*32} 「東・西NTTの業務範囲の拡大に係る公正競争ガイドライン」には、活用業務に該当する電気通信業務として「東・西NTTが都道府県の区域を越えて電気通信役務の提供を行なうことのほか、都道府県の区域を越えて料金設定を行なう場合が含まれる」とされている(東・西NTTの業務範囲の拡大の認可に係る「公正な競争の確保に支障を及ぼすおそれ」のある場合等の考え方(東・西NTTの業務範囲の拡大に係る公正競争ガイドライン)(平成13年12月11日公表))。なお、今次NGNのサービス稼働に伴ってNTT東西それぞれによって認可申請された活用業務は、「次世代ネットワークを利用したフレックスサービスの県間役務提供・料金設定」(申請A)、「次世代ネットワークを利用したIP電話サービスの県間役務提供・料金設定」(申請B)及び「イーサネットサービスの県間役務提供・料金設定」(申請C)の三つであった。

^{*33} NTT再編成の際のボトルネック設備を保有する独占的な地域通信部門と競争分野である長距離通信部門の構造分離を行い、不当な内部相互補助の防止や接続ルールの公平な適用等を可能とした規制の趣旨を意味している。

^{*34} 東・西NTTの業務範囲拡大の認可に係る「公正な競争の確保に支障を及ぼすおそれ」のある場合等の考え方(平成13年12月11日公表)III-1及びIII-2参照。

^{*35} 同様の理解として、舟田正之「規制緩和の過程における『公正な競争』」ジュリスト1082号(1996年1月1日・15日合併号)168頁。

者が、相互に、他を排して、第三者との取引の機会を獲得するために行う努力を意味する」^{*36}ものとされ、法2条4項を補足するかたちで説明がなされてきた。

ただし、法が述べるところの競争は、単にここで指摘した個々の事業者の競い合いを指しているわけではない。むしろ、市場において事業者同士が互いに作用し合い、相互に制限的あるいは抑制的なかたちで競合し、これら売り手と買い手における競い合いが総合されることによって形成される一定の状態—競争秩序—をい、それはいうなれば「市場における全体としての競争」である^{*37}。

他方、目的規定にいう「公正且つ自由な競争」にいう「競争」は「素朴な意味でのそれ（複数事業者による競い合い）」^{*38}であり、特に制約条件の付けられていない広い概念であると解され、むしろ法2条4項の規定はこれを有意に制約する重要な意味を持つとする指摘がある^{*39}。この限定は、独占禁止法の予定している行政的規制が「事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく」商品・役務を供給することができるいわば「短期」の問題に焦点を絞り、逆に「長期」の問題（論者によれば、「動態的効率性」の問題）は、かつて一般集中規制に見られた禁止規定や諸々の適用除外規定によって独占禁止法の埒外の問題として処理が予定されていたとする。たとえば、前者については、先頃まで全面的に禁止されていた持株会社の禁止規定があり、後者については、投資調整として性格付けられる不況カルテルあるいは合理化カルテルがあるとされ、これらはいずれも資本面での動態的効率性の追求といった課題が独占禁止法の領域外に置かれていたことを示す例として指摘されている^{*40}。

まず、設備競争という直接には第三者との取引の機会を獲得するための競争として性格付けられない投資競争の制限を独占禁止法上のどう取り扱うべきかという論点がある。これについては、昭和40年代初頭、いわゆる投資調整カルテルの不当な取引制限該当性の問題として議論になったことがある^{*41}。当時、一般に投資調整行為は、当面の市場における競争に影響を及ぼすことはほとんどないと考えられた。というのも、将来の需給の状況で、市場に対する影響の現れ方が異なってくる可能性があるからである。しかも、自由経済の下における需要予測は不確定要素が大きく、これを予測することは至難の業である。確かに、投資調整行為は、「将来における市場構造を直接に規制するものであり、市場支配を可能とする契機を内包しているものであるから『当然違法類型』に数うべき」ではあるとされたが、違法性の判断はあくまで「行為時において判断せられるべきことで、将来、市場支配の結果が生じたときの問題ではない」とする旨が強調された^{*42}。

この議論は、いわゆる技術開発競争に関し独占禁止法がどう接近できるかという論点とも結びついてくる。技術開発競争も、設備競争ないし投資競争と同じで、取引と関わり持っておらず、その意味で独立した市場を観念することができず、かかる競争の結果として現実に商品やサービスが市場に供給されるようになって（あるいは供給される可能性が生じて）初めて独占禁止法上の問題となる。

つぎに、近時の“設備競争”論は、加入者光ファイバ設備の構築をめぐる投資競争に焦点を当て、設備競争の促進を図るために投資インセンティブの確保を問題とし、そのもう一つの面として競争事業者のフリーライドを問題にする。

^{*36} 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978年）46頁。

^{*37} 今村成和・前掲注^{*36}・47頁。

^{*38} 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）165頁（注362）。

^{*39} 井上従子「動態論的視点導入による独占禁止法の体系的解釈試論—特に技術開発面での動態的効率性の観点から—」日本経済法学会編『日本経済法学会年報』20号（1999年）165頁

^{*40} この点に関する解釈論として、来生新「適用除外カルテルの性格と限界」今村成和編著『現代経済法講座2カルテルと法』（三省堂、1992年）310-323頁参照。

^{*41} 当時の議論の状況を残すものとして、今村成和「投資調整と政府の介入」『私的独占禁止法の研究（三）』（有斐閣、1969年）123-135頁参照。

^{*42} 同上・126-127頁。

しかし、この問題には慎重な整理が必要である。投資インセンティブの確保が果たして「公正な競争」の問題かという点である。これには二つの考え方があり得る。ひとつは投資インセンティブの確保も事実上競争促進効果を有する以上、独占禁止政策の範疇で捉えるべきとするもの、いま一つは、投資インセンティブの確保は何らかの権利の保障をしているに過ぎず、それ自体が「公正な競争」の維持・促進を企図したものではないとするものである。実は、この議論は、知的財産権の保護を独占禁止法ないし独占禁止政策の中にどう位置づけるべきかについての見解の相違と同様の構造を有している。ただし、本稿にいう投資インセンティブの確保は、政策上の配慮として事実上尊重することはできるものの、法的なものではない。実定法において明確に意義付けられていない以上、知的財産権のような取扱いは難しいといわなければならない。こうした取扱いは、投資インセンティブの確保が「公正な競争」とは次元を異にする施策であることを示しているに他ならない。

3.3 競争の「公正さ」

「公正な競争」とは、これまでの独占禁止法における議論を踏まえれば、「能率競争（competition on merit）」のことであるとされる。つまり、「良質・廉価な商品又は役務の提供を唯一の手段として、顧客を獲得しようとする事」を指す。だが、ここでいう顧客の選択基準となる「価格」及び「品質」の具体的な意味を確定することは、實際上困難を来す。価格は、さまざまな取引条件の一要素にすぎず、品質についても、景品や見本品の提供、アフター・サービスの実施、広告宣伝活動等、その他諸々の販売活動までを含む可能性がある。その場合、顧客をめぐる競い合いの中で、かかる取引の対象となる商品・役務をいかなる範囲で認むべきかは、結局、競争の「公正さ」という規範的な観点から評価しなければならなくなる。

したがって、法の解釈として「公正な競争」の意義を論ずるとすれば、「能率競争」といった抽象的な説明に止まらざるを得ない。そのため、論理の道筋としては逆ではあるが、「公正な競争」の意義は、不公正な取引方法の列挙行為やその指定要件たる公正競争阻害性を検討することによって帰納的に明らかにされる。

公正競争阻害性があると認めるべき行為は、「公正な競争」の実現を阻む行為である。そしてかかる行為の意義及び解釈は、「公正な競争（＝能率競争）」という規範的な観点から、かかる競争の成立に不可欠な条件が何であるかを検討し、その上でそれらの条件を法的に評価し実効可能なものを具体的な行為との関係で経験的に確定する。本来、「公正な競争」は独占禁止法上禁止・制限される行為に論理的には先立つ筈だが、経験的に認識された禁止・制限類型を通じて「公正な競争」の意義を確定するという筋道で考えていくことになる。不公正な取引方法の定義規定（法2条9項）に掲げられた1号から6号までの行為は、これまでの独占禁止法の運用の中で経験的に見出された行為類型であるといえる。これらの行為類型を前提に、「公正な競争」が成立するための不可欠な条件として、独占禁止法研究会報告書^{*43}は、以下の三つを示している。すなわち、(1) 事業者相互間の自由な競争が妨げられていないこと（自由な競争の確保）、(2) 自由な競争が価格・品質・サービスを中心としたもの（能率競争）であることにより、自由な競争が秩序づけられていること（競争手段の公正さの確保）、(3) 取引主体が取引の諾否及び取引条件について自由かつ自主的に判断することによって取引が行われているという、自由な競争の基盤が保持されていること（自由競争基盤の確保）であり、これら三つの条件が保たれている状態を「公正な競争」とする。その上で、これらの条件によって形成される競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあることをもって公正競争阻害性を理解するのである^{*44}。

^{*43} 『不公正な取引方法に関する基本的な考え方』（1982年）

^{*44} なお、ここでいう「おそれ」とは、一般的・抽象的危険性（可能性）を意味しており、当該行為によって公正な競争が具体的に阻害されたり、その蓋然性が高いことを意味しているのではない。

4 結論

以上、設備競争が投資競争と同じく、取引を関わりあいを有していないばかりではなく、「公正な競争」の規範的評価においても次元が異なることを指摘した。また、投資インセンティブの確保の必要性については、考え方としては認める余地はあるものの、現在の段階では法的な性格を有するものではなく、政策上の配慮に過ぎない点も併せて指摘した。

その意味で、「公正な競争」について定める独占禁止法の理解からは、設備競争が「公正な競争」とは次元を異にする概念であり、投資競争としての設備競争であれ、加入者光ファイバ設備の構築をめぐる投資競争を支える投資インセンティブの確保としてであれ、必ずしも「公正な競争」という理念に基礎付けられているわけではないといえることができる。

なお、競争の「公正さ」について、本稿で採用した経験的に見出された行為類型から帰納的に競争の「公正さ」を辿るアプローチではなく、普遍主義的正義理念を基軸に公正理念を原理的に再定位した上で、市場における競争の文脈で「公正さ」の規範的含意を導くより積極的な試み^{*45}も、「公正な競争」の意義の検討において十分深められる必要があるものと思われるが、この点は、課題として他日を期すこととしたい。

参考文献

- [1] 浅谷耕一『ネットワーク技術の基礎と応用—ICTの基本から QoS、IP 電話、NGN まで』（コロナ社、2007年）
- [2] 芦田幾一郎「ソフトバンクを追いつめる NTT『次世代ネットワーク』の深謀」ZAITEN（2008年1月号）82-84頁
- [3] 池富仁「NTT 再々編問題への布石『NGN』の五里霧中」週刊ダイヤモンド（2008年3月1日号）138-143頁
- [4] 井上健悟「スペシャルレポート『光』論争が激化／NTT 接続料の行方」週刊東洋経済（2007年12月8日号）34-35頁
- [5] 井上達夫「公正な競争とは何か—法哲学的試論」金子晃=根岸哲=佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス—公正と競争の原理』（信山社、2000年）3-32頁。なお、井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）235-262頁にも所収。
- [6] 井上従子「動態論的視点導入による独占禁止法の体系的解釈試論—特に技術開発面での動態的効率性の観点から—」日本経済法学会編『日本経済法学会年報』20号（1999年）163-175頁
- [7] 今村成和「投資調整と政府の介入」『私的独占禁止法の研究（三）』（有斐閣、1969年）
- [8] 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978年）
- [9] ウェッジ編集部「独占回帰に進む NTT・消費者に何をもちたらすか—通信『冬の時代』再来か・値段やサービスはどうなる」WEDGE（2008年2月号）10-12頁
- [10] 金子晃=実方謙二=根岸哲=舟田正之『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983年）

^{*45} 井上達夫「公正な競争とは何か—法哲学的試論」金子晃=根岸哲=佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス—公正と競争の原理』（信山社、2000年）3-32頁。なお、井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）235-262頁にも所収。なお、「公正さ」が競争の過程の中で通時的に具体化される性格のものであるとする視点も評価がなされるべきかもしれない（金子晃=実方謙二=根岸哲=舟田正之『新・不公正な取引方法』（青林書院新社、1983年）20頁〔金子晃執筆部分〕）。

- [11] 来生新「適用除外カルテルの性格と限界」今村成和編著『現代経済法講座2 カルテルと法』（三省堂、1992年）243-325頁
- [12] 榊原康「光ファイバの1分岐貸しに黄信号？電力系とCATV事業者が猛反発」日経コミュニケーション（2007年11月15日号）24頁
- [13] 榊原康「レポート・NTT東、光ファイバ1分岐貸しに猛反発—『設備事業者の生命線、全く受け入れられない』」日経コミュニケーション（2007年12月15日号）20-22頁
- [14] 榊原康「岐路に立つ日本の光アクセス」日経コミュニケーション（2008年2月15日号）32-41頁
- [15] 佐藤治正「通信政策の政治経済分析—事業法抜本改革に向けて」日本経済法学会編『日本経済法学会年報』23号（2002年）118-139頁
- [16] 正田彬「知的財産権と独占禁止法」経済法学会編『経済法学会年報』10号（1989年）1-20頁
- [17] 情報通信総合研究所編『NGNの時代へ—情報通信アウトック2008』（NTT出版、2008年）
- [18] 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）
- [19] 孫正義「巨大独占NTTとの『最終戦争』—光回線開放が日本を救う」中央公論（2007年12月号）150-157頁
- [20] 多賀谷一照=岡崎俊一=岡崎毅=豊嶋基暢=藤野克編著『電気通信事業法逐条解説』（電気通信振興会、2008年）
- [21] 滝沢泰盛「暫定接続料で始まるNTT東西のNGN」日経コミュニケーション（2008年2月15日号）18-19頁
- [22] 土佐和生「電気通信の最近の動きと競争をめぐって」公正取引688号（2008年2月号）2-8頁
- [23] 南部鶴彦「通信産業の現状と将来の課題」『増刊ジュリスト・変革期のメディア』（有斐閣、1997年6月）113-137頁
- [24] 根岸哲「知的財産法と独占禁止法」経済法学会編『経済法学会年報』10号（1989年）21-30頁
- [25] 舟田正之「規制緩和の過程における『公正な競争』」ジュリスト1082号（1996年1月1日・15日合併号）162-169頁
- [26] 舟田正之「『公正な競争』の規範的意義（上）」公正取引423号（1986年1月号）15-21頁
- [27] 宗像誠之『NTTの自縛—知られざるNGN構想の裏側』（日経BP社、2008年）