

事業法規制と独禁法規制の排他制御

土 佐 和 生

はじめに

今日、規制改革が進展してゆく中、特に競争分野と独占的分野を併有する公益事業等を中心として、ある事業者の同一行為に対し、各々の主務官庁による事業法上の規制と、公正取引委員会（以下、公取委）による独占禁止法（以下、独禁法）上の規制とが重複して適用される可能性が考えられる場合が生じている。このような場合に、各々の規制はいかに運用されるべきであろうか。また、各々の規制が、競争促進という規制目的の点で二律背反的なものではないとき、両者の規制には全体としてより好ましい運用効果を目指して相互補完のメリットを得るための排他制御の仕方というものはないのであろうか。本稿は、主として米国電気通信事業における裁判例等を通じて、こうした課題にアプローチしようとするものである。本稿では、最初に、米国裁判例の分析・検討を通じて、生じている前記の問題状況を眺めると共に、米国での司法的処理のあり方を概観することにした。

1 米国における裁判例

事業法規制と独禁法規制の相互補完という点に関して、米国では1996年電気通信法に関わって類似する幾つかの裁判例がある¹⁾。以下では、その代表的な事例を眺めることによって、この点に関する米国裁判所の基本的

考え方を抽出してみよう。

ところで、電話サービスとそれに対する規制は、1876年4月のグラハム・ベルによる電話の発明から、1934年通信法²⁾にもとづく FCC による公益事業規制を経て、1982年の AT&T 修正同意判決³⁾によって再編成された。その後、1996年、電気通信法は、原則として司法部による事業再編を止め、電気通信事業に対する包括的規制を再度 FCC に委ねることとなった。相互接続に関して、電気通信法は、まず、すべての通信事業者に対し、他の通信事業者の設備・機器との間に直接・間接の相互接続義務を一般的に確認する。しかし、通信事業者といってもエセンシャル・ファシリティを有する事業者から単なる VAN 事業者までその実体は千差万別であり、すべてを一律に扱うには無理があることから、電気通信法は、エセンシャル・ファシリティの保有状況に応じて通信事業者を二つに大別し、各々に異なる具体的義務を課す。すなわち、一方で、一般の電気通信事業者には設備・機器に対する直接・間接の相互接続義務(251条 a 項 1号)および公衆や身障者の電気通信サービスに対するアクセス確保のための技術標準への準拠義務(同 2号)を課すに止める。他方、エセンシャル・ファシリティを有する地域交換事業者(LECs 電話交換サービスないし交換アクセスを提供する事業者)に対しては、自己の提供する電気通信サービスの再販売の拒絶や差別扱い等の禁止(251条 b 項 1号)、番号ポータビリティ(加入者が通信事業者を変更しても元の番号をそのまま使い続けることができる制度)の提供義務(同 2号)、競争者に対するダイヤルパリティ(自社に加入していない利用者であってもその者の指定するサービス提供者に特別なダイヤリングをすることなく自動的に接続させる制度)の提供義務(同 3号)等を課すことで、その義務の内容を加重する。加えて、この地域交換事業者のうち既存事業者(ILECs)に対しては、自己のネットワークとそれへの接続を望むすべての他事業者の設備・機器との間で、電話交換サービスないし交換アクセスの伝送およびルーティングのため、技術的に可能なすべてのポイントにおいて、適正・合理的かつ無差別の条

件で、自己使用と同等の品質での相互接続を追加的に義務づけている（251条c項2号）。同時に、これら既存事業者には、他事業者との間の相互接続交渉に誠実に臨む義務（同1号）、各々の網機能・網構成要素をアンバンドル（ネットワークの機能や構成要素を細かく分解して必要とされるものだけを供給するという、いわばアラカルト方式の接続形態。以下、UNE）して提供する義務（同3号）、他事業者に対する電気通信サービスの卸価格での再販売義務（同4号）、コロケーション（他事業者の局舎内等への交換機等の設置）の義務（同6号）等も加重される。なお、BOCs（前記 AT&T 分割で独立した地域電話会社、これらは当然に ILECs でもある）には、またさらに事業者間での公正・対等を期すための法定の競争チェックリスト（271条c項2号B）を満たす義務等が付加されている。そして、電気通信法は、601条b項1号において、「本法または本法による修正条項のいずれも、反トラスト法のいかなる適用も、変更または阻害し、もしくは取って代わるものと解釈されてはならない」、また601条c項1号において、「本法または本法による修正条項のいずれも、当該の法または修正条項がその旨明示に定めない限り、連邦または州もしくは地方団体の法も、変更または阻害し、もしくは取って代わるものと解釈されてはならない」と定めている（以下、反トラスト留保条項：antitrust savings provision）⁴⁾。

1 Goldwasser 事件第7巡回区連邦控訴裁判所判決⁵⁾

原告 Goldwasser らは、ウィスコンシン州イリノイ等に居住する市民であり、そこでは被告 Ameritech が地域電話サービスを提供していた。原告らは前記地域の地域電話サービスの顧客であり、1996年電気通信法（以下、電気通信法）制定の後、全米他地域の顧客同様、地域サービスの急速な競争的発展を期待していた。しかし原告らのこの期待が思うように成就されないことから、原告らは、Ameritech が電気通信法上の既存事業者に対する義務等に違反すると共に、シャーマン法2条に違反して違法な独占

行為を行ったとして、1997年9月、クラスアクションとして三倍額損害賠償ならびに宣言的ないし差止による救済請求訴訟を提起した。

原告らは、以下のような反トラスト法および電気通信法251条等違反の具体的な行動によって、Ameritech が関連する地域電話サービス市場の90%以上を占有し、実質的に新規参入を阻害したと主張した。すなわち、Ameritech は、競争者に自己と同一品質のサービスを提供せず、OSS (operational support systems : サービス提供上極めて重要なある種の顧客管理データベース) へのアンバンドルされた非差別アクセスを認めず、アンバンドルされたネットワーク構成要素としてダークファイバを提供せず、電柱・管路に対する競争者のアクセスを認めず、ローカルループ等を含むネットワーク構成要素を完全にはアンバンドルせず、競争者はアンバンドルされたネットワーク構成要素の取得につき(おそらくは意図的な)遅延を余儀なくされ、アンバンドルされたループへのアクセスを求めたとき遅延と差別扱いを余儀なくされ、Ameritech は、非差別ベースでローカルのオフィス間伝送設備に対するアンバンドルされたアクセスを提供せず、競争者に対しローカル交換サービスを提供せず、^⑩ 州際アクセスチャージを徴収できない場合にも競争者等に対しアクセスチャージを求めることで競争者を差別的に扱い、^⑪ アンバンドルされたローカル交換サービスの一部として提供すべきカスタム化されたルーティングを提供せず、^⑫ 0番や411番等のダイヤルパリティを競争者に提供せず、^⑬ 非差別ベースで、911番等の緊急サービスへのアクセスを提供せず、^⑭ 自己から転換した競争者の顧客に対し引き続き料金請求を行い、幾人かが二重請求されることにより競争者の信用を害し、^⑮ 自己に提供する相互接続と同等に、自己と競争者のネットワーク間の相互接続を提供せず、^⑯ 電気通信法272条b項3号に定める役員・従業員等の兼業禁止義務に違反し、^⑰ 272条b項5号に定める関連会社間の全取引を公開せず、^⑱ UNE ベースで適正・合理的・非差別条件でのネットワーク構成要素に対する競争者のアクセスを拒絶し、^⑲ 適正・合理的・非差別条件の卸価

格での競争者に対する地域電話サービスの販売を拒絶し、競争者による魅力的な再販サービス提供を阻害し、^{②⑩} 適正・合理的・非差別条件での競争者による地域電話ネットワークへの接続を拒絶した。

イリノイ北部地区連邦地裁は、適正な認可手続を経た料金に対しては、高額ないし反競争的であることを理由に公益事業者に対し損害賠償請求できないという、いわゆる認可料金理論（filed rate doctrine）にもとづき、反トラスト法および1996年電気通信法上の損害賠償請求権を認めず、また、訴訟が複雑な規制制度を混乱させる場合には原告適格がないとした先例（Block v. Community Nutrition Institute⁶⁾）に従って差止救済を認めず、顧客には1996年電気通信法上 ILECs に課せられる義務の履行を求める権利を認められていない、として原告請求を棄却した⁷⁾。これに対し、原告が控訴。

第7巡回区連邦控訴裁判所は、理由を一部差し替えて原判決を維持し本件控訴を棄却した。事業法規制と独禁法規制に関わる部分だけに限って見るに、本件裁判所は、まず反トラスト法上の請求の可否につき検討する。控訴人らは本件を通常反トラスト事案と同様に考えて、その主張を構成していた。すなわち、関連市場における独占者たる Ameritech は前記反トラスト法違反の行動によってその市場支配力を維持し、それにより直接の顧客たる控訴人らは損害を被った。電気通信法は反トラスト留保条項を含んでおり、訴訟上通常主張立証で足りる。また、認可料金理論も電気通信法が特別の規制を含んでいるという事実も、控訴人らの損害賠償および差止救済を妨げるべきではない、と。この点、本件裁判所は、後に眺める通り、控訴人らが反トラスト法上の損害賠償等の請求を行うことができる原告適格（antitrust standing）を有することは認めたものの、事業法規制に関わる限りで、本件を通常反トラスト法事案とは見ない。本件において、反トラスト法と事業法、各々の適用範囲につき検討し、その上で、両者に抵触があるならば黙示の適用除外の可否が、あるいは両者が調和的ならば黙示の適用除外の議論が脇に置かれるとする。

本件裁判所は、この分析をシャーマン法2条の概観から始める。本件裁判所によれば、本条違反と言えるには、行為者が関連市場において独占力を有すること、その力が優れた商品・経営上の洞察・歴史的偶然等の帰結としての成長や発展とは区別される形で意図的に形成・維持されたことが必要であるところ、の立証も困難ではあるが、違法な企業結合、不実の特許申請等の明らかな場合は別段、慎重な経済分析を必要とするときにはは一層難しいという。独占的な力の単独の行使はそれだけでは違法というに当たらず、意図的に潜在・顕在の競争者を排除し市場競争を弱めるものでなければならない。そして、この単独の力の行使には誰とどんな契約を結ぶかの判断も含まれる。要するに、独占者だからといって、それが独占力の形成・維持・強化のために行われない限り、特定の者と取引するよう直ちには強制されない。以上を念頭に、本件裁判所は、控訴人らは Ameritech の直接の顧客であり、反トラスト法違反と主張される同社の行為によって不当に高額なサービス料金を支払われていると言える限りで、反トラスト法上の原告適格を認める。このとき同時に、本件裁判所は、Ameritech の、原告・被控訴人らが第三者たる同社の競争者の訴権を代位できないとする主張を、原告・被控訴人らに生じ得た損害（競争的市場での競争的価格設定による利益を享受できなかった）は同社の競争者のそれとは別個であるとして却けている。また、事案に関連する法の違いを挙げ、本件連邦地裁判決が依拠した前記 Block 事件連邦最高裁判決の本件への適用についても否定している。

さて、本件裁判所によれば、原告・被控訴人らの主張における根本的誤謬は、電気通信法上 ILECs に課せられている義務を反トラスト法上独占者に対し課せられるべき義務の延長上に考えている点にある。電気通信諸市場を開放するだけならば、議会は単に1934年通信法等による規制を撤廃すればすんだはずである。経験上、議会は、それでは当該諸市場への新規参入が実質的に大変困難であり、そうした単なる反トラスト法規制による個別的対処の累積によるのではなく、ILECs に対する一連の規制および

FCC と各州公益事業委員会による監督ならびに特別の相互接続交渉手続により急速な競争的開放を選択したのである。こうした規制は、まさしく通常反トラスト法上存在しない、競争者を助力する一種の積極的義務（affirmative duties）である。このとき、議会の立法措置の適否を審査するのは裁判所の任務ではなく、かかる事業法規制が反トラスト法が単独でなし得るあらゆることを越えてうまく機能するのを認めるほかない。電気通信法違反を反トラスト法違反と同視することは論理的でなく、また望ましくもない。電気通信法に関する紛争は事業法規制の枠組の中で処理されるべきであり、実際にもそうされてきた。反トラスト法が追加的になし得ることはない。したがって、本件裁判所によれば、原告・被控訴人らの反トラスト法上の請求は棄却される。

2 Trinko 事件連邦最高裁判決⁸⁾

本件は、2000年3月、Bell Atlantic が競争者に対する不適切なアクセス阻害行為を改善するために FCC との間に同意審決⁹⁾（consent decree）が締結された（つまり事業法上業務改善が図られた）翌日、Bell Atlantic の競争者の顧客であるニューヨーク所在の原告 Curtis V. Trinko 法律事務所が、1996年電気通信法251条ならびに202条およびシャーマン法2条等に違反する Bell Atlantic の前記行為により損害を被ったとして、クラスアクションによって三倍額損害賠償を請求したものである。本稿関連部分だけを挙げると、ニューヨーク南部連邦地裁は、まずシャーマン法2条違反の主張に対し、前記 Goldwasser 事件第7巡回区連邦控訴裁判所判決の論理にそのまま依拠して、原告請求を棄却した¹⁰⁾。また、電気通信法上の請求に関しても、原告が Bell Atlantic の直接の顧客でないことを理由に制約的訴訟適格（prudential standing：他人の権利を第三者が勝手に裁判上主張できない）の判例理論に依拠して請求を棄却した。これに対し双方から幾つかの申し立てを挟んで原告が控訴し、2002年6月、第2巡回区連邦控訴裁判所は、本件に対する原告・控訴人の主張する essential facility 理論や

独占のてこ(monopoly leveraging)の理論の適用可能性についてなお審理不尽である¹¹⁾として、反トラスト法に関わる請求を破棄し原審に差し戻した(ただし、原審同様、電気通信法上の請求は棄却)¹²⁾。これに対し、被告・被控訴人が上告。

連邦最高裁は、この控訴審判決を破棄し原審に差し戻した。論点は大きく3つある。まず、事業法規制と反トラスト法規制の相互関係について。この点、本件最高裁によれば、1996年電気通信法が反トラスト法に対しいかなる効果を持つかが問われなければならない。連邦議会がILECsに対し前記の各種義務、就中ネットワーク構成要素に係るUNE義務等を課す電気通信法を制定したことから、こうした義務が反トラスト法上の請求によって執行され得ると自動的に結論づけることはできない。実際、事業法によって構築された規制枠組は、電気通信事業が反トラスト法からの黙示の適用除外とならないかどうかという問題を惹起する。しかし、連邦議会は、反トラスト留保条項という形で黙示の適用除外の解釈を排除している。また他方、1996年電気通信法は、反トラスト留保条項によって反トラスト法に何らの変更・追加を加えていないのと同様、これに新たな請求権を付け加えるものでもない¹³⁾。

次に、本件最高裁は、反トラスト法分析に進む。すなわち、シャーマン法2条の適用には、関連市場における独占力の獲得、その力が優れた商品・経営上の洞察・歴史的偶然等の帰結としての成長や発展とは区別される形で意図的に形成・維持されたことを要求するのが確立した法解釈であるところ、単なる独占力の獲得やそれに付随する高価格設定は違法というに足りない。企業はこうした独占力をユニークな形で顧客に奉仕するインフラの構築によっても獲得することがある。こうした競争優位の源泉を競争者に開放させることは反トラスト法の目的とある種の緊張関係に立つ。また、不適切にも反トラスト裁判所に対し適正な料金・品質・各種条件の特定という中央計画者として振る舞うことを求め、競争者間の相互交渉(共謀)の強制という反トラスト法が最も忌むべきことを促進するかも

知れない。であればこそ、シャーマン法は取引先の自由な選択を妨げないのである。もっとも、取引先の自由な選択とて無制限ではない。特段の事情があるとき、反競争行為の特定および救済措置の設計の難しさから大変例外的かつ慎重にはあるけれども、競争者との共同行為の拒絶が反競争的であるとして2条違反を認定する場合もある。本件では、被上告人の前記行為がこうした既存の例外または新たな例外に該当するかどうかが問題である。この点の先例は Aspen 事件連邦最高裁判決¹⁴⁾であるが、同判決は2条責任の外縁上ないしぎりぎりのところにある。同判決では、被告が原告との間の従来のご共同事業（両当事者のスキー場の共通利用チケットの販売）を取り止めた点を重視した。自発的な（それ故利益のあった）取引の経過を一方的に終了することは反競争的意図から短期の利益を放棄する意思を推認させ、また被告がチケットの更新に前向きでなかったことは特別な反競争的性向を示すものでもあった。しかし、本件の取引拒絶は Aspen 事件の例外状況に合致しない。Bell Atlantic（この時点では合併等を通じて Verizon、以下同じ）は事業法上の強制なしに自発的に競争者と取引を開始したわけではないから、不適切なアクセスという行為だけではその意図が反競争的なのか競争的熱意から出たものなのかを判別することはできない。Aspen 事件と本件との違いは、また、価格設定にも現れている。Aspen 事件では被告が自分の小売価格でのチケット販売を拒絶したことは将来の独占的価格設定の見込みや計算を伺わせるが、本件では法律上のコストにもとづく接続料の設定という Verizon の価格設定行動からは独占意図の証左は認められない。さらに、電気通信法上の義務という特別な性質は、Aspen 事件と本件を根本的に違えている。Aspen 事件では、被告が競争者に取引拒絶したのは既に販売されていた小売用共通リフトチケットであったが、本件では、一般向けに小売りされていたサービスではない（UNE サービス）。事業法規制によるアクセス義務は「新商品（ネットワーク構成要素のリースに係る卸売市場）」を生み出したのであり、この提供される UNE は Verizon の内部にのみ存在し、事業法規制にもとづ

き相応の費用と努力によって一般顧客ではなく競争者に対してのみ販売される。新たなシステムはこのアクセスを可能とするよう簡素に設計され執行される必要がある。実際、本件訴訟を促したものこそ、こうした一連のシステムの欠陥なのである。

この上で、本件最高裁は、上告人の不適切なアクセス阻害行為を、既存の法原則に照らせばシャーマン法2条違反とできないとし、同時に、たとえ essential facilities 理論（最高裁として未承認。なお、最高裁は本件でこれを認めることも拒むことも必要ないとする）のような考え方の基礎に照らしても、本件でエセンシャル・ファシリティに対するアクセスは事業法規制によって許容されているのだからこの結論は変わらないとした。本件最高裁によれば、被上告人は事業法上のアクセス義務をもって請求を支持するものと考えているが、その事業法上の包括的な義務は司法上強制アクセスの理論を課すことを不必要にしているという。

最後に、本件最高裁は、本件が取引自由の例外として取引強制を司法上（反トラスト法上）命じ得る新たな例外状況にもあたらぬとする。本件最高裁によれば、反トラスト法分析は常に当該産業の特定の構造や事情に対し通曉したものでなければならず、経済分析においては公的規制の重要性に目を向けなければならない。特に、反競争的行動を禁じ救済すべく設計された規制枠組は重要である。かかる枠組が存在する場合、反トラスト法執行による追加的便益は減少し、反トラスト法が追加的審査を行うことの説得性も減少する。他方、反トラスト法的機能を遂行する規制枠組が組み込まれていない場合、反トラスト法の便益はその際の相当の不利益（前記価格決定問題等）にも値する。あたかも公的規制の存在が黙示の適用除外を認める基礎となるように、公的規制があるかないかはシャーマン法2条の責任範囲の拡張を認めるかどうかの判断に際して考慮要素となる。本件の規制枠組は、収益的な長距離通信市場に対する Verizon の参入制限（いわゆる競争チェックリスト）に見られる如く、いかに公的規制が反トラスト法上の主要な危険の可能性を摘むものを示す。実際、この点、

Verizon は FCC やニューヨーク州公益事業委員会によって各種の制限を課されてきており、前記 OSS 開放の当初の不十分さも FCC および州公益事業委員会によって迅速に改善されてきた。要するに、公的規制の枠組は反トラスト法機能の有効な代行者である。反トラスト法執行による追加的便益が少ないにもかかわらず、シャーマン法 2 条の射程に正当な競争行動をも不当に含めるおそれから同条の適用は困難であり、謝った推論や結果として生じる誤った処罰は反トラスト法が保護しようとする競争行動を萎縮させることから特にコストが高い。本件で言えば、過剰規制のリスクの一つとして、ILECs が迅速にサービスを提供することができなかったとしても、それはシャーマン法 2 条の責任範囲の拡張に何の関わりももたないだろう。電気通信法 251 条 c 項 3 号にもとづく UNE 義務の違反に関する主張を反トラスト裁判所が処理するのは、高度に技術的であり、かつ相互接続を求める競争者と ILECs の間の多数・継続的・複雑な交渉の故に困難である。シャーマン法による司法的監視は、投資を歪め、果てしない訴訟合戦を引き起こすに違いないと思われる。たとえ過剰規制の弊害がないとしても、同法 251 条違反の行為は、司法裁判所の実際の処理能力を超える、コスト以上の略奪的価格設定行為（above-cost predatory pricing）に関わる。また、違反行為に対する有効な救済措置は高度に詳細な継続的監視システムを求める。反トラスト裁判所は、かかる UNE 義務の日常的（day-to-day）執行者として有効ではない。一方で、電気通信法は、競争導入・促進というその重要部分において反トラスト法よりもより一層野心的であり、他方で、シャーマン法 2 条は単に不法な独占行為を禁止するに過ぎない。両者の目的を合成するのは大きな誤りであろう。確かにシャーマン法は自由経済体制の大憲章であるが、それは、より大きな競争を生み出す別のアプローチがあるのに、独占者がその事業活動の仕方を変えるよう主張する白紙委任状を裁判官に与えるものではない。

3 Trinko 事件連邦最高裁判決以降の動向

Trinko 事件連邦最高裁判決以降、連邦下級審は類似する私訴事案において、同判決の論旨に従い UNE 義務関連の主張については反トラスト法の利用を許容しない¹⁵⁾。

2 米国法の検討

以上二つの判決とも、1996年電気通信法上 ILECs に課せられている諸義務に対する違反が反トラスト法違反を構成するかどうかに関わる。ここでは、前記事案に対するシャーマン法2条適用に係る米国法としてのその是非の検討¹⁶⁾は省略し、事業法規制と独禁法規制の排他制御に絞って検討することとしたい。

1 従来 of 判例理論

米国法上、歴史的に見て、排他制御に関する法理論には主として3つの類型があろう。1つは、反トラスト法からの明示・黙示の適用除外の理論(Federal Regulatory Immunity)である。明示の適用除外を事業法が定めている場合(例、労働者のストライキ¹⁷⁾)ははっきりするが、黙示の適用除外の理論の働く局面は、その性格上きっちりと明確化されていない。常にではないが概して、裁判所は、反トラスト法の適用が事業法規制当局(以下、規制当局)の適正な活動を妨げないように配慮し、また規制当局の判断において競争状況が関心事である場合にも適用除外にしやすいと言える¹⁸⁾。典型的には、反トラスト訴訟が規制当局の活動を妨げ、またたとえ最終判断に至らずとも規制当局が当該論点を検討中である場合には、裁判所は黙示の適用除外を認める傾向にある。たとえこの専門家による検討が長期に及ぶ場合でも、反トラスト裁判所に委ねることには慎重であるべきとの考えが一般的ではないか。なお、前記 Goldwasser 事件第7巡回区連邦控訴裁判所判決において被告によって主張された認可料金理論(filed

rate doctrine：適正な認可手続を経た料金に対しては、高額ないし反競争的であることを理由に公益事業者に対し損害賠償請求できない）は、この黙示の適用除外理論が規制当局による料金審査という具体的局面で働いたものと捉えられ、この法理論の一垂種と位置づけ得るであろう。

2つめの排他制御の法理論は、政府行為理論（State Action Immunity）である。州や地方政府によって公的規制は広く行われ、連邦規制よりも政治的影響力を直接に受けやすい。そうした公的規制のほとんどは、たとえ明示的な適用除外規定がなくても反トラスト法違反とならないであろうが、問題があるときもある。このとき、反トラスト裁判所から適用除外を得るには、州政府は、通常の競争過程と問題の企業行為の規制枠組を置き換えるという「明確に定められ（clearly articulated）」かつ「はっきりと明示された（affirmatively expressed）」意図を持たねばならず、かつ当該企業行動は州当局によって「積極的に監督（actively supervised）」されていなければならない。この法理論自体は連邦主義（federalism）の産物であって、連邦の公的規制の目的または競争の目的を保護しようとするのではなく、州の公的規制権限に適切な司法上の承認を与えんとするものである。それ故、この理論を採用する裁判所は、当該州政府の規制が政策的に妥当かどうかの実質的判断を回避しなければならない。つまり、政策措置の不備を正すのは州の政治プロセスであって、それは直接に反トラスト裁判所の役割ではないと考えられる。

排他制御に係る3つめの類型は、ノア・ペニンントン理論（Noerr-Pennington Petitioning Immunity）である。市民は政府に対し、たとえその内容が反競争的であったとしても公的規制を請願する権利を有する。この法理論を通じて、一方で各種利益グループによる立法過程への請願行動が、また他方で各種申立や訴訟提起という形での行政・司法過程への請願行動が、反トラスト法から適用除外され得る。この理論の射程範囲はすこぶる広範ではあるが、当該請願行動がごまかし（sham）である場合、すなわち当該請願が請願人に有利な政府の反応を引き出すためではなくライ

バルを邪魔するためだけに行われる場合には、その適用を否定される。

こうした法理論の各々には、テクニカルには様々な違いがあるけれども、それらの根本的視座は共通する認識に根ざしているように思われる。すなわち、反トラスト法の関心事は、政府による関与がない企業の純粋な裁量的行動なのであって、もし仮に競争侵害が政府の関与によって起こされたものならば、これを反トラスト法上争うことはできないという認識に、である。企業が引き起こした競争侵害ではあっても、事前に政府によって当該侵害行為がチェックされたり承認されていたり、政府が問題の行為を自覚的かつ積極的に規制したり監督したりする場合、あるいはそうした政府による公的規制形成プロセスへの真正なアクセスそれ自体については、反トラスト法違反としない。したがって、また逆に、もし政府が当該の競争侵害行為に対する規制権限を形式的または実質的に欠いている場合、何らかの権限はあるかもしれないが競争という視点から審査するものでない場合(例、衛生の観点から食品の品質を審査する)、あるいは実質的に見て政府の関与があるとは言えない場合(例、実態として無審査に等しい)等にあっては、いかに政府の関与があると名目的に装ったとしても実際には問題の企業行動に裁量的余地が大きく残っており、反トラスト裁判所としては、反トラスト法からの適用除外を安易に認めることはできない。

2 排他制御の新局面

前記 Goldwasser 事件判決では若干不明確ではあるが、前記 Trinko 事件判決を通じて、司法部の基本的考え方として、事業法規制に加えて反トラスト法規制を行う意義について、以下2つの判断基準を示しているとまとめることができるのではないかと。すなわち、事業法規制当局は、実際問題としてどの程度競争侵害を特定し実効的に監督しているのか。もちろん、この事業法規制が実効的であればあるほど、反トラスト法規制の追加的意義は減少する。当該事案に反トラスト法を適用するとして、そのコストと追加的便益の比較から、どれほど競争状況が実際に改善すると

見込まれるのか。高度の専門技術性や対審構造の特性等から、反トラスト法を適用するのが困難であるとき、過剰規制の弊害に鑑みれば、機能的に見てしっかりと規制されていると思われる電気通信事業に対する反トラスト法適用は、百害あって一利なしである。Goldwasser 事件判決は、論理的に見て、このうち の判断基準に触れるところがないという点で、Trinko 事件判決と区別される。逆に言えば、後者は、反トラスト法の機能する範囲を縮小することについて、それだけより慎重な態度なのだということすら可能かも知れない。

また、Trinko 事件判決において、反トラスト留保条項の存在を理由にして黙示の適用除外理論の適用が排斥されていた点、および essential facilities 理論がはっきりと完全に否定されたものでもない点に、注意を払っておきたい。すなわち、本件連邦最高裁判決を、反トラスト法は電気通信法という事業法と共に、電気通信事業に対し一応フルレンジで適用され得る法律と理解されるべきなのであって、ただ公正なアクセス規制は既に事業法規制によって実効的に確保されていることから、(新しい前記諸理論の今後の裁判上の利用可能性に対し厳しい実際の制約は課したものの) 既存の法原則を超えるこうした新しい議論にあえて応接することをしなかったと見ることもできる。つまり、この判決の論理は、電気通信事業において、事業法規制と反トラスト法規制は形式的に一応併存しているものの、実質的に見て事業法規制が実効的に機能している事柄に関しては反トラスト法規制を追加的に行うに及ばない。ただし、事案をめぐる競争侵害の実質に応じて、反トラスト法のケースパイケース・ベースでの適用可能性を完全には排除しない、としたものと理解することができる¹⁹⁾。この事業法規制と反トラスト法規制の併存を認めるという理解は、両者の併存をいったん少なくとも形式上許容するという点で、反トラスト法適用除外に係る伝統的判例理論が描いてきた適用の有無を白黒完全に区別する排他制御 (“yes or no” approach 以下、抵触的排他制御)とは違う。こうした理解の基底には、伝統的判例理論が前提にしてきた、事業法規制の多くは

競争制限的である(ないし競争以外の別の公共政策目的を有する)という実体から、電気通信事業に見られるごとく事業法規制の中には競争導入・促進という点で公共政策としての反トラスト的志向(例えば、電気通信法上の公共政策の目的として競争導入・促進を追求する)と合致するという法実体への認識変化が横たわっているものと思われる。電気通信だけでなく、電気事業やガス事業の分野等、競争促進型の規制改革が進められている事業分野における、かかる競争促進目的に資する事業法規制については、旧来の抵触の排他制御ではなく、競争侵害の禁止という点でそれが実効的に機能しているならばいったんは事業法規制に依らしめ、場合によってケースバイケースでデフォルト・ルールとしての反トラスト法規制が働く場面を残すという形(a more nuanced analysis 相互補完的排他制御)が望ましいと考えられているように思われる²⁰⁾。

なお、米国法で事業法規制と反トラスト法規制の調整が争点とされる背景の一つには、損害賠償や差止の請求訴訟等の私訴において、電気通信法と反トラスト法のいずれの条項を請求の趣旨および原因とするかという事情によっている点に注意しておきたい。少なくとも競争促進措置をめぐる行政当局間の法運用だけに限れば、もし事業法規制に欠缺・不備等のある場合、公式・非公式の当局間調整を経て、規制当局のイニシアティブにより規制改正ないし新設が検討される可能性が高いと思われる。

ところで、筆者は、事業法規制と独禁法規制の排他制御については、理論的観点からして何らかのルールがアプリアリに存在するとは考えない。いずれかの規制のみで問題を処理すると白地から構想できるならともかく、事業法規制と独禁法規制各々の歴史的経緯と現存する相互関係を前提にすれば、双方の規制の得失を考え、全体としていかに有効適切な相互補完を果たさせ得るかに制度設計上のポイントがある。したがって、事業法規制が掛けられてはいるものの、競争分野と独占的・流動的に変化しつつある市場における(通常は)市場支配力を有する事業者の反競争的行動について、どのような行為が、どの程度の実効性をもって事業法上

規制されているかを確認した上で、規制されているとしても当該規制で競争侵害の除去に十分かどうか、規制されるべきにもかかわらず規制されていない別の反競争的行動の類型²¹⁾がほかにないかどうか、さような反競争的行動の規制について反トラスト法が本当に有効かどうか²²⁾を検証する必要がある。こうした事業法規制の評価の後に初めて、独禁法規制の可能性と実効性を考え得る。実際、例えば前記米国電気通信事業についても、現時点では裁判所は確かに反トラスト法の運用に慎重だが、他方で反トラスト法上は大変論争的なエセンシャル・ファシリティに対する公正アクセス保証を FCC が電気通信法上有効に行っている点を見落としてはならない。前記裁判例は、裁判所の現時点の判断として、FCC による別の規制回路が用意されている事業における私訴による反トラスト法の利用を禁止したに過ぎない。

おわりに

以上の通り、米国法においては、競争促進型の事業法規制を採用する分野で、事業法規制と独禁法規制が相互補完的排他制御の考え方で運用されていると思われる。なお、このことと関わっては、独禁法上の排除措置命令制度等の設計の検討という問題が残っている。具体的には、差止中心の制度設計の改変（業務や会計の分離・情報遮断等々の積極的作為・不作為義務あるいは、company-specific regulation）、第三者等を利用した時限的ではあるが継続的監視のあり方、事業法規制当局との執行上の連携、裁判所と行政との紛争処理連携等々、課題は山積している。いずれも他日の検討に期すほかない。

1) 後掲 Trinko 事件連邦最高裁判決が下されるまで、1996年電気通信法違反を理由とする反トラスト法上の損害賠償等請求事件は、主として以下のようである。Covad Communications Co. v. Bell Atl. Corp., 201 F. Supp. 2d 123 (D. D. C. 2002); Cavalier Tel., L. C. v. Verizon Va. Inc., 208 F. Supp. 2d 608 (E. D. Va. 2002); Covad Communications Co. v. BellSouth Corp., No. 1: 00-CV-3414, slip op. (N. D. Ga. July 6, 2001), rev'd, 299 F.3d 1272

(11th Cir. 2002); *Supra Telecomms. & Info. Sys., Inc. v. BellSouth Telecomms., Inc.*, No. 99-1706-CIV-SEITZ, 2001 U.S. Dist. LEXIS 23816 (S.D. Fla. June 8, 2001); *MGC Communications, Inc. v. BellSouth Telecomms., Inc.*, 146 F. Supp. 2d 1344 (S.D. Fla. 2001); *Intermedia Communications, Inc. v. BellSouth Telecomms., Inc.*, 173 F. Supp. 2d 1282 (M.D. Fla. 2000); *Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atl. Corp.*, 123 F. Supp. 2d 738 (S.D.N.Y. 2000), *aff'd in part, vacated in part*, 305 F.3d 89 (2d Cir. 2002), cert. granted, 123 S. Ct. 1480 (2003); *Goldwasser v. Ameritech Corp.*, No. 97-C-6788, 1998 WL 60878 (N.D. Ill. Feb. 4, 1998), *aff'd on other grounds*, 222 F.3d 390 (7th Cir. 2000). *Covad Communications Co. v. BellSouth Corp.*, 299 F.3d 1272 (11th Cir. 2002); *Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atl. Corp.*, 294 F.3d 307, 311 (2d Cir. 2002); *Davis v. Pac. Bell*, 204 F. Supp. 2d 1236, 1242 (N.D. Cal. 2002); *Stein v. Pac. Bell Tel. Co.*, 173 F. Supp. 2d 975, 985-86 (N.D. Cal. 2001); *Electronet Intermedia Consulting, Inc. v. Sprint-Fla., Inc.*, No. 4:00-CV-0176-RH (N.D. Fla. Sept. 20, 2000). そして、これらの訴訟事件において違反と主張される行為の基本的な特徴は、電気通信法が定める公正アクセス義務違反(シャーマン法2条違反の独占行為に該当)という点で共通している。なお、ほとんどの裁判例で反トラスト法上の請求は棄却されている。

- 2) *Communications Act of 1934*, ch. 652, 48 Stat. 1064 (1934) (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.) (the 1934 Act).
- 3) *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982) (AT&T II), *aff'd sub nom.*
- 4) 詳細は、参照、拙稿「電気通信事業における相互接続規制の法制度的検討」立命館法学1996年6号(250号)1475頁以下。
- 5) 222 F.3d 390, 2000 U.S. App. LEXIS 17851, 2000-1 Trade Cas. (CCH) P72,977; 21 Comm. Reg. (P & F) 937.
- 6) 467 U.S. 340, 81 L. Ed. 2d 270, 104 S. Ct. 2450 (1984).
- 7) 1998 U.S. Dist. LEXIS 1463.
- 8) 540 U.S. 398, 124 S. Ct. 872, 157 L. Ed. 2d 823, 2004 U.S. LEXIS 657.
- 9) 15 FCC Rcd 5413 (2000).
- 10) 123 F. Supp. 2d 738; 2000 U.S. Dist. LEXIS 17586.
- 11) 同様の主張は、Goldwasser 事件第7巡回区連邦控訴裁判所判決の原告・控訴人らによっても行われていた。では、何故本件では、裁判所はこうした主張に耳を傾けたのだろうか。この点、本判決は、競争促進を目的とする電気通信法と反トラスト法との間には「明らかな不一致 (plain repugnancy)」はなく黙示の適用除外は成り立たず、また電気通信法上具体的救済を受けられない原告も反トラスト法によるならば救済の余地があり、また反トラスト法の執行が事業法規制当局の活動を妨げることはないとして、Goldwasser 事件控訴審判決を批判し、原判決を破棄差し戻した。このように、本件判決では、事業活動のデフォルト・ルールとしての反トラスト法の価値、特に個人に対する救済局面でのそれを重視したのである。
- 12) 305 F.3d 89; 2002 U.S. App. LEXIS 12233; 2002-2 Trade Cas. (CCH) P73,719.

- 13) この判示部分をどう読むかは一つの問題だが、一般的には、事業法規制と反トラスト法規制が各々相互に排斥し合うことなく併存すると解釈したと、理解すべきではないかと思われる。もっとも、その射程範囲は電気通信分野に拘束的であると一応限定的に見るのが慎重な態度であろう。
- 14) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 601, 86 L. Ed. 2d 467, 105 S. Ct. 2847 (1985).
- 15) See, eg., *Greco v. Verizon Communs., Inc.*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 4434, 2005-1 Trade Cas. (CCH) P74738 (S.D.N.Y. Mar. 17, 2005) (地域電話会社が音声電話サービスと DSL サービスを抱き合わせる等して販売したことが反トラスト法違反等であるとする原告顧客の損害賠償請求等に対する被告会社の請求棄却申立を認容), *Levine v. Bellsouth Corp.*, 302 F. Supp. 2d 1358, 2004 U.S. Dist. LEXIS 2353, 17 Fla. L. Weekly Fed. D 311, 2004-1 Trade Cas. (CCH) P74306 (S.D. Fla. 2004) (地域電話会社の抱き合わせ等が反トラスト法違反等であるとする原告顧客の損害賠償請求等に対する被告会社の請求棄却申立を認容), *Covad Communs. Co. v. BellSouth Corp.*, 374 F.3d 1044, 2004 U.S. App. LEXIS 12861 (11th Cir. Ga., 2004) (地域電話会社がアンパドル義務等に違反して原告会社の DSL サービス提供を阻害したことが反トラスト法違反等であるとする請求を棄却 - その他のプライス スクイーズ等に係る請求につき認容し破棄差し戻し), *MetroNet Servs. Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124, 2004 U.S. App. LEXIS 20107, 2004-2 Trade Cas. (CCH) P74559 (9th Cir. 2004) (地域電話会社が20回線以上保有顧客に対する大口割引を行い、これを細分しリセール販売する顧客がいたところ、割引対象を同一地点にて最低21回線保有することと制度変更したことが、反トラスト法違反とする原告請求に対する請求棄却申立を是認した連邦地裁の略式命令を認容)等。
- 16) 周知の通り、トリニコ事件連邦最高裁判決につき、議論の位相も様々に、シャーマン法 2条が適用されるべき排他行為の範囲と性質をめぐって興味深い論争的状况にある。さしあたり以下等を参照。この点、別の機会に改めて考えたい。eg. James E. Scheuermann & Willam D. Seminus, *A New Method for Regulatory Antitrust Analysis? Verizon Communications Inc. v. Trinko*, *Richmond Journal of law & Technology*, vol. 7, Iss. 1, 1 (2005); A. Dogulas Melamed, *Evolving Antitrust Treatment of Dominant Firms: Exclusionary Conduct Under the Antitrust Law: Balancing, Sacrifice, and Refusal to Deal*, 20 *Berkeley Tech. L. J.* 1247 (Spring 2005); Herbert Hovenkamp, *Symposium: Antitrust: Exclusion and the Sherman Act*, 72 *U. Chi. L. Rev.* 147 (Winter 2005); Einer Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, 56 *Stan. L. Rev.* 253 (Nov 2003)
- 17) See, *Health Care Quality Improvement Act*.
- 18) もっとも、実際の裁判例では、この理論の適用は、むしろ限定的・消極的であったと言いうべきであろう (See, eg., *Square D Co. v. Niagara Frontier Tariff Bureau* 事件連邦最高裁判決 *Square D*, 476 U.S. at 421; *Silver v. New York Stock Exchange* 事件連邦最高裁判決 373 U.S. at 341.)
- 19) 反トラスト法適用抑制的な立場からではあるが、結果的に同様の評価として、See, Herbert Hovenkamp, 2003 MILTON HANDLER ANTITRUST REVIEW: ANTITRUST

AND THE REGULATORY ENTERPRISE, 2004 COLUM. BUS. L. REV. 335, at 376.

- 20) この点につき、ほぼ類似の考え方として、See, STEVEN SEMERARO, The Antitrust-Telecom Connection, 40 San Diego L. Rev. 555, (Spring, 2003) at 589 et seq.
- 21) エssenシャル・ファシリティ的状况で採用される反競争的行動は、取引拒絶だけではな
いだろう。プライス・スキーズ等の RRC 戦略、不当廉売等のその他の排除行為も考え
られる。また、市場の条件を寡占環境に変えれば(競争導入すれば多少ともこれに近づ
く)、明示・黙示の共謀や共謀促進的取引慣行等についても検討の射程に入てこよう。
- 22) 例えは、不当廉売規制について、煩わしいコスト分析を対審構造の制約下で行うか、コ
ストデータの継続的収集・分析が可能な事業法上の規制手続で行うのがベターか等。