

独占禁止法・競争政策の観点から 見た日本と諸外国の電力市場改革

— 2011・2012年度 事業規制班研究報告書 —

2 0 1 5 年 4 月

日本エネルギー法研究所

は し が き

電気事業等に関する事業規制・競争法検討班の2011年度（平成23年度）および2012年度（平成24年度）の研究報告書をまとめた。

この期間において、本研究班は、電気事業や都市ガス事業等の公益事業と独占禁止法・競争政策との関係及び国内外における電気事業制度改革に関する法的諸問題について、調査・研究をすすめてきた。

本報告書に収録した論考のなかで、舟田報告（第1章）は、福島事故後の電力システム改革の議論やこれまでの諸外国との比較研究をもとに、競争の促進・公正な競争基盤の形成、ユーザの利益確保のための制度設計上の問題点について検討した。不可欠施設である送配電網の分離に関しては、電気通信市場改革との比較をおこない、また託送料金算定上の問題点についても検討した。

柴田報告（第2章）では、ドイツの電力・ガス産業に対する公益事業規制について、詳細な検討を行った。

若林報告（第3章）では、2011年から2012年にかけて、米国の原子力発電大手のExelonによる、電力小売のConstellation買収案件について米国司法省（DOJ = Department of Justice）と米国連邦エネルギー規制委員会（FERC = Federal Energy Regulatory Commission）の2つの規制機関が企業結合審査を実施したが、この審査の過程について、詳細な検討を行った。

武田報告（第4章）では、米国の電力事業を規制する機関であるFERCが1996年に出した「合併審査方針にかかる声明」に示された、エネルギー法EPA(Energy Policy Act)が定める競争上の目的、およびオープンアクセスルールに沿う合併審査の手順等の要点を、米国電力市場の自由化状況を念頭に置きながら読み解いた。

友岡報告（第5章）では、英国における競争法上の合併規制、電力産業固有の合併規制、欧州委員会による合併規制を扱っている。1973年公正取引法(Fair Trading Act1973)から2002年企業法(Enterprise Act2002)への変遷を概観し、続いて2010年ガイドライン(Merger Assessment Guidelines)における判断基準であるS L C (Substantial Lessening Competition)基準について検討した後、事業法上の付託システムおよび公益事業の合併事例の検討を行っている紹介がなされている。

東條報告（第6章）では、LNGプロジェクトは、価格リスク・数量リスクに関して、膨大な先行投資を必要とし、かつ、回収期間が長期にわたる特殊性を持つ等の特徴を概観した後、LNG取引に対するEU競争法における公的規制・反競争的行為の諸類型、更には規制リスクを軽減する様々な法的仕組みとその限界を検証し、最後にEU競争法における最近の関連事件を概観している。

伊藤報告（第7章）では、2010年7月27日、GoogleとYahoo! JAPANは、検索エンジン等について業務提携を行う旨を発表したが、これに対し、公取委は、同年7月と12月に独占禁止法上問題となるものではない旨回答した。同報告では、検索エンジンという新興技術市場の特殊性に着目しつつ、独占禁止法の適用の在り方の検討を行った。

2011年度と2012年度の2年にわたり私達のグループは、エネルギー事業の規制改革と競争政策ないし独占禁止法について研究を重ねてきた。活動の詳細は本報告書の研究活動記録を参照されたい。

研究メンバーの諸氏、幹事研究員・参加研究員の皆様のご努力に感謝したい。

2015年4月

舟田 正之

事業規制・競争法検討班 主査

立教大学名誉教授

事業規制班（電気事業に関する事業規制・競争法検討）班名簿

（2011年4月～2013年3月）

主 査	舟 田 正 之	立教大学名誉教授
研 究 委 員	安 念 潤 司	中央大学教授
	東 條 吉 純	立教大学教授
	柴 田 潤 子	香川大学教授
	若 林 亜理砂	駒澤大学教授
	武 田 邦 宣	大阪大学准教授
	友 岡 史 仁	日本大学准教授
	伊 藤 隆 史	立教大学助教
オブザーバー	山 崎 正 憲	電気事業連合会企画部副部長
	牧 野 正 広	電気事業連合会企画部副部長
	丸 山 真 弘	財団法人電力中央研究所社会経済研究所上席研究員
	佐 藤 佳 邦	財団法人電力中央研究所社会経済研究所主任研究員
研 究 員	深 澤 淳	日本エネルギー法研究所
	後 藤 耕 司	日本エネルギー法研究所（2012年6月まで）
	五十嵐 智 芳	日本エネルギー法研究所（2012年7月から）
	畔 柳 健	日本エネルギー法研究所（2012年3月まで）
	前 田 剣 矢	日本エネルギー法研究所（2011年7月まで）
	水 谷 威 夫	日本エネルギー法研究所（2011年8月から）
	松 村 隆一郎	日本エネルギー法研究所（2011年6月まで）
	森 拓 哉	日本エネルギー法研究所（2011年7月から）
	田 中 均	日本エネルギー法研究所（2011年6月まで）
	安 藝 晋 一	日本エネルギー法研究所（2011年7月から）
	奥 先 桃 子	日本エネルギー法研究所（2013年1月まで）
	田 中 宣 裕	日本エネルギー法研究所（2013年2月から）
	北 川 敦 丈	日本エネルギー法研究所
	福 留 健	日本エネルギー法研究所（2012年7月まで）
	白 土 秀 樹	日本エネルギー法研究所（2012年8月から）

※肩書きは、特に示さない限り、研究会当時のものである。

研究活動記録

<2011 年度>

- 第1回研究会 2011年5月23日
「パッケージライセンスと独禁法 -Princo 事件を中心として」
(伊藤研究委員)
- 第2回研究会 2011年7月22日
「公正取引委員会における企業結合規制の仕組みと考え方」
(公正取引委員会事務総局官房総務課長 菅久修一様)
- 第3回研究会 2011年9月26日
「電力市場における複占の強化
- E.ON/Stadtwerke Eschwege(2010.11.11BGH最高裁WuW/DE-R2451)ケースの
検討」
(柴田研究委員)
- 第4回研究会 2011年10月31日
「米国新水平的合併ガイドラインについて」
(若林研究委員)
- 第5回研究会 2011年11月28日
「FERCにおける合併規制基準見直しの動向」
(武田研究委員)
- 第6回研究会 2011年12月19日
「欧州を中心とした電気事業制度改革の動向」
(財団法人 電力中央研究所 社会経済研究所 上席研究員 丸山真弘様)
- 第7回研究会 2012年2月3日
「イギリスにおける企業結合規制と2010年ガイドライン」
(友岡研究委員)

第8回研究会 2012年2月27日
「新日鉄・住友金属統合に対する企業結合審査・合併事例研究」
(東條研究委員)

第9回研究会 2012年3月12日
「電気料金制度・運用の見直しについて」
(安念研究委員)

<2012年度>

第10回研究会 2012年4月20日
「電力システム改革の論点整理」
(北川研究員)

第11回研究会 2012年5月21日
「グーグル・ヤフーの事業提携と独占禁止法」
(伊藤研究委員)

第12回研究会 2012年6月25日
「日本の電力市場における規制改革と競争法秩序の形成」
(舟田主査)

第13回研究会 2012年7月23日
「電力市場におけるEU競争法違反事件」
(流通科学大学教授 小畑徳彦様)

第14回研究会 2012年8月6日
「電力市場における企業結合規制」
(奈良工業高等専門学校講師 田平恵様)

第15回研究会 2012年10月5日
「欧米における電気事業制度改革の現状」
(財団法人 電力中央研究所 社会経済研究所 上席研究員 丸山真弘様)

- 第 16 回研究会 2012 年 10 月 29 日
「グローバル LNG 市場生成過程における法の役割」
(東條研究委員)
- 第 17 回研究会 2012 年 11 月 16 日
「ドイツにおけるエネルギー価格規制」
(柴田研究委員)
- 第 18 回研究会 2012 年 12 月 21 日
「事業法から見たイギリス電力事業における競争的規制の実態」
(友岡研究委員)
- 第 19 回研究会 2013 年 1 月 28 日
「EU における電力市場改革」
(武田研究委員)
- 第 20 回研究会 2013 年 2 月 22 日
「Exelon/Constellation 合併事例について」
(若林研究委員)

* 肩書は、研究会当時のものである。

なお、本報告書の執筆は、以下の通り、分担して行った。

第1章 日本の電力改革－発送電分離および小売全面自由化を中心として
舟田 正之 主査

第2章 ドイツにおけるエネルギー価格規制
柴田 潤子 研究委員

第3章 Exelon/Constellation 合併事例について
若林 亜理砂 研究委員

第4章 FERCによる合併規制
武田 邦宣 研究委員

第5章 英国の電力産業における企業結合規制
友岡 史仁 研究委員

第6章 グローバルLNG市場の形成過程における競争法の役割
－エネルギー安全保障の新たな視点－
東條 吉純 研究委員

第7章 グーグル・ヤフーの事業提携と独占禁止法
伊藤 隆史 研究委員

目 次

第1章 日本の電力改革	舟 田 正 之	1
— 発送電分離および小売全面自由化を中心として —		
I 東日本大震災後の電力システム改革の経緯		3
1. 発送電分離と小売自由化		3
2. 電気料金制度・運用の見直しに係る有識者会議		3
3. 総合エネルギー調査会基本問題委員会		3
4. 電力システム改革専門委員会		4
5. 電気事業法平成25年改正		4
6. 電気事業法平成26年改正案		5
II 広域的運営推進機関		7
1. 広域的運営推進機関の業務		7
(1) 推進機関の創設		7
(2) 系統運用と推進機関の関係		7
(3) 電力システム改革専門委報告書の構想		8
(4) ISOにおける系統計画業務		9
(5) 推進機関の主な業務		9
(6) 「指示」		11
(7) 推進機関における「広域的な運用の調整」		12
(8) 推進機関における計画業務		13
2. 推進機関の組織		14
(1) 認可法人		14
(2) 組織, 運営		15
(3) 総会・理事会・評議員会		17
(4) 加入強制		18
(5) 財政的基盤		19
III 法的分離・機能分離と推進機関		20
1. 平成25年改正電気事業法		20
(1) 法的分離の採用		20
(2) 機能分離との比較		21
(3) 機能分離の下におけるISOと送配電部門の関係		22
2. 平成26年改正案		23
(1) 一般送配電事業		23

(2) 検討	24
(3) 分離の小売サービスへの反映	24
IV 小売競争における諸形態	26
1. 電力小売の自由化	26
2. 長期拘束契約等	26
(1) 北海道電力私的独占警告事件	26
(2) 携帯における「2年縛り」	28
3. 結合割引 (bundling rebate)	29
(1) 電気通信産業における結合割引	29
(2) エネルギー分野における結合割引	32
V 規制機関のあり方	34
1. 電力事業の規制	34
2. 原子力規制委員会	34
3. 独立行政委員会の意義	35
第2章 ドイツにおけるエネルギー価格規制	柴田 潤子 37
I ドイツの電力・ガス産業の概観	39
1. 電気産業の概観	39
2. ドイツガス産業の概観	40
II エネルギー価格の料金規制について	42
1. 概観	42
(1) ネット利用料金 (託送料金) 規制	42
(2) 小売市場	44
2. 競争制限防止法上のエネルギー価格規制	45
(1) 競争制限防止法29条	45
(2) ガス事業者に対するケース	46
(3) 搾取濫用に関するその他のケース	46
III 民法315条による私法上のエネルギー価格規制	47
1. 民法315条の適用範囲	47
(1) 一方的確定権	48
2. 事実上の確定権	49
3. 公平な裁量	50
(1) コスト検討	50

(2) 市場価格比較	51
4. 民法315条と競争制限防止法29条	51
第3章 Exelon/Constellation合併事例について	若林 亜理砂 53
I はじめに	55
II 事実概要	55
III DOJによる審査	56
1. 関連法規及び規制機関	56
2. 経過	58
3. DOJの本件合併評価	58
(1) 関連市場	58
(2) 市場シェア及び集中度	59
(3) 競争への影響	59
(4) 参入	60
(5) 結論	60
4. 同意判決の内容	60
IV FERCによる審査	61
1. 関連法規	61
2. 経過	63
3. FERCの合併評価（競争評価）	63
(1) 水平的市場支配力	63
(2) 垂直的市場支配力	66
V 比較検討	66
(1) 依拠するガイドラインの違い	66
(2) 市場シェア及びHHIの扱いの違い	67
(3) 問題解消措置の評価の違い	68
VI おわりに	69
第4章 FERCによる合併規制	武田 邦宣 71
I はじめに	73
II 電力産業における合併分析	74
1. 電力産業における市場支配力分析	74

2. 同時同量・「不可欠な」発電設備	75
3. 費用構成と参入障壁	75
III FERCによる合併分析	76
1. 公共の利益に基づく審査	76
2. 関連役務市場の画定	77
3. 関連地理的市場の画定	78
4. 集中度の算定	79
5. 問題解消措置	80
IV FERCによる合併分析の特徴	80
1. 供給の代替性への注目	80
2. 市場集中度への注目	81
3. FTCの意見	82
V おわりに	83
第5章 英国の電力産業における企業結合規制	友岡 史仁 85
I はじめに	87
II 競争法および電力事業固有の合併規制	87
1. 競争法上の合併規制	87
2. 電力産業固有の合併規制	89
(1) 競争法上の規制	89
(2) 事業法上の規制	90
III 二大発電事業者による買収事例と再垂直統合化	91
1. 位置付け	91
2. 二大発電事業者による買収事例	92
(1) 事例概要と競争委員会による報告書	92
(2) 若干の評価	93
3. 現状	94
IV 寡占化に係る課題	95
1. 寡占化の実態	95
2. 発電市場の寡占化と卸電力市場への影響——EDF/British Energy事例	97
(1) 事例概要と欧州委員会の判断	97
(2) 審査の特徴と影響	97
(3) 二大発電事業者の合併事例との比較検討	99

(4) 2013年エネルギー法に基づく流動化促進に係る方策	99
V おわりに	100
第6章 グローバルLNG市場の形成過程における競争法の役割	東條 吉純 103
— エネルギー安全保障の新たな視点 —	
I はじめに	105
II LNG市場のグローバル化	106
1. 日本のエネルギー政策とLNG	106
2. LNG市場のグローバル化	109
3. LNG調達とエネルギー安全保障	113
III グローバルLNG市場形成を促す施策—LNG先物市場の創設	116
IV グローバルLNG市場の形成過程における競争法の機能—欧州の経験	117
1. 長期取引契約	118
2. テイク・オア・ペイ条項（最低数量引取り保証義務）	120
3. 仕向け地制限（地域制限）条項及び利益分配条項	121
4. 石油価格連動の天然ガス価格設定	124
V おわりに	126
第7章 グーグル・ヤフーの事業提携と独占禁止法	伊藤 隆史 129
I 序論	131
II 検索エンジンにおける技術的側面	131
III 検索エンジン市場の構造	133
1. 米国	133
2. 我が国	133
IV 本件統合の概要	135
1. 2010年7月時点での公正取引委員会の対応	135
2. 2010年12月の公正取引委員会の対応	135
(1) 技術提携が最適と判断されたか否かについて	136
(2) 技術提携が説明通りに進捗しているか否かについて	137
(3) 独占禁止法上問題となるおそれのある行為の存在について	137
V 本件提携の独占禁止法の観点からの検討	137
(1) 提携による競争への効果	138

(2) 市場のとらえ方	139
(3) 問題となりうる反競争効果	142
VI 結語	144
VII 補論－本件後の展開－	145

第 1 章

日本の電力改革

— 発送電分離および小売全面自由化を中心として —

立教大学名誉教授

舟 田 正 之

I 東日本大震災後の電力システム改革の経緯

1. 発送電分離と小売自由化

2011年3月11日の東日本大震災と東京電力福島第一原子力発電所事故を契機として、従来から議論されてきた電力改革は新しい段階に入った。

そこでは、日本の電力システムの中で、原子力発電所をどう位置づけるかという問題について、多くの議論が出されたが、ここではその点は措くこととし、それ以外の改革について検討する。

改革の論点について、本稿では、特に、発送電分離の諸形態・諸問題および小売全面自由化の下における各種の電力取引のあり方を中心に検討する。

2. 電気料金制度・運用の見直しに係る有識者会議

2011年11月、各地の原子力発電所が稼働停止する中で、電力需給のひっ迫や原子力損害賠償、燃料コスト増による電力コスト上昇懸念などに直面し、その事情の下で、国民負担の最小化と電力の安定供給の確保を以下に図るかということを検討するために、「電気料金制度・運用の見直しに係る有識者会議」が設置された。

同会議は、現行法制度の下で、総原価の対象とする営業費用の適正性、レートベース及び事業報酬の適正性等を議論し、2012年3月報告書が公表された¹。その議論が行われている間およびその後も、経済産業省は、改革が行われるまでの当面の措置として、同会議での議論を下敷きに、現行の電気事業法のもとで各電力会社の料金引き上げ認可等の行政処分を行った。

3. 総合エネルギー調査会基本問題委員会

これと並行して、電力システムの見直し・改革の議論・検討が、政府等における諸機関・委員会等において行われたが、特に、総合エネルギー調査会基本問題委員会は、2011年12月、「新しい『エネルギー基本計画』策定に向けた論点整理」をまとめ公表した²。

そこでは、「リスク分散と効率性を確保する分散型の次世代システム」が提唱されている。いわく、「分散型の次世代エネルギーシステムの実現——供給構造の変革」という表題の下で、「大規模集中電源に大きく依存した現行の電力システムの限界が明らかになったことを踏まえ、 今後は、需要家への多様な選択肢の提供と、多様な供給力（再生可能エネルギー、コジェネ、自家発電等）の最大活用によって、リスク分散と効率性を確保する分散型の次世

¹ http://www.meti.go.jp/committee/kenkyukai/energy/denkiryoukin/report_001.html

² <http://www.enecho.meti.go.jp/info/committee/kihonmondai/ikenbosyu/rontenseiri.pdf>
<http://www.meti.go.jp/press/2011/12/20111220012/20111220012-2.pdf>

代システムを実現していく必要がある」(下線は舟田。以下同じ)。

ただし、それ以上に踏み込んだ制度論については、まだ明確にはされていない。そこにおける意見の対立の中心がどこにあったかということについては、次の文章に表れている。

「電気事業体制の在り方については、今般の電力需給の不安定化等により限界が明らかになってきた垂直統合体制や地域独占体制の抜本的な見直しが必要であるとの意見が多く出た一方で、発送電分離や自由化については、電力供給の不安定化や電力取引のマネーゲーム化等を招くことのないよう慎重に検証する必要があるとの意見も出た」。

4. 電力システム改革専門委員会

2012年2月から、政府における制度改革の議論は、総合資源エネルギー調査会総合部会・電力システム改革専門委員会において行われ、同年7月に、「電力システム改革の基本方針－国民に開かれた電力システムを目指して」(以下、「電力システム改革専門委「基本方針」と略記)が公表された。

同委員会は、さらに翌2013年2月、「電力システム改革専門委員会報告書」をまとめ公表した(以下、「電力システム改革専門委報告書」と略記)。

これらにおいては、小売料金の全面自由化、卸電力市場の活性化、送配電の広域化・中立化、安定供給のための供給力確保策、その他の制度改革(規制組織の独立性等)が提言された。

ただし、これらの改革を進めるためには、次の3つの段階で検証を行いながら実行するとされている。

第一段階 広域系統運用機関の設立

第二段階 小売分野への参入の全面自由化

第三段階は、法的分離による送配電部門の一層の中立化、料金規制の撤廃

2012年12月に自民党が政権に復帰し、電力改革に消極的な動きが勢いを増したこともあり、上記のように、3つの段階に分け、第2段階以下については、実施時期を明確にされていない等について、自民党等をめぐる政治状況が反映されたとの見方もあるが、以下では政府として公にした文書をそのまま受け取って検討する。

5. 電気事業法平成25年改正

(1) 2013年4月、政府は、前記の電力システム改革専門委報告書を承けて、「電力システムに関する改革方針」(以下「改革方針」と略記)、次いで、電気事業法の改正案を閣議決定し、国会に上程した。本法案は、次の臨時国会で同年11月13日、成立した。

改革方針は、電力システム改革の目的として、次の3点を掲げた。

(1) 安定供給の確保

- (2) 電気料金の最大限の抑制
- (3) 需要家の選択肢や事業者の事業機会の拡大

この目的の下で、次の3本柱からなる改革を行うこととした。

- ① 広域系統運用の拡大
- ② 小売及び発電の全面自由化
- ③ 法的分離の方式による送配電部門の中立性の一層の確保

この3本柱の改革の実施を以下の3段階に分け、各段階で課題克服のための十分な検証を行い、その結果を踏まえた必要な措置を講じながら、改革を進めることとした。

実施時期		法案提出時期
【第1段階】 広域系統運用機関（仮称） の設立	平成27年（2015年）を目 途に設立	今国会に法案提出（第2段階、 第3段階の改正についてのプロ グラム規定を置く）
【第2段階】 電気の小売業への参入の全 面自由化	平成28年（2016年）を目 途に実施	平成26年（2014年）通常国会に 法案提出
【第3段階】 法的分離による送配電部門 の中立性の一層の確保、電 気の小売料金の全面自由化	平成30年から平成32年ま で（2018年から2020年ま で）を目途に実施	平成27年（2015年）通常国会に 法案提出することを目指すもの とする

平成25年電気事業法改正の目玉は、「広域的運営推進機関」の創設であり（同法案28条の4以下）、さらに附則（11条）で、前記の第二、第三段階の「制度の抜本的な改革を行うものとする」という規定をおいている（＝「改革プログラム」）。

この広域的運営推進機関は、電源の広域的な活用に必要な送配電網の整備を進めるとともに、全国大で平常時・緊急時の需給調整機能を強化するために設けられるものであり、送配電網の分離の前段階とも位置づけられる。

さらに、需給ひっ迫への備えを強化するために、自己託送及び電気の使用制限命令に係る制度（27条）の見直し等も規定された。

6. 電気事業法平成26年改正案

(1) 2014年2月28日、「電気事業法等の一部を改正する法律案」が閣議決定された³。これ

³ <http://www.meti.go.jp/press/2013/02/20140228002/20140228002.html>

は近く第186回通常国会に提出されることとなる。

同法律案は、前記の「改革プログラム」を踏まえ、電力システム改革の第2段階として、電気事業法を改正し、電気の小売業への参入の全面自由化の実施に必要な措置を講じるとともに、電気の安定供給を確保するための措置や需要家保護を図るための措置を講じることとしている。

(2) 本法案では、電気事業法関係について以下の措置をとることとされている。

1 小売参入の全面自由化

①電気の小売業への参入規制（地域独占）の撤廃

②自由化に伴い電気事業の種類を見直し、発電・送配電・小売の事業区分に応じた規制体系へ移行

2 安定供給を確保するための措置

①一般送配電事業者に対する周波数維持義務

②一般送配電事業者に対する送配電網の建設・保守の義務付け

③一般送配電事業者による最終保障サービス・離島への料金平準化措置

これらを着実に実施できるよう、地域独占・料金規制により送配電網への投資回収の制度的に保証する。

④小売電気事業者に対する供給力確保義務

想定している販売量に見合った電気を確保することを義務づけ、そのための計画を毎年国に出させることにする。

⑤広域的運営推進機関による電源入札制度の創設

3 需要家保護を図るための措置

①当分の間、経過措置として現行の一般電気事業者に対し、小口需要について供給義務を課すとともに小売料金規制を継続

②小売電気事業者に対する需要家との契約時の説明義務等

4 その他の電気事業法関連の改正事項

①現行の一般電気事業者が一般担保付社債を引き続き発行できるよう措置

②現行の一般電気事業者への卸売に関する規制（事業許可制や料金規制）の撤廃

③卸電力取引所における取引の適正性確保

④設置がパターン化された電気工作物に係る保安規制の合理化

⑤電気事業法改正に伴う関係法律の改正

(3) 本法案では、上記のほか、「電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法」の関係で、電気事業法の事業類型見直しに伴い、現行制度において一般電気事業者等に課されている買取義務を、小売電気事業者等へ課することとされている。

また、本法案では、商品先物取引法の関係では、電力先物取引を可能にするため、先物取

引の対象に「電力」を追加することとされている。

II 広域的運営推進機関

1. 広域的運営推進機関の業務

(1) 推進機関の創設

前記のように、平成25年電気事業法改正において、「広域的運営推進機関」の創設が規定された（以下、適宜「推進機関」と略記）。

同機関の創設は、東日本大震災の際に電力各社の電力融通が十分に行われなかったという反省を踏まえ、前記の電力システム改革専門委基本方針や電力システム改革委報告書において、「送配電の広域化・中立化」が提言され、そのうちの「送配電の広域化」に対応するものであると考えられる。

同報告書(IV. 1.)は、以下のように述べていた。

「広域系統運用の拡大 (1) 広域的な系統運用の必要性 東日本大震災後の需給ひっ迫時において、供給予備力の地域的偏在や、周波数変換 設備 (F C)，地域間連系線などの送電制約により、需給がひっ迫した緊急時のバック アップ体制が不十分であることが露呈した。

現行制度でも、送配電等業務支援機関の枠組みが設けられているが、この枠組みに基づき指定された電力系統利用協議会 (E S C J) はあくまで一般電気事業者等が行う託送供給等の業務を「支援」する機関 にすぎず、需給に関する権限と責任は各一般電気事業者のみが持つ仕組みであった。

今回の危機において、E S C Jの限られた権限では、広域的な需給調整を果たす十分な仕組みが無かった。ここで浮き彫りになった、全国大での需給調整機能の強化や、広域的な系統計画の必要性といった我が国電力システムの課題に対応するためには、全国大で広域的な運用を行う制度を、送電インフラの整備と併せて進めていく必要がある。」

(2) 系統運用と推進機関の関係

電力システム改革専門委の基本方針・報告書においては、「広域系統運用機関の設立」が提言されていたが、本改正では、「広域的運営推進機関」と名称が変わり、「系統運用」という従来から用いられてきた用語が消えていることが注目される。これが象徴しているのは、本改正による広域的運営推進機関では、広域系統運用そのものを担うのではなく、その調整を担うという機能に、いわば縮小されたことになったとも考えられる。

あるいは、前記の「送配電の広域化・中立化」のうちの「中立化」のほうは、次の段階で行うこととされているから、この推進機関は、その前の段階での広域化だけに対応するものに過ぎないというべきかもしれない。本改正の附則11条2項に、「中立性確保措置を法的分離(――)によって実施することを前提として進めるものとする)と述べられており、前記の

ように、送配電網の法的分離等は第3段階とされているからである。

ともあれ、前記引用の電力システム改革委報告書および本法案の文面からは、推進機関は、まさに広域の系統運用を行う、いわば1種のISOであるといえよう。ただし、これが実際にどれだけ機能するかには不明な点が多いが、少なくとも、東日本大震災後のような需給ひっ迫時に対応することが期待されていること、各種文書には「給電指令」という用語も散見され、推進機関自体は後述のように「会員に対する指示」とどまるとしても、それがワークしないときは、経済産業大臣が当該電気事業者に対して供給命令を出すことも想定されていることから、まさに「広域系統運用機関」= ISOたり得ると考えられる。

なお、推進機関の詳細についての資料として、以下がある。

「広域的運営推進機関の業務及び組織・運営」(2013年8月2日)電力システム改革小委員会制度設計ワーキンググループ(第1回)事務局提出資料

「広域的運営推進機関が整備すべき事項について」(2013年12月9日)(第4回)事務局提出資料

「広域的運営推進機関の発足に向けた検討状況」(2014年1月20日)(第5回)「広域的運営推進機関の発足に向けた検討会」事務局

(3) 電力システム改革専門委報告書の構想

電力システム改革専門委報告書は、以下のように述べていた。

「(5) エリアの系統運用者・系統利用者と広域系統運用機関の関わり

広域系統運用機関がその業務を行うに当たっては、エリアの系統運用者や系統利用者が広域系統運用機関に各種計画を提出したり、広域系統運用機関がエリアの系統運用者・系統利用者に対して広域調整を行うことが必要となる。そのため、広域系統運用機関の制度設計を行うに当たっては、エリアの系統運用者・系統利用者が広く参加し、広域系統運用機関が策定するルールを遵守する枠組みとするとともに、各種計画の提出義務などを課すことにより、広域系統運用業務の適切な実施を担保することが求められる。」

そこでは、送配電等業務支援機関として広域的運営を支援している、現在の「電力系統利用協議会(ESCJ)」を解消し、新たに「広域系統運用機関」を設立し、需給バランスの維持と運用を行わせることを提案していた(これを「機能分離」と呼んでいる)。

また同報告は、上の広域系統運用機関とは別に、送配電部門の一層の中立性確保のため、各既存事業者の送配電部門を切り出して別法人とし(「法人分離」)、または、電力9社の営業区域(エリア)ごとに独立系統運用機関(ISO)を設置して、広域系統運用機関の地方支部とし、これらに各エリアの系統運用・指令、送配電設備の開発・保守等を担わせる等の構想のようであった。

この前提は、以下のように、広域系統運用者(1つ)とエリアごと系統運用者(9つ)の

設立と、それらの間の調整ということであったと考えられる。

「電力9社の営業区域（エリア）ごとに独立系統運用機関（ISO）を設置し、9社の送配電部門が実施しているエリアごとの系統計画の策定、需給運用といった『機能』の多くを、9つのISO（独立系統運用機関）に切り出す。

エリアを超えた計画業務や緊急時の需給調整は、別途創設する広域機関が担う。区域ごとのISOは地方支部という位置づけで、広域機関の指揮下に入る。

こうなると、電力各社の送配電部門には、上記の広域機関・各ISOが策定する計画に基づく設備の開発・保守や、配電系統運用しか残らないことになる」（電気新聞2012年11月9日付け。ただし、上はその要旨を私がまとめたもの）

上記のことは、第5回電力システム改革専門委員会（平成24年5月31日）事務局配付資料4頁からも裏付けられる。

（4）ISOにおける系統計画業務

広域系統運用機関・各地方支部（ISO）は、日々の系統運用業務を行うだけでなく、長期的にみた系統計画業務も担うことになるが、その計画を実施に移すのは、所有権を保持する既存事業者であるので、諸外国ではこの点でコンフリクトが生じるという懸念があると指摘されてきた。

この指摘に対し同報告書では、「機能分離の場合、一般電気事業者から切り離されて運用・指令機能を担うISOと、それ以外の送配電業務を担う既存の一般電気事業者の間には資本関係が無いため、資本による結びつきを背景に、グループ会社を有利に扱おうとする誘因は存在しない」と述べられている。

しかし、新設される推進機関は、後述のように認可法人であるので、一般電気事業者との間に出資関係はないとしても、会費は、広く系統利用者が負担するという事実と、総会の議決権のあり方との関係で、その独立性の実質が問われることになる。

（5）推進機関の主な業務

本改正の「法律案の概要」によれば、これまでのESCJは、需給ひっ迫に直面した一般電気事業者からの申出に基づき、電力融通の斡旋を行っているのみであって、電力融通に係る指示等を行わず、一般電気事業者間の合意を実質的に追認するにとどまるものであった。

そこで、電源の広域的な活用に必要な送配電網の整備を進めるとともに、全国大で平常時・緊急時の需給調整機能を強化するため、「広域的運営推進機関」を創設する。同機関は、電気事業者に指示等を行うことで広域的運営による電気の安定供給の確保に資することを目的とする。

「法律案の概要」によれば、広域的運営推進機関の主な業務は以下のとおり。

①需給計画・系統計画を取りまとめ、周波数変換設備、地域間連系線等の送電インフラの増強や区域（エリア）を超えた全国大での系統運用等を図る。

②平常時において、各区域（エリア）の送配電事業者による需給バランス・周波数調整に関し、広域的な運用の調整を行う。

③災害等による需給ひっ迫時において、電源の焚き増しや電力融通を指示することで、需給調整を行う。

④中立的に新規電源の接続の受付や系統情報の公開に係る業務を行う。

以下、該当条文を引用する。

法28条の4（目的）

広域的運営推進機関（以下「推進機関」という。）は、電気事業者が営む電気事業に係る電気の需給の状況の監視及び電気事業者に対する電気の需給の状況が悪化した他の電気事業者への電気の供給の指示等の業務を行うことにより、電気事業の遂行に当たっての広域的運営を推進することを目的とする。

この推進機関の具体的な業務については、以下のように定められている。

法28条の40（業務）

推進機関は、第二十八条の四の目的を達成するため、次の業務を行う。

- 一 会員が営む電気事業に係る電気の需給の状況の監視を行うこと。
- 二 第二十八条の四十四第一項の規定による指示を行うこと。
- 三 送配電等業務（一般電気事業者及び卸電気事業者が行う託送供給の業務その他の変電、送電及び配電に係る業務をいう。以下この条において同じ。）の実施に関する基本的な指針（第二十八条の四十五、第二十八条の四十六及び第二十九条第二項において「送配電等業務指針」という。）を策定すること。
- 四 第二十九条第二項（同条第四項において準用する場合を含む。）の規定による検討及び送付を行うこと。
- 五 送配電等業務の円滑な実施その他の電気の安定供給の確保のため必要な電気供給事業者に対する指導、勧告その他の業務を行うこと。
- 六 送配電等業務についての電気供給事業者からの苦情の処理及び紛争の解決を行うこと。
- 七 送配電等業務に関する情報提供及び連絡調整を行うこと。
- 八 前各号に掲げる業務に附帯する業務を行うこと。
- 九 前各号に掲げるもののほか、第二十八条の四の目的を達成するために必要な業

務を行うこと。

(6)「指示」

推進機関の業務の中心は、会員に対する指示であり、その具体的態様は、次のように列挙されている。

28条の44（推進機関の指示）

推進機関は、会員が営む電気事業に係る電気の需給の状況が悪化し、又は悪化するおそれがある場合において、当該電気の需給の状況を改善する必要があると認めるときは、業務規程で定めるところにより、会員に対し、次の事項を指示することができる。ただし、第三号の事項は、卸電気事業者である会員に対しては、指示することができない。

- 一 当該電気の需給の状況の悪化に係る会員に電気を供給すること。
 - 二 会員に振替供給を行うこと。
 - 三 会員から電気の供給を受けること。
 - 四 会員に電気工作物を貸し渡し、若しくは会員から電気工作物を借り受け、又は会員と電気工作物を共用すること。
 - 五 前各号に掲げるもののほか、当該電気の需給の状況を改善するために必要な措置をとること。
- 2 推進機関は、前項の規定による指示をしたときは、直ちに、その指示の内容その他の経済産業省令で定める事項を経済産業大臣に報告しなければならない
- 3 推進機関は、第一項の規定による指示を受けた会員が正当な理由がなくてその指示に係る措置をとっていないと認めるときは、直ちに、その旨を経済産業大臣に報告しなければならない。

推進機関は、後に検討するように、行政庁（行政機関）ではないから、この指示は「行政処分」ではなく、それが定める「業務規程」に基づいて、会員に出すものに過ぎない。これに従わなかった場合の、推進機関による制裁等については、同法には規定されていない。

この点につき、「法律案の概要」は次のように述べる。

「電力融通等に係る指示に従わない電気事業者への対応

上記③の指示に従わない電気事業者に対しては、広域的運営推進機関がその定款（大臣認可事項）に基づいて制裁（過怠金等）を課すことを可能にするとともに、広域的運営推進機関に対しては、当該電気事業者がその指示に従わない旨を経済産業大臣に報告する義務を課す。そして、この報告を受けた経済産業大臣は、当該電気事業者に対して供給命令を発動す

ることにより、最終的な電気の安定供給を確保する（※2 ※3参照）。

※2 広域的運営推進機関が電力融通等に係る指示を行わない場合であっても、経済産業大臣はその必要性を認める場合には、供給命令を発動することが可能。

※3 広域的運営推進機関が行う指示が不適當なものである場合には、経済産業大臣はこれに対し、業務改善命令を発動することが可能。」

したがって、推進機関の指示は、定款に定められる制裁か、経済産業大臣による供給命令（法31条）によって、その実効性が担保されることになるのであろう。

なお、改正法は、法2条の17で、小売電気事業者に対する業務改善命令、また、法27条で一般送配電事業者に対する業務改善命令を定めるが、その要件は、「小売電気事業の運営が適切でないため、電気の使用者の利益の保護又は電気事業の健全な発達に支障が生じ、又は生ずるおそれがあると認めるとき」と幅広い規定ぶりとなっている。

これまでのE S C Jの機能と、この推進機関による指示が、実際にどう異なるのかは、運用の実態にかかることでもあるので私には不明である。ただ、形式的には、例えば、推進機関による指示があれば、会員間の合意が成立しない場合にも指示が出せるという明確な違いがあるということではできるのであろう。

例えば、以下のような報道記事もあり、このように指示が実際には「自動化」されれば、関係する会員間の合意をとるなどの手間は不要になるが、実際に、全く自動的に電力供給が行われるのであろうか。

「連系線の新システムでは空き容量の確認や他社への届け出を自動化する。利用申請を直前、10分以内まで可能にし、他地域の急な需要変動に対応して電力を供給できるようになる。これまで連系線を使って他の地域へ電力を供給する場合、関係する電力会社すべてに電話で届け出て、空き容量の確認を1件ずつ人手で処理する必要があった。」

（7）推進機関における「広域的な運用の調整」

さて、さきの（2）で扱った、電力システム改革委報告書に示されていた広域系統運用者とエリアごと系統運用者の設立という2種類のISOという構想は、本改正による「広域的運営推進機関」ではどうなったか、再検討しておこう。

同報告書が示していた2種類のISO構想は、既存の電力各社の系統運用機関の「機能分離」が前提となるが、本改正においては、そのような作業はないように思われる。本改正では、既存の電力系統利用協議会（E S C J）の機能・権限を拡大した「広域的運営推進機関」を設置することだけが示されている。

電力各社の系統運用機関には触らずに、それら間の調整をより強力に行うことが推進機関の目玉であり、だからこそ、「指示」の強化が定められたと考えられる。

推進機関の業務について具体的には、総合資源エネルギー調査会基本政策分科会・電力シ

システム改革小委員会・制度設計ワーキンググループの資料2頁以下が参考になる（第1回、平成25年8月2日）⁴。

そこでは、「電源の広域的な活用に必要な送配電網の整備を進めるとともに、全国大で平常時・緊急時の需給調整機能を強化」とあり、

さきに示した法28条の40は、推進機関の業務を列挙しており、例えば、その1号、7号は次のようになっている。

一 会員が営む電気事業に係る電気の需給の状況の監視を行うこと。

七 送配電等業務に関する情報提供及び連絡調整を行うこと。

ところが、前記の制度設計ワーキンググループの資料によれば、これらに対応する業務としては、以下のように示されている。

「平常時需給運用に必要となる長期から短期（月間・週間・翌日等）の計画策定に際して、広域的運営の観点から必要となる、送電設備や電源の作業停止計画の調整等を行い給電計画を調整。また、実需給断面においても、再エネなどの変動電源の増加にも柔軟に対応した広域連系系統の潮流の管理等を行い、各エリアの送配電事業者とも協力して、広域的な運用の調整を実施。」

これらの文言からは、実際にどう動くのか分からないながらも、条文にある「監視を行う」とか「連絡調整を行う」などということよりも、より系統運用そのものを行うようにも見える。

もっとも、平常時には、各電力会社の地域を越える電力融通は極めて限られており、広域的運営が必要とされるようになったのは、東日本大震災のときのような「災害時等の需給ひっ迫時」であり、その場合については、制度設計ワーキンググループの資料では以下のように示されている。

「実需給直前のタイミングでも市場の活用を図ってもなお供給力不足が見込まれる状況においては、電源の焚き増しや電力融通等を指示することで需給調整を実施。」

ここでは、前述の「指示」が生きていることが想定されているのである。

（8）推進機関における計画業務

なお、この推進機関は、計画業務をも行うとされているが、制度設計ワーキンググループの資料は、「供給計画をとりまとめる」、「必要な広域連系系統（地域間連系線及び地内基幹送電線※）の送電インフラの増強を指導・勧告」とあり、より控えめな機能が想定されてい

⁴http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/kihonseisaku/denryoku_system/seido_sekkei_wg/001_haifu.html

る。

また、上記とは別に、「1時間前市場の運営」、さらに今後、業務として追加が予定されていることとして、容量市場の運営、電源入札があり、これらは、明らかに、新しく課される業務である。

2. 推進機関の組織

(1) 認可法人

本改正の「法律案の概要」は、推進機関につき、「高度な公益性を有するため、定款や役員を選解任等を国の認可事項とするなど、国の強い監督権限が及ぶ認可法人とする。加えて、全ての電気事業者に対し、加入を義務付ける」と述べる。

「認可法人」というカテゴリーは、長い行財政改革の歴史のなかで、廃止すべきものとされてきたものである。

かつては、「特殊法人」を「法律により直接設立される法人又は特別の法律により特別の設立行為をもって設立すべきものとされるもの」と定義された（(旧)行政管理庁設置法2条4号の2）⁵。

これに対し、認可法人は、上の特殊法人には該当しないが、「特別の法律により——設立すべきものとされるもの」に当たるものであり、ただし、「特別の設立行為」によって設立されるものでないものを指す。実際上は、特殊法人と同様に、その業務の公共性のゆえに、法律により広範な組織的規制および業務上の規制を受けるものであるから、いわば広義の特殊法人として扱うべきだともされてきた。

例えば、特殊法人情報公開検討委員会「特殊法人等の情報公開制度の整備充実に関する意見」（平成12年）によれば⁶、認可法人を以下のように定義する。

「特別の法律に基づいて、数を限定して設立される法人であり、『特別の設立行為』によって設立されるものでなく、民間等の関係者が発起人となって自主的に設立されるものであるが、その設立につき又は設立の際の定款等につき主務大臣の認可にかからしめているものをいう。」

この定義に該当するのは、日本銀行など、全部で84法人とされた。

その後、特殊法人をなるべく縮小するという方針の下、「特殊法人等改革基本法」（平成13年法律第58号）が制定され、独立行政法人が外れるなど整理統合の作業が進んだ（同法は、

⁵ 舟田『情報通信と法制度』（有斐閣、1995年）216頁以下参照。

⁶ http://www.soumu.go.jp/main_content/000121084.pdf

本意見については、舟田「特殊法人等の情報公開制度」小早川光郎＝宇賀克也編・塩野先生古希記念『行政法の発展と変革』（有斐閣、2001年）739頁以下を参照。認可法人については、743頁を参照。

平成18年3月31日で廃止された)。

現在では、「特殊法人一覧」(総務省)において⁷、33法人が挙げられているが、その大半は「特殊会社」であり、もちろん認可法人というカテゴリーはなく、またそれに該当する具体的法人も挙げられていない。

いずれにせよ、認可法人は、狭義の特殊法人には該当しないが、広義のそれには当たり、本来は整理統合の作業が行われるべき類型であった。

それは資金が国から直接出ていないにせよ、何らかの意味で公的関与の下で資金調達が行われ、効率化へのインセンティブを欠く、また、業務の責任は民間の手にあるが、国の強い規制がかかるので、実際の責任が曖昧になる等の問題があるからである。

上の国の強い規制の象徴が、法28条の50(監督命令)である。

28条の50

経済産業大臣は、この法律を施行するため必要があると認めるときは、推進機関に対し、定款又は業務規程の変更その他その業務に関して監督上必要な命令をすることができる。

このような広範かつ漠然とした要件の下で、監督命令をさだめるということは、過去の特殊法人等についてよく見られたことであるが、今日、民間法人に対し、このような規定を定めるというのは珍しいといえよう。

もっとも、電気事業法(30条)は、一般電気事業者等に対しても、「業務方法改善命令」として、「電気の供給の業務の方法が適切でないため、電気の使用者の利益を阻害していると認めるときは」という要件を定めているから、上の監督命令とそう違いはないともいえる。しかし、例えば、より自由化、競争導入が進んでいる電気通信事業法(29条)は、極めて詳細な要件を規定しており、その違いは明白である。

(2) 組織、運営

推進機関については、以下のような報道記事がある。

「経済産業省は(2013年8月)2日、電力システム改革の詳細設計に着手した。第1段階として2015年に電力を越境売買する司令塔の広域系統運用機関をつくる。新電力を含むすべ

⁷ 平成24年現在のリストが以下にある。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/pdf/satei2_10_01.pdf

「特殊法人」についての総務省による説明については、以下のサイトを参照。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/satei2_02.html

そこに認可法人のリストがあり、事業または組織形態について講ずべき措置も述べられている。

<http://www.gyokaku.go.jp/jimukyoku/tokusyu/gourika/ninka.pdf>

ての電気事業者が会員となり、事務局は200人規模の大所帯となる。全国の電力需給を管理する強大な権力を持つだけに、組織の構成や運営方法を巡って新電力などは大手主導に警戒を強めている。

広域機関は電力会社に年・月・日の3段階で需給の計画提出を義務付け、全国規模の効率的な融通を取り仕切る。電力が不足したときのたき増し指示や卸市場の運営も担う予定。大手電力主導で組織が構成されれば、改革の主眼である自由化も後退しかねない。

作業部会の初会合にオブザーバーとして参加した新電力エネットの遠藤久仁取締役営業本部長は「(大手)電力が思い通りに進めていくのではないか心配だ。競争環境の整備に向けてしっかりやってほしい」と強調した。経産省は中立性を保つ議決権の仕組みも検討する。外部の有識者で構成する評議員も設ける。」

推進機関の組織、運営(決定方法等)については、総合資源エネルギー調査会基本政策分科会・電力システム改革小委員会・制度設計ワーキンググループの資料37頁以下が参考になる(第1回、平成25年8月2日)。

特に、総会の議決権については、以下のように記述されている。

「広域機関の会員となる電気事業者は、系統運用や系統計画といった送配電業務を自ら担う一般電気事業者と、卸電気事業者や特定規模電気事業者のような、一般電気事業者の送配電システムを利用する事業者のように立場が異なる。このため、意思決定の実質的な公平性を担保するためには、会員の議決権は、完全に平等とせず、事業者の性格に着目をして一定の傾斜をつけることが考えられる。

※その他、広域運営の推進への貢献度等に応じて、議決権に傾斜をかけることも一案か。」

28条の38第1項は、「各会員の議決権は、平等とする」と定めるが、その第3項は「前二項の規定は、定款に別段の定めがある場合には、適用しない」とあるので、定款の定めいかんということになる。

この点につき、平成25年5月31日衆議院経済産業委員会における政府参考人の答弁には以下のようになっている。

「御指摘のように、法案第二十八条の三十八第一項において、議決権については平等であることが原則であるというふうに規定をしております。ただ、その上で、第三項におきまして、定款において別の定めがある場合には、この平等原則を適用しないということにしております。

現在、ESCJにおきましても、一般電気事業者のグループ、卸・自家発のグループ、新電力のグループ、有識者のグループ、これがそれぞれ、一対一対一対一の議決権を保有することとなっております。数に応じた形式的な平等性ではなく、実質的な公平性を確保することとされております。

広域的運営推進機関におきましても、この会員となる電気事業者は、一般電気事業者のほか、卸電気事業者でありますとか特定規模電気事業者のような、立場の違う者が会員になるわけでありまして、御指摘のように、広域的運営推進機関の意思決定の実質的な公平性を確保するために、単に形式的に会員の議決権を平等にするというものではなくて、事業者の性格に着目して一定の傾斜をつけ、実質的な公平性を確保し、ガバナンスを保っていくということが必要であるというふうに考えております。」

一般電気事業者、新電力、卸電気事業者や特定規模電気事業者など、利害の異なる参加者がいるほか、卸供給事業者、再エネ事業者、自家発電設置者等（以下、発電設備設置者）については、電気事業者でないがゆえに、制度上、機関の会員に位置づけられない。

そこで、制度設計ワーキンググループの資料44頁には、以下のような記述がある。

「小売参入の自由化を進める段階で、現行の一般電気事業制度を見直すこととなるが、この段階で、一定の要件を満たす発電設備設置者については、発電事業者に位置づける方向を検討。――それまでの間についても、実質的に、機関の業務運営に対して、必要な参画を可能としていくことを運営上担保していくことが必要ではないか。」

（3）総会・理事会・評議員会

総会の権限は、以下のように極めて概括的な事項に限られている。

（総会の決議事項）

第二十八条の三十三この法律に特別の定めがあるもののほか、次に掲げる事項は、総会の決議を経なければならない。

- 一 定款の変更
- 二 予算の決定又は変更
- 三 業務規程の変更
- 四 決算

五前各号に掲げるもののほか、定款で定める事項

一般社団法人と同様に、推進機関は、社員総会、理事会（理事長・理事）、評議員会によって組織されている。関連規定は以下のとおりであるが、これら3者間の権限分配等は明確ではない。定款に詳細が規定されるのかもしれないが、一般社団法人の場合も、実際の支配権がどう形成され、行使されるかは、規定ぶりよりは実際の運営の中から現れてくるのであろう。

（役員）

28条の19 推進機関に、役員として、理事長一人、理事二人以上及び監事一人以上

を置く。

(役員の特権)

28条の20 理事長は、推進機関を代表し、その業務を総理する。

2 理事は、定款で定めるところにより、推進機関を代表し、理事長を補佐して推進機関の業務を掌理し、理事長に事故があるときはその職務を代理し、理事長が欠員のときはその職務を行う。

3 監事は、推進機関の業務を監査する。

4 監事は、監査の結果に基づき、必要があると認めるときは、理事長又は経済産業大臣に意見を提出することができる。

(評議員会)

28条の27 推進機関に、その運営に関する重要事項を審議する機関として、評議員会を置く。

2 評議員会は、評議員二十人以内で組織する。

3 評議員は、電気事業について学識経験を有する者のうちから、経済産業大臣の認可を受けて、理事長が任命する。

(4) 加入強制

推進機関は、民間法人であるが、下記のように加入強制が定められている。

第28条の10 推進機関の会員の資格を有する者は、電気事業者に限る。

2 推進機関は、会員の資格を有する者の加入を拒み、又はその加入について不当な条件を付してはならない。

第28条の11 電気事業者は、推進機関にその会員として加入しなければならない。

2 第3条第1項の許可を受けて電気事業（特定規模電気事業を除く。）を営もうとする者は、その許可の申請又は届出に先立って、推進機関に加入する手続きをとらなければならない。

3 前項の規定により推進機関に加入する手続きをとった者は、同項の許可を受けた時又は同項の届出が受理された時に、推進機関の会員となる。

4 電気事業者は、推進機関に加入した場合には、遅滞なく、その旨を経済産業大臣に届け出なければならない。

憲法21条は、「結社の自由」を保障しているから、ある団体に加入するか否かは基本的に自由であり、その制限には極めて強い理由がなければならない。

戦前の日本では、この点の認識は弱く、1900年の「重要産業同業組合法」、1931年の重要産業統制法（いわゆる「強制カルテル」を定める）など、結社の自由を制限する制度があった。戦後では、1957年の中小企業団体の組織に関する法が、アウトサイダー規制命令と並んでアウトサイダー加入命令までも許容する規定を含んでいたため、同法案については憲法違反が論じられ、結局そのまま成立してもこれらの命令が発動されることなく、該当規定は1999年に削除された。

現在では、弁護士、税理士、司法書士などの専門家に関し、団体への強制加入が定められているが、電力産業のような一般産業について強制加入が認められるという例は他にはないのではないか。

この強制加入について仮に合理性があるとしても、それに見合うだけの備えが必要ではなく、公平取扱いはその最低限の要請であろう。

（５）財政的基盤

前出の制度設計ワーキンググループの資料（51頁）には、推進機関の財政的基盤について次のような記述がある。

「業務運営に必要な資金

広域機関は、系統利用者が広く参画をして、電源及び流通設備の広域のかつ効率的な運用や、緊急時の円滑な対応を目指していくものであることに鑑みて、その運営に必要な費用については、広く系統利用者が負担する仕組みとなることが望ましい。

また、運営費の円滑な徴収を行うことができる仕組みが望ましいことも踏まえ、原則、系統利用者が負担する託送料金の中から運営に必要な費用を捻出できる仕組みを確保することが適切ではないか。」

改正法28条の18第8号には、推進機関の会費は、その定款で定めると規定されている。費用は、広く系統利用者が負担するということにならざるを得ないであろうが、会員には多様な事業者が含まれているので、その負担分配の仕方が問題であろう。

この点につき、電力システム改革小委員会制度設計ワーキンググループ(第1回)事務局提出資料「広域的運営推進機関の業務及び組織・運営」では、以下のように述べられている。

「事業ライセンスによりネットワーク利用上の義務も異なり、広域機関に関与していく上でも利害が異なることとなる。他方、現状でも、送配電事業者は10社余、小売事業者となる者は100社程と事業者数も大きく異なる。(発電事業者は、小売参入全面自由化段階では、数百ないしこれ以上となることも想定される。)

このため、広域機関の総会の議決権については、小売参入全面自由化実施時点での事業者区分ごとに議決権が対等となるように設定することでいかがか。」

Ⅲ 法的分離・機能分離と推進機関

1. 平成25年改正電気事業法

(1) 法的分離の採用

平成25年改正電気事業法は、附則11条1項2号において、次のように定めている。

附則11条1項2号

平成三十年から平成三十二年までの間を目途に、変電、送電及び配電に係る業務（以下この条において「送配電等業務」という。）の運営における中立性（送配電等業務について、特定の電気供給事業者に対し、不当に優先的な取扱いをし、若しくは利益を与え、又は不当に不利な取扱いをし、若しくは不利益を与えることがないことをいう。第三項第一号において同じ。）の一層の確保を図るための措置（次項及び第三項において「中立性確保措置」という。）並びに電気の小売に係る料金の全面自由化を実施するものとし、このために必要な法律案を平成二十七年に開会される国会の常会に提出することを目指すものとする。

ここでは、今後の改革を、「中立性確保措置」と小売料金の全面自由化を中心に進めるととされている。ここで、中立性確保措置は、不当な差別的取扱の禁止に似た内容として記述されているが、その具体的措置については、同じ附則11条2項で以下のように規定されている。

附則11条2項

前項の電気事業に係る制度の抜本的な改革は、中立性確保措置を法的分離（同一の者が、送配電等業務及び電気の小売業のいずれも営み、又は送配電等業務及び電気の卸売業のいずれも営むことを禁止する措置をいう。以下この項及び次項において同じ。）によって実施することを前提として進めるものとする。ただし、法的分離の実施に向けた検討の過程でその実施を困難にする新たな課題が生じた場合には、必要に応じて、中立性確保措置を機能分離（送配電等業務に係る機能の一部を推進機関が担うこととすることをいう。）によって実施することを検討するものとする。

ここにあるように、中立性確保措置として、法的分離を前提とするとし、しかし、必要に応じて、機能分離を採用するとも述べられている。

法的検討にとって興味深いことは、法的分離、機能分離の内容が明らかにされていることである。以下、その部分を抜き出してみよう。

法的分離＝「同一の者が、送配電等業務及び電気の小売業のいずれも営み、又は送配電等

業務及び電気の卸売業のいずれも営むことを禁止する措置」

機能分離＝「送配電等業務に係る機能の一部を推進機関が担うこととすること」

このような法的分離と機能分離の区別は、既に、電力システム改革委「基本方針」（20頁以下）にみられたことである。

そこでは、法的分離型を、エリアの系統計画・系統運用の機能から送配電設備を所有し開発・保守する業務までを含む送配電部門全体を別法人とする方式とし、この場合には、系統計画・系統運用と、送配電設備の開発・保守が同一会社となることから、これらの送配電部門の業務全体が円滑に実施できると見込まれる一方、系統利用者を不公平に扱う手段が残されているため、規制の実効性を厳格に確保する必要がある、とされていた。

これに対し、機能分離型については、エリアの系統計画・系統運用の機能を、一般電気事業者の送配電部門から分離し、広域系統運用機関に移管する方式とし、この場合には、系統計画・系統運用を行う部門と、送配電設備を所有し開発・保守を行う部門が分離され、かつ、それぞれの部門に発電・小売部門との中立性を確保するための行為規制が必要となるため、複雑な体系となる、と述べられていた。

（２）機能分離との比較

従来用語法では、以下のように、機能分離、操業（経営）分離を定義していた⁸。

機能分離（Functional separation）＝事業部制、カンパニー制など同一社内の異なる部門に分離すること

操業（経営）分離（Operational separation）＝ISO方式。Independent System Operator（独立系統運用機関）が、系統運用機能や託送料金設定、送電線整備計画の策定等を行う。

したがって、上記の附則や電力システム改革委における「機能分離」は、従来用語法では操業（経営）分離に当たることになる。

本稿では、従来用語法と異なり、電気事業法改正の附則等に従って、後者（ISO方式）を「機能分離」と呼ぶことにしよう。この場合は、ISO＝広域系統運用機関は、

⁸ <http://www.caa.go.jp/seikatsu/2002/0625butsuan/shiryo15-1.pdf>

OECD編（山本哲三監訳）『構造分離——公益事業の制度改革』（日本評論社、2002年）7頁以下、47頁以下等。EUのFunctional Unbundlingについては、以下を参照。

http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_unbundling_regime.pdf

independence of the staff and the management が要請されるので、法人分離よりも強い措置だといえるのであろう。

法人分離は、法形式上、分離子会社にすればよい、というのが最低の要請であるから、実質的な独立性は弱くてもいいというのである。親会社は、子会社に対し株主としての権利行使を行うことができ、また、株主として最適な権利行使を行うべき義務を親会社の株主に対し負っているからである。

改正電気事業法が、機能分離ではなく、法人分離を選択したのは、実施がより容易であるということにあるが、その代わり、中立性確保措置としてはより劣っているということになる。

(3) 機能分離の下における I S O と送配電部門の関係

電力システム改革委報告書は、前記の推進機関の創設にとどまらず、送配電部門の中立性確保について立ち入った検討を示している。

「今後、多様な電源が活用され、また発電事業者同士の競争が進展することも想定すると、現在のように、特定の一般電気事業者が「自社電源を主体に系統全体の需給バランスを維持する」仕組みに代え、電源保有者の区別なく中立的に運用される仕組みを早期に構築することが必要である。」(32頁)

同報告書は、この認識を前提に、法的分離と機能分離の比較検討を行っている。そのうち、ここでは、上記の観点からは、また米国等との比較という点でも、機能分離（I S O方式）が本命とする議論が有力であったことから、機能分離をどう評価しているかについてのみ再確認しておこう。

「機能分離の場合、送配電業務の担い手が I S O と送配電設備保有者に分かれるため、送配電業務のどこで線引きをするのが中立性確保という点で適当か、また、その線引きを行った際に安定供給にどのような影響を及ぼすかが一つの論点となる。

この点については、送配電設備の運転・停止等の判断及び送配電設備保有者への指令や、作業停止計画の策定のように中立性が必要な業務は I S O や広域系統運用機関が行い、I S O や広域系統運用機関の指令に基づいて行う物理的な送配電設備機器の運転・操作は設備保有者が行うという整理にするのであれば、法的分離と比較してより詳細な役割分担や運用ルールを定めることで、安定供給上の懸念は解消され则认为られる。」(34頁以下)

ここまでは、諸外国の I S O の機能からも、十分納得できる記述であると思われる。

しかし、同報告書は、「中立性確保状況の監督と、中立性確保策の柔軟性」の項で、いわば一転して、機能分離の欠点を述べる。

「機能分離の場合の中立性確保状況の監督においては、I S O と送配電設備保有者の間の「線引き」を超えた干渉が行われているかどうかや、線引きの位置が適切かどうかについて

監督を行うこととなる。加えて、規制部門である送配電設備保有部門と発電・小売部門の間での会計分離、情報遮断等が必要となり、この点についても監督が必要である。

機能分離では、①系統運用業務の専門性が高いこと、②指令に基づく個別機器の開閉等の操作は引き続き送配電設備保有者が行うことから、中立性が確保されているかどうか、外部からの検証を行いきにくい。また、仮に中立性確保策の強度を変更する場合に、系統運用業務に係るシステムを変更しようとしても、必要なコストが相対的に高いと考えられる。」（35頁）

法的分離と機能分離のいずれにおいても、分離した後の行為規制が必要であり、それは具体的には、所管する行政庁による監督・規制として実施される。この点で、機能分離のほうが規制の実効性として劣るといえるかには疑問がある。これは、行政庁とISOとの分担という観点ともいえ、具体的にどのような監督ないし行為規制を行うかという問題とも関係するので、ここではこれ以上立ち入ることは控えることにしよう。今後、まずどのような監督ないし行為規制を行うかという問題について、研究を進めることとしたい。

2. 平成26年改正案

（1）一般送配電事業

平成26年改正案は、前述のように、電気の小売業への参入の全面自由化の実施に必要な措置、電気の安定供給を確保するための措置、需要家保護を図るための措置を講じることが主眼とされている。

したがって、送配電網の分離については上記の平成25年改正法から変化はない。ただし、送配電網に関し、経済産業省の公表した「電気事業法等の一部を改正する法律案の概要」の記述において、以下のような点が注目される。

「1 小売参入の全面自由化により、現行の電気事業法の『一般電気事業』、『特定規模電気事業』といった区別がなくなることから、発電、送配電、小売の各事業ごとに、それぞれ必要な規制を課す規制体系へと見直しを行う。

イ. 一般送配電事業

現在の一般電気事業者の送配電部門が行っている送配電設備の維持・運用や区域全体の需給バランスの調整を行う事業については、『一般送配電事業』と位置付け、許可制の下で、託送料金の規制（総括原価方式による値上げ認可制等）、託送供給の義務、周波数維持義務等の所要の規制を講じる。」

本改正案には、上記のイ。「一般送配電事業」以外に、ロ「送電事業」、ハ「特定送配電事業」も記述されているが、重要なものは一般送配電事業（＝現在の一般電気事業者の送配電部門）であるので、ここでは省略する。

なお、本改正案では、「一般電気事業者」というカテゴリーもなくなるので、以下では、

現在の一般電気事業者を差し当たり「既存事業者」と呼ぶこととする。これは、米国の電気通信事業において同様の自由化が行われた際に、いまだ独占に近い状態にある既存の事業者を特別の規制を加えるために用いられた用語、incumbent operator と同様である。

この一般送配電事業について、電気の安定供給を確保するための措置が定められている。

「現行制度と同様の地域独占，料金規制を措置する<第3条，第5条，第18条>

- 1) 需給バランスの維持（周波数維持義務）<第26条>
- 2) 送配電網の建設・保守の義務付け（託送供給義務）<第17条第1項>
- 3) 最終保障サービスの供給義務<第17条第3項，第20条>
- 4) 離島のユニバーサルサービスの供給義務<第17条第3項，第21条>

これとは別に、広域的運営推進機関による発電所建設者の公募措置<第28条の40>が定められた。

（2）検討

一般送配電事業は、まだ法的分離等が実施される前のことであるから、既存事業者が発電、小売とともにいう垂直統合体制のもとで、その1部門として行われる。

小売の自由化がなされた後は、改正前の「一般電気事業者」に対する規制の多くが、改正後の「一般送配電事業者」に対する規制となる。一般送配電事業者は、自由化後も、實際上、「不可欠施設」を維持し続けるので、これまで自由化することはできないからである。

一般送配電事業の許可に関し、改正案電気事業法の5条は、許可条件として、需要適合要件（1号）、「一般送配電事業の用に供する電気工作物が著しく過剰とならないこと」（5号）、「公共の利益」（6号）と規定しているので、既存事業者以外は実際には許可されないであろう。

一般送配電事業の行う託送について、同じく改正案の17条で託送供給義務を定めた上で、その18条は、託送の料金等について約款を定め認可を受けるべきこと（1項）、託送料金について従来の原価主義等の規制基準を定めていること（3項）から、現行の一般電気事業者に対する規制を受け継いでいることが分かる。

（3）分離の小売サービスへの反映

請求書における送配電の明細表示

公取委事務総局「電力の制度改革に関する見解」（平成14年11月18日）は、「②規制分野を含め既存の既存事業者の小売料金等に託送料金を反映させるとともに、請求書等への内訳の表示」を提案していた。米国カリフォルニア州では、ユーザーへの請求書に、送電分、配電分と小売分を分けて書くべきものとされている。

*高橋岩和「米国電力市場における市場支配力のコントロール」ジュリスト1329号71頁以下、

81頁（2007年）参照。

米国では、同州のように電力の小売事業者と、送配電事業者がアンバンドリング（組織分離）されていることが多いので、請求書の記載も分けて書かれている。その他の諸国でも、発電・送電・配電・小売供給という個々のサービスに関する料金を項目ごとにアンバンドルして示すことが多いようであり、これによって、内部相互補助を牽制し、受益者負担原則を実現し、ユーザーのコスト意識を高めることができよう。

*長山『発送電分離の政治経済学』26頁，41頁，431頁など各所参照。

日本のように垂直統合体制が残る場合であっても、電力の消費者にとっては、自分が支払う電力料金の内訳が、発送配電や小売などに分かれていた方が電力サービスの実態を少しでも知ることができるのであるから、一部は「みなし計算」になるとしても、請求書における各サービス部門の明細表示を実現すべきであると考えられる。

【舟 田】配電会社は今でも地域独占である。地域独占であるから、料金は明示しないとおかしいと思う。

【 森 】日本ではすでに実施済みである。自由化部門の顧客に対しては、平成17年頃から、電気料金の請求書明細に「この電気料金に含まれる託送料金の相当額は〇〇円です」として内訳を表示している⁹。

【舟 田】なるほど。なぜ家庭用はやっていないのか。大変だからか。

【 森 】大変だからか、あるいは、自由化になっておらず託送サービス自体がそもそもないためと思われる

【舟 田】日本のように垂直統合体制が残る場合であっても、電力の消費者にとっては、自分が支払う電力料金の内訳が発送配電や小売などに分かれていた方が、電力サービスの実態を少しでも知ることができるのであるから、一部は「みなし計算」（推計）になるとしても、明細表示を実現してはどうか。

電気通信については、どれだけ消費者に対して情報開示するか、いろいろ議論があり、「ぶつ切り」から「エンドエンド」方式へという変化があった。現在は一つの契約キャリアがエンドエンドで提供しており、接続料は卸となるので、明示されていない。ただ電気通信の中でもブロードバンドとかIP電話を全部NTTではなくKDDIやソフトバンクとも契約している場合には、それぞれ分けて請求されてくる。複数の契約が存在することになっていると思う。

⁹ 託送料金相当額の表示イメージ（東京電力ホームページ）：

<http://www.tepco.co.jp/company/corp-planning/jiyuuka/kakudai/subwin01-j.html>

規制部門である低圧については託送供給サービスが存在せず、託送料金が設定されていない。

IV 小売競争における諸形態

1. 電力小売の自由化

前記のように、電気事業法平成26年改正案が成立すると、電力小売は全面自由化されることになる。

自由化とは、公的規制（特に経済的規制）から自由という意味であるが、通常は独占市場への新規参入の自由に関して用いられる。新規参入が行われれば、当該市場で競争が起こるので、料金その他の取引条件についても自由化されるのがスジであるが、既存事業者の独占的状態が残る場合には、それに対する最小限の規制が必要とされる。

電気事業法の平成26年改正案においても、前記のように、当分の間、経過措置として現行の一般電気事業者に対し、小口需要について供給義務を課すとともに小売料金規制を継続する等の措置がとられた。

また、電力小売の全面自由化によって、一般の商品・役務（サービス）に関する取引と同じ扱いになるわけであるが、当然ながら、民商法、刑法、独占禁止法などによる法的規制がかかることには変わらない。

さらに、公的規制のなかでも、社会的規制（安全、健康、環境などの維持を目的とする規制）は、それぞれの観点からの検討が要請され、ここでいう自由化の対象には含まれない。

以下では、自由化された電力小売取引に対する独占禁止法と消費者法による規制について、若干の検討を行う。

2. 長期拘束契約等

(1) 北海道電力私的独占警告事件

一般電気事業者によるユーザーに対する長期拘束契約は、独占禁止法・消費者法からどのように評価されるのであろうか。

北海道電力私的独占警告事件（平成14年6月28日）では長期契約による顧客の拘束が行われ、既存事業者の市場支配力の行使として、新規参入者を排除する行為であって、私的独占に当たり違法とされる可能性があることが示されている。

* 発表当時のURLは既に失われているが、公取委年次報告平成14年度（第2部第3章第3「警告」）に簡単な記載がある。

<http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h14/14top00001.html>

そこでは、「違反被疑行為の概要」として、以下のように述べられている。

「北海道電力は、新規参入者等に対抗するため、平成12年10月ころ以降、契約期間に応じた契約保証電力（注）に係る基本料金を割り引くこと等を内容とする「長期契約」を自由化

対象需要家との間で締結し、相手方に対し、

(i) 同契約において、途中解約した場合等には、既に適用した長期契約割引額の返還に加え、契約残存期間における契約保証電力に係る基本料金の20パーセントに相当する額等を支払うことを義務付け、

(ii) これらの支払について、事業撤退等による契約解消の場合等は対象外とし、同社から新規参入者に契約先を切り替えた場合等には支払を求めることとしている疑いが認められた。」

すなわち、本件事案において、北海道電力は、基本料金を割り引く長期契約を自由化対象需要家との間で締結し、途中解約した場合には、長期契約割引額の返還に加え、基本料金の20%相当額等を支払うことを義務づけ、これらの支払について、事業撤退等による契約解消の場合等は対象外とし、同社から新規参入者に契約先を切り替えた相手方に対してのみ支払を求めることとしていた。

本件では、①長期契約、②高額の違約金、③新規参入者に切り換えた顧客に対する差別的取扱い、のうちのどの点が重視されているか不明である。おそらく、③の差別的取扱いによる新規参入者の排除がもっとも重要なのであろうと推測されるが、取引の相手方に対する過度の拘束、不利益の強制もあわさって判断されたとも思われる。

①長期契約と②高額の違約金は、取引の相手方に対する「支配」による私的独占と構成することも可能であり、さらに、それらを通じて、新規参入者の排除という効果をもったとも考えられる。

理論的には、これらのいずれか1つが行われた場合でも、具体的な事情によっては違法な排除行為とされる可能性があると考えられる。ただし、上記の3点のうち、①長期契約、②高額の違約金は、それだけでは私的独占に当たるとされるかは疑問があり、前記のように、取引の相手方に対する「支配」による私的独占である。しかし、従来は、この種の市場支配力の濫用による相手方に対する不利益の強制は、優越的地位の濫用（独禁法2条9項5号）で対処されてきたことである。

違約金ないし精算金の根拠は、長期契約を結べば、電気事業者はそれに対応する電源を確保することになるから、契約期間内の途中契約解除はその手当てを無効にするので、その損害分は正当であるといえ、それを超える違約金が問題となるのであろう。

* 三重運賃事件は、本件と類似の契約実態にあったと思われる。松下満雄・独占禁止法判例審決百選（第2版）196頁以下（1977年）、舟田「海運業における特定の不正な取引方法——三重運賃事件」昭和47年度重要判例解説（ジュリスト535号）190頁以下（1973年）を参照。

(2) 携帯における「2年縛り」

上記の北海道電力私的独占警告事件と同様に、携帯電話契約における、いわゆる「2年縛り」が消費者契約法（9条1号）に違反しないかについて、近年、京都消費者契約ネットワークが原告となった団体訴訟が相次いで行われた。

ここでは携帯端末購入に係る2年の割賦販売とは別に、通信サービスに関する割引として2年間契約を条件としたことが、著しく長期間にわたり、契約者の解約を制限し、「消費者の利益を一方的に害するもの」とみるべきか否か（消費者契約法10条）、および、中途解約に関し支払うべき解約違約金（1万円弱）が消費者契約法（9条1号）に違反し無効となるか否かが争われたものである。

携帯大手3社に対する以下の3事件において、KDD I に対する事件の京都地判平成24・7・19だけが、消費者契約法（9条1号）に違反するとして、原告の請求一部を認容したが、他の判決はすべて原告敗訴である。

- ①ドコモ解約違約金条項使用差止請求事件＝京都地判平成24・3・28、大阪高判平成24・12・7平成24年（ネ）1476号（いずれも請求棄却）
- ②KDD I 解約違約金条項使用差止請求事件＝京都地判平成24・7・19（請求一部認容）、大阪高判平成25・3・29平成24年（ネ）2488号（原告の請求棄却）
- ③ソフトバンク解約違約金条項使用差止請求事件＝京都地判平成24・11・21、大阪高判平成25・2・5、大阪高判平成25・7・11平成24年（ネ）3741号（いずれも請求棄却）

これらの訴訟は、現在、すべて上告中であり、まだ決着はついていない。しかし、消費者契約法違反か否かはともかく、消費者の利益を不当に害するという意見は根強く行われている。

* 例えば、総務省・ICTサービス安心・安全研究会・消費者保護ルールの見直し・充実に関するWGにおける議論を参照。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/ict_anshin/index.html

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/ict_anshin/02kiban08_03000149.html

情報通信審議会・2020-ICT基盤政策特別部会・基本政策委員会でも、2年縛りを疑問視する意見が表明されている。

http://www.soumu.go.jp/menu_sosiki/singi/02tsushin10_03000177.html

また、EU電気通信指令においては、2年以上拘束する消費者契約を無効とする方向が出ており、消費者に対する長期拘束がドイツ民法におけるGB138条1項にいう良俗違反に当たるか等の議論がある。参照、丸山絵美子「契約における時間的な拘束の意義と限界——存続期間規制と中途解約権(3)」名古屋大・法政論集248号426

頁以下(2013年)。

3. 結合割引 (bundling rebate)

(1) 電気通信産業における結合割引

(i) 結合割引とは、2種類の商品・役務を同時に購入した場合に行われる割引を指す。

公益事業分野で、結合割引が注目されてきたのは、KDDIが2012年に開始した「スマートバリュー」によってである。これは、固定通信と移動通信（スマートフォン利用）をセットで契約すれば、毎月1410円割り引くことで、固定移動の両分野におけるユーザーの「囲い込み」を図る

携帯料金を割り引くものであって固定通信サービス料金分はひかないので、固定通信を提供している多くのケーブル会社もこれに参加しつつある。

これと同様の結合割引は、電気通信分野において次のようなものがある。

*以下は、「電気通信事業分野における競争状況の評価2012」（以下「競争評価2012」）の第2編 戦略的評価，第2章 市場間の連携サービスの利用動向（需要側）4頁の図が参考になる。

（総務省サイト・公表ページ）

http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01kiban02_02000099.html

（報告書本体）

http://www.soumu.go.jp/main_content/000247827.pdf

① 「固定インターネット+固定電話」型——F T T H等の固定インターネットとI P電話「移動系通信+固定系通信」型の新たな連携サービスの登場——F T T H等と携帯。前記のスマートバリューはこのタイプである。

これを細分化すれば、従来の音声系サービスの組合せ（移動系音声+固定系音声）に加え、データ通信系サービス（移動系データ通信+固定系データ通信（+固定系音声））などがある。

② T Vサービスにおける「固定インターネット+固定電話」型にT Vサービスを追加して提供する「通信+放送」型サービス（C A T V「トリプルプレー」）

③ 固定電話，移動通信，ブロードバンド等の料金を一括して請求するサービス

については，KDDI が「KDDI まとめて請求」，ソフトバンクが「ソフトバンクまとめて請求」を提供しているほか，NTTファイナンスが，同社においてNTT東西，NTTコミュニケーションズ，NTTドコモの料金をまとめて請求する「おまとめ請求」を提供している。

* これらにつき、競争評価2012は、結合割引だけではなく、連携を目指すものもあるとして、「連携サービス」と呼び、以下のように述べている。「これら市場間の連携サービスには、営業戦略的な判断に基づき、複数サービスを商業的な動機から一括して提供することで、値引きや付加価値を提供するものや、個別のサービスの技術・機能の両面からの相互補完を行うため、複数のサービスが有機的・効率的に連携するものがあると考えられる。

典型的な市場間の連携サービスである「移動系通信＋固定系通信」型は現状、前者の態様として、「固定インターネット＋固定電話」型は後者の態様として見ることもでき、今後も持続的な契約数の増加が予想される。」

また、総務省では、NTT東西、NTTコミュニケーションズ、NTTドコモの料金等に係る業務をNTTファイナンスへ移管することについて、各社に課せられている規制等の趣旨を確保する観点から、2012年3月23日付けで、「NTT東日本、NTT西日本、NTTコミュニケーションズ及びNTTドコモの電気通信役務の料金等に係る業務をNTTファイナンスへ移管すること等に関する要請」を実施している。

(http://www.soumu.go.jp/main_content/000170501.pdf 参照)

(ii) この種の結合割引は、独占禁止法上、どのように評価されるかについて検討しよう。

不公正な取引方法の諸類型では、抱き合わせ販売（取引強制行為）、排他条件付取引、拘束条件付取引、不当な利益による顧客誘引、取引妨害などが考えられる。

第1に、抱き合わせ（「取引の強制」）であれば、取引の相手方の選択の自由を不当に侵害する行為である（タテの関係における公正競争阻害性）。この場合、「競争手段が能率競争の観点からみて正当化されない場合」＝競争手段の不公正さの類型に当たるとされている。

「取引強制行為は、顧客の選択の自由を歪める競争手段であるが、それを通じて価格・品質・サービスを中心とした能率競争を可能とする秩序を侵害するおそれがあるかどうかの問題となる」（以上、公取委・独占禁止法研究会報告「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」より）

もっとも、強制（一般指定10項の「購入させ」または「強制すること」）の認定は、実際上は困難なことも多いであろう（例：日本マイクロソフト事件、東芝エレベーター事件。後者は強制が明白な事件であるが、他のエレベーター・メーカーも同様の行為をより穏やかな形態で行っていたと推測される）。

第2に、そのような強制がなく、むしろ取引の相手方が自由で合理的な選択によって、2つの商品・サービスをともに契約するのであれば、当該結合割引によって、商品・サービスA.の市場支配力（または「有力な事業者」であること）を梃子として、商品・サービスB.

において有利な立場に立つことが問題になる（市場支配力の形成・強化，または「競争の減殺」。ヨコの関係における公正競争阻害性）。

（iii）これらにつき，以下より立ち入って検討してみる。

第一に，ここには，事業者から取引強制の要素はないし，固定移動をそれぞれ単独でも販売・提供しているので，独占禁止法上の「抱き合わせ販売」（一般指定10項）には当たらないと解される。

しかし，一般指定10項における取引強制の要素をそれほど強く解する必要はなく，いわば結果として抱き合わせになっていれば足りるという解釈もあり得るであろう。

さらに，排除型私的独占は，上記の「抱き合わせ販売」（一般指定10項）に当たらない場合でも，当該行為の客観的性格から，競争品を排除し，競争の実質的制限に当たるか否かをみるのであるから，結合割引もこの観点から問題になるといえる。

同様の観点から，反トラスト法において，結合割引が違法な独占行為に当たるか否かを問題にする議論がある。そこでは，違法なバンドリングリベートである必要条件是，商品・サービスBの取引を強制する場合は，商品・サービスAの単品価格に対してバンドル品ABが上回っている増分価格が，Bの帰属価格となり，その帰属価格がBの長期平均可変費用よりも低い場合である，とされる（藤田稔「バンドリングリベートに対する競争政策」山形大学紀要（社会科学）第39巻第1号121頁以下（2008年）による）。

EU競争法においては，市場支配力の濫用が違法とされるので，結合割引を，市場支配力を有する商品・サービスAを梃子として，商品・サービスBの取引を強制する行為として問題にする可能性があると考えられる。商品・サービスAに関する市場支配力を，結びついた商品・サービス範囲を構成する商品・サービスBへとレバレッジする（leveraging）結果となることから，市場支配力の濫用となり得るということである。

具体的には，価格誘引に基づく商業的抱き合わせ（Mixed bundling）によって，商品・サービスBの取引市場における市場閉鎖をもたらす場合が問題となる。この場合には，商品・サービスB市場を歪める市場閉鎖効果の蓋然性（a likely market distorting foreclosure effect）を立証しなければならない。

以上は，池田千鶴『競争法における合併規制の目的と根拠』（商事法務，2008年）における分析をもとにしている。同書では，市場支配力のある商品・サービスAを販売する企業Aと，商品・サービスBを販売する企業Bが合併する場合，商品・サービスB市場における市場閉鎖効果の有無ないし程度から違反か否かを導くという考え方が示されている。これは市場集中規制に関する議論であるから，直ちに，日本における私的独占に関する議論に応用できるか否かということは検討を要する事柄であるが，1つの参考になる考え方といえよう。

(iv) 第2に、結合割引は、排他的リベートの性格をもつことがあり得る。排他的リベートについては、公取委「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」(2009年)に記述がある。

同ガイドライン(第2の3)によれば、「排他的取引」とは、「相手方に対し、自己の競争者との取引を禁止し、又は制限することを取引の条件とする行為」を指し、これによって、「競争者が当該相手方に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない場合には、その事業活動を困難にさせ、競争に悪影響を及ぼす」ので、私的独占に該当する可能性がある。

この排他的取引の1つに、「排他的リベート」があり、これは、「相手方に対し、自己の商品をどの程度取り扱っているか等を条件とすることにより、競争品の取扱いを制限する効果を有するリベートを供与する行為」を指す。これが、「取引先に対する競争品の取扱いを制限する効果」をもつ場合、前記のように、「競争に悪影響を及ぼす」可能性があるとされている。その例として、インテル事件＝勸告審決平成17・3・8(審決集52巻341頁)を挙げることができる。

スマートバリューのような結合割引は、固定通信から見れば、取引先(＝固定通信のユーザー)が移動通信についても自己と取引すれば割引くというものであるから、移動通信についての「競争品の取扱いを制限する効果を有する」こととなる。

したがって、結合割引は、排他的リベートではないが、それと同様の反競争的效果をもつ点で、排他的取引に関する議論が参考となるのである。

(v) 第3に、前記のスマートバリューの例で言えば、割引かれる移動通信の側の略奪的低価格として問題にされる可能性もある。結合割引に関する反トラスト法における議論には、このような観点から見るべきだとするものがある。(この点についての検討は省略する)。

(2) エネルギー分野における結合割引

(i) 前出の電力システム改革専門委報告書は、「改革後の自由で活力ある電力市場では、『電力』の枠を超えた競争により、新たなイノベーションが生み出される」と述べる(6頁)。このように「総合エネルギー企業」を目指すなら、独禁法上の「抱き合わせ規制」も緩和すべきであって、電力とガス、石油、ガソリン、プロパンを一緒に販売できるよう、独禁法の適用除外規定を作るべきだ、という議論がある(石川和男・電気新聞2013年11月27日付け)。

上記のような電気通信分野における結合割引に対する独占禁止法上の問題をふまえれば、適用除外を検討する前に、そもそも独占禁止法違反となるのは、どのような結合割引かを検討すべきことは明らかであろう。

具体的には、既存の電力会社が、「電力とガスをあわせて購入してもらえれば電力料金を割引く、またはガス料金を割引く」というサービスを行うことについて、独占禁止法上、ど

のように評価されるのか、について検討することが必要である。

(ii) この点について、参考になる前例を挙げておく。

① ブリティッシュ・ガスの子会社であるセントリカによる結合サービス＝両方のサービスをともに契約すれば割引く（本件では、Mixed bundlingと呼ばれていた）という料金体系を採用したことにつき、英国の規制行政庁であるOFGEM（ガス・電気市場局）は、このようなガスと電力のセット割引は、利用者に対し両者の価格情報を正確に提供させれば、利用者の利用のシフトを促すことができ、不当な内部相互補助を防ぐことができる、として規制しないこととした。

上記の独占禁止法上の議論をここに置き換えれば、A. ガスの提供サービス（市場支配力あり）、B. 電力の提供サービス（市場支配力なし）、という同社の状況において、A. の市場支配力を梃子として、B. において有利な立場に立つ、という意図および効果をもつことが、独占禁止法上違法かということである。

本件では、例えばガス料金を高く、他方で電力料金を安くし、たとえ電力サービスがコスト割れでも、両方のサービスを合わせてコスト割れでなければ、1つの合理的な戦略だとするのが、OFGEMの考え方であろう。利用者は、セット割引によってもガスの高料金によって結合サービスが全体として不利であることを知れば、他のガス会社にシフトするだろうということである。これは英国のように、2つのサービスがともに非規制で、かつ自由な競争に晒されている場合に妥当すると考えられる（以上については、舟田正之（編著）『電力改革と独占禁止法・競争政策』（有斐閣、2014年）143頁以下参照）。

② オール電化警告事件（公取委・関西電力株式会社に対する警告平成17・4・21）も、結合割引の1例としてみることもできる。ここでは、取引条件等の不当な差別取扱い（（旧）一般指定4項。現行法では独禁法2条9項2号または一般指定4項）に当たるとされた。

ここでは、関西電力が第一市場（電力サービス市場）における市場支配力を梃子に、第二市場（熱源供給サービス市場）において競争上の有利性を行使したという点が不当とされたと理解される（本件については、舟田正之（編著）・前掲『電力改革と独占禁止法・競争政策』142頁を参照）。

(iii) エネルギー産業において、オール電化警告事件にみられた行為以外にも、既に結合割引とみられる事例がある。

単純にエコキュートを設置したから電気料金を割引するということもあり、あるいは、風呂をエコキュート、台所をIHクッキングヒーター、さらに冷暖房もすべて電気という場合に、「オール電化割引」という形で割引するというも行われている。

また、最近の報道では、ソフトバンクが電力サービスを始めるに際し、電力と通信のセッ

トで割引するとされている。すなわち、ソフトバンクモバイル・SBエナジー「おうち発電プロジェクト」によれば、SBエナジーが顧客の住宅の屋根を借り受けて太陽光発電システムを設置し、電力会社への売電収入の一部を顧客に支払うという場合、ソフトバンクの携帯電話料金を3年間にわたって割り引くというものである。

＊

<http://www.softbank.jp/mobile/info/personal/news/support/201212121612330000/>

今後、前記の「総合エネルギー企業」に向けて、既存の電力会社がガスの供給サービスを行う、あるいは逆に、既存のガス会社が電力の供給サービスを行うという報道があるが、これらにおいて、電力とガスの結合割引が行われる可能性があるだろう。これらの独占禁止法上の評価についても、上記のような検討がなされるべきであると思われる。

V 規制機関のあり方

1. 電力事業の規制

電力システム改革の一環として、規制機関のあり方が議論の俎上に載せられている。

例えば、総合資源エネルギー調査会総合部会・電力システム改革専門委員会（第6回）（2012年6月11日）34頁以下には、電力規制は、資源エネルギー庁ではなく、公益事業委員会のようなルール型の規制という体制とすべきではないか、という発言が引用されている。

＊

http://www.meti.go.jp/committee/sougouenergy/sougou/denryoku_system_kaikaku/pdf/006_03_00.pdf

なお、同上36頁以下には、諸外国の規制機関、47頁に、日本の「事業規制に関わる委員会・審議会」の図がある。

平成25年改正電気事業法の附則11条6項は、次のように規定する。

「政府は、電気事業の監督の機能を一層強化するとともに、電気の安定供給の確保に万全を期するため、電気事業の規制に関する事務をつかさどる行政組織について、その在り方を見直し、平成二十七年を目途に、独立性及び高度の専門性を有する新たな行政組織に移行させるものとする。」

2. 原子力規制委員会

前出の「公益事業委員会のようなルール型の規制という体制」からまず想起されるのは、公正取引委員会である。

＊公正取引委員会に関する私の見解については、以下を参照。

『独占禁止法等の改正案に関する意見』について」ジュリスト1357号2-5頁(2008年)、「消費者にとって公取委の審判制度はなぜ大事か?(上下)」婦人時報2010年2月号・3月号。

しかし、ここでは、近年議論された独立行政委員会型の規制機関として、消費者委員会と原子力規制委員会の2つを簡単にみてみよう。

消費者委員会については、消費者庁との関係をどうするかで多くの議論があり、結局、両者を並立させることで決着がついた(2009年)。箇条書きで要点だけ示しておこう。

- ① 委員会は8条委員会、消費者庁には担当大臣、
- ② 内閣府の外局(消費者庁=消費者行政の司令塔)、
- ③ 両者とも事務局をもつ、
- ④ 委員会の権限は、消費者政策等につき、「調査審議し、必要と認められる事項を内閣総理大臣、関係各大臣又は長官に建議」すること(消費者庁及び消費者委員会設置法第6条)。

他方で、原子力規制委員会は、東日本大震災のあと、諸種の議論の末、2012年9月に発足した。

- ① 3条委員会(内閣からの独立性)
- ② 環境省の外局(経産省からの切り離し)
- ③ 原子力規制庁は、同委員会の事務局とする
- ④ 原子炉等規制法などに基づく許認可権限をもつ

3. 独立行政委員会の意義

① ルール型の規制

上記の電力システム委の資料からもうかがえるように、現行の行政機関である資源エネルギー庁の規制スタイルはいわば行政指導型であって、被規制者である電力会社との関係が密接であることが問題であるとする意見が強くだされた。

電力産業が、今後、自由化と競争の一層の進展によって分散型に移行するという見通しを前提とすれば、規制行政機関も、それに見合った規制スタイルと組織に変わるべきであり、それは独立行政委員会への移行が最適である、という意見が出されているわけである。

② 独立性

独立行政委員会に関する「独立性」の実際上の具体的意義については、米国の原型としての独立行政委員会については、連邦レベルの政治に対する独立性が重要視された。そこで、独立行政委員会の実際の活動に関し、州の意見を吸収するため、議会の関与が制度化され、実際にしばしば審議されている。

これに対し、日本の公取委は、基本的な経済の原則・原理としての競争秩序を扱うのであ

って、その時々々の政治状況、経済政策等から離れた（一定の距離を置いた）判断が保障されていることが重要であるとされている。この点は、消費者委員会も同様に論じられている。

③ 業務の内容

上記の①②とも関連して、規制行政機関の業務の内容が問われている。例えば、総務省の放送行政については、振興と規制を同一の行政庁に委ねるのは不適當という議論が多くなされてきた。特に放送は「表現の自由」を守り、規制するという憲法上の意義があるのであるから、振興行政をも担うことへの疑問が出されている。これと同様の疑問が、現行の資源エネルギー庁の規制スタイルにも出されることになる。

④ 専門技術的知見

独立行政委員会の特質について、専門技術的知見に基づく判断が行われるべきであるという点が挙げられる。独立行政委員会に関する「独立性」は、専門技術的知見に基づく判断である以上、当然の帰結である。

また、この判断は、各委員が各自の専門技術的知見に基づいて行うのであるから、各人の意見が異なることが当然あり得る。これは裁判官などと同様であり、だからこそ、専門技術的知見を有する複数の委員の合議と多数決による決定にならざるを得ないということになる。専門技術的知見・独立性・委員会制度という3者は、上記のように互いに関連しているのである。

これに対し、多くの分野の行政においても、専門技術性を要求されているのであって、これは独立行政委員会の特質ではないという反論が予想されるが、決定権をもつ者が、もっぱら自らの専門技術的知見に基づいて判断する仕組みであれば、通常の行政機関における階層性（上司が部下に対し指揮命令の権限をもつ）とは相容れないはずであるし、その判断について外部が評価して人事権をもつことはあり得ないことになるので、その者の地位の保障が必要になる。これは、通常の行政組織にとっては異質な組織原理であり、委員会方式しかあり得ないと考えられる。

古城誠「独禁法の執行と司法審査の役割」日本経済法学会年報31号49頁以下（2010年）は、独禁法の適用のため必要な専門能力として、技術的な専門能力と、試行錯誤を通じて継続的にルールを形成する専門能力を挙げ、その判断について司法審査には限界を設ける理由があると説く。この能力は、相対的なものであって、米国におけるように裁判所が同様の専門能力を獲得する実態ができれば、司法審査において判断代置型の審査も可能になるが、現在の日本の独禁法については「直ちにアメリカ並の審査を行うことは不適切であろう」と述べる。

*独立行政委員会による規制については、古城誠「規制緩和論とアメリカ行政法——規制の失敗と裁判所の役割」アメリカ法（1986-2）273頁以下をも参照。

第 2 章

ドイツにおけるエネルギー価格規制

香川大学大学院連合法務研究科教授

柴 田 潤 子

ドイツの規制コンセプトは、アクセス及び料金規制並びに垂直的統合事業者のアンバンドリングという伝統的(ドイツでは)措置を用いる。ドイツにおいてネットワークオペレーター(系統運用業者)は、そのネットワークへのアクセスを認めなければならない(アクセス規制)、それに関するアクセス利用料金(託送料金)は、インセンティブ規制の枠組みで連邦ネットエージェンシーによって認定される(料金規制)。同時に自己のネットワークを所有する統合的エネルギー供給事業者は、法的ないしは組織的に分離すべきである(アンバンドリング規制)。

まず、ドイツの電力・ガス産業を概観し、次に、エネルギー産業における価格規制を検討することにする。

I ドイツの電力・ガス産業の概観¹

1. 電気産業の概観

電力の体系は一次エネルギーの生産(採掘、輸入、太陽光の利用、風力、水力)から、発電(一次エネルギーから二次エネルギーへの転換)、送電(高圧での長距離輸送)、配電(中及び低圧での地域での配分、最終利用者への供給)から構成される。技術的構造から、当該産業の特殊性は、電気の大部分は貯蔵できないこと、ネットワーク拘束性があること、配電及び送電ネットワークが自然独占であること、同時同量の原則があることである。これらの要因が電力産業の展開における特殊性の基礎を構築することになる。

発電について、4大電力会社すなわちE.ON, RWE, EnBW及びvattenfallその他公営業者、独立系の電力会社が発電施設を所有している。

電力は、二次エネルギーであり、一次エネルギーから得られる。発電には多様な一次エネルギーが用いられ、2011年については、褐炭(24%)、原子力(18%)、石炭(19%)、天然ガス(14%)、再生エネルギー(20%)、石油(1%)、その他(4%)である。2010年との比較では、原子力が22.6%から18%に減少し、再生エネルギーが16.5%から20%に増加している。再生エネルギーは、風力(8%)、バイオマス(5%)、水力(3%)、光起電力(3%)、家庭ゴミ(1%)から構成される。

卸段階の参加者は、既に述べた4大電力会社またはそれらの商社、公営事業者、公営事業者の共同体、純粋な卸業者、発電所オペレーター、エネルギーサービス業者、銀行及び産業事業者である。

¹ Monopolkommission, Energie 2011 :Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten Sondergutachten 59(2012)

Wolfgang Ströbele/Wolfgang Pfaffenberger/Michael Heuterkes 「Energiewirtschaft」(3版, 2012)を参考にした。

卸取引市場は、1998年に自由化され、取引は、取引所外での相対取引、またはブローカーを通してないしは取引所で行われる。取引所で取引される割合は少なく、電力供給の大部分は、長期契約による。

ドイツの託送及び配電の前提となるドイツの電力ネットワーク(連結点)は、異なる電圧を持つ多くのネットワークレベルから構成される。極めて高い電圧の電力が長距離輸送される場合に、託送又は輸送ネットワークという言葉を用いる。この場合通常、架線・電線(*Freileitungen*)である。電力はインプット地点から消費の中心近くの変圧ステーションに送られ、そこで電力は低圧に変換されないしは変圧され、配電ネットワークに送電される。

取引市場参加者が取引市場で扱う電力を自身でも消費し得るが、原則として、取引市場参加者による電力購入は、最終利用者への再販売目的で行われる。取引上で扱われる電力の自己消費は、僅かな大規模産業顧客に限定されている。

ドイツには、4つの系統運用業者と866の配電ネット運用が存在する(2010年6月時点)。ドイツの系統運用業者は、託送及び配電の義務だけでなく、電力供給の品質を維持するため、電力の系統維持及び電力供給回復の義務がある。同時同量の維持のため、常時バックアップ供給の維持は、4つの系統運用業者の系統維持サービスに含まれる。同時同量の電力供給は、30分の範囲内で行われ、4つの系統運用業者による、この分ごとのリザーブ需要は、2006年12月1日からは、共同の公募でという方法で調達されている。このため、4つの系統運用業者は、共通のインターネットプラットフォームを有している。

主要な系統運用業者の4者について、Amprion(RWEの100%子会社であったが、2011年7月に74.9%を売却し、買手は、ドイツの機関投資家等からなるコンソーシアム、バックアップゾーンは、西部ドイツ)、EnBWトランスポートネットワーク(EnBWのバックアップゾーン、バーデンビュルッテンベルク、100%EnBWの監督下にある)、TenneT TSO(E.ONの一部が名称変更、Tennetホールディングはオランダ政府100%所有)、50Herzトランスミッション(VEAG・旧東独統合からVattenfallEurope、送電線分離・現在ベルギーの系統運用業者Elisaが持分60%所有、40%はオーストラリアのIMFファンドが保有)がある。

小口の最終利用顧客への電力の供給は、原則として、小売業者(Einzelhandel)が行なう。供給サイドには例えば公営事業者、小売、大規模エネルギー会社の販売子会社が登場し、最終利用顧客向けには、電力供給の他に、測定及びエネルギーに関する助言のような事業も行なう。小売販売の段階は、原則として最終利用者への供給となり、大口(機関的な)取引はここでは行われない。小売業者は、配電ネットワークにおいて存在し、そこでは圧倒的に中圧及び低圧レベルとなる。

2. ドイツガス産業の概観

設備拘束性のあるガスとして、天然ガス及びバイオガスが天然ガスのネットワークで供給

され得る。天然ガスは、一次エネルギーであり、主要な利用目的は、天然ガスから発電に利用されることであり、その他、暖房として熱利用される。大陸における遠近距離において、ガスはパイプラインで輸送される。大陸間等長距離で天然ガスを輸送する場合、最大概ね80barの高いガス圧力を要し、これに対して、最終顧客へのガスの配分は、地方自治体のガス配分ネットワークで行われ、原則として中圧のラインとなる。異なる圧力のネットワークの連結には、いわゆる圧力制御器を利用する。パイプラインによる輸送の他、天然ガスは液体、いわゆるLNGの形態でタンク輸送されることができ。LNGは、ヨーロッパでその意義が急速に高まってきている。ヨーロッパの最大の供給国は、アルジェリア、カタール、及びナイジェリアである。ドイツのターミナルは、今のところ存在しないが、オランダとイタリアにLNGターミナルが存在し、オランダからの購入が可能である。天然ガスは、物理的特性として貯蔵可能である点が電力と異なる。

ガス市場自由化の重要な目標は、天然ガスの取引段階における競争過程の条件の導入・整備であり、それによって、多数の供給者及び需要者が競争する競争的な市場を形成することである。

ドイツのガス産業構造は、生産から最終顧客まで、多くの段階に分かれている。卸売段階では、とりわけ取引市場外でOTC取引でのガスの取扱いの他、ドイツのエネルギー取引市場であるライブチヒのEEXでのガス取引の重要性が増している。最終顧客への販売においては、ドイツでは地方の再販売業者、特に地方公営業者、垂直的統合事業者の子会社等が活動している。産業用顧客は、卸売りからもガスを直接購入することができるため、ドイツのガス市場の販売段階は画一的に構成されない。

天然ガスについてのネットワークは、多くの場合自然独占として捉えられており、有効な競争は、遠距離及び配分ネットワークへのアクセスコントロールを必要とし、それによって、下流の市場段階での有効な競争の条件を整備することが目標とされている。

ガス市場においては様々な問題の解決が必要である。オープンなガス市場の最重要な基本コンセプトは、ネットに存在するガスの個別のトランスポートカスタマーへの割当である。ドイツのガスネットワークでは、一トランスポートカスタマーが一定のゾーン内で保持するガスのシェアのみが捉えられる。このゾーンは、市場地域として特徴付けられる。ゾーン内のガスの輸送は、Entry 及び EXITシステムと呼ばれるシステムによって実施されている。このように、ドイツでは自由化された電力市場とは対照的に、ガスの輸送及び取引は、市場地域という地理的限定によって常に制限された状態であり、幾つかの地理的に画定された個別市場に分けられている。2011年7月時点で、地理的にも質的にも異なる、3つの市場地域があり、異なる市場地域での取引ポイントは、流動性は高くない。この前提に鑑みれば、急速な競争の展開は依然として阻害されている。例えば、事実上、NCG と Gaspoolという二つの市場地域についてのみ、個別にガス価格がドイツのエネルギー取引所EEXでも扱われてい

るにすぎない。市場地域のオペレーターは、それぞれ地域の遠距離ガス会社である。Hガス市場地域であるNCGで活動しているのは、Bayernsts, EniGasTransport, OpenGridEurope, GDNetz, GVSNetzとThyssengasである。H市場地域 Gaspoolは、DONG Energy Pipeline, Gasunie Deutschland Transport Service, ONTRAS- VNGG Transport, WINGAS TRANSPORTと Statoil Deutschlandのネットワークを接続している。残るAequamusのLガス市場地域は、Erdgas Munster Transport, EWE NETZ, Gasunie Deutschland Transport Servicesである。

II エネルギー価格の料金規制について

1. 概観

自然独占とされた電力及びガス産業においては、料金のコスト規制が中心であった。しかしながら、かかる手法は、逆にコストを上昇させ、過剰投資を招き、生産性向上ももたらさないという考えから、エネルギー経済法及びカルテル法においては既に競争指向的な修正ファクターが組み込まれてきている。すなわち、競争的視点からの純粋なコスト的検討(他の電力供給事業者との比較検討)、カルテル法では、als ob Konzept(仮定コンセプト)の基準を濫用規制において展開してきている。そして、EnWG(エネルギー経済法)の2005年改正以来、ネットワーク分野と競争分野の料金基準を実質的に区別し、異なる手続きを規定している。すなわち、ネット利用料金(託送料金)とその規制は、規制官庁の管轄であるが、競争分野のコントロールはカルテル庁にある。

(1) ネット利用料金(託送料金)規制

① エネルギー経済法による事前規制

エネルギー供給網の系統運用業者が課すネット利用料金(託送料金)は、国家規制に服する。事前に監督官庁から認可を受けた上限額のネット利用料金を請求することができる。2005年発効のエネルギー経済法は従来の原則から転換し、エネルギー経済法、競争法及び民法の規定による事後の検討から、ネット利用料金は事前認可による事前規制に服することになった。

エネルギー経済法20条1項に基づき、エネルギー供給網の運用業者は、原則として何人に対してもネットアクセスを与えなければならず、その代償として、系統運用業者は、適切な料金を計上することができる。エネルギー経済法の料金規制の中心となる規定は、23a条で定める認可義務、21a条のインセンティブ規制のほか、21条がネット利用料金の基本原則を定める。21条1項では、ネット利用料金は差別無くかつ透明でなければならず、比較しうるケースで、とりわけ内部事業者及び従属事業者との比較で不利に扱ってはならない。21条2項では、料金は、効率的なサービス提供のためのインセンティブに顧慮して、効率的かつ構造的にも比較可能な系統運用業者に適合しなければならない経営遂行のコスト及び妥当かつ能力のあるリスクに対応しうる投下資本の利子を基礎にして形成されなければならない

(1文)。料金がコスト指向で形成される限り、コスト及びコスト構成要素がその範囲で競争のもとで用いられていなければ考慮されない(2文)。このように同2項は、コストを志向するネット利用料金の原則を定めているが、事後的な料金規制の原則となっている。

電力及びガスネットワークは、原則として自然独占を意味することから、エネルギーネット利用料金は、21a条以下で定める様に、2009年以来インセンティブ規制として形成される事前料金規制に服する。21a条1項1号によれば、ネット利用料金ないしはネット利用料金を適用した時の総利益を引き合いに出した上限が予め設定されている。この上限から獲得し得る利益についての上限を、個々の系統運用業者ごとに規定する。これは、効率性基準の考慮のもと行われる。

24条2項4号では、料金は前述の同21条2項に一致する一方で、他方、経営の安定、安定した供給、ネットワークの有効に必要なネットワークへの投資が保障されることに顧慮して形成されなければならないとしている。

② エネルギー経済法による事後の濫用規制

エネルギー経済法30条以下で定められている官庁の監視は、事後的な濫用規制を意味する。この濫用は、特に、エネルギー供給ネットの運用事業者が次の行為を行う場合に認められるとして、6つの行為を挙げている。すなわち、**①**2章及び3章の規定又はこれらの規定に基づいて制定された法規命令を守らないこと(30条1項1号)。**②**他の事業者を直接又は間接に不当に妨害すること、又はその事業者の競争可能性を実質的に正当な根拠なしに、著しく阻害すること(同2号)。**③**他の事業者を同種の事業者に対して、実質的に正当な根拠なく、直接又は間接に異なって取り扱うこと(同3号)。**④**自己自身又は3条38号にいう結合事業者に、エネルギー供給ネットの運用事業者がそのより不利な供給を実質的に正当なものであることを立証しない場合には、その内部で利用される又は市場に提供される商品・役務を、他の事業者に、商品・役務の利用について又はそれらの事業者と関係する商品又は事業活動に提供するより有利な条件又は料金で提供すること(同4号)。**⑤**実質的に正当な根拠なしに、有効な競争において高度の蓋然性を持つ条件と離れたネットの利用の料金又はその他の営業条件を請求すること(この場合に、特に比較市場における事業者の行為及び21条の定める比較手続に基づく結果が考慮されなければならない、関係事業者に与えられた23a条に基づく認可の上限を超えない料金、また21a条の定めるインセンティブ規制の場合には、規制期間について定められた上限を超えない料金は、実質的に正当なものとされる)(同5号)。**⑥**当該事業者がその条件を自ら比較できる市場において同種の需要者に請求する場合に、より不利な料金又はその他の営業条件を求めること(違いが実質的に正当化される場合を除く)(同6号)。

規制官庁は、その地位を濫用するエネルギー供給ネットの運用事業者に、30条1項に違反する行為を中止することを義務づけることができる。規制官庁は、当該事業者に、違反行為を

効果的に停止するために必要なすべての行為を課すことができる。

③ 最終消費者に対するエネルギー供給義務

エネルギー供給事業者(電力供給事業者)は、その事業者が家計顧客に基本供給を行うネット領域について、低圧による電力供給の一般的な条件と一般的な価格を公表しなければならない。またそれをインターネットで公表しなければならない。またこの条件と価格で家計顧客に供給しなければならない。供給がエネルギー供給事業者にとって経済的な根拠から期待できない場合には、基本供給の義務は存在しない。この基本供給者は、一般的供給の一ネット領域における大部分の家計顧客に供給するエネルギー供給事業者である(36条1項)とするのが、家計顧客に対する供給にかかる基本的な規定であり、このことを前提とした各種の規定が設けられているが、改正前の料金についての州政府の認可制度は設けられておらず、原則として供給事業者の自由にゆだねられているが、一般的価格の形成を1条1項に配慮して規制する法規命令を定めることができることが定められている。また一定の範囲での契約締結についての規制を法規命令によって行う可能性も定められている(39条1項)。

(2) 小売市場

ドイツでは、小売価格は何ら規制に服さない。一般家庭向け価格は、ネットワーク料金の明らかな低下にも係らず、過去数年間上昇傾向にある(2006年から2010年)。これは、2009年から2010年に明らかに上昇した再生エネルギー割当額にもっぱら起因するとされる。ガス小売価格は、電気価格と異なり、再生エネルギー割当額を含まない。ガス価格は、原則として平均的に低下傾向にある。これは、エネルギー生産及び販売コスト低下に理由がある²。

小売段階における電力供給者の転換率及び価格弾力性は、産業用・大口顧客と比べて一般顧客において依然として低い。2010年のネットエージェンシーのモニタリングレポートによれば、全ての一般家庭の14%弱のみがいわゆるプライマリーケア以外の供給者から、引き続き86%が地域の一般電気事業者から供給を受けている。ガスについては、総売上の約5%(電力は上記14%)のみが外部の供給者(いわゆる基本供給事業者でない)によって一般家庭顧客に

²資料 <http://www.bundesnetzagentur.de> 連邦ネットエージェンシーのHP より

小口一般家庭で年間消費 3,500kWh の電力価格構成(2011.4.1 時点での全てのタリフの中間値)ガスについては 23.269kWh

Nettonetzentgelt : ネット利用料金(電気 19.9 %) (ガス:19.4%) :

Messung, Messstellenbetrieb und Abrechnung: 計器の読取り, アフターケア・徴収の料金(電気 2.7 %) (ガス:2%)

Staatliche Abgaben Konzessionsabgabe: 使用料 (電気 6.5 %) (ガス:3.6%)

Umlage nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz : 再生可能エネルギー法負担金(電気 13.7 %)

Umlage nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz: 熱電併給法 負担金(電気 0.2 %)

Steuern : 税金(電気 24.0 %) (ガス:24.7%)

Kosten für die Strombeschaffung und für den Vertrieb: 電力生産及び販売費用(電気 33.0 %) (ガス:50.3%)

供給されており、ガス市場における供給者の乗換えは、電力市場により低い。

2. 競争制限防止法上のエネルギー価格規制

エネルギー分野についての価格濫用規制の本改正の背景としては、法的な市場開放から10年経過しても、電力及びガス分野においては十分活発な競争が行われていないこと、大幅な価格の下落につながっていないこと、エネルギー市場は、強度に垂直的統合されている高度の集中度を示し、エネルギー価格は、国民経済的に懸念される水準まで上昇しており、これは、一時的なエネルギーコストの展開によって説明し得ないと捉えられ、買手である産業及び消費者に価格が転嫁・負担されているという状況が指摘されている。このため、とりわけ、業法上の規制を受けない市場に関して、カルテル官庁の有効な規制を確保し、市場支配的エネルギー供給事業者に対する競争制限防止法の介入を強化すべきであると考えられている。エネルギー価格は、エネルギーに依存する産業及び中小事業者の競争能力にとって決定的な意味を持ち、高いエネルギー価格は何より直接消費者に負担を課すことになる。カルテル庁は、29条³を用いて、エネルギー経済法による規制を受けない分野でその濫用規制を効果的に実施し、短期間に競争を活発化させ及びそれをもって価格低下に貢献することが可能となるろう。

カルテル法上の市場支配的事業者の価格濫用規制と私法上の正当性コントロールは、事後的にエネルギー供給の価格を審査する。

(1) 競争制限防止法29条

29条1号においては、まずは、比較市場コンセプトに基づき、比較事業者の事実上の価格を手がかりに利益の・タリフ比較を行う。自ら影響を及ぼし得ない利益構成要素、ネット料金、土地利用料、税金を差し引いた後、当該事業者及び比較事業者のネットの総利益が比較される。

29条2文によれば、供給事業者は、コストを不当に上回る価格を要求することが禁止されている。かかるコスト規制を主眼とする利益限界コンセプトは、コストの高さ及びその根拠

³ 29条 エネルギー経済

ある市場において、単独に又は他の供給事業者と一緒に、市場支配的地位を占める電力、ガス又は遠隔暖房の供給者(供給事業者)として、

1. 他の供給事業者の取引条件又は比較可能な市場の事業者よりも不利益な料金、料金の構成部分又はその他の取引条件を求めること(その差が著しくない場合も含まれる)、

2. コストを不当に上回る料金を請求すること、

によって、その地位を濫用することは、事業者に禁止される。

供給事業者が、その差異が実質的に正当であることが立証された場合には、濫用とはされない。その範囲では、競争において認められると考えられるコスト及びコストの構成要素は、この規定の意味する濫用の判断に際して考慮されるべきではない。19条及び20条は影響されることはない。

に基づき、そこから発生する限界利益が適切かどうかに基づいて、コストを検討することである。コスト計算が高すぎないか、共通コストが不的確に配布されていないかが問題となる。税金、認可されたネット料金は適法として捉えられ、それ以外の適切なコスト基準については従来の実務では手がかりはない。

高価格濫用についての正当化事由は極めて限定的に考慮される。すなわち、妨害濫用より限定的に考慮されることになり、立証責任は当該事業者にある。

(2) ガス事業者に対するケース

2010年6月23日、カルテル庁は、2008年に開始された30のガス供給者に対する、濫用的価格引上げに基づく手続きを最終的に終結し、確約をカルテル庁は公表した。詳細審査から、全ての事業者が確約を応諾した。この手続きは、2007年、2008年の小売価格が対象となった。カルテル庁は、競争制限防止法29条に基づく審査により、認可されたネット利用料金(総額のおおよそ16%)、税金及び土地利用料(総額のおおよそ29%)を控除した。カルテル庁によって検討された収益又は価格構成は、市民が支払うガス価格の概ね55%を形成する。当該事業者は、正当事由を主張することが可能であり、自己の調達コストがこの場合には重要と考えられるが、カルテル庁は、ここで他の供給者の調達行動の比較を行い、事実上の調達コストを検討しなかった。

ガス供給者の確約は、2007年及び2008年に総額1億3000万 €を顧客に還付し、かつこの還付は2009年の価格引き上げで補填してはならない(no-repeated-game条項)という内容となっている。2008年と2009年には、事業者は総額3億1400万€の上昇コスト(特に高いネット料金及びガス購入コスト)を消費者に転嫁してはならない、または2009年の低いガス購入コストによる削減を超える価格引き下げを受け入れなければならない。業界全体に係るカルテル庁の措置は、供給者の市場参入を妨げるのではないかという懸念は根拠がない。ガス顧客をめぐる競争は、2009年、著しく活発であった。新規の供給者が多数市場に参入しているという評価が明らかとなった。生産の多様性及び節減ポテンシャルが高まったので、消費者は既存の選択可能性を利用する機会が増大する。

(3) 搾取濫用に関するその他のケース

地方公共団体のガス供給事業者による土地使用料の濫用的引上げに対する連邦カルテル庁決定(2009.9.21)がある。取消訴訟が提起され、係属中である。その他、「*Wasserpreis Weltzlar*」(BGH2010.2.2公的な水道供給を行う事業者のケース)がある。

Ⅲ 民法315条⁴による私法上のエネルギー価格規制

料金引き上げについては、競争制限防止法29条だけでなく、民法315条にいう公平性に該当するか否かが検討されるケースも少なくない。当該条項は、契約上、一方当事者に裁量的な給付確定権が付与されている場合、裁量権を付与されている当事者は、これを公正な裁量に従って行使することを義務付けており、さらに裁判所が判決によって当事者に代ってこの裁量権を行使することを承認している。提供されるサービスが契約で合意された価格と釣り合いが取れたものかどうか審査することになる。民法315条は、全ての分野における債務関係(*Schuldverhältnis*)を捉えるが、2004年以降、ガス及び電力の供給者の価格確定権が問題になる訴訟が大部分である。

この場合、価格が当初価格、又は価格引上げであろうと、一方的に引き上げられるか、合意されているかどうか、優先的に問題となる。

1. 民法315条の適用範囲

民法315条1項は、サービス給付が一方契約当事者によって確定され、当該確定が公平な裁量に基づき疑いがある向けられる場合を捉える。これに対して、客観的評価基準が規定されている、例えば、医師、弁護士等の料金規則がある場合には、捉えられない。

エネルギー分野における民法315条の適用に際しては、まず適用可能性が問題となる。民法315条に基づく公平性の検討は、サービス給付に関する一方的な確定権を前提とする。その場合、価格が新規の価格又は価格の引き上げか、一方的に確定されたのかまたは合意されたのが問題となる。エネルギー価格が相互の合意によって決められるケースでは当該規定の直接適用は問題にならないが、しばしば合意として成立する、特に初期価格に関しての適用可能性の問題が生じる。もっとも、判例では、形式的な合意のケースで民法315条の適用を正当とする事例もある。

⁴ § 315 一方当事者によるサービスの給付

一方の契約当事者によって確定することができるなら (1) それは確定が公平な裁量に基づき行使されることが疑いをもって受入られる。

(2) 確定は、他方当事者への通知によってなされる。

(3) 確定は公平な裁量で行われるとすれば、それが公平に準ずる場合にのみ、その確定は他方当事者を拘束する。公平に準ずるものでない場合、裁判所によって確定される。確定が遅れた場合にも同様である。

(1) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.

(2) Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil.

(3) Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht. Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Bestimmung durch Urteil getroffen; das Gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird.

(1) 一方的確定権

民法315条の直接の適用は、エネルギー供給事業者の一方的確定権を前提とし、すなわち、価格は、いかなる考えうる視点のもとでも合意されたものではなく、契約で明示するだけでなく、契約の附属書ないしは公表価格を付加することもエネルギー価格の合意となる。価格の合意は、価格引き上げが関係する年間計算に基づく顧客が、異議を唱えない場合にも存在する⁵。幾つかの高裁判例では、最終的に顧客によるエネルギーの単なる継続購入は、合意の存在を認めるのに十分であるとしている。最高裁は、最終的にはこの問題について、一方的な価格引き上げが無効な価格適合条項に基づく場合には、黙示の合意ではないとしているが、最終的には一致した見解はない。

基本供給顧客の供給については、電力及びガスの基本供給に関する規則から、供給者の一方的な価格確定権の法的根拠が明らかとなる。基本供給顧客かどうかは、公知の条件及び価格で供給しているかどうかによって判断される。

具体的事例において、初期価格と価格引き上げは区別される。最終顧客とのエネルギー供給契約において事前に合意される場合には、原則として、民法315条3項2文に基づく公平性の検討は除外される。これは、特別契約における顧客の初期価格に妥当し、ここでは、契約自由の枠組みで生じる契約関係として、多くの場合に合意に基づいている。これに対して、基本供給の契約関係における顧客については、関係規則に基づく価格設定では、合意は生じない。しかし、実際には、エネルギー供給者による一方的な基準値にも拘らず、価格は、顧客のその後の黙示的行動を通して、合意の対象となってきた。顧客が、価格引き上げについて、適切な期間内に異議を申し立てなければ、黙示的に合意されているとする判決もある。

民法315条が初期価格に適用された最高裁の例外的ケースがある。ここでは、当事者は、ネットワークオペレーターが「団体協定II」⁶の価格発見に関する原則により検討したネット利用料金を支払う、とのみの合意があった。このことは、最高裁は、ネットワークオペレーターが一方的な価格決定権限を持つことに他ならない、という形式的な合意を意味するとした。さらに、Stromnetznutzungsentgelt（電力ネット利用料金）IIケース⁷では、初期価格について当事者の合意が明らかになく、そこから最高裁は、補完的な契約解釈の方法で、エネルギー供給者の価格確定権を導いた。最終的に、最高裁は、Stromnetznutzungsentgelt IIIケース⁸で、当事者が価格表にある初期価格で購入をしていたが、初期価格への直接適用

⁵学説反対意見あり、Markert Kurt 「Zur Kontrolle von Strom- und Gaspreiserhöhungen nach § 307 und § 315 BGB」 ZNER200年44頁。

⁶発電事業者、系統運用業者者、需要者の3者の事業者団体がネット利用料金の積算方法について合意していた、いわゆる自主規制。2005年エネルギー経済法改正を契機に、公的な直接規制に移行。

⁷ BGH WuW/E DE-R 1730。

⁸ BGH WuW/E DE-R 2279。

を肯定した。価格表は、単に価格発見プロセスの結果の再現であり、そして示された価格は、「団体協定II plus」の価格発見の原則に事実上一致する限りで、拘束的であるにすぎない。

初期価格と異なり、価格引き上げについて民法315条を直接適用することについては問題がない。もっとも、民法315条が価格引き上げに適用される傾向がある一方で、初期価格には適用されない傾向があることは、価格の公平性の検討の枠組みにおける不自然な分裂の懸念が生じ、すなわち、検討はもっぱら価格引き上げに限定され、価格形成は十分に捉えられなくなる。

2. 事実上の確定権

合意に基づくため民法315条3項の直接適用が考慮の外におかれる限りで、一定の要件において準用が可能である。判例では、供給者が、特に、接続又は利用強制のもとにおいて独占的地位にある、ないしは公的供給の枠組みで、殆ど事実上価格を一方的に決めることができ、価格合意が形式的である状況で、伝統的に民法315条が準用されている。エネルギーセクターとの関係では、電力供給者が独占者であった1998年の自由化以前の電力供給に関して準用が肯定されてきている。

現在、市場開放過程が展開する中で、エネルギー供給への民法315条の準用について、最高裁はリーディングケースである3つの判例で立場を明らかにする。第一に、顧客が電力購入を他の供給者に転換する選択可能性があることを理由に、準用を否定したケースがある⁹。第二に、「*Gaspreis*」¹⁰ケースでは、供給者が独占的地位にないとして準用を否定した。最高裁は、ガス管拘束性を前提に、H市における範囲で唯一のガス供給者が、ガス供給市場における直接的な競争には直面しておらず、他のガス供給者に転換する可能性はないとしているが、他の全てのガス供給事業者と同様に、ガス供給事業者は、熱エネルギー市場において、灯油、電力、石炭および地域暖房のような、競合する熱エネルギーの供給者と代替競争にあるとしている。顧客が将来の暖房システムを判断する時点でのみ、これらの直接的競争関係が存在するが、最高裁は、ガス供給者がその価格設定に際して、既存と新規顧客を区別せず、かつエネルギーシステム市場間の競争圧力を、その限りで強化するという状況から、代替競争を導いた。しかしこの判断は、事実と反するとして、批判されている。ガス供給市場において、他のエネルギーの担い手からの一定の競争圧力は見られないとする見解である。というのは、1995年から2005年において、シェアは70%以上であるという、新築における天然ガス暖房の浸透性、石油暖房に不利な建築法などの障壁を考慮すべきであるとする。

この*Gaspreis*最高裁判決後、高裁でも市場画定において、ガスという独立した商品市場ではなく、熱源エネルギー市場を出発点とすることになる。しかし、最終的には、上告審では、

⁹ 「*Strompreis*」 NJW 2007年1672頁。

¹⁰ 2008年12月10日最高裁判決(WuW/E DE-E 2538)。

商品市場の画定は天然ガスのみを基準とした。半年後の最高裁判決 *Stadtwerke Dinkslaken* では、結論として、最終顧客への天然ガス供給についての準用を問題としなかった。その理由は、当該タリフに対する国家の審査及び認可を繰り返すことになるためとする¹¹。

市場開放過程にあるガス及び電力の初期価格への315条3項の準用は、概ね認められていない。ネットワークの範囲では独占であると考えられつつも、市場の画定や他のエネルギー源との代替競争に顧慮して、供給者が独占的地位を有しているかが認定のポイントとなっているようである。

3. 公平な裁量

電力価格及びガス価格についての裁判所による公平性の検討は、競争制限防止法29条によるカルテル庁の手続きの枠組みにおいてスタンダードとなっている詳細な検討に達しない。エネルギー供給者の価格設定の公平性についての具体的評価は、私法上の裁判措置に関して区別される。エネルギー供給者による価格設定が、公平な裁量に基づくかどうかは、コスト及びマージン自体の検討、及びそれらの比較検討によって判断される。多くの場合、価格引き上げが問題となり、マージンの詳細審査なくコスト検討が行なわれることになる。これに対して、稀ではあるが、初期価格が取り扱われる場合、価格の公平性はとりわけ比較検討によって立証されることになる。ここでは、コスト検討を含めたマージン検討が原則として可能である。

(1) コスト検討

判例によれば、価格引き上げの公平性については、全体の価格上昇という価格引き上げが行なわれるという立証で十分である。割増し負担の単なる転嫁は、エネルギー供給者の原則として正当な利益として認識されている。このような考え方は、逆に、エネルギー供給業者は、民法315条により、契約で意図された価格とサービス関係の歪んだ状態を阻止するために、価格引き下げも義務づけられる。このように、価格引き上げの公平性検討は、純粋なコ

¹¹ ガス供給者の一般タリフは、供給者と顧客間の契約上の合意を対象とする限り、民法 315 条の裁判上の公平性コントロールの規制に服さない。ガスをめぐる一般的タリフの国家的な規制を度外視することは、立法者の判断決定に反する。その他、当該判決では、ガス供給者が、購入コストの上昇による公平性に基づく場合の立証として、必ずしも購入価格の絶対的な高さを示したり、その供給者との購入契約を提示する必要はないとされた。

その他参考文献として

Reliza Koleva 「Die Preismisbrauchskontrolle nach § 29 GWB」 (2013 年)

Schneider/Theobald 「Recht der Energiewirtschaft Praxisbuch 4. Auflage」 (2013 年)

コスト検討を手段として行なわれ、これに対して、これに基づき計上される、供給者のマージンの検討はなされない。初期価格に含まれるマージンは、契約上合意されたものとして、言及されない。

実際には、購入コストの上昇が価格引き上げを正当化するかどうかということが圧倒的に問題となる。他の分野におけるコストの上昇の適及的調整である限り、購入コストの上昇に基づく価格引き上げは不当となる。多方面で活動する事業者は、電力又はガス価格を、他の取引分野における低下したコストで補助する義務はないことになる。

コスト上昇がエネルギー価格の価格引き上げを正当化することの立証について、従来の判例によれば、厳しい要件を課しているわけではない。このことは、競争者のコスト状況についての比較しうる数値が入手できないこと、当該エネルギー供給者の自己の計算の詳細は、営業秘密の保護に服することである。信用の保護と効果的な法的保護の緊張関係において、以下のような原則が確立してきている。

購入状況の検討について、市場における最も低い価格ないしは平均値ではなく、エネルギー供給者の事実上の購入価格を基準とする。購入コストのかかるベンチマークは、競争制限防止法上の価格濫用手続きでは今日スタンダードとして承認されている。最高裁は、事実上のコストが当該価格引き上げを正当かすることで十分であるとして、供給者が、比較して安い購入価格に努めたかどうかの更なる検討を、回避している。とりわけ、最高裁は、供給者の購入契約で、規定されるガスと石油価格の連動性は競争制限防止法に反するという顧客の主張を認めなかった。

(2) 市場価格比較

稀なケースとされるが、初期価格が民法315条に基づき公平性裁量の検討が行われる場合、上記の単なるコスト検討では十分とされず、価格全体の適否が、比較検討又はマージンの検討を通して審査されることになる。

4. 民法315条と競争制限防止法29条

民法315条による公平性のコントロールは、裁判所に委ねられている。同様に、カルテル庁も、2006年、当該規定に携わってきている。すなわち、カルテル庁は、消費者に有利になるように、顧客が民法315条3項に基づきその支払いを縮減した後、供給の停止を脅した供給者に対して介入することが可能である。法的根拠は、競争制限防止法19条1項及び4項の濫用禁止規定であった。停止脅威を通して、市場支配的供給者が、エネルギー価格引き上げの公平性を立証すること無く料金を確保するという懸念が生じたということである。

市場開放プロセスが進展するにおいて、民法315条に基づく訴訟は減少するだろうと考えられている。まさに家庭顧客に対する電力販売において、多様な交換可能性が存在し、その

活用を競争的な市場構造の展開が促すことになる。ガス販売においても、交換可能性の発展の考慮が妥当する。カルテル庁は、競争制限防止法29条を持って、民法315条よりもより有効な規制措置を与えられたと言っても良いであろう。実務が示すところでは、時間の経過とともに、公平性コントロールは、単に支払うことができない、又は支払いたくない少なからぬ顧客に利用されていた様である。カルテル庁は、原則として民法315条との関係で生じる供給停止の懸念に対しては、315条の適用が優先される限り、介入していないようである。

第 3 章

Exelon/Constellation 合併事例について

駒澤大学法科大学院教授

若 林 亜理砂

I はじめに

米国では2010年にほぼ20年ぶりに連邦司法省（以下、「DOJ」）が連邦取引委員会と共同で水平的合併ガイドラインを全面的に改訂した。これに伴い、電力産業における合併審査がどのように影響を受けるのか、FERCの審査とはどのように異なることとなるのか、検討が必要となると思われる。以下では、DOJのガイドライン改訂後の事案であるExelon社とConstellation社の合併事例について、DOJ及びFERC双方の判断につき概観し、その相違点につき検討を行う。

II 事実概要

本件は、Exelon社によるConstellation社の買収事例である。Exelon社は、シカゴに本社を置くペンシルベニア州法に基づく持株会社である。Exelonは子会社を通じて中西部及び中部大西洋側に総量25000メガワット以上の発電設備を有しており、2010年の年商は186億ドルである。Constellation社は、ボルチモアに本社を置くメリーランド州に基づく持株会社であり、子会社を通じて主としてメリーランド州に総量11000メガワットの発電設備を有する。

両社の合併により、中部大西洋側において合併会社のキャパシティーが増加することになるが、当該地位における卸電力取引は以下のように行われている。

中部大西洋側では、送電設備はPJM Interconnection社（PJM）によって運営されている。PJMは、私的非営利組織であり、そのメンバーは送電設備の所有者、発電設備の所有者、配電事業者、小売り需要者、卸及び小売供給者などから構成されている。PJMにより運営されている送電網は米国において最大であり、デラウェア州、イリノイ州、インディアナ州、ケンタッキー州、メリーランド州、ミシガン州、ニュージャージー州、ノースカロライナ州、オハイオ州、ペンシルベニア州、テネシー州、バージニア州、ウェストバージニア州、コロンビア特別区の全部または一部（PJM地区）において、約5800万人に電力を供給している。

PJMが運用している市場は2つある。前日市場と当日の取引を行うリアルタイム市場である。市場では、卸売事業者は販売したい額をそれぞれオファーし、購入者も購入したい電力量を異なるそれぞれの価格で入札する。PJMはマッチした部分から積み上げていく。電力事業者は相対契約をすることも可能である。相対契約は予想オークション価格を反映することが一般的である。

送電網には物理的限度があることから、PJMは前日市場において必要な電力の総発電コストを最小限にすることを、メリットオーダーにおいて発電を調整することにより試みる。すなわち、PJMは発電コストの低い方から「呼び出し」を行い、翌日の1時間ごとの需要とマッチするまで高い価格に向かって呼び出しを行う。最終的にマッチした額（＝呼び出しがかかった電力のうち最高額）がその時間帯の支払額となり、呼び出しがかかったすべての

発電事業者がその額を受け取る。

PJMの特定の地域には複数の送電制約がある。送電制約上、最低額の電力を一定の地域で受け付けられない場合には、PJMはまだ呼び出されていない追加的な発電の呼び出しを行う。このような呼び出しが行われることにより、需要が満たされるだけでなく、制約がある部分に流されるはずであった電力量を抑制することにより、制約を緩和する作用がある。制約を緩和するための特定の発電設備の有効性は、当該制約との関係でどこに当該設備があるかに依拠し、それは当該設備の「シフトファクター」により測られる。一般的にシフトファクターが高い設備が最も良く制約を緩和することができ、最も高い価格を受け取ることができる。一般的にPJMの中部大西洋側地域においては、電力は西から東に流れている。これは、制約部分の東側に位置する発電設備が最も良く制約を緩和することができ、比較的高価格を受け取ることができることを意味している。

III DOJによる審査

1. 関連法規及び規制機関

連邦競争法上の合併規制の主たる根拠条文は、クレイトン法7条である¹。同法は、「国内のいかなる取引分野において、あるいは、いかなる地域の取引に影響を与える事業活動において、いかなる者も・・・その効果が競争を実質的に減殺し、又は独占を形成するおそれがある場合には、直接あるいは間接に、株式あるいは資産の全部あるいは一部の取得・・・を行ってはならない」と規定する。

クレイトン法7A条は、一定規模の合併につき届出義務が課されており、届出は連邦司法省（以下、DOJ）及び連邦取引委員会（FTC）に対してなされる²。届出後はDOJ及びFTCのうちいずれが担当するかが決定され、当該合併につき審査することとなる。本件の場合にもDOJが担当している。

クレイトン法7条に基づく検討については、従来より合併ガイドラインが公表されてきている。最初のガイドラインはDOJによって1968年に公表された合併ガイドラインであり、その後DOJの1982年合併ガイドラインが公表され、当該ガイドラインは1984年に改訂されている。1992年には、DOJ及びFTCによる1992年水平的合併ガイドラインが公表され（以下、「1992年ガイドライン」）、その後1997年に改訂されている。直近に公表されたのは、DOJ・FTCによる2010年水平的合併ガイドライン（以下、「2010年ガイドライン」）であり、現在は同ガイドラインに従って審査が行われている。

2010年ガイドラインは、その目的として、当局の決定の基礎となる分析プロセスの透明性を増すことにより、産業界及び反トラスト法の実務家をアシストすること、すなわち、水平

¹ 15 USC 18

² 15 USC 18a.

的合併において反トラスト法を解釈適用する適切な枠組みを展開することにおいて裁判所をサポートすること、と述べ、主として価格の影響への観点から水平的合併の効果を評価している。その内容は、旧ガイドラインの原則を踏襲しながらも、詳細化したものと評価されている。旧ガイドラインが公表されてから長期間経過し、実務における経験が積み重なる中で、実際の実務とガイドラインの間で乖離が生じていた。従って、内容の大幅な変更というわけではなく実務が急に変更されるわけではないと言われている。解釈適法方法の変更と言うよりはむしろ、旧ガイドラインが分析枠組みを示すことを主たる目的としていたのに対し、新ガイドラインはむしろ枠組みは踏襲した上で、どのような証拠や考慮事項に基づき判断するかにつき詳細に紹介することにより、事業者への手がかりとしようとしているものと思われる。

2010年ガイドラインは、1992年ガイドラインで述べられた5段階の審査手順は基本的には維持、すなわち、(1) 市場画定、基準および集中度 (2) 合併の潜在的な競争効果 (3) 新規参入分析

(4) 効率性 (5) 破綻および退出資産、という手順は一応採用していると考えられている。ただ、柔軟に分析を行うことが明示されており、2010年ガイドラインではまず最初に、単一の方法を統一的に適用することによって合併審査が行われるのではないと述べられている。むしろ、経験則に基づき、合理的に利用可能な分析ツールを適用していく、個々の事実に即したプロセスであると述べる。

従ってこれは、市場画定の位置づけについても当てはまる。2010年ガイドラインは、「市場画定の目的は競争減殺を評価することであるということを念頭に」置く、としており、「市場画定は必ずしも厳密である必要はない」と述べる。これは、2008年のWhole Foods事件³や2004年のOracle事件⁴で当局が市場画定に失敗したとして敗訴したことが、このような記述へ影響しているのではないかと考えられる。2010年ガイドラインが策定されたのは、これら事件の結果が原因となっているという指摘もある。

ただし、2010年ガイドラインでは市場画定を行わない場合もあり得るとしつつも、依然として市場画定は有用視されている。DOJの前反トラスト局長のVarney氏は、市場画定は依然として重要であると述べている⁵。

このように、市場画定については複数の分析手法があり、個別の事案に即して様々な手法を利用するとしても、どのような場合に市場を画定し、どのような場合にしないのか、複数の手法があるなかでどのように使い分けるのか、等、合併当事者や法執行者に対して予見性

³ FTC v. Whole Foods Market Inc., and Wild Oats Market Inc., 548 F.3d 1028(2008).

⁴ US v Oracle Corp., 331 F.Supp.2d 1098(N. D. Cal. 2004).

⁵ Christine A. Varney, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: Evolution, Not Revolution*, 77 Antitrust L. J. 651(2011).

を与えるという目的との関係で批判もある。

また、経済的分析の採用も2010年ガイドラインの新たな特徴である。同ガイドラインは、具体的にU P Pや合併シミュレーションなど経済的分析を取り入れることを明言している。しかし、経済的分析についても全く新たなものではなく、いずれも、従来の実務において、当局側および事業者側により用いられていたものである。

このほか、HH Iについて、従来のガイドラインと2010年ガイドラインでは後掲図2のように若干の違いがある。

2. 経過

本件の同意判決までの経過は以下の通りである。

2011年8月	Exelon社及びConstellation社が合併契約を締結
2011年12月21日	司法省，合併差止を求めて提訴
2012年5月23日	同意判決(Final Judgement) ⁶

3. DOJの本件合併評価

DOJは、2011年12月に提出した同意判決案と同時に提出したCompetitive Impact Statementにおいて、本件合併について以下のように評価を行っている⁷。

(1) 関連市場

① 商品市場

卸電力市場が関連商品市場である。卸電力の需要は小売電力の需要の機能も果たす。すなわち、顧客に販売するために卸電力を購入した小売事業者は、顧客が要求する通りの量を販売しなければならない。

消費者による需要は、大きな価格弾力性を持たない。卸売価格の増加に起因する小売価格の増加は小売販売量にほとんど影響を与えない。従って、卸売価格の微少であるが有意な増加は大多数の消費者が他のエネルギーに乗り換えること、あるいは電力の使用量を減少させることにつながらない。

② 地域市場

関連地域市場はP J Mの北中部大西洋側地域と南中部大西洋側地域が関連地域市場である。2つの地域は送電線によって画されている。これらの送電線の運用が限界に近づいた場合、電力購入者は自らの需要を満たすために他の地域から購入する能力に限界がある。その場合、どの設備が呼び出されるのかについては、シフトファクターが影響する。

⁶ Not reported in F.Supp.2d, 2012 WL 3018030 (D.D.C 2012).

⁷ <http://www.justice.gov/atr/cases/f278400/278485.pdf>

その際、当該制約地域にいる消費者が地域外から購入し得る電力は、当該地域の発電事業者が微少だが有意な価格引き上げを行うことを抑制するには不十分である。従って、PJMの北中部大西洋側地域及び南中部大西洋地域が関連市場となる。

(2) 市場シェア及び集中度

北中部大西洋側地域においては、Exelonは約18%の発電設備 (capacity) を有しており、Constellationは、約10%の発電設備を有しており、合併後のExelonの所有する発電設備は約28%となる。

南中部大西洋側地域においては、約14%の発電設備を有しており、Constellationは約9%の発電設備を有しており、合併後のExelon社が所有する発電設備は約22%となる。

2010年の水平的合併ガイドラインによれば、HHIが1500から2500の市場は中程度に集中した市場であり、中程度に集中した市場において合併によるHHIの増分が100以上の場合には、重大な競争上の懸念を引き起こす可能性があると考えられている。本件合併後の北中部大西洋側地域において、HHIは約1600となり、増分は400である。南中部大西洋側地域においては、HHIは約1800となり、増分は250である。従って、本件合併は重大な競争上の懸念を引き起こす可能性がある。

(3) 競争への影響

潜在的に電力供給を抑制する事業者の競争への影響を判断するに当たり、操業コスト、オファー、技術及び発電設備のシフトファクターを考慮する。特に、これらの要因は、(i) 発電の抑制がなされた場合にPJMが他の代替的発電設備を使用する際のPJMのシステムコスト、(ii) 潜在的な発電抑制策を採ることによる合併会社にとっての利益と損失に影響を与える。

原子力や石炭火力のようなベースロード電源は通常年間を通じて発電を行い、一定の中コスト電源は年間のうちかなりの時間稼働している。これらの電源を使用する場合、卸売電力価格の上昇によりメリットをうけるため、これらの電源については発電抑制をして価格を引き上げるインセンティブを有する。高コストの電源はその稼働を抑制することにより市場のクリアリング価格を増加させる。抑制により失うコストはベースロードの抑制により失うコストよりも少ない。

合併後のExelonにとっては、発電抑制をして価格を引き上げることにより利益を得る可能性が高まる。高コストの設備が増えることにより、Exelon社は発電量を減らしてクリアリング価格を増加させることができる。また、低コストの設備が増えることにより、高コストの設備の発電抑制をすることにより失う利益を、低コストの設備に関して得られる利益が上回ることになる。従って、この合併によりExelonが生産量を抑制して市場価格を引き上げるイ

ンセンティブは高まると考えられる。

(4) 参入

新規発電設備あるいは送電設備の建設は、反競争的価格引き上げを抑制しあるいは引き上げに反応するために、タイムリーに、実現可能に、及び十分に (timely, likely, and sufficient) 行われるとは考えられない。環境規制、安全規制、地域地区規制における認可が必要であることを考えると、一般的には十分な参入が生じるには多くの年月がかかると考えられる。

(5) 結論

ExelonのConstellationとの合併は、両社間の競争を消滅させ、卸電力の価格を引き上げるインセンティブと能力を合併会社に与え、その結果、PJM地域における家庭用、商業用、産業用需要家への小売価格の上昇を招くことになる。

北中部大西洋側地域では2010年に110億ドル以上の卸電力が販売されており、南中部では130億ドル以上の卸電力が販売されている。合併会社は同地域の中程度に集中した市場においてかなりのシェアを有することになる。より重要なことには、両市場において、合併会社は低コストのベースロード電源を有していることにより価格を引き上げるインセンティブを有し、また、高コストの電源を有することにより価格を引き上げる能力も有している。

4. 同意判決の内容

同意判決は、南北中部大西洋側地域における特定の3カ所の電力設備を合併会社が他の事業者に譲渡することを主として命ずるものである。当該合併により、PJMの南北中部大西洋側地域において、損失を被ることなく生産量を抑制して価格を引き上げる合併会社の能力及びインセンティブが非常に増加すると考えられる。3つの設備譲渡により、当該地域において、譲渡資産を取得する独立した1もしくは複数の競争者を生むことにより、卸電力をめぐる競争を維持するものである。

この資産譲渡に関して、司法省は以下のように説明している。設備譲渡の目的は単にHHIや市場シェアを合併前の値に戻すことではなく、競争を維持することである。従って、最終判決は、合併会社が生産を抑制して価格を引き上げることを可能とする主要な設備を同社の手から離すことによって有効な競争を回復することを目的とするものである。主として譲渡設備は石炭火力発電設備であり、これらは需要量によっては市場支配力を行使するインセンティブ又は能力をExelonに与えるものである。

そのほか、同意判決は以下の事項等も命じている。合併会社は、譲渡を迅速に完了するために必要なすべての合理的手段を講じなければならない、また、潜在的購入者に対しては協力

しなければならない。また、2011年7月1日以降、譲渡資産の運営または発電サービス契約に関わった人材に関する情報を被譲渡人に提供しなければならないが、当該人材と被譲渡人が雇用交渉を行うことを妨げてはならない。さらに、10年間、合併会社が当該資産を再取得することを禁じる。

IV FERCによる審査

1. 関連法規

電力事業者の合併等についての事業規制法上の関連法規は、連邦電力法（Federal Power Act）203(a)である⁸。同法によれば、一定規模の合併等については、連邦の事業規制機関である連邦エネルギー規制委員会（以下、「FERC」）の承認を事前に得ることを必要とするが、FERCは合併等が公共の利益に合致すると認められる場合に承認することとされている⁹。

⁸ 連邦電力法 203 条(a)の条文は以下の通りである（(3)は割愛）。

(1) いかなる公益事業者も、委員会による承認の命令を事前に得ることなく、以下のことを行ってはならない。

(A) 1000万ドルを超える価値を有する、委員会の管轄の下にある設備の全部又は一部を購入、賃借、その他処分（dispose）すること

(B) 1000万ドルを超える価値を有する、委員会の管轄の下にある設備の全部又は一部をいかなる第三者の設備と直接的あるいは間接的に合併、統合すること。

(C) 1000万ドルを超える価値を有する他の電力会社を購入、獲得、または担保として獲得すること。

(D) 以下の発電施設を購入、賃借、その他獲得すること

(i) 1000万ドルを超える価値を有し、かつ

(ii) 州際卸売取引のために利用され、料金決定の目的のために委員会が管轄権を有するもの

(2) 送電設備又は電力設備を含む持ち株会社制度をとるいかなる持株会社も、1000万ドルを超える価値を有するいかなる送電設備、電力会社または、1000万ドルを超える価値を有する送電会社あるいは電力会社を含む持株制度を採る持株会社を、委員会による承認の命令を事前に得ることなく、購入、賃借、その他処分（dispose）し、またはいかなる方法によっても直接または間接に合併、統合してはならない。

(4) 聴聞についての告知及び機会を与えた後、提案された処分、統合、獲得、支配権の変更が公共の利益と合致すると委員会が認め、かつ、非公益事業者との内部補助あるいは関連会社の利益になるように設備を抵当に入れることが公共の利益に合致すると委員会が認める場合を除き、提案された取引が非公益事業者との内部補助につながらない、あるいは関連会社の利益になるように設備を抵当に入れることがないと委員会が認める場合に、委員会は提案された取引を承認するものとする。

⁹ FERCによる合併の審査については、丸山真弘「米国電気事業規制当局による事業者の合併審査－包括エネルギー法による新しいFERCの権限－」電力中央研究所報告 Y05031（2005）、三枝まどか「米国の電気事業における合併審査手法の現状と課題」電力中央研究所報告 Y12014（2013）。

この承認基準及び手続きについて、FERCはMerger Policy Statementを公表しており、この中で承認するために必要な公共の利益についての考慮事項を挙げている。公共の利益に合致するかの判断に当たっては、(1) 競争への影響、(2) 料金への影響、(3) 規制への影響を考慮事項としてあげており、この中で最も重要視されるのが(1)であるとしている¹⁰。また、FERCは、競争への影響(上記(1))の判断基準としては、1992年司法省・FTC水平的合併ガイドライン(以下、「1992年ガイドライン」)の枠組みに従うとしており、すなわち、前述のような、①市場画定、基準および集中度 ②合併の潜在的な反競争効果 ③新規参入分析 ④効率性 ⑤破綻および退出資産、の5段階評価を行うとしている。

FERCが行う競争評価については、「市場画定、基準および集中度について」(Competitive Analysis Screen)も同時に公表されており、そこでは上記1992年ガイドラインの5段階の分析枠組みの中で最も重要なのは①であるとしており、この判断に当たっては(i)関連商品を画定、(ii)合併により影響を受け得る需要者を特定、(iii)当該需要者への潜在的な供給者を特定、(iv)1992年ガイドラインのHHI基準を使用して市場集中度を分析するとしている¹¹。HHIとその増分により競争に影響を与えないと考えられる合併をさらなる分析から除外するセーフハーバーを設けているが、FERCが採用している基準は1992年ガイドラインのものとは若干異なり、後掲図2の通りである。この基準をクリアできなかった事業者は、反競争効果が存在しないと示す以下の証拠を提出できるとする¹²。

- 1 合併により見込まれる反競争効果
- 2 競争者の参入により反競争効果が抑止されるか
- 3 合併がなければ実現しなかった効率性
- 4 合併当事者の一方が経営破綻しようとしており、合併がなければ設備が市場から退出することになるか。

セーフガード基準をクリアしない水平的合併については、市場支配力についての検討が行われる。FERCは2つの基準によって検討を行っており、1つは卸売市場シェア基準(wholesale market share indicative screen)であり、もう1つは重要な供給者基準(pivotal supplier indicative screen)である。いずれかの基準をクリアすることができなければ、水平的市場支配力を有するとして反証可能な推定がなされる。

卸売市場シェア基準においては、合併事業者が季節ごとの市場においてシェア20%超を保有しているかにより判断する。20%を採用するのは、フォルスネガティブを避けつつも市場に影響を与え得る事業者を判断するためであるとされている。重要な供給者基準では、当該

¹⁰ Inquiry Concerning the Commission's Merger Policy Under the Federal Power Act: Policy Statement, Order No. 592, FERC Stats & Regs. ¶ 31044, at 30111(1996).

¹¹ Appendix A to the Merger Policy Statement, FERC Stats & Regs. at 30128.

¹² Revised Filing Requirements Under Part 33 of the Commission's Regulations, Order No. 642, FERC Stats. & Regs. ¶ 31,111, at 31,898 (2000).

地域の年間ピーク需要を基準に検討がなされる。

どちらかの基準をクリアできず市場支配力の推定がなされる事業者は、DPT分析を含むいくつかの方法によりその推定を覆すことができる。DPT分析は、市場価格、インプットコスト及び送電能力を元に関連市場を画定し、当該事業者の経済的発電能力と、時季ごと及び状況ごとの総発電能力を計算する。市場支配力の推定を覆すことができない事業者には、以下のいずれかの選択肢が残されることとなる。①FERCに対して問題解消措置を提案すること ②市場支配力を有するとされる市場においては市場価格ではなく原価ベースでの卸電力取引を行うこと

2. 経過

FERCの審査に関する本件の経過は以下の通りである。

2011年5月20日	Exelon社及びConstellation社がFERCに合併届出
2011年10月11日	合併届出の修正
2012年3月9日	合併の条件付き承認

3. FERCの合併評価（競争評価）

（1）水平的市場支配力

① 関連市場

地域市場としては、PJM市場全体、及び、下位市場であるAP South, 5004/5005, PJM Eastを検討する。AP South及び5004/5005は従来委員会によって関連する下位市場であると認められたことはなかったが、関連する接続線における制約が頻繁に生じていることからPJMの内部で価格の較差が生じており、そのため当該取引を評価するに当たりこれらの市場をPJM内の下位市場と考える。

商品市場について委員会の判断部分では何も述べられていないが、合併会社の主張では電力、発電設備、及び付加的サービスと述べられており、これをそのまま認めていると考えられる。

② 関連市場における競争評価

証拠に基づき検討したところ、提案された取引はPJMだけでなく下位市場においても水平的市場支配力に関する懸念を惹起する。

HHIについては、10の期間について合併当事者の計算に基づき判断が行われた（夏期超ピーク1、夏期超ピーク2、夏期ピーク、夏期オフピーク、冬期超ピーク、冬期ピーク、冬期オフピーク、中間期超ピーク、中間期ピーク、中間期オフピーク）。

（i）PJM市場全体

EC (economic capacity)分析によると、PJM全体の市場において、10の期間のうち4

つにおいて委員会の市場支配力基準を上回ることとなる。当該市場は、中程度に集中した市場であり、HHIの増分は100を上回る。AEC(available economic capacity)分析によっても、夏期オフピーク及び中間期オフピークにおいて中程度に集中した市場における増分100超、と基準を上回っている¹³。

(ii) P J M East

EC分析によると、Exelonの合併前のシェアは16.6%~27.4%であり、Constellationのシェアは1.7%~4.9%である。EC分析によると、当該市場において当該合併は10つの期間のうち4つにおいて委員会の基準を上回っている。AEC分析によると、10つのうち7つの期間において基準を上回っている。

(iii) AP South

EC分析によると、AP South市場においてExelonの合併前のシェアは10.3%~15.4%であり、Constellationのシェアは6.3~9.2%である。AP South市場は合併後中程度に集中した市場であり、HHIの増分は132~284となり、委員会の基準をすべての期間において上回っている。

(iv) 5004/5005市場

EC分析によると、AP South市場においてExelonの合併前のシェアは13.9%~19.9%であり、Constellationのシェアは8.7~12.2%である。AP South市場は合併後中程度に集中した市場であり、HHIの増分は250~488となり、委員会の基準をすべての期間において上回っている。

③ 提案された問題解消措置について

委員会は、当事者から提案された問題解消措置を前提とすると、当該合併が関連市場において競争を阻害するものではないと結論づけた。

当事者の提案する問題解消措置は、主として、2648メガワットの設備を売却すること¹⁴、当該売却に際し、特定の8事業者に対して売却しないこと、5004/5005市場における500メガワット/時の電力を固定価格で売却することである。設備売却までの期間、同社は電力、設備、アンシラリーサービスをコストベースで入札することも併せて約束している。この点については、遵守されていることを確保するために、委員会は、独立した主体（市場モニター）を指名することを求めている。

個別の市場における問題解消措置の評価は以下の通りである。

¹³ FERCは市場画定のために引渡価格テスト(delivered price test)を採用しているが、その中で分析の対象となる設備を特定するために、Economic Capacity分析あるいはAvailable Economic Capacity分析が使用されるが、場合によっては双方が使用されることもある。

¹⁴ この設備は、DOJが問題解消措置として売却を認めた設備とほぼ重なっている。Mark J. Niefer, Explaining the Divide Between DOJ and FERC on Electric Power Merger Policy, 32 Energy L. J. 505(2012).

(i) PJM全体

問題解消措置が行われた場合、当該合併はいずれの期間においても委員会の基準を上回らない。特に、すべての措置が行われた場合、HHIの差分はすべての期間で50を下回る。従って、問題解消措置を前提として当該合併は反競争効果を有することとはならない。

図1 PJM市場の状況 (Source: Exelon & Constellation's Data)

期間	合併後			分割後			分割後の500 MW販売		
	市場 シェア	HHI	HHI 増分	市場 シェア	HHI	HHI 増分	市場 シェア	HHI	HHI 増分
S_SP1	15.6%	852	92	14.2%	814	54	14.0%	806	47
S_SP2	15.2%	857	88	14.0%	823	54	13.7%	815	46
S_P	15.4%	918	82	14.1%	881	45	13.8%	872	36
S_OP	18.2%	1,106	104	16.5%	1,051	48	16.1%	1,037	35
W_SP	14.7%	824	79	13.6%	792	47	13.3%	784	39
W_P	15.8%	930	80	14.5%	891	41	14.1%	881	31
W_OP	18.1%	1,076	103	16.5%	1,022	48	16.0%	1,007	34
SH_SP	15.2%	853	85	14.0%	819	52	13.7%	810	42
SH_P	17.0%	1,015	102	15.6%	969	56	15.1%	956	43
SH_OP	18.4%	1,086		16.7%	1,031		16.2%	1,015	
	105			49			33		

(ii) PJM East

EC分析及びAEC分析双方によっても、問題解消措置によってはオフピーク期における基準をクリアできない。しかし、それはPJMの他地域から電力が入ってくることによるものであり、通常送電制約が生じないオフピーク時にそれは生じている。このため、基準をクリアできないことは合併会社が市場支配力を行使する能力があることを示唆するものではないと結論づけた。

(iii) AP South

EC分析及びAEC分析いずれによっても、問題解消措置により当該合併は基準を上回らないこととなる。HHIの増分は91~99と基準値に非常に近くなっているが、設備売却だけでなく売却先についての約束など、問題解消措置をパッケージとして考えた場合、当該市場において反競争効果を生み出すものではない。

(iv) 5004/5005市場

設備売却及び一定の価格での売却を含む行為についての約束を含む、パッケージとしての問題解消措置を考慮し、当該合併は当該市場において反競争効果を生み出さないと結論づけた。問題解消措置は合併当事者に多くの発電設備から撤退させることとなり、それにより新規競争者が市場に参入し価格に影響を与えられられる。

(2) 垂直的市場支配力

発電設備と発電のためのインプットが絡む合併においては、合併会社が卸電力市場において垂直的市場支配力を行使する能力又はインセンティブを高める場合には競争は阻害され得る。

本件では、合併会社は多くの天然ガス設備を所有しておらず、また、送電設備に関しては引き続きPJMの管理下に置かれるため、垂直的な市場支配力は生じない。

V 比較検討

Exelon社とConstellation社の合併事案については、司法省とFERCの審査は、結果的にはほぼ同様のものとなったが、両者の手法には様々な違いが見られる。

(1) 依拠するガイドラインの違い

司法省は、前述のように2010年にFTCと共同で水平的合併ガイドラインを公表しており、同ガイドラインの手法に依拠して審査を行うとされている。2010年ガイドラインの特徴の1つとして、1992年ガイドラインにある5段階評価手順には必ずしもこだわらず、場合によっては市場画定を最初に行わない点が指摘されている。ただし、同ガイドラインは同時に市場画定は依然として重要である旨も述べており、本件DOJのCompetitive Impact Statementにおける分析においても、まず最初に市場画定を行い、その後当該市場における競争への影響を検討しており、その意味では従来型の検討手順となっている。

これに対して、FERCは2010年ガイドラインが発表されて以降も引き続き1992年合併ガイドラインに依拠して電力事業者の合併事例について検討を行うとしている¹⁵。特に、1992年ガイドラインの第一段階に当たる検討を具体化したCompetitive Merger Screenについてこれを重視して検討を行うことを表明している。その理由としてFERCは、Competitive Merger Screenが依然として重要な合併評価ツールであり、また形式的な基準から判断を行うことから、電力事業者があまりコストをかけることなく事前に分析することが可能である

¹⁵ FERC, Order Reaffirming Commission Policy and Terminating Proceeding, 138 FERC ¶ 61,109(2012)

点を挙げている¹⁶。

(2) 市場シェア及びHHIの扱いの違い

依拠するガイドラインの違いにもある程度関連することであるが、市場シェアやHHIの評価の比重についてもDOJとFERCとでは違いがある。

司法省は、市場シェアやHHIについて競争へ悪影響を与えるおそれの少ない合併についてのセーフガードには利用しているが、競争法上問題のある合併であるとする判断の決定的な根拠とすることはしない。これは、1992年ガイドラインにおいても、2010年ガイドラインにおいても変わりはない。1992年ガイドラインにおいては、「市場シェア及び市場集中度のデータは合併の競争上の影響を分析するためのスタート地点に過ぎない」と述べられ(2.1)、2010年ガイドラインにおいては、「市場シェアや市場集中度を競争への影響の評価の『一環』として検討する」(3)と述べられている。

本件合併において、北中部大西洋側地域におけるHHIは約1600となり増分は400であること、南中部大西洋側地域におけるHHIは約1800となり増分は250であることから、重大な競争上の懸念を引き起こす可能性があるDOJは述べるが、その後競争上の影響に関して検討を行い、操業コスト、オファー、技術及び発電設備のシフトファクターを考慮した上でExelonが生産量を抑制して市場価格を引き上げるインセンティブが高まり問題であると結論づけている。

これに対し、FERCはMerger Policy Statementにおいて、まず1992年ガイドラインの第一段階、すなわち、市場の画定、市場シェア及び市場集中度について検討を行い(Competitive Merger Screen)、一定の場合に合併の競争への影響は問題とする必要がないとするセーフガードを定め、それをクリアできなかった事案については競争への影響を検討するとしている。「Competitive Merger Screenの扱いについては柔軟に行う」「一般的な手法について述べているが、申請者が提出するのであれば他の手法や要因を考慮する」と上記Statementでは述べてはいるが、市場シェアや市場集中度を重視している印象を受ける。

本件合併においても、FERCはPJM市場全体、及び、下位市場であるAP South, 5004/5005, PJM Eastについて、10の期間の市場シェア及びHHIを検討し、いずれの市場においても基準をクリアできていないことを指摘し、その時点で合併当事者からの問題解消措置の提案を受けて、この措置について問題がないと結論づけている。

このように市場シェア及びHHIについては、上記のようにその検討における位置づけについてDOJとFERCでは異なっていると思われるが、市場シェア及びHHIをセーフガードや競争への評価の指標として使用する際の数値にも違いがある(後掲図2参照)。HH

¹⁶ Id. at 16.

Iに基づいてFERCによりなされる市場の性格付け（非集中市場(HHI:1000以下)、中程度集中市場(HHI:1000超1800以下)、高度集中市場(HHI:1800超)）は、1992年ガイドラインと同様であるが、HHIの増分の基準は異なっている。FERCのMerger Policy Statementでは、1992年ガイドラインを「広く受け入れられた基準」であるとするが、同ガイドラインは「単なるガイドライン」であり、非常に技術革新のスピードが速くまた独自の特徴を有する電力業界においては1992年ガイドラインを電力産業に適用することは挑戦であると述べている¹⁷。市場シェアについては、卸売市場シェア基準において、合併事業者が季節ごとの市場においてシェア20%超を保有しているかを検討するが、これをクリアできない場合には、市場支配力の推定がなされることとなる。本件合併も、いずれの市場に関してもこの基準をクリアすることができていない。この基準に対しては、1992年ガイドラインで「訴追する可能性が高い」と述べられていた基準（35%超）と比較して低すぎるとの批判もあるが、FERCは反論として、20%の事業者が5社いる市場のHHIは2000であり1992年ガイドラインでは高度に寡占化された市場であること、電力のような需要の価格弾力性が低いコモディティの市場では、より低いシェアでも市場支配力は行使し得ること、を挙げている¹⁸。

（3）問題解消措置の評価の違い

合併の競争への影響を分析する手法が異なっていることと関連して、DOJ及びFERCの問題解消措置に対する評価方法も異なっている。本件においても、DOJが問題解消措置として譲渡を適当であるとした発電設備と、FERCが譲渡を適当と認めた発電設備は重なっているが、当該措置を適当と認める理由付けが異なっている。

DOJは、設備売却が行われることによる市場シェアや集中度の低下よりも、発電抑制による価格引き上げ能力の抑制がなされることをもって問題解消措置を適当としている。同意判決においても「設備譲渡の目的は単にHHIや市場シェアを合併前の値に戻すことではなく、競争を維持することである」と述べられており、設備譲渡によりシェアが下がることに着目するのではなく、譲渡される設備が、市場支配力を行使するインセンティブ又は能力をExelonに与える性質を有する石炭火力発電設備であることを重視して、この問題解消措置を評価している。

これに対して、FERCの判断において、問題解消措置は「集中度の基準を下回る」こと

¹⁷ Analysis of Horizontal Market Power under the Federal Power Act, 134 FERC ¶61,191, p5 (2011).

¹⁸ 2010年ガイドラインでは35%基準は削除されており、その理由として、形式的な基準で判断するのではなく、事実に即した分析により単独の市場支配力を判断する現在の方法を反映したものであり、1992年ガイドラインの基準が存在したのは、35%以下では単独の市場支配力行使は不可能であることを意味するのではないと述べられている。Varney, supra note 5, p. 658.

をもって基本的に適当とされている。その他の事項は集中度の基準を満たせない場合、あるいは基準ギリギリの場合に検討し、措置を適当と認める根拠として用いられている。

このようなFERCのアプローチはMerger Policy Statementにおいても(P83)「ここで議論される問題解消措置は合併によりもたらされる市場集中の問題を緩和することを目的としている」と説明されている。FERCが問題解消措置においても比較的形式的判断を行っている理由としては、DOJは合併について審査が終了すればその事案からは離れるため競争制限がもたらされないことを一定程度確実にするために問題解消措置の評価を行うが、FERCは規制当局として関与し続けるため、そのような判断を行っているのとの指摘がなされている¹⁹

VI おわりに

以上で、Exelon及びConstellationの合併事例についての2つの規制機関による審査について概観し、その違いについて検討してきた。本件においては上記のようにDOJとFERCの審査結果、すなわち合併当事者が提案した問題解消措置を適当と判断したことにおいては両機関の判断は一致しており、問題は生じなかった。しかし、2つの規制機関がそれぞれ異なる手法により合併の審査を行う場合、2つの判断が異なる可能性は常にあり、実際に、本件の6年前の事例である、ExelonとPSEGの合併において、DOJは5600メガワットの設備の売却を命じ、これに対してFERCは6600メガワット分の仮想的売却(virtual divestiture)²⁰を命じており²¹、ProgressとDukeの合併事例では、DOJは問題ないとして特に問題解消措置などを命ずることはなかったが、FERCは卸売市場における競争制限効果を認め問題解消措置を命じている²²。このように2つの機関が異なる手法で審査を行う点については批判もある。結果が異なる場合には事業者にとってコストがより多くかかることとなってしまふためである。また、本件のように結果的に同様の問題解消措置がとられることとなった場合にも、当事者が依然として2つの異なる機関の審査を受けなければならないというコストは存在しており、それは当事者にとってのコストとなるだけでなく消費者へのコストともなると指摘されている²³。FERCによる合併審査は、DOJによる審査とは根拠法が異なっており、従ってその目的が異なるとは言えようが、現在の連邦電力法上の「公共の利益」に合致しているかの判断は競争への影響を中心として判断されていることを考慮

¹⁹ John M. Nannes, Strategic Alliances & Converging Industries The Government's Perspective on Corporate Combinations, Speech before ABA(April 1999)

²⁰ 仮想的売却については、三枝まどか・服部徹「競争促進策としての発電設備の仮想的売却の有効性—所有権分離との比較」電力中央研究所報告 Y12003 (2012)。

²¹ 最終的に合併は完了しなかった。US v. Exelon Corp. & Pub. Servs. Enter. Grp., 71 Fed. Reg. 49,477 (2006), 112 FERC ¶ 61,011 (2005).

²² Duke Energy Corp. & Progress Energy, Inc., 139 FERC ¶ 61,194 (2012).

²³ Niefer, supra note 13.

すると、その批判にもある程度の説得力があるように思える。

本件は2010年のガイドラインが公表されてすぐの事例であるため、今後DOJがどのように運用していくのかは事例の蓄積を待つ必要があるが、DOJもFERCも同じガイドラインに依拠していた時期においてもそれぞれの判断は異なっており、今後判断手法の違いによりさらにその結論が大きく異なってくる場合には、2つの規制当局が同じ「競争への影響」の観点から評価を行うことに関しては議論が生じる可能性もあるかと思われる。

図2 ガイドラインにおけるセーフガード基準

DOJ・FTC 2010年ガイドライン

	HHI 増分 100 未満	100 以上 200 以下	200 超
非集中市場 (HHI:1500 未満)	通常はさらなる分析を必要としない		
中程度集中市場 (HHI : 1500 以上 2500 以下)	通常はさらなる分析 を必要としない	詳細分析必要	
高度集中市場 (HHI : 2500 超)		詳細分析必要	支配力強化推定 (反証可能)

DOJ・FTC 1992年ガイドライン

	HHI 増分 100 未満	100 以上 200 以下	200 超
非集中市場 (HHI:1000 未満)	通常はさらなる分析を必要としない		
中程度集中市場 (HHI : 1000 以上 1800 以下)	通常はさらなる分析 を必要としない	通常はさらなる分 析を必要としない	詳細分析必要
高度集中市場 (HHI : 1800 超)		詳細分析必要	支配力強化推定 (反証可能)

FERC

	HHI 増分 50 未満	100 未満	100 以上
非集中市場 (HHI:1000 以下)	通常はさらなる分析を必要としない		
中程度集中市場 (HHI : 1000 超 1800 以下)	通常はさらなる 分析を必要とし ない	通常はさらなる 分析を必要とし ない	競争への影響要検討
高度集中市場 (HHI : 1800 超)		競争への深刻な 影響	市場支配力強化可能性

第 4 章

FERCによる合併規制

大阪大学大学院法学研究科教授

武 田 邦 宣

I はじめに

電力産業における合併規制は、どのように行われるべきか、誰によって行われるべきか。本稿では、この問題について、米国の実務を確認してみたい¹。

米国において、電力事業会社および持株会社に対する合併、株式取得、資産取得（以下、単に「合併」という）は、①連邦反トラスト当局である司法省（以下、「DOJ」という）および連邦取引委員会（以下、「FTC」という）の規制に服するほか、②発電市場および卸市場にかかる影響について、連邦エネルギー規制委員会（以下、「FERC」という）の規制に服し、さらに③小売市場にかかる影響について、州の公益事業委員会による規制に服する。当時最大の企業結合と言われたExelon/PSEGの事例では、FERCにより「問題解消措置(mitigation)」が付され、DOJがさらに問題解消措置を付加した上で、結局のところ、州の公益事業委員会が合併を認めないとの判断を下したのであった²。このような状況をもって、規制の藪(thicket)とする論者も存在する³。

連邦レベルでは、同一の合併に対して、反トラスト当局とFERCが二重に審査を行なうことになるが⁴、2007年に「反トラスト現代化委員会」が公表した最終報告書では、そのような二重規制のコストが問題とされていた⁵。このような中、2010年に、DOJとFTCは共同で「水平型合併ガイドライン（以下、「合併ガイドライン」）を改定し⁶、FERCの対応が注目されることになった。FERCは、1996年に「合併審査方針にかかる声明（以下、「声明」という）」を公表した後⁷、2000年、2007年に改定を行ったものの、長く声明における規制方針を変更することがなかったからである。

FERCは、2011年に合併ガイドラインに対応した声明変更の必要性について広く意見を求めるとし、FTCスタッフ（以下、単に「FTC」という）はそれに応じる形で意見を述

¹ 本稿の一部は、舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』（有斐閣、2013年）第2部・第2章・第2節に所収されている。

² See F.A. Wolak & S.D. McRae, Merger Analysis in Restructured Electricity Supply Industries: The Proposed PSEG and Exelon Merger, in J.E. KWOKA & L.J. WHITE EDS, THE ANTITRUST REVOLUTION (5TH ED. 2008), at 30.

³ D.L. Moss, Antitrust Versus regulatory Merger Review: The Case of Electricity, 32 REV. IND. ORGN. 241, 242 (2008).

⁴ 州の公益事業委員会による規制は、反トラスト当局やFERCとは異なる分析手法を特徴とし、最も厳格になる傾向にあると言われる (ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ENERGY ANTITRUST HANDBOOK (2D ED. 2009), at 102-103 [hereinafter cited as ENERGY ANTITRUST HANDBOOK])。州の公益事業委員会による分析手法について、C.R. Peterson and K. A. McDermott, Mergers and Acquisitions in the U.S. Electric Industry: State Regulatory Policies for Reviewing Today's Deals, 20 ELEC. J. 8, 11-19 (2007)参照。

⁵ ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, REPORT AND RECOMMENDATIONS (2007), at 341-342.

⁶ FTC & DOJ, Horizontal Merger Guidelines (2010). 田平恵「米国水平合併ガイドライン改定について」公正取引721号(2010年)65頁参照。

⁷ FERC, Policy Statement Establishing Factors the Commission Will Consider in Evaluating Whether A Proposed Merger is Consistent With the Public Interest (1996); FERC, FPA Section 203 Supplemental Policy Statement (2007) [hereinafter cited as Policy Statement].

べるとの経緯をたどった。その上で2012年、FERCは声明を変更する必要はないと結論付けている。そこでの議論の経緯を見ることは、電力産業における市場支配力分析のあり方、また競争当局と事業法規制当局との関係を考える上で、有益である。

以下では、まず、電力産業における市場支配力分析のあり方を確認したい(Ⅱ)。その後、結局のところ維持されることになったFERCによる声明の内容を紹介した上で(Ⅲ)、その特徴、また声明の改正を巡る議論を検討することにする(Ⅳ)。

Ⅱ 電力産業における合併分析

1. 電力産業における市場支配力分析

競争法による合併規制は、「市場支配力(market power)」の形成、維持、強化を規制基準とする。米国の合併ガイドラインもその旨、明らかにする。それでは電力産業における市場支配力の発生態様、立証には、どのような特徴、問題点が存在するであろうか。米国の電力産業における合併規制を見る前に、それら理論的問題を確認しておきたい。

経済学においては、市場支配力の程度を、PCMの大きさ(ラーナー指数)により評価することが多い(ただし市場支配力は超過利潤ではなく超過費用によってもたらされる場合もある)。伝統的な合併規制においては、同評価を、関連市場における市場シェアや市場集中度により基づき間接的に推認するとの方法を採用していた。

同伝統的方法による場合、市場支配力の形成、維持、強化を推認するためには、関連市場において十分な市場シェアを有する必要がある。たしかに、市場シェアが大きくとも、①参入が容易であり、または②需要の弾力性が大きければ、市場支配力が発生することはない。しかし電力産業については、①参入が困難であることは明らかであり、かつ②少なくとも短期においては、需要は極めて非弾力的である。よって、電力市場についても、一般市場と同じく(又はそれ以上に)、間接測定の手法を採用することができる。

それでは、具体的にどのようにして一定の取引分野が画定されるのか。電力市場について役務市場の確定には大きな問題はないであろう。他のエネルギーとの代替は未だ十分でなく、電力市場という役務市場が確定されるものと考えられる。電力市場における問題は、地理的市場の画定にある。相互接続能力(interconnector capacity)によって、地理的市場は広く画定され、また狭く画定される可能性がある。この点は、声明が採用する市場画定方法について、問題となる点である。

電力市場における市場支配力は、発電方法にも影響を受ける点に注意が必要である。たとえば、ダムの水力発電においては、産出量を削減したところで、事後においてそれを補償する程度の産出量を増大する必要がある。産出量削減による利潤増大が、事後の産出量増大による利潤減少を補償できる場合にのみ、市場支配力の行使が行われることになる。

以上のような市場画定、市場シェア算定とは異なり、ラーナー指数を直接に測定すること

は可能であろうか。一般市場における同測定については、しばしば限界費用算定の困難さが指摘される。この点、電力市場については、費用を客観的に算出するための資料が公開されていることも多い。化石燃料や原子力燃料など一次資源については、価格が公表されていることも多く、水力発電については、貯蔵水の機会費用を計算すればよいからである。したがって一般市場と比して、市場支配力の直接測定の可能性は大きいと言えそうである。この点は、声明に対するF T Cの意見を検討する際に、問題となる点である。

2. 同時同量・「不可欠」発電設備

1で見た市場シェアのほか、電力市場における市場支配力に影響を与える要因として、①埋没費用の大きさとそれによる参入障壁の大きさ、②最適規模の異なる取引段階の連鎖⁸、③様々な契約・取引の存在、④S Oの重要性、②電力の非貯蔵性とそれによる同時同量の必要性などを指摘できる。

これらの多くは「輻輳」の問題に関係するものである。送配電における輻輳により、特定の事業者が「不可欠（pivotal）」発電設備（生産能力）を有する場合に、同事業者は市場支配力を有することになる。輻輳はピーク時の供給余力が十分でない場合に起こるものである。

この場合、大きな市場シェアを有する事業者が「不可欠」生産能力を有することは明らかであるが、小さな市場シェアしか有さない事業者が「不可欠」生産能力を有する可能性があることに注意が必要である⁹。電力産業に関して言えば、自由化によって余剰発電能力が削減され、「不可欠」生産能力が発生し、結果として市場支配力が発生する危険性に注意が必要である。

3. 費用構成と参入障壁

以上において確認した電力産業における市場支配力問題を、発電レベルにおける費用問題と参入障壁問題とに分けた上で敷衍しておく。

発電市場における競争は、市場規模と発電設備の最適規模による。発電設備については、①「ベースロード(base-load)」と②「ピークロード(peak-load)」に分けた検討が必要である。①「ベースロード」発電は、原子力発電や水力発電など、大きな固定費用と小さな可変費用を特徴する発電方法により、効率性を達成することができる。これに対して、②「ピークロード」発電は、ガス発電(C C G T)など、小さな固定費用と大きな可変費用を特徴とする発電方法が担当する。

⁹ 「不可欠」生産能力の発見は容易ではないが、その測定のための基準として、①時間により測定を行う「P S I」、および②総供給可能性をみる「R S I」がある。

市場規模が大きいほど、①「ベースロード」発電の割合が大きなものになり、規模の経済性を達成できる結果、発電に要する総費用は小さくなる。もっとも発電に要する総費用の小ささは、必ずしも電力料金の低下を意味しない。なぜならば、発電はもっとも小さい限界費用を有する方法から、大きな限界費用を有する方法へと移行していくが、発電方法が追加されるごとに、小さい限界費用を有する発電方法についてはレントが生じるからである。たとえば限界費用の小さい水力発電と、相対的に限界費用の大きいCCGTとの組み合わせでは、両発電方法の限界費用の差は、水力発電を行う事業者にレントとして残されることになる。これが「限界費用下レント(infra-marginal rents)」とよばれるものである。以上より限界費用の小さい発電方法を有する事業者は競争上、有利となる。また、発電方法のポートフォリオを有する事業者は、競争上有利ということになる¹⁰。

Ⅲ FERCによる合併分析

1. 公共の利益に基づく審査

さて、以上の理論的検討を基礎として、米国の電力産業における合併分析手法を検討したい。まず、連邦電力法(Federal Power Act)203条は、「公益事業(public utility)」による合併等を禁止する。公益事業概念は同法201条e項により一定の「設備(facility)」に関連付けられており、203条a項1号は合併や設備の取得に対する規制を定め、同項2号は持株会社に対する規制を定める。両号はFERCによる認可がなければ合併等を行なうことが許されないとし、同項4号は「公共の利益(public interest)」に合致する場合に、FERCは合併等を認可すると規定する¹¹。合併規制は、FERCの規制実務の大きな部分を占める¹²。

公共の利益の解釈について、その先例は1966年のCommonwealth事件¹³である。同事件においてFERCの前身である連邦電力委員会(FPC)は、合併審査における6つの考慮事由を指摘した。すなわち、競争への影響、費用および料金への影響、買収金額の妥当性、合併が強制によるものか否か、連邦および州の規制への影響、そして会計処理の態様である¹⁴。これに対して声明は、公共の利益の評価は、①競争への影響、②料金への影響、③規制への影

¹⁰ もちろんレントの存在は、それ自体が問題となるわけではない。なぜならばレントは新規参入に対する誘因を与えるからである。「ベースロード」発電への参入には、発電設備の建設によるもの(発電設備の新設)と、連系の増強による他地域からのものがある。前者の発電設備の建設とは具体的には水力発電や原子力発電の設備建設ということであるが、それには次のような問題がある。第一に、水力発電には地政学的な制約がある。第二に、原子力発電には政治的な制約がある。第三に、いずれについても多大な資金を必要とする。

¹¹ See generally ENERGY ANTITRUST HANDBOOK at 88-93.

¹² See J. H. MCGREW, FERC: FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION 164 (2009).

¹³ Commonwealth Edison Company, Opinion No. 507, 36 F.P.C. 927, 936-942 (1966).

¹⁴ 6つの考慮事由の扱いについて、J. S. Moot, The Changing Focus of Electric Utility Merger Proceedings, 15 ENERGY L. J. 1, 7-18 (1994)参照。また、その他の考慮事由について、id., at 18-22参照。

響という3つの考慮事由に基づくとし、さらに2005年エネルギー政策法は、それら公共の利益の評価に加えて、④内部補助が4つ目の考慮事由になると定めた¹⁵。

声明は、電力産業における競争の重要性、とりわけオープンアクセスルール導入後の競争的な市場構造の重要性に対応して公表された。声明によれば、上記①ないし③の考慮事由のうち、重要であるのは①および②とする。①は合併に関する市場分析、②は合併から生じる効率性と料金に対するその影響をさす。①および②を検討する作業は、反トラスト法による市場支配力分析と重なる。2005年エネルギー政策法により、内部補助が合併規制における最も重要な考慮事由になったとの指摘もあるが¹⁶、FERCによる合併規制は市場分析に純化してきたと言ってよい¹⁷。反トラスト法と事業法の法目的は「低廉かつ効率的な価格、イノベーション、効率的な生産方法」の達成において共通するという判例も存在する¹⁸。

このような一見した収斂にもかかわらず、なおFERCによる審査基準は、次の2点において、反トラスト当局による審査基準と異なっている。第一に、合併後の市場支配力は受認し得る程度のものか、十分に緩和されていればよい。ここから、合併が生み出す効率性や費用への影響を正確に評価する必要はなく、需要者保護の施策を提案するだけでよいとされる。第二に、たとえ合併後に市場支配力が生じたとしても、安定的な電力供給の必要性などの観点から、公共の利益に合致すると判断される場合がある¹⁹。審査基準のみを見れば、FERCによる審査基準は、反トラスト当局による審査基準よりも寛容に見える²⁰。

2. 関連役務市場の画定

競争への影響を審査するにあたり中心となるのが、声明に付属する「競争分析スクリーン」である²¹。競争分析スクリーンは、電力産業における合併について、セーフハーバーを定める。競争分析スクリーンは、4つの分析手順を示す。すなわち関連役務市場の画定、合併の影響を受ける需要者の認定、特定された需要者への潜在的供給者の認定、そして市場集中度の算定である。このうち、合併の影響を受ける需要者の認定、および特定された需要者への潜在的供給者の認定は、反トラスト法による合併規制における、関連地理的市場の画定作業

¹⁵ 203条a項4号に明示される。2005年エネルギー政策法によるFERCによる合併規制権限の強化について、丸山真弘「米国電気事業規制当局による事業者の合併審査」電力中央研究所報告書Y05031（2006年）参照。

¹⁶ ENERGY ANTITRUST HANDBOOK at 100.

¹⁷ 従業員の雇用を確保することが「公共の利益」の評価において考慮されることがないとした事例として、NAACP v. Fed. Power Comm'n, 425 U.S. 662, 669-670 (1976)参照。

¹⁸ Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17, 22 (1990).

¹⁹ FERCは反トラスト法機関ではなく、したがって事業法の法目的と矛盾が存在する場合には、反トラスト法原理に拘束されることはないとの判例も存在する(Northern Utils. Serv. Co. v. FERC, 993 F.2d 937, 947-948 (1993))。

²⁰ Moss, supra note 2, at 245.

²¹ 分析スクリーンは、電力会社・ガス会社間の合併にも適用される(Competitive Analysis Screen, at 81-82)。

に相当する。4つの分析手順を詳細にみれば、以下の通りである。

まずは、関連役務市場の画定である。声明は、需要の代替性の観点に基づき関連役務市場を画定するという。声明によれば、これまでの実務では3つの役務市場が画定されてきた。

「リアルタイム市場(non-firm energy)」、「スポット市場(short-term capacity)」、そして「先渡し市場(long-term capacity)」²²の3つである。また、時間による役務の差別化が考えられる。季節により、また1日の間においても、ピーク時とオフピーク時により、役務は差別化される。

3. 関連地理的市場の画定

次に、関連地理的市場の画定である。ここでは(2)で見た関連役務それぞれについて、需要者を特定する。現在において合併当事会社のいずれかと取引している者、過去において合併当事会社のいずれかと取引したことがある者を基本として、需要者を特定する。その上で、特定された需要者への供給者を特定する。電力市場の需要は時間的変化が大きい。そのために市場状況が近似する時間帯に分けて、供給者を特定する。ピーク時、中間的時間帯(shoulder hour)、オフピーク時の3つであり、さらに小さな市場が観念できる可能性もある。声明は、供給者の特定にあたっては「経済的かつ物理的な」供給可能性の検討、および「過去の取引データ」による確認が必要とする。経済的供給可能性、物理的供給可能性は、それぞれ次のように判断される。

第一に、経済的な供給可能性は、「料金テスト(Delivered Price Test)」に基づく。これは、競争的料金を5%上回る料金にて供給が可能な事業者を探るものである。ここでは、発電にかかる費用、送電にかかる費用、付加サービスにかかる費用全てが検討対象である²³。声明は、料金テストに基づく各事業者の供給能力(発電能力)について、唯一の指標はないとしつつ、費用および転換可能性に基づく、4つの考えを示す²⁴。料金テストの結果は、現実のデータからのチェックを受ける²⁵。

²² 先渡し市場については、合併が市場参入障壁に与える影響を検討する。

²³ 需要者から遠くに位置する事業者は、送電にかかる費用および付加サービスについて大きな費用を負担することになる。またそのような事業者については、送電ロスも問題となる。

²⁴ ①「経済的供給能力(economic capacity)」とは、可変費用が競争的料金(×1.05)を下回る範囲にて供給可能な発電能力を指標とするものである。費用が小さい能力を有する事業者が競争上優位との考えに基づく。②「利用可能な経済的供給能力(available economic capacity)」とは、①を基本として、さらにベースロード(native load)又は長期契約下でない供給能力を指標とするものである。①と同じく費用を基礎として供給能力を見るものの、費用が低い供給能力はしばしば転換不可能との考えに基づく。③「コミットしない供給能力」とは、費用を考慮せず、ベースロード又は長期契約下でない供給能力を指標とするものである。声明は、伝統的手法とする。④「総供給能力(total capacity)」は、単純に物理的な発電能力を見るものである。市場全体の状況を眺めることに有益とする。

²⁵ Competitive Analysis Screen, at 75.

第二に、物理的な供給可能性は、送電能力の検討に基づく²⁶。経済的供給能力としての発電能力が「利用可能な送電能力(Available Transmission Capability)」(以下、「ATC」という)を上回る場合には、供給者ごとにATCを配分する必要がある。合併により当事会社の供給量が増加し、結果として送電能力の検討結果も変化し得る。時間により送電能力が異なる場合には、時間的に差別化された市場が複数成立する。

4. 集中度の算定

関連市場ごとに、合併前後の集中度を測定する。測定にあつては、需要者の自家発電可能分も計算に入れる。集中度の評価にあつては、合併ガイドラインの分類を利用する。合併ガイドラインのセーフハーバーに適合する合併等について、更なる分析は不要である²⁷。これは手続的には、FERCによる聴聞(hearing)を回避できるとの意味を持つ²⁸。他方、声明は、仮に短期間としても、高い集中度は問題になるとする。短期間の送電能力の制約により高い市場シェアが現れる場合などである²⁹。ただし、声明は、短期間の送電能力の制約に基づく市場支配力について、「デミニミス(de minimis)」の主張は可能とする。その際には、①ピーク時に料金が高騰する可能性があること、②複数の供給者の存在が懸念を軽減する可能性があること、③料金規制が存在しない場合には市場支配力への懸念が大きいことを考慮するとする。

声明は、市場環境の変化により、分析スクリーンが変化する可能性があるとする。市場環境の変化とは、アンバンドルの進展により個々の発電ユニットごとに市場支配力が発生する可能性、競争の進展による新商品の登場、短期売買の増加の可能性、役務、時間、地理的な差別化の進展の可能性、そしてISO、RTOなどの地域機関の成長等による、送電サービスの役割低下の可能性である。また、声明は、分析手法が変化する可能性もあるとする。フローベースのモデルが必要となり、費用に基づく分析は困難になるとする³⁰。

²⁶ 特定市場において利用可能な送電能力の全体送電にかかる条件(料金・利用可能量)は時間により大きく変化する。このため時間ごとに、狭い地理的市場が成立する。

²⁷ 絶対的ではないとの念押しはある(Competitive Analysis Screen, at 76)。

²⁸ Policy Statement, at 25-26.

²⁹ 集中度の高さと、その時間的幅が考慮要因としつつ、許容されるそれら組み合わせについて経験則は存在しないとする。

³⁰ 当事会社が費用の開示を拒否する場合があります、そもそも費用と市場行動との関連性が小さくなっていくであろうとする。分析スクリーンの代替となる分析モデルの検討、提案について、D. Bush, Electricity Merger Analysis: Market Screens, Market Definition, and Other Lemmings, 32 REV. IND. ORGN. 263, 277-283 (2008); R. Gilbert & D. Newbery, Analytical Screens for Electricity Mergers, 32 REV. IND. ORGN. 217 (2008)参照。

5. 問題解消措置

声明は、次の3つを問題解消措置の要件とする³¹。第一に、競争制限的効果との関連性である。第二に、他の規制機関からの承認である³²。第三に、どの設備を問題解消措置の対象とするかという特定性である。FERCは、問題解消措置の内容について、必ずしも資産譲渡に限らず幅広い内容を受け入れる³³。声明は、送電能力の拡大、輻輳経路を利用しない旨の約束、発電設備の分離³⁴、ISOの利用³⁵、需要を弾力的にするための実時間料金制の5つを、問題解消措置の例として指摘する³⁶。

これらは公共の利益要件にかかる考慮事由のうち、「競争への影響」にかかる問題解消措置である。声明は、「料金への影響」にかかる問題解消措置についても言及する。声明は、料金への影響について、効率性の利益の具体化ではなく、需要者保護の具体的施策に関心があると述べる。そして、もっとも有効な手段は需要者との交渉としつつ、交渉がまとまらない場合の需要者保護の手段について述べる。具体的に声明は、需要者に対する契約解約機会の付与、需要者保護の約束、料金維持の約束、料金引き下げの約束の4つを、需要者保護措置の例として示す。

IV FERCによる合併分析の特徴

1. 供給の代替性への注目

競争分析スクリーンは、供給の代替性に注目した市場画定方法を採用する。電力産業は、需要の非弾力性を特徴とする。このような需要の非弾力性は、市場における情報の非対称性、また小売料金規制により、さらに強固なものになる。電力の貯蔵不可能性、および供給における同時同量性は、市場支配力の抑制には供給能力拡大が必要であることを意味する。電力産業における競争確保には、供給の代替性の機能が重要となる。

声明が、合併ガイドラインに依拠するとしつつ、5%の料金引き上げによる需要の代替性ではなく供給の代替性を見るのは、同理由に基づく。声明以前においては、供給の代替性に注目するものの、固定的な市場画定手法が採用されていた。すなわち従来の市場画定方法によれば、合併当事者と直接に接続する「顧客群」を確認した後に、①同顧客群に接続する供

³¹ Competitive Analysis Screen, at 83-84.

³² 送電網敷設にかかる地元の同意や、小売サービスにも利用される設備譲渡にかかる州の同意である。

³³ 問題解消措置の実行時期について、合併自体を不可能にする場合には、必ずしも合併前に問題解消措置の実行を求めることはないとする。また、問題解消措置の実行に長期間を要する場合には、中間的措置の可能性を認める。輻輳が見られる送電部分について、権利を第三者に譲渡することや、市場支配力を有することとなる市場について、取引を差し控えることが、中間的措置の例となる。

³⁴ 市場の発電設備が限られる場合、その譲渡は市場支配力の問題を解決しない。その場合には、発電設備を共有して、小売市場に競争を導入するとの形態となろう。

³⁵ ISOは、FERCよりも情報を多く持ち、かつ市場支配力に対処するインセンティブを持つ。さらにISOは新規参入を誘引する可能性を持つ。

³⁶ Competitive Analysis Screen, at 83-84.

給者(first-tier suppliers)と、②合併当事者と接続しオープンアクセスタリフに従い顧客群に供給できる供給者(second-tier suppliers)を「供給者」とする市場画定手法を採用していた。このような市場画定手法は、ハブアンドスポーク基準とよばれた。これに対しては、供給の現実的可能性を見ないと批判がなされていた。声明はこのような批判に応えるものである。

2. 市場集中度への注目

声明は、専ら市場集中度に注目した市場分析方法を示す。競争分析スクリーンは、セーフハーバーとして機能し、それをクリアするものは「競争への悪影響なし」と判断される³⁷。市場分析スクリーンをクリアしない場合には、当事会社は合併が公共の利益に反しない旨の証拠を提出する必要がある。ここで重要であるのは、当事会社には、データのみ提出ではなく、分析結果の提出が求められるという点である³⁸。ただし当事会社は、さらなる証拠を提出することなく、問題解消措置を提出することができる³⁹。

このように、FERCが市場集中度に注目した市場分析方法を示す理由は何か。その理由は、まずFERCが市場集中度と市場競争との間に相関関係を見いだすことにある。競争分析スクリーンは、次のように述べる⁴⁰。「高い市場集中度は、企業がどれだけ容易に価格引上げが可能かを示す指標となる。高い市場集中度は、価格引上げの程度を示す指標である。高い市場集中度とその永続期間は、潜在的な競争制限効果について、その大きさを示す指標となる。」市場集中度と市場競争との間に一定の相関関係を認めることができれば、同基準に基づき一応の規制を行い、規制の誤りは自らの事後的規制の機会に委ねることができる⁴¹。

しかし声明が、市場集中度に注目した市場分析方法を示すより大きな理由は、手続的側面に存在する。合併審査にあたり、反トラスト当局は、ハートスコットロディノ法に基づく届出、また第二次請求などを通して、当事会社および第三者から、広く情報を収集する。そこには取引データなど、競争上センシティブな情報も含む。他方、FERCは、反トラスト当局が有するような情報収集の権限を有することがない⁴²。また、反トラスト当局による審査は公開されず、これが競争上センシティブな情報収集を可能にする前提となっているが、FERCによる審査は公開される。

³⁷ 市場分析スクリーンに合致する場合には、FERCは聴聞(hearing)を行わないとする(Policy Statement, at 29)。

³⁸ See Moss, supra note 2, at 249; Bush, supra note 26, at 269.

³⁹ Policy Statement, at 29-30. 聴聞を避けるために、当事会社は問題解消措置提出の強いインセンティブを有するとする, Moot, supra note 10, at 16 参照。

⁴⁰ Competitive Analysis Screen, at 77.

⁴¹ M. J. Niefer, Explaining the Divide between DOJ and FERC on Electric Power Merger Policy, 32 ENERGY L. J. 505, 531 (2012). 反トラスト当局に、このような事後的規制の機会はない。

⁴² Moss, supra note 2, at 246-248 .

結局のところ、当事会社、FERC共に、問題解消措置による事案解決に強いインセンティブを有し、市場分析スクリーンはそのような事案解決を制度的に促進する機能を有する。声明は、当事会社から問題解消措置の提案がなければ、FERCがその提案をなすという。もっともFERCによる問題解消措置には批判がある。たとえば、FERCによる審査は公共の利益に合致するか否かであり、公共の利益を促進するか否かではないはずである⁴³。しかし実際には、FERCは競争者を育成するための問題解消措置を義務付けることが多く、これは後者の評価に基づくとの批判がある⁴⁴。また、市場分析スクリーンをクリアするために、しばしば当事会社の市場シェアを低下させる問題解消措置となるが、そのような問題解消措置が競争制限効果に比例的なものであり、そもそも声明が問題解消措置の要件とする関連性を有するののかとの批判もある⁴⁵。

3. FTCの意見

以前よりFERCによる合併規制と反トラスト当局による合併規制との乖離であり、規制の不透明性、そして当事会社における予測可能性の欠如が指摘されてきた。反トラスト現代化委員会が危惧したのも、それら問題点であった。それら乖離及び問題点を再び明らかにしたのが、2010年の合併ガイドラインであった。ガイドラインは、市場画定を回避する市場支配力分析（市場支配力の直接立証）を許容する等、市場画定および市場集中度に基づく分析の役割を低下させた。これは、声明および市場分析スクリーンについて、その見直しを迫るようである。

2011年、FERCは、見直しの必要性にかかる意見を募集した⁴⁶。FERCは、市場集中

⁴³ Pacific Power & Light Co. v. FPC, 111 F.2d 1014, 1017 (1941). See L.J. Spiwak, Expanding the FERC's Jurisdiction to Review Utility Mergers, 14 ENERGY L.J. 385, 395-396 (1993).

⁴⁴ See T.M. Koutsky & L.J. Spiwak, Separating politics from Policy in FCC Merger Reviews: A Basic Legal Primer of the "Public Interest Standard", 18 COMMLAW CONSPECTUS 329, 341-342 (2010).

⁴⁵ Bush, supra note 26, at 270, 276.

⁴⁶ FERC, Notice of Inquiry: Analysis of Horizontal Market Power under FPA (2011). FERCが水平的市場支配力分析を行う場面は2つある。第一に、FPA203条に基づく合併規制の場面であり、第二に、FPA205条に基づく市場ベース料金制度の場面である。後者は、卸事業者と小売事業者間の電力供給契約の一類型であり、卸事業者が市場支配力を有さないこと等を条件として、FERCが卸事業者に同制度の利用を認める制度である。市場ベース料金制度における市場支配力分析は、①卸市場における市場シェアスクリーン、と②「要」となる供給者スクリーン(the pivotal supplier indicative screen)による。両方のスクリーンをパスしない限り市場支配力が推定される。①のスクリーンは20%基準を採用する。これに対しては、1992年ガイドラインが単独行動による競争の実質的制限について35%基準を採用することと比して厳格にすぎるとの批判があった。FE

度重視の方法からの転換が必要か、またHHIの水準を2010年ガイドラインにあわせるべきかを問うとする⁴⁷。FERCによる意見募集に対して、FTCから意見が述べられた⁴⁸。ここでは、FERCおよび反トラスト当局、いずれも合併が消費者を害することがないことを確保するとの共通の責務を負うとし、一貫した分析手法が必要とする。したがって、FERCが2010年ガイドラインのアプローチを採用することを望むという。そしてFTCは、市場集中度分析は市場分析ツールの一つにすぎず⁴⁹、電力市場における市場集中度を利用した市場分析は、しばしば誤った分析結果を示すとする⁵⁰。その上でFTCは、市場支配力分析に厳格な市場画定は必須ではなく、またガイドラインが掲げる市場集中度以外の様々な証拠は、FERCによる分析にも有益なはずと結論付けた。これらは、以前よりなされてきた声明および市場分析スクリーンに対する批判そのものである。しかし既に述べたように、結局のところ、FERCは、声明および市場分析スクリーンについて、その見直しを行なわないと決定したのであった。

V おわりに

電力産業における合併審査は、Iで見たような電力産業の特性に応じた分析が必要となる。米国において、電力産業における合併審査は複数の規制当局が担当し、連邦レベルでは、FERCと反トラスト当局という2つの規制機関による審査に服する。これらFERCによる合併審査と、反トラスト当局による合併審査は、大きく異なる。

FERCによる審査において、合併が公共の利益に合致する旨の説得責任を負うのは、当事会社である。他方、反トラスト当局による審査において、合併等が競争制限効果を有する旨の最終的な説得責任を負うのは、反トラスト当局である。

他方、反トラスト当局が第三者からも含め強い情報収集権限を有するのに対して、FERCは当事会社が提出する情報のみに依拠して分析を行なうことになる⁵¹。競争分析スクリー

RCは、20%基準の下では5社でHHI2000（高度に集中化）が成立し、かつ電力市場における需要の弾力性の小ささに鑑みれば、問題なしと述べている。

⁴⁷ その際には、上記のように審査が公開されるFERCと、審査が公開されない反トラスト当局との手続の相違に注意が必要とする。

⁴⁸ Comment of the Staff of the Federal Trade Commission (2011)

⁴⁹ 市場集中度にかかる情報は入手しやすく、FERCがそれに依拠した分析を採用する態度は理解できるとする。

⁵⁰ たとえば非弾力的な需要は、低い集中度にかかわらず料金引き上げの危険性を示唆し、また供給能力に限界付けられる市場参加者や送電網における輻輳は、競争者の供給余力の小ささを示し、低い集中度にかかわらず料金引き上げの危険性を示唆するとする。他方、長期供給契約は、高い市場集中度にもかかわらず、市場支配力に対する抑制要因になり得るとする。

⁵¹ 特にユーザーヒアリングの実施可能性は重要な違いとする、M. A. Marquis, DOJ, FTC, and FERC Electric Power Merger Enforcement: Are There Too Many Cooks in the Merger Review Kitchen?, 33 LOY. U. CHI. L. J. 783, 785-786 (2001) 参照。

ンは、このようなF E R Cが有する調査権限の限界を補完する機能を果たす。2010年合併ガイドラインが提示する複雑な計量経済分析を正確に行なうためには、正確なデータを必要とする。F T Cが主張したような市場集中度以外の証拠を利用するためには、F E R Cの情報収集能力改善が前提となるのである⁵²。

以上のような二重規制については、長くコストの大きさが指摘されてきた。そこで一元化の主張が登場することになる。最後に、それら主張について、簡単に見ておきたい。F E R Cによる合併審査への一元化を支持する立場からは、電力産業における合併規制は市場支配力分析のみで終了するわけではなく、またそもそも市場支配力分析に馴染まず、さらに電力産業における専門的知見の保有が指摘される。他方、反トラスト当局による合併審査への一元化を支持する立場からは、F E R Cによる合併審査が産業界に大きな費用を課しており、また公共の利益要件は柔軟な解釈が許されるが、それ故に不明確であり、さらに電力産業における専門的知見についてはF E R Cによる協力を得ることが可能と指摘されている⁵³。

⁵² F T Cはそのような主張を行なってきた (id., at 786)。

⁵³ Id., at 788-789.

第 5 章

英国の電力産業における企業結合規制

日本大学法学部教授
友 岡 史 仁

I はじめに

英国の電力産業は、1989年電力法(Electricity Act 1989)による民営化によって発電、送電、配電、そして供給の4部門を主な構造とする「発送電分離」が行われて以降、送電以外の発電、配電および供給の各事業者が企業結合を繰り返した結果、特に発電市場に占める高シェアに着目してBig 6と称される事業者(EDF Energy, E.ON, RWE npower, SSE, Scottish Power, そしてCentricaの大手6社)によって寡占的構造が成立するに至っている¹。

そもそも、このような実態は、民営化による「発送電分離」とは逆行し、再垂直統合化によって国有企業時代における垂直統合的事業構造へと回帰しつつあることを示すものと思われる。しかしながら、企業結合規制(本報告書では合併規制を中心に扱うものとする)という観点からは、後述のように、民営化当初における配電事業者の「経営取得(take-over)」合戦、垂直的合併とそれに並走した水平的合併にあっても、事案の一部において問題解消措置が取られた形跡はあるものの、二大発電事業者(National PowerおよびPowerGen)による配電事業者(Southern ElectricityおよびMidlands Electricity)の買収事例(1996年)において国務大臣(Secretary of State)による合併不承認とされた以外は、全てにおいて承認されてきた。したがって、現在のBig 6による発電、さらには供給の各市場における寡占化は、このような個々の事案の積み重ねによって帰着したものである。もっとも、各事例は合併規制の対象として個々に規制機関の審査を受けてきたのであるが、再垂直統合化に伴う寡占化に至った経緯を法的にとらえるためには、英国における電力産業に対する当該規制の実態を検討する必要があると思われる。

そこで本報告書では、競争法および電力産業固有の合併規制を概観したうえで(II)、英国電力産業における先駆的な企業結合事例であった二大発電事業者に係る買収事例を取り上げ(III)、その前提に立って、近時の寡占化における課題について見ておくことにしたい(IV)。

II 競争法および電力事業固有の合併規制

1. 競争法上の合併規制

英国における合併規制法は、1965年独占合併法(Monopolies and Mergers Act 1965)によってはじめて導入され、その後、同法は1973年公正取引法(Fair Trading Act 1973)(以下、「1973年法」という)に取って代わった。しかし、1973年法は、合併規制に係る審査基準につき「公共の利益(public interest)」基準が採用されていたが、その文言からも明らかのように、競争とは無関係な事項をも含めた極めて広範な審査を可能にしていた点、さらには、

¹ 近時の実態も含め、友岡史仁「英国における電力産業とその規制の概観」舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』(有斐閣、2014年)383頁以下参照。なお、本報告書は、同書掲載の拙稿(423頁以下)に加筆修正を行ったものであることをお断りしておく。

合併事例に対し、当時の一般的な競争監督機関であった公正取引庁長官(Director General of Fair Trading)の審査とともに、同長官による「付託(refer)」を受けて第三者委員会である競争委員会(Competition Commission)²が審査を行う二重構造になっていたものの、合併承認に係る最終的な判断権は国務大臣に委ねられていた点があり、その結果、競争上の問題に焦点を合わせた審査が行われず、政治分野からの介入の可能性が問題視された。これに対し、政府レベルにおいて、このような課題に対し、対処はなされていたものの³、払拭できない状況に変わりなかったといえる⁴。

以上を受けて、2003年6月20日に施行された2002年企業法(Enterprise Act 2002)(以下、「2002年法」という)は、1973年法に定められていた合併規制関連条項を改めている。この場合、同法によって合議制に移行した公正取引庁(Office of Fair Trading)(以下、「OFT」という)による審査、そしてOFTの付託によって競争委員会による審査といった1973年法当時の二重構造そのものに変化はなかったが、通常の合併に係る審査基準の文言が「公共の利益」から「競争の実質的減殺(substantial lessening of competition)」へと変更されたこと(22・33条)、安全保障上の問題について国務大臣による競争委員会への付託を通じた介入の余地は残すものの⁵、それ以外の問題についてはOFTおよび競争委員会が審査を行うこととされるため、1973年法において一般的な制度問題とされていた広範な大臣関与(=政治的関与)を排除する仕組みが整備されたといえよう。

なお、OFT、競争委員会、そして国務大臣による合併に係る一連の判断(競争委員会への付託に係る判断、OFTおよび競争委員会による合併承認・不承認に係る判断等)については、2002年法120条に基づき同法によって設立された競争不服申立審判所(Competition

² 1973年法時における独占合併委員会(Monopolies and Mergers Commission)の権限が移管されたことに伴い「競争委員会」へと名称変更された(1998年競争法45条)。本報告書では、便宜上法改正とは無関係に後者の語を用いる。

³ 政府レベルによる対処方法として、競争監視機関であり合議制化する前の独任制機関として設置されていた(当時の)公正取引庁長官(Director General of Fair Trading)および競争委員会の「助言(advice)」に極力従う運用がなされていたこと、1984年7月に当時の国務大臣であったNorman Tebbitが公表した「テビット・ドクトリン(Tebbit Doctrine)」によって、競争委員会に対する付託は「主に競争上の根拠に基づき行われる」とする政府の立場を明示されていたこと、が挙げられる。このあたりの近時の歴史的経緯として、See Jonathan Parker and Adrian Majumbar, *UK Merger Control* (Oxford: Hart Publishing, 2011), pp. 3-4.

⁴ Grahamは、①決定における政治的関与のレベル、②意思決定における透明性の欠如、③合併に適用される広範かつ漠然とした公共の利益基準の「3つの相関的理由に基づく深刻な批判にさらされていた」としている。See Cosmo Graham, *EU and UK Competition Law* (Essex: Pearson Education Limited, 2010), p. 216.

⁵ 「安全保障上の利益(the interests of national security)」に関連すると思料される場合(42・58条)、政府契約に関連する又は付託の対象外となる合併事例(59条)に限定して、国務大臣から「指示(notice)」を受けたOFTが調査報告義務を負い(44・61条)、その結果を踏まえ、競争委員会への付託を行うか否かを判断する権限を有している(45・62条)。

Appeal Tribunal)による審判に服するものとされる⁶。

なお、本報告書に限ってみれば特に関係ないものの、2013年企業・規制改革法(Enterprise and Regulatory Reform Act 2013)によって、OFTおよび競争委員会の統合化に伴い、競争市場局(Competition Market Authority)が設立されることとなった点は、合併審査に係る規制構造に変化をもたらす可能性を指摘できよう⁷。すなわち、これまでのOFTおよび競争委員会という競争法適用機関にかかる二重構造は解消され、一元的な審査体制が出来上がることになるため、少なくとも、「付託」を通じた煩雑な手続がなくなる意味では、事業者のニーズに見合った改正といえよう⁸。ただし、当該審判所は存続するという意味では、法適用場面が審判所に収斂する従来の規制構造に変化はない⁹。

2. 電力産業固有の合併規制

(1) 競争法上の規制

公益事業分野における合併規制のうち、純粋な競争上の問題以外にも、事業規制機関(regulators)の権限行使に悪影響を与えることのないよう「保証」を求めるといった規定を、事業法において明文化している上下水道産業のケースがある¹⁰。これに対し、電力産業に係る事業法(1989年電力法)では、そのような特別規定は置かれていないことから、1において触れた一般的な競争法規の適用をストレートに受けることになる。加えて、事業規制機関であるガス・電力市場局(Gas and Electricity Markets Authority)(以下、「GEMA」という)には、行為規制についてOFTと同様の権限(「競合的権限(concurrent powers)」)が付与されているが、合併規制に係る規制権限(審査権限)は明文規定によって付与されているわけではない。したがって、電力産業における合併審査も、通常事例と同様の手続によることになる。

もっとも、実際には、OFTが行う一連の審査に際し、GEMAによる当該事案に対する

⁶ See Parker and Majumbar, *op. cit.*, note 3, p. 819. なお、電力産業に係る合併事例について当該審判所に係属した事例は見られないようである。

⁷ 2011年3月、Cameron保守党・自由党連立内閣は報告書(Department for Business Innovation & Skills, *A Competition Regime for Growth: A Consultation on Opinions for Reform* (2011))を公表し、規制機関の一元化を目指す方向性を具体化していた。このあたりについては、友岡史仁「事業規制機関(utility regulators)の変容と存在意義」榊原秀訓編『行政サービス提供主体の多様化と行政法——イギリスモデルの構造と展開』(日本評論社、2012年)129頁参照。

⁸ ただし、新組織による合併審査手続は、従来、競争委員会が行っていたそれに準ずるものとされている。解説として、See Competition and Markets Authority, *Rules of Procedure for CMA Groups: Consultation Document: CMA 17con* (February 2014), para. 1.4.

⁹ 2013年企業・規制改革法については、村田淑子「英国競争法の最近の動向——競争・市場庁の創設を中心に」川濱昇ほか編『競争法の理論と課題——独占禁止法・知的財産法の最前線』(有斐閣、2013年)463頁以下参照。

¹⁰ 1991年水道事業法32~35条参照。2002年法による一部改正を含め、See Richard Whish and David Bailey, *Competition Law: Seventh Edition* (Oxford: OUP, 2012), p. 960.

見解が示されることで、正式なものではないにせよ事前審査に近い手続が採られる実態がある¹¹。このため、行為規制と同様、GEMAが管轄する電力・ガス分野に関連した専門技術的判断が介在する運用がなされているといえよう。

(2) 事業法上の規制

英国の電力産業に対する規制法である1989年電力法は、発電、送電、配電および供給の主要4部門のほか（英国外との国家間連系線である）インターコネクターについて、GEMAによる許可(licence)の対象事業とする（6条1項(a)～(e)）。そして、GEMAは、許可に際して要件（「許可要件(licence condition)」と称される）の遵守が求められ、その場合には、許可事業者(licence holder)の同意を必須とする（11条1A項以下）。なお、2000年公益事業法(Utilities Act 2000)によって、許可事業者に対する詳細制度は「標準許可要件(standard conditions of licences)」において策定されるものとしているため、英国の電力産業では「標準許可要件」によって規律されることになる。

以上のような事業法上の規制構造にあって、1989年電力法では、同一法人が配電と供給の両許可を受けること、それがインターコネクターの許可を受けている場合は他の主要4部門に係る許可を受けることをそれぞれ禁止する一方（6条2，2A項）、「標準許可要件」では、送電および配電の各事業者に対し、当該各事業者が他のすべての事業を営んではならない旨の業務関係規制、そして、特定の場合を除きGEMAの同意なく株式等の保有を禁止する旨の所有規制がそれぞれ設けられている¹²。

したがって、競争法上の合併規制に係る問題をめぐり、このような事前規制の遵守を前提にしていることを裏付ける意味でも、2010年5月、GEMAの執行機関であるガス電力市場局(Office of Gas and Electricity Markets)（以下、「OFGEM」という）が、エネルギー・ネットワーク事業者、投資家、ユーザー・グループおよび関連団体向けに公表した公開書簡(public statement)¹³が注目される。その中では、（ガス配給を含む）エネルギー・ネットワークに係る合併枠組みを規制する必要性から、送電・配電事業者間、およびガス配給事業者間における合併規制に対する法改正を支持する同時に、電力にあっては、送電事業者

¹¹ この点は、メディア分野における合併規制を除き、事業規制機関に対し一般的にあてはまるものである。See Parker and Majumbar, *op. cit.*, note 3, p. 27. なお, Nigel Parr, Roger Finbow and Matthew Hughes, *UK Merger Control: Law and Practice: Second Edition* (London: Sweet & Maxwell, 2005), para. 2.068 では、電力分野について「OFGEM……は本分野における合併に関連した自ら第三者からの諮問手続を執ることを典型とし、その次に、OFTとOFGEM間で合意したこの状況に関連して自らそれぞれの役割を示す協定(Concordat)に沿って、OFTに対して（受領した第三者の意見表明を考慮して）合併の競争上の影響に関する見解をOFTに対し報告する」とされている。

¹² OFGEM, *Transmission Licence Standard Conditions* (6 April, 2012), B6; OFGEM, *Standard Conditions of the Distribution Licence* (10 November, 2011), Condition 29.

¹³ OFGEM, *Public Statement on Ofgem's Network Company Merger Policy* (25 May 2010).

と複数の配電事業者間との合併が生じた場合に特定の判断を行う上で自らの配電ネットワークに有利になるよう「不当な差別(undue discrimination)」を行うインセンティブを有するものと考え、このような問題に対処するために「標準許可要件」¹⁴が用いられる旨明示的に言及されている。ただし、この書簡は、ネットワークの保有事業者間における合併を意識したものであり、後述のような価格競争が成立する発電・供給市場の影響を絡めたものではないため、当該市場における合併に際しては、純粋な競争法上の問題として取り扱われることに変わりないといえよう。

Ⅲ 二大発電事業者による買収事例と再垂直統合化

1. 位置付け

英国の電力産業の民営化後における合併事例は、再垂直統合化に向けた一連の過程の中で発生してきたといえるが、その中であって、競争委員会への付託事例は、①イングランド・ウェールズにおける電力民営化に伴い「所有分離」し設立された（当時の）二大発電事業者であったNational PowerおよびPowerGen各社によるSouthern ElectricityおよびMidlands Electricityを買収した事例（1996年）¹⁵、②米国の総合エネルギー事業者であったPacifiCorpの孫会社（英国法人）として設立されたPacifiCorp AcquisitionsがEastern Electricityを保有する親会社であったThe Energy Groupを買収しようとした事例（1997年）¹⁶を挙げることができる。

これら両事例にあって、①および②はともに買収対象を配電事業者（または同事業者を含む事業者）としているが、特に②は、海外事業者による買収事例であったという意味において、1989年の民営化後も政府によって保有されていた当該事業者の「黄金株(golden shares)」制度が1995年に廃止されたことで、とりわけ英国外の事業者によるいわゆる「経営取得」合戦が生じたことに伴う諸事例である。その一方、買収対象事業者であったThe Energy Groupが同社の親会社であるEastern Groupを通じ、発電・配電・供給の各事業を行うEastern Electricityを保有していたが、競争委員会による関心事は、英国内において海外事業者による（当時の）独占的な配電・供給を行っていた事業者の買収に伴い、事業法上

¹⁴ 送電事業者については、国内連系線へのアクセスに係るC7条、配電については、19.8条がそれぞれ「不当な差別」の禁止を規定する。See OFGEM, *Transmission Licence- Standard Condition* (5 August 2013); OFGEM, *Standard Condition of the Electricity Distribution Licence* (5 August 2013).

¹⁵ Monopolies and Mergers Commission, *National Power PLC and Southern Electric plc: A Report on the Proposed Merger*: Cm 3230 (1996) (hereinafter *National Power*), Monopolies and Mergers Commission, *PowerGen Plc and Midlands Electricity plc: A Report on the Proposed Merger*: Cm 3231 (1996) (hereinafter *PowerGen*).

¹⁶ Monopolies and Mergers Commission, *PacifiCorp and the Energy Group plc: A Report on the Proposed Acquisition*: Cm 3816 (1997).

の供給義務を含めた一定の事業規制の担保がなされているか、といった「再垂直統合化」に対する競争法上の評価とは乖離したものであった。その意味では、①は、②とは異なり、電力産業の再垂直統合化そのものに対する自由化初期の競争法的課題を明示した事例として注目に値する事例であったといえる。

そこで、以上に掲げた諸事例のうち、本節では二大発電事業者による配電事業者の買収事例にもつばら焦点を当て、その具体的事実および競争委員会による審査内容を概観し、それに関する若干の評価を行うことにしたい、

2. 二大発電事業者による買収事例

本件は、1973年法における「公共の利益」基準に照らして判断された事例であるが、2002年法における「競争の実質的減殺」基準との間では大差はないと実務・学説上ともに指摘されたこと¹⁷、さらには、英国において、送電事業者を介し発電および配電が一事業者によって一体的に行われることに対する競争法上の判断がなされた事例であると同時に、そのことが、唯一競争委員会に付託され厳密に審査されたことが特徴であろう。

(1) 事例概要と競争委員会による報告書

本件当時（1995年3月1日）、National PowerおよびPowerGenの総発電容量はそれぞれ約20ギガワットと15.7ギガワットであり、送電事業者により送られる電力に占める割合はそれぞれ33パーセントと24パーセント、石炭火力に占める割合はそれぞれ33パーセントと24パーセント、1994/95年度における営業利益のうち、石炭主体の契約の割合はそれぞれ57パーセントと49パーセントであった。なお、National PowerおよびPowerGenは、1994年2月に、石炭もしくは石油火力発電所のうち、National Powerについては約4ギガワットを、PowerGenは約2ギガワットを、それぞれ処分することを（2000年公益事業法制定前の事業規制機関であった）電力供給庁長官（Office of Electricity Supply）に対する「保証（undertaking）」としていた。

買収対象事業者であった配電事業者であるSouthern Electricityはイギリス中南部、Midlands Electricityは同中西部をそれぞれ供給区域とする地域電力供給事業者（Regional Electricity Supplier）であり、1995/96年度において、イングランド・ウェールズにおける（当時の）100キロワット超の自由化市場において、Southern Electricityでは7パーセント、Midlands Electricityは6パーセントをそれぞれ占めていた。

競争委員会は、本件について次の理由を挙げて「公共の利益」基準に抵触する旨述べた。

¹⁷ OFTによる説明として、OFT, *Mergers: Procedural Guidance*: OFT 526 (May 2003), note 6, para. 2.6. 学説として、Richard Whish, *Competition Law: Fifth Edition* (London: Lexis Nexis Butterworths, 2003), p. 543.

すなわち、①二大発電事業者が配電事業者の保有する発電所および電力購入権限を取得することになれば、競争状態にある発電事業者によるプールへの入札戦略(Pool bidding strategy)に影響を与えることなどから競争が減殺され、自ら発電を行う機会を増やすことができ、プール価格ひいては最終ユーザー料金が本来あるべきよりも高くなり得る点、②合併が実現すれば、発電事業と他の関連事業全てとの内部補填の禁止を規定した許可要件の効果が低下する点、③二大発電事業者がリスクのある国際電力ビジネスを展開することで潜在的な損失が発生し、国内ビジネスのみを実施する配電事業者による配電および供給の両部門に対する資金提供能力に不確実性が増す点、などであった。

しかし、競争委員会は、問題解消措置として、Southern ElectricityおよびMidlands Electricityが保有する発電事業者に対する利益を処分すること、National PowerおよびPowerGenの発電事業の関係者全員、Southern ElectricityおよびMidlands Electricityの電力購入契約から発生する情報にアクセスしてはならず、またはこの合意に関する合併当時会社にいかなる影響をも与えてはならないこと、National PowerおよびSouthern Electricity、PowerGenおよびMidlands Electricityは、内部補填、非差別等の問題について監視し強制するための許可要件に合意する保証がなされるべきである旨、勧告(recommendation)の中で明示したうえで合併を承認した。

(2) 若干の評価

本件は、競争委員会による審査結果に対し、国務大臣が不承認の判断を下したことから、競争委員会たる第三者機関による結論との相違をもって「政治的関与」があった例と評することは不可能ではない。しかし、ここでは、あくまで競争法としてとらえた1973年法の適用という視角から、次のような指摘をしておきたい。

第1に、本件以降の再垂直統合化の流れは、発電と配電、発電と供給、そして発電と配電・供給の各事業者間の合併が事例として生ずることに加えて、本件においても、Southern ElectricityおよびMidlands Electricity双方においてすでに発電施設を保有していたことに鑑みれば、本件が民営化後の再垂直統合化の実態を示す唯一の事例ではない。したがって、本件は当時の再垂直統合化の流れに対する一定の法的判断が明示された事例であると同時に、競争委員会レベルでは、自然独占的事業(配電事業)または独占的な家庭用市場への発電事業者の有する価格支配力に着目し、問題解消措置として他の事業者への資産売却や取引情報の提供を前提条件にした結果、電力産業の垂直統合的事業構造自体の復活が適法なものとして評価し得るものと考えられた点が注目されよう。逆に、国務大臣による合併不承認という判断は、このような措置がとられたとしても、なおも「公共の利益」に反すると判断されたことを意味するものであり、(純粋な競争上の問題としてとらえた場合)、再垂直統合化の阻止を直截に企図したとの見方が可能である(ただし、その後の再垂直統合化が企図された諸

事例において、1973年法64条に基づく競争委員会への合併付託が行われた形跡はない。

第2に、競争委員会による報告書の構成は、National PowerおよびPowerGenともにほとんど相違なく、合併審査において一体的に審査している。もっとも、「市場の画定」等について、Ⅱに触れたようなスタンダードな方法を用いているわけではなく、その意味では、垂直的關係から見た市場支配力の行使に係る態様をストレートに問題視したものである。さらには、当時の強制プール制に伴う二大発電事業者が持つと考えられた「系統限界価格(System Marginal Price: SMP)」に対する支配力に着目し、配電事業者の買収を通じた下流の競争的な供給部門における料金値下げの効果的圧力を低下させる可能性が注目された事例である。以上から、合併の有無によって「公共の利益」の適否が判断されたというよりは、競争委員会による審査手続以前から認識されていた二大発電事業者による反競争的行為について、合併を機に、電力取引の構造的問題を法的に顕在化させた事例として位置付けることができよう。

第3に、合併を認めないとした少数派の意見にも触れられているが¹⁸、家庭用市場が配電事業者により独占されていた時期での買収事例であったという特殊性もある。すなわち、付託された理由として、仮に発電事業者が「系統限界価格」を通じ発電市場における価格支配力が形成されれば、配電事業者を通じて供給部門における価格支配力につながるということから、競争市場化する前に市場を先占する可能性を危惧した点があったともいえよう。その意味では、家庭用市場が完全自由化し、競争的圧力の下、価格競争が十分に機能した状態であれば、競争委員会のスキームに拠れば、合併がストレートに承認されたと見ることも不可能ではなかったかもしれない。

3. 現状

英国の電力産業に見られる再垂直統合化は、送電以外の各事業者間の結合であるが、その場合、発電事業者と（供給を含む）配電事業者、発電事業者と配電もしくは供給いずれかの事業者との結合を示す。これらの事例形態のうち、二大発電事業者の事例のような発電事業者と配電事業者との結合事例は、民営化後間もない1995年には早くもScottish Power/Manweb事例が見られたほか、二大発電事業者に関する事例をはさみ、その後、Powergen/East Midlands Electricity事例（1998年）、Scottish Hydro/Southern Electric事例（1998年）、欧州委員会による審査事例ではあるが、EDF/London Electricity事例

¹⁸ Hodgson 委員により「合併が競争を減殺することで、公共の利益の主な問題は、特に、1998年以降、競争へと開放される半分の市場〔＝家庭用部門〕において、それが発生しない場合よりも価格に対するより値下げの非効果的な圧力が存在するか否かであるはずである」（〔 〕内筆者）などとして、「公共の利益」違反を主張する見解が示されており、当時、家庭用ユーザーの自由化前の段階における事例であったことから、本件合併が当該ユーザー部門における価格支配力の影響を問題視するものもあった。See *National Power*, p. 50; *PowerGen*, p. 50.

(1998年)¹⁹、Innogy (旧National Power) /Yorkshire Electricity事例 (2001年)²⁰、EDF/Seeboard事例 (2002年)²¹などの事例が続いていくことになる²²。

しかしながら、以上の実態にあつて、二大発電事業者に関する事例が国務大臣によって不承認とされた点を措くとしても、OFT、競争委員会、さらには、英国外の事業者が合併当事会社になっている事例であれば欧州委員会 (European Commission) といった、実際に競争法に照らして合併審査にあつた規制当局は、英国電力産業の事業構造そのものについて法令に抵触する可能性があり、そのことをもって問題解消措置を命ずることはなく、結果的に容認してきた経緯がある。そして、現状に照らせば、そのような法運用を通じ、Big 6が垂直統合的事業構造を伴うことと並んで、発電・供給の各市場におけるシェアを次第に獲得していったということの意味する。

もつとも、EDF Energyが2010年に配電事業者 (ロンドン、イングランド南西、同東の各区域管轄) をアジア系事業者に売却したこと²³からも、Big 6として、もはや垂直統合的事業構造を維持することによって競争市場におけるシェア拡大が企図される状況にはないともいえる、構造自体よりもむしろ競争市場の寡占化そのものに係る合併規制上の課題にもつぱらシフトしたととらえることができる。そこで、次節においてこの点を見ておくことにする。

IV 寡占化に係る課題

Ⅲにも触れたように、現在は、規制当局のスタンスから、再垂直統合化そのものについて競争法上抵触しているといった見方は取られていないといえる。しかし他方、競争市場とされる発電および供給の両市場における寡占化について、とりわけ発電市場のシェア拡大に対する当局のスタンスは、従前の規制当局の方向性とは必ずしも同視できない状況にあると思われる。そこで本節では、Big 6による寡占化の態様と並び、欧州委員会により問題解消措置を命ぜられたEDF Energy/British Energy事例 (2008年)²⁴を中心に取り上げることで、この状況に対する合併規制の適用実態を見ておくことにしたい。

1. 寡占化の実態

Big 6における市場シェア (2010年段階) は、発電については65.0%、供給については、非家庭用ユーザーでは82.1%、さらに家庭用ユーザーでは96.6%に至っているため、ここで

¹⁹ Case No IV/M.1346- *EDF/London Electricity* (1999).

²⁰ Case No COMP/M.2801- *Innogy/ Yorkshire Electricity* (2002).

²¹ Case No COMP/M.2890- *EDF/Seeboard* (2002).

²² この点の詳細は、友岡史仁『公益事業と競争法』(晃洋書房、2009年)185頁表3-1参照。

²³ See Case COMP/M.5972- *CKI/HEH/EDF* (2010). 買収の背景事情も含めた実態について、例えば、野村宗訓『エナジー・ウォッチ——英国・欧州から3.11後の電力問題を考える——』(同文館出版、2012年)164頁以下参照。

²⁴ Case No COMP/M.5224-*EDF/British Energy* (2008).

「寡占的」と称し得るのは供給市場（特に家庭用ユーザー）ということになるろう。もっとも、極めて高いシェアを示す家庭用市場にあっても、Big 6に関する2012年6月時点の集中度（ハーフィンダール・ハーシュマン指数）は1,814とされ²⁵、OFTによるガイドライン「合併評価ガイドライン」によって、1,000以上ではあるが2,000は超えないため、「過度な集中（highly concentration）」には至っていないとの評価ができる²⁶。したがって、シェアが高いことと集中度との間では必ずしも因果関係があるとはいえないことを示している。

他方、電力単独市場と並び、ガス産業との「融合化（convergence）」現象といった別の視点から寡占化を見る必要も考えられる。すなわち、英国の場合、電力産業に先立ち、1986年ガス法（Gas Act 1986）によって民営化されたガス産業が段階的に自由市場へと移行したことに伴い、早い時期からかかる現象が見られたが、その結果、電源の天然ガス化に伴う急速なガス需要の伸びが産業用ユーザーにおける価格競争が活発化した点、電力・ガス市場が同時並行的に自由化されたことに伴い、同一供給事業者から受ける「二重燃料（dual-fuel）」ユーザーが登場した点を挙げるができる。

合併事例として見れば、顕著な例として、2002年には、ガス輸送事業者であったLattice Groupと送電事業者であったNational Gridの合併事例²⁷が挙げられるほか、ガス供給市場において高いシェアを占めるCentricaが、2004年には発電事業者であるKillingholme Powerを²⁸、2009年にはLake Acquisitionsの発行済株式総数の20%を²⁹それぞれ保有するに至った事例（後者の事例は2において言及する）が見られるが、OFT、そして事実上の審査を行うOFGEMは、いずれの事例も承認しており、「競争の実質的減殺」基準の抵触を指摘してこなかった。

しかし、家庭用市場における「二重燃料」ユーザーに対するBig 6の集中度（ハーフィンダール・ハーシュマン指数）は、2012年6月現在、2,072であるため「過度な集中」に該当する一方、Centricaが占めるシェアも34%（業界第1位）に上っている³⁰。この場合、合併規制といった合併規制ではないが、かつてBritish Gasが「二重燃料顧客」について同市場における支配力をテコ（leverage）にした価格制限行為が行為規制の対象として問題とされたことから、この点に係る課題が再燃することも考えられないではない。

²⁵ See OFGEM, *The Retail Market Review: Updated domestic proposals: Consultation*: Ref 135/12 (26 October 2012), note 64.

²⁶ See Competition Commission and Office of Fair Trading, *Merger Assessment Guidelines*: CC 2 (revised), OFT 1254 (September 2010), para. 5.3.5.

²⁷ OFT, *Proposed acquisition by National Grid Company of Lattice Group*: ME/1275/02.

²⁸ OFT, *Completed acquisition by Centrica plc of Killingholme Power Limited*: ME/1174/04.

²⁹ OFT, *Anticipated Acquisition by Centrica of 20 Percent of Lake Acquisitions*: ME/4133/09.

³⁰ See OFGEM, *The Retail Market Review: Updated domestic proposals: Consultation*: Ref 135/12 (26 October 2012), note 64 and figure 3.

2. 発電市場の寡占化と卸電力市場への影響——EDF/British Energy事例

(1) 事例概要と欧州委員会の判断

EDF（当時）はフランス政府が発行済株式総数の84.8%を保有する株式会社であり、フランスなどの諸国で全ユーザー向けに発電、卸、送配電、供給事業を行う電力グループであった。他方、買収対象事業者であったBritish Energy（以下、「BE」という）は、英国政府が35.6%を株式保有する公開会社であり、英国国内においてのみ発電、卸、産業・商業用ユーザー向けに供給事業を行っていた。2008年11月3日、EDFはその100%子会社であるLake Acquisitionsを通じ、BEの全発行済株式（政府保有株等を含む）を購入する公開買付による方法で取得する旨、欧州理事会規則（以下、「規則」という）4条に基づく事前届出を受けた。以下では、欧州委員会が問題視した諸点のうち卸電力市場に絞って概観する。

欧州委員会は、卸電力市場全体を単一の関連物的市場(relevant product market)、英国全土を地理的市場とそれぞれ画定したうえで、①BEの保有電源（11GW）は大半がベースロード電源（原子力）である一方、EDFのそれ（5GW）は変動電源（石炭・ガス）であったことから、合併当事会社が結合によって卸価格の引上げによって利益を獲得するために、EDFが保有する変動電源による卸取引を停止(withdraw)し得る点、②合併後には一部の電力需要が合併当事会社の保有する発電所によって補われることで、当該会社の垂直統合レベルが増し、卸市場における取引の相手方との取引の必要性が減ることで電力取引の流動性(liquidity)を減少させる潜在的可能性がある点について、それぞれ「共通市場との取引の調査に係る深刻な疑問がある」とした³¹。

以上を受けて、EDFとの協議の結果、同社が保有するEggborough（2GW）およびSutton Bridge（0.8GW）の各発電所の分割(divestment)を求める等の問題解消措置を命じている³²。

(2) 審査の特徴と影響

本件は、OFTによる2002年法に基づく合併審査事例ではなく、欧州委員会による規則に基づくそれである。国内規制当局との関係については、従前の電力産業にかかわる合併事例においても、EDFによるLondon Electricityの買収事例を嚆矢とし、規則9条との絡みで欧州委員会から構成国に対する付託が行われることで、OFTが国内法に照らした審査を求めた事例があるが³³、本件は、すでにそのような傾向がなくなった中で生じた事例であり³⁴、

³¹ Case No COMP/M.5224-EDF/British Energy (2008), paras. 37, 82.

³² See *ibid.*, para. 152. なお、本件の事実背景について、後藤美香＝丸山真弘「欧州の電気事業制度改革の動向と英国の電力市場および経営戦略」電力中央研究所 Y08035（2008年）48頁以下参照。

³³ Parker and Majumbar, *op. cit.*, note 3, p. 126では、「その売買が顕著な競争上の問題を生ずる一方、OFTは、自らよりもエネルギー市場における合併を評価する上でのより適当な立場に置かれていると判断した」とし、本件が欧州委員会により審査された背景に、市場特性に鑑みた結果である

また、欧州委員会が英国国内市場において生じた事例をストレートに審査している点に特徴がある。

ところで、現在、Big 6の1つを占めるEDFによる英国最大の原子力発電事業者であったBEの買収事例である本件は、「Big 6という用語が英国における主要な統合された発電および配電事業者を説明するために作り出された³⁵」ともいわれるように、寡占化を強化する合併事例の象徴として位置付けられている感がある。ただし、これは、欧州委員会による本件審査によれば、合併当事会社の卸電力市場に占めるシェア自体は「顕著に高いわけではない(not extremely high)」とは評するものの³⁶、当該市場への影響を見極めたうえで、EDFが保有していた変動電源の半数以上を分割する旨の問題解消措置が求められており、発電市場の寡占化を緩和する判断が行われた事例でもあった。

本件審査は、EDFによる卸電力市場における電力取引の流動性の減少に着目した点に特徴があるが、この背景には、垂直的事業構造下においてBEおよびEDFの電源の種別の違いがあると考えられる。すなわち、ベースロード電源を主に保有するBEをEDFが買収すれば、EDFは自ら保有する変動電源を用いず（欧州委員会の表現によれば「内部化され(internalise)」）、BEのそれを購入する形をとり下流（供給）市場に電力販売を行うことを可能にするものであり、その結果、卸電力市場においてBEの販売とEDFによる購入の双方が停止し電力取引量の流動性が減少する恐れがあるとの考え方によるものであった³⁷。

これに対し、同じくBig 6に列せられ変動電源を有するCentricaによるLake Acquisitionsの20パーセントの株式取得に係る事例について、OFTが上記のような欧州委員会による電力の流動性に係る判断枠組みをあてはめて審査しているが、市場における取引量の減少は起きないことを理由に、当該取得が「競争の実質的減殺」には該当しない旨判断している³⁸。

ことを示唆するが、だからといって、OFTと欧州委員会との間で審査能力に差があるといえるかは疑問なしとしない。

³⁴ Parker and Majumbar, *op. cit.*, note 3, p. 123によれば、2002年7月以降欧州委員会に対する審査を要求する付託は行っていないとされる。

³⁵ Bloomberg New Energy Finance, *UK Big 6 Utility Investment Trends: A report for Greenpeace UK on the generation investments of the Big 6 utilities* (23 April 2012), p. 3.

³⁶ 卸電力市場に占める合併当時会社による発電容量および出力量(output)がそれぞれ20~30%とされ、5~10%のシェア増加になると認定している。See Case No COMP/M.5224-EDF/British Energy (2008), para. 23.

³⁷ See Case No COMP/M.5224-EDF/British Energy (2008), para. 59.このような欧州委員会による審査方法について、Giulio Federico and Diana Jackson, “Draining liquidity: a novel vertical effect in electricity mergers?” *European Competition Law Review*, vol. 31, Issue 5 (2010), pp. 188-189では、顧客・投入閉鎖効果と並び（標準的な垂直効果とは異なるより直截的な流動性効果(direct liquidity effect)という意味の)「純粋な」閉鎖効果を含むものとしてとらえる一方、合併当事会社による合併後の低いシェアを採られている点、問題解消措置において水平的問題を提示している点から、「非標準的な垂直的分析(no standard vertical analysis)」を行っているとも評する。

³⁸ See OFT, *op. cit.*, note 29, paras. 97, 124.

(3) 二大発電事業者の合併事例との比較検討

以上であって、Ⅲに取り上げた二大発電事業者に係る合併事例において、当該事業者の発電市場における価格支配力を強化し得るといった強制プール制度を前提にメリットオーダー制を採用した取引構造に伴う弊害と本件合併に係る欧州委員会の審査における弊害のとらえ方との類似性を指摘する見解も見られる³⁹。

これについては、確かに、本件は、二大発電事業者の合併事例と類似の問題解消措置が取られたとしても、強制プール制度の廃止後の発電・供給両市場間での相対取引の中で、合併当事会社による卸市場のシェアを拡大に伴うEDFによる価格引上げの可能性が問題視された事例であり、取引構造自体は所与のものとして判断されている点では相違を指摘できる。

しかし、本件では、EDFによる電力取引の流動性の減少を問題視し、そのことゆえに、EDFの変動電源の半数以上を売却させる問題解消措置が取られたことから、二大発電事業者による発電市場の価格支配力を緩和する措置として石炭火力が売却された点との類似性を看取できる。加えて、二大発電事業者の買収事例では不承認の判断の流れの中でその後取引構造の変革が迫られたが、本件以後の流動性向上のためのOFGEMによる調査⁴⁰を受けてエネルギー気候変動省(Department of Energy and Climate Change)が白書「われわれの電力の将来計画——安定的に入手可能な低炭素電力のための白書⁴¹」において、電源の取引市場への強制的な流動化を求める「義務的オークション(mandatory auction)」制度を含めた卸取引市場への規制を求めている点から、両事例の推移における類似性もあわせて指摘できよう⁴²。

(4) 2013年エネルギー法に基づく流動化促進に係る方策

以上のような、当該白書に対する立法レベルでの反応として、2013年12月には2013年エネルギー法(Energy Act 2013)が成立している。同法は全7部からなり、主に低炭素化(第1部)、電力市場(第2部)、そして原子力規制(第3部)の3点に関わるものである。このうち、第2部の「電力市場改革(Electricity Market Reform)」では、低炭素化の促進を企図した差分契約を伴う固定価格買取制度(Feed-in-Tariffs)の導入(6条以下)のほか、化石燃料利用施設の操業者に対する二酸化炭素の排出上限値を順守するための規定(57条以下)が含まれるが、本報告書との関係では「市場へのアクセス等(Access to Markets etc)」(49

³⁹ See Parker and Majumbar, *op. cit.*, note 3, p. 538, note 339.

⁴⁰ OFGEM, *Liquidity in the GB wholesale energy markets*: Ref: 62/09 (08 June 2009).

⁴¹ Department of Energy and Climate Change, *Planning our electric future: a White Paper for secure, affordable and low-carbon electricity*: CM 8099 (July 2011).

⁴² Big 6による寡占化への対応として「義務的オークション」制度を紹介する邦語文献として、例えば、山崎康志「電力自由化が招く『規制なき独占』の悪夢」エネルギーフォーラム 691号(2012年) 38頁参照。

条以下)と題する卸電力市場の流動化を企図した改革を指摘できよう。

もっとも、同法では直接流動化のための方策を具体的に規定しているのではなく、国務大臣に対し、市場への参加促進と卸電力市場の流動化を狙いとして、発電・供給事業者に対する「標準許可要件」の一部を修正できる権限を付与するものであり(49条)、ここでは、(a)「許可事業者またはその他の者による英国の卸電力市場への参入を促進すること」、(b)「当該市場における流動性を促進すること」を目的とする場合にのみ、許可要件の修正が可能であるとされている(同法49条2項)。この場合、国務大臣がGEMAの関与なく行うことを可能とするものであり、これは、同法が並列的に規定する発電所への投資事業に係る「標準許可要件」の修正とは異なる⁴³。

これらのことから、上記にとらえたように、Big 6の現状への事業規制機関(GEMA)を経由しない国務大臣による政治的な関与の可能性を強く示唆する手続であり、自由化の課題に係る流動化を促進する上での一つの立法的解決法として注目に値しよう。

V おわりに

英国の電力産業における合併規制の課題は、本論において触れたように、再垂直統合化から寡占化の問題へと移行しつつある。

この場合、再垂直統合化については、規制事例の変遷を見る限り、同国の電力市場が、事業規制機関による専門技術的判断を通じた事業法制の枠組みの中で、さらに必要に応じて、「標準許可要件」の変更といった形で自由化レベルを維持しているともいえ、これは、事業法上禁止規定が存在しない、送配電の各事業者間における合併事例に対する法制上の手当てとともに、「標準許可要件」を通じた差別禁止を企図するといったように、これまでは競争法が中心的な役割を果たす方法が採られてこなかったことに由来すると考えられる。

以上に対し、寡占化の問題は、逆に発電と供給といった競争市場の中で生ずる集中に関する場合であり、EDF/British Energy事例はその典型例であって、アプローチの仕方としては、競争法的規制によることの有効性が示された例ともいえる。もちろん、取引流動化への対応として事業法的規制が予定される一方、Big 6が(Centricaを除き)英国外企業との資本下にある点に鑑みれば、寡占化に対する有効な法適用の一場面として、英国国内マターではあってもEUレベルにおける競争法的規制による対応が期待されているといえよう。

⁴³ 同法では、国務大臣に対し電力購入スキーム(power purchase scheme)を用いて発電事業への投資促進を行う場合にのみ許可要件の修正を可能とする権限の付与に係る規定が置かれたが(50条)、これについては流動化促進の場合とは異なり、国務大臣が修正を行うに当たっての規則(regulation)制定ができる旨規定する一方(51条)、その制定に際して、許可事業者、GEMAおよび国務大臣が適当と思料する他の人物に諮問する旨の手続規定が置かれている(51条6項)。このことから、かかる諮問手続を経ずに許可要件の修正を可能とした流動化方策のケースとは、顕著な相違といえよう。

【追記】 本報告書校正段階において、電力・ガス市場の評価報告書(OFT, OFGEM and Competition and Markets Authority, *State of the Market Assessment* (27 March 2014)) に接した。このほか、2002年企業法に基づき、2014年6月26日にOFGEMが競争市場局に対してイギリスにおけるエネルギー市場に係る調査の付託を行っており、それを受けて同局が2015年12月25日をめどに最終報告書を公表することとされている。このあたりの手続の流れも含め、競争市場局のホームページ (<https://www.gov.uk/government/news/energy-market-referred-to-cma>) 参照。

第 6 章

グローバルLNG市場の形成過程における競争法の役割 — エネルギー安全保障の新たな視点 —

立教大学法学部教授
東 條 吉 純

I はじめに

東日本大震災による福島第一原子力発電所事故に端を発する全国的な原発停止等の状況を受けて、現在、日本のエネルギー政策は混迷を深めている。2012年9月、民主党政権は、「2030年代に原発稼働ゼロ」を明記した「革新的エネルギー・環境戦略」の方針を示したが、閣議決定は見送られた。また、2011年8月に制定された再生可能エネルギー特措法（電気事業者による再生可能エネルギー電気の調達に関する特別措置法・平成23年法律第108号）は、再生可能エネルギーの固定価格買取制度（フィードインタリフ）の導入を決めたが、電源全体の中で再生可能エネルギーが占める割合は現時点でわずか数%にとどまり、経済性、安定性など克服すべき問題点も多い。仮に長期的には再生可能エネルギー生産が順調に拡大していくとしても、当面の間、火力発電に依存する形で電力需要をまかなうしかないという状況が続くと予想される。火力発電に投入される化石エネルギー燃料のうち、近年もっとも注目されているのは天然ガスであるが、日本は天然ガス需要のほぼ全量を輸入に依存し、かつ、外国と結んだガスパイプラインをもたないため、液化天然ガス（LNG：Liquified Natural Gas）の形態でしか輸入することができない。

日本は、1985年当時、世界のLNG輸入シェアの4分の3を占めていた。つまり、LNG国際取引は、日本、韓国、台湾といったアジア地域固有の地理的条件に規定されたローカルな取引形態であったと言える。その後、世界のエネルギー需要の増大等を背景として、1990年代後半以降、各国のLNG輸入量が増加したため、現在の日本の市場シェアは3割強にまで下がったが、今なお世界最大のLNG輸入国であることに変わりはない。また、原子力代替エネルギー資源としての喫緊の追加的需要という特殊要因も加わったため、LNG国際取引市場の動向は、日本のエネルギー政策上の極めて重要な関心事項である。

本稿は、エネルギー資源としての天然ガスの有望性を踏まえ、日本のエネルギー安全保障の観点から、合理的価格により、需要に見合った十分な量の天然ガス供給を安定的に確保するために、どのような問題点を克服することが必要かについて検討するものである。とりわけ、LNG取引のグローバル化が急速に進展し、グローバルLNG市場が形成されつつある中で、伝統的なLNG取引契約に特徴的な取引条件は、市場における競争という観点から改めてその意味を検証することが求められている。

考察にあたっては、以下の理由によりEU競争法の経験を参照する。まず、EUの一次エネルギーの輸入依存度は約6割であり、輸入依存度ほぼ100%の日本よりは恵まれているものの、天然ガス調達を大きく外国に依存し、エネルギーの安定供給の確保という観点がエネルギー政策上の重要な考慮要因となっている点において日本と共通点をもつこと。また、1990年代後半以降、EU域内電力・ガス市場が、独占モデルから市場競争モデルへとシフトするのに応じて、域内エネルギー事業者とLNG供給者との上流取引が、伝統的な長期取引契約モデルから、市場競争モデルへと徐々に移行していくプロセスにおいて、競争法が果たし得

る役割およびその限界についての経験は、日本にとって重要な参照例を提供するものと考えられる。特に、EU市場にLNGを供給する主要な事業者は、ロシアのGazprom、アルジェリアのSonatrach、ナイジェリアのNLNGといった国営石油会社(NOC)または政府の影響を強く受ける独占的事業者(以下、「NOC等」という)であり、これら事業者に対する競争法の適用は、域外適用に伴う通常の困難性のみならず、より深刻な地政学的制約に晒される。日本の場合も、主要なLNG調達先であるマレーシアのPetronas、カタールのQP(カタール石油公社)、インドネシアのPertamina等の供給者はいずれもNOC等に該当¹、仮にLNG長期取引契約にかかる反競争行為に対して独禁法を適用するとすれば、同様の地政学的制約に晒されることになるからである。

以下、検討の順序として、まず、日本のエネルギー政策と天然ガスの位置づけの現状について概観する。次に、LNG市場のグローバル化が進展し、LNGチェーンの事業構造が「独占」から「競争」へと変化しつつある状況について述べる。その際、エネルギー安全保障という観点からは、「競争」モデルへの移行期において生ずる投資リスクをどのように低減するかという点が課題となることについて確認する。続いて、グローバルLNG市場の形成期におけるLNG取引契約のあり方について、天然ガス上流取引に関するEU競争法の経験を参照しつつ、日本向けLNG取引契約にかかる競争政策上の課題について考察する。

II LNG市場のグローバル化

1. 日本のエネルギー政策とLNG

日本のエネルギー政策において、高度成長期には、エネルギー供給の中心を石炭から石油へと転換する、いわゆる「油主炭従政策」が推進されたが、1973年に発生した石油ショックは、当時、石油依存度が75%を超えていた日本を直撃し、エネルギー政策をとりまく状況は一変した。その後、エネルギーの安定供給確保が最重要課題として位置づけられるとともに、石油依存度の低減と石油以外のエネルギーによるエネルギー源の多様化等が推し進められ、石油代替エネルギーとして天然ガスと原子力の比率が上昇した²。

また、1990年代以降は地球温暖化問題への対応が国際的に求められ、1997年には、先進国の温室効果ガスの排出削減を定めた京都議定書が採択される(2005年発効)等、環境への負荷対応はエネルギー政策立案において重要な考慮事項となっている。このため、石油・石炭

¹ 2011年度の日本向けLNG供給国の上位5カ国は、マレーシア(18.2%)、カタール(17.2%)、オーストラリア(16.3%)、インドネシア(9.5%)、ロシア(9.3%)である。『2012年版エネルギー白書』111頁。JOGMEC編『台頭する国営石油会社—新たな資源ナショナリズムの構図』(エネルギーフォーラム2008年)を参照。

² 福島原発事故前の2011年度においては、一次エネルギー国内供給比率は、石油43.1%、石炭22.0%、天然ガス23.3%、原子力4.2%という構成となった。『平成24年度エネルギー政策に関する年次報告書』(資源エネルギー庁、2013年)(以下、『エネルギー白書2013』)、102-103頁。

に較べてCO²排出量が少なく、環境負荷の小さい天然ガスは、日本はもちろんのこと、世界各国の注目を集めている。

このような状況の下、2002年にはエネルギー政策基本法が制定され、「安定供給の確保」、「環境への適合」、及びこれらを十分考慮した上での「市場原理の活用」という3つが日本のエネルギー政策の基本方針とされた³。同法に基づき、2003年には、エネルギー需給に関する基本的な計画である「エネルギー基本計画」が閣議決定され、その後、2007年、2010年にそれぞれ改定が行われた。しかしながら、東日本大震災及び福島原発事故によって、この計画は破たんし、2011年12月には、同計画をゼロベースで見直し、新たな基本計画を策定するとの方針が経産省・総合資源エネルギー調査会基本問題委員会（以下、「基本問題委員会」という）によって示された。

その後、基本問題委員会は、2012年6月19日に、2030年の原発依存度について0～25%とする4つの選択肢を示した⁴。これを受けて、政府のエネルギー・環境会議は6月29日、「エネルギー・環境に関する選択肢」を公表し、原発依存度を0%、15%、20～25%とする3つのシナリオを提示し、9月14日、「2030年代に原発稼働ゼロ」を明記した「革新的エネルギー・環境戦略」の方針を示したが、閣議決定は見送られた。また、同戦略は、原発稼働ゼロを目指すとしながら、使用済み核燃料の再処理を継続するなど、原発政策について明確な方針を打ち出すことができなかった。その後、12月の総選挙によって誕生した安倍政権は、原発再稼働に向け積極姿勢を示し、2012年9月に発足した原子力規制委員会が策定した新たな規制基準（2013年7月施行）による適合性審査を経て、順次、原発を再稼働させる方針が打ち出されている。これに応じて、新たな基本計画の策定作業が進められ、2014年2月25日、新たなエネルギー基本計画の政府原案が公表された⁵。

同計画案では、「安全性(safety)を前提とした上で、エネルギーの安定供給(Energy Security)を第一とし、最小の経済負担(Economic Efficiency)で実現し、同時に環境への適合(Environment)を図る」(3E+S)というエネルギー政策の基本的視点が確認され、原子力については、「安全性の確保を大前提に、エネルギー需給構造の安定性に寄与する重要なベースロード電源である」と位置づけられた。

ただし、一次エネルギー電源構成に占める原子力の比率については明示がなく、「原発依存度については、省エネルギー・再生可能エネルギーの導入や火力発電所の効率化などにより、可能な限り低減させる」と述べるにとどまり、再稼働される原発の数及び時期、並びに、中長期的な原発政策については、今なお明確な方針は打ち出されていない。したがって、当面の間、原子力発電の代替電源エネルギーとしては、火力発電に依存する状況が続くことは

³ 平成14年法律第71号。

⁴ 日本経済新聞2012年5月29日付朝刊。

⁵ http://www.enecho.meti.go.jp/topics/kihonkeikaku/140225_1.pdf

明らかであり、かつ、発電用燃料としてもっとも有望視されるのは天然ガスである。

天然ガスが重視される理由としては、3つの化石燃料の中でもっとも環境負荷が小さく、先進国を中心に地球温暖化対策を迫られる各国の政策的ニーズに合致していること、シェールガス等の非在来型天然ガスを含めると、石油よりもはるかに埋蔵量が豊富であり⁶、かつ、割安であること、賦存エリアが中東地域に集中する石油よりも埋蔵確認地域が広く分散しており、地政学リスクが低いこと、米国発の「シェールガス革命」により（後述）、非在来型の天然ガスが大増産されており取引価格の低下が見込まれること、コンバインドサイクル発電(GTCC)等の技術進歩による発電効率向上により最も安価かつ効率的に発電が可能となったこと等が挙げられる。

また天然ガス需要にかかる日本の特徴として、天然ガス需要のほぼ全てをLNG輸入に依存し、世界のLNG全需要の3割強を占める世界最大のLNG輸入国である点や、輸入された天然ガスの約3分の2が電力各社による発電需要向けである点などが挙げられ、LNG国際取引市場の動向は、電力事業者をはじめとする日本の需要者にとって極めて重要な関心事である⁷。

実際のところ、東日本大震災後の原発停止にともなう代替発電用電源として大幅に増加したのは天然ガスであり、2011年度の発電用LNG需要は急増した⁸。電気事業者は、LNG追加調達において、①長期契約条件に規定される引取量増オプション行使、②短期・スポット取引増量によって対処した。特に②の取引に応ずることができる供給国・地域は、主としてカタールと大西洋圏のLNGであり、カタール、ナイジェリア、赤道ギニアをはじめ、文字通り、世界中からLNGをかき集めて追加需要に対処し、2011年度において、前年度比1,100万トン増の5,548万トンのLNGを輸入した⁹。また、ガス事業者の2011年度LNG輸入量も、155万トン増加して2,584万トンとなり、日本全体の2011年度LNG輸入量は、1,262万トン増の8,318万トンに達した。日本向けLNG供給のうち、長期取引契約分は約5,900万トンであり、スポット取引によるLNG調達分は約20%を占めるところ、今後も、

⁶ BP Statistical Review of World Energy(June 2012); IEA World Energy Outlook 2012.

⁷電力各社にとってのLNG需要は、石炭との競合関係及び原子力発電の進展という要因に大きく左右され、総発電量に占めるLNG火力発電のシェアは20~30%にとどまるが、京都議定書発効に伴う義務履行の要請等を勘案すると、今後も、LNG輸入量の拡大が見込まれている。なお、電力各社はLNG発電を電力需要のミドルピーク対応用電源と位置づけており、電力需要の変動に応じた弾力的な運転を望んでいる。『電気事業と燃料（電力事業講座第11巻）』（エネルギーフォーラム、2007年）205頁。

⁸ 電気事業連合会が2012年6月13日に公表した2011年度の電源別発電電力量（10社合計）によれば、LNG火力発電の比率は39.5%と過去最高になり、LNG火力を中心とした火力発電の稼働増で、停止中の原発の電力を補う構図が鮮明となった。2012年度もこうした構図に大きな変化はなく、LNG火力発電の比率は42.5%とさらに上昇している（電気事業連合会「電源別発電電力量構成比」（2013年5月17日公表））。

⁹ 森川哲男「東日本大震災後のLNG需給の状況」『特別速報レポート』（2012年6月掲載、日本エネルギー経済研究所）。

LNG輸入の一定割合をスポット取引により調達する状況が継続することが見込まれる。また、後述する通り、エネルギー安全保障にかかる調達方法の多様化・分散化という観点からも、安定的供給の確保に支障のない範囲で調達方法を多様化し、LNG需要の一定割合をスポット取引により調達すべきであると言える。

2. LNG市場のグローバル化

世界の一次エネルギー消費において天然ガスが占める割合は、2010年時点で、石油(約32%)、石炭(約27%)に続く、約21%にとどまっており¹⁰、かつ、生産量の65%が国際貿易の対象となる石油と異なり、約7割が生産国内で消費され、貿易の対象となるのは生産量の約30%である。また、天然ガス貿易全体のうち、パイプラインによる貿易量は69%、LNGによる貿易は31%である¹¹。すなわち、LNGの貿易量は、世界の天然ガスの全生産量のうち約1割を占めるにすぎないが、先に述べたような天然ガスの有望性から、1990年代後半以降、世界の天然ガス需要は、リーマンショックによる一時的な落ち込みをのぞき、年率2.8%で順調に増加しており、同時にLNG貿易も一貫して拡大を続けてきた。

LNG取引は、大西洋地域においてアルジェリアからフランス・英国に対して1964年に輸出されたのが始まりであるが、その後は、日本を含む北東アジア地域がLNG取引の中心となった。1997年まで、日本・韓国・台湾の3ヶ国・地域向けLNG輸出のシェアが世界全体の取引量の76%を占めるという状況にあり、日本単独で50%に達した。しかしながら、1990年後半以降、中国・インド等の新興諸国を中心とする国際的なエネルギー需要の急速な増加と石油価格の高騰、大西洋地域におけるLNGへの関心の高まり等、LNG取引を取り巻く様々な環境変化にともなって世界的に拡大のペースを早めている。また2011年においては、LNG貿易量のうち、長期取引契約によるものが75%、スポット・短期取引¹²が25%(6120万トン)を占め、スポット・短期取引の割合が年々増加している。

天然ガス利用の最大の問題点はその輸送にあり、パイプラインによる輸送が最も経済効率的な輸送手段であるが、地理的条件によって自ずと限界があり、遠隔地への輸送・取引には不向きである。他方、LNGは天然ガスをマイナス162度の超低温で液化する技術により、パイプラインに依存することなく遠隔地間の天然ガス輸送・取引を可能にしたものであり、国際的な流動性は高いものの、ガス田開発・生産コストやパイプライン敷設はもとより、供給国側の液化施設、需要国側の受入施設等の建設といったLNG固有の費用も含め、膨大な投資を要することになる。

このため従来、天然ガス取引は、パイプラインを通じた取引を中心として、生産国国内市

¹⁰ 『エネルギー白書2013』140頁。

¹¹ 『エネルギー白書2013』145-146頁。

¹² 「スポット取引」は契約期間が1年未満の取引、「短期取引」は4年未満の取引を指す。

場又は近隣諸国を含む地域が相互に独立した形で発展してきた。このうち、北米地域市場（米国・カナダ）および英国市場においては、競争的な取引市場が形成されてきたが、日本を含む東アジア地域においては、東南アジア、豪州、中東からのLNG輸入という形で、もっぱら1対1の相対取引による長期取引契約を通じて取引が行われてきた。

これはLNGチェーンと呼ばれる、ガス田開発から、生産、輸送、消費に至るLNGプロジェクトに要する膨大な投資費用を回収するため、長期間にわたって潤沢なキャッシュフローを確保する必要があるため、LNG取引においては、伝統的な取引慣行として、いくつかの制限的な取引条件が設定されてきた。その代表的な例として、契約の長期性（通常、15～30年）、テイク・オア・ペイ条項¹³、石油連動価格設定、排他的取引条項、仕向地制限条項などが挙げられる。このような取引条件の設定は、事業者が直面するさまざまな市場リスクを、固定化された供給者・需要者の間で分担するとともに、LNGプロジェクトから生ずるキャッシュフローを安定的に確保し、膨大な投資費用の資金調達リスクを低減する機能を果たすという意味において一定の合理性をもっていた。

このような取引構造の形成が可能であったのは、LNGの需要者である公益事業者（電力・ガス会社）が、電力・ガスの二次エネルギー市場において法的独占を与えられていたからである。これら独占的な公益事業者は、実質的にはテイク・オア・ペイ条項による数量リスクを負担することなく、長期的な需要見通しの下で、自国の需要に見合ったLNG供給の安定的な確保という目的を最優先することができた。また、かつてLNGスポット取引はほとんど行われず、緊急時のスワップ取引等を別にすると売主・買主双方とも第三者への転売や地域間裁定取引による利潤獲得機会が小さかったため、上記のような制限的条件による不利益は実際生じなかったのである。

上記のような状況は、1990年代後半以降、大きく様変わりした。欧米では電力事業向けの天然ガス需要が増大した。米国では、後述する「シェールガス革命」直前の2000年前後の時点で、国内生産が需要の増大に追い付かない傾向が明らかになり、大規模なLNG輸入が見込まれていた。また欧州では、エネルギー安全保障の観点から、積極的にLNG輸入の比率を拡大する政策がとられた。また、中国、インド等の新興諸国においても発電需要および都市ガス需要が急増したため¹⁴、大陸間LNG貿易が急拡大したのである。このような世界的なLNG需要の増大および価格上昇にともない、供給サイドでも、特定の需要者向けの取引でなく、異なる地域市場間の価格差に着目した裁定取引など、収益機会の拡大を狙うスポッ

¹³買主側の需要状況にかかわらず一定数量の引取及び支払義務が発生する契約条件。ただし、不可抗力や売主側の引渡しがない場合は除外される。無論、売主側には引渡し義務が発生する。日本においては、契約取引量のほぼ全量（95%超）が引取義務の対象とされてきた。

¹⁴日本に対する主要なLNG輸出国のインドネシア、マレーシアにおいても、経済発展とともに国内の天然ガス需要が年々増加を続ける中、輸出量を削減して国内需要向けに振り向けたり、LNG輸入を増加したりする動きが生じている。

ト・短期取引の対象となるLNG数量を拡大させた。また、さまざまな市場リスクを供給者側が自ら負担するというプロジェクト形態も現れ始めた¹⁵。例えば、カタールではLNG関連施設への大規模な設備投資が行われ、1997年にLNG生産を開始して以来急速に存在感を強め、2006年には世界最大のLNG輸出国に躍進した。LNG取引市場のグローバル化における、供給国としてのカタールの位置付けは重要である。同国は、地理的にアジア地域と大西洋地域の中間に位置し、英米市場向け供給分の約50%を仕向け地変更可能なスポット・短期取引の対象とする等、柔軟な取引条件によるスポット・短期取引向けのLNG供給量を増やし、LNGの国際的な流動性の改善をもたらした。また、オーストラリア、東アフリカ地域のモザンビーク、カナダ等においても、数多くの新ガス田開発・LNGプロジェクトが計画・実施されている。

もっとも大きな環境変化は、米国発の「シェールガス革命」である。シェールガスとは、頁岩と呼ばれる硬い岩盤層のすき間に貯蔵される天然ガスのことで、炭層メタン（コールベッドメタン(CBM)）、タイトサンドガス等とともに、「非在来型」天然ガスと呼称される¹⁶。シェールガスの生産コストは、水圧破砕法を応用した掘削技術の革新によって劇的に低下し、天然ガスの世界市場に大きな影響を与える存在になった。シェールガス大増産によって、米国は、2009年にロシアを抜いて世界最大の産ガス国に復帰するとともに、天然ガスの純輸入国から一転して純輸出国となることが予想されている。これら非在来型天然ガスは、世界中にあまねく賦存し、その資源量も膨大であることが確認されており、米国発のシェールガス革命及びその開発技術は、世界各国に急速に広がりつつある。

誰も想定しなかった規模の米国のシェールガス大増産によって、国際的な天然ガス需給バランスは大幅に緩和した。欧州では、リーマンショックとそれに続く欧州債務危機によるガス需要減少等の要因も重なって天然ガス市場価格の低下が生じ、後述のように、長期取引契約の天然ガス購入価格や価格決定方式見直しの動きとなって現れている¹⁷。

日本向けのLNG取引価格は、これまで、日本向け原油平均価格に準拠して決定されてきた。参照すべき市場価格が形成されない中での相対取引においては、取引価格は売手と買手の交渉力に大きく左右されるのが通常であるところ、伝統的に原油価格準拠の取引慣行が存在し、かつ、他に参照可能な指標価格も形成されてこなかったため、日本の需要者が価格交渉力を発揮して伝統的な取引慣行を覆すのは困難であったとも言える。ただし、上述のよう

¹⁵ Dick de Jong, Coby van der Linde, and Tom Smeenk, “The Evolving Role of LNG in the Gas Market”, in Andreas Goldthau and Jan Martin Witte eds, *Global Energy Governance: The New Rules of the Game* (Brookings Inst Pr 2010) 221, at 230-231.

¹⁶ タイトサンドガスは、浸透性が非常に低い硬質砂岩層に含まれるガスのこと。またコールベッドメタンは、石炭鉱床に含まれるガスで、有機物の石炭化の過程で発生したメタンが石炭の分子格子構造の中に吸収されたり、微細孔表面に吸着されたりして存在する。

¹⁷ 大貫憲二「欧州における天然ガス購入価格見直しの動き」(JOGMEC レポート、2012年10月18日最終更新)。

な伝統的取引構造の中で、日本の電力・ガス会社は、総括原価方式による燃料費調整制度に基づき、LNG調達価格が上昇しても、容易に電力・ガス料金に転嫁することができたため、実質的な意味においては価格・数量リスクともに負担しておらず、価格交渉力を発揮してLNG取引価格を抑制するインセンティブがそもそも乏しかったと言ふべきである。

このような状況は、原発停止によりLNG需要が急増した後も継続している。加えて、原発停止が長期化する中で、当面の間、原発代替電源をLNG火力発電に依存するしかない日本には「買わない」という選択肢がないため、相手方事業者には「足元を見られる」状態が続いている。また、LNG市場のグローバル化を受けて、日本を含むアジアの事業者も価格決定方式の見直し交渉が進められているが、今のところ、既存の長期取引契約については顕著な成果は公表されていない。

他方、新規取引契約分については、2012年に入って、天然ガス連動価格によるLNG調達契約締結や計画が相次いで公表されている¹⁸。4月には、三井物産と三菱商事がLNG基地をもつ米キャメロンLNG社と基本契約に合意し、米国産LNGを年間各400万トン委託加工・輸出する計画を発表した¹⁹。また同月、住友商事は米ドミニオン社と米国産LNGの委託加工契約（液化プラント運転開始から20年間、年間230万トン）を結び、それを東京ガスが調達する計画を発表した（コーブポイント・プロジェクト）²⁰。7月には、大阪ガスと中部ガスが共同で、米国産LNGを年間各220万トン調達する旨公表した²¹。これは両社がそれぞれ米国ガス市場で調達して液化プラントまで輸送する天然ガスについて、米フリーポート社の子会社に液化加工を委託する契約であり、当然のことながら、天然ガス連動価格（米国指標価格準拠）による調達となる（フリーポート・プロジェクト）²²。11月には、関西電力が、英BP子会社を通じ、エジプト、トリニダードトバゴなどから天然ガス連動価格（米国指標価格準拠）によるLNG長期契約を締結した（2017年から15年間、年間50万トン）²³。また東京ガス、中部電力、大阪ガスは、それぞれモザンビーク産天然ガスの、天然ガス連動価格（欧州指標価格準拠）による購入について米ナアダルコ社や三井物産と交渉に入ったこと

¹⁸ 日本経済新聞・2012年12月22日付朝刊。

¹⁹ 三井物産「日本向け含む米国産LNGの輸出プロジェクトで米国企業と共同検討を開始」（2012年4月17日付プレスリリース）、三菱商事プレスリリース「米国産天然ガス液化契約に係るキャメロンLNG社との基本契約合意」（2012年4月17日）。

²⁰ 東京ガス「コーブポイントLNGプロジェクトからの米国産液化天然ガス調達に関する協議開始について」（2012年4月27日付プレスリリース）。

²¹ 大阪ガス「米国からのLNG調達に向けた天然ガス液化加工契約の締結について」（2012年7月31日付プレスリリース）。

²² 従来、天然ガス調達やパイプライン輸送といった上流部門におけるアレンジは総合商社に依存することがほとんどだった日本の電力・ガス事業者がはじめて自前で直接調達する例としても特記に値する。

²³ 日本経済新聞2012年11月20日付朝刊。

が伝えられている²⁴。また2013年になると、2月、東京電力は天然ガス連動価格により年間1,000万トンの調達をめざし、上記の三井物産および三菱商事が委託加工する米国産LNG 80万トン（2017年から20年間）を含め、年間200万トン分を天然ガス連動価格（米国指標価格準拠）により確保したと発表した²⁵。また4月には、東京ガスと関西電力が、上記住友商事のもつ230万トンのうち、東京ガスが年間140万トン、関西電力が年間80万トンを、それぞれ天然ガス連動価格（米国指標価格準拠）により調達する旨公表した²⁶。米国産LNGの非FTA締結国向けの輸出については、同国の天然ガス法第3条(c)に基づくエネルギー省の許可が必要であるところ、2012年12月、エネルギー省はLNG輸出拡大が米国の国益にかなうと結論づける報告書を公表し²⁷、日本向け輸出申請も含め、それまで保留中であった審査を順次再開する見通しを示した。その後、2013年5月17日、フリーポート・プロジェクトに対して、同年9月11日、コーブポイント・プロジェクトに対して、それぞれ輸出許可が与えられた。ただし、非FTA締結国向けのLNG輸出の是非については現在も国内の議論が分かれており、反対論にも配慮すると、現在、申請中の二十数件を数える輸出計画のうち²⁸、許可される案件数は限られるとの予測もされている²⁹。

以上述べたようなLNG市場のグローバル化の動きにともない、LNG取引契約及びそれを支えるLNGチェーンの事業構造は、「独占」から「競争」へと変化する兆候を強く示しているが、世界的な需要の増加に応じたLNGチェーンへの継続的な投資フローの確保という点では新たな課題も生じている。

3. LNG調達とエネルギー安全保障

エネルギー安全保障概念には、さまざまな定義が与えられるが³⁰、エネルギー資源輸入国

²⁴ 日本経済新聞 2012年12月22日付朝刊。

²⁵ 東京電力「米国キャメロンプロジェクトからの軽質LNG購入について—軽質LNG年間1,000万トン購入に向け、第一弾のプロジェクトに基本合意—」（プレスリリース 2013年2月6日）。

²⁶ 東京電力「米国コーブポイントLNGプロジェクトとの天然ガス液化加工契約締結ならびに液化天然ガスの売買に関する基本合意書の締結について」（プレスリリース 2013年4月1日）、関西電力「米国コーブポイントLNGプロジェクトからの液化天然ガス購入に関する基本合意書の締結について」（プレスリリース 2013年4月1日）。

²⁷ “Macroeconomic Impacts of LNG Exports from the United States”, NERA Economic Consulting, 3 Dec 2012.

²⁸ U.S. Department of Energy, “Applications Received by DOE/FE to Export Domestically Produced LNG from the Lower-48 States (as of July 12, 2013).”

²⁹ 2013年9月15日現在、承認された非FTA締結国向け輸出申請は4件にとどまる。

³⁰ B. Barton et al., “Introduction”, in B. Barton, C. Redgwell, A. Ronne and D. N. Zillman (eds.), *Energy Security: Managing Risk in a Dynamic Legal and Regulatory Environment* (Oxford University Press, 2004) 3, at 5-10. エネルギー安全保障を考察する際の、主要な観点として、例えば、①エネルギー輸入国（供給安定性）／エネルギー輸出国（需要安定性）の別、②特定エネルギー資源の他のエネルギー資源との代替関係、③先進国／開発途上国の別、④期間（短期／長期の別）、⑤主体（市民／企業／社会全体の別）、⑥個別国家／地域／世界全体の別、⑦

である日本の観点から考えると、合理的な価格によって、需要に見合った十分な供給量のエネルギーを安定的に確保することであり、その具体的な方法は、あらゆる施策によって天然ガス調達の多様化を徹底することにつきる。また本来、エネルギー安全保障概念は、他の一次エネルギー調達や国内の省エネルギー政策を含めた、より包括的な議論の中で論じられ、天然ガス調達問題もその中で適切に位置づけられるべきであるが、LNG取引における安価かつ安定的な供給確保という点に考察対象を限定するならば、調達・契約形態の多様化（契約期間、供給元等）、天然ガス上流権益への参画といった、さまざまな手法を組み合わせる形で施策を構想することが重要である³¹。

このうち、ガス田の開発・生産等の上流部門への参画及び権益取得は、天然ガスの安定的供給確保にかかる調達先の多様化戦略の一部として位置付けることができる。また、市場価格の変動リスクをヘッジすることができ、実質上、生産コストに基づく調達が可能となるため、天然ガス調達コストの安定化を図ることができる点も重要である。さらに、垂直統合によるシナジー効果によって、上流部門としては下流の販路及び需要を確保でき、下流部門としては調達先オプションが増えるという利点もある。ただし、上流部門事業は、その性質上、下流の電力・ガス事業とは、全く別個のハイリスク・ハイリターン事業であることにも十分に留意すべきであり³²、上流部門における事業リスクを十分に認識した上での事業判断が必要となる。

また、より広くグローバルLNG市場の形成という観点からは、開発・生産から消費にまで至るLNGチェーンのすべての参加者の間で利益とリスクの適正な配分と均衡が形成される必要がある³³。特に、LNGチェーン各段階への長期的かつ継続的な投資フローの維持という意味においては、低廉な価格を追求する需要者の観点のみを強調しすぎるべきでない。というのは、世界の天然ガス需要の増大に応じて、それに見合った数量のLNGが遅滞なく市場に供給されることが重要であるところ、LNGプロジェクトのリードタイムは長く、ある時点で行われる投資が市場に影響を及ぼすには数年間を要するため、供給サイドにおいてLNGプロジェクトへの継続的かつ十分な投資フローが確保されなければ、十分な数量の天

政府規制／市場の役割分担、⑧リスクの種類（経済リスク／規制リスク等の別）などが挙げられる。

³¹ 2000年前後に構想され頓挫した、サハリン＝北海道間の国際パイプライン構想も多様化の重要な選択肢の一つといえる。例えば、中国は、原子力発電を推進するとともに、パイプラインの敷設によりトルクメニスタン等の中央アジアからの天然ガス輸入を増加させており、LNG取引価格交渉においても日本より有利な交渉を展開している。

³² 筒井美樹「天然ガス需給動向と電気事業者の燃料調達・上流進出戦略－欧米の電気事業者のケーススタディー－」『電力中央研究所報告 調査報告：Y10008』（2011年）。筒井によれば、英Centricaは、2006年に上流部門へ進出するに際して、世界有数の探鉱・生産会社であるChevronの副社長をCEOとして迎え、仏Gas de France（現在のGdF Suez）も、上流進出にあたり1,000人もの上流の専門家を雇用したという。

³³ Andrei Konoplyanik, “Energy Security and the Development of International Energy Markets.” in B. Barton, *et al.* (eds.), *supra* note (30), 47, at 52-55.

然ガス生産が行われないおそれが生じるからである。

この点、伝統的なLNG取引契約およびそれと直接に結びついた上流部門の事業構造は、独占的事業者間の相対取引を通じて数量リスク、価格リスク等の取引リスクを低減し、LNGプロジェクトに要する膨大な投資費用の長期間にわたる回収を可能とする仕組みを提供するものである。しかしながら、近年のLNG市場のグローバル化の進展とスポット・短期取引の増加による流動性の拡大にともない、LNG輸入国の電力・ガス事業者にとって、硬直的な長期取引契約だけがLNG調達の選択肢ではなくなった。また、LNG取引のボトルネックとなりうる液化施設、受入基地、LNG輸送船も、各々の市場参加者がリスクをとって自ら保有するケースも増え、かつ、スポット・短期取引による有利な利得機会も増加することが予想される。また、下流の電力・ガス市場における自由化が進展する中で、従来のような取引慣行を維持することがますます困難になりつつある。

このような状況変化に応じて、伝統的な取引契約における諸契約条件の合理性や、供給者・需要者間の適正なリスク配分のあり方を再考することが求められつつあると言える。というのは、従来のような硬直的取引条件を設定し続けることは徐々にその合理性を失うとともに、需要者に一方的に不当な拘束条件を押し付けるという性格が強まることになり、自由かつ公正なグローバルLNG市場の発展の阻害要因となるからである。もっとも、グローバルLNG市場が発展し、事業者が直面する数量リスク・価格リスク等の事業リスクを市場が十分に吸収できるようになるまでには、まだかなりの期間を要すると予想される。この間、LNGチェーン各段階への投資にかかる長期の資金回収に対する合理的な期待形成を継続的に維持するためには、事業者がLNG市場の発展段階に応じて柔軟に取引形態を変更していく姿勢を要し、スポット・短期取引と長期取引契約の適切な組み合わせを通じて、LNG事業にかかる様々なリスクを管理可能な適正水準にとどめる必要がある。さもなくば、LNGチェーン各段階、とくに上流部門の天然ガス開発・LNGプロジェクトへの投資リスクが増大し、需要の増加に見合った十分な量の天然ガス及びLNGが供給されないという問題が生じることとなる。

また、契約条件の変更が柔軟な形で達成されず、硬直的取引条件の性質が、供給者・需要者間のリスク配分の公正ないし合理性という観点から不当性を帯びるに至るならば、各国の公的規制、特に需要国の競争法規制の観点から問題を惹起することになる。この点、次節で紹介するEU競争法の経験からも分かる通り、グローバルLNG市場の進展とともに、LNG取引のあり方に対する各国の競争政策上の認識それ自体が、大きく変化しつつある点も重要であり、LNG取引にかかる伝統的な取引慣行に影響を与え得る。ただし、日本向けLNG取引契約における供給者は、産ガス国のNOC等であることも多く、供給国と需要国との間の政策衝突という問題が新たに生じることとなる。

Ⅲ グローバルLNG市場形成を促す施策—LNG先物市場の創設

形成過程にあるグローバルLNG市場では、需要国としてのエネルギー安全保障に十分に配慮しつつ、LNGチェーン各段階、とくにガス田開発を中心とした上流部門への長期的かつ継続的な投資フローを維持するため、政策金融等の手法をフルに活用し、資金リスクの低減等の施策をとるべきことは言うまでもないが³⁴、旧パラダイムにおける支配的慣行の一つである石油連動価格の柔軟化については、単に市場メカニズムによる価格調整機能に委ねるのみでは、供給者・需要者間の交渉力格差等を考慮すると、その硬直性を打開するのは容易でない。次節において紹介する欧州の事例のように、パラダイム転換過程において生ずる契約条件改定等を巡る紛争に備え、取引契約には仲裁合意が組み込まれているのが通常であるが、仲裁廷が市場構造の変化に伴う条件変更の判断を下す場合には、石油連動価格に代わる指標価格の有無が重要となりうる。

この点、現在、日本において検討されているのがLNG先物市場の創設であり、2014年度中の上場を目指すと言われていた。同市場を創設する第一の目的は、短期・スポット取引の活性化と取引量増大という状況を踏まえ、価格変動や季節要因を始めとする需給の変化など予測困難なリスクをヘッジする取引の場をつくることにある。また将来的に、信頼性の高い指標価格が形成される市場へと育成することができれば、同指標価格に依拠した取引が増加し、価格の安定化への貢献が期待されるとともに、契約交渉時において参照すべき「合理的な」価格基準の一つとなりうることは上述した通りである。

現在検討される方向性は、ドル建ての現金決済型の先物市場である。というのは、LNG受入基地能力（貯蓄施設）の余剰に乏しく、自由な第三者アクセスが保証されない日本においては、現物受け渡し市場を短期で創設することは困難であることに加え、LNG品質（熱量等）の異なるLNG混合の問題などの技術的制約が存在するからであり、当該先物市場の価格を参照した現物の受渡しを可能とする仕組み（EFP取引³⁵）の導入が構想されている。

同時に、過剰な流動性資金の流入によるLNG価格の乱高下を回避し、価格の信頼性を高めるため、スポット取引価格等の実績を的確に収集し、集計値を公表する手法の検討も提案されている³⁶。

報道されるところによれば、東京商品取引所（東商取）は、米シカゴ・マーカンタイル取引所（CME）グループと業務提携し、世界初のLNG先物市場の創設に向けて着実に動き

³⁴ 『エネルギー白書 2013』179-185頁。

³⁵ 現金決済型の先物市場において、先物市場に建玉を有する者同士で市場外の現物取引が成立する場合に、取引所の承認により、同取引をもって建玉決済が行われたとみなす制度であり、任意に先物市場における建玉を現物の受渡しによる取引に転換できるというメリットがある。

³⁶ 資源エネルギー庁・LNG先物市場協議会「LNG先物市場に関する方向性について」（2013年4月5日）。

出している。その第一歩として、2014年5月にも、東商取はLNGのドル建てOTC（店頭）取引を開始する³⁷。OTC市場は取引所を通さずに行われる相対取引であり、東商取とシンガポールのギンガが出資するジャパンOTCエクスチェンジ（JOE）が市場の運営を担う。

経産省が主導するLNG先物市場の成否については、今のところまったくの未知数と言わざるを得ないが、いずれにせよ、世界初のLNG先物市場がその流動性を高め、当初の狙い通りのリスクヘッジ機能を果たすためには、海外の需要家や供給者（売主）など、多くのプレーヤーがこの先物市場に参加し、取引の厚みを伴う市場へと育成することが求められる。また、中国、シンガポールも同様の先物市場創設を計画中であり、これら市場との国際連携も必要となる。さらに、需給を反映した信頼性の高い指標価格が形成されるには、かなりの時間を要すると考えるべきだろう。

IV グローバルLNG市場の形成過程における競争法の機能—欧州の経験

1990年代後半以降の欧州委員会による天然ガス上流取引分野に対する競争法適用の試みは、域内電力・ガス市場統合および自由化が進展し、上流および下流の市場構造が独占モデルから市場競争モデルへとパラダイムが移行する動きに呼応するものであると言える。というのは、この時期、域内電力・ガス市場の自由化及び市場統合が推進され、域内の電力・ガス事業者間の競争が活発化するとともに、取引実態としても、英国のNBP価格³⁸のみならず、大陸欧州においてもベルギーZeebruggeやオランダTTF等のハブにおける取引量が徐々に増加し、各ハブにおいて天然ガス市場価格が形成され始めたからである。

LNG取引を含むエネルギー上流市場における取引契約は、競争法の適用対象分野としては複雑な様相を示す。天然ガスは、輸出国の国家政策に深く関わる戦略的産品であると同時に、日本や欧州などの輸入国にとっても天然ガス供給の安定的確保という最優先の国家的要請から、強い地政学的な制約を免れないからである。

EU競争法の基本規定は、EU機能条約101条および102条に置かれている。101条1項では、「共同体市場における競争を妨害、制限または歪曲」する目的・効果をもつ事業者間のすべての協定の禁止が規定され、対象となる協定には水平的協定と垂直的協定の双方が含まれる。天然ガス上流取引契約は垂直的協定であり、同契約における制限的条件は垂直的制限に該当する。垂直的制限についての違法性審査は、垂直的制限ガイドライン³⁹に基づき行われる。また、101条3項は、101条1項の適用免除を規定するが、後述の通り、天然ガス上流

³⁷ 日本経済新聞・2014年2月8日付朝刊。

³⁸ NBP (National Balancing Point) 価格とは、英国におけるガス指標価格である。英国におけるガス市場の発展については、友岡史仁『公益事業と競争法—英国の電力・ガス事業分野を中心に』（晃洋書房、2009年）。

³⁹ 垂直的制限ガイドラインは、2000年にはじめて公表され(2000/C 291/01)、2010年に改定された(2010/C 130/01)。

取引契約においては、事業者の市場シェアが高いため、通常、101条3項に基づく適用免除は認められない。

また102条では、市場支配的地位にある事業者の濫用行為の禁止が規定され、より具体的には、不当な高価格販売、略奪的価格設定（不当な低価格販売）、差別的取扱い、取引拒絶、排他的取引等の様々な行為類型が含まれる。

天然ガス上流取引契約は、供給国NOC等と域内の市場支配的エネルギー事業者の間で締結されることが多く、両事業者に対して101条が適用される場合と、外国NOC等による市場支配的地位の濫用行為に対して102条が適用される場合とが考えられる。

天然ガス上流取引分野における欧州委員会の競争法適用は、以下のような特徴をもつ。すなわち、上記地政学的制約を反映して、競争法調査と並行してNOC等の供給事業者や供給国政府との交渉が進められ、NOC等が問題となる契約条項を現在及び将来の取引契約から破棄・削除することをもって、調査を終了するのが通常であり、これまで最終的な違反決定が下されたことはない⁴⁰。この事実は、主権国家と制度上または事実上一体の存在であるNOC等に対する需要国の競争法適用の限界を示すとともに、競争法による規制的介入を活用することによって、需要国のエネルギー安全保障という目的に資する可能性もまた示している。いずれにせよ、LNG上流取引市場におけるNOC等への競争法適用は、通常の競争法適用とは異なった制約要因及び判断要素が強く影響することを銘記すべきである。

以下、伝統的な天然ガス取引契約に特徴的な諸条件について、需要国の競争法適用という観点から、どのような論点整理がされるか、EU競争法の経験を参照しつつ考察する。現在、急速に進展しつつあるグローバルLNG市場形成の流れの中で、日本市場に影響を及ぼす現行LNG取引契約の各条項を競争政策の観点から検証し、必要に応じてLNG取引市場に対する独禁法適用の可能性を考察するとともに、今後、日本における電気事業制度改革が進展し、国内電力市場における競争が活発化するならば、日本も欧州と同様に、LNG上流取引市場における積極的な独禁法適用の必要性が高まるからである。

1. 長期取引契約

EU競争法上、従来、上流の取引契約期間の長期性がそれ自体として、反競争的であるとの指摘を受けた例はない。長期取引契約は、関連事業者に対して大きな投資インセンティブを提供し、かつ、（長期取引を選好する）外国供給者からのガス調達が可能になること、さらには、スポット・短期取引による急激な価格変動リスクを低減し、安定的にLNG供給を

⁴⁰ 問題となる契約条項の破棄をもって事実上の調査終了とされる場合も、2003年手続規則第9条に基づく約束決定(commitment decision)という手法が用いられる場合もある。H. Schweitzer,

“Commitment Decisions in the EU and in the Member States: Functions and Risks of New Instruments of Competition Law Enforcement within a Federal Enforcement Regime”, E-Competitions Bulletin, 2 Aug. 2012.

確保できること等の大きなメリットがあり、長年にわたり、欧州にとって天然ガス安定供給の要諦であると見なされてきた⁴¹。

2005年ガス安定供給指令の前文では、長期取引契約とガス安定供給の結びつきが明確に認められ、長期取引契約が欧州向けガス安定供給において極めて重要な役割を果たしてきたこと、今後も現行の長期取引契約の水準は共同体レベルとして適切であり、各事業者が今後もガス供給ポートフォリオの中に長期取引契約を組み入れるものと信ずることと述べられた⁴²。同指令を受け継いだ2010年ガス安定供給規則では、同様の記述は見られないが、長期取引契約とガス安定供給の結びつきは強く意識されており、長期取引契約それ自体には積極的な価値が見出されていると言ってよい。

また、ガス供給国（及びNOC等）にとっては、ガスの安定的需要（供給先）の確保は極めて重要な国家的課題であり、かつ、自国の天然ガス開発に対する継続的な投資フローを確保するためにも、長期取引契約及びテイク・オア・ペイ条件を強く望む場合が多いという点にも十分に留意することが必要である⁴³。

このように、長期取引契約は、今後もEUのガス安定供給の観点から重要な選択肢の一つと評価されると考えられるが、同時に、競争政策の観点から契約期間の長期性を検証するならば、長期契約の対象となる数量が全需要に占める割合が高く、当該取引の排他性や市場閉鎖効果が大きい場合など、関連市場における状況次第では競争法上の問題となる可能性がある。また、他の拘束的条件と組み合わせられる形で、反競争効果が強まる場合もある。欧州委員会は、2007年のエネルギー分野調査の報告書において、上流の長期取引契約が下流の市場集中度に及ぼす影響が重要な課題となっているとの認識を示し、少数の既存事業者によるガス輸入契約の当事者が少数の既存事業者に集中していることが、域内取引における競争の活性化を妨げており、上流取引が下流市場に及ぼす影響について注意を払う必要があると述べる⁴⁴。

下流の域内ガス取引も、伝統的に、上流市場と同様の長期取引契約に特徴づけられてきたが、欧州委員会は、需要者が自由に供給者を選択できない取引構造は、新規参入者を排除す

⁴¹ Kim Talus, *Vertical Natural Gas Transportation Capacity, Upstream Commodity Contracts and EU Competition Law* (Wolters Kluwer, 2011), at 178-181. See also, *DG Competition Report on Energy Sector Inquiry* at 209 (10 Jan 2007) (hereinafter referred to as “Sector Inquiry Report”).

⁴² Council Directive 2004/67/EC of 26 April 2004 concerning measures to safeguard security of natural gas supply, OJ, L 127/92, preamble 11. なお、同指令は、2010年ガス安定供給規則によって廃止されている。Regulation (EU) No 994/2010 of the European Parliament and the Council of 20 October 2010 concerning measures to safeguard security of gas supply and repealing Council Directive 2004/67/EC, OJ L 295/1.

⁴³ ただし、数十年前の開発されたガス田からの供給の場合、新規にガス田開発を行う場合よりも、長期取引契約の必要性及び合理性は低下する筈であり、一般的な意味における継続的投資の必要性という理由は必ずしも説得的でない。

⁴⁴ Sector Inquiry Report, at 323-324.

る市場閉鎖効果をもち、その効率性を勘案してもなお社会的損失が生じ、競争的市場の形成を阻害するおそれがあるとの認識に至り、2000年代に入り、相次いで長期取引契約に対する競争法適用を行った⁴⁵。例えば、Distrigaz事件では、ベルギーにおいて市場支配的なガス供給事業者であるDistrigazの産業需要家に対するガス長期供給契約に対する82条（現行の102条）調査が行われ、Distrigazは毎年、全供給量の70%を市場に放出すること、および、契約期間を5年とすることを約束した⁴⁶。また、E.ON Ruhrgas事件では、ドイツカルテル庁によって許容される数量と期間による組み合わせが設定され、顧客の全需要の80%超については2年間、50%超については4年間が限度とされた。

欧州委員会は、下流のガス取引契約に関して、①排他的取引の対象となる数量、②契約期間、③複数契約の累積的な市場閉鎖効果、④効率性、⑤その他（需要者の対抗的な購買力、その他の参入障壁等）の各要因に着目するとの見解を示すが⁴⁷、上記先例に照らすと、需要量の大きな割合を占める長期取引に関する違法性基準はかなり厳格であることが分かる⁴⁸。

欧州よりもはるかに輸入依存度の高い日本のLNG調達の現状に鑑みると、長期取引契約はLNG安定調達の観点からその重要度は高く、今後も主要な契約形態であり続けることは明らかである。現時点で、LNG取引にかかる契約期間の長期性それ自体が独禁法の見地から問題視される可能性はかなり低いが、既存の電力会社による事実上の地域独占が続く下流の電力市場において、今後も競争の活性化が阻害される場合には、長期取引契約による市場閉鎖効果が問題となる可能性もなしとしない⁴⁹。また、エネルギー安全保障の観点からも、LNG調達において多様な契約期間を組み合わせることによって多様性の向上を図ることが望ましく、安定供給を損なわない範囲において、スポット・短期取引との組み合わせによるLNG調達が指向されるべきである。

2. テイク・オア・ペイ条項（最低数量引取り保証義務）

契約期間の長期性と同様、テイク・オア・ペイ条項がそれ自体として、EU競争法上、問題視されたことはない。2007年エネルギー分野調査では、既存エネルギー事業者からは、同条項が購入・貯蔵ポートフォリオにおける柔軟性を確保するために必要な条項であるとの回

⁴⁵ Gas Natural 事件 (COMP/37542—Gas Natural+Endesa)、および、Distrigaz 事件 (COMP/B-1/37966—Distrigaz)。また、ガススタンドへのガソリン供給にかかる Repsol 事件 (COMP/B-1/38348—REPSOL C.C.P.)、発電所建設及び燃料ガス供給を含むJV承認にかかる Synergen 事件 (Press release, IP/02/792, 31 May 2002)も参照。なお、Synergen 事件は、ノルウェーの Statoil を当事者とする事案である。

⁴⁶ COMP/B-1/37966—Distrigaz.

⁴⁷ Sector Inquiry Report, at 235.

⁴⁸ Talus, *supra* note (41), at 150-159.

⁴⁹ 日本の二次エネルギー市場における長期供給契約については、北海道電力が、新規参入者等に対抗するため、契約期間に応じた割引料金を設定するとともに、途中解約に高額の違約金支払いを義務付けた長期取引契約に対する警告事例がある（公取委警告・平成14年5月28日）。

答が行われた。実際上も、エネルギー事業者が締結するテイク・オア・ペイ条項は、日量又は月量単位で厳格な引取り義務を課すものではなく、より柔軟な形で、年間で80-110%の引取り義務を課すというものとどまる。逆に、新規参入事業者にとっては、この柔軟性ゆえに、既存事業者による卸売市場機能の内部化が可能となり、新規参入を阻害する参入障壁となりうるとの批判もある⁵⁰。

テイク・オア・ペイ条項それ自体は、契約当事者間の数量的リスクを供給者と需要者とが分担するという合理的な機能をもち得るが、同条項に加えて、仕向け地条項などの再販制限条項が組み合わせられると、反競争的な性質を帯びることになる。また近年、天然ガス上流取引市場を取り巻く環境が急速に変化する中で、後述の石油連動価格とも相俟って、テイク・オア・ペイ条項が供給者に不当な超過利潤をもたらし、顧客である域内エネルギー事業者に高い購入コストを強いるものであるとの考え方が急速に広まりつつある。2012年10月、加盟国裁判所レベルにおいて、はじめて同条項の有効性を否定する判決が下された。ウィーン仲裁裁判所は、RWE Transgas（独RWEのチェコ子会社）とGazpromの間の天然ガス取引契約を巡る紛争において、RWE Transgasはガス不使用分についてテイク・オア・ペイ条項に基づく支払い義務を負わないとの判断を下したのである⁵¹。同取引契約では、90%の年間最低引取義務が課せられており、条件の拘束性が高い例であったとも言える。

日本向けLNG取引契約の場合、従来、契約数量のほぼ全量が引取り義務の対象とされてきたが、これは同時に供給者側に契約数量のほぼ全量について厳格な供給義務を課すという法的意味をもち、日本の事業者が安定的なLNG調達の確保を最優先してきたことを意味している。他方、グローバルLNG市場からより安価なLNG調達する等、LNG調達の多様性を高めるためには、安定的調達の利益を損なわない範囲において、欧州向け契約のように、引取り保証義務対象数量の柔軟化、数年ごとの対象数量見直し、月単位での変動容認といった、より柔軟な契約条件を導入することが望ましいと考えられる。

3. 仕向け地制限（地域制限）条項及び利益分配条項

仕向け地制限条項は、ガス購入者による第三者への転売を禁止する制限条項であり、供給者が個別需要者ごとに差別的価格を維持し、市場の分断を維持するために活用され、かつ、天然ガスの流動性を低下させるという性質をもつ。EU競争法は、仕向け地制限条項にかかる協定を禁止しており、かつ、天然ガス取引契約を締結する事業者は大きな市場シェアをもつため、通常、EU機能条約101条3項による適用免除の対象とはみなされない。

また、利益分配条項や用途制限条項もしばしば活用されるが、これら制限条項は、仕向け地条項と同様の制限的機能をもつことが知られている。利益分配条項とは、買手が購入した

⁵⁰ Sector Inquiry Report, at 209-210.

⁵¹ Reuters, “RWE in Landmark Win over Gazprom Crucial Contract Clause”, 24 Oct 2012.

天然ガスを、契約上定められた契約地域の外で天然ガスを再販売する場合に、その販売による収益を、売手と買手との間で分配する条項であり、買手となる域内エネルギー事業者は、購入した契約地域外で再販売する誘因を低下させることになる⁵²。用途制限条項は、契約上定められた用途以外の用途に天然ガスを使用することを制限するものである。

これら制限条項は、長らく伝統的な天然ガス長期取引契約に組み込まれてきたが、2000年代に入ると、欧州委員会は、天然ガス取引契約上の仕向け地制限条項等に対する競争法適用を試みて、天然ガス取引契約からのこれら制限条項の削除という成果を相次いで獲得した。対象となったのは、ノルウェーのStatoil及びNorsk Hydroが締結するG F U契約⁵³⁵⁴、ナイジェリアのNLNGが締結する契約⁵⁵、ロシアのGazpromが締結する、E N I（イタリア）との契約⁵⁶、OMV（オーストリア）との契約⁵⁷、E.ON Ruhrgas（ドイツ）との契約⁵⁸、および、アルジェリアのSonatrachが締結する契約⁵⁹であり、これら契約について、仕向け地制限条項や同様の効果をもつ他の制限条項を、現行および将来の天然ガス取引契約から削除させることに成功した。ただし、これら競争法調査は、いずれも最終的な決定ではなく、委員会と事業者との交渉及び和解によって終了している点が特徴的である。特に、Sonatrach及びアルジェリア政府との交渉は、実に7年間にも及び、2007年によりやく決着したのである。

他方、GDF／E N E L事件及びGDF／E N I事件は、天然ガス市場における販売地域制限協定(仕向け地条項)に対して最終的な違反決定が下された初めての事例である⁶⁰。GDF／E N E L事件は、E N E LがNLNG（ナイジェリア）から購入したLNGのスワップ契約に関する事案であり、当初予定された受入基地の建設ができなくなったため、当該LNGをいったんGDFが所有するアルジェリア産LNG及びロシア産天然ガスとスワップし、

⁵² 類似の行為類型に、価格（差）分配(price-splitting)条項がある。これは仕向け地販売価格と他地域転売価格の差額を、上流供給者と下流エネルギー事業者とで分け合うものであり、広義の利益分配条項に含まれる。

⁵³ G F Uとは、ノルウェー政府が設立したガス販売コンソーシアムであり、1989年以降、ガス会社に代わって契約取決め等を実施していたが、EUから価格調整カルテルであるとの指摘を受け、2001年に廃止された。G F Uを通じて締結された取引契約を「G F U契約」という。

⁵⁴ COMP/36.072-GFU-Norwegian Gas Negotiation Committee. Press release, IP/02/1084, 17 July 2002, “Commission successfully settles GFU case with Norwegian gas producers.”

⁵⁵ Press release, IP/02/1869, 12 Dec. 2002, “Commission settles investigation into territorial sales restrictions with Nigerian gas company NLNG.”

⁵⁶ Press release IP/03/1345, 6 Oct. 2003, “Commission reaches breakthrough with Gazprom and ENI on territorial restriction clauses.”

⁵⁷ Press release IP/05/195, 17 Feb. 2005, “Competition: Commission secures improvements to gas supply contracts between OMV and Gazprom.”

⁵⁸ Press release IP/05/710, 10 Jun. 2005, “Commission secures changes to gas supply contracts between E.ON Ruhrgas and Gazprom.”

⁵⁹ Press release IP/07/1074, 11 July 2007, “Commission and Algeria reach agreement on territorial restrictions and alternative clauses in gas supply contracts.”

⁶⁰ Press release IP/04/1310, 26 Oct 2004, “Commission confirms that the territorial restriction clauses in gas sector restrict competition.”

GDFがフランス西岸(Montoir de Bretagne)からフランス＝スイス国境(Oltingue)まで輸送して、ENELに引き渡す(再び所有権を移転)という契約を締結した。同契約には、ENELによる当該ガスの使用をイタリア国内に限定する義務が規定されていた⁶¹。

またGDF/ENI事件は、ENIが北ヨーロッパで購入したLNGの輸送契約に関する事案であり、同契約には、輸送対象となるガスが、フランス＝スイス国境の引渡し地点以遠のイタリア国内の需要にのみ供される旨の条項が含まれており、ENIはフランス国内で当該ガスを販売することができないことを意味していた⁶²。

これら契約は、欧州委員会による最終決定の1年前にすでに破棄されていたが、欧州委員会はあえて81条及び82条(現行の101条及び102条)違反を確認する最終決定を下した。この点、上記の外国NOCに対する一連の競争法調査が、仕向け地制限条項の破棄とともに終了したことと比較すると、顕著な違いがある。欧州委員会は、GDF/ENEL、GDF/ENI両事件にのみ違反確認の最終決定を下した理由につき、競争法上の義務を明確にする必要があったと述べ、かつ、同事件では制裁金は科さないが、今後は制裁金の対象となると述べた。しかしながら、この決定の時点において、交渉が継続中だったGazpromやSonatrachに対する調査が条項破棄をもって終了したことを勘案すると、欧州委員会の理由説明は不十分であると言わざるを得ない。両者の取扱いの違いは、純然たる法律論では説明不能であり、法適用の対象事業者が外国NOC等か域内事業者かに由来すると考えるのが自然であり、外国NOCに対するEU競争法の完全な執行に伴う政治的リスク及びエネルギー安全保障への配慮が働いたと考えるべきである⁶³。このように、地政学的要素及び外国事業者へのガス供給依存を背景とするこのような地政学的要素は、天然ガス市場におけるEU競争法の適用に直接的影響を及ぼしていることが分かる⁶⁴。

このことは、公取委が外国NOC等に対して独禁法を適用する場合にも同様に該当する。天然ガスは、供給国・需要国双方にとって、経済成長に不可欠の戦略的商品であり、需要国の競争法適用は、事実上または法律上、大きな制約を受けることは免れない。LNG上流取引分野において、外国NOC等に対する独禁法適用が試みられたことはないが、仕向け地条項は、独禁法上も拘束条件付取引に該当するおそれが高い。実際の法執行の場面においては、エネルギー安全保障やガス供給国との利益衝突を含めた判断が求められることとなる。

⁶¹ COMP/38662-GDF-decision GDF/ENEL, 26 Oct 2004, paras. 56-63.

⁶² COMP/38662-GDF-decision GDF/ENI, 26 Oct 2004, para. 79, fn. 85.

⁶³ ただし、委員会が法執行にかかる裁量権行使により、こうした政治的配慮を行うことが共同体法上許されるか否かは別の問題として残る。Talus, *supra* note (41), at 165.

⁶⁴ Nicolo Sartori, "The European Commission vs. Gazprom: An Issue of Fair Competition or a Foreign Policy Quarrel?", IAI Working Papers 1303, Jan. 2013.

4. 石油価格連動の天然ガス価格設定

欧州における天然ガス価格は、英国NBPSポット価格取引等の一部市場を除く他の欧州諸国では、日本向けLNGとほぼ同様に、石油製品（軽油及び重油）価格に連動して価格が設定されてきた。この価格連動性は、かつて需要者が化石燃料一次エネルギーとして天然ガスと石油とを代替的に燃焼させていた時代に生まれた慣行であるが、現在、この理論的な前提は、設備投資を含めた長期的視点からも疑問視されている。というのは、日本・欧州ともに、地政学的リスクはもとより、環境負荷や発電効率の違いから、石油火力発電所が新設される可能性は低く、施設代替性仮説はもはや時代遅れとなっているからであり、理論的に天然ガスと石油との価格連動性に合理的根拠はない。

欧州において、域内ガス市場自由化の進展およびシェールガス革命をはじめとする天然ガス国際市場を取り巻く外部環境の変化を受けて、天然ガス上流取引における石油製品連動価格の見直し交渉がにわかに活発化したのは、2009年以降のことである。こうした変化には様々な要因が寄与しているが、最大の要因は、米国におけるシェールガス革命の影響により、大量のスポット取引LNGが欧州市場に流入したことにある。これにリーマンショックによる域内ガス需要が減少する等の要因が重なり、より一層天然ガスの需給が緩和した。このため、域内の天然ガス卸売市場価格が低下する一方で、調達価格の方は石油製品連動で高止まりしたため、逆ザヤが発生し、域内エネルギー事業者の収益を大きく圧迫し始めたからである。主な価格見直し交渉の成果は、価格決定方式の一部にスポット価格指標を織り込む場合であり、その他、条件は未公表ながら価格引き下げに合意する例などもあるが、価格再交渉決裂に伴って仲裁裁判手続へと進んだ例も少なくない⁶⁵。

こうした状況は、天然ガス取引契約にかかる当事者、とくに需要者であるEUエネルギー事業者にとって合理的に負担可能なリスクが、市場構造の変容とともに大きく変更されたことを意味する。少なくとも、対象となる価格決定方式が、売手に不当な超過利潤をもたらす一方で、買手に不合理な負担・不利益を課すことになる場合には、契約法の一般法理からも競争法の観点からも是正すべき余地があると考えられる。

また、このような急速な環境変化の中で、欧州委員会は、2012年9月、Gazpromに対して画期的な競争法調査を開始した⁶⁶。この調査は、Gazpromが市場支配的地位を濫用し、中東欧諸国における天然ガス上流取引市場における競争を阻害したという疑いによる。具体的な調

⁶⁵ 大貫憲二「欧州における天然ガス購入価格見直しの動き」『JOGMOC レポート』（2012年10月18日最終更新）。例えば、ポーランドNOCのPGNiGは、現行のガス取引契約にかかる価格がスポット価格と較べ不均衡に高額であるとの申立てを、2011年、ストックホルム仲裁裁判所に提起していたが、2012年11月、Gazpromとのガス取引契約改定（特別な附則の追加）に成功し、申立てを取り下げた。Natural Gas Europe, “Update: Russia and Poland Agrees on Gas Price Reduction”, 7 Nov. 2012.

⁶⁶ Press release, IP/12/937, 4 Sep. 2012, “Antitrust: Commission opens proceedings against Gazprom” .

査対象行為として、①仕向け地条項又は再販売制限を通じた加盟国間のガス自由流通の妨害ないし市場分割行為、②パイプライン網に対する第三者アクセスの拒絶に加えて、③ガス取引価格を石油価格に連動させることにより、顧客に不当な高価格を押し付けたことが含まれている点が重要である⁶⁷。

EU機能条約102条(a)に基づく不当な価格設定の一類型である超過価格設定は、「真の経済的価値と比較して合理的な理由なく超過した価格」の設定行為を市場支配的地位の濫用とするものである。超過価格であるか否かは、対象となる商品・役務を供給するコストとの乖離の程度や他の競争的な代替指標価格・利益率との比較において判断され、その違法性は並行輸入阻害や競争者排除のほか、当該超過価格設定による顧客の搾取に求められる⁶⁸。

Gazpromの中東欧諸国向けガス供給シェアは、他の加盟国の場合よりも高く、チェコ、エストニア、リトアニア、ラトビア、スロヴァキアにおいては市場シェア100%の独占的供給者である。Gazpromは、ドイツ、イタリア等の顧客に対しては価格決定方式の改定による価格引下げ等を譲歩する一方で、中東欧諸国の顧客に対してはより高額な石油連動価格を維持していた⁶⁹。

ガス取引契約における石油価格連動による価格設定は、Gazpromの収益力の最も重要な源泉であるところ、ガス市場の自由化が進展した域内ガス市場において、市場支配的事業者が、何ら合理的な根拠なくガス取引価格を石油価格に連動させることは⁷⁰、それ自体として、市場支配的地位の濫用行為となり得るか否かが、欧州競争法上はじめて問われることになる⁷¹。仮に石油連動価格が支配的地位の濫用にあたりと判断される場合、その影響は中東欧市場にとどまらない。現在進行中の欧州エネルギー事業者とGazpromとの価格見直し交渉及び仲裁裁判所の判断にも大きく影響することになる。

また、石油価格連動によるガス価格設定が欧州競争法上、違法であると認定された場合、

⁶⁷委員会は、本調査開始に先立つ2011年9月に、上流取引市場における単独または共同の反競争行為の疑いで、中東欧10ヶ国の20ヶ所に抜き打ちの立ち入り調査を実施しており、その中にはドイツ及びチェコのGazprom事業所も含まれていた。Press release, MEMO/11/641, 27 Sep. 2011, “Antitrust: Commission confirms unannounced inspections in the natural gas sector”. この立ち入り調査のきっかけとなったのは、同年1月のリトアニアによる委員会への正式な申立てであると伝えられる。リトアニアは天然ガス供給の全量をGazpromに依存し、近年、他の西欧諸国の顧客より相当な高額のガス価格を支払っていた。Financial Times, “Gazprom raided in EU antitrust investigation”, 27 Sep. 2011.

⁶⁸ 渡辺昭成「EC条約82条における超過価格設定の概念の展開」『国土館大学最先端関連法研究』8号67頁(2009年)、同「超過価格設定に対する優越的地位の濫用規制の適用」『日本経済法学会年報』31号123頁(2010年)。

⁶⁹ Sartori, *supra* note(61), pp.6-10.

⁷⁰ 発電用需要で比較すると、2010年において、石油火力発電の比率はわずか2.6%であり、ガス火力発電の23.6%とは比較にならないほど小さい。European Commission, EU Energy in Figures, p.82 (Gross Electricity Generation by Fuel in 2010).

⁷¹ Alan Riley, “Commission v. Gazprom: The antitrust clash of the decade?” CEPS Policy Brief, No.285, 31 Oct. 2012.

その正当性を疑問視する考え方が、世界中に波及する可能性もある⁷²。翻って、日本の現状を鑑みると、日本の電力・ガス事業者が直面する市場状況は、欧州の場合とかなり異なっており、現時点において、直ちに独禁法適用の可能性を論ずる段階にはない。ただし、グローバルLNG市場の形成過程において、石油連動価格がそれ自体として主要国の競争法上問題とされたという事実が、日本の事業者による今後の価格改定交渉や争訟時における仲裁廷や裁判所のLNG上流取引契約の解釈において重要な意味をもち得る。また、下流の二次エネルギー市場における日本の事業法規制の動向及び市場条件の変化も価格改定交渉に一定の影響を及ぼすところ、2013年2月28日、経産省・電力料金審査専門委員会は、関西電力・九州電力の家庭用電気料金の値上げ申請を巡って、以下のような査定方針案を示した。すなわち、LNG調達を取り巻く環境の変化を踏まえ、①2013・2014年度は他の電力事業者も含め現時点で最も安価な調達価格をベースに原価計算すべきこと、②2015年度以降は、米国産シェールガスの非FTA締結国向け輸出開始が見込まれることから、天然ガス価格連動を一部反映した原価織り込み価格とすべきこと、を内容とするものである⁷³。日本国政府による強制力ある許認可行政の方針変更は、短期的には各電気事業者の財政を圧迫させるものであるが、中長期的には、欧州の場合と同様に、価格見直し交渉における事情変更要因の一つとなりえ、市場構造の変化とともに価格決定方式の見直しに向けた有効な触媒となりうる⁷⁴。

V おわりに

エネルギー安全保障という文脈において、グローバルLNG市場の形成過程を考える際には、国家の役割及び影響力という要因はもっとも重要な考慮要素の一つである。一次エネルギー資源は需要国・供給国の双方にとって最重要な戦略的産品であり、同分野において、国家が競争法以外の積極的な規制介入を差し控える形で後景に退き、公正かつ自由な市場競争が関連事業者にとっての主要な規律原理となることは想定しづらい⁷⁵。そもそも、1980年代までの「独占」モデルにおいては、LNGチェーンに関わる事業主体は、国営企業及び法的独占を与えられた公益事業者であり、エネルギー安全保障は国家の問題であり、市場や私企業の問題とは認識されていなかった。「競争」モデルへの移行過程においても、LNGチェーンの各段階において、国家は、事業主体あるいは規制主体として、積極的に介入し、グローバルLNG市場の形成過程に大きな影響を及ぼしている。

⁷² *Id.*, at 9.

⁷³ 第21回電気料金審査専門委員会配布資料「関西電力株式会社及び九州電力株式会社の供給約款変更認可申請に係る査定方針案(案)」(2013年3月6日)35-36頁。また、日経産業新聞2013年3月1日も参照。

⁷⁴ Kim Talus, “Long-term natural gas contracts and antitrust law in the European Union and the United States”, 4-3 *J of World Energy L & Bus* 260, 286 (2011).

⁷⁵ Jong et al., *supra* note (15), at 227.

本稿が考察対象とした天然ガス・LNG上流取引という場面においても、取引の相手方は、ガス供給国政府またはそれと一体のNOC等であることが多く、エネルギー安全保障への配慮も含め、需要国の競争法を適用する際の大きな制約要因となることは、欧州の経験が示す通りである。

産ガス国の領域内におけるガス田開発・LNGプロジェクトという場面では、より直接的に国家が利害関係主体として前面に現れ、需要国のエネルギー安全保障及びグローバルLNG市場の形成に大きな影響を及ぼすことになる。ガス田開発・LNGプロジェクトに対する最大の投資リスクの一つは、国家リスクであり、ガス田開発・生産にかかるコンセッション契約等の国家契約及び開発免許の付与とその変更、生産物（天然ガス・LNG）に対するロイヤリティ徴収や課税強化、環境規制など様々な公的規制の新設・変更、さらには、開発事業の国有化・収用に至るまで、自国の天然資源に対して主権国家としての包括的な権限行使が行われる⁷⁶。資源開発投資にかかるこのような国家リスクを実効的に管理し、投資リスクを低減するために、従来から様々な法的装置が考案されてきた⁷⁷。近年最も注目される投資保護協定に基づく国際投資仲裁という手法を含め、どのような法的装置もその実効性に一定の限界があることは否めないが、国家リスク及び紛争リスクを緩和し管理可能な水準にとどめるために、多様な法的装置を組み合わせ活用するという着眼点に立つならば、資源エネルギー分野における法の役割は予想以上に重要である⁷⁸。

また、このような着眼点から考えると、LNG・天然ガス上流取引分野における欧州の競争法適用の試みに対する見方も修正を迫られる。すなわち、産ガス国NOC等に天然ガス供給を大きく依存するという地政学的リスクを前提として、産ガス国の主権性及び安定的な天然ガス供給の確保という国家的課題に十分な配慮を払いつつ、時間をかけて慎重かつ着実に、産ガス国NOC等が関与する反競争行為を是正してきたものと積極的に評価できるのである。そして、欧州の経験は、日本市場に多大な影響を及ぼす日本向けLNG供給契約にかかる反競争行為に対する独禁法適用の可能性を考察する際の重要な参照例を提供するものと言える。

⁷⁶ Thomas C. C. Childs, “Update on Lex Petrolea: The continuing development of customary law relating to international oil and gas exploration and production” 4-3 J of World Energy L & Bus 214 (2011).

⁷⁷ *Id.*; A. Timothy Martin, “Dispute resolution in the international energy sector: a overview”, 4-4, J of World Energy L & Bus 332 (2011).

⁷⁸ A. F. M. Maniruzzaman, “The Issue of Resource Nationalism: Risk Engineering and Dispute Management in the Oil and Gas Industry”, 5 Tex J Oil Gas & Energy L 79 (2009); Barry Barton et al., “Energy Security in the Twenty-First Century”, in B. Barton et al (eds), *supra* note (30), 457, at 460-461.

第 7 章

グーグル・ヤフーの事業提携と独占禁止法

常葉大学法学部准教授

伊 藤 隆 史

I 序論

Google(以下「グーグル」といい、米国法人の方を特に示す場合は「グーグル・インク」という。)とYahoo!JAPAN(以下「ヤフー」といい、米国法人のYahoo!Inc.を「米国ヤフー」という。)は、検索エンジン等についての業務提携を行う旨発表した。これに対し、Microsoft・楽天等は、申告を行い、公正取引委員会は、回答を示した。この公正取引委員会の対応において、当該業務提携は、独占禁止法上の問題を有するものではないとの判断が示されるに至った。

この業務提携によれば、検索エンジンを用いる検索サービスで使用されるグーグルの、日本におけるマーケットシェアが90パーセントを占めることになるため、プラットフォーム技術が実質的に独占され、これによって、反競争効果が生ずる懸念が生ずることになった。

また、本件提携がインターネット上のサービスを対象にするものであることから、これを支える技術と共に、競争法・競争政策において、これらを如何に解するべきかという論点が提示されることになったとみることもできる。これらインターネット上のサービス・技術の需要と供給の場を市場としてとらえることができるとするならば、これはいわゆる新興市場であるといえ、新たなサービス・技術の出現、それに伴う従来のそれらの陳腐化のサイクルが急激に起こりうる市場であるといえることになる。

本件提携に関して、このような市場における法的判断を如何に行うべきか、特にオンラインでのサービス・技術が対象となる業務提携を独占禁止法との関係で如何にとらえるべきかという問題が、法適用にあたる今後の課題とともに、生じたことにもなる。

このような観点から、ここでは、本件に係わる実質的な特殊性に着目しつつ、本件業務提携の事実関係をできる限り詳細に検討した上で、独占禁止法の適用の在り方を検討する。

II 検索エンジン¹における技術的側面

検索エンジンの作動は、利用者側からすれば、比較的単純なものといえる。ウェブサイトにあるボックスに言葉を入力すると、検索エンジンはこの言葉の組み合わせを含むページのリストが表示される。

実際には利用者が視認する部分は、検索エンジンの構成部分の一部に過ぎない。ウェブの要求するデータベースの生成は、ウェブ上から集積したウェブ情報を要し、ここで集積されたデータが特定のキーワードの組み合わせによって処理される。

検索のプロセスの最初の段階では、ウェブのページが自動的に呼び出され記録されること

¹ 以下の検索エンジンの技術的側面については、アレクサンダー・ハラヴェ、田畑暁生訳『ネット検索革命』(青土社、2009年)、森大二郎『検索エンジンはなぜ見つけるのか』(日経BPマーケティング、2011年)参照。

になる²。これは通常「クローラー」「スパイダー」「ウェブロボット」等と呼称される（以下「クローラー」という）。

大部分のクローラーは、見つけたページの全部または一部のコピーを作成し、そこからさらに関連を有するか否か調査すべきリンクを抽出する。クローラーは、このように作成されたアーカイブを独自の方法によって分析する。リンクを見つけメタデータを蓄積するなどのプロセスは、クローラー内部で行われるが、ウェブページの構造に関する情報を獲得するために、事後にテキスト、コードを分析するプロセスもある。この種の基礎的な処理は、インデクサーによって、ウェブのキーワードを抽出することである。

ウェブのクローリングとその内容の処理は表面的に視認されるものではなく、結果として出てくるのは、ユーザの質問に対する回答としてのインデックスを付されたデータベースである。これに対し、最も視認されやすい部分は、情報を処理し、結果を表示するインターフェイスである。ここでは最初にリクエストを受け付けることになるが、この部分は、例えばウェブページの一角に置かれた検索ボックスであり、単純化することができる。グーグルのホームページはこれを具現化しているともいえる。

しかしながら、理想のインターフェイスは、ユーザの行動を事前に予測すること、静的デザインのみならず、検索リクエストのプロセス等も重要であるとされる。

検索エンジンが作成されると、最も重要であるとされる「ヒット」を元にしてランク付けがなされるが、要約を付したリストが表示されることが一般的であるとされる。そしてキーワードは前後の文章の文脈の中で表示されることになるが、検索範囲を拡大したり縮小したりキーワードを追加したり変更したりするというオプションが付いていることもあるとされる。

これらのことからすれば、検索エンジンを、常に需要に合致させるように時代に適合させる必要があることになる。また、大規模検索エンジンもウェブを分析し、ウェブを検索可能なデータベースとするために常に新たな技術開発が行われることになる。

単語情報とリンク情報とをインデックスしたことで、ランキングをつけることになる。ここで、検索を高速化するためには、ランキングのための情報もあらかじめ計算されてインデックス化されることになる。

グーグルの技術においては、ランキングは、PageRank³、アンカーテキスト⁴、単語⁵の三種

² 人間の手作業によるならば、具体的には、以下のようなプロセスを経ることになる。まず訪れたいと思っているウェブページのリストを作成し、最初のURLをタイプする。それがダウンロードされるとページのコピーを作成し、ハードディスクに納め、日付と時間を記録する。さらに他のページにつながっているリンクを調べ、リストにあるもの以外のハイパーリンクを発見した場合には、それをリストの最後に付加する。これを繰り返すことでウェブの大部分を記録することになるが、これが終わると定期的にリストの最初から繰り返さなければ、新たに成立・出現したページを記録することができなくなる。従って手作業によるならば、クローリングのみでも完遂することが極めて困難となる。

³ 利用者が検索する前に決定される Web ページ固有の点数のことをいう。このことからすれば、

の情報によって決定されることになる。

Ⅲ 検索エンジン市場の構造

1. 米国

グーグル・インクは、米国における検索 (organic search) 及びキーワード広告 (keyword advertising) 産業を牽引してきており、2006年頃にはこれら両市場における市場支配的地位を占めるに至っている。この当時の主要検索エンジンは、グーグル・インク以外には、マイクロソフト・米国ヤフー・ASKが存在しており、その他数種がこの展開を企画している状態にあった。

その後、ASKは、検索インデックスの維持を断念し、米国ヤフーは自らの検索インデックスの運営を取りやめ、Microsoftにアウトソーシングすることになった。しかしながら米国ヤフーは、検索結果表示 (result presentation) はコントロールしていた。

新規参入者が相次いで市場に参入したが、いずれもユーザの支持を得るに至らない状況が続いており、検索結果市場 (organic search results market) における競争者は、グーグル・インクとMicrosoftの2社となったが、前者の方が支配的地位を占めるに至った。また、キーワード広告においては、米国ヤフー・Microsoft他多くの競争者が存在し、競争に直面していたものの、グーグル・インクは、支配的地位を有していた⁶。

2. 我が国

グーグルとヤフーが本件提携を発表する前においては、検索サービスのシェアに関しては、2009年4月時点で、前者が、37.3パーセント、後者が53.2パーセントとなっており、Microsoftが2.6パーセント、その他が10パーセント未満であり⁷、本件統合に係る2社が圧

PageRankの点数が高いページは、いかなる検索が行われたとしても、高いランキングを得やすくなる。グーグルはこれによって、Webページ自体の価値を検索結果の順位に反映させることになっている。

⁴ web ページにリンクするときはそのリンクに付けられた文字列のことをいう。Googleでは、このアンカーテキストもランキングに利用される。

⁵ ランキングにおいては、単語の位置や大きさが用いられることになる。またアンカーテキストも特別な単語情報として書き込まれることになる。

⁶ 2010年で78.6パーセントとされる。Jack Marshall, U.S. Search Ad Spending Sees Strong Growth, ClickZ News (Jan. 18, 2011)なおグーグルが何故このような集中化に成功したかは必ずしも明らかではないが、運営におけるランニングコストが多額であること（例えばYahooは検索サービスの運営をMicrosoftにアウトソーシングすることで200億ドルの節約に至っている）から新規参入が容易ではないこと・検索インデックスが規模の経済の効果を受けること（検索要求数を多く有するほど検索結果が改善される）・グーグルは反トラスト当局の調査を受けており、不公正な競争手段を用いてきた可能性があることなどを挙げる見解もある。See. Eric Goldman “Contemporary Issues in Cyberlaw: Revisiting Search Bias” 38 Wm. Mitchell L. Rev. 96, 98-99 (2011) <http://www.clickz.com/clickz/news/1937903/search-spending-strong-growth>

⁷ ネットレイティングス(2010)における検索クエリ参照。

倒的なシェアを有していた⁸。

グーグルが、goo、ビッグロブ等に検索エンジン・検索連動型広告を提供し、米国ヤフーがヤフー、エキサイト、Infoseek、ニフティ、ソネット等に検索エンジン・検索連動型広告を提供している状況にあった。さらにその他の検索エンジンとしては、米国MicrosoftのBing、韓国のNaver、中国のBaiduが存在していた。

我が国において、本件に関連する市場の構造は①検索エンジン市場、②検索連動型広告市場、③検索サービス市場である。①においては、検索エンジンの提供について、②においては検索連動型広告の提供についてヤフーは、グーグルに対し、対価を支払うものと考えられる。③においては、広告主が、グーグルまたはグーグルから技術供与を受けたヤフーなど検索連動型広告提供事業者に対価を支払うことになる。

グーグルは、米国及び我が国の検索エンジン市場においては、優位を占めるに至っていたが、新たな競争に直面する可能性はある。例えばTwitterは、リアルタイムにおけるデータベースとして、機能しうることになる。実際にTwitterは、リアルタイムにおける情報の需要に対しての供給の面で成功を納めてきており、グーグルは、Twitterのリアルタイムのコンテンツに対しライセンスを供与している⁹。Twitterによる検索の実質的な結果は、グーグルの検索結果よりも卓越したものであるとも解されている¹⁰。

またFacebookは、キーワード検索において必ずしもグーグルに対する直接の競争者たるわけではないが、少なくとも潜在的な競争者であるとみることもできる。Facebookは、ユーザがその使用時間を増加させつつあり、その使用に関する関心を惹きつけてきている。このことからすれば、グーグルの利用が相対的に減少せざるをえないことになる。また、Facebookがソーシャルネットワークを通じた情報の検索を可能にすることからすれば、グーグルのキーワード検索の有用性を減少させることにもなりうる。

このようにみえてくると、以下の点が留意されるべきことになる。即ち、第一に、検索エンジンを対象とする競争は、固定的・静態的にとらえるのみでは、必ずしも適切とはいえない可能性もあること、第二に、当該産業では、スイッチングコストが低いことから、情報の必要性・種類・態様によっては、新規参入の可能性を高めることになることである。

これらのことから、情報提供事業者が、市場支配的であるとみられるとしても、事業の対象とする情報の種類・質等によって、競争に直面することもありうるといえる。

⁸ 米国においては、2009年6月時点で、グーグルが62.6パーセント、米国ヤフーが18.9パーセント、Microsoftが12.7パーセント、その他が5.8パーセント未満であったとされる。(comScore 2010 参照。)

⁹ Miguel Helft & Claire Cain Miller, 2 Deals Hint at Revenue for Twitter, N.Y. Times, Oct. 21, 2009, <http://www.nytimes.com/2009/10/22/technology/internet/22twitter.html>.

¹⁰ Amit Singhal, Relevance Meets the Real-Time Web, The Official Google Blog (Dec. 7, 2009, 11:31AM), <http://googleblog.blogspot.com/2009/12/relevance-meets-real-time-web.html>.

IV 本件統合の概要

ヤフーは、自社のウェブサイト等に用いる検索エンジン等を有しておらず、米国ヤフーから、これらの提供を受けていた。しかしながら、米国ヤフーからこれらの提供を受けられなくなったことから、新たな検索エンジン等として、グーグル¹¹の検索エンジンの採用を選択することにした。

即ち、ヤフーは、検索サービスにおいて使用している検索エンジンと検索連動型広告配信システムにつき、グーグルのエンジン及びシステムに切り替えることを決定、発表した¹²。

これに先立ち、ヤフーは、このことにつき、公正取引委員会に対し、事前相談を申し立てていた。これに対し、公正取引委員会は、当該業務提携のスキームにおいては、直ちに独占禁止法上問題にはならない旨の見解を明らかにした¹³。この公正取引委員会の回答は、2010年7月の時点、及び同年12月7日の2回にわたっているため、個別に内容を概観する。

1. 2010年7月時点での公正取引委員会の対応

公正取引委員会は、前記の通り、ヤフーが独自に検索エンジンを有しておらず、米国ヤフーから、その提供を受けていたものの、それが不可能になったことから、グーグルの検索エンジンがヤフーにとり最適であると判断した。

この技術提携によっても、インターネット検索サービス及び検索連動型広告の運営は、独自に行われ、広告主の入札価格等に関する情報は、完全に分離されること、及び技術提携に係る契約期間が2年間であり、ヤフーは、2年後の検索エンジン等の選択や契約期間中の他の検索エンジン等の利用は制限されないこと等に鑑みたくえで、直ちに独占禁止法に違反するものではないと回答した。即ち、本件では、ヤフーが検索エンジンとして自社にとって最適であると考えられるグーグルのそれを選択したものであり、さらにインターネット検索サービス及び検索連動型広告に係る両者の競争が継続することが根拠とされる。

2. 2010年12月の公正取引委員会の対応

本件統合によれば、グーグルのシェアが90パーセントとなる¹⁴ことから、7月の回答以降

¹¹ 実際には、米国グーグル・インクの子会社であるグーグル・アジア・パシフィック・プライベート・リミテッド社である。

¹² 「ヤフー株式会社, Yahoo! JAPAN の検索サービスにおけるグーグルの検索エンジンと検索連動型広告配信システムの採用, 並びに Yahoo! JAPAN からグーグルへのデータ提供について」(2010年7月27日ヤフー株式会社) <http://pr.yahoo.co.jp/release/2010/0727a.html>

¹³ 2010年7月28日公正取引委員会事務総長定例記者会見及び、同年10月21日第176回国会参議院総務委員会での竹島一彦公正取引委員会委員長による説明(第2号会議録)参照。

¹⁴ 世界の主要国において検索サービスにつき高いシェアを有するグーグルにとっては、日本と中国は、首位に立てない数少ない市場であったとされる。ヤフーは、米国ヤフーとソフトバンクの合弁会社として設立され、国内検索サービス市場で最大手の地位を有してきた。しかし、米国ヤフーは、グーグルのシェアの拡大に伴い、米国の検索エンジン市場でも苦戦し、実績も低迷していたとされる。ヤフ

も独占禁止法45条1項に基づく当事会社による申告がなされた¹⁵。これらを踏まえ、公正取引委員会は、本件技術提携等により、日本国内における検索エンジン等の技術約90パーセントがグーグルのものとなること等にも鑑みて、7月の事前相談後の状況についての調査結果を公表した¹⁶。

調査の内容は、①ヤフーが、自社にとって最適であると判断して本件技術提携を受けることとしたと認められるか、②本件技術提携は、相談時における説明通りに実施に向けて進捗していると認められるか、③その他独占禁止法上問題となるおそれがある行為が認められるかの三点について行われた。

(1) 技術提携が最適と判断されたか否かについて

ヤフーは、自社のウェブサイト等に用いる検索エンジンを有しておらず、米国ヤフーからこれらの提供を受けている状況にあったところ、米国ヤフーが自社の検索エンジン等の開発を停止し、Microsoftから検索エンジンの提供を受けることとなった。このため、ヤフーは、米国ヤフー以外の検索エンジン等を選択する必要が生ずるに至り、米国ヤフー以外の検索エンジン等が比較・検討されることになったが、Microsoftの検索エンジン等の性能の評価を行った結果Microsoftの検索エンジンの性能が米国ヤフーの性能を上回るものではないと判断し、現時点で、実用化されている最も優れた検索エンジン等を提供していると評価したグーグルに対して検索エンジンの提供を依頼したものである。このことから勘案した上で、肯定される。

一の時価総額は、約2兆400億円で、米国ヤフーの時価総額約1兆7000億円を上回っており、決算においても、本件提携発表日に示された4～6月決算で、前者が216億円で、後者の186億円を上回っている。

¹⁵ 日本マイクロソフト社、楽天等が申告を行ったようにみられるが、詳細は明らかにされていない。但し、例えば、Microsoftの副社長（法務担当）Dave Heinerにより、日本の検索広告市場で、グーグルが51パーセント、ヤフーが47パーセントのシェアを占めることにつき、日本におけるプラットフォームの数が1つに減らされてしまい、検索連動型広告・検索エンジンの競争が阻害されることになる旨の懸念が表明されている。さらに、2008年に米国で、グーグルと米国ヤフーとが提案した広告事業における提携が、今回の日本における提携よりも範囲が狭かったにも係らず、米国司法省から違法であると判断されたことに触れ、日本における本件提携は、検索広告のみならず、通常の検索をも含むことを問題であるとして指摘している。See. Dave Heiner “Google-Yahoo Redux: Why deal in Japan is worse than attempted 2008 deal” Microsoft on the issues Microsoft July 27, 2010 また、楽天は、ショッピングサイトでヤフーと競合するが、本提携が、日本のネット産業全体の成長にも悪影響があると指摘した。楽天としては、ヤフーやグーグルの検索結果から楽天のサイトを訪問する利用者も少なくないため、仮にグーグルによって、検索エンジンの仕組みを恣意的に変えられれば、大きな影響が及ぶものであるととらえているように思われる。しかしながら、楽天は、2011年5月10日にグーグルの検索エンジンを採用することで合意した旨を発表した。この採用理由は、現時点でより良質な技術を採用し、利便性を高めるためであるとし、申立と矛盾するものではないとしている。楽天プレスリリース「楽天グループがGoogleと検索およびコンテンツ連動広告における業務提携を締結」（2011年5月10日）<http://corp.rakuten.co.jp/newsrelease/2011/0510.html>

¹⁶ 公正取引委員会「ヤフー株式会社がグーグル・インクから検索エンジン等の提供を受けることについて」（平成22年12月2日）<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/10.december/10120202.pdf>

(2) 技術提携が説明通りに進捗しているか否かについて

本件技術提供は、相談時の説明通り実施に向けて進捗しているものとされ、第三者からの意見聴取においても、説明通りに実施できないとする情報に接することはなかったものとされている。具体的には、インターネット検索情報サービスと検索連動型広告のそれぞれに関する独自性の確保がなされているか否かについて検討されている。

検索エンジンは、入力された検索キーワード独自に分析することで結果を得る仕組みとなっているが、同一のキーワードで検索されたとしても、グーグルの検索エンジンによって入力されるデータは、ヤフーのウェブサイトを経由したものと、グーグルのサイトから直接検索されたものとは、異なることがある。また、入力される検索データが異なる場合には、検索結果は異なることになる。

さらに、本件技術提供に係る契約書には、ヤフーが、検索結果に独自の情報を追加することは妨げられない旨規定が存在している。

検索連動型広告は、広告主の募集等を独自に行なうものであり、広告主、広告掲載基準等は異なることになる。従って同一の検索キーワードで検索された場合であっても、ウェブサイト等に表示される検索連動型広告は異なることになる。

また、広告価格は、検索キーワードごとに広告主が自由に入札価格を決定するオークション形式を採るものであり、広告価格は、広告の品質、入札価格によって決定されることになる。

これらの点に加え、両者が検索連動型広告の運営について独自に行うこととされているため、仮に広告主が、それぞれ同一の内容の検索連動型広告を出稿し、ウェブサイト等に同一の内容の検索連動型広告が表示されたとしても、それぞれの広告価格は異なることになる。これらのことから肯定される。

(3) 独占禁止法上問題となるおそれのある行為の存在について

当事者間で、一方が既に事業活動を行っている分野に相互に進出しない、他方のシンジケーションパートナーに対する営業活動を相互に行わないなどの協調的な行為、当事者に係る情報、広告等の表示順位を恣意的に高くしたり、他の事業者に係る情報、広告等の表示順位を恣意的に低くしたりすることにより、検索結果に他の事業者の情報、広告等が表示されにくくするなどして、他の事業者の事業活動を困難にする行為のような独占禁止法上問題とされる恐れがある行為は認定されないものであるとした。

V 本件提携の独占禁止法の観点からの検討

本件提携は、結果的に公正取引委員会により、独占禁止法上の問題はないとされたが、特に検索サービスで使用されるグーグルのシェアが90パーセントを占めることになることでプ

ラットフォーム技術が事実上独占されることの恐れがあることなどから、反競争効果の発生をおそれる議論なども展開された。

本件の特徴は、インターネット上のサービスやそれに関連する技術が、競争の対象となっており、急激な変化にさらされる市場における競争が問題とされている点にある。検索エンジン、検索連動型広告に係るサービス等が需給の対象となる市場ととらえることであれば、所謂新興市場であると位置づけることができる¹⁷。

このことを反映させたことか否かは明らかではないが、公正取引委員会の対応も、調査としては、7月及び12月の2回に及んでおり、特徴的であるということが出来る¹⁸。さらに本件のような相談事例においては、抵触する可能性のある規定に言及されることが多いにもかかわらず、本件ではそれが無いことも同様にとらえ得る¹⁹。

このことにより、本件が独占禁止法に違反するとすれば、具体的に該当する可能性のある規定を特定することができず、特定の違反行為類型に即した検討が困難となることも指摘されうることになる。

本件提携は、独占禁止法上、基本的には、意思の連絡による事業活動の相互拘束に該当し、一定の取引分野での競争が実質的に制限される場合には、不当な取引制限（2条6項）に、他者の事業活動の不当な排除・支配行為が同様の場合には私的独占（2条5項）に該当し、禁止されることになる。さらに、公正競争阻害性を有する行為については、不公正な取引方法（2条9項）に該当することになる。

本件業務提携がこれらのいずれに該当するかは、明確にされていないが、それ故にいずれに該当する可能性をも考慮しつつ検討されることも重要とはなる。

しかしながら、このような行為形態についてという角度からの検討が行われるについては、検索エンジン等の技術について、本件提携により実質的にはグーグルが約90パーセントのシェアを有するに至ることから、関連市場における反競争効果の有無が重要となるものとも考えられる。従って、ここでは、市場の画定、及び企業結合規制との関連での検討を中心とする。

（1）提携による競争への効果

本件における公正取引委員会の対応では、ヤフーが、技術提携を受けるにあたり、自社にとって最適であると判断して技術提携を受けたか否かについて調査している。この点の結論

¹⁷ 競争当局としても新たな対処が必要になる領域であるともいえる。グーグルに関連する事案についても多様な形で展開している。例えば、2010年2月23日に英国 Foundem、フランス ejustice.fr、ドイツ Ciao! from Bing により、グーグルの検索結果によって3社のウェブサイトが低い順位を付けられ、グーグルが競争を阻害しているものであるとして、欧州委員会に提訴されている。

¹⁸ 瀬領真吾「グーグル・ヤフーの事業提携の考察」公正取引 725号(2011年)64, 66-67頁

¹⁹ 前掲。

を導出するにあたり、公正取引委員会は、検索エンジンの性能に依拠したことでグーグルからの技術提携を選択したものであると位置づけている。

この点につき、具体的な独占禁止法違反行為の内、どの規定との関連を有するかは示されていないが、自社の効率性の向上のためではない理由が存在した場合、相手方から押し付けられた場合等である際には、独占禁止法違反の対象とされることが含意されているようにもみられる²⁰。

仮に、検索エンジンなどについて、①最適な技術であったが故に提携を選択した、又は②正当な事業上の効率性等に必ずしも基づかない判断基準によって提携を選択した、としても、その事実のみを以って、独占禁止法上の評価が為されるわけではないことになる。この点、本件における公正取引委員の判断は、取引先選択の自由の観点から、所謂検索エンジン技術の買い手として①に該当する合理的な行為に出たものであるととらえ、行為の目的において競争制限的な面が見出せないとして、独占禁止法上の問題が生じないものであるとしている。

このように、本件では取引内容の合理性が、判断基準とされているように思われるが、提携自体の反競争性についても判断される必要があるといえる。この反競争性の判断にあたっては、市場の画定が前提となる。

(2) 市場のとらえ方

公正取引委員会の対応においては、本件で問題となる市場についても明らかにはされていないが、検索サービス・検索連動型広告の両方について、当事者が独自性を維持しうるか否かを判断していることからすれば、これらを市場の範囲として想定していると解することもできる。

検索サービス市場は、インターネットのエンドユーザが、インターネット上で必要とする情報を得るためにキーワード等を入力すれば、関連するウェブページ等の情報を提供するサービスを対象とする。

検索連動型広告市場は、同様にエンドユーザが入力したキーワードに関連性の高い広告を提供するサービスが対象とされる。ここでは、広告はエンドユーザに提供されることになる。

本件では、これら両サービスに係るシステムの技術の提供を、グーグルからヤフーが受けることになっていることからすれば、基本的には、この二つの市場をまず検討することが適切であるものと考えられる。

a. 検索エンジンに係る市場

検索エンジンは、前述のように、ウェブサイトにあらかじめ事項ごとのインデックスを付しておいた上、検索クエリがあった場合には、このクエリを含む事項についてインデックス

²⁰ これらの場合には、他の要件も満たすことが要されるが、前者であれば私的独占、後者であれば不公正な取引方法（優越的地位の濫用）に該当する可能性がある。前掲註 18 68 頁参照。

に基づいて、関連するウェブサイトを引き出してくるシステムになっている。このことからすれば、検索エンジンのシェアが高まり、より多くのクエリを受けそれら进行处理することによって、インデックスが充実してくることとなり、これにより検索の精度が向上することになる。

検索エンジンの技術市場においては、この点は考慮される必要があるように思われる。ユーザが増加することにより、検索の精度が向上するという点に鑑みれば、本件提携の効果として、グーグルの検索エンジンのさらに多くの利用者を獲得する可能性が生ずる。これにより、検索エンジンの利便性が高まり、利用者も増加することになれば、他の事業者の参入を困難にすることがあるか否かについては、慎重に検討される必要がある。

検索エンジンは、膨大な量存在するウェブサイトについて、あらかじめインデックスを付しておき、このインデックスに基づいて、検索クエリに合致するウェブサイトを引き出す仕組みとなっている。本件提携により、検索エンジンのシェアが高まることになるならば、より多くのクエリが処理されることになり、それに比例してインデックスの充実が見込まれることになる²¹。

このことが検索エンジンに特有のものであるかについては、検討の余地があるとの見解もある²²。ある製品のシェアが高まるとその製品について、より多くの製品トラブル情報やユーザ意見等の情報が当該製品メーカーにフィードバックされ、一層そのメーカーの製品が洗練されたものとなるようなことは、競争においてはいかなる製品についても起こりうることでありとされる。従って、この点を過大視して、シェアの獲得をも否定することになれば競争によるシェア獲得をも否定することになるとの危惧は生ずることになるとされる。

しかし、検索技術は、複雑で多様な研究開発が重要となりネットワーク外部性が働き、多くのユーザが利用することに比例して利便性が高まり、このことがさらにユーザを惹き付けることになる。このようにシェアの増大が、利便性を向上させる特徴を有する検索エンジン技術については、他の事業者の新規参入等を困難にする恐れは、慎重に検討されるべきことはいうまでもないが、可能性は高いものと言わざるをえないように思われる。

検索エンジン技術の市場は、グーグル等の当該技術の供給者、本件におけるヤフーのような検索サービス提供者たる需要者から成っている。この供給者及び需要者間の取引は、検索エンジン技術の取引市場であると位置づけることができる。

²¹ グーグル・インクは、米国ヤフーの検索結果のページに、技術を供与していたことがあり、2003年に、グーグル・インクがインデックスの更新を毎日できるようにシステムを刷新することに成功したことで、米国ヤフーへのアクセスが増加した。グーグルにとっては、この検索のライセンス契約で得られる最大の利益は、使用料ではなく、多くのユーザとデータを得られたことにあったとされる。ステイブ・レヴィ『グーグル ネット覇者の真実 追われる立場から追う立場へ』（阪急コミュニケーションズ、2011年）74-75頁。データこそが、その後のビジネスの展開を有利にするものとなりうると考えられる。

²² 萩原浩太「グーグルとヤフー社との業務提携に関する一考」公正取引 942号(2010年)32-33頁

これに対し、検索サービス市場は、本件におけるグーグル、ヤフー等サービス供給者であり、この利用者は、エンドユーザであることになる。ここではエンドユーザは、供給者にサービス利用に係る料金を支払っていないことに特色がある。この点需要者をどのようにとらえるかについて公取委の判断では明らかではないが、検索対象となるホームページやインターネット上の情報提供者をも包摂してとらえるならば、例えば検索結果表示についての順位付けに関して対価性ある取引が展開されるものとも解されることになり、後述するように、検索連動型広告における取引性と同様に解されうることになる。

b. 検索連動型広告に係る市場

インターネットにおける広告は、検索連動型広告のみならず、バナー広告、ディスプレイ広告をはじめとして多様に存在している。バナー広告は、ウェブサイト広告の画像を貼り、広告主のウェブサイトへリンクする方法であり、インターネット広告としては、最も広く用いられる手法であるとされる²³。課金の方法としては、画像の表示回数に対する方法である、インプレッション保証型の他、ユーザがクリックした回数に対する方法である、クリック保証型や広告主のウェブサイトで実際に成約に至った件数に対する方法である、成果保証型などがある²⁴。

また、ディスプレイ広告は、ウェブページの一部として埋め込まれており、画像やFlash動画などによる広告である。このうち、画面上部に標示される横長の画像広告が特にバナーと呼ばれる。

これらの広告は、そのウェブサイトへアクセスした者すべてに対して閲覧可能な状態が作出されるため、ユーザの目に触れることは多くなるが、広告主としては、訴求効果が希薄である点において、必ずしも望ましい効果を得ることができないこともありうる。

これに対し、検索連動型広告は、検索された単語と広告を連動させることにより、ユーザの興味・関心に応じた広告を適切に表示させることを可能にするものである。

グーグルの検索連動型広告は、アドワーズ²⁵というシステムである。グーグルはこれにより、広告主に対し、広告の掲載サービスを提供している。この技術について、ヤフーに対し

²³ IT用語辞典 e-words: <http://e-words.jp/w/E38390E3838AE383BCE5BA83E5918A.html> 参照。

²⁴ 前掲

²⁵ グーグル・インクは、2000年10月に、これまでオンライン広告の出稿が高すぎると考えていた中小零細広告主を対象としたセルフサービス型広告システムとしてアドワーズをスタートさせた。初期段階においては、広告主はキーワードを選択し、支払いはクレジットカードで行われていた。これにより、グーグル・インクでユーザがこのキーワードを用いて検索すると、広告主のウェブサイトへリンクされたテキスト広告が表示される仕組みとなっている。アドワーズの広告価格は、広告が表示される位置によって決められた。表示された広告を実際にクリックした人の割合をクリックスルーレートと呼び、これらをもとに、閲覧されることが多い広告が優先的に表示されるようになっていた。その後、広告の表示される位置を獲得するために広告主によるオークションを実施することとされた。特定のキーワードの検索結果と連動する形で自社の広告を表示させるには、広告の入札価格、及び品質等が考慮され、このランクが高い順に画面の上位に掲載されることになる。

供与されることになる。

この検索連動型広告においては、この技術がプラットフォーム化され、ヤフーがプラットフォームたるグーグルの技術を利用するのみならず、キーワードの設定と広告との関連、広告価格の設定についての基準等についても、グーグルのものを利用することになれば、同一の検索クエリに対し、同一の結果が表示等されることになる。

これについては、ヤフーがグーグルからライセンスを受ける際に、ヤフーは独自に基準を設けて対応することが許容されていることからすれば、検索エンジンの結果が異なることはありうることになる。

これに対し、検索連動型広告のサービスとしての点に着目するならば、広告主が広告についての供給者であり、エンドユーザが広告利用者となる。そしてこの中間に検索連動型広告のサービス提供者たるグーグル、ヤフー等が介在する形となる。ここでグーグル、ヤフー等はいわゆる広告スペースを提供する供給者であり、この需要者たる広告主との間に取引の場即ち市場が存在することになる。ここにおいてもエンドユーザは料金を支払っておらず、広告主がサービス提供業者に料金を支払うことになる。

このように、エンドユーザが検索サービス、広告利用料金を支払っていないことから、一定の取引分野を構成するかしないかが議論となりうる。一定の取引分野が反競争行為の行われる場として考えることができ、機能概念として位置づけることができるとすれば、一定の取引分野を観念することはできる²⁶。

いずれにしても、本件に関して提供されるサービスを主体としてとらえ、エンドユーザに対する影響等は、サービス市場での反競争効果の認定にあたって考慮されるべきである。

(3) 問題となりうる反競争効果

以上においてみたように、本件提携によって影響が及ぶ市場がいわゆる新興市場であることからすれば、ここにおける関連事業者の動向等を踏まえた検討によって、各市場での反競争効果が分析されるべきであった²⁷。

反競争効果を検討するにあたり、本件では、グーグルとヤフーとでは検索結果や表示の内容が異なる可能性を有していることで、検索連動型広告についても広告主による入札価格や参加する広告主に多様性が生ずることになり、直ちに反競争効果が生ずるものではないとする見解もありうる²⁸。

しかし、本件市場が所謂新興市場であること鑑みると、以下の点が考慮されるべきである。第一に、本件市場とネットワーク効果との関係、第二に研究開発競争への影響である。以下

²⁶ 例えば、多田英明「独禁法事例速報」ジュリスト1417号(2011年)107頁参照。

²⁷ 前掲注18 71頁参照。

²⁸ 公正取引委員会の判断は概ねこのような立場に立つものと思われる。さらに同旨前掲注22 34頁。

個別に検討する。

a. ネットワーク効果

ある財や特定のサービスを利用する者が増加することに比例して、ユーザの利便性が向上する効果が、一般的にネットワーク効果と呼ばれ、インターネットなどのネットワーク型産業において、顕著な効果である。ここでは、ある財や特定のサービスにおいて、プラットフォームとして定着することにより、ネットワーク効果が増大していくと、他の代替性あるそれらに転換することが困難となる。

このような観点からすれば、プラットフォームとして認知されるに至ると、これに成功した事業者は独占者となり、競争排除や価格引き上げが可能となる。従って、プラットフォームが選択される時には、独占禁止法による介入も期待されることになる²⁹。

本件との関係では、提携により、検索エンジン等の技術につき、グーグルの技術が日本市場の約90パーセントのシェアを占めるに至ることから、プラットフォームの成立を実質的に認めることも可能となる。

本件提携と、このネットワーク効果について公正取引委員会がどのようにとらえているかは明確ではないが、本件契約が2年間であるということ、契約期間中であって、他の技術を併用することが可能であるとされていることから、競争排除効果がないとの判断に至ったものであると推測される。

しかし、我が国の市場において、ネットワーク効果が発生することになるならば、ヤフーは実質的にはグーグルの技術を使用し続けることになり、そうなればより一層、他の検索エンジンや検索連動型広告の参入が困難となる。この点も考慮に入れた検討がなされる必要がある。ただし、ネットワーク効果が発生したと確認されたとしても、本件のようないわゆる新興市場において独占禁止法が介入すべきか否かは慎重に判断される必要がある。

先にもみたとおり、技術革新が活発で新たな技術が累積的に出現し、旧来の技術が急激に陳腐化するような市場では、ネットワーク効果による競争上の優位性、独占は崩壊し易く、独占禁止法による介入は限定的にとらえる必要が生じる。また、このような状況における独占禁止法の介入は、かえって技術革新を阻害する弊害も有する。

b. 研究開発競争への影響

グーグルの技術がプラットフォーム化することになるとしたら、技術取引市場における競争や、研究開発競争が制限される可能性が生じうる。グーグルの技術が、技術取引市場において90パーセントのシェアを有するに至ったとしても、市場支配力の形成、強化が導かれることへの指標とはなりうるが、シェアの上昇自体を以て独占禁止法違反が成立するとはいえない。

²⁹ 特にネットワーク効果と参入障壁について、Sidak “A Consumer-Welfare Approach to Network Neutrality Regulation of the Internet” 2 J Competition L. & Econ. 349, 454 (2009) 参照。

この点、公正取引委員会は、ヤフーが自社にとって最適であると判断してグーグルとの技術提携に至ったか否かについて、肯定的にとらえているが、ヤフーによる技術の選択がグーグル技術の性能等に依拠しているものであると判断したことが根拠となっている。このことからすれば、公正取引委員会は、グーグルのシェアが上昇することにつき、ヤフーによる合理的選択を反映した結果であって、通常の競争の結果によるものであったととらえているといえ、説得的であるように思われる。

しかし、独占禁止法による介入を抑制するにあたっては、さらに詳細な検討も必要であったようにも思われる。特にオンライン広告市場への参入障壁、新技術開発に係るコスト及び新技術の出現の可能性、取引の転換可能性、代替しうる技術の進展の状況を関連させた分析が必要であり、このためにはネットワーク効果の分析が前提とされ、これに基づいた説明が求められるところである³⁰。

VI 結語

本件提携は、検索エンジン、検索連動型広告技術におけるプラットフォーム技術をめぐる競争の結果として、グーグルが優位に立ったものであるとすれば、取引の自由を尊重しつつ、独占禁止法による介入は抑制されることになる。

特に本件提携の対象となっているのが、インターネット技術に係るものであり、市場の画定に困難が伴い、市場の参加者を特定することについても困難も伴う。本件では、検索エンジン技術及び検索連動型広告を取引の対象としてとらえたことは出発点としては、妥当であった。むしろ問題となるのは、生じうる代替物の種類、代替物が生じうる市場³¹としてとらえることができるかという点である。

本件でも対象となった技術は技術革新・進展が速いことからすれば、代替物の出現可能性は肯定的にとらえ得ることになる。しかし代替物の種類について、予測も含めた検討が必要になるように思われるところ、実質的には困難である。この点は、ネットワーク効果について検討したところとも共通点を有する。

本件提携により、グーグルのシェアが高まることになるが、これによる競争制限効果の現出可能性は、公表された事実関係からは必ずしも見受けられない。今後も公正取引委員会は情報の専門受付を設置し、技術提携の継続的注視を継続することとしたことなどで継続的監視を行うこととしたことは適切であると解される。

³⁰ ただし、これに困難が伴うことも確かではある。たとえば瀬領 前掲注 18 73 頁は、特に取引の転換可能性につき、技術等の効率性に依拠した選択の継続として提携関係が継続することもあれば、ネットワーク効果等により事実上ヤフーの利用する技術がグーグルに固定されることもあり、この評価につき困難が伴うことを指摘する。

³¹ なお、研究開発活動自体については、市場として扱われないことになる。公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成 19 年 9 月 28 日）第 2・2・（3）参照。

本件提携での対象になった、検索エンジン、検索連動型広告の技術は、今後も技術開発がさらに加速することも予測される。特に検索エンジンについては、ユーザにとっては、所謂転換費用をほとんど必要とせず、従来利用していたものからの乗り換えを可能とする。その一方で、検索エンジン技術の進展にあたっては、ユーザに関するデータを蓄積していくことが競争を展開するにあたって有利になる。

本件では、検索エンジン等のインターネット上の技術開発と技術供与につき、独占禁止法が対峙する可能性を示唆するものであったが、通常の取引に係る競争とは異なる点にも考慮されたうえで慎重に検討されるべきことが示されたように思われる。

Ⅶ 補論—本件後の展開—

検索事業における技術革新は、本件の後も急速に展開しつつある。そのような潮流において、ヤフーは、新たに無料通話・チャットアプリ「LINE(ライン)」を運用する、NHNジャパンとインターネット検索で提携することを発表した³²。

ヤフーは国内では、ポータルサイト最大手ではあるが、国内においてグーグルが追い上げる形になっており、競争に直面している。これに対応してヤフーは、自社内での技術開発による競争力の強化ではなく、分野ごとに技術力を有する外部企業との提携により、消費者に支持されうるサービスの提供を志向する戦略を採りつつある。

元来ヤフーは、人の手を介したディレクトリ型検索サービスで事業上の成功をおさめてきたところ、グーグルの機械検索の普及により劣位に立たされることになった。これにより事実上機械検索から撤退する形になり、検索エンジンについても自社開発を断念し、すでにみてきたように、国内ではグーグルの検索エンジンを導入することになった背景がある。

グーグルの技術の導入—即ち、グーグルとの業務提携—により、ヤフーの提供する検索システムは、既述の通り、キーワードごとに関連性の高いものを機械的に自動検索する技術を採用することになった。

これに対し、NHNジャパンは、「NAVER(ネイバー)まとめ」という、ユーザ参加型の検索サービスを提供している。これは、ユーザが、ネット上に掲載されている文章・画像等を切貼りすることで編集し、コンテンツとして投稿することを可能にする。そのうえでこれらは注目度や作成者の実績などに基づく独自のルールによって、順序付けられ、結果が表示される³³。

ヤフーとNHNの提携によって、後者のデータが前者に提供され、後者専用の検索エンジン

³² 日本経済新聞 2013年3月28日 Web刊
http://www.nikkei.com/article/DGXNASDD280ST_Y3A320C1TJ0000/

³³ より詳細については、ヤフー株式会社・NHN Japan 株式会社プレスリリース「Yahoo! JAPAN と NHN Japan, 検索領域での業務提携に基本合意」(2013年3月28日)
<http://pr.yahoo.co.jp/release/2013/0328a.html> 参照。

が開発されるとされる。そのうえで、このエンジンを活用して、前者の検索キーワードに沿った内容のNAVER（ネイバー）まとめ記事のリンクを検索結果に表示し、検索結果ページから誘導されることになる。ヤフーはグーグルとの業務提携を通じて基本的には機械的なキーワード検索を行ってきたが、この提携により、人の主観や好みを反映するユーザ目線の新たな検索手法を提示することで、幅広いユーザの獲得を目指すことになることとされている。すなわち、技術的には、ヤフーは再び人の手を介した方法での検索サービスをも提供することになる³⁴。人の手を介在させることで、双方向性のある検索手法を実現することが、ヤフーにとっての新たな検索サービス事業の展開と位置付けられる。

この提携により、検索分野では連携することになるが、無料メッセージ・通話ツールについてNHNは「LINE」、ヤフーは「カカオトーク」を有しておりこの分野では激しい競争が展開されている。

この提携が直に独占禁止法上の問題を有するものではないが、検索サービス、ポータルサイトに関連する市場は複雑に展開しつつあることを踏まえつつ、この提携が今後順次展開されていく過程において、競争上の影響について慎重な検討が要されることになる。

³⁴ 但し、今後もグーグルの検索エンジンも動作することになっており、グーグルとの業務提携を変更するものではないとされている。

JELI R-No. 132

独占禁止法・競争政策の観点から見た日本と諸外国の電力市場改革
—2011・2012年度 事業規制班研究報告書—

2015年4月

発行 日本エネルギー法研究所

〒105-0001 東京都港区虎ノ門4-1-20

田中山ビル7F

T E L 03-3434-7701 (代)

<http://www.jeli.gr.jp/>

E-mail contact-jeli@jeli.gr.jp

本報告書の内容を他誌等に掲載する場合には、日本エネルギー法研究所にご連絡下さい。
