

電力自由化による新たな法的課題－ 独占禁止法・競争政策の観点から－

2013・2014年度
電力システム改革に伴う法的問題検討班研究報告書

2016年 10月

日本エネルギー法研究所

は し が き

電力システム改革に伴う法的問題研究班の2013年度（平成25年度）および2014年度（平成26年度）の研究報告書をまとめた。

電力システム改革に関する国内での議論は2010年夏頃より本格化し、2012年7月には資源エネルギー庁電力システム改革専門委員会が「電力システム改革の基本方針」を公表、2012年9月には公正取引委員会が「電力市場における競争の在り方について」を公表した。いずれもドラスティックな電力システム改革を志向する内容となっており、電気事業は大きな転換点を迎えることとなった。

本研究会は、これらの電力システム改革に関する議論を踏まえ、先行して電力自由化を実施している欧米の事例なども参考にエネルギー事業者の事業展開と独占禁止法・競争政策との関わりについて調査・研究を行ってきた。

まず、舟田報告（第1章）では、小売りの完全自由化に伴い注目されるであろう、電力と通信の「セット割り」について、抱き合わせ販売や不当廉売の観点等から問題となり得るか検討を行った。

土田報告（第2章）では、LNGの共同購入に係る電力会社間の事業提携について、独禁法や反トラスト法、共同購入、共同生産に係る判例等に照らして問題となり得るか検討を行った。

若林報告（第3章）では、欧州で最も早く電力自由化が進んだ英国において、近年、規制官庁のOFGEMによる電力市場の改革が行われていることから、それらの動きについて把握し、わが国における電力市場における規制と競争の在り方を考える一助とした。

柴田報告（第4章）では、舟田報告（第1章）でも触れた電力とのセット販売について、ドイツの事例を詳細に検討し、今後のわが国の電力小売市場における同様の問題についての参考とした。

武田報告（第5章）では、エネルギー産業への積極的な競争法の適用で知られる欧州の事例として、不可欠施設理論が戦略的過少投資との関係で、いかに拡大されたのかについて検討を行った。

東條報告（第6章）では、各国の電力市場において非常に顕著な政府関与とともに発展してきているFIT制度と、WTO補助金協定との関係において、FIT制度の「補助金」該当性判断や、国家補助規制の規律対象となる「国家補助」概念の位置について考察を行い、日本のFIT制度のあり方について検討を行った。

2013年度と2014年度の2年にわたり私達のグループは、電力システム改革に伴う法的問題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、ゲストスピーカーとして貴重なご報告をいただいた方々、幹事研究

員・参加研究員の皆様のご努力に感謝したい。

2016年10月

舟 田 正 之

電力システム改革に伴う法的問題検討班 主査

立 教 大 学 名 誉 教 授

電力システム班（電力システム改革に伴う法的問題検討班） 班名簿
(2013年4月～2015年3月)

主 査	舟 田 正 之	立教大学名誉教授
研 究 委 員	土 田 和 博	早稲田大学法学学術院教授
	安 念 潤 司	中央大学法科大学院教授
	東 條 吉 純	立教大学教授
	柴 田 潤 子	香川大学大学院教授
	若 林 亜理砂	駒澤大学法科大学院教授
	武 田 邦 宣	大阪大学大学院教授
	友 岡 史 仁	日本大学准教授
オブザーバー	梶 崎 晴 康	電気事業連合会企画部副部長
	吉 田 元 信	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	堀 江 慶 三	日本エネルギー法研究所
	五十嵐 智 芳	日本エネルギー法研究所
	水 谷 威 夫	日本エネルギー法研究所 (2013年7月まで)
	緒 方 隆 介	日本エネルギー法研究所 (2013年8月から)
	森 拓 哉	日本エネルギー法研究所 (2014年6月まで)
	小 路 智 也	日本エネルギー法研究所 (2014年7月から)
	安 藝 晋 一	日本エネルギー法研究所 (2014年5月まで)
	上 田 博 康	日本エネルギー法研究所 (2014年6月から)
	田 中 宣 裕	日本エネルギー法研究所
	北 川 敦 丈	日本エネルギー法研究所 (2015年2月まで)
	村 上 浩 一	日本エネルギー法研究所 (2015年3月から)
	白 土 秀 樹	日本エネルギー法研究所 (2014年7月まで)
	峠 口 信 生	日本エネルギー法研究所 (2014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

<2013 年度>

- 第1回研究会 2013年4月12日
「電力システム改革の検討状況と主な論点」
(白土研究員)
- 第2回研究会 2013年5月10日
「電気事業制度改革と公正取引委員会の取組について」
(公正取引委員会事務総局経済取引局総務課長 笠原 宏様)
- 第3回研究会 2013年6月14日
「原発はなぜ止まっているのか？」
(安念研究委員)
- 第4回研究会 2013年7月12日
「電力改革についての経済学から論点」
(東京大学大学院教授 大橋 弘様)
- 第5回研究会 2013年9月27日
「電力規制改革における事業法中心主義と競争法中心主義」
(土田研究委員)
- 第6回研究会 2013年10月21日
「発送電分離および小売全面自由化の下での取引のあり方」
(舟田主査)
- 第7回研究会 2013年11月8日
「不当廉売規制の再検討」
(京都大学教授 川濱 昇様)
- 第8回研究会 2013年12月9日
「イギリスにおける事業規制機関 (utility regulators) の変容について」
(友岡研究委員)

第9回研究会 2014年1月27日
「再生可能エネルギー導入を巡る規制と市場
－F I T制度の「補助金」該当性を中心として－」
(東條研究委員)

第10回研究会 2014年2月17日
「排他的リベート，バンドルリベート規制の理論的根拠
－E U法と米国法の議論を手がかりに－」
(京都大学研修員 早川 雄一郎様)

<2014 年度>

第11回研究会 2014年5月19日
「エネルギー産業における不可欠施設の理論
－戦略的過小投資と市場支配的地位の濫用－」
(武田研究委員)

第12回研究会 2014年6月16日
「再生可能エネルギー法をめぐる最近のドイツの動向
－風力発電事業者の電力ネットワークへのアクセス要求事例」
(柴田研究委員)

第13回研究会 2014年7月25日
「イギリス電力小売市場の近時の動向について」
(若林研究委員)

第14回研究会 2014年9月19日
「ガス事業のシステム改革」
(慶應義塾大学教授 井手 秀樹)

第15回研究会 2014年10月22日
「原発の「国策民営」ということ」
(安念研究委員)

- 第 16 回研究会 2014 年 11 月 17 日
「エネルギー（電力）分野における共同事業提携と独占禁止法」
（土田研究委員）
- 第 17 回研究会 2014 年 12 月 19 日
「電力産業に係る最近の企業結合事例の検討」
（武田研究委員）
- 第 18 回研究会 2015 年 1 月 19 日
「電力市場における濫用規制の問題
－Storm und Telefon II 等を手がかりにして－」
（柴田研究委員）
- 第 19 回研究会 2015 年 2 月 27 日
「電力改革における中立機関の法的検討」
（友岡研究委員）
- 第 20 回研究会 2015 年 3 月 27 日
「卸電力取引における取引の公正性
－米国「相場操縦」規制を手がかりとして－」
（東條研究委員）

＊肩書は、研究会当時のものである。

なお、本報告書の執筆は、以下のとおり分担して行った。

第1章 電力会社と移動通信キャリアによる「セット割り」

舟田 正之 主査

第2章 エネルギー（電力）分野における共同事業提携と独占禁止法

土田 和博 研究委員

第3章 英国電力小売市場規制の近時の動向について

若林 亜理砂 研究委員

第4章 電力市場における濫用規制の問題 —Strom und TelefonII 等を手がかりにして—

柴田 潤子 研究委員

第5章 戦略的過少投資と市場支配的地位の濫用

武田 邦宣 研究委員

第6章 再生可能エネルギー導入を巡る規制と市場

—F I T制度の「補助金」該当性を中心として—

東條 吉純 研究委員

目 次

第1章 電力会社と移動通信キャリアによる「セット割り」	舟田 正之	1
I 問題と状況		3
1. 移動系通信市場におけるセット割り等		3
2. 小売自由化の下での電力市場		3
3. セット割りに関する競争の実態予測		4
4. 電力会社の従来の営業区域におけるセット割り		5
5. 電気通信ガイドラインにおけるセット割りの規制		5
II 独禁法上の問題		6
1. 問題の広がり		6
2. 広義の抱き合わせ (=bundling)		7
(1) pure bundling と mixed bundling		7
(2) 抱き合わせ販売とセット割り		8
(3) 複数の事業者によるセット割り		8
(4) セット割りと独禁法上の違法類型		9
3. 抱き合わせ販売		9
(1) 不公正な取引方法における「抱き合わせ販売」		9
(2) 排除型私的独占ガイドラインにおける「抱き合わせ」		11
4. 不当廉売または不当廉売による排除型私的独占		16
(1) 規制趣旨		16
(2) 不当廉売の要件としてのコスト割れ		17
(3) 「セット割り」の場合、何についてのコスト割れか?		20
(4) その他の要件		23
5. 「排他的取引」		24
(1) 「排他条件付取引」と「排他的取引」		24
(2) 反競争性＝市場閉鎖		25
6. 「独占のテコ」		25
文献リスト (50 音順)		27

第2章 エネルギー（電力）分野における共同事業提携と独占禁止法 土田 和博	31
I はじめに	33
II 共同事業提携の独占禁止法上の取扱い	33
1. 不当な取引制限と企業結合	33
2. 共同購入	34
(1) 概観	34
(2) 事例	34
3. 共同生産	36
(1) 概観	36
(2) 事例	37
4. 小括	38
III 反トラスト法と共同購入	38
1. 一般産業の判例等	39
(1) National Macaroni Manufacturers Association v. FTC, 345 F. 2d 421 (7th Cir. 1965)	39
(2) Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing, 472 U.S. 284 (1985)	39
2. 電力分野の事例	41
Department of Justice Business Review Letter to Utilities Service Alliance, July 3, 1996.	41
IV 反トラスト法と共同生産	42
1. 一般産業の事例	42
(1) In the matter of General Motors et al, 103 F.T.C. 374 (1984)	42
(2) Yamaha Motor v. Federal Trade Commission, 657 F.2d 971 (8th Cir.1981)	44
2. エネルギー分野の判例	46
Texaco v. Dagher, 547 U.S. 1 (2006)	46
V 東京電力・中部電力による共同事業提携の独禁法上の評価	49
1. 共同購入	49
2. 共同生産（＋共同販売）	50
3. 結論	51

補論：独禁法に違反する事実がある場合の対応方法	52
第3章 英国電力小売市場規制の近時の動向について	若林 亜理砂 55
Ⅰ はじめに	57
Ⅱ 英国小売市場概観	57
1. 参入及び料金規制の変遷	57
2. 市場構造	58
3. 小売市場における競争状況の変容	59
Ⅲ OFGEMによる小売規制改革	61
1. 小売市場制度改革 ～Simpler, Clearer, Fairer～	61
(1) 「Simpler」	62
(2) 「Clearer」	63
(3) 「Fairer」	64
2. 市場の流動性 (Liquidity) 拡大策 ～“Secure & Promote” Generation Licence Condition (S P C) の導入～	65
(1) 背景	65
(2) 目的	66
(3) ライセンス条件の内容	66
Ⅳ OFGEMによる市場調査付託 (Market Investigation Reference)	67
1. 市場調査 (Market Investigation)	67
2. OFGEM, OFT及びCMAによる市場評価	69
(1) 市場の状況	69
(2) 市場の特色	70
3. OFGEMによるCMAへの市場調査付託	73
Ⅴ 小売市場規制改革に関する評価	74
Ⅵ おわりに	76

第4章 電力市場における濫用規制の問題 — Strom und Telefon II 等を手がかりにして 柴田 潤子	77
I はじめに	79
II 規制緩和直後のケース	79
II Strom und Telefon のケース	81
1. Strom und Telefon I	81
2. Strom und Telefon II	83
III Fernwärme für Börsen (不動産の購入とエネルギー購入を組み合わせたのケース)	86
IV I S D N接続とインターネットアクセスの抱き合わせ	88
V Stadtwerke Düsseldorf	89
VI 組み合わせ供給・抱き合わせについて	90
1. 行為形態	90
2. ドイツ法の適用	92
3. 対市場効果	92
4. 組み合わせ供給・抱き合わせの違法性について	93
第5章 戦略的過少投資と市場配的地位の濫用	武田 邦宣 97
I 問題の所在	99
II E N I 事件	99
1. E N I について	99
2. イタリアへのガス輸送	99
3. 関連市場	100
4. E N I の支配的地位	100
5. 濫用行為	100
III 検討	102
1. エネルギー産業における競争法の適用	102
2. 取引拒絶の規制：欧州司法裁判所	103

3. 取引拒絶の規制：欧州委員会.....	104
4. 本件の評価.....	105
IV おわりに	106
第6章 再生可能エネルギー導入を巡る規制と市場	
—F I T制度の「補助金」該当性を中心として—	東條 吉純 107
I はじめに	109
II オンタリオ州F I T制度にかかるW T O紛争.....	110
1. 事実概要.....	110
2. パネル・上級委報告書.....	111
(1) T R I M s 協定2条とG A T T 3条8項(a)号.....	111
(2) 補助金協定.....	111
(3) 分析.....	114
III E U国家補助規制	116
1. E U国家補助規制の概要.....	116
2. 国家資金の移転.....	117
3. 利益 (advantage)	119
4. 特定性 (selectivity)	120
5. 一般的経済利益サービス(S G E I : Services of General Economic Interest) 分野にかかる例外.....	123
(1) Altmark 事件判決	123
(2) 106条(2)による適用除外	124
6. R E振興支援にかかるE U規律の新たな動き.....	124
IV F I T制度設計への示唆—「補助金」該当性を中心として	125
1. 政府介入と「市場」	125
(1) 資金的貢献及び国家への帰責性.....	126
(2) 利益.....	127
(3) 特定性.....	128
2. F I T制度設計への示唆—「補助金」該当性を中心として.....	128

第 1 章

電力会社と移動通信キャリアによる「セット割り」

立教大学名誉教授
舟 田 正 之

I 問題と状況

1. 移動系通信市場におけるセット割り等

移動系の電気通信事業者（＝以下、「キャリア」と略記）としては、現在、大手3社がほぼ拮抗して競争している。移動系通信市場においては、協調的寡占の状況にあるのではないかと推測され、料金水準として競争価格になっているかについては疑問がある¹。しかし、これら3社間では、各種の割引や、キャッシュバックなどキャンペーン（一時的、地域を限った料金割引）などによる顧客争奪競争が多様に展開されていることも周知のとおりである。

特に、2012年に開始されたKDDIのスマートバリュー（移動通信サービスと固定通信サービスの組み合わせで料金を割り引く）の成功から、各キャリアは、各種のセット割りを打ち出している。

近年、移動系通信サービスについては、実質的な契約者数が頭打ちになっており、スマホ利用者も今後は顕著には伸びないであろうと推測されていることから、各キャリアは隣接分野等への進出を積極化している状況にある。通信関連の付加サービス、アプリなどのほか、物販、映像（VOD）サービス、音楽提供サービスなどが目に付くが、電力サービスとのセット割りもその延長上にあるのであろう。

2. 小売自由化の下での電力市場

他方で、電力市場は、2016年4月から、小売の全面自由化が始まり、これまで禁止されてきた小口ユーザーないし家庭ユーザーをめぐる顧客争奪競争が開始された。

既存の電力会社（一般電気事業者10社）に対しては、暫定的に、既存の契約を継続しているユーザーに対しては小売料金規制等が残され（「経過措置料金」）、これは従来通りの原価主義（「料金が能率的な経営の下における適正な原価に適正な利潤を加えたものであること」）によることされている。

しかし、今後、この料金規制が、具体的にどの程度厳格なものになるか不透明であり、また、セット割りを新たに特別の小売料金体系の1つとして申請することは可能であり、それについての規制は用意されていない。

ただし、一般的な業務改善命令の規定（電気事業法2条の17）は残っているので、これに基づいて料金規制を行う可能性はある。しかし、同条における「小売電気事業の運営が適切でないため、電気の利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

¹ 土佐和生[2014]、舟田正之[2014]、舟田[2016]参照。移動系の市場における協調的寡占については、「携帯に関する2年拘束契約について――主として競争法・競争政策の観点から」（総務省「ICTサービス安心・安全研究会」のなかに設置された「利用者視点からのサービス検証タスクフォース」における舟田報告レジュメ（2015年6月17日））をも参照。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/kenkyu/ict_anshin/02kiban08_03000207.html

るおそれがあると認めるとき」という要件は、よほどの重大で明らかに不当な場合でなければ該当とは判断されないであろう。

全面自由化後は、上記の経過措置料金の例外を除いて、既存電力会社も自由な料金設定が可能になる。その場合、従来から適用されてきた、公取委＝経産省「適正な電力取引についての指針」（2016年3月改定、以下「適取ガイドライン」という。）には、自由化された小売分野において標準的な小売料金メニュー（以下「標準メニュー」という。）を設定し、広く一般に公表することが望ましいとされている。今回の改定において、セット割りについての記述が追加されたが、現在行われている程度の割引では、適取ガイドラインに触れるようなことはないと推測される。

以上のことから、電気事業法上の料金規制によって、セット割りが規制されることは実際上はないであろうという前提で、独占禁止法上の問題のみ検討することにする。

以下では、キャリアが、既存の電力会社と連携し、セット割りによる販売を提供することにつき、独禁法上、どのような問題があるかを検討する。

3. セット割りに関する競争の実態予測

報道にもあるように、セット割りをを行う既存の電力会社としては、需要者（小口ユーザー、家庭ユーザー）が密な地域ほど参入のメリットがあることから、具体的には、まず関東と関西が想定されよう。

仮に東電と移動系キャリア1社がセット割りをを行うとしても、例えば月1,000円安くなることで、移動系サービス市場において、かなりの顧客を引き付ける場合は、他のキャリア2社は何らかの対抗値下げをするであろう。逆に、仮に月500円の割引で、電力市場・移動系サービス市場の双方において顕著な変化がない場合は、セット割りは失敗だった、というべきであろう。

そうすると、セット割りが成功するとは、前者の場合で、他の2社がキャッチアップするまでの短い期間で獲得した契約増が有意である、ということになりそうである。

もう1点考慮すべき事情として、前記の他の2社は対抗値下げが、どのような形態で行われるかは予測が付きにくい。報道等によれば、すべてのキャリアが各地の電力会社とのセット割りを検討しているようである。少なくとも、キャリアの料金体系そのものを大きく変更することなく、セット割り等の割引で対応することは間違いないであろう。

そうすると、キャリア各社とも防衛的にセット割りを全国各地の既存電力会社と組むということになりそうで、それらの効果はいわば互いに相殺され、そう大きな変化を生むものではないとも思われる。もっとも、既存電力会社の各営業区域はそれぞれ固有の事情のもとにあり、また、既存電力会社と各キャリアの関係も様々であるから、単純に相殺されるはずもなく、小規模な変化で落ち着くとも思われない。

さらに、各電力会社は、キャリア以外に、都市ガス会社等と組んでセット割りを行うことも検討中との報道もある。その他、多種多様なセット割りが広く行われることも予測される。

4. 電力会社の従来の営業区域におけるセット割り

独禁法の観点からは、既存電力会社（以下、例として東電とする）が自社の営業区域でセット割りする場合がもっとも問題である。この場合、第一に、電力市場における新規参入者にとって、既存電力会社がキャリアと組んでセット割りを行うことに有効に対抗することが困難なこともあり得るとすれば、そのセット割りは参入障壁として機能し、競争を制限する可能性がある。

第二に、セット割りに誘引されて、キャリア変更を行うユーザーが増えるときは、移动通信市場への影響も検討する必要がある。キャリア変更が増えること自体は、競争促進的効果が現れたともいえるが、その手段が不当廉売等の独禁法違反行為によるものでないかどうかを検討する、ということである。

上のケースに対し、既存電力会社である東電が自社の営業区域以外の区域（例えば関西）で行うセット割りの場合は、東電は当該区域では新規参入者であるから、その競争促進効果が顕著に認められるので、一般には独禁法違反の問題は生じない。しかし、伝統的な地域的差別対価が略奪的価格設定として違法になるのは、まさにこの場合のように、ある地域で独占的な事業者が、より低い対価で他の地域に新規参入するケースであるから、この場合についても検討しなければならない²。

なお、移動系通信キャリアにとっては、電力会社のこのような区域に限ったセット割りは実現困難であって、全国一律のセット割りになる可能性が高いであろう。これに対し、電力市場では、それぞれの既存電力会社が各営業区域で異なる電力料金を提示しているの、それぞれの営業区域ごとにセット割りの評価をしなければならないことになる。

5. 電気通信ガイドラインにおけるセット割りの規制

電力と電気通信に関する取引については、総務省と公取委、経産省と公取委による共同ガイドラインが策定されている（前記の公取委＝経産省「適正な電力取引についての指針」、および、公取委＝総務省「電気通信事業分野における競争の促進に関する指針」（最終改定、平成24年。本稿校正の際に、平成28年改定に接したが、以下では改定前のガイドラインに基づいて述べている）。その中でセット割りに触れているのは、後者だけである。

後者のⅡ第3の3（1）イ「電気通信事業法上問題となる行為」には、次のような記述がある。

² 第二次北国新聞社事件＝東京高決昭和32・3・18行集8巻3号443頁は、石川県と富山県で本文に述べたような行為が行われた事例である。

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

----中略-----

なお、例えば、長期契約による割引、ボリュームディスカウント、一定期間の無料キャンペーン、複数のサービスのセット割引等のサービスを提供しており、これによって他の事業者の事業活動が特段困難になっているとは認められないような場合には、一般的には本号に該当しないと考えられる。

また、同ガイドライン、Ⅱ第3の3（2）「セット提供等に係る行為」には、次のような記述がある。

ア 独占禁止法上問題となる行為 市場において相対的に高いシェアを有する電気通信事業者が行う以下の行為 は、独占禁止法上問題となる。

○ 自己の電気通信役務と併せて自己又は自己の関係事業者の商品・サービスの提供を受けると当該他の商品の価格・サービスの料金が割安となる方法でセット提供する場合において、その提供に要する費用を著しく下回る水準に料金を設定することにより、競争関係にある他の商品・サービスの事業者の事業活動を困難にさせること（私的独占、不当廉売等）。

これらは、いずれも不当廉売（あるいは差別対価）との関係で規定されていると思われ、不当廉売・私的独占については本稿Ⅱ4．で検討する。

Ⅱ 独禁法上の問題

1. 問題の広がり

（1）競争制限ないし競争阻害は、電力小売市場と移動系電気通信市場の双方であり得るから、これら両市場につき検討する必要がある。

セット割りにについては、独禁法の違法類型のなかでは、排除型私的独占、不当廉売、差別対価が主たる検討対象であろう。その他、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も関係する可能性があるが、ここではこれらを包括的に検討するものではなく、主として、抱き合わせ販売と不当廉売について検討する。

なお、検討の素材として、米国の反トラスト法上の判例・学説を参照するが、これらはシャーマン法1条または2条に当たるか否かを問題にするものであって、これに対し、日本の独禁法の場合は、これに相当する私的独占が問題になるだけでなく、不公正な取引方法に当たるか否かも問題になることに注意すべきである。

（2）上に加えて、以下も問題になる。

俗に言う「提携」には、極めて多種多様な形態があり、一方の極には、2つの事業者がそれぞれ独自の事業を継続しながら、1部の事業活動だけ、例えば販売面だけ、しかもセット

割りという点だけ提携するという形態がある（以下、「緩い提携」と呼ぶ）。他方の極には、資本提携とも呼ばれるように、2つの事業者が株式を持ち合い、場合によっては将来、完全な企業統合（すなわち合併）に進むことを予定して行う形態もある（「固い提携」と呼ぶ）³。

後者、すなわち固い提携のなかで、既存の電力会社とキャリアがJV（共同出資子会社）を組んで法人化され、当該JVが法的に独立の事業者としてセット割りで両サービスを提供する場合も想定される。この場合は、独禁法10条1項に当たらないか否かの審査があり、JVによる安値販売が、競争の実質的制限にならないかが判断される。この可能性がある場合は、JVの形成・活動が禁止されるか、または何らかの問題解消措置をとることが求められる。

そのJVが、当該電力会社の域内+域外を同一料金で小売、ということなら、差別対価は問題にならず、不当廉売か（排除による）私的独占、が主たる問題になる。しかし、実際には、域外に参入する際には、域内よりも安い料金でという戦略がとられる可能性があり、その場合は、差別対価も問題になる。

本小論では、上記のようなJV形態によるセット割りを検討することは割愛する。おそらく、それは、前記の「緩い提携」によるセット割りとほぼ同様の考慮によることとなろう。唯一の違いは、セット割りの主体が、JVという独立の法人であるということであって、当該JVが母体である電力会社・キャリアからの独立性を強めるにしたがって、「緩い提携」に比べて、当該JVによる行為が競争秩序に対して与える影響力が強まることとなろう。

以下では、上記のJV固有の問題（独禁法10条に関する）は扱わず、既存の電力会社とキャリアが緩い提携に基づくセット割りによって、当該電力会社の域内で、それぞれ電力と通信を提供するケースを検討する。

2. 広義の抱き合わせ（=bundling）

（1） pure bundling と mixed bundling

pure bundlingとmixed bundlingという区別は、2つの商品と一緒に売するという意味での、広義の抱き合わせのうち、「強制」の有無に着目したものである。pure bundlingは、買い手に対する「強制」という要素を含む場合を指し、mixed bundlingはこの要素が欠けている場合を指す。pure bundlingは、供給者がそれぞれの商品を抱き合わせのみで販売することであり、2つの商品のどちらかだけでは売らない場合である。mixed bundlingは、商品が個別にも販売されているが、抱き合わせでも販売することである⁴。

*なお、本稿では、「商品」を広義で用いている。法文上は、「商品又は役務」とあるので、電力サービスや通信サービスは「役務」に当たるが、便宜上、これも含めて「商品」と

³ 提携と独禁法の関係については、舟田＝稗貫[1983]参照。

⁴ 池田千鶴[2008]、藤田稔[2008]、早川雄一郎[2014]等を参照。

呼ぶ。なお、米国の反トラスト法上は、「製品」(product)という用語が用いられることが多いが、これも上記の「商品」と同じ広義で用いている分けである。

反トラスト法や日本の独禁法で規制されている「抱き合わせ」(tie-in or tying clause などと呼ばれる)は、pure bundlingのことであるから、mixed bundlingを含むbundlingは、独禁法上の用語からみれば「広義の抱き合わせ」と明示したほうが混乱が起きないであろう。

なお、米国司法省報告[2009]は、Tying(第5章)とBundled Discounts(第6章)を分けて議論しており、これは上記のpure bundlingとmixed bundlingの区別に対応する。Bundled Discountsに関する米国反トラスト法上の議論は、後者(mixed bundling)についてのものであることに注意を要すると思われる⁵。

さて、電力の小売が全面自由化されても、既存電力会社が当該域内で極めて大きな販売シェアを持っている限り、特定のキャリアとpure bundlingで供給することは、通信市場において、明白な排除効果を持つことになるから、独禁法違反とされるであろう。したがって、我々の検討対象は、電力サービスと移動通信サービスのmixed bundlingのみということになる。

米国においてmixed bundlingの例としては、フィットネスクラブが、セッションを個別に又はパッケージで提供し、家具の小売業者が、ベッドとドレスをバラ売り又はパッケージで提供し、小売業者が、無料の駐車料金を商品の購入とバンドルさせる等を行っている、などが挙げられている⁶。

(2) 抱き合わせ販売とセット割り

KDDIのスマートバリューは、mixed bundlingであり、2つの商品を組み合わせて売ること自体ではなく、組み合わせて買えば割引すること(セット割り= bundling discount or bundled discount)で誘引効果を狙っている。同様に、米国でbundling rebateと呼ばれる行為があるが、こちらは、小売業者向け(藤田稔[2008]の挙げる例では、Kマート)を指すことが多いようであり、したがって、支払も1ヶ月単位等の後払いのようである。

(3) 複数の事業者によるセット割り

上記の例では、供給者は1社であるが、セット割りは、しばしば、複数の供給事業者がそれぞれ別個の商品を提供し、料金収納の際に、一括して収納し、その際に割引が行われる、という形態がとられる。KDDIのスマートバリューの例では、電力系の固定F T T Hサービス提供事業者と、KDDI(移動通信サービス提供)の提携によるセット割りが、この例である。

⁵ 米国司法省報告[2009]については、佐藤佳邦[2009]、土田和博[2010]を参照。

⁶ 藤田稔[2008]127頁参照。

なお、これらの場合、料金収納についての提携契約も同時に行われ、ユーザーはどちらか一方の事業者に対し一括して料金を支払い、提携事業者間で精算する、ということがあり得るであろう。このような異なる企業の提供する商品を、別の企業が一括して収納するサービスは、近年、NTTファイナンスについて、NTT傘下各社の企業結合に類似する効果があるとして、競争上の問題となり、一括収納等についての割引等に関し、総務省の行政指導によって制限がなされた⁷。

（４） セット割りと独禁法上の違法類型

セット割りによる競争制限ないし阻害の有無等を検討する際には、上記のような個別具体的な提供・契約形態ごとにみる必要がある。

しかし、ここでは冒頭に示したように、移動通信キャリアが、既存の電力会社と連携し、セット割りによる販売を提供するケースを念頭に検討することにしよう。

このセット割りと独禁法上の規制との関係について、一般的には、第一に、不当な「抱き合わせ販売」規制における「競争手段の不公正さ」、または、従たる商品に係る市場における「競争の減殺」の要件を満たすか、第二に、不当廉売に当たるか、が問題になる。

これらの不公正な取引方法の場合は、反競争的效果としては、公正競争阻害性の有無が問題になるが、さらに進んで、競争の実質的制限に当たる場合には、排除による私的独占に当たる可能性がある。

以下、まず上の第一の点につき検討する。

3. 抱き合わせ販売

（１） 不公正な取引方法における「抱き合わせ販売」

（i）抱き合わせ販売等については、「相手方に対し、不当に、商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取引するように強制すること」、と定められている（一般指定10項）。

このうちの前段、「購入させ」までを、「抱き合わせ販売」と呼び、後段の定める、その他の取引強制と区別している。前段の定める抱き合わせ販売は、売り手が買い手に対し取引を強制する（「購入させ」る）場合であり、後段の主対象である、売り手が買い手に対し別の商品等の供給を強制する場合や、買い手が売り手に取引を強制する場合等と区別している

⁷ 総務省「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」（平成24年3月23日）

http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/eidsystem/competition02_06.html

http://www.soumu.go.jp/main_content/000170501.pdf

わけであるが、行為の実質からは、これらを区別する必要はない。すなわち、公正競争阻害性については、すべての取引強制の形態に共通して考えることができる。

ここで検討対象としているのは、電力サービスと移動通信サービスの抱き合わせ販売であり、一般指定10項前段に当たるか否かがまず問題になる。

抱き合わせ販売の行為要件は、第一に、主たる商品又は役務Aと従たる商品又は役務Bが、「他の商品」であること、第二に、「購入させ」ること、である。電力サービスと移動通信サービスが別個の役務であることは明白であるから、問題は「購入させ」る（取引の強制）に当たるか否か、である。

前述のpure bundlingとmixed bundlingという用語でいえば、抱き合わせ販売は、pure bundlingのみを指す。電力サービスと移動通信サービスの抱き合わせ販売は、mixed bundlingであって、それぞれ別個に契約することも可能であるから、原則として、不公正な取引方法における抱き合わせ販売には当たらないと解される（その例外については、後述、（2）（b．以下を参照）。

なお、行為要件としての取引の強制については、主たる商品市場において、行為者が市場支配力またはなんらかの意味で経済力を持っている場合が通常であろうが、それらが認められない場合でも、取引の強制と認められる場合もある⁸。

（ii）「抱き合わせ販売」が、市場要件としての公正競争阻害性を満たすか否か

経済力を背景とした取引強制は、優越的地位の濫用と重なることになるが、経済力が認められない場合における取引強制については、競争手段の不当さ（能率競争の阻害）に公正競争阻害性が認められることになる。また、これら両方の場合に、自由競争の減殺が認められることもある。

不公正な取引方法としての抱き合わせ販売に関する公正競争阻害性は、以下のように整理できる。

第一に、能率競争の侵害——被抱き合わせ商品市場への自由な接近可能性の保障

第二に、被抱き合わせ商品市場における（部分的）市場閉鎖・参入障壁

第三に、被抱き合わせ商品市場の自由競争の維持

⁸ 例えば、藤田屋事件＝審判審決平成4・2・28審決集38巻41頁。

（２） 排除型私的独占ガイドラインにおける「抱き合わせ」

ａ．「抱き合わせ」の意義・反競争性

排除型私的独占ガイドライン第２の４は、「ある事業者が、相手方に対し、ある商品（主たる商品）の供給に併せて他の商品（従たる商品）を購入させること」を、「抱き合わせ」と呼んでいる。これは不公正な取引方法における抱き合わせ販売と同じである。

日本の独禁法においては、第一に、「抱き合わせ販売」に当たる場合には、その公正競争阻害性の有無を検討し、一般指定10項に該当するか否かを検討する。公正競争阻害性の中の自由競争の減殺に関しては、従たる商品の市場における競争に与える影響を評価し、または、当該行為の反競争的な性格に着目して、競争手段の不当性または競争基盤の侵害に当たらないかをみることになる

第二に、私的独占の場合は、「抱き合わせ」が排除に当たるか否かは、同ガイドラインによれば、次のような排除効果を有するか否かによるとされている。「抱き合わせにより、従たる商品の市場において他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない競争者の事業活動を困難にさせる場合には、当該行為は排除行為となる」（第２の４）。

ここでは、当該抱き合わせによって、競争者が他の取引先を容易に見いだせなくなること（「市場閉鎖」）が問題だとされている。この市場閉鎖については、後に、排他的取引に関しても触れることがある。

なお、同ガイドライン（第１）によれば、「抱き合わせ」の場合では、行為者が供給する主たる商品の「シェアがおおむね２分の１を超える事案であって、市場規模、行為者による事業活動の範囲、商品の特性等を総合的に考慮すると、国民生活に与える影響が大きいと考えられるものについて、優先的に審査を行う」と読むべきであろう。もちろん、「シェアがおおむね２分の１」は公取委の審査の基準であって、違法性判断基準ではない。

ｂ．「購入させる」の実質的意味

同ガイドラインは、「購入させる」ということの意味について、以下のように説明している。

「行為者の主たる商品と従たる商品を別々に購入することができる場合であっても、従たる商品とは別に購入することができる行為者の主たる商品の供給量が少ないため、多くの需要者が行為者の主たる商品とともにその従たる商品をも購入することとなるときは、実質的に他の商品を購入させているのと同様であると認められる」

これは、提供の実態を踏まえて、別々に購入できるとされていても、実際にはそれが難しい場合には、実質的にpure bundlingとすべきだ、という趣旨であろう。逆に、mixed bundlingが実質的に機能していれば、すなわち、買い手が主たる商品と従たる商品をそれぞれバラで買うことが容易にできるのであれば、ここでいう「抱き合わせ」には当たらない、ということであり、この区別は妥当であろう。

c. セット割り同士による競争関係

同ガイドラインの第2の4注16は、「セット割り」に触れている唯一の箇所であり、以下のように述べられている。

「主たる商品と従たる商品を組み合わせて供給する場合に価格を割安とする行為にあっては、行為者と従たる商品の市場における競争者との間に、抱き合わせによって組み合わされた商品（主たる商品と従たる商品のセット）についての競争関係が成り立つ場合がある。例えば、従たる商品の市場における競争者が、行為者の主たる商品と同程度の品質・ブランド力を有する商品を、従前から組み合わせて供給している場合や特段の追加的な費用を生ずることなく組み合わせて供給することが可能な場合がこれに当たる。このような場合には、当該競争者との間の競争関係については、前記2の『商品を提供しなければ発生しない費用を下回る対価設定』の観点から排除行為に該当するか否かが判断される。」

この箇所の理解は難しいが、抱き合わせによって、例えば、電力と通信の抱き合わせを行っても、競争者が既に同様の抱き合わせで供給している、または、同様の抱き合わせをしようとするれば、そう大きな追加コストなしで抱き合わせを実現できる、ということであれば、例え行為者のシェアがかなり大きくても、競争者は十分対抗できるので、抱き合わせによるセット割りには排除の効果がない、ということであろう。

前出の米国司法省報告[2009]は、バンドルによる対抗（bundle-to-bundle competition）が可能なとき、行為者が（合計価格と合計費用をみて）費用割れでない限り、同等に効率的な競争者はバンドル価格に対抗することができると述べるが、上記と同趣旨であろう。

上のことを簡単に言えば、両市場にまたがるセット販売が広く一般に行われるようになれば、セットで1つの商品になるから、これについては、セットについて独禁法上の違法性を判断する（具体的には、後述の不当廉売に当たるか否かで判断する）ということであり、これは実態に即した解釈であって妥当な考え方であろう。

例えば、本稿では、移動系通信キャリアは大手3社あり、既存の電力会社も9社存在することから、抱き合わせによるセット割りが多く行われれば、セット割りによる競争関係が成り立つ場合であるといえる。さらに、F T T H事業者やケーブル・テレビ事業者等と電力の抱き合わせも十分あり得るところであり、これらが広く多様にセット割りをを行い、ユーザーが自由に選択できるようになれば、セット単位のサービス間の競争という実態が生まれるかもしれないと考えられる。

後に触れる、英国におけるガスと電力のセット割りによる販売は、仮にこの販売方法がほとんどすべての有力事業者によって採用され、多くの消費者がセットで選択しているとすれば、ガス・電力が1つのサービスとして競争関係になっていると言えよう（実態は不明である）。

しかし、上のようなセット割りが普遍的になって1つのサービスとして互いに競争するという事態は、今の日本における電力・通信市場においては少なくとも当面は存在しないから、本稿ではこれを考慮の外に置くことが許されよう。

さらに、これから連想されることとして、川濱昇[1988]（1）23頁の挙げる例では、上の文脈ではなく、抱き合わせ販売についての一般的議論において、ラジオやエアコンを組み込んだ自動車、百科事典のセット、ベルトとバックル、時計と時計バンド、墓所と納骨所などが挙げられている。そこでは、単一商品か否かは、抱き合わせが妥当か否か（「正当化事由」）と同じではないか、との議論が紹介されており、結局、「抱き合わせの概念は、慣習的なものだ」ということのようなのである。

別の例でいえば、日本の病院では、米国と異なり、手術サービスと麻酔サービスが同一の病院によって提供されることが通例であるので、両者を一括して提供しても「抱き合わせ」には当たらない⁹。

以上を要するに、セット割り同士による競争が広範に行われている場合、または、抱き合わせで売ることが商慣習となって定着している場合には、独禁法上、「抱き合わせ」には当たらず、セットを1つの商品としてみて対応する、ということである。

しかし、本論で議論の対象としている移動通信サービスと電力サービスの組み合わせは、上記のような、今日の取引慣習からみても、セットで1つの商品とされている場合ではないから、検討の対象から外してよいであろう。

d. 「抱き合わせ」の狭義説・広義説

同ガイドラインは、mixed bundlingであっても、抱き合わせ販売の効果が、価格面でいわゆる「セット割り」により強力な誘引効果をもつ場合は、ここでいう「抱き合わせ」に当たるという説明をしている。

すなわち、「抱き合わせによって組み合わされた商品の価格が行為者の主たる商品及び従たる商品を別々に購入した場合の合計額よりも低くなるため多くの需要者が引き付けられるときも、実質的に他の商品を購入させているのと同様であると認められる」（第2の4（1））。

このガイドラインの「抱き合わせ」は、取引の「強制」の意味を広義に解しており、不公正な取引方法における「不当な抱き合わせ販売」（一般指定10項）を超えているのではないかと、と思われる。

「購入させる」（＝取引の強制）の意味については、筆者のように、取引の場面であるから物理的な力がふるわれるわけではなく、――「低価格のこともあろう」、と広義に解す

⁹ Hyde事件最高裁判決（466 U. S. 2.）（1984年）は、手術サービスと麻酔サービスの抱き合わせに対し当然違法原則を維持した著名な判決である。川濱昇[1988] 2の14頁以下を参照。

る見解¹⁰と、「商品の購入を余儀なくされることとなる場合」（流通・取引慣行ガイドライン（第1部第5 2（2）），と狭く解する見解がある。後者の立場では，前記のpure bundlingの場合だけが，一般指定10項の行為要件を満たすことになるだろう。

公取委は，上に挙げたガイドラインや従来の事例から見ると，後者の狭く解する立場をとってきたが，排除型私的独占についてのガイドラインでは，不公正な取引方法における抱き合わせよりも明らかに広い概念として，前述のように述べたようである（佐久間正哉[2009] 7頁の図を参照）。

前項（iv）の冒頭に示した同ガイドラインの箇所は，「セット割り」が強力な誘引効果をもつ場合のことを指していると理解していいのであろう。「多くの需要者が引き付けられ」，「実質的に他の商品を購入させているのと同様である」ような，強力な誘引効果をもつセット割りが行われるとすれば，mixed bundlingであっても，実質的には，買い手の合理的行動として，当該抱き合わせを選ぶしかないものであり，前記の広義説はこのような状況を念頭においたものである。

前記の例で言えば，ベルトとバックル，時計と時計バンドは，バラで購入することも可能であるが，（前記のように取引慣習という面もあるが，ここではこれは措くとする），ベルトだけでバックルを買わないというのは，抱き合わせの価格から見ても極めて非合理的な購買行動ということであろう。もっとも，これらの例は，社会慣習上，セット販売が広範に行われているので，強力な誘引効果の例として適当ではない。

強力な誘引効果によるセット割りの例としては，英国において，ガスと電力のセット割りによる販売（dual fuel）が，広範かつ強力に作用し，ユーザーの大半がこの種の契約と言われている（統計はないようである）¹¹。これは，90年代頃の英国において，北海油田からの安価なガス供給が可能であったという特殊な事情もあるのであろう。詳細は私には不明であるが，そこにおけるガスと電力のセット割りがかなり強力な誘引効果をもち，ユーザーの大半がこれを選ぶという状況にあるとすれば，前記ガイドラインにある，ガスと電力のセット割りを前提に，それらバンドルされた両サービス間の競争が行われるのであり，実質的なpure bundlingと認めるべき事例ということになるだろう。

¹⁰ 根岸・舟田『独占禁止法概説』（第4版）257頁。なお，米国の個別的強制の理論への批判につき，川濱昇[1988]（1）25頁その他各所を参照。

¹¹ 英国のdual fuelについては，次のような研究がある。電力中央研究所調査報告書「欧州における家庭用電気料金メニューの多様化の現状と課題」（2013年）

<http://criepi.denken.or.jp/jp/kenkikaku/report/detail/Y12028.html>

武山徳彦「英米の電力小売事業者は自由化時代にどう対応しているのか」，

<http://eneken.ieej.or.jp/data/old/pdf/enekei/eibei.pdf>（9頁に，dual fuelについての記述がある）

もともと、排除型私的独占ガイドラインが示している各行為類型（廉売、排他的取引、抱き合わせ、供給拒絶等）は、「排除」に当たり得る行為を類型化して示そうとしたものであり、法的な要件はあくまでも「排除」であって、同ガイドラインが示す4つの行為類型はそのための手がかりに過ぎない。したがって、抱き合わせを広義に解しても、結局は「排除」に当たるか否かが問題になるのであるから、上記のような抱き合わせの広義説によって説明することも十分にあり得ると考えられる。これに対し、不公正な取引方法としての「抱き合わせ販売」に関しては、「購入させる」の意味は法的要件であるから重要な意味を持ち、これに関しては前述のように、広狭両説があるが、実際に事実認定の際に、どれだけ両説で違ってくるかについてはさらに検討が必要とも思われる。

e. 強力な誘引効果による「抱き合わせ」

同ガイドラインの広義説によるとして、「セット割り」により強力な誘引効果をもつ場合、「抱き合わせ」に当たるので、私的独占における「排除」の要件を満たす、ということになる。これは、「排除」の意味として、当該市場における競争者の商品を駆逐するに足るだけの効果を持つものだけを対象とするのであるから、当然のことであると考えられる¹²。

米国の3M事件（後述のLePage's判決）は、バンドリング・リベートがシャーマン法2条違反か否かが争われた著名な事案であるが、そこでは、ある数値を超えた場合に、非比例的に著しく増大する形でリベートが支払われた。それによって、不当廉売ないし略奪的価格設定ではなく、排他条件付取引ないし排除による私的独占が問題になることになる。リベートであるから、当然、「抱き合わせ」に該当するpure bundlingではなく、mixed bundlingの事例であるが、強度の累積的リベートが強力な誘引効果をもつことから、広義の抱き合わせに当たり、排除効果が問題になった事例である。不当な排他条件付取引または違法な私的独占に当たるかはともかく、それらが問題になるのは、かなり高額・高率、または強度のリベートでないと、その種の排除の効果がなくなることになる。「本当にバンドルが成功するために必要な条件として、十分にめりはりの利いたリベートを与えなければならない」¹³。

もっとも、本論が具体的な対象とする移動通信サービスと電力サービスの組み合わせにおいて、このような強力な誘引効果をもつセット割りが行われるとは考えられない。両サービスが、それぞれ独立の事業体によって供給されるからであり、仮に、当該セット割りを行うJV（移動通信会社と電力会社の共同出資による事業体）が設立されたとしても、それぞれ

¹² ドイツの判例で説かれているような、当該セット割によって、消費者がどれだけ取引誘引されるか、という誘引効果“alluring effect” = “pull effect”（“Anlockwirkung”）は、この文脈で理解される。

ドイツでは、連邦通常裁判所2003年11月4日判決、デュッセルドルフ高裁2008年4月16日判決など、電力と通信、ガス等の抱き合わせ販売についての判例がいくつか存在する。これについては、柴田潤子・本報告書第4章を参照。

¹³ 川濱昇[2006]21頁。

の本体企業が行う、単独のサービス提供を無効にする（競争上、1つのサービスとして成立しないことになる）ようなセット割りを行うことはあり得ないと思われる。

4. 不当廉売または不当廉売による排除型私的独占

（１） 規制趣旨

上記の抱き合わせと同様に、不当廉売は不公正な取引方法の1つであるが、同時に、排除型私的独占ガイドラインにおける「排除」の一行為類型としてあげられている。

これら両者における廉売規制の判断根拠としては、現在、次の2つが有力であるとされている。

①「仮定的に同等に効率的な競争者」を排除しうるか否か

② 短期利潤犠牲（反競争的效果がない限りは自己の利益にならない） か否か¹⁴

公取委のガイドラインには、これら両者を踏まえたと推測される箇所が多く見られる。以下、それらを抜き書きしてみる。

排除型私的独占ガイドライン第2の1は、次のように述べる。

「商品を生供給しなければ発生しない費用さえ回収できないような対価」であれば「一般に——経済合理性のないものである」。「したがって、ある商品について、このような対価を設定することによって競争者の顧客を獲得することは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせ、競争に悪影響を及ぼす場合がある。このように、ある商品について、その商品を生供給しなければ発生しない費用を下回る対価を設定する行為は、排除行為に該当し得る」

また、不当廉売ガイドライン（2）には、次のような文言がある。

「企業努力による価格競争」の維持。

「企業の効率性によって達成した低価格で商品を提供するのではなく、採算を度外視した低価格によって顧客を獲得しようとする」ことを防止。

「正当な理由がないのにコストを下回る価格、いいかえれば他の商品の供給による利益その他の資金を投入するののでなければ供給を継続することができないような低価格を設定することによって競争者の顧客を獲得することは、企業努力又は正常な競争過程を反映せず、廉売を行っている事業者（以下「廉売行為者」という。）自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあり、公正な競争秩序に影響を及ぼすおそれがある場合もある」。

¹⁴ 川濱昇[2013]209頁以下参照。私の所説については、舟田[2009]62頁以下を参照。「仮想的効率的競争者基準は、具体的な判断基準ではなく、不当廉売規制の根拠として、効率的事業者でさえ対抗し得ないのであるから不当とする、というための概念だという説明はあり得るであろう」舟田[2009]490頁。

「不当廉売規制の目的の1つは、廉売行為者自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるような廉売を規制することにある。」（同ガイドライン3（1）ア）

「商品の供給が増大するにつれ損失が拡大するような価格設定行動は、特段の事情がない限り、経済合理性のないものであるということが出来る」。（同ガイドライン3（1）ア）

以上見たように、公取委のガイドラインは、前記の2つの考え方に基づくると推測される文言が散見され、このような立場は競争法理論としても十分受け入れられると考えられる。その立ち入った検討はここでは割愛し、以上を前提に不当廉売とセット割りの関係について検討しよう。

ただし、不当廉売ガイドラインは、主として、法2条第9項第3号の「法定不当廉売」について記述しているものであるが、一般指定6項に該当するような不当廉売についても、本款（4.）の冒頭に示したような規制の根拠ないし趣旨は変わらないと解される。以下では、主として、法定不当廉売ないし私的独占を念頭に検討する。

（2） 不当廉売の要件としてのコスト割れ

（i）セット割りが不公正な取引方法としての不当廉売、または私的独占に当たるとするために、コスト割れが要件となるとするか、あるいは、行為者が独占者である場合には、コスト割れであること、また、それをみるための価格費用テストは不要、とするか。

第一に、不当廉売規制については、法定不当廉売の場合はコスト割れが要件となる、これに対し、一般指定6項の要件としては、コスト割れは必ずしも要件ではない、すなわち、例外的に、それ以外の諸事実から同項該当とすると解される。後者の点は理論的に議論が分かれるところであろうが、本稿ではこの点は割愛する。

第二に、排除による私的独占の要件としては、一般論として、価格費用テストは不要であり、その他の諸事実を総合的にみて「排除」を認定し得ると解される。しかし、コスト割れであれば、「特段の事情がない限り、経済合理性のないものである」、ということが許されるであろう（排除型私的独占ガイドライン第2の1）。

米国の反トラスト法について、コスト割れは不要とする判決として、LePage's判決（2003年）¹⁵、Cascade Health Solutions v. PeaceHealth事件の第1審判決がある¹⁶。

¹⁵ LePage's, Inc. v. 3M Co., 324 F.d 141 (3d Cir. 2003). 本件については、藤田稔[2008], 競争政策センター[2008]43頁以下, 58頁以下等（「一括販売割引」と訳している）等を参照。シェア90%を保有する3Mが、セット割り（Kマートなどの顧客へのバンドリング・リベート）について、多数意見は、略奪的低価格の事案ではなく、抱き合せ販売に類似する事案であるとし、これにより競争事業者が売上を急速に低下させたことから、シャーマン法2条違反とした。

¹⁶ Cascade Health Solutions v. PeaceHealth, 515F.3d.883(9 th. Cir.2008). 早川雄一郎[2014]参照。

LePage's判決は、次のように述べる。同裁判所は、「シャーマン法2条の一般的な独占行為の先例の判断枠組みに依拠しようとした。関連市場における独占力の保持と、優れた製品、事業上の才覚、歴史的偶然の結果としての成長ないし発展とは区別された独占力の意図的な獲得ないし維持、が要件である」「バンドリング・リベートが結果的に独占力の維持に結びついたことは明らかであった」¹⁷。

もつとも、上記2判決に対しては、反トラスト法上の議論においては、判断基準が不明確であり、コスト割れであることを見るべきだという批判的な意見が多いとのことである。

(ii) これとは別に、セット割りに対し不当廉売が問題になる場面では、多くの場合、差別対価として取りあげる可能性もある。セット割りの場面では、セットを組んだ場合とバラで買う場合では価格が異なるから、これも一種の差別対価である。

価格差別それ自体は不当ではないとしても、差別が行われた経緯や関連市場における効果等に注目して、「排除」を認定する、すなわち費用を基準としないルール設計はあり得るのではないかと考えられる。特に、既存の独占の事業者が新規参入を阻止するために、特定のサービスだけを低価に設定するなどのケースについて、その低い価格がコスト割れであることを立証しなくても、具体的な経緯、効果等に着目して、違法な排除による私的独占（または一般指定6項該当）に当たるとすることは十分あり得ることである¹⁸。

(iii) 上の留保を付した上で、しかし、一般には、コスト割れであれば、不当廉売またはそれによる私的独占に当たる可能性が高くなることは明らかである。

それでは、コスト割れという場合の、その「コスト」とはなにか¹⁹。

① 平均回避可能費用

公取委の不当廉売ガイドラインや私的独占ガイドラインにおいては、既に見たように、平均回避可能費用（商品を生産しなければ発生しない費用。実務上は可変費用）以下であれば、「経済合理性のないもの」と事実上推定されたとする。

さらに、排除型私的独占ガイドラインでは、次のように述べられている。

「ある商品について、その供給に要する費用（――「総費用」舟田）を下回り、かつ、『商品を生産しなければ発生しない費用』以上の対価を設定する行為は、当該商品の供給が

¹⁷ 藤田稔[2008]128頁。

¹⁸ 舟田[2009]441頁以下（「競争対抗料金」）における国内航空旅客運送事業における差別対価の事例を参照。また、有線ブロード私的独占事件についても、コスト割れの指摘がないとの批判に対し、それを不要とする議論もある。川濱昇[2006]は、総販売費用以上の価格設定であっても、市場支配力の形成・維持・強化等以外には経済的合理性がなく、消費者の利益を害する不当廉売があり得るとしながら、正当にも具体的な判断基準を設定しにくいことを指摘する。米国の議論について、川濱昇[2013]229頁以下の検討を参照。

¹⁹ 以下については、舟田[2009]473頁以下を参照。その後に出たヤマト運輸事件判決について、舟田[2010]を参照。

長期間かつ大量に行われているなどの特段の事情が認められない限り、自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせるものとして排除行為となる可能性は低い」。

ここで、「特段の事情」として、何があるかが問題になるが、当該価格を設定した諸事情、排除の「意図」などが挙げられよう。

「商品を生供給しなければ発生しない費用」とは、平均回避可能費用であり、固定費用の大きい電力や電気通信においては、極めて低くなることは前述のとおりであるから、コスト割れなどあり得ないことは明白である。

② 総販売原価

不当廉売ガイドライン（3（1））は、「『供給に要する費用』，すなわち総販売原価」，と述べる。さらに、注2で、次のように定義する。

「総販売原価とは、廉売対象商品の供給に要するすべての費用を合計したものであり、通常の製造業では、製造原価に販売費及び一般管理費を加えたもの、通常の販売業では、仕入原価に販売費及び一般管理費を加えたものである。」

この点につき、ヤマト運輸対郵政公社事件における東京高裁判決（東京高判平成19・11・28審決集54巻699頁）の判示は、以下のように要約することができる。

法2条9項3号違反――「総販売原価を著しく下回る対価での継続的供給」

一般指定6項違反――「対価が総販売価格を下回るが、その程度が著しくない場合又は供給の態様が継続的でない場合でも、公正な競争秩序の維持という観点から不当と認められる対価での役務等の供給」

私も、通説・公取委ガイドライン・上記判決と同様に、平均総費用（＝「総販売原価」）を1つの基準とすべきであると解している²⁰。

③ LRAIC（長期増分費用）

これに対し、EU競争法の諸判決、および欧州委員会の（旧）82条ガイダンスは、LRAIC（長期増分費用）を基準としている²¹。一般には、長期増分費用とは、特定の追加的一単位の生産物（「増分」）の供給にかかる長期の総費用、すなわち資本費用と運営費用を指す。EC競争法におけるドイツポスト事件は、AKZOテスト（原則は平均可変費用基準、それ以上であっても平均総費用を下回り、当該価格設定が排他的計画の一環であれば濫用的とされる）に代えて「増分費用基準」を採用した重要な決定と評価されている²²。共通費用は恣

²⁰ 舟田[2009]499頁以下参照。金井ほか『独占禁止法』（第5版）308頁以下も、「固定費用をも含んだ総費用を基準にした価格（平均総費用）」を下回るか否かを考慮するとの立場のようである。

²¹ 伊永大輔[2010]等、多数の研究がある。なお、電気通信に関しては、古くから、長期増分費用＝LRICという用語が用いられてきたが、これは全く異なる概念である。舟田[2010]489頁を参照。

²² 中川寛子[2001] 189頁以下、218頁以下、西村暢史[2003] 311頁参照。その後について、川濱昇[2013]10頁参照。

意的であること、当該部門での供給における効率性の発揮としては長期増分費用が適切であることが、長期増分費用を基準として採用すべき理由であるとされる。

この立場は、長期の総費用をみるので、電力・電気通信・郵便等の設備産業にも対応し得るものであり、共通費用の配賦を行わない点で説得的であるが、実務的に、どのように算定するか、そこには恣意性が入り込まないか不明であり、日本では運用実績がないこともあり、ここではこれ以上立ち入らないことにする。

（３） 「セット割り」の場合、何についてのコスト割れか？

a. 合計料金が合計コストを割っているか否か

「セット割り」が不当廉売に当たるか否かをみる場合、まずは電力サービスと通信サービスの合計料金が、合計コストを割っているかをみるのが自然であろう。これは、消費者の素朴な選択に当たっての基準として、直感的には当然であるように見える。

また、これは特に、当該抱き合わせが、市場において通常取引形態となっている場合に、もっとも妥当するようにも思われる。この場合は、２つの商品はそれぞれ独立して市場を形成しているというより、２つの商品を組み合わせたセットが１つの商品として機能しているからである（これは、前記Ⅱの３．（２）c．～e．で述べた様な、セット割り同士の競争が広く行われている場合、強力な誘引効果をもつ場合、または、抱き合わせで売ることが商慣習となって定着している場合、に相当する）。

このような場合（前記のセット同士の競争になっている場合等々）を除いて、合計料金と合計コストをみるという方法は、どの商品について、どのような競争制限ないし競争阻害が生じたかを曖昧にするので、取り得ないと考えられる。

b. discount attribution基準

セット割りに関し、どの商品について、どのような競争制限ないし競争阻害が生じたかを明らかにする観点からは、不当廉売に当たるか否かは、セット割りのターゲットとなっている競争的商品について、コスト割れではないかをみることが重要である²³。前記の抱き合わせ販売と同様に、セット割りは、通常は、独占的（非競争的）商品と競争的商品をセットにし、競争的商品の売上を伸ばそうとする戦略から生まれるからである。

Cascade Health Solutions v. PeaceHealth事件の連邦控訴（第９巡回）裁判所判決（2008年）によれば、「費用ベースの基準として、当裁判所は、“discount attribution”基準と呼ばれる基準を採用する。この基準の下では、バンドル全体に関して被告が与えた値引き全額が、バンドルされた製品のうちの競争的な一又は二以上の製品に割り当てられる。

²³ 早川雄一郎[2014]59頁参照。

その結果計算される当該競争的な製品の価格が当該競争的な製品の生産に要する被告の費用を下回る場合、当該バンドル値引きが排他的であると認定できる」²⁴

「この基準は、いわゆる同等効率性基準の観点から、当該バンドル値引きが、競争的な製品の(仮定的に)同等に効率的な競争者にとって脅威となるかどうかを問うものである。」²⁵

本判決の前年に公表された米国反トラスト法現代化委員会[2007]は、一括販売割引(package discount 本稿におけるセット割りに当たる)は、このdiscount attribution基準について次のように述べている²⁶。

「裁判所は、一括販売割引(bundled discounts) 又はリベートがシャーマン法2条に違反するかどうかを決定するために、3段階テストを採用すべきである。同条違反を立証するため、原告は、(同条違反の他の要素とともに)以下の各要素を証明することが必要とされるべきである。(a) バンドルされるすべての商品に割り当てられているすべての割引及びリベートを競合商品に割り当てた上で、被告は当該競合商品とその増分費用を下回って販売したこと。(b) 被告はこれらの短期間の損失を埋め合わせる蓋然性があること。(c) 一括販売割引又はリベートプログラムが反競争効果を持っていたか、又は持っている蓋然性があること。」

この現代化委員会報告における(a)から(c)までの3段階テストは、略奪的価格設定の主要先例であるブルック事件判決以来の米国の略奪的価格設定についての判例理論に基づくものとなっており、日本の不当廉売および私的独占の解釈にそのまま用いることは疑問がある。特に、埋め合わせ(前記(b))は、日本では支持する見解はほとんどない。

しかし、前記(a)「バンドルされるすべての商品に割り当てられているすべての割引及びリベートを競合商品に割り当て」ということ、および、(c)「反競争効果を持っていたか、又は持っている蓋然性があること」、の2点は、日本の独禁法においても通用する解釈であると考えられる。

この3段階テストの第1段階 (a) では、一括販売割引は「同等に効率的な競争者」を排除する場合にのみシャーマン法2条の問題になるということを意味している。すなわち、この(a)に当たらなければ、一括販売に伴う割引により、仮に効率性において劣っている競争者が市場から排除されたとしても、そして、その競争者が競争的牽制力を一定程度果たしていたとしても、当該一括販売割引が反トラスト法上問題ないことが示されている。

上記の考え方を電力と通信のセット割りに当て嵌めれば、次のc. とd. の検討を前提に、結論を先取りして述べれば、次の2つの点から判断すべきことになる。

²⁴ 早川雄一郎[2014]57頁。

²⁵ 早川雄一郎[2014]60頁。

²⁶ これは、競争政策センター[2008]41頁以下に要約があるので、以下引用する。また、早川雄一郎[2014]56頁以下にも、同様の要約がある。

(a) 競争商品について、割引の全額を割当てた上で、それがコスト割れとなるか否か、
(c) 当該セット割りが、反競争効果を持つか否か、またはその蓋然性があるか否か、

このうち、(c)については、それが競争の実質的制限を満たすのであれば私的独占に、公正競争阻害性を満たすのであれば不当廉売に当たるということになるだろう。

c. 独占的商品と競争的商品のセット割り

上記のdiscount attribution基準は、セット割りについて、前述のように、主として2つの商品のうち片方が独占で、他方が競争的商品である場合を念頭に置いて立てられたものである。前出のCascade Health Solutions v. PeaceHealth事件も、病院間の競争において、セット割りの行為者が、独占的サービスと競争的サービスを抱き合わせてセット割りにしたケースである。

たしかに、競争法上、問題なのは、どちらかが独占的商品であり、それをテコとして競争的商品について戦略的に廉価にして、競争上優位に立とうとする場合であろう。これに対し、抱き合わされる2つの商品が、ともに競争的サービスであれば、基本的には単なる割引であって、消費者厚生を増大させるだけのものであるといえるのが原則であろう。

しかし、2つの商品が、ともに競争的商品である場合でも、どちらかがより競争に強いという程度の差はあるだろうし、また、どちらかの商品がコスト割れで、それによって競争商品を不当に排除するおそれもあるかもしれない。具体的に、ここで念頭に置いている電力と通信のセット割りについては、電力は自由化が始まる段階であって、当面は既存の電力会社が100%に近いシェアを持っており、新規参入者には様々な競争上のハンディキャップがあるとされている。他方で、移動系キャリアについては、料金が自由化されて久しいが、特に近年は3社の協調的寡占の状況にあって、自由な競争が十分実現しているとはいえない、という見方もある。

したがって、競争的商品を複数セットにしたセット割りについても、一般に不当廉売または廉売による排除型私的独占に当たる可能性は残っていると考えたほうがいいであろう。すなわち、どちらかの商品についてコスト割れであれば、違法になる可能性があるとすべきであろう。

そこで、電力会社とキャリアのJVによるセット割りについても、discount attribution基準を適用して、不当廉売に当たるか否かを検討することになる。その場合、まず、行為者が2つの商品を抱き合わせて販売することから、それぞれのコストを算定する。次に、割引額を、競争的商品の価格から差し引いて、コスト割れの有無をみることになる。

移動通信サービスと電力サービスの例で見れば、前記のように、電力は自由化開始からしばらくは既存の電力会社の独占的状態が続くであろうから、競争的サービスは移動通信サービスであるから、これについて値引き額を全額割り当てて、コスト割れか否かをみることになる。しかし、両サービスの競争の進展状況次第では、逆に、電力が競争的サービスとして

機能するということもあり得るので、その場合は、電力に値引き額を全額割り当てて、コスト割れか否かをみることになる。

d. 電力・通信の提携によるセット割りへの適用

discount attribution基準は、1つの事業者が複数の商品をセットで売ることが念頭に組み立てられた議論である。しかし、ここで検討対象としている電力・通信のセット割りについては、まずは電力会社とキャリアが、相互に提携して行うことを念頭に置いているから、この場合は、discount attribution基準は適用されず、それぞれのサービスについて、各社ごとにコスト割れを見ればよいという考え方のほうが実態に見合っているとも考えられる。

その際に重要なことは、2つの会社が提携してセット割りする場合でも、セット割りは、どちらのサービスから割引かれるかということは明らかにしなければならない。従来、通信市場におけるセット割りについては、どちらのサービスからの割引かが明確になっている。例えば、固定通信と移動通信のセット割りでは、後者からの割引である。例えば、ケイオプティコムとKDD I (a u) のセット割りについては、KDD I が割引することになる。移動通信サービスと電力サービスの例でも、移動通信側で割引が行われることになる。

これは事業者間での提携における割引の原資のことであって、上記のコストの帰属 (attribution) という算定の問題とは直接には関係ない。しかし、各サービスごとにコスト割れをみるという観点からは、各事業者がセット割りによる割引の原資を、キャリア側が負担するということは、キャリアの料金をユーザーに提示されている料金ではなく、割引後の料金とみて、それがコスト割れか否かをみるのが妥当であると考えられる。

(4) その他の要件

不当廉売ガイドライン (3冒頭) は、要件として以下の3つを挙げている (ただし、法定不当廉売について)。

- ① 廉売の態様 (価格・費用基準及び継続性) ,
- ② 「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」
- ③ 正当な理由

これは、2条9項3号の文言に沿って整理したものであり、従来の行為要件と公正競争阻害性要件の2分類でいえば、①が行為要件、②と③が公正競争阻害性要件ということになる。

このうち、②は、不当廉売の公正競争阻害性の中身を表したものであり、当該行為が当該市場で行われた場合の論理的展開、すなわち、不当廉売が行われると、「他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれ」が生じる、ということを述べたものと捉えられる。

③の正当な理由として、同ガイドライン3 (3) は、「需給関係から廉売対象商品の販売価格が低落している場合」などを挙げる。これらは、行為要件としての①における原価割れについての判断に含まれるという解釈もあり得るところであるが、結果は同じである。

排除ガイドラインでは、私的独占に当たる要件として、「排除」と「競争の実質的制限」について述べている。

①「商品を生供給しなければ発生しない費用」を下回る対価を設定する行為により、自らと同等又はそれ以上に効率的な事業者の事業活動を困難にさせる場合には、当該行為は排除行為となる（同ガイドライン、第2、2（2））

この「排除」要件については、近年、NTT東私的独占事件＝最判平成22・12・17（民集64巻8号21118頁）とJASRAC審決取消等請求事件＝最判平成27・4・28という2つの最高裁判決が出て、顕著な進展が見られるところである²⁷。

②競争の実質的制限について（同ガイドライン、第3の2）

この要件は、「市場支配的状态」＝「市場を支配することができる状態」が形成・維持・強化することを指すのであって、「現実には価格の引上げ等が行われていない場合であっても、競争を実質的に制限すると認められる」、という点が肝要である。

5. 「排他的取引」

（1） 「排他条件付取引」と「排他的取引」

排除型私的独占ガイドライン（第2の3の冒頭部分）は、「排除」の1類型として、「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「排他的取引」exclusive dealingとしている。

他方で、不公正な取引方法の1類型としての排他条件付取引(Trading on Exclusive Terms)（一般指定11項）は、「不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること」、である。この排他条件付取引は、従来から、商品にかかる供給取引を行うメーカーと流通業者の関係における、いわゆる「専売店制」を典型とする、とされてきた。

本件の電力会社とキャリアの提携によるセット割りの場合は、電力会社とキャリアの間には供給取引という関係はないので、排他条件付取引の類型とは異なるが、排除型私的独占ガイドラインの「排他的取引」には形の上では当たるのであろう。例えば、東電は、ソフトバンクとだけセット割りの提携をし、他の移動キャリアとのセット割りをしない、逆に、ソフトバンクも他の電力事業者とはセット割りの提携をしない、という相互排他的取引である。

その場合でも、東電とソフトバンクが、セット割り取引をするユーザーに対し、両者とも、セット割りではない供給は、それぞれが行うことがあり得るのであるから（前記のように、mixed bundlingが前提である）、ユーザーに対する排他条件付取引ではない。

²⁷ JASRAC審決取消等請求事件については、舟田「本件判批」民商法雑誌（近刊）で、これまでの判例理論の展開を含め検討した。

結局、東電とソフトバンクが互いにセット割りについて「排他的取引」をするとしても、ユーザーとの関係では、排他条件付取引ではなく、排除型私的独占ガイドラインの想定する「排他的取引」にも当たらないと解される（佐久間正哉[2009] 6 頁の図を参照）。

もともと、事実上は、ユーザーは、ほとんどの場合、東電とソフトバンクによるセット割りの契約を結べば、それ以外の電力会社・キャリアとの取引関係はないことになる。しかし、それは、当該セット割り契約における排他的条件によるわけではなく、「排他的取引」または排他条件付取引による競争減殺または競争の実質的制限とは異なる筋道になり、それは、前記の抱き合わせ、または不当廉売の問題である。

（２） 反競争性＝市場閉鎖

「排他条件付取引」と「排他的取引」の反競争性は、競争者を市場から閉め出すことにあ
る。この点につき、公取委の２つのガイドラインは、次のように述べている。

流通・取引慣行ガイドライン（第２部第２ ２）。

「市場における有力なメーカー（注４）が競争品の取扱い制限を行い、これによって新規参入者や既存の競争者にとって代替的な流通経路を容易に確保することができなくなるおそれがある場合（注５）には、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定11項（排他条件付取引）又は12項（拘束条件付取引））。」

排除型私的独占ガイドライン（第２の３（１））

ある事業者が、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ことにより、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場合がある。

前述のように、電力・移動通信のセット割りによる結合サービス提供は、両サービスともユーザーに直接提供され、流通経路が閉鎖されるわけではなく、かつ、このセット割りは mixed bundling であるから、ここでいう意味での市場閉鎖をもたらすことはない。

6. 「独占のテコ」

（１）電力・移動通信のセット割りに関しては、電力市場において既存の電力会社の独占状態が残っている間は、伝統的な「テコ」（leverage）の理論との関係も考慮する必要があるかもしれない。

例えば、電力事業者と都市ガス事業者の間における相互参入という観点から問題となる事項について、公取委＝経済産業省「適正なガス取引についての指針」（最終改定、2011年）²⁸において、以下のように記述されている。

²⁸ <http://www.jftc.go.jp/hourei.files/gas.pdf>

「他の事業分野において独占的な地位を有する事業者が、当該他の事業分野の取引における独占力を利用して、不当に、需要家に対して利益又は不利益の提供を示唆すること又は実行することにより、ガス市場における取引を自己に有利なものとすることは、他のガス事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあることから、独占禁止法上違法となるおそれがある（不当な利益による顧客誘引、取引強制等）。」（第二部Ⅰ 1.（2）（イ）⑧）

上の文章を、ここで検討している電力・通信のセット割りの事例に当てはめると、電力会社が、電力市場における「独占力を利用して、不当に、需要家に対して利益又は不利益の提供を――」実行することが、「不当な利益」の提供による誘引（一般指定9項）、または取引強制（一般指定10項）等に当たるおそれがある、ということになる。セット割りにおける割引が、「不当な利益」をもって取引を誘引することに当たるかは1つの解釈問題であるが、「不当な利益」は本体取引とは別個の利益（例えば景品）に限ると狭く解さないとすれば、あり得る解釈であろう。もっとも、このように広く解すると、不当廉売との区別がつかないという難点がある。

（2）また、公取委「公益事業分野における相互参入について」（2005年）には、以下のようない記述がある（第3の3）。

「公益事業分野における相互参入において独占禁止法上検討すべき事項として、『参入に当たり他の事業分野における独占力を活用すること』が考えられ、これはアメリカやEUなどで『独占のテコ』と呼ばれる問題と共通するものである。『独占のテコ』とは、1つの市場で市場支配力を有する事業者が、その市場支配力をテコとし得る一定の関連市場において、その市場支配力を利用して勢力を拡大することとされている。このような観点から、公益事業分野の相互参入の独占禁止法上の問題行為を整理すると、以下の事項が考えられる。

- ①独占分野の独占力を活用した不当な利益による顧客誘引及び取引強制等
- ②独占分野からの内部補助による不当廉売
- ③独占分野の営業基盤を活用した他の事業分野での営業活動等
- ④独占分野の購買力を活用した他の事業分野における営業活動等
- ⑤独占分野で取得した情報の他の事業分野での利用」

同報告書は、「独占のテコ」の事例として、抱き合わせに関する米国の判例を引き、さらに、日本の公益事業会社（ガス会社・電力会社）について、具体例を挙げて叙述している。

（3）上記の諸点については、前述の抱き合わせ（取引強制）の箇所述べたことと重なることも多く、また、既に舟田正之（編著）[2014]（第3章）で検討したことがあるので、ここではこれ以上は立ち入らないことにする。

ただ、電気通信分野におけるこの問題についての最近の動きを簡単にみておこう。

KDDIのスマートバリューの成功をうけて、多様な固定通信と移動通信のセット割り等が生まれているなかで、NTT東西のフレッツ・サービス（F T T H）とドコモのセット割

りが許容されれば、固定から移動へのレバレッジ（「テコ」）が働く危険性が高いと主張されている（KDDI等の意見）。これは、「禁止行為」（電気通信事業法30条3項2号）に該当すると解されており、実現していない。

しかし、2015年春から、フレッツについてのいわゆる「サービス卸」が解禁されて、ドコモがNTT東西のフレッツを自らのサービスとして提供する「ドコモ光」が実現し、上のレバレッジが働いたかについては、アンケート調査では否定的な分析がなされている（総務省の「電気通信事業分野における競争状況の評価2014」²⁹⁾）。なお、そこでは、NTT東西の加入電話からFTHへのレバレッジについても同様に否定的な分析がなされている。

多くの通信事業者は、電話、ブロードバンド、移動通信のフル・ライン提供に向かっているが（ケーブル事業者はこれに放送および映像伝送サービス＝VODなどが加わる）、それらの間のレバレッジの効果についての分析はおそらくないであろう。

競争状況についての実証的な研究・分析は、データの収集自体から極めて困難を極め、その客観的な分析は本来は重要なものであるが、上の電気通信分野の例のように、十分行われているとはいえない状況にある。

文献リスト（50音順）

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）→ 池田千鶴[2008]

大久保直樹「セット割引規制とプライス・スキーズ規制の横断的検討1～EUガイダンス・ペーパーに焦点をあてて～」新世代法政策学研究11号（2011年）77頁以下

川濱昇「独禁法上の抱合わせ規制について（1）・（2完）」法学論叢123巻（1988年）1号1頁以下，2号2頁以下→ 川濱昇[1988]

川濱昇「音楽放送業者の低料金設定による競争者の顧客奪取〔有線ブロードネットワークス事件〕」経済法百選199号（2010年）24頁以下→ 川濱昇[2010]

川濱昇「競争者排除型行為規制の理論的根拠――不公正な取引方法を中心に」公正取引671号（2006年）9頁以下，18頁以下→ 川濱昇[2006]

川濱昇「不当廉売規制における費用基準とその論拠」根岸先生古希『競争法の理論と課題』（有斐閣，2013年）209頁以下 → 川濱昇[2013]

²⁹⁾ 2015年7月，アドバイザリーボードに提出された資料について，以下を参照。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/policyreports/chousa/advisory_board/02kiban02_03000226.html

これは，平成27年9月30日に公表された。参照，http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01kiban02_02000159.html

川濱昇「不当廉売規制の残された課題」経済産業研究所ディスカッションペーパー2013
<http://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/13j057.pdf> →川濱昇[2013]

伊永大輔「E Uにおける市場支配的地位の濫用に係る指針(上)(下)」公正取引710号(2010年)43頁以下, 711号(2010年)48頁以下→ 伊永大輔[2010]

佐久間正哉「『排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針』について」公正取引710号(2009年)2頁以下→ 佐久間正哉[2009]

佐藤佳邦「米国における競争者排除行為の反トラスト法による規制—— 違法性判断の一般基準に関する最近の議論について」電力中央研究所報告(2009年)
<http://criepi.denken.or.jp/jp/kenkikaku/report/detail/Y08014.html>→ 佐藤佳邦[2009]

泉水文雄「E Uにおける支配的事業者の価格設定と競争法: マージンスクイズ, 取引拒絶, 不当廉売, バンドルド・ディスカウント」Nextcom19号(2014年)24頁以下

土田和博「グローバル経済危機と独占禁止法」早稲田法学85巻3号(2010年)813頁以下→ 土田和博[2010]

土佐和生「2年拘束・自動更新条項と解約金についての検討」現代消費者25号(2014年)19頁以下→ 土佐和生[2014]

中川寛子『不当廉売と日米競争法』(有斐閣, 2001年)→ 中川寛子[2001]

西村暢史「欧州競争法における内部補助を背景とした市場支配的地位の濫用規制—ドイツポスト事件を素材にして—」富山大学経済学部富大経済論集49巻2号(2003年)297頁以下→ 西村暢史[2003]

早川雄一郎「複数製品リベート・セット割引規制における”Discount Attribution”基準」公正取引770号(2014年)54頁以下→ 早川雄一郎[2014]

早川雄一郎「競争者排除型行為規制の目的と構造—— 忠誠リベート規制をめぐる欧州の変遷と米欧の相違を手がかりに(1)～(6)」法学論叢175巻(2014年)1号85頁, 3号73頁, 6号95頁以下, 176巻1号(2014年)95頁以下, 177巻1号, 177巻2号(2015年)

藤田稔「反トラスト法による抱合せ契約の規制(1)(2・完)」山形大学紀要(社会科学)17巻2号(1987年)65頁以下, 18巻1号(1987年)1頁以下

藤田稔「反トラスト法による抱合わせ販売規制の新展開」山形大学紀要(社会科学)37巻2号(2007年)33頁以下

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(2008年)121頁以下→ 藤田稔[2008]

舟田正之＝稗貫俊文「業務提携と競争秩序」ジュリスト789号(1983年)75頁以下→ 舟田＝稗貫[1983]

舟田正之『不公正な取引方法』(有斐閣, 2009年)→ 舟田[2009]

舟田正之「不当廉売を理由とする差止請求-----ヤマト運輸対日本郵政公社不当廉売等差止請求事件控訴審判決を素材として」立教法学78号（2010年3月）31-76頁 → 舟田[2010]

<http://www.rikkyo.ac.jp/law/publication/rikkyo.html>

舟田正之「スマートフォンのサービス構造と通信市場の適正化」現代消費者法25号（2014年）12頁以下→ 舟田正之[2014]

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）→ 舟田正之（編著）[2014]

舟田正之「携帯電話の料金その他の提供条件」公正取引788号（2016年）42頁以下→ 舟田[2016]

公取委・競争政策センター「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について-----理論的整理」（2008年）<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0108.pdf>

→ 競争政策センター[2008]

米国反トラスト法現代化委員会「最終報告及び勧告」Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendation （2007）

http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf

米国司法省報告「競争と独占：シャーマン法2条における単一企業の行為」U.S. Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act (2009)

<http://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2009/05/11/236681.pdf>

→ 米国司法省報告[2009]

第 2 章

エネルギー（電力）分野における 共同事業提携と独占禁止法

早稲田大学法学学術院教授
土 田 和 博

I はじめに

昨今、電気事業者とエネルギー分野の他の事業者との提携や非エネルギー分野の事業者との提携が報じられている。これには一般電気事業者と一般ガス事業者間の提携、電気事業者と電気通信事業者の提携のほか、少なくとも潜在的には競争関係にある一般電気事業者による共同事業提携も含まれている。特に、東京電力と中部電力による提携は、火力発電に必要な液化天然ガス（LNG）の世界第2位と第3位の購入者間の提携であるだけでなく、中部電力が福島第一原子力発電所事故の賠償や除染で資金難に苦しむ東京電力の火力発電所の建て替えに協力しつつ、首都圏の顧客へ電力供給を可能にするものとしても注目を集めている。

両社の発表によると、この提携は、①燃料調達とその関連事業（LNGの調達、輸送、トレーディング事業等）、②火力発電所の新設・リプレース事業、③海外発電事業の展開等をめざすものであり¹、2015年4月末に新会社「JERA」が設立されている。同社は、東京電力と中部電力が50%ずつ出資し、役員も東京電力から会長と取締役（非常勤）が、中部電力から社長と取締役（非常勤）がそれぞれ就任した²。すなわち、両社の共同事業提携は、折半出資のジョイントベンチャー（Joint Venture、以下JVという）を設立して、原料の共同購入、電力の共同生産を行うことが少なくとも当面の提携事業の中心であるものと考えられる。

本稿は、この事業提携を念頭に置いて、独占禁止法上の取扱いについて検討することとする。ただし、日本では共同購入や共同生産が独禁法上問題となった事例が少ないことから、検討に当たってはアメリカ連邦反トラスト法における同様の問題の取り扱いも参照することとしたい。

II 共同事業提携の独占禁止法上の取扱い

1. 不当な取引制限と企業結合

東京電力と中部電力の上記提携のようなJV設立を伴う事業者間の提携は、独禁法上、企業結合審査（独禁法第4章、特に10条の規定に照らした審査）を受けるだけでなく、不当な取引制限（2条6項）に該当しないかの観点からの検討も必要である。JVの設立が企業結合審査の結果、10条等に違反しないとされても、JV設立後に行われた行為が不当な取引制限の禁止（3条後段）に違反するとされる可能性は皆無でないからである。本提携では既にJERAの設立は行われていることもあり、以下では不当な取引制限との関係で共同購入、共同生産を中心とするこの事業提携を検討することとする³。

¹ 東京電力と中部電力による「包括的アライアンスに係る基本合意書の締結について - 世界で戦うグローバルなエネルギー企業の創出を目指して - 」と題する文書（2014年10月7日公表）。

² 日本経済新聞2015年4月16日付。

³ 本稿が対象とするものを含めた非ハードコアカルテルやジョイントベンチャーに対する独禁法の規制については、相当に手厚い研究の蓄積がある。例えば、比較的初期の研究である瀬領真悟「反トラ

2. 共同購入

(1) 概観

事業者が原材料や製品を共同して購入することは、これらを自己消費するための共同購入か、原材料を加工して製品を販売するための共同購入か、共同購入する事業者が製品を販売する市場で競争関係にあるか否か、参加する事業者の数、購入シェアはどの程度かなどによって独禁法上の評価は異なる。原材料を加工して販売する場合であって、購入面または販売面における合算シェアが大きく、川下の販売市場でも競争関係にある事業者が共同購入を行う場合に、独禁法上問題が生じる可能性が相対的に大きいと考えられるが、その場合でも、購入価格や購入数量等の取決めを伴わない限り、共同購入は独禁法上、一般に緩やかな扱いを受けるとされる⁴。ただし、日本で共同購入が問題となった事件や事例は、以下のように大部分が購入価格や購入割合を取り決めていたものであって、これらを伴わない共同購入が独禁法との関係で問題とされたケースは稀である。

(2) 事例

a. 原乳購入価格カルテル事件（勧告審決，昭和49年5月22日，審決集21巻30頁）

雪印乳業，明治乳業など飲用牛乳メーカー5社は，原料乳の生産者団体によって構成される全国指定団体乳価対策委員会（全対乳）と交渉して原料乳の購入価格を決定していたが，生産者団体の要求により，昭和48年11月に開いた全対乳との交渉により，1kg当り原料乳の

スト法におけるジョイントベンチャー規制（1）（2・完）」立命館法学182号（1985年）415頁，187号（1986年）383頁，泉水文雄「共同出資会社と株式保有規制（1）（2）」産大法学21巻1・2号（1987年）419頁，23巻1号（1989年）49頁，同「合併会社規制における独占禁止法の問題」経済法学会年報10号（1989年）132頁のほか，「集中型JV」以外の「協調型JV」に関する欧州委員会の決定をEEC条約85条，86条（当時）の観点から検討する武田邦宣「EC競争法における協調型ジョイントベンチャー規制（1）～（4・完）」六甲台論集43巻1号（1996年）67頁，2号（1996年）31頁，3号（1997年）133頁，44巻1号（1997年）73頁，米国反トラスト法の判決，学説等を広く渉猟する宮井雅明「ジョイント・ベンチャー規制の現状と課題（1）（2・完）」立命館法学283号（2002年）92頁，285号（2002年）1頁，非ハードコアカルテルに当たる共同行為と反競争的效果との間に共同行為者の別の反競争的行為が介在することを鋭く説く中川晶比兒「非ハードコアカルテル規制の体系化（1）～（3）・完」法学論叢160巻1号（2006年）20頁，161巻2号（2007年）34頁，163巻1号（2008年）25頁などがある。なお，根岸哲「独禁法における行動規制と構造規制—その連続性と不連続性」，『競争法の現代的諸相（上）』（2005年）415頁以下も参照。

⁴ 金井貴嗣ほか編著『独占禁止法（第5版）』（2015年・宮井雅明執筆）107頁以下，長澤哲也「企業間の共同購入における独占禁止法上の問題（1）」NBL725号（2001年）47頁。なお，買手の購入に係る行為に関する独禁法上の問題として，購入者が不当に高価格で貴重な原材料等を買入れることにより，競争者を排除する可能性もありうる。この問題も視野に収めた論説として，湊川和彦「買手市場支配力規制における違法性判断基準—米国における展開を中心として—」日本経済法学会年報35号（2014年）99頁以下がある。売手の市場支配力行使の形態に高価格での供給と不当な低価格での供給（ダンピング）があり得るように，買手市場支配力の行使形態には低価格での購入と不当な高価格での購入があり得るわけである。ただし，東京電力・中部電力の購入提携においては，不当な高価格購入による競争者排除の可能性は實際上小さいと思われるので，この問題の検討は省略する。

購入価格を15円引き上げることと決定した。また5社は、牛乳専売店の団体である全国牛乳商業組合連合会（全乳連）や同一メーカーの牛乳を扱う専売店の団体であるマーク団体と交渉して、その販売価格を決定していたところ、昭和48年12月に開催したこれら団体との交渉により、専売店向け、および量販店向けの販売価格を引き上げることと決定した。公正取引委員会（以下、公取委という）は、5社が原料乳の購入価格の引き上げにより、我が国における原料乳の購入分野における競争を実質的に制限しているとして不当な取引制限の禁止に違反するとした（同時に、飲用牛乳の販売価格を引き上げることにより、我が国における飲用牛乳の販売分野における競争を実質的に制限しているとした）。

本件では、原料乳を購入する牛乳メーカー5社の行為が問題となったが、5社は購入価格をキロ当たり15円引き上げている。一般に購入者が「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件を充たす場合、すなわち買手市場支配力を行使する場合には、購入価格を引き下げるのが通常であることから、本件をどのように理解すべきかが問題となる。これについては、当時の原料乳価格の引上げ圧力は強いものがあり、仮に5社の共同行為（共同して購入価格を決定すること）がなければ、15円を上回る引上げをせざるをえなかったところ、5社の行為により、この程度にとどめることができたと理解するのが合理的であるように思われる。

b. 溶融メタル入札談合事件（排除措置命令・課徴金納付命令，平成20年10月17日，審決集55巻692頁，754頁）

本件は、スクラップを購入して非鉄金属を生産、販売する三菱マテリアル、スクラップを購入、販売するマテリアルエコリファインら6社が、地方自治体の廃棄物処理施設から発生する溶融メタルを各自治体から購入するに当たり、その購入価格の上昇を防止するため、購入予定者、購入価格を取り決めた談合事件である。通常の入札談合事件と異なり、商品やサービスの販売価格ではなく、溶融メタルの購入価格を取り決めている点が特徴的であるが、共同購入価格を決定しているという意味でハードコアカルテル事件の1つに数えることができる。

c. 資材共同購入のための電子商取引サイト設立（平成13年相談事例集・事例9）

化学製品甲の有力なメーカーであるB社が、他社とともに設立した電子商取引サイトの運営会社A社を通じて、甲の生産に必要な資材をオークション方式で購入することとし、その際、同じく甲を生産するC社にも参加を呼びかけ、資材の共同購入を働きかける計画について、公取委は、B、Cの調達市場における合算シェアが60%を超えること、甲の生産に必要な資材の多くは汎用性がない（他の製品に転用できない）こと、甲製品はその性質から販売地域が限定されるためB、Cはほとんど競争関係にないことなどから、「購入しようとする資材の取引分野における競争を制限し、独占禁止法上問題となるおそれがある」と回答した。販売市場における競争制限の可能性については、B、Cはほとんど競争関係にないの

で、問題とされていない。また共同購入を行わない場合でも、A社へそれぞれから派遣される役員・従業員を通じてB社、C社の購入数量、購入価格が他方に伝わることから、「共通の意思」が形成され、競争が制限されるおそれがあるとして、厳格な情報遮断措置を講じる必要があると回答した。

この相談事例は、ハードコアカルテルに当たらない共同購入に関するほとんど唯一の事例であって、しかも「独占禁止法上問題となるおそれがある」とされたものである。回答の内容についても幾つかの含意を指摘することができる。第1に、A社を通じて共同購入するB社、C社の合算購入シェアは60%超であるが、これは「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」の要件を充たすおそれがあるとの判断に寄与した重要な要因であると考えられる。第2に、「甲の生産に必要となる資材の多くは汎用性がない（他の製品に転用できない）」というのは、資材の供給者の代替的販売先がどれほど確保されているかを問題にする趣旨と思われる（仮に甲製品以外の用途に転用できるのであれば、B、Cが購入価格を引き下げても、他の販売先に販売することができるから、B、Cが買手市場支配力を持つことはないと判断される）。第3に、「A社へそれぞれから派遣される役員・従業員を通じてB社、C社の購入数量、購入価格が他方に伝わることから、『共通の意思』が形成され、競争が制限されるおそれがある」というのは、共同購入提携を足掛かりとして、他の競争上センシティブな情報を交換し、これについて協調的行動が取られることを懸念したものと考えられる⁵。

3. 共同生産

（1）概観

商品・サービスの生産を共同して行う提携は、JVに生産の一部を移して行う共同生産、相互または一方的OEM生産提携、専門化協定など様々な態様のものを含むが、共同生産提携それ自体は非ハードコアカルテルであり、共同生産した商品の販売価格や生産数量、販売数量に関する取決め、市場分割協定、生産設備の廃棄等を伴わない限り、不当な取引制限に該当する場合は稀であるとされる。ただし、日本でも以下の事例にみられるように独禁法上問題があるとされた共同生産に関する事前相談事例が存在することにも留意する必要がある⁶。

⁵ 以上のほか、購入者側の行為が問題となったケースは以下のとおり。一手購入とその配分比率を定めたものとして、羊蹄山麓アスパラ振興会ほか1名事件（勧告審決昭和40年6月23日、審決集13巻46頁、8条1項1号、4号）、構成事業者が肉豚購入価格を取り決める際に用いる建値を決定した四国食肉流通協議会事件（勧告審決平成4年6月9日、審決集39巻97頁、8条1項1号）、梅干生産者を構成員とする事業者団体が原料梅を農家等から買い入れる価格を決定する行為を行ったおそれがあるとされた南高梅・警告事件（平成24年6月24日）など。いずれも勧告審決が警告が行われたケースで、東京電力・中部電力のJVの検討に参考となる点が多いとはいえない。

⁶ 日本油脂事件（勧告審決、昭和50年12月11日、審決集22巻101頁）は、四国の需要者向けの爆薬の共同生産を含む事案であるが、審決の名宛人である6社の共同行為の中心は、四国地方での共同販売にあったと推測される事件であることから、ここでは省略する。

（２） 事例

ａ．バス製造業者２社のエンジン、完成車の相互ＯＥＭ供給（平成18年度事前相談制度）

三菱ふそうと日産ディーゼルが新たな排出ガス規制に適合したバスの供給を可能にするため、大型、中型バスの一部について、エンジンと完成車の相互ＯＥＭ供給を行う計画である。両社の大型、中型バスの供給シェアは約40％であるが、他に約30％、約28％の有力な競争者が存在すること、提携に当って製造設備の廃棄などを行うものでなく、ＯＥＭ供給数量についても予め制限を設けるものではないこと（供給数量調整の手段として利用されるものでないこと）、販売活動は独立して行い、販売に係る情報交換が行われないための措置を講ずること、バスは受注生産されるものであって、個別ユーザーごとに価格、台数、購入時期、仕様等の取引条件が交渉を通じて決定されるため、仕様の内容等によって販売価格が大きく異なるから、両社の間で価格等に関する意識的な調整が行われるおそれは小さいこと、ユーザーであるバス事業者は複数のバスメーカーから見積もりをとり、あるいは入札を実施するなどして十分な価格交渉力を有することから、公取委は、我が国におけるバスの製造販売分野における競争が実質的に制限される状況が生じるものとは認められないと回答した。公取委の着眼点は、共同生産提携の当事者の合算シェア、有力な競争者の存在、生産設備の廃棄がないこと、ＯＥＭ供給の数量に制限がないこと、販売活動は独立して行われること、価格等の調整が行われにくい受注生産品であること、取引相手が十分な価格交渉力を有することなどである。

ｂ．建設資材メーカーの相互ＯＥＭ供給（平成13年度相談事例集・事例８）

建設資材である甲製品メーカーは、Ａ、Ｂ、Ｃの３社であり、各社のシェアは、Ａ社が50％弱、Ｂ社が40％強、Ｃ社が10％弱で、輸入品が数％程度ある。甲製品は、長い不況で需要の低迷が続き、ピーク時に比べて需要が約３分の２になるなど採算が悪化しているため、Ａ社は、製品価格の約１割を占める運送コストを削減するべく、Ｂ社との間で、相互にＯＥＭ供給を行うことを検討している。具体的には、Ａ社は関東地区に工場を有しており、Ｂ社は関西地区に工場を有していることから、Ａ社の関西以西の顧客への販売相当量（自社販売数量の約30％）をＢ社へ、Ｂ社の関東以北の顧客への販売相当量（約40％）をＡ社に、それぞれ供給を委託するというものである。甲製品の販売は、従来どおり独自に行い、互いに販売価格や取引先などには一切関与しない。建設資材の性質上甲製品の販売価格のうち、製造コストが相当の部分占める。以上のような相談に対して、公取委は以下のように回答した。

（ａ） ２社が相互にＯＥＭ供給することにより、関西以西の顧客に販売される製品は、ほとんどすべてＢ社の製造に係る製品、関東以北はほとんどすべてＡ社の製造に係る製品となり、中部を除く地域において両社の製造コストが共通化され、また、甲製品の販売価格のうち製造コストが相当の部分占めることから、２社の甲製品市場におけるシェアが約90％を占めることを踏まえると、２社の販売価格が同一水準になりやすいなど、販売分野での競争

が滅殺されるおそれ大きいこと、

(b) 相互にOEM供給を行うことを通じて、製造コストなど事業活動を行う上で重要な情報を知り得ることは、2社のシェアからすれば競争に与える影響が大きいと考えられることから、2社が相互にOEM供給を行うことは、甲製品の製造販売分野における競争を実質的に制限し、独占禁止法上問題となると考えられる。

この回答は、関東以北のBの顧客についてもAが供給することになるから、関東以北の顧客への生産・供給コストは(Aの顧客、Bの顧客ともに)同一化し、また関西以西のAの顧客についてもBが供給することになるから、関西以西の顧客への生産・供給コストは(Bの顧客、Aの顧客ともに)同一化するから、それぞれの地域でAまたはBの製造コストが「共通化」するという趣旨ではないかと思われる。それに加えて、両社の合算シェアが90%と極めて高いこと、製品販売価格に占める製造コストの割合が相当に高く、販売価格について競争する余地が乏しいことから、2社の販売価格が同一水準になりやすいことを懸念している。

4. 小括

以上のように、独禁法上、共同購入や共同生産を取り上げた事件や事例は少なく、東京電力・中部電力の事業提携を検討する上で参考となる点は必ずしも多いとはいえない。したがって、共同購入や共同生産に関する事件・事例の相対的に豊富な米国の例を次に参照することとしよう⁷。

Ⅲ 反トラスト法と共同購入

アメリカ反トラスト法上、共同購入は、価格協定、アウトプット(生産数量、販売数量)の制限、顧客・地域制限などを伴わない限り、当然違法(per se illegal)とされず、合理の原則(rule of reason)によりシャーマン法1条に違反するかどうか判断される。具体的には、(買手)市場支配力を有しない事業者による共同購入である場合、競争者が競争する上で不可欠な施設の利用を排除されない場合、共同購入に参加する事業者が販売価格や販売数量を制限しない場合などにおいては、司法省は合理の原則によりシャーマン法1条(FTCはFTC法5条)違反としない可能性が高いとされる⁸。このように共同購入が緩やかな取扱いを受ける理由は、それが注文の集約化、保管・配送の合同化によりコスト節約が期待できるなど競争促進的な側面を有しているからである⁹。以下、共同購入が反トラスト法

⁷ 取り上げる米国の判例は、当然ながら、東京電力・中部電力の提携に参考になると考えられる論点を含むものに限定される。

⁸ ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments 468-469 (7th ed. 2012); ABA Section of Antitrust Law, Energy Antitrust Handbook 117-118 (2d ed. 2009) .

⁹ Federal Trade Commission & U.S. Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors § 3.31(a) (April 2000). (以下, Competitor Collaborations

上問題となった具体的な事件を一般産業とエネルギー分野に分けてみることにする。

1. 一般産業の判例等

(1) *National Macaroni Manufacturers Association v. FTC*, 345 F. 2d 421 (7th Cir. 1965) .

本件は、全米のマカロニ、スパゲティ等の70%を生産する84のメーカー、これらを構成員とする事業者団体が、マカロニ等の原料であるデュラム小麦、セモリーナ、デュラム小麦粉の購入価格を共同して引き下げるとともに、マカロニ等に用いられる原料の配分比率（デュラム小麦粉とその他の小麦粉の割合）を決定したことがF T C法5条に違反するとされたものである。取消訴訟において事業者らは、本件行為が1961－62年の原料であるデュラム小麦の不作による原料価格の高騰に対応するため行ったものであること、行為は合意というより「単なる示唆ないし自発的な活動」にすぎないことを主張した。控訴審裁判所は、価格協定の違法性がその不合理性（unreasonableness）の証明に依存せず、そのことは、参加事業者の動機の良し悪し、明確な契約で定められたか、より微妙な手段で定められたか、参加者が市場を制御しているかどうか、協定の効果が価格を引き上げるか引き下げるかにかかわらず同じであるとした。その上で裁判所は、「本件にみられる結合（combination）は当然に違法である（illegal per se）」と判示した¹⁰。本判決は、最も明確に購入価格の協定が反トラスト法上、当然に違法と判断されることを示したものの1つである¹¹。

(2) *Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing*, 472 U.S. 284 (1985) .

太平洋岸の北西諸州で事務用品の小売を行う約100の小売業者による購買協同組合（purchasing cooperative）である第1 審被告Northwest Wholesale Stationers（以下、Nという）は、構成員である小売業者に対して卸売り機能を果たす共同購入組織である。Nのメンバーでない小売店も同じ価格でNから購入できるが、年末にNは、その利益を構成員にリベートの形で還元するため、非構成員と差が生じる（構成員は単位当たりの商品を安く仕入れることができる）。またNは倉庫施設の機能も提供している¹²。

第1 審原告Pacific Stationery & Printing（以下、Pという）は、1958年にNの構成員となった卸・小売業者である。1974年にNは定款を変更し、組合員が小売業と卸売業を兼営

Guidelines という。)

¹⁰ 345 F. 2d at 427.

¹¹ 購入価格協定を当然違法とした判決とされるMandeville Island Farms v. American Crystal Sugar, 334 U. S. 219 (1940) は、しかしながら、判決中には当然違法という文言も合理の原則という文言も用いていない。

¹² 472 U.S. at 286.

することを禁止した。PはGrandfather条項により兼営を許されていたが、1977年にPの支配株が他に移転したにもかかわらず、定款に違反してこれをNに届け出ることをしなかった。1978年にNの構成員はPを除名する決議したところ¹³、PはNの行為がシャーマン法1条に当然に違反するグループボイコット（共同の取引拒絶）であるとして出訴した。第1審の連邦地裁では、本件行為に合理の原則が適用されるとして被告勝訴のサマリージャッジメントを行った。控訴審ではNの行為に当然違法原則が適用されるとしたため、Nが上告した。

連邦最高裁は、次のように述べて原判決を破棄し、控訴審に差し戻した。すなわち、従来、グループボイコットないし共同の取引拒絶に当然違法原則が適用されたのは、市場支配的地位（dominant position）にある事業者が、競争者が事業活動を行う上で必要となる供給、施設、市場へのアクセス（取引）を拒絶した（させた）場合であり、効率性を向上させて市場をより競争的にするという正当化があり得ないような場合である¹⁴。Nのような共同購入機関は、「経済効率性を増大させて市場をより競争的にするために設立されたもののように思われる」。そのような取り組みは、参加者である小売業者が購入面と保管面における規模の経済性を達成することを可能とし、それがなければ可能でない在庫へのアクセスを容易にするものである。コストの削減と注文に応じてもらえること（order filling）は、小規模の小売店が、大規模小売業者と有効に競争するために価格を減少させ、在庫を維持させる¹⁵。

Nの（支配権移転の届出に関する）開示ルールは、会員の信用性を監督する為に必要な手段である。共同購入機関が市場支配力（market power）を持たず、あるいは競争に不可欠な要素への排他的なアクセス権を持たないならば、会員を除名したとしても常に反競争的效果が生じるわけではない。したがって合理の原則で判断することになるが、Pはそのような主張をしていない¹⁶。共同の取引拒絶の存在を示しただけでは、シャーマン法1条違法であるとするために十分でない。そのみならずNが市場支配力market powerを有すること、または競争上必要な事業要素に対して特有の（unique）アクセスを有することを立証する必要がある¹⁷。

本件については、シャーマン法1条違反の共同ボイコットの成否が問題となった被告は小規模な小売業者の共同購買機関であり、買手市場支配力があつたとは思えないこと、最高裁が共同購入によるコスト節約効果を競争促進効果として肯定的に評価したこと、共同購入機関が極めて有力な商品を製造するメーカーの唯一の取引先であるというような事情もなく、

¹³ 除名の理由について、Nは小売業者の購買組織という性格を維持する上で、構成員資格を確認するため必要であるにもかかわらず、Pが支配権の移転を届け出なかったことであると主張し、PはNが自己の卸売活動を（Pの競争行為から）保護しようとしたものであると主張した。

¹⁴ 472 U.S. at 294.

¹⁵ 472 U.S. at 295.

¹⁶ 472 U.S. at 296.

¹⁷ 472 U.S. at 298. なお、差戻審の判決は確認できないことから、当事者は和解したのではないと思われる。

競争上必須の不可欠施設への競争者のアクセスを拒絶したという事案でもないことに留意する必要がある。

2. 電力分野の事例

Department of Justice Business Review Letter to Utilities Service Alliance, July 3, 1996.

原子力発電事業者が既存の経営資源を共同利用し、必要な商品サービスを共同で調達し、あるいは一部の内部機能・行為を共同化するために、JVであるUtilities Service Alliance (USA) を設立することについて、司法省が公的書簡により容認したものである。

USAに参加する原子力発電事業者は、コンピューターシステムにより、これら原発事業者が必要とする人員、部品、装備、専門的技能 (expertise) の提供を要請し、参加する他社がこれに応じれば、有償で提供を受けることにより、外部から購入するよりもコストを削減できるとして、他の電気事業者との競争上これによって生産コストを削減することが是非とも必要であると要望した。

具体的には、当初、合衆国の発電用原子炉 (reactor) 数もしくは原子力発電のメガワットの割合で約7% (全米原発発電量は全米の発電量の21%にとどまる) を占める8社で出発し、その後メンバーの追加的参加があるとしても発電用原子炉数の35%を超える原発事業者の参加を認めないとする計画であった (全米の109基の原子炉のうち38基まで)。また当初の8社が全ての原材料をUSAを通じて共同調達したとしても、最終製品・サービスの売上額の3%程度を占めるにすぎない。生産コストの削減は、主として人員、部品、設備など既存の資源を共同利用することにより実現されるが (例えば、USAのある事業者が特定の技術を有する従業員や特定の設備を必要とする事情が生じた場合、USAの内部で有償で貸借することにより、外部調達する場合より少ない費用で利用することができる)、メンバー事業者は、外部から調達することも禁止されないとするものであった。さらにUSAの行動規範 (code of conduct) は、メンバー事業者に対して、電力価格、外部調達する場合の支払価格、マーケティング・生産計画等に関する情報交換を禁止するとともに、特定のメンバーの費用や価格については公表しないものとしていた。以上のようなUSAの設立について、司法省反トラスト局は、手続を開始する予定がないことを書簡により表明した。ただし、提案された共同の計画が実際に行われた結果、反競争的な目的や効果が明らかとなった場合には措置をとる可能性を留保としている。

本件も、買手市場支配力を持たない事業者らによる共同購入 (ないし保有資源の有効利用) であるから、司法省が問題としないとしたものと思われる。特に参加事業者が外部ルートでも購入できるとされていること、USAが電力価格、外部調達する場合の支払価格、マ

ーケティング・生産計画等、競争上センシティブな情報の交換を禁止し、特定のメンバーの費用や価格については公表しないとしていること、原材料等の調達費用が最終製品・サービスの価格に占める割合が小さいことも司法省が手続を開始しなかった要因と思われる¹⁸。

Ⅳ 反トラスト法と共同生産

共同生産提携、特にそれが共同出資会社の設立を伴い、実質的に（＝ハードコアカルテルを偽装するものではなく）参加事業者の資産を統合して、当事者の効率性を改善し、より有効に競争することを可能とする場合には、連邦最高裁は、これを合理の原則によってシャーマン法1条に違反するか否かの判断を行ってきた¹⁹。ただし、共同生産事業に価格協定等のハードコアカルテルが伴う場合には当然違法原則の適用があるともされてきた²⁰。そのような緩やかな取扱いをする理由としては、より効率的に生産するために、あるいは単独では生産できない商品を生産するために、共同生産が相互補完的な技術、ノウハウ等を合同させるものであることが挙げられる²¹。

なお、アメリカ反トラスト法においては、共同生産と共同販売は概念上区別可能であるが、実際には共同生産した製品を共同販売する事例が少なくないため、両者は一体として論じられる傾向があるから²²、以下では共同生産に共同販売が伴う事例も含めて扱うこととする。

1. 一般産業の事例

（1） In the matter of General Motors et al, 103 F.T.C. 374 (1984) .

本件は、General Motors（GM）とトヨタが1984年に設立したJVであるNew United Motor Manufacturing Inc.（NUMMI）に係るものである。両社は、JVを設立し、カリフォルニア州フリーモント市のGMの元工場において、トヨタのカローラやスプリンターをモデルとして年間25万台未満のサブコンパクト（subcompact）車を生産し、主としてGMがディーラーを通じてこれを販売しつつ、部品調達や品質管理についてトヨタの生産方式を学習する計画を立てた（JVが一部、トヨタ用の車を生産することもできるとされた）。GMは1985年からJVの生産を開始した車を年間20万台引き取った上販売するが、両社はJVから購入する車の販売価格やマーケティングの決定において自由であるとされた（さらに、トヨタとGMは合衆国および世界において競争者であることを継続し、上記以外の義務や制

¹⁸ ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments 471 (7th ed. 2012) は、①共同購入提携の参加者が全ての購入をJVを通じて行うよう要求されないこと、②取引相手との交渉が提携参加当事者から独立した従業員や代理人によって行われること、③競争上センシティブな情報の交換を制限する措置が取られることが反トラスト当局が手続を開始する「危険性を減少させる」という。

¹⁹ ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments 461 (7th ed. 2012) .

²⁰ Id. at 462.

²¹ Competitor Collaborations Guidelines § 3.31(a).

²² 例えば、後掲注40のHovenkamp本128頁、注57のBrodley論文1555頁以下を参照。

限を負わないことが J V 設立の覚書で確認されている)。当初の計画によれば、J V の GM への販売価格は、J V の生産する車に類似するカロラのディーラー価格を 8 % 下回る上限と、11 % 下回る下限の間で決定するものとされ、この価格の改定は、時々の方の市場の状況を勘案しつつ、型式年度 (model year) ごとに行うこととされた。

以上のような NUMMI 設立計画について、連邦取引委員会 (F T C という) は、F T C 法 5 条²³、クレイトン法 7 条²⁴に基づき、審査を行った結果、3 対 2 の決定で J V 設立をこれらの禁止に違反しないものとする以下のような同意命令 (consent order) を行った。

- ① J V における自動車の生産は最長 12 年とし、生産の開始から 12 年または 1997 年 12 月 31 日のどちらか早い方を超えて継続することはできないものとする²⁵。
- ② 両社は、(i) GM または トヨタ の新型車の販売価格、新型車の部品価格、(ii) 両社の製品コスト、(iii) 製造および販売の見通し、J V の製品以外の製品に関する計画について、現在または将来の非公開情報を両社の間または J V との間で交換し、討議してはならない²⁶。
- ③ 両社は、J V の正当な目的またはその機能を達成するため必要な範囲を超えて、(iv) J V の製品のモデルチェンジ、デザインの変更、製品変更、エンジニアリング活動、(v) J V の製品に関する販売または生産の見通し、(vi) J V に GM または トヨタ が供給する製品のコストについて、現在または将来の非公開情報を両社の間または J V との間で交換し、討議してはならない²⁷。

²³ 取引における又は取引に影響を及ぼす不公正な競争方法および取引における又は取引に影響を及ぼす不公正な若しくは欺まんの行為若しくは慣行は、これを違法とする (Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful)。F T C 法 5 条は、以上のような極めて抽象的な条文であり、不公正な競争方法とされる行為の範囲には歴史的な変遷がある。ただ 1980 年代以降、クレイトン法 7 条 (ヤシャーマン法 1 条、2 条) 違反行為の範囲と F T C 法 5 条の規律する範囲は基本的に同じと解されるようになり、本文の GM/Toyota, Brunswick/Yamaha の両ケースはそのような時期の事件であるから、以下ではクレイトン法 7 条に関する判断のみを検討する。

²⁴ 取引または取引に影響を及ぼす活動に従事するいかなる者も、直接または間接に、取引または取引に影響を及ぼす活動に従事する他の者の株式その他の持分の全部または一部を取得し、その結果、合衆国におけるいかなる取引段階または取引に影響を及ぼす活動においてであれ、競争を実質的に減殺することとなり、または独占を形成するおそれがある場合には、そのような取得を行ってはならない (No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital ... of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly)。

²⁵ 103 F.T.C. 374 at III.

²⁶ Id. at IV.

²⁷ Id. at V.

④両社は、(iv)，(v)，(vi)に関するファイル，記録を全て6年間保存しなければならない。またこれらに関する会合に出席した者の氏名，役職，日付，場所，交換した情報の要旨を6年間保存しなければならない²⁸。

(2) *Yamaha Motor v. Federal Trade Commission*, 657 F.2d 971 (8th Cir.1981) .

本件は，米国Brunswick社と日本のヤマハが締結したボート用船外機 (outboard motor) の生産と販売に関するJ V設立契約が，F T Cによりクレイトン法7条，F T C法5条違反とされた事件の司法審査に関するものである (控訴審裁判所はF T Cの審決を一部を除き維持した) 。

アメリカのボート用船外機市場において，Outboard Marine, Brunswick, Chrysler, Eskaが4大事業者であり，これら4社で98.6%を，上位2社で85%のシェアを占めた (売上高ベース) 。同市場は，販売額の著しい増大と高い利潤率にもかかわらず，新規参入がなく，1965年に8社が競争していたが，1969年には5社に減少した。Brunswick社 (以下，Bという) は，レクリエーション製品を製造販売する多角的メーカーで，ボート用船外機は1961年に生産を開始した (全米第2位，1971年から73年の間，台数で19.8%から22.6%のシェア，売上額ベースで24.2%から26%のシェア) 。合衆国以外にカナダ，オーストラリア，ヨーロッパ，日本で自社のレジャー用ボートを販売している (Mercuryブランド) 。ヤマハ (Yという) は1969年に三信工業の60%の株式を取得し，同社を通じてヤマハブランドのボート用船外機を生産し，世界各地で販売している。BとYは，1972年11月21日，Bが三信工業の株式を38%取得し，Yも同社の持株比率を38%とすることにより，三信工業をJ Vにする契約を締結した。三信工業が生産したボート用船外機は全てYに販売し，Yはその一部をBの子会社であるMariner社に販売することとした。また附属契約により，Bは三信工業の生産した船外機をアメリカ，カナダ，メキシコ，オーストラリア，ニュージーランドで排他的に販売し，Yは日本で排他的に販売すること，その他の地域は両社が販売することとされた。F T Cは，1980年8月，このJ V契約と附属契約がクレイトン法7条およびF T C法5条に違反するとし，Bに対し，三信工業の株式をYに売却することを命じるとともに，Yに船外機を合衆国で生産し，販売し，流通させることを禁止する契約を締結，遵守することを禁止した。両社が別個に審決取消訴訟を提起したのが本件である²⁹。

²⁸ Id. at VI. その後，In the matter of General Motors et al. Set Aside Order, 116 F.T.C. 1276 (1993) において，F T Cは，両社がJ Vの生産 (数量) と継続期間に関する制限の必要性に関する事情の変更を証明したとして，1983年の命令の該当部分を取り消した。なお，NUMMIは，存続期間を延長した後，2010年に生産を停止している。

²⁹ Bはクレイトン法7条違反とF T C法5条違反を認定したF T C審決の取消を求め，Yは前者のみを求めた (F T Cを含めて政府機関がクレイトン法7条違反を認定したことは，損害賠償等を請求する私訴との関係において反トラスト法違反があったことの一応の証拠 (prima facie evidence) となるが，F T C法5条違反の認定にはそのような効力がないことと関係するものと思われる) 。657

控訴審裁判所は、以下のように判示して、一部を除き事業者の取消請求を斥けた。クレイトン法7条に関して、FTCは、JV契約によりYが合衆国のボート用船外機市場への現実の潜在的参入者 (actual potential entrant) として排除されるおそれがあることなどから同条違反としたが³⁰、この点についてはJV契約がなければYが本件市場 (=合衆国におけるボート用船外機 (20馬力以下の低馬力とそれ以上の高馬力を含む) の取引分野) に参入する蓋然性 (probability) があつたかを問うことになる。すなわち、第1に関連市場へ参入する「実行可能な取り得る手段 (available feasible means)」が (Yに) あつたか否か、第2にその手段が当該市場の集中度の緩和 (deconcentration) またはその他の競争促進的効果の実質的可能性を提供するかが問題である。第1の点については、(i) Yが合衆国以外の世界各地に進出しており、JV契約がなければ最も巨大で魅力的なアメリカ市場に参入したであろうこと、Yが主力の25馬力船外機だけでなく55馬力のものも東京ボートショーに展示していたことからアメリカ市場参入に適したフルラインを備えていたこと、(ii) アメリカにおける販売網についてもディーラー契約は1年単位であり、ディーラーは2つ以上のブランドを取り扱うから、オートバイの分野で著名なヤマハが新規に販売網を見つけることは可能と考えられること、(iii) Yは1968年と1972年にアメリカ市場に参入しようとして失敗したが、参入の意思があると認められること³¹を認定して、Yに「実行可能な取り得る手段」があつたとした³²。第2の点に関しては、判決は合衆国の船外機市場の寡占的性質を指摘し、アメリカの消費者に名前の知られたYの参入は何らかの程度集中度の緩和につながったはずであるとした。

これに対して、BはJV契約に一定の反競争的效果があるとしても、その競争促進的効果によって償われると主張した。すなわち、本件JV契約の一時的性質 (期限が明確)、BはMarinerという新しいブランドを導入すること、JVが終了した際にヤマハは事実上アメリカ市場に参入していることが競争促進的事由に当たるといふ。しかし、裁判所は、本件JV契約が「一時的 (temporary)」というより「終了可能 (terminable)」というべきもので、当事者から申し出があるまで継続すること、Mariner社が売る製品 (JVが生産する製品)

F.2d at 982を参照。

³⁰ 判決は、JV契約がY、Bの子会社であるMercury、その他の者の間の合衆国における上記市場における競争を実質的に減殺する可能性があることも7条違反の理由としていふと考えられるが、裁判所はこれをほとんど論じていないので、以下では本文に述べた潜在的競争者の排除についてのみ紹介する。

³¹ 判決によれば、1968年の試みは低馬力の1シリンダー空冷式船外機での参入を試みるものであつたが、製品が高額にすぎ、2シリンダー水冷式船外機を好むアメリカの消費者に受け入れられなかった。1972年の試みは1.5馬力の船外機をシアーズローバックを通じて販売しようとしたものであるが、同社の顧客には高品質すぎ高額でありすぎた。これらの試みと55馬力の船外機を追加して、今やアメリカ、カナダに進出するときである旨のヤマハ役員の証言を併せて考えれば、同社が合衆国市場への参入に強い関心を抱いていたことが分かるという (657 F.2d at 978-9)。

³² Id. at 979.

は、Bがこれをコントロールすることができる以上、親会社と有効に競争すると期待できるほど重要な意味はないこと、J V終了後にYが事実上アメリカに参入することになるとの主張は、J V契約が一時的なものであり、J VなしにはYがアメリカに参入できなかったことを前提とするが、それはF T Cの認定と異なるとして、本件J V契約がクレイトン法7条とF T C法5条に違反すると結論付けた。

2. エネルギー分野の判例

Texaco v. Dagher, 547 U.S. 1 (2006) .

従来、激しく競争してきた巨大石油会社であるテキサコとシェルは、1998年から2002年までEquilon Enterprises (以下、エクイロン社) というジョイントベンチャーを設立して、西部地区で原油を精製し、輸送し、それぞれのブランド名で販売する計画を立てた³³。エクイロン社は、ガソリンスタンド向けに両社それぞれのブランド名で販売するガソリンに同一の価格を設定したところ、スタンドのオーナー (23,000社の集合代表) は両社がシャーマン法1条に違反する当然違法の価格協定を結んだとして提訴した。地裁は本件を合理の原則によって判断しなければならないとし、これに基づく主張をしなかった原告らは事実審で審理されるべき事実 (trialable issue of fact) の提示に失敗したと判示した。

第9控訴裁判所は、両社によるJ Vの設立自体は合法であるが、J Vが同一の価格で両社のブランドのガソリンを売ることは、それが正当な目的を達成するために合理的にみて必要であることを被告が立証できなければ、あからさな制限 (naked restraints) であって当然違法であるとして、地裁に差戻した (369 F.3d 1108 (9th Cir. 2004))。被告らが上告したのが本件である。

連邦最高裁は、以下のように述べて、原判決を破棄し、差戻した。シャーマン法1条の下で当然違法原則は、明白に反競争的であるからその違法性について精密な検討を必要としないような協定にだけ適用される。したがって、裁判所は、ある行為の経済的な影響が直ちに判明しない場合には当然違法原則を適用することに慎重であった。複数の競争者間での価格協定は当然違法原則が適用される類型に属するが、テキサコとシェルは、合衆国西部地区のガソリン卸売販売 (the sale of gasoline to service stations in the western United States) において競争関係になかった。むしろ両社は、エクイロンに出資することでその市場に参入したのである³⁴。

³³ 主に外国での油田の探査、原油採掘の分野における両社の競争は残る。また両社は東部地区でも同様に精製、輸送、販売を行うMotiva Enterprises社というJ Vを設立したが、本件の原告らは西部地区のガソリン小売業者であり、Motivaから購入したという事実がないため、地裁はサマリージャッジメントにより被告Motiva勝訴の判決が出された。控訴審でもこの点は同様であって、最高裁には同社を相手方とする訴えは提起されていない。

³⁴ 547 U.S. at 5-6. 正確にはどのような地理的範囲かは不明である。後掲のF T Cの同意命令によ

本件の行為は、1社 - ジョイントベンチャーという脈絡においてだが - の価格設定と殆ど変わらない。したがって、付随的取引制限 (ancillary restraints of trade) の法理も適用されない。仮に適用したとしても、本件の行為は明らかに (正当な目的に) 付随する合意である。両社は競争者というより投資家としてエクイロンの活動に参画したのである。その意味で、エクイロンの価格政策は反トラスト法上の価格協定ではない³⁵。

本判決は、「本件の行為は、1社 - ジョイントベンチャーという文脈においてだが - の価格設定と殆ど変わらない」と述べて、いわゆるsingle entity doctrineによってシャーマン法1条がそもそも親事業者およびJVの間で問題にならないかのように判示する一方、(シャーマン法1条の適用を前提として) 合理の原則によって判断されるべきことも説いており、理解に困難を伴う (以下では、1社の行為といえないならば、合理の原則で判断しなければならないと判示したものと考えて検討する)。

まず、①single entity doctrineについて。親会社と完全子会社の間において、シャーマン法1条の取引を制限する合意 (contract, combination, or conspiracy in restraint of trade) が成立しないというのは確立した原則である³⁶。それでは、親会社と共同出資会社の間および親会社間においてシャーマン法1条の合意が成立するか。本判決は、(別の判決を引用する形で) 「問題となるJVがなければ競争者にとどまったであろう者が資本を出資し、損失の危険を分かち合うと共に利益の機会を共有する場合、そのようなジョイントベンチャーは、他の売手と競争する単一事業者 (a single firm) とみることができる」 (547 U.S. at 6) と述べ、本件の当事者の関係がこれに当たることを肯定しているように見える。そうであれば、このようなJVを設立する親会社がどのような行為を行おうとシャーマン法1条を適用する余地はなくなりそうである。ただし、この問題については、本判決後に出された別の最高裁判決 (American Needle v. NFL, 560 U.S. 183 (2010)) は、競争の現実 (competitive reality) をみて、親会社、共同出資会社が、これらを単一事業者と取り扱うことを排除するほど独立して事業活動を行っている場合にはsingle entity doctrineは適用されないとしたことにも留意する必要がある。

②JVが生産した商品の販売価格を親会社が取り決めることにrule of reasonを適用することについては、当該制限 (本件では異なる価格で両社がガソリンを売らないという制限) があからさまな取引制限 (naked restraints) か共同事業の (競争促進的) 目的を達成する

れば、カリフォルニア州サンディエゴ郡には両社のガソリンの卸売競争があったようであるから、これ以外のどこかということにならざるをえない。

³⁵なお、差戻審で控訴裁判所は「Pursuant to the Supreme Court judgment, we affirm the district court's grant of summary judgment to the defendants」とだけ判示している (Dagher v. Saudi Refining Inc., 466 F.3d 1120 (9th Cir. 2006))。

³⁶ Copperweld Corp. v. Independent Tube Corp., 467 U.S. 752 (1984)。

のに合理的にみて必要な³⁷付随的制限 (ancillary restraints) かが問題となる (前者であれば当然違法か簡易な合理の原則によって判断され、後者であれば完全な合理の原則によることになる)。最高裁は、司法省の提出した意見書³⁸と J V 設立に関する F T C の同意命令 (条件付き承認)³⁹を踏まえた上で、両社が一部の西部地区のガソリン卸売市場で競争関係になかったこと、したがってこの J V によって初めてこの市場で新規参入が実現したこと (競争促進的事由) を重視して、完全な合理の原則によって判断しなければならないとしたものとするしかないかもしれない。

あるいは、1984年に反トラスト法上の責任が共同研究開発を萎縮させることを防止するために制定された National Cooperative Research Act が 1993年に生産 J V も含むように改正され、National Cooperative Research and Production Act of 1993 (N C R P A) となったが、そこで定義される生産 J V について、同法は合理の原則によることを要求する (shall not be deemed illegal per se; such conduct shall be judged on the basis of its reasonableness) ことから、これが本判決に影響を与えたと考えられなくはない (ただし、判決中にそのような言及はない)。

Hovenkampによれば、本判決の判示は、①固定的な構成員による J V が (開放的で他の事業者の参加が容易である J V ではなく)、②親会社が販売するための非差別化製品

³⁷ 「合理的にみて必要 (reasonably necessary)」であるとは、不可欠 (essential) である必要はなく、(理論的ではなく)「実際の、著しくより制限的でない他の手段 (practical, significantly less restrictive means)」がないことで足りる。ガイドラインは、効率性を向上させる統合を行う競争者間の共同行為は、価格協定等のハードコアカルテルを伴っていても、その統合に合理的にみて必要であれば、合理の原則により判断されるとしている (Competitor Collaborations Guidelines § 3.2)。

³⁸ Brief for the United States as Amicus Curiae, May 2005. 本判決とほとんど同内容の意見書である。

³⁹ In the Matter of Shell Oil Company et. al, 125 F.T.C. 769 (1998).

シェルとテキサコは、中西部と西部地域における原油の精製、パイプライン等による輸送、マーケティングの事業を新たに設立する Westco 社に移管し、メキシコ湾とアメリカ東部地域の同様の事業を、両社と Saudi Refining 社を加えた 3 社が設立する Eastco 社に移管する計画を F T C に届け出た (Westco 社と Equilon 社、Eastco 社と Motiva 社の関係は不明である。しかし、前後関係から考えて、社名変更したか事業を承継したのではないかと思われる)。F T C は 7 つの違反のおそれを指摘した上、概ね以下のような条件を付けて承認を与えた (以下は、主要なもののみ)。

①ワシントン州 Puget Sound 地区、すなわちシアトル、タコマ、オリンピア、ブレマートンおよびこれらの周辺における精製分野の競争を維持するため、ワシントン州アナコーテスにあるシェル社の精油所を、F T C が事前に承認する事業者売却すること (両者はこの地域で精油所を所有していた)。
②カリフォルニア州サンディエゴ郡の両社のガソリンの卸、小売分野の競争を維持するため、同郡の小売施設のうち、売上高など一定の条件を満たすものを F T C が事前に承認する事業者売却すること。
③ハワイ州オアフ島の両社の販売施設のいずれかを、F T C が事前に承認する事業者売却すること。その目的は、同島におけるガソリン、ディーゼル燃料の卸、小売分野の競争を維持することにある。
④両社がミシシッピなど南東諸州に所有するパイプライン会社の持ち分を、F T C が事前に承認する事業者売却すること。その目的は、両パイプライン会社がシェルとテキサコの共同所有となることを防止することである。

(undifferentiated product) を（差別化された製品でない）ので、別個の価格で販売することが現実的でない）、③現実に生産している場合に、親会社の販売価格を統一することによって許容したもので、この判示を広い射程を持ったものと理解することはできないとしている⁴⁰。

V 東京電力・中部電力による共同事業提携の独禁法上の評価

以上のように日米の共同購入、共同生産に関する判決、審決、相談事例、ガイドライン等をみると、違法とされる場合が相当程度に類似していること、日米いずれか一方の基準だけでは違反とされる場合をカバーするのに十分でないので両法域の違法性基準を総合して検討する必要があることが判る。以下では、共同購入、共同生産（共同販売を伴うものを含む）が独禁法・反トラスト法上どのように評価されるかをまとめた上、これに照らして東京電力と中部電力の冒頭に述べた共同事業提携について検討しよう。

1. 共同購入

（１）買手間において購入価格、購入数量等の取り決めがある場合⁴¹（ハードコアカルテル＝あからさまな取引制限の場合）：アメリカでは当然違法原則が適用される。日本では当然違法原則はないものの、購入価格、購入数量等の制限を当事者間で取り決める場合は独禁法違反とされる可能性が大きくなると考えられる。JVを通じて共同購入する場合、ある参加事業者の購入価格や購入数量が他の参加事業者に伝わらない工夫を行うことが望ましい⁴²。

（２）これらが無い場合（非ハードコアカルテルの場合）：①共同購入によって購入量の減少をもたらさない場合⁴³、または②参加者が共同購入機構（組織）の外で購入することが許される場合には、合理の原則により違法と判断されることはほとんどない⁴⁴。特に小規模事業者が取引費用節約等の目的で共同購入を行う場合はそうである⁴⁵。

（３）以上の（１）、（２）に当たらない場合：③購入者が購入市場において市場支配力を有する場合で、購入量を減らしても供給者が代替的販売先を確保できないときや共同購入者が川下の販売市場でも市場支配力を有するとき（特に販売価格に占める購入費用の割合が大き

⁴⁰ H. Hovenkamp, Antitrust Law, Vol. X III 197-200 (3rd. ed. 2012).

⁴¹ 司法省・FTCが当然違法として取り上げる合意とは、価格を引上げる合意、アウトプットを削減する合意のほか、入札談合、顧客・供給者・地域・取引段階（line of commerce）を割り当てる市場分割協定等をいう（Competitor Collaborations Guidelines §1.2）。

⁴² 前出・資材共同購入のための電子商取引サイトの相談事例およびUtilities Service Alliance (USA) の事例。

⁴³ この場合を問題とすることは、経済学的にも首肯できるとされる。注4の長澤論文48頁以下を参照。

⁴⁴ 共同購入機構（組織）の外で購入することが許されるならば、購入量を減少させることにはならないはずである。前出Utilities Service Alliance (USA) の事例を参照。

⁴⁵ 前出Northwest Wholesale Stationers 事件を参照。

いとき)には、独禁法違反とされる可能性がある⁴⁶。

アメリカでは、購入面で市場支配力を有する共同購入者が共同購入機構の外での購入を許さない場合には、簡易な合理の原則（いわゆるquick lookアプローチ）や合理の原則の下で違法とされる可能性が高まるとされる。ただし、共同購入機構の外での購入を許さないことは、共同購入による規模の利益やコスト節約を達成するために一定の購入量を集約する必要があるから、必ずしも「不当な」取引制限として直ちにシャーマン法1条違反となるとは限らない⁴⁷。

2. 共同生産（＋共同販売）

（4）共同生産も（これに共同販売が伴う場合も含めて）、JVで共同生産した製品を親会社が販売する場合、販売価格を制限（協定）することは、原則として違法とされる。ただし、アメリカでは、例外的に、親会社が従来事業活動を行っていなかった新市場に参入するために価格の統一が必要である場合（それがなければJVによる共同生産が行われなかった場合）、合理の原則によって判断されることがあり得る⁴⁸。

（5）他方、当然違法とされる類型の合意やその性質上詳細な市場分析を行う必要のない合意（合意の目的やその合意が実施されている場合に現実化している影響から反競争的效果が明らかな合意）を伴わない場合、親会社とJVの合算シェアが当該市場において20%以下であるときには、少なくとも司法省やFTCによる公的執行は行われない⁴⁹。販売活動はそれぞれ独立して行い、販売に係る情報交換も行わない場合は独禁法違反とされる可能性は小さい⁵⁰。

（6）（4）、（5）のいずれにも当たらない場合、ケースバイケースの判断となる。一般的に言えば、市場支配力を有する事業者がこれを行って共同生産した商品の販売価格を引き上げ、生産量を減少させ（設備の廃棄を含む）、品質を劣化させ、イノベーションを減退させる場合、価格や生産数量など競争上センシティブな情報交換を行う場合には反トラスト法違反とされる可能性がある⁵¹。また当事者が市場支配力を有し、当該市場の集中度が高い場

⁴⁶ 前出・資材共同購入のための電子商取引サイトの相談事例。

⁴⁷ H. Hovenkamp, Fundamentals of Antitrust Law, volume II 970 (2002); H. Hovenkamp, Antitrust Law, vol. XIII 246 (3rd. ed. 2012).

⁴⁸ 前出 Dagher 判決。なお、欧州委員会の水平協定ガイドライン (European Commission, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Cooperation Agreements, [2001] OJ C11/1) も、共同生産した製品の販売価格を統一することは、それがなければ共同生産提携を行うインセンティブを持たなかった場合には、価格協定という「目的 (object)」自体から TFEU101 条違反とはせず、価格協定を含む共同生産協定が市場競争を制限する「効果 (effect)」を有するかを評価しなければならないとする (para. 160)。

⁴⁹ Competitor Collaborations Guidelines § 4.2

⁵⁰ 前出・バス製造業者2社の相互OEM供給の事例。

⁵¹ Competitor Collaborations Guidelines § 2.2, § 3.31 および In the Matter of GM et al. を参

合で、共同生産により製造コストの共通化が進み、しかも販売価格に占める製造コストの割合が大きい（競争の余地が小さい）ときには、独禁法違反とされる可能性がある⁵²。さらに共同生産を行う J V により、潜在的競争を消滅させる場合にも反トラスト法違反とされる可能性がある。すなわち、現実的な潜在的競争者（現在はまだ顕在的な競争関係にはないが、合理的にみて参入の蓋然性がある潜在的競争者）が J V 契約により、新規参入を断念・中止等する場合、当該 J V 契約は反トラスト法違反とされる可能性がある⁵³。

3. 結論

東京電力と中部電力の J V 設立を伴う事業提携は、少なくとも L N G 等の共同購入面と電力の共同生産の側面が独禁法上問題となり得る。不当な取引制限（2 条 6 項）との関係で両社の提携を検討すれば、① L N G の購入市場における競争の実質的制限と②電力の販売市場における競争の実質的制限が成立するかが問題である。①については、一定の取引分野は、日本における L N G の購入に係る取引分野であると考えられる⁵⁴。そこでは買手には火力発電を行う他の電力会社やガス事業者（一般ガス事業者）等が含まれる。供給元はオーストラリア、カタール、マレーシア、ロシア、インドネシア、U A E、ブルネイ等に所在する事業者である。東京電力は2013年度に約2,525万トン、中部電力は1,369万トンをそれぞれ輸入しており、輸入総量8,773万トンに占める割合はそれぞれ29%弱、16%弱となる⁵⁵（合算シェア約44%）。また原料である L N G の調達費用が電気料金に占める割合は、東電が36.55%（自由化料金）、25.89%（規制料金、いずれも2012年度）、中部電力が48.56%（自由化料金）、36.04%（規制料金、いずれも2014年度）である⁵⁶。

前述のように日本では当然違法原則はないものの、両社が購入価格、購入数量等を制限する合意を行う場合には、従前の例から考えて独禁法違反とされる可能性があり得る。このような合意がなく、両社が J V 以外からも購入することができる場合には独禁法違反とされる可能性は小さいであろう。また両社の合算購入シェアは約44%と大きいものの、L N G 供給者は日本国内のガス事業者など代替的販売先を確保していることから、両社が L N G 購入量を引き下げても供給者は他取引先を転換できると考えられる。さらに原料 L N G の調達費用が電気料金に占める割合は、競争の余地を失わせるほど大きいとはいえない。したがって、①購入面では、購入価格や購入量を制限する合意が伴わない限り、独禁法違反とされる可能

照。

⁵² 前出・建設資材メーカーの相互 O E M 供給の事例。

⁵³ 前出・Yamaha Motor 判決。

⁵⁴ これより広く、買手に韓国ガス公社等を含む東アジアにおける L N G の購入市場という面定も可能かもしれない。そうであれば、東京電力と中部電力の購入シェアはより小さく算定されるから、購入面の不当な取引制限はいっそう成立しがたいということになる。

⁵⁵ <http://www.enecho.meti.go.jp/about/whitepaper/2015html/2-1-3.html>

⁵⁶ 本研究所の瀧口洋平研究員から、ご教示いただいた。記して感謝する。

性は小さいであろう。

②共同生産した電力の販売面については、両社がこれをどのような地域で、どのように、いかなる取引先に販売するかなどが未だ明らかでない（首都圏での供給と思われるが、両社が別個に供給するのか、企業向けか家庭向けか、第3の一般電気事業者の参入が行われるか等が不明である）。仮に「一定の取引分野」を首都圏の事業者向け電力の供給分野および首都圏の家庭向け電力の供給分野と画定することができるとすると、いずれにおいても現状では東京電力の供給シェアが著しく大きい。このような市場において、仮に中部電力も別個に電力を販売するとすれば、両社が卸電力価格、小売電力価格について合意することは不当な取引制限に該当することになる（家庭向け料金に行政庁による認可があることは独禁法の適用を妨げない）。供給電力量を制限することに合意することも同様である。価格や供給量に関する制限がないとすれば、特に電力の販売活動をそれぞれ独立して行い、販売に係る情報交換も行わない場合には独禁法違反とされる可能性は小さい。また現在はまだ顕在的な競争関係にないが、合理的にみて参入の蓋然性がある潜在的競争者が、共同生産を行うJVにより、単独での新規参入を断念・中止する場合、当該JV契約は独禁法上問題とされる可能性がある。中部電力は小売全面自由化が決定する以前に首都圏へ参入を試みた事実がなく、自由化決定後にはダイヤモンドパワーを買収して首都圏での供給を開始するとされていること等を考慮すれば、JVによって東電の火力発電所の建替えに協力し、電力を共同生産したとしても首都圏への参入を断念するものとは考え難い。したがって、潜在的競争を排除することによる不当な取引制限も成立するとは言い難いであろう。

補論：独禁法に違反する事実がある場合の対応方法

（1）ある共同購入、共同生産を行うJVによる事業提携が独禁法に違反すると判断されるならば、当該事業提携は直截に禁止されるほかないのであるか。この問題を含めて検討した古典的研究がJ.F. Brodleyによるものである⁵⁷。Brodleyは、自らのアプローチを「推定的、インセンティブ修正的アプローチ（presumptive, incentive-modifying approach）」と呼ぶ⁵⁸。それはJVが一定の要件を充たす場合に反トラスト法に違反すると推定されるが、当事者が反証を挙げることにより、この推定は覆される。推定を覆す反証が挙げられなかった場合、JVが反トラスト法に違反すると判断されるが、一面では新しい生産能力、新技術、新製品、新市場への参入等を可能とするJVの設立を直截に禁止するのではなく、裁判所や競争当局が反競争的な行為を行うインセンティブを修正させるような措置を採らせることにより、上のようなJVの競争促進的な側面を維持しようとするものである。

⁵⁷ J.F. Brodley, *Joint Ventures and Antitrust Policy*, 95 Harv. L. Rev. 1523 (1982). 本論文は、アメリカの判決やEU競争法を解説した教科書などにも引用されるJV研究の古典的な論説である。

⁵⁸ Id. at 1538.

（２）本稿の対象である共同購入についてBrodleyは，“Input Joint Ventures”として一般的に論じた上、さらに“Joint Buying Groups”として簡単に言及している。それによれば、①親会社のアウトプットのために用いるインプットをＪＶが供給すること、②親会社はＪＶ以外の他の供給源から調達できないとされていること、③親会社が市場支配力⁵⁹を有する競争者であること（潜在的な競争関係にある場合も含む）の３つの要件を充たす場合に反競争的リスクが生じるとし、その場合には、（i）ＪＶに少数株主（minority ownership interest）を加えること、（ii）競争を促すＪＶ運営ルールを設けること⁶⁰、（iii）競合するＪＶの設立を可能にするため、問題となるＪＶへの参加者の数を限定することを提案している⁶¹。Joint Buying Groupsに関して特に言及するのは、購入価格を共同で決定することが、そのnet effects（社会的便益から弊害を差し引いたもの）がプラスの場合にのみ許容されるべきとする点である⁶²。

（３）共同生産に関しては、Brodleyは“Output J V”に分類しているようであるが、Output J Vの典型として共同販売を行うものを念頭に置いているものと思われる（必ずしも共同生産と共同販売を分離していない）。その上で、親会社がＪＶを通じてしか販売できない場合と親会社がＪＶの外でも（ＪＶと競争する形で）販売できる場合とに分け、反トラスト法上の問題が生じ得るのは主として前者であるとしている。（東京電力・中部電力の提携計画は、おそらく後者に属すると思われるので）後者が問題となり得る場合をみると、親会社が市場支配力を有する競争者の関係にあり、ＪＶが親会社の供給のうち実質的割合（substantial share）を販売する場合であるとする⁶³。そのような場合の問題解消措置としては、ＪＶの存続期間の限定とＪＶへの参加事業者を市場支配力を有しない程度に限定することを挙げている⁶⁴。

⁵⁹ Brodley は、親会社の合算シェアが 40%であり、かつ取るに足りないものでない（nontrivial）参入障壁が存在する場合に市場支配力（market power）ありと、合算シェアが 60%であり、かつ高度な参入障壁が存在する場合に独占力（dominant market power）ありと判断されるとしている（Id. at 1541）。

⁶⁰ 例えば、個々のＪＶ参加者がＪＶの産出量（自己が引き取る数量）を増やすことを権利として求めることができるというルールが挙げられている。Id. at 1550.

⁶¹ Id. at 1560-1562.

⁶² Id. at 1569.

⁶³ Id. at 1556-1557.

⁶⁴ Id. at 1557.

第 3 章

英国電力小売市場規制の近時の動向について

駒沢大学法科大学院教授
若 林 亜 理 砂

I はじめに

本稿では、近年の英国におけるエネルギー小売市場における規制改革について、主として電力分野を念頭に概観する。英国は欧州でも最も早く電力分野において自由化が進んだ国であり、従来も大きな市場改革を経験してきている。自由化の初期段階においては、競争上の問題及びそれに対する改革の焦点は、卸売電力市場における市場支配力にあり、この状態を改善するために、市場支配力を有する事業者に対する行為規制、最終的には強制プール市場から相対取引を中心とするN E T A（後にB E T T A）へと卸売市場システム自体の大きな変更を行っている¹。

それ以降は電力事業者による市場支配力の行使という問題自体はあまり重要な問題とは考えられなくなり、英国政府の電力政策としては、電力安定供給、再生可能エネルギー、スマートメーター、といった電力市場改革（Electricity Market Reform）で取り扱われている事項が優先課題としてあげられている。その他市場の問題としては近年、O F G E Mは小売市場の競争について問題があると認識し、様々な改革を行うようになってきており、その主たる動きを把握することが本稿の目的である。

2014年6月21日に改正電気事業法が成立し、わが国においても電力小売への参入が自由化されることとなった。料金規制は当面維持するとのことから、英国と同様の状況に直ちに移行するわけではないが、英国電力市場における規制の状況を理解することは、わが国における今後の市場における規制と競争のあり方を考えていく際に1つの示唆となると考えられる。

また、事業分野は異なるが、現在電気通信分野、特にモバイル市場において3社による寡占が続いており、新規参入者が必ずしも十分な競争圧力となっていないこと等²から、様々な規制改革について検討が進んでいる。商品特性や市場の状況など異なる点も多く、そのまま参考にするのは難しいが、共通の問題も見受けられ、1つの参考ともなわれると思われる。

II 英国小売市場概観

1. 参入及び料金規制の変遷

英国において、1990年までは国営の中央電力公社が発送電を一貫して行っており、配電は14の地域配電公社がそれぞれ行っていた。1989年電気法（Electricity Act 1989）の成立により、1990年に中央電力公社は3つの発電会社と1つの送電会社に分割民営化、14の地域配電公社はそのまま民営化され、当該地域の配電及び小売を行うこととなった。また、同年に1,000kW以上の需要家に対する小売が自由化され、小売は配電と小売双方を行う第1種供給ライセンスを有する地域配電会社と、小売のみを行う第2種供給ライセンスを有する新規

¹ この点に関しては、拙稿「英国の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1334号（2007年）209頁。

² 総務省『電気通信分野における競争状況の評価2013』（2014年10月）。

参入者により行われることとなった。

その後、1994年には100 k W以上の需要家対象の小売まで自由化され、その後1999年には家庭用を含め全面的に小売の自由化がなされた。

2000年公益事業法が成立し、小売と配電を行う第1種ライセンスを廃止し、配電ライセンスと小売ライセンスに整理された。これにより、事業者は配電と小売双方を行うことができなくなった。

小売参入自由化後も小売料金規制は残されていたが、順次自由化がなされていった。家庭用小売については、まず、2000年4月より銀行引落としを行っている（direct debit）消費者について料金を自由化し、2002年4月より、規制が残されていたプリペイド、クレジット払い（Standard Credit）、及び即時払い（prompt pay）の消費者も含め、原則全面的に自由化がなされている。

2. 市場構造

自由化時点では14事業者であった小売市場だが、2014年7月現在小売ライセンスを有する事業者数全体はライセンス数ベースで122社、このうち家庭用小売も行う事業者は81社である（小売ライセンスは、家庭用及び非家庭用電力小売が可能なライセンスと非家庭用電力小売のみを行い得るライセンスに分かれている）。そして現在は自由化時点での14既存事業者（及びガス分野での独占事業者であったBritish Gas）が6事業者グループに集約されていることが大きな特徴である（以下「六大事業者」と呼ぶ）。

この六大事業者はすべて垂直統合されており、Centricaを除き、すべてその小売販売量は自らの発電で賄われているという。

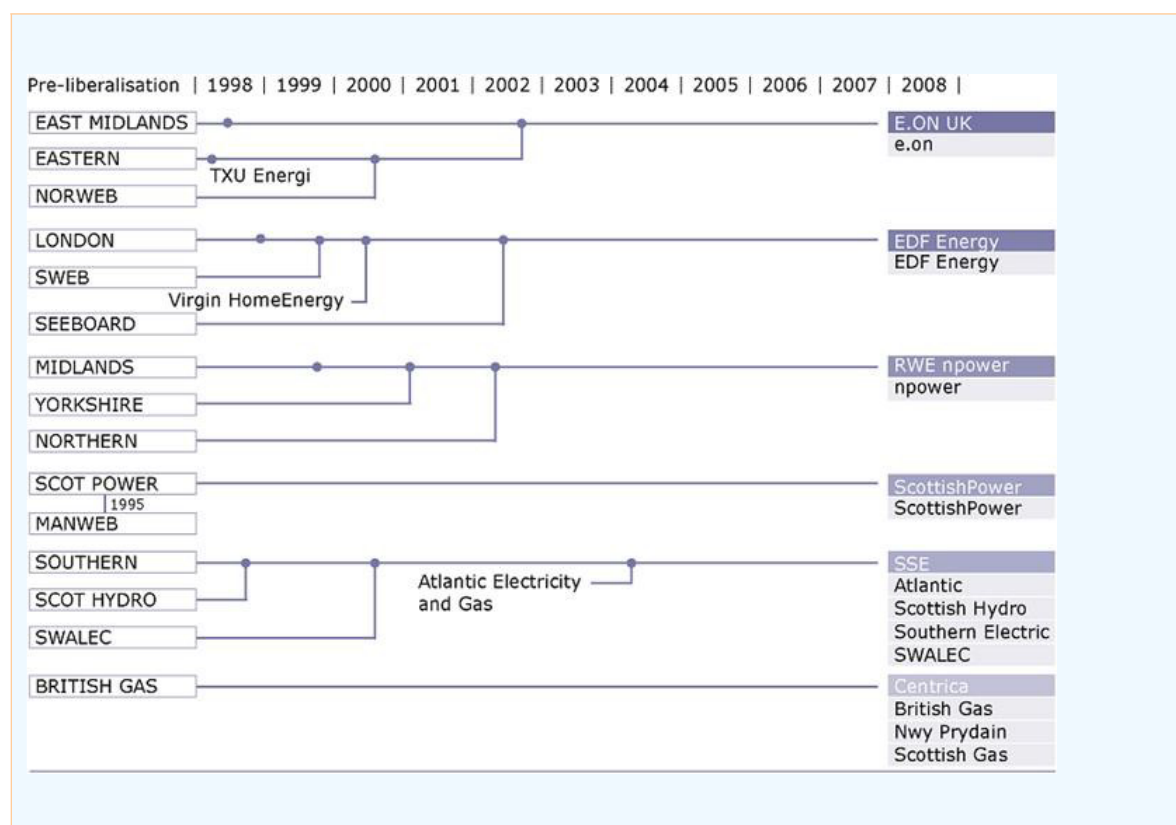
電力民営化当時、12の既存事業者はそれぞれ全国で12%以下の小売シェアしか有していなかったが、2008年現在、六大事業者の全国電力小売シェア（2008年6月）は、British Gasが約22%、S S Eが約19%、E. O Nが約18%、R W E npowerが約15%、E D F Energyが約13%、Scotish Powerが約12%、その他は1%未満である³。2013年時点で六大事業者は家庭用エネルギー小売市場において約97%のシェアを有している⁴。

家庭用電力市場におけるHHIについては、民営化当時は全国市場で800程度と低く、2008年時点でのHHIは1,735であった。他方、地域市場については2008年時点で、既存事業者が旧独占地域において約50%と高いシェアを有している。取引先を変更した顧客の半分はBritish Gasを選択しており、残りの大部分を六大事業者の残りの事業者が占めている。地域市場におけるHHIの平均は、2008年現在3,356となっている。

³ OFGEM, Energy Supply Prove, P32 (2008).

⁴ OFGEM, State of the market report - Assessment framework(2013).

英国小売事業者統合過程



出典： O F G E M : Energy Supply Prove 2008

3. 小売市場における競争状況の変容

小売料金完全自由から2年後の2004年4月にO F G E Mが公表した調査結果によれば、競争の導入によりすべての需要家がメリットを享受しており、市場も成熟はしていないが競争的であると評価されている⁵。

取引先変更率は高く、仮に取引先を変更していない需要家がいたとしても、それは変更できることを知らないからではなく、自らの意思で変更していないものであった。当時、インターネットを通じて価格情報を得る消費者は増加してはいたものの、訪問販売は依然として顧客に対してアピールをする最も重要な方法であった。そのため、変更率が高いと言っても、顧客は必ずしも価格を比較して変更を決定していたわけではなく、どの事業者がアプローチしてきたか、そして、その事業者がどのような割引を行っているか、その事業者のブランド力などに依拠して顧客は取引先変更を決定していたと考えられる。

2005年、価格自由化後初めて小売価格の値上げが旧独占的事業者により行われ、2006年にはすべての小売事業者が値上げを行った。これは卸売価格の大きな上昇を受けてのもので、

⁵ OFGEM, Domestic Competitive Market Review 2004, p108 (April 2004).

競争が行われなくなったことを原因とするものではない。O F G E Mは、当時競争は活発に行われていると評価しており、最安値と最高値の差は大きくなっていたが、どの顧客集団に属する顧客も取引先を変更することにより節約をすることが可能であった。また、既存事業者の小売市場におけるシェアも自由化以来最低となっていた。

2007年になり卸売価格が下落し、小売市場における価格下落の幅及びスピードに関する懸念が広まったが、この時点では、O F G E Mは市場における競争は機能していると分析しており、2007年の調査結果では取引先変更率も自由化以来最高となっていた。最も価格の高い事業者と最も安い事業者の間の価格差は2006年時点では広がっていたが、2007年の調査においては価格の高い業者が顧客の流出を食い止めるために価格の引き下げを行ったためにその差は縮小していた。また、2005年から続いた値上げに関しても、O F G E Mの調査では、小売事業者は平均約100ポンド顧客に転嫁せずに吸収しており、取引先を変更した顧客や固定料金を選択していた顧客は最高300ポンドの節約をしているとされている。

2007年には、E U委員会がEnergy Sector Inquiryを公表しているが、その中では英国における電力市場は最も競争が活発であると評価されている⁶。

2008年の調査においても、O F G E Mは市場での競争は機能しているとしたが、以下のような懸念を初めて示している⁷。

- ・市場に6社以上プレーヤーが存在すること自体は他の市場と比較して悪い状況とは言えないが、六大事業者に対して競争圧力をかける事業者がいないことは懸念される。特に卸売市場へのアクセスが悪いために参入障壁が高いという証拠がある。
- ・取引先変更可能性について認知度は高い（2008年時点では98%）が、価格差ではない要因が取引先変更の理由となっている場合も多く、また、誤った情報に基づき変更している場合もあり、取引先変更が競争圧力と十分になっていない。
- ・六大事業者間のカルテルの可能性が指摘されていたが、その証拠は見出せなかった。しかし、それぞれの既存地域における各社の有力な地位故に、他の事業者が六大事業者（のうちの2社）の行動に合わせるという意味で協調的な行動を行っている。
- ・六大事業者の既存地域における価格とそうでない地域における価格に格差がある（平均10%以上）。これは、六大事業者は従来からの頑固な消費者に対して高い価格を課しており、他の競争的な部分市場における競争の影響がこれら消費者との取引をめぐる競争圧力としては及んでいないことを意味している。六大事業者は、利益の4分の3を既存地域の消費者（全顧客数の約48%）から得ている。

⁶ EU Commission Staff Working Document, Accompanying Document to THE COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT, Prospects for the internal gas and electricity market (COM (2006) 841 final) -Implementation report, 01/10/2007(SEC (2007) 12).

⁷ Supra note3.

- ・プリペイドの顧客に対する価格は、事業者によっては余分のコストにより正当化できる範囲を超えて高い場合がある。また、プリペイドの顧客の取引先変更率は高いが、それは訪問販売の成果であるともいえ、かならずしも当該顧客をめぐる十分な競争圧力となっていない。

その他、弱い立場にある消費者、及びスコットランド及びウェールズの顧客について問題となり得る点が指摘されている。

Ⅲ OFGEMによる小売規制改革

1. 小売市場制度改革 ～Simpler, Clearer, Fairer～

OFGEMは2010年後半に小売市場に関する調査を開始した。OFGEMは、2008年の調査では指摘した事項のいくつかについて改善がみられるとしたが、顧客の取引先変更行動との関係では多くの問題が残っているため、調査が必要であると考えた。

問題としては以下の3点を挙げている。

問題（１） 多数の料金プランがあり、その多くは複雑な構造及び割引を有するものである。これにより多くの消費者にとって市場に関与することが魅力的でなくなっており、また、消費者が各自にとって最善の選択を行うことを困難にしている。

問題（２） 小売事業者から消費者に提供される情報のギャップ及び明確性の欠如により、消費者が市場にコミットすることに消極的になり、また、市場における選択肢を評価するために必要なすべての情報を得られないことにつながっている。

問題（３） 信頼性の欠如及び小売事業者の低いパフォーマンスにより、市場へコミットすることについての消費者の信頼性がさらに低くなり、他の消費者が永遠にコミットしないことにつながっている。

2012年11月、大臣はEnergy Billを提出した。この法案には、本報告との関係ではOFGEMの提案実現を可能とするための改正も含まれており、政府が家庭用需要者に対する料金の数を制限する権限を有すること、不利な条件の従来の料金プランから他の最も有利なプランに顧客を移動させることを要求する権限を有すること等が定められている。

その後、最終的な提案が2013年3月に行われ⁸、パブコメを経て⁹、後掲（３）については2013年8月より、（１）（２）については2013年10月～2014年6月にかけて、ライセンス条件の変更により施行されている。

⁸ OFGEM, The Retail Market Review - Final Domestic Proposals, March 2013.

⁹ OFGEM, The Retail Market Review - Implementation of Simpler Tariff Choices and Clearer Information, August 2013.

(1) 「Simpler」

a. 料金プランの数

小売事業者が同時に提供できる基本料金プランの種類を、メーターの種類またはモードごとに4つまでに制限することとした。小売事業者は基本プランごとに、支払い方法、オンラインアカウント管理割引、デュアルフュエル割引についての選択肢を提供することができる。また、基本料金数を増やさないのであれば、顧客に対してバンドル割引を提供することもできる。料金は地域ごとに異なることは可能であるが、基本料金の選択について他の基準は認められない。

エネルギー	core tariff	オフライン/オンライン	支払い手段別
電力	4	8	24
ガス	4	8	24
計	8	16	48

各基本プランはオンライン/オフライン双方で提供可能

各支払手段のコストを反映した変更

プラスデュアルフュエル割引、バンドル割引の反映(全基本プラン)

出典： O F G E M The Retail Market Review -Final Domestic Proposals,

March 2013.

b. 料金プランの構成

料金を単純な2部構成とする（例えば、基本料金（ゼロでもよい）及び電力量料金）。小売業者は、異なる消費量レベルによって基本料金や電力量料金を変えるような複雑な料金体系を提供することは認められない。小売業者は、電力供給に関するいかなる料金も基本料金か電力量料金に反映させることが求められる。電力量料金あるいは基本料金に含まれる必要がないいかなる課金（例えば、壊れたメーターの取り替えコストなど）についてもそれを一覧として特定することとする。

c. 割引等

割引、セット販売、ポイントについても消費者が理解しやすいようにシンプルなものとした。

デュアルフュエル割引やオンラインアカウント管理割引は「年何ポンド」と表示されなければならない。また、これら割引はそれが適用される料金及び地域を通じて同じ条件で提供されなければならない。割引やポイントは、時間ごとあるいは消費量レベルに応じてコンスタントな率で増加していかなければならない。割引の前払いや忠誠率割引は認められない。

d. 消費者保護のための対策の強化

グリーン料金及び期間の定めのある契約を利用する顧客に対して消費者保護制度が強化された。

これら料金につき、顧客が価格上昇や他の不利益を被ることなく小売業者を変更し、または、料金プランを変更することがより容易になる。期間の定めのある契約につき、小売事業者は顧客に不利益となる変更を一方的に行うことが原則として禁止される。顧客に事前に告知し明示的に合意を得ることによる変更は可能である。

e. Dead Tariff

新規に顧客が選択不可能な料金プラン（dead tariff）であってかつ高い料金プランで契約している顧客は、オープンなプランで最も安いものに移行されることとなる。

小売事業者はもはやdead tariffを創出することはできなくなる。また、毎年dead tariffが他のプランと比較して安いかどうか検討し、もしそうでなければ他のプランに顧客を移行させなければならない。小売事業者は顧客に対し、dead tariffに変更があった場合や、当該顧客が他の料金プランに移された場合には告知をしなければならない。

f. 集团的契約変更手続

消費者の利益を保護するため、取引先の集团的変更手続が導入された。

集团的変更手続が、①ライセンスを得た小売事業者あるいはその子会社により行われるものではなく、②透明で十分広告がなされたものであり、③1回限りのものであり、集団の構成員以外を対象としたプランに影響を与えず、④集团的変更を誘引する電力・ガスの提供を確保することを主たる目的とし、⑤期間の始期及び終期が明確に規定されている限り、小売事業者は4つの基本プランに加えて期間の定めのある契約プランを導入することが可能となる。施行後12ヶ月は、ホワイトラベル（小売事業者以外の者が電力小売事業者と共同で他のブランドで電力提供する場合）は部分的に適用を免除される。

（2） 「Clearer」

消費者がより理解しやすいように以下の制度が導入されることとなった。

a. 代替的プランについての消費者の認知度を高めるための義務

- ・請求書などの消費者へのルーティーンのコミュニケーションの中で、現在契約中の小売業者が提供する、より安いプランについての情報及びそれによりどれだけ節約できるかを表示すること。
- ・消費者が代替的なプランと簡易な比較ができるように「プラン比較レート（tariff comparison rate）」と呼ばれるツールを創ること
- ・消費者に、プランや小売業者は変更可能であることを伝えるためのメッセージを、通常の小売業者の情報提供の中に含めること。

b. 適切な情報への消費者のアクセス改善のための義務

- ・消費者が代替的なプランと比較するために必要な特定の情報を通常の情報提供の際に含めること。例えば、当該消費者の現在契約のプランや、過去12ヶ月の電力消費量、及び、契約変更に伴う手数料などが発生するかどうか、などがこの情報に含まれる。
- ・類似情報をまとめたり、明確なタイトルをつけたり、単純な用語を使用することにより、明確で理解しやすい情報提供をすること

c. 代替的プランに関する消費者の評価・選択を可能とするための義務

- ・消費者の現在あるいは予測された消費量を使用して特定の料金プランの次年度の予想コストの額を算出するための、「Personal Projection」という名称のツールを創ること。
- ・標準化されたフォーマットで料金プランのすべての主要な側面について情報提供する「Tariff Information Label」という名称の新たなコンセプトを導入すること。このことにより、消費者が異なる料金プランのすべてを簡単に比較することができる。

d. その他消費者が自らの評価に自信をもち自らの決定に基づき行動することを可能とするための義務

- ・消費者が料金プランあるいは小売事業者を変更するのに際し、独立した中立のアドバイスをどこで得られるかについての情報提供を行うこと。

(3) 「Fairer」

2008年のOFGEMによる調査結果¹⁰を受けて、小売事業者らによる自主的な行動規範が策定されたが、その後も小売販売において様々な問題が生じ、OFGEMは自主的な規範では十分でないという結論に至った。

そのため、家庭用エネルギー小売ライセンス条件保有事業者に対し、消費者を公正に扱いかつ消費者のニーズを考慮にいれることを要求する新たな行動規範を、拘束性のあるライセンス条件の一部とすることとした¹¹。同行動規範は、消費者と小売事業者（あるいはその代理人）との間のすべてのやり取りに関して適用される。

公正な取り扱いの保証の手段として行動規範は一定の価格レベルやアンシラリーサービス料金レベルを義務付けるものではないことをOFGEMは強調している。しかしながら、行動規範は、特定の商品またはサービスにある料金を課することが公正かどうかの決定には適用される。行動規範の主な内容は以下の通りである。

- a. 行動：小売業者は、公正で、誠実、透明で適切なかつプロフェッショナルなマナーで行動し、事業活動を行わなければならない。

¹⁰ Supra note 3.

¹¹ Standard Condition of Domestic Electricity Distribution Licence の1条の改正及び25条Cの新設が行われている。

- b. 情報：小売業者は以下のように情報提供を行わなければならない。
- (a) 完全で、正確で、かつミスリーディングでないもの
 - (b) 平易でわかりやすい言葉で伝えられるもの
 - (c) その情報が向けられる消費者にとって適切な商品またはサービスに関するもの
 - (d) その他、内容及び表現双方の観点から公正であるもの（より重要な情報を適切に強調して提供されること）
 - (e) プロセス：
 - i 小売業者は消費者が容易に連絡をとれるようにしなければならない。
 - ii 小売業者は、誤りがあった場合には迅速に丁寧に行動しなければならない。
 - iii その他小売業者は、顧客サービス体制及び手続が、万全で、目的に適合しており、透明であることを確保しなければならない。

小売業者は、その行為あるいは不作為が、ライセンシーに大きく有利となり、かつ、消費者への損害の可能性がある場合にのみ、行為規範に違反したとされる¹²。

潜在的違反の深刻さの評価にあたっては、行動規範を遵守しようとする意図のある合理的な人間が、当該事業者が消費者に対応したのと同じように行動するか、を含む考慮を行う。この目的のため、①新たな政策及び手続の採用及び既存政策及び手続の改正にあたり、②新政策導入及び既存政策及び手続運営についての監視にあたり、及び③顧客に対する不利益な結果が判明した時の対応措置にあたっての、小売業者の行為及び考慮（上級社員レベルを含む）を考慮する。その他、消費者に対する損害の程度や潜在的な損害などを総合的に考慮する。

2. 市場の流動性 (Liquidity) 拡大策 ～ “Secure & Promote” Generation Licence Condition (S P C) の導入～

(1) 背景

流動性 (Liquidity) とは、O F G E Mによれば、価格の大きな変更や膨大な取引コストを被ることなく希望する商品を迅速に売買できることを指し、これは市場が効果的かつ競争的であるために重要な要素であるとされる。2008年のO F G E Mによる調査において、英国の電力卸売市場における流動性について懸念が示されている¹³。

2001年～2002年のエンロンの破綻及び多くの卸売事業者の市場からの退出後、垂直統合が進み、その後2年間で事業者間取引量は半分に落ち込んだと言われている。ただし、垂直統合のみが流動性の欠如の理由ではなく、その他、将来の政策変更に対する不安が事業者にあることや、エンロンの破綻以降、卸売取引をする際に保証金を求めることが多くなっている

¹² Standard Condition of Domestic Electricity Distribution Licence 25C.3

¹³ Supra Note 3.

ことなどが複合的な理由となっていると考えられ、また何ら措置をとらない場合にはこの傾向はさらに強くなると予想された¹⁴。

そこでEnergy Billに流動性改善のためのライセンス条件変更の権限が明記され¹⁵、OFGEMは、流動性の拡大のため新たにライセンス条件を大規模な発電事業者グループ¹⁶に対して付加することとし¹⁷、この新しいライセンス条件は2014年4月1日より効力を生じている。

（２） 目的

OFGEM自身の述べる流動性拡大のためのライセンス条件導入の目的は以下の通りである。

- ・ 目的１：リスク回避のための商品が入手可能となること。それにより小売事業者は価格の変化に対応しつつ先物取引を行うことが可能となる。
- ・ 目的２：需給実態（curve）に従った市場価格の形成がなされること。それにより長期的な供給及び需要のシグナルが送られる。
- ・ 目的３：小売事業者及び発電事業者がバランシングリスクを管理できるような効果的な近い将来の市場が形成されること。

上記第一の目的について、OFGEMによればいくらかの改善はなされており、六大事業者の中で他の小売事業者と取引することを約束した事業者もいたが、全体的にみれば十分でないと考えられたため、この目的達成のために新たなライセンス要件が必要とされた。

第二の目的について、OFGEMは改善が見られないとしており、取引が少なく価格差が大きいと述べている。

第三の目的について、OFGEMは、この目的だけが現在達成されていてまた改善もしていると評価している。六大は30%の発電量を一日前市場で売買することに同意するという流動性を高めるための約束と引換えに大規模取引契約にサインをしている。これらの合意は小売事業者に対し最低限の電力販売のインセンティブを与え、さらに小売事業者が売買をマッチするための料金値引きを通じてインセンティブを与えるものである。

（３） ライセンス条件の内容

ライセンス条件は、主として六大事業者の卸売ライセンスに対して適用され、発電事業者

¹⁴ OFGEM, Wholesale power market liquidity: Statutory consultation on the ‘Secure and Promote’ license condition, Nov. 2013.

¹⁵ Energy Act 2013 s. 49.

¹⁶ この条件が課される事業者グループは、Centrica, Drax, EDF Energy, E. On, GDF Suez, RWE npower, SSE, Scottish Power である。ただし、一部の事業者グループには部分的に課されない義務もある。

¹⁷ Special Condition AA of the Electricity Generation Licence.

及び六大事業者の子会社も遵守することを求めている。主たる新ライセンス条件の内容は以下の通りである。

a. Schedule A - Supplier Market Access Rules

上記目的 1 に対応したルールである。ヘッジのための商品についての目的達成のため、S P C はライセンス保持者に対し 5 テラワット未満しか供給していない独立小売事業者または前年度 1 テラワット時未満しか供給していない事業者に対して、または、同事業者からの要請を受け公正で合理的な価格で取引することを義務付けるものである。特に、S P C は最低 0.1MW～最高10MWという小さな単位で、かつ 1 週間後から 2 年後までのベースロードから、1 週間後から 3 年後までのピークロードという幅広い商品の提供を義務付けるものである。価格は認識された指標に基づく必要があり、また、その算出方法は公表が義務付けられる。取引相手に関する独立した評価に基づく合理的な信用上のサポートもなされなければならない。

また、取引については手続的な義務付けもなされており、ライセンス保持者は取引の要請に対し、最初の要請については 20 日以内に返答を行わなければならない、また、その後の要請からは 5 日以内に返答を行わなければならない。

b. Schedule B - Market Making Obligation

上記目的 2 をサポートするために、六大事業者に彼らの発電量の 30% を 1 日前市場で売買することを義務付けることにより 1 日前市場の取引量の増加の動きを固定するものであり、それによって他の小売事業者及び発電事業者が自らのポジションを見極め、短期間でバランスを調整することができるようになる。

c. Schedule C - Reporting Requirements.

上記目的 3 に対応したルールである。六大事業者に、幅広い商品について毎月過半の取引時間の売買価格を表示させることである。売買価格の差により取引を断念させるようなものであってはならず、他の市場よりも差が大きいものであってはならず、また、他の事業者と比較してその差が非常に大きいものであってはならない。もし独立小売事業者が取引したい場合には、ライセンス保持者は公表した価格で 10MW 時までは取引しなければならない。

IV O F G E M による市場調査付託 (Market Investigation Reference)

2013 年 11 月、O F G E M は O F T (Office of Fair Trading) 及び C M A (Competition and Market Authority) と家庭用及び小規模事業者用小売電力市場における競争が働いているかに関する評価を行うことで合意した。O F G E M は 2014 年 3 月 27 日に、市場評価を公表した。

1. 市場調査 (Market Investigation)

市場調査については、2002 年企業法 (Enterprise Act of 2002) 第 4 章に定められている。

OFT及び規制当局は市場について市場評価を行い（market report）、市場の1または複数の特色（feature）が英国あるいはその一部における競争を阻害し、制限し、または歪曲していることを疑う合理的な理由がある場合に、調査を付託することができる（131条1項）。従来は市場調査は競争委員会が行っていたが、2014年4月からはOFT及び競争委員会はいずれも組織を解消しその機能はCMAが継承しており、市場調査もCMAが行うこととされている。

調査の対象たる特色（feature）は、（a）当該市場の構造または構造の特色（b）当該市場において商品または役務を供給し、または獲得する1または複数の者の行為（当該市場における行為かどうかを問わない）、または（c）当該市場に関し、商品または役務を供給し、または獲得する事業者の顧客の行為、を意味する（131条2項）。

調査の結果CMAは、市場の1または複数の特色（feature）が英国あるいはその一部における競争を阻害し、制限し、または歪曲していると決定する場合には、さらに、以下の事項を検討しなければならない。（a）競争への当該悪影響につき、または、競争への悪影響の結果として生じる限りにおいて顧客への悪影響につき、その害を除去し、緩和し、あるいは抑止するため、行動をとるべきかどうか。ここで言う顧客への悪影響とは、価格上昇、品質低下、商品または役務の選択肢の減少、及び、イノベーションの低下を意味する。（b）競争への当該悪影響につき、または、競争への悪影響の結果として生じる限りにおいて顧客への悪影響につき、その害を除去し、緩和し、あるいは抑止するため、他の者に行為を行うことを勧めるべきか、（c）いずれの場合にも、どのような行為をとるべきか、それによって除去、緩和、または抑止されることは何か、を検討する（134条4項）。

CMAは、付託から18ヶ月以内（従来は24ヶ月以内）に調査を完了し報告書を公表する。必要な場合には6ヶ月の調査期間の延長が可能である。報告書において競争阻害等の効果がある特色があると結論づける場合には、競争への悪影響とあるいは顧客への悪影響を除去し、緩和し、あるいは抑止するため合理的で現実的と考えられる（上記検討内容と整合する）行動をとらなければならない（138条2項）。この競争回復のために必要な措置は、構造的な措置を含む広い範囲の行為を含む。CMAは競争を回復させるための措置をとる代わりに、事業者による自発的な行為の申し出を適切であると考えられる場合には受け入れることができる（159条）。報告書公表後6ヶ月以内（4ヶ月延長可）に、CMAは事業者からの申し出を受け入れる決定を行うか、最終決定を行わなければならない。

事業者がCMAの命じた措置に従わない場合には、最大3万ポンドあるいは、1日ごとに1万5,000ポンドまでの制裁金が課され得る（174A条1項）。

競争委員会の時代に、2002年企業法に基づき行われた市場調査付託のうち最終報告書の公表まで行われたのは15件である。うち13件については具体的に競争へ悪影響を与える特色を除去、緩和、防止するために措置がとられている。

2. OFGEM, OFT及びCMAによる市場評価

OFGEMは毎年小売市場における競争状況について報告を行っていたが、2013年11月、OFT及びCMAと共同で小売市場における競争評価を行うことで合意をし、2014年3月27日市場評価報告書を公表した¹⁸。報告書の概要は以下の通りである。

(1) 市場の状況

a. 価格及び利潤は上昇

電力市場での六大事業者の市場シェアは調査期間中11～25%となっている。供給事業者の既存地域でのシェアは全体のシェアと比較してかなり高くなっている。

近年の小規模事業者の増加は心強い変化である。2014年のシェアは5%以上で前年と比較して2ポイント以上増加している。これは小規模事業者が大規模事業者と競争し得ることを示しているが、大規模事業者を牽制することができる力を獲得できるかは未知数である。

取引先変更率は競争が働いているかを見る重要な指標である。しかし、同変更率単体で評価すべきものではない。取引先変更のスピードは、それによる価格の低下などの結果の質と共に重要である。取引先変更による価格低下の可能性があるにもかかわらず、2008年以降継続して率は下降している。これは少なくとも部分的には、六大事業者が訪問販売に消極的になったことにより説明できる。

また、多数の顧客が取引先変更を全く行っていない、あるいはあまり行っていないことが判明している。調査では62%の顧客が取引先を変更しておらず、37%の顧客は依然として地域既存事業者から供給を受けている。

2013年11月及び12月に5年間で最大の転換率を達成しており、このうち25～30%が六大事業者から小規模事業者に転換している。これは、価格高騰をうけてのメディアの報道の影響によるものと思われるが、この傾向が続くかは不明である。

b. 顧客による信頼性欠如

顧客による信頼性のレベルは、期待とは程遠い。2012年のレビュー時よりもさらに悪化している。

具体的には、51～52%の顧客しか小売事業者に満足しておらず、2011年以来苦情も50%以上増えている。2013年の調査では、43%の顧客が、エネルギー小売事業者は顧客に対してオープンで透明な取引を行っていないと考えている。基本的サービスを提供する事業分野では異例の高さである。

c. 頑固に隔絶された市場の存在

国内の顧客の中に異なる価格をつけられている層がある。顧客ごとのコストの違いはこの価格差に見合わない。

¹⁸ OFT, OFGEM, & CMA, State of Market Assessment, March 2014.

単一のエネルギーを既存小売事業者から購入している消費者は他の購入者に転換したことのある購入者より高い価格がつけられる傾向にある。この「固定の」消費者は市場の重大なマイノリティを構成している。

他の価格差は競争が働いていないことにより説明される。六大事業者による同時期の値上げが行われていることや、標準デュアルフュエルにおける価格差は小さくなっていることである。

アカウントをオンラインで管理する顧客や、デビットで支払う顧客や、12～18ヶ月で契約する顧客は最も良い条件で契約をしている。これが生じているのは、多くの小規模事業者が活動している市場においてである。

（２） 市場の特色

上記の状況は、競争に悪影響を及ぼすエネルギー市場の特色、すなわち、小売事業者間の競争が活発でないことが原因である。これは、市場細分化と（おそらく）黙示的協調的行動によるものである。消費者や新規参入者による競争圧力もあり得るが、新規参入の困難さ、既存事業者の拡大、及び消費者からの圧力が弱いと考えられる。

このような側面は、組み合わせられて家庭用消費者及び小規模事業者に悪い結果をもたらしている。この結果は2008年調査でも認識され、いまだ存在している。2011年調査時より悪くなった面もある。

a. 弱い競争－市場の細分化

小売事業者は市場を区分し、基本的には同じ商品に関し、異なる価格を異なる相手につけることが可能である。六大事業者は既存地域で不均衡に高いシェアを有しており、その多くは自由化以来スイッチしていない顧客である。これらの「固定した（sticky）」顧客は、既存地域の顧客より高い価格を支払わされている。これは、その多くが単一エネルギーのプランを選択していることを反映している。

我々の調査では、これら顧客が他の事業者の単一エネルギーのプランに乗り換えることにより平均約100ポンド節約できるが、かなり多くの顧客がこれに参加していない、あるいはほとんど参加していないため価格抑制要因となっていないことが明らかである。従って、小売事業者が既存地域の顧客に対し支配力を及ぼし得ると結論づけられる。

反対に、固定あるいはオンラインのような新しい価格プランについては、かなりの程度の競争が認められ、それが低価格につながっている。既存地域顧客向け単一エネルギー料金と、小規模事業者のオンラインのデュアルフュエルの直接課金料金とでは約250ポンドの差がある。

b. 弱い競争－黙示の協調的行動

市場が十分に安定的でありライバル企業が相互に反応し合う場合（例えば価格の公表により）、お互いの将来の行動が読めるようになり、直接的情報交換なしに協調的な行動をとることが可能となる。この黙示の協調的行動は競争法違反ではないが、競争に悪影響を与え、競争的市場と比較して価格が高止まりする。

エネルギー市場の多くの特徴が黙示の協調的行動を助長する。市場の集中度が高く、企業構造や商品、コストが類似しており、価格は監視可能であり、需要は予測可能である。事業拡大への障壁が大きく、インパクトのある参加者がいないことも小売事業者間の協調のための状況を作出している。さらに、2008年調査において、リスク軽減及び増益のために市場のリーダーとの関係でヘッジ戦略や値付け等をする戦略をとっているという直接の証拠が挙げられている。これらの戦略は個別にとられているが、意図的ではないとしても競争を減殺する効果を持ち得るものである。この評価は、小売エネルギー市場において協調状況が広がっているという以前の評価を裏付けるものである。これが競争法の積極的な違反行為であるとは考えていない。

c. 参入及び事業拡大への障壁

価格引上げや品質低下を画策する小売事業者は、現実または潜在的競争者が顧客を奪う可能性により制約を受けるべきである。競争者が迅速に事業拡大し得る能力は、競争的市場にとって重要な要素である。そのような市場は、現存する小売業者に食い込むための参入及び拡大の可能性を有する。参入を検討したことがある多くの小規模事業者へのヒアリングの結果、以下の障壁があることが確認されている。

垂直統合していない小売業者は卸売市場において取引する際等に、多額の保証金を要求される。このことは、小売業者が参入あるいは拡大する際、強固な信用格付けを有しているか、資本調達が可能であることを必要とするという意味で、障壁となる。

OFGEMの2008年調査でも明らかなように、卸売市場の流動性の低さも、卸売電力市場に競争的な価格でアクセスするための障壁となる。

電力及びガス事業分野は多くの規制がなされている分野である。規制期間によるライセンスだけでなく、行動規範を通じて産業自体が自主規制している。この規制環境は、全ての小売事業者にとっての事業コストである一方、規制遵守の複雑さ及びコストは、それを負担させる顧客規模の小さい小規模事業者にとってはより負担が重くなる。

更なる規制上の問題は、小売事業者に一定の社会的環境的義務負担を政府が求めていることである。このコストは料金を通じて消費者に転嫁される。この義務を負わない基準（顧客25万軒以下）も設けられている。これにより小規模事業者にコスト的メリットはあるが、これは拡大への障害ともなり得る。

規制上の参入障壁に加え、規制変更、政治的・報道上の審査、及びネガティブな報道がな

される可能性が高いことにより影響を受ける。調査に当たり、参入を検討した経験のある事業者にはヒアリングを行った。参入をしなかった理由は、エネルギー市場をめぐる政治環境及び将来の政策をめぐる不確実性であった。市場の評判及び取引先変更手続等、電力産業を通じたプロセスの欠如による企業イメージの低下もまた参入を断念した理由である。小規模事業者も拡大しない理由として同様のものを挙げている。

d. 垂直統合

垂直統合は、英国電力市場の特徴であり、六大事業者は発電量の約70%を直接所有している。ガス市場にはそのような特徴はない。垂直統合は変化しやすい卸売価格に対する経済的ヘッジやバランスリスクに対するヘッジを提供する。垂直統合小売事業者は、取引するにあたり要求される条件が少ないだけでなく、より良い信用格付を得られ、より少ない保証金を供出すれば済むようになる。このような利点がない非垂直統合事業者は卸売市場で取引するためにより多くの保証金を求められる。

このように垂直統合事業者は非統合事業者と比べて資金調達コストを減らすことができる。発電設備に多額の資本が必要であることを考えると、このことは、低価格及びより安定した供給を得られることにより消費者に多くの利益をもたらす。

しかし、垂直統合に関しては、エネルギー市場における競争の減殺という観点からのコストがあるとも考えている。特に特定の時間帯における特定の商品について、卸売市場における流動性の低さは非統合小売事業者にとって参入障壁となる。また既存の非統合小売事業者にとって事業拡大の妨げにもなる。長期契約による流動性の欠如も、新規参入者による新たな投資のための資金調達を困難にし、またそのコストを上げる。ある事業者によれば、六大事業者は大規模小売事業者に安定した電力供給を行うが、これらの電力は非統合小売事業者の手には渡らない。OFGEMの流動性改革（2014年4月～）はこの点に焦点がおかれている。特に、独立小売事業者及び独立発電事業者が、卸売市場へのアクセスやより良い値付けを行うことを可能とすることを主眼としている。しかし、同改革は、独立小売業者が直面する資本や担保の問題や、垂直統合により生じるより一般的な効率性におけるメリットの問題に対応することを意図しておらず、どの程度対処しているかについては評価が分かれる。

電力市場における垂直統合のコストとベネフィットの比較は本報告で行ったものより詳細な検討を必要とするため、ここでは行わない。しかし、このような検討を必要としないというほど、ベネフィットは明らかなものではなく、反対に垂直統合により生じる参入及び拡大への障壁という意味における小売競争へのコストは、特に競争がすでに弱められた市場においては、膨大であると考えられる。

e. 消費者からの圧力の弱さ

競争的な市場においては、消費者による取引先変更可能性が小売業者に対して競争圧力を与えることが期待できる。しかし上記で述べたように、このようなことは市場で生じていな

い。

2011年の調査により問題点が指摘され、その結果多くの改革が実施されている。この改革の中には、一小売業者が提供できる料金の数を制限することや、小売業者が消費者にどのように対処すべきかを定める行動規範や、より明確な料金情報を与えることなどが含まれている。本評価において、関係者にこの改革について尋ねたが、問題をどの程度解消できているかについては評価が分かれた。

また、OFGEM依頼による最近の消費者調査の結果を見たが、スイッチしたことのない消費者が有する、小売業者を変更することが可能であるかについての認識は、2012年より微増している。しかし、消費者全体の10人に1人は小売業者を変更できることを知らなかった。同一小売業者の中で料金メニューを変更できることについての認識は大きく増加している。

2014年の改善策導入前の時点では、最善のメニューを評価し見定めるためには障害があることが調査でも明らかとなっていた。62%の消費者が選択可能なメニューが多すぎると述べ、54%の消費者が、どの料金が可能なのか、全く、あるいは、あまりわかっていないと答えている。

一度も他の小売業者に変更したことがない消費者の中で変更を煩わしいと答えた消費者は27%、変更によって何か問題が生じるのではないかとという恐れにより、多くのものは消極的になっている。変更したことのある消費者も、その選択が正しかったのかについて自信を持っていない。2012年4月までの1年間で変更を行った消費者の26%がもう変更をしないと答えている。その理由の一つは現在の事業者に満足しているというものだが、他の理由は消極的なもので、変更プロセスが複雑であるとか、結果に満足していないというものである。

小売業者に対する総合的な満足度及び信頼も低下している。43%の消費者が電力小売事業者が消費者とオープンに透明に取引しているかについて、信頼していないと答えている。

これらの結果から、電力小売市場において、消費者の行動が少なく競争圧力が弱いことが重要な特徴となっており、この特徴は近年強まっていることが明らかとなった。

3. OFGEMによるCMAへの市場調査付託

上記市場評価に基づき、OFGEMは電力小売市場における特色として、①顧客の反応の弱さ ②既存事業者有利 ③黙示の協調の可能性 ④垂直統合 ⑤参入及び拡大の障壁を、挙げ、これらの特色が競争に悪影響をあたえているかについてCMAに対し市場調査の付託を行った¹⁹。

調査付託が適当であるかについての判断において問題とされたのは、上記小売市場制度改革が2014年4月より全面的に実施されており、その結果が明らかとなる前に付託を行うとい

¹⁹ OFGEM, Decision to make a market investigation reference in respect of the supply and acquisition of energy in Great Britain, June 2014.

うタイミングについてであった。これについて、OFGEMは、CMAは調査においてその効果に関する証拠を含めて検討することができること、また、CMAはOFGEMが有していない権限を有しており、OFGEMの政策が成功するか否かにかかわらず、調査付託によって競争性の向上のために可能なすべての手段が取られることが確実になること、を理由として挙げ、その時点で付託をすることは最善の方法であるとしている。

付託は2014年6月26日に行われ、2015年12月25日が最終報告書公表の法律上の期限となるが、半年の延長が必要であると判断され、2016年6月15日が期限とされている²⁰。

V 小売市場規制改革に関する評価

OFGEMによる小売市場改革について、消費者団体等は一般的に高く評価をするコメントを公表している。エネルギーコストの上昇は賃金の平均的上昇率の7倍となっており、消費者団体に寄せられるエネルギー関連の苦情は21%も増加している。このことを踏まえると、CMAに対する市場調査付託は、歓迎すべきことであるとする²¹。

これに対して、上記OFGEMの各措置については批判もある。

まず、Retail Market Reviewを受けての小売ライセンス条件変更に関する批判がなされている。OFGEMは市場に多くのそして時として複雑な料金プランが提供されており、顧客が市場にコミットすることが困難となっていると考えたため、提供できる料金プランの数を限定することとした。しかし、このように多くのプランが提供されているのは、特定の顧客グループのニーズに対応し、その顧客の歓心を引きつけようとしたのかもしれないとの指摘がある。経験的証拠によれば、顧客は、よりシンプルなオファーよりも、魅力的なオファーがなされた結果として市場にコミットする可能性が高いとされており、事業者により提供されるプランを限定することにより、OFGEMは顧客にとって魅力的なオファーを小売事業者が行うこと、すなわちイノベーションを実際には妨げている、とこの論者は指摘する²²。また、新たなプランを導入する際に、現存する4つのプランの1つを撤回することを余儀なくされるのであれば、小売事業者にとってはリスクが高くなる、とも指摘されている。また、デュアルフュエル等によるディスカウントは、提供する場合はすべての顧客に対して行われる必要があるが、大口の顧客に提供することが経済的に合理性のあるディスカウントでも小口の顧客に対しての提供は割があわないこともあり、その場合には結局そのディスカウントは提供されないこととなる。このような意味で消費者の利益にはならない場合があるではな

²⁰ CMA, Notice of extension of the inquiry statutory period pursuant to section 137(2A) of the Enterprise Act 2002, Sept. 21, 2015.

²¹ Citizens Advice, Press Release, June 26, 2014, .

http://www.citizensadvice.org.uk/index/pressoffice/press_index/press_20140626a.htm.

²² Stephen Littlechild, The competition assessment framework for the retail energy sector: some concerns about the proposed interpretation, Regulatory Policy Institute.

いか、とも批判されている。

さらに、提供できる料金プランを限定することは、結局参入を促したい小規模事業者にも悪影響をあたえるのではないかと指摘される。4つのプランしか提供できないのであれば、「ニッチ」な需要を狙ったプランを多数提供することによる事業展開は行い得ず、結局多くの顧客層を狙ったプランを大規模事業者と同様に提供せざるを得ず、このような小規模事業者がイノベーションと新規カスタマーサービスにより市場に与えてきた影響が失われる可能性があるとは指摘されている²³。

Dead tariffsについても、消費者の利益にはつながらないのではないかと指摘がある。新規の顧客には提供されなくなった高額なプランで契約している顧客を、最も安いプランに移さなければならないのであれば、事業者はその高額なプランを新規の顧客に提供をしない決定を行わないというシナリオが考えられ、プランの数が限定されていることと併せて考えた場合には、結局新規の安いプランが提供される時期が遅れるか、あるいは全く提供されなくなると指摘する。

OFGEM、OFT及びCMAによる市場評価及びそれに基づく市場調査付託の決定において、取引先変更率が低いことや、市場の細分化、すなわち、既存事業者から変更していない「固定客」が、当該事業者が域外で販売する価格よりも高い価格で購入している点が問題とされている。しかし、取引先変更率自体は市場が競争的であることとは無関係であること、転換コストが高い市場においては新規参入者は新たな顧客を求めて低価格で販売せざるを得ないのであり、価格差があることは、競争が「ないこと」の証拠ではなくむしろ「あること」の証拠なのではないか、との指摘がある²⁴。第2の特質である黙示の協調の可能性についても、市場評価では同時期に同様の値上げをしていることをその根拠としてあげているが、エネルギー産業においては事業者は同様の卸売価格及びネットワークコストに直面しており、競争的行動の結果として生じた現象であるとも考えられるとする。参入及び拡大障壁としての流動性の欠如も、六大事業者はそれぞれ売買量に格差があり、問題とはならないとする。また、OFGEMも認めるように、垂直統合はそれにより格付が上がり、また保証金も少なくてすむ点において現実的なコスト削減効果をもたらしており、問題視すべきではないとする。

また、規制と競争全体についても、小売市場における競争を促進するためには、専門的な競争当局（CMA）による競争的な市場構造の維持がはかられるべきであって、政治的に脆弱な規制当局（OFGEM）によるべきではないとの批判も見られる。

²³ Stephen Littlechild, A response to OFGEM' s consultation on its Retail Market Review - Updated domestic proposals(2012).

²⁴ Frank Maier-Rigaud, Sean Gammons & Geerge Anstey, The UK Energy Market Investigation: A Desperate Search for Evidence of a Lack of Competition?

VI おわりに

ここまで、英国のエネルギー小売市場における制度改革について検討してきた。英国は、各国に先駆けて小売完全自由化を達成し、特に自由化当初は制度が比較的機能していると評価されてきた。しかし、2003年頃からの原料価格高騰を契機として小売価格は値上がりを続け、また、自由化直後は比較的高いと考えられてきた消費者による小売事業者変更率も、むしろ低下してきたことから、問題があると認識されるようになった。また、2013年ごろには、英国において、電力事業者は「儲け過ぎ」であるとの報道や世論形成がなされるようになったことも大きなきっかけとなって、小売市場における競争を活性化するための改革をとらざるを得ない状況になったと考えられる。本稿で概観した、「Simpler, Clearer, Fairer」というタイトルで表現される小売市場制度改革や、流動性改善のための制度改革、さらに、OFGEM及びOFTによりなされた市場評価を受けて行われた市場調査の負託も、この流れの一環として考えることができる。

市場調査は、エネルギー小売分野全般にわたる幅広い問題についてカバーするもので、そのそれぞれについて詳細な検討が必要とされており、当初から困難なものであると指摘されていたが、実際に調査期限を延長する決定がなされ現在も検討作業が続いている。Vで見たように、小売市場改革の中でも特に「Simpler」部分については批判が多く、これについては市場調査の結果、撤回、あるいは何らかの大きな変更が行われることが予想される²⁵。自由化が行われた結果、各社が多種多彩のプランを提供するようになり、従来選択する余地なく当該サービスを購入していた消費者にとって理解が困難な状況が生じた点においては、わが国の電気通信市場についても共通の状況である。わが国においては、なるべく需要者に理解されやすい形での情報提供を義務づけることを中心として規制あるいは自主規制をすすめることが指導されているのに対し²⁶、英国ではそれでは十分ではないと考えられ、各社が提供できるプラン数の上限を定めることを義務づけたことは、需要者に理解されやすいプラン提供という点については、画期的な制度改革であったとも言える。しかし、批判的論者が指摘するように、それによってかえってイノベーションが妨げられることとなり、また、小規模事業者が特徴的なプランを提供することが妨げられる場合があると考えられ、市場調査の結果どのような決定がなされるのか、非常に興味深い。これについては、2016年3月には暫定的な措置案が公表されることが予想されており、その検討については別稿に譲りたい。

²⁵ 2015年6月にCMAによって公表された暫定的認定において、小売制度改革のうち「Simpler」は競争を制約するものであり、撤回すべきであるとされている。CMA, Energy Market Investigation - Provisional Finding Report, July 2015.

²⁶ 総務省「ICTサービス安心・安全研究会報告書～消費者保護ルールの見直し・充実～通信サービスの料金その他の提供条件の在り方等～」(2014)。報告書においては、消費者に対する表示のあり方だけでなく、問題のあるとされる勧誘方法や契約締結ルールについても検討されている。

第 4 章

電力市場における濫用規制の問題

－ Strom und Telefon II 等を手がかりにして

香川大学大学院連合法務研究科教授
柴 田 潤 子

I はじめに

電力の規制緩和の進展とともに生じる独禁法上の問題を検討するという趣旨で、ドイツにおける電力との関係で問題となった濫用規制事例を紹介する。いわゆる組み合わせないしはセットで販売する事例がみられたので、これらに関連する事例を主に検討する。検討する事例については、日本法にいう抱き合わせに該当しない形態やいわゆるセット販売に関するケースがあるが、本稿では、抱き合わせに該当する行為以外は、組み合わせ供給として整理する。なお、小売自由化が進展するなかで、小売価格の問題もドイツでは顕著であるが、当該搾取的価格の問題については、今回は特に検討しない。

II 規制緩和直後のケース

電気通信市場の規制緩和を受けて、電気通信サービスと関連する商品（例えば資本関係がある事業者による電力供給）が組み合わせで供給されるケースが出てきた。エネルギー供給と電話・インターネットサービスを組み合わせで供給するケースについては、様々に裁判所によって評価されてきた。

（１） 第一のケースでは、地方公営事業者¹が、同時に提携（結合）している電気通信供給者の顧客になる場合に、電力料金を割引いたケースである²。裁判所は、当時のリベート法9条（特別割引）に基づき当該供給を容認しなかった。この特別な割引は、一定の集団のみに供与することができ、本件では、当該基準となる集団に当たらないとされた。

さらに、競争制限防止法19条4項（現行法2項）1号を適用し、公営事業者の行為を濫用とした。公営事業者は、電力供給に係る市場において市場支配的地位にあり、かかる地位が当該地域の全ての一般家庭へのアクセスを強化し、一般家庭に電気通信サービスを当該子会社から購入する様に誘引するため濫用された。電気通信と電力供給の業務共同化から生じるメリットが顧客に転嫁されているという正当事由は、妥当しないとされた。また、電力価格の代わりに電気通信サービスの価格を引き下げの場合と同じ結果をもたらすこととなり、これに対して、電力価格の引き下げは、能率競争の手段ではないとされた。その他、顧客には一定の金額で価格割引が提供されているのではなく、パーセント（割合）のみが示されており、混同効果が懸念された。このように述べて、公営事業者の子会社は、能率競争でない手段でもって電気通信サービス市場に参入しようとしたと評価され、電気通信市場で、ドイツテレコムが独占的地位にあることは、重要ではないとされた。

本件は、組み合わせ販売が禁止されたケースである。

¹ 地方公営事業者とは、電力会社から電力を購入して最終利用者に再販売する事業体で、配電小売を担っている。自由化直後は約900社存在したが、その後企業結合等で数は減少傾向にある。地方公共団体が出資することが多い、電力だけでなく、水道、ガスなどの公益事業を行っている。

² カッセル地裁（LG Kassel）2000年3月21日

(2) 第二のケース³では、地方公営事業者が、月々のパッケージ価格を提供し、その中で、顧客は、割当制限のない電力、ISDN接続の加入、ローカル地域における時間制限のない電話サービスを利用することができた。これに対して、電気通信を営む事業者ドイツテレコムが当該行為の差止を請求した。本件の決定では、公営事業者が電力供給に係る市場において市場支配的地位にあるとされた。さらに、電力市場において支配的地位にある事業者が、支配していない電気通信サービス市場における地位を強化するために、電力市場における支配的地位を利用しようとしていることを問題視しつつも、当該組み合わせ販売は、少なくとも競争者の競争地位に間接的な効果を及ぼすとも述べられたが、この効果自体は、19条に言う濫用を意味しないとした。本件行為は、公益上の供給のための包括的なサービスに係る新しい市場を創出し、当該新しい市場へのアクセスは自由であるべきで、価格競争が競争の中心手段であるとした。当該決定は、組み合わせ供給の違法性をかなり緩やかに捉えている。また、市場の画定も独特であり、統一的（電力・電気通信を含めた）市場に言及している。

本件の控訴審では⁴、まず不正競争防止法1条の観点から検討された。本件で問題になっているセット価格で電力供給と電話サービスを合わせて供給することは、反競争的ではないと評価された。本件の広告・表示からは、それぞれ個別の価格は明らかではなく、いわゆる隠された組み合わせ供給が問題となっているが、原則としてこのような組み合わせ供給は許されている。組み合わせた商品の魅力を増すことによってその供給の質や価値を高めることは、事業者の自由の範囲に含まれる。隠された組み合わせが例外的に反競争的であると捉えられるのは、個別価格が表示されていない、ないしは、計算の手がかりがなく、そのため競合品と比較できないことから、情報を得るために膨大な労力が必要とされる場合である。本件で問題になっている組み合わせには、かかる点から問題はなく、価格比較は可能であるとした。

競争制限防止法19条の観点からは、まず、エネルギー供給者の市場支配的地位は肯定された。ドイツテレコムは、当該組み合わせが電力顧客を公営事業者に拘束し、かつその地域の電力市場におけるほぼ独占的な地位をさらに強化する懸念があると主張した。これに関して、裁判所は、市場支配的事業者による濫用行為の保護は第三市場に及び、当該組み合わせ供給が、支配されていない市場である電気通信市場において、他の事業者の競争可能性を著しい方法で、正当な事由なく制限しているかどうかを検討されなければならないとした。さらに、ドイツテレコムは、能率競争に反する行為であることから、濫用行為が存在すると非難したが、裁判所は、そもそも能率競争に反することが即、濫用を意味するのではないとした。

19条の適用に際しては濫用規制の目的等に鑑みて、基準となるのは、個別の事業者の保護ではなく、競争それ自体の保護であるとして、第三市場における参入及び競争可能性が著し

³ ドルトムント地裁（LG Dortmund） 2000年7月12日

⁴ 「Strom & Fon」デュッセルドルフ高裁（OLG Düsseldorf） 2001年2月21日

く制限されている場合に、濫用が認められるが、本件では、電気通信サービス市場では、このような実質的制限が存在しないとされた。とりわけ重視されたのは、ドイツテレコムが地方の地域網の電気通信市場において市場支配的地位を有していることであった。ドイツテレコムの競争者の市場シェアは、1.5%に過ぎない。エネルギー供給者の電力顧客の大多数が本件（抱合わせ）供給を利用したとしても、その侵害は著しい程度には達しない。このため、公営事業者の供給は、ドイツテレコムの競争可能性を制限する状態にはないと判断された。ドイツテレコムの差止請求を認容すれば、とりわけ、ドイツテレコムの卓越した資本力に鑑みると、ドイツテレコムによって支配されている市場における競争の強化・促進から、ドイツテレコムを保護することになると指摘された。

（３） 第三のケース⁵は、（２）のケースと類似している。公営事業者が、電力、水道及びガスと電話を選択的に又は一括して供給し、それに価格割引を約束した。裁判所は、電気通信とエネルギーの統一市場の存在を否定し、取引の実態に鑑みれば、それぞれ独立の市場が確定されるとした。エネルギー市場において公営事業者は独占的地位にあるとしつつも、電気通信市場での顧客の獲得のためにそれを利用することは、電気通信市場の状況から見て（ドイツテレコムの独占状態）、問題がないと判断された。

（４） これらのケースでは、ドイツに特徴的な存在である地方公営業者に関係するケースが多い。顧客の信頼等を構築していない新規参入者にとっては、（従来法的な独占が認められていた）電気通信の市場において新規参入の障害を乗り越えることは容易ではないが、地方公営事業者は、新規参入の障害を乗り越えられる数少ない事業者に数えられる。地方公営事業者は、類似の市場である電力供給の市場で、同様に顧客の信頼を得ている。本件では、ドイツ全土に及ぶ高い市場シェアから見れば、地方公営事業者の抱合供給により、ドイツテレコムが妨害される蓋然性は殆どないと考えられた。

II Strom und Telefon のケース

1. Strom und Telefon I⁶

Y 1 は、地域の電力供給事業者であり、8 万の顧客に電力を供給し、K 交通及び持株会社がその多数株主となっている。Y 2 は、その持分の38.6%が地方公共団体A、27.1%がY 1 によって所有され、12.3%が州銀行Bによって所有され、電気通信サービスを供給する。Y 2 が、部分的にY 1 と共同して、その他、部分的に他の地域の電力供給者と共同して、電力、電話及びインターネットを統一的な月額基本価格でもって組み合わせて供給した。

Y 2 は、地方公営事業者Aと共同してCombitelという名称のもとで、「Combitelは、年間174DMを節約することができます。例えば、一家族4人の場合又は「ハイテクシングル家

⁵ 「Ruhrpower-Pakete」デュッセルドルフ高裁（OLG Düsseldorf）2002年6月20日

⁶ 最高裁（BGH）2003年11月4日

庭」の場合、combitelは、電力、電話及びインターネット接続の基本料金が44DMとなります」と宣伝している。当該宣伝によると、combitelは（電気・電話・インターネット）44DMであり、キロワットアワーは、23.78ペニヒで、期間は六か月である。電話の料金は、別途計算される。Combitelの電力は、地方公営事業者A等による供給となる。

(a) Y 1 の電力顧客になると、同時にY 2 と電話契約を締結することになるパターン

(b) Y 2 と電話契約を締結すると同時にY 1, A地方公営事業者、またはL電力会社の顧客となるパターン

いずれも、価格割引を受けられる。

これに対して、ドイツテレコムは、Y 2 の供給及び当該宣伝において、Y 1 等の市場支配的地位の濫用に当たるとして、Y 1 に対する差止訴訟を提起した。

判決では、まず、市場支配的地位にある事業者が、その地位を濫用して、当該事業者によって支配されていない第三市場において他の事業者の競争可能性を制限する場合、第三市場で活動する競争者に、差止請求の原告適格を認めた。

市場画定については、エネルギー市場の自由化後も、購入エネルギー量の圧倒的大部分が当該ネットワークオペレーターによって供給される限り、小規模顧客に電力を供給する地域のネットワークオペレーターの供給地域が、地理的に重要な市場として画定される。かかる市場におけるY 1 等の支配的地位を前提とするが、本件で問題となった組み合わせ供給は、Y 1 の市場支配的地位の濫用に当たらないとされた。特に、電気通信市場における競争にとって著しい方法で、他の事業者の競争可能性を正当事由なく制限することは認定されなかった。さらに、地域の利用者は、当該事業者から供給されることに慣れており、電気通信サービスをY 1 から購入するように促されるという吸引効果も否定された。

当該組み合わせ供給は、不公正な競争方法にも該当しないため、Y 1 が、電力と電気通信サービス両方を購入する場合に、その顧客に対して割安な価格で供給することは、正当化される。これは、市場支配的事業者にも禁じられておらず、競争の自由に向けられた競争制限防止法の目的に反しない限り、市場支配的事業者にもかかる自由は認容されている。市場支配的事業者の経済活動を第三市場に拡大するような本件において、かかる行為は、市場支配的事業者の競争行動は問題視されることを必ずしも前提としない。競争者にとって第三市場における市場参入制限が生じる場合に、法目的に反すると捉えられるのであり、これを裏付ける事実は認定されていない。他の事業者の競争可能性は電気通信市場における競争にとって著しい方法で制限されていない、という高裁の認定を支持している。

市場支配的地位にある電力供給者が電力と電気通信サービスを最安値の単一価格で供給する抱き合せは、それが強制されておらず、競争者にとって電気通信市場の参入制限が根拠づけられていない限りは、原則として問題はないとされた。

2. Strom und Telefon II⁷

公営事業者Sは、S市区域でガスや水を供給するだけでなく、子会社を通じて電力を供給している。その持分の75.34%は、S市によって所有されており、Sは、電気通信サービスを提供するS2の最大の持分保有者である。

1999年末から2000年初にかけて、Sは、「R.Power」契約という名称で、12ヶ月間にわたってセット販売をした。その内容は、Sからの電力購入、及びS2からの電気通信サービスの購入を含み、これらのサービスを同時購入すると、年間割戻金が120～300マルク予定されていた。インターネットの宣伝では、

「・R. power XS Strom+Telefonie

電力を購入し、同時にR. Netの顧客になり、その場合には、あなた方に月10マルクの更なる割引を提供します。1年で120マルクの減額となります。誰が、ノーといえるでしょうか？

・R. power M Strom+Wasser（水道） +Telefonie

電力と水道を公営事業者から購入すると、既にR. Netを通して安く電話をすることになり、月に18マルク、年間180マルクを節約する可能性があります。

・R. power XL Strom+Gas+Telefonie

電力とガスを公営事業者から購入すると、R. Netを通して既に格安で電話をすることになり、月に20マルク、年間240マルクを節約する可能性があります。

・R. power XXL Strom+Gas+Wasser+Telefonie

電力と水を公営事業者から購入し、同時にR. Netの顧客であると、もっとも高額なR. power節約を利用する事ができます。月に25マルク、年間1300マルクを節約する可能性があります。信じられませんが、本当です。まだ何か躊躇する理由がありますか？」

かかる供給とその宣伝に、Sの市場支配的地位の濫用があるなど、原告であるドイツテレコムが主張した。

顧客がS2において電話接続を申し込み、とりわけ上記で示した様な料金で申し込む場合に、電力の購入が最安値で供給されるという電力供給契約締結のための宣伝をすること、実際に、広告通りに価格優遇を供与することの差止を求めた訴訟であり、高裁では請求は認められなかった。

高裁では、一定の地域に画定された電力市場において市場支配的地位の存在は認められたが、当該市場支配的地位の濫用は認定されなかった。

電力顧客の少なくとも96%が、その既存の独占に基づくSを通してS1に移行する懸念をドイツテレコムが主張しているが、高裁では、顕在的な脅威が殆どないとされた。たとえ、顧客を自らの取引に移行させるために、S1がSの力を利用していると仮定しても、それに

⁷ 最高裁（BGH）2003年11月4日

起因する電気通信市場におけるドイツテレコムに対する著しい妨害は認定できないとした。ドイツテレコムの供給が、中小口の家庭顧客に与える影響が実際に大きく、このため消費者を誘引する程に価値があるとしても、これは、ドイツテレコムによって支配されている市場にとっては顕著といえず、かつドイツテレコムに対して明白に悪影響を及ぼすような展開は、具体的に把握できないとした。

そして、最高裁は、以下のように述べて、高裁の判断をおおむね支持している。

競争制限防止法19条1項違反から33条に基づく差止請求は、S が関連市場である電力市場において市場支配的地位にあり、その地位を濫用し、すなわち、Sによって支配されていない電気通信市場における他の事業者の競争可能性を競争にとって著しい方法で制限する場合に、認められる。この制限は、支配的な市場だけでなく、第三市場においても生じうる。19条1項の一般的規定の理解によれば、濫用行為は、支配的な市場において捉えられる必要はないとされており、第三市場において市場支配者の競争者も濫用行為から保護される。

しかし、本件では、電気通信市場における競争にとって、著しい方法で他の事業者の競争可能性が、正当な理由なく制限されていることは認められなかった。高裁では、電気通信市場で活動する事業者の一般的な競争可能性の制限ではなく、特別にその市場を支配しているドイツテレコムを基準にすべきであるとされたが、最高裁では、かかる理解は適切ではないとされた。というのは、19条4項1号にいう競争が制限されるかどうかは、請求者である当該市場参加者の個別の競争状況に左右されるのではなく、当該市場における一般的な競争可能性が影響を受ける限りにおいて、意味を持つ。これによれば、正当化されない競争可能性の制限が存在する場合、そこから生じる差止請求は、いわば当該市場を支配する競争者にも認められるのである。もっとも、このような法的誤りの可能性は、結論に影響を与えないとされた。高裁の認定からは、強制的な組み合わせ、必需品・サービスと不要品の組み合わせた抱き合わせ、つまり電気通信市場における競争可能性を正当化しない様な観点を示す行為が問題になっていない限り、組み合わせ供給は禁止されないのである。

公益的供給に関する供給義務と私的な経済活動が結びつけられ、電力利用者のSへの構造的な依存性を利用しているというドイツテレコムの批判は、根拠がないとされた。一方で、電力は公益性の高い供給であり、他方で電気通信サービスが私的経済活動として特徴付けることは、不適切である。Sは、私的な供給者として活動しており、電力を供給するか、又は電気通信を供給するかは問題ではない。Sは、S1と共同して、電気通信サービス販売のために、電力顧客を獲得しようとする場合、Sは電力供給者として公益的な供給の責任を担っていることから、能率競争に反する手段を用いているとはいえない。Sの顧客が、従来他の電力供給者に変更する可能性を殆ど利用していないことから、当該顧客はS1から電気通信サービスを購入する様に脅迫されていると感じていること、ないしは唆されているとは推論されない。高裁でもかかる点の認定はない。

同様に、高裁が「吸引効果」について何も認定していないこと、すなわち、当該事業者による供給に慣れているので、地域の消費者は、Sから電気通信サービスを購入するように促されていることについても異論はないとされている。

さらに、以下で説明するように、当該組み合わせ供給は、不公正な競争を意味しない。組み合わせを理由にして、電力だけでなく電気通信サービスを購入する場合、Sがその顧客に価格的に魅力のある供給を提示することの正当性は十分に認められている。このことは、市場支配的事業者にも禁じられていない。すなわち、どのような製品・サービスでもって市場に参入するかという判断は、原則として事業者の経済活動の自由の範囲に含まれる。著しい価格メリットの提供が、当該提供を購入する様に消費者を誘引するのは、何ら正当化されない侵害ではない。むしろ、この点に価格競争の意義があり、市場支配者もその限りで、価格競争を促進しうるのである。

競争の自由に向けられた法目的に違反する手段の行使は、市場支配的事業者の経済活動が第三市場に拡大するような本ケースにおいて、必ずしも市場支配的事業者の競争行為が、法違反として非難されることを前提としない。むしろ、当該ケースでは法目的違反は、第三市場における競争者にとっての市場参入制限に達する場合に、市場支配者による競争行動の効果から明らかとなる。しかしながら、この点は、高裁の事実認定から十分に明らかにされていない。

また、不正競争防止法1条に基づく差止請求も認容されなかった。同法1条の保護目的に向けられた、行為の全体的特徴についての評価にしたがい、競争法上の不公正な行為を構成するかどうか検討されなければならない。

Sの供給は、電力供給と電気通信サービスの組み合わせ供給が反競争的であるとして問題視されることはない。組み合わせ供給の評価に関する競争法上要件は、最高裁の判例によれば、消費者にとって、とりわけ、供給について事実上の価値の欺瞞があり、かつ十分に情報が提供されていない様な取引から生じる懸念に向けられている。組み合わせた供給は、典型的には、個別価格が示されない限り、消費者による価格比較を困難にし、それを超えて一定の混同や価格隠蔽の可能性を含む。その他に、特にサービスの一部が無償である、ないしは販売に付随するくじ的な利益がある場合、具体的事例によっては極めて強い誘引効果が組み合わせ供給から生じるため、たとえ合理的な行動をとる消費者においても購入判断の合理性が後退することになる。

消費者の利益において供給の透明性が要求される場合であっても、本件で問題となっている様な、複数の様々なサービスの購入について一括して割戻しする表示は、それとして問題視されるわけではない。それは、消費者が、同一又は他の供給者による個別価格をもって全体の供給を比較したい場合に、全体の価格に価格メリットがあるのか、あるとすればどの範囲かということの場合に応じて認識するために、個別の価格を調査、計算しなければならない

いことから、価格比較を困難にするということになる。しかし、全体価格に包括されたサービスについて、全体の価格を全体でのみ表示しているために、供給者が実際に要求することがない個別価格を提示することが求められる。その限りで、透明性の要求は、原則として、組み合わせた供給自体ないしは全体価格の表示を禁じるものではない。むしろ、価格比較を行い、そして供給の価格価値について考慮を重ねることは、消費者の問題である。というのは、少なくとも基準となる全体価格に関して、価格比較は常に可能である。

①上記のケースに共通する事実関係は、第一に、組み合わせた供給によって電力供給者が、その顧客を利用して他の市場（電気通信）に参入しようとしたことである。電力市場における市場支配的地位に基づいてのみ、電気通信市場で価格割引等の価格メリットを提供する。第二の特徴としては、電力と電気通信市場は、両者ともに規制緩和が展開してきた市場である。一方で、ドイツでは公営事業者が、電力供給市場において従前からの地域の独占力に基づき大規模な顧客層を持っている。他方で、ドイツテレコムは、電気通信サービスにおいて国家的な独占の利益を依然として享受している。第三に、電気通信市場においては、ドイツテレコムや公営事業者の他に、潜在的ないしは顕在的な競争者が存在していることである。

②最高裁（Strom und Telefonのケース）は、まず、強制的な組み合わせ供給、必要品・サービスと不要のそれとの組み合わせた供給は、競争可能性の制限に不当性がなければ、当該組み合わせた供給は禁止されるべきではないとしている。とりわけ、「強制的」な組み合わせかどうか重視されており、これは、公正な取引手段か否かを判断する考え方が現れていると考えられる。

Ⅲ Fernwärme für Börnsen（不動産の購入とエネルギー購入を組み合わせたのケース）⁸

自治体Bは、当該自治体区域における都市計画の実施者である。エネルギー供給事業者であるH（Hamburger Gaswerken Gesellschafterin）と共に、当該自治体区域で天然ガスを供給するB（Gas- und Wärmedienst Börnsen GmbH）の多数持分保有者である。1998年来、当該子会社Bは、火力発電所を所有している。この発電所は、自治体における新しい建築地域に地域熱供給を供給するために設立された。新しい建築地域の不動産の一部は、自治体の所有であり、これは建築を希望する利益者に販売された。もっとも、その際に、購入者は地域熱供給をその子会社から購入するということが条件付けられた。当該措置に対して、火力及び鉱油を扱う業者団体が、競争制限防止法および不正競争防止法に基づく差止請求を提起した。

下級審で、当該請求は認容され、自治体Bは、鉱油等取扱業者の利益を侵害して、その公的な利益を利用しており、これは、競争制限防止法及び不正競争防止法違反を構成するとさ

⁸ 最高裁2002年7月9日

れた。競争制限防止法の視点からは、自治体の行為は、同法20条4項に言う相対的な支配力の濫用行為に当たるとしたが、その際、市場画定は行われなかった。火力発電所経営の利益を確保するために、当該団体のメンバーに不利益を与える形で、他のエネルギー供給者を市場から排除する意図を持つ行為とされた。

これに対して、最高裁では、まず、不動産をBからの地域熱供給の購入義務を条件とするいわば抱き合わせ販売するという、自治体の措置は、不公正ではないとした。供給者が、一定の商品又はサービスを他の商品又はサービスと抱き合わせてのみ供給することは、それ自体不公正ではない。当該供給の広告を通して、実際の供給品・サービスの価値の欺瞞が消費者に生じたり、情報提供が不十分な場合に、その不公正さが問題となる。抱き合わせ自体が認容されるかどうかは、競争制限防止法に基づき判断されるとする。

そして、裁判所は、本件に、競争制限防止法20条4項を適用することに疑問を示した。当該規定は、同一の市場で活動する競争者の妨害を問題にしており、本件はこれに当てはまらない。暖房エネルギーについての統一的市場は存在せず、自治体の子会社B及び団体メンバーは、それぞれ異なる市場で活動している。たとえ、新築において暖房源の新設に係る統一的な市場が存在するとしても、自治体Bはそもそも競争制限防止法20条4項にいう、当該団体のメンバーとの関係で圧倒的な市場地位を持っていない。また、自治体Bおよびその子会社Bによって供給されるサービスは、買手にとって、他の近隣の自治体地域における他の不動産供給と代替可能である。

また、自治体の名宛人該当性が肯定されたとしても、自治体の行為は不当な妨害に当たらない。不当性は、利益衡量の基準によって判断され、不動産販売契約に際して、子会社からの購入義務を課すことの正当な利益が認められた。すなわち、当該新築地域の一般家庭で、分散的な石油燃料を利用することなく、火力発電からの地域熱供給が供給されれば、この義務は、環境保全に機能することは争いの余地がない。

購入義務を抱き合わせて不動産を販売するという義務も、競争制限防止法ないしは不正競争防止法違反を構成しない。

本件について検討してみる。まず、自治体が、何ら競争制限防止法20条4項にいう「市場において圧倒的な地位」を有していることが認められなかったことが、競争制限防止法違反の評価に決定的となった。20条4項は、圧倒的な市場力を有する事業者に対して、中小の競争者を不当に妨害することを禁じている。その場合、相対的に有力な事業者に向けられた水平的な妨害禁止が問題となっているのである。相対的に市場力を持つにすぎない事業者による抱き合わせが、従たる商品の市場において他の事業者を不当に妨害するという説は、この間、確立してきている次の様な理解と矛盾してきている。すなわち、抱き合わせを実施する事業者は、抱き合わせの主たる商品市場で支配力を有する場合のみ、抱き合わせは第三市場におけるネガティブな効果を持つ、という理解である。売手が単に相対的な市場力を持つ場

合、買手側は十分な選択肢を持っていると考えられ、従たる商品市場における競争を制限したり、中小の供給者を排除することを認定するために十分ではない。

IV I S D N接続とインターネットアクセスの抱き合わせ⁹

ドイツテレコムとその子会社が、固定電話のT-ISDN接続とインターネットタリフT-Onlineを組み合わせた「Der Oberhammer」と称するサービスを販売・展開した。この商品は、T-ISDN接続に関しては通常の基本料金と通話料を包括した料金、T-Onlineに関して基本料金は設けられず、単に利用料金から構成される。このような料金は、インターネットアクセスを時折利用する顧客にとって魅力があった。連邦カルテル庁は、拘束的な抱き合わせではなく、顧客はインターネット供給者の顧客になることの自由な判断が可能な状態であるとして、濫用には当たらないと不問に付した。そこで、AOLは、ドイツテレコム等が、ISDN顧客を自動的にT-Onlineの顧客としていることが、市場支配的地位の妨害（排除）濫用行為に該当するとして、当該行為の差止請求を裁判所に提起した。

高裁の判決¹⁰では、インターネット接続に就いてT-Onlineを利用することについて何ら強制はないとして、抱き合わせによる競争者の妨害は認められなかった。ドイツテレコムが遠距離接続に関する市場において支配的地位にあることは認められたが、当該市場と区別されるオンラインサービス市場において、ドイツテレコムは単なる主要な供給者に過ぎないという問題については、明らかにしなかった。

最高裁では、その商品又はサービスを抱き合わせてのみ販売することは事業者の自由であり、この自由が競争制限防止法により制限されるのは、抱き合わせにより競争の実質的侵害が生じる場合であるとした。市場支配的事業者の場合、競争侵害的な効果は、支配市場ではなく、第三市場においても生じうるとする。市場支配的事業者による抱き合わせの場合、市場支配的事業者が抱き合わせを用いてその力を他の市場に拡大することを通して、市場侵害的な効果が生じる。さらに、最高裁は、法的な強制がなければ、抱き合わせについての競争侵害的な効果を認識することはないとする高裁とカルテル庁の見解を批判した。最高裁は、19条1項及び4項（現行2項）1号の濫用行為が、ドイツテレコムが、オンラインサービス市場における地位の強化のために、遠距離通話網において支配的な地位を利用することにあるとして、法的な拘束がない組み合わせ供給によって獲得されたT-Onlineの顧客の大部分が、他のオンラインサービス提供者にとって事実上失われてしまうことになる。選択的に提供されており、それをもって、顧客の大部分が他の供給者のサービスを購入しないことで十分であるとする。かかる事実上の効果は、I S D N接続を注文する顧客の大部分が、T-Online接続のためのソフトウェアを配布され即インストールすることから生じる。快適性や惰性から

⁹ 「Oberhammer」最高裁（BGH）2004年3月30日

¹⁰ ハンブルク高裁（OLG Hamburg）2002年11月28日

インストールが後回しにされることは、後からインストールすることは技術的にも困難と捉えられるために、考慮しない。当該組み合わせた供給が、かかる吸引効果を前提とすれば、市場支配的事業者には当該行為は禁止されることになる。一つの市場から他方の市場への支配力の移行が、既に市場支配的地位の濫用と捉えられる。この懸念は、名宛人の第三市場での従来の市場地位が強力であればある程、大きいものとなる。最高裁は、ドイツテレコム¹¹の固定網での地位について、およびインターネットサービスプロバイダーの市場における効果についての認定が必要であり、最終的な判断をすることができず、差し戻した。

V Stadtwerke Düsseldorf¹¹

Aは、電力とガスを最終利用者に供給している。そのほかに、エネルギー分野におけるアフターケアサービスも提供している。Yは、自己の送電網を用いて、とくにデュッセルドルフの地域で電力、ガス、地域熱供給および水道を供給している。デュッセルドルフでは、Yが、輸送網に接続しているガス顧客の全てに供給している。地域熱供給に際しては、デュッセルドルフにおいて唯一の供給者である。Yは、デュッセルドルフに本社を持つV保険にも電力、ガス及び地域熱供給を供給している。Vは、天然ガスと地域熱供給を、特に暖房目的で必要としている。

2005年半ばに、Vは、その建物に電力、天然ガスと地域熱供給を2006年初から2007年末まで供給することが可能な供給者と交渉をした。供給は、エネルギーに応じて、別々に募集していた。それは、固定価格で供給される筈であった。当事者は交渉に参加し、そこでは、Aが天然ガスでは最安値を提示し、それは、Yよりも33,000ユーロ弱安かった。これに対して、電力と地域熱供給について、Yの供給は、最も妥当であり、以下のような割増金を受け取る筈であった。つまり、ガス供給をKに依頼する旨のVのYに対する通知について、Yは、2005年7月に次の様に応じている。「既存の複合的供給（Verbundlieferung）を個別供給にすると、即座に、残ったエネルギーの種類で経済性を充足しなければならない。具体的には、書面に記載の場合には、地域熱供給の固定価格を、我々が示した固定価格で維持することができないであろうことを意味する。」すなわち、VがYから電力と地域熱供給のみを購入し、ガスをAから購入したとすると、エネルギー供給は、50,000€高くなったであろうとし、Yから、地域熱供給のみの供給を受ける価格は、12%引き上げられるということである。そこで、事後交渉によって、Yによる組み合わせ供給を条件に、割増金は、20,000€にまで減額されるとした。

2005年7月、Vは、Yに対して示された期間は電気、ガス、地域熱供給を供給することを依頼した。翌月、Aは、書面をもってYの行為に対し異議を申し立て、ガス供給契約の依頼

¹¹ デュッセルドルフ高裁（OLG Düsseldorf） 2008年4月16日

がなくなったため、75,793€の逸失利益の賠償請求を求め、Aが差止と損害賠償請求を提訴した。

高裁では、商品の市場画定は、既に過去に一定の暖房システムを設置している買手側のどのような選択が、暖房エネルギー購入の際に事実上存在するかを基準に画定されるとする。多様な形態の暖房エネルギーは、原則として代替可能ではない。地理的市場画定は、ネットワークに関連して画定される。

Yは、濫用禁止行為の名宛人となり、関連する地域熱供給の供給市場及びガスの供給市場でも支配的である。地域熱供給については、デュッセルドルフで競争者が存在せず、天然ガスの供給についても、その配送網の自然独占に基づき圧倒的な市場地位を有している。

Yは、ガス市場で活動している事業者を競争にとって著しい方法で正当な理由なく侵害し、それによって市場支配的地位を強化した。本件では、Yは、Yが支配的であるガス販売市場において他の事業者の競争可能性を侵害し、同様に支配している地域熱供給販売市場において購入価格を当初の供給から12%引き上げ、そして電力天然ガスと地域熱供給を組み合わせで供給し、その場合、複合的供給を受け入れれば購入価格を値引く用意があったとしていた。もっとも、これら3つのエネルギーの購入を価格値引きに結びつけて組み合わせること自体は、珍しいことではなく、競争の自由に向けられた法目的にも矛盾することはなく違法ではない。法目的に反する場合というのは、それによって、第三市場における競争者にとっての市場参入制限が生じる、ないしは維持、悪化する場合である。

本件では、Yの市場支配的地位を前提とした、地域熱供給に関する価格引き上げとガス購入との組み合わせ供給は、天然ガスの販売市場に拡大し、当該市場における他の事業者の競争可能性を著しく侵害し、天然ガスの販売市場から競争者を遠ざけることになる。このような意図をもつ行為は、Yが地域熱供給市場において支配的地位にあることから可能である。当該Yの行為は、正当化されない。既に存在するガス販売市場の市場参入制限を維持・悪化させ、このことは、ガス供給段階に存在する独占を妨げ、すなわち、最終利用者はエネルギー市場の自由化にも関わらず依然として従前からの独占者からの購入に事実上拘束された状態を維持することを防止するという、競争制限防止法の目的に合致しない。

VI 組み合わせ供給・抱き合わせについて

1. 行為形態

まず、二つの異なる商品・サービスの抱き合わせか、単一商品かどうかの判断がなされるが、具体的な事例では、この点の認定が困難なケースも少なくない。

伝統的に、行為形態については、「強制的」および「経済的」な組み合わせと区分され、「強制的」な形態についての事例は限定的である。「強制的」な組み合わせが問題となるケースでは、主たる商品に係る、すなわち支配的市場における制限が主たる基準となっており、

第三市場について特に詳細な検討はなされないという傾向があった。

(1) 「強制的」組み合わせのケース（契約に基づく形態）

代表的なケースでは（「Handpreiszeichner」ベルリン上級裁判所1969年2月18日）、価格ラベル機の購入の際に、当該事業者によって生産されたラベルを排他的に利用する場合に、5年間の修理保証サービスを付けたことが問題となった。他社のラベルを購入すると、修理保証サービスが拒絶されることから、ラベル機の買手に対するラベルの5年間の購入が拘束と認められる。

本件では、競争制限防止法19条違反が認められ、修理保証サービスと結びついた購入義務は、ラベル機に係る支配市場を侵害するとされた。ラベルの価格は、修理保証サービスを含むとされたが、抱き合わせられたラベルの価格が明らかに引き上げられており、品質を確保するという根拠は説得的でないとした。また、顧客は、必要な修理保証サービス期間を認識する事なく、5年もの修理保証サービスを購入することはないであろうと指摘された。このように述べて、支配市場においては、買手に対する搾取が問題視された。

第二に、購入拘束は、支配されていない市場においても反競争的効果を及ぼすとした。ラベルの他のメーカーは、ラベル市場の一部から排除され、他のラベルメーカーにとって、競争状態の感知しうる程度（spürbar）の影響があるとした。本件は、日本で言う典型的な抱き合わせの行為形態には当たらないであろう。むしろ、購入拘束ないしは排他条件付き取引という整理が妥当である。

その他、強制的な組み合わせは、単に拘束者の売上増加に寄与するに過ぎないと、原則として不当な競争妨害として捉えられたケースもある（「Kombinationstarif I」1979年3月23日シュトゥットガルト高裁）。

さらに、F Cケルンによる二つのサッカーの試合の入場チケットの抱き合わせのケースがある。特に観衆にとって魅力的ではなかったブンデスリーガのサッカーのチケット（対ブラウンシュバイク戦）とトップクラスの魅力的なヨーロッパ優勝杯（対インテルミラノ）の入場券の予約券の抱き合わせである。ブンデスリーガ連盟は、ブラウンシュバイク戦の入場券の購入者は、インテルミラノ戦の入場券の予約券を得ることができるとした。デュッセルドルフ高裁の判決（「Inter Mailand-Spiel」1985年1月22日）では、入場券が代替可能でないため、関連市場をインターミラン戦の入場券市場として、当該市場においてF Cケルンは市場支配的地位にあるとした。濫用行為は、両ゲームの抱き合わせによって、ブラウンシュバイク戦の需要を意図的に作り出したことにあるとした。後者のゲームの需要を意図的に増進することは、F Cケルンが他の試合の入場券市場において市場支配的地位にあり、抱き合わせを実施しうることから可能となった。

なお、利益衡量を通して、全体で4万のうち2万5千のチケットの抱き合わせることは、正当化された。これは、ケルン対ブラウンシュバイクの試合観戦者の平均数及び連盟の誠実

なファンを優先的に扱うという、正当な連盟の利益に基づいている。最高裁（「gekoppelter Kartenverkauf」1987年5月26日）では、結論として、正当事由のない不当な値段の引き上げが問題となり、インテルミラノ戦に関心のある観客が、ブラウンシュバイク戦の入場券を買うことを余儀なくさせられており、二つの試合の入場券の抱き合せによる不当な価格引き上げを根拠に、買手への搾取を認めた。本件については、いわゆる不要品の購入を強制したケースとして、日本の独禁法にいう抱き合わせ取引の一類型として捉え得る。

（２） 「経済的」な組み合わせのケース（様々な形での経済的結びつき）

問題となる二つの商品・サービス市場の関係が、必ずしも契約によってもたらされる必要はなく、経済的な結びつきで十分である。そのようなケースでは、契約上の拘束と同等に捉えうるほど、経済的圧力やインセンティブが強いことが必要とされる。従たる商品・サービス市場において、他の供給者に不利益を与える吸引効果またはレバレッジ効果は、個々の価格を包括した価格を下回る価格で提供される場合（例えば、前述の「Der Oberhammer」や「Strom und Telefon I」ケース）、全体で購入すれば経済的メリットが提供される場合（例えば、同一供給者から別の商品を購入する場合に割安で供給される）に、経済的な組み合わせが認められる。

2. ドイツ法の適用

ドイツ法では、組み合わせ供給は、事業者の一方的な行為と理解され、競争制限防止法19条による市場支配的地位の濫用規制と20条による他の事業者の差別と不当妨害行為規制の行為類型に当てはまる。日本法にいう場合の抱き合わせやセット販売は、これらの規定の適用対象となる。19条と20条の主たる相違点は、20条が市場において圧倒的な地位にある有業者にも向けられていることである。濫用行為は、競争者に向けられる他の事業者の競争可能性を制限する排除型と前後の取引段階に向けられる搾取型に大別される。組み合わせた販売や抱き合わせは、原則として両者の方向に向けられ、両者ともに分類されつつも、当該行為の主たる反競争性は、第三市場への支配力の移行であると考えられている。従たる商品市場における競争者に対して悪影響を及ぼすことを問題視しており、事実上、契約上の排他条件的な拘束の効果を持つとする判例もある。

3. 対市場効果

組み合わせ供給・抱き合わせの法的評価は、主として、不当な競争妨害（排除）の観点から、競争者に不利益を与える梃子の効果、目的が考慮される。

（１） 正当化事由の基準

正当な事由が認められないことが、濫用要件となっている（19条および20条）。かかる正

当化事由は、利益衡量にもとづき判断され、その場合、市場支配的事業者とその競争者ないしは買手の個別の利益衡量が行われ、いずれの側に優越性があるか判断される。

従来のケースでは、商品の供給とこれに付随する補完材の排他的購入を組み合わせることは、技術上の理由から他のメーカーの材料を利用すると機器の機能及びメーカーのグッドウィルに脅威である場合、正当事由が認められる。もっとも、契約期間を超えた技術上の必要性は、具体的事例で部品についての排他的及び販売拘束と同様に、具体的な梃子の効果の強さに応じて、厳格な基準が設けられる（「Hilti」欧州裁判所1994年3月2日）。

全体経済的な考慮、経済政策的な考慮の余地はないとされている（最高裁判例）。消費者にとって、価格とサービスの組み合わせと顧客アドバイスやサービスのない供給間の選択という観点からの議論も考慮の余地はない。市場支配的事業者によって達成される、消費者にとっての全体経済的なメリット、生産性、資源配分やダイナミックな効率性に関する効率性の主張は従来評価されていない。また、例えば、生産・販売コストを低減するというような何ら具体的な利益が示されない限り、イノベーションが抽象的に減退するという主張は、考慮されない。

考慮に入れられる利益は、競争制限防止法の目的に合致しなければならない。従来、能率競争（Leistungswettbewerb）、市場参入の開放性という要件がとりわけ意味を持っている。個別利益として展開される効率性の議論も、市場開放に矛盾するものであってはならない。

（２） 従たる商品市場への効果

上記の電力と電気通信を割安な全体価格で組み合わせて供給する行為は、強制的ないわゆる抱き合わせが存在しないことを前提に、支配されていない市場において、競争者にとって市場参入制限が達せられていない場合、原則として問題はないとしている（「Strom & Telefon II」のケース）。濫用とされるのは、製品の属性、取引慣行上も独立した製品の組み合わせであり、その事実上の「吸引効果」を前提とし、そして、支配されていない市場における顧客の大部分が、他の供給者にとって失われることになる場合である。このことは、何ら法的拘束が無くても当てはまる（「Der Oberhammer」）とされている。

4. 組み合わせ供給・抱き合わせの違法性について

組み合わせ供給ないしは抱き合わせの類型については、欧州委員会によれば、純粋バンドリング（供給者がそれぞれの商品を抱き合わせのみで販売）、タイイング（商品はそれぞれ別個に販売されているが、抱き合わせて商品を購入する義務が課せられている）、混合タイイング・バンドリング（それぞれ商品が個別に販売されているが、リベートや割引等の強力な誘引手段で持って、買手に商品を購入させる）されており、これらは全て濫用となりうる。

ネガティブな効果は、買手を拘束とそれをもって従たる商品市場における競争者の妨害、主たる商品市場に存在する支配的地位の維持・強化にあるとされ（「ディスカッションペー

パー」），とりわけ経済的誘引のある組み合わせは略奪的行為と同様に扱われている。ガイドランスにおいては，特に混合バンドリングに関して，LRAICを基準としている。

本報告で取り上げたドイツの組み合わせ供給・抱き合わせのケースは，いわゆる混合バンドリング・タイイングの形態となっている。当初のケースは，不正競争防止法の観点からの検討を主として，強制的であるか否か，能率競争に合致するかという観点も見られた。買手の選択の自由を制限することや買手の搾取という点も重要であったと同時に，評価の重点は，従たる市場における競争者，新規参入者に対する市場参入制限に絞られてきている。この点では，欧州の考え方と同じ方向性が示されてきている。

電力事業での組み合わせ供給については，まず，市場の画定は，それぞれのエネルギーごとに需要者側から見た代替性がないことを理由に画定されている。次に，その市場における地位については，（いわゆる不可欠施設に当たる）ネットワークを有しているかどうか等を考慮して判断される。相対的な市場力をもつ事業者については，従たる市場における市場効果は重大ではないと考えられ，傾向としては，主たる市場で支配的地位にある事業者の組み合わせ供給が主たる禁止の対象となっている。違反が認定されるのは，従たる市場における新規参入制限，競争者の競争可能性の制限が著しい場合であり，主たる市場における支配的地位の存在だけで禁止されない。

競争制限防止法19条（抄訳）

1. 単独又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は禁止される
2. 市場支配的である事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として，次のいずれかに該当する行為を行った場合は，濫用行為とみなされる。
 - 〔1〕 客観的な正当事由なく，当該市場における競争に重大な影響を与える方法で，他の事業者の競争可能性を阻害する行為
 - 〔2〕 有効な競争が存在すれば高度の蓋然性をもって形成されるであろう水準を逸脱した対価又はその他の取引条件を要求する行為
 - 〔3〕 市場支配的事業者が比較市場（対象市場に近似する仮定の市場）において自らが同種の取引先に要求しているものより不利で，その差別が客観的に正当化されないような対価又はその他の取引条件を相手方取引先に要求する行為
 - 〔4〕 法的又は事実上の理由から共同利用が認められなければ，他の事業者が市場支配的事業者の競争者としてその前後の取引段階において活動できない場合において，適切な対価により自己のネットワーク又は他の不可欠施設を当該他の事業者が利用することを拒否する行為。ただし，当該事業者が，経営上の理由又は他の理由により，共同利用が不可能であるか又は期待できないことを証明する場合は，この限りでない。

競争制限防止法 旧20条 4項（抄訳）

中小企業の競争者に優越する市場力を有する事業者が、それらの競争者を直接又は間接に不当に妨害するためにその市場力を行使してはならない。この不当な妨害は、特に、事業者が単に一時的でなく商品又は役務を、原価を下回る価格で販売するときに認められる。ただし、原価を下回る価格での販売が客観的に正当化される場合は、この限りでない。

競争制限防止法33条 1項（抄訳）

本法，EU条約101条，102条に違反により，侵害を受けた市場参加者，競争者は，違反行為者に対して，違反行為を排除，差止の請求をすることができる。

不正競争防止法 1条（§ 1 Zweck des Gesetzes）

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.

抄訳 この法律は、競争者、消費者その他市場参加者を不公正な取引方法から保護する。同時に、歪みのない競争という公益を保護する。

第 5 章

戦略的過少投資と市場配的地位の濫用

大阪大学大学院法学研究科教授
武 田 邦 宣

I 問題の所在

エネルギー産業における欧州競争法の積極的適用は、よく知られている。域内エネルギー市場の自由化・統合の道具として、また域内エネルギー政策を推進する道具として、競争法が積極的に適用されてきたのである¹。このような事例としてよく指摘されるのが、競争法違反を梃子に、アンバンドリングをコミットメントとして引き出したと言われるE.ON事件である。

またENI事件も、積極的適用の事例として、しばしば欧州の論稿にて指摘される²。同事件では、エネルギー産業における「不可欠施設（Essential Facility）」理論が問題とされ、「戦略的過少投資」との考え方によって同理論が拡大された。本稿では、欧州における不可欠施設理論について、その一般的展開を確認した上で、ENI事件（2009年）の戦略的過少投資の考え方によって同理論がどのように拡大されたのかを検討したい。

II ENI事件

1. ENIについて

ENI（エニ）は、イタリアの国有企業（state controlled company）であり、天然ガスおよび石油を主としたエネルギー産業において活動する（para. 3）。ENIはイタリア、リビアにおいて自らガス採掘を行うとともに、ロシア、ノルウェー、オランダ、アルジェリアなどの採掘業者との長期供給契約によりガス調達を行っている（para. 4）。

ENIは、ガスの国際輸送事業を行っており、他の加盟国の企業とともに、オーストリア／スロバキアの国境とイタリア間のパイプライン（TAG）、オランダ／ドイツ／ベルギーの国境とドイツ／スイス国境間のパイプライン（TEMP）を保有する。TEMPによるガスはスイスのパイプライン（Transitgas pipeline）を通してイタリアに供給される。

2. イタリアへのガス輸送

イタリアはガスの純輸入国である。ガスの輸出はほとんどない（para. 16）。ENIに対して欧州機能条約102条違反を理由とした異議告知書が送付された時点において、主に5つのパイプラインと1つのLNGターミナルにより、イタリアへのガス輸入が行われ得る状態であった（para. 17）。

ENIは単独で又は共同でこれらパイプラインの全てを支配し、またガスの輸送能力の大きな部分について長期の利用権限を有する状況にあった（para. 18-21）。より具体的に、E

¹ E.ON, OJ C36/8 (2009). 小畑徳彦「EUにおける電力自由化とE.ON事件」公正取引731号（2010年）100頁。舟田正之編『電力改革と独占禁止法・競争政策』（有斐閣，2014年）354頁参照。

² ENI, OJ C352/8 (2010). 邦語による紹介として、土田和博「規制改革と競争政策」（日本国際経済法学会編『国際経済法講座Ⅰ：通商・投資・競争』（法律文化社，2012年）所収）402頁参照。

ENIは、パイプラインの管理、運営のほか、投資の意思決定を行う情報および権限を有した（para. 22）。

3. 関連市場

過去の委員会決定に従い、異議告知書は、ガスの販売市場とガスの輸送サービス市場とを区別する（para. 23）。まず、ガスの輸送サービスに関して、「高圧輸送（high pressure transmission）」ネットワークと「低圧配送（low pressure distribution）」ネットワークは区別され、異議告知書は「天然ガスのイタリア向け（to and into）輸送市場」を画定する（para. 24）。

また、ガスの販売市場に関して、異議告知書は「卸販売市場」と「小売販売市場」とを区別する。さらに異議告知書は、小売市場を、発電事業者への供給、産業用大口需要への供給、家庭向け供給の3つにわけ（para. 25）。

需要者の視点からすれば、いかなる産出地でもいかなる輸送手段でも、ガスが供給されれば問題はない。したがってイタリアにおいて卸市場に供給が可能な全てのルートをもって関連市場ととらえる（para. 26）。卸市場、そして大口顧客（発電事業者と産業用大口需要）への小売市場については、イタリア国内が地理的市場になると考えられる（para. 28）。

4. ENIの支配的地位

ENIは、異議告知書の発出時に輸入に必要な全てのネットワークインフラを所有しており、予見できる将来に代替するパイプラインの建設計画も存在しない（para. 30-32）。

下流のガス供給市場において、規制にもかかわらず、ENIは強い市場地位を有している。ENIはガスの長期輸入契約を多数有しており、イタリア国内および国外においてガスの生産者である。国際的なガス調達の困難さ、輸入施設のボトルネック性、イタリアにおけるガス生産の低下、そして貯蔵施設へのアクセスの困難性から、ガス卸市場への参入障壁は高い。市場構造は垂直統合企業であるENIの準独占の状況である（para. 33）。

ENI以外の供給者が利用できる輸送能力は限られている。卸市場において競争者は、輸入も国内の生産能力のいずれも有することがなく、ENIに競争的牽制力を与えうる能力もインセンティブも有することがない（para. 34）。ENIは、卸市場、そしてガス火力発電所向け供給市場、また大口産業需要家することになる（para. 35）。

5. 濫用行為

異議告知書において、委員会は、「不可欠施設（an essential facility）」の供給および利用につき支配的地位を占める事業者が、客観的な正当化理由なく施設へのアクセスを拒否し、又は自らよりも不利な条件でのみアクセスを認める場合には、102条に違反すると述

べる。また、司法裁判所は、支配的地位を有する事業者が、隣接市場における競争者に対してサービスの供給を拒否する場合であって、同サービスが競争者の事業活動に必要不可欠である場合には、その拒否によって全ての競争が消滅する限り、102条に違反すると述べる（para. 39）。

以上より、異議告知書は、次の要件が充足されるかを検討する。（i）下流市場において必要不可欠な商品又はサービスの供給拒絶であること、（ii）供給拒絶が下流市場における実効的な競争を排除又は阻害することになり、消費者への損害をもたらすこと、（iii）拒絶が客観的に正当化されないこと（para. 40）。

異議告知書によれば、E N I の輸入にかかるインフラはイタリアでのガス供給に不可欠な施設であり（para. 41）、競争者がインフラを自ら建設することには技術的、法的、経済的障壁が大きく、不可能な少なくとも極めて困難である（para. 42）。その上で、異議告知書は、①「輸送能力へのアクセス拒否（capacity hoarding）」、②「不利な条件でのアクセス（capacity degradation）」、③「投資の戦略的な手控え（strategic underinvestment）」という、国際的パイプラインへのアクセス拒否によって、102条違反行為を行っているとする。

第一に、E N I は供給可能な容量を有するにもかかわらず、ガス輸送施設へのアクセスを戦略的に拒否している（para. 45-46）。またE N I は、ネットワークを効率的に管理して輻輳の問題を回避することを行わず（para. 47）、さらに第三者に利用可能な容量を低く見積もることで（para. 48）、アクセス拒否を行っている。これらはイタリアへのガス輸入を排除するための「積極的な供給拒否（a constructive refusal to supply capacity to third parties）」である（para. 50）。

第二に、E N I は割り当ての遅延、長期での割り当ての拒否、補完的なパイプラインのバラ売り、中断可能な（interruptive and not firm）利用条件といった不利な条件をもってアクセスを認めている（para. 51-54）。

第三に、E N I のパイプライン利用に確実な需要があり、またE N I はそれを認識していた。さらにE N I は「不可欠施設」を有するものは、誠実に容量拡張に力を入れるべき義務があることを認識していた（不可欠施設に単に供給余力がないということは102条違反を否定する理由とはならない）（para. 56）。

それにもかかわらず、E N I は、容量拡張を行うことがなく、需要を正確に把握することもなかった（para. 58）。これは単なるT S Oとしての意思決定ではない（para. 58）。E N I は上流市場と下流市場の利潤を比較衡量して、投資の手控えの意思決定を行った。E N I には市場シェアのキャップが課されており、下流市場での競争者排除によって、下流市場での独占利潤を維持しようとしたのである（n. 44）。このような戦略的な投資の手控えによって、下流市場における競争が制限されることになる（para. 60）。

E N Iによる以上3つからなる行為は、競争者によるイタリアへのガス供給を制限するものである。輸送能力へのアクセス拒否は下流市場での競争を制限し、102条における「濫用行為」に該当するものである（para. 61）。

III 検討

1. エネルギー産業における競争法の適用

2005年～2007年における競争総局によるセクター調査は、自由化後10年以上経過するにもかかわらず、エネルギー市場において競争が進展しないことを問題にした。このような問題関心に基づき、第三次エネルギーパッケージが公表される一方、競争法の積極的適用が見られるようになった。欧州における規制改革が、指令に基づき加盟国の国内法化を通じて、いけば間接的に行われるのに対して、条約としての競争法は、委員会による直接適用が可能である³。

本件と同様に、市場支配的地位の濫用（102条）が問題となった事例には、競争者費用引上型と整理できる、①ネットワークの長期利用契約（投入物閉鎖）⁴、②長期の排他的供給契約（顧客閉鎖）⁵、③マージンスクイズ（競争者費用引上げ＋略奪価格）⁶のほか、搾取的濫用型として、低限界費用発電設備の利用抑制（capacity withholding）が問題になった事例⁷もある。他方、共同行為（101条）が問題になった事例には、垂直制限を問題にしたものが目立っていたが、近年、水平制限を問題にしたものが登場している⁸。水平制限に関す

³ たとえばわが国において、一般法としての競争法（独禁法）、特別法としての事業法と論じられることもあるが、欧州においては、EU法の法体系上、条約としての競争法の優位性が存在する。なお、米国において、競争法（反トラスト法）と事業法の役割論を論じる際には、3倍額損害賠償制度の存在にもとづく過剰規制インセンティブ（follow-on suitによるfalse positiveの危険性増大）が論じられる（A. de Hauteclocque, F. Marty, & J. Pillot, *The Essential Facilities Doctrine in European Competition Policy: The Case of the Energy Sector*, in J. M. GLACHANT, D. FINON, & A. DE HAUTECLOQUE, *COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE* (2011), at 264）。F T Cは、Trinko事件等の判示（事業法規制下における反トラスト法の適用手控えにかかる判示）を私訴の場面に限られる旨明らかにするよう、議会に求めている（Prepared Statement of FTC to the US House of Representatives: Is There Life After Trinko and Credit Suisse? (2010)）。

⁴ GDF Suez, COMP/39.316 (2009).

⁵ Distrigas, COMP/B. I/37.966 (2007).

⁶ RWE, COMP/39.402 (2008).

⁷ E. ON, COMP/39.389 (2008).

⁸ Swedish Interconnectors, COMP/39.351 (2010). 同事例の内容は、次のようなものである。スウェーデンの電力市場は、ノルディック市場における一つの「料金決定ゾーン（bidding zone）」である。スウェーデンの電力市場は、供給が北部に（低廉な水力発電）、需要が南部に（国内総需要の79%）、それぞれ偏在する。国内（南北間）には4つのボトルネックが存在し、スウェーデンにおける唯一のTSOであるSvKは、国内における輻輳解消のために、近隣諸国（ノルウェー南部、デンマーク、ドイツ、ポーランド）との国際連系線における送電量（スウェーデンから近隣諸国への送電）を制約していた。委員会は、SvKの行為は、次の3点において競争制限的效果をもたらすとした。第一に、スウェーデン国内の需要者が低料金を享受する反面、国外の需要者は低料金を享受する機会を奪われて

る事例の登場は、域内の市場統合が進展した結果を反映するといえる。

2. 取引拒絶の規制：欧州司法裁判所

本件で問題となった取引拒絶について、委員会および司法裁判所は、いかなる規制を行ってきたのか。よく知られるように、まず委員会は、物理的施設の利用にかかる取引拒絶に対して、積極的な競争法適用を行ってきた⁹。上で見たように、委員会は、競争法によって、加盟国に残る国有企業、公的規制を撤廃しようとしたと考えられる。

これに対して、欧州司法裁判所は、取引拒絶にかかる委員会による競争法の積極的適用を抑制しようとした¹⁰。特に、Oscar Bronner事件欧州司法裁判所判決は、次の3つの要件を満たして、はじめて単独の取引拒絶が濫用行為に該当すると述べた¹¹。①投入物が下流市場における競争に必要不可欠（indispensable）であること、②取引拒絶が同市場における競争の完全な排除につながることで、③支配的事業者の行為が客観的に正当化されないこと。これら要件の意義について、法務官Jacobは、取引先選択の自由、投資インセンティブの保護、競争法の目的（競争の保護が目的であって、競争者の保護が目的ではない）に基づき、説明をなす¹²。

上記3つの要件のうち、①の投入物にかかる不可欠性の要件は、競争者が不可欠施設を建設し得ないことでは、充足に十分でない。不可欠施設の二重投資が市場において経済的に実現不可能な場合であることが必要である¹³。このような解釈により、取引拒絶規制が競争者の保護ではなく、競争の保護の機能を果たすことになる¹⁴。

いる。第二に、送電網や発電設備の建設にかかる供給者のインセンティブに悪影響を与える。第三に、需要者に対する市場のシグナルを歪めることになる。SvKは、スウェーデン国内にボトルネックを反映した料金決定ゾーンを設けるとともに、特定の国際連系線（West Coast Corridor）に400kVの追加的送電を可能にする投資を行うことなどを、コミットメントとした。

⁹ See e.g., Port of Rodby (O.J.L 55/52 (1994)); Stena Sealink (O.J.L15/8 (1994)). 根岸哲「『エッセンシャル・ファシリティ』の理論とEC競争法」『正田彬先生古稀祝賀・独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂1999年）303頁、柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（一）」香法22巻2号（2002年）94頁以下、泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引637号（2003年）32頁参照。

¹⁰ K. TALUS, EU ENERGY LAW AND POLICY: A CRITICAL ACCOUNT (2013), at 122.

¹¹ Case C-7/97, Bronner, [1998] ECR I-7791, para. 41.

¹² OPINION OF ADVOCATE GENERAL JACOBS, delivered on 28 May 1998, para. 56-58.

¹³ Case C-7/97, para. 45-46.

¹⁴ See generally R. WHISH & D. BAILEY, COMPETITION LAW 701-702 (7th ed., 2012). このような解釈が、欧州競争法の「同等に効率的な競争者」基準の原型と言われる（id. at 703）。もっとも、知的財産権のライセンス拒絶の場合には、情報財の複製費用の小ささから、客観化された必要不可欠性要件を充足することが困難であるようにも見える。したがって、ライセンス拒絶の場合に、Oscar Bronner ルールは、IMS Health 事件欧州司法裁判所判決（Case C-418/01, IMS Health, [2004] ECR I-5039, para. 38）によって、次のように修正される。①ライセンシーがライセンサーの商品とは異なるイノベーションを生み出すこと、②ライセンス拒否が同市場における競争の完全な排除につながることで、③ライセンス拒否が客観的に正当化されないこと。なお、このように競争法規制を制約するための①イノベーション要件であるが、下流市場におけるイノベーションは上流市場における

3. 取引拒絶の規制：欧州委員会

欧州司法裁判所判決にもかかわらず、委員会、そして一般裁判所は、上記3要件を柔軟に解釈することにより、競争法による規制範囲を拡大してきた（単独の取引拒絶を広く規制対象としてきた）¹⁵。

第一に、不可欠性の要件について、「不可欠施設」ではなく、競争者にとって「便利な施設」であれば要件充足が認められてきたと批判される。たとえば、軌道（上流市場）を有する鉄道会社による、旅客輸送サービス市場（下流市場）における競争者排除の事例において、委員会は、軌道だけではなく、車両、スタッフ、運転手までを「不可欠施設」とした¹⁶。

第二に、競争の排除要件について、Bronner事件判決は、下流市場における「競争の完全な排除（eliminate all competition）」を要件とした。しかし委員会および一般裁判所は、司法裁判所が示した同要件を緩和してきた¹⁷。すなわち、Microsoft事件において委員会は、「競争の排除のリスク（a risk of elimination of competition）」と要件を変更し、さらに、一般裁判所は「市場における実効的な競争を全て排除することになるか、しそうである（liable to, or is likely to, eliminate all effective competition on the market）」と要件を緩和した¹⁸。同判決を受けて、102条に関するガイダンスは、「下流市場における実効な競争を排除しそうである（likely to lead to the elimination of effective competition on the downstream market）」と要件を定める¹⁹。

第三に、正当化理由（の不存在）要件については、たとえば供給力不足を理由とした取引拒絶の正当化に消極的態度を示すなど²⁰、正当化の場面を狭く解釈しようとした。取引拒絶

利益を増大させるはずであり（下流市場におけるパイの配分ではなくパイの拡大）、そもそもライセンス拒絶を行うインセンティブはないとの指摘するものもある（D.Ridyard, *Compulsory Access Under EC Competition Law: A New Doctrine of 'Convenient facilities' and the Case for Price Regulation*, E.C.L.R. 669, 670 (2004)）。

¹⁵ K. TALUS, *EU ENERGY LAW AND POLICY: A CRITICAL ACCOUNT* (2013), at 122.

¹⁶ 同事件における「不可欠施設」概念の広さを指摘する, N.Petit, *Circumscribing the Scope of EC Competition Law in Network Industries?: A Comparative Approach of the US Supreme Court Ruling in the Trinko Case*, 13 UTILITIES L. REV. 185, 188 (2004); A.de Hauteclouque, F.Marty, & J.Pillot, *The Essential Facilities Doctrine in European Competition Policy: The Case of the Energy Sector*, in J.M. GLACHANT, D.FINON, & A. DE HAUTECLOQUE, *COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE* (2011), at 262; K. TALUS, *EU ENERGY LAW AND POLICY: A CRITICAL ACCOUNT* (2013), at 122.

¹⁷ See R. WISH & D. BAILEY, *COMPETITION LAW* (7th ed., 2012), at 707（緩和の傾向を支持している）。

¹⁸ イノベーション要件についても「消費者が重要とするパラメーター」という言葉によって、新製品の誕生をもたらすことがなくとも、品質改善をもたらすことで足とする（para. 656）。

¹⁹ *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009), para. 81.

²⁰ See *Frankfurt Airport*, O.J. L72/30 (1998); *Port of Rodby* (O.J.L 55/52 (1994)); *Stena Sealink* (O.J.L15/8 (1994)). 垂直統合していない独立の事業者を観念して、そのような事業者であれば、供給のための調整（参入を許容する調整）を行うはずとする。

の最も重要な正当化理由である、投資インセンティブの毀損について、一般論として正当化理由と認めるものの²¹、①規制が存在する場合には、投資インセンティブの毀損に考慮する必要はないとし²²、また②委員会実務に対しては、「すでに償却の終わったインフラについて投資インセンティブの毀損による正当化を認めることはない」と評価されている²³。

4. 本件の評価

本件は、上で示した委員会決定の流れに沿うものであり、単独の取引拒絶に対して積極的規制を行おうとする委員会の立場を示すものである²⁴。取引拒絶にかかる競争法違反の要件について、本件は次のような特徴を示す。

第一に、不可欠性の要件について、まず、①本件は複数のパイプライン、LNG基地を総合して不可欠施設とする。これは全てについてアクセスを求める立場につながるが、いずれかの施設へのアクセスがあれば新規参入は可能なはずである。また、②パイプラインについて第三者による投資計画が存在したが、全く考慮されておらず、客観的に必要不可欠な施設であったかは疑問視する意見がある。さらに、③第三者がパイプラインの利用権（割合は50%に及ぶ）を有しており、そうであるならばENIはパイプライン等の利用にかかる上流市場において支配的地位を有していないことになる。

第二に、競争の排除要件について、ENIには国内法によって支配的事業者に対するシェアのキャップ（規制）が存在し、かつ競争者はシェアを増大する傾向にあったと指摘される。

以上のように、ENI事件は、委員会による不可欠施設に対する積極的規制を、さらに押し進めるものである。戦略的過少投資の考え方は、不可欠施設を有する支配的事業者は、積極的投資義務を負うとの結論を導く²⁵。本件は、第三次指令で解決されない投資インセンティブ問題を、競争法により解決した事例との評価が可能である。

競争法における不可欠施設理論について、その原理的問題は、取引拒絶の規制による短期の価格低下と長期の投資インセンティブの毀損とのトレードオフに存在する。しかしENI

²¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009), para. 75, 89.

²² Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009), para. 82（規制の制度設計段階において、投資インセンティブの考慮が行われているという）。

²³ A. de Hauteclocque, F. Marty, & J. Pillot, The Essential Facilities Doctrine in European Competition Policy: The Case of the Energy Sector, in J. M. GLACHANT, D. FINON, & A. DE HAUTECLOQUE, COMPETITION, CONTRACTS AND ELECTRICITY MARKETS: A NEW PERSPECTIVE (2011), at 276.

²⁴ P. Merlino & G. Faella, Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules, 36 WORLD COMP. 513, 531-536 (2013).

²⁵ 本件では、第三者によるパイプライン投資の計画が評価されることはなく、また複数のパイプラインが一体として不可欠施設と評価された。複数のインフラを一体として不可欠施設と評価する考え方は、全てについてアクセスを求め、さらに全てについて容量拡張を求める態度につながる。

事件のように過少投資を直接に問題にするならば、理論上、同トレードオフは問題にならない。なぜならば、必要な投資がなされないならば、競争法違反を問えばよいからである。もっとも、投資・不投資の意思決定を事後に評価することは困難である。実際に、本件についても、独立したT S Oが投資の決定を行ったかは不明との批判がなされている²⁶。

IV おわりに

欧州競争法において、市場支配的事業者には「特別の責任」が課される。本件は、支配的事業者が有する特別の責任に基づき、施設の不可欠性を積極的に解消する義務が課された事例である。不可欠施設理論を巡っては、従前、アクセスを認めることの当否、またアクセス条件の設定が議論されてきた。投資インセンティブ毀損が問題にされてきたのである。

しかしE N I 事件における戦略的過少投資の考え方は、事業法規制の設計段階において投資インセンティブ問題は解消されており、それゆえに事業法規制が存在するがゆえにむしろ積極的な競争法適用が許容されるとして、支配的事業者に投資をなすべき義務を課するのである。

²⁶ P.Merlino & G.Faella, Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules, 36 WORLD COMP. 513, 531-536 (2013).

第 6 章

再生可能エネルギー導入を巡る規制と市場 —FIT制度の「補助金」該当性を中心として—

立教大学法学部教授
東 條 吉 純

I はじめに

地球気候変動に伴う温室効果ガスの排出削減目標に対処し、かつ、化石燃料への依存を低減するために、多くの国において、二酸化炭素排出コストの内部化を促す規制とともに、再生可能エネルギー（Renewable Energy、以下「R E」という）の導入促進を目的とした公的支援が行われてきた。公的支援の法的手法はいくつかあるが、このうち、もっともポピュラーな手法が固定価格買取制度（Feed-in Tariff、以下「F I T」という）である。一般に、F I T制度の下では、政府の認定を受けたR E発電事業者が、その発電した電気の卸売取引において、市場価格を上回るプレミアム価格による支払いを受領する。これを通じて、R E発電への投資インセンティブが与えられる。

わが国においても、2011年の第177回通常国会において「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、以下「R E特措法」という）が成立し、2012年7月1日より実施されている。同法は、太陽光、風力、水力、地熱、バイオマス等のR E由来電力を、一定の期間・価格により電気事業者が買い取ることを義務付けるものであり、買取りに要する費用は、原則として最終需要者の使用電力量に比例した賦課金によって回収することと定められている。

ここで問題となるのは、F I T制度を通じて、高コストのR E由来電力を、火力等の伝統的電源由来電力より高い対価で買い取る仕組みが、いかなる範囲においてW T O補助金協定その他の国際規律による影響を受けるかという点であり、再生可能エネルギーの導入を促進する各国の政策が妨げられる懸念がある。この問題は、「グリーンエネルギー補助金」問題としてW T O協定改正論議を引き起こしている。

本稿で紹介するカナダ・オンタリオ州F I T制度紛争の他に、E U（ギリシャ、イタリア等）のF I T制度に対する中国の協議要請(DS452)、インドのF I T制度に対する米国の協議要請(DS456)など、同様の紛争が生じているが、F I T制度がローカルコンテンツ要求（発電施設にかかる現地製品の購入義務付け）を含んでいる場合には、W T O協定違反の疑いが強い。

もっとも、内外差別を伴わないF I T制度そのものに対する規律について見ると、たとえ、F I T制度の「補助金」該当性が認められたとしても、直ちにW T O協定違反という判断には結びつかないように思える。

他方、しばしばW T O協定と比較されるE U国家補助規制においては、一般的経済利益サービス(S G E I)概念を通じて、加盟国の公益事業分野に対する裁量的政策判断を容認する一方で、国家資金の移転と管理を伴う国家補助については、競争政策の観点から規制が行われている。再生可能エネルギー関連の公的支援に関する国家補助規制については、2014年4月、環境保護及びエネルギーに関する国家補助ガイドライン(2014-2020年)を公表し、現行の補助金等を段階的に縮小するとともに、オークション、競争入札といった市場メカニズ

ムを通じ、より効率性インセンティブを重視した規律の導入に向けた基準設定がなされた。EU国家補助規制にかかる法実践は、今なお形成途上のWTO補助金協定の解釈法理に一定の影響を及ぼすと予想され、重要な資料となることは疑いないが、同時に、EUと国際社会一般との貿易・投資自由化の度合いの質的な違いや、すでに他に例を見ないほど深化した市場統合を達成しつつ、更なる域内市場統合を推進するEU固有の価値が色濃く反映される形で、EU国家補助規制の法理が発展を続けている点に注意する必要がある。

以上の問題意識から、本章では、第一に、カナダ・オンタリオ州FIT制度を巡るWTO紛争における法的争点のうち、FIT制度の「補助金」該当性判断を中心に、第二に、EU国家補助規制の規律対象となる「国家補助」概念の位置について、それぞれ考察を行い、日本のFIT制度のあり方について一定の示唆を得ることを目的とする。

II オンタリオ州FIT制度にかかるWTO紛争

1. 事実概要

オンタリオ州は、2002年以降、電力卸売市場を自由化した。OPA（オンタリオ電力規制当局）はオンタリオ州の独立機関であり、国内法上は政府機関ではないが、州内電力市場の管理運営計画の策定、事業者間の契約等の任務遂行を法律により委託されている。IESOは別の独立機関であり、系統管理・調整（同時同量等）や電気事業者間契約のコーディネートを含み州内電力市場の管理・運営の任にある。高圧送電網はすべてHydro One社（100%政府所有）が保有し、中低圧送配電網は地域配電会社（LDCs）が保有する。多数あるLDCのうち約1/4はHydro Oneが所有、残りは市町村等の地方政府の公有である。IESOにより管理・決定される電気卸売価格（HOEP）/市場決済価格（MCP）は、送電網の容量制約等による払戻金および事業者ごとの規制・契約価格との差額の支払い（Global Adjustment）を受ける。

オンタリオ州のFIT制度（以下、「本件FIT制度」）は、資格認定を受けた特定RE発電事業者は、OPAとの長期契約（20～40年間）に基づき、RE由来の電気をOPAが固定価格により買取保証する仕組みであり、FITプログラムへの参加条件は、州内所在のRE発電設備であることのほか、RE種別および発電量ごとに規定されるが、太陽光と風力については、資格設備の認定条件の中に、ローカルコンテンツ要件（オンタリオ州（カナダ）産品使用要件）が含まれていた。

FITプログラムは、①FITストリーム：10kW超のすべての再生可能エネルギー発電プロジェクト（太陽光については10kW～10MW、水力については10kW～50MW）、②マイクロFITストリーム：10kW以下の発電プロジェクトに分かれ、②は通常、家庭、農家、企業によるものである。

2. パネル・上級委報告書

(1) T R I M s 協定2条とG A T T 3条8項(a)号

T R I M s 協定は、G A T T 3条(内国民待遇義務)違反の貿易関連投資措置(T R I M s)を禁止するところ、G A T T 3条8項(a)号には、政府調達に関する内国民待遇の例外規定が置かれている。したがって、本件F I T制度が、3条8項(a)号の要件を満たし3条義務の例外に該当すると判断されるならば、T R I M s 協定違反からも免れることになる。

[パネル]

パネルは、まずT R I M s 協定附属書1項(a)とG A T T 3条8項(a)の関係について、3条8項(a)の要件に合致する政府調達は3条義務を免除されるため、T R I M s 協定附属書1項(a)(及びT R I M s 協定2条)の義務にも違反しないと判示した。

その上で、対象措置のG A T T 3条8項(a)の要件適合性について、本件F I T制度が、①「政府機関による調達を規制する法令又は要件」か、②政府機関による「調達」か、③「政府用」として購入されるものであり「商業的再販売のため」等でないか、についてそれぞれ検討し、論点③について、本件F I T制度は、オ州政府によって購入された後、Hydro One, L D C s 等を通じて最終需要者に再販売されており、本件F I T制度は「商業的な」性質をもつため、3条8項(a)の要件に合致しないと認定した。

[上級委]

これに対して、上級委員会は、パネルの結論を支持しT R I M s 協定違反を認定したが、その理由付けは異なる。すなわち、上記論点①について、「法令又は要件」と「調達」の間に明瞭な連関が必要であり(=調達行為が法令等の義務的構造の中で実施されること)、かつ、政府機関により購入される製品と差別を受ける外国製品との間には競争関係が成立することが必要であると述べた。この点、オンタリオ州政府が調達する製品はR E由来の電気であり、ローカルコンテンツ要件による差別待遇の対象製品(R E発電設備)とは異なり、両者の間には競争関係が成立しないことから、本件ローカルコンテンツ要件は、3条8項(a)の「法令又は要件」に該当しないと結論づけた。

(2) 補助金協定

本件紛争にかかる第2の違反申立は補助金協定に基づくものである。W T O補助金協定では、1条に「補助金」概念の定義規定が置かれている。日本・E Uは、ローカルコンテンツ要件を含む本件F I T制度が、補助金協定の規律対象となる「補助金」に該当し、かつ、3.1条(b)の禁止補助金(国産品優遇補助金)にあたるとの申立を行った。

協定1.1条は、①政府による資金的貢献又は価格支持の存在、かつ、②それによって「利益」がもたらされる場合に、補助金が存在するものとみなす旨規定する。

〔パネル〕

パネルは、本件F I T制度の「補助金」該当性を検討し、第一に、契約に基づく支払はR E由来の電気の対価であり、R E発電設備投資に対する支払でないこと、第二に、オンタリオ州は電気を購入（＝所有権取得）していること等の理由から、本件F I T制度は「政府による物品購入」と性質決定するのが適切であると判示した。

続いて、「利益」要件について、「利益」の有無は「市場(marketplace)」と比較した受益者の優位性獲得により判断され、協定14条（d）が補助金額を算定する指針となるところ、同項によれば、「市場の一般的状況」に照らした「妥当な対価」を上回る対価の支払いがあれば、「利益」ありと認められる。したがって、比較対象となる関連市場の特定が必要であるが、適切な比較対象市場は（需要・供給の調整力を通じて取引価格が決定される）有効競争が存在する市場でなければならないと判示した（パラ7.275）。

この点、申立国が比較対象市場として主張するオンタリオ州卸電力市場及び取引価格（H O E P）や、アルバータ州、ニューヨーク、ニューイングランド等の卸電力市場は、いずれも有効競争が存在する市場と言えず不適切である。また、本件の状況の下で競争的な卸電力市場基準を適用すると、電力システムが直面する様々な重要課題への配慮が不十分になるだけでなく、オンタリオ州特有の事情も見落とすことになる。オンタリオ州の一般的な需要・供給条件に照らせば、競争的な卸電力市場の下では電力需要に見合う十分な発電容量の安定供給に要する投資が確保されないのは明らかであり、政府介入を通じてのみこの市場の失敗状況が是正される。

かかる卸電力市場の性質と政府介入の必要性を考慮すると、H O E Pとの比較は現代の電力システムの現実を反映しておらず、この比較によって「利益」の立証がなされたとは言えないと判示し、申立を棄却した。

なお、パネルが示唆したありうる比較対象指標は、同時期において本件F I T制度に匹敵する事業リスクを伴うプロジェクトに関するカナダ国内の平均資本コスト(average cost of capital)である。当該資本コストとF I T契約に基づき特定R E発電事業者が得る報酬率とを比較することによって、本件F I T制度が過剰補償するものかどうか評価可能であると述べた（パラ7.322-7.324）。

〔パネル反対意見〕

本件パネル報告には1名のパネリストの反対意見が付されている。反対意見によれば、想定しうる競争的な卸電力市場が利益分析の比較対象と考えるべきであり、当該市場が不完全であることやR E振興等の政策目的と乖離することは、利益分析の妨げとならないと述べたが、申立国が主張する参照（代替）価格が競争的性質をもつか否かを判断するにはより詳細な情報が必要であると述べた。他方、本件F I T制度の本質及び目的そのものが「利益」要件を満たしていることを意味していると結論づけた。本件F I T制度のような政府介入がな

ければ太陽光・風力発電事業者の高コスト構造に見合う高価格販売もR E 発電も実現しないからである。

〔上級委員会〕

上級委員会は、「資金的貢献」要件について、1. 1条(a)(1)(i)～(iv)に規定される各類型が相互排他的に適用されとするパネル解釈は取り消したが、本件F I T制度が「政府による物品購入」であるとのパネル結論を支持した。

「利益」要件について、協定14条(d)を参照したパネル解釈アプローチを支持した上で、パネルの関連市場分析には、2つの誤りがあると指摘してパネル判断を取り消した。

2つの誤りとは、第一に市場画定より先に比較基準分析を行った点、および、第二に需要者の契約形態、規模、電力タイプ等の考慮や供給サイドの要因の分析を怠ったことである。上級委員会は、供給サイドの要因分析に照らせば、関連市場の画定における電力市場への政府介入（サプライ・ミックスや規制価格など）の重要性は明らかで、風力・太陽光由来の電力に対する市場は、政府規制マターとしてのみ成立可能であり、発電技術毎の供給比率にかかる政府の選択および規制価格の設定を通じて創出されると述べた。その上で、政府は、民間事業者又は政府自身が特定電源技術由来の電気の購入を義務づけることができ、その政策的選択自体が「利益」とみなされることはない、と判示した(パラ5.172-175)。

また、卸売段階の購入者である政府は、発電技術毎のサプライ・ミックスに応じて購入判断を行うところ、この選択には、化石燃料依存の低減（長期のエネルギー安全供給確保）、伝統的／R E 発電技術にともなう正負の外部経済効果などの、多様な政策要因が反映される。

したがって、画定すべき関連市場は、政府の政策的選択によって創出された競争的な風力・太陽光発電電力市場となる。適切な比較基準（ベンチマーク）を特定するためには、市場条件（市場の一般的状況）との比較が必要であるところ、1. 1条(b)の「利益」概念の文言解釈において正当な政策目的を考慮することは許されないとしても、その方法論において、政府介入がなければ存在しない市場における、政府による市場創設のための様々な規制介入を考慮することは許される（パラ5.185）。このように、市場を創設する政府介入措置と、既存市場において特定の参加者を支援し、市場の失敗を是正する措置とは区別されなければならない。市場創設的介入は、それがなければ市場が存在しないので市場の歪曲とは言えず、それ自体として補助金とはならない（パラ5.188）。また、各種の社会費用・便益を内部化する政府介入が、市場の広範なパラメーターを画定するにとどまる場合、市場参加者には当該パラメーターの範囲内で商業的考慮に基づく事業活動の余地が広く残されている（パラ5.189）。

したがって、問われるべきは、仮にF I T制度が導入されない場合でも、風力・太陽光発電事業者が各電源由来の発電市場に参入したか否かであり、全電源由来の卸売市場に参入したか否かではない。この点、E Uは風力・太陽光各電源由来の競争的な市場価格についても

証拠を提出しており、パネルはこの証拠に基づく審査を行わなかった点に法適用上の誤りがある（パラ5.219）。

対象産品供給にかかる政府の支配的役割のため、民間の取引価格が歪曲されている場合は、州外参照価格又は構成価額基準(constructed benchmark)を用いることができるが、州外参照価格等のベンチマークを用いる場合には、当該価格が多様な市場成果指標を反映した「市場の一般的状況」に関連するものであることが必要である¹。あるいは、政府による支払がありうる最低価格であることを保証するような競争入札又は交渉価格の場合も参照価格となりうる（パラ5.228）。

以上の分析を経て、上級委員会が提示したベンチマーク価格は、オ州の設定したサプライ・ミックスを所与とした風力発電市場及び太陽光発電市場に見出され、本件F I T制度の前身のR E S制度（競争入札による調達）による調達価格であり、時期、発電技術種別、発電規模、契約期間等に配慮した上で「利益」分析の比較対象基準となると判示した²。より具体的には、風力発電について、直近R E S制度による11セント／k W h（又はそれ以下）とF I T制度による最低対価13.5セント／k W hの比較が可能となりうると述べた³。ただし、このベンチマーク価格はオンタリオ州の定めるエネルギー供給比率の定義に必ずしも依拠するものでなく、パネルによる限定的な事実認定の下では、この価格比較のみでは利益分析を完遂することはできないとした⁴。

（３） 分析

W T O補助金協定の下での補助金に対する審査は、いくつかのステップを経て実施されるが、第一の関門は、「（特定性のある）補助金」該当性審査である（１条）⁵。対象措置が「補助金」とであると判断されると、次に問題となるのは当該補助金が輸出補助金又は国産品優遇補助金（禁止補助金）にあたるかどうかである（３条）。これら禁止補助金の要件に該当すると判断されると、当該補助金は特定性ありとみなされ（２．３条）、違反国は、遅滞なく当該補助金を廃止することを義務付けられる（４．７条）。禁止補助金以外の補助金については、個別に対象措置の特定性が判断された上で（１．２条，２条）、「著しい害」等の悪影響（貿易歪曲効果）の有無が判断される（５条，６条）。

オンタリオ州F I T制度紛争では、上述の通り、「補助金」認定のための要件の一つであ

¹ 米国・カナダ産軟材C V D事件(DS257)上級委員会報告、パラ106。

² 太陽光についてはR E S制度による契約実績がパネル手続の事実認定記録になく、比較不能とされた。

³ 外部参照価格としてケベック州の風力発電電力価格についてはパネル審議がされていない。

⁴ 政府の定めるエネルギー供給比率の定義を考慮に入れたベンチマーク価格の認定には、政府が風力・太陽光発電電力市場を創設したという事実を考慮し、より複雑な検討を行う必要がある。

⁵ 対象措置が「特定性のある補助金」とみなされると、次に、あるいは、貿易歪曲性の有無の審査

る「利益」要件の認定において、パネル多数意見、パネル反対意見、上級委員会意見という3つの見解が示された。このうち、パネル多数意見と上級委員会意見とは、結論において、本件F I T制度が補助金協定1. 1条にいう「補助金」にあたらないとして、環境保護を目的とする一定の政府介入を国際規律の適用除外とする政策余地（‘green space’と呼ばれることがある）を残したのに対して、パネル反対意見は、少なくとも、第一関門（「補助金」該当性）においては、R E発電促進ないし環境保護という政策目的の政府介入であれ、国際規律の対象とすべきであるとの判断を示した。

W T O補助金規律において、従来から提起される根本的問題の一つは、補助金協定では、社会的に正当化されるべき補助金と保護主義的な性質をもつ補助金とを識別する基準が設けられていないことである。学説の中には、環境関連補助金を正当化するための法改正を求める見解も少なくない⁶。また、補助金協定の要件審査は、現代における各国の多様な法制度が市場参加事業者の競争上の地位に対して及ぼす影響の複雑性に対する考慮を欠いており、例えば、「利益」要件審査のための市場ベンチマークそれ自体が歪曲されているおそれも強い。パネル多数意見は、電力卸市場について、まさにそのような認識をもっていたと言える。ただし、パネル・上級委は、これまでも政府規制の介在する不完全市場において紛争対象となった政府措置の「補助金」該当性を審査し⁷、一貫して市場ベンチマークを「利益」要件の比較対象基準として用いてきた。その意味においては、パネル反対意見の解釈も説得力をもつ。

他方、上級委員会は、関連市場の画定作業において、オ州政府の公共政策に基づく「市場」創設のための政府介入と、いったん創設された市場における政府介入を区別するという判断手法を通じ、前者を適用除外とする一方で、後者を規律対象と判断した。しかしながら、両者を識別する基準については必ずしも明らかでなく、そもそも、「市場創設」除外という解釈を支える協定文言上の拠り所は、「市場の一般的状況」しかない。このため、紛争対象となる一連の政府介入措置のうち、市場創設行為と認定されるための条件、創設の対象となる「市場」が成立するための条件（それ以降の措置は既存市場に対する介入措置となる）等、いずれも明らかといえない⁸。

このように、パネル多数意見及び上級委員会意見は、ともに加盟国の公共政策に配慮しつつ、対象措置を適用除外とする識別基準を明確に示していないという問題点がある。この点、物品貿易にかかるW T O協定の中の一般法であるG A T Tでは、20条に一般的例外規定が置かれ、同規定の援用による正当化を可能とする仕組みが構築されている。他方、補助金協定には、対応する正当化規定がないため、別途、G A T T 20条を補助金協定違反行為の正当化

⁶ Sykes (2012), Howse (2011)。

⁷ 例えば、カナダ・乳製品輸出補助金事件(DS103, 113)、米国・カナダ産軟材C V D件(DS257)等。

⁸ 川瀬剛志(2015)。

のために援用できるかという問題が議論されている。また仮に、G A T T 20条援用が許容されるとしても、同条の解釈先例に照らせば、かなり厳格に審査されることにも留意する必要がある。

Ⅲ E U国家補助規制

1. E U国家補助規制の概要

E U国家補助規制の中心条文は、E U機能条約107条・108条であり、実体要件は107条に規定されている。107条の条文構造において、まず1項で一般的に禁止される国家補助が定義され、2項で義務的な適用除外となる補助類型（社会保障、自然災害、ドイツ分割による影響）、3項で他の便益（経済的効率性および公平性の両側面）が競争歪曲効果を上回る場合に、委員会の裁量的な判断により個別の適用除外認可が行われる補助類型が、それぞれ規定される。したがって、これら特定の正当化理由がない限り、競争及び加盟国間通商を歪曲する政府介入（国家補助）は禁止されることになる。

このように、E U国家補助規制においても、第一段階として、107条（1）により規律対象となる「国家補助」に該当するかどうか判断された後に、第二段階として、107条（2）または107条（3）の適用免除審査が行われ、とくに107条（3）の審査（＝balancing・テスト）における分析手法が問題となる。

E U国家補助規制においては、107条（1）にいう「国家補助」にあたると判断されると、同条（2）または（3）によって正当化されない限り、当該措置は禁止されること、および、仮に正当化に成功する場合も、対象措置が「国家補助」である限り委員会への通報義務の対象となり、委員会の定期的な監視を受ける等の各種義務が発生することを勘案すると、107条（1）審査の重要度は、W T O補助金協定の「補助金」該当性審査（第一関門）よりも高いと言える。

委員会による適合性審査では、加盟国による公的介入をその性質から二分類して評価するという判断手法がとられてきた。まず、加盟国が自ら市場参加者として行動する場合、加盟国はその公的介入を経済合理性基準に照らして正当化する必要がある。これに対して、加盟国が規制者として行動する場合、加盟国はその規制権限を公正かつ無差別な方法により行使することが義務づけられる。しかしながら、従来からハイブリッドな形態の政府介入の存在は認識されており、これら国家行為については、国家補助の定義および対象行為の性質を巡って、その政策目的や規制的制約を考慮に入れたより微妙なニュアンスを含んだ判断基準が委員会及び裁判所によって発展させられてきた。こうした法実践は、言うまでもなく、市場の失敗状況の是正や公益目的等の政策実現のための規制的介入にかかる政府と市場の関係を反映すると同時に、欧州市場統合という価値とのバランスを図るというE U固有の側面をもつものであるが、メタレベルでの問題状況の性質それ自体は、W T O協定と同加盟国の関係

と同じものである。

以下、具体的な対象措置としてF I T制度を念頭に置きつつ、107条（1）にかかる「国家補助」該当性を巡る法理の展開の中で、加盟国の公共政策がどのような制度設計を求められているかを検討する。より具体的には、「国家資金の移転」要件、比較可能な状況にある企業群の中で、特定の事業者又は特定の商品の生産に経済的便益が与えられること（「利益」・「特定性」要件）などの各要件が問題となる。

なお、本稿では、「競争の歪曲」要件は取り上げない。同要件は、101条（カルテル規制）における同様な文言の解釈とは異なり、長年、市場画定を含めた詳細な市場分析を要さない要件であると解されてきたが⁹、W T O補助金協定との比較で言えば、5条・6条の「著しい害」に対応する要件である。

2. 国家資金の移転

「国家補助」認定には、「加盟国により供与される補助又は国家の資金により供与される補助」という規定文言がある。従来、前者（加盟国による補助）と後者（国家資金による補助）の違いを巡る議論が活発になされたが、2001年PreussenElektra事件E C J先決裁定は、国家資金の要否について107条（1）の適用範囲を狭く解釈する判断を下した。本事案は、ドイツF I T制度が問題になった事案であり、本稿の考察対象と密接に関わるため、事案の概要をやや詳細に紹介する。

同事案は、地域毎の電気事業者に対するR E由来電力の（市場価値を上回る価格による）最低価格買取義務、および、買取義務から生じる資金的負担を電気事業者と送電網管理事業者との間で分担することを命ずるドイツ法（F I T制度）が、107条（1）の「国家補助」にあたるかどうか問題となったものである。

P社（PreussenElektra）は、ドイツ国内において20の発電所（火力・原子力を含む）と送配電網を保有し、発電および送配電事業を営む100%民間所有の事業者である。S社（Schleswig-Holstein地区）販売する地域電気事業者であり、P社はS社の株式の65.3%を所有している（残りは自治体が所有）。S社は、風力発電電力の買取義務による負担が一定額を超過したため、P社に一部払戻を請求した。P社はいったん請求金額を支払った上で、同払戻請求権の根拠法となるドイツ法は国家補助に該当し違法であると主張し、キール地方裁判所に、支払い義務の不存在確認および支払金の返還請求訴訟を提起した。キール地方裁判所から先決裁定を求められた司法裁判所は、本F I T制度がR E発電事業者に一定の経済的利益をもたらすことを認めたが、107条（1）の「国家補助」は国家資金の移転を伴うものでなければ

⁹ Philip Morris Holland BV v Commission (730/79) [1980] ECR 2671.

ならないと述べた上で、事業者間で資金的負担を分け合う仕組みは、「直接・間接いずれの意味においても『国家資金の移転』である」とは言えず、「国家補助」に該当しないと判示した（パラ58-61）。

また本先決裁定の後半部分は、国家への「帰責性(imputability)」の問題として論じられ、RE電源導入に伴う追加資金がどのような仕組みでファイナンスされるかという制度設計技術次第で「国家補助」該当性の如何が決まるという事態に至っており、国家補助規制の本来の趣旨から離れ、実質的にほぼ同等の目的・効果をもちうる規制措置が異なる扱いを受けるとの批判がなされている¹⁰。

この「帰責性」要件は、資金の徴収・管理における公的コントロールの有無を問うものであるが、この公的コントロールは、単なる（所有を通じた）組織法上の支配権のみで自動的に推定されるわけではなく、実際の政府管理に基づき、特定事業者に利益が提供されたとの立証が必要である（スターダスト法理）¹¹。どの程度の政府コントロールが必要かについては明らかと言えないが、考慮要素となるのは、国家に任務を委託された公的事業者の自律性ないし独立性の程度であり、当該事業者による自律的決定という要素の有無にあるという考えもありえよう。

例えば、電力自由化に伴い回収困難となったストランデッド・コストの補償を目的として、電力需要者から徴収した賦課金のうちの一定額を、送電網ネットワーク事業者を通じてSEPに支払う仕組みを定めたオランダ法について、政府管理に基づく利益提供であると判断した(Essent Network事件, C-206/06)。また、同様の仕組みを定めるイタリア法について、第一審裁判所は、賦課金がいったん公的機関であるファンドに帰属し、常に政府管理に服している点から、帰責性ありと判断した(Iride事件, Case T-25/07)。

再生可能エネルギー関連では、電力需要者から徴収した賦課金を財源としてRE発電事業者およびCHP(コジェネレーション)事業者を補助するオランダ法が国家補助にあたりと判断された例がある¹²。また、CHP発電を促進するオーストリア法について、一般裁判所は、資金の運営主体が政府の厳格な監督と財政的支援に服しており、当該運営主体が民間事業者であっても、対象資金が国家に帰責しないとは言えないと述べた(Case C 24/2009)。

このように、現行の判例法理が求める「国家資金の移転」要件（より正確には、「国家資金の移転」プラス「国家への帰責性」）は、その適用においてやや限界を露呈しているようにも思えるが、その一方で、EU国家補助の規制に服すべき「国家補助」の範囲を画定することが法的に要請されることもまた事実である。仮に、経済活動を広く規制する公的措置と、

¹⁰ Hancher et al. (2012), p. 739; Jaeger (2012).

¹¹ France v Commission (Stardust Marine) (C-482/99[2002], ECR I-4397). 司法裁判所は、リヨン銀行（国有銀行）の子会社2社によるポート会社（Stardust社）への資本注入が国家補助にあたりとした委員会決定を覆した。

¹² State aid N 707/2002, 708/2002, The Netherlands, MEP [2003] O. J. C148/11.

特定事業者に対するより直接的な公的資源の移転とを区別し、後者について重点的に規律するということであれば、ありうる解決として、審査の重点を特定性要件にシフトさせるという方法がある。後述の通り、実際上も、エネルギー関連の公益目的にかかる規制措置が対象となる事案において、特定性要件審査における市場画定および当該市場における競争状況の認定を通じて、対象措置の競争歪曲可能性を判断する判決例が現れているのである。

3. 利益 (advantage)

「利益」要件の判断は、「通常の市場条件(normal market conditions)」の下では入手し得ないような利益が受益者に与えられているかどうか、あるいは、受益者が通常は負わなければならない経済的負担を免除されるかどうかという観点から行われる。具体的な判断基準は、対象行為において、加盟国が、①市場参加者として行動する場合、②規制者として行動する場合、③ハイブリッド（混合）型行為の場合、に応じて微妙に異なる。

「利益」要件判断にかかる一般的な法理として、加盟国または公的事業体の行動が市場における合理性に一致している限り、対象行為は「国家補助」に当たらないとする市場行為者原則(market operator principle)が適用されるが（←①の場合）、対象行為が公益目的と密接不可分に関わる場合には、解釈論上の修正が行われることになる。

クロノポスト事件では、一般信書便にかかる独占領域をもちユニバーサルサービス(US)義務を負うラ・ポスト(仏・国有企業)が、競争分野で他の民間事業者と競争関係にある子会社クロノポストに対して行ったロジスティック関連・商業的支援が国家補助に該当するかどうかが問われた。委員会が、クロノポストが支払った対価によりラ・ポストは収支相償(投資費用をカバー)しており国家補助にあたらないとの決定を下したところ、第一審裁判所(現・一般裁判所)は、委員会が、対象取引の比較基準として、独占部門をもたない民間企業グループ内取引の場合としなかった過誤があるとした。これに対して司法裁判所は、ラ・ポストは、そのUS義務(＝一般的経済利益サービスの委託)ゆえに他の民間企業とは著しく異なる状況に置かれるため、通常の民間企業を比較基準とすることは法律上の過誤があると述べ、同社による郵便ユニバーサルネットワークの構築・維持は、純粋に商業的アプローチに従うものではなく、かつ、本件支援はラ・ポストのネットワークと不可分に結びついていると判示した。その上で、客観的かつ検証可能な仮想的基準として、本件支援提供のためのラ・ポストの負担費用((a)変動費+(b)ABC方式により配賦された共通費用+(c)投資費用)が示された。

また、加盟国が規制者として行動する場合は（←②の場合）、特定の事業者が他の事業者より有利になるという事実が問題視されるため、次項で説明する特定性の有無が主要な争点となる。ここでは、規制システムの通常の適用からの逸脱が問題となるため、競争者間の公正競争ないし競争条件の平等が保護法益となる（「衡平な競技場(level playing field)概

念」と親和的)。

この点、「通常の市場条件」からの逸脱の有無を審査する市場行為者基準も、平等待遇原則の一つの表現であるという見解もあるが、現実の法適用においては、かなり異なる様相を見せる場合がある。というのは、競争条件の平等に重点を置く審査においては、特定の政府規制フレームワークそれ自体が、無差別待遇を評価するための「通常性」を測るベンチマークとなり、当該「公的規制による通常待遇」を所与とした待遇差別だけが問題視されるからである。他方、市場行為者テストでは、市場による非効率的な事業者の淘汰が阻害される点が問われる。

この問題状況を象徴する類型が、③のハイブリッド行為であり、事業活動が行われる「市場」において顕著な政府規制が存在する場合、「通常の市場条件」と「公的規制による通常待遇」との違いは相対化する。EU国家補助規制において、ハイブリッド行為にかかる法実践が発展してきたのは、このような経緯によるものであり、商業的行為／規制的行為の硬直的な二分法の弊害を克服し、顕著な規制的介入により形成される「市場」の実態に対応する形で、様々な形で法理の修正を試みている。後述の公共サービスにかかるアルトマーク原則の形成がその好例である。

4. 特定性 (selectivity)

「利益」と「特定性」とは、「国家補助」を認定するための独立の要件であると考えられてきたが、實際上、「特定性」要件は、国家が規制者として行動し(上記②の場合)、対象措置による受益者の範囲が不明確な場合にのみ審査対象となる。これに対して、市場参加者としての公的介入(上記③の場合)や公的サービス負担者に対する公的支援などの場合には、同要件を満たすかどうかについて論じる必要はない。このような場合、実際上は「利益」の存在が認められれば、当該利益は特定のであるとみなされることになる。

国家が規制者として行動する、「外見上、特定性のない」措置の分析においては、特定性要件に着目した審査が行われ、「利益」の存在は、対象措置の特定性にかかる性質と一体のものとして審査される。ただし、論理的には、特定性審査に先行して利益の有無についての審査が先行する筈であるが(WTO補助金協定は条文を書き分けて規定)、両要件についての分析が、實際上、密接に関連する場合には、両要件を一体として審査することが許容される場合もあるだろう。例えば、税の減免措置のような場合、「通常の(normal)負担」との比較を通じてのみ、利益認定が可能となるが¹³、この審査プロセスは同時に特定性を評価するプロセスともなる。

とくに課税措置や公的規制にかかる特定性の審査では、まず比較の基礎となる「通常の状

¹³ 「対象措置が、ある受益者に利益をもたらす一方で、比較可能な(comparable)状況にある他の事業者にはもたらさない場合」にのみ特定性があると認められる。

況（仕組み）」を認定し、続いて対象措置による利益の存在（比較可能な事業者間の差別待遇）を認定する。最後に、かかる差別待遇が租税制度の本質及び一般的スキームにもとづき客観的に正当化され、平等待遇原則に反しないかどうかの判断が行われる。

ただし、この「本質及び一般的スキーム」による正当化は、ほとんど成功したことがない。というのは、政策目的による正当化は107条（3）の審査において考慮されるところ、107条（1）の審査で関連するのは、規制システムの機能及び実効性に関する考慮のみであり、これにより差別的待遇が許容される場合に限られるとするのが、一貫した判例法理だからである。

例えば、Adria-Wien Pipeline事件 E C J 先決裁定¹⁴では、天然ガス又は電気を消費する製造業者に対してエネルギー税の還付を認めるオーストリア法について、Adria-Wien Pipeline社（石油パイプラインの建設・運営＝サービス業者）の還付申請に対する拒絶決定を受け、製造業者にのみ税還付を認める同法が E U 条約上の違法な国家補助にあたるかがオーストリア憲法裁判所で争われ、先決裁定が求められた。オーストリア政府は、製造業者の方がサービス業者よりもエネルギー税による影響が大きいと主張したが、司法裁判所は、両事業者グループがともに主要なエネルギー消費者であり、等しく環境に負荷を与えるため、両グループの差別は環境負荷削減という法目的からも正当化されないと判示した。

これに対して、再生可能エネルギーないし環境政策関連では、近年、特定性要件審査にかかる公益目的（環境保護）の考慮を巡って重要な判決が現れた。

① N O x 事件 窒素酸化物（N O x）の排出上限を定めるオランダ法（Directive 2001/81）が問題となった N O x 事件がある。当該オランダ法の下で、取引可能な排出権が2004年時点の排出量20MW t h 超の火力発電設備をもつ N O x 排出量上位の事業者250社に無償で配分された。E C 委員会は、この制度に対して107条適合的な国家補助としてクリアランスを与えたが、オランダ政府は「国家補助」該当性を争って提訴した。一般裁判所は特定性なしと判示したが、司法裁判所は、一般裁判所の判断を取り消し、委員会決定を支持した¹⁵。

司法裁判所によれば、加盟国は、いかなる選別も、対象措置の性質及び一般的スキームにより正当化する必要がある（パラ62）。この点、250社は、排出量削減量を取引可能な排出権に転換したり、排出権を購入したりすることによって制裁金支払いリスクを回避できるという意味で、自ら達成した排出量削減の経済的価値を金銭化できるという利益を得る一方で、他の事業者にはこうした取引の可能性はない。したがって、対象措置は N O x 排出量削減を目的とするスキームに本質的な差別待遇とは言えず、「本質及び一般的スキーム」にもとづ

¹⁴ Case C-143/99 [2001], 8 November 2001.

¹⁵ Case C-279/0 P [2008]

き正当化されない¹⁶。

なお、司法裁判所は、理由として不十分と判断したが（パラ76）、対象事業者が他の事業者よりも厳格な排出量削減基準に服しており、遵守コストも大きいという点において両事業者グループを区別する対象措置は、その規制目的に照らして正当化されると結論づけた一般裁判所の判断にも一定の説得力がある。

②British Aggregates事件 British Aggregates事件では、建築用骨材に対する賦課金の問題とされた。骨材には、新規に生産されるもの（新規生産物）とリサイクル生産物とがあるが、賦課金は新規生産物にのみ課され、リサイクル骨材や副産物として生産される場合、骨材以外の用途の場合、輸出用の場合等は適用除外とされていた。本措置の目的は、リサイクル骨材の使用を奨励すること等にあった。

委員会は、特定性要件に照らして対象措置は「国家補助」に当たらないとの決定を下したが、BAA（英国骨材協会）が一般裁判所に提訴を行った（適用除外の範囲に関する不服申立）。一般裁判所は、加盟国は環境税の問題について広い裁量権をもち、対象措置は特定性をもたない（＝環境保護目的は、対象措置を特定性審査から除外する役割を果たす）と判示した。

これに対して、司法裁判所は、107条（1）にかかる特定性審査において、環境保護目的は考慮し、対象措置をEU国家補助規制の対象から除外することを正当化することは許されないと判示し、事案を一般裁判所に差し戻した¹⁷。

一般裁判所（差し戻し審）は、一見して特定の財政的措置であっても租税制度の本質又は一般的スキームにより正当化される場合があると述べ、「比較可能な（comparable）法的又は事実的状况にある事業者との比較において」特定の事業者が利益がもたらされているかという分析が必要であると判示した。法の適用において、“virgin”、“secondary”、“recycled”といった分類基準が一般的租税制度に基づくものでなく、その定義も曖昧であること、多様な骨材が環境に負荷を及ぼす性質は同等であり、これらは比較可能な状況にある。クレイ、スレート、チャイナ・クレイ等を原料とする骨材を賦課金の適用除外とすると、当該適用除外物質の骨材生産に誘因を与えることになる、と述べた¹⁸。

以上紹介したように、司法裁判所は、公益目的の存在それ自体により、EU国家補助規制を免れるとする解釈論には一貫して与しない。ただし、「比較可能な」状況にある事業者群または産品群を画定するプロセスは、優れて規範的な分析プロセスであり、優遇される事業者群とそうでない事業者群との間の競争関係ないし代替可能性の存在（すなわち、市場画

¹⁶ これに関連して、107条（1）の対象措置は、その目的でなく効果において区別される。環境保護という目的は、107条（3）の適合性判断においては考慮されるが、107条（1）の規律範囲から特定性を有する措置を除外することを正当化しないと述べる（パラ75）。

¹⁷ British Aggregates Association v Commission (C-487/06 P) [2008] E.C.R. I-10505.

¹⁸ Case T-210/02, 7 March 2012, at [78]-[79].

定) 及び当該競争への悪影響を評価することを含意する¹⁹。その際、公的規制の内容及び対象分野に反映される政策目的は、当然、市場画定の際の考慮要素の一つとなるのではないだろうか。

5. 一般的経済利益サービス(SGEI: Services of General Economic Interest) 分野にかかる例外

ハイブリッド型の政府介入が明確に意識される典型的な行為類型は、US義務等の公的サービス提供義務を負う事業者への公的支援の場合である。こうした行為類型について、107条(1)の該当性を認めた上で、第二段階として106条(2)による正当化審査を行う判例と、そもそも107条(1)の国家補助にあたらないとし、EU国家補助規制の対象から除外する判例とが混在し、判例法理の統一が求められていた。

後者の考えをとる判例として、例えば、Ferring事件判決(case C-53/00)がある。本件は、医薬品卸売業者に対して網羅的な品揃えを義務付けるフランス法の下で、医薬品開発製造業者による患者等への販売に課税する一方で、卸売業者による販売を非課税とする法制度が問題とされた事案で、司法裁判所は、同制度の目的が、異なる流通チャンネル間の競争条件を同等なものとするにあり、税の減免額は卸売業者の追加的費用分(=在庫の品ぞろえ保有義務)と一致し(=過剰補償の不存在)、追加費用を補償する性質をもつと認めた。その上で、事前通報がない場合であっても106条(2)が国家補助ルールに対する免除規定となりうると判示した。

(1) Altmark事件判決

その後、Altmark事件(2003年)において、判例法理の統一が図られた。公共バス運行を行う鉄道会社(Altmark社)に対する地方自治体の財政補助措置について、司法裁判所は、公共サービス義務遂行のための補てん措置が以下の4要件を満たす場合には、当該措置は107条(1)の「国家補助」に該当しないと判示した(→アルトマーク原則)。

- ①受益事業者(公共サービスの受託事業者)が、明確に定義された公共サービス義務を負っていること。
- ②補償額算出の基礎となるパラメーターが、事前に、客観的かつ透明性を有する方法で定められていること。
- ③補償額が、公共サービス提供義務費用に合理的な利潤を加えた額を超えないこと(=過剰補償の不存在)。
- ④公共サービス提供事業者が、公共入札手続に基づき選定されない場合、補償額の水準は適

¹⁹ British Aggregate事件差し戻し審において、骨材需要への影響が考慮された点も同様に理解できる。

切に運営される典型的な企業の関連費用に基づいて決定されること（＝効率性考慮）。

上記アルトマーク原則において、新規性をもつのは、4番目の要件であり、加盟国の公共サービスは、公共入札手続によるべし、とのメッセージを発信すると同時に、さもなくば、「適切に運営される典型的な企業」という規範的なベンチマークが基準として採用される。なお、アルトマーク4要件を満たさない公的補助で、107条（1）の「国家補助」に該当する場合であっても、なお106条（2）による免除を受ける理論的可能性はありうるが、アルトマーク・テストが106条（2）に基礎を置くものである以上、實際上、同テストをクリアしない公的補助がなお106条（2）の免除を認められる可能性は極めて低いとされる。

いずれにせよ、SGEIと他の商業的サービスとを明確に区別することがEU国家補助規制の適用除外ないし正当化の前提となる。SGEI概念の範囲設定については、各加盟国が幅広い裁量権をもつことを前提として、判決例の蓄積があるが、通常、エネルギー分野等の公益事業分野にかかるUS義務については、SGEIに該当すると判断される。

（2） 106条（2）による適用除外²⁰

〔要件〕

①措置の対象が「一般的経済利益を有するサービス（SGEI）」の運営を「委ねられた事業者（entrusted undertaking）」であること、又は、「歳入源を独占する性格を有する」事業者の行為であること

→SGEI概念＝一般的利益であり特定の公益事業義務の対象にあると分類した市場サービスを指す（例：郵便、電気通信、エネルギー等）

②条約ルールを適用すると、当該事業者が委任された特定任務の遂行が妨げられること

→1993年Corbeau事件先決裁定以降、比例性原則に基づく必要性テストにより判断される。

郵便US義務及び財政均衡による正当化も許される。収益部門から赤字部門に対して内部補助することを認め、クリームスキミングを制限することも許容する。

③EU利益に反する程度にまで通商の発展が影響を受けないこと（ただし、本要件の充足は緩やかに解される）

6. RE振興支援にかかるEU規律の新たな動き

EUは、現在、2020年までに温室効果ガス20%削減（1990年比）、RE発電シェア20%²¹、及び、エネルギー効率20%改善という目標（“20-20-20” Target）を立てるが、委員会は、2013年11月5日、「電力分野における国家介入に関するガイダンス」を公表し²²、とくにR

²⁰ 青柳由香『EU競争法の公共サービスに対する適用と限界』（日本評論社 2013年）

²¹ Directive 2009/28/EC on the Promotion of the Use of Energy from Renewable Sources.

²² European Commission, Guidance for State Intervention in Electricity

E 振興支援と加盟国間協力のあり方について、「R E 支援スキーム設計に関するガイダンス」と「R E 協力メカニズム活用に関するガイダンス」²³を公表した。

このうち、支援スキーム設計ガイダンスは、電力市場に対する公的助成、特にR E 振興を目的とするF I T制度を改革し、段階的に、より効率的な仕組みへの変更を促すことを示唆する。現行の各国F I T制度は、域内電力市場の機能を歪曲し家計及び企業にエネルギー高価格という負担をもたらす場合があるところ、太陽光・風力発電技術の改良が進み投資コストが低下したとの認識に基づき、F I T制度をインセンティブ制度（価格プレミアムまたは取引可能な認証制度）へと変更することを助言した。ただし、2020年までにR E 発電シェア20%の目標達成を妨げないよう配慮すべきことが注記される。同ガイダンスの具体的な内容は概ね以下の通りである。

- ・ R E 発電の競争力を高めるのに必要な範囲に財政的支援は制限されるべき
- ・ 生産コストの低下に応じた柔軟な支援の仕組みとし、R E 発電技術が成熟するに従って、徐々に支援を縮小すべき。より具体的には、F I T制度は、事業者が市場の発展に応じるインセンティブを与える別の支援手法に変更されるべき
- ・ 予告なく、又は、遡及的な制度変更は回避すべきであり、事業者が既に行った投資に対する正当な期待は保護されるべき
- ・ 加盟国はそのR E 戦略を相互に調整し、消費者にとっての低コストを維持すべき

また上記ガイダンスを受けて、2014年4月、委員会は、エネルギー・環境保護及びエネルギーに対する国家補助ガイドラインを公表した。同ガイドラインは、2008年環境分野ガイドラインを改訂し、対象分野をエネルギーにも拡大するものであり、R E 発電については、競争入札E E Aレベルのオークションや競争入札を通じた電源設備投資、市場価格への上乗せプレミアムの補助、マイナス価格(negative price)の下での発電インセンティブが生じないことの確保、透明かつ無差別な基準に基づく競争入札手続きを通じた補助といった基準が設定されている²⁴。

IV F I T制度設計への示唆—「補助金」該当性を中心として

1. 政府介入と「市場」

以上の検討を踏まえ、R E 振興を目的とする各国の多様な支援施策について、国際規律の対象とすべき「補助金」の範囲という観点から、あらためて考察してみる。とくに、受益する財が公益性の高い政策目的と密接不可分に結びつき、補助金の効果である商品・役務の産

²³ European Commission Guidance for the Design of Renewables Support Scheme (SWD (2013) 439 final), 5 November 2013; European Commission Guidance on the Use of Renewable Energy Cooperation Mechanism (SWD (2013) 440 final), 5 November 2013.

²⁴ Guidelines on State Aid and Environmental Protection and Energy 2014-2020 (2014/C 200/1), June 28, 2014.

出量の拡大又は生産費用の低下が、当該国が設定した公益目的の実現そのものである場合には、対象補助金の範囲画定の段階においても、当該公益目的及び効果を考慮可能な解釈を採用すべきようにも思えるからである。

この点、WTO補助金協定に先立つGATT東京ラウンド補助金コードにおいては、8.1条及び11条において、補助金の一般的性格について、産品間競争及び貿易を歪曲するおそれを明示すると同時に、重要かつ正当な社会・経済的目的の実現手段であることを認めていたが、法的にどのように両者をバランスし価値の対立を調整するかについての具体的な基準は何ら規定されなかった。

また、WTO補助金協定において当初盛り込まれた8条の相殺不可能補助金（グリーン補助金）は2000年に失効しており、ほかに、公益目的に基づく政府支援を正当化する法的仕組みは、少なくとも明示にはビルトインされていない。したがって、「特定性のある補助金」の存在が認定され、当該補助金によって受益する国内産品と競合する外国産品が損害を被る等の「著しい害」がある場合、当該補助金が是正を求められる場合もありうる。

以下、個別の要件ごとに検討していく。

（１） 資金的貢献及び国家への帰責性

何が「補助金」とみなされ、国際規律の対象になるかについて、WTO補助金協定では、1.1条（a）（1）の「公的機関(public body）」および1.1条（a）（1）（i v）の「委託・指示」の解釈問題として議論される。

「公的機関」該当性について、上級委は、株式保有による政府の「所有」ないし支配の存在という事実のみならず、対象主体が「政府権限の有し、行使し又は委譲されている機関（an entity that possesses, exercised or is vested with governmental authority）」かどうかを判断基準として示した²⁵。ただし、「政府権限」とは何を指すのか、必ずしも明らかでない。公的機関にあつては、その公益的使命から、利潤最大化を行動原理としない場合もしばしばあり得るため、対象行為の性質に応じて、個別に公的機関性を判断するしかない。

行為主体が「民間団体」の場合であっても、「通常政府に属する任務…をとることを委託し若しくは指示する」場合には、補助金協定の適用を受ける（SCMA1.1条（a）（1）（i v））。また、「委託又は指示」の有無は、証拠全体から総合的に判断される²⁶。

他方、EU国家補助規制においては、上述の通り、「国家資金の移転」および「国家への

²⁵ 米国・AD/CVD事件(DS379)。中国産鉄鋼製品に対する米国の補助金相殺関税措置の適用に関する紛争。中国国有企業が補助金協定1.1条（a）（1）の「公的機関」に該当するかどうか争点となり、上級委は、国有商業銀行については「公的機関」該当性を認める一方で、鉄鋼等を生産する国有企業については認めなかった。

²⁶ 米国・韓国DRAM相殺関税事件(DS296)。

帰責性」という要件により判断される。

F I T制度の場合、購入者が民間事業者であれ（日本法の場合）、公的主体であれ（オンタリオ州の場合）、買取義務自体は、法令によって規定され、これを円滑に実施するための法的仕組みがセットで構築されるのが通常である。すなわち、国家への帰責性はほぼ間違いなく認められることとなる。

（２） 利益

次に、「利益」算定基準である市場テストについては、補助金協定14条（d）の「市場の一般的状況（価格、品質、入手可能性、市場性、運送その他の購入又は販売の条件を含む。）」との比較において対価の妥当性が判断される。政府による購入の場合、「当該購入について妥当な対価よりも多い額の対価が支払われる」場合にのみ「利益」をもたらすものとみなされる。

申立国主張のように、電力卸取引「市場」における各種電源由来電力間の競争に着目すると、F I T制度による公的支援は、R E発電事業者ないしR E由来電力生産に対して経済的価値を移転させる仕組みであることは否定できない。この点、E U国家補助規制においても、R E発電事業者やC H P事業者に対する財政的補助は「国家補助」にあたると判断された例がある。

しかしながら、オンタリオ州の電力卸取引市場の場合、公的機関が購入主体であるという事情もあり、R E由来電力に限らず、全電力需要量の過半が政府機関（O P A）策定モデル契約あるいは総括原価方式に基づく規制料金である。仮に、H O E Pを比較ベンチマークと考えると、これら卸取引段階の対価がすべて「補助金」と判断されることになるが、こうした結論には違和感が伴う。

ただし、W T O判例法理は、「市場」が「適切な比較のベンチマーク」とであると判示するのみであり、他に適切なベンチマークがあるならば、その採用は妨げられないとの見解もある。上述の通り、政府介入が顕著な市場においては、実際のスポット取引価格以外の、より規範的なベンチマークが採用されることは妨げられない。本件のような市場構造におけるスポット取引価格には、発電事業にかかる固定費用が反映されない可能性も高いと思われるからである。

W T O補助金協定（農産物については農業協定）の先例においても、対象市場において顕著な公的介入が存在する場合には、当該市場において形成される価格は、純粋に市場メカニズムが反映された指標とは評価できないと判断された判例がある。例えば、カナダ酪農品規制事件（21.5条手続）では、相互に連動する厳格な生産・流通管理、国内支持価格および輸入規制による余剰乳製品が国際市場に安価で輸出されるカナダの法制について、国内価格、国際価格ともに比較ベンチマークとはなり得ないと述べ、上級委は、生乳の「適正価値

(proper value)」として、酪農家（生産者）による生乳生産の平均総費用をベンチマークに用いた。また、カナダ産軟材CVD事件では、カナダ国有地の軟材伐採権の付与が、軟材生産者に対する「政府による製品の供給」にあたるか否かが問題とされ、上級委は、「一般的な市場条件」（SCM協定14条（d））の解釈として、国内取引価格以外の価格指標を採用した米国商務省の判断を適法であると判断した。

このように、顕著な政府介入により、特殊な「市場」が形成されている場合には、上級委の述べるように、供給サイドの要因に着目することが重要であると思われる。また、電源種別の構成割合にはその国の政策方針（日本の場合は、「エネルギー基本計画」）が色濃く反映され、規制料金の決定方法も、電力市場における電源種別毎の役割に応じてそれぞれ異なる。RE導入支援にかかるFIT制度も、こうしたオンタリオ州のエネルギー政策と密接不可分に結びつくものであり、少なくとも、電源種別毎に市場画定を行うという上級委の判断は首肯できる。

（３） 特定性

特定性要件の主たる機能は、WTO、EUいずれの場合においても、規律対象となる国家行為が無制約に拡大しないよう、規律対象範囲を限定することにあるが、その理論的根拠は必ずしも明確でなく、せいぜい、より特定の補助金の方が、貿易（競争）歪曲効果が大きいという一般的認識に依拠するに過ぎない。

WTO補助金協定においては、2条において、従来の米・EUの相殺関税法にかかる国家実践等を参照しつつ、詳細な特定性判断にかかる法的基準を盛り込んだが、必ずしも実効的に機能しているわけでない。なお本件紛争では、国産品優遇規制であることは認定済みであったため、特定性要件が問題とならない事案であった。3条に該当する補助金は「特定性を有するものとみなす」規定が置かれているからである（2．3条）。

この点、EU国家補助規制の場合も、域内市場統合の要請があるため、より広範に特定性要件が審査されることになる。例えば、自然人・中小企業・地方公共機関による商業車購入への補助事例や、全製造業セクターへの補助事例などについて特定性ありとされた例がある。こうした状況を受けて、全ての事業者に広く一般的に適用される措置でない限り特定性要件は満たされとの見解も見られるほどで²⁷、特定性要件の適用に関しては、EU法の方がWTO法よりも厳格な規律を行っているとは評価できる。

2．FIT制度設計への示唆—「補助金」該当性を中心として

FIT制度の多様な制度設計のあり方を踏まえ、特定のFIT制度がWTO補助金規律の

²⁷ Commission v France (6 & 11/69)におけるRoemer法務官の説示。

対象となるかどうかは、各国の法システム及びF I T制度の具体的な設計手法に依存する。

我が国F I T制度の場合、発電設備・方法については、安定的かつ効率的な発電施設であること等について経済産業大臣が認定し、電気事業者は、買取りに必要な接続や契約の締結に応じる義務を負う。買取価格・期間については、R Eの種別、設置形態、規模等に応じて、第三者委員会である調達価格等算定委員会の決定に基づき、経済産業大臣が告示する。より具体的には、買取価格について、R Eの発電設備を用いて電気を供給する場合に通常必要となる発電コスト、および、R E電気の供給者が受けるべき利潤（施行後3年間は買取価格決定に当たり供給者の利潤に特に配慮する）を、買取期間について、R Eの発電設備が設置されてから設備更新が必要になるまでの標準的な期間を勘案して決定する。買取りに必要な費用は、電力需要者から電気使用量に応じて賦課金として徴収され、賦課金の地域間格差を調整するため、費用負担調整機関²⁸が賦課金の回収・分配業務を行う。

またローカルコンテンツ要件は含まれておらず、現時点において外国の送電網との間を結ぶ国際連系線も存在しないため、仮に「電気」が物品であると考えたとしても、「電気」の輸出入取引は存在しない。したがって、補助金協定3条の禁止補助金（輸出補助金、国産品優遇補助金）には該当せず、かつ、同5条、6条の「著しい害」が生じる余地もない。

ただし、国際連系線を通じた送電網間の接続により、外国からの電力輸入が可能な状況下では、特定性のある補助金の存在が認められると、たとえそれが内外無差別な補助金であったとしても、次に「著しい害」の有無にかかる審査に進むことになる。「著しい害」が生じる市場に限定はないが、主として問題となるのは、補助金交付国内市場である。F I T制度によって、電力卸売市場において、市場価格を下回る価格でR E由来電力が供給され、かつ、外国事業者（電力輸出事業者）の売上げが減少する等の歪曲効果が生じる場合には、F I T制度の廃止を含む是正措置が勧告されるおそれもある。

ここであらためてポイントとなるのは、主権国家による公益目的の追求という正当性に対する配慮が、W T O協定やE U国家補助規制にかかる適合性審査のどの段階で行うべきかという問題である。この点、オンタリオ州F I T制度紛争における上級委は、法解釈論として許容される範囲内で、「補助金」要件審査の段階において、加盟国の「政策スペース」をできるだけ広く確保したものであると評価されるが、同様の法実践は、E U国家補助規制にかかる判例法理の発展においても見られるところである。

地球温暖化問題に対する施策である再生可能エネルギー導入促進は、国際社会がその正当性を高く評価する政策目的であり、F I T制度は、同政策目的の実現に向けた最有力な仕組みであると考えられている。補助金協定に対するG A T T 20条（一般的例外規定）の適用ないし準用可能性が疑問視される中で、内外無差別なF I T制度が補助金協定違反と判断され

²⁸ R E特措法19条3項。2012年3月19日、一般社団法人低炭素促進機構が費用負担調整機関として指定された。

るリスクを回避するためには、「（特定性のある）補助金」該当性審査の段階においても、規律対象となる補助金を適切な範囲に限定するというルールのだ立が必要となるのではないか。

かかる意味においては、今後も、公益目的に基づく政府介入が顕著な市場における公的支援については、SCM協定1条2条の「補助金」該当性判断において、「一般的な市場条件」ないし比較ベンチマークの適切な選択、および、特定性要件にかかる判例法理の発展とともに、必要に応じて、新たなルールの策定も求められよう。

オンタリオ州電力システムの変遷と市場状況

I. 変遷

1906年 オンタリオ水力発電委員会（H E P C O）設立

→1974年 Ontario Hydro（国有企業）に改組

1998年 エネルギー競争法 OH社を5社に分割，競争導入。

（分割後会社）

①独立電力システム管理機関（I E S O）：卸電力市場の運営，発電事業者から需要者への送電指示

②オンタリオ発電機関（O P G）：州発電量のシェア約90%の発電設備を保有

③Hydro One：送電ネットワークを保有，地域配電・小売事業

④オンタリオ電力財務会社（O E F C）：その他の権利義務を承継（200億C A Dのストロークコストの承継を含む）

⑤電力安全局：システム安全性に関する規制行政。

1998年 オンタリオエネルギー委員会（O E B）法

→電気料金の許認可等を中心とする規制機関として，O E Bを設置。

2002年 競争的な卸電力市場の開設。開設後，3ヶ月間で価格は30%上昇したが，発電投資呼び込みには失敗。2002年記録的猛暑時には一時的に小売価格凍結措置。

2004年 電力改革法：再生可能エネルギー（R E）への投資促進による発電量増加，省エネ・資源保存（環境対応）が目的。

→オンタリオ電力庁（O P A）の設置。長期の電力システム計画策定，安定的かつ安全な電力供給の確保，電源構成の多様化促進（R E振興）

2009年 グリーンエネルギー・グリーン経済法

II. 市場状況（2010年当時）

【発電分野】

（1）全発電容量は34,700MW，事業者構成は，（i）O P G（政府保有）58%，（ii）N U G s（民間事業者）2%，（iii）I P P s（電力自由化後に参入した他の民間事業者）40%（←F I Tプログラム参加者を含む）。

（2）発電設備

・O P G規制対象設備（原発を含むベース電力）：O E Bが総括原価方式により価格決定，資本利益率（R O E）9.43%

- ・ O P G 規制対象外設備（水力、石炭火力等）：オンタリオ毎時電力価格(HOEP)
 - ・ I P P s：設備の電源種別毎にO P A策定のモデル契約及び交渉により個別に価格決定。
- (3) I P P 向けモデル契約（すべてHOEPより高水準）
- ・ 天然ガスにかかるC E S 契約：公共入札手続により価格決定
 - ・ R E にかかるR E S 案件Ⅰ～Ⅲ：公共入札手続により価格決定
 - ・ 水力発電にかかるH C I：事業者＝O P A間の交渉により価格決定
 - ・ コージェネにかかるC H P 案件Ⅰ～Ⅲ：事業者＝O P A間の交渉により価格決定
 - ・ R E 標準プログラム(R E S O P)：太陽光発電は費用補償原則による(42.0cents/k W h)。その他はR E S に準拠(11.04～14.56cents/k W h)。
 - ・ F I T プログラム：認定発電事業者は、総括原価方式による(2009年は税引き後R O E 11%)。陸上風力13.5cents/k W h，海上風力19.0cents/k W h，太陽光44.3～80.2cents/k W h。
- (4) N U G 向け価格：長期契約に基づき20年前に大口需要者向け小売価格にリンクして決定。通常，HOEPよりも高水準(平均8.0cents/k W h)。

【送配電部門】

- ・ 高圧送電網：Hydro One（政府所有）がほぼ独占保有(97%)。
- ・ 低圧配電網：Hydro One(25%)，80社の地域配電事業者(L D C s)（うち77社は市町村保有）

Ⅲ. 規制行政

1. O P A (オンタリオ電力庁)

- ・ 政府の「機関(agency)」(2004年設置)←エネルギー省管轄
- ・ 目的・任務：中長期的観点から，オ州の電力供給及び資源を管理すること。
- ・ 業務・権限：電力供給及び発電設備の調達にかかる契約締結。R E 電源電力の調達にかかる契約を通じ，州政府のR E 振興目的の達成を支援。

2. I E S O (独立電力システム事業者)

- ・ 政府の「機関」(1998年設置)←エネルギー省管轄
- ・ 業務・権限：電力システムの系統管理。電力卸市場における事業者間の決済管理。

3. O E B (オンタリオエネルギー委員会)

- ・ 政府の「機関」
- ・ 業務・権限：送配電託送料金の決定。小売料金にかかる規制価格計画の策定。送配電・小売事業にかかる規則制定。

4. 価格

- ・ HOEP：需給等を反映し入札により5分毎に自動算出される価格(MC P)の毎時平均

価格。

・GA(全体調整) : HOEPと契約価格との差額。小売料金に上乗せして全需要者から徴収(2010年は2.718cents/kWh)

・小売価格: RPP準拠価格等(HOEP+GA+託送料金)

5. FITプログラム(2009年1月～, エネルギー大臣令による)

・OPAとの契約(FIT契約, マイクロFIT契約)に基づく, 20～40年間の最低価格買取保証。

・州産品最低使用要件(ローカル・コンテンツ要件)

	風力	風力	太陽光	太陽光	太陽光 (小)	太陽光 (小)
事業開始日	2009-2011	2012-	2009-2011	2012-	2009-2011	2012-
要求現地化率	25%	50%	50%	60%	40%	60%

・目的: ①RE供給拡大, ②RE由来電力の簡易な調達・促進方法, ③新たな雇用創出によるグリーン産業振興, ④RE技術への投資誘引

〔関連条文〕

WTO補助金協定

第1条（補助金の定義）

1. 1 この協定の適用上、次の（a）の（1）又は（2）のいずれか及び（b）の条件が満たされる場合には、補助金は、存在するものとみなす。

（a）（1） 加盟国の領域における政府又は公的機関（この協定において「政府」という。）が資金面で貢献していること。すなわち、

（i） 政府が資金の直接的な移転を伴う措置（例えば、贈与、貸付け及び出資）、資金の直接的な移転の可能性を伴う措置又は債務を伴う措置（例えば、債務保証）をとること。

（ii） 政府がその収入となるべきものを放棄し又は徴収しないこと（例えば、税額控除等の財政による奨励）。（注）

注： 千九百九十四年のガット第十六条（第十六条の注釈及び補足規定）及びこの協定の附属書1から附属書3までの規定に基づき、いずれかの輸出産品が、国内消費に向けられる同種の産品に課される関税若しくは内国税を免除されること又はこれらの関税若しくは内国税が課されたときにその額を超えない額だけ払戻しを受けることは、補助金とはみなさない。

（iii） 政府が一般的な社会資本以外の物品若しくは役務を提供し又は物品を購入すること。

（iv） 政府が資金調達機関に支払を行うこと、又は政府が民間団体に対し、通常政府に属する任務であって（1）から（3）までに規定するものの一若しくは二以上を遂行すること若しくは政府が通常とる措置と実質上異ならないものをとることを委託し若しくは指示すること。

（2） 千九百九十四年のガット第十六条に規定する何らかの形式による所得又は価格の支持があること。

（b） （a）の（1）又は（2）の措置によって利益がもたらされること。

1. 2 1. 1に規定する補助金は、次条の規定に基づいて特定性を有する場合に限り、第二部の規定又は第三部若しくは第五部の規定の適用を受ける。

第2条（特定性）

2. 1 1. 1に規定する補助金が当該補助金を交付する当局（この協定において「交付当局」という。）の管轄の下にある一の企業若しくは産業又は企業若しくは産業の集団（この

協定において「特定企業」という。)について特定性を有するか有しないかを決定するため、次の原則を適用する。

(a) 交付当局又は交付当局の適用する法令が補助金の交付の対象を明示的に特定企業に限定している場合には、当該補助金は、特定性を有するものとする。

(b) 交付当局又は交付当局の適用する法令が補助金の交付を受ける資格及び補助金の額を規律する客観的な基準又は条件(注)を定めている場合には、特定性は、存在しないものとする。ただし、当該資格が自動的に付与されるものであり、かつ、当該基準及び条件が厳格に遵守されていることを条件とする。当該基準又は条件については、確認することができるように、法令その他の公文書に明確に定めなければならない。

注：この(b)に規定する「客観的な基準又は条件」とは、中立的であり、特定企業を他のものよりも有利に扱うものではなく、本質的に経済に係るものであり、かつ、一様に適用される基準又は条件(例えば、被用者の数又は企業の規模)をいう。

(c) (a)及び(b)に定める原則の適用の結果として特定性が存在しないと認められるにもかかわらず、補助金を実際には特定性を有するものである可能性があると思ふに足る理由がある場合には、他の要因を考慮することができる。この要因とは、限定された数の特定企業による補助金制度の利用、特定企業による補助金制度の支配的な利用、特定企業に対する均衡を失した多額の補助金の交付及び補助金の交付を決定するに当たって交付当局が裁量的な方法をとっていること(注)をいう。この(c)の規定の適用に当たっては、交付当局の管轄の下にある経済活動の多様性の程度及び補助金制度を運用している期間の長さを考慮する。

注：この点に関し、特に、補助金の申請が拒否され又は承認される頻度及びそのような決定の理由に関する情報を考慮する。

2. 2 交付当局の管轄の下にある地理的に指定された地域内にある特定企業のみに交付される補助金は、特定性を有するものとする。この協定の適用上、権限を有するすべての段階の政府が行う一般的に適用される税率の決定又は変更は、特定性を有する補助金とはみなさないと了解する。

2. 3 次条の規定に該当する補助金は、特定性を有するものとみなす。

2. 4 この条に規定する特定性については、実証的な証拠に基づく明確な裏付けによって決定する。

第3条 (禁止される補助金)

3. 1 農業に関する協定に定める場合を除くほか、第一条に規定する補助金のうち次のものについては、禁止する。

(a) 法令上又は事実上(注1) , 輸出が行われることに基づいて(唯一の条件としてであるか二以上の条件のうち一の条件としてであるかを問わない。) 交付される補助金(附属書1に掲げるものを含む(注2))。

注1: 補助金の交付が法的には輸出が行われることに基づいたものではない場合においても, 当該補助金の交付が実際の又は予想される輸出又は輸出収入と事実上結び付いていることが事実によって立証されるときは, この基準は, 満たされるものとする。輸出を行う企業に補助金を交付するという単なる事実のみを理由として, この3. 1に規定する輸出補助金とみなされることはない。

注2: 輸出補助金には当たらないものとして附属書1に規定する措置は, この条の規定又はこの協定の他のいかなる規定によっても禁止されない。

(b) 輸入物品よりも国産物品を優先して使用することに基づいて(唯一の条件としてであるか二以上の条件のうち一の条件としてであるかを問わない。) 交付される補助金

3. 2 加盟国は, 3. 1に規定する補助金を交付し又は維持してはならない。

第14条 補助金を受ける者の利益による補助金の額の算定

この部の規定の適用上, 調査当局が1.1の規定に従い補助金を受ける者に与えられる利益を計算するために使用する方法は, 当該加盟国の国内法令又は実施規則に規定する。また, 加盟国は, 個々の事例についてこの方法を適用するに当たって, 透明性をもって実施し, かつ, 適切に説明する。この方法は, 次の指針に適合するものとする。

(a) ~ (c) [略]

(d) 政府による物品若しくは役務の提供又は物品の購入は, 当該提供が妥当な対価よりも少ない額の対価で行われ, 又は当該購入について妥当な対価よりも多い額の対価が支払われるものでない限り, 利益をもたらすものとみなしてはならない。対価の妥当性は, 当該提供又は購入が行われる国における関係する物品又は役務についての市場の一般的状況(価格, 品質, 入手可能性, 市場性, 運送その他の購入又は販売の条件を含む。)との関連において決定される。

EU機能条約

第107条(1)

本条約に別段の定めがある場合を除き, 形式を問わず加盟国により供与される補助又は国家の資金により供与される補助であって, 特定の事業者又は特定の商品の生産に便益を与えることにより競争を歪曲し又はそのおそれのあるものは, 加盟国間の通商に影響を及ぼす限り, 域内市場と両立しない。

第107条（2）

以下の場合、域内市場と両立するものとする(shall)。

（a） 社会的性格を有し、個々の消費者に供与される補助。ただし、当該補助が、関連商品の原産国に関して無差別に供与される場合に限る。

（b） 自然災害その他の異常事態により生じた損害を補填するための補助

（c） ドイツ分割により影響を受けたドイツ連邦共和国の一定地域の経済に対し、ドイツ分割による経済的不利を補償するために必要な限度において与えられる補助。（以下、略）

第107条（3）

以下の場合、域内市場と両立すると考えられる場合がある(may)。

（a） 生活水準が極度に低く、または、深刻な失業がある地域…の経済開発を促進するための補助。

（b） 欧州共通利益のための重要プロジェクト遂行または加盟国経済の深刻な攪乱を救済するための補助。

（c） 特定の経済活動または特定の経済地域の発展を促す補助。ただし、当該補助によって共通利益に反する程度にまで取引条件が悪影響を受けない場合に限る。

（d） 文化や遺産の保護を促進する補助。（以下、略）

（e） その他、委員会の提案に基づき理事会決定により特定される補助

第106条（2）

一般的経済利益を有するサービス（S G E I）の運営を委任された事業者又は歳入減を独占する性格を有する事業者は、それらのルール適用がこれらの事業者に与えられる特定の任務の法律上又は事実上の遂行を妨げない限り、本条約のルール、特に競争に関するルールに従わなければならない。…

〔参考文献〕

Bigdeli, Sadeq Z., “R E sur R E cting the Dead? The Expi R E d Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of ‘GR E en Space’ ”, 8(2) Manchester J of Int’ l Econ L 2 (2011)

Brink, Tegan, “What is a ‘Public Body’ for the Purpose of Determining a Subsidy after the Appellate Body Ruling US-AD/CVD?”, 6-6 Global Trade and Customs Journal 313 (2011)

De Cecco, Francesco, “The Many Meanings of ‘Competition’ in EC State Aid Law”
9 Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 111-132 (2007)

Hancher, Leigh; Ottervanger, Tom; and Slot, Piet Jan, EU State Aids (4th Ed.)
(Sweet& Maxwell, 2012)

Howse, Robert, “Climate Mitigation Subsidies and the W T O Legal Framework: A
Policy Analysis” (2010)

Jaeger, Thomas, “Editorial: Goodbye Old Friend: Article 107’ s Double Control
Criterion” , 11 **European State Aid Law Quarterly** 535 (2012) .

Kuntze, Jan-Christoph and Tom Moe R Enhout, “LOCAL CONTENT R EQUIREMENTS AND
THE R ENEWABLE ENERGY INDUSTRY –A GOOD MATCH?” SSRN (2012)

Kuntze, Jan-Christoph and Tom Moe R Enhout, “A R E feed-in tariff schemes with
local content R Equirements consistent with W T O law?” SSRN (2013)

Lee, Kenina, “NOTE: An InheR Ent Conflict Between W T O Law and a Sustainable
FutuR E? Evaluating the Consistency of Canadian and Chinese R Enewable Energy
Policies with W T O Trade Law” , 24 Geo. Int’l Envtl. L. R E v. 57 (2011)

Meyer, Timothy L., “ENERGY SUBSIDIES AND THE WORLD TRADE ORGANIZATION” ,
University of Georgia School of Law R Esearch Paper Series, No 2013-27, 17(22)
ASIL Insights (2013)

Nicolaides, Phedon and Rusu, Ioana Eleonora, “The Concept of Selectivity: An Ever
Wider Scope” 11 **European State Aid Law Quarterly** 791-803 (2012)

**Rubini, Luca, The Definition of Subsidy and State Aid: W T O and EC Law in
Comparative Perspective (OUP, 2009)**

Rubini, Luca, “Ain’ t Wastn’ Time No Mo R E : Subsidies for R Enewable Energy,
the SCM AgR Eement, Policy Space and law R Eform” , 15(2) JIEL 525 (2012)

Schiavo, Gianni Lo, “The Role of Competition Analysis under Article 107(1) TFEU: The Emergence of a ‘Market Analysis’ Assessment within the Selectivity Criterion?” 34 E.C.L.R 400 (2013)

Sykes, Alan O., “The Questionable Case for Subsidies Regulation: A Comparative Perspective”, 2(2) J of Legal Analysis 473 (2010)

Wilke, Marie, “Feed-in Tariffs for renewable Energy and WTO Subsidy Rules”, ICTSD Issue Paper No.4 (2011)

風木淳「経済連携協定とWTO協定を巡る通商ルールと産業競争力―「公的補助・産業補助金の最近の動向と今後（日本，米国，欧州および中国の通商4強時代の一考察）」『日本国際経済法学会年報』第23号57頁(2014年)

川瀬剛志「カナダ―再生可能エネルギー発生セクターに関する措置(DS412) /カナダ―固定価格買取制度に関する措置(DS426) ―公営企業および市場創設による政府介入への示唆―」RIETI Policy Discussion Paper Series 15-P-008 (2015)

CPRC研究報告書「競争法の観点から見た国家補助規則―EU競争法の議論を参考に―」（競争政策研究センター 2012年）

CPRC研究報告書「EU国家補助規制の考え方のわが国への応用について」（競争政策研究センター 2014年）

青柳由香「EU競争法から見た公的サービスに対する適用と限界』（日本評論社 2013年）