

「設備競争」論と「公正な競争」

石岡克俊

慶應義塾大学産業研究所

2012年3月

KEO Discussion Paper No.128

【概要】

民営化・競争導入以降、非対称規制の導入や接続関連規制の充実、そして、電気通信事業法1条で明示された「公正な競争」をいまさら掲げるまでもなく、近時、電気通信事業分野における政策基調は「競争の促進」である。だが、その内容は必ずしも明らかとはいえない。その理由の一つには、「設備競争」という概念の不明確さがあるのではないかと考えている。

本稿では、電気通信分野における競争政策を論ずる際、しばしば立ち現れる「設備競争」について、(1)その政策上の取扱いないし位置付け、(2)その性格ないし本質、さらに(3)その実定法上の可能的根拠を明らかにすることで、「設備競争」という投資競争は独占禁止法等にいう「競争」とその意味するところが全く異なっていることを示した上で、「設備競争」の根拠が実定法上もはや失われており、これを根拠に接続規制を始めとする規制の実施及び「競争政策」が行われることに懸念を示し、かかる規制権限及び政策の実施にあっては慎重を期すことを促す。

一、はじめに

民営化・競争導入以降、非対称規制の導入や接続関連規制の充実、そして、電気通信事業法（以下、法という）（*1）1条で明示された「公正な競争」をいまさら掲げるまでもなく、近時、電気通信事業分野における政策基調は「競争の促進」である。だが、その内容は一見して必ずしも明らかとはいえない。

その理由の一つには、「設備競争」という概念の不明確さがあるのではないかと考えている。この概念は、電気通信分野における競争政策を論ずる際にしばしば現われ、「サービス競争」との対で用いられる。具体的な政策課題の検討にあっては、これら両者の「一体的な促進」が主張されることもあれば、これらの「バランス」が指摘されることもある（*2）。

次世代ネットワーク（NGN）（*3）の接続ルールをめぐる議論（*4）や、これに先立つ光ブロードバンド・サービスの接続料や接続形態をめぐる議論（具体的には、NTT東西に対するOSU共用の義務付け〔いわゆる「一分岐貸し問題」〕）（*5）に関する対立点の一つは、まさにこの「設備競争」をどう解し、電気通信分野における競争政策の中でどう位置づけるかにあったといっていよう。また、MNO間のネットワーク利用（ローミング）についての議論の際にも、ローミングの制度化（ルール化ないし義務化）は設備構築インセンティブや設備競争を後退させ、殊に本件のような同一カテゴリ間のローミングは電波免許制の趣旨を没却させるものとされており、これを許容するか否かの判断も「設備競争」と「サービス競争」のバランスを考慮するものとされている（*6）。最近の「光の道」をめぐる議論やこれに関するさまざまな文書にも、「設備競争」はしばしばその容貌をのぞかせている（*7）。

確かに、電気通信サービスの提供に当たって一定のネットワークは必須であり、それに対する投資は不可欠であろう。その意味において、投資競争としての「設備競争」も観念できるかもしれない。しかし、これが競争法ないし競争政策の枠組みの中で、どのような位置を占めるのかについては、いま一度検討を要する。なぜなら、ネットワークの開放を促すことにより「公正な競争」の促進を企図する接続関連規制の、「サービス競争」との間で見出すことが可能な明白な関係に比べ、「設備競争」との間にあるそれは必ずしも明らかとはいえないからである。

そこで、本稿では、かねてより電気通信分野の競争政策においてしばしば言及されながら、その性格や位置づけが必ずしも明確とはいえなかった「設備競争」の論理とその実定法上の可能的根拠を示し、その現行法における意義を明らかにする。そのために、まず、これまでの「設備競争」論の内容を可能な限り敷衍し、しかる後に、こうした議論に根拠を提供してきた従前の電気通信事業法の諸規定やその解釈・運用、そしてそれらの変遷に触れていかなくてはならない。

二、「設備競争」論

(一)「設備競争」

電気通信事業者間の競争には、各事業者が設備を自ら敷設して競う「設備競争」と NTT 東西の設備に接続してサービスで競う「サービス競争」の2つの競争に関するカテゴリーがあり(*8)。これまで、電気通信分野の法や政策においては、通信の用に供されるネットワークの構築に関する「設備競争」と、既存事業者のネットワークをライバルに開放して競争を行う「サービス競争」の両方を促進してきたといわれている(*9)。

しかし、元来、「設備競争」を強調する議論は、NTT の国内全国・全サービス市場における独占状況を前提として主張されてきたところである(*10)。このことは、例えば電力等異業種からの新規参入やホットスポット・無線 LAN といった新技術の登場が、「設備競争」の結果、長期的には NTT 地域会社のボトルネックを解消していくものとして期待されていた点にも見られる(*11)。「設備競争」が「通信の用に供されるネットワーク構築についての競争」を意味するものだとすれば、この競争は電気通信分野の内と外の両方において見いだすことができるかもしれない。例えば、地方公共団体が整備・保有する光ファイバ網の未利用部分が順次開放されてきたことに伴い、最もボトルネック性が強いとされてきたラストワンマイル(最寄りの収容局と利用者を結ぶネットワークの末端部分 -- いわゆる加入者回線)において、既存事業者の保有する電柱や管路等の線路敷設基盤を活用しての設備構築による参入促進措置や、無線 LAN・WiMAX・次世代 PHS など新しい無線系アクセス技術による参入もあり得るが、これらはいずれも電気通信事業者間の設備競争といえる。他方、CATV や衛星を通じたブロードバンド・サービスの提供は電気通信事業の枠組みを越えた設備競争の一例といえるかもしれない。

(二)「設備競争」に関する異なる文脈

ところが、近時、「設備競争」はこれまでと異なる文脈で主張されるようになった。

その端緒となったのが、2006年9月に公表された『新競争促進プログラム2010』の名で知られる「IP化の進展に対応した競争ルールの在り方に関する懇談会」報告書である(*12)。これは、IP網への移行が相当程度進展するようになってきている想定される2010年代初頭をマイルストーンとして設定し、その段階におけるブロードバンド市場の活性化を狙って、今後のIP化の進展等市場構造の変化に対応した競争ルールの見直し、殊にブロードバンド市場における競争ルールの在り方についての施策を提言するものである。

この報告書では、接続政策の在り方に多くの紙面を割いているが、そこで示された競争政策に関する基本的な考え方が、いわゆる「設備競争とサービス競争の適正なバランス」論である(*13)。同報告書は、その当時における電気通信市場における競争を「独占から競争への過渡期」と位置付け、サービス競争を重視するアプローチは依然として有効であるとしつつも、「IP

化の進展や急速な技術革新が継続していることに鑑みれば、各事業者がそれぞれの創意工夫によってネットワークを積極的に構築し、技術革新の成果等をネットワークに体化し、結果として多様なサービス展開を通じた競争促進が図られるよう、設備競争を促進していくことが必要である」と述べ、「IP化に対応した競争モデルとして、設備競争とサービス競争の双方を促進し、設備のボトルネック性に起因する市場支配力の濫用の懸念が無くなったと判断された場合はドミナント事業者に対する規制を解除するなど、設備競争とサービス競争の適正なバランスを図っていくことが必要である」とする（*14）。

この「バランス」論の背景には、通信事業者とCATV事業者とが直接的に競合する形で「設備競争」が展開している米国と、ドミナント事業者のネットワーク（ボトルネック設備）を開放するため、接続ルールやドミナント規制を導入し、「サービス競争」に力点を置く欧州のブロードバンド市場の状況ないし規制実態に関する認識があるようだ。この報告書のポイントは、米国・欧州両方の特殊性を踏まえながら、慎重にそれらのアプローチの適用可能性に一定の留保を示しつつも、結局、米国流の「設備競争」をもう一つの政策的価値として付加したことにある（従来、わが国においては市場構造が比較的近似する欧州流の規制を採用し、「サービス競争」を中心に競争政策の展開が見られたところである）。

こうした理解の具体的適用は、たとえば、Bフレッツ・ニューファミリータイプに関する独占禁止法違反事件（*15）の審判手続において展開された被審人（NTT 東日本）の主張に典型的に見出すことができる。

加入者光ファイバ等の設備は、被審人が設備投資負担の下で構築している途上のものであって、顧客獲得のリスクを負担して先行投資を行うことのできるインセンティブを確保し、設備ベースの競争〔「設備競争」と同義 -- 筆者注〕を促進することこそが重要である（*16）。

あるいは、

FTTH サービスがより普及し、より活発な競争が実現するためには、利用ベースの競争〔「サービス競争」と同義 -- 筆者注〕だけでなく、設備ベースの競争が重要であり、そのためには投資インセンティブの確保による設備ベースの競争の促進が不可欠であること、被審人の行為が、独占禁止法違反とされて接続料金を引き下げざるを得なくなるのであれば、被審人の加入者光ファイバ等の設備敷設に係るインセンティブは失われ、結果としてFTTHサービスの普及が困難になる……（*17）。

ここに指摘した被審人・NTT 東日本による「設備競争」の主張は、電気通信分野でもとりわけ

FTTH サービスという限られた市場のみに関わるものであった。そして、議論の関心は FTTH サービスの競争促進それ自体に向けられているというよりも（*18）その前提ともいべき加入者光ファイバ設備の構築をめぐる投資競争、しかもこれを導く投資インセンティブの確保の問題に向けられていた。

（三）公正取引委員会と東京高裁の応答

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

本件で問題とされるのは、設備ベースの競争ではなく、被審人の設備との接続による「利用ベースの競争」である。被審人が、同社の光ファイバへの接続によるサービス市場への参入を阻害することは、本来期待される新たな競争の可能性を封じているといえる（*19）。

審査官は、本件における問題のポイントが、「設備競争」にあるのではなく、NTT 東の光ファイバへの接続による「サービス市場」への参入阻害の問題であると応じている。最終的に、審判官は審決の中で「設備競争」及び「サービス競争」への明示的な言及を慎重に避けながら、ここにいる設備競争の本質が「投資インセンティブの確保」の問題であることを見抜き、それらは本来「加入者光ファイバ設備の敷設に要するコストは、接続料金の設定の際の算定根拠となり、被審人自身及び他の事業者の実際の利用に応じて回収されるものである」（*20）と述べ、妥当にも NTT 東の主張を退けている。

これに続く、審決取消請求事件においても原告（NTT 東）は同様の主張を繰り返している。

本件で問題とされている加入者光ファイバ等の設備は、まさに現在整備中のネットワークであるため、原告（NTT 東日本 -- 筆者注）は、東京電力その他自ら加入者光ファイバ等設備を敷設している事業者との間で、FTTH サービスの提供という面だけでなく、設備構築という面においても競争してきたものであるが、より広範囲のユーザーが、より安く、より性能の優れた FTTH サービスを利用できるようにするためには、ネットワークの更なる整備が不可欠であるから、事業者が顧客獲得のリスクを負担して先行投資を行うことのインセンティブを確保し、かかる設備ベースの競争を促進することは、消費者の利益の観点から非常に重要であるが、本件審決は、原告の設備投資のインセンティブを著しく削ぐものである（*21）。

これに対し、東京高裁は、次の通り判示している。

……原告の保有する加入者光ファイバ設備への接続に係る接続料金は、一定期間における光ファイバ設備のコストを予測需要数で割った将来原価に基づくものであるところ、原告が加入者光ファイバ設備の構築のために投下した資本は、原告がユーザーに対して FTTH サービスを提供していただけるユーザー料金及び他事業者が原告の光ファイバ設備に接続して FTTH サービス事業を行うに当たり、原告に支払う接続料金の両方から回収することを予定しているものである。そうすると、原告は、自らユーザーに対し FTTH サービスを提供するだけでなく、電気通信事業法上の規制やインピュテーションルールに従って他事業者が原告と同等の競争条件で原告の加入者光ファイバ設備に接続して FTTH サービス事業を展開することを促進することによっても、投下資本の回収は可能というべきである。他事業者の戸建て向け FTTH サービスへの新規参入を著しく困難にする本件行為を行うのでなければ、換言すれば、実際に分岐方式によるサービスを提供する段階になってニューファミリータイプを導入したのでは、事業者が顧客獲得のリスクを負担して先行投資を行うインセンティブが確保できないとする合理的な理由は見いだせない（*22）。

（四）OSU 共用化における設備事業者の主張

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

OLT 共用要望のポイントは、「投資リスクを負って設備を構築し、営業努力をして収容効率を高めてきた事業者に後から相乗りすることで、自らはリスクを負わずに、先行事業者と同等のコスト（1 ユーザ当たりの設備コスト）で設備調達して事業展開したい」ということ、これは、自ら投資リスクを負って設備を構築し、営業努力によって 1 ユーザ当たりの設備コストを低減させてきた事業者との競争環境を歪めるものであり、進展しつつある設備競争の芽を摘む（*23）。

設備事業者による OSU（OLT）共用化に対する批判は競争事業者の投資リスクないし設備コストを何ら負担することなく事業展開することの不正性、つまりフリーライド（ただ乗り）を本質とするものであり、ここでいう「設備競争」論は投資リスクないし設備コストをカバーする「投資インセンティブ」が確保されなければ、加入者光ファイバ設備の敷設は望み得なくなると示唆している。

しかし、すでに見たように東京高裁の判示は、このような見解が少なくとも現行の接続料に係る制度を踏まえれば、合理性を有さないものとして明確に否定するものであったといえる。

(五)「光の道」構想

2009年10月、政権交代を経て新たに就任した原口一博総務大臣の肝煎りで設置されたタスクフォース --正式には「グローバル時代における ICT 政策に関するタスクフォース」 --の検討結果が、このほど『「光の道」構想実現に向けて』(以下、「とりまとめ」という。)と題し公表された(*24)。

本とりまとめは、2015年頃を目途にすべての世帯におけるブロードバンド利用の実現を目標とする「光の道」構想の名の下、インフラ整備・利活用の加速化を通じて、ICTの恩恵を迅速、公平、十分に実感・享受できる豊かな社会を目指すとするものである。ここでは、最終的に、

加入光ファイバの接続料の低廉化やアクセス網・中継網のオープン化などの手段によって、競争促進による料金の低下やサービスの多様化を促し普及を目指すこと、および、超高速ブロードバンド基盤の未整備地域における整備促進に当たっては、これまで一定の成果を上げてきた公設民営方式を基本とすることの大きく分けて2点について、今後の方向性が示されている(*25)。

ここでも、電気通信分野における競争政策について、これまでと変わらず、「設備競争」と「サービス競争」の両面が取り上げられ、いわゆる「設備競争」論が姿を見せている。

「とりまとめ」において、「設備競争」とは、「自ら設備を設置してサービスを提供する事業者間の競争」とされ、その促進を図る具体的な施策として、電柱・管路等の線路敷設基盤の開放と新しい無線技術の導入等によるアクセス網の多様化の推進等が指摘されている。「とりまとめ」では、アクセス網のオープン化をめぐるその在り方について議論が展開され、サービスの発展と利用率の向上は、インフラの高度化とサービス・アプリケーションレベルの技術革新と、これに加え、料金の低廉化とサービスの多様化の推進が不可欠であるとされる。ここでは、こうした目的のため、今後の施策として、あくまでもサービス競争とのバランスを図りながら、「設備競争」を促進することが必要との見解が示されている。

他方、「サービス競争」とは、「他事業者から設備を借りてサービスを提供する事業者間の競争」とされ、その促進を図る具体的な施策としては、設備のボトルネック性に着目した非対称規制(特別な接続ルールを含む)の導入や、市場支配力の濫用防止を目的とする「禁止行為」の導入をあげている。サービス競争の促進にあっては、競争事業者にNTT東西のボトルネック設備(加入者光ファイバ等)への接続が不可欠であり、NTT東西の接続料の低廉化等が、事業者間競争の活性化、さらには利用者料金の低廉化の促進に結びつく旨が指摘されるが、他方で、これ以上の光ファイバのオープン化は、インフラ整備に係る投資リスクを一方向的に設備設置事業者に負わせることとなり、インフラ整備のインセンティブ低下をもたらすとの意見も提出されている。加入者光ファイバの接続料の議論も、オープン化の条件の問題であるといえるわけ

だが、これらについては、「設備競争とサービス競争のバランスの観点から、接続事業者が設備投資のリスクを応分に負担するとともに、設備設置事業者による品質確保型サービスの多様化などを含む技術革新や新サービスの迅速な提供への阻害要因とならないような配慮を行うこと等により、設備競争への影響等に十分留意することが適当である」とする。

いずれにせよ、現在、「設備競争」論は、電気通信分野における競争政策の中であって、既に指摘した先般の高裁判決にも関わらず、根強いドグマとして政策当局を拘束し、これらの中で広く共有されることとなった発想のように見えるのである。

三、「設備競争」論の法的根拠（？）

前節において、その展開を敷衍してきた「設備競争」論は、かつて存在した電気通信事業法のいくつかの規定とそれらの運用の中にその根拠を見出すことが可能である。

周知のように、1985年（昭和60年）の電電公社民営化と、これに続く電気通信事業への競争の導入は、まず、長距離電気通信と国際電気通信の分野において展開した。そして、その当初において、電気通信役務の提供は主として第一種電気通信事業者により担われていた。

原始電気通信事業法は、第一種電気通信事業を営もうとする者に対し、郵政大臣の許可を要求していた（原始電気通信事業法9条1項）。そして、許可の申請にあっては、氏名又は名称及び住所並びに法人の場合はその代表者の氏名（同法9条2項1号）、郵政省令で定める区分による電気通信役務の種類及びその態様（同2号）、業務区域（同3号）、電気通信設備の概要を記した申請書（同4号）と、事業計画書その他の郵政省令で定める書類を添付しなければならないものとされていた（同法9条3項）。これは、「利用者が安心して通信を……委ねることができるように、第一種電気通信事業の安定性、確実性を確保するため」（*26）に設けられたものであるとされ、当初より、その者の業務区域（*27）は、「電気通信事業者の用に供する電気通信回線設備」（同法10条2号）の設置区域・区間と一致すべきであるという解釈・運用がとられていた（*28）（「業務区域ルール」）。これは、業務区域と設備とを結びつけることで、区域外への事業展開を物理的に制限し、許可基準として定められている電気通信事業法の需給調整（同法10条2号）に実効性を付与するためのルールであった。

原始電気通信事業法10条2号の需給調整条項は、第一種電気通信事業者の事業の開始に当たり、「その事業の開始によって、当該事業を行う区域又は区間の全部又は一部について電気通信事業の用に供する電気通信回線設備が著しく過剰とならないこと」を求めている。これは同一区域または区間に2以上の第一種電気通信事業者が展開することを即禁じるものではなく、もともと二重投資の弊害を防ぐものではない。規定の上では「著しく」過剰な投資とならないかぎり、競争を絞り込むこともあれば、競争の余地を残すことも行い得るものであった。ただし、この条項の本質は参入制限による供給過剰の未然防止であることには違いない。

これに加え、原始電気通信事業法 15 条 1 項は、第一種電気通信事業者が電気通信事業の一部を委託しようとする場合、郵政大臣の認可を受けなければならない旨を規定していた。いわゆる「業務の委託」に関する認可制度である。本条は 2 項において認可の条件が定められているが、その 1 号には「その電気通信役務を効率的に提供するために当該委託を必要とする特別の事情があること」とある。つまり、業務委託は原則として認められず、「特別の事情」がある場合に限って認められる例外的なものとされていた。その数少ない一例が、国際電気通信役務の国内伝送部分に関する業務である（*29）。この第一種電気通信事業者の「業務の委託」につき「特別の事情」がなければ認めないとする本条の規定は、業務区域ルールにより電気通信サービスの提供区域ないし区間とその設備とを結びつけた上で、当該区域以外の第一種電気通信事業者の安易な事業展開に歯止めをかけ、同区域・区間の競争を限定し、需給調整条項（同法 10 条 2 号）の実効性確保を企図としたものである（*30）。

このように、参入制限による供給過剰の予防を目的とした原始電気通信事業法 10 条 2 号が、内にある「業務区域ルール」というサービス提供区域・区間と設備との一致によって、外にある「業務の委託」の原則禁止によって、その実効を担保され、いずれの場合にあっても、設備を有する第一種電気通信事業者のみの競争を念頭において制度が組み立てられている点に注目する必要がある。ここに、「電気通信事業の用に供する電気通信設備」を保有（支配・管理）する第一種電気通信事業者が自らその設備によってサービスを提供することこそが、サービスの安定性や品質、さらには確実性を担保し、ひいては同法の目的の実現に寄与するとの価値判断を見出すことができるのである（*31）。

しかし、その反面、競争制限を本来的に伴う「業務区域ルール」と「業務の委託」の原則禁止は、新たな電気通信事業者の参入を制限する方向に作用し、今ある競争を弛緩させることとなる。結果、もし既存の第一種電気通信事業者に幾ばくかの利益を留保させることとなれば、かかる利益の確保がインフラ構築の投資インセンティブに容易に転化し得ることを見逃してはならない。

ここに、インフラ構築のための投資インセンティブの確保こそが競争「促進」の本質であるとする「設備競争」論が立ち現れることになる。

「設備競争」は、一見して「競争」という文言を用いながら、この政策の実施にあっては、何らかの競争制限を伴う。ここに見られる概念の矛盾・不一致は何に由来し、どう説明され得るのだろうか。この問題を解くには、競争に関する一般法・独占禁止法において、また電気通信に関連する諸法令において、「競争」ないし「公正な競争」の概念がいかなる前提の下、どう意義付けられているかについて検討しておかねばならない。

四、「公正な競争」の意義

(一)「公正な競争」の捉え方

独占禁止法の直接的ないし手段的目的に含まれる「公正な競争」の概念は、同法の諸規定を方向付ける基礎として意義づけられ、かつ、違法性の評価・判断のための実質的基礎である。こうした理解は、独占禁止法の解釈や運用とは別に構成される種々の規制法令においても（*32）同法の適用除外分野においても（*33）その規制体系ないしは手法等が異なっているにもかかわらず、解釈上の意義は同一であるといわれている（*34）。

他方、「公正な競争」の語は、電気通信関連諸法令にあっても、そのいくつかにおいて、これを政策目的ないしその実施の際の原則・理念として掲げるものがある。

最も典型的には、電気通信事業法（昭和59年法律86号）がある。これは、公共的性格を有する電気通信事業の運営の適正性及び合理性の維持・確保とともに「公正な競争」の促進を手段的目的と位置づけている（電気通信事業法1条）。「公正な競争の促進」という目的は、すでに指摘したように市場支配的事業者に対する一定の反競争的行為を禁止したいわゆる「非対称規制」と一連の接続関連規制の充実（*35）を踏まえ、電気通信事業法の2001年（平成13年）改正において明示されたものである（平成13年法律62号）。ただし、ここでいう「公正な競争」は、「非対称規制」や接続関連規制を根拠づけ、これらが競争政策の範疇で把握されるべきであることを意味するにとどまり、この文言が具体的な法適用を前提としたものではない点、注意を要する。

また、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法（平成12年法律144号）において、高度情報通信ネットワーク社会の形成に関する施策の策定にあっては、広く国民が低廉な料金で利用することができる世界最高水準の高度情報通信ネットワークの形成促進は、主として事業者間の「公正な競争」の促進によることとされ（同法17条）かつ、国・地方公共団体は「公正な競争」の促進、規制の見直し等高度情報通信ネットワーク社会の形成を阻害する要因の解消その他民間の活力が十分に発揮されるための環境整備等を中心とした施策を行なうものとされている（同法7条）。この法律による「公正な競争」への言及は、同法の目的達成のために、競争政策を積極的に位置づけられるべきことをいくつかの箇所でも明らかにしたものと見えよう。また、本法が基本法であることからすれば、個々の規定において明示された「公正な競争」は具体的な法適用を前提としたものではなく、同法の目的達成のためのいくつかある手段の一つとしてその実施の原則ないし理念を定めたものと言える。

「公正な競争」について、これまでのものと異なる取り扱いを想定するものに、「日本電信電話株式会社等に関する法律」（NTT法：昭和59年法律85号）がある。ここでは、以下において述べられるように、「公正な競争」がNTT東西の業務範囲の拡大に関する基準の一つとして示されている。

もともと NTT 東西は、それぞれの都道府県区域（NTT 法 2 条 3 項 1 号、NTT 東にあっては同号イ及び NTT 西にあっては同号ロ）において同一の都道府県区域内の電気通信に限定される地域電気通信業務（NTT2 条 3 項 1 号）やその附帯業務（同 2 号）等を事業として営むことを目的として設立され（NTT 再編法（平成 9 年法律 98 号）附則 2 条 1 項及び 5 条、また NTT 法 1 条 2 項参照）各々の区域外の地域電気通信業務やその他の業務については総務大臣に届出をすれば営むことが可能であるとされている（NTT 法 2 条 4 項）。さらにその上で、すでに触れた NTT 法 2 条 3 項及び 4 項に規定する業務以外で、上記地域電気通信業務等（NTT 法 2 条 3 項 1 号及び 2 号）を営むために保有する設備もしくは技術又はその職員を活用して行う電気通信業務その他の業務（いわゆる「活用業務」）（*36）を営む場合については、当該地域電気通信業務等の円滑な遂行及び電気通信事業の「公正な競争」の確保に支障のない範囲内で認められ、その場合には、あらかじめ総務大臣に対し当該業務に関する届出を行わなければならないとされている（NTT 法 2 条 5 項）（*37）。

上で指摘したとおり、活用業務の届出にあって、NTT 東西は当該業務につき「地域電気通信業務等の円滑な遂行に支障のない範囲内であること」と「電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内であること」の 2 つの要件を充足することが求められており、総務大臣は NTT 東西の作成する届出書の記載をもとにこれらの要件を充たしているかどうかを確認するものとされている。なかでも、後者の要件の確認については、まず、NTT 東西の届出に係る活用業務により、当該要件に該当する程度についての評価が、その次に、その「おそれ」の程度に応じて、公正な競争を確保するために必要な措置が十分かつ有効に講じられているか否かの判断が行われるとされ、その際の考慮要素がいわゆる「NTT 東西の活用業務に係る公正競争ガイドライン」（*38）で示されている。

このガイドラインによれば、この要件が NTT 東西の地域通信分野におけるボトルネック独占の弊害が拡大することを防止し、公正な競争を確保する趣旨で設けられたことを踏まえたものであり、NTT 東西による地域通信市場における市場支配力の濫用が活用業務に係る市場競争を歪曲しないことが企図されている。つまり、ここにおける「公正な競争」は市場支配力と関連を有するものとして解され、かつ、そこで展開される競争は当該届出によって拡大した業務さらにはサービスをめぐる競争との関連で把握される（ただし、NTT 法上の活用業務の届出に係る規制は、同法 16 条 2 項に基づく是正命令によって担保されてはいるものの、「公正な競争」の確保という要件が法適用にあたって前面に出て来ることは少ないだろう。なぜなら、本規制においては、多くの場合、届出の段階で当該届出が同要件の範囲内であることを確保するための措置 -- これらの措置はあくまでも NTT 東西の主導によるものであるが -- と併せて申請がなされ、手続のプロセスの中で「公正な競争」要件が考慮されるとの運用が予想されるからである）。

こうして見てくると、法令で用いられている「公正な競争」という文言は、少なくともここ

に掲げた電気通信関連の諸法令を見る限り、その法令の性格、規定の位置付けないしその機能から二つの意義を看取することができる。

一つは、特定の法令にあってその目的達成手段の一つとして、競争政策の採用を明示すると同時に、法令の中で定められている各々の実体規定を直接根拠づけ、かかる政策実施の原則ないし理念を掲げるもの、いま一つは、一定の認可ないし届出の要件の一つとして、また当該要件に違背する事実があった場合にあっては、具体的な法適用を前提とするものである。

電気通信関連書法令中の「公正な競争」についての上記のような整理は、競争に関する一般法である独占禁止法中における「公正な競争」の捉え方についても同様のことが言える。本説冒頭に指摘した同法の直接的・手段的目的中の「公正な競争」は、一国の経済立法にあって競争政策を経済政策の一手段として採用するとの価値判断を明確に示すと同時に、同法の諸規定を方向付け、違法性の評価・判断のための実質的基礎をなすものである。

他方、「一定の取引分野における競争の実質的制限」にいう制限される対象としての「競争」や、「公正な競争を阻害するおそれ」にいう阻害される対象としての「公正な競争」は、独占禁止法の具体的禁止・制限類型の中に在って、これらの法適用を待つものである。

では、独占禁止法の実体規定（目的規定ではなく）における「競争」とはいかなる意義を有するものであろうか。

（二）「競争」の意義

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

したがって、「一定の取引分野における競争の実質的制限」にいう制限される対象としての「競争」ないし「公正な競争を阻害するおそれ」にいう阻害される対象としての「競争」は、法2条4項にいう競争とは別個に構成されるというのが通説である。こうした理解を前提として、学説ではこれまで競争の概念につき「複数の事業者が、相互に、他を排して、第三者との取引の機会を獲得するために行う努力を意味する」（*39）と、法2条4項を補足するかたちで説明をしてきた。

ただし、法が述べるところの「競争」は、単にここで指摘した個々の事業者の競い合いを指しているわけではない。さらに、市場において事業者同士が互いに作用し合い、相互に制限的あるいは抑制的なかたちで競合し、これら売り手と買い手における競い合いが総合されることによって形成される一定の状態 -- 競争秩序 -- を指す。これはいうなれば「市場における全体としての競争」である（*40）。

この「競争」には、明示的にまたは暗黙のうちに念頭に置かれている 2 つの要素がある。まず一つは、「競争」が「取引」をめぐる行われているということ、いま一つは、「競争」には売り手と買い手双方の存在が前提とされていることである。前者について、わが国の独占禁止法には実定法上の根拠が存在する。われわれは競争が行われる場を一般に「市場」と呼んでいるが、同法は、これに「一定の取引分野」という文言を当てている。つまり、法が念頭におく「競争」とは、「取引分野」たる市場を場とし、かつ、商品やサービスの取引を目的として行われるものである。また、後者について、ここにいう「競争」は、売手と買手のそれぞれにおける競合の組み合わせによって形成される市場全体の秩序それ自体をとらえたものである。したがって、売手同士あるいは買手同士の競合は、それだけでは「競争」とはいえない。むしろ、これは「競合する営業ないし事業」という意味で「競業」といった方が適切かもしれない。商法等では、営業ないし事業譲渡後に譲渡人の「競業禁止」が問題となる他、支配人や取締役の「競業禁止義務」に関する規定が存在する。また、不正競争防止法において列挙される「不正競争」行為も、しばしば「不正競業」として検討の対象となる。いずれも競業事業者（間）の私的利害の調整を必要とする行為である。確かに、独占禁止法においても、売手と買手のうちいずれか一方に着目し、それが持つ競業関係の範囲を「一定の事業分野」（同法 8 条 3 号・2 条 7 項）と呼び、「一定の取引分野」とは明確に区別しているところである（*41）。

五、結論

本稿では、電気通信分野における競争政策を論ずる際、しばしば立ち現れる「設備競争」について、その概念の不明確さを払拭するために、（1）その政策上の取扱い（二）（2）その性格ないし本質（二）、さらに（3）その実定法上の可能的根拠（三）を明らかにした。ここでは結論として、既に明らかにされた「公正な競争」の 2 つの意義（四（一））や独占禁止法の実体規定にいう「競争」の意味（四（二））を踏まえ、これと「設備競争」との関係について整理し、「設備競争」論の妥当性を検討しておくことにしよう。

まず、「設備競争」とは、投資競争の意であり、その本質はかかる競争を促すための手段たる投資インセンティブの確保であるということである。殊に、いわゆるラストワンマイル（典型的には、加入者光ファイバ回線設備）のボトルネック性の緩和ないし解消のために主張されてきた本来の「設備競争」論と異なる文脈にあっては、加入者光ファイバ回線設備の構築をめく

る投資競争であり、これを支える投資インセンティブの確保である。

ここでは、第一に、「設備競争」ないし投資競争と独占禁止法等にいう「競争」とでは、同じ競争という文言が用いられながら、その意味するところが異なっていることに注意を向けよう。すなわち、投資競争としての「設備競争」は、独占禁止法等にいう「競争」と異なり、直接には第三者との取引の機会を獲得するための競争として性格付けることができないという点である。

かかる性格を有する投資競争を、独占禁止法上、どう位置付け取り扱うべきかが、かつて問題となったことがある。いわゆる投資調整カルテルの「不当な取引制限」該当性が、その一である。投資調整行為は、一般に当面の市場における競争に影響を及ぼすことはほとんどない。というのも、将来の需給の状況で、市場に対する影響の現れ方が異なってくる可能性があるからであり、しかも、自由経済の下における需要予測は不確定要素が大きく、これを予測することは至難の業である。したがって、投資調整行為は、「将来における市場構造を直接に規制するものであり、市場支配を可能とする契機を内包しているもの」ではあるが、違法性の判断はあくまで「行為時において判断せられるべき」であるとされた（*42）。同行為が市場支配力を伴ったときに「不当な取引制限」が成立するとの理解である。

また、当時の独占禁止法は、不況等に対処するためとの限定は付くものの、設備廃棄などを通じた生産制限カルテルを、公正取引委員会の認可の下、許容する仕組みを有していたところである（独占禁止法旧 24 条の 3〔不況カルテル〕及び旧 24 条の 4〔合理化カルテル〕）。だが、このことは、投資競争を独占禁止法にいう「競争」の範疇で捉えていたことのあらわれというよりも、むしろ上記の投資調整と性質が同様であることを見、その「競争」への実質的な影響を、多くの場合、競争への影響が軽微もしくは限定的であることを踏まえ、あらかじめ（市場支配力が形成される前に）評価・判断する枠組みであったといえる（*43）。あるいは、直接的ないし手段的目的に含まれる「公正な競争」から導かれる規定との整理も可能かもしれない。

さらに、研究開発をめぐる競争も、一面において投資競争と言い得るものだろう。研究開発の競争は、企業が各々に行う活発な技術開発投資によって促されるもので、（研究開発の成果たる知的財産に関するライセンス取引である場合は格別）それ自体市場取引とは全く無縁であり、独占禁止法の実体規定における「競争」とは一線を画すものである。事実、「技術開発競争」に言及する公正取引委員会のガイドラインは、「研究開発活動自体に取引や市場を想定していないことから、技術開発競争への影響は、研究開発活動の成果である将来の技術又は当該技術を利用した製品の取引における競争に及ぼす影響によって評価することになる」（*44）と述べている。

上で指摘したいずれの例も、ある一面においては、競争と呼べるものかもしれないが、ここでの競争は独占禁止法の規定の適用を前提にしたものとは言えず、また、市場における「取引」

を念頭に置いた「競争」でもない。独占禁止法の実体規定に言う「競争」の理解において「取引」が重要になるのは、独占禁止法が規律の対象とする競争制限や競争阻害によって市場において形成された力が、競争場裡において具体的に行使されるのは、主として「取引」を通じてであるからに他ならない。「設備競争」というものへの違和感は、まずこの点にある。

第二に「設備競争」の「促進」のために採り得る手段が、「サービス競争」とは異なっているという点にも注目しておく必要がある。すなわち、「設備競争」の「促進」は、インフラ構築のための投資インセンティブの確保によって具体化され、後者における競争のそれは、競争制限ないし競争阻害行為の特定と、かかる行為の差止めをはじめとする競争回復のための措置による。

投資競争たる「設備競争」の促進のためには、投資インセンティブが確保される必要があり、投資インセンティブの確保には、「サービス競争」の制限を伴うという関係が見出される。「設備競争」を目的として何らかの利益を確保するという発想自体、また、かかる利益の確保が「サービス競争」の制限によってなされるという時点で、競争政策とは縁もゆかりもないものだと解さざるを得ない。このことは、民法や知的財産法のような何らかの権利・利益を保障する法体系が競争促進策ないしは競争政策とは呼ばれないことと同様である。

では、「設備競争」の根拠は、一体どこから導くことができるのだろうか。確かに、本稿冒頭において述べたとおり、投資競争としての「設備競争」を観念し、競争政策の範疇として電気通信事業法の目的にいう「公正な競争」の下、位置付けることも可能かもしれない。しかし、目的規定の「公正な競争」がいわゆる「非対称規制」と一連の接続関連規制の充実を受けて書き込まれた経緯は周知であるし、このことを踏まえれば、こうした理解が説得的であるかについては当然疑義が残ろう。しかも、「設備競争」を支持し、その前提となっていた原始電気通信事業法における需給調整条項（原始電気通信事業法 10 条 2 号：1997 年改正法（平成 9 年法律 97 号）により廃止）や業務委託の認可制（原始電気通信事業法 15 条：2003 年改正法（平成 15 年法律 125 号）により廃止）は、いずれもすでに廃止され存在しない。

現行の接続規制は、「公正な競争」の促進を目的として導入されたことは経緯からも明らかである上、そこで念頭に置かれている競争は、「設備競争」ではなく、「サービス競争」であるはずである。もちろん、「設備競争」すなわち投資インセンティブの確保は、政策上の配慮として事実上尊重することは不可能ではない。しかし、実定法上の根拠を失ったいま、少なくとも現行法を前提にする限り、接続と競争政策との関係において、「設備競争」論は前面に出てこないはずである。仮に、政策論としてであっても、接続規制の枠組みとは一応区別して用いられるべきだし、一方の競争制限を内包する競争政策 --- 「設備競争」 --- の採用には、慎重を期すべきであろう。

先の「光の道」の「とりまとめ」においても、「接続事業者が設備投資のリスクを応分に負担

するとともに、設備設置事業者による品質確保型サービスの多様化などを含む技術革新や新サービスの迅速な提呈への阻害要因とならないような配慮を行うこと等により、設備競争への影響等に十分留意することが適当である」と指摘され（*45）、いまだ「設備競争」論が政策上、枢要な地位を占めているようである。

原始電気通信事業法の下であるならば、いざ知らず、現行法下において「設備競争」論が接続規制ないしこれに関わる政策の領域において維持され、いまだ政策当局者の思考の中に十年以上もとどまり続けている。これが、現行法の趣旨並びに情報通信分野における競争政策の実施に一点の曇りを残しているとすれば、もはやそれは惰性や怠惰の産物とはいえず、法治主義への挑戦といえるだろう。

なお、最後になるが、ここでは本稿の主題となっているあらゆる論点について、検討が行われたわけではない。殊に、競争の「公正さ」について原理的な検討はできずじまいになっている。この点につき、普遍主義的正義理念を基軸に公正理念を原理的に再定位した上で、市場における競争の文脈で「公正さ」の規範的含意を導く、より積極的な試みも「公正な競争」の意義の検討において十分に深められる必要があるということは指摘しておきたい（*46）。これについては、課題として他日を期すことにしたい。

【註】

（*1）電気通信事業法（昭和59年法律86号）以下、本稿では特に断らないかぎり、単に「法」といえば現行法を指す。また、「旧電気通信事業法」という場合には、同法2001年改正（平成13年法律62号）より前の電気通信事業法を指すものとする。

（*2）後で見るように、「設備競争」と「サービス競争」とは、もともと異なる文脈の中で取り扱われていた。これらの両概念を比較可能なものとして検討の俎上にのせたのは、IP化の進展に対応した競争ルールの在り方に関する懇談会「IP化の進展に対応した競争ルールの在り方について -- 新競争促進プログラム 2010 --」（2006年9月）が最初である。この報告書における両概念の取り上げ方については後述するが、ここでの議論の一部が、後に「光の道」の名の下で行われた検討に引き継がれている。

（*3）次世代ネットワーク（New Generation Network）とは、従来の公衆回線網（PSTN: Public Switched Telephone Network）が有する信頼性・安定性を確保しながら、IP（Internet Protocol）網の利便性・経済性を備えた次世代の情報通信ネットワークとされる（情報通信総合研究所編『NGNの時代へ -- 情報通信アウトック 2008』（NTT出版、2008年）64-71頁参照）。たとえば、帯域制御を通じたQoS（通信の品質保証）や、発信者IDの確認によるなりすましの防止など、一般にIPネットワークの短所とされている信頼性や安定性の確保が可能となる。NGNのアーキテクチャ及び技術的構成については、浅谷耕一『ネットワーク技術の基礎と応用 -- ICTの基本

から QoS、IP 電話、NGN まで』(コロナ社、2007 年) 12 章参照。

(*4) 情報通信審議会「次世代ネットワークに係る接続ルールの在り方(答申)」(2008 年 3 月 27 日) 参照。なお、この論点は、ジャーナリズムにおいて、加入ダークファイバの分岐端末単位の「貸し出し形態の見直し」の議論として、しばしば「1 分岐貸し」と呼ばれ、俎上にのせられる。この「一分岐"貸し"」という表現には若干の違和感を覚えるが、ここではマスメディアの用法に従っておく。この違和感の理由を含め、接続の概念や接続義務の本質に関する論点については別稿を予定している。なお、この点に言及する当時の記事ないし論考として、榊原康「光ファイバの 1 分岐貸しに黄信号? 電力系と CATV 事業者が猛反発」日経コミュニケーション(2007 年 11 月 15 日号) 24 頁、同「レポート・NTT 東、光ファイバ 1 分岐貸しに猛反発 --- 『設備事業者の生命線、全く受け入れられない』」日経コミュニケーション(2007 年 12 月 15 日号) 20-22 頁、孫正義「巨大独占 NTT との『最終戦争』 -- 光回線開放が日本を救う」中央公論(2007 年 12 月号) 150-157 頁等がある。

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

(*6) 情報通信審議会「電気通信市場の環境変化に対応した接続ルールの在り方について(答申)」(2009 年 10 月 16 日) 参照。

(*7) グローバル時代における ICT 政策に関するタスクフォース(「過去の競争政策のレビュー部会」・「電気通信市場の環境変化への対応検討部会」)『『光の道』構想実現に向けて』(2010 年 11 月 30 日) 参照。なお、一連の経緯及び論点については、「ブロードバンド 100%への道 --- 『光の道』論争で見えてきた課題」日経コミュニケーション 564 号(2011 年 1 月号) 16-41 頁。

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

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

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

(*11) 同上・127 頁。

(*12) 前掲註(*2) 参照。

(*13) 同上・第 3 章参照。

(*14) 同上・12-13 頁。

(*15) 公取委平成 19 年 3 月 26 日審判審決、平成 16 年(判)第 2 号、東日本電信電話(株)に対する件、審決集 53 巻 776 頁以下。なお、本件は、このほど最高裁判決が示され結審している(審決取消請求事件、平成 21 年(行ヒ)348 号、最二判平成 22 年 12 月 17 日判決〔上告棄却〕

判例時報 2101 号 32 頁以下)

(* 16) 同上・第 3 4 -(1)[被審人の主張]801 頁。

(* 17) 同上・第 3 5 -(1)[被審人の主張]802 頁。

(* 18) もし、FTTH サービスの競争促進に向けられているとすれば、これは「サービス競争」そのものということができよう。

(* 19) 前掲註 (* 15)・第 3 5 -(2) -ア[審査官の主張]802 頁。

(* 20) 同上・第 4 4 -(1)[審判官の判断]811 頁。

(* 21) 東京高判平成 21 年 5 月 29 日判決、平成 19 年 (行ケ) 第 13 号、審決取消請求事件、審決集 56 巻第 2 分冊 262 頁・第 3 2 -(4)・284 頁。

(* 22) 同上・第 4 2 -(3)・296 頁。

(* 23) 情報通信審議会・前掲註 (* 4)・答申 46 頁。

(* 24) グローバル時代における ICT 政策に関するタスクフォース (「過去の競争政策のレビュー部会」・「電気通信市場の環境変化への対応検討部会」)『『光の道』構想実現に向けて』(2010 年 11 月 30 日)

(* 25) 同上・5 9 頁。

(* 26) 電気通信法制研究会編『逐条解説電気通信事業法』(第一法規、1987 年) 38 頁。

(* 27) この点、ここにいう「業務区域」とは、「第一種電気通信事業者がその電気通信役務を提供する場所を示す概念である」とされ、具体的には「第一種電気通信事業者が自ら設置する設備によって通信(情報)がインプット又はアウトプットされる地点の集合である」とされる。殊に「網サービスの場合(例えば、A 市内の電話網)は、事業者は A 市内のいずれの地点にも入出力端末たる電話機(又は電話機が接続されるような設備)を設置するので、A 市が業務区域となる」(電気通信法制研究会編『逐条解説電気通信事業法』(第一法規、1987 年) 41 頁)

(* 28) 舟田正之『情報通信と法制度』(有斐閣、1995 年) 139 頁。

(* 29) これに関する公衆電気通信法や電気通信事業法の取扱いについては、拙稿「『接続』の法的構成 --- 『接続』・『卸』と電気通信事業法」(KEO Discussion Paper No.124 March/2011) に詳しい。

(* 30) 舟田・前掲註 (* 28)・140 頁参照。

(* 31) ただし、ゼロ種の否定とサービスぶつ切り論の根拠として、サービスの安定性・品質等の確保が挙げられていることについては批判がある(舟田・前掲註(* 28)・149 -150 頁参照)

(* 32) 個別規制法令では独占禁止法と同様「公正な競争」を実現することを目的とし、それを受け諸々の規制を行っている例がある(たとえば、道路運送法 1 条・9 条 2 項 4 号・30 条 2 項、輸出入取引法 1 条など)

(* 33) また、共同行為が一定の要件の下で認められる場合であっても、「不公正な取引方法を

用いるとき……は、この限りではない」とされるのが通例である（たとえば、輸出入取引法 33 条 1 項、海上運送法 28 条、道路運送法 18 条など）。

（*34）このように、公正競争阻害性を有する行為としての不公正な取引方法は、まさに「公正な競争」を実現するために禁止されており、法的独占が認められる分野と否とを問わず、一般的に妥当する取引の基本ルールであると解されている。独占禁止法における不公正な取引方法の本質とその位置づけ、またここに指摘した電気通信事業関連の規制法令と独占禁止法の整合的な解釈の要請を踏まえれば、個別の規制法令における「公正な競争」は、独占禁止法上のそれと規制の手法や手続きが相違するとしても、その意義は原則として同一のものと解されるべきであるということになる（同様の理解として、舟田正之「規制緩和の過程における『公正な競争』」ジュリスト 1082 号（1996 年 1 月 1 日・15 日合併号）168 頁）。

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

（*36）「NTT 東西の活用業務に係る公正競争ガイドライン」（NTT 東西の活用業務に関する「地域電気通信業務等の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内」についての考え方（平成 23 年 11 月 17 日公表））には、活用業務に該当する電気通信業務として「NTT 東西が都道府県の区域を越えて電気通信役務の提供を行うことのほか、都道府県の区域を越えて料金設定を行うことが含まれる。なお、活用業務が県内通信に係る業務と不可分一体のものとして提供されることとなる場合においては、これら業務を一体として捉えた上で確認を行う」とされている。

（*37）NTT 法 2 条の業務範囲に係る規制は、このほど「電気通信事業法及び日本電信電話株式会社等に関する法律の一部を改正する法律」（平成 23 年法律 58 号）によって認可制から届出制へと改められた。この規定の改正に関する詳細は、拙編著『コンメンタール NTT 法』（三省堂、2011 年）78 頁以下参照。

（*38）「NTT 東西の活用業務に関する『地域電気通信業務等の円滑な遂行及び電気通信事業の公正な競争の確保に支障のない範囲内』についての考え方」（2011 年 11 月 17 日公表）。

（*39）今村成和『独占禁止法』（有斐閣、新版、1978 年）46 頁。

（*40）今村成和・前掲註（*39）・47 頁。

（*41）拙稿「独占禁止法における『競争』の意義」知財管理 59 巻 7 号（2009 年）893-898 頁参照。

（*42）今村成和「投資調整と政府の介入」『私的独占禁止法の研究（三）』（有斐閣、1969 年）123-135 頁。

（*43）不況カルテル及び合理化カルテルの適用除外に係る規定は、昭和 28 年の独占禁止法の改正（昭和 28 年法律 259 号）によって導入され、平成 11 年の同法改正（平成 11 年法律第 80

号)によって廃止されている。

(*44) 「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成 19 年 9 月 28 日)第 2-2-(3)。

(*45) グローバル時代における ICT 政策に関するタスクフォース(「過去の競争政策のレビュー一部会」・「電気通信市場の環境変化への対応検討部会」)・前掲註(*24)・8-9 頁。

(*46) かかる取り組みの一例として、井上達夫「公正な競争とは何か -- 法学的試論」金子晃=根岸哲=佐藤徳太郎監修『企業とフェアネス -- 公正と競争の原理』(信山社、2000 年)3-32 頁がある(なお、井上達夫『法という企て』(東京大学出版会、2003 年)235-262 頁にも所収)。ここでは、正義が普遍的であるための要請の一つとして、自他の立場を入れ替えてでも受容される「反転可能性」をあげることができ、これを競争にあてはめると、競争の参加者に制御不能な条件(たとえば、競争に用いられる人的・物的資源の格差)が存在し、それによって競争の結果があらかじめ決まってしまうような競争、つまり反転不可能な者間での競争は「公正な競争」とはいえない、とするものである(この整理は、金井貴嗣「不公正な取引方法をめぐる諸課題」日本経済法学会編『不公正な取引方法規制の再検討』日本経済法学会年報 30 号(有斐閣、2009 年)5-6 頁による)。なお、このような視点からは、「公正さ」が競争の過程の中で通時的に具体化される性格のものであるとする理解も評価がなされるべきかもしれない(金子晃=実方謙二=根岸哲=舟田正之『新・不公正な取引方法』(青林書院新社、1983 年)20 頁〔金子晃執筆部分〕)。