The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	エッセンシャル・ファシリティ理論の違法性要件 : リアル・ネットワークとバーチャル・ネットワークの規制を比較して
Author(s)	小林, 恵
Citation	国際公共政策研究. 2001, 6(1), p. 189-206
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/4297
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

エッセンシャル・ファシリティ理論の違法性要件*
——リアル・ネットワークと バーチャル・ネットワークの規制を比較して——

The Requirements for the Essential Facilities Theory:
A Comparison between the Regulations for Real-Networks and the Ones for Virtual-Networks

小林　恵**

Megumi KOBAYASHI**

Abstract

It is often recognized that an intellectual property right when being accompanied with network effects will be under increasing returns and then, it could render the relevant markets locked in. Under such circumstances, its right holder could not only get dominant positions and restrict the competition and the innovation in the future.

The courts in the United States, however, seem to have no will to apply the essential facilities theory to the cases of refusal to license the intellectual property in virtual-network industries, although they have applied the theory to the cases of refusal to deal in real-network industries.

This paper aims to clarify the reasons for the attitude of the courts, comparing with the latter cases and to show the applicability and the limit of the theory as regulations for virtual-networks.

キーワード：反トラスト法、エッセンシャル・ファシリティ理論、知的財産権、排他権、ネットワーク効果

Keywords：Antitrust Law, Essential Facilities Theory, Intellectual Property Right, Exclusive Right, Network effects

* 本稿の作成にあたり、指導教官である大阪大学大学院法学研究科の矢部丈太郎先生、ならびに茶園成樹先生からの御助言に対し、記して感謝の意を表すとともに、ネットワーク効果に関して御教授を頂いた経済学研究科の小林敏男先生に対して謝意を呈したい。また、本稿における存りうべく誤謬については全て筆者の責である。
**大阪大学大学院国際公共政策研究科 博士後期課程

1．はじめに

エッセンシャル・ファシリティ理論（以下、ＥＦ理論という）とは、市場競争にとって不可欠な施設を有する事業者が、競合者に対してその施設へのアクセスを拒絶してはならないという、アメリカ反トラスト法上の理論である。一般にこのエッセンシャル・ファシリティは、財が単独の供給者によって供給されたほうが市場の効率性が高められ社会的厚生が最大化されるような場合において、すなわち自然独占に適した市場において、発生し易いと言える。その背後には、「同一／共通の財の追加的なユーザー数の増加を通じて消費者に本質的な価値が提供される財」[1]の取引において顕在化する、いわゆるネットワーク効果[2]の影響が認知されている。

最高裁がこの理論を明示的に述べた判例はないものの、基本判例とされるTerminal Railroad事件[3]以降、鉄道事業、電力事業、電気通信事業等の実体的なネットワーク（以下、リアル・ネットワークという）[4]産業に対しては、ＥＦ理論、もしくはＥＦ理論的なアプローチの適用事例が着実に蓄積されており、さらにこのアプローチはいわゆるコモン・キャリアに対する平等接続義務を謳った1996年電気通信法等[5]、個別の事業法にも反映されている。

他方、仮想的ネットワーク（以下、バーチャル・ネットワークという）産業に対してＥＦ理論が適用された例はほとんど存在しない。通常、バーチャル・ネットワークにおいて共有される標準（プラットフォーム）には何らかの知的財産権が関与している場合が多く、裁判

1) Lemley, Mark A. & David McGowan, "Legal Implications of Network Economic Effects," *California Law Review*, Vol. 86, No. 3, 479, 491 (1998).

2) 一般的に、自然独占は「規模の経済」から説明されがちであるが、規模の経済は自然独占の必要条件であり十分条件ではない。規模の経済に加え、「参入規制」あるいは「消費者余剰」のどちらか一方と結びつくことによって、自然独占は達成される。ただ、前者は行政当局を通じての、間接的な顧客囲い込みにあたり、囲い込むことによって、消費者余剰を安定的に創出するための政策、としても理解可能である。とすれば、参入規制は、消費者余剰を実現するための１つの手段ということになり、自然独占を説明する際には、消費者余剰と規模の経済とのポジティブ・フィードバック関係を念頭においた「ネットワーク外部性（あるいは効果）」を理論的支柱に据えるほうが、経済理論上の一般性が確保されるだけでなく、論旨の首尾一貫性も維持できるように思われる。

3) United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

4) 実体的ネットワークとは、電話網、電力網等、物理的なネットワークの構築が事業における中心的なミッションであるような産業のことをいう。他方後述の仮想的ネットワークとは、コンピュータのOSが典型例であるように、製品群の開発・製造における基幹フォーマットあるいはプラットフォームのことをいう。すなわち、実体的なネットワークはないものの、それが基幹となって拠ってたつ製品群とその利用者たち（ネットワーク）が存在する場合に、仮想的ネットワークという用語が用いられる。リアル・ネットワークが「人、製品、およびパケットの３Ｐを繋ぐ供給グリッド」のゆえに、１つに統合された設備によって作られる自然独占であるとすれば、他方バーチャル・ネットワークは「独占的標準の周囲のビジネス環境を繋ぐグリッド」のゆえに、供給サイドのコストと需要サイドのスピルオーバーによって作られる自然独占である、と定義する説もある。Picker, Randal C., "Does Regulation Promote Efficiency in Network Industries? Regulating Network Industries: A Look at Intel," *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 23, No. 1,159, 165-66 (1999).

5) Telecommunication Act of 1996. これにより既存の地域電話会社は、基本ネットワークのすべてのユーザー（競争的アクセス会社）に対して、ネットワークの機能およびインターフェースへの接続を、「アンバンドリング」かつ「平等」に認めることが求められる。浅井澄子「電気通信：地域通信市場の参入問題」、山本哲三・佐藤英善編『ネットワーク産業の規制改革　欧米の経験から何を学ぶのか』、日本評論社、59-75（2001）を参照。

所は知的財産権のライセンス拒絶にＥＦ理論を適用することに対して、知的財産権法との抵触、あるいは研究開発のインセンティブを減殺する恐れ等の理由から、特に否定的であると言われている[6]。

しかし、知的財産権とネットワーク効果の組み合わせは、収穫逓増の状況を創出しやすく、そのプラットフォームが市場における独占的地位を獲得するのみならず、市場に「ロックイン」してしまい[7]、将来の競争および技術革新を減殺するおそれがあるとも言われている[8]。その解決のための一手段として、リアル・ネットワークに対して蓄積されてきたＥＦ理論の適用可能性を検討することは、十分に価値のあることのように思われる。

そこで本稿は、まずリアル・ネットワークに対して蓄積されてきたＥＦ理論の適用例を概観し、その違法性要件を整理する。続いてバーチャル・ネットワークに対する法適用の事例として、地裁においてＥＦ理論が認定され仮差止命令が出されたものの、控訴審でＥＦ理論が否定された Intergraph 事件[9]を取り上げ、なぜＥＦ理論が否定されたのかの論点を明確にする。その上で、ＥＦ理論のバーチャル・ネットワークへの適用可能性とその限界を考察し、それを補うために、知的財産権法に拠る法定排他権の範囲の問題に言及する。

2．リアル・ネットワーク産業に対するＥＦ理論の適用

2－1．Terminal Railroad 事件

ＥＦ理論の基本判例であり、その救済措置に対して一定の評価が定着している本件は、ミズーリ州セントルイス地域において、鉄道会社、フェリー会社及び橋の管理会社からなる共同事業体である Terminal Railroad Association（以下、ＴＲＡという）が、所有する施設の使用を新規参入事業者に対して拒絶したことは競争上不可欠な施設の取引拒絶であり、州際通商を減殺し独占化の企図にあたるため、シャーマン法§1及び§2に違反するとされた件である。

A．事実の概要

1889年に、セントルイス地域の鉄道会社6社によって設立されたＴＲＡは、ミシシッピ川

6) 標準をめぐる競争に関しては、茶園成樹、「米国における標準に関する審判決例」、土井教之編『技術標準と競争企業戦略と公共政策』、日本経済評論社、187-241（2001）を参照。

7) Arthur, Brian W., "Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events," *The Economic Journal*, Vol. 99, 116, 117-23 (1989).

8) Pitofsky, Robert, "Antitrust and Intellectual Property: Unresolved Issues at the Heart of the New Economy," Prepared Remarks of Antitrust, Technology and Intellectual Property Conference (Berkeley Center for Law and Technology University of California, Berkeley, March 2, 2001), B-1 〈www.ftc.gov./speechs/pitofsky/ipf301.htm 〉.

9) Intergraph Corp. v. Intel Corp., 3 F. Supp. 2d 1255, 1998; 195 F. 3d 1346, 1999.

に架かる唯一の橋であった St. Louis Bridge を所有していた。セントルイス市街に入るためあるいは通過するためには、ミシシッピ川と多くの丘に囲まれたその地形上、ＴＲＡが所有する橋を利用するか、Wiggins Ferry（以下、W社という）社が運行するフェリーを利用するしか手段はなかったが、その後1890年には Merchant Bridge が開業したため、3社が競争状態にあった。ミズーリ州議会はこの競争状態を維持する目的で当初、ＴＲＡが Merchant Bridge の株式を所有することを禁止していたが、この禁止が解除されると直ちにＴＲＡは Merchant Bridge の株式を取得して支配下に収めた。

1892年に、新規参入の鉄道会社がセントルイス市街への参入を確保するためにW社の買収を企図したため、同社の株式の急騰を招いた。この事態を受けたＴＲＡが鉄道会社と協議した結果、鉄道会社もＴＲＡに参加することとなり、W社もＴＲＡのコントロール下におかれることになった。これにより、ミシシッピ川を横断する3つの交通手段はすべてＴＲＡが支配する単一のシステムに統合されたのである。当時、2つの橋自体は同一の料金および条件で開放されていたが、川の両岸で鉄道線と橋梁を接続するために必要な施設はＴＲＡが所有しており、橋を通過するためには、結果的にＴＲＡの施設を利用することが必要不可欠であった。これに加えて、ＴＲＡに参加していた各社は加入を希望する他社に対する拒否権を有していたため、新規参入を希望する鉄道会社がセントルイス地域へ乗り入れることは事実上不可能な状態になった。

ＴＲＡの参加事業者は当時24社にまで増加していたが、1893年、ミズーリ州は当該結合は州法に違反するとして、分割を求めて提訴している[10]。しかし州最高裁は、2つの橋は単独の所有者によって管理される方が効率的であること、限られた地域に多くの鉄道駅、接続設備等が構築されることは合理的ではないこと等を理由に、当該結合を合法であると認めた[11]。

一方本件において連邦最高裁は、ＴＲＡが達成する効率性が公共の利益に貢献することは認めつつも、「単に2、3のターミナル会社を単一のシステムに統合しただけの場合は、公共の利益に資するものとなるため州際通商を制限したとは言えず、違法ではない。しかし市街に入るためのすべての手段を禁じ、排他的な所有とコントロールのもとにすべての施設を結合したことは州際通商を減殺し、独占化の企図にあたる。」と判示したのである[12]。

B．救済措置の評価

以上のように、本件ではＴＲＡが所有する施設が競争にとって不可欠であるためにその施設へのアクセスを拒絶することに違法性があると認定されており、その救済措置として最高裁は、「すべての希望者に対して合理的かつメンバーと同一の条件での接続を認めること」

10) Azcuenaga, Mary L., "Essential Facilities and Regulation: Court or Agency Jurisdiction?," *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 879, 884 (1990).
11) State v. Terminal Association of St. Louis, 81 S.W. 395 (Mo. 1904).
12) Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. at 409.

を命じた[13]。明示的ではないものの、ＥＦ理論が初めて反トラスト法に導入されたのである。

従来、反トラスト法、あるいは州法レベルにおいて独占的状態に対する救済措置として用意されていた手段は「分割」であった[14]。なぜならば、分割によって事業者数を増加させ、市場における競争を活性化させることができるからである。先のミズーリ州裁判でも、分割による競争状態の回復を求めて争われたわけだが、そこで問題となったのが、ＴＲＡが創出していた効率性である。安易な分割命令は効率性を損なうだけではなく、過当競争の結果として倒産や買収を誘発し、新たな独占的事業者の出現に収斂してしまう恐れがあることから、裁判所はＴＲＡの結合を合法としたのである。現実に、19世紀の鉄道産業においては古典的な経済理論に基づく競争政策が導入された結果、複数の鉄道線が競合する地域では倒産や買収が相次ぎ、巨大コングロマリットが誕生して独占的利潤を享受するといった悪循環を解決できない状態にあった[15]。

ＥＦ理論による救済措置の本件における意義は、この問題を解決できるところにあると評価されている[16]。なぜならば、ＴＲＡが達成している効率性を維持し、競争を減殺している行為、アクセス拒絶のみを排除できるからである。鉄道事業のように、巨大な初期投資が必要でありかつ広範囲な土地等の物理的資源の占有も必要なリアル・ネットワーク産業においては、本来的に施設のデュプリケーションは効率性を損ねることになる。すなわち当該産業は、単一の事業者による財の供給が最も効率的な自然独占産業である。このような自然独占は最終的に１社独占に収斂してしまうため、分割命令は無意味である。一方ＥＦ理論では、自然独占がもたらす効率性はそのままの状態で残した上で、自由なアクセスを確保することで関連市場[17]における競争を生み出すことが可能であり、さらに補完財市場の競争および効率性をも増加させることも可能となる。

さらに言えば、19世紀後半から20世紀初頭において鉄道産業は革新的なハイテク産業であった[18]。鉄道産業はまさに新産業創出の基盤であり、その基盤の効率性を損ねる措置は多くの新産業の発展に影響を与えかねない状況であったと言える。よって、伝統的な反トラスト法上の救済である分割命令ではなく、ＥＦ理論に基づく新たな救済措置が導入されたことは高く評価されるのである。

Ｃ．ＥＦ理論適用の意義

13) Id. at 411.
14) 他の規制方法として、初期にクレイトン法§１あるいは§７を適用し、合併そのものを防止するべきであったとの見解も見受けられる。Azcuenaga, Mary L., supra note 10, at 883-84.
15) Hovenkamp, Herbert, "Regulatory Conflict in the Gilded Age: Federalism and the Railroad Problem," *The Yale Law Journal*, Vol. 97, No. 6, 1017, 1035-38 (1988).
16) Donahey, Teague I., "Terminal Railroad Revisited: Using the Essential Facilities Doctrine to Ensure Accessibility to Internet Software Standards," *AIPLA Quarterly Journal*, Vol. 25, 277, 311 (1997).
17) 本件の関連市場は鉄道交通市場であり、補完財市場は船舶およびトラック交通市場である。
18) Donahey, supra note 16, at 289-90.

このように、効率性を犠牲にすることなく市場における競争を活性化し得る新しい救済措置を反トラスト政策に導入したことが、ネットワーク産業に対するＥＦ理論適用の第一の意義である。

次に、個別事業法による規制と比較しても、ＥＦ理論はさらに合理的であることが第二の意義と言えるだろう[19]。

事業法による規制の方が有効であるという説としては、「ＥＦ理論は規制当局が適切な救済を行える状態で存在する場合は引き合いに出されるべきではない。当該問題は、法や行政的規制によって産業全体をベースとして取り組まれることが一番である。」[20]というものがある。この説の根拠は、産業の特性を熟知している規制当局が、事業法という特定のルールに則って産業全体に対して規制を行う方が、裁判所がＥＦ理論に基づいて個別ケース毎に違法性を判断するより効率的であるという点にあるだろう。

両者の規制コストを比較すると、確かにこの説は合理的である。しかし、規制の対応速度や範囲、および公平性という観点から考えると、事業法による規制には問題があると思われる。なぜならば、事業法は改正に時間がかかるため、産業の発展や変化に対する柔軟性に乏しいと考えられるからである。さらに産業横断的な業種に対しては、管轄権の抵触等の問題によって、規制を実施することさえも不可能になる事態が想定され得る。その点、ＥＦ理論では法改正を伴わず、また普遍的に適用できるため迅速かつ広範囲な対応が可能である。

また、閉鎖的な産業内での規制では、税金や助成金等のレントの配分が、既存事業者あるいは利益団体の行動によって左右され、公平性が損なわれる恐れがある、ことが指摘されているが[21]、このことは既存施設へのアクセスをめぐるレントの争奪にもあてはまるだろう。ＥＦ理論の適用は、このような問題にも効果的である。

以上のように考えると、規制コストの問題はあるにせよ、事業法による規制よりＥＦ理論の適用の法が合理的である。産業の変化のスピードが加速し新産業が次々に創出される現在、この第二の意義はますます高まってきていると言えるのではないだろうか。

２－２．Otter Tail 事件[22]およびＭＣＩ事件[23]

Terminal Railroad 事件では、ＥＦ理論の違法性要件が明確化されるまでには至らなかった。続く Otter Tail 事件およびＭＣＩ事件において要件は整理され、明確化されたので

19) Id. at 301-05.
20) Werden, Gregory, "The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine," *St. Louis University Law Journal*, Vol. 32, 433, 479-80 (1987).
21) Owen, Bruce M., "Determining Optimal Access to Regulated Essential Facilities," *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 887, 893 (1990).
22) Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973).
23) MCI v. AT&T, 708 F.2d 1081 (1983), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

ある。さらに、Terminal Railroad 事件は共同行為であったのに対し、この2つの事件は独占的事業者の単独行為であったことにも特徴がある[24]。

A. Otter Tail 事件

Otter Tail社（以下、ＯＴ社という）は、ミネソタ州その他3州の地理的関連市場において唯一の配電網を有し、さらにフランチャイズ契約により、市場内の91％の市町村に電力を供給する独占的事業者であった。ＯＴ社との契約期間が終了した市町村のうちのいくつかは、独自の自治体システムの建設を計画したが、そのためにはＯＴ社から電力を卸売りで購入し、同社の配電網を使用しなければ不可能であった。ところが、ＯＴ社は電力の卸売り販売および他の供給元からの電力の送電を拒絶したため、多くの自治体が建設を断念せざるを得ない状態に陥っていた。

ＯＴ社の取引拒絶が独占および独占化の企図にあたるとして争われた本件で、ＯＴ社は、同社の取引拒絶行為が事業法に拠って反トラスト規制から除外されること[25]、および接続命令に従えば配電網に負荷がかかり、自社の顧客に対するサービスを低下させざるを得ないこと[26]を主張したが、最高裁は前者の主張に関しては、「規制法の適用によって反トラスト法が適用除外されるのは2者間に矛盾がある場合のみである」[27]との先例から、これを退けた。また後者についても、「ＯＴ社には配電を希望する市町村への電力供給を拒絶する技術的な問題はなく、電力卸売り及び送電の拒絶は単に自治体電力システムが同社の独占的地位を侵食することを防ぐためであった」[28]として否定した。

さらに、「ＯＴ社はそのサービス市場のほとんどにおいて、電力の送電における戦略的優位性を有しており、当該優位性を小売市場への潜在的参入事業者が他の供給源から電力を得ることを防ぐために利用していた」という地裁の事実認定を認め、シャーマン法§2に言う「独占化の企図」に違反し、違法であると判示したのである[29]。

以上のように、本件ではいくつかのＥＦ理論の違法性が提示された。①事業法による規制が存在する場合でも、取引拒絶は反トラスト法違反を構成すること、②取引拒絶に技術的な問題があるかどうかは考慮されること、および③上流の市場（本件では電力の卸売り市場）での地位を下流の市場（同小売市場）の競争減殺に利用することは違法であること、の3点である[30]。

24) 反トラスト法では「単独行為は実際に独占もしくは独占化のおそれがある場合のみ制裁される」と考えられているように、単独行為の違法性は共同行為のそれより限定されている。Copperweld Corp., v. Independence Tube Corp., 467 U.S. 752,767 (1984).
25) Otter Tail Power Co., 410 U.S. at 372.
26) Id. at 381.
27) United States v. Philadelphia National Bank, 374 U.S. 321, 350-51.
28) Otter Tail Power Co., 410 U.S. at 378.
29) Id. at 377.
30) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F. 2d 536 (1991) においても本件は上流の独占者であるＯＴ社が下流の潜在的競争者をあからさまに取引拒絶したことによって、競争者はハンディを受けたというだけにとどま

このうち、特に③の下流市場の競争減殺行為は、「ボトルネック独占」として違法性が高いとされ、単独事業者に対するＥＦ理論適用の要件として確立された。

Ｂ．ＭＣＩ事件

ＭＣＩ事件において、ＥＦ理論の要件はさらに明確化された。本件は、電話の長距離サービスの新規参入事業者であるＭＣＩ社に対して、ローカル配線設備の独占的事業者であるＡＴ ＆ Ｔ が接続を拒絶したことにＥＦ理論が適用された事件である。

裁判所は以下のように判示した。「ＡＴ ＆ Ｔ はＭＣＩ社が接続を求めるローカル配線施設を完全にコントロールしており、当該施設への接続はＭＣＩ社にとって顧客にサービスを行うためには必須であった。また、当時の技術ではローカル電話サービスは自然独占とみなされ、そのように規制されていた。さらに当該施設の複製は経済的にも実行可能ではなく、ＭＣＩ社にとって複製不可能なＥＦの範疇に入るものであった。ＡＴ ＆ Ｔ がＥＦへの接続を拒絶したことは立証されているが、その行為の正当性あるいは技術的に困難であったこと等は示されていない。一方、ＭＣＩ社は ＡＴ ＆ Ｔ にとって接続の提供が技術的にも経済的にも可能であったことを立証していることから、拒絶を正当化できる施設へのアクセスを求めているわけではない。よって ＡＴ ＆ Ｔ の行為は独占にあたり、違法である」[31]。

そして Otter Tail 事件等の過去の判例も踏まえた上で、ＥＦ理論の違法性要件を４点にまとめた。すなわち、①独占者によってＥＦがコントロールされていること、②ＥＦを複製することが、競争者にとって現実にまた合理的に不可能であること、③競争者に対してＥＦの使用が拒絶されていること、および④当該ＥＦの提供が実行可能であること、である。この違法性要件は「ＭＣＩテスト」として、現在もＥＦ理論の適用の基準とされているものである。

２－３．まとめ

ＥＦ理論の違法性要件に関しては、ＭＣＩテストを基本としてさまざまな判例および学説が展開されているが、それらには概ね、限定的に解釈すべきであるとの傾向が見て取れる[32]。なかでも単独行為への適用には特に慎重論が多く、単にＥＦの所有者が市場支配力を有しているのみでは違反を構成しないことが強調されている。

シャーマン法§２における「独占」の要件は、①関連市場における独占的地位、および②優れた製品、ビジネス上の慧眼あるいは歴史的な偶然の結果としての成長あるいは発展とは

らず、下流市場におけるすべての競争可能性が排除された点に強い違法性があることが指摘されている。

31) MCI, 708 F.2d, at 1132-33.

32) Olimpia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co., 797 F. 2d 370 (1986) では、「ＥＦ理論は直接の競争者を援助する義務を独占者に強いるものではない」と判示された。また、Twin Laboratories, Inc. v. Weider Health & Fitness, 900 F.2d 566 (1990) では、「ＥＦ理論を主張する原告は、拒絶が単なる困難ではなく、重大なハンディキャップとなることを立証しなければならない」とされている。

異なる、意図的な独占力の獲得あるいは維持、の２点である[33]。「独占化の企図」の要件は、①被告が略奪的あるいは反競争的行為に従事し、②独占への特別な意図を有し、および③独占力を獲得する危険な蓋然性がある場合、とされている[34]。したがって、公正な競争の結果として独占力を得た単独の事業者は、明確な反競争的意図が立証されない限り§２違反を問われることはなく、ＥＦ理論も適用されないことは当然である。

Areeda 説でも、ＥＦ理論を単独行為に適用し、シャーマン法§２違反を構成するには、市場支配力だけではなく、行為要件に留意する必要があるとされる[35]。シャーマン法には「独占の濫用」の概念はなく、違反は独占の獲得あるいは維持に不当性がある行為に限定されるからである[36]。したがって、単独行為の場合は、独占者による排他的行為が認められない限り、違反とはならないと述べられている[37]。そして、独占力が不当に獲得され、あるいは維持されていない限り、独占者による独占的価格設定が§２違反を構成しないことはＥＦ理論のコンセプトにも重要な示唆を与えると説明されている。

また単独行為者の要件としては、Alaska Airline 事件において、「単独事業者によってコントロールされる施設は、そのコントロールが下流市場における競争を排除する力を伴う場合にのみ〈不可欠〉とみなされる」と判示され[38]、Otter Tail 事件で示された「ボトルネック独占」の概念が、必須の要件であることも明確化された。

以上をまとめると、リアル・ネットワーク産業におけるＥＦ理論の違法性要件は、基本的にはＭＣＩテストの４要件であるが、単独行為の場合には独占者の反競争的意図が立証され、かつ「ボトルネック独占」が発生する場合のみ、ということになる。単独行為に対するこの限定によって、現実には「ＥＦ理論は自然独占かつ施設の複製が法によって制限されている規制産業の場合にしか適用されない」とする説[39]に近い状態となっている。

---

33) United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

34) Spectrum Sports Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

35) Areeda,Phillip, "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting," *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 841 845-47 (1990).

36) Id. at 846-47.

37) Id. at 844 では、単独行為への適用を慎重にすべきであるという根拠として以下の４点が指摘されている。(1)共同行為は例外的であるのに対し、単独行為は遍在している。経済社会における日常的な単独事業者の意思決定を査定することには慎重にならなければならない。(2)共同行為による排除に対しては、救済が容易である。創業者が負ったリスクの査定は困難でも、「同等の条件」の定義は可能である。(3)共同体への加入命令は一時的救済であって日々のコントロールを必要としない。また、効率性を犠牲にすることもない。(4)競争者による結合そのものがすでに不可欠性を立証している。

38) Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F.2d 536, 544 (1991).

39) Areeda, Phillip & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law*, Aspen Law & Business, 680-81 (1988). さらに、Areeda, Phillip & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Little Brown, 772 (1996) では、ＥＦがシェアされない限り市場が競争的にならないことを示す必要があるとされ、その結果ＥＦ理論の適用範囲は(1)自然独占でライバルが施設を複製することが非効率である、(2)価格規制による独占があり、理論の適用が主体の法定独占を減少させる、(3)公共施設であって私企業による複製が実際に不可能である場合、の３形態に限定される、と主張されている。Id. at 771.

3．バーチャル・ネットワークに対する法適用

3－1．従来の判例

バーチャル・ネットワークに対する法適用の中でも、特に単独事業者による知的財産権のライセンス拒絶の違法性に関して争われたケースで、最終的にＥＦ理論が適用された例はない[40]。ＳＣＭ事件では、「特許権が合法的に取得された場合、一方的なライセンス拒絶は特許法上合法であり、反トラスト法上の責任を生じさせることはない」とされ[41]、この考え方が後の判決にも踏襲されている[42]。さらに、ライセンス拒絶における行為者の意図に関しても、「特許権者による特許製品の販売あるいはライセンスの拒絶に反競争的効果がある場合でも、当該反競争的効果が法定の特許付与範囲を越えて違法に拡大されない限り、特許権者がその法定の権利を行使するにあたっての主観的な動機を、当法廷は問題にはしない」とした判決もある[43]。また Data General 事件では、研究開発のインセンティブという観点からも、ライセンス拒絶規制には問題があると指摘された[44]。

このように、単独事業者による知的財産権のライセンス拒絶行為は法定の権利行使であり、通常の「独占」あるいは「独占化の企図」のケースにおいて問題となる行為者の意図に関しても問題にはならないととらえられている[45]。したがって、リアル・ネットワーク産業に対する法適用とは異なり、ＥＦ理論適用の余地はほとんどないと考えられてきた。ところが、次節で取りあげる Intergraph 事件はこのような判例の流れの中で、技術情報の拒絶行為に対してＥＦ理論を適用し、理論の解釈に際して異なった視点からの問題を提起しているケースである。

---

40) ライセンス拒絶には、特許法上の権利制限の法理であるパテント・ミスユースの法理が適用されることもない。U.S.C. §271 (d) (4).

41) SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F. 2d 1195, 1207-09 (1981).

42) In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigations, 989 F. Supp. 1131, 1134 (1997) では、「特許権あるいは著作権が適法に取得されている場合、特許法あるいは著作権法に基づき許容されているそれに付随する行為は、反トラスト法に基づく責任問題にさらされることはない」、と判示された。

43) In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigations, 203 F. 3d 1322, 1327-8 (2000).

44) Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp., 761 F. Supp. 185, 192 (1991).「もし、複雑かつ革新的なシステムの製造業者が、当該システムの製造について絶対的な優位性を有しているという理由によって補完財の開発を競争者と分け合うことを求められるとしたら、著作権法および特許法におけるインセンティブは阻害されてしまう。これらの補完財の開発を行うのに最も良い位置にいる製造業者のインセンティブが低下するだけではなく、競争者がリバースエンジニアリングを行ったり、競争的技術を開発する勢いをも減少させることになるだろう。」と述べられた。

45) 単独のライセンス拒絶規制の詳細な検討として、和久井理子、「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討（２・完)、『民商法雑誌』Vol. 122、No. 1、74 (2000)。

3－2．Intergraph 事件

A．事実の概要

本件は、グラフィックス用ワークステーションの開発、製造、販売、およびＯＥＭ事業者である Intergraph が、高性能マイクロプロセッサの製造事業者であるIntelの特許侵害行為および反競争的行為について提訴したものである[46]。

1987年以降、Intergraph は自社がその特許を保有するマイクロプロセッサ（Clipper）を搭載したワークステーションを製造していたが、1993年、Clipperの開発を中止し、Intel 製のペンティアム・プロセッサ搭載機の製造に切り替えた[47]。Intergraph は Intel ベースのグラフィックス用ワークステーションを開発した最初のメーカーであり、1994年以降 Intel は Intergraph を“strategic customer”と位置付け、ＮＤＡ（秘密保持協定）に基づき技術および製品情報の開示、チップ・サンプルの提供等、特別の便益を与えていた[48]。

1997年に入り、Intergraph は Intel のチップが Clipper の特許を侵害しているとして、Intel および Intel の顧客である他ＯＥＭ企業を訴えたため、これを受けた Intel が、Intergraph との間でクロスライセンスについての協議を開始したが、合意に至らなかった。その後、Intel は Intergraph とのＮＤＡに Clipper 特許の無償ライセンス条項を追加、Intergraph がこれを拒否すると、ＮＤＡを撤回し、さらに Intergraph に対して技術／製品情報の開示およびチップ・サンプルの提供を拒絶したのである[49]。

B．第１審におけるＥＦ理論の適用と仮差止命令

1997年に Intergraph が提訴した結果、アラバマ地裁は、Intel は高性能マイクロプロセッサ市場および Intel 製マイクロプロセッサの二次市場において独占力を有しており、シャーマン法§１および§２に違反するおそれがあるとして、Intergraph に対する技術／製品情報およびチップ・サンプルの提供を主な内容とする仮差止命令を発した[50]。本件はコンピ

---

46) 本件は Intergraph による私訴であるが、本件と並行してＦＴＣが Intel への技術のライセンスを拒絶する取引先に対して、Intel が技術情報を提供することを停止した行為につき、審判を開始している。In the Matter of Intel Corporation, Docket No. 9288. 〈www.ftc.gov./os/1988/9806/intelfin.cmp.htm 〉. 当該審判は、一定範囲内で技術情報の開示を行うこと等を内容とする同意審決で決着している。
〈www.ftc.gov./os/1999/9903/do9288intelagreement.htm〉.

47) Intergraph 製ワークステーションのうちペンティアム搭載機の割合は1994年には75%、96年には100%となっている。Intel の Intergraphへの行為の詳細については、FTC、Docket No. 9288、C-1 を参照。

48) 従来 Intel はマイクロプロセッサのアーキテクチャを開示していたが（オープン・アーキテクチャ）、ペンティアムⅡを発表した1997年以降、非開示（クローズド・アーキテクチャ）に切り替えた。それ以降、すべての顧客に対してＮＤＡを強要し、契約条項をコントロールするようになったとされている。当該ＮＤＡには、Intel との間で、保有特許に関する無償クロス・ライセンス契約を締結すること、という条項が含まれていた。Intergraph Corp., 3 F. Supp. 2d, 1265-66.

49) Id. at 1267-68.

50) 地裁は、Intel の以下の行為に対し、違法性を認定した。(1)意図的に獲得あるいは維持された独占、(2)取引拒絶およびＥＦへのアクセス拒絶、(3)独占の梃子、(4)強制的な相互関係、(5)特許技術の取引制限への使用、(6)ＮＤＡの報復的な使用、(7)取引制限的な契約の履行。Id. at 1275-81.

ュータ関係のケースにおいて、初めてＥＦ理論が適用されたものである。

地裁は、Intel の Intergraph に対する行為は、高性能マイクロプロセッサ市場における自社の独占力を、グラフィックス・サブシステム市場における独占を獲得するために使用するものであると認定した[51]。そして「競争に必要かつ重要な事業上の情報への合理的でタイムリーなアクセスはＥＦである」[52]として、ＥＦ理論に拠りIntelにその情報の開示を命じたのである。この理由として、Intel が自社の技術に Intergraph を囲い込んでおり、Intergraph は容易には代替的マイクロプロセッサに切り替えることができない状況にあったことが挙げられでる。さらに、Intergraph が求める画像処理能力を有する代替的チップが存在しないこと、代替財になり得るチップのデザインおよび開発には２、３年の年月と数百万ドルの費用が必要であること[53]、等もＥＦ認定の要因である。

ただ、この地裁判決のＥＦ理論適用に対しては、控訴審によって仮差止命令が無効とされる以前から批判がないわけではなかった。Intel 製マイクロプロセッサをＥＦと認定することは、高性能マイクロプロセッサ市場における代替財の開発／製造を促進せず、反対に Intel 製マイクロプロセッサをデファクト・スタンダードとして強化させてしまう。したがって、Intel の独占を維持することに繋がり、市場競争を活性化させることはできない、というものである[54]。ＥＦ理論は、その適用が市場をより競争促進的に変化させる唯一の現実的なメカニズムである場合においてのみ適用が賛同されるべきものであって[55]、本件ではＥＦ理論の適用より代替財の開発／製造を促進する法適用を検討する方が競争の活性化には有効である、と主張されている。

この批判が指摘するように、リアル・ネットワーク産業ではＥＦのデュプリケーション[56]は効率性を損ねるが、バーチャル・ネットワークにおいてはＥＦと目される施設／技術のデュプリケーションは実行不可能でも無駄でもない。活発な研究開発による施設のデュプリケーションは、むしろ競争を活性化し、現在ロックインされている独占的技術からの置換効果さえ伴う可能性がある。

その意味において、ＭＣＩテストの１つ、「施設の複製の可能性／合理性」要件は、リアル・ネットワーク規制とバーチャル・ネットワーク規制を分ける、重要なファクターの一つと言えるであろう。

Ｃ．控訴審判決における競争者要件

51) Id. at 1270.
52) Id. at 1278.
53) Id. at 1262.
54) Papciak, W. Greg, "ANTITRUST: 1. Sherman Act Violations: b) Essential facilities doctrine: Intergraph Corp. v. Intel Corp.," *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 14, 323, 342 (1999).
55) Id. at 336.
56) デュプリケーションとは、代替財の開発、あるいは製造を指す。

地裁の仮差止命令を受けてIntelが控訴した本件では[57]、Intel と Intergraph は競争関係になくＥＦ理論の要件を満たさないという Intel の主張が争点となった[58]。「ＭＣＩテスト」の要件にある、ＥＦ理論を適用するには「ＥＦのデュプリケーションが競争者にとって不可能であること」および「競争者に対してＥＦの使用が拒絶されていること」を満たす必要があるためである。

まず控訴審は、「独占」および「独占化の企図」のケースにおいては関連市場の特定が必須であり、関連市場とは、互いに競争関係にある製品を販売する事業者が競争している市場であると示した上で、地裁が認定した二つの関連市場、高性能マイクロプロセッサ市場および Intel 製マイクロプロセッサの二次市場において、両社は競争関係にないと述べている[59]。さらに、地裁が言及したもう１つの関連市場であるグラフィックス・サブシステム市場に関しても、当該市場において Intel が独占力を有している、あるいは独占力の意図的な獲得・維持を図った証拠はなく、Intergraph は両社の競争関係を立証できていないため、Intel の行為はシャーマン法違反を構成しないと判示した[60]。

ＥＦ理論における競争関係の必須性は、多くの判例を通じて確立された要件である[61]。本件でもこの要件を満たさないことを理由に理論の適用が否定されたが、従来のバーチャル・ネットワークに対する法適用おいて形成されてきた、知的財産権に基づくライセンス拒絶の合法性の推定を追認し、ＥＦ理論の適用そのものを否定する判決ではない。本判決では、競争関係が立証されればバーチャル・ネットワークに対してＥＦ理論を適用する余地があると考えることも不可能ではないと思われる。本件は元来特許侵害を巡る私訴であり、ＥＦ理論の主張はその一部にすぎずＥＦ理論適用の是非についての先例とするには無理があるが、ライセンス拒絶に対する反トラスト法規制の可能性を示したという点で、メルクマールとなる判決ではないだろうか。

57) 本件の詳細については、Gray, Richard J. & David Banie, "Case Noter: Intergraph Corporation v. Intel Corporation," *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 16, 437 (2000) を参照。

58) Intel はその他に、(1)自社を提訴している事業者に対して営業秘密、財産情報、知的財産、公表前の製品情報、等の提供を要求する法律はない、(2)差止め命令の範囲は、従来 Intergraph に対して提供してきた情報に比べて広すぎる,等を主張している。Intergraph Corp., 195 F.3d , at 1351.

59) Intergraph は、同社 の Clipper 特許によって高性能マイクロプロセッサ市場において競争関係にあると主張したが、控訴審は、特許は法的な排他権であって競争市場における商業的製品ではないこと、さらに1993年以降、Intergraph が Clipper を扱っていないこと、を理由にこれを退けた。Id. at 1355.

60) Id. at 1356.

61) 「ＥＦ理論はＥＦをコントロールする１つの企業が第２の企業に対して第１の企業と競争するためには必須の商品・役務への合理的なアクセスを拒絶する場合に責任を負荷する」、Alaska Airlines, 948 F. 2d, 542.
「ＥＦ理論に基づく反トラスト法上の訴えは、独占的市場において原告と競争関係にある独占者が、ＥＦをコントロールし、かつ原告による当該施設へのアクセスの要求を拒絶することを要件とする」、Caribbean Broadcasting System v. Cable & Wireless PLC, 148 F. 3d 1080, 1088 (1998).「ＥＦ理論適用には、原告と被告が競争している市場が必要であり、その市場の独占者はその独占力を、自己がコントロールする施設へのアクセスを拒絶することによって下流市場へ拡大している」、TV Communications Network, Inc. v. Turner Network Television, Inc., 964 F. 2d 1022, 1025 (1992).

3－3．まとめ：問題点の抽出

以上概観したように、バーチャル・ネットワークにおける知的財産権のライセンス拒絶に対しては、従来リアル・ネットワーク産業規制を通じて形成されてきたＥＦ理論の要件に加えて、知的財産権法による合法性の推定が働く。独占者が有するＥＦが拒絶され、現実に反競争的効果が発生している場合でも、「反競争的効果が法定の特許付与範囲を越えて違法に拡大されない限り」、違法とはならないのである。したがって、ＥＦ理論の適用可能性を探るには、第一にこの「反競争的効果の拡大の違法性」の概念を明確化する必要がある。

第二に、Intergraph 事件で争われた競争者要件も、今後問題となるであろう。

Intergraph 事件控訴審では、ＥＦの所有者が下流市場に進出しておらず、被拒絶者にとっての競争者ではないという理由でＥＦ理論の適用が否定された。しかし、ソフトウェアとハードウェア市場、あるいは基本ソフトと応用ソフト市場における事業者が分化しており、垂直的統合度が低い傾向にあるバーチャル・ネットワーク産業においてこの競争者要件が厳格に解釈された場合、現実にＥＦが下流市場の競争にもたらすであろう反競争的効果に法が対応できない事態が容易に想定できる。したがって、第一の問題である「反競争的効果の拡大」という観点からも、この競争者要件は再考されるべきではないだろうか。

第三は、「施設の複製の可能性／合理性」要件である。バーチャル・ネットワークにおけるデュプリケーションは、代替品の発明・開発の促進により、競争を活性化させる可能性があるために無駄とは言い切れない。デュプリケーションが実行不可能かつ非合理的であるとの判断は、リアル・ネットワーク規制の場合より困難であるため、この要件の基準の明確化も必要となる。

4．問題点の検討

4－1．権利の範囲内の行為と「反競争的効果の拡大の違法性」

この問題を論じるにあたっては、判例にいう「法定の特許付与範囲」[62]の定義が出発点となる。この範囲とは、「特許のクレームによって定義づけられる特許独占の範囲」[63]であり、クレーム記載内の事項は権利者の独占的排他権の範囲内と考えられる。したがって、知的財産権そのものを化体した財の市場でのＥＦの拒絶によって権利者が反トラスト法上の責任を問われることは、たとえそれによって反競争的効果が発生する場合であっても、立法による

62) In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigations, 203 F. 3 d, at 1327.
63) In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigations, 989 F. Supp., at 1135.

解決なしには知的財産権法への侵害となるであろう。

合法的なＥＦの拒絶行為として具体的には、同一の市場内で代替財の開発を行おうとする事業者からの知的財産権へのアクセスの請求を拒絶する行為が考えられる。この場合、アクセスが認められる方が代替財の開発が促進され、市場競争が活性化する可能性があるにせよ、権利者の拒絶行為は正当化される。もしこの正当化が担保されていなければ、先行開発のリスクを回避して既存の知的財産へフリーライドしようとする後発事業者を不当に保護してしまうおそれがあり、研究開発のインセンティブを確保しようとする知的財産権法の目的を損ねることにもなりかねないからである[64]。このような観点から裁判所は、知的財産権が化体された財の市場においてその財がＥＦを形成している場合には、当該ＥＦの拒絶行為は法定の知的財産権の権利行使の範囲内の行為であると判旨していると考えられる。

一方、リアル・ネットワーク産業において同様の拒絶行為が行われた場合に、ＥＦ理論によって違法とされる可能性があることとの違いは、後者の場合にはＥＦの形成において規制という外部の力が働いているケースが多い点に求められるのであろう。規制によって獲得されたＥＦに対して後発者へのアクセスを命じることは、先発事業者の権利の侵害あるいはインセンティブ低下には必ずしも繋がらず、したがって後発事業者の参入による市場競争の活性化を図るために、ＥＦ理論を適用する必然性が認められていると思われる。

次に、法定の特許付与範囲外への拡大とは何を指すのか、これは、水平的拡大と垂直的拡大の二方向を検討する必要があるだろう。水平的拡大とは、主に同一市場内での拡大、すなわち知的財産権で保護される部分が財の内の一部でしかない場合を指し、垂直的拡大とは他市場への拡大、すなわち知的財産権で保護されていない補完財への拡大を指す。

水平的拡大に関しては、知的財産権による法定独占の範囲外としてＥＦ理論を適用する余地はあると思われる。知的財産権は基本的には排他権という法的な概念であり、競争市場における商業的製品ではないことは判例でも述べられている[65]。したがって、財そのものがクレームの範囲とほぼ合致している場合には、財に関する排他権と知的財産権の法定排他権の両者を同一視することに問題はないが、クレームの範囲が財の一部に過ぎない場合には、残りの部分に関しては、知的財産権の範囲外と考えることも可能ではないかと思われる[66]。そ

64) ＥＦ理論の適用の問題点として、(1)競争者がベンチャーを設立するリスクを負うより、成功したベンチャーにフリーライドするために強制アクセス理論を求めることによって、競争的なベンチャーの発展を減殺する、(2)もしベンチャーが成功して市場支配力を獲得すれば、強制アクセスを命じられるので活発に競争しようとするインセンティブを失ってしまう、(3)強制アクセス命令を防ぐために、最適な規模に至らない状態でベンチャーを運営しようとするインセンティブが生じる、ことを挙げる説も、先発者の保護の欠如によって生じるインセンティブの低下を問題とするものであろう。Blumenthal, William, "Three Vexing Issues under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks as Illustration," *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 855, 868 (1990).

65) Intergraph Corp., 195 F. 3d, at 1355.

66) 具体的には、ある知的財産権に何らかの要素（原材料、部品、あるいは他の知的財産権等）が投入されて一つの財となっている場合が考えられる、さらに垂直的拡大の場合は、その財に何らかの要因（流通経路の確保、あるいはさまざまな補完財の製造等）が加えられることによってネットワークが形成され、効果が発生する。

のような財の拒絶によって反競争的効果が生じている場合、法定独占外への権利の拡大と捉え、そこに権利者の主観的動機を問う余地はあるのではないか。すなわち、当該拒絶に競争者排除、あるいは独占化の企図といった動機が存在すれば、ＥＦ理論の適用は知的財産権法への侵害とはならないと思われるのである。

この考え方は、垂直的な拡大に関してはさらに妥当性を有するであろう。判例の中には、「知的財産権は一以上の市場において競争を排除する権利を認められる」と述べたものもあるが[67]、知的財産権のクレームが補完財には及ばない以上、他市場への権利の拡大には知的財産権法上の正当性は認められないとの説も多い。例えば、単一の知的財産権によって複数の市場での独占が許容されることは、研究開発のインセンティブを大きく減退させることにも繋がるとされる[68]。これを権利者の保護というには、同一市場内での後発事業者のフリーライド問題とは異なり、正当性がないとも指摘されている[69]。

４－２．競争者要件

競争者要件で特に問題となるのは、潜在的競争者の考え方であろう。バーチャル・ネットワーク産業では通常、下流の補完財が豊富になることによって、上流の市場での独占力の強化に繋がるネットワーク効果が働くため、上流市場の独占者が下流の事業者を排除しようと試みる場合には、このような不利益を越えた効果を求める何らかの意図が存在するであろう。したがってもし、すべての事業者を排除することを目的にアクセスを拒絶しているのであれば、将来的に自らが参入して当該下流市場をも独占しようと意図していると推論される。前述のように、現時点であるＥＦの所有者が下流市場に進出していないというだけで下流市場の被拒絶者がＥＦ理論の適用を主張し得ないとすれば、ＥＦの拒絶によって下流市場の強力な事業者を排除した後に進出して下流市場をも独占しようとするこのような戦略をＥＦ所有者が取った場合、もはや下流市場の競争状態を回復することは不可能となる。

ここで特定の事業者のみにアクセスを拒絶している場合には、このような推定は働かず、ＥＦ理論の適用も不適当であろう。取引先選択の自由を認め[70]、競争者保護ではなく、競争

67) In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigations, 203 F. 3d, at 1327.

68) O'Rourke, Maureen A., "Striking a Delicate Balance: Intellectual Property, Antitrust, Contract, and Standardization in the Computer Industry," *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 12, 1, 32 (1998).

69) 垂直的拡大に関しては、他者の力が作用しているか否かを勘案して一定の制限を行うべきであるとのアプローチを提案する説として、自社が（第一の市場において）標準を獲得することを助ける補完的な製品の製造を勧誘する目的でオープン・アーキテクチャ（自由なアクセスを認める）を宣言した企業は、第三者が資本を投下し、補完財の製造を通じて全体としてのネットワークに価値をもたらしている場合には、自社ソフトウェア（知的財産）の将来的な閉鎖（アクセス拒絶への反転）を禁じられる（エストッペル）べきである、とされる。[（　）内、筆者]。Lemley,supra note 1, at 590.

70) シャーマン法においては、自らが望む者と取引をする自由とともに取引を拒絶する自由が認められる。United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919); Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp., 465 U.S. 752, 761 (1984).

を保護[71]するとする反トラスト法の趣旨とも整合的ではない。潜在的な競争者となる意図をＥＦの所有者が有しているか否かは、被拒絶者が市場全体に占める割合で判断され、一定以上の場合には、その意図を推定してＥＦ理論の適用を考慮する余地もあるように思われる。

４－３．施設の複製の可能性／合理性

そもそもＥＦ理論は、自然独占状態によって市場の効率性および社会的厚生が最大化されていることに前提を置き、それらを損ねずに競争を活性化し得る点に意義が認められる理論であるが、バーチャル・ネットワーク産業ではデュプリケーションに合理性が認められる場合があるため、この前提が必ずしも常に正しいとは言い切れない。さらに、一旦一つの技術／製品に囲い込まれた後にはネットワーク効果により過剰な慣性が生じやすいことから、将来的な研究開発のインセンティブ確保の観点からは、新しい技術／製品への置換を促す法適用あるいは政策の方が望ましいとも考えられる。その意味において、この問題はバーチャル・ネットワークに対するＥＦ理論の限界を示しているとも言えるだろう。

しかしデュプリケーションの可能性に関しては、巨額の製造コストおよびＥＦのネットワーク効果は、新規参入事業者にとって大きな参入障壁であることも考慮されなければならないだろう。

将来的な市場競争の活性化に着目したデュプリケーションの合理性の検討と、現在の市場競争の活性化に重点を置くデュプリケーションの可能性の検討とのバランスが重要であり、その分水嶺を見極めることが今後、ＥＦ理論の大きな課題となるであろう。

５．結論

以上の検討の結果として、バーチャル・ネットワーク産業における知的財産権のライセンス拒絶行為に対してＥＦ理論を適用するには、リアル・ネットワーク産業への規制を通じて形成されてきた「ＭＣＩテスト」、独占者の反競争的意図の存在、およびボトルネック独占の発生、という違法性要件のみでは、問題があるということが言えるだろう。水平的な市場においては、知的財産権そのものが化体された財のライセンス拒絶は知的財産権法に基づいて権利者が有する法定独占の範囲内の行為である。ただし、知的財産権が財の一部に過ぎない場合に財全体へのアクセスを拒絶する水平的拡大行為、あるいは知的財産権を化体した財が属する市場ではない下流市場からのアクセスを拒絶する垂直的拡大行為には法定独占は及

71) 「違反を構成するためには、独占者の行為は競争を減殺するおそれがなければならない。個々の競争者あるいは消費者への影響のみでは不十分である」、Mr. Furniture Warehouse, Inc. v. Barclays American/Commercial Inc., 919 F. 2d 1517, 1522 (1990).

ばず、リアル・ネットワーク産業への法適用と同様に、ＥＦ理論適用の余地はあるように思われる。

さらに言えば、バーチャル・ネットワークを構成しそのプラットフォームとなった知的財産権といえども、その新規性と有用性だけでそうした地位を手に入れることはほぼ不可能なことであり、クロスライセンシングやＯＥＭ等の普及手段によるところが大きい。すなわち当該知的財産権の使用に合意した事業者たちのネットワーク効果があってはじめて、産業における独占的プラットフォーム足り得る。極言すれば、彼らの協力があって、その地位を得たとさえもいえなくはない。これはバーチャルな共同行為と考えられる。

ネットワーク効果は、経済学では、ネットワーク外部性とも言われ、その効果自体を市場において取引することが不可能なために、このように名づけられるのであるが、かといって、たとえバーチャルな行為であっても、共同行為によって達成されたその効果自体を、知的財産権の法定排他権のもとに、プラットフォームの開発者に全て独占させてしまうことが、公正であるとは、思い難い。ライセンス拒絶規制において真の問題となるのは、このようなネットワーク効果の発生メカニズム、すなわちネットワーク形成における知的財産権と他の要因の関係、が十分に解明されていない点であろう。ＥＦ理論を適用することによって、研究開発のインセンティブや補完財市場の競争がどのように変化するのかについても、明らかにはされていない。今後、判例や学説を通じてこれらの諸問題が検討されることによって、競争者要件における潜在的競争者や、施設のデュプリケーションの可能性／合理性についての考え方も整理され、バーチャル・ネットワーク規制におけるＥＦ理論の違法性要件が明確化されることが望まれる。