

平成23年(ワ)第32660号 独占禁止法第24条に基づく差止請求事件
(NTT東西によるFTTHサービス参入妨害差止事件)

原告 ソフトバンクテレコム(株)、ソフトバンクBB(株)

被告 東日本電信電話(株)、西日本電信電話(株)

第2準備書面

平成24年4月26日

東京地方裁判所 民事第8部合議係

原告ら訴訟代理人

弁 護 士	み	き	や	修
	御	器	谷	
弁 護 士	金	子	晃	
弁 護 士	梅	津	有	紀
弁 護 士	福	田	恵	太
弁 護 士	島	津	守	
弁 護 士	栗	田	祐 太 郎	

原告らは、次のとおり、弁論を準備します。

《目次》

第1 独占禁止法に基づく差止請求において作為義務を命じることができること	4
(答弁書2頁以下)	4
1 裁判例及び学説の検討	4
2 独占禁止法の構造	4
3 被告らの主張について	5
4 「侵害の停止又は予防」のためには原告らの求める接続が認められる必要があること	6
第2 電気通信事業法第32条及び第33条が定める接続義務	6
(被告準備書面(1)26頁以下に対して)	6
1 原則としての接続義務が法定された経緯	6
2 電気通信事業法第32条及び第33条の規定の仕方	7
3 求釈明	8
第3 被告らによる取引拒絶の存在－1芯単位(1主端末回線単位)(32分の8)での接続と1分岐単位での接続(32分の1)を区別する合理的な理由がないこと(被告準備書面(1)15頁以下)	9
第4 公正競争阻害性	10
1 1主端末回線単位での接続料を定めることに合理性がないこと	10
(被告準備書面(1)17頁以下)	10
2 KDDIによる「1芯単位での参入」の実情	10
(被告準備書面(1)18頁以下)	10
3 コンソーシアム方式による共用が不適當であること	12
(被告準備書面(1)19頁以下)	12
4 原告らの請求が設備競争を阻害するとの旨の被告らの主張について	13
(被告ら準備書面(1)20頁以下)	13
5 NTT東日本FTHサービス私的独占事件について	15

(被告準備書面 (1) 22 頁以下)	15
第5 電気通信事業法32条が定める例外事由の不存在.....	15
1 地域IP網、NGN（次世代ネットワーク）との関係	15
(被告準備書面 (1) 27 頁以下)	15
2 サービス競争の減退がないこと (被告準備書面 (1) 28 頁以下)	16
3 NGNにおける弊害論に理由がないこと (被告準備書面 (1) 30 頁以下)	
.....	16
4 設備改良の阻害 (被告準備書面 (1) 37 頁以下) や故障対応サービスの劣	
化 (同40 頁以下) がないこと	17
第6 優越的地位の濫用について.....	18
1 「優越的地位」の判断基準 (被告準備書面 (1) 42 頁以下)	18
2 濫用行為について (被告準備書面 (1) 46 頁以下)	22
第7 求釈明に対する回答.....	24

第1 独占禁止法に基づく差止請求において作為義務を命じることができること

(答弁書2頁以下)

1 裁判例及び学説の検討

- (1) 訴状において既に述べたとおり、独占禁止法第24条は、不公正な取引方法によってその利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者が、当該違反事業者に対して、「その侵害の停止又は予防を請求することができる」ことを規定しており、条文の文言上、差止請求につき作為義務を課すことも当然に予定されています。

本条文を根拠とする差止請求の可否は、「侵害の停止又は予防」に必要な措置であるか否かによって判断されるものであり、そもそも作為義務を課すことができるかどうかを論じること自体が無意味であるとの理解が一般的です(甲10、甲11)。

- (2) 上記差止請求制度と類似した独占禁止法の制度である緊急停止命令の裁判例においても、公正取引委員会による不当廉売の緊急停止命令の申立てにつき、「中部読売新聞16頁建朝刊を1か月1部当り金812円を下回る価格で販売してはならない。」と判示したものが 있습니다(東京高裁昭和50年4月30日決定、高民集28巻2号174頁、中部読売新聞事件)。

この決定は、一見、812円を下回る価格で朝刊を販売してはならないとの不作為義務を命じているようにも見えますが、その実態は812円以上で販売せよとの作為義務を命じているものに他なりません。

このように、作為義務と不作為義務とは表裏の関係にあり(甲6の4)、上記裁判例は、作為あるいは不作為のいずれに該当するのかということを論じることが無意味であることを端的に示すものであります。

2 独占禁止法の構造

また、独占禁止法第24条が不公正な取引方法による利益侵害行為に対して当該行為の差止めを請求できることを定め、その差止めの対象たる不公正な取

引方法の中に、共同ないし単独の取引拒絶（独占禁止法第2条9項1号、同第2条9項6号イ、一般指定1項、同2項）という不作為による形態（「取引をしない」という形態）を含ませているという独占禁止法の構造それ自体からも、法が、差止請求においては作為義務を命じることができることを前提としていることが確認できます。

即ち、上記のような「取引をしない」という不作為による不公正な取引方法を差し止めようとする場合には「取引せよ」との作為を命じるしかないところ、かかる不公正な取引方法も差止めの対象から除かれていない以上、差止請求の内容として作為義務を命じることは、法律上当然に予定されていることが確認できます。

3 被告らの主張について

ところで、被告らは、「侵害の停止または予防」という文言がそれ自体不作為を念頭に置いているとして、不作為義務を超えて直接的な作為義務を認めないことが独占禁止法第24条の法意である等主張しますが（答弁書2頁最終行から3頁目）、差止めとして命じる内容を不作為義務に限定しなければならない具体的な根拠は全く明らかにされていません。

「侵害の停止又は予防」のためには、単に原因行為の停止（不作為）では十分ではなく一定の行為（作為）が必要な場合が当然有り得る以上そのような場合には作為を請求することができることが自然な解釈と言えます。

前項までに述べてきたことに鑑みても、被告らの主張は独自の特異な見解と言わざるを得ません。

独占禁止法第24条に基づく差止請求においては、作為義務か不作為義務かは問題とはならず、単に侵害の停止または予防に必要な行為を請求することができる、と条文を文理解釈すれば足りるものであります。

4 「侵害の停止又は予防」のためには原告らの求める接続が認められる必要があること

本件において原告らが求める接続方法による接続が認められなければ、原告らがF T T H市場に参入することは不可能です。この接続が認められないことは、即ち、被告らの独占禁止法違反の行為による利益侵害が継続することを意味します。

そのため、本件においては、原告らがF T T H市場に参入可能となる、即ち客観的合理的条件で原告らがF T T H市場へ参入することのできる接続義務が被告らに課されなければなりません。

第2 電気通信事業法第32条及び第33条が定める接続義務

(被告準備書面(1)26頁以下に対して)

1 原則としての接続義務が法定された経緯

(1) 電気通信事業法32条は、電気通信事業者が接続の請求を受けた場合には接続に応じなければならない義務を負うことを原則とし、拒否できる場合は限定的に列挙された例外的な拒否事由に該当する場合のみであることを定めています(甲6の1)。

(2) 電気通信事業法第32条において、この接続義務が定められるに至ったのは、平成9年の同法改正時に、被告らの親会社である日本電信電話株式会社(N T T)が、他の電気通信事業者との間における接続協議に誠実に対応しないという問題があり、その立法的対応がなされた結果であります。即ち、不可欠設備への他事業者の接続の確保が、電気通信事業における公正な競争を確保する上で重要な政策課題であるとの認識の下に、立法的な解決として、一般的な接続義務が定められたのであります。

当時、電気通信事業を行おうとする者は、N T Tのような不可欠設備を有する事業者との間において協議が成立しない限り事業展開を行うことができ

なかったところ、当然ながら事業者間の協議においては不可欠設備を有する事業者が圧倒的に有利な立場からの交渉を行っていたため、合理的な条件で接続協議を成立させることがそもそも構造的に期待できない状況にありました。

その結果、競争事業者の参入が阻害され、競争による料金の低廉化が進まない、あるいは新規サービスが提供されないなど、利用者の利便性の確保促進に重大な影響が生じ、電気通信事業分野における競争の機能の発揮が阻害されていたものであります。

かかる状況を解決するために、平成9年に電気通信事業法の改正がなされ、原則としての一般的な接続義務が法律によって定められたのであります。

(3) なお、この法改正の際にもNTTや、NTTドコモからは、本訴訟の被告らと同様、接続義務を課することが却って自由競争を制限することとなる旨の反対意見が出されていたものの、それら主張は容れられなかったものであります。

かかる法改正の経緯に鑑みれば、接続の請求がされた場合には、電気通信事業者は接続義務を負うのが原則であり、例外的に拒否事由があることは自ら立証しなければ求められた接続に応じなければならないことは明らかです。

2 電気通信事業法第32条及び第33条の規定の仕方

電気通信事業法第32条は、電気通信事業者は、接続の請求を受けた場合には原則として応じなければならないことをまず定めた上、これを拒否できる場合を例外的に限定列挙しています。

かかる条文の構造上、拒否事由は接続を求められた者の抗弁として位置付けられており、接続を拒否しようとする者において、拒否事由に該当する事実のあることを積極的に立証する必要があります。

更に、電気通信事業法第33条は、上記の一般的接続義務に加えて、第一種指定電気通信設備との接続にあたり、これを設置する電気通信事業者（第一種

指定電気通信設備を有する事業者は被告らのみ)は、予め透明、公正、迅速かつ合理的な条件による接続を確保するため、接続料、接続条件を約款で定め、総務大臣の認可を受けなければならない旨を規定しています。そして、同条は約款に定める接続料、接続条件について、合理的な接続条件及び公正競争を可能とすることを確保する観点から、認可基準を定めています。この認可基準は、接続料が能率的な経営の下における適正な原価を算定するものとして総務省令で定める方法により算定された原価に照らし公正妥当なものであること、接続条件が第一種指定電気通信設備に自己の電気通信設備を接続する条件よりも不利にならないこと、特定の電気通信事業者に対し不当な差別的取り扱いをするものでないこと等です(電気通信事業法第33条4項)。

要するに、第一種指定電気通信設備を有する事業者は、同設備への接続の請求を受けた場合には、接続を求めた事業者が自身と競争し得る合理的な条件で接続に応じなければならないことが法律上定められているのです。

この点も併せ考えれば、被告らが原告らの求める接続を拒否しようとするのであれば法律が定める例外的事由の該当性を被告らにおいて立証すべき責任があることは一層明らかとなります。

3 求釈明

(1) 被告らは、原告らの請求する接続について、「電気通信役務の円滑な提供に支障が生ずるおそれがあるとき」(電気通信事業法第32条1号)又は「当該接続が当該電気通信事業者の利益を不当に害するおそれがあるとき」(同2号)あるいは「接続に応ずるための電気通信回線設備の設置又は回収が技術的又は経済的に著しく困難であるとき」(同3号、電気通信事業法施行規則第23条2号)に当たるとしてこれを拒否できるとの主張をしているように見受けられるところ、かかる主張を裏付ける具体的証拠は全く提出されていません。

(2) 被告らにおいて、如何なる拒否事由に該当する具体的な事実があると主張

するのかを整理した上、それを裏付ける証拠を提出するよう求めます。

第3 被告らによる取引拒絶の存在－1芯単位（1主端末回線単位）（32分の8）での接続と1分岐単位での接続（32分の1）を区別する合理的な理由がないこと（被告準備書面（1）15頁以下）

- 1 被告ら局舎内にある「局内光ケーブル」は、「局内スプリッタで4分岐化され、さらにその1分岐が局外スプリッタで8分岐化され、最多で32加入分を収容することができる」（被告準備書面（1）7頁1行目以下及び同頁の上図）点については、被告らが主張するとおりです。

即ち、1本の光ファイバが光学的に4分岐化（2の2乗）され、1芯単位（1主端末回線単位）として扱われた後、さらに、これが光学的に8分岐（2の3乗）されるものであります。

- 2 この点、原告らが「主端末回線が物理的に8分割できることを前提とした」主張をしているとの被告らの主張は誤りであり（被告準備書面（1）7頁及び15頁）、原告らが局内光ケーブルあるいは1主端末回線を物理的に分割せよと求めた事実はありません。

原告らは、局内光ケーブルを4分岐化した1主端末回線について、さらにこれを光学的に8分岐化することが可能であり、現に、各家庭へと繋がっている光ファイバは、このように光学的に8分岐化されたうちの1つ（局内光ケーブル側からみれば、いわば32分の1されたと表現することもできる）であること、現に、被告らがユーザに対してサービスを提供する際にはこれを独立した取引単位として取り扱っていることに鑑み、原告らが被告らの光ファイバを利用する際についても同様、「光学的に8分岐化されたうちの1つ」を独立の取引単位として取り扱えるようにすべきであると主張しているものであります。

即ち、1主端末回線（いわば32分の8の束）と1分岐単位（いわば32分の1）を殊更区別すべき合理的理由はなく、被告らの主張は論理的に一貫して

おりません。

- 3 以上のとおり、8分岐単位での接続を拒絶する被告らの行為は、「数量又は内容を制限する」ものとして、不当な取引拒絶に該当します。

第4 公正競争阻害性

1 1主端末回線単位での接続料を定めることに合理性がないこと

(被告準備書面(1) 17頁以下)

上記第3で述べたとおり、各家庭へと繋がっている光ファイバは、32分の8の単位(1主端末回線単位)ではなく、あくまで32分の1(1分岐)単位である以上、前者のみを取引の単位として定めることに合理的な理由は何ら見当たりません。

被告らは、主端末回線に収容するユーザ数が3の場合、2の場合、1の場合について、それぞれ1ユーザあたりの接続料が異なることを主張しているところ、これは、8分岐化された光ファイバのうち、現実には3程度しか使用されていない現状を踏まえた記述と考えられるところです。

このように、現在の需要が8分の3しか利用が見込めない状況にあることを被告らが知りながら、被告らが敢えて(8分の1ではなく)8分の8の単位を1つの取引単位として定めていること(その結果、原告らが取引を断念せざるを得ない状態に追い込むこと)が、取引拒絶に当たると原告らは主張しているものであります。

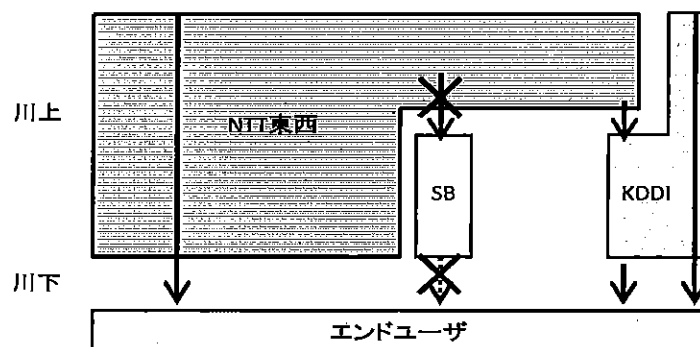
2 KDDIによる「1芯単位での参入」の実情

(被告準備書面(1) 18頁以下)

- (1) KDDIが、総務省が公表している電気通信サービスの契約数及びシェアに関する四半期データにおいて「平成23年9月現在で、9.0%」というシェアを獲得するに至ったのは、東京電力、中部電力等の光ファイバ事業を買収したことが大きな要因となっています。

即ち、KDDIについては、電力会社が有している電柱等の既存施設・設備等を利用することが可能となったという特殊性が存するため、被告らが保有する設備等を借りてF T T Hサービスを提供しなくとも独自でのサービス提供が可能な地域が増大したものであります。

このような状況にあるKDDIであっても、買収した電力会社の管轄地域外については、やはり、被告らの光ファイバを利用せざるを得ない状況にあり（下図の点線部分）、結局のところ、全国的に光ファイバ事業を行うためには、被告らの光ファイバを利用するほか方法がないところ、どの程度KDDIが被告らの光ファイバを利用しているのかは明らかにされておられません。



(2) 加えていうならば、平成18年（2006年）から平成23年（2011年）にかけて、被告らのF T T Hにおけるシェアはむしろ増加傾向にあり、KDDIの契約者の増加は、被告らから光ファイバを利用することによりF T T H市場に参加したからではなく、単に電力会社から光ファイバ事業を買収したことによるものであることが資料からも明らかであります（甲5の1総務省報道資料④頁）。

(3) 求釈明

被告らは、KDDIが提供するF T T Hサービスの加入者数が約2 1 7万人であると主張するところ、そのうち同社が被告らの光ファイバを（1主端末回線単位で）借りて利用している（シェアドアクセスによる）回線数を明らかにするよう求めます。

3 コンソーシアム方式による共用が不相当であること

（被告準備書面（1）19頁以下）

- (1) 被告らは、原告らが、N T T東西の光ファイバを利用してF T T Hサービスへ参入するに当たって、イー・アクセス株式会社等他の事業者と共同し、いわゆるコンソーシアムを構成すれば、O S U共用（1分岐単位での接続要求）が不要であると主張します。

これは、1主端末回線単位（8分岐単位）を取引単位としたとしても、これを複数の業者が共同利用すれば、8分岐分すべてを利用することが可能だとの主張であると考えられます。

- (2) しかしながら、被告らが挙げる他の事業者の名称からも明らかなとおり（(株)沖縄テレメッセージ、関西ブロードバンド(株)、(株)長野県共同電算、(株)新潟通信サービス）、営業地域が大きく異なる事業者が共同して、1主端末回線を利用するということは非現実的であるというほかありません。

前述のとおり、1主端末回線はさらに8分岐化された上、各家庭へ繋がっているところ、1主端末回線を介して提供できるF T T Hサービスの提供範囲は限られており（即ち、例えば東京にある主端末回線を分岐させ横浜の家庭でF T T Hサービスを提供するということも行われていない）、このような事実を十分承知しながら、各事業者が1主端末回線を共同利用すればよいと述べる被告らの主張は極めて不誠実というほかありません。

- (3) 以上のとおり、被告らが主張するコンソーシアム方式は、結局のところ、1分岐単位での接続を拒絶するための方便にほかなりません。

また、被告らが定める1主端末回線単位での取引には経済的合理性がないからこそ、前述したイー・アクセス株式会社等その他事業者が現にF T T Hサービスに参入できないといえることができます。

4 原告らの請求が設備競争を阻害するとの旨の被告らの主張について

(被告ら準備書面(1)20頁以下)

(1) 被告らは、「NTT東西は、光ファイバに係る設備の構築コストと投資リスクを負担して、光ファイバを敷設し電気通信事業サービスを展開している」(被告準備書面(1)20頁)等述べた上、原告らの請求を認めることは、原告らに「一方的に有利となる競争環境が出現する」(同21頁)と主張します。この被告らの主張内容は必ずしも明らかではないものの、少なくとも次の指摘が可能です。

(2) まず、原告らにおいては、F T T Hの接続においても、当然、分岐端末回線当たりの(利用するユーザ数に合わせた)接続料を負担する用意はあるものであります。

さらに、被告らの主張が電柱や管路・とう道、局舎等についてもコストを負担せよ、というものであれば、これは、第2の項で述べた平成9年の電気通信事業法改正の際にも全く容れられなかった主張を再度展開するもの(15年も前に立法によって解決した問題を蒸し返して審理を無用に混乱させるもの)と言うほかありません。

被告らは、国営企業(電信電話公社)が民営化された企業であり、その際に公社時代に構築された設備・施設等を引き継いでおります。被告らが光ファイバケーブルの敷設を行えたのは、こうした電柱や管路・とう道、局舎等といった施設・設備を被告らが引き継いだからであり、被告らが自ら構築したと主張する施設・設備は、国民の負担によって構築された設備を引き継いだもの、あるいは、これによって新たに構築することが可能となったものであるものであります。

現在でも、被告らは、国が株式の一部を所有している日本電信電話会社（NTT）が100%出資する会社であることから、純粋な私企業とは言えません。このような国の株式所有は、株主として国の通信政策を実現するためであり、そうであるからこそ、NTT及び被告らは共に会計検査院の検査対象とされ、財務検査（正確性、合規性、効率性、経済性）のみならず政策の実現状況を検査する業績検査（有効性の検査）も受けることとされています（会計検査院事務総長官房総務課渉外広報室発行「会計検査院」（平成24年版））。

以上のとおり、被告らの有する設備・施設は国民の共有財産として国の政策に従って有効活用される必要があります、あたかも原告ら他の事業者も光ファイバケーブルを引くべきであるかの如き主張はそもそも誤りであり、また電気通信事業法において、被告らが他の電気通信事業者に比して競争上有利な地位にあることを考慮して接続義務が定められた趣旨を正面から否定することとなります。

（3）そもそも、「局内スプリッタで4分岐化され、さらにその1分岐が局外スプリッタで8分岐化され」（被告準備書面（1）7頁）と定めたこと自体、技術的必然性に導かれた結論ではなく、将来の需要予測の下に被告らが政策的に定めたものに過ぎないものであること、そしてこの現実の需要が当該予測を大きく下回っているような政策的決定に原告らが拘束される理由は見当たりません。

（4）一方、加入者回線設備（別図bからhを結ぶ部分）以外についていえば、原告らは、自らの営業努力によって、設備投資を行ってきたことから、被告らのみが設備投資を行っているかの如き被告らの主張は的外れであります。

（5）以上のとおり、被告らの主張は、あたかもNTT東西が一私企業として通信設備を独自に構成してきたかのような誤った考えによるものと言わざるをえず、失当です。

5 NTT東日本F T T Hサービス私的独占事件について

(被告準備書面(1) 22頁以下)

公正取引委員会が「1芯単位(1主端末回線単位)での接続方式については、独占禁止法上問題あるものとはしなかった」(被告準備書面(1) 22頁・26頁)との被告らの主張は事実を故意に歪めるものです。

公取委は、NTT東における極めて明白な独占禁止法違反

(NTT東が他事業者に貸す接続料:卸接続料 > 一般ユーザへの請求額、といういわゆる逆ザヤ状況、訴状13頁)が特に問題であるとして取り上げたに過ぎず、そのほかの点について、被告らに独禁法違反がないなどとは判断してはいません。

卸F T T H回線市場(川上市場)において1分岐単位での接続を拒絶することにより、ユーザ向け市場(川下市場)における被告らの私的独占状態が創出されている現在の状況(甲5の1、2)は、正に、F T T Hサービス市場においてNTT東による排除行為があると公取委及び最高裁が認定した事実あるいは状況を背景とするものであります。

第5 電気通信事業法32条が定める例外事由の不存在

被告らの主張は、電気通信事業法32条が定める3つの抗弁事由(「電気通信役務の円滑な提供に支障が生ずるおそれ」、「当該接続が当該電気通信事業者の利益を不当に害するおそれ」、「接続に応ずるための電気通信回線設備の設置又は回収が技術的又は経済的に著しく困難」)に該当するものではありません。

1 地域IP網、NGN(次世代ネットワーク)との関係

(被告準備書面(1) 27頁以下)

(1) 被告らは、「地域IP網からNGNへの移行を進めており、この移行は平成24年度中に完了する予定である」、「当該移行に伴い不要となる地域IP網の装置・システムについては、撤去することになると見込まれている」、そ

のため「原告らが真に事業として当該接続（OSU共用）を実施しようとしているか否かについても、甚だ疑問」（被告ら準備書面（１）２７頁、また装置の撤去については同３４５頁）等主張しています。

- （２）しかしながら、平成２４年２月２０日の弁論準備期日において、被告らは、上記の「装置・システム」の内容について、「OSUを含まず、ルータを意味する」旨回答しております。

即ち、別紙図面のとおり、原告が請求する接続（OSU共用）が認められるのであれば、OSUからインターネットへの接続ルートが、地域IP網あるいはNGNのいずれであっても影響を受けるものではなく、被告らの主張は不可解と言わざるを得ません。

２ サービス競争の減退がないこと（被告準備書面（１）２８頁以下）

- （１）OSUの共用がなぜサービスの均一化を招くというのか、両者の因果関係は、被告らの主張からは必ずしも明らかではありません。

この点、被告らは、「KDDIが被告らの光ファイバを（１主端末回線単位で）利用している旨」（前述第４．２の項）述べるところ、KDDIが（OSUをNTTと共有していないものの）NTTの光ファイバを利用することに対して、これがサービスの均一化を招く原因となっている、との主張まではしておりません。

- （２）また、OSUを共有した場合であっても、ユーザ宅内の機器（ONU）の改良等によって、事業者毎にサービス内容を差別化することは可能です。

- （３）さらに、独占禁止法上、最優先されるべきものは、「価格競争」であり、OSUを共有したからと言って価格競争が制限されるという関係にもありません。

３ NGNにおける弊害論に理由がないこと（被告準備書面（１）３０頁以下）

被告らは、①NGNにおいて帯域確保サービスが提供できなくなる（被告準備書面（１）３１頁以下）、②莫大な費用を要する（同３３頁以下）、③使用し

ない地域 I P 網の残存を余儀なくされる（同 35 頁以下）等主張します。

- (1) しかしながら、①について、被告らは、客観的な資料を示すこともなく 1 分岐単位での接続を行うには、新たなハードウェアとソフトウェアの開発・導入が必要であるとの主張をしています。

しかしながら、「局内光ケーブル」は、「a)局内スプリッタで4分岐化され、b)さらにその1分岐が局外スプリッタで8分岐化され（被告準備書面（1）7頁、a,b の記号は原告らが付加）ると被告らが述べるとおり、現在の接続約款で規定されている1主端末回線単位（8分岐単位）の接続（b の部分）については、そもそも局内光ケーブルが局内スプリッタで4分岐化されたものの（a の部分）であります。

被告らは、32分の8ずつの接続は、事業者振分機能や設備管理・保守監視等のオペレーション等にも問題は生じないが、32分の1にすると、これらの点で問題が生じて、接続は不可能であると言っているのに等しく、この点について、合理的な説明はなされていません。

さらにいえば、少なくとも地域 I P 網においては O S U 共有によっては、被告らが主張するような弊害が発生しないと解してよいのかという点についても、被告らの主張は明らかではありません。

- (2) ②については、被告ら側に費用負担の事実を主張・立証する責任が存するものであり（電気通信事業法 32 条の構造）、約 4000 億円を要するとの被告らの主張は、抗弁として、あまりに不正確です。

- (3) ③については、前述 1 記載のとおり、被告らは、既存の O S U を撤去することはない旨明言しているものであります。

4 設備改良の阻害（被告準備書面（1）37 頁以下）や故障対応サービスの劣化（同 40 頁以下）がないこと

「技術開発のインセンティブ」（被告準備書面（1）39 頁）と本件との関係は全く不明です。

また、OSUの共用により、なぜ、設備の改良が遅れるという結論に至るのかについても、根拠を欠くものであります。

故障対応についても同様、「1台のOSUに接続しているユーザ（最大32ユーザ）の自宅に設置されているONUのいずれかが故障して規格外の光信号（異常信号）を発生し、その結果、局内のOSUが故障する」（同40頁）場合について、1主端末回線単位（32分の8）での接続が認められているのに、1分岐単位（32分の1）での接続が認められた（本件で原告らが求める接続）途端に、具体的にどのような作業に支障が出てくるというのか、この点の被告らの主張も不明確であり、到底受け入れられるものではありません。

第6 優越的地位の濫用について

1 「優越的地位」の判断基準（被告準備書面（1）42頁以下）

（1）公取委のガイドラインが示す判断基準

独占禁止法上の優越的地位の濫用規制における優越的地位の有無は、ある事業者が特定の相手方と取引をせざるを得ない状況にあるか否か、即ち取引必要性によって判断されます。

公取委による優越的地位濫用ガイドライン（甲6の3. 4頁目第2. 1の項）が「甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難となることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙に取って著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である」と明確に述べるとおり、これが流通・取引慣行ガイドライン以来伝統的に示されてきた判断基準であります。

そして、この取引必要性の有無の判断に当たっては「乙の甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、乙に取っての取引先変更の可能性、その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実を総合的に考慮する。」とされています（甲6の3：第2の2）。

なおガイドラインは「具体的な行為が優越的地位の濫用として問題となるかどうかは、独占禁止法の規定に照らして個別的の規定に照らして個別の事案ごとに判断されるものであることはいうまでもない」と述べています。

(2) 被告らの主張について

ア 被告らは、上記ガイドラインのうち、取引必要性によって優越的地位の有無を判断するとの規範を述べた部分から「事業経営上」という文言だけを前後の脈絡を無視して抜き出し、取引の解消が相手方事業者の事業全体に大きな支障を来す場合にだけ優越的地位が認められる等縷々述べるものの、この主張は、上記ガイドラインが示す判断方法に明確に反するものであり、公取委の審判実務や裁判例において採用されたことのない独自の特異な見解と言わざるを得ません（甲11、266頁以下）。

イ 事業者の資本金・売上高・従業員数といった総合的事業能力は、取引の必要性を判断する際の補助的な間接事実として位置づけられているに過ぎず、上記ガイドラインにおいても、当該事業者の事業規模については、判断方法の最後で触れられている「その他甲（注）本件では被告ら」と取引することの必要性を示す具体的事実」の説明の中で、甲の事業規模が乙のそれよりも著しく大きい場合も取引必要性を認めやすくなるとのことが補足的に指摘されているに留まるものです（甲6の3、5頁）。

被告らが熱心に述べる事業規模、総合的事業能力は、それ自体が優越的地位の有無を判断する基準であるなどとは全く考えられておりません。

ウ 取引必要性の判断にあたっては、上記ガイドラインにおいて「甲の『市場』における地位」がその判断要素として挙げられているとおり（甲6の3、4頁）、事業者の事業活動全般における事業規模を比較するのではなく、あくまで「当該検討対象市場における地位」を問題としているのです。

そのため、同ガイドラインは、第2の2（注7）にて、大企業同士でも優越的地位が認められる場合があるとも明記しています（甲6の3、4頁）。

近時の事例でも、電化製品の大規模小売店が、納入業者である家電メーカーに対して優越的地位にあることを認めて排除措置命令を出した事例があります（ヤマダ電機事件、平成20年6月30日付 排除措置命令）。

電化製品の大規模小売店への納入業者の中には、複数の多様な事業分野（市場）において事業活動を行っている巨大な事業規模を誇る多国籍電機メーカーも当然含まれていますが、当該メーカーの事業規模が巨大であるから小売店（上記の件ではヤマダ電機）が優越的地位にはない、などという判断はされていません。被告らの主張によれば、当該家電製品小売店は優越的地位を有さないことになります。

エ 以上の結論は、独占禁止法が、市場（一定の取引分野）における競争を維持・促進することを目的としていることから当然に導かれる結論です。

なお、被告らは、平成24年2月20日の期日において、過去の優越的地位濫用が問題となった事例において、「特定分野」における事業経営上の困難が判断された事例はないと回答をしているところ、これは完全に事実と反するものであり、過去の事例においては全て「一定の取引分野」における優越的地位の濫用の有無が判断されており、「法人の事業全体」に関して判断した事例は存在しません。

（3）本件で問題となる市場（被告らがF T T H卸売回線市場において79.3%のシェアを有すること、甲5の2.362頁）

本件で問題となる市場は、訴状で述べたとおり、日本国内における戸建向けF T T H市場です。原告らにおいては、A D S L事業や、モバイル回線事業に注力する経営判断も有り得るなどという被告らの反論は論外と言うほかなく、F T T H市場以外の事業活動を含めた総合的な事業規模を論ずる意味はありません。

（4）その他の被告らの主張について

ア 被告らは、光ファイバ回線設備を自ら敷設すれば原告らもF T T H市場

に参入可能である等反論もしていますが、一私企業たる原告らが自ら光ファイバ回線設備を全国に敷設することを考えること自体、現実を無視した主張であり、また電気通信事業法の趣旨に反するものであり、かかる方法による参入可能性は現実には全く考えられません。

被告らにおいても自ら光ファイバ設備を全て敷設したのではなく、前述のとおり（前述第4. 4（2））、公社時代に敷設された設備を引き継いで利用した結果、光ファイバ網の構築が可能となったものであり、被告らの光ファイバ回線設備は、公社時代に作られた国民の財産を利用した部分が多くを占めることは動かしようのない事実です。

このような第1種電気通信設備（不可欠設備）を有さない事業者が不可欠設備を有する電気通信事業者に対する接続を通じて、電気通信事業に参入することにより公正かつ自由な競争が確保されるのであります（電気通信事業法33条参照）。

イ 更に、被告らは、1芯単位接続によるF T T H市場への不参入は原告の経営判断によるなどとも言いますが、原告らは、参入可能な条件での接続を不当に拒否されたため（被告らによる取引拒絶ないし優越的地位の濫用といった不公正な取引方法）前記市場への参入をあきらめざるを得なかったというのが実態であり、自らの不公正な取引方法による原告らの市場からの排除を棚上げにした被告らの主張は到底容認できるものではありません。

ウ その他、原告らが被告らとの取引によって被告らからの売上が増加し得るとは思われない、現在既に密接した取引関係にあるものではない等の被告の主張は、本件とは何の関係もない事例及び特異な持論を前提とするものであることから、反論は不要です。

（5）まとめ

以上のとおり、優越的地位の有無の判断は取引の必要性（取引先変更可能

性)によってなされるところ、本件においては訴状で述べたとおり、全国的にF T T H網を整備しているのは被告らN T T東西だけであること、原告らが戸建て住宅向けF T T Hサービスを提供しようとする場合には必ず被告らN T T東西との間で光ファイバ網の接続にかかる取引をしなければならず、他の取引先を選択する余地はないことを考慮し、取引必要性を認めれば足りるものです。

被告らは、取引の必要性を判断するにあたって検討要素すべてが、不可欠な判断要素であるかのように述べていますが、すでに述べたようにその主張の誤りは明らかです。

前記(3)で明らかにしたとおり、本件では、F T T H市場に参入しようとする場合には、被告らに接続を求める他なく(甲5の2. 362頁)、取引先変更の可能性は全くなく(他に選択肢はない)、取引依存度の観点からも取引必要性は明らかです。

原告らが被告らと取引するほかないのですから、取引必要性の存在は明らかであり、被告らが、原告らに対して優越的地位に立つことは議論の余地がありません。

2 濫用行為について(被告準備書面(1)46頁以下)

(1) 取引を始めないことが濫用行為には該当しないとの主張について

被告らは、原告らの主張を曲解した上で「取引を始めないこと」は優越的地位の濫用規制における濫用行為には該当しないなどと主張しますが、原告らは、優越的地位の濫用に該当する被告らの行為として、被告らが、O S U共用による1分岐での接続に応じずに「8分岐(1芯単位)での取引を強制」していることを問題にしていることから、被告らの反論の前提に誤りが存します。

また、原告らが自らの経営判断で1芯単位での接続方式を利用していない

等の被告らの主張に対する反論は、既に述べたとおりです。

なお、優越的地位の濫用規制における「取引の実施」には、「濫用を受容しなければ取引しないという条件を提示し現に取引しない」という行為も含まれるため（甲11 白石忠志『独占禁止法』（第2版）、265頁）、被告らは主張の前提を誤るとともに、主張内容をも誤るものであります。

例えば、大規模小売業特殊指定の本則9項・10項では、不公正な取引方法として「取引を停止」することを明記しており、相手方に不利益な取引条件を設定しこれを受容しなければ取引をしないという行為は、優越的地位濫用規制において捕捉されるものであることが明らかにされています。このことは、独占禁止法においては潜在的な競争者も競争事業者となるということを想起すれば、一層明らかです。

(2) 被告らは、「被告らNTT東西が現在設定している1芯単位での接続料金は、構築コストも投資リスクも負担しない原告らに対して求める適正な費用負担」であるとも主張しますが、この主張も原告らの主張を曲解するものであり、失当です。

本訴訟において、原告らは、1分岐単位での接続を求めており、1芯単位（8分岐単位）での接続料金の当不当は問題にしておりません。

また、原告らは、「無料で」1分岐単位の接続に応ぜよなどとも求めてはいません。

原告らは、接続条件に関して、1分岐単位での接続を求めているに過ぎず、1分岐単位接続における適正な接続料を負担すること、この接続料については総務大臣の認可を得て定められることも十分理解しています（電気通信事業法33条2項）。

被告らの主張は、1分岐単位における適正な「費用（接続料）」を、接続を求める原告らにおいても負担するべきであるとの主張に尽きるものですが、これが8分岐（1芯）単位での接続という「取引条件」を強要する根拠

となり得るものではないことは明らかです。

被告らの主張は問題をすり替えることに終始しており、原告らの主張に対する正当な反論は一切出されていません。

第7 求釈明に対する回答

訴状請求の趣旨における「共用」の内容については、原告ら第1準備書面において既に説明しており、また、被告らにおいて行うべき具体的行為については、請求の趣旨第4項にて原告らが把握できる範囲において特定をしていることから、これ以上の説明を要しません。

以 上