

## 再意見書

平成 13 年 12 月 4 日

情報通信審議会  
電気通信事業部会長 殿

郵便番号 103 - 0015

(ふりがな) とうきょうとちゅうおうくにほんぼしほごぎちよう

住 所 東京都中央区日本橋箱崎町24 - 1

(ふりがな) びーびーてくのろじーかぶしがいしゃ

氏 名 ビー・ビー・テクノロジー株式会社

だいひょうとりしまりやくしゃちよう そん まさよし

代表取締役社長 孫 正義

情報通信審議会規則第 5 条及び接続に関する議事手続き規則第 2 条の規定により、平成 13 年 10 月 31 日付け情審通第 210 号で公告された接続約款の変更案に関し、別紙（別紙 1・別紙 2・別紙 3）のとおり再意見を提出します。

(別紙1)

ビー・ビー・テクノロジー株式会社

## 東西 NTT の建物へのコロケーションおよび光ファイバの保留期間の変更等にかかわる接続約款変更案に対する再意見

### 1. 弊社の事業に関して

弊社は、国内の高速インターネットサービスを推進する事業者の中で、日本全都道府県にサービスを展開している唯一の事業者であります。

そのため、全国の利用者にサービスを提供すべく、全国展開に必要な健全なる事業計画に基づき、事業を推進しております。

すでに弊社は、自己の費用と自己のリスクの下に、全都道府県にて東西 NTT 局 1100 局、100 万ポート以上（1 ポート = 1 ユーザー）の弊社による局内自前工事が完了し、100 万以上の利用者にサービス提供可能な環境を整備しており、12 月には 200 万ポート以上の局内自前工事完了を予定し、今後は全国 1500 局の開局を目指して局内工事の準備をすすめております。

事業予測に基づき、見込まれる需要に対して、必要なサービス・キャパシティを準備することは事業者の責務であり、ひいては利用者の利益となります。

よって、弊社はあくまでも全都道府県において健全なる事業計画に基づき、より多くの利用者にサービスを提供すべく、全国レベルでの事業推進に真に必要な建物・設備等の利用を申し込んでいるのであり、「全国レベルでのサービス提供」という点で他事業者と異なります。

(まとめ)

- (1) 弊社は全国展開において事業を推進している唯一の事業者（NTT は東西に分社している）
- (2) 自己の費用と自己のリスクで事業を推進している点、現行接続約款に基づき事業を推進している点で、何ら他事業者との優位性はない
- (3) 現行約款に従い真に必要な建物・設備等の利用を申し込んでいる

### 2. 約款変更案の問題点と分析

#### (1) 約款変更案に関する問題点

- 1) 「有限のリソース」に関して

前述した通り、弊社は全国にサービスを展開しており、非常に多くの工事業者の手配、機器・資材の調達を同時並行で行い、全国レベルの工事を推進しております。

弊社は、東西 NTT による「電力なし」との回答に対して、「自己の費用、自己の事業リスクの下に」全国約 450 局での史上初の自前電力工事を実施し（平成 13 年 11 月末時点、12 月末には 850 局完了予定）、工事期間の短縮への最大限の努力を尽くし、全国の利用者へのサービス提供を推進してまいりました。

さらには、東西 NTT より「コロケーションスペースなし」との回答に対しても、「駐車場スペースの利用」「現在未利用である事務棟等のスペースの利用」などの代替案を積極的に提案してまいりました。

このような自社の企業努力により「有限のリソース」というハードルを乗り越えてきたわけであり、即時的に問題解決可能な代替策が存するのであれば、東西 NTT 及び各事業者による当該代替策を最優先事項として実施すべきであり、それが利用者の利益に適うものと考えます。

よって、どのリソースが、どこで、どの程度枯渇しているのかに関する綿密な調査・検証を行うことなく（コロケーションスペースの枯渇はサービスが集中している都心部のみと推定される）、また、東西 NTT 及び各事業者にて代替策を講じることができるにもかかわらず当該代替策を講じることなく、本約款変更案として接続約款にて一律の規定を設け、全国すべての相互接続に適用されることは現実的でなく、賛成できません。代替案については以下のものが考えられます。

（代替案一例） ・ NTT による老朽化した設備、又は未利用設備の撤去

・ NTT 関連企業等が建物内で工事事務所などに使用している場所の返却要求

・ NTT 設備基準の見直しによる設備、建物等の効率的な利用

・ 空いている NTT 事務棟、駐車場スペースの有効活用

・ 各事業者による電力自前工事の推奨

・ 平成 13 年度の東西 NTT 事業計画によれば、平成 14 年 3 月末時点で東西 NTT 合計 155 万のフレッツ ADSL 加入者を見込んでいる。一方、平成 13 年 10 月末時点のフレッツ ADSL 加入者数は約 46 万人である。約 100 万加入者分の設備を東西 NTT が長期保留している

（他事業者参考意見） ・ 「現状のままではスペース不足もしくは電源容量の不足から、お客様を数ヶ月以上も待っていただく、あるいは申し込み自体を断らなければならない事態が発生することとなり、今回の接続約款の改定によっても、そのような事態を回避することはできません」(イー・アクセス)

・ 「東西 NTT が長期的経営計画に基づいて、利用部門のサービス提供として現在確保しているコロケーションスペースについても、これを機に、他事業者との公平性を担保する方向で見直される必要がある」(ケイディーディーアイ)

## 2) 約款変更案附則（相互接続点の設置申し込みに関する特例措置）について

本約款変更案附則には、コロケーション及び光ファイバの接続申し込みのルール変更を「すでに申し込みがなされているもの」に対しても、遡及して適用することとなっておりますが、契約における事業者への一方的に不利な遡及適用を強いるものとして、法の精神に反することは明らかです。

このような規定を採用するならば、例えば、今後東西 NTT より何ら事業者に知らされないうまま莫大な費用負担を強いる内容の約款変更を事後で採用し、遡及適用されるおそれも考えられます。

これこそ、権利の濫用というべきものであり、契約の継続性を無視するものであり、絶対的に認められるものではありません。

また、東西 NTT と事業者との間で有効に成立している契約に関し、接続約款制定者であり通信電気設備の独占的支配者たる東西 NTT により一方的に不利な条件を事業者に対し事後で遡及して強いることこそ、「公正競争」を阻害する要因となります。

以上、法秩序の維持の観点から、遡及適用の絶対的禁止を強く要請いたします（本事項に係る弊社意見書の構成部分として専門家による意見書を添付しております）。

## 3) 設置申し込み期間・保留期間の短縮に関する問題点

現在、東西 NTT に調査を申し込みその回答を得るまでに非常に時間がかかること及び東西 NTT による充分かつ即時的な情報開示がなされていないこと、が最大のボトルネックとなっております。

充分かつ即時的な情報開示がなされていれば、当該情報に基づき各事業者は自社の事業計画を策定しネットワーク設計を行うことができ、充分な事前準備の下に各社必要な部分のリソースを申し込むことで、結果、設置申し込み期間・保留期間の短縮につながります。

仮に、充分かつ即時的な情報開示なく「設置申し込み期間・保留期間の短縮」が実施された場合、長期にわたる東西 NTT の調査の結果、「設置不可」の回答を得た事業者は、事業計画の大幅な変更を不当に強いられることとなり、回答期間中の準備が無駄になることで不毛なコスト負担を強いられ、その変更計画を短縮された設置申し込み期間・保留期間で意思決定せざるを得ないこととなります。

また、東西 NTT と事業者との間で差別的取り扱いがなされないことを担保する上でも情報開示は不可欠な施策であります。

以上から、東西 NTT による充分かつ即時的な情報開示が実施されることが絶対的な前提条件であり、これをなくして「設置申し込み期間・保留期間の短縮」を実施するのであれば、不当な負担を事業者に強制する効果しか見込まれません。

（他事業者参考意見） ・ 「コロケーションや電源、ファイバについての逼迫状況について、情報の開示及び、NTT と他事業者との公平性のチェックを強く要望いたします」

- ・ 「NTT 東西の情報公開が遅い」
- ・ 「接続事業者はどのビルが空きスペースなしかを知らずに POI 調査を出し、1 ヶ月も待って POI 調査回答は「不可」で返ってきて、しかも多額の POI 調査費用を請求される」(以上、イー・アクセス)
- ・ 「NTT 地域会社が事業者は必要としている情報公開をしていないため」(アイ・ピー・レポリューション)
- ・ 「情報開示を頻繁かつ積極的に実施することを要望いたします」(日本テレコム)
- ・ 「大量の保留設備が発生し、かつ調査に時間を要して納期が遅くなっている根源的な原因は、事前に調査を要すことと考えます」(ケーブル・アンド・ワイヤレス・アイディーション)

#### 4) 工事期間の新設(3ヶ月)に関する問題点

弊社が事業に参入する際からネットワークリソースの枯渇問題は顕在化しており、例えば東西 NTT 局内の「電力がない」ことにより、全国のほとんどの局が「POI 不可」として、東西 NTT による電力増設工事に3～4ヶ月必要であるとの回答を得ました。

すなわち、現在のリソース枯渇状況を改善しない限り、本約款変更案における「工事期間の新設」は全く意味のない規定となるものであり(東西 NTT ですら電力工事だけで3～4ヶ月かかるとし、利用者へのサービス提供のためには電力工事に加えて DSL 設備設置工事や光ファイバ接続工事などが必要)、事業者に対して単に不可能な負担を強いるのみの規定となります。

加えて、今まで工事期間が無償であったものが、なぜ本約款変更により有償となるのかに関する理由が全く明記されておりません。

よって、3ヶ月という実施不可能な期間の設定に対して費用を負担させるという矛盾を含む内容となっており、賛成できません。

また、工事全体の規模、工事計画、工事要員の確保等の工事内容の諸事情を無視した一律のルールを実施することも現実的でなく、本約款変更案を採用すべきでないと考えます。

#### (2) e-Japan 概要との関係

e-Japan 重点計画概要(平成13年3月29日、以下「e-Japan 重点計画」という)によれば、「5年以内に少なくとも3000万世帯が高速インターネット網に、また1000万世帯が超高速インターネット網に常時接続可能な環境を整備する」とあります。

弊社による ADSL 事業参入によって、一気に DSL を中心に高速インターネット市場が拡大し、利用者が増大しているにもかかわらず、e-Japan 重点計画実現のためのリソースの拡充を、誰が何時までにどのようになされるか、の具体的施策は講じられておりません。

昨今、顕在化しつつあるリソース不足を充足するための施策が講じられないまま、本約款変更案のように現存するリソースを公平に配分する施策を講じたとしても、増大する利

ユーザーの需要に対応するサービス提供は見込まれず、何ら抜本的な解決策とはならないものと考えます（単に一定数の利用者を複数事業者で取り合うだけ）。

實際上、弊社が事業参入する際にも「ほとんどの局舎において電源がない」、最近の POI 調査に対しても「全国で一定数の局においてコロケーションスペースがない」という回答を東西 NTT より得ております。

以上の観点から、e-Japan 重点計画の具体的実現に必要なリソースの充足に関する施策を最優先事項として実施すべきと考えます。

（他事業者参考意見） ・ 「e-Japan のブロードバンド政府計画の目標を達成するためには、市場の成長に合わせて必要な設備を設置することが肝要であり、大幅に枯渇しつつあるリソース（コロケーションスペース・MDF・電源等）の整備拡充を迅速に実施することを要請いたします。」（アッカ・ネットワークス）

・ 「総務省は NTT に対して至急コロケーション資源を増設するように要請すること」（Covad Communications）

### 3. まとめ

以上から、あくまでも全国のすべての NTT 局に「ネットワークリソースの枯渇状況」が存在するわけではないことから、すべての事業者の活動に対して全国一律に適用する本約款変更案は採用すべきでなく、早急に以下の対応策を講じることで解決できることと考えます。

1) 本約款変更案のトリガーとなった「有限なネットワークリソースの枯渇」の状況を徹底的に調査し、実際上リソースが枯渇している局を抽出し、当該局に対する早急なる代替案を検討すること。

2) 法秩序の維持の観点から、遡及適用条項を削除し、東西 NTT は現行約款のみを適用することを明確に宣言すること。

3) 東西 NTT による充分かつ即時的な情報開示を実施すること。

4) e-Japan 実現に向けて、ネットワークリソースの拡充について国主導で早急に実施する具体的な施策を講じること。

### 4. おわりに

審議会におかれましては、本約款変更案について充分なご審議いただき、公正なご判断を賜りますようお願い申し上げます。

以上（敬称略）

(別紙 2)

## 法律調査報告書

**Date:** 平成 13 年 12 月 2 日

**To:** 代表取締役社長 孫 正義 様  
ビービーテクノロジー株式会社

**From:** 弁護士 石川 耕治

神田橋法律事務所 / ホワイト & ケース 外国法事務弁護士事務所

**Re:** 東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社の指定電気通信設備に関する  
接続約款の変更案に関する法律調査

本報告書は、貴社の依頼に基づき、東日本電信電話株式会社及び西日本電信電話株式会社(以下、総称して「NTT」といいます。)の指定電気通信設備に関する接続約款(以下「接続約款」といいます。)の変更案(以下「本件変更案」といいます。)に関する当職の法律調査の結果を報告するものです。本報告書は貴社及び貴社が承諾する第三者に対してのみ開示することができます。

### 1. 調査事項

貴社は当職に対して以下の事項の法律調査を依頼しました。

- (1) 貴社が NTT に対して提出している「相互接続点調査並びに自前工事実施申込書」(以下「本件申込」といいます。)の NTT に対する拘束力の有無。
- (2) 本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項の適法性。

### 2. 調査結果

上記 1.(1) に関して、当職は、本件申込が相互接続点調査申込及び自前工事実施申込の両者について NTT に対する拘束力を有すると思料します。

上記 1.(2) に関して、当職は、本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項が電気通信事業法及び民法に違反する違法性を有する可能性が高く、且つ、それを認可することも違法性を有する可能性があると思料します。

理由は以下のとおりであります。

- (1) 本件申込の NTT に対する拘束力の有無

NTT は電気通信事業法第 2 条第 5 項及び第 9 条が定める第 1 種電気通信事業者であり、加入者回線をほぼ独占し、わが国の地域通信市場において支配的地位を有する事業者であり、この事実は、平成 12 年 12 月 20 日付でなされた公正取引委員会から東日本電信電話株

式会社に対する警告においても認定されています。

同法第 38 条の 2 第 2 項は、同法上の指定電気通信設備を設置する第 1 種電気通信事業者は、当該指定電気通信設備と他の電気通信事業者との接続に関し、接続料及び接続の条件について接続約款（以下「接続約款」という。）を定め、総務大臣の認可を受けなければならないが、これを変更するときも同様であると規定しています。同項が接続約款の制定及び変更について総務大臣の事前の認可にかからしめている趣旨は、第 1 種電気通信事業者がその支配的地位を乱用することを防ぎ、もって事業者との間の相互接続の条件の公正性を担保することにあります。

また、同法第 34 条によれば、第 1 種電気通信事業者は、正当な理由がなければ、その業務区域における電気通信役務の提供を拒んではならないと定めています。本条は、第 1 種電気通信事業が国民の日常生活及び産業経済活動に不可欠な公益性の高い役務を提供する事業であることから、許可を受けた第 1 種電気通信事業者に対して、自己に有利な利用者だけでなく、その業務区域における一般の利用者に対して、正当な理由がある場合を除き、広く均等に電気通信役務を提供することを義務付けることを趣旨としています。そして、同条の「正当な理由」とは、例えば天災、地変、事故等により電気通信設備に故障を生じ役務の提供が不能の場合、又は、役務を契約約款に違反する条件で受けようとする者若しくは料金滞納者である場合等をいうと解されています（電気通信法制研究会編著「逐条解説電気通信事業法」99 頁参照）。

したがって、総務省により認可された接続約款に基づき貴社が NTT に対して提出した本件申込に対して、NTT は、電気通信役務の提供を拒否する正当な理由がない限り、貴社の本件申込を承諾する電気通信事業法上の法的義務があるといえます。そして、NTT が貴社に対して正当な理由の存在を立証して明確な拒否の意思表示をしない限り、NTT の同法上の提供義務に基づき、NTT は貴社が提出した本件申込をその内容に従って当然に承諾したという法的効果を生じ、NTT は本件申込に法的に拘束されると解されます。

#### （2）本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項の内容及びその認可の適法性

NTT は本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項により、総務省が本件変更案を認可した場合、本件変更案の効力を過去に遡って適用することを求めています。しかしながら、本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項の内容は以下のとおり違法である可能性が高いと解されます。

第 1 に、当事者間で一度成立した合意は当事者全ての合意がなければ変更できないとするのが契約解釈の原則といえ、私法秩序の重要な一部として公序良俗（民法第 90 条）を構成する法原理といえます。

したがって、本件変更案第 2 項ないし第 4 項は、公序良俗違反として民法第 90 条に違反する可能性が高いと解されます。

第 2 に、電気通信事業法第 38 条第 2 項は、第 1 種電気通信事業者が接続約款を定める場合及びこれを変更する場合には総務大臣の事前の認可が必要であると規定しています。接

続約款の変更が過去に遡って効力を有するとする本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項は、同法第 38 条第 2 項の潜脱であり、第 1 種電気通信事業者の支配的地位に鑑み接続約款の公正性を担保しようとする事前認可制の趣旨を実質的に無効化する内容といえます。確かに、形式的には、遡及効を有する本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項の効力は総務省による認可を得た後に発効しますが、認可さえ得られれば変更後の接続約款の効力をいくらかでも過去に遡って有効にできるというのでは、当事者間の法律関係の安定性を著しく害し、事前認可制の趣旨を実質的に没却してしまいます。

したがって、本件変更案第 2 項ないし第 4 項は、接続約款の事前認可制を定めた同法第 38 条第 2 項に違反する可能性が高いと解されます。

第 3 に、本件変更案第 2 項ないし第 4 項の内容及びそれを認可する行為は、判例に違反する可能性が高いといえます。大審院大正 6 年 12 月 13 日第 2 民事部判決（以下「本件判決」といいます。）は、保険契約約款の変更に関して、保険契約当事者は契約当時に適用されていた保険約款により契約をなすものと認めるべきであり、後日保険会社が主務官庁の認可を得て当該保険約款を改正した場合でも、保険契約当事者が改正前に得られていた利益を放棄する旨の意思表示をするか又は改正後の保険約款に拘束される旨の新たな合意をしない限り、改正前になされた保険契約当事者の権利義務に影響を及ぼさないと判断しており、当職が調査した限りでは本件判決は変更されていません。

前述のとおり、貴社が NTT に対して提出した本件申込は、NTT が正当な理由の存在を立証しない限り、電気通信事業法上、NTT に対して法的拘束力を有しています。貴社と NTT との間の相互接続に関する権利義務は本件変更案以前の接続約款により規律されており、したがって、この判例にしたがえば、たとえ主務官庁である総務省の認可を得た場合でも、貴社にとって不利益な変更内容は貴社の同意が無ければ貴社に対して拘束力を有しないと解することになります。

この点、本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項を設けて本件変更案が遡及効を有することを明示した上で総務省の認可を受けるのであるから、本件変更案以前の接続約款に基づく当事者との間の権利義務も、総務省の認可を得た場合には当然に遡及して変更されるとする意見もあり得ます。しかし、総務省の認可を得た場合でも、一旦有効に成立した当事者間の権利義務関係を当事者の一方のみの意思により変更する結果となることには変わりなく、本件判決の趣旨に反するといえます。

本件判決のように 80 年以上にもわたって変更されなかった大審院の判決は、わが国の私法秩序の重要な一部を構成するものであり、本件判決又はその趣旨に違反する内容を有する本件変更案附則第 2 項ないし第 4 項は、公序良俗違反として民法第 90 条に違反する可能性が高く、且つ、それを認可する行政行為も公序良俗違反として民法 90 条に違反する可能性があるとして解されます。

### 3. 結論

NTT グループ企業のうち東日本電信電話株式会社は、相互接続協定を締結して加入者回

線への接続を希望する DSL 事業者に対して独占禁止法第 3 条に違反するおそれがある行為をしていたとして、平成 12 年 12 月 20 日付で公正取引委員会から警告を受けています。

国民から公正な競争秩序の維持を負託された公正取引委員会の警告にもかかわらず、NTT は、本件変更案を遡及適用することにより特定の DSL 事業者が著しい不利益を被ることを認識しつつ、又は、過失により認識せずに接続約款の変更を行おうとしています。NTT のこのような行為は、電気通信事業法第 38 条の 2 第 3 項第 4 号に違反する可能性があるだけでなく、公正取引委員会の警告を軽んじ、DSL 事業者の円滑な事業活動を困難にさせ、DSL 事業者の競争上の地位を著しく不利にする疑いがあります。

NTT の本件変更案は、上記のとおり、電気通信事業法上、民法上及び独占禁止法上の多くの問題を抱えているといえ、総務省が慎重且つ十分な検討を経ずに本件変更案を認可する場合には、行政事件訴訟法上の処分取消訴訟又は国家賠償法に基づく国会賠償請求訴訟の訴訟原因となり得る可能性があるとして解されます。

また、NTT が本件変更案の認可を得て変更後の接続約款を遡及適用することは、電気通信事業法上、民法上又は独占禁止法上の違法行為と判断される可能性があり、その結果、NTT は、当該違法行為により損害を被った DSL 事業者から、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求、及び、独占禁止法上の無過失損害賠償請求を受ける可能性があります。また、本件変更案の遡及適用が違法行為であると判断された場合、NTT は、それらの行為が違法であるか又は違法である可能性があるとして事前に認識しつつ行為したことになり、そのような NTT の行為を原因として又は上記のような損害賠償請求訴訟を提起されたことを原因として、NTT の持株会社である日本電信電話株式会社の株価が下落した場合、国内外の同社の株主から同社に対して株主代表訴訟を提起される可能性があるとして解されます。

以上

(別紙3)

## 意見書

平成13年12月3日

ビー・ビー・テクノロジー株式会社  
代表取締役社長  
孫 正義 様

田中章雅法律事務所  
弁護士 松本 裕之

貴社の依頼に基づき、「東西NTTの建物へのコロケーションおよび光ファイバの保留期間の変更等にかかわる接続約款変更案に対する再意見」に関し、以下のとおり、意見を申し入れます。

### 1 契約法理一般論

我が国の私法の大原則として、私的自治の原則がある。この原則にしたがえば、企業同士がその意思に基づいて契約締結をした場合、第三者が、その両当事者の意思の合致なく当該契約内容を変更させることは許されない。また、一方当事者が、その意思のみで契約内容またはその契約に付随する約款の内容を改定し、遡って契約内容の変更を主張することができないことは当然のことである。したがって、契約成立後に、一方当事者または第三者が、他方当事者の既得の権利を遡って剥奪することなど許されるものではない。

### 2 「電気通信事業法」に関して

(1) 電気通信事業法は、電気通信事業の公共性にかんがみ、その運営を適正かつ合理的なものとするにより、電気通信役務の円滑な提供を確保するとともにその利用者の利益を保護し、もって電気通信の健全な発達及び国民の利便の確保を図り、公共の福祉を増進することを目的とするものである(電気通信事業法第1条)。

そして、電気通信事業法第38条において、第一種電気通信事業者に対して、電気通信設備との接続について応諾義務を定めた。すなわち、同条は、第一種電気通信事業者は、他の電気通信事業者から当該他の電気通信事業者の電気通信設備をその電気通信回線設備に接続すべき旨の請求を受けたときは、一定の場合を除き、これに応じなければならない

と定める。

第一種電気通信事業者は、電気通信回線設備を自ら設置して電気通信役務を提供する事業者であるところ、第一種電気通信事業者が相互にその設備を接続または共用して通信可能な範囲を広げることにより、サービスの効用を増加させ、または設備の共用によりコストの低下をもたらすこととなるので、当該事業者のみならず利用者にとっても有益であり、通信政策上も望ましい。そこで、電気通信事業法第38条は、第一種電気通信事業者に対して、電気通信設備との接続について応諾義務を定めたのである。

(2) 電気通信事業法第38条は、以上の接続義務を負わない場合として、以下の理由があることを挙げている。

- 1) 電気通信役務の円滑な提供に支障が生じる恐れがあるとき
- 2) 当該接続が当該第一種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
- 3) 上記のほか、総務省令に定める正当な理由があるとき

(3) そして、貴社が東日本電信電話株式会社および西日本電信電話株式会社（以下「NTT両社」という）への光相互接続調査並びに自前工事実施申込を行い、上記の除外事由が存在しないのであれば、NTT両社には、当然に、貴社の電気通信回線設備への接続請求に対しての応諾義務が発生する。

(4) したがって、NTT両社が、上記接続義務除外事由が存在しないにもかかわらず貴社の申込を不当に拒絶し、よって貴社に損害が発生した場合には、貴社はNTT両社に対して、電気通信事業法違反を理由として、損害賠償責任を追及することができると思われる。

### **3 「電気通信事業法第38条の2第2項及び第5項に基づく指定電気通信設備との接続に関する契約約款」に関して**

(1) 上記の電気通信事業法の趣旨を受けて、電気通信事業法第38の2第2項および第5項は、同法第38条の2第1項の規定により指定された電気通信設備を設置する第一種電気通信事業者は、当該指定電気通信設備と他の電気通信事業者の電気通信設備との接続に関し、当該第一種電気通信事業者が取得すべき金額および接続の条件について接続約款を定め、総務大臣の認可を受けなければならないとし、また、接続約款の変更についても同様に総務大臣の認可を受けなければならないとした。そして、同条項を受けて、NTT両社は、電気通信事業法第38条の2第2項及び第5項に基づく指定電気通信設備との接続に関する契約約款（以下「接続約款」という）を定めた。

電気事情法第38条の2第2項および第5項の趣旨は、第一種電気通信事業者による恣意的な判断を行わしめないようにし、上記の電気通信事業法の趣旨を全うしようとするところにある。すなわち、電気通信設備の接続に関しては、最終的には利用者に対する提供条件に反映されることになるので、その内容が、一方当事者に著しく不利であって、競争の促進を阻害するようなものでないこと、設備改造等の結果、利用者にとっていたずらに負担が増えることとならないこと等、当該接続が全体として公共の利益を増進するもので

あることを確保するため、接続約款を定めることおよびその変更について総務大臣の認可を必要としたのである。

(2) 接続約款によれば、接続申込者が、NTT両社の指定電気通信設備と接続する場合であって、NTT両社の通信用建物内に相互接続点を設置しようとするときは、NTT両社に対し、所定の書面により、相互接続点の設置の可否について調査の申込を行うことが必要とされており(接続約款第10条の3第1項)、NTT両社は、その検討の対象が通信用建物内のみにあるときにあっては上記申込の到達した日から1ヶ月以内、それ以外の場合にあっては上記申込の到達した日から1ヶ月半以内にその通信用建物内に相互接続点を設置することができる旨の回答を所定の書面により行わなければならないとされている(同条第2項)。

(3) さらに、接続申込者が、NTT両社の光回線設備と接続するために、NTT両社に対し、所定の線路設備調査申込書により光回線設備についての調査申込を行った場合には、NTT両社は、申込の到達した日から1ヶ月以内に接続申込者が指定した利用区間に係る光回線設備の提供可能時期を所定の書面により回答する義務がある(接続約款第10条の9第1項および第2項)。

(4) 従来、光相互接続点調査申込と自前工事实施申込書は、別離にNTT宛に提出されていたが、貴社がNTT両社に対して、両文書を同時に提出することを許諾するよう申し入れを行い、NTT両社は応諾している。そして、その後、貴社においてNTT両社に対して、光相互接続点調査申込および自前工事实施申込書を同時に提出し、NTT両社もこれを留保なしに受領し、それらに従って、貴社およびNTT両社間の契約締結およびその履行がなされてきたという経緯がある。

そして、平成13年7月27日付貴社作成の「光相互接続点調査並びに自前工事实施申込書」はNTT両社において正式に受理されている。

にもかかわらず、NTT西日本においては、上記受理後約4か月経過後の平成13年11月21日付相互接続点調査回答書にて回答を行っている。これは、上記回答義務に著しく反する行為であり、そのみを対象としても、民法上の債務不履行責任の追及が可能であると思われる。

(5) 前記のように、NTT両社にはコロケーション義務があり、それに対応して、接続業者にはコロケーションの権利が認められる。

そして、冒頭に記したように、一旦取得した権利を、他方当事者の一方的意思により剥奪することは私的自治の原則に従う以上不可能であるから、貴社としては、コロケーション義務があるNTT両社に対して相互接続の申込をし、回答期日までの間にNTT両社から明確な拒否がなかった以上、貴社は既にコロケーションの権利を取得しており、NTT両社が、今後、その接続約款を変更したとしても、貴社とNTT両社との間の権利義務関係に遡って適用される余地はないと考えられる。

#### 4 「国家賠償責任」に関して

( 1 ) 申込当時に存在していた接続約款に則り申込を行ったものにつき、その後、国がルール変更を行い、そのことにより申込者に損害が生じた場合に、その申込者は国家賠償請求をすることは可能であろうか。

( 2 ) 国家賠償法は第 1 条 1 項において、国の公権力の行使にあたる公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国がこれを賠償責任を負うと定める。

そして冒頭で述べたとおり、既に決められたルールに基づいて契約関係が定められた以上、両当事者は、それにしたがって自己の行為を規律すべきことは論を待たない。ところが、一旦契約が定められた後に、当事者双方の意思の合致なく、一方当事者または第三者の意思によって、当該契約内容が変更されることは、法治主義の根幹に真正面から反する。

( 3 ) 本件において、貴社と N T T 両社との契約に関する接続約款について、今後、接続約款の変更が行われ、既に締結されている契約関係にまで遡及適用されるということは、この法の大原則を根底から覆すものに他ならない。

( 4 ) にもかかわらず、国がそのような接続約款の変更についての認可を行い、それに基づき貴社に損害が発生した場合、これこそ正に国の公権力の行使に当たる公務員がその職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたものということができ、国家賠償責任の対象となると考えられる。

( 5 ) このような国の行為が、ある企業が他の企業を害するような積極的加害目的をもってなした行為を規制するような場合であるならばそのような行為が正当化される余地もあろう。しかし、貴社における光相互接続点調査並びに自前工事実施申込が、貴社の正当な事業計画に基づくものであ以上、国が、事後的かつ一方的に、貴社に損害を発生させることを目的として、電気通信事業法によって作成義務が課されている接続約款の変更の認可をすることは、全くもって、貴社を害するために行う行為としか評価することができず、その違法性は著しい。したがって、そのような認可がなされた場合には、国家賠償法に基づいて、貴社は国に対して、国家賠償請求を行うことが可能であると考えられる。

## 5 「行政事件訴訟法に基づく処分の取消訴訟」に関して

( 1 ) 本件において、国により、正当な理由なく接続約款変更についての認可がなされた場合、行政事件訴訟法における認可取消訴訟の提起の可否が問題となる。

( 2 ) ここで、接続約款の制定または変更に対して国の認可が必要である（電気通信事業法第 3 8 条の 2 第 2 項および第 5 項）。ところが、上記のとおり、N T T 両社には、コロケーションの義務があり、他方、貴社は既にこれに対応する権利を取得している。にもかかわらず国が、正当な理由なく N T T 両社の接続約款変更に関して認可を与え、遡及的に貴社の既得の権利を剥奪することは、私的自治の原則に反し違法行為であると評価できる。したがって、そのような国による認可が行われた場合には、行政事件訴訟法に従い、認可取消訴訟を行うことが可能となると考えられる。

## 6 結語

以上のことから、今回の接続約款変更およびその遡及適用ならびに国による接続約款変更の認可が、正当な理由に基づかない場合、例えば、貴社の既得のコロケーションの権利を他社に解放させる目的で行われるような場合には、重大な違法行為と評価できる。そのような場合であれば、貴社としては、N T T両社に対しては損害賠償責任の追及を行い、国に対しては認可取消訴訟および国家賠償請求を断固として行うべきであると考えられる。

以上