

# JASRAC 事件の分析と検討

早稲田大学大学院法学研究科 博士後期課程 伊藤 政也

## 要 約

本稿は、平成 21 年に出された日本音楽著作権協会に対する排除措置命令について、違反事実なしとして取り消すこととした平成 24 年 6 月 12 日の審判審決を検討の対象とする。当該審判審決は、一見して従来の運用と変更がされたようにも解されることから、私的独占（独占禁止法 2 条 5 項）における「排除」の要件等に関して様々な議論を呼ぶこととなった。

本稿では、従来の運用・学説等を踏まえ、当該審判審決において運用の変更を読み込むことができるとされている部分の検討を行った。その結果として、当該審判審決が「排除」の要件を厳格にしたとみる説には賛同せず、本件は事実認定上の問題によって違反事実なしとされたのだと分析した。当該審判審決の含意に関する分析を超え、本件に関連する事実認定上の問題として、審判審決が自ら示した判断要素が事実認定において詳細に検討をされておらず、被審人と著作権者の関係や被審人と放送事業者等の関係といった垂直的競争関係に対する意識も希薄であったことを指摘した。

## 目次

1. JASRAC 事件の概要
  - (1) 事案の概要
  - (2) 本件審決の概要
2. 分析と検討
  - (1) 「排除行為」の捉え方に対する疑問
  - (2) 本件審決の問題点
3. その他の疑問点

## 1. JASRAC 事件の概要

### (1) 事案の概要

JASRAC（日本音楽著作権協会、以下被審人とする。）<sup>(1)</sup>は、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受け、受託した楽曲の利用を放送事業者等に許諾することで使用料を徴収し、それを著作権者に分配する事業を営む者である。被審人は、放送等利用<sup>(2)</sup>に係る音楽著作権の大部分を受託しており、ほとんど全ての放送事業者との間で音楽著作物の利用許諾契約を締結している。被審人が採用する放送等利用に係る音楽著作権の使用料の計算方法は、楽曲の利用の有無や回数に関係なく<sup>(3)</sup>当該放送事業者の放送事業収入に一定率を乗ずる方法<sup>(4)</sup>（以下、包括徴収システムとする。）でなされている。

本件は、使用料の計算方法において放送等利用割

合<sup>(5)</sup>を加味しない被審人の包括徴収システム（以下、本件包括徴収システムとする。）が、独占禁止法第 2 条 5 項に規定する私的独占に該当し、同 3 条の規定に違反するのではないかが問題となった事件<sup>(6)</sup>である。

### (2) 本件審決<sup>(7)</sup>の概要

本審決は、本件包括徴収システムが問題となりうる点を、①「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」において他の管理事業者に対する排除効果を持つか否か、②自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から見て正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するか、③一定の取引分野における競争を実質的に制限するものであるか、④公共の利益に反するものであるか、⑤本件排除措置命令は、競争制限状態の回復のために必要な措置であり、かつ、被審人に実施可能であるか、の 5 点に整理する<sup>(8)</sup>。しかしながら、本審決は、最終的に争点の①の点で判断を終えている。

審決の要旨は以下の通りである。審決は、独占禁止法 2 条 5 項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為か否かの判断基準について、「本件行為……が、……自らの市場支配力の形成、維持、ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するよ

うな人為性を有するものであり、競業者の…参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきもの」(最高裁平成 22 年 12 月 17 日第二小法廷判決)であり、「諸般の事情を総合的に考慮して検討する必要がある」とする。その判断要素として、「諸般の事情としては、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における市場の構造、音楽著作物の特性(代替性の有無、その程度等)、競業者の動向、本件行為及びその効果についての被審人の認識、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理受託分野との関連性等、多様な事情が考えられる」とも述べている。

本件包括徴収システムに基づいて使用料を徴収すること(以下、本件行為とする)は、「放送事業者が被審人以外の管理事業者の管理楽曲を利用するかどうかを決定するに当たっては、別途の放送等使用料の負担を考慮する必要がある」という意味で、「放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有し、被審人が、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において、平成 13 年 10 月 1 日の管理事業法施行の前後を通じて、一貫してほぼ唯一の事業者であったことを併せて考えると、本件行為が他の事業者の同分野への新規参入について、消極的要因となることは、否定することができない」とする。また、管理事業法の施行後、新規参入が可能になった後も本件行為を継続しており、「平成 18 年 9 月まで放送等使用料を徴収して管理事業を行う事業者が現れなかったことは、本件行為が他の事業者の上記分野への新規参入を困難にする効果をもつことを疑わせる一つの事情といえることができる」と指摘をする。

他方で、「実際にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したと明確に認められるのは、1社の放送事業者にすぎず、放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したとは認められない」であり、「放送事業者がイーライセンスの管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことは認められるものの、その主たる原因は、被審人による本件行為ではなく、イーライセンスが不十分な管理体制のままで放送等利用に係る管理事業に新規参入したため、放送事業者が困惑、混乱したことにありと認められる」とする。また、「放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したとは言えず、イーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことが認

められるにとどまり」、エイベックスがイーライセンスとの管理委託契約を解約したことは、その主たる原因がイーライセンスの準備不足及び放送事業者の困惑等にあり、本件行為に当該契約を解約させる効果があったとまでは言えないとした。その他に、「イーライセンスが放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態になっているとまで言えるかにつき疑問が残る上、イーライセンスが管理事業を営むことが困難な状態になっているとしても、それは、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、その原因が本件行為にあるという認識に基づいて、著作権者がイーライセンスに音楽著作権の管理を委託しなかったためであるから、被審人による本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまでは言えず、「本件行為が競業者の放送等利用に係る管理事業への新規参入を著しく困難にすることを認めるに足りる主張立証はない」との指摘も行っている。

以上から、「本件行為が放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するとまで断ずることは、なお困難である」として、「本件行為が他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有することを認めるに足りる証拠はなく」、「その余の点について判断するまでもなく」、排除型私的独占に該当しないとした。

## 2. 分析と検討

### (1) 「排除行為」の捉え方に対する疑問

本審決の含意について、「排除行為」をどのように捉えるのかという疑問が生じている。本審決は、一見すると、従来の排除行為の要件を厳格にしたもののようにも見える。事実、本件審決が「具体的に参入を排除した場合だけが排除行為」<sup>(9)</sup>になることを示したものと指摘がされている。他方、排除に関する法解釈のレベルで、「『排除』の意義自体を変更するものではない」<sup>(10)</sup>とし、事実認定のレベルにおいて「排除効果を認定するには足りないと考えた」<sup>(11)</sup>とする指摘もある。以下、本節では、この問題を検討していく。

まず、排除行為に関する基本的な定義から確認を行う。排除行為とは、一般的に、「他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為であって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行

為をいう」もので、「事業者の行為が排除行為に該当するためには、他の事業者の事業活動が市場から完全に駆逐されたり、新規参入が完全に阻止されたりする結果が現実に発生していることまでが必要とされるわけではない」<sup>(12)</sup>とされている。

本件審決では、排除行為に関する記述部分で、NTT 東日本最高裁判決<sup>(13)</sup>が引用されている。そこでは、「本件行為…が、…自らの市場支配力の形成、維持、ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の…参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきもの」という箇所が引用されており、先の一般的な排除の定義と対比すると、「人為性」という文言が付加されている点<sup>(14)</sup>及び「参入を著しく困難に」<sup>(15)</sup>という点に相違がみられる。そのため、この二点の相違を重視して、本件審決が、先の「排除行為」の定義自体を厳格に変更したと読むことは、文言上、可能であるということになる。それでは、そのような読み方が妥当であるのか、以下、この二点に着目し検討を加える。

まず、「人為性」という箇所に変更を読み込むことが可能であるか。この「人為性」という文言は、「正常な競争手段」<sup>(16)</sup>によっても排除が生じうることを考慮し、そのような排除と独占禁止法上違法とされるべき排除を区別するため、従来より用いられてきた言葉である。そして、私的独占における「排除」・「支配」という要件を巡って、過去に「排除意図」・「支配意図」が必要となるか否かという議論がされてきた<sup>(17)</sup>点、排除型私的独占ガイドラインにおいて「排除する意図の下に複数の行為が行われたときには、これらの行為をまとめて、排除する意図を実現するための一連の、かつ、一体的な行為であると認定し得る場合がある」<sup>(18)</sup>とも指摘されている点、本審決との関係では、被審人の側から「排除意図」の有無が問題とされているとの指摘がある点<sup>(19)</sup>等から、「人為性」という文言が「排除意図」の必要性を示したものとして読み込むことが可能であるかは問題となる<sup>(20)</sup>。また、「『私的独占』行為の本質は、ある事業者が単独で、あるいは別の事業者と共同して、他の事業者の事業活動を排除、ないし支配する意思である」<sup>(21)</sup>として、排除意図を、私的独占における「排除」の行為要件に組み込むとする見解も存在している。

しかしながら、排除意図を「人為性」の文言に読み

込むことは困難である。従来より、「反競争的な意図は、それ自体としては私的独占の要件ではない」<sup>(22)</sup>とされ、実際の運用もそれに従って行われてきたのである。また、先に述べた通り、排除行為における「人為性」とは、問題とされる行為が反競争的行為（少なくとも効率性に基づく排除ではないもの<sup>(23)</sup>）であるか否かを区別するためのものとして検討されてきた概念である。このように「人為性」の争点は、「競争的行動は不可避免的に『他の事業者の事業活動の継続を困難にする』傾向を持つが、それと反競争的な『排除』とを識別する」<sup>(24)</sup>必要から生じたものである。そのため、審決の該当部を「排除行為」の要件として「排除意図」を求める解釈と直接に結びつけることはできないであろう。このような過程を経て、排除型私的独占ガイドラインにおいても「行為者が他の事業者の事業活動を排除する意図を有していることは、排除行為に該当するための不可欠の要件ではない」<sup>(25)</sup>とされているのである。そのため、「排除意図」が認められれば、それは問題となっている行為が「排除行為」であることを推認する一つの有力な証拠とはなり得るが、それは「要件」として求められているものではないと考えるべきである。また、NTT 東日本最高裁判決調査官解説においても、「多数説は、自らが市場で発揮できる効率性とは関係ない要素（濫用的要素）によって他の事業者の事業活動を排除する行為だけが排除に当たるとする」と解説されている<sup>(26)</sup>。以上から、この点の解釈に何らかの変更があったとは認め難い。

次に、本件審決が、NTT 東日本最高裁判決の「参入を著しく困難に」としている点を引用していることから、排除型私的独占ガイドラインが「新規参入者の事業開始を困難にさせ」としていることと対比して、排除行為の要件を厳格にしたものといえないかを検討する。そのため、まず、この点が従来どのように解されてきたのかを確認する。

排除型私的独占ガイドラインでは、先に引用した部分を含め「事業者の行為が排除行為に該当するためには、他の事業者の事業活動が市場から完全に駆逐されたり、新規参入が完全に阻止されたりする結果が現実に発生していることまでが必要とされるわけではない。すなわち、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性の高い行為は、排除行為に該当する。事業者が市場の状況等から事業経営上必要であると判断した

行為であっても、そのことをもって排除行為に該当しなくなるわけではない<sup>(27)</sup>とされている。このような解釈は、排除型私的独占ガイドライン以前の審決例においても「ナイガイグループの行う生地管輸入の排除の意図・目的をもって、ナイガイグループの輸入生地管に係る事業活動を排除し、また、他のアンプル加工業者に輸入生地管を取り扱うことを萎縮させ、ひいては被審人の競争者の事業活動を排除する蓋然性の極めて高いものであり、独占禁止法第2条第5項の『他の事業者の事業活動を排除する』行為に該当するものというべきである<sup>(28)</sup>」等として、実際に採用されてきたものである<sup>(29)</sup>。

他方、本件審決が『本件行為が実際にイーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を具体的に排除した』と認定できる場合だけが排除行為に該当するものとしたと捉え、「競業者の新規参入について消極的にさせる程度では、排除効果があるとはいえないという新解釈を打ち出し」、「具体的に参入を排除した場合だけが排除行為になる<sup>(30)</sup>」と審決を批判する見解がある。確かに、本件審決の64頁では「15社の個別の放送事業者についてみても、実際にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したことが認められるのは経営者間の感情的軋轢も一因となった NACK5 だけであり、その他の放送事業者については、具体的に利用回避があったことを認めることはできず」と具体性を求めるかのような認定がされている。また、本件審決の争点1に関する判断の結論部では「本件行為が新規参入を困難にする効果を持つことを疑わせる一つの事情」を認めながら、「本件行為にエイベックス・グループのイーライセンスへの管理委託契約を解約させる効果があったとまではいえ」ず、「本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまではいえない」とし、「他に、本件行為が競業者の放送等利用に係る管理事業への新規参入を著しく困難にすることを認めるに足りる主張立証はない」とも述べている。そのため、本件審決が、排除行為の認定においては「新規参入を困難にする効果を持つことを疑わせる一つの事情」では足りず、新規参入を著しく困難にすることによる「具体的な排除まで要する」という「新解釈」を打ち出したものと読むことも、可能性としてはありうるものと言えるだろう。その場合には、審決が「管理事業を営むことが困難な状態になっているとしても」と述べている点か

ら、従来、「事業活動」と解されてきた部分を当該市場における「事業」と読み替えて、事業活動の困難という程度を超えた具体的排除がなされることを必要とすると考えることとなろう。

しかしながら、そのような審決の読み方は妥当とは考えられない。なぜなら、本件審決はこの点に関して事実認定部分で述べているのであるが、それは、審査官の主張した「排除効果」がイーライセンスの準備不足等を起因としたものに過ぎず、本件行為の「因果的寄与は違反行為を基礎付けるに十分でない<sup>(31)</sup>」と考えたようにも解されるためである。むしろ、本件包括徴収システムそれ自体からは、一般的な新規参入に対する制限効果は認められるものの、イーライセンスとの関係で排除効果と認められるに足りる具体的な影響が認められなかった、と認定したものと見るべきである<sup>(32)</sup>。

以上のように、今後の動向を注意深く観察する必要があるものの、現段階で「新解釈」とまで言えるかどうかは疑問があると言わなければならない。

## (2) 本件審決の問題点

それでは、排除行為に関する解釈のレベルでは、従来の事例における解釈と相違がないとすると、本件の問題点はどこにあったのか。本節では、この点を問題とする。

第一に、本件審決は排除行為の判断要素として、「諸般の事情としては、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における市場の構造、音楽著作物の特性（代替性の有無、その程度等）、競業者の動向、本件行為及びその効果についての被審人の認識、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理受託分野との関連性等、多様な事情が考えられる」と述べながら、これらの要素を十分に検討出来ていない点が問題である<sup>(33)</sup>。

本件については、市場構造に関して被審人のシェアが99%とも言われている<sup>(34)</sup>。このようなほぼ一社独占の状況下においては、被審人と著作権者等の管理委託者<sup>(35)</sup>や放送事業者等の著作物の利用者との間における競争<sup>(36)</sup>がそもそも十分に機能していなかったことを審決は見逃している可能性が指摘できる。例えば、平成18年、新規参入の動きに合わせて放送等使用料減額の意向の有無を確かめられた際に、JASRACはその意思のない旨を伝えている<sup>(37)</sup>ことや、個別徴収

が事実上選択肢足り得ていないこと<sup>(38)</sup>、音楽出版社等が求めるトリプル・タイアップ等がイーライセンスの参入まで被審人において採用されていなかったこと<sup>(39)</sup>等の事情がこれらの競争の機能不全を示唆するものと言えるであろう。また、被審人においては、先進諸国の放送等使用料の水準と比較して低すぎるとして、NHK等と交渉し、段階的に放送等使用料の額を増額させる過渡期であったことも重要であろう<sup>(40)</sup>。そのような経緯を踏まえると、とりわけ問題となった期間の放送等事業者にとって、本件包括徴収システムが維持されることで、イーライセンス（及び潜在的新規参入事業者）の管理楽曲の利用が楽曲使用料の増加として負担になるものと強く意識されたとしても不思議はない。それゆえ、本件包括徴収システムの維持と前記の使用料の引上げを一連一体の行為として、新規参入者の事業開始を困難にさせる「排除行為」と捉えることにより、「市場支配力の維持」<sup>(41)</sup>がなされていると認定することも不合理とは思われない<sup>(42)</sup>。

第二の点として、イーライセンスの管理楽曲を選択する必然性がない楽曲に関して利用許諾を求める際に、被審人及びイーライセンスの管理楽曲の間に相当程度の代替性が存在した可能性を見落としていることがあげられる<sup>(43)</sup>。この点について、選択する必然性が高い楽曲（おそらくは、大手レコード会社等によってリリースされる、タイアップ及び宣伝出演等が見込まれる楽曲）は、被審人に放送等の利用許諾に係る管理委託がされているというのが実情であろう<sup>(44)</sup>。また、被審人によって本件包括徴収システムが維持されることで、放送局等の実質的な費用負担者が、著作権使用料の増大及びそれに伴う競争業者の管理楽曲の利用回避の可能性を考慮に入れざるを得ない点は疑いえないであろう<sup>(45)</sup>。

そして、最も重要な点として、本件審決が一定の取引分野を「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」であるとしながら、その市場に参入する際に（または、事業活動を継続するために）不可欠となる著作権者から管理の委託を受けることを競う管理受託市場（管理受託分野）との関連性を十分に検討していないことが挙げられる。この点に関して、本件審決は「イーライセンスが管理事業を営むことが困難な状態になっているとしても、それは、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、その原因が本件行為にあるという認識に基づいて、著作権者が

イーライセンスに音楽著作権の管理を委託しなかったためであるから、被審人による本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまではいえない」と述べている。しかし、それは本件包括徴収システムが「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」に対する直接的な影響を与えているとまでは言えなくても、現実にエイベックスは当該認識に基づいて管理委託契約を解除している点から、当該行為と因果関係のある、他の事業者の事業活動を排除する「蓋然性」を、「管理受託市場」に対する影響として見て良いと思われる。この「管理受託市場」に対する影響を介して、「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」において、イーライセンスの放送等利用に係る利用許諾に関する事業活動を事実上困難にしていたとも考えられるのである。本件イーライセンスの「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」における事業活動の継続性を検討する上で、当該利用許諾分野だけでなく、管理受託分野における影響及び管理受託分野から受ける影響も考慮に入れた検討（場合によっては両者を一括に市場<sup>(46)</sup>と捉える方が無難かもしれない）が必要であったと考えられる。

### 3. その他の疑問点

本件は、著作権管理団体による包括許諾及び包括徴収という、一見して反競争的な行為には見えない行為が問題となった事例であった。管理事業における集中管理のメリットとして、「取引費用、監視費用、執行費用いずれにおいても規模及び範囲の経済性が強く働く」のであり、二面市場の「特性からネットワーク効果による規模の経済も働く」<sup>(47)</sup>ことがあげられる。そのため、「事実上法定独占だった時期において包括徴収はそれなりの合目的性を有していたのは確か」であろうが、「包括契約が果たすべき効率性促進効果が本件包括徴収の形態をとる必要があったか否かは」<sup>(48)</sup>は、慎重に検討されなければならない。この意味で、本件が、包括徴収自体を問題とするものではなく、包括徴収に基づく放送等利用割合を加味しない使用料の算定方法を問題にしていたものであるという点<sup>(49)</sup>は正確に理解される必要がある。

また、日本における音楽著作権管理事業の構造上の問題として、大手レコード会社の楽曲等十分に演奏使用料が見込めるような楽曲に関しては、事実上、演奏権<sup>(50)</sup>を管理対象としている被審人に（部分的にせよ）

管理委託をしなければならないという点も重要である。放送等利用に係る音楽著作権の利用許諾を考える場合にも、演奏権の管理許諾が事実上被審人のみである日本と、それ以外の選択肢が存在する外国の事情を区別する必要がある<sup>(51)</sup>。演奏権の管理委託が特に必要とされるような楽曲は、発売時期付近でのアーティストの放送出演に合わせた形で、放送等利用がされるケースも多くなるであろう。もし、演奏権の管理委託が必要になる楽曲と、このように非代替的な放送等利用に関して利用許諾される楽曲の範囲が類似しているのであれば、管理事業に対するコストの点からも、楽曲の獲得競争における被審人の優位は揺るがない。当然のことながら、競争者は、著作権者に対して、放送等利用に係る利用許諾だけを別に取り扱う程のメリットを示さねばならないのである。本件審決では、「タイアップ」の問題がおそらくそれであったと言えるだろう。本件審決が是認されるとすれば、被審人の側としては、新規参入者が示すメリットに合わせて条件を緩和しさえすれば良いのである。それゆえ、放送等利用割合を加味しない本件包括徴収システムが維持される限り、今後、当該分野につき新規参入がありうるかは疑問がある。このような状況下では、新規参入業者は、多くの場合、演奏権の管理委託が必要となる楽曲を入手できないことが予想される。そうなると、事実上、代替可能な楽曲のみで被審人と競争せざるを得ないこととなるだろう<sup>(52)</sup>。しかしながら、被審人の包括徴収における現在の計算方法が維持されている限り、競争者の楽曲を使用することは追加コストとなるため、追加コストを必要としない被審人の楽曲が選択されることとなるだろう<sup>(53)</sup>。これらの帰結を自然独占や包括徴収に基づく競争促進効果とみることができるとか疑問であり、更なる分析が必要となる問題であると考ええる。

## 注

- (1) JASRAC の設立・事業展開と著作権等管理事業法（以下、管理事業法とする）の関係、本件に関連する事案の分析等について、安藤和宏「JASRAC の放送包括ライセンスをめぐる独占禁止法上の問題点」知的財産法政策学研究第 39 巻 180 頁以下（2012 年）参照。
- (2) 公取委排除措置命令平成 21 年 2 月 27 日（以下、排除措置命令とする。）1 頁「放送又は放送のための複製その他放送に伴う音楽著作物の利用をいう」と定義されている。
- (3) 安藤・前掲註(1) 19 頁。

- (4) 包括徴収の他に、曲別徴収という「実際に放送された曲に基づいて使用料を算定し、徴収する方法」が存在するが、これを「採用している放送事業者はない」ことを指摘するものとして、安藤・前掲註(1) 192 頁。公取委審判審決平成 24 年 6 月 12 日（以下、審決とする。）79 頁では、「被審人がほとんど全ての放送事業者との間で包括徴収を内容とする利用許諾契約を締結し、放送等使用料を徴収する行為」と述べており、含みを持たせた認定をしている。
- (5) 排除措置命令 1 頁において「当該放送事業者が放送番組（放送事業者が自らの放送のために制作したコマーシャルを含む。）において利用した音楽著作物の総数に占める社団法人日本音楽著作権協会が著作権を管理する音楽著作物の割合をいう。」と定義されている。
- (6) 本件審決以前に排除措置命令が出されている。排除措置命令については、前掲註(2) 参照。
- (7) 審決・前掲註(4)。
- (8) 審決・前掲註(4) 14-15 頁。
- (9) 上杉秋則「審決批評：JASRAC 事件（平成 21 年（判）17 号審判審決）」NBL983 号 31 頁（2012）。
- (10) 土田和博「音楽著作権管理業務における包括許諾・包括徴収契約が私的独占の『排除』に当たるとはいえないとされた事例」『新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊 速報判例解説）』経済法 No.40（日本評論社、2012 年）。
- (11) 白石忠志「JASRAC に関する公正取引委員会審決の検討」Law and Technology57 号 38 頁（2012）。
- (12) 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針（以下、指針とする）4 頁。
- (13) 最高裁平成 22 年 12 月 17 日第二小法廷判決。
- (14) 例えば、実方謙二『独占禁止法（第四版）』64 頁（有斐閣、1998 年）は「それ自体が排除的な特定の行為があることは必要ではないが、何らかの人為性の認められる具体的行為があり全体として排除行為があると構成できることが必要である」と記述している。
- (15) 泉水文雄「日本音楽著作権協会事件審判審決とその後の課題」公正取引 743 号 64 頁（2012 年）は、この点について「独立の要件としかつ厳格な立証を求めるものと読む見方もあるかもしれないが、NTT 東日本事件はこれに該当するかどうか争点になった事件ではない。しかも、新規参入候補者が具体的に FTTH サービス市場への参入を検討し具体的に回避した事実は認定されていない」と指摘する。
- (16) 「一見正常な競争行為であっても排除となる余地があること」が否定されるわけではない。根岸哲編『注釈独占禁止法』39 頁〔川濱昇執筆〕（有斐閣、2009 年）参照。
- (17) 稗貫俊文「知的財産と私的独占」北大法学論集 40 巻 5-6 号 1386 頁（1990）、服部育生『経済法概論』92-93 頁（泉文堂、1988 年）、石井良三『独占禁止法』101-103 頁（海口書店、1948 年）等を参照。
- (18) 指針・前掲註(12) 4 頁。ただし、その直前において「排除する意図を有していることは、排除行為に該当するための不可欠の要件ではない」としている。
- (19) 田中裕明「著作権管理団体による支配的地位の濫用」神戸

- 学院法学第 39 卷 3・4 号 229 頁 (2010 年)。
- (20) 現在は、この「人為性」という文言が「主観的な意図を判断するための基準」と誤解される傾向があると指摘されている。前掲註(16)『注釈独占禁止法』〔川濱昇執筆〕40 頁。
- (21) 鷹巣信孝「私的独占(独禁法二条五項)の論理構造」佐賀大学経済論集 30 卷 3・4 号 198 頁 (1997 年)。
- (22) 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説』80 頁 (有斐閣, 第四版, 2010 年)。また、指針・前掲註(12)も同旨。
- (23) 例えば、笹井昭夫『独占禁止法概説<第三版>』50 頁 (中央経済社, 平成 4 年)では、「事業者が合理化や技術の向上等の企業努力の結果、良品を廉価に供給したことにより競争条件の劣悪な一群の他の事業者が脱落、休業業のやむなきにいたったとしても、右の企業努力は、客観的に排除、支配に該当するものとはいえず、それによって一社のみ残ったとしても経済学上は、これは独占であるが、独占禁止法はこれを私的独占として禁止するものではない」とされている。また、「効率性によらない排除」か否かを基準とするものとして、川濱昇「独占禁止法 2 条 5 項(私的独占)の再検討」京都大学法学部創立百周年記念論文集 3 卷 354 頁 (有斐閣, 1999 年)等。
- (24) 川濱昇「新聞社の商標出願等による新規参入の排除〔北海道新聞事件〕」『独禁法審決・判例百選(第六版)』31 頁。
- (25) 指針・前掲註(12) 4 頁、また同指針においては「事業者が自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供したことによって、競争者の非効率な事業活動の継続が困難になったとしても、これは独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争の結果であり、このような行為が排除行為に該当することはない」とも述べられている。
- (26) 岡田幸人・ジュリスト 1433 号 83 頁 (2012 年)も同様の見解である。尚この点の指摘は泉水・前掲註(15) 64 頁に依る。
- (27) 指針・前掲註(12) 4 頁。
- (28) 公取委平成 18 年 6 月 5 日審判審決(ニプロ事件)。尚、引用部の「排除の意図・目的」が排除行為の要件ではないことについて本章の排除意図・目的に関する解説を参照。
- (29) この点、同審決では「『極めて』高い」と認定されているが、蓋然性が認められる水準以上であることを示すにとどまるものであって、必要とされる水準を引き上げたものと解するのは妥当でないだろう。
- (30) 上杉・前掲註(9) 31 頁。
- (31) 沼田知之「事業者の行為と他事業者の排除との因果関係」ジュリスト 1445 号 5 頁 (2012)。同旨のものとして、白石・前掲註(11) 38 頁。また、手続的な問題を詳細に検討するものとして、根岸哲「JASRAC 排除型私的独占被疑事件審決」NBL991 号 61-63 頁 (2012)、青柳由香「著作権集中管理団体による使用料の包括徴収の排除該当性」ジュリスト 1449 号 104 頁 (2013) 等。
- (32) もっともアメリカの独占化行為において、因果関係を厳密に要求することについては有力な批判がある。Michael A.Carrier, A Tort-Based Causation Framework for Antitrust Analysis, 77 Antitrust Law Journal 991 (2011)。
- (33) 泉水・前掲註(15) 64 頁。
- (34) 田中・前掲註(19) 231 頁。日本においては、私的独占と不当な取引制限の市場効果要件に関する差異は強調されないが、合衆国連邦反トラスト法上でいえば、独占力はおよそシェア 70%以上と考えられている。本件はそれすら超えるシェアである点に着目すべきのものであると考える。
- (35) 本審決ではこの点に関してほとんど検討が見られないが、楽曲の短時間使用に関する利用料の減額等が著作権者に対して深刻な影響となっている点について、安藤・前掲註(1) 220 頁。
- (36) このような縦における交渉力も市場における要因として重視するものとして、J.C.パラマウンテン・マーケティング史研究会訳『流通のポリティクス』(白桃書房, 1993 年) 43-44 頁。このような観点を示す近時の文献として、Robert L. Steiner, Vertical competition, horizontal competition, and market power, 53 Antitrust Bull. 251 (2008)。また、安藤・前掲註(1) 220 頁は、「JASRAC の著作権使用料分配規定の変更に対する BGM の権利者の不満をうまく利用する」ことが楽曲獲得の戦略として重要であることを指摘している。
- (37) 田中・前掲註(19) 231 頁。
- (38) 上杉・前掲註(9) 30 頁。
- (39) 安藤・前掲註(1) 18 頁。
- (40) 審決・前掲註(4) 7-9 頁。
- (41) 前掲註(16)『注釈独占禁止法』〔川濱昇執筆〕66 頁では、「一般的にはすでに存在している市場支配力の存続を長期化させたり、その減少を妨げることが維持」であるとされている。「市場支配力」が、「競争自体が減少して特定の事業者又は事業者集団がその意思である程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態」(東宝・新東宝事件(東京高判昭和 28 年 12 月 7 日))であると考えられていることからすると、十分にその要件を充足していると見ることができる。
- (42) 価格競争だけでなく、非価格競争の点にも着目すべきである。本件では、価格上昇があり、かつ、非価格競争の点もイーライセンズの参入まで十分に機能していなかった可能性がある。非価格競争が軽視されるべきでないとする見解につき、三輪芳郎『独禁法の経済学』203 頁 (日本経済新聞社, 1982 年)。
- (43) 安藤・前掲註(1) 208 頁。
- (44) 審決・前掲註(4) においては、「ダウンゴも含めた 6 社の音楽出版社がイーライセンスに楽曲の管理を委託している事実が認められる。しかも、審第 44 号証の 1 によれば、これらの楽曲の中には、生命保険会社のコマーシャルソングとして利用された『まねきねこダックの歌』が含まれていることが認められ、当該楽曲は、平成 21 年 11 月第 3 週のオリコンチャートの 24 位にランクインしていることからすると、放送でも相応の利用があったものと推認される」とするが、逆を言えばオリコンチャート 24 位の楽曲が受託し得た最高位なのであり、管理曲の総数が増加していても利用許諾総数の増加が見込めるかは疑問がある。
- (45) 現場サイドで費用負担する可能性について、安藤・前掲註(1) 208 頁。

- (46)川濱昇「著作権等管理事業者による包括料金契約が排除行為に該当するとされた事例」ジュリスト 1379 号 94-95 頁 (2009 年)。
- (47)川濱・前掲註(46) 95 頁。
- (48)川濱・前掲註(46) 95 頁。
- (49)安藤・前掲註(1)180 頁等。
- (50)安藤・前掲註(1)184 頁は、「ほとんどの新規著作権管理事業者は演奏権を管理対象としていないので、音楽出版社が JASRAC 以外の管理事業者に楽曲の管理を委託したとしても、少なくとも演奏権については JASRAC に管理委託する必要がある。そして、多くの音楽出版社が新しい管理事業者への管理委託に伴う事務作業量と経費の増加を嫌うため、従前通り JASRAC に全支分権を委託するケースが大半を占め

ている」と指摘する。

- (51)安藤・前掲註(1)184 頁。
- (52)このように被審人の競争者が、当該市場において競争者足り得ない状況下においては、管理を委託する著作権者側の競争圧力に期待をせざるを得ないこととなる。しかし、これらの委託者側の競争圧力が被審人との関係において十分機能していたかは、事実経過を見る限り疑問がある。
- (53)この点、植村幸也「JASRAC 私的独占事件の排除措置命令取消審決について」NBL981 号 10 頁 (2012 年) は、マイクロ経済学的な経済合理性から説明をする。

(原稿受領 2013. 2. 26)

## パンフレット「弁理士Info」のご案内

### 内容

知的財産権制度と弁理士の業務について、イラストや図を使ってわかりやすく解説しています。  
一般向き。A4判30頁。

### 価格

一般の方は原則として無料です。  
(送料は当会で負担します。)

### 問い合わせ/申込先

広報・支援・評価室  
e-mail: panf@jpaa.or.jp  
〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2  
電話: 03(3519)2361(直)  
FAX: 03(3519)2706

