

音楽著作権管理事業における競争的管理政策序説

北海道大学法学研究科 姜 連 甲

- 第1章 本稿の問題意識と目的
 - 第2章 音楽著作権管理事業の特性
 - 第3章 独占禁止法的視点からのアプローチ検討
- まとめ

第1章 本稿の問題意識と目的

音楽著作権の管理は非常に特殊な事業分野であるだけに、如何なる管理方式を用いるかについて世界各国では様相が異なっており、一概に先進的とされるような管理方式が存在しているわけではない。例えば、依然として音楽著作権管理を公的独占事業としている国々が存在する一方で（例えば、中国やイタリア：2014年時点）、競争に委ねている国々もある（例えば、アメリカやブラジル：2014年時点）。このように、如何なる管理方式を用いるかはその国々の国情や歴史に深く関わっているため、一律に良し悪しを決められる問題ではなく、自国に適した政策決定の問題であると考えられる。

日本音楽産業の市場規模は世界第1位で（2013年の統計）、アメリカとともに、世界の音楽市場を牽引している¹⁾。これほど巨大な日本音楽コンテンツのビジネ

1) 2013年4月8日に国際レコード産業連盟が発表した2012年の音楽市場の世界統計によると日本は米国を抜き世界一の市場規模になった。CDなど音楽ソフトパッケージや配信サービスなどの売上高の合計は約43億ドル（約4250億円）。

また、両国のシェアを合わせると過半の世界市場を占めることになる。大川正

ス基盤を支えている著作権管理事業と言え、1939年の「著作権に関する仲介業務に関する法律」の施行がそもそもの始まりである。同法の参入規制により音楽著作権管理市場では当初、日本音楽著作権協会（以下、「JASRAC」）という管理団体しか存在しなかった。このような公的保護による独占状態（実質上の公的独占）は2001年の「著作権等管理事業法」の施行まで続いていた²⁾。この新法の施行により、音楽著作権管理事業分野は制度上においては、公的独占から自由競争へと規制緩和されることとなった。政府による規制緩和の理由は、著作権審議会に設置された権利の集中管理小委員会でもまとめられた『権利の集中管理小委員会報告書』（2000年1月：以下、管理委員会『管理報告書』という）で詳しく説明されている。『管理報告書』は法改正（規制緩和）に具体的な指針と方向性を示すという位置づけであり³⁾、実際に著作権等管理事業法の枠組みも『管理報告書』の提言通りに構成されている⁴⁾。規制緩和の指針及び理由について『管理報告書』は次のように述べている（傍点は筆者による）。

（著作者の選択利益の重視について）

「……著作権等の管理団体のあり方について、……権利者の保護と公正な利用の確保という両面に配慮しつつ、いかなる制度が適切であるのかについて検討することが必要となっている⁵⁾」。

「多数の著作者から委託を受け著作権管理を行う団体の場合にあっては、……当該団体の活動は著作者の利益に大きな影響を与えることとなる。また、

義『最新音楽業界の動向とカラクリがよ〜わかる本（第3版）』32-35頁（株式会社秀和システム、2013）。

- 2) 歴史的経緯を含む詳細に関しては、紋谷暢男『JASRAC概論－音楽著作権の法と管理』（日本評論社、2009）第1章で詳しく紹介されている。
- 3) 「本報告書は、今後文化庁が仲介業務法の改正を行うにあたっての制度上の指針を示すことを目的としてまとめられたものである。」（管理委員会『管理報告書』「はじめに」の部分）。「本小委員会は……基本的な方向を示し、この方向に沿って現行仲介業務法の全面的な見直しが早急に進められるべきであることを提言する。」（管理委員会『管理報告書』「おわりに」の部分）。
- 4) 著作権等管理事業法の国会提出理由及び著作権等管理事業法の第1条を参照。
- 5) 著作権審議会権利の集中管理小委員会『権利の集中管理小委員会報告書』「はじめに」の部分。

利用者にとっても当該団体は優越的な地位を有していることが多いので、その権利行使のあり方は利用者の利益や適切な利用秩序の形成に大きな影響を与えることとなる」⁶⁾。

「著作権管理は著作者の利益の実現のために存在するのであり、著作権管理団体が管理を行う場合にあってはまず著作者の意思を尊重すべきである。……著作者が自らの意思によって適切な著作権管理の方法や著作権管理団体を選択する自由を尊重すべきである。著作者の意思を尊重した著作権管理事業であるためには、著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択できる必要がある⁷⁾」。

(競争的料金設定の重視について)

「著作物の利用許諾に関する著作権管理団体と利用者との関係については、一般の商品のそれとは異なり、[ア] ……一般的に著作権管理団体の立場は利用者より優位になりやすいこと、[イ] 著作物は嗜好性が強く代替性が低く、しかも一任型の権利委託の場合には事実上同一の著作物の著作権(支分権)を複数の管理団体が管理することはないので、アの状況はさらに強まること……、[ウ] 使用料には原価という概念が成り立たず、一般の商品のように原価に適正利潤を上乗せするなどのように客観的な使用料決定基準がないので、著作権管理団体の恣意的な使用料設定がおこるおそれがあること、などの特徴を有している。」「認可制が廃止されることに伴い、届出制のもとで複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整えとともに、著作権管理団体と利用者団体との協議により使用料の設定を可能にする制度を法律上可能にすることが、使用料の高騰から利用者を保護し適正な使用料を設定する仕組みを整えるために不可欠である⁸⁾」。

上記から理解できるように、音楽著作権管理事業における制度改革(規制緩

6) 同前「第1章の3 著作権管理事業に関する法的基盤整備の必要性」の部分。

7) 同前「第1章の4 著作権管理事業に関する法的基盤整備の基本的考え方」の部分。

8) 同前「第4章の1 使用料の設定」の部分。

和)の目的は簡潔に言うと、従来のJASRACの独占を前提とする管理方式(以下、「独占的管理方式」という)から、「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」方式への転換である(以下、これを「競争的管理方式」といい、そのような方式を実現する政策を「競争的管理政策」という)。このように、独占的管理方式よりも、競争的管理方式のほうが日本の管理事業にとって最良と考えられる選択肢であるという見解が明確に示されている⁹⁾。

ところが、独占的管理方式から競争的管理方式へという政策方針の転換にもかかわらず、著作権等管理事業法の施行から十数年を経過した現在(2014年時点)もJASRACの独占状態¹⁰⁾が続いている。規制緩和の当初は、改革の波に乗ろうとして複数の新規事業者が参入を試みたが、その大半は既に撤退を余儀なくされた。それ以降は新たな参入事業者が現れていない。このような現状をもたらした原因はどこにあるか、そして競争的管理政策の実現のためにどう対処すべきかの検討が本稿の問題意識と目的である。

後述するように、JASRACの独占状態が維持・強化されている根本的な原因は高いネットワーク効果とロックイン効果をもつ音楽著作権管理事業という両面市場の属性によるものと考えられる。したがって、対処法としてもそのよ

9) 独占的管理による効率性と競争的管理による効率性の両者を比較してどちらがより効率性の高い管理方式なのかの結論を数値で精確に表すことは非常に困難と思われる、また如何なる管理方式を選ぶべきかについて効率性のみに関わる問題ではなく、『管理報告書』にも記されているように著作者等による選択利益の尊重といった側面も考慮しなければならない。そのため、唯一というような結論が存在しているわけではないことは既述のとおりであり、政府が掲げている競争的管理政策の妥当性についても見解が分かれているところである。しかし、管理政策の選択はむしろ政策論という次元の課題と言えよう。そこで、法学論文である本稿は上述の競争的管理政策という方向性を前提に独占禁止法の観点から、政策実現のためのアプローチについて検討を展開することとする。

10) 本稿で用いている「独占状態」及び「独占の状態」という表現は第2条第7項の「独占的状态」と区分するための用語であり、独占が続いている客観的状态を指している。

うな特殊な独占状態にも十分に対応できるようなアプローチが必要である。

最初に考えられるのは主務官庁である文化庁の役割強化である。しかし、「Capture Theory」理論が指摘するように、規制側であったはずの主務官庁が逆に被規制側である事業者の「虜」となってしまうような傾向が確認されているため、文化庁においてはJASRACの独占状態にメスを入れ積極的に競争環境を整備しようとするインセンティブが不足しているように思われる（したがって、主務官庁の役割というアプローチを検討するなら、有効な方策を執らせるほどのインセンティブを如何に文化庁側に与えることができるかが重要である）。また、法的視点から最初に考えられるのは介業務法に取って代わった著作権等管理事業法の運用強化である。しかし、同法はあくまでも競争（言換えると新規参入）の出現に主眼を置いた法律であるため、必ずしも参入後における既存事業者との競争を前提に競争プロセスの育成に十分に配慮した法律とは言えない。例えば、電気通信事業法では、新規参入事業者でも既存事業者と公平に競争できるように非対称規制が設けられている。電気通信事業法のような制度設計をモデルに、音楽著作権管理事業においても起きうる競争上の問題を予め想定し非対称規制をJASRACに課していたならば（例えば、包括契約の内容について新規参入事業者から交渉の申入れがあった場合はそれに応じなければならない義務を課す等）、少なくとも現在よりは円滑に新規参入が進められたと思われる。他方で、このような法的制度設計の見直しは、著作権等管理事業法の法改正を前提としており、現状を打開する措置を直ちに講じうる次元の問題ではない。

そこで、本稿は音楽著作権管理事業の特性を明らかにした上で、独占禁止法の視点から（同法の適用が必要でないという立場も含め）競争的管理政策に貢献できそうなアプローチ（独占状態の対処法）を多角的に考察し、最も有効的と考えられる法的措置について検討したい（以下、「独占禁止法的視点」という）。他方で、独占的管理方式を擁護する意見もあるが、本稿は競争的管理政策という指針を前提に、競争的管理方式を推進するという立場から検討を進めることとする。

第2章 音楽著作権管理事業の特性

第1節 二つの効果を持つ両面市場

音楽著作権管理事業分野は、権利者側市場（作詞家、作曲や音楽出版社等）及び使用者側市場（レコード会社や放送局等）並びに両者を繋ぐプラットフォーム（管理事業者）で構成される両面市場である。この両面市場ではネットワークとロックイン効果が共に強く働いており、権利者側も使用者側もプラットフォームに対する依存度が非常に高い¹¹⁾。そのため、独占状態（例えばJASRACの独占）が一旦形成されると自ずと維持・強化されていく現象が確認できる。これこそ規制緩和にもかかわらず、JASRACの独占状態が続いている根本的原因であると考えられる。具体的に言うと次のとおりである。

1. ネットワーク効果

独占市場の形成過程でネットワーク効果（プラスのフィードバック効果）は重要な役割を果たしている¹²⁾。ネットワーク効果が大きいとき、競争を行うと一つの製品だけが生き残り、独占になりやすいWinner-takes-all現象が確認できる¹³⁾。シェアが大きいというだけでユーザーの効用が増加し、更なるユーザーを獲得して、ますますシェアを高める¹⁴⁾。JASRACが保有して

11) 両面市場では間接的ネットワーク効果の存在やプラットフォームを営む主体が各サイドの利用者に対して市場支配力を保有している特徴を有するとされている。川濱昇ほか『モバイル産業論：その発展と競争の管政策』111-113頁（東京大学出版会、2010）。

12) カール・シャピロ＝ハル R. バリアン共著（千本倅生監訳＝宮本喜一訳）『「ネットワーク経済」の法則』309頁、314頁（IDGジャパン、1999）（以下、シャピロ＝バリアン（千本＝宮本訳）『ネットワーク経済』という）。

13) Winner-takes-allとは市場で勝利する事業者が1社となる現象である。ただし、文字どおりのtakes-allではなく、ごく小さいながらもシェアを維持する他社も存在している。必ずしも他社が完全に駆逐されないのは商品又は役務の差別化のためと考えられる。新宅純二郎ほか『ゲーム産業の経済分析』45頁（東洋経済新報社、2003）（以下、新宅ほか『ゲーム産業分析』という）。

14) 同前41頁。

いる管理楽曲の使用者が多ければ多いほど、自己の楽曲も使用される確率が高いため、印税収入を増やそうとする権利者側は楽曲をJASRACに委託管理するインセンティブが非常に高くなり、その結果、JASRACの管理楽曲はますます増えていく。また、使用者側にとっても、JASRACとさえ契約すれば国内外のほぼすべての楽曲を使用できるようになり効率的かつ便利のため、JASRACとの契約を優先させるインセンティブは非常に高くなる。このように、JASRACをプラットフォームとする両面市場では、権利者側（管理楽曲）の増加が使用者側の規模拡大に繋がり、また使用者側の規模拡大が権利者側（管理楽曲）の増加も促すというJASRACの独占状態を強める間接的ネットワーク効果と呼ばれる相乗効果が存在している¹⁵⁾。

2. ロックイン効果

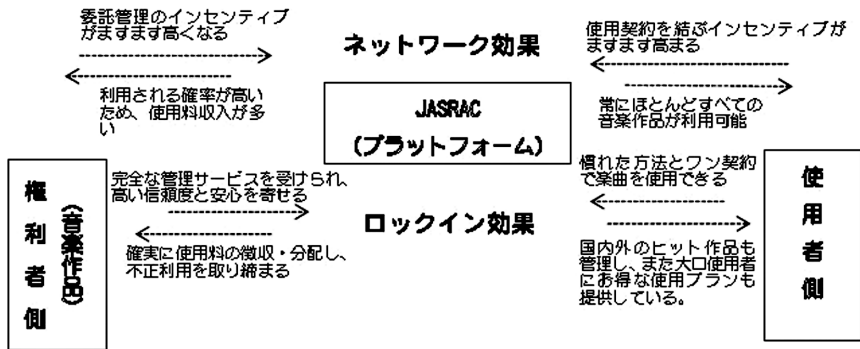
他方で、ロックイン効果はJASRACの独占状態をより強固なものにしている¹⁶⁾。ロックイン効果とは顧客がある商品又は役務を利用すると、他への乗り換えが困難となり、当該商品又は役務に対する継続的利用関係が維持されやすくなる効果である。ロックイン効果の本質は今日の投資が将来の選択肢を規定してしまうということである。ネットワーク経済では、最初に市場に参入するだけで差別化とコスト両方の優位性を手にすることができ、更にロックイン効

15) 両サイドの連動している正のフィードバック現象はJASRACというプラットフォームの存在を介して自然に発生し、両サイド間の直接交渉によって行われるものではない（この点は1万6千も超える権利者たちと無数の使用者たちがお互いに呼びかけ合い、またそれぞれのグループ内で調整を行い、こぞってJASRACを利用することの困難を想像してみれば容易に理解できることである）。視点を変えると、権利者たちと使用者たちが互いに呼びかけ合い、JASRACの利用をやめてこぞってほかのプラットフォームに切り替えることも考えられにくいのである。

16) ロックイン効果に関連する文献として例えば、秋吉浩志『「ネットワーク外部性」が存在する市場の特徴について－スイッチングコストとロックイン効果の基礎的考察－』九州情報大学研究論集12巻7頁（2010）、依田高典「ブロードバンド・サービスの需要分析と情報通信政策」社会科学研究所紀要60巻3・4号41頁（2009）、柳川隆＝川濱昇編『競争の戦略と政策』275頁（有斐閣、2006）参照。

果をうまく利用できれば、その優位性が長期間に保持できるとされている¹⁷⁾。即ち、ロックイン効果の働きにより一旦Winnerになると、他の事業者がその状態を崩すことは難しくなってしまう¹⁸⁾(例えばPCのOS)。このように、権利者側にとって、①JASRACから離れると委託作品を使用されなくなる懸念や、②国内や国外で完全な管理サービスを受けられない事態に直面する(また、取引条件を拘束する効果を有する契約条件を強いられている¹⁹⁾)。他方で使用者側にとってもJASRACを離れると使用上の効率性や利便性を失うおそれがある。

このような「懸念」や「おそれ」はいずれもスイッチングコストとなり、JASRACから離れて小規模の管理事業者へ乗り換えるインセンティブが打ち消されるので、権利者側も使用者側もJASRACに対する依存度が非常に高くなる。なお、JASRAC賞の主催や全国各地におけるイベントの定期開催等も



17) シャピロ=バリアン (千本=宮本訳)『ネットワーク経済』238-239頁, 261頁, 272頁。

18) 新宅ほか『ゲーム産業分析』46頁。

19) 例えば、JASRACの『著作権信託契約約款』(2013年7月11日届出)第3条第1項。同条項によりJASRACと信託契約を交わすためには、音楽作家は今まで創作した作品の著作権だけでなく、「将来取得する全ての著作権」もすべてJASRACに移転しなければならないこととなっている。しかし、本来は音楽作家の立場に立てば、現在においてまだ創作しておらず、将来に創作していく音楽作品の管理をJASRACに信託するか、それとも他の新規管理事業者へ委託するかを選択する権利が保障されるべきと思われる。

JASRACが日本音楽管理業界のシンボリック的存在、支配人であるという認識を社会全体に浸透させている。

第2節 ロックインの自然的解除について

ロックイン効果を更に視点を変えて検討する。上述したようにロックイン効果は独占状態をより強固なものにする。しかし、このことを裏返して言うと、ロックイン効果が解除され易い状態にあれば、独占状態も長く持続しないということとなる（ゲーム産業はその典型例である²⁰⁾）。仮に音楽管理事業もゲーム産業のような性質を持っていれば、短い周期でJASRACというプラットフォームが新規のプラットフォームに取って代わられるため、ただ市場の自然回復を待つだけで十分という結論に繋がるであろう。しかし、実情としては規制緩和から十数年経つにもかかわらず、JASRACの独占状態に少しの変化も見られないことから、JASRACというプラットフォームのロックイン効果が非常に強固（簡単には解除できない）であることが分かる。その理由は次のとおりである。

1. 同等のプラットフォーム構築が難しい

JASRACというプラットフォームに取って代わるための前提条件は、JASRACと同等な機能・効用を提供できること、即ち少なくとも「演奏権等」を含むすべての支分権・利用形態を管理できることである。一部の利用形態しか管理できないというような不完全なプラットフォームではJASRACに対抗することは困難である。

2. ソフトパワーは投資だけでは得られがたい

音楽著作権の管理事業にとってハードパワー（事務所や従業員の数等）だけでなく、使用料の確実な徴収・分配にせよ不正利用の察知・防止にせよ、長年

20) 新宅ほか『ゲーム産業分析』44頁、47頁、60-63頁参照。

に亘る管理業務の過程で徐々に培ってきた管理ノウハウ及び他分野との連携体制というソフトパワーが必要なため、投資さえすればJASRACのようなプラットフォームが直ちに構築できるというような単純な話ではない。

3. コンテンツとしての音楽作品は「歌い継がれる」もの

後述するJASRAC事件の発端からも理解できるように、人気アーティストの作品(大塚愛「恋愛写真」という「補完財」でも、JASRACというプラットフォーム(ある財)のロックイン効果を解除できるほどの影響を及ぼせない。その重要な理由として、包括契約という取引形態が関係しているが、コンテンツとしての音楽作品はゲームソフトと異なり、特有の「歌い継がれる」という性質を備えているからである。古い時代に創作された昔の作品でも、新しい人気アーティストがカバーしたり、新たなアレンジを施したりすれば新たな時代の音楽感覚に合致する斬新な作品に生まれ変わるものである。即ち、音楽コンテンツはいつになっても歌い継がれていくという点において、常に新しいストーリーや視覚効果を求められているゲームコンテンツとは根本から異なっている。

また、最近の動向として、オリジナルの楽曲そのもの(カバーや編曲はされていない従来のオリジナル作品)を純粹に音質・音響をグレードアップさせ、より迫真的で臨場感を与えられたものを、もう一度楽しむトレンドが芽生え始めている。所謂「ハイレゾリューションオーディオ」の誕生である。

このように通常、新たな技術はロックイン効果を解除するための鍵と考えられてきたが、しかし、レコード→カセットテープ→CD(MD)→ハイレゾ→?というように、音楽コンテンツの分野においては新たな音源技術や媒体の開発・普及により、同じ楽曲でもその都度新たな価値を付与させることができるため、新たな技術は音楽コンテンツのロックイン効果を高めている一面も見せているとも言えると考えられる。

上述の検討から理解できるように、新規のプラットフォームが新たな作品を獲得したとしても、ほとんどすべての音楽作品を既に管理しているJASRACと

いう既存のプラットフォームのロックイン効果を解除しがたいと思われる。

第3節 包括契約という管理形態

最後に管理形態についても補足しておきたい。効率性が求められる音楽著作権管理事業において、各利用形態（支分権）の特質や大口利用のニーズに応じて管理事業者による包括許諾と包括請求、即ち包括契約という管理形態が一般的に用いられていることは、管理事業の仕組みにおける特徴と言える。例えばライブハウス等での生演奏やカラオケボックス、業務用通信カラオケ、放送、インタラクティブ配信等の利用形態において包括契約に基づく楽曲の包括許諾と使用料の包括請求が従来から一般的に行われている。他方で、包括契約は諸外国の集中管理団体においても用いられていることから、国際的にもスタンダードな管理形態、一種の取引慣行といっても過言ではない。

以上で述べた音楽著作権管理事業の特性を踏まえつつ、次章は競争的管理政策を実現する上で、独占禁止法的視点から如何なるアプローチが考えられるかについて検討する。

第3章 独占禁止法視点からのアプローチ検討

独占禁止法の視点から見た競争的管理政策の課題とは実質的には、JASRACの独占状態を如何に規制し、新規参入による競争を育てるかの課題である。独占禁止法視点からの独占状態に対するアプローチは大きく五つあると考えられる。即ち、①市場の自然治癒機能に期待するというアプローチ、②独占の弊害の発生を抑制する一定の市場条件が重視する（コンテストビリティ理論）というアプローチ、及び③市場支配力の形成・維持・強化に繋がりうるファクターを違法行為として捉える行為規制というアプローチ、④構造的排除措置が認められるEssential Facility法理を新规定として導入するというアプローチ、⑤「純粹構造規制」と呼ばれる独占の状態それ自体を対象に構造的競争回復措置を命じる独占的状态の規制というアプローチである。そこで、上記のア

アプローチをそれぞれ検討する。

第1節 市場の自然治癒機能

独占状態を放っておいても自ずと競争が生まれる可能性があれば、敢えて独占状態それ自体に独占禁止法の適用を勘案する必要がないことから、現在の音楽著作権管理事業で市場の自然治癒機能が正常に働きうるかの検討は（当然のように明白な競争制限行為もないという仮定）、ほかのアプローチを論ずる前提と考えられる。

市場の自然治癒機能の重視とは、市場が自己修復のメカニズムを備えており、特に国際競争も盛んになっている今日において国内市場における独占状態を放任しても五年か十年も経てばいずれ新たなイノベーションや新規参入が起き、一社支配の状態が崩れるので、独占状態が生まれたとしても積極的に何らかの措置を加える必要がないという考え方である。実際にもゲーム産業等のコンテンツ産業では独占（に近い）状態が繰り返して発生していたものの、いずれも長く持続しなかった現象が確認されているためこのアプローチには一定の説得力がある²¹⁾。

しかし、前章で検討したように、音楽コンテンツはゲームコンテンツ等とは異なっており、「歌い継がれる」という性質を持っている。また、音楽コンテンツを管理する音楽著作権管理事業は、ネットワーク効果とロックイン効果の双方が強く働いている両面市場という特性を有している。更に地理的条件等により日本の音楽著作権管理事業（特に「演奏権等」の管理）が国際競争に曝されるような状況は想定しがたい。そのため、音楽著作権管理事業におけるJASRACというプラットフォームの独占状態が市場の自然治癒機能に任せるだけでは解除されるとは考えられにくい。第1章で述べたように、規制緩和から十数年経ってもJASRACの独占状態がほとんど変わっていないという事実

21) ゲーム産業におけるシェアの推移やその理由について、新宅ほか『ゲーム産業分析』第2章参照。

が市場の自然治癒機能というアプローチの限界性を物語っている。

したがって、音楽著作権管理事業の競争的管理政策を実現するためには、何らかの規制措置を積極的に加える必要があると考えられる。しかし他方では、ある市場が独占状態にあるとしても、一定の条件を備えていれば独占の弊害が発生しないのでそのような独占状態を敢えて規制する必要はないとする独占擁護論が存在している。即ち、コンテストバリティ理論である。

第2節 コンテストバリティ理論

1. 同理論の基本

コンテストバリティ理論とは、一つの財・サービスの市場が単一の事業者によって独占されていても、市場がコンテストブルであれば、潜在的新規参入が可能となり、効率的資源配分が達成されうることを唱えている理論である²²⁾。

コンテストブル市場の成立要件として、①この産業で提供されるサービスが同質的であり、消費者は（潜在的な参入事業者を含めて）どの事業者のサービスをも無差別と考える、②この産業の技術がそのノウハウを含めて周知であり、（潜在的参入事業者を含めて）すべての事業者が同じ費用条件で生産できる、③事業者間の競争が価格を通じて行われ、生産量や設備の量の競争ではない、④参入と退出が自由であり、しかも参入と退出に費用がかからない²³⁾、⑤既存事業者が（新規参入に直面したときに）価格を変更するには一定の時間が必要である、という五つの条件が同時に成立していなければならないとされている²⁴⁾（他方で、同理論が唱えられた当初から数十年間の実証研究において、問題点も浮き彫りにされている²⁵⁾）。

22) 増田辰良「航空法の改正と競争的管理政策」北海学園大学法学研究40巻3号632頁（2004）。

23) 野方宏「コンテストバリティ理論について－その批判的検討－1－」『神戸外大論叢』（1987）38巻4号36頁。

24) 奥野正寛ほか編『交通政策の経済学』105-106頁（日本経済新聞社、1991）（以下、奥野ほか『交通政策の経済学』という）。

25) コンテストブル市場の代表モデルとされてきた航空産業でさえ、コンテストブル市場に必要とされる要件が満たされているとはいいがたいという事実が明らか

2. 同理論の要件該当性に関する検討

①と②の条件について

音楽著作権の管理事業において、価格は重要ではあるが、サービスの品質も非常に重視されているという現実がある。JASRACの料金設定は高くても、信託者にとってJASRACに作品を預ければ利用される機会が多いのでいずれ使用料も多く入ってくることになるし、使用者にとってもJASRACと契約すればほとんどすべての作品を一度に利用できる便益を得られる。

また、JASRACだけが全国規模の管理ネットワークを保有し、すべての権利・利用形態を完璧に管理できる。演奏権よりは管理しやすいとされている録音権の管理であっても、無断複製CDのオークション販売、カラオケ教室担当者の無断複製物の販売、違法複製楽曲を搭載したカラオケ機器の販売、レコード販売店の違法複製、携帯電話代理店の無断複製サービス等信託者の権利を侵害する行為が行われると、JASRACは全国どこでもいち早く察知し取り締まることができ、損害が発生した場合には信託者の代わりに損害賠償請求訴訟まで起こしてくれるのであるので、信託者と利用者は非常に高い安心感と信頼感を得られる。

参入事業者は合法利用の使用料を徴収できるとしても、JASRACのように委託作品を違法行為から守り切れないのであれば、参入事業者とJASRACの管理サービスの品質が同質で無差別とは言いがたいことは明らかであろう。即ち、前記要件の①と②は既に該当しないことになる。

③の要件について

利用者による管理サービスの品質重視は現在の音著作権管理競争における重要な特徴ではあるが、それでも管理事業者間の競争は価格競争の範疇を完全に

になっている。長岡貞男＝平尾由紀子『産業組織の経済学（第2版）』125頁（日本評論社、2013）。今川拓郎「コンテスト市場の虚像」（日本経済新聞『IT+PLUS』電子版ネット時評2002年11月27日）。奥野教授と小野教授が指摘しているように、「いうまでもなく、コンテストビリティの考え方は現実の多くの産業には当てはまらない。したがって、この理論から得られる政策的結論は注意深く解釈する必要がある」（奥野ほか『交通政策の経済学』114頁）。

超えているとまでは言えないので、この要件については該当することとする。

④の要件について

音楽著作権管理事業は航空事業や通信事業等と比べて、大規模な物理的設備の投資をさほど必要としないと思われるが、それでもサンクコストが多かれ少なかれ発生してしまうことに変わりはない。

航空産業の実証で見られたように、今まで形成されてきた利用者による既存の有力事業者に対する信頼と選好も参入障壁であり²⁶⁾、新規事業者が利用者の選好等を打ち破るのに、時間と資金をかけた広告等が必要と思われ、この費用もサンクコストになる²⁷⁾。

音楽著作権事業分野ではJASRACの突出した管理事業能力と高い信頼度は上述のとおりである。また、JASRACが日本音楽管理業界のシンボリック的存在という認識が既に社会全体に浸透していることも忘れてはならない（例えば、JASRAC賞の主催や全国各地におけるイベント開催等）。このように参入事業者が顧客を獲得するには、宣伝広告だけでも多大の費用が必要と思われ、結局サンクコストが発生してしまうことになる。要件④は成立しにくいであろう。

要件⑤について

価格設定について既に管理手数料も使用料も届出制となっているので、JASRACが値下げ反撃を行うなら、直ちに実施できる状態である。このように、要件⑤も成立せず、音楽著作権管理事業分野はコンテスト市場ではないので、コンテストビリティ理論の所謂「hit-and-run policy」は通用しないと思われる。

上述から理解できるように、音楽著作権管理事業はコンテストビリティ理論

26) 広瀬弘毅「コンテストビリティ理論とは何だったのか」経済セミナー494号45頁(1996)。

27) 野本了三「コンテスト市場仮説の検定」広島大学経済論叢11巻4号133頁参照(1988)。依田高典「ネットワーク・エコノミクス(3)コンテストビリティ理論と規制緩和(後)」経済セミナー533号101頁(1999)。

の要件を充たしているとは言いがたい。このように、同事業分野の自然治癒機能も弊害解消機能も（即ち市場がコンテストブルであること）期待しがたいという前提があってはじめて独占状態に対し、独占禁止法による直接的規制を検討する意義が生まれる。

第3節 行為規制

独占禁止法は行為規制を中心に運用されてきたため、違法行為に対する探知、認定や排除措置の実務経験及び学説理論等が多く蓄積されている。また、構造規制と比較するに、行為規制の排除措置命令が違法行為に対して行われるものであり排除措置の及ぼす範囲が当該違法行為による競争制限状態の範囲に絞られているため、市場構造自体を変える企業分割よりは副作用が限定的とされている。このような理由から、JASRACの独占状態に積極的に規制を行う場合は、最初に行為規制というアプローチから検討を行うべきと思われる。

独占状態の維持・強化に繋がる何らかのファクターを違法行為として捉えるに際し、JASRACのシェア、市場支配力及び新規参入の状況を勘案すると、（不公正な取引方法にも関わっているものの）主として排除型私的独占の適用に関する議論となるため、本稿は排除型私的独占の議論に絞って検討することとする。現在、JASRACの包括契約を巡る排除型私的独占事件が最高裁に係属しており、原審決と高裁判決のどちらが支持されるかが注目されている。そこで、本稿は同事件を素材に排除行為+対市場効果+排除措置命令という行為規制の基本プロセスに沿って同アプローチの検討を行うこととする。

1. 本件の経緯と争点

(1) 本件の経緯

JASRACが放送事業者間との間で締結している包括契約に対し、公正取引委員会は平成21年2月27日に排除型私的独占に該当するとして、包括契約という「行為を取りやめなければならない」等とする排除措置命令を行った（審決集55巻712頁）。これに対し、同社は同命令の取消を求める審判請求を行い、同委

員会は平成24年6月22日、包括契約が私的独占の排除行為に該当しないとして同命令を取消す審決を行った（審決集59巻第1分冊59頁）。これに対し、競争者のe-Licenseが当該審決の取消を求める審決取消訴訟を提起した。東京高裁が、重要な事実に関する審決の認定が「実質的証拠に基づくものとはいえない」として審決取消の判決（東京高判平成25・11・1（平成24年（行ケ）第8号））を言い渡したのがこれまでの経緯であった。現在（2014年時点）、公正取引委員会は最高裁に上告している。

立件時から、本件における違法行為は包括契約自体とされており、e-Licenseからの放送料等使用料の減額要請をJASRACが拒否したことが排除行為として構成されていない。

（2）争点の整理

原審決は、排除行為に関して①排除効果と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みて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」、対市場効果に関して③「一定の取引分野における競争の実質的制限」と④「公共の利益に反して」、排除措置命令に関して⑤排除措置命令の必要性・実施可能性、と総合的に争点を整理していた。しかし、原審決が争点①について否定の結論を得て他の争点を検討するまでもなく違反要件を充たさないとしたため結局、原審決と高裁判決で実際に争われていた争点が包括契約による排除効果の有無のみとなり、総合的な考慮というには至らなかったと言える²⁸⁾。

2. 争点の検討

（1）排除行為：排除効果

原審決は排除効果を認定するためには具体例が必要という立場に立ち、JASRAC提出のデータに基づき「恋愛写真」等の楽曲が無料化措置の通知の前

28) 平林英勝「私的独占の排除の効果があるとし、排除措置命令を取り消す審決を取り消した判決－JASRAC事件」ジュリ1466号253頁（2014）（以下、平林「JASRAC事件」という）。

後を問わず放送事業者に広く利用されていたことから、包括契約が新規参入への「消極的要因となることは、否定することができない」としつつも、放送等使用料追加負担の有無・多寡が楽曲選択の要素の一つにすぎない（言い換えると具体的な楽曲の利用状況を、排除効果を判断するための決め手）と認定した²⁹⁾（他方で、具体的排除効果を求めたという原審決の読み方に対して反論意見もある）。これに対して高裁判決は「あながち不合理な認定であるとはいえない」としながらも、各放送事業者が無料化措置を認識した時期を特定できない等を理由に「恋愛写真」等の利用状況を判断の前提事実とせず³⁰⁾、特定楽曲しか使用できない番組のケースが僅かであり、具体例よりむしろ複数の楽曲の間に代替性ある場合がほとんどであるため、包括契約の存在により番組担当者が複数の使用可能楽曲の中から費用負担の小さい楽曲を選択するようになっている傾向からも、その排除効果を認定できるとした³¹⁾。このような高裁の認定は基本的に最高裁によるNTT東日本FTTH事件の判示と一致すると考えられている³²⁾。即ち、包括契約自体と追加負担を回避しようとする放送事業者の「経済合理性に適った自然な行動」のみから排除効果を認定しており、個別の排除効果の発生（行為と排除との関係）について極めて緩やかに、念のた

29) しかし、従来、公正取引委員会は排除型私的独占の排除行為に該当するためには「実際に」他事業者の事業を困難にし、他事業者の参入を「具体的に」排除することが必要であるという解釈・執行を示したことはないとされている（「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」においても同様）。根岸哲「続・判例研究（No.14）音楽著作権管理事業と排除型私的独占[公正取引委員会平成24.6.12審決]」知財管理63巻747号384頁（2013）（以下、根岸「音楽管理と私的独占」という）。

30) 東京高裁平成25.11.1判決（平成24年（行ケ）第8号）判時2206号62-63頁。平林「JASRAC事件」253頁。

31) 東京高裁平成25.11.1判決（平成24年（行ケ）第8号）判時2206号68-69頁。古城誠「判例詳解（Number 05）JASRAC排除型私的独占事件第1審判決[東京高裁平成25.11.1判決]」論究ジュリスト9号92-93頁（2014）。

32) 同件において最高裁は、「参入を著しく困難にする」競争排除効果とは、競争者の事業活動を困難にする一般的効果が示されれば足り、具体的に参入がなされたとしても認定される（具体的な参入阻止の事実が必ずしも要求されない）という考え方を示した。

めのチェック又は補強という意図で認定を行ったとされている³³⁾³⁴⁾。

しかし他方で、高裁判決のような緩やかな認定に対して批判意見もある。例えば、高裁で認定された排除効果が「包括許諾・包括徴収というサービスが自ずともたらす効果であって排除型私的独占行為の『排除』として規制されるものと性格を異にするもの³⁵⁾」というような指摘や、15の放送事業者のうち8社について利用回数を示す客観的なデータが存在しなくても社内文書の記載内容等から利用回避の事実を認定するとどまらず、更に5社については「回避されたとまではいえないものの」回避しようという社内での働きかけがあったので「利用回避は認められる」という、相当無理な認定をしている（原審決では回避が認められたのは1社だけであった³⁶⁾）というような指摘があった³⁷⁾。

このように、審決と高裁判決の排除効果に関する結論が逆となったのは結局「事実認定の違いに帰する」ように思われ³⁸⁾、純粋に「私的独占における競争

33) 植村幸也「独禁法事例速報 音楽著作権使用料の包括徴収の排除効果が認められた事例 [東京高判平成25.11.1]」ジュリ1463号5頁 (2014) (以下、植村「包括徴収の排除効果」という)。

言い換えると排除効果の判断方式について、新規参入の困難がある行為によるものであれば当該行為の排除効果を認定するための極めて有力な証拠にはなるが「そのような事実がなければ排除効果が認められないわけではない」というふうに理解されている。川濱「JASRAC事件取消訴訟」67頁。

34) 他方で、NTT東日本FTTH事件において参入排除の蓋然性と人為性が明白であったため、排除効果は認定された。それに比べると、本件において参入排除の蓋然性はあるにしても、後述するように「人為性」が果たして明白と言えるか疑問が残る。

35) 田中寿「東京高裁のJASRAC審決取消判決について：判決批判と競争法からみた今後の音楽著作権管理の方向 (上) [東京高裁平成25.11.1判決]」国際商事法務42巻619号9頁 (2014) (以下、田中「JASRAC審決取消判決批判」(上)という)。

36) 田中「JASRAC審決取消判決批判」(上) 9頁、植村「包括徴収の排除効果」5頁。

37) 批判的指摘はさておき、新規参入事業者に対する排除効果が認められやすい傾向にある独占事業者の排除行為、特に本件の包括契約それ自体に関して一般論的観点からしては多かれ少なかれ競争者を排除する効果を有すると思われるケース (根岸「音楽管理と私的独占」384頁) に関する審理にもかかわらず、排除効果の有無という一本槍の認定方法が公正取引委員会の「作戦ミス」と言わざるをえない。

38) 白石忠志「JASRAC審決取消訴訟東京高裁判決の検討 [平成25.11.1]」NBL1015号22頁 (2013) (以下、白石「JASRAC高裁判決」という)。

効果分析の難しさに起因する」という側面も大きかったと思われる。特に本件の場合においては取引慣行を如何に捉えるかの評価が非常に重要であり、そのことが違法性の判断を一層難しくさせる要因となった³⁹⁾。

(2) 排除行為：人為性

(i) 理論的整理

競争の過程は競争者排除の過程でもあるため、競争法である独占禁止法はすべての排除行為を禁止しているわけではない。それ故に、排除効果だけで違法な排除的行為を識別することはできず、排除効果とは別に「人為性」の判断を加味することが必要とされている⁴⁰⁾。NTT東日本FTTH事件において最高裁は「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」と判示している（最二判平成22・12・17（平成21年（行ヒ）第348号）民集64巻8号2067頁）。

他方で、「人為性」という概念の学説積義を年代順に追って、例えば「非難に値する場合で事業者を市場から抹殺しようとする故意の行為（競争制限的排除意思）の存在が必要である」⁴¹⁾、「非難に値する手段を用いた場合にのみ違法性を帯びる」⁴²⁾、「人為的な反競争行為のみが排除行為」⁴³⁾、「何らかの人為性の

高裁判決は審判で取り調べられたのと全く同じ証拠に基づき事実認定の大部分において誤りがあることを指摘し、「実質的証拠に基づくものとはいえない」という断定的な表現で放送等使用料の追加負担が楽曲選択を直接に左右するほどの要因であるとして審決とは逆に包括契約による排除効果を認定した。白石「JASRAC高裁判決」24頁。上杉秋則「JASRAC事件審決取消訴訟[東京高裁平成25.11.1判決]」NBL1017号39頁（2014）（以下、上杉「JASRAC事件取消訴訟」という）。

39) 川瀆昇「判例クローズアップ JASRAC事件審決取消訴訟判決について [東京高裁平成25.11.1判決]」法学教室402号64頁（2014）（以下、川瀆「JASRAC事件取消訴訟」という）。

40) 長澤哲也「単独かつ一方的な取引拒絶における競争手段不当性」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』463頁（商事法務、2013）（以下、長澤「競争手段不当性」という）。

41) 経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ—独占—』27頁〔丹宗昭信〕（商事法務研究会、1976）。

42) 今村成和『独占禁止法（新版）』72頁（有斐閣、1978）（以下、今村『独占禁止法（新版）』という）。

43) 今村成和ほか編『注解 経済法（上巻）』50頁〔根岸哲〕（青林書院、昭1985）（以

認められる具体的行為⁴⁴⁾、「排除には何らかの人為性ないし操作性が必要⁴⁵⁾」等がある。

このように「人為性」とは「一見正常な競争活動にみえる行為のうち、排除とすべきものを識別するための要素」とされており⁴⁶⁾、その含意が様々な表現をもって積義されてきた。ただ、上記の学説から理解できるように「人為性」に対する表現には変遷があろうが、仮に「非難に値する場合で事業者を市場から抹殺しようとする故意の」排除的意図が明白であれば、それが人為性の有無（正常な競争活動か排除行為か）を識別するための最も分かりやすい判断要素の一つとして考えられる（言い換えると、正常な競争の観点から逸脱した排除的意図が「人為性」の範疇に属する概念と言える⁴⁷⁾）。このことは今まで多くの排除型私的独占事件の内容から明らかである⁴⁸⁾。

下、今村ほか編『注解（上）』という）。

44) 実方謙二『独占禁止法（第4版）』64頁（有斐閣，1998）。

45) 松下満雄『経済法概説（第4版）』75頁（東京大学出版会，2006）。

46) 根岸哲編『注釈独占禁止法』39頁〔川濱昇〕（有斐閣，2009）（以下、根岸編『注釈』という）。

47) 勿論、競争者を排除する意図の有無が必ずしも排除型私的独占の成立要件でもなければ、「人為性」の含意そのものでもないことは有力説の説示とおりである。

48) 例えば東洋製罐事件（昭和47年9月18日審決、審決集19巻87頁）においては缶詰製造業者の中にコスト引下げを図るため自家製缶を企図する者がいるところ、東洋製罐は自社販売数量の減少や自社地位に対する脅威を除くために自社製缶できない食缶の供給停止等を行っていた（ただ、本件における主たる事項は支配行為である）。日本医療食協会事件においては同協会と日清が協会検定料の安定的確保と日清による独占販売体制を確立させるために、医療用食品の登録制度や販売業者認定制度等を悪用していた。パチンコ機特許ブルー事件（平成9年8月6日審決、審決集44巻238頁）においてはパチンコ機製造業者10社及び遊技機特許連盟が競争の激化に対応するために新規参入者にライセンスを行わない等の手段をとっていた。パラマウントベッド事件（平成10年3月31日審決、審決集44巻362頁）においてはパラマウントベッド社が入札競争者を排除するために東京都財務局に働きかけて東京都の入札において自己に有利な仕様を作成させていた。北海道新聞事件（平成12年2月28日審決、審決集46巻144頁）においては北海道新聞社が函館新聞社の夕刊紙発行を排除するために「函館新聞」商品の先回り登録申請やニュース配信の妨害等行っていた。有線ブロードバンド事件（平成16年10月13日勧告審決、審決集51巻518頁）においては有線ブロードネットワークス社及びその代理店が競争者の顧客のみに対して選択的に安い価格を提示したり、（本件審決後の競争者から提起された損害賠償請求訴訟（東京地判平成20年12月10日判タ1288号112頁）に

しかし他方で、排他的意図だけでは多様な排除型行為の「人為性」の識別に対応しきれないとして、より具体的に解釈すべきだとする立場が現れている。その新しい動きとして例えば、NTT東日本FTTH事件における最高裁の「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」という判示に着目し「競争手段としての不当性」という観点からの「人為性」解釈が試みられている⁴⁹⁾。

全体的な特徴として効率性と排除の關係に着目した「人為性」解釈が主流となりつつあるようである。その代表的見解として「効率性によらない排除」⁵⁰⁾を出発点に、「市場支配力を形成・維持・強化する以外に自己の利益とはならない行為」であるかどうか若しくは「他の事業者が事業活動を行う費用を人為的に引き上げる」（ライバル費用の引き上げ戦略である）かどうかという複合的基準が提唱されている⁵¹⁾（他方で効率性による排除を「弊害要件論において正当化理由」とする学説もある⁵²⁾）。

(ii) JASRAC事件における「人為性」

本件においては、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点か

における認定によると) 競争者の従業員3割にも相当する従業員を引抜きその大半を顧客奪取にさせたりしていたことから、正常な競争行為ではなく、専ら競争者を排除するための意図が明らかである。ニプロ事件(平成18年6月5日審決、審決集53巻195頁)においては「被審人が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」ナイガイに対してのみ、日本電気硝子製生地管を公定価格まで引き上げたり取引条件を変更(担保の差し入れ又は現金取引)したりしていた。また、前記NTT東日本FTTH事件においても、同社の排他的意図がより明白なものであった。

49) 具体的に言う、競争手段の外形が正当的と言えるか、若しくは外形が正当に見える場合でも効率性を追求する能率競争に反するかどうかの二段階に分けて「人為性」を判断するとしている。長澤「競争手段不当性」463-464頁。

50) 川濱昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第3巻(民事法)』354頁(有斐閣, 1999)。

51) 根岸編『注釈』40頁〔川濱〕。川濱昇ほか著『ベーシック経済法(第3版)』144-145頁〔川濱昇〕(有斐閣, 2010)。

52) 白石忠志『独占禁止法(第2版)』97-104頁, 296頁(有斐閣, 2009)。

らみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」があるかどうかを判断要素とされた以上、包括契約が（更新を重ねながら）数十年間も続いてきた取引慣行であるだけに、「人為性」があるかどうかを先に判断させるか、又は排除効果と「人為性」を併せて判断させるべきだったと考えられる。なぜなら、たとえ一般的な事業活動（本件において包括契約という取引慣行）でもシェアが99%以上とされる独占事業者によって行われると、新規参入事業者の目には排除されてしまうほどの脅威としか映らない場合が多々あるからである⁵³⁾。

① 排除的意図の視点

「人為性」判断基準を巡る新たな理論展開はさておき、少なくとも原審決における「人為性」判断の争点は（高裁では「人為性」の争点が判断されなかった）、審査官の「管理事業者が管理事業に参入することを認識し、他の管理事業者が参入した場合の対応の必要性について検討」等の主張から推察できるように、JASRACによる排除的意図（「被審人は、本件行為により他の管理事業者が市場から排除されることが独占禁止法上問題となることについて、十分認識していた」か）の有無にあると考えられる。

三十年以上も行われてきた取引慣行であるだけに、その判断が大変難しい。例えば、包括契約がe-Licenseを排除するために場当たりのに交わされ、若しくはJASRACが放送局側に対してe-Licenseの管理作品を使用しないように明確に要請し、これに従わなければ何らかの不利益を与えるというような経緯があれば排除の意図があったと認定できる。しかし、本件の包括契約は厳格に言うなら、専ら管理の効率性と利用の利便性を高めるという趣旨で

53) 人為性如何の認定を後回し、裁判となると最も裁判官自身の境遇や信条に左右されやすいと思われる排除効果の有無の認定をもって、排除型私的独占行為の該当性を否定した原審決は、本件高裁判決の結論からも明らかなように、迂遠な認定方法を採用していたと言わざるをえない。

いずれにせよ、原審決のように①排除効果と②正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を二つの争点に切り分ける論法を立てること自体は可能であるが（川濱「JASRAC事件取消訴訟」67頁）、人為性如何の認定が非常に重要な争点となるにもかかわらず、その判断を行わなかったことから、訴訟戦略の視点からは「必ずしも有効な整理ではない」と思われる（白石「JASRAC高裁判決」22頁）。

1970年代から始まった取引慣行で⁵⁴⁾、新規参入の意図を挟む余地すらなかった。実際に、立件を受けてJASRACの組織内部では激震が走り、従来から認められてきた取引慣行が、ある日突然のように、違法行為に該当するかどうかの俎上に乗せられたという声が上がったという。排除の意図に関して少なくとも、原審決における審査官の主張だけではJASRACの排除的意図（排除の認識）を推認するのに不十分なのではないと思われる⁵⁵⁾。

54) 放送分野における包括徴収方式（プランケット契約）導入の経緯について、JASRACの公表資料で確認できる（<http://www.jasrac.or.jp/release/pdf/12061503.pdf>）。

55) 原審決においてJASRAC側から既に反論と説明された内容は省き、ここでは言及されていなかった点について補足する（ア〜カが原審決の表記順に合わせている）。

(ア) 審査官が「被審人は……平成13年4月18日の段階で……認識し、他の管理事業者が参入した場合の対応の必要性について検討していた」と主張したが、これは似て非なる主張である。時期が著作権等管理事業法の施行される半年前、漠然とした「認識」と新規参入を排除しようとする具体的な意図とは何ら関係性も持たない次元の異なる論点である。他方で「必要性について検討していた」ことは事実だが、事実の全体像ではない。所謂平成13年4月18日の段階における「検討」とは、同年4月4日の理事会承認を受け4月18日、JASRAC本部6階大会議室で開かれた2001年度第1回臨時評議員会における審議のことと思われるが、そこで審議されたのは著作権等管理事業法の施行に伴う著作権信託契約約款改正案と平成14年度以降の管理手数料の届出料率案の2議案であった。届出料率はそもそも包括契約とは直接に関係しないことであり、約款改正についても「最大のポイントはJASRACへ委託する権利等の範囲を選べる制度」の導入であり、包括契約とは全く関係しない議題であった（日本音楽著作権協会『JASRAC NOW S.Q.N.』520号1頁（2001）（以下、『JASRAC NOW』という））。『JASRAC NOW』521号1頁（2001））。強いて放送契約と関係のある内容というなら、加藤衛常任理事からの放送使用料規定改定の報告であった（『JASRAC NOW S.Q.N.』520号3頁（2001））。しかし、それも如何なる項目の放送収入を使用料の算定ベースとするかの改定に関する報告であり、新規参入の排除とは何ら具体的な関係性も持たない事務報告であった。

(イ) 審査官が「報告書（平成15年3月31日公表）の中で……包括契約に関する競争の観点からの課題及び考え方が指摘された」と主張したが、これは同報告書の趣旨をすり替えた主張である。同報告書では包括契約に関する言及があったが、しかしそれは「独占禁止法上問題となる」というよりもむしろ、管理業界において「取引ルールが形成されることが望ましい」という次元で言及されたものである。また、効率性において大きなメリットがあり管理事業の運営という視点から包括契約自体が合理的な側面があるため、同報告書でさえ「技術の発達

により個別の管理が可能となれば、このような問題も生じなくなるのではないか」との可能性を否定してない。また、同報告書の包括契約に関する言及は著作権管理事業全体という視点から述べられたものである。JASRACの場合に限って言っても放送利用の管理分野に特定したのではなく、演奏権等やインタラクティブ配信等全利用形態の管理に関する一般論的な言及である。

- (ウ) 審査官が「平成14年8月以降の会合において……包括使用料の額……独占禁止法上の問題を生じるおそれはないか……検討を行った」と主張したが、これも事実の全体に基づかない偏った主張である。平成14年頃にはそもそも放送管理分野には新規管理事業者が参入していないため、放送管理分野の新規参入に特定した審議自体が行われていなかった。また、包括契約による排除効果と「包括使用料の額」とは必ずしも同次元の問題ではないので、審査官が両者を混同させている。放送に関する包括使用料の改定に関する審議は確かにあったが、それは原審決でも言及されたように「我が国の放送等使用料は先進諸国の水準と比べて低過ぎる」状況を是正するためのものであり、その成果として平成14年12月から増えた放送収入を増加させたことにより、権利者側から徴収する管理手数料実施料率を引き下げ、権利者側への分配を増加させることができた（『JASRAC NOWS.Q.N.』538号1頁（2002）、539号2頁（2002））。審査官の同主張は著作権管理事業分野の両面市場性及び著作権管理団体が一義的に権利者側の立場に立ち権利者側の利益を優先させる組織であることを忘却した偏った主張と言わざるをえない。
- (エ) 審査官が「弁護士から平成15年3月に……包括使用料の定めが私的独占（独占禁止法第3条前段）となるおそれがあること……使用料を減額する必要はないものの、私的独占等にならないかを十分注意……ことが指摘された」と主張した。同主張にあった、平成15年3月に弁護士から提出された意見書もデジタルコンテンツと競争政策に関する研究会の報告書に基づくもので、あくまでも全支分権・利用形態を含む音楽著作権管理の全体視点からの意見にすぎなかった。しかも結局弁護士から「減額する必要はない……十分注意して……」という抽象的なコメントしか得ていなかったため、具体的なレベルの認識には達していなかったと思われる。なぜなら放送以外の管理分野においてもJASRACが包括契約を従前どおりに行っているにもかかわらず、私的独占だと指摘されたことが一度もなかったからである。
- (オカ) 「平成16年4月7日、公正取引委員会は……利用者との関係について包括契約……は競争阻害要因となること……利用者団体との使用料徴収方法の変更に関する交渉に応じない場合には、独占禁止法上問題となるおそれがあることを口頭で指摘し……総務本部企画部から役員会に対して報告がされた。……他の管理事業者が市場から排除されること……十分認識していた。」とも主張した。前記口頭の指摘は包括契約を利用者側に押し付けず、利用者側から交渉があればそれに応じるべきという趣旨としてしか受け止められなかった可能性が高いと考えられる。JASRACにとってせいぜい、既に競争者が現れているインタラクティブ配信等の管理分野で私的独占にならないように用心するぐらいで、まさか新規管理事業者がなかった放送管理の契約形態を止めなさいという趣旨として認識できたとは強引の推測と言わざるをえない。また、「口頭」より書面を

② 競争手段の視点

包括契約は不当な競争手段とも言いがたい。包括契約は後述するように大量の著作物の円滑な利用、管理業務効率の向上や取引費用の節約等のメリットが大きいため、放送利用の管理分野だけでなく、「演奏権等」やインタラクティブ配信等ほぼすべての支分権・利用形態の管理において採られているスタンダードの契約形態である。また、アメリカやドイツ等諸外国においても広く採用・定着している取引慣行とされている⁵⁶⁾。

そのため、包括契約は米国でも欧州各国でも競争法上の問題が生じておらず、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性をもつ行為といえるようなものではない」として、「人為性」を私的独占の「排除」という違法行為の判断要素とするのでは、最初から立件すべきではないというような意見すらある⁵⁷⁾。

もって直接役員会へ明確に伝達しておくべきであったと思われる。

他方で、審査官が「イーライセンスは、平成17年7月……徴収方法に係る協議の開始を申し入れ……民放連が、同年9月頃、被審人に対し、イーライセンスの参入に伴って放送等使用料を減額する意向があるか確認したところ、被審人は、減額する意向がない旨回答した。……漫然と実施し続けた」という。しかし、同主張も偏った主張と言わざるをえない。著作権管理団体が一義的に権利者側の利益を代表し優先させる組織であるため、たとえ0.01%でも大きな額が動く放送利用の管理においてはJASRACとはいえ、自己を信頼して著作権を託してくれている信託者の利益に直結している使用料率を安易に引き下げることができない。即ち、信託者の利益の最大化こそがJASRACの一義的役割であるため、自己の信託者に受けられるはずの利益が失われてしまうような事態を回避させなければならない義務がJASRACに課されている。しかも、回答時期が平成17年9月頃であった。それから1年後の平成18年11月時点におけるe-Licenseの管理楽曲状況でさえ「50曲程度」（原審決の言及）だったということから、JASRACの「減額する意向がない旨回答した」当時におけるe-Licenseの管理状況がいかがなものだったか想像に難しくない。数百万もの楽曲も管理するJASRACが自己の信託者の利益を犠牲にしても、数十曲しか管理しなかったe-Licenseのために使用料を減額させなければならない理由がないことは常識と言っても過言ではない。

56) 比較法研究センター「諸外国の著作権の集中管理と競争的管理政策に関する調査研究報告書」6-8頁、118頁（2012年3月）（以下、比較法センター「外国の著作権の集中管理」という）。

57) 村上政博「独占禁止法の新たな地平（第4回）日本音楽著作権協会事件東京高裁判決（平成25年11月1日）（上）」国際商事法務42巻619号68頁（2014）（以下、村上「音

③ 効率性の視点

前述のように効率性を出発点とする「人為性」の判断は「市場支配力を形成・維持・強化する以外に自己の利益とはならない行為」であるかどうか若しくはライバル費用の引き上げ戦略であるかどうかという複合的基準により行われるとされている。前者については上述のように包括契約による管理事業の効率性やメリットが広く認められており、「自己の利益とはならない」ではないことが明らかである。そのため、争点は実質的にライバル費用の引き上げ戦略と言えるかどうかには絞られているが、大変難しい判断となりそうである。

まずは排除のための「戦略」として認定しうるかという問題に直面する。包括契約は「インタラクティブ配信」や「演奏権等」ほかの支分権・利用形態でも広く用いられているスタンダードな契約形態である。また、包括契約の違法性を訴えた張本人であるe-Licenseでさえ、包括契約という契約形態を用意している。しかも、JASRACとほぼ同様な条件（放送収入の1.5%）で使用料規定を定めている⁵⁸⁾。それにもかかわらず（今までの焦点はJASRACによる包括契約が如何にe-Licenseを排除したという点のみ集中している）、JASRACによる放送管理における包括契約のみをライバル排除の戦略と認定し、ほかを正当な取引慣行と見做して放置するような法的判断は矛盾なき公平な法的判断と言えるかという疑問に答えなければならない。

次に人為的なライバル費用の引き上げとして認定しうるかという問題に直面する。ライバルの費用を引き上げる状況をもたらしたとしても、それはJASRACの意思によるものというよりもむしろ包括契約という契約形態自体に付随する反射的效果によるものという側面が大きい。果たしてそこに人為性の要素を見出せるかが注目される。

本件の包括契約について、「人為性」を判断要素とするのなら最初から立

楽著作権協会事件高裁判決」(上)という)。

58) e-Licenseの『使用料規程』(平成24版)参照。

件すべきではないという見解すらあるように⁵⁹⁾、人為性を認定するのが決して簡単とは思われないことは上記の検討から理解できる。

(3) 対市場効果：「競争の実質的制限」と「公共の利益に反して」

本件では一定の取引分野が「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野」とされていることにおいては争いがないので、「競争の実質的制限」と「公共の利益に反して」に絞って検討することとする。

競争の実質的制限とは「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、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形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態」（東宝スバル事件、昭和26年9月19日高民集4巻14号497頁）とされており、同判示が最高裁によっても支持されている⁶⁰⁾（「市場が有する競争機能を損なうこと……事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される」多摩談合事件、平成24年2月20日民集第66巻2号796頁）。また、経験則上、通常であれば競争の実質的制限の状態が生じているものと推認することが許され、特に市場シェアが高い行為者が排除を行った場合には、このような事実上の推定の合理性はより高いと考えられている⁶¹⁾。

そのため、JASRACからの反論はあっても、同協会の独占状態を勘案すると「既にある程度自由に使用料を左右することによって、市場を支配できる力ない状態を形成している」ため、恐らく争点①排除効果（形式要件）が認められると、（正当化事由の議論除くと）争点③「競争の実質的制限」（実質要件）

59) 村上「音楽著作権協会事件高裁判決」(上) 68頁。

60) 和田健夫「判批」重判平成24年度（ジュリ臨増1453号）241頁（2013）。

61) 白石忠志『独占禁止法（第2版）』74頁（有斐閣，2009）（以下、白石『独禁法』という）。伊永大輔「排除型私的独占の成立要件とその認定手法に関する考察」修道法学36巻71号53頁（2014）。

も成立する確率が高いと思われる⁶²⁾。問題とえば、むしろ争点④「公共の利益に反して」の判断、即ち第2条第5項の「公共の利益に反して」（又は「競争を実質的に制限する」）の要件解釈・分析を通じて、包括契約を正当化する事由が認められうるかどうかである。

既述のように包括契約は大量の著作物の円滑な利用、管理業務効率の向上や取引費用の節約等のメリットが大きいため、アメリカやドイツ等諸外国においても広く採用・定着している取引慣行である⁶³⁾（JASRAC側も詳しく説明しているので紙幅の都合上、原審決の該当部分を参照されたい）。現在（2014年時点）における全曲報告技術がまだすべての放送事業者に導入されておらず、精度も改良を待たれるという現状を勘案すると、本件行為が正当化される余地が十分にあると思われる⁶⁴⁾。

他方で包括契約それ自体が「公共の利益」に反しないとしても、e-Licenseの減額要請に応じなかった包括契約という点を捉えて「公共の利益」に反するという意見もありうる。しかし、著作権管理団体が一義的に権利者側の利益を代表し優先させる組織であるため、たとえ0.01%でも大きな額が動く放送利用の管理においてはJASRACとはいえ、自己を信頼して著作権を託してくれている信託者の利益に直結している使用料率を安易に引き下げることができない。即ち、信託者の利益の最大化こそがJASRACの一義的役割であるため、自己の信託者に受けられるはずの利益が失われてしまうような事態を回避させなければならぬ義務がJASRACに課されている。

事件当時において（裁判所は、原処分の日を基準とした場合の原処分の当否を判断したところの審決の当否を判断する、という意味において、原処分の日を判断基準時とすることになる⁶⁵⁾、放送利用の楽曲「50曲程度」しか管理しな

62) 根岸「音楽管理と私的独占」385頁。

63) 比較法「外国の著作権の集中管理」6-8頁、118頁。

64) 根岸「音楽管理と私的独占」385頁。

65) 白石忠志「JASRAC審決取消訴訟東京高裁判決の検討〔平成25.11.1〕」NBL1015号17頁（2013）（以下、白石「JASRAC高裁判決」という）。

かったe-Licenseの減額要請に、数百万もの楽曲を管理するJASRACが自己の信託者の利益を犠牲にしてでも減額しなければならない理由があるとは言いがたい。したがって、減額要請に応じなかったという点を捉えられても、本件の包括契約が正当化される事由が十分にあるのではないかと考えられる。

上記各争点の検討から理解できるように、JASRACの独占に関しては反競争的な違法性を捉えることは決して容易ではない。審決の取消判決が確定した場合には、公正取引委員会はそのような審決を直ちに行える場合と、審判手続を再開した上で初めて行える場合とが考えられ、本件では後者の可能性が高いとされている⁶⁶⁾。「人為性」や「公共の利益に反して」を含むほかの争点について新たに判断されることになるため⁶⁷⁾、再び私的独占に該当しないとされる可能性は否定できないと思われる⁶⁸⁾。ただ、排除型私的独占として認定されるのは全く可能性がないわけではないので、仮説的な検討を行うこととする。

(4) 排除措置命令

私的独占に認定されたとしても、一度取り消されていた排除措置命令が蘇って命じられることになるとは限らない。また、判断基準時も排除措置命令のなされた日（平成21年2月27日）となるため、基準時の状況を基に「それが何年後であろうと、本件排除措置命令の当否を判断する審決をするほかはない」のである⁶⁹⁾。排除措置命令の設計の是非の問題はそれ以上に厄介な問題となりそうである⁷⁰⁾。本稿は、最も考えられる二種類の排除措置命令について検討する

66) 白石「JASRAC高裁判決」18頁。上杉秋則「判決評釈 JASRAC事件審決取消訴訟〔東京高裁平成25.11.1判決〕」NBL1017号36頁（2014）。平林「JASRAC事件」253頁。

67) 村上「音楽著作権協会事件高裁判決」（上）75頁。

68) 村上「音楽著作権協会事件高裁判決」（上）77頁。村上政博「独占禁止法の新たな地平（第7回）日本音楽著作権協会事件最高裁判決への期待」国際商事法務42巻622号575頁（2014）。

69) 白石「JASRAC高裁判決」24頁。

70) 川濱「JASRAC事件取消訴訟」70頁。

こととする。

(i) 包括契約の中止

包括契約が中止となると、ただでさえ番組制作資金が足りないと言われているテレビ局等が単曲計算の状況に迫られ、経費削減のためにコストパフォーマンスを非常に重視するようになる事態は予想される。予算の枠内で限られた楽曲しか使用できず、しかもどの曲も同じ使用料なら、ヒット楽曲・人気楽曲（若しくは番組製作者の好み）が優先的に選曲・使用されることとなる。ヒット楽曲や人気楽曲の保有数はJASRACのほうが圧倒的に多いため、包括契約はあってもなくても、JASRACの管理楽曲が多く使用される状況は変わらないのではないかと思われる。

他方で、排除措置命令は「違反する行為を排除するために必要な措置」（第7条第1項）を命ずるものであるとともに、音楽産業の発展の一助となるものでなければならない。しかし、包括契約の中止という排除措置命令の場合、楽曲使用量の減少やヒット楽曲・人気楽曲が優先に使用される事態が予想されるため、以前ではヒット楽曲でなくても包括契約のため、たとえほんの短いワンフレーズだけでも頻繁に使用されていた楽曲が使用されなくなるおそれが生じる。このような事態は音楽産業にとって大打撃となると言わざるをえない。多様な音楽作品が創作され、そして多様に利用されることは音楽産業の発展にとっては非常に重要である。楽曲の価値は番組製作者だけの判断で決められるものではなく、聴き手によってもまたデビューの方法・地域・時期によっても、その価値が大きく変わる。予算や使用楽曲数が限られてくると、当初はヒットしていなくても放送されることによりヒットするかもしれないという潜在力を持つ楽曲が隠れてしまう弊害や、音楽作家（特に新人作家）の創作意欲が損なわれる懸念も大きい。このように、音楽産業の源泉、音楽著作権管理事業の源泉でもある音楽作家側（市場）に打撃をもたらしても、使用者側市場の放送使用におけるe-Licenseの競争を過度に保障しようとする、独占禁止法の目的に反するおそれがある。

(ii) 「放送等利用割合を反映した徴収方法」

原審決でも言及された排除措置命令である。例えば、「放送事業収入に1.5%を乗じて得た額」をJASRAC（例えば99%）とe-License（例えば1%）のそれぞれ使用された楽曲数シェアに応じて再分配するという排除措置命令が確定した場合において、使用された楽曲数シェアの調査がJASRACを介して行われるのが最も効率的と思われるが、果たして真正な調査結果が提出されるかという信憑性に疑問が残る。JASRACを抜きにして公正取引委員会が独自に全国の放送局における使用実態を調査することも理論上可能であるが、実際には大量のマッパワーや1年以上の調査期間が必要と思われるので、その実効性に疑問がある。本件の原審決も認定したように、「音楽著作権連絡協議会によると、インタラクティブ配信分野では、各管理事業者の管理楽曲数の比率である『品揃え比率』により使用料を算定し、被審人に減額措置を実施してもらったことがあるものの、むしろ品揃え比率の算出作業の負担が大きいことが判明したため、減額措置は1回実施されただけであること等が判明した」という。このように、シェアの算定は非常に煩雑で膨大な作業となるため、果たして毎年のように実施できるかが課題である。また、このような使用料の徴収方式は実施している国が存在しないとしてその実効性に疑問を呈する意見もある⁷¹⁾。

他方で、既述のように、JASRACというプラットフォームにおいて強い間接的ネットワーク効果とロックイン効果が働いているため、ほぼすべての楽曲をJASRACが管理しているという強固な独占状態が存在している。音楽管理事業の源泉とも言える権利者側の市場においてはこのような実態が続くかぎり、使用者側市場の一使用形態にすぎないという放送使用分野に限った排除措置を講じたとしても、大きな変化をもたらすとは考えられにくい。

(iii) 構造的排除措置

独占禁止法第7条第1項が「事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」という文言となっていることから、排除措

71) 例えば、村上「音楽著作権協会事件高裁判決」(下) 227頁。

置として構造的排除措置を命じうるかどうかについて従来から論争があり学説が分かれている。現在では審決や多数説が消極的な立場にあるとされている⁷²⁾。

構造的排除措置でも可能とする積極説は「営業の一部の譲渡」という条文の文言を無視してまで行為規制しかできないと解釈する理由が存在せず⁷³⁾、「排除措置命令は……違法状態を公取委の公権の介入によって除去し競争を復活させることを目的」としているため⁷⁴⁾「……市場構造等を考慮して……違反行為をもたらした背景や組織の除去・排除を命ずることも」可能と考えている⁷⁵⁾（シャーマン法2条の法執行を意識した考え方も言えそうである⁷⁶⁾）。私的独占の禁止される理由が排除等の行為だけでなく、行為により市場支配力が形成・維持されることにあるため、「市場支配力の存在＝競争制限的な市場構造それ自体を対象とし」構造的措置を命じる必要があることは当然であるとしている（そのためには①市場支配力の存在それ自体を行為の一部と解釈する接近法と、②違法行為源泉の排除と解釈する接近法が提示されている⁷⁷⁾）。

他方で、消極説は構造規制に関する法的規定が別途用意されているため、私的独占の規制としては違法行為及びそれによりもたらされた違法状態を除去すれば足りるから企業分割を加えなければならない場合は想定できないとしている。言い換えると、消極説は「『営業の一部の譲渡その他……必要な措置』とあるから、企業分割の方法がない、というのではなく、排除措置として、営業の一部の譲渡を、適法に命じうる場合があるとすれば……積極説は、これにこたえるところがないのであって、抽象論として企業分割の可能性を主張してい

72) 鈴木加人「排除措置命令の内容と限界」日本経済法学会編『経済法講座3 独禁法の理論と展開(2)』277頁（三省堂、2002）。

73) 同前279頁。

74) 今村ほか編『注解（上）』347頁〔和田健夫〕。

75) 同前349頁。

76) 同前42-43頁〔根岸〕。

77) 実方謙二著『寡占体制と独禁法』125-126頁（有斐閣、1983）（以下、実方『寡占と独禁法』という）。丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』132頁（北海道大学図書刊行会、1976）（以下、丹宗『構造規制の法理』という）。

るにすぎない」という批判的な立場である⁷⁸⁾。このように、私的独占の規制の枠内で構造的排除措置を命じうるような法解釈・適用に対する抵抗が大きいものと思われる⁷⁹⁾。

しかし、学説上の論争はさておき、仮に本件の包括契約を特殊なケースとして構造的排除措置を命じるとされたとしても、構造的排除措置の内容設計は一筋縄では簡単に行かなさそうである。なぜなら、本件では包括契約そのものが違法行為とされており（前述した包括契約の中止という内容が既に大変厳たる措置となっている）、契約形態に対しては更に構造的排除措置を加える余地があるかは非常に疑問だからである。また、既述のようにJASRACによる市場支配力の根源を求めらるなら、権利者側市場における独占状態ひいては著作権管理事業に特有のネットワーク効果とロックイン効果に焦点を当てるべきである。即ち、独占状態のロックイン効果を完全に解除できるほど音楽著作権管理事業の全体に及ぶ規模の構造的排除措置が必要と考えられる。しかし、そのような措置設計が放送管理分野の包括契約に対する排除措置の範疇を遥かに超えていることは明らかである。たとえ構造的排除措置命令に対する積極説でも「『私的独占』の排除措置としての市場構造規制は、市場支配状態が『排除』・『支配』行為と因果関係にある限度に認められる……。七条の排除措置で、行為と関係のない市場支配力そのものの排除を命じえないこと」としている⁸⁰⁾。このように、学説の見解にかかわらず、本件において実際に構造的排除措置を命じるとは想定しがたいと思われる。

本節の検討から理解できるように、JASRACの独占状態を私的独占というアプローチから規制を図ろうとする場合は、（明白な排除行為があるならともかく）取引慣行等（包括契約だけではない）を違法行為に認定できるかが非常に難しい判断を迫られる。また、競争的管理政策の実現（JASRACの独占状態規制）という意味において、違法行為は認定できたとしてもそれに命じうる排

78) 今村『独占禁止法（新版）』307-308頁。また種貫俊文教授も同意見である。

79) 同前309頁。

80) 丹宗『構造規制の法理』132頁。

除措置の競争回復効果に限界性は否めず、JASRACの独占状態が続く確率は高いと思われる⁸¹⁾。このような現状を十分に認識し私的独占の規制効果を補うためにも、公正取引委員会が主務官庁との連携をより重視すべきと考えらえる⁸²⁾。

他方で、行為規制（或いは行為規制と構造規制の中間に位置するという位置づけのほうがよりの確かもしれない）の枠組みに属しつつも、独占事業者に構造的排除措置を命じうるとされるアプローチがまだ残されている（この意味において現行法の行為規制による構造的排除措置命令の問題点を解消することができる）。即ち、一度立法が議論されていたEssential Facility法理のことである。同法理の適用となると、放送管理分野の包括契約に対する排除措置よりも高い次元で構造的排除措置の設計が可能となる。

第4節 Essential Facility法理の適用可能性検討

日本ではEssential Facility（不可欠施設）法理（以下、「EF法理」という）は、独占的状态の規制に取って代わる新たな規定としてその導入の是非を一時議論されていた経緯がある。

81) 植村幸也「JASRAC公取委審決「取消し」判決の影響－排除措置命令は市場参入を促進するか－」ビジネス法務14巻2号72-73頁（2014）。

82) 独占禁止法を適用するほかには、文化庁に対応措置をもっと促すのも一つの方策であった。主務官庁（及び事業法）の強みは、それぞれの事業にあった規制を行うことができること、専門知識が蓄積されていること、これら事業に課されているさまざまな要請をまとめて考慮し調整できることと考えられる。例えば、排除措置としては適用しにくい措置を命じたり、私的独占に該当するかしんないかが認定しがたい問題行為に対処したりすることができる。それにもかかわらず、公正取引委員会が他の主務官庁との連携が不十分の問題点は以前のNTT東日本FTTH事件の時も露呈していた。

元々著作権等管理事業法の制定時に、公正取引委員会と主務省庁の連携義務に関する付帯決議が参議院においても衆議院においても可決されていることから、専ら独占禁止法の視点から本件包括契約の違法性を認定するというより、むしろ文化庁との連携をもっと強化していくことが、公正取引委員会に求められている対応と考えられる。

1. EF法理の概要

EFとは、それにアクセスできなければ事業を行うことができない投入要素のことであり通信網や送電網がその典型である⁸³⁾。EF法理とはEFの保有事業者が競争者に対して当該施設・設備の利用（取引）を拒絶する場合には、これを違法行為として当該施設・設備を利用させることを義務づける理論である⁸⁴⁾。独占・寡占見直し検討部会でまとめられたEF規定の要件を簡潔に言えば、利用市場で商品役務を供するにあたって必要「不可欠」であること、同等の「施設」等をもう一つに別に構築することが著しく困難であること等が要件とされていた⁸⁵⁾。上記の「利用市場」とは、EFへのアクセス拒絶行為により参入を阻止される市場を指している。不可欠施設等のある市場が川上市場であるなら、この「利用市場」なるものは川下市場であり、反競争的弊害の成否を検討する注目市場である⁸⁶⁾。

また、EFは知的財産権等を含めるかどうかについて、例えばEUの場合は知的財産権でもEFになりうるという司法判断自体はあるが⁸⁷⁾、実際にはインフラ

83) 和久井理子「エッセンシャル・ファシリティの理論と実務」公正取引607号26頁（2001）（以下、和久井「エッセンシャル・ファシリティ」という）。

84) 川濱昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト1270号60頁（2004）（以下、川濱「不可欠設備」という）。松下満雄『『不可欠施設』（essential facilities）に関する米最高裁判決』国際商事法務32巻2号147頁（2004）（以下、松下「米最高裁判決」という）。岸井大太郎「電力改革と独占禁止法－託送と『不可欠施設（エッセンシャルファシリティ）』の法理』公益事業研究52巻2号20頁（2000）（以下、岸井「電力改革と独禁法」という）。問題とされる拒絶には、利用の遅延や利用条件の差別のほか、利用の利用料金・条件それ自体が合理的でない場合も含まれる。

また、欧州委員会でも「自己のサービスより不利な条件でアクセスを認め、それによって競争者に競争上の不利益を与えることは、82条に違反する」としている。泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引637号33頁（2003）（以下、泉水「エッセンシャル・ファシリティ」という）。

85) 詳細な解説は白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL776号47頁（2004）を参照されたい（以下、白石「報告書」という）。

86) 同前。

87) 中村民雄「EU条約82条の支配的地位の濫用禁止と不可欠設備の利用拒否」中村民雄＝須網隆夫『EU法基本判例集』328-329頁（日本評論社、2007）。IMS事件について、IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG（2004）

施設を中心に運用しているようである⁸⁸⁾。独占禁止法研究会「第二部 独占・寡占規制の見直し」『独占禁止法研究会報告書』(2003年10月)(以下、「独占・寡占規制の見直し」報告書という)は物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設(役務)も含まれると明記した⁸⁹⁾。しかし、物理施設以外の適用には否定的な意見は少なくなかった⁹⁰⁾。

2. EF法理が導入されなかった理由

EF規定はEFという構造的特徴を有する施設・設備の保有者が第三者のアクセスを拒否することを違法とし、後述するように排除措置として垂直分割等構造的排除措置も認められると考えられていたことから、EF規定の性格を純粋な行為規制よりも、むしろ行為規制と構造規制の中間に位置づけることも可能であろう。同規定は検討段階の当初から、EF定義を巡る議論の紛糾や事業法との関係等様々な問題に付き纏われていた。紙幅の都合上、違法性の判断における問題点に絞って導入されなかった理由を説明する。

同規定は規制対象の拡大よりも、むしろ違法性の判断要件を一定程度緩和することにより(原則違法)「迅速、効果的」な法適用を図る点にある。この点は公取委「独占・寡占の見直し」報告書の説明から明らかである⁹¹⁾。即ち、EF

ECR I-5039. 佐藤佳邦「IMS Health事件欧州司法裁判所判決」公正取引658号60頁(2005年)。

88) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」34頁。EU条約82条の事件処理について、根岸哲『「エッセンシャルファシリティ」の理論とEU競争法』正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』306-315頁(三省堂, 1999)参照。

89) 公取委「独占・寡占規制の見直し」報告書41・51頁。解説について、川濱「不可欠設備」64頁、白石「報告書」48頁、松下「米最高裁判決」143・147頁等を参照。

90) 松下「米最高裁判決」148頁。岸井「電力改革と独禁法」24頁。

91) 公取委「独占・寡占の見直し」45-46頁。

「不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者による……参入阻止行為が私的独占の禁止規定に違反するとするためにはどの程度まで競争を制限していることが必要かについて議論があるところ、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がないかぎりこれを違法とし、必要な措置を講じることができる」。

「不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者の行う参入阻止行為につい

規定は競争者に不利益が発生するかどうか（新規参入の排除が典型例）を違法要件としている（それ以上の反競争的弊害を要件としない⁹²⁾）ことから、実質的に原則違法という解釈と考えられる⁹³⁾。しかし、このような違法性の判断方式は私的独占との関係において今村教授の唱えた閉鎖型市場支配説と共通することになり、不公正な取引方法との関係において違法判断と排除措置間のアンバランスを引き起こす懸念があった。

(1) 私的独占規制との関係において

閉鎖型市場支配説は、参入障壁の存在を競争の実質的制限の徴表として新規参入の排除そのものも規制すべきという、今村教授から唱えられた学説である⁹⁴⁾。この説は「市場開放性そのものを問題にすべき」とし、市場支配力の形成・維持・強化の分析を行わずとも「排除が生じていれば競争の実質的制限を認定できることになる」という他者排除重視の論理である⁹⁵⁾。私的独占の違法性判断において、この閉鎖型市場支配説（排除があると原則違法）とEF規定（不利益を及ぼすと原則違法）を比較すると明らかなように、両者の論理的主張は競争の実質的制限の市場分析を不要とする等共通点が非常に多いように思われる。他方ではしかし、閉鎖型市場支配説は競争者の過大な保護の問題や競争は実質的に制限されていないのに私的独占と認定されてしまう矛盾を引き起こす等の

ては……公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であると考えられるところ、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がないかぎりこれを違法とし、必要な措置を講じることができる」。

92) 白石「報告書」50頁。

93) また、公取委「独占・寡占の見直し」で使われている「正当な理由がないかぎり」という文言と、不公正な取引方法の「正当な理由がないのに」という条文と比較しても、新規定はEFの濫用行為を原則違法としていることが理解できる。

94) 今村成和『独占禁止法入門（第3版）』15-16頁（有斐閣，1992）。今村『独占禁止法（新版）』64頁。

95) 川濱昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田彬古稀正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』126-127頁（三省堂，1999）（以下、川濱「競争の実質的制限」という）。江口典「私的独占の禁止に関する解釈論と立法論」須網隆夫ほか編著『政府規制と経済法－規制改革時代の独禁法と事業法』234頁（日本評論社，2006）。

批判があるので、必ずしも学界や公正取引委員会の実務では受け入れられていない⁹⁶⁾。したがって、競争者の不利益を違法要件（原則違法）とするEF規定も導入された場合に、閉鎖型市場支配説と同様な批判に直面すると考えられる。

(2) 不公正な取引方法の規制との関係において

EF規定の本丸であるEFの単独取引拒絶を対象に比較すると、一般指定2項（「その他の取引拒絶」）は「不当に」という要件を認められたケースに限って違法性を認定するのに対し、EF規定が取引拒絶行為を原則違法としているため、現行法と比べて違法性を「容易」に認定できるようになることが明らかである。しかし、それに対する排除措置命令は単純に生産商品を相手事業者に販売させるというような内容よりも、むしろEF保有事業者に深刻な影響を及ぼすかもしれない私有財産・企業秘密の共用命令・強制開示といった強力な内容が典型的である。それに加えて場合によってはEFの垂直分離又は水平分離といった構造措置も含まれる⁹⁷⁾。このような重大な法的措置を「容易」な違法性認定により、しかも不公正な取引方法に対する措置内容として命じるという法適用は、果たしてバランスの取れる法規制と言えるかが大いに疑問であり、実際に安易すぎるといった批判もあった⁹⁸⁾。

上述から理解できるように、EF規定の違法性判断による現行法解釈との矛

96) 例えば、川瀆教授等はこの閉鎖型市場支配説の論理について、市場支配力の分析を行わずに排除だけで競争の実質的制限を認定するのに不十分として、批判的な立場である。川瀆「競争の実質的制限」126-127頁。併せて、金井貴嗣ほか編『独占禁止法（第3版）』176頁（弘文堂、2010）も参照。

また、白石教授も他者排除で違法性を判断すると、排除者の過度保護の問題に繋がるだけでなく、排除（取引拒絶）される競争者はあるが、残った事業者だけでも十分な競争が行われているというケースに直面したときの難点を指摘している。白石『独禁法』71-74頁。白石忠志「続・インターネットをめぐる法律問題－Essential Facility理論－インターネットと競争政策」ジュリ172号70頁・72頁（2000）。
97) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」26頁。

98) 公正取引委員会『独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会（第3回）議事概要』（平成2003年9月8日）、同第4回議事概要（平成2003年9月30日）、同第5回議事概要（2003年10月14日）。

盾や、適用措置とのアンバランスは、同規定の導入が見送られた重要な原因となった。

3. EF法理の適用可能性検討

仮にEF規定が独占禁止法に取り入れられた場合には（独占的状态の規制に取って代わるような法改正とは限らない）、如何なる場合において適用されるかについて仮説的な検討を行ってみたい。EF規定が適用されるには、当該「施設」が「不可欠」な性格を持っていること（及び川上と川下の二つの市場）の認定が必要となる。そこで、音楽著作管理事業における「施設」の意味を明らかにした上で、それが「不可欠」と言えるかどうかについて検討することとする。

(1) 「施設」

既述のように「施設」とは物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設（役務）も含まれるとされている。JASRACによる著作権管理、特に「演奏権等」の管理を可能とした基礎は全国規模の管理ネットワークシステムである。「演奏権等」を管理できることこそJASRAC最大の強みであり、「演奏権等」の管理を支えているのが正にこの管理ネットワークシステムだからである。

全国で毎日のように発生している管理作品の不正利用を迅速に察知して取り締まることは、管理事業者にとって当然の義務と思われるかもしれないが、実はそれが最も難しくて事業能力を要する作業である。JASRACの管理ネットワークシステムは、東京圏が重点となっているが、北は北海道、南は那覇まで、実に全国各地を完全にカバーする体制となっている。この管理ネットワークシステムは一義的に演奏権の管理に必要な体制であるが、実際には「録音権等」他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用され、相乗効果をもたらしていると考えられる。

奥野教授の指摘しているように、過去に成功した事業者ほど現在大きなネットワークシステムを構築しており、より品質の高いサービスを提供できるため、

相対的に大きなネットワークシステムを築いた事業者が存在すれば、需要はその事業者に集まり、未だネットワークシステムを構築していない事業者がこの市場に参入することは困難になる（即ち、このネットワークシステム自体も参入障壁となる）⁹⁹⁾。仮に、この管理ネットワークが「不可欠」であれば、新規管理事業者からの利用申入れをJASRACが拒絶した場合には、EF規定に基づく強制開放命令を行うことにより、新規管理事業者による「演奏権等」の管理業務の展開も現実味を帯びてくる。正にこの点がEF規定と競争的管理政策実現の重要接点であると考えられる¹⁰⁰⁾。

(2) 施設の「不可欠」性

取引段階（川上と川下の両市場）は「不可欠」な施設の存在を介して生まれる¹⁰¹⁾。公正取引委員会は「不可欠」について必須性と利益衡量の両面から判断するとしていたが、本来「不可欠」性は利益衡量論と区別して専ら必須であるかどうかの点から検討したほうが論理的にすっきりすると思われる¹⁰²⁾。そこで、本稿は必須性の観点から「不可欠」性を判断することとし、利益衡量を後述する構造的排除措置の中で検討することとする。

99) 奥野ほか『交通政策の経済学』112-113頁。

100) 参入事業者はネットワークの共用を要求したが、これをJASRACが拒絶したという假定事実を前提としている議論である。単にJASRACが全国規模の管理ネットワークを保有しているということ自体には、行為規制の枠内にあるEF規定の適用は及ばないのである。

101) 取引関係が不可欠性から生まれ、更に取引の関係から徐々に取引段階が現れるという経済の基本的仕組みを考えると、JASRACが自己のネットワークを用いて演奏権等の管理の一部業務（新規事業者の管理作品の不正利用を新規事業者に代わって摘発する等）を新規事業者へ提供する（即ち、管理ネットワークの開放・共用）ことが可能であれば、管理ネットワークの独占市場と利用市場のように関係する二つの市場が画定されうるのであろう。演奏権等の管理に対する「不可欠」性は、EF規定の議論に必要とされる二つの市場が画定されうる前提である。そこで、本稿では「不可欠」という視点から直接検討することとする。

102) 白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法 - 『技術と競争の法的構造』その後 -」知的財産研究所編『21世紀における知的財産の展望』238-239頁（雄松堂、2000）（以下、「白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』」という）。

EF規定の違法性の判断とOscar Bronner事件¹⁰³⁾における欧州裁判所の判断論理を併せて考えると、必須性が認められるためには少なくとも①当該施設の代替物は新規事業者が新たに作り出せないものであり、②当該施設がないと業務を遂行できないことが要件とされている。

①まず上述のJASRAC並みの管理ネットワークシステムを新規管理事業者が構築できないかという点について。管理ネットワークの構築は送電線や水道管等のハード施設よりも、むしろ専門知識や監視ノウハウを有する職員等のソフト資源を必要とするため、投資すればすぐに構築できる「施設」ではないと思われる。他方で、そのようなソフト資源は十年、二十年の時間をかけて徐々に培えるものでもあるため¹⁰⁴⁾、この意味から言うとは絶対に構築できないとは言いがたい一面もある¹⁰⁵⁾。

②次に、全国規模の管理ネットワークシステムがないと、管理事業を行えないかについて。必須性の判断に際しどの分野にとって必須かを特定する必要があるため、利用市場の市場画定を考慮する必要がある¹⁰⁶⁾。管理ネットワークシステムが主として演奏権等の管理に用いられているものの、実際には「録音権等」等他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用されているため、音楽著作権管理事業の全体を利用市場として画定し、管理ネットワークの必須性を判断する方が妥当と考えられる。公正取引委員会も音楽著作権管理事業の全体（全

103) Bronner v. Mediaprint [1998] E.C.R. I -7791。この事件の詳細な解説について、根岸哲『『エッセンシャルファシリティ』の理論とEU競争法』正田彬古稀『独占禁止法と競争的管理政策の理論と展開』313-315頁（三省堂、1999）参照。併せて泉水「エッセンシャル・ファシリティ」35頁も参照。

104) ただし、事業を早く拡大できなければ、参入事業者の経営は二十年以上も持つかどうかの問題である。

105) 仮に参入事業者はJASRACのような全国規模の管理ネットワークを一度構築したとしても、多くのレコード会社が保有していた販売ネットワークのように結局膨大なコストをかけて長期的に維持することはできず、縮小せざるをえないというリスクに直視しなければならない。それもJASRACの競争者にとっては見えざる参入障壁であろう。レコード会社の販売ネットワークの変遷について、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス実践編(4th Edition)』149頁（株式会社リットーミュージック、2011）参照。

106) 白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』239頁。

支分権管理)を一つの市場(事業分野)とする考え方を明らかにしている¹⁰⁷⁾。この観点から見ると、全国規模の管理ネットワークを持っていなくても「演奏権等」以外の「録音権等」の管理は可能であり、したがって管理事業の全体にとって必須性があるとは言いがたい。このように、利用市場の画定方法により必須性の結論が変わる。

そこで次に、「演奏権等」の管理市場に限って利用市場を画定した場合、管理ネットワークシステムがEFとして認定されたと仮定し、命じうる排除措置と競争の回復効果について、前記の利益衡量と併せて仮説的検討を行いたい。

4. 排除措置

新規管理事業者が「演奏権等」の管理市場に参入しようとしたが管理ネットワークシステムを保有していないため、JASRACにその使用を申し入れたが拒絶された場合には、EF規定の適用が考えられる。

既述のようにEF法理に係る排除措置は、共用命令・強制開放といった強力な内容が典型的である(場合によっては分割措置も含まれうる)¹⁰⁸⁾。他方で、排除措置の設計に際して利益衡量が行われなければならない。利益衡量とは簡潔に言えば、管理ネットワークシステムに関わる法的措置による競争への利益(競争回復効果)と不利益(設備・技術投資のインセンティブや事業効率等に対する副作用)を長期的・動的に比較分析することによって施設の不可欠性を認めるかどうかの判断作業である¹⁰⁹⁾。

(1) 構造的排除措置

JASRACが数十年かけて構築してきた全国規模の管理ネットワークシステ

107) 2008年の独占的状态ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙1)。2012年の独占的状态ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙1)。

108) 和久井「エッセンシャル・ファシリティ」26頁。

109) 「正当な理由」の一つ。公取委「独占・寡占規制の見直し」51頁参照。

ムは物理的設備と異なっており、人的資源や管理ノウハウで構成されているソフトウェアの性格が強い。管理ネットワークシステムの力を発揮させるためには、ほかの管理団体（レコード協会等）とのチームワークが必要であり、また人員の移動配置も柔軟に行わなければならない。そのため、管理ネットワークシステムを地域ごとに分割して一部を新規管理事業者へ譲渡させるというような措置は管理事業の効率性を著しく損なうおそれがあり、構造的排除措置として命じがたいと思われる。

他方で、管理ネットワークシステムを完全にJASRACから分離させ、業界全体（JASRACと新規事業者）の共用施設とするという発想（言い換えると、「演奏権等」は共同のシステムで管理するという発想）も理論上存在する。物理的設備ではない管理ネットワークシステムの（JASRACに支払われる）分離費用を如何に算定すべきか、分離後における運営方式や維持費用を如何に分担するか、JASRACから分離されても管理ネットワークシステムの管理機能が維持されるかといった難題はさておき、JASRACからの完全独立という前提で同措置が無事に実施できたのであれば、恐らくJASRACの「演奏権等」管理分野においても競争が生まれ、そこから音楽著作権管理事業の全体におけるJASRACの独占状態が崩れるという展開が見えてくると考えられる。即ち、競争的管理政策の実現に近づける措置と言えそうである（ただ、問題として管理ネットワークシステムの完全分離という大規模の構造的排除措置はEF規定に基づき命じることができるかという点において疑問が残る¹¹⁰⁾）。

110) なぜなら、管理ネットワークシステムが違法利用の監視や取締りだけでなく、使用料の徴収から分配まで演奏権等管理事業の全般を支えているため（又は管理ネットワークシステムが演奏権等の管理事業そのものと言っても過言ではない）、JASRACからの完全分離は管理ネットワークシステムに対する所有権を完全に剥奪され、演奏権等をJASRAC独自の事業として展開していく権利を永続的に取り上げられたことを意味する。これでは本来、新規参入事業者に「不可欠」「施設」の利用機会の保障を法的趣旨とするEF規定の法的枠組と限度を逸脱してしまうというおそれが生じるからである。また、共通の管理「施設」を用いた演奏権等の共同管理は諸外国の音楽著作権管理事業にも例を見ない。同様に公的規制産業であった電気通信事業を見ても、既存事業者の施設に対する所有権と自主的経営権を剥奪するのではなく、非対称規制という制度で新規参入事業者の施設利用機会

(2) 非構造的排除措置

仮にJASRACに対して自己の管理ネットワークシステムを開放し新規管理事業者の管理楽曲も代わりに管理させる、というような排除措置命令を取ると次のような問題点が考えられる。

まず、管理ネットワークシステムを基盤とする「演奏権等」の管理事業において、明確に要求される供給余力と実際に提供しうる余力は、余力が数値に表れる発電事業や水力事業とは異なっており、管理レベルがどの程度まで維持していれば足りるかという明確な基準がなく、「余力」という客観的・数字的に確認できる概念すら存在しないのである。そのため、JASRACにできることはこれまでよりもパワーアップした管理体制の構築である。強制開放命令（新規事業者の代わりにJASRACが新規事業者の委託作品も管理する等）は、JASRACに属するユーザーの本来守られるはずだった利益の犠牲を招くおそれがある¹¹¹⁾。

次に、法的措置の実効性や効果を確認できる保証がない。他社作品の演奏権管理を命じられたとしても、他社とは競争関係にあることが紛れもない事実であるため、たとえ他社作品の不正利用を見つけたとしてもJASRACが見て見ぬふりをする可能性は否定できない。なぜならば、JASRACがどのような方法で実店舗の利用状態を調査しているか、本当に真剣に調査しているのかを第三者が厳格にチェックできる専門機関があるわけではないからである。懸念される事由はほかにもあるが、このような利益衡量の検討から理解できるように、

を保障させるという次元の限られた措置にとどまっている。

111) 例えば、各地にある実店舗の作品利用は99%がJASRACの管理作品といっても過言ではないので、本来店内で曲等が流れているかどうかを調査するだけで使用料を徴収するかどうかを判断できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か1%の利用確率を調査するのにどの店舗でも長時間の調査を強いられることになる。また、使用料を契約どおりに支払っている店舗に対しては本来新たに調査する必要がなく、そこから節約できた調査資源を未確認店舗の調査に利用できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か1%の利用確率を調査するのに、今まで調査済みの店舗をすべて、最初から調査し直さなければならぬ。上記のような状況は競争回復どころか、むしろ調査資源の浪費の副作用のほうが深刻と思われる。

EF規定に基づく非構造的排除措置においては副作用のリスクが大きいと考えられる。

EF規定に基づく排除措置の問題点はさておき、既述のように純粹競争創出効果という視点から見れば仮に完全分離という構造的排除措置が実施可能なのであれば競争の創出に非常に有効な措置と考えられる。しかし、EF規定が結局導入されなかったのでこれ以上の議論を行わないこととする。

第5節 独占状態の規制というアプローチの検討

EF法理の規定が導入されていないため、現行法の行為規制の枠組においてはJASRACの独占に対して実際に活用しうる積極的なアプローチは私的独占の適用になると思われる。しかし、JASRAC事件に対する検討から理解できるように、排除効果の判決が確定したとしても、直ちに排除措置命令が行われるわけではなく、次に人為性の有無や公共の利益等がより大きな争点となるため、むしろJASRAC事件の本番がそこから始まり、実際に私的独占の行為と認定されるかどうかは全くの未知数である。仮に本件包括契約が最終的に私的独占の排除行為と認定され排除措置を命じられることになったとしても、管理効率と利用効率等への考慮から実際に命じられうる排除措置の内容が非常に限られてくるのではないかと思われる。しかもただ一つの利用形態に対する対症療法的な排除措置は、ネットワーク効果とロックイン効果が強く働いている音楽著作権管理事業全体の競争創出効果に対する限界性が否めないことは既述のとおりである。

ネットワーク効果とロックイン効果の特性を持つ独占状態に対する規制について、公正取引委員会の競争管理政策研究センターが発表した「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析¹¹²⁾」という共同研究論文は有益な示唆を与えてくれる。同論文は独占禁止法第2条第7項・第8条の4の「独占的状态の

112) 田中辰雄ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」CPRC報告書(2005年11月)(<https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0605.pdf>, 2013年12月21日最終閲覧)(以下、田中ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコスト」という)。

規制（純粹構造規制）」でしか対処できないケースが存在することを明らかにしている。同論文によると、ネットワーク外部性及びスイッチングコスト（により生じる「ロックイン効果」）の大きさが技術革新では対抗しえないほどに大きく、参入が事実上閉ざされていることが明らかになった場合は、独占状態が継続し独占に伴う経済厚生悪化（価格の高止まりや技術革新の停滞）が生じる。このネットワーク効果とロックイン効果による市場の独占状態は、独占禁止法上問題となる「行為」がなくても生じる可能性がある。筆者らは、OS市場では新規参入者が乗り越えなければならないネットワーク効果及びスイッチングコストが製品機能に換算して著しく新規参入は期待できないという実証結果を基に、抱き合わせ等の違反行為がない場合でも、なお独占禁止法上の純粹構造規制を用いて、OSのインターフェース情報を公開すべきとする¹¹³⁾。このように、ネットワーク効果とロックイン効果による特殊な独占状態に対して純粹構造規制の活用は有効な競争回復方法として認められることが共同研究論文によって明らかにされている。

独占的状态の規制というアプローチを用いる場合は実際の市場構造や、目指している競争環境に応じて（効率性や公益性等を考慮した上で）多様な制度設計が可能となる。放送管理分野だけでなく、音楽著作権管理事業全体に対する競争回復措置を講じることができるので、競争の創出による競争的管理政策の実現において行為規制の適用よりも効果的と考えられる。

また、措置内容が違法行為（による競争的制限状態）の排除に限られている排除措置命令と比べ、独占的状态に対する競争回復措置の場合は競争の創出に特化した「必要な措置」、例えば事業の譲渡、新会社の設立、資産の譲渡、株式の処分、役員兼任の禁止、営業方式の変更、流通経路の開放、ノウハウの公開・広告宣伝活動の制限等、より広範的で柔軟な多角的な措置が考案できるようになる¹¹⁴⁾。更に、違法行為に対する一度限りの排除措置より、独占的状态の

113) 田中ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコスト」85頁。

114) 今村ほか編『注解(上)』395頁〔丹宗昭信〕。今村『独占禁止法(新版)』328頁。実方『寡占と独禁法』120頁。

規制による競争回復措置は内容の設計次第で競争回復の経過を持続的に監視することも可能である。

したがって、競争的管理方式という音楽著作権管理事業全体の方向性を考えるならば、ほかのアプローチよりもむしろ独占的状态の規制を適用するほうがより展開力を持つアプローチとなると考えられる。紙幅の都合上、独占的状态の規制というアプローチに関する詳しい検討は別稿で行いたい。

ま と め

本稿は競争的管理政策が確立されてから十数年を経過した現在(2014年時点)も、JASRACの独占状態が全く変わっていないことに着眼し、その原因と競争的管理政策の実現アプローチについて検討を行った。検討を通じて音楽著作権管理事業に特有の高いネットワーク効果とロックイン効果という特性がJASRACの独占状態を維持・強化させている根本的な原因であり、市場による自然治癒機能と独占弊害の解消機能も働きにくいいため、より積極的なアプローチの検討が必要という結論に至った。しかし、行為規制の排除措置命令は違法行為に対する一度限りの措置であり競争回復効果に限界性も否めない。他方でEF法理の規定に基づく構造的排除措置命令なら有効なアプローチとなりそうだが、要件の該当性における疑問はさておいても、同規定自体が現行法に導入されていない。そこで本稿は、今まで適用こそなかったものの、制度設計として競争の創出に特化されたともいえる独占的状态の規制というアプローチの試みを提案している。

独占的状态の規制を発動するに当たって、最大の問題は音楽著作権管事業分野が独占的状态に該当するかである。即ち、第2条第7項各号の要件該当性と法解釈の議論が必要となる。この問題も含めて次なる研究課題として純粹構造規制の観点からのアプローチをについて取り組みたい。

主な参考・引用文献（章節順表記）

1. 紋谷暢男『JASRAC概論－音楽著作権の法と管理』（日本評論社，2009）。
2. 集中管理小委員会『権利の集中管理小委員会報告書』（2000年1月）。
3. 濱昇ほか『モバイル産業論：その発展と競争的管理政策』（東京大学出版会，2010）。
4. 新宅純二郎ほか『ゲーム産業の経済分析』（東洋経済新報社，2003）。
5. カール・シャピロ＝ハル R. バリアン共著（千本俤生監訳＝宮本喜一訳）『「ネットワーク経済」の法則』（IDGジャパン，1999）。
6. 秋吉浩志『「ネットワーク外部性」が存在する市場の特徴について－スイッチングコストとロックイン効果の基礎的考察－』九州情報大学研究論集12巻（2010）。
7. 依田高典「ブロードバンド・サービスの需要分析と情報通信政策」社会科学研究：東京大学社会科学研究所紀要60巻3・4号（2009）。
8. 柳川隆＝川瀆昇編『競争の戦略と政策』（有斐閣，2006）参照。
9. 増田辰良「航空法の改正と競争的管理政策」北海学園大学法学研究40巻3号（2004）。
10. 野方宏「コンテストビリティ理論について－その批判的検討－1－」『神戸外大論叢』（1987）38巻4号。
11. 奥野正寛ほか編『交通政策の経済学』（日本経済新聞社，1991）。
12. 長岡貞男＝平尾由紀子『産業組織の経済学（第2版）』（日本評論社，2013）。
13. 今川拓郎「コンテストブル市場の虚像」日本経済新聞『IT+PLUS』電子版ネット時評2002年11月27日。
14. 野本了三「コンテストブル市場仮説の検定」広島大学経済論叢11巻4号（1988）。
15. 依田高典「ネットワーク・エコノミクス(3)コンテストビリティ理論と規制緩和（後）」経済セミナー533号（1999）。
16. 平林英勝「私的独占の排除の効果があるとし，排除措置命令を取り消す審決を取り消した判決－JASRAC事件」ジュリ1466号（2014）
17. 白石忠志「JASRAC審決取消訴訟東京高裁判決の検討 [平成25.11.1]」NBL1015号（2013）。
18. 根岸哲「続・判例研究（No.14）音楽著作権管理事業と排除型私的独占 [公正取引委員会平成24.6.12審決]」知財管理63巻747号（2013）。
19. 東京高裁平成25.11.1判決（平成24年（行ケ）第8号）判時2206号。
20. 古城誠「判例詳解（Number 05）JASRAC排除型私的独占事件第1審判決 [東京高裁平成25.11.1判決]」論究ジュリスト9号（2014）。
21. 川瀆昇「判例クローズアップ JASRAC事件審決取消訴訟判決について [東京高裁平成25.11.1判決]」法学教室402号（2014）。
22. 長澤哲也「単独かつ一方的な取引拒絶における競争手段不当性」伊藤眞ほか編『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』（商事法務，2013）。

23. 根岸哲編『注釈独占禁止法』〔川濱昇〕（有斐閣，2009）。
24. 日本音楽著作権協会『JASRAC NOW S.Q.N.』520号（2001）。『JASRAC NOW』521号（2001），538号（2002），539号（2002）。
25. 放送分野における包括徴収方式（ブランケット契約）導入の経緯に関するJASRACの公表資料
26. 比較法研究センター「諸外国の著作権の集中管理と競争的管理政策に関する調査研究報告書」（2012年3月）。
27. 上杉秋則「JASRAC事件審決取消訴訟〔東京高裁平成25.11.1判決〕」NBL1017号（2014）。
28. 鈴木加入「排除措置命令の内容と限界」日本経済法学会編『経済法講座3 独禁法の理論と展開(2)』（三省堂，2002）。
29. 実方謙二著『寡占体制と独禁法』125-126頁（有斐閣，1983）。
30. 丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』（北海道大学図書刊行会，1976）。
31. 植村幸也「JASRAC公取委審決「取消し」判決の影響－排除措置命令は市場参入を促進するか－」ビジネス法務14巻2号（2014）。
32. 和久井理子「エッセンシャル・ファシリティの理論と実務」公正取引607号（2001）。
33. 飯田浩隆「米国における不可欠施設理論の現在」NBL821号（2005）。
34. 細田孝一「『不可欠施設』へのアクセス拒否とドイツ競争制限禁止法」『公正取引』589号（1999）。
35. 川原勝美「不可欠施設の法理の独占禁止法上の意義について－米国法・EC法及びドイツ法を手がかりとして－」一橋法学4巻2号（2005）。
36. 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣，1994）。
37. 川濱昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト1270号（2004）。
38. 松下満雄「『不可欠施設』（essential facilities）に関する米最高裁判決」国際商事法務32巻2号（2004）。
39. 岸井大太郎「電力改革と独占禁止法－託送と『不可欠施設（エッセンシャルファシリティ）』の法理」公益事業研究52巻2号（2000）。
40. 泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引637号（2003）。
41. 白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL776号（2004）。
42. 中村民雄＝須網隆夫『EU法基本判例集』328-329頁（日本評論社，2007）。
43. 佐藤佳邦「IMS Health事件欧州司法裁判所判決」公正取引658号（2005年）。
44. 根岸哲「『エッセンシャルファシリティ』の理論とEU競争法」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』（三省堂，1999）参照。
45. 柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為(1)」香川法学22巻69号（2002）。

46. 藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受(1)」法学研究74巻2号(2001)。
47. Herbert Hovenkamp著(荒井弘毅ほか訳)『米国競争政策の展望－実務上の問題点と改革の手引き』(商事法務, 2010)。
48. Robert Pitofsky著(宮田由紀夫ほか訳)『アメリカ反トラスタ法政策論－シカゴ学派をめぐる論争－』(晃洋書房, 2010)。
49. 独占禁止法研究会「第二部 独占・寡占規制の見直し」『独占禁止法研究会報告書』(2003年10月)。
50. 丸山真弘「不可欠施設の法理を巡る問題点」電力経済研究52号(2004)。
51. 今村成和『独占禁止法入門(第3版)』(有斐閣, 1992)。
52. 経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ－独占－』27頁〔丹宗昭信〕(商事法務研究会, 1976)。
53. 今村成和『独占禁止法(新版)』(有斐閣, 1978)。
54. 今村成和ほか編『注解 経済法(上巻)』〔丹宗昭信〕(青林書院, 昭1985)。
55. 実方謙二『独占禁止法(第4版)』(有斐閣, 1998)。
56. 川瀨昇「独占禁止法二条五項(私的独占)の再検討」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第3巻(民事法)』(有斐閣, 1999)。
57. 松下満雄『経済法概説(第4版)』(東京大学出版会, 2006)。
58. 川瀨昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田彬古稀正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』(三省堂, 1999)。
59. 江口典「私的独占の禁止に関する解釈論と立法論」須網隆夫ほか編著『政府規制と経済法－規制改革時代の独禁法と事業法』(日本評論社, 2006)。
60. 金井貴嗣ほか編『独占禁止法(第3版)』(弘文堂, 2010)。
61. 和田健夫「判批」重判平成24年度(ジュリ臨増1453号)241頁(2013)。
62. 白石忠志『独占禁止法(第2版)』(有斐閣, 2009)。
63. 川瀨昇ほか『ベーシック経済法(第3版)』(有斐閣, 2010)。
64. 白石忠志「続・インターネットをめぐる法律問題－Essential Facility理論－インターネットと競争政策」ジュリ172号(2000)。
65. 公正取引委員会『独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会(第3回)議事概要』(平成2003年9月8日), 同第4回議事概要(平成2003年9月30日), 同第5回議事概要(2003年10月14日)。
66. 泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引637号(2003)。
67. 白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法－『技術と競争の法的構造』その後－」知的財産研究所編『21世紀における知的財産の展望』
68. 根岸哲「『エッセンシャルファシリティ』の理論とEU競争法」正田彬古稀『独占

禁止法と競争的管理政策の理論と展開』(三省堂, 1999)。

69. 安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス実践編 (4th Edition)』(株式会社リットーミュージック, 2011)。
70. 2008年の独占的状态ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙1)及び2012年の独占的状态ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙1)。
71. 田中辰雄ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」CPRC報告書(2005年11月)