

音楽著作権管理事業における純粹構造規制（1）

— 独占禁止法第2条第7項と第8条の4の適用可能性 —

北海道大学法学研究科 姜 連 甲

序章

第1章 独占的状态の成立

第1節 独占禁止法第2条第7項

第2節 「同種の役務」について（柱書と第1号）

第3節 新規参入の困難性（第2号）

第4節 市場弊害要件（第3号）

第5節 第3号要件の該当性

第2章 競争回復措置の検討

第1節 第8条の4の解釈論（以上本号）

第2節 競争回復措置内容の比較検討

第3節 競争回復措置命令の実施に関する検討

第4節 本稿の競争回復措置による効果

結び

序 章

本稿は音楽著作権管理の在り方を考える論文である。音楽著作権の管理とは、音楽（曲と詞）の著作権を持つ音楽作家（作曲家と作詞家）や音楽出版社等から演奏権や録音権等の著作権管理の委託を受け、音楽の利用者に対する利用許諾・使用料の徴収・権利者への使用料分配・著作権侵害の監視・著作権侵害者に対する法的責任の追及等、それぞれの音楽に関する著作権を管理する業務のことである。『権利の集中管理小委員会報告書』によれば、音楽著作権の管理は「著作者の利益の実現のために存在する」とされている¹⁾。

日本では飲食店が67万店以上²⁾、ショッピングセンターが3000施設以上（更にそれらに出店している衣料品や生活用品等のテナント総数は15万以上）点在しており³⁾、楽曲はこのような全国各地あらゆる場所で日々使用されている。この膨大な使用者の規模を考えても、音楽著作権の管理は潜在的規模が巨大な市場であることがわかる。

音楽著作権の管理は非常に特殊な市場であるだけに、如何なる管理方式を用いるかについて国により様相が異なっている。如何なる音楽著作権管理方式を選択すべきかについては、その国の歴史文化や政策・経済体制にも深く関わっているため、一律の基準で妥当如何を論じることができず、自国に適した政策決定の問題であると考えられる。

日本の場合には音楽著作権管理事業の制度改革が行われ、その目的は、従来の日本音楽著作権協会（以下、「JASRAC」という）の独占を前提とする管理方式（独占的管理方式）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（競争的管理方式）への転換である（以下、競争的管理方式による音楽著作権管理への制度改革を「競争的管理政策」という）⁴⁾。ところが、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（2015年時点）もJASRACの独占状態は続いている。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。

従来の公的規制分野における競争政策の実現には分割再編が有効であった。

-
- 1) 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』「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（2000年1月）（以下、管理委員会『管理報告書』という）。
 - 2) フードビジネス総合研究所掲載のデータ（http://www.fb-soken.com/basic_data01.html、2015年1月23日最終閲覧）。
 - 3) 日本ショッピングセンター協会の公開データ（https://www.jcsc.or.jp/data/sc_state.html、2015年1月23日最終閲覧）。
 - 4) 管理委員会『管理報告書』の「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」と「第4章の1 使用料の設定」の部分を参照されたい。

実際、電気通信事業分野も旅客鉄道輸送分野も、規制緩和とともに独占事業者に対する分割再編が実施された。音楽著作権管理事業に関しては競争的管理政策が掲げられているが、規制緩和後もJASRACの独占状態が続いている状況にもかかわらず、分割再編の議論すら行われていない。

他方で、競争の保護と促進が公正取引委員会の責務であるとするならば、競争事業者（JASRACの競争相手）の育成は監督官庁である文化庁の責務ということができる。著作権等管理事業法の付帯決議においても、「著作権等管理事業者の健全な育成が図られるよう、特にその環境整備に努め」ることが盛り込まれている。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⁵⁾、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ば、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。実際に、文化庁においても新規の管理事業者に対する育成や音楽著作権事業の独占状態に対する有効と思われる方策が執られていないようである⁶⁾（有効な方策を執られていたならば、JASRACによる独占状態が続くような状態は考えられにくい）。そのため、音楽著作権管理事業の独占状態に対する規制的役割を、文化庁よりもむしろ公正取引委員会に期待するほうが現実的であるように思われる。

5) 横倉尚「直接規制政策」植草益編『日本の産業組織 理論と実証のフロンティア』353頁（有斐閣、1995）。

6) 一般に、「政策形成過程には、少数の者に集中した利益のほうが多数の者に拡散した利益よりも反映されやすい……。したがって、拡散された利益は数が多い分、世の中全体で集計すれば、少数の者に集中した利益の総和よりも大きいとしても、政策形成過程には後者のほうが反映されるというバイアスが働く（少数派バイアス）。規制当局が被規制者から頻繁に情報を獲得したり、人的な交流をなしている場合には、規制の虜の現象（Regulatory Capture）を誘い、上記少数派バイアスに拍車を掛けることになる。」。田村善之「知的財産法からみた民法709条一プロセス志向の解釈論の探求」61頁NBL936号（2010）。

法的視点から言えば、競争的管理政策を実現するためには本来、仲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も非常に重要である。しかし、同法は管理事業者とユーザー（委託者と利用者）の關係に焦点を合わせた規制のみ行っており、電気通信事業法等におけるような既存独占事業者と新規参入事業者のパワーバランスに焦点を合わせた非対称規制の制度を用意していないので、必ずしも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。仮に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、有効な措置を直ちに講じうる次元の問題ではない。

著者は以前の研究において⁷⁾、公正取引委員会による独占禁止法の適用に期待する視点（以下、「独占禁止法的視点」という）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を多角的に考察し、最も有効的と考えられる法的措置と適用可能性について検討を行った。その結果、次の結論を得た。

音楽著作権管理事業という両面市場では、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JASRACに対する依存度が非常に高く、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・強化されていくため、規制緩和だけではJASRACという既存のプラットフォームによるロックイン効果は解除されがたい（自然治癒機能の限界性）。他方で、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

7) 姜連甲「音楽著作権管理事業における競争的管理政策序説」商学討究第65巻第4号を参照されたい。

擁護論が存在している。即ち、コンテストビリティ理論である。しかし、音楽著作権管理事業はコンテストビリティ理論の要件を充たしているとはいいがたいため、独占禁止法による直接的規制が必要である。

直接的規制として想定されうるものとして、①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私的独占の規制、② Essential Facility法理（以下、「EF法理」という）による規制（構造的排除措置を含む）、及び③純粹構造規制即ち一定の市場構造それ自体を対象に構造的競争回復措置を命じる「独占的状態の規制」（独占禁止法第2条第7項、第8条の4）がある。

しかし、係属中（2014年時点）のJASRAC事件の経緯（審決平成24年6月22日審決集59巻第1分冊59頁、高裁判決平成25年11月1日（平成24（行ケ）第8号）判時2206号37頁、最高裁判決平成27年4月28日（最三判平成26（行ヒ）第75号）から窺えるように、包括契約という従来からの取引慣行が、実際に私的独占の行為と認定されるかどうかは、現時点において未知数であり⁸⁾、決着を見るまでまだ数年がかかる⁹⁾（他方で、今回の最高裁判決において疑問点も残されている¹⁰⁾）。

8) 最高裁の「参加人の本件行為は、別異に解すべき特段の事情のない限り……人為性を有するものと解するのが相当である。したがって、本件審決の取消し後の審判においては、上記特段の事情の有無を検討の上、上記要件の該当性が認められる場合には、……同項の他の要件の該当性が審理の対象になるものと解される」という判示を受け、今後ほかの争点についても審理が行われるため、依然としてJASRACによる本件の包括契約が私的独占の排除行為に該当しないとされる可能性が残っている。

9) 本件は2008年の公正取引委員会による立入検査に始まり、2015年時点で既に7年間経過していた。

10) 「別異に解すべき特段の事情のない限り……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解する」という最高裁の判示が結局、「人為性を有する」とする結論そのものと理解されるべきか、それとも本件における人為性を判断するための一般論的な尺度を示しただけで、実際には「別異に解すべき特段の事情」の判断を促すものと理解されるべきか、必ずしも明瞭ではないので、次のような疑問点も残されている。

①人為性の有無という争点は、審判の過程において当事者による十分な主張も公正取引委員会による審理も行われておらず、高裁の段階においても判断されて

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は非常に限られてくるのではないかと思われる。また、ただ一つの利用形態に対する対症療法的な排除措置に、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での競争創出効果

いない論点であった。仮に今回の最高裁判示を「人為性を有する」とする結論と解釈されるなら、それらのプロセスを待つことなく、最高裁が初期段階の不完全な情報だけを根拠に「別異に解すべき特段の事情のない限り……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」と断ずるのは果たして妥当なのか、疑問である。

②仮に今回の最高裁判示を「人為性を有する」とする結論と解釈されると、本件放送利用管理の包括契約だけに人為性が認められるか、それともカラオケやインターネット配信等ほかの管理形態、更に音楽著作権管理以外の事業分野における類似の包括契約にも人為性が認められるかという学説解釈上の疑問が生じる。

③審決取消訴訟において原処分の日が判断基準時となるため、人為性を含む争点も原処分の当時の状況に照らして判断されるのは基本である（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））。

当時においてe-Licenseの放送局に提供できる楽曲数が数十曲単位であったのに対し、JASRACの管理楽曲数は既に数百万単位であった。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はできない。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、数十曲しか管理していなかったe-Licenseのために、使用料を減額させたり管理効率の高い契約形態を変更させたりすることはとても考えられにくい状況であったと言える（併せて、姜「音楽著作権における競争的管理」207-208頁の注釈55、211-212頁を参照されたい）。

また、近年における全曲報告システムの精度向上や導入普及は立件後、JASRACが力を注いで放送局側と共同推進を積極的に取り組んできた結果でもある。しかし、立件当初においては包括契約以上に管理業務を効率的に遂行できる技術や環境が熟していたとは言いがたい状況であった（この意味において、管理方法の変革を急いだJASRACの取り組みは図らずも「敵に塩」のような情勢をもたらした）。

このように、現状を勘案するなら「別異に解すべき特段の事情のない限り……人為性を有する」という結論になるかもしれないが、しかし、当時における上記の状況からすると、そのような断言的な結論には繋がっていかないのではないかと考えられる。今回の最高裁判示を「人為性を有する」結論そのものと理解すると新たな疑問点をもたらしてしまうため、むしろ「別異に解すべき特段の事情」の判断を促すものと解釈されるべきなのではないかと考えられる。

を期待することには無理がある。他方でEF法理の規定に基づく構造的排除措置命令なら独占状態に対する有効な規制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。

以上のような理由から、著者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言える「独占的状态の規制」(独占禁止法第2条第7項、第8条の4)というアプローチの試みを提案した。独占的状态の規制を用いる場合は、実際の市場構造や、目指している競争環境に応じて多様な制度設計が可能となり、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、違法行為に対する一度限りの排除措置と異なり、独占的状态の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。

そこで、本稿では、音楽著作権管理事業分野が独占的状态(第2条第7項)に該当するか、該当するのであれば、如何なる有効かつ実施可能な競争回復措置(第8条の4)を講じうるかについて検討することとする。

第1章 独占的状态の成立

第1節 独占禁止法第2条第7項

独占的状态の成立要件を定めているのは独占禁止法第2条第7項である。同項は、①国内総供給価額要件(柱書。市場規模要件とも呼ばれる)、②市場構造要件(第1号。事業分野占拠率要件とも呼ばれる)、③新規参入の困難性要件(第2号。参入障壁要件とも呼ばれる)、④市場弊害要件(第3号。市場行動要件又は市場成果要件とも呼ばれる)によって構成されている。

1. 国内総供給価額要件

第2条第7項の柱書は、独占的状态が成立するための前提条件として、「同種の商品（当該同種の商品に係る通常の事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく供給することができる商品を含む。）（以下この項において「一定の商品」という。）並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたもの（輸出されたものを除く。）の価額（当該商品に直接課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）又は国内において供給された同種の役務の価額（当該役務の提供を受ける者に当該役務に関して課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）の政令で定める最近の一年間における合計額が千億円を超える場合における当該一定の商品又は役務に係る一定の事業分野」であることを定めている。

「役務」に関する独占的状态の成立は、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」に係る「一定の事業分野」が対象となる。「同種の役務」の「同種」とは、学説では同質性を認められる役務が「同種」と解釈されている¹¹⁾（なお、「一定の役務」は「一定の商品」の場合とは異なっており、同種の役務や施設共通役務というような区分がない）。

他方で、「役務」に関する国内総供給価額も「一定の役務」に係る年間総供給価額が1000億円以上の規模を持った事業分野に限定されている（「役務」の場合と異なって「商品」の場合においては、独占的状态の成立は「一定の商品（同種の商品及び施設共通商品）」によって構成される「一定の事業分野」が対象となっているにもかかわらず、国内総供給価額の範囲は「一定の商品」に類似商品の価額をも加えた構成となっている¹²⁾）。1000億円という規模は、「経済事情が変化して国内における生産業者の出荷の状況及び卸売物価に著しい変動が生じたときは、これらの事情を考慮して、前項の金額につき政令で別段の定めをするもの」とされている（第2条第8項）。現行の金額は立法時の法定額

11) 今村成和ほか編『注解 経済法（上巻）』153頁〔丹宗昭信〕（青林書院，昭1985）（以下、今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕という）。

12) 今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕148-149頁。

500億円を改正し引き上げられた金額である。

本稿で検討している音楽著作権管理事業は管理役務であるため、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」という概念を前提に議論が展開されることとなる（言い換えると、実質上「同種の役務」の概念を前提に議論が展開されるということもできる）。

2. 市場構造要件

第2条第7項第1号は「当該一年間において、一の事業者の事業分野占拠率（当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたもの（輸出されたものを除く。）又は国内において供給された当該役務の数量（数量によることが適当でない場合にあっては、これらの価額とする。以下この号において同じ。）のうち当該事業者が供給した当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品又は役務の数量の占める割合をいう。以下この号において同じ。）が二分の一を超え、又は二の事業者のそれぞれの事業分野占拠率の合計が四分之三を超えていること」を市場構造要件として定めている。

「数量」を基準としていることには時期や取引段階による価格変動の影響を回避できる等の理由があるとされているが¹³⁾、役務の場合は役務の性格から数量で算定できないケースが多いため、価格で算定するケースが多いとされている（「独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について（平成26年）」（以下、「独占的状态ガイドライン」という））。

市場構造要件の成立との関係において、JASRACの事業分野占拠率は50%を超えるか又は首位のJASRACと二位事業者の事業分野占拠率の合計が75%を超えるかが争点となる。

13) 加藤二郎「独占的状态」ジュリスト656号99頁（1978）（以下加藤「独占的状态」という）。

3. 新規参入の困難性要件

新規参入の困難性要件について第2条第7項第2号は「他の事業者が当該事業分野に属する事業を新たに営むことを著しく困難にする事情があること」と定めている。

同要件について通説的な見解は、第2条第7項第1号の「上位一社又は二社による高度の市場占拠率が継続しているという事実が、何よりも雄弁に右『事情』の存在を物語るといってよく、この規定をもって、それ以外に特段の要件を掲げたものとみるべきではない」として¹⁴⁾、市場構造要件（第1号）の成立をもって新規参入の困難性要件の成立を推認解釈するという立場である。このような解釈は近年の解釈本でも採用されている¹⁵⁾。

4. 市場弊害要件

第2条第7項第3号の内容について、同項の柱書では「次に掲げる……市場における弊害があること」という文言を用いられているため、本稿では「市場弊害要件」と呼ぶこととする。

同号は「当該事業者の供給する当該一定の商品又は役務につき、相当の期間、需給の変動及びその供給に要する費用の変動に照らして、価格の上昇が著しく、又はその低下がきん少であり、かつ、当該事業者がその期間次のいずれかに該当していること。イ 当該事業者の属する政令で定める業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること。ロ 当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること」を市場弊害要件として定めている。

上記の条文から理解できるように、第3号の柱書は価格の下方硬直化現象に

14) 今村成和『独占禁止法（新版）』323頁（有斐閣，1978）（以下、今村『独禁法（新）』という）。

15) 根岸哲編『注釈独占禁止法』〔土佐和生〕233頁（有斐閣，2009）（以下、根岸編『注釈』〔土佐〕という）。

関する記述であり、(イ)は過大な利益率、(ロ)は過大な販売費・一般管理費に関する記述である。

まず、価格の下方硬直化の現象は「相当の期間」, 「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」に照らして判断されるとされている。「相当の期間」とは通説的見解では3年ないし5年と解釈されている。「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」について、両要因に照らして総合的に判断するのは建前となっているが、常に両要因と価格の変動とを結び付けて判断することを要求するのは公正取引委員会に困難な作業を強いることになるため、「需給の変動を中心に判断すれば足りると解すべき」という見解が有力なようである¹⁶⁾。

次に、(イ)と(ロ)について。問題となる過大な利益率又は過大な販売費・一般管理費は、閉鎖的な独占的・寡占的市場において需給関係や供給費用の変動に影響を受けないほどの価格支配力を有する事業者に関して定められている点に留意する必要がある。言い換えると、競争が正常に機能している事業分野で技術革新や効率向上を通じて競争者よりも高い利益率を挙げたり、販売促進のために販売費用等を多く支出したりしても問題視されるわけではない。

(イ)による過大な利益率とは、当該事業者の属する政令で定める業種（独占禁止法施行令第2条¹⁷⁾における標準的な政令で定める種類の利益率（独占禁止法施行令第3条¹⁸⁾を著しく超える率とされている。「著しく超える率」とは上記施行令第3条で定められている二種類の利益率がともに高いことを意味し、

16) 今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕158頁。

17) (イ)の「政令で定める業種」とは独占禁止法施行令第2条によって明記されている。

「第二条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める業種は、次の各号に掲げるものとする。一農業、二林業・狩猟業、三漁業・水産養殖業、四鉱業、五建設業、六製造業、七卸売業・小売業、八金融・保険業、九不動産業、十運輸・通信業、十一電気・ガス・水道・熱供給業、十二サービス業。」。

18) 「標準的な政令で定める種類の利益率」とは、独占禁止法施行令第3条で定められている利益率の算定方法で算出される利益率のことを指している。

「第三条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める種類の利益率は、次に掲げる割合とする。一資産の合計金額から負債の合計金額を控除して得た額に対する経常利益の額の割合 二資産の合計金額に対する営業利益（前条第八号に掲げる業種にあっては、経常利益）の額の割合」。

50%程度以上を上回ると「著しく」と言えるとされている¹⁹⁾。過大な利益率のほかに、(イ)の過大な販売費・一般管理費も条文に盛り込んだのは、立法当時の産業組織論の研究では、独占・寡占事業者が超過利潤を販売費及び一般管理費に転化させる傾向が確認されたため（そうすると、(イ)の該当性を免れる²⁰⁾、(ロ)の規定によりそれを防ぐ役割があるからである。即ち、(ロ)が(イ)の予備的判断要素といえることができる²¹⁾。

以下では、音楽著作権管理事業に対するこれらの要件の適用可能性を論ずる。

第2節 「同種の役務」について（柱書と第1号）

国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第1号）の該当性においては、いずれも音楽著作権管理事業という一定の事業分野の画定が問題となる。それは「同種の役務」の範囲をどのように考えるかということに尽きる。論点は二つである。即ち、「同種の役務」の画定方法と同種の役務の「価額」の算定である。

音楽著作権管理事業は複数の支分権・利用形態に対する管理役務で構成されている一方、著作権者市場と利用者市場で構成されている両面市場でもある。そのため、通常の製造業よりも「同種の役務」の画定方法と価格の算定が複雑である。

19) 根岸編『注釈』〔土佐〕234頁。今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕159頁。ただ、50%以上を上回るといふ説明は(イ)を充たす分かりやすい例示であり、それを下回る数値なら充たさないという意図ではないと思われる。

20) 小林好宏『日本経済の寡占機構』27頁（新評論、1971）。小宮隆太郎「日本における独占及び企業利潤」『リーディングス産業組織』239頁（日本経済新聞社、1970）。

21) 根岸編『注釈』〔土佐〕234-235頁。今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕159頁。
 (イ)と(ロ)の立証作業は公正取引委員会にとっても容易なことではないので、むしろ同号に該当しないことの立証責任を当該事業者側におわせるべきという学説上の提案がある（今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕157頁。なお、第8条の4の但し書きについても、立証責任を転換して解釈すべきとする学説は今村ほか編『注解（上）』157頁〔丹宗〕400頁。根岸編『注釈』〔土佐〕237頁を参照）。

しかし、立証責任を転換し、制度発動のハードルが軽減されるとしても、3号の不成立が事業者側に立証されると、結局競争回復措置命令が執行されないということにおいては変わりがない。

1. 「同種の役務」

(1) 「同種の役務」の画定

まず、「同種の役務」の画定方法について検討する。録音権等の管理と演奏権等の管理のように、支分権（利用形態）管理の内容も利用許諾の相手もそれぞれ異なっている場合（機能及び効用が相違しているように見える）、果たして支分権（利用形態）ごとに「同種の役務」の範囲を画定すべきか、それともすべての支分権（利用形態）管理をまとめて一つの「同種の役務」とすべきかが重要な論点となる。

これについて公正取引委員会は、支分権（利用形態）ごとにではなく、すべての支分権（利用形態）に対する管理を楽著作権管理業という一つにまとめて「同種の役務」の範囲と画定すべきという考え方を、次のように明確に示している²²⁾。

「同種の役務」は「機能及び効用」が同種の役務である。したがって、同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は「同種の役務」の画定に当たって問題とならない。音楽著作権管理は、著作権者からみれば、適法かつ簡易迅速な手続を通じて、多数の利用者からの使用料の分配を受けることを可能とするものであり、利用者からみれば、利用形態に応じ、音楽著作権に係る一の権利や複数の権利を適法かつ簡易迅速な手続を通じて、適正な使用料で音楽著作権を利用することを可能とするものである。このことが音楽著作権管理の機能であり、この適正な使用料で利用することが可能となることによりもたらされる満足、経済的効用が利用者にとっての効用であり、支分権によって異なるものではないと考える²³⁾。機能及び効用の検討に際して、録音、演奏等のそれぞれの支分権の利用許諾ごとに考えるのではなく、音楽著作権管理業の機能及び効用を考えるのが適当と考えられる²⁴⁾。

22) 根岸編『注釈』〔土佐〕232頁。

23) 2008年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）。

24) 2010年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）。

(2) 市場構造要件の該当性

規制緩和から十数年経過した現在（2015年時点）でも、音楽著作権管理事業（すべての管理支分権・利用形態の全体）におけるJASRACのシェアは99%以上と推測され他社を圧倒している。またトップ4社のシェアは100%となっており²⁵⁾、典型的な独占構造と言えることから、市場構造要件（第1号）が充たされていると考えられる。

2. 同種の役務の「価額」

(1) 同種の役務の「価額」の算定

次に同種の役務の「価額」の算定について。音楽著作権管理事業分野は著作権者市場と利用者市場の双方で構成されている両面市場である。そのため、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするか、それとも管理事業者が著作権者側から徴収した管理手数料の額を上記の算定対象とすべきかが、重要な論点となる。

これについて、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするという考え方を公正取引委員会は次のように明確に示している。

音楽著作権管理業においては、音楽著作権管理業者が著作権者から与えられ

他方で、上記の「同種の役務」による一定の事業分野の画定に関する公正取引委員会の考え方と、企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針で用いられている「効用等の同種性」による市場（商品の範囲）の画定に関する考え方とは異なっているように考えられる。「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（2011）で市場（商品の範囲）の画定に用いられている「効用等の同種性」は用途や価格等の視点から商品間の具体的な代替性分析を通じて判断されることとなっている。これに対して音楽著作権管理事業の「同種の役務」による一定の事業分野の画定は「同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は……問題とならない」というように、具体的な用途や価格の分析ではなく、適正な料金で管理役務を利用できる満足といったような抽象的の共通点をもって判断されることとなっている。

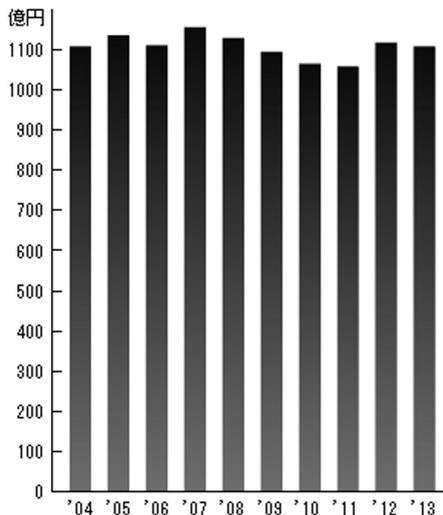
25) 公正取引委員会「累積生産集中度」「累積出荷集中度」2012年度データを参照（<https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/ruiseki/index.html>, 2014年12月3日最終閲覧）。

た許諾権を利用者に与える見返りに使用料を徴収しており、当該音楽著作権管理業における国内総供給価額は、役務を受ける者(=利用者)が許諾の対価として事業者(=音楽著作権管理業者)に支払う額(=著作物使用料)とするのが適当である。国内総供給価額の算出に当たって、管理業者の内部的な会計処理は、考慮事項の対象とならない²⁶⁾。

(2) 国内総供給価額要件の該当性

前述のように、JASRACの事業分野占拠率が99%以上とされているため、JASRACによる使用料の徴収額を実質上、音楽著作権管理事業の国内総供給価額と見做すことができる。JASRACによる使用料徴収額はここ十年持続的に1000億円を超えており、国内総供給価額要件が充たされている。

JASRACの使用料徴収額の推移²⁷⁾



26) 2006年、2008年、2010年及び2012年のガイドライン改定時における「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)。

27) JASRAC「2014年定例記者会見資料」(2014年5月21日)の3頁を参照。

第3節 新規参入の困難性 (第2号)

第2条第7項の独占的状态に該当するためには、長期間に亘り国内総供給価額の規模が1000億円以上、事業分野占拠率が99%以上あってもまだ不十分で、このような市場構造がこれ以降も変化しにくいこと、即ち新規参入の困難性も要件とされている。

1. 要件の法解釈検討

既述のように、市場構造要件(第1号)の成立をもって新規参入の困難性を推認するのが通説的見解である。これに沿って解釈すると、音楽著作権管理事業の状況は新規参入の困難性の要件を充たしていると考えられる。

他方で、経済産業が大きな変貌を遂げている今日において、このような推認解釈はできるとしても、該当する事業分野に一定の枠を嵌める必要がありそうである。例えば、マイクロソフトのWindowsはデスクトップ型パソコン向けのOS市場をほぼ独占しているが、その独占状態が維持されているのはOSという商品のネットワーク効果とロックイン効果に深く関係すると考えられている。高いネットワーク効果とロックイン効果で維持されている独占状態も新規参入の困難性の「事情」に該当するものであるが、同時にそれがOS市場における競争の結果でもある²⁸⁾。言い換えると、Windowsという商品はほかのOSよりもいち早く高いネットワーク効果とロックイン効果を発揮した結果、独占の状態へと結びついたという競争の過程(経緯)がある。仮にこのような競争プロセスの過程で生まれた「事情」も、規制対象の要件とされると、著しく事業者側の競争インセンティブが損なわれるおそれがある。

したがって、新規参入の困難性を示す「事情」について線引きを設けるべき

28) マイクロソフト社は競争の過程で競争制限的な行動を行ったことがあるが、それらの競争制限的な行動(及び反競争的な影響)は察知されるたびに、違法行為として規制を受けていた。それでも、OS自体の高いネットワーク効果とロックイン効果を十分に発揮できた「Windows」が市場独占するようになった。この意味における「競争の結果」である。

と考えられる。即ち、需要者の自由選択による競争的取引の結果として参入障壁が生まれるケースがある一方、自由選択の競争プロセスを経ずに、参入障壁が人為的（公的）に創り出されたケースもあり、両者を区分しておくべきである。具体的に言うと、例えば、参入規制による公的独占のもとで築いた独占基盤を従来の公的独占事業者が受け継いだまま民営化を迎えたため、規制緩和にもかかわらず新規参入が著しく困難な状況に置かれているというように、特殊な歴史的経緯を持つ事業分野に限定して第2号の「事情」を解釈したほうがより説得力が高いと考えられる²⁹⁾。

公的保護を受けていた事業者と競争の中で成長してきた事業者を区別して対応するという考え方は現代の競争政策においても用いられている。例えば羽田国際線の発着枠の問題において国土交通省が、JALの見直し要求を認めず、ANAに枠を多く配分した理由について、次のように回答している。「航空政策の基本的考え方に立ち……健全な競争環境が確保されることが極めて重要であるとの観点から……公的支援によって、航空会社間の競争環境が不適切に歪められることがあってはならない……公的支援等の結果、現状、他の航空会社との間において大きな体力差が生じてきており、これによって、我が国航空会社間における競争環境に不適切な歪みが生じつつあるものと認識している」³⁰⁾。

このように、新規参入の困難性がなぜ生じたかの経緯を十分に考慮・区分して、「他の事業者が当該事業分野に属する事業を新たに営むことを著しく困難にする事情」の範囲をより限定的に解釈すべきというのが本稿の考え方である。

29) 線引きを設ける解釈方法はなぜ1号の市場構造要件に用いていないかという点、公的独占等の歴史的経緯から独占的市場構造が形成されたとしても、規制緩和により独占的構造でも競争的構造へと変化してしまうケースが実際にあるので、独占的市場構造そのものよりもむしろ規制緩和にもかかわらず、その構造を長期的に維持・強化させている2号事情の存在理由を問題視するほうが合理的と考えられるからである。

30) 国土交通省による日本航空からの申入れに対する回答「是正申入書 兼 開示請求書について」(2013年11月5日)。

2. 要件の該当性

通説の見解のように市場構造要件（第1号）の成立をもって、新規参入の困難性を推認した上で、更に限定解釈しても、音楽著作権管理事業の状況がそれに該当すると考えられる。

同事業分野において「事業を新たに営むことを著しく困難にする事情」をもたらしている根本的原因是にJASRACが受け継いだ公的独占時代の独占基盤にある。具体的に言うと、JASRACだけが保有している全国規模の管理ネットワーク、99%以上の管理楽曲数、社会に浸透している知名度や影響力、圧倒的な管理事業力（経験やノウハウ等）、更に巨大な著作権管理プラットフォームであるゆえに備え持っている高いネットワーク効果やロックイン効果等、何れも2号の要件に該当する「事情」と考えられる。

また、法的独占や公的保護といった歴史的経緯のほかに、企業合併の審査における実務判断上のミスによる独占障壁の形成等³¹⁾も、限定的に解釈される2号の「事情」に該当しうると考えられる。

第4節 市場弊害要件（第3号）

1. 適用における問題点

独占的状態の規制は1977年の法改正により導入されたものである。この制度の持つ純粹構造規制の手法は、立法作業の期間中賛否両論に曝された。このような立法経緯から、市場弊害要件とも呼ばれる第3号の文面は、制度導入のための一種の妥協の産物と言える側面がある。

独占的状態の規制が純粹構造構造規制とされながらも、構造要件に止まらず、市場弊害要件も設けられた背景には、立法当時におけるハーバード学派SCPパラダイム³²⁾の浸透及び1970年代の米国や英国で立て続けに行われていた企業

31) 和田静夫委員の発言を参照（73-参-決算委員会閉4号1974年9月11日）。

32) Sは市場構造（Structure）の略語：売り手や買い手の数、その規模分布、製品の差別化の程度、参入障壁の高さ、市場の競争条件を決める構造的な要素を指している。Cは市場行動（Conduct）の略語：市場に参加する経済主体特に事業者の

分割の立法動向の影響があったと考えられる³³⁾。そのため、同項第3号における価格の下方硬直化や過大な利益率等を独占・寡占的な市場構造によってもたらされる市場行動及び市場成果に関する記述として理解することができる。また、SCPパラダイムや諸外国の企業分割立法の動向が日本の独占禁止法の改正に大きな影響を与えることができた最も大きな原因は後述のように、立法当時の日本国内において狂乱物価や管理価格が横行していたにもかかわらず、行為規制だけでは公正取引委員会にはなすすべもないという旧独占禁止法の限界性が浮き彫りになっていたからである。

他方でしかし、価格の下方硬直化や過大な利益率等の要素は、純粹構造規制を発動する際の補助的考慮材料とするならまだしも、直接に第3号の文面に盛

さまざまな行動を指しており、例えば価格政策、生産量決定、設備投資、研究開発更には企業間の提携や共謀などの行動も含む。Pは市場効果(Performance)略語：主として社会的厚生立場から見たその市場の成果を指すもので、生産や資源配分における効率性、技術進歩や経済成長等が中心となる。

SCPパラダイムは、市場構造Sが市場行動Cを決定し、更に市場行動Cが市場効果Pの如何を決定するという因果関係の存在を想定している。ハーバード学派の主張によると、ある市場の成果を改善するには、直接の原因である企業の行動を規制するだけでは十分ではない。そのような行動を可能としている市場構造そのものを変えなければならない。そこから、市場構造をできるだけ競争的に維持しようとする構造主義(structuralist)の理論が生まれた。

33) 1971年頃、米国では機械的分割論と呼ばれる法案の審議が行われていた。この法案は、①当該産業が年間販売額5億ドル以上の重要産業であること、②その産業上位4社集中度が安定して70%を超過していること、③当該企業の市場占拠率が安定して15%を超えていることの三要件が満たされた場合、独占禁止法当局と連邦裁判所が当該企業に改善措置を取るための1年間の猶予期間を与えた後に企業分割命令を命じることができることを規定していた。村上政博『独占禁止法の日米比較 政策・法制・運用の相違(中)』103-108頁(弘文堂、1992)。

他方で、1973年の英国では公正取引法が制定され、市場占拠率が4分の1以上を占める事業者が独占的状态にあるものとされ、主務大臣が弊害性や規制の必要性等について(独占・合併委員会に調査を付託することができる)判断し、国会の同意を得て企業の分割等を命じることができることとなった。江上勲『経済法・独占禁止法概論』61-62頁(税務経理協会、1981)。

のちに制定された日本の独占的状态の規制も規模、構造及び参入障壁を要件としている特徴はアメリカの分割法案に近似している。また、弊害の徴表等を考慮要素としている点は「弊害規制主義をとるイギリス法の中の、独占的状态に在る企業の分割規定に見出される」とされている。今村『独禁法(新)』299頁。

り込まれたために、現代における条文の適用に大きな支障も来している。

立法から30年以上経った当今では、倫理観や企業観だけでなく、産業組織論も大きく変貌してきて（参入障壁さえなければいずれ競争者が現れるというような認識さえあり）、高い利益率を追求するための高い価格設定が企業体の目的・自由・原動力という認識は既に日本社会全体に浸透している。特に音楽著作権管理事業の場合において、JASRACによる管理役務と新規管理事業者による管理役務の両者を比較しても、必ずしも管理品質（レベル）が同質とは見做されないで、良い役務には高い価格を設定し高い利益率を得るのはむしろ当然という考え方も成り立つ。

他方で、立法当時では、（公的独占事業を除いて）役務供給事業者による独占状態も、両面市場という取引構造も、意識されていなかったと思われる³⁴⁾。音楽著作権管理事業における価格の変動を考察するには、権利者側の市場のほかに、利用者側の市場も併せて考察するとともに、それぞれ代替関係にない独立している支分権の提供と需要もすべて把握しなければならない³⁵⁾。例えば、管理楽曲の商業用レコード需要が縮小しても、コンサートやネット音楽配信の需要が増えてくることがあるため、伝統的な製造業と比べると、音楽作品利用全体の「需給の変動」を捉えることは非常に難しいと思われる。機械的に立法当初の解釈で3号をあてはめようとすれば、その妥当性と現実的意味について懐疑の念を抱かざるをえない。

このように現代において第3号を実際に適用するためには、同号の文面が生まれた立法過程を考察し、果たして本来の立法趣旨（意図）が過大な利益率等第3号文面の内容を弊害そのものとして見做しているのか、それとも同号の文

34) 立法時に公表された独占的状态ガイドラインと最新の独占的状态ガイドラインを比較すれば明らかである。昭和50年代の監視対象がすべて製造業だったのに対し、現在の監視対象には役務供給事業者の割合が半数も占めるようになっている。

35) 例えば、ビール製造業における需給関係は主にビールとユーザー間の需給関係であり、発泡酒やビール風種類といった周辺商品（併せて「一定の商品」）も含まれるが、基本的には互換性があるため全体の需給関係が把握しやすいのである。しかし、音楽著作権の場合は、コンサートでの生演奏とレコードの録音のように、多くの利用形態に互換性がなく、各利用形態の需給関係が大いに異なってくる。

面よりも更に深層にある何らかの弊害を規制しようとしているのか、という問題の答えを先に明らかにしておく必要がある。その上で、本来の立法趣旨を踏まえて、法律意思説（客観的解釈とも呼ばれる³⁶⁾）の観点から、現代に適応する法解釈（法解釈の現代化）を試みることにする。

2. 立法経緯の考察

改正試案、政府素案、第1次政府案、五党修正案、第3次政府案という原案内容の変遷順に沿って、立法時の社会背景も交えて立法経緯を考察することとする。

(1) 改正試案

1974年9月18日に公正取引委員会は改正試案を正式に発表した。試案によると、独占的状態の規制（当時は企業分割という表現であった）とは「他の方法によっては競争を回復させることが極めて困難な場合に命ずる措置」である「独占的状態は、①1社又は2社の市場占拠率が著しく高いこと、②競争が実質的に抑圧されていること、③新規参入を著しく困難にしていることの3つの基準から判断することになる」とされていた。

上記②「競争が実質的に抑圧されていること」こそ現行法第2条第7項第3号の原型である（また、上記①は第1号、上記③は第2号の原型であることも明らかである）。「競争が実質的に抑圧されていること」が独占的状態の構成要件とされたのは、「競争が実質的に抑圧されていること」こそ独占的状態の弊害であると考えられていたからである（他方で、「新規参入を著しく困難にしていること」は前記の弊害が市場の自然治癒機能によって解消されがたい要因といえる）。この点に関して当時の国会審議において、公正取引委員会は次のような答弁を行っている。

36) 即ち、法の解釈に際し、その法が現代の社会において有する目的に従って解釈されるべきという法解釈の学説。同説は日本では通説とされている。五十嵐清『法学入門（新版）』151頁（悠々社、2002）。

「……独占の弊害を規制するということは独禁法本来の目的で」³⁷⁾「独占的ないろんな弊害が生ずる場合……これは排除しなければならぬ……企業が独占に近いような状態になって事実上競争が行なわれておらぬ、実質的にはないというふうなときには、これはこの状態を排除しなければならぬということ……」「一社に生産力なり供給力が集中する、そうしてそれが圧倒的な力を持った場合には、そういう一種の独占状態がもたらす弊害というものは……結局競争がない場合でございます……」「……すべての競争の面において、その競争が実質的にはないんだと、競争したくても全然競争にならない。一方の圧倒的な力で押え込まれておって、ほんとうの意味での競争がないんだ」³⁸⁾。この答弁から理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」³⁹⁾ことこそが独占の状態の弊害として考えられていた。

他方で、公正取引委員会は「競争が実質的に抑圧されていること」の具体的判断は「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等によって判断される」と考えていた⁴⁰⁾。

価格形成や独占利潤等が考慮材料とされた背景には、価格の弊害の規制を強く求める社会世論や消費者運動が大きく関係していたと思われる。当時は「企業はわるい」「物価の統制を強化しろ、あるいは利潤を統制しろ、そういう声が国民の中」にあった⁴¹⁾。一方で、「消費者団体の中には独禁法というものを、イコール値下げ立法だと考える向きが多かった。……独禁法が直接的に値下げに役立つ法律であるという通念があった。」⁴²⁾。そのため、消費者団体は、公正

37) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁(73-参-決算委員会閉4号1974年9月11日)。

38) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁(73-参-商工委員会閉1号1974年9月18日)。

39) 「競争が実質的に抑圧されていること」は、改正試案公表までの中間報告では「企業の業績あるいは市場行動の面で、競争政策上具体的な弊害」と文言表現されていた。

40) 公取委『三十年史』326頁。菊池兵吾「独禁法改正をめぐる問題」公正取引289号4頁(1974)(以下、菊池「独禁法改正」という)。

41) 金沢良雄ほか「独占禁止法改正の意義と今後の運用に望む点」公正取引別冊104頁(1978)(以下、金沢ほか「改正の意義と運用」という)。

42) 金沢ほか「改正の意義と運用」106頁。

取引委員会の改正試案が発表され「国会に提出するころから国会とか政党にも働きかけなど」「国会議員に消費者の声を反映させ……国会議員一人一人に意見を聞いて回ったり」していた⁴³⁾。立法を推し進める原動力とも言える消費者運動と社会世論にとって、最も関心度の高い物価設定や利潤率を真っ先に考慮材料に列記しなければならないという情勢があった—また、既述のようにちょうど同時期にSCPパラダイムの浸透や米英における企業分割立法の動向もあった—からと考えられる⁴⁴⁾。

ただ、何を考慮材料にするかはともあれ、需給関係を反映しない作為的な価格形成（即ち、価格の下方硬直化）や独占利潤（即ち、過大な利潤率）は、立法初期の原案段階から「競争制限に基づく弊害」（言い換えると、競争が実質

43) 金沢ほか「改正の意義と運用」103頁。

44) 価格等が少数の事業者に支配され、新規参入も期待できないような「競争が実質的に抑圧されている」市場で、支配的地位にある事業者の価格設定や利益率が高い現象は現代の独占・寡占市場においても実際に確認されている。

例えば、2011年の原子力発電の在り方に関する議論の再燃をきっかけに、参入規制が敷かれてきた電力事業に潜む様々な問題点、特に過大な利益率が浮き彫りとなり、再び電力会社に対する企業分割の論議が俎上に載せられた。発送電分離が既に行われていた欧米に比べて、今になってこのような議論をすることはやや遅きに失する感は否めないが、公的保護を受けてきた独占事業者を分割することによって競争を創出することの重要性に対する認識が改めて喚起されたという点で評価すべき動きである。

東京電力の電気料金算定のもとになる見積もりが過去10年間で実際にかかっていた費用より約6千億円も高く設定されていたことが政府の「東京電力に関する経営・財務調査委員会」の調査で明らかにされた（「電気料金原価、6千億円高く見積もり 東電、10年間で」朝日新聞電子版 (asahi.com) 2011年9月29日）。更に、総括原価にはオール電化関連広告費、寄付金などの諸費、福利厚生費、各種団体への拠出金等本来の業務とは直接に関係のない費用も含まれていたため（「東電原価6186億円過大…第三者委報告書案」読売新聞電子版 (YOMIURI ONLINE) 2011年9月30日）、その分更に電気料金も高く設定されていたことになる。調査委員会の報告書案は「そもそも届出時の原価が適正ではなかった」「高コスト構造にある」「料金原価が更に引き下げることが可能」との見解を示した（「過去十年電気代取りすぎか 東電原価 6000億円過大」朝日新聞朝刊2011年9月29日）。

消費者庁が実施する公共料金の内外価格差調査（10年度）によると、東京電力の電気料金を1とした場合の海外の電気料金は、米国0.64、イギリス0.75、フランス0.66という（「電気料金：地域独占で競争原理働かず」毎日新聞電子版2011年10月30日）。

的に抑圧されていることの徴表にすぎない) ということは学者有志の共通認識であった⁴⁵⁾。このことはのちに公表された政府素案の条文からも窺える。

(2) 政府素案

1975年3月5日に作成・公表された政府素案は「独占的状态」を次のように定めていた。

独占的状态とは、次の事項に該当する場合とする⁴⁶⁾。

ア (略)

イ (略)

ウ 競争が実質的に抑圧されている弊害が現実にあること (①長期間にわたり、生産費の状況又は需給関係を反映しない価格が設定されており、かつ、②長期間を通じ、利益率又は経費支出率が著しく高いと認められることを要する。)

上記の政府素案の文面構成から理解できるように、括弧内の①需給関係を反映しない価格設定や②過大な利益率又は経費支出率の支出率は、「競争が実質的に抑圧されている弊害が現実にある」ことを判断するための考慮材料とされている。

また、この時期の国会審理では次のような答弁がなされていた。

「……独占的市場支配力の弊害を排除することは、独占禁止政策の最も重要な課題の一つであり……企業分割の目的は、有効な競争を回復するためであります」⁴⁷⁾、「高度の寡占とか独占的状态というものが、本来の意味の公正にして自由な競争の阻害要因として働いているためにそういう現象が認められる……。……競争が抑圧—抑圧と申しますのは、事実上行われないという意味……。……もう競争が行われないような状態になっている。これを独占的状态と私ど

45) 独占禁止政策懇談会有志「独占禁止法改正についての提言」公正取引292号43頁(1975)(以下、懇談会有志「提言」という)。

46) 公取委『三十年史』332頁。資料「大詰めを迎えた独禁法改正—3月5日、政府素案を發表」公正取引293号44頁(1975)。

47) 鶴田俊正公述人の発言(75-衆-予算委員会公聴会1号1975年2月8日)。

もは呼んでおります」⁴⁸⁾等。

上記政府素案の内容と国会答弁から理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」ことこそが、独占的状態の弊害とされており、3号本来の法趣旨である。

他方で、3号から「競争が実質的に抑圧されている」という文言が省かれ、現行法の文面に変更されたのは、上記の政府素案を基本に4月14日に閣議決定された第1次政府案の時からである⁴⁹⁾(第1次政府案の3号文面がのちに、ほぼそのまま現行法第2条第7項3号の内容となっている。)

(3) 第1次政府案

第1次政府案において文面は次のように変更された⁵⁰⁾。

「当該事業者の供給する当該一定の商品又は役務につき、相当の期間、需給の変動及びその供給に要する費用の変動に照らして、価格の上昇が著しく、又はその低下がきん少であり、かつ、当該事業者がその期間次のいずれかに該当していること。

イ 当該事業者の属する業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること。

ロ 当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること。」

しかし興味深いことに、第1次政府案が国会に上程された後、新設された事前手続(主務大臣との複数回に亘る事前協議)に対しては法律学者からの批判があったが、第2条第7項に関しては文面上の変更があったにもかかわらず、学

48) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁(75-衆-商工委員会4号1975年2月19日)。

49) 第1次政府案の上程経緯について、「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議(上)-衆議院では五党一致で修正可決-」公正取引297号18頁(1975)を参照。以下、「国会審議(上)」という。

50) 丹宗『構造規制の法理』443頁。

者からの批判はなかったようである⁵¹⁾。また、野党側が問題視していたのも、第2条第7項における文面の変更ではなく、第8条の4発動の制約になりうる主務大臣との事前手続であった⁵²⁾。

第1次政府案が文面変更にもかかわらずそれほど批判されていなかった大きな理由は、文面上の変更はあっても立法趣旨と骨組みが政府素案とは変わっていないというように考えられていたためと思われる。このことを裏付けるように、当時の国会審理では文面の変更に関する質問に対して、公正取引委員会と政府は次のような答弁を行った。「……独占的な状態が現実には弊害をもたらすような場合、競争を完全に抑圧するということ」⁵³⁾、「これらの要件……は、独占的な状態に対する措置の性格から来るもので……競争の抑圧による弊害が現実には生じている独占的な状態に対し……営業の一部の譲渡等の措置を命ずる」⁵⁴⁾。

上記の国会答弁から理解できるように、第1次政府案の第2条第7項についても、文面上の変更があったとはいえ、改正試案の立法趣旨に沿うものとされている。即ち、独占的な状態の「弊害」とは「競争が実質的に抑圧されている」こととされおり、過大な利潤率等はいくまでも「競争が実質的に抑圧されている」ことによるものであり、「競争が実質的に抑圧されている」を判断するための考慮材料として理解されていた。

(4) 五党修正案

既述した多重的事前手続きに対する学者や野党側の要望を取り入れ、のちに可決されたのは所謂五党修正案（1975年6月24日）であった。五党修正案における独占的な状態の規制に関する主な改正点は、主務大臣との協議手続の削除で

51) これについて、法律学者有志「意見書」公正取引295号53頁（1975）を参照。具体的な検討は丹宗『構造規制の法理』398-401頁。

52) 国会での主要議論について「国会審議（上）」20-21頁と23頁、及び「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議（中）」公正取引298号35頁を参照。

53) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（75-衆-商工委員会20号1975年6月3日）。

54) 植木光教国務大臣の答弁（75-参-本会議18号1975年6月27日）。

あった⁵⁵⁾。第2条第7項の文面は第1次政府案とほぼ同様であるが、野党側だけでなく、経済・法律学者からも、「与野党一致の修正により衆議院で可決された改正案は、われわれの声明の基本的趣旨に合致するものであるとともに、先に独占禁止法・経済法専攻者が提案した政府案に対する四項の修正要求に答えており、独占禁止法の一步前進として高く評価」されていた⁵⁶⁾。

上記の五党修正案に対する評価から、第3号は文面上に変更があったとはいえ、公正取引委員会の改正試案と政府素案の立法趣旨と運用解釈をほぼ承継していると考えられる。他方で、独占的状态規制の制定に直接繋がった原案は1977年4月11日第80回国会に上程された第3次政府案であった。

(5) 第3次政府案

独占的状态の規制は1976年に提出された第2次政府案では一度削除されていたが、消費者団体や野党側の強い要求により復活し、第3次政府として1977年4月11日、第80回国会に上程された。そのときの国会や社会情勢には幾つかの特徴があった。

特徴①：消費者利益を無視して高い利潤を貪るだけの大企業に規制を早急にかけることを求める消費者運動が高揚し、それに同調するように、マスコミにも独占・寡占の価格に対する「弊害規制」を論調とする報道が多く見られていた。独占禁止法上で言われる弊害とは本来「競争が実質的に抑圧されている」ことを指しており、その徴表として消費者側にとっての弊害（大企業による価格の支配や過大な利潤率等）が現れる。しかし、既述のように消費者運動が高揚する中で実際にマスコミでクローズアップされていたのは、ほとんど消費者にとっての弊害（物価問題）であった。

特徴②：当時は第1次政府案と五党修正から既に2年ほど経過していて、その間に総選挙が行われ、総理大臣も議員も公正取引委員会委員長も変わっていた

55) 公取委『三十年史』334頁・337頁。

56) 「国会審議(上)」18頁。

ため、独占的状態の規制に対する立法担当者側や議員側による理解や答弁の整合性に変化が生じやすい環境であったといわざるをえない。例えば、第1次政府案までの立法過程や国会審理では、独占的状態は新規参入の困難を伴う「競争が実質的に抑圧されている」こととされおり、国会質問と答弁が行われる際の表現においては、弊害と弊害による徴表を使い分けていない場面もあったものの、「弊害」という本当の意味は一般的に理解されていたようである。しかし、それから2年後の第80回国会では条文の文面をただ鵜呑みにしているかのように、第2条第7項3号に記されている過大な利潤率等を(判断材料・徴表ではなく)弊害そのものとして議論する場面が見られるようになった。

特徴③：学界において、独占的状態の規制を過大な利潤率等に対する弊害規制とし、大企業側の自律経営を促す効果も期待できるという論調が現れ始めたのも第80回国会の頃であった。同時期に、過大な販売・一般管理費等を独立した要件であるかのように計算方法を分析する動きも見られた⁵⁷⁾。

特徴④：大企業が企業分割を免れるために、シェアを下げたり多角経営を加速させたりする等、自主的防衛行動が目立った。前記の変化は間接的に過大な利益率や販売費等が弊害そのものという認識の既成事実化に拍車をかけることとなったと思われる。

上記の国会や社会情勢はさておき、第3次政府案は、「第七十五回国会の衆議院において全会一致で修正可決された法案を基礎」(五党修正案)としつつも⁵⁸⁾、主務大臣との事前手続きが再び加えられたため、実際には「第一次政府案の考え方を踏襲するものとされ」ている⁵⁹⁾。また、第2条第7項の文面における大きな変更は、「次の各号に掲げる市場構造及び市場における弊害があるこ

57) 例えば、柴田章平「独占禁止法施行令等の概要」商事789号3頁(1977)。徳谷昌勇「改正独占禁止法と販管費の取扱いをめぐって－独占的状態の弊害要件の解釈」企業会計30巻6号843-845頁(1978)。

58) 公正取引委員会事務局官房企画課「独占禁止法改正の経緯」公正取引320号11頁(1977)(以下、公取委「改正の経緯」という)。

59) 小西唯雄「寡占体制と企業分割政策－昭和52年改正法規定の1検討」経済学論究33巻3号387頁(1979)(以下、小西「寡占と分割」という)。

と」という文言が加えられたのである⁶⁰⁾。この第3次政府案は国会審議を経て同年の5月27日に正式な改正法として成立した。

同法案の審議において、第3号が価格設定や利益率等に対する弊害規制となるのではないかということは大きな論点であったが、公正取引委員会、政府及び立法に参加した学者から明確な答弁があり、その要点は次のとおりである。

質問 植木光教：「……この『弊害』という言葉は、五十年の五党修正案に入っておりません。……正当な利益であれば問題にすべきではなく……国民経済上明らかに実質的な弊害となっている場合に限って適用すべきであるという意見が強い……。」「要するに……競争抑圧による弊害が明白であること、すなわち企業か競争を抑圧しているか否か、公正取引委員会が立証して初めて適用されるものであることと私は解釈をいたしますが、この際改めて確認をしておきたいと存じます。」

答弁 政府委員（大橋宗夫）：「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけでありますから先生御指摘のとおりでございます。」⁶¹⁾。

ほかの答弁要点は次のとおりである。

「……抑止力の点ですが、企業分割制度をつくと……利潤統制、価格統制につながるおそれがあるというようなお考えもあるようにも思います。ここで弊害規制と言っておりますのは、弊害があること自体をつかまえて、それを是正しろという形で考えるのではなくて、ただ一定の市場構造がどのような害悪をもたらしているかということを判断する資料として、弊害があるかどうかということの一つの材料にする、こういうことでもあります」⁶²⁾、「独占的状态の定義に該当すれば、通常はそういう場合には有効な競争が行われていない場合が多いと考えられますけれども……実際には真に有効な競争が行われておるとい

60) 第1次政府案では「次の各号に掲げる事情があること」という表現であった。現行法は「次に掲げる市場構造及び市場における弊害があること」という表現となっている。

61) 植木光教委員の質問に対する大橋宗夫内閣審議官の答弁（80-参-商工委員会13号1977年5月26日）。

62) 実方謙二参考人の説明（80-参-商工委員会12号1977年5月25日）。

うふうに認められます場合にはその実情は当然考慮されなければならぬ……」⁶³⁾、「この『市場における弊害』というのは……一応三号要件というものが「市場における弊害」を具体的にあらわしている」⁶⁴⁾、「……自由経済にとって何が一番大事か……価格が市場で決まるというのが自由経済の本質でございます。……独占禁止法のねらいというのものも、自由競争を促進して、市場で価格が決まるようにしていくというところにある……そういう方向で政策といえますか、立案したわけでございます」「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけでありませう」^{65) 66)}。

3. 立法前後の有力学説

独占的状态の本質と第3号の法解釈について、立法趣旨を一貫して反映する学説解釈を幾つか紹介しておきたい。例えば、立法当初から根岸哲教授は第3号を充たした独占的状态を「かなり長期にわたって競争制限的状态（典型的に

63) 澤田悌公正取引委員会委員長の答弁（80-衆-商工委員会20号1977年5月10日）。

64) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（80-衆-商工委員会13号1977年4月19日）。

65) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（80-参-商工委員会-10号1977年5月19日）。

66) 他方で法案審理の過程で、大企業側からも次のような意見があった。

「……市場における弊害を判定する指標といたしまして、価格硬直性と高い利益率あるいは過大な販売費、一般管理費の支出が挙げられておりますが、これらは市場における寡占の弊害を認定する指標または基準として適切なものであるとは思えない」國井眞富士写真フィルム株式会社常務取締役の意見（80-衆-商工委員会19号1977年4月28日）。

「イノベーション努力の結果としてシェアを拡大してきた企業、これまでは競争政策上の優等生とされてきた企業が、そのさまざまな努力の過程を無視され…ということになれば、産業界全般が自由かつ公正な競争という行動指針を見失い…不安と混乱に陥る…。そもそも寡占の弊害は有効競争が行われていないということに求められるべき」。佐治敬三サントリー株式会社社長の意見（80-衆-商工委員会19号1977年4月28日）。この見解は、独占的状态の弊害を有効競争が行われていないことに求める、本来の立法趣旨に賛同しているものと見ることが出来る。

企業側からの懸念や意見に対して、政府側が「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけでありませう」（即ち、本当に規制しようとする独占的状态の弊害が「競争抑圧」であり、3号の文面は判断の徴表・材料にすぎない）という立場を幾度も明言していたことが既述のとおりである。

は管理価格)が確立維持されている」状態と解説し⁶⁷⁾、管理価格(3号の文面にある価格の下方硬直や過大な利潤率等の発生)を典型的な一事例として解釈している。法案成立直前の論文でも、根岸教授は「独禁法は、市場支配が生ずれば望ましくない市場成果が生じ、市場支配を排除すれば望ましい市場成果が生ずるとの政策を前提にしたうえでその枠内においてのみ行わなければならないのであり、法の採用している立法政策そのものまで問題にする成果基準を違法性の判断基準とすることは許されないのである」と指摘している⁶⁸⁾。

また金沢良雄教授も、立法当初から独占的状态の弊害について「有効競争のない状態そのものにメスを入れようという考え方」、即ち「競争経済の維持・促進に重点を置くという考え方に徹すると、行為のあるなしは問題ではなく、『…競争の実質的制限』そのものありなしが問題とされなければならないということになる…『企業分割』の発想を支える考え方は、ここにある」と説明し、特に過大な利益率等が競争法上の弊害というよりもむしろ「当該事業者についての弊害」であり⁶⁹⁾「競争の実質的制限」という本当の弊害を表す徴表にすぎないということを明らかにしている。立法後にも金沢教授はその解釈を一貫させている⁷⁰⁾。

更に、今村成和教授は、独占的状态に対する規制が1960年代から1970年にかけて横行していた管理価格を意識して導入された規制であることから、第3号の柱書を「寡占型市場構造において形成される管理価格の徴表を捉えたもの」とし⁷¹⁾、同号の(イ)と(ロ)を「市場において、競争が機能していないことの徴表」

67) 根岸「企業分割」11頁。

68) 根岸哲「違法性の判断基準に関する若干の具体的問題」小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』76-78頁(有斐閣、1976)(以下、根岸「違法性の判断基準」という)。

69) 金沢良雄「改正独占禁止法における独占的状态に対する措置」成蹊法学13号74頁(1978)(以下、金沢『独占的状态に対する措置』という)。

70) 金沢良雄「『独禁法改正試案(骨子)』の背景」経済評論23巻13号20-21頁(1974)(以下、金沢「改正試案」という)と金沢良雄『独占禁止法の構造と運用』59頁、61頁(有斐閣、1979)(以下、金沢『構造と運用』という)を比較する。

71) 今村『独禁法(新)』324頁。

として説明している⁷²⁾。

4. 第3号の法解釈の現代化

上述のように、第3号の柱書も(イ)口もある種の徴表として考えられている。他方で価格競争さえ十分に機能していれば管理価格の現象が起りえないので、結局管理価格も競争機能の不完全によるものと言える。即ち、第3号の柱書も、(イ)口の条文と実質的に共通して共に「競争が機能していないことの徴表」を表しているとして解釈することができると考えられる。前述の立法経緯から理解できるように現行法第3号の文面は実質上、「競争が実質的に抑圧されていること」という本来の法的趣旨を判断するために、公正取引委員会による改正試案の作成時に列挙されていた「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等⁷³⁾」といった考慮材料が具体化されたものとなっている。第3号を「競争が機能していないことの徴表」とする解釈は、このような立法経緯や趣旨にも合致すると考えられる。

他方で、上記の「……存否等」という表現にあるように「競争が実質的に抑圧されている」か否かを判断することこそ重要であり、判断するための考慮材料を現行法第3号の文面（現行法3号の文面に最も分かりやすい考慮材料が列挙されているが）に限定する法的合理性があるとは言いがたい。言い換えると、3号を例示規定として理解するほうが妥当と考えられる。

他方で、「競争が実質的に抑圧されていること」を如何に理解すべきかについて、前述した金沢教授の説明から示唆を得られる。独占的状态規制の立法に関して金沢教授は、「行為のあるなしは問題ではなく、『……競争の実質的制限』そのもののありなしが問題とされなければならないということになる」と説明している⁷⁴⁾。また、宮坂富之助教授も「主要な実質は、いかなる構造的特質を

72) 今村『独禁法（新）』324頁。

73) 菊池「独禁法改正」4頁。

74) 金沢「改正試案」20-21頁。金沢『構造と運用』59頁、61頁。

もつ市場の状態が有効な競争を阻害するもの」と説明しており⁷⁵⁾、根岸哲教授等は同様な立場を示している⁷⁶⁾。このような説明を示唆に、「競争が実質的に抑圧されていること」を、私的独占（独占禁止法第2条第5項）等で定められている競争の実質的制限状態と同義的に解することができるのではないかと考えられる。

5. 独占禁止法体系との整合性

「競争が実質的に抑圧されていること」を競争の実質的制限状態として理解すると、第3号は競争の実質的制限状態を定めた規定という解釈となる。このように解釈してはじめて、異質扱いされてきた独占的状态の規制と私的独占等行為規制との関係が整理され、独占禁止法体系全体の整合性が保たれるようになると考えられる。

具体的に言うと、第2条第7項第3号が本質的に競争の実質的状态を定めた条文であれば、独占的状态に対する純粹構造規制も私的独占等に対する行為規制も、競争の実質的制限状態を規制するという根本においては相通じており、両者はただ構造的要素を捉えて規制を行うか行為的要素を捉えて規制を行うかの違いにすぎないということができる。

これに近いと思われる見解は、今村成和教授からも提起されたことがある。今村教授は「私的独占と独占的状态とは、共に、『独占』を対象とするものと

75) 宮坂富之助「企業分割制度－改正試案をめぐって」法律時報47巻2号28頁（1975）。

76) 根岸「企業分割」9頁。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論－改正試案現行独占禁止法の論理構造を中心に－上－」公正取引292号7頁（1975）。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論－改正試案と現行独占禁止法の論理構造を中心に－下－」公正取引294号21頁（1975）。

根岸教授は論文の中で次のように述べている。「独占又は寡占の市場では……市場構造それ自体からいわば不可避免的に市場価格の支配状態が生ずる傾向がきわめて強く」「独占的又は寡占的市場構造において生ずる競争の実質的制限を放置しておく……ことが公正かつ自由な競争の促進という独禁法の目的と矛盾することは明白であろう。」「企業分割制度の導入は……独禁法の目的からする当然の論理的帰結なのである。」

いう点においては、本質的に異なるものではない」と指摘している⁷⁷⁾。

しかし、注意すべきは、両者の根本における共通点を認めつつも、独占的状态は、私的独占等の行為規制を発動させるための競争の実質的制限よりも、更に高い程度の競争の実質的制限を意味すると捉えるべきであり、法解釈もこの結論に沿って行うべきということである。このことは立法の過程でも認識されていた。例えば独占禁止法懇談会による立法提言では「集中度が著しく高い寡占産業において独占的市場支配力が形成され、そのために著しい弊害が生じ」とあるように、「著しい」という高い程度が必要とされている⁷⁸⁾。現行法第2条第7項の条文に照らして言う、独占的状态が成立するためには、同項3号における競争の実質的制限状態だけでは足りず、同項柱書と1号では、競争の実質的制限状態を①経済規模が1000億円以上で、②一社で50%以上・二社で75%以上という極めて集中度の高い事業分野に限定し、更に2号では、③その範囲を新規参入が全く期待できないほど閉鎖的な事業分野に限定している（他方で、公的独占等の歴史的経緯も考慮されるべきことは既述のとおりである）。このような多層的な限定条件により、競争の実質的制限という根本において相通じているとしても、私的独占等の場合よりも独占的状态のほうがより高い程度の競争の実質的制限状態を意味しているといえることができる。同時に、独占的状态に対する認定も、より慎重であるべきという結論にも繋がる。このような解釈方法は独占禁止法体系全体の整合性を保たせ、更に今日における独占規制の思想にも合致すると考えられる⁷⁹⁾。

77) 今村『独禁法(新)』305頁, 313頁。

78) 懇談会有志「提言」42頁。

79) 法律はその時代の背景や社会的課題から生まれてくる「統治規範」(時代の産物)であるゆえに、古い条文のままでは何れ、新しい時代に対応しきれなくなるという限界性は認めざるをえない。然ればこそ、(法改正を行わないならば)古い条文でも新しい時代のイデオロギーに順応できるように、従来の法解釈を修正し新たな法解釈を検討することが重要とされている(法学の基本ではあるが、関連説明は澤木敬郎=荒木伸怡『法学原理(新版)』78-80頁(北樹出版, 1999)も参照。)。本項で検討している第2条第7項も同様である。

第5節 第3号要件の該当性

第2条第7項3号を本質的に競争の実質的制限状態を表している例示規定とすれば、前述で既に検討したように同項第1号と第2号要件が既に充たされているため、競争が実質的に制限されている状態も実際に生じていることを説明できるとなると、音楽著作権管理事業分野における独占の状態が論理上成立することとなる。

競争の実質的制限状態とは「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をいう」とされている（東宝スバル事件，東京高判昭和26年9月19日高民集4巻14号497頁）。同判示は最高裁によっても支持されている⁸⁰⁾（「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）。

上記判示における「価格、品質、数量」は左右される対象の例示であり、現行法3号の内容が上記「価格」に関係していると考えられる。「その他各般の条件を左右する」という判示から理解できるように、価格以外の取引条件も支配される対象になりうるので、3号の文面を競争の実質的制限状態の徴表を表す例示規定と法解釈すれば、取引条件を含む「その他各般の条件」を自由に左右することも、徴表に含まれると考えられる。

音楽著作権管理事業における競争的管理政策とは、「多数の著作者から委託を受け著作権管理を行う団体……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、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⁸¹⁾」 「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

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

81) 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』（2000年1月）の「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。

理団体を選択でき⁸²⁾」,「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⁸³⁾」ことである。

「著作権管理の方法」の選択も「著作権管理団体」の選択も結局のところ、上記判示における「その他各般の条件」の選択に繋がるので、実質的に「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」かどうかを考察することにより、「その他各般の条件」が支配されているかどうかという徴表を捉えることができると考えられる。現状として、JASRACが99%の楽曲を管理しており、全国各地で行われている社交場演奏やカラオケ利用のようにJASRACでしか管理できない支分権・利用形態が多く、各支分権・利用形態の管理能力もJASRACが他社を圧倒しているため、音楽著作権の管理をすべて一つの管理団体に任せたい場合は実質的に「著作権管理団体」の選択肢はJASRACに限られてくる。したがって、音楽著作権管理事業分野における「その他各般の条件」について、JASRACがその意思で、「ある程度自由に」左右するというよりも、むしろその意思で、「自由に」左右することができる（それにより市場を支配している）と考えられる。

具体例を幾つか挙げておく。

(1) 楽曲の管理委託

音楽作家とJASRAC間の管理契約において作家は、その有する全ての著作権及び将来取得する全ての著作権をJASRACに移転することになっている⁸⁴⁾。ある時期まで創作した楽曲をJASRACに、将来、創作した楽曲を新規管理事業者に委託するというような取引条件の選択ができない状況は結局、JASRACというプラットフォームによるロックイン効果にも繋がっている。

82) 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。

83) 同前「第4章の1 使用料の設定」の部分。

84) JASRAC「著作権信託契約約款（2013年7月11日届出）」第3条第1項。

(2) 管理形態の選択

「演奏権等」という大きな管理カテゴリーの管理条件を更に細分化すべきという要望が従来からある。なぜなら、例えばアーティストは自己の創作楽曲でコンサートを開く場合において、所属のプロダクション等を通じて管理することも、或いはコンサートプロモーターズ協会 (ACPC) のような既存のコンサート管理団体を通じて管理することも可能である。多額の管理手数料 (2014年度の管理手数料の実施料率は26%) を引かれないので収益が高いからである。

しかし、JASRACは自己管理しやすい項目 (例えば全国の主要イベント会場で開催されるコンサート) と管理しにくい項目 (例えば各地のフィットネスクラブでの楽曲使用) をすべて「演奏権等」という一つのカテゴリーにしており、権利者側の声に耳を傾けようとしないため、権利者側はJASRACが設定した取引条件を受けざるをえない⁸⁵⁾。

(3) 委嘱作品の使用料免除

広告代理店や音楽プロダクションが (JASRACに加入している) アーティストにCM音楽を依頼して創作された音楽作品は、委嘱作品としてCMに関わる一定範囲内の利用において著作権使用料の免除を受けられる。具体的に言う

85) 『プロ直伝! 職業作曲家への道 曲作りを仕事にするための常識と戦術、そして心得』等複数の音楽関係書を著したことがある音楽プロデューサーの山口哲一取締役代表がJASRACの功績を認めながらも次のように指摘している。

「例えば、コンサートもカラオケも同じ『演奏権』という区分にして、25%という高い手数料を取っている。カラオケ店が乱立していた頃ならいざ知らず、今は通信カラオケの時代で、第一興商とエクシングの二社の寡占状態だ。片田舎のカラオケスナックでの使用料が徴収できなくてもよいから、手数料を10%以下に下げたが欲しい。まして、コンサートにおいては自社が『著作権使用者』側になることも多く、自社のリスクで、所属アーティストがコンサートをやっているのに、JASRACに払う著作権使用料から25%の手数料が取られるのはあまりに理不尽。CDよりライブエンターテインメントの比重が高まっている昨今、手数料改定がされなければ、演奏権をJASRACから引き上げ、自己管理する音楽事務所が出てくるだろう。特に海外来日アーティストの問題提起がきっかけで、日本のコンサートにおける著作権使用料は増額している。高率の手数料は納得がいかない。」(参照アドレス<http://d.hatena.ne.jp/kinneko/20131105/p35>, 2015年1月13日最終閲覧)。

と、JASRACは2通りの免除措置を設けている。①当該CM音楽の放送権譲渡：「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物の放送権を、当該依頼者である広告主に譲渡する」、②当該CM音楽管理の留保又は制限：「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める」⁸⁶⁾。

しかし、上記①の放送権譲渡については同措置の適用を受けたCM音楽の放送権がJASRACではなく、広告主に帰属することになるため、放送使用料を支払う必要がない反面、広告主以外の者（放送局やレコード会社等）が当該CM音楽を放送利用するには逐一広告主に許諾を求めなければならなくなり、逆にアーティストのプロモート活動の支障となる等の理由から、実際には同措置の適用を受けるCM楽曲はほとんどないのが実情とされている⁸⁷⁾。言い換えると、JASRACが設けた前記措置の内、実際に利用されているのはほとんど②の当該CM音楽管理の留保又は制限のみである。しかし、それにも大きな制約を受けている。

「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める」の「一定の範囲」は、コマーシャルの放送録音や放送等数種類のメディアに限られているため⁸⁸⁾、例えば広告主のウェブサイト上でCM音楽を流したり、CM音楽を広告キャンペーンの一環（景品等）として顧客の携帯電話に送信したりする場合は著作権使用料の免除を受けることはできない。広告主の中にはアーティストに委嘱料を支払ったのに、CM音楽を無償で使用できる範囲が制限されていることに不満を持つ者が少なくない。そのため、広告代理店や

86) 著作権信託契約約款（2013年7月11日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第1条第1項と第2条第1項。

87) 安藤『基礎編』237頁。

88) 「一定の範囲」は具体的に言うと、(ア)コマーシャル放送用録音 (イ)同録音に係るコマーシャルの放送 (ウ)コマーシャル用のビデオグラム等への録音：店頭・街頭・航空機・イベント会場又は劇場における上映を目的とするものに限る、(ニ)同録音に係るビデオグラム等の上映：店頭又は劇場における上映に限る、となっている。

音プロはこのようなJASRACの硬直的な免除条件を避けるため、JASRACの非会員アーティストをできるだけ起用する傾向がある。その結果、CM音楽を中心に活動するアーティストがJASRACに入会することを躊躇することになり、JASRACが設けたこのような免除条件は果たして音楽産業の発展に資するものと言えるか大いに疑問である⁸⁹⁾。メディアが多様化している現代において、広告メディアによって使用料免除の条件と範囲に大きな制約をかけることができるのも、JASRACが「その意思で、……自由に……その他各般の条件を左右する」ことができるからと考えられる。

(4) 入会費用

新規事業者よりも高い管理手数料を既に徴収しているのに、JASRACは信託契約申込金（27,000円、音楽出版者の場合は81,000円）の支払いを管理契約締結の前提条件としている。また、権利者は会員となるためには（待遇が異なる）、更に入会金（25,000円）＋年会費（初年度会費は4,000円）を支払わなければならないという取引条件を呑まなければならない。しかし、「既に著作権使用料の徴収分配から手数料を取っているのに、何故文化事業のためと称して会費を徴収できるのかの理屈が通らない」という意見が実際にある⁹⁰⁾。

(5) 使用料の条件設定

使用料の条件（価格そのものだけでなく、使用形態や算定方法も含まれる）はJASRACが権利者側に代わって利用者側と協議するというプロセスを経て文化庁への届出という形で決定される（著作権等管理事業法第13条は「利用者又はその団体からあらかじめ意見を聴取するように努めなければならない」と定めている）。しかし、実際には「この義務は、著作権等管理事業者の努力義

89) 詳細は安藤『基礎編』238頁を、併せて著作権信託契約約款（2013年7月11日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第3条の表を参照されたい。

90) 日本作詞作曲家協会の活動記録（<http://j-scat.jp/history.html>、2015年3月19日最終閲覧）。

務にとどまることから、利用者又は利用者団体が到底合意できない内容の使用料規定でも、意見聴取の努力だけ行えば、使用料規定として届け出ることが可能となっている」、「利用者は恣意的に決められた使用料の条件を飲まざるを得ない状況になっていることは問題である」という声がある⁹¹⁾。

一義的に権利者側の代表と言えるJASRACが、権利者側の収益を増大させるインセンティブが高い（権利者側の収益増がJASRAC自身の収益増にも繋がる）ため、使用料の条件設定において権利者側の利益を優先させがちというJASRACの行動特性には批判しがたい側面がある。ただ、（表面上、協議が成立したとしても）使用者側に不満を残すような条件設定、或いは単に業務の簡便性から管理事業者の都合を優先させるような条件設定は長期的に、使用者市場の委縮をもたらし、それにより権利者側の利益を損なうおそれがあるので、「指定著作権等管理事業者」であるJASRACは、より謙虚な協議姿勢が求められる⁹²⁾。

91) ネットワーク音楽著作権連絡協議会「著作権等管理事業法に関連する規制への意見」2011年10月11日を参照（http://www.nmrc.jp/document/NMRC20111017_2.pdf、2015年3月19日最終閲覧）。

92) 有名な音楽家である坂本龍一氏が新聞の論壇で次のように批判したことがある（坂本龍一「音楽著作権の独占管理改めよ」朝日新聞朝刊1998年3月4日）。規制緩和後の状況は規制緩和前と比べても実質的には大きく変わっていないので、坂本氏の指摘は現在においても現実的意義があると思われる。

「……著作権のすべてを信託譲渡することになっており、競争原理がまったく働かない状態になっている。……著作権者と利用者双方の求めるサービスが、適正価格で迅速に提供されることは望めない。……新しい利用形態への対応や使用料の改定が十分に行われておらず、利用者からのサービス付加の要求に柔軟に対応できていない。……さらには、今後の技術進歩に伴い様々な新しいサービスが生み出された場合にも、その実用化が困難になると予測される。……音楽産業の発展を阻害する状況となっている……。著作権管理業務に公正な競争を導入し、新しい時代の文化の創造に適した環境が作られるよう願ってやまない。」

上記に関連して一例を紹介しておきたい。

1990年代からゲーム産業の著しい成長に伴い、ゲーム音楽の需要が高まりつつあった。ところが、市場ニーズの変化にもかかわらず、JASRACがゲーム音楽の利用実態に適う正式な利用規程を新設しようとせず、逆に使用料が非常に高いビデオグラムの規程を長い間準用していた。そのため、ゲームソフト会社はJASRACの高い使用料を避けるために、社内のクリエイターたちにゲーム音楽を創作させ

「その他各般の条件」について「著作者が自らの意思」よりはJASRACが「その意思で、……自由に……左右することができる」「各般の条件」がほかにもある⁹³⁾。以上述べたように、競争的管理政策として掲げられた「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」することは実質的にできないという徴表材料から、「各般の条件」をJASRACは「その意思で、……自由に」左右し、市場を支配しているということができ、したがって、音楽著作権管理事業が競争の実質的制限状態にあり、第2条第7項3号が充たされていると考えられる。

小 括

上述のように音楽著作権管理事業が競争の実質的制限状態にある（第2条第7項の3号が充たされている）が、同時に柱書及び第1号、第2号の要件も充たされていることから、同事業における競争の実質的制限状態が私的独占等におけ

るか、或いはJASRACに入会していない作詞家・作曲家にゲーム音楽の創作を委嘱し、委託料を支払い、著作権を譲り受けるというビジネス・スキームを使って、ゲーム音楽を調達してきた。このような事態をもたらしたJASRACの「怠慢」な態度は自社会員の利益になるというよりもむしろ、害しているといっても過言ではない。この点について安藤准教授は「もう少し柔軟な態度で、ゲーム業界との交渉に臨んでもよかったように思われる」と述べている（安藤『基礎編』259頁）。その後の経緯として、JASRACに使用料の高い準用規程を止め、ゲーム音楽の利用実態に適う新たな規程を新設させたのはJASRACの会員までJASRACに気づかれないように新たなペンネームを使って「密かに」ゲーム音楽を創作したり、のちにJASRACを無視して堂々ゲームソフト会社と契約したり、JASRAC不在で実務がどんどん進んでしまったためである（詳細な経緯は安藤『基礎編』260頁を参照）。このように、独占状態にあるJASRACが如何なる利用規程や利用料金の選択肢を利用者に提供するかは、ニーズの変化や利用者の利益よりもむしろ自社の都合を優先させている一面が窺える。

93) 例えば、使用料の分配について、例えばインタラクティブ配信等の使用料分配において、自己の作品がどのように使用されていたかの詳細を知りたい音楽作家の要望に応じて新規管理事業者（JRC）は実際に使用された作品の詳細（使用サイト等）を確認しやすいように使用明細を細かく開示・添付している。他方で、JASRACによるインタラクティブ配信の管理サービスを受けたいなら、JASRACは詳細なデータ開示・提供していないため、そのような親切な取引条件は用意されていないのである。JASRACの「分配明細書ガイド」（2014）を参照。

る競争の実質的制限状態よりも強固で程度の高いものとなっている。したがって、音楽著作権管理事業におけるJASRACの独占状態が第2条第7項で定められている独占的状态に該当する可能性が極めて高いと考えられる。

他方で、仮に独占的状态が成立するとしても、果たしてそれに対する有効な競争創出措置が考案されうるかという問題に直面する。即ち、独占禁止法第8条の4に基づく競争回復措置の検討が必要となる。この問題も含めて次章で検討する。

第2章 競争回復措置の検討

音楽著作権管理事業におけるJASRACの独占状態が第2条第7項で定められている独占的状态に該当すると考えられることは前章検討のとおりである。本章では第8条の4の法解釈を整理した上で、競争回復措置の内容について検討することとする⁹⁴⁾。

94) 独占的状态に対する規制の法的役割は、同条適用の法的要件である第2条第7項(柱書と1号)に基づく独占的状态ガイドラインへのリストアップによる間接的自制効果とされつつある(根岸編『注釈』[土佐]226頁)。なぜならば、立法から現在まで第8条の4が一度も適用されたことがなかったからである。この間接的自制効果のために、公正取引委員会は国税やマンパワーを使い2年ごとに独占的状态ガイドラインの更新・公表している。しかしそれも、第8条の4が適用見込みがあるからリストアップによる大企業の自制効果が働く(同様な見解として例えば、小西「寡占と分割-昭和52年改正法検討」398頁、実方謙二『独占禁止法と現代経済(増補版)』86頁(成文堂、1977)、実方謙二「企業分割と競争原理-独禁法改正にあたって」経済評論26巻6号28頁(1977))。

そのため、仮に第8条の4は実際に適用されるという見込みがなければ、所謂リストアップによる間接的自制効果だけでなく、今まで使われていたそして今後も使われていく国税や調査作業の妥当性に疑問が付きそうである。そのような法運営となると、納税者である国民の理解を得られるとは思えない。このような観点からも、第8条の4を真剣に検討・議論すべき意義があると考えられる。

第1節 第8条の4の解釈論

1. 「競争を回復させるために必要な措置」(第1項)

第8条の4第1項の「独占的狀態があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、事業の一部の譲渡その他当該商品又は役務について競争を回復させるために必要な措置を命ずることができる」という条文内容から理解できるように、「競争を回復させるために必要な措置」として命じうるのは、「事業の一部の譲渡」(例示)に限らず(後述する但し書きの内容に抵触しないという前提で)「その他……競争を回復させるために必要な措置」であれば命ずることができることとなっている。

「必要な」措置である以上、競争の創出にもものでなければならないが、「当該事業者の市場占拠率を引き下げるのに役立つ手段であることが絶対必要」であり、それには「競争の単位を増やすことが最も有力な手段」とされている⁹⁵⁾。具体的には、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(リース方式から販売方式へ等々)、流通経路の開放、特許権の実施許諾、ノウハウの公開・広告宣伝活動の制限等が挙げられている⁹⁶⁾。

上記措置の内、実方教授は事業の譲渡や新会社の設立・株式の処分等を「構造的措置」に、流通経路の開放や営業方式の変更・特許権の実施許諾等を「行動様式の変更命令」にそれぞれ分類・呼称している。その上、「構造的措置」よりは「行動様式の変更命令」のほうが「他の企業の競争行動(シェア拡大)を容易にし、かつ新規参入に対する障壁をひくくする。……定着した行動様式は寡占市場での市場支配力の源泉になっており、その変更を命じることが競争復活のために有効であることが多い。行動様式の変更命令は構造的措置よりも

95) 立法時の政府基本方針は「競争の単位を増やすことが最も有力な手段と考えられてきた」という。今村『独禁法(新)』328頁。

96) 今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕395頁。今村『独禁法(新)』328頁。実方謙二著『寡占体制と独禁法』120頁(有斐閣, 1983)(以下、実方『寡占と独禁法』という)。

現状攪乱による損失等の副作用が小さいので、それが効果的であれば当該措置を優先的に命じることになろう」と説明している⁹⁷⁾。更に、当該事業者の市場占拠率を引き下げることが主な特徴である構造的措置に対し、「行動様式の変更命令」の場合は「競争事業者の競争力を増強する」という特徴もあるとされている⁹⁸⁾。

上述から理解できるように、音楽著作権管理事業分野の独占的状态に対する「競争を回復させるために必要な措置」に関しても、有効な「行動様式の変更命令」が可能であれば、「構造的措置」よりも優先的に考案されるべきと考えられる。

2. 第1項の但し書き

第8条の4第1項では「ただし、当該措置により、当該事業者につき、その供給する商品若しくは役務の供給に要する費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小し、経理が不健全になり、又は国際競争力の維持が困難になると認められる場合及び当該商品又は役務について競争を回復するに足りると認められる他の措置が講ぜられる場合は、この限りでない」と規定されている。

(1) 前段各項目間の関係

但し書きの前段における「供給に要する費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小し」、「経理が不健全になり」又は「国際競争力の維持が困難になる」の関係について通説的見解は次のように解釈している。この三つの項目は「並列的なものではなく、規模の経済性が著しく損なわれることによって経理の不健全性が生じたり国際競争力の維持が困難となった場合にだけ発動禁止要件が成立する」⁹⁹⁾、「費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮

97) 実方謙二『独占禁止法(第4版)』59-60頁(有斐閣, 1998)(以下、実方『独禁法』という)。実方『寡占と独禁法』120-121頁。

98) 今村『独禁法(新)』328頁。

99) 実方『寡占と独禁法』119頁。丹宗教授と正田教授も同様な見解を示している。

小」すると「経理」又は「国際競争力」への影響が多かれ少なかれ発生するが、それは長期的には克服されるべきものであるため、「本制度のもとでは、事業者が甘受すべき性格の損失」とされている¹⁰⁰⁾。

通説的見解から理解できるように、但し書きにおける実質的な制約は、①前段の「費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小」と、②後段の「競争を回復するに足りると認められる他の措置が講ぜられる場合」の二つとされている。「供給に要する費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小」によらない「経理」又は「国際競争力」の異変は但し書きの趣旨に該当せず、また「費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小」が認められなければ、そもそも「経理」又は「国際競争力」を配慮する必要もないと考えられている。

(2) 「事業の規模」の解釈

競争回復措置によって縮小されることを見る「事業の規模」とは企業規模の大きさではなく、「規模の経済性」言い換えれば商品又は役務の供給「効率」と解釈されている¹⁰¹⁾。著しく効率性が損なわれない限度内で競争回復措置を考案・命令すべきという趣旨を定めたものだが、それはむしろ当然のことである。「競争回復措置命令の内容的限界をなすものといってよく、このような措置を命じえないからといって、その他の如何なる措置も命じえないということはない¹⁰²⁾」とされている。また、独占的状态の成立要件である独占・寡占事業者の市場占拠率が1社で50%以上又は2社で75%以上となっているため、競争事業者の規模が極めて小さいのに競争単位として事業活動を遂行していることを考慮すれば、必要以上に細分割しないかぎり、「費用の著しい上昇をもたらす程度」

今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕400頁。正田彬著『全訂 独占禁止法(Ⅰ)』624頁(日本評論社、1980)(正田『全訂独禁法(Ⅰ)』という)。

100) 今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕400頁。正田『全訂独禁法(Ⅰ)』623頁。

101) 実方『寡占と独禁法』119頁。

102) 今村『独禁法(新)』330頁。

にはならないとされている¹⁰³⁾。言い換えると、「競争を回復させるために必要な措置」が「事業の規模」(効率性)に全く影響しないという状況は考えられにくい、少なくとも「費用の著しい上昇」とまでは言えない程度の費用上昇と「必要な措置」の執行に伴う「経過的な効率の損失」(一時的な効率の損失)は想定されており、但し書きに該当しないと考えられる¹⁰⁴⁾。

(3) 「経理」と「国際競争力の維持」の解釈

「経理」状況の判断について、通説の見解は「競争を回復させるために必要な措置」の実施により競争が創出されるため、市場支配のもとで需給の変動等に関係なく過大な利益率等が保たれていた独占的状态の時と比較すると、当該事業者に経理上の困難が生じるのはむしろ当然の現象で「費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小」によるものでなければ、全く問題にされる余地はないとしている¹⁰⁵⁾。即ち、「経理が不健全」は長期的に克服されるべきものであり「本制度のもとでは、事業者が甘受すべき性格の損失である」¹⁰⁶⁾。

「国際競争力の維持」についても通説の見解は「費用の著しい上昇をもたらす程度に事業の規模が縮小」による困難でなければ、但し書きに該当しないとされている。また、一時的に国際競争力が影響を受けても長期的には「国際競争力の維持が困難になる」のではない場合も但し書きに該当しないとされている¹⁰⁷⁾。他方で、日本の音楽著作権管理事業のように地理的要素により、国際競争に曝されにくい分野に関しては、さほど同項を考慮する必要がないことは言

103) 特に丹宗説は巨大独占事業者の場合は「二つか三つかに分割した程度で、他の小さい競争企業より高いコストになることはありえない」としており、無駄を省く等により最適経営規模の実現という趣旨と考えられる。今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕399頁。他方で、規模の経済性が損なわれる事業分野があるとしても、更に国民経済全体利益との比較衡量を行い、国民経済全体の利益を優先させるべきという見解もある。根岸「企業分割」11-12頁(1974)。

104) 実方『寡占と独禁法』119頁。

105) 正田『全訂独禁法(Ⅰ)』623-624頁。

106) 今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕400頁。正田『全訂独禁法(Ⅰ)』623頁。

107) 丹宗暁信=厚谷襄児編『新版 独占禁止法の基礎(基礎法律学大系 33 実用編)』〔宮坂富之助〕216頁(青林書院、1983)(以下、丹宗=厚谷『基礎』〔宮坂〕という)。

うまでもない。

(4) 「他の措置が講ぜられる場合」

「競争を回復させるために必要な措置」を正式に命ずるまで、公正取引委員会と主務大臣（当該事業者の参加も当然予想されるが）の協議手続（複数回）や公聴会の開催が法定されている（現行独占禁止法第46条第2項、第53条第2項及び73条）。通常、それらの事前手続き段階において「競争を回復するに足りると認められる他の措置」の有無も十分に協議され、仮に「他の措置」があり、しかも同措置が「講ぜられる」のであれば事件がそれで終了することになる。その判断は専ら公正取引委員会の専権事項である。しかし、複数回に亘る事前協議にもかかわらず認められなかった「他の措置」又は提示されてこなかった「他の措置」が、果たして第8条の4に基づく正式命令の直前となって突然に現れ、そして「講ぜられる」と認められうるか、甚だ疑問であると言わざるをえない。したがって、実際に公正取引委員会が第8条の4に基づく「競争を回復させるために必要な措置」を正式に命じなければならないという段階に入ると、もはや「他の措置」の存在、又は存在しても同措置が「講ぜられる」現実性が考えられにくいとして、第8条の4にこのような但し書きを加えた必要性が疑問視されている¹⁰⁸⁾。

「他の措置」とは如何なる措置かについて、通説的見解は「介入的でない競争回復手段」と解釈している。例えば、関税率の引下げによる輸入品競争の促進、新規参入を容易にするための助成措置及び事業者の自主的是正措置、行政指導等が含まれる¹⁰⁹⁾。しかし、如何なる「他の措置」であれ、「競争を回復するに足りると認められる」ことと「講ぜられる」ことが議論の前提となってい

108) 今村『独禁法（新）』330-331頁。

109) 実方『独禁法』57頁、実方『寡占と独禁法』118-119頁、正田『全訂独禁法（I）』625-626頁、丹宗＝厚谷『基礎』〔宮坂〕216頁、今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕401頁。

る¹¹⁰⁾。

他方で、仮に「他の措置」が認められると、公正取引委員会が本来講じようとする競争回復措置を免れるため、これに対する学説批判は多かった¹¹¹⁾。しかし、立法当時に比べて経済社会や独占禁止法の運用姿勢が大きく変わってきている現代において、「他の措置」について消極的な側面ばかりでなく、積極的な側面もあるのではないかと再認識する必要もあると考えられる。なぜならば、競争の回復こそが第8条の4の目的・役割であるため（企業分割は手段の一つにすぎない）、第8条の4の発動により「他の」有効な措置を引き出すことができれば、同様に第8条の4の目的・役割が達せられるからである。

(5) 配慮事項

第8条の4第2項は同条第1項の競争回復措置を命ずるに当たって「当該事業者及び関連事業者の事業活動の円滑な遂行並びに当該事業者に雇用されている者の生活の安定について配慮しなければならない」事項（資産及び取支その他の経理の状況等）を示している。それらは次のようなものである（同項1～8号）。

同項1号 資産及び取支その他の経理の状況

同項2号 役員及び従業員の状況

同項3号 工場、事業場及び事務所の位置その他の立地条件

同項4号 事業設備の状況

同項5号 特許権、商標権その他の無体財産権の内容及び技術上の特質

同項6号 生産、販売等の能力及び状況

同項7号 資金、原材料等の取得の能力及び状況

同項8号 商品又は役務の供給及び流通の状況

これらの「配慮」事項は公正取引委員会の裁量に委ねる趣旨¹¹²⁾、訓示的規定

110) 今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕400-401頁。

111) 例えば今村ほか編『注解（上）』〔丹宗〕401頁。

112) 今村『独禁法（新）』331頁。

と解釈され、拘束力をもつものではないとされている¹¹³⁾。配慮事項を十分配慮しない「競争を回復させるために必要な措置」を命じたとして同命令の効力を争うことはできないと解釈されている¹¹⁴⁾。

本節の整理を念頭に置き、次節では「競争を回復させるために必要な措置」(以下、「競争回復措置」という)を具体的に検討する。

(未完)

113) 丹宗 = 厚谷『基礎』〔宮坂〕216頁。

114) 今村ほか編『注解(上)』〔丹宗〕402頁, 根岸編『注釈』〔土佐〕238頁。