

排除型私的独占における 「人為性」と「排除効果」

——日本音楽著作権協会（JASRAC）事件の検討を中心に——

岡田直己

《目次》

- 1 問題の所在
- 2 日本音楽著作権協会（JASRAC）事件
 - (1) 事実概要
 - (2) 公取委及び裁判所の判断
 - ① 排除措置命令
 - ② 審判審決
 - ③ 東京高裁判決
 - ④ 最高裁判決
 - (3) 東京高裁判決までの「排除」の認定または不認定の特徴
- 3 「排除」とJASRAC事件最判における「排除効果」認定の特徴
 - (1) 本件行為の「排除効果」の特徴
 - (2) 本件行為と「排除効果」の因果関係（因果的寄与）
 - (3) 本件行為と「競争の実質的制限」
- 4 「人為性」と「排除効果」－JASRAC事件最判傍論の構造と判断要素
- 5 結語

1 問題の所在

独占禁止法（以下「独禁法」）2条5項所定の「排除」要件をめぐることは、事業者の正常な競争行動から区別され独禁法上違法と評価すべき行為を指すものとして、後記のとおり、その意義の具体化・明確化を志向して多様な表現を用いた説明が長年試みられてきた。しかし、それらの試みは、一定の条件が仮定された状況下など個別事案における「排除」、あるいは、そのような条件を仮定せず特定の行為類型を「排除」と評価する場合など、いわば各論では妥当するに過ぎないものがほとんどであり、条件や行為類型の限定を付さない一般的意義（総論）についても、他の事業者による事業活動の継続や新規参入を困難にさせる多様な行為が「排除」に該当する旨を述べるにとどまる¹⁾。また、NTT 東日本事件最判は、当該事件における違反被疑行為が「排除」に該当するか否かについて、「人為性」及び「排除効果」の有無によって決すべきと論じ、それらを判断する際の考慮要素を列举したが、考慮対象の諸要素を「総合的に考慮して判断」と述べるのみ（また、実際にそのように判断するのみ）であって、「人為性」「排除効果」の内容と両者の関係、それぞれの要件（「排除」の構成要素）の判断で用いられ重視される考慮要素等の事柄は不明となっている²⁾。換言すれば、NTT 東日本事件という個別事案の違反被疑行為に係る「排除」の判断方法（各論的意義）も、当該事案以外にも通用する「排除」の判断方法（総論的意義）も、「総合的に考慮して判断」という抽象的水準を超えるものまでは明らかにしていない。

NTT 東日本事件最判が現れる約2年前、その後に7年半以上という異例とも言える長期間の争いを経て決着する日本音楽著作権協会（以下「JASRAC」）事件の排除措置命令が行われた。公知のとおり、この事件では、著作権等管理事業を営むJASRACが、放送事業者に対する放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野にお

1) たとえば、実務上の指針である公正取引委員会の排除型私的独占ガイドライン（「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」平成21年10月28日）は、「排除」を本文と同趣旨で説いたうえで、「排除行為に該当し得る行為は多種多様であることから、これらのすべてを類型化することは困難である（ため）、典型的な行為を…4つに類型化し、それぞれの行為類型ごとに排除行為の該当性についての判断要素を記載する」（第2の1（2））と述べる。

2) 最二小判平成22年12月17日民集64巻8号2078頁引用。

ける競争を実質的に制限しているとして公取委から排除措置命令を受け、その後、排除型私的独占に係る2例目の最高裁判決が下されるに至った。ただし、本件における排除型私的独占の成立をめぐることは、「排除」該当性のうち「排除効果」の有無のみが争われ判断されており、「人為性」の有無については、本件最判が「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」と傍論で述べたのみで、公取委も裁判所もその有無を判断していない³⁾。

しかし、本件に係る一連の行政処分及び判決を併せ読み、本件最判の本論及び傍論を読み解くと、本件最判が「人為性」と「排除効果」をどのような要件として並置し、それぞれの要件の判断方法と考慮要素をどのように設定・整理しているかを理解することができる。このことは、「排除効果」の有無のみが争われ判断されたという本件の特殊性と、本件最判の傍論が「排除効果」認定との関係で「人為性」を肯定すべきと論じた内容に負うところが多い。本件最判は事例判決として狭く読むべきでない判示を含んでおり、とりわけ「人為性」に関する説示の具体的内容は、NTT東日本事件最判と本件最判が用いた「人為性」に係る修飾部の文言に着目すると、「人為性」が独禁法上違法と評価すべき行為の単なる識別基準として置かれているのではなく、違反被疑行為の内的・外的特徴を市場構造や市場成果（競争の実質的制限）との関係で有機的に捉える伸縮性概念として置かれていることを明らかにしている。事例判決であることに留意は必要であるが、本件最判は、「排除」の意義をめぐる総論に対し少なからぬ示唆に富むものであり、「排除」の内部構造のほか、「排除」と他の要件との関係性について理解を深めることに大きく貢献するものである。また、「排除」の意義をめぐる各論との関係においても、本件最判は「排除」認定の基本枠組みという総論を示唆するものであり、個別の事例や行為類型における「排除」認定のあり方を検討し明らかにするうえで有用な手掛かりを与えるであろう。

以下、第2章では、JASRAC事件に係る一連の行政処分及び判決について、「排除効果」の認定を中心に詳しく確認し、それぞれにおける認定または不認定という

3) 本件命令は、「排除」該当性を肯定したが、その判断において「人為性」「排除効果」という文言を一切用いていない。また、本件審決の争点2は「人為性」の有無であったが、後記のとおり、本件審決は争点1（「排除効果」の有無）のみを審理し判断を行っているため、争点2は実際の争いとなっていない。

判断の特徴を整理する。そのうえで、第3章では、本件における「排除」行為と「排除効果」の特徴、行為と効果の関係性（因果関係、因果的寄与）の把握に関する問題を検討する。また、市場画定や競争の実質的制限の有無は本件で争われ判断されていないが、本件の「排除」行為が効率性や消費者利益の確保に関する「特段の事情」のために競争を実質的に制限せず、最終的に排除型私的独占は成立しないと説く議論があることとの関係で、そのような批判的議論が妥当すると評価するのは極めて困難ないし不可能であることを論ずる。そして、本稿の中核的部分は第4章であり、ここでは本件最判の傍論の構造とそこで挙げられた「人為性」の判断要素を確認の上、「人為性」と「排除効果」の内容と両者の関係、「人為性」の判断方法、それぞれの要件で重視される判断要素を検討する。

2 日本音楽著作権協会（JASRAC）事件

著作権等管理事業とは、著作権等管理事業者（以下「管理事業者」）が、著作者及び著作者から音楽著作権を譲受した音楽出版社から信託譲渡の形式で音楽著作権の管理を受託し、自らが著作権を管理する音楽著作物（以下「管理楽曲」）の利用を音楽著作物の利用者に許諾し、音楽著作物の利用に係る使用料を当該利用者から徴収して、自らの管理手数料を控除した後に著作者及び音楽出版社へ分配する事業である⁴⁾。著作者及び音楽出版社は、JASRAC 事件で問題となった放送等利用のほかに、録音等に係る利用、インタラクティブ配信に係る利用、業務用通信カラオケに係る利用など、音楽著作物の利用方法ごとに音楽著作権の管理委託先を選択できる。

4) 各所で説明されている通り、著作権等管理事業法（平成12年法律第131号）が2001（平成13）年10月1日に施行されるまでは、著作権等管理事業はいわゆる仲介業務法（昭和14年法律第67号）に基づき許可制とされており、音楽著作権に係る管理事業はJASRACの独占事業となっていた。著作権等管理事業法の施行後は登録制とされており、欠格事由なき限り自由に著作権等管理事業に参入できる。なお、著作権等管理事業法の制定に係る議論は、1994（平成6）年8月、文化庁著作権審議会に設置された「権利の集中管理小委員会」が端緒である。同小委員会は2000（平成12）年1月に報告書を公表したが、同報告書は、規制緩和の促進や競争原理の導入を著作権集中管理の分野で強調する考え方を採用していなかった。詳細は、紋谷暢男編『JASRAC 概論－音楽著作権の法と管理』（日本評論社、2009）62～63頁〔鈴木道夫〕参照。

著作権等管理事業は、いわゆる二面市場の特性を有しており、著作権者と著作物利用者を仲介するプラットフォームとして機能するが、取引費用など事業遂行に係るコストにつき規模の経済性と範囲の経済性が強く作用する⁵⁾。そのため、著作権等管理事業は自然独占が成立する傾向にあり、当該事業に法定独占を認める国も存在するが、たとえ法定独占ではなく新規参入が自由である制度下であっても、特定の管理事業者による独占市場の成立後においては、新規参入に首尾よく成功することは困難である。既存の独占的な管理事業者が著作物利用者（JASRAC 事件では放送事業者）との間で包括許諾・包括徴収方式でライセンス契約を締結している場合、他の許諾・徴収方式による場合よりも事業遂行上のコストが少なく、著作物利用者は契約対象の著作物を追加費用の負担なく利用できる。また、著作権等管理事業法がそうであるように、管理事業者は著作権者と著作物利用者に対し売手・買手独占力を行使できないよう規制されており、包括許諾・包括徴収方式が管理事業者及びその取引相手方にとって効率的方法であるならば、管理事業者が当該事業の分野で独占的地位を占めていても、当該分野において新規参入を促進する施策を講ずる必要はない⁶⁾。実際、文化庁文化審議会は、包括許諾に係る著作物使用料のあり方について、著作権等管理事業法が問題を内在しているものではなく、指定管理事業者に対し「使用料額の再考を行うなどの配慮」を求める一方、著作物利用者に対し「管理事業法上の協議・裁定制度を活用するなどして、問題の解決に努める」よう求めるのみで、同法に基づく新規参入促進策の必要を唱えていない⁷⁾。他方、公

5) 青柳由香「審決評釈」ジュリスト 1449 号（2013）104 頁以下、川濱昇「独禁法事例速報」ジュリスト 1379 号（2009）94 頁以下参照。

6) 2011（平成 23）年度文化庁委託事業（著作物等の流通促進に関する調査研究事業）「諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究報告書」（一般財団法人比較法研究センター、2012）15～17 頁参照。

JASRAC 事件との関係では、2011（平成 23）年度末の時点において、放送事業者の過半数が JASRAC へ全曲報告を行っているほか、全曲自動報告機能システムの導入が進んでいるため、包括徴収方式が楽曲利用実績の報告に伴う取引費用を削減するというメリットは次第に低減しており、当該方式のメリットは、放送事業者にとっては放送等使用料の低廉化に、JASRAC にとっては放送等使用料の安定的確保に比重が移りつつあると指摘する見解がある。安藤和宏「JASRAC の放送包括ライセンスをめぐる独禁法上の問題点」知的財産法政策学研究 39 号（2012）190 頁以下参照。

7) 文化庁文化審議会著作権分科会報告書（2006 年 1 月）192 頁以下参照。「管理事業者間で使用料額の調整を行うこと…は、独占禁止法上の問題があると考えられるので、適当

取委のデジタルコンテンツと競争政策に関する研究会報告書は、「大口の利用者が複数の管理事業者との包括契約を忌避するような場合には、著作権等管理事業法の施行により複数の管理事業者の参入が認められることとなったにもかかわらず、著作権等管理事業の分野への新規参入が行われなくなるなど、当該分野における競争阻害要因ともなり得るものであることから、複数の管理事業者が存在し、活発な競争が行われていくことが利用者にとってもメリットが大きいものであることを踏まえ、複数の管理事業者の存在を前提とした取引ルールが形成されることが望ましい」という考え方を明らかにしていた⁸⁾。

このような著作権等管理事業とその市場が有する特性、当該事業における包括許諾・包括徴収方式に関する政府当局側の考え方を背景として、2009（平成 21）年 2 月 27 日、公取委が JASRAC に対し独禁法 2 条 5 項所定の排除型私的独占として排除措置命令を行ったことから、2016（平成 28）年 9 月 9 日の審判請求取下げまで 7 年半以上の長期に亘って関係者間で争われたのが、本稿が検討対象とする JASRAC 事件である。

本件は、排除型私的独占に関する法律論は扱いき、音楽著作権管理分野に対して競争政策の本格導入を図ろうとする公取委の政策目的から出たものであると言えるだろう。すなわち、2001（平成 13）年に著作権等管理事業法が施行されたことによって、音楽著作権管理分野の自由化が制度上は行われたが、同法は当該分野に競争を本格導入するには不十分なし実効性を欠くものであり、当該分野への新規参入者が JASRAC と有効に競争することはほとんど望み得ないことであった。少なくとも、本件で問題となった放送等利用に係る音楽著作権管理分野では、著作権等管理事業法の施行から 5 年間、有効な競争単位と評価できる新規参入者は現れておらず、自由化以前からの既存事業者で独占者でもある JASRAC の牙城と呼べる市場であった。そして、当該分野への新規参入を試みた事業者が首尾よくこれに成功することができず、その原因を JASRAC の事業活動に求めたところ、公取委が当該分野への競争導入を図るべく独禁法違反被疑事件として取り上げたのが本件であ

ではない」とされている。http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h1801_shingi_hokokusho.pdf.

8) 公正取引委員会「デジタルコンテンツと競争政策に関する研究会」報告書（2003 年 3 月 31 日）36 頁引用。

る⁹⁾。

(1) 事実概要

JASRAC が排除型私的独占として独禁法違反を問われたのは、音楽著作物に係る著作権等管理事業のうち、放送事業者に対する放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野について、当該分野の競争を実質的に制限したことである。

株式会社イーライセンスは¹⁰⁾、2006（平成 18）年 10 月 1 日から放送等利用に係る音楽著作権管理事業を開始したが¹¹⁾、2001（平成 13）年 10 月 1 日の著作権等管理事業法施行からイーライセンスの当該事業の開始までの 5 年間は JASRAC のみが当該事業を営み、JASRAC が放送等利用に係る音楽著作権のほぼすべてを管理していたため、すべての放送事業者は JASRAC との間で放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾契約を締結して当該管理楽曲を利用してきた。

放送事業者が管理事業者へ支払う管理楽曲の放送等利用に係る使用料（以下「放送等使用料」）の徴収方法は、すべての管理楽曲の利用を放送事業者に許諾（以下「包括許諾」）して放送等使用料を包括的に算定する「包括徴収」と、放送事業者の求めに応じて任意の管理楽曲の利用を許諾（以下「個別許諾」）して放送等使用料を

9) 指定管理事業者が定める使用料規程は、著作物の利用者代表との間で協議の対象となり（著作権等管理事業法 23 条）、協議不成立等を受けて利用者代表による申立てがあった場合は文化庁長官が協議の開始又は再開を命じ、それにもかかわらず協議不成立となるときは、文化庁長官の裁定を受けることとされている（同 24 条）。しかし、これらの手続は、利用者代表の協議申請によって始まるものであり、競争的水準の使用料規程が実現するなど競争政策の観点からみて十分に機能するとは限らない。青柳・前掲注（5）105 頁参照。

10) イーライセンスは、NTT グループ、豊田通商、博報堂等が出資して 2000（平成 12）年 10 月に設立されたが、著作権等管理事業法の施行から 5 年間、同社が放送等利用に係る音楽著作物の管理事業分野で事業を開始することはなかった。なお、2016（平成 28）年 2 月、株式会社イーライセンスと株式会社ジャパン・ライツ・クリアランスが合併・事業統合を行い、株式会社 NexTone が設立されている。

11) 放送等利用に係る音楽著作権管理事業は、音楽著作物の利用者（放送事業者）が少ない一方で売上高（放送使用料徴収額）は莫大であり、JASRAC の放送使用料徴収額が著作物使用料総額の 4 分の 1 以上を占めるなど、管理事業者にとって魅力の高い市場であったことが、イーライセンスが当該事業への新規参入を決めた背景事情にあるとされる。また、JASRAC による当該事業の運営に対して、著作権者が少なからぬ不満を抱いていたことも挙げられている。安藤・前掲注（6）185 頁以下参照。

当該管理楽曲の利用状況に応じて徴収する「個別徴収」がある。JASRACは、著作権等管理事業法の施行後、すべての放送事業者から放送等使用料を包括徴収していたが、当該放送等使用料は当該放送事業者の放送事業収入に一定率を乗ずる等の方法で算定されており、放送等利用割合（当該放送事業者が放送番組で利用した音楽著作物の総数に占めるJASRAC管理楽曲の割合）が反映されていなかった。そのため、放送事業者各社が一定期間に放送番組で利用する音楽著作物の総数がほぼ一定であるところ、当該放送事業者がJASRAC以外の管理事業者にも放送等使用料を支払えば、当該放送事業者が支払う放送等使用料の総額は、JASRAC以外の管理事業者へ支払う放送等使用料の分だけ増加することとなると考えられた。

公取委が問題視したJASRACの行為は、すべての放送事業者との間で包括許諾・包括徴収方式で利用許諾契約を締結する際に、放送等利用割合を反映せずに放送等使用料を徴収する行為（以下「本件行為」）である。

（2）公取委及び裁判所の判断¹²⁾

① 排除措置命令¹³⁾

公取委は、2008（平成20）年4月23日にJASRACに立入検査を行い、2009（平成21）年2月27日に排除型私的独占を認定する排除措置命令を発出した。公取委は、次のように事実認定を行い、本件行為が独禁法2条5項の定める「排除」を構成することを認めた。

はじめに、放送事業者が放送番組で利用する音楽著作物と放送等使用料の支払いとの関係について、「各放送事業者が一定期間内の放送番組において利用する音楽著作物の総数は、それぞれほぼ一定であるところ」、JASRACが放送等使用料の徴収において本件行為を採用すると、「放送事業者が他の管理事業者にも放送等使用料を支払うと、当該放送事業者が負担する放送等使用料の総額はその分だけ増加することとなる」と認めた¹⁴⁾。そのうえで、JASRACと放送事業者の関係について、

12) 独禁法改正法が2013（平成25）年に参議院本会議で可決・成立し、公取委の審判制度等が廃止されることとなったが、同改正法（平成25年法律第100号）附則第2条が定める経過措置のため、本件は事件終結まで同改正法施行日以前の制度の下で処理された。

13) 公取委排除措置命令平成21年2月27日審決集55巻712頁。

14) 前掲注（13）第1の1（8）引用。

次のような事実を認めた。すなわち、JASRAC は、2005（平成 17）年 4 月頃、社団法人日本民間放送連盟（以下「民放連」）加盟の地上波放送を行う放送事業者との利用許諾契約の終了日が近づいたことから、2006（平成 18）年 4 月以降の利用許諾契約のあり方について、本件行為を維持する方針の下で民放連と協議を開始した。当該協議において、民放連から、イーライセンスによる新規参入の動きがあったことを受けて、本件行為を通じて徴収している放送等使用料を減額する意向の有無が確認されたところ、JASRAC はそのような意向はない旨を回答し、その後の協議を経て、2006（平成 18）年 4 月 1 日から 7 年間を契約期間とする本件行為を内容とした利用許諾契約を締結した¹⁵⁾。なお、JASRAC の使用料規程は放送等使用料の徴収方法として個別徴収も規定していたが、個別徴収は個別許諾によって管理楽曲を利用する場合に限られていたほか、個別徴収の場合における 1 曲 1 回の利用に係る放送等使用料が高額であり、放送事業者が JASRAC に支払うべき放送等使用料の総額が本件行為による場合と比べて著しく多くなるため、個別許諾・個別徴収方式を利用する放送事業者は存在しなかった¹⁶⁾。

次に、イーライセンスをめぐる動きである。イーライセンスは、エイベックスマネジメントサービス（以下「エイベックス」）等から放送等利用に係る音楽著作権の管理の委託を受けて、放送事業者との間で包括許諾・個別徴収方式による利用許諾契約を締結し、2006（平成 18）年 10 月 1 日以降、放送等利用に係る著作権等管理事業を行っていた。エイベックスがイーライセンスに音楽著作権の管理管理を委託した音楽著作物（以下「エイベックス楽曲」）のなかには、人気楽曲または人気を博すことが予想される楽曲であるために放送等利用が見込まれるものが存在したところ、FM ラジオ局を中心とした放送事業者は、JASRAC が本件行為を通じて放送等使用料を徴収しているため、それらの楽曲を自らの放送番組で利用すれば放送等使用料の支払総額が増加することになるため、そのような追加負担を回避するために、2006（平成 18）年 10 月上旬以降、自ら制作する放送番組においてエイベックス楽曲を利用することはほとんどなかった¹⁷⁾。また、この利用回避の事態を開閉するために、エイベックスの親会社とイーライセンスは協議の上、2006（平成

15) 前掲注 (13) 第 1 の 2 (2) 参照。

16) 前掲注 (13) 第 1 の 2 (3) 参照。

17) 前掲注 (13) 第 1 の 2 (4) ア参照。

18) 年10月1日から3カ月間にわたってエイベックス楽曲の放送等使用料を無料化した¹⁸⁾が、無料期間の経過後においても、エイベックス楽曲の利用状況が改善し、イーライセンスが放送等使用料を徴収・分配できるようになる見込みはほとんどなかったため、エイベックスは2006（平成18）年12月下旬にイーライセンスとの管理委託契約を解約した¹⁸⁾。

最後に、著作者及び音楽出版社と他の管理事業者をめぐる動きである。イーライセンスとの放送等利用に係る音楽著作権の管理委託契約を解約したエイベックスをはじめ、その他の著作者及び音楽出版社も、JASRACの本件行為が存在する状況下では、放送事業者がイーライセンス管理楽曲を利用することはほとんど見込まれないため、イーライセンスに対し放送等利用に係る著作権の管理を委託することはほとんどなかった¹⁹⁾。また、JASRAC管理楽曲以外の音楽著作物は放送事業者の放送番組でほとんど利用されず、著作者及び音楽出版社がJASRAC以外の管理事業者²⁰⁾に放送等利用に係る著作権の管理を委託しても放送等使用料の分配を受けることはほぼ不可能と見込まれたため、JASRAC及びイーライセンス以外の管理事業者は、放送等利用が見込まれる音楽著作物に係る著作権の管理委託を受けられず、放送等利用に係る管理事業を開始しなかった²⁰⁾。

そして、公取委は、上記の事実について、「JASRAC以外の管理事業者は、自らの放送等利用に係る管理楽曲が放送事業者の放送番組においてほとんど利用されず、また、放送等利用に係る管理楽曲として放送等利用が見込まれる音楽著作物をほとんど確保することができないことから、放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態」を生じさせていると認定し²¹⁾、すべての放送事業者との間で本件行為による利用許諾契約を締結・実施することが、他の管理事業者の事業活動を排除し、わが国における放送事業者に対する放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における競争を実質的に制限しているとして、排除型私的独占の成立を認めた。

公取委は、JASRACに対する排除措置として、放送等利用割合を反映しない放送等使用料の算定方法を採用することによって、「当該放送事業者が他の管理事業

18) 前掲注(13)第1の2(4)イ参照。

19) 前掲注(13)第1の2(4)ウ参照。

20) 前掲注(13)第1の2(5)参照。

21) 前掲注(13)第1の3引用。

者にも放送等使用料を支払う場合には、当該放送事業者が負担する放送等使用料の総額がその分だけ増加することとなるようにしている行為」を取りやめるよう命じた²²⁾。

② 審判審決²³⁾

本件審判の争点は、①本件行為が放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するか、②本件行為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か、③本件行為は一定の取引分野における競争を実質的に制限するものであるか、④本件行為は公共の利益に反するものであるか、⑤本件命令は、競争制限状態の回復のために必要な措置であり、かつ、被審人に実施可能であるかの5点であった。本件審決は、争点①に係る証拠が認められないと認定し、その他の争点について判断するまでもなく排除型私的独占に該当しないとした²⁴⁾。

本件審決は初めに、「放送事業者は、…被審人以外の管理事業者の管理楽曲を利用すれば、その管理事業者との利用許諾契約に従って別途放送等使用料を支払うことになるのであるから、放送事業者が被審人以外の管理事業者の管理楽曲を利用するかどうかを決定するに当たっては、別途の放送等使用料の負担を考慮する必要がある」ことを認め、このような追加負担を考慮する必要があるという意味において、本件行為は「放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有し」ており、JASRACが放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において従前からほぼ唯一の事業者であったことを併せ考えれば、本件行為が「他の事業者の同分野への新規参入について、消極的要因となることは、否定することができない」と認めている。そして、「被審人が、管理事業者の新規参入を可能にした管

22) 前掲注(13)主文第1項引用。

23) 公取委審判審決平成24年6月12日審決集59巻第1分冊59頁。排除措置命令は名宛人に命令書の謄本が送達されればその効力を生ずるが(平成25年改正前の独禁法49条2項)、名宛人であるJASRACは、保証金1億円の供託を条件として本件命令の執行免除に関する東京高裁決定を得ている(同法70条の6第1項)。東京高決平成29年2月14日(平成28年(行タ)第146号、審決集未登載)第2の2(3)参照。

24) 本件審決は、2005(平成17)年改正後の独禁法に基づくいわゆる不服審査型審判制度において初めての違反事実なし審決である。

理事業法の施行後も、新規参入について消極的要因となる本件行為を継続し、…平成18年9月まで放送等使用料を徴収して管理事業を行う事業者が現れなかったことは、本件行為が他の事業者の上記分野への新規参入を困難にする効果を持つことを疑わせる一つの事情といえることができる」と認定した²⁵⁾。

他方、「放送事業者が音楽著作物を放送番組において利用する際には、放送等使用料の負担の有無及び多寡は考慮すべき要素の一つであり、番組の目的、内容、視聴者の嗜好等を勘案して適切な楽曲を選択する」ことを認め、「楽曲の個性や放送等使用料の負担をどの程度考慮するかについては、…放送事業者や番組の内容により大きく異なる」と認定した²⁶⁾。

そのうえで、本件審決は、NTT 東日本事件最判を引用し、本件行為が独禁法2条5項所定の「排除」に該当するか否かは、本件行為が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の…参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」としたうえで、「本件行為が放送事業者による他の管理事業者の楽曲の利用を抑制する効果を有し、競業者の新規参入につき消極的要因になることから、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における他の管理事業者の事業活動を排除する効果があると断定することができるかどうかは、本件行為に関する諸般の事情を総合的に考慮して検討する必要がある」とした。そして、本件行為に関する諸般の事情としては、「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における市場の構造、音楽著作物の特性（代替性の有無、その程度等）、競業者の動向、本件行為及びその効果についての被審人の認識、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理受託分野との関連性等、多様な事情が考えられる」とした²⁷⁾。

しかし、本件審決は、審査官が「イーライセンスが平成18年10月に放送等利用に係る管理事業を開始するに際し、JASRACの本件行為が実際にイーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を具体的に排除した等として、それを根拠に本件行為の排除効果があったと主張するので、以下、その主張の成否を検

25) 本件審決・第6の1(1)引用。

26) 前掲注(25)。

27) 前掲注(25)。

討する」として²⁸⁾、上記の諸般の事情についてはほとんど考慮せずに検討を進めた²⁹⁾。そして、本件審決は結論として、本件行為は「放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を利用する際に別途の使用料の負担を考慮する必要を生じさせるという意味で、放送事業者が被審人以外の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有しており、被審人が我が国における放送事業者に対する放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において一貫して強固な地位を有することを併せ考慮すると、競業者の放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野への新規参入について消極的要因となるといえる。そして、被審人が管理事業法の施行後も、新規参入について消極的要因となる本件行為を継続し、平成 18 年 9 月まで放送等使用料を徴収して管理事業を行う業者が現れなかったことは、本件行為が他の事業者の上記分野への新規参入を困難にする効果を持つことを疑わせる一つの事情ということができ

28) 前掲注 (25)。

29) 審判官の検討及び判断の要旨は以下のとおり。①放送事業者によるイーライセンス管理楽曲の利用回避の有無について、放送事業者役職員の供述調書及び社内通知文書は具体的な利用回避行動を認めるには証拠不十分、イーライセンス及びエイベックスの役職員の供述調書は証明力がない、民放連事務局次長のアドオン発言は民放連又は民放連加盟放送事業者による利用回避の意思の表れと評価できない、イーライセンス管理楽曲の利用状況は放送事業者に対する無料化措置の通知の前後で格別の変化がない（本件審決・第 6 の 1 (2)）、②イーライセンスの管理事業の実態をふまえると、「放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用につき慎重な態度をとったことの主たる原因（は）、…イーライセンスが準備不足の状態のまま放送等利用に係る管理事業に参入したため、放送事業者の間にイーライセンス管理楽曲の利用に関し、相当程度の困惑や混乱があったこと」（同第 6 の 1 (3)）、③エイベックス・グループは「正確な情報に基づいてイーライセンスとの委託契約を解約したとはいえない…被審人の本件行為にイーライセンスへの管理委託契約を解約させるような効果があったとまではいえない」（同第 6 の 1 (4)）、④「相当数の放送事業者はイーライセンスと利用許諾契約締結のための交渉をする用意があると認められ…イーライセンスは、放送事業者と利用許諾契約を締結することにより、相応の放送等使用料の徴収が可能」であり、「放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態になっていたというには疑問が残る」など、本件行為がエイベックス・グループ以外の著作権者に対しイーライセンスへの管理委託を控えさせる効果があったとまではいえない（同第 6 の 1 (5)）、⑤イーライセンス以外の管理事業者が本件市場に新規参入しないのは、「放送等利用に係る楽曲の管理は非常に煩瑣で費用がかかることが認められ、これが管理事業者の放送等利用に係る管理事業への参入を控えさせる効果を有している」ことがその原因である（同第 6 の 1 (6)）。

る」とした³⁰⁾。

それにもかかわらず、「①…実際にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したと明確に認められるのは、1社の放送事業者にすぎず、放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したと認めることはできない上、②…放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことは認められるものの、その主たる原因は、…イーライセンスが不十分な管理体制のままで放送等利用に係る管理事業に参入したため、放送事業者が困惑、混乱したことにあると認められる。また、③…エイベックス・グループがイーライセンスに対する管理委託契約を解約したのは、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、しかもその原因が被審人による本件行為にあるとの認識に基づくものであるが、現実には、放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したとはいえず、イーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことが認められるにとどまり、その主たる原因もイーライセンスによる準備不足の状態での参入とそれに伴う放送事業者の困惑、混乱等であったのであるから、被審人による本件行為にエイベックス・グループのイーライセンスへの管理委託契約を解約させる効果があったとまではいえない。さらに、④…イーライセンスが放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態になっているとまでいえるかにつき疑問が残る上、イーライセンスが管理事業を営むことが困難な状態になっているとしても、それは、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用を一般的に回避し、その原因が本件行為にあるという認識に基づいて、著作権者がイーライセンスに音楽著作権の管理を委託しなかったためであるから、被審人による本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまではいえない」とした³¹⁾。そのうえで、本件行為がイーライセンスによる放送等利用に係る管理事業への新規参入を困難にしたという証拠はないだけでなく、イーライセンス以外の管理事業者による新規参入がないことの理由が本件行為にあるという証拠もなく、その他に、本件行為がJASRACの競争者による新規参入を著しく困難にすることを認めるに足りる主張立証もないとした³²⁾。そして、本件行為は「放送事業者が被審人以外の管

30) 本件審決・第6の1(7)引用。

31) 前掲注(30)。

32) 前掲注(30)参照。

理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有し、競業者の新規参入について消極的な要因となることは認められ、被審人が管理事業法の施行後も本件行為を継続したことにより、新規参入業者が現れなかったことが疑われるものの、本件行為が放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するとまで断ずることは、なお困難である」と認定し³³⁾、「本件行為が他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有することを認めるに足る証拠はないから、その余の点について判断するまでもなく」、本件行為が排除型私的独占に該当するということはできないと結論している³⁴⁾。

③ 東京高裁判決³⁵⁾

2012（平成 24）年 7 月 10 日、イーライセンスが審決取消訴訟を提起した。JASRAC は、行政事件訴訟法 22 条 1 項に基づいて、「訴訟の結果により権利を害される第三者」として本件訴訟に参加した。東京高裁は、イーライセンスの本件訴訟における原告適格の有無を検討し、同社に原告適格を認めた後³⁶⁾、本件行為の排除効果に係る本件審決の事実認定並びに要件充足性の判断の当否について、次の順序で検討している。

第一に、「恋愛写真」の利用実績に関する本件審決の事実認定の当否を検討し、エイバックス楽曲に係る無料化措置の放送事業者への伝達時期について、本件審決

33) 前掲注（30）。

34) 本件審決・第 6 の 2 引用。

35) 東京高判平成 25 年 11 月 1 日審決集 60 巻第 2 分冊 22 頁。

36) 平成 25 年改正前独禁法は審決取消訴訟の原告適格に関する定めを置いていなかったが、本件高判は、「排除措置命令を取り消す旨の審決が出されたことにより、著しい業務上の被害を直接的に受けるおそれがあると認められる競業者」には原告適格が認められるとし、本件訴訟の原告であるイーライセンスに原告適格を認めた（本件高判・第 3 の 1）。排除措置命令の相手方以外の者に原告適格を初めて認めた判決である。本件高判の原告適格に関する判断をめぐる議論については、岸井大太郎「高判評釈」NBL1031 号（2014）71 頁以下、植村幸也「高判評釈」ビジネス法務 14 巻 2 号（2014）70 頁以下、神橋一彦「高判評釈（原告適格）」ジュリスト 1464 号（2014）4 頁以下、古城誠「高判評釈」論究ジュリスト 9 号（2014）90 頁以下、長澤哲也「高判評釈」Law and Technology 63 号（2014）72 頁以下、白石忠志「高判評釈」NBL1015 号（2013）18 頁以下などを参照のこと。

の事実認定は基本的に誤りではないと認めたほか³⁷⁾、「恋愛写真」が無料化措置の通知前後を問わず広く放送事業者を利用されていたという本件審決の事実認定についても、「その利用状況に格別の差異があるとは積極的に認めることはできないとする限りにおいて、あながち不合理な認定であるとまではいえない」とした³⁸⁾。さらに、「恋愛写真」の利用実績の算定方法及び利用回避事実の推認方法については、「あながち不合理な認定であるとまではいえない」「一概に不合理であると断定することはできない」とした³⁹⁾。

第二に、原告管理楽曲の利用回避に関する本件審決の事実認定の当否である。東京高裁は初めに、民間放送事業者 15 社による社内通知文書の作成・配付等について検討・判断を行い⁴⁰⁾、横浜エフエム及び ZIP-FM を除く 12 社については、「原告管理楽曲の利用を抑えるようにとの趣旨を明記した社内通知文書を配付するなどの方法により、原告管理楽曲の利用を回避する働きかけがされていたと認められ、その他の放送事業者の中にも、同様の働きかけ等がされていたところがあると認められる」とした⁴¹⁾。また、テレビ朝日、TBS テレビ、J-WAVE、Kiss-FM、エフエム山形、静岡朝日テレビ、茨城放送及び NACK5 の 8 社においては、「社内通知文書を配付するなどしたことにより、原告管理楽曲の利用が控えられたと認めるのが合理的」とし、これらの判断に反する本件審決の認定は実質的証拠に基づくものではないとした⁴²⁾。さらに、カウントダウン番組など一部の放送番組では当該番組で利用すべき楽曲間に代替性がない一方、その他の番組では「番組の目的、内容、視聴者の嗜好等に適合する楽曲の候補が複数あり、その中から放送等使用料の費用

37) 本件高判・第3・2(1)ア参照。なお、「少なくとも放送事業者の一部に関しては、…(平成18年10月)19日頃以降に初めて無料化措置を知った」という本件審決の事実認定については、実質的証拠に基づかず誤りであるとした。

38) 本件高判・第3の2(1)イ引用。

39) 本件高判・第3の2(1)ウ引用。

40) 本件高判・第3の2(2)ア(ア)～(コ)参照。

41) 本件高判・第3の2(2)ア(サ)引用。本件高判は、13社のうちNACK5を除く12社に関する本件審決の事実認定が「実質的証拠に基づくものとはいえない」とし、NACK5については「原告管理楽曲の利用を差し控えたとした本件審決の認定は、合理的なものである」と判断する一方、横浜エフエム及びZIP-FMに関するものについて「あながち不合理なものと(までは)いえない」と判断している。

42) 本件高判・第3の2(2)ア(サ)引用。

負担を考慮して選曲されることは十分にあり得るというべきであって、放送等使用料の負担の点を理由とする楽曲利用の回避があり得ないということはできない」ことから、「放送等使用料の負担の点を理由として、楽曲の利用を回避することはない」旨の供述には合理性がないとした⁴³⁾。

東京高裁は次に、本件審判の事件記録に存在する証拠に照らしてアドオン発言の経緯を検討し、アドオン発言は「個人の意見を述べたものと認めるのが合理的」であり、「民放連又は民間放送事業者の原告管理楽曲の利用回避の意思の表れと評価することはできないとした本件審決の認定は、実質的証拠に基づくものである」とした⁴⁴⁾。

第三に、原告の新規参入が進まない原因は原告の準備不足であるとした本件審決の事実認定の当否である。東京高裁は次のように検討し、本件審決の事実認定は実質的証拠に基づかないものであると判断した。

はじめに、原告による管理事業の準備状況を認定し⁴⁵⁾、管理事業開始後の状況については、「…利用楽曲を原告に報告する際の報告書の様式について決めておらず」、原告と民放連が平成 18 年 9 月 28 日付で「音楽著作物の利用に関する合意書」を締結した後、「大多数の放送事業者は、原告と利用許諾契約を締結していない」とし⁴⁶⁾、原告が平成 18 年 9 月 26 日ごろに民放連へ提示した原告管理楽曲の一覧表についても、これはエイベックス・グループの意向を確認せずに作成したものであり、同グループが原告に対し正式に管理委託を開始したのは平成 18 年 9 月末であること等を認めた⁴⁷⁾。

次に、放送事業者が原告管理楽曲の利用を回避した動機であるが、東京高裁はまず、「(筆者注：原告が放送等利用に係る管理事業に参入した平成 18 年 10 月の時点では)原告管理楽曲の範囲は必ずしも明確ではなく、個々の放送事業者が支払うべき放送等使用料の額も不明であり、全曲報告に必要な報告の様式も定まっておらず、報告漏れがあった場合には高額の放送等使用料の支払義務を負うことから、放送事

43) 本件高判・第 3 の 2 (2) ア (サ) 引用。

44) 本件高判・第 3 の 2 (2) イ 引用。

45) 本件高判・第 3 の 2 (3) 参照。

46) 本件高判・第 3 の 2 (3) イ (ア) 引用。

47) 本件高判・第 3 の 2 (3) イ (ウ) ～ (オ) 参照。

業者は、そのような点に困惑したものと推認され、本件審決の認定は、その限度では合理的でないとはいえない」とした⁴⁸⁾。そのうえで、放送事業者の一部が原告管理楽曲の利用を回避した又は回避しようとした理由については、「平成18年10月当時、参加人と民放連との間で、…参加人に支払う放送等使用料の額を増額することが協議されていたこと、同年11月に締結された同年9月21日付けの民放連平成18年協定では、放送等使用料額の増額は段階的に行われるようになったものの、最終的には、それ以前の約1.5倍の放送等使用料を支払う結果となったこと、参加人の管理楽曲の利用に対する放送等使用料は、当該年度の前年度における放送事業収入を基礎として算出された額で固定されていることが認められる」とした⁴⁹⁾。そして、このような事情の下では、「放送事業者が、放送事業の経費を抑えるために、原告に対する放送等使用料を抑制する手段を選択することが考えられる。とりわけ、経営環境の厳しい中小規模の放送事業者は、…原告管理楽曲の利用を回避し、又は回避しようとすることは、企業経営上、合理的な選択であるといえる」とした⁵⁰⁾。

なお、東京高裁は、原告が新規参入した平成18年10月1日時点では、原告が民間放送事業者との間で利用許諾契約を締結していなかったことを認めた一方、①原告が積極的な営業活動を展開していた事実、②民放連が同月6日付の文書で民間放送事業者に対し、原告管理楽曲の利用は包括許諾・個別徴収方式である旨を説明していた事実、③民間放送事業者による社内通知文書の配付等は、原告管理楽曲が利用可能な状態にあることを前提としたものであると解されること等の事実を総合すれば、原告は平成18年10月1日時点で民間放送事業者に対し管理楽曲の利用を許諾していたと認められると認定した⁵¹⁾。そして、「放送事業者が原告管理楽曲の利用を回避し、又は回避しようとした理由としては、原告管理楽曲を利用した場合には、参加人に支払う放送等使用料に追加して、原告への放送等使用料を支払わざるを得ないことがあったこと、放送等使用料が追加負担となる理由としては、放送事業者が参加人に支払う放送等使用料が放送等利用割合を反映していないことにあった」と認定し、放送事業者による原告管理楽曲の利用に関する放送事業者の慎重な態度

48) 本件高判・第3の2(3)ウ(ア)引用。

49) 本件高判・第3の2(3)ウ(イ)引用。

50) 本件高判・第3の2(3)ウ(イ)引用。

51) 本件高判・第3の2(3)ウ(イ)参照。

について、その主たる原因をいわゆる追加負担の発生ではなく原告の準備不足に求めた本件審決の事実認定は実質的証拠に基づくものとはいえないとした⁵²⁾。

第四に、エイベックス・グループが原告との管理委託契約を解約した理由について、同グループの勘違いによるものとした本件審決の事実認定の当否である。東京高裁は、「エイベックス・グループが原告管理楽曲の客観的な利用状況を把握していなかったとしても、エイベックス・グループの認識が誤っていたとはいえない」として、管理委託契約の解約に至る経緯に関する本件審決の認定を支持したうえで、本件行為が管理委託契約を解約させた原因の1つであったと合理的に認めることができるとし、「エイベックス・グループが正確な情報に基づいて原告との委託契約を解約したとはいえない」「参加人の本件行為に原告への管理委託契約を解約させるような効果があったとまではいえない」という本件審決の認定は実質的証拠に基づくものではないと認定した⁵³⁾。

第五に、原告管理楽曲の増加と利用回避の解消との関係である。東京高裁は、本件審決が認定した事実のほかに、「原告が管理委託を受けた楽曲は、放送等利用の需要が少ないインディーズ系音楽出版社から管理委託を受けた楽曲が多い」こと、「原告が実際に放送事業者から徴収した放送等使用料の額は…極めて僅かな金額である」ことなどが認められるため、「原告は、放送事業者と利用許諾契約を締結することにより、相応の放送等使用料の徴収が可能であり、上記のように放送等使用料の収入が低い金額にとどまっている理由は、原告が放送事業者との間で利用許諾契約を締結していないことにある」「原告が、放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態になっていたというには疑問が残る」とした本件審決の認定は実質的証拠に基づくものとはいえないと認定した⁵⁴⁾。

東京高裁は、本件審決の事実認定の当否について以上のとおりに検討及び判断を行ったうえで、本件行為が独禁法2条5項所定の「排除」を構成するか否かについて検討及び判断している。東京高裁は初めに、「本件行為が、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において、競業者の参入を著しく困難にするなどの効果（排除効果）を有するか否かは、放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野における市

52) 本件高判・第3の2(3)エ引用。

53) 本件高判・第3の2(4)イ～ウ引用。

54) 本件高判・第3の2(5)引用。

場の構造、同市場における参加人及び原告の地位、音楽著作物の特性、著作権者から音楽著作権の管理の委託を受けることを競う管理委託分野等との関連性等の諸事情を、総合的に考慮して判断すべきである」と述べ⁵⁵⁾、これらの考慮事項の検討を進めた。

第一に、市場の構造について、東京高裁は、本件行為がほとんどすべての放送事業者に対して行われており、放送事業者がJASRAC以外の管理事業者の管理楽曲を利用する場合には、放送事業者が「当該管理事業者との利用許諾契約に従って別途放送等使用料の支払を余儀なくされる」のであり、放送事業者が経費削減の観点から放送等使用料の別途支払を控えようとすることは「ごく自然な経営行動である」と認めた⁵⁶⁾。また、平成18年10月当時、JASRACと民放連が合意した平成18年協定に基づいて、放送事業者がJASRACへ支払う放送等使用料の増額が両者間で協議されていたことから、放送事業者の間で経費削減の要請が高まっていたことが窺えるとした⁵⁷⁾。

第二に、JASRAC及びイーライセンスの市場における地位について、東京高裁は、JASRACが著作権等管理事業法の施行前後を通じて「ほぼ唯一の管理事業者」であり、放送事業者がJASRACと「利用許諾契約を締結しないという選択肢はあり得ない」ところ、JASRACが定める個別徴収方法によると1曲1回当たりの放送等使用料は包括徴収方式と比べて高額となるため、個別徴収方式は放送事業者にとって「現実的な選択肢と評価することはできない」と判断した。他方、イーライセンスは「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野に新規に参入して放送等使用料を徴収している唯一の管理事業者」であり、管理楽曲の数はJASRACと比べて「極めて少ない」とした⁵⁸⁾。

このように、市場の構造並びにJASRAC及びイーライセンスの当該市場における地位について認定したうえで、東京高裁は、本件行為は放送事業者に対し「放送等使用料の追加負担を避けるために、他の管理事業者の管理楽曲の利用を回避する対応を採らせる蓋然性が高く、他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制する効果を

55) 本件高判・第3の3引用。

56) 本件高判・第3の3(1)引用。

57) 本件高判・第3の3(1)参照。

58) 本件高判・第3の3(1)引用。

有しているといえる」と判断した⁵⁹⁾。

第三に、音楽著作物の特性について、東京高裁は、放送番組で利用する楽曲の選定対象は一般に複数になると考えられるのであり、番組の目的、内容、視聴者の嗜好等を勘案しても、「複数の選定対象楽曲の中に、放送等使用料の追加負担の不要な楽曲と必要な楽曲があれば、経費負担を考慮して追加負担の不要な楽曲が選択されることは、経済合理性に適った自然な行動といえる」とし、「放送事業者は、特殊例外的な番組についてはさておき、通常の番組で放送される楽曲の選択においては、放送等使用料の追加負担を抑制するため、参加人以外の管理事業者の管理楽曲の利用を回避するといえる」と認定した⁶⁰⁾。

第四に、管理委託分野等との関連性について、東京高裁は、本件審決の事実認定に関する同裁判所の判断（前述）を要約したうえで、エイベックス・グループが原告との管理委託契約を解約したことは「放送事業者にとって原告への放送等使用料の支払が追加負担となるため、少なくない数の放送事業者が、原告管理楽曲の利用を回避した、又は回避しようとしたことが大きな要因であった」と認定したほか、「原告が管理する楽曲数は増加しているものの、原告が放送事業者から徴収した放送等使用料の額は極めて低額であり、この事態が容易に解消すると認めるに足る証拠はない」と認定した⁶¹⁾。また、原告管理楽曲であった「恋愛写真」については、放送事業者が無料化措置の伝達前に当該楽曲を利用していた事実は認められるものの、当該楽曲に係る「特殊事情」を考慮すれば、前記の事実をもって他の原告管理楽曲も「(JASRACの)管理楽曲と同様の条件の下で利用される状況にあったと推認することは到底できない」と認定した⁶²⁾。

以上のように論じたうえで、東京高裁は結論として、本件行為につき「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において、原告の事業活動の継続や新規参入を著しく困難にした」のであり、当該分野における「他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有する」と認定し⁶³⁾、この点が認められないことから排除型私的独占の

59) 本件高判・第3の3(1)引用。

60) 本件高判・第3の3(2)引用。

61) 本件高判・第3の3(3)引用。

62) 本件高判・第3の3(4)引用。

63) 本件高判・第3の3(5)及び第3・4引用。

成立を認めなかった本件審決の認定及び判断には誤りがあると判断した⁶⁴⁾。そして、公取委に対し、本件行為が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであるか否か」など、独禁法2条5項所定の排除型私的独占に係る構成要件を充足するか否かを認定及び判断すべきであるとし、本件審決を取り消した⁶⁵⁾。なお、原告が本件命令の主文の執行を求めたことについては、東京高裁は、公取委が行うべき「執行行為の意義及び内容は必ずしも明らかで（ない）」として原告の訴えを退けた⁶⁶⁾。

本件高判に対して、公取委は上告受理申立てを行い、JASRACは上告及び上告受理申立てを行った。

④ 最高裁判決⁶⁷⁾

最高裁は、NTT東日本事件最判を参照し、本件行為の「排除」該当性について、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にするなどの効果を有するものといえるか否かによって決すべき」とした。そして、本件行為が前記の効果を有するか否かについては、「本件市場を含む音楽著作権管理事業に係る市場の状況、参加人及び他の管理事業者の上記市場における地位及び競争条件の差異、放送利用における音楽著作物の特性、本件行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべき」とした⁶⁸⁾。

そして、最高裁は、①JASRACが音楽著作権の管理委託及び利用許諾の各市場で事実上の独占状態にあること、②音楽著作権管理事業の特性ゆえに管理委託及び利用許諾の各市場への参入が相応の困難を伴うこと、③放送事業者がJASRACと包括許諾による利用許諾契約を締結せずに他の管理事業者との間でのみ利用許諾契約を締結することはおよそ想定し難い状況であること、④放送で利用される楽曲は基本的に代替的な性格を有すること、⑤本件行為による放送等使用料の算定は管理

64) 本件高判・第3の4参照。

65) 本件高判・第3の4参照。

66) 本件高判・第3の4引用。

67) 最三小判平成27年4月28日民集69巻3号518頁。

68) 本件最判・理由3(1)引用。

楽曲の放送等利用割合を反映する余地がないものであり、放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を有料で利用すれば、JASRAC に支払う放送等使用料とは別に追加負担が生ずるものであって、利用楽曲全体に発生する放送等使用料の総額が増加することを認めた⁶⁹⁾。

そのうえで、最高裁は、前記①～④によれば、放送事業者の利用楽曲の候補に JASRAC 管理楽曲が含まれていれば、放送事業者は経済合理性の観点から前記の追加負担が生じない JASRAC 管理楽曲を選択するのであり、「放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用は抑制される」ことを認めた。また、前記⑤に係る事実として、本件行為による利用抑制の範囲がほとんどすべての放送事業者に及ぶほか、本件行為の継続期間が7年余に及ぶことを指摘したうえで、相当数の放送事業者が JASRAC 管理楽曲の利用を回避した又は回避しようとして行動しており、イーライセンスが放送事業者から徴収した放送使用料が僅少であること等からも、本件行為が「他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制するもの」とであると認めている⁷⁰⁾。

最高裁は以上のとおりに述べたうえで、「本件行為は…他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にする効果を有するもの」とであると認定し、本件行為が独禁法2条5項所定の「排除」に係る排除効果を有することを認めている⁷¹⁾。

また、最高裁は、傍論として⁷²⁾、本件高判で適法に確定した事実関係等や本判決の理由3(2)の諸事情などに鑑みれば、ほとんどすべての放送事業者が本件行為によって「包括徴収による利用許諾契約の締結を余儀なくされて徴収方法の選択を事実上制限される状況を生じさせる」とともに、「放送使用料の追加負担によって放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用を相当の長期間にわたり継続的に抑制したものといえる」と述べて、「放送使用料及びその徴収方法の定めの内容並びにこれらによって上記の選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組みの在り方

69) 本件最判・理由3(2)ア～イ参照。

70) 本件最判・理由3(2)イ引用。

71) 本件最判・理由3(3)引用。

72) 本件最判・理由第4は、本件審決取消後の再審判について、「(「排除」)要件の該当性につき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…」という仮定で論じており、本件最判自体が本件行為に係る人為性を認定するという判断枠組みを採用していない。

等に照らせば、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、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解するのが相当である」と論じている⁷³⁾。

なお、本件審決の取消が本件最判によって確定した後、公取委は、平成25年改正前の独禁法82条2項に基づき、本件最判の趣旨に従って審判請求に対する審決を改めて行わなければならない、実際にその審判手続を進めていたが、JASRACが2016（平成28）年9月9日に審判請求を取り下げたため、本件命令が確定した（平成25年改正前の独禁法52条5項）⁷⁴⁾。

（3）東京高裁判決までの「排除」の認定または不認定の特徴

本件命令は、①JASRACがすべての放送事業者との間で本件行為を通じて放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾契約を締結しており、②放送事業者がJASRAC以外の管理事業者の管理楽曲を利用する場合は「追加負担」が発生するため、③FMラジオ局を中心とした放送事業者は、当該追加負担を避けるため、イーライセンス管理楽曲をほとんど利用しなかったものであり、④著作権者がJASRAC以外の管理事業者に放送等利用に係る音楽著作権の管理を委託しても、放送等使用料の分配を受けられる見込みはほとんどないため、JASRAC以外の管理事業者が放送等利用に係る音楽著作権の管理を受託することはほとんどない又は不可能であるという事実から、JASRAC以外の管理事業者は「放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態」という排除効果を認定している。これは、①という行為が「放送等利用に係る管理事業を営むことが困難な状態」という排除効果を生じさせたという認定であり、②～④は当該排除効果に帰結する過程を表している⁷⁵⁾。そして、本

73) 本件最判・理由4引用。

74) 公取委報道発表平成28年9月14日「一般社団法人日本音楽著作権協会による審判請求の取下げについて」(http://www.jfrc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/sep/160914_2.html, 最終アクセス：2018年3月27日)。

75) 上杉秋則「審決評釈」Business Law Journal 54号（2012）79頁以下同旨。上杉氏は、③の事実を否定しても④の事実を否定できないとするが、③の事実は「追加負担」の発生を原因としているところ、「追加負担」の発生が直ちにイーライセンスによる放送等使用料の徴収・分配を困難ないし不可能とするのではなく、「追加負担」の発生が放送事業者によるイーライセンス管理楽曲の利用回避を招くことによって、イーライセンスによる放送等使用料の徴収・分配が困難になり、音楽著作権の管理受託が困難ないし不可能

件行為が排除型私的独占を成立させることについて、本件命令の主文第1項は、JASRACに対し、放送事業者から徴収する放送等使用料の算定において、放送等利用割合が「当該放送等使用料に反映されないような方法を採用することにより、当該放送事業者が他の管理事業者にも放送等使用料を支払う場合には、当該放送事業者が負担する放送等使用料の総額がその分だけ増加することとなるようにしている行為」を取り止めるよう命じている⁷⁶⁾。

次に、本件審決は、放送事業者によるイーライセンス管理楽曲の利用回避について、①エイベックス楽曲の無料化措置の通知前後でその利用状況に格別の変化はなく、②審査官が挙げた放送事業者15社のうち14社は「何らかの利用回避の動きがあった可能性はあるものの、具体的に利用回避があったことを認めるに足りない」のであり、③「放送事業者の間に、イーライセンス管理楽曲について何らかの利用回避の動きがあったことは窺われるものの、実際にどの程度利用が回避されたのかは明らかではな」く、「放送事業者が一般的にイーライセンス管理楽曲の利用を回避したことを認めることはできず、放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用について慎重な態度をとったことが認められるにとどまる」ことを認定した。そして、「放送事業者がイーライセンス管理楽曲の利用につき慎重な態度をとったことの主

となるはずである。③の事実を軽視ないし無視してもよいとする理解には疑問がある。

また、『「追加負担」をもって排除の要因とするなら首肯し難い』という見解があるが、この見解は、いわゆる追加負担の発生原因が「包括許諾・包括徴収制度」にある旨を説明しており、本件行為が原因であることを捉えた批判ではないように読むことができる。田中寿「高判判批(上)(下)」国際商事法務40巻4号(2012)512頁、同40巻6号(2012)884頁参照。

76) 本件命令の主文第1項には若干の疑問がある。同命令は、放送事業者が支払う放送等使用料の総額の絶対額を一定に抑えるよう求めるものではない。審査官が本件審判において「本件排除措置命令は、本件行為を排除することを目的に行われたものであり、放送等使用料の減額を企図するものではない」(本件審決・第5の5(2)ア)と主張したことからも明らかである。しかし、JASRACが本件命令を履行する結果として、JASRACの事業費用増分が使用料規程に反映されて放送等使用料の増加を招く可能性も、放送等利用割合が反映されても放送等使用料の総額が減少しない可能性(新規参入者が徴収する放送等使用料が低額でない場合等)もある。結局、主文第1項は、JASRACの本件行為に起因する放送等使用料徴収システムの競争制限性を緩和するに過ぎない(イーライセンス等の新規参入者が有効に競争することを確実なものとするわけではない)と言えるだろう。

たる原因が、被審人と放送事業者との間の包括徴収を内容とする利用許諾契約による追加負担の発生にあったと認めることはできず、むしろ、イーライセンスが準備不足の状態のまま放送等利用に係る管理事業に参入したため、放送事業者の間にイーライセンス管理楽曲の利用に関し、相当程度の困惑や混乱があったことがその主たる原因であったと認めるのが相当である」と認定した⁷⁷⁾。本件命令が本件行為の「排除」該当性を認めたのは、当該行為が本件市場に市場閉鎖効果を生じさせているという理解に基づくものであるが、本件審決は利用回避の具体性や「主たる原因」論を理由に本件行為の排除効果を否定した⁷⁸⁾。しかし、無料化措置の期間中に限れば、イーライセンスは、放送事業者に利用を許諾した管理楽曲から放送等使用料を得ることができないのであって、少なくとも2006（平成18）年第4四半期においては、同社は放送等利用に係る著作権等管理事業を営むことができていないとみるべきである。換言すれば、同社管理楽曲が「広く放送事業者に利用されていた」か否かは形式的事実であり、同社が利用許諾分野において「事業活動」とみるに相応の収益を得ることができていたか否かが実質的事実である⁷⁹⁾。本件審決は、形式的事実を根拠に本件行為の「排除」該当性を否定しており、本件行為がイーライセンスの「事業活動」に与えた影響を十分に検討したものとなっていない。

また、本件審決は、「イーライセンスが不十分な管理体制のままで放送等利用に係る管理事業に参入した」という事実認定を行ったが、これは「大塚愛の『恋愛写真』は、同時期にCDが発売された他の楽曲や大塚愛自身の他の楽曲と比較して、

77) 本件行為が「無関係ではないが寄与度が少なく、法的な意味での因果関係を認めるには足りない、というニュアンスであろう」という見解がある。詳細は、白石忠志「審決評釈」Law & Technology 57号（2012）38頁を参照。

放送事業者の多くがイーライセンス管理楽曲であると認識せずに利用していた可能性はあり、首都圏所在のFM放送局の一部を除き、「放送事業者が制作現場に対して、イーライセンス管理楽曲について周知させなければ、使用を控えるということはないだろう」と推測し、「放送事業者がイーライセンス管理楽曲を知らなければ、当該楽曲の利用に対して慎重な態度をとることなど到底できないであろう」と論ずる見解がある。安藤・前掲注（6）215頁以下参照。

78) 上杉秋則「審決批評」NBL983号（2012）28頁同旨。

79) 「いくら利用回数があっても、使用料を徴収できないのでは管理事業が成り立たないことは論を俟たない。…排除効果が現れる市場を見誤るという、私的独占の基本的構成要件に関する法解釈を誤るものである」という批判がある。上杉秋則「高判評釈」NBL1017号（2014）43頁引用。

遜色のない形で放送事業者に利用され、それ以外の楽曲を含むイーライセンス管理楽曲も放送事業者に相当程度利用されており、放送事業者に対する無料化措置の通知の前後において、その利用状況に格別の変化はなかったものと認められ」という事実認定と矛盾する。なぜならば、イーライセンス管理楽曲が「遜色のない形で」「相当程度利用されて」おり、無料化措置の通知前後で「利用状況に格別の変化はなかった」のであれば、イーライセンスが不十分な管理体制のままで新規参入したとみることは困難である⁸⁰⁾。前記の実質的事実との関係でみた場合に、イーライセンス管理楽曲は相当程度利用されているものの、イーライセンスが利用実績に相應の放送等使用料を収受できていないことを捉えて「不十分な管理体制のままで…参入した」と事実認定するならば理解できるが、本件審決はそのような論理構成を採用していない。

さらに、「エイベックス・グループは、被審人の本件行為を原因として、イーライセンスへの管理委託契約を解約したということは困難であり、被審人の本件行為にイーライセンスへの管理委託契約を解約させるような効果があったとまではいえない」ほか⁸¹⁾、「エイベックス・グループ以外の著作権者が被審人の本件行為を原因

80) 「恋愛写真」の利用回数に関する評価について、本件審決が排除効果を否定した核心理由である以上、利用回数に関する詳細な事実認定とそれに基づく判断が行われるべきであったという批判がある。安藤・前掲注(6) 215 頁、上杉・前掲注(79) 40 頁以下、土田和博「判批」新・判例解説 Watch 経済法 No.40[LEX/DB 文献番号 30003225]2 頁、泉水文雄「判批」公正取引 743 号(2012) 64 頁参照。

また、違反事実なしとする審決に至る可能性がある審判事件の場合、審判官が釈明権の積極的な行使や職権証拠調べを通じて事実認定を慎重に行うべきであると指摘する見解がある。青柳・前掲注(5) 106 頁以下参照。

81) 「本件行為とエイベックス・グループによる解約との間に、事実的な意味でのつながりがあることは認め、ただ、中間に、第三者(エイベックス・グループ)による誤信という過失行為が介在していることを理由に、因果関係の存在(本件行為と因果関係があるといえるような影響)を否定しようとしているわけである。因果関係というものに、事実的な意味でのつながりということを超えた、独占禁止法違反を問題とし得るような法的な意味での関係性を求めていることを明確に読みとれる点で、興味深い」。白石・前掲注(77) 39 頁引用。

首都圏の FM 放送局が「(レコードの)プロモーションメディアとして最上位に位置付けられ…不可欠な存在」という音楽産業で重要な役割を担っていることについて、審判官が十分に認識していたか否かは疑問であり、そのような存在ゆえに、エイベックス・グループはイーライセンスとの管理委託契約を解約したのであると論ずる見解がある。安

としてイーライセンスに対して放送等利用に係る音楽著作権の管理委託をしなかったということは困難であり、被審人の本件行為にエイベックス・グループ以外の著作権者のイーライセンスへの音楽著作権の管理委託を控えさせる効果があったとまではいえない」とし、「イーライセンス以外の管理事業者が新規に放送等利用に係る管理事業に参入していない理由が本件行為にあると認めることはできない」と認定した。

そして、本件審決の最も顕著な特徴であり問題でもあることは、本件行為が独禁法2条5項所定の「排除」に該当するか否かは、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の…参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである」としたうえで、本件行為に係る排除効果の有無は「本件行為に関する諸般の事情を総合的に考慮して検討する必要がある」としたにもかかわらず、審査官が「本件行為が実際にイーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を具体的に排除した等として、それを根拠に本件行為の排除効果があったと主張するので、以下、その主張の成否を検討する」として、上記の諸般の事情についてはほとんど考慮せずに、審査官の主張に対応して検討を行って「排除」該当性を否定したことである。これは、審判官自らが立てた規範に照らした検討及び判断となっておらず、いわば「争点の置き換え」であり⁸²⁾、審判官が本来検討及び判断すべき事項に関する審理を行わないまま審決案を作成したことに等しい⁸³⁾。審判官は職権で証拠調べを行うことができるのであり、審査官の主張の成否のみを検討するのではなく、「排除」に関する先例（規範）に従って当該要件を充足する事実の有無について認定及び判断を行うべきであった⁸⁴⁾。

藤・前掲注(6) 213頁以下参照。

82) 上杉・前掲注(75) 76頁引用。

83) 青柳・前掲注(5) 106頁、泉水文雄「審決評釈」公正取引743号(2012) 64頁同旨。

84) 「不服審査型の審判手続においても、厳格な意味での弁論主義が妥当しないことは、基本的に異ならないはずである」として、本件審判における審判官の職務遂行に疑問を呈し、公取委は本件審判につき「審判手続を再開し、審判官をしてまたは公取委自身が、判例および公取委自身の先例が示す解釈に基づき排除行為の該当性判断を行わせるまたは行うべきものであった」とする見解がある。根岸哲「審決評釈」NBL991号(2012) 61頁引用。

他方、「審判制度は両当事者の主張に基づいて中立な第三者である審判官が判断すると

最後に、本件高判は、本章第2節③で詳しく整理したとおり、本件審決の事実認定の多くについて、それらを証明する実質的証拠がないと判断した⁸⁵⁾。本件審決は、本件行為が「放送等利用に係る管理楽曲の利用許諾分野において他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するか」否かを争点1とし、当該行為が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するか」否かを争点2とした。本件高判は他方、争点1に係る要件を充足しないことを理由として本件行為の「排除」該当性を否定した本件審決の判断の当否を争点としており、本件行為が「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」か否かは争点となっていない⁸⁶⁾。また、本件審決及び本件高判は、「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NTT東日本事件最判と同一の文言を用いて、本件行為の「排除」該当性はその排除効果のみならず人為性の有無によって判断されるべきであるとしたが、本件審決が排除効果について「諸般の事情を総合的に考慮して検討」しなかったため、本件高判が検討したのは排除効果に関する事実認定及び要件充足性のみとなった。

本件高判は、排除効果に関する本件審決の判断を否定したが、この判断の相違は本件高判と本件審決の間にある事実認定の相違に起因している⁸⁷⁾。たとえば、「恋愛写真」の無料化措置をめぐっては、本件審決は当該楽曲が当該措置の通知前後を問わず放送事業者に広く利用されていたと認定しこれを重視したが、本件高判は放送事業者が無料化措置を認識した時期は不特定である等の理由から当該楽曲の利用実績に関する本件審決の認定を「あながち不合理な認定であるとまではいえない」「一

いう訴訟類似の制度であるというのが建前なのであり、仮に審判官が審査官に肩入れすることをためらったとしても、素朴な実務感覚からすればやむをえないことのように思われる」という見解がある。植村・前掲注(36)71頁参照。

85) 本件高判が「実質的証拠に基づくものとはいえない」という理由で本件審決を取り消した理由は、本件審決の事実認定の不適切を批判することではなく、「事実認定が立脚する法解釈の誤り」を指摘することにあるとみる見解がある。上杉・前掲注(79)40頁引用。

86) 本件審決と本件高判について、両者の争点整理は同様であるとする解説があるが、これは誤りである。詳細は、泉水文雄「高判評釈」公正取引760号(2014)15頁参照。

87) 白石忠志「高判検討」NBL1015号(2013)22頁以下、平林英勝「高判解説」ジュリスト1466号[平成25年度重要判例解説](2014)253頁同旨。

概に不合理であると断定することはできない」と認めるに止まっている⁸⁸⁾。また、放送事業者の社内通知文書とイライセンス管理楽曲の利用回避との関係、利用回避の認定に係る具体的事実の要否（「働きかけ」で十分か否か）、利用回避の主たる原因の認定（原告の準備不足であるか、本件行為から生ずる追加負担であるか）等についても、本件審決は「排除効果」を裏付ける証拠や具体的事実を重視した一方、本件高判は「排除効果」に対する因果的寄与を重視している⁸⁹⁾。

3 「排除」と JASRAC 事件最判における「排除効果」認定の特徴

独禁法2条5項所定の「排除」の一般的意義については、学説上、「他の事業者による事業活動の継続または新規参入を困難にすること」が学説上ほぼ共通した理解となっているが、個別具体的な事案を想定した場合における「排除」の意義をめぐっては、事業活動の排除状態を生じさせる「人為的な反競争的行為」⁹⁰⁾「人為的な排除」⁹¹⁾「競争制限的な行為」⁹²⁾「効率性によらない排除」⁹³⁾などと説明されている。このような多様な表現は、事業者の正常な競争行動と「排除」を識別しようとする狙いから発案されたものであり、それぞれの基本的考え方は妥当であるが、事業者

88) 本件高判がこのような表現を用いて本件審決の事実認定を評価したことは、当該事実認定が実質的証拠に基づくものではないとするには至っていないものの、審判官による当該事実の認定過程（証拠や因果関係の評価）に相当の無理があることを指摘したものとみることができるという指摘がある。上杉・前掲注（79）40頁以下参照。

89) 本件高判について、「本件行為が市場に与える一般的影響に関する認識が、前面に出ているように見受けられる」とし、「証拠に関する記載がないようにもみえるが、それらはおおむね、本判決の他の箇所において審判事件記録を示しながら認定したことを再掲しているものにすぎないようにもみえる」と評価する見解がある。白石・前掲注（87）22頁以下引用。

他方、供述調書と参考人審尋及び陳述書に対する証拠価値の置き方等に疑問を呈する見解がある。田中寿「高判判批（上）」国際商事法務42巻1号（2014）15頁以下参照。

90) 今村成和ほか編『注解 経済法（上）』（青林書院、1985）50頁引用〔根岸哲〕。

91) 実方謙二『独占禁止法（第4版）』（有斐閣、1998）64頁、岸井大太郎ほか『経済法－独占禁止法と競争政策（第6版）』（有斐閣、2010）68頁引用。

92) 谷原修身『新版独占禁止法要論』（中央経済社、2006）92頁引用。

93) 根岸哲編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）40頁引用〔川濱昇〕。ただし、「これはいわば議論の出発点であって、それ自体が基準として機能するものではない」とされている。

の具体的な競争行動の何が「排除」に該当するかを明確に指し示すものではない。

公取委の排除型私的独占ガイドラインは、「排除」の性質について、「他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為であって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行為をいう。事業者が自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供したことによって、競争者の非効率的な事業活動の継続が困難になったとしても、これは独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争の結果であり、このような行為が排除行為に該当することはない。」と説明している⁹⁴⁾。そして、「事業者の行為が排除行為に該当するためには、他の事業者の事業活動が市場から完全に駆逐されたり、新規参入が完全に阻止されたりする結果が現実には発生していることまでが必要とされるわけではない。すなわち、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性の高い行為は、排除行為に該当する。事業者が市場の状況等から事業経営上必要であると判断した行為であっても、そのことをもって排除行為に該当しなくなるわけではない。」としている⁹⁵⁾。

しかし、通常の競争行動と独禁法上問題となる「排除」を区別することは容易ではない。排除型私的独占に係る初めての最高裁判決である NTT 東日本事件最判は、「排除」該当性を判断するにあたっては、当該行為が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」であり、「市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つもの」といえるか否か」が問われるべきであるとした⁹⁶⁾。本件最判が、これと同様の文言を用いて「排除」該当性の判断基準を立て、本件行為の排除効果を認定し、「別異に解すべき特段の事情のない限り、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解するのが相当」と述べたことは前記のとおりであるが、本件行為の排除効果はどのよ

94) 排除型私的独占ガイドライン・第2の1(1)引用。

95) 前掲注(94)。「蓋然性の高い行為」が排除型私的独占とされたものとして、北海道新聞社事件(公取委同意審決平成12年2月28日審決集46巻144頁)、ニプロ事件(公取委審判審決平成18年6月5日審決集53巻195頁)がある。

96) 前掲注(2)。

うなものと理解すべきであろうか。

(1) 本件行為の「排除効果」の特徴

本件最判は、本件行為が排除効果を有するか否かの判断において、NTT 東日本事件最判が示した考慮要素をほぼ踏襲して検討を行っている⁹⁷⁾。前記のとおり、本件最判は「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、…（他の事業者の）参入を著しく困難にするなどの効果を有するもの（筆者注：NTT 東日本事件最判は「持つもの）」といえるか否かによって決すべき」という一般論を述べている。本件最判は続けて、「①本件市場を含む音楽著作権管理事業に係る市場の状況、②参加人及び他の管理事業者の上記市場における地位及び競争条件の差異、③放送利用における音楽著作物の特性、④本件行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべき」（丸数字は筆者挿入）という具体的な考慮要素を挙げ、それらの考慮要素に係る事実を検討し排除効果の有無に関する法律判断を行っている。本件最判が挙げたこれらの考慮要素は、NTT 東日本事件最判が挙げた考慮要素とほぼ同様であり、具体的に見ると、後者は「A. 競業者が加入者光ファイバ設備接続市場において上告人に代わり得る接続先を確保することの難易（＝①～④）、B. FTTH サービスの特性（＝③）、C. 本件行為の態様（＝④）、D. 上告人及び競業者の FTTH サービス市場における地位及び競争条件の差異（＝①②）、E. 本件行為の継続期間等（＝④）」（英記号は筆者挿入、丸数字は英記号との対応関係を指示）である⁹⁸⁾。このような考慮要素及び法律判断の過程は、排除型私的独占ガイドライ

97) 中川寛子「判批」NBL1071号（2016）93頁以下、滝澤紗矢子「判解」法学教室421号（2015）53頁同旨。

98) 本件とNTT 東日本事件では、違反行為はいずれも競争者事業費用引上げ型行為（Raising Rivals' Costs, RRC）であるため、排除効果の有無に関する考慮要素は「共通しうる」が、これらの考慮要素の総合評価の方法・基準は不明である等の理由から、一般的規範としては不十分であるという評価がある。中川・前掲注（97）94頁参照。

また、両事件の最判が示した考慮要素について、「排除」は多様な形態をとり、それぞれ的事案ごとに考慮要素を総合評価することになるため、「厳密な定式化は困難であるし、その必要もない」という正当な指摘がある。池田毅ほか「包括徴収による排除—JASRAC事件」岡田羊祐ほか編『独禁法審判決の法と経済学—事例で読み解く日本の競争政策』（東京大学出版会、2017）194頁引用。

ンが排他的取引に関して説くものと同様であり、市場全体の状況、行為者の市場における地位、競争者の市場における地位、行為の期間及び相手方の数・シェア、行為の態様等を総合的に考慮し、「競争者が当該相手方に代わり得る取引先を容易に見いだすことができない場合には、その事業活動を困難にさせ、競争に悪影響を及ぼす」（同ガイドライン第2の3（1））ことについて、経済合理性の観点から新規参入等のインセンティブを損なう行為であるか否かを検討するものである⁹⁹⁾。

本件最判は、本件行為の排除効果を認定した際、本件行為が他の管理事業者の本件市場への参入を「著しく困難」にする効果を有すると認めており、排除効果の認定に際し「著しく困難」に係る事実を要するように読むことができる。しかし、この表現は、NTT 東日本事件最判が用いた表現と同一であり、本件で実際に「著しく困難」に係る事実が認められたがゆえに特に用いた表現ではなく、最高裁が単に自ら用いた表現に倣ったと考えるべきであろう¹⁰⁰⁾。なぜならば、NTT 東日本事件は競争者の新規参入を具体的に排除したことが問題となった事案ではなく、NTT 東日本の行為が新規参入を「著しく困難」にしたか否かは争点になっていなかったほか、他の事業者の事業活動に対する強い影響（排除効果）の存在を要求することは、競争の実質的制限に係る事実認定及び法律判断と重複することになるためである¹⁰¹⁾。

本件最判は、JASRAC の個別徴収方式による単位使用料が著しく高額に設定さ

99) 本件最判の調査官解説（清水・法曹時報 69 巻 8 号 2268 頁）同旨。「本判決が、本件行為の利用抑制効果の点に着目して、本件行為を（筆者注：排除型私的独占）ガイドラインにいう排他的取引と同種のものとして捉えていることによるものといえよう」と指摘する。また、滝澤・前掲注（97）53 頁以下もほぼ同旨であり、本件最判と NTT 東日本事件最判が挙げた考慮要素について、前者は後者のそれらを「整理し直した」と評価する。

100) 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 4 号（2014）577 頁、泉水・前掲注（86）18 頁同旨。

他方、本件最判の調査官解説（清水・法曹時報 69 巻 8 号 2273 頁）は、「本件行為の利用抑制効果の程度が著しいものであることを基礎付ける事情であると考えられる」と述べており、本件最判が「著しく困難」という文言を採用したことにつき積極的理由を見出しているようである。

101) 泉水・前掲注（86）18 頁同旨。排除効果の有無の厳格な判断は、「排除」と競争の実質的制限との「相当因果関係の問題」として把握し、競争の実質的制限に係る事実認定及び法的評価で行うことが適切であるとする。

れている事実を指摘するが¹⁰²⁾、これは、包括徴収方式による利用許諾契約を放送事業者に対し「余儀なく」し「事実上制限」する原因の一つに過ぎない¹⁰³⁾。なぜならば、放送事業者がJASRACと包括許諾・包括徴収方式による利用許諾契約を締結しないことが「想定し難い状況」の下では、個別徴収方式による単位使用料が安価（JASRACへ支払う放送使用料の総額が包括徴収方式の場合と比べて著しく高額とまらない程度）であったとしても、本件当時はJASRACと代替しうる管理事業者は存在しなかったものであり、音楽著作物の利用に係る取引費用等を節減し楽曲ポートフォリオの無制限利用が可能となる以上、放送事業者は包括許諾・包括徴収方式による取引を選択したほうが有利であって、単位使用料が著しく高額であるか否かは「余儀なく」し「事実上制限」する決定的要因ではない¹⁰⁴⁾。本件行為に内在する本質的問題は、放送事業者がJASRACへ支払う放送等使用料が放送等利用割合を反映せずに算定されることであり、非管理楽曲（他の管理事業者が管理を受託または受託しうる楽曲）も算定対象に含まれることによって、JASRAC以外の管理事業者の競争可能領域が縮減されることである¹⁰⁵⁾。本件は、管理事業者をプラット

102) 使用料規程によれば、JASRACは放送事業者が個別徴収方式で利用許諾契約を締結することを全く想定しておらず、個別徴収方式は「現実的な選択肢として機能していない」という指摘がある。安藤・前掲注（6）192頁以下参照。

103) 本件命令との関係で、本件行為を排他的取引と捉える理解を否定しないものの、当該命令が「個別徴収方式の料金設定が事実上の取引拒絶に該当することを明示しておらず、排除措置命令の主文に掲げられているわけでもない」ことを疑問視する見解がある。藤田稔「審決評釈」山形大学紀要（社会科学）43巻2号（2013）207頁引用。しかし、当該命令の理由第1の2（3）は「放送事業者が個別徴収の方法を選択する場合には、1曲1回の利用ごとに…利用許諾を受けなければならず、かつ、…1曲1回の利用に係る放送等使用料が高額であるため…放送等使用料の総額が著しく高くなることから、すべての放送事業者は…本件包括徴収とする契約を締結している」という事実を認定しており、その趣旨は、個別徴収方式につき事実上の取引拒絶に当たるということである。

104) 本件最判の調査官解説は、JASRACが個別徴収方式による単位使用料を高額に定めたことについて、これが人為性に関する付加的事情として考慮されていることが排除効果の認定とは異なると説明する。清水知恵子「判解」Law & Technology 69号（2015）108頁参照。

105) 本件審決が「本件行為にエイベックス・グループのイーライセンスへの管理委託契約を解約させる効果があったとまではいえない。…本件行為に、著作権者のイーライセンスへの管理委託を回避させるような効果があったとまではいえない」としたことについて、そのような効果の有無も本件行為の排除効果の認定に関係がない。「審決案が排除

フォームとし、川上市場の需要者が著作権者、川下市場の需要者が放送事業者であるという二面市場（two-sided market）の特徴を有しており、規模の経済性のほか、一方の需要者の便益が拡大すると他方のそれも拡大するという間接ネットワーク効果が作用する。著作権者の収入は川下市場における放送等使用料に基本的に比例するため、川上市場の需要者においては、川下市場で多数の需要者を有しないプラットフォームフォーマーに対し管理委託を行うインセンティブが働かない。このような市場構造の下では、新規参入を試みるプラットフォームフォーマーは、既存の管理事業者の非管理楽曲につき管理委託契約を獲得し、当該契約に基づく事業活動で事業継続に必要な収益を上げる必要があり、本来はこの事業活動領域が新規参入者の競争可能領域となることが期待される。しかし、既存事業者が川下市場の需要者から収受する放送使用料が放送等利用割合を反映しないこと、すなわち、既存事業者の非管理楽曲も川下市場の需要者へ供給されるポートフォリオに包摂することによって（川上市場の需要総取りに相当）、新規参入者の競争可能領域を侵食ないし消滅させることになる¹⁰⁶⁾。

すでに指摘されているとおり、本件行為は事実上の排他条件付取引と評価できるであろう¹⁰⁷⁾。本件行為は、排除型私的独占ガイドラインが説明する排他的取引に係る排除効果を有するものであり¹⁰⁸⁾、具体的には、本件市場の新規参入者の競争可能領域を縮減する効果（同等効率競争者が当該領域で競争不可能となるような価格競争）を有する¹⁰⁹⁾。このような効果を有する本件行為は競争者事業費用引上げ型行為

行為を取引妨害行為に置き換えるという形で、法解釈の変更を行ったという問題の一環」という批判がある。上杉・前掲注（75）78頁引用。

106) 池田ほか・前掲注（98）195頁以下同旨。

107) 滝澤・前掲注（97）52～54頁、武田邦宜「判解」法学教室437号（2017）12頁、長澤哲也「判解」ジュリスト1483号（2015）6頁以下同旨。

108) 長澤・前掲注（107）7頁、白石忠志『独禁法事例集』（有斐閣、2017）529頁以下同旨。本件最判の調査官解説も、本件行為が排他的取引に類似することを肯定している（清水・法曹時報69巻8号2267～2268頁）。なお、排除型私的独占ガイドライン第2の3（1）（2）は、「取引先が競争者と取引をする場合に取引した分だけ追加的な負担が生じたり、高額な違約金が生じたりするような取引の条件・内容であるとき」に排除効果が大きいと説明する。

109) 本件行為が競争可能領域を縮減する性質・効果を有することについては、それを早期から指摘する見解があった。川濱・前掲注（5）95頁参照。中川・前掲注（97）98頁、池田ほか・前掲注（98）194頁以下、川濱昇「高判判批」法学教室402号（2014）68～

(Raising Rivals' Costs, RRC)であり、本件の市場構造の特性に照らせば、RRCの一種である競争者収益引下げ型行為(Reducing Rivals' Revenues, 3Rs)である¹¹⁰⁾。RRCは、行為者の事業効率の向上過程ないし成果である限りでは競争法上の問題を生じないが、かりにそのような積極的性質を有していても、競争者の事業効率の発揮ないし向上を妨げる場合(「排除効果」を生ずる場合)には反競争的行為と評価されるものである。また、事業遂行上の合理的目的に向けられた行為であっても、当該目的に照らした必要性が小さい場合、より競争制限性が低く現実を選択可能な代替的行為の存在が認められる場合には、競争法上許容されない反競争的行為と評価される。本件行為は、放送等利用に係る管理事業において、新規参入者が管理受託楽曲を十分に確保し放送事業者と利用許諾契約を締結することを困難にし、規模の経済性や間接ネットワーク効果が働く当該事業について、既存事業者に対する有効な競争単位となることを妨げるものである¹¹¹⁾。

70頁、泉水文雄「審決判批」公正取引743号(2012)66頁等も同旨。池田氏は本件が「インテル事件(筆者注：公取委勧告審決平成17年4月13日審決集52巻341頁)と類似する構造が存在していたように思われる」とし、中川氏は「マストストックを有する独占的事業者が、取引相手方が自己との取引を回避できない状況を利用・作出しつつ、ある種の契約設計により、競争者が競争可能な領域において、相手方の取引先・取引方法選択にかかるインセンティブを強圧的に変更させ、競争者との取引を回避させている(排除効果を生じさせている)ことに、人為性ありと解する立場といえる」とする。

110) 中川・前掲注(97)96頁以下、川濱・前掲注(109)68頁以下、大木良子「固定料金制の参入阻止効果—JASRAC事件の経済分析」新世代法政策学研究20号(2013)429頁以下参照。

111) 排除効果発生の事実がRRCの人為性認定で重要な位置を占めるとし、本件最判の傍論が「強い排除効果の発生を示す事情」も理由に本件行為の人為性を認定可能としたことにつき肯定的に評価する見解がある。中川・前掲注(97)参照。

ところで、本件行為は「一見排除効果が発生するようにみえるが、…楽曲の多寡と楽曲の魅力が競争要素となって顧客の商品選択の結果脱落した(筆者注：イーライセンス等の)役務提供事業者が受ける被害感覚ともいうべきもの…競争能力が欠けていたため市場への浸透が思うに任せなかったことを言い換えたに過ぎない」、放送事業者によるイーライセンス管理楽曲の利用回避の働きかけは「経費上の理由等からするあくまで社内での内部的動きにすぎず、需要者側の意思決定のプロセスの一過程とみるべき」という見解があるが(以上、田中寿「高判評釈(下)」国際商事法務42巻2号(2014)201頁引用)、前者は一般的な包括許諾・包括徴収方式には言い得ても本件行為には妥当せず、後者は本件行為が放送事業者に対し新規参入者との取引インセンティブを低減し、新規参入者の競争可能領域を縮減するというメカニズムを理解していない。

(2) 本件行為と「排除効果」の因果関係（因果的寄与）

本件行為の「排除効果」の認定をめぐる、両者間の「因果関係」（因果的寄与）の有無に関する議論が展開されているが¹¹²⁾、この議論が着地すべき結論は、放送等利用に係る管理事業への新規参入が不調に終わったという具体的事実がなくても、また、そのような具体的事実の要因を本件行為以外にも求めることが可能であるとしても、本件行為が「排除効果」を有する（因果的寄与を果たしている）ことは疑いようがないということである¹¹³⁾。「排除効果」を生ずる事象は一般に多様であるが、本件の場合、本件行為が他の管理事業者の競争可能領域を縮減する効果を有していれば十分であり、イーライセンスという個別具体的な事業者が（いわゆる準備不足も相俟って）新規参入を首尾よく果たしていない事実は、本件行為が「排除効果」を有することを否定するものではなく¹¹⁴⁾、イーライセンス管理楽曲の利用実績の多寡や当該楽曲に係る利用回避の有無も「排除効果」を否定しない¹¹⁵⁾。また、新

112) すでに指摘されているとおり、ここにいう「因果関係」は法律要件としてのものではなく、本件行為が他の事業者（イーライセンスなどJASRACの競争者）の事業活動に対する排除効果につき因果的寄与を有するか否かという事実関係の問題であり、事業者の「行為と排除効果との因果関係」が法律要件として要求されているわけではない。川濱・前掲注（109）68頁参照。

なお、「因果関係論には立ち入らなかったとみられる」という評価（平林英勝「高判評釈」ジュリスト1466号〔平成25年度重判解説〕（2014）253頁引用）、「本件行為と因果関係がある形での排除効果の有無が判断された」と捉える見解（白石・前掲注（77）37頁引用）、「本件においては行為と結果との間に、純粋な条件関係（「あればこれなし」）は認められるように思われる。…本審決は（本件行為の）因果的寄与は違反行為を基礎付けるに十分でないと判断した可能性もある」と論ずる見解（沼田知之「判批」ジュリスト1445号（2012）5頁引用）がある。

113) 本件高判は「排除効果の認定に必要な事実を積極的に認定したので、因果関係論の観点から興味深い判示はほとんどないように見受けられる」と論ずる見解がある。白石・前掲注（36）24頁引用。

114) 川濱・前掲注（109）67頁以下、平林・前掲注（112）253頁、平山賢太郎「ビジネスを促進する独禁法の道標 第8回「因果関係」から眺める独禁法」Business Law Journal 75号（2014）82頁以下同旨。

115) 川島富士雄「判解」ジュリスト1492号〔平成27年度重判解説〕（2016）240頁、上杉・前掲注（78）28頁、上杉秋則「審決批評」Business Law Journal 54号（2012）81頁、長澤・前掲注（107）7頁、稗貫俊文「審決評釈」ジュリスト1453号〔平成24年度重判解説〕（2013）243頁同旨。

本件最判の調査官解説（清水・法曹時報69巻8号2274頁）は、「本件行為の利用抑制

規参入の困難が本件行為に起因するという証明があれば、それは本件行為に係る「排除効果」を示す重要な証拠になるが、そのような証明・証拠がなければ「排除効果」を認定できないということでもない。事業者の行為と「排除効果」との因果関係が法律要件として要求されると仮想しても、その場合に求められるのは相当因果関係であり、当該行為自体が「排除効果」を生ずる具体的な蓋然性を備えていれば認められるものである¹¹⁶⁾。本件行為の場合、本件の事実関係を総合評価して「排除効果」を認定する必要があるところ、本件審決は審査官が具体的な競争者排除に関する主張を終始展開したことに応じたために「多様な事情」の総合評価を行っていないだけであり¹¹⁷⁾、本件高判はその誤りを改めて本件行為の因果的寄与を認め「排除効果」を認定している¹¹⁸⁾。本件審決は、「具体的に参入を排除したときのみ排除効果を認めるものであるという『新解釈を打ち出したに等しい』」ものではなく、すでに厳しい批判があるように、本件審決の排除効果に関する事実認定の多くが実質的証拠を欠いていたほか、本件審決が「排除」の法解釈を根本的に誤っていたことが問題

効果が具体的な経済活動の場面で顕在化していたことを示し、その効果の存在を実証的に裏付けるという意味において、本件行為の排除効果の存在を基礎付ける事情の一つとなり得るものといえるが、このような現実の利用回避行動等が立証できなければ利用抑制効果の存在が認められないわけではなく、あくまでも実証的な観点から補強するものとして位置付けられるにとどまる」と述べる。

- 116) 越知保見「独占禁止法における因果関係—NTT 東日本事件最高裁判決とその他の最近の事例から」根岸哲先生古稀記念祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』（有斐閣、2013）32 頁以下参照。「原則として結果についての原因力があれば、因果関係は認められるのであり、市場への悪影響を惹起しない行為はそもそも競争制限行為にならないのであるから、相当因果関係は競争制限行為であるか否かの評価で評価しつつされ、独立して問題となる余地はほとんどない」。

本件審判における排除効果の認定について、排除の実際性・具体性という可視的事実による立証ではなく、「経済的知見や経験則をもって、経済合理性の観点から当該効果を推認させる立証方法が有用であることを示すもの」であると評価し、そのようなアプローチが排除型私的独占の基本的考え方と整合すると説く見解がある。山崎恒・幕田英雄監修『論点解説 実務独占禁止法』（商事法務、2017）133 頁以下〔奥村豪〕引用。

- 117) 前掲注（25）。

- 118) 白石・前掲注（77）38 頁、泉水・前掲注（83）64 頁、泉水・前掲注（86）16 頁以下、平林・前掲注（112）253 頁、伊藤政也「JASRAC 事件の分析と検討」パテント 66 巻 8 号（2013）97 頁同旨。

であり¹¹⁹⁾、競争者排除に関する具体的事実を理由とする審査官の主張を検討した限りでは、本件行為の「排除効果」を認定できない（審査官の立証未了）という考え方に立脚したものである¹²⁰⁾。NTT 東日本事件は「あれなければ、これなし」の条件関係の存在には疑問がある事例であったが、それでもなお因果関係（相当因果関係）は認められているところ、本件審決は本件行為が「放送事業者が被審人以外の管理事業者の管理楽曲を利用することを抑制する効果を有し、競争者の新規参入について消極的な要因となることは認められ」と述べ¹²¹⁾、本件行為が新規参入に対する抑制的效果・消極的要因を構成すると認定して、本件行為と排除効果との相当因果関係を実質的には認めているのである¹²²⁾。本件最判と本件高判は、本件審決が挙

119) 上杉・前掲注 (78) 31 頁、上杉・前掲注 (79) 36 頁、泉水・前掲注 (86) 15 頁、上杉・前掲注 (115) 78～81 頁、上杉秋則「JASRAC 事件審判審決と市場閉鎖効果分析」ビジネス法務 12 巻 11 号 (2012) 101～102 頁参照。上杉氏は特に「(筆者注：本件行為) 違法性を左右する核心的事実認定の誤り」と批判する。

120) 白石・前掲注 (77) 38 頁引用（二重括弧部分は上杉秋則「審決判批」NBL983 号 31 頁引用）。

「本件審決は…本件行為が『実際に』イーライセンスの管理事業を困難にし、イーライセンスの参入を『具体的に』排除した等として、それを根拠に本件行為が排除効果を有すると断定できることが必要であるとし、本件ではそこまで断定することはできないことから、『排除行為』の要件を満たさないと結論付けた」という見解がある。根岸哲「審決評釈」公正取引 777 号 (2015) 69 頁引用。なお、根岸氏は、本件最判について「従来の解釈方針から逸脱した解釈方針を示した本件審決を否定したものといえることができる」（同 70 頁）と論じ、「『実際に』他の事業者の事業を困難にした事実や参入を『具体的に』排除した事実は、『排除行為』の存在を推認する重要な間接事実になる」（同 70 頁脚注 8）と説明しており、これらのことから、排除の実際性や具体性は「排除」該当性の判断で基本的に求められないと理解していることが明らかである。

また、本件審決に関する論稿では、本件行為と排除効果との間に「無関係ではないが寄与度が少なく、法的な意味での因果関係を認めるには足りない、というニュアンスであろう」「事実的な意味での繋がりがあることは認め、ただ、中間に、第三者による誤信という過失行為が介在していることを理由に、因果関係の成立を否定しようとしている」という指摘・評価がある。白石忠志「独禁法における因果関係」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）380 頁以下引用。

121) 本件審決・第 6 の 1 (7) 引用。

122) 「因果関係を否定する審決のほうが立証責任を勝手に引き上げた」という批判がある。越知・前掲注 (116) 47 頁参照。「通常、競争制限行為に当たるか否かを見ることでこの問題（筆者注：相当因果関係の問題）は評価し尽くされており、独立して行為と結果との因果関係が問題になる余地はほとんどないのである。主たる原因と従たる原因の

げたものの実際には考慮しなかった「諸般の事情」を検討し本件行為の「排除効果」を肯定しており、そのような「諸般の事情」の1つとして、本件行為の抑制的効果・消極的要因を認めている¹²³⁾。本件最判は、本件行為の態様やその客観的性質、経済合理性の観点からみて競争者及び取引相手方に対し排他的取引（市場閉鎖）として機能すること等を考慮して排除効果を認定しており、その基本的な認定方法は排除型私的独占ガイドラインと整合するものである¹²⁴⁾。

(3) 本件行為と「競争の実質的制限」

本件最判は、本件行為が競争の実質的制限を帰結し排除型私的独占を成立させているとは結論しておらず、あくまで、競争の実質的制限の有無に係る判断は再審判に委ねられていた。しかし、排除型私的独占ガイドラインが説く競争の実質的制限の判断枠組みに照らし実務上の観点から検討した場合、本件行為につき競争の実質的制限はないという結論を得るのは極めて困難である。

本件行為が競争の実質的制限を帰結するか否かは、NTT 東日本事件最判や排除型私的独占ガイドラインに照らせば、JASRAC が本件市場で有するシェア・順位、本件市場における競争の状況、競争者の状況、潜在的競争圧力（参入障壁の程度、供給代替性）、需要者の対抗的交渉力、効率性、消費者利益の確保に関する「特段の事情」を総合評価して判断することになるが、本件の場合、効率性及び「特段の事情」を除く判断要素は競争の実質的制限を認定するうえで容易に肯定される。他方、包括許諾・包括徴収方式が有する「社会的相当性という正当化事由」を考慮すると¹²⁵⁾、効率性及び「特段の事情」があり競争の実質的制限は否定されるべきであ

区別とか、直接的な原因と間接的な原因を区別する考え方を導入すると、競争制限効果を過少評価することが避けられない」（同 52 頁引用）という正当な指摘がある。

また、「シェアの減少や新規参入阻害は、競争制限効果の蓋然性を超えた結果の発生であり、当該行為が排除行為に該当することを推認させる間接事実ではあるが、こうした結果発生の有無に拘泥すると弊害要件に関する立証の在り方を混乱させるおそれを生じさせる」という指摘がある。神垣清水『競争政策概論』（立花書房、2012）82 頁引用。

123) 白石・前掲注（108）530 頁以下参照。本件審決について、「基礎的事実の認定が誤った結果、要件事実の認定も誤りになった事例」と評する見解がある。古城・前掲注（36）93 頁引用。

124) 川島・前掲注（115）240 頁同旨。

125) 村上政博「日本音楽著作権協会事件（再開後）審判審決への期待」国際商事法務 44

るという見解もある¹²⁶⁾。たしかに、効率性という判断要素に着目すると、包括許諾・包括徴収方式は、放送等利用実績に関する管理事業者及び放送事業者のモニタリング・コストを節減するほか、音楽著作物のヘビーユーザーである放送事業者は個別許諾・個別徴収方式による場合よりも低廉な年間放送使用料で迅速に利用できるなど、「事業活動の効率性の向上」(排除型私的独占ガイドライン第3の2(2)エ)を認めることができそうである。また、本件行為についても、JASRACが本件当時に放送等利用割合を完全に把握することは困難ないし不可能であったことを考慮すれば¹²⁷⁾、放送等利用割合を反映しない放送等使用料の算定方法はやむを得ないものであったと評価できそうである¹²⁸⁾。

ここで参考となるのが本件最判の傍論である。すでに適確な指摘があるように、当該傍論が述べた「別異に解すべき特段の事情のない限り」という人為性判断に関する留保は、本件行為に係る「正当化事由を広く読み込む趣旨ではない」¹²⁹⁾。しかし、後記のとおり、人為性要件は当該行為に係る市場構造と当該市場に及ぼす影響に関

巻2号(2016)223頁引用。

126) 村上・前掲注(125)223頁以下。また、そもそも本件行為が「『排除』に該当するとするのは行き過ぎである」と評する見解もある。松下満雄「私的独占の1類型としての『他の事業者の事業活動の排除』—JASRAC事件との関連において」論究ジュリスト11号(2014)189頁引用。

127) JASRACが2003(平成15)年10月に導入した放送楽曲報告受付システム(J-BASS)について、放送事業者がJ-BASSで行った楽曲利用報告の内容は全曲報告と一部報告が混在しており、民間放送事業者が2006(平成18)年度に報告した利用楽曲総数推計に占めるJ-BASS利用割合は31%にすぎないほか、完全な全曲報告を行う放送事業者は民放連加盟のFMラジオ局53社のうち39社であった(本件審決・理由第3の4(3))。これに対して、公取委は「平成18年10月時点でも、相当数の放送事業者が被審人に對し、放送等利用実績の全曲報告をしていたのであるから、被審人が放送等利用割合を反映した徴収方法を採用することが不可能であったとはいえない」という見解を示している(同第5の5(2)イ)。

128) 「行為に固有の効果として効率性が向上し、それがより競争制限的でない他の方法によっては生じ得ないものであること」(排除型私的独占ガイドライン・第3の2(2)エ)。なお、「本件包括徴収契約に、J(筆者注：JASRAC)の効率性向上過程が反映されているといえそうな要素も、それが何らかの正当な事業目的達成にとって必要であるとか、代替的手段がないといった事情も見当たらないように思われる」という見解がある。中川・前掲注(97)98頁以下引用。筆者もこれに賛成するものであり、ここでは議論のために問題を設定するにとどまる。

129) 池田ほか・前掲注(98)198頁引用。

する検討も要求するものであるほか、当該行為に係る効率性の考慮は「排除行為に付随して」「行為に固有の効果として」という観点から行われるものであるため¹³⁰⁾、当該行為の態様や効果に関する正当化事由の検討は、競争の実質的制限を否定する判断要素としての効率性の検討にも資する（一部重複する）ものである。そこで、このような見地から検討を進めると、本件最判の傍論は、「別異に解すべき特段の事情」の有無について、本件行為の態様・効果並びにそれらが放送事業者に対し「選択の制限」や「利用の抑制」を惹起する仕組み等のあり方との関係で捉えているため、「別異に解すべき特段の事情」に関する評価事項は、①本件行為が「選択の制限」や「利用の抑制」を改善するものであるか否か、②そのような制限・抑制が不可避でも本件命令の当時に高度の必要性や不可避性が認められるか否かである¹³¹⁾。

①について、周知のとおり、本件行為は放送等利用割合を反映しない包括許諾・包括徴収方式であり、それが他の管理事業者の競争可能領域を縮減し、放送事業者に対し「選択の制限」や「利用の抑制」を生ずるものである以上、「選択の制限」や「利用の抑制」を改善する態様・効果を認めることができないのは自明と言ってよい。したがって、①につき肯定的判断を得られない以上、本件行為に係る高度の必要性や不可避性（前記②）を検討するほかない。

②について検討する際に特筆すべきは、JASRAC 保証金没取申立事件東京高決である¹³²⁾。JASRAC は本件命令の執行免除のために保証金を供託していたが、当該命令が JASRAC による本件最判後の審判請求取下げで確定したことを受けて、公取委は当該保証金の没取を東京高裁に申し立て、東京高裁は当該保証金の 30% を没取する決定を行った。本件決定は、はじめに、平成 25 年改正前の独禁法が定める排除措置命令の執行免除及び保証金没取の制度の目的を述べたうえで、「保証金の供託によって排除措置命令の執行を免れながら、後にこれが確定した場合には、被審人は、本来ならば速やかに実行されるべきであった排除措置命令の内容の実現

130) 排除型私的独占ガイドライン・第3の2(2)エ引用。

131) 根岸哲「判批」公正取引 777 号 (2015) 71 頁もほぼ同旨。「競争の実質的制限」要件の構成要素は「競争変数の左右という要素と、正当化理由がないという要素」に区別できるとの見解がある。白石・前掲注 (108) 538 頁引用。

132) 東京高決・前掲注 (23)。

及び違反行為の排除を当該確定まで免れていたことになるから、（筆者注：保証金没取制度の趣旨に照らすと）被審人が供託していた保証金は、特段の事情がない限り、全部没取されるべきものである」と述べている¹³³⁾。そして、JASRACは少なくとも約3年3か月間（筆者注：本件命令から本件審決による当該命令の取消までの期間）につき「本件排除措置命令の執行を免れ、本件行為により公益を侵害する状態を継続させていた」と評価している¹³⁴⁾。

すでに適確な批判があるように、本件決定はJASRACによる本件行為の継続（本件命令が執行免除のために直ちに執行されないこと）が「公益を侵害する状態を継続させていた」と当然のこのように評価する一方、「本件排除措置命令に従って本件行為を取りやめるには放送事業者との協議及び合意の締結が不可欠」であるなど、本件では保証金を全額没取すべきでない「特段の事情がある」と評価しており、このような評価は相互に矛盾する印象を与えている¹³⁵⁾。

「特段の事情」があることについて、本件決定は、JASRACが「本件排除措置命令の主要部分を実質的に実現することで違反行為の速やかな排除という公益上の要請は相当程度充たされており、公益を侵害する状態が不相当に長期間継続したと評価することはできず、本件排除措置命令の確定までに時間を要したことについて非難されるべき点はなく、執行免除の申立ても安易にされたものではない」ことを挙げる¹³⁶⁾。しかし、JASRACが自主的な改善行動を取ったのみならず、「本件排除措置命令に従って本件行為を取りやめるには放送事業者との協議及び合意の締結が不可欠であり、現に5者協議を通じて上記合意文書を取り交わすまでには相当の年月を要している」事実からは¹³⁷⁾、本件決定が指摘する約3年3か月間について、JASRACが「本件排除措置命令で命じられた事項の主要部分を実質的に実現」することは不可能であったはずである¹³⁸⁾。また、本件決定は、本件命令の確定まで約

133) 東京高決・前掲注(23)決定書10頁引用。

134) 東京高決・前掲注(23)決定書10～11頁引用。

135) 白石・前掲注(108)542頁以下参照。

136) 東京高決・前掲注(23)決定書12頁引用。

137) 東京高決・前掲注(23)決定書11頁引用。「上記合意文書」は、2015（平成27）年9月17日に取り交わされた放送等利用割合の算出方法の仕組みに関する合意文書を指す。本文中の傍点は筆者が付した。

138) 本件命令が行われた当時、JASRACへ全曲報告を行っていない放送事業者が少な

7年半を要したことについて、JASRACには「非難されるべき点は見当たらない」とまで述べている¹³⁹⁾。

以上のとおり、本件行為は、放送事業者に対し「選択の制限」や「利用の抑制」を生じてまもなく、その取りやめには「放送事業者との協議及び合意の締結が不可欠」であるだけでなく、現に放送事業者との合意形成に「相当の年月を要している」事実
に照らせば、本件命令の当時には採用されていてもやむを得ないという高度の必要性や不可欠性があると認められる。本件最判の傍論が述べた「別異に解すべき特
段の事情」の存在を肯定し、「競争の実質的制限」に帰結しないと評価すべき余地
があると考えられる¹⁴⁰⁾。

しかし、実務上の観点から検討する限りでは、本件行為につき競争の実質的制限
はないという結論を得ようとするのは絶望的試みである。排除型私的独占ガイドラ
インは、「行為者の排除行為に付随して…生産性の向上、技術革新、事業活動の効
率性の向上がもたらされ、行為者が競争的な行動をとることが見込まれる場合」で
あって、当該「行為に固有の効果として効率性が向上し、それがより競争制限的で

らず存在したことを考慮すれば、JASRACが放送等利用割合を正確に把握することは極めて困難であるほか、JASRACが主文第1項の命令を履行するためには放送事業者による利用実績の報告方法の変更を必要としたはずである。田中寿「命令批評（下）」国際商事法務40巻6号（2012）888頁も同旨。

139) 東京高決・前掲注（23）決定書12頁引用。

140) 本件行為につき「略奪的意図や反競争的意図が認められないことは自明」であるが、「具体的な競争制限効果は弱い」と評価することは適当ではなく、少なくとも、そのように述べる論稿が挙げる事柄には理由がない。たとえば、放送事業者の社内通知文書等がイーライセンス管理楽曲の利用を禁止しておらず、禁止違反に対する不利益措置を用意していないという事実は、本件行為の排除効果を否定するものでないだけでなく、競争の実質的制限の判断も左右しない。また、前記のとおり、イーライセンス管理楽曲の利用実績の多寡や当該楽曲に係る利用回避の有無についても同様である。本件行為が「競争の実質的制限」に該当しないと考える余地を与える理由は、本件行為が有する競争制限効果の強弱ではなく、その高度の必要性や不可避性という正当化事由の存在にある。村上政博「独占禁止法の新たな地平（第5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）〔下〕」国際商事法務42巻2号（2014）225頁引用。同「日本音楽著作権協会事件最高裁判決（平成27・4・28）（上）」国際商事法務43巻6号（2015）799頁以下は、「（本件行為が）他の管理事業者の新規参入を困難にする効果を有するといえても、新規参入を阻止する効果は有しない」と述べるが、「阻止」がなければ競争の実質的制限ありと評価できないという考え方は先例に反する。

ない他の方法によっては生じ得ないものであることが認められ」、かつ、「当該効率性の向上により、…需要者の厚生が増大するものであることが認められるとき」には、当該行為の効率性に係る事情が競争の実質的制限の判断において考慮されると説明している¹⁴¹⁾。これに対して、一般的な包括許諾・包括徴収方式であれば別論、本件行為の場合は、同指針が説くような効率性とその向上を肯定することは困難であり、かりに肯定できる可能性があるとしても、放送等利用割合を反映するという「より競争制限的でない他の方法」でも生じ得る効率性の向上であって、本稿で述べた「高度の必要性や不可避性」も同指針が説く効率性の向上には該当しないだろう。また、同指針は、効率性の向上が考慮されるときも、「排除行為が独占又は独占に近い状態をもたらす場合には、通常、競争を実質的に制限すると判断される」と但し書きしている。JASRACが「音楽著作権管理事業の許可制から登録制への移行の時点で既にその管理委託及び利用許諾の各市場において事実上の独占状態」にあり、移行後も「大部分の音楽著作権につき管理の委託を受けている状況は継続」していたという認定事実と当該但書を対照すると、本件行為による競争の実質的制限を肯定する結論は確実視するほかない¹⁴²⁾。

4 「人為性」と「排除効果」——JASRAC 事件最判傍論の構造と判断要素

本件最判はその傍論において、下記の理由から、「別異に解すべき特段の事情」

141) 排除型私的独占ガイドライン・第3の2(2)エ引用。

142) 本件最判・理由3(2)ア引用。

排除型私的独占ガイドラインの原案作成に携わった伊永氏（元公取委職員）は、「排除行為の結果、その事業者の独占となり、競争者が全く存在しないか、競争者が存在するとしても、競争がほとんど消滅してしまうような場合には、通常、競争を実質的に制限すると判断される」と解説する。菅久修一編著『独占禁止法』（商事法務、2013）103頁〔伊永大輔〕引用。

伊永氏は、当該行為に効率性が認められるとしても、「反競争効果と競争促進効果とを比較衡量した結果、競争促進効果が上回る場合や反競争効果が上回るけれども市場支配力が形成・維持・強化されるとはいえない場合」に、はじめて競争の実質的制限が認められないに過ぎないとする。しかし、このような比較衡量（定量的評価）は現実には不可能であり、少なくとも市場支配力の維持ないし強化に係る事案については、効率性の考慮によって競争の実質的制限が認められないとされるのは極めて例外的なものに限られそうである。

がない限り、JASRACの本件行為は「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」を有すると論じている。すなわち、本論で認定した事実関係等や諸事情などに鑑みると、①放送事業者がJASRACと包括的利用許諾契約を締結しないことは「およそ想定し難い状況」にあること、②JASRACは個別徴収方式につき高額の単位使用料を設定し、包括徴収方式による場合よりも放送等使用料の総額が著しく多額となるような使用料規定を定めることによって、ほぼすべての放送事業者が包括徴収方式による利用許諾契約の締結を「余儀なくされ」て徴収方法の選択を「事実上制限され」る状況を作出していること、③本件行為が管理楽曲の放送利用割合を反映しない包括徴収方法であるために、放送事業者に対し放送使用料の追加負担を生じ、他の管理事業者の管理楽曲の利用を相当の長期間にわたり継続的に抑制したことである。

前記の①・③は本件行為に係る排除効果の認定理由にもなっているが、②は人為性が肯定されるべき理由として挙げられるのみである。NTT 東日本事件最判は代替的取引先の確保の難易度、役務の特性、行為の態様、行為者及び競争者の市場における地位及び競争条件の差異、本件行為の継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断する旨を説示していたが、これらが人為性と排除効果のいずれの判断要素となるのか不明確であった。これに対して、本件最判は、前記の諸要素が一義的には排除効果の判断基準となることを明示した（①・③が該当）。ただし、本件最判の理由説示を読むと、前記の諸要素が人為性の判断基準となることも明らかにされている¹⁴³⁾。本件最判は、「余儀なくされ」「事実上制限され」と評価することで本件行為の態様を強調し（②が該当）、その人為性を肯定しているとみることができ¹⁴⁴⁾。人為性と排除効果の区別は排除型私的独占ガイドラインで明示されていないが、本件最判は両者の該当性を別個に判断すべきではないという姿勢を示しており、本件審決のアプローチを批判するものである¹⁴⁵⁾。NTT 東日本事件最判と本件最判

143) 山崎ほか・前掲注(116)132頁〔奥村豪〕同旨。本件最判の理由第4は「前記2の事実関係等や前記3(2)の諸事情などに鑑みると」（傍点は筆者挿入）と述べる。

144) 滝澤・前掲注(97)54頁、林秀弥「判批」ジュリスト1485号(2015)114頁同旨。滝澤氏は「『余儀なくされ』『事実上制限される』という拘束態様は、行為の性格づけに係るNTT最判の一般論に登場する『単独かつ一方的』という判示に通ずる内容にみえる」と述べる。なお、清水知恵子「調査官解説」ジュリスト1483号(2015)87頁参照。

145) 滝澤・前掲注(97)52頁、中川・前掲注(97)脚注10の上杉文献28頁、林・前掲

における区別や諸要素の取扱いの違いは、本件の審決取消訴訟における争点形成の特殊性に由来するものである¹⁴⁶⁾。

「排除」の構成要素である人為性と排除効果は、「排除」を異なる角度から説明する別個の概念である。「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」の文言を字句通りに理解すれば、「人為性」は「正常な競争手段の範囲を逸脱する」態様の行為に与えられる呼称に過ぎず、「人為性」という文言自体は固有の意味を有していない¹⁴⁷⁾。なぜならば、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような」態様の行為であるか否かは、「自らの（筆者注：違反被疑事業者の）市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて」判断すべきことであり（傍点は筆者挿入）、「正常な競争手段の範囲」は伸縮性を有するためである¹⁴⁸⁾。「排除効果」と同様、「人為性」の有無も「競争の実質的制限」該当性との有機的連関において判断が定まるものであり、「人為性」は特に「排除」の態様という主に定性的評価を行うもの（「排除効果」は主に定量的評価を行うもの）と位置付けることができる¹⁴⁹⁾。このように、「人為性」と「排除効果」は異なる概念・要件であるが、それぞれの要件充足の評価作業は同時並行で行っても構わない¹⁵⁰⁾。

注（144）、林秀弥「判批」Law & Technology 69号（2015）33頁同旨。

146) 川島・前掲注（115）240頁参照。

147) 従来、人為性の有無を能率競争の観点からみようとする議論が多かったが、能率競争該当性を問うこと「それ自体が基準として機能するものではない」ことはすでに指摘されている。根岸哲編・前掲注（93）40頁〔川濱昇〕引用。

148) 「人為性」概念について、「独禁法上望ましい競争手段・競争行動とはどのようなものか、を定めない限りこれを論ずることができないため、規範的性質を持つものであり、法介入のベースラインを定めるための重要な役割を有する」と指摘する見解がある。中川・前掲注（97）96頁引用。規範的性質を有することに疑いはないが、あらゆる企業行動について「独禁法上望ましい競争手段・競争行動」であるか否かを先験的に評価することが不可能であることは、「人為性」概念の伸縮性を理解するうえで特に確認を要する。

149) 不公正な取引方法の要件解釈に関する議論との関係で、他の事業者の事業活動を排除するという作為性や意識性がなければ違反行為となり得ないと整理したほうがよいという見解がある。白石・前掲注（108）535頁参照。

150) 中川・前掲注（97）96頁、白石・前掲注（108）533頁同旨。NTT 東日本事件最判は評価作業を同時並行で行っているが、それを指摘する論稿として、山崎ほか・前掲注（116）132頁〔奥村豪〕130頁以下などがある。

他方、人為性と排除効果を「一緒に判断してはいけない」と断言する見解があるが、これは、NTT 東日本事件最判の読み方として誤りであり、JASRAC 事件最判が示した考え

後記のとおり、「人為性」要件は、違反被疑行為の態様のみでなく、当該行為に係る市場構造及び当該市場に及ぼす影響（「排除効果」を含む市場効果）に関する検討も要求するものであるが、評価根拠事実や評価障害事実が「人為性」と「排除効果」の両者間で共通する事案は当然にありうる。

また、「人為性」要件は、違反被疑行為が競争手段としての不当性を備えていることを必要条件とするものではなく、当該行為の主体である事業者が当該市場で競争上許容されない態様の行為（以下「非許容行為」）を採用した事実を要求するに過ぎない¹⁵¹⁾。当該行為の態様が不公正な取引方法に該当するならば「人為性」要件を充足するという考え方があるが¹⁵²⁾、不公正な取引方法の規制においても、行為の態様それ自体が取引方法の不公正さ（公正競争阻害性）を肯定するのではなく、当該行為が影響を及ぼす市場の構造との関係で評価し、違反被疑事業者が当該行為を採用することの許否が定まるものである¹⁵³⁾。同様に、NTT 東日本事件最判と本件

方とも異なる。稗貫俊文「独占禁止法第二条五項所定の『排除』概念と『逸脱人為性』」北海学園大学法学部編『次世代への挑戦：法学部半世紀の伝統を糧に—北海学園大学法学部 50 周年記念論文集』（2015）45 頁脚注 3 参照。

151) 「排除」と評価するためには、「なんらかの意味における『異常性』、『人為性』、『濫用性』、又は、『市場操作性』が必要」とする見解がある。松下・前掲注（126）183 頁以下参照。

人為性要件の対象は「経済的有意性を持たない行為をすべて含む」という見解がある。越知保見「独禁法における行為の悪性にかかわる諸概念・分析手法の再検討—不正手段の公正競争阻害性・能率競争・人為性」金井貴嗣ほか編『経済法の現代的課題』（有斐閣、2017）213 頁以下参照。なお、越知氏は、「手段の不当性という行為無価値的側面は、それが必要であるというものではなく、結果無価値的側面についての立証が十分ではない場合にこれを補完するものにすぎない」（同 241 頁）と述べる。

152) たとえば、「排除効果を持つかどうかは個別の事件によりその強度が異なり、それに応じて『逸脱人為性』の程度も異なることがある（が）、少なくとも（不公正な取引方法）に指定されている行為類型はいずれも『逸脱人為性』をもつ類型であると考えてよい」と論ずる見解がある。稗貫・前掲注（151）30 頁引用。

153) 「競争手段としての不当性」（「異常な競争手段」または「正常な競争手段であってもその範囲を逸脱する」行為に該当することの総称）を有することが「人為性」であると述べ、独禁法 21 条の「権利の行使と認められる行為」に係る解釈枠組みを参考として、2 段階アプローチで「人為性」を検討することを提案する論稿がある。この論者は、「他の事業者の事業活動を拘束したり制約を加えたりする行為は、当該他の事業者にとっての事業活動の自由を制約するものであり、正当な理由がない限り、異常な競争手段である」とし、これに該当する行為として排他的取引や抱き合わせを例示するが、それらの

最判は、違反被疑行為がそれ自体が競争手段としての不当性を備えていることではなく、当該行為に係る市場構造及び市場効果との関係でみた場合に非許容行為であることを捉えて、「人為性」要件を満たすと評価している¹⁵⁴⁾。このように、「人為性」

例示行為が他者に対する拘束や制約として「人為性」を有するか否かは、行為の外形から先験的に決まるものではなく、個別具体的な事案における市場構造や市場効果との関係で評価し経験的に定まるものであって、正当な理由なき限り異常性が認められるという行為ではない。この論者はまた、「行為の外形が事業者として認められる権限の範囲外」にあれば「人為性」があると説くが、当該範囲を逸脱する行為は「効率性を追求する能率競争に反するもの」であると述べており、結局、能率競争概念によって説明せざるを得ないという意味では、この２段階アプローチは規範性が乏しいと思われる。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」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）462頁以下参照。なお、「他者の自由の制限のみから直ちに人為性ありとする解釈は、一般的な法の規範的観点からすれば妥当といえそうだが、独占法においては、競争促進効果を持つ場合にも他者の自由の制限はあり得ることからすれば、過度に広範な人為性認定を導く可能性があることに注意が必要である」という批判的見解がある。中川・前掲注（97）98頁引用。

154) 「独占事業者のとった行動が強固な排他性を生み、その結果、参入が排除されることになる点をとらえて人為性を認定したものである。…これらは手段の不当性というレベルの問題ではなく、独占の事業者が参入を阻止するために排他性を緩和する措置を講じる義務を前提にするものであり、ニプロ事件や北海道新聞事件のような手段の不当性は本質的に異なる」という見解がある。越知・前掲注（151）213頁以下参照。

また、JASRACは放送事業者の「追加負担」を軽減ないし解消できる徴収方法に変更できたにもかかわらず、そのような変更を行わないこと（不作為）を「意識的に選択」しており、これを捉えて「人為性」ありと評価することも可能であったと評する見解がある。稗貫・前掲注（115）243頁引用。さらに、これと同旨の見解を示し、本件行為は「排除」の「意図」を有すると評価されてもやむを得ないと指摘するものとして、田中裕明「著作権管理団体による支配的地位の濫用」神戸学院法学 39 卷 3・4 号（2010）224 頁以下参照。

他方、本件最判が、人為性に関する「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…」という説示の直前部分において、NTT 東日本事件最判が説示した「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が」というような行為態様に関する言及を欠いていることについて、「廉売や取引拒絶以外の行為態様についても、それが、利潤最大化を図る企業にとって、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす以外には、およそ経済的にみて意味（合理性）を有しないような場合には、それらを包摂する必要がある（ため）…廉売や取引拒絶といった例示をとることで、人為性を性格付ける行為態様の範囲を拡大した」（林・前掲注（144））と論ずる見解がある。しかし、すでに適確な批判があるように、このような理解は適当ではない。中川・前掲注（97）脚注 29 を参照されたい。

要件は、違反被疑行為の態様のみでなく、当該行為に係る市場構造及び市場効果に関する検討も要求するものである。このことは、「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という文言から明白であり、違反被疑行為が「正常な競争手段の範囲を逸脱するような」態様であるか否かは、「自らの（筆者注：違反被疑事業者の）市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から」評価されるのであって、そのような評価作業を行うためには、当該行為に係る市場構造及び市場効果の検討が不可欠である¹⁵⁵⁾。独禁法2条5項所定の「排除」について、NTT東日本事件最判が「人為性」と「排除効果」を明確に区分し、前者に係る考慮要素を独立させ、さらに、「人為性」を「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件からも「切り離して」判断するという枠組みを示したと捉えて積極的に評価する見解があるが¹⁵⁶⁾、これはまさに同最判が初めて示した「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」判断する（当該事案の市場構造と市場に及ぼす影響を考慮する）という枠組みを正面から捉えたものとなっていない。市場構造及び市場効果の検討は、競争の実質的制限の要件で本来行うべきであると考えられるが、独禁法は、独占的事業者が市場支配力を維持・強化すること全般を禁ずるのではなく、独占的事業者が非許容行為（自らの市場支配力の維持・強化の観点からみて競争上許容されない態様の行為）を用いてそのような市場効果を生ずることを禁じているのであり、非許容行為であるか

155) 元公取委委員は、「当該行為が社会倫理的に非難されるかどうかとか、主観的に他者排除の意思があるかどうかということではなく、…自らの市場支配力の形成・維持・強化につながるものであるという客観的な観点に立ち、問題の行為が正常な競争手段の範囲を逸脱する形の競争手段を用いているかどうかに着目」して判断されるべきという理解を示している。幕田英雄『公取委実務から考える独占禁止法』（商事法務、2017）121頁引用。

「人為性において、行為にかかわる側面を分析し、競争の実質的制限の要件において、市場への影響を分析する等の分解した分析手法をとるべきではない」という考え方に賛成する。越知・前掲注（151）214頁以下参照。

本件最判は、本件紛争の経緯の特性上、本件における「一定の取引分野」を認定していないが、「論理的には、『一定の取引分野』が先行して画定されなければ、排除の有無を論じ得ないはず」であり、本件最判は2条5項の違反要件の一部のみを判断せざるを得ないという「最高裁の苦悩がにじみ出ている」と評する見解がある。滝澤・前掲注（97）51頁以下引用。

156) 稗貫・前掲注（151）45頁脚注3参照。

否かは当該行為に係る市場構造及び市場効果に照らして判断されねばならない¹⁵⁷⁾。したがって、違反被疑行為に関する「人為性」の認定過程で市場構造及び市場効果に関する検討も行い、競争の実質的制限の要件では、「排除」に係る正当化事由の検討並びに「排除」と市場効果との因果関係の認定を行うべきである¹⁵⁸⁾。「排除」と競争の実質的制限について、両者の認定は部分的には重複するが¹⁵⁹⁾、市場支配力の形成、維持ないし強化と「排除」の相当因果関係は前者の認定作業ですべてが明らかにされるものではないほか、「排除」の正当化事由は競争の実質的制限の有無の文脈で検討されねばならないためである¹⁶⁰⁾。

157) 「二段階アプローチ」という考え方とほぼ同様である。上杉秋則「判批」NBL1051号(2015) 30頁及び脚注13参照。しかし、人為性の要件について、上杉氏は、排除効果を生ずる行為でも「競争の結果と見るべき旨の反証を認めるもの(筆者注:当該行為に係る特段の事情を考慮するもの)」と位置づけるなど、後記のとおり、筆者の捉え方とは異なるところもある。

ところで、刑法学における行為無価値論と結果無価値論を参考として、独禁法違反被疑行為の手段の不当性(行為無価値)が当該行為の排除効果(結果無価値)を補完すると捉えれば、後者の蓋然性を認定しやすくなるとし、その実例としてニプロ事件を挙げる見解がある。越知・前掲注(151) 211頁以下参照。

158) 市場効果は、競争の実質的制限の要件で「再検証」されるものという見解に賛成する。越知・前掲注(151) 214頁以下参照。

また、要件事実の観点から捉えるものとして、「排除」も「競争の実質的制限」も評価的要件であり、NTT東日本事件最判における両要件の認定方法に照らすと、前者が認定できれば後者を推認できる(後者の評価根拠事実になる)という理解を示す見解がある。酒井紀子「独占禁止法の要件事実再考」根岸哲先生古稀記念祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』(有斐閣、2013) 86頁以下、酒井紀子「『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』と要件事実」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) 361頁以下参照。

159) 排除効果の認定と競争の実質的制限のそれは「同じことを2度評価」と説く見解があるが(上杉・前掲注(157) 30頁)、これに対しては「あまりに雑駁な議論ではなからうか」という批判がある。中川・前掲注(97) 94頁引用。

160) JASRAC事件のように、違反被疑行為による具体的な競争者排除の事実が当該行為の排除効果の判断で認定されている場合には、「正当化事由が認められない限り、競争の実質的制限も原則として肯定されることになろう」と説く見解がある。池田ほか・前掲注(98) 199頁以下引用。

また、排除行為規制は近年停滞しているとし、その強化に向けた改善策として、「排除」該当性を広く認める「緩和的解釈」と慎重な「実質的な判断」が望ましいとする見解がある。栗田誠「排除行為規制の現状と課題」金井貴嗣ほか編『経済法の現代的課題』(有

このような考え方と異なるものとして、①「排除」の先例・判例法に反するほか、②市場支配力の程度やその形成・維持・強化は「排除」該当性を判断する段階で問題とすべきことではないことを理由として、人為性は「排除」の要件とすべきではないと説く見解がある¹⁶¹⁾。この見解の具体的内容として、本件高判は人為性の有無を再審判で審理すべきとしたにもかかわらず、本件最判が人為性を本件行為に係る抗弁事由（正当化事由）のように扱い、JASRACにそのような事由に係る主張・立証を許していることは論理矛盾であると批判する。しかし、本件最判は、「別異に解すべき特段の事情のない限り」と述べるように、本件高判の認定事実から本件行為の人為性を認めることができているのであり、またそうである以上、再審判における人為性に係る立証責任を公取委に負わせないとすることは当然である¹⁶²⁾。また、「排除」該当性の判断のあり方について、本件最判はNTT 東日本事件最判を引用して「人為性」と「排除効果」の両方を要求しているため、本件高判の認定事実から本件行為の「排除」該当性を肯定できるのであれば「排除効果」の存在を以てすれば十分であるという捉え方は不適當である。この見解を説く論者は、排除型私的独占ガイドラインが「排除」認定につき「人為性」を不要としているほか¹⁶³⁾、NTT 東日本事件最判は当該事件の「排除」が「違法度が強く悪質な行為」であった故に「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という表現を用いたのであって、「人為性」を「排除」の要件として一般化すべきでない（「排除」の対象行為が不必要に限定される）と論ずる¹⁶⁴⁾。しかし、NTT 東日本事件最判は、独禁法の目的として「事業者の競争的行動を制限する人為的制約の除去と事業者の自由な

斐閣、2017) 194 頁参照。

161) 村上・前掲注 (125) 225 頁参照。

162) 本件最判が述べる「別異に解すべき特段の事情」について、「人為性要件は、排除効果を識別できる事案につきそれを正当化する『特段の事情』を考慮するための要件であり、そこにさらなる『特段の事情』などあり得ないのである（『特段の事情』があれば、人為性要件として考慮済みの問題である）」と論ずる見解がある。上杉・前掲注 (157) 29 頁以下引用。

163) 村上・前掲注 (125) 227 頁参照。

164) 村上・前掲注 (100) 570 頁以下、同「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1号（2014）77 頁参照。

活動の保証を旨とする」ことを認め（傍点は筆者挿入）¹⁶⁵⁾、その趣旨に鑑みて、独禁法2条5項所定の「排除」の定義を説いているため、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という表現は、NTT東日本の独禁法違反行為が「違法性が強く悪質な行為」とであるという最高裁の認識ないし評価に由来するものとはいえない¹⁶⁶⁾。さらに、排他的取引それ自体は「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」ではないため、「排除」認定で人為性の有無は問われるべきでないと論ぜられるが¹⁶⁷⁾、これは「自らの市場支配力の…という観点からみて」の傍点部分を軽視ないし無視した考え方である。排他的取引が競争法違反となるか否かは行為者の市場占有率などによっても左右されるのであり、前記見解の論者もこれを認識しているが、当該行為の人為性に係る評価が事案ごとに異なるために人為性を問うべきでないのではなく、まさにそのような伸縮性を備えた要件が人為性なのである¹⁶⁸⁾。NTT東日本事件最判も本件最判も、違反被疑行為「それ自体」の人為

165) 前掲注(2)2067頁引用。

166) 前掲注(2)2077頁以下参照。NTT東日本事件最判の調査官解説は、NTT東日本の独禁法違反行為について、「(実質的な取引拒絶が)一般に、市場において支配的地位を占める企業であっても競争相手との取引の拒絶は通常は違法ではないから、…これを違法とするには例外的な状況(人為的なし濫用的要素)がなければならない」と述べている。この説明は、単独の取引拒絶が原則として独禁法上許容される行為であることに対し、「市場において支配的地位を占める企業」(NTT東日本)が同事件の市場構造の下で当該行為を行う場合は「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」(傍点は筆者)を有するという趣旨であり、当該行為自体の違法度や悪質度を問題としているものではない。岡田幸人「判解」法曹時報64巻11号(2012)277～279頁引用。

また、「濫用的要素とは、いわゆる経済的有意味性基準、利益犠牲性基準を意味する」とし、「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」という文言については、これら2つの基準における「市場支配力を形成・維持・強化する以外に自己の利益にならない行為」か否かを検討することを意味すると述べる見解がある。しかし、人為性が伸縮性を有する概念であることとNTT東日本事件最判の調査官解説の趣旨は本稿前記のとおりであり、「濫用的要素」該当性の判断は、経済的有意味性基準や利益犠牲性基準に照らして問題があるか否かを問うという狭義のものではない。泉水・前掲注(86)19頁参照。

167) 村上・前掲注(164)68頁参照。

168) 本件最判の調査官解説(清水・法曹時報69巻8号2278頁)も、抱き合わせや排他条件付取引は「作為性を有する行為」であるが、「市場に対する影響力の小さな事業者が行う場合や、拘束される相手方が少数であったり、拘束期間が短期間である場合などに

性を問うていない（違反被疑事業者の「市場支配力の…という観点からみて」判断している）という事実を見落としてはならない。そのほか、「事業活動の自由の発露」であるか否かが「正常な競争手段の範囲を逸脱」（人為性）の有無の識別基準であると説明する見解があるが、これは、最高裁が「自らの市場支配力の形成…の観点からみて」と識別上の観点を指示していることを無視するような説明であり、適当であると考えることができない¹⁶⁹⁾。

ところで、本件最判が「別異に解すべき特段の事情」の有無に関する審理を再審判に求めたのは、再審決が本件最判の認定事実以外の事実を挙げて人為性の存在を確認することは当然妨げられないものの、再審判で審理すべきことは本件行為の人為性該当性を否定する「特段の事情の有無」であり、人為性該当性の再審理ではない。本件最判の理由4は傍論であるため、行政事件訴訟法33条1項の拘束力は再審判に及ばないが、再審決が本件最判と異なる事実認定や法律判断を行ってみても、それらが再審決取消訴訟で破棄されることは自明であるため、当該傍論は再審判に対し事実上の拘束力を有すると解すべきである。当該傍論は、人為性該当性を否定する事情に係る主張・反論の機会をJASRACに与え、人為性の認定につき慎重な審理が尽くされることを期したものに過ぎないと解すべきである¹⁷⁰⁾。本件行為は、放送等使用料の徴収にあたって放送等利用割合を反映するものではないが、個別徴収方式では得られない効率性をJASRACと放送事業者の双方に生じるものであり、「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」とまで

は、競争者の取引機会への影響も限定的であり、未だ正常な競争手段の範囲を超えていないと評価される可能性がある。…これに反するような態様（の場合には）もはや正常な競争手段の範囲を逸脱したものととして人為性が認められることとなろう」（傍点は筆者）と述べる。

169) 武田邦宣「排除型私的独占—JASRAC 最高裁判決」法学教室 437 号（2017）9 頁参照。

170) 中川・前掲注（97）94 頁、滝澤・前掲注（97）54 頁、池田ほか・前掲注（98）198 頁、林・前掲注（145）34 頁、上杉・前掲注（157）29 頁同旨。

本件最判の調査官解説は、「①人為性が排除効果と密接な関係を持つ要件であり、排除行為の典型とされる行為…については排除効果と人為性とは一体的に判断される場合も少なくないこと、②本件行為に係る人為性の有無についても、その判断の基礎となる事情は本判決中に示された事実関係等において既に顕れており、取消し後の審判におけるさらなる審理を経ずに法的判断を示すことが可能であったことなどの理由によるものと考えられる」と述べる。清水・前掲注（144）86～87 頁引用。

評価されるべき行為ではない¹⁷¹⁾。他方、放送等利用割合を反映せずに放送等使用料を徴収することについて、他の管理事業者の事業遂行上の費用を引き上げて競争能力を低下させる側面があり、これを「自己の効率性の向上のために行った事業活動」と断定することは困難である¹⁷²⁾。そして、前章第3節で述べたとおり、本件行為には高度の必要性や不可欠性があると認められ「別異に解すべき特段の事情」がある¹⁷³⁾と考える余地はあるが、本件行為が、他の管理事業者の競争可能領域を縮減し「選択の制限」や「利用の抑制」を生ずることも、「独占又は独占に近い状態をもたらす」ものであることも確かである。本件行為は人為性も排除効果も有すると結論することが適当である¹⁷³⁾。

5 結語

本稿は、JASRAC 事件における「排除」行為と「排除効果」、「排除効果」の認定及び不認定の特徴、行為と効果の関係性（因果関係、因果的寄与）の把握に関する問題を検討し、本件最判の傍論の構造とそこで挙げられた「人為性」の判断要素を確認の上、「人為性」と「排除効果」の内容と両者の関係、「人為性」の判断方法、それぞれの要件で重視される判断要素を明らかにしてきた。

本稿の主題との関係で特に強調すべき結論は、①「人為性」が「排除」の態様という主に定性的評価を行うものである一方、「排除効果」は「排除」の対事業者効果の程度という主に定量的評価を行うものと理解すべきことであり、②「人為性」が独禁法上違法と評価すべき行為の単なる識別基準として置かれているのではなく、違反被疑行為の内的・外的特徴（定量的評価を併せ考慮した定性的評価）を市場構造や市場効果（競争の実質的制限）との関係で有機的に捉える伸縮性概念として位置付けられていることである。「人為性」と「排除効果」は「排除」を異なる角度から説明する別個の概念であり、「人為性」は、違反被疑行為がその行為主体

171) 岩本章吾「単独事業者による価格設定に関する最近の私的独占事件について—JASRAC 事件と NTT 東日本事件—」知的財産専門研究 10 号（2011）96 頁同旨。

172) 根岸哲編・前掲注（93）41 頁〔川濱昇〕を引用。

173) 「排除」該当性が否定される可能性があることを指摘する見解として、岩本・前掲注（171）がある。

にとって当該市場で競争上許容されない態様の行為（非許容行為）であることを要求するに過ぎず、競争手段としての不当性を備えていることを必要条件とするものではない。ある違反被疑行為について、それが不公正な取引方法の規制に服する行為に該当ないし相当するという事実は、当該行為が「人為性」を有することを少なからず推定させるものであるが、「人為性」の肯定を確定するものではない。なぜならば、本稿中で繰り返し論じたように、「人為性」は、その認定過程で違反被疑行為に係る市場構造や市場効果に関する検討も必要とするものであり、いわば事案の文脈から離れた独立評価（行為自体を切り出した評価）を予定するものではないためである。同一の違反被疑行為であっても、それが行われた事案に特有の事実関係に照らして、当該行為の「人為性」（違反被疑事業者の非許容行為）は認定されねばならない。

このような結論の意義や含意は、独禁法2条5項所定の「排除」を個別事案で認定する際に、排除型私的独占や不公正な取引方法の規制事案という「法の経験」のみならず、不公正な取引方法など独禁法上の実体規定に基づく行為類型の分類やその特性に関する「法の理解」から偏向的影響を受け、当該事案の違反被疑行為につき特定の「人為性」該当行為であると先験的に分類ないし推定した評価を予防することにある。「排除」は、「事業者の競争的行動を制限する人為的制約」のすべてを射程に収める基本概念である。たとえ既視感のある違反被疑行為であっても、それが行われた事実関係（市場構造や市場効果）はそれぞれに唯一無二であり、違反被疑事業者が当該行為を採用することが許容されない理由は、まさに各事案の事実関係に照らして明らかにされ説明されねばならない。また、法の経験や理解に照らして相当の新規性を有する違反被疑行為であれば、そのような経験や理解から思考様式を束縛されて既存行為との類似性の探索に拘泥したり、競争制限効果の強度など市場効果の部分的側面を過度に重視して介入主義的発想を抱くなど、「排除」該当性を認めようとする結論出発型の理論構成を急いではならない。「人為性」は伸縮性概念であり、その有無の認定作業が個別事案の事実関係に制約されることを忘れてはならない。

これらのことは、アルゴリズムやビッグデータ、人工知能（Artificial Intelligence, AI）など近年急速に進む技術革新と競争行動の変化、それに対する競争法規制のあり方をめぐる理論と実務の動向にも当てはまるのであり、競争行動の新規性と既

視感、競争法の市場介入の姿勢に関する百家争鳴を見るにつけ¹⁷⁴⁾、『事実』を予断無く注視し法律判断を行うことの重要性を再認識するのである。わが国の排除型私的独占の規制、とりわけ「排除」に係る「人為性」が、あらゆる事案に対し適当な法律判断を行うための基本概念として機能するよう、今後の違反被疑事件の審査・裁判を通じて実質化・実効化されていくことを期待する。

(追記)

本稿は、青山学院大学判例研究所 2016 年度特定課題研究プロジェクト（排除型私的独占に係る JASRAC 事件最高裁判決の検討－排除行為の認定における「人為性」及び「排除効果」の区別と機能－）による研究成果の一部である。

174) アルゴリズムやビッグデータ、AI が深く関わる競争法上の課題をめぐる議論については、以下のような文献が参考になる。See *e.g.*, Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, BIG DATA AND COMPETITION POLICY, Oxford Univ. Pr. (2016); Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, VIRTUAL COMPETITION: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, Harvard Univ. Pr. (2016); Mark R. Patterson, ANTITRUST LAW IN THE NEW ECONOMY, Harvard Univ. Pr. (2017).