HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「独占的状態の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（２）：独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用
Author(s)	姜, 連甲
Citation	北大法学論集, 67(3), 75-124
Issue Date	2016-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/62954
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no3_02.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

「独占的状態の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（二）

――独占禁止法第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用――

姜　連甲

目　次

序
第一章　音楽著作権の管理方式と本稿の問題意識・目的
　第一節　音楽著作権の管理方式

第二節　本稿の問題意識と目的
第二章　公的独占事業分野における分割再編と事業法規制
第一節　分割再編
第二節　事業法の規制
第三節　競争環境の整備における主務官庁の責務
小括
第三章　競争政策の観点からのアプローチ検討
第一節　ネットワーク効果
第一款　ロックイン効果
第二款　競争政策の観点からのアプローチ
第二節　市場の自然治癒機能
第一款　ゲーム産業
第二款　音楽著作権管理事業
第三節　Contestability Theory
第一款　Contestability Theory の基本
第二款　同理論の成立条件該当性に関する検討
第四節　行為規制：私的独占
第一款　JASRAC 事件
第二款　排除措置命令の設計における問題点
第三款　排除措置命令の競争回復効果
第五節　行為規制：Essential Facilities Doctrine
第一款　EF 法理の概要

（以上六七巻二号）

第二款　EFJ 新規定が導入されなかった理由
第三款　音楽著作権管理事業における仮説を用いた検討
第四款　排除措置に関する仮説を用いた検討
第六節　独占状態の規制
小括
第四章　「独占的状態」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立
第五章　競争回復措置（独占禁止法第八条の四）の検討
結び

（以上本号）

第四節　行為規制：私的独占

前稿までの検討から、独占状態が続く音楽著作権管理事業では、独占状態に対する市場の自然治癒機能も弊害解消機能（Contestability Theory）も期待しがたいため、競争的管理政策を実現する上で、独占禁止法というアプローチの検討が必要ということが明らかになっている。

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

独占状態の維持・強化に繋がる何らかのファクター（事業方針や経営方式も含む）を違法行為として捉えられたとすると、どの規定を適用すべきかが問題となるが、JASRAC のシェア、市場支配力及び新規参入の状況を勘案すると、不公正な取引方法にも関わっているものの、主として排除型私的独占の適用に関する議論となるため、本稿は排除型私的独占の議論に絞って検討することとする。

現在、JASRAC の包括契約を巡る排除型私的独占事件が、最高裁判決を受けて公正取引委員会による再審が行われており、公正取引委員会が如何なる審決を出すかが注目されている。そこで、本稿は仮に JASRAC による本件包括契約が排除型私的独占行為に該当するとされた場合における排除措置命令の視点から、行為規制というアプローチの検討を行うこととする。

第一款　JASRAC 事件

（一）本件の違反行為

独占禁止法は「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することを」「私的独占」の行為（同法第二条第五項）として禁止している（同法第三条）。

本件において、JASRAC が「ほとんど全ての放送事業者との間で音楽著作物の利用許諾契約を締結し、楽曲の利用の有無や回数に関係なく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音楽著作物の放送等利用に係る使用料を算定し、徴収している」行為（所謂「包括契約」）は、私的独占に該当し第三条に違反する行為であるかどうか

が問われている。

仮に上記行為が第三条に違反するとされた場合に、公正取引委員会は「当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置を命ずることができる。」（同法第七条第一項）。他方で後述するように、「事業の一部の譲渡」を含む構造的排除措置については、審決や多数説が消極的な立場にあるとされている[1]。

（二）本件の経過（二〇一六年八月時点まで）

JASRACが放送事業者間との間で締結している包括契約に対し、公正取引委員会は排除型私的独占に該当するとして、包括契約という「行為を取りやめなければならない」等とする排除措置命令を出した（平成二一年二月二七日審決集五五巻七一二頁）。これに対してJASRACは排除措置命令の取消を求める審判請求を行った。

審判では、排除行為について①排除効果と②「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」に分けて、対市場効果について③「一定の取引分野における競争の実質的制限」と④「公共の利益に反して」、排除措置命令について⑤排除措置命令の必要性・実施可能性、と争点が総合的に考慮、整理されている。審判を経て公正取引委員会は、本件の包括契約に排除効果がなく、私的独占の排除行為に該当しないとして同命令を取消す審決を行った（審判審決平成二四年六月二二日審決集五九巻第一分冊五九頁）。他方で、同審決が争点①について否定の結論を得て他の争点を検討するまでもなく違反要件を充たさないとしたため、審決とのちの高裁判決で実際に争われていた争点も包括契約による排除効果の有無のみとなり、総合的な考慮というには至らなかったと言える[2]。

右記の審決を受け、競争者の e-License（現「NexTone」イーライセンス事業部）が当該審決の取消を求める審決取消訴訟を提起した。東京高裁は、重要な事実に関する審決の認定が「実質的証拠に基づくものとはいえない」、本件包括契約に排除効果があるとして審決取消の判決（東京高判平成二五年一一月一日判時二二〇六号三七頁）を言い渡した。

その後の最高裁判決も、「その金額の算定に放送利用割合が反映されない徴収方法を採ることにより、放送事業者が他の管理事業者に放送使用料を支払うとその負担すべき放送使用料の総額が増加するため、楽曲の放送利用における基本的に代替的な性格もあいまって、放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制するものであり、その抑制の範囲がほとんど全ての放送事業者に及び、その継続期間も相当の長期間にわたるものであることなどに照らせば、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」として、本件包括契約の排除効果を認めた（最判平成二七年四月二八日民集第六九巻三号五一八頁）。

最高裁判決を受け、現在（二〇一六年八月時点）、公正取引委員会は審判を再開しており、その判断が注目されている。

第二款　排除措置命令の設計における問題点

前記各争点の検討については、別稿（『商学討究』での発表論文[3]）を参照されたい。他方で、前記の争点⑤（排除措置命令の実施可能性）は、JASRAC に対する排除措置命令を如何に設計すべきかという法適用の実効性（意義）の根幹に関わる至要な論点を提起した[4]。そこで、本稿は命令の設計に影響を及ぼす JASRAC による包括徴収という「行為」が形成された背景事情を考察した上で、本件排除措置命令の設計における問題点に焦点を絞り検討することとする。

（一）本件の背景

音楽著作権の包括許諾と使用料の包括徴収を柱とする包括契約方式は、管理事業の効率性や楽曲利用者の利便性を高めることができる楽曲管理方法である。JASRACだけでなく、e-Licenseを含む新規管理事業者も導入している。

JASRACの包括契約は、e-Licenseを排除するために場当たり的に交わされ、若しくはJASRACが放送局側に対してe-Licenseの管理作品を使用しないように明確に要請し、これに従わなければ何らかの不利益を与えるというような経緯から生まれてきたものではない(5)。JASRACが地上波放送利用に対して徴収する「一．五％」という使用料率に、ほかの管理事業者の楽曲使用割合が反映されていないことも大いに問題視されているが、本件包括契約が導入された当初はJASRACが唯一の管理事業者であったため、新規参入を排除するために、故意に他社の使用割合を反映しないようにしたわけではない（なお、JASRACは様々な使用料の減額措置を実施してきたので、実際には「一．五％」の使用料を満額に徴収していたわけでもない）。仮に本件包括契約が導入される一九七〇年代に、ほかの管理事業者も併存していたら、JASRACが一．五％で他社がα％といったような契約構図の可能性もあった（なお、「一．五％」という地上波放送使用料率も、国際的には、高い率ではない）。

また、包括契約は放送以外の利用形態においても昔から広く用いられている契約方法である（国際的にもスタンダードな管理契約方式である）。今までの高裁と最高裁判決の論理で当てはめると、利用者側が使用料の追加負担を回避しようと新規管理事業者の楽曲を利用しないため、新規参入が阻害されてしまうという結論となるが、インタラクティブ配信等ほかの管理分野においてもJASRACが包括契約を採っているにもかかわらず、e-License等新規管理事業者は無事に参入することができたのである。しかし、これらの事実は、今までの議論ではほとんど認識されていなかったようである。

他方で、全曲報告については、JASRACは規制緩和当初から積極的に進めていた。その結果、JASRAC事件の立件時において審決の事実認定にもあるように、既にNHKだけでなく「民放連に加盟しているFMラジオ局五三社のうちの三九社」との間で全曲報告を実施するようになっていた。JASRACが自主的に全曲報告を進めていたのは、自己の権利者側から「使用された楽曲情報の詳細を知りたい」「使用料を精確に分配せよ」との声が規制緩和の前から上がっていて、信託者の要請に一日も早く応える必要があったからである。しかし、実際にはJASRACが積極的に全曲報告を導入しようとしなかったというような誤解が存在しているようである。

全曲報告の実現は、JASRACの意向だけでは成り立たたず、正確な全曲報告を可能とする技術の存在（正確性に欠けると逆に楽曲の使用情報を誤ってしまう）や放送局側（設備やソフトの導入及びメンテナンス等に多額の資金が必要）、番組制作会社（番組の製作過程で使用楽曲を記録するのに、それだけの人員や手間がかかる）の協力が必須である（これについて審判でJASRACも主張している[6]）。このような現実的な制約がある中、徴収した使用料に新規参入管理事業者の楽曲利用割合を反映しなかったとしてJASRACに対する排除措置命令が行われた。

音楽著作権管理事業で競争を促進する根本的な目的は、音楽産業が成り立つ源泉である権利者の利益の増進にあること、またJASRACが実質的にほぼ権利者全体の利益を代表して管理事業を行う団体であり九九％の楽曲作品を権利者側から信託されていることを考えると、JASRACに対する排除措置命令は、内容が明確でJASRACが物理的に履行可能なものとし、権利者の利益を損なわないような工夫が必要であろう[7]。

（二）排除措置命令の設計における問題点

JASRAC以外の管理楽曲を利用すると発生する「放送使用料の追加負担」を如何に回避させるかは、包括（徴収）

契約という昔からの慣習的な楽曲管理方法に纏わる競争課題の核心である。(8)

「放送使用料の追加負担」を回避させるための方法について、排除措置命令書が本件の「行為を取りやめるに当たり採用する放送等使用料の徴収方法について、あらかじめ、当委員会の承認を受けなければならない」としながらも、「徴収する放送等利用に係る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やめなければならない」ことを命令書の冒頭に明記していたこと、及び審判過程においても審査官が「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」「本件排除措置命令は、放送等利用割合を反映した包括徴収を命じている」等の主張を重ねていたことから、本件の排除措置命令は今までJASRACが徴収してきた使用料に、JASRACと新規管理事業者それぞれの管理楽曲の利用割合を反映することを、「放送使用料の追加負担」を回避させる方法として、JASRACに求めたと考えられている。

また、のちの最高裁判決も「その金額の算定に放送利用割合が反映されない徴収方法を採ることにより、……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効果を有する」ことを判示したことから、実質上JASRACは最高裁からも、徴収使用料における管理楽曲利用割合の反映を求められていることとなっている。更に、学説の議論も「放送利用割合」を反映させる徴収方式の導入を軸に展開されてきた。

このように、立件当時においてJASRACが「放送利用割合」を反映させる徴収方式を全面に導入することが実際に可能だったかどうかは、至要な論点と言えよう。仮に立件当時のJASRACにとって「放送利用割合」の算定が「心はやれど力及ばず」現実的にほぼ不可能に近い作業であったのなら、それをJASRACに求めるのは、排除措置として適

切な内容だったとは言いがたい。そこで、「放送利用割合」を算出し使用料に反映させることは、事件当時のJASRACにとってどの程度可能な作業だったかを検討してみることとする。

全国の放送番組で使用されている膨大な曲目情報を直接に監視・調査するような技術的手段が、まだ管理事業者にはないので、放送楽曲の情報管理は、あくまでも管理事業者が放送局等の報告から間接的に入手するという基本的な仕組みである。これは立件当時も現在（二〇一六年時点）も同様である（既述のように、「放送使用料の追加負担」を発生させる従来の仕組みの在り方を改めるという大きな転換作業について、JASRACだけの努力では成り立たず、放送局や番組制作会社等使用者側を巻き込んだ取組みが必要である）。

まず、審決の事実認定にあるように「J-BASSを通じて楽曲報告を行っている放送事業者は、当該楽曲が被審人の管理楽曲であるか否かを区別していないことから、被審人は、J-BASSのデータを分析することにより、他の管理事業者の管理楽曲についても放送における利用状況を把握することができる。」。他方で「しかし、このJ-BASSへの電子データ報告を実施するには、放送事業者において自ら利用した楽曲をデータ化する作業が必要となるところ、この電子データ化の仕組みや方法は、それぞれの放送事業者によって異なるものであるため、放送事業者によるJ-BASSへの利用楽曲の報告内容は、放送事業者により、全曲報告であったり、一部の楽曲の報告にとどまったりしていた」ことも、事実として認定されている。このように、立件当時はJ-BASSのデータを分析することにより、ある程度「放送利用割合」を把握することができる反面、それが決して正確な「放送利用割合」ではなかったという実情が窺える。

そのため、JASRACに対する排除措置として求められた「放送利用割合」とは、どのように理解されるべきかという疑問が生じる。即ち、「放送利用割合」を大まかに把握する程度で十分だったのか、それとも正確な「放送利用割合」の反映が求められていたのか、という疑問である。両者をそれぞれ検討することとする。

（ⅰ）大まかな「放送利用割合」とする場合の問題点

仮に大まかな「放送利用割合」の反映で足りるということなら、JASRAC は従来の包括徴収の仕組みを「放送利用割合」を反映する徴収方式に改めることが可能ということとなる。他方でしかし、大まかな「放送利用割合」は、管理事業上の深刻な問題を引き起こす。その主な理由は三つある。

①一つ目の理由は、信託者の利益の保護という観点からすると、既存の著作権管理団体である JASRAC は、新規管理事業者の参入状況を考慮する以前に、まずは一義的に自己の信託者の利益を代表し、自己の信託者に受けられるはずの利益が失われてしまうような事態を回避させなければならない義務を課されているため、たとえ〇．〇一％でも大きな額が動く放送利用の管理において、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の算定において安易に妥協することができない。（一方、e-License にとっては、たとえ大まかな算定率でも、楽曲の利用を避けられるような事態よりはましなため、JASRAC のようなジレンマを抱えていない）。JASRAC に入会している権利者側も（日本におけるほぼすべての楽曲権利者が音楽著作権の管理を JASRAC に信託している）、「放送利用割合」の算出が必要となってきた以上、大まかな割合ではなく、精確かつ公正な割合算定を求めている。

②二つ目の理由は、JASRAC と e-License の楽曲使用割合を算出するためには、当然のことながら、共通の調査方法により特定された共通の楽曲データを計算ベースとしなければならないからである。仮に JASRAC には「全曲報告」のデータ（把握・集計できる曲目数が多い）を用いるのに、e-License にはサンプリング調査のデータ（把握・集計できる曲目数が少ない）を用いるのでは、e-License にとって不公平で、正確な使用割合も算出されないであろう（逆もまた然りである）。

他方で、e-License 管理の楽曲利用分だけを曲別に控除しようとする使用料配分の意見は実際にあった。しかし、立

件当時にJASRACの楽曲特定はまだ大半がサンプリング調査の報告に依存していた実態からすると、このような主張は実質上JASRACにはサンプリング調査の結果に基づく使用料の配分を求め、e-Licenseには全曲報告に基づく使用料の配分を求めているようなものであり、これらの問題点指摘から理解できるように、このような意見はJASRACの権利者の利益を無視した主張と言わざるをえない。

③三つ目の理由は、たとえすべてサンプリング調査の結果に基づき、「放送利用割合」を算出しようとしても、大きな問題点を孕むという点である。

立件当時において（裁判所は、原処分の日を基準とした場合の原処分の当否を判断したところの審決の当否を判断する、という意味において、原処分の日を判断基準時とすることになる）[9]、e-Licenseが管理できていた放送用楽曲数は、「エイベックス六七曲の他に、平成一八年一〇月二〇日頃には五曲、同年一二月二一日頃には四八曲」、「エイベックス・グループ以外の著作権者から委託を受けて放送等利用に係る音楽著作権を管理している楽曲の数は、平成一九年三月三一日には一八四曲であった」という審決及び高裁判決の事実認定から、約三〇〇曲前後であった。

一方、立件当時のJASRACは、J-WIDに登録している管理楽曲だけでも三〇〇万曲を超えていたことから、e-Licenseの管理楽曲数はJASRACの約〇．〇〇〇一％であった。また、J-WID登録以外の楽曲を含めると、JASRACの管理楽曲の総数は約七二〇万曲であったことから、管理楽曲規模の差は歴然である。このような状況のもとで、そのままサンプリング調査を行うとなると、たとえe-Licenseの楽曲が使用されても全く引っかからないおそれすらあり[10]、サンプリング調査を介在する「放送利用割合」の算定の実行性は疑われる。

このように、前述三つの理由により、「放送利用割合」は大まかな割合ではなく、全曲報告に基づく正確な割合算定が望ましいと思われる。他方で立件当時、全曲報告に基づく正確な「放送利用割合」を求める場合にも、大きな問題点

を伴っていた。

（ii）正確な「放送利用割合」とする場合の問題点

「全曲報告」システムを導入した放送局が多ければ多いほど（また、各放送局から報告される曲目情報が精確なものであればあるほど）報告された曲目に基づく各管理団体楽曲の使用割合をより正確に算出することが可能となる。逆に「全曲報告」システムを導入する放送局が少ない（或いは報告される楽曲情報の精確度が低い）と、算出作業は著しく困難になる[11]。そこで、「全曲報告」の導入状況を整理し、立件当時、JASRAC が自己と e-License の楽曲使用割合を正確に算出することは、どの程度可能だったかを検討してみる。

放送は地上系（コミュニティエフエム系を含む）、衛星系及びケーブルテレビ系に分類されている。総務省の統計によると、それらの放送事業者を合計すると、千社を超えている[12]。審決での事実認定によると、立件当時「コミュニティエフエム放送事業者及び衛星放送事業者はイーライセンスと利用許諾契約を締結していない」ので（ケーブルテレビ系は言及されていない）、JASRAC 事件の背景を構成したのは主に、e-License によるコミュニティエフエムを含まない地上系の放送市場への新規参入であった。他方で、地上系放送は更に民間放送や NHK 放送に細分されるが、NHK 放送が全曲報告を積極的に実施していたこと、また、数においても日本民間放送連盟（以下、「民放連」という）に加盟している放送局の数が NHK の放送局より多いため、ここでは民間放送における「全曲報告」の導入状況に焦点を絞る。

JASRAC の働きかけが大きく関係して、二〇一四年時点で民放連会員一九三社のうち、約九五．三％に当たる一八四社が「全曲報告」を実施するようになった[13]（これはあくまでも民放連会員の導入状況である）。右記の実施率は高いようだが、「ローマは一日にしてならず」のように、JASRAC による十数年に亘る働きかけで、徐々に達成してきた数値である。遡って見てみると実施状況は次のとおりである。二〇一三年度は一九三社のうち一六一社[14]、排除措置命令取

消審決があった二〇一二年度は一九三社のうち一三五社[15]、二〇一一年度は一九三社のうち一一二社[16]、二〇一〇年度は一九四社のうち八〇社[17]であった。排除措置命令があった二〇〇九年度は一九四社のうち六六社[18]、二〇〇八年度は五三社[19]で、更にそれ以前は五〇社未満であった。審決書の認定によれば、立件当時「全曲報告」を実施していたのは、「民放連に加盟しているFMラジオ局五三社のうちの三九社であった[20]」。

放送局からの全曲報告を通じて管理事業者間の放送利用割合を正確に算出するには（JASRAC自身はそれなりの業務コストを割かなければならないが）、各放送局や番組制作会社等業界全体を巻き込んだ協力体制が必要となり、このような成熟した協力体制ができてはじめて、放送利用割合の算定が可能となる。

JASRAC自身も著作権信託者からの「使用料を精確に分配せよ」という声に押され、「フィンガープリント」（電子指紋）技術の開発を睨みながら、放送局側に対して「全曲報告」の実施を働きかけてきたが（「全曲報告」の普及はJASRACにとっても必要である）、右記の普及率から理解できるように、立件当時では使用楽曲情報の特定は、大半がサンプリング調査の実施に依存せざるをえない状況であった[21]。JASRACに対し「放送利用割合」の正確な反映が求められていたとすれば、物理的に非現実的な状況にあったということができよう。

（iii）小括

前述の検討から理解できるように、本件の排除措置命令が要請する「放送利用割合」の反映は、大まかな割合算定となると、JASRACに楽曲を信託している権利者が不利益を被る。他方で仮に正確な割合を要求するとなると、当時のJASRACにはそれを単独に実行する物理的手段がなく、本来なら業界全体の協力を必要とする作業をすべてJASRACの責任とする排除措置命令は、過重な負担をJASRACに強いることとなる。したがって、事件当時の客観的状況に鑑みると、如何なる「放送利用割合」の反映を求めた排除措置でも、立件当時の状況下においては適切な命令設計とは言

いがたいというのが、本稿で指摘したい命令設計の観点からの問題点である。

他方で、仮にこのような排除措置が命じられたとしても、それが本稿の主旨との関連においてJASRACの独占状態が続く音楽著作権管理事業全体の競争回復に有効なのかということも重要な課題となる。そこで次款では、仮説を用いた検討を行うこととする。

第三款　排除措置命令の競争回復効果

既述のように「全曲報告」の導入と普及は、自己の信託者の要望に応えるために、JASRAC自身にとっても必要な転換である。十年以上かけて放送事業者に働きかけ「全曲報告」を推し進めてきた結果、漸く比較的完全で正確なデータに基づく楽曲の特定や統計ができるようになったため、二〇一五年にはJASRACと放送局や新規事業者の間で文化庁立会いのもと、放送分野における管理楽曲の利用割合を反映した使用料算出方法について合意することができた。既に同合意に基づく使用料の算出も既に始まっている(22)。

私的独占の排除行為とされた「放送利用割合」を反映しない包括徴収契約の実施方法が既に改められたことから、右記行為の違法性は認められたとしても、次の審決では東日本FTTH事件（審判審決平成一九年三月二六日審決集五三巻七七六頁、最判平成二二年一二月七日民集第六四巻八号二〇六七頁）のように、格別の措置が命じられないという可能性が大きくなったのではないかと考えられる。

本稿は仮に排除措置命令が命じられたと仮定し、旧稿（姜「音楽著作権管理政策」）の排除措置命令に関する検討を簡潔に整理した上で、JASRACの独占状態が続く音楽著作権管理事業全体の競争回復効果に対する排除措置命令の限

界性を指摘する。その上で、JASRAC 事件における構造的排除措置命令の可能性を検討することとする。

（一）違反行為に対する排除措置

旧稿では[23]、包括徴収の中止と（二〇一六年以降「放送利用割合」の反映がある程度物理的に可能となったという仮定を前提に）「放送利用割合」を反映する徴収方式の導入を、最も考えられる二種類の排除措置としてそれぞれ検討した。検討の結果、包括徴収の中止という排除措置命令について、「ヒット楽曲や人気楽曲の保有数は JASRAC のほうが圧倒的に多いため、包括契約はあってもなくても、JASRAC の管理楽曲が多く使用される状況は変わらない」こと、包括契約それ自体を批判し、包括許諾或いは包括徴収を廃止しようとするのは、管理事業の混乱や音楽利用の衰退をもたらす無益な議論であり「音楽産業の源泉、音楽著作権管理事業の源泉でもある音楽作家側（市場）に不利益をもたらしても、使用者側市場の放送使用における e-License の競争を過度に保障しようとすると、独占禁止法の目的に反するおそれがある」ことを指摘していた。「放送利用割合」を反映する徴収方式の導入について、「使用された楽曲数シェアの調査が JASRAC を介して行われるのが最も効率的と思われるが、果たして真正な調査結果が提出されるかという信憑性に疑問が残る」ことを指摘していた。

文化庁立会いのもと、JASRAC と放送局や e-License 等の間で交わされた「放送分野での音楽の利用割合算出方法に関し放送事業者等と合意」は、「放送利用割合」を反映する徴収方式が採用されたことを意味するので、音楽作家への不利益や音楽利用の衰退の事態が避けられたと言える。また、割合の算出について、恐らく算定結果の信憑性を保障するためと思われるが、放送事業者側が算出作業を行うことになっている。放送事業者側にとっては、余計な負担を強いられたような形となるが、旧稿（姜「音楽著作権管理政策」）で指摘した懸念要素が払拭されたという意味で、良い試

みと言えよう。

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

（二）構造的排除措置

独占禁止法第七条第一項が「事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」という文言となっていることから、排除措置として構造的排除措置を命じうるかどうかについて従来から論争があり学説が分かれている。現在では審決や多数説が消極的な立場にあるとされている[24]。

構造的排除措置でも可能とする積極説は「営業の一部の譲渡」という条文の文言を無視してまで行為規制しかできないと解釈する理由が存在せず[25]、「排除措置命令は……違法状態を公取委の公権的介入によって除去し競争を復活させることを目的」としているため[26]「……市場構造等を考慮して……違反行為をもたらした背景や組織の除去・排除を命ずることも」可能と考えている[27]（シャーマン法二条の法執行を意識した考え方とも言えそうである[28]）。私的独占を禁止する理由は支配・排除行為の抑圧的性格だけでなく、その行為により市場支配力が形成・維持されることにあるため、当該行為により形成・維持されている「市場支配力の存在＝競争制限的な市場構造それ自体を対象とし」営業譲渡等を命じる必要があることは当然であるとしている（違法行為の除去という点を手掛かりとして構造的排除措置を命じる接近方

法としては、①違法行為を過去から現在までの市場支配力の形成へ向けての継続行為として捉え、現存の市場支配力の存在それ自体がこの行為の一部となると考えて、その排除を命じるという接近方法と、②違法行為の反復を予防するためには、当該市場構造と当該違法行為との間にある程度の相関関係があれば、構造的排除措置を命じるという接近方法である。ただし、②の接近方法は、違法行為の排除という現行法の下ではここまで排除措置を拡大することは無理であるとの考え方が有力である[29]。

他方で、消極説は構造規制に関する法的規定が別途用意されているため、私的独占の規制としては違法行為及びそれによりもたらされた違法状態を除去すれば足りるから企業分割を加えなければならない場合は想定できないとしている。言い換えると、消極説は「『営業の一部の譲渡その他……必要な措置』とあるから、企業分割の方法がない、というのではなく、排除措置として、それを命ずべき場合がない」「具体的な法適用の場合において、排除措置として、営業の一部の譲渡を、適法に命じうる場合があるとすれば、それはどういう場合かということにあると言ってよい。しかるに、右の積極説は、これにこたえるところがないのであって、抽象論として企業分割の可能性を主張しているにすぎない」という批判的な立場である[30]。このように、私的独占の規制の枠内で構造的排除措置を命じうるような法解釈・適用に対する抵抗が大きいものと思われる[31]。

しかし、学説上の論争はさておき、仮に本件の包括契約（厳密に言うと、包括徴収行為）を特殊なケースとして構造的排除措置を命じうるとされたとしても、構造的排除措置の内容設計は一筋縄では簡単に行かなさそうである。なぜなら、本件では包括契約そのものが違法行為とされており（前述した包括契約の中止という内容が既に大変厳たる措置となっている）、契約形態に対しては更に構造的排除措置を加える余地があるかは非常に疑問だからである（既述のように前記②の接近方法が現行法解釈の下で用いられるのは無理があるようである）。また、既述のようにJASRACによる

市場支配力の根源を求めるなら、権利者側市場における独占状態ひいては著作権管理事業に特有のネットワーク効果とロックイン効果に焦点を当てるべきである。

即ち、独占状態のロックイン効果を完全に解除できるほどの音楽著作権管理事業全体に及ぶ構造的排除措置が必要と考えられる。しかし、そのような措置設計は放送管理分野の包括契約に対する排除措置の範疇を遥かに超えていることが明らかである。たとえ構造的排除措置命令に対する積極説でも「『私的独占』の排除措置としての市場構造規制は、市場支配状態が『排除』・『支配』行為と因果関係にある限度に認められる……。七条の排除措置で、行為と関係のない市場支配力そのものの排除を命じえないこと」としている(32)。このように、学説の見解にかかわらず、本件において実際に構造的排除措置を命じうるとは想定しがたいと思われる。

本節の検討から理解できるように、JASRACの独占状態を私的独占というアプローチから規制を図ろうとする場合、強固な独占状態という本当の問題を解消し競争的管理政策を実現する（JASRACの独占状態の規制）という意味において、違法行為は認定できたとしてもそれに命じうる排除措置の競争回復効果に限界性は否めず、JASRACの独占状態が続く確率は高いと思われる(33)（他方で既述のように、音楽著作権管理事業の独占問題に対して取り組むインセンティブが足りないとされている主務官庁に対して、公正取引委員会が積極的に働きかけ、連携して取り組むことができれば、規制効果を高めることができると考えられる(34)）。

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

も高い次元で構造的排除措置の設計が可能となる。

第五節　行為規制：Essential Facilities Doctrine

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

第一款　EF法理の概要

（一）EF法理の内容

不可欠施設（以下、「EF」という）とは、それにアクセスできなければ事業を行うことができない投入要素のことであり、通信網や送電網がその典型である[35]。EF法理の内容構成について諸説あるが、MCI事件判決[36]で示された要件が同法理の土台となりその後正当化理由の拡大等法理原形に対する修正の変遷もあったため[37]、それらを日本の有名な学者たちが更に整理してまとめた代表的な定式化した主な内容は次のようになる。

参入事業に不可欠の施設・設備を独占者が支配しており、競争者の実際的もしくは合理的な重複設置やバイパスが困難で、保有事業者による施設・設備等の利用提供が現実に実施可能であり、また保有事業者に技術的・経済的に拒絶を正当化する事由が存在しなければ、保有事業者が競争者に対して当該施設・設備の利用（取引）を拒絶する場合には、これを違法行為として当該施設・設備を利用させることを義務づける理論である[38][39]。

（二）アメリカでの形成、EUでの発展

EF法理は合理的・非差別的な条件で参入事業者と取引することを原則的義務としてEFの保有事業者に課しており「独占力の獲得・維持を要求しない点で」それまでの「独占化」規制より厳格な規制を行うものとされている。[40]しかし、同法理は批判も少なからず、最高裁に明確に用いられたことがなく、主要学説にも採用されていないのが現状である。[41]例えば、主な学説見解は、取引義務を課すEF法理は事業者のインセンティブを損なう等として独立した法理と認めるべきではないという立場である。[42]他方でアメリカ最高裁もインセンティブや効率性への影響を懸念し、EF保有事業者にも取引相手を選択する自由を有し、シャーマン法の目的はあくまで競争又は消費者の保護であり競争者の保護ではないという消極的な立場と見られている。[43]

他方でEF法理はEU諸国に確かな影響を与えており、[44]徐々にEU競争法の運用にも反映され、[45]特に国際競争において日米等に対抗するために一九九〇年代からEUは、加盟国統一市場の自由化を実現する一環として、電気通信等自然独占とされてきた事業分野の開放改革に着手した。そのような流れの中で既存事業者が所有する送配電線等のネットワーク開放等が重要な争点となった。[46]欧州の委員会決定及び判例では、EF法理はEU条約八二条（現EU機能条約一〇二条）に抵触する「『取引拒絶』に関する一類型」として位置づけられた。[47]特に、ドイツはEF法理の影響を大きく受け、EF法理を取り入れる法改正を行った[48]（競争制限防止法第一九条四項四号）。同規定は電気通信・電気エネルギー・鉄道等のネットワーク産業におけるEFを念頭に[49]、EFの取引拒絶を市場支配力の濫用の特殊形態として捉えている。[50]このように、従来の自然独占分野を中心に適用している反面、「利用を拒否する場合には、原則として濫用に該当する」し「隣接する市場への参入制限自体が原則として濫用行為として違法とされる」[51]等、とても厳格な原則違法のルールを導入しているようである。これに対し、EU機能条約の次元では知的財産のライセンス等より広範に不可欠施設の範

囲を捉える傾向[52]が見られる反面、適用に非常に慎重な姿勢が見られる。そのため、EU全域を見るとEF法理の適用について学説においても判例においても統一した見解がなく、同法理が競争法の執行に定着したとは言いがたいようである[53]。

（三）日本におけるEF法理の立法議論

日本でもEF法理は、第八条の四（独占的状態の規制）に取って代わる新たな規定としてその立法を一時議論されていた経緯がある。その背景には前述の海外各国の影響といった外因は当然あったと思われるが、現行法の独占的状態に関する規定（独占禁止法第二条第七項）が適用しにくい条文となっているという思いも、EF法理を取り入れる新たな規定（以下、「EF新規定」という）の立法論議に繋がる重要な内因だったと考えられる。これを背景に、当時独占・寡占規制の在り方として「市場構造を重視し、集中度が高いこと及び過度の利益率等を規制の根拠とするよりも、独占・寡占の弊害は参入が困難な場合には特に大きいことに着目し、参入を阻止又は妨害する行為に対してできる限り迅速、効果的な対応を行うことにより競争を確保することが有効・妥当」と考えられていた[54]。

独占・寡占見直し検討部会でまとめられたEF新規定の要件は簡潔に言えば、利用市場で商品役務を供するにあたって必要不可欠であること、同等の施設等をもう一つ別に構築することが著しく困難であること等が要件とされていた[55]。右記の「利用市場」とは、EFへのアクセス拒絶行為により参入を阻止される市場を指している。不可欠施設等のある市場は川上市場であるなら、この「利用市場」なるものは川下市場であり、反競争的弊害の成否を検討する注目市場である[56]。

また、EFは知的財産権等を含めるかどうかについて、例えばEUの場合は知的財産権でもEFになりうるという司

法判断自体はあるが[57]、実際にはインフラ施設を中心に運用しているようである[58]。その理由として「ファシリティの構築に公的資金が使われたこと、及び国民経済の観点から重複投資が許容されないという事情」認識があるからという指摘がある[59]。特にドイツはEFを従来の自然独占施設に限定していることは前述のとおりである[60]。他方でアメリカでは有形の「施設」に限定されておらず、不可欠な投入要素（ボトルネック）と解釈されているが[61]、今まで認められたEFはほとんど従来の自然独占施設等の物理的施設だったようである[62]。「独占・寡占規制の見直し」の報告書は、独占禁止法に導入しようとした「施設等」の概念について、物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設（役務）も含まれると明記した[63]。しかし、物理的施設以外の適用には否定的な意見が少なくなかった[64]。

第二款　EF新規定が導入されなかった理由

平成一七年の法改正で導入されようとしたEF新規定について検討段階の当初から、EFの定義を巡る議論の紛糾や事業法との関係等様々な問題に付き纏われていた[65]。本款では、第八条の四の代わりとされていたEF新規定の導入が阻まれた最大の理由に焦点を絞り、今までの学説解釈との関係を整理しながら検討する。

結論から先に言えば、公正取引委員会はEF法理を踏み台に新規参入阻止行為に対し、迅速に対処できる特別な規定を制定するという意図だったかもしれないが[66]、しかし蓋を開けると、新規定の規制範囲は現行法でも既に対応できる内容となっており、更に新規定による違法性の判断は現行法の私的独占との関係においても、不公正な取引方法との関係においても、法解釈上の問題を抱えていた点が新規定の導入されなかった最大な理由だったと考えられる。論文趣旨との関連で本稿ではEF新規定の違法性の判断における問題点を取り上げ検討することとする。

EF 新規定の特徴は規制対象の拡大よりも、むしろ違法性の判断要件を一定程度緩和することにより（原則違法）「迅速、効果的」な法適用を図る点にあるというべきである。(67)

この点は公取委「独占・寡占の見直し」の説明からも明らかである。(68)「欧米には『独占の梃子』、『独占化の企図』の……参入阻止行為に対処できるという考え方がある。……規制緩和による市場の活性化を早期に実現するため、右記の二つの考え方につき、特に不可欠施設等の存在する市場における参入阻止行為の場合に限定して、立法により取り入れる……。

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

「不可欠施設等を単独で専有し又は共有する事業者の行う参入阻止行為については、その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いことから、公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であると考えられるところ、競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為は、正当な理由がないかぎりこれを違法とし、必要な措置を講じることができる……。」。

右記報告書の引用から理解できるように、新規定は競争者に不利益が発生するかどうかを違法要件としている（それ以上の反競争的弊害を要件としない(69)）ことから、実質的に原則違法という解釈と考えられる。(70) しかし、このような違法性の判断方式は私的独占との関係において今村教授の唱えた閉鎖型市場支配説と共通することになり、不公正な取引方

法との関係において違法判断と排除措置間のアンバランスを引き起こす懸念があった。具体的に説明すると次のようになる。

（一）私的独占規制との関係

閉鎖型市場支配説とは、参入障壁の存在を競争の実質的制限の徴表として新規参入の排除そのものも規制すべきという、今村教授から唱えられた学説である[71]。この説は「市場開放性そのものを問題にすべき」とし、市場支配力の形成・維持・強化の分析を行わずとも「排除が生じていれば競争の実質的制限を認定できることになる」という他者排除重視の論理である[72]。私的独占の違法性判断において、この閉鎖型市場支配説（排除があると原則違法）とEF新規定（不利益を及ぼすと原則違法）を比較すると明らかなように、両者の論理的主張は競争の実質的制限の市場分析を不要とする等、共通点が非常に多いように思われる。しかし他方で、閉鎖型市場支配説は、競争者の過当な保護の問題や競争は実質的に制限されていないのに私的独占と認定されてしまう矛盾を引き起こす等の批判があるので、学界や公正取引委員会の実務では受け入れられていないようである[73]。したがって、競争者の不利益を違法要件（原則違法）とする新規定も導入された場合に、閉鎖型市場支配説と同様な批判に直面すると考えられる。

（二）不公正な取引方法規制との関係

EF新規定と不公正な取引方法の違法性判断要件を比較してみる。EF新規定の「正当な理由がないかぎりこれを違法とし」という説明の表現は、公正競争阻害性の「正当な理由がないのに」という条文規定と非常に接近していることからも、「競争者等に対し競争上の不利益を及ぼす行為」は原則的に公正競争阻害性を持つことになる（原則違法）と

考えられる。[74] ここでの論点はEF新規定の「競争上の不利益を及ぼす」ことを原則違法とする判断方式が、法的措置の適用においてどのような問題を引き起こすかである。

例えばEF規定の本丸であるEFの単独取引拒絶を対象に比較すると、一般指定二項は「不当に」という要件を認められたケースに限って違法性を認定するのに対し、EF新規定は取引拒絶行為を原則違法としているため、現行法と比べて違法性を「容易」に認定できるようになることが明らかであろう。しかし、EFに係る法的措置は単純に生産商品を相手事業者に販売させるというような内容よりも、むしろEF保有事業者に深刻な影響を及ぼすかもしれない私有財産・企業秘密の共用命令・強制開示といった強力な内容が典型的である。それに加えて場合によってはEFの垂直分離又は水平分離といった構造措置も含まれうる。[75] このような重大な法的措置を「容易」な違法性認定により、しかも不公正な取引方法に対する措置内容として命じるという法適用は、果たしてバランスの取れた法規制と言えるかが大いに疑問である。

実際、改正議論の時もEF新規定で講じられる「必要な措置」が大きな争点となり、措置発動要件と実際の措置とのバランスをとることが大切といった指摘や、個別に競争への影響を認定することを発動要件としないのに重大な法的措置を認めるのは安易すぎるといった批判があった。[76]

前述から理解できるように、EF新規定の違法性判断による現行法解釈との矛盾や、適用措置とのアンバランスは、同規定の導入が見送られた重要な原因となった。

第三款　音楽著作権管理事業における仮説を用いた検討

EF 法理を独占禁止法の新たな一般的規定として導入する場合いくつかの問題点はあるが、しかし他方で歴史的に公的な支援又は保護を受けていたために形成された参入障壁の高い独占市場に限定して、違法性の判断要件を緩和し、独占事業者の保有する EF に対する開放命令等、迅速な法適用を図れるなら、このような EF 法理の導入は新規参入や競争環境の整備に効果的な法的手段であり、理解も得られやすくなると考えられる。

前述のように、実際に EU も自然独占の施設を中心に EF 法理を運用しており、その背景に「ファシリティの構築に公的資金が使われたこと、及び国民経済の観点から重複投資が許容されないという」ような認識があるからとされている(77)。

そこで、仮に EF 規定が独占禁止法に新たに加えられた場合には、如何なる場合において適用されうるかについて仮説を用いた検討を行ってみたい。

EF 規定が適用されるには、当該「施設」が「不可欠」な性格を持っていること（及び川上と川下の二つの市場）の認定が必要となる。そこで、音楽著作管理事業における「施設」の意味を明らかにした上で、それが「不可欠」と言えるかどうかについて検討することとする。

（一）「施設」

前述のように「施設」とは物理的施設だけでなく、知的財産権や標準、規格等を含む無形の施設（役務）も含まれるとされている。JASRAC による著作権管理、特に「演奏権等」（既述のように「演奏権等」とは JASRAC が著作権信託契約において示している、演奏権に関わる利用を中心とする使用形態カテゴリーの総称で、コンサートやカラオケ等が含まれる）の管理を可能とした基礎は全国規模の管理ネットワークシステムである。「演奏権等」を管理できること

こそJASRAC最大の強みであり、「演奏権等」の管理を支えているのが正にこの管理ネットワークシステムである。全国で毎日のように発生している管理作品の不正利用を迅速に察知して取り締まることは、管理事業者にとって当然の義務と思われるかもしれないが、実はそれが最も難しくて事業能力を要する作業である。JASRACの管理ネットワークシステムは、東京圏が重点となっているが、北は北海道から南は那覇まで、実に全国各地を完全にカバーする体制となっている。この管理ネットワークシステムは一義的に演奏権の管理に必要な体制であるが、実際には「録音権等」（「録音権等」とはJASRACが著作権信託契約において示している録音権に関わる利用を中心とする使用形態カテゴリーの総称で、CD・レコードへの録音やビデオグラムへの録音等が含まれる。）他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用され、相乗効果をもたらしていると考えられる。

奥野教授の指摘しているように、過去に成功した事業者ほど現在大きなネットワークシステムを構築しており、より品質の高いサービスを提供できるため、相対的に大きなネットワークシステムを築いた事業者が存在すれば、需要はその事業者に集まり、未だネットワークシステムを構築していない事業者がこの市場に参入することは困難になる（即ち、このネットワークシステム自体も参入障壁となる）[78]。仮に、この管理ネットワークが「不可欠」であれば、新規管理事業者からの利用申入れをJASRACが拒絶した場合には、EF規定に基づく強制開放命令を行うことにより、新規管理事業者による「演奏権等」の管理業務の展開も現実味を帯びてくる。正にこの点がEF規定と競争的管理政策実現の重要接点であると考えられる[79]。

（二）施設の「不可欠」性

取引段階（川上と川下の両市場）は「不可欠」な施設の存在を介して生まれる[80]。公正取引委員会は「不可欠」につい

て必須性と利益衡量の両面から判断するとしていたが、本来「不可欠」性は利益衡量論と区別して専ら必須であるかどうかの点から検討したほうが論理的にすっきりすると思われる[81]。そこで、本稿は必須性の観点から「不可欠」性を判断することとし、利益衡量を後述する構造的排除措置の中で検討することとする。

EF 規定の違法性の判断及び全国的戸別配達ネットワークの不可欠性が争われた Oscar Bronner 事件[82]（JASRAC の管理ネットワークは新聞配達のネットワークより遥かに高度なもので簡単に同様なものとは見做すべきではないが、事業基盤を成すネットワークという点においては共通しているので、一つの参考となりうる[83]）における欧州裁判所の判断論理を併せて考えると、必須性が認められるためには少なくとも（ⅰ）当該施設の代替物は新規事業者が新たに作り出せないものであり、（ⅱ）当該施設がないと業務を遂行できないことが要件とされている。

（ⅰ）まず前述の JASRAC 並みの管理ネットワークシステムを新規管理事業者が構築できないかという点について。管理ネットワークの構築は送電線や水道管等のハード施設よりも、むしろ専門知識や監視ノウハウを有する職員等のソフト資源を必要とするため、投資すればすぐに構築できる「施設」ではないと思われる。他方で、そのようなソフト資源は十年、二十年の時間をかけて徐々には培えるものでもあるため[84]、この意味から言うと絶対に構築できないとは言いがたい一面もある[85]。

（ⅱ）次に、全国規模の管理ネットワークシステムがないと、管理事業を行えないかについて。必須性の判断に際しどの分野にとって必須かを特定する必要があるため、利用市場の市場画定を考慮する必要がある[86]。次のような理由から音楽著作権管理事業の全体を利用市場として画定し、管理ネットワークシステムの必須性を判断するほうが妥当と考えられる。

①音楽著作権管理の実務は支分権というよりも、むしろ各支分権を繋いでいる利用形態の管理ということができる。

例えば、放送、インタラクティブ配信や業務用通信カラオケ等の利用管理は権利関係を見れば「演奏権等」だけでなくて「録音権等」複数の支分権を併せて管理することになっている。そのため、「演奏権等」だけを切り出して議論する意味が問われる。

②全国規模の管理ネットワークシステムは「演奏権等」の管理だけに資する「施設」ではなく、前述のように「録音権等」等他の支分権に対する権利侵害の監視にも活用され、相乗効果をもたらしていると考えられる。即ち、管理ネットワークはすべての支分権管理に係っているネットワークシステムである。

③公正取引委員会も音楽著作権管理事業の全体（全支分権管理）を一つの事業分野とする考え方を明らかにしている。(87)

仮に音楽著作権管理事業の全体を利用市場として画定する場合は、全国規模の管理ネットワークを持っていなくても「演奏権等」以外の「録音権等」等の管理は可能であり、したがって管理事業の全体にとって必須性があるとは言いがたい。

しかし他方で、仮に「演奏権等」の管理を一つの利用市場と画定する場合は、全国規模の管理ネットワークシステムがないと「演奏権等」の正常な管理ができないことから、必須性が認められる可能性が高いと考えられる。このように、利用市場の画定方法により必須性の結論が変わる。そこで次に、「演奏権等」の管理を一つの利用市場と画定し、管理ネットワークシステムがEFとして認定されたと仮定し、命じうる排除措置と競争の回復効果について、前記の利益衡量と併せて仮説を用いた検討を行いたい。

第四款　排除措置に関する仮説を用いた検討

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

既述のように EF 法理に係る排除措置は、共用命令・強制開放といった強力な内容が典型的である（場合によっては分割措置も含まれうる）[88]。他方で、排除措置の設計に際して利益衡量が行われなければならない。利益衡量とは簡潔に言えば、管理ネットワークシステムに関わる法的措置による競争への利益（競争回復効果）と不利益（設備・技術投資のインセンティブや事業効率等に対する副作用）を長期的・動態的に比較分析することによって施設の不可欠性を認めるかどうかの判断作業である[89]。

（一）構造的排除措置

JASRAC が数十年かけて構築してきた全国規模の管理ネットワークシステムは物理的設備と異なっており、人的資源や管理ノウハウで構成されているソフトな資源の性質が強い。管理ネットワークシステムの力を発揮させるためには、ほかの管理団体（レコード協会等）とのチームワークが必要であり、また人員の移動配置も柔軟に行わなければならない。そのため、管理ネットワークシステムを地域ごとに分割して一部を新規管理事業者へ譲渡させるというような措置は管理事業の効率性を著しく損なうおそれがあり、構造的排除措置として命じがたいと思われる。

他方で、管理ネットワークシステムを完全に JASRAC から分離させ、業界全体（JASRAC と新規事業者）の共用施設とするという発想（言い換えると、「演奏権等」は共同のシステムで管理するという発想）も理論上存在する。物理的設備ではない管理ネットワークシステムの（JASRAC に支払われる）分離費用を如何に算定すべきか、分離後における運営方式や維持費用を如何に分担するか、JASRAC から分離されても管理ネットワークシステムの管理機能が

維持されうるかといった難題はさておき、JASRAC からの完全独立という前提で同措置が無事に実施できたのであれば、恐らく JASRAC の「演奏権等」管理分野においても競争が生まれ、そこから音楽著作権管理事業の全体における JASRAC の独占状態が崩れるという展開が見えてくると考えられる。即ち、競争的管理政策の実現に近づける措置と言えそうである。ただ、問題として管理ネットワークシステムの完全分離という大規模の構造的排除措置は EF 規定に基づき命じることができるかという点において疑問が残る(90)。

（二）非構造的排除措置

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

まず、管理ネットワークシステムを基盤とする「演奏権等」の管理事業において、明確に要求される供給余力と実際に提供しうる余力は、余力が数値に表れる発電事業や水力事業とは異なっており、管理レベルがどの程度まで維持していれば足りるかという明確な基準がなく、「余力」という客観的・数字的に確認できる概念すら存在しないのである。そのため、JASRAC ができることはこれまでよりもパワーアップした管理体制の構築である。強制開放命令（新規事業者の代わりに JASRAC が新規事業者の委託作品も管理する等）は、JASRAC に属するユーザーの本来守られるはずだった利益の犠牲を招くおそれがある(91)。

次に、法的措置の実効性や効果を確認できる保証がない。他社作品の演奏権管理を命じられたとしても、他社とは競争関係にあることは紛れもない事実であるため、たとえ他社作品の不正利用を見つけたとしても JASRAC が見て見ぬふりをする可能性は否定できない。なぜならば、JASRAC がどのような方法で実店舗の利用状態を調査しているか、

本当に真剣に調査しているのかを第三者が厳格にチェックできる専門機関があるわけではないからである。懸念される事由はほかにもあるが、このような利益衡量の検討から理解できるように、EF 規定に基づく非構造的排除措置においては副作用のリスクが大きいと考えらえる。

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

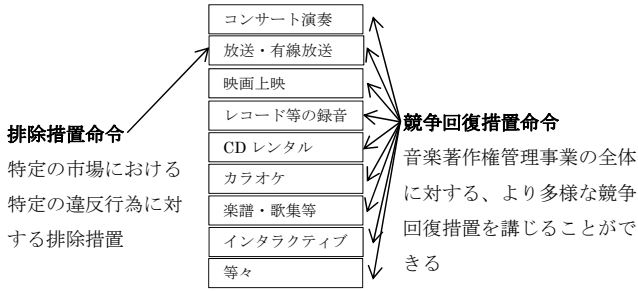
第四節　独占状態の規制

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

ネットワーク効果とロックイン効果の特性を持つ独占状態に対する規制について、公正取引委員会の競争管理政策研究センター（CPRC）が発表した「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」（二〇〇五年一一月）という共同研究論文は有益な示唆を与えてくれる。同論文は独占禁止法第二条第七項・第八条の四の「独占的状態の規制（純粋構造規制）」でしか対処できないケースが存在することを明らかにしている。同論文によると、ネットワーク外部性及びスイッチングコスト（により生じる「ロックイン効果」）の大きさが技術革新では対抗しえないほどに大きく、参入が事実上閉ざされていることが明らかになった場合は、独占状態が継続し独占に伴う経済厚生の悪化（価格の高止まりや技術革新の停滞）が生じる。このネットワーク効果とロックイン効果による市場の独占状態は、独占禁止法上問題となる「行為」がなくても生じる可能性がある。筆者らは、ＯＳ市場では新規参入者が乗り越えなければならないネットワーク効果及びスイッチングコストが著しく新規参入は期待できないという実証結果を基に、抱き合わせ等の違反行為がない場合でも、なお独占禁止法上の純粋構造規制を用いて、ＯＳのインターフェース情報を公開すべきとする(92)。このように、ネットワーク効果とロックイン効果による特殊な独占状態に対して純粋構造規制の活用は有効な競争回復方法として認められることが共同研究論文によって明らかにされている。

独占的状態の規制というアプローチを用いる場合は実際の市場構造や、目指して

排除措置命令と競争回復措置命令の比較



いる競争環境に応じて（効率性や公益性等を考慮した上で）多様な制度設計が可能となり、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、競争的管理政策の実現において行為規制の適用よりも効果的と考えられる。

また、措置内容が違法行為（による競争的制限状態）の排除に限られている排除措置命令と比べ、独占的状態に対する競争回復措置の場合は競争の回復に特化した「必要な措置」、例えば事業の譲渡、新会社の設立、資産の譲渡、株式の処分、役員兼任の禁止、営業方式の変更、流通経路の開放、ノウハウの公開・広告宣伝活動の制限等、より広範的で柔軟な多角的な措置が考案できるようになる(93)。更に、違法行為に対する一度限りの排除措置より、独占的状態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態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。独占的状態の規制というアプローチに関する詳しい検討は次章で行う。

小括

本章では、競争的管理政策が確立されてから十数年を経過した現在（二〇一六年時点）も、JASRACの独占状態が全く変わっていないことに着眼し、その原因と競争政策の観点からのアプローチについて検討を行った。

検討を通じて、音楽著作権管理事業に特有の高いネットワーク効果とロックイン効果という特性がJASRACの独占状態を維持・強化させている根本的な原因であり、ネットワーク効果とロックイン効果が顕著な音楽著作権管理事業分

野では、競争市場本来の自然治癒機能と弊害抑制機能が働きにくいため、管理競争を創出するために、より積極的なアプローチの検討が必要という結論に至った。

しかし、行為規制の排除措置命令は違法行為そのものに対する一度限りの措置であり競争回復効果にも限界性が否めない。他方でEF法理の規定に基づく構造的排除措置命令なら有効なアプローチとなりそうだが、要件の該当性における疑問はさておいて、EF法理を完全に反映したEF規定自体が現行法に導入されていない。

そこで本稿は、今まで適用こそなかったものの、制度設計として違反行為や個別市場に限らず、事業分野全体の競争創出に必要な多様な競争回復措置を可能とする「独占的状態の規制」というアプローチの試みを提案している。次章から、独占的状態の規制という純粋構造規制のアプローチを定めた独占禁止法の実体規定である第二条第七項と第八条の四の法解釈と適用を検討する。

（未完）

（1）鈴木加人「排除措置命令の内容と限界」日本経済法学会編『経済法講座三　独禁法の理論と展開（二）』二七七頁（三省堂、二〇〇二）（以下、鈴木「排除措置の限界」という）。

（2）平林英勝「私的独占の排除の効果があるとし、排除措置命令を取り消す審決を取り消した判決―JASRAC事件」ジュリ一四六六号二五三頁（二〇一四）。

（3）審決で整理された各争点の検討は、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」商学討究六五巻四号（二〇一五）一九九－二一二頁（以下、姜「音楽著作権管理政策」という）（http://hdl.handle.net/10252/5430）、姜連甲「音楽著作権管理事業における純粋構造規制（一）―独占禁止法第二条第七項と第八条の四の適用可能性―」商学討究第六六

巻一号（二〇一五）二四九－二五一頁（http://hdl.handle.net/10252/5475）を参照されたい。

（4）審判では「原処分の内容は、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」の点は争点となっているが、JASRACは「本件排除措置命令は、放送等利用割合を反映した放送等使用料の徴収方法をとるように命ずるが、これだけでは、内容が余りにも抽象的であり、被審人が採用すべき方法が特定されていないこと……被審人のみで履行できるものではないこと」と主張していた。

（5）「放送分野における包括徴収方式（ブランケット契約）導入の経緯」（http://www.jasrac.or.jp/release/pdf/12061503.pdf、二〇一六年五月二〇日最終閲覧）。

一九三四年五月一日（昭和九年）	旧著作権法の一部改正：レコードを用いた放送につき権利制限規定（三〇条一項八号）を新設→レコードを用いた放送には著作権が及ばないこととなった。
一九四〇年二月二九日（昭和一五年）	内務大臣が当協会の使用料規程を認可
一九四〇年三月一日（昭和一五年）	当協会業務開始：放送事業者から生演奏により放送した楽曲の報告を受け、これに基づき曲別に使用料を算定（曲別徴収）
一九五六年九月（昭和三一年）	CISACハンブルグ決議：各国の著作権管理団体で構成するCISAC（著作権協会国際連合）の総会で、放送使用料等につき事業者の収入に百分率を乗じて計算する方式を採用するよう加盟団体に促す規定などを含むCISAC憲章を決議
一九六〇年七月（昭和三五年）	当協会からNHK及び民放連に対して申入れ：→使用料に関する次期改定協議の際には、包括許諾・包括徴収方式（ブランケット契約）の導入を目指す。
一九七一年一月一日（昭和四六年）	現行著作権法施行（旧著作権法の全部改正） →レコードを用いた放送にも著作権が及ぶこととなる。 →対象曲目の飛躍的増加により、曲別徴収が事実上不可能となる。 →包括徴収の導入については放送事業者との間で合意するが、使用料率を巡る協議が難航 →当面は暫定的に合意した定額使用料とし、料率の交渉を継続（暫定使用料は、一九七一年度分から一九七七年度分まで継続）

	使用料規程の一部変更認可	
一九七九年三月二六日（昭和五四年）	↓文化庁の裁定を経て放送事業者との使用料率に関する協議がまとまり、使用料規程の一部変更が認可される。 ↓現在と同じ方式（所定の控除をした後の放送事業収入に使用料率を乗じて使用料を算定する方式）の包括徴収が始まる（一九七八年度分から）。	
	これ以降、NHK又は民放連との間で六度にわたり改定協議（使用料率、控除の範囲等に関する協議）を行い、二〇〇一年から現行使用料規程実施	

（6）「放送事業者からの音楽著作物の利用状況についての報告方法を変更することが必要であるが、これは被審人のみで履行できるものではないこと、そのような報告方法を実施するためのシステムの構築には多大な時間と費用を要するものであってその履行が不能あるいは著しく困難であることからすると、本件排除措置命令は違法である。」（審判審決平成二四年六月一二日）。

（7）排除措置命令の内容設計が熟するまで、積極的に規制を行うインセンティブが足りないとされている主務官庁に働きかけ、問題解消措置を促すのも、試みるべきアプローチだったであろう。本稿（一）の第二章第三節で述べたように、もし文化庁が放送局側の意見や意向を積極的に汲み上げ、放送使用料の問題処理に乗り出していれば、「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……選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組み」は、独占禁止法の事件になる前に改められることができたのではないかと考えられる。競争的管理政策を実現する上で、公正取引委員会と文化庁はそれぞれ異なる役割を果たせるため、官庁間の垣根を越えて連携した取組みが求められる。

（8）判決で最高裁は「経済合理性の観点から上記のような放送使用料の追加負担が生じない参加人の管理楽曲を選択することとなるものということができ、これによ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ものということができる」と判示した。

（9）白石忠志「JASRAC審決取消訴訟東京高裁判決の検討［平成二五・一一・一］」NBL1015号一七頁（二〇一二）。

（10）仮に放送用楽曲が一〇万か二〇万あれば、サンプリング調査とはいえ割合を計算できるかもしれない（勿論、楽曲を数

百万保有するJASRACとの格差やサンプリング調査の精度を考えると、割合は算出できたとしても、正確な数値とは言いがたいであろう）。しかし、問題は実際には、審決の認定事実にもあるように、当時e-Licenseには放送用楽曲が三〇〇曲程度しかなかった。これでは、割合を正確に算出できるかを論じる以前に、果たしてサンプリング調査に引っかかるかどうかさえ、大いに疑問である。

（11）所謂「全曲報告」の正確度について、「全曲報告」を支える中核である「フィンガープリント」（電子指紋）という技術は精度上の問題点を指摘されており、「全曲報告」はできたとしても、誤差があることを認識しておく必要がある。ただ、技術精度の問題点はともかくとして、仮にすべての放送局において「全曲報告」が導入されていれば、楽曲情報に基づく各管理団体の楽曲割合の算出は理論上可能となる。

（12）総務省『平成二七年版情報通信白書』三五九頁（http://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h27/pdf/index.html、二〇一六年七月一九日最終閲覧）。

（13）JASRAC「二〇一四年度事業報告」（二〇一五）七頁。

（14）JASRAC「二〇一三年度JASRAC事業の概要」（二〇一四）七頁。

（15）JASRAC「二〇一二年度事業報告」（二〇一三）五頁。

（16）JASRAC「平成二三年度事業報告」（二〇一二）五頁。

（17）JASRAC「平成二二年度事業報告」（二〇一一）八頁。

（18）JASRAC「平成二一年度事業報告」（二〇一〇）九頁。

（19）JASRAC「平成二〇年度事業報告書」（二〇〇九）七頁。

（20）審決の事実認定によると、「民放連に加盟するFMラジオ局の数は五三社で、民間放送事業者一九四社の二七．三パーセントにすぎず」であった。

（21）その折に、e-Licenseが三〇〇曲程度の放送用楽曲をもって新規参入し、JASRACに「分け前」を求めたのが立件当時の背景であった。他方でJASRACも、e-Licenseからの要求に、排除の意図をもって応じようとしなかったとまでは言えないようである（勿論、排除の意図がなくても排除行為は成立しうる）。審決と高裁判決の事実認定によれば、「民放連は、イーライセンスの説明が余りにも楽観的なものであったため、関係者を訪問して調査した。その結果、被審人は、イーラ

イセンスの参入によって被審人の管理楽曲が大幅に変動しないのであれば、放送等使用料を減額する意向はないこと、……インタラクティブ配信分野では、各管理事業者の管理楽曲数の比率である『品揃え比率』により使用料を算定し、被審人に減額措置を実施してもらったことがあるものの、むしろ品揃え比率の算出作業の負担が大きいことが判明したため、減額措置は1回実施されただけであること等が判明した。」。この認定事実から、JASRACが専ら「分け前」（減額措置）に応じたくないがために応じようとしなかったというよりも、むしろ、e-Licenseの参入によって自己の管理楽曲の割合が大幅に変動しないうえ、正確な楽曲割合の算出が困難で、逆にe-Licenseに配分する使用料を上回るほどの業務コストを強いられることから、応じる意向を示さなかったという側面が窺える。

（22）JASRACによる公式発表「放送分野での音楽の利用割合算出方法に関し放送事業者等と合意」二〇一五年九月一八日。

（23）姜「音楽著作権管理政策」二一二－二一四頁。

（24）鈴木「排除措置の限界」二七七頁。

（25）同前二七九頁。

（26）今村成和ほか編『注解　経済法（上巻）』（和田建夫）三四七頁（青林書院、昭　一九八五）（以下、今村ほか編『注解（上）』という）。

（27）同前三四九頁。

（28）今村ほか編『注解（上）』四二－四三頁（根岸哲）。

（29）実方謙二著『寡占体制と独禁法』一二五－一二六頁（有斐閣、一九八三）（以下、実方『寡占と独禁法』という）。丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』一三二頁（北海道大学図書刊行会、一九七六）（以下、丹宗『構造規制の法理』という）。

（30）今村成和『独占禁止法（新版）』（有斐閣、一九七八）三〇七－三〇八頁（以下、今村『独禁法（新）』という）。

（31）同前三〇九頁。

（32）丹宗『構造規制の法理』一三二頁。

（33）植村幸也「JASRAC公取委審決「取消し」判決の影響―排除措置命令は市場参入を促進するか―」ビジネス法務一四巻二号七二－七三頁（二〇一四）。

（34）このような現状を十分に認識し私的独占の規制効果を補うためにも、公正取引委員会が主務官庁との連携をより重視すべきと考えられる。

独占禁止法を適用するほかには、文化庁に更に対応措置を促すのも一つの方策であった。主務官庁（及び事業法）の強みは、それぞれの事業にあった規制を行うことができること、専門知識が蓄積されていること、これら事業に課されているさまざまな要請をまとめて考慮し調整できることと考えられる。例えば、排除措置としては適用しにくい措置を命じたり、私的独占に該当するかしないかの認定しがたい問題行為に対処したりすることができる（他方で本稿の冒頭で述べたように、文化庁においてはJASRACの独占状態に対する方策を講じようとするインセンティブが働きにくいので、文化庁の行動を促すために公正取引委員会等からの働きかけは大切である）。それにもかかわらず、公正取引委員会が他の主務官庁との連携が不十分の問題点は以前のNTT東日本FTTH事件の時も露呈していた。

例えば、NTT東日本FTTH事件（審H一九・三・二六、最H二二・一二・七民集第六四巻八号二〇六七頁）では、私的独占の排除行為として勧告が行われる前に（平成一五年一二月）、総務省が既に電気通信事業法に基づき行政指導指導（平成一五年九月）を行っていたが、公正取引委員会はそれを知りながら、同年一二月に勧告に踏み切ることに果たして必要性があったか大いに疑問である。なぜなら、総務省による行政指導を受けて翌年の四月頃には問題となった行為が完全になくなっていたからである。他方で、本件においてNTT東日本が公正取引委員会の処分を回避するために、自ら進んで総務省に行政指導させたというような背景もあったようだが、このような背景は公正取引委員会が、行政指導があったことを知りながらも、勧告に踏み切った事実にはなんら影響を及ぼすものではない。むしろ、NTT東日本から主務官庁への行政指導要請があったならば、主務官庁介入のもとでは問題の早期解決の可能性が高まるので、かえって公正取引委員会は主務官庁の役割発揮に委ねるべきだったのではないか。

公正取引委員会からの勧告に不満を覚えたNTT東日本の反発を受けた公正取引委員会が、審判そして裁判に応じざるをえなくなったという展開となった。結局、膨大な行政コストをかけたにもかかわらず、排除措置命令すら出せずに、単に「やっぱりNTTがわるかった」という宣言的な結論を得ただけであった。仮に最初から、総務省との連携を緊密できていれば、同件が迅速に解決されただけでなく、同件の訴訟に費やされていた行政資源がもっと実益のある活動に活用できたと思われる。

また、既述のJASRAC事件においても、放送事業者の利用楽曲の全曲・電子的報告化を進めてきた結果、より正確な情報に基づいて曲目を確認することができるようになったため、JASRACは既に放送局や新規事業者との間で文化庁立会いのもと、放送分野における管理楽曲の利用割合を反映した使用料算出方法について合意しており、同合意に基づく使用料算出も既に始まっている。そのため、訴訟に長い歳月が費やされていたにもかかわらず、仮に私的独占の排除行為が成立したとしても、東日本FTTH事件のように、格別の排除措置を命じえないという可能性が大きくなったのではないかと考えられる。

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

(35) 和久井理子「エッセンシャル・ファシリティの理論と実務」公正取引六〇七号二六頁（二〇〇一）（以下、和久井「エッセンシャル・ファシリティ」という）。

(36) MCI Communications v. AT&T CO., 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

(37) 飯田浩隆「米国における不可欠施設理論の現在」NBL八二一号三七頁（二〇〇五）。細田孝一「『不可欠施設』へのアクセス拒否とドイツ競争制限禁止法」『公正取引』五八九号二六頁（一九九九）（以下、細田「不可欠施設」という）。川原勝美「不可欠施設の法理の独占禁止法上の意義について―米国法・EC法及びドイツ法を手がかりとして」一橋法学四巻二号六六九頁、六七七頁（二〇〇五）（以下、川原「不可欠施設の法理の意義」）。白石忠志『技術と競争の法的構造』八八頁（有斐閣、一九九四）（以下、白石『技術と競争の法的構造』という）。

(38) 白石『技術と競争の法的構造』八五－八六頁。

(39) 川濵昇「不可欠設備にかかる独占・寡占規制について」ジュリスト一二七〇号六〇頁（二〇〇四）（以下、川濵「不可欠設備」という）。松下満雄「『不可欠施設』（essential facilities）に関する米最高裁判決」国際商事法務三二巻二号一四七頁（二〇〇四）（以下、松下「米最高裁判決」という）。岸井大太郎「電力改革と独占禁止法―託送と『不可欠施設（エッセンシャル・ファシリティ）』の法理」公益事業研究五二巻二号二〇頁（二〇〇〇）（以下、岸井「電力改革と独禁法」という）。問題とされる拒絶には、利用の遅延や利用条件の差別のほか、利用の利用料金・条件それ自体が合理的でない場合も含ま

れる。また、欧州委員会でも「自己のサービスより不利な条件でアクセスを認め、それによって競争者に競争上の不利益を与えることは、八二条に違反する」としている。泉水文雄「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ理論とその運用」公正取引六三七号三三頁（二〇〇三）。

（40）和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討（一）」民商一二一巻六号八四一頁（二〇〇〇）（以下、和久井「単独拒絶規制（一）」という）。川濵「不可欠設備」六三頁。

（41）和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二八頁。和久井「単独拒絶規制（一）」八四〇頁。和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討（二・完）」民商一二三巻一号九八頁（二〇〇〇）（以下、和久井「単独拒絶規制（二・完）」という）。松下「米最高裁判決」一四六頁・一四九頁。丸山真弘「不可欠施設の法理を巡る問題点」電力経済研究五二号四六頁（二〇〇四）（以下、丸山「不可欠施設の法理」という）。中村民雄「EU法の最前線（68）不可欠設備の利用拒否と支配的地位の濫用―IMS事件」貿易と関税五三巻六三三号七〇頁（二〇〇五）。

（42）（和久井・前掲注）「（二・完）」八五－八七頁・九三頁・一〇四頁。白石忠志「独占寡占規制見直し報告書について」NBL七七六号四七－四八頁（二〇〇四）参照（以下、白石「報告書」という）。

（43）和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二七頁。和久井「単独拒絶規制（二・完）」一〇四頁。泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三四・三七頁。

（44）川濵「不可欠設備」六一頁。

（45）根岸哲『エッセンシャルファシリティ』の理論とEU競争法」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』三〇三頁（三省堂、一九九九）。（以下、「根岸「エッセンシャルファシリティ」という）。川原「不可欠施設の法理の意義」六八六－六九五頁参照。

（46）藤原淳一郎「EC電気市場統合論序説」法学政治学論究：法律・政治・社会九号一頁（一九九一）。藤原淳一郎「EC電気市場統合への一考察」法学政治学論究：法律・政治・社会一四号一、七頁（一九九二）。藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受（一）」法学研究七四巻二号二頁（二〇〇一）（以下、藤原「欧州の承継」（一）」という）。

（47）藤原淳一郎「欧州におけるエッセンシャル・ファシリティ論の継受（二・完）」『法学研究』七四巻三号五五頁（二〇〇一）。ただし、EFI の存在に言及した事件は条約八二条でも難なく解決できたものなので、果たしてEFI 法理が「決め手」となっ

たか、それとも単に「説得の術」として用いられたかについて、評価の分かれるところである。同前五九頁。

(48) 田中裕明「市場支配力の濫用と規制」日本経済法学会年報四二号一七六頁（一九九九）以降参照。藤原「欧州の継受（一）」三頁。細田「不可欠施設」二五頁以降参照。

(49) 柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（一）」香川法学二二巻六九号九三頁（二〇〇二）（以下、柴田「不可欠施設（一）」）。

(50) 同前九四頁。

(51) 同前一一六－一一七頁。

(52) 柴田潤子「不可欠施設へのアクセス拒否と市場支配的地位の濫用行為（四・完）」香川法学二九巻八七号二一一頁（二〇〇九）（以下、柴田「不可欠施設（四・完）」という）。

(53) 柴田「不可欠施設（一）」一一六－一一七頁。柴田「不可欠施設（四・完）」二一一頁。

(54) 独占禁止法研究会「第二部　独占・寡占規制の見直し」独占禁止法研究会報告書四四頁（二〇〇三）（以下、公取委「独占・寡占規制の見直し」という）。

(55) 詳細な解説は白石「報告書」四七頁を参照されたい。

(56) 同前。

(57) 中村民雄「EU 条約八二条の支配的地位の濫用禁止と不可欠設備の利用拒否」中村民雄＝須網隆夫『EU 法基本判例集』三二八－三二九頁（日本評論社、二〇〇七）。IMS 事件について、IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG (2004) ECR I-5039。佐藤佳邦「IMS Health 事件欧州司法裁判所判決」公正取引六五八号六〇頁（二〇〇五年）。

(58) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三四頁。EU 条約八二条の事件処理について、根岸「エッセンシャル・ファシリティ」三〇六－三一五頁参照。

(59) 泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三六頁。

(60) サービスや原材料はここに言うインフラには含まれない。柴田「不可欠施設（一）」一〇七頁。

(61) 川濱「不可欠設備」六〇頁。

(62) 施設を「資源」とし、物理的施設に限定せず、知的財産権のライセンスも含まれうることを示唆する判決はあったものの、

EF 法理射程の拡大に慎重な見解が少なくないという。関連して次の文献を参考されたい。泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三二頁・三四頁。藤原「欧州の継受（一）」一五頁。松下「米最高裁判決」一四七－一四九頁。Herbert Hovenkamp 著（荒井弘毅ほか訳）『米国競争政策の展望―実務上の問題点と改革の手引き』三五頁（商事法務、二〇一〇）。Robert Pitofsky 著（宮田由紀夫ほか訳）『アメリカ反トラス法政策論―シカゴ学派をめぐる論争―』一六頁（晃洋書房、二〇一〇）。

(63) 公取委「独占・寡占規制の見直し」四一、五一頁。解説について、川濵「不可欠設備」六四頁、白石「報告書」四八頁、松下「米最高裁判決」一四三、一四七頁等を参照。

(64) 松下「米最高裁判決」一四八頁。岸井「電力改革と独禁法」二四頁。

(65) 例えば、EF の定義について、①電力・ガス等公益事業分野における不可欠施設といっても、電力とガスでは不可欠性の程度に差があり、また技術標準分野においては公益事業分野における EF とは大きく異なる。EF の定義次第で三条及び一九条の解釈に影響する懸念があることから、もっと定義付けを行うべきとか、②EF と認定されれば必ず規制されるといった制度にするよりは EF と認定したもののうち、規制する EF と規制しない EF を峻別すべきとか、③EF の定義において「競争を実質的に制限する」などの要件を入れるべき等の意見が出された（公正取引委員会の報道発表資料：『公正取引委員会：独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会（第三回）議事概要』（二〇〇三年九月八日）、同第四回議事概要（二〇〇三年九月三〇日）。

また、事業法との関係について、④事業法に従っていても、競争の確保の観点からは独占禁止法が執行されることもあり得るとすべきというような意見の反面、⑤事業法に従っていたのに独占禁止法上違反に問われることは容認できない。独占禁止法上措置を講じる前に法令の齟齬について公正取引委員会と事業所管官庁とが事前に調整すべきであるといった意見もあった（参考資料は同前）。なお、紹介論文として丸山「不可欠施設の法理」四八頁。

(66)「独占・寡占規制の見直し」報告書を読むと解るように、新規定で講じられる「必要な措置」というキーワードが、報告書の全体に亘って目立っている。「必要な措置」の詳細については踏み込んだ説明はなかったものの、私的独占や不公正な取引方法では講じられない措置を新たに設ける意図が見て取れる。

(67) これによって、EF の保有事業者には、単に競争に悪影響を及ぼす行動を慎むという消極的な義務だけではなく、率先

して競争を促進しなければならないという積極的な法的義務も課すことになるため、この意味において現行法の私的独占規制の性質とはやや異なる一面を持つようになりそうである。

(68) 公取委「独占・寡占の見直し」四五－四六頁。

(69) 白石「報告書」五〇頁。

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

(71) 今村成和『独占禁止法入門（第三版）』一五－一六頁（有斐閣、一九九二）。今村『独禁法（新）』六四頁。

(72) 川濵昇「『競争の実質的制限』と市場支配力」正田彬古稀『独占禁止法と競争政策の理論と展開』一二六－一二七頁（三省堂、一九九九）（以下、川濵「競争の実質的制限」という）。江口典「私的独占の禁止に関する解釈論と立法論」須網隆夫ほか編著『政府規制と経済法―規制改革時代の独禁法と事業法』二三四頁（日本評論社、二〇〇六）。

(73) 例えば、川濵教授等はこの閉鎖型市場支配説の論理について、市場支配力の分析を行わずに排除だけで競争の実質的制限を認定するのに不十分として、批判的な立場である。川濵「競争の実質的制限」一二六－一二七頁。併せて、金井貴嗣ほか編『独占禁止法（第三版）』一七六頁（弘文堂、平成二二年）も参照。

また、白石教授も著書の中で他者排除事案に関する違法性判断学説の一つとして、他者排除重視という学説を検討している。この他者排除重視説は被排除者の競争への参加機会を奪われたことそれ自体を捉えて違法性の判断要件とし、「競争変数が左右され得る状態」をもたらされることまでは必要としないので、内容的には今村教授の「閉鎖型市場支配説」とは共通しているものである。白石教授は他者排除で違法性を判断すると、排除者の過度保護の問題に繋がるだけでなく、排除（取引拒絶）される競争者はあるが、残った事業者だけでも十分な競争が行われているというケースに直面したときの難点を指摘している。白石『独禁法』七一－七四頁。白石忠志「続・インターネットをめぐる法律問題―Essential Facility理論―インターネットと競争政策」ジュリ一七二号七〇頁・七二頁（二〇〇〇）。

(74) 報告書にもあるように「その性質上、競争を実質的に制限する蓋然性が高いことから、公正な競争を阻害するおそれがあることは行為の性質上明白であると考えられる」。即ち、私的独占のレベルでも原則違法だから、不公正な取引方法のレベルでも原則違法という理解はむしろ当然のことであろう。

（75）和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二六頁。

（76）『公正取引委員会：独占禁止法研究会独占・寡占規制見直し検討部会（第三回）議事概要』（平成二〇〇三年九月八日）、同第四回議事概要（二〇〇三年九月三〇日）、同第五回議事概要（二〇〇三年一〇月一四日）。

（77）泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三六頁。

（78）奥野ほか『交通政策の経済学』一一二－一一三頁。

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

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

（81）白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法―『技術と競争の法的構造』その後―」知的財産研究所編『二一世紀における知的財産の展望』二三八－二三九頁（雄松堂、二〇〇〇）（以下、「白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』」という）。

（82）Bronner v. Mediaprint [1998] E.C.R. I -7791。この事件の詳細な解説について、根岸「エッセンシャルファシリティ」三一三－三一五頁参照。併せて泉水「エッセンシャル・ファシリティ」三五頁も参照。

（83）この事件はオーストリアの地方日刊紙のOscar Bronner（以下、「OB社」という）が、全国的戸別配達ネットワークを有するMediaprint（以下、「M社」）に対して当該ネットワークの利用を求めたが、拒絶された事案である。オーストリアの国内裁判所が欧州司法裁判所に先決判決を求めた。争点は、日刊紙市場の非常に大きなシェアを有し、かつ唯一の全国的戸別配達ネットワークを保有する新聞社が、配達部数が少ないため、一社又は他社と共同して独自の個別配達システム

を創設・運営することができない競争紙に対して、適切な料金での当該配達ネットワークへのアクセスを拒絶したのは、（当時の）EU一条約八六条に違反し市場支配的地位の濫用を構成することになるかどうかであった。これについて、欧州裁判所は次のように判示した。

全国的戸別配達ネットワークの所有者が競争日刊紙による当該ネットワークの利用を拒絶することが、競争者から日刊紙の販売にとって不可欠と判断される配達の手段を奪ったかどうかということを根拠として、濫用であるかどうかを判断することになる。判断の重要ポイントとしては、当該戸別配達ネットワークサービスの拒絶が当該サービスを要求した競争者側の日刊紙市場におけるすべての競争を排除し、かつ、当該拒絶が客観的に正当化されえないだけでなく、当該戸別配達に対する現実の又は潜在的な代替手段が存在しないことから、当該サービス自体がその競争者の事業の遂行に不可欠であることが必要である。

本件では、郵便及び販売店やキオスクでの販売を通じて日刊紙を配達する他の手段が不利ではあるが、既に一部の日刊紙の配達に利用されていることは事実である。更に、他の日刊紙と共同で全国的な戸別配達ネットワークを構築しそれを自らの日刊紙の配達に利用することは不可能ではない。このような理由で、欧州裁判所は本件の配達ネットワークがEFに該当しないという判断を示したのである。

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

（85）仮に参入事業者はJASRACのような全国規模の管理ネットワークを一度構築したとしても、多くのレコード会社が保有していた販売ネットワークのように結局膨大なコストをかけて長期的に維持することはできず、縮小せざるをえないというリスクに直視しなければならない。それもJASRACの競争者にとっては見えざる参入障壁であろう。レコード会社の販売ネットワークの変遷について、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス実践編（4th Edition）』一四九頁（リットーミュージック、二〇一一）（以下、安藤『実践編』という）参照。

（86）白石『知的財産権のライセンス拒絶と独禁法』二三九頁。

（87）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。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（二〇〇八年の「独占的状態の定義規定のうち事業分野に関する考え方について」（以下、「独占的状態ガイドライン」という）の改定時に公表された「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」（別紙一）。二〇一二年の独占的状態ガイドライン改定時に公表された「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」（別紙一））。

（88）和久井「エッセンシャル・ファシリティ」二六頁。

（89）「正当な理由」の一つ。公取委「独占・寡占規制の見直し」五一頁参照。

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

（91）例えば、各地にある実店舗の作品利用は九九％がJASRACの管理作品といっても過言ではないので、本来店内で曲等が流れているかどうかを調査するだけで使用料を徴収するかどうかを判断できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か一％の利用確率を調査するのにどの店舗でも長時間の調査を強いられることになる。また、使用料を契約どおりに支払っている店舗に対しては本来新たに調査する必要がなく、そこから節約できた調査資源を未確認店舗の調査に利用できたのに、新規事業者の委託作品も管理することになると、僅か一％の利用確率を調査するのに、今まで調査済みの店舗をすべて、最初から調査し直さなければならない。右記のような状況は競争回復どころか、むしろ調査資源の浪費の副作用のほうが深刻と思われる。

（92）田中辰雄ほか「ネットワーク外部性とスイッチングコストの経済分析」CPRC 報告書八五頁（二〇〇五年一一月）（https://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0605.pdf、二〇一六年七月一九日最終閲覧）。

（93）今村ほか編『注解（上）』三九五頁〔丹宗昭信〕。今村『独禁法（新）』三一八頁。実方『寡占と独禁法』一二〇頁。