



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「独占的状态の規制」に関する音楽著作権管理事業における再検討（３）：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(4), 219-291
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63738
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no4_04.pdf



「独占的状态の規制」に関する

音楽著作権管理事業における再検討（三）

—— 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 音楽著作権管理事業の特性
 - 第一款 ネットワーク効果
 - 第二款 ロックイン効果
 - 第三款 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 隠れた論点
 - 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

(以上六七卷二号)

第二款 ㊦ 法理が導入されなかった理由

第三款 ㊦ の該当性に関す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

第四節 独占状態の規制

小括

第四章 「独占的状态」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立

第一節 第二条第七項の条文構成

第一款 国内総供給価額要件

第二款 市場構造要件

第三款 新規参入困難要件

第四款 市場弊害要件

第二節 国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の成立

第一款 市場構造要件の検討

第二款 国内総供給価額要件の検討

第三節 新規参入の困難性要件（第二号）の成立

第一款 第二号の法解釈の現代化

第二款 要件の成立

第四節 市場弊害要件（第三号）の成立

第一款 適用における問題点

第二款 純粹構造規制の立法背景と趣旨

第三款 三号の立法趣旨と立法過程における文面の変遷

第四款 立法前後の有力学説

第五款 第三号の法解釈の現代化

（以上六七卷三号）

第六款 独占禁止法体系との整合性

第七款 条文の立法趣旨が重視された裁判例

第八款 第三号要件の成立

小括

資料編

【資料一】 独占的状态規制による有力事業者の意識や行動への影響

【資料二】 実際にあつた狂乱物価に関する身近な事例

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）

第四章 「独占的状态」規定（独占禁止法第二条第七項）の成立

独占的状态の規制は独占禁止法第八条の四を根拠規定としている。同条は、「独占的状态があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、事業の一部の譲渡その他当該商品又は役務について競争を回復させるために必要な措置を命ずることができる」と定めている。八条の四の発動対象となる「独占的状态」は独占禁止法第二条第七項に定義されている。

他方で、第二条第七項三号が非常に当て嵌めにくい条文となっているため、実際に独占的状态と認定し、第八条の四が適用された事業分野は一つもなかった。独占的状态の規制の今までの法的役割は、第二条第七項の柱書と一号に該当するおそれのある事業分野を、「独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について」（以下、「独占的状态

ガイドライン」という）へのリストアップにより、独占・寡占事業者による自主規制を間接的に促すに止まっていたとされている^①。しかし独占的状态規制の存在自体は寡占事業者の意識や事業行動に大きな影響を及ぼしてきたことは事実であり過小評価されるべきではない。とはいえ、独占又は寡占状態にある事業分野の競争回復という制度が本来果たすべき役割とは程遠いのが現状である。

このように、音楽著作権管理事業分野で第八条の四の適用を検討するにあたって、同事業分野が「独占的状态」にあるかを明らかにしておく必要がある。そこで、本章では第二条第七項の立法背景や過程を考察し^②、現代における第二条第七項の法解釈（以下、「法解釈の現代化」という）という視点から、同事業分野における独占的状态の成立を検討することとする。

第一節 第二条第七項の条文構成

独占的状态の成立要件を定めているのは独占禁止法第二条第七項である。同項は、①国内総供給価額要件（柱書。市場規模要件とも呼ばれる）、②市場構造要件（第一号。事業分野占拠率要件とも呼ばれる）、③新規参入の困難性要件（第二号。参入障壁要件とも呼ばれる）、④市場弊害要件（第三号。市場行動要件又は市場成果要件とも呼ばれる）によって構成されている。

第一款 国内総供給価額要件

第二条第七項の柱書は、独占的狀態が成立するための前提条件として、「同種の商品（当該同種の商品に係る通常の事業活動の施設又は態様に重要な変更を加えることなく供給することができる商品を含む。）（以下この項において「一定の商品」という。）並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたもの（輸出されたものを除く。）の価額（当該商品に直接課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）又は国内において供給された同種の役務の価額（当該役務の提供を受ける者に当該役務に関して課される租税の額に相当する額を控除した額とする。）の政令で定める最近の一年間における合計額が千億円を超える場合における当該一定の商品又は役務に係る一定の事業分野」であることを定めている。

「役務」に関する独占的狀態の成立は、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」に係る「一定の事業分野」が対象となる。「同種の役務」の「同種」とは、学説では同質性を認められる役務が「同種」と解釈されている⁽⁴⁾（なお、「一定の役務」は「一定の商品」の場合とは異なっており、同種の役務や施設共通役務というような区分がない⁽⁵⁾）。

他方で、「役務」に関する国内総供給価額も「一定の役務」に係る年間総供給価額が一〇〇〇億円以上の規模を持った事業分野に限定されている（「役務」の場合と異なって「商品」の場合においては、独占的狀態の成立は「一定の商品（同種の商品及び施設共通商品）」によって構成される「一定の事業分野」が対象となっているにもかかわらず、国内総供給価額の範囲は「一定の商品」に類似商品の価額をも加えた構成となっている⁽⁵⁾）。一〇〇〇億円という規模は、「経済事情が変化して国内における生産業者の出荷の状況及び卸売物価に著しい変動が生じたときは、これらの事情を考慮して、前項の金額につき政令で別段の定めをするもの」とされている（第二条第八項）。現行の金額は立法時の法定額五〇〇億円を改正し引き上げられた金額である。

本稿で検討している音楽著作権管理事業は管理役務であるため、「同種の役務」によって構成される「一定の役務」

という概念を前提に議論が展開されることとなる（言い換えると、実質上「同種の役務」の概念を前提に議論が展開されるということもできる）。

第二款 市場構造要件

第二条第七項第一号は「当該一年間において、一の事業者の事業分野占拠率（当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品で国内において供給されたものを除く。）又は国内において供給された当該役務の数量（数量によることが適当でない場合にあっては、これらの価額とする。以下この号において同じ。）のうち当該事業者が供給した当該一定の商品並びにこれとその機能及び効用が著しく類似している他の商品又は役務の数量の占める割合をいう。以下この号において同じ。）が二分の一を超え、又は二の事業者のそれぞれの事業分野占拠率の合計が四分の三を超えていること」を市場構造要件として定めている。

「数量」を基準としていることには時期や取引段階による価格変動の影響を回避できる等の理由があるとされているが、役務の場合は役務の性格から数量で算定できないケースが多いため、価格で算定するケースが多いとされている⁶。（独占的状态の定義規定のうち事業分野に関する考え方について（平成二六年）」（以下、「独占的状态ガイドライン」という）。

市場構造要件の成立との関係において、JASRACの事業分野占拠率が五〇%を超えるか又は首位のJASRACと二位事業者の事業分野占拠率の合計が七五%を超えるかが争点となる。

第三款 新規参入の困難性要件

新規参入の困難性要件について第二条第七項第二号は「他の事業者が当該事業分野に属する事業を新たに営むことを著しく困難にする事情があること」と定めている。

同要件について通説的な見解は、第二条第七項第一号の「上位一社又は二社による高度の市場占拠率が継続しているという事実が、何よりも雄弁に右『事情』の存在を物語るといつてよく、この規定をもって、それ以外に特段の要件を掲げたものとみるべきではない」として、市場構造要件（第一号）の成立をもつて新規参入の困難性要件の成立を推認⁽⁷⁾解釈するという立場である。このような解釈は近年の解釈本でも援用されている⁽⁸⁾。

第四款 市場弊害要件

第二条第七項第三号の内容について、同項の柱書では「次に掲げる……市場における弊害があること」という文言を用いられているため、本稿では「市場弊害要件」と呼ぶこととする。

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

右記の条文から理解できるように、第三号の柱書は価格の下方硬直化現象に関する記述であり、(イ)は過大な利益率、(ロ)は過大な販売費・一般管理費に関する記述である。

まず、価格の下方硬直化の現象は「相当の期間」、「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」に照らして判断されるとされている。「相当の期間」とは通説的見解では三年ないし五年と解釈されている。「需給の変動及びその供給に要する費用の変動」について、両要因に照らして総合的に判断するのは建前となっているが、常に両要因と価格の変動とを結び付けて判断することを要求するのは公正取引委員会に困難な作業を強いることになるため、「需給の変動を中心に判断すれば足りると解すべき」という見解が有力である⁽⁹⁾。

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

(イ)による過大な利益率とは、当該事業者の属する政令で定める業種(独占禁止法施行令第二条⁽¹⁰⁾)における標準的な政令で定める種類の利益率(独占禁止法施行令第三条⁽¹¹⁾)を著しく超える率とされている。「著しく超える率」とは右記施行令第三条で定められている二種類の利益率がともに高いことを意味し、五〇%程度以上を上回ると「著しく」と言える⁽¹²⁾とされている。過大な利益率のほかに、(イ)の過大な販売費・一般管理費も条文中に盛り込んだのは、立法当時の産業組織論の研究では、独占・寡占事業者が超過利潤を販売費及び一般管理費に転化させる傾向が確認されたため(そうなる⁽¹³⁾と、(イ)の該当性を免れる)、(ロ)の規定によりそれを防ぐ役割があるからである。即ち、(ロ)が(イ)の予備的判断要素といえる⁽¹⁴⁾ことができる。

次節では、音楽著作権管理事業に対するこれらの要件の適用可能性を論ずる。

第二節 国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の成立

国内総供給価額要件（柱書）と市場構造要件（第一号）の該当性においてはいずれも音楽著作権管理事業という一定の事業分野の画定が問題となる。それは「同種の役務」の範囲をどのように考えるべきなのかということに尽きる。論点は二つである。即ち、「同種の役務」の画定方法と同種の役務の「価額」の算定である。

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

第一款 市場構造要件の検討

（一）「同種の役務」の画定

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

これについて公正取引委員会は、支分権（利用形態）ごとではなく、すべての支分権（利用形態）に対する音楽著作権管理業という一つにまとめて「同種の役務」の範囲と画定すべきという考え方を、次のように明確に示している。⁽¹⁵⁾

「同種の役務」は「機能及び効用」が同種の役務である。したがって、同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は「同種の役務」の画定にあたって問題とならない。音楽著作権管理は、著作権者からみれば、適法かつ簡易迅速な手続を通じて、多数の利用者からの使用料の分配を受けることを可能とするものであり、利用者からみれば、利用形態に応じ、音楽著作権に係る一の権利や複数の権利を適法かつ簡易迅速な手続を通じて、適正な使用料で音楽著作権を利用することを可能とするものである。このことが音楽著作権管理の機能であり、この適正な使用料で利用することが可能となることによりもたらされる満足、経済的効用が利用者にとつての効用であり、支分権によって異なるものではないと考える。⁽¹⁶⁾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。⁽¹⁷⁾

但し、右記の「同種の役務」による一定の事業分野の画定に関する公正取引委員会の考え方と、企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針で用いられている「効用等の同種性」による市場（商品の範囲）の画定に関する考え方とは異なっているように考えられる。「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（二〇一一）で市場（商品の範囲）の画定に用いられている「効用等の同種性」は用途や価格等の視点から商品間の具体的な代替性分析を通じて判断されることとなっている。これに対して音楽著作権管理事業の「同種の役務」による一定の事業分野の画定は「同一の需要者に代替的に供給されるかどうかという点は……問題とならない」というように、具体的な用途や価格の分析ではなく、適

正な料金で管理役務を利用できる満足といったような抽象的共通点をもって判断されることとなっている。

(二) 要件の成立

規制緩和から十数年経過した現在（二〇一五年時点）でも、音楽著作権管理事業（すべての管理支分権・利用形態の全体）におけるJASRACのシェアは九八%以上あり他社を圧倒している。またトップ三社のシェアは一〇〇%となっており、典型的な独占構造と言えることから、市場構造要件（第一号）が充たされていると考えられる。

第二款 国内総供給価額要件の検討

(一) 同種の役務の「価額」の算定

次に同種の役務の「価額」の算定について。音楽著作権管理事業分野は著作権者市場と利用者市場の双方で構成されている両面市場である。そのため、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするか、それとも管理事業者が著作権者側から徴収した管理手数料の額を右記の算定対象とすべきかが、重要な論点となる。これについて、管理事業者が利用者側から徴収した使用料の額を同種の役務の価額の算定対象とするという考え方を公正取引委員会は次のように明確に示している。

音楽著作権管理業においては、音楽著作権管理業者が著作権者から与えられた許諾権を利用者に与える見返りに使用料を徴収しており、当該音楽著作権管理業における国内総供給価額は、役務を受ける者（＝利用者）が許諾の対価として事業者（＝音楽著作権管理業者）に支払う額（＝著作物使用料）とするのが適当である。国内総供給価額の算出にあ

たつて、管理業者の内部的な会計処理は、考慮事項の対象とならない。⁽¹⁹⁾

（二）要件の成立

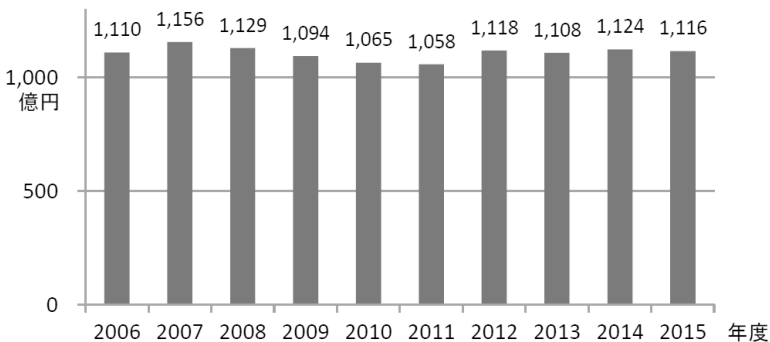
前述のように、JASRACの事業分野占拠率が九八%以上とされているため、JASRACによる使用料の徴収額を実質上、音楽著作権管理事業の国内総供給価額と見做すことができる。JASRACによる使用料徴収額は、二十年持続的に一〇〇億円を超えており、国内総供給価額要件が充たされている。

第三節 新規参入困難要件（第二号）の成立

第二条第七項の独占的状态に該当するためには、長期間に亘り国内総供給価額の規模が一〇〇億円以上、事業分野占拠率が九八%以上あつてもまだ十分で、このような市場構造がこれ以降も変化しにくいこと、即ち新規参入の困難性も要件とされている。

第一款 第二号の法解釈の現代化

既述のように、市場構造要件（第一号）の成立をもつて新規参入の困難性を



JASRAC の使用料徴収額全体の推移⁽²⁰⁾

推認するのが通説的見解である。これに沿って解釈すると、音楽著作権管理事業の状況は新規参入の困難性の要件を充たしていると考えられる。

他方で、経済産業が大きな変貌を遂げている今日において、このような推認解釈はできるとしても、該当する事業分野に一定の枠を嵌める必要があるであろうである。例えば、マイクロソフトの Windows はデスクトップ型パソコン向けの OS 市場をほぼ独占しているが、その独占状態が維持されているのは OS という商品のネットワーク効果とロックイン効果に深く関係すると思われる。高いネットワーク効果とロックイン効果で維持されている独占状態も新規参入の困難性の「事情」に該当するものであるが、同時にそれが OS 市場における競争の結果でもある。⁽²⁾言い換えると、Windows という商品はほかの OS よりもいち早く高いネットワーク効果とロックイン効果を発揮した結果、独占の状態へと結びついたという競争の過程（経緯）がある。仮にこのような競争プロセスの過程で生まれた「事情」も、規制対象の要件とされると、著しく事業者側の競争インセンティブが損なわれるおそれがある。

したがって、新規参入の困難性を示す「事情」について線引きを設けるべきと考えられる。即ち、需要者の自由選択による競争の取引の結果として参入障壁が生まれるケースがある一方、自由選択の競争プロセスを経ずに、参入障壁が人為的（公的）に創り出されたケースもあり、両者を区分しておくべきである。具体的に言うと、例えば、参入規制による公的独占のもとで築いた独占基盤を従来の公的独占事業者が受け継いだまま民営化を迎えたため、規制緩和にもかかわらず新規参入が著しく困難な状況に置かれているというように、特殊な歴史的経緯を持つ事業分野に限定して第二号の「事情」を解釈したほうがより説得力が高いと考えられる。

線引きを設ける解釈方法はなぜ一号の市場構造要件に用いていないかというと、公的独占等の歴史的経緯から独占的市場構造が形成されたとしても、規制緩和により独占的構造でも競争的構造へと変化してしまうケースが実際にあるの

で、独占的市場構造そのものよりもむしろ規制緩和にもかかわらず、その構造を長期的に維持・強化させている二号事情の存在理由を問題視するほうが合理的と考えられるからである。

公的保護を受けていた事業者と競争の中で成長してきた事業者を区別して対応するという考え方は現代の競争政策においても用いられている。例えば羽田国際線の発着枠の問題において国土交通省が、JALの見直し要求を認めず、ANAに枠を多く配分した理由について、次のように回答している。「航空政策の基本的考え方に立ち……健全な競争環境が確保されることが極めて重要であるとの観点から……公的支援によって、航空会社間の競争環境が不適切に歪められることがあってはならない……公的支援等の結果、現状、他の航空会社との間において大きな体力差が生じてきており、これによって、我が国航空会社間における競争環境に不適切な歪みが生じつつあるものと認識している」⁽²²⁾。

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

第二款 要件の成立

通説的見解のように市場構造要件（第一号）の成立をもつて、新規参入の困難性を推認した上で、更に限定解釈しても、音楽著作権管理事業の状況がそれに該当すると考えられる。

同事業分野において「事業を新たに営むことを著しく困難にする事情」をもたらしている根本的原因是にJASRACが受け継いだ公的独占時代の独占基盤にある。具体的に言うところ、JASRACだけが保有している全国規模の管理ネットワーク、九八%以上の管理楽曲数、社会に浸透している知名度や影響力、圧倒的な管理事業力（経験やノウハウ等）、更に

巨大な著作権管理プラットフォームであるゆえに備え持っている高いネットワーク効果やロックイン効果等、何れも二号の要件に該当する「事情」と考えられる。

また、法的独占や公的保護といった歴史的経緯のほかに、企業合併の審査における実務判断上の不手際による独占障壁の形成等⁽²³⁾、限定的に解釈される二号の「事情」に該当しうると考えられる。

第四節 市場弊害要件（第三号）の成立

第一款 適用における問題点

独占的状态の規制は一九七七年の法改正により導入されたものである。この制度の持つ純粹構造規制の手法は、立法作業の期間中賛否両論に曝された。このような立法経緯から、市場弊害要件とも呼ばれる第三号の文面は、制度導入のための一種の妥協の産物と言える側面がある。

独占的状态の規制が純粹構造規制とされながらも、構造要件に止まらず、市場弊害要件も設けられた背景には、立法当時におけるハーバード学派のSCPパラダイムの浸透⁽²⁴⁾及び一九七〇年代の米国や英国で立て続けに行われていた企業分割の立法動向の影響があったと考えられる。そのため、同項第三号における価格の下方硬直化や過大な利益率等を独占・寡占的な市場構造によってもたらされる市場行動及び市場成果に関する記述として理解することができる。また、SCPパラダイムや諸外国の企業分割立法の動向が日本の独占禁止法の改正に大きな影響を与えることができた最も大きな原因は後述のように、立法当時の日本国内において狂乱物価や管理価格が横行していたにもかかわらず、行為規制だけでは

公正取引委員会にはなすすべもないという旧独占禁止法の限界性が浮き彫りになっていたからである。

他方でしかし、価格の下方硬直化や過大な利益率等の要素は、純粹構造規制を発動する際の補助的考慮材料とするならまだしも、直接に第三号の文面に盛り込まれたために、現代における条文の適用に大きな支障も来している。

立法から三〇年以上経った当今では、倫理観や企業観だけでなく、産業組織論も大きく変貌して（参入障壁さえなければいずれ競争者が現れるというような認識さえあり）、高い利益率を追求するための高い価格設定が企業体の目的・自由・原動力という認識は既に日本社会全体に浸透している。特に音楽著作権管理事業の場合において、JASRACによる管理役務と新規管理事業者による管理役務の両者を比較しても、必ずしも管理品質（レベル）が同質とは見做されないで、良い役務には高い価格を設定し高い利益率を得るのはむしろ当然という考え方も成り立つ。

他方で、立法当時では、（公的独占事業を除いて）役務供給事業者による独占状態も、両面市場という取引構造も、意識されていなかったと思われる。⁽²⁶⁾音楽著作権管理事業における価格の変動を考察するには、権利者側の市場のほかに、利用者側の市場も併せて考察するとともに、それぞれ代替関係にない独立している支分権の提供と需要もすべて把握しなければならない。⁽²⁷⁾例えば、管理楽曲の商業用レコード需要が縮小しても、コンサートやネット音楽配信の需要が増えることがあるため、伝統的な製造業と比べると、音楽作品利用全体の「需給の変動」を捉えることは非常に難しいと思われる。機械的に立法当初の解釈で三号をあてはめようとすれば、その妥当性と現実の意味について懐疑の念を抱かざるをえない。

このように現代において第三号を実際に適用するためには、同号の文面が生まれた立法背景と立法過程を考察し、果たして本来の立法趣旨（意図）が過大な利益率等第三号文面の内容を弊害そのものとして見做しているのか、それとも同号の文面よりも更に深層にある何らかの弊害を規制しようとしているのか、という問題の答えを先に明らかにしてお

く必要がある。その上で、本来の立法趣旨を踏まえて、法律意思説（客観的解釈とも呼ばれる⁽²⁸⁾）の観点から、現代に適応する法解釈（法解釈の現代化）を試みる⁽²⁹⁾こととする。

第二款 純粹構造規制の立法背景と趣旨

（一）狂乱物価

高度経済成長以降の不況と円対策のための田中内閣の積極政策——所謂日本列島改造計画——がもたらした過剰流動性の中で、中東戦争や原油制限（OPECの石油値上げ）による石油不足に触発されて、日本国内では諸物価が高騰するという経済的混乱が生じた。このような経済状況を背景として、買占め・売惜しみといった商社等の投機的行為が、更に諸物価を狂騰させた（商社等による暴利の搾取⁽²⁹⁾）。これは、昭和四〇年代の「狂乱物価の時期」と呼ばれるものであった。⁽³⁰⁾「狂乱物価」と呼ばれたのは、昭和四八年（一九七三年）の卸売物価の上昇率が異常に高い（年率二九％）現象に対して、福田赳夫大蔵大臣（当時）が「生活物資の価格までが相場化し、物価は狂乱の様相を呈した」という発言から、この名前が付いたと言われている。⁽³¹⁾狂乱物価は昭和四〇年代に出来上がった寡占市場構造において、価格支配力を持った大企業が投機的行為によってモノ不足を醸成し、値上げを誘発し、高い利益を貪るといった市場支配力を濫用した大企業の略奪行為により惹起⁽³²⁾された側面があったため、大企業に対する国民の強い不信と反発をもたらしたとされている。⁽³²⁾しかし一方では、私的独占やカルテルを禁止する独占禁止法は、狂乱物価に対しては施す術もなかった。

（二）管理価格

所謂管理価格の問題は、前述のような流れの中で主に狂乱物価との関連で取り上げられた。公正取引委員会は生産性向上の著しい大企業がその生産向上の成果を消費者に還元させないことが物価上昇の重要な要因とし、昭和三八年頃から価格の下方硬直化に対する実態調査の強化に動き出した。⁽³³⁾

管理価格の定義について独占禁止法懇話会は次のように説明している。「市場が寡占状態にあることを原因として生ずる需要やコストの変動に対して下方硬直的な価格で、カルテルによる価格操作や、政府による価格支持制度等を伴わないもの」である。⁽³⁴⁾ 実態調査を通じて公正取引委員会が「一般的に集中度の高い類型においては価格は硬直的であり、逆に集中度の低い類型においては、価格は変動的である旨の結論を得ている」ことから、ほとんどの寡占産業に見られ特に市場構造が独占に近ければ近いほど現れてくる⁽³⁵⁾ことが、管理価格の傾向とされた。⁽³⁶⁾このような傾向にある管理価格は、大きく二つの特徴が捉えられた。

一つ目の特徴は「値上げは必ずモデルチェンジによる新製品の価格を従来品の価格よりも高く定めるという形で行われ」⁽³⁷⁾「価格決定の仕方には、コスト＋目標利潤の確保の姿勢が強く見られることである」⁽³⁸⁾。二つ目の特徴は同調的値上げである。⁽³⁹⁾

市場構造の集中度と管理価格の関係について公正取引委員会は次のような調査結果を公表した。⁽⁴⁰⁾

昭和四四年一月の公表内容

「ア 集中度が非常に高く、企業数が極めて少なく、しかもトップ企業とそれ以外の企業との格差の大きい高度寡占のもの、価格変動が最も硬直的であり、集中度が低下するにつれ、或いは企業間格差が小さくなるのに応じて、価格変動は弾力的となる。特に集中度が低く、企業数が極めて多く、企業間格差の小さいものは、価格変動は最も伸縮的である。

イ 集中度が安定的なものは、価格ほぼ上昇の一途を辿っている。……トップ企業の地位が確固としているため、

所謂協調性が強い結果によると見られる。また、集中度が低下する傾向にあるものは、価格の低下傾向が著しい。これは、成長率が高いため、新規参入と設備投資が活発であったことによると見られる」。

昭和五〇年九月の公表内容

「三社集中度七〇%以上の高度寡占品目では、昭和四六年不況に比べ、昭和五〇年不況では硬直品目比率が上昇しており、七〇%未満グループと明確な相違を示している。高度寡占品目の中でも、首位の集中度が高く、企業間格差が存在するものほど硬直品目比率が高い……。」

右記から理解できるように、事業者数が少なく集中度が高いという市場構造によつて競争機能が有効に働かなくなり、それが原因となつて価格が下方硬直的となつていとされて⁽⁴¹⁾いる。

(三) 立法の議論と趣旨

経済的混乱の中で、企業の集中化という方向は、国際競争力強化の主張等を伴つて急速に進展した。しかし、独占・寡占体制の確立は、経済社会における競争秩序の維持という原則に対して、様々な問題を提起することになり、力が少数企業の手に集中するといふ非競争的な市場が多く現出するといふ結果にも繋がつたとされている。⁽⁴²⁾そこから生まれた喫緊な課題が管理価格の規制であつた。

昭和四二年一二月の物価問題懇話会の提言をはじめ、経済社会発展計画（昭和四二年三月）、国民生活白書（昭和四三年度）、経済白書（昭和四三年度以降）、物価安定政策会議の提言（昭和四五年四月）及び新経済社会発展計画（昭和四五年五月）において、次々と管理価格を規制する重要性が指摘された。⁽⁴³⁾要旨は次のとおりである。

①物価対策の一環として、生産性向上の成果を価格の引き下げに適正に反映させ、国民経済全体に還元することが必要であるが、寡占化の進行に伴い競争条件が十分でなくなると、所謂管理価格が形成される状態が生じ、その還元が行われにくくなること。

②管理価格が形成される状態においては、賃金その他のコストの上昇が容易に価格に転化されること。「価格引き下げなどを通じて生産性向上の成果が国民経済全般に配分されることが重要」である。

他方で「管理価格の規制について、現行独占禁止法では共同謀議が三条違反の構成要件となっているので、一定の取引分野における競争が実質的に制限されている場合であっても規制できないことがある」ことは共通した認識であつた。⁽⁴⁴⁾

管理価格でも規制できるように考え出されたのは純粹構造規制の立法という構想であつた。独占禁止法懇話会において昭和四四年二月から五年間も要して実に一八回にわたって検討が行われた結果、多数意見は次のとおりである。

「管理価格対策として政府が価格規制を行ったり、上位企業にハンディを課すという方法はこのましくなく、また、国有化も非能率であるとすれば、有効な方法としては企業分割しかなく、適当な機会に旧第八条に相当する規定を復活すべき」である。⁽⁴⁵⁾

他方で、国民からも独占禁止法の強力な発動を要請する声が高まつた。純粹構造規制の導入が議論された背景には、管理価格をカルテルと私的独占として規制することは困難であり、「管理価格は、企業が寡占の状態にあるという市場構造そのものが原因である。そうだとすれば、競争を促進しようとする独禁法は、当然、寡占の状態そのものに手を入

れなければならない。それが企業分割の問題である」という共通した認識があつた。⁽⁴⁶⁾

それに応えるように、昭和四八年末、独占禁止法研究会（会長金沢良雄教授）が公正取引委員会委員長の私的諮問機関として発足し、独占禁止法の改正事項についての検討を始めた。⁽⁴⁷⁾そして、同年一月二一日に、参議院物価等対策特別委員会における「国民生活安定緊急措置法案」に対する付帯決議」の中に、「政府は現在の物価高騰に対処し、独占禁止法の適正な運用に一層努めるとともに、公正取引委員会に寡占企業に対する分割命令及び価格カルテル排除にあたつての価格引下げ命令等の権限をもたせうような方向で独占禁止法の改正問題に早急に着手すること」という内容が盛り込まれた。⁽⁴⁸⁾これが純粹構造規制（のちの「独占的状态の規制」）の立法主旨を示す決議であつた。

更に、独占禁止法研究会は昭和四九年七月二六日、中間報告の形で独占禁止法の改正についての提言を行つた。その際、金沢会長は記者会見で企業分割規定について検討中とする旨を明らかにした。提言はのちの法改正の方向性を示す枠組みになり、公正取引委員会の提案の基礎にもなつたのである。⁽⁴⁹⁾

第三款 三号の立法趣旨と立法過程における文面の変遷

前述の「狂乱物価」「管理価格」と呼ばれる物価問題に対し、法的規制を求める消費者運動が純粹構造規制の立法を推し進める原動力となつたと言える。当時の物価問題には「市場支配力―特に価格支配力をもつた大企業が投機的行為によつてモノ不足を醸成し、値上げを誘発し、高利益を貪るといった……側面があつたため、大企業に対する国民の強い不信と反発を招」⁽⁵⁰⁾き、価格高騰や大企業に対する規制を求める全国規模の消費者運動が展開されていた。「……利潤追求のためにはあらゆることをするという企業の本質的なこと……消費者の立場と、企業が利潤を追求しようという立

場とは、相容れないもので……大企業ほど仮面をかぶって」というのが昭和四〇年頃から五〇年代の当時における消費者の実感であったと言われている。⁽⁵¹⁾ 消費者側にとって、大企業に支配管理されているような価格設定が市場における弊害そのものとして認識されていた。

そのような国民世論を汲むかのように、国会においても「物価は狂乱高騰し続け、国民生活はまさにパニック状態……物価狂騰により家計支出は急増し、所得の格差は増々開くなど、悪性インフレによる弊害は社会のいたるところに露呈している」というような指摘がされるようになり、高騰した価格を「弊害」という表現を用いて論議する場面が現れ始めた。⁽⁵²⁾ 「価格引き下げなどを通じて生産性向上の成果が国民経済全般に配分されることが重要」ということは物価問題に対する一つの共通認識となった。⁽⁵³⁾

次では、改正試案、政府素案、第一次政府案、五党修正案、第三次政府案という原案内容の変遷順に沿って、立法過程における第二条第七項三号の文面の変遷を考察することとする。

（一）改正試案

一九七四年九月一日に公正取引委員会は改正試案を正式に発表した。試案によると、独占的狀態の規制（当時は企業分割という表現であった）とは「他の方法によつては競争を回復させることが極めて困難な場合に命ずる措置」である「独占的狀態は、①一社又は二社の市場占拠率が著しく高いこと、②競争が実質的に抑圧されていること、③新規参入を著しく困難にしていることの三つの基準から判断することになる」とされていた。

右記②「競争が実質的に抑圧されていること」こそ現行法第二条第七項第三号の原形であり、同号の立法趣旨を示すものである（また、右記①は第一号、右記③は第二号の原形であることも明らかである）。「競争が実質的に抑圧されて

いること」が独占的狀態の構成要件とされたのは、「競争が実質的に抑圧されていること」こそ独占的狀態の弊害であると考えられていたからである（他方で、「新規参入を著しく困難にしていること」は前記の弊害が市場の自然治癒機能によって解消されがたい要因といふことができる）。この点に関して当時の国会審議において、公正取引委員会は次のような答弁を行っている。

「……独占の弊害を規制するということは独禁法本来の目的で」⁽⁵⁴⁾「独占的ないろいろな弊害が生ずる場合……これは排除しなければならぬ……企業が独占に近いような状態になって事実上競争が行なわれておらぬ、実質的にはないというふうなときには、これはこの状態を排除しなければならぬということ……」「一社に生産力なり供給力が集中する、そうしてそれが圧倒的な力を持った場合には、そういう一種の独占状態がもたらす弊害というものは……結局競争がない場合でございます……」「……すべての競争の面において、その競争が実質的にはないんだと、競争したくても全然競争にならない。一方の圧倒的な力で押え込まれておって、ほんとうの意味での競争がないんだ」⁽⁵⁵⁾。

この答弁から理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」⁽⁵⁶⁾ことこそが独占的狀態の弊害として考えられていた。他方で、公正取引委員会は「競争が実質的に抑圧されていること」の具体的判断は「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等によつて判断される」と考えていた。⁽⁵⁷⁾

価格形成や独占利潤等が考慮材料とされた背景には、価格の弊害の規制を強く求める社会世論や消費者運動が大きく関係していたと思われる。当時は「企業はわるい」「物価の統制を強化しろ、あるいは利潤を統制しろ、そういう声が国民の中」⁽⁵⁸⁾にあった。一方で、「消費者団体の中には独禁法というものを、イコール値下げ立法だと考える向きが多かつ

た。……独禁法が直接的に値下げに役立つ法律であるという通念があった。⁽⁵⁹⁾。そのため、消費者団体は、公正取引委員会の改正試案が発表され「国会に提出するところから国会とか政党にも働きかけなど」「国会議員に消費者の声を反映させ……国会議員一人一人に意見を聞いて回ったり」して⁽⁶⁰⁾いた。立法を推し進める原動力とも言える消費者運動と社会世論にとって、最も関心度の高い物価設定や利潤率を真つ先に考慮材料に列記しなければならないという情勢があった――また、既述のようにちょうど同時期にSCPパラダイムの浸透や米英における企業分割立法の動向もあった――からと考えられる。⁽⁶¹⁾

ただ、何を考慮材料にするかはともあれ、需給関係を反映しない作為的な価格形成（即ち、価格の下方硬直化）や独占利潤（即ち、過大な利潤率）は、立法初期の原案段階から「競争制限に基づく弊害」ということは学者有志の共通認識であった。⁽⁶²⁾このことはのちに公表された政府素案の条文からも窺える。

(二) 政府素案

一九七五年三月五日に作成・公表された政府素案は「独占的状態」を次のように定めていた。独占的状態とは、次の事項に該当する場合とする。⁽⁶³⁾

ア（略）

イ（略）

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

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

また、この時期の国会審理では次のような答弁がなされていた。

「……独占的市場支配力の弊害を排除することは、独占禁止政策の最も重要な課題の一つであり……企業分割の目的は、有効な競争を回復するためであります」⁽⁶⁴⁾、「高度の寡占とか独占的状态というものが、本来の意味の公正にして自由な競争の阻害要因として働いているためにそういう現象が認められる……。……競争が抑圧―抑圧と申しますのは、事実上行われないという意味……もう競争が行われないような状態になっている。これを独占的状态と私どもは呼んでいます」⁽⁶⁵⁾等。

右記政府素案の内容と国会答弁からも理解できるように、「競争が実質的に抑圧されている」ことこそが、独占的状态の弊害とされており、三号本来の立法趣旨である。

他方で、三号から「競争が実質的に抑圧されている」という文言が省かれ、現行法の文面に変更されたのは、右記の政府素案を基本に四月一四日に閣議決定された第一次政府案の時からである⁽⁶⁶⁾（第一次政府案の三号文面がのちに、ほぼそのまま現行法第二条第七項三号の内容となっている。）。

（三）第一次政府案

第一次政府案において文面は次のように変更された⁽⁶⁷⁾。

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

イ 当該事業者の属する業種における標準的な政令で定める種類の利益率を著しく超える率の利益を得ていること。
ロ 当該事業者の属する事業分野における事業者の標準的な販売費及び一般管理費に比し著しく過大と認められる販売費及び一般管理費を支出していること。」

しかし興味深いことに、第一次政府案が国会に上程された後、新設された事前手続（主務大臣との複数回に亘る事前協議）に対しては法律学者からの批判があつたが、第二条第七項に関しては文面上の変更があつたにもかかわらず、学者からの批判はなかつた。⁽⁶⁸⁾ また、野党側が問題視していたのも、第二条第七項における文面の変更ではなく、第八条の四の発動の制約になりうる主務大臣との事前手続であつた。⁽⁶⁹⁾

第一次政府案が文面変更にもかかわらずそれほど批判されていなかった大きな理由は、文面上の変更はあつても立法趣旨と骨組みが政府素案とは変わっていないというように考えられていたためと思われる。このことを裏付けるように、当時の国会審理では文面の変更に関する質問に対して、公正取引委員会と政府は次のような答弁を行った。「……独占的な状態が現実には弊害をもたらすような場合、競争を完全に抑圧すること」⁽⁷⁰⁾ 「これらの要件……は、独占的状态に対する措置の性格から来るもので……競争の抑圧による弊害が現実には生じている独占的状态に対し……営業の一部の譲渡等の措置を命ずる」⁽⁷¹⁾。

右記の国会答弁から理解できるように、第一次政府案の第二条第七項についても、文面上の変更があつたとはいえ、

改正試案の立法趣旨に沿うものとされている。即ち、独占的狀態の「弊害」とは「競争が実質的に抑圧されている」ととされおり、過大な利潤率等はいくまでも「競争が実質的に抑圧されている」ことによるものであり、「競争が実質的に抑圧されている」を判断するための考慮材料として理解されていた。

(四) 五党修正案

既述した多重的事前手続きに対する学者や野党側の要望を取り入れ、のちに可決されたのは所謂五党修正案（一九七五年六月二四日）であった。五党修正案における独占的狀態の規制に関する主な改正点は、主務大臣との協議手続の削除であつた。⁽⁷²⁾ 第二条第七項の文面は第一次政府案とはほぼ同様であるが、野党側だけでなく、経済・法律学者からも、「与野党一致の修正により衆議院で可決された改正案は、われわれの声明の基本的趣旨に合致するものであるとともに、先に独占禁止法・経済法専攻者が提案した政府案に対する四項の修正要求に答えており、独占禁止法の一步前進として高く評価」されていた。⁽⁷³⁾

右記の五党修正案に対する評価から、第三号は文面上に変更があつたとはいえ、公正取引委員会の改正試案と政府素案の立法趣旨と運用解釈をほぼ承継していると考えられる。他方で、独占的狀態規制の制定に直接繋がった原案は一九七七年四月一日第八〇回国会に上程された第三次政府案であつた。

(五) 第三次政府案

独占的狀態の規制は一九七六年に提出された第二次政府案では一度削除されていたが、消費者団体や野党側の強い要求により復活し、第三次政府として一九七七年四月一日、第八〇回国会に上程された。そのときの国会や社会情勢に

は幾つかの特徴があった。

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

特徴②…当時は第一次政府案と五党修正から既に二年ほど経過していて、その間に総選挙が行われ、総理大臣も議員も公正取引委員会委員長も変わっていたため、独占的状態の規制に対する立法担当者側や議員側による理解や答弁の整合性に変化が生じやすい環境であったといわざるをえない。例えば、第一次政府案までの立法過程や国会審理では、独占的状態は新規参入の困難を伴う「競争が実質的に抑圧されている」こととされおり、国会質問と答弁が行われる際の表現においては、弊害と弊害による徴表を使い分けていない場面もあったものの、「弊害」という本来の意味は一般的に理解されていたようである。しかし、それから二年後の第八〇回国会では条文の文面をただ鵜呑みにしているかのようになり、第二条第七項三号に記されている過大な利潤率等を（判断材料・徴表ではなく）弊害そのものとして議論する場面が見られるようになった。

特徴③…学界において、独占的状態の規制を過大な利潤率等に対する弊害規制とし、大企業側の自律経営を促す効果も期待できるという論調が現れ始めたのも第八〇回国会の頃であった。同時期に、過大な販売・一般管理費等を独立した要件であるかのように計算方法を分析する動きも見られた。⁷⁴

特徴④…大企業が企業分割を免れるために、シェアを下げたり多角経営を加速させたりする等、自主的防衛行動が目

立った。前記の変化は間接的に過大な利益率や販売費等が弊害そのものという認識の既成事実化に拍車をかけることになったと思われる。

右記の国会や社会情勢はさておき、第三次政府案は、「第七十五回国会の衆議院において全会一致で修正可決された法案を基礎」(五党修正案)としつつも、主務大臣との事前手続きが再び加えられたため、実際には「第一次政府案の考え方を踏襲するものとされ」ている⁽⁷⁶⁾。また、第二条第七項の文面における大きな変更は、「次の各号に掲げる市場構造及び市場における弊害があること」という文言が加えられたのである⁽⁷⁷⁾。この第三次政府案は国会審議を経て同年の五月二十七日に正式な改正法として成立した。

同法案の審議において、第三号が価格設定や利益率等に対する弊害規制となるのではないかということは大きな論点であったが、公正取引委員会、政府及び立法に参加した学者から明確な答弁があり、その要点は次のとおりである。

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

答弁 政府委員(大橋宗夫)…「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけでありますから先生御指摘のとおりでございます」⁽⁷⁸⁾。

ほかの答弁要点は次のとおりである。

「……抑止力の点ですが、企業分割制度をつくると……利潤統制、価格統制につながるおそれがあるというようなお考えもあるようにも思います。ここで弊害規制と言っておりますのは、弊害があること自体をつかまえて、それを是正しろという形で考えるのではなくて、ただ一定の市場構造がどのような害悪をもたらしているかということを判断する資料として、弊害があるかどうかという一つの材料にする、こういうことであります」⁽⁷⁹⁾、「独占的状態の定義に該当すれば、通常はそういう場合には有効な競争が行われていない場合が多いと考えられますけれども……実際上は真に有効な競争が行われているというふうに認められます場合にはその実情は当然考慮されなければならぬ」⁽⁸⁰⁾、「この『市場における弊害』というの……一応三号要件というのが『市場における弊害』を具体的にあらわしている」⁽⁸¹⁾、「……自由経済にとって何が一番大事か……価格が市場で決まるというのが自由経済の本質でございます。……独占禁止法のねらいというものも、自由競争を促進して、市場で価格が決まるようにしていくところにある……そういう方向で政策といいますか、立案したわけでございます」⁽⁸²⁾「第三号の要件は競争抑圧による弊害をあらわしているわけであります」⁽⁸³⁾。

他方で、本来、規制の対象となる大企業側でさえ、市場の弊害は競争が有効に機能していないことに求められるべきとする意見を表明していた⁽⁸³⁾。

第四款 立法前後の有力学説

独占的状態の本質と第三号の法解釈について、立法趣旨を一貫して反映する学説解釈を幾つか紹介しておきたい。例

えば、立法当初から根岸哲教授は第三号を充たした独占的狀態を「かなり長期にわたって競争制限的狀態（典型的には管理価格）が確立維持されている」状態と解説し、管理価格（三号の文面にある価格の下方硬直や過大な利潤率等の発生）を典型的な一事例として解釈している。法案成立直前の論文でも、根岸教授は「独禁法は、市場支配が生ずれば望ましくない市場成果が生じ、市場支配を排除すれば望ましい市場成果が生ずるとの政策を前提にしたうえでその枠内においてのみ行わなければならないのであり、法の採用している立法政策そのものまで問題にする成果基準を違法性の判断基準とすることは許されないのである」と指摘している⁽⁸⁵⁾。

また金沢良雄教授も、立法当初から独占的狀態の弊害について「有効競争のない状態そのものにメスを入れようという考え方」、即ち「競争経済の維持・促進に重点を置くという考え方に徹すると、行為のあるなしは問題ではなく、『競争の実質的制限』そのもののありなしが問題とされなければならないことになる：『企業分割』の発想を支える考え方は、ここにある」と説明し、特に過大な利益率等が競争法上の弊害というよりもむしろ「当該事業者についての弊害」であり「競争の実質的制限」という本当の弊害を表す徴表にすぎないということを明らかにしている。立法後にも金沢教授はその解釈を一貫させている⁽⁸⁷⁾。

更に、今村成和教授は、独占的狀態に対する規制が一九六〇年代から一九七〇年にかけて横行していた管理価格を意識して導入された規制であることから、第三号の柱書を「寡占型市場構造において形成される管理価格の徴表を捉えたもの⁽⁸⁸⁾」とし、同号の（イ）と（ロ）を「市場において、競争が機能していないことの徴表」として説明している⁽⁸⁹⁾。

第五款 第三号の法解釈の現代化

前述のように、第三号の柱書も（イ）（ロ）もある種の徴表として考えられている。他方で価格競争さえ十分に機能していれば管理価格の現象が起りえないので、結局管理価格も競争機能の不完全によるものと言える。即ち、第三号の柱書も、（イ）（ロ）の条文と実質的に共通して共に「競争が機能していないことの徴表」を表しているとして解釈することができると考えられる。前述の立法経緯から理解できるように現行法第三号の文面は実質上、「競争が、実質的に抑圧されていること」という本来の法的趣旨を判断するために、公正取引委員会による改正試案の作成時に列挙されていた「需給関係を反映しない作為的な価格形成や独占利潤の存否等」といった考慮材料が具体化されたものとなっている。第三号を「競争が機能していないことの徴表」とする解釈は、このような立法の経緯や趣旨にも合致すると考えられる。

他方で、右記の「……存否等」という表現にあるように「競争が実質的に抑圧されている」か否かを判断することこそ重要であり、判断するための考慮材料を現行法第三号の文面（現行法第三号の文面に最も分かりやすい考慮材料が列挙されているが）に限定する法的合理性があるとは言いがたい。言い換えると、三号を例示規定として理解するほうが妥当と考えられる。

他方で、「競争が実質的に抑圧されていること」を如何に理解すべきかについて、前述した金沢教授の説明から示唆を得られる。独占的狀態規制の立法に関して金沢教授は、「行為のあるなしは問題ではなく、『……競争の実質的制限』そのもののありなしが問題とされなければならないということになる」と説明している⁽⁹¹⁾。また、宮坂富之助教授も「主要な実質は、いかなる構造的特質をもつ市場の状態が有効な競争を阻害するもの」と説明しており⁽⁹²⁾、根岸哲教授等は同様な立場を示している⁽⁹³⁾。このような説明を示唆に、「競争が実質的に抑圧されていること」を、私的独占（独占禁止法第二条第五項）等で定められている競争の実質的制限と同義的に解することができるのではないかと考えられる。

第六款 独占禁止法体系との整合性

「競争が実質的に抑圧されていること」を競争の実質的制限として理解すると、第三号は競争の実質的制限を定めた規定という解釈となる。このように解釈してはじめて、異質扱いされてきた独占的状态の規制と私的独占等行為規制との関係が整理され、独占禁止法体系全体の整合性が保たれるようになると考えられる。

具体的に言くと、第二条第七項第三号が本質的に競争の実質的制限を定めた条文であれば、独占的状态に対する純粹構造規制も私的独占等に対する行為規制も、競争の実質的制限に対処する法規定であるという根本においては相通じており、両者はただ構造的要素を捉えて規制を行うか行為的要素を捉えて規制を行うかの違いにすぎないといえることができる。

これに近いと思われる見解は、今村成和教授からも提起されたことがある。今村教授は「私的独占と独占的状态とは、共に、『独占』を対象とするものという点においては、本質的に異なるものではない」と指摘している。⁽⁹⁴⁾

しかし、注意すべきは、両者の根本における共通点を認めつつも、独占的状态は、私的独占等の行為規制を發動させるための競争の実質的制限よりも、更に高い程度の競争の実質的制限を意味すると捉えるべきであり、法解釈もこの結論に沿って行うべきということである。このことは立法の過程でも認識されていた。例えば独占禁止法懇談会による立法提言では「集中度が著しく高い寡占産業において独占的市場支配力が形成され、そのために著しい弊害が生じ」とあるように、「著しい」という高い程度が必要とされている。⁽⁹⁵⁾ 現行法第二条第七項の条文に照らして言うと、独占的状态が成立するためには、同項三号における競争の実質的制限だけでは足りず、同項柱書と一号では、競争の実質的制限を①経済規模が一〇〇〇億円以上で、②一社で五〇％以上・二社で七五％以上という極めて集中度の高い事業分野に限定

し、更に二号では、③その範囲を新規参入が全く期待できないほど閉鎖的な事業分野に限定している（他方で、公的独占等の歴史的経緯も考慮されるべきことは既述のとおりである）。このような多層的な限定条件により、競争の実質的制限という根本において相通じているとしても、私的独占等の場合よりも独占的狀態のほうがより高い程度の競争の実質的制限を意味しているということができる。同時に、独占的狀態に対する認定も、より慎重であるべきという結論にも繋がる。このような解釈方法は独占禁止法体系全体の整合性を保たせ、更に今日における独占規制の思想にも合致すると考えられる。⁽⁹⁶⁾

第七款 条文の立法趣旨が重視された裁判例

前述では立法の目的、経緯や体系的整合性（以下では、総合して「立法趣旨」という）の観点から、条文の文面にとられない第三号法解釈の現代化を試みた。他方で、条文の文面よりも立法趣旨を重視した判例が実際に存在している。本項では公法と私法のカテゴリーに分けて幾つか挙げておきたい。

（一）公法関係

（i）鳥獣保護法

鳥獣の保護及び狩猟の適正化に関する法律（以下、「鳥獣保護法」という）において狩猟鳥獣以外の鳥獣の捕獲が禁止されている。しかし、「捕獲」という法的要件の解釈を巡って争われていた歴史がある（そのため、大幅な改正を経た現行法の条文においては「捕獲」の法的意味が明確にされている）。

旧鳥獣保護法第一条の四第一項が「狩猟鳥獣以外の鳥獣は其の捕獲（殺傷を含む以下同じ）を為すことを得ず」こと

を定めており、同項で禁止されている「捕獲」という法的要件の該当性が争点となった裁判において、「被告人が発射した弾丸は二発とも狙った小鳥に命中せず該小鳥に実害を生ぜしめるに至らなかった」という経緯が「捕獲」に該当するかどうか問題となった。法的要件である「捕獲」の意味を、『禁止鳥獣を現実 に捕獲するか、若くは少なくとも同鳥獣を容易に捕捉しうる状態において同鳥獣が右状態においた者の実質的支配内に帰属するに至った』ことを意味する」と厳格に解釈した原判決に対し、高裁は「狭く解すべきではなく、……『鳥獣を実力支配内に入れたかどうかは問わない』ものと解釈すべきものである。仮に原判決の如き見解をとると……取締、検挙を著しく困難にし、鳥獣の保護蕃殖を図るべき法の目的を達成することができなくなる」と明らかなり「法律の目的、保護法益……等にかんがみ合理的又は合目的に解すべきものである。」「目的を実質的に阻害する……行為も本法にいう「捕獲」に該当するものと解すべきである。このように理解しない限り……鳥獣の保護蕃殖を図る本法の目的と全く相容れないこととなる……。」として、同法の立法趣旨を反映させる形で法解釈の変更を行った(福岡高判昭和四八年一月二十九日高刑第二六卷五号五七八頁)。

右記判示の解釈論法は本稿における独占禁止法第二條第七項三号の法解釈にも当てはまると考えられる。即ち、当該事業者が過大な利益率を得ているかどうか等、文面の内容に限定して三号を狭く解釈すべきではない。仮に現行法三号の法的意義がその文面にとらわれると、独占的状态の成立を著しく困難にし、法の目的を達成することができなくなることは明らかである。独占的状态の成立は独占禁止法の目的、保護法益等に鑑み合理的又は合目的に解釈すべきものである。三号を競争の実質的制限の存在を示す規定と解釈しないかぎり、独占的状态の規制は独占禁止法の規制体系及び同法の目的と全く相容れないこととなる。したがって、三号の法的意義を独占禁止法規制体系の整合性及び目的に照らして法解釈すべきと考えられる。

他方で、鳥獣保護法における「捕獲」要件の法解釈について、その後の複数の最高裁でも基本的に前述同様、立法趣

旨の達成を重視した法解釈が採られている。その中でも特に注目されたいのは、昭和五三年の銃を据えただけで（「捕獲」行為が行われなくても）違法とした判示である。旧鳥獣保護法第十五条が「爆発物、劇薬、毒薬、据銃又は危険なる罟若は陷阱を使用して鳥獣の捕獲を為すことを得ず」と定めており、同条文面から理解できるように、前段の「据銃……を使用して」と後段の「鳥獣の捕獲」がセットの違法要件であった。しかし、最高裁は同法第十五条の趣旨を「その手段において人畜に危険の及ぶおそれの高度な猟法を禁止したものである」ことを明らかにした上で、「被告人が本件据銃をしたこと自体によって同条違反の罪が成立する」と判示した（最三昭和五三年二月三日刑集第三二卷一号二三頁）。即ち、同条後段の「鳥獣の捕獲」という要件の成立如何を議論するまでもなく、「据銃をしたこと自体」だけでも同条を適用しうるという解釈を示したことができる。

右記の論法を独占禁止法第二条第七項三号に当てはめると、次のような法解釈を展開することも可能となる。第二条第七項三号の法的意義が競争の実質的制限の徴表を定めた点にあり、所謂「独占的狀態」（第七項全体）とは、本質的に高度な競争の実質的制限であるため、同項の柱書と一号、二号を総合して既に高度な競争の実質的制限が明白な場合においては、独占的狀態の成立には、三号の立証が必ずしも必要ではなくなるという解釈法もありうる（他方で、管理競争が著しく制限されていなければ、規制緩和後もJASRACが九八％シェアを維持してきたこと自体は考えられにくいであろう）。

（ii）刑法

過失往来危険に関する刑法第一二九条は「過失により、汽車、電車若しくは艦船の往來の危険を生じさせ、又は汽車若しくは電車を転覆させ、若しくは破壊し、若しくは艦船を転覆させ、沈没させ、若しくは破壊した者は、三十万円以

下の罰金に処する」と規定している。同条を文面に基づいて嚴格に適用しようとする、その適用範囲は「汽車、電車若しくは艦船」に関する危険に限られることとなる。ところが、ガソリンカーに対する同条の適用が争われた列車転覆破壊事件において、大審院は「規定ヲ設ケタル所以ノモノハ交通機関ニ依ル交通往来ノ安全ヲ維持スルカ為メ之力妨害ト為ルヘキ行為ヲ禁シ以テ危害ノ發生ヲ除外スル理由ナキノミナス右兩者ハ単ニ其ノ動力ノ種類ヲ異ニスル点ニ於イテ重ナル差異アルニ過キス」とし、立法趣旨を重視してガソリンカーにも同条を適用できると判示した（大判昭和十五年八月二二日刑集（大刑集）第一九卷五四〇頁）。

旧刑法三六六条は「人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盜ノ罪ト為シ」と規定していた。所謂「所有物」とは「もの」、即ち有体物とされて⁽⁹⁷⁾いて、有体物以外の窃盜に関して旧刑法では想定されていなかった。そのため、嚴格に有体物に限定して条文を適用すると、例えば無体物である電気は有体物の「所有物」には属しないという概念であるため、電気の窃取には同条を適用しえないこととなる。しかしその後、電流の奪取事件が実際に発生し、大審院は同条を適用するために、電流は有体物には該当しないが「可動性及ヒ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ヘキ物ト否ラサル物トヲ区別スル唯一ノ標準トナスヘキ」という、条文の文面に拘らない、新たな法解釈を提示した（大判明治三十六年五月二一日刑録第九輯八七四頁）。本件を受け、その後施行された刑法の第二四五条では「電気は、財物とみなす」という明確な規定が新設され、電気窃盜に対する立法的解決が図られた（他方でしかし、「電気は、財物とみなす」という条文についても、専ら電気のみに関する規定という見解がある一方、電気のみの特種な規定ではなく、「注意的な規定にすぎない」即ち例示的規定という見解もあり、解釈が分かれている（勿論、同条の解釈次第で犯罪の成立範囲が異なることになる⁽⁹⁸⁾））。

（二）私法関係

（i）利息制限法

他方で私法分野においても、条文の文面よりも立法趣旨を重視した実例がある。例えば、（旧）利息制限法の第一条第二項と第四条第二項は、債務者が法定の上限を超過した利息を任意に支払ったとき「その返還を請求することができない」と定めていたため、裁判所は従来、超過の利息を「債務者がそれを任意に支払ったときは、その後において、その契約の無効を主張し、既にした給付の返還を請求することができないものであることは、右各法条の各二項によって明らかであるばかりでなく、結果において返還を受けたと同一の経済的利益を生ずるような、残存元本への充当も許されない」というように、第一条第二項と第四条第二項を文面通りに厳格に適用していた（最大判昭和三七年六月一三日民集第一六巻七号一三四〇頁）。

ところが、その後、このような文理解釈が立法趣旨に反するとの声に動かされ、最高裁は「本法一条、四条の各二項は、債務者において超過部分を任意に支払ったときは、その返還を請求することができない旨規定しているが、それは、制限超過の利息、損害金を支払った債務者に対し裁判所がその返還につき積極的に助力を与えないとした趣旨と解する」「債務者が任意に支払った制限超過部分は残存元本に充当されるものと解することは、経済的弱者の地位にある債務者の保護を主たる目的とする本法の立法趣旨に合致する」として従来の文理解釈を変更した（最大判昭和三九年一月一八日民集第一八巻九号一八六八頁）（他方で、利息制限法においては目的規定が置かれておらず、経済的弱者の保護といった立法趣旨が条文に明記されているわけではない）。

それから四年後、（旧）利息制限法の第一条第二項と第四条第二項の解釈は更に大きく変更された。「利息制限法一条、四条の各二項は、債務者が同法所定の利率をこえて利息・損害金を任意に支払ったときは、その超過部分の返還を請求

することができない旨規定するが」「その制限超過部分を元本に充当すると、計算上元本が完済となったとき、……不当利得の返還を請求することができるものと解するのが相当である」(最大判昭和四三年一月一三日民集第二二卷一 二五二六頁)。この最高裁の解釈変更により、「超過部分を任意に支払ったときは……その返還を請求することができない」とする(旧)利息制限法の第一条第二項と第四条第二項の法的意味が事実上、否定されたため、結局同二項は平成一八年の法改正において削除された。

右記(旧)利息制限法の第一条第二項と第四条第二項に関する最高裁判示の変遷から理解できるように、社会の認識や要請の変化に伴い、既存条文の文面に依拠すると、立法趣旨の実現が困難となった場合には、法解釈による立法趣旨の反映が必要とされる場合がある。

(ii) 著作権法

著作権法第二条第一項六号は「レコード製作者」という概念を「レコードに固定されている音を最初に固定した者という」と定義している。しかし、このように字面どおりに当てはめると、おそらく「最初に固定した者」はエンジニア等、依頼を受けてスタジオで実際に製作作業を行う者に限られてしまうことになり、製作費用の出資者(レコード会社や音楽出版者等)が莫大な費用を負担したのに原盤権を取得できなかったり、又は製作費用の負担割合が原盤権の保有率に反映されなかったりするような弊害をもたらす。

そのため、裁判所は著作隣接権の享有にはいかなる方式の履行をも要しない(著作権法第八九条第五項)という観点から、「レコードに入っている音を初めて蓄音機用音盤、録音テープその他の物に固定した者、すなわち、レコードの原盤の制作者を指すものと解される」が、「物理的な録音行為の従事者ではなく、自己の計算と責任において録音する者、

通常は、原盤制作時における費用の負担者がこれに該当するといふべき」とする解釈を示している（東京地判平成一九年一月一九日判時二〇〇三号一一一頁）。

このように、条文の機械的な適用による弊害を防ぐためにも、権利者の保護という本来の立法趣旨を反映する法解釈は重要となってくる。

右記の検討から理解できるように、本稿の立法趣旨を反映する法解釈の試みは、ほかの法分野においても行われてきた作業であり、このような法解釈は合理的な範囲内で行われるものであれば、許容されるべきと考えられる。

そこで、第二条第七項三号が徴表の例示を通じて競争の実質的制限を捉える条文として解釈すべきという本稿の結論を踏まえ、次款では音楽著作権の管理競争が実質的に制限されている状態にあるかを検討することとする。

第八款 第三号要件の成立

第二条第七項三号を本質的に競争の実質的制限を表している例示規定とすれば、前述で既に検討したように同項第一号と第二号要件が既に充たされているため、競争が実質的に制限されている状態も実際に生じていることを説明できるとなると、音楽著作権管理事業分野における独占的状态が論理上成立することとなる。

競争の実質的制限とは「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができ、形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態をいう」とされている（東宝スバル事件、東京高判昭和二六年九月一九日高民集四卷一四号四九七頁）。同判示は最高裁によっても支持されている⁽⁹⁹⁾（「市場が有する競争機能を損なうこと

……事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される」多摩談合事件、平成二四年二月二〇日民集第六六巻二号七九六頁。

右記判示における「価格、品質、数量」は左右される対象の例示であり、現行法三号の内容が右記「価格」に関係していると考えられる。「その他各般の条件を左右する」という判示から理解できるように、価格以外の取引条件も支配される対象になりうるので、三号の文面を競争の実質的制限の徴表を表す例示規定と法解釈すれば、取引条件を含む「その他各般の条件」を自由に左右することも、徴表に含まれると考えられる。

他方で公正取引委員会の改正試案における三号本来の文脈も、競争の実質的制限を「作為的な価格形成や独占利潤の存否等」から判断するとされていたことから、「……等」の中に「各般の条件を左右する」ことも含まれると考えられ、上記判示と整合している。

音楽著作権管理事業における競争的管理政策とは、「多数の著作者から委託を受け著作権管理を行う団体……の活動は著作者の利益に大きな影響を与えることとなる。また、利用者にとっても当該団体は優越的な地位を有していることが多いので」⁽¹⁰⁾「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、⁽¹¹⁾「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」⁽¹²⁾ことである。

「著作権管理の方法」の選択も「著作権管理団体」の選択も結局のところ、右記判示における「その他各般の条件」の選択に繋がるので、実質的に「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択できる」かどうかを考察することにより、「その他各般の条件」が支配されているかどうかという徴表を捉えることができると考えられる。現状として、JASRACが九八%の楽曲を管理しており、全国各地で行われている社交場演奏やフィットネスクラブ等での楽曲利用のようにJASRACだけが管理できない支分権・利用形態が多く、各支分権・利用形態の管理能

力の面においてもJASRACが他社を圧倒しているため、音楽著作権の管理をすべて一つの管理団体に任せたい場合は実質的に「著作権管理団体」の選択肢はJASRACに限られてくる。したがって、音楽著作権管理事業分野における「その他各般の条件」について、JASRACがその意思で、「ある程度自由に」左右するというよりも、むしろその意思で、「自由に」左右することができる（それにより市場を支配している）と考えられる。

具体例を幾つか挙げておく。

（一）過去と将来の全楽曲管理

音楽著作者とJASRAC間の管理契約において原則として、著作者は、その有する全ての著作権及び将来取得する全ての著作権をJASRACに移転することになっている。⁽¹⁰⁾ある時期まで創作した楽曲をJASRACに、将来、創作した楽曲を新規管理事業者に委託するというような取引条件の選択ができない状況は結局、JASRACというプラットフォームによるロックイン効果の増強に繋がっている。このような管理方法（取引条件）は排他的条件付取引に該当するかどうか、更にJASRACのシェアを考えると、私的独占の「排除」行為に該当するかどうかは、一つの論点としてありうる。⁽¹¹⁾

（二）管理形態選択上の制約

「演奏権等」という大きな管理カテゴリーの管理条件を更に細分化すべきという要望が従来からある。なぜなら、例えばアーティストは自己の創作楽曲で大型のコンサートを開く場合において、所属のプロダクション等を通じて管理することも、或いはコンサートプロモーターズ協会（ACPC）のような既存のコンサート管理団体を通じて管理することも可能だからである。それにより多額の管理手数料（二〇一六年六月分配期から二〇一七年三月分配期までの管理手数料

料の実施料率は二五%と非常に高い)を引かれずに済むので収益が高くなる。

しかし、JASRACは自己管理しやすい項目(例えば全国の主要イベント会場で開催されるコンサート)と管理しにくい項目(例えば各地のフィットネスクラブでの楽曲使用)をすべて「演奏権等」という一つのカテゴリーにしており、権利者側の声に耳を傾けようとしないため、権利者側はJASRACが設定した取引条件を受けざるをえない⁽¹⁶⁾。

(三) 硬直化した管理方法

著作権管理事業分野が規制緩和され、競争的管理方式への政策転換が成されたのは、独占的管理体制のもとでは、著作権管理方法や条件の設定が著しく硬直化しており、加速する音楽の新たな利用形態やビジネスモデルの出現に対応できない状況が明らかになり、音楽著作権者の利益を十分に保障し、日本の音楽産業を持続的に発展させるためである。しかし、競争的方式への政策転換にもかかわらず、JASRACの独占状態が事実上続いているため、規制緩和以後も、音楽ビジネスの進化や多様化を妨げるような硬直化した管理方法は問題となっていた⁽¹⁶⁾。ここでは、委嘱作品の管理方法(使用料の免除)を例に紹介する。

広告代理店や音楽プロダクションが(JASRACに入会している)アーティストにCM音楽を依頼して創作された音楽作品は、委嘱作品としてCMに関わる一定範囲内の利用において著作権使用料の免除を受けられる。具体的に言うと、JASRACは二通りの免除措置を設けている。①当該CM音楽の放送権譲渡…「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物の放送権を、当該依頼者である広告主に譲渡する」、②当該CM音楽管理の留保又は制限…「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める⁽¹⁷⁾」。

しかし、右記①の放送権譲渡については同措置の適用を受けたCM音楽の放送権がJASACではなく、広告主に帰属することになるため、放送使用料を支払う必要がない反面、広告主以外の者（放送局やレコード会社等）が当該CM音楽を放送利用するには逐一広告主に許諾を求めなければならなくなり、逆にアーティストのプロモート活動の支障となる等の理由から、実際には同措置の適用を受けるCM楽曲はほとんどないのが実情とされている⁽¹⁰⁾。言い換えると、JASACが設けた前記措置の内、実際に利用されているのはほとんど②の当該CM音楽管理の留保又は制限のみである。しかし、それにも大きな制約を受けている。

「委託者が、依頼により広告目的のために著作する著作物について、当該依頼者である広告主に対し、その依頼目的として掲げられた一定の範囲の使用を認める」の「一定の範囲」は、コマースシャルの放送録音や放送等数種類のメディアに限られているため、例えば広告主のウェブサイト上でCM音楽を流したり、CM音楽を広告キャンペーンの一環（景品等）として顧客の携帯電話に送信したりする場合は著作権使用料の免除を受けることはできない。広告主の中にはアーティストに委嘱料を支払ったのに、CM音楽を無償で利用できる範囲が制限されていることに不満を持つ者が少なくない。また、これらの制限は、音楽著作権ビジネスの展開にとって、非常に重要なタイアップ企画を妨げることもなる。そのため、広告代理店や音プロはこのようなJASACの硬直的な免除条件を避けるため、JASACの非会員アーティストをできるだけ起用する傾向がある。その結果、CM音楽を中心に活動するアーティストがJASACに入会することを躊躇することになり、JASACが設けたこのような免除条件は果たして音楽産業の発展に資するものと言えるか大いに疑問である⁽¹¹⁾。

なお、既述のJASAC事件も元を正せば、JASACがタイアップを十分に対応できる管理方法を設けておらず、楽曲の利用自由を制限されていることに不満を有していたエイベックス・グループが、e-Licenseに一部の音楽著作権の

管理を委託したことに端を発したものであった。

タイアップやメディアが多様化している現代において、広告メディアによって使用料免除の条件と範囲に大きな制約をかけることができるのも、JASRACが「その意思は、……自由に……その他各般の条件を左右する」ことができるからと考えられる。

(四) 多重な費用条件

新規事業者よりも高い管理手数料を既に徴収しているのに、JASRACは信託契約申込金（著作者が二万七千円、音楽出版者が八万一千円）の支払いを管理契約締結の前提条件としている。また、権利者は会員となるためには（待遇が異なる）、更に入会金（著作者が二万五千円、音楽出版者が七万五千円）＋年会費（初年度会費は著作者が四千円、音楽出版者が二万円）を支払わなければならないという取引条件を呑まなければならない。しかし、「既に著作権使用料の徴収分配から手数料を取っているのに、何故文化事業のためと称して会費を徴収できるのかの理屈が通らない」という意見が実際にある^(四)。

(五) 使用条件の設定における支配力

右記は権利者側の視点からの事例であったが、次は楽曲の利用者側に焦点を当てる。

楽曲の使用条件（価格そのものだけでなく、使用形態や算定方法も含まれる）はJASRACが権利者側に代わって利用者側と協議するというプロセスを経て文化庁への届出という形で決定される（著作権等管理事業法第二三条は「利用者又はその団体からあらかじめ意見を聴取するように努めなければならない」と定めている）。しかし、実際には「こ

の義務は、著作権等管理事業者の努力義務にとどまることから、利用者又は利用者団体が到底合意できない内容の使用料規定でも、意見聴取の努力だけ行えば、使用料規定として届け出ることが可能となっている」、「利用者は恣意的に決められた使用料の条件を飲まざるを得ない状況になっていることは問題である」という声がある⁽¹⁹⁾。

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

（六）管理能力の面におけるJASRACが唯一の選択肢

右記では、それぞれ権利者側と利用者側の観点から、音楽著作権管理の方法や条件におけるJASRACの市場支配力を象徴する事例を紹介した。他方で、音楽著作権管理事業分野の全体を俯瞰すると、権利者側がすべての支分権・利用形態を一括して信託管理しようとする場合、また利用者側が一つの契約をもって、できるだけ多くの楽曲を利用しようとする場合の選択肢は、JASRACに限られてくるのが現状である。権利者側と利用者側の双方にとって、「著作権管理団体」を選択しようとしても事実上選択の余地がなく、少なくとも選択肢が著しく制限されている状況にあると言える。

既述のように第二条第七項三号は、競争の実質的制限を示す条文として解釈されるべきである。「その意思で、……

自由に……他各般の条件を左右することができる」ことも、競争の実質的制限を捉える徴表である。

音楽著作権管理事業における競争的管理政策は、「著作者が自らの意思に基づき著作権管理の方法や著作権管理団体を選択でき」、「複数の著作権管理団体がこの分野で競争状態を作り出す基盤を整える」方式への転換を目指している。「管理の方法」の選択も「管理団体」の選択も結局のところ、上記判示における「各般の条件」の選択に繋がるので、それらを自由に選択できるかどうかを考察することにより、「各般の条件」がJASRACに支配されているかどうかという徴表を捉えることができる。

本款で取り上げた幾つかの具体例（紙幅の関係で一部のみ取り上げたが、実例はほかにもある⁽¹³⁾）から理解できるように、「管理の方法」の選択も「管理団体」の選択も事実上制限されているため、「その他各般の条件」は、「著作者が自らの意思」よりは、むしろJASRACが「その意思で、……自由に……左右することができる」状態である。音楽著作権の管理競争が実質的に制限されており、第二条第七項三号が充たされていると考えられる。

小括

前述のように音楽著作権の管理競争が実質的に制限されており（第二条第七項の三号が充たされている）、同時に柱書及び第一号、第二号の要件も充たされていることから、同事業分野における競争の実質的制限が私的独占等における競争の実質的制限よりも強固で程度の高いものとなっており、JASRACの独占状態が第二条第七項で定められている独占的状态に該当する可能性が極めて高いと考えられる。

他方で、仮に独占的状态が成立するとしても、果たしてそれに対する有効な競争創出措置が考案されうるかという問

題に直面する。即ち、独占禁止法第八条の四に基づく競争回復措置の検討が必要となる。この問題も含めて次章で検討する。

資料編

【資料一】独占的状態規制による有力事業者の意識や行動への影響

独占的状態の規制は複数の寡占事業者の企業行動に大きな影響を与えた。紙幅の関係で本稿ではキリンビールに対する影響を事例として取り上げる。

「何としても企業分割を避けることを最優先して考えていく」⁽¹⁴⁾等、独占・寡占事業者は企業分割規定の存在を強く意識し制度の発動を恐れていた。その結果、第八条の四の発動こそ行われなかったものの、代わりに発動の要件を定めた第二条第七項は一定の抑制的効果を果たしてきたということができそうである。ここでキリンビールを例に紹介する。企業分割規定が立法されるまで、日本のビール市場はキリンビール（当時は「麒麟ビール」）をトップとする典型的なガリバー型高度寡占市場であった。一九五〇年代からの二〇数年間に、麒麟ビールの市場シェアは右肩上がりで三〇％から六〇％以上まで拡大していた。競争各社は様々な対策を打ち出しているにもかかわらず、麒麟ビールの独走を止めることができず、「理由がわからない麒麟の独走」と言われるほどの勢いであった。⁽¹⁵⁾なぜ消費者が麒麟ビールを選ぶかについてサッポロビールの調査によると、「消費者は、ビールの銘柄を自分で決めていないんだ」「みんな麒麟を飲んでいる」から、その成り行きに従って自分も麒麟を選んでいるからというものであった。⁽¹⁶⁾一九七三年、国税庁は「ビール問題研究会」で麒麟ビールの独走及びそれに伴うビール業界の寡占問題に対し調査と議論を行い、「麒麟のシェアは、このまま放置すると、七〇～八〇％に達し、著しい寡占の弊害も出てくる可能性が十分」あるという結論に達した。⁽¹⁷⁾他方

で、麒麟ビールに対抗できない業界他社が同調的値上げで利益を保つようになったため、ビール市場における管理価格問題が徐々に顕著になってきた。ところが、「ガリバー・キリンの変化の兆しは、思いがけない方向からやってきた」、即ち企業分割規定の導入であった。

同社は「ビール業界のトップメーカーである麒麟ビールは、……会社存亡の危機として公正取引委員会の独禁法改正試案に神経をピリピリさせている」、記者会見で当時の佐藤保三朗社長は「分割されたら最後……、物騒な論議だ」と心中を明かした一幕もあった。⁽¹⁸⁾法改正議論の中で、「分割論は企業の市場占拠率が一定水準に達したら、その企業を分割しようとするものであるから、当該企業は占有率が分割基準に至らないように自ずから競争を回避して占有率をコントロールする」というような動きも見られた。⁽¹⁹⁾例えば麒麟ビールは「当社としてもコップの中を独り占めにすることはよいと思っていない。今後もシェア拡大を自粛する態度を続ける」と表明。他方で「独禁法改正論議の高まりの中でわが社が企業分割の対象であるかのように論じられてきているが……分割規定は世界に例のないもので、到底受け入れられない」⁽²⁰⁾として、純粹構造規制の立法を「抽象的かつ観念的な仮説に基づく構造規制論議」と主張し、「ビール産業の寡占構造と当社の立場」と題する小冊子をまとめガリバー型寡占の良さを訴えるとともに、この小冊子を学者だけでなく、公正取引委員会や大蔵省、国会議員らに配布していた。⁽²¹⁾

のちに第八条の四の発動に様々な歯止めが付けられたため、一九七七年頃に入ると、独占的状态に対する企業分割規定について経済界から「実際には発動が難しいから、あの程度なら認めてもいいではないかという見方」があった。これに対し、佐藤保三朗社長は意味深長に次のように答えた。「結論からいうと、にがい薬をオブラートで包んで飲み易いようにしてあげるという感じがする。例えば、分割の対象となる『独占的状态』の要件として、新規参入が著しく困難だとか、標準を著しく超える率の利益を得ていることなどが挙げられているが、非常に抽象的で曖昧だ。法律の条文

が次第に拡大解釈され、いつの間にか一人歩きした例をたくさん見てきた」⁽¹²⁾。

企業分割への危惧は麒麟ビールの社史にも記されている。「石油危機にならんで当社に大きな影響を与えたのは、企業分割を含んだ独占禁止法改正問題であった。独占禁止法改正問題は実質的には政治・立法レベルの問題であり、個別企業の次元を超えたものである。しかし、企業分割論のように自由経済の根幹をゆるがしかねないドラスチックな理論が、狂乱物価が進行した大企業批判が渦巻く社会・経済情勢のなかにあつて法制化されようとする動きに対して、当社は強い危惧の念をもった。そこで当社は、すでにみたように、事態の推移を見守りながら慎重な経営活動を行っていたが、独占禁止法改正論が個別産業の実態・実績を踏まえて展開されることを願って、適時、当社の見解を公表していた」⁽¹³⁾。

このような企業分割に対する危惧は、表現の強弱はあるが、各独占・寡占事業者に共通するものであった。「対象となる業種、企業名がなまなく浮かび上がったため、『今にも自分のところは分割される』という現実的な不安」があるという⁽¹⁴⁾。しかし他方で、中小事業者や消費者団体が分割規定の導入に賛同する立場であった。例えば、「楽器業界では中小ピアノメーカーは大局的には大手の見方に同調しながらも、個別企業の立場では企業分割で競争条件が改善され、発展の機会が与えられることに期待を抱いている」⁽¹⁵⁾と表明したり、全国消費者団体連絡会等消費者六団体が「独占禁止法の強化改正実現を求めるシンポジウム」を開いたりする等大企業と中小事業者・消費者間の対立が一層鮮明となった⁽¹⁶⁾。

企業分割を回避するために、麒麟ビールは次のように事業方針を転換させた。

（一）ビール生産の量から質への方針転換

麒麟ビールは「企業分割の危機に直面した」ことから、「『量から質への転換』を打ち出してビールシェアの拡大抑制

策をとった⁽¹⁷⁾。特に指摘しておきたいのは、この方針転換は、戦後のビール市場に最も大きな構造変化をもたらした。方針転換の隙を突き、「時代の波」とともに、打倒キリンを掲げたサッポロ以下三社は、キリンの強大さを築き上げてきたラガービールにかわって、生ビールのうまさ強調。各社、競い合うような形で、ラガーとはちがう新しい生ビールの流れを演出⁽¹⁸⁾や「量から質への転換」「社会との調和」とする新経営方針を積極的に進めるようになった⁽¹⁹⁾。アルコールやカロリー控えめの新商品（麒麟ライトビール等）はこのときから発売されたものであったと言われる。

（二）多角経営への方針転換

企業分割の立法を受けて「業界サイドにも、これまでの『占有率万能』志向から脱皮し、経営の多角化などによって企業の活力を保ちながら占有率の肥大を迎えるという姿勢が迫られ⁽¹⁹⁾」た。

麒麟ビール社の社史の記述によると、「当社の独占⁽²⁰⁾に対する社会的批判という環境の中で、当社は、いっそう経営多角化に力を入れた⁽²¹⁾」。「設備投資を抑制し、ビールの広告を自粛しながら、品質本位に徹することで企業体としての質的向上を目指し……高濃度ビール『マインブロイ』を発売して総需要の拡大に努め⁽²²⁾」るとともに、「企業体としての成長維持を図り、多角化にも積極的に取り組んでいった。清涼飲料・洋酒事業の育成強化に努める一方、食品分野に進出していったのである（第一次多角化）。一九七六（昭和五二）年六月に小岩井農牧株式会社と共同で小岩井乳業株式会社を設立してチーズやバターなどの乳製品を全国販売し、また同年九月には長野トマト株式会社（現・株式会社ナガノトマト）と業務提携して「キリントマトジュース」を発売⁽²³⁾した」。

ここで特に指摘しておきたいのは麒麟ビールによる経営方針転換が、ビール市場内の構造変化をもたらしただけでなく、ほかのガリバー型高度寡占市場にも構造の変化を起こした。麒麟商品の新規参入によって、それらの寡占市場でも

ガリバー型の構造が解体され、活発な競争が繰り広げられるようになった。例えば、一九七五年頃のトマトジュース市場は「麒麟ビールが新規参入するまで、業界約二〇社のうち、カゴメとデルモンテが八五%を占める高度な寡占市場であった」。一九七六年、麒麟のトマトジュースが「新規参入したことは、販売戦線をかなり刺激するものであった」。麒麟得意の宣伝術と独自の戦略が「功を奏して着実に市場を拡大していた」⁽¹³⁾。また、チーズ・バターの乳製品市場も一九七六年一〇月一二日の麒麟参入まで、「雪印を頂点とする大手乳業メーカーの寡占市場」であった。麒麟社は「小岩井」をブランドに新規参入し高級品路線を取り、既存大手メーカーとの間に激しい攻防戦を繰り広げた。新商品の「バターに果肉を混合したミックスバターは、バター業界での草分け的な商品であり、かつ最も人気の高い製品」となった等、新規参入の麒麟は消費者のニーズに合わせた新製品を提供することにより確実にシェアを拡大し、デパートにおけるギフト分野では雪印に次ぐ業界第二位を獲得したのである。⁽¹⁴⁾

麒麟は更に勢いに乗り、一九八〇年代に入ると技術開発型事業分野（医療やアグリバイオ等のライフサイエンス分野）への進出も積極的に展開するようになった。

右記の歴史経緯について麒麟ビールは次のように振り返った。佐藤安弘社長はインタビュの中で「一九六七年には、麒麟のシェアが約六四%……独占禁止法の分割の対象として検討された」⁽¹⁵⁾、同社相談役の本山英世氏は一九九八年のインタビュを受けた際に「六割を超えていた麒麟ビールのシェアは、企業分割の話も出ていた社側が当時、拡大を自認していた」⁽¹⁶⁾。「しばらくは他社製品の急増を黙認していた」。

麒麟ビールの事業方針転換は立法時に想定された法的役割とすべきか、それとも想定外の「副作用」とすべきか賛否両論がありそうである。ただし、結果的にはビール市場だけでなく、ほかの寡占市場にも競争を拡大させたことは事実である。実際に、企業分割規定の影響を受けた事業者は麒麟ビールだけではない。立法時から現在まで第八条の四の適

用こそなかったものの、代わりに第八条の四の適用要件を定めた第二条第七項は大企業の行動に一定の抑制効果を果たしてきたと言えそうである。

【資料二】 実際にあった狂乱物価に関する身近な事例

(一) 豆腐業界の狂乱物価

昭和四八年一月、朝日新聞を先頭に各新聞は争って「豆腐の暴騰」を報じた。それまでは一丁四〇、五〇円であった豆腐が「東京・月島に一丁七〇円の店が出現した」のに刺激された東京中の豆腐業者がこれに追隨して一斉に値上げに踏み切ったのである。豆腐の主原料が大豆であるため、豆腐の値上げは大豆の値上げによるものと推測されていた。実際に当時大豆の日本国内相場の動きを見ると、昭和四七年一〇月あたりまでは一貫して一俵あたり三、〇〇〇〜五、〇〇〇円程度であったものが、その頃から次第に上昇し一〇、〇〇〇円に近付いた。四八年一月には瞬間的に三〇、〇〇〇円に近い高値を更新した。すると、社会各界では輸入大豆を大量に取り扱う総合商社が大豆価格を操作し、間接的に豆腐の値上げを起こしたとする論調が強まった。例えば、昭和四八年二月一七日の社会党物価対策連絡会議が「大豆値上げは外国の大豆の価格急騰のためではなく、ユダヤ系商社と日本商社、問屋筋の大豆投機のため」との調査結果を発表。四月五日、公明党の黒柳議員が参院予算委員会で「大豆の輸入価格は、米国オハイオ産もので一トンあたり六三、八〇〇円程度だが、これが末端の豆腐屋さん等に渡るときは一三〇、〇〇〇円にもなっている。また中国産の安い大豆を勝手に米国産に見せかけ、高い価格で売っている疑いがある」と発言。他方で、豆腐の主原料は大豆ではあるが、当時一丁四〇、五〇円の豆腐の原価のうち大豆の価格が占める比例はわずか五円程度に過ぎなかったことがあまり知られていなかったようである。言い換えれば、大豆が値上がりしているとはいえ、豆腐の販売価格に対する影響はとても限

定的であった。豆腐業界による値上げ理由の説明は、当初「商社の買占めで大豆相場が高騰したので採算がとれなくなつたから」というものであつた。ところが、昭和四八年二月以降、大豆相場は急速に安くなり、高いときでも一五、〇〇円程度、安いときは七、〇〇〇円となつたが、一旦値上がりした豆腐代金はなかなか値下がりしなかつた。値下げしない理由に関して、豆腐業界の説明は当初の「商社の買占めで大豆相場が高騰したので採算がとれなくなつたから」という口実を一転させ、「大豆相場だけではない。人件費その他の諸経費も高騰しているので」値下げはできないというふうに変化した。⁽¹⁰⁾

（二）洗剤業界の狂乱物価

豆腐業界だけでなく、洗剤業界にもパニックが起こつた。洗剤業界が「値上げのためにパニックを演出したのではないか」との疑いをかけられたのは、昭和四八年の二月一日と翌年の一月一日に大手二社が立て続けに値上げを実施したためである。当時、洗剤は大半の商品が独占禁止法の除外規程で再販価格維持協定を例外的に認められる商品になっているため、メーカーは出荷価格から小売店の最終価格まで単価を決め、販売価格が値下げされない仕組みを作つた。そのために前述した豆腐価格の暴騰に比べて「洗剤については、メーカー指導の下に二回の値上げが行われた」という、はつきりした形が残つたのである。実は洗剤についても大手のスーパー等は特別の契約条件等を工夫して安売り商品に仕立ていたので、実際にはまず安売りのものが店頭から姿を消し、次いで規格商品が品不足となり、次に姿を現したときには、引き上げられた新価格の品が出回る、という形になったのだが、消費者はこの経過を不審に感じた。当時の社会党、共産党をはじめ東京都、消費者団体等多くの組織、機関が値上げを企図したメーカーの生産、出荷調整を批判した。東京都は物価局を中心として、洗剤の需給実態に関する調査活動を行い、「洗剤不足が起きた第一の原因は業界等

による生産制限、出荷操作にあったのではないかと疑わざるをえない」という結論を出した。この結果は新聞によって「やはり演出されたパニック」という記事で報道され、これらの批判に論拠を与えることになった。⁽¹³⁸⁾

(三) 砂糖と塩業界の狂乱物価

狂乱物価で「商人」に対する警戒心を強めた消費者は、昭和四八年一月に入って価格が急騰し始めた砂糖も買いあさった。一三日には大阪のスーパ―やデパートで砂糖の売り切れが目立ち始め、一七日には東京都内でも砂糖騒ぎが發生し、店頭に三〇〇人も行列ができた。これに対し農林省は二二日、精糖メーカーに対し「十日間以内に東京、大阪で二六〇〇トンの砂糖を緊急放出するよう」要請した。この砂糖騒ぎの最中、一月一五日に四日市内のスーパ―に砂糖を買いに来ていた主婦が「塩は大丈夫か」と言い出したところ、店棚の食塩がたちまち売り切れてしまった。そして、一か月も経たないうちに、塩騒ぎによる塩不足は首都圏にまで飛び火した。⁽¹³⁹⁾

(四) 醤油業界の狂乱物価

塩騒ぎは塩を原材料とする食品類不足に対する不安を誘発、ついに一月一日には全国的に醤油のまとめ買いが發生した。当時の食糧庁は二二日、この事態に対して「醤油は在庫も十分、業者も値上げをしません」と呼びかけ、経済企画庁も「在庫は十分、出荷も円滑」と発表した。ところが、消費者の醤油不安は消えず、二八日には関西において激しいまとめ買いが行われ、市場は正にパニック状態となった。ところで、醤油騒ぎの背景に、またもほかの業界で起きている騒ぎと共通している理由があった。即ち、消費者の間には値上がりの不安が強かったのである。

昭和四八年一月、業界は原材料・放送材料費・運賃・人件費その他の諸経費の上昇を理由に二リットル瓶の小売価格

を約五〇円引き上げた。次いで同年九月、今度は大豆の国際価格高騰を吸収するためとして、同じく二リットル瓶で約六〇円の再値上げが行われた。僅か一〇か月間に二リットル瓶二八〇円の標準価格が三九〇円に値上がりした。消費者としては、一年たらずの間に二度の値上げで約四〇%支出増を迫られたことから、「年末年始の需要期、特に一月に入れば再び値上げがあるのではないか」との不安感を募らせていた。前述した昭和四八年一月二八日の関西における醤油のまとめ買い騒ぎが投げかけた波紋は大きかった。当時の食糧庁の要請でメーカーは出荷を増やし、関東地方の需要爆発はどうにか抑えたものの、関西地方の醤油不足は一二月に入って深刻さを増し、ついに一二月二三日、大阪、京都、滋賀、奈良、和歌山、兵庫の六府県で店頭から醤油が姿を消した。そして、状況が改善されたのは一週間後のことであつた。⁽¹⁰⁾

（未完）

- （1）根岸哲編『注釈独占禁止法』（土佐和生）二二六頁（有斐閣、二〇〇九）（以下、根岸編『注釈』（土佐）という）。
- （2）独占的状态に対する企業分割規定の存在自体による独占・寡占事業者の意識に対する影響について、筆者は『日本経済新聞』や業界専門誌、社史資料を検証材料に歴史的考察を行った。詳細は【資料二】を参照されたい。
- （3）他方で第二条第七項に基づく間接的自制効果が、果たして立法当初に意図されていた本来の法的役割なのかという疑問もある。その答えを求めるためにも立法経緯に対する考察が必要となる。
- （4）今村成和ほか編『注解経済法（上巻）』一五三頁（丹宗昭信）（青林書院、昭一九八五）（以下、今村ほか編『注解（上）』（丹宗）という）。
- （5）今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一四八―一四九頁。

- (6) 加藤二郎「独占的狀態」ジュリスト六五六号九九頁（一九七八）（以下加藤「独占的狀態」という）。
 - (7) 今村成和「独占禁止法（新版）」三三三頁（有斐閣、一九七八）（以下、今村『独禁法（新）』という）。
 - (8) 根岸編『注釈』（土佐）二二三頁。
 - (9) 今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五八頁。
 - (10) (イ) の「政令で定める業種」とは独占禁止施行令第二条によって明記されている。
「第二条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める業種は、次の各号に掲げるものとする。一 農業、二 林業・狩猟業、三 漁業・水産養殖業、四 鉱業、五 建設業、六 製造業、七 卸売業・小売業、八 金融・保険業、九 不動産業、十 運輸・通信業、十一 電気・ガス・水道・熱供給業、十二 サービス業。」
 - (11) 「標準的な政令で定める種類の利益率」とは、独占禁止法施行令第三条で定められている利益率の算定方法で算出される利益率のことを指している。
「第三条 法第二条第七項第三号 イの政令で定める種類の利益率は、次に掲げる割合とする。一 資産の合計金額から負債の合計金額を控除して得た額に対する経常利益の額の割合 二 資産の合計金額に対する営業利益（前条第八号に掲げる業種にあつては、経常利益）の額の割合」。
 - (12) 根岸編『注釈』（土佐）二三四頁。今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五九頁。ただ、五〇%以上を上回るという説明は（イ）を充たす分かりやすい例示であり、それを下回る数値なら充たさないという意図ではないと思われる。
 - (13) 小林好宏「日本経済の寡占機構」二七頁（新評論、一九七一）。小宮隆太郎「日本における独占及び企業利潤」『リーディングス産業組織』二二九頁（日本経済新聞社、一九七〇）。
 - (14) 根岸編『注釈』（土佐）二三四―二三五頁。今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五九頁。
（イ）と（ロ）の立証作業は公正取引委員会にとつても容易なことではないので、むしろ同号に該当しないことの立証責任を当該事業者側におわせるべきという学説上の提案がある（今村ほか編『注解（上）』（丹宗）一五七頁。なお、第八条の四の但し書きについても、立証責任を転換して解釈すべきとする学説は今村ほか編『注解（上）』一五七頁〔丹宗〕四〇〇頁。根岸編『注釈』（土佐）一三七頁を参照）。
- しかし、立証責任を転換し、制度発動のハールドが軽減されるとしても、三号の不成立が事業者側に立証されると、結

局競争回復措置命令が執行されないということにおいては変わりがない。

- (15) 根岸編『注釈』一三三二頁。
 - (16) 二〇〇八年ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙二)及び二〇二二年ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙二)。
 - (17) 二〇一〇年ガイドライン改定時「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙二)。
 - (18) 公正取引委員会の「累積生産集中度」「累積出荷集中度」に関する二〇一六年五月二八日の公表データを参照 (<https://www.jftc.go.jp/soshiki/kyotsukoukai/ruiseki/index.html> 二〇一六年一〇月二七日最終閲覧)。
 - (19) 二〇〇六年、二〇〇八年、二〇一〇年及び二〇一二年のガイドライン改定時における「原案に寄せられた主な意見の概要及びそれらに対する考え方」(別紙一)。
 - (20) JASRAC二〇一六年定例記者会見資料「二〇一五年度JASRAC事業の概要」(二〇一六年五月二五日)の三頁を参照。
 - (21) マイクロソフト社は競争の過程で競争制限的な行動を行ったことがあるが、それらの競争制限的な行動(及び反競争的な影響)は察知されるたびに、違法行為として規制を受けていた。それでも、OS自体の高いネットワーク効果とロックイン効果を十分に発揮できた「Windows」が市場独占するようになった。この意味における「競争の結果」である。
 - (22) 国土交通省による日本航空からの申入れに対する回答「是正申入書兼開示請求書について」(二〇二三年一月五日)。
 - (23) 詳細の経緯は和田静夫委員の国会での発言を参照(七三三参一決算委員会閉四号一九七四年九月二一日)されたい。ここでは発言の一部のみを紹介する。
- 和田静夫…「この問題との関連で私が想起するのは、先年の八幡製鉄と富士製鉄の超大型合併であります。この合併というのはやっぱり独禁政策の見地から見て多くの議論を呼びました。……巨大企業がいろいろな作戦を使って一たび合併を実現さえしてしまえば、以後はどんなことをやっても、独占的規制的行動を繰り返してもはや分割されるそんなおそれはない。これは独占禁止法体系上はなはだ片手落ちである」と私は考えますが、法体系の整備という点から見ましても、今日、何らかの形で企業分割規定を復活させるのが至当だと考えます。」
- (24) Sは市場構造(Structure)の略語…売り手や買い手の数、その規模分布、製品の差別化の程度、参入障壁の高さ、市場の競争条件を決める構造的な要素を指している。Cは市場行動(Conduct)の略語…市場に参加する経済主体特に事業者

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

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

- (25) 一九七一年頃、米国では機械的分割論と呼ばれる法案の審議が行われていた。この法案は、①当該産業が年間販売額五億ドル以上の重要産業であること、②その産業上位四社集中度が安定して七〇%を超過していること、③当該企業の市場占拠率が安定して一五%を超えていることの三要件が満たされた場合、独占禁止法当局と連邦裁判所が当該企業に改善措置を取るための一年間の猶予期間を与えた後に企業分割命令を命じることができることを規定していた。村上政博『独占禁止法の日米比較政策・法制・運用の相違(中)』一〇三—一〇八頁(弘文堂、一九九二)。

他方で、一九七三年の英国では公正取引法が制定され、市場占拠率が四分の一以上を占める事業者が独占的状态にあるものとされ、主務大臣が弊害性や規制の必要性等について(独占・合併委員会に調査を付託することができる)判断し、国会の同意を得て企業の分割等を命じることができることとなった。江上勲『経済法・独占禁止法概論』六一—六二頁(税務経理協会、一九八一)。

のちに制定された日本の独占的状态の規制も規模、構造及び参入障壁を要件としている特徴はアメリカの分割法案に近似している。また、弊害の徴表等を考慮要素としている点は「弊害規制主義をとるイギリス法の中の、独占的状态に在る企業の分割規定に見出される」とされている。今村『独禁法(新)』二九九頁。

- (26) 立法時に公表された独占的状态ガイドラインと最新の独占的状态ガイドラインを比較すれば明らかである。昭和五〇年代の監視対象がすべて製造業だったのに対し、現在の監視対象には役務供給事業者の割合が半数も占めるようになっていた。
- (27) 例えば、ビール製造業における需給関係は主にビールとユーザー間の需給関係であり、発泡酒やビール風種類といった周辺商品(併せて「一定の商品」)も含まれるが、基本的には互換性があるため全体の需給関係が把握しやすいのである。

しかし、音楽著作権の場合は、コンサートでの生演奏とレコードの録音のように、多くの利用形態に互換性がなく、各利用形態の需給関係が大いに異なってくる。

(28) 即ち、法の解釈に際し、その法が現代の社会において有する目的に従って解釈されるべきという法解釈の学説。同説は日本では通説とされている。五十嵐清『法学入門（新版）』一五一頁（悠々社、二〇〇二）。

(29) 日本列島改造論で開発の候補地とされた地域では土地の買い占めが行われ、地価が急激に上昇した。この影響で物価が上昇してインフレが発生し、一九七三年春頃には物価高が社会問題化した。その矢先の一九七三年一〇月に勃発した第四次中東戦争をきっかけに起きたオイルショックは、物価と経済の混乱に決定的な打撃を与え、「狂乱物価」と呼ばれる様相を呈した。

(30) 【資料二】では、身近な日常生活品の事例を幾つか紹介している。

(31) 「経済心理」研究記者会編『狂乱物価の秘密』五六頁（ライフ社、昭和五十一年）（以下、記者会『狂乱物価』という）。狂乱物価が発生した原因については、ニクソンショックで日銀が多額の買い支えを行ったため貨幣供給量が過剰であったこと、列島改造で土地投機などが横行し地価が急騰していたこと、石油ショックに関連した便乗値上げが行われたことなどが原因として挙げられる。

(32) 丹宗昭信著『独占および寡占市場構造規制の法理』三六三頁（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）。

(33) 「硬直的価格の調査」は公正取引委員会が昭和三十八年度から既に始めていた。編集部「公取委の独禁法改正構想の概要」改正試案の骨子」の内容とその背景」公正取引二八七号一五頁（一九七四）（以下、公取編集部「独禁法改正構想」という）。また、『公正取引年次報告（昭和四十二年版）』一六頁（公正取引委員会、一九六八）も参照。

(34) 管理価格の対策を議論していた独占禁止懇話会第一六回から第一八回の会合内容を参照。

(35) 『公正取引年次報告（昭和四四年版）』（公正取引委員会、一九六九）二〇頁（以下、『公取年報』（一九六九）という）。

(36) 例えば、三社累積集中度と物価の変動頻度及び変動幅との関係において公正取引委員会が公表した分析結果は次のとおりである。三社累積集中度八〇％以上の二二業種では変動頻度一〇％未満のものが一三業種と過半数を占めている。集中度五〇％以上七〇％未満の業種では変動頻度三〇％未満のものが主で六六業種のうち四九業種に達している。これに対し

で集中度三〇%台の業種では変動頻度五〇%以上が二三業種中一一業種、集中度二〇%では変動頻度八〇%以上が一四業種中七業種、集中度二〇%未満では変動頻度八〇%以上が一〇業種中七業種となっている。右記データから、集中度が低いほど価格が激しく変動しているのに対し、集中度が高いほど価格が硬直化していることは明らかである。『公取年報』（一九六九）二二―二二頁。

(37) 公正取引委員会事務局編『独占禁止政策三十年史』三〇六頁（大蔵省印刷局、一九七七）（以下、公取委『三十年史』という）。

(38) この特徴はピアノ産業等に見られた。例に言えば、同産業ではメーカーは二四社あったが、上位二社の集中度が九〇%を超えているうえ、首位の日本楽器製造社と二位の河合楽器製作所との市場占拠率の格差が極めて大きく、典型的なガリバー型寡占市場であった。新規参入については、上位二社によって流通の系列化と製品差別化が行われていること、アフターサービス網が確立されていること等により、極めて困難の状況にあった。公取委『三十年史』三〇〇頁。販売価格の動向と言うと、昭和三〇年代には各社とも価格改定をほとんど行っていないが、四〇年代に入ると各社とも三―四回の価格変更を行ったが、そのうち物品税改定の一を除いてそのほかは何れもモデルチェンジに伴う品質の向上、コストアップ等を理由にした値上げであった。昭和三五年から昭和四五年間までの価格変動を見ても、集中度九〇%を超える上位二社は縦型についてそれぞれ二七・五%と二二・一%、平型についてそれぞれ三二・一と一七・二%も値上げしている。

公取委『三十年史』三〇〇―三〇一頁。『公正取引年次報告（昭和四七年版）』（公正取引委員会、一九七二）二〇頁―二一頁（以下、『公取年報』（一九七二）という）。ピアノの価格形成の実態を見ると、幾つかの特徴が見受けられる。

その一つは「値上げは必ずモデルチェンジによる新製品の価格を従来品の価格よりも高く定めるという形で行われることである」。その二は「価格決定の仕方には、コスト＋目標利潤の確保の姿勢が強く見られることである」。公正取引委員会事務局編『管理価格（二）』七三頁（公正取引委員会事務局、一九七二）（以下、公取委『管理価格』という）。『公取年報』（一九七二）一三三頁。

特に二位をも大きく引き離して圧倒的な市場占拠率を持つ首位の日本楽器製造社は昭和四〇年から昭和四五年までの収益動向を見ると、使用総資本収益率（税引後）では「各期とも一〇%前後の高水準で安定的に推移しており、しかも最近は上昇傾向を示している。」なお、売上高営業率は製造業平均が八・六%であるのに対し九・七三%、売上高純利益率では

製造業平均が三・七三%であるのに対して五・八二%となっている。右記のようにピアノ価格は「モデルチェンジによる品質向上、コストアップ等を理由に値上げが繰り返されるようになり、下方硬直的傾向が著しい。このような価格推移は……何よりも首位メーカーの価格政策とそれを実現できる市場支配的地位によってもたらされている面が大きいと考えられる。

即ち、首位メーカーは、コスト+目標利潤の価格政策をとっていると考えられ、三〇年代においては価格据え置きのままで安定的な高収益を確保してきたが、コストが上昇しはじめた（製造原価の九%の上昇率に対し、販売費・一般管理費は更に、二六・四%と高く上昇。公取委『管理価格』七五頁。『公取年報』（一九七二）一四頁。四〇年代には値上げを繰り返して目標利潤の維持を図ってきた。このようなピアノ産業における価格形成に影響を与えている主な要因として、同産業は上位二社による寡占体制が確立しているうえ、首位メーカーが生産量と国内販売量とも六五%前後の高いシェアを有していること、新規参入するための販売網の確立が容易でなく、更に消費者のブランド選考が強いこと等が挙げられる。そのため、上位二社に比較しても遜色のない大企業がブランドメーカーとして新規参入したが、何れも数年後に退出するか、或いはシェアを獲得できない状況。ピアノ市場では、新規参入が首位メーカーの支配的地位にほとんど影響を与えない高度寡占市場となっている。公取委『管理価格』七九頁。『公取年報』（一九七二）一二二八頁。データ諸表は公取委『管理価格』八一―一〇一頁を参照。

(39) 同調的な値上げはビール産業等に見られた。ビール産業を例に言えば、昭和四〇年代に入ると、ビールが値上げされる場合には、決まって一社が値上げを発表すると他の三社がそれに追従して次々と値上げするのが慣行となっていた。昭和四〇年の市場シェアはキリン社四七・六%、サッポロ社二五・二%、朝日二三・三%と大きな格差が生じ、昭和四五年にはキリン社が過半数の五五・四%を占め、サッポロ社二三%、朝日一七・二%とシェアの格差が一段と拡大し、キリン社が圧倒的優位を占めるに至った。公取委『管理価格』九頁。

昭和四〇年から昭和四五年まで五年間だけでも各メーカーの一斉値上げが四回もあった。昭和四〇年一〇月の値上げは二七日に朝日とサッポロ、二八日にキリンとサントリー、二九日に宝酒造がそれぞれ実施し、四三年五月の酒税増税による値上げは各メーカー同時に実施し、同年九月の値上げは九日にサッポロ、一〇日に朝日、一二日にキリンとサントリーがそれぞれ実施し、四五年一〇月の値上げは九日に朝日、一五日にサッポロ、一七日にサントリー、二四日にキリンがそ

れぞれ実施した。そのため、公正取引委員会は「朝日ビールの一〇円値上げに関して、他のメーカーは追隨して値上げすべきではない。特に五割以上の市場を占拠しているキリンビールは社会的責任を自覺して価格据え置きに努力してほしい」と異例の要請を発したことがある。「公取、キリンに要請 社会的責任（シェア五割以上） 自覺を」『読売新聞』（昭和四五年一〇月一五日）報道を参照。

ただ、当時では公正取引委員会には要請以外の打つ手がなかった。「このように、ビール業界が価格変更について協調的行動をとっているのは、メーカーが実質上四社に限られており、しかもシェアの過半を占めているキリンが競争による拡大よりも安定による利益確保を指向した経営政策をとっていること、……価格競争を避ける体質が業界内に醸成されてきていること」であると考えられる。公取委『管理価格』二二頁。

(40) 公取委『三十年史』二九六頁。

(41) 公取委『三十年史』二九五頁。

(42) 正田彬著『全訂独占禁止法（Ⅰ）』六二一六三頁（日本評論社、一九八〇）（以下、正田『全訂独占禁止法（Ⅰ）』という）。

(43) 公取委『三十年史』二九五頁。

(44) 公取委『三十年史』三〇二頁。「管理価格、止め切れぬ」『毎日新聞』（昭和四四年四月一六日）。

(45) 公取委『三十年史』三〇八頁。旧第八条一項は、「不当な事業能力の較差があるときは、公正取引委員会は、第八章第二節に規定する手続に従い、事業者に対し、営業施設の譲渡その他その較差を排除するために必要な措置を命ずることができ。」と定めていた。

(46) 馬川千里『企業競争のルール―新独占禁止法解説―』六三頁（日本工業新聞社、昭和五四年）（以下、馬川『競争のルール』という）。

(47) 丹宗『構造規制の法理』三六四頁。

(48) 正田『全訂独占禁止法（Ⅰ）』六六頁。

(49) 丹宗『構造規制の法理』三六四頁。

(50) 丹宗『構造規制の法理』三六三頁。

(51) 日本放送出版協会編『日本の消費者運動』二四七頁（日本放送出版協会、一九八〇）。

- (52) 二宮文造「質問主意書（第七三回国会）」一九七四年七月三十一日。
 - (53) 公取委「三十年史」二九五頁を参照。
 - (54) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七三―参―決算委員会閉四号一九七四年九月二一日）。
 - (55) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七三―参―商工委員会閉一号一九七四年九月一八日）。
 - (56) 「競争が実質的に抑圧されていること」は、改正試案公表までの中間報告では「企業の業績あるいは市場行動の面で、競争政策上具体的な弊害」と文言表現されていた。
 - (57) 公取委「三十年史」三二六頁。菊池兵吾「独禁法改正をめぐる問題」公正取引二八九号四頁（一九七四）（以下、菊池「独禁法改正」という）。
 - (58) 金沢良雄ほか「独占禁止法改正の意義と今後の運用に望む点」公正取引別冊一〇四頁（一九七八）（以下、金沢ほか「改正の意義と運用」という）。
 - (59) 金沢ほか「改正の意義と運用」一〇六頁。
 - (60) 金沢ほか「改正の意義と運用」一〇三頁。
 - (61) 価格等が少数の事業者者に支配され、新規参入も期待できないような「競争が実質的に抑圧されている」市場で、支配的地位にある事業者の価格設定や利益率が高い現象は現代の独占・寡占市場においても実際に確認されている。
- 例えば、二〇一一年の原子力発電の在り方に関する議論の再燃をきっかけに、参入規制が敷かれてきた電力事業に潜む様々な問題点、特に過大な利益率が浮き彫りとなり、再び電力会社に対する企業分割の論議が俎上に載せられた。発送電分離が既に行われていた欧米に比べて、今になってこのような議論をすることはやや遅きに失する感は否めないが、公的保護を受けてきた独占事業者を分割することによって競争を創出することの重要性に対する認識が改めて喚起されたという点で評価すべき動きである。
- 東京電力の電気料金算定のもとになる見積もりが過去二〇年間で実際にかかっていた費用より約六千億円も高く設定されていたことが政府の「東京電力に関する経営・財務調査委員会」の調査で明らかにされた（「電気料金原価、六千億円高く見積もり 東電、一〇年間で」朝日新聞電子版（asahi.com）二〇一一年九月二九日）。更に、総括原価にはオール電化関連広告費、寄付金などの諸費、福利厚生費、各種団体への拠出金等本来の業務とは直接に関係のない費用も含まれていた

ため「東電原価六一八六億円過大：第三者委報告書案」読売新聞電子版（YOMIURI ONLINE）二〇一一年九月三〇日）、その分更に電気料金も高く設定されていたことになる。調査委員会の報告書案は「そもそも届出時の原価が適正ではなかった」「高コスト構造にある」「料金原価が更に引き下げることが可能」との見解を示した（過去十年電気代取りすぎか東電原価六〇〇〇億円過大」朝日新聞朝刊二〇一一年九月二十九日）。

消費者庁が実施する公共料金の内外価格差調査（一〇年度）によると、東京電力の電気料金を一とした場合の海外の電気料金は、米国〇・六四、イギリス〇・七五、フランス〇・六六という（「電気料金…地域独占で競争原理働かず」毎日新聞電子版二〇一一年一〇月三〇日）。

(62) 独占禁止政策懇談会有志「独占禁止法改正についての提言」公正取引二九二号四三頁（一九七五）（以下、懇談会有志「提言」という）。

(63) 公取委『三十年史』三三二頁。資料「大詰めを迎えた独禁法改正―三月五日、政府素案を発表」公正取引二九三号四四頁（一九七五）。

(64) 鶴田俊正公述人の発言（七五―衆―予算委員会公聴会一号一九七五年二月八日）。

(65) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七五―衆―商工委員会四号一九七五年二月一九日）。

(66) 第一次政府案の上程経緯について、「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議（上）―衆議院では五党一致で修正可決―」公正取引二九七号一八頁（一九七五）を参照。以下、「国会審議（上）」という。

(67) 丹宗「構造規制の法理」四四三頁。

(68) これについて、法律学者有志「意見書」公正取引二九五号五三頁（一九七五）を参照。具体的な検討は丹宗『構造規制の法理』三九八―四〇一頁。

(69) 国会での主要議論について「国会審議（上）」二〇―二二頁と二三頁、及び「独禁法改正法案の国会審議経過とそこでの論議（中）」公正取引二九八号三五頁を参照。

(70) 高橋俊英公正取引委員会委員長の答弁（七五―衆―商工委員会二〇号一九七五年六月三日）。

(71) 植木光教国務大臣の答弁（七五―参―本会議一八号一九七五年六月二七日）。

(72) 公取委『三十年史』三三四頁・三三七頁。

(73) 「国会審議（上）」一八頁。

(74) 例えば、柴田章平「独占禁止法施行令等の概要」商事七八九号三頁（一九七七）。徳谷昌勇「改正独禁法と販管費の取扱いをめぐって―独占的狀態の弊害要件の解釈」企業会計三〇巻六号八四三―八四五頁（一九七八）。

(75) 公正取引委員会事務局官房企画課「独占禁止法改正の経緯」公正取引三二〇号一頁（一九七七）（以下、公取委「改正の経緯」という）。

(76) 小西唯雄「寡占体制と企業分割政策―昭和五二年改正法規定の一検討」経済学論究三三巻三号三八七頁（一九七九）（以下、小西「寡占と分割」という）。

(77) 第一次政府案では「次の各号に掲げる事情があること」という表現であった。現行法は「次に掲げる市場構造及び市場における弊害があること」という表現となっている。

(78) 植木光教委員の質問に対する大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―参―商工委員会一三三号一九七七年五月二六日）。

(79) 実方謙二参考人の説明（八〇―参―商工委員会一二二号一九七七年五月二五日）。

(80) 澤田悌公正取引委員会委員長の答弁（八〇―衆―商工委員会二〇号一九七七年五月一〇日）。

(81) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―衆―商工委員会一三三号一九七七年四月一九日）。

(82) 大橋宗夫内閣審議官の答弁（八〇―参―商工委員会一〇号一九七七年五月一九日）。

(83) 法案審理の過程で、大企業側からも次のような意見があった。

「……市場における弊害を判定する指標といたしまして、価格硬直性と高い利益率あるいは過大な販売費、一般管理費の支出が挙げられておりますが、これらは市場における寡占の弊害を認定する指標または基準として適切なものであるとは思えない」國井眞富士写真フィルム株式会社常務取締役の意見（八〇―衆―商工委員会一九九号一九七七年四月二八日）。

「イノベーション努力の結果としてシェアを拡大してきた企業、これまでは競争政策上の優等生とされてきた企業が、そのさまざまな努力の過程を無視され……ということになれば、産業界全般が自由かつ公正な競争という行動指針を見失い……不安と混乱に陥る……。そもそも寡占の弊害は有効競争が行われていないということに求められるべき」。佐治敬三サントリ―株式会社社長の意見（八〇―衆―商工委員会一九九号一九七七年四月二八日）。この見解は、独占的狀態の弊害を有効競争が行われていないことに求める、本来の立法趣旨に賛同しているものと見る事ができる。

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

(84) 根岸「企業分割」一一頁。

(85) 根岸哲「違法性の判断基準に関する若干の具体的問題」小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』七六―七八頁（有斐閣、一九七六）（以下、根岸「違法性の判断基準」という）。

(86) 金沢良雄「改正独占禁止法における独占的状態に対する措置」成蹊法学一三三―七四頁（一九七八）（以下、金沢「独占的状態に対する措置」という）。

(87) 金沢良雄「独禁法改正試案（骨子）」の背景」経済評論二三卷一三三―二〇二頁（一九七四）（以下、金沢「改正試案」という）と金沢良雄「独占禁止法の構造と運用」五九頁、六一頁（有斐閣、一九七九）（以下、金沢「構造と運用」という）を比較する。

(88) 今村「独禁法（新）」三三四頁。

(89) 今村「独禁法（新）」三三四頁。

(90) 菊池「独禁法改正」四頁。

(91) 金沢「改正試案」二〇二―二一頁。金沢「構造と運用」五九頁、六一頁。

(92) 宮坂富之助「企業分割制度―改正試案をめぐって」法律時報四七卷二二―二八頁（一九七五）。

(93) 根岸「企業分割」九頁。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論―改正試案現行独占禁止法の論理構造を中心に―上」公正取引二九二―七頁（一九七五）。加藤良三「企業分割と株式保有制限規制の法理論―改正試案と現行独占禁止法の論理構造を中心に―下」公正取引二九四―二二頁（一九七五）。

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

(94) 今村『独禁法(新)』三〇五頁、三二三頁。

(95) 懇談会有志「提言」四二頁。

(96) 法律はその時代の背景や社会的課題から生まれてくる「統治規範」(時代の産物)であるゆえに、古い条文のままでは何れ、新しい時代に対応しきれなくなるといふ限界性は認めざるをえない。然ればこそ、(法改正を行わないならば)古い条文でも新しい時代のイデオロギーに順応できるように、従来の法解釈を修正し新たな法解釈を検討することが重要とされている(法学の基本ではあるが、関連説明は澤木敬郎・荒木伸怡『法学原理(新版)』七八・八〇頁(北樹出版、一九九九)も参照)。本項で検討している第二条第七項も同様である。

(97) 安部正直「類推解釈」警察学論集一四卷一二号八八頁。

(98) 前田雅英ほか『条解刑法(第三版)』(弘文堂、二〇一三)七〇九頁。

(99) 和田健夫「判批」重判平成二四年度(ジュリ臨増一四五三号)二四一頁(二〇一三)。

(100) 権利の集中管理小委員会『権利の集中管理小委員会報告書』(二〇〇〇年一月)の「第一章の三 著作権管理事業に関する法的基盤整備の必要性」の部分。

(101) 同前「第一章の四 著作権管理事業に関する法的基盤整備の基本的考え方」の部分。

(102) 同前「第四章の一 使用料の設定」の部分。

(103) JASRAC「著作権信託契約約款(二〇一五年七月三日届出)」第三条第一項。

(104) ただし、これに対する独占禁止法の行為規制を難しくしている事情が大きく二つある。

一つ目は、著作権管理事業者と個人の音楽著作者の直接契約は、著作権管理事業者と音楽出版者の契約に比べ、大変手間暇がかかるため、規模の経済と管理業務の効率性の維持を考慮しなければならないことである。新規管理事業者側も一時、著作者との直接契約プランを提供していたが、途中で取りやめてしまった経緯がある。そのため、JASRACが更に楽曲の信託範囲の選択自由を著作者側に与えても、管理業務の効率性が維持されるか、著作者と直接契約(これ自体も一つの管理方法である)が持続できるかが考慮されるべきであろう。

二つ目は、音楽著作者が音楽出版者に所属している場合は、その音楽出版者が信託楽曲の範囲を個別に選択できることである。これにより理論上、著作者は音楽出版者を通じて選択の自由を間接的に実現することができる(ただし実際には、

著作者は音楽出版者に所属する以上、よほど著名な作家でないかぎり、音楽出版者に楽曲の信託範囲を指図することは難しいであろう。

右記二点が独占禁止法においてどう勘案されるかは、違法性の判断に影響を与えるであろう。

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

「例えば、コンサートもカラオケも同じ『演奏権』という区分にして、二五%という高い手数料を取っている。カラオケ店が乱立していた頃ならいざ知らず、今は通信カラオケの時代で、第一興商とエクシングの二社の寡占状態だ。片田舎のカラオケスナックでの使用料が徴収できなくてもよいから、手数料を一〇%以下に下げて欲しい。まして、コンサートにおいては自社が『著作権使用者』側になることも多く、自社のリスクで、所属アーティストがコンサートをやっているのに、JASRACに払う著作権使用料から二五%の手数料が取られるのはあまりに理不尽。CDよりライブエンターテインメントの比重が高まっている昨今、手数料改定がされなければ、演奏権をJASRACから引き上げ、自己管理する音楽事務所が出てくるだろう。特に海外来日アーティストの問題提起がきっかけで、日本のコンサートにおける著作権使用料は増額している。高率の手数料は納得がいかない。」(参照アドレス <http://chatenane.jp/kinnoko/20131105/p35>、二〇一六年三月八日最終閲覧)。

(106) 有名な音楽家である坂本龍一氏が新聞の論壇で次のように批判したことがある(坂本龍一「音楽著作権の独占管理改めよ」朝日新聞朝刊一九九八年三月四日)。規制緩和後の状況は規制緩和前と比べても実質的には大きく変わっていないので、坂本氏の指摘は現在においても現実的意義があると思われる。

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

右記に関連して一例を紹介しておきたい。

一九九〇年代からゲーム産業の著しい成長に伴い、ゲーム音楽の需要が高まりつつあった。ところが、市場ニーズの変化にもかかわらず、JASRACがゲーム音楽の利用実態に適う正式な利用規程を新設しようとせず、逆に使用料が非常に高いビデオゲームの規程を長い間準用していた。そのため、ゲームソフト会社はJASRACの高い使用料を避けるために、社内のクリエイターたちにゲーム音楽を創作させるか、或いはJASRACに入会していない作詞家・作曲家にゲーム音楽の創作を委嘱し、委託料を支払い、著作権を譲り受けるというビジネス・スキームを使って、ゲーム音楽を調達してきた。このような事態をもたらしたJASRACの「怠慢」な態度は自社会員の利益になるというよりもむしろ、害しているといっても過言ではない。この点について安藤准教授は「もう少し柔軟な態度で、ゲーム業界との交渉に臨んでもよかったように思われる」と述べている（安藤『基礎編』二五九頁）。その後の経緯としてJASRACに使用料の高い準用規程を止め、ゲーム音楽の利用実態に適う新たな規程を新設させたのはJASRACの会員¹⁰⁸でJASRACに気づかれないように新たなペンネームを使って「密かに」ゲーム音楽を創作したり、のちにJASRACを無視して堂々ゲームソフト会社と契約したり、JASRAC不在で実務がどんどん進んでしまったためである（詳細な経緯は安藤『基礎編』二六〇頁を参照¹⁰⁹）。このように、独占状態にあるJASRACが如何なる利用規程や利用料金の選択肢を利用者に提供するかは、ニーズの変化や利用者の利益よりもむしろ自社の都合を優先させている一面が窺える。

(107) 著作権信託契約約款（二〇一五年七月三日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第一条第一項と第二条第一項。

(108) 安藤『基礎編』二二七頁。

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

(110) 安藤『基礎編』二三八頁、併せて著作権信託契約約款（二〇一五年七月三日届出）の「著作権の信託及び管理に関する経過措置」第三条の表も参照されたい。

(111) 日本作詞作曲家協会の活動記録 (<http://js-cat.jp/history.html>) 二〇一五年三月一九日最終閲覧。

- (112) ネットワーク音楽著作権連絡協議会「著作権等管理事業法に関連する規制への意見」二〇一一年一〇月一日を参照 (http://www.nmrc.jp/document/NMRC20111017_2.pdf 二〇一五年三月一九日最終閲覧)。
- (113) 例えばインタラクティブ配信等の使用料分配において、自己の作品がどのように利用されていたかの詳細を知りたい音楽作家の要望に応じて新規管理事業者は実際に利用された作品の詳細(使用サイト等)を確認しやすいように使用明細を細かく開示・添付している。他方で、JASRACによるインタラクティブ配信の管理サービスを受けたのなら、JASRACは詳細なデータ開示・提供していないため、そのような親切な管理方法は要求できない。JASRACの「分配明細書ガイド」(二〇一四)を参照。
- (114) 「反発強める産業界」日本経済新聞一九七七年五月一四日一二版(六)。
- (115) 早川和廣「サッポロビールの逆襲」動き出した巨大なる複合経営戦略」一九七頁(ロングセラーズ、一九八九)(以下、早川「サッポロビールの逆襲」という)。
- (116) 早川「サッポロビールの逆襲」二〇二頁。
- (117) 早川「サッポロビールの逆襲」二〇八―二〇九頁。
- (118) 「分割など心外 物騒な論議だ」朝日新聞一九七四年九月一九日一二版(四)。
- (119) 経済団体連合会編『経済団体連合会五十年史』一五七頁(経済団体連合会、一九九九)(以下、経団連『五十年史』という)。
- (120) 「独禁法改正産業界反響―企業分割へ強く反発」日本経済新聞一九七七年四月一日一二版(七)。
- (121) 「麒麟」独禁法強化」に必死の反撃―小冊子で理解訴え『ガリバーの良さも認めて』日本経済新聞一九七七年二月一日一〇版(七)。
- (122) 「現行法活動で十分」朝日新聞一九七七年三月一七日一二版(八)。
- (123) 麒麟麦酒株式会社社史編纂委員会『麒麟麦酒の歴史―統戦後編』一二一―一二三頁(麒麟麦酒株式会社、一九八五)(以下、麒麟「統戦後編」という)。
- (124) 「九業種が対象に」日本経済新聞一九七七年二月六日一〇版(五)。
- (125) 「独禁法改正産業界反響―企業分割へ強く反発」日本経済新聞一九七七年四月一日一二版(七)。

- (126) 「独禁法改正せひ実現を―消費者団体がシンポ」日本経済新聞一九七七年三月一八日一〇版（二二）。
- (127) キリンビール公表資料「物価高とオイルショックを超え、さらなる品質向上へ」（<http://www.kirin.co.jp/company/history/group/g7.html>）二〇一六年七月二八日最終閲覧）。
- (128) 早川「サッポロビールの逆襲」二二〇頁。することができた。一方の麒麟ビールは競争他社の新しい「風味」に対抗するために、新製品の開発（麒麟『続戦後編』一八三―一九五頁）。
- (129) キリンビール株式会社広報部社史編纂室『キリンビールの歴史「新戦後編」』一〇五頁（キリンビール、一九九九）（以下、キリン『新戦後編』という）。
- (130) 「産業界は警戒感、分割、にピリピリ寡占業種『自由競争の原則』押す」日本経済新聞一九七七年二月六日一〇版（五）。
- (131) キリン『新戦後編』一〇八頁、「非ビール事業を強化して、ビール專業会社のイメージチェンジを図る必要があった」（キリン『新戦後編』一〇一頁）。
- (132) キリンビール公表資料「物価高とオイルショックを超え、さらなる品質向上へ」（<http://www.kirin.co.jp/company/history/group/g7.html>）二〇一六年七月二八日最終閲覧）。
- (133) 麒麟『続戦後編』一四七―一四八頁。
- (134) 麒麟『続戦後編』一四八頁。キリン『新戦後編』一一五頁。
- (135) 「佐藤安弘さんキリンビール社長（編集長インタビュ）」朝日新聞一九九六年五月二一日夕刊経済特集（七）。
- (136) 「キリンビール相談役・本山英世さん（新潟よ…二八）」朝日新聞一九九八年八月一日朝刊新潟二。
- (137) 記者会『狂乱物価』五七―六一頁。
- (138) 同前七五頁。
- (139) 同前八六頁。
- (140) 同前八七―九一頁。