

排除型私的独占における排除効果と正常な競争手段逸脱性

【文 献 種 別】 判決／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 平成 27 年 4 月 28 日

【事 件 番 号】 平成 26 年（行ヒ）第 75 号

【事 件 名】 審決取消等請求事件

【裁 判 結 果】 棄却

【参 照 法 令】 独占禁止法 2 条 5 項、3 条

【掲 載 誌】 民集 69 卷 3 号 518 頁、裁時 1627 号 1 頁、判時 2261 号 122 頁

LEX/DB 文献番号 25447222

事実の概要

本件は、上告参加人である一般社団法人日本音楽著作権協会（以下、参加人また A という。）が、その管理楽曲について放送事業者を利用許諾をする際に用いた放送使用料の徴収方式、設定した使用料、これによる徴収行為が独禁法 2 条 5 項が定める私的独占の「排除」に該当し 3 条前段の規定に違反するかが問われた事件である。本件において A が放送事業者との間で用いた放送使用料の徴収方式は、当該年度の前年度における放送事業収入に所定の率を乗じて得られる金額を当該年度の放送使用料として徴収するものである（「本件包括徴収」という。）。A はこれとは別に 1 曲 1 回ごとの単位使用料 6 万 4,000 円とする個別徴収の方式も採用していたが、放送事業者における年間の管理楽曲の利用数を上記の単位使用料に乗ずるとその年間の放送使用料の総額が本件包括徴収による場合に比して著しく多額になるため、ほとんど全ての放送事業者は A と本件包括徴収による利用許諾契約を締結している。

A がほとんど全ての放送事業者との間で本件包括徴収による利用許諾契約を締結しこれに基づく放送使用料の徴収をする行為（「本件行為」）が、利用許諾に係る他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有するかが争われた。

本件審決は、本件行為が他の管理事業者の事業活動を排除する効果を有することを認めるに足りる証拠がないとの理由で、排除型私的独占には該当しないとした¹⁾。この審決について、管理楽曲の利用許諾に係る市場における競争者 B が取消請

求を行い、東京高裁は審決を取り消す判決を下した²⁾。この判決を不服として公取委が上告した。

判決の要旨

上告棄却。

「本件行為が独占禁止法 2 条 5 項にいう『他の事業者の事業活動を排除』する行為に該当するか否かは、本件行為につき、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にするなどの効果を有するものといえるか否かによって決すべきものである。そして、本件行為が上記の効果を有するものといえるか否かについては、本件市場を含む音楽著作権管理事業に係る市場の状況、参加人及び他の管理事業者の上記市場における地位及び競争条件の差異、放送利用における音楽著作物の特性、本件行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべきものと解される。」

「……参加人の本件行為は、本件市場において、音楽著作権管理事業の許可制から登録制への移行後も大部分の音楽著作権につき管理の委託を受けている参加人との間で包括許諾による利用許諾契約を締結しないことが放送事業者にとっておよそ想定し難い状況の下で、参加人の管理楽曲の利用許諾に係る放送使用料について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用することにより、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ものというべきである。」

「なお、前記……の事実関係等や……の諸事情などに鑑みると、大部分の音楽著作権につき管理の委託を受けている参加人との間で包括許諾による利用許諾契約を締結しないことが放送事業者にとっておよそ想定し難い状況の下で、参加人は、……その使用料規程において、放送事業者の参加人との利用許諾契約の締結において個別徴収が選択される場合にはその年間の放送使用料の総額が包括徴収による場合に比して著しく多額となるような高額の単位使用料を定め、これによりほとんど全ての放送事業者が包括徴収による利用許諾契約の締結を余儀なくされて徴収方法の選択を事実上制限される状況を生じさせるとともに、その包括徴収の内容につき、放送使用料の金額の算定に管理楽曲の放送利用割合が反映されない本件包括徴収とするものと定めることによって、……放送使用料の追加負担によって放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用を相当の長期間にわたり継続的に抑制したものといえる。このような放送使用料及びその徴収方法の定めの内容並びにこれらによって上記の選択の制限や利用の抑制が惹起される仕組みの在り方等に照らせば、参加人の本件行為は、別異に解すべき特段の事情のない限り、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものと解するのが相当である。」

判例の解説

一 はじめに

独禁法 2 条 5 項が定める排除型私的独占の排除行為該当性について、最高裁は、プライススクイーズの排除行為該当性が問題となった NTT 東日本事件において、「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から

みて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者の FTTH サービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果をもつものといえるか否かによって決すべきものである」と判示している³⁾。最高裁は、本件においても上記の判断枠組みに従って判断している。事実関係の違いから異なる点もあるが、その判断に際しても同じような要素を考慮して判断している。

本件では、本件行為が他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にするなどの効果（排除効果）を有するか否かが争点になったために、本判決では上記判断枠組みのうち「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」を有するか否かについては、傍論として述べられるにとどまっている。しかし、この点は、本件審決取消後に行われる審判において審理の対象となるので、以下 2 つの論点について検討する。

二 排除効果

本件の公取委審決は、A の本件行為が A 以外の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制する効果を有し、新規参入について消極的な要因となっていることは認めたが、放送事業者が A の競争者である B の管理楽曲の利用を回避したことを示すに足りる証拠がない、また本件行為が B 以外の管理事業者の新規参入を阻止していることを示すに足りる証拠がない等の理由で、本件行為の排除効果を否定した。

これに対して本判決は、原審・東京高裁判決⁴⁾を支持して、(1) 本件市場において A は長年独占状態にあって、放送事業者は A と利用許諾契約を締結せざるを得ないこと、(2) 管理楽曲は放送利用においては代替性があること、及び (3) 本件包括徴収方式の下では、放送事業者が他の管理事業者の楽曲を利用すると使用料が増えることになるからその使用を抑制すること等の事実から、A の本件行為は、他の管理事業者の本件市場への参入を著しく困難にする効果を有すると判断した。

排除効果の判断・認定について、公取委の排除型私的独占ガイドラインは、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする蓋然性があれば足り、そのような結果が現実には発生していることまで必要とされないと述べた上で、典型的行為について、

市場の状況、行為者及び競争者の市場における地位、行為の期間及び商品の取引額・数量、行為の態様等の判断要素を掲げてそれらを総合的に考慮して排除該当性を判断するとの指針を示していた⁵⁾。また、従来の公取委審決の解釈においても、実際に特定の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業活動を困難にさせたりすることが具体的に認定されることはあっても、そのような事実が具体的に認定されなければならないということではなかった⁶⁾。前掲・NTT東日本事件最高裁判決も、それまでの公取委の解釈・運用指針を踏まえて排除該当性を判断していた⁷⁾。

排除効果の判断・認定に関する従来の解釈・運用に照らすと、本件審決の判断・認定が先例に沿うものでなかった。本判決は、最高裁が、従来の公取委の解釈・運用が適切であることを確認したものとして捉えることができる。審判制度が廃止され、公取委の事実認定についても裁判所で審理されるようになった現在、本判決のもつ意味は重要である。

三 正常な競争手段逸脱性

1 最高裁判決のいう「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」（以下「正常な競争手段逸脱性」という。）の意義については、様々な捉え方が可能である。

最初に「人為性」の語の意味について触れておきたい。独禁法においては、「人為性」の語は市場による作用と区別する意味で用いられている⁸⁾。市場支配力を有していることそれ自体（単なる独占ないし独占状態）は、市場が作用した結果としてもたらされたのであれば、（独占の状態として規制されることはあっても）私的独占として規制されることはない。私的独占に該当するには、何らかの人為性を有する行為がなければならない。「行為」の語でもよさそうであるが、あえて「人為性」の語が用いられるのは、行為概念を拡張して排除行為を広く捉えようとの趣旨からである⁹⁾。もっとも、「人為性」の語には、それ以上の意味は含まれていないものと解される。

つぎに、市場支配力を有する事業者（市場支配的事業者）の人為性を有する行為は、競争者を排除する効果を有していたとしても、それが値下げ

や品質の改善等の行為によるものであれば、これも私的独占としては規制されない。最高裁が「正常な競争手段の範囲を逸脱する」の文言を入れた趣旨は、事業者とりわけ市場支配的事業者の排除効果を有する行為について、2条5項の「排除行為」に該当する行為とそうでないものを識別するためと解される。どのような基準で両者を識別するかは、古くて新しい問題であり、いまなお米国及びEUにおいて議論の対象となっている¹⁰⁾。

行為の形態で識別する見解が古くから主張されてきた。例えば不公正な取引方法として定められている行為形態に該当する行為が排除行為に該当すると解する見解である。しかし、取引拒絶、取引条件の差別取扱い、拘束条件付取引等は、行為それ自体に競争阻害性はないから、行為の形態で識別することは難しい。米国を中心に、行為のもつ性格、競争者の事業活動に及ぼす影響等を考慮して識別する見解（例、利益犠牲性基準、同等効率性基準、経済合理性基準、ライバルコスト引き上げ基準、消費者厚生基準等）が唱えられるようになっている¹¹⁾。これらの見解は、わが国の公取委の解釈・運用、学説にも影響を及ぼしている。

2 前述したように、市場支配的事業者が、例えば、価格引き下げや品質の改善等の人為性を有する行為によって競争者を排除してもそのような行為は「排除行為」には該当しない。この点については、現在、米国及びEUにおいて、competition on the meritsの概念を用いて、それに適合する行為は、たとえそれが市場支配的事業者によるものであっても規制すべきでないとする見解が有力に唱えられている。そのような行為として、積極的かつコスト割れでない価格設定、品質の改善、供給量の増大、コストを削減する技術革新等の行為があげられている¹²⁾。この考え方は、アルコア判決においてハンド判事が、「優れた技量、先見性及び勤勉さ（superior skill, foresight and industry）」による独占力の獲得はシャーマン法2条違反としないとしたことに由来する。この考え方は現在でも支持されている。そのように考えられる理由は、市場支配的事業者であっても自らの真価に基づいて競争する自由が保障されなければならないこと、上記に該当する行為は経済的経験則から消費者利益を促進すること、事業者にとっての予測可能性、及び訴訟経済の観点等か

ら「当然合法」と捉えるべきとされている¹³⁾。

3 本件行為の正常な競争手段逸脱性について、本判決は、(1) Aが個別徴収による使用料を著しく高額に設定することによって、放送事業者に包括徴収の方法を選ぶようにさせていること、(2) 本件包括徴収の内容が、放送使用料の金額の算定に管理楽曲の放送利用割合が反映されないものになっていること、及び(3) 放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲を使用すると負担する放送使用料の総額が増加することから他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制すること等から、Aの本件行為は「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」と判断している。この判示内容についても捉え方は一様でない。取引相手である放送事業者の事業活動の自由の制限＝拘束に求めていると解する見解¹⁴⁾、利潤最大化を図る企業にとって、市場支配力の形成・維持・強化をもたらす以外には、およそ経済的にみて意味(合理性)を有しないような行為である点にみているとする見解¹⁵⁾がある。

4 本件審判におけるこの争点をめぐる審査官と被審人Aの主張を振り返ってみると、審査官は、Aが排除効果を認識しながら本件包括徴収を行っていたこと、Aの市場支配的地位が法制度によって獲得されたものであること等から本件行為に正常な競争手段逸脱性があると主張したのに対し、被審人は「放送等使用料の包括徴収は、……合理性と効率性を有するものであり、市場支配力を形成、維持、強化する以外に自己の利益とならない行為」に当たらないから逸脱性がないと主張していた¹⁶⁾。この論点をめぐる両者の主張は焦点が合っていないように思われる。

正常な競争手段の範囲を逸脱しているか否かの判断においては、行為の競争者に対する排他性ではなく、顧客を獲得するための競争手段としての性格・態様が問題とされる¹⁷⁾。廉売や品質の改善等によって顧客を獲得する行為は、正常な競争手段の範囲に属する行為である。これに対して、本件においてAが顧客を獲得するために用いた行為は、放送使用料やその徴収方法について、顧客の選択を制限し、他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制するものである。音楽著作権管理事業者

としての真価(merits)、すなわち「優れた技量、先見性及び勤勉さ」に基づいて顧客を獲得するものではなく、また他の管理事業者が真価を発揮して顧客を獲得しようとするのを妨げているという意味において「正常な競争手段の範囲を逸脱している」ものと考えられる。

●——注

- 1) 本件審決平 24・6・12 審決集 59 巻 (I)59 頁。
- 2) 東京高判平 25・11・1 判時 2206 号 37 頁、判タ 1413 号 106 頁。
- 3) NTT 東日本事件最判平 22・12・17 判時 1201 号 32 頁。
- 4) 東京高判平 25・11・1 判時 2206 号 37 頁。
- 5) 公取委「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」第 2・1(I)。
- 6) 根岸哲「本判決評釈」公取 777 号 67 頁、70 頁。
- 7) 岡田幸人「最高裁判所判例解説 (NTT 東日本事件)」曹時 64 巻 11 号 257 頁、277～282 頁参照。
- 8) 実方謙二『独占禁止法 (第 4 版)』(有斐閣、1998 年) 18～20 頁。
- 9) 実方・前掲注 8) 書 62～68 頁、今村成和『私的独占禁止法の研究 (一)』(有斐閣、1956 年) 23 頁、参照。
- 10) 米国及び EU における議論を踏まえた川瀨昇教授の見解が説得的である。根岸哲編『注釈 独占禁止法』(有斐閣、2009 年) 38～43 頁及び川瀨昇＝瀬領真悟＝泉水文雄＝和久井理子編著『ベーシック経済法 (第 4 版)』(有斐閣、2014 年) 149～155 頁、参照。
- 11) これらの基準については、さし当たり、OECD, Policy Brief, "What is Competition on the Merits?" (2006). <http://www.oecd.org/competition/mergers/37082099.pdf> (2016 年 2 月 17 日閲覧)。
- 12) Gregory J. Werden, "Competition Policy on Exclusionary Conduct: Toward an Effect-based Analysis?," 2 European Competition Journal 53, at 58 (2006); Phillip E. Areeda and Herbert Hovenkamp, Antitrust Law, 4th ed., ¶ 651d (2015).
- 13) Werden, supra note (12) at 60.
- 14) 長澤哲也「本判決評釈」ジュリ 1483 号 6 頁、7 頁、滝澤紗矢子「本判決評釈」法教 421 号 50 頁、55 頁。
- 15) 林秀弥「本判決評釈」ジュリ 1485 号 112 頁、114 頁。
- 16) 本件審決・前掲注 1) 審決集 59 巻 (I)74～76 頁。
- 17) 清水知恵子「本判決評釈」ジュリ 1483 号 83 頁、87 頁。

中央大学教授 金井貴嗣