

参加人準備書面3

目次

第1 参加人の審決取消訴訟における争点2から5に関する主張が最高裁判決の基礎になっていること.....	4
第2 清水調査官解説を踏まえた最高裁判決の意義と再審判での審理の対象.....	4
(1) 最判が人為性判断に踏み込んだ理由.....	4
(2) 個別徴収が選択肢になっていないことを人為性の理由としたことの意義.....	6
(3) 特段の事情と他の要件の検討を求めた趣旨.....	7
(4) 人為性と競争の実質的制限の関係.....	7
第3 最高裁判決は、原審における本件の判断手法に関する原告の主張を要約したものとなっていること.....	8
1 第8争点の全体像の記述と最高裁判決の対照表.....	8
4(3).....	13
市場支配力のある事業者が、市場の大部分を占める取引先との間で排他的取引をすれば、その事実から市場閉鎖効果が生じ、新規参入が排除される蓋然性が高いといえることは、過去の審決例で明らかにされている(日本インテル事件審決)。本件のように市場シェア99.9%の参加人がすべてのユーザーたる放送事業者と排他的取引をすれば、新規参入が著しく困難になることは明白である。.....	13
2 本件包括徴収契約の正当化事由に関する原告の主張(第8争点の全体像の6で整理した内容).....	18
(1) 正当化事由の位置づけ.....	18
(2) モニタリングコストの削減.....	19
(3) 限界費用の削減.....	19
(4) 結 論.....	20
(5) 排除措置命令の執行可能性—争点5について、.....	20
第4 原審における本件包括徴収の排他性(=人為性)を緩和する正当化事由についての主張の詳細.....	21
I 第5準備書面第2における主張.....	21
1 審決が争点1だけ判断したことはN T T東日本事件最判その他の先行審決に反す	

ること	21
2 総合考慮されるべき要素	21
(1) 排他性とこれを緩和する方法	22
(2) 節約のインセンティブが働かないように仕組みられていること	23
(3) カーブアウトがないこと	24
(4) 権利者の利益の確保に欠ける契約であること	25
(5) 小括	25
3 本件包括徴収契約の正当化事由	26
(1) 争点2、3、4の関係と正当化事由の考え方	26
(2) モニタリングコストの削減	27
(3) 限界費用の削減	28
(4) 欧米との比較	29
(5) 分配使用料と徴収使用料を全く別物として機能しているという人為性	31
(6) 結論	33
4 排除措置命令の執行可能性—争点5について	33
II 第3準備書面第7で本来的争点として主張した内容	34
1 本件包括徴収の普遍性、欧米の制度との比較の詳細	34
(1) 日本の包括徴収と同じような包括徴収が欧米を問わず行われているとの前提は誤りであること	34
(2) 欧州の制度	35
(3) 欧州との比較	38
(4) 米国の制度	39
(5) 日本と米国の制度の比較	42
(6) 小括	42
2 参加人の使用割合を反映した徴収方法であるとの主張について	43
(1) 非利用楽曲の割合を30%と見積もっているとの主張	43
(2) 品揃え比率を反映して料率を決められたので、使用割合が反映されているとの主張	45
3 参加人の個別徴収が選択肢になっているとの主張について	45
4 参加人の従来の包括徴収・包括許諾の徴収方法を維持しているだけであるとの主張について	45
5 効率性の分析	47
(1) 効率性に関しては、参加人の側が、競争制限効果を上回る競争促進効果、効率性の達成を立証する必要があるが、そのような立証はないこと	47
(2) モニタリングコストの削減との主張は、これを支える実質的証拠がないこと	47

(3)	利用者の側に生じる非効率性—利用者の側で費用削減のインセンティブを失わせること	47
(4)	権利者の側に生じる非効率性—不透明な分配	48
(5)	小括	49
6	排除措置命令の適切性	49
結 語	51

第1 参加人の審決取消訴訟における争点2から5に関する主張が最高裁判決の基礎になっていること

参加人は、第2準備書面において、「審決取消訴訟記録を再審決の基礎とする必要があることは明らかであり、単に、審判での審査官主張と最判にのみ依拠し、審決取消訴訟記録を再審決の基礎とする措置を何らとらない審査官には、公務員の職務遂行上必要とされる善管注意義務を懈怠している疑いがある。」と主張したが、それは、審決取消訴訟で原告として主張した点が、最高裁判決とその調査官解説(ジュリスト 1483号 83頁)(以下「清水調査官解説」という)の基礎となっていることが明らかだからである。その点は、参考人第2準備書面において、添付した審決取消訴訟での主張書面を読めば明らかであるが、念のため、最高裁判決・清水調査官解説の論理構造と原告審決取消訴訟における人為性・一定の取引分野における競争の実質的制限等のその他要件に関する主張を整理する。

第2 清水調査官解説を踏まえた最高裁判決の意義と再審判での審理の対象

第1準備書面で主張したように、清水調査官解説によれば、「特段の事情のない限り」という留保がつけられたのは、被審人の反論の機会の確保のためであると解説されており、したがって、再開後の審判では、人為性について被審人に反論の機会を与えること、及び人為性・一定の取引分野における競争の実質的制限について「いかなる事情につき、いかなる要件で論じるべきかについて」審判官が十分な検討を行って再審決において、公取委の見解を示すことが期待されている。後者については、公取委が事情の割り振りを検討すべき問題であり、当事者に主張を尽くさせるという問題ではない。したがって、被審人に対する反論の機会を1度与えれば足り、次回期日にて審判は、原則として、結審すべきものとすべきである。以下では、その点の主張を整理する

(1) 最判が人為性判断に踏み込んだ理由

人為性と排除効果は、排除行為という要件に関わるもので一体的に評価する必要があると解釈している可能性がある(甲2上杉最判評釈はこの点を指摘している)。

参加人(取消訴訟原告)は、排除効果、人為性、競争の実質的制限は一体として解釈する必要があることを主張していた。最判は、その趣旨に答えたものである(上

杉最判評釈 27 頁)。本審判においても係る原告(審判の参加人)の主張を前提とすべきである。

原告は、排除効果だけを判断した原審決を以下のように批判していた(第5準備書面第2の1項)

独禁法においては、各争点は相互に関連し合っているのであり、争点1だけを独立させて判断し、その他の点については判断するまでもないというような民事事件的な処理をすること自体が妥当性を欠く方法である。特に、排除型私的独占事件においては、排除効果の有無と人為性、競争の実質的制限の有無は表裏一体の関係にあり、争点1から3は、総合的に判断する必要がある。

このことは、被告・参加人の準備書面においても、争点2から5で議論されるべき論点が顔を出していることから明らかである。被告第2準備書面(12頁)において「原告が相当数の管理楽曲の管理を受託し、NHKとの間で放送等使用料を徴収していることを考え合わせると、原告が放送等使用料にかかる管理事業を営む上で、本件行為を独占禁止法違反として排除することが不可欠であるとはいえない。」と述べていることは、審決案の作成にあたり審判官が、実質的に争点2から5の点も考慮したことを示唆している。この主張も法解釈の変更であること、本件の争点は争点2から4であるのに、争点1で技巧的に処理されたことが問題であることについては、原告第3準備書面第5の2(64頁)で指摘している。

参加人の第2準備書面の法解釈についての主張も、効率性・正当事由にかかる主張であり、争点2から5に関わるものである。

被告・参加人が主張する因果関係の法解釈についても、NTT東日本事件最判では、因果関係の問題を競争の実質的制限の論点にかかる問題として論じている。その意味では、本件審決において争点1として議論された因果関係の論点は、争点1で論じていること自身が不適切であり、争点3で論じられるべき論点ということになる。

このような各論点の関連性を考えれば、裁判所は争点1のみでなく、争点2から5までの争点全体を総合的に検討することで、初めて正しい結論に達することができるのである。本件では、本件包括徴収は単に排除効果があるということにとどまらず、極めて大きな排他性・競争阻害効果をもたらすものであることが重要な論点となるべきであったが、審決が争点1だけを切り取って判断したため、排他性の強さ・競争制限効果の大きさという重要な論点が論じられず、独禁法に関する判決ではあってはならない技巧的な判決となってしまったのである。

そもそも、5つの争点があると争点整理していること自体、審決が争点を正しく整理できていないことを示すものである。争点2と3は、本件包括徴収契

約を正当化する理由があるかという同じ論点の割り振りの問題であり、争点4について固有に論じるべき点がないことは、下記3(1)で述べる通りであり、争点5も実は、争点とするほどの論点ではないことは、下記4に述べる通りであるから、結局、審決が、判断しなかった論点とは、本件包括徴収契約を正当化する理由ないしは効率性の点であり、その点を総合評価しなかったことが審決の法解釈の誤りである。この点は、第3準備書面82頁、甲19白石評釈も指摘しているとおりである。

過去の審決を見ても、このように特定の争点についてだけ判断を示し、その他の争点は審理しないとした事件は見あたらない。NTT東日本最判も、排除効果・人為性・競争の実質的制限の各論点を総合的に論じている。本件は行政事件であり、あらゆる争点に関する判断を総合して妥当な結論に至ることは当然の要請である。審決のように、争点の一部だけを取り出して民事事件的に判断したこと自体、NTT東日本事件最判や先行審決に反する法解釈を誤った判断と言わざるを得ない。

すでに各争点に関する原告及び参加人の主張の機会は十分に与えられており、被告・参加人の主張も審判において尽くされている。そして、原告においても全ての争点についての主張を行っているのであるから、裁判所が全ての争点についての判断を行うことについての手続き的保障の観点からの支障もない。

(2) 個別徴収が選択肢になっていないことを人為性の理由としたことの意義

人為性に関し、個別徴収が選択肢になっていないことにより、本件包括徴収を受け入れることを余儀なくされていたという認定は、参加人が審決取消訴訟においてカーブアウトがないために、排他性が生じていると主張していた(第3準備書面第7、第5準備書面第2、第8)ことを採用したものである¹。

カーブアウト手段がないことを人為性の根拠とした場合、包括徴収契約の持つ競争促進効果ないし正当事由(モニタリングコストの削減、限界費用をゼロにするものであること)によって、正当化することは極めて困難である。なぜなら、そのような促進効果を発生させることとカーブアウト手段を置く

¹ 評釈などで、人為性を「余儀なくされる」という強制性、あるいは拘束性に求めたものだという見解もあるが、最判を正解しないものである。最判の論理と参加人の審決取消訴訟での主張を対比し、清水調査官解説を合わせ読めば、最判は、人為性を包括徴収から生じる強い排他性を緩和する方策がとられていないこと=カーブアウト手段がないことに求めていること、そのようなカーブアウト手段がない包括徴収契約について、人為性を求めたものである。

ことは両立するのであり、カーブアウト手段のない包括徴収を構築すればよいだけの話だからである。

清水調査官解説もこの点を認識しており、人為性を有するのは一般的な包括徴収制度ではなく、具体的に本件のような個別徴収が選択肢にならない本件包括徴収であることを強調している。従って、包括徴収の一般的な競争促進効果を主張する被審人あるいは村上評釈は、前提において誤っている。本件包括徴収を支持する見解の多くは、このような一般的な包括徴収の競争促進効果と、本件のような個別徴収が選択肢にならないように仕組まれた特殊な包括徴収制度を混同して論じている。

(3) 特段の事情と他の要件の検討を求めた趣旨

それでは、なぜ、最高裁は、人為性についての特段の事情、一定の取引分野における競争の実質的制限について、審理することを求めたのであろうか。それは第一に事実審が事実認定していない部分に先行して判断を行っている以上、最高裁の判断を覆す事情の有無を審判において確認させる必要があると考えたためであると考えられ、その点を清水調査官解説も示唆する。

清水調査官解説は、審判の事実認定において、審決が争点についての判断を下していなかった人為性についても、判断を行えるだけの事実がすでに認定されていることを挙げている。そして、被審人に反論の機会を与えることが特段の事情についての審理を行うよう命じた趣旨であるとしている。

競争の実質的制限を含むその他の要件についても、審判記録からこれらについての議論が行われたことがうかがわれているとしつつも、人為性と競争の実質的制限に関わる事実認定及び分析が本件包括徴収の正当化事由あるいは競争促進効果である点で重複しており、この両者のどのように割り振るのかについて学説の一致を見ていないため、その点について「十分に検討」するよう求めたものであるとしている。

(4) 人為性と競争の実質的制限の関係

清水調査官解説が明確に示した再審決の宿題である人為性と競争の実質的制限の関係については、上杉最判評釈のアプローチが参考になる²。上杉最判評釈によれば、NTT 東日本事件最判が排除行為の意義を「排除効果を有し、且つ人為性要件を満たす行為」が排除行為に該当すると判断したので、それまで「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件の問題として議論

² このアプローチは、参加人が審決取消訴訟でとった考え方とほぼ同じものである。

されていたもの(の一部)を排除行為の要件の問題に移行することになった。その結果、排除行為は「競業者が……市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものと言えるかどうか」により認定されるので、これは問題とされた排除行為に則して(一時的に)画定した市場に及ぼされる効果を見ることにより排除効果を認定し、(それが人為性要件を満たすことを確認の上)当該市場の範囲が「一定の取引分野」として画定するに足りるものかどうかを検討し、その範囲が一致する場合には、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」という要件が充足されるとする考え方を整理できる、とする。

この考え方は、従来「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件で検討されるべきとされていた行為の正当化事由ないし競争促進的効果の分析は、いまや人為性要件において行われることになったため、「一定の取引分野における実質的制限」の要件では、市場画定とそこにおける市場支配力の維持・形成・強化を再検証す作業だけになったと解される。基本的に、ここでの再検証で問題になるのは、行為から競争の実質的制限ないし市場支配力の維持・形成・強化が発生したのか、すなわち因果関係の検証の問題に限られることになる。実際 NTT 東日本最判でも、この点の検証が「一定の取引分野における実質的制限」の要件で行われている。

第3 最高裁判決は、原審における本件の判断手法に関する原告の主張を要約したものとなっていること

原審の原告の主張は、第5準備書面「第8争点の全体像」で、最終的に要約整理されているが、それを読めば、最高裁判決の説示は、第8の4、5で指摘した内容をさらに凝縮したものであることがわかる。以下では、最高裁判決と第5準備書面「第8争点の全体像」を対照表として示す。

従って、再審判において、特段の事情として、被審人に反論の機会を与えて確認されるべき内容は、「第8争点の全体像」の6、7で主張した点を揺るがす「特段の事情」があるかであることも明らかとなる。

この第3以下は、取消訴訟の引用であり、参加人は JASRAC である。原告が審判参加人、被告が公取委である。

1 第8争点の全体像の記述と最高裁判決の対照表

	最高裁判決		第8争点の全体像
--	-------	--	----------

<p>3 (1)</p>	<p>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。</p>		
	<p>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。</p>	<p>第 8 の 1</p>	<p>NTT 東日本事件最判は、総合考慮の枠組みを示しているが、それに本件の争点を入れ込むと、次のように整理できる。「具体的には、楽曲の管理委託市場と管理楽曲の利用許諾分野における市場の構造とその特性、両者の関係、本件包括徴収契約の特性、その排他性・商品の特性が市場に与える影響、その利便性・効率性、排他性を緩和できる可能性（楽曲の利用状況が反映する仕組みのメリットとデメリット、使用料算定のベースの変更可能性など）、原告と参加人の地位、競争者が管理楽曲を受託し権利者に分配を与えることができる可能性、競争条件の差異、本件包括徴収の継続した期間、利用者の選択肢の確保、利用者の節約行動へのインセンティブに与える影響、権利者の利益の確保、などの点を総合的に考慮して判断すべきである」。</p>
<p>(2)ア</p>	<p>…参加人は、著作権等</p>	<p>4(1)</p>	<p>参加人は、放送等利用に係る管理楽</p>

<p>管理事業法の施行による音楽著作権管理事業の許可制から登録制への移行の時点で既にその管理委託及び利用許諾の各市場において事実上の独占状態にあったものである。そして、音楽著作権の管理においては、一般に管理楽曲に係る利用許諾や不正利用の監視、使用料の徴収や分配等を行うために多額の費用を要することなどから、他の管理事業者による上記各市場への参入は相応の困難を伴うものであり、上記の許可制から登録制への移行後も、参加人が大部分の音楽著作権につき管理の委託を受けている状況は継続していたものである。このことに加え、<u>放送利用においては膨大な数の楽曲が日常的に利用されるものであることから、本件市場では、放送事業者にとって、上記のように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することなく他の管理事業者との間でのみ利用許諾契約を締結することはおよそ想定し難い状況にあったものといえる。</u></p>	<p>曲の利用許諾分野において、平成13年10月1日の著作権等管理事業法施行の前後を通じて、一貫してほぼ唯一の事業者であり、すべての放送事業者との間で、本件包括徴収を内容とする契約を締結し続けており、市場における先行者としての地位を確立している。管理受託市場においては、契約ベースで見ると0.01%の市場シェアを有するが、分配ベースでの参入実績はほとんどゼロであり、管理報酬ベースで見てもようやく0.01%になる程度である。</p> <p>つまり、法的独占の地位を長年確保してきたことによりその市場支配力は強固であることに加え、二面市場性のゆえに参入障壁がきわめて高いという「市場の構造」がみられる。</p> <p>審決は、管理市場における原告の地位を、受託契約数の増加で見ているが、受託契約数が増加しているとしても参入事業者の分配実績を見て、管理報酬を得ることができているかを検討しないと、事業活動の困難性が生じたかという管理事業市場への影響を評価したことにはならない。</p>
---	--

<p>また、本件市場に新規に参入する他の管理事業者は自らの管理楽曲の個性を活かして供給の差別化を図るなどの方法によって既存の管理事業者と競争することとなるところ、放送事業者による放送番組に利用する楽曲の選択においては、<u>当該放送番組の目的や内容等の諸条件との関係で特定の楽曲の利用が必要とされる例外的な場合を除き、上記の諸条件を勘案して当該放送番組に適する複数の楽曲の中から選択されるのが通常であるということができ、このような意味において、楽曲は放送利用において基本的に代替的な性格を有するものといえる。</u></p>	<p>4(4)</p>	<p>・・・すべての楽曲が同等の需要を生むことは、実際にはあり得ない。需要の強い楽曲、いわゆる旬の曲(以下「プレミアム楽曲」という)は、追加負担があっても商品の魅力が追加負担を上回り、利用されることがあるのは当然である。追加負担はいわば税金のようなものであり、高額税金がかかる場合でも、高級車、ブランド商品はその負担を乗り越えることができる。同様に、プレミアム楽曲であれば、追加負担を乗り越えることができる。</p> <p>したがって、プレミアム楽曲を管理楽曲のリストに加えることができれば、参入は絶対に不可能というわけではない。しかし、だからといって、その楽曲が、被審人と放送事業者の間で包括徴収方式での利用許諾契約がなされていないと仮定した場合と比べ、同じ程度に利用されるとはいえない。高級ブランドのような差別化された商品でも、税金がかからない免税店では売上げが増大する。これと同様、プレミアム楽曲であっても、一方の競争者にのみ追加負担があるとすれば、その使用を抑制する要因となることには変わりはない。追加負担があってもプレミアム楽曲が利用される例があるからといって、包括徴収方式での利用許諾契約と対抗して参入することを抑制する効果(排除効果)が生まれる点で何ら変わらないのである。そもそも、エイベックスという有力な企業が制作するプレミアム楽曲であっても、本件では結局追加負担の壁を乗り越えられなかったことは、本件包括徴収方式が参入を</p>
--	-------------	---

		<p>抑制する効果を生んでいることの決定的証拠と評価すべきものである。</p> <p>そのようなプレミアム性のない楽曲、あるいは句をすぎた楽曲は、価格こそが重要な要素になるのであって、追加負担を要することは、新規参入者が被審人と競争する上で決定的に不利にする条件であり、参入を抑制する効果を生んでいる。</p>
イ	<p>前記 2(2)のとおり、本件行為は、参加人がほとんど全ての放送事業者との間で年度ごとの放送事業収入に所定の率を乗じて得られる金額又は所定の金額を放送使用料とする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というものであるところ、<u>このような内容の利用許諾契約が締結されることにより、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る余地はなくなるため、放送事業者において、他の管理事業者の管理楽曲を有料で利用する場合には、本件包括徴収による利用許諾契約に基づき参加人に対して支払う放送使用料とは別に追加の放送使用料の負担が生ずることとなり、利用した楽曲全体につき支払うべき放送使用料の総額が増加す</u></p>	4(2) <p>このような市場の独占者たる参加人が、放送事業者との間で締結している包括徴収契約の下では、参加人の管理楽曲を利用する限り、一定の算定基準に基づく定額の放送等使用料を支払うことで足り、それ以上の費用負担は要しないが、参加人以外の管理事業者の管理楽曲を利用すれば、その管理事業者との利用許諾契約に従って別途放送等使用料を支払うことになり(追加負担)、全体として支払う使用料が増大することが避けられないから、放送事業者が参加人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することになる。</p>

	ることとなる。		
	<p>そうすると、上記アのとおり、<u>放送事業者にとって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およそ想定し難いことに加え、楽曲が放送利用において基本的に代替的な性格を有するものであることにも照らせば、放送事業者としては、当該放送番組に適する複数の楽曲の中に参加人の管理楽曲が含まれていれば、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えることができ、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えることができる。</u>そして、参加人は、上記のとおり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ているのであるから、<u>本件行為により他の管理事業者の管理楽曲の利用が抑制される範囲はほとんど全ての放送事業者に及ぶこととなり、その継続期間も、著作権等管理事業法の施行から本件排除措置命令がされるまで7年余に及んで</u></p>	4(3)	<p>市場支配力のある事業者が、市場の大部分を占める取引先との間で排他的取引をすれば、その事実から市場閉鎖効果が生じ、新規参入が排除される蓋然性が高いといえることは、過去の審決例で明らかにされている(日本インテル事件審決)。本件のように市場シェア99.9%の参加人がすべてのユーザーたる放送事業者と排他的取引をすれば、新規参入が著しく困難になることは明白である。</p> <p>他の管理事業者の管理楽曲を利用すると追加負担が生じる本件包括徴収は、事実上の排他的取引に匹敵する。ユーザーたる放送事業者が他の管理事業者の管理楽曲の利用について慎重な態度をとれば、権利者は本来楽曲が有するポテンシャルを発揮できなくなるので、そのような楽曲の有するポテンシャルを発揮させられない管理事業者にそれを預け続けることはビジネスの判断としてはあり得ず、当初から預けないか、いったん預けたとしてもその利用実績に満足できなくなり、独占的事業者たる参加人に預けるほかないと考えるようになる。これが、合理的なビジネス判断の帰結である。したがって、本件包括徴収が、新規参入を著しく困難にする効果を生ずると見るほかないのである。</p>

	<p>いる。このように本件行為が他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制するものであることは、前記 2(4)のとおり、相当数の放送事業者において被上告人の管理楽曲の利用を回避し又は回避しようとする行動が見られ、被上告人が放送事業者から徴収した放送使用料の金額も僅少なものとどまっていることなどからもうかがわれるものといえることができる。</p>		
(3)	<p>以上によれば、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</p>	5(1)	<p>本件包括徴収から比類のないほど強固な市場閉鎖効果が生れている理由は、①包括徴収方式以外の方式を選択する放送事業者が事実上出現しないようにした上で、②非管理楽曲を利用しても、使用料が不変になるようにしたこと(追加負担)により、非管理楽曲を利用するインセンティブが低くなるようにしたことにある。</p> <p>市場閉鎖効果の大きさは、行為者の市場における地位と行為の態様に大きく左右される。市場シェア 99.9%の事業者がその取引先のすべてに対して全量購入を仕向けることができれば、他の管理楽曲を利用するインセンティブをほとんどゼロにすることができる。もちろんプレミアム楽曲が存在することから、その利用をゼロにすることはできないが、プレミアム楽曲の利用に押しとどめることができれば、新規参入を著しく困難にすることができる</p>

	<p>ける<u>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</u>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。</p>	<p>る。 行為の態様には、競争品等の取扱い禁止・全量購入義務のような義務付け方式と、すべての需要を自己から購入するように仕向ける誘引方式（忠誠リベートの支給など）がある。契約で義務付ければ競争品の利用を100%排除できるし、例えば、忠誠リベートの支給条件としての占有率を高く設定すれば、高い排除効果が生れる（90%以上の購入を条件にすれば、当該取引先の需要の90%を囲い込むことができる）。重要なことは、どの程度の取引が閉鎖されるかを具体的に見ることであり、市場閉鎖の程度を見ないと排除効果の大きさは判断できない。</p>
(4)	<p>なお、・・・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およそ想定し難い状況の下で、参加人は、前記2(2)のとおり、<u>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</u></p>	<p>5(3) 排他性を見る上では、選択肢が確保されているか否かも重要である。希望する場合には一部の利用を除外できるようになっていれば、あるいは個別徴収方式による楽曲の利用に見合う額だけ、参加人に対して支払う包括徴収方式の使用料が減額される選択肢があれば（これが、「カーブアウト」である）、排他性は緩和される。</p> <p>本件包括徴収方式の問題は、カーブアウトを遮断していることにある³。一見すると、放送事業者には包括徴収方式と個別徴収方式の2つの料金体系が用意されているので、選択が可能であるかのように見える。しかし、個別徴収方式が選択される場合とは、放送事業者が支払う1曲あたりの利用単価が個別徴収方式による方が安くなる場合である。被審人が設定する1曲6万4</p>

³ 以下については訴状40頁以下

<p><u>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</u>によって、前記 3(2)イのとおり、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見える。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、<u>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。</u></p>		<p>千円という水準は、1日1曲というほとんど楽曲を利用しない放送事業者にとっても選択肢にならない水準である。</p> <p>個別徴収方式を選択すると放送事業者は極端に高い使用料を徴収されるだけでなく、一々楽曲につき利用の報告をすることが求められる。このために、ほとんどすべての放送事業者が、被審人の包括徴収方式での契約を選んでいる。これは、被審人が管理する膨大な楽曲につき、一括してその利用許諾を受けようとして人為的に仕向けていることを意味する。その結果、放送事業者は他の管理事業者の管理する楽曲を利用すると、被審人の管理する楽曲は同一の使用料で無制限に利用できるのに、他の管理事業者の管理する楽曲を利用すると、追加的に費用を負担することになる（追加負担）。したがって、コストに敏感な企業たる放送事業者は、他の管理事業者の楽曲を利用するインセンティブが生まれず、ほとんどすべての放送事業者は被審人の膨大な管理楽曲を、一括して利用許諾契約している。</p>
<p>したがって、本件審決の取消し後の審判においては、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」することという要件の該当性につき上記特段の</p>	<p>5(5)</p>	<p>以上のとおり、排他性を緩和する方法として、カーブアウトという利用者の側の選択肢の確保か、放送事業者の対応次第で使用料に差が生ずるという節約に対するインセンティブを与えることが重要であり、欧米の包括徴収に</p>

<p>事情の有無を検討の上、上記要件の該当性が認められる場合には、本件行為が同項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ものに該当するか否かなど、同項の他の要件の該当性が審理の対象になるものと解される。</p>	<p>は、このいずれかが内蔵されている。米国は、徴収団体間の競争があり、もともと排他性は日本に比べて小さいが、さらに、個別徴収やプログラム著作権が現実の選択肢となっており、カーブアウトが重視されている。欧州では、使用した量を反映する契約となっており、利用を抑えれば使用料が変わるという仕組み（管理楽曲の利用状況を利用料に反映させる仕組み）により節約行動がトリガーされ、非管理楽曲を利用するインセンティブが高まるといふ最低限度の排他性を緩和する仕組みとなっており、CISAC 決定により、自国以外の EU 域内の著作権管理団体に委託できることが現実の選択肢となりつつあることにより、一層排他性の緩和が図られる状況が進行しつつある。本件包括徴収には、いずれの排他性を緩和する仕組みも組み込まれていない⁴。本件包括徴収契約は、カーブアウト方式が組み込まれていないこと、利用者の節約の動機を失わせること、権利者の利益を害していることなど、全体として捉えれば欧米の包括徴収と比較しても圧倒的に大きな排他性・競争阻害効果をもたらすものであるといえる。これらの事情は、市場構造によって生じた参加人の市場支配力を維持、強化する効果があり、さらには参入障壁の高さを維持する効果も有するものである。</p>
--	--

⁴ なお、日本では3つの媒体（FM、AM、地上波を指す）ごとの音楽の使用時間の差は考慮されているが、それでは、節約のインセンティブにならず、内部補助システムが働きすぎた全体としての非効率性が助長されていることについては、3(3)で述べる。

2 本件包括徴収契約の正当化事由に関する原告の主張（第 8 争点の全体像の 6 で整理した内容）

本審判で審理されるべき内容は、本件包括徴収契約の正当化事由に関する原告の主張の適否であり、それは、第 8 争点の全体像の 6・7 に要約されているので、以下で、その内容を再掲する。

(1) 正当化事由の位置づけ

本件包括徴収契約の正当化事由の有無あるいは競争促進効果の大きさが、争点 2 から 4 に関わる最重要な争点である。

具体的には、本件包括徴収方式の下で、(i) モニタリングコストの節減および(ii) 追加費用なしで楽曲を自由に利用できること（限界費用がゼロになること）という効率性の観点から、本件包括徴収契約を正当化する理由となるかということが最大の論点である。これは、争点 2 の人為性または争点 3 の競争の実質的制限で論じられるべき問題である。争点 4 で論じられるべき論点は、争点 2 又は 3 で論じたことと重複する。したがって、争点 4 で論じられるべき固有の論点はないことになる。

この点は、NTT 東日本事件最判が、争点 4 の公共の福祉の論点をことさら取り上げなかったことに照らしても明らかである。人為性と競争の実質的制限のいずれの問題として論じるべきかは定説を見ないが、排除型私的独占ガイドラインおよび NTT 東日本事件最判によれば、この点は主として人為性要件として議論されるべき問題と位置づけられている。人為性要件を見る趣旨は、効率性によらない排除を識別する点にあると解されるので、以下では、人為性要件の問題として考えるものとする。

排除行為の該当性要件である人為性とは、正常な競争手段によって排除効果が生まれる場合を、排除行為に該当しないようにするための要件である。これは、効率性を達成するために必要不可欠といえる行為であれば、その結果として排除される場合を違法とはしないという意味を有すると解される。

具体的には、本件包括徴収は単に利用抑制効果という排除効果があるということにとどまらず、カーブアウト方式が組み込まれていないこと、利用者の節約の動機を失わせる、権利者の利益を害しているなど強固な競争阻害効果を有する。この強固な競争阻害効果を上回る効率性向上効果ないし正当化事由が参加人から証拠に基づく十分な反証がなされた場合にのみ、初めて排除型私的独占に該当しないといえるのである。被告がその第 2 準備書面 12 頁で示唆している「排除することが不可欠な場合にのみ違法とする」というのは、誤った法解釈であ

り、効率性を達成するために必要不可欠であることが立証される場合に限り、当該行為には人為性が欠けるとして違法とはならないという法解釈が、排除型私的独占ガイドラインが採用する考え方であり、先行審決が採用する法解釈である。

(2) モニタリングコストの削減

本件包括徴収契約には、放送事業者にとって負担となる楽曲の個々の利用状況の記録化に要するコスト（モニタリングコスト）を削減することができるもののほか、利用者にとって限界費用がゼロであることで、管理楽曲の利用を促すという効率性向上効果があることは否定できない。

しかし、効率性向上効果を大きくする上で、本件包括徴収方式から生まれる排他性を緩和させる方策が併せ講じられているかという点は、人為性要件該当性を評価する上で極めて重要なことである。

モニタリングコストの削減については、その事実だけで人為性要件該当性を否定するものではあり得ない。その理由は、競争促進効果があることだけでは排除行為該当性を否定することができず、参加人において顧客の囲い込みから生まれる競争制限性を緩和させる方策が一切講じられていないからである。モニタリングコストを節減する方策として、参加人が採用する方式しか存在しないわけではない。利用状況の報告といっても、利用した楽曲のタイトルや時間を個別かつ正確に報告する方法しかないわけではない。例えば、放送事業者を楽曲の利用状況に応じていくつかのグループに分け、その料率に差を設けることでも、利用状況を利用料に反映させることができる。つまり、完璧なデータ収集に伴うモニタリングコストが大きいことだけから、モニタリングコストの節減効果を正当化事由とすることはできない。

(3) 限界費用の削減

追加利用のコスト、すなわち限界費用がゼロである点については、裏から見れば、利用者である放送事業者が音楽の使用量を減らしてコストを削減するというインセンティブが働かず、放送事業者の側での楽曲の効率的利用を妨げるものとなっていることを意味する。このため、むしろ非効率が発生している可能性があり、それを裏付ける証拠がある。

本件包括徴収の下で、3つの媒体(FM, AM, 地上波を指す)ごとの音楽の使用時間の差は、3つの媒体の間での負担割合には反映されているが、各放送事業者の負担額を決める際には反映されない仕組みとなっている。つまり、各社の個

別の使用時間は無視され、各媒体ごとの平均的な利用状況しか使用料負担額に反映されない⁵ので、個々の放送事業者がいくら利用を節約してもその負担額は変わらない。

このような仕組みを正当化する理由は、媒体別の音楽使用時間の相違やグループ別の分担比率を毎年調査することが煩雑であることにある。しかし、自社に有利な指標に応じて負担額が決まることがわかれば、放送事業者はそのためのコスト負担をいとわないはずである（少なくとも、その使用料節減効果が、コスト負担を上回る限り）。負担額が変動しないから、放送事業者は利用状況の報告に要するコストを無駄な作業と認識するのである。各放送事業者の利用実績が使用料負担額に反映されれば、各社は節約努力をするようになる（例えば、委嘱曲の利用や権利消滅楽曲の利用を増やすことでも節約可能になる）。

(4) 結 論

以上によれば、モニタリングコストの節減効果、利用者の限界コストがゼロになるという効率性によって、本件包括徴収方式を正当化することはできない。本件包括徴収を正当化する事由は存在せず、また、上記4に述べた本件包括徴収から生まれる極めて強固な競争阻害効果を上回る競争促進効果ないし正当化事由があるとの証拠はない。

(5) 排除措置命令の執行可能性—争点5について、

参加人は、排除措置命令が作為義務を課すものであって実施不能であると主張するが(争点5)、本件包括徴収の下では、他の管理事業者の楽曲を使用すると追加負担が生じるので、他の事業者の事業活動を排除することに該当するとして、その実施を取りやめるという不作為を命令しているだけである。参加人は、この命令を受けて違法でない契約を締結する義務を負うことになるが、違法でない契約を締結することは事業者の法令遵守義務に照らして当然のことであり、これをもって、作為義務を課すものと解することはできない。

ただ、単に違法な契約条項の執行を禁止する命令を出すだけでは、受命者はそれをどのように修正すれば違法でなくなるのか判然としないから、契約条項を改めるよう主文で命じ、契約条項をどのように改訂するかについての公取委に報告するよう命じ、適法な契約条項へと修正するよう誘導することは、行政庁の責務に適合した主文の命じ方として妥当といえる。

楽曲の効率的な利用を促すためには、新規参入による競争の活性化が不可欠で

⁵ 甲21, 31の日向論文I・IIを参照。

あり、これこそが管理事業法を改正した目的である。したがって、参入障壁を維持する効果を生んでいる本件包括徴収を楽曲の利用量とリンクした使用料徴収となるよう改めることこそが、市場の競争を活性化し、資源の最適配分に適う措置である。よって、原処分¹の排除措置の内容は正当である。

第4 原審における本件包括徴収の排他性（=人為性）を緩和する正当化事由についての主張の詳細

上記「第8争点の全体像」は、第3準備書面第7、第5準備書面第2に記載した参加人（取消訴訟原告）の主張を採用した要約であるが、原審においては、原告は、より詳細に本件包括徴収の排他性（=人為性）とそれを緩和する正当化事由について詳細に主張している²ので、それを整理して述べる。まず、第5準備書面第2に記載した内容を述べ、さらに、第3準備書面第7の主張を補足する（訴状第4での主張は、大体、あとの準備書面でより、洗練された主張として言及されている）。

以下を読めば、再審決で検討判断すべきことは、本件包括徴収の排他性（=人為性）を緩和する正当化事由について、原告イーライセンスが主張した点を覆す事情があるかを検討し、人為性と競争の実質的制限の要件の関係について、公取委としての判断を示すことにあるとの清水調査官解説がいかによく練られたものであるかがよくわかる。

なお、以下も、取消訴訟の引用であり、参加人はJASRACである。原告が審判参加人、被告が公取委である。

I 第5準備書面第2における主張

1 審決が争点1だけ判断したことはNTT東日本事件最判その他の先行審決に反すること

[すでに、第2で引用した通り]

2 総合考慮されるべき要素

本件包括徴収契約は、事実上の排他条件付取引に該当するものであること、本件包括徴収契約から生まれる排他性を分析することが、争点1のみならず全ての争点に関連する本件の核心的問題であることから、訴状第3で詳説した本件包括徴収の排他性・競争制限効果について、さらに以下で論じるものとする。

この点につき、訴状第3では、追加負担が強固な排他性・競争制限効果を生み出している理由として、個別徴収方式が選択肢になっていないこと（この点は、カーブアウト方式がとられていないことと表現している）を挙げている。そこで、この点の重要性を下記で補足するとともに、第3準備書面第7の7(3)で指摘した利用者の節約のインセンティブを奪っていることも、排他性・競争制限効果を強化する事情であることをより詳細に主張する。なお、この点については、甲30上杉国際商事法務も参照。

(1) 排他性とこれを緩和する方法

本件包括徴収から比類ないほど強固な市場閉鎖効果が生れている理由は、①包括徴収方式以外の方式を選択する放送事業者が事実上出現しないようにした上で、②非管理楽曲を利用しても、使用料が不変になるようにしたこと(追加負担)により、非管理楽曲を利用するインセンティブが低くなるようにしたことにある。

市場閉鎖効果の大きさは、行為者の市場における地位と行為の態様に大きく左右される。市場シェア99.9%の事業者がその取引先のすべてに対して全量購入を仕向けることができれば、他の管理楽曲を利用するインセンティブをほとんどゼロにすることができる。もちろんプレミアム楽曲⁶が存在することから、その利用をゼロにすることはできないが、プレミアム楽曲の利用に押しとどめることができれば、新規参入を著しく困難にすることができる。

行為の態様には、競争品等の取扱い禁止・全量購入義務のような義務付け方式と、すべての需要を自己から購入するように仕向ける誘引方式（忠誠リベートの支給など）がある。契約で義務付ければ競争品の利用を100%排除できるし、例えば、忠誠リベートの支給条件としての占有率を高く設定すれば、高い排除効果が生れる（90%以上の購入を条件にすれば、当該取引先の需要の90%を囲い込むことができる）。重要なことは、どの程度の取引が閉鎖されるかを具体的に見ることであり、市場閉鎖の程度を見ないと排除効果の大きさは判断できない。

包括徴収方式から生まれる排他性を緩和させる方法には、いろいろあり得る。他の管理事業者への支払い額を参加人に対する使用料支払い額から控除する方式を採用すれば、放送事業者の追加負担はゼロとなる。他の管理楽曲の利用割合を反映させる形で控除する方法を採用すると（例えば、管理楽曲の前年度CD売上高やその放送時間に相当する割合を参加人に対する使用料支払い額から控除する方式を採用すると）、当該利用割合に相当する使用料が減額されるだけな

⁶ この定義は、訴状44頁参照

ので、利用単価が低い放送事業者にとっては2つの管理団体に支払う利用単価の差に相当する額が追加負担となる。それでも、利用単価の高い放送事業者の選択行動が左右されるので、現状よりははるかに改善となる。

個別徴収方式ないしプログラム許諾方式では、放送事業者は楽曲の利用に応じて使用料を支払うので、管理楽曲の利用量が増減すれば使用料も自動的に変化する。したがって、その比率がある程度高くなるようにできれば、排他性を緩和させた包括徴収方式にすることができる。

(2) 節約のインセンティブが働かないように仕組みられていること

実際の楽曲の利用状況が利用料に反映されれば、放送事業者は需要を減らして独占的管理団体に対抗することができる。管理楽曲の利用の程度が使用料に反映されることには、放送事業者が使用料を抑えるべく、節約するインセンティブが生まれるという意味がある（原告第3準備書面98頁。甲21日向論文参照）。楽曲を放送する市場の需要の価格弾力性は本来大きいと考えられるので、市場が独占させている場合であっても需要者は最低限自分の利益を守る行動がとりうる。

甲25文化庁報告書27頁によれば、使用料算定のベースは、3つある(こ)。

- ①利用頻度によらず定額とする契約、
- ②測定された利用頻度に応じて変動する契約、
- ③他の条件によって変動する契約

③の場合でも、管理楽曲の年間CD売上高の比率に応じて課金する方式は②に近くなるし、放送事業収入に応じて変動する方式であれば、利用頻度と無関係となる。①の場合でも、総額は定額で合意し、各放送事業者の負担額は②、③とすることが可能である(米国で採用されている団体交渉方式は、これである)。利用頻度に応じて使用料が変動しない場合、放送事業者は使用料が番組制作上の変動経費とは認識しなくなるという弊害が生まれる(固定経費化)。

ベースに使用するデータからも相違が生まれる。前年度の実績値(事業収入および楽曲の利用の程度)を基に次年度の負担総額を交渉するという方式を採用する場合、当然前々年度との変化を考慮することになる。この場合放送事業者は、利用の程度に関し、音楽番組が減ったとかBGMにクラシックを多く利用するようになったなどの事情を指摘して使用料が低くなるよう交渉することになる。放送事業者としては、楽曲の利用の程度が減少したとすると、必死にデータを集めてかかる主張するであろう。このように、利用の程度がマクロ的であるにせよ使用料に反映されると、企業の行動が左右されるようになる。

このため、包括徴収方式の下において管理楽曲の利用状況がどの程度使用料

の決定に反映されるかは、排他性を評価する上で極めて重要な情報である。利用状況の報告を行うようになれば、非管理の楽曲は使用料算定対象から自動的に除外されるというメリットのほか、放送事業者が利用状況を見て自分の利用料が高いかどうか判断できるようになる。これが、ユーザーの節約行動を促すように働き、資源の効率的利用に資する効果が生まれる。

しかし、わが国ではFM, AM, 地上波という3つの媒体ごとの使用量によって変動する契約が採用されることで、節約という選択肢すら閉ざされている（自分だけ節約しても無意味である）。かくして、資源配分の非効率性が生まれている。管理楽曲の利用時間に応じて利用料を支払う方式の包括徴収では、自動的に非管理楽曲の利用分が対象外となるので、この問題は生まれない。

放送事業者が節約しても（管理対象外の楽曲を利用しても）使用料が影響を受けない⁷ことは、事実上の追加負担に等しい。その理由は、節約するとそれだけ利用単価が上昇し、節約行動が無意味になるからである。本来控除されて然るべきものが控除されないことは、事実上の追加負担と見るべきである。

この場合、新規参入者の管理楽曲の利用を抑制するわけではないから、一見管理市場における市場閉鎖効果と関係ないように見える。しかし、節約したり権利の消滅した楽曲を利用しても使用料が変わらないことにより、非管理楽曲の利用が抑止される効果が生まれている。だから、他の管理楽曲を利用するインセンティブも生まれないという共通の問題が生まれるといえるのである。

利用を抑えれば使用料が変わるという仕組み（管理楽曲の利用状況を利用料に反映させる仕組み）により節約行動がトリガーされ、非管理楽曲を利用するインセンティブが高まる。つまり、管理楽曲の利用を抑えても利用料に反映されないという仕組みに、本件包括徴収方式から排他性が生まれる鍵があることが分かる。放送事業者は必要な楽曲は利用するほかないので、楽曲の利用状況だけで排他性を見ることができないのも同じ問題である。

(3) カーブアウトがないこと

排他性を見る上では、選択肢が確保されているか否かも重要である。希望する場合には一部の利用を除外できるようになっていれば（これが、「カーブアウト」である）、排他性は緩和される。本件包括徴収方式の問題は、カーブアウトを遮断していることにあることは、訴状40頁以下で詳しく論じている。欧米の制度を見れば、同じ包括徴収方式でもオープンなものがあり得ることが分かる。

⁷ 甲21日向論文参照

(4) 権利者の利益の確保に欠ける契約であること

管理業務という性格上、使い放題だから管理楽曲の利用料も均等割りとすることは許されない。利用状況を把握するにはコストがかかるが、だからといって徴収した利用料の配分に利用実績を反映させないことは許されることではない。したがって、管理団体は、サンプル調査であろうとモニター会社を使用しようと、何らかの方法で利用状況を把握し権利者に公正に配分するよう努めている。

権利者の利益を確保するには、少なくともサンプリングの過程が適正であることが最低限必要なことであるが、参加人が採用する、サンプリング調査時期を放送事業者に事前通知するという方法には、放送事業者の側で恣意的にサンプリング期間内の利用を調整することが可能になるという問題がある。言い換えれば、権利者の側からは、自らの楽曲の利用実績を正しく反映して使用料が分配されているのか知り得ないという問題がある。

加えて、本件包括徴収のもとでは、権利者の側では自己の楽曲がたくさん使われたとしても、利用状況を反映せず徴収した使用料の中から分配を受けることになるので、音楽の利用総数が増大した場合でも、それに比例した分配を受けることができないという意味で、権利者の不利益が存在する。

さらに、分配使用料と徴収使用料を全く別物として機能させていること自体も排他性を強化するものである。この点については、下記3(5)を参照。

(5) 小 括

以上のとおり、排他性を緩和する方法として、カーブアウトという利用者の側の選択肢の確保か、放送事業者の対応次第で使用料に差が生ずるという節約に対するインセンティブを与えることが重要であり、欧米の包括徴収には、このいずれかが内蔵されている。米国は、徴収団体間の競争があり、もともと排他性は日本に比べて小さいが、さらに、個別徴収やプログラム著作権が現実の選択肢となっており、カーブアウトが重視されている。欧州では、使用した量を反映する契約となっており、利用を抑えれば使用料が変わるという仕組み(管理楽曲の利用状況を利用料に反映させる仕組み)により節約行動がトリガーされ、非管理楽曲を利用するインセンティブが高まるという最低限度の排他性を緩和する仕組みとなっており、CISAC 決定により、自国以外の EU 域内の著作権管理団体に委託できることが現実の選択肢となりつつあることにより、一層排他性の緩和が図られる状況が進行しつつある。

翻って、本件包括徴収では、いずれの排他性を緩和する仕組みも組み込まれ

ていない⁸。本件包括徴収契約は、カーブアウト方式が組み込まれていないこと、利用者の節約の動機を失わせること、権利者の利益を害していることなど、全体として捉えれば欧米の包括徴収と比較しても圧倒的に大きな排他性・競争阻害効果をもたらすものである。これらの事情は、本件包括徴収と市場構造その他の市場環境要因(総合考慮で考慮される要素)によって生じた参加人の市場支配力を維持、強化する効果があり、さらには参入障壁の高さを維持する効果も有するものである。

3 本件包括徴収契約の正当化事由

(1) 争点2、3、4の関係と正当化事由の考え方

本件包括徴収契約の正当化事由の有無あるいは競争促進効果の大きさは、争点2から4に関わる最も重要な争点である。

具体的には、本件包括徴収方式の下で、(i)モニタリングコストの節減および(ii)追加費用なしで楽曲を自由に利用できること(限界費用がゼロになること)という効率性の観点から、本件包括徴収契約を正当化する理由となるかということが最大の論点である。これは、争点2の人為性または争点3の競争の実質的制限で論じられるべき問題である。争点4で論じられるべき論点は、争点2又は3で論じたことと重複する。したがって、争点4で論じられるべき固有の論点はないことになる。

この点は、NTT 東日本事件最判が、争点4の公共の福祉の論点をことさら取り上げなかったことに照らしても明らかである。人為性と競争の実質的制限のいずれの問題として論じるべきかは定説を見ないが、排除型私的独占ガイドラインおよびNTT 東日本事件最判によれば、この点は主として人為性要件として議論されるべき問題と位置づけられている。人為性要件を見る趣旨は、効率によらない排除を識別する点にあると解されるので、以下では、人為性要件の問題として考えるものとする。

排除行為の該当性要件である人為性とは、正常な競争手段によって排除効果が生まれる場合を、排除行為に該当しないようにするための要件である。これは、効率性を達成するために必要不可欠といえる行為であれば、その結果として排除される場合を違法とはしないという意味を有すると解される。

具体的には、本件包括徴収は単に利用抑制効果という排除効果があるという

⁸ なお、日本では3つの媒体(FM, AM, 地上波を指す)ごとの音楽の使用時間の差は考慮されているが、それでは、節約のインセンティブにならず、内部補助システムが働きすぎた全体としての非効率が助長されていることについては、3(3)で述べる。

にとどまらず、カーブアウト方式が組み込まれていないこと、利用者の節約の動機を失わせる、権利者の利益を害しているなど強固な競争阻害効果を有する。この強固な競争阻害効果を上回る効率性向上効果ないし正当化事由が参加人から証拠に基づく十分な反証がなされた場合にのみ、初めて排除型私的独占に該当しないといえるのである。被告がその第2準備書面12頁で示唆している「排除することが不可欠な場合にのみ違法とする」というのは、誤った解釈であり、効率性を達成するために必要不可欠であることが立証される場合に限り、当該行為には人為性が欠けるとして違法とはならないという法解釈が、排除型私的独占ガイドラインが採用する考え方であり、先行審決が採用する法解釈である。

(2) モニタリングコストの削減

本件包括徴収契約には、放送事業者にとって負担となる楽曲の個々の利用状況の記録化に要するコスト（モニタリングコスト）を削減することができることのほか、利用者にとって限界費用がゼロであることで、管理楽曲の利用を促すという効率性向上効果を有することは否定できない。

しかし、効率性向上効果を大きくする上で、本件包括徴収方式から生まれる排他性を緩和させる方策が併せ講じられているかという点が、人為性要件該当性を評価する上で極めて重要である。

モニタリングコストの削減効果については、その事実だけで人為性要件該当性を否定するものではありません。その理由は、参加人において顧客の囲い込みから生まれる競争制限性を緩和させる方策が一切講じられていないからである。原告が主張したように、欧米の包括徴収方式の運用実態を見れば、モニタリングコストを節減する方策として、参加人が採用する「どんぶり勘定」の方策しか存在しないわけではない。つまり、利用状況の報告といっても、利用した楽曲のタイトルや時間を個別かつ正確に報告する方法しかないわけではない。例えば、放送事業者を楽曲の利用状況に応じていくつかのグループに分け、その料率に差を設けることでも、利用状況を利用料に反映させることができる。つまり、完璧なデータ収集に伴うモニタリングコストが大きいことだけから、モニタリングコストの節減効果を本件包括徴収の正当化事由とすることはできない。

この点は、甲30上杉国際商事法務も、以下の通り指摘している。

モニタリングコストの大きさが指摘されるが、これも工夫次第である。利用状況の報告といっても、利用した楽曲のタイトルや時間を個別かつ正確に報告する方法しかない訳ではない。例えば、放送事業者を楽曲の利用状況に応じていくつかのグループに分け、その料率に差を設けることでも、利用状況を利用

料に反映させることができる。これは自己申告で十分であり、サンプル調査により事後的に申告の真正性をチェックすれば足りる。つまり、完璧なデータ収集に伴うモニタリングコストが大きいことは、言い訳にならない。

(3) 限界費用の削減

追加利用のコスト、すなわち限界費用がゼロである点については、裏から見れば、利用者である放送事業者が楽曲の使用量を減らしてコストを削減するというインセンティブが働かず、放送事業者の側での楽曲の効率的利用を妨げるものとなっていることで、むしろ非効率が発生している可能性があり、それを裏付ける証拠もある(甲21日向論文・甲31日向論文Ⅱ、甲30上杉国際商事法務参照)。

我が国では、参加人の本件包括徴収の下で、3つの媒体(FM, AM, 地上波を指す)ごとの音楽の使用時間の差は、3つの媒体の間での負担割合には反映されているが、各放送事業者の負担額を決める際には反映されない仕組みとなっている。つまり、各社の個別の使用時間は無視され、各媒体ごとの平均的な利用状況しか使用料負担額に反映されないので、個々の放送事業者がいくら利用を節約してもその負担額は変わらないのである(甲21日向論文)。

このような仕組みを正当化する理由は、媒体別の音楽使用時間の相違やグループ別の分担比率を毎年調査することが煩雑であるに求められる。しかし、自社に有利な指標に応じて負担額が決まることがわかれば、放送事業者はそのためのコスト負担をいとわないというのがビジネスである(少なくとも、その使用料節減効果がコスト負担を上回る限りにおいて、妥当するといえる)。負担額が変動しないから、放送事業者は利用状況の報告に要するコストを無駄な作業と認識し、その作業を回避するのである。各放送事業者の利用実績が利用料負担額に反映されれば、各社は節約努力をするようになるというのがビジネスである。例えば、委嘱曲の利用や権利消滅楽曲の利用を増やすことでも節約可能になる。委嘱曲の場合、使用料に応じた利用になれば、管理事業者の収入にならないことについての詳しい説明は、甲31の1(日向論文Ⅱの1)67頁参照⁹。

甲30上杉国際商事法務も、以下のように指摘する。

このように、日本では3つの媒体(FM, AM, 地上波を指す)ごとの音楽の使用時間の差は考慮されているが、ミクロ的には無視されている。各社の平均的な利用状況しか反映されない

⁹ 訴状30頁で、「まねきねこダックの歌」がCMソングであり、CMについては通常1年間、権利者に対する放送使用料が免除されるのが通例であると指摘しているが、この放送使用料が免除される理由は、委嘱曲だからである。

負担額は変わらない…。このように、包括徴収方式と事業収入に応じた利用料の設定はトレードオフの関係になるので、何らかのオプトアウトの仕組みが必要とされる。

日本の仕組みは、媒体別の音楽使用時間の相違やグループ別の分担比率を毎年調査することが煩雑であることを理由にしたものと思われる。しかし、事實は逆であり、自社に有利な指標に応じて負担額を決めれば、放送事業者はそのためのコスト負担をいとわないであろう。負担額が変動しないから、それを無駄な作業と認識するのである。米国のプログラム許諾を見れば、利用実績を反映させる形で負担額が決められれば、事務負担に関わらず有利な方を選択するようになることが分かる。

利用実績が利用料に反映されれば、各社は節約努力をするようになる（節約には、直接許諾や権利消滅楽曲の利用を増やすことが含まれる）。米国でプログラム許諾を選択する放送事業者が多い理由は、各社が管理楽曲の利用実績を把握しており、いずれが有利かを判断できるからである。つまり、包括徴収方式だけでなくプログラム許諾という選択肢があることで、各社の利用状況を利用料に反映させることができる。多くの楽曲を利用すると単価が低くなるのも、利用状況の反映といえる。

日本の包括徴収方式は一見利用状況を考慮しているように見えるが、具体的には何ら使用料に反映されていない。

(4) 欧米との比較

米国で「プログラム許諾」という利用形態を選択する放送事業者が多い理由は、各社が管理楽曲の利用実績を把握しており、包括徴収方式と「プログラム許諾」のいずれが有利かを判断できるからである。つまり、米国においては、包括徴収方式だけでなく「プログラム許諾」という選択肢があることで、包括徴収方式から生まれる排他性は大きく緩和されている（もちろん、2大管理事業者が存在することが、米国では競争制限の問題が生まれまいといえる最大の要因である）。

「プログラム許諾」を選択すると、放送事業者の利用状況の報告義務が強化されるが、それでも米国では「プログラム許諾」が選択されている。この事實は、放送事業者はモニタリングコストの大きさと使用料の節減効果との関係を比較して選択していることを示唆する。

また、欧州では、何らかの形で利用実績の報告が行われていることも、第3準備書面で指摘済みであるが、甲30上杉国際商事法務は、この点以下のよう

に論じ、「放送事業者が利用実績を把握しておれば、放送事業者は負担額の有利・不利の判断ができ、かつ、放送事業者が管理楽曲の利用を減らせば使用料に反映されるので、最低限の自己防衛はできる。これが、どんぶり勘定を採用する日本方式との最大の差である。」と指摘し、原告第3準備書面第7の3の欧米との比較の正しさを証明している。

英国は、管理業務の遂行には利用状況の把握が不可欠として、モニタリングコストの大きさを気にせず、放送事業者が利用楽曲のタイトルや利用時間を報告させている。当然、権利者への利用料の配分は権利の利用実績に応じたものになる。モニタリングコストは最終的には権利者の受取額に反映されるから、これは結局、権利者側の権利意識の強さの反映と言えよう。

ドイツのように、利用時間（1時間の番組で何分楽曲が利用されたか）と利用態様（音楽番組かBGMかなど）を報告させ、それを利用料に反映させるだけでも効果は大きい。放送事業者が利用時間を減らせば、利用料を節約できるからである。それでも高いと思えば、直接許諾や他国の管理団体の活用の可能性が競争圧力になる。

ドイツにおいては、「実際の利用実態の把握は正確に行われており、したがって、使用料の配分も利用実態に応じた正確な分配が行われている」とされている（報告書31頁）。管理楽曲の利用状況を報告すれば、自動的に他の管理団体の楽曲、権利が消滅した楽曲の利用が除外される。直接許諾や節約分も、当然に除外される。ドイツで可能な方策が、なぜ日本で採用できないのか不可解である。

（中略）

欧州2カ国の制度を見るだけで、利用状況が負担額に反映されない課金システムが特異であることが分かる。これに、米国で有効性が証明されているプログラム許諾という選択肢を加えれば、放送事業者は適切な選択行動を採れるようになる（表参照）。

効率性について、本件包括徴収方式と同じ方式は、欧州ではとられていないとの原告の主張に関し、参加人は、「フランス・ドイツのいずれも、基本的には放送事業者から楽曲のタイトル、使用時間等の報告を受け付けているとのことである」（参加人第3準備書面53頁）と、原告の主張を裏付ける事実を認めている。

これは、原告が主張するように、英国、ドイツ、フランスにおいては、放送事業者が楽曲の利用状況を管理事業者に報告しており、使用量に応じた使用料の徴収が行われている事実を確認するものである。そして、このような形で包

括徴収方式が運用されておれば、そこから生まれる排他性が緩和されることは、第3準備書面及び上杉前掲論文で指摘されていることである。

また、この事実は、参加人が、欧州では包括徴収方式が我が国におけるとは異なる形で運用されている事実を十分に把握しており、自らはあえて使用量に応じた使用料の徴収をしていないことを意味する。つまり、英国、ドイツ、フランスと同じ程度に放送事業者から楽曲のタイトル、使用時間等の報告を受けようになれば、包括徴収方式の排他性を緩和させつつモニタリングコストの節減を図ることは我が国でも可能であることを意味し、それを参加人が故意に行っていないだけであることがわかる。

(5) 分配使用料と徴収使用料を全く別物として機能しているという人為性

「原告は、この分配使用料と徴収使用料とを混同しているようである」とするが、この記述から、この意味の違いを理解できていないのは、参加人【JASRAC】であるばかりでなく、本件包括徴収が、カーブアウト方式が組み込まれていないこと、利用者の節約の動機を失わせることという強度の排他性を持つだけでなく、権利者の利益を害していること、それによってさらに排他性を強化していることを自白したも同然である。管理事業者が徴収した使用料を、可能な限り放送での使用量に応じて権利者に配分することは管理事業者としての当然の責務であって、参加人も不十分ではあるが、同様の方式で使用料を配分している(欠陥だらけではあるが、利用状況に関するサンプル調査を実施している¹⁰)。

徴収した使用料をどういう基準で権利者に配分するかによっては、排他性は生まれない。問題は、放送事業者から使用料をどういう基準に基づいて徴収するかであり、それ次第で包括徴収方式から生まれる排他性に大きな変化が生ずるのである。

参加人によれば、「番組中での音楽の要素(使われ方)が使用料の計算に影響を及ぼすことはない」(53頁)と、自分に都合のよいところだけ強調している。また、参加人は「SACEM、GEMAにおいては、分配計算のプロセスにおいて、楽曲の利用単位で使用形態等に応じた点数(ポイント)により Value 付けをし、分配使用料を算出しているとのこと」とする。これは、管理事業者が「楽曲の利用単位で使用形態等」を把握しているということは、放送事業者から当該情報を得ていること、つまり、放送事業者は、楽曲の利用単位で使用形態等の情報を把握しており、それを管理事業者に報告していることを意味するからであり、原告の主張を裏付けるものである。

¹⁰ 欠陥だらけであることについては、訴状37頁、第3準備書面98頁

楽曲の利用単位での使用形態が権利者への分配使用料に反映されるだけであるとしても（この点は、原告は正確な情報ではないものと考えているが）、例えば、BGMとして音楽を使用する場合と、音楽そのものを番組で放送する場合を区別して報告しているのであれば、放送事業者は必要に応じ使用形態等を意識しながら楽曲を利用するようになる。

これが、原告がドイツの方式のメリットとして指摘した意味である。重要なのは、参加人の料金体系の下では、放送事業者は楽曲の利用単位での使用形態等について報告義務を課しておらず、また、使用形態等は一切支払い使用料に反映されないので、放送事業者が楽曲の利用単位で節約しても、その支払使用料は一切変化しないという点である。楽曲の利用単位で節約してもその支払使用料が一切変化しないということは、他の管理楽曲を利用しても（つまり、それだけ参加人の管理楽曲の利用を節約しても）、参加人に支払う使用料は何ら変化しないことを意味し、これは放送事業者には原告の管理楽曲を利用するインセンティブが働かないことを意味する。これは本件包括徴収方式から排他性が生まれることを示すものにほかならない。

つまり、「放送事業者から楽曲タイトル、使用時間等の報告を受け付けている」ことが重要なのであって、これにより放送事業者は自己の支払っている使用料が高いかどうかを判断できる。そして、使用料が高いと判断すれば、少なくとも使用量を減らせば使用料を減らすことができる。しかし、日本においては全ての放送事業者が包括徴収方式で契約するという異常な事態になっており、かつ、放送事業者は楽曲タイトル、使用時間等の報告を求められていないために、使用量とは無関係に使用料を徴収されている。原告はこのような課金構造にあることで排除効果が生まれていると主張するのであって、これは上杉前掲論文においても明確に指摘されているところである。

したがって、原告が分配使用料と徴収使用料を混同しているという事実はまったくなく。原告第3準備書面第7と本準備書面により、分配使用料と徴収使用料がまったく別のものとして機能するよう人為的に仕組んでいることにより、排他性がさらに強められている事実が明らかになったのである。

なお、参加人が、川下市場の問題と川上市場の問題を混同して論じる傾向については、参加人が、非管理楽曲の使用割合を30%と見積もっていると主張したり（本件審決22頁）点、「1.5%という使用料率は、それまでの利用実態に鑑みて「誤差」をも考慮して決せられている。10月20日に至って原告管理楽曲がせいぜい60曲にみたないことを示すリストが配布された。そこで放送事業者は原告の参入より予め考慮されている誤差の範囲を超えて参加人の管理楽曲の利用割合が減少するとは考えず、同月22日に参加人との間での交渉

を決着させることにしたのである。」(参加人第2準備書面56頁)との主張にも表れている。これらの主張が管理している楽曲の割合と使用割合を混同していることは、原告第3準備書面93頁から95頁で述べたとおりである。

(6) 結 論

以上によれば、モニタリングコストの節減効果の大きさ、限界費用をゼロにすることで管理楽曲の利用の増大に資するという効率性の大きさによって、本件包括徴収方式を正当化することはできない。本件包括徴収方式を正当化する事由は存在せず、また、上記4に述べたように、本件包括徴収には極めて強固な競争阻害効果がある一方、それを上回る効率性向上効果があるとの証拠はないのであるから、これを違法として排除措置を命じた原処分は正当である。

4 排除措置命令の執行可能性—争点5について

争点5の作為義務の問題について、第3準備書面99頁で述べたとおりであるが、この論点は、争点にすらなり得ないものであることを簡潔に補足する。本件において、何らの作為義務も課さない形で命令をすることは不可能ではない。参加人が締結している本件包括徴収契約は独禁法上違法な契約であり、したがってこれを執行してはならないと命じることは、当然に可能であり、これは不作為義務にあたる。作為義務を命ずることに懸念があるとすれば(そのような懸念の根拠はまったくないと思料するが)、本件包括徴収契約(またはその特定の条項)を執行してはならない、または破棄するよう命じる不作為を命ずる内容の主文に変更すればよいだけである(貴庁にそのような変更権限があることについては第3を参照)。

ただ、単に違法な契約条項の執行を禁止する命令を出すだけでは、受命者はそれをどのように修正すれば違法でなくなるのか判然としないから、行政庁の対応として無責任な印象を与えることも否めない。その観点から、契約条項を改めるよう主文で命じ(これは、形式上作為義務にあたる)、契約条項をどのように改訂するかについての公取委に報告するよう命じ(これも作為義務である)、適法な契約条項へと修正するよう誘導することは、行政庁の責務に適合した主文の命じ方として妥当といえる。

つまり、作為義務云々を論じることは、本件では何ら本質的な問題ではないのであって、この点は争点にすらなり得ず、審判官が、参加人の釈明要求に対してその旨説示すれば足り、争点にしたこと自体が排除措置命令に関する法解釈の誤りである。

楽曲の効率的な利用を促すためには、新規参入を促し、競争を活性化させることが不可欠であり、これこそが管理事業法を改正した目的である。したがって、参入障壁が高いままに維持する効果を生んでいる現行の包括徴収方式を、楽曲の利用量とリンクした使用料徴収方式に改めることこそが、市場の競争を活性化し、資源の最適配分に適う措置である。よって、原処分の排除措置の内容は正当である。

II 第3準備書面第7で本来的争点として主張した内容

第3準備書面第7では、欧米の包括徴収との比較に関し、第5準備書面第2よりも詳しく論じているので、参考のため、その部分について、整理し、主張する。

1 本件包括徴収の普遍性、欧米の制度との比較の詳細

(1) 日本の包括徴収と同じような包括徴収が欧米を問わず行われているとの前提は誤りであること

参加人は日本の包括徴収と同じような包括徴収方式が欧米を問わず行われており、それが包括許諾・包括徴収制度であることを前提に議論している。その根拠になったのは文化庁委託報告書「諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究」報告書（平成24年3月，甲25）であるが、その審議の座長を務めたのは村上教授であり、同氏の論文（甲20）もこの報告書に依拠している。

しかし、以下に示すように、欧州の包括徴収方式は、程度の差こそあれ、楽曲の利用割合を反映した包括徴収契約となっており、かつパブリックドメインまたは権利者から管理委託を受けていない楽曲の利用については、明確にこれを利用料の徴収対象から除外するシステムが採られている。つまり、文化庁委託報告書及び村上論文は、欧米の制度についての基本的な調査・理解が誤っているので、とても本件で参加人が依拠できるようなものではない。これに依拠する参加人の主張も、同じ問題を受け継いでいる杜撰な主張である。

包括徴収方式といってもバリエーションがあり、日本と同様利用者がいくら使っても料金は同じといういわゆるビュッフエのような包括徴収方式（以下では、「ビュッフエスタイル」という）を採っているのは米国の制度だけであり、欧州の制度は少なくとも放送事業者に使った量を報告させ、その量に応じて課

金するシステムとなっている。その意味は、(2)で詳しく述べる。

報告書は、米国の制度については相当詳細に検討しているが、欧州の制度についてはまともな調査が行われたとは言い難く、根拠となる文献も示されていない。米国の場合には利用抑制効果を生じないことについては、別に論ずる。座長である村上教授自身が、欧州の制度は楽曲の利用量を反映したものになっているとの認識が欠如している（村上論文は、米国をむしろ特殊と考えているようであるが、米国の包括徴収方式を特殊というならば、使った量を反映させようとした排除措置命令を支持すべきものであり、反対の結論を支持しているのは、欧州でもビュッフエスタイルの包括徴収が行われていると誤解しているからと思われる）。

(2) 欧州の制度

まず、最も透明性の高いシステムとして英国の制度がある。英国においては、今日のようなデジタル化が図られる以前から放送事業者には原則的に全曲報告義務があり、放送事業者の担当者が使用回数（放送時間）と利用楽曲のタイトルを記録し、これを管理事業者に報告する制度が採用されていた。中小の放送事業者であってそのようなモニタリングコストに耐えられない会社についてはサンプリングの方法が認められていたが、原則として全利用楽曲のタイトルとその放送時間の報告が義務付けられていた。

この報告する様式は Cue Sheet と呼ばれる。著作権使用料は以下のように計算される。

$$\frac{\text{管理楽曲の総利用時間数} \times \text{全放送事業収入} \times 8.5\%}{\text{全放送時間数}}$$

管理団体（PRS for Music）は、この方式で徴収した金額につき、報告を受けたタイトルに従ってその権利者に手数料を約 10%差し引いた上で分配する。この課金システムの下ではすべての管理楽曲の利用割合が反映されているので、権利者にとって不満が生れないシステムといえる。そのために、PRS for Music の事実上の独占を脅かす参入者が現れにくい制度となっている。文化庁委託報告書が、英国では、利用者も権利者もすべて制度に満足しているから、事実上の独占が継続するといわれる¹¹が、それは、上記のような事情によるのであり、

¹¹ 報告書 106 頁においては「現在の状況は今のところ安定度のあるシステムになっていると認識されているようである。」と報告されている。

日本のどんぶり勘定の包括徴収方式の対極にある制度である。この背景には、英国では、受託者の義務が厳格に履行されており、管理団体が真に権利者の側に立って放送事業者と交渉していることがあげられる。

しかも、他の管理団体やパブリックドメインを使った場合、その管理楽曲の利用分は支払い利用料に反映されない仕組みになっているので、新規参入を阻害するという排除効果は生れない。事実上の独占であっても、新規参入という競争圧力にはさらされている。なお、同報告書106頁でPRIS for music以外の音楽を頻繁に利用していることを理由としてライセンス料の減額を要請することがあれば、これを検討する可能性があるが、実際には使用料にあまり影響がないとの記述は誤導的記述である。同記載は伝聞表現となっており、インタビューによるものと推測されるが、PRIS for music以外の音楽を利用すれば、その分は、管理楽曲の使用時間が減少するだけであるから、減額する必要はないのであり、非管理楽曲を頻繁に利用することで、ベースレートである8.5%が減額されるかという質問と勘違いしたものとみられる。

フランス・ドイツでも使用量に応じた使用料の徴収がなされる点で同様であるが、利用した楽曲のタイトルは報告されないという違いがある。

フランスの管理事業者であるSACEMの場合には、実際の楽曲の利用量ではなく、利用可能量というやや不透明な概念が使用されている。その反面、利用の形態、楽曲の利用が番組（プログラム）の中心にある場合と、バックグラウンドミュージックのような利用形態の場合を区別して、管理事業者に報告されている。この場合、どの楽曲がどれだけ放送されたか放送事業者からの報告だけでは決定できないので、管理事業者自らが実施するサンプリング調査も反映させ、権利者へ利用料の配分を適正に行うようになっている。その際、文化の促進等の名目で徴収された利用料（ロイヤリティ）の一部がSACEMに留保されることがあり、その点は権利者に不満が残る制度になっている。

ドイツの管理事業者であるGEMAの場合も、楽曲の利用量についての報告義務が放送事業者に課されているが、利用した楽曲のタイトルは報告する必要がない。パブリックドメインとなっている楽曲や他の管理事業者の管理楽曲、つまりGEMAの管理していない楽曲の使用については、それを除外して楽曲の利用量が報告されるため、利用料（ロイヤリティ）の算定対象にはそもそもなっていない。

以下が、GEMAの音楽著作権の使用料率であり、音楽コンテンツの利用量を反映する契約となっている。

基本使用料

基本使用料は、テレビ放送局による収入の下記パーセンテージとする：

音楽コンテンツが	0% - 10%の場合	収入の 0.32%
	10% - 20%の場合	収入の 0.96%
	20% - 50%の場合	収入の 2.25%
	50% - 75%の場合	収入の 4.02%
	75% -100%の場合	収入の 5.63%

最低使用料（ミニマム・ギャランティ）

各セット及び各月の最低使用料は：

音楽コンテンツが	0% - 10%の場合	€0.00087
	10% - 20%の場合	€0.00261
	20% - 50%の場合	€0.00614
	50% - 75%の場合	€0.01094
	75% -100%の場合	€0.01534

村上論文（甲20）では「欧州の制度の中で減額措置を認めている国はない」と論じているが、その検討対象とされたと思われる英国・ドイツ・フランスではそもそも管理されていない楽曲については管理事業者による利用料の徴収の対象となっていないのであるから、追加負担が生じることもない以上、特段の減額措置がないのは当たり前である。また、このいずれの国でも、権利者は管理事業者に管理させず放送事業者に直接利用許諾することも自由であり、その場合も明白に利用料の算定対象（包括徴収方式の算定対象）から除外されているので、同様に減額措置がないのは当たり前である。

ただし、ドイツでは管理事業者への委託を行わないという留保を楽曲ごとに行うことはできず、管理委託する場合はすべての楽曲を管理委託し、管理委託しない場合はすべての楽曲につき自分で放送事業者に利用許諾し、自分で利用料を徴収するという二者択一の方法となっており、この点につき権利者からの批判が見られる。

なお、欧州委員会決定（CISAC 事件決定）により、権利者は他の国の管理事業者に対して楽曲の管理を委託することができるようになった（ただし、共同体裁判所に係属中）ので、ドイツにおいても、自国の管理事業者に管理委託しない権利者であっても、自ら利用料を放送事業者から徴収する必要はなく、他国の管理事業者に委託して徴収することが可能になった。このように、EU内ではそれぞれの国の管理事業者間での競争が存在する。

その場合、EU各国の管理事業者間の相互契約により、楽曲が放送される国

の管理事業者が、委託した管理事業者のために徴収事務を代行しており、当該管理事業者が徴収した管理楽曲の利用料（この場合の利用料の料率は、管理されている国の利用料の料率に従う）を委託した管理事業者に配分するという仕組みとなっている。

（３） 欧州との比較

上記のとおり、日本の包括徴収の方法は、英国・フランス・ドイツにおける包括徴収の方法とは似て非なるものである。英国の全曲報告の制度はもちろんのこと、フランスやドイツにおいても、個々の楽曲の利用状況（タイトル）が報告されないだけであって、利用量は何らかの形で報告されており、その量を反映した形で利用料が決定されている。

日本では、利用量に関係なく放送事業者にその放送事業収入に比例して利用料を支払わせるというどんぶり勘定であることは、再三述べたとおりである。つまり、欧州においては、放送された番組の中で楽曲が使われた時間の割合を報告させており、放送時間に占めるその割合が利用料に反映されている（係数を掛けるという方式が採用されている）。つまり、欧州との対比でいえば、日本ではすべての放送時間を通じて楽曲が利用されているとみなして（実際の楽曲の利用時間の長さを問わず）課金されているので、これでは楽曲の利用割合が反映されているとはいえない。また、欧州においては、楽曲がバックグラウンドでの利用など、楽曲の利用が中心の番組でない場合には、その番組における音楽の要素とその他の要素の比率に応じて一定の係数を掛けるという形で、これを利用料に反映される仕組みが採用されている。だから、これを番組の中で
の楽曲の利用量に応じて利用料が課金されるシステムといえるのである。

また、パブリックドメインや当該管理事業者によって管理されていない楽曲（欧州の多くの国では、権利者が直接管理することは自由であるし、他国の管理事業者に管理を委託することもできる）は、利用量の報告対象から除外されるので、特段の減額制度がないのが当然なのである。これが、楽曲の利用状況が利用料に反映される仕組みという意味である。

ところが日本の場合、放送事業者には楽曲の利用状況を一切報告する義務を課しておらず、参加人が主張する利用割合の反映とは、現実の楽曲の利用割合とは関係なく、そもそも自分で管理していない楽曲の利用割合として参加人が任意に決めた分を差し引いているだけである。したがって、これは、すべての放送時間において管理楽曲が利用されているとみなして利用料を徴収していることを意味し、その結果、他の管理事業者に管理を委託したり、直接権利者が管理したりすると、その分が重複し、追加負担になることが避けられないので

ある。

(4) 米国の制度

イ) 米国型包括徴収方式の利点

文化庁委託報告書(甲25)の経済分析パートでは、米国型包括徴収には、どれだけ利用しても利用額が同じであるというビュッフエスタイルの制度のメリットがあり、これは音楽著作権の利用を促進し、利用者にとっても権利者にとっても便益があると指摘している。これはBMI事件において裁判所が判示したのと同じ点であるが、その背景として米国にはASCAPとPMIという二つの著作権管理団体があり、両社が激しく競っているという状況があることを忘れてはならない。

そのような状況であれば、包括徴収方式のメリットは競争法の観点からも正当化されるものである。それでも、米国の制度は、ビュッフエスタイルでありながら、ビュッフエを望まないものにアラカルトの注文が出せるようにしていること、それが真の選択になっていることがその適法性を確保する前提条件となっている(直接許諾者にとって、アラカルト方式が真の選択となっているのは、それに対する減額を認めるなどのカーブアウトが組み込まれていることを意味する)。

より詳細に述べると、以下のとおりである。

同報告の7頁(2)で、著作権者との間で管理委託契約、利用者との間で包括契約が採用される理由として述べられていることは、著作権管理団体(ASCAP、BMI)が採用する包括許諾・包括徴収が価格カルテル・抱き合わせにあたるとして利用者(CBS)から訴えられたBMI事件で示された考え方と同一である。同事件において最高裁は、当然違法の原則ではなく(短縮された)合理の原則によって分析すべきであるとし、包括徴収方式の有する利点に照らして同制度はシャーマン法に違反しないと判断したものである。

その理由は、著作権を束ねて定額で包括徴収することはその価格を固定するものの、それによって著作物の利用が促進され取引費用(モニタリングコスト)も削減されることを挙げ、そのような利用形態により著作物の利用が進めば、権利者もメリットを受けることを競争促進効果として挙げている。

このようなシステムの利点は、ビュッフエ方式の利点を考えればよく理解できる。食べても食べなくても料金が同じであれば、料金を心配せずにメニュー

を選ぶことができる。これを経済学的に表現すれば、追加的に使うことによる限界費用がゼロということである。しかし、このような制度がメリットを持つには、ビュッフェ間の競争が存在することが前提である。ビュッフェが一つしかなく、かつアラカルトでメニューを選択することが実際上の選択肢でないならば、ビュッフェの価格を高く設定されても利用者は高いビュッフェ方式でしか食事ができない。食事の量を減らしても、料金を節約することはできない。

日本の包括徴収方式は、競争のまったく存在しない市場において採用されているものであるから、上記のデメリットをまともに内蔵するものである。確かに追加的に食べる時の限界費用がゼロになるというメリットはあるものの、食事の量を節約する場合の料金低減効果もゼロになるので、必ずしも常に効率性を高めるとはいえないのである。

つまり、包括徴収方式による効率性が発揮されるのは、著作権管理団体間の競争が十分に存在する場合であって、かつ、あまり利用しないものに対し、合理的な価格でアラカルトでの注文が認められる場合に限られるということである。

米国もこの点を重視しており、個別許諾やプログラムライセンス（これも、一種の使用量を反映した利用方式である）などとの間に真の選択が確保されていること、及びそのような選択をする者に対して減額制度が用意されていることが、包括徴収方式が適法とされる前提であるとの判例・理論が確立している。文化庁委託報告書(甲 25)74 ページ以下の AFBL に関する *United States V. BMI* (2nd Cir. 2001) 及び *WPIX, Inc. V. BMI* (S.T.N.Y. April 27 2011) を参照。カーブアウト（権利者による直接許諾制度やプログラム許諾の許容と、これに対する減額制度をいう）については、甲 25 文化庁委託報告書も指摘するところである。

更に米国では、定額のビュッフェスタイルとはいえ、このビュッフェの価格を巡っての訴訟が継続的に起こされており、契約改定時には利用量を反映したビュッフェ方式の価格が決定されている。安藤論文(甲 17)225 ページ参照。著作権仲裁使用料審判委員会（*Copyright Arbitration Royalty Panel*）は、放送使用料の算定方法を決める権限を付与されており、ASCAP と BMI の使用料を算出している。その意味では、米国は、事後的に利用割合を反映する包括徴収方式になっているともいえる。

ロ) 市場に及ぼす影響の経済的・法的整理

上記の点を、整理すると以下のようなになる。

楽曲の利用量に関係なく利用料を支払うという包括徴収方式は、競争が存在する場合と独占である場合ではまったく市場に及ぼす影響が異なることを説明する。

ASCAP, BMI という 2つの管理事業者が存在し、ほぼ拮抗して競争している米国では、権利者は他の管理団体に乗り換えることができるため、権利者は有利な条件の管理事業者を選択できる。有利な取引条件とは、基本的に著作権利用料が有利な管理事業者である。また、それでも不満がある権利者は、直接放送事業者に利用許諾をすることもできる。そして、管理楽曲のユーザーである放送事業者は、いずれの管理団体の管理楽曲も自由に利用できるために、楽曲の利用量を反映せず利用料を支払うという包括徴収方式の下で、他の管理事業者の管理する楽曲を利用するインセンティブは害されていない。

米国の場合は、ラジオ放送局が共同して BMI という管理事業者を設立しているので、BMI はゼロからの出発（新規参入）ではない。いわば、管理事業者が分割されて2つになったようなものであるから、そもそも単なる新規参入の域を超えているので競争が機能しているのである。

つまり、それぞれの管理事業者に一定の利用料を支払えば、何曲利用しようと利用料は関係ないので、放送事業者は双方の管理楽曲の中からを自由に選択して利用することができる。もちろん、放送事業者は一方の管理事業者の管理楽曲だけを利用することもできるが、だからといって他の管理事業者が不利になることはない。したがって、市場に競争が確保されている場合であれば、利用量を反映しない包括徴収方式であっても排他性がなく、市場閉鎖効果は生じない。

仮に、管理事業者がこの選択をさせないようにするため、著作権の管理委託を受けるにあたり他の管理事業者の楽曲を利用しないことを条件とする場合には、反トラスト法に違反することは明らかである（そもそも2つの管理団体が市場で拮抗している場合には、排他条件を課すことは事実上無理である）。

追加負担という観点から見ると、2つの管理事業者があるので、他の管理事業者の管理楽曲を利用すると追加負担になる。しかし、両方の管理楽曲を同等に利用する放送事業者の場合には、これにより特に不利になることはない（2つの管理事業者にそれぞれ定額を支払うことで、どちらの管理楽曲も自由に使えるので、むしろ有利ともいえる）。しかし、一方の管理事業者の楽曲の利用の程度が低い放送事業者の場合には、この追加負担を避けるために当該管理事業者の管理楽曲の利用を回避する可能性がある。

そこで米国が重視しているのが、権利者が直接管理することの自由や、個別の楽曲ないし番組ごとに利用料を支払う方式の選択が阻害されないようにする措置である。つまり、利用頻度の低い放送事業者は、個別徴収方式を選択して

も特に不利にならないように措置されているので、放送事業者は特に不利になることはないのである。つまり、双方の管理事業者と包括徴収方式で契約する放送事業者は、それを有利と判断して契約していると見ることができるし、それが不利と判断する放送事業者は、一方とは包括徴収方式で、他方とは個別徴収方式で契約することができる。利用の程度が低い放送事業者は、双方と個別徴収方式で契約することもあり得よう。

この場合の個別の利用に対する支払いは、追加負担になっている。しかし、放送事業者が一方の管理事業者と包括徴収方式で契約しても、他の管理事業者の管理楽曲の利用のインセンティブが妨げられるおそれはない。これは、追加負担となっていることが、排他性を帯びることがないからである。

(5) 日本と米国の制度の比較

これをわが国の場合にあてはめると、市場の99.9パーセントを占める管理事業者とすべての放送事業者が包括的徴収方式の契約を締結しているので、すべての放送事業者にとって新規参入者の管理楽曲を利用すると追加負担となり、他の管理事業者の管理楽曲を利用するインセンティブが働かない。これが、排他性という問題である。

仮に、半数の放送事業者が個別徴収方式で契約しているとすると、この半分の放送事業者にとっては、他の管理団体の管理楽曲を利用しても追加負担にはならない。個別徴収方式の場合に追加で利用すれば追加の負担になるのは当然だから、これを追加負担とは言わない。これは、市場の半分がオープンになっていることを意味し、残りの半分が囲い込まれていることを意味する。この場合の市場閉鎖の程度は50%となる。日本では、市場の100%が参加人との包括徴収契約によって囲い込まれており、そこから市場閉鎖効果が生れていることは訴状で指摘したとおりである。

(6) 小括

以上のとおり、本件包括徴収は、著作権管理に付随する必要不可欠のものではないので人為性を否定することはできない。欧州は本件包括徴収のような追加負担を生じる制度ではなく、日本に類似する米国の制度も、カーブアウトシステムを含むもので、そのようなシステムのない日本の本件包括徴収は、きわめて排他性が高く、参入障壁の高いものである(上杉NBL評釈参照)。米国においても利用量を反映しない包括徴収方式が採用されているから日本でも問題ないとか、米国以外の国では、管理事業者が1国に1事業者しかないから、国

単位で独占になっても問題ないという議論は、海外情報のいいとこどり以外の何物でもない。

2 参加人の使用割合を反映した徴収方法であるとの主張について

(1) 非利用楽曲の割合を30%と見積もっているとの主張

参加人は、放送事業者との間で1.5%の料率を決めるにあたって、放送番組において利用される非利用楽曲の割合を最大限に多く見積もることによってこれを30%とし、放送事業者との協議においてこれを提案し、その了解を得ていると主張し（本件審決22頁）。そして、これを根拠に、管理楽曲の利用される割合を勘案していると主張している。

この主張は管理している楽曲の割合と使用割合を混同している。使用割合を反映する必要があるというのは、放送事業者が使用した比率でなければならず、ここでいう30%というのは、川上市場で管理している楽曲の割合であって、放送事業者が楽曲を利用した割合は全く反映されていない。これは、参加人が管理市場と利用市場という二面市場の構造を正しく理解できていないことを現わすものである。

その点を置くとしても、この30%がどういう根拠に基づいて算定されたかについての証拠はなく、必ずしも明確ではないが、要するに参加人は、実際に徴収しているのは1.5%ではなく、その70%にあたる1.05%程度であるので、30%に相当する楽曲については、パブリックドメイン等があることを考慮しており、原告の管理する楽曲の数は「誤差」のその範囲内であるといえることを主張するようである。

これは、現時点で30%割引した利用料を徴収しているので、これは30%程度の楽曲は参加人が管理していないことを考慮しているといえるとする主張のようである。しかし、仮に30%相当の値引きをしているからといって、30%程度の非管理楽曲があることを考慮しており、その誤差の範囲内に原告管理楽曲も入っているとはいえない。30%が非管理楽曲であると主張するためには、少なくとも恒常的にそのような想定が正しいかについてモニタリングがなされ、その実績を反映させ変動させるものでなければならないはずである。しかし、そのような利用状況の報告・モニタリングが実施されたとか、その結果に基づき割合の変更はなされたことは何ら主張立証されていない。

1.5%の利用料率は上限とされているので、その減額は任意であるし、参

加人は民放連とそのための交渉をしている。しかし、その際に、非管理楽曲の割合を考慮していることを示す証拠はなく、要するに1.5%を徴収する規定であるのに、実際には30%のディスカウントをしているに過ぎない。また、非管理楽曲の割合を示す調査結果が示されれば、その分を自動的に利用料に反映させるわけではなく、むしろ参加人は交渉によりこの減額率を引き下げている。

したがって、次の交渉で25%の減額という交渉がまとまれば、参加人は非管理楽曲の割合が25%であることを考慮していると主張するであろう。この点からも参加人の主張をそのまま採用した本件審決は、実質的証拠を欠く不合理な認定であることが分かる。

参加人がかかる主張をするのであれば、これを利用料の算定式として放送事業者に呈示しておくべきであり、そうすれば放送事業者は非管理楽曲の割合が30%を超えるかどうか積極的に調査し、非管理楽曲が減ったことを理由に利用料を引き下げようとする努力するであろう。これは、放送事業者が、参加人の管理楽曲を使わず、新規参入者の管理楽曲を使うことにより、新規参入者の管理楽曲が増えることにつながる可能性はある。しかし、実際には、そのような調査結果があっても、参加人がそれを考慮するわけではないであろう。現在の利用料の上限1.05%が合意される前には、より大きなディスカウントが認められていたが、この間非管理楽曲の割合が大幅に縮小していることを示すデータは存在しない。したがって、非管理楽曲の割合を考慮しているとする実質的証拠はない。

この方法は利用料の値引きとの境界線も明らかでないから、原告はこれをドンブリ勘定と呼ぶのである。このようなドンブリ勘定の下では、現実の利用の有無に関係なく同じ利用料（ロイヤリティ）を支払うことになり、市場閉鎖効果（排除効果）が発生することが問題なのである。

そもそも、放送事業者の間では、参加人の管理していない楽曲の比率を30%と見積もって利用料率の1.5%が算定されたことを知っている者はほとんどいない。日向論文(甲21)においても、すべての楽曲を参加人が管理しているとの前提で、使い放題になっており、放送事業者にとってコスト削減ができないシステムになっており、このため放送事業者に不利で、権利者に理想の制度(天国のようなシステム)と指摘している。前述のように、参加人の包括徴収方式は、権利者の利益をも害するシステムであり、天国にいるのは参加人だけであるが、この論文からも、参加人以外の者は、非管理楽曲相当分を控除してもらっているとは考えていないことが分かる。

(2) 品揃え比率を反映して料率を決められたので、使用割合が反映されているとの主張

参加人は、「1.5%という使用料率は、それまでの利用実態に鑑みて「誤差」をも考慮して決せられている。10月20日に至って原告管理楽曲がせいぜい60曲にみえないことを示すリストが配布された。そこで放送事業者は原告の参入より予め考慮されている誤差の範囲を超えて参加人の管理楽曲の利用割合が減少するとは考えず、同月22日に参加人との間での交渉を決着させることにしたのである。」と主張している。

この主張も管理している楽曲の割合と使用割合を混同している。使用割合を反映する必要があるというのは、放送事業者が使用した比率でなければならないこと前述のとおりである。

3 参加人の個別徴収が選択肢になっているとの主張について

放送事業者が個別徴収を選択しないのは1曲あたりの使用料の額が理由ではなく、多くの放送事業者が利用楽曲のタイトルを把握して参加人に報告することができないことと、利用形態がさまざまな放送事業者には包括徴収方式には大きなメリットがあるとする。

参加人は1曲あたりの使用料が高いとはいえない証拠として、個別徴収を選択したある放送事業者と使用料規定で定める金額(6万4000円)ではなく、以下の金額(5分8000円)で個別に合意している例を挙げている。そのような選択肢の存在は今回初めて示されたもので、日向論文(甲21)80頁は、個別方式により支払う年間の総額を、包括方式によりはるかに安い金額にすることが可能であれば、わが国の使用料金率は欧米より低いというような参加人の立論は、全く説得力を持たないものとなると論じ、個別使用の金額が高いために個別使用の選択肢がないと主張している。しかも、5分8000円ではほとんど音楽を使わない放送事業者にしかメリットを生じない水準であることは、訴状41頁で指摘した通りである。

4 参加人の従来の包括徴収・包括許諾の徴収方法を維持しているだけであるとの主張について

本件に関し、本件包括徴収制度は仲介業務法の時代から存続しており、参加人は何ら新しい行動をとったわけではなく、従来の包括徴収・包括許諾の徴収方法を維持しているだけであるから、その結果独占の状態が維持されるとして

も何らの新たな行為も行っていない以上、排除される筋合いはないこと、著作権管理事業法または独禁法は、従来適法であった参加人の包括徴収・包括許諾の契約につき、それを変更するという作為義務を課することができるのかという問題が参加人から主張されている。

著作権管理事業法の制定により法的独占であった市場に新たに競争原理が導入されたのであるから、従来の徴収方法が維持されたとしても独禁法上当然に問題となり得るものであり、独禁法に違反すると判断されれば、その契約がいつの時点で締結されたかは関係ないことである（法改正後において、当該契約を維持する行為があれば、独禁法に違反する上で何らの差し支えもない）。本件包括徴収方式が、著作権管理事業法の制定後直ぐには事件として取り上げられなかったというだけであり、著作権管理事業法の制定以前から同じ徴収方式の契約が締結されてきたからといって、それが適法というお墨付きを与えられるものではない。

本件では、そもそも参加人が著作権管理事業法以前から締結した契約をそのまま維持しているわけではない。放送事業者との管理委託契約は、同法施行後に締結されているし、原告が新規参入しようとした際に、追加的な独禁法違反と疑われる行為が行われている。

原告は新規参入を図るため、放送事業者との間でその管理楽曲の利用料の徴収方法について交渉する機会を持った。この話合いの際に、原告は、その管理楽曲の利用分は参加人への支払い分から減額されると指摘したので、放送事業者は参加人にその受入れの可否照会したところ、参加人は従来の包括徴収方式による利用料からの減額には応じられないと回答している。この利用料の減額に応ずることを参加人が拒否したことから、本件の排除効果が生れている。この交渉拒絶をとらえて排除行為と構成することも可能であり、人為性のある行為にあたるのである。これは、参加人が管理していない楽曲を利用した実績があっても、参加人は同額の利用料を徴収することを意味するから、その結果新規参入が著しく困難になるという排除効果を生ずるのであり、人為性のある行為にあたる。

参加人が主張するように包括許諾・包括徴収方式に大きな効率性向上効果があるのであれば、原告も同じような包括許諾・包括徴収方式を採用することで効率性向上効果を得ることができるはずである。つまり参加人は、自からは効率性向上効果が大きいと主張する包括許諾・包括徴収方式を採用する一方で、新規参入者にはその受入れを拒否し、効率性向上効果の発揮を妨げていることになる。これでは、新規参入者に対して人為的なハンディを課しておきながら、自分だけ有利な方法で事業を展開することになるから、競争を阻害していると

言わざるを得ない。

5 効率性の分析

(1) 効率性に関しては、参加人の側が、競争制限効果を上回る競争促進効果、 効率性の達成を立証する必要があるが、そのような立証はないこと

参加人の主張する包括徴収方式が効率性の観点から正当化されると判断できるのは、楽曲の個々の利用状況の記録化に要するコスト(モニタリングコスト)を節約するという事実が存在し、かつ、市場の囲い込みという競争制限性を緩和させる方策が講じられている場合に限られるが、そのような事実は主張立証されていないし、存在しない。文化庁の委託報告書(甲 25)の経済学的検討、比較法学的検討によっても、本件包括徴収の正当性、効率性を正当性を基礎づけることはできないことは前述のとおりである。

(2) モニタリングコストの削減との主張は、これを支える実質的証拠がないこと

参加人は、モニタリングコストの低減効果を主張し、いくつかの評釈でもこの点に言及するものがあるが、実際には中小の放送局を除いては、キューシートにより、利用楽曲のモニタリングは実施されており、このキューシートにより、中小の放送事業者以外は、楽曲の利用状況を把握している。

英国ではこのキューシートをそのまま著作権管理団体に提出し、それに基づいて、権利者に配分を行っている。日本を含め他の国では、キューシートをそのまま提出せず、著作権管理団体のフォーマットに従い、報告を行っている。その意味では、モニタリングは行われているのであり、仮にできないとしても(あるいはモニターできない会社がいるとしても)、今日では、J-BASSもあり、モニターする会社が存在するので、モニター会社にモニタリングを依頼し、それに基づいて報告することも可能である。

その意味で、包括徴収がどれだけモニタリングコストの削減につながるか、効率性を改善するかはそもそも疑問がある。すなわち、モニタリングコストの削減という正当化理由は、これを支える実質的証拠が欠く状況にある。

(3) 利用者の側に生じる非効率性—利用者の側で費用削減のインセンティブを失わせること

本件包括徴収方式では、利用者である放送事業者が音楽の使用量を減らしてコストを削減するというインセンティブが働かず、利用者の側での楽曲の効率的利用を妨げるものとなっている。

日向論文（甲21）は、本件包括徴収方式は使っても使わなくてもロイヤリティを得ることができるという意味で権利者にとっては天国のようなシステムであり、「使いたいだけ使う」という意思のない限り、本件包括徴収方式は不合理であると論じている。実際には権利者からも収奪が起こっており、権利者にとって有利な制度であるとは必ずしもいえないが、これをみると、放送事業者にとってすら有利な制度とは受け止めてられていないことが分かる。同論文は、個別方式により支払う年間の総額を、包括方式によりはるかに安い金額にすることが可能であれば、わが国の使用料金率は欧米より低いというような参加人の立論は、全く説得力を持たないものとなると論じ、利用量にリンクする契約であれば、利用料はより安くなるであろうことを示唆する。

（4） 権利者の側に生じる非効率性—不透明な分配

権利者の側では自己の楽曲がたくさん使われたとしても、同じパイの中から分配を受けることになるので、音楽の利用総数が増大した場合にそれに比例した分配を受けることができない。

そのうえ、権利者の側からは、自らの楽曲の利用実績を正しく反映したロイヤリティが分配されているのか知り得ないという根本的問題がある。権利者の利益を確保するには、少なくともサンプリングの過程が適正であることが包括徴収制度を正当化する上で最低限必要なことであるが、参加人が採用するサンプリング調査時期を事前通知するという方法には、放送局の側で恣意的にサンプリング期間内の利用を調整することが可能になるという問題がある。

権利者への分配の公正は、サンプリング調査の正確性がきわめて高くそれほど実際の利用とずれていないことによって、はじめて担保される。参加人が採用するサンプリング調査の下では、そもそも権利者への分配の公正が確保されておらず、本件包括徴収を正当化する根拠も崩れている¹²。

¹² この点は、実際に自分の管理する出版社に還流が行われているか否かを立証する必要があるか（被告準備書面 110 頁，参加人準備書面 43 頁）という問題ではない。それが可能であればそれは刑法上の問題であり、問題の本質は権利者への分配に透明性が欠けているという点である。

(5) 小括

以上によれば、効率性によって本件包括徴収方式を正当化することはできない。

楽曲の効率的な利用を促すためには、新規参入が不可欠であり、巨大な参入障壁の源泉である現行の方式を楽曲の利用量とリンクした方式に改めることこそが、効率性に適うものである。

6 排除措置命令の適切性

以上のように本件徴収を正当化すること、競争阻害効果を上回るような競争促進効果は立証されておらず、排除措置を命じた被告の当初判断は正当であるといえる。

本件行為から生まれる市場閉鎖効果は、利用料を楽曲の実際の使用割合を反映したものにしないうり解消されないものである。利用割合を利用料に反映させるためには、何らかの形で放送時間に占める楽曲を利用する番組の割合を報告させるほかない。かかる報告を放送事業者に求めている以上、すべての番組において楽曲を利用しているとみなされて課金されていることになる。

参加人は、あたかも全楽曲の利用状況の報告を求めることしか利用状況を把握する方法がないかのように主張しているが、欧州の算定方法を見れば、その方法が存在することは直ぐに分かることである（使っている番組の態様と音楽を使っている時間だけなら、各番組を見て報告することができ、利用楽曲のタイトルまで報告する場合に比べ、放送事業者の負担ははるかに軽い）。要するに、参加人が独占の地位にあり、権利者の利益や放送事業者の利益を無視しても管理事業を遂行できるからこそ、わが国では楽曲の利用状況を利用料に反映させる方策が講じられてこなかっただけである。

楽曲の利用状況が課金システムに反映されるには、放送事業者が他の管理事業者の管理する楽曲を使用した番組については、その放送時間を参加人の課金対象から除外することができるようにする必要がある（これをカーブアウトという）。そうすれば、放送事業者には追加負担が生じることがないので、公正な競争が行われることになる。

原告は管理する楽曲の利用割合を利用料に反映させるべく、その分を参加人の利用料から減額する方式を提案したが、受け入れられなかった。欧州で実施されているように、放送時間に占める楽曲の利用時間を利用料に反映させることは可能であり、必要であれば、中小放送事業者に対する配慮をすれば十分に

あって、大手放送事業者にまでその負担をさせられないわけではない。

この点、その受け入れを拒否したのは放送事業者であって、参加人ではないとの疑念が持たれるかもしれない。しかし、放送事業者がその受け入れを拒否したのは、本件包括徴収方式の下では原告の管理する楽曲を利用すると追加負担となり、かつ、参加人がその分の減額を拒否するとしたために他ならない。このため、原告は個別徴収方式で参入することを決意せざるを得なかったのである。

本件審決が認定するように、放送事業者は個別の利用許諾を受けることを煩雑と判断したことは明らかである。参加人は、個別利用許諾・個別徴収という選択肢を用意しているが、これは単価が著しく高く、かつ、あらかじめの利用許諾を受けることが必要になるので、放送事業者にとって事実上選択肢になるものではなかった。原告は放送事業者の負担を軽減するため、その管理する楽曲を包括的に利用許諾しているので事前の利用許諾は不要であり、一定期間内の利用曲数を原告に事後報告すれば足りる。それでも、放送事業者はその作業が煩雑と考える可能性が高く、これに追加負担という要素が加わるので、放送事業者のすべてが参加人に囲い込まれてしまうという排除効果が生れたのである。

楽曲の利用状況を反映する課金システムの下では、自己の利用状況に照らして利用料が高いかどうかを判断できる。このため、新規参入者の利用料と比べることができ、有利な方を選択することが行い易くなる。

本件包括徴収方式から生まれる排除効果を軽減させるには、参加人の包括徴収方式をやめさせることが不可欠なわけではない。放送事業者が原告管理楽曲を利用すれば、それは参加人の管理楽曲を利用していない楽曲が存在することを意味するから、それが放送事業者が参加人に支払う利用料金に反映されるべきことは当然である。

しかし、本件包括徴収方式の下で放送事業収入に応じて課金されている以上、放送事業者の楽曲の利用状況が支払い利用料に反映されることは不可能である。だから、新規参入者たる原告管理楽曲を利用するインセンティブが放送事業者に生まれないのである。

このため、原告も包括徴収方式を採用できるよう参加人の課金システムを楽曲の利用状況が反映される課金システムに改めること、つまり、原告管理楽曲の利用状況が放送事業者の参加人に対する利用料の支払いに反映されるシステムに変えることが是正措置として必要となる。

これは、原告の楽曲の放送事業者による利用状況を課金システムに反映させることを参加人が拒否していることから生まれる排除効果であり、参加人がこれを拒否しなくなれば解消される問題である。したがって、これが人為的な行

為にあたることは明らかといえる。

結 語

審査官は、原審判での争点 2 から 5 の主張に従って、再審決を行うべきと主張しているが、最判は、原審判での審査官主張については、何ら参照しておらず、参観人(取消訴訟原告)の主張を採用して判断したことが、最判と清水調査官解説から明らかであり、審査官意見書に従って、再審決を求める審査官の主張は、最判の趣旨を正解しないものであることも明らかである。上記の(取消訴訟原告)の主張に従って再審決を行うべきである。

なお、上記第 3 の 2(5)、第 4 I の 4、II の 6 に出ている排除措置命令の実行可能性に関しては、現在、JASRAC、イーライセンス、JCAS、民放連、NHK、文化庁でいわゆる 5 者協議が行われ、早期に新たな徴収枠組みが同意される可能性があり、排除措置命令の実行可能性という論点は、次回審尋期日までに消滅し、違法宣言審決で足りる状況になっている可能性がある。現状は、そこまで進展しているのであり、次回期日にて、審判を終結し、速やかに再審決を行うべきである。