

2015年8月19日

明治大学知的財産法政策研究所 (IPLPI) シンポジウム

著作権集中管理団体と競争法のあり方

－JASRAC 最高裁判決を契機に－

文部科学省私立大学戦略的研究基盤形成支援事業 (平成 23－27 年度)

「情報材の多元的価値と、創作・利用主体の役割を考慮した知的財産法体系の再構築」

第一部基調講演 (2)

「JASRAC 最高裁判決の法的検討」

滝澤紗矢子 (東北大学大学院法学研究科准教授)

ただ今ご紹介いただきました東北大学の滝澤でございます。

先ほど川瀬先生から総論的な報告をいただきましたけれども、私は、ご紹介にありましてとおりに、現在注目を浴びております JASRAC 最高裁判決の法的検討を行います。何を隠そう、本日パネリストを務めます5人の中で、著作権管理事業については一番実態に無知であると自負しているところなのでございますけれども、夏休み中にも関わらずこれだけの皆さまに関心を持ってお集まりいただいたというのは、やはり JASRAC 事件自体が世間の注目を浴びて最高裁判決が出されたことにあるのではないかと思います。従いまして、私が独禁法の観点から最高裁判決についてきちんと検討を加えておくことにも、それなりに意味があるのではないかと考えております。

それでは、レジュメの「I 事案の概要」をご覧ください。まず、本件で独禁法違反とされた行為を見ておきたいと思います。

I 事案の概要

1. 原処分で独禁法違反とされた行為

JASRAC は、既にご案内にありましたとおり、音楽著作権に係る管理事業を営む管理事業者です。スライド (2枚目) の図をご覧ください。上の方に著というふうに書いてありますのを著作権者だとしますと、JASRAC のような管理事業者は著作権者から楽曲の管理を受託します。その管理事業者から利用許諾を受けて、放送事業者は自由に楽曲を使えるということになります。管理事業者は利用の対価として放送事業者から使用料を徴収しまして、著作権者に分配しています。

川瀬先生がご講演でご説明されていたとおり、JASRAC は長い間唯一の管理事業者であったという経緯もあり、音楽著作権管理事業が自由化されて以降も、放送等利用に係る音楽著作権の大部分の管理を受託しているという状況にあります。放送等利用に係る管理事業者に関しましては、「他の管理事業者」というのが1つだけありまして、それが本件で

登場するイーライセンスです。

本件で問題になりましたのは、JASRAC がほとんど全ての放送事業者との間で放送等使用料の徴収方法を、「包括徴収」としている利用許諾契約についてです。これは単なる包括徴収というのではありませんで、管理楽曲全体を包括的に許諾した上で、利用割合を反映しない形で包括徴収を行うものです。要は一定額を支払いますと使い放題になるプランということにして、楽曲の利用の有無や回数に関わらず定額、もしくは定率によって算出された包括的使用料を徴収するというのがこの包括徴収の内容です。

ご案内のように放送事業者は膨大な数の楽曲を日常的に利用しますので、個別徴収で1曲幾らという形で支払いますと、著しく高額になってしまいます。従いまして、ほとんど全ての放送事業者は先に説明したような包括徴収による利用許諾契約を締結しています。公正取引委員会はこのように利用割合を反映しない形で包括徴収を行うことが独禁法の2条5項排除型私的独占に該当し、3条に違反するとして排除措置命令を行いました。

2. 私的独占該当性

レジュメのIの2に独禁法2条5項私的独占の条文を挙げておりますので、ご覧ください。この2条5項の条文を見ていただきますと分かりますように、要は、事業者が他の事業者を排除して、公共の利益に反して一定の取引分野における競争を実質的に制限すると排除型私的独占として独禁法上問題になります。

なぜJASRACの本件行為が私的独占に該当するとして、公正取引委員会が排除措置命令を行ったのかということですが、多くの楽曲を管理するJASRACが利用割合を反映しない形で包括徴収を行いますと、音楽著作物を利用するテレビやラジオ等の放送事業者は、他の管理事業者の管理楽曲を利用すれば、必ず放送等使用料の総額が増える、お金を上積みしないとイケないことになります。放送事業者はそのようにお金をたくさん払いたくないので、他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制することになる。

そうしますと、著作権者の中に他の管理事業者に自分の楽曲を委託してみようかなと思った人がいたとしても、放送事業者に全然利用してもらえないので、やはりJASRACに管理委託を戻そうということになってきます。結局他の管理事業者は誰からも管理を受託できず、提供する楽曲がなくなってしまって、「排除」されてしまう、というわけです。

このように、本件市場から他の管理事業者を排除し、当該市場で競争の実質的制限が生じている、私的独占に該当する、と判断されたということです。これが、当初公正取引委員会がJASRACに対して排除措置命令を行った際の法律構成です。

それでは、レジュメ1枚目IIに移りまして、本件がどのようにして、先日出されました最高裁判決に至ったのか、経緯をご説明したいと思います。

II 最高裁判決に至る経緯

公取委の排除措置命令に対して、名宛人であるJASRACがこれを不服として審判請求を行いました。平成25年独禁法改正により現在審判制度は廃止されているのですけれども、本件当時はありまして、裁決前置主義、裁判所へ抗告訴訟を起こす前に公正取引委員会が再度当該事案について審理する審判制度というのが設けられていました。この審判に

において、争点は次の5つでした（スライド3枚目）。

多様なことが争われたということなのですが、審決はこのうち争点1について判断して、これを否定しました。つまり、JASRACの本件行為に一般的な排除効果は認められるものの、当事者主義を尊重して、公正取引委員会による排除効果の立証が十分ではないと結論づけ、排除措置命令を取り消しました。

これに対して、イーライセンスが東京高裁に審決取消訴訟を起こしました。排除措置命令も審決もJASRACを名宛人として出されているものですので、JASRACの競争者で他の管理事業者たるイーライセンスが審決取消請求を行うことができるかというのが、そもそも問題となりました（スライド4枚目）。

このように、東京高裁にこの事案が係属した際にまず問題になったのはイーライセンスの原告適格でした。判決は、この注目の争点たる原告適格を認めた上で、事実認定の大半について本件審決に誤りがあるとしました。そして、排除効果も認められると結論づけました。この東京高裁判決は5人の特別合議体で行われたのですが、5人全員が知財高裁の判事であったことも注目されたところです。

東京高裁判決を不服として上告、上告受理申立てが行われました（スライド5枚目）。上告、上告受理申立てを行ったのは公正取引委員会とJASRACなのですが、時間の先後の関係で、公正取引委員会の上告受理申立てが受理されています。ただ、最高裁が判断したのは、理由が追加されたJASRACの上告受理申立ての方です。

なお、上告棄却の最高裁判決が出された結果、公正取引委員会においては、平成25年独禁法改正前82条2項に従って、審判を再開することになりました。既に再開後の第一回目の審判が8月3日行われたようです。以上が、本最高裁判決に至る経緯です。

それでは、レジュメを1枚おめぐりいただきまして、最高裁判決の内容に入ります。

III 争点に関する判断

1. 本判決の争点

上告受理申立て理由には、原判決で問題になりました原告適格等も入っていたのですが、平成25年独禁法改正があったことなどから受理されず、私的独占該当性に係る排除の有無だけが争点になりました。

排除型私的独占に関して、この判決は2件目の最高裁判決ということになります。先例は、レジュメに挙げてありますNTT東日本FTTHサービス最判平成22年12月17日です。基本的に、本判決はこの平成22年NTT最判を踏襲して判断した事例判決といえます。ただ、先ほど見ましたように最高裁までに至る経緯がやや錯綜しているということなどもありまして、事例判決にとどまらない判示もいくつか行われています。

もう一度本判決の争点を確認しますと、2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除する」という要件に該当するか否かです。この「排除」というのは、一定の取引分野から排除する効果をもつさまざまな行為を指すと説明されるものでして、論理的には一定の取引分野が先に画定されないと議論できない、したがって排除の有無も論じ得ないはずなのですが、本判決では、排除だけが争点になっていて、この点についてのみ判断されています。

このように「排除」の部分だけが争われて、最高裁に持ち込まれたということに伴う苦悩と工夫が本判決にはにじみ出ています。その辺りにも注目しながら、説明をお聞きいただければ幸いです。以下の解説は、先例である NTT 東日本の最高裁判決との対比を中心に行っていきます。レジュメにそれぞれの判示を掲げていますので、対比しながら話をお聞きください。

2. 先例としての NTT 東日本最高裁判決

まず、NTT 東日本最高裁判決がどのように「排除」について判示していたのかについては、レジュメのⅢの2に掲げてあります。ご覧のような形で一般論が述べられています。このうち、最初のほうにある「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点から見て正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」、これを以後、「人為性」と略称させていただきます。「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持つものといえるか否か」という部分、こちらを「排除効果」と略称いたします。これは、本判決、調査官解説等の用語に沿うものです。本判決は、NTT の最高裁判決の一般論を明示的に引用して、これを踏襲して判断する姿勢を示しています。

(スライド6枚目)ただ、若干の違いはありまして、先ほども申し上げましたように、NTT の最判では私的独占該当性全体が判断対象となっていた上、「排除」該当性については、先ほど見ました排除効果と人為性を一体的に判断していました。これに対しまして、本件においては、先ほど本件が最高裁に至る経緯で見ましたように、本件審決の段階で排除効果と人為性が分かれて争点になっており、そのうち排除効果の方だけが最高裁まで上がってきてしまった、という事情があります。すなわち、排除効果と人為性が分離して、排除効果のみが争点となった、ということです。

後でもう一度見ますけれども、最高裁が本件について殊更上告受理申立てを受理して上告棄却判決を行った理由の1つには、「排除」という私的独占の同一要件の判断内容である以上は、人為性も排除効果とできるだけ一体的に判断すべきであるという考え方があるように見えます。実際、このレジュメの最後に挙げてあります清水調査官解説にそのことが示唆されています。

3. 排除効果（判例）

それでは、もう少し詳しく排除効果に関する本判決判例部分を見ていきたいと思えます(スライド7枚目)。レジュメⅢの3に本判決の一般論を掲げております。これをすぐ真上にあります NTT 東日本最高裁判決の一般論と見比べていただきたいのですが、ほぼそのまま踏襲されているということが分かると思えます。ただ、違いもいくつかございます。一番大きな違いは、NTT 最判の「本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が」という部分、行為の性格づけを行う判示だといえますが、これに相当する判示が本判決にはないということです。「行為の性格づけ」の欠缺が重要な違いとして指摘できます。

それでは、以上で見たようなほぼ同じに見える一般論に基づいて、どのように具体的な当てはめが行われたのかを見ていきます。レジュメの次のページをご覧ください。本判決が本件事案に対して行った当てはめの判示を挙げています。①から⑤までの5つの要素

が、具体的基準として挙げられています。レジュメでは、すぐ下に比較対象のために、NTT 東日本最高裁判決が挙げた具体的基準である5つの要素を引用しています。この両者をよく見比べてみてください。まず、挙げられている要素自体はかなり似通っているにお気づきかと思います。ほぼ同じとっていいかもしれませんが、少し違います。以下見ていきたいと思います（スライド8枚目）。

本判決の挙げた5つの判断要素というのは、本件審決、原判決で挙げられた要素とほぼ同等の内容を修正してNTT 東日本最高裁判決に合うように修正したのではないかと見えるものです。スライドの対照表ように、ほぼ本判決の要素①、②がNTT 最判の要素④に、本判決の要素③がNTT 最判の要素②に、本判決の要素④がNTT 最判の要素③に、本判決の要素⑤がNTT 最判の要素⑤に相当します。つまり、両者は大体合致するという事です。

ただし、大事なのはNTT 最高裁判決の挙げていた一番最初の要素、すなわち要素①代替的取引先の有無、この要素が本判決にはないということです。この代替的取引先の有無というのは、排除行為該当性の中心的な判断要素であるとNTT 最高裁判決のほとんどの評釈が評価しております。なぜかといいますと、取引拒絶のような差別的取扱いが排除効果をもたらすか否かを判断するに際しては、これが中心的判断要素であることが既に確立しているからです。

排除型私的独占ガイドラインという公正取引委員会が公表している審査方針がありますが、そこでも代替的取引先の有無が中心的な判断要素とされています。それでは、代替的取引先の有無という基準はどういうものかといいますと、例えばメーカーが必要な原材料を買って、製品を作るという場合に、原材料の供給先のAさんに取引してくださいと申し込んだけれども断られた。Aさんに断られたとき、代わりにBさんが取引してくれれば、メーカーはそちらから原材料を調達すればいいので、そのメーカーは困りません、つまり排除されません。でも、Aさんしか持っていないような原材料であれば、Aさん以外の取引先、つまり代替的取引先がないのでその原材料を調達できない、そうすればメーカーは製品が作れなくなってしまう、すなわちそのメーカーは排除されてしまう、そういう判断基準です。

以上のように、取引拒絶に関しては、代替的取引先の有無というのが中心的判断基準であるから、NTT 最高裁判決の5要素のうち、要素①が中核であって、残りの②から⑤の要素はそれを補完する要素だ、という評価が多かったのです。

本判決を見てみましょう。本判決は、行為の性格づけを行っていないのですけれども、やや変則的ではありますが、JASRACの本件行為は実質的に見ると排他的取引だといえます。JASRACとの利用許諾契約の内容によって他の管理事業者との取引が抑制されているからです。排他的取引というのは、中身としては取引拒絶のような差別的取扱いと同じようなものといえます。実際、排除型私的独占ガイドラインの中にJASRACを意識して書いたと思われる部分がありまして、それは排他的取引の項目に位置づけられています。そして、その排他的取引に関する中心的判断要素として、代替的取引先の有無が挙げられています。従いまして、本判決でも代替的取引先の有無という判断要素が中核となっていないければおかしいはずではないか、そうでなければ本判決がどう判断しているのだろう、ということが問題になるわけです。

以上で見たように、①から⑤の判断要素に出てこない、そこがNTT最高裁判決と違うのですけれども、本判決も、代替的取引先の有無を判断していないわけではありません。それが続きの部分です。本判決の理由3(2)がこれに該当しますので、レジュメの下半分をご覧ください。

(スライド9枚目) おおむねスライドのような流れで当てはめを行っています。まず、理由3(2)アというところで、要素①、②を本件にあてはめて、JASRACは大部分の音楽著作権を管理しているので、放送事業者はJASRACと包括許諾による利用許諾契約を締結せざるを得ない状況であると認定されています。一方で、イーライセンスのような他の管理事業者は、管理楽曲の魅力等を全面に押し出さないとやっていけない、というようなことが書いてあります。

次に、要素③では代替的な性格を持つと認定されています。音楽著作物の特性として代替性があるということです。代替性というのは、独禁法の中では、市場画定で用いられる概念でして、本判決において、一定の取引分野は争点になっていませんので、ここで事実上競争関係を確認して、市場画定を行ったのだと見ることができます。

次に要素④を当てはめて、レジュメに本判決理由3(2)で引用したような判示を行っています。「そうすると、……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されるものということができる。そして、参加人は……ほとんど全ての放送事業者との間で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、本件行為による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る。これは結局のところ、事実上排他的取引が行われて、代替的取引先が失われていることを認定しているに等しいと評価することができます。」

(スライド10枚目) その上で、レジュメでは次のページになりますけれども、付加的に要素⑤をあてはめます。継続期間の長さによって排除効果が顕在化するに十分であったことを見ている、さらに駄目押しの現実に排除効果、弊害を確認している、そういう構造になっています。

以上のように見てきますと、NTT最判の挙げた5要素と本判決の挙げた5要素は、似ているけれどもやや違うと言えるかと思います。しかし、結論として判断されている内容は同じだといえます。本判決では、結局①から⑤の要素によって、本件行為が排他的取引であるという性格づけを行った上で、代替的取引先がないことを確認していると見えます。したがって、代替的取引先の有無が中心的判断基準であって、①から⑤は下位の判断要素として位置づけていると評価できるように思われます。結局のところNTT最判と判断内容は同じかもしれないのですけれども、本判決はその内容を整理し直したといえそうです。このような形での位置づけ直し方というのは、排除型私的独占ガイドラインの書きぶりと同じであることも指摘できます。以上が排除効果に係る判例部分になります。

4. 人為性(傍論)

(スライド11枚目) それでは、次に、傍論である人為性の判示を見ておきたいと思いません。

最高裁に持ち込まれた争点は排除効果のみでしたので、必ずしも判断を要さなかったわけですが、本判決は傍論として人為性についても触れています。

清水調査官解説を見ますと、取消し後の審判で審理の対象となる事項を示唆したもので

あること、人為性と排除効果は密接的な関係を持っていて一体的に判断される場合も少なくないと、既に表れた事実関係を基に最高裁として判断できたこと、と3点の説明を行っています。最高裁としては、排除効果と人為性というのは排除該当性を判断する要素として、できるだけ一体的に判断すべきである、そうでないと後で人為性の論点だけがまた蒸し返されて最高裁に上がってくることになりかねない、そのような懸念があったように見受けられます。

先例たるNTT最判は先に申しあげましたように、排除効果と人為性を一体的に判断していましたので、総合考慮要素として挙げられた5要素のうちどれが人為性の判断となったのかは判別しにくかったのですが、本判決は、人為性を別建てで書いていますので、人為性に関してどの点をどういう風に問題にしたのかが分かりやすくなっています。

人為性の判断内容として、大きく2つが問題になっています。1つ目は排除効果とほぼ同じでして、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、継続的に抑制したことが問題にされています。2つ目、こちらのほうが人為性として新たに付け加えたように見られる部分です。これは、高額な単価使用料が個別徴収について定められているので、放送事業者が包括徴収による契約締結を「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」ている、というものです。

この「余儀なくされ」とか、「事実上制限されている」という言い回しが気になるところです。本件を排他的取引と見るとしますと、排他的取引は拘束条件付取引の一態様とされていますので、その拘束態様を見ているようです。拘束態様の中身については、NTT最判で登場していた「単独かつ一方的な取引拒絶」という行為の性格づけ、この「単独かつ一方的」という判示に通ずる面があるように思われます。

さらに「特段の事情」というのが留保が付いています。人為性の有無につき、反論する機会を確保するという配慮に基づくものだというのが、調査官解説の説明です。原判決まで、人為性は排除効果とは分かれて争点となっていたので、念のため審級の利益を確保しようとしたのでしょう。

特段の事情の中身が、最も問題になるところなのですけれども、基本的には講学上の正当化理由に関わる内容が考えられます。ただ、正当化理由を勘案し得る文言としては、排除型私的独占の違反要件からしますと、「公共の利益に反して」も、競争の実質的制限もあります。このような弊害要件が控える中で、「排除」要件においてどの程度の正当化理由を勘案し得るのかというのは、体系的整合性の観点からして難しい問題になると考えられます。

人為性については、あくまで本件行為が正常な競争手段の範囲を逸脱するか否かという観点から判断するのだとすると、やはり拘束態様に係る内容が、人為性に係る特段の事情において中心的内容になるのではないかと考えられます。排除効果に関しましては、やはりその排除効果の大きさとの相関関係で正当化理由を勘案するというのが筋ですので、「排除」要件の段階でそれを勘案しうるのかは、やや疑問に思われるからです。

5. 取消し後の審判における判断対象

残り時間わずかですけれども、最後に取消し後の審判での判断対象について、少し触れておきたいと思います。(スライド12枚目) 排除要件該当性のうち人為性に係る特段の

事情の有無を考慮の上、この排除要件に該当するとなったら、2条5項の他の要件の該当性を検討すると、本判決は最後に述べています。既に審判手続きが再開されていますけれども、この方針のもとに審理が行われることになります。

先ほど申し上げましたように、特段の事情の有無については正当化理由に関する内容になるだろうと予想されます。2条5項の他の要件とありますけれども、一定の取引分野については既に本判決で一定の示唆がある上、競争の実質的制限のうち反競争性については要素①、②から市場支配的地位等かなりの程度認定されているようにみえますので、やはりここでも正当化理由に関わる内容、どこの文言に位置づけるかは別にして、取消し後の審判では正当化理由が中心的な争点になるであろうと考えられます。

そこでは、多くの楽曲をまとめて管理する上で本件のような包括徴収を行う必要性、合理性というのが問題になるだろう、大量の著作物の円滑な利用と適正な著作権保護を効率的に両立させると言う目的において、この方法でよかったのかどうか判断されるのだろうと考えられます。その際の判断基準時は原処分時となります。あくまでも本判決の判断対象は本件審決でして、これは原処分を対象としたものですので、原処分の段階で先に申し上げた必要性・合理性がどのように判断されるかが問題になりそうです。

従いまして、先ほど少しご紹介がありましたけれども、現在までの技術の進歩によってある程度個々の楽曲の利用の把握等が容易になっているとしても、これらはあくまでも事後的事情にとどまりそうです。

以上、若干時間が超過してしまいましたけれども、本判決の法的検討を行いました。ご清聴ありがとうございました。