

# 着うた配信事業にかかる原盤権の利用許諾を拒絶することが 共同の取引拒絶にあたるとした事例

(東京高裁平成 22 年 1 月 29 日判決, 平成 20 年(行ケ)第 19 号, 第 20 号, 第 35 号  
及び第 36 号, 審決取消請求事件, 公取委 DB・LEX/DB25462552)

[http://snk.jftc.go.jp/JDS/data/pdf/H220129H20G09000019\\_/100129avsu.pdf](http://snk.jftc.go.jp/JDS/data/pdf/H220129H20G09000019_/100129avsu.pdf)

安田 和史<sup>(\*)</sup>

## I 事案の概要

T 社並びに原告である S 社, A 社, V 社及び U 社 (以下, 「原告ら 4 社」という) の 5 社 (以下, T 社と原告ら 4 社を合わせて「5 社」という) は, 著作権法 96 条ないし 97 条の 3 に規定するレコード製作者であり, いわゆる着うた提供事業における着うたの楽曲の提供に必要な原盤の権利を有している。5 社は, 共同出資により L 社を設立し, そこを通じて着うた配信業務を業務委託していた。一方, 共同して, 他の着うた提供業者に対しては, その事業のために必要な利用許諾を拒絶しており, この行為が不公正な取引方法(昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示第 15 号)一般指定 1 項 1 号に該当し, 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(平成 17 年法律第 35 号, 以下, 「独禁法」という)19 条に違反するものであるとして, 平成 17 年 3 月 24 日, 5 社に対し勧告(平成 17 年(勧)第 3 号。以下, 「本件勧告」という)を行った。しかし, 本件勧告を原告ら 4 社が応諾しなかったため, 審判手続が開始された。なお, T 社は本件勧告を応諾したため, 平成 17 年 4 月 26 日, 本件勧告と同趣旨の審決(平成 17 年(勧)第 3 号)を受けた後, 審判手続を経て, 平成 20 年 5 月 23 日付け審決案が出された。それに対し, 原告ら 4 社は異議を申し立てた。平成 20 年 7 月 24 日, 5 社の行為が一般指定 1 項 1 号に該当し, 独禁法 19 条の規定に違反するものであると認定して, 同法 54 条 1 項に基づき排除措置を命ずる審決(平成 17 年(判)第 11 号。「本件審決」という)が下された。

本判決では次のように判示された。

第一に, 「5 社が共同して原盤権の利用許諾を拒絶していたか否か」(争点 1)である。原審決では, 一般指定第 1 項における「共同して」に該当するためには, 「単に複数事業者間の行為の外形が一致しているという事実だけでなく, 行為者間相互に当該行為を共同で

する意思, すなわち, 意思の連絡が必要であると解される」とした。そして, ここにいう「意思の連絡」とは, 「複数事業者間で相互に同内容の取引拒絶を実施することを認識ないし予測し, これと歩調をそろえる意思があることを意味」する。そして, 意思の連絡を認めることについては, 「事業者相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要ではなく, 相互に他の事業者の取引拒絶行為を認識して, 暗黙のうちにこれを認容することで足りる」とした。5 社が利用許諾を拒絶した各行為については, 5 社間における明示の意思の連絡を直接証するものは存しない。しかし, L 社以外の着うた提供業者あるいは着うた提供事業を開始しようとする者に対し, (1) 5 社が利用許諾をしたことはほとんど皆無であった事実, (2) 利用許諾をしていても, 特定の条件を満たした場合に限られるといったものに過ぎないかアフィリエイト方式を認めるといった対応状況, (3) レーベルモバイルにおいて着うた提供事業を始めた際の背景, (4) 利用許諾の方式を極力拒絶する動機, (5) L 社がアフィリエイト戦略を検討していた状況等の間接事実を総合して判断すると「5 社間において, 相互に他の 4 社も利用許諾を拒絶することを認識して, これを認容した上で, 他の着うた提供業者からの利用許諾の申入れに対して拒絶していたものと認められ, 5 社間において利用許諾を共同して拒絶することについて, 意思の連絡があったと認められる」とした。

独禁法第 2 条第 9 項における「不公正な取引方法」のうち「共同の取引拒絶行為」(一般指定第 1 項)は, 「その行為を正当化する特段の理由がない限り, 公正競争阻害性を有するもの」であることから該当するとした。

第二に, 「排除措置の必要性があるか否か」(争点 2)である。当時, T 社及び原告 U 社の 2 社は, 他の着うた提供業者に対し原盤権の利用許諾を行っており, A 社, V 社及び S 社も, 業務委託形式において多くの

(\*) 校友, 株式会社スズキアンドアソシエイツ

楽曲提供を行っていることから、これをなお排除措置によって修正する必要性はもはや認められない、として争ったものである。

本件は、原告ら4社が本件審決の取消しを求めて提訴した事案である。

## II 判旨

### 1. 共同性

不正な取引方法一般指定1項1号柱書は、「正当な理由なく競争者と共同して、他の事業者に対し取引を拒絶すること」のうち「共同して」に該当するためには、「単に複数事業者間の取引拒絶行為の外形が結果的に一致しているという事実だけでなく、行為者間相互に当該取引拒絶行為を共同で意思すなわち当該取引拒絶行為を行うことについての『意思の連絡』が必要となるものと解すべきである」とし、「意思の連絡」については、「複数事業者が同内容の取引拒絶行為を行うことを相互に認識ないし予測しこれを認容してこれと歩調をそろえる意思であることを意味」する、そして「意思の連絡」を認めるに当たっては、「事業者相互間で明示的に合意することまでは必要ではなく、他の事業者の取引拒絶行為を認識ないし予測して黙示的に暗黙のうちにこれを認容してこれと歩調をそろえる意思があれば足りるものと解すべきである」。

### 2. 排除措置の必要性

「5社のいずれかが利用許諾の拒絶に係る意思の連絡か離脱したというためには、離脱者が離脱の意思を他の参加者に対して明示的に伝達することまでは要しないものの、離脱者が自らの内心において離脱を決定したにとどまるだけでは足りず、少なくとも離脱者の行動等から他の参加者において離脱者の離脱の事実を窺い知ることができる十分な事情の存することが必要である」。原告ら4社のうち、A社とV社は、業務委託形式における楽曲のみで利用許諾形式による楽曲の提供を行っていないこと、A社、V社及びS社は、利用許諾の拒絶の方針を変更して将来において利用許諾を行う可能性があることを他の者が窺い知ることができるほどの十分な事情があるとも認められないこと、U社は、着うた提供に係る包括的楽曲提供契約を締結

したが、配信価格を決定する権限が留保されていることを明示する条項はないものの、この配信契約の存在のみをもって、原告ユニバーサルが利用許諾の拒絶の方針を変更したものとまでは認めることができないこと、からその排除措置の必要性は認められるとした。

## III 評釈

公正競争阻害性の判断に係る理由付け及び、排除措置の必要性に係る説明について疑問がある。更に、独禁法21条の判断がなされなかったことに疑問がある。

### 1. 共同の取引拒絶

本判決は、一般指定1項に「自己と競争関係にある他の事業者(以下『競争者』という。)と共同して」と規定している「共同して」(共同性)の意義について述べられた初めての事例である。一般指定第1項の共同の取引拒絶に該当するには、自己と競争関係にある他の事業者(以下「競争者」という)と「共同して」行われることが要件になっているが、学説においては、不当な取引制限の要件に係る「共同して」(独禁法2条6項)と同義とされている<sup>(1)</sup>。

学説上「共同して」に該当するには、外形的な行動の一致にとどまらず、その意思において主観的な結びつきの要件が必要になるとされる<sup>(2)</sup>。東芝ケミカル事件<sup>(3)</sup>では、「複数事業者間で相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、これと歩調をそろえる意思があることを意味し、一方の対価引上げを他方が単に認識、認容するのみでは足りないが、事業者間相互で拘束し合うことを明示して合意することまでは必要でなく、相互に他の事業者の対価の引上げ行為を認識して、暗黙のうちに認容することで足りると解するのが相当である」としており、本判決はそのような判断基準を踏襲していると思われる。さらに、共同性の立証に関して、東京高裁は、「前後の諸事情を勘案して事業者の認識及び意思がどのようなものであったかを検討し、事業者相互間に共同の認識、認容があるかどうか」について判断するとしており、間接証拠や事実の積み重ねによって「意思の連絡」があったかについて、立証されることを示している。この判示部分では、「意思の連絡」の存在を直接証拠に

(1) 根岸哲『注釈独占禁止法』〔根岸哲〕350頁(有斐閣、2009年)参照。他に、同様の説明がされているものとして、金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編『独占禁止法〔第3版〕』〔川濱昇〕261頁(弘文堂、2010年)参照。

(2) 岸井大太郎＝向田尚範＝和田健夫＝内田耕作＝稗貫俊文『経済法〔第6版〕』〔和田建夫〕88頁(有斐閣アルマ、2010年)参照。

(3) 東京高等裁判所平成7年9月25日判決(判タ906号136頁)。

よって認定することの困難性を示しているといえよう<sup>(4)</sup>。本稿では、東京高裁の判断基準による(1)事前の連絡・交渉の証拠、(2)連絡・交渉の内容に関する証拠、及び(3)結果としての行為の一致からの整理を行う<sup>(5)</sup>。もっとも、事例ごとに異なり、合意の推認に関して使える証拠に制約はないとの郵便区分機談合事件判決<sup>(6)</sup>が見られることから、本判決もその趣旨を踏襲したと判断するのが正当と思われる<sup>(7)</sup>。

判決においては、(1)他の着うた提供者からの楽曲提供の申し入れに対して、拒絶しているか、又は、アフィリエイトを認めたほかは楽曲の提供を了承していたとしても、ほとんど業務委託によるものであり、利用許諾をしても、特定の条件を満たした場合に限られていたこと、(2)着メロのビジネス構造によりレコード会社は利益をあげられなかった不満があり、いずれ着うたの事業化を予測してレーベルモバイルを設立したこと、(3)着うたの原盤権者が事業開始にあたって極めて有利な立場を有していたこと、(4)L社の着うた提供事業の開始につき、5社が運営委員会やワーキングチームで繰り返し検討され合意を得たこと、(5)L社の運営委員会で、着うた提供事業に関して、①「レコード会社にしか出来ないビジネス」で、かつ、②「価格競争の起こらない安定したビジネス」にするために、③「参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除」という文言(以下、「三つの文言」という)を繰り返し検討することにより確認していたこと、(6)利用許諾を拒絶し、業務委託契約のみにすることで、外形的には着うた提供事業からは排除されていないものの、当該業者に配信にかかる価格設定権がない状況となること、(7)着うた提供事業は、携帯電話を利用することから、表示画面の都合によりカテゴリーサイトの情報に位置づけられるためダウンロード数を出来るだけ確保する必要があること、(8)着うたのメインユーザー層における人気楽曲の原盤権について、2004年発表のオリコンシングルランキングの100位以内において47%占めていたこと、そして、L社を通じてダウンロードされた着うたの数が全体の44%を占めていたこと、(9)運営委員会等の場において、利用許諾の申し入れがあった際にはアフィリエイトで対応することを検討したこと、(10)アフィリエイトの

方式に関する判断が、各レコード会社の判断で決されるべきところ、レーベルモバイルの運営委員会等で検討されていたこと、(11)アフィリエイトを検討する集中ミーティングで、利用許諾申し入れについて5社で討議しており、それぞれ判断しているのであれば、そのような討議がされる理由も必要もないこと、(12)アフィリエイトのようなシステムを利用し、5社がL社以外に楽曲を出さないようにすることが議論されていたこと、(13)アフィリエイトの目的が、競合サイトの発生を防止することであり、結果的に5社の利益にもつながるものであること、(14)アフィリエイトの提携先の条件として、「レコード会社が望まないサービスをしていないこと」、「着メロ提供事業を行う者でないこと」、「レコード会社と競合性の高いサイトを運営していないこと」等のレコード会社の利益を守る観点からの検討が行われていたことを間接証拠や事実として検討された。

原審決においては、審査官が本件間接事実(5)にある「3つの文言」のみをもって「意思の連絡」が認められるとしたことに対し、審判官はそれに加え、(1)5社が利用許諾をしたことはほとんど皆無であった事実、(2)利用許諾をしていても、特定の条件を満たした場合に限られるといったものに過ぎないかアフィリエイト方式を認めるといった対応状況、(3)L社において着うた提供事業を始めた際の背景、(4)動機、(5)L社がアフィリエイト戦略を検討していた状況等の間接事実の項目を立て、その後詳述して総合的に判断した。本判決において認定されている間接事実(1)ないし(14)は、原審決において認定されている間接事実(1)ないし(5)に関する詳述部分をさらに分解して項目を立てている。これは、東芝ケミカル事件と比較してみると、(1)「事前の情報交換」が認定されていないこと、(2)「相互認識・認容」について、間接事実のみから認定されている点で異なっていることから、審決における事実認定より詳細に検討する必要があったと考えられる。

原審決において認定されている間接事実(1)ないし(2)については、判示されている間接事実(1)に集約されている。原審決(3)ないし(4)、(6)は、L社が利用許諾を拒絶するに至る背景や動機に関しては形式

(4) 杉浦市郎「判批」独禁法審決・判例百選第6版別冊ジュリストNo.161(2002年)40-41頁参照。

(5) 実方謙二「独占禁止法(第4版)」172-176頁(有斐閣、1998年)参照。

(6) 「どのような間接事実を重要な者として評価すべきかは事案により異なる」公正取引委員会平成15年6月27日審判審決(審決集50巻14頁)参照。

(7) 根岸哲「注釈独占禁止法」〔裨貫俊文〕80頁(有斐閣、2009年)参照。



的な事実に加え、その事実に至る動機について認定している。このことについて、形式的事実のみでは各社が取引拒絶を行ったことに対して個別に行ったとも考えられるとの批判が出来るとも思われる。しかし、形式的事実に加えて、このような動機や背景で補うことにより取引拒絶を行ったことが不自然であるということの理解ができることになるのである。

本判決において認定されている間接事実(9)ないし(14)においては、原審決において認定されている間接事実(5)におけるアフィリエイト戦略の状況について詳細な認定がされている。そこで本判決を検討するに、5社の強い影響下にあるL社の運営委員会等で、経営方針としてアフィリエイト戦略を検討しており、それはすなわち5社が共同して利用許諾を拒絶するという方針であったという状況を原審決間接事実の認定を分解して検討を加えたといえ、公取委は「意思の連絡」が無ければ本判決において認定されている間接事実(1)ないし(14)に関して合理的に説明がつかない程度に立証できていると考えられ、原告ら4社も共同性に関して「特段の事情」があるとの十分な主張がなされていないことから、「共同性」の認定が行われたことについて、妥当であるといえよう。

なお、原審決を妥当であるとする評釈が多い<sup>(8)</sup>。さらに、本判決の評釈においても、東芝ケミカル事件において示された「独自の判断によって行われたことを示す特段の事情」について原告ら4社の主張が「公取委の立証を崩していないことは明らか<sup>(9)</sup>」との見解があり評者もこの見解に賛同したい。

## 2. 公正競争阻害性

「共同の取引拒絶」は、一般指定1条1項の条文中、(1)共同の取引拒絶という行為要件と、(2)「正当な理由がない」という実質要件から構成されており、(1)ないし(2)に該当すれば、公正競争阻害性を有するものとされる<sup>(10)</sup>。ここでは、本判決における(2)の判

示部分について検討する。

原告ら4社は原盤権者の地位により、法的正当性や経済的合理性があるとの主張をしているが、本判決においては、5社が個別に行っていることが前提でなければならぬとして否定し、「原盤権の利用許諾の拒絶行為を5社が意思の連絡の下に「共同して」行ったことが独禁法に違反する違法な行為である」と判断している。これは、利用許諾の形態そのものを対象として、その拒絶行為に関して共同で行っていることが、独禁法に違反する違法な行為であると説明しているように読めなくもない。すなわち、この判断においては、「当該業者が着うたの配信価格を設定できる利用許諾の形態での楽曲の提供はほとんど行っていない」ことが違法行為の前提となっているが、仮にアフィリエイトや業務委託契約が利用許諾を行っていることと実質的に同視できるようなものであった場合には、利用許諾を拒絶していることをもって「違法な行為」とはいえないのではないかと思われる<sup>(11)</sup>。

この点について、業務委託契約に関し原告は「利用許諾契約と業務委託契約の間には実質的な差異は認められ」ないとの主張がされているが、それに対し本判決は、(1)常時1曲100円を下回る価格で提供し続けることは、利益確保の観点から、一般的には困難であること、(2)L社への営業上対抗するために一定期間のキャンペーンとして1曲100円を下回る低価格で着うたを提供することはあり得ること、(3)実際にも1曲100円以下で着うたを提供していた業者も存在したこと、(4)着うたのユーザーはダウンロードに金銭的な限界がある者が大部分であること、(5)内在的制限があったとしても価格競争が生じ得ないとまではいえないこと、(6)利用許諾を受けた場合は提供業者が決定することになることという(1)ないし(6)の理由から、「利用許諾契約と業務委託契約は実質的な差異が生じないとは言えない」と判示している。

しかしながら、L社の設定する価格については、

(8) 若林亜里沙「判批」ジュリ1377号(2009年)144-147頁は、「取引拒絶を各社が行ったことが不自然とまで言えるかどうかは難しい」としながらも、加えて背景事情や動機を検討し総合して「意思の連絡」を認めたことにつき妥当であるとした。そして、平林英勝「判批」ジュリ1363号(2008年)60-61頁では、判断に関して被審人が「意思の存在の推定を破るだけの特別な事情を主張できなかった」としている。

(9) 土田和博「判批」ジュリスト1400号(2010年)128-129頁参照。

(10) 根岸哲「注釈独占禁止法」[根岸哲]349頁(有斐閣、2009年)参照。

(11) 高橋岩和「判批」ジュリスト1409号(2010年)182-185頁では、アフィリエイトについて「利用許諾の拒絶を一部緩和する措置であったと言える」とした上で、(1)競合サイトの発生を防止すること、(2)「着メロ提供事業を行わないこと」、(3)レコード会社と競合性の高いサイトを運営しないことという目的・条件から、L社を通じた「楽曲の一元販売と販売価格の維持が図られている」とし、「アフィリエイトの存在があったからと言って取引拒絶が無かったとはいえない」としている。しかしながら、楽曲の一元管理については、それ自体が問題であるとはいえないと考えられることに加え、販売価格の維持が図られているといっても、不当な価格を維持しているといえるほどの認定はされていないのではないかと考える。他に金井・前掲注1[執筆]264頁では、共同のライセンス拒絶に対し「拒絶を正当する特段の事情が無いことから公正競争阻害性が認められた」とした上で、「共同することにより、着うた事業への参入を困難にした明白な事件」としているが、利用許諾契約の拒絶がライセンス契約全ての拒絶という判示内容に沿った説明とはいえず、「明白」とまでいえるのか疑問である。

(1)にあるように、かなりリーズナブルな価格設定がされており、不当に価格を維持しているとはいえないとも考えられることや(5)についても十分な検討が行われていないようにも思われるほか、(2)や(3)併せて(4)については、著作権で保護されている以上、独禁法上問題の無い範囲で一定の価格水準を維持したいとする著作権者の法的正当性や経済合理性を無視してまで判断できるのか疑問である。そして、業務委託契約につき5社が多数行っていることについて原告ら4社が主張しているのに対し、本判決は「5社が他の着うた提供業者に対して原盤権の利用許諾を意思の連絡の下に共同して拒絶していたとするものであり、この認定の根拠として、5社が他の着うた提供業者に対して業務委託方式による音源の提供までも拒絶していたとは認定していないのであるから、原告エスエムイーのこの点の主張はその前提を欠き、失当である」と判示する。しかし、利用許諾の拒絶行為が実質的に業務委託契約やアフィリエイト契約によって着うたそのものの配信を拒絶していることにならなければ、著作権法に基づいた適法なビジネスモデルとも考えられることから、違法な対応とまではいえないとも思われ、この点について十分な証拠に基づいて判断されていないことには疑問がある<sup>(12)</sup>。

### 3. 排除措置の必要性

排除措置の必要性についても原告ら4社は、「業務委託形式において楽曲提供を行ってはいないもの、利用許諾の形式においては楽曲の提供を行って」いないとして、「利用許諾の拒絶の方針を変更して将来において利用許諾を行う可能性があることを他の者が窺い知ることができるほどの十分な事情があるとも認められない」としていることや、U社が「株式会社エムティーアイ及び株式会社ドワンゴとの間で着うた提供に係る包括的楽曲提供契約を締結した」ことについても、「配信価格を決定する権限が留保されていることを明示する条項はないものの、この配信契約の存在のみをもって、原告ユニバーサル〔原告ユニバーサル＝

U社〕が利用許諾の拒絶の方針を変更したものとまでは認めることができ」(〔 〕内評者)ないとしている。

しかしながら、利用許諾契約の拒絶という行為の違法性について業務委託契約に加えて包括的楽曲提供契約という極めてリーズナブルな楽曲の提供にかかる契約が締結されたことについて利用許諾契約を実質的に拒絶していることに当たらないのではないかという点について検討が十分になされないまま判断していることには疑問がある。

### 4. 独禁法第21条の適用性

本判決においては、独禁法第21条に係る判断はされていないが、「利用許諾の拒絶行為を5社が個別に行っていた場合にはそれが著作権法の観点から適法であって経済的合理性を有する行為であると評価できるとしても、そのことは、本件において5社が意思の連絡の下に共同して利用許諾を拒絶していたとの事実認定やそれが独禁法に違反する違法な行為であるとの評価を左右するものではないというべきである」という判示部分について、「実質的には21条〔独禁法〕に関する主張とそれに対する判断部分と理解できる」(〔 〕内評者)とも考えられることから、以下検討を行う<sup>(13)</sup>。

独禁法第21条は、著作権法にかかる権利の行使と認められる行為には独禁法を適用しないと定めている。更に、知的財産基本法第10条においても、「公正かつ自由な競争の促進が図れるよう配慮する」とある。しかし、行為の外形が「権利の行使と認められる行為」であったとしても、「知的財産権保護制度の趣旨を逸脱しまたは同制度の目的に反する場合」には、該当せず、独禁法の適用を受けることになるというのが一般的である<sup>(14)</sup>。そして、本条のガイドラインとして公正取引委員会による「知的財産の利用に関する独禁法上の指針」(公正取引委員会平成19年9月28日〔平成22年1月1日改正〕)がある。ここでは、「知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、上記第21条〔独禁法〕に規定される「権利の行使と認められる行為」とは評価できず、独禁法

(12) 河合清文「判批」JLT42号(2009年)89-95頁脚注7では、業務委託の方式で提供されていた例があることに關して、「完全な排除」がされているわけではないとする主張も考えうるが、(1)公正競争阻害性の認定には完全な排除まで要求するものではないこと、(2)L社の競争者は増えても5社の競争者は増えないこと、(3)5社が共同して参入を妨げたことが問題とされているのだと説明する。しかし、(1)についてはその通りであるが、それゆえに完全な排除ではない場合には公正競争阻害性の認定にはより説明を要すると思われること、(2)5社の競争者というその他のレコード製作者を指すと思われるが、本判決の効果にそのようなことが期待できるとは思えないこと、(3)競争性が認められたとしても、その排除行為が著作隣接権の行使を認められないほどのものであったのか十分な議論がされていないことに問題があるのではないかと考える。

(13) 泉克幸「判批」経済法判例・審決百選(2010年)106-107頁参照。また、独禁法第21条に関する確認をすべきであったとする学説として、河合清文「判批」JLT42号(2009年)95頁等がある。

(14) 根岸哲「注釈独占禁止法」〔和久井理子〕536-537頁(有斐閣、2009年)。

が適用される」と解釈されている。ただし、ガイドラインにおいては、「本指針では、知的財産のうち技術に関するもののみを対象としている」(〔 〕内評者)として、プログラム以外の著作物を対象としていないことが明らかになっている<sup>(15)</sup>。

当該ガイドラインが「技術に関するもの」のみに限定した理由は、例えば著作権法などが中心となるコンテンツに関連する権利を巡るビジネスモデルが技術に関する分野と毛色の異なる部分が多く、画一的に論ずることができないことがあるからではないかと考える。とりわけ、本件は著作隣接権という特別に規定された権利を対象としているものである。著作隣接権制度の趣旨は、一般的に(1)著作物を創作するにあたって準創作的行為を担う者の保護、(2)著作物を公衆に提示・提供する媒体となる者の保護とされる<sup>(16)</sup>。実際に著作物を創作する著作権者に加えて、一定の要件の下、著作隣接権者である原盤権者を保護するのは、著作者の創作活動を補助し、著作物を公衆に提供し収益化することで結果的に創作者へ報酬を支払うという役割を期待されておりそのような活動を通じて著作権法の目的を達成しているからだと考える。そうだとすれば、原盤権者に独禁法を適用する効果として、結果的に原盤権者に著作隣接権を与えることで社会経済に得られる利潤を超えているかという点について明らかにできていなければならないと考える<sup>(17)</sup>。独禁法の適用によって知的財産権の行使を規制した結果、事業者の利益は勿論のこと創作者への配分も十分になされない状況を生み出せば、独禁法 21 条の意義を失わせ、知的財産権法の趣旨を没却することになりかねないとも思える<sup>(18)</sup>。

この点、本件の判断においては、「共同の取引拒絶は権利の行使と認められる行為ではない」との考えにしたがったもの<sup>(19)</sup>とする見解もあり、その前提となっている判断基準が、「技術の分野」における特許権等と 21 条の関係であるパテントプールと共同の取引

拒絶と同様に「利用許諾に関して共同で拒絶したこと」について形式的に判断なされたのだとすれば、著作権あるいは著作隣接権にかかる実質的な部分の判断がなされず、その前提を欠いていたままに形式的な判断がなされたとも考えられる<sup>(20)</sup>。すなわち、著作権や著作隣接権に関する判断は、ビジネスモデルを含めた実態に即した実質的な判断をするべきであると考えられよう<sup>(21)</sup>。更に本件は、独禁法 21 条の判断がなされなかったことにより、かかる部分を判断の前提として捉える事が出来ないままに、違法性を判断する上で形式的に結論に及んだという問題があったと評することもできる。

(15) これに対して、泉克幸「知的財産権のライセンスと独禁法—公取委ガイドラインの改定とその検討—」特許研究 45 号(2008 年)43 頁では、著作権に関連した事例が増加しており、「取引の安全あるいは予測可能性を高めるといった関係者の要請にこたえなかったという意味で不満の残るもの」であるとしている。

(16) 加戸守行「著作権法逐条解説講義〔第 5 版〕」468 頁(社団法人著作権情報センター、2006 年)参照。

(17) 根岸哲「注釈独占禁止法」〔和久井理子〕547 頁(有斐閣、2009 年)では、知的財産の保護制度が「競争水準を上回る利潤を獲得する可能性が社会経済にとって有益な活動を促進する見方」をもとに設計されているとし、独禁法の適用に当たっては、そのような機能を行われる恐れがあるとしている。

(18) 白石忠志「独占禁止法〔第 2 版〕」99 頁脚注 258(有斐閣、2009 年)では、独禁法 21 条の適用除外規定の趣旨として「知的創作のインセンティブの確保」を挙げる。

(19) 泉克幸「判批」経済法判例・審決百選(2010 年)106—107 頁参照。

(20) 著作権法と独禁法委員会「著作権法と独占禁止法に関する調査研究」〔角田政芳＝泉木文雄〕180 頁(著作権情報センター、2006 年 3 月)では、本件を「著作権プール」の事例であるとして、パテントプールの事例と「類似の問題が起こりうる」としている。

(21) 土田和博「判批」ジュリスト 1400 号(2010 年)129 頁では、「知財権のライセンスを共同で拒絶することは、もはや実質的判断を要せず、形式的判断で独禁法の適用を除外されないことになるかもしれない」。