

タイトル	独占禁止法第二条五項所定の「排除」概念と「逸脱人為性」
著者	稗貫，俊文
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：23-49
発行日	2015-03-15

独占禁止法第二条五項所定の 「排除」概念と「逸脱人為性」

稗 貫 俊 文

はじめに

本稿は、NTT東日本私的独占事件最高裁判決において示された「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」(以下、「逸脱人為性」とする。)という文言に着目し、それが排除型私的独占の規制やその他の排除行為の規制において如何なる役割を果たすかを検討するものである。

「逸脱人為性」の文言は事業者側から特定の反証が行われたときの本証にかかわる基準となると考えられる。すなわち、「不当廉売」や「単独の一方的な直接の取引拒絶」のような自由競争と紙一重の何らかの排除行為が規制対象になるとき、事業者側から当該行為は公正かつ自由な競争に基づく行為であって、それによって他の事業者の事業活動を排除しても独禁法上の問題はないという反証(以下、「自由競争の反論」とする。)がなされる可能性がある。このとき、「逸脱人為性」は、本証のために、「排除」の要件を二つの要素に区分したときの一方であって、排除行為の性質を示す要素である。これは独禁法二条五項所定の「排除」行為の立証に新しい要件を加重するものではない。また競

争当局が行う「排除」行為の立証に対して、事業者側が「自由競争の反論」を有効になしうる適当な事案は決して多くはないであろう。しかし競争当局は公正かつ自由な競争の範囲にとどまる排除行為を違法な「排除」行為と評価してはならない、という要請は重要である。

この要請は独禁法の規制一般に妥当し、知的財産権の権利行使に関する独禁法二一条の規定にも表現されていると考えられる。公正取引委員会（以下、「公取委」とする。）が知的財産権者の行為に独禁法を適用するときに、権利者側から知的財産権の「権利行使の反論」が行われることがある。これに対して、公取委は、本証として、知的財産権の権利行使とされる行為の「排除性」と区別された「逸脱人為性」の存在を示すことができれば、反論に応えることができるだろう。しかし、このとき、排除行為の性質を示す「逸脱人為性」該当を、他の事業者への影響を見る「排除性」と区分せず、それと併せて判断すれば、優れた知的財産ほど排除性が強いから、「権利の行使」該当性が否定されるおそれが生じ、知的財産制度の目的を損なうことになる。

「自由競争の反論」が有効となる事例は少ないとしても、公取委は、常にこの区別を怠ってはならない。この区別は独禁法の基本原則にかかわる。

I 「他の事業者の事業活動を排除」（独禁法二条五項）の意義

1 NTT東日本私的独占事件最高裁判決^{〔1〕}における「逸脱人為性」

NTT東日本は、加入者へのFTHサービスの提供を、他の光ファイバ設備をもつ電気通信事業者との対抗上、加入者料金が廉価となる分岐方式で行うこととして総務省に五八〇〇円と届け出た。しかし、分岐するほど多くの需

要がなく、分岐方式で計算した廉価な加入者料金のまま、実際には芯線直結方式のサービスを加入者に提供した。一方、NTT東日本は、他の光ファイバ設備をもたない電気通信事業者に対する光ファイバ設備への接続料金を自己の廉価な加入者料金を上回る価額六三二八円として総務省の認可を受けたことから、接続料金（卸売価格）は加入者料金（小売価格）と逆ざやになった。公正取引委員会は、これが他の光ファイバ設備をもたない電気通信事業者の参入を困難にしたとし、独禁法二条五項の私的独占（排除行為）に該当し、三条に違反するとした。NTT東日本は、本件審決の取消を東京高裁に求めたが敗訴し、最高裁でも敗訴した。最高裁が私的独占事件の判決を下すのは今回が初めてであった。

最高裁は、本件判決において、独禁法二条五項所定の「排除」行為について、次のように述べる。

「本件行為が独禁法二条五項にいう『他の事業者の事業活動を排除』する行為（以下「排除行為」という。）に該当するか否かは、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持つものといえるか否かによつて決すべきものである。」と。⁽²⁾

本判決は「排除」行為を、①正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性と、②参入を著しく困難にするなどの効果を持つもの、との二つのベクトルに分けた（以下、これを「逸脱人為性」及び「排除性」とすることがある）。これによれば、私的独占事件において、事業者側が「それは公正かつ自由競争に属する行為である」という反論をすれ

ば、公取委は、他の事業者の事業活動を排除する「排除性」を立証することができても、「逸脱人為性」の要件を立証できなければ、当該行為を「排除」行為とすることができず、私的独占該当とすることはできない。

「逸脱人為性」に該当しない行為は違法ではないという考え方は独禁法の基本原則に由来する。すなわち、公正かつ自由な競争に基づく行為によって他の事業者の事業活動を排除しても、独禁法の問題は生じない。そして、公正かつ自由な競争に基づく排除行為は、排除効果の程度の如何にかかわらず、「逸脱人為性」に該当することはない。多くの論者がこの基本原則を様々な言葉で述べている。いわく、価格と品質をめぐる能率競争による他の事業者の排除は独禁法上の違法な排除行為ではない、効率性を反映する行為による他の事業者の排除は独禁法上の違法な排除行為ではなく、技術 (Skill)、慧眼 (Foresight)、勤勉 (Industry) による他の事業者の排除は独禁法上の違法な排除行為ではない、等々。

公取委は、ある行為が二条五項所定の「排除」行為に該当するか否かを判断するときに、かかる原則に抵触することがあつてはならない。それは競争当局が自ら競争を否定することになるからである。この原則は、独禁法上の違法性判断の前提となるべきことであり、事業者側の反証事項のひとつとなるものである。

2 「自由競争の反論」の重要性和事例の限定性

これまでの私的独占の排除行為に関する審決・判決においても、学説においても、⁽³⁾「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」という表現が排除行為の要素として採用されたことはないだろう。本件審判も、本件東京高裁判決も採用していない。本件最高裁判決がこのような表現を初めて採用した。たしかに「逸脱人為性」の基準は、独禁法の規制において自由競争の過誤規制を避けるために常に問われるべき重要な基準である。しかし、公取委がある排除

行為を規制することが公正かつ自由な競争を阻害する結果になるというような事態はそれほどあることではないだろう。

本件最高裁は、なぜ、「逸脱人為性」について論じる必要があったのであろうか。それはNTT東日本側が本稿で言う「自由競争の反論」を行ったからだと考えられる。すなわち、東京高裁の審理の過程で、NTT東日本は、分岐方式の計算により自らは当面、FTHサービスマーケットに赤字覚悟の参入しており、これに対して他の事業者は高額でもユーザに有利な芯線直結方式を宣伝して対等な競争条件で参入できるのであり、参入していないのは各自の経営判断によるだけのことであると主張した⁽¹⁾。東京高裁は、これに対して、NTT東日本が需要点在期に分岐方式で参入するという選択をするとは考えられず、前提が誤っており、主張は採用できないとした。最高裁は、このことを受けて、NTT東日本の「逆ざや」行為を「単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面」と性格づける一方、NTT東日本の反論を慎重に評価するために、「排除」行為の概念から「逸脱人為性」という考慮要素を引き出してこれに適用したと考えられる。このとき、最高裁は、東京高裁と同様にFTHサービスマーケットの需要の少ない当時の状況では、NTT東日本が分岐方式でサービスマーケットを提供する可能性はなく、芯線直結方式によるサービスマーケットの提供のみが現実的であったという前提に立って判断している⁽⁵⁾。最高裁は、この前提の下で、分岐方式の計算により赤字となる加入料金を設定したとしても、NTT東日本は自ら光ファイバ設備を所有しているため接続料金を現実に支払う必要はなく、他方、逆ざやの接続料金を現実に支払う必要がある競争事業者は効率的な事業者であっても排除されるものであったから、逆ざやの行為は「逸脱人為性」があると判断した⁽⁶⁾。かくしてNTT東日本の「自由競争の反論」は認められなかった。

しかし、反論が認められる可能性がまったくなかったわけではない。芯線直結方式によるサービスマーケットの提供のみが現

実的であったという最高裁の認定について、誤った認定であるという判例批評やその可能性を否定しない見解がある。⁽⁷⁾ 分岐方式によるサービスの提供が中長期的には可能となる状況にあったのに、最高裁は、そのような動態的な競争の展開を考慮に入れず、「静止画像」を見るような短期的視野の設定をし、分岐方式による競争の可能性を検討しなかったのは不当であるという批判である。この議論の帰結は、もう少し長期の視野で検討すれば、本件行為の「逸脱人為性」は否定される可能性があったであろう。もし最高裁がNTT東日本の排除行為の「逸脱人為性」を否定する判断を下していれば、「排除」行為を「逸脱人為性」の要素と「排除性」の要素に分けたことは最高裁の慧眼であり、「自由競争の反論」が認められた初めての事例として本件最高裁判決はさらに注目される判決になっていたであろう。このことからすれば、一般に、たとえ「逸脱人為性」が否定される事例は少ないとしても、それが否定されるときは重要なケースとなることが予想されよう。

II 排除型私的独占における「逸脱人為性」の位置づけ

1 逸脱人為性の遍在性

単独事業者の私的独占（排除型）は慎重に規制されなければならない。しかし、公取委が今後取り上げる事例で、事業者側の「自由競争の反論」が認められ「排除」行為が適法とされる可能性はほとんどないであろう。また、「逸脱人為性」に該当する行為は、「逸脱」という強い言葉から推して非難可能性をもつ排除行為をいうと解されるおそれがあるが、独禁法で問題となる排除行為はそれ以外にも広く存在しうから、「排除」行為に非難可能性がないというだけで「自由競争の反論」とするのは難しいであろう。これらの点をもう少し敷衍してみよう。

第一に、最高裁判決が、「逸脱」という強い言葉を用いたのはNTT東日本事件に特有の事情に対応したためと考えられる。すなわち、垂直統合企業の「プライス・スキイズ」と称する逆ぎやの料金設定や、非公開のダークファイバ情報の営業活動への流用、総務省の行政指導を巧妙に免れていたという事情も含めて、本件特有の事情から「逸脱」という強い言葉を含む基準が引き出されたのであろう。^⑧しかし、私的独占の排除行為のこれまでの事例を見ると、違法となる排除行為の範囲はきわめて広く、「逸脱」という言葉が本来妥当するような行為に狭く限定されない。

第二に、排除行為を「逸脱人為性」と「排除性」(以下では、「対事業者効果」ともいう。)^⑨に区分し、「逸脱人為性」をそれ自体として検討する理由は、正常な排除行為を誤って規制しないようにするためである。もし公取委が「排除性」(「対事業者効果」)を含めて「逸脱人為性」を判断すれば、「排除性」の要素が判断のノイズとなり、公正かつ自由な競争の範囲にある排除行為を違法とする危険性が出てくる。

もっとも、ここには「逸脱人為性」と「排除性」は明確に区別されるという前提が存在しなければならぬ。しかし、排除行為は、例えば専売制の販路閉鎖効果のように、「排除性」と「逸脱人為性」が相互に影響し合い、「排除性」が強まれば「逸脱人為性」も強まる比例関係にあることが多い。このように明確に区別できない排除行為は、本来「逸脱人為性」の性質をもつ行為であると考えられ、「自由競争の反論」が認められる余地はない。この場合、「公正競争阻害性」や「競争の実質的制限」にかかわり、正当事由の検討の余地が残るのみである。独禁法の規制において、「逸脱人為性」のない正常な排除行為が問題になることは少ないといえよう。

第三に、「逸脱人為性」が容易に認められる理由は不公正な取引方法の規制の存在にあると考えられる。不公正な取引方法は、平成二十年改正前(一部の行為に課徴金納付を義務づける前)に、全ての行為について、独禁法二条九項において「次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれのあるもののうち、公正取引委員会

が指定するものをいう。」とされていた。この規定により、公取委に指定された、抱き合わせ、排他条件付取引、拘束条件付取引などの不正な取引方法の行為類型は、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」があるものとして指定されたと考えてよい。不正な取引方法の禁止の具体的に適用において、他の事業者の参入を困難にするなどの排除効果を持つかどうかは個別の事件によりその強度が異なり、それに応じて「逸脱人為性」の程度も異なることがある。しかし、少なくとも指定されている行為類型はいずれも「逸脱人為性」をもつ類型であると考えてよい。そのため、不正な取引方法に該当する排除行為の類型に該当すれば、自由競争と紙一重のような排除行為を除いて、「自由競争の反論」を持ち出しても意味がないのである。また自由競争と紙一重の排除行為であっても、有線ブロードバンドネットワークス私的独占事件（後述）における廉売行為や、東洋製缶私的独占事件（後述）やニプロ私的独占事件（後述）のような単独の取引拒絶をみれば、「逸脱人為性」は容易に判定できるであろう。「自由競争の反論」が重要になるのは「逸脱人為性」が容易に判定できない廉売行為や取引拒絶、その他自由競争と紙一重のような排除行為が問題となるときである。¹⁰⁾

2 不正な取引方法の類型に該当する排除行為の事例の検討

「逸脱人為性」の存在は独禁法二条五項所定の「排除」行為該当の判断において容易に見いだされ、多くの場合、これを問題にするまでもないことを実際の事例の検討から明らかにしてみよう。前述のように、私的独占に関するある一定の「排除」行為が不正な取引方法に指定されていることで、通常の競争手段を逸脱していることを容易に示すことができる。これまで違反とされた不当廉売や取引拒絶のような排除行為はむしろ逸脱人為性が顕著で分かりやすいので、適切な事例とならない。この意味で、適切な事例は自由競争と紙一重の関係にない排他条件付取引の事例で

あろう。

MDSノードイオン私的独占事件勧告審決は排他条件付取引（全量購入契約）が問題になった事件である。排他条件付取引は、逸脱人為性が乏しいという意味で逸脱性の限界事例である。

MDSノードイオン（カナダの企業。以下「ノードイオン」とする。）は、テクネチウム99M製剤（放射性医薬品の原材料となるモリブデン99（放射性同位元素）の世界的に有力なメーカーである。モリブデン99の原料を提供しているカナダの別の会社が運営する原子炉が老朽化したため、新規原子炉の建設が計画され、ノードイオンもその建設費用の一部を負担することになった。この費用負担のリスクを軽減していくために、ノードイオンは、世界中の顧客（薬品会社）と長期（今後一〇年間）の排他条件付取引（全量購入契約）を締結するようにはたらきかけた。日本の医薬品メーカー二社のうち一社は、ノードイオンのこの申出を受けた後、ベルギーのモリブデン99のメーカーであるIREとの契約交渉を開始したが、結局、他の一社とともにノードイオンの申し出を受け入れた。

公取委は、ノードイオンの行為は、日本におけるモリブデン99の取引分野において、モリブデン99の他の外国メーカーを排除するものであり、二条五項の排除行為に該当し、私的独占違反であるとした。

このとき、排他条件付取引（全量購入契約）は、「逸脱人為性」を非難可能性の強い行為に限定すれば、必ずしもそれに該当するといえないであろう。しかし、このように非難可能性の乏しい行為も、他の事業者に対する有意な排除性が認められると、公正かつ自由な競争に属する排除行為の範囲からの乖離が顕著になる。「排除性」の強度に比例して「逸脱人為性」が顕著になるのである。このことから排他条件付取引の「逸脱人為性」は明らかである。仮にノードイオンが本件の公取委の判断を争うことがあっても、本件の排他条件付取引（全量購入契約）は自由な競争手段の範囲に属する行為であると主張することは無理がある。¹²⁾

他の行為類型も「推して知るべし」である。巧妙に標的を絞った累進リベートによる差別的取扱（インテル事件¹³）、露骨な排除の意図をもってする特定のライバル事業者の顧客に対する執拗な廉売（有線ブロードバンドネットワークス¹⁴）、違法・不当な目的を達成するための単独の取引拒絶（東洋製缶事件やニプロ事件¹⁵）など不公正な取引方法の行為類型に該当する私的独占（排除型）は、「自由競争の反論」を唱える余地はない。

3 不公正な取引方法に該当しない排除行為の事例の検討

必ずしも特定の不公正な取引方法の行為類型に該当するとはいえない排除型私的独占では、排除行為を「逸脱人為性」と「排除性」に区分し、「逸脱人為性」を独立して検討する必要があるかもしれない。このような問題を検討するための適切な事例は、北海道新聞事件、パラマウント事件、日本医療食協会事件である。

(1) 北海道新聞事件¹⁶

本件での排除行為は、函館地域の夕刊紙発行事業に新規参入する新聞社に対する北海道新聞社の函館対策（新聞題字対策、通信社対策、広告集稿対策、テレビコマースシャル対策）が問題になった。

(ア) 新聞題字対策

北海道新聞社は、新聞題字対策として、自ら使用する具体的な計画のない「函館新聞」など九つの新聞題字の商標出願をした。これは函館地区に新規参入する夕刊紙にこれらの題字を使わせない意図の下で行われた。新規参入者が「函館新聞」という題字を使うことが明らかになってから、役員会で、この題字の使用に厳しく対応することを決め、本件行為期間中に五回の使用中止を求める文書を送付している。後に述べるテレビコマースシャル対策においても、函

館新聞という題字を使わないように間接的に圧力をかけている。

商標権は他の事業者の事業活動を排除する「排除性」をもつと考えられ（市場における市場支配力を持つことは少ないとしても）、また、このような商標権の利用行為は「自由競争の反論」を行う余地のない濫用行為である。

(イ) 通信社対策

北海道新聞社は、通信社対策として、函館新聞から時事通信社に配信契約を締結したいと要望していることに対し、時事通信社が先行契約者を優先するという方針をとっていることを承知の上、時事通信社と接触して確認を求め、北海道新聞としては函館新聞への配信に了解を与える意向がないことを時事通信社に知らしめた。十勝毎日新聞社が、時事通信社に函館新聞への配信を求めたが先行契約者優先を理由に時事通信社が申し出を断ったことを知ったものの、さらに函館新聞が配信を求めたことから、この対応を質すことで、配信要請に応じないことを求めた。

「排除性」は強くないが、その執拗さは「自由競争の反論」の余地なく、通常の競争手段の範囲を逸脱する人為性があるといえるであろう。

(ウ) 広告集稿対策

北海道新聞社は、夕刊紙の参入に対抗して、夕刊の別刷りとして地域情報版を発刊したが、その広告集稿対策として、地域情報版の収支試算上損失が予想されたにもかかわらず、ライバルの広告集稿対象と目される中小企業を対象として大幅な割引広告料金を設定することとし、役員会において、本紙広告料の約半額の水準を基本料金とし、これを扱う広告代理店には一定の割り増し手数料を加算することを決定し、実施した。

これは広告集稿の分野での「排除性」の高い行為であり、また、不当廉売の疑いの濃厚な、「自由競争の反論」の余地のない行為である。

(エ) テレビコマーシャル対策

北海道新聞社は、テレビコマーシャル対策として、テレビ北海道が函館新聞の広告を二ヶ月間行う要請を受け入れたとの情報を得て、テレビ北海道にこの申し込みを受け入れないように要請した。テレビ北海道は、広告代理店を通じて、「函館新聞」の名前を変更するように函館新聞に要請し、事実上申し込みを拒絶した。

これも「排除性」の強度は乏しいが、通常の競争手段の範囲を逸脱する人為性があり、「自由競争の反論」は成立しない。

本件の四つの対策を個別に見れば必ずしも強い「排除性」（「対事業者効果」）をもつ行為とはいえない。ただ北海道新聞の四つの対策は常軌を逸しており、「自由競争の反論」の余地はなかったであろう。

(2) パラマウントベッド事件^①

パラマウントベッド（以下、「PB社」とする）は、同社の製品を確実に納入するために同社の製品を指定入札とするように働きかけ、仕様書入札の場合には、他のメーカーの標準品にはないPB社の標準品の特徴を盛り込んだ仕様書となるように営業活動を行っている。東京都は、医療用ベッドメーカー三社が指名競争入札に参加できるようにする方針を有していた。「PB社」は、都のこの方針を承知のうえ、医療用ベッドに詳しくない都の担当職員に対し、PB社の製品にのみ適合する仕様を含んでいても、対外的に都の方針に反していることが露呈しない仕様書を作成できるなどの申し入れをしていた。そして、PB社が実用新案権をもつ構造であることを伏せて、その構造を仕様書に盛り込むことに成功した。入札の現場説明会において、PB社の製品が優れていることを示す一覧表を示して、PB社の製品を発注する旨の表明をするようにさせ、他のメーカーの質問や仕様書の修正要求に対して、PB社の作成した

回答に従って仕様の必要性を説明し、仕様書の修正要求に応じないようにさせていた。

P B社は、医療用ベッドに知的財産権（実用新案権）を有することを利用して、行き過ぎた営業活動をしている。「自由競争の反論」の余地はない。

(3) (財)日本医療食協会事件^⑬

日本医療食協会（以下、「協会」とする。）は、医療用食品の検査機関として厚生大臣（当時）から指定をうけ、医療食品の販売業者から検定料を徴収して栄養成分等の検査を行う収益事業を営んでいた。協会は、当初より、法的根拠のない製造業者認定制度と販売業者認定制度を設けて、医療食品に事業分野への新規参入を規制していた。

新たに国民健康保険制度の下で、医療機関が登録された医療食品を使えば、保険で支払う入院療養費に一定の金額を加算する制度が導入され、協会はその唯一の登録機関に指定された。これを機会に、日清医療食（以下「日清」とする）を一手販売業者とし、日清と通謀して、様々な排除行為を行った。第一に、協会は、医療食品の登録の審査において、日清を参加させ、その意向を医療食の登録に反映させていた。第二に、登録食品の品目数を法律の根拠なく二八〇品目程度に制限していた。第三に、検定料を、検定に要する費用と関係なく、認定医療食品の製造業者の出荷価額に一定率を乗じて算定した金額を請求していた。これは日清とその影響下にある製造事業者や販売事業者の得る独占的利益を協会が吸い上げる仕組みであろう。これらの行為に、法的根拠のない製造業者認定制度と販売業者認定制度を設けたことを合わせて、逸脱的人為性のある行為が行われたということができよう。「自由競争の反論」の余地は無い。

(4) 検討のまとめ

不公正な取引方法の特定の行為類型に必ずしも該当しない排除行為も、少なくともこれまで私的独占とされた行為は、「自由競争の反論」の余地のない排除行為であり、「逸脱人為性」を問うまでもなかった。NTT東日本私的独占事件で問題となった逆ざや行為も、JASRAC私的独占事件で問題となった管理楽曲の放送使用料の一括徴収も、不公正な取引方法の特定の行為類型に必ずしも的確に該当しない排除行為であるが、「逸脱人為性」が存在することは否定できない。NTT東日本私的独占事件最高裁判決は、「自由競争の反論」に対して、「逸脱人為性」が存在するとした。JASRAC事件高裁判決は、「逸脱人為性」の判断をしていないが、「自由競争の反論」を行いうる行為ではないであろう。JASRAC事件審判⁽²⁰⁾においては、当事者の争点整理を経て、初めから、排除行為を①逸脱人為性と②排除性の要件に分離した争点が設定されている。しかし、審判審決も東京高裁判決も、逸脱人為性の争点を取り上げて判断していない。

ここでは、逸脱人為性の争点に関する審判における審査官と被審人の攻防に注目してみよう。本件審判における公取委（審査官）の主張は、JASRACが様々な機会を通じて放送使用料の包括徴収方式の違法性を認知しながら漫然と利用割合を反映しない包括徴収を漫然と続けたことが逸脱人為性の要素となるとする。しかし、一括徴収方式は、JASRACの独占的な地位との関係で、明らかに逸脱的人為性のある行為であろう。被審人に違法行為の認識がなくても逸脱人為性は認められる。他方、被審人は、様々な反論のなかのひとつとして、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件のところで言う「包括徴収は合理性で効率的であり、その排除効果を凌いでいる」という反論を、そのまま逸脱人為性の不存在の論拠としても援用している。⁽²¹⁾このような援用もおかしい。公正かつ自由な競争に基づく排除行為は、その排除効果の如何にかかわらず、適法な行為とされるのであって、「排除性」との比較考量によっ

て決せられるものではない。

いずれにしろ「逸脱人為性」は容易に否定されるものではない。そして、それが否定されるときは、公正かつ自由競争の範囲を巡って相当に激しい論争を生むことになるであろう。

4 「自由競争の反論」の可能性

「逸脱人為性」の基準は、自由競争と隣接するような類いの「排除」行為が問題なるときに、事業者側からの「自由競争の反論」に 대응するという形で、二条五項所定の「排除」行為の検討を助ける補助線として呼び出される。しかし、NTT東日本私的独占事件最高裁判決が逸脱人為性の存在を認めたように、「自由競争の反論」が可能であっても、それが容易に認められることはない。さらにまた、通常の事例は、不公正な取引行為の行為類型に該当して「逸脱人為性」該当が自明であるため、事業者側が有効性のある「自由競争の反論」を行う余地はないであろう。しかし、そのことは最高裁判所が初めて提示した「逸脱人為性」の文言の理論的な重要性を否定するものではない。とくに「逸脱人為性」は、「排除」行為とそれによる「競争の実質的制限」や「公正競争阻害性」の關係に、連続性だけでなく、断絶性があることを明らかにし、「排除」概念の存在理由に新たな光を当てたことは間違いない。

III 知的財産権の権利行使の濫用と「自由競争の反論」

1 知的財産権の権利行使の「逸脱人為性」

知的財産権の権利行使に対する独禁法の適用も権利者側が独禁法二一条により知的財産権の「権利行使の反論」を

行いうるので、NTT東日本私的独占事件最高裁判決において、私的独占の「排除」行為を「逸脱人為性」と「排除性」（「対事業者効果」）の要素に分けたことは、「知的財産権の権利行使」の解釈にも有益な指針を与える。

独禁法二一条は、知的財産権の「権利の行使と認められる行為には独禁法は適用しない」とする。しかし、外形上、知的財産権の「権利の行使と求められる行為」であっても独禁法が適用され、違法となる場合がある。その違法性判断基準は、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（公正取引委員会 平成一九年九月二八日、以下「知財ガイドライン」とする。）によれば、「権利の行使とみられる行為であっても、……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、上記独禁法二一条に規定される『権利の行使と認められる行為』とは評價できず、独禁法が適用される。」とされる。これは抽象的であるが、有効な基準である。

知的財産権に係る独禁法違反の争訟構造の中では、公取委が、何らかの証拠の提示により、知的財産権者の行為に独禁法の規制を及ぼすことに対して、事業者側は、独禁法二一条を根拠とする「権利行使の反論」を唱える可能性がある。知的財産権の権利行使は不正な侵害行為を市場から排除する行為であることから、市場における公正かつ自由の競争の範囲に属する正常な排除行為である。そのため「権利行使の反論」は「自由競争の反論」の一種にほかならない。

知的財産権の権利の行使は、第一に、侵害者や間接侵害者に侵害の警告を与え、訴訟を起こして侵害行為の差止請求をすることである。それが市場の競争に有意な影響を与え、知的財産権者の市場支配力を形成、維持、強化する場合があっても、通常独禁法違反の問題は生じない。それは「正常な競争手段の範囲を逸脱するような」排除行為ではないからである。第二に、知的財産権の単純なライセンスの拒絶も権利行使である。ライセンスを拒絶したにもかかわらず、知的財産を実施すれば、侵害の警告を与え、訴訟を起こして差止請求をすることができる。第三に、知的財

産権のライセンス許諾における部分的な権利の留保も、部分的なライセンス拒絶であり、権利の行使である。これも拒絶を無視して、知的財産を留保された部分を実施すれば、侵害の警告を与え、訴訟を起こして差止請求をすることができる。すべて侵害行為の排除にむすびつく行為が知的財産権の「権利の行使」である。

これらを「権利行使の反論」の内容とするには抽象的であるが、実際の争訟においては、公取委が「知的財産制度の趣旨逸脱・目的違背と認められる行為」であることを表す本証を具体的に示したとき、その証拠の内容に応じて、この反論が対抗的に具体化されよう。

知的財産権の「権利行使の反論」も「自由競争の反論」の一種であるから、すでに見た他の事例のように、それが真に問題となる事案は少ないであろう。例えば、これまで違法とされた事例をみれば、権利行使そのものではなく、その周辺行為として、出願手続に現れた目的の逸脱性（前述の北海道新聞事件における商標権）や権利行使を行う取引環境の形成の仕方の逸脱性（前述のパラマウントベッド事件における実用新案権）が問題とされている。すなわち、北海道新聞事件では、新規参入者を妨害する対策の一環として、自己が使用する予定はないが参入者が使う可能性の高い多数の新聞の題字を商標出願し、新規参入者に対して、そのうちの「函館新聞」という出現中の商標を使わないように警告したことが「逸脱人為性」に該当する。前述のパラマウントベッド事件では、仕様書入札において発注者側に働きかけて、自己が意匠権をもつ機器の構造をその事実を隠して仕様書に盛り込ませて、競争者が入札に参加できないようにしていることが「逸脱人為性」に該当する。このほか、まだ事例は存在しないが、無効原因のある特許権を使って他の事業者に根拠のない侵害訴訟を提起することも、「逸脱人為性」に該当するであろう。これらは知的財産権を有する事業者側から「権利行使の反論」を行う余地はなく、公取委は、市場への影響を考慮したうえで、独禁法違反と判断するであろう。「逸脱人為性」の判定が困難な問題となることは少ない。²²⁾

2 侵害の差止請求が特許権の濫用とされたアップル対サムスン事件知財高裁決定と判決

知財高裁において、本稿の「逸脱人為性」の検討にかかわる、注目すべき決定と判決が下された。^②

知財高裁は、韓国企業サムソンが、欧州電気通信標準化機構（ETSI）の会員として標準規格必須特許を「公正、合理的かつ非差別」の条件でライセンスする用意があると宣言（Fair, Reasonable and Non-Discriminatoryの省略でFRAND宣言という）しながら、ライセンスを受ける意思のあるアップル・ジャパンに対し、iPhone、iPadなどの製造・販売等を侵害として差止請求することは権利濫用に当たるとする決定を下した（知財高裁決定平成二六・五・二六）。また知財高裁は、アップルがサムソンを相手に提起した特許権非侵害の確認訴訟で、アップルがサムソンの特許権を侵害していると認定しつつも、サムソンがFRAND宣言をした特許技術についてライセンス料相当額を越える損害賠償を求めることは権利濫用に該当するとし、ライセンス料相当額のみ損害を認める判決を下した（知財高裁判決平成二六・五・一六）。

一般に、規格標準化団体は、規格の統一を図るために標準規格を決定し、事業者が標準規格に準拠する製品を製造し、または役務を提供するように働きかける。このとき、同団体は、会員事業者が標準規格に適合する特許技術を所有し、あるいは開発中であれば、これを同団体の標準規格に適用技術として早期に報告するように求める。同団体がこれを標準規格必須技術と認定すれば、同団体の知的財産権ポリシーにより、会員事業者は、当該技術を「公正、合理的かつ非差別」の条件でライセンスする用意があると宣言（FRAND宣言）するように求められる。標準規格必須特許に認定されれば、多くのライセンスシーから使用料収入を得ることができると期待できるから、会員事業者は、進んでFRAND宣言を行うであろう。他方、標準規格に準拠した製品を製造し、あるいは役務を提供したい事業者

も、FRAND宣言された標準規格必須特許のライセンスを受けることができると信頼し、当該製品・役務の開発、製造、販売のための投資を安んじて行うことができる。規格標準化団体の活動と、それに対する会員事業者の協力は、膨大な特許技術が錯綜して存在することで特徴づけられる電気通信産業などの産業の発展に貢献するであろう。

サムスン、前述のように、ETSIに自己の特許技術が標準規格必須特許であると報告し、ETSIの設けた知的財産の取り扱い方針（IPRポリシー）に従い、FRAND宣言をしていた。サムスンの標準規格必須特許は、多くのライセンスから使用料収入を獲得できる地位を得て非必須特許よりも遙かに有利な地位にたつことになる。知財高裁決定は、そのように過度に保護された権利者が、自らの意思で標準規格必須特許のFRAND宣言をしながら、この特許技術のライセンスを受ける意思のあるアップルに対し、いたずらに必須特許の使用を侵害として差し止めることは、必須特許のライセンスを受けることができると期待したアップルの信頼を損なうものであるとし、それによって標準規格に準拠した製品・役務の開発、製造、販売の投資を無駄にすることは産業の発展という特許制度の趣旨に反し、権利濫用に当たるとした。

アップルは上記の確認訴訟でサムスンの行為の独禁法違反を主張しているが、知財高裁判決はこれに判断を加えていない。たしかに特許侵害の主張に対抗するための有効な抗弁が特許法上多数与えられているから、市場効果の要件を追加的に検討しなければならない独禁法違反の抗弁を取り上げる必要はなかった。しかし本件のような特許権の濫用は「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」（「知財ガイドライン」）ものであり、あるいは「正常な競争手段を逸脱するような人為性」（NTT東日本私的独占事件最高裁判決、前掲）を有することから、少なくとも、不公正な取引方法の取引拒絶（一般指定二項）や差別的取り扱い（一般指定四項）、取引妨害（一般指定一四項）に該当すると評価される可能性はあったといえよう。その場合、もちろん、サムスンが差止請求は独禁法二一条によ

る権利行使であると反論する可能が残るが、自ら「逸脱人為性」のある行為をしながら権利行使であると主張することは認められないであろう。公取委がサムスンの行為を独禁法違反とする排除措置命令を出してもおかしくなかったといえよう。

サムスンが差止請求により特許権を濫用したという行為は、独禁法上の「排除」行為の「逸脱人為性」にも該当する。特許法上の濫用行為に該当するにはこれで十分であるが、独禁法上は、「逸脱人為性」に加えて、他の事業者の事業活動への「排除性」（知的財産権には通常認められる）と市場への有意な影響が求められる。「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」（独禁法二条五項、同三条）であれ、「公正な競争を阻害するおそれ」（独禁法二条九項、同一条）であれ、市場への影響が立証されなければならない。

本稿に関心に即して言い換えれば、市場への影響が立証されても、特許権者の行為に「逸脱人為性」が存在しなければ独禁法の適用はできないということである。他の事業者の事業活動に対する「排除性」があり、それにより市場への有意な影響があっても、「排除」行為に「逸脱人為性」がなければ、それは「特許権の権利行使と認められる行為」（独禁法二二条）であり、正常な競争手段にはならない。

3 最高裁判決が照らし出した「知的財産権ガイドライン」の問題点

知的財産権の「権利の行使」は自由な競争の過程で行われる正常な行為である。NTT東日本私的独占事件最高裁判決が示した基準に従えば、ある行為が知的財産権の逸脱的人為性のある行為であるか、それとも通常の権利行使であるかは、「排除性」（「対事業者効果」）や、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」（「対市場効果」）と切り離して、それ自体で判断されるべきである。⁽²⁴⁾ もし競争への影響の大きさをも合せて考慮するとすれば、侵害行為

を排除する行為（「権利の行使」）は排除効果の如何によつては独禁法違反とされることがあるという帰結をもたす。これは知的財産権制度の趣旨に反し、同制度を損なう帰結となるであろう。

知的財産権の濫用により市場支配力を形成・維持・強化する行為を有効に阻止することは重要であるが、その過程で、競争当局が知的財産権の権利行使を尊重することもまた重要である。新しい技術をもたらした企業が自由に伸びることができる市場環境を作るためには、どのような企業であれ、それが新しい知的財産により社会に貢献する商品・役務をもたらすときに、それが市場支配力を維持、強化することがあつても擁護されるべきである。それが新規参入企業によるものであれ、既存の有力な企業によるものであれ、知的財産権の通常の活用の結果生じる排除力は非難されるべきではない。排除力の大きさを独禁法上の問題にすれば、同一の知的財産権の権利行使でありながら、優れた知的財産権であればあるほど独禁法の規制を及ぼす危険が大きくなる。そのような規制の弊害は、既存事業者だけでなく、これから伸びる新しい企業にも及ぶであろう。問題とすべきは知的財産権の市場における排他性の大きさではなく、知的財産権の権利行使の性質（「逸脱人為性」）である。

筆者がすでに指摘したことであるが、現在の知的財産権ガイドラインは、この点で、いささか問題を抱えている。同ガイドラインは、「行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で」（傍線は筆者）、知的財産制度の趣旨に逸脱するのであれば、権利の行使に該当しないと述べている。これは権利行使の判定において「排除性」（対事業者効果）や「競争の実質的制限」（対市場効果）も「勘案」ということであろう。しかし、権利行使の判定の段階で、競争を排除する力の大きさを考慮するということは、繰り返し述べているように、独禁法の基本原則を否定することである。知的財産権ガイドラインのこの部分は誤った考え方に基づいている。NTT東日本私的独占事件最高裁判決は、知的財産権の権利行使に関連する事件ではないが、二条五項所定の「排除」行為を「逸脱人為性」と「排

除性」(対事業者効果に区分する言及をしたことで、独禁法二一条の知的財産権の権利行使の解釈においても適切な指針を提供するものといえよう。

おわりに

「逸脱人為性」の基準は新しく加重された要件ではなく、違法な「排除」行為に本来的に内在し、必要なとき(「自由競争の反論」がなされたとき)に呼び出されるべき「補助線」のようなものである。排除型私的独占の規制において、事業者側の「自由競争の反論」が積極的な役割を果たす機会は決して多くない。しかし、このことは公取委が、公正かつ自由な競争の規制過誤を回避することが重要な要請であることを否定するものでない。独禁法二条五項所定の「排除」行為の要件から「逸脱人為性」の要素を、「排除性」の要素と区別する形で引き出したことはやはり最高裁の慧眼と言うべきであろう。従来より何らかの「人為性」が必要であるということが言われてきたが、「排除」行為においてこの区別を明確にするものでなかった。最高裁は、「排除」行為の概念から「逸脱人為性」の要素を引き出すことにより、「排除」行為と「競争の実質的制限」や「公正競争阻害性」との「連続性」だけでなく、「自由競争の反論」を通じた「断絶性」も存在することを明確にした。

独禁法二一条の規定も本稿で言う「補助線」を呼び出すための規定であるといつてよい。この規定のもとで、知的財産権者は、必要があれば、いつでも「権利行使の反論」(「自由競争の反論」と同趣旨)を行って「逸脱人為性」の本証を攻撃することができる。そして、このような反論にもかかわらず、知的財産権による「排除」行為に「逸脱人為性」があることが証拠で示されれば、そのときは、「競争に与える影響の大きさも勘案して」(「知財ガイドライン」)、独禁法の必要な規制を行うことができる。しかし、「排除」行為における「逸脱人為性」の存在が問われる段階では、

他の事業者の事業活動に対する「排除性」（「対事業者効果」）の大きさを併せて勘案することは許されない。これが知的財産権の権利行使の判断に対してNTT東日本私的独占事件最高裁判決が示唆するところである。

注

- (1) 最判平成二・一二・一七 民集六四・八・二〇六七。判時二一〇・一・三三。判タ一三三九・五五。審決集五七（第二分冊）・二一三。本件に関する判例批評は、大槻文俊「判例批評」NB九五七・九四、川濱昇「判例批評」ジュリ一四一九・一〇六、柴田潤子「判例批評」速判解九・二五六、白石忠志「判例批評」L&T五二・一四、泉水文雄「判例批評」公正取引七二六・七四、根岸哲「判例批評」民集一四四・六・八〇二。そのほか、「逸脱人為性」の意義を検討するものとして、長澤哲也「単独かつ一方的な取引拒絶における競争手段不当性」伊藤眞ほか編『石川正先生古希記念論文集 経済社会と法の役割』四五九以下（商事法務、二〇一三年）。
 - (2) 民集六四・八・二〇七八。判時二一〇・一・三八。判タ一三三九・五五。審決集五七（第二分冊）・二一八。
 - (3) 学説において、排除行為概念のこのような二分類の主張がなされたことはないだろう。ただ、「排除行為」が該当の判断に際して、類似的試みが学説においてなされていないわけではない。近時、私的独占に関する学説は、二条五項の排除行為を「効率性を反映しない行為」とし、あるいは、「市場支配力を形成、維持強化する以外に意味の無い行為」としている。そして、これを専売制のような「ライバルの費用を高める行為」あるいは不当販売のような「略奪的行為」としてさらに区分している。根岸哲編「注釈独占禁止法」二五以下（川濱昇担当執筆部分）（有斐閣、二〇〇九年）。第3章 私的独占 川濱昇ほか編「ベーシック経済法 第四版」（川濱執筆部分）一五二―一五五（有斐閣、二〇一四年）。土田和博ほか編「条文から学ぶ独占禁止法」（東條吉純担当執筆部分）三二以下（有斐閣、二〇一四年）。
- このとき、最高裁は、学説に言う「効率性を反映しない行為」という言葉を「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」に言い換えただけであるという見方をする論者がいるかもしれない。しかし、そのような見方は必ずしも正確ではない。近時の学説の多くは、「排除」行為の概念を「逸脱人為性」と「排除性」とに明確に区分するものではなく、また、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の要件から排除行為の概念を明確に切り離して判断するものでもない。それに対して、本件最高裁判決は、「排除」行為の概念を「逸脱人為性」と「排除性」（「対事業者効果」）を明確に区分し、「逸脱人為性」の考慮要素を独立させ、また、それを、他の「一定の取引分野における競争の実質的制限」（「対市場効果」）の要件からも切り離して判断するとしていると解することができる。

る。本件判決のこの区分に注目しなければならない。

区分がこのような性質のものであることを指摘するものとして、上杉秋則「独禁法による独占行為規制の理論と実務」八二〜八三、一四四〜一四六（商事法務、二〇一三年）。上杉論文は「人為性要件」（本稿の「逸脱人為性」と同旨であろう。）は従前の理解（競争の実質的制の要件に関わる正当な事由の欠如を示す基準）と異なり、それに該当すれば「排除」行為該当性を否定できる事項に限るというのが分析方法として適当である、としている。同書一四五頁。これは本稿の理解と同じである。また、人為性要件は排除効果要件を満たしそうな行為を除外するための要件と見るのが妥当であるとし、排除効果要件の検討を人為性要件の検討に先行させることが有益であるとする。筆者は本稿で「逸脱人為性」先行で説明しているが、上杉論文のような実際の・機能的に排除効果要件を先に検討するという考え方に反対するわけではない。重要なことは、「逸脱人為性」と「排除性」を一緒に判断してはいけないということである。

また川濱教授は、「競争プロセスへの害」を「排除」行為に対する独禁法の介入の「ベースライン」と説明しており（「排除」行為への介入に限定していないが、これは「逸脱人為性」と同趣旨の観念であると思われる。川濱昇「市場をめぐる法と政策——競争法の視点から——」新世代法政策学研究増刊号六五以下、七八、八〇。すなわち、川濱教授は、「競争プロセスへの害」を、「かつての競争者の独立した事業決定を重視したり、他社への事業介入を人為的だといった考え方を軸に、人為的な手段で競争者の競争能力やインセンティブへ介入するなどの事態」であると理解することで、「逸脱人為性」と同義の要素を「排除」行為に認めている。ただ、それに続いて、「それが市場レベルでの反競争効果を有するか否かを判断し、それがあある限り原則違法としつつ、競争促進効果があればそれと比較衡量すべき」として「排除」行為の議論から対市場効果要件の議論にスキップしており、「排除」概念においてNTT東日本私的独占事件最高裁判決が示した「逸脱人為性」を他の事業者の事業活動を排除する「排除性」（「対事業者効果」と区別することの必要性を認めているかどうか明らかではない。川濱昇「市場秩序法としての独禁法——市場をめぐる法と政策——」民商「一三九・三・二六五以下、一三九・四&五・四三九以下、一三九・六・五八一以下も参照。

(4) 「自由競争の反論」という言葉は使っていないが、NTT東日本東京高裁判決 H二一・五・二九審決集五六（第二分冊）二六二以下、二八三に、それは示されている。この点は前注（一）の判時二二〇一・三二一、判タ一三三九・五五のコメントにおいても指摘されている。

(5) この点は、前注（4）の判例雑誌のコメントを参照。

(6) 本件最高裁判決は、①逸脱的人為性と②排除性に関わる要素として、以下の五点の要素を挙げている。（ア）接続先の確保の難易性…

N T T 東日本は大都市圏の管路を多く保有し、芯線数及び施設範囲で他社に比して極めて優位な地位に有り、光ファイバ設備をもたない事業者の接続先は上告人に限られた。(イ) F T T H サービスの特性…加入者の加入規模により接続料が廉価になり、一旦契約すれば変更が生じがたく、先行者優位の特性がある。(ウ) 本件行為の態様…本件行為は、計算上の分岐方式により廉価な加入料金を設定して接続料金との「逆ざや」状態とし、同等に効率的な事業者を排除するものであり、独占する非公開のダークファイバ情報を営業に流用し、「逆ざや」に対する総務省の行政介入を免れたこと。(エ) 上告人及び競争者の市場における地位及び競争条件の差異…上告人は F T T H 市場で先行し、自ら敷設した光ファイバを利用するため逆ざやの影響はなく、ダークファイバ情報を独占して、競争条件に格差がある。(オ) 本件行為の継続期間…急速に拡大する市場で、本件行為を相応の長い一年一〇カ月継続したこと。

(ウ) は、①「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性」にかかわる行為である。(ア)(イ)(エ)(オ)は、(ウ)の行為によりもたらされる「参入を著しく困難にする効果」要因にかかわる要素である。武田邦宣「ジュリ」一四四〇・二五二、泉水文雄「公正取引」七二六・七四。最高裁は、これらの要素を検討して、次のような結論を述べた。

「以上によれば、本件行為は、上告人が、その設置する加入者光ファイバ設備を、自ら加入者に直接提供しつつ、競業者である他の電気通信事業者に接続のための設備として提供するにあたり、加入者光ファイバ設備接続市場における事実上唯一の供給者としての地位を利用して、当該競業者が経済合理性の見地から受け入れることのできない接続条件を設定し提示したもので、そ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、当該競業者の F T T H サービス市場への参入を著しく困難にする効果を持つものといえるから、同市場における排除行為に該当する」と。判例時報二一〇一・三八。

(7) 最高裁判決の逆ざやの「逸脱人為性」という評価に対して動態的視野を欠いた短期の「静止画像」と批判するものとして、根岸哲、前注(1)「判例批評」八〇八八一〇。少し長い視野で分記方式の現実性を見るべきことを支持するものとして、武田邦宣「判批」ジュリ一四四〇・二五二以下、二五三。

(8) 最高裁が、逸脱人為性という言葉を用いることで、本件行為を「違法度が強く悪質な行為」と認識しているとし、それが規制対象行為を狭めてしまうと批判するものとして、村上政博「日本音楽著作権協会事件最高裁判決への期待」国際商事法務四二・四・五六九以下、五七〇。また、上杉も、同じく最高裁判決の「逸脱人為性」には非難可能性が含まれていることを指摘しつつ、本件東京高裁の指摘(審決集五六(第二分冊)・二九二)を肯定的に引用し、ダークファイバの解消のために赤字参入を行うことは経営上の合理性が認められる(批判可能性はない)とする。そして、それでも、それが接続市場で排除効果を持てば、独禁法上の排除行為に該当

- することを否定するものではないとする。上杉秋則「独禁法による独占行為規制の理論と実務」一五四(商事法務、二〇一三年)。
- (9) 鈴木孝之教授は、二条五項所定の「他の事業者の事業活動を排除しない支配する」という要件を「対事業者効果」と呼びうるとしている。鈴木孝之「私的独占の行為概念と構成要件の解釈」『正田彬教授還暦記念論文集 国際化時代の独占禁止法の課題』三八七以下、三八八(日本評論社、一九九三年)。たしかに「他の事業者の事業活動を排除」という要件は、排除行為というより、対事業者効果と称した方が解釈上の明確になり有益な場合がある。本稿では、鈴木教授の用語を借り、また丁東日本最高裁判決に踏まえ、「逸脱人為性」と区別された「排除性」を「対事業者効果」と言い換えることにしたい。「逸脱人為性」の「排除性」「対事業者効果」や「競争の実質的制限」「対市場効果」との対比が明確になると思われる。
- (10) 自由競争と紙一重の廉売行為や取引拒絶の逸脱人為性が本当に問われるのは、不当廉売で言えば、「同等の効率性をもつ事業者」をもつても対抗できない価格水準とはどのような費用基準であるかであり、また、単独の事業者の一方的で純粋(違法・不当な目的をもたない)取引拒絶をなす違法とすべき場合はどのような場合かである。このような逸脱人為性が重要な争点になる事例を、不当廉売について検討したものとして、根岸哲編「注釈独占禁止法」(中川寛子執筆)三九〇―四〇八頁(有斐閣、二〇〇九年)。単独の直接的な取引拒絶について検討したものとして、和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討」「民商」一二一・六・八一三以下、一二二・一・七四以下。
- (11) 勧告審決平成一〇・九・三審決集四五・一四八
- (12) ノーディオンが、本件審決を争うとすれば、二条五項所定の「排除」行為該当(「逸脱人為性」と「排除性」)を争うよりも、むしろ、「競争の実質的制限」という評価を争うために、本件制限が新規原子炉の事業を軌道に乗せ、貴重な癌治療薬モリブデン99の原料を確保するために合理性ないし必要性がある行為であるという抗弁を行うだろう。
- (13) 勧告審決平成一七・四・一三審決集五二・三四一
- (14) 勧告審決平成一六・一〇・一三審決集五一・五一八
- (15) 勧告審決昭和四七・九・一八審決集一九・八七、審判審決平成一八・六・五審決集五三・一九五。
- (16) 同意審決平成一二・二・二八審決集四六・一四四
- (17) 勧告審決平成一〇・三・三一審決集四四・三六二
- (18) 勧告審決平成八・五・八審決集四三・二〇九
- (19) 東京高裁平成二五・一一・一判決、判時二二〇六・三七以下。JASRAC(日本音楽著作権協会)は、音楽著作権管理事業の規

制緩和を図る著作権管理事業法の施行により、イライセセンスが参入したにもかかわらず、旧法の時代の楽曲の利用割合を反映しない包括徴収方式（放送事業者がJASRACの管理楽曲をいくら使用しても、その利用数に関係なく、放送事業者の前年度の事業収入に一定率を乗じた定額を使用料額とする方式）を維持した。そのため、放送事業者がイライセセンスの管理楽曲が利用するには、JASRACに支払う使用数を反映しない定額使用料に加えて、イライセセンスに追加の使用料の支払いをしなければならなかった。これを嫌った放送事業者はイライセセンスの管理楽曲の使用を自己抑制した。

公取委はJASRACの包括徴収方式をイライセセンスを排除するものとして私的独占（排除）該当とする排除措置命令を下した。しかし、これは審判になり、JASRACに独禁法違反なしという審判審決がくだされた。これに不満をもったイライセセンスが、東京高裁に本件審決取消訴訟を提起したところ、東京高裁は、イライセセンスの原告適格を認めたくえ、JASRACの使用料の包括徴収方式に②「排除性」があるとし、本件審決を取り消した。

(20) 平成二四・六・一二審判審決、審決集五九（第一分冊）五九。

(21) すなわち、①放送事業者が自己の使用楽曲をモニタリングする困難を回避でき、②放送事業者の年間予算計上に容易になり、③モニタリングコストの節約により使用料が廉価になること、④定額料金で使い放題という料金設定法はヘビューザーに対する有用なマーケティング方法であること、⑤現在の時点でも放送利用割合を厳格に反映する包括徴収を放送分野全体で実施することは物理的・技術的に困難であり、そのような技術の開発の経済負担は過大であること、⑥現行の包括徴収法は集積した使用料の迅速な分配ができて著作権者の利益に適用すること、⑦管理事業者が放送利用割合を厳密に反映するために放送事業者から利用実績データを受理して処理するシステムを構築することは負担が大きく、かえって管理事業者の参入を妨げること、である。審決集五九（第一分冊）七四―七八。

(22) 「逸脱人為性」が困難な問題となる場合として、前注(10)に挙げた論文を参照されたい。

(23) 知財高裁H二六・五・一六判決、判時三二二四号一四六頁。知財高裁H二六・五・一六決定、判時三二二四号八九頁。

(24) 同旨、上杉秋則、前注(3)掲載書、八二―八三、一四四―一四六（商事法務、二〇一三年）。

(25) 拙稿「独占禁止法21条と特許ライセンス契約上の最高数量制限」『競争法の理論と課題 根岸哲先生古希祝賀』六〇九以下（有斐閣、二〇一三年）。知的財産権の「権利の行使」該当に判断において、排除行為の市場に対する影響の大小を考慮すべきでないとして述べて、知的財産ガイドライン（平成公正取引委員会）を批判したことは、最高裁の「逸脱人為性」の内容と整合的である。