

## 主 文

- 1 原告らの各請求をいずれも棄却する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

## 事 実 及 び 理 由

### 第 1 当事者の求めた裁判

#### 1 原告ら

- (1) 被告が原告らに対する公正取引委員会平成 年（判）第 号私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律違反事件につき平成 20 年 7 月 24 日付けでした審決を取り消す。
- (2) 訴訟費用は被告の負担とする。

#### 2 被告

主文と同旨

### 第 2 事案の概要

- 1 本件は、被告が、原告株式会社 P 1（以下「原告 P 1」という。）、原告 P 2 株式会社（以下「原告 P 2」という。）、原告 P 3 株式会社（以下「原告 P 3」という。）及び原告 P 4 合同会社に吸収合併される前の P 5 株式会社（以下「原告 P 5」という。）（以下、これら 4 社を合わせて「原告ら」又は「原告ら 4 社」という。）並びに P 6 株式会社（以下「P 6」という。）の 5 社（以下、原告ら 4 社と P 6 を合わせて「5 社」という。）が、いわゆる着うた提供事業（着うた提供事業とは、音楽用コンパクトディスク（以下「CD」という。）発売用等に製作された原盤を使用して、原盤に録音された歌声等の楽曲（音源）の一部を携帯電話の着信音（着うた）として設定できるように配信する事業である。）に関し、5 社の共同出資により運営される会社（P 7 株式会社。以下「P 7」という。）に着うた配信業務を業務委託する一方、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楽曲の原盤権（著作権法（昭和 45 年法律第 48 号）96 条ないし 97

条の3に規定する権利に含まれる。)の利用許諾を拒絶している行為(以下「本件違反行為」ともいう。)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。以下「本件告示」という。)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)附則2条の規定によりなお従前の例によることとされる同法による改正前の私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律(以下「独占禁止法」という。)19条の規定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 年(勸)第 号。以下「本件勧告」という。)を行ったが、本件勧告を原告ら4社が応諾しなかったため(P6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 年(勸)第 号)を受けた。)、審判手続が開始され、当該審判手続を経た後、平成20年5月23日付け審決案が出されたが、原告らが異議を申し立てたため、平成20年7月24日、被告は、5社の行為が本件告示1項1号に該当し、独占禁止法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をしたところ(平成 年(判)第 号。以下「本件審決」という。)、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。

2 本件審決の主文、本件審決及びその引用に係る審決案が認定した事実の要旨、判断の要旨及び法令の適用の要旨は、以下のとおりである(被審人は、本件における原告である。)

(一) 本件審決の主文

1 被審人4社は、共同して、原盤に録音された演奏者の歌声等の一部を携帯電話の着信音として設定できるよう配信する業務(P7に委託する方法により行うものを除く。)を行い又は行おうとする事業者に対し、原盤に録音された演奏者の歌声等の一部を送信可能化する権利等(以下「原盤権」という。)の利用許諾を行わないようにしている行為(ただ

し、被審人 P 1 にあっては、株式会社 P 8 ，株式会社 P 9 ，株式会社 P 1 0 ，株式会社 P 1 1 ，株式会社 P 1 2 ，株式会社 P 1 3 ，等の原盤権を有する自社の子会社らをして、当該利用許諾を行わないようにさせている行為）を取りやめなければならない。

2 被審人 4 社は、それぞれ、次の事項を被審人 4 社のうち自社を除く 3 社並びに P 6 及び P 7 に対し通知するとともに、自社の従業員及び第 1 項記載の業務を行い又は行おうとする事業者に周知しなければならない。これらの通知及び周知の方法については、あらかじめ、公正取引委員会の承認を受けなければならない。

(1) 第 1 項に基づいて採った措置

(2) 今後、第 1 項の行為と同様の行為を行わず、被審人 4 社がそれぞれ自主的に、原盤権の利用許諾の可否（ただし、被審人 P 1 にあっては、第 1 項記載の自社の子会社らをして当該利用許諾を行わせるか否か）を決定する旨

3 被審人 4 社は、今後、それぞれ自主的に、原盤権の利用許諾の可否（ただし、被審人 P 1 にあっては、第 1 項記載の自社の子会社らをして当該利用許諾を行わせるか否か）を決定しなければならない。

4 今後、被審人 4 社は、第 1 項の行為と同様の行為を行うことがないよう、それぞれ、各社における原盤権の利用許諾に関する業務の担当者に対し、独占禁止法の遵守に関する行動指針に基づく同法に関する研修及び法務担当者による定期的な監査を行うために必要な措置を講じなければならない。この措置の内容については、あらかじめ、公正取引委員会の承認を受けなければならない。

5 被審人 4 社は、第 1 項、第 2 項及び前項に基づいて採った措置を速やかに公正取引委員会に報告しなければならない。

(二) 認定した事実の要旨（認定に供された証拠を末尾に掲げる。）

## 1 着うた提供事業について

- (1) 着うた提供事業とは、CD発売用等に製作された原盤を使用して、原盤に録音された演奏者の歌声等の一部を携帯電話の着信音(着うた)として設定できるように配信する事業である。着うた提供事業は、平成14年12月にP14株式会社(以下「P14」という。)の携帯電話サービスのユーザー向けに初めて開始され、以降、P15株式会社(現P16株式会社)及び株式会社P17(以下「P17」という。)の携帯電話サービスのユーザー向けにも広がった。(査第14号証ないし第17号証、第25号証)
- (2) 着うた提供事業に使用される原盤はレコード会社等が製作するところ、原盤の製作者は、著作権法上、著作隣接権者として保護され、原盤権を有している(以下、原盤の製作者等原盤権を有する者を「原盤権者」という)。したがって、着うた提供事業において、ある楽曲を着うたとして提供するには、着うたとして提供する楽曲の作詞家や作曲家などの著作権者に対して著作物の利用許諾料を支払うほか、原盤権者に対して原盤権の利用許諾料を支払う必要がある。そのため、原盤権者自身が着うた提供事業を行う場合には、社団法人P18(以下「P18」という。)等を通じて当該楽曲の著作権者に著作物の利用許諾料のみを支払えば足りるのに対し、原盤権者以外の者が着うた提供事業を行うには、着うたとして提供する楽曲の著作物の利用許諾料を著作権者に支払うほか、原盤権者又は原盤権者から原盤権の管理を受託している者(以下、これらの者を合わせて「原盤権者等」という。)から当該楽曲の原盤権についての利用許諾を得て自ら着うたを配信するか、利用許諾に代えて、原盤権者等との間で当該楽曲につき着うた配信業務の委託契約を締結し、原盤権者等から委託を受けた受託者として着うたを配信するか、の方法により事業を行うことになる

(以下、原盤権の利用を許諾することを「利用許諾」といい、利用許諾に係る契約を「利用許諾契約」という。また、着うた配信業務を委託することを「業務委託」といい、業務委託に係る契約を「業務委託契約」という。)(査第18号証ないし第20号証、第23号証、第52号証ないし第55号証、第76号証、第131号証、第163号証ないし第165号証)

なお、着うた提供事業の開始に先立ち、携帯電話を利用したサービスとして、MIDIと称される規格(電子楽器とコンピュータを接続するための規格。musical instrument digital interfaceの略)に従って製作され記録された楽曲の電子音を携帯電話の着信音としてユーザーに配信する事業(以下「着メロ提供事業」という。)が行われていたが、この着メロ提供事業は、CDに録音された演奏者の歌声等の一部を配信するものではなく、楽曲のメロディを電子音にしたものを配信するものであるから、同事業を行うにはP18等を通じて著作権者に著作物の利用許諾料を支払えば足り、そのため、比較的容易に事業を営むことが可能であった。(査第20号証、第37号証、第54号証、第55号証、第80号証、第87号証)

(3) 着うた提供事業は、携帯電話におけるインターネットを利用した事業であり、携帯電話の画面は、パソコンなどに比べて極端に小さく、サイトの全体を直ちに見渡しづらいこと、利用者は、カテゴリー別に区分けされたメニューリストから着うたカテゴリー・サイト(アクセス数の多い順に並べられた着うた提供業者の一覧サイト)に移り、さらに着うたカテゴリー・サイトから着うた提供業者のサイトにたどり着くのが通常であること、着うたは娯楽商品としての性格上、ユーザーがその検索にコストや時間をかけようとせず、ユーザーの多くは、中学生・高校生から20歳代前半までの者であるので、着うたをダウ

ンロードする予算に限界があること，などの事情から，着うたのユーザーのアクセスは，着うたカテゴリー・サイトの上方に位置付けられている着うた提供業者のサイトに集中し，着うたカテゴリー・サイトの下方に位置付けられ，携帯電話の画面のスクロールを行わなければ表示されないような着うた提供業者のサイトにはほとんど集まらず，このような下方の位置しか確保できないことは，着うた提供業者間の競争において致命的となるといった特殊性がある。（査第 17 号証，第 21 号証，第 37 号証ないし第 51 号証，第 229 号証，第 231 号証，審 B 第 6 号証）

## 2 被審人 P 1 について

### (1) 被審人 P 1 とその関連会社の状況

被審人 P 1（平成 15 年 4 月 1 日に同一商号の別会社（以下「P 19」という。）から新設分割された。同年 3 月 31 日以前は P 19 を指す。以下同じ。）は，遅くとも平成 14 年 3 月 31 日以降，いずれも音楽映像ソフト等の企画・製作・販売を主な事業内容とし，楽曲の原盤権を保有する株式会社 P 20（平成 15 年 3 月 31 日以前の商号は株式会社 P 21），株式会社 P 8，株式会社 P 9，株式会社 P 10，株式会社 P 11（平成 15 年 4 月 1 日，株式会社 P 9 より新設分割によって設立された。），株式会社 P 12 及び株式会社 P 13 の発行済株式の総数を保有することにより上記各社の経営管理を行っている。また，これら以外にも，楽曲の原盤権を保有する被審人 P 1 の子会社（その総株主の議決権の過半数を被審人 P 1 が保有する会社）の経営管理も行っている（以下，被審人 P 1 が株式を保有することにより経営管理を行う会社を総称して「P 1 グループ会社」といい，そのうち原盤権を保有する被審人 P 1 の子会社を総称して「レーベルカンパニー」という。）。（査第 11 号証，第 12 号証，第 58 号証，第 22

2号証)

(2) 被審人P1の事業

被審人P1は、P1グループ会社と資本的にも人的にも密接な関係を有し、株式の保有により傘下会社の経営・管理を行う会社であって、株式会社P20、株式会社P8及び株式会社P10などのレーベルカンパニーは、利用許諾の可否について、被審人P1の判断に従わなければならない関係にある。

そして、被審人P1は、自身で着うた提供事業を行うサイトを開設していないものの、レーベルカンパニーの株式を保有していることから、レーベルカンパニーによる利用許諾の可否につき、被審人P1が意思決定し、レーベルカンパニーは、この意思決定に基づき、後述する被審人4社及びP6が主な出資者となっているP7に業務委託をする方法により着うた提供事業を行っている。(査第38号証、第50号証、第57号証、第197号証、第222号証、第225号証ないし第227号証、第251号証)

なお、各レーベルカンパニーとP7との業務委託契約は、各レーベルカンパニーに代わって、以前は株式会社P20が締結し、平成17年4月1日以降は株式会社P20の事業を承継した株式会社P22が締結している。(査第57号証、第222号証、審A第6号証、P23参考人)

3 被審人P2について

(1) 被審人P2の設立経緯等

レコード会社であったP24株式会社は、平成12年3月15日、インターネット上で音楽配信等のネットビジネスを行う会社として、51パーセントの出資をして、P25株式会社(以下「P25」という。)を設立した(なお、P24株式会社は、その後、平成15年3

月にP 2 5の株式を1 0 0パーセント取得した。)。P 2 4株式会社は、平成1 6年1 0月1日、その商号をP 2 6株式会社に変更するとともに、同日付けで新設分割を行い、P 2 4株式会社と同一商号のP 2 7株式会社(以下「P 2 7」という。)を設立し、自社が行っていたレコード製作事業を、P 2 7に承継させた。これにより、P 2 5は、P 2 7と親会社(P 2 6株式会社)を同一にすることとなった。P 2 7は、平成1 7年4月1日、その商号をP 2 8株式会社(以下「P 2 8」という。)に変更した。

平成1 9年4月1日、P 2 5は、同じくP 2 6株式会社の子会社で、音楽・映像パッケージの企画・製造・販売等を主な事業内容とするP 2 9株式会社(被審人P 2)に吸収合併され、インターネット上での音楽配信等のネットワークビジネスは、同社が承継することとなり、これに伴い、本件審判における被審人P 2の地位も同社が承継した。そして、同日、同社は、商号を現在の「P 2株式会社」に変更した(以下、被審人P 2とは、上記吸収合併前はP 2 5を指すこととする。)(査第4号証ないし第9号証、第6 0号証、第7 6号証)

## (2) 被審人P 2の事業

被審人P 2は、肩書地に本店を置き、P 7を通じて又は自社が運営するサイトである「P 3 0」において、着うた提供事業を営む者である。ただし、被審人P 2自身は、楽曲の原盤権を保有していないため、上記着うた提供事業を行うために、楽曲の原盤権を保有するP 2 8(平成1 7年3月3 1日以前はP 2 7、平成1 6年9月3 0日以前はP 2 4株式会社)やそのグループ会社と利用許諾契約を締結し、着うたを配信していた。また、被審人P 2は、上記のほか、P 2 8がグループ会社以外の他社から利用許諾を受けた楽曲や被審人P 2が直接グループ会社以外の他社と利用許諾契約を締結した楽曲についても、自社

サイトやP7を通じて着うたとして配信していた。

なお、被審人P2は、着うた提供事業に先立ち、平成12年末ころから自ら開設したサイトにおいて、自社及び自社グループのアーティストの楽曲のみを利用した着メロ提供事業も行っていった。(査第60号証, 第77号証, 第217号証, 第218号証, 審B第1号証, P31参考人)

#### 4 被審人P3について

被審人P3は、肩書地に本店を置くレコード会社であり、自社が開設した「P32」という名称のサイトやP7を通じて着うた提供事業を営む者である。なお、被審人P3は、着うた提供事業に先立ち、平成13年1月末ころから、自社に所属するアーティストの楽曲に限らず、着メロ提供事業を開始していた。(査第4号証, 第64号証)

#### 5 被審人P5について

被審人P5は、肩書地に本店を置くレコード会社であり、自社で開設したサイトは有しないものの、P7を通じて着うた提供事業を営む者である。(査第2号証, 第62号証)

#### 6 P6について

P6は、東京都港区 ×番17号に本店を置くレコード会社であって、自社で運営するサイトは有しないものの、P7を通じて着うた提供事業を営む者である。なお、着うたとして配信される楽曲で、P6が原盤権を有していないものについては、同社は、楽曲の原盤権を有する会社とそれぞれ利用許諾契約を締結した上で着うた提供事業を行っている。(査第13号証, 第65号証, 第85号証, 第220号証, 第221号証)

#### 7 P7の設立等について

##### (1) P7設立以前の携帯電話向けサービスの状況

CDの販売額が平成10年を頭打ちにして下落する一方、遅くとも

平成13年5月ころには、着メロ提供事業は、インターネットの普及や着メロ提供業者はP18等を通じて著作権者に著作物の利用許諾料を支払えば足りることなどから、広く普及していたが、着メロ提供事業においては、レコード会社が多大な苦勞と費用をかけて製作した楽曲が着メロとしてどれほど利用されようとも、原盤権者たるレコード会社は何ら直接的な利益を得られなかったことから、レコード会社の中には、着メロの価格競争が激化して楽曲が安売りされていること等について不満を抱く者も多かった。(査第8号証, 第23号証, 第74号証, 第76号証, 第78号証, 第80号証, 第97号証, 第101号証, 第207号証, P23参考人)

(2) 被審人P2のP19及び被審人P3に対する提案及び検討経過

前記の状況の下、被審人P2は、レーベル(すなわちレコード会社)主導の着メロ提供事業を共同して営むため、P19及び被審人P3に対し、平成13年3月1日ころ、被審人P2、P19及び被審人P3の3社(以下「被審人3社」という。)が出資して、共同事業会社を設立することを提案した。(査第11号証, 第12号証, 第72号証, 第74号証, 第75号証, 第77号証, 第91号証)

被審人3社は、平成13年5月8日ころ、それまでの検討結果を踏まえ、被審人3社連名の共同事業会社設立の検討資料(「携帯端末市場における共同事業会社設立案Ver.6」と題する資料)を作成し、更に具体的な事業計画等について検討を行った(以下、このとき配布された検討資料を「H13/5/8プレゼンテーション資料」という。)。H13/5/8プレゼンテーション資料には、「サードパーティの音楽コンテンツ事業への参入が加速」、「～事業化を目指し競争激化～ <サードパーティに参入されると> 業界を混乱させ、秩序を乱される、コンテンツが生み出す利益の還流がない・・・ <キャリア主導のビジネ

スモデルになると> 業界を混乱させ、秩序を乱される」などの記載や、「<着メロ関連> オフィシャル着メロの構築に向けた新ルールを三社間で協議し推進する パッケージ発売前でのリリース許諾は自社サイト、事務所サイトを除き他社サイトには許諾しない・・・」などの記載があった。(査第8号証, 第93号証)

(3) 被審人3社によるP7の設立

被審人3社は、平成13年5月14日ころにも、H13/5/8プレゼンテーション資料とほぼ同一の内容の資料を作成し、検討を行った後、同年7月3日、資本金9000万円を3社均等で出資し、携帯電話向けポータルサービスの企画・運営、着信メロディサービスの企画・運営、携帯電話向け試聴サービスの企画・運営、その他の携帯電話向けサービスの企画・運営、などを主な事業概要として、P7を設立した。(査第71号証, 第73号証, 第81号証, 第94号証, 第95号証)

(4) 被審人P5及びP6(以下、被審人P5及びP6を合わせて「2社」という。)のP7への参加経緯

P6は、P7設立前の平成13年5月18日ころ、当時、被審人P3の経営企画室次長(現、経営企画部長)であったP33(以下「被審人P3のP33」という。)から、被審人3社が共同して着メロ提供事業を開始することについて説明を受けた。このときP6に示されたプレゼンテーション資料には、「.....レコード会社共同による着信メロディサービスを企画.....」していること、「.....3社の合計シェア率は、4割に達します。他業界では実現不可能な、レコード会社にしかできないサービスを追求し、ご提供致します」などと記載されていた。(査第78号証, 第80号証, 審D第1号証, P33参考人)

被審人P5は、平成13年6月1日の少し前ころ、被審人P3のP

33から、被審人3社で携帯電話向けの音楽ポータルサイトを運営する共同事業会社を立ち上げる予定であることの情報を得た後、同年7月ころ、被審人3社の担当者から、被審人3社の共同事業会社設立の考え方について、「レコード会社の為のモバイル端末向け共同サイト『P34(仮)』」と題するプレゼンテーション資料によって説明を受けた。同プレゼンテーション資料には、「背景」として、「サードパーティの音楽コンテンツ事業への参入が加速～事業化を目指し競争激化～」と記された後、「＜サードパーティに参入されると＞コンテンツが生み出す利益の還流がない」などと記載されていた。(査第79号証、第98号証、第103号証)

2社は、上記のとおり、被審人3社から共同事業会社設立の説明を受け、社内で検討した結果、被審人3社が設立する予定の共同事業会社に出資することを決し、平成13年8月、P7に対し、それぞれ1500万円ずつを出資し、その後、平成14年3月までに1500万円ずつの追加出資を行い、その結果、P7の資本金は、被審人3社及び2社の5社による3000万円ずつの均等出資により構成されることになった。(査第72号証、第79号証、第80号証、第101号証、第102号証、第104号証)

#### (5) P7の運営

##### ア 役員及び従業員

被審人3社の役員又は従業員は平成13年7月3日ころから、2社の従業員は同年8月17日ころから、P7の代表取締役社長、取締役、監査役及び執行役員などに就いてP7の運営に当たるとともに、5社それぞれにおける役職も兼務した。(査第8号証、第23号証、第71号証、第76号証、第81号証、第88号証、第236号証)

## イ 意思決定機関

### (ア) 代表取締役

P 7 設立時の代表取締役には、被審人 P 2 の取締役であった P 3 5 (以下「被審人 P 2 の P 3 5」という。)が就任し、その後は 5 社の輪番制で就任することとなった。平成 1 7 年 2 月 1 4 日現在、被審人 P 2 の P 3 5 の後任として、被審人 P 1 の P 3 6 が代表取締役を務めていた。(査第 8 号証, 第 7 1 号証, 第 8 8 号証)

### (イ) 取締役会

取締役会は、P 7 として重要な決定事項を最終判断する機関であり、5 社の役員又は従業員を兼務する P 7 の代表取締役、取締役及び監査役の出席により、原則として月に 1 回開催される。(査第 8 号証, 第 7 9 号証ないし第 8 1 号証, 第 8 9 号証)

### (ウ) 運営会議

運営会議は、P 7 の運営に関する事項の検討等を行い、実質的な運営方針を決定する場である。運営会議は、原則として、週に 1 度、毎週木曜日に開催される(なお、運営会議は、「運営委員会」という名称で開催されていた時期があるが、会議における検討事項や出席者等は異なる。)。運営会議には、5 社の役員又は従業員を兼務する P 7 の代表取締役、取締役又は執行役員等が出席しており、後記 8 (1) 及び(3)に記載の運営会議には、いずれも 5 社各社から最低 1 名が出席していた。(査第 8 号証, 第 5 3 号証, 第 7 9 号証ないし第 8 1 号証, 第 8 9 号証)

### (エ) 集中ミーティング

集中ミーティングは、定期的に行われる運営会議において議論を尽くせなかった事項や緊急な検討課題について、別途集中し

て議論する場であり、その必要に応じて開催されるものであった。集中ミーティングには、運営会議と同様の構成員が出席する。（査第 8 号証，第 8 0 号証，第 1 7 2 号証）

(オ) 編集会議

編集会議は、P 7 で配信する楽曲などの音楽コンテンツを提供しているレコード会社の実務担当者が集まり、各レコード会社が新曲を発表するときやサイトで特集を組むときなどに自社の楽曲をサイトの一番上に置いてほしいなどという要望事項を上程したり、P 7 から各レコード会社に対する伝達事項（事務手数料の料率の変更など）などの周知を行ったりするための会議であり、隔週水曜日に開催されている。なお、P 7 では、編集会議に欠席したレコード会社には、後日、作成した編集会議の議事録などをメールで送付することにより、会議の内容を P 7 に参加するレコード会社全社に周知していた。（査第 8 号証，第 7 9 号証ないし第 8 1 号証，第 8 9 号証）

(6) 着メロ提供事業の開始

P 7 は、レコード会社としての特徴を活かして他の着メロ提供者との差別化を図ることを基本コンセプトとし、5 社以外の P 1 3 5 協会に加盟しているレコード会社に対して、P 7 の利益は P 7 に参加したレコード会社に還流できることを宣伝して楽曲の提供を求め、多数の楽曲を集めた上、平成 1 3 年 1 0 月から、着メロ提供事業を行うサイトを「P 3 7」の名称で開設し、同事業を開始した。（査第 8 号証，第 7 8 号証，第 1 0 0 号証）

8 P 7 における着うた提供事業について

(1) 着うた提供事業の開始

ア P 1 9 は、当初、単独で着うた提供事業を始めようとして、P

17に対し同事業の説明を行ったが、P17から採算性の観点から難色を示されたため、着うた提供事業を開始するには、複数のレコード会社に参加してもらう必要があると考え、平成14年5月9日、P7の運営委員会において、着うた提供事業を提案した。

イ 平成14年5月9日開催の運営委員会には、P7の当時の代表取締役であった被審人P2のP35、いずれもP7の当時の取締役であったP19のP23、被審人P3のP33及びP38、P6のP39及びP40、被審人P5のP41並びに被審人P2のP42、等が出席した。着うた提供事業の開始に至るまでに開催された各運営委員会には、上記の出席者がおおむね出席し、また、P7の各運営委員会には、5社各社から最低1名の出身役員（一般に、5社の役員又は従業員を兼務していた。）が出席していた。

ウ 平成14年5月9日開催の運営委員会においてP19から出席者に配布されたプレゼンテーション資料（以下「H14/5/9プレゼンテーション資料」という。）には、「携帯電話向け音楽ビジネスで最も普及しているのが着信メロディビジネス」であること、着信メロディビジネスは「どのプロパーも容易に参入可能なビジネスのため、競争は激化」していること、「原盤を所持するメーカーとしての優位性を保つには『原盤を使用したコンテンツ』の市場を開拓することが必須」であることなどが掲げられ、着うた提供事業（当時は「新しいジャンル『着信楽曲』」の名称で検討されていた。）については、レコード会社におけるメリットとして、「レコード会社にしか出来ないビジネス」であること、「価格競争の起こらない安定したビジネス」であることなどが掲げられていた。上記運営委員会では、P19の上記提案に反対する意見はなく、P7として着うた提供事業を前向きに検討していくこ

- ととなった。(査第18号証,第23号証,第53号証,第54号証,第76号証,第87号証,第106号証ないし第110号証,第112号証,第114号証,第118号証,第120号証)
- エ P19は,平成14年7月25日開催の運営委員会において,運営委員会のメンバーに対し,再度,着うた提供事業(当時は「原盤着メロ提供事業」と呼称して検討されていた。)について説明した。その際,配布された資料には,H14/5/9プレゼンテーション資料と同様,着うた提供事業のレコード会社におけるメリットとして,「レコード会社にしか出来ないサービス」であること,「価格競争の起こらない安定したビジネス」であることなどが明記されていた。また,P19は,運営委員会において,「レコード会社にしかできないサービスである。現状の着メロと違って価格競争がおきないと考えられる。」などの説明を行っていた。(査第109号証,第111号証ないし第113号証)
- オ 平成14年8月8日開催したワーキングチームによるミーティング及び運営委員会では,着うた提供についての料金設定等が話し合われた。料金設定を決定するポイントとして,「1)市場ニーズに合致した価格設定 100円で市場を形成できるのか  
2)参加メーカーの意向 音楽配信に類似するため,価格決定権はメーカーにある」こと,などが検討された上,今後の進め方としては,P7に既に音楽コンテンツなどを提供している5社以外のレコード会社(以下「参加メーカー」という。なお,本件証拠の中には「参加会社」と表示されている箇所もある。)に対するアナウンスを至急設定する必要があることなどが確認された。(査第115号証ないし第117号証)
- カ 平成14年8月29日開催の運営委員会では,着うた提供事業

について、P7と各レコード会社との契約は業務委託契約とすること、平成14年9月末までにビジネスモデルを決定するために、参加メーカーとの検討会を週次で行うこと、P7に未だ音楽コンテンツを提供していないレコード会社（以下「非参加メーカー」という。）に対しては、「対抗勢力などを排除する上でも、できるだけ早い時期に説明をする必要がある」こと、などの意見が出された。また、参加メーカーに対する説明資料の内容も検討され、参加メーカーに配布予定の説明資料案には、原盤着メロ提供事業（着うた提供事業）のレコード会社におけるメリットとして、「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」などの文言が記載されていた上、同事業への「参入戦術」として、「複数のレコード会社が集結するP37が、レコード会社にしか出来ない原盤着メロのポータルサイトを展開することで、早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除することを目指します。」などの文言が記載されていた。（査第53号証、第54号証、第120号証ないし第123号証）

キ P7として着うた提供事業を行うことを決定し、参加メーカー等に配布する資料を検討した運営会議等に出席していたのは、いずれも5社において部長職などの要職に就いている者であった。（査第23号証、第76号証、第79号証ないし第81号証、第87号証、第110号証）

ク P7は、参加メーカーに対し、平成14年9月2日、着うた提供事業開始について、第1回説明会を開催した。その際に参加メーカーあてにP7が作成した「全く新たな音楽コンテンツ事業原盤着メロ（仮称）事業開発提案」と題する資料（以下「H14/9/2

配布資料」という。)には、本物の音を着信音にするサービスのレコード会社におけるメリットとしては、「レコード会社にしか出来ないビジネス ・価格競争の起こらない安定したビジネス ……」などの文言が記載されていた。また、「参入戦術」として、「複数のレコード会社が集結するP37が、レコード会社にしか出来ない原盤着メロのポータルサイトを展開することで、早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除することを目指します」などの文言も記載されていた。(査第18号証, 第53号証, 第54号証, 第87号証, 第110号証, 第120号証ないし第131号証)

ケ 平成14年9月11日及び同月18日、参加メーカーに対する第2回説明会及び第3回説明会が開催され、配信価格の決定権は各レコード会社にあること、各レコード会社はP7と業務委託契約を締結すること、配信価格は100円を目安とすること、P7への業務委託手数料として配信価格の45パーセントを徴収し、「レーベル売上」を55パーセントとすること、スタート時楽曲数として目標を500曲と設定し、P7の出資会社である5社は、目標楽曲数を70曲として、可能な限りのキラコンテンツ(人気楽曲)を用意すること、などが説明された。(査第18号証, 第53号証, 第54号証, 第130号証ないし第136号証, 第138号証ないし第140号証)

コ P7は、非参加メーカーに対しても、H14/9/2配布資料とほぼ同一の内容の、「全く新たな音楽コンテンツ事業着信ミュージック(仮称)事業開発提案」と題する平成14年10月作成の説明資料を郵送にて配布した。同資料には、レコード会社におけるメリットとして、着うたが「レコード会社にしか出来ないビジネス」

であり、かつ、「価格競争の起こらない安定したビジネス」であること、新市場形成戦略・参入時期として、「……早期参入による市場寡占化がポイントと」なること、音楽総合ポータルサイトへのステップ・参入戦術として、「複数のレコード会社が集結するP37が、レコード会社にしか出来ない着信ミュージックのポータルサイトを展開することで、早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社に対する優位性の確保を目指します」、などの文言が記載されていた。(査第53号証、第54号証、第147号証、第152号証、第153号証)

サ P7は、着うた提供事業を始めるにあたり、5社それぞれと、同一内容の業務委託契約を締結した。同業務委託契約書には、5社各社は、P7に対し、着うた提供事業で配信することになる音源をP7が管理するサーバーへ蓄積及び保管管理すること、同音源は5社各社が定める販売価格で利用者へ配信すること、などの業務について、非独占的に委託するものであることが明記されていた。(査第82号証ないし第85号証)

シ P7は、平成14年12月3日、5社及び他のレコード会社から522曲の楽曲の提供を受け、P7が運営するサイト「P43」において、着うた提供事業を開始した(ただし、P14による配信事業は、同月5日に開始された。)(査第14号証、第53号証、第219号証、第223号証、第252号証)

P7に対する業務委託手数料は、着うた配信料金に対する比率として、着うた提供事業開始当初は45パーセントであったが、着うたのダウンロード数が予想以上に好調であったことから、平成15年4月から35パーセントに改定され、平成16年10月以降、25パーセントまで下げられた。(査第22号証、第86

号証，第 87 号証)

(2) 着うた提供業者数

平成 14 年 12 月に着うた提供事業が開始された後，着うた提供業者数は順次増加し，平成 16 年 10 月末現在，市場全体では約 130 社に達している。この約 130 社のうち，P7 を通じて着うたを提供している業者の数は，平成 14 年 12 月以降は，5 社に加えて徐々に増加し，平成 16 年 10 月末現在，27 社になっている。(査第 26 号証，第 27 号証，第 28 号証，第 30 号証ないし第 36 号証，第 129 号証ないし第 131 号証)

(3) アフィリエイト戦略

一般的に，アフィリエイトとは，サイトに他の企業サイトへのリンクをはり，当該サイトの閲覧者がそのリンクを経由して当該他の企業サイトを閲覧し，当該他の企業サイトで会員登録や商品購入などの取引が成立すると，当該他の企業からリンク元のサイトの主催者に報酬が支払われるという広告手法のことをいう。

ア アフィリエイト戦略の背景

平成 14 年 12 月に開始された P7 の着うた提供事業は，順調に業績を伸ばしていたため，平成 15 年 3 月ころ以降になると，P7 以外の事業者も，着うた提供事業を開始し又はその開始を検討するようになり，5 社に対して利用許諾の申入れ（特に携帯電話のユーザーに人気のヒット曲など）をする事業者が増えてきていた。

また，P7 に対して楽曲の提供を要望する事業者もあった。P7 は，5 社及び他のレコード会社から業務委託を受けているにすぎないため，着うた提供事業開始に必要な利用許諾等の可否を判断することはできなかったが，他の事業者の中には，P7 から直

接楽曲の利用許諾を得られないとしても、他の事業者のサイトのユーザーが楽曲をダウンロードする際に、当該サイトからP7のサイトに誘導し、P7のサイトから当該楽曲をダウンロードする方式、いわゆるアフィリエイト方式でも構わないとして、P7に対しその方式を要望する者もあった。P7に対して直接このような要望をしてきた事業者としては、5社又はそのグループ会社によるCD等の製作及び販売に深いかかわりのあるラジオ局やテレビ局、P44株式会社などの検索サイトを運営している会社、アーティストが所属するプロダクション、等があった。(査第25号証、第162号証、第172号証)

イ 平成15年8月21日ころ開催された運営会議では、そのころ、被審人P3が、株式会社P45(以下「P45」という。)から楽曲提供の申入れを受けており、P45がP7のサイトでのアフィリエイトも視野に入れて着うた提供事業の開始を検討していたこともあって、アフィリエイトの要請に対するP7としての対応を検討することになった。同会議では、P7においてアフィリエイトを実現するためには、「システム対応、手数料率選定、品揃え(番組連動など)、レコード製作現場への影響、などを考慮する必要がある。」ことなどが議論され、「外部からも持ち込み案件に対応したスタンダード戦略を用意すべき」、「参加会社へのアナウンスも必要」、「アフィリエイトは、3キャリア揃ってからの方が良いのでは、いたずらに競合サイトを生むことを避けたい」、などの意見が出され、9月上旬に集中ミーティングを実施し引き続き議論することとなった。なお、上記の運営会議並びに上記以降にアフィリエイト戦略を検討した運営委員会及び集中ミーティングには、P7の取締役らが出席し、いずれの運

営委員会及び集中ミーティングにも、5社各社からの出身役員が最低1名出席していた。(査第25号証,第162号証,第166号証,第172号証,第175号証ないし第181号証,第189号証)

ウ 平成15年10月2日ころに行われたP7の運営会議では、「アフィリエイト戦略案 2003.9.29経営企画P136」と題する資料(以下「アフィリエイト戦略案H15/9/29」という。)に基づき,P7におけるアフィリエイト戦略について検討された。アフィリエイト戦略案H15/9/29には、「戦略的なポジショニング」と題し,アフィリエイトの位置付けとして,「着うた,着ムービーは,権利者固有のコンテンツであり,着メロと異なりサイト運営者が独自の判断でコンテンツを開発することができない。従って,音楽関連サイトを運営する企業が,着うたサービスを実現するためには,権利者の事前許諾と着うたファイルの提供が必要となる。権利者にとっては,着うたファイルを複数作成し,複数のサイトに提供することは,業務負荷を高めることになり,必ずしも望むところではない。そこで,P7社が運営するP43などにアフィリエイトプログラムを組み込むことで,サイト運営者および権利者双方のニーズに対するソリューションを提供する。」との文言が記載されていた。また,アフィリエイト戦略の目的としては,「自社サイトへの集客拡大 競合サイトの発生防止 立体的な音楽プロモーションの実現 マーケティングデータの収集」が掲げられていた。さらに,アフィリエイトの提携先選定の条件としては,「我々の既存事業と深く関わっていること…… レコード会社が望まないサービスをしていないこと… … 競合性の高いサイトを運営していないこと 着メロなど

我々のビジネスモデルを崩さないこと……」などが掲げられていた。そして、同運営会議において、「提携先条件は、断るための条件であり、アフィリエイト戦略は取るべき戦略ではあるが、積極的に展開すべきでないこと、いらぬ競合を発生させない施策として位置づけること」等の意見が出され、上記アフィリエイトの提携先選定の4つの条件はネガティブ条件として位置付けること、手数料率は1パーセントを基本とし提携先ごとに決定すること、などが決定された。(査第163号証ないし第166号証、第170号証ないし第173号証)

エ 平成15年10月9日ころに開催されたP7の運営会議においても、アフィリエイト戦略案H15/9/29を改訂した「アフィリエイト戦略案」と題する同年10月9日付けの資料(以下「アフィリエイト戦略案H15/10/9」という。)が配布され、アフィリエイト戦略について引き続き検討された。アフィリエイト戦略案H15/9/29においては、「競合サイトの発生防止」は、「アフィリエイト戦略」の目的として2番目に掲げられていたが、その改訂版であるアフィリエイト戦略案H15/10/9では、「競合サイトの発生防止」を1番目の目的として掲げ、提携先選定に関するネガティブ条件についても、「競合サイトの発生防止を第一義とする戦略であり、提携先は厳選、限定することとなる。従って、交渉戦術上でのネガティブ条件を事前設定する。」などの文言が記載されていた。その後、「音楽関連サイトの着うた参入を防止する」とのアフィリエイト戦略の目的の下、P7の役員である5社の担当者は「アフィリエイト戦略案」とアフィリエイトのプログラムシステム開発を決裁した。(査第18号証、第175号証ないし第177号証)

オ 平成15年11月25日ころ、アフィリエイト戦略について検討する集中ミーティングが開催された。当時、アフィリエイト案件として進行中のものが、携帯電話向けFM局からの協賛提案の件とP45の件の2件あり、その他、P7に持ち込まれている案件として、P44株式会社ほか数社からのものがあった。そして、同集中ミーティングにおいて、「端末メーカーサイト P46などの競合社がすでに展開していることへの対抗策として実施検討に入る」、「P47 キャリアサービスであり、キャリア要請に応えるために実施する」、「参加会社 各社サイトからの送客促進。各社独自展開のサポートとして位置付け、実施検討に入る」、「事務所 参加会社からの要請があれば検討する。実施する際でも、あくまでも参加会社経由での取引とする」、「P45 先方からの連絡待ちとし、積極的にはアプローチしない」、「強力メディア社 その都度、レコードメーカーへの影響度などを考慮し、対応を検討する」ことなどが決定された。(査第18号証、第172号証、第178号証)

カ 平成16年1月ころまでに5社に配布されたものと認められる「P7社/新規『攻撃的防御による宣伝施策』実施企画」と題する資料においても、「競合サイトによる『一本釣り』が散見される中、当社による配信が他社配信にまして、権利者からみて魅力的であるよう認識されるため、下記の対応が考えられる」として、「競合サイトからのアフィリエイト、ASP対応等「防御的誘引」政策の実施により、競合サイトのコンテンツを『空』にすることが記載されていた(上記「当社」とはP7を指す。)(査第167号証ないし第169号証)

キ 平成16年4月6日ころ開催された集中ミーティングでは、「

P 7 社の優位性を維持しつつ、オープン政策を取る上で、アフィリエイト戦略は重要な施策」であること、「楽曲を他のサーバに出さないことを守るためのシステムが必要」であること、「望む、望まないに関わらず周囲からの攻勢が顕在化してきており、拒否することものりくらりとかわすことも難しい状況に至っている」こと、「防衛的なアフィリエイト戦略が至急必要」であること、などが討議され、アフィリエイト戦略の目的が「競合サイトの発生防止」であることを再確認した。(査第 1 7 1 号証, 第 1 7 2 号証, 第 1 8 0 号証, 第 1 8 1 号証)

ク 被審人 P 1 は、平成 1 6 年 2 月、株式会社 P 4 8 に対し P 4 9 というアーティストの楽曲について 1 か月と期間を限定して、また、同年 7 月末には、P 5 0 の携帯でのサイトを運営している P 5 0 サイトに対し期間限定で、P 7 のアフィリエイト方式を認めた。(査第 1 7 0 号証)

被審人 P 5 は、平成 1 6 年 3 月ころから、プロダクション等数社が出資する P 5 1 が運営する「P 5 2」と呼ばれるサイトにおいて P 7 のサイトのリンクをはり、P 5 3 というアーティストの楽曲についてのアフィリエイト方式によるダウンロードを認めている(楽曲 1 曲につき小売価格(1 0 0 円)の 5 パーセントを支払うことになっている。)(査第 1 8 号証, 第 2 1 9 号証)

P 1 3 7 と P 1 4 が共同して行う「P 4 7」というサービスの一環として、FM 放送を聴きながら放送中の楽曲の着うたを購入できるよう、P 7 のサイトの放送中の楽曲の着うた購入画面にリンクする方式でのアフィリエイトシステムが平成 1 6 年 1 2 月から利用されている。(査第 1 7 1 号証, 第 1 7 2 号証, 第 1 7 4 号証)

## 9 着うた提供事業における市場の状況等

### (1) 着うたで提供される人気楽曲の原盤権の保有状況

平成16年10月末現在、5社又はそのグループ会社は、着うたの主たるユーザー層に人気のある楽曲の原盤権の多くを、単独で又はプロダクション等と共同で保有していた。具体的には、P138が発表する「シングルランキング 2004付」の上位100位の楽曲中、5社がP7を通じて着うたとして提供しかつ原盤権を保有又は管理（以下「保有等」という。なお、保有には、自社のほかグループ会社が保有していることも含み、また、単独で保有していることだけではなく、プロダクション等と共同で保有していることを含めて用いる。）している楽曲の割合をみると、上位1位から10位までの楽曲では50パーセント、上位1位から20位までの楽曲では60パーセント、上位1位から50位までの楽曲では48パーセント、上位1位から100位までの楽曲では47パーセントとなっている。（査第45号証ないし第49号証、第56号証ないし第69号証、第229号証、第231号証）

### (2) 着うた提供事業における5社の売上げ・ダウンロード数の割合

5社のP7を通じた着うたの配信に係る売上高は、平成16年10月1日から同月31日の期間において、国内における着うたの配信に係る売上高（約24億3500万円）の約46パーセント（約11億2300万円）を占めた。また、5社がP7を通じて配信した着うたをユーザーがダウンロードした回数は、平成16年10月1日から同月31日までの期間において、着うたにより配信される楽曲の総ダウンロード回数（約2015万5000回）の約44パーセント（約881万3000回）を占めている。（査第26号証、第70号証、第215号証）

## 10 利用許諾の状況について

### (1) 5社の他の着うた提供業者に対する利用許諾の割合

5社が原盤権を保有等の上で着うたとして提供している楽曲に占める他の着うた提供業者に対する利用許諾実績の割合（平成16年10月末時点，曲数ベース）についてみると，被審人P1，被審人P3及び被審人P5にあっては皆無であり（ただし，被審人P3については，別紙「楽曲提供の申入れに対する5社の対応」のとおり，利用許諾契約の締結自体は1件認められる。），被審人P2にあっては0.04パーセント，P6にあっては0.51パーセントであって，ほとんど利用許諾をしていない。（査第232号証）

他の事業者からの5社に対する利用許諾申入れに対する5社のそれぞれの対応は，別紙「楽曲提供の申入れに対する5社の対応」に記載のとおりである。

### (2) 5社に対する利用許諾の申入れを断念した例

株式会社P54，株式会社P55，P45，P56株式会社，株式会社P57は，5社が他の着うた提供業者に対しては利用許諾を行わないという評判を聞き，交渉を申し入れても利用許諾を受けることができないであろうとの判断の下，5社に対して利用許諾の申入れを行うことを断念した。（査第20号証，第189号証，第190号証，第210号証，第212号証，第214号証）

### (3) 参加メーカーの他の着うた提供業者に対する利用許諾の状況

参加メーカーのうち，株式会社P58，株式会社P59，P60株式会社及び株式会社P61は，他の着うた提供業者から申入れがあっても，P7以外に楽曲を提供しないなどの理由により利用許諾を拒絶したり，検討すると回答したまま保留するなど，楽曲の提供を行っていない。（査第20号証，第27号証，第51号証，第5

5号証，第129号証，第188号証，第212号証)

一方，参加メーカーの中でも，株式会社P62のように，新人アーティストなどのプロモーションといった限定的な目的で利用許諾契約を締結したり，株式会社P63のように，同様にプロモーション用に特定の楽曲を提供している者もある。(査第130号証，第131号証)

さらに，P64株式会社のように，他の着うた提供業者に対し積極的に利用許諾を行っている者もある。(査第28号証)

#### 11 P7の業績等

P7は，事業を開始した平成13年度当初は赤字であったが，売上げの上昇とともに，平成14年度には赤字を解消し，5社に対して1社あたり600万円の配当をし，平成15年度には，税引後の利益が3億3000万円余りあって，5社に対しては1社あたり3000万円の配当をし，1億8000万円余りを内部留保するほど業績を伸ばした。(査第86号証)

P7は，平成16年7月1日，第三者割当増資により，P60株式会社，株式会社P65，株式会社P59，株式会社P66，株式会社P67，株式会社P68から，各250万円の出資を受け，さらに，その後，500万円の増資をし，平成18年12月4日現在の時点で，資本金は1億7000万円となっている。(査第72号証，第81号証，第251号証)

### (三) 判断の要旨及び法令の適用の要旨

#### 1(1) 利用許諾の拒絶の共同性

本件においては，5社が利用許諾を拒絶した各行為について，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ものの，

5社が共同して設立し運営するP7に対し着うた配信業務を委託す

る一方で、他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からの楽曲の提供の申入れに対して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、その申入れに対する5社の対応状況、P7において着うた提供事業を始めた際の背景や動機、P7において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れば、5社において、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ものと認められる。

## (2) 排除措置の必要性

5社は以上のとおり共同して利用許諾を拒絶していたところ、現在に至るまで、被審人4社は、その共同取引拒絶行為を取りやめたことを対外的に明らかにするような行動を採ったものと認めることはできず、また、利用許諾が行われるようになった状況を認めるべき事情もないから、被審人4社による共同取引拒絶行為はなお継続していると認めるべきである。

## 2 法令の適用

以上によれば、被審人4社は、正当な理由がないのに、共同して（ただし、平成17年4月26日ころ以前においては、5社で共同して）、他の着うた提供業者に対する利用許諾を拒絶しているものである。これは、不公正な取引方法（昭和57年公正取引委員会告示第15号）第1項第1号に該当し、独占禁止法第19条の規定に違反するものである。

よって、被審人4社に対して、主文（上記（一））のとおり審決することが相当である。

## 3 本件の争点

本件の争点は、本件審決の取消事由の存否であり、具体的には、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）、排除措置の必要性があるか否か（争点2）、である。

#### 4 争点に関する当事者の主張

##### (1) 争点1（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）

###### ア 原告P2及び同P3

(ア) 本件審決には、以下のとおり、着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾の拒絶に関する判断に誤りがある。

(a) 原告P2及び同P3を含めたレコード会社を始めとする原盤権者が、自らの利益を追求するために、原盤権の行使態様を自ら単独の判断で決し、その結果として、他の着うた提供業者に対して原盤権の利用許諾を拒絶することは、もとより著作権という知的財産権に基づく行為であって（著作権法89条2項及び96条参照）、事業者において正当な業務活動として許容される範囲の活動であることは明らかであるところ、本件審決は、この点を看過している。また、そのような原盤権の利用許諾の拒絶という行為は、価格カルテルにおける対価引上げ行為、つまりは、対価を一定金額引き上げるといふ明示の協定又は黙示の協定（協定当事者が対価を一定金額引き上げることを認容するだけの意思の連絡）が必要な場合とも異なる。すなわち、元々、5社を含めて原盤権者は、楽曲に係る流通を自らコントロールしたいと考えるのは当然であり、現に、著作権に基づいて、そのようなコントロールを実現する権利も有している。また、原盤権の利用許諾の拒絶という行為は、5社のいずれかに対して利用許諾を要請する者が認められて初めて問題となり、当該要請者が当該被要請者に対して提示する経済条件も当該案件によって多岐にわたるといふ意味で、消極的かつ受動的な不作為的行

為にすぎず，かつ，それらが5社のイニシアチブによって同時期ないし極めて近接した時期において斉一的に行われる性質のものでもない。そのため，価格カルテルにおける対価引上げ行為とは異なり，5社が他の着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾をさほど行っていないという結果としての事実をもって，本件違反行為として問題とされる「意思の連絡」を推認することには，著しい論理の飛躍がある。

(b) 原告P3は，音楽出版社とは異なり，その製造業者としての立場にあるレコード会社の本質からして，着うた提供事業に限らず，音楽関連事業全般において，通常，自社販売を旨としているから，原告P3としては，特段の事情がない限り，着うた提供事業者に対して原盤権の利用許諾を行う方針はなく，現にP7に対しても原盤権の利用許諾は行っていないのであり，本件審決は，このような事実を捨象している。

(c) 原告P2及び同P3が原盤権の利用許諾を含めた着うたに関する楽曲提供の申入れを受諾するか否かは，本来的には原告P2及び同P3の経営判断に委ねられるところ，原告P2及び同P3による原盤権の利用許諾の拒絶の事例は，いずれも，原告P2及び同P3が，それぞれの単独による合理的な経営判断の下で，その時点において，他の着うた提供業者による楽曲提供の申入れを受諾するに至らなかった事例にすぎないものであり，現に5社の原盤権の利用許諾の拒絶の理由はそれぞれ異なっているが，本件審決は，このような事実を捨象している。

(d) 5社における原盤権の利用許諾の方針については，「意思の連絡」がないとされるレコード会社22社（平成16年10月末現在においてP7を通じて着うたを提供していた27社のうち5社を除

くレコード会社)の中にも,5社と同様の方針を採用し,また,5社と同様の理由によって原盤権の利用許諾の拒絶を行っているものが現に存在しているが(特に株式会社P59,株式会社P68及び株式会社P58などの大手レコード会社),本件審決は,このような事実を捨象している。

(e) 本件勧告の応諾後にP6が行った原盤権の利用許諾については,その利用許諾先としては,1億5000万円ないし4000万円という莫大なイニシャル・ペイメントを何度にもわたって負担し得る大手の着うた提供業者2社のみに限られていること,「意思の連絡」がないとされるレコード会社22社について,その保有等に係る原盤権に関しての他の着うた提供業者に対する利用許諾の割合(平成16年10月末時点,曲数ベース)が判明している18社のうち,8社の利用許諾割合が5社と同様に0%ないし1%未満であり,残り10社の利用許諾割合は,その保有等に係る原盤権等の数が著しく低いなど,5社のそれと比較に供し得るものではないこと,そもそも,5社に係る利用許諾割合については,他のレコード会社22社と異なり,5社における1社平均での当該割合の分母数が約2000曲と極めて多数に上るため,計算結果としての利用許諾割合の数字が相対的に小さく見える上,人気楽曲それ自体の数が全体の楽曲数に照らしてごく一部にとどまり,人気楽曲のライフサイクルが短期化傾向を示していることからして,ある一定の時点において他の着うた提供業者が欲しがるとような人気楽曲の数は極めて少ないものであり,その帰結として,必然的に利用許諾割合の分子数も極めて小さくなる傾向があること,からすれば,5社における利用許諾割合が小さいことを問題とすること自体,失当であるにもかかわらず,本件審決は,これらの事実を捨象している。

- (f) 原告 P 2 は、平成 18 年後半ころにおいて、他の着うた提供業者 25 社に対しても楽曲を提供していたところ、当該 25 社の合計売上高のうち、その 9 割近くが 2 社によって上げられているものであり、原告 P 2 にとって、わざわざ楽曲の提供を行ったことに見合う利益を得られているものは多く見積もっても 3 社ないし 5 社程度にすぎない。また、原告 P 3 が行った 43 社への業務委託のうち、3 社は相応の売上げを挙げているが、その他の 8 社はコスト割れにならない程度の売上であり、それら合計 11 社以外の業務委託先は、その売上の状況が数千円から数十万円程度にすぎないのであって、本件審決は、これらの事実を捨象している。
- (g) 他の着うた提供業者は、原盤権等の利用許諾に関して強い利害関係を有している者であるため、その供述は、利害関係人の供述として、物的証拠の支えなくしては容易に信用し得ないものである。
- (h) 着うた関連市場に内在する制限的要素（着うたカテゴリー・サイトの上方、特にそのトップに位置付けられている着うた提供業者のサイトにほとんどのアクセスが集中する。）からすれば、多くの携帯電話サイトにおいて露出することが、その収益はもちろんのこと、そのコスト（各種経理処理、音質ないし違法デジタル・コピー及びマーケティング情報に関する管理費用や二次使用料、各関係者との意見調整など）に見合うだけの楽曲プロモーション効果にも必ずしも結びつかないから、原告 P 2 及び同 P 3 においては、原盤権の利用許諾に伴うデメリットを上回るだけのメリットを容易には見出し難いものであるが、本件審決は、この点の原告 P 2 及び同 P 3 の主張についての反駁がない。
- (イ) 本件審決には、以下のとおり、着うた提供事業を開始するまでの背景等に関する認定判断に誤りがある。

(a) 原告 P 1 は、当初、単独で着うた提供事業を始めようとして、携帯電話会社の 1 つである P 1 7 に対して同事業の説明を行ったところ、P 1 7 が、採算性の観点から原告 P 1 単独での着うた提供事業開始について難色を示したために、複数のレコード会社と協力して、着うた提供事業を始めざるを得なかったものである。着うたのユーザーにおいては、まず興味のあるアーティストないし楽曲が先にあり、その上でこれらに関する情報を探索するというプロセスを辿るのが通常であるところ、その興味のあるアーティストないし楽曲がどのレコード会社に属しているのかという点に関する認識は余りにも希薄であるため、「着うた」という新たな市場を開拓すべく、多くのユーザーを集めるためには、複数のレコード会社から多くの楽曲を提供してもらう必要があったから、5社を中心とする原盤権者としてのレコード会社が、自らが原盤権を有することで競争優位性を発揮できる「着うた」の市場を新たに開拓するに際して、他のレコード会社に対して、P 7 への楽曲の提供を呼びかけたにすぎず、このような行為は、まさに通常の業務活動として、その他の事業者においても幾度にもわたって現に行われているものであり、正当な業務活動として当然に許容されるものである。

(b) 本件審決が原盤権の利用許諾の拒絶の共同性の根拠とした「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」及び「参入障壁を築き、競業他社が参入する余地を排除する」という 3 つの文言は、プレゼンテーション資料上の文言として誇張・強調を含んだ表現である上、P 7 の利益を追求するに際して、営利企業として当然考慮の対象となる内容にすぎず、何ら法的に非難されるいわれはない。また、着うたに関するプレゼンテーション資料の中でも、それぞれ別の頁において、その他多数の

文言とともに記載されているものであり，これらが議論の対象となったり，幾度にもわたって検討を繰り返されたりした事実は存在しない。

(c) 原告 P 2 は，その親会社より原盤権の利用許諾を受けている立場にあるところ，当該原盤に係るアーティストのイメージ・コントロールなどの関係からして，親会社の役職員が原盤権の利用許諾の決定権限を有しており，原告 P 2 の役職員のみでは，事実上そのような決定を行うことはできない。また，親会社の役職員が P 7 の運営委員会に参加したことはなく，これら以外の場で，原盤権の利用許諾の拒絶に関して，原告 P 2 以外の 4 社の役職員と事前に連絡ないし接触を行ったこともない。さらに，原告 P 2 から出向の形で P 7 の運営委員会に参加していた P 3 1 を始めとする原告 P 2 の役職員が親会社の役職員に対して他の着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾の拒絶を指示ないし要請した事実も存在しないし，そもそも，これらの者において，そのような権限も有していないのであって，本件審決は，このような事実を無視している。

原告 P 3 は，業務運営上，各部署に対して一定の権限分配を行っており，原盤権の利用許諾の決定権限を有しているのは各制作部署であるが，各制作部署に所属する役職員が P 7 の運営会議に参加したことはなく，これら以外の場で，原盤権の利用許諾の拒絶に関して，原告 P 3 以外の 4 社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。

(ウ) 本件審決には，以下のとおり，5 社で結束する動機等に関する判断に誤りがある。

(a) 本件審決は，事業者において正当な業務活動として当然に許容されるもの（原盤権者として業務委託は認めるが利用許諾は拒絶す

ること，原盤権者として競争優位性を発揮できる「着うた」の市場を新たに開拓するに際して，他のレコード会社に対してP7への楽曲の提供を呼びかけること，等）とそうでないものを全く混同したまま，これらの事情をもって，本件違反行為の認定の根拠としている点で，失当である。

(b) 着うたのユーザーのアクセスは，着うたカテゴリー・サイトの上方に位置付けられている着うた提供業者のサイトに集中し，着うたカテゴリー・サイトの下方に位置付けられ，携帯電話の画面のスクロールを行わなければ表示されないような着うた提供業者のサイトには着うたのユーザーのアクセスがほとんど集まらないという着うた関連市場に内在する制限的要素からすれば，そもそも，着うた関連市場においては，価格による競争が著しく制限されている上，そのような内在する制限的要素を無効化すべく，携帯電話サイト以外の媒体で露出を行うことは，コスト面で不可能であり，他の着うた提供業者が着うたを現行の趨勢価格である1曲100円より安く提供することは困難であって，本件審決は，このような事実を捨象している。

(c) 原盤権の利用許諾料に関して，被許諾者と原盤権者との間で別途定めた固定額の基本使用料又は被許諾者の合計売上高に一定率を掛けた金額のいずれか高い方という規定の仕方がされれば，原盤権者はその利用許諾料の総額（特に最低総額）を相当程度制御することが可能となるが，その反射的な結果として，被許諾者の着うた配信価格が自ら（原盤権者）の着うた提供価格に有意な影響をもたらしえないものとなるように相当程度制御できることにもなるのであるから，着うた配信価格の設定という観点において，原盤権の利用許諾契約と業務委託契約との間には実質的な差異は何ら認められな

いし、被許諾者ないし業務受託者たる着うた提供業者が消費者に対して着うたのデータを送信する点や消費者に対する着うたのデータ送信以外の行為ができない点などにおいても、原盤権の利用許諾契約と業務委託契約との間で何らの実質的な差異も認められないから、5社で結束する動機に欠ける。

(d) ブランド内競争（ある1つの楽曲に関する着うたの提供における提供業者間の価格競争）に関しては、1つの楽曲に関する原盤権を5社間で共有している事実はないから、5社間で本件違反行為に及ばなくても、原告らは、単独で原盤権を適切に行使すること（その行使態様としては、排他的提供、利用許諾又は業務委託のいずれかを問わない。）によって、これを制御することが可能であるし、ブランド間競争（ブランド内競争以外の価格競争）に関しても、着うたという商品の差別化の強さ（特定のアーティストに傾注する傾向がある。）、楽曲に係る着うたに関する値付け幅の限界（100円ないし200円）、及び5社以外にも着うたを提供するレコード会社が存在しその売上高は着うた関連市場全体の半額を超えていること、などの諸事情を前提とすれば、原告らにおいて5社による本件違反行為を行う動機に欠ける。

(エ) 本件審決には、以下のとおり、アフィリエイト戦略に関する判断に誤りがある。

(a) 本件審決は、「アフィリエイト戦略の第1の目的は」、「着うた提供事業におけるP7の優位性をより確実なものにしたいとの意図を認めることができる」などと指摘するが、このような指摘は、P7が株式会社として自らの利益を追求することが事業者において正当な業務活動として許容される範囲の活動であることを全く看過したものにすぎない。特に、「P7の運営会議等において、約半年間

にわたり繰り返しアフィリエイトについて検討され、統一的な方針が決定された」ことなどは、P 7 が、取引先などからアフィリエイトの実現を求められている中で、自己の事業を運営する上において当然に必要な行為であるし、「楽曲を他のサーバーに出さないことを守るためのシステムが必要」であるとの意見についても、P 7 が着うた関連市場における自らの利益を追求する一環で述べた意見として、何ら法的非難に値するものではない。

(b) 本件審決は、「アフィリエイト戦略がレコード会社等の原盤権を保有等する者の利益を守る立場からも検討されたものである」、  
「5社がそれぞれ個別に他の着うた提供業者から受けた楽曲提供の申入れに対する対応は、各社の経営判断事項であるにもかかわらず、これを5社の要職を担う者が集まる運営会議で検討したこと自体、P 7 の立場で検討したにすぎないとの主張と矛盾するというべきである」などと指摘するが、このような指摘は、P 7 が、自らの利益を追求するにあたり、その取引先であるレコード会社の利益に配慮することが事業者において正当な業務活動として許容される範囲の活動であることを全く看過したものにすぎない。また、特に後者の指摘については、5社のいくつかがそれぞれ個別に他の着うた提供業者から楽曲提供の申入れを受けたという参考情報が、P 7 の戦略を検討する運営会議における議論の場で見られているが、そのような申入れ自体に対する5社それぞれの対応をP 7 の運営会議が検討したなどという事実は、いかなる証拠によっても根拠付けられるものではない。

(c) 本件審決は、「競合するサイトが発生することを防止するという目的は、着うた提供事業を営んでいるP 7 の利益に直結するものであると同時に、競合サイトの発生防止により、P 7 に人気楽曲が

集中することになれば，P7に楽曲を提供している5社の利益にもつながるものであって，P7の利益と5社の利益は共通するものである」などと指摘するが，そもそも，レコード会社を始めとする原盤権者が，自らの利益を追求するために，原盤権の行使態様（原盤権の利用許諾の拒絶を含む。）を自ら単独の判断で決することは，事業者において正当な業務活動として許容される範囲の活動であるところ，5社それぞれにとっては，仮にP7よりも有力な競合サイトが生じたのであれば，当該競合サイトにおいて着うたを配信すれば足りるのであり，その点で，P7の利益と5社それぞれの利益は必ずしも共通ではない。また，仮に「P7に人気楽曲が集中することになれば，P7に楽曲を提供している5社の利益にもつながる」ことを認めたとしても，そのような事情は，本件違反行為として問題とされている「意思の連絡」がないとされるレコード会社22社においても同様であり，レコード会社それぞれの単独の判断によって，そのような利益を享受することには何ら問題がないのであって，それを越えた事情を裏付ける証拠は全く存在しない。

(d) 仮に5社が他の着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾を含めた楽曲提供という選択肢を有していないのであれば，P7において「競合サイトの発生」を懸念する必要すらないはずであるから，「競合サイトの発生防止」というアフィリエイト戦略案の目的は，5社が上記選択肢を有していることを前提にした上で初めて意味を有するものであり，アフィリエイト戦略案における「競合サイトの発生防止」という文言の存在は，本件違反行為として問題とされている「意思の連絡」を推認するものではなく，むしろ，これを排斥するものに他ならない。また，「競合サイトの発生防止」が，本件違反行為の目的であったのであれば，原盤権の利用許諾のみを共同

で拒絶するのでは全く不足で、5社は業務委託をも共同で拒絶しなければならないことになるが、本件審決によっても、着うた配信に係る業務委託まで共同拒絶がなされていたことは認定されておらず、その点は本件における審判の対象にすらなっていない。

(e) アフィリエイト戦略案を検討するに際しても、P7の執行役員は、あくまでもレコード会社とP7の立場を峻別しつつ議論を行っていたことは明らかであり、レコード会社とP7の立場が同一であるとする本件審決は何ら証拠に基づくものではない。

(f) 原告P2は、その親会社より原盤権の利用許諾を受けている立場にあるところ、当該原盤に係るアーティストのイメージ・コントロールなどの関係からして、親会社の役職員が原盤権の利用許諾の決定権限を有しており、原告P2の役職員のみでは事実上原盤権の利用許諾の決定を行うことはできない。そして、親会社の役職員がP7の運営会議に参加したことはなく、運営委員会以外場で、原盤権の利用許諾の拒絶に関して原告P2以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。

(g) 原告P3は、前記((イ)の(c))のとおり、業務運営上、各部署に対して一定の権限分配を行っており、原盤権の利用許諾の決定権限を有しているのは各制作部署であるが、各制作部署に所属する役職員がP7におけるアフィリエイト戦略案に関する検討の場に参加したことはなく、これら以外場で原盤権の利用許諾の拒絶に関して原告P3以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。

#### イ 原告P1

本件審決は、「単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけ」であるにもかかわらず、無理矢理共同取引拒絶に係る「意思の連絡」を認

定したものであって、下記のとおり、原盤権の理解やレコード業界の一般的理解を欠き、さらには、P1グループ会社の従前からの確固とした「自社配信主義」の方針を無視したものである。

(ア) 本件審決の法令解釈・適用の誤り

本件審決が採用する本件告示1項における「共同して」の判断基準は、本件が原盤権という著作権法による権利の行使の場面であって独占禁止法の適用はできる限り差し控えなければならないという独占禁止法21条の趣旨から、また、着うたの配信という市場においては原盤権の利用許諾の申出を拒絶することが極めて一般的であるという市場の特殊性を考慮すれば、本件において「意思の連絡」があるというためには、少なくとも、原盤権の利用許諾の拒絶に関連する5社間の事前の連絡交渉が存在すること、原盤権の利用許諾の申し込みに対する拒絶行為の一致が不自然なものであること、他の事業者の行動とは無関係に独自の判断によって原盤権の利用許諾の申し入れに対する拒絶を行ったものではないこと、の3つの要件を全て満たす必要があるというべきであるが、本件審決は、このような判断基準によっていない。

(イ) 実質的証拠の欠缺

(a) 業務委託による音源提供までも拒絶しているとする実質的証拠はないこと

本件は、原盤権の利用許諾の拒絶を共同して行っていたか否かが争点となっている事案であるから、意思の連絡の有無を検討する前提として、着うた配信事業における業務委託と利用許諾との区別を明確に行わなければならないところ、本件審決は、本件の審判時に審査官も被審人らも問題としていない業務委託方式による音源提供の拒絶をも（むしろ、実際には、5社が広く第三者に対して業務委

託方式による音源の提供を行っているにもかかわらず)、証拠も存在しないにもかかわらず認定し、業務委託方式による音源提供をも拒絶していることを前提に意思の連絡を認定しているが、この認定は、実質的証拠を欠くものである。

(b) P 7 の運営会議等での協議が 5 社の協議の場であるとする実質的証拠はないこと

P 7 における運営会議等は、あくまでも P 7 の運営に関する事項を協議・決定する場であり、5 社のための協議をすとか 5 社の意識あわせをすとかという場ではない。現に、P 7 の取締役や執行役員は、例えば、着うたの料率決定に関しては、P 7 の早期事業安定化のために、普通レコード会社が受け難い高い料率でサービスを開始するなど、各レコード会社と利益相反ともなりうる事項についても P 7 の立場で協議・決定をしており、レコード会社の立場とは明確に区別されている。また、運営会議や集中ミーティングで決定したことで各レコード会社に伝達すべき事項については、P 7 の P 6 9 が責任者になって各レコード会社に対して説明をしていた。このことは、P 1 9 や原告 P 1 に対する伝達についても、同様であった。

P 7 は、あくまで 5 社とは別法人であり、P 7 の運営会議等の議論の内容が 5 社の連絡交渉の内容であるとすることは原則としてできないものである。したがって、P 7 の運営会議等の内容が 5 社の連絡交渉の内容であると認定するためには、この原則を覆すに足る実質的な証拠が必要であることはいうまでもないが、特に P 7 における着うた配信事業の開始にあたっての運営会議やアフリエイト戦略の検討を行う運営会議等について、かかる実質的証拠は存在しない。

本件審決の「P7は、レコード会社である5社が結束して5社が保有等する楽曲の原盤権により各社の利益を上げるために共同出資して作られた会社である」(審決案の「理由」欄の第6の1(4)ウ)との認定については、そもそもP7は、本件審決別紙審決案でも認めているとおり、レーベル(すなわちレコード会社)主導の着メロ提供事業を共同して営むために設立された会社であるから、本件審決は、ここでも、証拠には一切存在しない「もともとP7は、レコード会社である5社が結束して5社が保有等する楽曲の原盤権により各社の利益を上げるために共同出資して作られた会社である」との事実を認定している。これは明らかに実質的証拠の欠缺である。

本件審決の「レコード会社にしか出来ないビジネス」などの運営会議等における検討事項などにかんがみても、運営会議等での検討はレコード会社の利益を念頭に置いたものが多い」(審決案の「理由」欄の第6の1(4)ウ)との認定については、P7において平成14年12月に開始した着うた配信事業は、音源の原盤権者からP7が業務委託を受けて当該事業を行うものであり、音源の原盤権者の大半がレコード会社であるため、P7の主要取引先は各レコード会社となっていることから、かかる取引先であるレコード会社にメリットを提供できない限り、P7における着うた配信事業は成り立たないことが明らかであり、P7の運営会議等でレコード会社の利益を念頭に置くことは極めて自然である。なお、P7の運営会議等においてレコード会社の利益を念頭に置いたとしても、それは5社のみの利益ではなく、取引先であるレコード会社全般の利益である。

P7において着うた提供事業を開始するに当たってP19が提

供したプレゼンテーション資料である「新たな着信コンテンツのご案内」(査第106号証, 査第107号証, 査第111号証)中の「レコード会社にしか出来ないビジネス」, 「価格競争の起こらない安定したビジネス」, 「参入障壁を築き, 競合他社が参入する余地を排除」との3つの文言は, 5社が他の着うた提供業者の参入を困難にするとともに着うた提供事業における優位性を維持したいとの共通の認識を有していたとの事実を推認するに足る実質的証拠とはなり得ない。

すなわち, 「レコード会社にしか出来ないビジネス」とは, 着うた提供事業が音源を利用するため, 着うた提供ビジネスを行うためには当該音源について原盤権が必要であるところ, 原盤権を主に保有等しているのはレコード会社であるから, 着うたの配信事業は, その原盤権を保有等しているレコード会社が自ら配信したり又は第三者に利用許諾をして配信させたりすることができるビジネスであることを表現したにすぎない。

「価格競争の起こらない安定したビジネス」とは, 着うたは, 原盤権を使用するため, 対象となる実演家の原盤権を保有等するレコード会社が自ら配信を行うか又は当該レコード会社が第三者に利用許諾をして配信させるかする以外に配信することができず, そして, 原盤権を保有等するレコード会社が自ら配信を行う場合には当然自ら価格を決定することができ, また, 利用許諾をするに当たってもその対価・料率を自ら決定することができるのであるから, 誰でも着メロ音源を作成して送信でき各着メロ音源ごとに品質の差異がほとんどみられない着メロビジネスとは異なり, 価格競争が起こりにくいビジネスであることを表現したにすぎないものである。

「参入障壁を築き，競合他社が参入する余地を排除」とは，あくまでも，着うた提供事業をいち早くスタートして，マーケットシェアを高め，これによりP7が後から参入する企業よりも優位に立ち（着うたカテゴリー・サイトの一番上にくること），先行者利益を享受することを表現したにすぎないものである。

アフィリエイトについては，P7に着うた配信事業を委託する一部のレコード会社が個別の案件ごとに開発費用を負担して個別の音源ごとのハイパーリンクを作成することをP7に依頼しており，このようなサービスシステムの提供についてP7が検討を依頼された結果，P7として，ハイパーリンクによるアフィリエイト類似の方式を実現できるシステムをアフィリエイト・サービス・プロバイダー的に構築し，このようなレコード会社のニーズに応えることができないかと検討していたものである。また，アフィリエイト類似の方式を行うためには，そのためのシステムの構築が必要であり，これについての費用も必要になるのであり，P7においてアフィリエイト類似の方式を検討することは当然である。

5社が競合サイトの発生を防止したいのであれば，P7以外の着うた配信業者に対しては業務委託による音源の提供さえも行わないはずであるのに，現実には，5社は業務委託による音源の提供を多数行っている。したがって，競合サイトの発生防止が5社の利益につながるという理由で，アフィリエイト戦略が5社の戦略であったとの結論にはならない。

P7におけるアフィリエイト戦略は，平成15年11月25日ころの集中ミーティングの後は平成16年4月6日の集中ミーティングまで検討されておらず，アフィリエイト問題がさして重要

視されていなかったことは明らかである。

本件審決では、アフィリエイト戦略が「他の着うた提供業者に対して楽曲を提供しないようにするための楽曲の提供に代わる対応策」であるとされているが、そうだとすれば、5社はアフィリエイト方式を積極的に利用しているはずだが、実際にはアフィリエイト方式が利用された例はほとんどなかった。このことから、レコード会社である5社にとってアフィリエイト方式が「他の着うた提供業者に対して楽曲を提供しないようにするための楽曲の提供に代わる対応策」であったとする実質的証拠がないことは明らかである。

- (c) 価格競争を避けること及びレコード会社以外の者が着うた提供事業に参入することを困難にすることの動機を認定する実質的証拠はないこと

着うた提供事業において価格競争が起こらないようにするためであれば、5社は素直に「利用許諾も業務委託も自由であるが、配信価格をP7以上とすること」を合意すればよいのであって、すなわち、具体的には、業務委託方式の場合には「配信価格をP7以上とすること」を合意し、利用許諾による場合には「配信価格がP7以上となるように許諾料を設定する」とすればよいのである。しかしながら、かかる事実はどこにもなく、むしろ、本件審決別紙審決案でも認めているとおり、P5は業務委託により80円で音源を提供しているのである。他方で、レコード会社と着うた提供業者との協議により、方式は利用許諾だが着うた1曲の許諾料を100円とすれば、ユーザーに対する着うた1曲の提供価格は必然的に100円以上とならざるを得ない。このように原盤権の利用許諾を行ったとしても価格競争を避けることができるのであるから、価格競争を避

ける動機をもって5社が共同して原盤権の利用許諾を拒絶することはあり得ない。

音源は、他の商品とは異なり、まさに個人の嗜好によって選択されるものであって、特定の歌手や楽曲のファンが、価格が安いからといって、好きでもない他の歌手や楽曲を着うたにすることはあり得ない。したがって、例えば、P1グループ会社以外の他のレコード会社が、着うたの価格を上げたり下げたりし、また、多数の第三者に利用許諾をしたりしても、それが、アーティストといった実演家や対象となる楽曲の異なるP1グループ会社の他の着うたの配信価格に影響を及ぼすことはないのであって、利用許諾を拒絶することと配信価格の維持とは全く関係がない。

仮に、レコード会社以外の者が着うた提供事業の市場に参入することを困難にしたいのであれば、業務委託方式さえも5社間で共同して拒絶するはずであるが、実際にはそのようなことは一切していないのである。業務量の負荷の問題はあるにせよ、5社を含めたレコード会社にとってみると、単に着うたの売上を考えたならば、音源を配信する着うた提供業者が多ければ多いほど、これらの楽曲を携帯電話にダウンロードするユーザーの数やダウンロードする回数が増えるのであって、レコード会社にとってみれば、着うた配信事業者が増加することにはメリットがあるといえるのである。したがって、5社が、レコード会社以外の者が着うた提供事業の市場に参入することを困難にする動機を持つことはあり得ない。

(ウ) 意思の連絡を認定するに足る間接事実の不存在及び間接事実による推認の経験則違背

本件では、以下のとおり、5社による原盤権の利用許諾の申し込みに対する拒絶行為の一致は極めて自然である。そのため、むしろ、「

単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけである」もしくは「一方の原盤権の利用許諾の申入れの拒絶を他方が単に認識し認容するのみである」と合理的に認定されるのであって、意思の連絡を推認することは明らかに経験則に反しており、実質的証拠を欠いている。

(a) レコード会社が原盤権の利用許諾を拒絶することが一般的であること

意思の連絡のない22社においても現に原盤権の利用許諾を拒絶しているレコード会社が多数存在し、特に大手レコード会社（株式会社P68，株式会社P70，株式会社P67，株式会社P59，等）が原盤権の利用許諾を拒絶しているという事実は、結局のところ、レコード会社全般において原盤権の利用許諾を拒絶することが極めて自然であることを示すものである。したがって、5社による原盤権の利用許諾の拒絶も極めて自然な行為なのであって、かかる事実だけをもってしても、5社の意思の連絡は認められない。

(b) 5社において原盤権の利用許諾を拒絶する個々の理由が存在すること

原告P1の自社配信主義は、平成12年12月にP19グループ会社においてパソコン向けの有料音源配信ビジネスを「P71」において単独で開始した際に、既に上記グループ会社における基本的なビジネスポリシーとして確立していたものであり、P7において着うた提供事業が行われる以前から現在に至るまで貫かれている方針である。この配信ビジネスは、世界で初めて商業化された著作権保護技術対応の有料音楽配信サービスとしてP19グループ会社が行ったものであり、音楽配信ビジネスにおいて一切利用許諾を行わない自社配信主義はP19グループ会社において独自に定められたものである。このように原告P1においては、自社配信主義に則っ

て原盤権の利用許諾を拒絶しているものであり、その理由は極めて合理的なものである。

(エ) 原盤権等の利用許諾の拒絶に関連する5社間の意思の連絡について実質的証拠を欠いていること

5社からP7に出向していた者が5社において「要職を担う者」であることを裏付ける実質的証拠は存在していない。また、原告P1の社員でP7の取締役及び執行役員となった者は、P1グループ会社における原盤権等の利用の決定に関わる部署（マーケティンググループ契約部又は契約グループ）や子会社（レーベルカンパニー）と関係がないし、ましてや原盤権等の利用許諾の申入れを受ける担当でもなければ、これを拒絶する立場にある担当でもないのであるから、仮に原告P1の社員でP7の取締役及び執行役員となった者が要職を担っていたとしても、意思の連絡を推認する事実とはなり得ないのであって、このことを根拠に意思の連絡を認定することは実質的証拠を欠く認定である。

P7の運営会議等で協議された内容が原告P1の関係各部署へ情報伝達された事実も証拠も存在しないし、原盤権の利用許諾の拒絶に関する情報の伝達についても同様である。P1グループ会社においては、P7において着うた配信事業を開始する以前から、パソコン向け配信、携帯電話向け配信などで音源をダウンロード配信するにあたっては、プロモーションを行うべきレコード製作会社としての基本業務に当たる原盤権の一次使用と位置づけ、自ら価格を決定し、自社で配信するか適切な「業務委託先」を選択して配信するかという自社配信主義を採用しており、原盤権の利用許諾の申入れに対しては拒絶することが既に定められていたのであるから、原告P1がP7の運営会議等の協議内容を踏まえて原盤権の利用許諾を拒絶したということはなく、か

かる観点からも意思の連絡は否定される。

#### ウ 原告 P 5

原告 P 5 が他社と共同して原盤権の利用許諾を拒絶した事実はない。利用許諾の申出に対して拒絶した場合があったとしても、それは、単に条件が合わなかったために自らの判断で許諾しなかったにすぎないのであって、5 社のうち原告 P 5 以外の 4 社の利用許諾に関する状況も同様である。なお、原告 P 5 は、株式会社 P 7 2 との間で平成 1 8 年 9 月 2 0 日付けの配信契約、株式会社 P 7 3 との間で平成 1 8 年 9 月 2 9 日付けの配信契約をそれぞれ締結し、包括的に多数の楽曲の原盤権を着うたに利用することを許諾している。それにもかかわらず、本件審決では、原告 P 5 が締結している上記 2 社との配信契約において原告 P 5 に配信価格決定権限が留保されている条項がないことを認めながらも、共同取引拒絶行為を取り止めたとは認めていない。他方、P 6 は、勧告に同意した上で同様の配信契約を締結しているが、審査官はこのことをもって共同取引拒絶を取り止めたと主張していたのであるから、P 6 と同様に配信契約をしている原告 P 5 について、これらの契約の存在のみをもってしては共同取引拒絶を取り止めたと判断することはできないというのは、論理が破綻している。

#### エ 被告

原告らの主張はいずれも争う。本件審決は、5 社が原盤権の利用許諾を拒絶した各行為について、5 社間における明示の意思の連絡を直接証する証拠は存しないものの、実質的な証拠である種々の間接証拠により認定できる以下の事実、すなわち、5 社が共同して設立し運営する P 7 に対し着うた配信を業務委託する一方で、他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からの楽曲の提供の申入れに対して 5 社が利用許諾をしたことはほとんどなかった事実、その申

入れに対する5社の対応状況， P 7において着メロ提供事業及び着うた提供事業を始めた際の背景事情や動機， P 7において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れば， 5社間において， 相互に他の4社も原盤権の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， と判断したものであり， 本件審決に誤りはない。

原告らの主張は， 本件審決の上記判断構造を誤解又は曲解し， 本件審決の上記判断と矛盾しない事実（原告らによる原盤権の利用許諾の拒絶行為は， 個々に行われれば適法な権利行使であり， 経済的な合理性もある自然な行為であり， 意思の連絡がないとされた他のレコード会社も同様の行為をしている， 等）を強調するもの， 又は， 証拠に反する不合理な事実（P 7と原告らは利益を共通にしない， 着うた配信市場においては， ブランド間競争の影響は無視し得る程度のものにすぎない， 等）を主張するものであり， 失当である。

(2) 争点2（排除措置の必要性があるか否か）

ア 原告P 2， 同P 3及び同P 1

現在においては， P 6及び原告P 5の2社は他の着うた提供業者に対して原盤権の利用許諾を行っており， 原告P 2， 同P 3及び同P 1も業務委託形式において多くの楽曲提供を行っている。このように， 5社の他の着うた提供業者に対する対応は， それぞれ， 現実的に全く異なったものとなっている。かかる事情からも明らかとおり， 仮に本件違反行為として問題とされている5社間の「意思の連絡」が過去に存在していたとしても， そのようなものは現時点では完全に終了ないし消滅しているものである。

本件違反行為として問題とされている5社間の「意思の連絡」なるものは、黙示的かつ受動的なものにとどまるところ、このような黙示的かつ受動的な「意思の連絡」は、通常対価引上げ行為に係るような明示的かつ積極的なものと比較して、仮に過去に存在したとしても、その拘束力が極めて弱いものといわざるを得ない。明示的かつ積極的な「意思の連絡」については、仮に過去にそれが存在していた場合には、現時点でもその拘束力が及んでいる可能性を否定し切れず、それを排除措置によって修正する必要性が認められるとしても、本件違反行為のような黙示的かつ受動的な「意思の連絡」という極めて稀有な事例については、現時点でなお拘束力が及んでいることを前提として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ものである。

#### イ 原告P5

仮に5社間において、本件違反行為として問題とされている「意思の連絡」が平成16年当時に認められたとしても、そのようなものは現時点においては既に終了ないし消滅しており、特に排除措置を取るべき必要性があるとは到底認められない(前記1(ウ)記載のとおり、原告P5は、株式会社P72及び株式会社P73との間で、原告P5にユーザーへの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の存在しない着うた提供に係る包括的楽曲提供契約を締結している。)。なお、本件審決は、P6につき、「約3,000曲もの楽曲について他の着うた提供業者に対して提供している。」として提供を評価しているが(本件審決別紙審決案84ページ)、原告P5は、これをはるかに凌駕する約1万曲もの楽曲をP7以外の他の着うた提供業者に対して提供しており、さらに、現在の取扱いは、商品数及び楽曲数のいずれにおいても大差のないものとなっている。

#### ウ 被告

原告らの主張は争う。不当な取引制限についての事案において、違反行為の終了時期につき、「本件のように受注調整を行う合意から離脱したことが認められるためには、離脱者が離脱の意思を参加者に対し明示的に伝達することまでは要しないが、離脱者が自らの内心において離脱を決意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が離脱者の離脱の事実を窺い知るに十分な事情の存在が必要であるというべきである」とされているところ（東京高等裁判所平成15年3月7日判決（P74審決取消請求事件判決）、公正取引委員会審決集第49巻624ページ）、本件においても、同様に、違反行為の終了を認定するに当たっては、違反行為者が共同取引拒絶行為を取り止めた事実につき他の違反行為者がこれを窺い知るに十分な事情の存在が必要であるというべきである。そうとすれば、単に、原告P5が原告P5にユーザーへの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のない包括的楽曲提供契約を2件締結したとしても、当該契約の当事者ではない他の違反行為者は、原告P5の行動を知ることはできず、原告P5の当該行動をもって、同社が共同取引拒絶行為を取り止めた事実を他の違反行為者が窺い知ることができるというものではないから、未だ原告ら4社で共同して原盤権等の利用許諾を拒絶するとの合意（意思の連絡）から離脱したことを認め得るものではない。さらに、原告P2、同P3及び同P1については、利用許諾の拒絶という行為態様には特段の変化はなく、業務委託の形式で他の着うた提供業者に楽曲を提供しているとしても、それをもって、原告P2、同P3及び同P1が利用許諾の拒絶行為を取り止めたとも、取り止めたことにつき他の違反行為者がそれを窺い知るに十分な事情が存在するとも、いうことはできない。

### 第3 当裁判所の判断

- 1 当裁判所は、原告らの本件各請求をいずれも棄却すべきものと判断する。

その理由は、以下のとおりである。

## 2 争点1（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）について

### (1) 取引拒絶の共同性についての判断基準

独占禁止法19条は「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」と規定し、同法2条9項柱書は「この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。」と規定し、本件告示1項柱書は、「正当な理由がないのに、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、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること」と規定し、その1号は「ある事業者に対し取引を拒絶し又は …… すること」と定めている。ここにいう「共同して」に該当するためには、共同取引拒絶の規制の趣旨が、拒絶者集団が意思の連絡をもって共同で取引を拒絶する行為が被拒絶者の市場における事業活動を不可能又は著しく困難にし、ひいては不公正な取引につながる弊害があるため、その弊害を除去することにあること、しかし、反面において、そのような意思の連絡のない外形的に一致したにすぎない取引拒絶行為をも規制することとなれば、事業者の経済行為の自由に対する過度の規制となり得ること、を踏まえれば、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する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。そして、この場合の「意思の連絡」とは、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し、「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) 本件における認定事実

上記(1)の判断基準を踏まえ、本件において、原告らに原盤権の利用許諾について共同した拒絶行為があったか否かを判断するに、まず、前記第2の2(二)に記載の本件審決の認定事実のとおり(当裁判所も、本件審決の前記認定事実は実質的証拠に基づくもので、その認定は相当なものであると判断する。)、他の着うた提供業者からの楽曲提供の申入れに対する5社の対応は、別紙「楽曲提供の申入れに対する5社の対応」に記載のとおりであり、他の着うた提供業者からの利用許諾の申入れに対しては、P7の存在などを理由に拒絶しているか、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たとしても、その方法はほとんど業務委託によるものであり、利用許諾をしたものであっても、ある特定の楽曲のみを一定期間に限るなど特定の条件を満たした場合に限られていること(5社が保有等している原盤権について、他の着うた提供業者に対して利用許諾した割合(平成16年10月末時点、曲数ベース。)は、原告P1、同P3及び同P5にあっては0であり、原告P2にあっては0.04パーセントであり、P6にあっては0.51パーセントであった。)、もともと着メロ提供事業においては、そのビジネスの構造上(レコード会社の有する原盤権とは無関係に、誰でもP18を通じて作詞者及び作曲者に著作権使用料を支払えば、音源を作成してユーザーに楽曲のメロディを提供することが可能。)、レコード会社に何の利益ももたらされていなかったことについてレコード会社側に大きな不満があり、いずれ着メロが着音楽になることを予想して、レコード会社が複数集まって着メロ提供事業を行うP7を設立したという経緯があること、着うた提供事業は、原盤に録音された歌声等の楽曲(音源)の一部が提供の対象となるという事業の性格

上、原盤権者以外の者が着うた提供事業を営むには、配信する予定の楽曲の原盤権について原盤権者等から利用許諾を受けるか、原盤権者等との間で当該楽曲の配信について業務委託契約を締結するかする必要があるので、レコード会社などの原盤権者は、原盤権者以外の者に比べると、容易に事業を展開することができ、複数のレコード会社が集まって着メロ提供事業を行うことを前提に設立されたP7は、着うた提供事業を始めるのに極めて有利であったこと、P7において着うた提供事業を開始するまでの経緯は、(a) まず、レコード会社であったP19が、平成14年5月、P7の運営委員会において、P7として着うた提供事業を行うことについて提案し、(b) その後、P7の運営委員会や着うた提供事業開始に向けての詳細な検討を行うためのワーキングチームによるミーティングにおいて検討が繰り返され、P7として着うた提供事業を行うことの合意が5社によって得られ、(c) その後、P7で運営する着うた提供サイトでの提供楽曲を増やすため、5社以外のレコード会社に対する着うた提供事業への参加を促すための説明会を開催したり、プロダクション等の理解を求めため、着うた提供事業の概要説明に関する資料を作成したりした後、P7の開設する「P43」のサイトにおいて、平成14年12月から着うた提供事業が開始されたものであること、P19は、P7の運営委員会において、平成14年5月、着メロ提供事業において価格競争が激化している中で原盤権を保有等するレコード会社が今後優位性を持つためには、原盤権を利用したコンテンツの新市場を開拓する必要があること、着うた提供事業は各レコード会社が協力することで大きなビジネスとなること、レコード会社としてうまみのあるビジネス構造を新市場において構築していくこと、などを説明し、着うた提供事業におけるレコード会社のメリットを、だれでも容易に参入可能な着メロ提供事業とは異なり、「レコード会社にしか出来ないビジネス」であること、当時価格競争が激化していた着メロ

提供事業とは異なり、「価格競争の起こらない安定したビジネス」であること、「レコード会社にしか出来ない原盤着メロポータルサイトを展開することで、早期にマーケットシェアを高め、参入障壁を築き、競合他社が参入する余地を排除する」こと、などと説明し、その内容について検討が行われ、また、参加の可能性のある他のメーカーにもこれらとほぼ同じ内容を含む説明資料を用いて説明したこと、原盤権を保有等していない者が着うた提供事業を行う場合、原盤権を保有等する者から利用許諾を受ける方法と配信業務の業務委託を受ける方法とがあるが、業務委託契約の下では、ユーザーに提供する着うたの価格は、着うた配信業務の委託者である原盤権者等が設定することとなり、着うた提供業者は自由にその価格を設定することができないから、5社は、他の着うた提供業者からの楽曲の提供の申入れに対して、業務委託は認めても利用許諾をしなければ、他の着うた提供業者が配信価格を低く設定することによって着うたの配信価格の安定を乱すことを阻止することが容易である一方、他の着うた提供業者は、原盤権を保有等する者から業務委託を受けて着うたを配信することができれば、外形的には着うた提供事業からは排除されてはいないが、実際には着うた提供についての価格設定権を有していないため、価格面では十分には競争できない状況となること、着うた提供事業は、パソコンに比べて画面が極端に小さい携帯電話におけるインターネットを利用した事業であるという特殊性から、着うた提供事業で業績を上げるためには、自己のサイトが着うたのカテゴリー・サイトの上方に位置付けられなければならない、そのためにはユーザーのアクセス数とダウンロード数をできるだけ多数確保することが必要であること、着うたのユーザーは、中学生・高校生から20歳代前半の者が主であり、これらの年代層に人気のある楽曲を多数提供できるサイトであることがユーザーのアクセス数やダウンロード数を多く確保できる条件となること、5社が原盤権を保有等し

P 7を通じて着うたとして提供している楽曲の割合は、P 1 3 8が発表する「シングルランキング 2 0 0 4 付」のランキング1 0 0位以内において4 7パーセントであり、5社がP 7を通じて提供する着うたがダウンロードされる回数は、提供される着うたのダウンロード数全体の約4 4パーセントを占めていたこと（レコード会社などの原盤権者がそれぞれ単独でサイトを開設して自己が保有等する楽曲についてのみ提供するよりも、複数のレコード会社等が共同してそれぞれ保有等する多数の楽曲を集めたサイトにより提供する方が、単一のサイトにおいてより多数の人気楽曲を提供できるため、ユーザーのアクセス数やダウンロード数が増えることは明らかである。）、平成1 5年3月ころ以降、他の事業者が着うた提供事業の開始を検討するようになり、5社が他の事業者から利用許諾の申入れを受けることが多くなった際、その申入れが5社各社に対する個別の依頼であるにもかかわらず、5社各社の要職を担う者が集まるP 7の運営委員会等の場において、「アフィリエイト戦略案」と題する資料を基に、他の着うた提供業者には利用許諾を行わず（上記資料においては、「競合サイトの発生防止」がアフィリエイト戦略の主な目的とされ、また、「着うたファイルを複数作成し、複数のサイトに提供することは、業務負荷を高めることになり、必ずしも望むところではない。」との記載もある。）、ユーザーが利用許諾の申入れの対象となっている楽曲をダウンロードしたい場合には他の着うた提供業者のサイトからP 7のサイトに誘導する方法（アフィリエイト）をとることを検討したこと、P 7に対し他の事業者から直接アフィリエイトの依頼があったとしても、最終的に当該楽曲についてアフィリエイトの方式をとるか否かは原盤権を有する各レコード会社の判断で決せられるものであるにもかかわらず、運営委員会等において、平成1 5年1 0月ころから平成1 6年4月ころまでの約半年間にもわたって、アフィリエイト戦略が繰り返し検討され続けていたこと、アフィ

リエートを検討する平成16年4月6日ころの集中ミーティングにおいて、「望む、望まないに関わらず周囲からの攻勢が顕在化してきており、拒否することものりくらりとかわすことも難しい状況に至っている」ことが討議されるなど、5社がそれぞれ他の着うた提供者からの利用許諾の申入れについて判断をしているのであれば5社が集まる場所である集中ミーティングにおいて他の着うた提供者からの利用許諾の申入れについて討議される理由も必要もないこと、上記の集中ミーティングにおいては、「楽曲を他のサーバーに出さないことを守るためのシステムが必要」、「防衛的なアフィリエイト戦略が至急必要」、といった意見も出され、5社がP7以外に楽曲を出さないことを前提としたシステムがP7に必要であることが議論されていたこと、アフィリエイト戦略の第1の目的は、P7が運営するサイトである「P43」以外の競合サイトが発生することを防止することであり、競合するサイトの発生が防止できれば、着うた提供事業を営んでいるP7の利益に直結するものであると同時に、P7に人気楽曲が集中することになれば、P7に資本参加し楽曲を提供している5社の利益にもつながるものであること、アフィリエイト戦略の検討経過の中で、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、以上の事実が認められる（先に述べたとおり、本件審決が認定したこれらの事実は実質的証拠に基づくものであり、その認定は相当なものである。）。

### (3) 判断

上記の各事実によれば、5社は、着メロ提供事業においては、誰でも容易に音源を作成してユーザーに楽曲のメロディーを提供する事業を開始することができ、原盤権を保有等するレコード会社に利益がもたらされない

ことに大きな不満を持っていたところ、新規事業である着うた提供事業は、着メロ提供事業とは異なり、原盤に録音された歌声等の楽曲（音源）の一部をユーザーに提供する事業であり、事業を開始するにあたっては楽曲の原盤権の利用許諾を得る必要があることから、原盤権を保有等するレコード会社が事業を行うについて極めて優位な立場にあることを利用し、原盤権を保有等するレコード会社が結束してP7を通じて率先して着うた提供事業という新規市場を開拓することによって、レコード会社以外の者の参入をできるだけ排除し、5社の原盤権に基づく利益を確保することを意図して、着うた提供事業を開始したものである（P7は、その設立当初から、P7自体には利益を留保せず、レコード会社に利益を分配することが前提とされていた（H13/5/8プレゼンテーション資料（査第93号証）、査第74号証、第75号証、第97号証））。そして、5社は、P7による着うた提供事業が軌道に乗った後は、他の着うた提供業者の参入によって着うたの配信価格の安定が脅かされることのないよう、他の着うた提供業者に対して利用許諾の方法では楽曲を提供しないこととし、それに代わる対応策として、P7の運営委員会等においてアフィリエイト戦略を検討してきたものと認められる。そして、結果的にも、5社は、他の着うた提供業者に対して、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のである。

これらの事情を総合考慮すれば、5社は、それぞれ、他の着うた提供業者が価格競争の原因となるような形態で参入することを排除するためには他の着うた提供業者への原盤権の利用許諾を拒絶することが有効であること（他の業者に対する楽曲の提供を拒絶しきれない場合にはアフィリエイトを認めることが対応策であること）を相互に認識し、その認識に従った行動をとることを相互に黙示的に認容して、互いに歩調をそろえる意思であった、すなわち、5社には原盤権の利用許諾を拒絶することについて意

思の連絡があったと認めることができるものである。

(4) 原告らの主張について

ア(ア) 原告P2及び同P3は、着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾の拒絶に関して、「原盤権の利用許諾を拒絶することは、著作権法上、原盤権者に認められた正当な権利行使である。」、「原盤権の利用拒絶は、原告P2及び同P3のそれぞれ独自の健全な経営判断に基づくものである。」、「原告P3は、製造業者としての立場から、もともと商品については自社販売を旨としていた。」、「P7を通じて着うたを提供していた27社のうち5社を除く22社の中の手レコード会社の中にも、5社と同様の方針を採用し、原盤権の利用許諾の拒絶を行っているものが存在する。」、「5社に係る利用許諾割合は、他のレコード会社22社とは異なり、1社平均での当該割合の分母数が約2000曲と極めて多数に上るため、計算結果としての本件利用許諾割合の数字が相対的に小さく見えるにすぎない。」、「人気楽曲それ自体の数が少なく、そのライフサイクルも短期化傾向を示していることからして、一定時点において他の着うた提供業者が欲しがるような人気楽曲の数は極めて少なく、必然的に利用許諾割合の分子数も小さくなる。」、「利用許諾をすることによって原告P2及び同P3が利益を上げられるような着うた提供業者は極めて限られている。」、「他の着うた提供業者の供述は、利害関係人の供述として、物的証拠の支えなくして信用すべきでない。」、「着うた関連市場に内在する制限的要素からして、原告P2及び同P3においては、原盤権の利用許諾に伴うデメリットを上回るだけのメリットを容易に見出し難い。」、と主張する。

(イ) しかしながら、原告P2及び同P3の上記各主張は、要するに、原盤権者の立場から着うた提供業者に利用許諾を拒絶する行為の法的

正当性，経済的合理性を強調し，それゆえに原告 P 2 及び同 P 3 による利用許諾の拒絶行為の共同性が否定される，とするものであるが，本件審決は，このような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」行ったことが独占禁止法に違反する違法な行為であると判断しているのであり，先に認定判断したとおり，本件に表れた一切の事情（前記(2)の ないし に記載の着メロ提供事業のビジネス構造に対する 5 社の不満，P 7 設立の経緯，着うた提供事業を開始する動機や経緯，P 7 の運営委員会等における 5 社の要職を担う者同士の検討状況，アフィリエイト戦略の検討の経緯，等）を考慮すれば，5 社が意思の連絡の下に共同して P 7 以外の着うた提供業者に対して利用許諾を拒絶する行為を行っていたことは優に認められるというべきであって，そのような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占禁止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。また，他の着うた提供業者は，5 社に対して利用許諾を拒絶されたことについて損害賠償請求を行う等，5 社と対立する法的関係にあるわけではなく，その供述が利害関係人の供述として信用できないとまではいえないというべきである。

したがって，原告 P 2 及び同 P 3 の上記各主張は採用することができない。

イ(ア) 原告 P 2 及び同 P 3 は，着うた提供事業を開始するまでの背景等に関し，「原告 P 1 は，単独で着うた提供事業を始めようとしたところ，P 1 7 から採算性の観点から難色を示されたために，複数のレコ

ード会社と協力して多くのユーザーを集めるべく、複数のレコード会社から多くの楽曲を提供してもらうためにP7への楽曲の提供を呼びかけたにすぎず、このような行為は、正当な業務活動として当然に許容されるものである。」、「本件審決が利用許諾の拒絶の共同性の根拠とした「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」及び「参入障壁を築き、競業他社が参入する余地を排除する」という3つの文言は、プレゼンテーション資料上の文言として誇張・強調を含んだ表現である上、P7の利益を追求するに際して当然考慮される内容にすぎず、何ら非難されるいわれはない。」、「原告P2は、その親会社より原盤権の利用許諾を受けている立場にあるところ、原盤権の利用許諾の決定は親会社の役職員の権限に属するものであるが、親会社の役職員がP7の運営会議に参加したことはなく、原告P2以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。」、「原告P3において原盤権の利用許諾の決定権限を有しているのは各制作部署であるが、各制作部署に所属する役職員がP7の運営会議に参加したことはなく、これら以外の場合、原盤権の利用許諾の拒絶に関して、原告P3以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。」と主張する。

(イ) しかしながら、着うた提供事業の開始に際して、原告P1が単独で事業を行うことについてP17から採算性の観点から難色を示され、そのことゆえに原告P1が他のレコード会社にP7への楽曲の提供を呼びかけた事情があったとしても、原告P1がP7に楽曲を提供した他の4社と意思の連絡の下に共同して他の着うた提供業者への原盤権等の利用許諾を拒絶する行為が正当化されるわけではない。また、「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」及び「参入障壁を築き、競業他社が参入する余地

を排除する」とのプレゼンテーション資料中の文言は、プレゼンテーション資料中の文言であるがゆえに、多少の誇張・強調を含むものではあるとしても、むしろ、説明者において伝えたい内容が率直・端的に表現されていると理解することが可能であるし、さらに、その文言自体からしても、また、これらの資料を検討した複数の者の認識からしても（査第18号証，第54号証，第87号証，第109号証，第110号証），P7としての利益の追求というよりも、むしろレコード会社としての利益の追求に重点が置かれていたと認められるものである（前記(3)のとおり、そもそも、P7自体には利益を留保せず、レコード会社に利益を分配することが前提とされていたのである。）。さらに、原告P2の親会社の役職員や原告P3において原盤権の利用許諾に関する決定権限を有する部署の役職員がP7の運営委員会等に参加したことがなかったとしても、通常の企業における意思決定手続と同様に、P7の運営委員会等における検討の場に参加した原告P2又は同P3の役職員は、情報を収集して検討を加えた上で、原盤権の利用許諾に関する決定権限を有する部署（原告P2においては親会社における該当部署を含む。）に情報を伝達し、その意思決定を仰ぐ、といった手続がとられていたものと推認できるものである。

したがって、原告P2及び同P3の上記各主張も採用することができない。

ウ(ア) 原告P2及び同P3は、5社で結束する動機等に関し、「着うた関連市場に内在する制限的要素からすれば、そもそも、他の着うた提供業者が着うたを現行の趨勢価格である1曲100円より安く提供するということは困難であり、したがって、5社が利用許諾を共同で拒絶する動機は形成されない。」、「原盤権の利用許諾料の定め方いかんによっては、着うた配信価格の設定という観点においても、原盤権の

利用許諾契約と業務委託契約との間には実質的な差異は認められず，5社が利用許諾のみを共同して拒絶する動機は形成されない。」，「ブランド間競争に関し，着うたという商品の差別化の強さ，楽曲に係る着うたに関する値付け幅の限界及び5社以外の着うたを提供するレコード会社の売上高が着うた関連市場全体の半額を超えていること，などの諸事情を前提とすれば，5社が原盤権の利用許諾を共同して拒絶する動機は形成され得ない。」，と主張する。

(イ) しかしながら，着うたを常時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といえても（査第21号証），P7に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し（査第83号証），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のであって（査第18号証，第28号証，第31号証，第34号証，第110号証），着うたのユーザーが中学生・高校生から20歳代前半までの着うたの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も併せ考慮すれば，たとえ着うた市場に内在的制限（着うたカテゴリー・サイトの上方に位置付けられている着うた提供業者のサイトにアクセスが集中し，着うたカテゴリー・サイトの下方に位置付けられ，携帯電話の画面のスクロールを行わなければ表示されないような着うた提供業者のサイトにはほとんどアクセスが集まらないという競争上の制限。）が存在するとしても，なお，価格競争が生じ得ないとまではいえないというべきである。また，原盤権の利用許諾料をいかに定めようとも，原盤権の利用許諾を行った場合には，着うたの配信価格は利用許諾を受けた着うた提供業者が決定することになるのであり，5社による着うたの配信価格の統制には自ずと限界があるから，着うた配信価格の設定という観点において利用

許諾契約と業務委託契約との間に実質的な差異が生じないとはいえないものである。

したがって、原告 P 2 及び同 P 3 の上記各主張も採用することができない。

エ(ア) 原告 P 2 及び同 P 3 は、アフィリエイト戦略に関し、「P 7 がアフィリエイト戦略の実施によって株式会社として自らの利益を追求することは、事業者において正当な業務活動として許容される範囲の活動であり、何ら法的非難に値するものではない。」、「自らの利益を追求するにあたり、その取引先であるレコード会社の利益に配慮することも正当な業務活動として許容される範囲の活動である。」、「レコード会社が原盤権の行使態様を自ら単独の判断で決することは、正当な業務活動として許容される範囲の活動であるところ、5 社それぞれにとっては、仮に P 7 よりも有力な競合サイトが生じたのであれば、当該競合サイトにおいて着うたを配信すれば足りるのであり、P 7 の利益と 5 社それぞれの利益は共通ではない。」、「P 7 における「競合サイトの発生防止」というアフィリエイト戦略案の目的は、5 社が他の着うた提供業者に対する原盤権の利用許諾を含めた楽曲提供という選択肢を有していることを前提にして初めて意味を有するものであり、むしろ、本件違反行為として問題とされている「意思の連絡」を推認するものではなく、これを排斥するものに他ならない。」、「競合サイトの発生防止」が本件違反行為の目的であったのであれば、原盤権の利用許諾のみを共同で拒絶するのでは全く不足で、5 社は業務委託をも共同で拒絶しなければならないことになるが、本件審決によっても、着うた配信に係る業務委託まで共同拒絶がなされていたことは認定されていない。」、「原告 P 2 は、その親会社より原盤権の利用許諾を受けている立場にあるところ、原盤権の利用許諾の決定は親会社の

役職員の権限に係るものであるが、親会社の役職員がP7のアフィリエイト戦略に関する運営会議に参加したことはなく、原告P2以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。」「原告P3において原盤権の利用許諾の決定権限を有しているのは各制作部署であるが、各制作部署に所属する役職員がP7のアフィリエイト戦略に関する検討の場に参加したことはなく、これら以外の場で原盤権の利用許諾の拒絶に関して原告P3以外の4社の役職員と事前に連絡ないし接触を持ったこともない。」と主張する。

(イ) しかしながら、アフィリエイト戦略の採用によってP7の競合サイトの発生を防止することは、P7の利益につながると同時に、P7の出資者でありかつP7に5社の要職を担う役職員を派遣してその運営に当たっている5社の利益に直結することは明らかである(5社は、P7以外の着うた提供業者に楽曲の提供を行った場合であっても、楽曲提供の対価を得ること自体はできるが、P7のみに楽曲を提供し、人気楽曲を集中させることができれば、5社からP7に支払われる業務委託料を差し引いても、着うたの配信によってP7に多大な利益が生じ、5社はこれについて利益配当の形でこれを取得することができるのであって、「仮にP7よりも有力な競合サイトが生じたのであれば、当該競合サイトにおいて着うたを配信すれば足りる。」と5社が考えていたとは到底認められないというべきである。)。そして、5社は、P7の運営委員会等におけるアフィリエイト戦略の検討に際して、アフィリエイトの提携先につき、レコード会社が望まないサービスをしていないこと、着メロなど競合性の高いサイトを運営していないこと、等の原盤権を保有等するレコード会社の利益を守る観点から選定条件を設定して検討していたものであり(査第165号証、第176号証)、その検討期間も平成15年10月ころから平成

16年4月ころまでの約半年間の長期にわたるものであって（P7の立場からのみの検討であれば、原盤権を保有等するレコード会社に判断を委ねれば足りるはずである。）、運営委員会の検討の中では、「望む、望まないに関わらず周囲からの攻勢が顕在化してきており、拒否することものりくらりとかわすことも難しい状況に至っている。」などの原盤権を保有等するレコード会社の立場からの発言も出されていることからすれば（査第181号証）、P7におけるアフィリエイト戦略の検討は、むしろレコード会社である5社の利益を図ることを主眼として行われたと認めるべきものである。また、「競合サイトの発生防止」というアフィリエイト戦略の目的は、5社による利用許諾の拒絶に納得しない他の着うた提供業者に対して妥協的なアフィリエイトを提案することによって「利用許諾」を断念させることにあるものであるから、「競合サイトの発生防止」という目的でアフィリエイト戦略が検討されていたことをもって5社が「利用許諾」という形態での競合サイトの発生という選択肢を有していたことの根拠（利用許諾の拒絶についての5社の意思の連絡を否定する根拠）となるものではないというべきであるし、本件審決が利用許諾とは異なる業務委託については5社が共同で拒絶している事実を認定していないこととも矛盾しないというべきである。なお、原告P2の親会社の原盤権の利用許諾の決定権限を有する役職員との関係や、原告P3の各制作部署の役職員との関係については、先に述べたとおりである（上記イ（イ））。

したがって、原告P2及び同P3の上記各主張も採用することができない。

オ(ア) 原告P1は、「本件において5社間に原盤権の利用許諾の拒絶について「意思の連絡」があるというためには、少なくとも、原盤

権の利用許諾の拒絶に関連する5社間の事前の連絡交渉が存在すること、原盤権の利用許諾の申し込みに対する拒絶行為の一致が不自然なものであること、他の事業者の行動とは無関係に独自の判断によって原盤権の利用許諾の申し入れに対する拒絶を行ったものではないこと、の3つの要件を全て満たす必要がある。」と主張する。

(イ) 確かに、原盤権を保有等する5社が個別に特定の着うた提供業者(P7)には業務委託を行いそれ以外の着うた提供業者には利用許諾を拒絶するという行為は、何ら違法ではなく、自らが出資したP7の利益ひいては自らの利益を図るために、P7にのみ楽曲を提供し他の着うた提供業者には利用許諾を拒絶するという行為は、経済的合理性に適った行為ということもできるから、結果的に5社のいずれもがP7以外の着うた提供業者に利用許諾を拒絶したことは、それ自体は不自然な行為とまではいえないものである。

しかしながら、5社それぞれが個別に行う原盤権の利用許諾の拒絶行為が上記のとおり適法かつ自然な行為と評し得るとしても、5社が意思の連絡の下に共同して取引拒絶をすれば、それは独占禁止法19条、2条9項、本件告示1項1号に違反する違法な行為となるものであり(5社それぞれが有する著作隣接権に基づく原盤権の利用許諾の拒絶行為も、それが意思の連絡の下に共同してなされた場合には、それぞれが有する著作隣接権で保護される範囲を超えるもので、著作権法による「権利の行使と認められる行為」には該当しないものになる。)、そして、意思の連絡があったというためには、前記(1)で述べたとおり、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から、原告P1の上記主張は採用することができないも

のである。

カ(ア) 原告 P 1 は、本件審決の事実認定には実質的証拠が欠缺しているとして、「本件審決は、5 社が第三者に対して業務委託方式による音源の提供をも拒絶していることを前提に意思の連絡を認定しているが、5 社が業務委託方式による音源の提供までも拒絶していると認定できる実質的証拠はない。」、「P 7 における運営委員会等は、あくまでも 5 社とは別法人である P 7 の運営に関する事項を協議・決定する場であり、5 社のための協議をすとか 5 社の意識あわせをすとかいう場ではなく、P 7 の運営委員会等での協議が 5 社の協議の場であるとする実質的証拠はない。」、「本件審決の「P 7 は、レコード会社である 5 社が結束して 5 社が保有等する楽曲の原盤権により各社の利益を上げるために共同出資して作られた会社である」との認定は、実質的証拠を欠いている。」、「P 7 の運営委員会等においてレコード会社の利益を念頭に置いたとしても、P 7 の主要取引先はレコード会社であり、レコード会社にメリットを提供できない限り P 7 における着うた提供事業は成り立たないのであるから、レコード会社の利益を念頭に置くことは自然である。なお、ここでいうレコード会社の利益とは、5 社のみの利益ではなく、取引先であるレコード会社全般の利益である。」、「P 7 において着うた提供事業を開始するに当たって P 1 9 が提供したプレゼンテーション資料中に記載された 3 つの文言（「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」及び「参入障壁を築き、競業他社が参入する余地を排除」）は、いずれも、5 社が他の着うた提供業者の参入を困難にするとともに着うた提供事業における優位性を維持したいとの共通の認識を有していたとの事実を推認するに足る実質的証拠とはなり得ない。」、「レコード会社のニーズに応え、また、システムの構築に要す

る費用の問題を検討するために、P7においてアフィリエイト方式を検討することは当然である。」、「5社が競合サイトの発生を防止したいのであれば、P7以外の着うた配信業者に対しては業務委託による音源の提供さえも行わないはずであるのに、現実には、5社は業務委託による音源の提供を多数行っている。」、「P7におけるアフィリエイト戦略の検討は、平成15年11月25日ころの集中ミーティングの後は平成16年4月6日の集中ミーティングまで検討されておらず、アフィリエイト問題はそれほど重要視されていなかった。」、「実際にはアフィリエイト方式が利用された例はほとんどなく、5社にとってアフィリエイト方式が「他の着うた提供業者に対して楽曲を提供しないようにするための楽曲の提供に代わる対応策」であったとする実質的証拠がないことは明らかである。」、と主張する。

(イ) しかしながら、まず、本件審決の認定事実(本件違反行為)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P1のこの点の主張はその前提を欠き、失当である。また、先に認定判断したように(前記(2)の )、もともと着メロ提供事業においては原盤権を有するレコード会社に何の利益ももたらされていなかったことについてレコード会社側に大きな不満があり、いずれ着メロが着音楽になることを予想して、5社が着メロ提供事業を行うP7を設立したという経緯があったこと、着うた提供事業は、原盤に録音された歌声等の楽曲(音源)の一部を配信する事業であり、原盤権を有するレコード会社が事業を始めるのに極めて有利であったことから、5社が結束してP7を通じて着うた提供事業を行うという新規市場を開拓し、レコー

ド会社以外の者の参入をできるだけ排除して5社の原盤権に基づく利益を確保することを意図し、着うた提供事業を開始したこと、5社は、P7による着うた提供事業が軌道に乗った後は、他の業者の参入によって着うたの配信価格の安定が脅かされることのないよう他の着うた提供業者に対して利用許諾の方法により楽曲を提供することをしないこととし、それに代わる対応策として、P7の運営委員会等においてアフィリエイト戦略を検討し、レコード会社の利益を守る観点からアフィリエイト提携先の条件（レコード会社が望まないサービスをしていないこと、着メロなど競合性の高いサイトを運営していないこと、等）を設定して検討していたこと、などの事情からすれば、P7の運営委員会等における検討は、P7の利益ないしはレコード会社全体の利益というよりも、むしろ5社のみを利益を図ることを主眼として行われていたものというべきである。さらに、プレゼンテーション資料中の3つの文言（「レコード会社にしか出来ないビジネス」、「価格競争の起こらない安定したビジネス」及び「参入障壁を築き、競業他社が参入する余地を排除」）についても、先に述べたように（イ(イ)）、説明者において伝えたい内容を率直・端的に表現しているものと理解することができる上、その文言自体からしても、また、これらの資料を検討した複数の者の認識からしても、P7としての利益の追求というよりも、むしろレコード会社5社としての利益の追求に重点が置かれていたと認め得るものである。なお、前記のとおり（エ(イ)）、「競合サイトの発生防止」というアフィリエイト戦略の目的は、5社による利用許諾の拒絶に納得しない他の着うた提供業者に対して妥協的なアフィリエイトを提案することによって「利用許諾」を断念させることにあるものであるところ、業務委託においては、委託先（受託者）である着うた提供業者において着うたの配信価格を設定すること

ができず、原盤権を保有等するレコード会社において配信価格をコントロールすることが可能であり、これによっても5社が最も避けるべきものと考えていた価格競争は生じないのであるから、5社が他の着うた提供業者に業務委託を実際に行っていたとしても、このことは、アフィリエイト戦略の目的である「競合サイトの発生防止」とは矛盾しないものである。さらに、平成15年11月25日ころの後は平成16年4月6日の集中ミーティングまでアフィリエイト戦略に関する会議が開かれていなかったとしても、その間にアフィリエイト戦略に関する検討が全く中断していたとまではいえず、同日の集中ミーティングにおいては、レコード会社の利益を守る立場からの発言を含めて約4時間30分にわたる議論が行われたのであって（査第181号証）、5社及びP7がアフィリエイト問題を重要視していなかったということとはできない。また、実際にアフィリエイト方式が利用された例の多寡も、5社がアフィリエイト戦略を利用許諾の拒絶のための対応策として位置付けていたとの認定を覆すものではないというべきである。

したがって、原告P1の上記各主張も採用することができない。

キ(ア) 原告P1は、本件審決の事実認定に実質的証拠が欠缺しているとして、さらに、「着うた提供事業において価格競争が起こらないようにするためであれば、5社は素直に「利用許諾も業務委託も自由であるが、配信価格をP7以上とすることを合意すればよいのである。」、「音源は、他の商品とは異なり、まさに個人の嗜好によって選択されるものであって、特定の歌手や楽曲のファンが、価格が安いからといって、好きでもない他の歌手や楽曲を着うたにすることはあり得ない。」、「5社を含めたレコード会社にとってみると、単に着うたの売上を考えたならば、音源を配信する着うた提供業者が多ければ多いほ

ど、これらの楽曲を携帯電話にダウンロードするユーザーの数やダウンロードする回数が増えるのであって、レコード会社にとっても着うた提供業者が増加することにはメリットがあるのである。」と主張する。

(イ) しかしながら、5者間で「配信価格をP7以上とすること」を合意することは、より違法性の高い価格カルテルに該当する行為であり（独占禁止法89条1項1号、3条、2条6項）、価格競争を回避するためであれば5社は素直にそのような行為をするはずであるとはいえない。また、他の着うた提供業者が着うたを低価格で提供すれば、着うた全体の提供価格に影響が及び得ること、着うたのユーザーがすべて特定の楽曲にしか興味を示さないものとはいえないこと（楽曲の傾向が共通する複数のアーティストに魅力を感じるユーザーが存在しないとはいえない。）、着うたのユーザーは、中学生・高校生から20歳代前半までの着うたの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、なども併せ考慮すれば、ユーザーがより安価な着うたに魅力を感じることもあり得るといふべきである（P23参考人審訊速記録）。さらに、先に述べたような、レコード会社に利益がもたらされない着メロ提供事業のビジネス構造へのレコード会社の不満、着うた提供事業におけるレコード会社の優位性の確保（利益確保）、P7が行うサイト以外の競合する着うた提供業者の行うサイトの発生防止のためのアフィリエイト戦略の検討、といった諸事情を踏まえれば、レコード会社が「着うた提供業者が増加することにはメリットがある。」と考えていたとは到底認められないものである。

したがって、原告P1の上記各主張も採用することができない。

ク(ア) 原告P1は、本件審決の意思の連絡の認定につき、「本件では、5社のみならず意思の連絡がないと認定された22社を含むレコード

会社による原盤権の利用許諾の拒絶行為の一致は極めて自然であるから、「単に行為の結果が外形上一致した事実があるだけである」もしくは「一方の原盤権の利用許諾の申入れの拒絶を他方が単に認識し認容するのみである」と合理的に認定されるのであって、意思の連絡を推認することは経験則に反する。」「原告P1は、基本的なビジネスポリシーである自社配信主義に則って原盤権の利用許諾を拒絶しているものであり、その理由は極めて合理的である。」と主張する。

(イ) しかしながら、先にも述べたとおり(オ(イ))、5社が原盤権の利用許諾の拒絶行為を個別に意思の連絡なく行った場合には、それぞれの行為が経済的合理性を有するもの又は基本的な自社配信主義というビジネスポリシーに基づく自然な行為とはいえても、そのような拒絶行為を5社が意思の連絡の下に共同して行った場合には、独占禁止法及び本件告示に違反する違法な行為となるのであり、そして、本件審決は、そのような意思の連絡を利用許諾の拒絶行為の結果が外形上一致したことのみをもって認定しているものではなく、前記(2)のからまで)記載の認定事実を総合して意思の連絡を認定したものであるから、原告P1の上記各主張も採用することができない。

ケ(ア) 原告P1は、5社間の意思の連絡について、「5社からP7に向向していた者が5社において「要職を担う者」であることを裏付ける実質的証拠は存在せず、原告P1の社員でP7の取締役及び執行役員となった者は、P1グループ会社における原盤権の利用許諾の決定に関わる部署(マーケティンググループ契約部又は契約グループ)や子会社(レーベルカンパニー)とは関係がない。」「P7の運営会議等で協議された内容が原告P1の関係各部署へ情報伝達された事実も証拠も存在しない。利用許諾の拒絶は、原告P1が採用する自社配信主義に基づくものであって、P7の運営会議等の協議内容とは関係がな

い。」と主張する。

(イ) しかしながら，原告P 1についていえば，P 1 9のP 7 5は，原告P 1のデジタルネットワークグループP 7 6部長と兼務する形で平成1 5年6月にP 7の取締役役に就任し，平成1 6年4月にはP 7の取締役役を辞任すると同時に執行役員に就任しているのであって（査第2 3号証），同人が，着うた提供事業の開始に際して，P 1 9の立場を代表してP 7の運営会議で着うた提供事業の提案及びプロモーションを行った者であったことからすれば，「要職を担う者」であったと評するに十分であり，また，先に述べたとおり，原告P 1においても，通常の企業における意思決定手続と同様に，P 7の運営委員会等における検討の場に参加した原告P 1の役職員が，情報を収集して検討を加えた上で，原盤権の利用許諾に関する決定権限を有する部署に情報を伝達し，その意思決定を仰ぐ，といった手続がとられたものと推認できるものである。さらに，仮に原告P 1が利用許諾を拒絶した理由の中に自社配信主義のポリシーを採用していたことが含まれていたとしても，そのことのみによって，他の4社との利用許諾の拒絶についての意思連絡を否定する根拠とはならないというべきである。

原告P 1の上記各主張も採用することができない。

コ(ア) 原告P 5は，「原告P 5が他社と共同して原盤権の着うた提供者への利用許諾を拒絶した事実はない。利用許諾の申出に対して拒絶した場合があったとしても，それは単に条件が合わなかったために自らの判断で許諾しなかったにすぎないものである。」と主張する。

(イ) しかしながら，前記(2)(3)で認定判断したとおり，もともと着メロ提供事業においては原盤権を有するレコード会社に何の利益ももたらされていなかったことについてレコード会社側に大きな不満があり，いずれ着メロが着音楽になることを予想して，5社が着メロ提供

事業を行う P 7 を設立したという経緯があったこと、着うた提供事業は、原盤に録音された歌声等の楽曲（音源）の一部を配信する事業であり、原盤権を有するレコード会社が事業を始めるのに極めて有利であったことから、5 社が結束して P 7 を通じて着うた提供事業を行うという市場を開拓し、レコード会社以外の者の参入をできるだけ排除して 5 社の原盤権に基づく利益を確保することを意図し、着うた提供事業を開始したこと、5 社は、P 7 による着うた提供事業が軌道に乗った後は、他の業者の参入によって着うたの配信価格の安定が脅かされることのないよう他の着うた提供業者に対して利用許諾の方法により楽曲を提供することをしないこととし、それに代わる対応策として、P 7 の運営委員会等においてアフィリエイト戦略を検討し、レコード会社の立場を守る観点からアフィリエイト提携先の条件（レコード会社が望まないサービスをしていないこと、着メロなど競合性の高いサイトを運営していないこと、等）を設定して検討していたこと、結果的にも、5 社は他の着うた提供業者に対して利用許諾の方法での楽曲提供をほとんど行っていないこと、などの事情によれば、原告 P 5 を含む 5 社が意思の連絡の下に共同して他の着うた提供業者への利用許諾を拒絶していたものと認めることができるものである。

したがって、原告 P 5 の上記主張は採用することができない。

### 3 争点 2（排除措置の必要性があるか否か）について

- (1) 原告らは、「現在、P 6 及び原告 P 5 の 2 社は、他の着うた提供業者に対して原盤権の利用許諾を行っており（原告 P 5 が他の着うた提供業者に提供した楽曲数は P 6 のそれを凌駕している。）、原告 P 2、同 P 3 及び同 P 1 も、業務委託形式において多くの楽曲提供を行っており、5 社の他の着うた提供業者に対する対応は現実的には全く異なったものとなっているのであるから、仮に本件違反行為として問題とされている 5 社間の

利用許諾の拒絶についての「意思の連絡」が過去に存在していたとしても、そのようなものは現時点では完全に終了ないし消滅している。」「本件違反行為のような黙示的かつ受動的な「意思の連絡」は、拘束力が極めて弱く、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いうべきである。」と主張する。

- (2) しかしながら、5社のいずれかが利用許諾の拒絶に係る意思の連絡から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意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。

これを本件についてみるに、P 6は、本件勧告を応諾し、平成17年4月26日、本件勧告と同趣旨の審決（平成 年（勸）第 号）を受け、当該勧告審決において命じられた排除措置（本件違反行為を取り止める旨の取締役会決議、原告ら4社及びP 7に対する通知、従業員及び着うた提供事業を行い又は行おうとする事業者への通知、研修及び監査、等）を履行しているものであり、これらの事実からすれば、P 6については、利用許諾の拒絶に係る意思の連絡から離脱していることが認められるというべきであるが、その余の原告ら4社のうち、原告P 2、同P 3及び同P 1は、業務委託形式において楽曲提供を行ってはいるものの、利用許諾の形式においては楽曲の提供を行っておらず、また、原告P 2、同P 3及び同P 1が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。原告P 5は、株式会社P 7 2及び株式会社P 7 3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旨を主張するが、その配信契約書（査第2 5 3号証）には典型的な業務委託契約のように原告P 5にユ

ーザーへの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P5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ず、仮に方針を変更したものであるとしても、そのことを他の者が窺い知ることができるほどに十分な事情があるものとも認められない。原告ら4社を本件勧告を応諾して排除措置を履行したP6と同視することはできないというべきである。

したがって、原告らの上記各主張も採用することができない。

#### 4 まとめ

以上のとおりであり、原告らは、原盤権の利用許諾をP7以外の着うた提供業者に対して意思の連絡の下に共同して拒絶していたものであり、それによって公正な競争を阻害するおそれがあり、現在においてもその排除措置の必要性は認められるから、本件審決を取り消すべき事由は認められないものである。原告らの本件各請求はいずれも理由がない。

#### 第4 結論

よって、原告らの本件各請求をいずれも棄却することとし、訴訟費用の負担につき、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法61条、65条1項本文を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第3特別部

裁判長裁判官 原 田 敏 章

裁判官 北 村 史 雄

裁判官 坂 本 宗 一

裁判官 小 出 邦 夫

裁判官藤岡淳は、転補につき、署名押印することができない。

裁判長裁判官 原 田 敏 章

