

電子書籍の流通と独占禁止法

— アップル及び大手出版社による価格引上げ事件 —

Distribution of e-Books and Antitrust Law

— Price Raise Case by Apple, Inc. and Large Publishers —

小畑 徳彦*

Tokuhiko Obata

米国司法省は、2012年4月に、電子書籍の流通を巡る Apple と大手出版社 5 社の共同行為が反トラスト法に違反するとして提訴し、うち出版社 3 社との間で同年9月に同意判決が出された。わが国でも最近、本格的な電子書籍の流通が始まったが、本事件は、我が国の電子書籍の流通と独占禁止法について考える上でも参考になるものと思われる。また、本件は、合意による事件解決制度の利点が良く現れているものである。

キーワード：電子書籍、米国反トラスト法、水平的共同行為、再販売価格維持行為、同意判決

I. はじめに

米国司法省は、2012年4月に電子書籍の販売業者である Apple と大手出版社 5 社（Hachette、HarperCollins、Macmillan、Penguin 及び Simon & Schuster の 5 社¹⁾。以下「出版社 5 社」という）の共同行為による電子書籍の価格引上げに係る事件について、反トラスト法に違反するとして地方裁判所に差止等を求める民事訴訟を提起した。このうち出版社 3 社との間では和解が成立し、法定の手続きを経て同年9月に裁判所で同意判決（consent judgment）が出された²⁾。その後、残りの被告のうち出版社 2 社との間でも和解が成立し、同意判決に向けた手続きが進行中である。

同様の事件が EU でも取り上げられ、Apple を含む 5 社が欧州委員会に問題解消措置に関する確約（commitment）を提出し、欧州委員会は同年12月に当該問題解消措置を命じる確約決定（commitment decision）を出している。欧州委員会は、残りの 1 社（Penguin）とも確約決定に向けた手続きを進めている³⁾。

本稿は、これらについて、米国における事件を中心に紹介するとともに、この事件で提起された電子書籍の流通をめぐる独占禁止法上の問題について検討するものである。

II. 本件同意判決について

1. 司法省による民事訴訟の提起

a. 事件の概要

米国司法省の訴状⁴⁾によると、本件の概要は次のとおりである（〔 〕内の数字は、訴状のパラグラフの番号である）。

電子書籍の販売は、2007年にAmazonが電子書籍専用端末Kindleを発売して以来、急速に拡大してきた。Amazonは新刊及びベストセラーの電子書籍の価格を9.99ドルという低額とすることで、大きな成功を収めた〔2〕。

Amazonの低価格販売を、出版社は伝統的なビジネスモデルに対する挑戦と見ていた。出版社5社は、電子書籍の小売価格の低下が電子書籍の卸売価格の低下や紙の本の価格の低下などをもたらすことをおそれていた。2009年末ころ、出版社5社は、各社が単独でAmazonに低価格販売をやめさせようとしてもやめさせることはできないとの結論に達し、以後、電子書籍の小売価格引上げ又は電子書籍販売競争の制限のために共謀した。そして、同じことを目指すAppleと手を組んだ〔3〕。

i-Padの発売を準備していたAppleは、自社の電子書籍ストアを開設することを検討していたが、当時は激しい価格競争により人気の電子書籍の小売価格が9.99ドルに低下していて、小売業者のマージンが少なく魅力がないと考えていた。Appleは、出版社5社との話し合いで、出版社5社も電子書籍の小売価格競争を制限し人気電子書籍の価格を9.99ドルより著しく高い価格に維持するという共通の目的を持っていることを知った。Appleと出版社5社は、小売価格競争をなくし、電子書籍の小売価格を著しく引き上げ、Appleに対し販売する電子書籍の1冊ごとに30%の手数料を保証するとの合意に達した〔4〕。

目的達成のために、Appleと出版社5社は、出版社と小売業者の間のビジネスモデルを変えることに合意した。共謀の前は、紙の本も電子書籍も、出版社が小売業者に販売し、小売業者は小売価格を自由に決めることができるという「卸売モデル（wholesale model）」の下で販売されていた。Appleと出版社5社は、電子書籍の販売を「代理店モデル（agency model）」に変えることに合意した。このモデルでは、出版社が小売業者を代理店にすることにより小売価格をコントロールできることになる。代理店である小売業者には出版社が決めた小売価格を変更する権限はない。その結果、出版社は小売業者間の価格競争をやめさせ、消費者が小売業者に支払う価格を引き上げることができる。このビジネスモデルの変革は、Appleと出版社5社の共謀がなければ起こらなかったであろう〔5〕。

Appleは、すべての小売業者との契約の代理店モデルへの変更を調整することにより小売価格競争を終わらせようとする出版社5社の共同の努力を助けた。Appleは、30%の手数料が保証され、Amazonとの競争を避けることができるため、出版社5社がAmazonの「9.99ドル」をやめさせて消費者価格を引き上げることを喜んで助けた〔6〕。

Apple が誇らしげに「合気道の動き (aikido move)」と呼ぶ計画は成功した。2010 年 1 月の 3 日間で、出版社 5 社はすべて、Apple との間で、2010 年 4 月に一斉に発効することとなる実質的に同じ契約を締結した。この契約により、出版社 5 社は Apple に、他のすべての小売店でも電子書籍の小売価格を引き上げることを保証した。Apple 代理店契約 (Apple Agency Agreement) は電子書籍の価格を事実上ハードカバーのリスト価格によって決め、例えばハードカバーのリスト価格が 25.01 ドルから 35.00 ドルの本の価格は、そのハードカバーのリスト価格によって、12.99 ドル、14.99 ドル又は 16.99 ドルとしていた [7]。

Apple 代理店契約締結後すぐに、出版社 5 社はすべて、他の小売業者にも代理店契約を押し付けた。これにより、小売業者は価格競争をすることができなくなった。小売価格を支配すると、出版社 5 社は相互の小売価格競争も制限した。電子書籍出版社間及び電子書籍小売業者間の他の価格競争及び非価格競争も違法に制限され、米国の消費者が被害を受けた [8]。

b. 本件民事訴訟の経緯

本件について、司法省は、2012 年 4 月 11 日に、Apple と出版社 5 社による違反行為の差止めを求める訴状と、うち出版社 3 社 (Hachette, HarperCollins, Simon & Schuster) との間で合意した同意判決案 ([Proposed] Final Judgment) をニューヨーク南部連邦地方裁判所に提出した。法定の手続により同意判決案に対するパブリックコメントが行われ、後述のように多数の意見が寄せられたが、その多くが同意判決案に反対するものであった。Apple は裁判所に同意判決を拒否し又は判断を裁判開始後まで延期することを求めたが、裁判所は同意判決案を承認し、同年 9 月 6 日に同意判決を出した。

2. 訴状

a. 訴状に記載された事実

司法省が訴状に記載している事実は、次のとおりである。

ア. 本件の背景

2007 年に Amazon の Kindle が発売されてから、電子書籍の市場は爆発的に拡大した。現在、電子書籍は米国で販売されるフィクション及びノンフィクションの本の少なくとも 10% を占め、2、3 年以内に 25% に達すると広く予測されている [27]。被告出版社 (Publisher Defendants) は米国の 6 大出版社のうち 5 社である⁵⁾ [28]。

Amazon が Kindle を発売したとき、Amazon は新刊とベストセラーを 9.99 ドルで販売した。当時、被告出版社は、出版費用が安いことから、電子書籍をほとんど Amazon の販売価格と同じ価格で卸売しており、この価格は同じタイトルの本の卸売価格より安かった。Amazon の電子書籍販売事業は、新刊とベストセラーの一部を大幅に値引きしても、開始当初から利益を上げていた。Amazon と競争するため、他の電子書籍小売業者も新刊やベストセラーの電子書籍を同じ又は近

い価格で販売した [31]。被告出版社は、9.99 ドルが新刊及びベストセラーの電子書籍の標準価格になることを恐れた [32]。被告出版社は、新刊やベストセラーの電子書籍の低価格が産業を破壊すると思った。被告出版社は、電子書籍の価格低下が本の価格低下をもたらし、出版社の売り上げを低下させることを恐れていた。被告出版社はまた、Amazon や他の小売業者が出版社に卸売価格を引き下げを要求し、それによってさらに出版社の利益が減少することを心配していた [33]。被告出版社はさらに、9.99 ドルの価格によって電子書籍の人気が高まり、デジタル出版社の挑戦によって大手出版社のビジネスモデルが脅かされることを恐れていた。被告出版社は、Amazon がデジタル出版事業に参入し、出版社に代わって著者と消費者の仲介者となることを恐れていた。さらに、被告出版社は、本の出版事業に長年投資してきたことによる競争上の優位性が、電子書籍が成長し続けることにより重要性を失うことを恐れていた [34]。

イ. 被告の違法行為

被告出版社の幹部は、遅くとも 2008 年 9 月から、会合、電話その他の方法で連絡をとり、Amazon の価格戦略の脅威とその戦略をやめさせるために共同行為をとる必要性について共通認識を持った。2009 年夏の終わりに、被告出版社は、Amazon の価格を上げさせることを合意し、見せかけのジョイントベンチャーの下に行動するなど、その目的達成のためのさまざまな方法を考え、実施した。そして、2009 年後半に、Apple と被告出版社は、卸売モデルを代理店モデルに変えることによって被告出版社が電子書籍の価格を引き上げる力を持つという戦略に合意した [37]。

(a) 被告出版社は共通の脅威を認識していた

2008 年 9 月から少なくとも 1 年間、被告出版社の CEO がマンハッタンの高級レストランの個室で非公式な会合を持ち、Amazon の電子書籍販売を含む事業・競争上の秘密事項を話し合った [39]。CEO の夕食会のほか、被告出版社の CEO 及び他の幹部は 2009 年から 2010 年にわたり、1 対 1 で何度も電子書籍について話し合うために会っている。同様の会合がヨーロッパでも行われた [44]。これらの非公式な会合により、被告出版社の CEO は、「9.99 ドル問題」を共同で解決する方法を話し合った [45]。

(b) 被告出版社はジョイントベンチャーの話し合いを装って電子書籍小売価格の引上げを共謀した

被告出版社は、自社では「9.99 ドル問題」を解決できないが、被告出版社全体では Amazon の電子書籍の売上の半分を占めるので、相互に競争しなければ Amazon に新たな契約条件を受け入れさせることができ、価格行動を変えさせることができると考えた [46]。

被告出版社はこのようにして共同行動を採ることを共謀し、最初は見せかけのジョイントベンチャーの形をとった。この見せかけのジョイントベンチャーは、競争を促進するためのものではなく、価格を上げるための反競争的な手段として作られたものだった [47]。

被告出版社 5 社全社が、2009 年に、共同して最も人気のある電子書籍の小売価格を 9.99 ドルより高い価格に引き上げることに合意した [48]。

(c) 被告は共同で代理店モデルを採用することにより電子書籍の小売価格を引き上げ維持することを合意した

電子書籍の小売価格を引き上げるため、被告出版社は 2009 年後半に電子書籍を「代理店モデル」で販売することも考えた [50]。Apple の電子書籍ビジネスへの参入は、共同で代理店モデルに移行しそれを価格引上げに用いる最良の機会となった。Apple は、当初、電子書籍を既存の卸売モデルで販売することを考えていた。当時、Apple は、競争的な参入のほか、Amazon と違法にデジタル・コンテンツを分け合うことも考えていた [51]。Apple は、他の小売業者、特に Amazon との競争により、希望する 30% のマージンを電子書籍の販売では得られないとの結論に至った。そこで、Apple は、被告出版社とともに、Apple 以外の電子書籍小売業者にも代理店契約を結ばせ、そうしないと被告出版社全社が本を提供しないこととする計画を考えた [52]。

Apple の電子書籍ビジネス担当者は、2009 年 12 月 8 日ころ、被告出版社各社及び Random House に電話し、12 月 15 日及び 16 日に準備会合を設定した [53]。Apple は、被告出版社を小売価格競争から保護してやり、小売業者が当時得ていたよりはるかに高いマージンを実現することとした。Apple は、それによって「顧客が少し余分に支払う」ことになることを認識していた [56]。

Apple が 2009 年 12 月 21 日の週の第二ラウンドの会合に入ったころには、代理店モデルは被告出版社全社との間で議論の中心になっていた。Apple は被告出版社に対し、電子書籍の小売業者全社に代理店契約を受け入れさせることを提案した。Apple はこれによって小売価格で競争しないですむようにしたかった。この提案は、Amazon 等の電子書籍小売業者から価格決定権を奪うものであり、共謀して電子書籍の小売価格を引き上げる計画を促進するものだったので、被告出版社に魅力的なものだった [58]。被告出版社は、Apple に、Amazon の 9.99 ドルの価格をやめさせるという共通の目的を知らせた [59]。

Apple は、業界全体で電子書籍の価格を引き上げるとい目標の手助けができるおそらく唯一の会社として、被告出版社との交渉で非常に有利な立場にあることを知った。Apple はこの有利な立場を利用して、30% という電子書籍小売業者の競争によるマージンよりはるかに高いマージンを要求した。被告出版社は、Apple に自分たちが希望するより高い手数料を払い、電子書籍を自分たちが希望するより安く売られるのは、Apple が電子書籍の価格引上げの手助けをする代償として高すぎるのではないかと懸念した。しかし、被告出版社は、結局、十分な価格引上げを Apple に認めさせた [60]。

Apple は、2009 年 12 月から 2010 年 1 月にかけて被告出版社と交渉している間、各被告出版社に他の被告出版社との交渉状況を伝えていた。Apple はまた、被告出版社に、各社に同じ提案をしていること及び出版社との合意内容はどの出版社も同じであることを保証した。Apple は、このようにして、被告出版社が互いに (a) 代理店の条件が電子書籍の小売価格を引き上げるとい究極的な目的を達成する手段として容認できるものであること、(b) Apple 代理店契約に全社がサインすることにより、共同でその目的を達成する方法をとるよう全社を拘束することがで

きることについて、各社にサインを出すことにより、意図的に重要な共謀参加者 (critical conspiracy participant) の役割を果たした [61]。

Apple が被告出版社と相談した後に行った提案の概要は、次のようなものであった。①Apple は出版社の電子書籍販売の代理店となり、小売価格の設定権は出版社に移される、②各出版社の電子書籍を販売する他の小売業者にも代理店モデルを受け入れさせる、③Apple は電子書籍 1 冊ごとの販売に対し 30%の手数料を受け取る、④被告出版社はすべて、Apple の iBookstore で販売する電子書籍について、同一の価格表を採用する [63]。

2010 年 1 月 11 日、Apple は被告出版社全社に電子書籍販売契約の案を電子メールで送付した [64]。提案された電子書籍販売契約の案は、1 月初めに送った概要と 2 点が異なっていた。①Apple は被告出版社に、完全な電子書籍の出版カタログを提供することと、紙の書籍が発行された後遅滞なく電子書籍を発行することを要求した。②Apple は、各出版社が小売業社と結ぶ代理店契約で常とは異なる MFN (最恵国待遇) 条項を採用するよう明文で要求した。この MFN 条項は、出版社が、たとえ被告出版社が小売業者の価格をコントロールできない場合であっても、他の小売業者が提示した最低の小売価格に Apple iBookstore の価格を引き下げることができるとするものであった [65]。この条項の目的は、電子書籍の小売価格を引き上げて維持するという被告の合意の実施と一致するものであった。Apple と被告出版社は、電子書籍すべての iBookstore における価格が他の小売業者の小売価格より高くないことを保証することは、被告出版社が他のすべての電子書籍小売業者から価格決定権を奪うことを求めるものだという認識していた [66]。結局、全ての被告が MFN を含めることに同意した [67]。

2010 年 1 月 16 日に、Apple は電子書籍の最高価格をハードカバー価格に応じて 16.99 ドル又は 19.99 ドルとするなどの変更を加えた改定案を被告出版社に提示した [68]。被告出版社は、自社が Apple と契約を結ぶ唯一の出版社とならないことの保証を求めた。被告出版社は、誰かが単独行動をとれば Amazon が電子書籍の価格を 9.99 ドルかそれ以下にする力を守るための行動を採るのではないかと、まだ恐れていた。個々の被告出版社はまた、他の出版社が小売業者に価格競争を許し続けて自社の電子書籍の小売価格だけが突然高くなると市場で罰せられることを恐れていた [69]。

被告出版社が Apple と電子書籍の販売条件を 2010 年 1 月 18 日の週に話し合っているとき、Amazon はニューヨークで多くの有名な作家や代理人と会い、著作権者が電子書籍を出版社抜きで直接 Amazon に提供し、Amazon は出版社よりはるかに高い 70%のロイヤリティーを払うというプログラムを発表した。この発表により、被告出版社のビジネスモデルに対する Amazon の直接的な競争上の脅威が注目された [70]。

Apple を通じて及び個人的なディナーその他の非公式な会合で情報を伝達するほか、被告出版社は頻りに電話で電子書籍の小売価格を引き上げるために共同歩調を採ることを確認し合った。

これらの電話連絡は、被告出版社が Apple 代理店契約を検討し締結した 2 か月間に著しく増加した [72]。被告出版社の CEO の電話のタイミング、頻度、長さ及び内容は、被告出版社が電話により Apple 代理店契約に関し共通の戦略及び事業計画を確認し合おうとしていたことを示している [73]。

2010 年 1 月 24 日、Hachette は Apple との電子書籍販売契約に署名した。続く 2 日間のうちに、他の 4 社も Apple との電子書籍販売契約に署名した。Apple 代理店契約は、2010 年 4 月 3 日に、Apple の新 iPad の発売と同時に発効した [74]。

Apple 代理店契約の最終版の価格表は、ベストセラーの価格を 12.99 ドル及び 14.99 ドルとし、新発行の本の価格は同じタイトルのハードカバーの本のリスト価格を基準としていた [75]。

Apple 代理店契約を締結することにより、各被告出版社は、電子書籍小売業者すべてに代理店モデルを受け入れるよう要求することに合意した。Apple も被告出版社も、Apple 代理店契約が被告出版社に Apple 以外の小売業者から価格決定権を奪うことを強いるものであることを理解していた [76]。Apple は、最終的な Apple 代理店契約は被告出版社が電子書籍の価格を Apple の iBookstore だけでなく Amazon その他の全消費者サイトでも引き上げることを保証するものであることを理解していた [77]。Apple は、小売価格 MFN が被告出版社が歩調をそろえて共謀を進めるための鍵となる仕組みであることを理解していた [78]。

Apple 代理店契約締結後 4 か月以内に、Amazon の反対を押し切って、各被告出版社は主要な電子書籍小売業者全社との事業関係を卸売モデルから代理店モデルに変え、Apple 以外の全ての電子書籍小売業者に電子書籍の値引きその他の価格競争の禁止を課した [79]。

例えば、Apple 代理店契約の締結後、Macmillan は Amazon に、代理店モデルを採るか新しいハードカバーのタイトルを発売後 7 か月売れないこととするかの選択を提示した。Amazon は Macmillan の最後通牒を拒否し、ハードカバーの新作の電子書籍版を 9.99 ドルで販売し続けようとした。Macmillan が代理店モデルか電子版を遅らせることを受け入れるよう強いることに抵抗して、Amazon は Macmillan の本と電子書籍の販売を停止した [80]。このとき、他の被告出版社はこの機会を競争者から市場シェアを奪うチャンスとは見ず、Macmillan を支持した [81]。Amazon との戦いが続く中、Macmillan は、他の被告出版社が Apple 代理店契約によって共謀の目的達成のため Amazon に代理店契約を強いざるを得ないので、Amazon はすぐに被告出版社の共同戦線による宣戦布告に直面するだろうということ、被告出版社全体で Amazon の電子書籍ビジネスの約半分を占めるため、Amazon は被告出版社 5 社全社の本をリストから外すことはできないということを知っていた [83]。Amazon はすぐに、Macmillan だけでなく被告出版社 5 社全社が全小売業者と代理店契約を結び小売価格の決定権を手に入れ、電子書籍小売業者が価格競争をする機会を奪おうとしていることを認識した。Macmillan のものの販売を停止した 2 日後に、Amazon は降伏し、代理店モデルを受け入れざるを得ないことを公表し、すぐに Macmillan の電子書籍と本の販売を再開した [84]。

(d) 他の出版社に代理店モデルを採用するよう強制することによる被告の共謀の進展

会社が競争的な行為をするときには、通常、競争者がまねすることを好まず、競争上の有利さを維持しようとする。対照的に、会社が共謀による行為をするときは、通常、他の競争者もその行為に加わることを望む。本件では、被告出版社は（Apple 代理店契約の後、被告出版社のシェアを食って市場シェアを伸ばしていた）他の出版社に同様の行為を採るように圧力をかけたが、これは共謀による行為の常であり、そして競争的行為とは一致しない [85]。

Apple も 2010 年夏に、他の出版社に被告出版社と同様の代理店契約を結ぶようにさせた。Apple は、Apple と被告出版社の間の Apple 代理店契約と実質的に同じ代理店契約に同意しない限り、その出版社の電子書籍の販売を拒否した [89]。

(e) 共謀の成功による消費者向けの電子書籍価格の上昇・維持

Apple 代理店契約の価格リストにある最高価格は、実際には電子書籍の実売価格である。代理店契約が発効すると、被告出版社は全ての小売サイトの価格を最高価格に引き上げた。現在でも、被告出版社はベストセラーの電子版の全て又はほとんど全ての価格を許容される最高価格に設定している [90]。被告出版社は、共同で Apple 代理店契約を採用し、3 段階で電子書籍の価格を引き上げ維持した。(a) 小売業者から小売価格の決定権を奪い、(b) 電子書籍の小売価格を Apple 価格表に従って設定し、(c) 代理店モデルと高い小売価格を他の小売業者にも採用させた。これは、Apple 代理店契約に含まれる小売価格 MFN のためでもある [91]。共同で代理店モデルと Apple の価格表を採用して電子書籍の価格を引き上げ維持するという被告の共謀及び合意により、新刊とベストセラーの電子書籍の小売価格が上昇した。被告らの共謀の前は消費者は価格競争により新刊とベストセラーの電子書籍を 9.99 ドルで買えたが、2010 年 4 月に Apple が iBookstore を開始し被告出版社が全ての小売業者に代理店モデルを課してから、被告出版社の新刊とベストセラーの電子書籍の価格は 12.99 ドル又は 14.99 ドルに上昇した [92]。被告の共謀及び合意により、被告出版社の電子書籍の平均小売価格も上昇した。現在、被告出版社が電子書籍の小売価格を決定しているが、本の小売価格の決定権は Amazon が持ち続けているため、被告出版社の電子書籍の価格は同じタイトルの本の Amazon の販売価格より高いことがある [93]。

b. 法適用

上記のような事実認定に基づいて、司法省は、Apple と被告出版社の行為が次のようにシャーマン法 1 条（競争制限的協定等の禁止）に違反するとした。

被告は遅くとも 2009 年初めから、州際貿易・取引を不当に制限する共謀及び協定を行っており、これはシャーマン法 1 条に違反する [94]。

共謀及び協定は、電子書籍の小売価格を引き上げ、決定し、維持し、電子書籍小売業者間の価格競争を終わらせ、被告出版社間的小売価格競争を制限するための合意及び協調的行動により構成され、これらは、共同して事実上同一の電子書籍販売方法及び価格表を採用し固守することに

より成し遂げられた [95]。

本件協定及び共謀を形成し実施するために、被告の全て又は一部は、次の行為を行った。

- (a) 電子書籍の小売価格を引き上げる方法を練り上げるために、事業の情報、計画及び戦略を交換した
- (b) 電子書籍の小売価格を引上げようとする行為への支持を確認しあった
- (c) 電子書籍の小売価格を引上げようとする行為を隠すため、見せかけのジョイントベンチャー会議を行った
- (d) 電子書籍の小売価格を設定するための方法及び計算式を決定した
- (e) 電子書籍の小売価格の段階を決定した
- (f) 電子書籍の小売業者が自己のマージンを削って価格に充てることができないようにした
- (g) 新発売及びベストセラーの電子書籍の価格をみせかけの上限価格である Apple 代理店契約の価格表にある協定価格に引き上げた [96]

被告の共謀及び協定は、被告出版社と Apple が電子書籍の小売価格を引き上げ、決定し、維持すること、電子書籍小売業者間の価格競争を終わらせること及び電子書籍の小売価格を決定することにより被告出版社間の小売価格競争を制限するものであり、シャーマン法 1 条に違反する当然違法の行為 (per se violation) である [97]。

さらに、被告の共謀及び協定は、消費者から電子書籍小売業者間の価格競争及びイノベーション競争による利益を奪うことにより、電子書籍市場で取引を行う消費者に明白な反競争的効果を及ぼした。これは、シャーマン法 1 条の不当な取引制限に該当する [98]。

被告はシャーマン法 1 条に違反する当然違法の行為を行ったので、関係製品市場、地理的市場又は市場支配力に関する主張は必要ない。もしそのような主張が必要であるならば、本件の関係製品市場は電子書籍の販売である。本件の競争制限的行為は、電子書籍の消費者向け販売に直接影響を及ぼした。電子書籍の代替品はない [99]。関係地理的市場はアメリカ合衆国である [100]。被告出版社は、電子書籍の販売市場で市場支配力を有している。被告出版社は、自社が販売する電子書籍の小売価格の著しい引上げ及び維持に成功した。被告出版社は総体として幅広い人気電子書籍を製造販売しており、常にニューヨークタイムズのフィクション及びノンフィクションのベストセラーリストの半分を占めている。電子書籍を消費者に販売している小売業者は、被告出版社の電子書籍を売ることなしには収益を上げることはできないであろう [101]。被告の協定及び共謀は、次のような競争制限効果を既に持っており、今後も持つであろう。

- (a) 電子書籍の小売価格を引き上げる
- (b) 電子書籍小売業者間の競争を失わせる
- (c) 被告出版社間の小売価格競争を制限する
- (d) 被告出版社間の小売業者と良好な関係を持つための競争を制限する
- (e) 電子書籍小売業者のイノベーションを阻止する

- (f) 本から電子書籍への移行を遅らせることにより、従来からある出版社の本の販売・流通における有利な地位を守る
- (g) 出版業者間の明示又は黙示の共謀を容易にする
- (h) 本の価格に対する競争圧力を減らす [102]

被告の協定及び共謀は、競争促進的な目的達成のために必要なものではなく、又は、そのような目的達成のために必要な範囲を超えるものである [103]。

c. 排除措置の請求

以上の認定に基づき、司法省は、裁判所に次のような判決を求めた。

- (a) 被告がシャーマン法 1 条に違反する州際取引を不当に制限する契約、結合又は共謀を行った旨の判決を下すこと
- (b) 被告、被告の役員、代理人、従業員、弁護士及びそれらの継承者その他本件行為の一部に関わった者に対し、本件行為を継続、維持若しくは更新し又はその他本件行為と同じ効果を持つ行為又は電子書籍の販売方法を決定し、電子書籍の価格又は発売日について合意し、電子書籍協定を共同で交渉し、その他電子書籍の小売価格競争を共同で制限することによってシャーマン法 1 条に違反しないよう命ずること
- (c) 事実上価格を決定する価格の段階 (price tiers) を共同で設定することを禁止すること
- (d) Apple 代理店契約及び被告出版社と電子書籍小売業者の間の、電子書籍小売業者が電子書籍の小売価格を設定、変更若しくは割引し又は消費者の電子書籍購入を促進するための価格若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限し又は妨害する、又は小売価格の MFN 条項を持つ契約を無効と宣言すること
- (e) 小売価格の MFN 条項を無効で実施できないものとして、Apple と被告出版社の契約を改革すること
- (f) 原告に対して本件の訴訟費用を支払うこと [104]

3. 同意判決案

被告出版社のうち 3 社は、司法省の提訴前に、司法省と次のような問題解消措置を含む同意判決案に合意し、訴状とともに同意判決案が裁判所に提出された⁶⁾ (括弧内のローマ数字は、同意判決案のタイトル番号である)。

a. 求められる行為 (IV)

- A. 判決日から 7 日以内に、和解被告 (Settling Defendants、被告出版社のうち同意判決案に合意した 3 社) は、提訴前に実施された電子書籍の販売に関する Apple との全ての契約を終了させること。

- B. 和解被告と Apple 以外の電子書籍小売業者の間の契約で、(1) 電子書籍小売業者が電子書籍の小売価格を設定、変更若しくは割引し又は消費者の電子書籍購入を促進するための値引き若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限又は妨害し、又は(2) 価格 MFN 条項を含むものについて、和解被告は、提訴後 10 日以内に、電子書籍小売業者に対し、電子書籍小売業者は 30 日の事前通知によって契約を終了させることができる旨通知し、電子書籍小売業者がそのような通知をした 30 日後に電子書籍小売業者を契約から開放すること。判決後 30 日以内に電子書籍小売業者が終了させなかった契約について、和解被告は、当該契約で可能な限り早く契約を終了させ、又は更新・延長がされないために必要な措置を採ること。
- C. 和解被告は、和解被告と 1 社以上の電子書籍出版社が参加し又は所有者となる電子書籍の販売、開発、販売促進に関するジョイントベンチャー又は事業協定の形成又は実質的変更をする場合には、少なくとも 60 日前に司法省に書面で通知すること。
- D. 和解被告は、司法省に、(1) 判決日から 7 日以内に、2012 年 1 月以降に和解被告と電子書籍小売業者の間で締結、更新又は延長された電子書籍の販売に関する契約の写しを 1 部、(2) その後四半期ごとに、新たに締結、更新又は延長されたそのような契約の写しを 1 部提出すること。

b. 禁止される行為 (V)

- A. 2 年間、和解被告は、電子書籍小売業者が電子書籍の小売価格を設定、変更若しくは割引し又は消費者の電子書籍購入を促進するための値引き若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限し又は妨害してはならない。この 2 年の期間の起点は、和解被告が次のいずれかの日を選択することにより、電子書籍小売業者ごとに別々の日に設定される。
- ①和解被告と電子書籍小売業者の契約の終了日
- ②和解被告が電子書籍小売業者に書面で契約の条件を執行しない旨通知した日
- B. 提訴後 2 年間、和解被告は電子書籍小売業者が電子書籍の小売価格を設定、変更若しくは割引し又は消費者の電子書籍購入を促進するための値引き若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限し又は妨害する契約を電子書籍小売業者と締結してはならない。
- C. 和解被告は、価格 MFN 条項を含む電子書籍販売に関する契約を電子書籍小売業者と締結してはならない。
- D. 和解被告は、和解被告が本判決 V. A、V. B 及び VI. B で電子書籍販売業者との協定で制限し又は妨害することを禁止されている行為を電子書籍小売業者が行ったことに対し、報復し又は他の電子書籍出版社若しくは電子書籍小売業者に報復させてはならない。この条項は、本判決 V. A 及び V. B の禁止期間の終了後に和解被告が単独で電子書籍小売業者と当該和解被告の電子書籍の小売価格を設定、変更若しくは割引し又は消費者の電子書籍購入を促進するための値引き若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限し又は妨害する契約を締結することを禁止するものではない。

- E. 和解被告は、電子書籍出版社と電子書籍の小売価格又は卸売価格を引き上げ、維持し、決定し又は調整する協定、合意、計画、プログラム、結合又は共謀をしてはならない。
- F. 和解被告は、他の電子書籍出版社に、次のものを含む競争上センシティブな情報を直接又は間接に伝え又は知らせてはならない。
- (i) 事業計画又は戦略
 - (ii) 本（どのような形態かを問わない）の過去、現在又は将来の卸売若しくは小売価格又は価格戦略
 - (iii) 本（どのような形態かを問わない）の小売業者との契約条件
 - (iv) 著者との契約条件

c. 許容される行為（VI）

- A. 判決は、和解被告が単独に、価値のあるマーケティングその他の販売促進活動を行ったことに対して電子書籍小売業者を含む小売業者に報償を払うことを禁じるものではない。
- B. 判決のV. A 及びV. B にかかわらず、和解被告は電子書籍小売業者と、和解被告の電子書籍の消費者による購入を促進するための値引き又はその他の販促品の額の合計を制限する代理店契約を、以下の条件で結ぶことができる。(i) 契約による制限が、小売業者が和解被告の電子書籍を購入する消費者が支払う最終価格を、和解被告が和解被告の電子書籍の消費者向け販売に関して当該電子書籍小売業者に支払うコミッションの少なくとも1年間の合計額と同じ額引き下げを禁ずるものでないこと、(ii) 和解被告が、合意した資金を電子書籍小売業者が電子書籍の消費者による購入を促進するための値引き又はその他の販促品を提供するために使用することを制限し又は妨げるものではないこと、(iii) 電子書籍小売業者の販売促進活動の計算方法は、電子書籍小売業者がどんな形の販売促進活動を行うことも制限し又は妨げるものではないこと

d. 反トラストコンプライアンス（VII）

判決日の30日後までに、和解被告は、general counsel 若しくは chief legal officer 又は general counsel 若しくは chief legal officer に直属する職員を、和解被告が判決を遵守していることを保証する責任をもつ Antitrust Compliance Officer に任命すること。Antitrust Compliance Officer は、次のことについて責任を持つこと。

- A. 本判決の写しを30日以内に和解被告の役員及び電子書籍の販売に携わっている従業員に渡すこと
- B. 本判決のVII. A に記載した地位を承継する役員及び従業員に本判決の写しを遅滞なく渡すこと
- C. 本判決のVII. A 及びVII. B に記載された者がすべて、毎年少なくとも4時間、本判決及び反

トラスト法の意味及び必要とされることについて教育を受けることを確保すること。この教育は、反トラスト法の分野に経験のある弁護士によって行われること

- D. 本判決の 60 日以内及びその後 1 年ごとに本判決の VII. A 及び VII. B に記載された者に、各自が (a) この判決を読み理解し遵守することに同意すること及び (b) 本判決又は反トラスト法に対する違反を知らないこと、又は違反の可能性のある事実を Antitrust Compliance Officer に報告したことについて、証明書を提出させること
- E. 毎年本判決の VII. A 及び VII. B に記載された者全員を対象とする反トラストコンプライアンス検査を行い、検査に関する全ての記録を保存すること
- F. 毎年和解被告の従業員に、本判決又は反トラスト法に違反するおそれのある行為を Antitrust Compliance Officer に報告でき、報復を受けることがないことを伝えること
- G. 本判決の違反に関する信頼できる情報を発見し又は受け取ったときは、3 日以内に和解被告の行為をやめさせ又は修正させて本判決に適合するようにさせるため適当な措置を採り、そのような措置を採ってから 7 日以内に司法省に本判決に違反する行為と採った措置について報告すること
- H. 和解被告が本判決に違反するとの主張を含む秘匿特権のない連絡のコピーを電子ベースで四半期ごとに司法省に提出すること
- I. 四半期ごとに、司法省に、電子書籍に関する計画又は戦略の策定に関わる和解被告の役員又は従業員と別の和解被告に雇用され又は関連する者の間の、米国における本（形態を問わない）の販売に関する口頭または文書による連絡の全ての記録を提出すること
- J. 毎年、司法省に、和解被告の本判決 IV、V 及び VI の遵守状況を文書で提出すること

e. コンプライアンスの検査 (VIII)

- A. 本判決が遵守されていることを判断し確保するために、又は本判決を変更し又は無効にするかどうかを判断するために、コンサルタント等司法省に雇われた者を含む司法省の権限のある代表者は、司法省反トラスト局長の書面による要請に基づき、和解被告に対する合理的な通知をして、次のことをすることができる。
 - 1. 和解被告が所有し又は管理する、本判決に含まれる全てのことに関する全ての帳簿、記録、データ又は資料を、和解被告の営業時間中に閲覧及び複写し、又はコピーの提供を求めること
 - 2. 和解被告の役員、従業員又は代理人から本判決に含まれる全てのことに関し話を聞くこと
- B. 司法省反トラスト局長の書面による要請に基づき、和解被告は本判決に含まれる全てのことに関する書面による質問に対し報告し又は回答すること。司法省は、和解被告の費用によって、独立した監査又は分析を行って書面により回答することを求めることができる。
- C. 司法省は、この項により取得した情報又は書類を、司法省が当事者である法手続（大陪審手

続を含む)、本判決のコンプライアンスを確保する目的その他法律上必要な場合を除き、司法省の権限のある部署の代表者以外には漏らさないものとする。

D. 和解被告は、司法省に情報又は書類を提出するときに、その情報又は書類に含まれるデータが連邦民事訴訟規則 26 条 (c) (1) (G) [ディスクロージャーにおける営業秘密等の保護の請求] の対象となる可能性があることを書面で示し、当該データの各頁に「連邦民事訴訟規則 26 条 (c) (1) (G) による保護対象」と記載することができ、そのような場合には、司法省はそのようなデータを民事手続又は行政手続において提示する 10 日前に和解被告に通知するものとする。

f. 政府の権限 (X)

この判決は、政府が、被告の過去、現在又は未来の行為、方針、慣行に関する反トラスト法違反行為を調査し、予防し又は差し止める行為を採る権限を制限するものではない。

g. 同意判決の失効 (XI)

裁判所が延長しない限り、この判決は判決日から 5 年で失効する。

4. 同意判決案に対するパブリックコメント

a. パブリックコメント

本件の提訴は大きな議論を引き起こし、同意判決案に対し、6 月 25 日までのパブリックコメント期間中に 868 件にのぼる意見が提出された。提出された意見はすべて、司法省の HP に掲載されている⁷⁾。

これらのうち同意判決案を支持する意見は約 70 件で、残りは同意判決案に反対していた。しかし、司法省は、回答書⁸⁾において、批判的意見は一般的に e-book の価格上昇により利益を受ける者により提出されたものであり、共謀の結果が自己の利益になることから、競争を事業者間の共謀に置き換え、公共の利益より特定企業の利益を優先しようとするものであり、そのような立場は、競争者ではなく競争を保護するという連邦反トラスト法の目的に反するものだと述べ、裁判所に同意判決を出すよう請求した⁹⁾。

b. パブリックコメントで出された主な意見と司法省の反論

司法省は、上記の回答書において、パブリックコメントで出された同意判決に対する主な反対意見に対し、次のように反論している¹⁰⁾。

ア. 多くのコメントが、同意判決案が代理店モデルの使用を禁止していることは不適切だと主張している。しかし、同意判決案は、違反行為に参加しなかった出版社が単独で代理店契約を締結することを妨げるものではない。和解被告も代理店モデルを用いることは妨げられないが、2

年間小売業の電子書籍の値引きを禁止できない。この限定された制限は、和解被告が共謀による契約と同じ契約を締結して共謀による利益を享受し続けることを妨げるために必要である。和解被告に対する2年間の制限によって、共謀状態は崩壊し、出版社と小売業者の間の真の2者間の交渉が行われて競争的な結果がもたらされるであろう。

イ、多くのコメントが、同意審決案によって価格競争の制限が撤廃されると紙の書籍を販売する書店（brick-and-mortar booksellers）が被害を受けるとしている。しかし、タニー法の下で裁判所が考慮すべき第三者は消費者であり、共謀により利益を得ている紙の書籍を販売する書店ではない。シャーマン法の目的は、市場の作用から事業者を守るのではなく、市場の失敗から民衆を守ることである。

さらに、B&N等の紙の書籍を販売する書店は、Apple 代理店契約が実施される前に電子書籍の販売をしていた。iPad や B&N の Nook といった電子書籍端末のイノベーションも、Apple 代理店契約の前に導入され又は計画されていた。共謀が行われる前の市場はイノベーション、値引き及びマーケティングが活発だった。共謀は、競争促進的なイノベーションを失わせた。

ウ、小売段階での値引きを共同で制限することは、Amazon による反競争的な行為に対する対応として必要なものであり、保護されるべきだと主張が出版業者、書店等から出された。多くのコメントは、Amazon との価格競争を恐れている。しかし、反トラスト法の目的は、競争を用いて消費者の利益のために価格を下げることである。

さらに、Amazon が競争を排除して産業を独占するとの主張は疑わしい。共謀の前に B&N は電子書籍市場に参入し、Amazon からシェアを奪った。Apple、Microsoft、Google 及び Sony も参入している。

多くのコメントは、Amazon が略奪的価格設定により競争を阻害することを懸念している。司法省は Amazon の略奪的価格設定について調査をしたが、証拠を得られなかった。訴状に記載したように、「Amazon の電子書籍配信事業は、新刊書やベストセラーの価格を大きく下げても、当初から常に利益を上げていた。」廉売が反トラスト法違反となるのは、コスト割れ販売で競争を排除した後価格を引き上げてコスト割れ販売による損失を取り戻す危険性がある場合だけである。同意判決案に反対する者は誰も、Amazon が競争を排除して独占的な価格設定力を持つであろうとする証拠を提出していない。また、たとえ「独占」又は「略奪的価格設定」の証拠があったとしても、共謀によって自力救済することは正当化されない。

エ、オンラインによる競争者は紙の書籍を販売する書店の努力にただ乗り（free ride）しており、オンラインによる電子書籍の販売者との競争から紙の書籍を販売する書店を守るために、代理店方式の価格設定が必要だと主張する意見がある。しかし、フリーライドという点では、オンラインによる紙の本の販売も同様である。

また、同意判決案は、同意被告が「マーケティング又はその他の販売促進サービス」を行った場合に紙の書籍を販売する書店に費用を保障することを認めている。

オ。同意判決案はあまりに規制が厳しく範囲が広すぎるとのコメントがあった。また、同意判決案のうち少なくとも VIB は漠然としていて予見可能性がなく、同意審決案は司法省を「産業全体に対する規制官庁」にしてしまうとのコメントがあった。

しかし、同意判決案は、司法省を電子書籍産業に対する「規制官庁」にするものでも、問題としている行為を差し止めるために必要な範囲を超えるものでもない。同意判決案の規定のほとんどは、市場を Apple 代理店契約が締結される前の競争状態に戻すためのものである。さらに、同意判決案中の執行を容易にするための規定は狭く、ほとんど同意被告に現在及び将来の契約を報告することを求めているに過ぎず、これは司法省が同意判決違反を調査するために必要なものである。また、VIB は司法省と和解被告の和解交渉により生みだされたものであり、和解被告はこの限定された「セーフハーバー (safe harbor)」をきちんと解釈できると信じて同意判決案に応じたものである。

5. 同意判決

裁判所は、訴訟当事者から同意判決案が出されたときは、同意判決案の公表、パブリックコメントの募集等の手続を踏んで、同意判決案が公共の利益に適合するかどうかを判断し、適合すると判断した場合に同意判決を下す¹¹⁾。裁判所は、一部の被告のみが和解に応じている場合は、同意判決を延期する正当な理由がない旨の決定をした場合にのみ同意判決を行うことができる¹²⁾。

前述のようにパブリックコメントでは同意判決案に反対する意見が多数出され、また Apple は裁判所に同意判決を拒否するか判断を裁判開始後に延期することを求めた¹³⁾。しかし、裁判所はパブリックコメントで出された意見を検討した上で、電子書籍の消費者を裁判開始後まで待たせるべきではないとして、同意判決を出すことを求めた司法省の請求¹⁴⁾を容認する決定¹⁵⁾を行い、2012年9月6日に同意判決案と同内容の同意判決を出した。

これにより、司法省と出版社のうち3社との間の訴訟は終了し、3社は同意判決に記載された措置を採る義務を負った。

6. その後の進展

司法省は、その後、残った出版社2社 (Penguin、Macmillan) との間でも、同意判決案に合意し¹⁶⁾、同意判決案を裁判所に提出した¹⁷⁾。2社の同意判決案の内容は、先行する3社の同意判決とほぼ同様である。これらの同意判決案は、2013年5月の段階で既にパブリックコメントを終えており、本稿が出版される頃には既に正式な同意判決となっているであろう。

このように、本件は出版社5社については実質的に決着したが、残った Apple と司法省との間では訴訟が継続している。裁判は、2013年6月3日に開始された¹⁸⁾。

本件については、多数の州が、州民が被った損害の賠償を求める訴訟 (父権訴訟) を提起しており、同意判決に応じた出版社3社との間では、総額6900万ドルを支払うことで和解が成立して

いる¹⁹⁾。また、シアトルの法律事務所が消費者を代表して Apple 等に損害賠償を求めるクラスアクションを起こしている²⁰⁾。Amazon は本件違反行為の期間中に Amazon から電子書籍を購入した消費者に対して価格引上げによる損害額を払い戻している²¹⁾。

Ⅲ. 欧州委員会による確約決定

1. 事件の経緯

欧州委員会も、米国司法省と同様の問題意識を持って、米国司法省と緊密な連絡を取って、6社が欧州において行った同様の行為について、2011年12月に事件調査手続きを開始した。調査開始後、欧州委員会が6社と話し合いを行い予備的評価を示したところ、うち出版社4社とAppleが2012年9月に問題解消措置に関する確約の案を欧州委員会に提出した。関係者からの意見聴取等の手続きが行われ、5社は確約の案を修正した最終確約を提出し、欧州委員会は、同年12月13日に、5社に対して最終確約の実施を義務付ける確約決定を行った²²⁾。

2. 予備的評価

確約決定手続を行う際、欧州委員会は審査対象者に対し、暫定的な事実認定と法的評価を述べた予備的評価を示す。欧州委員会は、予備的評価において、次のように認定している。

Apple は、確約決定に応じた出版社4社と2009年12月以降電子書籍の販売について協議を開始し、2010年1月に代理店モデルによる販売を提案し、MFN条項の入った契約書案を送った。出版社4社は、Appleとの交渉中、直接接して情報交換していた。出版社4社はAppleが米国だけでなく欧州を含む世界で電子書籍ビジネスを展開しようとしていることを知り、準備を進めた。Appleと4社は代理店契約を締結し、Appleは2010年5月28日に英国、フランス及びドイツでiBookstoreを開始した。代理店契約中のMFN条項は、英国ではAmazonとの契約を代理店モデルに切り替えてAmazonの電子書籍の小売価格を引き上げさせ、フランス及びドイツではAmazonと代理店契約によってのみ契約し電子書籍の値引き販売をさせないようにする、強いインセンティブを持つものだった。このような5社の共同行為は、EU機能条約101条に違反する。

3. 確約決定

確約決定において、欧州委員会は、5社に、最終的な確約において約束した次の措置を採ることを命じている。命じられた措置は、米国の同意判決で命じられたものとほぼ共通している。

- ① 電子書籍に関し出版社4社とAppleの間で締結された代理店契約を終了させること。Appleは大手出版社もう1社にも直ちに代理店契約を終了させることができる旨伝え、当該出版社が終了通知を行わない場合は契約書に従って当該契約を終了させること
- ② 出版社4社は、Apple以外の小売業者に、小売業者が小売価格を設定・変更・値引きし若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限・妨害し、又はMFN条項を含む電子書籍に

関して結ばれた代理店契約を終了させる機会を与えること

- ③ 2年の冷却期間 (cooling-off period) の間、4社は電子書籍小売業者が小売価格を設定・変更・値引きし若しくはその他のプロモーションを行う能力を制限・妨害しないこと。
- ④ 5年間、出版社4社とAppleはEEA域内でMFN条項を含む電子書籍の販売に係る契約を締結しないこと

IV. 検討

1. 本件についての検討

a. 本件行為の本質

本件は、Amazonに小売価格設定の主導権を握られた出版社が共同して、Appleの助けを借りて電子書籍小売業者との契約を代理店モデルの変更することによって価格設定の主導権を取り戻そうとした事件のようにも見える。しかし、訴状によると、Appleと出版社間で結ばれた最終的な契約は、各社とも同一内容であり、iBookstoreの電子書籍の価格を、ベストセラーについては12.99ドル及び14.99ドルとし、新刊の電子書籍の価格は同じタイトルのハードカバーの本のリスト価格を基準としたAppleの価格表により定め(パラ75)、しかも他の電子書籍小売業者がより低い価格を提示した場合、出版社はその価格まで価格を引き下げる義務を負うものであった(パラ65)。したがって、Appleが出版社5社と共謀して作成し提示した価格表の価格が、事実上、全出版社にとって、電子書籍小売業者全社における販売価格となるものであった(パラ90)。このように、Appleと出版社の契約においても、価格設定の主導権は事実上Appleが持っており、各出版社がそれぞれ自由に価格を決定することができるものではなかった。それでも出版社5社がAppleとの契約に応じたのは、これによって新刊とベストセラーの価格を9.99ドルとするAmazonの価格設定に代表される電子書籍小売業者間の価格競争をやめさせて電子書籍の価格を引き上げることができると考えたからであろう。

このように、出版社5社の行為は、電子書籍の小売販売における価格競争の制限を目的とするものであり、Appleもそれを知って出版社5社と共謀したといえるであろう。

b. 水平的共同行為について

本件は、出版社5社及びAppleが水平的共同行為を行ったとして、司法省が民事提訴した事件である。Appleと出版社との関係では垂直的共同行為であるが、訴状では、Appleは出版社の水平的な共同行為に意図的に加担しており、重要な共謀参加者(critical conspiracy participant)であるとされている(パラ61)。

米国では価格カルテル等の水平的共同行為は判例により当然違法(per se illegal)とされており、多くの事件で司法省が刑事訴追して、企業に罰金が科されるほか、役員・従業員も懲役刑及び罰金刑に処されている。しかし本件では、司法省は被告らの行為を小売価格引き上げのための水平

的共同行為と認定しているにもかかわらず刑事訴追をせず、排除措置を命ずることを求める民事訴訟を提起している。これは、本件が直接的に電子書籍の販売価格を引き上げる協定ではなく、電子書籍の小売業者との契約を代理店モデルにすることに係る共同行為であることから、司法省は刑事訴追の対象と判断しなかったためであろう。

また、訴状で本件共謀及び協定は当然違法であり（パラ 97）市場画定等は不要と言いつつ、商品市場及び地理的市場を画定し、被告の市場支配力及び本件行為の競争制限効果についても主張している（パラ 99～103）ことから、司法省は裁判所が本件を当然違法ではないとする可能性もあると考えているのではないかと思われる²³⁾。この点についての裁判所の判断は、司法省と同意判決に応じていない Apple との間で行われる裁判において明らかにされるであろう。

c. MFN 条項について

Apple と出版社 5 社の間で結ばれた Apple 代理店契約は、表面上は出版社 5 社と他の電子書籍小売業者の関係について拘束していない。しかし、MFN 条項によって、出版社が他の小売業者が提示した最低の小売価格に iBookstore の価格を引き下げることが義務付けられたことより、出版社は、利益を確保するため、Apple 以外の電子書籍小売業者が小売価格を引き下げることが防止しなければならなくなった。実際、出版社 5 社は、Apple 代理店契約締結後 4 か月以内に Amazon の抵抗を押し切って主要な電子書籍小売業者との契約を代理店に変更し、電子書籍の値引きその他の価格競争を禁止した。

訴状は、MFN 条項が「出版社 5 社が歩調をそろえて共謀を進めるための鍵となる仕組み」であったと認定している（パラ 78）。そして、同意判決も、本件と同様の MFN 条項を含む電子書籍販売に関する契約の締結を禁止している（VC）。

なお、EU の確約決定は、Apple 及び出版社 4 社に Apple 代理店契約を終了させることを命ずるとともに、出版社 4 社に MFN 条項を含む電子書籍に関する代理店契約を終了させることを命じている。また、Apple 及び出版社 4 社に MFN 条項を含む電子書籍に関する契約を 5 年間締結しないことを命じている。

d. 垂直的価格拘束について

本件で、司法省は、出版社 5 社が電子書籍販売業者の販売価格を拘束し値引き等を禁止したと認定しているが、電子書籍の販売価格の拘束自体を問題としているわけではない。

垂直的価格制限（再販売価格維持行為）は、米国では 1911 年のドクターマイルズ事件連邦最高裁判所判決²⁴⁾以来当然違法とされてきた。しかし、連邦裁判所は 2007 年のリージン事件判決²⁵⁾で判例を変更し、合理の原則を適用すべきであるとした²⁶⁾。本件は物の再販売に係るものではないので、そもそも従来当然違法とされていた再販売価格の拘束の射程範囲内ではないとも考えられるが、いずれにせよ訴状は出版社 5 社による垂直的価格拘束自体を違法としてはいない。

同意判決は、前述のとおり、出版社に対し、電子書籍小売業者の価格設定等を制限・妨害する契約を終了することを義務付け、さらに電子書籍小売業者の価格設定等を制限・妨害し、又はそのような内容の契約を締結することを禁止しているが、これは共謀の効果を除去するためのものであり、禁止期間は2年間に限定されている（VA、B）。そして、2年間の期間終了後に電子書籍小売業者の価格設定等を制限・妨害する契約を締結することを妨げるものではない旨を明記している（VD）。このような内容の同意判決案を裁判所に提出していることから、司法省は、本件の垂直的拘束自体は反トラスト法に違反するものではないと判断しているものと考えられる。

一方、EUの確約決定も、確約決定に応じた出版社に、2年間、電子書籍小売業者の価格設定等を制限・妨害する契約を締結しないことを命じているが、欧州委員会は、本件は代理店モデルがEU競争法に適合するかどうかを判断しているものではなく、新たに代理店契約が締結されたときはケースバイケースで判断する旨述べている²⁷⁾。

2. 我が国への示唆

a. 我が国の電子書籍の状況

我が国では、2000年代後半から携帯コミックやケータイ小説といった携帯電話向けの電子書籍が発達し、2009年の電子書籍コンテンツの販売市場規模は米国の300億円を上回る574億円に達していたといわれる²⁸⁾。しかし、電子書籍市場の8割が携帯向けで、さらにその8割がコミックで、コミック以外の作品の大半がティーンズラブ、ボーイズラブと呼ばれる官能的な内容のものであり、印刷物の市場とは異なるニッチ市場を構成していた²⁹⁾。

だが、楽天が2012年7月に電子書籍端末コボを発売して電子書籍の販売を開始し、同年11月にはアマゾンが日本で電子書籍端末キンドルを出荷して電子書籍の販売を開始し、iPadを発売していたアップルも2013年3月に日本語電子書籍の販売を本格的に開始したことから、今後、米国と同様に電子書籍の本格的な普及が始まるものと思われる。日本語電子書籍の品ぞろえは、2012年末の時点でアマゾンのキンドルストアが8万2,000点以上、楽天のコボイーブックストアが約12万4,000点、凸版印刷グループのブックライブが約12万4,000点と報道されている³⁰⁾。

b. 電子書籍の小売価格の維持と独占禁止法

我が国の独占禁止法は、正当な理由がないのに、自己が供給する商品を購入する相手方に対し、その販売する当該商品の販売価格を定めてこれを維持させること（再販売価格維持行為）を公正な取引方法として禁止している（独占禁止法2条9項4号、19条）。しかし、著作物を発行又は販売する事業者が再販売価格を維持する行為は、独占禁止法の適用除外とされている（独占禁止法23条4項）。公正取引委員会は、ここにいう著作物は、書籍、雑誌、新聞、音楽用CD、音楽テープ及びレコード盤の6品目としている³¹⁾。そして、電子書籍は「物」ではなく情報として流通するので著作物再販適用除外制度の対象とならないとしている³²⁾。

確かに電子書籍は物ではなく情報であるが、それをいうなら電子書籍小売業者による消費者に対する電子書籍の販売は商品の再販売ではなく情報の公衆送信なので、出版社が小売業者による電子書籍の公衆送信の価格を定める行為はそもそも独占禁止法2条9項4号に該当しないということになるであろう。

もちろん、その場合でも、拘束条件付取引（一般指定12号）に該当して不公正な取引方法となる可能性はある。しかし、流通・取引慣行ガイドライン³³⁾第2部第12(6)は、「次のような場合であって、メーカーの直接の取引先が単なる取次ぎとして機能しており、実質的にみてメーカーが販売していると認められる場合には、メーカーが当該取引先に対して価格を指示しても、通常、違法とはならない」とし、「委託販売の場合であって、受託者は、受託商品の保管、代金回収等についての善良な管理者としての注意義務の範囲を超えて商品が滅失・毀損した場合や商品が売れ残った場合の危険負担を負うことはないなど、当該取引が委託者の危険負担と計算において行われている場合」を挙げている。このガイドラインも「物」の流通について記載しているものではあるが、この考え方は情報の流通についても適用されるであろう。したがって、電子書籍の取引を委託者の危険負担と計算において行われる委託販売によって行うなら、出版社が電子書籍の販売価格を販売業者に指示して守らせても独占禁止法に違反しないと考えられる。

実際、電子書籍の価格決定権については、日本では、アマゾンと出版社の交渉の結果、「講談社や小学館、集英社などの大手は、出版社が価格を決定する『エージェントモデル』。一方で角川書店や幻冬舎など中堅クラスは、アマゾンが決定する『ホールセールモデル』に落ち着いた」との報道がなされている³⁴⁾。そして、KindleストアのHPに掲載された書籍を見ると、講談社、小学館、光文社等一部の出版社が販売している書籍には「(出版社名)が販売」と記載されており、それ以外の大半の書籍には、「Amazon Services International, Inc.が販売」と記載されている。

なお、「エージェントモデル」を採る出版社の電子書籍の中にも紙の書籍よりも安く販売しているものがある。

c. 電子書籍小売業者による安売りと不当廉売

米国反トラスト法では、判例により、廉売が反トラスト法違反となるのは、コスト以下の販売で競争を排除した後価格を引き上げてコスト以下販売による損失を取り戻す危険性がある場合だけだとされている³⁵⁾。本件で公表された資料からは、アマゾンによる新刊及びベストセラー書籍の9.99ドルでの販売が原価割れ販売だったかどうか明らかではないが、たとえ原価割れ販売だったとしても、この基準に照らせば、反トラスト法違反となるものではなかったであろう。

これに対し、我が国の独占禁止法は、「正当な理由がないのに、商品又は役務をその供給に要する費用を著しく下回る対価で継続して供給することであつて、他の事業者の事業活動を困難にさせるおそれがあるもの」を不公正な取引方法（不当廉売）として禁止している（独占禁止法2条9項3号、19条）。そして、不当廉売ガイドライン³⁶⁾は、価格設定の経済合理性の有無は、廉売

の対象となった商品を供給することによって発生する費用と価格との比較により判断することが適当であるとしている³⁷⁾。したがって、もし特定の電子書籍販売業者が新刊及びベストセラーの電子書籍を仕入価格を下回った価格で継続的に販売する行為を行い、同等に効率的な事業者（一般書店を含む）の事業活動を困難にさせるおそれがある場合には、他の電子書籍や電子書籍端末を含めた当該販売業者の電子書籍事業全体が黒字の場合であっても、我が国では独占禁止法違反とされることになるであろう。

d. 出版事業者の共同行為と独占禁止法

独占禁止法 23 条 4 項で適用除外とされているのは、個別の出版社又は販売業者が販売先の再販売価格を拘束する行為である。したがって、紙の本の場合であっても、出版社が共同して再販売価格を維持する行為は、我が国独占禁止法でも適用除外とはならない。

前述のように、完全な委託販売方式であれば、出版社が電子書籍の価格の決定権を持つことは独占禁止法に違反しないであろう。しかし、出版社が共同で委託販売方式の採用を決め、それにより電子書籍の価格を引き上げたり維持する力が形成される場合には、不当な取引制限（独占禁止法 2 条 5 項）に該当し、独占禁止法 3 条（不当な取引制限の禁止）に違反することになるであろう。

しかし、幸いなことに、我が国の電子書籍の状況をみると、そのような共同行為は行われていないものと思われる。

3. 同意判決制度について

最後に、本件で用いられた同意判決制度のメリットについて検討する。

本件は、司法省と被告の一部の間で合意された同意判決案を裁判所が認めて同意判決を出し、その後他の出版社も同意判決に応じたため、電子書籍における競争は迅速に回復された。

同意判決の制度は、司法省と審査対象事業者が交渉して問題解消措置について合意し、合意した措置を義務付ける判決案を作成して裁判所に提出し、裁判所がそれを適当と認める場合に同内容の判決を出すというものであり、一種の裁判上の和解といえる。同意判決は、被告に一定の措置を命ずるだけで、事実認定や反トラスト法違反の認定は行わない。したがって、被告は司法省の事実認定や法適用を争いつつ同意判決に応じて訴訟を終結させることができる。同意判決は、本件のような反トラスト法違反事件だけでなく、企業結合事件においても広く用いられている。

同意判決に類似した合意による独占禁止法事件の解決制度として、米国連邦取引委員会の同意審決（consent decision）の制度³⁸⁾や EU の確約決定（commitment decision）の制度³⁹⁾等がある。

同意判決等の合意による事件解決制度には、上記のようにさまざまな制度があり、それぞれ違いがあるが、それらに共通する利点として、次のことが挙げられる。

ア。審査対象事業者との合意により、競争上問題のある行為を迅速に解消・修正させて競争を回

復させることが可能になる

イ。審査対象事業者と話し合うことで、競争当局が単独では考え出し命ずることが困難な詳細で実効性がありかつ実行可能な問題解消措置を考え出して採らせることができる

ウ。法的措置によって問題解消措置を義務付けることにより、措置の透明性を確保することができる、また、問題解消措置の実効性を高めることができる

これを本件について見ると、次のとおりである。

アについて

本件について司法省が裁判を行って勝訴判決を得るためには、相当の時間を要するであろう。電子書籍の市場は現在まさに急速な発展の最中であるので、訴訟が長引けば、その間に市場の状況が変わってしまう可能性が大きい。したがって、迅速に問題解消措置を採らせる必要があったといえよう。

イについて

本件で司法省が裁判所に求めている措置と同意判決を比較すると、同意判決の方が被告に対し、はるかにきめ細かくかつ幅広い措置を求めている。訴状に記載された排除措置請求にはなく、同意判決にある主な事項として次のようなものがある

①e-bookの小売価格を制限する出版社の単独行為の禁止（V）

出版社による電子書籍小売業者の販売価格の制限は、前述のとおり、それ自体違法ではないが、同意判決は、和解被告に2年間小売業者にe-bookの小売価格を制限することを禁止している。また、価格NFN条項を含むe-book販売に係る契約を締結することを禁止している。

司法省は、共謀することにより被告らはe-bookの価格を上げるという共通の目的を持ち、その目的のためにこれらの道具を使用し、その有効性を知ったので、これらの道具の使用を一定期間制限することが適当であるとしている⁴⁰⁾。

なお、和解被告との話し合いの結果、代理店契約自体は許容されたが、その場合も、1年間のトータルでの原価割れ販売の禁止を除き、小売価格を制限することは禁止されている（VI）

②コンプライアンス及びコンプライアンスの検査（VII、VIII）

同意判決が確実に実施されることを担保するためのものであり、他の同意判決でも広く行われている。

このように、同意判決では、司法省と被告が協議して合意することにより、問題となる行為の排除及び再発防止の実効性を高めるために、幅広くかつきめ細かな措置を採らせることができる。

ウについて

同意判決は、司法省と審査対象者間の話し合いによる解決ではあるが、本件に見られるように、同意判決案の公表、パブリックコメント、寄せられた意見に対する司法省の回答等の手続を経て出されるため、措置の透明性が確保されている。

被告は判決によって一定の作為又は不作為を命じられる。同意判決に違反した場合は、それ自

体が裁判所侮辱罪となり制裁が科されるため、実効性が高いといえる。

我が国には、現在、合意による事件解決制度はない⁴¹⁾。しかし、今後、独占禁止法事件に対し迅速かつ有効な措置を採ることができるようにするために、米国の同意判決・同意審決や EU の確約決定のような合意による事件解決の制度の導入を検討する必要があると考える⁴²⁾。

なお、導入する際には、密室での取引とならないよう、事件の内容と合意によって公正取引委員会が採ろうとする措置について公表し、パブリックコメントを募集するなど、手続の透明性に特に留意する必要があるであろう。

(本稿は、財団法人比較法研究センターの独占禁止法研究会で行った報告を基に書いたものである。座長の根岸哲先生をはじめ、会員の方々にこの場を借りて謝意を表したい。)

注

- 1) Macmillan は米国の Holtzbrinck Publishers, LLC d/b/a Macmillan のほか親会社であるドイツの Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck が、Penguin は米国の Penguin Group のほか親会社である英国の Penguin Group が被告となっているが、訴状、判決等はそれぞれ一体として取り扱っているため、本稿でも 1 社として取り扱うこととする。
- 2) United States v. Apple Inc. et.al, Final Judgment, Sep.6.2012, U.S. District Court for the Southern District of New York
- 3) 欧州委員会 2013 年 4 月 19 日記者発表
- 4) ‘Complaint’, April 11, 2011
- 5) もう 1 社の大手出版社 Random House は、Apple と本件代理店契約を締結しなかった。
- 6) ‘[Proposed] Final Judgment as to Defendants Hachette, HarperCollins, and Simon & Schuster’, April 11, 2012
- 7) <http://www.justice.gov/atr/cases/apple/index.html>
- 8) ‘Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment’, July 23, 2012
- 9) ‘Plaintiff United States of America’s Motion for Entry of Final Judgment’, August 3, 2012
- 10) ‘Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment’, VA
- 11) 反トラスト手続・制裁法（タニー法）15USC § 16(b)-(h)
- 12) 連邦民事訴訟規則 54 条(b)
- 13) ‘Apple Inc.’s Memorandum of Law in Opposition to the United States’ Motion for Entry of Final Judgment against Defendants Hachette Book Group, Inc., HarperCollins Publishers, L.L.C., and Simon & Schuster, Inc.’, August 15, 2012
- 14) ‘Plaintiff United States of America’s Notice of Motion for Entry of Final Judgment’, August 3, 2012
- 15) United States v. Apple Inc. et.al, Opinion & Order, Sep.6.2012, U.S. District Court for the Southern District of New York
- 16) 司法省 2012 年 12 月 18 日及び 2013 年 2 月 8 日記者発表
- 17) 2 社の同意判決案も司法省の HP に掲載されている。内容は、本件同意判決とほぼ同様である。
- 18) 訴訟の資料は、司法省 HP に掲載されている。 <http://www.justice.gov/atr/cases/applebooks.html>
- 19) <https://ebooksagsettlements.com/>

- 20) 'Apple, Publishers Lose Bid to Dismiss E-Book Class Action', Bloomberg News, May 16, 2012, <http://www.bloomberg.com/news/2012-05-15/apple-publishers-lose-motion-to-dismiss-e-book-antitrust-suit.html>
- 21) BBC NEWS TECHNOLOGY, 15 Oct. 2012, <http://www.bbc.co.uk/news/technology-19947069>
- 22) Commission Decision of 12.12.2012, Case COMP/AT.39847-E-BOOKS
- 23) 価格に関する水平的協定が当然違法とされなかった事例として、Broadcast Music, Inc. v. CBS 441 U.S. 1 (1979)、California Dental Association v. FTC, 525 U.S. 756 (1999) 等がある
- 24) Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911)
- 25) Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc., DBA Kay's Closet... Kay's Shoes, 551 U.S. 877 (2007)
- 26) 小畑徳彦「再販売価格維持行為に関する米国の判例変更と流通業への影響」流通科学大学論集－流通・経営編第21巻2号及び第22巻1号参照
- 27) 欧州委員会 2012年12月13日記者発表 'Memo'
- 28) 野村総合研究所『2015年の電子書籍』27頁。データの出所は、日本はインプレス R&D、米国は Association of American Publishers
- 29) 村瀬拓男『電子書籍の真実』76頁
- 30) 日本経済新聞 2013年3月7日朝刊 13頁
- 31) 公正取引委員会 HP、よくある質問コーナー（独占禁止法関係）Q13
- 32) 同上 Q14
- 33) 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」平成3年7月11日公正取引委員会事務局
- 34) 週刊東洋経済 2012年12月1日 67頁。なお、日本経済新聞 2012年12月29日 11頁は、委託販売方式を採る出版社として講談社、小学館、文芸春秋、光文社、集英社を、卸売方式を採る出版社として新潮社、角川書店、主婦の友社、幻冬舎、早川書房を挙げている。
- 35) Brooke Group v. Brown and Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)
- 36) 「不当廉売に関する独占禁止法上の考え方」平成21年12月18日公正取引委員会
- 37) 同3(1)ウ
- 38) Federal Regulations, TITLE16, CHAPTER1 FEDERAL TRADE COMMISSION, SUBCHAPTER A, PART3, Subpart C, § 3.25
- 39) Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, 9条
- 40) 'Response of Plaintiff United States to Public Comments on the Proposed Final Judgment', IV. B
- 41) 独占禁止法制定時には同意審決の制度は法律に規定されていなかったが、公正取引委員会は審査対象者と話し合いを行って同意審決を出していた。その後1949年の改正で同意審決の制度が規定されたが、2005年の改正で排除措置命令の制度が導入されて審判が排除措置命令に対する不服審査の制度とされたことに伴い廃止された。
- 42) 合意による事件解決制度の詳細及び我が国に導入する際の留意点については、小畑徳彦「競争当局と審査対象者の合意による事件解決制度」（2013年度版日本経済法学会年報掲載予定）参照。