



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	特許ライセンス契約上の諸制限に対する反トラスト法規制の方法の検討（1）－判例の分析を中心にして－
Author(s)	稗貫, 俊文; HIENUKI, Toshifumi
Citation	北大法学論集, 34(2), 47-74
Issue Date	1983-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16434
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(2)_p47-74.pdf



特許ライセンス契約上の諸制限に対する

反トラスト法規制の方法の検討（一）

——判例の分析を中心にして——

稗
貫
俊
文

目

次
序
説

- (一) 本稿の目的と対象
 - (二) 特許制度と競争秩序
 - (三) 特許権者の行為と反トラスト法
 - (四) 特許ライセンス契約上の制限と反トラスト法（以上本号）
- 第一章 価格拘束に関する判例の検討

第二章 生産数量制限に関する判例の検討
 第三章 地域的制限に関する判例の検討
 第四章 使用分野制限に関する判例の検討
 第五章 グラント・バック条項に関する判例の検討
 終章

序 説

(一) 本稿の目的と対象

一 本稿は、判例を検討の素材としながら、特許ライセンス契約上の各種制限に対する反トラスト法の規制の方法、およびそれによる規制の具体的なあり方を検討することを目的にしている。従来、権利「範囲」論⁽¹⁾という特許法から接近する法理論を媒介にして、かかる制限に対する反トラスト法の規制が行われてきた。あるいは、そのように規制がなされたかのように説明されてきた。そして、反トラスト法の規制の限界は、この法理論により外在的に設定されることになった。そのような方法は、後で述べるように、反トラスト法の理論上の問題と規制の内容上の問題を様々なかたちで提起するものとなったのである。⁽²⁾本稿では、そのような方法に代えて、反トラスト法（主としてシャーマン法一条）から直接接近する方法が採用される。⁽³⁾それによって、各種制限に対する規制のあり方が検討され、この接近方法の有効性が検証される。検討のための素材として、価格拘束、生産数量制限、地域制限、使用分野制限、グラント・バック条項にかかわる反トラスト法事件の判例が用いられる。また、特許法にかかわる判例も若干用いられよう。本稿の目的から明

らかなように、判例の検討の目的は、通常の場合のような判例法の抽出に在るのではない。そのような作業も当然行われるが、主たる狙いは、あくまでも反トラスト法から接近する方法による判例の検討にあり、それによる規制のあり方の模索と、この方法の有効性の検証にある。

各種制限に対応した、あるべき規制の内容の検討にあたり、主たる関心は、市場における競争（水平的）関係への制限の影響の問題に向けられよう。取引（垂直的）関係への制限の影響の問題にも言及されるが、付随的なものにとどまる。より具体的に述べるなら、本稿の関心は、寡占市場における特許ライセンスとその契約上の制限の競争への影響——研究開発競争への影響も含めて——の問題に向けられているということである。そのような中で、価格拘束、生産数量制限、地域制限、使用分野制限、グラント・バック条項という特許ライセンス契約上の制限の具体的内容、および当事者の具体的な競争の関係、市場に占める地位、当該市場の集中の程度、特許発明の開発の程度と段階、などの諸状況に応じて、規制のあり方が検討されることになる。結果として、価格拘束、生産数量制限には厳しい規制が求められ、地域制限についてもそれにほぼ準ずる扱い方がなされよう。使用分野制限やグラント・バック条項には、制限の具体的な内容や制限が課される状況に応じた柔軟な規制が求められることになる。

二 本稿の検討の目的と対象は右に述べた通りである。この検討は、米国の反トラスト法制と特許法制を前提とし、米国法の判例を対象としているので、我国の独占禁止法の議論にそのままあてはめることはできないかもしれない。しかし、本稿での議論は、我国の独占禁止法二三条の「無体財産権の行使行為の適用除外」規定の解釈論、あるいは立法論を念頭において行われているのであり、また、そうでなければ全く実践的意義をもたないであろう。つまり、本稿の議論を通じて、我国における同様の問題の解明の手掛りを探り、また適切な分析道具となる概念の抽出を行おうとする試みが意図されているわけである。⁽⁴⁾このような隠された問題意識については、本稿の最後でその成果を述べることに

(1) 特許の権利「範囲」論とは、inherency doctrine あるいは scope doctrine の訳語である。前者を文字通り訳せば、内在理論とするのが適当かもしれない。例えば、M・ハンドラー「特許およびノウハウの実施契約によるアメリカ市場への参入」『国際商事法務』九巻八号（一九八一）三九四頁以下の小原喜雄教授の訳を参照。他方、後者を渋谷教授は、早くから権利範囲説と訳している。渋谷達紀「特許制度と競争政策」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題上』一九七五 四〇五頁以下、四一五頁参照。また、この理論は、GE理論に即して the “reasonably within the reward” standard と呼ばれたり、within the lawful scope of patent grant と書かれたりしているので、その意を汲み、渋谷教授の訳を参考にして、権利「範囲」論とした。

(2) この点について、稗貫俊文「米国における特許制度と反トラスト政策」①『公正取引』No. 358（一九八〇）五三頁以下、五六―五七頁、同「特許ライセンス契約とその制限条項に対する反トラスト法規制の諸問題」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題下』有斐閣 昭和五七年 三八五頁以下、四〇二―四〇七頁、を各々参照された。

(3) この接近方法を *to get to* と考えば、D. F. Turner, *The Patent System and Competitive Policy*, 44 *New York Univ. L. Rev.* 450 (1969). によるものである。筆者は、ターナーのこの論文から本稿の接近方法にかかわる基本的な示唆を受けている。このような接近方法に立つ論者の米国における系譜として、前掲論文「特許ライセンス契約とその制限条項に対する反トラスト法規制の諸問題」四〇七―四二四頁を参照されたい。なお、このような接近方法により、使用分野制限の規制のあり方を検討したものととして、稗貫俊文「米国における特許ライセンス契約上の使用分野制限と反トラスト法——特許の権利「範囲」論に代る接近方法——」『経済法学会年報』第三号 一九八二、八七一―〇六頁。

(4) 我国の独占禁止法二三条は、米国において判例理論として形成された特許の権利「範囲」論の趣旨をそのまま継受した規定と考えられる。渋谷達紀『特許と経済社会』日経新書 昭和五四年 一二六頁参照。この規定をかかる理論的拘束から解き放そうと試みる我国の論者の論旨を整理したものととして、要旨だけであるが、稗貫俊文、前掲論文『経済法学会年報』二〇六頁註（一）を参照。

(二) 特許制度と競争秩序⁽¹⁾

一 特許ライセンス契約上の各種制限に対する反トラスト法の規制は、その必要性、規制程度および限界に関して、また規制がもたらす影響について、様々な議論を生み出している。そして、かかる議論は、法律論として行われるときでも、特許制度が現代の産業社会の中で実際に果している機能、役割についての何らかの見解に依拠しており、したがって、かかる議論を行うに際しても、特許制度の実際の機能、役割についての一定の理解が必要となる。そこで、本稿の検討の目的を達成するために必要な前提的議論のひとつとして、まず、特許制度の現実の機能とそれが市場の競争秩序にあたえる影響について概観をえておくことにする。

二 特許制度は、有益な発明を行った者にその発明に関する一定期間の排他的権利を確保させることによって、技術の進歩を促進させることに目的をおく制度であるとされる。より具体的には、特許制度は、発明者とその発明の模倣、盗用から守る一定期間の排他的権利を与えることを宣言して、研究開発投資を奨励、誘引する機能、また、その発明の開発・実用化段階の投資を保護する機能、さらに発明にかかわる情報の公開により重複した研究開発投資を回避させ、それを周辺発明や代替発明、他の分野における研究開発に振り向けさせる機能をもつとされる。そして、それによって特許制度が存在しなければ生じえなかつたか遅れて生じたはずの発明の成果を社会に早期にもたらし、最終的にその発明を公衆に開放する役割を果すことが期待されている。

もっとも、特許制度のこのような機能と役割は、幾分かは理念的なものであって、ここから推して、現代の発明・技術革新は、そのほとんどが特許制度の存在によって生み出されたとみるのは誤りであろう。今日の産業社会には、特許

制度による以外に、研究開発投資を誘引する要因が内在している。科学技術情報のストックが増加し技術機会の開かれた現代の産業社会において、研究開発活動への不断の投資は、私企業が苛烈な競争過程で生き残り、市場で一定以上の地位を保持してゆくために不可欠の要請である。今日の活発な研究開発競争はかかる要請の帰結であるといつてよい。また、現代産業を特徴づける個別市場における企業規模の増大、市場の集中による寡占的市場構造・参入障壁の遍在、などが私企業のかかる活動を可能にさせる条件を生み出している。特許制度は、このような産業の現実の中におかれているので、その役割が相対的に低下しているとする見方も可能となる。このようなことから、むしろ、特許制度は、かかる研究開発競争の過程に一時的な独占要素をもちこませ、それによる一層の研究開発活動の展開を期待して採用されていると考えるべきであろう。そして、特許制度は、このような機能を果している限りで、競争秩序に良好な影響をあたえているといえるのである。

三 しかし反面で、特許制度は、しばしば指摘されるように、一時的とはいえない独占要素を市場構造に介在させ競争抑圧的な弊害をもたらすのであって、このような弊害面が競争秩序との関係で問題とされるのである。例えば、個別企業による特許権の取得・所有の態様や特許権の駆使方法が当該企業の市場支配力の形成へつながることがある。このような企業群の存在は、市場集中による寡占市場形成の一要因となり、あるいは既に成立している寡占市場の競争的要因を減殺してしまうことになる。また、そのような結果は、企業間における代替技術の開発とその利用のインセンティブや市場機構に内在する研究開発競争へのインセンティブを減退させることにならう。競争秩序にあたえるかかる脅威は、典型的には、多数の特許権の有力な企業への一手集中、複数の企業の特許権者の結合による特許プールやクロス・ライセンス網の形成、特許ライセンス契約に付された様々な制限的条項、によつてもたらされる。このような特許権の所有・利用の態様は、もっぱら競争維持の観点からみると、競争秩序に対する重大な挑戦と映るであろう。

しかし、特許制度のかような弊害面は、さらに一步立ち入った検討を経て問題としなければならぬ。特許制度にはそれを採用したことから不可避免的に生ずる社会的費用の問題と特許権者の特許権の駆使の仕方から生ずる逸脱的な性格の社会的費用の問題とが存在するはずであつて、両者を同一視して、もつぱら競争秩序にあたえるインパクトから特許制度の弊害面をみようとするのは妥当とはいえないだろう。いいかえれば、特許制度がもたらすと期待される社会的便益は、代償なくしては得られず、何らかの社会的費用を伴うと考えざるをえないのであつて、特許制度の弊害面に囚われるあまり、かかる関係への配慮を失うのは適切な対応ではないということである。

このような見方は、特許法およびそれに内在する政策的価値を所与のものとして受け取ることからくる。しかし、さらに、特許制度はその様々な弊害を補うに十分な便益を実際に社会にもたらしているのか、とする根本的な疑問が早くから提起されており、これは右のような立論の前提自体に疑問を投げかけるものである。たしかに、今日の産業社会におかれた特許制度は、前述のごとく、その役割を相対的に低下させているとみることもできるのであり、このような疑問ないし問題提起は決して簡単に一蹴できるものではないと思われる。けれども、ここでは、「いかなる経済学者も、現在もっている知識をもとにして、現在運営されている特許制度は社会的に純利益をもたらすか純損失をもたらすか確信をもって述べることはできない」とするマツハルプの著名な見解に準拠し、かような疑問を留保しておかざるをえない。このような態度決定は、特許権と反トラスト法の関係にかかわる法律問題を扱うために必要な選択であり、また、およそ実証不可能な問題に深入りすることは無益でもあるからである。

四 このような前提に立脚して、特許権者の特許権の所有形態、利用方法によって生ずる逸脱的な社会的費用の問題を、反トラスト政策が対処すべき重要な課題として中心に据えることにする。この課題へ取り組むことは、寡占対策を要とする現代の反トラスト政策の有効性を確保することにつながるが、また今日の産業社会におかれた特許制度の合理性

説を維持させることにもつながってゆこう。

論

(1) この節の内容は、稗貫俊文「米国における特許制度と反トラスト政策(一)」、『公正取引』No. 352 四一頁以下、No. 355 六一頁以下を要約したものである。

(2) フリッツ・マッハルプ『特許制度の経済学』土井輝生訳 日本経済新聞社 昭和五〇年 一九一―二七頁参照。

(3) 前掲書、一八九頁。

(三) 特許権者の行為と反トラスト法

一 特許権者の行為を反トラスト法によって規制するとき、反トラスト法と特許権の関係が問題にならないこともあるが、この関係が重要な争点となることの方が実際には多い。これを特許権Ⅱ反トラスト法問題とすれば、右に述べた反トラスト政策上の課題は、立法論にかかわるものを除き、かかる法律問題の中に一般的に表現されることになる。したがって、また、特許権Ⅱ反トラスト法問題の検討は、右のような政策的課題に何らかの対応を行うという意義をもつことは避けられないのである。このことを念頭におきつつ、この法律問題の「問題の構造」をいかに理解すべきかの点を次にみることにする。

いうまでもないことであるが、反トラスト法と特許法とは、各々、米国憲法第一条八節三項と八項とが連邦議会に与える立法権限に基づいて制定された同等の地位にある制定法であり、連邦制定法大系の中で何等かの意味で一方が他方に優先するという関係にはない。また、しばしば指摘されるように、両制定法の目的とするところは理念的に共通しており、その達成手段に相違があっても、両法は米国の産業社会の中で相互に補完しあっていると見える。すなわち、両

法は、私企業の創意を自由に發揮させることで經濟の發展に寄与し、一般消費者の利益を増進させることに共通の目的を有する、と認められるのである。したがって、特許法に基づき發明に対し与えられる排他的權利は、たとえ法的独占と称されることがあつても、反トラスト法の直接の対象ではなく、むしろ、若干の例外を除いて反トラスト法上尊重されるべきものとされるのである。このことが、以下の議論の前提(前提(P)とする)となる。

二 右の前提(P)に基づいて、次の二つの命題を検討してみよう。これらは、司法省反トラスト部の担当官により一九八一年に公表された、特許ライセンス契約上の制限に対する反トラスト法規制の運用方針の一部をなし、特許権Ⅱ反トラスト法問題に接近するための基本的仮説とされるものである。

- ① 特許権付与によって与えられた市場支配力には何等の固有な悪性や反競争性が存在しない。
- ② 特許独占の価値は、特許権に基づく市場支配力を駆使する特許権者の能力により生ずる。

この二つの仮説のうち、仮説①は前提(P)より直接帰結することにみえる。仮説②は別の前提によつていふものと考えられる。これらの仮説を、特許権Ⅱ反トラスト法問題の「問題の構造」を理解する手掛りとして、各々検討してみよう。

三 仮説①は、特許権に基づく市場支配力を靜態的、抽象的にみており、その限りで異論の余地がない。特許権を尊重する前提(P)に立脚しながら、それによつて生じた市場支配力を問題にすることであれば、これは確かに背理にみえるだろう。しかし、特許権に基づく市場支配力は、すでに動態的な市場の中におかれていふのであるから、その形成過程を具体的にみなければ明確な判断ができない。そして、この命題の意味を具体的に考えると、やはり若干の問題が生じてくるのである。問題となることは、特許権の詐欺取得の問題を除いて、一つあると考えられる。今日のように私企業が一定の分野のきわめて限定された研究開發の課題に鎬を削つている状況では、相互に独立して同一發明が行われる機会も少なくなないのであるが、特許資格審査の手續を経ることによつて、特定企業のみが当該發明の特許権を取得

説し、他の企業はそこから排除されてしまうのが普通である。ここに第一の問題があると考えられる。特定企業がこのようにして取得した特許権に基づき市場支配力を形成することになっても、その市場支配力は、常識的にみて、仮説①のようには評価されないであろう。むしろ、かかる市場支配力は、他の独立した発明者が排除されなければ生じた社会的利益の犠牲のうえに立っているとみなされよう。しかし、これは、特許制度の重大な問題を指摘するものであっても、

特許制度の存在を前提にして問題とするのは矛盾している。結局、この問題は、研究開発活動を促進させるため特許制度に本来伴う社会的費用として甘受せざるをえないことにならう。

仮説①の静態的、抽象的陳述に内在する第二の問題点として、同じ特許権に基づく市場支配力であっても、企業の内部的自主的な研究開発活動により取得した特許権に基づく市場支配力と、外部から積極的に購入した特許権に基づく市場支配力とは、反トラスト法上の評価が異なることがあり、このような区別をせずに仮説①をそのまま認することはできない、という点が挙げられる。企業の自主的な研究開発は、その成果として特許権を取得し市場支配力を形成することになっても、反トラスト政策上望ましい活動とそれによるひとつの結果であって、この結果だけを切り離して反トラスト法上問題とすることは背理となる。たとえ、常に競争者の研究開発活動や新事業分野への進出の機先を制する目的で研究開発投資が行われても、それは競争の一形態であり、結果が予測できないのであるから、ひとつの結果として特許権を取得でき、それにより市場支配力が形成されても、結論は変わらないだろうと考えられる⁽⁴⁾。(P—aとする)。しかし、もっぱら競争者を排除する目的で特定分野にかかわる特許権を外部から積極的に購入して市場支配力を形成すれば、これは、一種の略奪的行為 (Predatory practice) であるから、反トラスト法の規制は免れないであろう (P—bとする)。仮説①は、このような場合を除外する限りで、妥当性を有すると考えられる。

以上により、仮説①は、その妥当性を保持するために、第一の問題はともかくとして、第二の問題における内容の限

定 (P) — a のみ) が必要とならう。

四 仮説②は、仮説①と異なり、特許権に基づく市場支配力の分析を行ったうえで、検討される必要がある。特許権に基づく市場支配力は、その形成要因からみて、保護される発明の技術的・経済的価値 (A) とする) と、それを保護する独占権¹¹排他的権利 (B) とする) とに観念的に分けてみる事ができる。仮説②にいう「特許独占の価値」とは、本来、この両者 (A) と (B)) により形成される市場支配力に由来するはずである。

こうして、第一に、特許独占の価値は、保護される発明の技術的・経済的価値によって異なってくる。ある発明が既存の技術・製品より卓越した内容のものであれば、その技術的・経済的価値は高く、代替技術、代替製品に対する競争上の較差 (competitive superiority) ⁽⁵⁾ を形成することができる。かかる発明の特許権を有する企業は、その発明を開発・実用化し自己のために実施すれば、市場のテストに十分耐えて市場支配力を形成できるであろう。逆に、発明の技術的・経済的価値が低く、代替技術・代替製品に対する競争上の較差が存在しなければ、企業は、市場のテストに耐えず市場支配力を形成することは難しいであろう。

特許発明を有する企業は、こうして、その発明の技術的・経済的価値に応じた経済的収益を上げることができ、それは、もっぱら自企業だけで利用する方法 (A) — a とする) によるか、発明の開発・実用化のための資金不足、生産設備、販売組織の欠如などの事情のため、他者に特許ライセンスを与えて使用料を取る方法 (A) — b とする) によって行われる。両者を同時に行う方法もあろう (A) — a, b とする)。また、特許権自体を譲渡する方法 (A) — c とする) も考えられる。

第二に、特許独占の価値は、発明を保護する独占権¹¹排他的権利自体 (B)) によって生ずる。まず、特許法により発明の模倣、盗用から保護されているという消極的な意味では、特許権を有する企業は、競争者を排除することによ

て、発明の技術的・経済的価値(A)から経済的収益を独占的に引き出すことができる(B—aとする)。このため、社会が発明の成果を享受するのを数量的に制約され、高い価格を支払わなければならないとしても、それは特許制度の本来の社会的費用ということになる。

次に、特許権の排他的機能を巧妙に利用するという積極的な意味では、特許権を有する企業は、特許発明の技術的・経済的価値(A)とかかわりがなくとも、特許権の排他的機能を十分に利用して経済的収益を確保することができる(B—bとする)。特許権の排他的機能を巧妙に利用することによる経済的収益は、その発明の技術的・経済的価値(A)と決して無関係ではないが、排他的機能を巧妙に利用することが、その発明の価値(A)を十分に引き出すためだけの行為とみるのは正しくないだろう。排他的機能のみが独走することはしばしばみられることである。このようなこと(B—b)は、特許権を有する企業が、単独で、あるいは複数が結合して、特許権を取得、所有する態様や特許権を利用する方法のすべてに常に伴うものであって、特許制度の本来の社会的費用から逸脱することも少なくないのである。この例外となるのは、特許発明の自己利用(A—a、および(B—a)のうち、自己の研究開発した発明の利用(P—a)だけであろう。⁽⁶⁾

五 特許権に基づく市場支配力が、右にみたように特許発明の技術的、経済的価値(A)と、特許権の排他的性格自体(B)とによって形成されるとすれば、仮説②は、もっぱら、市場支配力の特許独占に基づく排他的側面(B)を自由に駆使すること(B—b)を是認しているように思われる。そして、排他的側面の積極的な利用(B—b)は、基本的に、特許発明の技術的・経済的価値(A)による経済的収益を十分に引き出すものであり、また、それ以外の利益を引き出すものではない、と考えられているようである。⁽⁷⁾しかし、この点は、右にみたように特許権の排他的機能の独走がしばしば見られるのであるから、正しくないであろう。改めて、特許権の排他的機能の積極的利用(B—b)の間

題を検討する必要がある。

特許発明は、排他権によって保護されていること (B— a) を含めて考えても、結局、市場のテストを受けてその発明の経済的・技術的価値 (A) に相応する経済的収益を生み出すものと考えられる。このような収益は、発明のために投資した研究開発の費用とは必ずしも相関がなく、また、負わなければならないリスクに相応すべき特別な報償とも相関がない。このような収益によって、リスクに相応する特別報償の獲得や投資した研究開発費用の回収が十分に行われぬこともありうる。特許権の排他的機能を積極的に利用する (B— b) ことが是認されるとすれば、それは、このような事情が考慮され、特許権者に十分な報償確保の機会を認めようとする配慮によるものと考えられる。そして、特許権者に十分な報償を確保させることは、それを通じて研究開発活動が奨励されるからとして、特許政策上正当化されることになる。いいかえれば、かかる方法 (B— b) による収益の確保は、特許法上の権利として明記されていなくとも、特許法の趣旨に適う政策上の利益として許されることになるのであろう。

しかし、このような配慮は、特許政策との関連では推測的であり、その必要性の程度と限度も確定できない。また、そのために是認される特許権者の広い報償の機会が、特許権の排他的機能の積極的利用 (B— b) によって達成されるのであるから、これは、競争秩序に悪影響を及ぼすという重大な社会的費用を伴いうるものとなる。

六 このことから、反トラスト法は、特許権の排他的機能を積極的に利用する行為 (B— b) に対して、必要な規制が適切にできなければならない。今日まで、特許法上の特許濫用の法理や反トラスト法による一定の規制が行われてきたのもこのためである。ここでは、そのような反トラスト法の規制が、前述の特許権者の行為——特許発明の自己利用 (A— a、および B— a) のうち自主的な研究開発による発明の利用 (P— a) ——を除いて、あらゆる特許権者の行為に及びうることを明確にしておきたい。いいかえれば、反トラスト法の適用領域に、特許権の排他性から演繹的に引き

説 出される概念的な遮蔽物（特許の権利「範囲」論）は本来存在しないということである。

論

このことは、特許権Ⅱ反トラスト法問題が権利の問題から政策上の利益の扱い方の問題に置き換わることを意味する。そして、反トラスト法は、たとえ右のように潜在的に広い適用領域を有するとしても、特許政策上の利益を扱うことが原理的に可能なのか、法技術的にできるのか、という問題が新たに提起される。結論から先にいえば、これは原理的にも法技術的にも可能であると考えられる。特許政策上の利益は、後で述べるように、そのまま、競争政策上の利益に交換できる（反トラスト法と特許法の目的の共有性に由来する）ことがその根拠である。

これまでの議論は、特許ライセンス契約上の制限に対する反トラスト法規制の方法にかかわる議論にもっともよくあてはまるであろう。そこで、次の節で、さらに検討を続けよう。

(1) 特許権の詐欺取得は、当然反トラスト法上の問題となりうる。そのような事例として、Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U. S. 172 (1965). がある。松下満雄『アメリカ独占禁止法』東京大学出版会 一九八二 三六二—三六三頁参照。

(2) A. B. Lipsky, Jr., Current Antitrust Division Views on Patent Licensing Practices, 50 ANTITRUST L. J. 515, at 516 (1981). において示すリプスキーの二つの基本的仮説は、彼の言明によれば、一九七九年に行われた司法省反トラスト部担当官ニューイングの説明を受けつくものだとされる。しかし、ニューイングの説明は、内容的に右の二つの仮説に適切に要約されたとは考えられない。cf. Remarks of Ky. P. Ewing, Jr., Patent-Antitrust-Antitrust Division Enforcement, 5 TRADE REG. REP. § 50, 398 (1979).

(3) これは特許制度の社会的費用のひとつとなる。特許制度が、独立した再発明とその使用を禁ずる効果 (the ban on reinvention and use) をもつことを問題にし、この効果から生ずる社会的費用を減少させるために、特許無効訴訟や迂回発明、代替技術の利用の誘因を守ることを提唱し、かかる誘因を抑制する懐柔策的な特許ライセンスの規制を要請するものとして、M. J.

Adelman, Property Rights Theory and Patent-Antitrust, 52 New York Univ. L. Rev. 977 (1977).

(4) しかし、このような場合にも、反トラスト法の規制の理論的・可能性は残されているのである。cf. L. A. SULLIVAN, ANTI-TRUST, p. 511—512 (1977). ただ、常識的には、このような規制がなされることはないと考えられる。

(5) Competitive Superiority の用語は、はじめに、ノーマスにより G.E 事件判決 (一九二六年) の分析のために用いられた。cf. H. F. FURTH, Price-Restrictive Patent Licenses under the Sherman Act, 71 Harv. L. Rev. 815 (1958).

(6) これが、特許権に基づき形成された市場支配力に対する反トラスト法規制の現実的な限界と考えられるものである。我国において、渋谷教授が、独占禁止法二三条の意義につき、次のように述べているのも、同じ趣旨によるものと考えられる。

「…ある企業のもとに多数の特許権が集中されていたとしよう。それらの特許権が買収その他の方法を通じて集中されたのであれば、その行使に対して独占禁止法を適用することは差し支えないであろう。そのことによつて買収等による特許権の集中が抑制されこそすれ、企業の研究開発活動が阻害されるおそれはないからである。しかし、それらの特許権が当該企業自身の研究開発行為から生み出されたものであるときは、特許権の行使を私的独占とみて違法としたのでは、当該企業に対して研究開発活動を止めよと命ずるに等しいことになりかねない。独占禁止法二三条は、競争政策の遂行が特許制度の目的を侵すことがないように、自己開発から生み出された特許権の行使に対しては独占禁止法側から干渉すべきでないことを明らかにしたものと解される」。渋谷教授は、また、このことは独占禁止法の解釈からも当然導き出されるので、二三条は確認的意義をもつ規定だとする。渋谷達紀『工業所有権と取引制限』丹宗、厚谷編『現代経済法入門』法律文化社 一九八一—二二八—二二九頁。

敵密にえば、特許権の外部からの取得過程は、その態様によつて「略奪行為」排除行為とみなされるならば、それだけで反トラスト法違反の問題となりうる。また、自主開発による特許権に基づく市場支配力も言うまでもなく、消極的な意味での特許権の行使 (B—1 a) を越えて濫用されるならば、反トラスト法違反の問題が生ずる。

(7) バウマンの考え方がこれであろう。特許権の排他的側面の積極的な利用を、特許発明の競争上の較差 (Competitive Superiority) から経済的利益を引き出す行為とし、独占を拡大する行為とはみていない。W. S. BOWMAN, JR., PATENT AND ANTI-TRUST LAW, p. 53—63 (1973).

四 特許ライセンス契約上の制限と反トラスト法

一 特許ライセンスは、法的にみれば、特許権の排他性を特定の者に対し解除して特許発明の実施を許諾することであるが、経済的にみれば、使用料を対価として技術情報の取引を行うことである。したがって、特許権者は、特許ライセンスにより、相手方に特典や恩恵を与えているのではなく、取引を行っているのである。そして、特許ライセンス契約上の制限は、特許権者の何らかの利益を保護するために課されるもので、一般的には取引上の制限として性格づけられることができる。もっとも、特許ライセンスは、もっぱら使用料を得るといふ目的で行われるとは限らず、実際には市場やそこにおける競争者に対する何等かの競争戦略上の判断によってなされるものである。例えば、技術開発能力からみて自己の将来における市場の地位を脅かすおそれのある競争者を懐柔するために、あるいは、自己のリスクを軽減して新製品に対する市場全体の需要を喚起するために、特許ライセンスが行われることがある。このような事情に対応して、特許ライセンス契約上の制限も、単なる特許権者の自己保護の目的を越えた目的と性格をもつことになる。競争者間の競争制限的共謀の実行手段として用いられることも少なくない。

二 右のことから、かかる取引制限に対する反トラスト法規制が、以前からなされてきたわけである。しかし、連邦裁判所にかかる制限に対する規制は、当初より他の反トラスト法の規制分野と異なる独自の理論的構成により行われてきた。それが、特許法から接近する権利「範囲」論と呼びうる理論なのである。この理論によれば、特許ライセンス契約上の制限は、特許権の排他的性格から論理的に引き出すことのできる、特許権に内在する制限とされる。したがって、特許権を尊重すべき反トラスト法は、当然かかる制限をも尊重すべきことになるのであって、かかる制限が特許権

の濫用に至るときのみ反トラスト法の規制は許容されることになる。そして、問題は、ある制限が、その内容および課される状況によって、特許権の権利「範囲」に含まれるのか、この「範囲」を越えるのか、の判断に帰せられるかたちをとることになる。

このような問題の立て方は、権利「範囲」の確定という実際には行われなことを、あたかも基準として用いているかのような仮象をとり、背後で行われた実質的判断にひとつの説明を与え正当化する方法である。もちろん、このような問題の処理方法は、教義学的性格を有する法律論に特有なものであって、他の法学の分野にもしばしばみられることである。そして、それは法学の分野で否定することのできない固有の役割を果していることも事実である。しかし、このような教義学的な理論は、一定の分野における法的思考として実践的課題に十分対応できるように「制度化」されて初めて意義をもつのであり、とくに、反トラスト法の分野のように、事業者の特定の行為の経済的効果の検討と規制方法の選択とが深く結びついているところでは、それが強く求められるのである。この点からみて、この理論は、以下に述べるように、多くの問題を含んでいるといわなければならない。

三 特許の権利「範囲」論は、すでに述べたように、特許ライセンス契約上の制限が特許権の排他的性格に内在するものであり、それが唯一の論理的帰結であるかのように構成されている。しかし、この伝統的な理論には、今日からみて、一定の政策的な価値選択が隠されていると考えられる。特許法は、特許権者の利益を保護することが研究開発投資の奨励となる、という政策的判断を内在させている。このような政策的判断は、特許法に明記された権利だけに限定されず、特許権の利用過程の周辺に広く行き渡るものとなる。特許権の排他的機能の積極的利用(B—b)を広く許容することが特許政策上の利益となるといふ前述の政策的判断がこれである。特許の権利「範囲」論は、かような特許政策上の利益を反トラスト法による規制から解放して、優先的に保護しようとする政策的含意を内包する理論であって、かか

る保護を確実に保障するための概念的遮蔽物として形成されたものといえる。いいかえれば、この分野に反トラスト法の適用を許すことが、特許政策上の利益を著しく損うことになるという配慮が存在したのであろう。かかる配慮は、今日からみれば、反トラスト法が、研究開発競争の奨励を含む競争秩序に良好な効果をもたらす行為に対して柔軟な対応能力があることへの過小評価から行われたものと考えられる。⁽²⁾このような配慮は、また、立法府が特許法と反トラスト法にかかわる調整規定を設けなかったことに由来する一つの政策的価値選択を意味するものであって、今日からみて、可能な唯一の選択ではなかったことが銘記されなければならない。

四 教義学的性格の濃厚な特許の権利「範囲」論は、右のような政策的価値選択を、特許権の排他的性格からくる唯一の論理的帰結と構成することによって、次のような問題を生み出すことになった。第一に、特許ライセンス契約上の制限が、どのような性格の制限で、いかなる状況で行われようと、特許の権利「範囲」に含まれるか否かを判定するという説明上の教義学的前提を放棄できないことから、個々の制限の経済的効果と、それが行われる状況——契約当事者の競争の關係、各々の市場に占める地位、当該市場の集中度、特許発明の開発の程度と段階など——での経済的インパクトは、具体的事業の検討や評価を通じて、十分に表立って検討されることが少なかった。それらは、せいぜい、特許の権利「範囲」論による結論の正当化の過程で恣意的に取り上げられるか、この理論の背後に隠されることになった。このことは、この理論が、複雑な事実の検討と評価を簡潔・巧妙に処理する機能を有したからではなく、このような必要作業を抑圧したからに過ぎないことを意味する。第二に、このことは、また、事業者の行為の具体的な経済的効果と市場に与えるインパクトの検討に基づいて行われるべき、反トラスト法規制の理論的発展が、この分野では十分に遂げられず、むしろ阻害されてきたことを示している。そのため、この分野は、反トラスト法の適用に関して最も不透明な分野になっており、反トラスト法の適用射程は、判例の積み重ねが存在するにもかかわらず、不確定のまま

におかれている。第三に、教義学的性格の理論が障害となつて、この分野の法学的¹¹経済学的議論のための共通の土俵が形成されず、特許制度や特許ライセンスにかかわる経済学的議論、経済分析の成果を十分に生かすことができないことが問題である。むしろ、経済学的議論や経済分析の側が、反トラスト法からの接近方法による共通の議論の土俵形成を要請しているように思われ、少なくとも、そのための土壌をならしっていると考えられる。勿論、このような経済学の成果は、様々な対立を内に含んでおり、安易に利用できると考えることも実情にそぐわないけれども、⁽⁴⁾こうした理論科学、経験科学との接点をもつことができなるとすれば、やはり不幸な事態といわなければならぬ。第四に、特許権者の収益を疑似権利的に保護する権利「範囲」論は、特許ライセンス契約上の制限を必要以上に擁護して、特許制度の社会的費用を増大させていると考えられる。一般に、特許権を利用した行為の市場へのインパクトは、市場構造の集中度によって強められるのであるが、寡占的市場構造の遍在している現代の産業社会において特許制度の社会的費用は高まっていると推測されるのであるから、必要な規制がなされなければ、特許制度の存在理由に対する先に留保した疑念は一層強められよう。特許ライセンス契約上の制限に対する規制の有り方は、このような問題への対応の一環をなすことになる。この問題への新たな接近方法が求められる所以である。

五 特許法の側から接近する権利「範囲」論に代えて、反トラスト法の側から接近する方法によって、特許ライセンス契約上の制限に対する規制の方法をここで概括的に検討しておくことにする。この接近方法の採用は、特許ライセンス契約上の制限の具体的な経済的效果に基づいて反トラスト法の規制の方法が選択されるべきであるとする立場に立脚することによっている。また、このことによって、反トラスト法上違法とされる制限類型が具体的状況に応じたかたちで明確になり、制限の経済的效果にかかわる経済学的議論や経済分析の成果が受け入れ易くなるであろう。このような期待が、反トラスト法から接近する方法の採用にこめられている。

反トラスト法からの接近方法を採用するにあたって、二つの相互に関連する基本的な問題が検討されなければならない。第一に、既に述べたように、かかる接近方法によって、特許政策上の利益は適切に考慮されるのか、むしろ、かかる利益は損われてしまうのではないか、という問題がある。第二に、反トラスト法は、特許政策上の利益を考慮することによって、異質な政策原理に浸透され、これによって反トラスト政策の原理に変質をきたさないか、という問題がある。

これらの問題を検討するにあたり、特許政策上の利益と反トラスト政策上の利益とは、相互に排斥しあう利益ではなくて、むしろ同一の利益の別の表現とみることが可能であることを確認しておく必要がある。特許政策上の利益は、特許権者の収益活動の保護によって、研究開発投資を奨励し、社会に有益な発明の成果を広く享受させることにあると考えられるが、競争政策上の利益もまた、研究開発競争を市場の競争条件の維持によって促進させ、その成果を競争を通じて社会に広く拡散させることを含んでいる。

ただ、前者の利益を生み出すために行われる特許権者の収益活動の保護が後者の競争の利益を奪い、後者の利益を維持するために行われる特許権者の行為の規制が前者の特許政策上の利益を損うおそれがある、という関係にはある。この関係は、結局、研究開発の奨励のための特許権者の収益保護と競争維持のための特許権者の収益活動の規制とが二律背反の関係であることを示している。この関係は、いずれの方にウェイトを置くべきと考えるにしろ、その影響の程度や蓋然性が不確定であることから、時代の政策思潮によって評価が左右されがちである。ここでは、ターナーの有力な仮説に依拠して、特許法によって明確に保護されている以外の特許権者の収益活動の保護は、現在特許制度が果している研究開発投資の誘引効果に有意な好影響を加えるものではなく、したがって、特許権者の収益活動に対する反トラスト法の規制が、特許制度の根幹に迫る程度まで至らない限り、研究開発投資に有意な悪影響を及ぼすことはないと考え

ることにする。このような仮説は、経済学的に論証不可能であろうが、合理的な推論によるものであり、他にこれに代る有力な仮説は存在しないのである。

さらに、反トラスト法の側から接近する方法は、前述のように、競争抑圧的行為であって他に競争上有効な効果を有しないものに対して厳格であるけれども、特許権者の単なる私的利益や事業上の利益を越える特許政策上の利益（したがって、ここでは競争政策上の利益）を伴う行為に対しては柔軟に対応できる手法を用意している。

これらのことから、第一の問題に関して、反トラスト法による接近方法は、特許政策上の利益を損うことはないと考えられる。逆に、第二の問題に関して、特許政策上の利益を考慮に含めても、それは競争政策上の利益でもあることから、反トラスト法は、その基本的な原則——現代的な Rule of Reason の枠組⁽⁷⁾——を逸脱して、競争政策上の利益以上に他の社会政策上、産業政策上の利益を考慮することにはならない、とみることができる。こうして、二つの基本的な問題に対応することが可能となる。

六 次に、特許ライセンス契約上の制限に対する反トラスト法の規制は、その制限の具体的な経済的效果に基づいて行われるべきであるとする前述の立場から、このような制限のもつ経済的效果の一般的な検討を行っておきたい。

特許ライセンス契約上の制限のもつ経済的效果は、基本的に次の三つのレベルで見ることができる。

- (i) 製品市場の競争にあたる経済的效果
- (ii) 技術情報の取引に与える経済的效果
- (iii) 研究開発競争に与える経済的效果

そして、このようなレベルを念頭において、制限のもたらす有益な効果と有害な効果を次のように一応整理することができる。

(I) 有益な効果

- ① 特許権者の報償利益の確保
 - ② 特許ライセンスの奨励効果
 - ③ 研究開発投資の誘引効果
- (II) 有害な効果

- ① 製品市場における競争の制限効果
- ② 技術情報の取引の制限効果
- ③ 研究開発競争の抑圧効果

これらの経済的効果については、より厳密な検討が必要である。

七 (I)の有益な効果のうち、特許政策上の利益となり、かつ反トラスト政策上の利益となるものは、②の特許ライセンスの奨励効果と③の研究開発投資の誘引効果である。①の特許権者の報償利益の確保は、反トラスト政策上の利益ではない。また、それだけでは特許政策上の利益とも言い難い。むしろ、①の利益は、③の効果へ連なるところに意義があり、③の効果との関連で問題にしなければならない。

特許ライセンス契約上の制限が実際に③の研究開発投資誘引効果をもたらすかについて、誰も確定的なことはいえないのであるが、特許制度に内在する政策的価値判断の特許権の利用面にまで押し拡げて考えると、このような効果があるものとする建前を一応とらざるをえない。しかし、具体的な経済的效果として、これを捉えることが実際にはできないのであり、また、すでにみたターナーの仮説より、かかる効果は有意なものではないとされるのであるから、③の効果は、訴訟における積極的な立証、反証の内容になりえず、また、そうすべき理由もないことになる。そこで、③の効

果は、反トラスト法規制との関係で消極的にのみ考慮されるべき効果としてみることが妥当であろう。すなわち、反トラスト法の規制が、特許制度の根幹（前述の(P)―a）に抵触するとき、および、それに匹敵する程に①の特許権者の報償利益を著しく損うとき、それによって③の効果も損われてしまうので、そのような規制は限度を越えるものとして差し控えるべきこととなる。③の効果およびそれに連なる①の利益は、このように理解されることによって、特許ライセンス契約上の制限に対する反トラスト法規制の実際の議論から退いて潜在的な考慮要因に止まることになる。

②の特許ライセンスの奨励効果は、次のような議論に根拠をおいている。特許ライセンス契約上の制限は、特許権者が自己の利益を保護するのに役立ち、これによって特許ライセンスに伴う特許権者側のリスクを軽減するので、特許権者は安心して特許ライセンスを行うことができる。一担広く行われた特許ライセンスは、それを通じて、市場内の競争者や他の分野の事業者の特許発明を広く行き渡らせ、発明の成果を社会に広く享受させることになる。また、特許発明をもとにした事業者間の研究開発競争も一層活発に行われることになる。もし、制限を厳格に規制すれば、特許権者は特許ライセンスを手控えることになり、右のような有益な効果の発生が期待できなくなってしまう。制限による特許ライセンスの奨励効果とは、このような意味である。

しかし、特許ライセンスは、実際上様々な動機によって行われるのであって、その動機に制限の許否が与える影響は相対的なものであるから、②の効果を通大評価することは妥当ではない。②の効果のかかる限度はある程度理解しておかなければならない。そしてその限度内において、②の効果は、直接に、前述の(ii)技術情報の取引を活発にするものであり、それを通じて(i)製品市場に競争をもたらし、さらに、特許発明の拡散により、(iii)研究開発競争も促進させることになる。こうして、②の効果は、具体的な経済的效果として積極的に評価され、制限のタイプやそれが課される状況如何で十分生かされるべき余地があることを認めなければならない。

以上のことから、制限の有益な効果として、②の効果が十分議論の対象となりうるものが認められる。

八 (Ⅲ)の有害な効果として、まず、①の製品市場における競争制限的效果を挙げなければならない。特許ライセンス契約上の制限は、技術情報の取引における制限であるが、その効果は製品市場に及び、あるいはその効果を意図して行われる。①の効果は、制限のタイプおよび制限のなされる状況によって、程度が異なることに注意しなければならないが、具体的な経済的效果として現われるので直接議論の対象となりうる。

次に、②の技術情報の取引の制限とは、特許権者が自由な意思で特許ライセンスを行うべきところを、外部から強制的にか自発的にか拘束を受けることをさしている。もっとも、技術情報の取引は、特許権が介在しているので自由な公開市場で行われているとはいえない。技術情報は取引されることを前提に生産されたわけではなく、特許権者は自己の意思で技術情報を独占しておくことが可能であり、また技術情報の取引は不完全な情報下で行われることから、通常の市場のような需給のダイナミクスが存在しない。しかし、様々な点で不完全であっても、このような取引の場を可能な限り自由にしておくことは反トラスト政策の要請であろう。その意味で、②の制限が問題にされる。

③の研究開発競争の抑圧効果は、特許制度のパラドックスとでも言うべき事態であって、特許ライセンス契約上の制限が、当事者の一方か両方の研究開発活動の意欲を著しく減退させるものである。この効果は、具体的な経済的效果として直接捉えることはできないけれども、前述の(I)―③の研究開発奨励効果と異なり、制限がもたらす蓋然的效果として合理的に推論できるものである。例えば、将来取得する特許権の譲渡を内容とするグラント・バック条項は、実施権者の自主的な研究開発意欲を殺ぐことになるという推論がこれにあたる。このような効果も、制限のタイプと状況によって考慮せざるをえなくなる。

以上みてきた制限の有害な効果①、②、③は、各々、前述の(i)、(iii)、(iv)の三つのレベルに対応している。そして、こ

これらの効果は、いずれも具体的な状況の中で議論できる有害な効果である。

九 特許ライセンス契約上の制限の具体的な経済的效果として、(I)有益な効果と(II)有害な効果を各々検討した。そして、特許制度の根幹に触れる規制(このときだけ、(I)―①と(I)―③の効果が生じない限り、(I)―②、(II)―①、②、③の効果は議論の対象となること、また實際上、特許ライセンス契約上の制限に対する規制の議論においては、これらの効果だけが問題になるだろうと考えられた。この現実的な考慮要因は、制限のタイプに応じて、様々なバリエーションをもつことになるであろう。

さて、制限に対する反トラスト法の規制にあたって、(I)有益な効果と(II)有害な効果とはどのように比較考慮されるのか。これが問題である。(I)、(II)に挙げられた効果は同質の利益、すなわち競争政策上の利益(そしてまた特許政策上の利益)をもたらすものであるから、比較考慮は同一の尺度――競争を促進させるか、制限させるか――によって行うことができよう。

反トラスト法からの接近方法は、あくまでも競争制限の程度の評価を基準として採用する。仮りに、あるタイプの制限が、一方で、競争制限的效果を有するが、その程度が状況によって異なり、他方で、競争促進的效果を有するが、その程度も状況によって異なるとき、両方の効果と程度に一定の規則性がなければ、反トラスト法による規制のための類型化が困難になり、ケース・バイ・ケースで判断しなければならなくなるだろう。実際には、契約上の制限の規制が問題となるとき、このようなことは稀であって、何等かの類型化が可能となる。最も極端な場合には、あるタイプの制限が、そのまま違法行為の類型とされることも考えられる。

競争秩序に対して常に決定的な有害効果をもたらす制限は、有益な効果が認められないか、無視できる程度であれば、一個の違法類型として画一的に規制されてよい(当然違法)。もし無視できない程度の有益な効果が伴うことがあ

るとすれば、それを生かすための方策——そのような状況を特定して例外的な類型を設けるか、違法性の推定をかけて反証の余地を残すか——が検討されよう。また、ある制限の競争制限の程度が、その制限のタイプから、あるいは状況——前述したが、当事者の競争関係、当事者の市場における地位、当該市場の集中度、特許発明の開発の程度と段階、など——によって異なってくるとすれば、いくつかの状況の類型化や制限のタイプ分けによって、有益な効果を考慮する余地が次第に大きくなってゆくだろう。ただし、有益な効果の内容は、制限の具体的な経済的效果としてみたらうに、競争政策上の（したがって特許政策上の）利益に限られる。

反トラスト法による制限の規制の際の比較考慮は、こうして、事前の、ある程度の類型化として結実することになる。

類型化にあたって考慮される有益な効果の内容は、右に述べた通りであるが、なお問題は残るかもしれない。制限のもつ経済的合理性（効率性）がそれである。このような効果は、制限のタイプに応じて様々な面から挙げられるであろう。経済学の議論⁸⁾が、おそらくこのような議論を提供してくることになる。このような議論への対応は、反トラスト法の目的の理解の仕方に究極的には依存してくるのであるが、ここでは、あくまでも競争促進的な要因として認められる限りでとりあげることにはしたい。また、反トラスト法学の立場からは、かような議論の内容の評価に深入りするよりも、それに対応する立証手続上の工夫に活路を見出すことの方が生産的であるとも考えられる。

以上の前提的な議論を踏まえて、特許ライセンス契約上の各種制限に対する反トラスト法規制の方法と具体的規制のあり方を検討することにした。

(1) 田中成明教授は、「法教義学的思考は、正義問題をめぐる一般的な実践的議論の不確実性に対処するために、法的思考が自立

的な議論領域として『制度化』されていることに必然的に伴うものであり、その社会的機能も、このような社会的必要性に対応するものとして位置づけなければならないのである」として、かかる思考のもつ積極的な機能をいくつか列挙している。田中成明「法的思考の合理性について」(五)『法学教室』No. 59、一九八二年一月 五〇頁。

しかし、また、教授は、「…法教義学的思考も、…究極的には、一般的な実践的議論を基礎とし、それによる補充を必要としているのであり、従って、法教義学的思考は、一般的な実践的議論とのフィードバックを失わないかぎりにおいてのみ、合理的でありうるのである。同時に、法教義学的思考は、川島博士らがとくに強調するように、経験科学的方法やその成果によっても十分に基礎づけられていなければ、現代社会においてその実践的課題を適切に遂行できない…」とも指摘されている。同誌五一頁。

右の論述は、特許の権利「範囲」論の意義と問題点を検討するときにも、参考になる。

(2) 司法省反トラスト部のニューイングは、特許ライセンス契約上の制限へ反トラスト法(シャーマン法一条)のストレートな適用が可能であり特別に考慮すべき要素はないとし、同法の柔軟性についても言及している。

「私は、…特許ライセンス契約が他の契約と同一の尺度で分析されるべきであると強く主張したい。特許権の存在とその性質を無視せよというのではない。排他性を有する特許権は、特許ライセンスがシャーマン法により検討されるとき基本的な着眼点となる。シャーマン法の最良の長所のひとつは、複雑多岐にわたる事実状況に十分対応しうる柔軟性にある。今日の私の講演の主題は、特許権がかかわる事実状況が特別の適用方法を要請するような特殊な問題を提起することが全くといってよいほどない、と云うことである。実際的にみて、特別な方法を要請するのは非生産的であろう。Ky. P. Ewing, Jr., Patent-Antitrust—Antitrust Division Enforcement, 5 TRADE REG. REP. §50, 398, at 55, 887 (1979)。

なお、このような考え方は、一九六〇年代より、司法省反トラスト部の特許ライセンスの規制の運用指針に貫かれている。稗貫俊文「特許ライセンス契約とその制限条項に対する反トラスト法規制の諸問題」今村成和教授退官記念『公法と経済法の諸問題下』有斐閣 昭和五七年 四〇七頁以下参照。最近の司法省反トラスト部も、この考え方を維持しているけれども、特許ライセンス契約上の制限の違法類型を示した「悪名高き」“Nine No-Nos” (これ自体に問題がないわけではない) に対する批判の内容からみて、規制緩和に動く傾向は明らかである。J. P. Griffin, Problems Raised by Various Types of Restrictive Clauses, 50 ANTITRUST L. J. 499 (1981). A. B. Lipsky, Jr., Current Antitrust Division Views on Patent Licensing

- Practices, 50 ANTITRUST L. J. 515 (1981).
- (3) 特許権Ⅱ反トラスト法問題の根源が、両者の調整規定の欠如にきざつてゐるものとして、H. T. Austern, Fish Traps, Indians, and Patents, 28 U. PITT. L. REV. 181 (1966).
- (4) 根岸香「独占禁止法運用と経済学——『独占法運用における経済学利用の効果と限界』序説——」小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』有斐閣 昭和五十一年 六五頁以下。同「学際的研究の難しき」『シニリスト』七七八号 一九八二年 一一頁。
- (5) 最近では、米国の国民経済の活力の低下、技術開発力の後退が、いわれるが、このことが事業者（特許権者）の活動に対する反トラスト法の規制緩和の主張へ導かれてゆへ。cf. D. H. Ginsburg, Antitrust, Uncertainty, and Technological Innovation, 24 THE ANTITRUST BULLETIN 635 (1979).
- (6) D. F. Turner, The Patent System and Competitive Policy, 44 NEW YORK UNIV. L. REV. 450, at 458—460 (1969).
- (7) cf. A. D. NEALE & D. G. GOYDER, THE ANTITRUST LAWS OF THE U. S. A. 3d Ed. p. 23—30 (1980). *だが、英谷種紀「特許制度と競争政策」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題上』一九七五年、四一八—四二二頁も参照されたい。
- (8) ここでは、主として「シカゴ学派」の反トラスト法学者の経済的議論、経済分析による有効な効果の主張を念頭においてゐる。cf. W. S. BOWMAN, JR., PATENT AND ANTITRUST LAW, 1973. R. A. POSNER, ANTITRUST, 2nd Ed. p. 262—291 (1981).

An Examination of Methods of the Antitrust Regulation to Restrictive Patent Licenses : on Analysis of Cases (1)

Toshifumi HIENUKI*

The U.S. Supreme Court has been traditionally depending on the “Inherency Doctrine”, which deduced from the exclusive nature of the patent right, to regulate the restrictive patent licenses with the Antitrust Laws. The “Inherency Doctrine” is no doubt the main stream of case law doctrines in this problem area. But there isn’t no criticism to this doctrine and to its practical effect on economy; this is not the workable legal doctrine to make clear the scope and limits of applicability of the Antitrust Laws; the doctrine ignores the increasing social cost of Patent System, for the sake of protecting “patentee’s reasonable reward” favorably. Alternative approach should be looked for to deal with this problem appropriately.

In this article, the author argued that it is necessary and possible to apply the Antitrust Laws directly to restrictive patent licenses, without intermeditation of “Inherency Doctrine.” Justification of taking this alternative is based on several reasons; the interest of patent policy is not different from the interest of Antitrust policy; the Antitrust Laws are flexible enough to dispose of any interests of patent policy; and direct application of the laws may bring this interest within the limits of the Antitrust “Rule of Reason,” that is, this alternative would not take the “Rule of Reason” out of its limits and get into the consideration of non-competitive social interests.

Then the author gave doubts about the fundamental assumption of Patent-Antitrust problems; monopoly power based on the patent grant is not itself anti-competitive in the meaning of the Antitrust Laws. This assumption seems to be without critics. But the author

* Assistant Professor of Law, University of Library and Information Science

asserted to add some qualifications to this assumption; monopoly power based only on the inner researched or developed patent inventions within the firms is not itself anti-competitive. And every patent holding and exercising is under the observation of the Antitrust Laws, except that. These are the possible range of Antitrust regulation to conduct of any patentees.

As to the restrictive patent licenses, the author gave the method on balancing these benefit with these costs from three possible angles; economic effects on products market, economic effects on trading technological information, and economic effects on competition of R & D efforts. Below are general factors to be balanced with.

(I) Benefits

- i) protection of patentee's rewards
- ii) inducement to patent licenses
- iii) incentive to R & D investments

(II) Costs

- i) restrictions of competition in the products market
- ii) restrictions of trading technological information
- iii) oppression of R & D competition

These factors are still needed to be examined. And the examined factors are used as analytical tools to analyse critically the cases on the five types of restrictions in patent licenses; price restrictions, output restrictions, territorial restrictions, field-of-use restrictions and grant-back clauses. These restrictions are told generally to be disposed of under the "Rule of Reason." But some of them are argued to be regulated strictly under the "Per Se Rule" or the near "Per Se Rule" because the author's practical interest in this article are directed to the horizontal effects of these restrictions on the market, especially on the oligopolistic market.

Finally, from the view point of Comparative Law, the author intends to draw some suggestive conceptions from this examination, for the interpretation of section 23 of the Japanese Anti-Monopoly Law.

(to be continued)