



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	知的財産権と私の独占
Author(s)	稗貫, 俊文; HIENUKI, Toshifumi
Citation	北大法学論集, 40(5-6上), 233-270
Issue Date	1990-08-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16707">https://hdl.handle.net/2115/16707</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	40(5-6)1_p233-270.pdf



# 知的財産権と私的独占

稗  
貫  
俊  
文

## 目次

はじめに

一 知的財産権の本来の行使と私的独占

(一) 知的財産権に基づく排除行為と私的独占の「排除」行為

(二) 独禁法の禁止規定の趣旨と知的財産権に関する行為

二 独占の意図、目的

(一) 私的独占における意図、目的

(二) 知的財産権に関連する行為についての独占の意図

(イ) 本来的な権利行使の行為

(ロ) 通常を取引行為

三 知的財産権に関する私的独占行為の態様

- (一) 積極的・攻撃的な研究開発投資政策
- (二) 知的財産権の取得もしくは買漁り
- (三) 知的財産権の攻撃的な行使政策
- (四) 実施権の設定
- (五) 実施許諾契約上の制限条項
  - (イ) 個別の制限条項
    - ① 地域制限、生産数量制限、使用分野制限
    - ② 価格制限
    - ③ グラント・バック条項
    - ④ パッケージ・ライセンス条項
    - ⑤ 原材料の購入先制限
    - ⑥ 販売先制限
    - ⑦ 競合技術、競合製品の取扱制限
    - ⑧ 不競争条項
    - ⑨ 研究開発の制限
    - ⑩ ロイヤリティ額の差別的引き上げ
  - (ロ) 総合的にみた制限条項の複合

おわりに

## はじめに

我が国では、私的独占違反の事例がそもそも乏しく、知的財産権に関する企業の行動が私的独占に問われた事例はこれまで存在しない。そのためか、知的財産権に関する私的独占行為が、法の適用上、実際のおよび理論的にいかなる問題を含むのか検討されたことも、若干の例を除けば、ほとんどないといつてよい。本稿は、この問題に可能な限り本格的な検討を加えることを目的にしている。知的財産権の中には、特許権、著作権のような創作的成果を保護する権利と商標権のような営業標識を保護する権利とがあるが、本稿では、主として前者の権利が念頭に置かれていることをお断りしたい。

知的財産権に関する私的独占の類型を考えると、いくつかの分類の観点が考えられる。

第一に、行為主体に着目すれば、(i) 権利者が単独で行う排除・支配行為の場合、(ii) 権利者と非権利者の結合、共謀による行為の場合、(iii) 複数の権利者の結合、共謀による行為の場合に分けられる。単独の行為者の中には事業者団体や知的財産権のプール会社が含まれる。複数の行為者の中には、複数の権利者と複数の非権利者の結合、共謀による場合((ii)と(iii)の複合)が含まれる。また、行為者が複数の権利者であるとき((iii)の場合)には、その結合の様相が、知的財産権プールによる場合、クロス・ライセンスによる場合、または知的財産権の共有による場合に分けられる。

第二に、影響をうける市場(知的財産権の市場、あるいは製品・役務の市場)に着目すれば、(i) 行為主体の属する当該市場に影響を与える場合、(ii) 取引関係にある売手か買手のいずれか一方の市場のように、行為主体の一部の者が属する当該市場に影響を与える場合、(iii) 行為主体の属しない当該市場に影響を与える場合に分けられよう。ただし、

知的財産権は移転コストが少なく、国境を越え、また事業分野を越えて取引されるので、知的財産権の市場にたいする影響が問題になることは少ないと予想される。

第三に、排除、支配行為の態様に着目すれば、(i) 本来的権利の行使の行為が問題になる場合、(ii) 不正な取引方法に該当する行為が問題になる場合、(iii) 通常の取引行為が問題になる場合に分けられる。

本稿では、以下の検討に適合する分類として、第三の行為態様の分類に即して検討をすすめる。ただし、この行為態様の分類自体は、私的独占の行為類型を分類したものであるというより、現実<sup>1)</sup>に起きる可能性のある私的独占の排除・支配行為を、さらにその可能な構成要素に分類したものであり、実際の事件は、これらの行為要素の複合された行為となることが多いであろう。そのため、この分類は検討において十分念頭におかれるが、検討はこの分類の順序によらないし、複合された行為の可能性にも目を配るつもりである。

検討の順次は次の通りとなる。

まず第一に、知的財産権の排他的性格に着目し、知的財産権に基づく他の事業者の排除行為を独禁法上どのように評価すべきかという問題（行為態様（i）に関係する）を検討する。この場合には、独禁法二三条との関係で、本来的な権利行使とされる行為の扱い方が問題となる。

第二に、独占の意図という観点<sup>2)</sup>が、私的独占の排除、支配行為一般の評価要素として機能しうることを示したうえで、さらに知的財産権に関する独禁法違反においても固有な役割を果たすことを明らかにする。

さらに、第三に、これらの議論に基づきながら、私的独占に該当する個別の具体的な行為態様やその構成要素行為を検討する。その中でも、ライセンス契約上の制限については、本来的な権利行使の行為とそうではない行為の区分に配慮しつつも、右に述べたように、個々の制限条項だけでなく、それらが複合された事例も検討する。

最後に、検討により明らかにされたことと残される課題について言及することにした。

(1) 知的財産権に関する私的独占について論じたものとして、次のような文献がある。紋谷暢男「特許権、ノウハウと独占禁止政策」「独占禁止法講座II独占」経済法学会編、商事法務研究会、昭和五十一年、二九三―三四三頁。有賀美智子「独禁法と特許権との抵触についての国内的・国際的諸問題」『工業所有権の基本的課題 上』原増司判事退官記念、有斐閣、昭和四六年、二五―七〇頁、とくに四二―四四頁。

これらの論文は、本来的権利の行使が存在することを前提に、筆者が本稿で取り上げようと思う多くの論点にすでに言及しており、紋谷論文は、制度論や各種制限の効用などにおいて、一五年経過した今日でも参照されるべき記述が多い。しかし、紋谷教授の論文には、本来的行使の制限が「競争の実質的制限」という客観的市場効果だけで私的独占に該当する可能性があるという書き振りが多くあり、筆者の立場からみれば、さらに一步踏み込んで、独占の意図、目的のアプローチが必要であることを明示していない点に不満がある。また有賀氏の論文の構成も、紋谷教授の論文の構成も、個々の特許ライセンス契約上の一方的な制限の場合と、それがクロス・ライセンスや特許プールで行われる場合とを区別して論じ、前者を主として不公正な取引方法の問題、後者を主として私的独占やカルテルの問題として論じているが、そのような整理によって、見逃される問題があるように思われる。それは、ライセンス契約上の制限が、それ自体では競争の実質的制限をもたらさないけれども、より複雑な行為が混合して私的独占の排除、支配とされる場合に、そのような排除、支配行為の一態様として摘出されたり、状況証拠として摘示される可能性である。さらに、本来的な権利行使の制限を含む様々な行為の全体的構造が排除、支配行為の意図、目的を示すものと評価されるときに、そのような広い事実関係の文脈のなかでは、本来的な権利行使の制限であっても、その評価を支える事実要素として違法とされる可能性である。これらの点が看過されやすいのは整理の仕方のためばかりでなく、議論の素材となる実際の事例が乏しいためでもあるが、筆者は、本稿において、これらの点にも可能なかぎり言及するつもりである。

## 一 知的財産権の本来的行使と私的独占

知的財産権に関する私的独占の問題を論ずるときには、独禁法二三条の解釈が問題の一部分となる。そこで、ここでは、この問題をまず私的独占との関係で検討したうえで、知的財産権の本来的行使には独禁法の直接的な適用はできないことを説明にする。次に、それは絶対的なものではなく、独占の意図、目的の存在を介して、間接的な適用が必要な場合が生ずることを明らかにする。

### (一) 知的財産権に基づく排除行為と私的独占の「排除」行為

ある企業が自由かつ公正な競争を通じて競争者を排除しても、それは私的独占の「排除」行為には該当しないと考えられている。これは理論的には当然のことで、企業が、競争過程で正常な手段を用いて市場支配力を形成しても、独禁法が擁護する競争のひとつの帰結にすぎないのである。私的独占該当の成否は、対市場効果要件の充足とやらんで、あるいはそれ以上に、いかなる競争手段で市場支配力を形成、維持、強化したかという競争行為の独禁法上の評価に係らしめられる。知的財産権の本来的行使による競争の排除は、このような意味で、独禁法違反の「排除」行為には該当しないのは明らかであろう。しかし、自明のことをあえて検討することで、知的財産権と独禁法がいかなる関係に立つかということをよく理解することができるように思われる。

知的財産権の本来的行使が「排除」行為に該当しないことは、次のように説明できる。知的財産権の侵害は、競争手段として評価すれば、他人の業績を侵害する不正競争<sup>3</sup>であるから、それがある種の競争であるとしても、独禁法の保護法益である「公正かつ自由な競争」の内容に含まれない<sup>4</sup>。むしろ、ある論者が指摘するように、このような不正な競争

こそが、自己の業績に基づく能率競争を公正競争として保護するという觀念に照らして、独禁法の保護法益を實質的に侵害しているという見方も可能であろう。<sup>(5)</sup>このような競争方法を知的財産権の權利行使により排除することは、独禁法の保護法益を害するものではなく、これを非難すべき理由はない。このことは独禁法二三条の規定がなくとも言えることである。独禁法二三条が確認規定とされるのはこのことによる。

両法に矛盾、抵触がないことを背理法で説明することもできる。仮に、両法は矛盾、抵触しているとしよう（制定法間の矛盾）。すなわち、知的財産権の本来的な權利行使により競争者を排除することが、同時に、私的独占という排除行為にも該当すると考えてみよう。<sup>(6)</sup>この仮定の下では、いずれの法律が他に優先して適用されるかが問題となる。制定法間の矛盾、抵触は、上位法優先、特別法優先、後法優先の諸原則により調整されるが、ここではそのことを詮索しないで、いずれかが優先するという結果から検討を始める。

まず独禁法が優先すると考えてみよう。その場合には、知的財産権の侵害に対して、知的財産権者が侵害者に警告を發し、裁判上で仮処分や差止請求を行使することが、独禁法違反の排除行為と構成される。あるいは、例えば、代替技術と比較して優れた特許技術があつて、それに基づくライセンス契約上の地域制限が大きな市場影響をもつという場合に、ライセンスシールドが地域制限に違反しても、もともと独禁法違反の制限であるから私法上無効であり、特許権侵害ではないということになる。そうなれば、優れた発明や良く知られた信用ある営業標識ほど市場への影響力が強いので、そのことだけを理由として、独禁法のより強い規制を受ける結果になってしまう。これは、独禁法が、他人の優れた技術や信用ある標識を侵害する不正な事業者を擁護する法律だというに等しい。このような規制は知的財産権の根幹を危うくするものであり、また、自由で公正な競争を擁護するという独禁法の趣旨にも反するものであるから到底容認できない。独禁法が優先するという考えはもとより妥当でない。

では、次に、知的財産権が優先すると考えてみよう。その場合には、侵害 $\parallel$ 不正競争を排除することは独禁法違反の「排除」行為ではないということになり、両法域の調和がとれるようにみえる。たしかに、知的財産権の本来的行使に關する多くの問題はこのような考え方で理論的には処理できるだろう。従来の議論は、独禁法二三条の解釈について、このような考え方が支配的であった。しかし、この場合にも、部分的ではあるが、独禁法を優先して適用したときと同じ問題がおきることがある。知的財産権の権利行使に該當する行為類型を使って、自由かつ公正な競争を抑圧することを狙いとする行為がなされれば、今度は、独禁法の法益が侵害されてしまう。知的財産権の権利行使とそれが行われる状況は複雑多様であるから、このような場合が生じることは容易に想像できよう。しかし、知的財産権の権利行使であるから、知的財産権の権利行使を優先させる考えにたつ限り、これを破つて独禁法を適用する論理を構成することはできないであろう。脱法行為であるかぎり必ず独禁法を適用すると言いうるための理論構成は、権利行使を優先させる考え方からは、そう都合よく導出されなれないと思われる。知的財産権の濫用法理を援用することが提唱されているが、知的財産権の濫用は、その権利の社会的、経済的な目的に照らして判断されるもので、總ての競争抑圧的な行為を濫用と性格づけることはできないだろう。けだし、独禁法の自由かつ公正な競争の維持という法目的は、たしかに知的財産権の側からみれば外在的要請である。實際上、独禁法違反の行為が知的財産権の濫用と構成される例は限られている。かくして、知的財産権の権利行使を優先する考え方も結局は問題を残すと言わざるをえない。知的財産権の本来的行使を完全に独禁法の適用除外とする独禁法二三条の解釈論が、近年になつて様々に批判されてきたが、それはこのような考え方に基づいていたからである。

両法域の矛盾、抵触の存在を前提に、独禁法か知的財産権の本来的な行使のいずれか一方が他方に優先するはずだという考え方は、結局、両法域の關係をとらえるための適切な前提とはなりえない。両法域は矛盾、抵触なく制定法秩序

の中で共存し、市場機構を補完していると見るのが正当であり、それが立法者の意思にも沿う理解であろう。

## (二) 独禁法の禁止規定の趣旨と知的財産権に関する行為

そこで、独禁法がいかなる場合に適用されるかという問題は、両法域が調和、共存していることを前提に、知的財産権に関する行為の性質と独禁法の禁止規定の趣旨に照らして決すべきことになる。すなわち、(i) 独禁法の市場行動規制の規定は、知的財産権の本来的な行使の行為に対しては適用されない。(ii) しかし、現実に行われる権利の本来的行使とそれが行われる全体状況や前後の経緯は複雑多様であるから、その意図、目的が、通常の競争の抑圧、排除にある行為であれば、たとえ本来的な権利行使の行為に該当しても、独禁法の脱法行為として規制されるべきである。(iii) それ以外の知的財産権の関する行為は、権利との関係では非本来的行使の行為として、独禁法の直接で通常の適用を受け、その違法性の有無が判定される。ただし、通常の適用といっても、知的財産権に特有の行動を対象にするために、それに即した考慮が必要になる場合があることを看過すべきでない。(iv) 企業結合規制や独占的状态に対する措置のような市場構造規制の規定は、市場行動ではなく、市場構造に着目する規制を行うものであるから、これまでの議論に係なく、したがって独禁法二三条に関係なく、独禁法の適用をうける。ただ、この場合にも知的財産権に特有の考慮が生じると考えられる。以上のように整理できるだろう。

私的独占の規定に關していえば、知的財産権の本来的な行使を独禁法で規制できるのは、その意図、目的がもつぱら通常の競争の抑圧にある場合(ii)に該当に限られることになる。そして競争抑圧の意図、目的は、本来的な権利行使に該当する特定の行為それ自体の意図、目的だけでなく、後述するように、本来的な権利行使に該当する行為を含む複合的な行為の全体構造に現れる違法な意図、目的が、その構造に有機的に連関して行われた本来的な権利行使の行為

の評価へ波及することもあることに注意すべきである。實際上、本来的な権利行使に該当する行為が、複合的な行為の全体構造の中におかれることで、競争抑圧の意図、目的をもつとの評価をうけるという場合も多いのではないかと思われる。<sup>7)</sup>

(2) 知的財産権の本来的行使の意義について、筆者は、不正競争を排除することであると理解する立場にたっている。しかし、それは、本来的行使の行為の内容を、警告、差止請求のような直接的な侵害排除行為だけを指すものと考えられるということではない。実施許諾(商標は使用許諾、著作権は利用許諾)行為と、その契約上の制限の中で、違反すれば侵害になるものを含めている。実施許諾および当該制限は、それにより実施権者が「設定行為の範囲内において」(例えば、特許法七八条二項、商標法三一条二項、著作権法六三条二項)実施すれば侵害としないというものであるから、その範囲を越えれば侵害になる範囲を設定する行為でもある。それは契約上あらかじめ不正競争を排除する行為であるといえるであろう。

(3) 知的財産権の侵害行為を「不正」競争というとき、只乗りや不正競争などおなじく、あるいは不正競争防止法という不正競争行為との連想で、その反商業倫理的ニュアンスを除くことはできないが、筆者のいう不正競争は工業所有権のような制度を前提とした観念であることを付言しておきたい。

すなわち、特許権や商標権は、同一発明や同一・類似商標が、先願主義のもとで、模倣、盗用したものでなく独立に発明し、あるいは独立に選択したものであっても、侵害として排除する(絶対的排他権)。これは著作権制度(相対的排他権)と異なる、工業所有権制度の設計がもたらした帰結である。たしかに独立した発明や商標の利用は、反商業倫理的な侵害とはいえない行為であろう。しかし、これも制度上は侵害であることには変わりがなく、独禁法もその制度を前提にして権利の本来的行使の行為を観念しなければならない。不正競争というとき、このような場合も含めておくことを明記しておきたい。

なお、このような制度的犠牲を緩和するために、先使用による通常実施(使用)権の制度(特許七九条、実用二六条、意匠二九条、商標三二条など)や無効審判の請求登録前の実施による通常実施(使用)権(特許八〇条、実用二〇条、意匠三〇条、商標三三条)、再審の請求登録前の善意の実施(使用)による通常実施(使用)権(特許一七六条、実用四五条、意匠五六条、商標六〇条)があることは周知のとおりである。

(4) 侵害行為たる不正競争が、ある種の競争行為ではあつても、独禁法の擁護する「自由かつ公正な競争」の内容に含まれないとした。この場合、不正競争は、なんらかの市場影響をもつものとして観念されている。

しかし、現実には、ハイテク製品にみられるように、一つの製品の本体の構成部分や付帯装置とその製法などを対象として数百、数千の知的財産権が成立しており、その一つの侵害が、市場全体からみて有意な影響をもつとは限らない。短期的には、侵害の排除が、その知的財産権を用いた製品全体の生産と流通に影響を与えることは事実であるが、通常は代替技術がたくさんあり、それに乗り換えれば、すぐに生産、販売が開始される。多くこのような事例であろう。おそらく、このことから、侵害の排除は、通常の財産権の行使と同じであり、それを次元の異なる競争秩序の観念に結び付けることは無理があるという批判的見解がある。正田彬「知的財産権と独占禁止法」『経済法学会年報』第一〇号、一一二〇頁、七一八頁（一九八九年）参照。

しかし、侵害という競争方法としての不当性が、不正競争防止法という不正競争行為の不当性に重なり、さらに独禁法にいう不正な取引方法と基盤を共通にしているということは否定できないように思われる。根岸哲、後掲論文、参照。

また、他方、ハイテク製品やその部品、中間製品、素子などで、基本特許がある場合には、侵害は、右にのべた程度にとどまらず、一企業に参入の断念という実質的な市場影響をもつ場合もある。最近では、コダック・カメラが、ポラロイド・カメラの特許侵害訴訟により、市場撤退を余儀なくされた事例が想起されよう。

その意味では、知的財産権の侵害≡不正競争と、それを排除する行為は、ともに競争秩序と関連してくるのであり、知的財産権法は独禁法と共通の基盤を有し、ともに競争秩序において棲分けている。その棲分けかたについて、「知的財産権法は知的財産の利用に係る公正で自由な競争を促進する法律」であり、一般競争法たる独禁法の特別法に該当するという見解が、根岸教授により最近公表されている。その最近のものとして、根岸哲「知的財産権と独占禁止法」『経済法学会年報』第一〇号二一頁以下、二六一—二八頁参照。特別法という概念の厳密な意味にこだわらなければ、そのような説明は可能であり、問題を両法域の関連においてみる視野を獲得するのに有効であろう。筆者も根岸教授の見解に賛成する。

(5) 根岸哲、前註掲載論文。ほかに、根岸哲「知的財産権法と独占禁止法——」『独占禁止法二三条論覚書』『経済経営研究年報』神戸大学経済経営研究所三八号（I・II）三六七—三七九頁。根岸哲「知的財産権法と独占禁止法——ライセンス契約を中心として——」『自由と正義』四〇巻一号二九—三六頁（一九八九年）。

(6) いわゆる法的独占が経済的独占に匹敵することは稀であるから、知的財産権の権利者による侵害排除が私的独占という競争の実質的制限になる程の市場影響をもつことも稀である。しかし、そのような市場影響をもつ知的財産権が存在しないと、いうわけではなく、またこの問題の理論的側面を明らかにするために、多少誇張された事例を想定することは許されよう。

(7) この点に関して、メトクロプラミド製剤に関する警告事件(公正取引委員会昭和五七年四月二三日)を後に取り上げよう。

## 二 独占の意図、目的

知的財産権の本来的行使であっても、その意図、目的が、通常の競争の抑圧・排除にあるときには、独禁法が適用されるとした。この点に関して、私的独占の定義規定(二条五項)は、排除・支配行為に独占の意図、目的という主観的要素を加えることを明示していないのだから、私的独占の規制に独禁法が要請してない考慮要素をもちこむことになるという疑問が生ずるかもしれない。この点をまず説明する。次に、知的財産権に関連する私的独占事件において、独占の意図、目的を採策するアプローチがなぜ必要になるか、そのアプローチの方法はいかなるものかについて説明する。そこでは本来的な権利行使の行為と知的財産権の通常取引行為とが議論の対象になろう。

### (一) 私的独占における独占の意図、目的

私的独占の排除・支配行為には独占の意図が必要であるか、もともと議論のあったところである。本来、私的独占は犯罪行為として刑事罰の対象でもあるから、排除・支配行為は、何等かの競争抑圧性のために非難可能性をもち、それゆえ回避可能な行為でなければならぬ。その意味では独占の意図は必要であるとされる。この場合、独占の意図は、

もちろん、文書、証言等の直接証拠によって示される必要はなく、その行為の外形・態様から合理的に推論されればよい。主観性そのものは求められていない。

さらに、従来の議論では、行為の外形に独占の意図が明白・露骨に現れるような略奪的行為でなくとも、何等かの競争抑圧性をもつ行為でよいとされている。市場支配的企業は、その市場影響を予測することなしに一定の行動をとるはずがないという前提で、反公益的競争手段を採用しているという認識<sup>9)</sup>、あるいは、それに加えて競争の実質的制限をもたらす行為であることの認識<sup>10)</sup>があれば足りるとされている。このように、独占の意図は、實際上、行為の外形や態様に客観化し主観性が希薄化されている。私的独占の「排除」、「支配」の概念を拡大することにより市場構造規制が可能であると論者も、このような考え方の延長上に議論を組み立てており、市場支配力ある企業であるほど明白に競争的ではない行為で競争抑圧の効果をもたらすことができるから、それをとらえて排除、支配行為と構成できるとしている。そのため排除、支配行為の概念が通常の競争行為に接近して把握され、その区別は微妙になっている。しかし、構造規制論者も何等かの意味で競争抑圧的な行為を採用しているという認識が必要であることを否定しないであろう。

このようにみえてくると、私的独占の規制における競争抑圧の意図、目的は、依然として排除、支配行為が該当性を問う行為の評価要素として機能するものと考えられる<sup>12)</sup>。

競争抑圧の意図、目的という評価要素は、知的財産権の領域においても必要になると考えられる。とくに、知的財産権の本来的な行使に関係して、また知的財産権の通常取引行為に関係して、独占の意図、目的の要件が機能しうる余地が大いにある。

## (二) 知的財産権に関連する行為についての独占の意図

## (イ) 本来的な権利行使の行為

知的財産権の本来的行使にたいする私的独占の理論的な問題を検討しよう。この問題が起こるのは、実態としてみれば、本来的な行使の行為が、不正競争の排除ではなく、通常の競争を抑圧、排除する意図、目的で行われる場合である。例えば、侵害者に対する警告、差止請求という本来的な権利行使が、侵害の根拠がないことを知りながら、競争者や潜在的競争者に頻繁に警告を発し、訴訟提起の脅かしをかけ、社会的に許容される権利行使の限度を越えて行われる場合である。この場合は法的手段を用いた参入妨害行為であり、権利の濫用にも該当する悪質な行為である。

ここには程度問題が絡んでくる。行為の外形や態様をみてその意図を判定することが必要になる。そして、独占の意図、目的をもった独禁法違反の行為を真正の権利行使の行為から、いかに区別するかという見分けかたの問題が生じる。真正の権利行使は、警告・差止請求であれ、ライセンス契約上の制限であれ、不正な競争を排除しようという意図のもとになされる。その意図は明確であり、知的財産権法上も独禁法上も正当である。そこで、このような正当な意図の外形的に違法な独占の意図が隠されても、それを区別して後者だけをいかに摘発することができるか微妙な判断となることがある。もちろん、そのような意図、目的が行為の露骨な外形から明白に読み取れることもあり、その場合には規制は容易である。そこまで露骨でない行為はどこまで独占の意図が読み取れるかが問題であり、行為の外形や態様、その行為が行われる状況と前後の経緯から推定することが課題となる。行為の具体的な態様をどう評価するかという点について、具体的事例が存在しない段階で、抽象的に何等かの断定をすることはできない。いづれにしろ、知的財産権の濫用にもなる明白な行為にのみ独占の意図の認定を限定すれば、脱法行為を見逃すおそれがあるが、独占の意図の強引な推

定も、正当な権利行使を規制してしまう危険性をともなうことに注意しなければならない。

他方、個別の権利行使の行為がそれ自体の意図、目的の探索ではなく、別のアプローチが可能となる事例が存在しうる。それは本来的な権利行使それ自体の意図、目的が問題ではなく、それに密接に関係する諸行為に問題がある場合である。例えば、様々な行為の全体構造から独占の意図、目的が推定できる場合には、その有機的一部分を形成する本来的な権利の行使の行為は、行為の全体構造の評価に影響されて、独禁法違反の構成部分とされるであろう。筆者は、現実にかかる可能性のある私的独占はこのような場合が多いのではないかと推測している。

結局、知的財産権の本来的行使に関する脱法的な私的独占行為の場合、独占の意図を独立した要件として機能させることが必要であることが確認された。そして、その方法は、第一に、事例に応じて、権利の本来的行使の行為の態様それ自体から意図を読み取るというアプローチをとることであった。それは、事例の態様によっては微妙な課題を負うことになることが示された。第二に、これとは別に、本来的な権利行使の行為をその一部に含む行為の全体構造が独占の意図、目的を現すような事例があり、その場合には、本来的な権利行使に該当する個別行為の意図を探索するアプローチを取る必要がなく、個別行為に全体構造との有機的連関性があれば、それを違法と評価できることも明らかになった。

#### (ロ) 通常の取引行為

次に、知的財産権の本来的行使ではないが、やはり知的財産権に関連する行為について、独占の意図、目的が問題になる場合がある。知的財産権に関連する非本来的権利行使の行為は、先にみたように、不正な取引方法に該当する行為と通常の取引行為の二つに分けられる。独占の意図が問題になるのは、後者である。具体的な行為を挙げれば、知的財産権取得の前段階である研究開発投資行為、知的財産権を第三者から譲受ける行為、ロイヤリティの値上げなどの行為であり、これらは、それ自体として、排除、支配に該当して非難されるような行為ではない。しかし、例外的に、私

的独占の問題とされる行為態様がとられることがある。例えば、参入阻止や競争者排除を狙うと見られる程不自然に特許権などを買集めて集積する場合がそれであり、この場合には、行為の外形や態様からみて、私的独占の意図があるか検討する必要がでてくる。知的財産権の権利行使の行為と同様に、行為の態様からみた独占の意図の立証が問題になるのである。

(8) 服部育生『経済法概論』泉文堂、昭和六三年、八九頁以下、九六頁。今村成和『私的独占禁止法の研究(1)』有斐閣、昭和三十一年、五二―五五頁参照。また、そこで挙げられる他の古い概説書も参照されたい。

(9) 今村、前註、五三―五四頁、及び五五頁註(9)参照。

(10) 服部、前掲書、九三頁参照。

(11) 実方謙二『独占禁止法』有斐閣、昭和六二年、六三―七六頁、同『寡占体制と独禁法』有斐閣、昭和五八年、八〇―九二頁、一二二―一二六頁。

(12) 独占の意図、目的を行為の評価要素とするということは、根岸教授のいう「公共の利益」の要件を行為の評価要素として機能させるという見解(根岸哲『注解経済法「上巻」』今村、丹宗、実方、厚谷編、(第二条五項・私的独占)青林書院、昭和六〇年、四二頁以下、五八―六四頁参照)と異なるものではなく、その具体的な下位概念のひとつであると理解されるべきものと考えている。

### 三 知的財産権に関する私的独占行為の態様

知的財産権に関する行為が、私的独占の排除、支配になる可能性は、次のような場合に分けられた。第一に、本来的な権利の行使ではあるが、行為の態様から、排除・支配の意図・目的があると評価されるような場合、第二に、不正

な取引方法に該当する行為であつて、市場支配的企業や複数の有力企業により行われるために、排除・支配に該当するような場合、第三に、知的財産権に関連する通常の取引行為であるが、その行為の外形・態様からみて、排除・支配の意図、目的が合理的に推定される場合である。以下では、この区分の通りに分けて順に検討する方法は取らないが、この区分に十分留意しながら、個別の事例を検討することにした。また、これらが複合して私的独占の問題になる場合も、個別行為の検討において可能ながきり言及し、それとは別に知的財産権のライセンス上の制限については、個別の行為の検討に加えて、制限の複合事例を実際の事例を素材に検討したい。

検討の順序は、知的財産権の発生から製品に具体化されるまでの、いわゆる川上から川下に向かう順序で行う。具体的には、知的財産権を獲得するための研究開発、外部からの知的財産権の取得、知的財産権の専有実施にともなう侵害排除行為、次いで実施許諾契約とその契約上の制限という順序になる。

## (一) 積極的・攻撃的な研究開発投資政策

事業者が熱心に研究開発(以下、R&Dとする。)投資を行うことは、良好な市場成果の一つの象徴となるものであり、もとより責められるべき行為ではない。事業分野によっては相当のR&D投資を常に必要とする分野もあり、R&D投資の成果たる技術革新の影響は現在の競争から将来の競争へとダイナミックに及ぶ可能性をもっている。ここで問題とするのはこのような場合とは觀念上一応区別される行為である。すなわち、市場支配的企業が、将来有望とされる技術分野があると、豊富な資金力を背景に、他の競争者や潜在的競争者に先んじて集中的なR&D投資を行い、それによって知的財産権を集積することを狙った行為である。独禁法上問題があるとすれば、当該企業が、他に先駆けて、排他性をもつ知的財産権を獲得、集積することにより、自己の市場支配力を意図的に維持、強化しようということにある。<sup>13)</sup>

しかし、このような行為を私的独占とするにはいくつかの問題がある。第一に、R & D投資は、通常、リスクの大きい賭けに似ており、それによつて達成される成果が投資額に比例するとは限らないことである。その意味で、需要が伸びると見込まれる時期に、競争者の出現を予期して、機先を制する設備投資を行つて独占行為をしたと問責された米国の有名なアルコア事件（一九四五年）よりも、行為とその帰結の因果関係がやや迂遠である。第二に、技術革新が進行している分野で、市場支配的企業が革新的であれば、競争行動と競争抑圧行動の区別は困難であり、かかる規制は、当該企業の革新の意欲を削いでしまうおそれがある。第三に、適切な排除措置の選択が難しいことである。R & D投資を止めさせるといふ訳にはいかない。

もし例外的にはあれ、このような投資行動の規制が課題になるとすれば、その産業のライフサイクルや技術革新の進行具合などを勘案しつつ、市場支配的企業に知的財産権の法的な参入障壁を積極的に形成しようという特段の意図が認められるか慎重に見極めることが必要にならう。現状では、規制の理論的可能性をもつにとどまるというべきであろう。

単独の市場支配的企業ではなく、複数の企業が契約、協定などにより部分的に結合して共同で行うR & D投資は、その企業が増える程、その攻撃性が薄くなる。共同生産や共同販売のように企業が共同で行う行為の独禁法上の評価は一般的に厳しいものとなるが、共同の研究開発はそうならない例外のひとつであろう。単独では負担できない法外な費用を分担して研究開発に伴うリスクを回避し、技術の早急な開発と普及に貢献するという側面を無視できないからである。このような共同研究開発で攻撃的なR & D投資を行つても、対外的に幾つかの同等の共同研究開発を行いうる企業が存在すれば、問題はないだろう。問題になるとすれば、相当の費用とリスクを伴う共同研究のプロジェクトが大多数の事業者を包含して計画されているのにもかかわらず、特定の事業者には合理的理由なく参加が阻まれている場合であろう。

これは私的独占の排除行為に該当するが、現実にはこのような大きなプロジェクトは、我が国では経済官庁の助成と介入なしにできないであろうし、参加する能力の十分ある企業が理由なく排除されることも稀であろう。

(二) 知的財産権の取得もしくは買漁り

知的財産権の譲受、実施権の設定は、独禁法との関係では、原則として自由に行うことができる。しかし、典型的な二つの事例では独禁法の適用が及ぶことがある。第一は、市場支配的企業が、参入障壁を高め、現実的および潜在的競争者を排除するために多くの知的財産権を買い漁る場合である。第二に、市場支配的企業が、特定の技術分野の将来的な可能性からみて基本特許となる程の高い評価をうける技術を取得（譲受ないし専用実施権）して、市場支配力を一層強化する場合である。後者の場合には、私的独占の問題が起りうると同時に、企業結合規制の問題にもなりうる。では、それらはどういう場合であろうか。

第一の場合には、市場支配的企業が、資金力に飽かして不自然なほど多くの知的財産権を多方面から買い取り、しかも通常実施権ではなくて、独自に侵害訴訟を起しうる知的財産権自体か専用実施権のみを取得する政策をとり、その意図、目的が知識、技術の利用ではなく、他の競争者を排除することにあることが合理的に推測できる場合である。また、この意図、目的は、知的財産権の集積の方法や技術内容の事業との関連性だけでなく、頻繁に侵害の警告や訴訟をするなど、知的財産権の行使政策の態様からも推定されよう。

第二の場合には、有力な知的財産権の取得が、競争の実質的制限をもたらす蓋然性があれば、資産取得の問題として、まず企業結合規制の問題になる。そこで問題となるのは、知的財産権の市場か製品・役務の市場で、「競争の実質的制限」が発生する蓋然性の判定である。現実には追加的な開発投資を実質的に必要としない程成功の約束された知的財産権の

場合に問題が限定されよう。<sup>(14)</sup> また知的財産権は、移転のコストが低く、取引の広がり世界的になるので、技術市場における「競争の実質的制限」が問題になることは稀であろう。そして、知的財産権の取得が資産取得の問題にならないければ、通常、私的独占の問題にもならないと一応いえる。

しかし、私的独占は行為規制の概念であるから、資産取得として問題にならない場合でも、取得の意図、目的いかんでは私的独占になる場合があり、この点はもう一步踏み込んで考える必要がある。そこで、例えば、市場支配的企業が、すでに商業的に成功しているか、成功することが確実な知的財産権（リスクを伴う開発を必要としない）を取得する場合、市場支配力を一層強化することを知らずにそうするとは考えられない。通常実施権でも十分であるのに、市場支配的企業が、あえてそのような結果を予測できる取得を選択したというところに人為性を認めて、排除行為としてよいという考えかたも理論的には可能である。同じ行為であっても、中小の企業が行う場合と市場支配的企業が行う場合とは、市場への影響が違うことに着目する規制方法である。しかし、率直に言えば、これだけで規制が可能であるとすることはできないだろう。さらに特段の意図、目的が取得の経緯や態様から示されるのであれば、過剰な規制となるように思われる。知的財産権の市場における円滑な取引を促進することは、買手にとってだけでなく、売手にとっても、知的財産権に関する投資回収を図り、市場が許す最大限の収益を確保するために必要であり、買手が市場支配的企業であつてもその要請は変わらない。<sup>(15)</sup> この要請を越えて規制が必要であるとすれば、市場支配的企業の市場支配力の強化に向けた特段の意図、目的が存在する場合でなければならぬ。具体的に、いかなる行為がそのような特段の意図、目的をあらわすものとなるかは今後の経験に委ねなければならない。

(三) 知的財産権の攻撃的な行使政策

市場支配力ある企業が、自己の管理する知的財産権に基づいて、新規参入企業や競争企業の新製品、新技術の導入を監視して、さしたる根拠もなく、相手方やその取引先に侵害の警告や仮処分、差止や損害賠償の訴えを行い、相手方の事業活動を困難にすることになれば、私的独占の排除行為に該当しよう。このような行為は法的手段を使った参入妨害であり、メーカーのみならず、流通業者やユーザーにも、深刻な打撃を与えるものである。

もともと侵害を排除する行為は、いかなる市場影響が発生しても遂行することができる本来的な権利行使の行為である。しかし、それが、このような意図、目的の明確な態様で行われれば、行為者が市場支配的企業でなくとも、独禁法違反となる行為である(一般指定一五項)。また知的財産権の濫用であるから、知的財産権法の保護を受けることはなく、不正競争防止法一条一項六号違反の行為となる。それを市場支配的企業が行っていることから、私的独占の排除行為とされるのである。(二)の知的財産権の集積行為と表裏一体で行われることもある。

なお、このような攻撃的行使政策は、相手方から、不正競争防止法違反の損害賠償請求だけでなく、差止請求権等不  
存在確認の訴え、特許庁への判定請求や無効審判請求を招くであろうが、独禁法違反はこれとは別に成立する。

(四) 実施権の設定

実施権の設定は、経済的にみれば、知的財産権の取引であるが、法的には、相手方との関係で、実施権の範囲で実施するかぎりでは侵害として訴えないという効果をもつ。実施権の設定により形成される権利義務関係はそのような効果だけではないが、ここではそこに着目する。

実施権の設定は権利の本来的な行使であろうか。実施許諾とは、実施権者の実施行為の範囲が契約で定めた設定行為の範囲内であれば、権利者が不正競争として問題にすることはないという趣旨であり、許諾の範囲を越えて実施を行ったときには侵害として排除するという趣旨を同時に含んでいる。そのため、実施権の設定は本来の権利行使であり、独禁法の行為規制の適用除外になる。したがって、実施権の設定は、通常実施権であれ、専用実施権であれ、構造規制の適用が問題になる場合を除いて、独禁法の直接適用はないべきである。

また、実施権の設定は、間接適用によっても、独禁法違反とされることは普通はないであろう。なぜなら、それが権利の行使であるからではなく、実施権の設定が競争の増大と技術の普及に資するという性質をもつ行為であるからである。また、ある者に実施権を設定し、他の者に実施権設定を拒否することは、特段の意図が別に存在する場合を除いて、権利者による単独の取引拒絶には該当しないであろう。このことは専用実施権、独占的通常実施権、通常実施権の違いに関係なく妥当しよう。

ただ問題は、複数の権利者が結合した知的財産権のプールやクロス・ライセンスに基づくライセンス政策の場合、あるいは知的財産権の共有に基づくライセンス政策の場合に生じうる。共同のポイコットの意図、目的が介在しているかもしれないので、結合に至る経緯やライセンス政策の具体的な態様の分析が必要になろう。その例は、後でメトクロプラミド製剤の製造業者に対する警告事例で取り上げるつもりである。

知的財産権のプールの場合には、さらに、その参加メンバー内での不合理なライセンス上の差別が行われ、知的財産権のプール会社による支配行為に該当することがあろう。また、その支配行為には、そのプールを実質的に支配する一部の参加メンバーの共謀が伴うことがある。さらに、プールの内部のメンバーと外部の事業者とのライセンス上の差別が問題になることがある。差別の中には、プールの形成や存続に貢献した内部者と貢献していない外部者との違いに依

じた合理的な差別も存在しうるのであるが、そのようなことでは説明できない不当な差別や、不合理なライセンス拒絶が行われることがある。そのような行為は排除行為になる。

知的財産権の共有による場合には、実施許諾に際して、共有者全員の合意が必要である(例えば、特許法七三条三項)が、そのことを利用して違法な意図、目的を達成しようとすれば、独禁法が間接適用されるのであり、本来的な権利行使であるからといって脱法的行為まで適用除外されない。

#### (五) 実施許諾契約上の制限条項

実施許諾契約上の制限は、ときに、不当な取引制限の隠れ蓑として使われ、問題になることがある。しかし、問題となる多くの場合は、不公正な取引方法である。そして、個々の制限が、大きな支配、排除行為にひとつの要素になることはあるが、それだけで私的独占の排除、支配行為に該当することは実際には稀である。個々の知的財産権が、それだけで、経済的な独占に近い経済的力をもつことが稀だからである。しかし、それらの制限が、私的独占の排除支配の要素として挙げられる場合や、状況証拠となる場合もあるので、そのような場合を視野にいれて検討することにする。そして、これを補完する意味で、これらの制限が複合された事例をあとで別に検討することにする。

#### (イ) 個別の制限

##### ① 地域制限、生産数量制限、使用分野制限

地域制限、生産数量制限、使用分野制限は、本来的な権利の行使と考えられている。これらの制限は、制限とはいっても、実施権を許諾する際に、実施が許容される範囲を明確にすること(いわゆる「設定行為で定めた範囲内」。特許七条二項、七八条二項、実用一八条二項、一九条二項、意匠二七条二項、二八条二項、商標三〇条二項、三一条二項、

及び著作六三条二項など）である。それは実施権設定行為の構成部分であって、実施権の設定に付随した付加的制限ではない。実施権者が設定行為の範囲を越えて実施すれば直ちに侵害の問題を発生させるのである。このことから、これらの制限は権利の行使に該当する制限とされるのである。ただ、生産数量制限が権利の本来の行使と考えられているが、この点は筆者には納得できないところである。<sup>16</sup> 異論はあるが、ここでは現状に照らしてさしあたり権利の行使と整理しておく。

前述のように、これらの制限は、それ自体で競争の実質的制限の効果をもつことは稀であるが、もしそのような効果をもつ場合があつても、客観的な競争制限効果だけで、私的独占の支配行為とすることはできない。権利の本来の行使であるからである。その制限の意図、目的をさらに検討する必要がある。

客観的競争制限効果が大きくなる場合として考えられるのは、これらの本来的な権利行使の制限が複合して用いられる場合や、これらの制限を採用するものが単独の権利者ではなくて、複数の権利者の結合や共有に基づいている場合であろう。しかし、権利行使に該当する制限の幾つかが組み合わせられて行われても、さらに複数の権利者の結合や共有に基づいて行われても、客観的競争制限効果が大きくなるというだけでは規制することはできない。しかし、複数の者が関連する場合には、そのような行為は、競争制限を目的にしていまいか極めて疑わしい面が出てくることも事実である。行為の意図、目的を詮索しなければならない。

このような詮索が容易になる場合もあろう。産業支配の目的をもった特許プールやクロス・ライセンスなどは、本来の権利の行使以外の行為も付帯して行われることが多く、また知的財産権の消尽理論によつて、最初に適法に販売されたあとは、これらの制限の効果は及ばないとされる限度を越えて制限が及んでいるときには、そのような行為の全体構造から、産業支配の違法な意図、目的が推定される。この場合には権利行使の制限であることは違法な意図を構成する

一行為であることを否定する根拠にならない。

しかし、もっぱら本来的権利行使だけで行われ、消尽理論の限界からの逸脱もないというときに、それが私的独占行為として捕捉される事態は、具体的に想像できない。そのような事例は有り得ないというのではないが、意図の探索は困難であろう。この場合にも意図、目的が問題になり、それを行為の行われる状況や前後の経緯から経験則に照らして探り出すことになる。独禁法運用当局にはそのような調査、分析能力が必要となるということであろう。

## ② 価格制限

価格の拘束は、本来的な権利行使ではないので、その影響の及ぶ範囲が無視できる程でなければ、不公正な取引方法（拘束条件付き取引）に該当して規制される。価格拘束にはそれを正当化する議論もある。権利者が相手方と交流して定めるロイヤリティの価額は、あるべき評価より低く設定されがちであり、それを補完するために必要であるとか、権利者の自己の生産による収益を守るために必要であるという議論であり、これがライセンスを奨励するために価格拘束が必要であるという議論に連なつてゆく。しかし、そのような正当化は、より制限的でない手段で十分達成されるのであり、価格拘束の影響が有意であれば無視される議論であろう。不公正な取引方法とされることは当然であり、さらにその影響が市場全体に及ぶ程であれば、私的独占の支配行為に該当する。

単独の権利者が価格拘束をして支配行為に該当することになるのは稀であろう。複数の権利者の知的財産権のプールやクロス・ライセンスに基づく、あるいは知的財産権の共有に基づくライセンス上の価格拘束がこのような影響をもちやすい。それが価格カルテルに該当するときは別として、市場に実質的な影響をあたえるライセンス上の価格拘束は支配行為として除去する必要があるであろう。

また、この種の制限が、他の制限（本来的行使の制限を含む）と複合して行われているときは、個々の行為の影響を

個別に分析、評価するのではなく、全体としての行為の構造と影響を見て独占の意図がないかどうか先に検討する必要がある。個別の制限の評価は、その制限が競争の実質的制限をもたらしていない場合でも、このような全体的な検討に照らして、違法行為の一要素ないし状況証拠となるか判断されるべきである。以下の諸々の制限についても、同様のことがいえるのである。

### ③ グラント・バック条項

グラント・バック条項には、アサイン・バックや専用実施権、独占的通常実施権の付与のような強制的要素の強いものから、通常実施権の付与や情報の開示のような強制的比較の弱いものまである。後者はライセンサーの相手方に対する将来の不安を回避させて、ライセンスを促す効果を期待できるので原則として容認することが望ましい。ここでは前者が問題であり、それらは不公正な取引方法（拘束条件付取引あるいは取引上の優越的地位の濫用）に該当し、独占的企業によって行われるならば、私的独占の支配行為となろう。

複数の権利者により設立された知的財産権のプールが、このような条件付きでライセンスを行う政策をとっていれば、そのグラント・バック条項は、知的財産権プールの運営政策の実態と関連させて検討する必要がある。プール全員にあまねく実施権を与える方式をとっていれば、将来にわたって、知的財産権の権利自体を譲り受けるか、専用実施権を取得することがプールの運営に便宜であり、個々のプール参加メンバーにとっても相応に見返りが期待できるので抑圧的ではない。知的財産権のプールの場合に、アサイン・バック方式や専用実施権の方式は、ただちに抑圧的であるとか、不合理であるとかは一概にいいない。もちろん、プール自体が、個々のメンバーを支配し、外部の事業者を排除して、一定の事業分野を支配する意図のもとに運営されているような場合は別で、これは支配行為および排除行為に該当するであろう。

④ パッケージ・ライセンス条項

パッケージ・ライセンスは、あるまとまった知的財産権のライセンスを一括して許諾するやりかたをいう。本来的な権利行使ではないが、取引の円滑化に資する面があり、必ずしも抑圧的であるとはかぎらない。権利者にとつても相手方にとつても取引コストを軽減して、必要な知的財産権を一括して取引することができる。典型的な例は音楽著作権団体の一括ライセンス処理である<sup>①</sup>。演奏する音楽著作物の権利処理は、個別に行つた場合、その取引コストは市場形成を妨げるほどになり、一括ライセンス（ブランケット・ライセンス）の選択は不可避であろう。

パッケージ・ライセンスのこのような機能を十分念頭においてうえて、しかし、問題になる場合もあることを指摘しなければならない。強制的な抱き合わせに等しい方法でパッケージ・ライセンスを相手方に強要し、それが取引コストを節約することも、市場形成機能ももたないときには、不正な取引方法（抱き合わせ販売）に該当する。そして、市場支配的企業や知的財産権プールがそれを行えば、私的独占の支配に該当することになる。

また、音楽著作権のブランケット・ライセンスのように、取引コストの観点から必要性和合理性が認められる場合でも、著作権管理団体とそのメンバーたる作曲家、作詞家などの著作者の間の内部関係はまた別の問題であり、使用料金の配分などで団体の抑圧的行為が認められるならば、支配行為に該当する。

⑤ 原材料の購入先制限

原材料の購入先を制限することは、技術の効用を確保したり、信用を維持するうえで必要な場合がある。そのような目的で制限が行われているときには、不正な取引方法に該当するものではない。しかし、その制限を必要とする合理的な理由がなく、あるいは口実だけで具体的な根拠がないときには、不正な取引方法に該当する。そして、行為者が市場支配的企業であるときには、相手方にたいする支配行為になり、その影響が、原材料供給者を実質的に排除してし

説 まう市場影響を原材料市場でもつときには私的独占の排除に該当しよう。

#### ⑥ 販売先制限

販売先制限は、製造・販売の実施権者にたいして行うときには、地域制限のヴァリエーションであり、本来的な権利の行使である。しかし、消尽理論の枠を越えた制限、すなわち、知的財産権法上適法な販売が行われたあとの再販売を制限したり、制限の目的が再販価格維持行為を補完するためであったりすれば、不公正な取引方法（拘束条件付取引）に該当する。それを市場支配的企業が行えば、私的独占の支配行為となる。これは単独の権利者が行っても、複数の権利者が行っても同じであるが、複数の権利者による場合には、販売先カルテルである場合はもちろん、競争の実質的制限となるおそれが強くなる。

#### ⑦ 競合技術、競合製品の取扱制限

競合技術や競合製品の取り扱い禁止は、専用実施権や独占的通常実施権が設定される場合に、権利者のロイヤリティ収入の安定確保を図るために、実施権者を当該知的財産権の実施に専念させる方法として合理的である。これは一手販売契約との類推による。しかし、そのような目的の範囲を越えて実施権者を特定技術や特定製品に固定する内容のものであったり、多くの者に通常実施権を設定してその必要が乏しいのに、このような制限を課している場合に問題になる。その影響が競合技術や競合製品の市場を閉鎖する効果をもつ程になれば、不公正な取引方法（排他的特約店契約）に該当する。その市場閉鎖の影響が、競合技術や競合製品の市場で実質的になれば、排除行為となるだろう。

#### ⑧ 不競争条項

不競争条項は、実施許諾契約の当事者間の信頼関係に基づくものであり、実施権の許諾を受けた者が、一方でその成果を享受しながら、他方でその権利の有効性を争うことは信義則に反するということで、契約観念上正当化されてきた。

しかし、この条項の公共政策上（知的財産権制度、および独禁政策上）の評価は、必ずしもこれと一致するものではない。争われれば無効とされるものが、知的財産権として有効に通用し、公衆の自由な享受から隔離されることは望ましくない。技術にアクセスすることができて、内容に精通しているため有効性を一番争い易い立場にある実施権者が、契約で不爭義務を課せられることは公益的にみて不当である。

ただ、このような条項が公共政策的観点から規制されるべきであるとしても、契約上の当事者のバランスを失する結果になれば、ライセンス意欲を無くさせるので、争われれば対抗手段として契約の解除をしてもよいという逃げ道（不当な契約解除としない）を用意しておく必要がある。

この条項の公正競争阻害性の程度の判断が難しいが、本来自由に享受されるはずの知識、情報が不当に独占されるおそれがあるので、不公正な取引方法（拘束条件付取引ないし取引上の優越的地位の濫用）に該当するものである。これがそれだけで私的独占の支配に該当するかも判断が微妙であるが、市場支配的企業が市場支配力ある知的財産権のライセンスにこのような条項を使っていれば、現実は無効な知的財産権を有効として存続させていたという事実がなくとも、それ自体で私的独占の支配ないし排除の有力な状況証拠となる。またこのような場合を含めて複数の企業が、相互の知的財産権を争うことを回避して、既得権益を守る共謀がなされていけばカルテルになり、対外的には私的独占の排除に該当する行為がなされているおそれが強い。このような例として、あとでメトクロプラミド製剤に関する警告事例で取り上げることにする。

なお、ここでは、独立した項目として挙げていないが、特許庁に対する公知文献の隠蔽など詐欺的な出願や審査請求も同様に問題になる。

## ⑨ 研究開発の制限

研究開発一般の制限は、明らかに競争制限的であり、合理的理由も考えられず、悪性の強い制限として当然不当である。このような企業行動として何等の合理性もない制限は、当然、不正な取引方法（拘束条件付取引ないし取引上の優越的地位の濫用）に該当し、市場支配的企業がライセンスに際して行えば、私的独占の支配行為としてよいであろう。

問題となるのは、実施許諾した技術等を対象とした解析研究を禁止するリバース・エンジニアリング禁止条項である。研究開発の制限は、菌、触媒のように研究解析されると保護不可能になるという特殊なノウハウを除いて、やはり不当である。この制限は、積み重ねにより発展する技術の進歩を阻害し、知的財産権制度の目的自体に反する制限であり、競争制限であることは明らかである。工業所有権制度では、解析研究は当然に認められた行為であることに注意しなければならぬ（特許法六九条一項、実用二六条、意匠三六条。商標法にはその性質上該当規定なし。著作権法にも該当規定がないが、コンピュータ・プログラムの保護の導入により後述の問題がおきた）。この制限の直接の制限効果は目に見えないけれども、将来の知的財産権の市場および製品市場に深刻な影響を与えるおそれがある。不正な取引方法（拘束条件付取引ないし取引上の優越的地位の濫用）として、規制されるべきである。市場支配的企業が行えば私的独占の支配行為の構成要素となろう。

コンピュータ・プログラムの解析研究について、工業所有権と異なり著作権法上にこれを許容する明文の規定がなく、解析過程には複製が必ず伴うので、研究開発制限は適法であるという議論がある。これは国際的な広がりをもつ争点であり、議論は割れているけれども、やはり考えかたは工業所有権の場合と同じくすべきであろう。知的財産権制度の目的に照らしてそう言えるのであり、開発実態からみて、コンピュータ・プログラムの解析研究が模倣、盗用を許すに等しいという事情にあるのでなければ、解析研究は許されるべきである<sup>18)</sup>。それを制限する条項は不当である。市場支配的

企業や複数の企業が結合してこのような制限を用いれば、私的独占の支配行為の構成要素となり、あるいは直接に支配行為とされることも考えられる。

#### ⑩ロイヤリティ額の差別的引き上げ

同じ知的財産権の実施許諾について合理的な差別的なロイヤリティは普通に行われている。有体物たる製品の企業間の取引価格も同じであるが、それ以上に知的財産権の取引価格は、期間、範囲、地域、通常実施権か専用実施権かの実施の態様、その他の付帯的制限、等で異なるのがむしろ自然である。またロイヤリティが法外に高いということも、それだけでは独禁法上問題にはならない。実施許諾契約の更新時におけるロイヤリティ額の予想外に大幅な引き上げも直ちに不合理とはいえない。実施許諾期間の経験を通じて、その知的財産権の市場での評価が、権利者の予想よりも高いことが分かった場合で、それに対応したロイヤリティ算定方法を採用してなかった（契約上のリスク管理のミスではあるが）ことから、市場評価に見合うように、一挙にロイヤリティを引き上げることが取引上の合理性がないとはいえない。

しかし、契約当事者が製品市場で競争していた場合に、実施権者の追加的研究開発の努力や製造や販売における投資や革新努力により市場の地位を高めて権利者の脅威となったときに、競争者にたいして競争上のコスト・ハンディキャップを形成する目的で法外なライセンス額の引き上げを通告することは、相手方の事業上の計画を狂わせて事業活動を困難にさせるので、独禁法上の問題になりうる。

そのような意図、目的を立証することは難しい面があるが、ロイヤリティ引き上げまでの経緯、実施権者の製造・販売面における貢献、知的財産権の市場評価などを検討して、その意図、目的を明らかにすることができれば、不公正な取引方法（優越的地位の濫用あるいは競争者に対する取引妨害）に該当しうるし、他の実施権者とは以前と同じ条件で

説  
取引していれば不公正な取引方法（相手方による差別対価、場合により取引拒絶）に該当しよう。先端技術の基本的特許の権利者である市場支配的企業がこれを行えば、私的独占の支配ないし排除の構成要素ないし状況証拠となるであろう。

（ロ）総合的にみた制限条項の複合

先に述べたようにライセンス契約上の個々の制限がそれだけで私的独占を構成することは実際には稀であろう。権利者を含む複数の事業者が契約や結合により、幾つかの制限の複合的な併用をして市場全体に実質的な影響を与えるときに私的独占の排除、支配行為が問題となることが多いと思われる。

いままでの検討をまとめる意味も含めて、ひとつの警告事例とひとつの私的独占事件を取り上げて、総合的にみた問題の有り様をみておくことにする。これから見る警告事例では、個別の行為に分解すれば、不爭条項、共同の侵害訴訟、共同のライセンス拒絶、価格安定協定、生産量制限が行われており、その中に権利行使の行為が含まれている。私的独占の事例では、ある機械の製造と使用にかんする特許権等の専用実施権を許諾された企業が、他の競争企業にその機械の再実施権を与えるのに、機械を使用する工場を制限していたことが挙げられている。この制限もそれだけを見れば本来的行使の制限であろう。具体的にみてみよう。

最初の警告事例は、医療用の胃腸薬であるメトクロプラミド製剤（以下では、メトクロ製剤とする）の製造業者らの特許権濫用事件である。<sup>19</sup> 当該胃腸薬は、「直接患部に作用するのではなく中枢神経を通して消化器官（主として胃及び腸）の異常を調整する独特の薬理作用を有し、その薬効ないし特徴に対する固有のユーザー層が存在しうる」という点で、それだけで一定の取引分野を形成するものとされている。国内の薬品会社4社がこの胃腸薬をめぐって結合するまでに、次のような経緯があった。

最初にF薬品が、フランスの製薬会社から、メトクロ剤の製法特許の我が国における専用実施権を獲得して、昭和四〇年一〇月より製造販売を始めた。その後、昭和四六年四月から五月にかけて、国内の薬品メーカーのY社、N社、T社の三社が、それぞれメトクロ剤を発売したことから、F社は製法特許の侵害の疑いがあるとし、ただし条件次第で侵害を問わない、ということでも話し合いを行った。結果として、次のような和解契約を締結した。

契約の目的は、それぞれの特許を尊重して、特許法上および営業上の「無用」の紛争を避け、メトクロ剤の販売秩序を確立し、市場の安定に協力することであった。そして、F社と三社は次のような具体的項目の合意をした。

(i) F社は三社の開発した製法による製造、販売に特許上の異議を唱えない（不爭条項）。それに対して、三社は売上高の七%を敬意料としてF社に払う。

(ii) 三社は、特許侵害につきF社と協力して事件処理にあたる（第三者の侵害を排除することに協力）。メトクロ剤に関する特許出願につき、F社との共有とし、第三者に実施許諾せず、譲渡や質権設定を行わない（共同のライセンス拒絶等）。三社はメトクロ剤を第三者に供給しない（共同の取引拒絶）

(iii) F社と三社は、市場安定と流通秩序の確保で相互に協力する。三社の蔵出価格と医療機関向納入価格は、本件契約書付帯覚書に定める価格を下回らない（価格カルテル）。三社の日本市場におけるシェアは右覚書に定める通りとする（販売数量カルテル）

この和解契約に基づき、昭和四六年一二月ごろから、この薬剤に関する新規参入者に対し、参入を妨害するために侵害の警告や訴訟の提起を協力して行い、他の薬品会社の事業活動を困難にしたことが認定されている（真正の侵害であつたか不明）。

公正取引委員会が本件を警告に止めたのは、事実上、この契約が終了しているからということであつた。

この警告事例をみて気がつくことは、一定の事業分野で、知的財産権をめぐる独禁法違反事件が行われる場合には、行為の全体の構造とその意図からみて、個別の本来の権利行使に該当する行為もそうでない行為も、その違法な目的達成のための有機的な関連のなかにおかれ、その文脈の中では、本来の権利の行使であるか否かを論ずることが意味がないばかりでなく、むしろナンセンスになることである。また、本件のような和解に違法な意図が隠される事例は米國判例をみても少なくなく、<sup>(21)</sup>価格と販売数量に関する不当な取引制限（内部的に）と私的独占の排除行為（外部的に）とが同時に行われていることも注目される。

もう一つの私的独占事件は、株式保有をテコにした典型的な私的独占事件である東洋製缶事件<sup>(22)</sup>であるが、ここで問題とするのはごく微細な事実である。この事件では、他の局面を省略すれば、主として、東洋製缶の北海製缶にたいする株式保有に基づく事業活動の干渉が支配行為とされたのであるが、ほかに支配行為の一態様として、東洋製缶が、米國のコンチネンタル・キャン社から付与された製缶機械の製造と使用に係る専用実施権を北海製缶に再実施するとき、当該機械を使用する工場を制限（事前承認）していたことが挙げられている。<sup>(23)</sup>この制限自体が競争の実質的制限をもたらししているわけではないが、北海製缶の事業活動の制限の一態様と評価されていることに注意すべきであらう（ただし、この制限に排除措置は出されてない）。このことは、先にみた様々な制限条項が、その市場影響からみて、それ自体が、私的独占の排除・支配行為に該当することは稀であるとしても、それが排除・支配行為の一態様として評価されるものであることも示している。

(13) A・L・サリヴァン教授は、このような攻撃的R&D投資政策にたいしても、アルコア判決の応用問題として、独占行為に

問責できるとしてゐる。A. L. Sullivan, ANTI-TRUST, West, at 510-511p. (1977)

(14) このような問題が提起された事例として、米国の判例であるが、SCM 対ゼロックス事件、645 F. 2d 1195 (1981) がある。乾式複写機は一九六〇年代に行われた代表的発明である。この発明の原理は一九三〇年代にチェスター・カールソンによって着想された。その特許権が非営利研究組織 Battelle Memorial にライセンスされ、カールソンと共同研究組織の共同研究開発が進められる一方で、一九四〇年代前半に、多額の費用がかかる複写機の商業化の道求めて、IBM など多数の企業とのコンタクトが行われた。しかし、当初は、関心を示す企業は存在しなかった。一九四六年になって、Haloid Co. of Rochester (Xerox の前身) が Battelle に接触してきて、特許ライセンスを締結した。この一九四六年の契約において、Haloid は、当該発明の研究開発と商業化に必要なサブライセンスを積極的に行う義務を負った。その後、Xerox による実質的な開発投資が行われ、一九五六年になって、当事者間に新契約が締結されることとなった。新契約において、総ての特許権が Xerox の株式や一定割合の収益分与と引き換えに Xerox に譲渡され、Xerox のサブライセンス義務は解除された。一九六〇年に、Xerox は、最初の乾式自動複写機 the 914 を世に送って大成功を収め、その後一九六〇年代は、乾式複写機の分野で、Xerox の独占状態が続いた。

一九六〇年代に湿式複写機のメーカーであった SCM は、Xerox に乾式複写機の特許ライセンスを求めたが拒絶された。そこで SCM はシャーマン法違反で Xerox を提訴した。その理由は、Xerox が乾式複写機の分野で、意図的に独占力を獲得、維持したとするシャーマン法二条違反と、一九五六年の契約が同法一条およびクレイトン法七条に違反するということであった。

しかし、連邦地方裁判所も、巡回控訴裁判所も、SCM の請求を棄却した。その理由は、特許権の集積は反トラスト法の適用を常に見るといふものではないが、適法に獲得された特許権の許容される利用が事後的に反トラスト法違反に問われることはないとするものであった。

本件では、Xerox が、他の事業者が相手にしなかつた一九四六年頃から、乾式複写機の商業化に関心をもつて実質的な開発投資を行っていたことが評価のポイントになったのであろう。もし、Xerox が、一九五〇年代後半に、他の事業者が開発を終えてもはや実質的な開発投資を必要としない特許権を取得したのであれば、問題の様相は異なっていたであろう。

このような事例は、我が国における企業結合規制でも問題になりうることであり、権利の本来的行使可否かという議論と

は異なる知的財産権上の政策的考慮を独禁法の適用に際して要請するものであろう。

- (15) アリダとターナーは、このような場合、特許権者（売手）の報酬は発明にたいする報償であつて、独占的企業の市場支配力の強化にたいする報酬ではないから、重要な特許権の取得を規制することが、排他的実施権や譲渡など独占的企業（買手）が市場支配力を強化できる方式にたいして売手に支払うプレミアムを減少させるとしても、アンフェアではないとしている。そして、独占的企業が、非排他的実施権を取得することが許されているかぎり、特許権者は、そのロイヤリティを徴収し、他の事業者にもライセンスを与えて、ロイヤリティを徴収できるので、報償の減額は相殺できらうとしている。Areda & Turner, ANTI-TRUST LAW III, § 704, at 120-121.

なお、彼らは、独占的企業は、①独占の基礎にかかわる特許権の取得（譲受と排他的実施権）をすれば、シャーマン法二条の Exclusionary Practice になる。②独占の基礎にかかわらない特許権の取得（同右）と、いかなる特許権であれ非排他的実施権の取得にとどまれば、シャーマン法二条からもクレイトン法七条からも規制されないという立場で、特許権にかかわる独占行為の規制の検討を行っている。Id., at 114-118. これらは卓見であるが、我が国で同じような私的独占の規制を行うとすれば、独禁法に関する立法を経ることなくしては、不可能であろう。現状ではあくまでも、本来的な権利の行使であることを前提に、その意図、目的を問題にするアプローチがあるだけであろう。ただ、企業結合規制のうち、重要資産の取得（独禁法一六条二号）の規制において、この議論は参考になると思われる。

- (16) この点についての筆者の疑問は、稗貫俊文「独禁法二三条再論―不正競争と公正かつ自由な競争」『金沢法学』平成元年、三巻二号一頁以下、三五―三六頁、および三八頁の註（2）を参照されたい。

- (17) 稗貫俊文「情報の集中・提供と競争秩序―その予備的考察」『金沢法学』二九巻一・二合併号、昭和六二年、二九三頁以下、三〇五―三一頁。根岸哲「独禁法上における音楽著作権団体の法的地位」『公法と経済法の諸問題下』有斐閣、昭和五七年、三六三頁以下を参照。

- (18) 根岸教授は、コンピュータ・プログラムの解析研究（リヴァース・エンジニアリング）により新たなプログラムを開発することは、新たなコスト、時間、労力がかかり、不当な模倣、只乗りとは評価できないとし、他方、解析研究を禁止すれば、競争プログラムの開発を阻害し、とくに通信プロトコに係るプログラムやOSなどのインターフェースの解析が禁止されれば、競争プログラムの開発だけでなく、電子計算機や他のプログラムの競争品の開発を阻害するとして、解析研究は著作権

上認められるべきであるとしている。根岸哲、前掲、『経済法学会年報』第一〇号、三六一—三八頁（一九八九年）参照。

その判断のポイントは、解析研究が、具体的、実質的にみて、他人の研究成果を模倣、盗用するものであるかどうか、というところに求めているようである。解析研究による新プログラム開発が新たな独自の研究開発に匹敵するかという事実の評価は筆者にはわからない。しかし、著作権法には解析研究を許容する規定がないとか、解析研究は無断複製をとまうという議論もあり、知的財産権の領域では不確定な灰色領域が多いなかで、根岸教授の判断基準は説得力をもつように思われる。

(19) 公正取引委員会昭和五七年四月二三日警告。『昭和五七年度公正取引委員会年次報告』一六一—二〇頁参照。詳しくは、中村徹「メトロクロプラミド製造業者らの特許濫用事件」、『公正取引』三八二—二七頁以下、渋谷達紀「特許と独占禁止法——藤沢薬品工業（株）等に対する事件を中心に——」、『公正取引』三八三—四四頁以下。

(20) 中村、前註論文、三〇頁。

(21) このことを指摘するものとして、有賀美智子、前掲書、四二頁がある。また稗貫俊文「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（二）」、『北大法学論集』第三六卷第三号九〇—一頁以下参照。この論文で検討した判決のなかでも、メイソナイト事件（一九四二年）やUSジブサム事件（一九四八年）がその典型となるであろう。

(22) 東洋製缶（株）に対する件、昭和四七年九月一八日審決、『公正取引委員会審決集』一九卷八七頁以下。

(23) 同、九二頁。

## おわりに

知的財産権に関する私的独占が現実にはいかなる形態で行われるか、具体的事例のない現状では、細かな事実の分析・評価を行うところまで検討を深めることはできない。ここで主として分析の対象にした個別の行為の大部分は、とくにライセンス契約上の制限に関しては、単独で私的独占になることは稀である。それは個々の知的財産権が、それ自体で、

経済的意味における独占を形成することが稀であり、その市場影響も限られてくることによる。もちろん、新しい一事業分野を形成するような基本的な知的財産権が存在することも少なくなく、また市場支配的企業が行為主体となることもあり、その場合には個別の行為だけで私的独占の問題が提起されることもある。しかし、多くの場合には、(一)集積された多数の知的財産権が関係するか、(二)権利者を含めて複数の行為者が関係するか、(三)様々な行為の複合によって排除、支配行為が行われるか、あるいはその混合の形態をとるであろうと予想される。

そうなると、本稿で検討した個別のライセンス契約上の制限の分析は、そこに止まる限りでは、それ自体としてはあまり役に立たないかもしれない。具体的状況の中では、ある行為が、それ自体、権利の行使に該当する行為であるか、あるいは、それだけで実質的な競争制限をもたらすか、ということも、違法性の分析において、さほど重要性をもたない場合もでてくるであろう。むしろ、行為が行われた状況、その前後の経緯、そして他の行為を含めた行為の態様など、全体としての行為の意図、目的を探知することが不可欠の分析方法となるであろう。我々は、幸いにといいべきか、まだそのような事件を経験していない。しかし、知的財産権に関する個々の行為がいかなる場合に不公正な取引方法に該当するかという議論の延長上に、その市場影響が実質的であるときに私的独占行為になるという図式だけでは、私的独占の具体的な態様をとらえきえることはできないことは明確である。どのような具体的な私的独占の事例が考えられるか、先に見た警告事例の分析では不十分であろう。細かな議論の求められる事例の想定は筆者の想像の限界を超える。それは比較法的アプローチか、今後の経験に依存するという外はないであろう。

最後に、筆者の学生時代、院生・助手時代を通じてお世話になった深瀬先生と小川先生に感謝し、ご健康と、今後一層のご活躍をお祈りして、拙い論文ではあるが本稿を両先生に捧げたい。