



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	パテント・プールの独禁法上の違法性とその効力 : アルゼ株式会社対日本電動式遊技機特許株式会社・特許実施料返還請求事件への鑑定意見書
Author(s)	吉田, 克己
Citation	知的財産法政策学研究, 1, 93-131
Issue Date	2004-03
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43394">https://hdl.handle.net/2115/43394</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	1_93-131.pdf



## 論 説

# パテント・プールの独禁法上の違法性とその効力 —アルゼ株式会社対日本電動式遊技機特許株式会社・ 特許実施料返還請求事件への鑑定意見書—

吉 田 克 己

### （前書き）

以下に掲載するのは、現在最高裁に係属中のアルゼ株式会社対日本電動式遊技機特許株式会社・特許実施料返還請求事件について、私が上告人（アルゼ株式会社）代理人の依頼に基づいて2002年1月25日付けで最高裁に提出した鑑定意見書である。若干の加筆訂正は施しているが、資料とする意味もあって、基本的には原文のまま掲載することを本誌編集部にお願ひした。そのような事情から、この事件についての予備知識なしに読まれる場合には、多少理解しにくいところもあろうかと思われるが、ご海容をお願ひしたい。

なお、同一の論点を扱いつつ本意見書と見解を異にする東京地裁の判決が本意見書提出後に下されている（東京地判平成14年6月25日判タ1127号237頁）。これを批判して本鑑定意見書の趣旨を敷衍して述べる鑑定意見書を東京高裁および最高裁に提出しているが、今回は、紙幅等の関係でこの掲載は見送った。

### I はじめに

本意見書は、最高裁平成13年（受）第1642号（アルゼ株式会社対日本電動式遊技機特許株式会社）の一件記録（その第一審、第二審の各一件記録を含む）に基づいて検討した結果である。

上告人（第一審原告）アルゼ株式会社（旧商号ユニバーサル販売株式会

社。以下「アルゼ」という)と被告(第一審被告)日本電動式遊戯機特許株式会社(以下、「日電特許」という)との間において、パチスロ機に関して原告アルゼが保有する特許権および実用新案権を対象として、工業所有権等実施許諾契約が成立していた(以下、「本件契約」という)。その最初のものは、平成6年3月31日付の契約書(甲2号証)によって締結された(期間平成6年4月1日から平成7年3月31日までの1年間。以下、「第1契約書」という)。その後、1年の期間が満了するたびに契約は更新され、2度にわたって契約書が取り交わされた。平成8年3月29日付の契約書(甲3号証)(期間平成7年4月1日から平成8年3月31日。以下、「第2契約書」という)および平成8年4月1日付の契約書である(甲4号証)(期間平成8年4月1日から平成9年3月31日。以下、「第3契約書」という)。

本件訴訟における基本的問題は、この最後に取り交わされた第3契約書に定められた1年の期間の満了の後、すなわち平成9年4月1日以降については本件契約関係は存在しなくなったのか、それとも契約関係は依然として継続しているのか、である。本件訴訟は、アルゼが日電特許に対して平成9年4月1日以降特許実施料として支払った金員について不当利得を理由とする返還を求めるものである。この判断は、この期間について本件契約が両者間においてなお継続していたかどうかに直接に依存するのである。本意見書は、この問題についての検討を行うことを課題とする。

ところで、本件における重要な特徴として指摘すべきは、本件契約が、アルゼと日電特許との間における単なる孤立的な特許権実施許諾契約として締結されたというのではないということである。それは、アルゼを含む日本電動式遊技機工業協同組合(以下「日電協」という)加盟の21社の間で形成されたいわゆる「パテント・プール」関係の重要な一環をなすものとして締結されたのである。このような特徴を踏まえるならば、本件契約関係の消長という本件訴訟の基本的問題について判断するためには、まずもってこのパテント・プールの法律関係とその問題点について整理を行い、問題の枠組みを明確にしておくことが必要である。

## II パテント・プールの法律関係とその問題点

### 1 パテント・プールの法律関係

まず、パテント・プールとは何かを簡単に整理しておこう。パテント・プールという語は多義的であるが、そこには、大きく分けて2つのタイプを見出すことができる。

#### (1) 特許権者間のパテント・プール

##### a) パテント・プールの第I類型

パテント・プールはまず、狭い意味においては、「ある一定の製品ないし製品群に関する特許権を競合特許権者が相互に相手方の特許権に抵触することなく自由に利用できるように、または補完関係にある特許権について関係特許権者がそれらを併合して効率的に利用できるように、それぞれの関係特許権を相互に許諾ないし交換すること」である<sup>(1)</sup>。要するに、ここでは、パテント・プールは、特許権の相互許諾関係として把握される。このような特許権の相互許諾関係が2事業者間で行われる場合には、クロス・ライセンスと呼ばれるのが通常である。パテント・プールは、この延長線上で、特許権者である3事業者以上の間で、それぞれの特許の相互許諾関係を形成するものである。このように、特許権者間で形成されるパテント・プールの、本意見書においては、第I類型のパテント・プールと呼んでおきたい。

##### b) パテント・プール第I類型の法律関係

このように、パテント・プールにおいては複数の権利者が関係するため、権利者間の個別の契約によって特許権の相互許諾を行うのでは煩雑になる。そこで、特許の管理組織を介在させて、この管理組織に特許権実施契約を通じて特許権を集中させるのが普通である。パテント・プールの構成員は、この管理組織から特許権の再実施実施許諾を受けることになる。

このように管理組織を介在させた場合におけるパテント・プール関係の通常の契約関係を整理すると、次のようになる。

I A集団(特許権等の権利者a、b、c……からなる)がパテント・プールの設立する合意を行う。その上で、特許等の管理組織としてBを設

立する（あるいは既存のBを用いることにする）。この合意の際には、あわせてパテント・プールの運用方針を定めるのが通常である。そこでの最重要事項は、特許の再実施許諾を行う相手方の範囲についてどのような方針を採用するかであるが、ここで問題にしている第Ⅰ類型のパテント・プールの場合には、再実施権許諾の相手方は、A集団を構成する権利者に限定されることになる。このようなパテント・プールに関する合意は、その全体がきちんとした文書化された協定という形で締結される場合もあれば、単に事実上の協議に基づく場合もある。また、特許権等の管理組織の定款等の形で定められることもある。ともあれ、どのような形であれ、パテント・プールの形成および運用に関する構成員間の合意が存在することはたしかであり、本意見書においては、それを一般的に「パテント・プール協定」と呼ぶことにする。

なお、このパテント・プール協定は、その一定の部分が後述する下部契約である特許権等実施許諾契約に組み込まれて文書化されることもある（後述のように本件はまさにそのようなケースであった）。この場合には、あらためていうまでもなく、その文書化された実施許諾契約の条項がパテント・プールに関する合意の内容を形成するのであって、その事項に関するパテント・プール協定上の合意がそれ以外に存在するわけではない。

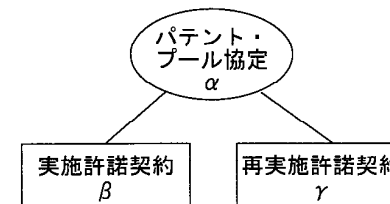
Ⅱ 特許権等の権利者は、特許権等を実施許諾（ライセンス）契約を通じてBに集中する。この実施許諾契約は、単独で存在するのではなくて、Bを一方当事者、特許権等の権利者 a、b、c……を他方当事者とする複数のものとして存在することが特徴的である。それが、特許権等の「プール」たる所以である。また、この契約の締結は、任意になされるものではなく、パテント・プール協定の存在を前提とし、それに基づく義務の履行としてなされる。ここには、パテント・プール協定という基本契約（α）とそれに基づく下部契約（β）という複合的契約関係が認められるわけである。なお、実際には、パテント・プール協定が先行するのではなく、複数の実施許諾契約とともにパテント・プール形成に関する合意がなされることもありうるが（この場合には、実施許諾契約にパテント・プール協定上の合意が文書化されて定められることが多くなるであろう）、その場合でも、法律関係を分析すれば、上記のようになる。

Ⅲ Bは、特許等の再実施権をA集団の構成員に設定する（γ契約）。

これも、基本契約（α）に基づく下部契約としての性格を有する。なお、ここでも、当然のことながら、複数の再実施許諾契約が締結されることになる。

なお、上記の複合的契約関係をごく簡単に図示すれば、図1のようである。

図1



（2）特許権者以外の者を含むパテント・プール

a) パテント・プールの第Ⅱ類型

パテント・プールは、以上のように関連特許権者間で設立されるのが通例であるといわれるが、より広く、特許権者等の権利者以外の事業者もパテント・プールの構成員にすることもある。さらに、パテント・プール構成員以外の者についても特許権管理組織から特許権の再実施許諾契約を受けることを認めることもある。公正取引委員会事務総局による「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（平成11年7月）は、パテント・プールについて次のような定義を与えている。すなわち、「パテント・プールとは、特許等の複数の権利者が、それぞれの所有する特許等又は特許等のライセンスをする権限を一定の企業体や組織体（その組織の形態には様々なものがあり、また、その組織を新に設立する場合や既存の組織が利用される場合があり得る。）に集中し、当該企業体や組織体を通じてパテント・プールの構成員等が必要なライセンスを受けるものをいう」（第3・2・（2）ウ）。ここでは、特許管理組織からサブライセンスを受ける者の範囲は「パテント・プールの構成員等」とされ、特許権者さらにはパテント・プールの構成員に限定されていない。本意見書においては、このように再実施許諾の相手方を広く想定したパテント・プールを、第Ⅱ類型のパテント・プールと呼ぶことにしたい。

b) パテント・プール第Ⅱ類型の法律関係

この第Ⅱ類型のパテント・プール関係においても、先に整理したパテント・プールの法律関係、すなわち基本契約たるパテント・プール協定（α

契約) + それに基づく下部契約 (権利者から管理組織に対する特許権実施許諾 [β 契約]、管理組織からパテント・プール構成員等に対する再実施許諾 [γ 契約]) という法律関係の枠組みは同じである。ただ、第Ⅱ類型においては、γ 契約関係が多少変わってきて、再実施権設定の相手方は、A 集団に限定されず、A 集団に一定の範囲の者を加えた集団 (= C 集団) ということになるわけである。

## 2 パテント・プールと独占禁止法

ところで、パテント・プールと公正な競争秩序との関係を考えて、そこにはアンビヴァレントなものが見出される。パテント・プールは、一方で競争促進機能を持ちながらも、他方でそのあり方如何によっては一定の取引分野において競争制限的に機能するのである。後者の場合には、独禁法上の違法性が問題になりうる<sup>(2)</sup>。

### (1) パテント・プールの競争促進機能

特許権は、ある技術に関して特許権者の排他的利用を認める法技術であるから、当然に当該技術に関する独占をその内容として含んでいる。特許権者は、ライセンスをすることによってその技術を他の者に利用させてもよいし、ライセンスをせずに自ら独占的にその技術を使用してもよい。それは特許権者の自由に属するのであって、他の者のライセンスの要請を拒絶しても、原則として独禁法上の問題を生じることはない (独禁法21条参照<sup>(3)</sup>)。

かかる状態を確認した上で、クロス・ライセンス契約が結ばれるとしよう。これによって契約当事者間での相互の特許の利用が可能になるわけであるから、その限りで特許制度に内在する上記のような利用独占の契機が緩和される。その結果、クロス・ライセンス契約当事者間の競争は促進されることになるわけである。クロス・ライセンスを超えて特許権者によるパテント・プールが形成される場合には (第Ⅰ類型のパテント・プール)、多数の特許権者間において相互に特許の自由な利用が可能になり、競争はさらに促進される。パテント・プールの構成員が特許権者以外の事業者を含み、また再実施許諾契約の相手方がパテント・プール構成員以外のものにも解放されるような場合には (第Ⅱ類型のパテント・プール)、パテント・

プールの競争促進機能はより一層強いものになる。これらから明らかなように、パテント・プールの形成それ自体は、市場における競争の観点から積極的に評価されるべきものであって、独禁法上違法と評価されるようなものではない。

### (2) パテント・プールの競争制限機能

しかし、他方で、パテント・プールについて独禁法上の違法性が問題になることもある。先に引いたように、公正取引委員会事務総局の「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」はパテント・プールに関する検討も行っているが、それは、パテント・プールには、独禁法の観点から見た問題性が内包されているからに他ならない。問題となるのは、2つの場合である。

① 不当な取引制限 (独禁法3条後段) 第一に、パテント・プール形成に伴って当然に複数のライセンス契約やサブライセンス契約が締結されることになるが、その中でパテント・プール構成員が相互に事業活動を拘束することがありうる。この事業活動拘束のあり方によっては、不当な取引制限として独禁法上違法と評価されることがありうるのである。これは、パテント・プール内部における競争の制限である。

上記の「指針」は、この点に関して、次のように述べている。「企業体や組織体にプールされている特許等のライセンス契約において、ライセンスを受けるパテント・プールの構成員が共通の制限を受けるとの認識の下に、構成員に対し特許製品等の販売価格、製造数量、販売先、販売地域などについての制限が相互に課され、これにより一定の製品市場における競争が実質的に制限される場合には、不当な取引制限として独占禁止法上違法となるものである」(第3・2・(2)ウ)。

② 私的独占 (独禁法3条前段) 第二に、パテント・プール形成を通じて一定の製品に関する特許が集積されると、その特許のライセンスを受けることなしには当該製品に関する事業が困難になることがある。そして、かかる状況を前提としつつ、パテント・プールの構成員以外に対してはこのライセンスが組織的に拒絶されるという形でパテント・プールが開鎖的

に運用されると、その行為は、他の事業者の事業活動の排除によって一定の取引分野における競争の実質的制限をもたらすもの(私的独占)と評価されることがありうるのである。かかる事態は、単独の特許権者による特許権行使の場合にもありうるが、パテント・プールの場合には、ある製品に関する特許を集積するわけであるから、その危険度ははるかに高くなる。また、第Ⅰ類型のパテント・プールに比して第Ⅱ類型のパテント・プールのほうが一パテント・プール構成員による市場支配力が高くなるから一それが閉鎖的な形で運用される場合には、一般的には私的独占の危険が高くなるというよい。ここでは、パテント・プールの外部者を市場から排除するという形で競争制限が問題になっているわけである。

上記の「指針」は、この点に関して、次のように述べている。「一定の製品分野において競争関係にある複数の権利者が当該製品分野に関連する特許等のパテント・プールを組織し、この組織体に特許等を集積するとともに、現在及び将来の改良技術等をすべて当該組織体に集積する結果、当該集積された特許等のライセンスを受けることなくしては当該製品分野等における事業活動が困難となっている場合において、当該パテント・プールを利用して、複数の権利者が新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的理由なく拒絶することなどにより、他の事業者の新規参入を阻害したり、既存事業者の事業活動を困難にさせることは、これらの行為により一定の製品市場又は技術市場における競争が実質的に制限される場合には、私的独占として独占禁止法上違法となるものである」(第3・3・(1))。

以上のような公正取引委員会の指針は、民事裁判において具体的なパテント・プールの独禁法上の違法性が問題になる場合にも、有益な判断基準を提供するものとして参照されるべきである。

### Ⅲ 本件におけるパテント・プール関係と独占禁止法

#### 1 本件におけるパテント・プール関係の特徴

以上の一般的な検討を踏まえつつ、本件におけるパテント・プール関係の特徴を整理しておこう。次の諸点を指摘することができる。

①本件パテント・プールにおいては、特許権者以外の事業者が多数構成員となっている(パテント・プール構成企業21社のうち特許権者は上告人アルゼほか5社にすぎない)。先の整理に従えば、本件パテント・プールは、第Ⅱ類型のものである。これは、前述のように、一方では、第Ⅰ類型のパテント・プールよりも広い範囲でパテント・プール構成員間の競争をもたらす可能性を含んだものではあるが、他方では、外部事業者との関係では、それが閉鎖的に運用される場合には、私的独占の危険が高くなることを意味している。

②それでは、本件パテント・プールの実際の運用はどうであったろうか。本件パテント・プール形成当時、本件における特許権等管理組織である日電特許から特許権の再実施許諾を受けていた事業者は日電協加盟の21社であったが(アルゼと日電特許との間の平成6年4月1日付第1契約書における別紙参照)、本件契約関係が存在していた平成6年4月1日から平成9年3月31日の3年間、ここへの新規加盟者はまったく存在しなかった。この間、日電協への新規加盟希望者すなわち再実施権取得希望者がいなかったわけではない。そのような希望者は存在したにもかかわらず(10数社からの加入の打診があったという)、新規参入は認められなかったのである(以上、上告受理申立理由書9～12頁、15～17頁参照)。

なお、本意見書を執筆中に、アルゼ代理人から、平成9年1月以降、ベルコ社に3000台、パークレスト社に1000台の製造販売を認めたことを理由に、日電特許が、本件パテント・プールは、新規参入が認められていると主張しているとの情報を得た。しかし、元日電協理事が代表取締役であるベルコ社に対して僅か3000台の製造販売を認めたこと、政治的理由(外圧)に基づいて日電協に加盟が認められたパークレスト社に僅か1000台の製造販売を認めたことだけでは、実質的な新規参入がなされたとは到底いえない。また、これら2社以外は、新規加盟希望者がありながら、一切新規参入が認められていない。このような事実からすれば、結論的には、本件パテント・プールは閉鎖的に運用されていたといわざるをえないであろう。

③さらに指摘すべきは、かかる閉鎖性が単に事実上の協議に基づく運用方針などを通じて作り出されていたというのではなく、本件特許実施権設

定契約における契約条項として定められていたことである。すなわち、平成8年4月1日付のアルゼと日電特許との間の第3契約書第3条1項は、「甲（アルゼ）は、別に定める会社若しくは個人（以下、再実施対象会社という。）に対してのみ、乙（日電特許）が本件実施権に基づき再実施権を許諾することを認める」として、再実施権設定の相手方を当初から限定しているのである。文言は異なるが、同趣旨の規定が、第1契約書および第2契約書においても存在していた。なお、第2契約書第3条2項は、アルゼの事前の書面による同意を条件として、契約書に定められた再実施対象者以外の者への再実施権付与の可能性を認めていたが、これが現実にはまったくなされなかったことは、②において述べた通りである。

なお、本件パテント・プール関係においては、以上の内容と別の内容を定める文書化された協定等が存在しない以上、下部契約である特許権等実施許諾契約上のこの条項が、パテント・プール協定の内容を形成しているとななければならない。

④日電特許にはパチスロ機の製造に関する特許権を始めとする各種の工業所有権がプールされている。パテント・プール協定におけるその範囲に関する合意は、下部契約である特許権等実施許諾契約別紙に記載されている（ここでも、下部契約における条項がパテント・プールに関する合意内容を形成しているわけである。本意見書Ⅱ1（1）b）参照）。そして、このようにプールされた特許権等の実施許諾を受けることなく独自にパチスロ機を製造販売することは事実上不可能といわれている（甲1号証）。したがって、本件パテント・プールが閉鎖的に運用されるということは、パチスロ機の製造販売という市場から新規参入者を排除する意味を持っていることになる。

⑤最後に重要なことは、パテント・プールの構成員である日電協加盟の21社は、パチスロ販売市場において圧倒的な支配力を有していることである。すなわち、その全パチスロ機販売市場におけるマーケットシェアは、平成6年度で100%、平成7年度で100%、平成8年度で99%と、まさに圧倒的なものであった。アウトサイダー（日電協非加盟のパチスロメーカー）のマーケットシェアは、平成6年度、7年度については皆無、平成8年度

について辛うじて1.3%を記録したにすぎない（上告受理申立理由書12～13頁参照<sup>(4)</sup>）。

## 2 本件パテント・プールの違法性

以上の特徴からすれば、本件パテント・プールが独禁法3条後段で禁止される「私的独占」として違法と評価されるべきものであることは、ほとんど異論の余地がないように思われる。

「私的独占」の定義は、独禁法2条5項によって与えられている。それによれば、(i) 単独または結合して（経済力結集の方法・手段）、(ii) 他の事業者の事業活動を排除または支配することによって（行為の態様・類型）、(iii) 公共の利益に反して（反公益性）、(iv) 一定の取引分野における競争を実質的に制限すること（対市場効果）が私的独占の要件である。本件において問題になるのは「排除行為」であるが、「排除行為」とは「他の事業者の事業活動を継続困難にさせたり、新規参入を困難にする行為」であるところ<sup>(5)</sup>、本件において、日電協加盟21社の「結合」によって（→(i)）、新規参入阻止という形での排除行為が行われている（→(ii)）ことは明らかである。そして、先の⑤の特徴からすれば、それがパチスロ機販売という取引分野において競争を実質的に制限している（→(iv)）ことも明らかなのである<sup>(6)</sup>。

このような独禁法に規定された要件を前提としつつ、先にも引いた公正取引委員会事務局「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」は、パテント・プールが私的独占として違法となるケースを、より具体的に次のように述べていた。すなわち、「一定の製品分野において競争関係にある複数の権利者が当該製品分野に関連する特許等のパテント・プールを組織し、この組織体に特許等を集積するとともに、現在及び将来の改良技術等をすべて当該組織体に集積する結果、当該集積された特許等のライセンスを受けることなくしては当該製品分野等における事業活動が困難となっている場合において、当該パテント・プールを利用して、複数の権利者が新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的理由なく拒絶することなどにより、他の事業者の新規参入を阻害したり、既存事業者の事業活動を困難にさせることは、これらの行為により一定の製品市場又は技術市場における競争が実質的に制限される場合に

は、私的独占として独占禁止法上違法となるものである」。この基準からしても、本件パテント・プールが私的独占として違法と評価されるべきことは、ほとんど自明といわなければならない。

実際、本件パテント・プールよりも先に、きわめて類似した形でパチンコ機製造販売についてパテント・プールを形成していた三共ら10社とその特許権・実用新案権の管理組織である日本遊技機特許連盟に対して、公取委は、「特許権等の実施許諾を拒絶することによって、ぱちんこ機を製造しようとする者の事業活動を排除することにより、公共の利益に反して、我が国におけるぱちんこ機の製造分野における競争を実質的に制限している」として、私的独占に該当するとし、その排除勧告を行っている（平成9年6月20日付勧告書。甲26号証）。そして、控訴を棄却して上告人アルゼの請求を否定した本件控訴審判決（東京高裁平成13年7月19日判決）も、「日電協が、パチスロ機についても、日工組と同様に新規参入を排除する方針のもとに、パテント・プール方式を運用すれば、同じように独禁法3条に違反するとのおそれが生じる」こと自体は認めているのである（もともと、同判決は、それに続けて、しかし、「パテント・プール方式すなわち本件各契約の存在自体が直ちに独禁法3条に違反するものではない」と判示している。この判示の問題性については、後に述べる）。

とすれば、問題は、本件パテント・プールが独禁法3条に違反し違法と評価されることを前提として、本件契約関係の消長、すなわち本件契約関係は終了しているのか、それとも契約関係は依然として継続しているのかという本件訴訟の基本問題をどのように考えるかである。これは、一般的にいえば、独禁法違反行為の私法上の効力をどのように考えるのかという問題の一環に他ならない。

#### IV 本件パテント・プール協定の効力と本件契約の効力

先に、管理組織が存在する場合におけるパテント・プールの法律関係を整理し、そこには、パテント・プール協定（ $\alpha$ ）と、権利者から管理組織に対する特許権等の実施許諾契約（ $\beta$ ）および管理組織からパテント・プール構成員等に対する特許権等の再実施許諾契約（ $\gamma$ ）が存在すること、 $\alpha$ と $\beta$  $\gamma$ との間には、前者を基本契約とし後者をそれに基づく下部契約と

する複合的契約関係が存在することを指摘した。独禁法違反行為の私法上の効力を考える場合には、このそれぞれを個別的に分析する必要がある。

##### 1 パテント・プール協定の効力

###### (1) 一般的考察

###### a) 相手方を限定する合意は無効である

まず、パテント・プール関係が排除行為を理由として「私的独占」と評価される場合について、基本契約であるパテント・プール協定の効力を考えよう。前述のように、パテント・プール協定においては、通常は再実施許諾（サブライセンス）契約の相手方の範囲に関する合意が存在する。この合意は、明示的な契約上の条項という形を採ることもあろうし、契約書には書き込まれない運用方針などの形を採ることもある。どのような形を採ろうと、この合意が新規参入を排除するという内容を持ち、そのゆえに排除行為による私的独占と評価される場合には、——パテント・プール協定全体の効力をどう考えるかは後に検討するが、——少なくともパテント・プール協定におけるそのような合意部分は、無効としなければならない。

独禁法違反行為の私法上の効力という論点に関する先例としてしばしば引かれるのは、最判昭和52年6月20日民集31巻4号449頁（岐阜商工信用組合事件判決）である。事案においては、不公正な取引方法として独禁法19条違反が問われた拘束預金（即時両建預金）の私法上の効力が争われた。最高裁は、この判決によって、「独禁法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされるような場合は格別として、上告人のように同条が強行法規であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない」として、当然無効という考え方を否定する立場を明らかにした。ただ、注意すべきは、この判決は、そのように解すべき理由の一つとして、本件の取引条件の結果実質金利が利息制限法に違反する結果を生じるとしても、その違法な結果については超過部分を無効（一部無効）にすることによって是正しうることを挙げていることである。要するに、判例は、独禁法違反行為については、その違法な結果の私法上の是正を要請しており、少なくとも直接的に独禁法違反を生じさせる取引条件（契約条項）は無効と解しているのである。パテント・プール協定にこの判例法理を当てはめれば、サブライセンスの相手方を限定し私

的独占に当たると評価される合意部分は無効と解すべきことになる。先に、かかる合意部分は無効としなければならないと述べた所以である。

#### b) パテント・プール協定全体の効力をどう考えるべきか

その上で、問題は、私的独占という独禁法違反行為が、このような一部無効を超えて、パテント・プール協定全体の無効をもたらすと考えるべきかである。上記最高裁判決は、これを否定したと理解されている節がないではない。しかし、判旨は、独禁法違反があるからといって、当該契約が「直ちに無効であると解すべきではない」としているのであって、全部無効となる余地を否定しているわけではないことに注意すべきである。

この問題を考えるためには、再度パテント・プールと独禁法との関係に関する先の一般的検討を想起する必要がある。そこで示したように、パテント・プールは、一方で競争促進的機能を認められながらも、他方でその運用如何によっては競争制限的に機能するという両義的な性格を有していた。したがって、問題となる合意（再実施許諾契約の相手方を限定する合意）の効力が否定され（一部無効）、契約上、再実施許諾の相手方の限定が外れることによって当該パテント・プールが開放的に運用されることが期待されるならば、パテント・プール協定全体を無効にする必要はないことになる<sup>(7)</sup>。そのような場合にまで契約全体の無効を認めるならば、それは、私的自治に対する過剰な介入となるであろう。しかしながら他方で、当該パテント・プール設立の経緯やその内容から見て、一部無効だけによってはパテント・プールが開放的に運用されることが期待されない場合には、当該パテント・プール協定の全体を無効とすべきである。要は、独禁法上の違法な結果は私法上も除去されるべきであり——これは前記の岐阜商工信用組合事件最高裁判決の基礎にあると見られる考え方である——、そのために一部無効で足りるか、それを超えて契約全体の無効が要請されるかの判断にかかるわけである。これは、個別の事案によって異なるものといわなければならない。

#### (2) 本件についての個別的考察

以上の一般的考察を踏まえて、本件についての個別具体的な検討に移ろう。

#### a) 再実施許諾契約の相手方を限定する合意は無効である

本件のパテント・プール協定の形式上の特徴は、その最重要事項である再実施許諾契約の相手方に関する合意が、下部契約である特許権実施契約における一条項として挿入されていることである。第3契約書について言えば、第3条1項がそのような条項に他ならない。これによって、再実施許諾契約の相手方は、日電協加盟の事業者に厳格に限定されるのである。

(1)における一般的考察からすれば、少なくともこの条項は、無効とされなければならない。

#### b) パテント・プール協定の全部を無効とすべきか：考慮すべき事情

それでは、この一部無効を超えて、本件におけるパテント・プール協定は、その全部を無効とすべきか<sup>(8)</sup>。これは、一部無効という措置によって本件パテント・プールの運用を開放的にすることが期待されるか、という点の判断による。これを考える際には、本件における次のような事情が重要な意義を持つであろう。

①本件パテント・プールにおいて特許管理組織としての役割を演じる被上告人日電特許は、平成5年10月8日に設立されたものである（当初の商号は「株式会社エスエルゲーミングパテント」。平成5年10月28日に「日本電動式遊技機特許株式会社」に商号変更）。その当時、パチスロ機の製造業者間の特許・実用新案紛争の利害調整組織としては、日本電動特許株式会社ほか3社が併存していた。そのそれぞれは、各会社に参加するパチスロ機製造業者間の利害調整を目的とするものであった。たとえば、その1社である電動式遊技機特許株式会社は、その設立目的を「電動式遊技機に関する工業所有権の総合的管理による有効活用を図り、以て本会社に参加する各社の互助精神に立脚した結束及一致協力して業界の健全発展に寄与すると共に、レジャー産業を通じて潤いのある社会環境の達成に貢献すること」としている（平成4年4月15日付け「遊技経済新聞」。乙6号証）。換言すれば、これらの組織は、「総合管理」の対象になった工業所有権を適正なライセンス料のもとで第三者の利用にも開放するという考え方に立脚するものではなく、あくまで「参加者」・構成員間での利害調整を図るものであった。

ところで、このように3社に分裂した状態においては、パチスロ機製造業者間の特許・実用新案を巡る利害調整は結果として困難にならざるをえない。日電特許の設立は、このような状況を踏まえて、その改善を目指すものであった(乙4号証)。しかし、そこにおいても、構成員の数は増加したとはいえ、会社構成員間での利害調整という設立の目的に変化はない。そして、会社参加者(出資者)の資格は、「特許会社一元化に関する合意書」(平成5年7月22日。乙9号証)によれば、「日電協組合員ならびに準組合員」に限定された。そこでは、第三者への特許権等の再実施許諾などおおよそ想定されていないのである。このような設立の経緯は、本件パテント・プールの性格が本来的に閉鎖的なものであったことを示している。

②さらに本件パテント・プールにおいて特徴的なことは、特許権管理組織である日電特許から再実施許諾を受ける者(サブライセンサー)が支払うべき実施料および日電特許からアルゼほかの特許権者に支払われる実施料が、きわめて低いことである。

まず、サブライセンサーは、証書を購入するという形で日電特許に実施料を支払うが、この水準は、1枚(=1台)2000円である。対象製品であるパチスロ機の平均単価は約30万円であるから、それに対して0.67%の水準である。特許権の通常実施権の実施料は、対象製品販売価格の5%前後とされているから、0.67%という実施料は、異常に低率といわなければならない。次に、日電特許は、ここから管理料1枚1000円を差し引いて、残金1枚当たり1000円を権利者に実施料として支払う。権利者間での分配方法については、日電特許が毎年各社の工業所有権の利用状況を調査し、それに応じて分配比率を変更している(以上、上告受理申立理由書18頁、21頁。また、乙21号証、22号証参照)。アルゼについて見ると、1台当たり第1契約書において500円(5条)、第2契約書において548円(5条)、第3契約書において509円である(5条)。これも、実施料水準としてきわめて低水準である。

かかる低い実施料水準は、市場の論理によっては説明しえず、そこには何らかの政策的意図が働いていると見ざるをえない。その政策的意図とは、パチスロ機の製造業者間で閉鎖的な仲間集団を形成するという以外にはないであろう。先に引いた電動式遊技機特許株式会社の設立目的の表

現を借りれば、「本会社に参加する各社の互助精神に立脚した結束」を固めることが目指されているのである。そのような低廉な実施料によって、パテント・プールの外部者との関係での競争における優位性を確保し、本件パテント・プール構成員による市場の支配を確保できれば、特許権等の権利者(それは同時にパチスロ機の製造販売業者でもある)にとっても、低廉な実施料というデメリットを補うことが期待されよう。

このことはまた、本件パテント・プールが開放的に運用されることはありえないことを示している。低廉な実施料を維持したままで本件パテント・プールを開放するならば、強力な競争者が、パチスロ機製造の技術開発に投資することなく、既存の技術に事実上フリーライドすることが可能になる。その結果、巨額の開発投資をしているアルゼほかの事業者は、その分だけ競争上不利な立場に置かれ、場合によっては競争に敗れて市場からの退出を余儀なくされることがありうるのである。他方、新規参入者に対して(だけ)市場水準での実施料を要求する場合には、今度は相手方による差別対価(一般指定3項)を理由とする独禁法違反に問われる危険がある(以上について、上告受理申立理由書29頁以下参照)。

c) 本件パテント・プール協定はその全部を無効とすべきである

以上①②の事実が示しているのは、本件パテント・プールは閉鎖的に運用されることを設立当初から予定され、かつ、そのような閉鎖性が実施料を通じて構造化されていることである。このような本件パテント・プールの特徴を踏まえるならば、本件パテント・プールの違法性が運用によって除去されることはありえない。そうであるならば、本件パテント・プール協定は、単に一部無効というのではなくて、その全部が無効になるというべきである。

d) 原審判決の問題性

なお、本件原審判決は、パテント・プール協定の効力を問題にする文脈においてではないが、上の論点に関連して次のように判示している。すなわち、「独禁法に違反するか否かは、パテント・プール方式の運用方針によるのであるから、従前からの運用方針を再検討し、今後新規参入を希望する企業を合理的理由なく拒否するなどの運用をしないとの方針でこと

を運用することにより、独禁法違反となる事態を避けることは十分可能である」、というのである。そして、この評価が、「パテント・プール方式すなわち本件各契約の存在自体が直ちに独禁法3条に違反するものではない」という判断を導く。これは、要するに、本意見書の用語を使って表現すれば、本件パテント・プール協定の有効性を述べているものに他ならない。

一般論としてパテント・プール方式が独禁法に違反するかどうかは運用方針によるというのはその通りであって、本意見書も同意するところである。しかし、その上で重要なのは、具体的な個別のパテント・プールにおいて開放的な運用が実際に可能かどうかである。本意見書の以上の検討は、本件パテント・プール関係において開放的な運用が期待されないことを示している。しかしながら、原審判決にはこの点にかかわる検討が一切ない。原審判決は、抽象的な一般論だけを根拠にして本件パテント・プール協定の有効性を肯定してしまった。原審判決には、事案に即した具体的な判断という点で、根本的な欠陥があるといわなければならない。

## 2 下部契約としての実施許諾契約の効力

さて、以上のように、基本契約としてのパテント・プール協定(α)を無効と評価した場合に、それに基づいて締結された下部契約としての特許実施許諾契約(β)の効力はどのように考えるべきであろうか。これが次に考察すべき問題である。以下、まず類似の問題をやや一般的に考察した後、パテント・プールに関する個別的な検討を行おう。

### (1) 類似の問題

パテント・プールに関する上記の問題と類似の構造を持つ問題として、次の2つを挙げることができる。一つは、価格カルテルがなされ、それに基づいて商品の販売がなされた場合に、この個別の売買契約が無効になるか、という問題である。他の一つは、談合ケースで、談合に基づいて落札した事業者と結ばれた契約が無効になるか、という問題である。いずれにおいても、不当な取引制限として独禁法違反と見られる基本的な合意があり、それに基づいてさらに別個の契約が結ばれ、その契約の効力が問題になる点で、上記の問題と類似しているのである。

### a) 価格カルテルおよび談合に対する法的サンクション

価格カルテルは、公取委の排除措置の対象になるほか(独禁法7条、48条)、刑事罰の対象になり(独禁法89条)、また課徴金の対象になる(独禁法7条の2、8条の3、54条の2第1項)。さらに、そのような行為をした事業者および事業者団体は、被害者に対して無過失での損害賠償責任を負う(独禁法25条)。また、これとは別に、被害者が民法上の不法行為責任を追究することも認められている。著名な鶴岡灯油事件(最判平成元年12月8日民集43巻11号1259頁)は、まさにそのような民法上の不法行為責任が追究されたものであった(ただし、事案における結論としては、損害の立証がなされていないとして、消費者による損害賠償請求が棄却された)。談合についても、法的なサンクションは同様である。ただ、談合は、さらに刑法上の犯罪ともされている(刑法96条の3第2項。競売入札妨害罪)。この点で、その違法性は、法体系上、より強いものと見られているといえよう。

価格カルテルにせよ、談合にせよ、それらが不当な取引制限として独禁法違反とされる場合に、その合意自体が私法上も無効とされることに、大きな問題はないであろう。これらの行為の無効が具体的に意味するのは、談合等の合意を行った者がそれを遵守しなくとも契約上の責任を追究されないこと、また、反対にそのような者に合意(談合等)の強制的な履行を求め得ないことである。独禁法違反行為の排除という観点からそのような帰結が必要であることは論をまたない。ここでの問題は、そのような違法な合意の無効を前提として、それに基づいてなされた個々の契約の効力がどうなるか、である。

### b) 価格カルテルおよび談合に基づく個別契約の効力：問題の枠組み

価格カルテルや談合に基づく個々の契約は、それ自体として独禁法に違反するわけではない。そこで、これらの契約の効力を論じる際には、民法90条の公序良俗違反になるかという枠組みで論じるのが通例である。注意すべきは、ここで問題になるのは、公序良俗一般ではなく、典型的には独禁法に表現される自由かつ公正な競争秩序という公序であることである。したがって、公序良俗規範の適用を考える際にも、常に、競争秩序確保の観点から、より具体的には独禁法違反行為の是正・排除の観点から問題を把握することが要請される。

## c) 価格カルテルケース

さて、個別契約の効力であるが、まず価格カルテルケースについていえば、個別契約の有効性は一般的には当然視されているようである<sup>(9)</sup>。その論拠が十分に展開されることはないが、筆者なりに当然有効説の基礎にあると思われる発想を敷衍すれば、次のようにいうことができるであろう。

価格カルテルが独禁法上問題とされるのは、自由な競争によって商品の価格が決まるべき市場メカニズムを侵害し、消費者利益の侵害の上に非効率な企業を温存するなどの点で強い悪性が認められるからである。そうであれば、独禁法上違法な結果を是正するためには、価格カルテルの合意それ自体を私法上無効にすることは必要であるが、あとは当該カルテルによって事業者等が得た利益を剥奪し(課徴金制度はもっぱらそのような機能を担う)、反面で被害者の損害を填補する(独禁法25条の損害賠償請求および民法上の不法行為責任の追及はそのような機能を担っている)ことで足りるというべきである。それに加えて、価格カルテルに基づく個々の売買契約を無効にする必要はないし、すべきでもない。かかる行為を無効にする場合には、当該行為に基づく財貨移転の効果をも否定してしまう。それは、独禁法上の違法な結果の是正とは必ずしも関係がない過剰な帰結だからである。個別の売買契約を無効にすることはまた、法的安定性を害し、とりわけ第三者が登場する場合に取引安全を害するという問題のある結果をもたらす<sup>(10)</sup>。

要するに、個別契約を無効にすることに伴う財貨移動の回復は、独禁法上の違法な結果の是正とは直接の関係がなく、そうであればむしろ法的安定性と取引安全を優先すべきということである。このような観点は、十分に説得的というべきであって、従来の一般的発想は、基本的に正当というべきである。

ただし、直ちに次の点に注意しておきたい。それは、価格カルテルに基づく個別契約が論理的に無効になりえないというわけではない、ということである。個別契約についても公序良俗規範による有効性審査がありうることは当然であって、ただ通常の場合には、公序良俗違反とは認められないというだけのことなのである。換言すれば、価格カルテルに基づく個別契約も、例外的ではあろうが、事情によっては公序良俗違反として無効となることがありうるのである。問題の枠組みをこのように把握することに

よって、次のような談合ケースについての処理と価格カルテルケースにおける処理とを整合的に理解することが可能になろう。

## d) 談合ケース

談合に基づいて落札した業者を相手方として締結した契約の効力については、地方自治法上の住民訴訟(242条の2)にかかわって判断を示した判決がすでにくつか存在するが<sup>(11)</sup>、近時、発注者である国と受注者である業者との間の紛争にかかわる興味深い判決が公表された。いわゆる社会保険庁発注シール談合事件判決である。

一審判決である東京地判平成12年3月31日判時1734号28頁は、本件落札価格が公正な自由競争が行われていれば形成されていたであろう落札価格に比して相当高額であること、したがって被告らが本件談合によって得た不正の利益はかなりの高額であること、被告らの談合体質には根深いものがあること、本件落札価格はほぼ談合によって決定した通りであったこと、などを総合的に判断して、結論的には、「本件各契約は、いずれも公序良俗に反して無効というべきである」と判示した。

控訴審判決である東京高判平成13年2月8日判時1742号96頁も結論は同じであるが、その法律構成のニュアンスは多少異なる。すなわち、同判決は、談合による入札が無効であることは官報公示等でも明らかにされており、入札した者にとって予測可能であること、他方、入札を有効とする国民全体が不利益を受けることを指摘して、「したがって、入札制度の趣旨それ自体からみて、このような談合に基づく入札は当然無効であり、これを契約の申込みであるとしてなされる契約も、その公序良俗違反性を別途検討するまでもなく、当然に無効である」と判示するのである。ここでは、落札に基づく契約の効力ではなくて、入札の効力が前面に出るわけである。

個別契約を無効とするこの解決を、先の価格カルテルケースと整合しないものとする必要はない。要するに、公序良俗規範(その実体的内容は競争秩序)による有効性審査の結果、——価格カルテルケースにおいては個別契約の反公序良俗性が一般的に否定されるであろうが——談合にかかわる本件事案においては個別契約が公序良俗違反と判断されたということなのである。談合の競争秩序上の違法性が価格カルテルよりも強度な

ものと考えられていることからしても、そのような判断は特に驚くには当たらない。

また、個別契約を無効とするかどうかで、法的効果にそれほど大きな違いが生じるわけではないことも指摘しておこう。社会保険庁発注シール談合事件において、原告である国は、契約の無効を主張した上で、契約上の代金と客観的に合理的と見られる代金との差額を不当利得として返還請求している。すでにシールは使用済みということで、既履行分の財貨の返還は問題にしなかったのである。これは、価格カルテルに基づく契約が効力を有することを前提として消費者が請求する損害賠償と内容的にはほとんど同一である。たとえば、先の鶴岡灯油事件において、原告である消費者は、価格カルテル協定直前の小売価格と現実に購入した価格との差額を損害賠償として請求したが、仮に契約を無効として不当利得返還請求をしたとしても、ほとんど同様の内容になったであろう。前述のように、個別契約を無効にすることに伴う財貨移動の回復は独禁法上の違法な結果の是正とは直接の関係がないことからすれば、このような結果は、是認されてよいものである。

#### e) 契約未履行の場合の解決

以上の検討は、必ずしも明示することをしなかったが、基本的には個別契約が既履行である場合を想定したものである。ところで、価格カルテルの場合について個別契約は原則的に有効とした結論は、契約未履行の場合には別に考えることが望ましい<sup>(12)</sup>。というのは、有効説の根拠が先に整理したような点にあるとすれば、価格カルテルに基づく売買契約が未履行で、消費者が無効を主張してその履行を拒絶する場合には、むしろ個別契約の無効という結果を肯定したほうが筋が通ると考えられるからである。

多少数衍すると、契約未履行の場合に、売買契約の有効を理由に事業者による履行請求を認めることは、独禁法上違法な結果の実現に法が助力することを意味する。独禁法上の違法な結果の排除という観点からは、それは避けるべきであり、そのためには個別の売買契約を無効とする必要があるのである<sup>(13)</sup>。また、この場合には、個別契約を無効にしても、取引安全を害するという問題は生じない。従来の一般的発想を採る論者も、このように設例を立てるならば、その場合の無効という結論を否定しないので

はないだろうか。従来に通念が当然有効の結論を採用してきたのは、ここに示したような設例が、価格カルテルケースにおいては現実にはまず生じないからであろう。

要するに、ここでの問題を考える際に最も基本となる視点は、独禁法上違法と評価される行為と結果の是正・排除である。このために、独禁法とともに、民事法も協働すべきである。この基本的視点を基礎とするならば、通常問題となるであろう既履行ケースについては個々の売買契約を有効と解してよいが、場合によって生じる未履行ケースについては、反対に無効と考えるのが妥当ということになる。なお、この主張は、談合ケースで個別契約が有効とされるような場合をも射程に収めるものである。

#### (2) パテント・プールに関する個別的考察

以上の考察を踏まえて、パテント・プール関係における個別契約の効力を考えよう。先に検討したように、本件においては、基本契約であるパテント・プール協定は無効と評価すべきである。それを前提として、パテント・プール協定に基づいて締結された下部契約である個別の特許権等実施許諾契約の効力をどう考えるべきであろうか。

#### a) 特許権等実施許諾契約の原則的有効性

この特許権等実施許諾契約について、競争秩序を内容とする公序良俗規範による有効性審査が行われうことは当然である。この判断に際しては、この契約の基礎にあるパテント・プールの独禁法上の違法性の度合いが当然に考慮される。この点で、パテント・プールと価格カルテルや談合とでは、顕著な差があるといわなければならない。後二者は、それ自体で不当な取引制限として独禁法上違法の評価を受ける。これに対してパテント・プールの場合には、それ自体は独禁法上違法の評価を受ける性質のものではなく、それが閉鎖的に運用されて初めて私的独占として独禁法上の違法性が問題になるのである<sup>(14)</sup>。そのことは、一般的には、パテント・プールにおける個別契約の悪性評価を緩和する方向で作用するであろう。それ自体として違法評価を受ける価格カルテルの場合であっても、それに基づく個別契約は、既履行の場合には原則として有効と見るべきものであった。そうであれば、パテント・プールケースについて個別契約を無効と見るの

は、一般的には難しいというべきであろう。結論的には、公序良俗規範による有効性審査の結果、特許権等実施許諾契約が無効とされる可能性は小さいといわなければならない。

#### b) 特許権等実施許諾契約の将来についての無効

しかし、ここで注意しなければならないのは、(1)で問題にしてきた価格カルテルや談合ケースの個別契約とは異なり、特許権等実施許諾契約は、契約に基づく給付が一次的ではなく継続的になされることである。したがって、この契約の無効が問題になった時点で、なお契約期間が残っていることがありうる。この契約を引き続き履行していくならば、それを基礎として、独禁法上違法と評価され無効とされたパテント・プール関係が事実上維持されていく危険がある。また、かかる履行を法が強制するとすれば、独禁法違反状態の維持に法が助力することになってしまう。このような事態は避けなければならない。そのために、将来について契約の無効を認めるのが、独禁法上の違法な結果の除去という観点から望まれているというべきである。これは、丁度、価格カルテルや談合ケースの個別契約について、未履行の場合には同様に独禁法違反の結果の排除という観点から無効とすべきと述べた点に対応する。ただ、契約上の給付のあり方が異なるため、特許権等実施許諾契約の場合には、未履行の場合の契約無効に対応する問題として、将来についての契約無効の問題が提起されるわけである。

契約の「将来についての無効」というと、それはかなり突飛な主張であり、伝統的な無効理論からして無理だという反論があるかもしれない。たしかに、伝統的無効理論は、そのような無効概念を知らない。しかし、伝統的理論からすれば遡及的無効をもたらす(直接効果説)はずの契約解除に関して、賃貸借契約、雇用契約、委任契約、組合契約といういわゆる継続的債権関係については、解除の遡及効が民法の明文で否定されている(民法620条、630条、652条、684条)。また、これも遡及的無効をもたらすはずの意思表示の取消についても、継続的法律関係については、同様に遡及効を否定すべきことが有力に説かれている(我妻説<sup>(15)</sup>)。そして、この発想を延長すれば、無効自体についても、遡及効を制限すべきという考え方が出てくるのは、むしろ当然なのである。実際、我妻説は、雇用契約

を対象にした叙述であるが、その「無効の効果の遡及的主張の禁止」を説いている。この結果、無効の主張は、即時解約と同様の効力を有するにすぎないものとなる<sup>(16)</sup>。上に説いた「契約の将来についての無効」は、この「無効の効果の遡及的主張の禁止」と結局は同旨に帰する。

それでもなおかかる無効が伝統的発想と異なり認めがたいということであれば、次のような処理がありうる。つまり、特許権等実施許諾契約の無効を認めた上で、無効主張前の既履行の期間については、原則として支払った実施料と工業所有権の使用利益とが対価関係に立つものとして現実の返還を行わない形で相殺的に清算関係を実現し——これは、結局、既往については契約関係が有効であったのと原則的に同じ結果になる——、将来についての履行については無効を理由とした拒絶を認めるという方向である<sup>(17)</sup>。ただし、この場合には、無効の効果が既履行の契約関係を破壊しないという点にかんがみて、無効自体は容易に認める必要がある。

以上提示した「将来についての無効」に関連して、二点補足しておきたい。

第一に、契約の効力を否定すべき時点である「将来について」とはどの時点であるかが問題になる。基本的には、違法なパテント・プール関係を構成する特許権等実施許諾契約の当事者が当該契約の無効を主張し、またはそれに準ずる行為(当該契約の効力を否定したりその解消を求めたりする行為)をした時点と解すべきである。この時点以降の契約の効力を認めるならば、独禁法違反行為の実現に法が積極的に助力することになってしまうからである。

第二に、以上の検討は、契約期間が残っている場合を想定して、その場合の契約無効を問題にした。他方で、契約期間が満了した場合について、契約当事者の一方が契約関係の解消を主張することがある。この場合にも、更新の可否を特に問題にすることなく、契約を将来について無効とすることは可能というべきである。

## V 期間満了または更新拒絶による本件契約関係の終了

以上の検討が示すのは、平成9年4月1日以降、本件契約関係は、将来についての契約無効によって存在しなくなっており、アルゼの本件不当利

得返還請求は認められるべきだ、ということである。ところで、仮に独禁法違反是正の観点からの本件契約の無効を問題にしないとしても、本件においては同様の結論が認められるべきである。というのは、本件契約関係は、期間満了またはアルゼによる更新拒絶によって終了していると見ることとも可能だからである。以下、この点について補足的に検討しよう。

### 1 更新拒絶制限条項の趣旨

本件契約関係の期間満了または更新拒絶による終了を問題にする場合、まず注目されるのは、本件契約における更新拒絶制限条項の存在である。第3契約書に即して言えば、「甲（アルゼ——引用者）は、第10条第1項所定の事由、その他本契約を継続し難い特段の事由がない限り当該契約の更新を拒否できないものとする」(第8条)旨が定められているのである<sup>(18)</sup>。このように甲に対しては契約への強い拘束が定められる反面、乙についてはそのような拘束が存在しない。ここでは、当事者間の関係は、きわめて非対称的である。

かかる不平等な条項は、工業所有権等許諾契約として異例というべきであろう。実際、別事件ではあるがアルゼ・日電特許間の同一の契約書が問題になった事件において、下森定意見書は、「甲が承諾したとはいえ、はなはだ不公平な規定というほかはない（民法90条違反が問題となりかねない条項である）」と、この条項を無効と解すべき可能性を示唆している。

ところで、本件事案に即して見ると、この条項は、本件契約の背後にある基本契約としてのパテント・プール協定を抜きにしては理解できないように思われる。日電協加盟の21社で構成する本件パテント・プール関係については、特にその存続期間は定められていなかった。しかし、それが1年や2年の短期間で終了すべきものとは考えられていなかったことはたしかである。そして、このパテント・プール関係が存続する限り、アルゼ等特許権・実用新案権の権利者は、その工業所有権をパテント・プール管理組織である日電特許に提供する「義務」を負っていた。個別の特許権等実施許諾契約は、その「義務」の履行として締結されたものに他ならない。そうであれば、実施許諾契約の期間が1年であっても、期間満了時に実施許諾者であるアルゼが自由に更新を拒絶できるはずはない。第3契約書第8条による更新拒絶の制限は、まさにそのような実態を反映するものと理

解すべきである。

このように理解するならば、この条項は、下部契約である特許権等実施許諾契約の条項ではなくて、基本契約であるパテント・プール協定の内容をなすものと考えなければならない。本件パテント・プール協定は、文書化される形では存在していなかった。それを前提として、一定の基本的合意は、下部契約である特許権等実施許諾契約の中に明示されることになったのである。前述のように、再実施許諾の相手方を限定する第3契約書第3条は、そのような性格の条項であった。更新拒絶を制限する第8条は、パテント・プール協定の内容をなすもう一つの条項なのである。

先に詳しく検討したように、本件パテント・プール協定は、私的独占として無効と解すべきである。そうであれば、その一部をなす更新拒絶制限条項もまた、無効と解すべきである。このようにして更新拒絶制限が外れるならば、アルゼによる更新拒絶は当然にその効力を生じ、本件契約関係はこれによって終了しているのである。この結論は、独禁法上違法とされるパテント・プール関係からの脱退の自由を認めるという点で、独禁法違反状態の是正という観点からも望ましいものである。

### 2 継続的契約関係論について

#### (1) 継続的契約関係と更新拒絶自由の制限

##### a) 更新拒絶制限条項を下部契約の一条項と見る可能性

ところで、本件契約における更新拒絶制限条項については、もう一つの理解の仕方が可能である。それは、本件契約関係をいわゆる継続的契約関係と捉え、継続的契約関係は約定期間を超えて継続していくのが原則であるとした上で、本件更新拒絶制限条項をそのような趣旨を明文化したものであると理解するものである。実際、原審判決は、そのような理解に立っているようである。つまり、原審判決によれば、「本件実施契約及び本件再実施契約は、パチスロ機の製造販売のための本件特許権等の実施許諾契約であるから、その実施許諾を受けた者は、資本を投下してパチスロ機の生産設備を備えたり、下請と請負契約を締結したりし、そのために社員も雇用し、そのうえでパチスロ機の製造・販売活動を継続するのである。このような実施許諾契約は、上記②の条項（第1契約書における更新拒絶制限条項——引用者）の存在からも明らかのように、1年限りで終了するこ

とを予定した契約ではなく、重大な契約違反又は契約を継続し難い特段の事情のない限り、原則として継続することを前提とした契約であると認められる」。原審判決は、このような理解に立って、特に契約書に明示されていない以上更新のための特段の手続は必要ないとし、日電特許がこの手続を踏んでいないから本件契約は期間満了によって終了したというアルゼの予備的主張を排斥したのである。

このように理解することができるのであれば、更新拒絶制限条項には合理的存在理由があることになり、その無効を問題にすることなどできなくなるであろう。

#### b) 継続性原理を表明する裁判例の出現

近年、継続的売買ケースを中心として、継続的契約関係の解消に関する裁判例（下級審が中心である）が数多く報告されている。そして、その中で、いわば「継続性原理」とでも称することができるような、継続的契約関係において継続性を保護する動向がたしかに見出される。たとえば、有名な資生堂東京販売事件における控訴審判決（東京高判平成6年9月14日判時1507号43頁）は、1年という期間の定めがある特約店契約（ただし、自動更新条項があった）において約定解除権が留保されていたという事案にかかわるが、①このような特約店契約は通常相当の期間にわたって存続することが予定されていること（事案においても28年間存続していた）、②事案における契約ではある程度の資本投下等が必要であり、恣意的な契約解消は小売店側に予期せぬ多大な損害を及ぼすおそれがあること、を理由に、「前記のような約定解除権の行使が全く自由であるとは解しがたく、右解除権の行使には、取引関係を継続しがたいような不信行為の存在等やむを得ない事由が必要であると解するのが相当である」と判示している。

また、この資生堂東京販売事件は、留保された約定解除権の行使が問題になった事件であるが、本件訴訟により近い論点を問題にした事件として、札幌高決昭和62年9月30日判時1258号76頁がある（いわゆる舟本決定）。更新拒絶の効力が問題になった事件で、継続性原理を表明したものとして学説の関心を集めたものである。ここでは、継続的商品（田植機）供給契約において「有効期間を1年間とする。期間満了3ヶ月前に当事者の申し出がない限り更に1か年延長する」旨の約定があり、この約定の趣旨が問

題になった。本決定は、このような約定があっても、「それが期間満了前3ヶ月前の当事者の一方的終了の意思表示によって契約を終了させ得るものと解することは妥当ではなく、債務不履行又はこれに準ずる事由には限らないが、契約を存続させることが当事者にとって酷であり、契約を終了させてもやむを得ないという事情がある場合には契約を告知し得る旨を定めたと解するのが相当である」とした。ここでは、更新拒絶の自由が「やむを得ない事由」を必要とするという形で制限されているわけである。

#### c) 近時の下級審裁判例の動向

もっとも、この動向は、判例として確立しているわけでも、下級審裁判例の主流を占めているわけでもない。下級審裁判例は対立しており、さらには、近時は、継続性原理を否定するものがかなり優勢になっていると言すべきである。

まず、先の資生堂東京販売事件控訴審判決について言えば、この判決は、継続性原理を表明した先の理論の下で、結論的には「やむを得ない事由」があるとして解除を認めているから、この理論は傍論にすぎない。継続性原理を打ち出しつつ実際に解除権行使を制限した裁判例は、それほどあるわけではない。東京地判昭和57年10月19日判時1076号72頁はそのような珍しい裁判例であるが、専属下請契約という当事者間の力関係に優劣があったケースである。また、解除が否定されたといっても、契約関係の継続自体が認められたわけではなく、6カ月分の逸失利益が容認されたに過ぎない点も注意しておく必要があろう。

ところで、資生堂東京販売事件の最高裁判決（最判平成10年12月18日民集52巻9号1866頁）は、控訴審判決の結論を維持したが、継続性原理を表明した原審の理論については、特に言及しなかった。同日付の花王化粧品販売事件最高裁判決（最判平成10年12月18日判タ992号98頁）と併せて考察すると、むしろ最高裁は、継続的契約関係における継続性原理に消極的との見方が可能になる。事実、その後の下級審裁判例には、継続的契約の解消を認めるものが増えているとの観察が表明されている<sup>(19)</sup>。約定解除権行使の領域では、継続性原理に消極的な潮流が優勢なのである。

他方、更新拒絶を制限した舟本決定について言えば、この決定後に更新拒絶の効力を制限した裁判例は、おそらく名古屋地判平成2年8月31日判

時1377号90頁が唯一のものである。フランチャイズ契約の更新拒絶が否定されたものであるが、事案において更新拒絶の理由はまさに言いがかり的なものであった。このほか、継続性原理を表明する一般論を述べつつ、事案において「やむを得ない事由」を肯定するもの(大阪高判平成8年10月25日判時1595号70頁)もあるが、近時は、一般論としても継続性原理を否定するものが優勢な状況にあり(25年間継続したカミソリ製品供給契約の更新拒絶を認めた東京地判平成11年2月5日判時1690号87頁[一応の合理的理由が必要として、その理由の存在を肯定]、22年間継続した化粧品供給契約の更新拒絶を認めた東京地判平成12年2月28日判時1731号13頁など<sup>(20)</sup>)、それ以外のものは見あたらないと言ってよい。

#### d) 本件更新拒絶制限条項の意味

このような動向を踏まえれば、本件における原審の判断は、本件契約における更新拒絶制限条項がなかったとすれば、近時の下級審裁判例の動向の中でかなり突出したものになったであろうことが理解される。更新拒絶の効力を否定して契約の継続を認めているからである。換言すれば、原審の判断と近時の裁判例の動向との整合性を付けようとすれば、そのためには、更新拒絶制限条項の有効性を前面に出す以外にないのである。

ところで、この更新拒絶制限条項は、独禁法上違法と評価される本件パテント・プール協定の内容をなすものであって無効と評価されるべきことを先に述べた。この評価を覆そうとすれば、本件更新拒絶制限条項が継続的契約関係における継続性原理を表明するものと理解する以外ない。それでは、そのような理解は可能であろうか。以下では、この点を考察しよう。

### (2) 本件契約関係への継続的契約関係法理適用の可否

#### a) 継続性原理適用の根拠

継続的契約関係において継続性原理を承認する裁判例がある時期出現していたことを先に見たが、これらの裁判例は、どのような理由で、継続性原理の承認が必要と考えたのであろうか。

資生堂東京販売事件控訴審判決のこの点に関する理由はすでに簡単には見ておいたが、ここで振り返っておこう。二つの理由にまとめることができる。第一は、当該契約が、通常、相当の期間にわたって存続すること

が予定されていることである。実際、具体的事案においては、契約関係は28年間という長期に達していた。第二は、その契約関係に基づく投資の必要性である。具体的には、対面販売が義務づけられていたわけであるが、そのために具体的には、専用の販売コーナーの設置や顧客管理のための台帳作成・備え付けが義務づけられていた。このような点を根拠にして、約定解除権の行使には、「やむを得ない事由」が必要とされたのである。

舟本決定の場合にはどうであろうか。次のような事情が指摘されている。①契約の趣旨(1年間で自動更新条項があったが、契約の継続を前提とした自動継続に主眼があった)、②田植機販売事業の特殊性(農家にとって高額な投資となるため、その販売には長期の継続的営業活動が必要とされ、単年度の営業を前提として事業をすることは不可能である。また、実際にも、事業者は、営業のために高額の在庫を保有している)、③本件田植機のソフト面における研究開発およびその普及のために多大の資本と労力を投入していること、④代理店体制の特殊性(販売網が系列化されており、他のメーカーと代理店契約を締結することは事実上不可能である)、⑤契約終了の場合の販売事業者の打撃(十数年にわたって形成してきた販売権益のすべてを失い、企業の存立にも重大な影響を与える)、などである。これらを理由として、事案において、更新拒絶の効力が否定されたわけである。

#### b) 「ロックイン」と継続性原理

2つの裁判例を素材として見たが、継続性原理を打ち出すこれ以外の裁判例の理由も、基本的には同様である。ここでは、様々な事情が考慮されているが、ポイントを要約すれば、契約の一方当事者(B)が、当該契約がある程度継続することを前提にその契約を前提にしなければ意味がない投資を行い(「関係特殊的投資」または「取引特殊的投資」と言われる)、それがゆえに現在の相手方(A)以外の他の相手方に乗り換えることができなくなっている、ということである。このような事情が、継続性原理を当該契約に適用する条件になっているのである。

これは、経済学上は、「ロックイン」と呼ばれている現象に他ならない。ロックインが生じていると、取引の対象となっている財貨の市場はきわめ

て狭いものとなり、競争が機能しなくなる。Bは、Aを相手にする以外になくなるからである。かかる事態は、Aの機会主義的行動の誘因となる危険が大きい(ホールド・アップ問題)。そこで、法の介入が要請される、というわけである。

ロックインが生じていれば当然に継続性原理を適用するという形で契約に介入すべきかは、実はそれ自体一個の問題である<sup>(21)</sup>。問題となる契約において関係特殊的投資がなされたほうがいいのか、また、適度な投資がなされるためにはどの程度の保護が適切なのかが問われるからである。さらに、そもそもどうしても保護が必要な投資なのであれば、契約期間を最初から投資の回収を見込んだ期間に設定するのが筋ではないか、という議論もありうる。これらの点は十分に認識した上で、ここで確認したいのは、少なくともかかる意味でのロックインがなければ、継続性原理に基づく法の介入は正当とされないことである。換言すれば、ロックインを生じないような契約関係を「継続的契約関係」と呼ぶのは、法的議論の観点からは適切ではない、ということである。

#### c) 本件契約関係とロックイン

それでは、本件契約関係においてロックインは生じていると評価できるであろうか。

まず、特許権実施許諾契約という取引一般を考えよう。アルゼの上告受理申立理由書は、これまでの裁判例において工業所有権実施許諾契約を継続的契約と見て継続性原理の適用を問題にした裁判例は一件もないと指摘し、それも根拠としつつ工業所有権実施許諾契約を継続的契約関係は、契約の終了に特別の要件を課す「継続的契約」の類型には含まれないと主張している(42頁)。おそらく、工業所有権実施許諾契約と他の商品や役務を供給する継続的売買等の間には、ロックインを生じさせる可能性という点で量的に顕著な差異があるのであろう。特許権等の場合には、代替的技術が存在する可能性、ある特許権の実施権が事業者の営業に占める比重などの点で、ロックインを生じさせる可能性は、あまり大きくないと言えるのである。しかし、だからといって、工業所有権実施許諾契約がロックインを生じさせる可能性がないとまで言うのは、やや言い過ぎであろう。工業所有権実施許諾契約についても、場合によってはロックインが生じ、

その結果、継続的契約関係として継続性原理に基づく法の介入がありうるものとする。

しかし、それでは本件の具体的契約関係においてロックインが生じる可能性があるかと言えば、そればないと言わなければならない。本件の契約関係は、パテント・プール関係の存在を前提とした特殊なものであるからである。

まず、本件実施許諾契約の直接の当事者であるアルゼと日電特許との間を考えてみれば、日電特許が本件実施許諾契約が長期間継続することを前提にして、関係特殊的投資を行うわけではない。日電特許は、本件パテント・プール関係における特許権等の管理組織にすぎず、自ら特許権等に基づく投資を行う立場にはないからである。

本件契約関係において関係特殊的投資を行う可能性があるのは、いうまでもなくサブライセンスを受けたパテント・プール構成員である。これらの事業者にとっては、これまで実施許諾を受けていた特許権等について今後実施許諾を否定されるとすれば、それは死活問題であろう。しかし、その問題にとって、本件契約関係が存続するか否かは、実は直接の関係はない。アルゼが提案しているのは、アルゼが保有する工業所有権の実施許諾の拒絶ではなくて、パテント・プール関係を解消した直接の個別関係への切り替えだからである。たしかに、直接の個別契約に切り替えられる場合には、実施料が高くなる可能性はある。そして、当該工業所有権のライセンスがどうしても必要という事情が、そのような事態を後押しすることはありうる。しかし、本件パテント・プール関係における現在の実施料水準がいわば政策的に低廉にされているという事情を踏まえれば、かかる状態をロックインというわけにはいかない。ロックインが問題で法の介入が要請されるのは、契約の当事者がロックインに乗じて機会主義的行動を採る危険があるからであるところ、特許権の実施料を市場水準に合わせるのは、機会主義的行動とは言えないからである。

#### d) 本件契約関係における継続性原理の不適合性

以上の検討が示しているのは、本件契約関係において継続性原理を適用するのは、事態適合的ではない、ということである。それゆえ、本件契約関係が継続性原理を基礎とする継続的契約であることをもって更新拒絶

制限条項の存在を説明することはできない。そうであれば、この更新拒絶制限条項は、本件特許権等実施許諾契約の内容をなすのではなく、その基本契約としての本件パテント・プール協定の内容をなすものと見るべきである。このようにして、継続的契約論の検討を経ても、結局、更新拒絶制限条項に対する無効評価は覆らないのである。

### (3) 更新拒絶制限条項有効の場合の本件契約関係の消長

最後に、念のために付言すれば、本件における更新拒絶制限条項が仮に有効だとしても、契約関係存続という結論が当然に導かれるわけではない。更新拒絶にもかかわらず本件契約関係が存続しているかを判断するには、今度は、「契約を継続し難い特段の事由」の有無を判断しなければならないのである。本件において具体的に「契約を継続し難い特段の事由」に当たるかの判断の対象になるのは、独禁法上違法と評価されるパテント・プール関係への参加を強制されることである。かかる事態を法的に強制すべきでないのは自明のことであって、このように問題を立てるならば、本件においては、この「特段の事由」が存すると解すべきこと、ほとんど異論の余地がないように思われる。したがって、仮に以上の検討の結論を採用しない場合であっても、契約関係が消滅しているという結論に変わりはないのである。

## VI まとめ

最後に、以上の検討をまとめておく。

①本件パテント・プール関係を法的に分析すると、基本契約としてのパテント・プール協定(α契約)、およびそれに基づく下部契約としての特許権等実施許諾契約(β契約)、再実施許諾契約(γ契約)という複合的契約関係として捉えることができる。

なお、本件パテント・プール関係においては、パテント・プール協定上の合意の少なくない部分(プールされる特許権等の範囲、再実施許諾契約の相手方の範囲……)は、下部契約である特許権等実施許諾契約の条項として規定されている。そのため、特許権等実施許諾契約上の条項がパテント・プール協定の内容を形成するという形になっている。

②本件パテント・プール関係は、その実態からして、独禁法によって禁止される私的独占に当たり、独禁法上違法である。

③この違法性を支えるパテント・プール協定(α契約)上の再実施許諾契約の相手方を限定する合意(実際には、個別契約としての特許権等実施許諾契約[β契約]に挿入されている)は、無効とされなければならない。

④本件パテント・プールは、閉鎖的に運用されることを設立当初から予定され、かつ、そのような閉鎖性が実施料を通じて構造化されている。そうであれば、本件パテント・プール協定の単なる一部無効では、本件パテント・プール関係の違法性を除去することができず、本件パテント・プール協定は、その全部が無効とされるべきである。

⑤基本契約としてのパテント・プール協定(α契約)が無効とされても、それに基づく下部契約としての特許権等実施許諾契約(β契約)は、当然に無効となるわけではない。それは原則として有効と見るべきであるが、将来については、独禁法に違反する結果の創出に法が助力することを避けるために、β契約の効力を否定すべきである。

⑥仮に⑤の結論が認められないとしても、β契約中の更新拒絶制限条項は、パテント・プール関係の長期存続を確保する趣旨の合意であり、実質的にはαパテント・プール協定上の合意と見るべきである。パテント・プール協定が無効である以上(→④)、この条項は無効である。そうだとすると、β契約には更新拒絶制限条項が存在しなくなるわけであるから、β契約(本件契約)は、期間満了または更新拒絶によって終了する。

⑦なお、本件契約を「継続的契約」と性質決定することはできない。それゆえ、本件契約が「継続的契約」であることをもって、本件契約における更新拒絶制限条項を正当化することはできない。

⑧仮に⑥の結論が認められないとしても、違法なパテント・プール関係への参加を強制されることは、当然に「契約を継続し難い特段の事由」に当たるといえるべきであるから、本件は、契約更新を拒絶しうる場合に当たる。本件契約は、「契約を継続し難い特段の事由」を備えた更新拒絶によって終了している。

以上、どのような法的可能性を考えても、本件契約関係が継続しているという結論を導くことができない。本件契約は、平成9年4月1日以降存在しない。そうである以上、アルゼの本件請求は認められるべきである。

これが本意見書の結論である。

以上

(1) 甲71号証として提出された伊従寛意見書3頁参照。

(2) これを明確に指摘する概説書として、岸井大太郎ほか『経済法〔第2版〕』（有斐閣、1998年）260～261頁がある。

(3) 知的財産権と独占禁止法との関係を定める独禁法21条（かつては23条）の理論的位置づけに関しては、経済法の学説上様々な議論があるが、ここで立ち入ることはできない。さしあたり、稗貴俊文『知的財産権と独占禁止法』（有斐閣、1994年）参照。

(4) なお、以上の数値は、上告受理申立理由書に記載されている数値と同一ではない。同13頁に収録されている「パチスロ機年度別販売台数推移」に関する表に基づいて、筆者が計算したものである。

(5) 厚谷襄児ほか編『条解独占禁止法』（弘文堂、1997年）42頁（向田直範）。

(6) なお、「反公益性」（→iii）についていえば、その内容は自由競争を基盤とする経済秩序維持と考えるのが通説であり、また公取委の見解でもある。この見解に立てば、排除行為によって一定の取引分野における競争が実質的に制限されている場合には、常に「反公益性」が認められ、改めてこの要件充足を立証する必要はなくなる。厚谷襄児ほか編・前掲注（5）46～49頁参照。本意見書は、この立場を支持している。

(7) その意味で、パテント・プールは、独禁法の観点から見て、カルテルや談合とは異なる評価に服する。カルテルや談合は、それ自体が不当な取引制限として独占禁止法上違法という評価を受ける。したがって、一部無効によって独禁法上の違法性を是正して合意全体の効力を維持することは考えられない。これに対して、パテント・プールは、その運用にかかわる合意の効力を否定することによって、独禁法上の違法性を除去することが可能なのである。

(8) なお、念のために言えば、ここで問題にしているのは、個別的特許権実施許諾契約（本件契約）関係の背後に基本契約として存在しているパテント・プール協定（本件では、これは文書化されていない）の効力である。個別的下部契約である特許権実施許諾契約（本件契約）の効力については、後に検討する。

(9) 「普通にカルテルが行われた後、それに基づく売買契約の効力に関する問題というのは、当然有効が原則だと考えていたはずです……。普通のカルテルに関しては、損害賠償は別にしても、公序良俗的に無効という発想はなかったと思います」。根岸哲ほか座談会「独占禁止法と民事法（上）」民商法雑誌124巻4＝5号（2001年）

471頁（川浜昇発言）。

(10) さらに、価格カルテルの合意は、それがもたらす法律効果自体が公序良俗に反すると評価することができ、民法90条が無効とする、公序良俗に反する「事項ヲ目的トスル法律行為」に該当することが明白だという事情も指摘しうるかもしれない。これに対して、個別の売買契約は、それがもたらす法律行為自体は、一定の物の所有権移転とその対価支払いであって、それ自体が公序良俗に反する「事項ヲ目的トスル法律行為」であるということとはできないのである。その意味で、個別の売買契約の無効という問題は、いわゆる「動機の不法」と類似した問題構造を持っている。しかし、この観点は、形式的にすぎる嫌いがあり、現代において公序良俗法理に期待される役割を過度に縮減するものである。本文に記したように、より実質的観点を前面に出すべきだと考える。

(11) 公表されたものを一つ挙げると、奈良地判平成11年10月20日判タ1041号182頁がある。同判決は、この問題に関する先例と見られる最判昭和52年6月20日（岐阜商工信用組合事件判決。前出）を引きつつ、一般論として、「談合による入札に基づき発注者と落札者との間で締結された契約が公序良俗に反するか否かについては、談合から入札に至る具体的事情に応じて判断すべきである」と判示する。その上で、具体的事案においては、①一方で、既に締結された契約に基づく法的安定性の保護を考慮する必要性を挙げつつ、②他方で、談合が刑法上の犯罪行為とされていること、地方自治法施行令における自由競争維持促進の諸措置を引いて、結論的には、「少なくとも談合に加担して落札し契約を締結した相手方に対し、右契約に基づく権利行使について法的保護を与えるべきではない」として個別契約の効力を否定した。ただし、この判断は、直接的には、地方自治法における住民監査請求（242条。住民訴訟の前提となる）における期間制限の起算点との関係で述べられていることにも注意する必要がある。なお、この問題に関する住民訴訟全体の概要については、泉水文雄「独占禁止法と損害賠償」民商法雑誌124巻4＝5号（2001年）536頁以下、村上政博『独占禁止法と差止・損害賠償』（商事法務研究会、2001年）125頁以下など参照。

(12) いわゆる取締法規に違反する契約の私法上の効力という論点については、このように履行段階に応じて区別するという考え方がすでに有力に提起されている。川井健「物資統制法規違反契約と民法上の無効」判タ205、206号（1967年）（同『無効の研究』〔一粒社、1979年〕所収）、磯村保「取締法規に違反する私法上の契約の効力」民商法雑誌93巻臨時増刊号Ⅰ『判例における法理論の展開』（有斐閣、1986年）が、その先駆的な文献である。

(13) なお、反対に未履行の売買契約について事業者の側から無効の主張（＝履行拒絶）を認めるべきかは、別に考える必要がある。「不当な取引制限」禁止などに表現される競争秩序は、市民総体の公共的な利益を擁護するとともに、取引当事者と

なった市民の個別的利益をも確保するという二重の性格を有している(この点については、吉田克己『現代市民社会と民法学』[日本評論社、1999年]179～184頁参照)。このいずれを前面に出すかによって、上の問題に対する結論が変わってくるであろう。取引当事者である消費者の利益擁護を重視するならば、取引の一方当事者である消費者が望まない、事業者による無効主張を認める必要はない。このように考える場合には、本文に記した無効は、片面的なものとして構成する必要がある。

<sup>(14)</sup> 注(7)も参照。

<sup>(15)</sup> 次の引用を参照。「取消の遡及効は、民法の明言するところであるが(121条)、取消の本質的効果であるかどうかは疑問であるだけでなく、継続的法律関係についてはむしろ遡及効を制限することを本則とすべきものかとも考えられる。婚姻・縁組の取消に遡及効のないのは、その適例であるが(748条、808条)、貸借・雇用・委任・組合などの継続的契約関係の解除に遡及効のないこと(620条、630条、652条、684条)の趣旨は、ある場合には、取消にも拡張されてよいものではと考えられる」。我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、1965年)387頁。

<sup>(16)</sup> 次の引用を参照。「雇用契約が締結されただけで労務の給付が行われない間は、無効と取消に関する一般理論を適用して少しもさしつかえない。しかし、労務が現実に給付された後には、——主として財貨の一時的な給付について発展した——無効と取消の一般理論を適用して労務の給付が最初から法律上の原因を欠くものとするとは、徒に法律関係を複雑ならしめるだけで、少しも合理的な解決とはならない。継続的な契約関係の特殊性と現実の給付の有する重要性とにかんがみて、取消の遡及効と無効の効果の遡及の主張を禁じ、取消及び無効の主張はともに即時解約と同様の効力を有するに過ぎないと解すべきである」。我妻栄『債権各論中巻2(民法講義Ⅴ3)』(岩波書店、1962年)555～556頁。

<sup>(17)</sup> これは、近時の不当利得論において有力に主張されている方向である。たとえば、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(有斐閣、1986年)414頁以下、特に417～418頁参照。

<sup>(18)</sup> 第1契約書および第2契約書においても、文言の多少の違いはあるが、同趣旨の条項が置かれていた。すなわち、第1契約においては「本契約期間の満了の5ヶ月前までに甲又は乙から文書による申出がない場合には、本契約は同一条件で期間満了の日から1年間更新されるものとし、爾後も同様とする。但し、甲は、第10条第1項所定の事由、その他本契約を継続し難い特段の事由がない限り当該契約の更新を拒否できないものとする」(第8条)旨が、第2契約書においては「乙は甲に対し申し出ることにより本契約を同一条件で期間満了の日から1年間更新することができる。但し、甲、乙は契約の更新に当たって実施許諾の対象となる工業所有権等及び実施料について協議することができる」(第8条)旨が定められていたのである。第2契約書は、更新拒絶の制限を明示していないが、甲(アルゼ)の意思

にかかわらず乙(日電特許)の申出によって契約が更新される趣旨とも取れる。そうであれば、これは、更新拒絶の可能性を最も制限した条項ということになる。<sup>(19)</sup> 座談会「継続的契約とその解消」判タ1058号(2001年)4頁以下参照。「この判決以降は下級審でもやむを得ない事由は必要ないというものが多くなってきて、結論的にも解消を認めるものが増えているような気がします」(中田裕康発言、24頁)。「以前は、『やむを得ない事由』が継続的契約の解消について、要件として必要なのではないかという議論が非常に強かったように思いますが、この最高裁判決以降は、それにこだわる必要はないのではという空気が出てきているように思います。実際、私の部で解約権留保の事案でそういう判示をして結論を出したケースがあります」(加藤新太郎発言、24頁)。

<sup>(20)</sup> なお、やや古い時期に同様の見解を打ち出していた裁判例として、期間の定めのあるフランチャイズ契約について、原則として期間満了とともに終了すると解するものと判示した名古屋地判平成元年10月31日判時1377号90頁がある。

<sup>(21)</sup> この点については、藤田友敬「契約・組織の経済学と法律学」北大法学論集52巻5号(2002年)がきわめて鋭い検討を行っている。とりわけ463頁以下参照。