HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	最高数量制限とOEM製造委託義務の独禁法上の評価 ： 日之出水道機器知財高裁判決
Author(s)	青柳, 由香
Citation	知的財産法政策学研究, 20, 299-353
Issue Date	2008-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43570
Type	departmental bulletin paper
File Information	20_299-353.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

最高数量制限とOEM製造委託義務の独禁法上の評価
― 日之出水道機器知財高裁判決

（知財高裁平成18年７月20日判決、平成18年（ネ）第10015号、判例集未登載。
原審：大阪地判平成18年１月16日、判例時報1947号108頁）

青　柳　由　香

１．事実の概要

(1) 事実の概要

Ｘ（日之出水道機器株式会社、被控訴人、原審原告）はマンホール鉄蓋の製造販売を行う事業者であり、マンホール鉄蓋に係る特許権等（本件特許権等とする）を有している。九州北部の各自治体には、各地域内で用いるマンホール鉄蓋について、Ｘが所有する本件特許権等を実施した日之出型鉄蓋を仕様として指定するところが多く、そのような地域では、事実上、日之出型鉄蓋でなければ各自治体の下水道事業向けの鉄蓋として取引の対象とされないようになっていた。Ｘは日之出型鉄蓋がこのような指定を受けるにあたり、各地方自治体に対して、「貴市が本件人孔鉄蓋の製造販売業者として適当であるとご判断される業者に対しましては、貴市の公共下水道事業に限り、本工業所有権の実施を許諾し、本製品の円滑な供給に貢献させていただく所存でございます。」といった書面をもって、各自治体がマンホール鉄蓋の製造販売業者として認定している事業者に対しては、本件特許権等の実施許諾をする旨を約束していた。

ＸはＹ(六寶産業、控訴人、原審被告）との間でマンホール鉄蓋に係る一連の特許権の通常実施権許諾契約（本件契約）を締結していた。本件契約は、本件特許権等を各自治体向けのマンホール鉄蓋（本件製品）の製造・販売において実施することを許諾するものであり、契約は各自治体ごとに

5契約が締結されている（福岡市、北九州市、直方市、甘木市、福岡県浮羽郡吉井町向け）。

本件各契約の第4条は第1項で期間中の本件製品の製造･販売についての最高数量制限（各自治体ごとに異なる）、第2項でYが許諾数量を超えて本件契約に係るマンホール鉄蓋を販売する場合には、Yは超過数量相当の本製品ついてXにOEM製造委託することを、第5条は第1項で、Yは製造･販売した本件製品の数量を四半期ごとにXに報告すること、第2項で、Yの製造・販売した本件製品の数量が許諾数量に達した場合、YはXに対し、直ちにその旨を報告することを規定していた。第6条は、許諾数量の限度内での製造･販売についてはXはYに対して実施料を請求しないことを規定していた。

また、Yが本件製品を製造するためには、事実上、Xから必須関連部品を購入せねばならなかった。

Yは平成15年度の許諾数量を超えた場合にOEM製造を迅速に行ってもらうために、事前にXの担当者に対して数回にわたって協議を求めたが約半年間協議が進展しなかった。その後、XはYの代金振込み後にOEM製造をするとの方針を示したが、YがXに値下げを求めたため、合意に至らずに年度末に至った。そのためYは許諾数量を超えてマンホール鉄蓋を自ら製造・販売し、またこれをXに報告しなかった。この間、Yは製造・販売した本件製品の数量を定期的にXに報告する義務を怠っていた。

以上のような事実の下で、XはYに対して本件契約による製造委託義務違反を内容とする債務不履行に基づく損害賠償等を請求した。これに対してYは、本件実施許諾において、Xが実施料として自己の割当分を確保した上で、他の認定業者の製造販売数量の割当をし、数量制限超過分および必須関連部品をXから購入することを契約上および事実上義務付け、その購入価格を独占的に高額に設定することにより、他の認定業者は製造仕入原価を大幅に割らない限りXの入札価格を下回ることができない状況を形成し、その結果として取引の競争が実質的に制限されていることから、本件契約第4条の許諾数量の制限に係る条項は独禁法に違反するので、公序良俗に反し無効であると主張した。

(2) 原審判決[1]

「特許権者等が他人に通常実施権を許諾する場合に、被許諾者が製造販売することのできる製品の数量に上限を設けることは、業として特許発明の実施をする権利を専有するという特許権者の権利（特許法68条）やこれと同様の実用新案権者及び意匠権者の権利（実用新案法16条、意匠法23条）の開放を一部にとどめるというものであるから、原則として特許法等による権利の行使と認められる行為として、独占禁止法21条が適用されるべきものではある」。独禁法21条との関係では「同条は、特許権等の行使に名を藉りた濫用的な競争制限行為にまで独占禁止法の適用を除外する趣旨ではないと解されるから、そのような場合には、特許権等の通常実施権許諾契約を締結するに当たり、許諾数量を制限する行為が独占禁止法上違法な行為とされ、さらにそれが公序良俗違反と評価される場合には、そのような条項は無効とされるべき」である。

つづけて、「特許権等の実施許諾を通じて各自治体における人孔鉄蓋市場を支配し得る地位にあり、しかもそのような支配的地位は、単に本件特許権等を実施した自由競争により獲得されたものではなく、他の認定業者に実施許諾することを約束した上で、日之出型鉄蓋を各自治体の仕様とする指定を得たことによって獲得したものであって、そのようにして獲得した支配的地位を背景にして許諾数量の制限を通じて市場における需給調整を行う場合には、特許権等の行使に名を藉りた濫用的な競争制限行為となり得る余地があるものである」。仮にYが主張するように「各製造業者に対する許諾数量を決定する場合に…一年間の推定総需要…を決めて、その25%をXの取り分として除いた上で、残りの75%を当該市町村の認定業者数で均等割した数量を基準として決定しているという場合には、…各自治体領域内の鉄蓋市場における事業者間の市場における需要調整が実質

[1] 原審評釈として、泉克幸「判批」判時1968号(判評682号)(2007年) 211頁、角田政芳「判批」知財管理682号（2007年）165頁。泉教授は、数量制限を「権利の行使」とする原審判決に反対の立場を明示している（後述）。また、日之出水道機器（本件X）が関与する知的財産権と独禁法の判決を総合的に扱う論稿として西村暢史「独占禁止法審決・判例の分析(5)日之出水道機器許諾数量制限事件」判タ1246号(2007年) 87頁。

的に行われているとすれば…独占禁止法上の問題が生じうる可能性があるといえる」。だが、本件ではこの点の十分な証拠がない。さらに、上述のような行為があるとしても、独禁法違反とするには、「各地方自治体領域内の鉄蓋市場において公正競争が阻害される状態が生じているか否かについては、そのような配分がXの一方的な決定によるものか各認定業者との間の合意によるものか、許諾数量はあくまで推定需要に基づくものであるが、それによる需給調整効果が実際の結果としても実現されているのか、許諾数量の限度ではXは実施料を徴収しておらず、超過数量分もOEM製造を受託することとされているが、それにもかかわらず許諾数量制限のためにXや認定業者の間で実際に競争が行われていないといえるか等の、市場状況をめぐる具体的事情が明らかになる必要がある」が、この点も立証が十分でない。

したがって、本件証拠は、本件契約の許諾数量制限が特許権等の権利の濫用に該当し、独禁法に違反するには足りない。

（また、Yは、XはYがOEM製造体制の整備を求めたにもかかわらずこれに応じないという契約条項の違反行為を行ったから、Yは契約の許諾数量制限条項や報告義務条項に制約されず、許諾数量を超過した製造販売には違法性がないと主張した。だが、原審はこれを認めなかった。この点は本稿では省略する。）

(3) 本判決で認定された事実

本判決では、原審での事実に加えて新たに以下が認定されている。本件契約の許諾数量の上限の組数は、Xが各自治体における1年間の鉄蓋の総需要数を推定し、その推定数の75%を当該自治体におけるX以外の認定業者数で均等割した数量を基準として、XとYが合意して定めた[2]。Xは従前から、他の認定業者との間でも、上記と同様の方法により算出された数量を基準として許諾数量の上限に設定し本件契約とほぼ同様の内容の契約を締結していた。

[2] Yは原審で同様の内容の事実に依拠して主張を行ったが、立証が不十分として退けられた。

2. 判旨[3]

(1) 独禁法21条の意義

独占禁止法21条の「趣旨は、特許権は、業としての特許発明の実施の独占権であり(特許法68条)、実用新案権、意匠権等もこれと同様の実施の独占権であること（実用新案法16条、意匠法23条等）から、特許権等の権利行使と認められる場合には、独占禁止法を適用しないことを確認的に規定したものであって、発明、考案、意匠の創作を奨励し、産業の発達に寄与することを目的（特許法1条、実用新案法1条、意匠法1条）とする特許制度等の趣旨を逸脱し、又は上記目的に反するような不当な権利行使については、独占禁止法の適用が除外されるものではないと解される」。

(2) 各契約条項の独禁法上の評価

①数量制限条項の評価

Xは「上下水道用の人孔鉄蓋について日之出型鉄蓋を仕様として指定している各自治体においては、本件特許権等の実施許諾を通じてその市場を支配し得る地位にあることからすると、Xがその支配的地位を背景に許諾数量の制限を通じて市場における実質的な需給調整を行うなどしている場合には、その具体的事情によっては、特許権等の不当な権利行使として、許諾数量制限について独占禁止法上の問題が生じうる可能性がある」。

「しかし、本件においては、通常実施権許諾契約において、本件特許権等を無償で実施できる許諾数量の上限が各自治体における推定総需要数（これが実際より著しく低く見積もられているなど、推定総需要数の設定自体が不合理であることを窺わせる証拠はない。）の75%を基準として決定され、その上限を超過する分についてはXに製造委託することが義務づけられていることによって、各自治体における鉄釜[ママ]市場において、その結果としての受給[ママ]調整効果が実際に実現されているとか、業者間の公正な競争が実際に阻害されているといった事情を認めるに足りる的確な証拠はなく、本件各契約における許諾数量の制限が、本件特許権等の不当な権

[3] 評釈として、白石忠志「事例研究　独禁法事例の勘所第23回」法学教室329号(2008年)104頁。

利行使に当たり、独占禁止法に違反すると認めるには足りない」。

②実施料の確保にかかる条項の評価

Xが「認定業者に対し、本件特許権について、これを無償実施できる上限の製造販売量を定め、この許諾数量を超える分についてはXに製造を委託することを義務づけることとして通常実施権を許諾するという方式をとること自体は、なんら不合理なものとはいえず、また、本件特許権等を無償で実施できる許諾数量の上限を各自治体における総需要数を推定し、その一定割合をX以外の認定業者数で均等割りした数量を基準として定めることも、それ自体特段不合理なものとはいえない」。

Xが「本件特許権等について、無償実施できる上限の製造販売量を定め、これを超える分についてXへの製造委託を義務づけることとしたのは、委託製造による利益相当額を取得することにより、本件特許権等の実施料相当分を確保しようとしたものであって、それ自体は特許権等の権利の行使として不当なものということはできず、また、Xにおいて鉄蓋の価格調整を行っていることを裏付ける的確な証拠は存在しない」。

(3) 特許権等による価格面での優位性の独禁法上の評価

「特許権等を有する者がこれを有しない業者と比べて価格面においてある程度有利な立場に立つことはあり得るとしても、そのことをもって不公正な取引であるとすることができない」。「平成15年度におけるYとX間のOEM製造価格の協議に際し、Xから提示された見積書による価格はOEM製造による価格設定として不当に高額であったとはいえないし、また、必須関連部品の価格が不当に高額であると認めるに足りる証拠もないのであって、Xが許諾数量超過分の鉄蓋等の価格を高額に設定することによって需給調整行為を行っていたと認めることはできない」。

3. 検討

判決に一部疑問。

(1) 問題の所在と本判決の意義

知的財産権のライセンスは、一般に、当該知的財産権の関連する市場における競争者の数を増やす等、競争促進的な効果を有すると考えられている[4]。知的財産権のライセンス契約では、しばしば、当該知的財産権の利用に関連する様々な制限条項が付されることがある。たとえば、用途、期間、地域、数量等の制限である。こういった制限により、ライセンシーが自己と競争する状態になることを回避できることから、知的財産権者のライセンスへのインセンティブが増大する。したがってこれらの制限を容認することでライセンスが促進されると考えられている[5]。

他方、そういった制限条項はライセンシーの自由な事業活動を制限するという側面を有しており、その内容・個別の状況によっては上述のライセンスによる競争促進効果よりも、競争を制限する効果が高くなる場合もある。そのような場合には当該行為に独禁法が適用されるか、という問題が生じる。

独禁法は21条において、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と規定し、「権利の行使と認められる行為」は独禁法から適用除外するとしている。この21条による適用除外の射程の外縁がもつ意義は重大――つまり、独禁法の適用の是非にかかわる問題――であるにもかかわらず、いかなる場合に知的財産権の「権利の行使と認められる行為」であって独禁法の適用除外を受けるかは、これまでの審判決によってつまびらかにされたとはいえず、多くの不明な点が残されている。また、学説においても相違する様々な説が展開されている。

このような状況を背景とする本判決の意義は主として以下の3点である。第1に、知的財産権の単独の行使であっても、競争に与える影響の程度によっては、独禁法21条にいう「権利の行使と認められる行為」に該当せず、独禁法の適用をうける場合があるとの裁判所の立場を明示した点で

[4] 知的財産権のライセンスがもたらす競争促進効果について、たとえば稗貫俊文「技術革新・技術取引と独占禁止法：総論」日本経済法学会年報20号(1999年)15頁。特許プールがもたらす競争促進効果と競争制限効果の分類について、宮井雅明「独禁法による特許プールの規律」根岸哲=川濵昇=泉水文雄編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』(有斐閣、2007年) 275頁。

[5] 稗貫・前掲注(4)15頁。

ある[6]。第２に特許権等のライセンス契約に付された最高数量制限条項について独禁法上の評価を明らかにした点である。本判決は、ライセンス契約に付された最高数量制限は「権利の行使」にあたり、原則として独占禁止法の適用を受けないものであるが、しかしこれが需給調整を生ずるような場合には不当な「権利の行使」であって独禁法の適用を免れないとした。そして、第３に、特許権等の知的財産権の実施料を得ることが「権利の行使」であることを確認した点である。この点については既にパチスロ・パテント・プール事件で示されていたところ、さらに、本判決は、ライセンス契約において最高数量制限を課し、許諾数量を超過する部分についてライセンサーへのOEM製造委託を義務付け、OEM生産による利益から特許権等の実施料相当分を確保するという「方式」をとっても権利の行使として不当なものではないとした。

このように、最高数量制限および実施料の確保の2点に限られるのではあるが、21条の下でのライセンス契約に付された制限条項の評価を明らかにした点に本判決の意義がある。

知的財産権が関連する行為の独禁法上の評価では、いかなる行為が権利の行使として21条により独禁法からの適用除外を認められるか、またその具体的な判断基準は何かということが最大の問題点である。そこで、本稿では知的財産権が関連する行為の独禁法上の評価が問題とされた審判決を振り返りつつ、これまでに示された判断枠組みを明らかにし、その上で本件の位置付けを行いたい。

また、上記の論点の他に、本件は、知的財産権を有する事業者が、ある製品についての上流市場と下流市場との価格差を圧縮し、競争事業者の競争能力を低下させるという、プライス・スクイージング（価格圧搾）行為[7]に関連する判示をしている点でも注目される。

本件では、特許権等の技術取引市場が上流市場、マンホール鉄蓋が下流市場と捉えられる。Ｘは上流市場でのライセンスの価格設定を通じて、下流市場における競争相手であるＹのマンホール鉄蓋の価格に影響を及ぼ

[6] 同旨につき、白石・前掲注(3)109頁。

[7] 同行為の説明につき、武田邦宣「競争法によるプライススクイーズの規制」根岸=川濵=泉水・前掲注(4)54頁。

すことができる立場にある[8]。このような市場状況を背景に、Ｙは、ＸのOEM製造委託分の価格が不当に高額であるとして、プライス・スクイージングについての主張をしている。これに対して、本判決は「特許権等を有する者がこれを有しない業者と比べて価格面においてある程度有利な立場に立つことはあり得るとしても、そのことをもって不公正な取引であるとすることができない」（圏点は筆者）としつつも、明示的ではないが、「不当に高額」な価格設定により需給調整効果が認められる場合には、「競争が実質的に制限」されているといえることを示唆しているようである。逆に言えば、NTT東日本事件（審判審決平成19年１月５日、平成16年（判）第２号）[9]で問題とされたような程度には至らない水準であれば、競争関係にもあるライセンシーとの競争において知的財産権者が価格面で優位に立つことが許容されるという趣旨であろう[10]。知的財産権のライセンスを受けている以上、実施料分をコストとして負うライセンシーが不利に立つことは十分に理解のできるところであるが、その程度によっては問題が生

[8] また、ＹがＸから関連必須部品を購入せねばならなかった点においても、上流市場・下流市場の関係が成立するといえる。

[9] 評釈として、平林英勝「独占禁止法審判決研究(5)NTT東日本によるFTTHサービスの私的独占事件審決の検討―固有の独禁法を適用するか事業法を考慮するか」判タ1246号（2007年）78頁、白石忠志「事例研究　独禁法事例の勘所第22回」法学教室328号（2008年）89頁、武田邦宣「判批」TKCローライブラリー・速報判例解説・経済法No.1（文献番号 z18817009-00-120010105）、柴田潤子「判批」公正取引681号（2007年）77頁、村上政博「判批」公正取引686号（2007年）50頁。また福家秀紀「マージン・スクイーズ規制の意義と課題―光アクセス・サービスへの適用をめぐって」公益事業研究58巻４号（2006年）１頁も参照。

[10] NTT東日本事件では、被審人が有する光ファイバー設備は電気通信事業法にいう「第一種指定電気通信設備」であり、他の電気通信事業者の電気通信設備との接続義務が課されていた。同施設を用いたサービスのユーザー料金と、上記接続にかかる接続料との関係について電気通信事業法は何ら規制しない。だが、総務省は公正競争の観点からユーザー料金が接続料を上回るように行政指導をしていた（インピュテーション・ルール）。NTT東日本はこの指導に適合するユーザー料金と接続料を届け出ていたが、実際はあるサービスにおいて届出とは異なる、より高水準の設備を用いていたため、当該設備を用いた場合の利用料金が接続料を下回った（マイナス・マージン）。

じることを指摘したと理解できる。

（なお、裁判所は本件契約４条が独禁法に違反するかという争点の他に、Ｘが許諾数量を超過する分をOEM製造委託せずに自ら製造販売したことの違法性がないとの主張を認めないとの判断、そして、ＸがＹに支払うべき損賠賠償の額についての判断をした。独禁法に直接関係しないので、本稿はこれらに触れないことにする。）

(2) 独禁法21条の意義

独禁法21条は、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」と規定し、「権利の行使と認められる行為」について独禁法から適用除外するとしている。いかなる行為が「権利の行使と認められる行為」に当たるか明らかでない点も多いが、審判例、公取委のガイドライン、および通説によると、その判断の枠組みはおおよそ形式的な権利行使の該当性と、その実質的な正当性の判断の２段階でなされると考えられている。

①判決

21条の解釈を示した判例としてパチスロ・パテント・プール事件（東京高判平成15年６月４日、判例集等未登載、最高裁HP）[11]と本件原審判決がある。

パチスロ・パテント・プール事件は、問題とされる行為が「特許権等の行使」に該当する場合には、「独禁法21条により、原則として独禁法の適用を受けない」が、「特許法等の技術保護制度の趣旨を逸脱し，又は同制度の目的に反すると認められる場合には、特許法等による権利の行使と認められる行為に該当せず、独禁法違反の問題が生ずることがある」とする。同事件は原則として知的財産権の権利行使に該当する行為は、独禁法21条の適用を受けて、独禁法から適用除外されるが、当該行使が知的財産権法の「趣旨を逸脱」したり「目的に反する」場合には、権利の行使とは認められず独禁法の適用をうけるとの理解を示したものと解されている。

他方、本件原審判決は「特許権者等が他人に通常実施権を許諾する場合に、被許諾者が製造販売することのできる製品の数量に上限を設けること

[11] 事案の概要につき後掲注(47)、評釈等につき後掲注(48)。

は、業として特許発明の実施をする権利を専有するという特許権者の権利（特許法68条）やこれと同様の実用新案権者及び意匠権者の権利（実用新案法16条、意匠法23条）の開放を一部にとどめるというものであるから、原則として特許法等による権利の行使と認められる行為として、独占禁止法21条が適用されるべきものではある」としつつ、「しかし、同条は、特許権等の行使に名を藉りた濫用的な競争制限行為にまで独占禁止法の適用を除外する趣旨ではないと解されるから、そのような場合には、特許権等の通常実施権許諾契約を締結するに当たり、許諾数量を制限する行為が独占禁止法上違法な行為とされ、さらにそれが公序良俗違反と評価される場合には、そのような条項は無効とされるべき」であるとする。本件原審判決は、知的財産権の権利行使と認められる行為は独禁法21条の適用除外をうけ、一定の場合には独禁法の適用を受けるとの理解においてパチスロ・パテント・プール事件と同様である。

他方、いかなる行為が権利の行使と認められるかについては、パチスロ・パテント・プール事件が何ら基準を示さなかったのに対して、本件原審判決は本件で問題とされた行為は「業として特許発明の実施をする権利を専有するという特許権者の権利（特許法68条）やこれと同様の実用新案権者及び意匠権者の権利（実用新案法16条、意匠法23条）の開放を一部にとどめる」ことを理由として挙げて権利の行使と認められるとしている。

また、権利の行使と認められない行為について、本件原審判決は、パチスロ・パテント・プール事件にみられた知的財産権法の趣旨・目的からの逸脱には言及せず、21条の趣旨として、「特許権等の行使に名を藉りた濫用的な競争制限行為」は独禁法の適用を受ける（すなわち21条による適用除外を受けない）とする。

したがって、両判決は、知的財産権の権利の行使と認められる行為には21条が適用されるので独禁法の適用除外を受け、しかし、知的財産権の行使であっても一定の場合には独禁法の適用を受けるとの共通の立場をとる。

②公取委の実務（審決・ガイドライン）

次に公取委の審決の立場を検討する。上記２つの判決に先立つソニー・コンピュータエンタテインメント事件（SCE事件、審判審決平成13年８月

1日、審決集48巻3頁、判時1760号39頁)[12]は21条の「規定は、著作権法等による権利の行使とみられるような行為であっても、競争秩序に与える影響を勘案した上で、知的財産権保護制度の趣旨を逸脱し、または同制度の目的に反すると認められる場合には、当該行為が同条にいう『権利の行使と認められる行為』と評価されず、独占禁止法が適用されることを確認する趣旨で設けられたものであると解される」とする。同事件は、おそらくは「権利の行使と認められる行為」は21条の適用により独禁法からの適用除外を受けることを前提としつつ、一定の場合には権利行使とは認められず独禁法の適用を受けるとする。「権利の行使」と認められず独禁法を受ける場合として、パチスロ・パテント・プール事件にみられた知的財産権法の趣旨・目的からの逸脱を挙げている。よって、SCE事件はパチスロ・パテント・プール事件と軌を一にするものだといえる。ただし、SCE事件には「競争秩序に与える影響を勘案した上で」との文言があることから、「権利の行使と認められる行為」の該当性の判断において行為の競争上の効果も考慮に入れる立場と考えられ、その点においては本件原審判決と共通する要素を持つといえる。

また、公取委が1999年7月30日に示した「特許・ノウハウ契約に関する独占禁止法上の指針[13]」(以下、「特許・ノウハウガイドライン」)も、その

[12] 評釈として、白石忠志「事例研究　独禁法事例の勘所第14回」法学教室320号(2007年)141頁、伊藤隆史「判批」法学66巻5号(2002年)631頁、波光巌「判批」関東学園大学法学紀要12巻1号(2002年)135頁、内田耕作「判批」判時1782号(2002年)172頁、村上政博「判批」NBL735号(2002年)70頁、同737号(同年)42頁、正田彬「判批」ジュリ1215号(2002年)175頁。担当官解説として、諏訪園貞明「事件解説 株式会社ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する審判審決について」公正取引612号(2001年)64頁。

[13] 「特許・ノウハウガイドライン」を全面改訂する目的で、平成19年9月28日に「知的財産の利用に関する独占禁止法の指針」(以下、「知財ガイドライン」)が公表されている。「知財ガイドライン」の検討につき、稗貫俊文「競争影響分析の横断的記述とセーフハーバー――『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の検討」公正取引684号(2007年)11頁、白石忠志=内藤篤=萩原恒昭=相澤英孝「知的財産に関する独占禁止法の諸問題――『知的財産の利用に関する独占禁止法の指針』策定作業を踏まえて」Law&Technology 37号(2007年)4頁。担当官解説として、高橋省三「『知

立場を理解する参考になる。同ガイドラインは、21条は、「①特許法等による『権利の行使と認められる行為』には独占禁止法の規定が適用されず、独占禁止法違反行為を構成することはないこと、②他方、特許法等による『権利の行使』とみられるような行為であっても、それが発明を奨励すること等を目的とする技術保護制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には、当該行為は『権利の行使と認められる行為』とは評価されず、独占禁止法が適用されることを確認する趣旨で設けられたものであると考えられる[14]」との理解を明らかにしている。「権利の行使と認められる行為」であれば独禁法の適用除外を受け、「権利の行使とみられる行為」であるとしても一定の場合には独禁法が適用される場合があるとする点において、パチスロ・パテント・プール事件、本件原審判決、SCE事件と同じ立場である。

また、「特許・ノウハウガイドライン」は、「権利の行使とみられる行為」ではあるが「権利の行使と認められる行為」とは評価されない場合として、①「例えば、外形上又は形式的には特許法等による権利の行使とみられるような行為であっても、当該行為が不当な取引制限や私的独占の一環をなす行為として又はこれらの手段として利用されるなど権利の行使に藉口していると認められるときなど、当該行為が発明を奨励すること等を目的とする技術保護制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合」や、②「行為の目的、態様や問題となっている行為の市場における競争秩序に与える影響の大きさも勘案した上で、個別具体的に判断した結果、技術保護制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合」をあげている[15]。

的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の概要」公正取引684号(2007年)4頁、同「『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』について」NBL868号(2007年)4頁。

本稿では原則として、本件判決が下された時点で有効であった「特許・ノウハウガイドライン」を用いて、公取委の立場を得る。ただし必要に応じて、「知財ガイドライン」を参照する。

[14] 第2-2。

[15] 第2-2。

したがって、「特許・ノウハウガイドライン」は、いかなる場合に「権利の行使」として認められないかの判断基準として、技術保護制度の趣旨・目的からの逸脱を主として挙げつつ、その際には行為が競争秩序に与える影響も勘案するとしているといえる[16]。この理解と、このガイドラインが示された後の審決であるSCE事件はほぼ同様の判断枠組みを示していることから、これが公取委の立場であると解される（これと裁判所の立場との相違は上述のSCE事件の検討の通り）。

③学説

21条の意義についての学説は百家争鳴の様相を呈している[17]。21条の意義についての学説の分類方法として、創設的適用除外説[18]と確認的適用除外説とに分けることができる[19]。また、学説は独禁法上問題とされる行為を知的財産権法に照らして評価するか否かでも大別できる。ここでは後者の分類にしたがって、学説を確認する。

まず、独禁法上問題とされる行為を知的財産権法に照らして評価する学説は、知的財産権に係る行為が知的財産権の行使に該当するか否かを、独禁法21条による適用除外を受けるか否かの判断の基準に取り入れる。この

[16] 「知財ガイドライン」は、21条による適用除外の理解について、「技術的に権利を有する者が、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利の行使とは評価できない場合は、同じく独占禁止法の規定が適用される。すなわち、これらの権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、上記第21条に規定される『権利の行使と認められる行為』とは評価できず、独占禁止法が適用される」（第2-1）とする。前身である「特許・ノウハウガイドライン」の文言を整理しつつ、同様の立場をとるものと理解される。

[17] 学説の整理について、茶園成樹「知的財産権と独禁法(1)」日本経済法学会編『経済法講座第2巻独禁法の理論と展開[1]』（三省堂、2002年）170頁以降。

[18] たとえば石井良三『独占禁止法』（海口書店、1947年）271頁。

[19] 茶園・前掲注(17)171頁。いずれの立場をとるかにより、21条による適用除外を受ける範囲が異なる。創設的適用除外説をとると、列挙された知的財産法に基づく権利に限られ、確認的適用除外説をとると、その他の知的財産法による「権利の行使」も21条の適用を受けることになる。

立場には過去には「権利範囲論」があったが、現在は「再構成された権利範囲論」が主である[20]。その中で有力な説である「趣旨逸脱説」はまず、①知的財産権の行使とみられる行為かどうかを知的財産権法に照らして形式的に判断する。ここで「権利の行使」とみられる行為とは、「知的財産権法により排他的独占権が与えられている実施・利用(使用)の範囲を全部または一部について制限する行為」、あるいは言い換えて「知的財産権侵害を排除するために必要な範囲の行為」であるとされる。そして、これに形式的に該当するとしても、②「知的財産保護制度の趣旨・目的に照らして『権利の行使と認められる行為』か否か」の評価をうける。これに該当するとされれば21条の適用除外により独禁法の適用はない。だが、「知的財産保護制度の趣旨を逸脱しまたはその目的に反し」ている場合には、「権利の行使と認められる行為」とは評価されず、21条の適用除外は認められず独禁法の適用の対象となる[21]。

他方で、独禁法上問題とされる行為を知的財産権法に照らして評価しない学説（全面適用説）もある。この立場では、知的財産権に係わる行為に対する独占禁止法の適用において、21条は独禁法の適用を左右するものではなく、知的財産権に係る行為のすべてについて違法性判断を行う。学説により違法性の判断基準についての差異があるが、当該行為の行為要件および市場効果要件を検討し、市場効果要件では競争制限効果と促進効果を比較衡量するとの判断枠組みを提示するものが多い[22]。

④本件の検討

本判決は、独占禁止法21条の「趣旨は、特許権は、業としての特許発明の実施の独占権であり(特許法68条)、実用新案権、意匠権等もこれと同様の実施の独占権であること（実用新案法16条、意匠法23条等）から、特許権等の権利行使と認められる場合には、独占禁止法を適用しないことを確認的に規定したものであって、発明、考案、意匠の創作を奨励し、産業の

[20] 茶園・前掲注(17)174頁。

[21] 根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説[第3版]』（有斐閣、2006年）399頁。

[22] 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）、田村善之「特許権の行使と独占禁止法」同『市場・自由・知的財産』（有斐閣、2003年）146頁、村上政博・淺見節子『特許・ライセンスの日米比較[第4版]』（弘文堂、2004年）131頁。

発達に寄与することを目的（特許法１条、実用新案法１条、意匠法１条）とする特許制度等の趣旨を逸脱し、又は上記目的に反するような不当な権利行使については、独占禁止法の適用が除外されるものではない」とする。

知的財産権の行使と認められる行為については21条により独禁法の適用除外を受け、一定の場合には独禁法の適用を受けないとする点で、本件はパチスロ・パテント・プール事件、本件原審判決、SCE事件と同様である。さらにどのような場合に独禁法の適用除外を受けないかについて、趣旨・目的を逸脱することを基準とする、としているのでパチスロ・パテント・プール事件と同じ立場をとっているようにみえる。

しかしながら本件で示された21条の解釈に関連して次の点に注意が必要である。すなわち本件が、上述の一般論を離れて、21条により適用除外を受けるか否かの具体の判断においては、当該行為の競争制限効果を明確に考慮していることである（SCE事件と共通する。競争制限効果の判断につき後述）。

(3) 知財関連の事例と本件の位置付け

判例・審決、公取委ガイドライン、通説の判断枠組みは、若干のずれがみられるが、原則として、知的財産権の行使が「権利の行使と認められる行為」に該当する場合には21条により独禁法の適用除外を受け、当該権利の行使が、「不当な権利行使」や濫用的な権利行使であったり、趣旨・目的を逸脱したりする場合には、「権利の行使と認められる行為」には該当せず独禁法の適用を受けない、という理解では共通する。

しかし上述のような判断枠組みをとるとしても、そもそもいかなる場合に「権利の行使と認められる行為」に該当して独禁法からの適用除外を受けるかという問題がある。この点には明らかでない部分が多く残されているが、審判決、公取委ガイドラインおよび通説は、「権利の行使と認められる行為」該当性の判断について、権利行使の態様および知的財産権の重要性が影響を与えると考えているようである。

権利行使の態様は、①行為者の数、②行為の態様で整理できる。①行為者の数による整理とは、問題とされる知的財産権に関連する行為が、単独でなされるか（単独行為）、複数でなされるか（共同行為）によるものである。単独か共同かによって、権利行使の21条の下での評価は異なると考

えられており、単独行為であれば適用除外を認められやすく、共同行為であれば直ちに権利の行使にあたらないと解されているようである[23]。

ここでいう②行為の態様とは、どのような形で知的財産権に関連する行為がとられているかによる分類である。たとえば、ライセンス拒絶、ライセンス契約の各種の制限条項（期間、地域、販売先、使用目的、数量、価格等）、いまだ付与されていない知的財産権に基づく主張、標準化等、多様な行為類型がありうる。

加えて、権利の行使が「不当」、「濫用」あるいは「趣旨・目的の逸脱」にあたるかどうかの判断では③知的財産権の重要性が影響を与えると考えられているようである。

いかなる場合に「権利の行使と認められる行為」に該当するかは、これまでの審判決からはつまびらかになっていないのであるが、知的財産権に関連する独禁法の事例についてある程度の審判決の蓄積はみられる。そこで、以下では本判決の位置付けを行うために、審判決の整理を行うことにする。

知的財産権に関連する独禁法の適用が実質的に問題となった裁判例は少ない。本件原告である日之出水道機器に関連する事件の他には、パチスロ・パテント・プール事件（前出）があるのみである。日之出水道に関連する独禁法違反が問題とされた裁判例には、①本件原審判決、および本件の後に示された②日之出水道機器およびライセンス＆プロパティコント

[23] たとえばコンクリートパイル事件について、仮に「各社が単独で出荷比率を制限し、技術供与の条件を決定するのであれば、原則として、特許法・実用新案法による『権利の行使と認められる行為』」であるが、同事件の行為は「市場占有率の大部分を占める６社が、共同して出荷比率の制限や技術の供与条件の決定をするのみならず、需要者ごとに受注予定者を共同で定めるいわゆるチャンピオン制を採用し、実質的に判断して技術保護制度の趣旨を逸脱しており、特許法・実用新案法による『権利の行使と認められる行為』と認められない」との理解がなされている。根岸=舟田・前掲注(21)403頁。チャンピオン制の存在は決定打ではあるが、単独で行為がなされた場合には「権利の行使と認められる行為」になるとの叙述から、共同でなされる決定であれば「権利の行使と認められる行為」にあたらないとの理解を示すものと解される。

ロール対北勢工業事件[24]（大阪地判平成18年12月７日、判例集等未登載、最高裁HP）③ライセンス＆プロパティコントロール対北勢工業事件（大阪地判平成20年１月22日、判例集等未登載、最高裁HP）がある。公取委による審決も多くはない。

限られた先例での裁判所の解釈と公取委による実務における本件の位置付けを明らかにするため、以下では公取委の審決も併せて、知的財産権が関連する事例を行為の態様ごとに確認し、どのような行為が独禁法上問題とされてきたか先例の状況を概観する[25]。特に、知的財産権の重要性、行為者の数、行為類型、に着目して整理をする。

①必須の知的財産権が関連する事例

（ｉ）共同行為

必須の知的財産権が関連する独禁法の事例で、共同行為が問題とされた事案はいずれも独禁法違反が認定されている。

共同の取引拒絶が問題とされた事例として、パチンコ・パテント・プール事件（勧告審決平成９年８月６日、審決集44巻238頁）と東芝イーエムアイ事件（東芝EMI事件、着うた事件、勧告審決平成17年４月26日、審決集52巻348頁）がある。

パチンコ・パテントプール事件[26] [27]は被審人10社が保有するパチンコの

[24] ライセンス＆プロパティコントロール社は日之出水道が有する知的財産権の信託運用管理のために設立された事業者である。

[25] 独禁法違反の主張がなされた知的財産権訴訟のうち重要なものを概観するものとして、佐藤達文「知的財産権訴訟における独占禁止法」公正取引684号(2007年)22頁。

[26] パチンコ・パテント・プール事件では、パチンコを製造・販売する10社（被審人10社）およびプールの管理・運用を行う日本遊技機特許運営連盟（日特連）の行為が問題となった。被審人10社はパチンコ機の約9割を製造する事業者であり、パチンコ機の製造上重要な特許権および実用新案権を保有し、パチンコ製造業者からなる日本遊技機工業組合（日工組）の組合員に通常実施許諾を行い、その実施許諾に関する管理運営業務は日特連に委託している。

日特連はパチンコ機などに関する工業所有権の取得、売買、実施権の設定および許諾に関する事業を行う目的で遊技機製造業者らにより設立され、その意思決定には被審人10社が関わっていた。日特連は上記管理業務を行う以外、自らパチンコ機

製造にかかる必須の特許権のライセンスを保有・管理するパテント・プール（日本遊技機特許運営連盟）が、特定の組合(日本遊技機工業組合)の組合員に対してのみ当該特許権のライセンスを行う一方で、パチンコ機の製造・販売市場に新たに参入をしようとしてライセンスの申し込みをした事業者等に対してはライセンスを拒絶することを決定・実施し、新規参入を

の製造にかかる特許権等を取得し、日工組組合員にその実施許諾をしていた。日特連が保有または管理する特許権等は、パチンコ機の製造上重要な権利で、これらの実施許諾を受けることなく、風俗営業などの規制及び業務の適正化等に関する法律の下の認定・検定に適合するパチンコ機を製造することは困難であった。

日特連と被審人10社はパチンコ遊戯機の製造分野への参入を排除する旨の方針を共同で確認し、また実施許諾契約に乱売禁止条項を盛り込んだり販売価格の監視を行うなどして価格競争の回避を図っていた。このような自由競争が阻害されたパチンコ機製造販売分野の状況が背景にあった。

公取委が問題とした行為は、①日特連と被審人10社とが既存のパチンコ機製造業者である日本遊技機工業組合の組合員以外に対しては当該特許権等の実施許諾を行わないとの決定をしたこと、②既存のパチンコ機製造業者である組合員の発行済株式の過半数を取得することを通じてパチンコ機の製造分野に参入を図ろうとした事業者に対して実施許諾契約の更新を拒絶し続けること、③新規参入を希望する事業者らに、既存のパチンコ機製造業者以外の者が当該特許権等の実施許諾を受けることは困難であるとの認識をもたせてパチンコ機の製造を断念させたこと、を通じて新規参入者の排除を図ったことである。以上の行為によりパチンコの製造分野における競争が実質的に制限されており、同行為は独禁法２条５項の私的独占に該当し同法３条前段に違反するとされた。

公取委が命じた排除措置命令は主に以下の通りである。①被審人らが共同して確認しているパチンコ遊技機の製造分野への参入を排除する方針の排除、②既存の通常実施権の許諾におけるこの方針に基づく措置の撤回、③ライセンシーの営業状態の変更等に関する届出とそれに対する承認がない場合の契約無効化の条項の削除、④将来に向けて「結合または通謀」をして通常実施権を許諾しないことによりパチンコ遊技機の製造分野への参入排除行為の禁止である。

[27] 評釈として、稗貫俊文「平成9年度重判解」(1998年)248頁、村上政博「判批」公正取引569号(1998年)37頁、570号(1998年)54頁、渋谷達紀「判批」公正取引566号(1997年)20頁、江口公典「判批」独禁法百選[第６版](2002年)22頁。担当官解説として、荒井登志夫「ぱちんこ機製造業者の私的独占事件」公正取引564号(1997年)63頁。

希望する事業者をして製造を断念させた行為が、日本におけるパチンコ機の製造分野における競争を実質的に制限するものとして排除型の私的独占に該当するとされた。

東芝EMI事件[28] [29]は、着うた提供事業において必要な原盤権[30]のライセンス拒絶が問題となった事案である[31]。着うたのユーザーは若年層が多く、

[28] 東芝イーエムアイ株式会社（以下、東芝EMI）はレコード制作会社である。同社と他の4事業者とは、かねてより自社らが制作しCDとして発売した楽曲を利用して着メロが提供されているにもかかわらず、自らは何ら収入を得られないことに不満を抱いていた。これは、着メロが社団法人日本音楽著作権協会等を通じるなどして著作権者に著作物使用料を支払って許諾を得れば提供できるサービスだったからである。また、東芝EMIと4社は、着メロは著作物使用料を支払えば参入が容易な市場であるため、サービスを提供する事業者が多くなり、価格競争が激しくなるとの認識を有していた。

4社のうち3社は、携帯電話向けの音楽配信が開始されるとの予測の下、レコード制作会社が有する音楽情報等を提供する共通の携帯電話向けウェブサイトを共同で構築・運営し、レコード制作会社が優位性を発揮できるサービスを提供することを目的として、平成13年7月3日にレーベルモバイル株式会社を設立した。平成8年11月に東芝EMIを含む2社が、平成15年4月1日に1社がそれぞれ出資をし、それ以降、東芝EMIと4社が運営に関与している。

着うた市場におけるレーベルモバイルの地位は、国内の売上高の約半分、総ダウンロード回数の約4割である。また、着うたのユーザーは若年層が多く、着うた提供事業においては国内でCDとして発売され、人気のある楽曲の多くを提供することが重要であるところ、東芝EMIと4社はそのような楽曲の原盤権の多くを保有している。

平成14年5月頃、レーベルモバイルの運営会議において、東芝EMIと4社のうち1社が、着うたサービスの提供に関する提案を行った。その後、平成14年8月頃から10月頃までに、同会議等で以下の「決定」がなされた。①「原盤権を保有しているレコード制作会社の優位性を保つことができ、レコード制作会社にしかできないサービスとすることにより、価格競争が激しくならないサービス」（圏点は筆者）と位置付ける。②着うたの提供のためのレーベルモバイルの携帯電話向けウェブサイトを共同で構築・運営し、同社に着うたの提供業務を委託することにより、当該ウェブサイトを通じて着うたを提供する。③他の着うた提供業者には5社らが原盤権を保有等している楽曲の原盤権の利用許諾をしないこと。

東芝EMIと4社は①～③の認識の下、他の着うた提供業者から原盤権の利用許諾の申し入れがなされた場合には、(a)拒絶をし、または(b)当該他の着うた提供業者が一定の条件（CDの販売等に関する取引関係にある等）を満たす場合には、レーベルモバイルのウェブサイトへリンクすることを提案し、原盤権の利用許諾を拒絶した。これにより他の着うた提供業者は東芝EMIと4社が原盤権を有している楽曲のほとんどすべてについて利用許諾を得られなかった。

公取委は平成17年3月24日に、東芝EMIと4社の行為は「正当な理由がないのに、共同して、他の着うた提供業者に対し原盤権の利用許諾を拒絶」するものとして、一般指定1項1号（共同の取引拒絶）に該当し、独禁法19条に違反するとの勧告を行った。東芝EMIがこれを応諾したので、東芝EMIに対して、他の4社と共同して、着うたサービス業務をレーベルモバイルに委託する事業者以外で着うたサービスを提供するまたはしようとする事業者に対して、原盤権の利用許諾を行わないようにしている行為を取りやめるように命じる審決がなされた。

[29] 筆者が知る限り、本稿執筆の時点で評釈はいまだみられない。その理由は、東芝EMIと共に勧告を受けた4社（株式会社ソニー・ミュージックエンタテイメント、エイベックスネットワーク株式会社、ユニバーサルミュージック株式会社、およびビクターエンターテイメント株式会社）がこれを争ったため、これらの事業者についての審判が係属中であることだろう。参考になる論稿として、五十嵐敦「『着うた』ビジネスにみる著作権と独占禁止法の交錯」ビジネス法務5巻2号(2005年)88頁。

[30] レコード製作者について認められている著作隣接権は実務上「原盤権」と称されることがあるが、著作権法の文言ではないことに注意。田村善之『著作権法概説[第2版]』（有斐閣、2001年）530頁、安藤和宏『よくわかる音楽著作権ビジネス　基礎編　3rd Edition』（リットーミュージック、2005年）58頁。

[31] 以下、東芝EMI事件を簡単に検討する。

まず、①関連する知的財産権の重要性を検討する。事案の背景として、(a)着メロと着うたにおいて関連する著作権法上の権利の違い、(b)関連する権利の違いから生ずる各サービス市場の性質の違いを理解する必要がある。そしてこの事件に特有の事情として(c)同事件で問題となる知的財産権が新規参入等において必要な程度、を検討する。

(a)各サービスにおいて関連する著作権法上の権利の違いについて確認する。MIDI音源を利用する着メロを提供するために許諾を受けることが必要な著作権は、社団法人日本音楽著作権協会等を通じて許諾を受けられる範囲で足りていた。他方で、着うたはCDとして販売されている楽曲そのものを提供するので、着メロに必要な範囲の著作権の利用許諾に加えて、レコード制作会社が有している原盤権の利用許諾も必要になる。

次に(b)関連する権利の違いから生ずる各サービス市場の性質の違いを確認する。音楽著作物の利用のために、音楽著作権管理団体が管理している著作権の利用許諾を得る場合には、原則として一定の著作権料を支払えば何人でも利用許諾を得ることができる（著作権等管理事業法16条）。そのため、著作権の利用許諾を得ることは着メロサービスへの参入に当たっての障壁にはならず、着メロ提供事業者の数は多くなり、価格競争が激しくなることが理解される。他方で、着うたサービスについては(a)のとおり、レコード制作会社の原盤権の利用許諾を得る必要があり、レコード制作会社が拒絶する限りで参入はできなくなる（以上、関連する権利の性質等につき、安藤・前掲注(30)284頁参照）。

では、(c)東芝EMIと4社が有していた楽曲の原盤権はどの程度重要だったのだろうか。認定された事実からは、第1に、国内でCDとして発売され、人気を博した楽曲の原盤権の「多く」を有していることが明らかである。またその結果、レーベルモバイルを通じた東芝EMIと4社のシェアは、着うたの国内売上高の約半分、総ダウンロード回数の約4割に至っている。これは逆に競争事業者の存在を示しており、東芝EMIと4社の原盤権は他の着うた事業者を完全に排除するには至らない程度であることが分かる。

しかしながら、問題となった着うたの場合、新規参入が不可能ということはあまりなさそうであるが、ユーザーがダウンロードするような人気のある楽曲を一定数揃えることなしには実質的な新規参入・事業の継続は困難になると考えられる。そういった商品・役務ないし市場の性質が考慮されたため、知的財産権が形式的な新規参入に不可欠という程度に至らずとも重要性は認められる。

次に、②共同行為者間における競争制限的な内部ルールや合意の有無を検討する。東芝EMIと4社は、着メロ提供サービスにおいて自らが制作した楽曲が利用されているにもかかわらず、自らが関与できず不満を抱いていたところ、着うた提供サービスを「原盤権を保有しているレコード制作会社の優位性を保つことができ、レコード制作会社にしかできないサービスとすることにより、価格競争が激しくならないサービス」（圏点は筆者）と位置づけて、さらに他の着うた提供業者に対して原盤権の利用許諾をしない旨の合意をしたことが認定されている。ここで問題とされた行為は、原盤権の利用許諾をすることで着うたサービスへの他の新規事業者の参入を共同で排除したものと理解される。

さて、③レーベルモバイル社の設立の目的は、「レコード制作会社がその有する音楽情報等を提供する共通の携帯電話向けウェブサイトを共同で構築し、レコード制作会社がその優位性を発揮することができるサービスを提供すること」と認定されている。この設立の目的自体は独禁法上問題があるとはいえまい。むしろ、ジョイントベンチャーによる共同販売は、技術上の困難、コスト削減、商品の品揃えに

着うた提供事業においては国内でCDとして発売され、人気のある楽曲の多くを提供することが重要であるところ、東芝EMIと他の4社はその多くを保有していた。東芝EMIと他の4社は共同してレーベルモバイル社を設立し、同社に着うたの提供業務を委託することにより、当該ウェブサイトを通じて着うたを提供する一方、他の着うた提供事業者に対しては、原盤権の利用許諾をしない決定を行った。以上の行為は、独禁法2条9項不公正な取引方法の一般指定1項1号共同の取引拒絶に該当し、19条に違反するとされた。

出荷比率・販売数量が問題とされた事例として、コンクリート・パイル事件（勧告審決昭和45年8月5日、審決集17巻86頁）[32] [33]がある。同事件で

よる顧客誘引力の向上、といった競争促進的な効果がある。しかしながら、②に挙げたように内部での競争制限的な合意の存在が明確な場合には、設立の形式的な目的は当該競争制限的行為を正当化するために用いられるべきではあるまい。

[32] 日本コンクリート工業株式会社、東急コンクリート工業株式会社、アサノポール株式会社、日本ヒューム管株式会社、大同コンクリート工業株式会社、西武化学工業株式会社ら6社（以下、被審人6社）はいずれもプレストレスト・コンクリートパイル（以下、PCパイル）の製造業を営む事業者である。被審人6社は東北、関東、近畿、中部および北陸地方におけるPCパイルの需要の大部分を供給している。被審人6社は、それぞれPCパイル製造に関する有力な特許権および実用新案権を有しており、被審人6社から特許権等の実施許諾を受けなければ新たにパイル製造業者として営業を開始することはかなり困難である。

事件の背景として、日本コンクリート工業、日本ヒューム管、大同コンクリート工業の3社が、昭和38年9月頃より①販売価格、②それぞれもっている特許権等を共同使用し、新技術は相互に交換利用する、③各社の引合は営業担当者により構成する引合協議会に報告し、そこで受注予定者を取り決める、という取決めをしこれを実施してきたことがある。

被審人6社は昭和41年12月15日に、各社の代表者の会合を開催しパイル市場の安定策についての協議を行い、以下を決定した。①各社のパイルの出荷比率を決め、販売数量を決める、②数量の取決めの対象はまずは関東地方とし、各社の代表で構成する運営委員会を設置して、取決めの実施を図り、これが軌道に乗った場合は他地方でも同様の施策を実施する、③各社が特許権等の技術供与をする場合は、技術供与契約において被審人6社が決定する市場安定策を遵守することを条件とする。この決定により被審人6社は昭和42年2月7日に運営委員会である八日会を設けた。

は、PCパイル製造[34]に関する必須の特許権および実用新案権を有していた

その後、被審人6社は昭和42年5月2日の八日会において、各社別の出荷比率を定め、さらに、技術供与をする場合には被審人6社全社の承諾を得た上で行うことを決定した。

昭和42年5月25日には、被審人6社は八日会において、引合の割当方法について①全ての引合を八日会に報告すること、②八日会は、需要者が購買を目的として見積を求めてきた場合、出荷比率を基準をして受注予定者を決定する、③適用地域を、関東地方、東北地方、新潟県、長野県、山梨県、および静岡県（箱根以東）とする（八日会地区）、と決定し、その後実施した。

日本コンクリート工業は、中部地方と近畿地方における市場安定策の具体化を進め、以下の行為をとった。中部地方では、被審人6社のうち、同地方で販売している3社が、日本コンクリート工業からの技術供与先1社を出席させ会合を開き、4社間での出荷比率および八日会と同様の引合割当方法を決定し、運営委員会（十日会）を設け、適用地域も定めた。

近畿地方では、被審人6社のうち、同地方で販売している4社が、日本コンクリート工業からの技術供与先2社を出席させ会合を開き、上記中部地方におけるそれと同様の決定をした（運営委員会はなにわ会）。

また、日本コンクリート工業および東急コンクリート工業は、それぞれ4社、6社に対して技術供与を行ったが、その際には昭和41年12月15日の決定に基づき、被審人6社の協定を遵守することを条件としている。

公取委は、被審人6社が「共同して、八日会、十日会およびなにわ会の地区ごとに、各社の技術供与先を含めた出荷比率および引合の割当方法並びに技術供与に関する条件を決定し、実施」する行為が、公共の利益に反して、3地区におけるパイルの販売分野における競争を実質的に制限するとして、独禁法2条6項不当な取引制限に該当し、3条後段に違反するとした。排除措置として、コンクリート・パイルの販売数量・出荷比率の制限および、同パイルの製造技術の供与契約に関する決定を破棄することが命じられた。

[33] 評釈として、松下満雄「昭和45年度重判解」(1971年)203頁、田村諄之輔「判批」独禁法百選[第2版](1977年)40頁。担当官解説として、公取委審判部「日本コンクリート工業(株)等六社に対する事件」公正取引241号(1970年)20頁。

[34] 担当官解説によると、PCパイルは「コンクリートパイルの長さと直径に見合った鉄縄籠を作り、これを水平に置いた管状の型枠の中に固定し、プレストレスト(引張力）を加え、型枠を回転させながら生コンクリートを投入して固める。その後、蒸気、水、空気による養生期間(約二八日)を経て製品化される」ものであり、製品は「基礎杭として建築物、各種橋梁等」に使用されるという。基礎杭には他に数種

被審人6社が、6社の間でパイル市場の安定策として地域別に出荷比率とそれに基づく販売数量を決定した行為、および各社が特許権等の技術供与をする場合は、技術供与契約において被審人6社が決定する市場安定策を遵守することを条件とすることを決定しそれを実施した行為が、これらの行為が実施された地域におけるパイルの販売分野における競争を実質的に制限するとして、独禁法2条6項不当な取引制限に該当し、3条後段に違反するとされた。

また、販売価格、販売数量比率および販売先制限が問題とされた事例として、日之出水道機器事件(審判審決平成5年9月10日、審決集40巻3頁[福岡市事件]、同29頁[北九州市事件]、「日之出水道機器Ⅰ事件」とする)[35] [36]

のパイルがあるが、いずれのパイルを用いるかは主に工事施工における支持層の深さ、そしてその他の要因として経済性、公害防止の必要性等により決定されるという。

[35] 本事件は類似の事実関係を内容とする2つの事件（福岡市事件、北九州市事件）からなり、同日に審決が示されている。

［福岡市事件］　事件の背景には、福岡地区では市型鉄蓋の仕様が改正される以前は、鉄蓋メーカー間の価格競争が非常に激しかったことがある。被審人7社のうち、5社はマンホール鉄蓋の製造・販売を行う事業者であり、2社は他の事業者から鉄蓋の供給を受けて福岡地区において販売する事業者であり、これら7社は福岡地区で使用される公共下水道用鉄蓋の全量を供給している。日之出水道機器はマンホール鉄蓋の製造に係る複数の工業所有権を有していた。1980年に福岡市は同市が発注するマンホール鉄蓋の仕様に日之出水道機器が有する実用新案を指定した。

被審人7社は、販売業者（商社）を通じて、下水道工事業者またはコンクリート製品製造業者に市型鉄蓋を販売していた。福岡市では、市型鉄蓋を市が直接購入するのではなく、工事を受注した工事業者が購入する形式を採用しており、公示価格は市型鉄蓋を含む価格で積算されている。福岡市は、工事価格積算のために鉄蓋の指定業者に市型鉄蓋の見積価格を提出させ、見積価格の約90%に当たる金額をもって工事発注の設計単価としており、同設計単価から工事業者および商社のマージンを差し引いたものが被審人らの販売価格となる関係にあり、この事実を被審人らは認識していた。

被審人7社は、福岡市の市型鉄蓋の仕様改定を機に、市型鉄蓋の販売価格の低落を防止するための協調体制をとることにし、販売価格の低落防止、販売先等の検討を行うために、福岡鉄蓋会を設立した。その設立の1980年以来、被審人らは同会に

おいて以下を内容とする合意を順次おこなった。①販売ルート統一と見積もり価格の提出にかかるルール、②４品目の事業者渡し価格、③工事業者マージン率(15%)、④販売数量比率、⑤受注窓口の一本化、⑥販売価格、⑦販売先（特定の６商社に限定）である。

公取委は、被審人７社の行為について、「共同して福岡地区の市型鉄蓋の販売価格、販売数量比率及び販売先を決定すること」により公共の利益に反して、「福岡地区の市型鉄蓋の販売分野」における競争を実質的に制限しており、独禁法２条６項不当な取引制限に該当し、３条後段に違反するとした。排除措置として、1980年10月末ごろより３時期にわたりなされた、販売数量比率、受注方法、販売価格、工事業者渡し価格、販売の相手方に関する各決定の破棄が命じられた。

［北九州市事件］　被審人５社のうち、３社はマンホール鉄蓋の製造・販売を行う事業者であり、２社は他の事業者から鉄蓋の供給を受けて北九州地区において販売する事業者であり、これら５社は北九州地区で使用される公共下水道用鉄蓋の全量を供給している。

北九州市は公共下水道用鉄蓋として使用する鋳鉄蓋と鉄筋コンクリート蓋（合成蓋）につき一定の仕様を定め、これを製造販売できる業者として被審人３社と、前述のとおり被審人２社に公共下水道用鉄蓋を供給する２社の計５社のみを指定している。北九州市は、1985年に鋳鉄蓋の仕様を被審人日之出水道機器の実用新案をとり入れたものに改定した。日之出水道機器は、自社以外の指定業者に対して同実用新案の実施許諾をしている。

被審人らは北九州市の1980年の仕様改定を機に、市型鉄蓋の販売価格の低落を防止するために、北鉄会を設立し、市型鉄蓋等について以下を内容とする合意を順次おこなった。①販売価格、②販売先、③販売数量比率、④窓口の一本化である。

公取委は、被審人５社の行為について、「共同して北九州地区の市型鉄蓋の販売価格、販売先及び販売数量比率を決定すること」により公共の利益に反して、「北九州地区の市型鉄蓋の販売分野」における競争を実質的に制限しており、独禁法２条６項不当な取引制限に該当し、３条後段に違反するとした。排除措置として、1984年12月25日より６時期にわたりなされた、販売価格、販売の相手方、販売数量比率、受注方法に関する各決定の破棄が命じられた。

なお両事件において、日之出水道機器が実用新案権のロイヤリティ確保のために販売数量比率を課したとの抗弁をおこなったが、公取委がこれを認めなかったことについて、後掲注(79)参照。また、北九州市事件の被審人のうち２社は、本件知財高裁判決の当事者（日之出水道機器と六寶産業）である。

[36] 評釈として、山本裕子「判批」ジュリ1101号(1996年)95頁、森平明彦「判批」独禁法百選[第５版](1997年)46頁、中山武憲「平成５年度重判解」(1994年)256頁。また担当官解説として、斎藤隆明「日之出水道機器(株)らに対する正式審決について」公正取引519号(1994年)64頁。

がある。同事件では、自治体が発注するマンホール鉄蓋の仕様に被審人日之出水道機器が有する実用新案（本件実用新案）を指定したため、同自治体向けのマンホール鉄蓋を製造するために本件実用新案権の実施許諾をうけることは必須であった。また、同自治体が日之出水道機器の実用新案を仕様に採用する際に、他の事業者に当該実用新案の実施を許諾することを条件としていた。日之出水道機器とライセンスを受けた他の事業者（被審人７社）は、共同で①販売ルート統一と見積もり価格の提出にかかるルール、②４品目の事業者渡し価格、③工事業者マージン率（15%）、④販売数量比率、⑤受注窓口の一本化、⑥販売価格、⑦販売先を決定した。以上の被審人７社の行為は、21条にいう「権利の行使」該当性を検討されることなく[37]、「共同して福岡地区の市型鉄蓋の販売価格、販売数量比率および販売先を決定すること」により、「福岡地区の市型鉄蓋の販売分野」における競争を実質的に制限しており、独禁法２条６項不当な取引制限に該当し、３条後段に違反するとされた。

(ⅱ) 単独行為

単独のライセンス拒絶が独禁法違反とされた事例はない（ただし、現在

[37] 販売価格の制限と販売先の制限はもとより実用新案法による「権利の行使」とは認められないのであるが、(学説からの批判はありうるが) 当時の公取委の立場によれば販売数量比率の制限はこれに該当しうる。にもかかわらず21条にいう「権利の行使」の該当性が検討されなかった理由として、①販売数量比率が共同で決定されたうえ、その効果として被審人ら相互の間で競争なくして割当数量まで販売量が確保されること（斉藤・前掲注(36)66頁)、②知的財産権の行使が私的独占や不当な取引制限の道具として利用されている場合には「権利の行使」とは認められない(山本・前掲注(36)98頁)、③実用新案権が当該市向けの鉄蓋を供給するために必須であって、またその実施許諾の拒絶が許されていなかったため、(制限を越えた分は製造ができなくなり、実施許諾の拒絶と同様の効果を有する) 販売数量比率の制限は「権利の行使」と認められない、との理解がある（根岸=舟田・前掲(21)404頁)。①、②は（この事件では）ほぼ同様の理解で水平的な関係の存在に着目するものであり、他方で③は日之出水道機器の行為を単独で捉えている。審決を素直に読むと①と②の理解によるものといえそうだが、③は「権利の行使」該当性の判断の説明として説得力がある。

審判係属中の事件として第一興商事件（審判開始決定平成15年12月５日）、および警告事件にコナミ警告事件（警告平成15年４月22日）[38]がある）。これは、そもそも単独の取引拒絶が独占禁止法違反とはされにくいと解されているのに加えて知的財産権は当該知的財産を排他的に利用することを認める権利であることから、その中核的な性質に関する単独のライセンスの拒絶の独禁法違反性が共同行為と比べて問題とされにくいところにあるのだろう[39] [40]。

他方で、知的財産権が関連する単独行為が独禁法違反とされた事例にヤクルト本社事件（勧告審決昭和40年９月13日、審決集13巻72頁）とパラマウントベッド事件（勧告審決平成10年３月31日、審決集44巻362頁）がある（ただし、現在審判係属中の事件としてマイクロソフト非係争条項事件（審判開始決定平成16年９月３日）[41]）。

ヤクルト本社事件[42] [43]は、発酵乳の製法に関する特許権および「生菌ヤクルト」の商標権のライセンスに付された販売先制限条項と、小売段階の各種制限の監視義務条項が問題とされた事例である。ライセンサーであるヤクルト本社が加工業者との間に締結した特許権と商標のライセンス契約において①加工業者は、ヤクルト本社と、小売価格、小売地域、小売数量の遵守、競争商品の販売禁止を内容に含む小売契約を締結した者以外にヤクルトを販売してはならない、②加工業者は、小売契約において定められた小売価格、小売地域を小売業者に守らせなければならない、という趣旨の規定を設けて実施した行為が問題とされた。同行為は「特許法または商標法による権利の行使とは認められない」もので、「加工業者と小売業者との契約を拘束する条件をつけて、当該加工業者と取引をしているもの」であり、独禁法２条９項不公正な取引方法の旧一般指定８号拘束条件付取引に該当し、19条に違反するとされた。

同事件における知的財産権の行使についての理解は審決では明示されていない。だが、担当官解説によると①の行為は、ライセンシーの「取引先選択の自由を奪い、ひいては…小売業者間の競争も制限することになる」、②の行為は、「特許権者たりとも第三者の販売価格の指定はできない」ところ、まして特許権は既に消尽している、という理由でいずれも権利の

[38] 評釈として、大久保直樹「判批」Law&Technology 26号（2005年）45頁。担当官解説として、西村元宏「事件解説 コナミ株式会社に対する警告について」公正取引634号（2003年）94頁。

[39] 単独の取引拒絶が独禁法上違法となりうるかについて、白石忠志「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法―『技術と競争の法的構造』その後」知的財産研究所10周年記念論文集『21世紀における知的財産の展望』（雄松堂、2000年）229頁、稗貫俊文「知的財産権と市場支配力―高額ロイヤルティ設定・ライセンス拒絶・競争の実質的制限」日本経済法学会編『経済法講座Ⅰ・経済法の理論と展開』（三省堂、2002年）310頁。

[40] 独占者が事業活動に必要な知的財産権のライセンスを拒絶することが、正当な理由に該当する典型例であるとするものとして、稗貫・前掲注(39)317頁。

[41] 評釈として、小原喜雄「判批」国際商事法務33巻３号（2005年）307頁、野木村忠邦「NAP（特許非係争）条項と日本・米国・EUの独占禁止法」国際商事法務32巻９号（2004年）1176頁。

[42] 株式会社ヤクルト本社は、発酵乳の製法に関する特許権および「生菌ヤクルト」の商標権を有し、発酵乳の原液を製造し、これを加工業者に販売している者である。また、加工業者はこれを稀釈して瓶詰め加工し、「生菌ヤクルト」の商標を付して小売業者に販売していた。ヤクルト本社は加工業者との間に、前記特許の実施権および前記商標の使用権の許諾に関する契約（加工契約）を締結しており、また小売業者との間に前記商標を付した発酵乳（ヤクルト）の小売に関する契約（小売契約）を締結していた。

ヤクルト本社はヤクルトの流通機構を確立するため、加工契約に本文に挙げた①、②を趣旨とする規定を設けて実施した。

公取委は、加工契約に①と②の規定を設けて実施した行為は、「特許法または商標法による権利の行使とは認められない」とし、同行為は、「加工業者と小売業者との契約を拘束する条件をつけて、当該加工業者と取引をしているもの」であり、不公正な取引方法のうち拘束条件付取引（旧一般指定８号）に該当し、独禁法に違反するとした。排除措置として、加工契約中の①と②を内容とする規定を削除すること等が命じられた。

[43] 評釈として、紋谷暢男「判批」独禁法百選［初版］（1970年）102頁、菊地元一「判批」独禁法百選［第２版］（1977年）172頁、小原喜雄「判批」公正取引200号（1967年）42頁。また、ヤクルト事件を扱う論稿として、渋谷達紀「特許と独占禁止法―（株）ヤクルト本社事件（昭和40年（勧）第9号）を中心に」公正取引360号（1980年）23頁。担当官解説として、入江芳郎「特許実施許諾契約の制限条項と独占禁止法―ヤクルト本社に対する審決を中心として」公正取引182号（1965年）５頁。

行使と認められないと解されたようである[44]。

パラマウントベッド事件[45] [46]では、東京都財務局が入札を通じて発注す

[44] 公取委のこのような考えを示すものとして、入江・前掲注(43)8頁。

[45] 被審人パラマウントベッドは病院の入院患者等が使用するベッド（以下、医療用ベッド）の製造販売業を営むものである。わが国において医療用ベッドの製造販売業を営むものは、パラマウントベッドの他の主要な事業者として2社が存在するが、パラマウントベッドは国および地方公共団体が発注する病院向け医療用ベッドのほとんど全て（90%以上）を製造販売している。

東京都は財務局が発注事務を所管する一定金額以上の都立病院向け医療用ベッド（特定医療用ベッド）を、指名競争入札または国際入札（一般競争入札）の方法により発注しており、また、中小企業育成の観点から、入札参加者を製造業者から販売業者に変更している。東京都は、財務局発注の特定医療用ベッドの指名競争入札にあたって、原則として、複数の製造業者の医療用ベッドが納入可能な仕様書を定めてそれに適合する製品を対象とする仕様書入札を行い、製品指定入札をできるだけ行わないこととしている。

平成7年度以降、財務局発注の特定医療用ベッドの指名競争入札について、パラマウントベッドは次の行為を行っている。パラマウントベッドは仕様書入札において、東京都の発注方針を承知の上、医療用ベッドの仕様に精通していない都立病院の入札事務担当者に対し、パラマウントベッドの製品のみが適合する仕様を含んでいても対外的には東京都の方針に反していることが露見しないように仕様書を作成することができると申し出るなどして、①同社が実用新案権等の工業所有権を有している構造を伏せて、仕様書に同構造の仕様を盛り込むこと、②パラマウントベッドの標準品の仕様で、他の2社の標準品の仕様にはなく、両者がそれに適合する製品を製造するためには相当の費用と時間を要すると予想されるものを仕様書に盛り込むことを働きかけ、同社の製品のみが適合する仕様書にすることを実現した。

また、入札事務担当者をして③入札の説明会で仕様書の内容を説明する際に、同社の製品の仕様のみに合致する内容を説明し、またはメーカー3社の標準品の機能等を比較し、パラマウントベッド社の製品の機能が他社の製品に比べて著しく優れていると説明し、入札参加者に対し、同社の医療用ベッドを発注する旨を表明させ、④仕様書がパラマウントベッド社の製品しか対応できないのではないか等の質問および仕様書の修正要求に対して、当該仕様書の内容の必要性を回答させ、およびそのような修正要求に応じないようにさせた。

さらに、⑤パラマウントベッド社は、財務局発注の特定医療用ベッドの仕様書入札およびパラマウントベッド社の製品の製品指定入札において、入札参加者の中から

る都立病院向け医療用ベッドの構造についての仕様にパラマウント社が有する実用新案が採用されたため、同実用新案権は当該ベッドの製造のために必須であった。だが、この実用新案が仕様に採用される経緯では、パラマウント社は、医療用ベッドの仕様に精通していない都立病院の入札事務担当者に対し欺罔的な働きかけ等を行った。以上の行為は、「他の医療用ベッドの製造業者の事業活動を排除する」とされ、他の支配行為とあわせて「財務局発注の特定医療用ベッドの取引分野における競争を実質的に制限」するので、独禁法2条5項私的独占に該当し、独禁法3条に違反するとされた。

②必須でない知的財産権が関連する事例

（ｉ）共同行為

必須でない知的財産権が関連する独禁法の事例で、共同の取引拒絶が問題とされたものにパチスロ・パテント・プール事件（前出）[47] [48]がある。こ

ら落札予定者、落札予定価格を決め、落札予定者と他の入札参加者に対して、それぞれ入札すべき価格を指示し、当該価格で入札させている。また、その実効確保のため、落札予定者以外の入札参加者に対し、同社が指示する価格で入札することを要請する際に、入札協力金を提供したり、伝票回しによる利益の提供を行っていた。

以上の行為について公取委は、「財務局発注の特定医療用ベッドの指名競争入札等に当たり、都立病院の入札事務担当者に対し、同社の医療用ベッドのみが適合する仕様書の作成を働きかけるなどによって、同社の医療用ベッドのみが納入できる仕様書入札を実現して、他の医療用ベッドの製造業者の事業活動を排除」し、「落札予定者および落札予定価格を決定するとともに、当該落札予定者が当該落札予定価格で落札できるように入札に参加する販売業者に対して入札価格を指示し、当該価格で入札させて、これらの販売業者の事業活動を支配」することにより、「公共の利益に反して、財務局発注の特定医療用ベッドの取引分野における競争を実質的に制限しているもの」であるので、独禁法2条5項私的独占に該当し、3条に違反するとした。排除措置として、東京都が指名競争入札等の方法により発注する都立病院向け医療用ベッドについて、①～⑤の行為を取りやめること等が命じられた。

[46] 評釈として、川濵昇「判批」ジュリ1157号(1999年)239頁。石岡克俊「判批」ジュリ1147号(1998年)114頁。

[47] 控訴人アルゼ株式会社と被控訴人サミー株式会社はスロット機の製造・販売業者である。被控訴人補助参加人である日本電動式遊技機特許株式会社（日電特許）はパテント・プールの管理会社でパチスロ機の製造業者21社により設立された。パチ

スロ機の製造にかかる特許権を有する6社（アルゼを含む）は、年度ごとに日電特許との間で、パチスロ機製造業者21社に対する再実施許諾付きの実施許諾契約を締結していた。

この事件は、アルゼが当該実施許諾は平成９年３月31日をもって終了しており、サミーが製造・販売するパチスロ機は自己の特許権を侵害してなされたとして損害賠償を求めた事例である。同事件で独禁法違反が問題とされたのは、パテント・プールへの再実施許諾付き実施許諾を内容とする平成８年度契約８条が「甲は…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」と定めているところ、アルゼが、平成８年度契約等を内容とするパテント・プールが独禁法違反またはそのおそれがあり、これが「契約を継続し難い特段の事由」に該当すると主張したからである。この主張に基づいて日電特許に対する実施許諾の終了の主張と特許権侵害が請求されている。

裁判所は、パテント・プールの運営について、設立の目的が「パチスロ機のメーカー間で特許権等をめぐる紛争が絶えなかったことから、特許権等を[日電特許]に集中させて、…メーカー間の利害を調整し、特許権等をめぐる紛争を未然に防止して、パチスロ機製造業界の健全な発展を期するところ」にあるもので、「新規参入を阻止すること」を目的とするものではなく、日電特許によるライセンス拒絶により新規参入ができない事業者があったことについては「業界が不正機の製造・販売に走るおそれがあることから、…そのような業者を排除するため、基本的な製造設備の具備や技術開発体制の確立のほかに、過去に風俗営業法違反の行為のないことなど経営内容などの審査を慎重にした」との認定を行った。

また、日電特許が再実施を許諾することができる対象者が契約書に列記された事業者に限定されたことについては、「特許権等の実施権を誰に付与するかはアルゼの自由に属する事柄であるから、アルゼが日電特許に対し再実施許諾権付きで実施許諾するに当たって、再実施権を無制限に認めれば、当該特許権等を使用した製品につき無秩序な価格競争を生じ、ひいては特許権等の行使によって得られるべき利益を確保することが困難になることも予想されるから、…再実施許諾先を限定する合意をすることは、アルゼの特許権等の権利の行使として当然認められるべきことである」とし、また他方で、「本件パテントプールの構成員に対し、対象特許権等を使用した製品等の販売価格、製造数量、販売数量、販売先などの制限を相互に課するとの方針」や「新規参入の防止」の方針等をとるといった競争制限的な内部規制も存在しないとした。

特許権等の性質については、「現在及び将来においてパチスロ機の製造に不可欠な特許権等を網羅する仕組みであったとはいえない」ことが認定されている。

結論として、この事件におけるパテント・プールの運営は特許法等の技術保護制

れは民事の事件で、パチスロ機の製造にかかる特許権等のプールからの離脱について契約で必要とされている「契約を継続し難い特段の事由」として主張された当該プールの独禁法違反該当性が検討された。プールは、パチスロ製造にかかる特許権等を網羅するものではなかった。プールの管理・運営を行う日本電動式遊技機特許株式会社（日電特許）によるライセンス拒絶により新規参入ができない事業者があったことの独禁法違反該当性が問われたが、プール設立の目的が「パチスロ機のメーカー間で特許権等をめぐる紛争が絶えなかったことから、…特許権等をめぐる紛争を未然に防止して、パチスロ機製造業界の健全な発展を期するところ」にあり、「業界が不正機の製造・販売に走るおそれがあることから、…審査を慎重にした」とされ、プールの運営方法は独禁法に違反しないとの判断がなされた。ただし、同事件は特殊な背景をともなう民事の事例であり、その射程は限定的に捉えたほうがよさそうである[49]。

度の趣旨を逸脱し、一定の製品分野または技術市場における競争を実質的に制限するものではなく、独禁法に違反するものではないとされた。

[48] 評釈として、森平明彦「判批」ジュリ1264号(2004年)124頁、谷原修身「判批」金融・商事判例1192号（2004年）60頁、厚谷襄児「平成15年度独禁法審決・判例研究(下)」NBL794号(2004年)73頁、村上政博「平成15年度重判解」(2004年)247頁、長澤哲也「パテントプールの独禁法上の問題点」NBL773号(2003年)26頁。

[49] パチスロ・パテント・プール事件の射程を狭く捉えることが可能なのではないかと考える理由は、パチンコ・パテント・プール事件との比較から得られる。パチスロ・パテント・プール事件とパチンコ・パテント・プール事件は特許権者である製造・販売業者とパテント・プール運営会社という当事者の関係、およびライセンス拒絶を行っていた点で類似しているが、前者は独禁法違反が否定され、後者は独禁法違反とされている。

このように結論を違えた理由はどこに求められるか。両者は以下の点で区別される。まず、①プールされた特許権等の重要性の程度において、前者では「不可欠な特許権等を網羅する」ものではなく、後者ではその実施許諾なくして法律に適合したパチンコ機を製造することは困難な権利である。

また、②プール内部の競争制限的なルールについて、前者では「本件パテントプールの構成員に対し、対象特許権等を使用した製品等の販売価格、製造数量、販売数量、販売先などの制限を相互に課するとの方針」や「新規参入の防止」の方針等をとるといった競争制限的な内部規則の存在はないとされたが、後者では、違反行為

の背景に、価格の低落を防止するための乱売禁止、証紙の貼付制度を通じた販売価格の監視、販売業者の登録制といった競争制限的な内部ルールがあった。

そして、③プールの設立目的について、前者では過去に特許権にまつわる紛争があったことを背景として、設立目的が業界の健全な発展にあるとの競争促進的な評価がなされている。他方、後者では、設立目的は「遊技機等に関する工業所有権の取得、売買、実施権の設定及び許諾等に関する事業を営むこと」であり、知的財産権の管理・運用について認定されているのみで、競争促進的な評価は得ていない。

以上のとおり、両事件の事案には上述の①～③の違いがある。これらはパチスロ・パテント・プール事件とパチンコ・パテント・プール事件の結論の相違を導くに足りるだろうか。それぞれパチスロ・パテント・プール事件に焦点を当てて以下に検討する。

パチンコ機製造業者の中にパチスロ機に関する特許権を有している事業者がいたこと、および、日電特許設立以前の時期には、当時鼎立していた3社の特許権等管理会社のいずれにも帰属せずにパチスロ機を製造する事業者もいたことから①特許権等の重要性の違いにより異なる結論がもたらされたと解することは可能であろう。しかし、上記②、③の捉え方については疑問がある。まず③から検討する。

③のプールの設立目的について、紛争が絶えなかったという経緯を背景として、業界の健全な発展を図るものであったことは事実であろう。しかし、プールの運営を独禁法上評価するにあたり、そういった表層的な検討では十分ではなく、実際のプールの運用状況を検討する必要がある。以下示すとおり、③におけるパチスロ・パテント・プール事件とパチンコ・パテント・プール事件の相違は決定的なものとはなりそうにない。

プールの運営に関する②について、確かに競争制限的な内部規制や新規参入防止の方針の確認といった日電特許内のルールは明示的にはなかったかもしれない。しかしながら、パチスロ・パテント・プール事件では以下のような行為が認定されている。(a)プール非参加者である事業者が、プールからのライセンスを受けずに製造し検定を通過したパチスロ機について、日電特許はパチンコ・パチスロホールの経営業者らにこれを購入しないように通告した。これにより、当該パチスロ機は300台しか販売できなかった。(b)日電特許からの再実施許諾先は、実施許諾契約の別紙の一覧表に挙げられた事業者に限られていた。

(a)の行為については、ソフト・エアガンの製造業者からなる事業者団体が、組合員の取引先である問屋をして、特定の製造業者とは取引をしないようにすべく、組合員に通知をさせた行為が問題とされたデジコン電子事件（東京地判平成9年4月9日、審決集44巻635頁）において同様の行為の競争制限性が認められ、共同の間接の取引拒絶に該当するとされた（同事件では事業者団体の行為が問題とされたので

8条が適用された）。

(b)の行為についてはより詳細な検討が必要である。裁判所は日電特許がライセンスの申請を拒絶したことを、風営法違反の過去がある等の不適切な事業者の排除という理由をもって正当な行為とした。しかし、再実施許諾先の「慎重な」選択が必要であるとしても、上記(b)のように契約別紙により再実施許諾先を事実上制限する必要はなく、潜在的な再実施許諾先をオープンにし、申請がある場合に個別に審査をするという競争制限的でない手段をとることは可能であっただろう。さらに、(b)に関連して判決は「特許権等の実施権を誰に付与するかはアルゼの自由に属する事柄であるから、アルゼが日電特許に対し再実施許諾権付きで実施許諾するに当たって、再実施権を無制限に認めれば、当該特許権等を使用した製品につき無秩序な価格競争を生じ、ひいては特許権等の行使によって得られるべき利益を確保することが困難になることも予想されるから、…再実施許諾先を限定する合意をすることは、アルゼの特許権等の権利の行使として当然認められるべきことである」と述べるが、上述の通り再実施許諾先は日電特許が選択をしているようである以上、実施許諾先の限定をアルゼが単独で行ったとは考え難い。となれば、この制限を「権利の行使」であるといえるだろうか。以上の理由から(b)は独禁法上問題なしと評価されるべきではなかったと考えられる。

以上の通り、たしかに③設立目的は競争促進的なものであり、②競争制限的な内部規制も明示的にはないかもしれないが、上述の(a)と(b)の行為に照らすと、実質面ではいずれの点においても競争制限性がみられ、パチスロ・パテント・プール事件とパチンコ・パテント・プール事件の間の実質的な違いは①知的財産権の重要性のみとなる。

しかし、さらにパチスロ・パテント・プール事件については次のようには考えられないだろうか。パチスロ・パテント・プール事件が独禁法違反とされなかった原因は、パチンコ・パテント・プール事件が公取委の審決であるのに対して、パチスロ・パテント・プール事件がプールのメンバー間での民事訴訟であったところに求められそうである。当該プールの独禁法違反に関する主張はアルゼからなされたものであった。もし仮にアルゼの主張を認めてしまうと、かえって、当該プールに関する実施許諾契約が無効となり、平成8年度契約終了後（平成9年4月1日以降）にアルゼの特許権等を用いて製造された製品は侵害品となるため、差止めや損害賠償請求の対象となる。また、これまでプールを介してライセンスを受けていた他の事業者らはアルゼの有する知的財産権のライセンスを受けづらくなる。他方、多くの特許を有するとされ、またプールからの離脱を実現することができるアルゼはパチスロ機製造市場における地位を強化する結果となってしまう。

このようにプールが独禁法違反とされた場合の効果や、上述のようなパチンコ・

（ⅱ）単独行為

必須でない知的財産権が関連する独禁法の事例で、単独の取引拒絶が問題とされた事例はない。ライセンスに付された制限条項が問題とされた事例に、旭電化工業事件（勧告審決平成７年10月13日、審決集42巻163頁）・オキシラン化学事件（勧告審決平成7年10月13日、審決集42巻166頁）がある。

旭電化工業・オキシラン化学事件[50] [51]はエポキシ系可塑剤の製造にかかるノウハウの供与に関する国際的契約に販売地制限が課された事例である。ライセンシーである長春石油化学に対するライセンス契約終了後の制限として、アデカ・アーガス化学との契約では、日本における製造または販売の禁止、オキシラン化学との契約では販売または供給の禁止が課されていた。両社の行為は、「ライセンス契約終了後における我が国向けの供給を制限していたものであり、…ライセンス契約の相手方の事業活動を不当に拘束する条件を付けて、当該相手方と取引していたもの」であり、独禁法２条９項不公正な取引方法の一般指定13項拘束条件付取引に該当し、19条に違反するとされた。審決では明示されていないが、契約終了後はノウハウはライセンシーに実質上譲渡されたと考えられ輸出制限がかけられるのは合理的でなく、他方で製品の日本への輸出が期間の定めなく禁止されている点が妥当でないと考えられたようである[52]。

③事例の整理

これまで概観した判例・審決を整理すると次のように言える。まず、必須の知的財産権が関連する共同行為の事例では、いずれの事例も「権利の行使」に該当しないとされ独禁法違反と判断されている。共同の取引拒絶（パチンコ・パテント・プール事件、東芝EMI事件）、出荷比率・販売数量

パテント・プール事件との比較を考えると、裁判所はこの事件を独禁法違反とはし難かったと考えられ、それゆえそうならない方向に向けた事実認定や判断がなされたのではないかと考えられる。

とはいえ、他に方策がなかったともいえまい。独禁法違反の私法上の効果について岐阜商工信用金庫事件（最判昭和52年６月20日、民集31巻４号449頁）が「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、…同条が強行法規であるからという理由で無効であると解すべきでない」けれども、問題とされた行為は、「同法（筆者注・利息制限法のこと）の法意に照らして違法なものとして是正しなければならない」としていることに鑑みて、プールを違反とした上で、判決の内容によって競争制限的な帰結を回避することは可能であっただろう。独禁法違反の契約に対する効果は、契約全体を無効とするのではなく、実施許諾契約の再実施許諾先の制限等に限って無効にしてプール自体は温存するといった方策が考えられよう。

いずれにせよ、裁判所はそのようなアプローチはとらなかったのであるが、上述のようにパチスロ・パテント・プール事件では、同事件のパテント・プールは独禁法に違反するとの原告の主張を認め難い、当該事案固有の背景が存在したという理解によれば、パチスロ・パテント・プール事件の射程は限定的にみるのが適切であろう。

[50] 両事件の事実関係は共通なので本稿ではまとめて扱う。アデカ・アーガス化学株式会社は昭和56年４月にエポキシ化亜麻仁油（エルソ）を除くエポキシ系可塑剤について、オキシラン化学株式会社は平成5年4月にエルソについて、台湾所在の長春石油化学との間で、契約期間を10年とする各製品の製造にかかるノウハウの供与に関する国際的契約を締結した。

各契約の覚書には長春石油に対するライセンス契約終了後の制限が課されていた。アデカ・アーガス化学との覚書では、同社の事前の書面による同意がない限り、エポキシ系可塑剤の日本における製造または販売の禁止が、オキシラン化学との覚書では日本における販売または供給の禁止が規定されていた。

上述の契約について公取委が審査を開始したところ、平成７年８月、アデカ・アーガスを吸収合併した旭電化工業株式会社と、オキシラン化学は共に、長春石油化学に対して上記覚書の破棄の申し入れを行い、長春石油化学はその申し入れに同意した。

上記の両社の行為について、公取委は、「長春石油化学に対し、ライセンス契約終了後における我が国向けの供給を制限していたものであり、これは、ライセンス契約の相手方の事業活動を不当に拘束する条件を付けて、当該相手方と取引していたもの」であるので、独禁法２条９項不公正な取引方法の一般指定13項拘束条件付取引に該当し、19条に違反するとした。

[51] 評釈として、松下満雄「最近の独占禁止法上の審決例（下）旭電化等事件、資生堂事件をめぐって」NBL605号（1996年）6頁、同610号（1997年）22頁。紋谷暢男「判批」独禁法百選［第６版］（2002年）190頁。担当官解説として松山隆英「ノウハウライセンスを内容とする国際的契約と独占禁止法の適用」NBL582号（1992年）12頁、塚田益得「国際技術援助契約に係る独占禁止法違反事件」公正取引543号（1996年）48頁。

[52] このような公取委の理解を示すものとして、梶山省照「平成７年度における審査事件の処理状況」公正取引547号（1996年）23頁、塚田・前掲注（51）51頁。

制限（コンクリート・パイル事件）は、21条にいう知的財産権の「権利の行使」の該当性すら判断されなかった。販売数量比率と販売価格・販売先の制限が組み合わせられた制限（日之出水道機器Ⅰ事件）でも、制限内容が共同で決定されていることから知的財産権の「権利の行使」に該当するとはみとめられていない。

また、必須の知的財産権が関連する単独行為の事例では、販売先制限と小売段階の価格を含む各種の制限の遵守監視義務を内容とする制限（ヤクルト本社事件）が、すでに権利が消尽しているとの理解の下で知的財産権の「権利の行使」にあたらないとして独禁法の適用をうけ、違反とされた。また、欺罔行為による知的財産権の標準化とそれに関連する排除行為（パラマウントベッド事件）が、権利の行使の該当性の検討を受けずに、支配行為とあわせて独禁法違反とされている。

必須でない知的財産権が関連する共同行為の事例では、共同の取引拒絶（パチスロ・パテント・プール事件）が知的財産権の「権利の行使」の該当性の判断を受けず独禁法の適用を受けることとなったが、当該行為は違反でないとされた。

必須でない知的財産権が関連する単独行為の事例では、契約後の販売地制限（旭電化工業・オキシラン化学事件）は、知的財産権の「権利の行使」の該当性の判断を受けずに、独禁法の適用を受け違反とされた。

以上の整理から明らかなように、審判決は、知的財産権に関連する行為であっても共同でなされる場合には、当該行為は「権利の行使」に該当しないとのフィルターをかけているようである。市場効果要件が充足されるかはその他の条件にもよるのだろうが、過去の事例の範囲では、必須の知的財産権が関連する場合には、競争制限効果が高まるので、そのような知的財産権に関する共同行為は独禁法違反とされやすい傾向があるといえそうである。また、一般に単独の権利行使は21条にいう知的財産権の「権利の行使」に該当しそうだと考えられるが、当該知的財産権が既に消尽したり、標準化する経緯に欺罔的行為が介入する場合には、「権利の行使」とは認められないといえそうである。

また、これまでの審判決では、知的財産権の権利の行使が21条にいう「権利の行使と認められる行為」に該当するか否かについて、立ち入った検討を行った事例はない。

④本判決の検討

上述の審判決を整理した枠組みに照らして、本判決を検討する。

（ⅰ）知的財産権の性質

まず、関連する知的財産権の性質であるが、日之出型鉄蓋を仕様として指定する北部九州の自治体向けに鉄蓋を製造・販売する場合には、それは日之出型でなければ取引の対象とされず、そのため上記自治体向けの鉄蓋を製造・販売する際にはXから本件特許権等のライセンスを受けることが必須であった。だが、判決が認定する通り、マンホール鉄蓋の仕様指定をしない自治体もあったので、本件特許権のライセンスを受けることが（仕様指定をしない自治体を含めた）マンホール鉄蓋の製造・販売市場に参入するために必須だったとまではいえまい。

したがって、北部九州で各自治体向けのマンホール鉄蓋を製造・販売する事業者にとってXから本件特許権等のライセンスを受けることは、日之出型鉄蓋を仕様にしている北部九州の各自治体向けのマンホール鉄蓋の製造・販売市場においては必須であったと性格づけられる。それゆえ、同市場での事業活動を行おうとするライセンシー（Y）は、本件特許権のライセンス契約に付された各制限条項を受入れざるを得なかったと理解される。

また、本件特許権が仕様とされる経緯では、権利者であるXが自治体に働きかけたことが認められるが、他方でXは自治体が指定する全製造業者に対するライセンスを約束しており、パラマウントベッド事件で見られたような欺罔的な行為をもって競争事業者を排除しようとするものではなかったといえる。

（ⅱ）行為の態様

次に行為の態様であるが、本件で問題となったのは、ライセンス契約に数量制限と許諾数量超過分のOEM製造委託義務を課したという単独行為である。一般に単独での知的財産権の行為は21条にいう「知的財産の権利の行使と認められる行為」に該当しやすいと考えられる。

単独行為が問題とされた事例にはパラマウントベッド事件、ヤクルト本社事件、旭電化工業・オキシラン化学事件がある。だが、パラマウントベッド事件では、ライセンス拒絶や制限条項を課すなどの権利の行使に該当する行為自体がないので、本件と比較しうるのは、ヤクルト本社事件と旭電

化工業・オキシラン化学事件である。

ヤクルト本社事件は上述の①販売先制限、②小売段階での各種制限の遵守確保のうち、とりわけ②の行為は第三者に対する価格制限効果を生ずるものであり、知的財産権の行使とはいえない事例であった。旭電化工業・オキシラン化学事件も、明示されていないが、契約終了による事実上のノウハウの譲渡後、期限の定めなくノウハウ製品の日本への輸出が制限されることに強い不当性が見出され、それゆえ知的財産権の行使とは見られなかったのだろう。

これに対して、数量制限と許諾数量超過分のOEM製造委託義務という制限は、上記2つの事件のような、明らかに知的財産権の行使に該当しない理由を見出し難い。とはいえ、価格交渉が折り合わなかったことを理由としてOEM製造委託の交渉が成立しなかった事実がみられることから、本件制限条項は取引拒絶と類似の効果を有していたともいいうる。自治体が本件特許権等を仕様指定した際に、他の事業者に対してライセンスすることを約し、かつその外観を保ちつつも、実態はOEM製造委託の価格を禁止的に高く設定するならば、実質的には取引拒絶と同じ効果を生ずることとなるからである[53]。そうであれば、欺罔的な行為により自社の所有する知的財産権を仕様に採用させたパラマウントベッド事件に類似し、行為の悪性により知的財産権の行使とは認められない行為となりそうである。しかしながら、この点については裁判所はXが提示した価格は不当に高額だったとはいえないとしているので、取引拒絶効果を認めるには至らないだろう（ただし、この認定につき後述）。

（iii）日之出水道機器Ⅰ事件との比較

本件は日之出水道機器Ⅰ事件と共通あるいは類似する事実関係を有するが結論は異なる。以下では、2つの事件を比較することにより、本件の特徴を析出する。

日之出水道機器Ⅰ事件は公取委による審決であり、競争者間の市場分割という共同行為が問題とされた。他方、本件は民事の判決であり、Yの主張に基づいて、ライセンス契約に付された数量制限とOEM製造委託義務

[53] このような行為は「権利の行使」と認められないとする理解につき、脚注(37)参照。

という単独行為が問題とされた。日之出水道機器Ⅰ事件は知的財産権者は1社であるが、問題とされたのは共同行為なので「権利の行使」は認められず、本件は単独行為なので「権利の行使」として認められやすい。

また、日之出水道機器Ⅰ事件では価格についての合意もなされたので独禁法違反は免れ難いが、数量制限だけをみても、同事件では市場における販売数量比率が決定されている以上、事業者間での競争は消滅していた。他方、本件では、市場を製造市場と販売市場に分けてみると、製造市場においては日之出水道機器のシェアは25%以上になることが確定するので（判決では明示されていないが）一定程度は競争が制限されているが、この点は権利の行使として認められており不合理であるとか不当とはいえないとされている。他方で、販売市場では（OEM製造委託と関連必要部品の購入による価格引上げ効果の影響をうけるが）日之出水道機器Ⅰ事件に比べて事業者間の競争の余地は残っている。

（iv）小括と本判決の背景

以上を要するに、本件は必須の知的財産権に関連する行為であり、製造数量比率に基づき最高製造販売数量を定めており、製造市場に一定の競争制限効果があるものの、行為態様が単独であることによりライセンスに付された制限が特許権の「権利の行使」と認められる可能性が高まった事例であるといえる。また、販売市場では競争の余地が残っており、独禁法違反該当性は低い事例であるといえる。しかし、独禁法違反でないとの認定は、OEM製品と必須関連部品の価格に依存するものであり、禁止的な高額を設定するなどによって販売市場における競争へ影響がある場合には、その程度によっては独禁法違反にも該当しうる制限内容であるといえる。したがって、本件はこれまでの単独行為の事例の中で、最も限界線に近づいたが、競争制限効果についての事実認定で救われた事例であると評価できよう。

ところで、本件判決の結論は本件が民事事件であることから以下の点で大きく影響を受けているように思われる。第1は、本件行為についての判旨による評価は単独行為となっていることである（判決は明示していないが、本件各制限条項について「権利の行使」性を認めていることからもそういえそうである）。しかし、数量制限の基準について「Xは、Y以外の他の認定業者との間でも、本件各契約とほぼ同内容の本件特許権等の通常

実施許諾契約を締結していた」との認定がなされているところから、本件行為が縦の関係ではなく、日之出水道機器を含む横の関係で実施されていた可能性もあり、そうであれば、本件行為は知的財産権の権利の行使とは認められなくなる[54]。その場合には、21条を介さず、不当な取引制限の該当性が検討されることになるだろう。とはいえ、本件は民事の事例であるのでその点の主張がなされておらず、検討されなかったのだろう。

第２は、Ｙが、本件契約第４条（最高数量制限とOEM製造委託義務に関する条項）が独禁法に違反するので公序良俗に反して無効であるとの主張をした事案であることの影響である。仮に本件で、Ｙの主張が認められて本件契約第４条が独禁法違反であるとされた場合の帰結を考えると、独禁法違反の認定をすることが難しかったのではないかと推察される。

岐阜商工信用金庫事件は、独禁法違反の契約について、公序良俗に反するような場合を除いて直ちに無効とすべきでないとしている。だが、同事件以降に独禁法違反の契約の私法上の効果が問題とされた事例では、同事件が示した法理に従いつつも、公序良俗違反との判断がなされる事例が多いという傾向がみられる[55]。また、本件制限が独禁法違反とされるのであれば、後述の本判決の判断枠組みと基準から行為の悪性は高いと考えられるので、おそらく問題とされる独禁法違反行為は公序良俗違反となるだろう。それゆえ、仮に本件契約第４条が独禁法違反であると判断されると、

[54] 不当な取引制限が実施されていることが認められれば、日之出水道機器Ⅰ事件についての確定審決違反となる。

[55] あさひ書籍販売事件（東京地判昭和59年９月30日、判時1045号105頁）、品川信用組合事件（東京地判昭和59年10月25日、判時1165号119頁）、奥道後温泉観光バス事件（高松高判昭和61年４月８日、判タ629号44頁）、日本機電事件（大阪地判平成元年６月５日、判タ734号241頁）。根岸=舟田・前掲注(21)368頁。独禁法違反と公序良俗違反に関する判例の整理につき、森田修「判批」独禁法百選［第６版］(2002年)246頁。また、「近年、独禁法およびそれが擁護する競争秩序が経済秩序の基本を構成するとして社会的価値評価が高まっているが、このような状況を反映して、民法上の公序良俗判断を媒介することなく直接独禁法により、あるいは独禁法が擁護する競争秩序を民法上の公序の内容に取り入れることにより、独禁法違反の契約・契約解除は原則として無効とすべきであるという学説も有力となっている」との指摘もある（根岸=舟田・前掲注(21)370頁）。

当該条項は公序良俗違反として無効とされる可能性が高い。

仮に本件契約第4条が無効となると、ＹはＸに対してOEM製造委託義務を負わないことになるので、ＸはOEM委託製造から実施料に相当する利益を得ることができなくなり、他方、Ｙは何ら実施料あるいはそれに相当する額を支払うことなく本件特許権を使用することができることになってしまう。

だが、本件契約が、最高数量制限までの製造・販売については通常実施権の実施料を請求せず、Ｙが最高数量制限を超えて鉄蓋を販売する場合には、超過分をＸにOEM製造委託することを義務付けるという組み合わせによる「方式」をもって、OEM製造委託を通じて実施許諾の対価を確保することを趣旨とする有償のライセンス契約であると考えられる以上、OEM製造委託義務を無効として、無償でのライセンスへと本契約を変化させることは当事者の意思に合致しない。そのため、本件契約第４条が独禁法違反とされた場合には、裁判所は違う方法で実施料が支払われるような判断を下さなければならないだろう。これは可能だろうか。

公序良俗違反の契約について、裁判所が下せる判断はあくまで全部無効か一部無効である[56]。注意すべきは、本件契約では許諾数量分までの実施料は無料とされ（本件契約第６条）、本件特許権等に対する実施料相当分はOEM製造委託義務（本件契約第４条２項）によってＸが得る利益により確保されることになっており、特許権等の実施回数、あるいは生産個数毎の実施料は両者間で取決めがなされていなかった点である。そのため、対価に関する定めがないので、本件契約第４条が無効とされると、裁判所はライセンサーに対する対価を決定するための術をもたないのである[57]。

[56] 民法90条は「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」と規定する。90条の効果は本来は契約全体の無効を予定しているが、判例上は一部無効も認められている。だが、一部無効が認められるとしても、「90条は当初の契約を削ることしかできず、新たに何かをつけ加えること（「契約の改訂」…）はできない」（大村敦志『基本民法Ⅰ・総則・物権総論［第３版］』（有斐閣、2007年)71頁）のである。

[57] 仮に本件契約が、最高数量制限までの実施料は1個につき○○円、それ以上はOEM製造委託義務、という形であれば、裁判所は契約の最高数量制限とOEM製造

以上の理由から、本件には裁判所が独禁法違反を認め難い背景があったといえ[58]、独禁法違反としない解決方法が選択されそれに見合う形で事実認定がされたとも考えられうる[59]。また、このような背景が民事事件における独禁法違反の有無の評価に影響を与えることがありうるのは、パチスロ・パテント・プール事件と同様である[60]。

したがって、公取委が本件と類似の事実関係について独禁法の適用の可能性を検討する際には、本件の射程はある程度限定的にみてよいと考えられる[61]。

委託義務の部分を無効として、実施料○○円の部分を残しうる。

[58] 理論上ありうる他の解決方法として、次のようなものがある。まず、本件契約条項を独禁法違反として、契約を全部無効にし、Yによる製造をすべて特許権の侵害とする。そして、本件で問題となっている特許権が必須であることから、特許権に基づく差止めを認めると競争阻害効果が高いので、差止めは権利濫用として認めず、特許法102条3項により実施料相当額を損害賠償として受けることのみを認めるとの判断である。このような考え方につき、田村善之「特許権侵害における差止め」判タ1062号(2001年)80頁。

なお、特許権侵害に対して差止めを一律的に認めるのではなく、個々の事案ごとに種々の要素を勘案して決めるとした米国のeBay判決（eBay v. MercExchange LLC, 126 S.Ct. 1837(2006)）を検討しつつ、日本への示唆として、同様の対応を検討する必要を提唱する論稿に、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』か――権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐって」パテント674号(2006年)45頁。

[59] また、実施料を有権的に決定することの困難さもあろう。審決であるが、パチンコ・パテント・プール事件において、新規参入を阻止する行為については排除措置が命じられたが、非組合員に対する実施許諾は命じられなかった。これについて、「それがなくとも競争が回復すると判断されたであろうが、適切な条件設定や実効性確保が困難であることにもよるものと思われる」と指摘されている。根岸=舟田・前掲注(21)402頁。同様の理解に基づくものだろう。

[60] 前掲注(49)を参照。

[61] もっとも、公取委は本件で問題とされた日之出水道機器の行為に加え、販売先の制限、販売価格の制限を通じた排除･支配行為が独禁法（3条前段、および19条）に違反する疑いがあるとして、本件原審判決が下される前の平成17年12月より審査を開始していた。そして、本件判決が下された後の平成18年12月12日、その審査の結論として、疑いを裏付ける事実を認定するに至らなかったため、同審査を終了することを明らかにした（公正取引委員会「日之出水道機器株式会社らに対する独占禁

(4)「権利の行使と認められる行為」と各制限条項

以上で過去の事例に照らして本件の位置付けを行ったのだが、加えて、これまでの審判決に照らして本件の突出した点がある。それはいかなる行為が21条にいう知的財産権の「権利の行使と認められる行為」であるか、具体的な制限条項を取り上げて判断している点である。これまでの審判例には本件のように詳細な判断がなされたものはない。

本件では、具体的には、実施許諾契約に製造・販売の許諾数量制限を付しその範囲では実施料を無償とし、その許諾数量を超過した分についてライセンサーへのOEM製造委託を義務付けることにより、ライセンサーは委託製造による利益をもって本件特許権等の実施料相当分を確保するとした契約が、特許権の行使として不当なものといえないとされている。

本件で課された制限は①最高数量制限、および②実施料確保を目的とする一連の制限（数量制限とOEM製造委託義務）という2つの見方ができる。以下ではそれぞれの独禁法上の評価を順に検討する。

①数量制限条項の「権利の行使」該当性

数量制限には、製造や販売についての最高数量を制限するものと、最低数量を制限するものがある。本件で問題とされたのは最高数量制限である。最高数量制限は、生産数量や販売数量を制限することにより需給を調整し、価格に影響を与えるものと考えられている[62]。

(ⅰ)判決

最高数量制限のみを内容とする単独行為の独禁法上の評価をする事件は、知的財産権が関連するものも含めて過去にない。そこで、まずは共同行為について過去の事例を検討する。

共同行為における数量制限が独禁法に違反するとされた事例は多い。というのは競争事業者間での共同の数量制限および数量配分は談合等の典型的なカルテルであり、そのような行為が市場効果要件を充足する場合には独禁法2条6項不当な取引制限に該当し、3条後段に違反するからである。また、たとえ知的財産権のライセンスに付された数量制限であっても、共同行為に基づく場合には当該制限は権利の行使とは認められず、市場効

止法違反被疑事件の処理について」（平成18年12月12日））。

[62] 根岸=舟田・前掲注(21)153頁。

果要件を充足する場合には独禁法違反とされることが、コンクリート・パイル事件と日之出水道機器Ⅰ事件より明らかである。

両事件とも共同で販売比率を決定し、それに基づき販売数量を割当てた行為が問題とされた。いずれにおいても、ライセンスに付された制限は21条にいう権利の行使とは認められていない。コンクリート・パイル事件では審決中に言及がない。他方で、日之出水道機器Ⅰ事件では販売数量比率の決定はライセンス料の確保のためになされた旨が被審人日之出水道機器から主張されたが、審決はこれを認めなかった（後述）。したがって、共同行為による数量制限が21条により適用除外を認められた事例はない。

他方、最高数量制限のみを内容とする単独行為の独禁法上の評価が問題となった事例は、知的財産権が関連するものも含めて先例がなく[63]、また学説もこれが権利の行使に該当するか否かで見解が大きく分かれていた。そのため本件原審判決はこの点について、数量制限が「権利の行使」に該当するとの裁判所の立場をはじめて明らかにしたものとされた。

原審判決は「特許権者が…通常実施権を許諾する場合に、被許諾者が製造販売することのできる製品の数量に上限を設けることは、業として特許発明の実施をする権利を専有するという特許権者の権利（特許法68条）やこれと同様の実用新案権者および意匠権者の権利（実用新案法16条、意匠法23条）の開放を一部にとどめるというものであるから、原則として特許法等による権利の行使と認められる行為として、独占禁止法21条が適用されるべきものではある。しかし、同条は、特許権等の権利の行使に名を藉りた濫用的な競争制限行為にまで独占禁止法の適用を除外する趣旨ではないと解される」と判示した。

[63] ヤクルト本社事件は特許権・商標権のライセンスに付された制限が問題とされた事例でありこれは単独行為である。しかし、同事件では、ライセンシーである加工業者に課された制限は、数量制限のほかに、販売地域制限、再販売価格維持についての制限に同意している小売店（特約店）に対してのみ製品を販売すること、というものであった。すなわち、数量制限およびその他の制限は直接ライセンシーに課されたものではなかった。したがって、問題とされた行為は数量制限ではなく販売先制限であるので、同事件は本件日之出水道機器知財高裁事件との比較対象にはふさわしくないと考えられる。

この原審判決は、ライセンスにおいて最高数量制限を付すことは特許法等による「権利の行使と認められる行為」である、との裁判所の立場を示したものと解されている[64]。

(ⅱ) 公取委の実務

上述の通り、公取委の審決には数量制限のみの独占禁止法上の評価を検討した事例はない。そこで、ここではガイドラインを検討する。公取委が示した「特許・ノウハウガイドライン」は製造数量制限等を挙げ、「このような制限の多くについては、特許法等による権利の行使とみられる行為ではないと考えられ…21条の規定に照らして検討を行い、独占禁止法の適用があるとされる場合には…個別に公正競争阻害性が判断される[65]」（圏点は筆者）としており、この叙述からは最高数量制限が「権利の行使」と認められると考えられるかは明らかではないが[66]、担当官の解説はこれを「権利の行使」としており、公取委もそのような立場だとされる[67]。

他方で、「知財ガイドライン」は最高数量制限を個別に取り上げ、「製造数量又は使用回数の上限を定めることは、市場全体の供給量を制限する効果がある場合には権利の行使とは認められず、公正競争阻害性を有する場

[64] 泉・前掲注(1)214頁。

[65] 第4-4(イ)。

[66] 同旨につき、根岸=舟田・前掲注(21)412頁、泉・前掲注(1)214頁。また、本件判決が示された後である平成19年9月28日に公取委が公表した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」も同様である。

[67] この点につき、担当官の解説書は「本制限は…従来から一般には特許法による『権利の行使』とされ、独占禁止法上の問題を生じないが、例外的に特許法による技術保護制度の趣旨を逸脱して用いられる場合などにおいては、独占禁止法上問題となると考えられていたものである。指針においては、製造数量に関する制限に反して製造がなされた場合には、一般に特許権侵害を構成すると解されていることにかんがみ、通常は、当該制限を課しても独占禁止法上の問題となることはないと考えられるが、例外的に、個別にその公正競争阻害性を判断し、関連市場において需給調整効果が生ずるなどの場合には、不公正な取引方法に該当するとされている」と述べる（山木康孝『Q&A特許ライセンスと独占禁止法』別冊NBL59号(2000年)232頁)。ガイドラインの立場を同様に理解するものとして、泉・前掲注(1)214頁、江口公典「特許等ライセンス契約に関する独占禁止法ガイドラインの検討」日本経済法学会年報20号(1999年)87頁。

合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第13項）[68]」と明示している。上述の「特許・ノウハウガイドライン」と同様の立場を示すものと解される。

（iii）学説

学説は意見の一致をみていない。特許法77条２項、および78条２項により特許権者が実施許諾においてその範囲を限定して設定できることは明らかである。しかしながら、本件で問題とされた通常実施権のライセンス契約に付された最高数量制限については、①「権利の行使」と認められるとする立場と、②契約上の制限に過ぎないとする立場が並存する[69]。

最高数量制限を「権利の行使」とする立場では、数量制限が侵害排除や実施行為に近似していることから、「実施権者が特許権者の実施許諾した数量の限度を超えて自由に特許製品の製造販売という特許発明の実施を行うことを認めるのは、特許発明の不当なただ乗りを許容することになる」ので、最高数量制限は「特許発明の不当なただ乗りを排除する正当な行為」だからとの説明や[70]、「制限された最高数量を超える部分はライセンス拒絶をしているのと同等」とする説明や[71]、「発明の実施自体の（存否の）決定権の侵害を特許権侵害」と考え、「最高数量制限を越える実施は、まさに実施自体の有無についての特許権者の決定権を侵害することであり、特許権侵害を構成する」ことから、「最高制限については、権利の行使である」との説明[72]がなされている。

他方、最高数量制限は「権利の行使」ではないとする立場からは、次のように説明がなされている。「権利行使とされる行為は、その性質上、区分することが可能であり、かつ、排他性をその一部に実効的に及ぼしうる

[68] 第4-3(2)イ。

[69] この点を詳述するものとして、泉・前掲注(1)213頁。

[70] 根岸哲「知的財産権法と独占禁止法」日本工業所有権法学会年報15号（1991年）77頁。

[71] 白石・前掲注(3)108頁。

[72] 小泉直樹「数量制限違反の特許法上の評価」牧野利秋判事退官記念論文集・中山信弘編『知的財産法と現代社会』（信山社、1999年）353～355頁、同「競争秩序維持における特許法の役割」日本経済法学会年報20号（1999年）108頁。

性質をもたなければならない」とする立場からは、最高生産数量の制限は権利行使にあたらず契約上の制限であるとする[73]。また、契約に付された制限や条件に違反する行為の法的性質の判断において、「権利内容には関しないから、実施権そのものの制限といいがたく、その違反を特許権侵害とするのは不適当であり、ことに違反していても外部からは知り得ないから、取引の安全からも、単なる契約上の制限とみるべき」とする考え方がみられる[74]。また、第三者の期待可能性を用いるべきとして、どの製品が最高数量制限に違反したかを判別することが困難であること、また「特許権侵害とならなかったとしても、特許権者とライセンシーの限りでは民事上の責任は及ぶ」ことを挙げて最高数量制限違反を特許権侵害とすべきでないとする説明も見られる[75] [76]。

[73] 丹宗暁信他『論争独占禁止法』（風行社、1994年）289頁［稗貫執筆分］。稗貫教授は加えて「生産・販売数量の決定は、価格の決定と同じく、第１次的にライセンシーの経営判断に任せられるとすることが望ましく、そのことを前提に、それを制約できるのは特許権者の権利行使によってではなく、両者の契約上の制限によってである、とすべきであろう。生産販売数量を決定する経営判断に干渉することを『権利行使』とし、それに強い法的正当性を与えることは政策的に望ましいとは思わない」として、ライセンサーがライセンシーの事業活動に（おそらく競争制限的な）影響を及ぼすことを権利行使として21条により独禁法からの適用除外を受ける可能性を持たせるべきでないことを理由として挙げる。

[74] 豊崎光衛『工業所有権法［新版・増補］』（有斐閣、1980年）304頁。

[75] 田村・前掲注(22)160頁、161頁の注(62)を参照。田村教授は特許法の趣旨に照らして、「ライセンス料が販売数量に依存して定められている場合には、違反品について特許権者に対価が還流していないと認められるので…限界に近づく」としている。ただし田村教授のこの部分に関する見解は、次の脚注で挙げた問題意識を背景に、独禁法とは関係のない文脈でなされていることが明示されている。

[76] 最高数量制限が独禁法21条にいう「権利の行使」に該当するか否かに関する以上の議論では、①独禁法とは無関係に知的財産権法それ自体の解釈として行うもの（田村・前掲注(22)158頁、平嶋・後掲。おそらく江口・前掲注(67)もこの立場をとると思われる）、②独禁法21条との関係において知的財産権法の解釈として行うもの（根岸・前掲注(70)、稗貫・前掲注(73)）、および、③知的財産権法の解釈として行うが独禁法21条の適用に影響を与えることを意識して行うもの（小泉・前掲注(72)）とが混在している。知的財産権の侵害から知的財産権の存在を導き、それを独禁法

（iv）本件

以上の通り、最高数量制限の独禁法上の評価については、先例となる審判決は本件原審があるのみであり、また公取委の立場も明確でなく、さらに学説にも対立がある状況であった。

本判決は、直截に示してはいないが「その具体的事実によっては、特許権等の不当な権利行使として、許諾数量制限について独占禁止法上の問題が生じうる可能性がある」としている。本件で問題とされた最高数量制限を「権利の行使」としたうえで、「不当な権利行使」の場合には21条による独占禁止法の適用除外を受けないとの立場をとると解される。したがって、本件は結論において最高数量制限は「権利の行使」とみられる行為であるとした原審の判断を踏襲したものであるといえる。ただし、そのような判断がなされた理由について、原審が権利の一部開放に該当するか否かを基準とするとしているのに対して、本件判決は理由を示していない。

ところで、本件原審判決が示した立場に対して、「第三者の保護あるいは取引の安全という要請に加えて、最高数量制限に違反したライセンシーに対しては債務不履行を理由に損害賠償請求が可能なことを考慮するならば、最高数量制限の違反は原則として特許権侵害を構成しないと考える方が適切」との批判が示されている[77]。本件が原審と同様の立場を示したことから、この批判は本件に対しても向けられるものと考えられる。

（v）事実への適用における判断基準の検討

上述のように解される本判決の最高数量制限の理解の下では、たとえ最高数量制限が権利行使であるとしても、個別の状況によってはそれが不当な権利行使とされる余地は残る。そこで、最高数量制限が不当な権利行使とされるような「具体的な事実」があるかが問題となる。

本判決はこの点につき、「本件においては、通常実施権許諾契約において、本件特許権等を無償で実施できる許諾数量の上限が各自治体における推定総需要数…の75％を基準として決定され、その上限を超過する分についてはXに製造委託することが義務付けられることによって、各自治体における鉄釜[ママ]市場において、その結果としての受給調整[ママ]効果が実際に実現されているとか、業者間の公正な競争が実際に阻害されているといった事情を認めるに足りる的確な証拠はなく、本件各契約における許諾数量の制限が、本件特許権等の不当な権利行使に当たり、独占禁止法に違反すると認めるには足りない」（圏点は筆者）とし、「不当な権利行使」を基礎付ける立証がないとした。

判旨が求める判断基準は、独禁法における市場効果要件に照らして次のように理解される。本件では最高数量制限が「不当な権利行使」と判断される基準として「実際」の効果の立証が求められている。独禁法2条9項不公正な取引方法に求められる市場効果要件の水準は「公正な競争を制限するおそれ」（公正競争阻害性）で足りるところ、不公正な取引方法に該当しうる行為であっても公正競争阻害性では本件の判断基準（「実際」の効果）を満たさないので、当該行為は「不当な権利行使」ではなく正当な権利行使であるとされ、21条による適用除外を受けることとなる。

したがって、本判決の判断基準を用いると、最高数量制限は、不公正な取引方法の水準にある場合には独禁法の適用をうけないことになり、また、制限が「不当な権利の行使」にあたるとされたならば、不公正な取引方法の市場効果要件は充足されることになる[78]。

他方で、私的独占や不当な取引制限等（独禁法２条５項、同条６項、３条）で求められる「競争の実質的な制限」がこの基準を満たすかどうかは、本判決からは明らかではない。たしかに、本判決が判断基準として示した

21条の検討に用いることが果たして適切であろうか。この点に疑問を呈し、それぞれを峻別する必要性について、平嶋竜太「特許ライセンス契約違反と特許権侵害の調整法理に関する一考察」相澤英孝=大渕哲也=小泉直樹=田村善之編・中山信弘先生還暦記念論文集『知的財産法の理論と現代的課題』（弘文堂、2005年）250頁。

[77] 泉・前掲注(1)214頁。

[78] 判旨のこの部分が示した基準は、「不当な権利行使」該当性と独禁法違反該当性の両者の判断基準であって、このような内容の判断基準は独禁法の公正競争阻害性の立証水準を加重するものであるとする批判もある（西村・前掲注(1)94頁）。はたして判旨がここで示した基準は、両者（「不当な権利行使」該当性と独禁法違反該当性の判断）に用いられているのだろうか。少なくとも不当な権利行使についてこの基準が用いられているのは明らかである。おそらく、「不当な権利行使」該当性の判断基準のほうが高い水準だったので、公正競争阻害性は判断されなかったとみるべきだろう。

「受給[ママ]調整効果が実際に実現されているとか、業者間の公正な競争が実際に阻害されている」といった状態は、文言上は「競争の実質的な制限」の説明に用いられるそれに類似する。だが、本判決は自らが示した判断基準を「競争の実質的制限」であるとは明示していない。それゆえ「競争の実質的制限」があれば本判決の判断基準を充足すると考えているとは必ずしもいえず、それ以上の効果を要求している可能性もありうる。また、それ以下で足りるという可能性もある。

本件で示された基準の背景には、知的財産権の「権利の行使」を不当とするには、行為に高い不当性が認められる必要があるとの理解があるように思われる。21条の意義の検討にあわせて前述した通り、以上に検討した権利行使の不当性の判断基準が高く設定されている点において、本件判決は公取委の立場とは一線を画すようであるが、本件の射程は限定的にとらえうる（3.(2)④参照）。

②実施料の確保にかかる制限条項の「権利の行使」該当性

（ⅰ）判決

特許権等のライセンスを通じて実施料を確保するためにライセンスに制限を付すことについての独禁法上の評価を判断した事例として、パチスロ・パテント・プール事件がある[79]。

[79] 他に日之出水道機器Ⅰ事件でも、被審人が「本件販売数量比率は、被審人日之出水道が実用新案権の権利行使として他の被審人らに対し実施許諾したものであり（ロイヤリティを総需要量の20パーセントとし、残りの80パーセントを被審人7社に等分になるように許諾した。）、被審人各社が福岡鉄蓋会で相互に協議して定めたものではない。」として、販売数量比率の制限は実施料を確保する目的で被審人で実用新案権者である日之出水道がライセンスに付したものであり、共同で決定したものでないとの主張をしている。これに対して審判官は、参考人の陳述に言及しつつ「本件決定は本件鉄蓋の年間の総需要量を配分割当しており、その割当分については相互に販売量が保証されることになるが、そのような趣旨の決定は全員で協議し決定することが必要であること、被審人日之出水道は福岡市から本件実用新案を採用する際の条件で他の被審人6社に実施許諾をせざるを得なかったことに照らすと、措信できない」として、販売数量比率は共同で決定されたものであり、被審人日之出水道により実施料の確保のためになされたとの主張は単なる抗弁にすぎないと

パチスロ・パテント・プール事件は、単独でなされたライセンス契約において再実施許諾先を限定する行為について、「特許権等の実施権を誰に付与するかは（特許権等の権利者である）アルゼの自由に属する事柄である」（括弧内は筆者）から、「特許権等の行使によって得られるべき利益を確保することが困難」にならないように「再実施許諾先を限定する合意をすることは、アルゼの特許権等の権利の行使として当然認められるべきことである」として、実施料を確保するためにライセンスに制限を付すことは「権利の行使」であるとし、またその制限の内容として再実施許諾先を限定することは許されるとの裁判所の立場を示した。しかし、同様の目的のためになされるその他の制限についてはどの程度まで認められるかは明らかでない。

（ⅱ）公取委のガイドライン・学説

この点を詳述する公取委の審決はない。そこで、ここではガイドラインを検討する。公取委が示した「特許・ノウハウガイドライン」は実施料の確保のためにライセンスに制限を付すことが「権利の行使」に該当するかどうかを明らかにしていない。

だが、「特許ライセンス契約において、ライセンサーがライセンシーに対して、特許製品の最低製造数量又は方法の特許の最低使用回数を制限することは、ライセンサーが最低限の実施料収入を確保する内容のものであれば、原則として不公正な取引方法に該当しない[80]」とする。

しかし、実施料の支払いにかかる制限はいかなる場合も独禁法上問題とならないとするわけではなく、「契約対象特許を使用しているか否かを問わず、ライセンシーの特許製品又は特許製品でない一定の製品の製造数量又は販売数量等に基づいて実施料の支払義務を課すこと[81]」や「特許権消滅後等における技術の実施料の支払義務…の制限を課すこと[82]」は競争制限効果によっては独禁法違反になり得るとする。

退けた。同事件ではこの点につき、これ以上の判断はなされておらず、実施料の確保のためになされる制限の独禁法上の評価について同事件は参考にはならない。

[80] 第4-4-(2)-ア。

[81] 第4-3-(2)-ア-(ア)。

[82] 第4-1-(2)注2。

したがって、公取委の立場は、実施料確保のための制限が「権利の行使」にあたるか否かは明らかでないが、実施料確保のために最低数量等を制限することは原則として独禁法違反に該当せず、しかし、他の制限については事情によっては独禁法違反となりうるというものである。

学説では、実施料確保のためにライセンスに制限を付すことが「権利の行使」とみられるかは検討されていないようである。

(iii) 本件

本判決は、「Xが本件特許権等について、無償実施できる上限の製造販売量を定め、これを超える分についてXへの製造委託を義務付けることとしたのは、委託製造による利益相当額を取得することにより、本件特許権等の実施料相当分を確保しようとしたものであって、それ自体は特許権等の権利の行使として不当なものということはできない」としている。これは、言い回しが微妙であるが、特許権等の実施料を確保するために制限を課すことは「権利の行使」と認められるとしつつ、「権利の行使」として不当な場合には独禁法の適用の対象となるとの立場をとっているものと理解される。この立場はパチスロ・パテント・プール事件を踏襲したものである。

次に、いかなる制限が「権利の行使」として不当とされるかが問題となる。本判決は「無償実施できる上限の製造販売量を定め、これを超える分についてXへの製造委託を義務付け」るという方式をもって実施料を確保することは特許権等の「権利の行使」として不当なものとはいえないとの立場をはじめて明らかにした。この点に疑問が生じる。これはホールドアップ問題[83]として説明できよう。

[83] 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同・前掲注(22)1頁。白石忠志「独禁法上の市場画定に関するおぼえがき―ロックイン現象の視角から」同・前掲注(22)187頁。

契約・組織の経済学の理論の立場から、ホールドアップ問題ないし関係特殊的投資への法的な介入の必要性について、「契約の不完備性からは、当然には裁判所の事後的介入やそのための法規範を基礎づけることはできず、契約の不完備性を前提に、いかなる理由で、いかなる介入が正当化されるかについて、もう少し整理して理論的なモデルを作る必要がある」と指摘するものとして、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)453頁。同旨に、柳川範之「『契約・組織の経済学と法律学』へのコメント」北大法学論集52巻5号(2002年)432頁。

まず、本件特許権は自治体向け鉄蓋の仕様として指定を受けており、必須であるので、当該鉄蓋を製造販売しようとする事業者らはそのライセンスを受けなければならない。だが、本件の契約のあり方では、本件特許権等のライセンス契約時にはOEM製品の価格が決定されておらず、それゆえ、実施料（すなわち対価）が具体的に決定されないまま契約が締結されている[84]。さらに、OEM製造委託は本件特許権に対する実施料相当分であると解されるが、本件契約のあり方では、日之出型マンホール鉄蓋製造市場におけるXのシェアは最低25％であり、ライセンシーの受注の状況によっては、それ以上がOEM製造委託される可能性がある。このような契約の下では、本件実施料確保の「方式」は、Xが「25％に相当する製品の製造、販売による利益を取得することにより本件特許権等の実施料相当分を確保」するものだとはいえない。Yにとっては最高数量制限を超えて受注すればするほど、OEM製造委託を通じてより多くの実施料を支払うことになる。

本件特許権が必須であることから、Yは上述のように本件契約の予測可能性が低いことを甘んじて受けねばならず、このような状況が継続すると十分な事業者の参入がなされなくなるおそれがある。果たしてこのような「方式」による実施料確保が「権利の行使」として「不当なものとはいえない」といえるか疑問である。しかし、本件は前述の通り、独禁法違反とすることが難しかった民事の事例である。それゆえ、この部分の判旨の射程は限定的に捉えてよいのではないかと考えられる。

以上

[84] 本件ではOEM製造委託が義務付けられているので、最終的に価格交渉が折り合わない場合には、ライセンシーは①本件のように許諾を受けないまま許諾数量を超えて製造し、損害賠償等を支払う、②ライセンサーの自由な価格決定に従う、③受注分の納入をしない等から選択肢を見出さざるを得ない。