



一知的財産法学者から見た日本における知的財産法 と独占禁止法

島並, 良

(Citation)

公正取引, 731:10-15

(Issue Date)

2011-09

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002617>



特集 知的財産法と競争法

一知的財産法学者から見た日本における
知的財産法と独占禁止法

神戸大学大学院法学研究科教授 島 並 良

1 はじめに

知的財産法は、知的創作物や営業標識といったさまざまな情報の創出と利用について、関係人の利害を調整するための法制度である。この目的を実現するための方法は多様にあり得るが、現行知的財産諸法の多くは、情報を客体とした財産権（「知的財産権」）を付与することによって、当該情報の利用（のうち一定のもの）を私人が独占することを認めている。これに対して、独占禁止法は、公正かつ自由な競争を促進し、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するための法制度である。この目的を実現するための方法もまた多様にあり得るが、現行独占禁止法は、私的独占、カルテル、不公正な取引方法などの、競争を制限したり公正な競争を阻害したりする独占行為を排除する権限を、行政機関（公正取引委員会）に与えている。

知的財産諸法の目的は、独占禁止法のそれと完全に一致するものではないが¹、その多くの部分は、事業者間の競争のあり方を規律するという点で共通している²。もっとも、この共通した目的を実現するために、両法は独占権の付与と独占行為の排除という、一見すると相反する手段を採るため、互いの交錯を調整する必要がある。

ところで、両法の調整の必要性和そのあり方が最もシビアに表れる、知的財産権の行使が独占禁止法に違反する場合の独占禁止法上の効果については、これまで専ら、「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。」と定める独占禁止法21条の解釈論として、論じられてきた。現在の実務と学説の多数による同条の理

解を図式的に表すと、外形的に知的財産権の行使と見られる行為には原則として独占禁止法が適用されないが、その趣旨を逸脱する濫用的な行使には例外的に独占禁止法が適用され、その結果同法の定める要件を充たせば同法違反の効果が発生する、ということになる。独占禁止法の適用を受けない知的財産権の行使を「本来的行使」、適用を受けるそれを「非本来的行使」と呼ぶこと³もあれば、「権利の行使と認められる行為」と、それを含む「権利の行使とみられる行為」を区別するもの⁴もあるが、用語法はともかく、まず外形的に知的財産権の行使かどうかを形式審査し（第1審査）、それに続いて知的財産法の趣旨を逸脱しているかどうかを実質審査し（第2審査）、最後に独占禁止法上の違反要件の充足性を審査する（第3審査）、という3段階構造（以下では、適用関係

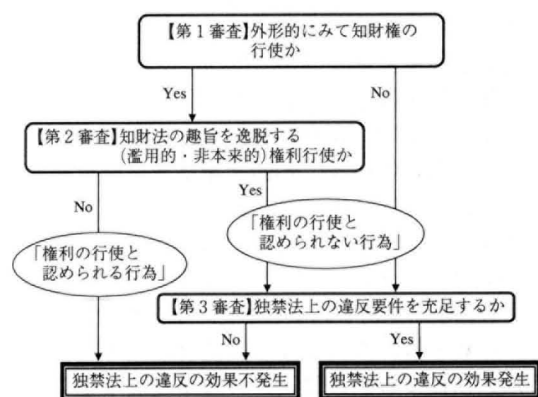
1 この点は、文化発展を究極目的とする著作権法（同法1条参照）において顕著であるが（たとえば、著作者人格権制度や、障害者・学校教育・政治的言論の著作物利用自由を確保するための著作権制限制度など）、より産業立法の色彩の強い特許法においても、企業内の労使関係に関わる職務発明制度（特許法35条）に見られるとおり、事業者間の競争関係には包摂されない関係人の利害を調整する場面が知的財産法制には存在する。

2 今日、知的財産法と独占禁止法はいずれも「競争法」を構成し、相互に補完しあう関係にあるとする理解が一般的である。根岸哲「競争法」としての民法、知的財産法、独占禁止法」法曹時報56巻1号（2004年）13頁注1から注5、及びそれに対応する本文を参照。

3 根岸哲「独占禁止法の基本問題」（神戸大学研究双書刊行会、1990年）185頁参照。

4 公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平19・9・28）第2「独占禁止法の適用に関する基本的な考え方」、1「独占禁止法と知的財産法」（以下「公取委指針」という。）。

に関する「基本図式」という。)は、広く共有されているものと思われる⁵⁾。そしてまた、多くの論者は独占禁止法21条を確認規定であると捉えるので、この基本図式は同法と知的財産法の適用関係に関する、より基底的な理解であると言って良い。



本稿は、知的財産法を専門とする法学研究者の立場から、まず第1審査における知的財産権の行使とは何か(2)、また第2審査における知的財産法の趣旨読み込みと第3審査の関係(3)、そして基本図式が触れることのない独占禁止法に違反する知的財産権行使の知的財産法上の効力(4)について、順に検討を加えるものである。

2 知的財産権の行使と第1審査

外形的にすら知的財産権の行使とみられない行為について独占禁止法の適用があることは、同法21条についていかなる立場に立つとしても明らかである。そして、何が知的財産権の行使とはみられ「ない」のかを画定することには、独占禁止法21条論(通説によれば、趣旨逸脱的な知的財産権行使かどうかの検討)を経ずに同法の適用が認められる対象を選別するという意義がある。

では、外形的に知的財産権の行使とみられる行為とは何だろうか。この点で、学説の多数と実務は、知的財産権の行使とは、知的財産法に基づいて知的財産を排他的に支配・利用する権能を有する者が、無権限者による知的財産の利用を排除することであると捉えている⁶⁾。その上で、侵害訴訟の提起、侵害警告、ライセンス拒絶、権利譲渡やライセンス

の範囲限定(たとえば、実施態様、期間、実施分野、地理的範囲の制限)は、権利の行使であるとされてきた。

しかし、このように知的財産権の行使を排他的(禁止的)効力の発揮とだけ捉えるのは、狭きに失するのではないか。たしかに、多くの知的財産権は、その主要な効力として排他性を有している。しかし、知的財産権の効力が排他性を持つことは論理の必然ではなく、実際、一部の知的財産権は、ある特定の場面では対価請求権として構成されている(対価の名称は、「相当の対価」や「補償金」などさまざまであるが、知的財産の利用を許す代償としての金銭的請求権であることには変わらない)⁷⁾。そして、このような実定化された対価請求権もまた、知的財産諸法が一定の政策的な理由に基づいてその行使を肯認したものであるから、その政策的な理由を抜きにして独占禁止法が適用されることは避けるべきであろう。そうであれば、排他的な効力のみならず、およそ知的財産諸法に法定されたさまざまな請求権の効力を他者に負担させる行為は、全て、第1審査における知的財産権の行使と考えるべきである。

もっとも、ここで留意を要するのは、このような法定された対価請求権に基づく相手方の対価支払義務と、ライセンス契約における

5 泉水文雄「知的財産法と独占禁止法との関係」紋谷暢男教授古稀記念『知的財産権法と競争法の現代的展開』(発明協会, 2006年)1147頁は、この基本図式を1980年代終盤に根岸哲教授と稗貫俊文教授によって提唱されたもので、現在の通説であると位置づける。この基本図式を探る最近の文献として、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説(第3版)』(有斐閣, 2006年)397頁、金井貴嗣ほか編『独占禁止法(第2版補正版)』(弘文堂, 2008年)338頁(稗貫俊文執筆)、根岸哲編『注釈独占禁止法』(有斐閣, 2009年)536頁(和久井理子執筆)。また、この基本図式の実務における適用例としては、公取委指針・前掲注4のほか、公取委審決平成13年8月1日(SCE事件)、知財高判平成18年7月20日(日之出水道機器事件)がある。

6 根岸編(和久井)前掲注5・536頁, 539頁。

7 参照、特許法80条2項、同法82条2項、平成23年改正後の同法79条の2第2項、実用新案法20条2項、同法20条で準用される特許法82条2項、意匠法30条2項、同法32条3項、著作権法30条2項、同法33条2項、同法33条の2第2項、同法34条2項、同法36条2項、同法38条5項。

ライセンシーのライセンス料支払義務を、区別することである。前者は知的財産法に基づく対世的な義務であって、その義務を課すことは知的財産権の行使にあたるのに対して、後者は契約に基づく対人的な義務であって、その義務を課すことは知的財産権の行使にはあたらない⁸。ライセンス契約は本来無償契約であり、ライセンス料に関する合意があつて初めて有償契約となるのだから、そのような知的財産権そのものの効力には含まれない義務を相手方に課す行為が競争の観点から妥当か否かは、知的財産法が設定された政策的な趣旨に照らすことなく独占禁止法固有の観点から審査される(第3審査を受ける)ことになる。

また、このように金銭的な義務に知的財産法に基づくものと契約に基づくものがあるのと同じく、非金銭的な義務にも両者の区別があることに留意したい。たとえば、特許ライセンスにおいて実施の地域、期間、態様(生産、譲渡、使用等)、数量等の制限が付加された場合、ライセンシーは当該制限外の実施を行わない旨の不作为義務を課されることになるが、その義務はライセンス契約の成立を待つまでもなく、特許権が持つ対世的な効力によってすでに発生している。たとえば、関東(1年間)のみでの生産を許諾する特許ライセンス契約の下で、関西(1年経過後)での生産が許されないのは、当該ライセンス契約の結果ではなく、まさに特許権のためである。また、特許ライセンシーに特許製品の販売先制限を課す行為(たとえば、特許権者への全品納入義務を課す行為)も、特許法が特許製品の「譲渡」を実施態様に含めている(特許法2条1項1号)以上、(特許権者は第三者への譲渡を禁じることが特許法上許されているのだから)特許権に基づくものといえる。したがって、これらの制限(義務)をライセンシーに負わせる行為は知的財産権の行使に他ならず、当該義務の内容が競争の観点から妥当かどうかは、知的財産法の趣旨にも照らして初めて審査されることになる。これに対して、特許ライセンシーに特許製品の生産に要する原料や生産設備の購入(仕入れ)元制限を課す行為や、クロス・ライセンスの締結を強制する行為は、特許法が定めた特許権の効力の結果ではなく、単に契約によって相手方に当該負担を課しているに過ぎない。そうで

あれば、これらの行為は知的財産権の行使とはいえず、独占禁止法固有の観点からその是非が審査されることになるのである。

3 知的財産法の趣旨と第2・第3審査

先述のとおり、通説・実務は、知的財産権の行使とみられる行為については独占禁止法が原則として適用されないが、「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」⁹は、「権利の行使と認められる行為」(独占禁止法21条)とは評価できず、例外的に独占禁止法が適用されるとしている。

もっとも、このような知的財産法の趣旨読み込みによる独占禁止法の適用範囲限定に対しては、有力な批判がある。たとえば白石忠志教授は、知的財産権の行使と認められるかどうかは、競争政策の観点も踏まえて決定されるので、独占禁止法と知的財産法の抵触や衝突はそもそも起こらず、ことさら知的財産権を神聖視する必要はないとされる¹⁰。また泉水文雄教授は、所有権の行使がそうであるのと同じく、知的財産権の単なる行使自体が独禁法違反を構成するものではなく、外形的には知的財産権の行使であっても、それに基づいて排除・支配行為がなされそれにより競争が実質的に制限されれば私的独占に、そこまで至らなくても自由競争が減殺されれば不公正な取引方法にあたるに過ぎないとされる¹¹。

8 ライセンシーの負う義務を、知的財産権に基づくものと契約に基づくものに区別することは、本稿で述べる独占禁止法の適用関係のみならず、当該義務違反の効果(知的財産権侵害か、単なる債務不履行か)や、知的財産権譲渡後の義務の名宛人画定(新権利者に権利義務関係が移転するかどうか)においても重要な意味を持つ。この点は、本年5月の日本工業所有権法学会シンポジウムを受けて、同学会年報35号掲載予定の別稿で討論する予定である。

9 公正委指針・前掲注4。

10 白石忠志『技術と競争の法的構造』(有斐閣、1994年)16～20頁、同『「知的財産法と独占禁止法」の構造』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)506頁、同『独占禁止法(第2版)』(有斐閣、2009年)382頁。

11 泉水・前掲注5・1156頁。

これらの有力説によれば、知的財産権の行使であっても、まずは全て独占禁止法の適用対象となり、通説が第2審査で行っている知的財産法の趣旨読み込み作業は、独占禁止法を適用した上での違法性判断の一考慮要素に解消されることとなろう。筆者も次の理由から、これらの有力説に同意したい。

第1は、実際上の理由である。通説のように第2審査を第3審査とは別に併置させる実益は、「独占禁止法に違反しているにもかかわらず、知的財産法の趣旨に合致するがゆえに独占禁止法の適用が否定される」ケースにのみ存在する(逆に、知的財産法の趣旨を逸脱する知的財産権の行使については、どのみち第3審査で独占禁止法違反の成否が判断されるのだから、第2審査を通過する実益はない)。しかし実は、第2審査を必要と考える通説も、具体的にいかなるケースがこれに該当するのかを明確に提示していない。結局、第2審査による独占禁止法の適用範囲限定は、実際には機能していないと言える。

第2は、理論的な理由である。上述のようなケースが仮にあった場合、まず、独占禁止法は適用されないのだから、同法所定の違反の効果は発生しない(たとえば、排除措置命令が下されることはない)。では他方、かかる独占禁止法違反の知的財産権の行使は、知的財産法上どのような帰趨を辿るのだろうか。もしそのような知的財産権の行使が、知的財産法上も認められない(たとえば侵害訴訟の提起であれば独占禁止法違反を理由に請求が棄却される)というのであれば、第2審査を併置して独占禁止法の適用を回避しても、競争上不当な結果はもたらされない。しかし私は、単に独占禁止法に違反するというだけでは当該知的財産権の行使は阻まれず、したがって、独占禁止法に違反する行為に対して(第2審査の結果)独占禁止法の適用を回避することは、不当な結果をもたらすと考えている。節を改めて、この点を検討しよう。

4 独占禁止法違反行為の知的財産法上の効果

知的財産権の行使が独占禁止法に違反する場合の当該知的財産法上の効果については、その独占禁止法上の効果に比べると充分には

議論が蓄積されていない。これは、知的財産諸法が、独占禁止法21条のような手掛かりとなるような明文規定を欠くからである。

もっとも、これまでに唱えられた数少ない学説は、独占禁止法に違反する知的財産権の行使を認めない(差止請求は棄却される)という点で、一致しているように思われる。たとえば、中山信弘教授による特許法の代表的体系書¹²を繙くと、「特許権という独占権は、産業発達に寄与するからこそ認められているものであり、産業発達にとってマイナスとなるような立法や解釈はすべきではない。特許法の解釈においても、独禁法の理念とするところは当然生かされて然るべきである。たとえば特許法における裁定実施権制度(83条・92条・93条)も、独占の抑止という観点を加味して解釈すべきであろうし、権利の範囲についても競争法的配慮を加味した解釈態度が必要となる場合もあろう。」との記述に接することができる。ここでは、特許法と独占禁止法の目的の共通性が強調され、特許権の行使が独占禁止法によって制約され得るという立場が明らかにされている¹³。

では、(裁定実施権や権利範囲といった)具体的な知的財産法制度の解釈論では、独占禁止法に反する知的財産権の行使を阻むことが困難なハードケースではどうか。この点について、先述した中山教授の体系書には記述がないが、その見解に大きな影響を与えたと思われる白石忠志教授は、次のように述べられる。「かりに、知的財産法分野での既存の常識的理解において権利行使とみられるような行為であっても、競争の観点から権利の行使と認められない行為については、本来の知的財産法の解釈としてはやはり権利行使と認めるべきではない。そのような処理は、現時点では権利濫用論に頼らざるを得ない場合もあるが、時間が経てば、知的財産法のなかに新たな理論として定着することになる。すなわち、権利行使とみられるような行為であるが権利行使と認められない、という行為が、法運用を重ね

¹² 中山信弘「特許法」(弘文堂、2010年)24頁。

¹³ 同書25頁注14では、著作権法についても言及があり、「著作権の成立、権利範囲等においても、競争法的考慮を加味して解釈がなされなければならない場合も多いと考えられる。」とされる。

るにつれて類型化されていき、次第に、権利行使とみられる行為であるとさえ認識されないようになるに至る。」¹⁴ この見解はすなわち、民事法一般に適用される権利濫用(民法1条3項)の抗弁の成否判断において、独占禁止法違反であるという事実が、一要素として考慮され得るということであろう¹⁵。

これに対して、独占禁止法に違反するという事実を、権利濫用という一般条項を介することなく、そのまま抗弁として主張できるという見解もある。たとえば、松本重敏博士¹⁶は、「特許権侵害を原因とする訴そのものが独占禁止法に違反する旨の主張は、抗弁として許容されるべきではないかと考える。」として上で、「特許権侵害を理由とする差止請求権の行使が独占禁止法違反に当たる、とする例としては特許実施権設定に当たり、輸出禁止、あるいは抱き合わせ等の拘束約款を実施権被許諾者に強制し、被許諾者がこれを拒否したために特許権を行使するという如きいわゆる不公正取引に当たる行為の強制のために特許権の行使がなされる場合の如きであるが、私的独占を実現するための手段として行使される如き場合もある。」とされる¹⁷。

しかし、権利濫用の抗弁であれ、独占禁止法違反の抗弁であれ、単に実体上の独占禁止法違反が、知的財産権の行使を阻む(侵害訴訟を棄却する)理由となるのだろうか。私は次の理由で、現行法の建て付けがそのような運用を想定していないと考えている。

まず、特許法においては、93条が、「公共の利益のため特に必要であるとき」に、特許発明の実施を望む者が、特許権者に通常実施権の許諾について協議を求めることを認め(1項)、また、協議が不成立・不能のときには経済産業大臣の裁定を請求することができる(2項)旨を定めている。この裁定実施権制度は、他の裁定実施権制度と同じく制定後一度も発動されたことはないが、ここにいう「公共の利益」に、国民の生命の保全が含まれることに争いはない¹⁸。つまり、特許法は、国民の生命保全という実体上の要保護性が極めて高い対抗利益についてすら、原則として特許権侵害の成立を認めた上で、しかし例外的に協議と裁定という2重の手続を経ることを条件に、特許権侵害の成立を阻却しているのである。そ

うであれば、仮に独占禁止法が定める違反要件を実体上充足する場合であっても、それは公正な競争秩序という(生命に比べると相対的には要保護性のより低い)経済的利益が害されているに過ぎないのであるから、それだけを理由に当然に特許権侵害の成立が阻まれると考えることは、整合性を欠くと言わざるを得ない。

他方で、形式的意義での特許法(典)が、望ましい競争秩序について全ての規範を書き切っており、そこに置かれた明文規定以外におよそ競争的思考を排除していると理解することもまた無理がある。実際これまでも、頒布権の消尽に関わる中古ゲームソフト事件¹⁹や、新規参入者排除を目的とした多数商標出願に関わる北海道新聞事件²⁰では、並行してなされた独占禁止法上の議論の影響を受けて、著作権法や商標法の権利「縮減」的解釈が行われた²¹。そうであれば、特許法93条にいう公共の利益についても、そこには国民の生命のような重大な利益のみならず、公正な競争秩序という経済的利益もが含まれ、協議と裁定という一定の手続の下で競争的考慮がなされることが予定されていると解すべきであろう²²。つまり、特許法93条が定める公共の利益のための裁定実施権は、独占禁止法に違反することを理由として設定されることもあり得るのであり、仮に裁定によって通常実施権が設定された場合には、その事実が特許権侵害訴訟

14 白石「独占禁止法」前掲注10・382頁。

15 同旨、田村善之「知的財産法(第5版)」(有斐閣、2010年)349頁。

16 松本重敏「特許発明の保護範囲(新版)」(有斐閣、2000年)322頁。

17 大江忠「要件事実知的財産法」(第一法規、2002年)131頁も、「独占禁止法違反の抗弁」を特許法における「差止請求訴訟の原則型」として認める。

18 中山信弘・小泉直樹編「新・注解特許法(上)」(青林書院、2011年)1325頁(森崎博之・松山智恵執筆)。中山・前掲注12・455頁。

19 最判平成14年4月25日民集56巻4号808頁。

20 特許庁審決平成11年3月10日平成9年審判第20756号～第20759号。

21 参照、白石「『知的財産法と独占禁止法』の構造」・前掲注10・507頁。

22 白石「技術と競争の法的構造」前掲注10・24頁注47、田村善之・前掲注15・349頁。これに対して、経済的理由による裁定請求の可能性をほぼ否定する見解として、中山・前掲注12・456頁。

における抗弁として機能すると考えられる。

ところで、特許法93条が経済産業大臣による裁定という手続を経ることを求めているのは、「公共の利益のため」に実施権を設定すべきか否かについては、司法による純粋な法的判断よりも、行政による政策的判断の方が尊重されるべきだからであろう。そうであれば、そのような行政による政策的判断主体が経済産業大臣のみであると考えする必要はない。国法体系の一貫性の観点からも、公正取引委員会という行政組織によって、望ましい競争秩序という政策的観点に照らして排除措置命令が下された場合には、やはりその事実が特許権侵害訴訟における抗弁になると解すべきであるように思われる。

結論として、特許権の行使が独占禁止法に違反することは、それ自体では特許権の行使を妨げない(侵害訴訟は認容される)が、①経済産業大臣の裁定によって通常実施権が設定された場合と、②公正取引委員会によって排除措置命令が下された場合には、被擬侵害者は、いずれもそのことを抗弁として主張することができる(侵害訴訟は棄却される)、ということになる。

これに対して、特許法以外の知的財産法においては、実用新案法23条と種苗法28条に公共の利益のための裁定実施制度が置かれているが、著作権法を初めとする他の諸法には同様の規定はない。したがって、実用新案権の行使については経済産業大臣による裁定実施権設定が、また育成者権の行使については農林水産大臣による裁定利用権設定が、それぞれ抗弁となるほか、他の諸法も含め全ての知的財産権の行使について²³公正取引委員会による排除措置命令が下されたことが、それを阻む抗弁になるものと解される。

5 おわりに

本稿の結論を要約すると、次のとおりとなる。

まず、知的財産権者が他人に対して、契約によって対人的な負担を課す行為は、そもそも知的財産権の行使ではないので、知的財産法の趣旨に照らすことなく、独占禁止法固有の観点からその違反の成否が判断される。

他方で、知的財産権者が他人に対して、知的財産法に基づいて対世的な負担を課す行為は、知的財産権の行使であるので、そのような行為を肯認している知的財産法の趣旨にも照らして、独占禁止法違反の成否が判断される。ここでは、知的財産法の趣旨に合致するという理由で、独占禁止法の適用そのものを回避する必要はない。

また、知的財産権の行使が独占禁止法に違反する場合には、知的財産法が競争の観点から縮限的に解釈されることもあるが、そのような解釈の限界を越えて、単に実体法上の違反要件を充たすだけで、当該行為が阻まれることはない。公正取引委員会による排除措置命令が下されるか、又は、知的財産法の定める公共のための裁定実施権等が設定されるなど、行政による政策的判断が介在して初めて、それを抗弁として当該権利行使は阻まれることになる。

23 なお、独占禁止法21条は、その行使が独占禁止法の適用を除外される知的財産権の種類を個別列挙しているが、それは例示列挙であり、そこに挙げられていない知的財産権(たとえば育成者権)についても含まれると解されている。参照、根岸編(和久井)前掲注5・537頁。なお、白石『独占禁止法』前掲注10・383頁注13も参照。