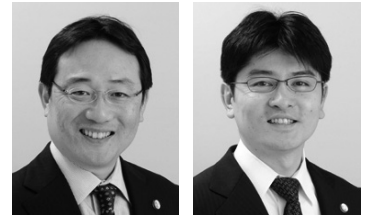


## 特集《ライセンス契約の実務》

# 特許ライセンス契約の 作成・交渉業務における 独占禁止法上の問題点



弁護士・弁理士 鮫島 正洋, 弁護士 柳下 彰彦

## 要 約

特許ライセンスと独禁法との関係を論じる切り口は種々考えられるが、特許ライセンス契約の作成・交渉業務に携わる者にとっての大きな関心は、同契約に設ける具体的な義務・制限条項が独禁法上問題となるか否かにあると考えられる。例えば、ライセンス交渉の場面では、ライセンシーになろうとする者は、自己に不利な義務を負わないように、当該義務を負わせようとするライセンサーになろうとする者に対して、当該義務が独禁法違反であると主張することもあり、逆にライセンサーになろうとする者は上記主張が認められないと反論することもある。そこで、こうしたライセンス交渉での実務を意識しつつ、本稿では、独禁法とガイドラインとの関係を論じることを試みる。具体的には、両者の関係の解説を試み、「不公正な取引方法」に関するガイドラインの事例を取り上げ、当該事例に対する独禁法の適用につき検討する。そして、各事例について想起される実務上の問題点についても検討し、最後に、実務ではガイドラインに掲載されていない事例に遭遇することもあるので、そのような場合に独禁法の適用をどのように考えるべきか考察する。

## 目次

1. はじめに
2. 独禁法の概要とガイドラインの関係性
  - (1) 独禁法の目的
  - (2) 独禁法上禁止される行為
  - (3) エンフォースメント
3. 独禁法と知的財産法
  - (1) 独禁法と知的財産法の法目的
  - (2) 独禁法と知的財産法の調整
  - (3) 独禁法の適用があるとされた場合
4. 特許ライセンスにおける具体的な義務・制限条項の「不公正な取引方法」該当性判断
  - (1) ガイドラインの記載
  - (2) 原則として不公正な取引方法に該当する制限行為（黒条項）
  - (3) 原則として不公正な取引方法に該当しない制限行為（白条項）
  - (4) 不公正な取引方法に該当する場合がある制限行為（灰色条項）
5. ガイドラインに記載のない類型における考え方についての一考察
  - (1) はじめに
  - (2) 想定事例1～ライセンス技術に係る製品に品質保持義務が課される場合～
  - (3) 想定事例2～サブライセンス権付きの非独占的

## ライセンス義務が課される場合～

- (4) 想定事例3～ライセンサーが特許保証をしない旨の宣言する場合～

## 6. 結語

### 1. はじめに

「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」いわゆる独占禁止法（以下「独禁法」という。）と、特許ライセンス契約との関係については、これまで様々なテーマが取り上げられ検討されてきた。例えば、ライセンス拒絶をテーマとして独禁法との関係を扱った報告<sup>(1)</sup>や、パテントプールをテーマとして独禁法との関係を扱った報告<sup>(2),(3)</sup>や、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下「ガイドライン」という。）の改正をテーマとしてライセンス契約との関係を検討した報告<sup>(4)</sup>や、ライセンス契約における非係争義務（非係争条項）についての独禁法上の問題を扱った報告<sup>(5)</sup>がある。

このように、取り扱うテーマとして種々のものが考えられるが、特許ライセンス契約の作成・交渉業務に携わる者にとっての大きな関心は、同契約に設ける具体的な義務・制限条項が独禁法との関係でどのような

問題があるか、にあると考えられる。

この点については、上記紹介した報告<sup>(3)</sup>で検討されているところであるが、その後平成21年に独禁法が改正され、課徴金の対象となる「不公正な取引方法」について要件が法令上定義されることとなり（同法2条9項1～5号）、課徴金の対象とならない「不公正な取引方法」は引き続き一般指定で規定されることとなった（同項6号）。さらに、平成22年1月1日にガイドラインも改正されているところ、筆者らとしては、独禁法上の「不公正な取引方法」と、ガイドラインとの関係についての検討・解説が必要ではないかとの問題意識を持っていた。

そこで、本稿においては、まず、後記「2」において、独禁法の概要を説明した上で、後記「3」において、独禁法と知的財産法との関係について説明する。ここで、平成21年改正独禁法と、ガイドラインとの関係を整理する。

次いで、後記「4」において、上記整理に基づき、「不公正な取引方法」に関してガイドラインに紹介されているいくつかの事例につき独禁法上の問題点を論じる。より具体的には、ガイドラインの記載を参照しながら、当該事例につき独禁法が適用されるのか（同法21条の適用の問題）、適用される場合に当該事例が「不公正な取引方法」に該当するのか（同法2条9項6号の適用の問題）について、公正競争阻害性の判断や実務上の指針を含め、それぞれ検討する。その後、実務ではガイドラインに紹介されていない事例に遭遇することもままあることに鑑み、こうした事例を仮想した上で、当該仮想事例に対して独禁法及びガイドラインに基づき「不公正な取引方法」の該当性をどのように判断すればよいか考察する。

## 2. 独禁法の概要とガイドラインの関係性

### (1) 独禁法の目的

独禁法1条には、

この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、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ことを目的とする。

と規定されている。この条文を分説すると、

- ①私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、
- ②(ア)公正且つ自由な競争を促進し、(イ)事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、
- ③一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ことを目的とする。

となるところ、第1条の解釈については、①は独禁法が何を定めているか（何を定めるために制定されたか）を示し、②はそれによって実現されるべき政策目標（(ア)）とその効果（(イ)）を、③では②が何のためにあるのか（政策目標の国民経済的意義）を明らかにしている、と理解するのが通説的見解とされている。そして、独禁法の直接の目的は、②(ア)の「公正且つ自由な競争を促進」することにあるとされている<sup>(6)</sup>。このことから、独禁法の目的は、公正で自由な競争の「場」の確保にあって、競争者を公正に保護すること自体を目的としているわけではないことに留意が必要である。

### (2) 独禁法上禁止される行為

独禁法1条（同条を分節した上記①）には「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し」と規定されていることからわかるとおり、独禁法では、①「私的独占」、②「不当な取引制限」及び③「不公正な取引方法」の各行為が禁止される（独禁法3条、19条）。そこで、以下では、「私的独占」、「不当な取引制限」、「不公正な取引方法」の内容につき簡単に説明する。

#### ア 私的独占

私的独占については、独禁法2条5項で、

この法律において「私的独占」とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定

の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。

と定義されている。すなわち、以下の①～③の各要件を満たすと「私的独占」に該当することになる。

- ①単独に限らず複数の事業者（行為主体）が、
- ②他の事業者の事業活動を排除又は支配する（行為態様）ことによって
- ③公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する（対市場効果）

そして、公正取引委員会の「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」では、排除行為の典型例として、(a)低価格販売、(b)排他的取引、(c)抱き合わせ、(d)供給拒絶・差別的取り扱い、が挙げられている。

知的財産の利用が私的独占との関連で問題となる事例として、パテントプールが挙げられる。パテントプールとは、複数の事業者が保有する特許権について（上記①）、一つのプールに集積することによって、ライセンス許諾を一括で行い、当該複数特許権にかかる技術の利用性を高めることが本来の目的であるが、その運用如何によっては、ライセンシー（他の事業者）の事業活動を支配することになり（上記②）、結果として、公共の利益に反し、競争を実質的に制限することにつながるからである（上記③）。例えば、特許権の実施許諾主体であるプールの運営者が、あまねく公平な条件で実施許諾している場合、上記のような、独禁法との抵触は起こりづらいが、特定の資本関係を有するものに限定して許諾したり、差別的な条件でライセンスを行うような場合には、独禁法との抵触が顕在化することが考えられる。

パテントプールと独禁法との関係については、ガイドライン（第3）及び「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方（平成19年9月28日改正）」で公正取引委員会の見解が詳しく解説されている。これを敷衍する司法判断としては、パチスロ機に関するパテントプールが独禁法に違反するか否かが争われた事案における下記判決が挙げられる。

この判決では、「パテントプールの仕組みは、複数の権利者が所有する特許権等を相互に使用可能とすることにより、当該特許権等の利用価値を高め、権利者間の技術交流を促進するなどの効果を有するも

のであり、それ自体は・・・『特許権等の行使』に該当するもの（で）あるから、独禁法21条により、原則として独禁法の適用を受けないものであり、したがって、パテントプールという方式を採用していること自体が、直ちに独禁法に違反するというものではない。もっとも、当該パテントプールの運用の方針、現実の運用が、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。」と判示されている（東京高判H15・6・4）。

#### イ 不当な取引制限

不当な取引制限については、独禁法2条6項で、この法律において「不当な取引制限」とは、事業者が、契約、協定その他何らの名義をもつてするかを問わず、他の事業者と共同して対価を決定し、維持し、若しくは引き上げ、又は数量、技術、製品、設備若しくは取引の相手方を制限する等相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。

と定義されている。同項中で「他の事業者と共同して・・・相互にその事業活動を拘束し、又は遂行する」とあることからわかるように、不当な取引制限が禁止される（独禁法3条後段）のは、第一義的にはカルテルを規制するためである。そして、カルテルの態様としては、(a)価格カルテル、(b)数量制限カルテル、(c)取引先制限カルテル・市場分割カルテル、(d)入札談合が挙げられる。

知的財産の利用が不当な取引制限との関連で問題となる事例としては、共通の制限を課した上で（例えば、販売価格、販売数量、販売先の制限）、ライセンサーが複数の事業者にライセンスをするような場合が挙げられる。実際に、マンホールの実用新案権を有する製造業者が、複数の同業者に当該実用新案権をライセンスした上で、販売価格、販売数量比率、販売先等を共同で決定していた事案において、公正取引委員会は、販売数量の決定は実用新案権の正当な行使であり、独禁法違反行為に当たらないとの実用新案権者の主張を退け、上記販売数量比率等の決定を破棄しなければならない等の審決をした（日之

出水道事件・審判審決 H6・9・10)。

#### ウ 不公正な取引方法

不公正な取引方法については、独禁法2条9項で、

この法律において「不公正な取引方法」とは、次の各号のいずれかに該当する行為をいう。

- 一 共同の取引拒絶
- 二 差別対価
- 三 不当廉売
- 四 再販売価格の拘束
- 五 優越的地位の濫用
- 六 前各号に掲げるもののほか、次のいずれかに該当する行為であつて、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するもの
  - イ 不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと。
  - ロ 不当な対価をもつて取引すること。
  - ハ 不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。
  - ニ 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもつて取引すること。
  - ホ 自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること。
  - ヘ 自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引を不当に妨害し、又は当該事業者が会社である場合において、その会社の株主若しくは役員をその会社の不利益となる行為をするように、不当に誘引し、唆し、若しくは強制すること。

冒頭「1」において述べたとおり、これら各行為のうち、1～5号については課徴金の対象となる「不公正な取引方法」であり、本改正によってその要件が法令上定義されたのに対し、6号は課徴金の対象とならない「不公正な取引方法」であり、引き続き下記③に示すとおり、公正取引委員会による指定(一般指定)で規定される。すなわち、6号については、以下の①～③の各要件を満たすと「不公正な取引方法」に該当することとなる。

①同号イ～へに定める行為であつて

ここで、同号イ～への「不当」とは、公正競争阻害性を意味するものと解されている<sup>(7)</sup>。

#### ②公正な競争を阻害するおそれがある(公正競争阻害性)

ここで、公正競争阻害性には3つのタイプがあるとされている<sup>(8)</sup>。

(a) 自由競争の減殺(競争回避と競争排除)  
競争の実質的制限に該当する市場支配力を形成、維持、強化するような行為や、市場支配力よりも低いレベルの力、又はその前段階の(萌芽的な)力を形成、維持、強化する行為、及び力の程度は市場支配力と同程度であるがその行使を促進し又は強化等の程度は低い場合にも自由競争減殺は認められる。さらに、公正な競争を阻害する「おそれ」で足りるので、実際に阻害されることや、高度の蓋然性までは求められない。

(b) 競争手段の不正  
例えば、消費者を誤認させて顧客を獲得しようとする表示をすることが挙げられる。

(c) 自由競争の基盤の侵害  
取引主体が取引の許否・取引条件について自由で自主的に判断することによって取引が行われることが自由競争の基盤であり、そのような基盤が侵害されることを不当だとする。

#### ③公正取引委員会が指定(一般指定<sup>(9)</sup>、特殊指定)

ここで、一般指定における「不当に」、「正常な商慣習に照らして不当に」、「正当な理由がないのに」という文言も、独禁法2条9項6号イ～への「不当に」等と同じもの(不正競争阻害性)と解されている<sup>(7)</sup>。

ところで、ガイドラインの「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方」においては、不公正な取引方法に該当すると判断される事例ごとに、対応する一般指定の各項が併記されている。それゆえ、ガイドラインでは、技術の利用に係る制限行為が「不公正な取引方法」となるか否かを判断する場合に、独禁法2条9項6号の該当性を問題としていると考

えることができる。

また、ガイドラインの「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方」の「1 基本的考え方」の「(2)」「(3)」では、公正競争阻害性について、以下のように論じられている。

(2) 不公正な取引方法の観点からは、技術の利用に係る制限行為が、一定の行為要件を満たし、かつ、公正な競争を阻害するおそれ(以下「公正競争阻害性」という。)があるか否かが問題となる。本指針において、公正競争阻害性については、第2-3に述べた競争減殺効果の分析方法に従い、……

(中略)

(3) 公正競争阻害性については、上記①及び②のほか、競争手段として不当かどうか、また、自由競争基盤の侵害となるかどうかを検討すべき場合があり、その際は、ライセンシーの事業活動に及ぼす影響の内容及び程度、当該行為の相手方の数、継続性・反復性等を総合的に勘案し判断することとなる。

(中略)

(4) 以下では個別の制限行為に即し、前記(2)の公正競争阻害性(競争減殺のおそれ)の有無を中心とした考え方を述べる。

以上に鑑みると、上記(2)では「……公正競争阻害性については、第2-3に述べた競争減殺効果の分析方法に従い……」と記載されていることから、上記(a)自由競争の減殺タイプの公正競争阻害性を念頭においており、「(3)」では「……競争手段として不当かどうか、また、自由競争基盤の侵害となるかどうかを検討すべき場合があり……」と記載されていることから、上記(b)競争手段の不正タイプ、(c)自由競争の基盤の侵害タイプの公正競争阻害性を念頭においているものと考えられる。そして、「(4)」で「以下では個別の制限行為に即し、前記(2)の公正競争阻害性(競争減殺のおそれ)の有無を中心とした考え方を述べる。」としているので、ガイドラインに記載された「不公正な取引方法」で論じられている「公正競争阻害性」は、主に上記(a)のタイプのものを想定していると考えることができる。

このように、知的財産の利用に係る制限行為が不

公正な取引方法と判断されるか否かにおいては、上記(a)自由競争の減殺タイプの「公正競争阻害性」が主として問題となる。実務上重要なのはその判断基準であるが、ガイドラインでは、「競争減殺効果の分析方法」と題し、

技術の利用に係る制限行為によって市場における競争が減殺されるか否かは、制限の内容及び態様、当該技術の用途や有力性のほか、対象市場ごとに、当該制限に係る当事者間の競争関係の有無、当事者の占める地位(シェア、順位等)、対象市場全体の状況(当事者の競争者の数、市場集中度、取引される製品の特性、差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等)、制限を課すことについての合理的理由の有無並びに研究開発意欲及びライセンス意欲への影響を総合的に勘案し、判断することになる。

と記載されている(第2-3)。

上記判断基準によれば、判断要素としては

- ①制限の内容及び態様
- ②技術の用途や有力性
- ③対象市場における当事者間の競争関係の有無
- ④対象市場における当事者の占める地位
- ⑤対象市場全体の状況
- ⑥制限を課すことについての合理的理由の有無
- ⑦研究開発意欲及びライセンス意欲への影響

が挙げられており、事案ごとにこれらの各要素の強弱を総合的に考慮することになるが、その考慮手法については特に定められておらず、いかなる考え方を採用すべきかは不明であった。本稿においては、後記「4」で、具体的な事案に即し、上記判断要素を用いた「公正競争阻害性」の判断を試みる。

### (3) エンフォースメント

上記「(2)」で説明した「私的独占」、「不当な取引制限」、「不公正な取引方法」があった場合、独禁法上どのような制裁がなされるのか、同法のエンフォースメントについて次に説明する。

独禁法のエンフォースメントの柱として、①違反行為に対する行政処分(排除措置命令・課徴金納付命

令), ②刑事罰, ③私人による民事責任の追求の3つを挙げることができる。以下それぞれにつき説明する。

ア 行政処分 (排除措置命令・課徴金納付命令)

i 排除措置命令

公正取引委員会は、私的独占、不当な取引行為があった場合、事業者に対し、当該行為の差止めその他当該違反行為を排除するために必要な措置を命ずることができる (独禁法7条1項)、不公正な取引方法があった場合、事業者に対し、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置を命ずることができる (同20条1項)。

ii 課徴金納付命令

公正取引委員会は、不当な取引制限又は私的独占 (支配的私的独占に限る) の各行為があった場合、当該行為を行った期間 (3年を限度) につき、原則として商品又は役務の所定の売上額の10%の課徴金の納付を命ずることができる (独禁法7条の2第1項, 第2項)。同様に、私的独占 (排除的私的独占に限る) の行為があった場合は、公正取引委員会は、当該行為を行った期間 (3年を限度) につき、原則として所定の売上額の6%の課徴金の納付を命ずることができる (同条4項)。

不公正な取引方法 (ただし、同法2条9項1～5号に該当するものに限られる。) があった場合には、公正取引委員会は、上記と同様に、当該行為を行った期間 (3年を限度) につき、原則として所定の売上額の原則3% (同法2条9項5号の場合は原則1%) の課徴金の納付を命ずることができる (同法20条の2～6)。

他方、同法2条9項6号に規定される不公正な取引方法は、課徴金納付命令の対象とはなっていない。

イ 刑事罰

私的独占、不当な取引制限に対しては、行為者は5年以下の懲役及び/又は500万円以下の罰金 (独禁法89条1項1号, 92条)、法人 (会社) は5億円以下の罰金 (同95条1項1号)、法人 (会社) の代表者は500万円以下の罰金 (同95条の2) に処せられる。

また、談合 (不当な取引制限の一態様) があった場合は、行為者は2年以下の懲役又は250万円以下の罰金に処せられる (刑法96条の3第2項)。

ウ 私人 (被害者) による民事責任の追及

私的独占等により被害を受けた被害者は、事業者 (会社) に対して損害賠償を請求することができる (独禁法25条1項)。この損害賠償責任は無過失責任である (同条2項)。ただし、損害賠償請求は排除措置命令等の確定後でなければ請求することができず、3年で消滅時効にかかる (同26条)。また、被害者は、不法行為責任に基づき損害賠償の請求をすることも可能である (民法709条)。

不公正な取引方法に対しては、利益を侵害され又はそのおそれがある者は、一定要件下で差止請求をすることができる (独禁法24条)。

3. 独禁法と知的財産法

(1) 独禁法と知的財産法の法目的

独禁法の究極の目的は、同法1条にあるとおり「国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」にある。一方、知的財産法のうち特許法の目的は「産業の発達に寄与すること」にある (特許法1条)。このように、独禁法と知的財産法とは、経済・産業の発達を究極的な目的とする点で共通しており、相互補完して機能するものと解釈するのが通説的見解である<sup>(10)</sup>。

もっとも、知的財産法では法目的達成の手段となっている知的財産権の排他的支配・利用が、独禁法では禁止されている、他の事業者 (競争者) の事業活動の排除・制約につながる場面も想定されるので、独禁法と知的財産法とが緊張関係に立つ場合も考え得る。このような場合の調整規定として、独禁法21条が設けられている。

(2) 独禁法と知的財産法の調整

独禁法21条には、

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。

と規定されている。ここで注目すべきことは、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行為」にはこれを適用しないと規定しているのではなく、あくまでも、これら知的財産法による「権利の行使と認められる行為」についてのみ、独禁法が適用されない旨が規定されているという点にある。そこで、独禁法と知的財産法を調整するにあたり、まず、第1の段階として、「権

「権利の行使と認められる行為」とは何か、ということが問題となる。なぜならば、「権利の行使と認められる行為」であれば、原則として、独禁法が適用されず、知的財産法による知的財産権の独占が適法とされるのに対し、「権利の行使と認められる行為」でなければ、原則として、独禁法が適用され、結論はその逆になるからである。

ここで、「権利の行使と認められる行為」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を意味する。典型的には、取得した特許権に基づいて、当該特許発明の実施者に対して差止請求訴訟をする行為である。また、当該特許発明の実施者に対して、実施許諾する行為も「権利の行使と認められる行為」の代表例である。

「権利の行使と認められる行為」にあたるかどうかは基本的には行為の外形から決定されるべきであり、独禁法の適用判断のこの段階で、行為の目的や意図等の内実が判断されることはないのが原則論である。そして、行為の外形からみて権利の行使と認められる行為は「権利の行使とみられる行為」と呼ばれる<sup>(11)</sup>。

もっとも、ガイドラインの「第2」の「1」では、「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ふ、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とされており、上記「権利の行使とみられる行為」判断における形式主義を修正しているように見える。

このような形式主義の修正は、独禁法の適用の有無を線引きした独禁法21条の趣旨を潜脱する可能性があることから独禁法体系上の問題を生じ得、また、何が適法で何が違法かの判断を不明確にするものであるから、実務上も妥当であるかどうかという議論は起こりうるであろう。

ただ、実際問題として、第三者に対する排他権である知的財産権は、その権限も強力であるがゆえに、権利行使の態様・方法等によっては、独禁法の目的である公正自由な競争基盤の確保に悖る事態を生じうることから、ガイドラインは、あえてこのような記載に踏み切ったものであると考えることができる。例えば、

特許権を業として実施しないことが明らかである者が、投機目的で特許権を買いあさり、これを、不当な高値をもって、実施者に対してライセンス交渉をするような行為は、当該技術市場に対する投資を減退させ、健全な努力をしてきた実施者の投資を無にする行為であり、ひいては、技術の活用を阻害するものであるとともに、特許法の目的である技術の進歩、産業の発展にも反する行為であるから、そのような権利行使と認められる行為の程度・規模、及び、これにより競争に与える影響の大きさによっては、独禁法による規制の対象となるべきものであるとも考えられる。

以上の説明をフローチャートに図示すると図1のようになる。

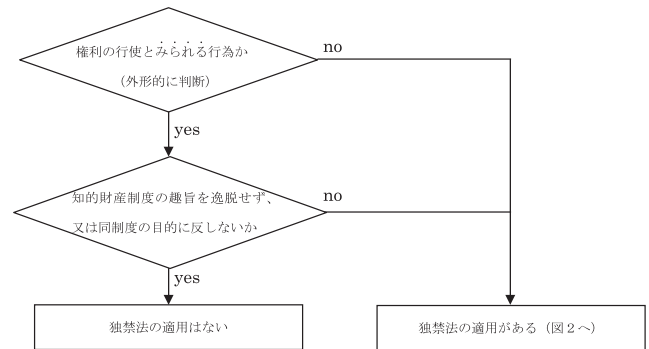


図1 独禁法21条の適用

### (3) 独禁法の適用があるとされた場合

上記「(2)」において「権利の行使と認められる行為」ではないとされると、独禁法の適用があると評価され、具体的には、問題となる事例が、独禁法上禁止される「私的独占」、「不当な取引制限」、「不公正な取引方法」に該当するか否かが判断される。

そして、これらのいずれかに該当すると判断された場合には、上記「2」「(3) エンフォースメント」で記載したように、違反の態様に応じて、排除措置命令、課徴金納付命令等の各制裁が課されることとなる。

ここで、上記「2」「(2)」「ウ 不公正な取引方法」で説明したように、ガイドラインの「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方」では、技術の利用に関する制限行為につき独禁法2条9項6号の該当性が問題とされていると考えられる。したがって、当該制限行為(特許ライセンス契約を例に取れば、義務・制限条項を設ける行為)が「不公正な取引方法」に該当するか否かについては、同号の3つの要件((a)同号イへに定める行為、(b)公正競争阻害性<sup>(12)</sup>、(c)一般指定

に該当すること)の各該当性が検討され、3つの要件が満たされると判断された場合には、契約条項の削除等の排除措置命令がされることになる。

また、上記(a)～(c)の該当性判断において最も問題となるのは、(b)公正競争阻害性の判断であるが、公正競争阻害性は、前記「2」「(2)」「ウ」で説明したように、①制限の内容及び態様、②技術の用途や有力性、③対象市場における当事者間の競争関係の有無、④対象市場における当事者の占める地位、⑤対象市場全体の状況、⑥制限を課すことについての合理的理由の有無、⑦研究開発意欲及びライセンス意欲への影響の各要素の強弱を総合的に考慮して判断することになる。

なお、技術の利用に関する制限行為が不公正な取引方法であると判断された場合でも、課徴金納付の制裁が課されることはない(上記「2」「(3) エンフォースメント」の「ア」「ii」参照)。

以上の説明のうち、「不公正な取引方法」の該当性判断をフローチャートに図示すると図2のようになる。

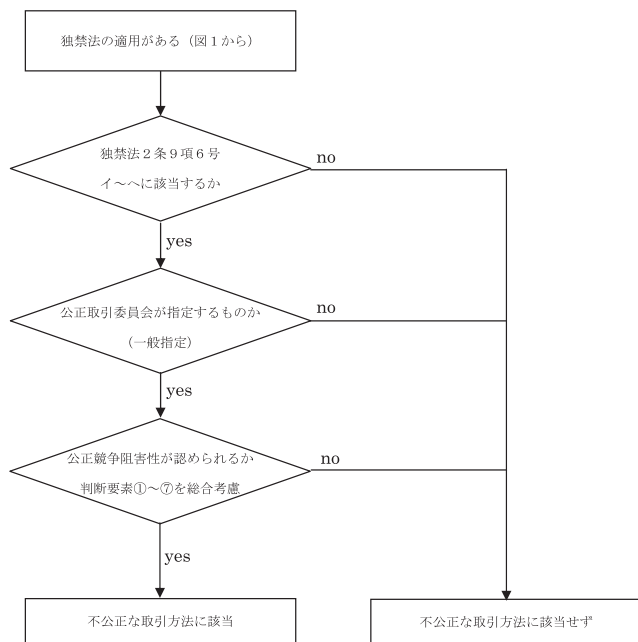


図2 「不公正な取引方法 (6号)」 該当性の判断

#### 4 特許ライセンスにおける具体的な義務・制限条項の「不公正な取引方法」 該当性判断

##### (1) ガイドラインの記載

ガイドラインにおいては、問題となる各事例を、「原則として不公正な取引方法に該当する制限行為」、「不公正な取引方法に該当する場合がある制限行為」、「原則として不公正な取引方法に該当しない制限行為」の

3つの類型に分類している。これら類型は、それぞれ、従来の「黒条項」、「灰色条項」、「白条項」に対応するものである。

ガイドラインに掲載されている全事例を上記3つの類型に分類することについては、従前の報告<sup>(4)</sup>や公正取引委員会の資料<sup>(13)</sup>ですでに整理されているところである。このため、全事例の3類型への分類はこれら資料に譲ることにして、本稿では、各類型に分類される事例をいくつかピックアップし、当該事例につき、ガイドラインの記載を参照しつつ、上記フローチャート(図1, 2)にあてはめた解説を試み、その後実務上の問題点を検討する。このような解説を試みる理由は、独禁法(法律)とガイドラインとの関係を明確化するとともに、実務(特許ライセンス契約の条項の作成・交渉業務)においてガイドラインに紹介されていない事例にぶつかった場合でも、上記あてはめをすることによりガイドラインを参照しつつ独禁法の規定に沿った判断が可能となって、「不公正な取引方法」の該当性判断に役に立つと考えられるからである。

##### (2) 原則として不公正な取引方法に該当する制限行為 (黒条項)

###### ア 販売価格・再販売価格の制限

###### (ア) ライセンサーの思惑

特許ライセンス契約の交渉段階において、ライセンサーからライセンス技術に係る製品の販売価格、第三者の再販売価格を所定の金額以上とする条項を挿入するように要求されることがある。ライセンサーがこうした要求をするのは、ライセンス収入の確保や、ライセンサー自身も競争品を製造している場合に、市場での価格をコントロールしたいという思惑があるからであると推測される。

###### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の要求については、ガイドラインでは、これを「販売価格・再販売価格の制限」をする行為として、技術の利用に制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ライセンサーがライセンサーに対し、ライセンス技術を用いた製品に関し、販売価格又は再販売価格を制限する行為は、ライセンサー又は当該製品を買い受けた流通業者の事業活

動の最も基本となる競争手段に制約を加えるものであり、競争を減殺することが明らかであるから、原則として不公正な取引方法に該当する（一般指定第12項）。

(ウ) フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「販売価格・再販売価格の制限」をする行為への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1, 2）にあてはめて考える。

ライセンス技術を用いた製品の販売価格や再販売価格を制限する行為は、そもそも特許権の排他的な効力から導かれるものではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に、図2のフローチャートに沿って考える。

販売価格や再販売価格を制限する行為は、本来はライセンシーが自由に価格設定をすることができると鑑みれば、「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と解釈されるので、独禁法2条9項6号ニに該当する上、一般指定の12項<sup>(14)</sup>にも該当する。加えて、ガイドラインに示されるように、販売価格や再販売価格の制限は競争を減殺することが明らかであるから、ライセンシーの市場での競争力が減殺される結果、自由競争が減殺されることになるので、公正競争阻害性の第1のタイプ（上記「2」「(2)」[ウ]参照）にあたる。

そうすると、図2に図示した3つの要件が全て満たされることとなり、ガイドライン記載のとおり、「原則として不公正な取引方法に該当する」ことになる。

ガイドラインは、「原則として」と規定しているので、何らかの例外を論じる余地があるとも考えられるが、販売価格や再販売価格の制限が競争を減殺する程度が極めて大きいことを前提に考えると、これを容易に想定することはできない。強いて言えば、災害からの復旧促進及び被災者支援のため、特許権者がそのライセンスの対象となっている特定の建材について一定額以上では販売しないように申し入れるなど、非常事態的な背景と、独禁法の法目的を凌駕する高度の公共性を具備し、なお、例外として認められるかどうかという

レベルであろうと思われる。

イ 改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務

(ア) ライセンサーの思惑

ライセンサーが改良技術の譲渡義務（アサインバック）又は独占的ライセンス義務（独占的ライセンスのグランドバック）を要求するのは、改良技術はあくまでライセンス技術に係る特許発明を利用したものであるから、同改良技術についてライセンシーに自由な実施及び自由なライセンスをさせたくないという思惑があるからと考えられる。

(イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の要求については、ガイドラインでは、これを「改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務」を課す行為として、その他の制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンシーが開発した改良技術について、ライセンサー又はライセンサーの指定する事業者はその権利を帰属させる義務、又はライセンサーに独占的ライセンス・・・をする義務を課す行為は、技術市場又は製品市場におけるライセンサーの地位を強化し、また、ライセンシーに改良技術を利用させないことによりライセンシーの研究開発意欲を損なうものであり、また、通常、このような制限を課す合理的理由があるとは認められないので、原則として不公正な取引方法に該当する・・・（一般指定第12項）。

(ウ) フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務」を課す行為への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1, 2）にあてはめて考える。

改良技術とはいえ、当該技術に係る発明は新規な発明であって、当該発明に基づく特許を受ける権利は原始的に発明者に帰属する（特許法29条1項柱書き）。そして、当該発明者がライセンシーの従業員である等一定の要件を満たせば、当該新規な発明は職務発明と評価され、一定要件下でライセンシーが特許を受ける権利を承継することに

なる（特許法 35 条 1 項, 2 項）。そうすると、ライセンサーが、ライセンシーに対して、改良技術に係る発明につき特許を受ける権利の譲渡を請求し又は独占的ライセンスの許諾を請求することは、特許権の排他的効力からは導き得ないことになる。それゆえ、図 1 において、外形的に判断しても、改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務を課すことは「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に、図 2 のフローチャートに沿って考える。

改良技術の譲渡義務や独占的ライセンス義務をライセンシーに課すことは、ガイドラインに記載されるように、技術市場又は製品市場におけるライセンサーの地位を強化し、ライセンシーの研究開発意欲を損なうものであるから、「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と解釈され、独禁法 2 条 9 項 6 号ニに該当する上、一般指定の 12 項にも該当する。加えて、市場におけるライセンサーの地位の強化は、ライセンサーの市場支配力を強化し自由競争を減殺することにつながるのので、公正競争阻害性の第 1 のタイプ（上記「2」「(2)」「ウ」参照）にあたる。

そうすると、図 2 に図示した 3 つの要件が全て満たされることとなり、「不公正な取引方法」に該当することになる。

#### (エ) 実務上の問題点：譲渡義務・独占的ライセンス義務は常に違法か？

以上がガイドラインの考え方を独禁法にあてはめて解釈したものであるが、ライセンシーに対して改良技術につき譲渡又は独占的ライセンス義務を課すことは、常に「不公正な取引方法」に該当するのかが問題となる。

例えば、ライセンサーがウイルス株に関する技術と特許権を有しており、ライセンシー（ワクチンの製造販売会社）に対して同ウイルス株を供与するとともに、同特許権のライセンスをして、ライセンシーによる同ウイルス株を用いた新規のワクチンの開発を許可した場合において、ライセンス契約においては、「ライセンシーが改良して得た（又は発見した）ウイルス株はライセンサーに譲渡する」との義務を課した場合を想定する。この義務は、ガイドラインの原則的な考え方によれ

ば独禁法違反となることは明らかであるが、これには一切の例外が認められないとしたら、不合理な結果を招くこともあり得る。

具体的には、ライセンサーがこのような特異なウイルス株を研究するベンチャー企業であり、当該研究分野が、今後の我が国の基幹産業として期待されている状況において、海外の大資本のライセンシーが研究開発力に物をいわせてワクチン製造技術のみならず、ウイルス株という当該ベンチャー企業と競合する領域において改良特許を出願することを容認すれば、公正な競争基盤の源泉である、我が国の産業競争力を減殺させることになる。

このような場合においても、実直かつ形式的に独禁法により改良発明の譲渡等の義務を課すことが禁じられるとすれば、我が国法による、我が国の将来産業の成長規制となることは明白であり、そこに自ずから独禁法と現実との調整という考え方が採用されても不合理であるとは言えまい。

例えば、譲渡義務の対象となる改良されたウイルス株に関する特許権の範囲が十分に限定されている場合（例：当該ベンチャー企業の技術ノウハウを利用して得られる発明など）や、譲渡義務の対象となる期間が限定されている場合（例：ライセンス契約締結の日から 3 年以内に生み出された発明）等、制限の内容や態様（公正競争阻害性の判断要素①：「2」「(2)」「ウ」に記載した判断要素であり、以下同様の形式で用いる。）からみて妥当性が認められる場合も考えられる。

また、ライセンシーが新規のウイルス株を保有しても事業上の意義がない場合には、新規ウイルス株をライセンサーに譲渡したとしても、ライセンシーの研究開発意欲が減退することも考えにくい（公正競争阻害性の判断要素⑦）。

さらに、例えば、ウイルス株に基づくワクチンの開発が保険衛生上ひっばくした課題ではない場合（例えば、豚インフルエンザのように致死率が高くはないウイルスに対するワクチンを開発する場合）には、技術の用途や有力性（公正競争阻害性の判断要素②）がそれほど高くなく、新規ウイルス株の保有をライセンサーに独占させることに一定の合理性がある場面も生じうる。

このように、様々な状況が重なれば、総合的に考えて、改良技術につき譲渡又は独占的ライセンス義務をライセンサーに課しても「公正競争阻害性」が認められない場合も十分にあり得る。

なお、この点につき、ガイドラインには「ライセンサーが開発した改良技術が、ライセンス技術なしには利用できないものである場合に、当該改良技術に係る権利を相応の対価でライセンサーに譲渡する義務を課す行為については、円滑な技術取引を促進する上で必要と認められる場合があり、また、ライセンサーの研究開発意欲を損なうとまでは認められないことから、一般に公正競争阻害性を有するものではない。」とある（第4 5（8）ウ）。しかし、上記「2」「（1）」で説明したように、独禁法の直接の目的が「公正且つ自由な競争を促進（公正競争の場を提供）する」という公共の利益にあると鑑みれば、「相応の対価」で譲渡するという個人間の契約が「公正競争阻害性」を単独で否定する根拠となるのかという点については、さらに検討を要するところである。

### （3）原則として不公正な取引方法に該当しない制限行為（白条項）

#### ア 権利の一部の許諾

##### （ア）ライセンサーの思惑

ライセンス契約において実施行為、利用期間、利用分野を制限するのは、当該制限された範囲以外においては、ライセンサー自らが実施する又は他のライセンサーにライセンスしたいという思惑があるからと考えられる。

##### （イ）ガイドラインの記載

上記「（ア）」の制限については、ガイドラインでは、これを「権利の一部の許諾」として、技術の利用範囲を制限する行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

#### ア 区分許諾

例えば、特許権のライセンスにおいて生産・使用・譲渡・輸出等のいずれかに限定するというように、ライセンサーがライセンサーに対し、当該技術を利用できる事業活動を限定する行為は、一般には権利の行使と認められるものであり、原則として不

公正な取引方法に該当しない。

#### イ 技術の利用期間の制限

ライセンサーがライセンサーに対し、当該技術を利用できる期間を限定することは、原則として不公正な取引方法に該当しない。

#### ウ 技術の利用分野の制限

ライセンサーがライセンサーに対し、当該技術を利用して事業活動を行うことができる分野（特定の商品の製造等）を制限することは、原則として不公正な取引方法に該当しない。

#### （ウ）フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「権利の一部の許諾」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1、2）にあてはめて考える。

区分許諾、技術の利用期間の制限、技術の利用分野の制限は、いずれも特許法77条2項又は78条2項の「設定行為で定められた範囲」のものとして評価される<sup>(15)</sup>ので、外形的に「権利の行使とみられる行為」といえる上、「権利の行使と認められる行為」にも該当すると解される。そうすると、そもそも独禁法の適用がないことになる（図1）。

したがって、図2の検討をするまでもなく、上記3つの制限につき独禁法上問題は無いこととなる。

#### （エ）実務上の問題点

権利の一部許諾の問題と隣接する問題に、製造数量上限を定める条項の適否が論じられている。製造数量上限条項自体は、特許ライセンスを得て製造できる数量の上限を制限する条項に過ぎないので、外形上「権利の行使と認められる行為」であると考えられる。

この点、ガイドラインでは、「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合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第12項）」と記載されており、一見すると違法であると断じているような印象を受けるが、実際は①「市場全体の供給量を制限する効果がある場合」及び②公正競争阻害性の二つのハードルを越えて初めて違法となるものである。

製造数量上限条項のリーディングケースが、マンホール鉄蓋事件（平16（ワ）10298号、平成18年1月16日大阪地裁判決）である（すでに紹介したマンホールに関する事件とは別事件である）。このケースにおいては、原告（特許権者）は、被告（実施権者）との間で、製造数量について下記のとおり製造数量上限条項を締結した。

「第4条（許諾数量）

- 一 被告が本契約の有効期間内に製造し、販売することのできる本製品の数量・・は、380組を上限とする。
- 二 被告が前項に定める許諾数量を超えて本製品を販売する場合、被告は、その超過数量相当の本製品の製造を原告に委託するものとし、原告は被告のブランドを付した本製品を被告に供給するものとする。」

この判例で注目すべきなのは冒頭の判示である。

「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、・・・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である。」

その後、本判例は、①「市場全体の供給量を制限する効果があるかどうか」、という論点について、以下のように判示した。

「本件においては、原告は、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借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。そして被告が主張するように、原告が各製造業者に対する許諾数量を決定する場合に、まず人孔鉄蓋について各自治体における一年間の推定総需要なるものを決めて、その二

五％を原告の取り分として除いた上で、残りの七五％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、それにより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的に行われているとすれば、具体的事情によっては独占禁止法上の問題が生じ得る可能性があるといえる。」

つまり、判例は、特許権以外の方法によって支配的地位を獲得し、これを守るために製造数量上限を定めて、市場における需給調整を行う場合には、独占禁止法上の問題が生じうるという前提の下、被告の主張する「原告が一年間の総需要を推定し、うち25％が原告の取り分となるように製造上限を決定している」というのであれば、実質的な需給調整に該当するから、違法という文脈で判断しようとした。しかし、このケースでは、被告はこの主張に相当する証拠を提出することができなかった。

本来であれば、裁判所はこれ以上の事柄について判断する責務を負わないはずであるが、この判例は「仮に原告がそれを行っているとしても」と延べ、本件のケースにおいて、下記のとおり、②公正競争阻害性の有無を認定しようとしている。

「しかも、仮に原告がそれを行っているとしても、それによって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、そのような配分が原告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くものであるが、それによる需要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原告は実施量を徴収しておらず、超過数量文（ママ）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原告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、本件ではこれらの事情については何ら明らかでない（被告が本件の第八回口頭弁論期日において被告代表者本人尋問を申請しようとした趣旨には、この点に関する立証も含まれていると解されるが、これらの事項

は、被告代表者本人尋問によって認定し得る性質のものではない。)。なお被告は、平成十六年度において被告が原告と通常実施権許諾契約を締結せずに福岡市の入札に応じたところ、落札価格が大幅に下落したとの点を指摘するが、このような事実があるとしても、従前の高値落札価格が許諾量制限のために生じていたことまでを認めるに足りる証拠は本件では提出されていない。」

以上、マンホール鉄蓋事件では、製造数量上限を定める条項が違法となり得るケースは理論的には存在するものの、原則として、これが「権利行使と認められる行為」であることを確認したという意義があるものと思われる。そうだとすると、製造上限数量条項は、ライセンサーにとって一定のシェアを守るための有力な考え方になりうるものであると言える。

## イ 不爭義務

### (ア) ライセンサーの思惑

ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンス技術に係る特許発明の有効性を争わないよう義務を課すのは、ライセンス契約を締結する以上は平和的にライセンス技術を利用してもらいたいとの思惑や、ライセンスに係る特許権の安定性を確保したいとの思惑があるからと考えられる。

### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の義務を課すことについては、ガイドラインでは、これを「不爭義務」として、技術の利用に関し制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

**【第一段落】** ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンス技術に係る権利の有効性について争わない義務・・・を課す行為は、円滑な技術取引を通じ競争の促進に資する面が認められ、かつ、直接的には競争を減殺するおそれは小さい。

**【第二段落】** しかしながら、無効にされるべき権利が存続し、当該権利に係る技術の利用が制限されることから、公正競争阻害性を有するものとして不公正な取引方法に該当する場合もある（一般指定第12項）。

**【第三段落】** なお、ライセンシーが権利の有効性を争った場合に当該権利の対象となっている技術についてライセンス契約を解除する旨を定めることは、原則として不公正な取引方法に該当しない。

### (ウ) フローチャートへのあてはめ

#### i 第一段落（ライセンサーが・・・おそれは小さい。）

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「不爭義務」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1、2）にあてはめて考える。

不爭義務は、特許無効審判が原則として何人も請求することができるもの（特許法123条2項）であることに鑑みれば、そもそも特許権の排他的な効力から導かれるものではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

ガイドラインにもあるとおり、不爭義務は、原則としては、円滑な技術取引を通じ競争の促進に資する面が認められるので、独禁法2条9項6号イ～へ（特に「ニ 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」）に該当せず、一般指定1～15項（特に12項）にも該当しないと考えられる。

そして、ガイドラインにあるとおり、不爭義務は直接的には競争を減殺するおそれは小さいので、ライセンサーの市場支配力が維持・強化されるということも考えにくく、「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」も認められないと考える。

#### ii 第二段落（しかしながら・・・場合もある（一般指定第12項）。）

次に、第二段落につき上記フローチャート（図1、2）にあてはめて考える。

不爭義務が外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」にあたらず、独禁法が適用されることは、第一段落と同様である（図1）。

次に、図2について検討する。

特許権が無効とされるべき高度の蓋然性が存在するような場合において、ライセンサーが、

ライセンサーとの力関係の違いを利用して不競争義務を課すことは、本来自由実施できるはずの技術につき、ライセンサーに対してライセンス料の支払いその他の特許ライセンス契約上の義務（無用の義務）を課すこととなる。これは、「相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引をすること」と評価され、独禁法2条9項6号ニに該当する上、一般指定の12項にも該当すると考える。

加えて、無効とされるべき特許権に基づく権利行使は、特許発明についてのライセンサーの自由実施を制限するものであって、ライセンサー・ライセンサー間の自由競争を減殺することとなり、公正競争阻害性の第1のタイプ（上記「2」「(2)」「ウ」参照）とも評価できる。

そうすると、図2に図示した3つの要件が全て満たされることとなり、「不正な取引方法」に該当することになる。

iii 第三段落（なお、ライセンサーが・・・に該当しない。）

最後に、第三段落につき上記フローチャート（図1、2）にあてはめて考える。

ライセンサーが権利の有効性を争った場合に当該権利の対象となっている技術についてライセンス契約を解除する旨を定めること（解除権の規定）は、特許権の排他的効力から導かれるものではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

もっとも、ライセンサーが特許の有効性を争うことは、当該ライセンサーがライセンスに係る技術を自由実施できていることを意味する。こうした場合に、ライセンサーにライセンス契約を解除する権利を認めても、それによってライセンスに係る技術をライセンサーが実施できなくなるという事情はない。そうすると、解除権の行使は、独禁法2条9項6号イ～へ（特に「ニ 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」）に該当せず、一般指定1～15項（特に12項）にも該当しないと考えられる。また、ライセンサーの自由実施が妨げられない以上自由競争を減殺すること

もないので、公正競争阻害性も認められない。

よって、上記解除権を設定する旨の規定は、「不正な取引方法」とはならないことになる。  
(エ) 実務上の問題点：「不正な取引方法」となる不競争義務が考えられるか？

ガイドラインでは、不競争義務は、「円滑な技術取引を通じ競争の促進に資する面が認められ、かつ、直接的には競争を減殺するおそれは小さい」から原則として公正競争阻害性を有しないとしている。

しかし、これはあくまで原則であって、例えば、ライセンスに係る特許発明が無効理由を有する疑いがある一方で広く開放して自由実施に供する方が公正な競争の場を提供する見地から適切であると認められる場合には、不競争義務を課す合理性は認められず（公正競争阻害性の判断要素⑥）、同義務を課すことが「不正な取引方法」に該当する場合もあると考える。

また、例えば、特許権者が出願前に公然実施をしておきながら、特許権を取得し<sup>(16)</sup>、当該公然実施の無効理由を秘しつつ、不競争義務を負わせてライセンスしたような場合は、ライセンサーを誤認させてライセンス契約を締結させたものであるから、競争手段が不公正であって（公正競争阻害性の第2のタイプ：上記「2」「(2)」「ウ」参照）、当該不競争義務条項は「不正な取引方法」に該当する可能性が高いと考える。

#### ウ 改良技術の非独占的ライセンス義務

##### (ア) ライセンサーの思惑

ライセンサーが改良技術について非独占的ライセンス義務（非独占的ライセンスのグランドバック）を要求するのは、ライセンスによって得られた果実を自らも実施することにより自社の技術開発力等を高めたいとの思惑があるからと考えられる。

##### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の要求については、ガイドラインでは、これを「改良技術の非独占的ライセンス義務」として、その他の制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ア ライセンサーがライセンサーに対し、ライセ

ンシーによる改良技術をライセンサーに非独占的にライセンスをする義務を課す行為は、ライセンサーが自ら開発した改良技術を自由に利用できる場合は、ライセンサーの事業活動を拘束する程度は小さく、ライセンサーの研究開発意欲を損なうおそれがあるとは認められないので、原則として不公正な取引方法に該当しない。

イ しかしながら、これに伴い、当該改良技術のライセンス先を制限する場合（例えば、ライセンサーの競争者や他のライセンサーにはライセンスをしない義務を課すなど）は、ライセンサーの研究開発意欲を損なうことにつながり、また、技術市場又は製品市場におけるライセンサーの地位を強化するものとなり得るので、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する・・・（一般指定第12項）。

(ウ) フローチャートへのあてはめ

i 上記ガイドラインの「ア」の記載

上記ガイドラインの「ア」の記載を参照しつつ、「改良技術の非独占的ライセンス義務」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1, 2）をあてはめて考える。

ライセンサーに対して、改良技術を非独占的にライセンスする義務は、ライセンスした技術に係る特許権の排他的な効力から導かれるものではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

非独占的なライセンスをする義務を課したとしても、ライセンサーによる改良技術の実施は妨げられないので、独禁法2条9項6号イ～へ（特に「ニ 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」）に該当せず、一般指定1～15項（特に12項）にも該当しないと考えられる。

さらに、改良技術の自由実施に加え、ライセンサーの事業活動が妨げられないのであれば、相対的にライセンサーによる市場支配力が強化・維持されるということも考えにくく、この

場合「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」も認められないと考える。

したがって、上記場合には、改良技術について非独占的ライセンス義務をライセンサーに課すことは「不公正な取引方法」に該当しないことになる。

ii 上記ガイドラインの「イ」の記載

上記ガイドラインの「イ」の記載を参照しつつ、「改良技術の非独占的ライセンス義務」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1, 2）をあてはめて考える。

改良技術についてライセンス先を制限する義務をライセンサーに課すことは、ライセンスした技術に係る特許権の排他的な効力から導かれるものではないので、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる（図1参照）。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

ライセンサーの競争者や他のライセンサーにライセンスをしない義務を課すことは、本来自由に行うことができるライセンサーのライセンス活動を制限するものであって、ライセンサーの事業活動を不当に拘束するものと評価されるので、独禁法2条9項6号ニ及び一般条項12項に該当するものと考えられる。

加えて、上記制限により、競争者間で改良技術を実施できるのは、実質的にはライセンサーとライセンサーのみとなることから、これにより相対的にライセンサーの市場支配力が維持、強化されることにつながる場合には「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」も認められることになる。

したがって、この場合、上記ライセンス先を制限する義務を課す行為は「不公正な取引方法」に該当することとなる。

(エ) 実務上の問題点：改良技術のライセンス先を制限する行為は常に違法か？

ガイドラインによれば、改良技術のライセンス先を制限することは、公正競争阻害性を有する場合に不公正な取引方法になると記載されている。他方、ライセンサーの立場からは、このような制

限を課さなければ、自己の競争力の維持に困難をきたす場合がある。このような場合は、公正競争阻害性の要件に該当しないような工夫を施すということになる。

一つの例として、ライセンサーが中小・ベンチャー企業で、ライセンシーが大企業である場合である。特に、ライセンサーにとって、新技術開発が自社存続の生命線であるような場合には、ライセンシーが改良技術を技術開発で競争している他社に自由にライセンスをできるとすると、ライセンサーの事業活動は制限され、極端な場合には事業そのものが不振に陥るリスクがあるから、そもそも、ライセンス先を制限することに関し合理的な理由がある（公正競争阻害性の判断要素⑥）。また、改良技術を無制限にライセンスできるとすると、ライセンサーの研究開発意欲を減退させ、そもそも、ライセンサーにとってライセンスをしないという判断になりかねない（公正競争阻害性の判断要素⑦）。制限の内容についても、ライセンスを制限する相手先を抽象的に「ライセンサーの競争者全て」と定めるのではなく、特に競合が激しい一定の範囲内の企業に限定する（公正競争阻害性の判断要素①）のであれば、総合的にみて制限をすることに合理性が認められ、「公正競争阻害性」は否定される場合もあると考える。

もっとも、通常、ライセンシーが改良技術をライセンスする場合は、ライセンサーの保有している基本特許を同時にライセンスしなければならない場合、ライセンサーから得た技術ノウハウを開示しなければならない場合が多く、現実的には、上記のようなライセンス制限条項で対応することは多くはない。

#### (4) 不公正な取引方法に該当する場合がある制限行為（灰色条項）

##### ア 競争品の製造・販売又は競争者との取引の制限

###### (ア) ライセンサーの思惑

ライセンス契約において競争品の製造・販売又は競争者との取引を制限するのは、ライセンシーにライセンス技術に係る製品のみを製造・販売させることによってライセンス収入を確保する思惑や、ライセンサーもライセンス技術に係る製品を製造・販売している場合には、市場に競争品が登

場する機会を抑制することにより、市場におけるシェアを保持する思惑があるからと考えられる。

###### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の制限については、ガイドラインでは、これを「競争品の製造・販売又は競争者との取引の制限」を課す行為として、技術の利用に関し制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンサーの競争品を製造・販売すること又はライセンサーの競争者から競争技術のライセンスを受けることを制限する行為は、ライセンシーによる技術の効率的な利用や円滑な技術取引を妨げ、競争者の取引の機会を排除する効果を持つ。したがって、これらの行為は、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第2項、第11項、第12項）。

###### (ウ) フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「競争品の製造・販売又は競争者との取引の制限」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1、2）をあてはめて考える。

ライセンサーの競争品を製造・販売すること又はライセンサーの競争者から競争技術のライセンスを受けることを制限することは、ライセンスした技術に係る特許権の排他的な効力から導かれるものではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

ライセンサーの競争品を製造・販売すること又はライセンサーの競争者から競争技術のライセンスを受けることを制限することは、ガイドライン記載されているように、ライセンシーによる技術の効率的な利用や円滑な技術取引を妨げ、競争者の取引の機会を排除する。これは、「相手方（ライセンシー）の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」にあたると思われるが（独禁法2条9項6号ニ）、「他の事業者に対して不当に取引拒絶をさせること」にも該当し（一般

指定2項<sup>(17)</sup>、「不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引」をすることになるので、排他条件付取引（同指定11項<sup>(18)</sup>）にも該当し、さらに拘束条件付取引（同指定12項）にも該当すると考えられる。したがって、図2の「独禁法2条9項6号イ～へに該当するか」及び「一般指定に該当するか」のいずれの条件も「yes」となる。

そして、ライセンサーもライセンス技術に係る製品を製造・販売している場合には、ライセンサーの競争品を製造・販売することを制限することや、ライセンサーの競争者から競争技術のライセンスを受けることを制限することは、競争品が市場に流通することを抑制し、ライセンサーの市場支配力を維持・強化につながりかねない。そうすると、「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」も認められる場合があり得え、この場合には「不公正な取引方法」に該当することとなる。

#### (エ) 実務上の問題点：競争品の製造・販売制限に合理性がある場合

実務上は、ライセンサーとしては、ライセンサーによる競争品の製造・販売を制限したい場合がある。この場合に「公正競争阻害性」がないとするためにはどのような点に留意すべきだろうか。この点につき以下検討する。

まず、競争品の定義を明確にする、競争品を扱う期間をライセンス後一定期間に限定する等して、制限の内容や態様（公正競争阻害性の判断要素①）に合理性が認められるようにすることが留意すべき点として挙げられる。

また、競争品を扱う場合にライセンサーと事前に協議することを義務付ける程度であれば、競争品を扱うことを禁止するものではないから、制限の内容及び態様（公正競争阻害性の判断要素①）として厳しいものではない。それゆえ、事前協議条項とすることを検討することも一考である。

同様に、競争品を扱う場合にはライセンス契約を解除する旨の条項を設ける場合には、競争品の取扱自体を制限するものではないと考えられる。すなわち、ライセンサーとしては、ライセンス技術に係る製品と競争品とを天秤にかけて、後者の方が事業的な成功が見込まれると判断した場合には、競争品を取り扱うことができるのであるか

ら、このような事業選択の自由度が制約されない状況が想定される場合は、上記解除権を留保する旨の制限の内容や態様（公正競争阻害性の判断要素①）に妥当性が認められやすくなるを考える。それゆえ、こうした条項を設けることを検討することも一考である。

他方、独占的ライセンスの場合には、ライセンサーとしてはライセンス料として一定以上の収入を見込んでいるわけであるから、ライセンサーが競争品を自由に扱えるとすると、ライセンサーのライセンス収入が確保されにくくなる。このような場合には、競争品の製造・販売を制限することに合理的理由がある（公正競争阻害性の判断要素⑥）といえるであろう。

このように、状況によっては、競争品の製造・販売制限につき「公正競争阻害性」が否定され「不公正な取引方法」とならない場合も考え得る。

#### イ 技術の利用と無関係なライセンス料の設定

##### (ア) ライセンサーの思惑

ライセンサーが、特許ライセンス契約中で技術の利用と無関係なライセンス料の設定をするのは、ライセンス料をなるべく多く徴収することにより、ライセンスに係る技術の開発費用を回収したいとの思惑があるからと考えられる。

##### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の設定については、ガイドラインでは、これを、「技術の利用と無関係なライセンス料の設定」として、その他の制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ライセンサーがライセンス技術の利用と関係ない基準に基づいてライセンス料を設定する行為、例えば、ライセンス技術を用いない製品の製造数量又は販売数量に応じてライセンス料の支払義務を課すことは、ライセンサーが競争品又は競争技術を利用することを妨げる効果を有することがある。したがって、このような行為は、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第11項、第12項）。

##### (ウ) フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「技術

の利用と無関係なライセンス料の設定」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1、2）をあてはめて考える。

ライセンス技術を用いない製品の製造数量又は販売数量に応じてライセンス料の支払義務を課すことは、ライセンス料がライセンスした技術の実施に対する対価であることに鑑みれば、ライセンスに係る特許権の排他的な効力から導かれる義務ではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

上記義務を課すことは、例えば、無意味なライセンス料を支払わされることによって競争品の開発費を捻出しにくくなること、無意味なライセンス料の支払いを避けるためにライセンス技術を用いない製品の製造を差し控えることにつながるものが懸念される。そして当該製品が競争品であるような場合には、ガイドラインに記載されるように、ライセンサーが競争品又は競争技術を利用することを妨げる効果（ライセンサーの事業活動が制限される効果）が発生することになる。その結果、「相手方（ライセンサー）の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と評価され得る（独禁法2条9項6号ニ）。さらに、上記効果によって、「不当に・・・競争者の取引の機会を減少させるおそれ」も認められるので、排他条件付取引（同指定11項）にも該当し、上記の通りライセンサーの事業活動が制限される結果、拘束条件付取引（同指定12項）に該当する場合があると考えられる。したがって、図2の「独禁法2条9項6号イ～へに該当するか」及び「一般指定に該当するか」のいずれの条件も「yes」となる。

そして、ライセンサーも競争品を製造・販売している場合には、ライセンサーが競争品又は競争技術を利用することが妨げられる結果、ライセンサーの市場支配力を維持・強化する効果が得られやすくなり、「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」も認められる場合があり得る。

したがって、こうした場合には「不公正な取引方法」に該当することとなる。

(エ) 実務上の問題点：独禁法上違法になりやすい点に注意

技術の利用と無関係なライセンス料の設定は、ライセンスした技術の実施に対する対価がライセンス料であることに鑑みると、それ自体が不公正な競争手段であると認定される可能性があり、公正競争阻害性が認められる蓋然性の高い行為である。公正競争阻害性のタイプのうち、(a)自由競争の減殺、(c)自由競争基盤の侵害については、当該技術の重要度、シェア等を総合的に勘案して公正競争阻害性が判断されるものと思われるが、(b)競争手段が不公正である場合、むしろ、当該競争手段が著しく不公正なのか、それとも、疑義はあるも業界慣習上容認できる範囲なのか、という点が判断の重要な要素になるものと考えられる。

従い、ライセンス料の設定にあたっては、(b)競争手段が不公正であるとの懸念を抱かれないように、対価の関連性を確認するとともに、これを契約書上に明示することが望ましい。

## ウ 非係争義務

### (ア) ライセンサーの思惑

ライセンサーが、ライセンサーに非係争義務を課すのは、ライセンサーから特許権等の行使をさせないようにすることにより、ライセンサーとの間で特許係争を起さずに平和的にライセンス活動を行いたいとの一応の思惑があると考えられるものの、主目的は、実質的にライセンサーの特許発明等は無償実施する権利を得ることにあると考えられる。

### (イ) ガイドラインの記載

上記「(ア)」の義務については、ガイドラインでは、これを、「非係争義務」として、その他の制限を課す行為の一事例として紹介している。ガイドラインには以下のとおり記載されている。

ライセンサーがライセンサーに対し、ライセンサーが所有し、又は取得することとなる全部又は一部の権利をライセンサー又はライセンサーの指定する事業者に対して行使しない義務・・・を課す行為は、ライセンサーの技術市場若しくは製品市場における有力な地位を強化することにつながることで、又はライセンサーの権利行使が制限されることによってライセンサーの研究開発意欲を損ない、新た

な技術の開発を阻害することにより、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第12項）。

(ウ) フローチャートへのあてはめ

上記ガイドラインの記載を参照しつつ、「非係争義務」への独禁法の適用につき、上記フローチャート（図1、2）をあてはめて考える。

ライセンシーが所有し又は取得することとなる全部又は一部の権利をライセンサー又はライセンサーの指定する事業者に対して行使しない義務は、ライセンス技術に係る特許権とは無関係な権利の行使を制限するものであるから、ライセンス技術に係る特許権の排他的な効力から導かれる義務ではない。それゆえ、図1において、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法が適用されることになる。

次に図2のフローチャートに沿って検討する。

上記義務は、ガイドラインに記載されるように、ライセンシーの権利行使が制限されることによってライセンシーの研究開発意欲を損ない、新たな技術の開発を阻害する場合が想定され、結果としてライセンシーの事業活動が不当に拘束されることとなるので、「相手方（ライセンシー）の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と評価されると考える（独禁法2条9項6号ニ、一般指定12項）。したがって、図2の「独禁法2条9項6号イ～へに該当するか」及び「一般指定に該当するか」のいずれの条件も「yes」となる。

そして、ライセンサーがライセンシーの権利に係る競争品を製造販売しているような場合には、ライセンシーの権利行使ができないことにより、ライセンサーの技術市場若しくは製品市場における有力な地位が強化されることになると考える。したがって、この場合には、ライセンサーの市場支配力が強化されると評価され、「公正競争阻害性（自由競争の減殺）」が認められると考える。

したがって、こうした場合には「不公正な取引方法」に該当することとなる。

(エ) 実務上の問題点：非係争義務の違法性・適法性

非係争義務については、その非係争義務の範囲が広い場合（例えば、特許ライセンスなのに、非

係争義務の範囲が著作権や商標権にも及ぶような場合）には、制限の内容及び態様（公正競争阻害性の判断要素①）が妥当なものとは認められず、非係争義務は「公正競争阻害性」を有する蓋然性が高いと考える。

他方、非係争義務の範囲を明確に限定し、当該限定が客観的に妥当性を有するような場合には、制限の内容及び態様（公正競争阻害性の判断要素①）が妥当なものとなる場合もあると考える。

さらに、ライセンサーが技術開発型のベンチャー企業である場合には、ライセンシーの技術を利用して新技術を開発する自由度を確保したいとの思惑もあり、新技術につきライセンス供与を受けることがライセンシーの利益にもなる場合も想定され得る。この場合は非係争義務を課すことに合理性が認められる場合もあろう（公正競争阻害性の判断要素⑥）。

こうした状況が重なれば、「公正競争阻害性」がないと判断される場合もあると考える。

## 5 ガイドラインに記載のない類型における考え方についての一考察

### (1) はじめに

上記「4」「(1)」～「(4)」では、ガイドラインの各事例の記載を、独禁法21条、2条9項6号に基づき作成したフローチャートにあてはめて検討を行った。

ここで、ガイドラインの各事例は、特許ライセンス契約において独禁法上問題となる点を網羅しているものと考えられるものの、実務においては、予想もしなかった事案に遭遇することがある。例えば、ガイドラインに記載されていないような義務・制限条項が、ライセンサー側から提示され、特許ライセンス契約のドラフトに盛り込まれることは十分にあり得る。

こうした場合においても、上記説明した考え方を応用しつつ、上記フローチャートに沿いながら、ガイドラインに記載された「権利の行使と認められる行為か否か」の判断基準、及び「公正競争阻害性」該当性の判断基準を用いれば、「不公正な取引方法」に該当するか否かを見積もることは可能であると考えられる。

そこで、以下では、ガイドラインに記載されていない事例を想定して検討を行い、実務上の要請に応える考察を試みる。

## (2) 想定事例1～ライセンス技術に係る製品に品質保持義務が課される場合～

### ア 想定事例の詳細

ライセンサーがライセンシーに対してライセンス技術に係る特許発明を用いて製造される製品につき、一定の品質を満たさないものは出荷してはならない義務を特許ライセンス契約で課した場合、独禁法上の問題が想定され得るか。

### イ 図1に示すフローチャート(独禁法21条)に沿った検討

第一に、上記品質保持義務が「特許権の行使とみられる行為」か否かが問題となる。品質保持義務は、所定の品質を有さない製品の出荷ができないことになるので、形式的にはライセンス技術の自由な利用を制限する行為となる。しかし、特許法には、侵害者が劣悪な製品の製造販売を行うことによって特許権者の信用を毀損した者に対して名誉回復の措置を請求できる条項(特許法第106条)を用意している趣旨に鑑みると、実施権者は、特許権者の名誉を害さないような実施態様で特許発明を実施する内在的な信義則を負っているものとも考えられ、このような義務を課すことは、少なくとも「特許権の行使と見られる行為」に隣接、密着したものである。特に、こうした制限を課すことが適正な「特許発明の実施」(特許法77条2項、78条2項)を確保するために必要であるような合理的な理由が存在する場合、外形的には「権利の行使とみられる行為」に該当すると考えられる。

例えば、特許発明に特有な効果が実施権者の製造販売する特許製品に表示されているようなケースや、特許番号や特許権者からライセンスを受けている事実が特許製品に表示されているケースにおいて、当該効果が奏されない製品を出荷しないように品質保持義務をライセンシーに課すことは、技術の有効な活用を図るという知的財産制度の趣旨(特許法1条参照)にも資すると考えられるのであって、外形的には「特許権の行使とみられる行為」に該当するものと考えべきである。仮に、「特許権の行使とみられる行為」に該当しないとして、これを独禁法で制約することは、かえって、独禁法の趣旨である公正な競争基盤の確保に反することになると考える。

他方、特許発明に係る効果についての品質保持義

務であっても、義務の程度が容易に達成できない程度に過度のもの(オーバースペック)であって、実質的には実施製品の出荷制限と評価されるような場合は、当該品質保持義務は、上記知的財産制度の趣旨を逸脱しており権利濫用的なものになると考える。この場合、「特許権の行使と認められる行為」ではないことになり、独禁法が適用されることになる。

### ウ 図2に示すフローチャート(独禁法2条9項6号)に沿った検討

上記「イ」では、品質保持義務が実質的な製品出荷制限と評価される場合は独禁法の適用があった。この場合、出荷制限によってライセンシーの事業活動が制限されることになるので、「相手方(ライセンシー)の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と評価され得る(独禁法2条9項6号ニ、一般指定12項)。したがって、図2の「独禁法2条9項6号イ～へに該当するか」及び「一般指定に該当するか」のいずれの条件も「yes」となる。

特に、ライセンサーも競争品を製造・販売しているような場合には、ライセンシーの製品の出荷を制限させることは、制限の内容及び態様としても妥当性を欠き(公正競争阻害性の判断要素①)、当該制限に合理的理由も認められにくく(公正競争阻害性の判断要素⑥)、ライセンサーの製品市場における地位を維持・強化することにつながることも想定される。これは、ライセンサーの市場支配力の維持・強化と評価され、「公正競争阻害性(自由競争の減殺)」も認められると考える。

したがって、品質保持義務=出荷制限義務というような場合には、当該義務は「不公正な取引方法」に該当することもあると考える。

## (3) 想定事例2～サブライセンス権付きの非独占的ライセンス義務が課される場合～

### ア 想定事例の詳細

ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンシーが開発した改良技術を、サブライセンス権付きで非独占的ライセンス義務を課す場合、独禁法上の問題が想定され得るか。

ガイドラインによれば、改良技術の非独占的ライセンス義務は、独禁法上の問題が生じにくい(いわゆる白条項)とされているが、サブライセンス権付

きの事例については想定されていない。一般に、当該非独占的ライセンス義務が「サブライセンス権を付ける」ことを条件とすると、ライセンサーが改良技術を集積してサブライセンスをすることによって擬似パテントプールを実現できることから、ガイドラインが想定している状況を越えた検討が必要となる。

イ 図1に示すフローチャート（独禁法21条）に沿った検討

上記「3」「(3)」において検討したように、非独占的ライセンス義務を課すことは、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらない。そうすると、「サブライセンス権付き」の非独占的ライセンス義務も同様に「権利の行使とみられる行為」には当たらず、独禁法の適用があると考ええる。

ウ 図2に示すフローチャート（独禁法2条9項6号）に沿った検討

ライセンサーが改良技術についてサブライセンス権を自由に許諾できることとなると、当該改良技術についてのサブライセンスを受けた者（サブライセンシー）がライセンシーと競争関係にある場合には、ライセンシーの事業活動が拘束・制限されることになるので、「相手方（ライセンシー）の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること」と評価され得る（独禁法2条9項6号ニ、一般指定12項）。したがって、図2の「独禁法2条9項6号イ〜へに該当するか」及び「一般指定に該当するか」のいずれの条件も「yes」となる。

そして、ライセンシーにとっても、自らが開発した改良技術をライセンサーが競業他社にサブライセンスをすることになれば、研究開発意欲及びライセンス意欲が大きく減退することになる（公正競争阻害性の判断要素⑦）、他方、パテントプールの形成は、当該技術の利用性を高めるという観点から独禁法上有用であるとされており、ライセンサーがライセンシーの改良技術についてサブライセンス権付の非独占ライセンスを受け、これを他の事業者にサブライセンスすることは、技術市場の活発化、拡大につながることは明白であり、このような扱いについては、合理的な理由が認められると考えるべきである（公正競争阻害性の判断要素⑥）。

この場合、問題となるのは、むしろライセンサーによる疑似パテントプールの運営であって、そのラ

イセンス条件が差別的であったり、サブライセンス対象に必須特許ではない特許が含まれていたりしないかが問題となろう。

他方、サブライセンス先をライセンサーの子会社や製造委託先等に制限をすれば、ライセンシーにとってもあらかじめサブライセンシーとなる者を予測でき、不意打ち的な不利益を受けることがなくなるので、制限の内容としても妥当なものと考えられる（公正競争阻害性の判断要素①）。さらに、当該子会社や製造委託先に限定することが、改良技術につきライセンサーの実施を確保するために必要であれば、サブライセンス権付きとすることに合理的な理由（公正競争阻害性の判断要素⑥）も認められる場合もあるのではないかと考える。こうした場合には、「公正競争阻害性」が否定される場合もあると考える。

(4) 想定事例3〜ライセンサーが特許保証をしない旨の宣言する場合〜

ア 想定事例の詳細

ライセンサーがライセンシーに対して、特許保証（ライセンスした技術が第三者の特許権等を侵害しないことの保証義務）をしないとの条項をライセンス契約に設けた場合、独禁法上の問題が想定され得るか。

この点については、特許保証の有無にかかわらず、ライセンシーによるライセンス技術の実施は確保されるので、ライセンサーが特許保証をしないことは技術の利用に係る制限行為にはならない。したがって、原則として独禁法が適用されることはないと考ええる。

もっとも、独禁法21条の「権利の行使と認められる行為」の「行為」は特許権者（ライセンサー）の行為であるところ、特許保証をすることも特許権者の行為であるから、独禁法の適用が全く想定できないということもないと考える。例えば、ライセンサーが自己とライセンシーとの力関係を利用し、自己の優越的な地位を利用する場合はどうか。

イ 図1に示すフローチャート（独禁法21条）に沿った検討

特許保証をするか否かは、外形的に判断しても「権利の行使とみられる行為」には当たらないので、独禁法の適用があると考ええる。

ウ 図2に示すフローチャート（独禁法2条9項6号）に沿った検討

想定事例のように、ライセンサーがライセンシーに対する自己の優越的地位を利用して、特許保証を一切拒むことは、独禁法2条9項6号ホに該当するか。

この点については、ライセンサーが特許保証をしないことが、ライセンシーの市場での競争力を減殺することは考えにくい。なぜなら、上記「ア」で説明したように、特許保証の有無により、ライセンシーの実施は確保されたり、妨げられたりする関係にないからである。したがって、客観的には、ライセンサーが優越的地位を利用しているようにみえても、独禁法2条9項6号ホの「不当に」が「公正競争阻害性」と同義であることに鑑み、「取引上の地位を不当に利用」したものと評価されないと考える。

## 6. 結語

以上、平成21年改正独禁法の条文と、ガイドラインとの記載との関係をフローチャートに整理した上で、ガイドラインに紹介されている事例をいくつか挙げて、上記フローチャートに沿って検討を行った。また、最後には、ガイドラインに記載されていない仮想事例を用いて、特許ライセンスに設けられる義務・制限条項が独禁法違反となるか否かにつき考察を行った。本報告が、特許ライセンス契約の起案・交渉業務に従事している者にとって、業務上の一助になれば幸いである。

## 注

- (1) 荒木雅也「ライセンス拒絶と独占禁止法」*パテント* Vol.58 No.10 2005 p.47～56
- (2) 藤野仁三「パテントプールの今日的意義」*知財管理* Vol.56 No.6 2006 p.847～857
- (3) 井窪保彦、大月雅博「ライセンス契約とパテント・プールをめぐる諸問題－知的財産権法と独占禁止法との交錯－」*知財管理* Vol.56 No.10 2006 p.1485～1493
- (4) ライセンス第2委員会 第3小委員会「独占禁止法ガイドライン改正に伴うライセンス契約への影響に関する研究」*知財管理* Vol.59 No.9 2009 p.1141～1155
- (5) 石田英遠、山島達夫「ライセンス契約と非係争条項（NAP条項）」*知財管理* Vol.60 No.6 2010 p.897～908

- (6) 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄「独占禁止法（第3版）」*弘文堂* p.4～5
- (7) 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄「独占禁止法（第3版）」*弘文堂* p.245  
独禁法2条9項6号イ～への「不当」を公正競争阻害性を意味するものと解する理由は、各行為類型に該当しても、競争秩序と無関係な意味で不当とされていることが必要だとすると、競争政策の趣旨に反した結果になるためとしている（最判S50・7・11参照）。
- (8) 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄「独占禁止法（第3版）」*弘文堂* p.31～32
- (9) 不公正な取引方法 昭和57年6月18日公正取引委員会告示第15号（改正 平成21年10月28日公正取引委員会告示第18号）
- (10) 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄「独占禁止法（第3版）」*弘文堂* p.374-376
- (11) 金井貴嗣、川濱昇、泉水文雄「独占禁止法（第3版）」*弘文堂* p.376-377 同書においては、「権利の行使とみられる行為」につき本文で紹介したように説明されているところ、ガイドラインにおいても、「権利の行使とみられる行為」は同様の意義で使用されているものと考えられる。
- (12) ガイドライン「第4」「1」「(2)」、「(4)」によれば、「不公正な取引方法」の「公正競争阻害性」を判断する上で、重視される「競争減殺のおそれ」は、「・・・第2-3で述べた競争減殺効果の分析方法に従い、  
①行為者（行為者と密接な関係を有する事業者を含む。以下同じ。）の競争者等の取引機会を排除し、又は当該競争者等の競争機能を直接的に低下させるおそれがあるか否か、  
②価格、顧客獲得等の競争そのものを減殺するおそれがあるか否か、  
により判断されるものを中心に述べることとする・・・。  
その際、①に関しては、制限行為の影響を受ける事業者の数、これら事業者と行為者との間の競争の状況等、競争に及ぼす影響について個別に判断する。また、②に関しては、どの程度の実効性をもって行われるかについて判断する。  
なお、①及び②の判断において、当該制限行為による具体的な競争減殺効果が発生することを要するものではない。」とされている。
- (13) H19のガイドラインが改正される際の検討資料では

あるが、『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』（原案）のポイント」との表題の資料の別紙に「行為類型ごとの不公正な取引方法の観点からの評価」と題された資料が添付されており、ガイドラインで紹介されている事案が、本文で紹介した3類型ごとに分類されたものとなっている。この資料は、<http://www.jftc.go.jp/kenkyukai/dk-kondan/point-177.pdf> からダウンロードすることができる。

(14)一般指定12項（拘束条件付取引）には、「法第2条第9項第4号又は前項に該当する行為のほか、相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。」と規定されている。

(15)特許庁編「工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第18版〕」p.245や、中山信弘、小泉直樹編「新・注解特許法〔上巻〕」p.1221～1222、p.1236参照

(16)本来であれば、特許権として成立しないか（特許法49条2号）、無効とされるべきものである（同123条1項2号）が、ライセンス当時まで公然実施を認識しているのが特許権者のみであるような場合には、一応特許権として存続することになる。

(17)一般指定2項（その他の取引拒絶）には、「不当に、ある事業者に対し取引を拒絶し若しくは取引に係る商品若しくは役務の数量若しくは内容を制限し、又は他の事業者これらに該当する行為をさせること。」と規定されている。

(18)一般指定11項（排他条件付取引）には、「不当に、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引し、競争者の取引の機会を減少させるおそれがあること。」と規定されている。

（原稿受領 2011. 8. 29）