

# 知的財産法と独占禁止法の交錯

中央職業能力開発協会 櫻井博行

---

## The contradictory issues between the intellectual law and the antimonopoly law

Hiroyuki SAKURAI

---

### summary

The intellectual law regards the original commodity and Trade marks created by human's activities as a property. This law aims at the cultural and/or industrial development by conferring some protection. On the contrary, The antimonopoly law aims at ensuring of consuming public's profits and democratic sound development by regulating private monopoly in a market and improper restrictions of trades or unfair trades. At the basis, both laws agrees on the point that they aim at the development and acceleration of national economy. They, however, shows differences on their means to achieve this goal as permission and elimination of monopoly. This paper discuss on following 4 issues from the aspect of the intellectual law and the antimonopoly law and gives a summarized conclusion.

- 1 Transactions on the intellectual law in the antimonopoly law
- 2 Relationships among patents, know-how and the antimonopoly law
- 3 Relationships among Trademark right, copyright and the antimonopoly law
- 4 Relationships between parallel importation and the antimonopoly law

### 1. はじめに

知的財産法<sup>1)</sup>は、人類の諸活動の結果生じた「創作物」や信用を化体した「標識」の財産としての価値に鑑み、一定の保護を与えることによって産業ないしは文化の発達への寄与を目的とする法律である。一方、独占禁止法<sup>2)</sup>は、市場における私的独占や不当な取引制限あるいは不公正な取引を規制することによって消費者利益および国民経済の発達を目的とする法律である。

前者は、一定期間の独占・排他権を付与することで法目的を達成せんとするのに対し、後者は、生産・販売・価格・技術などの不当な制限や不当な拘束を禁止することで法目的を達成せんとする。

すなわち、両者の法目的は終局的に国民経済の発達・促進（文化振興も含め）という点で大筋共通しているが、その目的達成の手段において一方は独占の許容、他方は独占の排除である。そのため、一見、両者は矛盾する法律と言える。

しかし、それぞれ独立した法律として存在する以上、両者の関係が機能的かつ合理的となる解釈・運用が求められる。独占禁止法の運用上、特定の事業者・事業者団体、特定の事業・行為に関して、または特定の場合、本法は適用されないとする適用除外制度が存する。この適用除外制度には、独占禁止法において直接規定されているものと、別立て個別の事業規制法で規定されているものがある。前者の場合として同法第21条の知的財産権（無体財産権）の行使と認められる行為への適用についての規定が

ある。

両法において問題となる「独占」は、知的財産法の領域では個別特定の財産の独占であるのに対し、独占禁止法の領域では市場の独占であり、独占の対象は異なる。また、知的財産法が目的達成手段として採用する独占は、企業間競争を促進するとともに、いわゆるフリーライド防止に寄与し、もって企業活性化のインセンティブが期待でき、結果的に国民経済の発達の促進を図ろうとする。国民経済の発達という点においては、独禁法も同様である（独1条）。

ところで独占禁止法は、禁止行為類型として「私的独占」、「不当な取引制限」、「不公正な取引方法」の3つを定めている。

ここで私的独占とは、「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以てするかを問わず、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（独禁2条5項）」であり、不当な取引制限とは、「いわゆるカルテル（価格制限）を典型例とするもので、事業者が、契約、協定その他何らの名義を以てするかを問わず、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（独禁2条6項）」であり、そして不公正な取引方法とは、「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（『一般指定』昭和57年6月18日公取委告示）」である。

以上より、知的財産法の領域からも独占禁止法の領域からも問題点ないしは論点とされる両法の交錯につき検討することとする。

## 2. 知的財産権についての独禁法の規定

独禁法は、知的財産権の行使の場合について、第21条<sup>3)</sup>に適用除外の場合として「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。」と規定する。

本条の解釈につき、これは確認規定であり、本来違法とすべき行為を適用除外するものではないというのが今日の通説といえるが、これまで諸学説の展開及び公正取引委員会の見解表示がなされている。まずもって、これに関する主要学説を挙げておきたい。

### (1) 適用除外説

本説は、21条の文言に即した解釈を基調とするもので、知的財産権法上の権利行使と認められる行為に対しては、それが独禁法3条<sup>4)</sup>、19条<sup>5)</sup>に該当する場合であっても独禁法の適用が除外され、その結果、当該行為は独禁法違反とはならない、と解することになる。被疑行為が知的財産権法上の行為に該当するか否かは知的財産法の解釈によるのであり、当然に、21条により知的財産権法が独禁法に優先すると解する。なお、21条に挙げられている著作権法、特許法、実用新案法、意匠法、商標法それぞれを限定列挙<sup>6)</sup>と解している。

これより本説は、プロパテント政策が進められている今日に合致した説と言えそうであるが、少なくとも独占禁止法の研究者において支持者はいないと思料される。ライセンス契約を用いた市場分割等に対処できないこと（許容してしまう）、実質の問題として知的財産権の行使であっても独禁法適用の可能性を担保する必要があること、がその理由であろう。

## (2) 権利濫用説

本説は、知的財産権の行使を、これの本来的権利行使と認められる行為と認められない行為とに区分し、本来的権利行使と認められない行為に対しては当然に独禁法が適用され、本来的権利行使と認められる行為については原則として独禁法の適用はないが、当該権利行使が権利の濫用に該当するときには、その権利行使は独禁法の適用対象になると解する。

さらに付加すれば、本説は独禁法の趣旨を活かす視点に傾斜して構築されているのであって、知的財産権の行使であっても市場での競争に問題が生ずる場合は権利濫用に該当するとの解釈がなされるのであるから、独禁法21条の文言の反映は多分に形式的であり、実際の事案では、独禁法の適用がなされることになると思料される。

本説の問題点として、①公共政策上の権利行使についての対処が困難とされること、②市場での競争に悪影響がでる場合、原則全てが適用対象となるのは妥当でないこと、挙げられている。

なお、付加的ながら村上政博教授<sup>7)</sup>は、「本説は日本において米国のミスユース<sup>8)</sup>の法理の反映・敷衍を目指すもので、判例法の形成をまずもっての目標としていると考えられるが、日本では判例が形成されにくい状況にあり米国のような判例法の形成の可能性は極めて薄いであろう。」と言われている<sup>9)</sup>。

## (3) 趣旨逸脱説

本説は、独禁法が適用されるのは知的財産権の行使の内、知的財産権制度の趣旨を逸脱する場合であると解する。詳述すれば、「知的財産保護の趣旨を逸脱して知的財産および製品の競争を阻害・制限することは、実質的に知的財産権法の目的に適合しない。」ことを基調とするもので、知的財産制度の趣旨を逸脱するか否かの判断を経由するので必然的に独禁法21条の検討もしていることになり、実質的には前述の権利濫用説より同条の文理を反映しているといえる。

本説の問題点として、知的財産権制度の趣旨を逸脱しているかの判断と独禁法に違反しているかの判断とが必要となること、そして実際の事案において両判断の区別が可能であるのか不安であること、が挙げられる。

なお、本説は上記のように結論に至る過程が迂遠、かつ、知的財産権制度趣旨の逸脱と独禁法違反の判断の相互関係の不明確さは否めないが、知的財産権制度の趣旨を判断の一つとしているのであるから、独禁法21条の存在は考慮されている見解である点に注目したい。

## (4) 確認説

本説は、独禁法21条は知的財産権が他の財産権（所有権等）と同様競争法上の適用対象であること、知的財産権（独占・排他権）の行使それ自体が独禁法違反ではないこと、を確認する規定であると解する。

本説では、知的財産権法、独禁法両者間に特別の関係はないとして適用を検討するのであるが、独禁法が知的財産権法より優先するとしており、21条の存在に関係なく原則として知的財産権の行使すべての場合が独禁法の適用対象たり得ることになり、結果として解釈・適用は、他説より明快かつ容易である。

本説の問題点として、あえて知的財産権を他の財産権と区別し独立した規定として21条に規定した意義を生かした解釈になっていない点が挙げられる。

## (5) 主要要因説

本説は、知的財産権法上の権利行使に対し独禁法を適用する場合は、対応する知的財産権法および知的財産権制度の趣旨を主要要因としなければならないが、独禁法21条はその旨を規定するものであると解す

る。

この説は知的財産権も他の一般財産権と同等に取り扱っている点で前述「確認説」と共通すると言えるが、これより21条の存在意義ないしは同条の趣旨をより重視している点が異なっていると言える。

本説では、21条所定の知的財産権を例示的なものと解釈するのであって、植物品種保護権について規定する種苗法や回路配置利用権について規定する半導体集積回路の回路配置に関する法律による権利は本条に含まれると解する。

本説につき立論、適用等において特段の不都合は見あたらず、かつその指摘もないと思われることから、目下のところ筆者において独禁法21条の解釈は、本説が最も妥当であると考えている。

以上、独禁法21条解釈の学説を挙げてみたが、当初断ったようにこれらは展開されている学説の主要と思われるものである。したがって、上記以外にこれらを組み合わせた説、さらにはこれらとは別立てと思われる説が多数存在する。

#### (6) 公正取引委員会の見解

公正取引委員会（以下、公取委という。）は、知的財産権法と独禁法は共通の目的を実現する手段面で相互補完の関係にあるとのスタンスの下、独禁法21条は知的財産法による権利の行使と認められる行為には独禁法は適用されず、当該行為が同法違反を構成することはないが、知的財産権法上の権利行使であってもそれら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行為である場合は、権利の行使と認められる行為には当たらず、独禁法が適用されることを確認するために存するのが21条であると解する。結局のところ、上述の各説中、「確認説」を加味した「趣旨逸脱説」ということになる。

この公取委の見解によれば、「知的財産権に係る独禁法の判断は、被疑行為が知的財産権法による権利の行使と見られる行為か否かがまずもって判断され、①権利の行使と認められない行為であれば独禁法が適用される。②権利の行使と認められる行為である場合は、知的財産権保護制度の趣旨、目的に照らしてこれに沿うものであるか否かが判断され、沿うものであれば独禁法の適用はないが、逸脱している時は独禁法が適用される。」かにつき判断をする。これより独禁法適用となるものについて同法の違反要件該当性を検討することになる<sup>10)</sup>。

### 3. 特許・ノウハウと独占禁止法

既述より、独占禁止法第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は適用されず、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されている（多数説、含む公取委の見解）。

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の場合、すなわち、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には、特許法等による「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ことになる。

ここで①特許法等による「権利の行使と認められる行為」とは、特許法第68条（特許権の効力）<sup>11)</sup>所

定の「特許発明の実施をする権利」であり、具体的には同法第2条3項1～3号<sup>12)</sup>所定の実施、すなわち物についていうなら「その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為」である。これらの行為を権利者が専有する結果として、他人が権利者の許諾なしに特許製品の生産、使用、譲渡、貸渡し、輸入等を行うことは（この実施にはいわゆる間接侵害に該当する行為も含まれる（特101条））特許権侵害となり、差止請求（特100条）や損害賠償請求（民709条）の対象になる。また、特許権侵害罪（特196条<sup>13)</sup>）の対象ともなる。

知的財産権の行使であっても私的独占に該当すると判断された具体的事例（審決）として、パチンコ機製造特許プール（パテントプール）事件<sup>14)</sup>が挙げられる。パチンコ機メーカー10社および特許プール会社（当該10社を含む日本遊戯機工業協同組合の組合員が共同して設立したもの）が、結合および共謀して、パチンコ機製造分野への新規参入を排除する方針の下に、非組合員に特許権の実施許諾を拒絶していた行為に対し、公取委勧告審決（平9・8・6審決集44巻238頁）は、パチンコ機を製造しようとしている者の事業活動を排除することにより、パチンコ機の製造分野における競争を実質的に制限しているものであって、独禁法3条前段・同2条5項に違反するとした。すなわち、個々の特許権者が特許権の実施許諾を拒絶しても、それは権利の本来的行使といえるが、10社（シェア90%）が共同して・新規参入阻止目的で差別的にライセンスを拒絶した行為は知的財産権の本来的行使とは認められず、排除行為による私的独占に該当すると判断されたものである。

なお本件で留意すべきは、パテントプールの存在については言及されておらず、結局のところ独占禁止法上これの存在（およびこれを通じ共同して権利行使すること）は許容されると解されることである<sup>15)</sup>。

私的独占についての具体的事例をもう一つだけ挙げておきたい。それは、東京都が競争入札で発注する都立病院の医療用ベットにつき、パラマウントベット社が都の発注者に実用新案権を有していることをふせて当該社の製品のみが適合する仕様書を作成させ、この結果として当該社製品のみが納入できる仕様書入札に至らしめ、もって他の医療用ベット製造業者の事業活動を排除した事案である。当該事案につき、公取委勧告審決平10・3・31審決集44巻362頁は、該社が競争他社に当該実用新案権の実施拒絶をしたとしてもこの限りにおいてそれは本来的権利行使といえるが、本件では不公正な働きかけによって係る仕様書入札を実現させたのであるから実施許諾の拒絶はもはや本来的な実用新案法上の権利行使とは認められないとしている。

ところで、いわゆるノウハウも特許権ないしは他の知的財産権と同様の経済的価値を有するものと思料されるから独占禁止法適用の対象たり得る。ただ、ノウハウは秘密性を有する知的財産である点において一般の知的財産と大きく異なる<sup>16)</sup>。したがって、ノウハウの所有者のノウハウ自体の使用・収益・処分に関する行為や、ノウハウに基づく一定の行為について、独占禁止法上の問題を検討する際には、この点を踏まえて行われることとなる。また、ノウハウについては、特許に対比すると、その技術的範囲が不確定であること、保護の排他性が弱いこと、保護期間が不確定であること等の特質を有するので、ノウハウライセンス契約の市場における競争秩序に及ぼす影響の判断に当たっては、このようなノウハウの特質を踏まえて判断することも必要になると考えられる。

#### 4. 商標権・著作権と独占禁止法

商標権とは商標に関する権利であり、著作権とは著作物に関する権利である。商標権は、原簿への設定の登録によって権利が発生する（商標法18条1項）のに対し、著作権は著作者が著作物を創作することによって発生する（著17条2項）。

商標とは、文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であつて、商品に付す名称、および役務の提供に際して使用する名称（商2条1項）である。また、著作物とは、思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの（著2条1項1号）である。

商標が法律上の保護客体とされるのは、その標識・識別機能（より具体的は、出所表示機能、品質保証機能、広告宣伝機能として説明される）に期待するからである。一方、著作物が法律上保護客体とされるのは、創作物であるがゆえにそれ自身が保護されるべきものと考えられること、さらには模倣等を防止し著作者の創作に対するインセンティブの高揚を図らんがためである。したがって、知的財産法における両者のスタンスは異なる。

しかし、商標権の存続期間は10年（商19条）であるが、使用を前提に更新（商20条）が可能であることから、使用している限り永久的な権利といえることができる。著作権の保護期間は原則、著作者の死後50年と特許権等の存続期間より相当に長く、商標権と著作権はこの点（存続期間が長期になり得る）において共通する。また、不公正な取引方法の一般指定12項に該当する違法な行為であっても例外的に公取委が指定する商品や著作物については独禁法の適用が除外され（独23条）、再販売価格維持行為が認められている。これは、指定商品については指定再販制度、著作物については著作物再販制度、と呼ばれ独禁法23条において共通の括りの中にある。そこで、商標権と著作権を併せてこの章で扱うこととする。

##### (1) 商標権と独占禁止法

商標権は、権利者が自己の登録した商標を登録した指定商品・役務について使用する権利の専有を認める排他的権利である（商25条<sup>17)</sup>）。

ここで商標の使用とは、商標法第2条3項<sup>18)</sup>所定の行為、すなわち、商品・商品の包装・役務の提供の用に供する物に標章を付したものを譲渡、引渡し、輸入等をする行為をいう。

商標権者の専有範囲について、第三者（権原なき者）が権利者の許諾なしに当該登録商標に係る商標をその指定に係る商品・役務に対して商標使用に該当する行為をすることは商標権侵害を構成し、差止請求（商36条）および損害賠償請求（民709条）の対象になる。また、商標権侵害罪（商78条<sup>19)</sup>）の対象にもなる。

商標権と独占禁止との関係も基本的には既述「特許と独占禁止法」の関係と同様でといえるが、特許法が発明という創作を保護することを目的とする法律であるのに対し、商標法は商標という標識に化体した信用を保護することを目的とする法律である。したがって、商標権と独占禁止法との関係で問題になるのは、商標使用（使用許諾）契約における再販売価格拘束や当該商標に係る商品の原材料等の抱き合わせ販売などいわゆる垂直的制限協定（規制）における拘束の妥当性についてのものが多く、商標使用契約を含むフランチャイズ契約も関連するものといえる。

商標権に関して独占禁止法上の問題なつた具体的事例（審決）の一つにヤクルト本社事件がある。事案の概要は、ヤクルト本社は、発酵乳の製法特許と同製品についての商標権を保有し、当該発酵乳の原液を加工業者に販売し、加工業者はこれを希釈しびん詰加工し、前記商標を付して小売業者に販売していた。このような取引関係下、ヤクルト本社は加工業者との間での発酵乳の製法特許の実施権および商

標の使用権の許諾に関する契約（加工契約）において、①加工業者は、ヤクルト本社と小売価格、小売地域および小売数量の遵守ならびに競争商品の販売禁止を内容とする小売契約を締結した者以外の者に発酵乳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および小売地域を小売業者に守らせなければならないという内容の規定を設け運用していた。これにつき公取委は、本件加工契約が拘束条件付取引に該当するとしてヤクルト本社に加工業者との間の加工契約上の販売先を小売契約の締結先に限るという販売先制限条項、小売価格・小売地域を小売業者に遵守させるという条項を削除するよう命じた。

ここで確認すべきは、販売先を指定する販売先制限および価格制限は、本来、特許法および商標法による「権利の行使」とは認められない行為であること、また、いったん権利者またはその同意を得た者により適法に特許製品および商標品が販売されると当該製品に係る特許権および商標権は消尽するとされる場合、小売の地域および数量の制限も特許法および商標法による「権利の行使」とは認められない行為であること、である。

具体的事例（審決）をもう一つ挙げておく。事案の概要は、北海道函館地区で一般日刊新聞の発行部数の相当数を占める新聞社が、相当の数の新聞題字の商標登録出願をなした。現実問題として当該新聞社は出願にかかる商標を使用する予定は存せず、かつ出願商標は当該地区で新規参入新聞社が使用すると目されるものであった。これにつき公取委は、当該商標登録出願を商標法による「権利の行使と認められる行為」には該当しないとして独占禁止法を適用し、これを私的独占に該当するとした<sup>20)</sup>。

時系列として係る公取委の審決より先に、特許庁において当該商標登録出願は「公の秩序又は善良の風俗を害するおそれがある商標（商4条1項7号）」であるとして拒絶査定（商15条<sup>21)</sup>）され、これに対し出願人である新聞社が拒絶査定不服審判（商44条<sup>22)</sup>）を請求したが、請求棄却、すなわち査定を肯定する審決がなされている。

この結果につき「本件は、まさに競争秩序の維持において独禁法と商標法とが相互補完関係にあることが示された事件であった。」<sup>23)</sup>との評がある。妥当であり、強い支持を表明したい。

## (2) 著作権と独占禁止法

著作権とは、他人に著作物の利用を許さないことを内容とする権利である（著21条等）。著作権法は、著作物並びに実演、レコード、放送及び有線放送に関し著作者の権利及びこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする法律であることを宣言し（著1条）、創作という事実のみで著作者が種々の支分権を享有することとなっており（著17条<sup>24)</sup>）、そのため、他人が著作権者・著作隣接権者の許諾なしに著作物、実演等の複製、録音、譲渡等を行うことは、著作権・著作隣接権侵害を構成し、差止請求（著112条）や損害賠償請求（民709条）の対象になる。また、刑事罰（著119条）の対象ともなる。

さて、著作権も知的財産権の一つゆえ、知的財産権法による権利の行使、すなわち著作権法上は複製等の許諾の拒絶や許諾なしの著作物の複製等を排除するのに必要な範囲の行為のほか、利用許諾に付された制限に反することが著作権・著作隣接権侵害を構成すると認められる場合、当該制限を遵守させるために必要な範囲の行為は、原則として、著作権法による「権利の行使と認められる行為」であり、独禁法の適用が除外されるが、形式的に著作権法による権利の行使であっても、当該行為が著作権制度の趣旨を超え、またはその制度の目的に反し、競争制限や競争者排除となる場合は独禁法適用の対象たり得ることはいうまでもない。

著作権と独占禁止法との関係で留意すべきこととして、他の知的財産権との関係にはない著作物の再

販売価格維持行為制度が存することである。

ここで再販売価格維持行為（「再販行為」）とは、典型的には、メーカーが取引先である卸売業者や小売店に対して卸売価格や小売価格を指示してこれを維持させる行為のことである。自らの販売価格ではなく、販売先の販売価格の維持に関与するから「再販売価格」維持行為と称される。この行為は、本来的には流通業者間の価格競争を減少・消滅させることになるため、不公正な取引方法として独禁法により禁止されている。ただし、「著作物」および「公正取引委員会が指定する商品」については、メーカー等が再販行為を行っても、一定の条件の下で独禁法が適用されない（独23条）。現在、公取委から指定を受けている商品はないから、著作物だけが再販行為を認められている。公取委は、再販行為が認められる「著作物」を、書籍、雑誌、新聞、レコード盤、音楽用テープ、音楽用CDに限定しており、ビデオ、レーザーディスク等の映像媒体及びコンピュータープログラム、データベース等は対象外である。

コンピュータープログラムが著作権法で保護されることとなっている今日<sup>25)</sup>、プログラムの著作物のリバースエンジニアリングが法上どのように評価されるかが問題となるが、とりわけ独占禁止法上リバースエンジニアリングを禁止する契約条項との関係が問題となる。

ここで、リバースエンジニアリングとは、ソフトウェアやハードウェアなどを分解、あるいは解析し、その仕組みや仕様、目的、構成部品、要素技術などを明らかにすることであり、プログラムの分野では、モジュール間の関係の解明やシステムの基本仕様の分析といった行為を含む。

リバースエンジニアリングは、企業が他社製品の互換製品を作るために行なうことが多く、企業の製品は特許や著作権が含まれているものが多いので、解析結果の利用に際しては知的財産権を侵害しないよう細心の注意を払う必要があることはいうまでもないと同時に、リバースエンジニアリングを禁止する契約条項は内容によっては独占禁止法違反になり得ると考えられる<sup>26)</sup>。

著作権法には、特許法等と異なりリバースエンジニアリングにより研究開発を行うことに関する規定はない<sup>27)</sup>。

ソフトウェアライセンス契約の多くの場合、ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンシーが当該ソフトウェアについてリバースエンジニアリングを行うことを禁止することは、ライセンシーの重要な競争手段である研究開発に係る事業活動を制限するもので、ライセンシーによるソフトウェアの改良、開発を妨げるおそれがあると考えられる。

ライセンサーによるソフトウェアのライセンスを促進し、ライセンシーによる研究開発意欲と新たな技術の開発を阻害しないようにすることが必要であり、そうすることが独占禁止法の趣旨への適合上も望ましいはずである。したがって例えば、プラットフォーム機能を持つソフトウェアのように、当該ソフトウェアとインターオペラビリティ（相互運用性）を持つソフトウェアやハードウェアを開発するためには、①当該ソフトウェアのインターフェース情報が必要であり、②ライセンサーが当該インターフェース情報を提供しておらず、③ライセンシーにとって、リバースエンジニアリングを行うことが、当該ソフトウェア向けにソフトウェアやハードウェアを開発するために必要不可欠な手段となっているような場合においては、リバースエンジニアリングを禁止することは、ソフトウェアにノウハウが含まれる場合があり、また、仮に外形上又は形式的には著作権法上の権利の行使とみられる行為としても、著作権法上の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と解すべきである<sup>28)</sup>。



## 5. 並行輸入と独占禁止法

並行輸入とは、総代理店制がとられている輸入品を第三者が海外の流通市場から総代理店を経由せずに行う輸入形態をいう。

知的財産権制度（ここでは特許制度を引例とする）は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与することを目的とするものである（特1条）。発明が法目的たる産業の発達に寄与するには、利用されねばならず、これには大別して発明の公開による利用と、発明の実施による利用がある。両者はそれぞれ補完しあい、結果として法目的が達成されることになるのであるが、実施されることがより直接的な貢献となり、実施の恩恵がより多くの人々にもたらされることが望まれ、特許品の市場での流通が期待される。これの実現には、国内的流通にくわえ国際的流通、つまり外国との商取引たる貿易が大きな役割をはたす。これを裏付けるがごとく、世界貿易総額は年を追う毎に増加し、世界経済の貿易依存度も上昇の一途をたどっている。

こうした貿易の対象となるものの中には知的財産権がかかわるものが多くあり、その保護体制が適切にとられることが求められるようになった。なぜなら、特許権等の工業所有権はその有用性ゆえ本来国境がなく、とくに近代における交通・通信手段発達に伴う世界一市場化により、工業所有権の国際的保護の必要性が高まったからである。

並行輸入品につき当該並行輸入業者以外の者が我が国で知的財産権を有している場合、我が国における知的財産権者の当該権利に基づく権利行使が独占禁止法上どのように評価されるかが問題となる。

係る状況下、公取委は早くより輸入総代理店等の継続的輸入取引契約に関する不公正な取引方法についての考え方を「輸入総代理店等における不公正な取引方法に関する認定基準」として公表し、公正取引委員会に届け出られた輸入総代理店契約等についての審査の基準としてきた。また、昭和60年頃から、円高の進行にもかかわらず国内物価が下がらないといういわゆる内外価格差問題への対応の一つとして、公正取引委員会は、昭和62年4月17日「並行輸入の不当阻害に関する独占禁止法上の考え方について」を公表し、並行輸入の不当阻害の考え方を明らかにするとともに、商標品の並行輸入が不当に阻害されることのないよう監視する方針を公表している。

これでいう並行輸入を不当に阻害するおそれのある行為とは、①わが国の並行輸入業者が海外の供給業者の取引先に購入申込みをした場合に、わが国の輸入総代理店が、海外の供給業者をして、または当該取引先に対し、並行輸入業者への販売を中止させるようにすること、②輸入総代理店が、並行輸入品を取り扱わないことを条件として卸売業者または小売業者と取引すること、③輸入総代理店が、並行輸入品を取り扱う小売業者には販売しないことを条件として卸売業者と取引すること、④輸入総代理店が、並行輸入品を偽物扱いし、商標権の侵害であると称して並行輸入品の販売業者に販売の中止を求めること、⑤輸入総代理店が並行輸入品を買い占めること、⑥輸入総代理店が並行輸入品の修理等を拒否すること、である。

具体的事例（審決）と典型的とされるものを以下に挙げる。

- 1) オールドパー事件と呼ばれ、総代理店が特約店に対し、並行輸入品を取り扱っている販売業者にはオールドパーを納入しないこと、かかる販売業者にオールドパーを供給する者にもオールドパーを納入しないことを指示し、これに該当する販売業者として4社を指名したことなどが拘束条件付き取引として問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（昭和53年4月18日審決・審決集25巻1頁）。
- 2) ヤシロ(株)事件と呼ばれ、フランスのグルーム社のハンドバック等の商品を関連会社を通じて購入

し、百貨店に販売していた被審人が、通信販売業を営む(株)フジサンケイリビングサービスがグループ社の商品をカタログ誌により販売しようとしたことに対し、関連会社を通じてグループ社に(株)フジサンケイリビングサービスとの取引を中止するよう要請し、同社とグループ社との取引を妨害したことが問題とされた事案で、公取委は不公正な取引方法であると審決している（公取勧審平2・9・5 審決集37巻29頁）。

- 3) ラジオメータートレーディング(株)事件と呼ばれ、ラジオメーター社が一手に輸入している血液ガス分析装置およびそれに使用する試薬と称する洗浄液等の溶液を、同社から一手に供給を受けて国内で販売している被審人が、並行輸入試薬を供給する輸入販売業者が出現したため、被審人の取引先販売業者に対し並行輸入試薬を取り扱わないよう要請するなどして、試薬の並行輸入業者の取引を妨害したことが問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（平成5年9月28日審決・審決集40巻123頁）。
- 4) 星商事(株)事件と呼ばれ、ハンガリーのヘレンド社製品（高級陶磁器製食器）の輸入総代理店である被審人が、並行輸入品について店頭調査を行い、輸出国を突き止めてヘレンド社に通報するなどして、並行輸入業者とその海外における仕入先との取引を妨害したことが問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（平成8年3月22日審決・審決集42巻195頁）。
- 5) (株)松尾楽器商会事件と呼ばれ、米国のスタインウェイ社のハンブルグ支店が製造したコンサート型ピアノの輸入総代理店である被審人が、並行輸入品について製造番号を調べ、その番号を同支店に通知し、同支店にその入手経路を調査するよう要請するなどして、並行輸入業者とその海外における仕入先との取引を妨害したことが問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（平成8年5月8日審決）。
- 6) ハーゲンダッツジャパン事件と呼ばれ、ハーゲンダッツブランドのアイスクリーム製品の製造販売および輸入販売を営む被審人が、アイスクリーム製品の輸入自由化（平成2年4月）を控え、輸入先であるピルスベリー社に対し、その取引先卸売業者に対して日本国内への並行輸入につながる販売を行わないよう要請するとともに、並行輸入品のロット番号等を通知するなどして、並行輸入業者とその海外における仕入先との取引を妨害したことが問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（平成9年4月25日審決）。
- 7) (株)ホビージャパン事件と呼ばれ、マジック・ザ・ギャザリングと称するカードゲームのメーカーであるウイザード社と、わが国における独占的販売契約を締結している被審人が、その取引先卸売業者に対し、並行輸入業者から同カードゲームを購入している小売業者等には同社製品を販売しないようにさせていたことが、拘束条件付き取引として問題とされた事案に対し、公取委は不公正な取引方法であると審決している（平成9年11月28日審決）。

上記1)～7)は独占禁止法の適用上、事業者は、第2条9項所定の「不公正な取引方法」はこれを用いてはならない（独19条）との規程を受けたものであり、2条9項各号の一に該当しかつ公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち公取委が指定するものに該当した事例である。公取委は同2条9項に基づく指定を一般指定と特殊指定とに分けて行っている<sup>29)</sup>。

## 6. まとめ

知的財産権と独占禁止法との交錯は我が国だけの問題ではない。米国においても我が国のテレビゲーム機メーカー任天堂が米国アタリ・ゲーム社に任天堂のファミコンが米国市場を独占して、他社の営業を排斥しているとして独占禁止法（反トラスト法と称する方がより妥当かもしれない）違反で訴えられたり、マイクロソフト社が米国司法省に反トラスト法で訴えられる（知的財産権とは直接関係のないものもあるが）等、枚挙に暇がない。

筆者の理解の範囲で「知的財産法と独占禁止法の交錯」の概要を述べた。知的財産法と独占禁止法、両法域をターゲットにした研究はまだまだ少ないのが実情であろう。さらにいえば、独禁法の研究者が関連領域として知的財産法の領域について研究している事例を散見することはできるが、この逆は僅かというのが筆者の見解である。今日、プロパテントが叫ばれ、国として知的財産戦略大綱が策定され、知的創造サイクルの確立するとの旗印の下、知的財産をもとに、製品やサービスの高付加価値化によって経済・社会の活性化を期すべく総合的な取組みをなすべしとしている。これの実現のために（1）創造戦略、（2）保護戦略、（3）活用戦略、（4）人的基盤の充実、が挙げられている。

係る状況下、プロパテントが進展すれば必然的に知的財産権行使の機会は増え、これに伴って予期せぬ不公正な取引方法が出現する可能性は大きい。予期せぬ不公正な取引ゆえ、具体像を想定することは困難であるが、本稿の提起事項は、内容的に普遍的であり、たとえ出現する不公正な取引方法が予期せぬ、ないしは予期できぬものであるとしても、起こり得る多くの事象はこれとの関わりを含み、本稿の提起事項をふまえた議論がなされるものと思料される。

これまでの考察より知的財産（ここでは主として特許）の実施契約と独占禁止法との関係について述べ、まとめとしたい。

既述のように、特許法は「特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する。ただし、その特許権について専用実施権を設定したときは、専用実施権者がその特許発明の実施をする権利を専有する範囲については、この限りでない（特68条）」と規定し、実施できる者を原則特許権者としている。

これより第三者が正当に実施するには実施権設定なり許諾等が必要となる（77条、78条等）。特許権者は、自己の保有する特許発明を実施する自由（実施しないことも自由）とともに実施許諾する自由（許諾しないことも自由）を有する。ただし、一定事由の下では、一定手続き（裁定）を経由して第三者に実施を認めるところとなる。

実施契約の場合、もっとも問題になると思われるのは、独占禁止法が禁止行為類型としている3類型中「不公正な取引方法」の場合であろう。すなわち、既述のように契約の相手方（通常ライセンス）の開発意欲を削ぐような不当な条件を設定し、それが市場における公正競争を阻害すると認められる場合には、独禁法2条9項の不公正な取引方法に該当するものとして独占禁止法の適用対象となる。なお、具体的救済は、公取委の調査を経由して警告（行政指導的な警告と行政処分としての警告とがある）、勧告（違反行為がある、ないしはあったと認められるときに違反行為の排除または排除されたことの確保のための措置で名宛人の応諾が前提となる）、審決（排除措置命令）によってなされる。平成12年の独禁法改正で前述の伝統的措置に加え、不公正な取引方法による利益侵害（含む侵害のおそれ）に対しては裁判所に差止請求を請求できることになった（独24条）。

- 1) 知的財産法とは、無体物及び情報に関する権利の利用関係を規制する法の総称をいい、具体的にその対象となる法律としては、特許法、実用新案法、意匠法、商標法、著作権法などがある。
- 2) 独占禁止法とは、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」の略称である。通常「独占禁止法」と呼ばれていること、正称が冗長であること、から本稿では原則として「独占禁止法」ないしは「独禁法」という。
- 3) 本条は独禁法平成12年改正前においては23条として規定されていたが、平成12年改正において改正前法21条（自然独占に固有な行為）と同22条（事業法令に基づく正当な行為）が削除されたことに伴い条数の繰上が行われ、現在21条として規定されている。
- 4) 第3条〔私的独占または不当な取引制限の禁止〕：「事業者は、私的独占又は不当な取引制限をしてはならない。」
- 5) 第19条〔不公正な取引方法の禁止〕：「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」
- 6) 21条中の「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法」をこれに限定することには問題がある。回路配置利用権（半導体集積回路の回路配置に関する法律）や育成者権（種苗法）等によっても同様のことが起こり得、かつ、これらも知的財産権法の法領域に属すからである。
- 7) 村上政博 現一橋大学大学院教授：弁護士から公正取引委員会職員を歴任後、横浜国立大学教授を経て現職。専門の経済法の領域における業績については勿論であるが、弁護士と公正取引委員会職員を歴任した異色の学者としても注目されている。異色の学者として存在を窺い知ることができるものとして「弁護士・役人・学者の仕事－体験的比較職業論（弘文堂・1997）」がある。
- 8) 朝比奈 宗太：「外国特許制度概説 第7版」,東洋法規,1998,pp.592-593
- 9) 村上政博：「独占禁止法研究」,弘文堂,1997,pp.232
- 10) 根岸哲・舟田正之：「独占禁止法概説」,有斐閣,2003,pp.367』は、このような解釈手法は、「一方で知的財産権侵害を排除するための正当な行為が、他方で独禁法違反を構成するというような、両法が実質的に矛盾する結果をもたらすことのないように、両法を全体として合理的・整合的に解釈するものである。」としている。
- 11) 第68条（特許権の効力）は「特許権者は、業として特許発明の実施をする権利を専有する。ただし、その特許権について専用実施権を設定したときは、専用実施権者がその特許発明の実施をする権利を専有する範囲については、この限りでない。」と規定する。
- 12) 第2条（定義）
  - 1～2 項略
  - 3 この法律で発明について「実施」とは、次に掲げる行為をいう。
    - 一 物（プログラム等を含む。以下同じ。）の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為
    - 二 方法の発明にあつては、その方法の使用をする行為
    - 三 物を生産する方法の発明にあつては、前号に掲げるもののほか、その方法により生産した物の使用、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為
- 13) 第196条（侵害の罪）

特許権又は専用実施権を侵害した者は、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

14) 公取委勧告審決平9・8・6 審決集44巻238頁

15) これにつき、「舟田・根岸「独占禁止法概説（第2版）」pp.370は、特許プールの形成自体は、特許の相互補完の利用や相互の特許抵触の回避を可能とし、競争を制限するものではないからである。」としている。

16) 一般の知的財産であっても意匠法においては、秘密意匠制度（意匠法第14条）がある。

17) 商標法第25条（商標権の効力）

商標権者は、指定商品又は指定役務について登録商標の使用をする権利を専有する。ただし、その商標権について専用使用権を設定したときは、専用使用権者がその登録商標の使用をする権利を専有する範囲については、この限りでない。

18) 商標法第2条（定義等）

3 この法律で標章について「使用」とは、次に掲げる行為をいう。

一 商品又は商品の包装に標章を付する行為

二 商品又は商品の包装に標章を付したものを譲渡し、引渡し、譲渡若しくは引渡しのために展示し、輸入し、又は電気通信回線を通じて提供する行為

三 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物（譲渡し、又は貸し渡す物を含む。以下同じ。）に標章を付する行為

四 役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物に標章を付したものをを用いて役務を提供する行為

五 役務の提供の用に供する物（役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供する物を含む。以下同じ。）に標章を付したものを役務の提供のために展示する行為

六 役務の提供に当たりその提供を受ける者の当該役務の提供に係る物に標章を付する行為

七 電磁的方法（電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によつて認識することができない方法をいう。次号において同じ。）により行う映像面を介した役務の提供に当たりその映像面に標章を表示して役務を提供する行為

八 商品若しくは役務に関する広告、価格表若しくは取引書類に標章を付して展示し、若しくは頒布し、又はこれらを内容とする情報に標章を付して電磁的方法により提供する行為

19) 商標法第78条（侵害の罪）

商標権又は専用使用権を侵害した者は、五年以下の懲役又は五百万円以下の罰金に処する。

20) 公取委同意審決平成12・2・28（北海道新聞社事件）

21) 第15条（拒絶の査定）

審査官は、商標登録出願が次の各号の一に該当するときは、その商標登録出願について拒絶をすべき旨の査定をしなければならない。

一 その商標登録出願に係る商標が第三条、第四条第一項、第八条第二項若しくは第五項、第五十一条第二項（第五十二条の二第二項において準用する場合を含む。）、第五十三条第二項又は第七十七条第三項において準用する特許法第二十五条の規定により商標登録をすることができないものであるとき。

二 その商標登録出願に係る商標が条約の規定により商標登録をすることができないものであるとき。

三 その商標登録出願が第六条第一項又は第二項に規定する要件を満たしていないとき。

22) 第44条（拒絶査定に対する審判）

拒絶をすべき旨の査定を受けた者は、その査定に不服があるときは、その査定の謄本の送達があつた日から三十日以内に審判を請求することができる。

2 前項の審判を請求する者がその責めに帰することができない理由により同項に規定する期間内にその請求をすることができないときは、同項の規定にかかわらず、その理由がなくなった日から十四日（在外者にあつては、二月）以内でその期間の経過後六月以内にその請求をすることができる。

23) 根岸哲・舟田正之：「独占禁止法概説」,有斐閣,2003,pp.387

24) 第17条（著作者の権利）

著作者は、次条第一項、第十九条第一項及び第二十条第一項に規定する権利（以下「著作者人格権」という。）並びに第二十一条から第二十八条までに規定する権利（以下「著作権」という。）を享有する。

2 著作者人格権及び著作権の享有には、いかなる方式の履行をも要しない。

25) コンピュータプログラムは、著作権法昭和60年改正で本法における保護対象になった。

26) <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.march/020320.pdf>

27) 特許法においては、「特許権の効力は、試験又は研究のためにする特許発明の実施には、及ばない。」と規定している（特許法第69条）。また、半導体集積回路の回路配置に関する法律第12条にも同様の規定がある。ソフトウェアにおけるリバースエンジニアリングでは、契約対象ソフトウェアの解析を行うことによって、ソフトウェア中のインターフェース情報、アルゴリズム等のノウハウやアイデアの抽出が行われると考えられるが、リバースエンジニアリングの手法の一つである逆アセンブル・逆コンパイル（注16）の段階において、著作権法上の複製が行われるとの考え方があり、この考え方に従った場合、当該ソフトウェアについて逆アセンブル・逆コンパイルを行うことは、著作権の侵害に当たるとの見解もある。他方、リバースエンジニアリングは、ソフトウェア中のアイデアを読み取る行為であり、そのために必要な限度での複製行為は、著作権の侵害とはならないとして、逆アセンブル・逆コンパイルを伴うリバースエンジニアリングが、著作権法上も許容されるとの見解もある。EUでは、1991年の「コンピュータプログラムの法的保護に関するEC指令」で、米国では、判例法で、インターフェース情報を得るためのリバースエンジニアリングは認められるとされている。

28) 「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方（ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会中間報告書）：平成14年3月20日 公正取引委員会」

29) ここでいう一般とは、すべての事業者に対して共通して適用されるもので、現在は昭和五十七年六月十八日公正取引委員会告示第十五号が施行されている。一方、特殊指定とは、特定の事業分野における特定の取引方法をいい、現在は海運業、新聞業、教科書業、百貨店業、食品かん詰または食品びん詰業に関して指定がなされている。