

# 知的財産権法と独占禁止法の関係

「競争法の現代的諸相(下)-厚谷襄児先生古稀記念論集」信山社, 2005年2月 (p. 885~902)

浅井 敏雄<sup>1</sup>

## 目次

I.	はじめに.....	1
II.	特許制度の原理と趣旨.....	2
	1. 特許制度の原理に関する諸説.....	2
	2. 我が国特許法固有の制度趣旨.....	3
	3. 我が国特許制度固有の目的と究極目的の関係.....	4
III.	独占禁止法と特許法の目的規定.....	5
IV.	独占禁止法第21条の解釈.....	6
	1. 独占禁止法第21条の解釈論の推移.....	6
	2. 公正取引委員会「指針」にいう「技術保護制度の趣旨」.....	6
V.	知的財産権法と独占禁止法の関係に関するまとめ.....	7
VI.	不可欠技術の問題.....	8
	1. 問題の所在.....	8
	2. 特許法による解決方法.....	8
	3. 独占禁止法による解決方法.....	9
	4. まとめ.....	10

## I. はじめに

知的財産権法も独占禁止法も、その究極目的は産業ないし経済の発達・発展である(特許法第1条など、独占禁止法第1条)。しかし、知的財産権法は知的創作に関し独占権を付与することによりかかる目的を達成しようとする。これに対し、独占禁止法は市場の独占を排除することによりかかる目的を達成しようとする。このように両者は究極目的ないし制度趣旨において共通しながら手段においては一見相対立するかのようにも見える。それでは両者は具体的には一体どのような関係にあるのか。

この点、従来は、独占禁止法第21条の解釈を中心とし、かつ、どちらかといえば独占禁止法からの視点に重心を置いて、両者の関係を論じることが多かったように思われる。

これに対し、本稿では多少着眼点を変え、知的財産権法からの視点にやや重心を置き、その原理や制度趣旨から議論を始め、最終的に独占禁止法第21条の解釈を通じ両者の関係を検討することとする。具体的に

えば、知的財産権法の代表として特許法を取り上げ、始めに①特許制度の原理と趣旨を検討し、次に②我が国特許法固有の目的と究極目的の関係を論じ、更に③独占禁止法と特許法の目的を両者の目的規定において比較し、最終的には④独占禁止法第 21 条の解釈を通じ両者の関係を論じる。また、しかる後、両者がともに関係する問題の一つとして、特定分野において不可欠な技術の特許権により市場独占状態がもたらされた場合について、両者による解決方法を検討することとする。

## II. 特許制度の原理と趣旨

### 1. 特許制度の原理に関する諸説

前述の通り、特許法の究極的目的は産業の発達であるが、独占禁止法を含め全ての産業法がこれと共通ないしは類似の目的を有する。従って、これをもって、特許法と独占禁止法は究極目的を共通にする関係にあると試みて両者の関係を具体的に把握したことにはならない。従って、産業法一般とは異なる特許法固有の目的ないし制度趣旨を理解した上、これを独占禁止法固有の目的と比較し両法の関係を分析する必要がある。

そして、特許法固有の目的ないし制度趣旨をその根幹から理解するためには、各国の特許制度を通じ特許制度の原理として一般的に主張されてきた諸説を知ることが有益であろう。以下にこれらを概観する。

#### (1). 基本権(自然権)説

基本権説は、自然権思想に基づき、本来、発明者は、当然に財産権としての独占権を受けることができるとする。そして、この説は、基本的財産権説と基本的受益権説に大別される。

基本的財産権説はあらゆる新規な発明は、本来、これを思いついた者の所有に属する。したがって、社会はこれを財産権として認めるべきであるとする説である<sup>2</sup>。

一方、基本的受益権説は、発明は、きわめて有益な貢献を社会に与えるものであるから、社会はこれに対する最適の報奨として、発明専用の権利を付与すべきであるとする説である<sup>3</sup>。

このような基本権説は、特許制度の人権保障制度としての側面をとらえたものといえ、今日でもなお同制度の根本にある思想といえる。しかし、今日においては、以下の、特許制度を国家の産業育成のための制度ととらえる産業政策説がより有力である。また、経済の発展という共通の目的を有する独占禁止法との関係でも基本権説よりも産業政策説の方が、両者の関係に関する具体的視点を与えてくれる。

#### (2). 産業政策説<sup>4</sup>

##### (a) 発明奨励説

特許権は、発明を奨励するために付与されるとする説で、その内容は以下の通りである。

発明者は、その発明の努力の産物、すなわち発明について独占権を与えられなければ、発明のために費やした時間・費用・労力を回復・回収できない。換言すれば、このような報奨があるからこそ、発明者は、発明をしようと努力するのであり、逆にこのような報奨がなければ、発明者の発明意欲を著しく減殺する。

従って、特許は、発明を奨励するために付与される。

### (b) 代替技術開発の奨励説

この説は、発明奨励説のコロラリーともいえ、その内容は以下の通りである。

特許発明は、その技術的効用がもたらす顧客誘引力が強ければ強い程、競合企業に対し、同様の技術的効用を奏しかつ先行特許を侵害しない技術(回避・代替技術)を開発しようとするインセンティブを与える。これは一見、無駄な開発努力とも思えるが、かかる後発技術は、先行発明よりも効率的であったり、費用対効果に優れていたり、副作用が少なかったりする場合もある。従って、特許は、回避・代替技術開発を奨励するために付与される。

### (c) 発明開示奨励説(秘密公開説または代償説)

特許は、発明内容の開示の代償として与えられるという説で、その内容は以下の通りである。

もし特許制度がなければ、せつかく時間・費用・努力を費やしてなした発明を他人に無償で模倣されるから、発明者は、その発明を秘密にすることにより守ろうとする。そのような秘密主義は、科学技術に関する情報の自由な流通を阻害し、科学技術の発達にとって極めて有害である。従って、発明は可能な限り開示されなければならない、特許はその代償として与えられる。

### (d) 発明の商業化促進説

特許は、発明の商業化を促進するために与えられるという説で、その内容は以下の通りである。

発明は、実際に実施されてこそ産業の発達に寄与する。そこで、特許制度は、発明者に特許権を与えることにより国に対する発明の開示を促進し、その開示された発明を国が公衆に公開することにより、その発明を最も適切に商業化する者にその機会を与える。特に、発明者に商業化のための経験、資金、生産設備、販売設備のない場合は、特許制度がなければ、せつかく発明がなされても実施されることなく産業の発達に寄与することもない。従って、特許は、発明の商業化を促進するために与えられる。

### (e) 競争秩序説

特許は、公正な競争秩序を確保するために与えられるという説で、その内容は以下の通りである。

もし特許制度がないとすれば、他人が多量の時間・費用・労力を費やしてなした発明を、競業者は自由に利用できることになる。換言すれば、競業者は、他人の労力にただ乗りして競争することができる。このような状態を放置していたのでは、公正な競争秩序を確保することはできないから、これを確保するために特許が与えられる。

## 2. 我が国特許法固有の制度趣旨

以上が、各国の特許制度を通じ特許制度の原理として一般的に主張されてきた諸説である。それでは、我が国特許法はこの内どのような説に拠っているのか。

この点、我が国特許法第1条は、「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする。」と規定する。

すなわち、特許法は、「発明の保護及び利用を図ること」が「発明を奨励」することになり、更にそのことが究極的には「産業の発達に寄与すること」になるとする。

従って、我が国が発明奨励説(代替技術開発奨励説を含む)を採用することは明らかである。

しかし、このことは、他説を否定するものではない。

先ず、発明開示奨励説についていえば、我が国特許法も、特許を受けるための前提要件として出願という国家に対する発明開示行為を要求している(第 36 条)。また、同一の発明について複数の出願が競合した場合には最先の出願だけに特許権を与える先願主義(第 39 条)をとることにより一刻でも早い発明開示を促す。更に、出願された技術内容は出願後一定期間を経過すれば原則として全て国家により公開される出願公開制度(第 64 条)をとる。これらのことから、我が国特許法は発明開示奨励説もとっているといえる。

発明の商業化促進説についても同様である。前述の通り、我が国特許法は、出願公開制度(第 64 条)をとる。また、特許発明が三年以上継続して適当に実施されていないときは、その発明の実施を希望する者が、特許権者との協議が調わなかった場合特許庁長官に実施許諾の裁定を求めることができる制度(第 83 条)もとっている。これらのことから、我が国特許法は発明の商業化促進説をもとっているといえる。

更に、競争秩序説も、特許法自体にはこれを具体的に明示する条文こそないものの、公正な競争秩序が確保されてこそ産業の継続的かつ円滑な発達があり得ると思われる。従って、我が国特許法は全体的に見て競争秩序説を肯定していると解される。

以上を総合すると、我が国特許法固有の制度趣旨ないし目的は、発明の奨励を中心とし、併せて、発明の開示と商業化の促進および競争秩序維持を含むというべきであろう。

### 3. 我が国特許制度固有の目的と究極目的の関係

前述の通り、我が国特許制度の目的は、発明の奨励を中心とし、併せて、発明開示と発明商業化の促進および競争秩序維持をも含む。

ただ、特許法第 1 条は特許法の究極目的を「産業の発達に寄与すること」とするから、特許法が発明の奨励等を行うのは、それ自体が目的というより、それらが究極的には産業の発達に寄与するからである。

そして、かかる究極目的において、特許法と独占禁止法は共通する。従って、発明の奨励等の特許法固有の目的がどのようなメカニズムによって産業の発達に結びつくのかを分析することは、両者の関係を理解することに役立つと思われる。

この点、第一に発明の奨励は、以下のようなメカニズムにより産業の発達に結びつく。

「競争のあるところ優勝劣敗は当然の帰結であり、優勝劣敗の差の激しいところ、競争は激化し、技術の進歩はそれだけ加速せられる。… しかも、敗者が必ずしも永久に敗者ではない。次の機会において勝者となることが可能である。すなわち、先願発明の出現によって後願発明者の努力一切が常に水泡に帰するものではなく、それまでに蓄積した能力と技術のもとで、これを改良し拡張し、先願発明者を追い抜くことができるからである。… また、一つの発明ができるまでには、その発明と異なる多くの異なった手段についても、考究・検討がなされているのが普通であり、したがって一つの発明について後願発明者となった者も、これと異なる手段について先願発明者となる可能性も少なくない」<sup>5</sup>。

すなわち、企業は、市場における勝者にならんとし常に製品の技術競争に駆り立てられ、その結果、一旦他の企業に先んじて有力技術の特許を得れば、市場における優位を確保する。しかし、かかる優位も、いつしか他の企業がより優れた技術を開発しその特許を取得することにより打ち破られるおそれがある。このように、特

許付与による発明奨励は、全ての企業を恒常的な技術競争に駆り立て、それは市場競争の促進につながり結果的には産業の発達に結びつく。

第二に、発明の開示および商業化促進も、以下のようなメカニズムにより産業の発達に結びつく。

前述の通り、発明者による国家への発明開示と国による公衆への開示により、優れた技術が世の中に迅速・組織的・継続的かつ検索容易な形で公開される。これは、先ず技術文献としての利用と試験または研究目的のための実施(第 69 条第 1 項)という、無償かつ自由な利用に供される。そして、これにより、産業界および学術界における研究活動意欲は著しく刺激され、先行技術を乗り越えようとする技術競争が促進される。また、発明の開示は、専用実施権の設定(第 77 条)や通常実施権の許諾(第 78 条)による発明利用の端緒となり得、これによって発明の商業化が促進される。そして、かかる商業化により、優れた品質・機能の製品が市場に登場すると、それは、他の企業の品質・機能向上のための技術開発意欲を刺激する。このように、発明の開示および商業化促進は、全ての企業を恒常的な技術競争に駆り立て、それは市場競争の促進につながり、結果的には産業の発達に結びつく。

以上を踏まえると、前記 II-2 で述べた我が国特許制度の趣旨ないし目的は「発明の奨励と開示・商業化の促進を手段とする技術競争の促進による産業の発達」といい換えることができる。

### III. 独占禁止法と特許法の目的規定

以上のような特許制度の趣旨とメカニズムを踏まえると、特許法は、技術競争の促進による市場競争の促進による市場競争の促進という点において、独占禁止法と調和するように思われる。以下では、両法の目的規定の比較によりこれを検証する。

独占禁止法第 1 条は、①「この法律は、私的独占 … 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「公正且つ自由な競争を促進し、」③「事業者の創意を発揮させ、事業活動を盛んにし …、」④「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」と規定する。

これに対し、特許法第 1 条は、「①この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、」②「発明を奨励し」③「もつて産業の発達に寄与することを目的とする。」と規定する。

ここで、独占禁止法の①事業活動の不当拘束の排除は、特許法の①特許権という独占権付与による「発明の保護」と相対立するようにも思われる。

しかし、独占禁止法の②公正な競争の促進は、特許法の競争秩序説で説明される公正競争確保と方向を同じくするものといえる。また、独占禁止法の③事業者の創意発揮促進は特許法の発明の奨励と方向を同じくするものといえる。

そして、独占禁止法が、①事業活動の不当拘束の排除により、②市場競争と③事業者の創意発揮を促し、究極的には④経済発展を達成しようとするのと同様、特許法も、①特許による「発明の保護」と発明の開示および実施による「発明の利用」により、②発明奨励・技術競争を促し、究極的には③産業の発達を達成しようとする。

このように、独占禁止法と特許法は、それぞれの目的規定から見ると、最初の出発点は異なるものの、中間手段においては一部共通する面もあり、かつ、究極目的はほぼ一致する関係にあることが理解される。

## IV. 独占禁止法第 21 条の解釈

前述の通り、独占禁止法と特許法は、最初の出発点は異なるものの究極目的はほぼ一致する。

とすれば、両法がともに関係する局面では、両者は一定の原理により調整される必要がある。それでは、かかる調整はどのようになされるべきか。それが独占禁止法第 21 条の問題である。

そして、かかる調整原理は、これまでの検討結果からすれば、「技術競争の促進」であるといつてよいであろう。

以下、これを独占禁止法第 21 条の解釈、具体的には、平成 11 年 7 月公正取引委員会ガイドライン「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」(以下「指針」という)における解釈を通じ検証する。

### 1. 独占禁止法第 21 条の解釈論の推移

独占禁止法第 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。」と定める。

この規定の制定当初は、例えば以下のような記述に見られるように、知的財産権と独占禁止法の調整が必要な場面では、知的財産権法を優先させる説が有力であったようである。

「事業者が、この法的独占権を利用して、その事業能力を拡張し、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配して経済上の独占的地位を占めた場合においても — それが事業者の独占的企図に基づくものであるか自由競争の当然の結果として生じたものであるかは、これを問わない。— それが右の法的独占権に基づくものである場合には、たとえ、それによって公共の福祉に反するような状態が生じているとしても、私的独占をもって論ぜられることなしというのが、第 23 条の法意である。」(石井良三『独占禁止法』 270 頁。海口書店、1947 年<sup>6)</sup>。

これに対し、現在、公正取引委員会は、「指針」第 2-2 において、以下のように説明する。

『独占禁止法第 23 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』。すなわち、公正取引委員会は、独占禁止法第 21 条(旧第 23 条)は「技術保護制度の趣旨を逸脱」しない知的財産権の行使に独占禁止法が適用されないことを確認する規定に過ぎず、これを逸脱する知的財産権の行使には独占禁止法が適用されると解しているのである。そしてこの公正取引委員会の解釈は、現在の通説的見解とほぼ一致するといつて良いと思われる。そこで、以下、「指針」における独占禁止法第 21 条の解釈を通じ、特許法と独占禁止法の間を検討する。

### 2. 公正取引委員会「指針」にいう「技術保護制度の趣旨」

「指針」によれば、「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」か否かが、特許法等による権利の行使とみられるような行為に独占禁止法が適用されるか否かの基準とされている。それでは、「指針」にいう「技術保護制度の趣旨」とはより具体的には何をいうのか。

「指針」は特許・ノウハウに係るものであるから、「技術保護制度の趣旨」とは、特許についていえば特許制度の趣旨を意味する。そして、我が国特許法の制度趣旨とは、前記 II-3 の通り、「発明の奨励と開示・商業化の促進を手段とする技術競争の促進による産業の発達」、より端的に言えば、「技術競争の促進」である。

従って、特許法と独占禁止法は、両者がともに関係する局面では、「技術競争の促進」を原理として調整されることになる。

この点、「指針」の以下のような記述が、これを裏付けている。

「1. 特許制度に代表される技術保護制度は、事業者の研究開発意欲を刺激し、新たな技術やその技術を利用した製品を生み出す原動力となり得るものであり、競争を促進する効果が生ずることが期待される。また、技術取引がなされることにより、異なる技術の結合によって技術の一層効率的な利用が図られたり、新たに技術やその技術を利用した製品の市場が形成され又は競争単位の増加が図られ得るものであり、技術取引によって競争を促進する効果が生ずることが期待される。このように、技術保護制度は、自由経済体制の下で事業者が創意工夫を発揮させ、国民経済の発展に資するためのものであり、その趣旨が尊重されるとともに、円滑な技術取引がなされるようにすることが重要である」(第 1 はじめに)。

「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ものと考えられる」(第 2-2)。

すなわち、「指針」にいう「技術保護制度の趣旨」とは、あくまでも「技術・市場競争促進」のための技術保護であって、形式上特許権の行使とみえる行為であっても実質上技術・市場競争促進に反する場合は独占禁止法が適用される。

これを、更に「指針」における具体例で検証する。

例えば、特許権に基づく実施権の許諾拒絶の問題である。特許権者が単独で拒絶することは、原則として独占禁止法上問題とならない。何故なら、特許発明を独占排他的に実施し得ること(特許法第 68 条)こそ、特許法による発明保護の核心であり「技術競争促進」の原動力だからである。

しかし、独占権の行使も、「指針」が挙げる例のように、「パテント・プールを利用して、複数の権利者が新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的な理由なく拒絶することなどにより、他の事業者の新規参入を阻害したり、既存事業者の事業活動を困難にさせることは、これらの行為により一定の製品市場又は技術市場における競争が実質的に制限される場合」(第 3-3)には、特許権による保護は、もはや、技術競争促進の意義を失っている。このような場合に、特許権者が特許権に基づく実施権の許諾を拒絶することは、むしろ技術・市場競争を制限する効果しかもたない。

従って、このような場合は、仮に形式上は「知的財産権の行使」と見られる行為であっても、実質の上独占禁止法第 21 条の「知的財産権の行使と認められる行為」とは評価できないので独占禁止法が適用されかつ同法違反(私的独占)となる。

このように、特許法と独占禁止法の調整は、「技術競争促進」を原理としてなされる。

## V. 知的財産権法と独占禁止法の関係に関するまとめ

以上の通り、知的財産権法と独占禁止法とは、前者は技術実施の独占権付与を起点とし、後者は事業活動の不当拘束の排除を起点としながら、その究極目的は産業ないし経済の発達・発展とする点で共通する。そして、両法がともに関係する局面においては、「技術競争の促進」を基準として調整が行われるといえる。

## VI. 不可欠技術の問題

特許法と独占禁止法がともに関係する場面の一つとして、特定分野において不可欠な技術の特許権により市場独占状態がもたらされた場合がある。以下では、これに対する両法による解決方法と、当該解決方法の適用において上記の「技術競争の促進」という調整原理がどのように作用するのかを論じることとする。

### 1. 問題の所在

特許技術がその技術分野において極めて基本的な技術であるため、結果として、特許による独占が市場の独占をもたらしている場合であっても、このような結果は、まさに技術競争の結果もたらされたものであり、そのこと自体を非難することはできない。

しかし、その結果生じた市場独占状態が独占禁止法の観点から許容できない程度に至った場合にどうするかが問題となる。

以下に、この点について、先ず、特許法自体による解決方法を検討し、しかる後、独占禁止法による解決方法を検討する。

### 2. 特許法による解決方法

#### (1). 特許法第 92 条(自己の特許発明の実施をするための通常実施権の設定の裁定)

特許法第 92 条によれば、特許権者は、その特許発明がその特許より先願に係る他人の特許発明を利用するものであるときは、当該他人に対しその先願特許発明の通常実施権の許諾について協議を求めることができる(第 1 項)。そして、当該後願発明の特許権者は、かかる協議が調わないときは特許庁長官の裁定を請求することができる(第 3 項)。そして、かかる裁定がなされ、かつその裁定謄本が当事者に送達されたときは、裁定で定めるところにより当事者間に協議が成立したものとみなされる(第 7 項、第 87 条第 2 項)。本条の裁定制度は、特に、先願の基本技術を利用した後願の改良技術の実施を確保するために有用であるとされる。

この裁定は、現実になされることは非常に困難であるものの、理論上は可能であることが、当事者間の自主的な実施許諾を促す効果があるとされる。

特許庁長官は、当該通常実施権を設定することが先願特許権者の利益を不当に害することとなるときは通常実施権を設定すべき旨の裁定をすることができない(第 5 項)。また、特許庁長官が裁定しようとする場合には、工業所有権審議会の意見を聴かなければならない(第 7 項、第 85 条第 1 項)。

特許庁長官が先願特許権者の利益を不当に害することとなるか否かを判断するときや工業所有権審議会が意見を形成するときは、本来の主要考慮事項は技術発展の促進であろう。しかし、もし、先願の技術がその技術分野において極めて基本的な技術であるため、結果として、特許による独占が市場の独占をもたらしている



場合、かかる市場独占状態の解消を、上記の判断や意見形成における考慮すべき要素として排除しなければならない積極的理由もないように思われる。とすれば、本条の裁定制度を、独占禁止法的観点から利用する可能性は、少なくとも理論上はあり得るものと思われる。

但し、本条の裁定制度は、あくまで、先願特許発明を利用した後願特許発明の実施を確保するため、すなわち、後願「発明の利用」確保のためのものであるから、上記の独占禁止法的観点からの利用も、後願発明が先願発明を利用するものであるという前提条件を欠く場合は問題となり得ない。

## (2). 特許法第 93 条(公共の利益のための通常実施権の設定の裁定)

特許法第 93 条は、「特許発明の実施が公共の利益のため特に必要であるときは、その特許発明の実施をしようとする者は、特許権者又は専用実施権者に対し通常実施権の許諾について協議を求めることができ」(第 1 項)、かかる「協議が成立せず、又は協議をすることができないときは、その特許発明の実施をしようとする者は、経済産業大臣の裁定を請求することができる」(第 2 項)旨規定する。

工業所有権審議会の「裁定制度の実施要領」(昭 50)は、本条の裁定が「公共の利益」のために特に必要である主要な場合として、国民の生命等に直接関係する分野で特に必要である場合の他、「当該特許発明の通常実施権の許諾をしないことにより当該産業全般の健全な発展を阻害し、その結果国民生活に実質的弊害が認められる場合を挙げている<sup>7</sup>。また、外資審議会専門委員会報告(昭和 43 年 3 月 15 日)は一つの例として、「特定製品の生産または特定方法の実施に不可欠な工程に関する重要な特許発明が独占されることによつて・・・企業の倒産等の混乱を生ずることにより、これらの産業の健全な経済的または技術的發展を著しく阻害するおそれがあること」により国民生活に重大な悪影響がもたらされる場合を挙げている<sup>8</sup>。

しかし、このような経済的理由で本条の裁定請求をすることはどこまで認められるべきか。この点、中山教授は「特許権を取得した者は、他の者に対して優位に立つのは当然であり、そのために特許権を取得するのである。優れた発明であればあるほど、競争企業との格差は開く。これは特許制度の当然の帰結である。技術開発に遅れをとった企業が競争に敗れるのは当然であり、技術開発競争に敗れたが故に、本条による裁定を求めるとしたのでは、特許制度は崩壊する。・・・もし経済的理由により本条の裁定の請求を認めるとしても、ある特許が特定の企業に握られていることにより、大量の失業が生じ、日本の経済全体に大混乱をきたすような極めて例外的場合に初めて認めるべきである。」とするが、至当である<sup>9</sup>。

とすれば、特許技術がその技術分野において極めて基本的な技術であるため、結果として、特許による独占が市場の独占をもたらす場合であっても、本条の裁定によって、そのような独占状態を解消できる場合は極めて限定されるであろう。

## 3. 独占禁止法による解決方法

特許技術がその技術分野において極めて基本的な技術であるため、結果として、特許による独占が市場の独占をもたらす場合に、そのような独占状態を解消するための独占禁止法上の方法としては、同法第 8 条の 4 (独占的状态に対する措置)に基づき「当該商品又は役務について競争を回復させるために必要な措置」として当該特許発明の通常実施権の設定を命ずることが考えられるが、同条の措置も上記の特許法における裁定制度と同様、その適用の困難性が指摘されている<sup>10</sup>。

それでは、このような場合に、所謂「エセンシャル・ファシリティ」(EF)の理論の適用はできないか。

ここでEFとは、典型的には、通信・電力・ガス事業等、公的規制によって、独占的事業形態が維持されることにより、その事業活動に不可欠となった施設をいう。そしてEFの理論とは、かかる事業分野に新規参入を促す政策上の必要が生じた場合、新規参入事業者に当該EFの利用機会を与えるため、独占禁止法上、当該EFを所有する先行事業者に、他事業者からの利用申し込みを不当に拒絶することに関し、より積極的に独占禁止法上の規定の適用を行うべしとする理論をいう(笠原慎吾「エセンシャル・ファシリティへのアクセス拒絶行為に係る独占禁止法上の考え方」公正取引608号70-76頁(2001年))。

そして、前掲笠原は、EFのアクセス拒絶行為が規制される理由は、「当該行為が、①EFを利用する市場を決定的に支配し、②本来すべての事業者の利用機会が確保されるEFについて他事業者の利用が排除されることによって、市場における競争を致命的に減殺するものであるため」とされ、EFへのアクセス拒絶行為に適用される規定として考えられるものとして私的独占(独占禁止法第3条)、不公正な取引方法(第19条) — 取引拒絶(一般指定第1項・第2項)、差別対価・差別的取扱い(一般指定第3項・第4項)を挙げる(前掲笠原72頁)。

EFの理論は、従来公的規制の利益を得てEFが形成されてきた事業分野においては、比較的受け入れ易い理論のようにも思われる。何故なら、EFの所有者は、公共政策的観点から市場独占の利益を許されてきた以上、その公共的政策の転換、すなわち、市場参入促進政策への転換による不利益もまた甘受すべきとも考えられるからである。

しかし、知的財産権の分野にはこのことは当てはまらない。何故なら、基本技術である知的財産権による独占状態の形成は、まさに技術競争の結果、特に創意工夫に優れた企業によって達成されたものであって、公共政策によってもたらされたものではないからである。そして、単にそれが不可欠技術であり、その実施許諾を拒絶することにより他事業者の新規参入が困難になるからといって、特許発明を独占排他的に実施する自由を否定したのでは、発明奨励による技術競争促進という特許制度の核心を侵すおそれがある。

また、そもそも、現在代替技術を開発することが非常に困難と考えられている場合であっても、優れた技術者たちが現在の基本技術を乗り越えようと開発努力をし、その結果、明日には代替技術が生み出され、従来の基本技術にとって代わることが、むしろほとんどのケースといえるであろう。

とすれば、ある時点における基本技術についてEF理論を適用すべきか否かの判断は、その技術の不可欠性、過去の独占状態継続期間、将来における代替技術開発可能性、市場競争抑制の状況、その技術による独占を排除することによる利益(技術開放による競争促進効果)と不利益(発明意欲減殺による技術競争減殺効果)などを、独占禁止法と特許制度の調整原理である「技術競争促進」の観点から、総合的に比較衡量して行うべきである。

#### 4. まとめ

以上の通り、特定分野において不可欠な技術の特許権により市場独占状態がもたらされた場合に対しては、特許法においては裁定制度(第92条、第93条)の利用が、独占禁止法においては、独占的状态に対する措置(第8条の4)の利用または「エセンシャル・ファシリティ」の理論の適用が考えられる。

しかし、これらの利用・適用を検討するに当たっては、いずれの場合も、独占禁止法と特許制度を調整する「技術競争促進」の観点を欠くべきではない。

- 
- <sup>1</sup> 弁理士(出版当時)
  - <sup>2</sup> 吉藤幸朔著・熊谷健一補訂『特許法概説[第 13 版]』9 頁(有斐閣、1998 年)。
  - <sup>3</sup> 前掲吉藤・熊谷 9 頁。
  - <sup>4</sup> この箇所の記述については、Newman, Pauline “Legal and Economic Theory of Patent Law” In *PRINCIPLES OF PATENT LAW CASES AND MATERIALS*, Donald S. Chisum et. al. 67-72. New York : Foundation Press 1998, 前掲吉藤・熊谷 8-12 頁及び中山信弘編「注解特許法[第三版]上巻」21-23 頁を参考とした。
  - <sup>5</sup> 前掲吉藤・熊谷 12 頁
  - <sup>6</sup> 茶園成樹「知的財産権と独禁法 - 工業所有権と独禁法」日本経済法学会編『経済法講座 2 独禁法の理論と展開①』176 頁注(10)(三省堂、2002 年)。
  - <sup>7</sup> 前掲中山 902 頁。
  - <sup>8</sup> 前掲中山 902, 903 頁。前掲吉藤・熊谷 545 頁注 2)。
  - <sup>9</sup> 前掲中山 903 頁。
  - <sup>10</sup> 来生新「私的独占の禁止・独占的状态に対する措置」日本経済法学会編『経済法講座 2 独禁法の理論と展開①』237-241 頁。