

# 知的財産法と独占禁止法の役割分担（総論）

大 録 英 一

## 目 次

### 第一章 独占禁止法二一条の解釈

#### 一 役割分担説

#### 二 従来の方

##### (一) 知的財産権縮減説

##### (二) 権利範囲説

##### (三) その他の確認説

#### 三 知的財産権と取引拒絶

### 第二章 知的財産法と独占禁止法の組み合わせ

#### 一 競争政策の類型

##### (一) 一定の取引分野における競争の実質的制限の解釈

- (二) 一定の取引分野のとり方
  - (三) 競争政策の二類型
  - 二 知的創作物の競争政策に関するトレード・オフ
  - 三 知的財産法と独占禁止法の分担
  - 四 知的財産法の競争政策
    - (一) 水平的関係
      - (1) 特許権について
      - (2) 著作権について
      - (3) 特許権と著作権の比較
    - (二) 垂直的關係
- 第三章 製品表示に対する独占禁止法の規制
- 一 並行輸入禁止
    - (一) 並行輸入禁止の規制基準
      - (1) 所得水準の似た国間の取引
      - (2) 所得格差の大きな国間の取引
      - (3) 映画や音楽
    - (二) 知的財産権と独占禁止法による規制
    - (三) 価格差別の規制と裁定行為の規制の關係
    - (四) 反ダンピング関税制度
    - (五) 独占禁止法による不当廉売規制の問題点

二 抱き合わせ

第四章 水平的関係における独占禁止法の適用

一 戦略的行動

二 不当な取引制限

(一) 共同遂行

(二) 不当な取引制限の規制基準

(1) 一方的拘束

ア 共同遂行の規制基準

(ア) 当然違法又は違法行為識別問題

(イ) 合理の原則

イ 解説

(ア) 製品市場における競争制限効果

(イ) 一方的拘束の正当化事由

a 当事者の競争制限によるライセンスの促進

b 外部性の改善

c 情報の非対称性の改善

(ウ) グランドバック条項

(2) 相互拘束

ア 違法行為識別問題

イ 合理の原則

ウ 独占的パテントプール

三 私的独占と不公正な取引方法

(一) 水平的な関係と私的独占及び不公正な取引方法

(二) 独占企業（市場支配的企業）の行為

(三) 私的独占と不公正な取引方法の事例

(1) 自らの供給条件を変える場合

(2) 一般のライバルのコスト引上げ

(3) ボトルネック独占企業の略奪的行為とライバルの支配

ア 無償のクロスライセンスの強制と非係争・不爭義務

イ グラントバック条項

ウ ピルキントン事件

第五章 不当な取引制限の共同遂行と私的独占の支配

一 共同遂行と課徴金

二 私的独占の支配

(一) 支配の三類型

(二) 再販等について

第六章 旧認定基準と優越的地位の濫用

一 認定基準

二 優越的地位の濫用

第七章 知的財産法と独占禁止法の相補性と最適な組み合わせ

- 一 取引費用の低減と財産権
- 二 知的財産権と取引費用の低減
- 三 企業による取引費用の低下と組織費用の増大
- 四 ジョイント・ベンチャーの取引費用低下の工夫
- 五 累積的技術と完備契約
- 六 ジョイント・ベンチャーの規制

## 第一章 独占禁止法二一条の解釈

### 一 役割分担説

筆者は、知的財産法も独占禁止法も知的財産に関する競争政策を行っているが、次のような役割分担をしていると考える。

知的財産権を無断で利用する場合には、知的財産権の行使により排除や損害賠償請求が行われ、このときの競争政策は知的財産法で行う。これに対して、契約は財産権を拡大も縮小もでき、契約や暗黙の契約に関する競争政策は、すべて、独占禁止法で行う。したがって、ライセンスとライセンスの契約に関する競争政策は、すべて独占禁止法で行う。

筆者は、独占禁止法二一条について、知的創作物の競争政策に関して、知的財産法と独占禁止法が役割分担することを表わしたものであると考える。

知的財産法は、財産権の画定の際に競争政策が必要である点が、通常の財産権と異なる。二一条は、単なる確認ではなく、知的財産法は財産権の画定の際の競争政策を分担し、独占禁止法は、契約や暗黙の契約による知的財産の取引に対する競争政策を分担していることを、裏から表わしていると考えると、二一条が置かれたことを氷解できる。二一条は、代表的な知的財産法を列挙したもので、他の知的財産法（半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法）は、これを類推適用する。

このことを説明しよう。

知的創作物は、次のようなトレードオフを生ずる。

情報に着目すると次のようにみることができる。

知的創作物は、技術革新市場（研究開発市場）や技術市場についてみると、普及・使用のために無償でだれでも使えるようにした方がよいという事後的な公共財的側面と、供給のためには開発者に技術の独占権を認めた方がよいという事前的なインセンティブの確保側面とのトレードオフ（バランス）の最適をとらなければならない。

上のトレードオフは、製品市場（生産・販売）に着目すると、次のようにみることができる。

所与の技術では、価格と限界費用が一致するように取引が行われれば、社会厚生（総余剰）は最大となる。新技術のもとで、限界費用が下った場合、だれでも、新技術をただで自由に使えば、事後的な効率性（総余剰の最大）は達成できる。もしも、新技術を開発した者が技術を独占し、それにより、市場に独占、寡占等の競争の不完全性をもたらすとすれば、資源配分の歪みが生ずる。しかし、これを認めなければ、技術開発自体が行われない。つまり、事後的な意味での効率性（ある技術のもとで財を限界費用に等しい価格で消費者に提供すること）と、事前的な意味での効率性（技術開発のインセンティブを与えること）とが、トレードオフとなり、その最適を図らなければ

ばならない。

上のトレードオフを知的創作物に関する競争政策ということにすれば、知的財産法も独占禁止法も両方とも知的財産についての競争政策（上のトレードオフ）を行っているが、この競争政策について知的財産法と独占禁止法は役割分担している。

通常の財産権では、それが明確に確定されていることが、市場取引の取引コストを削減し、財サービスの望ましい資源配分を実現する上での基礎的条件となっている。このことと同じで、知的創作物についても、明確な財産権の画定を行うことが、取引コストを削減し、望ましい資源配分を実現することとなる。

しかし、知的財産権は、通常の財産権と違って、財産権の画定の際に上の競争政策（トレードオフ）を考慮しなければならぬ。これが通常の財産権と異なる点である。知的財産に関する競争政策のうち、財産権の画定が知的財産法の分担部分であり、確定された財産権を基礎にした契約や暗黙の契約による取引に関する部分が独占禁止法の分担部分である。

知的財産権は通常の財産権と違って、財産権の画定の際、競争政策（上のトレードオフ）が必要となる。知的財産権に限って、独占禁止法二一条が置かれたのは、知的財産権が通常の財産権と異なる性質、つまり、財産権の画定の際にこの競争政策（トレードオフ）が必要となることによる。

この点を別にすれば、独占禁止法との関係では、通常の財産権も知的財産権も全く同様に考えることができる。したがって、知的財産に関する契約や暗黙の契約による取引には独占禁止法が全面的に適用される。

通常の財産権も知的財産権も、独占禁止法は、財産権は尊重するが、財産権を基礎にした契約や暗黙の契約による取引に対しては、独占禁止法は、全面的に適用される。

知的財産法も独占禁止法も両方とも知的財産について競争政策（トレードオフ）を行っているが、上のように役割分担している。二一条は役割分担を書いたものであると考えることができる。

この考え方を役割分担説ということにしよう。

契約当事者間においては、契約により、財産権の範囲を自由に拡大あるいは縮小できる。契約当事者間においては、契約が財産権に優先する。この契約が、競争政策上問題があるなら、独占禁止法で問題にすればよい。これは、知的財産権を含めて、すべての財産権に共通していえる。

二一条は、知的財産権の行使が独占禁止法違反にならないことを確認するというよりも、知的財産の競争政策については、知的財産権の画定の際の競争政策については知的財産法が担当することを表から言うことにより、契約や暗黙の契約による取引に関する競争政策は、全面的に独占禁止法が適用されるということを裏から言っていると思われる。これは反対解釈である。二一条は、この役割分担を書いたものであるということができる。

伝統的には、知的財産法は独占を認めて、研究開発促進効果があり、独占禁止法は競争減少による経済厚生の下を規制し、両者をバランスさせることが必要であると考えられてきた。

これに対して、筆者は、知的財産法も独占禁止法も、どちらも、知的財産に関する競争政策、つまり、事後の使用・普及と事前の創造のインセンティブとのトレードオフで最適を図るを行っているが、知的財産法は、財産権の画定の際の競争政策を担当し、独占禁止法は、契約や暗黙の契約による取引に対する競争政策を担当するといふように役割分担していると考ええる。

いずれの場合にも、技術革新市場（研究開発市場）、技術市場、製品市場という一定の取引分野に関して、一定の取引分野における競争を実質的に制限、あるいは、一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用という競



争政策が問題となる。

知的財産法も独占禁止法も知的財産の競争政策に関して補完的關係にあり、上のような役割分担をしていると考えられる。

## 二 従来の考え方

独占禁止法二一条に関する従来の代表的な説についてみてみよう。ここでは、知的財産権縮減説(白石説)、旧権利範囲説(紋谷説)、新権利範囲説(根岸説や稗貫説)、その他の確認説(正田説や渋谷説)、についてみてみよう。

### (一) 知的財産権縮減説(白石説)

白石説は、独占禁止法違反の場合、知的財産権法も競争政策を行っているので、知的財産権法による競争政策により、独占禁止法二一条の「権利の行使」の範囲が縮み、知的財産権法と独占禁止法が抵触することはなく、二一条は当然のことを確認的に規定しているというものである。

白石説は、ライセンス契約について、独占禁止法違反は、特許権侵害訴訟における抗弁の根拠ともなるとする考え方であろう。

しかし、独占禁止法は、取引条件を規制するもので、それに伴い価格が変更されたりライセンスが行われなかったりすることを考えると、知的財産権が縮減したり、特許権侵害訴訟における抗弁の根拠とするのは適当でないと思われる。

例えば、ライセンス契約で地域分割が行われたとしよう。地域制限が独占禁止法違反の場合を考えよう。

地域分割が独占禁止法違反の場合、知的財産権縮減説(白石説)は、知的財産権侵害訴訟は、請求棄却になると

する。そうするとライセンシーは、いつまでも、許された地域を超えて販売を行うことができる。しかし、これは、次のように適当でない。

地域分割が独占禁止法違反とされたとすると、ライセンサーは、①地域分割なしで多くのライセンシーにライセンスする、②一社にだけライセンスする、③ライセンスしないで自ら販売するのいずれかを選択しなければならない。ライセンス契約は、ライセンサーとライセンシーの共同利潤が最大になるように行われ、最大化された共同利潤をライセンサーとライセンシーが分ける。ライセンスによるコスト引下げは共同利潤を大きくし、ライセンスによる競争激化は共同利潤を小さくする。

①のように、多くのライセンシーにライセンスし競争させる場合は、共同利潤最大化の観点からみて、競争が激化する不利益よりも、ライセンシーは知的財産者でない補完資産を持っており多くのライセンシーの補完資産を活用する利益の方が大きいときである。

②のように一社だけライセンスするのは、共同利潤最大化の観点からみて、競争が激化する不利益が大きく、かつ、ライセンシーは知的財産者でない補完資産を持っておりそれを活用した方がコストが下る利益が大きいときである。

③のように、ライセンスせず知的財産者自らが行行使するのは、共同利潤最大化の観点からみて、競争が激化する不利益の方が大きく、かつ、ライセンシーの知的財産者でない補完資産を活用する利益が大きくないときである。

①と②のように、ライセンスが行われる場合は、ライセンス料が変更される。旧ライセンス料は新ライセンス料では合意しないかもしれない。①や②のようにライセンスが行われる場合、ライセンサーは独占禁止法違反になら

ないようなライセンス案をライセンスシーに提示し、ライセンスシーが応じないなら、ライセンスを拒否し、旧ライセンスシーが無断で知的財産権を利用するなら、旧ライセンスシーに知的財産権侵害排除を請求できることが必要である。

③のようにライセンスが行われない場合も、旧ライセンスシーが無断で知的財産権を利用するなら、旧ライセンスシーに知的財産権侵害排除を請求できることが必要である。

いずれにせよ、ライセンスを受けていなければ、知的財産権者以外は知的財産権を使うことはできず、無断で知的財産権を利用するなら、知的財産権侵害として排除できることが必要である。

地域分割が独占禁止法違反である場合、知的財産権縮減説のように、地域を超えた販売が知的財産権違反とならないという考え方は、ライセンス契約から地域分割をはずしてそのままのライセンス料でライセンスが行われることを前提にしているように思われる。しかし、ライセンス契約から地域分割をはずすとしても、ライセンス料が異なるし、一社にしかライセンスしないかもしれないし、あるいは、全くライセンスが行われないかもしれない。

①②③のいずれについても、ライセンスを受けずに無断利用すればすべて知的財産権侵害となるとするのでなければ、ライセンスというジョイント・ベンチャーは成立しなくなる。第七章で説明するように、財産権は、完備契約がつかれない場合（又はつくれても大きな取引費用がかかる場合）の取引費用を削減するために設けられたものである。第七章で説明するように、知的財産権が確立していなければ、ライセンス市場は成立しない。知的財産権により排除や損害賠償の対象となるのでなければ、誰もそのライセンスを受けようとしなない。第七章で説明するように、知的財産権は一定期間開発費用のただ乗りを防いで、コモنزの弊害を防止しようとするものである。

一般的に次のことがいえる。

知的財産のライセンスは、知的財産権者の資産とライセンスシーの資産を組み合わせる新たな価値を生み出すもの

であり、「権利の処分」をするものではない。この点でジョイント・ベンチャーの一つと考えられる。知的財産は通常の財産と変わりはなく、ライセンス契約の制限条項は、ジョイント・ベンチャーのメンバーに対する制限と考えられ、知的財産権法が保証する排他権ではなく、契約による制限であつて、ライセンス契約の制限全般に独占禁止法が適用される。なお、本稿では、ジョイント・ベンチャーという用語は、出資を含まない単なる契約の場合も含めて、極めて広い意味で用いている。

知的財産は資産の一つに過ぎず、ライセンス契約は資産を組み合わせたジョイント・ベンチャーであり、独占禁止法によるライセンス契約の規制はジョイント・ベンチャーの規制であるから、知的財産権の規制と独占禁止法によるライセンス契約の規制は、本来別物である。白石説は、「知的財産権者にライセンスを拒絶する権利があるのであれば、それに至らないライセンス契約の制限も合法である」という論理の影響を受けているように思われるが、ジョイント・ベンチャーであるライセンス契約の制限は単なるライセンス拒絶よりも社会的な損失が大きい可能性がある。

契約の制限条項は、当事者だけの契約から生ずるもので、万人に対する知的財産権の行使ではない。契約が独占禁止法違反であれば、契約の内容を変更する必要がある。この場合、ライセンスが行われたとしても、ライセンス価格まで変化するのだから、新たなライセンス条件に旧来のライセンスシィが同意するかどうかわからない。旧来のライセンスシィがライセンス価格の変更に同意せず、ライセンスを受けずに生産・販売すれば、知的財産権侵害を排除できる。また、ライセンスが行われない場合も、無断利用について排除を請求できる。このようにしなければ技術のライセンス市場は成立しない。いずれの場合も、知的財産権が縮減するのではない。

上のように、ライセンス契約が独占禁止法違反の場合でも、知的財産権侵害行為を排除するために認められた法

定の請求権を行使することを直接的に独占禁止法で制限することは適当でなく、独占禁止法違反は、知的財産権侵害訴訟における抗弁の根拠にならないと思われる。

(二) 権利範囲説（紋谷説、根岸説、稗貫説）

二二条は、知的財産権と独占禁止法との関係で「権利範囲論」を示したという理解が通説である。

旧権利範囲説（紋谷説<sup>(2)</sup>）は知的財産権法上の権利行使を本来的行使（物権的権利の行使）と非本来的行使（契約上の権利たる債権的権利の行使）に区分し、本来的行使には原則的に独占禁止法適用がなく、権利濫用を構成する場合には例外的に独占禁止法適用対象とする、というものである。

これに対して、新権利範囲説は、以前の権利範囲論と同じ結論でありながら、それが確認的適用除外であり、独占禁止法の適用範囲の後退とはならないと説明する。新権利範囲論に立つ学説として根岸説<sup>(3)</sup>、稗貫説<sup>(4)</sup>がある。公取のガイドラインは新権利範囲説に依拠する<sup>(5)</sup>。

新権利範囲説は、独占禁止法の二二条の知的財産権の行使は、基本的には知的財産によって専有を認められた範囲から他者を排除する行為を指すとし、①知的財産権の趣旨を逸脱しない権利行使（正当な権利行使）であるか否かを判断し、次いで②独占禁止法に照らした評価を行うとしている。

旧権利範囲説であれ新権利範囲説であれ、権利範囲説は、白石説と同様の問題点がある。

権利範囲説の問題点の一つ目は、契約に対して、知的財産権の保護範囲とは別の独占禁止法による競争政策を適用していない点である。

ライセンス契約の制限条項は、財産権の権利の処分ではなく契約に基づくものである。

契約は財産権に優先し、財産権を拡げることも狭めることもでき、全面的に独占禁止法が適用される。これは通

常の財産権でも知的財産権でも変わらない。知的財産のライセンスは、知的財産権者の資産とライセンスの資産を組み合わせて新たな価値を生み出すものであり「権利の処分」をするものではない。この点でジョイント・ベンチャーの一つと考えられる。知的財産は通常の財産と変わりはなく、ライセンス契約の制限条項は、ジョイント・ベンチャーのメンバーに対する制限と考えられ、知的財産権法が保証する排他権ではなく、契約による制限であった。ライセンス契約の制限全般に独占禁止法が適用される。知的財産権は資産の一つに過ぎず、知的財産権の規制と、ジョイント・ベンチャーであるライセンスに対する独占禁止法の規制は、本来別物である。権利範囲説も、「知的財産権者にライセンスを拒絶する権利があるのであれば、それに至らないライセンス契約の制限も合法である」という論理の影響を受けているように思われるが、ジョイント・ベンチャーであるライセンス契約の制限は単なるライセンス拒絶よりも社会的な損失が大きい可能性がある。ライセンス契約の制限条項は、知的財産権の「権利の行使」によるのではなく、契約によるものであり、したがって、独占禁止法二一条の「権利の行使」には含まれず、独占禁止法が全面的に適用される。

問題点の二つ目は、いかなる場合でもライセンスを受けずに無断利用すればすべて知的財産権の侵害になるとするのでなければ、技術のライセンス市場が成立しないことである。ライセンス契約の一部が独占禁止法違反なら、契約を独占禁止法違反でないように変更すればライセンスが行われたとしてもライセンス料が変わる。この場合、旧ライセンスはこれに同意しないかもしれない。また、ライセンスが行われなくてもライセンス料が変わる。この場合、無断で知的財産権を利用する場合に、知的財産権を行使できるのでなければ、技術のライセンス市場が成立しなくなる。

### (三) その他の確認説

その他の確認説（正田説、渋谷説）をみてみよう。

正田説は、独占禁止法二一条について、財産権の行使それ自体は独占禁止法に違反しないことを確認するもの<sup>(6)</sup>と考える。渋谷説は、独占禁止法二一条は、押し付けられた独占は独占禁止法上問題とすべきでないことを確認するもの<sup>(7)</sup>と考える。

これらに対して、役割分担説は、知的財産法も独占禁止法も知的創作物に関する競争政策を行っており、二一条は、知的財産法と独占禁止法の役割分担を規定したものであると考える。

知的財産法は、財産権の画定の際に競争政策が必要である点が通常の財産権と異なる。二一条は、単なる確認ではなく、知的財産法は財産権の画定の際の競争政策を分担し、独占禁止法は、契約や暗黙の契約による取引に対する競争政策を分担していることを裏から表わしていると考え、二一条が置かれたことを氷解できる。筆者は、知的財産権を無断で利用する場合には、知的財産権行使により排除や損害賠償請求が行われ、このときの競争政策は知的財産法で行い、これに対して、契約は財産権を拡げることにも狭めることもでき、ライセンスとライセンスの契約に関する競争政策は、すべて独占禁止法で行うというように、両者は役割分担していると考え。

### 三 知的財産権と取引拒絶

耐久財メーカーがメンテナンスサービスを抱き合わせるとしよう。この場合、部品やソフト(マニュアル)は知的財産権で保護されているとしよう。メンテナンスサービスは、部品やソフトのような知的財産と他の資産を抱き合わせて行う。この場合、知的財産権が部品やソフトの取引拒絶を行い、メンテナンスサービスも独占することは反トラスト法違反となるかどうかという問題に関して、米国でのゼロックス事件控訴審判決は、知的財産権の排他権を絶対視し、知的財産権の及ぶ限りメンテナンスサービスも独占することは反トラスト法違反にならない

いとした。ゼロックス事件控訴裁判決<sup>(8)</sup>は、知的財産権の排他権を絶対視し、単独ライセンス拒絶が反トラスト法に違反する場合をほとんど消滅させる見方である。この見方によれば、知的財産権者は、反トラスト法違反の心配なく、ライセンスを拒絶できる。

同様の問題に関して、米国のコダック事件控訴審判決<sup>(9)</sup>では、コダックが知的財産権が与える排他権により取引拒絶が許されると主張したのに対し、控訴審判決は、通常の財産権を超える排他権を知的財産権に認めることを否定し、取引拒絶は具体的状況に応じて反トラスト法違反になるとした。

知的財産権の排他権を絶対視してよいかどうかは、累積的技術革新が問題になる場合は、第七章で説明する知的財産権の所有権の分断の非効率の問題であって、すべての企業の技術革新を促進するように知的財産権を設定することはできないという問題である。この場合、契約の不完備性を考えれば、知的財産権の排他権を絶対視して、先行技術の保護範囲を拡げれば、後続の技術革新を阻害するから、知的財産権の排他性を絶対視する考え方は適当ではなく、第四章で説明するように、具体的状況に応じて独占禁止法によりライセンス拒絶を規制した方がよいと思われる。また、累積的技術革新が問題にならない場合も、第二章、第三章、第四章で説明するように、経済厚生を向上させる場合もそうでない場合もあるので、具体的状況に応じて独占禁止法によりライセンス拒絶を規制した方がよいと思われる。ただし、この場合、前述したように、知的財産権の無断利用は、知的財産権で排除できる必要がある。

このように、知的財産のライセンス拒絶についても、知的財産権は通常の財産権と同様に考えて独占禁止法を適用し、具体的状況に応じて、独占禁止法によりライセンス拒絶を規制するのが適当であると思われる。このような立場に立っていると考えられる事件として、次のような事件がある。



米国のインテル事件同意審決<sup>(10)</sup>では、FTCは、通常の財産権を超える排他権を知的財産権に与えることを否定し、FTC命令（同意審決）では、知的財産の提供を反競争目的から拒絶することをインテルに禁じた。米国のアスペン事件最高裁判決<sup>(11)</sup>とコダック事件最高裁判決<sup>(12)</sup>は、関係特殊の投資が行われた場合の暗黙の契約違反を問題としたと考えるべきもので、日本流に言えば、優越的地位の濫用事件と考えられる。EUのマギル事件欧州裁判決<sup>(13)</sup>は、不可欠施設理論を適用したものと考えられる。

## 第二章 知的財産法と独占禁止法の組み合わせ

### 一 競争政策の類型

#### (一) 一定の取引分野における競争の実質的制限の解釈

独占禁止法の「一定の取引分野における競争の実質的制限」の解釈についてみてみよう。

白石説は、特定の商品についての独占禁止法二条四項の競争が行われる場を市場と考えている<sup>(14)</sup>（注14では、白石説は、「一定の取引分野」は、この市場と同範囲と考えているようにもみえる）。

しかし、独占禁止法の二条四項の「競争」は、市場経済は無限の連鎖を持ちそのいろいろなレベルで働く競争を考えた場合に、需要側や供給側に働く多様な力の総称である競争機能のことを指していると考えられる<sup>(15)</sup>（詳細は拙稿注15参照）。

独占禁止法の「公正な競争を阻害するおそれ」や「一定の取引分野における競争の実質的制限」の「競争」とは上の競争機能のことである。

「競争の実質的制限」の「競争」とは、需要側や供給側に多様に働く力の総称である競争機能のことであり、「競争の実質的制限」は、競争機能が阻害されて、価格と競争価格(限界費用)が乖離する、又は、乖離が大きくなることであり、「一定の取引分野」とは、競争の実質的制限がみられる範囲のことである(本章の説明は拙稿注15に依拠している)。

「競争の実質的制限」、つまり、価格と限界費用の乖離を直接測定できれば、本来、一定の取引分野の認定は不要である。近年、このような計量経済学的手法も開発されている。<sup>(16)</sup>これは、プライス・コスト・マージン(価格と限界費用の乖離率)が需要の自己価格弾力性の逆数になることを使って、直接的に競争の実質的制限(市場力)を測定する手法である(拙稿注15参照)。

現在の段階では「競争の実質的制限」の判断に一定の取引分野を使うことが多いが、「競争の実質的制限」の判断に一定の取引分野は不可欠ではなく、「一定の取引分野における競争の実質的制限」の解釈論としては、次のように考えるのが適当である。

本来、「一定の取引分野において」という文言は無くてもよい言葉であるが、「競争の実質的制限」の弊害(社会的弊害)が生じている範囲を知ることが社会的弊害がどのくらいかを知る上で役に立つので明らかにすることを認める程度の規定であり、また、合わせて、白石説のような特定商品についての「競争が行われる場」を市場にとるのではないことも確認する規定であると思われる。

現在、「競争の実質的制限」の判断に一定の取引分野を使うことが多いが、それは、「競争の実質的制限」を判断するための便宜的手法に過ぎない。

また、一定の取引分野を画定するのは難しく、価格カルテル・談合等の当然違法型のカルテル、あるいは、事業

上の不法行為や水平的な間接の取引拒絶のように正当化事由の考えられないライバルのコスト引上げは、「競争の実質的制限」を推定してよいと思われる。

「公正な競争を阻害するおそれ」の「競争」も前述したような競争機能のことであり、「公正な競争を阻害するおそれ」は、競争機能を阻害するおそれがあるかどうかをみる必要があり、従来のような、特定商品についての競争でみるのではない。

「一定の取引分野において」を上のような単なる確認規定と考えれば、「公正な競争を阻害するおそれ」に「一定の取引分野」という文言が入っていないことも氷解できる。

「競争（競争機能）の阻害」とはいろいろな類型があるが、「一定の取引分野における競争（競争機能）の実質的制限」はその一つの類型である。この類型についてみてみよう。

従来、「一定の取引分野における競争の実質的制限」について、一定の取引分野を競争が行われる場と考え、ここでの競争の実質的制限を考えるとという構成がとられたため、「公正な競争を阻害する」に「一定の取引分野」や「実質的」という文言が無いことから、両者は異なると考えられ、後者は、能率競争の阻害や自由競争の侵害が考えられてきた。

「一定の取引分野」は、前述したように解釈論としては確認規定と考える必要がある。次に、「実質的」という文言についてみてみよう。

能率競争の阻害や自由競争の侵害の考え方は、「競争の阻害」には「実質的」という文言がないことから、競争の実質的制限」より反競争性の程度が低いとしている。しかし、価格と限界費用が乖離しないものまで含まれるのは適当でない。

「競争の実質的制限」の「実質的」は、①隠れた要因も評価すること、②正当化理由がある場合は正当化事由を比較衡量することを確認した言葉であるに過ぎないと解する必要がある。

「一定の取引分野」も「実質的」も上のように確認規定であるに過ぎない。したがって、「一定の取引分野における競争（競争機能）の実質的制限」は簡単に言えば、「競争（競争機能）の制限」のことであり、「競争（競争機能）の制限」は価格と限界費用が乖離することである。このように考えれば、「競争の阻害」に、「一定の取引分野」や「実質的」という文言がなくても、「競争の阻害」で「一定の取引分野における競争の実質的制限」を考慮することに支障は無くなる。

「競争（競争機能）の実質的制限」（価格と限界費用の乖離）は、「競争（競争機能）の阻害」の一類型と考え、一定の取引分野は競争の実質的制限がみられる範囲と考えれば、不公正な取引方法でも一定の取引分野における競争の実質的制限を考える必要がある。能率競争を阻害したり自由競争を侵害しているようにみえても、「競争（競争機能）の実質的制限」つまり価格と限界費用の乖離を生じなければ弊害はなく、競争（競争機能）を阻害せず、規制する必要はない。

「一定の取引分野における競争（競争機能）の実質的制限」つまり「競争（競争機能）の制限」は、「競争（競争機能）の阻害」の一つの類型である。「競争（競争機能）の阻害」には、消費者保護や優越的地位の濫用のように、情報の不完全性（契約の不完全性）による市場の失敗の規制も含まれ、また、競争の不完全性の規制でも、一定の取引分野における競争の実質的制限（簡単に言えば「競争制限」）の類型だけでなく、一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の類型も含まれる。「競争（競争機能）の阻害」の方が、「競争（競争機能）の制限」よりはるかに広い。

独占禁止法は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為のうち、排除・支配、共同遂行・相互拘束に該当するものは特に競争の実質的制限の程度が大きいので特別にペナルティの大きい私的独占や不当な取引制限で規制することとし、企業結合は事前規制の必要があるので四章で規制することとし、それ以外は、不公正な取引方法で規制しようとしたものであると考えることができる。さらに、不公正な取引方法は、一定の取引分野における競争の実質的制限のおそれ（具体的危険性）の段階でも早期規制できる。

筆者は、不公正な取引方法の「公正な競争を阻害するおそれ」の従来の解釈のうち、能率競争の阻害という考え方は適当でなく、また自由競争の侵害という類型は適当でなく、不公正な取引方法でも従来の能率競争の阻害や自由競争の侵害の類型については、一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）を問題にする必要があると考える。

正当化事由についてみてみよう。

独占禁止法の「競争」は競争機能のことであり、正当化事由が含まれ、「競争の実質的制限」は競争機能が実質的に制限されることであるから、「競争の実質的制限」は正当化事由が含まれると考えられ、「競争の実質的制限」は、競争制限効果と正当化事由を比較衡量する必要がある。

簡単のため、品質の低下や多様性の減少は市場価格の上昇で代表させる。独占禁止法の「一定の取引分野における競争の実質的制限」とは市場価格が上るかどうかの消費者余剰基準を表わし、「公共の利益に反して」は市場価格が上るとしてもコストが低下し総余剰が増大する総余剰基準を表わしていると考えられる。ただし、簡単のため、市場価格が上る（品質の低下や多様性の減少はこれに含まれる）ことを基準とすることを消費者余剰基準ということにするが、社会的経済厚生損失は消費者余剰の減少ではなく総余剰の減少で評価する必要がある、消費者余剰

基準という言葉を使っても、総余剰のデット・ウェイト・ロスの増加で考えている（詳細は拙稿注15参照）。

消費者余剰基準は、原告（独占禁止法違反であると主張する者）が立証責任を負うが総余剰基準は、事実上立証責任を転換して、被告（独占禁止法違反でないと主張する者）が負う。

「競争（競争機能）の阻害」は総余剰基準と考えられる。「競争（競争機能）を阻害する」ものは「公正」でもない。不公正な取引方法でも、「一定の取引分野における競争の実質的制限」を考える場合は、上の基準で考える。

「公共の利益に反して」という文言が、四章の企業結合規制に入っていないのは事前規制のため、八条一項一号に入っていないのは迅速処理のため、これを考慮しないことを表わしたものと考えられる（拙稿15参照）。

従来の合理の原則を、同時に競争制限効果と社会的メリットとの異質な比較衡量をする必要がある類型と違反行為識別問題に分けて考えよう。前者は、異質な比較衡量の判断が難しく規制は難しいのに対し、後者は規制はそれ程難しくない（拙稿注15参照）。

## (二) 一定の取引分野のとり方

一定の取引分野（市場）のとり方について、一般的にみてみよう。

前述したように、「競争の実質的制限」の「競争」は、需要側や供給側に多様に働く力の総称である競争機能のことであり、「競争の実質的制限」とは、競争機能が実質的に制限されることであり、価格と限界費用が乖離することである。「一定の取引分野」は、「競争の実質的制限」がみられる範囲のことである。競争の実質的制限を判断する方法として、現在は、通常一定の取引分野におけるシェア等を考える手法が使われているが、「競争の実質的制限」を直接判断する手法が開発されれば、一定の取引分野を使わなくてもよい。前述したように、「一定の取引分野において」は、解釈論としては、①社会的弊害（競争の実質的制限）が生じている範囲を明らかにする、②特

定財についての「競争が行われる場」を市場にとらないことを確認する程度の確認規定である。

一定の取引分野を画定する手法として、SSNIP (Small but Significant and Nontransitory Increase in Price) の手法をみてみよう。

一定の取引分野(市場)は、需要側からみれば、SSNIPで決まり、SSNIPは競争が実質的に制限される、つまり、市場価格が競争価格(限界費用)より高くなることが可能な範囲である。

市場経済は、需要側も供給側も無限の連鎖を持ち、需要側にも供給側にもさまざまな力が働き、これらの力の総称である競争機能が働けば、価格と限界費用が等しくなる。「競争の実質的制限」とは競争機能の実質的制限のことである。

SSNIPは、需要側からみており、仮想的独占者が、少くともわずかな価格引き上げを行っても利益を得ることが可能な範囲を仮想的な一定の取引分野(関連市場)にとる。仮想的独占者が大幅な価格引き上げを行って利益を得ることができれば、もちろん、仮想的な一定の取引分野(関連市場)である。SSNIPでは、一定の取引分野をいくらかでも広げられるが、影響の大きい部分からみていく。これは、需要の交差価格弾力性の大きい商品から加えていくことである。SSNIPでは、一定の取引分野をいくらかでも広げられるが、そのうち、供給側からみて競争が実質的に制限される範囲を実際の一定の取引分野にとればよい。供給側からみた競争の実質的制限の範囲も無限に続く連鎖のなかから、影響が大きい部分からみていって、競争の実質的制限が生ずる範囲を切り出すものである(拙稿注15参照)。ただし、供給側については、ライバルが価格を上げたときにライバルに追随した方が有利な場合や数量を抑えて市場価格を上げた方が有利な場合等様々な状況が考えられるので、供給の代替性は、競争の実質的制限の考慮事項の一つに過ぎない。SSNIPで一定の取引分野を求める上のような手法は、需要側も供給

側も無限に続く連鎖のなかから、影響が大きい部分からみていって、競争の実質的制限の範囲を切り出すものである。

「一定の取引分野」は「競争（競争機能）の実質的制限」がみられる範囲のことであつて、従来考えられてきたような競争が行われる場のことではない。

従来、独占禁止法の解釈では、一定の取引分野（市場）を一つ先に決めて、そこで、競争の実質的制限が生ずるかどうかを問題にするというように考えてきた。これは、一定の取引分野（市場）を競争が行われる場から一つをとり出そうとしている。これは、需要の交差価格弾力性を基礎として考えると考えられる。需要の交差価格弾力性は、ある製品の価格をわずかに変化させた場合に、別のある製品の需要がどのくらい変化するかを表わす尺度である。

しかし、このようにすれば、どこかで線を引いて一定の取引分野（市場）をとつても、その一定の取引分野を超えて競争が行われる可能性があり、問題を生じなくなる可能性がある（拙稿注15参照）。

これに対して、SSNIPは、需要面で、各商品ごとの代替性を表わす需要の交差価格弾力性を各商品の支出で加重した合計価と関連づけられた需要の自己価格弾力性で評価される。これは、SSNIPは、需要側に働く多様な力の総体を考えていることを意味している。これで考えれば、その一定の取引分野を超えて競争が行われなくなり、問題を生じなくなる可能性はない。需要の自己価格弾力性のことを、単に需要の価格弾力性ともいう。

一定の取引分野は、需要側からみれば、SSNIPで決まる。SSNIPは、競争の実質的制限が生じ得る範囲である。差別化財については、特定差別化財需要は、SSNIPで考えれば、一定の取引分野になることもならないこともある。差別化が強ければ、特定差別化需要は一定の取引分野になるが、差別化の程度が小さい場合は特定差別化財需要を一定の取引分野にとることはできない。この場合、差別化をまたがる需要を一定の取引分野にとる



ことになる。

### (三) 競争政策の二類型

第七章で説明するように、財産権は完備契約をつくれなない場合（又はつくれなくても大きな取引費用がかかる場合）の取引費用を削減するために設けられたものである。知的財産権も同様である。

しかし、通常の財産権と違って、知的財産権は、財産権の画定の際、知的創作物の競争政策の観点から、画一的に保護範囲や保護期間を定める。ライセンス契約で当事者間で知的財産権の保護範囲や保護期間について修正した場合、当事者間では、技術ごとの望ましい保護範囲や保護期間を、独占禁止法の規制で調整すればよい。

競争政策は、競争機能を阻害するかどうかである。つまり、「公正な競争を阻害するおそれがある」かどうかである。競争機能を阻害するものは、「公正」ではない。

知的財産法も独占禁止法も、知的創作物の競争政策は、①一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）と、②一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の二類型がある。

②の一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用は、第三種の価格差別や後述の抱き合わせ等である。この類型は、後で検討する。この類型は、独占力の搾取の規制ではなく、経済厚生（総余剰）を損う場合の規制である。

上の二つの類型のいずれも、知的財産法は財産権の画定の際の競争政策を担当し、独占禁止法は契約や暗黙の契約による取引に関する競争政策を担当する。

## 二 知的創作物の競争政策に関するトレード・オフ

知的創作物に関する競争政策は、知的財産法であれ独占禁止法であれ、次のようなトレード・オフである。

技術革新市場（研究開発市場）や技術市場についてみると、技術のような知識は、普及・使用のためには無償でだれでも使えるようにした方がよいという事後的な公共的側面と、供給のためには開発者に技術の独占権を認めただ方がよいという事後的なインセンティブの確保の側面とのトレードオフの最適をとらなければならない。

これは、製品市場に着目してみると、知的創作物の競争政策は、事前的な意味での効率性（技術開発のインセンティブを与えること）と、事後的な意味での効率性（ある技術のもとで財を限界費用に等しい価格で消費者に提供できること）とのトレードオフであるということである。

このことについてみてみよう。

技術の普及・利用についてみてみよう。

技術は、通常の財に比べると、外部性、累積性、不確実性、情報の非対称性という特色があつて、通常の財の取引とは違った考慮が必要である。累積性、不確実性、情報の非対称性は後で検討することとして、ここでは、外部性についてみてみよう。

外部性は、ある主体の行動が市場を通すことなく他の主体の効用や利益に影響することである。

外部性がなければ、市場では、消費者の得た効用増（限界効用）が生産者の支払った費用増（限界費用）を上回る限り取引が行われ、取引は社会的にプラス効果を生み、均衡では、限界費用と限界効用が一致するまで生産・消費が行われる。均衡では価格と限界費用が等しくなる。

しかし、技術は、市場を通すことなく多くの人に伝播する（非競合性と非排除性）。それは、技術は、Aが知識

を得て利用することはBが同じ知識を得て利用することと競合しない非競合性と、誰でも排除されることなく利用が可能であるという非排除性(非専有性)を持つ公共財的性格があるためである。

非競合性は、知識を新たなユーザーが利用する社会的追加費用(利用の限界費用)が小さいことを意味する。所与の技術では、価格と限界費用が一致するように取引が行われれば、社会厚生(総余剰)は最大となる。新技術のもとで、限界費用が下った場合、だれでも新技術をただで自由に使えば、つまり、価格を低くなった限界費用にすれば、事後的な効率性(総余剰の最大)は達成できる。技術知識の利用についてみると、技術知識は非競合性という外部性を持ち公共財的性格を持っていることを考えると、一度発明された技術を追加的に利用することの社会的費用はほとんどゼロであるから、技術利用からの便益が少しでもあるものにはタダで技術利用を認めることが社会的に望ましく、特許は、これを阻害することで社会的損失を生んでいる。

しかし、技術知識の生産のインセンティブについてみると、特許には発明のインセンティブというプラス効果がある。つまり、発明された新技術の独占利用を認めることにより発明者が利益を得られるようにして研究開発投資への収益率を高め、インセンティブを維持する仕組みである。知的財産権の排他性は、研究開発の誘因を高める要因となる。知識の利用には排除可能性が弱く開発費用のただ乗りが行われるので、知的財産権の保護がなければ研究開発への誘因が低下する。

新しい技術を開発した企業は、それを模倣する可能性にさらされる。これを専有可能性の問題という。知的創作物は、非排除性(非専有性)のため、開発費用を負担しなくとも、利用を排除されず、誰も開発費用を負担しようとしないうえにフリーライダー)現象が生ずる。知的財産権は、一定期間開発費用のただ乗りを防いで、開発費用のかかる研究開発を行わせようとするものである。知的財産のただ乗りは、レントを下げて情報開発のインセ

ンティブを低下させる負の外部性を持つが、他方、情報を社会全体で共有することにより生産性を高める正の外部性も持つ。知的財産権の強化が社会全体に及ぼす効果は、このどちらの外部性が大きいか依存する。

知的財産権制度は、研究開発の事前的な私的期待収益率を高め、一方、事後的な社会的収益率を一定期間低め、専有可能性を高める制度である。

特許で技術の独占を認めることは、製品市場において、独占や寡占（市場力）を生み、製品の市場価格を高め、供給量を社会的に望ましいレベルより少なくすることで社会的損失を生む。これが、知的創造物の供給を促すという観点からみて、必要な限度を超えている場合を違法とすればよい。これを上のトレードオフからみた競争政策とすることしよう。この上のトレードオフからみた競争政策を知的財産に関する競争政策ということにしよう。

以上のことについて、もう少し詳しくみれば、次のようになる。

知的財産権法も、独占禁止法も、競争政策（上のトレードオフ）を行っているが、この場合の一定の取引分野における競争の実質的制限についてみてみよう。

技術の普及・利用（公共財的側面）からは、次のことがいえる。

技術の普及・利用の観点（公共財的側面）からは、技術革新市場（研究開発市場）や技術市場についてみると、情報の限界費用がゼロであり、価格が限界費用を超えていることが競争の実質的制限であるから、情報の価格がゼロでなければ競争が実質的に制限されているということが出来る。これを、製品市場についてみれば、すべての企業が無償で技術情報を得て、低くなった限界費用で供給できず、価格と生産の限界費用が乖離し、競争の実質的制限となることであり、その範囲が一定の取引分野である。

技術の独占を認めて知的創造物の供給を促すという観点からは次のようになる。

技術革新市場（研究開発市場）や技術市場についてみると、技術の普及・利用について、技術情報の価格と限界費用（ゼロ）とに乖離が生ずる。しかし、これは、技術の供給という観点からみて必要であれば、優れた品質の技術を供給しうる能力に対するレントと理解される。レントは優れた品質の技術と開発するインセンティブを与えるもので、長期的には解消する。このようなレントは、技術の供給という観点からみれば、限界費用の一部と考えるべきであり、価格と実質的な限界費用は乖離していない。これを製品の市場についてみれば、価格と供給の限界費用が乖離するとしても、技術の供給に必要な限度であれば、価格と実質的な限界費用は乖離せず、競争の実質的制限にならないということである。

次に上の二つの観点から最適なトレードオフ（バランス）を考える場合を考えよう。技術革新市場（研究開発市場）や技術市場についてみると、ある行為により価格がこのバランスのために必要な実質的な限界費用を上回り、必要なレント以上の超過利潤が発生しているなら、競争の実質的制限が生じ、その範囲が一定の取引分野である。技術開発のインセンティブを考えれば、技術情報について前述の価格がゼロというのは極端であり、実質的な限界費用はその分高くなっていると考えることができる。ある行為により価格が実質的な限界費用より高くなれば、その範囲を一定の取引分野における競争の実質的制限にとればよい。それがどのくらいかは技術開発のインセンティブとのバランスによる。これを製品市場についてみれば、価格と供給の限界費用が、技術の供給に必要な限度を超えて乖離していれば、競争の実質的制限とみることになり、その範囲が一定の取引分野である。

### 三 知的財産法と独占禁止法の分担

知的財産法も独占禁止法も両方とも知的創作物についての競争政策（前項のトレードオフ）を行っているが、こ

の競争政策について知的財産法と独占禁止法は役割分担している。知的財産に関する競争政策のうち、財産権の画定が知的財産権の分担部分であり、画定された財産権を基礎とした契約や暗黙の契約による取引に関する部分が独占禁止法の分担部分である。

知的財産権は、開発費用のただ乗りを防ぎ、開発費用のかかる研究開発を行わせようとするものである。開発費用のただ乗りを防止できれば、新製品を生み出す技術革新や費用を低下させる技術革新について、限界的な需要創出効果や費用低下効果と限界的な開発費用が等しくなり、社会的に最適な水準まで研究開発投資が行われる。

例えば、特許法についてみてみよう。

製品市場についてみると、特許法により、製品の価格と限界費用が乖離し、それが技術の供給に必要な限度を超えていれば、これが競争の実質的制限である。製品の価格と限界費用の乖離、つまり、競争の実質的制限を技術の供給に必要な限度に抑えようとすれば、特許保護範囲や特許期間は、企業の技術開発費用をカバーしさえすればよく、保護範囲は狭い方がよく、保護期間は短い方がよい。

最適な保護範囲や保護期間は、技術の開発費用に依存し、技術の開発費用は、技術ごとに異なるから、本来は、特許は技術や産業ごとに保護範囲や保護期間を決めるのが最適であるといえることができる。しかし、技術の開発費用や便益を事前に把握するのは、不可能であるか莫大なコストがかかる。そこで、知的財産法は一律に保護範囲や保護期間を定める。

知的財産の競争政策は、知的財産権の画定の際、画一的に保護範囲や保護期間を定める。

これに対して、独占禁止法は、契約や暗黙の契約による取引に対して競争政策を行う。

前述したように、従来の考え方は、「知的財産者にライセンスを拒絶する権利があるのであれば、それに至らな

「ライセンス契約の制限も合法である」という論理の影響を受けているように思われるが、ジョイント・ベンチャーであるライセンス契約の制限は、単なるライセンス拒絶よりも社会的な損失が大きい可能性がある。

本来、前述したように、適切な知的財産の保護範囲や保護期間は、技術ごとに異なる技術開発費用をカバーしさえすればよく、技術や産業の状況に応じて、事案ごとに望ましい専有可能性の程度によって独立に決まるものであるから、当事者同士が契約によって取り決めることができるようにすることが必要である。ライセンス契約で、当事者間で知的財産権の保護範囲や保護期間を修正した場合、当事者間では、技術や産業ごとの望ましい保護範囲や保護期間を、独占禁止法の規制で調整すればよい。

契約や暗黙の契約に対する独占禁止法の規制でも、企業の技術開発費用をカバーすれば、保護範囲は狭い方がよく保護期間は短い方がよい。独占禁止法の規制では、価格と限界費用の乖離、つまり競争の実質的制限を技術の供給に必要な限度に抑える必要があり、最適な保護範囲や保護期間は技術の開発費用に依存し、技術の開発コストは技術ごとに異なるから、技術や産業の状況に応じて、保護範囲や保護期間を考える必要がある。

例えば、特許が切れてもロイヤリティを支払う契約をすることは、長期間低ロイヤリティを支払った方が、各期の経済効率性のロスが小さいため、短期間に高ロイヤリティを支払うより望ましいことも考えられ、直ちに独占禁止法違反になるわけではない。

以上をまとめると次のようになる。

研究開発インセンティブに必要な望ましい専有可能性は技術や産業ごとに異なり、本来、望ましい知的財産の保護範囲や保護期間は、技術や産業の状況に応じて異なる。知的財産法の競争政策は、財産権の画定の際に画一的に、最適な専有可能性の観点から保護範囲、保護期間、保護の方法等が規定される。取引は、契約や暗黙の契約により

行われる。明示の契約や暗黙の契約により、知的財産法に規定された財産権の範囲を拡大することも縮小することもある。独占禁止法の競争政策は、明示の契約や暗黙の契約による取引を、技術や産業の状況に応じて、最適な専有可能性の観点から規制する。

以前の議論は、知的財産法で保障される独占権による弊害は独占禁止法の確保する競争への弊害ととられ、是正を如何にはかるかが議論の問題意識であった。ここでの議論は、知的財産法と独占禁止法の目的や相互補完性に力点を置く点で、これと異なる。

次節以降で、このことについて、さらに詳しく検討することとしたい。

#### 四 知的財産法の競争政策

価格と限界費用が乖離していることは、何らかの競争の実質的制限が生じていることである。一定の取引分野は、競争の実質的制限（価格と限界費用の乖離）がみられる範囲のことである。ただし、開発費の獲得等の正当化事由も評価する必要がある。開発費の獲得を考えれば、限界費用はそのために必要な限度の実質的限界費用を考える必要がある。

技術やそれを使った製品は差別化財と考えられ、一定の取引分野は、特定差別化財であろうと差別化財全体であろうと、上のような観点から、ある行為により競争が実質的に制限される（価格と実質的限界費用が乖離する）範囲をとればよい。

知的財産の競争政策についてみると、知的財産法は、財産権の画定に関して、事前的に、最適な専有可能性の観点から、排除可能性や損害賠償が必要な範囲や期間を定め、独占禁止法は、事後的に、契約や暗黙の契約による取



引に関して、最適な専有可能性の観点から、競争政策を行う。

いずれであつても、資源配分の歪みは、①一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれと、②一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の二類型が考えられ、この点で両者は変わりはない。

需要側からみれば一定の取引分野はSSNIPで決まり、知的財産権の保護範囲はSSNIPを満たさないこともあるから、知的財産権の保護範囲は、一定の取引分野とは一致しないこともある。

水平的関係についてみよう。

水平的関係では、①の一定の取引分野における競争の実質的制限が問題となり、次のことがいえる。

差別化財は、差別化の程度が弱い場合も強い場合もある。

特許権の保護範囲を考えた場合、差別化の程度が小さければ、一定の取引分野は差別化をまたがる需要についてとる。この場合、技術の独占は一定の取引分野（市場）の独占とならず、特許権の保護範囲は一定の取引分野と一致しない。知的財産権は市場力を推定しないということは、このことを指している。しかし、この場合でも、一定の取引分野で寡占を生じ、価格と限界費用との乖離、つまり、競争の実質的制限を生ずることは問題を生ずる。また、差別化の程度が大きければ、技術の独占は、一定の取引分野（市場）の独占となる。

垂直的關係については、次のことがいえる。

技術の差別化の程度が小さく、技術革新市場（研究開発市場）や技術市場では、当該技術で一定の取引分野がとれなくとも、製品市場で、製品差別化の程度が大きければ、製品市場では特定差別化財を一定の取引分野にとることができ、並行輸入禁止等では、このようなことが生ずる。

前述の②の一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の類型は、差別化財については、通常特定差別化

財需要を一定の取引分野にとったときの独占力が問題となるものであり、後述の並行輸入禁止等のように、この類型が問題となるときは、製品市場で差別化の程度が大きく、特定差別化財需要を一定の取引分野にとれると推定してよい。

再販等の垂直的制限についても同様のことがいえる。技術の差別化の程度が小さくとも製品市場における製品差別化の程度が大きければ、製品市場では特定差別化財について一定の取引分野をとることができる。

また、著作権や商標権について、並行輸入のように、②の類型が問題となる場合、著作権や商標権は差別化の程度が大きく、特定差別化財を一定の取引分野（市場）にとることができ、この一定の取引分野（市場）における独占が成立している。

従来、しばしば、独占禁止法二一条は、技術の独占は市場の独占ではないことを確認する確認規定であると主張されるが、上のことを考えると適当でない。知的財産法の競争政策でも、①一定の取引分野における競争の実質的制限、②一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の二つの類型を考える必要がある、また、正当化事由が考えられる場合には、正当化事由との比較が必要である。②の類型は、第三種の価格差別や後述の抱き合わせ等である。

上述のことについて、詳しくみてみよう。

#### (一) 水平的関係

水平的関係についてみてみよう。

この場合、一定の取引分野における競争の実質的制限が問題となる。

「競争の実質的制限」とは、価格と限界費用が乖離することである。ただし、この「競争」は競争機能のことで

あるから正当化事由も考慮する必要がある。

「一定の取引分野における競争の実質的制限」の「一定の取引分野において」という文言は、競争の実質的制限が生じている範囲のことであり、解釈論としては、社会的弊害（競争の実質的制限の弊害）が生じている範囲を明らかにすることを確認する程度の規定であり、また、合わせて、白石説のような特定商品についての競争が行われる場を市場にとるのではないことも確認する規定であると思われる。

知的財産法でも同様である。知的財産法の競争政策でも、社会的弊害は「競争の実質的制限」のために生ずるが、社会的弊害が生じている範囲（一定の取引分野）を考えることは、知的財産法の保護範囲や保護期間を画定する際に役に立つ。

(1) 特許権について

特許権についてみよう。

単なるアイデアは特許の対象とならない。それは開発費用がかからず、開発費用のただ乗りの問題を生じないからである。開発費用のただ乗りが生ずると、社会的に有用な開発費用のかかる研究開発が行われなくなる。特許権は開発費用のただ乗りを防いで社会的に有用な開発費用のかかる研究開発を行わせようとするものである。単なるアイデアは、先に商売を始める優位性等でインセンティブが確保される。特許が付与されるための要件（特許権の基準）は、新規性、進歩性、有用性（産業上の利用可能性）である。特許は技術の独占であるが、差別化の程度が弱い場合も強い場合もある。

差別化の程度が小さい場合を考えよう。

差別化の程度が小さければ、特許権の保護範囲が一定の取引分野でない。

差別化の程度が小さければ、一定の取引分野は、特定差別化財需要についてとることができず、差別化をまたがる需要を一定の取引分野にとることになるだろう。

しかし、この場合でも、技術革新市場（研究開発市場）、技術市場、製品市場で、特許権の保護範囲を拡大すれば、一定の取引分野で競争の実質的制限が生ずることは考えられる。このような例として、寡占が考えられる。

寡占を考えれば、特許保護範囲の拡大は、私的収益に影響を与える。新分野への特許付与など知的財産権の強化は、例えば、ライセンスについてみれば、ライセンス交渉における交渉決裂の際の威嚇点をライセンスサーに有利な方向に変化させ、また、第三者による侵害・模倣の可能性を小さくするので、ライセンス対価の上昇をもたらすことが予想される。

このように考えれば、技術の独占が市場の独占とならなくとも、市場で寡占を生じ一定の取引分野における競争の実質的制限となり得る。このことから、独占禁止法の二一条を技術の独占により市場の独占が通常生じないことを確認する規定であると考え、適当でない。

次に、差別化の程度が大きい場合を考えよう。

この場合は、特定差別化財を一定の取引分野にとることができ、また、差別化財全体を一定の取引分野にとることとできる。

差別化の程度が大きい場合、技術やそれを使った製品は、技術革新市場（研究開発市場）、技術市場、あるいは製品市場でみれば、差別化財であるから、一定の取引分野は、差別化財ごと、あるいは差別化財全体ととることができる。この仮想的一定の取引分野のうちから、ある行為により現実に競争が実質的に制限される（価格と実質的限界費用が乖離する）範囲を現実の一定の取引分野にとればよい。したがって、技術の独占が市場の独占となり得る

から、二一条を技術の独占により市場の独占が通常生じないことを確認する規定であると考えることは適当でない。

(2) 著作権について

次に著作権についてみてみよう。

著作権は、創作性 (not copied) のある表現を保護する。

特許権と著作権の違いの二つ目は、著作権は、特定差別化財に対する独占という色彩が強いことであり、また、著作物は差別化財全体としてみれば、参入が容易で競争が行われることである。

特許権は、保護の範囲が広く同じ発明が複数の企業によってなされた場合も先に出願した企業のみが権利を得られるのに対し、著作権は同じアイデアであっても異なる表現であれば独立した著作物として保護される。したがって、著作権については、製品市場を考えることになる。

著作権法は、表現は保護しているが、アイデアは保護していない。その理由は次のように考えられる。

①アイデアの保護は、表現のコストの増加となり表現(著作物)の数が減る効果と、アイデアの保護がアイデアの創造のインセンティブを増大させる効果を比較すると前者の方が大きいと考えられること、及び、②アイデアの創造者は過去のアイデアの利用者でもあり、アイデアを保護すると、次のアイデアの創造を阻害することによると考えられる。

米国では、フェア・ユースについて、新たな内容を加えて目的や性質の異なる新しい著作物を創作する生産的な場合は、フェア・ユースを認めれば表現のコストを引き下げるのでフェア・ユースを寛容に認め、単に既存の著作物にとって代わろうとするためのものに過ぎない場合は、フェア・ユースは厳格に判断される。私的複製は、米国ではフェア・ユースによって個別的に判断される。



で一律に独占や寡占による資源配分の歪み（総余剰の損失）が生ずるから、特許期間をある程度（二〇年）で打ち切り、莫大な開発費用がかかる技術開発は、特許権で保護せず、政府の研究機関で行えばよい。

著作権の保護期間の長さは、次のように考えられる。

著作権は、それを参考にして代替的な知的創作物がつくられるため、一般に、時間がたつほど価値（価格）が低下し、独占力が低下する。この場合、限界収入と限界費用が等しくなる時点で著作物の保護期間を打切れば、供給者の利益を変えないで、その後の消費者余剰を増加させることができる。<sup>(18)</sup> 著作権の保護期間は、このことから決められることとなる。

## (二) 垂直的關係

特許権のように、知的財産法が、通常の財産権と違って製品市場の生産や販売のことまで想定している理由についてみてみよう。

情報は、利用の排除可能性が難しくただ乗りが容易であることや情報の非対称性のため、契約の不完備性が大きく、取引が難しい。また、ライセンスは、情報の不完全性による契約の不完備性のため現在や将来の競争の激化を招くので、社会的に必要なライセンスが行われずらい。特に、革新的な知識は独占的に使った方が有利であるので、ライセンスが行われずらい。

これらのため、知識の利用に関して製品市場まで垂直的統合が発生しやすく、知的財産権者は製品の販売まで行うことが多い。知的財産法が、生産や販売の製品市場のことまで財産権として規定しているのは、上のような理由である。ここまで規定しないと、知的財産権者の専有可能性が小さくなる。これは、契約の不完備性により契約で行うよりも取引費用を低減するため、知的財産権として規定したものであると考えられる。第七章で説明するよう

に、財産権は、完備契約がつけられない（又はつくれても大きな取引費用がかかる）場合に、取引費用を削減するために設けられたものである。

知的財産の一定の取引分野は、技術革新市場（研究開発市場）、技術市場、製品市場で考えられるが、現実には、製品市場が問題になることが多い。

製品市場で問題となるのは、水平的関係が問題となる場合と垂直的關係が問題となる場合がある。

水平的關係が問題となる場合は、水平的な一定の取引分野における競争の實質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）が問題となる。

垂直的關係が問題となる場合は、製品市場において差別化財で特定差別化財需要を一定の取引分野にとったときの、①一定の取引分野における競争の實質的制限、②一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用が問題になることが多い。

水平的關係が問題となる場合は既に検討したので、ここでは垂直的關係が問題となる場合についてみてみよう。

垂直的關係が問題となる場合でも、財産権の画定に関する部分が知的財産法の分担であり、契約や暗黙の契約に関する部分が独占禁止法の分担である。

生産や販売でも、無断で知的財産権を使って生産や販売を行えば、知的財産権の行使により排除や損害賠償請求が行われる。これに対して、生産や販売に関するライセンスとライセンスの契約は、すべて、独占禁止法で規制される。これは、補完的な資産を持ちよって新たな価値を生み出すジョイント・ベンチャーであり、競争政策の判断は独占禁止法で行われる。

まず、垂直的關係のうち、一定の取引分野における競争の實質的制限が問題となる場合についてみてみよう。



再販売価格維持行為（再販）、テリトリー制、販売方法の制限等のブランド内競争を実質的に制限する垂直的制限についてみてみよう。

メーカーと流通業者が直取引をしている場合、垂直的制限は契約に関することであり、補完的資産を組み合わせるジョイント・ベンチャーの一つと考えられ、独占禁止法が全面的に適用される。

垂直的制限に関して、転得者との関係では、知的財産権の行使の問題が生ずるが、次のように考えるのが適当であると思われる。

メーカーが卸を通じて小売店に商品を流している場合、メーカーと小売店（転得者）は直取引をしていない。しかし、小売店が安売りすれば間接の取引拒絶が行われる場合、メーカーと小売店は安売りしないという暗黙の契約をしていると考えることもできる。この場合、メーカーの小売店に対する垂直的制限は、暗黙の契約と考えて、独占禁止法を適用する必要がある。本稿では暗黙の契約は、通常の契約と違って私法的救済は受けるのが難しいが当事者がそれを前提として行動する場合を指している。このケースは、消費者との関係でみれば、供給側全体が、補完的資産を組み合わせる一つのジョイント・ベンチャーとみることもできる。

後述のように、水平的な間接の取引拒絶は正当化事由がなく当然違法とする必要があるが、垂直的な間接の取引拒絶は正当化事由が考えられ得る。

ブランド内を管理する、再販、テリトリー制、販売方法の制限等の垂直的制限は、垂直的又は水平的な外部性を改善する社会的メリットも考えられる。

垂直的制限は、販売サービスが重要で垂直的制限によりただ乗りを防ぎブランドを信用すれば統一された販売サービスを受けられることが重要かという商品特性に依じて規制する必要がある<sup>(19)</sup>（拙稿注19）、また、後述のよう

な並行輸入や抱き合わせと違って、メーカーが流通をコントロールすることが可能であるので、契約や暗黙の契約を独占禁止法で規制することで十分であり、取引費用の削減のために知的財産権を行使する必要もないので、知的財産権は消尽させ、契約や暗黙の契約による取引を独占禁止法で規制するのが適当である。

次に、垂直的関係のうち、一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の類型についてみてみよう。

この類型の例は、独占力を利用した価格差別や後述の抱き合わせ等である。この類型は、経済厚生（総余剰）を高める場合も低める場合もある。経済厚生（総余剰）を低める場合が不当利用である。

独占力を利用した価格差別についてみてみよう。コストの違い（限界費用の差）で説明できない価格差別は、一定の取引分野における地位（独占力）がなければ不可能であることに注意する必要がある。

独占力を利用した価格差別は三種類ある。

第一種の価格差別は、消費者別・販売単位別に異なる価格を設定するものであり、供給者が消費者余剰を完全に吸収し、所得分配を別にし、総余剰からみれば、独占の過小生産の弊害を完全に解消し総余剰を増大させる。第二種の価格差別は、販売量に応じて異なる価格を設定する（数量割引や二部料金制等の非線型価格）もので、一般には、総余剰を増大させることが多い。第三種の価格差別は、買手の属性別に異なる価格を設定するもので、総余剰を増大させることも減少させることもある。

独占力を利用した価格差別で独占禁止法上問題となるのは、第三種の価格差別が多い。第三種の価格差別は、区分された消費者ごとに需要の価格弾力性は異なっているので、同一価格と比較して、価格低下によって利益を得るグループもあれば、価格上昇によって損失を受けるグループもあり、消費者余剰全体や総余剰全体に与える影響は明確でない。しかし、第三種の価格差別は、消費者の限界的な評価（限界効用）が異なっているので、総販売量が

増大しなければ総余剰を減少させるということができ、また、総販売量の増加が著しいときは総余剰を増大させる可能性が大きく、さらに、同一価格を強制すると低価格市場への供給が行われなくなるときは価格差別を認められた方が総余剰を増大させることができる。このことは、後で並行輸入禁止の規制基準を考える場合に役に立つ。並行輸入禁止の規制基準は後で検討することとしたい。

国内取引では、一般には第三種の価格差別は上のように総余剰に与える影響が明確でなく規制は無理でない方がよいと思われる。トーカー事件<sup>(20)</sup>や日本瓦斯事件<sup>(21)</sup>における地域による価格差別や既存の顧客と他業者からの切替顧客との価格差別は、このように考えられる。ただし、新地域へ安く進出する場合(浸透価格)は、地域による価格差別はについて同一価格を強制しても需要規模の小さい安い新地域の価格が上がるだけで、需要規模の大きい高い地域の価格が下がることはないだろう。同一価格の強制は新地域への参入をあきらめさせることとなる。このように、同一価格を強制すると低価格市場で販売が行われなくなるときは、第三種の価格差別は、総余剰を増大させるということができる。なお、この価格差別は新地域でのブランド間競争を促進し、このことから、総余剰を増大させ、違法でないということが出来る。上の理由から、第二次北国新聞社事件<sup>(22)</sup>は違反にならないと考える。また、既存の顧客と他業者からの切替顧客との価格差別は、スイッチング・コストが小さい場合は、販売競争が激化し、総販売量が増大し総余剰が増大する可能性があるが、スイッチング・コストが特に大きい場合は、価格差別が大きくなり消費者の限界的な評価(限界効用)が違いが大きくなるのに参入障壁が大きく総販売量が増大しないので、総余剰が減少し違法になると考えられる。

並行輸入禁止は、これができれば国際的な価格差別が行われ、できなければ同一価格となる。国際的な価格差別は、独占力を利用した第三種の価格差別である。したがって、並行輸入禁止の規制は第三種の価格差別の規制と本

質的には同じ問題を考える必要があり、一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の問題を考える必要がある。

第三種の価格差別のように独占力を利用した価格差別は、後述するように限界費用の差で説明できない価格差であるが、これを判断するのが難しい場合、転売可能な商品については、直接価格に介入して規制することは弊害が大きく望ましくなく、安く買って高く売る裁定行為を規制する方法が望ましい。この裁定行為の規制は、ブランド内という一定の取引分野における競争の実質的制限の規制にもなる。なお、後述のように並行輸入禁止は、ブランド間競争も制限する。

安く買って高く売る裁定行為の禁止は、価格差別を許容した方がよいかどうかに依存し、商品特性や業界の状況に応じて規制する必要がある。ただし、転得者に対して、次のように知的財産権を使えた方が取引費用を低減する。

製品に契約内容を表示するシュリンクラップ（shrink wrap）契約について考えよう。シュリンクラップ契約は、それをみる転得者に承諾の意思を確認しておらず、契約として有効と考えるのは難点がある。シュリンクラップ契約は、内容に制限がなくその内容を確認する転得者の手間（コスト）がかかり、また、転得者に承諾の意思を確認しておらず、転得者の予想外の取引になることもあり、大きな取引費用がかかる。また、一々転得者に承諾の意思を確認しようとすれば、莫大な取引費用がかかる。この場合に、転得者に対して知的財産権を行使できれば、取引費用を大きく減らすことができる。第七章で説明するように、財産権は完備契約をつくれぬ場合（又はつくれるも大きな取引費用がかかる場合）の取引費用を削減するために設けられたものである。

特に、並行輸入禁止は、知的財産権の行使を使えば転得者に対して水際規制という有効な方法が使える。これは取引費用を極めて大きく低減させる。

BBS事件最高裁判決<sup>(23)</sup>では、特許権の行使は製品表示を要件とし、並行輸入を認めない旨を特許権者が製品に表示すれば特許権を行使して並行輸入を禁止できるとした。

これに対して、筆者は、この場合、製品表示をメーカーと転得者の暗黙の契約と考え、製品表示を独占禁止法で規制する必要があると考える。この規制基準は次章で説明する。暗黙の契約は、通常の契約と違って私法的救済は難しいが当事者がそれを前提として行動する場合を指している。

並行輸入の阻止が独占禁止法違反の場合、間接の取引拒絶や知的財産権の行使により並行輸入の阻止を行えばブランド内やブランド間の競争の実質的制限となるが、製品表示の段階では、これらの競争が実質的に制限されるおそれがあるとして、不公正な取引方法の一般指定の一五項の不当な取引妨害で違反とすればよい。

独占禁止法の規制により並行輸入禁止の製品表示ができない場合には、並行輸入禁止に関して特許権を行使できない。筆者は、並行輸入に関して、この方式を商標権等他の知的財産権にも拡大した方がよいと考える。

メーカーは、安い所で買って高い所で売る並行輸入業者（転得者）とは直取引をしていない。しかし、メーカーの流通業者に対する製品表示は、暗黙の契約と考えて、独占禁止法を適用する必要がある。この場合、消費者との関係でみれば、供給側全体で補完的資産を組み合わせた一つのジョイント・ベンチャーとみることもできる。

並行輸入禁止は、安く買って高く売る裁定行為を禁止し、国際的価格差別を行うためのものであるが、知的財産権の行使を使えば、転得者に対して有効な方法が使え、取引費用を低減できる。

知的創作物の競争政策の分担からみれば、転得者（第三者）に対する有効な方法という取引費用の低減の観点からは、知的財産法の方が優れており、業界の実情に合った規制という観点からは、独占禁止法の方が優れている。

知的財産法の競争政策は、知的財産権の画定の際に、保護範囲や保護期間を定めるが、この際、競争政策に関し

て予測可能なことは、事前的に規定すればよい。しかし、取引費用の低減のため知的財産権の保護が必要な場合で、かつ、商品特性や業界の実情に合った規制が事前に知的財産法に規定しづらいときは、知的財産権の行使は製品表示を要件とし、製品表示を独占禁止法で規制するという手法は、一つの方法である。

第三者との関係について、商品特性や業界の状況に応じて規制する必要がある場合に、シユリンクラップ契約を独占禁止法で規制するという方法をとることに試みてみよう。

シユリンクラップ契約は、前述のように、内容に制限がなく内容を確認する転得者のコストがかかり、転得者の承諾の意思を確認していないため転得者の予想外の取引となる取引費用が発生し、また、転得者の意思を逐一確認するためには莫大なコストがかかる。シユリンクラップは、このように大きな取引費用がかかる。第七章で説明するように、完備契約をつくれぬ(又はつくれても大きな取引費用がかかる)場合、取引費用を削減するために財産権が設けられる。

第三者との関係について商品特性や業界の状況に応じて規制する必要がある場合、シユリンクラップ契約を独占禁止法で規制する方法と比べて、知的財産権の行使に製品表示を要件とし製品表示を独占禁止法で規制する方法は、知的財産権として保護される内容に限定されるという点で取引費用の増大を防ぎ、また、知的財産権の行使は強い力を持つから取引費用が軽減される。この方法は、第三者に対して取引費用の低減のため知的財産権の保護が必要な場合で、かつ、業界の実情にあった規制が事前に知的財産法に規定しづらいときには、並行輸入禁止以外でも、応用できると思われる。

従来消尽が問題となっていた分野でこの方法が期待できる。この方法を使えば、従来の知的財産権を消尽させるか否かの二者択一の議論を避けることができる。

例えば、製品が特許権の対象となっている場合の一部の補修や交換は特許権を侵害するか（例えばインクタンク事件知的財産権高裁判決<sup>(24)</sup>）という場合である。これについては後述する。

映画著作物の再譲渡禁止（例えばゲームソフトについて頒布権は消尽するとした最高裁判決<sup>(25)</sup>）も消尽が問題となった分野であるが、これについては、別稿で検討することにしよう。

商標権についてみよう。

特許権や著作権等は、知的創作の保護を目的としているが、商標権は、他の知的財産権と違って、企業の識別可能性を保護し、評判のメカニズムにより品質の維持改善へ投資を促すことを目的とする。したがって、商標権は製品市場を考えることになる。

商標権は、並行輸入の禁止のように、製品市場で、差別化財について特定差別化需要を一定の取引分野にとったときの、一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用（第三種の価格差別）が問題になることもある。

上のように、垂直的関係についても、知的創作物の競争政策については、独占禁止法と知的財産権のバランスを考え、知的財産法による事前の知的財産権の画定と独占禁止法の取引に対する事後的な規制による調整との最適な組み合わせを模索する必要がある。

### 第三章 製品表示に対する独占禁止法の規制

前章で説明した知的財産権の行使に製品表示を要件とし製品表示を独占禁止法で規制する方法の例として、並行輸入禁止と抱き合わせについて説明しよう。

## 一 並行輸入禁止

並行輸入禁止の規制について、詳しくみてみよう。

最初に規制基準について説明し、次いで、価格差別の規制と裁定行為の規制の関係について説明し、反ダンピング関税制度にも言及することにしよう。筆者は、反ダンピング関税制度は廃止し、国際的価格差別に対しては、並行輸入禁止を知的財産法と独占禁止法で規制する方法で対応し、廉売規制については、独占禁止法で対応するのが望ましいと考える。

### (一) 並行輸入禁止についての規制基準

並行輸入禁止について、事前に予測可能であるものは、知的財産法に規定した方が法的安定性から望ましい。しかし、取引費用の低減のため知的財産権の保護が必要な場合で、かつ、業界の実情に合った規制が事前に知的財産法に規定しづらい場合は、BBS事件最高裁判決のように、並行輸入禁止を製品表示することを知的財産権行使の要件とし、かつ、製品表示を独占禁止法で規制するやり方も一つの方法である。

ここでは、特許権、商標権、著作権等の知的財産権について、すべて上の方法がとられたとして、製品表示に対する独占禁止法の規制基準についてみてみよう。なお、本項の基準は知的財産法に規定することも不可能ではないと思われる。したがって、どちらの方法でもよいが、知的財産法に規定がない場合は、解釈上、知的財産権の行使には製品表示を必要とし、かつ、製品表示を独占禁止法で規制する方法がとられる必要がある。

並行輸入禁止についての製品表示に対する独占禁止法の規制の基準についてみてみよう。

並行輸入禁止の製品表示は、次の二つの場合を除いて、独占禁止法違反（不公正な取引方法の一般指定一五項の不当な取引妨害）とするのが適切である。並行輸入禁止の製品表示が適法となるのは、①先進国と所得の低い低開



発国の取引のように所得格差が大きい国間の取引の場合、及び、②映画や音楽では封切の発売から一定期間の場合の二つである。

以下、この基準について説明しよう。

(1) 所得水準の似た国の間の取引

「先進国と所得水準の低い低開発国の取引のように所得格差が大きい国間の取引」以外の取引を、所得格差が似た国の間の取引ということとしよう。

並行輸入のような安い所で買って高い所で売る裁定行為が行われれば、価格は同一となる。

所得水準の似た国間の取引を考えよう。

所得格差の大きな国間の取引では、価格を同一水準にすれば、後述のように低価格市場（国）への供給が行われなくなる可能性が高いが、所得水準が似た国間の取引では、同一価格にしても供給が行われなくなることはないだろう。

所得水準の似た国間の取引では、並行輸入は、市場を統合し、独占・寡占の弊害の減少、規模の経済性の發揮、ブランド間競争の促進のメリットがあるので、並行輸入禁止の製品表示は違反と事実上推定してよいと思われる。

企業の販売地域制限のような垂直的制限が行われ、並行輸入のような安い所で買って高い所で売る裁定行為が阻害されれば、貿易自由化が行われていても、各国間の市場は別々となり、市場は別々となる。並行輸入のような安い所で買って高い所で売る裁定行為が行われれば、価格は同一となり市場は統合される。

並行輸入による市場統合のメリットの一つ目は、独占・寡占の弊害の減少である。

裁定行為が阻害され、各国間で価格差別が行われれば、市場は各国間で別々にとることとなり、その結果、一定

の取引分野は各国ごとにとることとなり、例えばA国市場でシェアが百分の企業は、市場力は百分と評価される。しかし、裁定行為が行われる場合には、一定の取引分野は、世界市場でとることとなり、各国の企業は、世界市場に占めるシェア分しか市場力を発揮できなくなる。

例えば、ある国で、カルテル又は繰り返し競争による暗黙の協調が行われていたとしよう。この場合、もしも、並行輸入が行われたとすると、並行輸入業者はカルテルや繰り返し競争（ゲーム）による暗黙の協調へのメンバーではないので、この産業でカルテルや暗黙の協調が崩れて価格の引下げ競争が生ずる。並行輸入が行われ当該商品の国際的価格差別が崩れて同一価格になることは、一定の取引分野は世界市場にとることとなる。

並行輸入による市場の統合のメリットの二つ目は、生産に関する規模の経済性を生かしたり、差別化財のブランド間競争を促進することである。

並行輸入による市場の統合が、差別化財のブランド間競争を促進することについてみてみよう。

安い所で買って高い所で売る裁定行為により市場が統合されれば、ブランド間競争が促進され、一つの企業は、より弾力的な需要曲線に直面する。その結果、各企業は価格を引き下げ、生産量を増やす（規模の経済性を生かす）インセンティブが働くとともに、利潤を獲得できる機会が生まれ、新規参入のインセンティブが働く要因となる。裁定行為により市場が統合することは、ブランド間競争の促進により、価格が低下するとともに多様性が増加する効果をもたらす。

近年、所得水準の似通った国の間の貿易が活発になっている。例えば日本のような高所得国の消費者が欲する商品の多くは、同じような高所得国の米国や欧州の国で生産されたものが多く、先進国から輸入したものが多い。

生産技術、要素賦存比率、需要の似通った先進国間の貿易は、従来の比較優位の理論では説明ができず、近年で

は、生産の規模の経済性（規模に関する収穫逓増）を用いて、先進国間の産業間貿易や産業内貿易が説明されている。産業内貿易は、工業品は差別化されており、特定差別化財に生産を特化することによって、生産の規模の経済性と財の多様性を実現するものである。並行輸入による市場の統合は、これらを促進する。

ただ乗り論についてみよう。

並行輸入は、輸入総代理店の修理、アフターサービス等の販売サービスや広告投資に、ただ乗りするので認めべきでないという議論がある。

修理、アフターサービス等の販売サービスについては次のように考えられる。

並行輸入品についても輸入総代理店は、修理、アフターサービス等の販売サービスを提供する義務があるという考え方があつた。しかし、このようにすれば、ただ乗りのため、輸入総代理店が、販売サービスをしなくなるだろう。

筆者は、輸入総代理店に、並行輸入品に関して、修理、アフターサービス販売サービスの提供義務を課すべきでないと考える。そうすれば、輸入総代理店から購入すれば、高いけれど販売サービスを受けられ、並行輸入品は安ければ輸入総代理店の販売サービスを受けられないというように、販売サービスの差別化をすることができ、消費者の選択肢が増え、消費者に利益を与える。

このように考えれば、所得水準の似通った国の間の取引では、並行輸入禁止の製品表示を独占禁止法違反としてよいと思われる。

並行輸入が輸入総代理店の広告投資にただ乗りする場合は、メーカーとしては、売上が増えているので、メーカーは、ただ乗り分を輸入総代理店に支払うと考えられるから、所得水準の似通った国の間では、並行輸入を認めずとも弊害はないと思われる。

## (2) 所得格差の大きな国の間の取引

次に、所得格差の大きな国の間の取引についてみてみよう。

並行輸入禁止の製品表示は、先進国と所得水準の低い途上国の間の取引のように、所得格差の大きな国の間の取引では合法と推定するのがよいと思われる。

その一つ目の理由は、途上国市場（低価格国）への供給が大幅に減ることである。特に、低価格市場の需要規模が小さい場合に、並行輸入禁止を違法とし同一価格となると、企業は、需要規模の小さい低価格市場へは供給しなくなるので、価格差別を認めた方が総余剰は大きくなる。第三種の価格差別は、総販売量の増加が著しい場合は総余剰を増大させる可能性が高い。特に低価格市場に供給しなくなる時は、価格差別は総余剰を増大させることができる。

先進国と途上国間の取引は、市場間の所得格差が大きく、並行輸入禁止を違法とし価格差別をできないようにし同一価格とさせると、途上国市場への供給が大幅に減少し、さらに、需要規模の小さい途上国市場へ供給が行われなくなってしまう可能性が高い。

したがって、先進国と途上国間の取引では、並行輸入禁止を違法とせず、価格差別が生ずるのを認めた方がよいと思われる。

二つ目の理由は、生産に強い規模の経済性がある産業については、産業が成立しなくなることである。

生産に強い規模の経済性がある産業についてみてみよう。医薬品、ハイテク産業、著作物等はこのような産業に当たると。

先進国と途上国では大きな価格差が考えられ、並行輸入のため途上国の安い商品が先進国に入ってくると、先進

国での価格が下り、生産の規模の経済性の大きな産業では、コストの回収が不可能となる可能性が高い。このことも、先進国と途上国間の取引では、並行輸入禁止を合法とする理由の一つである。これも第三種の価格差別は、総販売量の増加が著しい場合は総余剰を増大させる可能性が大きいことによる。

三つ目の理由は、所得の低い途上国では、知的財産権の保護が不十分なことが多いことである。

この場合、並行輸入が認められると、先進国の価格を下げ、このことが企業に大きな不利益を与える。それは、次のような理由である。

並行輸入が行われると低開発国のニセ物や偽造品が先進国に流入しやすくなる。また、低開発国でニセ物や偽造品が横行し本物が安くしか売れない場合、並行輸入禁止が認められなければ、本物であるとしても低開発国から安い本物が先進国に入り、先進国の高価格を引き上げる。低開発国で知的財産物の保護が不十分であっても、並行輸入禁止が認められれば、企業はそれ程大きな被害はでないかもしれない。

したがって、低開発国で知的財産権の保護が不十分であれば、並行輸入禁止を認めた方が適当である。

### (3) 映画や音楽

著作物で、映画、音楽のように、時間とともに価値（価格）が下る商品は、時間を通じた価格差別を阻害する並行輸入禁止の製品表示は、封切や発売から一定期間は合法とする必要がある。このことについて説明しよう。

著作物は、開発費（固定費）が大きく限界費用の小さい規模の経済性の大きな産業である。

規模の経済性が特に大きい産業では、開発費（固定費）を回収するために一定の取引分野における地位（独占力）を利用した価格差別は有用であり、裁定行為が行われ、価格の高い市場に価格が低い市場からの商品が流入してきて価格が下ると、開発費（固定費）が回収できず、産業として成立しなくなるおそれがある。

著作物は、一般には、時間がたつと価値（価格）が下るが、映画や音楽は特にこの傾向が大きい。このような時間を通じた価格差別は、特定差別化財に対する一定の取引分野における地位（独占力）を利用した価格差別であり、第三種の価格差別の一種である。時間を通じた価格差別は、著作物のように開発費が特に大きく規模の経済性が極めて大きい場合に開発費（固定費）の回収を可能にする。そのため、映画や音楽は一定期間並行輸入禁止を許容し、時間を通じた価格差別を可能とした方がよく、封切や発売から一定期間は、特別に、先進国と所得水準の低い低開発国の間の取引でなくとも、並行輸入禁止を認めた方がよいと思われる。これも第三種の価格差別は、総販売量の増加が著しい場合は総余剰を増大させる可能性が大きいことによる。

したがって、次のように考えられる。

① 映画は、当初、封切館で高価格で上映し、順次、低価格の映画館で上映する。また、ある程度の期間経過後、ビデオやDVDで発売又はレンタルが行われる。これは時間を通じた価格差別である。映画会社は、各映画について、国ごとに時間を通じた価格差別を行う。したがって、ビデオやDVDの並行輸入が行われれば、時間を通じた価格差別ができなくなる。

映画については、国内の封切直後に外国の安いビデオやDVDが入ってくると、国内の高い映画料金が下がってしまうことが考えられるから、外国で封切後一定期間は、並行輸入禁止は合法である。国内封切の前に外国で既に封切られた映画のビデオやDVDが国内に流入すれば、国内封切の際の高い価格が下がってしまう。したがって、国内封切の前でも外国封切後の並行輸入は禁止する必要がある。上の基準の封切は外国封切とする必要がある。

② 国内のレコード会社のライセンスにより外国で生産された安い音楽CDが国内に輸入され、国内での対応するCDの価格が著しく下る場合には、発売から一定期間並行輸入禁止は合法である。

ただし、現在上映していない昔の映画のDVDや昔の音楽のCDは、次のように考えられる。

所得水準の似通った国の間の取引では、並行輸入禁止の製品表示を違法とした方がよい。それは、ブランド間競争を促進するからである。また、先進国と所得水準の低い途上国間の取引では、並行輸入禁止の製品表示を合法とした方がよい。それは、この場合、並行輸入禁止を違法とすると、所得水準の低い途上国向けに供給を行わなくなったたり、低価格市場から並行輸入が行われ高価格市場の価格が下がるので固定費が回収できなくなり企業が成立しなくなるおそれがあるからである。

## (二) 知的財産法と独占禁止法による規制

商標権に関しては、パーカー事件大阪地裁判決<sup>(26)</sup>が、真正商品の並行輸入は商標保護制度の趣旨すなわち出所識別機能と品質保証機能という商標の機能を害することにならないから商標権侵害を構成しないと判示して以降、原則として商標権を根拠として真正商品の並行輸入を差し止めることはできないものとして取り扱われている。

しかし、筆者は商標権についても、商標機能ではなく競争政策の観点から、特許権と同様に、並行輸入禁止の製品表示を商標権行使の要件とし、製品表示を独占禁止法で規制し、特許権と同じ前項の基準を適用するのが適当であると考ええる。

著作権の著作隣接権は、輸入権が含まれていないから、真正商品の並行輸入を差し止めることはできない。しかし、筆者は、立法論としては、競争政策の観点から、前項の基準を適用するのが適当であると考ええる。この場合、製品表示を著作権・著作隣接権行使の要件として製品表示を独占禁止法で規制するか、あるいは、前項の並行輸入禁止の規制基準を直接著作権法に規定するのがよいと考える。もともと音楽を別にすれば、著作物は言葉の壁の問題があつて、並行輸入には大きな問題にならないのかもしれない。

音楽は、発行後一定期間以内の国外頒布目的商業用レコードの輸入については、著作権法一三一条五項に基づきわが国の著作権侵害とみなされている。これは、前項の基準とある程度合致している。

映画著作物については、特別に頒布権が認められていることから、頒布権を根拠にして並行輸入の国内流通を差し止めることができるとして、事実上並行輸入が阻止される<sup>(27)</sup>。しかし、映画著作物については、競争政策の観点から、並行輸入禁止の製品表示を頒布権行使の要件とし、製品表示を独占禁止法で規制し、前項の基準を適用し、封切後一定期間だけ並行輸入禁止を許容することとするのが適当であると思われる。

なお、前項の並行輸入禁止の規制基準を直接的財産法に規定する方法でもかまわないが、知的財産法に規定がない場合は、解釈論で前項の基準による規制を行う必要があり、知的財産権の行使に製品表示を要件とし製品表示を独占禁止法で規制する方法がとられる必要がある。

### (三) 価格差別の規制と裁定行為の規制の関係

独占禁止法による価格差別の規制は、①ライバルのコスト引上げのような一定の取引分野における競争を実質的に制限するまたはそのおそれ(具体的危険性)があることが問題となる場合と、②一定の取引分野における地位(独占力)の不当利用が問題となる場合がある。

ここでは、②の類型の価格差別についてみてみよう。

独占力を利用した価格差別についてみてみよう。この場合で、総余剰を減少させるときが②の類型である。

価格差は、製造・販売等に必要コストの違い(限界費用の差)によって生ずる価格差と、価格と限界費用の乖離度であるマークアップの違い(マークアップ差)によって生ずる価格差を区別する必要がある。価格差はコスト差(限界費用の差)とマークアップ差との和からなる。独占力を利用した価格差別の価格差は、マークアップ差の



ことである。価格差が限界費用の差で説明できるなら、独占力を利用した価格差別ではなく合理的な価格差であり、問題とする必要はない。独占力を利用した価格差別は、価格比率が限界費用の比率と異なる。独占力を利用した価格差別は、特定差別化財需要の独占力が問題になることが多い。なお、需要変動に応じた価格変動（価格差）は合理的なものであるのでは考えない。

②の類型で問題となることが多いのは、第三種の価格差別である。これは、買手の属性別に異なる価格を課す場合である。第三種の価格差別のように独占力を利用した価格差別は問題がある場合であっても、転売可能な商品については、限界費用の差では説明できない価格差を判断するのを避けるため裁定行為（安く買って高く売る行為）の妨害の規制の方が望ましく、直接的に価格を規制する方法は弊害が大きく避けた方がよい。第三種の価格差別は、効率性（総余剰）を損う場合であっても、限界費用の差では説明できない価格差を判断するのが難しい場合、価格比較は極めて難しく価格の直接規制は極めて難しい。反ダンピング関税の経験からみれば、同じ取引段階の価格を比較し、価格差別を規制しようとするのが、いかに困難であるかがわかる。

裁定行為（安く買って高く売る行為）の妨害の規制は、ブランド内競争の制限として、一定の取引分野における競争の実質的制限となる。したがって、価格差別の規制は、②の一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の類型の場合、転売可能商品については、裁定行為の妨害の規制、つまり、一定の取引分野における競争の実質的制限の場合しか規制すべきでないということになる。逆に言えば、この場合の一定の取引分野における競争の実質的制限が違法かどうかを判断する基準は、一定の取引分野における地位（独占力）の利用としての価格差別が不当利用になるか（総余剰を減少させるか）ということが問題となる。

なお、安く買って高く売るといふ裁定行為の妨害の規制は、並行輸入妨害のような国際取引については、単にプ

ランド内競争の実質的制限だけでなく、ブランド間競争の実質的制限も問題となる。したがって、並行輸入禁止については、一定の取引分野における競争の競争の実質的制限は、ブランド内競争の実質的制限だけでなく、ブランド間競争の実質的制限も考える必要がある。

知的財産法により、並行輸入のような裁定行為を問題とする場合も上と同じことが言える。

#### (四) 反ダンピング関税制度

GATT六条の反ダンピング関税制度は、①輸出価格が正常価額より低いことと、②国内産業に実質的損害が発生しているか、又はそのおそれがあることを発動の要件とする。正常価格は、①輸出国の国内価格、②第三への輸出価格(①が認定できないとき)③構成価額(①も②も認定できないとき)とされる。①と②は国際的な価格差別の規制であり、③はコスト割れの廉売規制であると考えられている。このように、反ダンピング関税制度は、国際的な価格差別の規制と廉売規制が含まれている。

国際的な価格差別で問題となるのは、一定の取引分野における地位の不当利用の類型のうちの第三種の価格差別であるが、限界費用の差で説明できない価格差を判断するのは難しく、転売可能な商品であるので、問題があるとしても、裁定行為(安く買って高く売る行為)の妨害の規制の方が望ましく、直接的に価格を規制する方法は弊害が大きく避けた方がよい。このことから、国際的な価格差別は、反ダンピング関税制度を廃止して、知的財産法と独占禁止法による前述の並行輸入の規制で対応する方が望ましいことがいえる。

筆者は、次のように、反ダンピング関税制度は廃止すべきであると考ええる。

国際的な価格差別に対しては、ガットの反ダンピング関税制度で規制することは適当でなく、反ダンピング制度は廃止し、前述の知的財産法と独占禁止法による並行輸入禁止の規制で対応するのが望ましい。その理由は、価格差

別の規制は、転売可能な商品については、直接価格に介入するよりも安く買って高く売る裁定行為を規制する方が望ましいことである。

この場合、前述したように、並行輸入禁止については、①先進国と所得水準の低い低開発国の間の取引のよう所得格差が大きい国の間の取引の場合、及び、②映画や音楽は封切や発売から一定期間の場合の二つの場合を除いて、並行輸入禁止を違法とするという基準による必要がある。

また、廉売規制については、独占禁止法の不当廉売で規制し、市場価格が上るかどうかが、つまり、一定の取引分野における競争を実質的に制限するかどうかを問題にするのが望ましい。

ただし、現実の独占禁止法の不当廉売規制は、次のように多くの問題点を持っている。

現実の独占禁止法の不当廉売規制は、何らかの費用基準割れを問題としていて、一定の取引分野における競争の実質的制限でないものまで規制しているという問題点を持っている。不当廉売の規制は、市場価格が上る、つまり、一定の取引分野における競争を実質的に制限する略奪的ダンピングだけを規制すればよい。この場合に、ライバルを排除するなら私的独占と違反とし、ライバルを排除しない場合、例えば、単にライバルが投資をやめてしまう投資意欲の減退のような場合には、不公正な取引方法で違反にすればよい。また、不公正な取引方法は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的危険性）の段階でも、早期規制することができる。

廉売は、原価、仕入価格等の何らかの費用基準を下回っていても、市場価格が上る、つまり、一定の取引分野における競争を実質的に制限するのではなく、弊害はなく、規制する必要はない。

国内の取引であろうと、国際間取引であろうと、廉売規制は、このような略奪的ダンピング以外は規制すべきでない。

費用基準が問題なのは歴史上のコスト（ヒストリカルコスト）を基準にしている機会費用を基準にしていない点である。企業は機会費用を基準として行動するので歴史上のコストを基準としても意味を持たない。機会費用は現在の需給を均衡させる価格でみる。例えば判断ミスで高く仕入れ現在の需給からみて安くしか売れず企業が赤字になったとしても、不当廉売（略奪的ダンピング）に該当するわけではない。

拙稿注28で説明したように、略奪的ダンピングは、情報の非対称性により生ずるものであり、タフな競争者であるという評判を確立する評判効果、コスト上優位にあると相手に思わせるシグナリング効果、金融市場の情報の非対称性による大きい財布により生ずるが、当該企業の、原価、仕入価格、限界費用、平均可変費用、平均増分費用、平均回避費用等の何らかの費用基準と関係なく、何らかの費用基準を下回っていても上回っていても生じ得る。何らかの費用基準を考えるとすれば、解釈論ではなく、弊害の少ないものを取り上げない基準（セーフハーバー）としての便宜的基準と理解する必要がある。

また、ネットワーク効果や習熟効果など動学的規模の経済性が重要な産業では、情報の非対称性がなくとも、略奪的ダンピングは考えられ得るけれど、この場合、浸透価格やフォワードプライングのような効率性を向上させる低価格と区別するのは難しく規制は無理だろう。このような産業では生産量増大による将来の平均可変費用の下落を見込んで現在の平均可変費用よりも低い価格を設定することは効率的である。

なお、国内においては、弱者保護のためには、不当廉売の規制ではなく、別途、税や補助金等直接的な方法によるのが望ましい。また、国際的な取引では、急激な輸入増のため、国内産業が大打撃を受けるような場合、衝撃を緩和するためには、反ダンピング制度ではなく時限的なセーフガードによるのが望ましい（緊急輸入制限、GAT T一九条）。国際的な所得分配は容易でないので、このような措置を認める必要がある。

## (五) 独占禁止法による不当廉売規制の問題点

現実の独占禁止法による不当廉売規制の問題点について詳しくみてみよう。

不当廉売（略奪的ダンピング）とは、短期的に価格を引き下げ、長期的な価格の引き上げを通じて短期的な価格の引き下げを行わなかった場合よりも大きな利潤を得ようとして、ライバルを市場から排除したりライバルの投資をやめさせたりして一定の取引分野における競争を実質的に制限する（市場価格が上る）ことである。これが略奪的ダンピングの定義である。

不当廉売の考え方に、「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な競争者の排除」を基準とするという考え方があつた。しかし、これは次のように適当でない。以下ではコストは機会費用の意味で用いる。

コスト等企業的能力に大きな差があり、かつ、参入障壁が大きい産業では、コストの低い方の企業は、略奪的ダンピングを行う場合、現在の利潤をそれほど犠牲にせず将来の市場支配力を獲得できる可能性があり、略奪的ダンピングは現実性がある。これに対して、「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な競争者の排除」を基準にすると、コストの高い方の企業が問題となり、ライバルを市場から排除するためにはライバルのコストを（大きく）下回る低価格を設定する必要がある。略奪的ダンピングを行う企業の利潤の犠牲が大きく、略奪的ダンピングに現実性が乏しい。一般に、コストの低い企業はシェアが大きくコストの高い企業はシェアが小さいから、「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な企業の排除」を基準とすると、コストが高くシェアの小さい企業だけを問題とすることとなり、略奪的ダンピングの基準として適当でない。

なお、「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な企業の排除」基準から、当該企業の何らかのコスト割れが不当廉売に当たるといふことが出てくるといふ議論がある。しかし、略奪的ダンピングを行いライバルを市場から排

除するためには、当該企業のコストではなくライバルのコスト（短期では平均回避費用、長期では総費用等）を下回る低価格を設定する必要がある。「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な競争者の排除」を基準とすると、ライバルの効率性に応じて当該企業のコストより大幅な低価格であることが必要となる。当該企業が何らかのコスト割れであっても当該企業よりも効率的な競争者は市場から退出しない。したがって、上の基準から当該企業の何らかのコスト割れが不当販売に当たるといえることが出てくるわけではない。何らかのコスト基準を考えると、前述したように、弊害の少ないものを取りあげない基準と考えるべきで、これを満たしたからといって不当販売（略奪的ダンピング）に該当するわけではなく、別途、一定の取引分野における競争を実質的に制限する（市場価格が上る）かどうかを判断する必要がある。米国で平均可変費用（平均回避費用）基準の他に埋め合わせ基準が必要とされているのは、上のような考え方に基づくものと思われる。

JAL・ANAに対する警告事件<sup>29</sup>では、安い新規参入業者の路線の前後の路線だけ対等額に値引きするものであった。この場合新規参入業者が市場から排除されなければ、値引き路線の前後の路線は競争関係にあるから値引きが拡大し、結局、すべての路線で値引きが行われることとなる。しかし、新規参入業者が市場から排除されれば、このような値引きの拡大は起こらない。

一般に、規制緩和が行われ参入が生じたばかりの市場では、①新規参入者に不利な点が残っていること（航空産業では機体整備市場の未発達等）、及び②新規参入業者に情報の非対称性があり低価格によるタフな競争者の評判効果や限界費用が低いというシグナリング効果が機能しやすいことから略奪的ダンピングが生じやすい。このような業界では競争条件が整うまでの期限付で略奪的ダンピングの規制を行うことも考えられる。この場合、新規参入業者の方が効率性が劣り「当該企業と同等（又はそれ以上）の効率的な競争者の排除」に当たらないとしても、不

当廉売（略奪的ダンピング）に該当することになる。この場合、当該企業がコスト割れでなくとも競争者は排除され不当廉売（略奪的ダンピング）に該当することとなる。

有線ブロードネットワークス事件<sup>(30)</sup>は、ライバルの顧客に対してのみ値下げをしたことについては、第三種の価格差別と考えられる。このような第三種の価格差別は、前述したようにスイッチングコストが特に大きい場合は違法となるがそうでなければ総余剰に与える影響を判断するのが難しく、差別対価としては規制は無理でない方がよいだろう。これと不当廉売であるかどうかは別の問題である。不当廉売の定義は、上述の略奪的ダンピングの定義による必要がある。

マルエツ事件<sup>(31)</sup>、ハローマート事件<sup>(32)</sup>、濱口石油事件<sup>(33)</sup>は、次の理由で不当廉売にならないと考えられる。

参入障壁は後述のように絶対費用優位性やサンクコストが要因となるが牛乳小売業界やガソリンスタンド業界ではこのような参入障壁は小さく参入障壁の小さい業界で不当廉売（略奪的ダンピング）は考えられない。なお、公取委のガソリンの不当廉売ガイドライン（平成三年）では、給油所の新設、改造、広告宣伝、転籍等に対するリベートや事後的な値引きとして機能するリベートは仕入価格に入れないこととされており、濱口石油事件でも入れなかったと思われる。しかし、あらゆるリベートはすべて仕入価格に含めて考える必要がある、リベートも考慮すれば、本件は仕入価格を下回っていないかと思われ。

NTT東日本事件<sup>(34)</sup>は、次のように、違反にすべきでないと考ええる。

光ファイバーは、NTT東日本しか敷設できないと考えられ、不可欠施設とされ接続料金は認可事項とされているが、垂直統合企業である東京電力が安い価格で参入し、これに対抗するため、垂直統合企業であるNTT東日本が認可された接続料金を下回る低価格で最終財需要者に販売したことが価格圧搾で問題とされた。

本件は、最終財需要者に対する価格が接続価格を下回ったことについて、不当廉売であるという考え方もある。しかし、このように技術革新が激しい産業では、先行企業は高価で低性能の設備を使うことになるのに対し、後発企業は安価で高性能の設備を使うことができ、サービス価格も下げることができる。先行企業は対抗上値下げをせざるを得ないので赤字となる。しかし、これは歴史上（会計上）のコストをみているからである。古い設備は低い価値しか生まないのだから、コストを機会費用でみればコストを割っているわけではない。本件で接続料金の認可制度を廃止すれば、NTT東日本の接続料金は、歴史上（会計上）のコストからみれば赤字となるとしても、大幅に下るだろう。

光ファイバーはNTT東日本以外の企業も敷設でき、ADSLや他の方式とも競争が激しく、不可欠施設として接続料金を認可制としていることが適当でなかったのである。このときに、最終財について、認可料金を下回る低料金を価格圧搾で違反とすると、戦略的補完関係にあると、ライバルも認可料金近くまで値上げし最終財の市場価格を上げることになる。戦略的代替関係にある場合でも、NTT東日本が数量（投資）を抑えられれば、ライバルは数量（投資）を増やすが価格が下がってしまう程の供給増は得策ではなく、結局最終財の市場価格が上がる。むしろ、認可料金以下の低価格は適切でない不可欠施設の指定の社会的弊害を打破するものと考えられる。

なお、本件は、NTT東日本は新方式設備の安い接続料金の認可も受け実際には旧方式であるにもかかわらず最終財需要者に対して新方式の料金で販売していたものであり、接続方法や接続料金について新方式に移行することで結着したが、この結着は、まだ十分使える旧方式の設備が無駄になるという問題点を持っている。

上のように競争が発生しているのに不可欠施設制度を維持することの社会的弊害は、以下のように考えられる。自前の設備を用意するライバルとの競争についてみると、設備の認可料金が低ければ、他社は当該設備を利用しよ



うとして、東京電力のような自前の設備を用意するライバルの参入を阻害し、また、設備の認可料金が高く価格圧搾を規制すれば、前述のように最終財の価格を引き上げることである。次に、設備を利用した競争についてみると、設備の認可料金が低ければ設備のライバルは参入をあきらめ設備に対する投資が減少し、設備の認可料金が高ければ設備のライバルもその認可料金に近い価格を設定し設備に関して価格低減のインセンティブが働かず設備の市場価格が上がり、認可制度により設備に関する競争が阻害されることから、設備を利用した競争がうまく機能しないことである。この場合、不可欠施設制度を廃止することが最善の方法である。不可欠施設制度は、①自然独占で独占がくつがえりそうにない場合で、かつ、②不可欠施設制度の適用により技術革新が期待できる等大きな社会的メリットが考えられる場合に限定して用いる必要がある。

東京都と蓄場事件<sup>35</sup>は、不当廉売が否定されたが、本件は、次のように不当廉売ではなく不当取引妨害（一般指定一五項）で問題にすべきであったと思われる。

政府機関（自治体を含む）はすべての事業者を公平に扱う義務がある。既存企業が天下りを引き受ける等何らかの理由により、補助金、規制、許認可、情報提供等で特別の優遇を排他的に受けている場合は、参入障壁（絶対的費用優位性）となるので、参入者等を排除する場合は私的独占の排除、排除に至らない場合は不公正な取引方法の不当な取引妨害（一般指定一五項）で問題とするのがよいと思われる。この場合は、「当該企業と同じ（又はそれ以上）の効率的な競争者の排除（イコールフィッティング）」が問題となる。絶対的費用優位性は、既存企業がさまざまな資産や権利を排他的に所有することにより参入企業よりも低費用で生産することが可能であることである。これにより既存企業は参入を阻止し、高い利潤を得ることができる。参入障壁には、絶対的優位性による場合とサックコストによる場合がある。

東京都と蓄場事件は、物価抑制が目的であるなら、民間企業にも補助金を出す必要がある。前述の JAL・AN A 事件で既存企業が特別の優遇を受けている場合（例えば羽田発着枠）やヤマト運輸対日本郵政公社事件<sup>(36)</sup>で日本郵政公社が特別の優遇を受けている場合も、同様に、不当廉売ではなく不当取引妨害（一般指定一五項）で問題にする必要がある。この場合、特別の優遇は、イコールファイティングを超える部分については、行使できない（特別の優遇を受けることができない）。

これらのケースで、不当廉売で問題とすると、既存企業は高い価格をつけ市場価格が上ることとなり、特別な優遇の是正にならない。

規制産業で、規制緩和が行われ、一部の市場への参入の自由化が行われた場合、自由化された市場で内部補助（共通経費の分配の問題）が問題となる。それは独占市場で総原価方式で料金が規制されていると、自由化された市場におけるコストをできるだけ独占市場へシフトさせ自由化された市場で事業拡大を行おうとするからである。内部補助も、自由化された市場において、上と同様に不当な取引妨害（一般指定一五項）で問題とすべきであると考えられる。これを不当廉売で問題にすれば市場価格が上がるだけで内部補助の解決にならないからである。ヤマト運輸対日本郵政公社事件は、このような観点から内部補助を問題にする必要がある。この場合、内部補助が違法であれば、違法な内部補助は受けることができず、独占市場において総原価方式で認可された料金より低価格で販売することとなる。

なお、内部補助は、上のような規制産業を別にすれば、独占禁止法上問題とならない。内部補助と不当廉売との関係についてみると、内部補助は財布が大きいというだけであるから、それだけでは不当廉売にはならない、不当廉売は、上述の略奪的ダンピングの定義による必要がある。中部読売新聞社事件<sup>(37)</sup>は、業務提携によるコスト低下で

あつて、内部補助を問題とすべきではないと思われる。

## 二 抱き合わせ

製品が特許権の対象となつている場合の一部の補修や交換は特許権を侵害するか（例えばインクタンク事件知的財産権高裁判決）という問題についてみてみよう。インクタンク事件控訴審判決は特許権の行使を認めた。この問題については、抱き合わせの規制の観点から考えることができる。単なる抱き合わせは独占禁止法で規制すればよいが、上の問題は、第三者との関係で知的財産権を行使できれば取引費用を低減化できる。

この問題については、特許権の行使は製品表示を要件とし、抱き合わせの製品表示を独占禁止法で規制すれば、第三者に関して取引費用を低減化し、かつ、業界の状況に応じた規制をすることができる。次に説明するように、抱き合わせの製品表示は、後から行われるときは顧客に対する暗黙の契約に反したホールドアップと考えられ優越的地位の濫用で違反となり、また、始めから行われる場合でも、独占者が補完財を抱き合わせ、ライバルに攻撃的行動をして一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれがある場合は、製品表示を独占禁止法で違反（不公正な取引方法の一般指定一〇項の不当な抱き合わせ）とすればよい。抱き合わせを取引拒絶や知的財産権の行使で実行すれば一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合、製品表示の段階では、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれがあるとして不公正な取引方法の一般指定一〇項の不当な抱き合わせで違反とすればよい。

抱き合わせが独占禁止法上問題となる場合は、①一定の取引分野における競争を実質的に制限する又はそのおそれ（具体的危険性）がある場合と、②一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の場合である。

従来、不当な抱き合わせの公正競争阻害性は、⑦自由競争の侵害、①顧客の選択の自由の侵害（競争手段の不正さ）が考えられてきた。また、①の類型については、優越的地位の濫用で考えるべきであるという考え方もある。

しかし、⑦については、前述したように自由競争の侵害ではなく、①の一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）を考える必要がある、①については、顧客の選択の自由の侵害（競争手段の不正さ）ではなく、②の一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用かどうかを考える必要がある。顧客の選択の自由を侵害しているようにみえる抱き合わせであっても、一定の取引分野における地位（独占力）の利用に該当しなければ、需要側や供給側の範囲の経済性を生かすためのものであって、問題とする必要はない。代替的投入要素のように、従来自由競争の侵害で考えられてきた類型も、後述のように、②の一定の取引分野の地位（独占力）の不当利用で考えたほうがよい場合もある。②の類型は、以下でみるように、経済厚生（総余剰）に与える影響を判断するのが難しく、規制しない方がよいと思われる。また、優越的地位の濫用は関係特殊的投資が行われた場合の暗黙の契約違反と考える必要があり、暗黙の契約に反して抱き合わせが行われるなら、顧客に対して優越的地位の濫用となる。

なお、抱き合わせの違法性について、単一の商品であるか、別個の商品であるかを基準とする考え方もあるが、これは需要側や供給側の範囲の経済性として、正当化事由の一つとして評価すればよいと考えられる。

以下では、特許権侵害が問題となるケースではない事例も説明するが、考え方としては、製品表示を独占禁止法で規制する場合に同じように適用することができる。

まず、①の一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）の類型についてみてみよう。例えば、独占企業（市場支配的企業）が補完財を抱き合わせ、ライバルに攻撃的行動（略奪的行動）をする場合

が考えられる。このような例として、マイクロソフト社がパソコンのOSにブラウザを抱き合わせ、OSの独占力を強化する事例が考えられる。また、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、取引拒絶の規制を回避するため抱き合わせによりライバルのコスト引上げをしようとする場合もある。このような例として、米国のインターナショナル・ソルト社事件があげられる。これらについては、後で検討することとしたい。

次に、②の一定の取引分野における地位（独占力）の不当利用の類型についてみてみよう。この類型は独占利潤の増加を意図して行われるものであっても、必ずしも経済厚生（総余剰）を低下させるものではなく、この類型は独占者の搾取の規制ではない。この類型では、特定差別化財の独占力が問題となることが多い。

抱き合わせでこの類型が問題となるものに(a)代替的投入要素の場合 (b)価格差別の手段として使われる場合があるが、いずれも経済厚生（総余剰）が増大するかどうかかわからず違法としない方がよいだろう。これについてみてみよう。

#### (a) 代替的投入要素

代替的投入要素について、一方が独占、他方が競争という場合、抱き合わせれば、投入比率を最適化するという経済厚生（総余剰）増大の要因となる。しかし、競争的投入要素の価格が上るので、経済厚生（総余剰）が増大するかどうかはわからない。

例えば、耐久財に部品やメンテナンスサービスを抱き合わせる場合を考えよう。

この場合、特定差別化財に対してメーカーは独占力を持っている。

耐久財は破損したら取り替えるとする。耐久財は独占、部品やメンテナンスサービスは競争であるとする、耐久財は高く部品・メンテナンスは安く、抱き合わせの場合よりも部品やメンテナンスサービスが過剰に使わ

れ、耐久財の耐久性が延長され、経済厚生(総余剰)が低下する要因となる。このように、耐久財が高く部品やメンテナンスが安いと、その投入比率が適当でなくなる(耐久財の耐久性が延長される)が、抱き合わせを行えば、投入比率を正しい値にすることができ、正しい値とは、代替的投入要素の相対価格を限界費用に比例したものとすることである。また、抱き合わせは、経験を積むほどコストが下がる動学的規模の経済性の大きな産業で、初期に安く販売するフォワードプライシングを行う上で役立つ。それは、抱き合わせを行えば、アフターマーケットを高くして、その分ロックイン前の事前の競争で耐久財を安くできるからである。これらは、経済厚生(総余剰)を増大させる一つの要因となる。しかし、部品やメンテナンスサービスの価格が上るので、経済厚生(総余剰)は増大するかどうかわからない。さらに、抱き合わせには、補修の情報を耐久財の製造に活かすというような範囲の経済性があるかもしれない。したがって、このような抱き合わせは規制しない方がよいと思われる。米国のコダック事件、東芝昇降機サービス事件(エレベータは取り換えはできないが取り換えの代りに大修理と考えればよい)、三菱ビルテクノサービス事件、東急パーキングシステム事件、キャノン独禁法違反被疑事件(平成一六年一〇月二一日公取委公表)は、始めから抱き合わせが行われる場合は、このように考えることができる。インクタンク事件もこのようなケースであると考えられる。なお、後でなつて抱き合わせを行う場合は顧客に対する暗黙の契約に反したホールドアップであり、優越的地位の濫用で違反となる。

#### (b) 価格差別の手段

次に、抱き合わせが価格差別の手段として用いられる場合についてみてみよう。

まず、抱き合わせを需要の強さに応じた価格差別の手段として使う場合についてみてみよう。

例えば、コピー機のレンタルにコピー用紙を抱き合わせれば、コピー用紙の数量はコピー機の需要の強さの指標

となり、抱き合わせを利用して固定料金をとれば、固定料金とコピー用紙代の二部料金制となって、コピー機の需要の強さに応じた価格差別をすることができる。需要の強さに応じた価格差別の例として、数量に応じた価格差別（第二種の価格差別）がある。これは数量割引や二部料金制等の非線型価格である。第二種の価格差別は一般に経済厚生（総余剰）を増大させることが多い。しかし、抱き合わせは第二種の価格差別とは違う面がある。異質の消費者（需要曲線が異なる）がいる場合、抱き合わせは、コピー用紙を限界費用より高くする。それは、コピー用紙の価格を限界費用の水準にして、需要の強い消費者から固定料金をとろうとすると需要の弱い消費者がコピー機のレンタルをしなくなるからである。そこで、需要の弱い消費者が多ければ、コピー用紙を限界費用より高くし、固定料金は需要の低い消費者がレンタルしなくなる程度しかとらない（これを二部料金のデイズニードのジレンマ<sup>(41)</sup>という）。二部料金制はこのような限界がある。そのため、抱き合わせは、コピー用紙の価格が高くなってコピー用紙の需要が減少し経済厚生を下げる要因となる。上の理由から、抱き合わせは、違法とした場合に需要の強い者にも弱い者にもコピー機レンタルの供給が行われるなら違法とした方がよく、違法とした場合にコピー機レンタル料金が上がり需要の強い者だけにコピー機レンタルの供給が行われるなら合法とした方がよい。これは、同一価格とすると低価格市場へ供給が行われなくなるなら、価格差別は総余剰を増大させることの応用である。この区別は難しく、このような抱き合わせは違法としない方がよいだろう。このような抱き合わせは、米国のIBM事件同意判決<sup>(42)</sup>で違反とされた。

抱き合わせは、第三種の価格差別のために行われることもある。この場合、単品販売よりも抱き合わせた方が供給者の利益が大きい。例えば、A商品を単品で売ると需要の強い消費者が市場で占める割合が高い場合は、独占企業は高く売って需要の弱い消費者に売ろうとしない。このとき、A商品とB商品を抱き合わせを行えば、独占企業

は、評価の違ういろいろな消費者に売ることができ利益を大きくすることができるといえる。さらに、単品販売と抱き合わせの両方を行った方が企業の利益が大きくなることもある。これらの場合、抱き合わせは経済厚生（総余剰）を増大させることも減少させることもあるが、それを見分けるのは難しく、違法としない方がよいだろう。この事例については別稿で検討することにしよう。

#### 第四章 水平的関係における独占禁止法の適用

##### 一 戦略的行動

企業の戦略的行動は、水平的な関係にあるライバルや補完的な関係（例えば垂直的關係）にある企業の行動を変えることにより、自らの利潤を高める行動である。企業の戦略的行動は、攻撃的行動と友好的行動があり、独占禁止法上問題となり得る。

独占禁止法で、一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）が問題になるとき（反競争的行為）は、攻撃的行動と友好的行動に分けることができる。攻撃的行動はライバルの利潤を低めるような行動であり、友好的行動はライバルや垂直的（補完的）関係にある者の利潤を高めるような行動である。攻撃的行動は略奪的行為の場合であり、略奪的なダンピングや抱き合わせ等のように自らの供給条件を変えるときとライバルのコスト引上げのようにライバルの供給条件を変えるときがある。攻撃的行動は不正な取引方法と私的独占で規制されるが、垂直統合がライバルのコスト引上げに用いられる場合は、四章の企業結合規制でも規制される。友好的行動は、水平的関係にある場合、話し合っ共同して行うときには不当な取引制限や四章の企業結合規制で規制



され、話し合いがなく単独に行われるときには協調促進的慣行のように不公正な取引方法で規制される。また、話し合っている場合のうち、垂直的関係にあるときは、垂直的制限のように不公正な取引方法で規制される。友好的行動のうち、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）がライバルとボトルネック財を取引する場合の条件は、後述のように、私的独占の支配で規制される。

本章では、水平的関係について考えよう。水平的とは競争関係があるという意味である。

## 二 不当な取引制限

### (一) 共同遂行

本章では、水平的関係を考える。

従来、ライセンス契約を不公正な取引方法で規制すると考えてきたのは、独占禁止法二一条を権利範囲説で考えるのが通説であることも一つの理由にあげられる。しかし、知的財産は資産の一つに過ぎず、ライセンス契約は資産を組み合わせるジョイント・ベンチャーであり、独占禁止法によるライセンス契約の規制はジョイント・ベンチャーの規制であるから、知的財産権の規制と独占禁止法によるライセンス契約の規制は、本来別物である。従来、不公正な取引方法の考え方は、「知的財産権者にライセンスを拒絶する権利があるのであれば、それに至らないライセンス契約の制限も合法である」という論理の影響を受けているように思われる。しかし、ジョイント・ベンチャーであるライセンス契約の制限は単なるライセンス拒絶よりも社会的な損失が大きい可能性がある。

従来、ライセンス契約も含めてジョイント・ベンチャーの一方的拘束や付随的拘束は、不公正な取引方法の問題とされてきた。本稿では、ジョイント・ベンチャーという言葉は、業務提携等契約による場合も含めて広く用いて

いる。

しかし、ライセンス契約も含めて水平的なジョイント・ベンチャーについては次のように考えるのが適當である。ライバルに対する攻撃的行為及びポトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業の取引相手であるライバルに対する支配の場合は、不公正な取引方法や私的独占の問題となるが、これは後で考えることとして本項では考えないことにしよう。そうすると、ジョイント・ベンチャーは、当事者間の友好的行動（共同利潤の最大化）であり、一方的拘束、付随的拘束、相互拘束、株式所有、コミットメント（株式所有、役員派遣、資金や技術・ノウハウの供与等）による暗黙の契約等は、水平的な場合、すべて共同遂行に含まれると考える。このうち、相互拘束や株式所有等で他の条文で規制できるものは他の条文で規制し、残りはすべて不当な取引制限の共同遂行で規制すればよい。

ジョイント・ベンチャーでも、ブランド内管理の垂直的制限のように垂直的關係が問題となる場合は、不公正な取引方法で問題とすればよい。

再販、テリトリー制、販売方法の制限等のブランド内を管理する垂直的制限は、ブランド競争という一連の取引分野における競争の実質的制限が問題となるが、これを不公正な取引方法で違反とするのが適當なのは次の理由による。

一つ目は、垂直的關係は補完的關係であることが明らかであり、正当化事由が考えられやすいからである。

二つ目は、垂直的制限は、特定差別化商品に対して独占力を有するメーカーの販売政策として行われ、その独占力を行使するために行われるものであるから、メーカーだけを違反とすればよいからである。

上のことはすべてのジョイント・ベンチャーに当てはまるが、ライセンス契約の一方的拘束を例にして説明しよう。

ライセンス契約の一方的拘束についてみてみよう。

当事者が競争関係にない垂直の場合、不公正な取引方法で問題にすればよい。

本節では、当事者が競争関係にある水平的な場合についてみてみよう。この場合は、一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）を問題にする必要がある。

従来、ライセンス契約を不公正な取引方法で規制すると考えられた理由の一つに、伝統的にライセンス契約は優越的地位の濫用で考えられてきたことがあげられる。しかし、ライセンスは、水平的な場合、いわば敵に塩を送るようなものであり、優越的地位を濫用するものではなく、ジョイント・ベンチャーと考える必要がある。

従来、ライセンス契約の一方的拘束は、不公正な取引方法の問題とされた。これに対して、筆者は、ライセンス契約の一方的拘束は、水平的関係が問題となる場合、後述のライバルに対する攻撃的行為やボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業の取引先であるライバルの支配を別にすれば、ライセンス契約全体としてみれば、友好的行動（共同利潤の最大化）であるので、不当な取引制限の共同遂行で規制するのが適当であると考ええる。

その理由の一つ目は、水平的な場合、ライセンスサーとライセンシーを合わせた市場力を問題とし、ライセンスサーとライセンシーのシェアの合計や競争者の数を問題とする必要があることである。これは水平的合併規制と似ている。従来の不公正な取引方法による規制では、このようなライセンスサーとライセンシーを合わせた市場力を問題とする水平的合併規制と似た発想は出て来ないだろう。

従来、ライセンス契約の一方的拘束を不公正な取引方法で問題にしてきたのは、ライセンスサーがライセンシーを抑圧することに問題があると考えていたことによるところが大きいと思われる。しかし、ライセンス契約は、水平

的な関係が問題となる場合、後述のライバルに対する攻撃的行動（略奪的行為）やボトルネック独占者の取引相手であるライバルの支配を別にすれば、独占禁止法問題となるのは、ライセンサーとライセンスィーが共同して、市場力を振るうことである。

理由の二つ目は水平的な場合は強い規制をする必要があることである。

ライセンス契約が当事者が競争関係にない垂直的関係の場合は、補完的関係にあるのが明らかなので、ペナルティの小さい不公正な取引方法で規制し、当事者が競争関係のある水平的な場合は、カルテルまがいとして使われるおそれもあるので、強い規制をする必要があり、ペナルティの大きい不当な取引制限の共同遂行で規制するのが適当であることである。

理由の三つ目は、ライセンス契約全体としてみれば、共同利潤を最大化しそれを当事者で分配するので当事者全員を違反とするのが適当であることである。

理由の四つ目は、一つの条項を違反とすれば、ライセンス料等他の部分にも影響が及び、ライセンスが行われないかも、ある条項の規制をするには、全体を考慮する必要があることである。

この場合、技術の供与まで含めてライセンス契約全体を共同遂行で問題とし、そのうち、問題となる条項だけを違反とすればよい。ライセンス契約の一つの条項を違反とすれば、ライセンス料等他の部分にも影響が及び、またライセンスが行われないかも、ある条項の規制には、このことも考慮する必要がある。このことから、ライセンス契約全体を共同遂行と捉えた方がよいと思われる。

なお、知的財産のライセンスはジョイント・ベンチャーの一つであり、共同遂行に関して上述したことは、そのまま、通常のジョイント・ベンチャー全般にあてはまる。

例えば、従来、ライセンス契約も含めてジョイント・ベンチャーの一方的拘束や付随的拘束を不公正な取引方法で規制すると考えていたのは、規制しても、ライセンスと同様ジョイント・ベンチャーは行われると考えていたことも大きいように思われる。しかし、一方的拘束や付随的拘束を規制すれば、ライセンスと同様ジョイント・ベンチャーそのものが行われないかもかもしれない。

## (二) 不当な取引制限の規制基準

不当な取引制限の規制基準についてみてみよう。

ジョイント・ベンチャーの拘束条件に対する独占禁止法の適用は、当事者が代替的（競争的）関係が強いか補完的關係が強いかで区別する必要がある。これは違法行為識別問題と考えられる。

これを水平的な場合のライセンス契約の拘束条件を例にしてみよう。

水平的場合のライセンス契約の拘束条件に対する独占禁止法の適用については、当事者が代替的（競争的）関係が強いか補完的關係が強いかで区別する必要がある。

当事者の代替的（競争的）関係が強いときには、拘束条件は社会的メリットが考えられず、違法とする必要性が高くなる。これに対して、当事者の補完的關係が強いときには、正当事由を考慮する必要がある。ライセンス契約の正当事由は、補完的關係がある場合の外部性の内部化による効率性の向上である。

本稿では、ライセンス契約の拘束条件について、知的財産権の権利範囲であるかどうかを全く問題としていない。また、水平的ライセンス契約について、後述のライバルに対する攻撃的行動（略奪的行為）やボトルネック独占企業（市場支配的企業）の取引相手であるライバルの支配を別にすれば、不当な取引制限の共同遂行や相互拘束で問題としている。この場合、後述の当然違法や違法行為識別問題を別にし、正当化事由が考えられるときには、水平

的合併と同様に、当事者の合計の市場力を問題とし、セーフハーバーを超えるときに、競争制限効果と正当化事由を比較するという立場をとっている。これらの点で、公取委のガイドライン<sup>(43)</sup>とは異った立場をとっている。

(1) 一方的拘束

ア 共同遂行の規制基準

(ア) 当然違法又は違法行為識別問題

水平的ライセンス契約の一方的拘束を考えよう。

次の場合は、不当な取引制限の共同遂行で、当然違法又は違法行為と識別してよい。

① 一方的拘束でライセンサーからライセンシーに支払いが行われる負のライセンス料の場合は、カルテルまがいであり、当然違法としてよい。負のライセンス料は穩れた形で行われないよう注意する必要がある。

医薬品製造業者が、ゾロ医薬品製造業者に対し参入時期を遅らせる対価を支払ったことが問題になった米国の事件<sup>(44)</sup>は、負のライセンス料が問題となった事件である。

② 価格拘束は違法と推定する。

後述のように、一方的拘束の場合、寡占の戦略的關係やマルチプルライセンスのときは、ライセンスによるコスト低下等の正当化事由が無い単なる競争制限目的のために行われる可能性があり、価格拘束は、このために使われやすいから違法と推定する。

③ カルテルの形をとりカルテルの実行手段として使われるときは、違法であると推定する。この場合、カルテルそのものは不当な取引制限の相互拘束で違反となり、実行手段として使われる一方的拘束は共同遂行で違反となる。また、マルチプルライセンスは、数量、地域、販売先、市場占拠率を拘束する場合は違法であると推定する。

カルテルの形をとりカルテルの実行手段として使われるときは、特に単なる競争制限目的のために行われやすいので違法と推定する。

また、多数のライセンセンシーに同じようなライセンスを行うマルチプルライセンスは、ライセンサーが多数のライセンシーのコモンエージェントとなるので、コスト引下げの正当化事由のない単なる競争制限を目的として行われる可能性がある。

例えば、日本かいわれ協会事件<sup>(45)</sup>、公共下水道用鉄蓋事件<sup>(46)</sup>は、カルテルの形で行われたが、カルテルでなくマルチプルライセンスの形をとって行われたとしよう。その場合、ライセンスによるコスト低下が全く無かったとしても、数量制限、価格制限、占拠率拘束等により市場価格をつり上げることができる。これらの事件は、カルテルの形をとらず、ライセンサーが多数のライセンシーに直接拘束を課すマルチプルライセンスの形でも競争制限を行うことは可能である。マルチプルライセンスは、数量、地域、販売先、市場占拠率を拘束する場合は、特に単なる競争制限目的のために行われやすいので違法と推定するのが適当である。

特許侵害の和解が問題となったメトクロプラミド事件<sup>(47)</sup>でも、特許侵害でありライセンスがカルテルやマルチプルライセンスの形をとっているなら同様のことが言えるが、特許侵害でなければ代替技術のカルテルである。この事件ではバイパスの自由の制限も行われた。これについては、インサイダーの間では不当な取引制限の相互拘束、アウトサイダーに対しては、排除するなら私的独占の排除、排除しないなら不公正な取引方法で違反となる。

#### (イ) 合理の原則

(ア)の当然違法又は違法行為と識別した場合に該当しないときは、ライセンサーとライセンシーを合わせた市場力が大きく、一定の取引分野における競争制限効果が大きい(セーフハーバーを超した場合)に、不当な取引制限の

共同遂行で問題とする。

正当化事由が考えられる場合は、競争制限効果と正当化事由を比較するが、競争制限効果が大きい程合法であるためには大きな正当化事由が必要であるというスライディング基準をとる。競争制限効果が大きくとも、ライセンス契約の当該条項による効率性の向上の正当化事由が極めて大きく、当該条項を行わなければ財が供給されない（必須である）場合（総体条件という）や、ライセンス契約の当該条項を行えば市場価格が下る場合は、消費者余剰も増大し、一定の取引分野における競争の実質的制限に当たらない。また、競争制限効果が大きく、市場価格が上り消費者余剰が減少し一定の取引分野における競争を実質的に制限するとしても、コストの大幅な低下のために総余剰が増大するときは、公共の利益に反しないが、この立証責任は、事実上被告（独占禁止法違反でない主張する者）に負わせるのが適当である。

#### イ 解説

##### (ア) 製品市場における競争制限効果

技術革新には新製品を開発するものとコストを下げるものがあるが、同じように分析できるのでコストを下げるもので代表させよう。

製品市場における一方的拘束の競争制限効果についてみてみよう。

パテントプールやクロスライセンスのような相互拘束は、相互に不利益を課すことができ、ライセンスによるコスト引下げ効果のない単なる競争制限目的のために行ったり、ライセンスがない場合よりも競争制限効果を生ずることが容易である。それに対して、一方的拘束は、負のライセンス料を禁止できれば、ライセンスによるコスト引下げ効果のない単なる競争制限目的のために行ったりライセンスがない場合よりも競争制限効果を生ずることは少



ない。それは、負のライセンス料が禁止できれば、後述の寡占的な戦略的關係（戦略的效果）やマルチプルライセンスに該当しない場合は、ライセンス料は、ライセンスによるコスト低下の利益以上のロイヤリティや契約上の制限による不利益を受けようとしなからである（契約に同意しない）。

このことについてみてみよう。

ライセンス料とライセンス料が合計の市場力が大きいとしよう。

共同利潤を最大にするためには、高いロイヤリティか又は一方的拘束でライセンスの生産を中止させ、その代りに、ライセンス料の利潤のうちからライセンス料に支払い（負のライセンス料）をすればよい。<sup>(48)</sup>これは、カルテルと同じ効果を持つ、負のライセンス料は当然違法とする必要がある。

負のライセンス料が禁止できれば、後述の寡占的な戦略的關係（戦略的效果）やマルチプルライセンスに該当しなければ、次のようになる。

ライセンスによる競争激化をロイヤリティで阻止できる場合は、ライセンス料は、ライセンスによるコスト低下の利益以上の不利益を受けようとしなから（契約が成立しない）から、ライセンスによりライセンス料のコストが下がった分をライセンス料はロイヤリティとして徴収する。したがって、ライセンスにより競争状況は変化はなく市場価格に変化はない。それ以上のロイヤリティを徴収しようとする契約が成立しない。それにも変わらずコストが低下した分生産者余剰は増大し総余剰は増大しているので経済厚生は増大している。

ライセンスによる競争激化をロイヤリティで阻止できない場合は、ライセンスによる競争激化を防ぐため、ライセンス契約の一方的拘束が使われることがある。この場合、一方的拘束を違反するとライセンスが行われない可能性がある。それは、ライセンスはライセンス料とライセンス料の共同利潤を最大にするように行われるが、ライ

センスによるコスト引下げ等は共同利潤を大きくするのに対し、競争激化は共同利潤を小さくするので、競争が激化する場合ライセンスせず技術を独占的に使ったほうが有利になる可能性があるからである。ライセンス契約の一方的拘束が一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合、一方的拘束を違反としてもライセンスが行われるものであれば、一方的拘束を問題とすればよい。ただし、正当化事由があるときは正当化事由も評価する必要がある。一方的拘束を違反とすると、競争激化をおそれてライセンスが行われなくなる危険性は大きい。

次に、一方的拘束が、ライセンスによるコスト引下げ効果のない単なる競争制限目的のために行われたり、ライセンスのないときよりも競争制限効果を生ずる場合についてみてみよう。

ライセンス契約の一方的拘束を違反とすると、競争激化をおそれてライセンスが行われなくなるのであれば、次のように、ライセンサーとライセンシーの合計の市場力が十分大きく、ライセンスがない場合よりも市場価格が引き上げられる場合を問題とする必要がある。ただし、この場合も正当化事由があるときは正当化事由も評価する必要がある。

ライセンス契約の一方的拘束は、負のライセンス料が禁止できれば、ライセンスがない場合よりも競争制限効果を生ずる可能性があるのは、次のようなケースである。<sup>(49)</sup>

一つ目のケースは、寡占的な戦略的關係（戦略的效果）がある場合である。

ライセンサーとライセンシーの市場力が十分大きいとしよう。

まず、戦略的補完関係がある場合についてみてみよう。

寡占市場における差別化財の価格競争（ベルトラン競争）は、一方が値上げ（値下げ）をすれば、他方も値上げ（値下げ）をする戦略的補完関係にある。この場合、ライセンス契約の一方的拘束でライセンシーの価格を上げる

ことができれば、ライセンサーも価格を上げることができる。

次に、戦略的代替関係の場合についてみてみよう。

戦略的代替関係とは、寡占産業における同質財の数量競争（クールノー競争）のようなときで、一方が数量を増やせば他方が数量を減らすという関係にある場合である。この場合、ライセンス契約の一方的拘束でライセンサーの数量を抑えることができれば、ライセンサーは数量を増やすが価格が下がってしまう程の供給増は得策ではなく、前よりも市場価格が上がる。

これらの寡占的な戦略的效果を使った市場価格の引上げが可能であるかどうかは、ライセンサーとライセンサーの合計の市場力に依存する。

二つ目のケースは、ライセンサーが複数いる場合に同様の拘束を課すマルチプルライセンスである。

ライセンサーが複数いてライセンサーが独自の技術や資産を用いて競争できる場合、価格拘束や地域制限等の競争制限条項は、ライセンサー間の競争を制限し、コスト低下の正当化事由がなくとも、市場価格を引き上げ一定の取引分野における競争を実質的に制限する可能性がある。

この場合も、ライセンサーとライセンサーの市場力が十分大きいときに市場価格の引上げが可能となる。

このようにして、ライセンスがない場合よりも市場価格が引き上げられる。

ライセンス契約の一方的拘束はライセンサーとライセンサーの共同利潤を最大化するようにつくられ、最大化された共同利潤はライセンス料やロイヤリティで両者の間に分配される。

戦略的關係にある場合やマルチプルライセンスの場合、一方的拘束は、ライセンスによるコスト引下げ効果のない単なる競争制限目的のために行われることもあるが、ライセンスによるコスト引下げ等の正当化事由がある場合

もあり、その場合は競争制限効果と正当化事由の比較が必要である。ただし、前述したように、価格拘束の場合、カルテルの形をとりカルテルの実行手段として使われる場合、マルチプルライセンスで、数量、地域、販売先、市場占拠率の拘束の場合は、特に単なる競争制限目的のために行われやすいので違法であると推定し、正当化事由に関する立証責任を、事実上違反でない主張する事業者に負わせるのが適当である。

(イ) 一方的拘束の正当化事由

水平的ライセンス契約の一方的拘束の正当化事由は、(a)当事者の競争制限によるライセンスの促進、(b)外部性の改善、(c)情報の不完全性の改善が考えられる。これらは重複して認められることもある。これらについて順次みてみよう。

なお、この正当化事由については、後述のポトルネック独占企業（市場支配的企業）の取引相手であるライバルの支配の場合にも当てはまる。なぜなら、どちらの場合も、ライセンスとライセンスの共同利潤を最大化する友好的行動であるからである。

a 当事者の競争制限によるライセンスの促進

後述のグラントバック、地域制限、分野制限等の拘束は、ライセンスとライセンス間の競争を抑えて、ライセンスを促進する。

ライセンス契約は、ライセンスとライセンスの共同利潤を最大化するように行われ、そのうちから、ライセンスはライセンス料やロイヤリティの形で収入を得る。ライセンスを共同利潤の最大化からみると、ライセンスが補完的資産を持っているためライセンスを行えばコストが下がることはプラス要因であり競争の激化はマイナス要因である。プラス要因の方がマイナス要因より大きければライセンスが行われ、逆であればライセンスが行わ

れない。一般には、ライセンスを行わず独占的に利用した場合と比べると、技術のライセンスは競争の激化をもたらす可能性が大きいので、社会的に必要なライセンスは行われづらい。特に、革新的な技術は独占的に利用した方が高い利潤を確保できるのでライセンスが行われづらい。

技術のライセンス契約は、当事者で競争しないように、上のような競争制限条項が設けられることが付されることがある。この条項を違反すると競争の激化をおそれてライセンスが行われぬ可能性もある。

一方的拘束を違法とした場合、ライセンスが行われるなら一方的拘束にライセンスの促進という正当化事由はなく、ライセンスが行われなくなるのであれば、一方的拘束にライセンスの促進という正当化事由がある。

ライセンスの促進の社会的メリットの一つ目は重複投資（過剰投資）を防止することである。これは、社会的にもコストを低下させる。

知的財産権は、重複投資（過剰投資）を招くおそれがある。それは、ある企業が特許を取得した後も、ライバル企業はしばしば特許権に抵触せずかつ同じ機能を有する製品を生産するため迂回的な技術開発を行う。これは同じ機能という観点からみれば、重複投資（過剰投資）である。

ライセンスは、研究開発に成功した企業がこれから研究開発をしようとする企業に技術を供与することによって、同じ機能を有する研究開発に重複して資金を投ずる無駄（過剰投資）を省くことができる。これから研究開発をする企業は、迂回的な技術開発のコストよりもライセンスの支払いの方が小さいならば、迂回的な研究開発を行わない。ライセンスの促進の社会的メリットの二つ目は、知的財産の活用である。これは、ライセンスの収益を高めることで研究開発を促進する効果も持つ。

企業は、技術の利用について、自社実施のみに限定すると、生産・販売能力等の補完的な資産の制約によって市

場で供給することが容易ではない場合には技術を活用する機会を失う。このような場合、企業は、補完的資産を有する他社へのライセンスによって、知的財産を活用できる。これは、知的財産権者にとって、収益を高めることで、研究開発投資を回収を促進する効果も持つ。

#### b 外部性の改善

一方的拘束の正当化事由の二つ目は、外部性の改善である。

外部性の改善の例は、分野制限や地域制限である。分野制限や地域制限は、その分野や地域では、ライセンスや他のライセンスがまねをしないので、ただ乗りを防ぎ投資のインセンティブを高める効果がある場合が考えられる。

なお、ロイヤリティーは二重限界性の非効率を生ずる。

販売価格の指示（価格拘束）は、二重限界性を改善するが、通常ライセンスよりもライセンスの方が、その地域の需要動向について情報を持っていることが多く、二重限界性の改善のために、販売価格の指示（価格拘束）が使われることはないだろう。当初に固定額の一括ライセンス料を払うやり方も二重限界性を改善するが、ライセンスの方が需要動向については情報を持っている場合、二重限界性の非効率が生ずるとしても、生産量に応じたロイヤリティー料がとられる。

最低販売数量の指示は二重限界性を改善する。

#### c 情報の不完全性の改善

一方的拘束の正当化事由の三つ目は、情報の不完全性の改善である。

情報は、情報の使用の排除可能性が難しいことや、情報の非対称性のため、取引が難しい。

例えば、技術開発の事前ライセンスの場合には、包括的な技術提携が行われたり、排他条件が使われたり、後述のグラントバックが使われたりするが、これらは、スピルオーバーを妨ぎ、専有可能性を高める効果がある場合が考えられる。これらの場合は、将来の不確実なことに対する情報の不完全性の改善となる。

また、排他条項は、数量に応じたロイヤリティ制度がとられる場合、ライセンスが競合する技術を用いて製品を製造することを認めれば、どちらの技術を用いたのかはつきりせず、適当なロイヤリティがとれることから、ロイヤリティを徴収する手段として使われるという効果がある場合がある。

なお、排他条件は、効率性向上の社会的メリットがない場合もある。このような場合は、第三者であるライバルのコスト引上げに使われたものであり、不公正な取引方法又は私的独占で、すべて違法にする必要があると考える。このように排他条件は何の目的で設けられたかを判断する必要がある。これは違法行為識別問題である。

#### (ウ) グラントバック条項

一方的拘束の社会的メリットと社会的デメリットを考える代表例として、しばしば問題となるグラントバック条項についてみてみよう。

グラントバック条項やアサインバック条項は、(a)ノウハウのようにライセンスを受けないと改良技術開発ができない場合と、(b)特許のように技術は公開され、ライセンスを受けなくとも改良技術開発が可能な場合とがある。<sup>(50)</sup> (a)の場合は、技術は補完性があるが、(b)の場合は、技術は代替的であり、グラントバック条項やアサインバック条項は改良技術の開発を抑えるために行われる。

グラントバック条項やアサインバック条項は、次のような問題点(競争制限効果)がある。

ライセンスは、グラントバック条項を、ライセンスシーの改良技術開発を制限するために使うことがある。ライ

センシーが、ライセンスされた技術を改良すれば、競争が激化しライセンスは弱い立場に陥いる可能性がある。そこで改良技術のグラントバックを義務づけることがある。この場合についてみてみよう。独占又は非独占のグラントバックは、ライセンスの権利は残る場合は、ライセンスの改良技術開発の意欲を完全に阻害するわけではないが、無償の独占的グラントバックは、他にライセンスできず、かなり意欲を阻害する。

グラントバック条項は、事前ライセンス契約として、ノウハウについては、アンチコモنزの解決、ホールドアップの解決、ライセンスの促進、特許については、ライセンスの促進という社会的メリットも考えられる。

社会的メリットについてみてみよう。

ノウハウの場合の社会的メリットについてみてみよう。ノウハウのようにライセンスを受けないと改良技術開発ができない場合のグラントバック条項の社会的メリットは、ホールドアップの解決、アンチコモنزの解決、ライセンスの促進である。このうち、ホールドアップの解決やアンチコモنزの解決については、第七章で説明することとし、ここでは、ライセンスの促進についてみてみよう。

ライセンスはライセンスとライセンスの共同利潤を最大化するように行われる。ライセンスによるコストの引下げや改良技術開発は共同利潤を大きくする要因であるが、ライセンスにより競争が激化することは共同利潤を小さくする要因である。このことから、技術が革新的である程、独占的に使った方が有利であるため、ライセンスが行われづらいということがいえる。

ライセンスの技術についても改良技術についても、技術が革新的である程ライセンスが行われづらい。この場合、グラントバック条項は、基本技術や改良技術のライセンスを促進する。グラントバック条項は、ライセンス



の改良技術開発を阻害する競争制限効果を生ずるとしても、基本技術や改良技術が革新的である場合のライセンスを促進する。グラントバックを規制すればライセンスの技術や改良技術が革新的である程、いずれも、競争激化をおそれて、ライセンスが行われづらくなる。

改良技術をライセンス者に無償で譲渡させるアサインバックについてみてみよう。これは、ライセンス者の改良技術開発意欲を完全に阻害し、ライセンス者の改良技術開発は行われないう競争制限効果を生ずる。しかし、これは、ライセンス者の技術が革新的である程、ライセンスを促進する正当化事由があるから、両者を比較する必要がある。

次に、特許の場合の社会的メリットについてみてみよう。

特許のように技術が公開される場合、ライセンスを受けなくとも改良技術開発が可能であるから、グラントバックやアサインバック付ライセンスが、改良技術開発を抑えるために行われる。

ライセンスは、ライセンス者とライセンス者の共同利潤を最大化するように行われる。ライセンスによるコストの引下げや改良技術開発は共同利潤を大きくする要因であるが、競争の激化は、共同利潤を小さくする要因である。独占又は非独占のグラントバックは、ライセンス者の権利が残る場合は、ライセンス者の改良技術開発の意欲を完全に阻害するわけではないが、無償の独占的グラントバックは、他にライセンスすることができず、かなり意欲を阻害する競争制限効果を生ずる。しかし、これらはライセンス者の技術や改良技術が革新的である場合、ライセンスを促進する正当化事由があるから、両者を比較する必要がある。

アサインバックは、改良技術開発意欲を完全に阻害し、改良技術開発が行われないう競争制限効果を生ずる。しかし、これは、ライセンス者の技術のライセンスを促進する正当化事由があるから、両者を比較する必要がある。

## (2) 相互拘束

水平的ライセンス契約や共同研究開発の相互拘束を考えよう。

パテントプール、クロスライセンス、共同研究開発の拘束条件は、相互拘束で問題となる。ただし、クロスライセンスは、異なる技術で市場が異なり、相互拘束といえないのであれば、共同遂行の問題となる。

ここでは、パテントプール、クロスライセンス、共同研究開発の拘束条件の規制基準についてみてみよう。

## ア 違法行為識別問題

(ア) パテントプールやクロスライセンスは、ライセンス料が有料の場合には、補完性がなく完全代替のものが含まれていれば(代替技術)、カルテルであり、代替技術については、正当化事由が考えられず違法とする。

負のライセンス料が禁止されている場合の一方的拘束と比べると、パテントプールやクロスライセンスのような相互拘束は、相互に不利益を課すことができ、ライセンスによるコスト低下のない単なる競争制限目的のために行ったり、ライセンスがない場合よりも競争制限効果を生ずることが容易である。

ロイヤリティが有料の場合は、当事者の技術が補完性がなく完全代替の場合は、カルテルの偽装であり、正当化事由が考えられず違法とする必要がある。当事者が代替性も補完性もあるときは、合理の原則が適用され後述のように、競争制限効果と正当化事由の比較となる。完全代替とは一緒に使ってもコスト低下がない場合であり、補完性があるとは一緒に使えばコスト低下がある場合である。パテントプールやクロスライセンスは、完全代替の場合、カルテルを偽装する。

パテントプールやクロスライセンスは、第三者との競争に直面しているような場合、ロイヤリティは無料となる。ロイヤリティが無料で、他に(イ)のような競争制限的な拘束が無い場合は、合法である。<sup>(51)</sup>

(イ) パテントプールやクロスライセンスで、製品市場や技術革新市場（研究開発市場）における競争制限的な付随的制限条項が課せられている場合は違法と推定する。

製品市場や技術革新市場における競争制限条項が付されている場合は、本来は、ロイヤリティが有料の場合と同様に考えればよく、当事者の技術が補完性がなく完全代替の場合は違法とし、補完性も代替性もある場合は競争制限効果と正当化事由との比較となるはずである。しかし、製品市場や技術革新市場の競争制限条項は、特に競争制限効果の強いカルテルとして使われやすいので、違法と推定し、競争制限効果の少ない有料のライセンスで代替させた方が望ましい。

(ウ) パテントプールやクロスライセンスは、バイパスの自由が確保されていなければ違法と推定する。

パテントプールやクロスライセンスに代替性のある技術が含まれた場合には、バイパスの自由が確保されていなければ、外部の補完性のある取引先と取引できずカルテル効果あるいは市場を囲い込みライバルを閉め出す弊害を生ずるが、バイパスの自由によって、これを弱めることができるからである。

これについても、本来は、技術が完全代替であれば違法とし、補完性があれば競争制限効果と正当化事由の比較が必要であるはずであるが、パテントプールやクロスライセンスは競争制限効果が生じやすく、上のように推定してよいと思われる。そうすれば、代替技術が含まれることの予防にもなる。

(エ) 共同研究開発における、排他条件、独占的グラントバック、代替的な技術開発禁止は、共同で研究開発してもコスト低下のない補完性のない完全代替技術が含まれていれば違法と識別する。

これらの拘束条件は、共同で研究開発を行えばコストが下る補完性がある技術については、スピルオーバーを防ぎ、専有可能性を高める正当化事由が考えられるから、代替性も補完性もある技術については、競争制限効果と正

当化事由を比較する必要がある。

### イ 合理の原則

アの違法行為と識別した場合に該当しないときには、パテントプールやクロスライセンスの市場力が大きく、一定の取引分野における競争制限効果が大きい（セーフハーバーを超えた）場合に問題とする。

正当化事由が考えられる場合は、競争制限効果と正当化事由を比較し、競争制限効果が大きい程、合法であるためには、大きな正当化事由が必要であるというスライディング基準をとる。

パテントプールやクロスライセンスは、製品化段階でのホールドアップやアンチコモنزを解決するという補完性がある場合に外部効果を内部化し効率性を向上させる（コストを低下させる）正当化事由があり、共同研究開発の前述の拘束条件は、スピルオーバーを防ぎ、専有可能性を高める正当化事由がある。しかし、当事者が補完的であつても代替的（競争的）であり、完全補完（必須財）でない場合は、カルテル効果、あるいは、市場を囲い込みライバルを閉め出す弊害も生ずる。完全補完とは一緒に使わなければ財がつかれない（必須である）場合である。

パテントプール、クロスライセンス、共同研究開発の拘束条件の効率性の向上の正当化事由が極めて大きく、これを行わなければ財が供給されない（必須である）場合（総体条件）や、これを行えば市場価格が下がる場合は消費者余剰も増大し、一定の取引分野における競争の実質的制限に当たらない。また、競争制限効果が大きく、市場価格が上り消費者余剰が減少し一定の取引分野における競争を実質的に制限するとしても、コストの大幅な低下のために総余剰が増大するときは、公共の利益に反しないが、この立証責任は、事実上被害（独占禁止法違反でない）と主張する者）に負わせるのが適当である。

### ウ 独占的パテントプール

独占的パテントプールは、次のように違法行為を識別するのが適当であると思われる。

(ア) 前述した一般のクロスライセンスやパテントプールと同じ違法行為識別基準も適用される。したがって、ロイヤリティが有料の場合の製品市場や技術革新市場（研究開発市場）での競争制限的拘束やバイパスの自由の制限は、違法と推定される。

(イ) 負のライセンス料が禁止されている場合の一方的拘束に比べて相互拘束の場合は競争制限を生ずることは容易であり、パラントプールは競争制限を生じやすいので、独占的なパテントプールは完全補完である必須技術（プール外にも代替技術が無い技術）でなければ違法と推定する。

(ウ) ネットワーク外部性がある場合の標準となった独占的パテントプールは、オープンとし、同一条件で外部企業にも使わせるものでなければ違法と推定する。

また、ネットワーク外部性のある産業で、パラントプールが標準となった場合、メンバーに改良技術のアサインバックを義務づけることは合法と推定する。それは、メンバーが改良技術について必須特許を取得した場合、それを無償でパテントプールに提供する義務がないと、標準に関してアンチコモンスを生じて高い価格をつける（ホルドアウト）ことができるからである。

パラントプールに関する上の基準の多くは、米国、EUや日本で採用されている基準<sup>(52)</sup>である。

審決についてみると、パチンコ機製造特許プール事件<sup>(53)</sup>は、前述の基準に照らせば、(ア)バイパスの自由の確保、(イ)独占的なので必須技術に限るといふことが必要である。(ア)は行われたが、(イ)について行われておらず問題がある。

パチンコ機製造特許プール事件のバイパスの制限は、仲間同士では、外部の補完性のある取引先と取引できず不当な取引制限の相互拘束で違法にすればよく、第三者であるライバルのコスト引上げの側面では、ライバルを排除

する場合は私的独占で違反とし、排除に至らなければ不公正な取引方法で違反とすればよい。

### 三 私的独占と不公正な取引方法

#### (一) 水平的な関係と私的独占及び不公正な取引方法

本章では、水平的な関係を考える。

水平的な関係を考えると、私的独占や不公正な取引方法が適用されるのは、①ライバルに対する攻撃的行動(略奪的行動)に対して私的独占や不公正な取引方法が適用される、又は②ポルトネットク独占である垂直統合企業のライバルとの取引に対して私的独占の支配が適用される場合である。

まず、ライバルに対する攻撃的行動(略奪的行動)に、私的独占や不公正な取引方法が適用される場合についてみてみよう。

攻撃的行動は略奪的行動といわれることがある。略奪的行動は一定の取引分野における競争を実質的に制限するか(市場価格が上がるか)どうかをキーポイントである。

ライバルに対する攻撃的行動(略奪的行動)は、自らの供給条件を変えるケースとライバルのコストを引き上げライバルの供給条件を変えるケースがある。自らの供給条件を変える事例は、略奪的なダンピングや後述の抱き合わせ・混合型合併である。

略奪的行動は、ライバルの「排除」や「支配」まで至らない場合、例えば、略奪的ダンピングや抱き合わせ、混合型合併等自らの供給条件を変えることによりライバルが投資意欲をなくしたり、ライバルのコスト引き上げ行為によりライバルのコストが引き上げられる場合でも、市場価格が上がり一定の取引分野における競争を実質的に制

限すると考えられる。このうち、ライバルを排除又は支配するときは、競争単位が減りあるいは消費者の商品選択の幅が減り特に弊害が大きいので私的独占で規制され、残りは不公正な取引方法で規制される。略奪的行為は、市場価格が上がらなければ、つまり一定の取引分野における競争が実質的に制限されなければ弊害はなく規制する必要はない。

略奪行為のうち、ライバルのコスト引上げについてみてみよう。

ライバルのコストを引上げライバルの供給条件を変える場合は、①一般のライバルのコスト引き上げと、②ポトルネットワーク独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業によるライバルのコスト引上げの場合がある。

まず、①の一般のライバルのコスト引上げについてみてみよう。

一般のライバルのコスト引き上げは、物理的妨害、政府機関の不当利用等事業上の不法行為による場合と、排他条件や間接の取引拒絶等の市場の囲い込みによる場合とがある。

一般のライバルのコスト引上げに関する私的独占や不公正な取引方法の適用についてみると、日本法は、シャーマン法一条や二条と比べて、次のような優れた点を持っている。

一般のライバルのコスト引上げのうち、市場の囲い込みによるケースを考えよう。川上と川下がともに寡占の場合を考えよう。

まず、排除の場合を考えよう。私的独占の「排除」は、市場から排除することである。

日本法が優れている一つ目は、私的独占の主体の限定がない点である。

差別化を考えると、参入企業があった場合、最も強い影響を受ける下位企業が間接の取引拒絶で参入企業を市場から排除しようとすることもある。この場合参入企業が最も適した取引先と取引できなくなれば参入をあきらめる

ことも考えられる。このようなケースを考えよう。

このような場合、下位企業であるので、シャーマン法では二条違反とできず一条の問題とするしかないだろうが、道具となったもので違反となってしまう。これに対して、日本法では私的独占の主体に限定はなく、私的独占の排除で行為者だけを違反とすることができる。この点で日本法は優れている。

日本法が優れている二つ目は、排除を要件としない不公正な取引方法があることである。

前述の下位企業が参入企業に対して間接の取引拒絶を行うが、排除に至らず参入企業のコストを上げただけの場合を考えよう。参入企業が最も適した取引先を取引できなくなれば、他に取引先が見つかるとしても、参入企業のコストが上がる。この場合でも、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限する。

間接の取引拒絶は、正当化事由がなく、ライバルの排除まで至らなかったとしても、ライバルは最も適した取引先と取引できずコストが上がり、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限すると推定してよい。間接の取引拒絶はこれを狙ったものであり（そうでなければ行わない）、誰が行ったとしても当然違法とする必要がある。

ライバルのコスト引上げは、ライバルを排除せず、単にライバルのコストを上げる場合がある。この場合も、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限する。日本法は、これを不公正な取引方法で規制しようとしていると考えられる。

しかし、上のケースでは、下位企業であり、かつ、排除しているわけではなく単にライバルのコストが上がるだけであるので、米国のシャーマン法二条なら、独占の企図にも入らないだろう。そうすると、シャーマン法一条の問題とするしかないだろうが、道具となったものまで違法となってしまう。これに対して、日本法の不公正な取引方



法は、排除でないものも含み、不公正な取引方法の行為者だけを違法とすることができる。この点でも、日本法は優れている。

EU法でも同様の問題がある。

一般のライバルのコスト引上げについてみると、事実上の不法行為や間接の取引拒絶は、正当化事由がなく、一定の取引分野の競争を実質的に制限すると推定されるので当然違法とし、排他条件は、正当化事由が無い場合は、一定の取引分野における競争を実質的に制限すると推定し違法行為と識別すればよいと考える。それは、これらの行為は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合でなければ行われないからである。

一般のライバルのコスト引上げ行為は、ライバルを排除（又は支配）しなくとも、一定の取引分野における競争を実質的に制限すると考えられ、正当化事由が考えられない場合は当然違法とし、正当化事由の立証できない場合は違法行為識別問題で当然違法に準ずる扱いをし、不公正な取引方法により広範囲に規制する必要がある。また、不公正な取引方法は、一定の取引分野における競争の実質的制限のおそれ（具体的危険性）の段階でも規制でき、これによって早期規制も可能である。

「競争の実質的制限」について、市場の価格その他の取引条件を支配する力の形成・維持・強化を示すか、それとも、市場の開放性を妨げる力の形成・維持・強化まで含まれるかという議論があるが、上の考え方で解決できると思われる（拙稿注15参照）。

次に、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業がライバルのコスト引上げをする場合についてみてみよう。なお、補完財の統合は垂直統合と同じように考えられるので、垂直統合で代表させよう。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルに対してボトルネック財の取引拒絶

を行いライバルを市場から排除したりライバルのコストを引上げたりするときは、ライバルが市場から排除されるときは私的独占の排除、ライバルのコストが上がるが市場から排除されるに至らないときは不公正な取引方法で問題とすればよい。ボトルネック独占企業(市場支配的企業)である垂直統合企業によるライバルのコスト引上げは、取引拒絶のほかにも、取引拒絶の規制を回避するため、価格圧搾、排他条件、抱き合わせ、ボトルネック財の非互換化等の方法がとられることもある。

ボトルネック独占企業(市場支配的企業)である垂直統合企業が、ライバルに対し、ボトルネック財を供給(取引)するときの条件が、私的独占の支配に該当する場合を説明しよう。

この場合は、取引相手との共同利潤を最大化するように取引が行われる。これは友好的行為である。しかし、ボトルネック独占企業(市場支配的企業)は、取引相手に強い力を持ち、共同利潤のすべてを獲得するので、不当な取引制限の共同遂行ではなく、私的独占の支配で問題とし、ボトルネック独占企業(市場支配的企業)だけを違反とすればよい。

## (二) 独占企業(市場支配的企業)の行為

独占企業(市場支配的企業)についてみてみよう。

本稿では、競争制限を起こす場合を市場力(market power)と呼び、支場力の大きい企業を独占企業又は市場支配的企業と呼んでいる。本稿では独占企業は市場支配的企業も含み完全独占ではない場合も含む。これはシュタツケルベルグ寡占(ガリバー型寡占と呼ばれることもある)で、先導者と追従者がいる場合、先導者は追従者の行動を読み込んだ上で利潤を最大化するので、先導者は独占のような行動をすることによる。この場合、独占と同様に扱ってよいだろう。独占企業(市場支配的企業)の行為は、米国であればシャーマン法二条の問題となる。

独占企業（市場支配的企業）特有の行為が問題となるのは、抱き合わせ・混合型合併等により自らの供給条件を変えることによるライバルに対する攻撃的行動（略奪的行動）や、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業によるライバルに対するコスト引上げや支配である。

私的独占と不公正な取引方法との関係について、従来の考え方と違う注意点が二つある。

一つ目は、ライバルに対する攻撃的行動（略奪的行為）については、ライバルを排除しなくとも、一定の取引分野における競争を実質的に制限することである。例えば、ライバルの排除まで至らないとしても、自らの供給条件を変えライバルの投資意欲を損ったり、あるいはライバルのコスト引上げによりライバルのコストを上げる場合がある。これらの場合は、不公正な取引方法で規制される。

二つ目は、私的独占と不公正な取引方法の振り分けは、一定の取引分における競争を実質的に制限する行為のうち、ライバルを排除又は支配する場合は弊害が特に大きいのでペナルティの大きい私的独占で規制し、排除や支配に当たらない場合は不公正な取引方法で規制することである。また、早期規制の場合は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的排除性）があるとして不公正な取引方法で規制する。

従来、独占企業（市場支配的企業）の場合は私的独占、そうでない企業の場合は不公正な取引方法という振り分けがなされてきた。しかし、一定の取引分野における競争を実質的に制限する行為のうち、排除・支配に当たるかどうかで私的独占と不公正な取引方法の振り分けをするのが適当であると考えられる。そうすると、下位企業の行為でも、前述のように、私的独占で違反になることもあり、また、独占企業（市場支配的企業）の行為でも、私的独占ではなく不公正な取引方法で違反になることもある。

例えば、独占企業（市場支配的企業）が、略奪的なダンピングや後述の抱き合わせ等のように自らの供給条件を

変えライバルに攻撃的行為をする場合、ライバルの市場からの排除に至らずライバルの投資意欲を損うだけの場合は、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限するが、不公正な取引方法で規制する。

また、独占企業がライバルのコスト引上げをするとき、例えば、独占企業（市場支配的企業）が排他条件や間接の取引拒絶でライバルのコスト引上げをする場合、あるいは、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業がライバルに対し取引拒絶等でライバルのコスト引上げを行う場合、市場からの排除には至らずライバルのコストを上げただけの場合は、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限するが、不公正な取引方法で規制する。

ニプロ事件<sup>(54)</sup>では、独占企業（市場支配的企業）の間接の取引拒絶について、道具となったものの事業活動を排除したことが問題とされた。これはライバルの市場からの排除の認定が難しかったためだろう。しかし、間接の取引拒絶は、正当化事由が無く、ライバルが市場から排除されていなくとも、ライバルは最も適した取引先と取引できなければコストが上がり、行為者もこれを狙って行うのであるから（そうでなければ行わない）、独占企業（市場支配的企業）でも、ライバルが排除されていないなら、不公正な取引方法で当然違法とすべきである。この場合、市場価格が上り一定の取引分野における競争を実質的に制限する。本件では、間接の取引拒絶を行わなければもつと輸入力が増えていたと考えられる。

このように、日本法では、独占企業（市場支配的企業）の行為でも、私的独占ではなく不公正な取引方法で規制する場合がある。

日本のように、排除・支配に当るかどうかで私的独占と不公正な取引方法を分ける方法は、市場に与える影響の大きさを分ける方法であり、合理的であると思われる。

## (三) 私的独占又は不公正な取引方法の事例

水平的な関係における私的独占又は不公正な取引方法の事例についてみてみよう。

## (1) 自らの供給条件を変える場合

自らの供給条件を変える方法で、ライバルに攻撃的行動(略奪的行為)を行うときは、ライバルを排除する場合は私的独占の排除、ライバルの投資意欲を損なうだけで排除に至らない場合は不公正な取引方法で問題とすればよい。このようなケースで問題となるのは、略奪的ダンピング、抱き合わせ等があるのが、ここでは、抱き合わせについてみてみよう。

米国のマイクロソフト事件は、マイクロソフト社がOSにブラウザを抱き合わせたことが、ライバルに対する攻撃的行動(略奪的行為)であるかどうか問題となった。

抱き合わせ販売が独占禁止法上問題となるのは、①一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれ(具体的危険性)の類型と、②一定の取引分野における地位(独占力)の不当利用の類型とがある。

②の類型は、前述したような代替的投入要素の是正や独占力を利用した価格差別のための抱き合わせ等のような場合であるが、ここでは省略する。

抱き合わせが①の一定の取引分野における競争の実質的制限又そのおそれの類型で問題となるのは、ボトルネットク独占企業である垂直統合企業のライバルのコスト引上げを行う場合と、自らの供給条件を変えて、ライバルに対して攻撃的行動(略奪的行為)を行い一定の取引分野における競争を実質的に制限する場合である。前者については後で検討することにしよう。本稿では、後者について考えよう。

後者の類型として、a)抱き合わせを略奪的ダンピングとして用いるケースと、b)需要側又は供給側の補完性を使

うケースがある。

シカゴ学派は、一方（A商品）の市場が独占、他方の（B商品）の市場が競争的であるときに、独占企業に反競争的な抱き合わせのインセンティブはないとした。

しかし、ポストンシカゴ学派は、後述するボトルネック独占企業である垂直統合企業のライバルのコスト引上げの場合の外、次のようなケースでは、A商品を独占する企業はB商品も独占する可能性があることを明らかにした。一つ目のケースは、抱き合わせを事実上略奪的ダンピングとして用い、B商品市場における独占化を図る場合である。<sup>(56)</sup>

A商品は独占、B商品は寡占をしよう。

この場合、一つの商品市場（A商品）で独占力を持つ企業が、抱き合わせを行い、B商品の価格を事実上引き上げるにより、参入を阻止したり、既存企業をB商品市場から排除する可能性がある。

抱き合わせを略奪的ダンピングとして用いるケースは、ここでは省略しよう。

二つ目のケースは、A商品とB商品について、需要側又は供給側に、補完性があるときに、補完性があるときには、A商品の独占力の（市場支配地位）の強化のために抱き合わせが行われる場合である。<sup>(57)</sup>

このケースでは、抱き合わせは混合型合併と同じように考えることができるので、ここでは、混合型合併も含めて検討することにしよう。合併には、水平合併、垂直合併、混合型合併がある。混合型合併とは、水平、垂直のいずれにも該当しない場合で、主として多角化のための合併である。混合型の合併は、抱き合わせと同様に考えることができる。

抱き合わせが、需要側で外部性の解決等の効率性の向上や、供給側で、生産費用の削減、取引費用の削減、外部

性の解決等の効率性の向上の効率性の向上が考えられるとし、この場合の独占企業（市場支配的企業）の抱き合わせを考えよう。

まず、需要側の補完性についてみてみよう。

本体財（A商品）と補完財（B商品）の間で、ネットワークの外部性や需要側の範囲の経済性（AとBの両方使用と便利である）が働く場合を考えよう。これは、A商品とB商品が、B商品が売れた方がA商品も売れるという意味で需要側に補完性がある場合である。

本体財（A商品）で独占企業（市場支配的企業）か補完財（B商品）抱き合わせたとしよう。そうすると、独占企業（市場支配的企業）は、既に、これにより大きな効率性を発揮しており、価格の引下げが可能となるのに、ライバルはこれができず、対抗して価格の引下げが必要となり、抱き合わせて販売する機会を失い、利潤が減少し、市場から退出したり、供給量を減らしたりして、結局市場価格が上がる可能性がある。

参入についてみても、本体財（A商品）と補完財（B商品）の間で、ネットワークの外部性や需要側の範囲の経済性（両方使用と便利である）が働くと、参入者は一方の市場にのみ参入しても販売するのは難しく、また、A商品とB商品を抱き合わせて参入しても、既にコストが低下を実現している独占的企業（市場支配的企業）に対抗するのは難しく、参入が阻害される。

これが問題となった事件に、マイクロソフト社事件がある。この事件では、マイクロソフト社が、OSにインターネットのブラウザを抱き合わせた行為が、OSの独占力を強化することが問題となった。

ただし、上の抱き合わせは、A商品とB商品の需要側の効率性を向上させるから、違反かどうか判断するには、参入や投資意欲が阻害され競争制限効果が生ずることと効率上向上の正当化事由を比較する必要がある。

次に供給側に補完性があるときについてみてみよう。

A商品とB商品が抱き合わせにより生産費用の削減、取引費用の削減、外部性の解決等が可能になるので、抱き合わせはコストを下げるという供給側の補完性がある場合についてみよう。

この場合、独占的企業（市場支配的企業）は、既に、補完的な商品（B商品）の抱き合わせで価格の引下げが可能になるのに、ライバルはこれができず、対抗して価格の引下げが必要となり、抱き合わせて販売する機会を失い、利潤が減少し、参入が阻害されたり市場から退出したり供給量を減らしたりして、結局市場価格が上がる可能性がある。ただし、この場合、抱き合わせ（混合型合併）による効率性の向上の正当化事由と競争制限効果を比較する必要がある。

混合型合併の供給側の効率性が問題となった事例として、GE/Honeywell合併事件<sup>(58)</sup>の欧州委員会の考え方があり、このケースでは、混合型合併が供給側に補完性がある場合に、独占的企業（市場支配的企業）が混合型合併をすれば、コストが下り、価格の引下げが可能となるのに、ライバルはこれができず、市場から退出したり、供給量を減らしたりして、結局市場価格が上がる可能性がある。このケースでは、競争制限効果が大きいときに、効率性の向上の正当化事由と競争制限効果を比較する必要がある。

これらの需要側や供給側に補完性がある場合の抱き合わせ（混合型統合）は、需要側の効率性の向上や供給側の効率性の向上が可能であるから、市場価格が上るか下るかは、競争制限効果と、効率性の向上の正当化事由を比較しなければならない。

競争制限効果が大きくとも、違法とすれば財が供給されなくなる場合（総体条件）や、市場価格が下る等の極めて大きな効率性向上の正当化事由がある場合には、消費者余剰が増大する。これに該当すれば、一定の取引分野に



おける競争の実質的制限に該当しない。また、競争制限効果が大きく、市場価格が上がり消費者余剰が減少し一定の取引会社における競争を実質的に制限するとしても、コストの大幅な低下のために総余剰が増大するときは、公共の利益に反しないが、この立証責任は、事実上被告（独占禁止法違反でない主張する者）に負わせるのが適当である。ただし、合併については、公共の利益は考慮しない。

(2) 一般のライバルのコスト引上げ

一般のライバルのコスト引上げには、事業上の不法行為と、排他条件や間接の取引拒絶による市場の囲い込みによる方法とがある。

これは、一定の取引分野における競争の実質的制限が問題となるが、ライバルを排除するときは私的独占の排除、ライバルのコストを上げるだけで排除に至らない場合は不公正な取引方法で規制され、また、早期規制の場合は、一定の取引分野における競争の実質的制限のおそれ（具体的危険性）があるとして不公正な取引方法で規制される。ライバルの排除に至らずライバルのコストを上げるだけの場合も、一定の取引分野における競争を実質的に制限することに注意する必要がある。

排他条件は、次のような方法がとられることがある。

ライセンサーが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い義務を課すことは、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。これは排他条件と同じように考えてよい。このことが問題となった事件に、米国のマイクロソフト事件<sup>(59)</sup>がある。

インテル事件<sup>(60)</sup>は、リベートが排他効果を持っているかどうか問題となった。本件は占有率リベートによる価格差別が問題となった。占有率リベートは排他性があるが、次のような正当化事由も考えられる。前述したように、

価格差はコスト差（限界費用の差）と価格と限界費用の乖離度であるマークアップ差の和からなる。価格差がコスト差で説明できるなら合理的な価格差であって正当化事由であり問題とする必要はない。本件はコスト差による価格差は次のように考えられる。単位当たり取引費用は大口で継続的な顧客ほど低くなる。それは、取引費用は取引量に依存しない固定的な要素があることや、暗黙の契約（信頼関係）による継続的取引では取引費用が低いことによる。マークアップの差は排他性が問題となる。占有率リベートによる価格差別は、排他性があるが、上のような正当化事由（抗弁）も考えられ、コストによる価格差がどのくらいであるかを判断するのは難しく規制は難しい。

第三者であるライバルのコスト引上げは、正当化事由が考えられないときは、一定の取引分野における競争の實質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）を推定してよい。それは、そうでなければ行われなければならないからである。

例えば、間接の取引拒絶のように正当化事由が考えられない場合は当然違法としてよい。排他条件は正当化事由がある場合もあるが、当該事件で正当化事由が立証できなければ違法としてよい（違法行為識別問題）。競争の實質的制限を判断するのに一定の取引分野を使うことは多いが、便宜的な手法であり、一定の取引分野を画定することは難しく、上のような場合は、一定の取引分野における競争の實質的制限又はそのおそれ（具体的危険性）を推定してよい。

ネットワーク外部のある産業で、標準を目標して競争しているときに、ある企業が、当該企業にとっては不要であるがライバルにとって必要な資産（技術等）を買収してライバルに使わせないようにする行為も、正当化事由が無く、一定の取引分野における競争の實質は無限又はそのおそれ（具体的危険性）を推定してよい。この場合、ライバルを排除すれば私的独占に該当するが、ライバルのコストを上げただけで排除に至らない場合や早期規制は不公正な取引方法で違反とすればよい。

事業上の不法行為も、正当化事由が考えられず、一定の取引分野における競争の実質的制限又はそのおそれを推定してよい（拙稿注15参照）。

事業上の不法行為は、物理的妨害、政府機関の不当利用等であるが、ここでは、政府機関の不当利用の事例についてみてみよう。

政府機関の不当利用の事例としては、日本医療食協会事件<sup>(61)</sup>、パラマウントベット事件<sup>(62)</sup>、北海道新聞社事件があるが、知的財産権が関係した事件の例として、北海道新聞社事件<sup>(63)</sup>についてみてみよう。

この事件は、使用する計画がないにもかかわらず九つの新聞題字について、特許庁に対し、商標登録を求める出願手続を行ったこと、通信社、テレビ会社を道具として間接の取引拒絶を行ったこと、及び広告費を大幅に値引いたことから、私的独占の排除に当たるとされた。

もしも、この事件で、北海道新聞社が使用する計画のない新聞題字の商標登録だけしか行わなかったとした場合を考えよう。

そうすると、次の二つの理由から、不公正な取引方法の一般指定一五項の不当な取引妨害で問題にすべきであると考ええる。

理由の一つ目は、政府機関の不当利用は、次のように、不公正な取引方法の取引妨害で問題にすればよいことである。

北海道新聞事件では、商標登録について、ライバル企業のコスト引上げの目的と認められる出願について、商標法四条一項七号の「公の秩序を害するおそれ」がある商標として拒絶した。「公の秩序」の解釈として、競争政策が含まれると考えられる。それは、知的創作物の競争政策として、知的財産の画定の際に、予測可能なことは画定

した方が、法的安定性から望ましいからである。

独占禁止法上は、北海道新聞社事件は、政府規制を不当利用しようとして出願したことを不正な取引方法（一般指定一五項）で当然違法とすればよい。これは、出願段階の行為を規制するといってもよい。特許庁が気がつかないことがあるから、この規制は意味がある。

北海道新聞社はライバルのコストを上げられると思って行ったのだから、一定の取引分野における競争の実質的制限を推定してよい。そうでなければ行わない。しかし、行政庁が見落とすことがあるかもしれない。そこで、申請段階の行為を独占禁止法で規制し、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれがあるとして、不正な取引方法（一般指定一五項の不正な取引妨害）で当然違法とすべきである。

理由の二つ目は、このようなライバルのコスト引上げは、ライバルが商標登録できなかったとしてもライバルの市場からの排除にまでは至らないと考えられることである。

このようなライバルのコスト引上げは、市場価格を引上げ、一定の取引分野における競争を実質的に制限することになると考えられるが、ライバルの排除までには至らないと考えられるから、私は独占ではなく、不正な取引方法で問題にするのが適当である。

米国では、特許権の取得に関し、政府機関に対し、重要な情報の非開示や重要な事実の不実告示のような詐欺的行為があったときは、連邦取引委員会法五条に違反するとされている。日本では、このような場合は、上述の理由から、特許権を不正な方法で取得し技術を独占しようとすることが、不正な取引方法の不正な取引妨害（一般指定一五項）に当たると考えられる。

なお、認可制度と独占禁止法との関係については、次のように考えられる。

認可制度がある場合、独占禁止法は、申請段階を問題にすればよい。

例えば、認可申請の妨害についてみてみよう。認可申請の妨害は、次のようにすべて一般指定一五項(取引妨害)で当然違法とする必要がある。

大阪バス協会事件<sup>(64)</sup>は、カルテルであるが、カルテルは低価格が可能な低コストの新技术(新手法)開発を阻害する。現在は認可基準に合わないとしても、低コストで安全な新技术を開発し低価格で申請すれば、認可しなければならぬ。大阪バス協会事件は、認可申請を制限したとして、八条一項四号違反とすべきであることは拙稿注15で論じた。

このように考えれば、現在の認可基準に合わなくとも、あるいは、行政庁がどう判断するかわからなくとも、認可申請の妨害は新技术の開発を阻害するから、一定の取引分野における競争が実質的に判断されるおそれがあるとして、不公正な取引方法の不当な取引妨害違反で当然違法とすればよく、また、事業者団体の行為の場合は、八条一項四号違反とすればよい。このことは、環境問題であれ、道路運送法の認可料金であれ、大規模小店舗法の開発制限であれ、すべての認可制度についていえる。

(3) ボトルネック独占企業の略奪的行為とライバルの支配

ボトルネック独占企業(市場支配的企業)に対して不可欠施設理論を適用するのは、新たに価格等の取引条件を設定することとなる。これは大変難しいので、不可欠施設理論の適用は、①独占がくつがえりそうにない自然独占の場合で、かつ、②不可欠施設理論の適用により新技术が開発される等の大きな社会的メリットが考えられる場合に限定する必要がある(拙稿注15参照)。

不可欠施設理論は、取引拒絶のような違法な行為があれば適用できるが、違法な行為がなくとも適用する必要がある

ある。そのためには、独占禁止法に新たな規定を設けるのも一つの方法ではあるが（拙稿注15参照）、公正な取引方法の二条九項六号の不当な取引妨害や二条九項五号の取引上の地位の不当利用の規定に基づいて、新たな一般指定や特殊指定を設けることでも可能であると考える。取引上の地位の不当利用は、拙稿注65で説明したように、情報の不完全性のために生ずる契約の不完備性による場合（消費者保護や優越的地位の濫用はこれに含まれる）と、一定の取引分野における地位の不当利用の場合とがあるが、上の指定は、後者の場合である。ボトルネック独占企業である垂直的統合企業のライバルのコスト引上げに対応するのが二条九項六号の不当な取引妨害の場合であり、ライバルの支配に対応するのが二条九項五号の取引上の地位の不当利用の場合である。（なお、前述した垂直的関係における独占力の不当利用は、一定の取引分野における地位の不当利用の一類型である。）上のように新たな一般指定や特殊指定を設ければ、例えばウィンドウズのようなOSが、前述の不可欠施設適用の要件を満たし不可欠施設に該当すれば、取引拒絶のような違法な行為が無くとも、不可欠施設理論を適用し、価格や内容の取引条件を規制することができる。

ここでは、上の不可欠施設適用の要件を満たさず、不可欠施設理論を適用できない場合を考えよう。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直的統合企業が、ライバルのコスト引上げや支配を行うことについて検討しよう。

まず、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルのコスト引上げをする場合に試みてみよう。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルに対して、ボトルネック財の取引拒絶を行い、ライバルを市場から排除したりライバルのコストを引上げたりするときは、ライバルが市場から排除さ

れるときは私的独占の排除、ライバルのコストが上がるが市場から排除されるに至らないときは不公正な取引方法で問題とすればよい。

この例として、米国のアスペン事件があげられる。これは、ネットワーク経済性が生ずる場合のボトルネック独占企業（市場支配的企業）による取引拒絶である（この事件は前述のように優越的地位の濫用にも違反する）。

ボトルネック財の取引拒絶の規制は、不可欠施設理論の適用がなければ、従前価格で取引させるか、あるいは差別価格を規制するかという方法でしか規制できない（拙稿注15参照）。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業のライバルのコスト引上げは、取引拒絶のほかにも、抱き合わせ、排他条件、価格圧搾、ボトルネック財の非互換化等の方法がとられることもある。これらは取引拒絶の規制を回避する手段として使われる。

抱き合わせの事例として、米国のインターナショナル・ソルト社事件<sup>(66)</sup>がある。これは、塩を缶に詰め込む機械で独占力を有している企業が塩を抱き合わせた事件である。

価格圧搾は、ボトルネック独占の垂直統合企業が、垂直的部門におけるライバルにボトルネック財を非常に高く供給し、垂直統合企業と競争すれば利潤を得ることができない状態にすることであり、米国のアルコア事件<sup>(67)</sup>で問題とされた。

前述のマイクロソフト社事件判決（注43）では、マイクロソフト社がOSというボトルネック財にブラウザを抱き合わせたことが、ブラウザ市場の競争の実質的制限になるかということも問題となったが、この点については否定された。これは、一緒に使えば便利であるという需要側の範囲の経済性を考慮したものと考えられる。

次に、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルに対し、ボトルネック財を供

給（取引）するときの条件が、私的独占の支配に該当する場合についてみてみよう。

この場合は、取引相手との共同利潤を最大化する。これは、友好的行動である。しかし、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）は、取引相手に強い力を持ち、共同利潤のすべてを獲得するので、不当な取引制限の共同遂行ではなく、私的独占の支配で問題とし、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）だけを問題とすればよい。ボトルネック独占企業（市場支配的企業）は取引相手に対して強い力を持ちコントロールできるが、第五章で説明するように、水平的な関係は垂直的な関係よりも強い規制を課す必要があるので、取引相手がライバルである水平的な場合には、私的独占の支配で規制し、強い規制を加えた方がよい。これは、私的独占の支配の存在意義の一つである。ボトルネック独占であっても、純粹に垂直的關係であれば、第五章で説明するように、不公正な取引方法で規制される。

不可欠施設適用の要件を満たさず不可欠施設論を適用できない場合を考えると、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルである取引相手を支配する場合の規制は、ある条項を違反とすると、競争の激化をおそれて、ボトルネック財のライセンスを行わなくなるかもしれない。この場合、差別取扱の規制ができなければ、ライセンスによるコスト低下ができなくなる。これは補完性の一つであり、正当化事由として、このことも考慮に入れなければならない。

したがって、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業のライバルである取引相手の支配の規制は、問題条項に関して、当事者が補完的關係が強いか代替的關係が強いかを区別し、競争制限効果と正当化事由を判断するとともに、ボトルネック財のライセンスが行われずコスト低下ができなくなる正当化事由も考慮に入れる必要がある。



例えば、ボトルネック技術独占企業（市場支配的企業）が、代替技術の開発を行うライセンスに不利な条件を設定すれば、実質的に代替技術開発を制限することになる。この場合、このことに関しては、競争制限効果だけである。しかしながら、規制により、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）が競争激化をおそれて、当該企業に対しボトルネック技術のライセンスをしなくなるのであれば、当該企業はライセンスによるコスト低下ができなくなるという正当化事由も生ずる。したがって、このケースでも、①取引拒絶に対して差別取扱の規制ができるか②差別取扱の規制ができない場合、規制してもボトルネック技術のライセンスが行われるか③規制するとボトルネック技術のライセンスが行われないのであれば、競争制限効果とライセンスによるコスト低下の正当化事由のどちらが大きいかを判断する必要がある。

上のことを考えると、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業のライバルである取引相手の支配の規制は、不可欠施設理論を適用する場合以外は、①後述のインテル事件やマイクロソフト事件のように取引拒絶に対して差別取扱を規制する、②後述のピルキントン事件のように規制してもライバルにボトルネック財のライセンスが行われる。③ボトルネック財のライセンスが行われない場合、競争制限効果の方が、ライセンスによるコスト低下の正当化事由より大きい、と考えられる場合にしか規制できない。

②のようにライバルにボトルネック財のライセンスが行われるときは、競争が激しくなるとしても、ライセンスシールドが知的財産権者でない補完的資産を持っているので、ライセンスしてそれを活用した方が、ボトルネック独占者が自ら生産・販売を行うよりもコストが下る効果が大きいときである。

③のようにボトルネック財のライセンスが行われないとしても、競争制限効果の方がコスト低下の正当化事由よりも大きいかが問題となるケースとして、後で、ボトルネック独占者がグラントバック条項を付すケースに

ついてみてみよう。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）による略奪的行動とライバルである取引相手の支配の事例についてみてみよう。

ア 無償のクロスライセンスの強制と非係争・不爭義務

前述したように、技術間のコーデインーションが必要な補完性がある場合の一つに、次のような商品化の段階で生ずる技術間の補完性のケースがあり、クロスライセンスはこれを解決する。

一つの製品に多くの特許が関わっている場合、アンチコモنزやホールドアップの非効率が生ずる。

多くの技術が入り組んでいる場合（特許のヤブ）に、自分の技術開発が他企業の特許権侵害になることが事前に明確でないことから、技術開発や生産段階でサンクコストを生じた後、他企業からライセンス拒否や高額ロイヤリティ請求等をされれば、ホールドアップを生ずる。また、アンチコモنزが生ずるときにも、これが事前に明確でない場合には、新技術を実用化する段階でサンクコストを生じた後、他企業からライセンス拒否や高額ロイヤリティ請求等をされれば、ホールドアップを生ずる。このように、研究開発や生産活動が行われた後、先行する特許権者が特許権侵害訴訟を提起すれば、当該研究開発や生産活動は関係特殊投資となり、ホールドアップを生ずる。そこで、これを防ぐためクロスライセンスが行われる。

この場合、互いの報復が双方の人質となって研究開発や生産活動後に知的財産権侵害訴訟を提起しないという暗黙の契約が行われ、ホールドアップを防止することもある。研究開発や生産活動の段階では、先行する特許権がどう関わっているか不明のことも多いから、暗黙の契約によるホールドアップの防止は重要である。これはクロスライセンスと考えられる。

インテル事件やマイクロソフト事件<sup>(68)</sup>は、無償のクロスライセンスの強制と考えられる。

米国のインテル事件は、FTCの同意審決によりマイクロプロセサーの客との知的財産権紛争に関連して、マイクロプロセサーの提供の停止や技術情報の提供の停止をすることが禁止された。インテルは、マイクロプロセサーでは事実上の標準を獲得し、ボトルネック独占の状態にある。また、日本のマイクロソフト事件では、特許非標準義務が問題となった。この事件では、マイクロソフト社は、日本のパソコンメーカーにOSをライセンスするに際し、OSによる特許侵害を理由に訴訟を提起しないことを義務づける条項を含む契約を締結したことが独占禁止法違反とされた。パソコンのOSはネットワーク外部性があり、マイクロソフト社のOSは事実上の標準を獲得し、ボトルネック独占の状態にある。

インテル事件やマイクロソフト事件では、クロスライセンスが特許のヤブの解決にどの程度有効かを評価する必要がある。

技術が補完性が無く完全代替であり、クロスライセンスは特許のヤブの解決に役立つたないのであれば、クロスライセンスの強制は、補完財競争でもプラットフォーム競争でも、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）に対抗する技術を開発するのは無益であるということになる。この場合、インテル事件やマイクロソフト事件では、差別取扱の規制が可能であるから、規制によりボトルネック技術のライセンスが行われなくなる問題は生ぜず、違反としてよい。なお、ボトルネック独占者であるライセンスサーがライセンスシーに対し、ライセンス技術に係る権利以外の権利まで非係争・不爭義務を課す場合や、契約終了後まで非係争・不爭義務を課す場合も当該条項に関しては、補完関係になく代替関係にあり、同様に考えればよい。

技術が補完性を有し、クロスライセンスが特許のヤブの解決に役立つ場合でも、次のような問題がある。

① クロスライセンスがバイパスの制限をしている場合、排他条件は第三者であるライバルのコスト引上げにならない。

② 取引先企業の研究開発への誘因を低下させ、補完財競争が制限される。

③ 取引先企業が、ボトルネック独占企業と競争するためのプラットフォームとして機能することを困難にしプラットフォーム競争が制限される。

④ ボトルネック独占企業による取引先技術へのアクセスを可能とし、第三者であるライバルはこれができないので、ボトルネック独占企業の競争企業が、ボトルネック独占企業の独占的支配に挑戦することを困難にする。

インテル事件では、連邦取引委員会は、上の②③④のような問題点を指摘している。<sup>(69)</sup>

①については、次のように考えられる。

前述したように、クロスライセンスはバイパスの自由が確保されている必要がある。これは、インサイダーの間で代替技術が含まれるのを予防する。アウトサイダーとの関係では、バイパスの自由が確保されていない場合、ライバルのコスト引上げとなり、ライバルである第三者を排除すれば私的独占の排除、ライバルのコストを引上げることが排除に至らない場合は不公正な取引方法で違反と推定される。

クロスライセンスが排他条件がなくバイパスの自由が確保されていたとしよう。この場合でも、②③④の問題が生ずる。

②と③は、補完技術であっても、正当な対価を支払っているかどうかの問題となる。

もしも、優れた技術であれば、無料のクロスライセンスでなく、有料の対価を支払う必要がある。そうでなければ、インテルやマイクロソフトに対抗する技術を開発するのは無益であるということになる。したがって、無償の

クロスライセンスが、どの程度知的財産権の価値を評価したものが問題となる。

④は、自らの供給条件を変えて、第三者であるライバルに対して自らの独占的地位を強化するものである。これは、前述の抱き合わせや混合型合併と共通する問題点を持つ。つまり、効率性向上のような正当化事由が大きく、市場価格を引き下げる場合もあり、効率性向上と競争制限効果の比較が必要である。

インテル事件やマイクロソフト事件は、補完性の解決という正当化事由があるとしても、②③④の観点から競争制限の社会的デメリットとの比較が必要である。

この場合、競争制限効果が大きければ、合法とするには大きな正当化事由が必要であるというスライディング基準をとる必要がある。

競争制限効果が大きくとも、違法とすれば財が供給されなくなる場合（総体条件）や、市場価格が下る等の極めて大きな効率性向上の正当化事由がある場合には、消費者余剰が増大する。これに該当すれば、一定の取引分野における競争の実質的制限に該当しない。また、競争制限効果が大きく、市場価格が上がり消費者余剰が減少し一定の取引分野における競争を実質的に制限するとしても、コストの大幅な低下のために総余剰が増大するときは、公共の利益に反しないが、この立証責任は、事実上被告（独占禁止法違反でない主張する者）に負わせるのが適当である。

法の適用は次のようになる。

②と③については私的独占の支配で問題とし、ボトルネック財の取引拒絶が行われるのであれば、差別取扱で規制すればよい。この場合、取引拒絶については、取引相手であるライバルのコスト引上げであり、ライバルを市場から排除するときは私的独占の排除、ライバルのコストを上げるけれど市場から排除するに至らないときは不公正

な取引方法で問題とし、差別取扱を問題とすればよい。

④については、ライバルである第三者を排除するときは、私的独占の排除、ライバルの投資意欲を損うだけで排除しないときは、不公正な取引方法で問題となる。

#### イ グラントバック条項

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）が、グラントバック条項やアサインバック条項を付す場合についてみてみよう。

この場合、前項の無償のクロスライセンスの強制の場合と同様、次のような問題点（競争制限効果）がある。

① ボトルネック独占企業（市場支配的企業）がライセンスに排他的な独占的グラントバック条項を課すすれば、第三者であるライバルのコスト引上げになる。

② 取引先企業の研究開発の意欲を低下させ補完財競争が制限される。

③ 取引先企業がボトルネック独占企業と競争するためのプラットフォームとして機能することを困難とし、プラットフォーム競争が制限される。

④ ボトルネック独占企業（市場支配的企業）は取引先技術へのアクセスは可能であるが、第三者であるライバルはこれができないので、競争企業が、ボトルネック独占企業に挑戦することを困難にする。

①は、次のように考えてよいと思われる。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）がライセンスに排他的な独占的グラントバック条項を課すことは、ライセンスの改良技術についてバイパスの自由を損い、第三者であるライバルのコスト引上げとなり、違法と推定してよいと思われる。この場合、第三者であるライバルを排除するときは私的独占の排除、ライバルのコストを

上げるが排除に至らないときは不公正な取引方法で違反と推定すればよい。

②と③については、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）の取引先であるライバルに対する私的独占の支配で問題となる。

本項では、差別取扱の規制ができない場合を考えよう。

前述のように、グラントバック条項やアサインバック条項は、(a)ノウハウのようにライセンスを受けないと改良技術開発ができない場合と、(b)特許のように技術は公開され、ライセンスを受けなくとも改良技術開発が可能な場合とがある。(a)の場合は、技術は補完性があるが、(b)の場合は技術は代替的であり、グラントバック条項やアサインバック条項は改良技術の開発を抑えるために行われる。

前述したように、この場合、グラントバック条項やアサインバック条項は、(a)のノウハウについては、アンチコモنزの解決、ホールドアップの解決、ボトルネック技術や改良技術のライセンスの促進という社会的メリットがあり、(b)の特許については、ボトルネック技術や改良技術のライセンスの促進という社会的メリットがある。

しかし、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）が課す場合は、(b)の特許の場合は違法と推定し、(a)のノウハウについては、アサインバックや無償の独占的グラントバックは違法と推定してよいと思われる。それはボトルネック独占企業（市場支配的企業）が課す場合は、技術開発が行われる環境を確保することが特に大きいからである。この場合技術開発が行われる確保を確保することは、ボトルネック技術や改良技術のライセンスの促進以上に重要であると考えられる。もしも、ボトルネック技術のライセンスの促進の社会的メリットが大きく、差別取扱の規制もできない場合は、不可欠施設理論の適用をするしかない。

以上のことから、結局、ボトルネック独占企業に許される可能性があるのは、(a)のノウハウの場合で、非独占の

場合である。しかし、この場合も、無償のクロスライセンスの強制と同じ②③④の問題がある。②③は、無償のクロスライセンスの強制と同様、非独占のグラントバックでも、無償の場合は改良技術開発を阻害しないかという問題である。

④は、自らの供給条件を変えて、独占的地位を強化するものである。これは、前述の抱き合わせの混合型合併を共通する問題点を持つ。つまり、効率性向上のような正当化事由が大きく、市場価格を引き下げ場合もあり、効率性向上の正当化事由と競争制限効果の比較が必要である。

ボトルネック独占企業のノウハウに関する非独占のグラントバックは、アンチコモنزの解決、ホールドアップの解決、ライセンスの促進という正当化事由があるとしても、②③④の観点から、競争制限効果と正当化事由の比較が必要である。

この場合、競争制限効果が大きいときには合法とするためには大きな正当化事由が必要となるスライディング基準をとる必要がある。競争制限効果が大きくとも違法とすれば財が供給されなくなる場合（総体条件）や市場価格が下る等の極めて大きな効率性向上の正当化事由がある場合には、消費者余剰が増大する。これに該当すれば、一定の取引分野における競争の実質的制限に該当しない。また、競争制限効果が大きく、市場価格が上がり消費者余剰が減少し一定の取引分野における競争を実質的に制限するとしても、コストの大幅な低下のために総余剰が増大するときは、公益の利益に反しないが、この立証責任は、事実上被告（独占禁止法違反でないと主張する者）に負わせるのが適当である。

④については、ライバルである第三者を排除するときは私的独占の排除、ライバルの投資意欲を損うが排除に至らないときは不公正な取引方法で問題となる。



ウ ピルキンソン事件<sup>(70)</sup>

ピルキンソンは革命的なフロートガラスの製造方法を開発した企業であるが、特許とノウハウのライセンス許諾により、特許が切れた後も、長い間地域制限と使用制限をかけて、独占を維持しようとしたことが、シャーマン法一条、二条違反とされた。

日本法なら、私的独占の支配で違反になるだろう。

ピルキンソン事件のライセンス契約の地域制限や分野制限は、ライセンスシーの新技术開発の支障となる。

このような規制で競争が激しくなることが予想されるところでも、ライセンスシーはライセンスした方が利益が大きいと考えられ、ライセンスが行われなくなることはないだろう。それは、ライセンスシーとライセンスシーの共同利潤最大化からみて、ピルキンソンがすべて独占して供給するよりも分野や地域によっては、ライセンスシーの方がライセンスにない補完資産を有し、ライセンスした方がコストが下る効果の方が大きいと考えられるからである。

## 第五章 不当な取引制限の共同遂行と私的独占の支配

## 一 共同遂行と課徴金

不当な取引制限の共同遂行や相互拘束の課徴金については、当然違法の場合に限定する必要がある。独占禁止法七条の二の「該当する」は、評価すべき行為の内容として、価格、数量、市場占拠率又は取引の相手方を制限して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することだけを要素として含む行為、つまり、当然違法の類型だけを課徴金を課そうとしたものであり、正当化事由も行為の内容として含む場合は、課徴金の対象としないものと解す

る必要がある。

一回限りの談合で、受注予定者が談合金を支払って談合が行われた場合は、不当な取引制限の共同遂行で違反とし、受注した者に課徴金を課すべきである。

また、四国ロードサービス事件<sup>(7)</sup>のように、一回の談合で、受注予定者以外の者が受注予定者に協力した場合も、不当な取引制限の共同遂行で違反とし、受注した者に課徴金を課すべきであると考ええる。

前述したように知的財産のライセンス契約では、負のライセンス料の場合のように、一方的拘束であったとしても、当然違法とすべきカルテルまがいのものがある。これは、不当な取引制限の共同遂行で課徴金を課すべきであると考ええる。同様に、通常のジョイントベンチャーの一方的拘束で、社会的メリットのないカルテルまがいのものは、不当な取引制限の共同遂行で課徴金を課すべきであると考ええる。

## 二 私的独占の支配

企業の戦略的行動は、相手の利潤を増加させる友好的行動と、相手の利潤を減少させる攻撃的行動に分けることができる。

通常の市場取引は、事業者であれば共同利潤を最大化し、また、各当事者は利益にならなければ取引を行わないから、すべて自発的に行われていると考えられる。共同利潤の最大化は友好的行動である。

友好的行動のうち、共同利潤を最大化するカルテル、企業結合、ジョイント・ベンチャーは、不当な取引制限や企業結合制限で規制され、再販のような垂直的制限は、垂直的関係は補完的関係があることから、ペナルティの低い不公正な取引方法で規制され、また、ポトルネットワーク独占企業（市場支配的企業）がライバルと取引するときの条

件は、私的独占の支配で規制される（後述の支配の第三類型）。

攻撃的行動は、ライバルに対する略奪的行為が問題となり、略奪的なダンピング・抱き合わせのような自らの供給条件を変える場合と、ライバルのコスト引上げのようなライバルの供給条件を変える場合が含まれ、このうちで、「排除」又は「支配」（後述の支配の第一類型と第二類型）に該当する場合は、私的独占で規制される。

#### (一) 支配の三類型

私的独占の「支配」には、次の三種類があると思われる。

支配の第一類型は、ライバルに対する攻撃的行動（略奪行為）で、ライバルの利益を減少させ、これに乗じて、ライバルを合併したり株式を取得して企業結合等を行う場合である。

「支配」の第二類型は、水平的場合において、略奪的なダンピング・抱き合わせやライバルのコスト引上げのような略奪的行為の一手段（一部）として行われ、合併、株式所有やその他の手段によりライバルを完全にコントロールする場合であり、「排除」と同様の効果を持ち、競争単位として完全になくする場合である。

「支配」の第三類型は、第三者であるライバルのコスト引上げのうちの事業上の不法行為が行われライバルを排除しボトルネック独占となった場合に、違法な独占力を確保・行使するために垂直的關係で行われる行為である。これは、事業上の不法行為の一環として行われる行為である。

支配の第三類型は、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルとボトルネック財の取引をするときの条件の場合である（本稿では、拙稿注15に対して第三類型を追加した）。

支配の第三類型については、次のことがいえる。

ボトルネック独占企業（市場支配的企業）である垂直統合企業が、ライバルに対してボトルネック財を供給（取

引)するときの条件を、私的独占の支配で問題にする場合についてみてみよう。この場合は、取引相手との共同利潤を最大化する。これは友好的行動である。しかし、ボトルネック独占企業(市場支配的企業)は、取引相手に強い力を持ち、共同利潤のすべてを獲得するので、不当な取引制限の共同遂行ではなく、私的独占の支配で問題とし、ボトルネック独占企業(市場支配的企業)だけを違反とすればよい。ボトルネック独占企業(市場支配的企業)は取引相手に対して強い力を持ちコントロールできるが、後述のように、水平的な関係は垂直的な関係よりも強い規制を課す必要があるので、取引相手がライバルである水平的な場合には、私的独占の支配で規制し、強い規制を加えた方がよい。これは、私的独占の支配の存在意義の一つである。ボトルネック独占であっても、純粹に垂直的な関係については、後述のように、不公正な取引方法で規制される。

支配の第三類型は、前に詳しく説明したので、ここでは説明を省略する。

支配の第三類型を別にすれば、私的独占の支配については、次のことがいえる。

私的独占はライバルに対する攻撃的行動の場合に適用され、私的独占の「支配」は、通常の市場取引のような共同利潤の最大化ではなく、略奪的行為の手段として行われる場合のうち、相手を完全にコントロールする場合である。

私的独占の「支配」は、略奪的なダンピング・抱き合わせやライバルのコスト引上げ行為のような略奪的行為の手段の一環として行われる場合である。従来の考え方のように一見「支配」とみえるような行為に私的独占を適用すると、「力の濫用」を「支配」と把えることにより、企業間の共同利潤を最大化する多様な協力関係を阻害するおそれがある。企業結合やジョイント・ベンチャーと私的独占の「支配」の関係についてみてみよう。

通常の企業結合やジョイント・ベンチャーは市場取引であり、共同利潤を最大化するから「支配」には当たらないだろう。企業結合が「支配」に当たるのは、略奪的ダンピングやライバルのコスト引上げによりライバルの利益

を減少させ、これに乗じてライバルを合併したり株式を取得したりして企業結合を行う場合である。通常の企業結合やジョイント・ベンチャーは、私的独占の「支配」ではなく、四章の企業結合か不当な取引制限の共同遂行で問題にする必要がある。

東洋製缶事件は、企業が関連会社の事業活動を管理することは共同利潤の最大化と考えられるから、管理状況を「力の濫用」と考えて私的独占の「支配」で問題にすべきでなく、また、関連会社に対する干渉のような管理状況を一々規制するのは不可能であつて、企業結合やジョイント・ベンチャーのコミットメントについて問題にしなれば、問題の解決にならない。本件は、株式所有、役員派遣やその他のコミットメントの段階で、四章又は不当な取引制限の共同遂行で問題とすべきであつたと思われる。

支配の第一類型についてみてみよう。

ライバルに対する略奪的行為には、略奪的ダンピングや抱き合わせのように自らの供給条件を変える場合とライバルのコスト引上げのようにライバルの供給条件を変える場合がある。ライバルのコスト引上げは、一般のライバルのコスト引上げと、ボトルネック独占企業（市場支配的企業）による補完財におけるライバルのコスト引上げの場合がある。

私的独占の「排除」とは、市場から排除することである。

「支配」の第一類型は、水平的場合において、上の略奪的行為の一手段（一部）として行われ、ライバルの利益を減少させ、これに乗じて、合併・株式所有やその他の手段によりライバルを完全にコントロールする場合であり、「排除」と同様の効果を持ち、競争単位として完全になくする場合である。そこまで至らない場合は不公正な取引方法で規制される。「支配」が「排除」と並べて書かれていることから、「支配」は「排除」と同様の効果を持つ

場合であると考えられる。なお、略奪的行為とは、ライバルの需要を奪うということから出た用語である。

上のような略奪的行為は、ライバルの排除又は支配に至らず、ライバルの投資意欲を阻害したりライバルのコストを引上げれば、市場価格が引上げられ（又は品質が低下し）、一定の取引分野における競争を実質的に制限する。しかし、ライバルに対して、排除又は支配が行われれば、消費者にとって弊害が大きい。排除又は支配が行われれば、当該市場で価格が上がる（又は品質が低下する）程度が大きいだけでなく、消費者が排除又は支配された商品を選択することができなくなってしまうからである。私的独占は、一定の取引分野における競争を実質的に制限する上のような略奪的行為のうち、特に弊害の大きい排除又は支配行為を規制するものであり、残りは不正な取引方法で規制される。また、一定の取引分野における競争を実質的に制限するおそれ（具体的危険性）のある早期の段階で規制するときは、不公正な取引方法で規制される。

一般のライバルのコスト引上げで排他条件付取引や間接の取引拒絶による場合、道具となった者に対して「支配」するということはできるだろうか。

独占禁止法二条五項の私的独占の定義では、「排除」又は「支配」により一定の取引分野における競争を実質的に制限すると書かれてある。これは、「支配」は「排除」と同様に、「支配」により直接的に競争を実質的に制限することを表わし、「支配」の第一類型の場合、ライバルを支配することであると考える。このように解すれば、間接の取引拒絶や排他条件をライバルのコスト引上げに用いた場合、道具となった者に対して行う行為は、私的独占の「支配」には含まれない。この場合、もしも道具を「支配」すると考えれば、間接の取引拒絶や排他条件はすべて私的独占で問題となり「排除」とのバランスがとれない。

次に、「支配」の第二類型についてみてみよう。

「支配」の第二類型は、第三者であるライバルのコスト引上げのうちの事業上の不法行為が行われライバルを排除しボトルネック独占となった場合に、その違法な独占力を確保・行使するために垂直的に行われる行為である。第二類型は、事業上の不法行為の一環として行われる行為である。

第二類型の「支配」の事例としては、次のようなケースがある。

日本医療食協会事件で製造業者や流通業者を支配したのは、日清医療食品(株)の卸段階の違法な独占力を確保しようとしたものと考えられ、パラマウントベット事件で、流通業者を指示し落札価格を指示したのは、違法な独占力を行使し、需要の価格弾力性の低い需要者に高く売るために行われたと考えられる。

通常のボトルネック独占であれば次のように考えられる。

ボトルネック独占者は、取引相手に対して強い力を持っている。しかし、ボトルネック独占といえども、取引相手がライバルでなく、純粹に垂直的關係の場合は、ペナルティの小さい不正な取引方法で規制すべきである。それは、純粹に垂直的關係があれば、補完的關係があり、外部性を内部化する効率性の向上の正当化事由が考えられるからである。これは、ボトルネック独占であっても、特定差別化財に対する独占であっても変わらない。

例えば、前述した、独占力を利用して行われる第三種の価格差別、価格差別のための抱き合わせ、耐久財とメンテナンスの抱き合わせ等は、一定の取引分野における地位(独占力)の利用であるが不当利用であるかどうかが問題となる類型である。この類型は、独占利潤の増加を意図して行われるものであったとしても、必ずしも経済厚生(総余剰)を低下させるものではない。この場合、問題とされるべきは、独占力が存在していることであって、独占力が存在していることの副作物である行為ではない。

ボトルネック独占者は取引相手に対して強い力を有しているけれど、私的独占の支配で強い規制を加えるべきな

のは、一般には、取引相手がライバルである水平的関係である。

しかしながら、事業上の不法行為によりライバルを排除しポトルネック独占となったときは、次の理由により、垂直的關係であっても、私的独占の「支配」に該当すると考えてよいと思われる。

一つ目の理由は、支配の第二類型のように、事業上の不法行為によりライバルの排除が行われ独占となるというように違法性が強い場合には、事業上の不法行為と一体をなしその一部と評価される行為を「支配」と捉えて全部を排除した方がよいことである。この場合に、垂直的關係といえども、事業上の不法行為の一環であり、広義の水平的關係にある場合といえることができる。

二つ目の理由は課徴金である。

「支配」の第二類型は、事業上の不法行為によりライバルを排除しポトルネック独占となったものは弊害が大きいため、これに対して課徴金のような強い規制を課す方が望ましい。

事業上の不当行為よりライバルを排除しポトルネック独占となった場合、独占利潤を最大化するために、垂直的に一定の取引分野における地位（独占力）の利用を行うが、そうして得た独占利潤に課徴金を課すことが望ましい。この場合のポトルネック独占は本来違法なのでありその独占力の行使は本来許されないものである。支配の第二類型は、本来許されないはずの独占力が行使され、影響が及ぶ垂直的な範囲を支配と呼び、課徴金を課そうとするものである。この課徴金は、事業上の不法行為によりライバルを排除しポトルネック独占になることを抑止しようとするものである。この意味でも、支配の第二類型は、広義の水平的關係にある場合であるといえることができる。

これは、価格カルテルについて、「一定の取引分野における競争の実質的制限」と取引段階の異なる事業者についても、相互拘束の範囲を広げ、課徴金を課した方がよいことと似ている。



例えば、メーカー同士の小売価格カルテルについては、メーカーを不当な取引制限で違反とする必要がある。また、近年、不当な取引制限は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」と取引段階を異にする事業者についても相互拘束を認めた事例もある（シール談合刑事事件<sup>(72)</sup>）。しかし、これは、広義の水平的関係にある場合であり、再販のように純粹の垂直的關係については、補完的關係にあり正当化事由が考えられるからペナルティの小さい不公正な取引方法で規制するのが適當である。

これと同様のことが私的独占の支配についてもいえる。

日本医療食協会事件やパラマウント事件は、「一定の取引分野における競争の実質的制限」と取引段階の異なる事業者についても、支配を認めたものと考えることができる。しかし、これは、前述のような広義の水平的關係の問題である。

通常のボトルネック独占であれば、純粹の垂直的關係については、支配を認めるべきでないと思われる。それは、純粹の垂直的關係は補完的關係があり、正当化事由が考えられ、ペナルティの小さい不公正な取引方法で規制するのが適當であるからである。

私的独占の「支配」は課徴金が課されることとなったが、課徴金は当然違法の場合に限定する必要がある。

私的独占の支配に対する課徴金の規定（七条の二）も不当な取引制限と同様に当然違法の場合であり、正当化事由が含まれない場合を指すと解する必要がある。独占禁止法七条の二の「該当する」は、評価すべき行為の内容として、価格、数量、市場占拠率又は取引の相手方を制限して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することだけを要素として含む行為、つまり、当然違法の類型だけを課徴金を課そうとしたものであり、正当化事由も行為の内容として含む場合は、課徴金の対象としないものと解する必要がある。

支配の第一類型と第三類型は社会的メリットも考えられるので、課徴金は事業上の不法行為によりライバルを排除し独占となりその違法な独占力を行使する社会的メリットの考えられない支配の第二類型に対して課せられると考えられる。

## (二) 再販等について

再販、テリトリー制等のような垂直的制限と私的独占の「支配」との関係についてみてみよう。

最近、米国では、再販は判例変更が行われ、合理の原則が適用されることとなった (Leegin Creative Product, Inc. v. PSKS, Inc., USSup. Ct., 6/28/2007, Case No. 06-480)。日本では、米国と違って何らかの地域的独占力を有する零細小売店が多くメーカーは小売店の優先的推奨を得ることが重要であり再販は小売店の優先的推奨を得るために行われることが多いと思われる。再販のような垂直的制限は、流通業者は、廉売すれば出荷停止されるというような暗黙の契約又は明示の契約により取引を行う。これは、市場取引であり、自発的取引と考えられ、私的独占の「支配」には含まれない。再販、テリトリー制等の垂直的制限は流通業者にも利益を与える友好的行為であり、私的独占の「支配」に当たるとはいえないだろう。また、再販、テリトリー制等のような垂直的制限は、垂直的關係は補完的關係があることから、不当な取引制限ではなくペナルティの低い公正な取引方法で規制される。独占禁止法上問題となる再販は、協調促進的慣行か又は自社製品の優先的推奨のために行われる場合であり、規制に際しては、この場合に当たるかどうかを識別しなければならない。なお、再販、テリトリー制等の垂直的制限を「支配」と考えれば、再販等の垂直的制限は、すべて罰則や課徴金のあるペナルティの大きい私的独占で問題となり、適当でない。

野田醤油事件<sup>(73)</sup>は、再販が協調促進的慣行としてプライス・リーダーシップの手段として使われた例と考えること

ができる。メーカーは出荷価格よりも小売価格の方が監視しやすいので、再販は、カルテルの手段として、また、プライス・リーダーシップ、繰り返し競争による暗黙の協調の手段として使われる。このうち、カルテルの場合は、不当な取引制限で規制すればよく、他の場合（協調促進的慣行）には、再販は共同利潤を大きくするので私的独占の「支配」に当たらず、不公正な取引方法で規制するのが適当であると考えられる。再販（あるいは価格拘束）は、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一されたサービスを受けられることが重要であり再販（価格拘束）によりただ乗りを防ぎ情報の不完全性を改善することが必要な商品であれば合法であるが、そうでない商品については、上のような手段（協調促進的慣行）や自社製品の優先的推奨のために使われている場合であると事実上推定して違法と識別してよいと思われる。再販（あるいは価格拘束）、テリトリー制、横流し禁止、一店一帳合制、販売方法の制限等の垂直的制限や専売制のような排他条件は、販売サービスが重要でブランドを信用すれば統一されたサービスを受けられることが重要であり垂直的制限によりただ乗りを防ぎ販売サービスが提供されることが必要な商品であれば合法である。この場合、ブランド内競争を制限する垂直的制限はブランド内のただ乗りを防ぎ、専売制はブランド間のただ乗りを防ぐ。このような場合、垂直的制限を行わず販売サービスも行わず価格の安いメーカーが出現すれば、多様な商品が出回り消費者の選択の幅が増え、ブランド間競争が促進される。しかし、上のような商品でない場合は、ブランド内競争を制限する垂直的制限は協調促進的慣行や自社製品推奨のために行われていると識別し違法と推定し、また、排他条件はライバルのコスト引上げや協調促進的慣行として行われていると識別し違法と推定してよいと思われる。なお、並行的専売店化は、メーカーや併売店の参入を阻害する効果もある。上のように、垂直的制限は、垂直的制限によりただ乗りを防ぎ販売サービスが提供されることが必要な商品かどうかという商品特性に応じて違法かどうかを事実上推定することができると思われる（詳細は拙稿注15及び注19参照）。

私的独占の「支配」は、排除措置の対象となる具体的なコミットメントのことであり、野田醤油事件のような寡占的協調は含まれないと解する必要がある。寡占的協調も含むとすれば、不当な取引制限や合併でも、アウトサイダーが追随した場合、すべて私的独占の問題となってしまう、適当でない。

再販（価格拘束）で出荷停止による場合は私的独占の支配に含まれ課徴金を課すという考え方があがるが、次の点で問題がある。

再販（価格拘束）で出荷停止になる場合は、単に契約（又は暗黙の契約）に反したため出荷停止をしたに過ぎないものであり、私的独占の支配には含まれない。再販は、出荷停止による場合でも、私的独占の支配の問題ではなく、友好的行動であるからどちらかというところ、不当な取引制限の共同遂行が問題となるが、垂直的関係の場合は補完的関係であることが明らかなので、ペナルティの小さい不公正な取引方法で問題にするのが適当である。再販が私的独占の支配に含まれるとすれば、テリトリー制等も支配に含まれ、課徴金が課されることとなるが適当でない。

再販は、出荷停止が行われない場合は、不当な取引制限の共同遂行で問題にし課徴金を課すべきであるという考え方があがる。しかし、出荷停止があっても無くとも、垂直的関係の場合は補完的関係であることが明らかなので、ペナルティの小さい不公正な取引方法で問題にするのが適当である。再販が不当な取引制限の共同遂行に含まれるとすれば、テリトリー制等も共同遂行に含まれ、課徴金が課されることとなるが適当でない。また、再販、テリトリー制等の垂直的制限は、特定差別化財に独占力を持つメーカーの販売政策として行われるので、メーカーだけを違反とすればよい。

再販（価格拘束）、テリトリー制等の垂直的制限は正当化事由が考えられ、商品特性で違法かどうかを判断する違法行為識別問題が適用されるので課徴金を課すべきでない。

私的独占の支配とは、支配の第一類型のように、ライバルに対する略奪行為の一環として行われた水平的な関係の問題の場合か、支配の第二類型のように、ライバルのコスト引上げとして行われた事業上の不法行為によりライバルを排除して獲得した違法な独占力を行使する場合で、事業上の不法行為の一環として行われ、広い意味で水平的関係の問題である場合か、支配の第三類型のように、ボトルネック独占者（市場支配的企業）が水平的なライバルである取引相手を支配する場合であり、いずれにしても、水平的な場合に適用される。水平的な場合は、補完的な関係であることが明らかで垂直的な場合と違って、強い規制が要請される。

不当な取引制限の共同遂行も、水平的な場合に限定する必要がある。これも、水平的な場合は、補完的な関係であることが明らかで垂直的な場合と違って、強い規制が要請されるからである。

## 第六章 旧認定基準と優越的地位の濫用

### 一 旧認定基準

昭和四三年に、「国際技術導入契約に関する認定基準<sup>(74)</sup>」が制定された。

筆者は、この認定基準は、結果的にみれば、国内の経済厚生（総余剰）を高める上でも、また、国際的な経済厚生（総余剰）を高める上でも大いに役立ったが、現在では、途上国がこの認定基準を真似してもうまくいかないと考ええる。

それは、認定基準が、国内的にも国際的にも経済厚生（総余剰）を増大させたのは、①当時、技術を導入できるような国は日本しかなく、欧米の企業は技術の輸出に関して競争状態にあるのに、日本は技術の輸入に関して独占

的状況にあり、認定基準が導入の際にカルテルのような効果を持ったこと、及び②欧米の企業が日本企業の潜在的な能力を実際よりも低く評価していたことにより、規制により日本企業に対して制限条項を課さないことがライセンスをしないことになる効果が緩められたことによる。制限条項のない技術導入によって日本企業が大きく成長したことが、国内的にも国際的にも、経済厚生（総余剰）を増大させることに役立つたと考えられる。

しかし、現在、途上国が認定基準を真似しようとしても、①技術導入ができる国はたくさんあること、②欧米企業が考えていたよりも日本企業は大きな潜在能力を持っているというような特殊な事情がないことから、うまくいかないと思われる。

## 二 優越的地位の濫用

ライセンス規制と優越的地位の濫用規制との関係は、次のように考えられる。

ライセンス契約は、特別扱いせず、当事者間の関係については、通常のジョイント・ベンチャーの一つと考え、契約に関する独占禁止法の適用については、知的財産権も通常の財産権と同じように扱えばよい。優越的地位の濫用規制についても、知的財産権でも通常の財産権でも変わらない。優越的地位の濫用規制は、関係特殊の投資が行われた場合のホールドアップ規制である。

技術市場は、情報の非対称性のある不完全な市場であるため、事後的にあるいは結果的にホールドアップに対する政府規制がうまくいくことがある。このような場合として、小松ビサイラス事件<sup>(75)</sup>についてみてみよう。

知的財産の取引は情報の非対称性があり、関係特殊の投資を行ったために、ホールドアップを生ずることがある。小松ビサイラス事件で問題となった制限がいつまでもつづくという関係の解消困難性については、次のように考

えられる。

技術の取引は、技術の利用の排除可能性が弱く、また、将来にわたる継続的關係を維持する場合、将来のことがよくわからないため事前に完備契約がつかれず、これらを解決するため、關係の解消をより難しくする出資を伴う合併事業が行われるのであるから、一般に、關係の解消が困難であること自体を違反とすることは適当でない。

小松ビサイラス事件は、小松が米国からパワーショベルの技術を導入したところ、日本のように狭い所で使うには役立たなかつたという情報の非対称性の問題であると考えられ、合併事業の解消には両者の合意が必要であるといふことになつていたため、小松の改良技術の独占的グラントバック、販売地域制限、競争品取扱禁止等の制限がいつまでも続くといふ問題が発生したと考えられる。

技術のように、将来の不確実性が強く、技術の排除可能性が弱く、また、将来の継続的關係を維持した場合契約の不完備性のためライセンス契約では不十分なときに、資本参加による合併企業が作られ、關係解消を難しくし關係特殊的投資が行われる。小松ビサイラス事件は、導入した技術を使つてみたら役に立たなかつたのに、制限条項だけがいつまでも続くといふ情報の非対称性に基づくホールドアップ問題であり、優越的地位の濫用の問題である。技術は、使つてみるまでその価値がよくわからないといふ情報の非対称性がある。そのため、ライセンスを一方向的に拘束するライセンス契約を結んだ後、技術を導入してみても、全く役に立たないことが判明したということもある。この場合、ライセンス契約をすぐ解消できるなら問題はないが、契約の解消困難性がある場合はどうだろうか。小松ビサイラス事件で、制限条項を事後的に独占禁止法違反とすれば、小松は事後的に自由となり、事後的には、効率性(総余剰)を増大させる。しかし、このように、情報の非対称性に基づくホールドアップの問題を事後的に違反とすることは望ましいだろうか。

確かに、小松ビサイラス事件は、この事件だけみれば、優越的地位の濫用で違反とすれば、事後的に経済厚生（総余剰）を高める。しかし、技術情報はライセンスシールが一度知ってしまったと、ライセンスシールは強い立場に立ち、技術が役立った場合、後から関係解消が可能であると、ライセンスシールがホルドアップされるおそれがある。それは、関係解消を難しくするのは、累積的技術革新が行われる場合（第七章参照）やライセンスシールも直接投資という関係特殊的投資をした場合に、ライセンスシールのホルドアップを防ぐという目的もあるからである。ライセンスシールは、技術が役立ったとしても、役に立たなかったと主張するだろう。情報の非対称性によるホルドアップ問題は、介入しようとしても、技術が役に立たなかったのか役に立ったのかの区別はできない。企業より情報の乏しい政府や裁判所が、情報の非対称性によるホルドアップの規制をすることになれば、今後、将来の不確実性が強い等、契約の不完備性がある場合に、出資を伴う合併企業を設立し、関係解消を難しくし、関係特殊的投資を行うことを妨げるから、しない方がよい。政府や裁判所にできることは、暗黙の契約違反があれば、これを優越的地位の濫用で規制することである。ただし、消費者保護のように、情報弱者や法律知識の乏しい法律弱者の場合には、情報の非対称性によるホルドアップは優越的地位の濫用で規制する必要がある。

優越的地位の濫用規制は、関係特殊的投資が行われた場合のホルドアップ問題であるが、契約の不完備性の問題であり、消費者保護やネットワーク外部性のある場合の標準設定の不実告知のような場合を除き、一般には、暗黙の合意違反を規制することしかできないように思われる<sup>(76)</sup>（拙稿注76参照）。

関係特殊的投資が行われた場合の暗黙の契約違反の類型の例として、アスペン事件やコダック事件があげられるが、次のようなケースも考えられる。

研究開発をするときに、先行する技術の特許権者が暗黙の契約により利用を認めていたと考えられる場合で、研



究開発をした後、特許権者が、特許権侵害訴訟を提起したり、ライセンスを拒絶したり、拒絶に等しいような高額  
のライセンス料を要求することは、暗黙の契約に反するホールドアップであり、優越的地位の濫用に当たる。

ネットワーク外部性のある産業で標準設定の際の不実告知によるホールドアップの例として、米国のデル事件<sup>(77)</sup>  
がある。これは、標準設定の際、デル社が、不実告知を行い、標準が設定され関係特殊的投资が行われた後、知的財  
産権の権利の主張をしたものである。これは、日本法なら優越的地位の濫用が適用される。

## 第七章 知的財産法と独占禁止法の相補性と最適な組み合わせ

知的創作物の競争政策に関して、知的財産法による事前の知的財産権の画定と、独占禁止法による取引に対する  
事後的な規制が相補的な関係にあり、最適な組み合わせを考えなければならぬことについて説明しよう。

### 一 取引費用の低減と財産権

知的財産権も含めて、一般に、財産権は、完備契約がつかれない（又はつくれても取引費用が大きい）場合に取  
引費用の低下のために設けられたものと考えられる。

財産権一般についてみてみよう。財産権について公平性の観点は別途考え、ここでは効率性（総余剰）から考え  
る。公平性の観点からは、別途、税や補助金等直接的な方法をとる必要がある。

財産権は、市場取引に必要な契約を完備した形でつくれない場合（又はつくれても大きな取引費用がかかる場合）  
に、ホールドアップ、コモンス、アンチコモンス等の取引費用を軽減する等、取引費用を低減するためにつくられ

る。なお、完備契約がなくても大きな取引費用がかかる場合は、完備契約がつかれない場合と同じように考えることができるので、以下では、完備契約をつくれないうちに含めて考えよう。

知的財産権も、一般の財産権と同様、完備契約がつかれない(又はつくっても取引費用が大きい場合)に取引費用の軽減のために設けられたものと考えられる。

このことについてみてみよう。

コースは、取引費用が無視できれば、公平性の問題は別にして、何らかの法的権利(ルール)が明確に規定されていれば、どんな法的権利(ルール)であろうと、だれが法的権利を有していようと、交渉(取引)により、効率性(最適資源配分)は達成できることを示した。<sup>(78)</sup>この場合契約さえ行われればよいのであって、財産権は不要である。なお、この場合、誰が法的権利を有するかは重要ではなく、誰かに明確な法的権利が与えられていることが重要である。

誰かに明確な法的権利が与えられない場合に効率性が達成できない例として、資源に競合性がある場合のコモンズ(共有地)があげられる。

コモンズ(共有地)は、次のような外部性によって生ずる問題である。土地の量は一定で羊の数が増え過ぎると土地の再生能力が低下するとする。この場合、ある家庭の羊が共有地で草を食べると他の家庭が利用できる土地の質的低下が生ずる。人々は、この負の外部性を無視したただ乗りを行うので、結果として羊の数は過剰となる。この場合に、土地を各家庭に分割して私有地としたり、あるいは一括して私有地とし賃貸料をとって賃貸を行えば、過剰な放牧(資源の過剰利用)を防ぐことができる(これが十七世紀の囲い込み運動である)。コモンズであれば、長期的に土地を改良して羊の数を増やそうとするインセンティブを持つものはいない。所有権はこのような外部性

の問題を解決する。所有権を明確に規定すれば、所有者は短期的な利益だけでなく長期的な利益も考慮する。ノースは、排他的所有権が、多くの知識や技術を習得するインセンティブを高め、狩猟採集文明から生産性の高い農耕文明へ移行させた<sup>(79)</sup>と主張している。

ただし、交渉により、効率性（最適資源配分）を達成するには、何らかの法的権利（ルール）が明確に規定されていなければいのであつて、財産権である必要はない。

例えば、損害が生じたときに、被害者が被害を負担するのか、加害者に対して損害賠償請求権を持つのか、あるいは、第三者が負担するのか等について、何らかのルールが確立していたとしよう。この場合、取引費用が無視できれば、誰に賠償義務を課しても最適資源配分は達成できる。しかし、情報の偏在や取引費用を考えれば、最も少ない費用で損害を回避できる者に損害を負担させる場合に、最適資源配分を達成できる。

財産権についても同様のことがいえる。取引費用が無視できず、コースの定理が成立しないために財産権を設ける必要が生ずる。

一般に、財産権が設けられる理由は次のように考えられる。

あらゆる情報が無料で入手可能で契約が不完備性がなければ、契約の当事者はあらゆる条件を想定して契約を作ることができるので、事前に財産権の形で権利が与えられていなくとも不都合はない。しかし、情報の入手は限度があり費用もかかり、契約も不完備性がある場合、財産権を設定した方が取引費用を削減でき、迅速かつ大量の取引が可能となる。また、契約はつくれても、コモنزの場合のただ乗りやアンチコモنزの場合の二重限界性等のため大きな取引費用がかかることもある。この場合も、財産権を設定した方が取引費用を削減することができる。このようなケースも完備契約がつかれないことに含めて説明する。アンチコモنزは、いくつもの資産を使わな

れば生産ができない場合、全員の了解が必要なため、二重限界性の問題が生じ、資産の円滑な利用が妨げられ、資源の過小利用が生ずる問題である。<sup>(80)</sup> この場合、すべての資産を一人の主体が所有すれば解決する。

財産権は、不確実な世界で複雑な契約による取引費用を節約するために、特定の取引（契約）のパターンをバンドル化したものである。

財産権は、残余コントロール権（排他的使用权）、残余請求権（報酬請求権）、譲渡権を有する。

まず、残余コントロール権（排他的使用权）についてみてみよう。

残余コントロール権とは、契約で書けることについては、当事者の一方に契約で限られた行動についてのコントロール権を与え、契約で書けないような残りの行動に対するコントロール権をすべて他方に与える形の契約である。情報の不完全性のため契約の不完備性がある場合（例えばホールドアップ）、あるいは契約をつくる取引費用が大きい場合（例えばコモنزやアンチコモنز）、残余コントロール権の付与は、契約に記述することが困難な部分を契約に書くコストを省き、契約を不完備なままにしておく一方、事後的な決定権を契約の一方の当事者に与えて、契約をつくることの困難性を緩和する。

残余請求権についてみてみよう。

残余請求権は、収入から、契約による一定額を支払った後の残余を受けとる権利であり、不確実性のため契約で記述不可能なほどの多数の状態があるときに、残余請求権という権利の定式化は非常に便利である。

アルチャンとデムゼッツは、残余コントロール権と残余請求権を結合させることが、効率性（最適資源配分）の観点からベストになることを示した。<sup>(81)</sup>

私有財産制度は、経済主体が、さまざまな財産について、残余コントロール権と残余請求権を持つことである。

次に財産権のもう一つの特性である譲渡権についてみてみよう。

財産権は、残余コントロール権と残余請求権が合わされたものであるが、さらに、取引により移転できることが重要である。このことにより商品の価値を最もよく知っている人が決定権を持つことで商品の価値の正確な測定が可能となる。

当初の財産権の配分と、効率性の基準からみて望ましい財産権の配分との間にギャップがある場合は、財産権の配分を変える仕組みが必要である。したがって、財産権は売買を認める必要があり、企業は、買収したり合併したりすることが可能である必要がある。財産権を明確に規定すれば、このような取引費用を低下させる。この取引が可能であれば、当初、だれがどの財産権を所有しようと、最も効率的に財産を利用しうる主体が財産を所有するか、当初の財産権の分布は効率性（社会的総余剰の最大）に影響を与えない。しかし、これが部分的にしかできないなら、コースの命題は成立せず、誰が残余コントロール権を持つかが、社会的な効率性に影響を与える。

このような場合の例として、契約の不完備性のために生ずるホールドアップについてみてみよう。

関係特殊的投資を生ずるときをみてみよう。

もしも、完備契約をつくることができず取引費用がかかるなら、コースの定理の前提条件は崩れ、誰が権利を有するかが本質的に重要となる。

関係特殊的投資があるような場合、ホールドアップ問題を避け関係特殊的投資を行うインセンティブを確保するため、関係特殊的投資を行った主体に、また、複数の者が関係特殊的投資を行った場合は関係特殊的投資がより重要性が高い主体に、補完資産の全部を所有させ残余コントロール権と残余請求権（所有権）を与えるのが、最適資源配分（効率性）から望ましい<sup>(82)</sup>。

ただし、二人以上の者が関係特殊の投資をすれば、一人の者が残余コントロールと残余請求権を持てば、他方の者はホールドアップに合う可能性がある。

例えば、職務発明についてみてみよう。

企業の研究者は、自ら資金を負担しておらず、リスクも負担していない。企業は事業が成功しない限り収入が得られないが、被雇用者である研究者は発明が成功しなくとも一定の所得が保障されている。したがって、企業の方が研究者よりもより重要な関係特殊の投資をしておき職務発明をしたときの特許権は、企業に帰属するのが合理的である。そうでなければ、企業は研究開発に投資するインセンティブを失う。

しかしながら、企業の研究者も、研究に関して関係特殊の投資も行う。日本の特許法三五条三項が、職務発明について、従業員である研究者も相当の対価の支払いを受ける権利を有すると規定しているのは、ホールドアップを防ぐ趣旨であると考えられる。しかし、相当の対価は不明確である。関係特殊の投資は契約が不完備のために生ずる現象であるから、契約で決められる部分はなるべく契約で決めておいた方がよいが決められない部分もあるだろう。その部分は暗黙の契約違反であるかどうかを判断するほかにないように思われる。これは、終身雇用制の労働者に対するホールドアップの問題や、独占禁止法の優越的地位の濫用規制と同じ問題である。これらの場合、暗黙の契約違反を的確に判断できれば、その分ホールドアップを減らすことができる。

## 二 知的財産権と取引費用の低減

知的創作物は、使用に関しては無料で自由に使用した方がよいという側面と、知的創作物の供給のためには、供給に必要な報酬を与える必要があるという側面のトレードオフがある。これが知的創作物の競争政策である。

知的創作物のこの競争政策のうち、取引費用を低減するために、通常の財産権を真似して設けられたのが知的財産権である。

知的創作物について、供給と使用についてすべて契約で行おうとすると、情報の不完全性のため契約の不完備性があったり（例えばホールドアップ）、大きな取引費用がかかったり（例えばコモンズやアンチコモンズ）、また、前述のように、シェアリングクラブ契約の代りに一々承諾の意思を確認しようとするとは莫大なコストがかかり、契約による取引ではうまくいかない。

知的財産権は、完備契約をつくれないう場合（又はつくれなくても大きな取引費用がかかる場合）の取引費用を低下させるためにつくられたものであるが、本項では、知的財産権が開発費用のただ乗りを防いでコモンズの弊害を防止すること、及びこれに関して情報の非対称性を改善することにより、取引費用を低減させることについてみてみよう。

コモンズの弊害を防止することに関して、知的財産権についてみると、取引費用を低下させる一つ目の要因は、財産権としての排他性（残余コントロール権）が、技術市場を成立させ、ライセンスを促進することである。

一般に、財産権の排他性（残余コントロール権）は、第三者を排除し、コモンズを防ぎ、取引費用を削減して、市場を成立させるのに役立つが、知的財産権も、コモンズについて、完備契約がつかれない（又はつくれなくても大きな取引費用がかかる）場合の取引費用を低下させ、技術市場を成立させる。

知的創作物に関して契約で決めようとする、情報の不完全性や被排除性のため契約の不完備性があり、契約だけではうまく取引できない。この場合、財産権の排他的コントロール権（残余コントロール権）を一人に所有させ、他の者に利用させる場合に使用料をとるという形をとれば、取引費用が低減する。知的財産権も、排他権であれば、

無断で利用することは困難であり、契約の当事者でない第三者による侵害への対抗措置も可能である。例えば、ただ乗りが行われる場合や特許権のように技術の公開が行われる場合、財産権としての排他権がなければ、ライセンスを受ける必要性がなくなってしまう。排他権であれば、無断で利用することは困難であり、契約の当事者でない第三者による侵害への対抗措置も可能である。そのため、財産権としての排他権は技術の取引費用を低下させ、技術市場を成立させる。ライセンスが行われれば、技術を開発した企業は、研究開発のコストを回収できるから、製造能力を持たない企業でも研究開発を行うことができる。これは、知的創作物の使用については本来競争性はないが、知的創作物の供給のために排他性を設け、一定期間、開発費用のただ乗りを防いでコモنزの弊害を防止しようとしたものである。

第一章で、ライセンス契約の条項が独占禁止法違反の場合でも、技術のライセンス市場を成立させるために知的財産権の排他権が必要であることを説明したが、これは上のことによる。

コモنزの弊害を防止することに関して、知的財産権の取引費用を低下させる二つ目の要因は、情報の非対称性を改善して、研究開発成果の公開を促すことである。

例えば、特許権についてみてみよう。

もしも特許制度がなければ、新技術を開発した企業は、模倣をおそれて、その技術に関する情報を隠そうとする。しかし、特許制度があれば、その技術が無断で使用した者がいれば、差し止めや損害賠償を請求できるから、特許をとり、進んで技術を社会に公開する。

技術の公開は、次のような社会的メリットがある。

技術の公開の社会的メリットの一つ目は、情報の非対称性のため技術取引は難しく、特許権のような公開はライ



センスを促進する効果があることであり、社会的メリットの二つ目は、公開された技術を使って新たな研究開発をすることが可能になることであり、社会的メリットの三つ目は、技術が公開されれば、他の企業は全く同じ内容の技術を続ける必要がなくなるという意味での重複が行われなくなることである。

なお、特許権は、迂回・重複投資を避けるための制度であるが、特許権を得るための競争で重複投資や過剰な投資を招くことも考えられる。特許権をめぐる複数の企業が研究開発投資を行い、最初に、一社が発明に関する特許を得たとする。そうすると、この社会的便益をもたらすのに必要な投資はそもそも一社だけが行えば足りたのであり、敗者たちの研究開発投資は無駄である。また、複数の企業が研究開発投資を行う場合、特許をめざして競争相手がいないうちに比べて過剰に投資を行うという意で過剰投資を行う。この二つは特許が過剰投資をもたらす要因である。このような重複投資や過剰投資は知的財産によって研究開発を促進するために止むを得ない費用である。

### 三 企業による取引費用の低下と組織費用の増大

コースは、次のように企業の存在意義も明らかにした。<sup>(83)</sup>

企業が財産権を所有する場合を考えよう。

財産権が取引費用を軽減する場合を考え、企業が財産権を所有するときを考えると、企業の規模が大きくなるにつれて完備契約がつかれない（又はつくれても大きな取引費用がかかる）場合の取引費用は低下するが組織費用は増加する（規模の不経済）から、両者を合計したコストが最小になるように企業の最適規模が決まる。完備契約による取引がうまく機能し取引費用が小さいときは、取引費用を軽減する必要がないから、企業の存在理由はない。

企業が財産権を所有する場合、完備契約がつかれない（又はつくれても大きな取引費用がかかる）ことによる取

引費用を低下させる代表的事例として、アンチコモنزの解決とホールドアップの解決についてみてみよう。これは企業の存在意義と考えることができる。

補完性が高い資産を用いて生産する場合、完備契約がつかれないため、契約による取引ではうまくいかず、調整（コーダイネーション）の失敗が生じ、アンチコモنزやホールドアップが生ずることがある。この場合、補完資産の全部を一人の主体が所有すれば、これを解決する。

前述したように、所有権は、関係特殊投資が行われた場合のホールドアップ問題を解決する。この場合、前述したようにホールドアップ問題を避け、関係特殊投資を行うインセンティブを確保するため、関係特殊投資がより重要度が高い主体に、補完資産の全部の所有権（残余コントロール権と残余請求権）を与えるのが望ましい。これを企業に応用すると、次のようになる。

取引当事者の人的資産に対する関係特殊投資の相対的重要度が高くなるほど、又は、物的資産に対する取引当事者の必要不可欠性が高くなるほど、この取引当事者に補完資産の全部の所有権を持たせる必要がある<sup>(84)</sup>。それは、この取引当事者はホールドアップに合う可能性が高いかである。

前者の人的資産についてみてみよう。

情報は取引しづらい。情報（知識）が人的資本に一体化され、知識が譲渡不能であれば、ホールドアップを避けるため知識を有する主体が他の補完資産を所有して生産を行うこととなる（企業の統合化）。しかし、知識が譲渡可能なら、資産は独立となり、ホールドアップを生ずることがなくなり、大企業よりもベンチャー企業の方が高い生産性を上げることができ、企業の脱統合化が進む。例えば、モジュール化による方法で、米国で開発されたソフトウェアを、アジアでコンピュータに組み込むというような方法である。

次に、物的資産についてみてみよう。

必要不可欠な物的資産を所有する者はホールドアップに合う可能性が高く、関係特殊的投资を行わせるには、この者に、補完資産まで含めて全部の所有権を持たせるのが適当である。この場合も、物的資産の必要不可欠性が下れば、資産の補完性が下って資産の独立性が高まり、ホールドアップを生ずることがなくなり、脱統合化が進む。例えば、標準化を行い、資産の補完性を減少し、市場取引ができるようにすることも、企業の脱統合化が進む。パソコンのハードとソフトについてみると、インターフェイスが標準化され、パソコンのハードとソフトは独立となり、統合企業よりも、ベンチャー企業の方が高い生産性を上げることとなった。

独立性が強い資産は別の企業が所有する方が、組織費用を低下させ、効率的となる。

#### 四 ジョイント・ベンチャーの取引費用低下の工夫

補完資産を組み合わせて生産・供給を行うときに、ホールドアップやアンチコモنزのように完備契約がつかれないことによる調整の失敗が生ずる場合、補完資産をすべて一つの主体（企業）が所有して生産を行う方法は、組織費用が上がる。これを避けるため、ある程度は、完備契約がつかれない（又は大きな取引費用がかかる）ことによる調整の失敗による取引費用が生ずるとしても、統合度の低いジョイント・ベンチャーの方法がとられることがある。

補完資産を組み合わせて生産・供給を行う場合、ホールドアップやアンチコモنزのように、完備契約がつかれないために生ずる場合の調整（コーディネーション）の失敗の取引費用を減らす方法として、工夫をして、ジョイントベンチャーの形がとられる例をみてみよう。

例えば、垂直的關係についてみてみよう。

このとき、関係特殊的投资をした後のホールドアップを避けるため、垂直的統合をすることが考えられる。しかし、組織費用の拡大を避けるため、双方が人質を入れて暗黙の契約による継続的取引を行うことも考えられる。この場合、優越的地位の濫用規制で的確に暗黙の契約違反を規制できれば、その分有効な継続的取引を行うことができ、組織費用の大きい企業の形を避けることができる。

また、ライセンス契約についてみると、グラントバック条項は、累積的又は集積型技術革新の補完性のコーデイネーション能力を高め、ホールドアップやアンチコモنزを緩和し、また、クロスライセンスやパテントプールは、集積型技術の補完性のコーデイネーション能力を高め、アンチコモنزを緩和する。累積的技術は、ある技術か次の技術開発に利用されるような技術であり、集積型の技術は、多くの技術をまとめて使わなければ、製品化ができないような技術である。上の条項は、独占禁止法の規制の際、正当化事由となる。独占禁止法の規制で、正当化事由を的確に判断できれば、ライセンス契約を有効に行うことができ組織費用の大きい企業の形をとらずに済むようになる。

ジョイントベンチャーは、契約や暗黙の契約で行われるから、契約の不完備性が大きくなれば（又は完備契約がつくれても大きな取引費用がかかれば）取引費用が大きくなり所有権の分断の非効率が大きくなる。これと、企業の組織費用が比較され、組織費用の方が低ければ一つの企業で生産や供給が行われ、取引費用の方が低ければジョイント・ベンチャーの方法がとられる。

## 五 累積的技術と完備契約

累積的技術革新に内在する補完性についてみてみよう。

グリーンとスコッチマーは累積的技術革新では、特許範囲を広く画定した上で、開発者間のコーディネーションを保証するような事前ライセンス契約を独占禁止法違反としないことが必要であると主張した<sup>(85)</sup>。

技術革新を一つ考えるのであれば、特許保護範囲の拡大は、その技術革新から期待される私的収益を増大させるから、研究開発インセンティブを高める。したがって、競争政策としては、研究開発の促進と市場力の弊害の比較衡量を考えればよい。

しかし、累積的技術革新を考え、それが、複数の企業によって行われる場合には、異なる。累積的技術革新であつても、それを単一の企業が行う場合は、技術革新を一つ考えるのと同様に考えればよい。この場合には、複数の技術革新から成る巨大な技術革新を一つの企業が行っていると考えればよい。その場合は、組織費用が大きくなる。これに対して、累積的な技術革新を複数の企業が行う場合には、組織費用は低くなるけれど、次のような所有権の分断によるコーディネーションの失敗のコストが生ずる。

まず、先行技術Aの開発は企業1が行い、改良技術Bの開発は企業2が行う場合を考えよう。

企業に技術開発への効率的な誘因を与えるためには、企業に限界コストを負担させ、また、企業が社会的な限界利益を受けとる必要がある。これによって技術開発の社会的な利益を企業が内部化できる。そうすると、基礎技術Aを開発した企業1はその技術からの社会的利益だけでなく、基礎技術Aから派生した改良技術Bからの社会的利益も回収できる必要がある。

完備契約がつくれず契約によるコーディネーションが十分でないと、次のような所有権の分断による非効率が生

ずる。

特許権の保護範囲が狭いと、企業2は改良技術開発への効率的なインセンティブを持つが、企業1の方は、発明Aから派生して発明Bが得られていることに対して全く報酬を受けとることができない。加えて、企業1と企業2との競争が生ずることによって発明Aからの本来の社会的利益も受けとることができない。したがって、先行発明への誘引は効率的な水準より低くなる。先行発明が行われないと後接発明も行われず、特許権の保護範囲が狭いと累積的な技術革新も阻害する。

これを、企業1が改良技術Bを開発する企業2との契約で改善しようとしても、契約の不完備性のため、企業1は基礎技術Aを開発した後ホールドアップに会う。

このホールドアップを防ぐには、基礎技術の特許権の保護範囲を広く設定すればよい。しかしながら、基礎技術の特許権の保護範囲を広く設定すると、企業2が、次のようなホールドアップに合う可能性がある。

完備契約がつかれずコーデイネーションがうまくできないとしよう。

例えば企業2が改良技術の開発後に企業1から基礎技術の事後的ライセンスしか受けられないとすると、ホールドアップによって改良技術の開発インセンティブが損われる。後続の企業2が研究開発Bをする前に、企業1との十分なライセンス契約を結ぶことができなければ、企業2は企業1にライセンス交渉する時点では、企業2の研究開発投資はサンクコストになっていいるから、ホールドアップを生じ、企業2の研究開発投資を阻害する。ホールドアップが生ずると、企業2は改良技術のコストを全て負担しているにもかかわらず、収入は企業1と折半する。

したがって、開発者間の契約によるコーデイネーションがうまくできなければ、基礎技術の特許権の範囲を広く画定することは、後の技術革新を阻害する。

次に、完備契約がつくれ事前の契約によるコーディネーションが十分できる場合を考えよう。

企業1と企業2の事前の契約によるコーディネーションが十分できれば、企業1と企業2は一つの企業のようになり、所有権の分断によるホルドアップの非効率を改善する。事前の契約によるコーディネーションが十分できれば、特許の保護範囲が広げれば、企業2が企業1の研究開発投資からのスピルオーバーによる利益を得る余地を減らすので、企業1の研究開発からの利益は高まるし、また、企業2が改良技術を開発する前に事前のライセンス契約を結びホルドアップを防ぐことができ、結局、研究開発からの追加的収入が追加的研究開発コストを上回る全ての研究開発が実施され、基礎技術も改良技術も最適な投資が行われる。

## 六 ジョイント・ベンチャーの規制

水平的な関係の場合についてみてみよう。

事前ライセンス契約は完備契約がつくれないことを前提にして考えよう。

事前ライセンス契約には契約の不完備性がある。それは将来の情報欠如や情報の非対称性のような情報の不完備性による。契約の不完備性を前提にすると、次のことがいえる。

知的財産権の保護範囲（広さと長さ）を大きくすることは、外部性を内部化し、後続する技術革新も基本技術の所有者が行うこととなる。これは後続する技術革新による利益も基本技術所有者が獲得するから、基本技術開発のインセンティブを高める。しかし、これは、後続する技術開発も基本技術所有者だけが行うこととなり、組織費用が大きくなり、累積的な技術開発の多様性を損う。後続開発は多くの者が参加した方が活発に行われるだろう。

しかし、先行発明の権利の範囲を小さくすると、改良研究開発と比較してリスクの大きい独創的な基礎研究開発

である先行発明のインセンティブを阻害する。

累積的な技術開発が行われる場合、事前の契約によるコーデイネーションを十分行うことができなければ、特許の保護範囲を広くし、先行特許の発明者に十分な誘引を与えようとする、後続の発明者のインセンティブを阻害し、また、特許の保護範囲を狭くして、後続の発明者のインセンティブを高めようすると、先行発明者のインセンティブを阻害するというトレードオフ関係が存在する。これは所有権の分断による非効率である。すべての企業の技術革新を促進するように知的財産権を設定することはできない。

応用の大きい独創的な基礎研究開発の保護のため、及び知的財産権の保護範囲が狭いと企業は知的財産権による開示を選択せず企業秘密を選択する可能性が高くなることのため、知的財産権の保護範囲はある程度広げざるを得ないだろう。

近年、このような観点から、知的財産権が拡大されている。しかし、これは、後続の研究開発を阻害したり、生産段階のアンチコモنزやホールドアップを生じやすくし、また、独占・寡占を生みやすくする。

したがって知的財産権を拡大すれば、ライセンス契約に対する独占禁止法の適用は、①競争制限効果の大きい行為に対して独占禁止法の規制を厳格に行う必要性が増加するとともに、②ライセンス契約で、ホールドアップやアンチコモنزの解決を図る等補完関係の外部性を内部化し効率性を向上させる正当化事由のある条項は、競争制限効果が大きくなければ違反としないことが重要である。②が適切に行われないと、ジョイント・ベンチャーの形をとることができず、組織費用の大きい企業の形態がとられることもある。

この二つの観点から、ライセンスというジョイント・ベンチャーに対する独占禁止法の適用が適切に行われれば、社会的にみて、ジョイント・ベンチャーのコーデイネーション能力を増大させ、所有権の分断の非効率を改善する。



知的財産の競争政策に関する知的財産法と独占禁止法の補完性から考えると、上の二つのことに関して、ライセンス契約について、独占禁止法で産業や業界の状況に合った適切な規制をすることができれば、その分安心して知的財産権の保護範囲を広げることができる。ライセンス契約について、独占禁止法で適切な規制ができなければ、知的財産権の保護範囲を拡大することは、知的創作物の競争政策上危険となる。

知的財産権は、取引の安全のため画一的な規制しかできない。しかし、独占禁止法は、資産を組み合わせるジョイント・ベンチャーの契約や暗黙の契約について、産業の状況に応じた柔軟な規制をすることができ、これは、社会的にみた場合の所有権の分断の非効率を緩和する。

近年、知的財産権の保護範囲を広げており、市場力を生じやすく独占禁止法の問題を生じやすくなっており、独占禁止法による上手な規制が期待され、知的財産法による知的財産権の画定と、独占禁止法の取引に対する規制による調整との最適な組み合わせを模索する必要がある。

第四章と第六章で、①ライセンス契約等で競争を制限する効果が強い場合に厳格に規制する、②コストを引き下げ効率性を向上させる正当化事由の強い条項は競争制限効果が大きくなければ違反にしないという二つの観点から、独占禁止法の規制はどのようなようにすればよいかを、水平的関係の場合について検討した。②の場合、コーディネーションを行うためのライセンス条項を独占禁止法で違反とすると、これを回避するため、技術の集積や企業結合が行われることもある。これは組織費用を増大させる。

ジョイント・ベンチャーの取引コストが高い場合、技術の集積や企業結合が、製品化段階での技術のアンチコモングスやホールドアップを避けるために行われることもある。この場合も、技術が代替的關係が強いか補完的關係が強いかを区別し、①競争制限効果が強い場合は厳格に規制する。②コストを引き下げ正当化事由の強い場合は競争

制限効果が大きくなければ違反にしないという二つの観点からの規制が必要である。

なお、幅広く使われる上流の技術開発（基礎研究）は、公的資金によって研究され、公知のものとして自由に（タダで）使えるようにした方がよい。したがって、知的財産権を広げることについては、従来であれば特許の対象とならなかったような大学等における基礎研究分野の成果が、公知となくなるマイナスも考慮する必要がある。

以上は、水平的関係の場合の説明である。垂直的關係の場合は、第二章と第三章で説明した。このように、水平的関係でも垂直的關係でも、知的創作物の競争政策については、知的財産法による事前の知的財産権の画定と、独占禁止法の取引に対する事後的な規制による調整との最適な組み合わせを模索する必要がある。

(1) 白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、一九九四年）二〇頁、同「データベース保護と競争政策（下）」公正取引五六三号六四、六六頁（一九九七年）、同「知的財産法と独占禁止法」の構造」相澤英孝ほか編著『知的財産法の理論と現代的課題—中山信弘先生還暦記念論文集』（弘文堂、二〇〇五）四九六頁以下。

(2) 旧権利範囲説は、ライセンス規制について、二二条の知的財産権の行使は、侵害訴訟の提起によって担保されるような行為であり、ライセンス契約において、地域制限、分野制限、ライセンス期間の制限、数量制限等が含まれ、これらは二二条によって適用除外され、再販売価格を拘束する行為等は、侵害訴訟によって担保されていないから、適用除外されないとする。紋谷暢男「特許権、ノウ・ハウと独占禁止政策」経済法学会編『独占禁止法講座Ⅱ—独占—』（商事法務研究会、一九七六年）二九三、三〇八—三〇九頁。

(3) 根岸説は、知的財産法による権利の行使と認められる行為とは、その行為に従わないことが知的財産権の侵害を構成することになる当該行為を意味し、そのような行為は不当な模倣・ただ乗りであって不公正な競争手段として禁止されるもので、独占法上も否定的な評価を受けるべきものであるから、同条は解釈上当然に認められることを確認するも

のに過ぎないと解する。ただし、権利の行使という形式をとっていても、実質的に不当な模倣・ただ乗りを阻止するという知的財産権法の趣旨を逸脱する行為は、権利の濫用であり正当な権利の行使とはいえず、独禁法の適用除外の対象から外れるとする。根岸哲「知的財産権法と独占禁止法―独占禁止法二三条論―」、同『独占禁止法の基本問題』(有斐閣、一九九〇年)一八五頁(初出は、経済経営研究三八号三六七頁(一九八九年))、同「知的財産法と独占禁止法」(経済法学会年報一〇号二二頁(一九八九年))、同「知的財産権法と独占禁止法」(日本工業所有権法学会年報一五号六五頁(一九九一年))、同『競争法』としての民法、知的財産法、独占禁止法」(法曹時報五六卷一号(二〇〇四))。

(4) 稗貫説は、知的財産権法と独禁法は制定法秩序のなかで共存しているのであり、二一条は不正競争の排除を「権利の行使と認められる行為」として、その行為に独禁法が適用されないことを確認する規定であると解する。ただし、専ら競争の抑圧の意図、目的を持って行われる場合には、本来的な権利の行使は不正競争の排除という目的を逸脱し、「権利の行使と認められ」れない行為として独禁法の規制対象となつとする。稗貫俊文「独禁法二三条再論」『知的財産権と独占禁止法』(有斐閣一九九三年)四三、四八―五〇頁(初出は、金沢法学二二巻二号一頁(一九八九年))、同「知的財産権と独占禁止法」(金井貴嗣・川瀆昇・泉水文雄編著『独占禁止法第二版』第八章(弘文堂、二〇〇六))。

(5) 特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法の指針(平成一一・七・三〇公取委)、知的財産の利用に関する独占禁止法の指針(原案平成一七年四月)。ただし、ガイドラインでは、根岸説のような特別法・一般法の説明は採用されていない。

(6) 正田説は、知的財産権は所有権と同じく競争秩序を形成する前提であつて、二一条は、所有権の行使が所有権が物についての独占権であるからといって独禁法違反とされないのと同様に、知的財産権法による権利の行使が、それが排他的・独占的であること自体を理由として独禁法違反とはされないという当然のことを定めた不必要な規定であると主張する。知的財産権の独占と独禁法における独占とは全く内容を異にするのであるが、同条は、両者の独占を混同する伝統的な捉え方に配慮して、両者が別次元の問題であることを示す確認的な規定であるにすぎないと解する。正田彬

『全訂独占禁止法Ⅱ』(日本評論社、一九八一年)二二四―二二五頁、同「知的財産権と独占禁止法」経済法学会年報一〇号一頁(一九八九年)、同『経済法講義』(日本評論社、一九九九年)二四九頁以下。

(7) 渋谷説は、企業が自家開発の発明に基づく特許権を行使することは特許制度の存在自体に由来するものであり、また自社の研究開発活動を通じて形成された市場支配的状态は「押し付けられた独占」というべきであるから、独禁法上問題とすべきではなく、二二条の意義は、この当然の事理を確信的に規定したところにあると解し、特許ライセンス契約には同条は適用されず、制限条項のライセンス意欲促進効果と競争制限効果の比較衡量によって許否が決められるとする。渋谷達紀「工業所有権と取引制限」丹宗暁信Ⅱ厚谷襄児編『時代経済法入門』二二五頁以下(法律文化社、一九八一年)、同「工業所有権と独占禁止法」現代経済法講座7『新技術開発と法』(三省堂、一九九三年)五九頁、同「特許法と独占禁止法」正田彬教授還暦記念『国際化時代の独占禁止法の課題』(日本評論社、一九九三年)五七七頁。

(8) CSU, L.L.C. v. Xerox Corp., 203 F. 3d 1322 (Fed. Cir. 2000).

(9) Image Tech. Servs. v. Eastman Kodak Co., 125 F. 3d 1195 (9th Cir. 1997).

(10) Intel Corp., FTC Dkt. No. 9288 (June 8, 1999) <<http://www.ftc.gov/os/1999/9903/d09288intelagreement.htm>>.

(11) Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Co., 472 U.S. 585 (1985).

(12) Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, 504 U.S. 451 (1992).

(13) RTE and Independent Television Publications Ltd. v. Commission of the European Communities [Magill], joined cases C-241, 242/91P, 1995, 4, 6.

(14) 白石忠志「独禁法講義」三版、(有斐閣、二〇〇五年)。

(15) 拙稿「独占禁止法の体系と一定の取引分野における競争の実質的制限」駿河台法学一七卷二号(二〇〇四年)。

(16) 泉田成美、石垣浩晶、木村友二、五十嵐俊子「商品差別化と合併の経済分析」(競争政策研究センター共同研究、二〇〇六年一〇月)。

- (17) Gilbert, R., and C. Shapiro. 1990. Optimal Patent Protection and Breadth. *RAND Journal of Economics*, vol. 21: 106-112.
- (18) 中泉拓也「権利保護期間の最適化」林紘一郎編『著作権の法と経済学』第四章(勁草書房、二〇〇四年)。
- (19) 拙稿「垂直的制限について(1)」(香川法学一七巻一号平成九年六月二〇日)、「垂直的制限について(2)」香川法学一七巻四号(平成一〇年三月二〇日)、「垂直的制限について(3)」香川法学一八巻一号(平成一〇年六月二〇日)。
- (20) 東京高判平成一七年四月二七日審決集五二・七八九。
- (21) 東京高判平成一七年五月三十一日審決集五二・八一八。
- (22) 東京高決昭三二・三・一八審決集八・八。
- (23) 最判平成九年七月一日判時一六一二・一六〇「BBS事件」。
- (24) 知財高判一八・一・三一知財高裁判時一九二二・三〇。
- (25) 最判平成一四・四・二五裁時一三一四・二。
- (26) 昭和四五・二・二七判時六二五・七五。
- (27) ビデオソフトに係る一〇一匹ワンチャン事件Ⅱ東京地判平成六・七・一判時一五〇一・七九。その後、映画の著作物のうちゲームソフト(最判平成一四・四・二五判時一三一四・二)とビデオソフト(東京地判平成一四・一・三一判時一七九一・一四二)については、国内で一旦適法に公衆に譲渡されると頒布権は消尽するものと解されるに至っているが、外国で適法に公衆に譲渡された場合に頒布権は消尽することになるか否かについて明示的に判示した判決はまだない。
- (28) 拙稿「不当な廉売、差別対価、抱き合わせ販売の公正競争阻害性について1、2、3」公正取引五一九号(一九九四年一月)、五二〇号(一九九四年二月)、五二三号(一九九四年四月)。
- (29) 平成一四年九月三〇日公取委報道発表資料。

- (30) 勧告審決平成一六・一〇・一三審決集五一・五一八。
- (31) 勧告審決昭五七・五・二八審決集二九・一三。
- (32) 勧告審決昭五七・五・二八審決集二九・一八。
- (33) 排除措置命令平成一八・五・一六審決集未登載。
- (34) 審判審決平成一九・三・二六審決集未登載。
- (35) 最判平成元・一二・一四民集四三・一二・二〇七八。
- (36) 東京地判平成一八・一・一九決集五二・九三四。
- (37) 東京高決昭和五〇・四・三〇高民二八・二・一七四。
- (38) 大阪高判平成五・七・三〇判時一四七九・二二。
- (39) 勧告審決平成一四・七・二六審決集四九・一六八。
- (40) 勧告審決平成一六・四・一二審決集五一・四〇一。
- (41) Oi, W.Y., "Disneyland Dilemma: Two Part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly," *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 85, pp. 77-90, 1971. 丸山雅祥・成生達彦「現代のマイクロ経済学—情報とゲームの応用マイクロ」第四章(創文社、一九九七年)。WARD S. BOWMAN, JR., PATENT AND ANTITRUST-A LEGAL AND ECONOMIC APPRAISAL (University of Chicago Press, 1973).
- (42) *International Business Machines Corp. v. United States*, 298 U.S. 131 (1936).
- (43) 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(平成一一・七・三〇公取委)。知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(原案平成一七年四月公取委)。
- (44) 控訴裁判所は、医薬品製造業者Schering-Plough社が、ゾロ医薬品製造業者二社に対し一定の対価を支払う見返りに市場参入の延期を取り付けた特許侵害訴訟の和解協定を違法としたFTC最終決定を取り消した。最高裁は、FTCか

らの上告受理申立を不採用とした。

Schering-Plough Corp. et al. v. Federal Trade Commission, No. 04-10688, 2005 WL 528439 (11th Cir. Mar. 8, 2005);  
11th Cir. Vacates FTC Antitrust Ruling on Schering-Plough Patent, 12 No. 12 ANDREWS ANTITRUST LITIG.  
REP. 13 (Mar. 30, 2005). <http://www.ftc.gov/os/adipro/d9297/index.htm>.

- (45) 日本かいわれ協会に対する警告公取委平成六年二月一七日警告 (平成六年公取委年次報告)。
- (46) 審判審決平成五・九・一〇審決集四〇・三。
- (47) メトクロプラミド製造業者に対する警告 (昭和五七年度公取委年次報告一六一二〇頁)。
- (48) 長岡貞男、平尾由紀子「産業組織の経済学—基礎と応用」一章 (日本評論社、一九九八年)。
- (49) 長岡貞男、和久井理子、伊藤隆史「マルチパーティ・ライセンスと競争政策」(公正取引委員会競争政策研究センター、二〇〇六年二月)。
- (50) 堀江明子「技術ライセンス契約における改良技術の取り扱いにかんする分析(上)(下)」(経済論集一九巻、一一二号 (東洋大学経済研究会、一九九三年、一九九四年))。
- (51) (49) と同じ。
- (52) 米国、司法省・連邦取引委員会「知的財産のライセンスに関する反トラストガイドライン」(一九九五年)、『Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 6, 1995. E.O. 欧州委員会「技術移転契約に関する八一条適用ガイドライン」(二〇〇四年)、『Commission Notice—Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements Official Journal C 101, 27. 04. 2004, pages 2-42.』
- (53) 勧告審決平成九・八・六審決集四四・二三八。
- (54) 平成一八・六・五審判審決審決集未登載。

- (55) Microsoft Corp. v. United States. D.C. Cir (2001. 6. 28).
- (56) Whinston, M. (1990) "Tying, Foreclosure, and Exclusion", *American Economic Review*, 80-4: 837-859.
- (57) Nalebuff, B. (2001) "Bundling: GE-Honeywell" in *The Antitrust Revolution: Economics, Competition and Policy* 4th Ed. 388-412.
- (58) General Electric/Honeywell, Case No. COMP/M. 2220 (3 July 2001).
- (59) United States. v. Microsoft, 56 56 F. 3d 1448 (D.C. Cir 1995).
- (60) 平成一七年四月一三日勧告審決審決集五二・三四一。この事件の解説として、平林英勝「最近の競争排除型私的独占事件審決の検討―競争の保護と能率競争の範囲」判例タイムズNo. 1208 (二〇〇六年七月一日)。
- (61) 勧告審決平成八・五・八審決集四三・二〇九。
- (62) 勧告審決平成一〇・三・三一審決集四四・三六二。
- (63) 同意審決平成一二・二・二八審決集四六・一四四。
- (64) 正式審決平成七・七・一〇審決集四二・三三。
- (65) 拙稿「優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用」駿河台法学一五巻二号(平成一四年三月一六日)。
- (66) International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947).
- (67) United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (1945).
- (68) 審判開始決定平成一六・九・一審決集五一・六二二
- (69) FTC, Intel Corporation: Analysis to Aid Public Comment, Federal Register: March 24, 1999 (Volume 64, Number 56).
- (70) United States v. Pilkingtonplc, 1994-2 Trade Cas. (CCH) 70, 842 (D. Ariz. 1994) (consent decree).
- (71) 勧告審決平成一四年・一二・四審決集四九・二四三。



- (72) 東京高判平成五・一二・一四高刑四六・三・三三二。
- (73) 東京高判昭和三二・一二・二五高民一〇・一二・七四三。
- (74) 「国際的技術導入契約に関する認定基準」(昭四三年五月二四日公正取引委員会)。
- (75) 昭和五六年一〇月二六日審判打切決定審決集二八・七九。
- (76) 拙稿「優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用」駿河台大学一五巻二号(平成一四年三月一六日)、「優越的地位の濫用と取引上の地位の不当利用について」公正取引六二六号(平成一四年一二月号)。
- (77) In re Dell Computer Corp. No. 931-0097 (F.T.C. 1996).
- (78) Coase, R., "The problem of social cost," *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1-44.
- (79) North, D., *Structure and Change in Economic History*, New York: W.W. Norton & Company (1981), Chapter 7, 72-89.
- (80) Heller, M.A. and Eisenberg, R.S. (1998), "Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research," 280 *Science* 698.
- (81) Alchian, A.A., and H. Demsetz, "Production, information costs, and economic organization," *American Economic Review* 62 (1972), 777-795.
- (82) Klein, B., R.G. Crawford, and A.A. Alchian, "Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process," *Journal of Law and Economics* 21 (1978), 297-326.
- (83) Coase, R., "The nature of the firm," *Economica* 4, (1937), 386-405.
- (84) Grossman, S.J., and O.D. Hart, "The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration," *Journal of Political Economy* 94 (1986), 694-719. Hart, O., *Firms, Contracts and Financial Structure*, Oxford: Clarendon Press (1995), Hart, O.D., and J. Moore, "Property rights and the nature of the firm," *Journal of Political Economy*

98 (1990), 1119-1158.

(58) Green, J.R. and S. Scotchmer [1995] "On the Division of Profit in Sequential Innovation," *Rand Journal of Economics*, Vol. 26, pp. 20-33.