

独禁法と商標ライセンス

弁護士 林 いづみ

目次

1. 独占禁止法 21 条の解釈
 - (1) はじめに
 - (2) 独禁法 21 条の解釈
2. 独禁法上の指針の商標ライセンスへの適用
 - (1) 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針
 - (2) 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針
3. 「権利の行使と認められる行為」の範囲（知的財産に関する独禁法上の正当化理由）
 - (1) 知的財産権の行使
 - (2) ノウハウ保護目的の類似品の製造禁止
 - (3) 営業秘密保護目的の競争禁止義務
 - (4) 開拓者利潤追求目的の排他条件付き取引
 - (5) 負担の公平目的の差別価格
 - (6) 投資インセンティブ保護目的の肖像権等の使用独占
 - (7) 共同研究契約成果への貢献度に応じたライセンス料
 - (8) 共同研究契約成果資材の最恵供給条件
 - (9) ノウハウ保護等の目的の製造装置使用義務
 - (10) 効率性向上目的のパテントプール等
 - (11) 商標の信用・ブランドイメージ維持目的
4. ライセンシーの販売先の制限
 - (1) 日本：価格維持効果がある場合は不公正な取引方法（流通・取引慣行に関する指針）
 - (2) 欧州：受動的越境販売制限に対する規制強化
 - (3) 米国：Rule of Reason による規律
5. 販売価格の制限・再販売価格維持（安売り広告の禁止）
6. 優越的地位の濫用（商標権取得等による競争事業者の排除）
 - (1) 優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方
（平成 22 年 11 月 30 日公正取引委員会改正 平成 29 年 6 月 16 日）
 - (2) 広告宣伝費の一部負担
7. 抱き合わせ・拘束条件付き取引（「13 農業協同組合による商標権の行使」）
8. 小括
 - (1) 競争の観点からの「権利の行使と認められる行為」の範囲
 - (2) 独禁法の観点自体では問題にならない条項・慣行に対する履行の制限
 - (3) 商標権解釈理論に内在する競争法的観点
 - (4) 権利濫用論

1. 独占禁止法 21 条の解釈

(1) はじめに

本稿は、中央知財研究所において筆者が研究発表を担当した、独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和 22 年法律第 54 号。以下「独禁法」）と商標ライセンスの関係について、筆者の試行錯誤的な検討結果をまとめたものである。知的財産権法の中でも、特許権やノウハウについては、特に

標準必須特許の権利行使に関連して、独禁法の観点からの広範な研究成果が既に公表されている。著作権法についても、JASRAC 事件を始めとして、メガプラットフォームによる独占、優越的地位の濫用への対応が喫緊の課題となっている。これに対して、独禁法の観点から商標ライセンスを主テーマとする研究論文は、乏しい管見の限りではあるが、見当たらないように思われる。それが「なぜなのか」という点にも興味を覚えた。

本稿の1～3項は、独禁法21条の知的財産の権利行使と認められるための「正当化理由」についての総論であり、4～7項は、商標ライセンスを中心として独禁法上の正当化理由が認められない場合（知的財産の権利の行使と認められない行為）について整理したものである。本稿の結論は「8. 小括」であり、その前までの記述は、筆者が集めた資料の要約と私見なので、適宜、読み飛ばして頂きたい。

(2) 独禁法21条の解釈

検討にあたり、知的財産法による権利行使について独禁法の適用除外を定める独禁法21条（平成12年改正前23条）の解釈について、簡単に整理する。

独禁法21条は、「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為」を、独禁法の適用除外とする旨を定めている。同条の解釈について、公正取引委員会は、「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」（以下、本稿において「特許ノウハウ指針」という。）第2-2⁽¹⁾以来、統一した見解を示している（以下、「公取見解」という。）。同条解釈に関する学説は多岐にわたるが、公取見解と大きく異ならないといわれている（白石忠志『『知的財産法と独占禁止法』の構造』中山信弘先生還暦記念論文集『知的財産法の理論と現代的課題』496-510頁（弘文堂・平成17年）以下「前掲白石論文」という。）、白石忠志「独占禁止法」332-335頁（有斐閣・平成18年）以下、「前掲白石」という。）。

すなわち、公取見解によれば、形式的には、各知的財産法による「権利の行使」とみられるような行為であっても、当該各事案において、それが発明を奨励すること等を目的とする技術保護制度の趣旨を逸脱し、または同制度の目的に反すると認められる例外的な場合には、当該行為は権利の行使と認められる行為とは評価されない。そのような例外的行為としては、①権利の行使に藉口した反競争的行為と、②行為の目的・態様や問題となっている行為の市場における競争秩序に与える影響の大きさを勘案したうえで例外に当たる行為、とが挙げられている。なお、独禁法21条は確認規定であるから、例示列举にしても限定列举にしても、同条に掲げられていない知的財産法も同じ考え方により、適用除外の対象になることに変わりはない。

ちなみに、現代では、インターネットでつながりAIで解析するデジタル社会が進み、国際的に取引市場のダイナミックな構造変化が続いている。わが国も、こうしたデジタル社会に対応するため2019年秋、内閣官房に「デジタル市場競争会議」が創設され、「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」⁽²⁾及び「改正個人情報保護法」⁽³⁾が成立し（第201回通常国会）、個人情報取得・利用や寡占化に対する懸念が広がっているデジタル広告市場の競争状況の評価が開始されている。また、公正取引委員会は、2019年12月17日付け「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」及び「企業結合審査の手法に関する対応方針」の改定⁽⁴⁾及び令和元年12月17日付け「デジタル・プラットフォーム事業者と個人

(1) 公正取引委員会「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11年7月30日）第2-2。平成19年9月28日付け（平成28年1月21日改正）で公正取引委員会は「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を発表しており、第2の1で、21条についての、同じ解釈を踏襲している。なお、平成19年指針は冒頭において「一般に知的財産とは、技術に関するものに限られないが、本指針では、知的財産のうち技術に関するもののみを対象としている。」と注記している。

(2) http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g20109023.htm
衆議院修正案 http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/syuuseian/5_57BE.htm 令和2年5月27日成立・6月3日公布

(3) http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g20109048.htm 令和2年6月5日成立

(4) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/dec/191217_kiketu.html

情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方⁽⁵⁾を公表したり⁽⁶⁾、「消費者向け e コマースの取引実態に関する調査について」(平成 31 年 1 月 29 日)を公表して、上記会議の WG における検討を進めている⁽⁷⁾。

2. 独禁法上の指針の商標ライセンスへの適用

(1) 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針

公取委が、平成 11 年 7 月に公表した特許ノウハウ指針⁽⁸⁾は、基本的には特許・ノウハウのライセンス契約に適用されるものであって、特許又はノウハウ以外の知的財産権については、同指針の考え方がそのまま適用されるものではないとしながらも、「その権利の性格に即して可能な範囲内で」同指針の考え方が準用されるとしている。また、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成 19 年 9 月 28 日公正取引委員会、改正：平成 22 年 1 月 1 日、改正：平成 28 年 1 月 21 日。以下、「知財指針」という。)は、第 1「2 本指針の適用対象」において「本指針は、知的財産のうち技術に関するものを対象とし、技術の利用に係る制限行為に対する独占禁止法の適用に関する考え方を包括的に明らかにするもの」であり、「本指針の策定に伴い、「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 11 年 7 月 30 日公表)は、廃止する。」とされた⁽⁹⁾。この知財指針・第 2-1 によれば、上記の独禁法 21 条に関する公取解釈のとおり、そもそも権利の行使とはみられない行為や、外形上、権利の行使とみられる行為であっても行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、知的財産制度の趣旨を逸脱し又は同制度の目的に反すると認められる場合には、独禁法が適用されるという。

よって、本稿では、商標権についても「その権利の性格に即して可能な範囲内で」、これらの知的財産の利用に関する独禁法上の指針の考え方が適用できるものとする。

なお、米国においても 1995 年以来、FTC (Federal Trade Commission) と DOJ (Department of Justice) が公表している IP ライセンスガイドライン (最新は 2017 年改訂 “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”) は、商標権を対象としていないが、他の知財権に適用されるのと同じ一般的な競争法上の原則が商標権についても適用されるものと解されている。その理由について “Although the same general antitrust principles that apply to other forms of intellectual property apply to trademarks as well, these Guidelines deal with technology transfer and innovation-related issues that typically arise with respect to patents, copyrights, trade secrets, and know-how agreements, rather than with product-differentiation issues that typically arise with respect to trademarks.” と説明されている⁽¹⁰⁾。

(2) 流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針

商標ライセンスも取引の一環として行われるものであるから、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」⁽¹¹⁾への対応も、当然、必要となる。なお、同指針が創設された 1990 年代当時、我が国の流通段階の

(5) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/dec/191217_dpfgl.html

(6) https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/dec/191217_kiketu.html

(7) デジタル市場競争会議ワーキンググループ令和 2 年 4 月 28 日資料 2-2 公正取引委員会「デジタル広告の取引実態に関する中間報告書」https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/kyosokaigi_wg/dai12/siryou2-2.pdf

(8) 昭和 43 年 5 月 24 日公表「国際的技術導入契約に関する認定基準」を経て、平成元年 2 月 15 日に公表された「特許・ノウハウライセンス契約における不公正な取引方法の規制に関する運用基準」を全面的に改めたもの。

(9) <https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/chitekizaisan.html>

知財指針における商標に関する記載としては「ウ ライセンサーがライセンサーに対し、特定の商標の使用を義務付ける行為は、商標が重要な競争手段であり、かつ、ライセンサーが他の商標を併用することを禁止する場合を除き、競争を減殺するおそれは小さいと考えられるので、原則として不公正な取引方法に該当しない。」がある。

(10) 「知的財産権のライセンスに関する反トラスト指針 (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property)」<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>

(11) <https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/ryutsutorihiki.html>

取引の特徴として挙げられていたのは、流通業者がメーカーに依存し、メーカーのマーケティング手段による価格維持効果の発生や閉鎖的流通経路の形成が見られる点であった。しかし、すでに2000年ころから流通構造が大きく変化し、現在では、むしろ大規模小売業者がメーカー等に対して購買力を背景とした優越的地位を濫用する行為が問題となっている。筆者も委員として参加していた政府の規制改革会議においては、事業者等のヒアリングに基づき、同指針の定めるいわゆるセーフ・ハーバー（一部の非価格制限行為について、一定の基準や要件を満たす場合に、違法とならず規制の対象にならないとされる範囲をいう。）が、事業者にとって適用範囲が狭く予見可能性に貢献していないことを指摘して、「規制改革実施計画」（平成27年6月30日閣議決定）において基準や要件等の見直しを求め、公正取引委員会は、平成28年5月27日付けで同指針を一部改正した⁽¹²⁾。

3. 「権利の行使と認められる行為」の範囲（知的財産に関する独禁法上の正当化理由）

競争の観点からの知的財産にかかわる「権利の行使と認められる行為」の範囲は、独禁法上の「正当化理由」があるか否かという観点で検討される。「正当化理由」があると認められれば、競争の実質的制限や公正競争阻害性は満たされない（正当化理由がなくて初めて、競争の実質的制限や公正競争阻害性が満たされる⁽¹³⁾）。

この「正当化理由」という概念は、競争の実質的制限（独禁法2条5項私的独占、6項不当な取引制限、8条1号事業者団体規制、10条及び13～16条企業結合規制）や公正競争阻害性（独禁法2条9項不公正な取引方法⁽¹⁴⁾）という文言の中に取り込まれている。

「正当化理由」として認められるか否かは、目的と手段の両面において判断され、当該行為が、その目的において正当であっても、手段において正当でなければ、正当化理由とは認められない⁽¹⁵⁾。「正当な目的」の有無は、当該行為によって達成される善と、当該行為によって生じる反競争性・不正手段の弊害とを、比較衡量して弊害が上回るか否かで判断される。また、「手段の正当性」の有無は、正当な目的を実現するために合理的に必要とされる範囲内のものであるか否かで判断される。以下の(1)～(11)は、知的財産に関連して反競争性が正当化される場面を挙げたものである。

(1) 知的財産権の行使

上記の「1(2) 独禁法21条の解釈」参照。ここでの「正当な目的」の典型は、「発明を奨励すること等を目的とする技術保護制度」という知的創作インセンティブ確保である。

(2) ノウハウ保護目的の類似品の製造禁止

大阪地判平成18年4月27日（平成16年（ワ）7539号）〔メディオン対サンクス製薬〕（事実及び理由第3-2(2)）は、製造受託者に契約中及び契約終了後一定期間にわたって課される同種又は類似の製品の製造禁止にはノウハウ保護の観点から合理性があるとした。本件では、手段の正当性の成否において、同種製品だけでなく、類似製品の製造まで禁止したことが問題となったが、判決は、ノウハウが流用された場合の立証の難易や、ノウハウが若干改変されたにすぎない場合までカバーする必要性などによるものであるとして、

(12) 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」新旧対照表

https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/may/160527_2_files/280527-2.pdf

(13) デジコン電子対日本遊戯銃協同組合（東京地判平成9年4月9日（平成5年（ワ）7544）判時1629号70頁）は、製品の安全性を確保するために競争者間で共同して行われた間接取引拒絶について、競争阻害性（取引を拒絶された者が市場から排除されて事業の継続が困難になるおそれ）を打ち消すだけの正当化理由が存在する場合には、例外的に独禁法違反の成立が否定され得る旨を示唆した。

(14) 「不公正な取引方法」とは、独禁法2条9項1号から5号で定められた行為（課徴金対象）、および公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち独禁法2条9項6号に基づき公正取引委員会が指定したもの（課徴金対象外）をいう。

(15) 「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」第2-7(2)ア(3)、第2-8(4)、SCE審判審決、山口雅高・水道メータ最高裁決定調査官解説・最判解刑平成12年度200～201頁

手段の正当性を認めた。

(3) 営業秘密保護目的の競業避止義務

東京地判平成6年1月12日(平成4年(ワ)12677号)[ニコマート](判時1524号50～61頁)は、フランチャイズ契約においてフランチャイジーに課される競業避止義務が、営業秘密の競争者への漏洩防止という正当な目的によるものであるとした。

(4) 開拓者利潤追求目的の排他条件付き取引

東京地判昭和45年9月16日(昭和42年(ワ)3097号)[チャクレス](下民集21巻9=10号1298頁、公取委審決集21巻470頁、下民集1314～1315頁)は、商品役務の新規開発や販路拡張に伴う、危険に見合う開拓者利潤を追求するための、排他条件付き取引には、社会的にみて合理性があるとした。

(5) 負担の公平目的の差別価格

東京高判平成17年3月10日(平成16年(ネ)4388号)[埼玉県不動産鑑定士協会](事実及び理由第3-2(4))は、不動産鑑定士協会の会員が得られる種々の利益に照らせば入会金が社会通念上合理性を欠くほど高いとは言えないとし、また、不動産鑑定士協会の各種サービスの利用価格が会員と非会員とで差別されていることは負担の公平という正当な目的によるものであるとした。

(6) 投資インセンティブ保護目的の肖像権等の使用独占

東京地判平成18年8月1日(平成17年(ワ)11826号)[プロ野球選手氏名肖像](事実及び理由第4-2(2)及び第4-3(3)(4))は、プロ野球球団が多大な投資を行って、自己及び所属選手の顧客吸引力を向上させていることの見返りとして、プロ野球球団が所属選手の氏名や肖像の独占的使用許諾を受け一定程度の独占集会的処理をすることには、一定の合理性があるとした。

(7) 共同研究契約成果への貢献度に応じたライセンス料

平成14年～16年公表「独占禁止法に関する相談事例集」事例12〔化学品共同研究開発〕は、共同研究開発への貢献度に応じて知的財産権のライセンス料に差をつけることは、合理的範囲内であるならば許されるとした。

(8) 共同研究契約成果資材の最恵供給条件

平成16年公表「独占禁止法に関する相談事例集」事例5〔建築資材共同研究開発〕は、共同研究開発の成果である建築資材の供給を受ける際には、他者と同等またはそれ以上に有利な条件で供給を受けることができるという仕組みは、共同研究開発の果実を配分する手段として行われるのであれば、独禁法違反に当たらないとした。

(9) ノウハウ保護等の目的の製造装置使用義務

平成17年公表「独占禁止法に関する相談事例集」事例6〔電子部品製造装置共同開発〕は、単独で開発した知的財産権をライセンスする際に、共同開発の成果たる製造装置の使用を義務付けることは、ノウハウ漏洩防止や、共同開発費用の回収などの観点から、許されるとした。

(10) 効率性向上目的のパテントプール等

当該行為によって行為者らの事業活動の効率性が高まる場合には、当該行為が正当な目的を持つとされる場合がある。たとえば、「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」第1や「標準化に伴うパテントプールの形式等に関する独占禁止法上の考え方」第3-1(1)に見られるように、研究開発について競争を停止し共同研究開発を行っても、それによって、研究開発の成果たる技術を用いて製造される商品役務の競争を促進する、という場合が考えられる(前掲白石97頁脚注252)。

(11) 商標の信用・ブランドイメージ維持目的

○ 流通・取引慣行指針・第3部 総代理店「第2 並行輸入の不当阻害」⁽¹⁶⁾によれば、商標の信用を保

(16) 真正品の並行輸入は競争促進的効果を有するため、価格維持の目的をもって真正品の並行輸入を阻害する場合は違法とし、並行輸入の不当阻害となる場合として7つの類型を挙げている。総代理店が競争者である並行輸入業者の並行輸入を妨害するために行う、(i) 海外の流通ルートからの真正商品の入手の妨害(星商事事件審決平成8年3月22日 審決集42)

持するために行う並行輸入の制限行為は、総代理店の有する商標の信用の維持の観点から独禁法上も不当とはみられない。

例えば、並行輸入品の広告宣伝活動が商標権を侵害したり、不正競争防止法に違反する場合には、当該広告宣伝行為の中止を求めることができる。このような場合として、

- ① 商品仕様や品質が異なる商標品であるにもかかわらず、虚偽の出所表示をすること等により、一般消費者に総代理店が取り扱う商品と同一であると誤認されるおそれのある場合、
- ② 海外で適法に販売された商標品を並行輸入する場合に、その品質が劣化して消費者の健康・安全性を害すること等により、総代理店の取り扱う商品の信用が損なわれることとなる場合、
を挙げている。

参考：コンバース事件（知財高判平成 22 年 4 月 27 日（平成 21 年（ネ）10058 号，10072 号）（裁判所 WEB））

靴商品のブランドに関連する商標及び輸入商品独占販売権を保有する商社及び独占的通常使用権の許諾を受けた者ら（以下「被控訴人」）が、並行輸入業者（控訴人）に対して、商標権侵害行為差止等及び損害賠償を求めて認容された事案。控訴人は、被控訴人が控訴人商品は商標侵害品である旨を被告の顧客に対して告知又は流布する行為が営業誹謗行為（不正競争防止法 2 条 1 項 11 号（現 21 号））であり、被控訴人らが控訴人の輸入元に圧力を加えて輸入販売を妨害した行為及び控訴人の供給先小売店に対して並行輸入商品を販売しないよう指示した行為が取引妨害（一般指定 15 項（現 14 項））に該当すると主張して別訴を提起したが棄却されていた。本判決は、独禁法違反に係る主張について、控訴人の並行輸入の抗弁が認められず、控訴人による輸入販売行為につき商標権侵害の違法性が阻却されないことを説示したうえで、仮に控訴人が主張するような被控訴人の行為があったとしても正当な商標権行使と認められ独禁法違反にあたらないとした原判決をそのまま引用して、控訴人の上記主張を斥けた。

○ また、輸入総代理店は自己の供給する数量に対応して修理体制を整えたり、補修部品を在庫するのが通常なので、並行輸入品に対して修理に対応できない客観的事情がある場合には、並行輸入品の修理を拒絶したり、自己が取り扱う商品と並行輸入品とで修理条件等に差異を設けても、そのこと自体は独禁法上の問題は生じない。ただし、そのような合理的理由もなく、価格維持のために、自己の取り扱い商品でないことのみを理由に、修理もしくは補修部品の供給を拒絶する行為は、一般指定 15 項（現 14 項）違反として違法となる。

○ さらに、販売方法（対面販売）等に関する、最三小判平成 10 年 12 月 18 日（平成 6 年（オ）2415 号）民集 52 卷 9 号 1866 頁〔資生堂東京販売〕（民集 1872～1873 頁）及び最三小判平成 10 年 12 月 18 日（平成 9 年（オ）2156 号）判時 1664 号 14 頁〔花王化粧品販売〕（判時 17 頁）は、ブランドイメージの維持を正当な目的として正当化理由とする場合があることを念頭においたものと推測される。

前記のとおり、「正当化理由」の有無は、目的と手段の両面で判断されるから、知的財産に関連して、知的創作インセンティブや商標の信用・ブランドイメージを維持する目的であっても、インセンティブや信用を保障する必要性が低い場合や、必要があってもそのことによって生ずる反社会性が必要性を凌駕するほど大きい場合には、正当化理由は認められない。例えば、被拒絶者が検討対象とする市場で競争するために不

195 頁）、(ii) 取引先販売業者に対する並行輸入品の取扱い制限、(iii) 並行輸入品を取り扱う小売業者に対する契約対象商品の販売制限、(iv) 並行輸入品を偽物扱いすることによる販売妨害、(v) 並行輸入品の買い占め、(vi) 並行輸入品の修理等の拒否、(vii) 並行輸入品の広告宣伝活動の妨害が、契約対象商品の価格を維持（ブランド内の価格競争を回避）するために行われる場合に、競争者に対する取引妨害に該当する（いずれも価格維持目的が必要）。

国内品について並行輸入の不当阻害と同様の行為が行われる場合においても基本的な考え方は上記と同様である。

可欠な商品役務の取引拒絶等は、正当化される可能性は低い⁽¹⁷⁾。

以下の4～7項においては、商標ライセンスについて独禁法上の正当化理由が認められない場合（知的財産の権利の行使と認められない行為）について整理する。なお、今後は、「消費者向けeコマースの取引実態に関する調査について⁽¹⁸⁾」（平成31年1月29日）に示された論点についての検討が求められるであろう。

4. ライセンシーの販売先の制限

(1) 日本：価格維持効果がある場合は不公正な取引方法（流通・取引慣行に関する指針）

ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンサー（もしくはライセンサーが指定する者）を通じて販売する義務を課すことまたはライセンサーが指定する者には販売しない義務を課すことは、ライセンシーの販売先の選択の自由が制限されることにより、「市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある場合」

(17) 取引拒絶など、独禁法違反と判断された事例

東芝エレベータ事件（大阪高判平成5年7月30日（平成2年（ネ）1660号）判時1479号21頁）：エレベータの独立系保守業者（原告1）が、エレベータの製造者である東芝エレベータ（以下「東芝」）に補修部品を注文したが同社は注文品を出荷しなかった（不公正な取引方法10項に該当）。また、他の独立系保守業者（原告2）が東芝に同様の部品を注文したが納入を数か月先に延ばされ、他方、エレベータ設置者が、東芝の子会社であるエレベータ補修業者に修理を依頼したところ、即日修理部品を持参して修理を完了させた結果、エレベータ設置者は独立系エレベータ補修業者に対する保守契約を解除した（競争者に対する取引妨害に該当）。本件では、安全性確保の必要性和ノウハウ秘密保持の必要性の存否が争われたが、独立系保守業者においても安全性の確保が可能であり、ノウハウは曖昧でありその秘密保持の必要性があきらかではないと判断され、東芝に独禁法違反による不法行為（民法709条）に該当するとして損害賠償請求認容。

当該不可欠な商品役務を共同作業によって構築した場合（「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」第1-2（2）、第2-2（2）ア（2）、「標準化に伴うパテントプールの形式等に関する独占禁止法上の考え方」第3-3（1）、勧告審決平成9年8月6日（平成9年（勸）5）審決集44巻238頁〔パチンコ特許プール〕など）

蒜山酪農農業協同組合事件（岡山地判平成16年4月13日（平成8年（ワ）1089）：不可欠な牧場の利用拒絶が一般指定5項に該当すると結論づけるにあたり、当該牧場が公共育成牧場であって県等によって基盤整備がなされたという意味で「公共用性」をもつものであることを指摘している（事実及び理由第五—6、第五—二4）。

コナミ事件（警告平成15年4月22日）：競争者にサブライセンスすることを前提に不可欠な知的財産権のライセンスを受けたのにサブライセンスをしなかったことについて警告。

日之出水道機器等福岡市鉄蓋事件（審判審決平成5年9月10日（平成3年（判）2）審決集40巻3頁、日之出水道機器等北九州市鉄蓋事件（審判審決平成5年9月10日（平成3年（判）2）審決集40巻29頁）：実用新案権の対象となった商品の販売数量や比率の協定が独禁法違反とされた。

ソニー・コンピュータエンターテイメント（SCE）事件（審判審決平成13年8月1日（平成10年（判）1）審決集48巻3頁）：競争秩序に与える影響が大きいことに着目して、独禁法21条の適用除外を解除することを明示。

ラジオメーターレーディング事件（勧告審決平成5年9月28日（平成5年（勸）16））：ラジオメーター社（デンマークのメディカル社が製造する血液ガス分析装置とこれに使用する専用の試薬の一手輸入者）から、一手供給を受けているラジオメーターレーディング社が、販売業者に対して、専用の試薬について、並行輸入業者からの仕入れをしないように要請し、これに応じない場合は、専用の試薬の供給停止及び並行輸入の試薬を使用したメディカル社製の血液ガス分析装置の保守管理を中止する旨を通知したことが、不公正な取引方法15項（競争者に対する取引妨害）に該当し、独禁法19条に違反すると認定された。

日本遊技機特許運営連盟事件（勧告審決平成9年8月6日（平成9年（勸）16））、ロックマン工法事件（勧告審決平成12年10月31日（平成12年（勸）12））、新潟タクシー事件（排除措置命令平成19年6月25日（平成19年（措）12））：公取委が新規参入阻止目的や競争者排除目的を認定して、排除措置命令（かつては勧告）（正当化理由への言及なし）。

(18) <https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/2019/jan/190129.html>

（要旨）1 消費者向けeコマース市場の特徴、2 メーカー・小売業者間で問題となる行為（1）再販売価格維持行為等、（2）オンライン販売の制限行為（ア）オンライン販売サイトのデザイン指定（イ）オンライン販売の全面的な禁止及びオンラインモールでの販売の禁止（メーカーが、従来から直接取引している流通業者に対して、オンラインで安売りをを行うことを理由に出荷停止を行うことは、原則として違法（安売り業者への販売禁止）となる。3 オンラインモール運営業者による行為（1）オンラインモールの利用料・決済方法（自己の取引上の地位が出店者に優越しているオンラインモール運営業者が、正常な商慣習に照らして不当に、利用料や決済方法を変更して不利益を与えるなどの場合には、独占禁止法上問題が生じるおそれがある（優越的地位の濫用）（2）オンラインモールへの出店・出品の審査、（3）他のオンラインモールへの出店制限、（4）最優遇条件（MFN）条項（拘束条件付取引等）（5）オンラインモールにおける顧客情報の利用制限（取引条件の透明化、競争者に対する取引妨害等）

（参考）米国でも、コンタクトレンズのオンライン販売代理店である1-800 Contacts, Inc.に対するFTCの行政手続に関する裁判において、1-800コンタクトが商標侵害で訴えた他の競合するオンラインコンタクトレンズ小売業者14社と締結した一連の商標訴訟和解合意が、オンライン検索広告オークションの競争を抑制し、消費者に真実で誤解を招かない広告を制限したと主張して係争中である。

には、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定 13 項の拘束条件付取引に該当）。どのような場合に、「市場における競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある」かは、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」第 2 部第 2-4 に示された考え方を参考にして、「当該商品の価格が維持されるおそれがある場合」（「ブランドイメージを維持するにふさわしい小売業者等のみ販売する」「ライセンサーが承認した販売先のみ販売する」という契約条件が、実質的に、販売価格や再販売価格を維持するための実効性確保の手段として用いられる場合を含む。）に不公正な取引方法に該当し、違法と判断される。

このうち、地域外顧客への受動的販売の制限について、「流通・取引慣行ガイドライン」（第 1 部・第 2 非価格制限行為・3（4））は、以下のように述べている。

「事業者が流通業者に対し地域外顧客への受動的販売の制限を行い、これによって価格維持効果が生じる場合には、不公正な取引方法に該当し、違法となる（一般指定 12 項）。地域外顧客への受動的販売の制限は、厳格な地域制限と比較して、地域外の顧客からの求めに応じた販売をも制限している分、ブランド内競争を制限する効果が大きい。例えば、インターネットを利用した販売において、流通業者のウェブサイトを見た顧客が当該流通業者に注文し、その結果販売につながった場合、これは受動的販売に当たる。メールマガジンを受信するなど、当該流通業者からの情報を継続して受け取ることとした顧客が、当該情報を見て当該流通業者に注文し、その結果販売につながった場合も同様である。このような場合において、事業者が流通業者に対し一定の地域を割り当て、顧客の配送先情報等から当該顧客の住所が地域外であることが判明した場合、当該顧客とのインターネットを利用した取引を停止させることは、地域外顧客への受動的販売の制限に当たり、これによって価格維持効果が生じる場合には、不公正な取引方法に該当し、違法となる。」なお、以上の考え方は、事業者が直接の取引先事業者をしてその取引の相手方の（例えばメーカーが卸売業者をして小売業者の）販売地域を制限させる場合にも当てはまる（一般指定 12 項）。

（2）欧州：受動的越境販売制限に対する規制強化

ライセンサーの販売制限について、EU の TTBER⁽¹⁹⁾では競合他社との間の相互ライセンス契約における販売制限を禁止（ブラックリスト条項）している。ただし、競合他社間の非相互ライセンス契約の場合は特定的前提条件の下で許容される。

非競合他社間の契約における販売制限は、特定の免除を除いて、通常のライセンサーの場合は、いわゆる「パッシブ販売」が制限されている場合にのみブラックリスト条項となる。

「パッシブ販売」とは、たとえば、インターネットや報道機関での一般的な広告による個人の顧客からの商品やサービスの提供など、顧客からの未承諾の要求に対応することを意味する。欧州委員会は、ライセンサーに対する、受動的な越境販売を禁止する契約条項（ジオ・ブロッキングのパッシブ条項）に対する規制を強化している（GUESS 事案 /2018 年 12 月 17 日公表⁽²⁰⁾、グーグル事案 /2019 年 3 月 20 日公表⁽²¹⁾、ナイキ事案 /2019 年 3 月 25 日公表⁽²²⁾、Anheuser-Busch ビール事案 /2019 年 5 月 13 日公表⁽²³⁾、ハローキティ事案 /2019 年 7 月 9 日公表⁽²⁴⁾）。

（3）米国：Rule of Reason による規律

他方、米国の代理店は、アクティブな販売制限とパッシブな販売制限を区別せず、両方を Rule of Reason（合理の原則）に基づいて、拘束条件が競争制限効果を有する可能性があるかを調査し、可能性がある場合は、

(19) 2014 年 3 月に改正された「技術移転一括適用免除に関する規則（Technology Transfer Block Exemption Regulation: TTBER）」Commission Regulation (EU) No. 316/2014 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0316>

(20) https://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6844_en.htm

(21) https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm

(22) https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1828_en.htm

(23) https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-2488_en.htm

(24) https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-3950_en.htm

当該拘束条件について、競争制限効果を上回る競争促進効果を達成するために合理的に必要なかを調査して評価しており、一般的には、販売制限を許容できると見なしがちであるといわれている。

ただし、明白な価格協定、生産制限、水平的競争者間の市場分割及び一定の共同ボイコットなど、拘束条件が明白に競争制限的であれば、「当然違法（per se）の原則」によって当然違法であるとされてきた。なお、反トラスト法の観点からは問題のない契約条項又は実施許諾慣行でも、特許権濫用や公序良俗違反に関する法理によって執行不能となる可能性がある。

5. 販売価格の制限・再販売価格維持（安売り広告の禁止）

ライセンサーがライセンシーに対して商標の使用許諾に際し、商標を付した商品の販売価格を制限したり、卸売業者や小売業者に値引き販売をさせないようにすることは「販売価格の制限」や「再販売価格の制限」として、流通・取引慣行ガイドライン第1により原則として不正な取引方法（一般指定13項（現12項）の拘束条件付き取引）に該当し、違法となる⁽²⁵⁾。例えば、契約条項が「販売価格（再販売価格）を決定するにあたっては、事前にライセンサーとの協議を行う」「販売価格（再販売価格）が決定され、もしくは変更された場合には、その都度ライセンサーに通知しなければならない」という規定の場合でも、運用において、ライセンシーの販売価格決定の自由や小売業者等の再販売価格決定の自由を拘束する場合には、違法となる。

参考：公正取引委員会の平成28年公表「独占禁止法に関する相談事例集」（3. ライセンシーによる安売り広告の禁止）⁽²⁶⁾

商標権を有する組合が、商標の使用の許諾に伴い、商標を付した製品の製造販売業者に対して安売り広告を禁止することは、独占禁止法上問題となる。

Q：X組合（製造販売業者を組合員とする団体）は、製品Aの製造販売業者を組合員とする団体であり、製品Aに関する著名な商標aの商標権者である。X組合は、商標aを付して製品Aを製造販売する組合員との間で商標aの使用を許諾するライセンス契約を締結している。組合員の一部は、商標aを付して製品Aを販売する際、店頭、インターネット販売サイト等において「特価」、「セール」といった表現を用いて安売り広告を行い、製品Aを安値で販売している。X組合は、「特価」、「セール」といった安売り広告を放置すれば、安値販売によって商標aのブランドイメージが損なわれるとの懸念を有している。そこでX組合は、商標aのライセンス契約の更新時に、契約条件として商標aを付した製品Aの販売に際して、安売り広告を行わないことを追加し、当該条件に同意しない組合員とはライセンス契約を更新しないことを検討している。このようなX組合の取組は、独占禁止法上問題ないか。

A：独占禁止法の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない（独占禁止法第21条）。他方、そもそも権利の行使とはみられない行為や、外形上、権利の行使とみられる行為であっても行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、知的財産制度の趣旨を逸脱し又は同制度の目的に反すると認められる場合には、独占禁止法が適用される（知的財産ガイドライン第2-1）。

(25) 独占禁止法においては、事業者が、流通業者に対して、「正当な理由」がないのに、①再販売価格の拘束を行うことは、不正な取引方法として違法となると規定されている。換言すれば、再販売価格の拘束が行われる場合であっても、「正当な理由」がある場合には例外的に違法とはならない。「正当な理由」は、事業者による自社商品の再販売価格の拘束によって実際に競争促進効果が生じてブランド間競争が促進され、それによって当該商品の需要が増大し、消費者の利益の増進が図られ、当該競争促進効果が、再販売価格の拘束以外のより競争阻害的でない他の方法によっては生じ得ないものである場合において、必要な範囲及び必要な期間に限り、認められる。例えば、事業者が再販売価格の拘束を行った場合に、当該再販売価格の拘束によって、いわゆる「フリーライダー問題」の解消等を通じ、実際に競争促進効果が生じてブランド間競争が促進され、それによって当該商品の需要が増大し、消費者の利益の増進が図られ、当該競争促進効果が、当該再販売価格の拘束以外のより競争阻害的でない他の方法によっては生じ得ないものである場合には、「正当な理由」があると認められる。

(26) <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h28/h27nendomokuji/h27nendo03.html>

メーカー（製造業者のほか、マーケティングの主体となっている総代理店、卸売業者等を含む。）が小売業者に対して、販売方法（販売価格、販売地域及び販売先に関するものを除く。）を制限することは、商品の安全性の確保、品質の保持、商標の信用の維持等、当該商品の適切な販売のためのそれなりの合理的な理由が認められ、かつ、他の取引先小売業者に対しても同等の条件が課せられている場合には、それ自体は独占禁止法上問題となるものではない。

しかし、販売方法の一つである広告・表示の方法について、メーカーが小売業者に対して、店頭、チラシ等で表示する価格について制限し、又は価格を明示した広告を行うことを禁止することなどの制限を行うことは、これによって価格が維持されるおそれがあり、原則として不公正な取引方法（一般指定第12項〔拘束条件付取引〕）に該当し、独占禁止法上問題となる（同法第19条）（流通・取引慣行ガイドライン第2部第2-6〔小売業者の販売方法に関する制限〕）。

X組合が、商標aのライセンス契約を更新しないことは、外形上、商標法による権利の行使とみられる行為である。しかし、X組合が、商標aを付した製品Aの安売り広告を行わないことをライセンス契約の更新のための条件とすることは、これによって、商標aを付した製品Aの製造販売業者間の価格競争が阻害され、商標aを付した製品Aの販売価格が維持されるおそれのある行為であり、独占禁止法第21条に規定される「権利の行使と認められる行為」とは評価できない。このため、本件は、拘束条件付取引に該当し、独占禁止法上問題となる。

（下線は筆者）

6. 優越的地位の濫用（商標権取得等による競争事業者の排除）

（1）優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方

（平成22年11月30日公正取引委員会改正 平成29年6月16日）⁽²⁷⁾

優越的地位の濫用は、我が国の独禁法における「不公正な取引方法」の一つとして禁止されてきており、独占禁止法の一部を改正する法律（平成21年法律第51号）によって、独禁法2条9項5号として法定化された⁽²⁸⁾。優越的地位の濫用として問題となる行為とは、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に」行われる、独禁法2条9項5号イからハまでのいずれかに該当する行為である。

前記知財指針においては、ライセンサーの取引上の地位がライセンシーに対して優越している場合とは、「ライセンシーにとってライセンサーとの技術取引を行い得ないこと又は技術取引の継続が困難になることがその事業経営上大きな支障をきたすため、当該ライセンサーの要請がライセンシーにとって著しく不利益なものであっても、これを受け入れざるを得ないような場合であり、その判断にあたっては、ライセンシーの事業活動におけるライセンサーが有している特許等への依存度、ライセンサー及びライセンシーの製品市場又は技術市場の状況、ライセンサー及びライセンシー間の事業規模の格差等が総合的に考慮される。」とされている⁽²⁹⁾。

(27) https://www.jftc.go.jp/hourei_files/yuuetsutekichii.pdf

(28) 独禁法2条9項5号のほか、同項6号の規定により公正取引委員会が指定する、①すべての業種に適用される「不公正な取引方法」（昭和57年公正取引委員会告示第15号）13項（取引の相手方の役員選任への不当干渉）、及び②特定業種にのみ適用される不公正な取引方法にも、優越的地位の濫用の規定が置かれている。

(29) なお、令和元年6月14日、公正取引委員会は、「製造業者のノウハウ・知的財産権を対象とした優越的地位の濫用行為等に関する実態調査報告書」を公表した。ここでは、調査の結果、片務的なNDA、ノウハウの開示強要、買ったとき、技術指導の強要、名ばかりの共同研究の強要、特許出願に干渉、知的財産権の無償譲渡の強要等の多数の事例が報告されている。製造業者が研究開発等の末に獲得したノウハウや知的財産権は、当該製造業者の競争力の源泉となるものであり、優越的な地位にある取引先に秘匿しておきたいノウハウを意に反して開示させられたり、苦勞して取得した知的財産権を意に反して無償譲渡等させられたりするのは、我が国における企業の知的財産戦略自体が成り立たなくなるおそれがあることから、この調査結果を踏まえ、公正取引委員会では、経済産業省・特許庁と連携して、参考事例集を含めた調査結果の周知や情報収集に努めるとともに、違反行為には厳正に対処（下請法違反行為については、中小企業庁と連携）することとしている。

(2) 広告宣伝費の一部負担

ライセンス契約条件の一つとして、ライセンサーがライセンシーに対して、商標の認知度やイメージ向上のための広告宣伝費の一部負担を求めることについては、まず、ライセンシーにとって当該ブランドの使用ができないことが事業経営上大きな支障をきたすといえるかどうかなど、上記の各要素を検討したうえで、ライセンサーがライセンシーにとって優越的地位があると言えるかどうかを判断する（優越的地位にあるといえる場合でなければ独禁法上問題とならない）。優越的地位にあると判断される場合であっても、ブランドの認知度やイメージ向上のために広告宣伝費の一部負担を求めることが「正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える」（ライセンス対象商品のもたらす利益に対して、高い割合の広告費負担を強いられるなど）と言えるか否かを検討する必要がある。

参考：「公取平成 13 年相談事例集」(4 商標権取得等による競争事業者の排除)⁽³⁰⁾

消費財の甲製品市場において 50% 弱のシェアを有する非常に有力なメーカーである A 社が、C 社に働きかけて、競争事業者 B 社との商標使用許諾契約を解除させることにより、当該競争事業者 B 社が使用している商標権を取得し、又は商標使用許諾を受ける場合には、独占禁止法上問題となる。

Q：A 社（消費財メーカー）は、消費財である甲製品のメーカーである。甲製品については、ブランド名が消費者の製品選択に大きな影響を及ぼしており、甲製品のメーカーにとっては、ブランド名を消費者に PR することが、重要な競争手段となっている。甲製品市場のシェアについては、A 社は 50% 弱、B 社は 15% 強を有しており、その他の甲製品のメーカーは、それぞれ 10% を下回っている。

甲製品については、B 社が C 社から商標使用許諾を受けて X ブランドで販売を行っているが、A 社は、甲製品の品揃えを充実させるために、C 社から X ブランドの商標権を取得するか又は使用許諾を受けて X ブランドで甲製品を販売することについて検討している。なお、B 社が販売している甲製品は X ブランドのみであり、B 社は、引き続き X ブランドを使用することを予定している。

A 社が、X ブランドの商標権の取得等を行うことは、独占禁止法上問題ないか。

A：A 社は、甲製品市場において非常に有力な地位にあることから、私的独占の観点から検討する。事業者が、単独で、又は他の事業者と共同して、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することは、私的独占に該当し、違法となる。〔独占禁止法第 3 条（私的独占）〕

A 社が X ブランドの甲製品を販売するために、C 社の有する X ブランドの商標権を取得する又は使用許諾を受ける場合、B 社は X ブランドを失うこととなる。甲製品市場においてはブランド名が重要な競争手段であるところ、B 社が新たに自社ブランドの開発を行って甲製品を販売するためには、新たな広告宣伝費や小売店に対する営業活動等が必要となるのに加え、競争事業者である A 社は X ブランドの甲製品を販売することによって、現行の 50% 弱のシェアをさらに伸ばし、市場における地位を強めることになるから、B 社が甲製品市場において事業活動を行うことは困難になるおそれがある。

したがって、A 社が C 社に働きかけて、B 社との X ブランドの商標使用許諾契約を解除させることにより、X ブランドの商標権を取得し、又は商標使用許諾を受ける場合には、甲製品市場における競争を実質的に制限し、独占禁止法上問題となる。

7. 抱き合わせ・拘束条件付き取引（「13 農業協同組合による商標権の行使」⁽³¹⁾）

農業協同組合が、組合員に対し、自らが商標権を有する商標を付して農産物を出荷する場合、当該農業協同組合のみへの出荷を求めること自体は、独占禁止法上問題となるものではない。ただし、一般指定第 10 項〔抱き合わせ販売等〕、第 11 項〔排他条件付取引〕又は第 12 項〔拘束条件付取引〕に該当する場合は問題となるので注意が必要である。

(30) <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h14/h13nenmokuji/h13nen04.html>

(31) <https://www.jftc.go.jp/dk/soudanjirei/h30/h29nendomokuji/h29nendo13.html>

Q：X 協同組合（農業協同組合）は、P 地域における農業者で組織する農業協同組合であり、農産物 A の共同販売事業を行っている。P 地域における農業者のほとんどは、X 協同組合に加入している。農産物 A については、X 協同組合が商標 a を登録しており、X 協同組合は、組合員に商標 a の使用を許諾していない。農産物 A の商圏は全国であり、X 協同組合による農産物 A の販売量は、全国における農産物 A の販売量のごく僅かにすぎないが、商標 a を付された農産物 A はその品質について高く評価されており、近隣地域の農産物 A よりも高い価格で販売されている。現在、X 協同組合は、組合員に対し、商標 a が印刷された出荷用の資材（パック）をあらかじめ配布しているところ、組合員は農産物 A に商標 a を付して出荷したい場合には、当該資材に農産物 A を入れて X 協同組合の選果場に持ち込み、選果場の職員が実施する全数検査に合格する必要がある。しかしながら、X 協同組合は、組合員の善意に任せて出荷用の資材をあらかじめ配布していることから、組合員が、X 協同組合を通すことなく、当該資材を用いて商系業者等へ出荷する可能性が否定できないため、商標 a が付された農産物 A の信頼度・ブランド力の低下を懸念している。そこで、X 協同組合は、商標 a を付した農産物 A に関する出荷規程において、①組合員が農産物 A に商標 a を付して出荷しようとする場合には、当該農産物 A に限って X 協同組合に対する全量出荷を求める旨、②商標 a を付さなければ商系業者等に自由に出荷することが可能である旨を明示することとしたいと考えている。このような X 協同組合の取組は、独占禁止法上問題ないか。

A：(1) 独占禁止法第 21 条及び知的財産ガイドライン第 2-1 について同上。独占禁止法は、協同組合の一定の行為について適用除外規定を設けている（独占禁止法第 22 条）。農業協同組合法に基づき設立された連合会及び単位農協の行為についても、連合会及び単位農協が、①任意に設立され、かつ、組合員が任意に加入又は脱退できること、②組合員に対して利益分配を行う場合には、その限度が定款に定められていることの各要件を満たしている場合には、原則として独占禁止法の適用が除外される（独占禁止法第 22 条、農業協同組合法第 8 条）。しかしながら、①不公正な取引方法を用いる場合、又は②一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより不当に対価を引き上げることとなる場合には、適用除外とはならない（独占禁止法第 22 条）（農協ガイドライン第 2 部第 1-3）。

単位農協が、農畜産物の一部について販売事業を利用しようとしている組合員に対して、他の農畜産物も併せて販売事業を利用することを強制する等何らかの方法により、単位農協の販売事業を利用せずに販売したいと組合員が考えている農畜産物を含めて販売事業の利用を事実上余儀なくさせる場合には、組合員の自由かつ自主的な取引が阻害されるとともに、競争事業者が組合員と取引をする機会が減少することとなり、不公正な取引方法に該当し違法となるおそれがある（一般指定第 10 項〔抱き合わせ販売等〕、第 11 項〔排他条件付取引〕又は第 12 項〔拘束条件付取引〕）（農協ガイドライン第 2 部第 2-2（1））。

(2) 本件は、X 協同組合が、組合員に対し、農産物 A に商標 a を付す場合、X 協同組合のみへの出荷を求めるものであるところ、

- ① X 協同組合による商標法に基づく権利の行使であると考えられること
- ② 農産物 A に商標 a を付して出荷するかどうかは組合員の自由意思に委ねられており、組合員は商標 a を付さない農産物 A を商系業者等に自由に出荷することが可能であること
- ③ X 協同組合の競争者である商系業者等は、商標 a を付さない農産物 A を組合員等から調達することができ、農産物 A の調達市場から排除されないことから、組合員の自由かつ自主的な取引が阻害されることはなく、X 協同組合の競争者である商系業者等の組合員との取引の機会が減少することにはならないと考えられるため、独占禁止法上問題となるものではない。

（下線は筆者）

8. 小括

(1) 競争の観点からの「権利の行使と認められる行為」の範囲

上記 1 (2) のとおり、独禁法 21 条によって知的財産権の権利行使が独禁法の適用除外となるのは、「権利の行使と認められる行為」であり、知的指針第 2-1 によれば、そもそも権利の行使とはみられない行為はもちろんのこと、外形上、権利の行使とみられる行為であっても行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、知的財産制度の趣旨を逸脱し又は同制度の目的に反すると認められる場合には、独禁法が適用される。また、上記 2 の通り、独禁法上の知財指針や流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針は、商標ライセンスにも適用される。

こうした独禁法の適用においては、例えば、並行輸入事件において、総代理店が、輸入元に圧力を加えて輸入販売を妨害した行為及び控訴人の供給先小売店に対して並行輸入商品を販売しないよう指示した行為が、「商標の信用・ブランドイメージ維持目的」による正当な商標権行使と認められ、独禁法違反（一般指定15項（現14項）取引妨害）にあたらないと判断される場合もある（上記3（11））。

他方、上記4～7のとおり、「正当化理由」の有無は、目的と手段の両面で判断されるから、商標の信用・ブランドイメージを維持する目的であっても、価格維持目的の、抱き合わせ販売、再販売価格維持（RPM）、ライセンシーの販売禁止（ジオブロッキングのパッシブ条項）等、維持する必要性が低い場合や、必要があってもそのことによって生ずる反社会性が必要性を凌駕するほど大きい場合には、正当化理由は認められない。

（2）独禁法の観点自体では問題にならない条項・慣行に対する履行の制限

これに対して、知的財産権法の実務においては、独禁法の観点からみてそれ自体では問題にならない契約条項やライセンス慣行についても、その履行を許さないものとして、様々な知的財産法に内在的な権利範囲や権利行使を制限する解釈が展開されている。すなわち、公正かつ自由な競争の促進の観点と知的財産権行使との衡平を図るという視点が、権利濫用論、公共の利益論（Public Policy Principles）、Patent misuse、商標的使用論、商標機能論、二重同一論、不競法における周知著名表示の保護範囲論、消尽論など、知財各分野で展開される理論に通底しているものと思われる。

こうした独禁法と知財法の関係性について、前掲白石（334頁）は、「権利の行使と認められる行為」の範囲が競争の観点から縮減的に修正されるという考え方は、21条に相当する規定のない米国独禁法やEC独禁法の思考枠組みに近いものであって、競争政策を担うのは独禁法だけではなく、知的財産法も、独禁法と同様、競争という観点を織り込んだうえで設計され解釈されるべき制度として、「不当な模倣・ただ乗りの防止」をする際には、「知的財産およびそれを利用した製品の市場における競争の制限・阻害行為」をもたらさないように、制度を設計し運用すべきであり、また、この考え方は、知的財産基本法10条「知的財産の保護及び活用に関する施策を推進するにあたっては、その公正な利用及び公共の利益の確保に留意するとともに、公正かつ自由な競争の促進が図られるよう配慮するものとする。」にも示されているという（前掲白石論文501頁）。

（3）商標権解釈理論に内在する競争法的観点

独禁法と知財法が車の両輪のような関係にあることからすれば、自然なことではあるが、知的財産法分野における解釈理論は、公取委先例や独禁法民事訴訟判決も参照しつつ、独占禁止法に明示的には触れないまでも、競争政策的な観点を踏まえて知的財産法の縮減的修正を施して生成されてきた面がある。

上記2のとおり、独禁法に関する知財指針は、直接的に商標権を対象として策定されておらず商標権については、「その権利の性格に則して可能な範囲内で適用される」という建付けになっている。独禁法の観点から商標ライセンスを主テーマとする研究論文は少ないと思われるところ、その理由の一つには、米国IPライセンスガイドラインが述べるように、商標について典型的に生じる適用場面は、特許、著作権、営業秘密、ノウハウにおけるような“innovation-related issues”ではなく、“product-differentiation issues”であるという違いにあるのかもしれない。商標権においては、保護されるべき信用・ブランドに関わる当該事業者や商品・役務の関係性が多様であるため、事案によって、目的及び手段の正当性を判断する前提事実が全く異なり得る。こうした場面の権利行使の是非判断のための第1次的な選択肢としては、“innovation-related issues”を典型場面とする独禁法上の指針よりも、すでに商標権自体に取り込まれて内在化した解釈理論が適しているためとも考えられる。以下の理論も、競争法的観点が、商標権にカスタマイズされ、内在化した解釈理論として整理することができる。

・商標機能論ないし商標的使用論（形式的に商標権侵害に該当するとしても実質的に商標の機能を害さない場合は「商標的使用」に該当しないとして商標権侵害を否定）

典型的なのは、並行輸入を巡る事案であろう⁽³²⁾。我が国のリーディング・ケースであるパーカー事件（大阪地判昭45年2月27日（昭和43年（ワ）7003号）判時625号75頁）は、権利消尽論や商標機能論の他、真正商品の並行輸入が許容される要件を挙げており、その後の理論形成に大きな役割を果たした。

○商標の類似性判断における「混同のおそれ」

商標の類否判断のリーディング・ケースとされる氷山事件最高裁判決（最三小判昭和43年2月27日（昭和39年（行ツ）110号）民集22巻2号399頁）は「商標の外観、観念又は称呼の類似は、その商標を使用した商品につき出所を誤認混同するおそれを推測させる一応の基準にすぎず」と述べており、また、小僧寿し最高裁判決（最三小判平成9年3月11日（平成6年（オ）1102号）民集51巻3号1055頁）は、「小僧」商標について外観、観念又は称呼の類似性が認められ、よって混同のおそれが一応推測される場合でも、被告商標の「著名性」などの具体的な取引の実情を考慮すると「混同のおそれ」はないと判断しており、判例通説として踏襲されている。

○公序良俗

また、新規参入を妨害する網羅的な商標出願行為が、公序良俗の観点から登録拒絶されるとともに、独禁法違反とされた場合もある。北海道新聞社・函館新聞商標事件では、特許庁審決（平成11年3月10日（平成9年審判第20756号）は、商標法4条1項7号（公序良俗）により商標登録を拒絶した。特許庁審決は理由付けにおいて、北海道新聞社が、その営業地域の一部である函館地区に新規参入を予定する函館新聞社が採用しそうな新聞題字（「函館新聞」など）を網羅的に商標出願した行為について、「事実上〔函館新聞社〕の新聞題字の選択を著しく制限しているという事実も認められる」と述べている点について、前記白石論文507頁は「これは独占禁止法を中心に発展しているいわゆる Essential Facilities 理論に通ずるものであろう。」と指摘している。この事件では本件商標出願行為を含む一連の北海道新聞社の行為を独占禁止法違反（私的独占・独禁法3条前段）に該当するとする公取委同意審決が下されている（平成12年2月28日審決集46巻144頁〔北海道新聞社〕）。

○消尽理論

中古品の流通に関する消尽理論の例もある。最一小判平成14年4月25日（平成13年（受）952号）民集56巻4号808頁〔中古ゲームソフト〕は、ゲームソフトたる映画の著作物について消尽理論により頒布権の及ぶ範囲を狭く解釈した。同最高裁判決は競争政策それ自体に明示的には触れていないが「市場における商品の円滑な流通を確保するなど……の観点から」と判示しており、前掲白石論文（508頁）は、中

(32) 並行輸入に関する判決例①オールドパー事件（勧告審決昭和53年4月18日審決集25巻1頁）：商標的機能論により差止請求を否定。②ヘレンド事件（平成8年3月22日勧告審決審決集42巻195頁）：高級洋食器ヘレンドの総代理店が、製品番号等から並行輸入品の輸出を突き止めて、これをヘレンド社に通報し、供給差止めの要請を行ったことが、不公正な取引方法15項に該当するとして、排除措置を命じた。③BBS事件（最三小判平成9年7月1日（平成7年（オ）1988号）民集51巻6号2299頁）：ドイツの著名な自動車ホイール製造業者であるBBS社がドイツと日本国内でホイールに関し、同一の特許権を有していたという事案で、日本での特許権侵害を理由に並行輸入の差止を求めたが、判決は特許権者と購入者間で、特別に我が国での流通を禁止する特約を結ばない限り、当該製品の流通は当然予想されるので（黙示の許諾）、これを阻止することは許されないものと判断して請求を棄却。④フレッドベリー事件（最一小判平成15年2月27日（平成14年（受）1100号）民集57巻2号125頁）：出所表示機能と品質保証機能が害されなければ商標権侵害の違法性が阻却されることを示し、ライセンス契約上の製造地制限条項及び下請け禁止条項に違反して製造された製品につき違法性阻却を否定。⑤ZOLLANVARI事件（大阪高判平成29年9月21日（平成29年（ネ）245号））：ペルシア絨毯の品質に実質的差異無し。請求棄却判決を維持。両社の商品ともゾ社の下で製造している点で、④事件と事案が異なる。⑥Swimava事件（東京地判平成29年9月27日（平成27年（ワ）32055号））：品質において実質的差異なし。請求棄却。⑦NEONERO事件（知財高判平成30年2月7日（平成28年（ネ）10104号））：フレッドベリー第三要件。控訴人商品の輸入や本件被疑侵害行為によって、被控訴人の商品の品質又は信用を害する結果が生じたということではできない。原判決取消。被控訴人の請求棄却。

古ゲームソフトの「市場における商品の円滑な流通を確保」するか否かがゲームソフトの販売競争に影響を及ぼすことや、メーカー側が販売店に対して中古ゲームソフトの取り扱いを禁止する契約条項が公取委の審判の対象となって「議論の覚醒」が行われたことは、裁判所にとって明らかに知られた事実であったと思われるという。

(4) 権利濫用論

権利濫用論は、知財分野、特に、標準必須特許の権利行使に関連して、中心的なテーマとなって久しいが（資料も枚挙にいとまがないので本稿では触れない）、商標権の権利行使に関しても、「権利濫用の抗弁は、商標権侵害訴訟において、個々の事案によって権利の取得経過や取得意図・権利行使の態様、相手方の使用の態様等の事情を総合的に利益衡量することによって、妥当な結論を導く道具として有用である。」と評価されている（高部真規子「商標権の行使と権利の濫用」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務3〔商標法・不正競争防止法〕』（新日本法規，2007年）113-123頁）⁽³³⁾。

競争法的観点が共有する解釈論の選択肢として、独禁法の適用による規律と、商標権に内在する解釈論としての規律との間に位置するのが、権利濫用論であるともいえよう。

前掲白石論文（509頁）が紹介する鈴木祿彌「財産法における『権利濫用』理論の機能」⁽³⁴⁾は、「権利の範囲はすでに法文上明確に示されているにもかかわらず、時代の変遷に伴って、その権利の範囲が一法文にかかわらず一縮小し、場合によっては、権利の性質自体が変質していく過程において『権利濫用』の理論が利用される場合がある。すなわち、判例は、初期には、権利自体の範囲は法文の規定するとおりが、ある態様の権利行使は具体的事情からみて不相当だからこれを権利濫用だとする形で、当該の権利行使を禁ぜられたものとする。かかるカズイスティッシュ⁽³⁵⁾な解決法をとる同種の内容の判例が累積されると一いわず判例法による成文法の改廃が行われて一やがて、権利自体の範囲がそこまでは及ばないのだ、かかる行為は権利に基づかない行為なのだ、とみられるにいたり、事は『権利濫用』の問題ではなくなるのである。」（同1150-1151頁）と述べる。

これまでも権利濫用論の考え方は明示的か黙示的かを問わず広く用いられてきた。約150年前にできた現在の知的財産権法の定める権利の範囲や性質が、時代の変遷に伴って改廃されるまでの過渡期において、今後も権利濫用論の出番は増えることはあっても減ることはないであろう。

以上

(33) ポバイ事件最高裁判決（最二小判平成2年7月20日（昭和60年（オ）1576号）民集44巻5号876頁）、ジェロヴィタール化粧品事件 東京地裁判決（東京地判平成17年10月11日（平成15年（ワ）16505、平成16年（ワ）10154）判時1923号92頁）、箏曲家元事件（東京地判平成21年3月12日（平成20年（ワ）3023号）、裁判所Web）、モンシユシユ事件 大阪地裁判決（大阪地判平成23年6月30日（平成22年（ワ）4461号）判時2139号92頁）、エマックス事件最高裁判決（最三小判平29年2月28日（平成27年（受）1876号）民集71巻2号221頁）、極真会商標権侵害差止等請求控訴事件（知財高判平成29年5月17日 平成28年（ネ）10076号 裁判所Web）等。なお、西村一路「商標権侵害訴訟における権利濫用の判断」（パテント2019（Vol.72 No.3）は、1973年～2017年に商標権行使の権利濫用について判断した判決（74件）中、権利の濫用が認められたものが26件あり、肯定理由として最も多かったのは商標権者による本件商標の不正取得であったと報告している（同98、99頁）。

(34) 法律時報30巻10号（1958年）（30巻全体では1148頁以下、10号においては16頁以下

(35) 「個別事例的」というような意味