

特許紛争の和解と独占禁止法

——米国におけるリバース・ペイメントの判例を素材として——

木 村 誠 矢

(法学専攻 リーガル・スペシャリスト・コース)

目 次

はじめに

第1章 独占禁止法と知的財産法の関係をめぐる議論

第1節 独占禁止法21条の伝統的学説とそれへの批判

第2節 二分法の再登場と通説

第3節 その他の学説

第4節 小 括

第2章 特許法と反トラスト法の関係についての米国の判例の変遷

第1節 シャーマン法とその違法性判断基準

第2節 米国における権利範囲論

第3節 特許紛争の和解について反トラスト法が問題になった事例

第1項 3つの米国連邦最高裁判決

第2項 小 括

第3章 リバース・ペイメントの背景と実態

第1節 リバース・ペイメントとハッチ・ワックスマン法

第2節 欧州におけるリバース・ペイメント

第3節 日本におけるリバース・ペイメント

第4章 米国でのリバース・ペイメント規制の動向とアクタビス事件

第1節 アクタビス事件以前の控訴裁判所判決

第2節 アクタビス事件とアクタビス事件連邦最高裁判決

第3節 アクタビス事件のその後

第5章 アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見と少数意見の検討

第1節 アクタビス事件連邦最高裁判決を取り上げる意義

第2節 アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見と少数意見

第1項 論点①：特許紛争の和解について審理する際のアプローチの違い

第2項 論点②：消費者厚生を重視するのかイノベーションの促進を重視するのか

第3項 論点③：和解を促進する伝統的な対価について

第4項 論点④：特許紛争の和解は特許権の範囲に入っているか

- 第5項 論点⑤：特許の無効を争う機会の確保の要請について
- 第6項 論点⑥：特許法と反トラスト法の関係を特定の制定法の存在を根拠に判断できるか
- 第7項 論点⑦：リバース・ペイメントによる和解の競争への悪影響に対する認識の違い
- 第8項 論点⑧：リバース・ペイメントを行う理由とその特殊性

第3節 私見
おわりに

はじめに

独占禁止法と知的財産法の関係においては、ライセンス契約における諸条項の問題を中心に活発に議論がなされてきた。最近では、標準特許や非係争条項の問題も議論の対象に挙がっている。しかし、これまでの議論においては、知的財産権をめぐる紛争の和解がライセンス契約上に表れた場合の独占禁止法上の問題点については一定程度議論されてきたが、和解の条件そのものについての独占禁止法上の問題点の検討は十分になされていない。知的財産権の利用に関わる諸行為は、独占禁止法21条の「権利の行使と認められる行為」に該当すれば、独占禁止法違反に問われることはない。現在の通説では、「権利の行使と認められる行為」の該当性の判断は知的財産法の観点から行われる（「権利範囲論」）。このような知的財産法の観点からの判断では、形式的な議論に陥るおそれがあり、そのために現在の通説には限界があると考ええる。

米国の製薬業界では、第3章で詳述するリバース・ペイメント（特許紛争の和解における、特許権者から特許侵害者（として訴えられた者）への金銭等の支払い。通常の和解では、特許侵害者の側から金銭等の支払いが行われる。）を伴った特許紛争の和解が反トラスト法（我が国の独占禁止法に相当）上違法かどうかが問題となった。リバース・ペイメントが問題となったケースのうち、第4章以降で紹介するアクタビス事件連邦最高裁判決¹⁾では、リバース・ペイメントが大きな反競争効果を持ち得ることを

前提として、問題の特許が有効かどうかを審理するまでもなく反トラスト法が適用され得ることが明らかにされた。他方で、同判決の少数意見は「和解をする権利」を主張し、リバース・ペイメントを伴う和解は権利範囲内であるがゆえに反トラスト法は適用されないと主張した。つまり、少数意見は権利範囲論的な発想で、その論理を構築しているといえる。少数意見の見解は、たとえ特許無効の疑いが強い場合であっても、当該特許は有効推定を受けるから、反競争効果のある行為も許されるという考えであると思われる。しかし、このような考え方に対しては、特許無効が真実であった場合に考えられるリスク（消費者が、市場における競争が活発である場合の価格よりも高い価格での医薬品の購入を強いられるというリスク）を考慮に入れていないと批判できる。つまり、少数意見の立場を採用した場合には、権利範囲論の形式的な議論の弊害が顕在化することになると筆者は考える。

米国のアクタビス事件は、製薬業界に固有の問題を背景にしているとはいえ、従来あまり議論されてこなかった、特許紛争の和解そのものに対する独占禁止法適用のあり方を問うものであった。この問題は、権利範囲論の是非に関するひとつの応用問題であると思われる。その際、従来あまり問題にならなかった、反トラスト法を適用する前に特許の有効性を判定すべきかどうかという論点が付随的に提起されたことも興味深い。そこで本稿では、アクタビス事件連邦最高裁判決を素材として、特許紛争の和解に独占禁止法を適用する場合の論点とそれについての示唆を得ることを目的とする。

以下では、第1章で、過去に独占禁止法と知的財産法との関係をめぐってどのような議論が行われてきたのか概観する。具体的には独占禁止法21条をめぐり議論を概観する。第2章では、米国の反トラスト法の違法性判断基準、反トラスト法と権利範囲論の関係をめぐり過去の判例法の動向を踏まえたうえで、特許紛争の和解に関する従来の反トラスト法判例について確認する。第3章では、アクタビス事件と当該事件で問題となったり

パス・ペイメントの背景と問題の所在を分析する。第4章でアクタビス事件について紹介し、それを踏まえて第5章でアクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見と少数意見を比較して分析する。そのうえで、第5章第3節では、以上の議論から得られる示唆を提示し、私見を示したい。

第1章 独占禁止法と知的財産法との関係をめぐる議論

独占禁止法と知的財産法との関係は様々な場面で問われている。知的財産権の利用に関わる諸行為が独占禁止法の違反を疑われる場合、どのようなアプローチにより問題が解決されるのであろうか。この問題について我が国においては、独占禁止法21条が存在する。本章では、独占禁止法21条の解釈をめぐる諸見解、中でもとりわけ権利範囲論と呼ばれる立場について確認したい。

独占禁止法21条（旧23条）は、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」と規定する。「権利の行使と認められる行為」には独占禁止法が及ばないという規定であるが、「権利の行使と認められる行為」とは何を指すのか、この解釈をどのように行えばよいか問題となる。

第1節 独占禁止法21条の伝統的学説とそれへの批判

権利範囲論とは、知的財産法の解釈に基づいて知的財産権の範囲内であるとされた行動に関しては、知的財産権に基づいた正当な権利の行使であるとして、独占禁止法の適用が除外されるという考え方のことである。「権利の行使と認められる行為」に関する伝統的な学説（初期の学説）は、この権利範囲論を採用していた。初期の学説では²⁾、独占禁止法21条（旧23条）は、「創設的適用除外規定」と理解されていた。この理解の根底にあるのは、独占禁止法の目的と知的財産法の目的は対立しているという考えである。独占禁止法は独占を禁止し、知的財産法は独占を容認するとい

う違いがある。だから「創設的」に独占禁止法21条(旧23条)を設け、制定法同士の対立の解消を行う必要があると考えられた。この規定の存在により、独占禁止法と知的財産法が対立した場合については、独占禁止法の適用を除外するとされた。つまり、両者の対立が生じた場合には、知的財産法を適用し事案の処理を行うとされた。このような理解は、独占禁止法21条(旧23条)の文理をストレートに解釈した結果であった。また、同条には5つの制定法が列挙されているが、この列挙は限定列挙であるとされた。

このような考え方に対して批判が行われ、それに伴う形で学説が展開していくことになる。具体的には、特許権の行使という形式を装っていても、競争の制限をする意図を持ってその行使が行われる可能性は十分あり、現実には、「権利の行使」とそうでない行為は単純に二分できないという批判が行われた。伝統的な学説を批判する学説には2つの流れが存在した。1つは、紋谷教授の学説³⁾にみられるような、二分法を採用しつつも権利濫用法理の活用により競争を制限する意図を持った行為に対して独占禁止法を実質的に適用する余地を認める学説があった。もう1つの流れは、権利の行使か否かに関わらず全面的に独占禁止法を適用しようとする学説である。この流れの中にある論者は、独占禁止法21条(旧23条)について、確認的意味をもつ規定にすぎないという理解をしている。正田教授⁴⁾によると、知的財産権も他の財産権も、競争秩序の前提となるという点で同様であり、他の財産権が独占禁止法の適用を受けるのであれば、当然に、知的財産権も独占禁止法の適用を受けるという。稗貫教授の旧説⁵⁾によると、独占禁止法が研究開発に悪影響を与えることがないようにする目的で独占禁止法21条(旧23条)は設けられたが、もし、研究開発に悪影響を与えることがあれば、独占禁止法の自己否定となり得るのであり、それを防止する「規制限界」は独占禁止法に内在しているから、その限界を確認したにすぎないという。渋谷教授⁶⁾は、独占禁止法は「押し付けられた独占(勤勉さ、先見性、卓越した技術により形成された独占)」を非難しないので

あるから、自己の研究開発の努力によって特許権を得、それを集積し市場支配力を形成し行使しても、独占禁止法違反ではないということを確認するための規定であるという。このような形で、様々な学説が登場し、権利範囲論は批判にさらされた。

第2節 二分法の再登場と通説

以上のように二分法への批判から学説の展開が始まったが、二分法（つまり、権利範囲論）は形を変えて再び登場することとなる。そして、これらの学説は（特に後述の根岸教授の学説）は、通説として理解され、その見解は、公正取引委員会による独占禁止法の運用指針の一つである「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、ガイドラインという。）にも反映されているとされる。

根岸教授⁷⁾によると、知的財産権法⁸⁾と独占禁止法とは、知的財産と製品をめぐる公正で自由な競争秩序を確保するうえで、「特別法」と「一般法」の関係にあり、相互に補完し合う関係であるとする。その上で、両法に共通する基準である「研究開発への不当な模倣やただ乗りを防止」し、「当該製品をめぐる公正で自由な競争秩序を確保する観点」から、「権利の行使」の範囲を画定すべきだとされる。そして、独占禁止法21条（旧23条）は、上記の権利の行使と認められる行為には独占禁止法が及ばないことを確認した適用除外規定であるという。つまり、根岸説は、知的財産権法の観点から権利範囲内かどうか判断するという点（つまり権利範囲論を採用している点）では初期の学説と共通しているが、独占禁止法と知的財産権法は法の目的を同じくするので、どちらの法の観点から権利範囲内か否かの審査を行っても結論は変わらないと考えている点に初期の学説との違いがある。

一方ガイドラインは、知的財産法の解釈によって「権利の行使とみられる行為」とそうでない行為とを区別し、前者には基本的には独占禁止法の適用は及ばないとされるが、外形上「権利の行使とみられる行為」に対し

でも、実質的に権利の行使といえない場合は、独占禁止法21条にいう「権利の行使と認められる行為」とは評価できないとしている⁹⁾。つまり、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案し、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るといふ、知的財産制度の趣旨・目的に反している場合、独占禁止法の適用があるとしている。

以上、根岸説とガイドラインを比較する形で示したが、両者とも、知的財産制度の趣旨に適わない行為は権利の範囲外であると認定している。ゆえに、ガイドラインには根岸説が反映されていると分析する。

第3節 その他の学説

田村教授¹⁰⁾によると、特許法の目的は、特許を与えることにより研究開発へのインセンティブを確保することに求められる。模倣者は、発明のためにコストを割いていない分、競争において発明者よりコスト上優位な立場に立つことができるので、誰も発明のために投資しなくなる。この問題に対処する必要が生じた。つまり、市場に委ねているのでは解決できない問題に対処するべく、特許法は設けられた。この点で、独占禁止法が設けられた理由と共通する。ところで、発明には代替技術が存在することがほとんどである。つまり、ある発明に特許を認めたからといっても、市場の独占には直結しない。このことが意味するのは、田村教授によると、特許制度が設けられた理由は市場の独占を認めるためではないということである。そのように考えれば、特許権の行使が市場の閉塞を招く場合に独占禁止法の適用があっても、特許制度が設けられた趣旨に反しないと考えられる。また、特許庁と公正取引委員会の役割分担という観点から考察すると、特許の審査の段階において、特許庁は、市場に対する影響の度合いを吟味しているわけではなく、そうすることを期待されてもいない¹¹⁾。よって、その後の特許権の行使に対する公正取引委員会の審査を非難することは正当化できない。むしろ、市場に対する影響の度合いを測定することは公正取引委員会の得意とするところであり、公正取引委員会に委ねたほうがよ

い。田村教授の結論は、問題となる行為が特許権の行使に当たるか否かに拘わらず、当該行使を認めることによって達成される競争促進効果よりも、それによって生じる競争阻害効果が大きい場合には独占禁止法が及ぶというものである。つまり、比較衡量となるが、それが難しいケースもあり得る。判断が難しいケースでは、経済活動の自由を優先するために、行政規制を控えれば足りるとされる。

第4節 小 括

以上の諸説の展開について再度確認する。初期の二分法を批判する形で様々な学説が登場した。それらの、二分法を批判する学説に共通するのは、独占禁止法と知的財産法それぞれの法目的は共通していると理解されていた点にある。現在の通説であるといわれる根岸説は、その共通の目的を前提としても、知的財産法の解釈による「権利の行使」とそうでない行為との二分法は独占禁止法の適用に影響を及ぼすとした。しかし、現在の通説に従えば、独占禁止法を適用できない「聖域」を設けてしまうおそれがあり、その点を批判する形で田村教授のような学説が登場することとなった。諸説を振り返ると、「権利の行使」か否かの区分が何を基準としてなされるべきかの議論が学説における対立軸であったと整理することができる。

第2章 特許法と反トラスト法の関係についての 米国の判例の変遷

第1節 シャーマン法とその違法性判断基準

米国の連邦最高裁判決を議論の素材にする以上、反トラスト法の違法性判断基準について触れざるを得ない。その理由は、いかなる違法性判断基準を採用するかによって、問題のある行為に対する正当化事由の主張の余地を認めるべきか否かの結論が変わるからである。正当化事由の主張の余地を認めるか否かは、アクタビス事件連邦最高裁判決においても重要な点

となっている。

米国反トラスト法において、カルテルは、シャーマン法1条によって禁止されている。条文上は、あらゆる取引が禁止の対象とされているように読める¹²⁾。しかし、現在の判例の立場によれば、「不当な (unreasonable)」取引制限のみが禁止の対象となる。「不当な」の意味は、全体として反競争的であるということである。それでは、それをどのように判断するのか問題となるが、それを判断するための基本的な枠組みが合理の原則であるといえる。カルテルの不当性の判断は、合理の原則に基づいて、事案ごとに、制限の内容、参加者の市場支配力、目的・意図、(関連市場に及ぼす) 効果を総合評価して違法性を判断するのが基本である。この合理の原則は、被告による正当化事由の主張を認めている。

一方、水平的価格協定や産出量協定等のハードコア・カルテルは、行為に関する外形的事実のみをもとにして、違法性を認定する。これを、当然違法の原則と呼ぶ。当然違法の原則の重要な特徴は、正当化事由の主張を一切認めないことである。当然違法の原則に基づいてカルテルの違法性を判断することについては、懐疑的な見方をされる時代も存在した。外形的な事実が特定の違法行為の類型に当てはまれば、競争促進効果が反競争効果を上回る場合であっても、正当化事由を主張することさえ許されないからである。しかし、多くの事例の蓄積の結果、特定の種類の行為に当然違法の原則を適用することには、誤った判断がなされる確率が小さく、簡易迅速に違法性の判断ができるというメリットが大きいことが認識されるようになった。その結果、たとえば、ハードコア・カルテルには、当然違法の原則を適用することが判例法として確立された。

1940年代から1970年代初頭頃までは、当然違法の原則で判断する行為類型は拡大の傾向を見せ、そのために、実際の訴訟では行為の分類に関する不毛な論争が頻発し、弊害が目立つようになった。そこで、1970年代頃から、クイック・ルックと呼ばれる違法性判断枠組みが下級審で登場するようになったといわれ、1980年代には、クイック・ルックを適用したとみら

れる連邦最高裁判例も登場した。クイック・ルックについて重要な点は、反競争効果の立証について行為の外形に依拠して市場画定や市場支配力の認定などの詳細な分析を省略しながらも、正当化事由の主張を被告に認める点にある。

第2節 米国における権利範囲論

第1節では反トラスト法の違法性判断枠組みについて取り上げたが、特許と反トラスト法の関係については、権利範囲論についても別途考慮に入れなければならない。米国では、権利範囲論に基づいて、本来ならば反トラスト法違反に問われるはずの価格、生産数量、使用分野、市場分割等に関する制限的条項は、特許権の実施許諾に付帯するものであり、かつ、特許権の範囲内の行為であれば反トラスト法の適用を免除するという考え方が存在した。

このような考え方は、1902年のペーメント事件連邦最高裁判決¹³⁾や1926年のGE事件連邦最高裁判決¹⁴⁾によって確立されたといわれる。このうちGE事件連邦最高裁判決は、「特許権者は、特許製品の製造・販売にかかわる実施許諾に、いかなる使用料や条件を——それが特許権により与えられた特許権者の報償を合理的に確保する範囲内にあれば——課してもよい¹⁵⁾」としている。ここで示された理論を「合理的報償の理論」と呼ぶ。この「合理的報償の理論」は、権利範囲論の一つの形態と考えることができる。

しかし合理的報償の理論では、産業内の競争秩序への影響及び特許権者や実施権者たちの意図や目的といった観点から、特許権者の正当な権利の行使か否かを問題にする余地があった。特許権者の正当な権利の行使か否かについて上記の観点を含む包括的な観点から判断することは、反トラスト法上の合理の原則の下で裁判所の広い裁量権に委ねられている。このことは、USジブサム事件連邦最高裁判決¹⁶⁾やライン・マテリアル事件連邦最高裁判決¹⁷⁾によって示されてきたと考えられる。合理的報償の理論に

よって反トラスト法の適用が免除される範囲は、裁判所のこうした包括的な観点からの判断によって次第に狭く限定されてきた。そして、その分だけ反トラスト法が広く適用されるようになった。現在では、GE 事件連邦最高裁判決の先例拘束性が及ぶ事柄は、価格拘束それ自体は違法ではないということにすぎない。なお、ライン・マテリアル事件連邦最高裁判決については、以下第3節で詳しく取り上げる。

第3節 特許紛争の和解について反トラスト法が問題になった事例

本節では、第4章以降で取り上げるアクタビス事件連邦最高裁判決との比較の対象となりうるものとして、3つの米国連邦最高裁の判例を取り上げたい。

第1項 3つの米国連邦最高裁判決

まず、スタンダード・オイル（インディアナ）事件連邦最高裁判決¹⁸⁾は、パテント・プールに関する基本判例とされている。本件では、ガソリンの抽出に関する製法であるクラッキング製法に関する競合する特許権者間の特許侵害訴訟の和解で成立したパテント・プールが問題となった。3つの協定に基づき、各社は互いに他社の特許侵害から免責された。また協定は、自社以外の協定参加企業の特許権についても第三者に実施許諾できるようにして、第三者から収受したロイヤリティを一定の方式で協定の参加者に分配することを定めた。そのロイヤリティ料率は全体として合理的なものであったが、スタンダード・オイル社の設定した料率を維持する仕組みであった。連邦最高裁は、この協定について合理の原則¹⁹⁾で判断し、当該協定は特許紛争を解決する限りにおいて社会的に望ましいとし、①プールされた特許により製造されるガソリンの生産能力は全てのクラッキング製法によるガソリン生産能力の55パーセントを占めるにすぎず、クラッキング・ガソリンは全ガソリン生産量の26パーセントを占めるにとどまり、②第三者への実施許諾における競争は減少しておらず、クラッキ

ング・ガソリン市場及びガソリン市場における競争は活発であることから、本件取り決めがクラッキング・ガソリンの価格、数量をコントロールしているとはいえずシャーマン法に違反しないと判示した。

次に、ライン・マテリアル事件連邦最高裁判決²⁰⁾は、クロス・ライセンス契約に関する事件の判例である。電流が過剰になると電気回路を自動的に切断するヒューズ（切断装置）について、サザン社が基本特許を、ライン社がそれに対する改良発明特許を取得していた。両者は、ヒューズを効率的かつ経済的に製造するために、互いに他方の特許を必要としていた。そこで、両者は双方の特許について相互に無償で実施許諾をした。また、両社のうち1社に（当初はサザン社、後にライン社）特許製品についての販売価格制限付きで第三者に双方の特許について実施許諾（再実施許諾）する権限を付与し、収受したロイヤリティを両者で分配することとした。さらに両者は、特許製品の販売価格を同一価格に維持することとした。サザン社がライン社に基本特許を実施許諾し、ライン社がサザン社に改良特許を実施許諾するとともに、第三者にサブライセンスする権利を与え、両者は特許製品について相手方より低い価格で販売しないことを約束した。このようなクロス・ライセンスの在り方は、前述の GE 事件連邦最高裁判決の先例拘束性が及ぶ範囲を超えてシャーマン法1条に違反するとされた。本件において、連邦最高裁は次のように判示している。「GE 事件は、一定の条件の下で、特許権者が実施権者の販売する特許製品の価格を合法的にコントロールできると判示したが、連邦最高裁は、別々の特許の異なった所有者らが、相互特許実施許諾やその他の協定によって、彼らとその実施権者とが設定するところの特許製品の販売価格を決定できると認めたことはない。競争関係にある、相互に侵害しない特許の所有者たちが、その特許の結合をして、その特許で製造される製品全てを価格拘束する場合、単一の特許権者が実施権者の価格を拘束するより、より一層重大な競争への侵害をもたらすだろう。たとえ本件のように、改良特許が基本特許の実施権なしには利用できず商業的に競争関係にたっていない場合でも、

この議論は妥当する。』²¹⁾

最後に、シンガー事件連邦最高裁判決²²⁾は、米国のミシン製造業者シンガー社、イタリアのミシン製造業者ヴィコレリ社、スイスのミシン製造業者ゴコフ社がそれぞれ有するミシンのマルチカム装置の特許のライセンス・プールが反トラスト法違反か否かが問われた事案であった。シンガー社、ヴィコレリ社、ゴコフ社はそれぞれ米国でミシンの販売を行っていた。1955年、シンガー社とヴィコレリ社の間で特許相互実施許諾契約が結ばれた。これにより、2社間で互いに特許の有効性について争わないことが約束された。その後の1956年に、シンガー社とゴコフ社との間でも特許相互実施許諾契約が結ばれた。この協定の交渉の過程では、シンガー社は、協定締結が遅れば、特許付与が遅れることにつながり、日本から輸入されたマルチカム装置付きミシンに対抗するのも遅れると主張し、ゴコフ社を説得した。この協定の結果、シンガー社とゴコフ社は互いに特許の有効性を争わず、両者にできるだけ広範な特許請求が認められるように努力することが合意された。なお、これ以前には、ヴィコレリ社とゴコフ社の間でも特許相互実施許諾契約が結ばれていた。その後1957年、ゴコフ社は、シンガー社に対して自社の有するマルチカム装置に関する特許を譲渡した。これは、シンガー社が米国の法律に詳しいためであった。ゴコフ社にはスイスで製造するミシンを米国内で販売する非排他的で実施料なしの実施許諾を付与し、さらに、譲渡された特許に基づいてヴィコレリ社を訴えないことも合意された。シンガー社はその後、日本製のミシンを輸入している米国の業者に対して2件の特許侵害訴訟を提起した。また、1930年関税法第337条に基づいて関税委員会（当時）に対しても日本製ミシン輸入問題について提訴した。連邦最高裁は、本件の問題の諸協定の背後には、日本製品の輸出攻勢に対抗するという当事者の思惑が存在することを指摘した。そして、シンガー社とゴコフ社との1956年の特許相互実施許諾契約の目的に関しては、抵触問題の解決がシンガー社の支配的かつ唯一の問題であるとはいえないとした。さらに、協定の当事者が互いにでき得る限

り広範な特許請求を確保し得るよう努力する旨の規定も、より効果的に日本製品との競争を回避したいという意向を示すものであると判示した。また、シンガー社とゴコフ社の1957年の特許譲渡協定の目的に関して、ゴコフ社の所有する特許は、3社にとって等しく有利になるように特許を執行するという目的のためにシンガー社のもとに集められ、その結果、当事者らの有する特許を保護するという目的を逸脱したとされた。連邦最高裁によれば、シンガー社の主張する目的を達成するためには、1956年に行ったシンガー社とゴコフ社の間の特許相互実施許諾契約のみで十分であり、日本製品を排除する意思を持っていることは、特許譲渡協定締結後の特許侵害訴訟の提起及び関税委員会への提訴の事実によって明らかであるとされた。よって連邦最高裁は、連邦地裁判決を破棄し、差し戻した。

なお、シンガー事件連邦最高裁判決におけるホワイト判事はその補足意見において、ゴコフ社の所有する特許の有効性は、確実なものではなかったという指摘を行っている。ホワイト判事によると、シンガー社が抵触審査手続においてゴコフ社の先行特許の存在に特許商標庁の注意を振り向けた結果、ゴコフ社の特許が無効になることを、ゴコフ社は恐れていたという。そしてホワイト判事は、1956年のゴコフ社とシンガー社による特許相互実施許諾契約は当該特許の有効性をめぐる争いが顕在化するのを防止するために締結された旨と指摘する。そして重要なのは、上記の協定が締結された理由が以上のような協定の締結は、特許商標庁と公衆に対する詐欺的行為であり、特許法上の公益（public policy）を妨げるものであるから、当然違法であるとは言えないが、少なくともシャーマン法上違法であると推定されると、ホワイト判事は主張する²³⁾。

第2項 小 括

以上の米国連邦最高裁判例は、全て後述のアクタビス事件連邦最高裁判決において引用されている。それぞれの判決の理解の仕方は、多数意見と少数意見とで異なっている。多数意見は、これらの判決について形式上は

権利範囲内の行為に対しても反トラスト法が適用された事例であると理解している。一方の少数意見は、これらの判決を、権利範囲外の行為であったために反トラスト法が適用された事例として引用する。これらの判例は、どちらも解釈する余地があり、双方がそれぞれの主張に合わせて都合よく引用している²⁴⁾。

いずれにしても、和解に関する過去の米国の連邦最高裁判例は、特許の有効性が争点となった事案ではないということが重要であると考えられる。後に提示されるアクタビス事件連邦最高裁判決は、特許の有効性が高い確率で否定されるのではないかと考えられる事案であり、このような事案に単純に権利範囲論を当てはめてもよいかが問題となった。その意味においてアクタビス事件連邦最高裁判決は、上記3つの判例と比べて独自の論点を含んでいる。

ただし、シンガー事件連邦最高裁におけるホワイト判事は、補足意見の中で当該特許の有効性について疑義を唱え、そのような場合、特許の有効性を裁判で争わないことそれ自体が、公益に反するとした。このような視点は、アクタビス事件においても重要であると考えられるため、本稿の「おわりに」において改めて検討する。

第3章 リバース・ペイメントの背景と実態

第1節 リバース・ペイメントとハッチ・ワックスマン法

特許紛争の和解を金銭の支払いによって行う場合は通常、先発医薬品メーカーの持つ特許の侵害者とされるジェネリック医薬品メーカーから、当該先発医薬品メーカーに対して金銭の支払いが行われる。このように、通常の和解では、加害者から被害者に金銭の支払いが行われる。ところが、リバース・ペイメントでは、被害者から加害者に対して金銭の支払いが行われる。

なぜ、このようなことが行われるのかを理解するには、ハッチ・ワック

スマン法の理解が必要不可欠である。ハッチ・ワックスマン法は、米国の医薬品承認制度に関する連邦法である。ハッチ・ワックスマン法によって2つのことが可能になる。1つ目は、特許の満了前に、ジェネリック医薬品メーカーは製造承認試験を行うことが可能になる（この条項のことを、「ボーラー条項」という。）²⁵⁾。2つ目は、ANDA（Abbreviated New Drug Application）申請という手続を利用することが可能になる²⁶⁾。ANDA申請を活用することにより、NDA（New Drug Application）申請では10年を要していたFDA（Food and Drug Administration：米国食品医薬品局）による新薬承認手続を短縮することが可能になる²⁷⁾。具体的には、ジェネリック医薬品メーカーは、先発医薬品との生物学的同等性を示すことにより、先発医薬品の臨床データに依拠した販売承認を得ることができる²⁸⁾。

ANDA申請では、ジェネリック医薬品メーカーは、先発医薬品に関する特許が「そもそも有効でない、またはジェネリック医薬品が特許を侵害することはない²⁹⁾（invalid, unenforceable, or will not be infringed by the manufacture, use, or sale）」ことを証明することができる。この証明のことを、パラグラフIV証明という。そして、このパラグラフIV証明に最初に成功したジェネリック医薬品メーカーには、180日間の独占販売期間が与えられる。この独占販売期間によって莫大な利益を得ることができる点が魅力となって、ジェネリック医薬品メーカーが特許の無効を暴き、市場にジェネリック医薬品が多く出回ることが期待されている³⁰⁾。

一方で、パラグラフIV証明によるANDA申請は、特許権侵害とみなされ、当該医薬品について特許権を有する先発医薬品メーカーは、特許侵害訴訟を提起することができる³¹⁾。この訴訟の提起は、ジェネリック医薬品メーカーによるANDA申請後45日以内に行われなければならない。訴訟の提起後は、FDAによる新薬承認手続は30か月間停止されることとなる³²⁾。つまり、ジェネリック医薬品メーカーはその間、当該医薬品を市場に投入することができず、万が一、訴訟の結果がジェネリック医薬品メーカー側の敗訴であっても、売上額がないため、先発医薬品メーカー側に損

害賠償請求される心配がない³³⁾。この点も、ジェネリック医薬品メーカーにパラグラフⅣ証明を促しているといえる。

注目すべき点は、ジェネリック医薬品メーカーが当該ジェネリック医薬品を市場に投入しない限り、この独占販売期間は起算されないという点である³⁴⁾。この特徴的なルールにより、先発医薬品メーカーは、最初にパラグラフⅣ証明に成功したジェネリック医薬品メーカーに対してのみ金銭を支払ってジェネリック医薬品の販売を延期させれば、当該医薬品市場において独占を保つことに成功する。このような特殊な制度の下で、本来とは逆（リバース）向きの流れで、和解による金銭のやり取りが行われる。

第2節 欧州におけるリバース・ペイメント

欧州における医薬品承認制度には、EUの加盟国による独自の承認制度とEU自体による共同体承認の2種類がある。そのうち共同体承認では、医薬品に関するデータ保護期間の満了後、ジェネリック医薬品メーカーは先発医薬品のデータに依拠してジェネリック医薬品の承認の申請が可能である³⁵⁾。この点は、米国の制度に近いといえる。また、2004年のEUの指令³⁶⁾では、第1節で紹介したボーラー条項も認められている。欧州において重要な点は、米国では180日間の独占販売期間がANDA申請に最初に成功したジェネリック医薬品メーカーに与えられるが、EUにはそのような制度は存在しないという点である。そのことは、リバース・ペイメントのインセンティブを抑制するといわれてきた³⁷⁾。

しかし、リバース・ペイメントの欧州における事例は決して多いとはいえないものの、確実に存在する。注目すべき決定事例には、①ランドベック事件³⁸⁾と②フェンタニール事件³⁹⁾がある。

①の事件は、オランダの先発医薬品メーカーであるランドベック社がEU域内のジェネリック医薬品メーカー4社に対してリバース・ペイメントを行ったとされている。ランドベック社は上記の4社に対して、①多額の金銭の支払い、②上記4社の当該ジェネリック医薬品の在庫の買い

取り，③流通契約の締結を行い，これらがジェネリック医薬品メーカー4社への利益供与であるとみなされた。ジェネリック医薬品メーカー4社は，本来であれば，ランドベック社の有する特許を迂回し，ジェネリック医薬品を市場に投入することが可能であったとし，欧州委員会は，目的による（by object）EU 機能条約101条違反を認定した。なお，①事件について2018年11月現在の状況を記すと，欧州普通裁判所は，欧州委員会同様，ランドベック社の行動に対してEU 機能条約101条違反の判決を下した⁴⁰。ランドベック社は，これを不服として欧州司法裁判所に上訴し，現在も係争中である。

②の事件は，厳密にはリバース・ペイメントの事案ではないとされる。その理由は，先発医薬品メーカーであるジョンソン・エンド・ジョンソン社は，その販売する医薬品フェンタニールについて，特許期間満了のため特許権を失っていたからである。ノヴァルティス社は，その子会社を通じ，当該医薬品のジェネリック医薬品を販売しようとしたが，その後，ノヴァルティス社の子会社が当該医薬品のジェネリック医薬品の販売を中止する代わりに，ジョンソン・エンド・ジョンソン社の子会社との間で，共同販売促進契約を締結した。欧州委員会は，①共同販売促進契約について，他のパートナーでなくノヴァルティス社の子会社が選ばれたこと，②共同販売促進契約の内容が実際に実行された形跡がないこと，③ノヴァルティス社の子会社が実際に受け取った対価が，実際に当該ジェネリック医薬品が販売された場合に得られると想定された利益を上回ること等を根拠に，目的による（by object）EU 機能条約101条違反を認定した。なお，この②事件は確定している。

第3節 日本におけるリバース・ペイメント

我が国の医薬品の製造販売承認申請は，以下の通りである。先発医薬品の製造販売承認申請も，ジェネリック医薬品の製造販売承認申請もPMDA（独立行政法人医薬品医療機器総合機構）に対して行う。ジェネ

リック医薬品に関しては、少なくとも製造販売承認申請の2年ないし3年前から開発に着手されているのが普通であり⁴¹⁾、先発医薬品メーカーの有する物質特許や用途特許の期限満了のタイミングで製造販売承認申請を行うのが通常である⁴²⁾。なお、先に述べた再審査期間中もジェネリック医薬品の製造販売承認申請はできないので、この期間の経過後、申請を行う。PMDAによる審査期間は、約1年であり、審査が行われている間、先発医薬品メーカーはどのジェネリック医薬品メーカーが製造販売承認申請を行っているか知ることができない⁴³⁾。先発医薬品メーカーは、製造販売承認が得られたときに初めて、業界団体である日本製薬団体連合会のホームページを通じて、製造販売承認を受けたジェネリック医薬品メーカーを知ることができる⁴⁴⁾。また、我が国には、米国のハッチ・ワックスマン法のような法律はなく、当然、180日間の独占販売期間は存在しない。

現在のところ、我が国においては、リバース・ペイメントは、少なくとも表面化してはいない⁴⁵⁾。今後、リバース・ペイメントが日本で生じる可能性があるかについては、日本では物質特許や用途特許の期間が少しでも残っていれば医薬品の承認が下りないため、リバース・ペイメントは発生しないのではないかという有識者へのインタビュー結果がある⁴⁶⁾。

第4章 米国でのリバース・ペイメント規制の動向と アクタビス事件

リバース・ペイメントに関する初めての連邦最高裁判決は、以下で紹介するアクタビス事件連邦最高裁判決である。それ以前の連邦裁判所の下級審判決は、「当然違法」、「合理の原則」、「クイック・ルック」、「権利範囲論」の4つのアプローチのうちで、どのアプローチを採用するか、見解に相違があった。当然、採用するアプローチによって結論も異なった。

なお、上記の4つのアプローチについては、既に第2章第1節において確認した。

第1節 アクタビス事件以前の控訴裁判所判決⁴⁷⁾

リバース・ペイメントについての最初の控訴審判決は、2001年のDC巡回区控訴裁判所判決⁴⁸⁾であった。DC巡回区は、当該事件の合意について、180日間の独占販売期間のスタートを遅らせる効果を有していることを問題視し、市場を分割し、独占状況を維持しようとした合意であるとした。2003年の第6巡回区控訴裁判所⁴⁹⁾は、リバース・ペイメントに初めて当然違法の原則を適用した。この判決は、先発医薬品メーカーがジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払い市場に参入させないことそれ自体が問題であるということを特に強調していた。第11巡回区控訴裁判所は、3つのリバース・ペイメントに関する事件について判決を下した⁵⁰⁾が、いずれも権利範囲論を採用して合意を合法と判断した。そのうち1つ目の判決では、特許訴訟で先発医薬品メーカーらが勝訴する可能性があることが示され⁵¹⁾、また、特許訴訟においては和解が好ましいという認識が示された⁵²⁾。2006年の第2巡回区控訴裁判所判決⁵³⁾や2008年の連邦巡回区控訴裁判所判決⁵⁴⁾も同様である。これらの判決では、特許が特許商標庁への詐欺により取得された場合か、特許訴訟が見せかけの場合でない限り、特許が有効であると推定され、裁判所は特許権の範囲内であるかどうかのみを判断すべきことが示された。最後に、2012年の第3巡回区控訴裁判所⁵⁵⁾は、クイック・ルックを適用してリバース・ペイメントによる和解合意が反トラスト法に違反しているかどうか審理すべきであるとした。この判決については、それまでの連邦巡回区裁判所がリバース・ペイメントには反トラスト法を適用しない方針をとっていた（2003年から2012年にかけて）が、それを覆すものとして注目された。

第2節 アクタビス事件とアクタビス事件連邦最高裁判決

アクタビス事件の被上告人であるソルベイ社は、先発医薬品メーカーであり、アンドロジェルと呼ばれる泌尿器科薬について、1999年にNDA申請をし、FDAは2000年に承認を行った。2003年には、ソルベイ社は関連

する特許も取得した。同じく被上告人のアクタビス社は、アンドロジェルのジェネリック医薬品について ANDA 申請を行った。別の被上告人のパドック社も、アクタビス社の動きとは別に、ANDA 申請を行った。アクタビス社とパドック社は、パラグラフIV申請を行い、さらに別の被上告人のパー社は、パラグラフIV申請に関する特許侵害訴訟の費用の支援をし、その見返りとして、訴訟に勝ち、ジェネリック医薬品が市場に投入された場合、その販売利益を享受することができる旨の約束をした。ソルベイ社はアクタビス社とパドック社に特許侵害訴訟を提起したが、当該訴訟はやがて和解に至り、和解の内容は、当該ジェネリック医薬品を2015年まで市場に投入しないというものであった。それは、ソルベイ社の特許が切れる、65カ月も前のことであった。また、上記のジェネリック医薬品メーカー3社は、ソルベイ社との間で、泌尿器科医に販売促進することを名目に、金銭をソルベイ社から受け取る約束をした（パドック社に120万ドル、パー社に60万ドル、アクタビス社は1900万ドルから3000万ドルを9年間。）。なお、この金銭について、連邦取引委員会（以下、FTC とする。）⁵⁶⁾ は、当該医薬品の販売促進のための費用としては高額であると主張している。

FTC は2009年、本件について、上記4社を相手取って提訴した。FTC は、上記4社が、アンドロジェルの独占による利益を分け合うために特許訴訟を放棄し、9年間もの間競合する低価格の製品の市場への投入を控えた点を理由に、FTC 法5条⁵⁷⁾ 違反を主張した。

地裁判決では、FTC の主張は認められなかった。控訴審である、第11巡回区控訴裁判所⁵⁸⁾ は、権利範囲論を採用し、FTC の主張を認めなかった。これに対して、FTC は裁量上訴を求めた。

アクタビス事件連邦最高裁判決⁵⁹⁾ で問題になったのは、リバース・ペイメントによる和解に、特許法のみならず反トラスト法の観点からの審査が及ぶか否かであった。連邦最高裁が結論付けたのは、反トラスト法の審査はリバース・ペイメントによる和解に及び、また、その際は、FTC が主張したクイック・ルックを適用するのではなく、合理の原則を適用するこ

とによって反トラスト法上の審査を行うことが可能であるということであった。連邦最高裁は、再度本件和解について審査するために下級審に事件を差し戻した。

まず、多数意見の論理を記す。多数意見は、アクタピス事件における特許は「有効かもしれないしそうでないかもしれない、無効かもしれないしそうでないかもしれない」⁶⁰⁾とし、そのうえで、特許が有効でなければ、競争下におけるよりも高い価格をつける権利は特許権者とされる者にはないとする。また、パラグラフIV訴訟は、特許の有効性を争点としており、リバース・ペイメントによる和解は、競争に有害な効果を及ぼす傾向にあることに多数意見は懸念を示した。これらの事実を勘案し、多数意見は、「競争促進的な反トラスト政策にも照らして和解の反トラスト法上の合法性を推し量るのでなく、特許法政策のみに照らしてそれを推し量るのは不十分である」⁶¹⁾とする。また、多数意見の理解する先例によると、このことは先例にも適しているとする⁶²⁾（第2章第3節を参照のこと）。その理由として多数意見は5つの考慮事由を提示している。

多数意見は1つ目の考慮事由として、リバース・ペイメントは、「『競争に対する真の悪影響の可能性』を有している」⁶³⁾ことを挙げた。多数意見は、リバース・ペイメントによる和解がなければ、消費者はより低い価格で当該医薬品を購入できた可能性があることを問題視している。それとは反対に、製薬業者らは、約5億ドルの独占益を得るとされている⁶⁴⁾。ジェネリック医薬品メーカーが本来競争していた場合には得られるはずもない利益の分だけの金銭を、ソルベイ社がパドック社ら3社に渡している。以上の点を踏まえ、本件和解は反競争効果を有している可能性が高いと多数意見は判断し、本件和解が反トラスト法による審査を免れることができない根拠の一つとしている。

2つ目には、「このような反競争的な帰結は少なくとも時に不当であることが知られている」⁶⁵⁾ことが挙げられている。多数意見は、リバース・ペイメントによる和解を正当化できる場合が存在することを認めている

(多数意見によると、例えば、医薬品の特許権をめぐる泥沼の訴訟を回避するために、先発医薬品メーカーの側からジェネリック医薬品メーカーの側に、訴訟の費用分の金銭を支払うことは考えられる。)⁶⁶⁾。多数意見は、反トラスト法の合理の原則を適用した上で、その中で正当化の主張を考慮すればよいと考えている⁶⁷⁾。

3つ目には、ジェネリック医薬品メーカーへの「支払額の規模」は、反競争的弊害をもたらす力を示す指標であることが挙げられている⁶⁸⁾。この部分において、多数意見は、反競争効果をもたらすのに十分な市場支配力を当該企業が有していることを、当該和解が反トラスト法の審査を免れない根拠の一つに挙げた。

4つ目には、「理由が説明されないほど大きな額のリバース・ペイメントそれ自体」が特許の有効性に深刻な疑いが抱かれる証拠となることが挙げられている⁶⁹⁾。もし当該特許が無効であるならば、先発医薬品メーカーによる独占の維持は許されない。そして、当該特許について、先発医薬品メーカーが間違いなく有効であると認識しているのであれば、リバース・ペイメントによる和解を行わなくとも、当該特許権の保持を理由として独占を維持することができる。わざわざ、リバース・ペイメントによる和解を行う理由は、特許の無効が暴かれるのを防止し、ジェネリック医薬品メーカーと共同で、権利に基づかない独占の維持をはかろうとしている可能性がある。その場合、本件和解には反競争効果が存在する可能性がある。

5つ目に、例えば、特許期間満了前に先発医薬品メーカーがジェネリック医薬品メーカーの参入を認める等、リバース・ペイメント以外の方法によって和解することは可能であることが挙げられている⁷⁰⁾。多数意見は、リバース・ペイメントによる和解は反競争効果をもたらす可能性が高いと認識している。他の方法での和解が可能であるのに、リバース・ペイメントによる和解を行うのは、「独占益の維持と共有の願望」のためと考えられ、その場合、正当化事由がない限り、リバース・ペイメントによる和解は反トラスト法上許されないと連邦最高裁の多数意見は考えている⁷¹⁾。

次に、少数意見を紹介する。少数意見は、特許法が制限的な独占を与えていることについて、イノベーションの促進に寄与する可能性があることにその意義を見出している⁷²⁾。そのために、反トラスト法の適用を心配することなく特許を管理できる範囲を設ける必要性を説く⁷³⁾。そのうえで、少数意見は、多数意見のアプローチ（特許権の範囲を決定するのに、特許法政策のみならず反トラスト政策も考慮するアプローチ）には困難がつきまとうとする⁷⁴⁾。その理由は、特許権の範囲内で行動する者は、反トラスト法に基づく訴訟において明確な抗弁権を有しているからである⁷⁵⁾。そして、特許が有効であるかについて裁判所は常に確信はしておらず、特許が有効であるかどうかの問題は特許法の問題であるとする⁷⁶⁾。少数意見は権利範囲論を採用し、その範囲内の行動は、反トラストの審査から免除されるべきだということになる。

本件の和解については、先発医薬品メーカーのソルベイ社が自社の特許を維持しようとして、ジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払っただけであり、特許権の範囲を逸脱しているとは言えないとする⁷⁷⁾。そして少数意見は、過去の連邦最高裁の先例の中で、特許関連の和解に対して反トラスト法の綿密な審査が行われた例は存在しないとする⁷⁸⁾（第2章第3節を参照のこと）。仮に5パーセントであっても特許権者が特許の有効性に疑念を抱いていれば、リバース・ペイメントのような和解に応じることはあり得るとし、多数意見が「巨額な」金額の支払いを根拠に反トラスト法上の審査を容認することを批判した⁷⁹⁾。そして、和解を行えば反トラストの審査に問われるということとなれば、（和解の可能性のない、多くの時間と費用を要する）訴訟を行おうとせず、逆に特許の有効性が争われる機会がなくなるのではないかとする⁸⁰⁾。

第3節 アクタビス事件のその後⁸¹⁾

アクタビス事件連邦最高裁は、当該事件について、合理の原則に基づいて再度審理を行うよう、下級審に差し戻した。しかし、合理の原則に基づ

いて具体的にどのように判断するべきかについては、下級審に委ねられた。ラミクタール事件において、ニュージャージー地区連邦地裁判決⁸²⁾は、上記の5つの考慮事由を合理の原則の再定義であるとし、これを合理の原則を適用する上での指針であるとした。しかし、その控訴審⁸³⁾は、5つの考慮事由を合理の原則の指針であるとするのは間違いで、アクタビス事件連邦最高裁判決が5つの考慮事由で示したのは、訴訟費用節約のためのリバース・ペイメント等であれば、正当化事由が認められる可能性があるということだとした。

また、アクタビス事件連邦最高裁判決以降、no-AGをどのように扱うのかという論点が浮上した。先発医薬品メーカーが市場に投入するジェネリック医薬品のことをオソライズド・ジェネリック医薬品 (Authorized Generic, 略称はAG) というが、no-AGとは、AGを差し控えることを意味する。先発医薬品メーカーがAGを市場に投入することを差し控えることにより、競争が不活発になり、ジェネリック医薬品メーカーは、その分だけ独占益を得やすい。この問題について、地裁レベルでは、no-AGにアクタビス事件連邦最高裁判決は適用されないとする判決⁸⁴⁾と、リバース・ペイメントが金銭に限るとはアクタビス事件連邦最高裁判決では言及されていないとし、no-AGも金銭を伴うリバース・ペイメントと同様であるとする判決⁸⁵⁾がある。先に記した、ラミクタール事件の控訴審⁸⁶⁾は、no-AGは競争を排除するものであるとした。

第5章 アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見と少数意見の検討

第1節 アクタビス事件連邦最高裁判決を取り上げる意義

アクタビス事件連邦最高裁判決の画期的な点は、当該特許の有効性を審理することなく反トラスト法の適用を行った点にある。権利範囲論を採用した場合、特許紛争の和解に対して反トラスト法が適用されるのは、当該

特許が無効となった場合のみである。当該特許に対しては、有効推定がはたらくからである。しかし、アクタビス事件連邦最高裁は、特許が無効であった場合のリスクに着目し、特許法に基づく審理を省略して反トラスト法を適用する可能性を切り開いた。上記の連邦最高裁判決は、権利範囲論を採用することによって生じる弊害に対して正面から向き合った貴重な判決であると考えられる。以下では、独占禁止法（反トラスト法）上「和解をする権利」がどこまで認められるべきかという観点からアクタビス事件連邦最高裁判決を分析したい。

本章の第2節では、判決文中から読み取れる論点ごとに多数意見と少数意見を対比して分析することにより、連邦最高裁における議論の対抗軸を明確化することを試みる。それを踏まえて、第3節では上記の問いに対する私見を提示する。

第2節 アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見と少数意見

以下では、アクタビス事件連邦最高裁判決の判決文をもとに8つの論点を提示し、それぞれの論点において、多数意見と少数意見を対比させる。以下では、知的財産法と独占禁止法の関係の在り方一般について示唆を与えるような抽象的な論点と、リバース・ペイメントによる和解についてどう取り扱うべきかといった本件特有の具体的な論点との両方について整理を試みる。抽象度が高いものから低いものへと順に並べてある。

第1項 論点①：特許紛争の和解について審理する際のアプローチの違い

特許紛争の和解は、特許権の範囲を超えてなされた場合、反トラスト法に違反することになる。問題は、特許権の範囲を超えたかどうかは、専ら特許法の問題なのか、それとも反トラストの観点からも審査が及ぶのかという点である。

この論点に関して、アクタビス事件連邦最高裁の多数意見と少数意見は

全く異なるアプローチを採用している。多数意見は、競争促進的な反トラスト政策にも照らして和解の反トラスト法上の合法性を推し量るのでなく、特許法政策のみに照らしてそれを推し量るのは不十分であるとしている⁸⁷⁾。他方で、少数意見は、特許紛争の和解は特許権の範囲内であるとしたうえで、特許権の範囲内かどうかは、特許法によって決せられるべきであるとする。本件和解について少数意見は、ソルベイ社は自社の特許を維持しようとしてジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払ったのであり、本件和解は特許権の範囲内の行動であるとする⁸⁸⁾。

ここで、多数意見はどのような理由で反トラスト政策の観点も参照すべきと考えたのかについて記す。多数意見は、本件ソルベイ社の特許が有効であり、侵害されているならば、リバース・ペイメントによる和解が行われ、その支払い分が当該医薬品の価格に転嫁されるのも許されるかもしれないと述べている⁸⁹⁾。しかし、多数意見は「有効かもしれないしそうでないかもしれない、無効かもしれないしそうでないかもしれない⁹⁰⁾、特許の保有という事実のみでは、当該和解の反トラスト法上の疑問は解消されないとする。当然、有効でない特許を保有する者が、その特許を根拠として、競争状態よりも高い価格をつけることは許容されない。また、本件のリバース・ペイメントによる和解の文脈においては、そもそもパラグラフIV訴訟が特許の有効性を争点としていることも考慮されるべきであるとする⁹¹⁾。多数意見も、特許訴訟が多くの費用と時間を要することから、「和解の価値」については認めている⁹²⁾。それでも、第4章第2節で記した5つの考慮事由のために、本件和解は、反トラストの審査を免れることはできないとした。時に特許紛争の和解に反トラスト法が適用されることは先例からも明らかであるとする⁹³⁾。

関連して、多数意見は、特許訴訟が見せかけの訴訟かどうかを決定するのではない限りにおいては、反トラスト法上の論点に答えるために特許の有効性を法廷で争う必要はないと考えている⁹⁴⁾。そして、アクタビス事件におけるリバース・ペイメントについて言えば、当該特許それ自体の有効

性の詳細な審査を裁判所に強いるまでもなく、理由が説明されないほど大きな額のリバース・ペイメントそれ自体が、特許の弱さを示す代わりの指標となるという⁹⁵⁾。

少数意見は、これらの点についてどのように考えているのだろうか。特許訴訟は多くの訴訟のように、和解によって解決されることが多く、また、そのような和解は反トラスト法上の責任を伴わないこと⁹⁶⁾を少数意見はまず示した。そこで鍵となるのは、特許権者は特許権の範囲内で行動しなければならないということである。本件では、ソルベイ社は自社の特許を維持しようとしてジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払ったのであって、このような和解の仕方も特許権の範囲内であるという⁹⁷⁾。

多数意見は特許の有効性の不確実性を理由に、反トラストの審査も必要としている⁹⁸⁾。そのことについて、少数意見は、特許権の範囲内で行動する特許権者は、反トラスト法に基づく訴訟においても明確な抗弁権を有しているため、多数意見のアプローチは困難であるとしている⁹⁹⁾。特許権の範囲内で行動する特許権者は、いかなる非合法的な反競争的行為にも従事していないといえ、その行動は、特許が無効であるか侵害されていなかったときにのみ非合法となるという¹⁰⁰⁾。少数意見にとっては、特許の有効性について裁判所が確信していないのはいつものことであり、特許の有効性や競争者が当該特許を侵害しているか否かは、明確に特許法の問題である¹⁰¹⁾。そして、特許権の範囲は、特許法を参照して決せられるべきであるとする¹⁰²⁾。反トラスト訴訟の提起に伴って特許の有効性ないし侵害の有無も評価するような法システムを創設することは想定としてはあり得るが、現実はそのようにはなっていないとする¹⁰³⁾。最後に、少数意見は、本件のようなケースにおいては、ジェネリック医薬品メーカーらは、パラグラフIV訴訟の場面では先発医薬品メーカーの特許の無効を主張し、後の反トラスト訴訟の場面では先発医薬品メーカーの特許の有効性を主張することになり、不合理ではないかという指摘も行っている¹⁰⁴⁾。

第2項 論点②：消費者厚生を重視するのかがイノベーションの 促進を重視するのかが

この論点は、第1項で提示したアプローチの選択の際に考慮に入れる必要がある。反トラスト法も特許法も、採用する方法が異なるのみで、少数意見の言葉を借用するならば、「消費者の利益を促進する」¹⁰⁵⁾ ことを目的とすることに相違はない。

多数意見は、「競争促進的な反トラスト政策 (procompetitive antitrust policy)」¹⁰⁶⁾ に立脚している。この「競争促進的」の意味するところが何であるかが重要となるが、これについて、多数意見が端的に述べている部分は見当たらない。しかし、多数意見は、本件において、もしソルベイ社の有する特許が無効であることが訴訟の継続により明らかになれば、特許権者らは5億ドルもの収入の減少を被る可能性があったとしている¹⁰⁷⁾。そして、それは消費者が本来得べき利益であったともしている。また、多数意見は、本件において、ジェネリック医薬品メーカーが、ソルベイ社の有する特許の満了期限前に市場に参入するという条件での和解について、「競争をもたらし、それは……消費者の利益につながる」¹⁰⁸⁾ としている。以上の説明より、多数意見は、不当な独占によって高価格が維持される状態を反競争状態と考えており、そのような反競争状態を解消することを競争促進的と捉えていると考えられる。つまり、多数意見にとっては、上記のような競争を促進することが、消費者厚生をもたらすことになる。

他方、少数意見は、その冒頭において、「特許法の重要な点は、イノベーションを促進する方法として、限定的な独占を与えることである」¹⁰⁹⁾ とし、「特許法は競争に対して保護を提供するという方法により（反トラスト法とは）異なるやり方で消費者の利益を促進する」¹¹⁰⁾ と述べている。本来、反トラスト法下では価格を固定する価格カルテルは当然違法となるが、特許権者は固定された価格による製品の販売を条件としてその発明をライセンスすることができる¹¹¹⁾。特許の保護はイノベーションの創出に寄与する一方で、無制限に独占を与えることはその逆の結果につながると

考えられるから、特許権に有効期間を設ける等、特許法自体が独占に限定を加えて均衡を図っているとされ、少数意見はその点を強調する。

第3項 論点③：和解を促進する伝統的な対価について

多数意見は、リバース・ペイメントによる和解は、訴訟を回避するための費用やサービスに対する正当な対価のような伝統的な和解の対価を反映するにすぎない場合、特許無効又は非侵害の発覚のリスクを避けるために特許権者がその独占の利益を使用しているという懸念はないという¹¹²⁾。そして、そのような和解には正当化事由が認められるという¹¹³⁾。多数意見は、反トラスト法を適用したうえで、その合理の原則の枠組みの中でこれらの事柄を正当化事由として主張すべきとした¹¹⁴⁾。

少数意見は、本件和解においてソルベイ社がジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払ったのは、自社の特許を維持しようとしたことであり、そのことは特許権の範囲を超えない行為であると考えている¹¹⁵⁾。そのうえで、権利範囲内の行為に反トラスト法が適用されるのは、過去の先例に照らしてありえないとしている。

第4項 論点④：特許紛争の和解は特許権の範囲に入っているか

多数意見は、特許紛争を和解によって解決する方法を否定しているわけではない。多数意見は、「私たちは、和解の価値と特許訴訟の問題を認識する」¹¹⁶⁾と述べ、当該部分において、特許訴訟の継続は、多額な訴訟費用と時間を要することから、それを和解によって解決することは自然であるということを認めている。また、第3項で示したように、多数意見は、例えば訴訟費用分をジェネリック医薬品メーカーの側に支払う形のリバース・ペイメントによる和解は正当化され得ることを認めている¹¹⁷⁾。しかし、第4章第2節で示した5つの考慮事由を根拠に、多数意見としては、特許法と反トラスト法の両方による審査がなければ、特許訴訟の和解が特許権の範囲内かどうか確定できないと考えていると思われる。

それに対して少数意見は、特許訴訟の和解は特許権の範囲内であるとし、リバース・ペイメントによる和解はソルベイ社が自社の特許を維持しようとして金銭を支払ったにすぎず、通常の形式の和解と違わず、リバース・ペイメントによる和解は、特許権の範囲内とした。また、和解をする権利というのは、一般に訴訟をする権利に伴うという¹¹⁸⁾。

第5項 論点⑤：特許の無効を争う機会の確保の要請について

多数意見は、特許法と反トラスト法の両方を適用し和解が特許権の範囲内かどうかを判断するアプローチは、医薬品特許の無効が暴かれるよう促すというハッチ・ワックスマン法の立法趣旨に適っているとした¹¹⁹⁾。また多数意見は、特許紛争の和解の全てを認めないわけではなく、競争をもたらす、消費者の利益へとつながる和解も存在するとしている¹²⁰⁾。多数意見は、リバース・ペイメントによる和解についても、その支払いが何らかの販売促進費用分に相当する場合や、特許訴訟を継続した際の費用分に相当する場合は、リバース・ペイメントによる和解を認めている¹²¹⁾。リバース・ペイメントに反トラスト法が適用されてもこれらの和解を行うことができるため、特許紛争の両当事者が和解をすることを萎縮させない¹²²⁾、和解に至る可能性も十分ある以上、訴訟へのインセンティブが減少し特許訴訟の件数が減少することもない。そして、他の形態の和解をすることが可能であったのにリバース・ペイメントによる和解を行おうとする理由が、「特許の生み出す独占利益の維持と共有の願望」¹²³⁾であるならば、それは反トラスト法上禁止されなければならないという。

他方、少数意見は、特許紛争の和解を行えば反トラスト法違反となるおそれがあるとすれば、紛争の当事者らが訴訟に踏み切るインセンティブは減少すると指摘している¹²⁴⁾。特許紛争は多くの時間や費用を伴うために、その大部分で和解が行われており、和解を行うことが特許紛争の前提となっている面もある。もし、少数意見が指摘するように、特許紛争の申し立ての件数が減少することになれば、それは、特許無効を暴く機会の減少

をも意味することになる。

第6項 論点⑥：特許法と反トラスト法の関係を特定の制定法の存在を根拠に判断できるか

多数意見は、過去の先例の中に、特許紛争の和解であっても反トラスト法が適用された先例は存在するとしている¹²⁵⁾。さらに、多数意見は、本件和解に反トラスト法の観点から審査が及ぶべきとする理由の1つに、ハッチ・ワックスマン法の個別の規定（FTCに和解協定を提出しなければならないことを定める条項）や同法の立法の経緯（アクタビス事件連邦最高裁の多数意見は、「競争を先延ばしにするための先発医薬品メーカーとジェネリック医薬品メーカーの間の取引を許す目的でデザインされたのではない。」¹²⁶⁾という、立法過程におけるワックスマン下院議員の発言を紹介している。）を挙げた。同法におけるパラグラフIV訴訟は、先発医薬品メーカーの有する無効な特許を暴き、ジェネリック医薬品の参入により医薬品市場の競争を活発にすることを目的としていた。

それに対して、少数意見は、そもそも、過去の先例には特許権の範囲内の和解に反トラスト法が適用された事例はないとしている¹²⁷⁾。少数意見から見れば、本件和解は特許権の範囲内の行動であって、多数意見はハッチ・ワックスマン法の特定の規定やハッチ・ワックスマン法の立法経緯を根拠に今までの先例を覆すものであり、「特許法と反トラスト法間の確立された関係を解体する」¹²⁸⁾ものとして批判される。

第7項 論点⑦：リバース・ペイメントによる和解の競争への悪影響に対する認識の違い

多数意見は、リバース・ペイメントは競争に悪影響を及ぼすおそれがあると認識し、その前提の下で議論を進めていると考えられる。多数意見は、第4章第2節で示した、5つの考慮事由の中の1つ目として、「本件で論点に挙げられている特定の制限条項は、『競争に対する真の悪影響の可能性』

を有している」¹²⁹⁾と端的に述べている。また、FTCによる調査を踏まえ、5億ドルもの利益が消費者の側からリバース・ペイメントの当事者らに移転した可能性があることを示した¹³⁰⁾。さらには、これも5つの考慮事由の3つ目で示されたように、本件和解の支払い額の規模は、それ自体が市場支配力を示す指標であり、競争のある市場での価格よりも高い価格を維持することができるという意味での反競争効果が存在することを意味する¹³¹⁾。

この問題について、少数意見は、明確に回答しているとは言えない。少数意見は、権利範囲論を採用しており、リバース・ペイメントによる和解は、単にソルベイ社が自社の特許を維持しようとして競争者であるジェネリック医薬品メーカーに金銭を支払ったにすぎないものと考えており、当然に特許権の範囲内の行動であると考えている¹³²⁾。少数意見によると、特許権の範囲内の行動である場合「限定的な独占」が与えられる¹³³⁾。つまり、少数意見にとっては、競争への悪影響が存在して当然なのである。

第8項 論点⑧：リバース・ペイメントを行う理由とその特殊性

多数意見は、リバース・ペイメントは慣れ親しんだ和解の形式ではないと考えている¹³⁴⁾。多数意見は、理由が説明されないほど規模が大きなりバース・ペイメントは、特許の有効性に特許権者が確信をもっていない証拠であると認識している¹³⁵⁾。これに対して、以下説明がなされるように、少数意見は、特許が無効になるリスクが小さかったとしても、そのリスクを取り除くためならば、理由が説明し難いほど大きな額のリバース・ペイメントによる支払いでも正当化されるとしている¹³⁶⁾。多数意見は、そのことを踏まえても、理由が説明されないほど大きな額のリバース・ペイメントによる支払いが競争のリスクを避けることを意図しているのには変わらないとしている¹³⁷⁾。

少数意見は、本件におけるリバース・ペイメントによる和解は、ソルベイ社が自社の特許を維持しようとしてジェネリック医薬品メーカーに金銭

を支払ったにすぎず、特許権の範囲内の行動であるとする¹³⁸⁾。少数意見によれば、リバース・ペイメントという文言は、ユニークな形式の和解であるという印象を与えるためにわざわざ作り出されたものであるという¹³⁹⁾。そして、知的財産訴訟においては、侵害者とされる者（本件の場合であれば、ジェネリック医薬品メーカーら）に特許無効の主張を取り下げさせるために金銭を支払うというのは、「そのような紛争を和解するための直感的な方法が反映されている」¹⁴⁰⁾という。また、多数意見がリバース・ペイメントによる和解を行うのは特許の有効性に自信を失っている証拠であるとするのに対して、特許権者が95パーセント当該特許の有効性に自信を持っていたとしても、当該特許が無効であることが発見される5パーセントの確率を取り除くために、リバース・ペイメントによる和解を行うことは十分考えられるという¹⁴¹⁾。

第3節 私 見

アクタビス事件では、問題となった特許が有効か無効かについての結論は不明である。裁判において特許無効の判断が下されていない以上、当該特許は有効推定を受ける。少数意見のように権利範囲論を採用した場合には、このように有効推定を受けている状態の特許については、正当な権利の行使として特許権を行使できる範囲が認められることとなる。そこで、当該特許が無効であることが明らかになった後でなければ、反トラスト法を適用できないのかという問題が生じる。

筆者は、多数意見と少数意見の2つの立場のうち、多数意見の立場を支持する。アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見は、反競争効果が存在するという前提のもとで、何らかの間接事実により特許無効の疑いが強く、しかも反トラスト法を適用したとしても和解をするインセンティブが妨げられないという場合には、特許の有効性について判断しなくとも反トラスト法（我が国の場合、独占禁止法）を適用し得ることを示唆していると、筆者は考える。

アクタビス事件のようなリバース・ペイメントが問題となった事例では、当事者の先発医薬品メーカーらがリバース・ペイメントを行うと、ハッチ・ワックスマン法の規定に基づいて、他のジェネリック医薬品メーカーは参入できない。そのような状況下で、リバース・ペイメントの当事者らは独占利潤を得ることができる。アクタビス事件のようなケースでは、当該特許が無効であるという可能性が高い確率で存在しており、無効であるリスクをおそれて先発医薬品メーカーがリバース・ペイメントを伴う和解を行ったと考えることもできる。もし特許が無効であるとするならば、競争が当該市場に存在していた場合には先発医薬品メーカーが得ることができなかつたはずの独占利潤にまで特許法の保護が及び、それは妥当でない。ここが重要な点であると、筆者は考える。特許法によって特許の無効が判断された後でなければ、反トラスト法の適用ができないというのであれば、アクタビス事件のように特許無効のリスクを避け競争を回避しようとする行為に反トラスト法による規制が及ぶ機会を逸してしまうこととなる。

アクタビス事件は、結果的に、特許の有効性について法廷で争わずとも反トラスト法を適用し得るとされたケースであった。アクタビス事件連邦最高裁の多数意見を慎重に解釈すれば、本節の最初に示した通り、反競争効果が明白であったという点、特許が無効であるのではないかという疑いを惹起させる間接事実（アクタビス事件連邦最高裁判決では、リバース・ペイメントの金額の大きさ）、和解に至る可能性が閉ざされているわけではない（多数意見によれば、訴訟費用相当額のリバース・ペイメントを伴う和解は、反トラスト法に違反する訳ではない。）といった点を総合的に勘案して、特許の有効性を争うプロセスを省略し、反トラスト法を適用し得ると判断された。なお、いかなる間接事実が存在すれば、特許無効の疑いが強いとされるのかは、ケース・バイ・ケースであるだろう。

それでは最後に、特許の有効性を争わないで反トラスト法を適用するとした多数意見の立場に対する少数意見の批判にはどのように応えるべきだろうか。少数意見は、第一に、特許無効判定のリスクが5パーセントで

あったとしても、リバース・ペイメントによる和解を行うことはあるので、巨額な支払いのリバース・ペイメントであるからといっても、特許無効の疑いの強さを示す指標にはならないと指摘する。第二に、特許の有効性というのは、実際は特許法に基づいて法廷で争わなければ明らかになるものではなく、後に当該特許が有効であると明らかになった際には、本来特許が有効であればできた行為を制限することになる可能性を指摘する。第三に、和解の結果反トラスト法違反に至る可能性が存在することは、特許紛争の当事者らが特許訴訟の提起を思いとどまらせる可能性を高めるという点を指摘する。多くの費用と時間を要する特許訴訟は一般に、和解をすることが前提で行われている面がある。よって少数意見によれば、和解することを思いとどまらせることは、すなわち、訴訟を思いとどまらせることを意味する。もし、それが現実であれば、特許無効を炙り出すというハッチ・ワックスマン法の理念に反することとなる。

しかし、これらの少数意見の述べる指摘を踏まえても、多数意見の立場は妥当ではないだろうか。第一の指摘については、そもそもリバース・ペイメントを行うことに関しては、やはり不自然さが拭えない。当該特許が有効であることが確実であるケースで、果たして、先発医薬品メーカーはリバース・ペイメントによる和解を行うだろうか。特許が無効である可能性が高いがゆえに、リバース・ペイメントを行ってでも独占状態を維持し、その分け前をジェネリック医薬品メーカーに分配する方が、市場における競争が活発になる状況よりも得だと判断したと考えるのが自然である。

第二の指摘に対しては、本節の冒頭で示した、特許権者が無効のリスクを避けようとしている疑いが強い場合に、反トラスト法を適用する機会を逸してしまうリスクの方がはるかに大きいというのが、答えであると考えられる。たしかに、特許訴訟により当該特許の有効性を争った場合、有効・無効のどちらであると判定されるかは確実には分からない。しかし、だからといって、特許が無効であったときにもたらされる競争への悪影響は無視できない。アクタビス事件のようなリバース・ペイメントの事案では、有

効な特許を制限してしまうことによるリスクと比較して、無効な特許に基づいて競争が制限されるリスクの方が大きいと考える。しかも、多数意見の見解に従っても、巨額なリバース・ペイメントを伴わない和解はなお可能である。よって、第二の指摘に関しても、少数意見の指摘は妥当とは思えない。

第三の指摘については、この少数意見の指摘を、リバース・ペイメントの事案に則して検討したい。筆者の見解によれば、リバース・ペイメントの事案では、多数意見の立場を前提としても当事者らは和解を行うことについて消極的にならない。再三記すように、特許紛争には多額の時間と費用を要することが多いため、一般的には、最終的に和解を行う可能性があるとの前提で訴訟をしている面はある。そのような側面に注目すると、和解の結果反トラスト訴訟に至る可能性が存在することによって、特許紛争の提起を思いとどまらせる可能性はなくはない。しかし、本件のパラグラフIV訴訟の場合、多額のリバース・ペイメントに反トラスト法を適用したとしても、ジェネリック医薬品メーカーは訴訟の提起をやめようとはしないのではないだろうか。ハッチ・ワックスマン法は、訴訟を提起したジェネリック医薬品メーカーで、最初にパラグラフIV証明に成功した者に、180日間の独占販売期間という「ご褒美」を用意する。これは、訴訟を提起するのに十分すぎるインセンティブであるように思える。そして、ジェネリック医薬品メーカーは訴訟に敗訴したとしても、売り上げが存在しないため、先発医薬品メーカーから損害賠償請求されることもない。これらの点を踏まえると、多額のリバース・ペイメントに反トラスト法を適用したとしても、ジェネリック医薬品メーカーの特許訴訟を提起するインセンティブが失われるとは思えない。

以上の少数意見の検討を踏まえると、アクタビス事件連邦最高裁判決において多数意見が採用したアプローチは正しいと確信する。反競争効果が存在するという前提のもと、何らかの間接事実により特許無効の疑いが強く、しかも反トラスト法を適用したとしても和解をするインセンティブが

妨げられないという場合には、特許の有効性について争わずとも反トラスト法（我が国の場合、独占禁止法）を適用することに道が開かれたと考える。

お わ り に

本稿はこれまで、米国におけるリバース・ペイメントによる和解の事例を素材に、特許紛争の和解の場面における権利範囲論の是非について検討を行ってきた。その結果、反競争効果が存在するという前提のもと、何らかの間接事実により特許無効の疑いが強く、しかも反トラスト法を適用したとしても和解をするインセンティブが妨げられないという場合には、特許の有効性について争わずとも反トラスト法を適用できるのではないかという示唆を得た。

この見解に対しては、なお権利範囲論の立場からの批判があり得る。しかし、特許の有効性を判定せずに反トラスト法を適用した判例が存在する意味について検討せざるを得ない。

その検討に際して重要なことは、繰り返しになるが、もし特許が無効であった際に反トラスト法を適用しないリスクと特許が有効であった際に誤って反トラスト法を適用してしまうリスクとを比較すると前者のリスクの方が大きいという点ではないだろうか。アクタビス事件における連邦最高裁の多数意見も本文中に引用している FTC の調査によると、リバース・ペイメントを伴う和解を製薬メーカーらが行うことによって、消費者は5億ドルもの損害を被る可能性があったとされている。アクタビス事件は、リバース・ペイメントを行えば第三者の参入が一切不可能となることから、明白に反競争効果が存在すると言い切ることができるという特殊な事案であった。特許紛争の和解はその後ライセンス契約につながる 경우가多く、その結果技術移転が進むために競争促進的な側面もあり、そのような観点に着目すると和解は促進されるべきである。一般論として、権利範

困論的発想を採用する者はそのような考えを有していると思われる。連邦最高裁の多数意見も基本的にはその考えを支持していると思われ、和解自体を一切認めないというわけではない。しかし、製薬メーカーらが、特許無効である可能性が強いにもかかわらず、独占を維持するような方法で和解を行ったために、上記のリスク分析の結果、特許の有効性を判定しなくても反トラスト法を適用できるとしたのではないだろうか。

最後に、第2章第3節において指摘した、特許の有効性を争わないことそれ自体が公益に反する可能性はないかという点も検討すべきである。第2章第3節で取り上げた3つの事例とアクタビス事件の最大の違いは、特許の有効性を争わないことそれ自体が問題となったという点である。シンガー事件連邦最高裁判決のホワイト判事の補足意見によれば、特許の有効性を争わないことそれ自体が公益に反する場合が存在するとされる。アクタビス事件のようなリバース・ペイメントによる和解は、まさに、競争秩序への影響という公益に関わっており、通常の和解と同列に論じてこれを許容することは、紛争当事者同士の私的な利益調整の問題へと問題を矮小化するものともいえる。

もっとも、シンガー事件におけるホワイト判事の補足意見のような見解は判例法として確立されたとはいえない。ホワイト判事の見解を採用した場合、特許の無効が暴かれるのを防止するために和解が行われたという意図や目的を立証しなければならないが、その立証は困難であり、宮井教授によるとそのことがホワイト判事の見解が一般論として定着しなかった要因として考えられるという¹⁴²⁾。また、この見解を採用するもう1つのデメリットとして、和解を行うインセンティブの低下が懸念される。和解を行うこと自体の価値は、アクタビス事件連邦最高裁判決の多数意見・少数意見の双方が認めていることである。特許紛争の和解はライセンス契約に結び付くことが多く、その契約に基づいて第三者に当該特許をサブライセンスすること等も可能となり、競争促進的な効果をもたらすと一般に考えられている。

これに対して、アクタビス事件連邦最高裁判決は、5つの考慮要素を総合的に勘案して、特許の有効性を争うことなく、リバース・ペイメントに反トラスト法を適用したと考えられる。アクタビス事件連邦最高裁判決の判旨を敷衍するならば、リバース・ペイメントの金額の大きさは上記のような意図や目的を推測するための大きな手掛かりとなったことは間違いない。もっとも、この点に関しては、どの程度の金額に到達すると反トラスト法上非合法とされるのか明確でないといった批判が想定される。アクタビス事件の後には、no-AGの問題も顕在化した。しかし、アクタビス事件連邦最高裁判決は、他の和解の手段が採用できたにも拘わらず、わざわざリバース・ペイメントによる和解を選んだという点も重視していたはずである。金額については、合法・非合法の線引きが難しいという問題を抱えているにせよ、これだけの事実が揃えば、特許の無効化を恐れていたと推測されてもやむを得ないと筆者は考える。しかも、アクタビス事件は、消費者が高価格での医薬品の購入を迫られているという点で、重大な公益に反する事案であったと筆者は考える。さらに、第5章第2節第6項で議論したハッチ・ワックスマン法の立法の経緯¹⁴³⁾からしても、和解による問題の解決は安易に認められるべきではなかったと考えられる。

アクタビス事件のような重大な公益に反していると考えられる事案では、たとえ多くの時間を要することになったとしても、訴訟で白黒つけるべきであると考ええる。そのことにより、「よい和解」に導くことができると考える。アクタビス事件の和解が反トラスト法に違反するとされたのは、独占の維持を目論んでいる和解だからであり、独占の維持以外の目的での和解に導くことが重要である。重大な公益に反する場合に反トラスト法の適用を認めることは、特許紛争の当事者を訴訟へと導き、その後紛争の当事者が和解を行ったとしても、その和解は競争促進的なものであることが期待される。

アクタビス事件連邦最高裁判決は、特許の有効性を争わないことそれ自体が公益に反するという見解を明示しているわけではないが、ホワイト判

事の補足意見を継承しているとも考えることもできる。そして、権利範囲論的発想をする者でも、特許の有効性を争わないことそれ自体が公益に反する場合が存在することは、認めざるを得ないのではないだろうか。特許紛争の和解の場面で、そのような懸念が生じ得ることが明らかになった点にアクタビス事件のもう一つの意義があると考ええる。少なくとも、重大な公益侵害が生じているケースには、和解の競争促進効果が反競争効果を上回ることがないとして競争法が適用され得ると考える。もっとも、どのようなケースで重大な公益が侵害されているとされるのか、基準が判然としないう。今後さらに検討されるべき課題と言えよう。

- 1) FTC v. Actavis, 570 U.S. 136 (2013).
- 2) 初期の学説に関して、稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』（有斐閣，1994年）2頁参照。
- 3) 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』（商事法務研究会，1976年）293頁以下所収，308頁-309頁参照。
- 4) 正田彬「知的財産権と独占禁止法」経済法学会年報10号（有斐閣，1989年）1頁以下所収，1頁-20頁参照。
- 5) 稗貫・前掲注2）3頁参照。
- 6) 渋谷達紀「工業所有権と取引制限」丹宗昭信，厚谷襄児編『現代経済法入門』（法律文化社，1981年）225頁以下所収，228頁-229頁参照。なお、「押し付けられた独占」の説明に関しては、稗貫・前掲注2）3頁参照。
- 7) 根岸哲「知的財産法と独占禁止法」経済法学会年報10号（有斐閣，1989年）21頁以下所収，28頁-29頁参照。
- 8) 根岸教授は「知的財産権法」という表現を用いている。本稿では「知的財産法」という表現に統一しているが、根岸教授の学説について触れている箇所に関しては、根岸教授の表現に準拠する。
- 9) 公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」〈<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyokujun/chitekizaisan.html>〉（2018年11月21日検索）参照。
- 10) 田村善之「特許権の行使と独占禁止法」公正取引588号（1999年）26頁以下所収，26頁-28頁参照。
- 11) 特許法49条を参照のこと。いかなる事由が存在する際に、特許出願の拒絶査定を行うかが規定されている。
- 12) シャーマン法1条の条文は以下の通りである。「各州間の又は外国との取引又は通商を制限するすべての契約，トラストその他の形態による結合又は共謀は，禁止される（Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be

- illegal.)」条文の訳は、公正取引委員会「米国 (United States)」〈<https://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom/kakkoku/abc/allabc/u/america.html>〉(2018年11月21日検索) 参照。
- 13) E. Bement & Sons v. National Harrow Co., 186 U.S. 70 (1902).
 - 14) United States v. General Electric Co., 272 U.S. 476 (1926).
 - 15) Id. at 489. 訳については、稗貫俊文「価格拘束特許実施許諾契約と反トラスト法」北大法学27巻1号(1976年)59頁以下所収、73頁を参照した。
 - 16) United States v. United States Gypsum Co., 333 U.S. 364 (1948).
 - 17) United States v. Line Material Co., 333 U.S. 287 (1948).
 - 18) Standard Oil Co. (Indiana) v. United States, 283 U.S. 163 (1931). スタンダード・オイル(インディアナ)事件連邦最高裁判決の概要について、村上政博『特許・ライセンスの日米比較』(弘文堂、2000年)116頁-117頁を参照した。
 - 19) 合理の原則とは、米国の反トラスト法1条にいう「不当な」についての、違法性判断枠組みの一類型である。詳しくは、本稿第2章第1節で記した。
 - 20) United States v. Line Material Co., 333 U.S. 287 (1948). ライン・マテリアル事件連邦最高裁判決の概要について、村上・前掲注18)115頁-116頁を参照した。
 - 21) Id. 490at. 訳に関しては、稗貫・前掲注15)84頁を参照した。
 - 22) United States v. Singer Mfg. Co., 374 U.S. 174 (1963). シンガー事件連邦最高裁判決の概要について、宮井雅明「特許プールに関するアメリカ判例法の研究(二)」立命館法学203号(1989年)27頁以下所収、46頁-51頁を参照した。
 - 23) ホワイット判事の補足意見に関して、宮井・前掲注22)51頁-52頁参照。
 - 24) 特許権者がライセンスを付与する際に、特許権に基づいて価格等の条件を付し、ライセンスを拘束することは合法であり、その行為は特許権の範囲内である。しかし、複数の特許権者が各々の特許をプールする等して、協定の全当事者が各々の特許について使用できる形式のライセンス協定を結ぶ場合、価格等を拘束する条件を付すことは、米国では禁止されている。その理由は、複数特許権者間の協定で価格条項等を付した場合、自らが有していない特許に基づいて価格条項等が付与されていると評価することができ、すなわち特許権の範囲外の行為が行われたと評価できるからである。このようなライセンス契約はカルテルのような性格を帯びていると考えられる。第2章第3節で紹介した3つの判例は、自らの特許に基づかずに拘束条件を付した事例として、権利範囲外の行為に関する事例であるから反トラスト法が適用された少数意見は考えていると思われる。一方多数意見は、特許の有効性を問うことなく反トラスト法を適用したという部分に単に着目して、3つの判例を引用していると思われる。
 - 25) 土井教之、武田邦宣、伊藤隆史、荒井弘毅、工藤恭嗣、小野香都子、瀬戸口丈博『医薬品市場における競争と研究開発インセンティブ——ジェネリック医薬品の参入が市場に与えた影響の検証を通じて——』23頁〔武田邦宣執筆〕(公正取引委員会競争政策センター、2015年)〈http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0115.pdf〉(2018年11月20日検索) 参照。
 - 26) 武田・前掲注25)23頁参照。
 - 27) 武田・前掲注25)23頁参照。

- 28) 武田・前掲注 25) 23頁参照。
- 29) 武田・前掲注 25) 23頁の訳を参照した。
- 30) 武田・前掲注 25) 24頁参照。
- 31) 武田・前掲注 25) 24頁参照。
- 32) 武田・前掲注 25) 24頁参照。
- 33) 武田・前掲注 25) 24頁参照。
- 34) 武田・前掲注 25) 24頁参照。
- 35) Directive 2001/83/EC, Art. 10.
- 36) Directive 2004/27/EC, O.J.L136/34 (2004).
- 37) 武田・前掲注 25) 34頁参照。
- 38) Prohibition Decision, CASE AT. 39226 – Lundbeck, 19 June 2013, CELEX number of EUR-Lex: 52015XC0307(01). 事件の概要について、武田・前掲注 25) 35頁参照。
- 39) Prohibition Decision, CASE AT. 39685 – Fentanyl, 10 December 2013, CELEX number of EUR-Lex: 52015XC0429(03). 事件の概要について、武田・前掲注 25) 35頁参照。
- 40) General Court Judgment, CASE T-472/13, Lundbeck v. Commission, 8 September 2016, CELEX number of EUR-Lex: 62013TJ0472.
- 41) 土井教之, 武田邦宣, 伊藤隆史, 荒井弘毅, 工藤恭嗣, 小野香都子, 瀬戸口丈博『医薬品市場における競争と研究開発インセンティブ——ジェネリック医薬品の参入が市場に与えた影響の検証を通じて——』15頁〔小野香都子執筆〕(公正取引委員会競争政策センター, 2015年)〈http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index_files/cr-0115.pdf〉(2018年11月20日検索)参照。
- 42) 小野・前掲注 41) 15頁参照。
- 43) 小野・前掲注 41) 15頁参照。
- 44) 小野・前掲注 41) 15頁参照。
- 45) 栗田誠「知的財産権の濫用的行使と競争法——医薬品特許を巡る逆支払を伴う和解を素材にして——」千葉大学法学論集30巻1・2号(2015)530頁以下所収, 496頁参照。
- 46) 小野・前掲注 41) 19頁参照。
- 47) この節全体について、鞠山尚子「米国反トラスト法におけるリバースペイメントの規制」同志社法学68巻1号(2016年)361頁以下所収, 369頁-373頁を参照した。
- 48) *Andrx v. Biovail*, 256 F. 3d 799 (D.C. Cir 2001).
- 49) *In re Cardizem CD Antitrust Litig.*, 332 F. 3d 896 (6th. Cir 2003).
- 50) ① *Valley Drug Co. v. Geneva Pharms*, 344 F. 3d 1294 (11th. Cir 2003), ② *Shering – Plough Corp. v. FTC*, 402 F. 3d 1076 (11th. Cir 2005), ③ *FTC v. Watson Pharmaceuticals inc.*, 677 F. 3d 1312 (11th. Cir 2012).
- 51) *Valley Drug Co. v. Geneva Pharms*, 344 F. 3d 1294, 1308 (11th. Cir 2003).
- 52) *Id. at*, 1308.
- 53) *In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, 466 F. 3d 187 (2nd. Cir 2006).
- 54) *In re Ciprofloxacin Hydrochloride Antitrust Litig.*, 544 F. 3d 1323 (Fed. Cir 2008).
- 55) *In re K-Dur Antitrust Litig.*, 686 F. 3d 197 (3rd. Cir 2012).

- 56) 我が国でいう公正取引委員会にあたる。
- 57) FTCはこの条文を根拠にカルテル規制を行う場合がある。その場合でも、シャーマン法1条に関する判例法理が参照される。
- 58) *FTC v. Watson Pharmaceuticals inc.*, 677 F. 3d 1312 (11th. Cir 2012).
- 59) *FTC v. Actavis*, 570 U.S. 136 (2013).
- 60) *Id.* at, 147.
- 61) *Id.* at, 148.
- 62) *Id.* at, 148-151.
- 63) *Id.* at, 154 (citing *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, at 460-461 (1986)).
- 64) *Id.* at, 154.
- 65) *Id.* at, 156.
- 66) *Id.* at, 156.
- 67) *Id.* at, 156. 連邦最高裁は反トラスト法を適用する際の違法性判断基準として合理の原則を採用しているので、正当化事由の主張が認められる（詳しくは、本稿第2章第1節を参照のこと）。
- 68) *Id.* at, 157.
- 69) *Id.* at, 157.
- 70) *Id.* at, 158.
- 71) *Id.* at, 158.
- 72) *Id.* at, 161.
- 73) *Id.* at, 161.
- 74) *Id.* at, 163.
- 75) *Id.* at, 163.
- 76) *Id.* at, 163.
- 77) *Id.* at, 162.
- 78) *Id.* at, 165-166.
- 79) *Id.* at, 172.
- 80) *Id.* at, 176.
- 81) この節全体について、鞠山・前掲注47) 376頁-380頁を参照した。
- 82) *In re Lamictal Direct Purchaser Antitrust Litig.*, 18 F. Supp. 3d 560 (D.N.J. 2014).
- 83) *King Drug Co. of Florence, Inc. v. SmithKline Beecham Corp.*, 791 F. 3d 388 (3rd. Cir 2015).
- 84) *In re Lamictal Direct Purchaser Antitrust Litig.*, 18 F. Supp. 3d 560 (D.N.J. 2014).
- 85) ① *In re Lipitor Antitrust Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 126468 (D.N.J. 2014), ② *In re Nexium (esomeprazole) Antitrust Litig.*, 968 F. Supp. 2d 367 (D. Mass. 2013).
- 86) *King Drug Co. of Florence, Inc. v. SmithKline Beecham Corp.*, 791 F. 3d 388 (3rd. Cir 2015).
- 87) *FTC v. Actavis*, 570 U.S. 136, 148 (2013).
- 88) *Id.* at, 162.
- 89) *Id.* at, 147.
- 90) *Id.* at, 147.

- 91) Id. at, 152.
- 92) Id. at, 154.
- 93) Id. at, 148-151.
- 94) Id. at, 157.
- 95) Id. at, 157.
- 96) Id. at, 162.
- 97) Id. at, 162.
- 98) Id. at, 147.
- 99) Id. at, 163.
- 100) Id. at, 164.
- 101) Id. at, 163.
- 102) Id. at, 164.
- 103) Id. at, 164-165.
- 104) Id. at, 170.
- 105) Id. at, 174.
- 106) Id. at, 148.
- 107) Id. at, 154.
- 108) Id. at, 154.
- 109) Id. at, 161.
- 110) Id. at, 174.
- 111) Id. at, 173.
- 112) Id. at, 156.
- 113) Id. at, 156.
- 114) Id. at, 156.
- 115) Id. at, 162.
- 116) Id. at, 154.
- 117) Id. at, 158.
- 118) Id. at, 169.
- 119) Id. at, 152.
- 120) Id. at, 154.
- 121) Id. at, 156.
- 122) Id. at, 158.
- 123) Id. at, 158.
- 124) Id. at, 170.
- 125) Id. at, 148-151.
- 126) Id. at, 154 (citing 146 Cong. Rec. 18774 (2000)).
- 127) Id. at, 165-166.
- 128) Id. at, 168.
- 129) Id. at, 154 (citing *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, at 460-461 (1986)).

- 130) Id. at, 154.
- 131) Id. at, 157.
- 132) Id. at, 162.
- 133) Id. at, 163.
- 134) Id. at, 152.
- 135) Id. at, 157.
- 136) Id. at, 172.
- 137) Id. at, 157.
- 138) Id. at, 162.
- 139) Id. at, 168.
- 140) Id. at, 168.
- 141) Id. at, 172.
- 142) 宮井雅明「特許プールに関するアメリカ判例法の研究（三）・完」立命館法學204号（1989年）209頁以下所収，222頁参照。
- 143) この点は，特許制度を微修正しているとも考えられる。そのため，アクタビス事件連邦最高裁は，特許法による審査なしに反トラスト法を適用したという考えもあり得る。その考えに立脚すると，立法によって特許紛争の和解に際して生じる競争法上の問題を解決しようという立場もあり得る。立法による解決が妥当であるのかについて検討するにあたっては，例えば田村善之「特許権と独占禁止法・再論——権利 vs. 行為規制という発想からの脱却——」日本経済法学会年報33号（有斐閣，2012年）53頁以下所収が参考になるが，本稿では十分検討できなかった。