



RIETI Discussion Paper Series 15-J-043

## 標準規格必須特許問題への競争法的アプローチ

川濱 昇  
経済産業研究所



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

## 標準規格必須特許問題への競争法的アプローチ

川瀨 昇 (京都大学 経済産業研究所)

### 要旨

近時 FRAND 宣言がなされた標準必須特許の行使に関して紛争が相次ぐようになった。標準必須特許については、ホールドアップ問題やロイヤルティスタッキングの問題などがあるため、その行使に一定の制約が必要であることは広く知られている。この問題は特許法と競争法の交錯領域であるとともに、標準化団体の特許・知財ポリシーの策定問題とその法的効力のとらえ方をめぐる契約法問題など多くの領域の問題が絡み合っている。わが国ではこの問題の特許法上の側面と契約法上の側面についてはアップル対サムスン事件の一連の判決（知財高判平成26.5.16）で一応の枠組みが作り上げられた。FRAND 関連特許の行使に係る競争法の分析の視点については判然としない。本研究では、この問題には標準化活動の競争法上の評価と、標準化活動のコンテキストで FRAND 宣言のもつ競争法上の意義に注目して分析を行った。それに基づいて、これまでわが国で無視されてきた FRAND 宣言下における合理的ロイヤルティの競争的ベースラインを明らかにした。このベースラインから標準化プロセスを濫用する反競争的行為の諸類型を取り上げて独占禁止法上の分析枠組みを提示した。

キーワード：標準必須特許、FRAND宣言、合理的ロイヤルティ、標準化、買い手独占

RIETIディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、所属する組織及び（独）経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

## 第1章 問題の所在

### (1) 問題の所在

標準化活動の所産としての標準について、標準に準拠した製品・役務を提供するために実施する必要のある特許（標準必須特許）<sup>\*1</sup>が存在する場合、事後にそのような特許が恣意的に行使されると標準化技術の普及が妨げられる。そこでそのような事態を避けるために多くの標準化団体では特許（知財）取扱指針（パテントポリシー）<sup>\*2</sup>を策定している。パテントポリシーの内容としては、標準策定段階で必須特許となりうるものを開示させ、その存在が明らかになった段階で特許権者に無償で提供するか、特許を標準利用者に対して、非差別的に、合理的な条件（Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms and conditions=FRAND 条件<sup>\*3</sup>）の下で、取消不能なライセンスを許諾する旨の宣言を行う意欲があるか否かを問い、原則としてこれらの宣言がなされた場合に限って、当該特許を含んだ標準を採択するという形式をとっている。これは上述のように恣意的な特許権行使の可能性が標準化活動を妨げることを認識しつつ、特許権者に合理的な報酬を与えることで研究開発インセンティブの確保という知的財産権制度の目的との両立を図ったものである。

「標準」にかかわる特許権の濫用的行使の問題<sup>\*4</sup>は比較的古くから知られてい

---

\*1必須特許ではなく必須請求項が正確であり、そのように叙述している標準化団体・文献もあるが、簡便化のために必須特許とする。

\*2特許に限らず知的財産一般が対象となることもあり、標準化団体によって内容は異なる。和久井理子『技術標準をめぐる法システム—企業間協力と競争、独禁法特許法の交錯』（2010）256頁。本稿ではパテントポリシーとして言及する。

\*3米国では公正という文言は用いられないことから RAND 条件とされることも多いが、ここでは原則として FRAND としておく。「公正」はその内容に実質的な差異を生じないものと解される。

\*4ここで言及されている「標準」の意義はコンテキストに応じて異なる。この点については和久井・前掲注（2）5－7頁参照。本稿の関心からは、「暗黙のあるいは何らかの正式の合意に従って、もしくは明示の規制に従う形で、生産者によって遵守されうる、一群の技術仕様」程度の意味で用いる。法令によって標準を定めるべき者として認知された機関によって策定された場合が公的標準である。本稿の対象は公的標準が関わる標準化活動の所産としての標準である。そのよう

たが、標準化活動の所産としての標準についての必須特許の濫用的行使は、パテントポリシーが円滑に運用されている限りは抑制される。もちろん、それらが法的紛争になった場合やパテントポリシーを潜脱した場合の問題は特許法と独占禁止法<sup>\*5</sup>、さらに契約法の交錯する難問として良く知られていたが、かつてはごく一部の逸脱事例が報告されることはあってもパテントポリシーのエコシステムは安定していたものであった。

周知のように最近になって、FRAND 条項があるにもかかわらず標準必須特許の権利行使が行われるようになり<sup>\*6</sup>、それが経済の基盤たる標準の円滑な利用を妨げ、競争を歪曲するなどの問題を生じるようになった。これにはいくつかの理由が考えられる。

1 つは、標準化が重要な意味を持つ ICT 市場では標準にかかわる特許が膨大な量（特許の藪、アンチコモنز問題）に及び、標準必須特許に有効に対処することが困難となる。FRAND 条件はそれ自体として内容が確定するわけではなく、ライセンス契約の条件はあくまでも個別交渉によるものである。多数の特許が関わるとき、それらを個別に交渉した場合、いわゆるロイヤルティスタッキングの問題を惹起することもよく知られている。割に合わない条件が提示されると、交渉が調わない事態が増える可能性がある。また、標準必須特許保有者が多数になったことから様々な利害関係を持つ当事者が増えたことも標準必須特許を

---

道筋以外で、市場で自生的に標準と見なされるものとなった場合、事実上の標準と呼ぶ。事実上の標準をめぐる特許権の行使も独占禁止法、特許法上の問題を惹起することがあるが、それは本稿の射程外とする。この点については、和久井、前掲 158-253 頁。

\*5本稿では独占禁止法と競争法を流動的に使う。わが国において現に適用すべき法律のみを指すときは独占禁止法と表現するが、同趣旨の規制の世界的動向を議論する時にはわが国の方も含めて競争法という表現を用いる。

\*6標準必須特許をめぐる訴訟がその他の特許よりも多く生じており、戦略的な利用が示唆されるとするデータに関しては Patents and Standards: A modern framework for IPR-based standardization, FINAL REPORT,124-128 (A study prepared for the European Commission Directorate-General for Enterprise and Industry Ref. Ares (2014) 917720 - 25/03/2014)  
[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/industrial-policy/intellectual-property-rights/patents-standards/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/industrial-competitiveness/industrial-policy/intellectual-property-rights/patents-standards/index_en.htm) を参照。

めぐる紛争の増加の一因に挙げられる。標準準拠の製品を提供することを事業とする、限定されたプレイヤーが中心だった時代には標準必須特許の戦略的利用のインセンティブはそれほど大きくはなかった。しかし、いわゆるトロールといわれる特許権行使専門企業（Patent Assertion Entities）<sup>\*7</sup>のように特許を集積し、自ら利用するのではなく実施料の獲得を目的とするプレイヤーが現れるに至って状況は一変した。このようなプレイヤーは、標準に関係特殊な投資を行いホールドアップされている者に対して不相当なロイヤルティ請求を行う戦略的行動を行うインセンティブも高くなっている<sup>\*8</sup>。また、標準化に参画する企業が同じ顔ぶれであれば、ホールドアップのような行為は評判上のリスクとなるが<sup>\*9</sup>、異質のプレイヤーにはそのような安全弁は通用しない。

標準必須特許の権利行使をめぐる紛争の多発は、権利行使が標準化の趣旨を損なって、標準を基盤とする技術開発や競争を阻害するおそれさえある。権利行使が標準化の趣旨を損なわないように制御し、紛争の多発を防止する必要がある。

FRAND 条項が適切に解釈され、それが遵守される限りは濫用的な事態は抑制されるはずではある。しかし、FRAND の内容が不明確であり、また不遵守の場合の法的効果が判然としないこともあって紛争が多発した。上述のようにこの問題が潜在的に存在し、それが特許法、独占禁止法、契約法が交錯する問題であることも良く知られていた。問題解決にはいずれかの領域の法を用いるか、複数を併用するかの問題である。

---

\*7そのようなプレイヤーの登場にともなう問題点については、FTC, *The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice AND Remedies With Competition*, 50 (2011) [hereinafter *FTC 2011 Evolving IP Marketplace Report*], <http://www.ftc.gov/os/2011/03/110307patentreport.pdf> 参照。

\*8自ら実施している企業であればクロス・ライセンスを行うインセンティブもあるし、当該技術利用に自己の利益を守るためにも権利行使に抑制が働く。逆に、PAE の場合はタフな交渉者であるという評判が利益となるため、無理を承知で法外な主張を行う可能性さえある。

\*9Damien Geradin & Miguel Rato, "Can Standard-Setting lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Holdup, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND", 3 *Eur. Competition J.* 101,148 (2007) 参照。彼らの楽観は従来のような繰り返しゲームが続くと考えていたからなのだろう。その後の進展はこの楽観を裏切るものであろう。

ここでの問題はいくつかのレベルに分かれるが、コアの部分は(1)必須宣言特許についての差止請求の可否、(2)FRAND条件による合理的ロイヤルティの内容である。

わが国ではこの問題は、アップル対サムスン事件の知財高裁合議判決・決定（知財高判平成26年5月16日、判時2224号146頁及び知財高決平成26年5月16日、判時2224号89頁）で特許法上の問題として一応の枠組みが作り上げられた。しかしながら、独占禁止法によるアプローチについては正式事件がない。また、FRAND宣言対象標準必須特許（以下「必須宣言特許」）の権利行使の独占禁止法上の問題をめぐる議論も蓄積がない。ガイドラインでは海外の規制例を参考に作出されたと覚しき説例が紹介されてはいるが掘り下げた法的分析が行われているわけではない。欧米でこの問題をめぐる競争法・反トラスト法事件が数多くあり、競争当局や競争法専門家からの積極的発言も多いのと対照的である。

このようにわが国ではこの問題についての公取委の姿勢は消極的なものに留まっていたという印象がもたれる。競争政策と他の分野の交錯領域については他分野の方向性が定まってから競争法の適用を考えるという競争法の謙抑的なアプローチがあるのかもしれない。しかしながら、特許法の一応の立場が定まった以上、それを前提とした上で、独占禁止法で解決可能な残された問題はないのか、あるいは現状の解決は充分かを考察する必要がある。

## (2)アップル対サムスンの到達点

アップル対サムスン事件は必須宣言特許の権利行使問題について特許法上対処可能な領域についてはかなり踏み込んで問題解決を行ったものである。まず、その内容を確認しておこう<sup>\*10</sup>。

---

\*10なお、FRAND宣言と債権法との関係に関して、それによってライセンス契約が成立するわけではないことを確認したことも重要である。FRAND宣言が契約としての側面があるか否かについては諸外国で積極的に解する例もあり重要な論点である。たとえば、標準技術利用者に誠実交渉請求権を取得させる第三者のためにする契約がFRAND宣言と標準化団体による受諾により成立するという見解が有力に主張されている（愛知靖之「FRAND宣言のされた標準規格必須特許に係る特許権行使—アップル対サムスン知財高裁大合議事件を素材として」Law&Technology66号1頁、3頁（2015））。もっともこれは本件判決・決定の結論をコンシスタントに説明するものであってライセンス契約の成立を認めるも

本件決定では FRAND 宣言と差止請求権の行使について以下のような判示を行った。必須宣言特許「に基づく差止請求権の行使を無限定に許すことは、次に見るとおり、当該規格に準拠しようとする者の信頼を害するとともに特許発明に対する過度の保護となり、特許発明に係る技術の社会における幅広い利用をためらわせるなどの弊害を招き、特許法の目的である「産業の発達」（同法1条）を阻害するおそれがあり合理性を欠くものといえる。

すなわち、ある者が、標準規格へ準拠した製品の製造、販売等を試みる場合、当該規格を定めた標準化団体の知的財産権の取扱基準を参酌して、当該取扱基準が、必須特許について FRAND 宣言する義務を会員に課している等、将来、必須特許について FRAND 条件によるライセンスが受けられる条件が整っていることを確認した上で、投資をし、標準規格に準拠した製品等の製造・販売を行う。仮に、後に必須宣言特許に基づく差止請求を許容することがあれば、FRAND 条件によるライセンスが受けられるものと信頼して当該標準規格に準拠した製品の製造・販売を企図し、投資等をした者の合理的な信頼を損なうことになる。必須宣言特許の保有者は、当該標準規格の利用者に当該必須宣言特許が利用されることを前提として、自らの意思で、FRAND 条件でのライセンスを行う旨の宣言をしていること、標準規格の一部となることで幅広い潜在的なライセンシーを獲得できることからすると、必須宣言特許の保有者が FRAND 条件での対価を得られる限り、差止請求権行使を通じた独占状態の維持を保護する必要性は高くない。そうすると、このような状況の下で、FRAND 条件によるライセンスを受ける意思を有する者に対し、必須宣言特許による差止請求権の行使を許すことは、必須宣言特許の保有者に過度の保護を与えることになり、特許発明に係る技術の幅広い利用を抑制させ、特許法の目的である「産業の発達」（同法1条）を阻害することになる。」「必須宣言特許について FRAND 条件によるライセンスを受ける意思を有する者に対し、FRAND 宣言をしている者による特許権に基づく差止請求権の行使を許すことは、相当ではない。」とした上で、本件相手方は FRAND 条件によるライセンスを受ける意思を有する者(willing licensee)であって本件の「差止請求権の行使は、権利の濫用（民法1条3項）に該当し、許されない。」とした。

同じく、本件判決は FRAND 宣言がされた場合の損害賠償請求についても必須宣言特許に「基づく損害賠償請求においては、FRAND 条件によるライセンス料

---

のではないことは言うまでもない。

相当額を超える請求を許すことは、当該規格に準拠しようとする者の信頼を損なうとともに特許発明を過度に保護することとなり、特許発明に係る技術の社会における幅広い利用をためらわせるなどの弊害を招き、特許法の目的である「産業の発達」（同法1条）を阻害するおそれがあり合理性を欠くものといえる」とし、他方「FRAND 条件によるライセンス料相当額の範囲内にある限りにおいては、その行使を制限することは、発明への意欲を削ぎ、技術の標準化の促進を阻害する弊害を招き、・・・合理性を欠くというべきである。・・・特許権者が、FRAND 条件でのライセンス料相当額の範囲内で損害賠償金の支払を請求する限りにおいては、当該損害賠償金の支払は、標準規格に準拠した製品を製造、販売する者の予測に反するものではない」として、損害賠償金の範囲を FRAND 条件に限定することを明言した。

その上で本件における FRAND 条件によるライセンス料相当額の算定方法

本件の UMT S 規格に準拠していることが貢献した部分の割合を算定し、次に、UMT S 規格に準拠していることが貢献した部分のうちの本件特許が貢献した部分の割合を算定する。UMT S 規格に準拠していることが貢献した部分のうちの本件特許が貢献した部分の割合を算定する際には、累積ロイヤリティが過剰となることを抑制する観点から全必須特許に対するライセンス料の合計が一定の割合を超えない計算方法を採用することとし、本件においては、他の必須特許の具体的内容が明らかでないことから、UMT S 規格に必須となる特許の個数割りによるのが相当である」とした。「個々の必須特許についてのライセンス料のみならず、個々の必須特許に対するライセンス料の合計額（累積ロイヤリティ）も経済的に合理的な範囲内に留まる必要があると解すべきである。すなわち、UMT S 規格と同様に、ある規格を実現するためには多数の必須特許が存在することがしばしばある。このような場合、個々の特許権に対するライセンス料率の絶対値が低廉であったとしてもライセンス料の合計額は当該規格に準拠することが経済的に不可能になるほど不合理に大きなものとなる可能性がある。」

### (3) 本稿の検討課題

知財高裁判決・決定は必須宣言特許の権利行使の問題点を良く認識し、国際的な潮流に合致した形で権利濫用及び損害論を展開していると思われる。

しかし標準必須特許の行使が問題を引き起こすのは、必須宣言特許の場合に限らない。宣言の効果が及ばないがその行使が不当と考えられるときにどのように対応すれば良いのか検討する必要がある。それにはまず、標準化活動あるいは標

標準化プロセスの競争法上の評価が重要な意味を持つ。後述するように必須宣言特許の差止請求についてはEU及び米国では競争法で対応している。これは、そのような行為が標準化プロセスを害することを通じて競争を害しているという評価が背景にある。この点の理解なしには、最終結論だけの規制例紹介になり、わが国の競争法の議論を深めることができない。

まず、第2章で、標準化そのものの競争法上の評価を検討し、そのコンテキストでFRANDの意義と機能を考察する。知財高裁判決はFRAND条件でのロイヤルティ算定についてロイヤルティスタッキングの問題も勘案した重要な判示を行っているが、FRAND条件はどの程度まで権利主張を縮減しているのかについての明示的な議論はおこなわなかった。FRANDはホールドアップを勘案したものであるという表現は良く用いられているが、それが標準化プロセスにおけるホールドアップの特殊性を把握した議論はこれまでわが国では十分に検討されてきたとはいえない。標準化団体の活動はそれ自体が市場支配力の温床という側面があり、その点の認識が重要である。このことは同時にパテントポリシーが教法上の評価に曝されることも意味する。パテントポリシーについては近時はその競争促進効果が注目されがちだが、買い手市場支配力の問題を惹起することなども良く知られていた。第2章の検討に関連して、FRANDロイヤルティはどのように決定されるかを見る。この問題自体は競争政策に直接関わるものではないという見解もあるが、重要な関連問題なので補論で検討を行う。

第3章では必須宣言特許の差止請求の問題を扱う。わが国では特許法の問題として解決済みの問題であるが、EUと米国では競争法の問題としても扱われている。なぜ競争法の問題でもあるのかを説明するとともに、競争法での介入が必要かどうかを検討する。

第4章ではFRAND宣言が及ばないが標準化プロセスを害していることから妥当ではない行為への競争法の規制を考察する。部分的にはわが国のガイドラインも触れてはいるが、本稿では規制の根拠を再検討して、ガイドラインの不十分な点を補う。

第5章は、2015年2月に改訂されたIEEEのパテントポリシーを紹介する。FRANDの内容を明確にしたことで注目を浴びるだけでなく、FRANDの差別の部分について競争法的な考察をする手がかりなどがあるので、競争法上の意義に重点を置いて紹介を行う。

## 第2章 標準化活動と競争法－ FRAND の意義と機能

### (1) 標準化活動と市場支配力

#### (a) 標準化活動の競争促進効果と反競争効果

標準化活動は企業が同一歩調をとることを当然の前提としていることから、抽象的には独占禁止法と緊張関係にたつ。しかしながら、標準化それ自体は、独占禁止法の究極目的である消費者の利便にかない、標準化されている製品相互間の競争を促進する機能を持ち、ひいては効率性を促進する。とりわけ互換性や相互接続性が問題になる場合には、互換性標準があってはじめて競争が成立するものとさえ言える。標準への接近が開かれたものである限り、標準策定それ自体は競争法促進的な効果をもつ。情報・電気通信分野のようなネットワーク効果が強く標準のもたらす便益は大きく、それゆえ迅速なネットワーク効果の実現を目指して標準化活動が重要なものとなっている。

もちろん、標準化活動は企業間の協調的な行動を伴うことから競争制限の危険性が全くないわけではない。抽象的には市場の主たるプレイヤーが入っている標準化団体で共同歩調をとることによって市場支配力を形成する危険性は存在する。共同行動で策定された標準をインサイダーが恣意的に利用できるような場合は特に問題が多い。多数の競争業者の強力で策定した標準はしばしば、その利用が市場競争において不可欠なものとなりうる。とりわけネットワーク効果が大きい場合はそうである。しかし、標準が誰でも支障なく利用できるという意味でオープンなものである限りは標準それ自体が市場支配力の源泉となることは制約されている<sup>\*11</sup>。標準を専用して価格支配力を行使したり、排除したりする可能性はない。標準化団体が策定する標準はオープンであることが要請されることから、この側面での反競争効果が問題となることは乏しい。

#### (b) 特許と標準

標準利用に標準必須特許が存在する場合、標準への自由なアクセスが妨げられる危険性があり、標準技術の普及も妨げられる。標準化団体が、FRAND 条件を

---

\*11インサイダーに都合の良い形での標準仕様の決定されるなどの危険性はある。この点については、和久井・前掲注(2) 108-114 頁参照。

含むパテントポリシーを定めるのはこのためである。標準化団体の側から見るとこのように技術普及のため特許権がその自由な利用を妨げないという要請と特許権者に研究開発活動に対して相応の報酬を与えてイノベーションインセンティブを確保するという2つの側面を持つ<sup>\*12</sup>。

### (c) FRAND 条件の競争法上の意義

FRAND 条件は競争法にとっても重要な意味を持つ。市場で普及し、その利用が競争にとって重要な標準に標準必須特許がある場合、特許を通じて価格の引き上げや競争者の排除を行う危険性がある。FRAND 条件は標準化活動がもたらし得る市場支配力形成の危険性を防止する効果も有する。Swanson&Baumol もいうように FRAND 宣言は「私的な知財保有者に市場支配力を付与するのを回避するため」<sup>\*13</sup>に存在していると言っているのである。パテントポリシーが重要な政策課題となり出した 1990 年に出された EC の標準化におけるグリーンペーパーは「かかる（知的財産権的）要素を標準に包摂することはかような財産権の利用のための満足のいく条件が合意されなかったならば、市場支配的な地位の強化をもたらす」としていた<sup>\*14</sup>。このような視点は競争法にとっては本来は自明な視点だったはずであるが、見落とされることもある。しかし、この点を認識しているか否かが標準必須特許への見方を変容させることがある。たとえばホールドアップ問題を誤解する可能性がある。また、後述するように標準化プロセスでの不適切な行為がなぜ競争法上の問題を惹起するのかを理解する際のポイントとなるものである。

## (2) 標準化活動とホールドアップ問題－市場支配力か不完備契約か

### (a) 狭義のホールドアップ問題

標準必須特許にかかるホールドアップ問題は今日広く認識されている。ここでいうホールドアップ問題とは関係特殊な（埋没）投資を当該関係にかかるすべて

---

\*12和久井・前掲注（2）256-261 頁参照。

\*13Daniel G. Swanson & William J. Baumol, "Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power", 73 Antitrust L.J. 1,1 (2005).

\*14Commission Communication on the Development of European Standardization , COM(90) 456 final, point 92\*15)

の条項や条件に合意する前に行った場合に生じる問題である<sup>\*15</sup>。このような状況を利用すること（機会主義行動）によって、投資を行わなかった者が交渉力を得て投資を行った者に不利益な取引を押しつけることが可能になる<sup>\*16</sup>。

標準の文脈では、標準決定後、それに依拠して生産を行うための様々な投資を行った後に標準必須特許権者から権利行使を受け、転換が困難であるがゆえに不利益な取引を行わざるを得ない状況をいう。

このようなホールドアップ問題の存在が、標準化活動の効率的な行動を妨げる点が問題だというのは広く浸透している。FRAND 宣言がそれを防止する機能を期待されているというのも濃淡はあれど、同じである。わが国のサムソン対アップル事件知財高裁判決・決定をはじめとして必須宣言特許のかかる判決等においても念頭に置かれている。

もっとも、ホールドアップの理解をめぐっては混乱ないし誤解があることもしばしば指摘されている<sup>\*17</sup>。たとえば、ホールドアップ問題は不完備契約下で生じる現象であることは知られている。そうだとするとこの問題は基本的には個別的不公正の問題であって競争と直接かかわりがないという立場がある。ホールドアップを個別の不公正の問題としてとらえる場合、投資前の信頼などを介入根拠

---

\*15 Joseph Farrell, John Hayes, Theresa Sullivan and Carl Shapiro, "Standard Setting, Patents, and Hold-Up", 74 *Antitrust L.J.* 603, 606 (2007)、より一般的には伊藤秀史『契約の経済理論』（有斐閣 2003）362-369 頁参照。

\*16 その結果、事前に過小な投資となるなどの不効率性をもたらすことになる。伊藤・前掲注（15）369 頁。

\*17 連邦取引委員会のライト委員は標準化活動におけるホールドアップ問題やリバースホールドアップ問題に関連して「重要な経済的洞察が誤解され、誤って適用され、あるいはまったく無視されてきたことを憂慮する」と述べている。Joshua D. Wright "SSOs, FRAND, and Antitrust: Lessons from the Economics of Incomplete Contracts" (September 12, 2013) 2

[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/ssos-frand-and-antitrust-lessons-economics-incomplete-contracts/130912cpip.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ssos-frand-and-antitrust-lessons-economics-incomplete-contracts/130912cpip.pdf) もっともライト委員は不完備契約問題なのに競争法上の介入を必然と考える点で誤解としているのであるが、本稿が考えている誤解は不完備契約問題自体ではなく、競争問題としてとらえることが可能な問題として設定されているのに、不完備契約問題と考えたり、不完備契約問題それ自体を競争法の問題と考える誤解である。

とされる。サムソン対アップル事件知財高裁判決は、FRAND 宣言を信頼した上での埋没投資を問題にしているのもそのような考え方と軌を一にしている。

(b) ホールドアップと技術のロックインー市場支配力問題へ

実は(a)のような観点だけでは FRAND 条件のベースラインが定まらない。(a)の観点からすると、狭義のホールドアップされている標準実施者にとっての参照点は埋没投資を行っていない標準実施予定者との独立当事者間取引だということになりそうである。それでは、埋没投資前の標準利用者にとっての FRAND 条件はどのように決まるのだろうか。

これまで標準化活動の文脈でホールドアップを問題にされてきたのは、単に当事者間の公正の確保にとどまらず、それが市場支配力をもたらすからなのである。標準にかかるホールドアップから救済されるのは、現に関係特殊の投資を行った者に限られないのである。この点は標準にかかるホールドアップ問題を取り扱ってきた経済理論家達の議論では自明なはずであるが、ときおり混乱した議論や誤解が見られるので確認しておこう。

標準化活動にかかるホールドアップ問題とされるものは、標準規格の変更可能性に関係づけられていることが重要である。つまり、標準策定後に標準の設計変更を困難にするような転換コストを発生させる有形・無形の埋没投資が行われたようなケースが念頭におかれているのである。つまり、このような段階に至ると、標準の変更は困難になる。この段階で標準必須特許者がホールドアップした場合、投資した者はなすすべもない。この転換の困難の影響は当事者にのみ及ぶのではない。標準に代替的な技術を採用する機会が失われることになる。このように、個々の当事者が転換困難であるにとどまらず、それによって関連市場において標準として定着させる効果をもつことになり、市場での競争は当該標準にロックインされた形で行われる。市場参加者は当該標準を利用せざるを得なくなるのである。標準化活動が重要な市場ではネットワーク効果が強く働くことが多く、上述した市場支配力問題が深刻化した形で現れるのである。差別的な条件の利用が可能であれば、初期の定着時にクリティカルマスを超えてから事後的に市場支配力を行使することも可能となる。この意味で標準化活動におけるホールドアップ問題を単なる不完備契約問題<sup>\*18</sup>としてとらえるのでは不十分である。ここでいうホ

---

\*18良く知られているように、事後的なホールドアップ問題の存在は事前には不完

ールドアップ問題は産業が標準にロックインされている状況も含めて考えられているのである。

逆に言うと、特許権行使にかかるホールドアップ現象は標準化の文脈を離れて広く存在しうる<sup>\*19</sup>。しかし、それだけでは「反競争的なホールドアップ」とは一般に考えられない<sup>\*20</sup>。ホールドアップが反競争的なものと考えられるのは標準化活動の文脈で行われているからであり、その理由は上述した標準化活動の性質によるのである<sup>\*21</sup>。

### (3)FRAND 条件のベースラインー競争の観点から

#### (a)市場支配力問題と事前の競争

FRAND 条件に合致したライセンス契約を現実に確定するのは難しい。FRAND ないしそれと類似した文言は各国の競争法でも広く用いられている。企業結合や私的独占事件などでとりわけ投入物閉鎖などによる反競争効果が懸念されるときに当該投入要素へのアクセスを保証する措置が設けられるときに競争上の弊害を解消する取引条件として採用されてきた<sup>\*22</sup>。しかしながら、各標準化団体のパテントポリシーにおいては FRAND 条件の内容が明確ではなかった<sup>\*23</sup>。この点についてはじめて言及したのは、後述する 2015 年 2 月に成立した IEEE の改訂パテ

---

ン

備契約しか書けないことに起因する。すなわち、当事者間であり得べき状況に対する権利義務の分配を確定し、事後にそれらを立証し執行することができない取決めしかできない状況であることに起因するのである。伊藤・前掲注 ( ) 361-362 頁参照。標準必須特許に関する文脈では、ホールドアップ問題を軽視する法律家はもっぱら問題を不完備契約問題としてのみとらえる傾向がある。

\*19Fiona M. Scott Morton, “The Role of Standards in the Current Patent Wars.” at5 (December 05, 2012) <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/289708.pdf>

\*20Swanson & Baumol, supra note (13) at20-21.

\*21Morton, supra note (19) at5-6.

\*22垂直的企業結合における事例である、ASLM Holding と Cymer Inc.の企業結合事件では、「公正、合理的かつ無差別的な事業条件の下に」取引が行われることが要請されている（公取委平成25年5月7日「エーエスエムエル・ホールディング・エヌ・ビーとサイマー・インクの統合計画に関する審査結果について」<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h25/may/130507.files/130507.pdf> 参照。

\*23法的に強制された FRAND と自発的な FRAND とが同じである必然性はない。

トポリシー<sup>\*24</sup>である。

FRAND 条件はあくまでも当事者が交渉する際の枠組みであって、具体的事件でその内容を一義的に確定するのが難しいことは確かである。しかし、FRAND といいうるための条件は当然存在する。それに基づいて FRAND のベンチマークとすべきもの示すことはできるはずである。

これまで述べてきた FRAND の趣旨から次のように考えることができる。まず、FRAND 当事者に研究開発に対する相応の見返りは保証する必要がある。他方、標準化に組み込まれたことによって増加した価値（市場支配力やホールドアップによって事後に獲得しうる利益）を与える必要はない。IEEE の改正パテントポリシーも、合理的なロイヤルティは、「特許保有者に対する、IEEE 標準の標準必須特許項に含まれることから生じる価値を除外した、標準必須特許項の実施に対する適切な報酬」を意味するものとしている。

Swanson&Baumol はこれらの観点から、「RAND ライセンス確約を求める主たる目的が知財保有者に標準によって生み出された市場支配力を行使した水準のロイヤルティを設定することを防ぐことであるなら、RAND の目的での合理的なロイヤルティの概念は事前の競争を参照して定義され、実行されなければならない」とする<sup>\*25</sup>。この立場は、FTC の 2011 報告書でも採用され、RAND 確約に服する特許の合理的ロイヤルティの決定には仮想的な交渉のフレームワークを使用すべきこと及び標準確定段階で利用可能な代替技術に対する当該特許技術の増分価値がロイヤルティのキャップとすべき旨を勧告した<sup>\*26</sup>。

## (b) 定式化の問題

標準必須特許として採用されたとしても特許に投資した以上その価値は保証されなければならない。標準に組み込まれたことでもって実現する市場支配力やホ

---

\* 24 改正パテントポリシーは、  
<http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/approved-changes.pdf>

\*25 Swanson & Baumol, supra note (13) at 5. 同様に Carl Shapiro and Hal Varian, Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy (1999), 241 (カール・シャピロ＝ハル・R・バリアン (千本倅生監訳) 『「ネットワーク経済」の法則』 (1999) 424 頁) 参照。

\*26 FTC 2011 Evolving IP Marketplace Report, supra note () at 194 参照。これは同報告書のホールドアップ概念とも対応している (Id. at 191 n. 61)。

ールドアップによって実現する価値を与えることは標準化活動の目的にとって妥当ではない。特許それ自体としての価値は標準化策定段階で当該技術を採択するか他の技術を採択するかについて、競合する技術との優位性によって支払われるべきロイヤルティは異なる。事前にホールドアップがない状況下で交渉された条件が FRAND 条件のベンチマークと言うことになる。このように事前の仮想的交渉基準は「標準に組み込まれたことによる価値を除いた当該特許の特性の価値」を導出するアルゴリズムのようなものであって対立するものではない。米国の判例では、FRAND 条件でのロイヤルティを「事前の仮想的交渉」を基準としたものと後者の表現を採用したものがあるが、これの志向するものは同じである。FRAND の内容として「事前の仮想的交渉」を基準とする判例と「標準に組み込まれた結果として増加した価値の除去」を基準とするものとを対立的に理解する誤解も見られるが、このように両者は同値なのである。標準採択の結果生じた市場支配力による当該技術の価値の増分を除いて算定されるべき「合理的なロイヤルティ」すなわち、標準化活動とホールドアップの結果生じた市場支配力を取り除いた価値とは、標準採択前に当該技術を採択するか否かを含めた事前の仮想的競争で実現されるであろうロイヤルティだということになるのである。それゆえ、EU の 2011 年水平的協力活動ガイドラインが、標準化活動の文脈での知的財産権のロイヤルティが産業が標準にロックインされたとき（事後）に請求されるものではなく、産業が標準にロックインされる前（事前）の競争的環境下において請求されるものとの比較によるとしているのである<sup>\*27</sup>。ところで、ここでの議論から明らかなことは、仮に事前に競争があったとしても特定の特許を回避することができなかつたような場合について、当該特許が有する価値は認められることになる。Swanson&Baumol が標準必須特許に対する合理的ロイヤルティを ECPR

---

\*27 European Comm'n, Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-operation Agreements, 2011 O.J. (C 11) para.289 参照。Posner 判事も同様の見解を表明している。Apple, Inc. and Next Software Inc., v. Motorola, Inc. and Motorola Mobility, Inc., June 22, 2012, Case No. 1:11-cv-08540, page 18). さらに、Josh Lerner & Jean Tirole, Standard-Essential Patents, 2 (Harvard Business School. Working Paper 14-038 November 5, 2013) [http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-038\\_c030ca39-5339-4447-b952-8132110260bf.pdf](http://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-038_c030ca39-5339-4447-b952-8132110260bf.pdf) も同じ立場である。

によって算定すべきだとしたことは良く知られている<sup>\*28</sup>。平均増分費用と平均機会費用に基づいてアクセスチャージを算定する ECPR はアクセスすべき資源に関する市場支配力の行使を容認した基準である。この点で誤解されることが多いが、彼らのベンチマークは事前の競争であり、事後の市場支配力の行使が容認されないことを前提にこの問題を考えているのである。

いわゆるエッセンシャルファシリティ理論は常にアクセスチャージの決定問題で困難に直面する。適法に成立した独占への見返りを認めた適切なチャージとは何かは判然としないからである。これに対して標準化活動にかかる標準必須特許における FRAND は標準化活動によってもたらされた市場支配力は取り除いた分だということについて合意が成立しているため、エッセンシャルファシリティ理論とは独立した形で FRAND 条件の下での合理的ロイヤルティを判断できるのである。

このように、事前の競争（交渉）の議論は当該標準必須特許が標準化活動がなくとも標準となり得る場合についてはその価値の帰属を認める立場でもある。ただし、事前の競争を基準とすることに懐疑的な立場は、いずれにせよ標準に組み込まれざるを得ない特許の存在を過大評価し、事前競争はそれらの事実を軽視するというものであるが、その証拠は十分に明らかにされていない。かかる立場であっても仮想的競争がベンチマークとなることと矛盾しないはずである。

このような基本的認識から、標準必須特許をめぐる近時の経済分析は事前の競争（交渉）の分析を中心になっている。そこでは、具体的に事前の競争をいかに設計するのか、あるいはそれがどのような結果をもたらすのかが分析されることになる。もちろん標準策定段階での競争がどの程度現実性を持つのかは問題である。また、標準化活動の反競争効果が問題になるということは、裏返せば標準策定段階の交渉が買い手独占問題を生じかねないことを意味することも後述するようによく知られている。

また、「合理的ロイヤルティ」を事前の競争（交渉）を想定して探求するというフォーマットで探求することが有益かどうかは別問題である。事前の交渉を想定するのが後知恵バイアスもあり困難だという観点だという批判も当然あり得よう。後者の方が操作性があるのかそれとも逆なのかという点から考察すべきものとなる。

なお、事前の競争・交渉の問題については、上述の経済分析と軌を一にして、

---

\*28Swanson&Baumol,supra note () 参照。

実際に標準策定段階で事前の交渉やオークションを行うことがホールアップ問題や次に述べるロイヤルティスタッキング問題の確固たる解決策になるという主張もある<sup>\*29</sup>。

#### (4) FRAND 条件への新たなアプローチーロイヤルティスタッキング

##### (a) ロイヤルティスタッキング問題

標準に多数の必須特許が存在する場合、多数の特許権に対応する必要があることから技術普及にとって障害となり得る。標準必須特許は強固な補完財であるから、そのような特許権が個別に行使され、それぞれが競争水準を超えたマージンを請求できるという状況下では、請求されるロイヤルティ総額が必要以上に高額化してしまうという 1838 年のクールノーの書物以来知られた問題<sup>\*30</sup>が生じることになる<sup>\*31</sup>。

Lemley&Shapiro らは、今日の標準化活動ではこれが深刻な問題となりうることを示した<sup>\*32</sup>。ICT 産業をはじめ標準が重要な意味を産業では累積的にイノベーション

---

\*29それらの提案については、DOJ&FTC, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition (2007) 49-53 [hereinafter 2007 IP Report], available at <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition-report.s.department-justice-and-federal-trade-commission/p040101promotinginnovationandcompetitionrpt0704.pdf>. を参照。

\*30クールノー著（中山伊知郎訳）『富の理論の数学的原理に関する研究』（岩波文庫 1936）143-167 頁参照。これは独禁法では良く知られた二重限界化（川濱・瀬領・泉水・和久井『アルマベーシック経済法 第4版』（2014）257 頁（泉水執筆））と類似の問題である。違いは後者が逐次手番であり、前者が同時手番であるというだけである。Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, 176-7 (1988) を参照。

\*31 Carl Shapiro, *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools and Standard Setting*, in *1 INNOVATION POLICY AND THE ECONOMY* 119, 124 (Adam Jaffe, Josh Lerner & Scott Stern eds., 2001) を参照。

\*32 Mark A. Lemley & Carl Shapiro, "Patent Holdup and Royalty Stacking", 85 *Tex. L. Rev.* 1991, 2013-152046-2048 (2007)

ョンが進展し、各ステージに様々な特許が存在するため、標準化活動に関係する特許は膨大な数になる<sup>\*33</sup>。標準必須特許は多数に及びかつ分散的に保有されている。それぞれがロイヤルティを請求するならば、ロイヤルティが累積（スタッキング）し、総額はかなり引き上げられることになる。しかも、標準化活動ではホールドアップの問題が存在する以上、個々の特許権者が競争水準を超えたマージンを設定する可能性が高く、ロイヤルティスタッキングの問題はより深刻になるのではないか。

#### (b) FRAND 条件との関係

FRAND 条件の内容として、もともとはこの問題は意識されていなかった。しかし、事後のライセンス契約にともなうホールドアップ問題が深刻にとらえられるようになってから、標準化活動でロイヤルティスタッキングの問題も深刻化するものと考えられるようになった<sup>\*34</sup>。FRAND は標準必須特許の総額ロイヤルティに照らして最適であることも要請されるといった主張がなされるようになり、それをうけて最小販売ユニットによる算定などいくつかの準則が採用されることになった。このこと自体は FRAND 条件でのロイヤルティに関わるものであって競争政策とは直接つながるものではないという見解もある。しかし、ホールドア

---

\*33標準問題をはなれて ICT、バイオなどの産業でそれ独自で有意な機能を達成する「製品」を提供するために必要な特許が膨大な数に及び、多数の特許権者が権利主張をすることが効率的な経済活動を妨げる現象をアンチコモنزの悲劇と呼ぶ。Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, Can Patents Stifle Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, 280 Science 698 (1998) ; マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理 51 巻 10 号(2001 年)及び Lee Nari(田村善之＝立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究 11 号 105 頁 (2006 年) を参照。累積的研究開発及びアンチコモنزの問題さらにそれらと類似する特許の藪問題 (Shapiro, supra note ()) の関係については、田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の muddling through (2)」知的財産法政策学研究 36 号 153,162-167 頁(2011 年) 参照。

\*34この特許の特性が製品の価値に貢献した部分として客観的に特許の価値が定まるのなら、標準化設定前から市場支配力が存在するような場合でない限り、ロイヤルティスタッキングは深刻でないとも考えることもできる。

ップにより市場支配力が一因であることは否定しがたい。

クールノー補完財の問題は、個々の特許権者の最適性の追求は合計利潤の観点からも好ましくない。個々の特許権者達が結合・提携することにより利潤を増加させることができる。そのような提携は社会的に望ましい水準となる低額ロイヤルティを実現し、それによって技術を広範に普及させるスキームとなり、しかもそれが自発的に形成される可能性があることになる。端的には標準必須特許でプールを作るなら特許権者と社会にとって最適なロイヤルティが達成されるはずである。この点は標準必須特許に関するパテントプールに対する各国独禁法の許容的な対応に現れている<sup>\*35</sup>。このようにロイヤルティスタッキングは標準必須特許の集中処理は基本的に競争促進的なものという考え方を支えるものである。

#### (5) パテントポリシーの競争法上の問題

これまでの紹介では標準化活動がもつ反競争的側面を解消する乃至は安全弁としてパテントポリシーが機能することを紹介してきたが、パテントポリシー自体が市場支配力の行使と疑われる時もある。標準必須特許権者にとっては権利制限的な行為は買い手市場支配力の問題なのかもしれないのである。

この点について厳格に競争法が介入してきた時代もあった。

E T S I が、1993 年に採択した IP ポリシー及びアンダーテーキングが、参加企業の知的財産権行使を強く制約しようとした点が競争法違反ではないかとアメリカのコンピュータ業界から主張され、調査義務を加重に課した条項など一部の条項が不当に拘束的で反競争的であるとされた<sup>\*36</sup>。第 5 章で見るように、最近、標準化団体の活動の権利者に対する反競争的側面を問題にする議論が再浮上している。

---

\*35公正取引委員会「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」（平成 17 年 6 月 29 日改訂平成 19 年 9 月 28 日）参照。このように補完財に関する非協力的決定の危険性は競争法では良く知られていた。

\*36このケースについては、Commission of the European Communities, XXVth Report on Competition Policy 1995, at 131-32 (1996) 及び Mark A. Lemley, " Antitrust and the Internet Standardization Problem" , 28 Conn. L. Rev. 1041,1089 (1996) を参照。

## 補論 FRAND 宣言の下でのロイヤルティに関する米国判例法

米国では2013年のMicrosoft 対 Motorola 事件ワシントン特別区西地区連邦地裁判決<sup>\*37</sup>を嚆矢としてFRAND 宣言の下でのロイヤルティ（合理的ロイヤルティ）に関する判例がいくつか出されている<sup>\*38</sup>。

### (1)Microsoft 対 Motorola 事件

本件では、必須宣言特許の保有者はFRAND 条件でライセンスする義務があり、標準特許の交渉ではロイヤルティスタッキングの懸念が考慮されなければならないことを勘案して、損害賠償における「合理的ロイヤルティ」算定の標準的フォーマットであるGeorgia-Pacific<sup>\*39</sup>分析（15の要素の総合考慮）をFRANDの文脈で修正すべきものとした。FRAND 宣言は特許権者を特許技術それ自体の経済的価値に基づいた合理的ロイヤルティに限定し、特許技術が標準に組み込まれたことにもなう価値は取り除くものと解釈されなければならないとし、ホールドアップの問題にも留意した上で、次のような修正を行う。(a)ライセンス料は技術の標準化前の価値を反映しなければならず、それが選択肢の利用可能性と相対的な価値から判断される、(b)ライセンス料は標準を実施している製品に対する標準及び当該特許の価値を反映しなければならず、(c)ベンチマークとして比較可能なライセンスはFRAND 宣言特許に対する者でなければならないとされた。その他、標準化技術ではパテントプールが広く利用されていることから、参照すべきライセンス料としてプール契約の例を用いるなどロイヤルティスタッキングへの懸念を

---

\*37Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. CI0-1823JLR, 2013 WL 2111217, (W.D. Wash. 2013). ETSI 標準。

\*38地裁判決のサーベイとして、池田毅「標準必須特許のロイヤルティ料率の設定と独占禁止法の役割—米国マイクロソフト・モトローラ事件を踏まえて—」公正取引760号31頁(2014)を参照。

\*39Georgia-Pacific Corp. v. Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970).

反映したものとなっている。算定されたロイヤルティも特許権者側主張の 0.1% 未満とかなり低額のものとなっている。

## (2) Innovatio 事件

2013 年の Innovatio 事件イリノイ州北地区連邦地裁判決<sup>\*40</sup>も、Microsoft 対 Motorola 判決の立場を踏襲して標準に組み込まれた価値ではなく特許技術が製品に対して有している価値を基準とし、ロイヤルティスタッキングにも配慮した算定方法をとることを明らかにした。特殊に後者の関心からはロイヤルティの算定の基礎を製品全体ではなく、販売可能最小ユニットを基礎にして算定するとしたことが注目される。本件も算定ロイヤルティは特許権者の請求の 0.2% と低額であった。

## (3) Ericsson 対 D-Link 事件

初めての控訴審レベルでの判断 2014 年の Ericsson 対 D-Link 事件連邦巡回区控訴裁判所判決<sup>\*41</sup>において示された。本件では上記の二裁判所が採用してきた Georgia-Pacific を修正するという方式ではなく FRAND 宣言の文言を含む当該事件に特有の事実関係に合わせた方法で算定することを地裁に求めた。

その上で、第 1 に、標準規格において特許された特性に対して、特許化されていない機能から区別して、配分しなければならない。第 2 に、ロイヤルティは特許された機能の価値に基づくものであり特許された機能が規格に採用されたことにより増加した価値であってはならない<sup>\*42</sup>とした。したがって、陪審に対して「発明による追加的価値と、発明が標準規格に採用されたことによる追加的価値との違いを考慮するよう説示しなければならない」とした<sup>\*43</sup>。

最小販売可能ユニットを基準にするかどうかについては、それを基準にしなければならないわけではないとした。要するに当該特許の特性によって増加した価値が基準なのであって、その単位を商品全体と見るのか、最小販売可能ユニットと見るのかは本質的ではないという立場をとった<sup>\*44</sup>。最小販売可能ユニットは陪

---

\*40In re Innovatio IP Ventures, LLC Patent Litig., 2013 WL 5593609 (N.D. Ill. Oct. 3, 2013). IEEE 標準。

\*41Ericsson, Inc. v. D-LinkSys., Inc., 773 F.3d 1201 (Fed. Cir. 2014). IEEE パテントポリシーの事例。

\*42Id.at1232.

\*43Id.at1235.

\*44Id.at1226.

審が誤解しないようにするため証拠上のルールに過ぎないことである。

最後にホールドアップやロイヤルティスタッキングについて陪審に説示する必要があるか否かについて、それらが理論的な可能性ではなく現実の事件において生じているという証拠がない限り説示する必要はないとした。

#### (4) 評価

FRAND の内容に対する理解は、(1)～(3)とも大きな違いはない。合理的なロイヤルティが当該特許が標準に組み込まれたことから生じた追加的な価値を除いた、当該特許の特性が製品の価値に追加的に生じた価値を反映したものであるという基準は第2章(3)で述べたものと軌を一にしている。これは IEEE の改訂パテントポリシーも採用した立場である。標準技術が製品（ないし最終販売可能ユニット）に貢献した価値のうち、当該特許が寄与した部分が上記の追加的な価値になるのだとしたら、ロイヤルティスタッキングの問題も勘案されている。

(1)は、標準採択時における代替的技術との相対的価値を問題にしている。これは第2章(3)(b)で見た FTC の 2011 年報告書が推奨した事前の仮定的交渉基準を反映したものである。(1)と(2)では事前の仮想的交渉（競争）に基づいているように見えるが、(3)ではそれへの言及がないことを対立点と見ることもできる。もっとも、Georgia-Pacific の合理的ロイヤルティは、ライセンス契約をする意思のある当事者間での仮想的な交渉を念頭にしたものことから、一見したところ標準策定段階の事前の交渉（競争）フォーマットと親和的に見える。しかし、Georgia-Pacific は現実の状況を前提にここで意味では事後の交渉を考えているのであって、その要因が事前の交渉に使えるわけではない。微調整で事が済むなら格別、そうでないがゆえに(3)判決は仮想的交渉の枠組みを採用しなかったのだろうか。

(1)(2)と(3)は、このように FRAND 概念を実地に適用する方法において大きな違いがある。

なお、(3)では最小販売可能ユニット基準は陪審が誤解しないためのものとされる。しかし、我々の認知上のバイアスは全体を出発にするのと構成要素たるユニットを基準にするのでは結論に際与える可能性がある。ユニット毎にとらえた方が、全体としてロイヤルティスタッキングが生じる危険性を縮減するかもしれない。なお、IEEE の改訂パテントポリシーは合理的ロイヤルティ算定について最小販売可能ユニットの関連特性の価値に貢献する価値を基準としている。これも、そのような認知上のバイアスを考えると頷けよう。

ところで、(3)判決が陪審に対する説示においてホールドアップやロイヤルティスタッキングを述べるのはそれが現実に生じている証拠がある場合に限定されるとした点は、両問題の軽視に見えるかもしれない。もっとも、標準が組み込まれたことの価値を除外しているのだから、ホールドアップの問題は一応除外されていると言いうるのかもしれない。それに比べて、ロイヤルティスタッキングについては、陪審が誤解を招かないようにするための説示上のポイントに乏しいという批判もあり得る。(1)(2)がロイヤルティスタッキングの防止を念頭に置いて立論していたのと温度差を感じるかもしれない。もちろん、標準全体の特性としての価値が容易に認識でき、それに対する当該特許の貢献した価値のいずれもが容易に認識可能なら問題はないのかもしれないが、ロイヤルティスタッキングが広く存在するという立場からは安全弁に乏しいという批判も可能であろう。

ところで第1章で見たようにわが国のアップル対サムスン事件知財高裁判決はロイヤルティスタッキングの危険性を正面から認めている。それを回避すべく標準の全標準必須特許が寄与した価値の総額から当該特許がそれに貢献した分（証拠がなければ按分）という手順になっている。これはロイヤルティスタッキングについてはうまく対応できているものと言いうる。他方、FRAND宣言の下での個別の特許の評価基準に対するベンチマークは語られていない。事案の解決に必要なから触れられたいないだけであろう。したがってFRAND宣言の意義を競争法上評価する場合は、この判決とは別途この問題を考察する必要がある。

### 第3章 必須宣言特許にかかる差止訴訟と競争法

#### (1) はじめに

第1章で見たように、アップル対サムスン事件知財高裁判決は必須宣言特許に関する差止請求を willing licensee に対して行うことは権利の濫用であるとして対応した。

わが国ではこれまで規制例はないが、このような差止請求がそもそも独禁法に違反するという議論もあり得る。最初に述べたようにこの問題は特許法、競争法、契約法など様々なアプローチが交錯する領域である。

EU法ではこの問題はまず競争法上の問題として対処されてきた。これに対し米国では特許法と競争法の両方から対処されている。この問題はそれぞれの国の制度セッティングに応じてとられる対応に差が出てくる領域である。わが国の特許法上の対応はかなりの程度問題点を解消していると思われるが、適用可能なら独禁法上の対応がいかなるものかも考察する意義はある。これは、特許法による対処以上に公益的見地から公取委が介入する必要があるかないかの問題として重要なだけでなく、第四章以下で検討する、特許法での対処が難しい領域での独禁法の利用可能性を考える上での出発点となるからである。

以下、本章ではEUと米国の当該問題へどう対処してきたかを概観し、わが国での独禁法の運用に示唆を得ることとする。

#### (2) EU法－競争法による対応

##### (a) はじめに

###### (ア) 検討の枠組み

必須宣言特許にかかる差止請求の問題をEUではまず競争法の問題として立論されてきた。それらの決定を紹介する前に関連するEU競争法の規制等を説明しておく。

EU競争法では、市場支配的地位を有する事業者の濫用的行為が規制される。市場に浸透した標準に関して標準必須特許を有する者は、標準必須特許が他に代

替することのできないインプットであることを考えると市場支配的地位を有するものといえる。それが、ライセンス拒絶を行うことによって相手方を市場から排除するようなことがあれば市場支配的地位の濫用と解されうる。ただし、ライセンス拒絶やその裏側の問題としての差止請求の行使は、特許権者にとっては本来許された権利の行使としての性格を有するから、それが濫用となるには特別の事情が必要である<sup>\*45</sup>。その上で、当該行為が客観的正当化を有しないことがライセンス拒絶（知財の権利行使）を濫用と評価するための要件となっている。EU法では必須宣言特許の差止請求もこのライセンス拒絶に関して確立してきたフォーマットで分析されている。

#### （イ）競争法違反と私訴

EU機能条約 101 条 2 項は同条に違反した合意・決定は私法上無効となることが明文で定められている。102 条も含めてEU競争法違反行為にかかる契約上その他の加盟国裁判所での権利行使に対して抗弁となるものとされている<sup>\*46</sup>。その一例として、ライセンス拒絶が 102 条に違反する場合、当該被拒絶者に対して提

---

\*45Magil 事件（Case C-241/91, Radio Telefis Eireann (RTE) v. Commission, 1995 E.C.R. I-743, 4 C.M.L.R. 718 (1995)）と IMSHealth 事件（Case C-418101, IMS Health GmbH & Co. v. NDC Health GmbH & Co., 2004 E.C.R. I-5039）の 2 つのヨーロッパ司法裁判所判決は、「支配的地位にある企業が知的財産の対象となる製品の利用ライセンスを拒絶することは、それ自体としては市場支配的地位の濫用には当たらない。」としつつ、「知的財産権者による排他権の行使がそのような濫用となるのは、従って市場における効果的な競争を維持するという公共の利益のために、知的財産の権利者に対して第三者へのライセンスを要求することにより知的財産権者の排他権に干渉することが許容されるのは例外的な状況（exceptional circumstances）においてのみである。」とした。例外的な状況として、①隣接市場で事業を営む上で必要不可欠な知的財産へのアクセスを拒むことを濫用と認めるための②拒絶によって隣接市場における効果的な競争を除去するもの、③拒絶によって消費者の潜在的需要がある新商品の出現を妨げるものであることであるが挙げられている。なお、これらの要件が充足されたとしても当該拒絶が客観的に正当化されるものであるなら違法とならない。

\*46BELLAMY & CHILD, EUROPEAN COMMUNITY LAW OF COMPETITION (Peter Roth QC & Vivien Rose eds. ) (7th ed.2013) 1258-1262.

起された差止訴訟において抗弁としてこれを主張することができる<sup>\*47</sup>。

(b) Motorola と Samsung に対する決定

2014年4月29日の Motorola に対する決定及び Samsung に対する確約決定は (a) (ア) の枠組みで下されたものである。

(ア) Motorola に対する決定<sup>\*48</sup>

本件はモトローラ社のアップルに対する差止請求が EU 機能条約 102 条の市場支配的地位の濫用になるかどうかの問題となった。

まず、市場支配的地位については、当該必須特許におけるシェアが 100% であることや、モバイルデバイスの製造業者にとって GPRS の標準規格の遵守に不可欠であること、さらに関連する産業が当該特許にロックインされていたことなどから、モトローラは GPRS standard technical specifications に特定されている技術のライセンス市場において支配的地位を占めているとされた<sup>\*49</sup>。

ついで濫用行為についてまず、特許保有者からの権利行使は原則として適法なものであることが確認される<sup>\*50</sup>。しかし、「標準設定段階で自発的に FRAND 宣言を行ったという文脈では状況は異なったものとなる。FRAND 宣言は標準必須特許権者によって、標準化プロセスの目的を所与とすれば、その標準必須特許は FRAND 報酬と引き替えにライセンスするという認識があったということなのである<sup>\*51</sup>。」

その上で、標準化のプロセスと GPRS 標準必須特許の FRAND 条件でのライセンス確約は例外的事情と見なしうとした<sup>\*52</sup>。

さらに、上記行為が反競争効果として次のような効果が発生することを挙げた

---

\*47この点を確認した欧州司法裁判所判例として、Intel Corporation v VIA Technologies Inc [2002] EWCA Civ 1905, [2003] FSR 33, [2003] ECC 16, [2003] EuLR85 を参照。

\*48Case AT.39985 Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39985/39985\\_928\\_16.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39985/39985_928_16.pdf)

\*49Id.at para225-236.

\*50Id.at para283.

\*51Id.at para284.

\*52Id.at para279-300.

\*53。(a)アップルの標準規格製品の販売がドイツにおいて一時的に排除されることになり\*54、そのことが(b)ライセンス条件の和解においてについて、特許の有効性を争えなくするなどの不利益を与え\*55、(c)標準化プロセスの信頼を低下させ、当該産業で必要とされる相互運用性や互換性などの確保が妨げられる\*56。

最後に差止請求が許容される客観的正当化が議論され、モトローラの商業的利益の確保のために「FRAND 条件での交渉に入る意思をもたない」ことなどが挙げられている\*57。

本件ではオファーのやりとりがあり、アップル側が二度目のオファーでは、モトローラに対して RAND ロイヤルティを設定することを認め、事後に司法審査に服するという前提での申し出を行ったことが決定的に重視されて、意欲ある者とされた\*58。

このように、102 条によって差止請求を禁止するには、特許権行使を濫用と構成できる特別の事情の存在のみならず、市場支配的地位や反競争効果の立証も要求されることが重要である。なお、102 条の反競争効果は現実のものである必要はない。また、willing licensee か否かの問題は客観的正当化の問題として取り扱われている。その基準は明確ではないものの、FRAND ロイヤルティについて事後に第三者の裁定を予定した形での申出がそれに該当する点に注目する。

(イ) Samsung に対する確約決定\*59

---

\*53Id.at para311.

\*54Id.at para312-321.

\*55Id.at para322-414.無効な特許への支払のおそれなど、種々の不利益が様々なプロセスを経て市場参加者の費用増大などの反競争効果をもたらすことが説明されているが、詳細な検討は省略する。

\*56Id.415-418.

\*57Id.at426-427.他に潜在的ライセンシーが財務的に困難であるなど、ロイヤルティ確保が困難な状況が挙げられている。

\*58Id.at440.

\*59Commitments Decision, CASE AT.39939 - SAMSUNG - ENFORCEMENT OF UMTS STANDARD ESSENTIAL PATENTS

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39939/39939\\_1501\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39939/39939_1501_5.pdf)

本件は、サムソンが必須宣言特許について行った差止請求が市場支配的地位の濫用として問題となった事案について、サムソンが問題解消のために行った確約に対する決定（和解）である。したがって違法行為についての詳細な認定はないが、命じられた措置が注目を浴びた。必須宣言特許の侵害について EEA 域内で、FRAND の決定のための次のランセンスフレームワークに同意し、遵守するものには差止を行わないこと確約された。このフレームワークによれば、当事者の交渉期間は 12 ヶ月であり、交渉が調わないときは仲裁等の第三者による FRAND 条件の裁定が予定されているというものである。

### (c) 裁判所の動向 Huawei 事件法務官意見

この点についての判例はない。ドイツのデュッセルドルフ地方裁判所が、同裁判所に係属中の Huawei 対 ZTE の特許権侵害訴訟に関して、2013 年 4 月 5 日に EU 法裁判所に先決付託手続を行った<sup>\*60</sup>。争点は必須宣言特許にかかる差止が 102 条違反となるのはいかなる場合であるかであって注目を浴びているが、昨年 11 月に法務官意見は公表された<sup>\*61</sup>が判決はまだである。法務官意見は重要では

---

<sup>\*60</sup>ドイツでは連邦最高裁がオレンジブック事件で標準必須特許にかかる差止請求に対して、当該差止請求（ライセンス拒絶）が競争制限禁止法違反であれば抗弁となる旨の判決を下した（BGH 6. 5. 2009, Az. KZR 39/06, GRUR 2009, 694, 696 Rn. 27 - Orange-Book-Standard）。本件では事実上の標準となった標準必須特許に対して差別的にライセンスを拒むことがドイツ競争制限禁止法 19 条違反とされとしたが、被告の側が FRAND 条件に合致した無条件のオファーを提示することが要求されていた。ここで問題となったのはドイツ競争制限禁止法でのもので、しかもパテントポリシーも FRAND 宣言も関係しない事件でのものであった。それゆえ、ライセンス拒絶が違法となるための相手方のライセンスへ交渉へ対応の水準が高度なものとなっている。これをそのまま、必須宣言特許にかかる事件に持ち込むことはできないと考えられる。オレンジブック事件判決と必須宣言特許の差止請求との関係については、Torsten Korber, Standardessentielle Patente, FRAND-Verpflichtungen und Kartellrecht Eine Analyse unter besonderer Berücksichtigung der deutschen (2013)（後半に英語版がついている）を参照。

<sup>\*61</sup>OPINION OF ADVOCATE GENERAL WATHELET delivered on 20 November 2014 (1) Case C170/13 Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH

あるが拘束力はないが、必須宣言特許権者が FRAND 宣言を果たさない場合は濫用になり得るとした上で、FRAND 宣言を充たすには差止請求の前に違反の事実と FRAND 条件を書面で伝え交渉に入り、相手方に勤勉で真摯な態度で対応し、同意できない場合は、合理的なカウンターオファーを行う必要があるとした上で、純然たる駆け引き、引き延ばし、その他真摯でない行動を行った場合は差止は濫用とならないとした。また、裁判所や仲裁廷で FRAND 条項を決定してもらうという要求や特許の有効性や侵害の事実を争うことは引き延ばし等と見なされるべきではないとした点が注目される。

### (3) 米国法—特許法と反トラスト法の協働

米国では特許法及び連邦取引委員会法 5 条の双方からこの問題に対処している。

#### (a) 特許法による解決

##### (ア) 問題の枠組み

2006 年の eBay 事件最高裁判決<sup>\*62</sup>で特許権に基づく差止請求についても自動的に容認されるのではなく、衡平法上確立されている 4 要件の充足が要求されるようになった。すなわち、①原告が回復不可能(irreparable)な損害を被っていること、②金銭賠償等の救済が、当該被害を償うためには、不十分であること、③原告と被告の不利益を比較衡量して、衡平法上の救済が正当であること、④差止により公益(public interest)が害されることがないことが要件ということになる。

##### (イ) 判例の動向

必須宣言特許の差止請求をこれに照らして下級審判決が相次いだが、控訴審レベルでは 2014 年の Apple v. Motorola 事件連邦巡回区判決<sup>\*63</sup>が最初の判決である。同判決は、必須宣言特許に関して当然に差止を拒絶する特別のルールは否定しつつ<sup>\*64</sup>、eBay 法理は必須宣言特許や産業標準の問題に対応できる強みと柔軟性を有

---

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=159827&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=628931>

<sup>\*62</sup>eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006).

<sup>\*63</sup>Apple Inc. v. Motorola, Inc., 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014).

<sup>\*64</sup>Id. at 1331.

するものとした<sup>\*65</sup>。その上で、特許権者の RAND 宣言は金銭賠償が十分に被害を償うものであること強く示唆するものとした。ただし、侵害者が RAND ロイヤルティの支払いを一方的に拒んだり、それと同じ効果となる不合理な交渉の引き延ばしを行っている場合には差止は許容されるものとした<sup>\*66</sup>。また、差止の拒絶が標準化への参加を促進し、必須特許が過大に評価されないにするとという形で公益に資するものとした<sup>\*67</sup>。

(b) 反トラスト法による規制—FTC 法 5 条

(ア) SPX (Bosch) 事件

2013 年の SPX (Bosch) 事件は<sup>\*68</sup>Bosch が買収しようとした SPX サービス社がその保有する必須宣言特許に関して willing licensees に対する差止請求を行ったことが問題となった。連邦取引委員会は、これは FRAND 潜脱の一形態であり、FRAND 宣言が軽減することを意図しているパテントホールドアップのリスクを復元するものであることなどから、連邦取引委員会法 5 条の「不公正な競争手段」に該当すると主張し、同意判決において第三者に原則として<sup>\*69</sup>差止請求を行わないことが命じられた。

---

\*65Id. at 1332

\*66 Id.

\*67Id.

\*68Analysis of Agreement Containing Consent Orders to Aid Public Comment, In the Matter of Robert Bosch GmbH, File No. 121-0081 (Apr. 24, 2013), available at <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/04/121126boschanalysis.pdf>

Bosch による SPX サービス社の買収と同時進行しており、命令の名宛て人は買収者の Bosch である。また、買収に関しては、Bosch が同内容の RAND 宣言を行うことも措置として要求されている。In the Matter of Robert Bosch GmbH, Decision and Order (Apr. 23, 2013), available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/04/130424robertboschdo.pdf>;

\*69第三者が必須宣言特許保有者でそのライセンスを拒んでいる場合等は例外とされる。

### (イ) Motorola(Google) 事件

同年の Motorola (Google) 事件でも必須宣言特許が willing licensees に対し差止請求を提起しまたは提起すると脅したことが問題となり<sup>\*70</sup>、同じく FRAND 潜脱の一形態であり、FRAND 宣言が軽減することを意図しているパテントホールドアップのリスクを復元することが問題とされ、その結果として次のような反競争効果が生じそうであるとされた。(a) 消費者から当該技術標準を用いた競合する製品選択を剥奪すること、(b) 製造業者の費用上昇が消費者に転嫁されること、(c) 標準プロセスのインテグリティと効率性を低下し、標準化プロセスへの参加インセンティブを減じること、(d) 競争者の費用を上昇させそれによって競争を損なうこと、などである。これについて同意命令では、差止請求をする前に、潜在的ライセンサーに対し、必須宣言特許のライセンスに必要なすべての条件を記載した書面による申込を行うとともに、ライセンスの条件を決定する

### (3) E U 法と米国法の動向への評価とわが国への含意

#### (a) 誰に対する差止が許されないのか？

##### (ア) 誠実交渉義務と判断の困難

FRAND 条件は直ちに特定の取引条件を指定するものではなく、当該条件の範囲内という制約の下で交渉によって取引条件を決定されるのが建前である。FRAND 宣言があるからといって差止を全面的に否定することはできず、交渉自体が拒まれた場合には差止もやむなしということになる。「ライセンス意欲ある者 (willing licensee)」でなければ差止もやむなしということになる。しかし、willing licensee や交渉への対応についてはそれを判断する基準という厄介な問題がある。誠実な交渉のみを問題にすると、交渉への真摯な態度、どのようなオファーを出したかといった要因の総合評価ということになるが、これはかなり曖昧なものである。これに関して E U 競争法も米国法も差止が許容される前提条件を絞っているように見える。

### (イ) ホールドアップの防止

---

\*70Complaint, In the Matter of Motorola Mobility LLC and Google, Inc., File No. 121-0120 (F.T.C. July 24, 2013), available at <http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/07/130724googlemotorolacmpt.pdf>

ここで、FRAND 宣言の趣旨をどう理解するかが関連性を持つ。

FRAND をホールドアップによる力の行使の防止という機能を果たすためのものだという立場からは、かかる交渉は差止請求という脅しのもとでの交渉であってはならないことになる。FRAND の内容は交渉によって決まるが、それは差止の脅威の下であってはならないとする、侵害者側の交渉拒絶がかなり明確なものに限定されることになろう。差止の脅威がない以上、引き延ばしの可能性が生まれてくることから最終的には FRAND の内容を第三者の裁定に委ねる道を探るという EU 法の方向にならざるを得ないかもしれない。I E E E の改定パテントポリシーが原則として差止請求（ITC への請求等も含めて）を原則として制限し、FRAND での支払いさえ覚束ない者だけを除外して、FRAND の内容を第三者の裁定に委ねるという方策をとったのは、このようにホールドアップ防止を優先したからであろう。また、当該特許の有効性を争うことをどのように評価するかが問題となる。無効の標準必須特許が存続することの問題点を考えれば、それだけでライセンス意欲の不存在と見なされるべきではないという点についても異論は少ないものと考えられる。

#### (ウ) リバース・ホールドアップ

他方、交渉があれば良いというだけだと、リバース・ホールドアップとなるという批判もある。これは、ホールドアップとロイヤルティスタッキング理論へのもっとも強力な批判者たる Geradin 教授<sup>\*71</sup>を主唱者とするものである。必須宣言特許保有者がその技術の標準への貢献に比して過小なロイヤルティの受入を余儀なくされる現象の総称である<sup>\*72</sup>。ここでの文脈では、既に埋没投資を行った特許権者が FRAND 宣言を行ったという状況下で、交渉引き延ばしにあうため低いロ

---

\*71Damien Geradin, "Reverse Hold-Ups: The (Often Ignored) Risks Faced by Innovators in Standardized Areas" in Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of Standard-Setting*, (2010) 101.

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/research/read-the-book-14mb.pdf>

\*72標準化団体で実施に利害を持つ者による買い手カルテルなども含まれる。Id.at104-105.特に、事前の競争(交渉)段階での特許権者の不利な交渉の押しつけという側面は、標準化活動にともなうホールドアップと対照的な現象ということになろう。文献によっては特定の種類の状況のみをリバース・ホールドアップとして言及する例もあるので注意が必要である。

イヤルティに甘んじざるを得ないという事態に陥る危険性ということになる<sup>\*73</sup>。

リバース・ホールドアップを主張する議論はホールドアップ現象は常態ではないという理解から、差止が広く許容されたとしても不当な結論をもたらす差止の影の下での交渉は多くないという先行認識があろう。逆に、たとえば、標準に組み込まれなくとも非常に高い価値をもつ特許の保有者などにとっては、標準必須特許であることから、不当に不利な交渉を余儀なくさせるおそれがあるということになる。FRAND 条件は取引内容を強く制約するものではなく、それを「基準」に行われる様々な交渉を通じて運営されるのが FRAND=パテントポリシー制度（あるいは FRAND エコシステム）の常態なのだということになる<sup>\*74</sup>。

IEEE の改訂パテントポリシーなども、このような立場からすると不当に特許権者の交渉力を弱体化する、それ自体リバース・ホールドアップに分類される「買い手独占」類似のものと写るのかもしれない。最近の必須宣言特許をめぐる紛争の継続はこのようなエコシステムが機能不全になったことを意味するのかもしれない。そのような認識からは、引き延ばしによるリバース・ホールドアップ問題よりも、差止の戦略的利用の回避に重点が置かれ、FRAND 条件の裁定による確定という方針が優先されることとなる。IEEE のパテントポリシーの改定はこのような文脈におくことができる。

## (b) 競争法の活用について

### (ア) 競争法の利用は必要か

EU 競争法の活用は、加盟国において特許法上の対応が困難な状況に対処するために持ち出された側面もある。102 条の市場支配的地位の濫用規制による規制のため、市場支配力要件と反競争効果についてのハードルは高く、私人間の紛争において利用するには使い勝手が悪い。特許法が有効に機能するのであれば、私人間の紛争処理に任せた方が効率的であって、競争法の介入は不要ではないかという疑問もあり得よう。競争政策上の課題に対して特許法と競争法の双方からのアプローチがあり得るのであれば、仮に前者の事前規制や権利行使段階での定型的な法的対処が有効に機能するのであれば、それに重点が置かれるのは当然といえよう。標準必須特許の競争政策上の課題に対して、米国の司法省及び連邦取

---

\*73Id.at123-129.

\*74Damien Geradin&Anne Layne-Farrar,"The logic and limits of ex ante competition in a standard-setting environment," 3 Competition Policy International79、106 (2007).

引委員会が様々な報告書や ITC 等への声明、主要な標準化団体への働きかけといったいわゆる競争唱導 (competition advocacy) の手法を多用したのはそのためである<sup>\*75</sup>。事後的には競争法による対応しか考えにくい第 4 章で見るとようなケースに対しても標準化団体のパテントポリシーによる未然防止が可能であるなら、競争唱導は重要である。公正取引委員会はこの分野での執行だけではなく、競争唱導も乏しかったのではないかという疑問が残る。

それでは米国における連邦取引委員会の介入はどのような意味を持つのだろうか。私的紛争において差止請求が濫用とされる可能性が高い行為なのだから、介入する必要はないのだろうか。SPX ( Bosch) 事件の反対意見<sup>\*76</sup>は差止は裁判所や ITC の判断に任せるべきであって、連邦取引委員会は意見具申に止めるべきだとする<sup>\*77</sup>。これに対して多数意見はこの問題がまさに競争に関わる問題であって、連邦取引委員会法 5 条の射程に入るのだとする。第 2 章でも述べたように、標準化は競争促進的な側面を持つが、事業者間の協力行動であり反競争効果を発生させる危険性も有する。そのために標準化のプロセスが害されると反競争効果・消費者被害が発生する危険性があるだけでなく、競争促進効果も失われてしまう。このような弊害への対処は連邦取引委員会の責務だということになる。

標準化プロセスを反競争的に害することの競争への危険は次章でも見るように重要な競争法上のトピックである。理念的にその一貫であるというだけでなく、必須宣言特許の濫用的差止が重要な標準についてなされた場合や標準利用者についてのインパクトが大きい場合など、私的な個別的紛争にのみ任せるのではなく、

---

\*75 司法省の側からこの点に関する競争唱導の状況をまとめたものとして、Renata B. Hesse, "The Art of Persuasion: Competition Advocacy at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property", (November 08,

2013) <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/301596.pdf> を参照。

\*76 Statement of Commissioner Ohlhausen In the Matter of Robert Bosch GmbH FTC File No. 121-0081 (April 24, 2013)

[https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/04/121126boschohlhausens\\_tatement.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2013/04/121126boschohlhausens_tatement.pdf)

\*77 連邦取引委員会法 5 条の適用範囲をシャーマン法、クレイトン法の範囲内に収めるべきか否かという従来からの議論の蒸し返しも行われている。近時、5 条の適用が広がってきておりそれをどう評価するかは重要な問題であるが、少数意見の主張はこの点については目新しい議論を含んでいない。

競争当局が一括して禁止命令を出すのに相応しい場合がある。裏から言えば、競争当局の介入が正当化されるのは競争への害が生じているときということになる。

#### (イ) 法技術的側面についての比較法

ところで競争法の適用についてEUと米国では少し違いが見られる。米国では連邦取引委員会法5条であって、EUは市場支配的地位の濫用と適用法条の違いはまず自明であろう。米国で5条違反のみを根拠に介入がなされたのは、それ以外の法上を用いると私訴で三倍額賠償を根拠づけるからである。また、どのように違反行為をとらえるかも興味深い。

EUでは差止請求を正面から取り上げている。それは裏から見ればライセンス拒絶すべきでないものに対する拒絶した上での行為ということになる。そのように行為を性質決定した上で、例外的事情としてFRAND宣言を見ていくという形になっている。知財の権利行使に対して原則として介入しないことを強調している米国法では、本件は権利行使が例外的に許容されない事例であるか否かは争点になっていない。むしろ、当該行為がFRAND宣言に違反しているという標準化プロセスの適性を害する行為として行われていることが重視されている。もっとも、このような対応の背景にはかかる権利行使が衡平法上許容されないという先行判断があるのかもしれない。

なお、EU法でも例外的事情の判断にはFRAND宣言の存在を単なる信義則上の問題ではなく、標準化プロセスでの濫用という競争法的評価も含めてなされている。

前述のように市場支配的地位の濫用とされているため、産業が標準にロックインされているなど市場支配力要件などのハードルは米国の場合よりも高い<sup>\*78</sup>。

#### (ウ) 独占禁止法における対応の可能性

---

\*78なお、市場支配的地位の存在にする要件が連邦取引委員会法5条より高いのは確かだが、濫用行為が競争に与えるインパクトは市場支配力の維持・強化を要求するシャーマン法ほど高くはないと、少なくとも判例法からはいえるかもしれない。悪影響が広範であればサンクションとしての制裁金の活用も考えられるがMotorola決定では制裁金はこれまで先例のないケースであり、加盟国の対応も異なっていることから控えられたが必要とあれば今後は利用されうる。

私的紛争としてはサムソン対アップルの法理で十分に対応できるにしても、必須宣言特許の濫用的差止が重要な標準についてなされた場合や標準利用者についてのインパクトが大きい場合など、私的な個別的紛争にのみ任せるのではなく、競争当局が一括して禁止命令を出すのに相応しい場合にはわが国でも独占禁止法を活用すべきであろう。その際の法解釈論上の問題点について簡単にまとめておく。

わが国において差止請求それ自体は独占禁止法 21 条の「権利の行使と認められる行為」として独占禁止法の適用除外ではないかという問題があるが、FRAND 宣言違反の差止請求が「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、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を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、上記第 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（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」（平成 22 年 1 月 1 日）第 2-1）ことは確かであろう。

法的構成としては、単独の取引拒絶（一般指定 2）や取引妨害（一般指定 14）がまず考えられよう。

差止請求は、相手方が FRAND 宣言によって交渉されうるものである限り、ライセンス交渉を行うべきことが要請されている者に対して交渉ひいてはライセンス契約を明確に拒否した行為と評価することが可能であって、取引拒絶の行為要件に該当するといえる。もっとも交渉が継続中に実施されている場合、取引拒絶とはいえないのではないかという疑義もあろう。そうだとすると、FRAND 宣言に反し差止請求が許容されないのにも関わらず、相手方の取引を妨害したと構成することも可能となろう。必須宣言特許である限り、被拒絶者や被妨害者の事業活動が有意に妨げられたことなどから自由競争減殺を認めることになるだろう。

## 第4章 FRAND 宣言が及ばない標準必須特許の権利行使

### (1)はじめに

必須宣言特許の権利行使については特許法での対応が有効に機能するならば、競争法での対応はいわばそれを補完するもの過ぎない。しかし、標準必須特許であって FRAND 宣言を行っていない権利による権利行使が行われる場合は、特許法での対応は困難であろう。このような場合、行為の具体的状況を離れてカテゴリカルに判断するのは適切ではない。標準必須特許だから権利行使が FRAND のレベルまで縮減するというのは快刀乱麻を断つ思いがするが、標準化により特許の公的収用をもたらすことに等しい。個別の行為の不当性と反競争効果を事後的に審査して介入する競争法の利用が有効な局面である。

もともと競争法の利用といっても、エッセンシャルファシリティ理論を持ち出して、標準必須だからエッセンシャルファシリティだという議論も、よほど「例外的事情」<sup>\*79</sup>がない限りは難しい。これまで欧米で介入が議論されてきたのはい

---

\*79例外的事情があり得ないと主張しているわけではない。なお、例外的事情が認められる前提条件として、標準策定における競争者間の協力行為がもつばら市場支配力をもたらした原因であることが要請されると考えている。また、第2章(3)(a)で見たように、エッセンシャルファシリティ理論でのアクセスは原則として適法に取得した特許権の行使は認めることになるとするならば、標準化活動の所産としての市場支配力でない状況下での「合理的ロイヤルティ」の判断は困難になるかもしれない。なお、標準化活動ではないコンテストで FRAND 宣言と類似の宣言を行うことで標準を定着させた場合は FRAND 宣言があった場合と同様の取扱いが要請されるかもしれない。いずれにせよ、エッセンシャルファシリティ理論は競争法の法理としてはその要件も含めて議論の余地の多い理論であり、

いずれも標準化プロセスを害する場合と評価できるものである。具体的には標準化過程に参加しながら特許を秘匿していたいわゆるパテントアンブッシュ（待ち伏せ）と必須宣言特許の譲渡に関わるケースである。いずれもわが国に先例はないのでEUと米国の規制例を検討する。なお、本稿では標準化活動の文脈での必須特許の取扱いを考察対象としている。これに対して、標準化活動がかかわらない文脈でFRAND宣言類似の活動で自己の技術を事実上の標準として定着させた事業者についてどのように考えるのかという問題もある。標準化におけるFRAND宣言した事業者と類似の考察が可能と思われるが、本稿ではこの点についての詳細な検討は行わない。

## (2) 標準化過程への参加と特許の開示（パテントアンブッシュ）

### (a) 米国の事例

#### (ア) Dell 事件

本件での標準化団体であるVESAは、標準化の過程で参加者に自社所有の関連特許を明らかにさせ、その特許を無償でライセンスを行うことに特許権者が同意した場合に限って特許技術を標準に取りこむことを許容する方針をとっていた。VESAに加入していたデルは自社の特許を標準化過程における開示を怠り、そのため当該特許技術を含む標準が採択された。標準成立後に特許権を行使したことが問題となったものである。1996年にFTCは本件行為は不合理に取引を制限するものでありFTC法5条に違反する行為であると主張した。デルが権利主張を行わないことなどを内容とする命令に同意して決着した<sup>\*80</sup>。

#### (イ) Rambus 事件<sup>\*81</sup>

本件ではRambusが標準化団体（JEDEC）で策定中の標準に関連技術に関する特許権を有するか否かの照会に対し、これを明らかにしないまま脱退し、標準策

---

それ自体の探求を必要とするのでここではこれ以上の議論は差し控える。

\*80In re Dell, 121 F.T.C. 616 (1996).

\*81本事件を詳細に検討するものとして、佐藤潤「Rambus 事件コロンビア特別区巡回裁判所判決を巡るホールドアップ問題について(1)～(4)」公正取引 711号44頁以下、712号54頁以下、714号66頁以下、716号59頁以下(2010)参照。

定及びその普及後に特許権の行使をしたことが問題となった。連邦取引委員会は **Rambus** が当該標準に関わるコンピュータメモリ産業を反競争的にホールドアップし独占化するものであるとした<sup>\*82</sup>。取消訴訟において連邦巡回区控訴裁判所は、かりに **Rambus** のぎまんの行為がなかったとしても当該技術を含む標準が採択されたとするなら反トラスト法に違反する競争への悪影響は持ち得ないとした。さらに、標準化団体が **FRAND** 条項を含む形で標準を採択できなかったとしてもそれは反トラスト法上の害とはいえないとし、連邦取引委員会は **Rambus** の行為が排除的であって、関連市場を違法に独占化したことを立証できていないとして決定を取り消した<sup>\*83</sup>。本件では反競争効果要件の高い独占化と構成したことも結論を左右した可能性があるものの、**FRAND** 宣言が技術の価値を超えて標準とされたことによる市場支配力の成立を妨げるものであるとするなら、当該行為が反競争的でないと評価したことに疑問が持たれよう。

#### (ウ) 検討

両事件の違いは適用法条の違いとともに、不開示と排除の因果関係の理解について違いという形で説明されることが多い。しかし、同時に **FRAND** 宣言や標準化プロセスの意義についての理解の違いという側面もある。

**Rmbus** 判決は、当該特許の存在を告知していた場合、標準が当該特許を回避して策定されるか、**FRAND** 宣言をした上で特許が採用されるかの二通りの可能性があるとする。その上で、連邦取引委員会は前者のみを前提にしたために当該行為を排除行為としたが、後者の可能性を無視したのが誤りだとするのである。これは因果関係の問題とされる面である。しかし、**FRAND** 宣言をしたのであればそれに拘束された状況と現在の状況を比較しなければならないのではないか。それに拘束されない状況とは、**FRAND** 宣言を守る気もないのに確約し、それゆえ採択された場合をどのように評価するかが問題となる。

この点について興味深い法的判断を行ったものとして、2007年の **Broadcom** 対 **Qualcomm** 事件連邦第3巡回区裁判所判決がある<sup>\*84</sup>。そこでは、**FRAND** 条件を確

---

\*82 **Rambus, Inc.**, 9302 F.T.C. (2006), available at

<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>.

\*83 **Rambus Inc. v. Fed. Trade Comm'n**, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008), reh' g en banc denied (Sept. 9, 2008).

\*84 **Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.**, 501 F.3d 297 (3rd Cir. 2007).

約しながらそれを破った場合、そのような確約によって他の技術を排除しそれによって市場支配力の拡張がなされたと言いうるとして、訴状却下した地裁の決定を破棄し差し戻した<sup>\*85</sup>。このように、FRAND 宣言を守らないと伝えてもなおかつそれが採択されたという状況がない限り、因果関係の問題としても、不開示は排除をもたらしていると評価することができよう。Rambus 事件判決のロジックで本来問題とすべきは、FRAND 宣言がなくとも標準化に組み込まざるを得ない技術の場合であろう。この場合には第 2 章(3)(a)で見たように、事前に競争があったとしても除去できない市場支配力が存在することになる。これこそが、標準必須特許への介入に懐疑的な（言い換えれば標準必須特許にかかるプロパテントの）論者が問題にする状況である。しかし、濫用的行為が存在するということは、このような事実関係の存在に懐疑的にならざるを得ない。FRAND 宣言をせずとも採用せざるを得なかったということの主張・立証は濫用行為側がなすべきことであろう。

(b) EU 法 Rambus 事件、

米国の事件と同様の事実関係で、標準に必須であった特許を標準化プロセスで開示しなかったことが問題となり、調査が行われていた。委員会はかかるパテントアンブッシュによって、Rambus が標準準拠のために実施を行っている者に対する特許ロイヤルティを全世界で大幅に引き下げる旨の確約をおこなったことから確約決定で終結した事案である<sup>\*86</sup>。委員会は標準化の過程は反競争的帰結というリスクをもつ集団行為であるが、同時に相互運用性、品質の維持を確保し、競争促進効果ももつ。競争促進効果を確保しつつ、集団行為の持つリスクを軽減するには標準がオープンなものが必要であり、本件でのパテントポリシーはそれを確保するためのものであるといった位置づけがなされている<sup>\*87</sup>。

なお、EU 競争法固有の問題として 102 条の市場支配的地位の濫用は市場支配

---

\*85本件は地裁の訴状却下を否定しものであり、それを裏付ける事実認定がなされたわけではない。同様に、標準化プロセスにおける FRAND にかかるぎまんの行為による独占化が成立しうることを認めたものとして、*Research in Motion v. Motorola, Inc.*, 644 F. Supp. 2d 788,793-796 (N.D. Tex. 2008) を参照。

\*86COMM., 9.12.2009, COMP/38.636, - Rambus.

\*87Id.at para27-39.

的地位を有する者の濫用行為であることを必要とする。違法な行為によって地位を得たこと自体は 102 条違反となるわけではない。本件ではこのようにして高額のリценズ料を請求したことを搾取濫用として構成するか、高額請求が競争を歪曲すると構成するしかないことになる。搾取濫用については単なる市場支配的地位の利用と濫用の区別が困難なことは良く知られているが、不当に獲得された地位と評価できる場合は単なる地位の利用も濫用となり得るものと考えられる。もっとも本件は確約決定であり、詳細な法理の展開はなされていない。

パテントポリシーにおいて開示義務の定め方は多様である<sup>\*88</sup>。不開示を評価する上で開示義務の定め方は関連する。しかし、パテントポリシーの規定だけではなく標準化活動における関与の態様によって不開示が関係者を誤導したと評価できるか否かが競争法にとっては決定的であって、個々の規定はそのための材料に過ぎない。

#### (c) わが国での対応

わが国ではこれに対応した先例はない。しかし、知的財産ガイドラインでは標準化活動と明示していないが、類似のケースについて次のような叙述がある。

「多数の事業者が製品の規格を共同で策定している場合に、自らが権利を有する技術が規格として採用された際のリценズ条件を偽るなど、不当な手段を用いて当該技術を規格に採用させ、規格が確立されて他の事業者が当該技術についてリценズを受けざるを得ない状況になった後でリценズを拒絶し、当該規格の製品の開発や製造を困難とする行為は、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する。（第 3-1 (1) エ）（私的独占）」

「ある技術に権利を有する者が、他の事業者に対して、リценズをする際の条件を偽るなどの不当な手段によって、事業活動で自らの技術を用いさせるとともに、当該事業者が、他の技術に切り替えることが困難になった後に、当該技術のリценズを拒絶することにより当該技術を使わせないようにする行為は、不当に権利侵害の状況を策出するものであり、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は

---

\*88 主要標準化団体における開示規定のサーベイとして Rudi Bekkers and Andrew Updegrove, A study of IPR policies and practices of a representative group of Standards Setting Organizations worldwide 48-70 (National Academies of Science, 2012) [http://home.tn.tue.nl/rbekkers/nas/Bekkers\\_Updegrove\\_NAS2012\\_main\\_report.pdf](http://home.tn.tue.nl/rbekkers/nas/Bekkers_Updegrove_NAS2012_main_report.pdf) を参照。

同制度の目的に反するものと認められる。これらの行為は、当該他の事業者の競争機能を低下させることにより、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第2項、第14項）。

例えば、共同で規格を策定する活動を行う事業者のうちの一部の者が、自らが権利を有する技術について、著しく有利な条件でライセンスをすとして、当該技術を規格として取り込ませ、規格が確立して多くの事業者が他の技術に切り替えることが困難になった後になって、これらの事業者に対してライセンスを拒絶することにより、当該技術を使わせないようにする行為は、不公正な取引方法に該当する場合がある。第4-2(2)(2)」

これらはいずれも(a)(b)で見たのと同様の標準化プロセスへのぎまんの対応が行為の不当性の根拠になっている。しかし、米国ではそれらのぎまんの行為によって他の技術が排除されたことを以て排除と認識しているのに対し、わが国では次段階での不当な行為によって獲得した戦略的地位を競争者の排除に使った場合を排除行為もしくは取引拒絶（取引妨害）としている。単独かつ一方的な取引拒絶が不当な排除となり得るのは「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有する」場合だが、取引拒絶によって他者を排除する戦略的地位が標準化活動におけるぎまんによって実現した場合には充足されると見ることはできよう。米国のように標準化プロセスの段階での不当な行為が競合技術の排除をもたらしたという法的構成でも良いが、不当に獲得した地位の行使段階で獲得の不当性を勘案した法的構成（EUも同様と考えられる）も可能であると思われる。しかし、この法的構成の問題点はそのように不当に戦略的地位を獲得した事業者が他者を排除するために利用するということがありそうもないことである。この場合は取引の拒絶ではなくホールドアップの実施なのである。したがって、取引拒絶も他者を排除して市場支配力を維持・強化することではなく、自己に有利な取引条件を獲得するためである。ホールドアップ目的の取引拒絶を不当な取引拒絶として対処することは考えられる。しかし、ホールドアップそれ自体はどのように処理すれば良いのか。米国のように、まず標準化プロセスの段階での排除を認めるというのも1つの考え方である。不公正な取引方法としてはぎまんの手段による競合技術の排除を取引妨害と構成するというのも一案である。不当に獲得した地位の利用段階でとらえる場合、優越的地位の濫用も考えられる。優越的地位の濫用をめぐる様々な疑義が提出されているが、EUのRumbus事件から伺われるように不当な手段で獲得した地位は、そのような事情がなければ単なる経済力の濫用に過ぎな

い水準の行為であっても不当な力の行使として規制することも可能であろう。第2章(3)で見たように FRAND 宣言がなされているなら、当該技術が採択されたことによる価値の増加分は主張することが不当なのだから、このような形で獲得された分を主張すること自体を濫用と構成することも考えられる。しかし、これを相手方に対する不当な不利益という面だけで見るとは視野が狭すぎると考えることもできる。濫用段階で一部の者に差別的に不利益なものとなっていたり、自己以外の事業者の事業活動の費用を引き上げる効果がある場合、前者であれば差別的取扱い、後者であれば取引妨害のような構成も考えられよう。

### (3) 譲受人と FRAND 宣言

#### (a) 米国法

これについては、米国の N-DATA 事件しか先例がないので、これを検討する。

本件は標準化段階で自己の特許を低額でライセンスすることを確約して、当該特許を含む標準を採択させた後、第三者が当該特許を取得したケースである。特許権の譲渡に際してこのような確約がなされたという事情は告知されていた。このように事情を知った上で譲受した特許権者が標準技術を実施する者に対して高額のライセンス料を請求し、請求に応じない者に対して訴訟を提起したことが問題とされた。

本件は同意命令<sup>\*89</sup>で終結したが、連邦取引委員会の主張によれば、標準化プロセスを損なう不誠実な (bad faith) 又は詐欺的は行為は産業全体の競争を損ない、消費者向け価格を引き上げ、消費者の選択肢を狭めるかもしれないならば、連邦取引委員会法5条は標準化プロセスのコンテキストでの違反行為に及ぶ<sup>\*90</sup>。また、標準にロックインされた者に対する本来的に強圧的で抑圧的な行為の態様と競争

---

\*89同意命令で定められた条件(従来の条件)でライセンスをオファーをしてからでないと特許権行使をしないことなどを内容とする。

\*90Negotiated Data Solutions, File No. 051-0094, slip op. at 2 (FTC Jan. 23, 2008)

(Statement of the Commission), available at

<http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122statement.pdf>. 競争上の害としてロイヤルティ支払額の増大、標準準拠製品の値上げと生産量減少、標準化活動への参加インセンティブの減少、当該業界における標準化団体の標準準拠することないしその意欲の減少(競争促進的な標準化活動への阻害)などが挙げられていた。

への上述の害などから不公正な競争手段に該当しうるとした<sup>\*91</sup>。単なるライセンス確約に反しただけでは5条違反となりそうもないが、標準化団体に対してなされたライセンス確約であることは重要な競争上の意味を持つ。標準化活動は競争促進効果をもつが標準それ自体が競争にとってかわる側面もあるため、標準化活動プロセスを損ない、それを反競争的とする行為に反トラスト責任を負わせることに従来から躊躇しなかったとする<sup>\*92</sup>。本件では、一方的なライセンス変更がもつ上述の効果は本件技術を利用した製品の消費者に対して価格上昇や生産減少など様々な形で被害をもたらしうるのであることから、不公正競争手段であるだけでなく、不公正な行為又は慣行に該当しうるとされた<sup>\*93</sup>。5条の「不公正な競争手段」は他の反トラスト法の対象とならない行為や低い水準の反競争効果のものを含むという従来から承認されていた原則を活用したものであり、また消費者保護規制の根拠である不公正慣行規制も利用した異例のものとされている。

#### (b) 独占禁止法による対応

N-DATA で問題となった行為が標準化活動において行われた確約を熟知しながら、それを潜脱することであることは確かである。これを法的に評価する際、確約を無効化するかもしれない譲渡段階で、価格を引き上げ、競争を排除する力が獲得されたところをポイントとするか、事後の濫用行為をもって潜脱行為が明らかになった時点での行為全体を評価するかがポイントとなる。これは(2)(c)で検討した問題と平行であることは容易に分かるであろう。

FRAND 宣言が特許譲渡によって意味がなくなるというのは、PAE (トロール) が懸念される現状では憂慮すべき事態である。第5章で見る IEEE の改定パテントポリシーはそれに対処するために、譲受人、再譲受人から確約を受けるようなスキームを作り出している。このスキームが円滑に運営されれば問題は解消する。しかし、なお取得者自身は宣言を行わないという状況も考えられる。

---

\*91 Analysis to Aid Public Comment at 5, Negotiated Data Solutions, File No. 051 -0094 (FTC Jan. 23, 2008), available at <http://www.ftc.gov/os/caselist/0510094/080122analysis.pdf>.

\*92 Id. at 6.

\*93 Id. at 6-9. そこでも標準化団体に対してその標準化のプロセスを害するものであることが重視されている。

そのような状況に対しては、本件のように競争法による対応も考えられる。ここでは、不当な形での地位の獲得とその行使という事態へどう対処するかが問題となる。1 つは(2) (b)で見たような視点からの優越的地位の濫用の適用が考えられる。同様にそこで見たように不当な取引拒絶や差別的取扱い、取引妨害という構成が可能なケースもあろう。標準化活動によって形成され得べき市場支配力及び排除を及ぼす戦略的地位が FRAND 宣言によって抑制されているという状況において、それを潜脱するために譲渡を行うという不当な形で、優越的地位ないし他者を排除できる地位を獲得したものが、それを行使することは正常な競争範囲を逸脱したものだと考えることができる。

あるいは端的に特許の獲得段階での法的対応は可能であろうか。米国法であれば、譲渡段階で FRAND 宣言のない形での標準必須特許の獲得を資産取得を市場支配力の獲得としてクレイトン法7条を適用することは可能性としてはある。わが国で単独の標準必須特許が「事業上の重要な固定資産」（独占禁止法16条1項2号）とまでいえるかどうか問題となろう。

## 第5章 IEEE のパテントポリシーの改正

### (1) 変更点と競争法上の課題

(a) 2015年2月に IEEE はパテントポリシーの改正を行った<sup>\*94</sup>。同年2月に米国司法省はパテントポリシーの改正案が反トラスト法の問題がない点を明らかにしたビジネスレビューレター（以下、司法省レター）<sup>\*95</sup>を公表している。

ITU や ETSI など主要な標準化団体でパテントポリシー改訂のための検討が進められていると伝えられているが、その先陣を切ったものである。これまでに例を見ないほど、従来の FRAND 条件を明確にし、ホールドアップ防止のため必須宣言特許の権利行使を抑制するものである。司法省レターで検討されたのは、必須宣言特許に関する、(a) 種々の差止請求の原則禁止、(b) 合理的ロイヤルティの意義、(c) 互恵的なライセンス要求の許容範囲、(d) 標準準拠でのライセンス対象を生産段階の各レベルを含むことの明言化などの条項である。IEEE 側が回答を求めなかったが重要な改定事項として、(e) 特許譲渡において FRAND 宣言を引き継がせるための義務についての条項の新設もある。

### (b) 改定への一般的評価

司法省レターは、これらの改訂を全体として、ライセンス交渉を促進し、ホールドアップとロイヤルティスタッキングを緩和し、技術間で標準への包摂を求める競争を促進することによって、競争と消費者に利益となりうるものだという積

---

\*94改訂されたパテントポリシーについては以下を参照。

<http://standards.ieee.org/develop/policies/bylaws/approved-changes.pdf>

\*95 Business Review Letter from Acting Assistant Attorney General Renata B. Hesse to Michael A. Lindsay (Feb. 2, 2015), available at

<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/311470.htm>

極的評価を行った。しかし、この改定を必須宣言特許保有者の権利を不当に縮減するものだという批判も強い<sup>\*96</sup>。前述したように、標準化団体が広範な共同行為を通じて市場支配力を行使する潜在能力がある。それゆえ、パテントポリシーの規定によって特許権者に不利益な形で買い手市場支配力が行使される危険性があることを批判的な論者は指摘する。また、そのような危険性が生まれるのは市場支配力行使のインセンティブをもつ、利害関係者が標準決定プロセスに関わることによって生じるバイアスなど集合的意思決定がもたらすプロセス歪曲のせいであるという主張も良くなされている。これまでの競争当局は標準化参加者の行動を拘束することに慎重であったのに、司法省は標準必須特許権者の特許権行使を危険視しすぎたため、上記の危険性を看過しているという批判も見られる。

これに対して、司法省レターは買い手市場支配力や決定プロセスの瑕疵について、それを認める事実はないと判断している。。

これらの批判者達はいうならば特許権者の利益の擁護のために競争法を厳格にせよと主張するものである。プロパテントを反・反トラストと条件反射で考えている向きには意外かもしれない。

もっとも、批判者側は、標準化団体の買い手市場支配力問題等を重視しているにもかかわらず、標準化団体が標準設定段階で市場支配力を形成・強化する危険性を軽視している傾向がある。司法省の側からは、本件改訂は後者の危険を緩和するためのプロセス適正化であり、前者の問題は発生していないというものであ

---

\*96 たとえば競争法専門誌 *CPI Antitrust Chronicle* では、改訂パテントポリシー成立の翌月に次のような批判論文を掲載している。Stuart M. Chemtob, "Carte Blanche for SSOs? The Antitrust Division's Business Review Letter on the IEEE's Patent Policy Update," *CPI Antitrust Chronicle* March 2015 (1), Alden F. Abbott, "Standard Setting, Patents, and Competition Law Enforcement-The Need for U.S. Policy Reform", *CPI Antitrust Chronicle* March 2015 (1) Roy E. Hoffinger, "The 2015 DOJ IEEE Business Review Letter: The Triumph of Industrial Policy Preferences Over Law and Evidence" *CPI Antitrust Chronicle* March 2015 (2), Hugh M. Hollman "IEEE Business Review Letter: The DOJ Reveals Its Hand", *CPI Antitrust Chronicle* 2015 (2) 参照。なお、IEEE 関係者による解説として Michael A. Lindsay & Konstantinos Karachalios, "Updating a Patent Policy: The IEEE Experience", *CPI Antitrust Chronicle* March 2015 (2) Michael A. Lindsay & Konstantinos Karachalios, "Updating a Patent Policy: The IEEE Experience", *CPI Antitrust Chronicle* March 2015 (2) も掲載されている。

ろう。これ以外に今回の改訂に対する政策判断上の異論として、これでは有力な特許技術を保有している事業者の参加インセンティブが低下するという主張がある。これは事実の推移を見るしかない。

### (c) 検討すべき改正点

主要な改正点のうち、(a)と(b)は既に簡単に触れた。(a)については、特許実施者が FRAND 条件の裁定への参加やその結論の遵守を拒むという事情がない限りは差止が抑制される。司法省レターはこれがこれまでの判例法より権利行使を抑制するものではあることは認める。しかし、現行法に比べて有意に制限的であるとはいえず、むしろ自発的交渉を促進するものであるとして肯定的に評価した。(b)の点については、「特許保有者に対する、IEEE 標準の標準必須特許項に含まれることから生じる価値を除外した、標準必須特許項の実施に対する適切な報酬」として、共同行為によって形成・強化されうる市場支配力の享受は認めないという競争法上当然の見解を確認した。なお、最小販売可能ユニット基準などロイヤルティスタッキング対応の明確化も行っているがこの点についての詳細は省略する。同じく(d)も競争法には直接関係しないので詳述は避ける。

以下では、標準必須特許行使の独占禁止法上の問題を考える上で有益と思われる、(c)と(e)について検討する。

## (2) 個別条項の検討

### (a) 互惠的条項の限界

FRAND の差別の部分の明確化にかかわるものとして、今回の改訂は同じ標準の必須特許についてグラント・バックを条件とすることを明示的に認めている。当然といえるが、自分が RAND 条件でのライセンスを拒みながら相手にそれを求めるという不条理を明確に回避するためのものである。興味深いのはそこではなく、ライセンス条件の一部として同じ標準に標準必須特許ではない特許のライセンスを要求したり、標準に必須でない特許のライセンスを要求することを禁じたことである。ただし、自発的な交渉の結果としてこのような内容のライセンス契約を締結することは許容されることも確認している。

FRAND という表現がこれらの内容を含意しているわけではなく、またこれに違反することが競争法違反となるわけでもない。

しかし、司法省レターが言うように、必須特許であることを梃子にクロス・ライセンスを強制したり抱合せをしたりすることはそもそも反競争的なものとして

疑わしい。相手方にクロス・ライセンスを強制することは、イノベーションインセンティブを低下させるといった反競争的な効果ももちうる。差別的な取引条件が強制されたと見られるときに競争法の問題が生じやすい点にも留意すべきだろう。

#### (b) FRAND 宣言と譲渡

改正パテントポリシーは、標準必須特許にかかる宣言（Letter of Assurance）における表明及び確約を迂回し又は無効化する目的でもって標準必須特許項をにおける権利を譲渡・移転等してはならない旨を定める。その上で譲渡等にあたっては宣言内容に言及した権利にかかる負担の宣言（Letter of Encumbrance）を通じてあるいは譲受人等を宣言の条項に拘束することによって宣言内容を告知することに同意し、(b) i 譲受人等にこのような告知と同様の告知を行うことを要求するしかつ ii (a) (b) の告知を再譲受人に対して行うことを要求する。

検討対象ではないものの、司法省レターはこの条項にも触れ、RAND 宣言を行わなかった者への譲渡によってホールドアップが生じる危険性を除去することによって、この条項は宣言の信頼性に対する長期的な不確実性を減少させ、ライセンス交渉を容易にし、標準化プロセスを強化する。これは必須宣言特許の取得が頻度が増えていることに照らして特に重要であるとする。

これらの規定が遵守されれば懸案の問題が解決されることになる。他方、N-DATA 事件のように告知されても従わない者がいた場合や、告知が行われなかった場合への対処は今後の課題である。宣言があることを知りながら、害意を以て取得した者に対して必須宣言特許権者と同じ権利濫用が用いられるかもしれないが、競争法の役割は残っているのではないか。