



知的財産権と独占禁止法との交錯について－技術標準に関わる独占禁止法上の評価－

趙, 瑞

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2016-03-25

(Date of Publication)

2017-03-01

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6574号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006574>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博士学位論文

知的財産権と独占禁止法との交錯について
—技術標準に関わる独占禁止法上の評価—

神戸大学大学院法学研究科

専攻：理論法学（経済法）

指導教授：泉水文雄

学籍番号：112J007J

氏名：趙 瑞

提出年月日：2016年1月12日

要 旨

本稿は、知的財産権と独占禁止法との交錯分野における技術標準に対する独占禁止法上の評価を巡って考察するものである。

知的財産権制度は、権利者に排他的独占的な権利を与えるのに対して、独占禁止法は市場における独占を禁止し競争を促進するように、両制度は相対立しているに見えるが、実質的には両制度の究極目的が共通しており、ともに競争を促進することによって、消費者の厚生を向上させ、技術のイノベーションを促進することにある。これを究明するために、本稿は、まず、知的財産権と通常の財産権からその特性を整理した上で、知的財産権法の目的を達成するために用いられる手段と、独占禁止法の目的達成に用いられる手段との間には、衝突が生じることが分かり、さらに考察すると、両法は目的が共通しており、相互補完的な関係にあることで、対立しているわけではないことがわかった(第一章第一節)。この基本的な理解につき、現在は日欧米及び中国においては同様であるものの、過去の事例から見れば、このような認識に至るまでには相当な困難と苦労があったことがわかり、知的財産権の特殊性をどのように取り扱うかは対象行為に対して独占禁止法を厳格に適用するか否かと関係している第一章第二節ないし第五節では、このような両制度の関係の時代に伴う変化を各国・地域ごとに考察した。

技術標準の多くは知的財産権と絡んでいるため、技術標準にかかわる独占禁止法上の評価を考察するためには、上記のような両制度の関係をまず疎明する必要がある。これを確認したうえで、第二章は標準及び標準化の定義及び種類など基本的な知識を整理してまとめた。そのうち、特に標準の種類は、その後に検討する技術標準にかかわる競争上の問題にかかわり、本稿論題を考察するために必要なものである。

第三章は、標準及び標準化の経済的効果及び反競争効果について検討した。人類が最初の度量衡の統一から現代の様々な分野において標準を作る理由としては、標準を通じて測定の基準または単位、物体、動作、手順、方式、常用方式、能力、機能、作業性能、方策、配置、状態、義務、権限、責任、行動、心構え、概念などの統一が経済や社会に対してポジティブな効果があるからである。現代社会に対して重要な経済的効果として、情報伝達を迅速化・高精度化すること(第三章第一節第一項)、生産費用を削減すること(第三章第一節第二項)、ネットワーク外部性による効果(第三章第一節第三項)、消費者利便性を向上させることがある。とはいえ、標準及び標準化はあらゆる者を満足することができないことや、規格間競争がない場合消費者の選択の幅が狭まることや、標準化によって製品の多様性が失ってしまうことなどネガティブな面もある(第三章第二節)。

本稿は、標準及び標準化の前記のような両面性を認識する上で、第四章ないし第七章において標準化プロセス及び標準策定後に発生する諸問題をもつばら独占禁止法の観点から考察した。

第四章は前記分類により、公的標準(デジュール標準)策定プロセスにおける手続き操作の問題(第一節)、フォーラム標準策定プロセスにおける共同行為への独占禁止法上の評価(第二節)、単独企業が標準策定における独占的な地位を追求する際に発生する問題

にかかわる独占禁止法上の見方（第三節）について検討した。公的標準策定プロセスにおける手続き操作の問題につき、日欧米及び中国は異なる法制度がなされている。米国においては反トラスト法の適用から除外される可能性として、「州行為の原則」及び「ノアペニントン法理」による適用免除がなされ得るため、それぞれ事例を合わせて検討した（第一項）。EU の場合、EU 競争法においてこの種の行為に対する明文規制がないものの、知的財産権も一般財産権と同視して EU 競争法を適用するため、EU 競争法の判断枠組みにそってこの問題を評価し規制することがあり得る（第三項）。日本及び中国においても、独占禁止法からこの種の行為を規制することができ、それぞれ知的財産権ガイドラインにもこの種の行為を規制する指導がなされている（日本については第二項、中国については第四項）。日本においては実際にもパラマウントベッド事件や日本医療食協会事件がある。中国反壟断法から規制を与える際、反壟断法 8 条は明文で行政権利力の濫用をも規制しており、特徴的であると評価される。

フォーラム標準策定プロセスにおける共同行為の独占禁止法上の評価につき、各国・地域の独占禁止法が共同行為について問題のある規制をもちろん規制するものの、近年が続出する同様又は類似の事件が世界中で問題とされ、各競争局や裁判所の判断基準は必ずしも同一ではないため、日欧米及び中国それぞれの規制を考察した。米国においては、従来、共同行為をハードコアカルテルに当たるか当たらないかによって判断基準が異なるものの、近年いわゆるハードコアカルテルの適用が緩和にされ、ケースによってたとえ競争者間の価格や数量等に関する取り決めでも当然違法ではなく、合理の原則によって判断されるのが注目されている（第一項）。EU 競争法において注目されるのが、協調行為が競争を制限する場合でも、EU 機能条約 101 条 3 項による適用除外の可能性がある（第二項）。

第三節において、単独で事業者が市場競争を経て「一人勝ち」の結果といえるデファクト標準を形成する際において生じられる問題を検討した。デファクト標準の形成プロセスにおける単独事業者の他者排除行為等があれば、一定の要件を満たせば当然独占禁止法や不正競争法から規制することができる。ここで問題となるのは、デファクト標準の形成によって標準の策定者が市場支配的地位を獲得し、及びそれを強化・維持する行為に対して独占禁止法はどのように対処するのかということである。これを究明するために、まずは市場支配力をもつことそれ自体が違法ではないことを確認したうえで、第一項は各国・地域の独占禁止法における単独行為への規制には市場支配力を違法要件とするのか否かを検討した。この検討から見れば、欧米においては市場支配力がないと独占禁止法からの規制を控える状況にあるとわかった。そのうち、米国 FTC 法 5 条の運用基準がシャーマン法に近づけてきているというのが興味深いと考える。欧米に対して、日本においては、公正な取引方法に適用される場合、市場支配力の要件が求められていないことからみれば、デファクト標準の形成プロセスにおける競争制限行為を規制する範囲が広いといえよう。

第五章は、技術標準にかかわる諸問題の源ともいえる標準必須特許について考察した。本章は必須特許の定義を明らかにする上で、主として標準必須特許権者によるライセンス拒絶に対する独占禁止法上の規制の可能性を探求した。欧米においては取引の自由を尊重しながら、適用条件が厳しいとは言いつつ、なんらかの不当性を見出しシャーマン法や EF 理論が適用された規制例がある。日本において、EF 理論のような解釈はなされていない

いものの、私的独占規制や不公正な取引方法の判断枠組みにおいて、「例外的な」場合に必須特許権者によるライセンス拒絶を違法とされている。必須特許によるもう1つの問題として、高額なロイヤリティの徴収の問題がある。第五章第三節においてその規制策を検討したが、各国・地域では単純な高額ロイヤリティの徴収を違法とする例がなく、高額なロイヤリティの徴収行為になんらかの「不当性」を見出して規制しているのが現状である。

第六章は、標準必須特許によるホールドアップ問題を巡り論じた。第五章と異なり、本章はホールドアップのいくつかの類型を列挙して分析した。具体的には、標準化に協力しないアウトサイダーによるホールドアップ、標準化機関に参加して標準策定後に設立されるパテントプールに参加しないアウトサイダーによるホールドアップ、標準策定後に必須特許の譲渡によるアウトサイダーによるホールドアップ、情報秘匿によるホールドアップを考察した。標準化に参加しないアウトサイダーが標準必須特許を保有している場合、標準化機関のルールに遵守する必要がなく、独占禁止法からも介入する余地がないといえる。ところがこのような行為を放置すると、標準を採択した事業者は極めて不利な状況にあり、何等かの対策が必要である。本稿は前記した必須特許権者によるライセンス拒絶への規制以外に、「まとめ」の部において、強制実施許諾の可能性を検討した。標準化機関に参加して標準策定後に設立されるパテントプールに参加しないアウトサイダーによるホールドアップ問題を解決するための重点はRAND条件の定義にある。これについて本稿は3つの事例において裁判所が採用した判断手法や考慮要素を考察した。情報秘匿によるホールドアップ問題は、主として標準化機関のpatentポリシーの違反になるが、patentポリシー違反の法的効果には限界があり、独占禁止法からの規制の可能性を探求した。

第七章は、近年盛んになるパテントプールについて論じた。パテントプールという概念は欧米と日本には相違があるため、本章は、これを鑑み、パテントプールの定義について整理したうえで、パテントプールに固有する問題、例えばプールされる特許の性質や一括ライセンスの内容次第、当該プールが独占禁止法上許容されるか否かになる。さらに、パテントプール自体が合法であるとしても、その参加者がパテントプールを通じて反競争行為を行う場合があり得る。ひいてはパテントプール自身が反競争行為を行う可能性もある。これら反競争行為の排除措置として、パテントプールを解散することが考えられるが、かえってライセンシーに不利益になる場合がある。

目 次

はじめに	1
第一章 知的財産権と独占禁止法との関係	2
第一節 知的財産の特性とその見方.....	2
第二節 米国.....	4
第三節 日本.....	6
第四節 欧州.....	10
第五節 中国.....	12
第二章 標準と標準化活動	18
第一節 標準と標準化の定義.....	18
第一項 標準の定義.....	18
第二項 標準化の定義.....	19
第三項 標準化活動の定義.....	21
第二節 標準の種類.....	21
第一項 標準の作成組織による分類.....	21
第二項 標準の作成プロセスによる分類.....	23
第三項 標準の内容による分類.....	25
第四項 その他の分類.....	25
第三章 標準化の効果及びその限界	25
第一節 標準化の効果.....	25
第一項 情報伝達の迅速化・高精度化.....	26
第二項 生産費用の削減.....	26
第三項 ネットワーク効果.....	27
(1) 直接的ネットワーク効果	28
(2) 間接的ネットワーク効果	28
第二節 標準化の限界.....	28
第四章 技術標準及び標準化活動と独占禁止法	29
第一節 デジタル標準に関わる手続濫用と独占禁止法.....	30
第一項 米国反トラスト法による規制.....	31
(1) 州行為の法理	31
(2) ノアペニントン法理	35
(i) 配線用ブレーカー事件	36
(ii) CISPI 鋳鉄管事件	37
第二項 日本独占禁止法による規制.....	38
(1) パラマウントベッド事件	38
(2) 日本医療食協会事件	39
第三項 EU 競争法による規制.....	41
第四項 中国反壟断法による規制.....	41
第二節 フォーラム標準策定プロセスにおける共同行為と独占禁止法.....	43
第一項 米国反トラスト法.....	44
(1) シャーマン法 1 条	45

(i) 共謀の存在	46
(ii) 不合理性	46
(iii) 州際通商等への影響	50
(2) シヤーマン法 2 条	50
(3) FTC 法 5 条	51
(4) 競争者間の協力についての反トラスト法ガイドライン	52
第二項 EU 競争法	53
第三項 日本独占禁止法	56
第四項 中国反壟断法	59
第三節 標準化プロセスに関わる単独行為と独占禁止法(デファクト標準形成プロセスにおける諸問題)	60
第一項 市場支配力の要否	60
(1) 米国反トラスト法	61
(2) EU 競争法	62
(3) 日本独占禁止法	63
第二項 単独行為の不当性及びそれに対する独占禁止法上の評価	63
(1) 米国反トラスト法	63
(2) EU 競争法	64
(3) 日本独占禁止法	64
第五章 必須特許に関する諸問題と独占禁止法	65
第一節 必須特許の定義	66
第二節 必須特許に関わるライセンス拒絶の問題	67
第一項 独占禁止法による規制可能性の検討	68
(1) 米国反トラスト法	69
(i) シヤーマン法 2 条	69
(ii) EF 理論 (不可欠施設理論)	70
(iii) レバレッジ規制	72
(2) EU 競争法	72
(3) 日本独占禁止法	74
第三節 必須特許による純粋な高額ロイヤリティの請求	77
第六章 技術標準にかかわるホールドアップ問題とその対処	79
第一節 アウトサイダーによるホールドアップ	79
第一項 標準化に協力しないアウトサイダー	79
第二項 標準化機関に RAND 条件にコミットしたが、パテントプールに参加しないアウトサイダー	81
第三項 標準必須特許の譲渡によるアウトサイダー	88
第二節 パテントポリシー違反—情報秘匿によるホールドアップ	88
第一項 パテントポリシー概観	89
第二項 パテントポリシー違反について	90
第三項 情報秘匿によるホールドアップ問題	91
第七章 技術標準にかかるパテントプールについて	93
第一節 パテントプール概観	93
第二節 パテントプールに固有する問題	95
第一項 プールされる特許の性質	95

(1) 必須特許の定義及び選別	95
(2) プールされる特許の性質と独占禁止法上の評価.....	97
第二項 一括ライセンス.....	99
第三節 パテントプールを通じた反競争行為.....	100
第一項 代替特許が含まれるパテントプールによる競争減退の可能性	100
第二項 ライセンス契約におけるライセンシーに対する制限を課す可能性 ...	101
第三項 プールが第三者の技術・製品市場への参入を妨げる可能性	101
第四項 研究開発による競争の制限の可能性.....	101
第四節 違法されるパテントプールの行き先.....	102
まとめ	103

知的財産権と独占禁止法との交錯について

——技術標準に関わる独占禁止法上の評価

はじめに

1474年、現代的意味における世界初の特許法はヴェネチア共和国において制定された¹。それ以来、知的財産権制度は将来にわたり、科学技術及び経済の発展を推進している。知的財産権制度の創立及び発展は世界の経済成長のモデルを、自然資源及び資本に依存することから人的資源及び知識資源の投入に依存するよう変えた。

今日、産業社会は大きな変革の時代に入っている。知識や技術の重要性の飛躍的な増大に伴い、それらの保護すなわち知的財産の保護の動きが急速に浸透してきた。そのうち、とりわけ高度先端技術分野における技術開発の発展が著しく、先端技術産業における研究開発投資が生産設備投資より多くなっている。ここに投下される巨額の資金を、創造された知的財産から回収して、さらに新しい創造へと再投資するためには、知的財産の権利保護が要請されるのである²。

知的財産の領域において、近年は情報通信産業や先端生物技術産業などを中心とする技術標準の重要性が高まっている。これは、技術が進化して複雑化するに伴い、一つの製品の中に多くの技術が含まれ、それらの技術がシステムとして用いられることが多くなっていくにつれ、個別の技術要素の相互連携を図り、システムとしての高機能化を図ることが必要になってきていることが、その理由の一つとして挙げられる。そのうち、「標準化」による技術普及や産業発展の促進と、特許権者の独占的権利との対立、頻発する技術標準化関係の両者間の衝突がますます顕著となっている。こういったような衝突は産業界の取引慣習や人々一般の日常生活に繋がることもあるため、優れた技術標準の形成に向けて、単独企業による標準化活動はもちろん、特に企業間の協力や標準化団体の活動が注目されている。

しかしながら、知的財産権の特殊な性質の関係で、知的財産権者は特定市場において独占的または支配的地位を形成し、市場競争を制限することがしばしばあり、知的財産権者による知的財産権の濫用も稀ではない。このように知的財産権を不当に行使することを規制するためには、知的財産権法の内部規制はもちろん、他には民法、不正競争防止法³及

¹ Howard B. Rockman, *Intellectual Property Law for Engineers and Scientists*, (IEEE Press, 2004) P.52.

² 内田盛也「新産業革命と産業競争秩序」（公正取引 463号）24頁、経企庁総合計画局『知的所有権』（大蔵省、1987年）1頁、世界知的所有権研究グループ編『国際化時代の知的所有権』（日刊工業新聞社、1988年）参照。

³ 本来、知的財産法は、①「産業的創作保護法」（特許法、実用新案法、半導体集積回路配置保護法、種苗法および意匠法）、②「市場の秩序維持法」（商標法、不正競争防止法（景品表示法）、会社法（商号関連規定））、③「文化的創作保護法」（著作権法）と分類されるが、ここで筆者は、強調のために、不正競争防止法を知的財産法から抽出して列挙する。知的財産法の分類について、土肥一史『知的財産法入門（第12版）』（中央経済社、2010年）2頁を参照したい。

び独占禁止法等の法制度による規制もなされている。近年では、知的財産権の領域における競争保護法としての独占禁止法による規制が注目されてきた。

知的財産を保護する最重要目的は技術のイノベーションである。一方、競争は技術のイノベーションを促進し、自由かつ開放的な市場において生産力を最大限に増大させ、社会の厚生をもたらすことができる。同時に、生産者に対しても、市場において効率性のある生産を行い、激しい競争において優位性を立つためには、技術のイノベーションは不可欠といえる。このことはとりわけ現代の情報技術業界において顕在化している。一方、競争を保護することは独占禁止法の基本的目標であり、これをもって、消費者の厚生を向上させ、技術のイノベーションを促進する。この点においては、知的財産法と独占禁止法は目的の面で共通していると考えられる。ところが、前述のように、両制度の目的を達成するために用いられる手段は対立していることもあるとも考えられる。

本稿の目的は知的財産権法と独占禁止法の目的の共通性及び手段の対立性をどのように理解すべきかを論じる上で、とりわけ技術標準や特許権と独占禁止法との交錯がもたらしている様々な問題の本質や現行の解決策を明らかにしようとするところにある。

第一章 知的財産権と独占禁止法との関係

知的財産権は権利者に独占的な権利を与えるのに対して、独占禁止法は独占を禁止するものであり、両法は対立しているように見える。例えば、知的財産権法上は合法であるにもかかわらず、独占禁止法上は違法であるということが生じ得ることとなる。このように、ある法律において合法と評価される行為が、他の法律においていかなる場合に違法の評価を受けることとなるのが予め明確になっていなければ、国民が自由な経済的活動をすることを阻害し、その活動意欲が萎縮してしまう恐れが生じうる⁴。

無形財産である知的財産権にかかわると、ただ乗りしやすいことや開発や創作のインセンティブを保護しなければならない制度趣旨などの特殊性を存する以上、一般の財産権と同様に取り扱うべきかがまずクリアしなければならない論点になる。

以下は知的財産の特殊性を分析するうえで、両制度のあるべき関係を論じる。

第一節 知的財産の特性とその見方

知的財産とは、人間の知的活動によって産み出された有益⁵な成果物のことをいい⁶、知的財産権⁷とは、知的財産に対して法令上認められた支配権を意味する。知的財産基本法第2条の定義規定によれば、知的財産とは「発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創造的活動により生み出されるもの（発見又は解明がされた自然の

⁴ 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独占禁止法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房，2008年）2頁。

⁵ 高倉啓太・小林儀羽・大洞秀二「ハイテク産業の技術標準をめぐる競争政策上の課題」慶應義塾大学・田村次郎研究会（ISFJ政策フォーラム2005発表論文，2005年12月）11頁。

⁶ 高林龍『標準特許法第3版』（有斐閣，2009年）2頁。

⁷ 知的財産権との文言のほかに、知的所有権、無体財産権あるいは工業所有権という名称も用いられる。知的財産権と知的所有権はいずれも「Intellectual Property」の和訳であり、無体財産権と同一概念である。工業所有権（Industrial Property）は知的財産権のうち、権利が特許庁の行政処分により発生する特許権、実用新案権、意匠権及び商標権のことを指す意味で使用される場合が多い。高林龍『標準特許法第3版』（有斐閣，2009年）4頁。

法則又は現象であって、産業上の利用可能性があるものを含む）、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」⁸をいい、知的財産権とは「文芸、美術及び学術の著作物、実演家の実演、レコード及び放送、人間のすべての分野における発明、科学的発見、意匠、商標、サービス・マーク及び商号その他の商業上の表示、不正競争に対する保護に関する権利並びに産業、学術、文芸または美術の分野における知的活動から生ずる他のすべての権利」⁹をいう。

知的財産は無体物であり、有体物と異なってその占有は不可能であり、経済学的に公共財的性質を有しており、ただ乗りや模倣が容易になされ得る特性¹⁰がある。知的財産の世界では、模倣によるただ乗り等は大きな問題がある。創作者等の知的財産権利者の創作費用や開発コストは模倣によって回収できなければ、苦勞して成果物を創作する意欲が失ってしまう。この点は特に特許権などの産業財産権の分野では顕著である。創作や開発の意欲が減殺すると、文明の進展や産業の発達に寄与することができなくなり、社会全体に多大な損害をもたらされる。

かかるような問題を防ぐためには、知的財産権の保護や利用について規定した知的財産権法により、知的財産を他人に利用することを排除し独占的に利用することができるという排他的独占権が認められる制度設計がなされている。例えば、著作権法においては、文化的に創作され表現された著作物に関して原則として著作者の死後 50 年間（映画の著作権については 70 年間）の独占権を与えて利益を得させることにより、さらなる創作意欲を起こさせる。特許権においては、特許権者及びその実施者に他者にライセンスを排除または権利者の許諾なしで使用させない独占権を与えて、開発投下コストを回収し利益を得させる設計がなされている。これによって、知的財産の権利者以外の者は、権利者の許諾を得ずに、当該知的財産を利用することができなくなる。

では、知的財産は現代社会の発展に大きな役割を果たしているものの、模倣等による知的財産権を侵害することが容易になされることを鑑みて、独占禁止法との関係にかかわると、一般財産権と区別して特別な取扱いをすべきなのか、又は財産権と同様の性質

⁸ 知的財産基本法（平成 14 年 12 月 4 日法律第 122 号）第 2 条 1 項。

⁹ 世界知的所有権機関（World Intellectual Property Organization: WIPO）設立条約第 2 条(viii)。

¹⁰ 知的財産の特殊性については、U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: Promoting Innovation and Competition, April 2007 は、以下 5 つの点を述べた。それは、①知的財産は他の財産と比べ、他の（利用許諾を得た）利用者を影響せず、（利用許諾を得なかった）者に悪用・複製されやすい（...more easily misappropriated than many other forms of property in that it is often easier to copy and may be used without interfering with the ability of others also to use it.）。②一般、知的財産を創出するための固定費用が高いに対して、知的財産利用にあたる限界費用が低い（The fixed costs of creating intellectual property can be high, while the marginal costs of using intellectual property are often low.）。③知的財産権の境線は明確にし難いため、裁判所や執行機関の判断なしで、知的財産権者又はその競争者がその権利範囲を明確に把握することができない（...the boundaries of intellectual property rights are often uncertain and difficult to define, so that neither the intellectual property holder nor competitors know the precise extent of protection afforded by the intellectual property right without a decision from a court or binding arbiter.）。④有形財産と比べ、知的財産は他の生産要素又は知的財産と組み合わせ始めてその価値が現れる（The value of intellectual property typically depends more on its combination with other factors of production, such as..., or complementary intellectual property, than does tangible property.）。⑤全てではないが、知的財産権は保護期間によって制限されている（...the duration of some, but not all, intellectual property rights is limited.）である。

を持つため、通常の財産権以上に神聖視するまでには行かないのか。この問題につき、現在は独占禁止法と関係している場合、知的財産権は財産権であるため、通常の財産権以上に神聖視する必要がないと多くの国において一般的に認識されている。ただし、従来からのこの認識がなされているわけでもない。過去の事例から見れば、このような認識まで発展してきたには相当時間を要したことがわかる。言い換えれば、知的財産権の特殊性をどのように取り扱うかは対象行為¹¹に対して独占禁止法を厳格に適用するか否かと関係している。これについて、国・地域、時期によって異なる分析がなされ、異なる取扱いがなされている。独占禁止法を厳格に適用する国や時期において、知的財産権の特殊性が強調され、知的財産権を保有することが市場支配的地位を有することとして認定される。

以下は、これにかかわる各国の状況を確認してみよう。

第二節 米国

米国において、19世紀末から20世紀初まで、反トラスト法制定当初の判例は特許に係る広範な行為に対して反トラスト法の適用を差し控えていた。例えば、*Heaton-Peninsular Button-Fastner Co. v. Eureka Specialty Co.*, 77 F. 288 (6th Cir. 1896) において、裁判所は特許品の販売に非特許材料の購入を抱き合わせた行為を合法にした。知的財産権の行使に適用した初の重要な判例は *E. Bement & Sons v. Nat'l Harrow Co.*, 186 U.S. 70, 91 (1902) である¹²。裁判所は、対象パテントプールに対して反トラスト法の適用を具体的に検討せず、特にプールに含まれた特許技術間の代替性の有無を分析しなかったが、パテントプール参加者間のライセンス条件の共同取決めについて、「一般原則は特許権の実施においても適用する。かかる法制度の目的は独占であり、本来違法という例外ではない限り、裁判所は、かかる独占を認める。したがって、独占を維持するまたは価格取決めという合意はかかる特許権の行使を違法としない」と述べたうえで、合法にした。このような「特許法は反トラスト法に勝る」という時代があった。

1917年の *Motion Picture Patents* 事件¹³から裁判所の姿勢が変わった。本件において、原告の *Motion Picture* はライセンシーに対して特許権が付与された映写機を賃貸する条件として、自社製作の非特許映画フィルムの使用を義務付けていた。最高裁は、特許ミスユース及び公共利益を理由に、この条項の効力を否定した¹⁴。その後、*Carbice Corp. v. American Patents Dev. Corp.*, 283, U.S. 27(1931)や *Mercoid Corp. v. Mid Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661(1944)において、特許権者が市場支配力を有することや市場競争を制限することを証明することができなくても、特許権濫用は反トラスト法違法となるための証拠になりうると示された。さらに、*United States v. Line Material Co.*, 333, U.S. 287, 308 (1948) において、米国連邦最高裁判所は、特許権者による特許権保護範囲外の権利行使は反ト

¹¹ 王先林『知的産権与反壟断法--知的産権濫用的反壟断問題研究(修訂版)』(法律出版社,2008年9月) 356頁。

¹² Richard J. Gilbert, *Antitrust for Patent Pools: A Century of Policy Evolution*, 2002. Available at http://eml.berkeley.edu/~gilbert/wp/patent_pools100302.pdf.

¹³ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Co.* 243 U.S. 502 (1917)。

「特許権の行使」にEU競争法の規制が適用されると明確に確認された。Parkeは当時先進的な医薬品に関する特許を保有

ラスト法の適用から外すことはないという考え方を採っていた。このように、1970年代の終わりまで、米国において、知的財産権の保有は権利者に市場支配力を付与するものであるとの基本的な考え方を背景¹⁵のもとで、ライセンス契約に含まれる制限的な条項に対する反トラスト法の積極的な執行が行われ、とりわけ「ナイン・ノー・ノーズ (nine-no-no's)」¹⁶と称される条項がライセンス契約に含まれると、当然違法にあたると考えられていた。

しかしながら、知的財産権、とりわけ特許権それ自体から直ちに市場支配力の存在が推定されるものではなく、競争促進的な目的を有する制限条項も存在するとの認識のもとに、合理の原則に基づく判断が行われるようになってきた。

この変化を示す判例として、Carbice Corp. v. American Patents Dev. Corp., 283, U.S. 27(1931)¹⁷や Mercoide Corp. v. Mid Continent Inv. Co., 320 U.S. 661(1944)¹⁸があり、特許権者が市場支配力を有することや市場競争を制限することを証明することができなくても、特許権濫用は反トラスト法違法となるための証拠にはなると示された。さらに、United States v. Line Material Co., 333, U.S. 287, 308 (1948)¹⁹においても、米国連邦最高裁判所は、特許権者による特許権保護範囲外の権利行使は反トラスト法の適用から外すことはないと考えていた。さらによく、1990年の Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc. の連邦巡回区控訴裁判所判決²⁰により、知的財産権と反トラスト法との関係についても、双方ともに技術革新や競争の促進を通じて社会に利益をもたらすこと目的とした相互補完的な制度であるとの認識として定着した。

¹⁵ 川濱昇「知的財産と独占禁止法—対立、補完、協働」（経済法学会年報 2011 年 32 号）3 頁参照。

¹⁶ ナイン・ノー・ノーズは、米司法省の特許ライセンス契約における制限条項に関する規制方針より、①抱き合わせ販売 (tying the purchase of unpatented materials as a condition of the license)、②改良発明のアサインバック (requiring the licensee to assign back subsequent patents)、③再販売制限 (restricting the right of the purchaser of the product in the resale of the product)、④権利対象外の競合品の取扱制限 (restricting the licensee's ability to deal in products outside the scope of the patent)、⑤ライセンシーの同意なく第三者にライセンスすることの制限 (a licensor's agreement not to grant further licenses)、⑥一括ライセンスの強制 (mandatory package licenses)、⑦不合理なロイヤリティの設定 (royalty provisions not reasonably related to the licensee's sales)、⑧製法特許による製造製品の販売制限 (restrictions on a licensee's use of a product made by a patented process)、⑨特定・最低価格制限 (minimum resale price provisions for the licensed products) という 9 つの条項がある。宮川裕光『米国・EU・中国競争法比較ガイドブック』（中央経済社、2010 年）200-210 頁参照。

¹⁷ 原告は、輸送用容器に係る発明についての特許権者であり、ライセンスに当たって、自ら製造するドライアイスの使用を義務付けていた。ドライアイスの販売業者であり、被告が寄与侵害責任を問われた事案である。連邦最高裁は、特許権者はライセンスに当たって特許の対象でない物を自社から購入する旨の条件を付すことは許されず、そのような条件を知りつつ、特許でカバーされない物をライセンシーに供給する者は、侵害責任を負わないと判示した。

¹⁸ 原告は家屋暖房システムに係る発明についての特許権者であり、原告の特許発明の実施にのみ使われる部品の製造・販売業者である被告を訴えた事案である。連邦最高裁は、本件特許発明は 3 つの要素 (element) の組み合わせから成るところ、各個の要素のみでは特許権による独占の対象とならないとした。そして、このことはその要素が特許発明の実施過程で消費されるか、特許発明の不可欠な部分であるかを問わないとしている。最高裁は、「本判決及びこれに先行する諸判決の結果、寄与侵害の法理はかなり制限されることになる」としている。

¹⁹ クロスライセンスをしている特許権者らは、特許製品製造業者に対して、その販売価格についての取決めは、特許権から付与された独占権の範囲を超えたため、1 条違反となった。

²⁰ Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 897 F.2d 1572, 1576(Fed. Cir. 1990).

そして、1995年に、米国司法省と連邦取引委員会は、知的財産権のライセンスに関する反トラスト法ガイドライン²¹（以下、「米国知的財産ガイドライン」と省略する。）を公表したことをもって、知的財産権の特殊性問題に対する見方が大きく変わってきた。当該ガイドラインにおける基本原則の1つ²²として、反トラスト法の分析において、「知的財産権は他の財産権とは本質的に同等」²³であり、「知的財産権と関連する処理はその他の無形又は有形の財産権とは同等の原則によって取り扱う」²⁴との考え方が明示されている。この考え方は、「知的財産権のあらゆる面では他の財産権と同視するわけではなく」²⁵、「知的財産権は、不正に利用されやすい（ease of misappropriation）など重要な特殊性を持ち、他の形式の財産権と異なる」²⁶。ただ、知的財産権の特殊性は、反トラスト法の適用に関わる際には、「根本的に異なる原則（fundamentally different principles）を適用するわけにはならない」²⁷ことが強調されている。なお、知的財産権は他の財産権より侵害されやすいという点について、事案ごとに考慮する必要があるとも述べられている²⁸。

第三節 日本

独占禁止法 21 条は、特許法等による「権利の行使と認められる行為」には適用されないとするように、知的財産権法により付与された権利行使行為は独占禁止法の適用から外すという除外規定が設けられている。

適用除外規定自体の法的性格について、学説上は創設説と確認説がある。創設説は、適用除外制度の対象となっている行為は、本来は独占禁止法に違反するものであるが、公正かつ自由な競争の促進とは別個の政策目的を達成するために独占禁止法の適用範囲から外すことにより、創設的に違反とはならないものであると解されている²⁹。確認説は、適用除外制度の対象となっている行為は、本来独占禁止法に違反するものではないが、そのことについて疑義を生じさせることがないように、違反とはならないことを確認的に明文化したものであると解されている³⁰。

独占禁止法第 21 条の解釈論について、独占禁止法制定後、初期には立法者らの創設的適用除外説が有力であった。創設的適用除外説によれば、知的財産権者は知的財産を独占的に利用することができるが、これは知的財産法によって法的に容認されたもので

²¹ U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property(1995). Available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm> (Last accessed: 08/01/2016).

²² 他には、知的財産権それ自体から市場支配力の存在が推認されるものではないこと、知的財産権のライセンスは生産要素の補完的な組むあわせを可能とするものであり競争促進的であることも挙げられる。米国知的財産ガイドライン 2-2.0、宮川宮川裕光『米国・EU・中国競争法比較ガイドブック』（中央経済社、2010年）201頁参照。

²³ 米国知的財産ガイドライン 2-0-a.

²⁴ 米国知的財産ガイドライン 2-1.para1.

²⁵ 米国知的財産ガイドライン 2-1.para1.

²⁶ 米国知的財産ガイドライン 2-1.para1.

²⁷ 米国知的財産ガイドライン 2-1.para1.

²⁸ 米国知的財産ガイドライン 2-1.para2.

²⁹ 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独占禁止法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008年）5頁。

³⁰ 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独占禁止法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008年）5頁、根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説第4版』（有斐閣、2010年）417頁参照。

あるから、独占禁止法上それを違反とはしないとするのが 21 条の趣旨であるとする見解である³¹。とはいえ、この見解は知的財産権の行使という形をとる限り常に独占禁止法の適用除外となるとするのではなく、厳格に知的財産権法に法的根拠を持つ行為に限りて独占禁止法の適用除外を認めるとも考えられる。この学説による解釈の結果、独占禁止政策上問題が生じるのであれば、そのような行為を容認する知的財産法の改正を検討すべきであり、第 21 条の規定による知的財産権法の優越を放置する意図ではない³²。その後、学説は通説たる権利範囲論に発展した。権利範囲論によれば、知的財産権の行使を本来的行使と非本来的行使とに分け、前者については原則として独占禁止法の適用が除外されるが、後者については独占禁止法が適用されるという考え方である³³。この見解における本来的行使とは、知的財産法において根拠規定を持つ行為であり、これには、権利者が当該知的財産を自ら利用する行為の他、他人にその利用を許諾し、譲渡し、質権を設定する等の行為が含まれる。これに対して、非本来的行使とは、知的財産法による具体的根拠規定を持つ行為ではなく、知的財産権に係る他人との契約によって相手方に一定の制限を課する行為のことをいう³⁴。例えば、特許の実施許諾にあたり、実施許諾者が実施権者に対して競争品の取扱いを制限し、販売先の制限を課し、原材料の購入先を制限し、再販売価格維持を行う等の行為が含まれる。ところが、権利範囲論には独占禁止法の適用の空白を生じるのではないかという懸念が生じ³⁵、それに対応して様々な学説が展開された。例えば、「所有権・知的財産権同視説」と「押し付けられた独占説」がある³⁶。前者は、所有権等の一般の財産権との対応上、知的財産権の行使が排他的・独占的であることを理由に独占禁止法上問題とされないことは当然であって、21 条のような適用除外規定は本来不要であるとする見解である。後者は、特許発明が特許権者の自家開発に係るものである場合には、その特許発明による市場支配状態は「押し付けられた独占」というべきであり、これを違法視すべきでないところ、21 条は以上の事理を確認的に規定したものであるとする見解である。その後、新権利範囲論が提唱され、公取委の 1999 年のガイドラインに採用され、今現在の通説的な地位を占めている。新権利範囲論は、従来権利範囲論について基本的に支持し、権利の本来的行使及び非本来的行使の区別という枠組に沿って、従来権利範囲論に対する批判を踏まえてその妥当性の根拠をより詳細に敷衍した見解である³⁷。

31 石井良三『独占禁止法』（海口書店、1947 年）270 頁。

32 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008 年）25 頁。

33 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008 年）25 頁。

34 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008 年）26 頁。

35 権利範囲論は、知的財産権の本来的行使については、原則として、独占禁止法の適用除外を認めることとなることから、独占禁止法の適用範囲を後退させるものであるという批判がなされていた。もっとも、この批判に対して、権利範囲論は知的財産権の本来的行使を機械的に独占禁止法の適用除外とするわけではなく、それが権利の濫用に当たる場合のみ独占禁止法が適用されるという反論もなされていた。茶園成樹「知的財産権と独禁法（1）——工業所有権と独禁法」（経済法講座第 2 巻「独禁法の理論と展開[1]」）168 頁以下参照。

36 高田寛「ソフトウェア・ライセンスにおける独占禁止法 21 条問題についての一考察—優越的地位を例に—」企業法研究 2012 第 1 巻第 1 号 Business Law Review 2012, Vol.1, No.1, 32-49。

37 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説—』（晃洋書房、2008 年）43 頁注釈、橋本龍伍「独占禁止法と我が国民経済」（日本経済新聞社、1947）42 頁以下。石井良三「独占禁止法——過度経済力集中排除法」（海口書店、1948 年）270 頁以下。根岸哲「知的財産権と独占禁止法」

新権利範囲論は、独占禁止法第 21 条を以下のように解釈している。

まず、21 条を解釈する前提として、a) 知的財産権の独占は市場の独占と同じでなく、知的財産権と独占禁止法は対立する関係にないこと、b) 知的財産権法は競争促進効果を有しており、独占禁止法と実質的に共通基盤を持つなど、相互補完関係にあることである³⁸。

次に、知的財産法による「権利の行使と認められる行為」に対して、独占禁止法は適用されない。ここでいう「権利の行使と認められる行為」とは、知的財産法に基づいて知的財産を排他的に支配・利用する権能を有する者が、無権限者による知的財産の利用を排除することを意味する³⁹のであって、このような行為に当たるかどうかは基本的には行為の外形⁴⁰から決定される。もっとも、行為の外形からすると「権利の行使とみられる行為」であっても、知的財産権保護制度の趣旨を逸脱しまたは同制度の目的に反する場合には、「権利の行使と認められる行為」には該当せず、例外的に独占禁止法の適用を受ける⁴¹。この判断プロセスにおいては、競争に与える影響も考慮する⁴²ものの、

経済法学会 10 号 (1989 年) 21 頁；根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説 第 3 版』(有斐閣、2006 年) 398 頁；根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説第 4 版』(有斐閣、2010 年) 9 頁。根岸哲「知的財産権と独占禁止法—独占禁止法二三条論」経済法学会 10 号 (1989 年) 191 頁。

³⁸ 川濱「知的財産と独占禁止法—対立、補完、協働」(経済法学会年報 2011 年 32 号) 参照。根岸哲「知的財産権と独占禁止法」経済法学会 10 号 (1989 年) 21 頁；根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説[第 3 版]』(有斐閣、2006 年) 398 頁；根岸哲「知的財産権と独占禁止法」経済法学会 10 号 (1989 年) 9 頁。根岸哲「知的財産権と独占禁止法—独占禁止法二三条論」経済法学会 10 号 (1989 年) 191 頁。

³⁹ もっとも、知的財産権の行使を「知財法に基づいて知財を排他的に支配・利用する権能を有する者が、無権限者による知財の利用を排除することである」(根岸編『注釈独禁法』(有斐閣、2009 年)(和久井)という捉え方について、知財学者からの疑義を招いた。例えば、島並良「知的財産法学者から見た日本における知的財産法と独占禁止法」(公正取引 No.731、2011 年 9 月) 11 頁は、このような捉え方は狭すぎるという見解があった。教授は、知的財産権の効力が、「排他性を持つことは論理の必然ではなく」、特定の場面では対価請求権として構成されていると述べながら、対価請求権から構成されている知的財産権はそれなりの政策的理由に基づいて認められているところ、独占禁止法の適用を避けるべきであると述べた。

⁴⁰ 公取委のガイドラインにおいて、行為の外形からして権利の行使と認められる行為を、「権利の行使とみられる」行為と呼ばれており、この判断の仕組みを採用されている。ガイドライン第 2-1 には、「技術に権利を有する者が、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利の行使とは評価できない場合は、同じく独占禁止法の規定が適用される。すなわち、これら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發揮させ、技術の活用を図るといって、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」とは評価できず、独占禁止法が適用される」と定められている。

⁴¹ もっとも、このような独占禁止法の適用範囲を限定する解釈に対しては批判がある。例えば、白石教授は、知的財産権の行使と認められるかどうかは、競争政策の観点も踏まえて決定されるため、知的財産権を神聖視する必要はないとされている。白石忠志『独占禁止法第 2 版』(有斐閣、2009 年) 382 頁。島並教授は、「権利の行使と認められるか」の判断プロセスが実際に機能していないこと、知財法上も独占禁止法上も認めない行使は競争上不当な結果をもたらされないこと、という 2 つの理由から、当該判断プロセスをなくしてもよいと考えている。もっとも、教授は、単なる独占禁止法に違反するだけでは、知的財産権の行使を阻まれず、競争上不当な結果をもたらすことになるとも考えている。したがって、実体法違反に加えて、手続法上の手段(強制ライセンス命令、排除措置命令等)も採られて初めて、問題となる権利行使行為を阻むことができる。島並良「知的財産法学者から見た日本における知的財産法と独占禁止法」(公正取引 No.731、2011 年 9 月) 11-13 頁。

⁴² 知的財産法 10 条には、「知的財産の保護及び活動に関する施策を推進するに当たっては、その公正な利用及び公共の利益の確保に留意するとともに、公正かつ自由な競争の促進が図られるように配慮するものとする」と規定していることからしても、知的財産保護性度の趣旨を逸脱し、この目的に反しているかどうかを判断する際には、競争に与える影響も考慮されることとなっている。

知的財産法内在的になされる。ここにいう「権利の行使とみられる行為」の典型とは、a) 知的財産侵害訴訟の提起・遂行と侵害行為に対する警告、b) ライセンス拒絶、c) ライセンスを与える際に知的財産の利用範囲を一定範囲に限定することができる、ということである。これらの行為も知的財産権の「本来の行使」と呼ばれている⁴³。具体的には、ある行為が「権利の行使とみられる行為」に該当するか否かは、問題とされている行為が「権利の行使とみられる行為」に該当していること、それに包摂されていることが必要である。例えば、共同の取引拒絶が被疑違反行為とされている場合、ライセンス拒絶そのものが問題となったのではなく、共同してライセンスを拒否したことが問題の行為であり、「権利の行使とみられる行為」には該当しない⁴⁴。

前記の検討を経て独占禁止法の適用除外を受けないと判断されても、当該行為が直ちに独占禁止法違反と意味するわけではなく、独占禁止法上の要件を満たす行為であるかどうかの判断が別途必要である⁴⁵。

最後に、21条は共通基盤の上で当然のことを確認した確認的除外規定である。さらに、21条にあげられた法律は例示にすぎないのであって、種苗法など、他の法律のよって保護された知的財産権についても、上記判断枠組みは該当する。

なお、現在の通説である新権利範囲論に対して、「権利の行使と認められる行為」の概念が明確性を欠くこと、「権利の行使と認められる行為」該当性の検討と独占禁止法違反かどうかの検討の2度にわたって競争への影響を考慮することがあり煩雑にみえることなどの問題が指摘されてきた⁴⁶。このことから、最近の有力説として、拡大競争政策法説⁴⁷、役割分担説⁴⁸、主要な考慮要因説⁴⁹等も展開されてきている。拡大競争政策法説は、競争政策は独占禁止法のみが担うのではなく、他には民法、事業法、知的財産法等が「競争政策法」を形成しているという基本的認識の下に、知的財産法による「権利の行使と認められる行為」の範囲は、競争政策の観点から知的財産法の解釈として修正され、競争秩序に大きな影響を与える行為は「権利の行使と認められる行為」ではなく、独占禁止法の適用対象となりうると主張している。役割分担説とは、特許庁と公取委との役割分担という視点に立ったうえ、問題となる行為の競争促進効果と競争阻害効果とを比較衡量し、後者のほうが大きい場合には独占禁止法の規制が及びうるとする見解である。主要な考慮要因説が、独占禁止法21条について、知的財産権法上の権利の行使について独占禁止法を適用する場合に、各知的財産権法および知的財産権制度の趣

⁴³ 金井ほか編著『独占禁止法第3版』（弘文堂、2010年）376-377頁、379頁。

⁴⁴ 根岸哲『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）533頁以下、金井ほか編著『独占禁止法第3版』（弘文堂、2010年）380頁、川濱「知的財産と独占禁止法——対立、補完、協働」参照。

⁴⁵ 金井ほか編著『独占禁止法第3版』（弘文堂、2010年）377頁。

⁴⁶ 白石忠志『独占禁止法第2版』（有斐閣、2009年）383頁。白石教授は、知的財産にかかる取引であることを考慮せずに評価すれば独占禁止法に反すれば、自動的に「知的財産保護制度の趣旨・目的を逸脱する」と評価されることになるのであれば、知的財産法内在的に濫用にあたるかどうかを考慮すべきとしていることは、結論に実質的な影響を与えないことになるだろうと考えている。

⁴⁷ 白石忠志「『知的財産法と独占禁止法』の構造」（「知的財産法の理論と現代的課題」（中山信弘先生還暦記念論文集）500頁以下、白石忠志「独占禁止法（第3版）383頁。

⁴⁸ 田村善之「市場・自由・知的財産」（有斐閣、2003）142頁以下。

⁴⁹ 村上正博『独占禁止法（第3版）』（弘文堂、平成22年）63-64頁。

旨に十分に配慮することを求める規定、すなわち、知的財産権法上の権利の行使に関連する独占禁止法違反事件において知的財産権法、知的財産権の特質、知的財産権制度の趣旨が主要な考慮要因となることを定める規定と解釈している。

そして、日本公正取引委員会による「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日改正）（以下「知的財産権ガイドライン」という。）はこの問題につき、まずは独禁法21条文言通りに、「技術の利用に係る制限行為のうち、そもそも権利の行使とはみられない行為には独占禁止法が適用される」と述べている。このうち、当該技術利用の制限行為は外形上から判断するのではなく、実質的に「権利の行使とみられない」ことから判断する。具体的には、「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、「権利の行使と認められる行為」とは評価することができず、独占禁止法が適用される。

第四節 欧州

EUにおいても、独占禁止法と絡む知的財産権への評価は議論されている。それはEU競争法⁵⁰には米国反トラスト法と同じく、知的財産権の行使に関する条文は設けられていないからである。したがって、知的財産権と競争法の衝突を解消し、均衡を保ち、共同体市場を形成し、共同体市場における商品の流通をスムーズにさせるために、欧州委員会及び欧州裁判所は様々な試みを行っている⁵¹。

1966年の *Consen & Grundig* 事件⁵²において、電力製品の特許権者 Grundig は Consten に対してフランスでの独占的販売代理権を与えるよう合意がなされたが、フランスにおいては同製品の並行輸入品が多く存在したため、Grundig 及び Consten は特許権及び両者間の独占的販売代理契約に基づいて並行輸入品の販売業者に特許侵害の警告を出した。ところが、かかる合意は EU 圏内における商品の流通を妨げることを理由に欧州委員会によって無効と判断された。両者はこれに不服として欧州裁判所に訴訟を提起したが、裁判所は欧州委員会の決定を支持し、特許権の「存在」と「行使」を分けて分析し、特許権の「行使」は EU 競争法の評価枠内にあるとの結論を言い渡した⁵³。この考え方

⁵⁰ 1958年1月発行された「欧州共同体設立条約〔Treaty on the establishing the European Community〕」（「旧 EC 条約」ともいう。）（2009年12月1日に発効したリスボン条約により、旧 EC 条約は「欧州連合の機能に関する条約〔Treaty on the Functioning of the European Union〕」（「EU 機能条約」ともいう。）に改められ、EC 条約第 81～89 条は新しい 101～109 条の番号がた。）中の競争に関する条文第 101～109 条は、EU 競争法を構成している。そのうち、第 101 条は競争制限的協定・協調的行為の規制であり、第 102 条は市場支配的地位の濫用行為の規制、理事会規則 2004 年第 139 号は企業結合規制である。第 103 条は、理事会の第 101 条及び 102 条の適用のための規則等を定める権限を規定しているものである。第 104 条は、103 条の規則等が発効するまで加盟国が過度的措置を定める権限である。第 105 条は、104 条の規定を害しない範囲で、欧州委員会が 101 条、102 条の原則が順守されるよう監督する権限であり、第 106 条は、公的企業に関する 101 条、102 条に反する措置の加盟国による制定、継続の禁止の規定である。第 107 条～109 条は、禁止・容認される国の援助、欧州委員会の審査と決定、理事会の制定等を定めるものである。

⁵¹ See Steven D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Clarendon Press Oxford 1998, p.17.

⁵² Cases 56/64 and 58/64, *Consten & Grundig v. Commission*, 1966 ECR. 299.

⁵³ 本件においては、特許権の「存在」(existence) という用語ではなく、知的財産権の「賦与」(grant of

は、1968年の Parke Davis v Probel 事件⁵⁴によって「特許権の行使」が EU 競争法の規制をなされることが可能であると明確に確認した。Parke は当時先進的な医薬品に関する特許を保有するものであり⁵⁵、特許出願のない加盟国において類似の非特許製品を輸入して販売した Probel に対して特許侵害の訴訟を提出したが、欧州裁判所は、「...特許権の存在は依然として変わらないが、その行使が特定の制限を受けなければならず、特許権の行使は共同体市場における競争を阻害する場合、特に旧 EC 条約第 85 条及び 86 条にいう競争を制限し又は市場支配的地位を濫用した場合は、共同体競争法に違反することになる、と言いつ渡した。

Parke Davis 事件後の諸判決もこの原則によって出された⁵⁶。例えば、1981年の Merck v. Stephar 事件⁵⁷では、欧州裁判所は前述の考え方を徹底的に適用した判断がなされたと思われる⁵⁸。Merck は医薬品に関する特許権者であり、当該医薬品に関する特許はイタリアで認められなかった。Stephar はイタリアから当該医薬品を輸入して、特許権のあるオランダで販売して Merck と競争した。裁判所は、特許権者は EU 域内において特許権を実施して、特許製品が市場に流通した後、特許権を有効にさせなかった加盟国における特許製品の並行輸入に対しては特許権を行使することができないとし、Merck の主張を認めなかった。これは特許権者に対して酷と考えられるが、裁判所は EU 共同体市場における商品の流通につき、特許権者は元来このような状況を考えられるはずであると考えていた⁵⁹。⁶⁰

Merck v Stephar 事件について、多くの批判がなされた。裁判所は 1985 年の Pharmon BV v. Hoechst AG 事件⁶¹に示したように、特許法が特許権者に対して、市場における独占的な権利を与えることを通じて開発を奨励し投下資本を回収することができる。

ところが、これら判決は事例ごとに判断がなされたものであり、知的財産権の行使に対する評価の判断基準を明らかにしたものではなかったため、知的財産権の行使について競争上どのように評価すべきかについての議論がなされていた。そのうち、どのような知的財産権の行使は競争法違反にあたるか、どのような知的財産権の行使は競争法違

IP rights) を使った。

⁵⁴ Case 24/67 Parke Davis v. Probel [1968] ECR 55 [1968] CMLR 47.

⁵⁵ 1973 年の EU 特許条約により、特許権の存在は各加盟国内にあるが、欧州特許局に単一の手続きで各加盟国への申請は不要になる。ただ、各加盟国で有効になるためには、その国の言語で翻訳やその他の事務手続きが要される。

⁵⁶ 例えば、Case 53/87 CICRA et Maxica v. Renault [1988] ECR 6039, [1900] 4 CMLR 265、Case 238/87 Volvo v Veng (UK) Ltd [1988] ECR 621 及び Case Magill。

⁵⁷ Case 187/80, Merck v Stephar [1981] ECR, 2063, [1981] 3 CMIR, 463.

⁵⁸ See Andreas Reindl, “Intellectual Property and Intra-Community Trade”, “Fordhan International Law Journal Volume 20, Issue 3, 1996, Article 8.P822.

⁵⁹ Court Decision Para11.

⁶⁰ 学者は、Merck 件が前例を照らして分析するのは不適切だと指摘し、排他的な権利のない特許権はその効能が失うことに等しいとの批判があった。Andreas Reindl, “Intellectual Property and Intra-Community Trade”, “Fordhan International Law Journal Volume 20, Issue 3, 1996, Article 8.P823.

⁶¹ Pharmon BV v. Hoechst AG, Case 19/84, [1985] ECR 2281, para28-30,[1985] 3 CMLR 775.

反にあたらないう両者の境目を明確にすべきであるとの見解があった⁶²。これに対して、競争法の運用は知的財産権法による権利行使を尊重すべきとの見解もあった⁶³。

現在、EU においては、知的財産権法と競争法は、いずれも技術革新の奨励と技術の効率的な活用を通じて競争を促進するという共通の目的を有するものであると一般的に認識されている⁶⁴。これに基づいて、ライセンス契約等による知的財産権の行使について、加盟国間の通商に影響を与え、共同体市場における競争を阻害、制限、歪曲する目的または効果を有するものと認める場合、あるいは、支配的地位の濫用行為と認められる場合には、EU 機能条約第 101 条 1 項または第 102 条が適用されることになる。その際、知的財産権の存在または知的財産権の行使それ自体が競争法上の懸念を生じさせるものとは考えられず、競争制限的な側面が認められるとしても、それを上回る効率性の向上等の競争促進効果が存在する場合には、競争上問題とされるものではないと考えられている。

第五節 中国

中国においては知的財産権の特殊性をどのように取り扱うべきか、これによって知的財産権と反壟断法⁶⁵との関係をどう見るべきかにおいて、中国反壟断法が制定して施行される前には議論されたのはもちろんだが、2008 年同法が施行され、日本独占禁止法のように第 55 条のような適用除外規定が設けられていたが、約 6 年という長らくの間、関連する細則やガイドラインが制定されていなかったため、やや不明確な状態であった。そしてようやく、2014 年に 6 月 11 日をもって草案を作成して意見聴取稿が発表され、翌年 4 月 7 日をもって正式なガイドライン⁶⁶が公表された。中国におけるガイドラインの法的効力につき、欧米や日本のようにあくまで行政機関が法執行を行う際の内部的なルールであり、法的拘束力のないものと異なり、法的拘束力を持つものである。

中国では、日欧米と同様に、まず、知的財産権と独占禁止法の目的が統一していることが広く認められている。知的財産権のほとんどが競争目的または競争過程の成果物であり、このような知的財産に対して法律上の保護を与えることによって、経営者は事前に法律によって賦与される独占の範囲を把握することができ、技術開発のための投下資本及びその回収も予測することができるようになる。このことは経営者に対して技術開発を通じて市場競争力の向上を促すことに繋がる。そして、個々の企業の技術レベル及

⁶² See I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law* (London: Sweet & Maxwell, 1996), p.104.

⁶³ See I. Govaere, *The Use and Abuse of Intellectual Property Rights in EC Law* (London: Sweet & Maxwell, 1996), p.69.

⁶⁴ See Steven D. Anderman, *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy*, Cambridge University Press 2007, p.37.

⁶⁵ 中国における独占禁止法の言い方である。これ以降につき、法令名を言及する場合の「反壟断法」は中国独占禁止法のことを指す。

⁶⁶ 「知的財産権の濫用による競争の排除・制限行為の禁止に関する規定」(国家工商総局令第 74 号)は、2015 年 4 月 7 日に公表され、同年 8 月 1 日から執行される。中国国家工商行政管理総局の HP にて閲覧可能 http://www.saic.gov.cn/zwgk/zyfb/zjl/flid/201504/t20150413_155103.html。日本語訳は <http://www.kangxin.com/jp/file/upload/2015/04/30/1430927616.pdf> を参照したい。先行文献として、高革慧「知的財産権の濫用に対する独占禁止法上の新规定」(国際商事法務 Vol.43 No.5, 2015) 746 頁以降を参照したい。

び競争力の向上は競争を刺激し、しいては国民経済全体及び国際競争力を向上させることができる⁶⁷。一方、反壟断法は、自由かつ公平な競争を保護することによって創造を促し、経済の発展に寄与する。企業は市場競争の圧力を受けたからこそ、商品価格を下げ、品質を改善し、技術開発を行うことになる⁶⁸。また、両制度は消費者厚生の上の面でも統一している。知的財産権はただ乗りの防止や模倣や偽物の禁止、創造を奨励して経済発展を促進することを通じ、消費者厚生に貢献している。反壟断法は消費者利益を害し、または害しそうな現存または新しい競争行為を禁止することによって、消費者厚生に貢献している。このように、知的財産権制度と反壟断法は共通の目的をもち、相互補完的な関係にあると見ることができる。

ところが、知的財産権の本質が法律によって賦与された合法的な独占であるのに対して、反壟断法が独占を禁止し、自由競争を保護するものであるため、両者の関係は複雑で、両者には矛盾があり、衝突している⁶⁹。まず、両者の法的性質が異なる。知的財産権は民事上の権利であり、反壟断法は社会秩序を守る公的権利であるため、知的財産権者は知的財産権を濫用し、反壟断法の保護する競争によって実現する社会全体の目標と衝突しているときは、反壟断法を優先的に適用すべきである。そして、知的財産権はある意味で情報の伝播を妨げるものであり、その独占性によって一定の範囲内において競争を制限する固有的な特性も持っているため、中国における市場経済の無障壁の自由競争秩序とは乖離している。このような衝突は「潜在的」⁷⁰であり、常に現れるのではなく、知的財産権者が自己保有の知的財産権を行使する際に独占権を不当に拡張し、又は合法的な独占を利用して違法な独占もしくは優位性を獲得する際には顕著になる。

上記により、知的財産権は反壟断法との間に共通している点があるものの、潜在的な矛盾及び衝突もあると言え、両制度をどのように調整すればその矛盾及び衝突を回避できるかが問題となる。これについて詳しく後述するが、中国において、知的財産権が反壟断法上問題となる場合、知的財産権の「専有性」⁷¹、言わば独占性または排他性について認識される上で、知的財産権を一般の財産権と同様に、知的財産権の濫用にあれば、反壟断法による規制が可能となる。この考え方は中国「反壟断法」第55条の適用除外規定に明確に反映されている。同条は、「事業者が知的財産権に関する法令の規定に基づき知的財産権を行使する行為については、この法律を適用しない。ただし、事業者が知的財産権を濫用して競争を排除又は制限する行為⁷²については、この法律を適用

67 王源拓「試論与知識産権有関的反競争行為及其法律控制」（『政法論壇』1996年第4期）。

68 王晓焯『論反壟断法』2010年、社会科学文献出版社、245頁。

69 江涛「知識産権与反壟断法關係的思考」2009年、『法制与社会』2009年3月（上）370頁。

70 王晓焯『論反壟断法』2010年、社会科学文献出版社、243頁。王先林『知識産権与反壟断法--知識産権濫用的反壟断問題研究（修訂版）』2008年9月、法律出版社、78頁。孟雁北『反壟断法』2011年、北京大学出版社、188頁。

71 王晓焯『論反壟断法』社会科学文献出版社、2010年、242頁-247頁。

72 ここにいう知的財産権の濫用は日本における「知的財産権濫用」とは一義ではなく、中国における学説上は、「知的財産権濫用」の範囲は日本より広範なものと見える。詳細は後述する。

する」⁷³と規定している。本規定の制定により、法律上、反壟断法上の問題となりうる知的財産権関連行為の分け方の基本原則が確立された⁷⁴。

中国反壟断法第 55 条は、日本における独占禁止法第 21 条と異なり「反対理解」⁷⁵を経ることなく、独占又は競争制限を目的とする知的財産権濫用行為に対して反壟断法が規制すると後段には明示されている。反壟断法の制定過程において、知的財産権に関す

⁷³ 反壟断法の仮訳は公取委の HP から閲覧することができる

(<http://www.jftc.go.jp/worldcom/html/country/china-kariyaku.pdf> (最終アクセス日: 2014 年 12 月 12 日))。

⁷⁴ 市場経済の基本法といわれる独占禁止法の歴史及び発展は、先進国と比べ、2008 年をもって制定及び施行された中国においては、明らかに中国国内市場の発展より劣っていたと言える。とはいえ、中国反壟断法が制定される前には、独占及び市場競争に関する法律上の規定がないわけでもない。国務院が 1980 年 10 月に頒布した「關於開展和保護社会主义競爭的暫行規定」は、「經濟活動において、国家より指定された関連部門及び企業の専有的に取り扱う商品以外は、独占的經營を行ってはならない(原文: 在经济活动中, 除国家指定由有关部门和单位专门经营的产品以外, 其余的不得进行垄断、搞独家经营。)」初めて明文で独占を禁止することを定めた。同規定第 6 条は「いかなる地区及び部門は市場を閉鎖してはならず、他の地方の商品が当該地区または部門において販売することを禁止してはならない(原文: 任何地区和部门都不准封锁市场, 不得禁止外地商品在本地区、本部门销售。)」と規定した。同条最後に、「行政手段をもって時代遅れを保護し、先進を抑制し、商品の流通を妨げる仕方は合法ではなく、廃止すべきである(原文: 采取行政手段保护落后, 抑制先进, 妨碍商品正常流通的作法, 是不合法的, 应当予以废止。)」と明言した。その後、1982 年 4 月に、国務院は「關於在工業品購銷中禁止封鎖的通告」により、他の地域または部門から工業商品の調達を制限する規定が廃止され、関連の調達制限を審査する部門も廃止された。1987 年 9 月施行された「價格管理条例」第 29 条が定めている價格違法行為には、「企業間または業界団体による独占價格の協議(原文: 企业之间或者行业组织商定垄断价格的)」がある。同年 12 月、国家經濟体制改革委員会(2003 年に廃止され、その職能は現在の国家發展改革委員会に移転された。)及び国家經濟委員会(2003 年をもって廃止され、その職能は現在の国務院国有資產監督管理委員会、国家發展改革委員会及び商務部に移転された。)において、企業を組み立てる原則として、競争を促し、独占を避けることが挙げられた。1988 年 1 月に、国務院「重要生產資料和交通運輸價格管理暫行規定」第 13 条において、「国家は企業、業界による市場價格の独占を禁止する; 独占的地位を利用して国家规定に反して市場價格を上げさせ、暴利を得ること、企業間または業界協会、連合会及びその他の經濟組織による独占價格を協議することは違法であり、厳格に取り締まらなければならない。」という規定が設けられた。1989 年國家經濟体制改革委員会及び國家計画委員会(1998 年に「國家發展計画委員会」に組み替えられた。)が出した「關於企業兼併的暫行弁法」には、企業結合の原則の一つとして、規模の經濟を促すのと同時に、独占の形成を避けるように企業間の競争にとって有利になることが挙げられた。さらに 1990 年 11 月、国務院は「關於打破地區間市場封鎖進一步搞活商品流通的通告」には、市場障壁を破るようにすべきことを詳しく規定した。同通知の 1 点目には、「企業は全國範圍内に自主的に商品を購入することができ、いかなる地区いかなる部門が障壁を設けて干渉してはならない。とりわけ請負經營責任制(原文: 承包經營責任制)のもとで現地製品の購買または抱き合わせを強制的に規定してはならない。品質劣化の高價格製品、人気でない商品を強制的に流通企業に押し付けてはならない」との具体規定が定められた。

1992 年第十四回人民代表大会によって社会主义市場經濟体制の改革を目標とし、中国にける經濟体制改革は新しい時期に入りと思われ、市場競争機能の地位及び役割はより重要となり、上記の競争政策の上にさらなる独占禁止の法律規範を作り始めた。1993 年 12 月 1 日施行された「反不正競争法」、1998 年 5 月 1 日施行された「價格法」、2003 年 6 月の「制止價格壟断行為暫行規定」、2000 年 1 月 1 日施行された「招標投標法」、2001 年 4 月 21 に頒布された「關於禁止在市場經濟活動中實行地區封鎖的規定」、2004 年 7 月 1 日施行された「對外貿易法」、2003 年 3 月頒布された「外国投資者併購境內企業暫行規定」(当規定は 2006 年 8 月に正式規定に修訂された。)等があった。したがって、反壟断法が制定され施行された前には、中国における市場競争についての「競争法」が存在したわけである。ただし、かかるような法規制は系統的であり、原則規定が多く実効性が乏しいとも思われる。

⁷⁵ 王教授のここという「反対理解」は、日本法における法解釈学上の「反対解釈」とは一義ではなく、あくまで条文を理解するための考え方の転換である。中国における法解釈学上の「反対解釈」は「反面解釈」(「反対解釈」、「反面推論」、「反向推理」ともいう)という。中国法における法解釈の文言について、<http://wenku.baidu.com/view/a6794d1dff00bed5b9f31dac.html> を参照したい。なお、台湾競争法にも、日本独占禁止法 21 条のように、特に中国反壟断法 55 条後段のような規定はなく、「正当な権利行使行為」は台湾競争法の適用から外すという。ここでいう「正当」とは何かについて、一般、知的財産権の正当な権利行使行為は当然台湾競争法の適用から外される。一方、かかる行為は「正当」の範囲外であれば、「台湾競争法の適用はしない」こと自体も検討の必要がなくなる。王先林『知識產權與何壟断法--知識產權濫用的反壟断問題研究(修訂版)』355 頁参照。

る規定が詳細に規定すべきという主張に対して、これで十分に対処可能であるとの主張もあった。その理由は、知的財産権濫用による競争排除や制限が、実態としては共同行為、市場支配的地位の濫用及び企業結合と表現されるため、各規制類型の枠の下で分析し処理すれば十分である。もっとも、本条文はあまりにも単純であるため、実際に運用する際にどのような形で適切に解釈し又は適用するかが問題となる。本来は法執行のために同時期にガイドラインを出すべきであるが、中国において知的財産権分野に反壟断法の執行には複雑な問題が多く、さらに対処すべき困難な事柄も多く、かつ、中国反壟断法執行委員会は経験が不足している実情があり、2008年反壟断法が施行された後の年間には、かかるようなガイドラインがない状態が続いていた。

そして、この悩みはようやく2015年4月7日に公表された「知的財産権の濫用による競争の排除・制限行為の禁止に関する規則」⁷⁶（以下「知的財産権濫用規則」という。）をもって解決の糸口が見えるようになってきた。

知的財産権濫用規則は中国国家工商行政管理総局が制定したものであり、非価格独占行為（独占的協定、市場支配的地位の濫用、行政権利の濫用）を対象としており、価格独占行為に対しては適用されない。知的財産権濫用規則は、前記した中国における知的財産権と反壟断法の関係、すなわち両制度は共通の目的を有し、知的財産権が濫用した場合のみ反壟断法が適用されることを肯定する上で（第2条）、具体的な行為類型別で規定している。例えば、規則第4条は知的財産権を利用して独占的協定を行ってはならないと規定すると同時に、第5条⁷⁷には画期的に具体的なセーフハーバーを設けている⁷⁸。このような具体的規定により、コンプライアンス上には有益であるものの、市場画定や費用の合理性等についての判断は難しく、実際に運用する際には克服する内容が多いと言わざるを得ない。また、技術標準について、反壟断法には言及していない「不可欠施設」の概念を規定し、不可欠施設に構成する知的財産権を保有する者は他の事業者による合理的な条件で当該知的財産権を使用することを拒絶してはならない。この不可欠施設規定を巡って激しい議論がなされ、欧米の学者や実務者らはこの規定が研究開発意欲を減殺するおそれがあるため、2014年の草案から削除すべきであると考えている⁷⁹のに対して、中国工商総局この規定を保留しながら、比較的厳しい条件を設けると決め

⁷⁶ 2015年4月7日国家工商行政管理総局令第74号公布。日本語の仮訳は、ジェットロによるものを参照したい（https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/admin/20150801.pdf）。

⁷⁷ 第5条：本規定では、セーフハーバーとして、当事者間の協定が次のいずれに該当したときは、通常独禁法上の独占協定の問題が生じることはないと考えられる。

(1) 競争関係にある事業者間、(ア) 関連市場におけるシェアが合計で20%を超えないとき、又は(イ) 関連市場において合理的なコストで取得できるその他の独立支配の代替技術が少なくとも4つ存在しているとき。

(2) 事業者と取引先の間、(ア) 関連市場におけるシェアが合計で30%を超えないとき、又は(イ) 関連市場において合理的なコストで取得できるその他の独立支配の代替技術が少なくとも2つ存在しているとき。

⁷⁸ 反壟断法15条も独占的協定の関連規定のセーフハーバーを設けているが、それはいわゆる正当化事由による適用除外であり、具体的な数値を明示するセーフハーバーとして、知的財産権濫用規則のこのような規定は初めてであると言われている。顧正平「簡評中国首部知識産権領域的反壟断規則」

(<http://www.anjielaw.com/downloadRepository/807828be-dbdd-41f6-958c-824b46309d4f.pdf>)。

⁷⁹ 顧正平「簡評中国首部知識産権領域的反壟断規則」

(<http://www.anjielaw.com/downloadRepository/807828be-dbdd-41f6-958c-824b46309d4f.pdf>)。

た。すなわち、必須施設の強制許諾を認めるには、対象知的財産権の合理的代替性、他の競争者の事業活動に必須であるか否か、ライセンス拒絶は競争又はイノベーションに悪影響を及ぼすか否か、消費者や公共の利益を害するか否か、必須施設の保有者に不合理な損害を与える恐れがあるか否かなどの要素を考慮しなければならない。

今現在、反壟断法以外には、特定の種類の知的財産権の濫用行為に対する規制は、他の関連法律法規や司法解釈において個別に定めるものもある。例えば、中国契約法 329 条では「技術を非合法に独占、技術進歩を阻害または他者の技術的成果を侵害する技術契約は無効である」と規定している。最高人民法院は「技術契約紛争事件審理の適用法律における若干問題に関する解釈」の第 10 条の中で契約法のこの条項について更に解釈を行った。反不当競争法第 12 条、15 条に規定される、抱き合わせ販売や談合行為に関する法律規範を知的財産権のライセンスにおける競争制限行為に適用することができる。第 2 条の原則条項もパテントプールのライセンス行為に用いることができる。中華人民共和国対外貿易法第 30 条は、「ライセンス契約における知的財産権の有効性に対する疑義をライセンシーが提起することを阻害する、強制的な一括ライセンスを実施する、ライセンス契約において排他的な譲渡条件等を規定する等の行為内の何れかの行為を知的財産権の権利者が行い、尚且つ、対外貿易の公平な競争秩序に危害を加えた場合、国務院の対外貿易主管部門は必要な措置を講じ危害を取り除くことができる。」と規定している。第 32 条第 1 項は、「対外貿易取引活動において、独占禁止に関する法律、行政法規等の規定に違反して独占行為を行ってはならない。対外貿易取引活動において実施された独占行為で、市場の公平な競争を害すものは、独占禁止に関する法律、行政法規の規定に拠って処理する」と規定している。第 2 項は、「前項の違法行為で、対外貿易秩序を害すものは、国務院の対外貿易主管部門が必要な措置を講じ危害を取り除く。」と規定している。第 33 条は、「①対外貿易取引活動において、不当に廉価販売された商品、談合入札、虚偽広告の公表、商業的贈賄等の不当競争行為を行ってはならない。②対外貿易取引活動において不当競争行為を行ったものは、反不当競争に関する法律、行政法規の規定に拠り処理する。③前項の違法行為で対外的貿易秩序に危害を及ぼすものは、国務院の対外貿易主管部門が当該経営者の貨物、技術輸出入等を禁止する措置を採り危害を取り除くことができる。」と規定している。中華人民共和国技術輸出入管理条例第 29 条においては、技術輸入契約における制限的な条項が含まれてはならない。その制限的な条項は、①譲受人に対して、不必要な技術、原材料、製品、設備またはサービスの購買を含む技術輸入に必要不可欠でない付帯条件を受け入れるように要求する。②特許権の有効期限満了または特許権の無効が宣告された技術に対して譲受人に使用費の支払い、または関連する義務を負担するように要求する。③譲渡人から提供された技術を譲受人が改良することを制限する、または譲受人が改良された技術を使用することを制限する。④譲受人が譲渡人により提供された技術と類似する技術、またはそれと競合する技術を他の出所から取得することを制限する。⑤譲受人による原材料、部品、製品または設備の購入ルートまたは出所を不合理に制限する。⑥譲受人の製品の生産数量、品種または販売価格を不合理に制限し、譲受人が輸入した技術を利用して生産した製品の輸出ルートを不合理に制限する、などが挙げられている。中外合弁

企業法実施条例第 43 条には、「技術移転合意は下記の規定に合致しなければならない。
①技術使用費は公平で合理的でなければならない。②双方が別途合意している場合を除き、技術譲渡側は技術譲受側がその製品を輸出する地域、数量、価格に制限を行ってはならない。③技術移転合意の期限は通常 10 年を超えない。④技術移転合意期間満了後、技術譲受側は継続して当該技術をしようする権利を有す。⑤技術移転合意を締結した双方は、改良技術の相互に交換する条件は対等でなければならない。⑥技術譲受側は自らが適切であるとする出所から必要な機器設備、部品、原材料を購入する権利を有する。⑦中国の法律、法規に禁止されている不合理な制限性条項を含んではならない。」と規定している。

以上のように、中国の知的財産権独占禁止に関する現行の規定は、異なる部門の法に散見され、系統性、完全性が乏しい。特許ライセンスが構成する競争制限条項に対する規制は主に民事面から出発しているため、公法が経済に関与する力と効果には反映され得ない。司法解釈の面から考えると、特許ライセンスの制限条項に対する規制も断片的で、処理方法も民事的である⁸⁰。

なお、「知的財産権の濫用」という概念は、国家や地域、法制度によって、必ず同一というわけでもない。中国においては、法律上の明確な定義規定がないため、学説上には、より広範な概念として理解するほうが適切であると考えられている⁸¹。すなわち、知的財産権の濫用は、知的財産権の正当な行使と対立する概念として捉えられるべきである。一般に、知的財産権の濫用が成立するか否かを判断する際、権利を行使する行為が知的財産権保護を代表する公共政策に反するかどうかによって決められる。ここには、競争政策のみならず、イノベーション政策と表現の自由の政策等も含まれている。

知的財産権濫用と競争排除・制限との関係をいかに理解するかということは、知的財産権濫用と反壟断法違反との関係を理解することに繋がる。中国において、知的財産権濫用は、反壟断法における規定の他には、民法上の信義則及び権利濫用の禁止等の基本原則や不正競争防止法にも反し得ると理解されている⁸²。例えば、知的財産権者は、侵害警告を出す権利や侵害訴訟を提起する権利を濫用し、相手方に営業上の信用や経済上大きな損害を与えた場合、知的財産権の濫用に当たり、該当する法律は、主として不正競争防止法上の問題となる。したがって、知的財産権の行使によって反壟断法に違反する際には、必然的に知的財産権の濫用に当たるが、その反対、すなわち、知的財産権の濫用に当たるが、反壟断法に適用し又は反壟断法に違反するというのは必ずしも成立するわけではない。そこで、知的財産権の権利行使行為は、知的財産権濫用に該当するか、反壟断法違反に該当するかと評価する際には、両者を独立して分析するほうが適切であろう⁸³。

⁸⁰ 張平「パテントプール及び問題分析」、<http://www.21coe-win-cls.org/activity/pdf/7/14.pdf>（最後アクセス日：2012 年 11 月 25 日）参照。

⁸¹ 王先林（代高潔訳）「知的財産権分野における中国独占禁止法の執行」公正取引 No.731、2011 年 9 月、43 頁。

⁸² 王先林『知識産権濫用及其法律規制』（中国法制出版社、2008 年 7 月）3 頁。

⁸³ 王先林『知识产权与反垄断法--知识产权滥用的反垄断问题研究（修订版）』（法律出版社、2008.9）356 頁。

第二章 標準と標準化活動

人類が集団的に生活したころから、標準化、例えば、言葉、文字、儀式、行事などの生活様式が自然に発生した。人間社会が高度化するにつれて、標準化も進歩し、取引を促進するよう、原始的な度量衡や貨幣制度が社会文化の基礎となっていった。そして技術の発達と浸透に伴い、商品・役務の利用には異なる企業間で協働して分業することが重要となってきたため、標準化の範囲も広がり、商品の仕様、操作マニュアル、測定や表記方法等が統一される必要が生じた。このような標準化は、産業革命以降、飛躍的に発達し、産業の技術基盤としての役割を担っている。また、製品の安全性確保をはじめとする公共福祉分野における社会的要請があり、標準を設定し遵守させることは、この目標を達成しようとする有効な方法の一つとして重要性が増してきている⁸⁴。こういった標準の重要性の増大を背景として、標準を早期に策定して普及させる活動が活発になった。公的標準化機関による標準化活動に加え、企業側もフォーラムを結成して標準化活動を行う機会が増えた。そのうち、技術が成熟したものを標準化するいわゆる事後標準化とともに、新たな技術と標準化するいわゆる事前取得の動きが増加してきた⁸⁵。しかし、標準化のプロセスの急速な発展にもなって、標準と関わる知的財産権、特に工業所有権の問題も深刻化した。その理由の一つとして、工業所有権が標準の策定・普及を妨げることがある。例えば、標準に含まれようとする特許を保有する者との交渉が必要である以上、特許権の保護強化と保護対象を拡大する傾向がある現代社会において、ライセンスが得られず、又は高額なロイヤリティが課されれば、標準策定プロセスの進展を妨げることがある⁸⁶。

第一節 標準と標準化の定義

第一項 標準の定義

標準とは何かを説明する際には、古典的な定義として Gaillard (1934)⁸⁷の定義「標準とは、測定の基準または単位、物体、動作、手順、方式、常用方式、能力、機能、作業性能、方策、配置、状態、義務、権限、責任、行動、心構え、概念または構想のある特性を定義し、指定しまたは明細書にして、ある期間運用させるために、言葉、文書または他の図示方式により、または模型、見本または他の具体的表現方法による設定する規定（組織的記述）」⁸⁸がしばしば引用されているものの、この定義はあま

⁸⁴ 製品の安全性を確保するための方法として、他には、消費者教育、問題のある商品対象を市場から回収・廃棄させる、罰金等を課す方法もある。詳細は、和久井「基準認証制度と貿易・競争・消費者」根岸哲ほか編著『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェース』（有斐閣、2007）326-327頁を参照したい。

⁸⁵ 日経 BP 知財 Awareness 記事「『国際標準は企業の知的財産の柱の1つだ』」内閣官房知的財産戦略推進事務局次長 藤田昌宏氏に聞く」2006年12月21日。
<http://chizai.nikkeibp.co.jp/chizai/gov/fujita20061221.html>（最終アクセス日：2015年2月15日）。

⁸⁶ 山田肇『技術競争と世界標準』（NTT出版、1999）、公取委『技術標準と競争政策に関する研究会報告書』（2001）第1章、長岡貞男ほか『技術標準と競争政策——コンソーシアム型技術標準に焦点をあてて』（公取委競争政策研究センター、2005）参照。

⁸⁷ Dr. Gaillard of the American Standards Association.

⁸⁸ A standard is a formulation established verbally, in writing or by any other graphical method, or by means of a model, sample or other physical means of representation, to serve during a certain period of time of defining, designating or specifying certain features of a unit or basic of measurement, a physical object, an action, a process, a method, a practice, a capacity, a function, a performance, a measure, an arrangement, a condition, a duty, a right, a responsibility, a behavior, an attitude, a concept or a conception. See W. A. Shewhart, Nation and

りにも煩雑で標準ないし標準化の目的についても触れていないため、現在は実用の観点から、殆ど利用されていない⁸⁹。

実際に運用されている定義として、ISO（International Organization for Standardization；国際標準化機構）⁹⁰においては、標準を、「材料・製品・工程及びサービスがそれらの目的に適合することを保証するために、ルール、ガイドライン又は特性の定義として首尾一貫して使用される、技術仕様又はその他の厳密な基準を含む文書化された合意である」⁹¹と定義している。この定義によれば、基準に関する文書化された合意であれば、技術と直接関係なくとも、標準の対象になりうるということが示されているといえる。

また、JIS（Japan Industrial Standards, 日本工業規格）⁹²は、標準について、次のように定義している。すなわち、「関連する人々の間で利益又は利便が公正に得られるように、統一し、又は単純化する目的で、もの（生産活動の産出物）及びもの以外（組織、責任権限、システム、方法など）について定めた取決め」⁹³である。この定義には、Gaillardの定義にはなかった標準化の目的たる「人々の利益又は利便性」が明示されているのが特徴である。ゆえに、本稿においては、これを標準の定義として用いる。なお、日本工業規格において、規格は、標準とほぼ同じ意味と考えてもよいが、「正確には標準を文書化し規定したもの」といい、標準より狭い範囲で用いているが、文書全体から見れば、「標準」と「規格」を区別せず記述されていることが殆どである⁹⁴。

第二項 標準化の定義

日本工業調査会は、標準化を、標準を定めあるいは普及させることによって、「自由に放置すれば、多様化、複雑化、無秩序化する事柄を少数化、単純化、秩序化する

Origin of Standards of Quality, The Bell System Technical Journal Vol. XXXVII, Jan, 1958. Available at <http://www.alcatel-lucent.com/bstj/vol37-1958/articles/bstj37-1-1.pdf> (Last accessed: 28/11/2012). 中本（1955）訳。山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）7頁。

⁸⁹ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）7-8頁。

⁹⁰ ISOは、各種規格の国際標準化を推進する機関として1947年18か国により発足された国際機関であり、その目的は「国家間の製品やサービスの交換を助けるために、標準化活動の発展を促進すること」及び「知的、科学的、技術的、そして経済的活動における国家間協力を発展させること」である。2012年12月末まで、会員数は164ヶ国であった。日本は1952年に加入した。ISOのホームページ：<http://www.iso.org/iso/home.html>（最終アクセス日：2015年2月17日）。

⁹¹ A standard is a document that provides requirements, specifications, guidelines or characteristics that can be used consistently to ensure that materials, products, processes and services are fit for their purpose. See homepage of ISO at http://www.iso.org/iso/home/faqs/faqs_standards.htm.

⁹² JISは、日本の工業標準化の促進を目的とする工業標準化法（昭和24年）に基づき制定される国家規格である。そのHPは：<http://www.jisc.go.jp/jis-act/index.html>（最終アクセス日：2015年2月17日）。

⁹³ 経済産業省基準認証ユニット「標準化実務入門（試作版）」（最終更新日：2015年7月21日）、14ページ。http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf（最終更新日：2015年2月17日）。

⁹⁴ 経済産業省基準認証ユニット「標準化実務入門（試作版）」（最終更新日：2015年7月21日）http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf 参照（最終アクセス日：2015年2月17日）。もともと、経済産業省産業基準環境局基準認証ユニット「我が国の基準認証制度の紹介」においては、「基準」「規格」「標準」は「いずれも同義」とされている。

<http://www.meti.go.jp/policy/economy/hyojun/index.html> より閲覧可能。和久井「技術標準化活動と独禁法」法学雑誌53巻529-77頁（2007）、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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）6頁。

こと」⁹⁵を意味するものとしている。一般的に、標準化によって、単純化、互換性の確保、消費者の利益の保護などが得られ、企業の事業拡大の観点からも、市場の拡大やコストダウンといったメリットが得られるとされている⁹⁶。

一方、ISO/IEC（International Electrotechnical Commission；国際電気標準会議）⁹⁷ ガイド2の国際一致規格である JIS Z 8002：2006（標準化及び関連活動——一般的な用語）においては、「標準化」について次のように定義している。すなわち、「実在の問題又は起こる可能性がある問題に関して、与えられた状況において最適な秩序を得ることを目的として、共通に、かつ、繰り返して使用するための記述事項を確立する活動」⁹⁸であるとしている。具体的には、「最適な秩序を得ること」とは、ものごとは自由に放置していれば、多様化し、複雑化していくが、それを標準によって、単純化することにより秩序を保った産業活動を行うことができる、ということである。言い換えれば、標準化の目的は、ものごとは単純化することにより秩序を保つ点にある。さらに、「共通に、かつ、繰り返して使用」とは、「最適な秩序を得ること」するために誰もが標準を共通して使用でき、かつ繰り返して使用することが必要という趣旨である。以上が標準化を定義づける本質的に重要な点であり、日本工業規格と比べ、より充実しているという理由から、本稿においては、この定義を採用する。

標準化の目的も、国家的・社会的合理性の追求から、ユーザー保護、環境保護まで多岐にわたっている⁹⁹。標準化を通じて、仕様の多様性を調整することによって生産効率を向上させ、資源を節約することができ、企業間の競争環境も整備することが期待されている。また、標準化は適切な品質を設定し、又は明確化することによって、

⁹⁵日本工業標準調査会サイト <http://www.jisc.go.jp/std/index.html>（最終アクセス日：2015年2月17日）。

⁹⁶池田毅ほか「技術標準化制度の問題点とその改善のための考察」（特技懇264号、2012年1月刊）。
<http://www.tokugikon.jp/gikonsshi/264/264kiko2.pdf>（最終アクセス日：2015年2月17日）より閲覧可能。
詳細は後述する。

⁹⁷ IECは、電気・電子技術分野の規格を国際的に統一することにより、グローバルな経済発展と国際貿易の更なる促進を目的として活動している団体であり、1906年に13ヶ国により発足された。その目的は「電気及び電子の技術分野における標準化のすべての問題及び規格適合性評価のような関連事項に関する国際協力を促進し、これによって国際理解を促進すること」としている。2014年4月時点で82ヶ国会員を保有していた。IEC HP：<http://www.iec.ch/>（最終アクセス日：2015年2月18日）。

⁹⁸ 「Activity of establishing, with regard to actual or potential problems, provisions for common and repeated use, aimed at the achievement of the optimum degree of order in a given context」。See at http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/4230450/8389141/ISO_IEC_Guide_2_2004_%28Multilingual%29_-_Standardization_and_related_activities_--General_vocabulary.pdf?nodeid=8387841&vernum=-2（最終アクセス日：2015年2月18日）。

⁹⁹ ISO/IECが定めた標準化の目的として、次の7つが示されている。①目的との合致性（fitness for purpose）——特定の条件の下で、製品、方法又はサービスが、所定の目的を満たす能力；②両立性（compatibility）——特定の条件の下で、製品、方法又はサービスが、相互に不当な影響を及ぼすことなく所要の要求事項を満たしつつ、共に使用できるための適合性；③互換性（interchangeability）——ある製品、方法又はサービスが、同じ要求事項を満たすように、別のものに置き換えて使用できる能力；④多様性の調整（variety control）——主要なニーズを満たすように、製品、法又はサービスのサイズ・形式の最適な数の選択をすること；⑤安全性（safety）——容認できないような傷害のおそれがないこと；⑥環境の保護（protection of the environment）——製品、方法またはサービスの影響及び作用から生じる、容認できない損害から環境を守ること；⑦製品保護（product protection）——使用、輸送、又は保管中の製品を、気候上その他の不利な状態から守ること。山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）10-11頁。

互換性の確保やインターフェースの整合化することにより、新製品の市場を迅速に立ち上げることによって、需要の拡大も図っている¹⁰⁰。

第三項 標準化活動の定義

標準に関わる活動には、標準化活動、標準開発活動¹⁰¹や適合性評価・認証活動¹⁰²など様々な活動が含まれている。標準化活動については、標準文書作成、情報収集、意見調整、第三者の意見聴取及び意思決定機関における採用と公表等を内容とするものを指すことが多い¹⁰³。標準化活動の主体は、政府、標準化機関、事業者団体、専門家団体、企業グループなど様々である。また、企業内部の機関や一企業で標準化活動を行うことがある¹⁰⁴。標準化活動は、工業品、建築品、農産品、会計方法、教育など多岐にわたって行われているが、とりわけ情報通信分野など技術革新が著しい分野において行われることが多い。

第二節 標準の種類

第一項 標準の作成組織による分類

標準はいくつかの側面から分類することができる。一つの分類の仕方として、標準を作成する標準化機関の地理的、政治上あるいは経済上の水準から見れば、以下のように5つのタイプに分類することができる。①国際標準；②地域標準；③国家標準；④団体標準；⑤社内標準である。

①国際標準とは、ISO や IEC 及び ITU (International Telecommunication Union；国際電気通信連合)¹⁰⁵等のよう世界的な公的標準化機関で合意されたものである。ISO が電気・電子・通信分野を除く幅広い分野の国際規格を制定しており、IEC は電気・電子分野の国際規格を、ITU は通信分野、放送・情報技術分野の国際規格を制定している。WTO/TBT 委員会において、国際標準の制定プロセスにあたっては、a) 透明性——規格案の早い段階からの通知、作業計画の開示等、b) 開放性——世界各国からの自由な参加等、c) 公平性——コンセンサスに基づく決定等、d) 効率性・市場適合性——特定の市場が有利にならないことの確保、各国の規制体系への適応性及び性能規

¹⁰⁰ 標準化に伴うパテントプールガイドライン第 1。全文は公正取引委員会ホームページ <http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/patent.html>(最終アクセス日：2015 年 3 月 14 日)にて閲覧可能。

¹⁰¹ 標準活動の内容に標準とすべき技術の開発・実証試験、及び策定した標準の見直しと改定・破棄・補助的文書の作成から構成されている活動のことをいう。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、独禁法と特許法の交錯』(商事法務、2010 年 8 月 31 日) 9 頁参照。

¹⁰² 標準に準拠しているかどうかを評価する活動(適合性評価)、適合性を対外的に開示する行為、適合性を文書で保証する行為から成り立つ活動を指す。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、独禁法と特許法の交錯』(商事法務、2010 年 8 月 31 日) 9 頁参照。

¹⁰³ 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、独禁法と特許法の交錯』(商事法務、2010 年 8 月 31 日) 9 頁。

¹⁰⁴ 例えば、後述するデファクト標準については、基本的に一企業が主体としている。

¹⁰⁵ ISO/IEC が非営利法人であるのに対して、ITU は、国際連合の一機関であり、その目的は電気通信の改善と合理的利用のため国際協力を増進し、電気通信業務の能率増進、利用増大と普及のため、技術的手段の発達と能率的運用の促進にある。加盟国数は 190 か国(2006 年 3 月現在)で、本部をスイスのジュネーブにおいている。ITU において、標準化活動を行うのは原則として国際電気連合標準化部門 (ITU Telecommunication Standardization Bureau-ITU-T) であり、電波に関わる事項(放送、移動体通信等)を国際電気通信連合無線通信部門 (ITU Radio Communication Bureau-ITU-R) が担当することになっている。HP : <http://www.itu.int/en/Pages/default.aspx> (最終アクセス日：2015 年 2 月 18 日)。

格の重視等、e) 一貫性——重複の回避等、f) 途上国への配慮——標準化機関や先進国による必要な技術協力等、などの条件を満たすべきであると合意されている。また、WTO 協定の一部である TBT 協定（貿易の技術的障害に関する協定）¹⁰⁶により、加盟国は、強制規格、任意規格、適合性評価手続を必要とする場合において、関連する国際規格又はその関連部分をその基礎として用いなければならないと定めている。

そして、②地域標準とは、地域的な標準化機関又は団体で作成される標準である¹⁰⁷。代表的な地域標準化機関として、電気・通信分野を除くあらゆる分野の欧州規格を策定する CEN（the European Committee for Standardization；欧州標準委員会）、電気・電子分野における欧州規格を策定する CENELEC（the European Committee for Electrotechnical Standardization；欧州電気標準化委員会）、及び通信分野・放送情報技術を中心とした欧州規格を策定する ETSI（The European Telecommunications Standards Institute；欧州電気通信規格協会）等が挙げられる。

③国家標準は、国家標準化機関が制定する規格である。日本の場合、JISC（日本工業標準調査会）が作成している JIS が代表例である。英国においては、BS(British Standards；英国工業規格)、ドイツにおいては DIN（Deutsches Institut für Normung；ドイツ規格協会規格）がある。米国においては、ASTM（the American Society for Testing and Materials；米国機械学会）、IEEE（the Institute of Electrical and Electronics Engineers；電気・電子技術者協会）等の任意規格を開発する団体のうち ANSI（American National Standards Institute；米国規格協会）により認定された規格開発団体が提出する規格を ANS（米国国家規格）として指定されている。フランスにおいては、国家規格の一部が AFNOR（Association Française de Normalisation；フランス国家規格協会）により制定され、残りはフランス政府によって認定されたフランスの標準化団体が作成している。中国では国家規格が国内標準のうち最上位に位置づけられ、SAC（The Standardization Administration of the People's Republic of China；中国標準化管理委員会）が全国範囲で統一しなければならない技術要求を対象とし、審査・許可・番号指定・公布している¹⁰⁸。

④団体標準は、日本鉄鋼連盟、日本電子機械工業会、日本電子振興協会のような事業者団体や、電気学会のような学会等で作成される標準を言う。

⑤社内標準は、会社、工場などで、材料、部品、製品、組織、あるいは購買、製造検査、管理等の仕事に適用することを目的としているものであり、社内の技術を標準化し、固有技術を蓄積して効果的な活用を図ること、さらに、社内の業務運営を定め、作業方法を統一し、結果のばらつきを低減すること等を通じて、業務の合理化・効率化を図ることができるなどの効果が期待できる¹⁰⁹。例えば、日産自動車には NES

¹⁰⁶ 協定 2.4 条、5.4 条等。協定の日本語版は、経済産業省のホームページ：

http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto_agreements/marrakech/html/wto06m.html#01にて閲覧可能。

¹⁰⁷ 地域標準については、欧州のみが制定されているという。日本にはこういった標準がない。和久井理子「技術標準化と独禁法」、山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）14頁。

¹⁰⁸ 日本工業規格調査会 http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf の 10-11 頁参照。

¹⁰⁹ 日本工業規格調査会 http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf の 11 頁。

(Nissan Engineering Standard)、松下電器には MIS (Matsushita Industrial Standard) という規格がある。

前記のように、標準について、適用の地理的範囲によって規定するという地域階層的な意味が強かったが、1995年発効した WTO/TBT 協定 (World Trade Organization/Technical Barriers to Trade, 貿易の技術的障害に関する協定) に加盟することにより、この地域階層の意味は薄くなってきた。具体的には、TBT 協定は加盟国に対し、国際貿易に不必要な障害をもたらすことのないように、国際標準と国内標準の整合性も求められて、加盟国が強制規格又は任意規格を策定するに当たり、国際規格を基礎とすることを義務付けているからである¹¹⁰。

第二項 標準の作成プロセスによる分類

標準は、その成立過程により、デジュール標準 (de jure standard ; 公的標準)、デファクト標準 (de facto standard ; 事実上の標準)、コンソーシアム型標準¹¹¹という3つの類型に分類することもできる。しかし、文献の多くは策定主導者の性格は公であ

¹¹⁰ 当該義務 (TBT 協定第2条4項: 「加盟国は、強制規格を必要とする場合において、関連する国際規格が存在するとき又はその仕上がりが目前であるときは、当該国際規格又はその関連部分を強制規格の基礎として用いる。ただし、気候上の又は地理的な基本的要因、基本的な技術上の問題等の理由により、当該国際規格又はその関連部分が、追求される正当な目的を達成する方法として効果的でなく又は適当でない場合は、この限りでない。」) の他には、TBT 協定は加盟国に対して、次のような義務も課している。①加盟国は、国際貿易に対する不必要な障害をもたらすことを目的としては又はこれらをもたらす結果となるように技術規制を行ってはならない。また、技術規制を行うにあたっては、人の健康若しくは安全の保護や国家の安全保障上の必要等正当な目的が達成できないことによって生ずる危険性を考慮した上で、正当な目的を達成のために必要である以上に貿易制限的であってはならないものとする (2条2項) ; ②加盟国は技術規制を行うにあたり内国民待遇を行う (2条1項) ; ③他の加盟国の貿易に著しい影響を及ぼすおそれのある技術規制を行おうとする加盟国は、他の加盟国の要請があれば技術規制の正当性について説明する。正当な目的のため行われ、かつ、関連する国際規格に適合している場合には、当該強制企画については、国際貿易に対する不必要な障害をもたらさないとの推定を行う (2条5項) ; ④関連する国際規格が存在しない場合や国際規格に適合しない技術規制を制定する場合、当該強制規格案を修正すること及び意見を考慮することが WTO 事務局を通じて他の加盟国に通報する (2条9項2号) ; ⑤他の加盟国から要請があれば、さらに詳しい情報を提供し、国際規格と実質的に異なる部分を明示する (2条9項3号) ; ⑥書面による意見提出のための適当な期間を他の加盟国に非差別的に与えるものとし、書面による意見を討議し、考慮する (2条9項4号) ; ⑦加盟国は、中央政府標準化機関が任意規格の立案、制定及び適用を行うにあたり、適正実施基準を受け入れ遵守することを確保する (4条1項)。

(http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/wto_agreements/marrakech/html/wto06m.html#02 (最終アクセス日: 2015年2月17日))。

¹¹¹ コンソーシアム型標準はフォーラム標準とも呼ばれているが、両者を区別して定義する文献もある。例えば、日本工業規格調査会 http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf (最終アクセス日: 2015年2月17日) は、前者は「技術の開発を他者と共同で行い、それによって生み出した技術による製品によって、同様の目的で形成された競合する企業連合と、市場競争において勝利することを目指した企業連合」であり、後者は「ある特定の標準の策定に関心のある企業」であるとしている。郵政省『情報通信技術のグローバル化に関する研究会報告書』(1998) は、「特定方式を推す企業連合」をコンソーシアム、「特定技術分野の標準化のために、任意で形成された標準化組織」をフォーラムとしていた。公正取引委員会「技術標準と競争政策に関する研究会報告書」(2000) によれば、コンソーシアムは「標準技術となるべき技術の開発を他者と共同で行うもの」とし、フォーラムを「規格間競争を想定せず、業界の有力企業が集まった連合」としている。このように、両標準を制定する主導者たる対象企業が多少異なっているように見える。もっとも、両者の区別を明確にすることができなく、できるとしても分ける意味がないという見解もある。江藤学「知的財産と標準化」知的財産5巻59号31頁(2007)、山田肇「電機・通信・情報産業における標準づくり」渡部福太郎・中北徹編『世界標準の形成と戦略』(日本国際問題研究所、2001) 137-153頁、山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略(第2版)』(白桃書房、2008) 21頁。本稿においては、両者を区別せず検討する。

るかどうかによって公的標準と事実上の標準とに分類している¹¹²。また、三者はそれぞれ完全に独立して存在する概念ではなく、コンソーシアム型標準には、標準の形成とその技術の利用が特定企業に限定されているデファクト標準のケースもあり、公的標準化機関によって設定され標準の形成とその技術の利用がオープンな形で行われるデジュール型標準のケースもある。共通の特徴は企業間の協力が標準の形成と利用に必要である点である¹¹³。

デジュール標準とは、JIS/ISO/IEC/ITU/のような公的な標準化機関が認証した標準のことをいう¹¹⁴。公的標準は、政府機関や公的性格を有する民間団体が認証する標準であるため、前記地域的な分類法による標準等は公的認証がなされれば、公的標準にあたる。もっとも、競争上の問題があるかどうかと考える際には、公的標準であれば競争上の問題は起こらない、あるいは常に社会に有益である等の判断を下すのは避けられるべきである。デジュール標準は、標準内容やメンバーシップが明確でオープンであるため、その制定や改訂の手続きが比較的明確であり、利用者にとっては標準化メリットを共有することができるというメリットがある¹¹⁵。しかし、デジュール標準は、技術進歩とのトレードオフが問題となる。すなわち、あまりに早く標準化を規定してしまうと、陳腐化した技術をベースに商品化が行われることになり、技術の進歩に伴う便益をユーザーが享受できないことがある。その反対に、標準化がなされず、また遅れている状況においては、市場に複数の規格の製品が出て混乱し、また製品普及のスピードが遅くなるという問題もある¹¹⁶。

上記の理由から、デジュール標準に対して、公的標準化機関の認証の有無に関わらず、市場で大勢を占め、「事実上の標準として機能している規格」¹¹⁷、すなわち、デファクト標準が多数現れるようになった。デファクト標準の長所として、迅速な標準化が可能、標準化と製品化の同時進行、開発者の市場獲得に有利、開発者にロイヤリティといった収入があるといった点が挙げられている。もっとも、デジュール標準の情報公開と違い、デファクト標準における情報や、制定・改訂の手続きが比較的不透明という問題がある。デジュール標準と比較すると、デファクト標準は標準導入期の市場シェアや有力企業の参画の有無等が重要であり、最終的にはユーザーの選択によって形成される標準である。なお、同一分野においては、多数のデファクト標準が現れ¹¹⁸、互いに競い合っている。

¹¹² なお、このような分類は形式的なものであって、競争上の問題を検討するにあたっては、限界がある。和久井論文、著書 8 頁。加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009 年 12 月）99 頁。山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第 2 版）』（白桃書房、2008）13-14 頁。

¹¹³ 競争政策研究センター「技術標準と競争政策-コンソーシアム型技術標準に焦点を当てて」2005 年 10 月、<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0405.pdf>（最終アクセス日：2015 年 3 月 16 日）にて閲覧可能。

¹¹⁴ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第 2 版）』（白桃書房、2008）14 頁。

¹¹⁵ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第 2 版）』（白桃書房、2008）16 頁。

¹¹⁶ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第 2 版）』（白桃書房、2008）16 頁。

¹¹⁷ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第 2 版）』（白桃書房、2008）15 頁。

¹¹⁸ 実際に機能しているデファクト標準の例は多数あり、例えば、家庭用ビデオにおける VHS、パソコン向け OS における Windows、インターネット上の通信プロトコルにおける TCP/IP などがある。

前記 2 つの標準の他には、複数の企業間の合意によって事実上の標準となるコンソーシアム型標準もある。この標準はデジュールとデファクトの両標準とは異なるが、両標準の特性を併せ持つ新たな標準である¹¹⁹。近年では、1 社では決められず、企業間の連携が必要となってきたことや、デファクト標準の獲得における負け陣営の背負う損失の拡大リスクを抑えたいこと、他社より遅く上市した際に致命的な損失を招くことを避けたいというような背景の下で、コンソーシアム型標準が増えてきた¹²⁰。代表的なものとして、ECMA (the European Carton Makers Association ; 欧州コンピューター工業会)、DVD フォーラムが挙げられる。しかし、デファクト標準と違い、コンソーシアム型標準は、市場競争を経ることなく、企業間の話し合いで標準を決めるため、「用途なき標準」を産み出す可能性があり、前もって決まった規格の価格をユーザーが受け入れるかどうか未定であるというような指摘もある¹²¹。

第三項 標準の内容による分類¹²²

標準の内容からの分類仕方は、①用語、記号、単位等を規定した基本規格、②試験、分析、検査及び測定方法、作業方法等を規定した方法規格、③製品の形状、寸法、材質、成分、品質、性能、耐久性、安全性、機能等を規定した製品規格に分けることもできる。

第四項 その他の分類

ほかには、標準の互換性の有無からインターフェース/互換性標準とクオリティ標準との分類や、設定時期によって事前的標準及び事後的標準があるほか、アクセス可能性から専有型標準とオープン型標準との分類法もある¹²³。

第三章 標準化の効果及びその限界

前述したように、標準及び標準化は最終的に、健康や安全性を守るという消費者保護と、ネットワーク外部性や規模の経済を保つという消費者の利便性を考えて策定されたものである。企業から見ても、規格の統一により、情報の入手が可能であれば、標準に沿った製品のマニュアル化によって生産効率の向上に寄与することができる。また、企業側は品質管理に要されるコストを削減することも繋がる。一方、標準及び標準化による便益はあらゆる者を満足させることができないことや、製品の多様性を減少させる可能性があるなど限界もある。

第一節 標準化の効果¹²⁴

¹¹⁹ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）21頁。

¹²⁰ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）21-24頁参照。

¹²¹ 山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）24頁参照。

¹²² 以下 http://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_1syoun.pdf 参照。

¹²³ 詳細は土井教之『技術標準と競争——企業戦略と公共政策』（日本経済評論社、2001年）3-8頁を参照した。

¹²⁴ 標準化の効果に関しては、主として土井教之『技術標準と競争——企業戦略と公共政策』（日本経済評論社、2001年）151-154頁を参照した。なお、これらメリットの多くは技術に関する標準と関わりがある。一方、企業が経営活動を行う際に、必ず制定しなければならない経営管理に関わる標準は制定されることで、担当部門における責任と権限を明確にし、仕事を行う人の作業手順や作業内容の違いから生ずる処理結果の相違を防ぎ、業務の判定を必要とする仕事の能率が向上し、生産性の向上、経営の

標準化の効果として、情報伝達を迅速化・高精度化すること、生産費用を削減すること、ネットワーク外部性による効果、消費者利便性を向上させるという4点¹²⁵にまとめることができる。そのうち、本稿の論点となる経済的效果につき、1980年代後半以降、世界の経済活動のグローバル化やネットワーク型の情報通信技術の普及などを背景として、理論的・実証的な調査研究が活発化していた¹²⁶。

第一項 情報伝達の迅速化・高精度化

1つの製品に多数の規格が並存した場合、利用者はその中から1つの規格を選択するために、それらの規格を比較する必要がある。その比較作業には各規格の情報を収集し、価値を評価するためには、なんらかの努力やコストが必要とされる。また、異なる規格の製品を使用するとき、その相異を克服するために転換費用も必要となる。ところが、製品のサイズ・容量、性能・成分などの品質に関する標準があれば、複数規格の並存による利用者情報を収集・分析する努力・費用が軽減され、利便性も高められ、過剰な製品バラエティ問題も改善される。情報収集機能のほかには、標準を利用した製品・サービスの品質を保証する機能も有する。

第二項 生産費用の削減¹²⁷

1つの技術が利用される頻度が高くなれば、生産者に学習効果が働き、製品・サービスの質的向上が期待される。社内的には、例えば、多くの工場が実施している製造ラインにおける職能工の活用による多種製品の同時生産は、この標準化活動の賜物と言える。複雑な組み立て産業であればあるほど、ネジやばねなど、標準化することで部品点数を削減できる可能性は高く、それがコストダウンに繋がるのである。

業界で一致して部品や原材料、製造設備の標準化を行うなど、業界全体で標準化を

合理化を実現することができる。経営管理に関する標準は多くの場合、企業内にとどまっていたが、工業化が進み、工場や建設現場等での作業管理が制度化される中で業界標準、国家標準等が制定されるに至り、近年、市場のグローバル化の進展に応じてISO9000、ISO14000、PMBOK等の国際標準が策定されるに至っている。安田賢憲「戦略的手段としての標準化—デファクト標準、デジュリ標準からコンセンサス標準へ」注6、東京富士大学『特集 グローバルスタンダードへの対応と挑戦』2009年3月。

¹²⁵ 標準化の効果をより詳細に、①安全・安定した製品品質および性能の確保、②信頼性の向上、③生産性の向上および原価低減、④互換性の確保、⑤同一技術への重複投資の回避、⑥試験・評価方法の統一、⑦補修時のサービスの向上、⑧要員技術水準の増進、⑨教育・訓練の効率化、⑩ノウハウ等の蓄積および伝承の効率性の増大、⑪環境負荷の軽減、⑫貿易の促進、等にまとめる文献もある。財産法人日本規格協会「標準化教育プログラム開発教材第二章」2009年。

https://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_2syou.pdfにて閲覧可能。安田賢憲「戦略的手段としての標準化—デファクト標準、デジュリ標準からコンセンサス標準へ」『特集 グローバルスタンダードへの対応と挑戦』2009年3月、東京富士大学。

¹²⁶ 標準化に関する調査研究は、①標準化が行われる背景にある経済合理性の説明を試みるもの、②標準化活動が及ぼす国際貿易の促進効果を評価するもの、③標準化による経済成長や生産性向上へのインパクトに関する研究、④標準化のイノベーションとの関係に関する研究など、多様な内容を含んでいる。財産法人日本規格協会「標準化教育プログラム開発教材第2章」2009年。

https://www.jisc.go.jp/policy/hyoujunka_text/text_2syou.pdfにて閲覧可能。

¹²⁷ 標準化のコストダウン効果については、標準化団体を中心に様々な分析が進められていた。まずISOでは、1970年代後半に標準化の便益を広く一般に知らしめるためのプロジェクトが開始され、過去の17の文献を整理し1982年にその報告が纏められた（ISO 1982）この中では、標準化によって得られるコストダウン効果を「標準化収入」、標準化活動に必要なコストを「標準化コスト」と定義し、その両者を比較することで標準化の便益を定量的に示すアプローチが見られる。また、2000年にドイツのDINが発表した「標準化の経済的利益」という報告書も企業にとっての標準化のメリットを様々な観点から報告しているが、その大半は製造・販売・研究開発活動において標準がコストダウンに役立つというものであった。さらに国連工業開発機関（UNIDO）が中小企業向けに配布した報告（UNIDO 2006）においても、標準がメーカーに与える利益として、製造プロセスの合理化、材料や労働力の節約、原料・完成製品の品目削減、製造原価の低下の四点を指摘しており、標準のコストダウン効果に注目している。財産法人日本規格協会「標準化教育プログラム開発教材（第2章）」2009年、29頁。

行えば、市場の拡大による価格競争効果により調達における更なるコストダウンが期待でき、開発費用を各社が分担することとなり、さらに業界全体が当該標準化製品を使うことを合意すれば、この領域における差別化競争が必要なくなるため、継続的な技術開発コストの低減にも繋がると考えられる。さらに業界で標準化を合意すれば、その部分について異なった製品を製造する必要がなくなるため、製品種類の削減によるコストダウンも実現できる¹²⁸。

また、標準規格への適合性を評価し証明する認証を活用することにより、保証されている部品・材料を入手することにより、受け入れ検査等のコストを削減することが可能となる。元々製品の高品質化や安全確保には上限というものがいないため、この部分が競争領域となると、企業にとっては大きなコストアップ要因となるのである。そこで標準規格を活用し、標準規格の要求事項を満たしていることをもって、必要な品質や安全を確保していることを証明し、必要以上のコストをかけないで済むようにしているのである。

第三項 ネットワーク効果

ネットワーク効果は、ネットワーク外部性（network externalities）による需要面における規模の経済性のことを言う¹²⁹。ネットワーク外部性は、ネットワーク接続により直接的に便益が発生するケース（電話加入者数、新たな FAX 機の追加導入等）の他に、ネットワークに伴う周辺市場（ネットワークで利用可能なソフトウェアの存在等）からの間接的なネットワーク外部性も存在している。標準化におけるネットワーク外部性が働けば、「標準が広く社会に受け入れられ普及すると、革新的な新技術が生まれるまで容易に新たな技術標準には移行し難い現象」¹³⁰という動きが生じる。

ネットワークを構成する産業は、古くは鉄道業から始まったが、近年では、情報通信技術分野が注目される。例えば、家庭用ビデオ¹³¹の場合、当初はネットワーク外部性が存在しないため、市場は分割され、VHS と Beta 方式¹³²がシェアを高めていた。

しかし、ある程度普及が進むと、ビデオテープの貸し借りが始まり、それがレンタル

¹²⁸ 例えば、NTT がリードした光コネクタの標準化には、交換機メーカーも参加していたが、彼らのメリットの一つはコネクタ部分が標準化されることで、その部分における製品バラエティが不要となることであった。財産法人日本規格協会「標準化教育プログラム開発教材（第2章）」2009年、28-29頁。

¹²⁹ 財産法人日本規格協会「標準化教育プログラム開発教材（第2章）」2009年、26頁。

¹³⁰ 加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）98頁。

¹³¹ 家庭用ビデオは、1975年にBeta方式、1976年にVHS方式という異なる二つの方式が発売されて以降、多くの企業を巻き込んだ激しい規格競争が繰り広げられた製品である。Beta方式はVHS方式に比べて画像品質などの面で優れていると言われていたにもかかわらず、結果的にはVHS方式が圧倒的なマーケットシェアを占めるに至っている。両規格間の競争経緯についての詳しい分析は井庭崇博士論文『社会・経済シミュレーションの基盤構築：複雑系と進化の理論に向けて』2003年、第8章（第140頁）を参照したい。<http://web.sfc.keio.ac.jp/~iba/research/doctor.html>にて閲覧可能。

¹³² VHS（Video Home System）とは、日本ビクターが開発した、民生用ビデオテープレコーダの映像記録方式。Beta規格の代名詞とも言える「ベータマックス」という名称はソニーの商標として登録されており、東芝、三洋電機、アイワ、日本電気（NEC）、ゼネラル、パイオニア等が参入した時点でシステム全体の名称は「ベータ方式」「ベータフォーマット」等とされていた。VHSとの激しい市場競争（ビデオ戦争）の中でBeta hi-fiでは音声FM記録による音質向上を図り、Hi-BandではFMキャリアを高周波数化することによる解像度向上を図った。カメラ一体型VTR、メタルテープ使用の超高画質規格であるED-Beta規格といった新技術をVHS陣営に先駆けて投入したが、どれも決定的な差別化とはならなかった。しかし後の熾烈な販売競争でVTRの世帯普及率が高まる中ではシェアを拡大できず、2002年に規格主幹のソニーも生産を終了し、市場から姿を消した。岩本敏裕「VTR産業の生成—コア・テクノロジーに焦点を当てた日本の競争優位—」『立命館経営学』第45巻第5号、2007年1月、125頁。

ビデオとしてビジネス化するに至って、ビデオカセットフォーマットにネットワーク外部性が発生した。その結果、シェアで優位にあった VHS 方式に市場全体が大きく傾くことになったのである。

標準を利用した製品の購入者に対して、製品が標準化されていることで品質や安全性、それに長期安定供給に対する安心感を持つことであり、購入者が一般消費者の場合、その製品が主流になるというメジャー感も市場拡大の大きな牽引力となる。製品の供給側にとっても、前述したように、製品が標準化されていることで技術の公開や製品種別の減少による技術的参入バリアが低下することと、製品の主流化による市場失敗リスクの低減が実現され、業界全体において規模の経済性を期待することができる。また、ネットワーク外部性の本質はインターフェースにある¹³³ため、インターフェース標準の整備によって、新しい市場を開拓することが可能になる。

インスタント・メッセージ用ソフトのように、多くのインフォメーション製品及び技術もネットワーク効果がある。また、ネットワーク効果には、コミュニケーションマーケットに現れる「直接的ネットワーク効果」とシステムマーケットに現れる「間接的ネットワーク効果」とがある¹³⁴。

(1) 直接的ネットワーク効果

直接的ネットワーク効果は、ユーザー間の直接的なコミュニケーションの増加によるものであり、ファックスや e-mail の普及、ルータでつながれた IP 網の普及などがその例¹³⁵である。それほど「技術的」ではない例として、言語や電子商の Amazon がある¹³⁶。この場合、ユーザーが増えれば増えるほど、その商品の効用が高まる。その結果、ユーザーがそのネットワークに参加することで直接的に高まる。同時に、新しいユーザーが当該ネットワークに参加するインセンティブも増加する。

(2) 間接的ネットワーク効果

システム市場において、商品は異なる部品（例えば、ハードウェアとアプリケーション）の組み合わせによって構成され、そこで自然的に間接的ネットワーク効果が生じる。部品等の補完財（complementary goods）や互換性のある部分の供給が増えれば、その商品を利用するユーザーが増加する。パソコンの OS（Operating System）やビデオゲーム機、DVD プレイヤーなどがその例¹³⁷である。この場合、その財のユーザーが増えると、それぞれの補完財であるアプリケーションソフト、ゲームソフト、ビデオソフト、DVD 作品の供給が増え、ユーザーの効用が増加する¹³⁸。

第二節 標準化の限界¹³⁹

標準化は、前記のように能率増進及び経済性の向上といった効果がある一方、標準化

¹³³ 土井教之『技術標準と競争——企業戦略と公共政策』（日本経済評論社、2001年）153頁。

¹³⁴ 以下定義は Paul Belleflamme and BelgiumMartin Peitz,(2010) *Industrial Organization Markets and Strategies*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, pp.549 以降を参照した。

¹³⁵ 競争政策研究センター共同研究、「ネットワーク外部性の経済分析～外部性下での競争政策についての一案～」(2003年9月)。

¹³⁶ Paul Belleflamme and BelgiumMartin Peitz,(2010) *Industrial Organization Markets and Strategies*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, pp.550.

¹³⁷ Paul Belleflamme and BelgiumMartin Peitz,(2010) *Industrial Organization Markets and Strategies*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, pp.550.

¹³⁸ 競争政策研究センター共同研究、「ネットワーク外部性の経済分析～外部性下での競争政策についての一案～」(2003年9月)。

¹³⁹ 第二節は和久井理子『技術標準をめぐる法システム——企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）2-5頁を参考した。

はあらゆる者を満足させることができないことがある。例えば、採用された標準が自社の方針・方向に合致しないこと、一定の技術が標準になったことで新たに投資や仕様変更などを行わなければならないこと、しかも負担された費用が長期的に回収できないことでコストが経済性を上回ることもあり得る。一方、標準規格策定の参加者¹⁴⁰に対しても、自社技術が標準化によって必ずしも利益の増大に直結するわけではない。ネットワーク外部性の効果による市場の拡大は標準規格製品全体の市場が拡大することである以上、多くの場合には、標準化により参入者が増加することになる。その結果、製品は製造技術の工夫による激しい価格競争にさらされることになり、自社の製品シェアが下がれば、自社の利益は伸びず、シェアを維持しても利益が減少する可能性さえある。

また、ある技術から他の技術に転換するための転換費用が高額になる場合、利用者は自己の選択した技術に巻き込まれる傾向が生じる。このとき、規格ごとに異なる補完的製品を必要とするならば、利用者は一度ある規格の製品を選択すると、その規格によってロックインされ、その製品のアフターマーケットにおいてはその製品と適合する付帯品を購入せざるを得なくなり、結果として市場支配力が発生する可能性がある¹⁴¹。ロックイン効果は、標準化により市場が拡大し、その占有率が高まれば高まるほど、また、その製品の利用方法の習得に係る学習コストが大きいほど、その製品のロックイン効果が高くなる。その結果、新技術の導入に当たっては障害となるため、先進的でイノベティブな製造業者、先進的ユーザーともに、デメリットになる可能性がある。標準によるロックイン効果の障害についてよく挙げられる例として、QWERTY キーボードの例である。QWERTY キーボードは 1870 年頃から利用されており、タイプライターが技術的に発展する過程で様々な配列のものが市場に出たが、1893 年頃にタイプライターの特許を多く持っていたタイプライタートラスト社が傘下の 5 社のキーボードを統一したために、他社もそれに追従し、現在の QWERTY キーボードがデファクト標準化されたといわれている¹⁴²。このため英文入力に最適化されているというわけではなく、その後もドボラック配列などの効率の良いキーボードが開発されたにもかかわらず、一旦 QWERTY キーボード配列によってタイピングを学習した人の移行コストが大きすぎ、現代においても QWERTY キーボードが継続的に使われている。

標準化によって製品の過剰なバラエティを軽減する一方、利用者も消費者も選択の幅が狭まることになり、ひいてはバラエティを過少にする問題を誘引する可能性もある¹⁴³。また、デファクト標準を除き、多くの標準は人為的にその内容を決めるため、社会や市場が求められる技術が採用されない可能性がある。最後に、標準化が技術開発の進歩状況より早すぎると、標準は技術進歩を反映せず、ひいては技術進歩を阻害する恐れがある。

第四章 技術標準及び標準化活動と独占禁止法

¹⁴⁰ 製品を生産する参加者のことをいい、開発専業の参加者は製品を生産しないため、標準規格を利用した製品面での競争が殆どないと思われる。

¹⁴¹ 前述した標準の分類には、クオリティ標準という類型があり、このようなロックイン効果による市場支配力発生の問題はクオリティ標準には発生しない。それはクオリティ標準には補完財を必要としないからである。クオリティ標準形成の結果、複数の規格が並存・競合することもあって、この場合はむしろ規格の数は新製品開発ないし技術革新を反映しているともいえる。

¹⁴² 安岡孝一など『キーボード配列 QWERTY の謎』 NTT 出版、2008 年 3 月。

¹⁴³ もっとも、製品バラエティが過少化することは、分野ごとによって逆になる可能性もある。例えば、コンピューターによるデザイン自動化や NC 工作機械に対する標準は機動的な製造方法を可能にする結果、企業は規模の経済性を損なうことなく製品バラエティを増大することができる。

近年、技術が進化して複雑化するに伴い、一つの製品の中に多くの技術、多くの特許が含まれるようになった。それらの技術がシステムとして用いられることが多くなっていくにつれ、個別の技術要素の相互連携を図り、システムとしての高機能化を図ることが必要になっている。さらに技術やその製品のネットワーク外部性による効果が高まってきているため、技術標準が重要になってきている。企業も、技術標準化活動に巻き込もうとするインセンティブがある。企業は、自己の開発技術が標準として普及した場合には、ネットワーク外部性効果を利用して、自社技術による市場の囲い込みを図れるというメリットが想定することができる。そこで、他企業に対して、自己の技術を利用した製品をいち早く市場に投入して関連市場において市場シェアや有利な地位を確保するという先行利益を享受することができることを意味している¹⁴⁴。また、自己の開発技術が反映された技術標準においては、開発成果物である特許権が自動的に必須特許を形成することが多いため、企業はこのような必須特許を活用したロイヤリティ収入¹⁴⁵をも期待することができる¹⁴⁶。そこで、企業は自社技術を標準に巻き込むように活動している姿がよく見られる。

ところが、これら標準化活動は、独占禁止法ないし競争政策の観点から一連の問題が生じうる。例えば、標準化活動における企業間の協力は標準化を円滑に行うために欠かせないものであると同時に、やり方次第で、企業間の競争を制限・阻害する可能性がある。また、標準化しようとする技術を選別・採用する過程において、単独の企業が独立して行う場合であれば、原則として競争上の問題はないものの、複数の企業が共同して行う場合には問題が生じうる。なお、標準化活動は法令や政府が設定した制度の下で行われ、また政府機関が関与して行われることが多い。このように、純粹かつ私的な企業活動ではなく、社会公共的目的も有するような標準化活動に対して競争政策はいかなる評価を行うべきか、という点も問題になる。

第一節 デジタル標準に関わる手続濫用と独占禁止法

¹⁴⁴ 加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）98頁。ところが、企業が自己の技術を標準（主としてデファクト標準の場合を指す）として普及したことは必ずしも利益を上げることに繋がるわけでもない。実際、日本企業において自らの技術、特許を活用しつつ多くの技術標準の策定に関与・参加していても、その技術標準を用いて、海外市場での競争に勝ち抜いた例は少なく、単に海外に技術を開放する結果となっていることがある。DRAMメモリー、液晶パネル、DVDプレーヤー、カーナビなどがそれ例として挙げられる。企業がデファクト標準を獲得しても利益が挙げにくくなる理由は以下の4つがある。①製品販売開始時に比較的高めの価格設定をして利益を得るといえるものであるが、標準獲得には導入期のシェアが重要であるため、スキミング・プライス政策が採りにくくなった。②デファクト標準を獲得して、そこから利益を上げようとしても、次世代規格への代替が急速であり、収益が上げにくいである。この現象はとりわけハイテク産業において顕著である。③標準普及のためにはロイヤリティを安くする必要がある。しかし、標準普及後におけるロイヤリティによる収益は見込みにくい。④市場は常にオープンソース規格を歓迎している。近時グーグルが開発したアンドロイドOSはそれにあたる。大洞秀二等「ハイテク産業の技術標準をめぐる競争政策上の課題」15頁、山田英夫『デファクト・スタンダードの競争戦略（第2版）』（白桃書房、2008）、小川紘一『国際標準化と事業戦略』（白桃書房、2009年）5頁参照。

¹⁴⁵ 従来、技術標準を実施するにあたって必須の特許は、無償若しくは安価なロイヤリティで許諾されるのが通常であったが、現代は知的財産権重視の考え方で知的財産を企業戦略の一環として用いられる結果、有償とするのが通常であるようになってきた。加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）99頁、長岡貞男等「技術標準と競争政策：コンソーシアム型技術標準に焦点を当てて」（競争政策研究センター共同研究、2005）参照。

¹⁴⁶ 加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）99頁。

強制規格の策定プロセスは、法律によって、政府により行われる又は政府が主導して企業らの協力を得て行われている。企業は自己に有利になるように技術標準を定めさせれば、当該企業は競争上、他者に対して有利な立場に立つことになると考えられる。ひいてはかかる標準の遵守は任意ではなく、強制されるものであれば、当該企業は競争者を排除し、競争上有利に立ち、競争を阻害・制限する可能性はより高くなる。例えば、企業は政府関係者に事実と一致しない情報を提供することや利益を供与することを通じて技術標準策定を歪曲する行為や、自己に有利にするために情報を秘匿して標準策定過程を操作する行為などが典型的である。このような企業戦略は、比較的労力がかからず、成功すれば他者を排除する効果が大きい¹⁴⁷。なお、このような行為は複数の企業が共同して行うだけでなく、一企業でも採り得る戦略である。この種の行為は、社会的経済的に影響力を有する標準化機関が行えば、競争を阻害・制限する効果も高くなるだろう。

この種の行為に対する法規制として、すでに刑法、行政手続法、民法（不正行為）等がある。例えば、収賄などの不当な手段を通じて政治過程を私的利益の観点から歪曲する行為に対して、刑法上の諸規定が適用される。行政手続法には、政府の違法な処分に対して救済を求めることができる。独占禁止法による規制は、これらの法制度を補完することになる。

第一項 米国反トラスト法による規制

公的標準設定手続の濫用や、その結果を利用した排除は、シャーマン法第2条によって規制されてうる。複数の事業者によるものであれば、シャーマン法1条でも適用されうる。また、シャーマン法違反の予防的・補完的規制であるFTC法の第5条にも適用されうる。ところが、「州行為の法理」や「ノアペニントン法理」によって、対象となる行為が実質的に競争を制限することになっても、連邦法である反トラスト法に適用されないことがある。以下それぞれ検討する。

(1) 州行為の法理

米国においては法制度上の二重構造の関係で、連邦法たる反トラスト法は州行為を規制することができない、これを「州行為の法理（State Action Doctrine）」という。州行為の原則は法令上の定めがなく、主として私人による訴訟によって判例法が形成されてきた。

この原則は1943年のParker事件¹⁴⁸によって確立され、Parker理論（Parker Immunity Doctrine）とも呼ばれる。Parker事件においては、1933年の農業割当法（California Agricultural Act）によって州の指定機関が販売時期・相手・経路・価格等が制限されていたレーズンの販売割当計画がシャーマン法に違反するか否かが争われていた。裁判所は、シャーマン法制定時の連邦議会は州の行為にシャーマン

¹⁴⁷ Susan A. Creighton, D. Bruce Hoffman, Thomas G. Krattenmaker & Ernest A. Nagata, Cheap Exclusion, 72 ANTITRUST L.J. 975, 977-87, 990-92 (2005). Available at https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/cheap-exclusion/050425cheapexclusion.pdf (Last visited 2015/6/14). TC, "Report of the State Action Task Force", available at <https://www.ftc.gov/policy/policy-actions/advocacy-filings/2003/09/report-state-action-task-force> (last visited 2015/6/15).

¹⁴⁸ Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943).

法を適用する意図を有しておらず、政府の行為として州が起こした反競争的な制限には、シャーマン法は適用されないと判示した。その理由として、「州はそれぞれの地域において、いつも制約を受けない競争というモデルに失着しなければならないわけではない。場合によっては、州は職業に制限を課し、市場を支配する排他的な権利を与え、公共目的を達成するために競争を制限する。もし州のすべての法律や政策がシャーマン法に適合しなければならず、州が重要と考える他の価値を犠牲にして競争を促進しなければならないとすると、連邦反トラスト法は州の規制権限に容認できない制限を課すことになる」¹⁴⁹ことが挙げられた。

Parker 理論は、1984 年の Hoover v. Ronwin 事件¹⁵⁰における州の最高裁の行為にも適用された。本件において、アリゾナ州の司法試験不合格者が、州の司法試験委員会は弁護士数の制限を意図した評価方法を用いるとして、委員会のメンバーをシャーマン法 1 条違反で訴えたものである。連邦最高裁は、委員らが試験の評価方法を採用する行為は、最高裁規則に従って行われており、当該規則に照らしてみれば、アリゾナ州で弁護士となりうるものを決定する権限は州の最高裁に留保されており、問題となっている行為は州の最高裁の行為であり、シャーマン法の適用から除外されるものであると判示した。

Parker 理論による連邦反トラスト法の適用免除は、州の主権と国の競争政策の衝突を避けるために存在するものであり、無制限ではない。州の立法や立法として行動している州の最高裁判所に決定等は間違いなく州の主権行為であるが、私人等の非主権的行為者はどうなるのか。私的な事業者団体は無論、例えば、州の政府機関によって正式に任命され、一定の行政権をもつ市場で活動している者がコントロールする機関による競争制限効果のある行動ならどうか。これにつき、Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States 事件¹⁵¹により、州における私人による行為に対しても適用されるようになっていたと同時に、私人の行為に適用するためには、次の 2 つの要件（「Midcal テスト」と呼ばれる。）を満たさなければならないと判示した。すなわち、①当該制限が州の政策として明確に表明され（clearly articulated）、肯定的に表現された（affirmatively expressed）ものでなければならないこと、②当該政策が州自身によって積極的に監視され（actively supervised）」なければならないことである。このテストは、California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980) によって示され、反競争的政策が州の政策か否かという根本的な問題を解決するための道を示したが、明確な判断基準とは言えない。

これまでのところ、要件①につき、裁判所は「予見可能（foreseeability）」という概念を用いて判断した判例がある。それは Community Communication 事件¹⁵²であ

¹⁴⁹ 小畑徳彦「関係事業者により構成される州機関の行為と State Action——North Carolina State Board of Dental Examiners 事件連邦最高裁判所判決」（比較法研究センター独禁法研究会発表、2105 年 9 月 5 日）参照。

¹⁵⁰ Hoover v. Ronwin, 466 U.S. 558 (1984).

¹⁵¹ Southern Motor Carriers Rate Conf. v. United States, 471 U.S. 48 (1985)。

¹⁵² Community Communication Co. v. City of Boulder, 455 U.S. 40(1982)。割と最新の判例として、FTC v. Phoebe

る。本件において、コロラド州憲法のホーム・ルール規定（home rule）により、Boulder 市に一般的条例制定権が与えられていた¹⁵³。Boulder 市がケーブルテレビ事業への新規参入を促進するため、既存のケーブルテレビ会社の事業拡大を一時的（3 か月）に停止させるための条例を制定した¹⁵⁴ことが問題となった。原告は Boulder 市を被告として、当該条例の制定及び頒布行為がシャーマン法 1 条に違反したと訴えたのに対して、Boulder 市は自己の行為が州行為の法理に当てはめ、反トラスト法の適用対象から除外すべきであると主張した。連邦地方裁判所は原告の主張を認めた上で仮差し止め命令を下したが、連邦巡回控訴裁判所は Boulder 市の行為は州行為の法理の適用条件に満たしていると判断した。結果として、最高裁は、Boulder 市のホーム・ルール規定が反競争的な州の政策を肯定的に表現したものとは言えず、中立的（neutrality）なものであり、一般的な条例制定権が特定の反競争的な条例制定権を含むとの理解は、先例が求めてきた「明確な表明かつ肯定的な表現」という概念を骨抜きにする（eviscerate）として¹⁵⁵、州行為の法理の適用を認めなかった。また、予見可能の度合につき、City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc. 事件¹⁵⁶により、競争の排除を明確に許可することまでは必要とされず、競争の抑制が、州法が授権したことの予期しうる結果であれば十分であるとされている。本件において、市場占有率 95%を占めていた Columbia outdoor Advertising, Inc. (COA)は、広告事業者 Omni 社が看板広告市場に参入する際、ロビー活動を通して地方自治体に看板広告の寸法、設置場所、間隔を規制するような条例の制定を請願した。当該条例が制定された後、Omni 社はコロンビア市及び COA の行為が競争を制限するように意図したことがシャーマン法 1 条、2 条に違反したと訴えた。裁判所は、本件で問題となった州法は、地方自治体に対して、その区域内における土地の利用や建物等の建設に対する規制権限を与えていることから、市に対して看板広告の寸法、設置場所、間隔を規制する権限を与えているのは明らかであるとした。さらに、土地利用規制の目的は、通常の競争行為、とりわけ新規参入による競争を防止する効果を有する方法で、自由な商業活動を排除することであり、広告看板の詳細を規制する条例は、必然的に新規参入者による競争から既存の事業者を保護することに導くため、反トラスト法の適用除外を認めた。また、COA の行為は請願行為に当たり、後述のノアペニントン法理によって、反トラスト法の適用から除外されるとされた。ところが、Phoebe Putney 事件¹⁵⁷により、予見可能のみをもって適用免除することにはならず、競争制限効果が州の政策目的に合致することも求められていた。

Putney Health System, Inc., 568 U.S. (2013)もこの「予見可能」という基準を採用した。

¹⁵³ Page 455 U. S. 44.

¹⁵⁴ Page 455 U. S. 46.

¹⁵⁵ Page 455 U. S. 56.

¹⁵⁶ City of Columbia and COLUMBIA OUTDOOR ADVERTISING, INC., PETITIONERS v. Omni Outdoor Advertising, Inc., 499 U.S. 365 (1991).

¹⁵⁷ FTC v. Phoebe Putney Health System, Inc., 568 U.S. (2013)。ジョージニア州病院機関法により「州の郡等における健康治療施設の運営維持のため」に病院機関が設けられている。同法は、病院機関に「公的かつ本質的な政府機能を行使する」権限を与え、病院等お買収及びリースを含めた様々な権限を付与している。Albany-Dougherty 郡病院機関は、郡にある 2 つの病院の 1 つである Phoebe Putney Memorial Hospital を所有し、2 つの非営利会社を設立して一方に同病院をリースした。さらに同機関は同郡の 2 つ目の病

Midcal テストの要件②につき、何をもって「積極的な」監視が行われていると認定することができるのか。これにつき、裁判所はこれまでの判例において、「州が承認した価格設定プログラムの厳しい再検査や価格と契約条件の合理性に関する再調査」¹⁵⁸、内部的な調査が実質的な内容にまで至っていること、私人の行為が州の規制政策と一致しているかに関して判断していること¹⁵⁹、レート及び価格が州の意図的な介入の結果として設定されたことを裏付けるのに十分な独立した判断と管理が行われていること¹⁶⁰等を積極的監視が存在したことの根拠としている。

最近の動向として、North Carolina State Board of Dental Examiners 事件があり、その連邦最高裁判所判決¹⁶¹は、州が規制権限を委ねた市場参加者によりコントロールされている機関による競争制限行為を、州が積極的に監視している場合のみ「州行為の法理」が適用されるとした。本件違反行為者であるノースライナ州歯科医師委員会は、ノースカロライナ州歯科医療法（North Carolina's Dental Practice Act）によって認められる「歯科治療の規制のための州の機関」である。同委員会は、歯科医師でない者が歯科医師と競合する歯のホワイトニングサービスを顧客に提供することを禁止していた。FTC は、同委員会による当該行為が反競争的で不公正な競争方法に該当し FTC 法 5 条に違反するとして、審判開始決定を行った。同委員会は州行為の法理により当該行為は FTC 法を適用しないとして却下請求を行ったが、FTC は州の積極的監督行為がないことで委員会の請求を斥けた¹⁶²。審判を行った後、FTC は委員会の行為は共同行為であり競争制限効果を持ち、しかもそれを上回る正当化事由がなく、シャーマン法 1 条及び FTC 法 5 条に違反するとして、排除措置命令を出した¹⁶³。委員会はこれに不服があって、審判取消訴訟を提起したが、第 4 巡回区 FTC の主張を全面的に支持して請求を棄却した¹⁶⁴。委員会はさらに上告した、連邦最高裁判所も棄却判決を出した。本件判決は、医師、歯科医師等の専門性の高い職業に対する規制の権限を専門機関に委ねることの多い米国において、これら機関が新規参入の阻害等の競争制限行為を行うことを防止する面で大きな意義があると

院を買収し、もう一方の会社の子会社にリースすることを決定した。FTC は、当該行為が急患への病院医療サービス市場の競争を実質的に制限し、FTC 法 5 条及びクレイトン法 7 条に違反するとして審判を開始し、地裁に仮差し止めを求めた。ジョージア州中部地裁は、州行為の法理を適用して当該行為が反トラスト法に適用しないと判断した。第 11 巡回裁判所も、州法は病院機関に買収の権限を与えており競争関係にある病院を買収して競争を制限することが予見可能であったとして地裁判決を支持し、買収が実施された。ところが、連邦最高裁は、州法が、病院機関が病院の所有権を統合することにより競争をなくすことを肯定的に考えている証拠がないとし、ジョージア州は病院機関が競争を実質的に制限する合併を行うことを容認するという政策を明確に表明し肯定的に表現してはいないとして州行為の法理による適用免除を否定した。小畑徳彦「関係事業者により構成される州機関の行為と State Action — North Carolina State Board of Dental Examiners 事件連邦最高裁判所判決」（比較法研究センター独禁法研究会、2105 年 9 月 5 日発表）参照。

¹⁵⁸ California Retail Liquor Dealers Ass'n v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U.S. 97 (1980).

¹⁵⁹ Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988).

¹⁶⁰ FTC v. Tico Title Ins. Co., 504 U.S. 621 (1992).

¹⁶¹ North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC, 574 U.S. (2015)

¹⁶² In the Matter of North Carolina State Board of Dental Examiners, Opinion of the Commission (Feb. 8, 2011).

¹⁶³ In the Matter of North Carolina State Board of Dental Examiners, Opinion and Final Order of the Commission (Dec. 7, 2011).

¹⁶⁴ North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC (4th Cir. 2013).

思われる¹⁶⁵。また、FTCは州行為の法理を拡大解釈の下でその範囲を限定する長年の取り組みの制かとも評価されている¹⁶⁶。

(2) ノアペニントン法理

州行為の法理によって反トラスト法の適用が除外されるほかには、政府請願行為にも反トラスト法の適用が除外されることがあり、いわゆる「ノアペニントン法理（Noerr-Pennington Petitioning Immunity）」によるものである。

ノアペニントン法理は、E.R.R. Presidents` Conference v. Noerr Motor Freight 事件¹⁶⁷及び United Mine Workers of America v. Pennington 事件¹⁶⁸によって確立され¹⁶⁹、この法理に適用する私人による政府請願行為は、その内容が反競争的なものであっても、反トラスト法の適用を受けない、または反トラスト法に違反することはないとされている。この法理は、憲法上の政府請願権を基礎としており、反トラスト法に政治的活動を規制する目的を持たせることは妥当ではなく、立法史上の裏付けも欠くと同時に、このような政府請願行為が反トラスト法によって規制されれば、選挙民が意見を表明し伝えることが妨げられる危険性に配慮して確立されたものである¹⁷⁰。

ところが、ノアペニントン法理の適用につき、Noerr Motor Freight 事件において示されていたように、政府決定に介入する行為が「ごまかし」であり、実際は、当該請願が請願人に有利な政府の反応を引き出すためではなく、「ライバルを邪魔するために行われる」¹⁷¹場合には、その適用が否定される。

Noerr Motor Freight 事件の後、1965年のPennington 事件によって、裁判所は同考え方を政府の役人（public officials）が行う立法行為を超えて組合による請願行為まで広げた。本件において、米国鉱山労働者組合（the United Mine Workers of America Welfare）と大手鉱山事業者は、鉱石市場における過剰生産を絶滅させるために、共同して、鉱山事業者の規模を問わず、鉱山労働者の最低賃金を上げさせるなどを内容とした「鉱山労働者の賃金等に関する規定（the National Bituminous Coal Wage Agreement of 1950）」の改正を働きかけた。裁判所は、原告による請願人らの行為が鉱山事業における競争を制限し、小規模事業者を排除して市場の独占を求めたとしてシャーマン法1条及び2条に違反したとの主張を認めず、組合と雇用者との賃金に関する交渉は、「たとえ競争を制限する意図があるとしても、政府への働きかけ行為は反トラスト法違反とならない」¹⁷²と述べた。

¹⁶⁵ 小畑徳彦「関係事業者により構成される州機関の行為と State Action——North Carolina State Board of Dental Examiners 事件連邦最高裁判所判決」（比較法研究センター独禁法研究会、2105年9月5日発表）参照。

¹⁶⁶ 小畑徳彦「関係事業者により構成される州機関の行為と State Action——North Carolina State Board of Dental Examiners 事件連邦最高裁判所判決」（比較法研究センター独禁法研究会、2105年9月5日発表）参照。

¹⁶⁷ E. R.R. Presidents` Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961).

¹⁶⁸ United Mine Workers of America v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

¹⁶⁹ FTC, Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine (2006), available at <https://www.ftc.gov/policy/policy-actions/advocacy-filings/2006/10/ftc-staff-report-concerning-enforcement-perspectives> (last visited 2015/6/15), Para1 at Page1.

¹⁷⁰ E. R.R. Presidents` Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961), at 135-44.

¹⁷¹ E. R.R. Presidents` Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1961), at 144.

¹⁷² FTC, Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine (2006), at 670.

州行為の原則と同じく、制限行為がごまかし (sham) であれば、ノアペニンントン法理には適用されない。California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited 事件¹⁷³の最高裁判決は、「ごまかし」についての詳細な判断基準を明確にしていないものの、例を挙げて説明した。すなわち、「目的が、政府による一定の介入を受けるようにすることではなく、ライバルが自らを保身せざるを得ないようにさせたり、ライバルが多大の費用をかけて政府手続にかかわらざるを得ないようにさせたりすることによって、ライバルに負担を与えることにある場合」¹⁷⁴は、ノアペニンントン法理が適用されない。また、根拠のない要求を政府に対して請願する行為も、「ごまかし」の行為として、ノアペニンントン法理の適用から外されることになる¹⁷⁵。

私的標準化機関に影響を与えようとする行為は、法規引用されることの多い私的標準化機関に対する行為であっても適用除外を受けない。このような場合における競争制限行為は偶然に政府に対して影響を与えたに過ぎず¹⁷⁶、反トラスト法からの非難を免ずるわけではない。例えば、Allied Tube 事件¹⁷⁷において、製品の標準規格を決める団体総会において、既存事業者が関係者を大量に動員することにより、新規技術による規格の標準採用が否決された。最高裁は、州政府が規則により公式標準とした規格であっても、その前段階の民間標準団体による協調に不当性がある場合、仮に規格採用のルールを標準団体が設けていたとしても、既得権益を守ろうとする反競争行動を防ぐ効力をそのルールが有していなければ、団体メンバーによる新技術の排除は反トラスト法違反になると判断した。

なお、ノアペニンントン法理は連邦構成の重要な一環として、市民の請願権を維持する手段として採られるが、反競争的な請願行為については、結果的に消費者の利益を損害する可能性もある。例えば、Union Oil Company of California 事件¹⁷⁸において、FTC は、「反トラスト行動の不採用はカリフォルニア州のガソリンの価格を年に 500 万ドル以上を上げるおそれがある」¹⁷⁹と述べた。

このように、標準策定過程における政府への働きかけ行為はノアペニンントン法理に適用し、反トラスト法の適用から免除される判例が数多くある。例えば、配線用ブレーカー事件¹⁸⁰や CISPI 鋳鉄管事件¹⁸¹がある。

(i) 配線用ブレーカー事件

配線用ブレーカー事件において、政府への働きかけ行為が反トラスト法違反行為にあたるとの主張がなされていたが、裁判所は、ノアペニンントン法理を適用し、反トラスト法の適用から除外すると判断した。原告であるブレーカー製造業者 3

¹⁷³ California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972).

¹⁷⁴ California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508 (1972).

¹⁷⁵ Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Indus., 508 U.S. 49 (1993).

¹⁷⁶ FTC, Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine (2006), at 8.

¹⁷⁷ Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. 492 (1988).

¹⁷⁸ Union Oil Co. of Cal., FTC Dkt. No. 9305, (2004), available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/568341/050802statement.pdf.

¹⁷⁹ Union Oil Co. of Cal., FTC Dkt. No. 9305, at 1 (2004).

¹⁸⁰ In re Circuit Breaker Litig., 984 F. Supp. 1267 (C.D. Cal. 1997).

¹⁸¹ Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst., 851 F.2d 478 (1st Cir. Mass. 1988).

社（General Electric Companies (GE), Westinghouse Electric Corporation (Westinghouse), Square D Company)及び認証機関 (Underwriters Laboratories-UL)は、ブレーカー再生メーカー11社を、商標権侵害と不正競争を理由として訴えたところ、このうち数社が和解したが、和解しなかったブレーカー再生メーカー（被告）が、原告らが「共謀し配線用ブレーカー市場の販売・流通における取引を不合理に制限するとともに、再生配線用ブレーカーの中古品流通業者を排除した」と主張し、原告らの行為がシャーマン法1条違反に該当するとして反訴した。原告が原告勝訴のサマリジャッジメントを申し立て、裁判所はこれを認めた。被告の主張によると、原告らの働きかけ行為により、アメリカ電気協会（National Electrical Manufacturers Association-NEMA）は配線用ブレーカーに適用することのできる試験標準を廃棄し、再生ブレーカー向けのUL標準・認証プログラムの導入を断念したことが被告の取引を制限し排除した。裁判所は、原告らの上記行為が標準の使用状況に鑑みて安全性上の懸念等に基づいた正当なものであり、また、ULの決定も合理的かつ非差別的にもっぱら技術的可能性の観点からなされたものであると認定する上で、ノアペニントン法理を適用することができない「sham」な事由が存在しないこと、合わせて標準の廃棄によって原告が被害を被ったことが示されていないことを指摘して被告の主張を認めなかった。

(ii) CISPI 鋳鉄管事件

CISPI 鋳鉄管事件につき、告 Clamp-All Corporation は鋳鉄管の製造販売業者であり、鋳鉄管の CISPI 連結方式を使用した鋳鉄管の製造・販売業者によって形成された鋳鉄管協会（Cast Iron Soil Pipe Institute-CISPI）及びそのメンバーを、州及び私的機関により提供される「品質認証（quality-certification）」に関して不適切な活動を行った等の不当な行為を通じて、違法にハブ無しのパイプ連結方式の販売を制限し又はこれを独占しもしくはそれを企図したことがシャーマン法1条及び2条に違反したと主張して訴えた。地裁判決は原告の主張を認めなかった。控訴審もこれを支持した。CISPI 連結方式は、ハブのない連結方式のうちの一方式であり、原告も当該ハブのない連結方式を採用して CISPI メンバーの製品と競合する製品を製造し販売していた。また、原告の製品は割高である、性能的には優れていたため、一定の市場占有率を占めていた（マサチューセッツ州においては 65% を占めていた。）。CISPI は 1963 年からハブのない連結方式を市場に紹介しはじめ、1984 年までそれに関する特許を保有しそのメンバーに対して製造販売のライセンスを許諾していた。また、CISPI は標準を策定し、その仕様に適合する製品を製造する業者に対してマークを付していたと同時に、様々な私的標準化機関と州・地方のパイプ規制機関に対して CISPI 標準を取り込むことを説き伏せていた。本件の争点はいろいろあったが、本節と関連する CISPI の当該働きかけ行為について、控訴裁判所は、ノアペニントン法理を適用するまでもなく合法であると判断した。裁判所は、共同の仕様の開発と策定の競争促進効果、つまり、安価で垂効果的な情報提供を通じて、費用節約を可能とすることを肯定し、その過程

で原告が損害を被ったとしても、不当に反競争的な損害とはいえ、不当理に反競争的だとも言えないと判断した。

第二項 日本独占禁止法による規制

日本においては、政府による公的標準の策定手続を利用して、一定の技術ないし事業者を排除することは、日本独占禁止法 3 条前段（私的独占の禁止）、同法 19 条（不公正な取引方法の禁止）及び一般指定 14 項（競争者に対する取引妨害）に反するとされ得る。複数の者による共同行為であれば同法 3 条後段の不当取引制限、事業者団体による行為であれば同法 8 条（事業者団体の禁止行為）の規制をも受け得る。

また、日本公正取引委員会が公表した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」¹⁸²（以下「知的財産権ガイドライン」という。）も標準策定過程における手続き濫用行為について定めている。同ガイドラインの「技術を利用させないようにする行為」の部分には、「公共機関が、調達する製品の仕様を定めて入札の方法で発注する際、ある技術に権利を有する者が公共機関を誤認させ、当該技術によってのみ実現できる仕様を定めさせることにより、入札に参加する事業者は当該技術のライセンスを受けなければ仕様に合った製品を製造できない状況の下で、他の事業者へのライセンスを拒絶し、入札への参加ができないようにする行為」が、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する、としている。

判例として、1998 年のパラマウントベッド事件¹⁸³や 1996 年の日本医療食協会事件¹⁸⁴がある。

(1) パラマウントベッド事件

本件は東京都財務局発注の医療用ベッドの指名競争入札に当たって、複数の製造業者が製造する医療用ベッドが納入可能な仕様書を定めて当該仕様書に適合する製品を対象とする入札（仕様書入札）を原則として行っていた。

パラマウントベッド社（以下「P 社」と称する。）は、平成 7 年度以降、仕様書入札に際して医療用ベッドの仕様に精通していない入札事務担当者に対し、同社の製品のみが適合する仕様を含んでいても対外的には東京都の方針に反していることが露見しないように仕様書を作成することができると申し出るなどして、同社が実用新案権等を有している構造であることを伏せて、仕様書に同構造の仕様を盛り込むことを働きかけ、あるいは競合者の標準品の仕様にはなく、それに適合するために相当の費用及び時間を要することが予想されるパラマウントベッド社の標準品等の仕様を盛り込むこと働きかけることにより、P 社の製品のみが適合する仕様書とすることを実現した。

また、P 社は、平成 7 年以降、財務局発注の特定医療用ベッドの仕様書入札及び同社の製品指定入札において、入札参加者の販売業者の中から、あらかじめ、落札予定者を決めるとともに、落札予定価格を決め、落札予定者及び他の入札参加者

¹⁸² 公正取引委員会の HP から閲覧可能。 [Http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/chitekizaisan.html](http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/chitekizaisan.html)

¹⁸³ 公取委勧告審決平成 10 年 3 月 31 日審決集 44 卷 362 頁；経済法判例・審決百選 36 頁。

¹⁸⁴ 公取委勧告審決平成 8 年 5 月 8 日審決集 43 卷 209 頁。

に対し、それぞれ、入札すべき価格を指示し、当該価格で入札させるなどの受注調整行為を行っていた。その際、協力をもらった者に対して礼金等の利益を提供した。

P 社の上記行為の結果、平成 7 年度以降、財務局発注の特定医療用ベッドについて、仕様書入札のほとんどの案件には、他の製造業者が製造する医療用ベッドを納入予定とする販売業者は入札に参加できず、他の製造業者は製品を納入することができなくなっており、また、P 社による受注調整の結果、同社が定めた落札予定者は同社が定めた価格で落札していた。

以上の事実に基づき、公取委は、P 社が東京都財務局発注の特定医療用ベッドの指名競争入札等に当たり、都立病院の入札事務担当者に対し、同社の医療用ベッドのみが適合する仕様書の作成を働きかけるなどによって、同社の医療用ベッドのみが納入できる仕様書入札を実現して、他の医療用ベッドの製造業者の事業活動を排除することにより、また、落札予定者及び落札予定価格を決定するとともに、当該落札予定者が当該落札予定価格で落札できるように入札に参加する販売業者に対して入札価格を指示し、当該価格で入札させてこれらの販売業者の事業活動を支配することにより、それぞれ、公共の利益に反して、東京都財務局発注の特定医療用ベッドの取引分野における競争を実質的に制限しているものであり、独占禁止法 2 条 5 項に規定する私的独占に該当し、独占禁止法 3 条の規定に違反すると認定した。

そもそも、自社製品の優秀さを訴えて調達を働きかけ、その結果として他社製品が発注対象から外れされることになっても、公正かつ自由な競争の結果であり、独占禁止法から指摘される点がない。仮に P 社の仕様機能が優れたものであり、その採用には時間や費用を要するという障害があり、それを実現したメーカーが事前に時間や費用を投下するという先見性があるに過ぎない。他のメーカーにはこういった先見性がかけていたという点で、競争に劣られていたというのかもしれないことであろう。ただ本件における P 社は知的財産権の存在を「伏せた」という点で、手段的不当性が認められた¹⁸⁵。

(2) 日本医療食協会事件

パラマウントベッド事件は単独事業者による標準規格策定手続操作事件に該当するが、日本医療食協会事件は、複数の事業者によるものであり、厚生省による医療用食品に関する保険加算給付制度の実施に際して、唯一の検査機関として指定されているところに、機関の許認可権の行使が濫用された例として取り上げたい。

日本医療食協会（以下「協会」という。）は、医療用食品についての調査研究等を目的として設立された財団法人で、昭和 53 年、厚生省告示に基づき、医療用食品の唯一の検査機関として指定された。協会はこの指定を受けてから、医療用食品の販売業者等から検定料を徴収し、医療用食費の栄養成分値等の件さを行う収益事業を営むようになった。

¹⁸⁵ 「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」厚生取引 572 号 4 頁以下（1998 年）、山田発言 8 頁。

協会は、昭和 47 年より、医療用食品の製造工場認定制度及び販売業者認定制度を実施し、協会より認定を受けた製造業者又は販売業者のみが医療用食品の製造又は販売を行うことになった。

昭和 52 年から、協会は、医療用食品の販売業者である日清医療食品から医療機関向け医療用食品の販売を人手に行いたい旨の要請を受け、医療用食品の価格維持を図り検定料収入の確保のため、原則として日清医療食品を医療機関向け医療用食品の「1 次販売業者」とした。

製造工場認定制度について、協会は、「医療用食品の製造業者間及び販売業者間の競争を生じさせないようにし、日清医療食品の独占的供給体制を確立する」という目的で、登録申請を受け付け、医療用食品を製造しようとする事業者に対し、事前に 1 次販売業者である日清医療食品と協議させることとした。また、登録審査にあたって、日清医療食品も参加させていた。その際、すでに登録されている医療用食品と類似する食品を登録しないこと、登録済みの費目数以上は登録しないという方針を打ち立てた。

昭和 61 年に入り、日清医療食品の「独占的供給体制」への批判が高まり、協会と日清医療食品は、株式会社メディカルナックス（以下は「ナックス」という。）を医療用食品分野に参入させる旨の協定を締結した。かかる協定の内容は、①ナックスが新たに参入する地域は、医療用食品の普及率の低い地域を中心とする 21 都道府県のみとすること、②医療用食品の販売系列は日進医療食品とナックスの 2 系列とし、日清医療食品及びナックスは共同して両社の系列に属さない販売業者の参入を防止するように努力すること、③日清医療食品とナックスは新規の 2 次販売業者を日清医療食品又はナックスのいずれかの系列に属させ、自己の系列以外の 2 次販売業者には販売しないこと、④日清医療用食品とナックスは、他の販売業者からすでに医療用食品を購入している医療機関に対しては一切の営業活動を行わず、2 次販売業者にもこれを遵守させること、⑤日清医療食品とナックスは今後においても他方の系列に販売させないこと、⑥医療機関向け販売価格は事前に定めた価格で販売し、2 次販売業者もこの価格で販売することを遵守させること、⑦2 次販売業者向け販売価格を同一にすること。

上記事実に基づき、公取委は、協会及び日清医療食品が、医療用食品の登録制度、製造工場認定制度及び販売業認定制度を実施することにより、医療用食品を製造・販売しようとする事業者の事業活動をはいよするとともに、製造業者の販売先、販売業者の仕入先、販売先、販売価格、販売地域及び販売活動を制限してこれらの事業者の事業活動を支配したと認定した。これら行為は、日本における医療食品の取引分野における競争が実質的に制限し、独占禁止法 3 条前段の私的独占に該当するとして認められた。

なお、公取委の立ち入り検査が開始された後、協会及び日清医療食品は自発的に違反行為を取りやめる措置を採った。

前述したように、本件は機関の許認可権の行使が濫用された例として考えられ、政府から一定範囲内での許認可権を付与された日本医療食協会は、その許認可権を

濫用し、日清医療食費と共同で、そもそも法的根拠もなく政府規制制度としても必要のない¹⁸⁶「製造工場認定制度」や「販売業者認定制度」を作り出し、医療用食品市場の統制を図ったとわかる。このような参入障壁を作りたてることができる原因は、協会が厚生省から唯一指定された検査機関であり、医療用食品業界ではこれら制度を法的制度として誤認されたためであった。

第三項 EU 競争法による規制¹⁸⁷

デジュール標準にかかわる策定手続の濫用行為につき、EU 競争法を構成する EU 機能条約 101 条及び 102 条は、もっぱらこれに関する規定がないものの、前述した EU における知的財産権の行使と競争法の関係から見れば、デジュール標準にかかわる策定手続の濫用行為に対して、EU 競争法から規制を与えようとする、他の財産権と相違なく、EU 競争法の判断枠組みに沿って評価することになる。

ここで問題となるのは、EU は国家連盟の共同体として、加盟各国の政府等の主権組織による競争法上問題となりそうな行為に対する取り扱いである。これにつき、旧 EC 条約 81 条は、事業者の行為のみを対象としており、加盟国の法律や行政措置を対象としていないことは数々の判例によって明確された¹⁸⁸。EU 競争法上という事業者の概念につき、日本における同概念と類似しており、政府機関や政府から授権された組織等が経済活動を行う場合、事業者として認められ、EU 競争法の適用対象となる¹⁸⁹。

では、事業者として行われる行為ではない場合はどうなるのか。1991 年、フランス政府はこれにかかわる訴訟を提起した¹⁹⁰。EU 裁判所は、フランス政府の EU 加盟国政府がその権力を行使する際、共同体の法律の拘束を受けないという主張を認めなかった¹⁹¹。さらに、加盟国政府がその権力を行使する際、EU 条約の拘束を受けなければならないほか、EU 条約が認める方式によって行使しなければならない¹⁹²。

とは言っても、EU 加盟国の政府行為は全く EU 競争法による規制を受けないわけではない。旧 EC 条約 81 条及び 5 条に関する判例法¹⁹³により、加盟国は法律の頒布や行政措置を通じて、競争法の実効力を削減してはならない。さらに、公権力の行使は政府による規制及び監督を受けなければならない¹⁹⁴ことが求められていることは米国におけるノアペントン法理の要件と類似している。

第四項 中国反壟断法による規制

¹⁸⁶ 田中裕明「私的独占の新展開」、追手門経営論集 Vol2、1996 年、79-100 頁。

¹⁸⁷ 本項は主として王曉晔『王曉晔論反壟断法』（社会科学文献出版社、2010 年）355～361 頁を整理してまとめたものである。

¹⁸⁸ Case C-2/91 Meng [1993] ECR I -5751; Case C-245/91 Ohra [1993] ECR I -5851; Case C-185/91 Reiff [1993] ECR I -5801.

¹⁸⁹ Case C-41/90 Hofner [1991], ECR I -1979.

¹⁹⁰ 王曉晔『王曉晔論反壟断法』（社会科学文献出版社、2010 年）359 頁注①を参照したい。

¹⁹¹ Piet Jan Slot, The Concept of Undertaking in EC Competition Law, Festschrift fuer Ulrich Everling, S.1416、詳細は王曉晔『王曉晔論反壟断法』（社会科学文献出版社、2010 年）359 頁注①を参照したい。

¹⁹² 王曉晔『王曉晔論反壟断法』（社会科学文献出版社、2010 年）359 頁。

¹⁹³ Case 267/86 Van Eycke, [1988] ECR 4769, para. 16.

¹⁹⁴ Case C-185/91 Reiff [1993] ECR I -5801.

2015年4月公表された知的財産権濫用規定13条は、「経営者¹⁹⁵は、知的財産権行使の過程において、標準（国家技術規範の強制的要求を含む。）の制定と実施を利用して、競争の排除・制限行為を行ってはならない。」と定めている。したがって、工商局は、経営者によるデジュール標準の策定手続きの操作・濫用行為を本規定に適用して違法すると認定することができる。本条に違反した行為は、独占的協定又は市場支配的地位の濫用に当たる場合、同規定17条に基づき、工商行政管理機関は当該事業者に対して、「違反行為の差し止めを命じ、違法所得を没収し、前年度の売上高の1%以上10%以下の罰金¹⁹⁶を併科する」。

また、経営者は行政権力を濫用して競争を排除・制限する場合は、工商総局によって制定された「行政権力の濫用による競争の排除・制限の禁止に関する規定」¹⁹⁷（以下は「行政権力濫用規定」という。）5条により規制されうる。同条は、経営者による行政機関及び公共組織による行政制限（第1項）、行政授権（第2項）又は行政規定（第3項）を「理由として、独占的協定を締結、実施し、及び市場支配的地位を濫用」してはならないと規定している。いわば、経営者は行政上の強制行為又は別の形で強制行為の強要を受けたという理由で、独占協定及び市場支配的地位の濫用行為をしてはならない。

上記2つの規定は経営者を対象としているが、政府機関や公共組織が行政権力濫用の行為者である場合、反壟断法8条により規制がなされうる。同条は、「行政機関及び法律・法規の授権により公共事務を管理する職能を有する組織は、行政権力を濫用して競争を排除・制限してはならない」と規定しており、行政権力濫用規定3条及び4条は濫用の具体例を挙げている¹⁹⁸。これら条文から見ると、行政的独占として違法

¹⁹⁵ 中国反壟断法上には、事業者（原文「経営者」）は行政機関を含めていなく、事業者による行為と政府及びその構成機関による行為とを分けて定めている。詳細は、王曉晔『王曉晔論反壟断法』（社会科学文献出版社、2010年）357頁を参照したい。反壟断法上、このように別々に規定する形によって、中国における経営者と行政機関はともに反壟断法の適用対象になる。これは、日本のように、行政機関が一定の条件に満たす行為を行えば事業者の概念にあたって日本独占禁止法を適用することになると異なっており、中国反壟断法の特徴とも言われる。ただ、中国反壟断法上の行政機関の定義につき、戴龍「中華人民共和国独占禁止法調査報告書」（公取委HP

（<http://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom/kakkoku/abc/allabc/c/china2.files/china01.pdf>）にて抜粋を閲覧可能。）注12にも述べているように、「一般論として、国務院は国家の主権機関であり、国務院が行った行為は行政的独占とはなり得ないが、国務院の構成部門、例えば、商務部や工商総局などの政府官庁はこの中」に含まれず、全国人大常委会法制工作委员会經濟法室編『中華人民共和国反壟断法——条文説明、立法理由及相關規定』（北京大学出版社、2007年8月）第38頁では、本条での行政機関は国務院、地方各レベル人民政府及び中央・地方人民政府に所属する行政部門も含んでいると示されている。」

¹⁹⁶ ここでいう「罰金」は、行政罰であり、日本独占禁止法上の課徴金と類似するものである。

¹⁹⁷ 日本語版はジェットロによる仮訳

（http://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/ip/law/pdf/section/20110201_3.pdf）を参考したいが、原文は中国工商総局のHP（http://www.saic.gov.cn/zwgk/zyfb/zjl/flid/201101/t20110104_103268.html）にて公表されている。

¹⁹⁸ 行政権力濫用規定3条は、「行政機関と法律、法規から権限を与えられ、公共事業を管理する職能を持つ組織は、行政権力を濫用し、次に掲げる行為に従事してはならない。（一）明確な要求、暗示若しくは行政許可の拒絶、遅滞及び重複検査等の方式を通じて、機関団体若しくは個人に対して、その指定した事業者が提供した商品を経営、購入、使用するよう制限若しくは形を変えて限定し、又は他人の正常な経営活動を限定する行為。（二）他地域の商品に対して、地元の同類商品と異なる技術要求、検査基準を適用し、又は重複検査、重複認証等の差別的な技術措置をとり、他地域の商品が地元の市場へ参入することを阻害、制限する行為。（三）他地域の商品のみ適用される行政許可を実施し、又は他地域の商品に対して行政許可を実施する際に異なる許可条件、手続き、期限等を採用し、他地域の商品

になる行為要件は、行政権力の濫用である。すなわち、行政機関や公共組織は法律法規に定められる権力範囲内で権力を行使することは、反壟断法 8 条にいう行政的独占ではない。ただし、その範囲を超えて、競争制限的目的・効果のある行為であれば、行政的独占になる。また、行政機関又は公共組織の権力濫用行為は多岐にわたっているが、反壟断法は競争を排除し又は制限する場合のみ規制する¹⁹⁹。

第 1 章でも述べたように、中国反壟断法上、知的財産権にかかわる権利行使行為は他の財産権と同様に、特別な取り扱いがなく、他の財産権と同様な判断基準や仕組みによって評価する。この判断枠組みはデジュール標準策定過程に関わって評価する場合も同様である。

第二節 フォーラム標準策定プロセスにおける共同行為と独占禁止法

前述したように、標準化は様々ポジティブな経済的效果を有する。例えば、インターフェース・互換性のある標準化は、地域や分野による技術の相違を解消して統一させることを通じて、地域や分野を越えた商品の選択が可能に、容易になる。このように、競争の範囲・程度が拡大・強化されることによって、商品の品質、特性、価格をめぐる競争が活発となる。そして、規模の経済を通じて、費用削減や効率的生産を可能として、競争が活発になることもある。品質に関する標準化であれば、当該標準の準拠により、一定の機能や安全性が保証されていれば、消費者はあまり知られていない製造者の商品も安心して購入することが可能となり、当該標準を採用した製品間の競争が活発に行われるようになる。これらの競争を創出し促進する効果は、とりわけ規格をオープンにしているデジュール標準や、強制的拘束性がなく参照的なものにすぎない標準がもたされることが多い。このような標準化を図るために、政府機関が主導する標準化活動はもちろん、私的企業もそれに関与したり、自分で企画して標準を策定したりして、積極的に標準化活動に参加している。

通常、市場経済体制下において、企業は需要によって技術や品質を自ら決定してそれを消費者に伝えながら顧客獲得競争を展開し、消費者はその嗜好を市場における商品の選択・購買を通じて表明する。この結果、企業は生産量の増減や市場への参入や退出等が発生する。この過程における企業の成功・失敗は、その事業・経営上の判断により、

が地元の市場へ参入することを阻害、制限する行為。(四) 検問所を設置し、又はその他の手段をとり、他地域の商品が地元の市場へ参入すること、又は地元の商品を他地域の市場へ輸送することを阻害、制限する行為。(五) 差別的な資格要求、審査・評価基準を設定し、又は法による情報公表を行わない等の方式をもって、他地域の事業者が地元の入札募集・入札活動に参加することを排斥又は制限する行為。

(六) 不平等な待遇等の方式をもって、他地域の事業者が地元において投資し、若しくは支店・支部を設置することを排斥若しくは制限し、又は他地域の事業者が地元において正常な経営活動を展開することを妨げる行為。(七) 事業者同士において競争を排除、制限する独占協議を無理やり締結・実施させ、市場の支配的地位を有する事業者に対して市場の支配的地位を濫用する行為に従事させるように強制する。」と定めている。

同規定 4 条は、「行政機関は行政権力を濫用し、決定、公告、通告、通知、意見、会議議事録等の形で、競争を排除、制限する内容を含む規定を制定、発布してはならない。前項の規定は法律、法規により授權され公共事業を管理する職能を持つ組織に適用される。」と定めている。

¹⁹⁹ 戴龍「中華人民共和国独占禁止法調査報告書」(公取委 HP

(<http://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom/kakkoku/abc/allabc/c/china2.files/china01.pdf>)。

適切に品質・技術を選択できるか否かによるものであり、標準に関わると、「一人勝ち」のデファクト標準がその成功例として挙げられる。

これに対して、共同行為によって標準を作る場合、人為的に商品や技術の多様性を失わせ、顧客が享受できるものの内容が左右されてしまう。その結果、異なる商品や技術を提供することによる競争活動が排除され、競争が制限されることがある²⁰⁰。さらに、その策定過程において競争上センシティブな情報、例えば、標準化を名目として、価格や生産量の情報の交換や価格の共同決定を行う場合、当該標準策定ための共同行為の協調促進効果は明らかである。しいて、共同行為によって標準となった技術へのアクセスがコントロールされると、その技術を利用した商品の市場から特定の者が排除され、それを通じて競争が実質的に制限されることもありうる。これら競争制限効果は、事業者が共同で行う行為、特に競争関係を有する事業者間の共同行為が競争の観点から注目されやすい理由である。一般的に言えば、製品市場が集中的であれば、相互依存関係が大きくなり、協調の機会・能力・誘因は高くなる。とりわけ、ハイテク産業のような市場シェア格差の小さい分野において、規格間競争の勝敗は多くの企業に影響すると予想されるため、協調的標準化が採用される可能性が大きい²⁰¹。

また、採用された標準はあらゆる者を満足させることにはならない。標準に盛り込まれた技術の競合技術を利用した製品のメーカーが、標準に合致するために新たに投資や仕様変更等を行われなければならない、それに伴う追加的費用を負担し、しかもこれら投下費用が長期的にも回収できない場合、これら者に対して、かかるような標準の策定は必ず良いことではないと言えよう。標準化の策定が政府機関により主導される場合は、これら者の立場を考慮するか、考慮すれば、どの程度考慮するかも問題になる。また、公的標準のような強制性のある標準に自社技術が選出して盛り込まれる場合、競争により優位性を獲得する道と比べ、比較的労力がかからず、しかも後ほど獲得できる利益が大きいなどから、企業はその策定手続きを操作することなどもあり得る(本章第一節)。

共同の標準化活動は以上のような種々の反競争効果があるにもかかわらず、それが許されており、しかも政府によって奨励されているのは、前述した標準化のいろいろなポジティブな経済的・社会的効果があるからである。ただし、そのうち、競争を阻害・制限する効果を持つような標準化活動が行われる場合、何等かの規制が行われる必要がある。以下は、フォーラム標準に関して、かかるような共同の標準化活動に対して、独占禁止法上の規制を検討する。

第一項 米国反トラスト法

複数の事業者による標準策定に対して、反トラスト法上問題となる可能性があるのは、取引制限を内容とする協定を禁ずるシャーマン法1条、独占化、独占化の企図、独占のための共謀を禁ずるシャーマン法2条、欺瞞的行為、不公正な競争方法を禁ずる連邦取引委員会法(以下「FTC法」という。)5条との関係である。また、反トラ

²⁰⁰ 川濱昇「技術標準と独占禁止法」(2000年)法学論叢146巻3・4・号121-123頁参照。

²⁰¹ 土井教之『技術標準と競争——企業戦略と公共政策』(日本経済評論社、2001)第5章。

スト法執行当局は実際問題を評価し判断する際、各ガイドラインを適用して行う。以下は、それぞれ分析して検討する。

(1) シャーマン法 1 条

事業者間の共同行為につき、シャーマン法 1 条により、「州際又は国際間の取引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、違法である。ここに違法とされる契約を締結し、結合し、又は共謀するものは重罪を犯したものとし、有罪の判定があったときには、法人の場合には 100 万ドル以下の罰金もしくは 3 年以下の禁錮に処し、もしくはこれを併科する。」²⁰²と定められている。ただ、本条は極めて抽象的であり、その解釈・適用に明確な基準が判例によって確立されてきた。

シャーマン法 1 条の規定は、1890 年のシャーマン法制定当初から変更されていない。ただ、どのような制限が取引制限とすべきかの判断基準は、時代や判例等によって、裁判所の基準が必ずしも同一ではない。1980 年から 1914 年までに、裁判所は姿勢を 2 度転換させていたと言われる²⁰³。1 度目につき、裁判所はシャーマン法制定以来解釈の基本原則となっていたコモン・ロー原則による解釈を否定して、競争者間のあらゆる共謀を文言通りに「取引制限」として違法にしていた²⁰⁴。2 度目として、1911 年の Standard Oil 事件最高裁判所判決²⁰⁵により、「合理の原則」が確立され、「不当な制限」に限定される基準に変更した²⁰⁶。すなわち、シャーマン法 1 条違反とするためには、(i) 契約、トラストその他の形態による結合又は共謀が存在すること、(ii) それが不合理に取引を制限するものであること、(iii) 州際又は国際通商に影響を与えること、という 3 つの要件を満たさなければならない。

²⁰² 村上政博『アメリカ独占禁止法第 2 版』（弘文堂、2002）10 頁。

²⁰³ Martin J. Sklar, *The Corporation Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916, the Market, the law, the politics*, 1988, PP.117-127.

²⁰⁴ この変化を示したのは *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897) 最高裁判決である。本件は、ミシシッピ河及びミズウリー河西の運輸事業に携わる 15 鉄道会社が、1889 年 3 月 15 日締結した運賃協定に対して、米国司法省がシャーマン法違反として訴えた。1 審 2 審ではコモン・ローの原則に基づいた解釈によって、被告を無罪と言いつたが、連邦最高裁は、「取引制限」という事実は「合理」「不合理」という区別がなく、シャーマン法も手続き上や実質的にも「取引制限」及び「独占化」に関するコモン・ローを優先するものであると述べた。詳細は楠井敏朗「アメリカ独占禁止政策の成立とその意義（下）——Martin J. Sklar, *The Corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The Market, the Law, and Politics*, Cambridge University Press, 1988, を中心とした——覚書」（横浜経営研究第 X Ⅲ 卷 第 4 号（1993））76-77 頁を参照したい。

²⁰⁵ *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911). 本件は、ニュージャージー州法に基づいて設立された持株会社であるスタンダードオイルとその傘下にある 36 の石油精製会社との独占的市場占有率を占める企業結合が、シャーマン法 1 条及び 2 条に違反するとして、政府により訴訟が提起された事件である。本件に対して、最高裁は結論的に違法の判決を下し、持株会社機構の解体を命じた。この結論は、持株会社の機構を、その構成企業間の競争を制限する結合として、それ自体を違法視したのではなく、その市場支配的目的と効果、いわば石油産業における競争を排除して独占的地位を獲得維持する目的と効果を持ち、これが公共のために不利益な結果をもたらすのであろう点に合理の原則に照らしての不当性を認め、違法と判断したのである。本件の歴史的背景及び詳細は、江上勲「シャーマン法における当然違法の原則と条理の原則の発展について——1940 年までの判例の外観」（政治学論集 10、1-54 頁、1979-5-25、駒澤大学）を参照したい。

²⁰⁶ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策（第 4 版）』（青林書院、2010）P42。

(i) 共謀の存在

共謀等の存在を立証するためには、正式に契約が締結されたことは必要としなく²⁰⁷、暗黙のうちに意思の連絡があればよいとされている²⁰⁸。その判断基準としては、違法疑義者が独立して行動した可能性を排除するであろうとする証拠が存在しなければならず、当事者が違法な目的を達成する共同の計画に従事することへのコミットメントを意識的に行ったことを、合理的に証明することができる直接証拠又は状況証拠が存在しなければならないことが必要とされている²⁰⁹。かかる直接証拠がなければ、逆に、疑義者の行為が独立して行われたものでないことを示す証拠を提出する必要がある²¹⁰。

標準化活動にあたって、共謀として認められてきたのは、標準に適合しない商品を取り扱わないことによる排除や、一定の技術を標準とすることに賛成票を投じることによる一定技術の排除を内容とするものである。このような内容の共謀が存在したことの直接証拠が存在しなければ、関連行為が独立して行われたものでないと証明しなければならない。DM Research 事件²¹¹、Super Sulky 事件²¹²及び American Kennel Club 事件²¹³においては、反トラスト法違反を主張した当事者が、共謀等の存在について十分な陳述が行われておらず、あるいは、それを示す証拠がないことで敗訴した。

(ii) 不合理性

「不合理性」というのは、次に2つの内容を意味している。第1は競争者を排除し、損害を与え、破壊する意図をもってなされる不公正かつ圧制的な方法である。第2は「公共の利益」を損害するような目的又は効果による「不当性」が求

²⁰⁷ Addyston Pipe & Steel Co. v. United States, 175 U.S. 211, 213-218 (1899).

²⁰⁸ Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distributing Corp., 346 U.S. 537, 540 (1954).

²⁰⁹ Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp., 465 U.S. 752, 768 (1984).

²¹⁰ Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 588 (1986).

²¹¹ DM Research, Inc. v. College of Am. Pathologists, 170 F. 3d 53 (1st Cir. R.I. 1999). 本件において、被告たる米国病理学会が臨床試験に関する統一基準を開発し、試薬水に関するガイドラインを発表した。被告たる米国臨床検査標準協議会はこれらを採用した。ところが、原告 DM 社独自の基準にしたがって製造した高品質試薬水は、前記ガイドラインに定められた基準には合わなかった。そこで、原告 DM 社、被告2者が共謀して高品質試薬水にかかる取引を不合理に制限したと主張した。控訴裁判所は、被告2者には DM 社と競合するメンバーが存在せず、それぞれ独立している非営利法人である被告2者が共謀する動機がないと認定した。また、被告は救済を受ける資格があることを示す請求という陳述がなされていないものとして原告を敗訴とさせた。

²¹² Super Sulky, Inc. v. United States Trotting Assn, 174 F. 3d 733 (6th Cir. Ohio 1999). 本件において、原告は、米国速歩競馬協会が二輪軽量馬車製造業者と共謀して、原告の新型馬車を標準不適合品とする内容をもつ標準を策定し、原告製品が使われないようにすることによって、シャーマン法1条に反したと主張した。控訴裁判所は、原告が提示した証拠が独立した行為よりも共謀との整合性が高いことを示すという立証責任を果たしたとは認められないとした。

²¹³ Jessup v. American Kennel Club, Inc., 61 F. Supp. 2d 5 (S.D.N.Y. 1999). 本件において、原告は、被告クラブ2者 (AKC と LRC) と原告の競争者とが共謀して、犬の身長にかかる新ルールを策定させ、原告が育てた犬を市場から排除させ、シャーマン法1条及び2条に反したと主張した。原告の主張は、①問題となった新ルールは、原告の競争者である LRC 委員長により提案された；②新ルールの策定 AKC 役員会では、原告の競争者たる AKC 役員であり LRC 代表である者が賛成票を投じていた；③新ルールの策定は比較的閉鎖的に行われた、というのがあった。これらに対して、裁判所はこれら事情があるとしても、被告2者間の合意が行われたことを推認することができないとした。

められる。契約等が不合理であるかどうかの判断は、「当然違法の原則」と「合理の原則」のいずれかの審査枠組の下でなされる。

当然違法に分類される行為には、競争者間で価格²¹⁴・数量²¹⁵・取引先についての取り決め、共同ボイコット²¹⁶が伝統的に含まれる。もっとも、当然違法基準によって違法とされる行為の範囲が広すぎると、競争促進的な協調が違法とされてしまう。そこで、Broadcast Music 判決²¹⁷をはじめとし、経済上の正当性²¹⁸が認められる協調については合理の原則を適用して判断し合法となり得た²¹⁹。Broadcast Music 事件では、テレビネットワークの CBS (Columbia Broadcasting System) が、音楽著作権管理団体である BMI (Broadcast Music Inc.) に対して、BMI が提供していた音楽著作権のブランケットライセンスを価格協定としてシャーマン法 1 条に違反すると主張して訴えた。最高裁は、BMI による著作権使用料の協定は、一見して殆ど常に競争を制限するか、生産量を削減するとみられる場合でなければ、当然違法とすべきでなく、合理の原則により判断すべきとした。また、当該協調の経済効果について、音楽著作権料を個々の作曲家が徴収することは取引コスト上不可能であることから、料金徴収のために協調が必要なので、合法であると判定した²²⁰。ただし、本件の判断基準に沿えば、共同事業における価格や産出量等に関する合意の正当化の余地が生じることになる。

このような Broadcast Music 判決の不都合を解消するものとして、「付随的制限論 (Ancillary Restraint Doctrine)」が提唱された²²¹。当該理論によれば、協調による競争制限が正当な共同事業に付随するものであり、その正当な共同事業の

²¹⁴ United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

²¹⁵ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940)。本件判決は、「価格構造に介入するすべての協調は違法行為にあたる」、「価格を引上げ、...安定させる目的をもって行われ、その効果を有する協調は当然違法である」とした。本判決の趣旨から、生産・販売数量や販売地域分割等の価格に直接に影響を及ぼす協調が当然違法とされている。滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』(青林書院、2010) 44 頁。

²¹⁶ Eastern State Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States, 234 U.S. 600 (1914)。本件判決は、「単独で行われた場合には無害な行為も、多くのものが共同で実施した場合には公益を害する」と述べた。これに続く一連の判決により、競争ボイコットは当然違法とされた。滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』(青林書院、2010) 44 頁。

²¹⁷ Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979)。

²¹⁸ ここで注意を払うべきなのは、本件は「経済上の正当性」により合法された例である。「不合理性」の正当化事由として、抽象的な「公の利益」による正当化と「経済上の合理性」による正当化とがある。詳細な判断基準は必ずあるとは言えないものの、判例等による姿勢や見解等を整理した文献として、柳武史「米国反トラスト法における反競争的行為の正当化」一橋法学、10(2) : 97-174、2011 年 7 月、徳力徹也「競争制限の正当化事由について」千葉大学法学論集 15 巻 2 号 211 頁 (2000)、中川晶比兒「水平的協定における合理の原則と比較衡量 (一)、(二)・完」法学論叢 155 巻 2 号 57 頁 (2004)、155 巻 4 号 50 頁 (2004) がある。

²¹⁹ 例えば、価格カルテルについては、National Collegiate Athletic Ass'n v. University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984); Smith v. Pro Football Inc., 593 F.2d 1173 (DC Cir. 1978)があった。共同ボイコットについても合理の原則に従って判断されたのは、Northwest Wholesale Stationers v. Pacific Stationery and Printing Co., 472 U.S. 284 (1985)があった。

²²⁰ Id. at 16-24.

²²¹ 付随的制限論は、United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 Fed. 271 (6th Cir.1898)によって提唱されてから主流にはなれなかった(Gregory J. Werden, The Ancillary Restraints Doctrine, Rule of reason v. kPer SE: Where are the boundaries now?, American Bar Association Section of Antitrust Law 54th Antitrust Law Spring Meeting, Mar.29-31, 2006.)。

ために必要なものであれば、たとえ価格制限であっても、その制限の合理性を合理の原則により判断する²²²。一方、共同行為の直接又は主要な目的が競争制限であると判断すれば、協調を当然違法とする。このように、付随的制限論は当然違法基準の硬直性を回避し、合理の原則の適用範囲を限定できるため、近年の多くの判決は「付随的制限論」と言及しないものの、その見方により協調事件を審査してきている²²³。当該理論の立場を採用した代表的な判例として、Polk Bros 事件²²⁴があり、保険は、競争制限の協調が「付随的」か、それとも「むきだしの競争制限 (naked restriction)」かを、生産量を増大させる共同事業に付随する制限であるか否かによって判断した。

合理の原則によれば、原則として、合意等が不合理であるか否かは個別の事例ごとにそれを正当化する事由があるか否かを考慮する上で判断される²²⁵。例えば、冷蔵庫のメーカーによる内部から扉を開けることについて相談し規格を策定するとする場合、当該規格を採用する場合は一定の追加的費用が必要となり価格上昇に伴うと同時に、例えば子供が一旦冷蔵庫に閉め込むと中から開けることができるなど消費者の生命・身体のためであれば、メーカーの当該カルテルは違法と言えないであろう。

米国における「正当化事由」は、競争を促進する経済的正当化事由 (economic justification) と公共の利益に資する非経済的正当化事由 (noneconomic justification) とがある。ここで問題となるのは、競争を保護する反トラスト法上の正当化事由は非経済的正当化事由を含むか否かである。また、経済的正当化事由でも、どのような基準で判断すべきかが論点になる。

これにつき、連邦最高裁は、1978年の National Professional Engineers 事件²²⁶において、「合理の原則は、その名に反して、反トラスト法の審査の範囲を、合理性の範囲に含まれ得る制限を是認するすべての議論へと広げるものではない。そうではなく、合理の原則は、直接的には当該制限の競争上の条件に対する影響に焦点を絞っているのである」²²⁷と述べ、競争と関連しないが「公共の利益」に資する非経済的正当化事由を否定し、競争を促進する経済的正当化事由のみを許容

²²² 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第4版』（青林書院、2010）45頁。

²²³ See Tomas A. Piraino, Jr. "The Antitrust of Joint Ventures After the Supreme Court's Decision" 57 Emory L. J. 735,745 (2008).

²²⁴ Polk Bros., Inc. v. Forest City Enters., Inc., 776 F. 2d 185 (7th Cir. 1985).

²²⁵ National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents, 468 U.S. 85, 104 (1984).

²²⁶ National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978). 事案概要：1935年、全米専門技術者協会 (National Society of Professional Engineers) は、その構成員の専門的、社会的、経済的な利益の促進を含む技術者の仕事の非技術的側面を取り扱うために組織された。1964年、協会は、顧客になろうとする者が最初に特定のプロジェクトについて技術者を選択するまでは、顧客になろうとする者と報酬について交渉し、又は協議することを禁止した倫理規程 (Code of Ethics) を定めた。そこで、1972年、米国政府は協회를相手取り、構成員による競争入札を禁止した倫理規程はシャーマン法に違反しているとして、その差止を求めて提訴した。これに対して、協会は、技術者間の競争は「公共の利益」に反するものであり、その仕事の品質を考慮することなく最低入札者と契約することは公衆衛生、公共の安全及び公共の福祉を危うくするため、倫理規程は合理的であると主張した。柳武史「米国反トラスト法における反競争的行為の正当化」一橋法学、10(2)：97-174、2011年7月、561頁～564頁参照。

²²⁷ Id. at 688.

していた。その後の Indiana Dentists 事件²²⁸及び Trial Lawyers 事件²²⁹も National Professional Engineers 事件の立場を踏襲して、非経済的正当化事由を否定していた。さらに、競争を促進する経済的正当化事由にいう「競争を促進する」とはどのようなこと、すなわち経済的正当化事由は具体的にどこまで許容されるかにつき、最高裁は単に抑制的な立場をとっているのではなく、Broadcast Music 事件²³⁰におけるブランケットライセンスによる別個の商品による新たな市場の創出や、NCAA 事件²³¹における反競争行為による商品の市場に送り出て消費者の選択の拡大、California Dental 事件²³²における供給者と需要者とで情報の非対称性の是正を含めて正当化事由を拡張的に認めようとする傾向がみられる。他方、連邦控訴裁判所レベルでは、非経済的正当化事由を正面から認める判断も出ているのである²³³。

標準化活動における協調的な行為にあたっては、それ自体として当然に違法とされることはない。このことは複数の判決によって確立されてきた²³⁴。例えば、ECOS 事件判決²³⁵においては、標準策定・適合性検査を実施する機関について、その目的は、競争者に様々な商品の安全性にかかる情報を提供することで、競争に影響を与えることになる。しかしながら、消費者に対して情報を提供することで、市場の不完全性を除去することは、違法な競争の制限ではないとした。また、一見して反競争効果を持ちそうな共同の標準化活動であっても、合理的な理由を伴うものであると認められれば、不合理な制限ないし不当な排除行為ではないと判断されうる²³⁶。

さらに、対象行為を通じて市場に悪影響を与えることは反トラスト法上問題となりうる²³⁷ものの、他者の事業活動に対して相当程度の制約を与えず、事業活動を相当程度に困難することもないように競争上相当程度に不利な立場におこな

²²⁸ Federal Trade Commission v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447 (1986) .本件における問題行為は顧客に対する情報の提供を差し控える行為であり、連邦取引委員会法に違反するか否かの例であるが、カルテル行為（共同ボイコット行為）の正当化事由を分析するにも参考にはなる。

²²⁹ Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990) . 山本顕一郎「弁護士団体による刑事弁護の拒絶と反トラスト法」公正取引 552 号 62 頁 (1996) 参照。

²³⁰ Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979) . 最高裁は、本事件における著作権者団体による著作権使用料の協調は、一見して殆ど常に競争を制限するか、生産量を削減するとみられる場合でなければ、当然違法とすべきでなく、合理の原則により判断すべきとした。また、当該協調の経済効果について、音楽著作権料を個々の作曲家が徴収することは取引コスト上不可能であることから、料金徴収のために協調が必要なので、合法であると判定した。

²³¹ National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984) .

²³² California Dental Association v. Federal Trade Commission, 526 U.S. 756 (1999) .

²³³ 判例として、Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773 (1975) 、aw v. National Collegiate Athletic Association, 134 F.3d 1010 (10th Cir.) , cert. denied.525 U.S. 822 (1998) 、nited States v. Brown University, 5 F.3d 658 (3rd Cir. 1993) がある。

²³⁴ Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst., 851 F. 2d 478 (1st Cir. Mass. 1988)は、標準化活動自体として違法になることはないという立場を採用した。 Eliason Corp. v. National Sanitation Foundation, 614 F. 2d 126 (6th Cir. Mich. 1980)及び ECOS Electronics Corp. v. Underwriters Laboratories, 743 F. 498 (7th Cir. Ill. 1984)は、適合性評価・認証活動と適合製品のリスト発行活動が反トラスト法違反にならないとの立場を示していた。

²³⁵ ECOS Electronics Corp. v. Underwriters Laboratories, 743 F. 498 (7th Cir. Ill. 1984).

²³⁶ In re Circuit Breaker Litig., 984 F. Supp. 1267 (C.D. Cal. 1997).

²³⁷ Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas, Light & Coke Co., 273 F. 2d 196 (7th Cir. Ill. 1959).

い限り、共同の標準化活動が違法であると判断されることもない²³⁸。例えば標準適合品の宣伝を行ったり、標準非適合品の品質が劣ると宣伝したりすることだけでは、反トラスト法に問われることはない²³⁹。

もっとも、共同の標準化活動は、価格の標準化や、価格・数量カルテルを偽装する場合、価格調整のためのメカニズムとして用いられる場合は別であって、詳しく審査することなく違法とされる²⁴⁰。

(iii) 州際通商等への影響

「州際通商または国際通商に影響を与えること」を要件とするのは、合衆国憲法第1章第8節3項において合衆国連邦議会は州際・国際通商に影響を与える限りで規制権限をもつものとされているからである。具体的には、問題の行為がなんらかの形で影響を与えればよく、行為が州際・国際通商に影響を与えればよいのであって、この過程で行われたものであるとは要求されていない²⁴¹。

(2) シャーマン法2条

標準化活動における共同行為は、独占化 (monopolization) 又はその企図 (attempt to monopolize) を規制するシャーマン法2条にも適用されうる。「独占化又はその企図」とは何かにつき、法条文上は明確にされていないが、判例の蓄積により確定されてきた。「独占化」の要件につき、先例として評価される Grinnell 事件連邦最高裁判決²⁴²によって確立された。この判決により、①関連市場において独占力を有すること、②意図的に (willful) 独占力を獲得し又は維持すること (優れた製品や鋭敏な事業活動、歴史的偶然の結果である成長や発展によるとは見られないもの) が要件とされてきた。「独占化の企図」、すなわち、現時点で独占力を所持しなくても、独占力を獲得させる危険性が高い行為も禁止されている。何をもって独占化の企図といえるかにつき、Spectrum Sports 事件連邦最高裁判決²⁴³により、①取引のいずれかの部分において価格をコントロールし、又は競争を破壊しようとする特定の意図の存在、②違法な目的を達成するために行われた反競争的な行為の存在、③成功の蓋然性があることが求められている。

さらに、「独占力」とはどのような力なのかにつき、しばしば「市場支配力」と切り替わるかを巡って論争されるが、米国裁判所が同義と解している²⁴⁴ため、本

²³⁸ Santana Prods. v. Bobrick Washroom Equip., Inc., 401 F. 3d 123 (3d Cir. 2005). 本件は、標準適合品の宣伝を行ったり、標準非適合品の品質が劣るということを宣伝・表明したりするだけであれば、通常、反トラスト法に問われることはないとした。Clamp-All Corp. v. Cast Iron Soil Pipe Inst., 851 F. 2d 478 (1st Cir. Mass. 1988)は、認証を与えなくとも競争上の地位に相当の影響が及ばない場合に特定の認証機関が認証を拒否しても、反トラスト法違反とはならないとした。他にも、Consolidated Metal Products, Inc. v. American Petroleum Institute, 846 F. 2d 284 (5th Cir. Tex. 1988)や、Greater Rockford Energy & Technology Corp. v. Shell Oil Co., 998 F. 2d 391 (7th Cir. Ill. 1993)がある。

²³⁹ Greater Rockford Energy & Technology Corp. v. Shell Oil Co., 998 F. 2d 391 (7th Cir. 1993).

²⁴⁰ National Macaroni Mfrs. Asso. v. Federal Trade Com., 345 F. 2d 421 (7th Cir. 1965).

²⁴¹ Hosp. Bldg. Co. v. Trs. of Rex Hosp., 425 U.S. 738, 743 (1976).

²⁴² United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

²⁴³ Spectrum Sports v. Mcquillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

²⁴⁴ 例えば、Cost Mgmt. Servs. v. Washington Natural Gas Co., 99 F.3d 937, 950 n. 15 (9th Cir. 1996)において、「ここでは「市場支配力」と「独占力」を“The terms ‘market power’ and ‘monopoly power’ are used interchangeably herein.”

稿もその立場をとる。つまり、du Pont 事件連邦最高裁判決²⁴⁵に述べるように、独占力とは、「市場における価格を支配する力、又は競争を排除する力」²⁴⁶をいうとする。独占力の判断要素は、主として市場シェアの如何を重視していた²⁴⁷が、近年では、市場シェアだけでなく、新規参入可能性・利益率・実際の価格行動などの要素も考慮している²⁴⁸。例えば、2005年のDentsply 控訴裁判決²⁴⁹は、参入障壁など他の関連要素がなければ、55%を顕著に超えるシェアの企業でなければ、独占行為違反に問われなかったとした。

なお、理論上、共同行為か単独行為に問わず、他者を排除するものであれば、シャーマン法 2 条に適用されうる。共同行為が同条に問われた先例として、独占目的による共謀が同条違反と認められた 1946 年の American Tobacco 事件連邦最高裁判決²⁵⁰や共同の買手独占が違法と認められた 1948 年の Mandeville 連邦最高裁判決²⁵¹がある。American Tobacco 事件において、American Tobacco 社を含める関連市場における市場占有率は 90.7%であった 3 社及びその子会社は、タバコの小売価格及び値引きの許容額をほぼ同一に設定する協調が、独占力を獲得し、独占を確立・維持する意図を有しているとして、シャーマン法 2 条に違反とされた。Mandeville 事件において、カリフォルニア州の砂糖精製業界において寡占の状態にあった 3 社（被告はそのうちの 1 社）が原料となる砂糖を同一価格で買い取る内容の協定は、独占化と州際通商の制限の共謀としてシャーマン法 1 条及びシャーマン法 2 条違反行為であると最高裁が認定した。

最後に、シャーマン法 2 条が規制する独占行為は、シャーマン法 1 条と同様に、「不当性」が求められている。正当化事由がある場合、たとえ価格協定であっても、違法とはされない。

(3) FTC 法 5 条

FTC 法 5 条は、「不公正な競争方法・慣行」を規制する権限を連邦取引委員会 (FTC) に与えている。理論上、シャーマン法の要件を満たさない単独又は共同行為に対して、FTC 法 5 条は規制を与え得る。例えば、事業者による欺瞞的な行為はシャーマン法の違法要件に該当しない場合反トラスト法による規制がないかというところではなく、FTC 法 5 条が適用されうる。先例として、National Macaroni 事件控訴審判決²⁵²がある。本件違反行為者はマカロニ加工業者団体であり、当該団体はマカロニ製品の主要製造業者 125 社中の 84 社で構成され、米国のマカロニ製品の 70%を

²⁴⁵ United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, (1956) .

²⁴⁶ Id. at 391.

²⁴⁷ これまでの判例によれば、独占力の存在を認定する際には概ね 70%以上の市場シェアを要求し、反対に、50%未満の場合は独占力の存在が認められていない。福永成徳「単独・直接の取引拒絶規制法理の研究」2014、筑波大学審査学位論文（博士）、12 頁及び注釈 23 参照。さらに United States v. Aluminum Co. Of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945)判決は、90%シェアは独占力を有し、60%はその可能性があり、30%では独占力がないとの基準を示した。滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）214 頁参照。

²⁴⁸ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）214 頁。

²⁴⁹ United States v. Dentsply International, Inc., 399 F. 3d 181 (3d Cir. 2005), at 187.

²⁵⁰ American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).

²⁵¹ Mandeville Island Farms, Inc. v. American Crystal Sugar Co., 334 U.S. 219(1948).

²⁵² National Macaroni Manufacturers Ass'n v. FTC, 345 F.2d 421 (7th Cir. 1965).

生産していた。1953年、小麦の不作によりデュラム小麦の価格の高騰を危惧したマカロニ加工業者団体は、マカロニの品質を決めるデュラム小麦の配合率を下げることを合意し、デュラム小麦の購入量を制限した。FTCはこれと関連する一連の行為と小麦価格の協定がFTC法5条違反するとし、第7巡回区控訴審はFTCの見解を支持した。

(4) 競争者間の協力についての反トラスト法ガイドライン²⁵³

連邦取引委員会・司法省が2000年4月に公表した「競争者間の協調についての反トラスト法ガイドライン (Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors)」(以下は「協調ガイドライン」という。)は、競争関係を有する者による共同活動にかかわって競争当局がどのような判断枠組みを採って評価するかを示したものである。当該ガイドラインは標準化を重点として作られたものではないものの、共同の標準化活動も当然、このガイドラインの枠組みに沿って評価することができる。

ガイドラインは当然違法によって審査するものと、合理の原則により審査するものとに振り分ける。具体的には、①競争制限だけを目的とすることが明らかな協調は当然違法とする。その例として、競争関係を有する者による価格協定、生産削減協定、談合、市場顧客分割協定などが挙げられている。当然違法に該当するとみなされるが競争促進的で効率化に役立つ共同行為は合理の原則により審査する(ガイドライン3.2)。②当然違法に該当しない協調は、合理の原則により合法・違法を判定する。合理の原則による審査は、まず協調の性質を判断する。その内容の1つとして、協調の目的を問い、実施したか否か、競争制限効果が表れていたか否かを見て、仮にこれらに市場支配力がないことにより、競争を制限することがないと証明できれば、FTCは通常この協調を提訴(challenge)しない。上記までの審査により、協調が反競争的な弊害を招く恐れがあると評定する場合、FTCは詳細な審査に入る。詳細な審査は、市場を画定して市場シェアを算定し、協調の参加者が市場支配力を獲得するかを判定する。また、参加者が独自に競争する自由を有するか、新規参入の可能性があるかについても考慮する。これらの審査により、反競争的な弊害がないと判断される場合、審査を終える(ガイドライン3.3)。③協調に反競争性が認められる場合、市場分析をすることなく、競争促進効果の分析に入る。競争促進効果は、認識可能であり、検証可能でなければならず、より制限的でない代替手段が存在してはならない。そして、反競争効果と競争促進効果とを衡量する。

ガイドラインは、市場シェアに基づいて「安全圏(safety zones)」を設けている。ガイドライン4.2は協調一般の安全圏を定めており、関連市場のそれぞれに協調参加者のシェア合計が20%未満の協調は、FTCが提訴しない。ただし、当然違法に該当する協調及び簡略化された審査を適用する協調には安全圏を適用しない。ガイドライン4.3は研究開発協調にかかわる安全圏を定めている。研究開発協調を代替す

²⁵³ See United States Department of Justice and Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors, 64 Fed Reg 54483 (1999).

ることができる独立の研究開発主体が3つ以上存在する場合は、FTCがそれを提訴しない。但書は協調一般と同様である。

第二項 EU 競争法

競争者間の協調に対する適用条文は EC 機能条約 101 条 1 項及び 3 項である。101 条においては、加盟国間の通商に影響を与える恐れがあり、かつ、共同体市場における競争を妨害、制限または歪曲する目的を有し又は効果をもたらす合意、事業者団体の決定及び協調行為は、とりわけ生産、販売、技術開発を制限し統制することが禁じられている（101 条 1 項(b)）。ただし、商品の生産もしくは販売の改善または技術もしくは経済発展の促進に役立ち、同時にその結果生ずる利益を消費者にも公平に還元するものであって同条 3 項の条件を満たすものであれば、適用免除を受けることができる。

101 条違反とするためには、合意、事業者団体の決定又は協調行為（以下は「合意等」という。）²⁵⁴について、書面によるもの又は法的拘束力を有するものであることは必要とされていない²⁵⁵。もっとも、事業者団体の決定について、法的拘束力のない勧告であっても、その遵守状況次第では、事業者団体の決定があったものとされることがある²⁵⁶。協調行為につき、欧州司法裁判所により、事業者自らの行動や計画を現実ないし潜在的に競争者に対して開示することも含めて禁止されている²⁵⁷。ただ、このような協調的行為を証明するのは容易ではなく、実際にもこれで退けられた主張がしばしばある²⁵⁸。また、101 条違反を認めるには、さらに競争制限の「目的あるいは効果」が認められる必要がある。

101 条における「目的」規定により、価格カルテルや数量制限、市場分割等の一定類型²⁵⁹の合意を行えば、市場効果の判断を必要とせず、競争制限が目的であると外形的に判断できる協調を違法とする²⁶⁰。つまり、「目的」とは、協調する企業がもつ主観的目的ではなく、行為が行われる経済的状况を客観的に考察することから導かれることを指す²⁶¹。競争制限の目的が外形的から明確にできない場合には、協調の効果を検討する必要がある。この「効果」規定によって違法と判断するためには、有効な競争が行われなくなることなど「評価に足りる (appreciable)」影響を市場に及ぼしていることが必要とされている²⁶²。もっとも、この意味での効果が認められるときに

²⁵⁴ 合意及び協調行為を区別して考える見解があるものの、両者の境界が明らかではなく、明らかにする実益もないと考えられている。合意であると同時に、協調行為でもある、という認定を行うのが実務において許されている。Rechard Whish, *Competition Law* (6th edn OUP, Oxford 2008 99-100).

²⁵⁵ 書面によるものでなくてもよい判例は、Case 28/77 Tepea v Commission [1978] ECR 1391 がある。法的拘束力が要求されないのは、Case 41/69 ACF Chemiefarma v Commission [1970] ECR 661 である。

²⁵⁶ Joined Cases 96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82 IAZ International Belgium and Others v Commission [1972] ECR 619.

²⁵⁷ Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Suiker Unie v Commission [1975] ECR 1663.

²⁵⁸ Case C-89195 Woodpulp II [1993] ECR I -1575.

²⁵⁹ See Commission Notice, Guidelines on the applicability of Article 81 of the EC Treaty to horizontal cooperation agreements [2001] OJ C3/2 art 18.

²⁶⁰ Case 56 and 58/64 Consten and Grundig v Commission [1966] ECR 299.

²⁶¹ See Whish, Richard, 2009, *Competition Law* (6th Edition), Oxford University Press, page116. 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）56 頁。

²⁶² Case 26/76 Metro v. Commission [1977] ECR 1875.

は、「デ・ミニミス (De minimis) 告示」による量的に一定以上の影響を与えたことも必要である²⁶³。本告示により、参加メンバーの市場シェアが合計 10%以下の水平的協調（垂直的協調は 1 社シェアが 15%以下）は規制しない。ただし、ハードコア制限は、本告示による違法免除から除かれる。

なお、欧州において、米国の「合理の原則」による「反競争効果と競争促進効果の比較衡量」は行われておらず²⁶⁴、相当する基準は「デ・ミニミス告示」及 101 条 3 項の適用除外規定のバランス判断によって行われている。101 条 3 項の適用免除を受けるためには、次の 4 要件を満たさなければならない。つまり、①EU の生産・流通・技術その他の経済的利益の向上に寄与する、②経済的利益が消費者にも和与えられる、③許容される合意等は経済的利益達成に必要な最小程度に限られる、④市場競争を実質的に消滅させてはならない。

このような判断にあたっては、事実上欧州委員会の自由裁量に委ねられているため、学者によって批判がなされた²⁶⁵。また、欧州裁判所は、101 条 1 項の運用につき、合理の原則及び付随的制限論を採用する姿勢が見られており²⁶⁶、たとえ最低販売量義務を定めた協定についても目的から当然に違法とすべき協定ではないとして、市場確定・市場の閉鎖程度・参入可能性等の要素から総合的に分析した²⁶⁷。

標準化・適合性にかかる標準化活動においても前記のような判断枠組に沿って評価がなされている。その具体的な運用は、2001 年に公表された水平的協定ガイドラインに明らかにされており、2011 年に本ガイドライン²⁶⁸が改訂され、第 7 章（標準化協定）において詳しく分析されている²⁶⁹。まず、標準化協定の定義につき、現在ないし将来の商品、製造方法が従いうる技術的あるいは品質上の要求を定めることを主要な目的とする合意とし、その射程を比較的明確にしている（para.257）。標準化協定は 101 条 1 項に該当するか否かの判断については、まず、セーフハーバーが設けられている。すなわち、標準策定への参加が制限されず、標準に遵守する義務がなく、公

²⁶³ See European Commission, Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81 (1) of the treaty establishing the European Community [2001] OJ C368/13. 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）57 頁参照。

²⁶⁴ See Giorgio Monti, EC Competition Law (CUP, Cambridge 2007) 29-31; 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010 年 8 月 31 日）64 頁。

²⁶⁵ Krah, Valentine, 2004, EC Competition Law and Practice 8th ed., Hart Publishing, p.385.

²⁶⁶ 合理の原則について、代表的な判例として、Delimitis v. Heninger Brau AG, Case C-234/89 [1991] ECR I-935 がある。付随的制限論について、Remia BV and Verenigde Bedrijven Nutricia v. Commission (42/84) [1985] ECR 2545、Wouters v. Algemeine Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, Case C-309/99 [2002] ECR I-1577 がある。

²⁶⁷ Delimitis v. Heninger Brau AG, Case C-234/89 [1991] ECR I-93. 本件における問題となった協定は、ビール醸造所とパブ経営者との間の協定であり、本協定により、醸造所は、パブ経営者にパブの建物を貸し、一方、パブ経営者は毎年、決められた量以上のビールをその醸造所から購入しなければならない。本件の関連市場において、複数の類似の協定が存在したため、欧州裁判所はこの状況を考慮した。分析の理屈は鞠山尚子「EU 競争法における競争制限の解釈」CPDP-52-J September 2011、11 頁参照。

²⁶⁸ European Commission, Notice, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements [Official Journal C 11 of 14.1.2011, available at [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF\(10/14/2015 last accessed\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:011:0001:0072:EN:PDF(10/14/2015%20last%20accessed))).

²⁶⁹ 以下は井上郎「欧州委員会の改訂版水平的協調合意に関するガイドラインについて」（「公正取引」、2011 年 5 月号（第 727 号）、9-14 頁）を参照した。

平・合理的及び非差別的な条件を含むものであれば、101条1項所定の競争制限は発生しないと指摘されている（para.280）。上記セーフハーバーに該当しない標準化協定は、標準の関連市場に対する影響を考慮する必要が生じる（para.292）。このためには、標準を採択した団体が自由に代替の標準を採択することができるか否か（para.293）、標準の利用に制限があるか否か（para.294）、標準の採択手続に関連市場のすべての当事者が参加することができるか否か（para.295）など各要素が考慮される。仮に制限がある場合であっても、標準に準拠する製品又はサービスの市場占有率はどの程度か（para.296）、当事者に対して標準の策定プロセスに関する情報が公開されているか否か（para.297）、知的財産権についてどのような開示義務を含むのか（para.298）など各要素が考慮される。また、競争者（潜在的競争者も含む）を排除することを意図したより広範な競争制限合意の一環として標準を用いる合意であれば、常に101条1項に該当するとされている（para.273、para.274）。

なお、101条1項に該当する合意等であっても、同条3項に基づいて1項の適用から免除されることもあり得る。101条3項を適用するためには、対象の標準化協定は、①効率性が向上させること（Efficiency gains）（para.308 ないし para.313）、②標準化協定による制限が効率性を向上させるために不可欠であること（Indispensability）（para.314 ないし para.320）、③効率性の恩恵が消費者に享受させることができること（Pass-on to consumers）（para.321 ないし para.323）、④情報交換が競争を排除するものではないこと（No elimination of competition）（para.324）、という要件が満たされる必要がある。

①につき、効率性を向上するには、標準化協定が新規参入者対して当該標準に適合するために必要な情報を開示しなければならない（para.309）。標準を普及するためにはマーク等による認証を加えることができる（para.310）。標準のイノベーションに対する影響はケースバイケースで分析されなければならない、競合する規格プラットフォームの互換性を創出することができる場合は効率性を向上させることが認められている（para.311）。また、標準条項（Standard terms）の利用によって、需要者は供給者を選択することができるほか、取引費用の削減や場合によって新規参入を促すような効率性を向上させる効果がある（para.312）。

②につき、通常、標準化協定は技術の互換性や一定の品質水準に達するなどの目的を達成するために必要なものでなければならない。例えば、非差別的な標準化協定は唯一な技術的解決策とする場合、当該標準化協定が、通常、消費者や経済に有益なものである。ただ、当該標準が必須な知的財産権をその中核部分として形成され、ライセンスに対して必要な対価以上を徴収する場合や、標準技術を構成するために当該技術の排他的ライセンスを求める場合は、目的達成のために必要不可欠なものではない（para.317）。標準の利用者は標準化協定の参加者のみ限定するような制限は、原則として不可欠ではない（para.318、para.320）。また、標準化協定は標準の認証活動を特定の者に完全委託するのが目的達成に必要な以上な制限であり、競争を制限する恐れもある（para.319）。ただ、一定の期間を定める場合はこの限りでない（para.319）。

③につき、標準が技術の互換性や新規又は既存の製品間の競争を促進する場合、その効率性の恩恵が消費者に享受させることができるといえる（para.321）。競争制限効果及び効率性の向上は事業者の市場地位及び標準内容が利用された範囲や規模によって判断されるため、いわゆる「セーフハーバー」を設けるわけではな（para.322）。

④につき、標準化協定は競争を排除するか否かを判断する際、市場シェアや現存する競争余力の大きさなどを考慮する必要がある（para.324）。

第三項 日本独占禁止法

日本において、共同で標準を策定し、適合性評価等を通じてこれを運用する者に対しては、独占禁止法3条前段（私的独占の禁止）、3条後段（不当な取引制限の禁止）、8条（事業者団体規制）、19条（不公正な取引方法の禁止）が適用されうる。もっとも、日本における共同の標準化活動ないしそれに付随する活動に対して独占禁止法が適用された例は少ない²⁷⁰（価格や数量等の実質的具体的なカルテル行為に伴わない又はその段階まで進めていない共同の標準化活動）。本項は、3条後段及び8条を主として検討し²⁷¹、私的独占の禁止規制につき、後述の単独行為の節に検討する。

日本の独占禁止法における「不当な取引制限」を定義する同法2条6項により、不当な取引制限に当たるためには、①事業者であること、②他の事業者と共同して行うこと、③相互にその事業活動を拘束し、又は遂行することによるものであること、④公共の利益に反すること、⑤一定の取引分野における競争を実質的に制限すること、が要件として満たす必要がある。これら要件のうち、①及び②を「行為要件」、⑤を「市場効果要件」と呼ばれている。

①につき、事業者は、「なんらかの経済的利益の供給に対応し反対給付を反覆継続して受ける経済活動」²⁷²を行う主体のことをいう。したがって、営利性は必要とされておらず、法定性格も問われておらず、国や地方公共団体も事業者性が肯定されている²⁷³。

②及び③は合わせて「共同行為」とまとめることができる。具体的には、複数の事業者がなんらかの反競争効果の実現のために、相互に同内容又は同種の対価の引上げを実施することを認識ないし予測し、明示的である必要がなく、暗黙のうちに認容することで足り、これと歩調をそろえれば、意思の連絡があると認められ、拘束を相互にしていれば相互拘束性があると認定することができる²⁷⁴。

²⁷⁰ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）80頁。

²⁷¹ 以下は、金井ほか編著『独占禁止法第3版』（弘文堂、2010年）37-139頁参照。

²⁷² 都営芝浦と畜場事件：最一小判平成元・12・14、民集43巻12号2078頁、判時1354号70頁、判タ731号103頁。

²⁷³ 0年玉付き年賀葉書事件（最一小判平10・12・18）及び都営芝浦と畜場事件は公的主体の事業者性を肯定した。日本建築家協会事件（審判審決昭和54年9月19日）、不動産鑑定士事件（東京地八王子支判平13・9・6）、観音寺市三豊郡医師会事件（東京高裁平成13年2月16日判決、判時1740号13頁）は、自由職業も事業者性があるとした。教育を行う者の事業者性を肯定した判例はないが、埼玉県自動車教習所協会事件（勧告審決昭41・2・12）においては自動車教習所の事業者性が認められた。また、宗教団体の事業者性については先例がないが、宗教団体が収益事業等を行う範囲では事業者にあたるべきであろう。

²⁷⁴ 東芝ケミカル審決取消請求事件（東京高判平7・9・25）。

④の「公共の利益」とは何かにつき、以前は学説上も実務上も2つの見解が鋭く対立していたが²⁷⁵、石油価格カルテル刑事事件最高裁判決²⁷⁶により、「独占禁止法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、同法2条6項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進する』という同法の究極の目的に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべきである」と判断したように、「公共の利益」の解釈と独占禁止法1条の究極目的の解釈とを連動させて考えている。

⑤の市場効果要件のうち、「一定の取引分野」とは、競争が行われる場であって、商品市場及び地理的市場から構成され、主として需要者にとっての代替性から画定されるが、必要に応じて供給者に観点からの代替性も考慮する²⁷⁷。一定の取引分野の範囲は、あらかじめ固定的に決まっているのではなく、特定の行為によって競争の実質的制限がもたらされる範囲を言い、具体的な行為や取引の対象・地域・態様等に応じて相対的に決定される。「競争を実質的に制限する」とは、「当該取引にかかる市場が有する競争機能を損なうことをいい」²⁷⁸、事業者がその意思である程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することを意味しているが、一般に、この判決にいう「ある程度自由に価格、品質、数量、その他各般の条件を左右すること」を市場支配力と呼び、競争の実質的制限とは、市場支配力を形成・維持・強化することと理解されている²⁷⁹。

標準化活動にあたっては、公取委は、「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」²⁸⁰（以下、「標準化・パテントプール・ガイドライン」という）がある。また、「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」（以下、「事業者団体ガイドライン」という）も参考になる。

標準化・パテントプール・ガイドラインは、標準化活動自体への考え方として、「標準化活動は、製品の仕様・性能等を共通化するなどにより参加者の事業活動に一定の制限を課すものであるが、一方で、製品間の互換性が確保されることなどから、当該規格を採用した製品の市場の迅速な立上げや需要の拡大が図れるとともに、消費者の利便性の向上に資する面もあり、活動自体が独占禁止法上直ちに問題となるものでは

²⁷⁵ カルテルの促進の旨とする産業政策を支持する立場から「公共の利益」を幅広く読む解釈の見解に対して、競争政策の独自性を貫徹しようとする立場から「公共の利益」を自由競争秩序の維持という狭い意味に限定的に解釈する見解があった。金井ほか編著『独占禁止法第3版』（弘文堂、2010年）、115頁。

²⁷⁶ 石油価格カルテル刑事事件（東京高判昭55・9・26、高刑33・5・511）。

²⁷⁷ 金井等『独占禁止法第3版』（光文堂、2010年）28頁、詳細な記述は192頁～193頁参照。

²⁷⁸ 多摩入札談合事件（最判平成24・2・20民集66巻2号796頁）。

²⁷⁹ 根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説第4版』（有斐閣、2010）157頁。

²⁸⁰ 公正取引委員会、平成19年9月28日改正、<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/patent.html>にて閲覧可能。（最終アクセス日：2015年10月16日）

ない」としており、「しかしながら、例えば、標準化活動にあたって以下のような制限が課されることにより、市場における競争が実質的に制限される」としている²⁸¹。ここで問題とされる制限は、以下のものがある。①販売価格等の取決め（標準化活動に参加する事業者が、策定された規格を採用した製品等の販売価格、生産数量又は製品化の時期等について共同で取り決める（不当な取引制限等））、②競合規格の排除（標準化活動に参加する事業者が、相互に合理的な理由なく競合する規格を開発することを制限する又は競合する規格を採用した製品の開発・生産等を禁止する（不当な取引制限、拘束条件付取引等））、③規格の範囲の不当な拡張（標準化活動に参加する事業者が、規格を策定する際に相互に製品開発競争を回避することを目的として、互換性の確保など標準化のメリットを実現するために必要な範囲を超えて製品の仕様・性能等を共通化する（不当な取引制限等））、④技術提案等の不当な排除（標準化活動に参加する一部の参加者が、規格を策定する過程で、不当に、特定の事業者の技術提案が採用されることを阻止する又は規格が技術改良の成果を踏まえた内容に改定されることを阻止する（私的独占、共同行為による差別取扱い））、⑤標準化活動への参加制限（標準化活動に参加しなければ、策定された規格を採用した製品を開発・生産することが困難となり、製品市場から排除されるおそれがある場合に、合理的な理由なく特定の事業者の参加を制限する（私的独占等））。

標準化活動が事業者団体によって行われる場合には、2条6項、3条後段に加えて、事業者団体の活動を規制する8条にも適用されうる。事業者団体ガイドラインは、「商品又は役務の種類、品質、規格等」については、それが「事業者間の競争の手段となり得るものであり、事業者団体がこれを制限することにより競争を阻害することは」、独占禁止法8条3号ないし5号の規定に「違反する行為である」。また、「市場分割の目的で商品の種類を制限すること等により市場における競争を実質的に制限することもあり得る」。また、「自主規制等、自主認証・認定等」にあたって、「生産・流通の合理化や消費者の利便の向上を図るため規格の標準化に係る自主的な基準の設定、また、環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づく必要性から品質に係る自主規制等や自主認証・認定等の活動」は、「独占禁止法上の問題を特段生じないものも多い」。一方、これら「活動の内容、態様等によっては、多様な商品又は役務の開発・供給等に係る競争を阻害することとなる場合もあり、独占禁止法8条3号ないし5号に違反しうる。さらに、「自主規制等や自主認証・認定等の形をとっていても、当該活動により市場における競争を実質的に制限することがあれば、独占禁止法8条1号に違反する」こともあり得る。これら標準化活動に関わる自主規制が独占禁止法違反に当たるかどうかの判断につき、①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するかどうか、②事業者間で不当に差別的なものであるかどうかに基づいて、「社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のもの」であるか否かの要素を勘案しつつ判断される。また、自主規制等の利用・遵守については、「構成事業者の任意の判断に委ねられるべきであって、事業者団体が自主規制等

²⁸¹ ガイドライン第2の2。

の利用・遵守を構成事業者に強制することは、一般的には独占禁止法上問題となるおそれがあり、その利用を構成事業者に強制することがあるか否か、非構成事業者に開放されているかどうかによって判断がなされる。最後に、事業者団体ガイドラインは「違反となるおそれがある行為」という黒条項および「原則として違反とならない行為」の白条項を設けている。黒条項として、「特定の種類の商品又は役務を構成事業者が開発・供給しないことを決定すること」、「特定の事業者に対して差別的な内容の自主規制等を行うこと」、「構成事業者に、自主規制等を利用若しくは遵守すること又は自主認証・認定等を利用することを、強制すること（当該自主規制等がその内容から競争を阻害するおそれのないことが明白である場合を除く）」、「自主認証・認定等を受けなければ事業活動が困難な状況において、特定の事業者による自主認証・認定等の利用を正当な理由なく制限すること」が挙げられている。白条項として、「需要者の利益に合致した規格の標準化に関する自主的な基準を設定すること」、「環境の保全や安全の確保等の社会公共的な目的に基づいて合理的に必要とされる商品又は役務の種類、品質、機能等に関する自主的な基準を設定すること（需要者の利益を不当に害さないものに限る）」、独占禁止法上問題のない基準・規約等の「周知や普及促進を行い、又はそれへの適合について自主認証・認定等を行うこと」が挙げられている。

第四項 中国反壟断法

中国においては、競争者間の共同行為について、中国反壟断法第 13 条によって規制されている。事業者団体による共同行為であれば、同法 16 条にも適用されうる。

13 条は具体的には、①価格に関する協定、②生産数量又は販売数量の制限、③販売市場または原材料購入市場の分割、④新技術または設備の購入の制限、新技術または新製品の開発の制限、⑤共同の取引拒絶、⑥国務院反壟断法執行機構が認定するその他の独占的協定、のような独占的協定の締結が禁止されている。上記の禁止行為からみれば、この規定は、EU の 101 条 3 項に似ているが、実質的には日欧米の独占禁止法により禁止されている水平的な競争制限行為と基本的に同様であると評価されることができよう。ところが、包括的条項たる⑥は、反壟断法執行機関に対して裁量権を与えている点が中国反壟断法の特徴である。⑥の存在によって、反壟断法執行機関が各事案の具体的な状況に応じて柔軟に対応することができるようになる一方、執行機関の裁量権の範囲が明確にされていない点も問題となる。16 条は、「事業者団体は、当該業界の事業者が本章の禁止する独占的行為に従事するよう組織してはならない」と規定している。

標準化活動については、中国においても基本的に反壟断法の判断枠組に沿って分析して判断する。具体的な判断基準につき、知的財産権濫用規則には、現時点ではもっぱら標準化に関する規則やガイドラインが制定されておらず、知的財産権に関連する場合、知的財産権濫用規則における関係各条項や独占的協定ガイドライン²⁸²の枠組みに沿って判断する。

²⁸² 国家工商行政管理総局令第 53 号（2010 年 12 月 31 日）。

知的財産権濫用規則には、反壟断法 13 条の運用基準を明確にする独占的協定セーフハーバーが設けられているのが特徴的である。当該規則第 5 条によれば、当事者間の協定は、競争関係にある事業の関連市場におけるシェアの合計が「20%を超えないとき」、又は「連市場において合理的なコストで取得できるその他の独立支配の代替技術が少なくとも 4 つ存在しているとき」、通常独禁法上の独占協定の問題が生じることはないと考えられる。また、垂直関係にある当事者間の協定は、「関連市場におけるシェアが合計で 30%を超えないとき」、又は「関連市場において合理的なコストで取得できるその他の独立支配の代替技術が少なくとも 2 つ存在しているとき」、通常独禁法上の独占協定の問題が生じることはないと考えられる。ところが、前述したように、知的財産権濫用規則は中国国家工商行政管理総局が制定したものであり、非価格独占行為（独占的協定、市場支配的地位の濫用、行政権利の濫用）を対象としており、価格独占行為に対しては適用されない。この原則は同じく工商総局により制定された独占的協定ガイドラインにも適用される。独占的協定ガイドラインは、競争関係にある事業者間の生産・販売数（第 4 条）についての取り決め、販売市場・原材料購入市場の分割についての取り決め（第 5 条）、新しい技術・設備の購入を制限する取り決め及び新製品・新技術の開発を制限する取り決め（第 6 条）、共同ボイコット（第 7 条）についての取り決めに禁止している。

第三節 標準化プロセスに関わる単独行為と独占禁止法（デファクト標準形成プロセスにおける諸問題）

標準化活動において複数企業が協調的な行動をとりやすい市場構造においては、単独の企業が、協調的標準化よりも規格間競争を展開してデファクト標準を獲得するのが競争政策上好ましいことが多いであろう。製品の新規性の高い市場において、革新的な先行者が支配的企業になるときは、自分の規格が後発者にも採用され事実上の標準となる傾向が考えられる。消費者も強い印象を受けた先行者の製品を比較基準として選択する傾向にあり、後発者もそうした買い手の行動を前提として戦略を立てる²⁸³。このような企業の単独行動は、一方では活発な競争を促し、競争を促進する。しかし、他方では。このような行為は市場や他社に対する影響が大きい可能性があり、ひいては人為的に他者の事業活動の継続または新規参入を相当程度に困難にし、自社の市場における支配的な地位を維持・強化すれば、独占禁止法によって規制されることがあり得る。このような人為的に他者を排除する行為は、複数の者による場合はすでに検討した通りであり、単独の事業者による場合は本節において検討する。

第一項 市場支配力の要否

標準化活動にかかわる技術を保有する企業の市場における地位は、前述したとおり、各国とも、技術市場の独占は必ずしも製品市場における独占と常に同じく意味するわけではないことを確認した。ここでは市場支配的地位については、製品市場における支配的地位の有無を論点とする。

²⁸³ 後藤ほか編著『IT 革命と競争政策』114 頁。

(1) 米国反トラスト法

前記の論点について、米国においては、シャーマン法 2 条が、「独占力を所持」し、「独占力を意識的に獲得あるいは維持する」行為が、「独占行為」行為として禁じられている²⁸⁴。すなわち、市場支配力を所持する企業が独占行為規制の対象として規制されている²⁸⁵。また、「独占化の企図」も同条によって禁止されているため、現時点で独占力を所持していなくても、独占力を獲得させる危険性が高い行為も禁止されている。ただし、独占力の要件が薄められないように、「独占化の企図」要件の適用を加える過剰な規制を抑える姿勢がみられる²⁸⁶。

一方、シャーマン法より後に制定されたクレイトン法及び FTC 法は、シャーマン法違反となる独占行為が生じる萌芽の段階で不当行為も規制対象とされており、市場支配力を有しない企業にも反トラスト法の規制対象を拡大した。具体的には、クレイトン法は、価格差別、排他取引、抱き合わせ、合併と役員兼任の 4 種類の行為を企業慣行とし、これらについては、「競争を実質的に減殺する恐れあるいは独占を形成する傾向」があるだけで違法と認定できるとした。FTC 法 5 条は、単に「不当な競争方法」と判定すれば、FTC がその行為を排除することができる。もっとも、両法の制定後の運用基準は、シャーマン法基準に近づいたため、シャーマン法の規制基準に吸収されてきている²⁸⁷。例えば、クレイトン法による単独企業の差別価格規制の基準はシャーマン法 2 条と同様の要素をもちつつある²⁸⁸。また、単独での排他行為への FTC 法による規制については規制した事例が少なく、規制する場合にもシャーマン法 2 条の場合と同じく、市場支配力を有するか市場支配力獲得の高い危険性がある事業者を規制対象として限定されている²⁸⁹。

²⁸⁴ United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).

²⁸⁵ シャーマン法 2 条の条文通り見れば、「市場支配力」ではなく、「独占力」という要件が必要である。United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377 (1956)において、米国においては「独占力」を「価格を支配するあるいは競争を排除する能力」(Grinnell, 384 U.S. at 571 も同様)と定義していた。「市場支配力」はもともと合併規制における「競争レベル以上の価格を実質的な機関維持する力」を意味し(1992 年司法省・FTC 合併ガイドライン)、「独占力」の定義に含まれていると見える。かつ、文献の多くは両者を区別することなく「市場支配力」を用いている。本稿に同様である。もっとも、E. I. Du Pont de Nemours 事件判決のように、両者を区別して理解される例もある。

²⁸⁶ 例えば、Spectrum Sports Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993)においては、「独占化へのはっきりした意図」及び「独占力獲得の高い危険性」が必要とされていた。

²⁸⁷ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』(青林書院、2010) 212 頁。

²⁸⁸ 差別価格について、地域の競争状況に応じて価格を変えることは正当な競争行為なので、それ自体が不当ではないと認識されている上で、差別価格が不当と認められうる場合は略奪価格としての性格に帰着することになる。そして、略奪価格として認定することができるのは、①価格がコストを下回っていること、②コスト以下価格による競争者を追い出した後に高価格をつけて、コスト以下価格により被った損失を埋め合わせる可能性が十分にあること、という 2 つの要件を認めなければならない。①の要件における価格とコストの比較が困難であるため、Brooke Group Ltd. v. Brown & Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993)より、市場構造要件である②の要件を重視してきた。②の要件は、「市場構造要件」とも呼ばれ、独占行為一般の第一段階審査である市場支配力テストに相当する。本件において、裁判所は、コストを下回る価格であっても競争を損なわなければ消費者の利益になるとした。したがって、独占的企業が価格を引上げ、高価格を維持して、以前の損失を埋め合わせると認定できる場合のみに競争を損なうと判定すべきとした。滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』(青林書院、2010) 272-285 頁。

²⁸⁹ 代表審決例としては、E. I. Du Pont de Nemours & Company, 96 F.T.C. 653 (1980)がある。

なお、市場支配力の判断に関して、独占行為規制においては、アルコア判決²⁹⁰において示された市場シェア基準²⁹¹から新規参入可能性、利益率、実際の価格行動等の要素まで考慮するように変化してきている。比較的最近では、Dentsply 控訴審判決²⁹²は、他の関係要素がなければ、55%を顕著に超えるシェアの企業でなければ独占行為違反に問われなかったとした。

(2) EU 競争法

企業の単独行為は EU 機能条約 102 条によって規制されている。102 条による規制は、市場において支配的地位を有する企業を対象とするものである。支配的地位の定義については、先例的判決として、1978 年の United Brands 判決²⁹³が初めて市場支配的地位を定義した。同判決は、支配的地位を「事業者が、競争者、顧客及び最終的にはその消費者と、一定程度独立して行動する力を与えられることによって、関連市場において有効な競争 (effective competition) が維持されることを妨げることが可能にする経済的な力を持つ地位」としている。また、欧州委員会が 2009 年に公表した 82 条 (旧) ガイダンス²⁹⁴においては、「支配的地位 (dominant position)」とは、事業者が単独で (independently)、「価格を競争レベルよりも高いレベルに実質的一定の期間内に引き上げることができる能力」²⁹⁵と定義されている。

支配的地位の認定にあたっては、市場シェアが重視されており、市場シェアが際立って高い場合には、それだけで支配的地位を有すると認定される。Hoffman-La Roche 判決²⁹⁶及び AKZO 判決²⁹⁷においては、50%以上のシェアの企業に支配的地位を認定した。50%以下のシェアでも支配的地位を認定した事例も少なくない。この点は、米国の独占行為判例より低いシェアで市場的地位を認定しているといえよう。さらに、前述した 82 条 (旧 EC 条約) ガイダンス para.14 は、関連市場における市場シェアが 40%を下回る企業に支配的地位を認定することは通常ない (not likely) との説明がなされている。もともと、米国と同様に、102 条違反と判断する際には、市場シェア以外に支配的地位を示す要素、例えば参入障壁等も考慮される。ただし、米国のない特徴として、EU においては、排他行為の存在自体が支配的地位の証拠となる場合がある²⁹⁸。例えば、差別価格等の排他性を有する行為は、通常の事業者が行えば問題ないが、支配的地位を有する事業者が実施すれば違法と認定される

²⁹⁹。

²⁹⁰ United States v. Aluminum Co. of America, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

²⁹¹ 90%シェアは市場支配力を有し、60%はその可能性があり、30%では市場支配力がないという基準である。

²⁹² United States v. Dentsply International, Inc., 399 F 3d 181 (3d Cir. 2005).

²⁹³ Case 26/76 United Brands v. Commission, [1978] ECR 207.

²⁹⁴ Commission of the European Communities, C (2009) 864 final, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (9 February 2009).

²⁹⁵ “capable of profitably increasing prices above the competitive level for a significant period of time”。

²⁹⁶ Hoffman-La Roche & Co. v Commission (Vitamins), [1979] ECR. 461.

²⁹⁷ AKZO Chemie BV v. Commission, [1991] ECR. I-3359.

²⁹⁸ Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, [1983] ECR. 3461 においては、排他的行為を支配的地位にある者でなければ行うことができないものであるとして、支配的地位認定の証拠とされた。

²⁹⁹ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』(青林書院、2010) 223 頁。

(3) 日本独占禁止法

単独行為について日本の独占禁止法は、私的独占規制及び不公正な取引方法規制の対象としている。

私的独占規制は、米国の独占行為規制をモデルとして設けられた規制である。日本独占禁止法における「私的独占」とは、「事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもってするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」である（法2条5項）。したがって、シャーマン法2条の独占行為規制と異なり、日本私的独占規制は、「競争を実質的に制限する」の要件を満たせばたり、また競争の実質的制限は市場支配力の形成・維持・強化であり（最判平成22・12・17民集64巻8号2067頁）、市場支配力の形成も対象とすることから明文上や実務上は、市場支配力を有する企業又は支配力獲得の危険性が高い企業を対象企業を限定するわけではない。しかしながら、私的独占において新たに市場支配力を形成するようなケースは例外的な場合に限られるため、これまでの規制事例を見る限り、多くの場合はすでにそのような地位・力を有していることが私的独占の成立にとって前提となっている³⁰⁰。

市場支配力を有しないために私的独占規制の対象にはならない企業であっても、不公正な取引方法規制を用いる場合には、独占禁止法の規制対象に該当しうる。この規制は、日本は、米国及びEUの市場支配力を有しない企業については単独行為に介入しないという姿勢と異なり、厳格な規制となっている。

第二項 単独行為の不当性及びそれに対する独占禁止法上の評価

前述のように、市場支配力を保持する企業の単独行為が独占禁止法のターゲットになりやすいといえよう。しかしながら、現在は日欧米において、市場支配力を有すること自体が違法となるわけではなく、以下検討するように、その濫用または不当な利用が問題となることが共通である。

(1) 米国反トラスト法

米国シャーマン法2条に違反する独占行為を認定するためには、被疑企業が市場支配力を有することを認定するだけでなく、その支配力の形成や利用に不当性があることを示さなければならない。独占行為の不当性の判断につき、1960年代までは、市場支配的企業がその地位を維持・強化する行為には本来的不当性があるとの見方が有力であった。この考え方に対する当然の批判として、市場支配的企業による行為であっても、積極的な競争活動は競争を活発にして消費者利益を向上させるという見解が1970年代に一般的になった³⁰¹。ところが、競争相手を害する行為の不当性をどのような基準によって判断すべきかについて、必ずしも明確ではない。

1945年アルコア判決は、「能力・予見・勤勉性」による市場支配力の維持は合法としながら、「支配維持のための一貫した意図」がある場合には不当性が認めら

³⁰⁰ 金井等『独占禁止法第3版』（2010年）178頁、松下満雄『経済法概説4版』（東京大学出版会、2006）73頁。

³⁰¹ 滝川敏明『日米EUの独禁法と競争政策第4版』（青林書院、2010）217頁。

れるとし、さらに、「独占企業が意識しないで、独占的行為を行うはずがない」との考え方を採っており、市場支配的企業による積極的な競争活動を幅広く違法とする立場を示した³⁰²。この立場は 1966 年の Grinell 判決³⁰³をきっかけとして、1970 年代初期から緩和され、市場支配的企業による排他的行為を違法とするのは、「意図的に独占力を獲得しまたは維持する行為」であり、かつ、製品・経営の優秀性による独占維持は違法ではないことが明らかにした³⁰⁴。近年の裁判所及び反トラスト当局は、単独行為の不当性を限定する傾向が見られており、市場支配的企業の競争戦略に対して、排他効果と効率向上効果を総合的に判定して、違法とすべきか否かを検討している³⁰⁵。

(2) EU 競争法

EU 機能条約 102 条における市場支配的地位の濫用は、他者排他的濫用行為に限定されず、消費者あるいは取引相手事業者から不当な利益を搾取する行為、いわゆる搾取的濫用も含まれている³⁰⁶。

搾取的濫用行為は、支配的企業が取引相手事業者あるいは消費者に対し、不当な取引条件・価格を押し付けることを指す³⁰⁷。この規制については、EU 及び日本が米国と異なっており、企業の価格設定行為に直接介入する姿勢を示している。ところが、搾取的濫用を規制するためには、企業のコスト構成まで踏み込んで、適正価格を導くことが必要になるため、企業経営の具体的内容に立ち入った規制を行う点で、政府が企業経営に対して過剰な介入を招く弊害がある。ゆえに、欧州委員会は近年にはこの規制を殆ど実施していない³⁰⁸。

一方、支配的地位企業の排他行為は、競争者を排除する効果と共に効率向上により消費者利益を向上する効果もある。また、2009 年の 82 条ガイダンスにも確認されているように、82 条の目的は消費者利益を保護することにある。しかしながら、82 条ガイダンスも今までの欧州裁の判例も支配的地位の企業には「特別の責任」があるとしており、排他行為による競争制限効果を重視している。これについて詳細は取引拒絶の部に検討する。

(3) 日本独占禁止法

³⁰² 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）217 頁。

³⁰³ *United States v. Grinell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

³⁰⁴ この立場からの代表的判決は、*Berkey Photo, Inv. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263 (2d Cir.1979)、*California Computer Products, Inc. v. International Business Machines Corp.*, 613 F. 2d 727 (9th Cir.1979)がある。前者は、Kodak 社が写真現像業の競争相手に新フィルム規格の事前提供を拒絶したことの違法性が争点になった。判決は、市場支配的企業による新製品開発の意欲を損なってはならないとして、新製品開示拒絶の違法性を否定した。後者は、IBM がコンピューター規格を変更したことが互換部品メーカーを排除する独占行為になるかが争われた。判決は、品質向上のための規格変更であれば、互換部品メーカーへの影響に配慮する必要はないとした。

³⁰⁵ 例えば、*Verizon Communications Inc., v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP.*, 124 S Ct. 872 (2004)判決は、イノベーションによる効率を強調して、単独行為の違法性を限定した。具体的には、イノベーションのインセンティブを保護するため、反競争的行為の要素が含まれない限り、独占力の所有を違法としない。

³⁰⁶ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）225 頁。

³⁰⁷ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）225 頁。

³⁰⁸ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）225 頁。

前述したとおり、日本独占禁止法における単独行為に対する規制は私的独占の禁止規制又は不公正な取引方法規制という2パターンがある。両規制の対象は異なっているため、不当性の判断基準も異なっている。

私的独占に当たるためには、効果要件たる「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」ことが要されている。標準化活動に関わっている判例は、1996年日本医療食協会事件³⁰⁹、1997年パチンコ機パテントプール事件³¹⁰、1998年パラマウントベッド事件³¹¹があった。

他方、不公正な取引方法規制の対象となる単独行為は、「公正な競争を阻害する恐れ」、すなわち公正競争阻害性をもたらされるおそれがあることが要求されている。標準化活動に関しては、単独の取引拒絶、差別的取扱、欺瞞的顧客誘引、排他条件付取引、拘束条件付取引、取引妨害等が問題になる。このなかには、単独の取引拒絶、差別的取扱、排他条件付取引、拘束条件付取引、取引妨害については、「自由競争減殺」が公正競争阻害性の内容であって、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」効果を生じさせること、あるいは、競争を制限するよりも程度が弱くてもよいものの本質は同じくする効果を生じさせることであると解されている³¹²。欺瞞的顧客誘引と、営業上の信用毀損行為を通じた取引妨害については、競争手段として不公正性に公正競争阻害性があるものとされている³¹³。

第五章 必須特許に関する諸問題と独占禁止法

技術標準には、特許と関連する場面は少なくない。かつては標準に含まれていた技術は、有効な特許を有しない技術を取り込む傾向にあったが、近年では特許の有効性に重点を置かず、標準として適切であれば取り込まれるのである。そこで、取り込まれた側は、標準に準拠した商品・役務を提供するために実施する必要のある特許、いわば必須特許が存在するときには、ライセンスを権利者から得なければならない。または、ライセンスが得られる見込みがなければ、標準の策定・利用は進まないことになる。そのため、必須特許権者は、例えば標準化の段階で自己保有の特許が標準に採用されることを知りつつ標準化団体のルールに反してそれを開示せず、標準が普及した段階で権利行使を行うことや、有効の必須特許が採用された標準が普及された後のロックイン効果を利用して、ロイヤリティを上げるなどの戦略的行動を採ること、いわゆる「ホールドアップ」問題や、標準策定活動に関与しない者や標準に関するパテントプールに参加しない者が標準策定後に高額ロイヤリティを請求し又は権利行使をするような「アウトサイダー」問題が懸念されている

³⁰⁹ 公取委平成8年5月8日勧告審決、審決集43巻209頁。

³¹⁰ 公取委平成9年8月6日勧告審決、審決集44巻238頁。

³¹¹ 公取委平成10年3月31日勧告審決、審決集44巻362頁。

³¹² 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）150頁。

³¹³ なお、競争手段として不公正であることから公正競争阻害性を認めるという場合には、行為の広がりことも必要であるとする説がある。この問題について学説は分かれているが、行為が広がりをもって行われていることは公取委の事件選択基準に過ぎないため、要件ではないと多数説は考えている。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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）150頁、348頁。

314. このような現象が多く起これば、技術標準の策定と普及が妨げられ、またはそのおそれを生じさせる可能性がある。これら問題は、商品・技術のライフサイクルが短期である集積型技術³¹⁵が多い高度技術分野において顕著になっており、研究開発専業型³¹⁶の企業や大学の出現によって深刻化されている³¹⁷。

標準にかかわる必須特許に関しては、問題は多岐にわたっている。例えば、標準に巻き込まれようとする合法で有効な必須特許を保有する者は特許権等を行使することができ、ライセンスすることを拒否したり高額なロイヤリティを請求したりすることが考えられ、標準の策定プロセスを妨げる可能性がある。また、ライセンスを許諾しても、ライセンシーに対して不合理なライセンス条件を押し付けたり特定のライセンシーを差別的に取り扱ったりすることも考えられる。さらに、標準策定プロセスにおいて、必須特許の有効性や保有を秘匿し又は完全に開示しないまま、標準策定後に高額なロイヤリティを請求することも考えられる。ライセンス拒絶又は高額ロイヤリティの請求行為は、技術標準の策定・普及を阻害し、技術の利用・普及を妨げ、ライバルに対する費用の引上げを導き、又は拒絶者の独占利潤を増大する可能性があり、ひいては社会に不効率が生じ、消費者は不利益を被ることになる。このように、権利者は、ライセンス拒絶やロイヤリティの決定を不効率に行って、競争に悪影響を与えることがある。

本節は、このような標準必須特許に伴う諸問題を独占禁止法上からどのように評価するかについて検討する。

第一節 必須特許の定義

必須特許とは、規格で規定される機能及び効用を実現するために必須な特許をいう³¹⁸。日本公取委によるパテントプールガイドライン³¹⁹は、「規格を採用するためには当該特許権を侵害することが回避できない、又は技術的には回避可能であってもそのための選択肢は費用・性能等の観点から実質的には選択できないことが明らか」³²⁰と定義している。これをまとめると、前者を「技術的必須特許」又は「狭義の必須特許」、後者を「商

314 根岸哲「標準必須特許の権利行使と日欧米の競争法」法政策学の試み（法政策研究第15集）（信山社、2014年3月25日）、金井ほか『独占禁止法第3版』（弘文堂、平成22年）7頁。

315 一技術のみをもって商品・サービスを作り出すというのではなく、複数の技術をまとめなければ製品化できない技術のことをいう。

316 特許のライセンスから主たる収入を得て事業を行うビジネスモデル、とりわけ製造には従事することなく関係する特許をライセンスして収入を得る事業形態が採られる企業のことをいう。このような業者の収益の中核はロイヤリティ収入であり、生産型事業者と比べて、高額なロイヤリティを課すインセンティブが働きやすいとされ、ホールドアップが生じやすいと思われる。Damien Geradin, *Reverse Hold-ups: The (Often Ignored) Risks Faced by Innovators in*

Standardized Areas, in *Konkurrensverket Swedish Competition Authority, The Pros and Cons of Standard Setting* (2010), at 101. 公正取引委員会競争政策研究センター「標準化活動におけるホールドアップ問題への対応と競争法」第9頁。

317 研究開発専業型企業の多く出現は、必須特許を含めて特許を積極的に権利行使することは自己の製造活動に対する攻撃を怖れることはないからであると考えられる。製造を行う事業者の間では、特許を相互にライセンスしあい、特許を用いて他者の製造活動を妨げるような姿勢をとらないのが通常であった。なかには、特許を防御するための目的で取得することも多い。

318 日本パテントプールガイドライン第3-2-(1)。

319 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」

<http://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyoukijun/patent.html>にて閲覧可能。

320 日本パテントプールガイドライン第3-2-(1)-ア。

業的必須特許」又は「広義の必須特許」としている³²¹。ある必須特許をどこまで意味するかは、技術標準の性格に応じて異なる。例えば、映像と音響に関する MPEG2 という技術のпатентプールでは技術的必須特許を要件としているのに対し、DVD патентプールでは商業的必須特許を対象特許としている³²²。

なお、同一の技術標準において選択的な技術仕様が2つ以上存在する場合、それぞれの技術仕様について存在する「選択的必須特許」もある³²³。典型的なのは、基礎仕様と改良仕様の場合であり、普及されている技術製品は基礎版である一方、改良仕様を取り込んだ製品もある³²⁴。このような選択的必須特許を1つのпатентプールに盛り込む場合、技術標準の成長性や改良の要請から考えると、合理的と思われる。ただし、例えば、第三代携帯電話に関する W-CDMA という技術の標準化に関する改良という変化が急速であるпатентプールについては、基礎的仕様が改良仕様によって完全に置き換わることが可能である場合、陳腐化された必須特許はпатентプールから外される必要がある。日本のпатентプールガイドライン第 3-2-(1)-アにおいても、「当初は必須特許であっても、патентプール形成後に、規格で規定される機能及び効用を実現する更に優れた技術が開発され、既存の規格技術が陳腐化した場合には、直ちにпатентプールから外されることが重要である」と考えられている。

第二節 必須特許に関わるライセンス拒絶の問題

通常、事業者には、取引するか否かや取引相手の選択の自由が認められているところ、権利者もその意思によりライセンスするか否か又はライセンシーを決める自由があり、この自由は知的財産権の核心でもある。ただし、この自由は無制限に許容されるものではない。必須特許に関するライセンス拒絶は、前述した「必須性」に伴うため、特段の注意を払わなければならない。

また、極端に高い利用料金の設定も規制対象に含まれていると考えている（本節ではライセンス拒絶と高額ロイヤリティ請求を合わせて「ライセンス拒絶等」という。）。本節では、単なる知的財産権の利用を拒絶するものを検討する。必須特許の保有者は標準の策定に参加し、標準化機関の特許等取扱方針を違反してライセンスを拒絶する場合は別途検討する（патентポリシーの部）。

³²¹ 加藤恒『патентプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

³²² 加藤恒『патентプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

³²³ 加藤恒『патентプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

³²⁴ 張平「патентプール及び問題分析」は、基礎特許と改良特許との関係を「妨害性」といい、このような特許を「妨害特許」と呼ぶ。王先林『知識産権濫用及其法律規制』377頁-379頁は、改良特許の実施には改良特許権者のほか、基礎特許権者の許可を得なく実施することは特許権侵害となり、この意味において基礎特許が改良特許を法律上には妨害すると考えている。一方、より優れた改良特許の実現が、基礎特許の経済価値を減少させる又は失わせることも考えられるため、改良特許は基礎特許を妨害していると思われる。そして、基礎特許と改良特許ともに集積されているпатентプールの合理性審査を行う際には、技術標準の要求に合わせ、又は製品の質を確保するなどのような改良特許が要求される場合、特許権侵害を回避するように基礎特許も集積られるべきであろう。仮に基礎特許製品と改良特許製品が市場において競争関係にあるとすれば、当該改良特許と基礎特許には妨害性がなく、両者が含まれるпатентプールには合理性が欠くといえる。

必須特許にかかわるライセンス拒絶又は高額なロイヤリティの請求は、技術の利用・普及を阻害することや、技術標準の策定・普及に対して悪影響を及ぼすことになり得る。技術標準の策定・普及を妨げることは前述したとおりであり、技術の利用・普及を阻害することにつき、技術開発企業は研究開発費用を回収して、さらにその費用を超える価格でライセンスして利益を追求することが当然に認められる一方、費用やリスクによっても正当化されない程度の独占的利益の獲得のためにライセンス拒絶や高額なロイヤリティの請求は社会的に望ましくないといえよう。また、必須特許を握っている権利者が競争者からのライセンス請求を拒絶することにより、競争相手は費用を引き上げ、ひいては市場から退出しないといけない結果も生じ得る。

ところが、ここで公的介入がなされれば、取引自由の原則に反することになってしまう。さらに、前記行為等を規制すれば、技術開発意欲を減少させるなどの社会的不効率や費用を発生させる可能性がある³²⁵。具体的には、

- ①技術開発意欲を減少させる可能性がある。拒絶者又は高額ロイヤリティ請求者に対して、技術を開発しても取引相手を選択する自由がなく、あるいは技術開発投下費用を回収すること、ロイヤリティ徴収による利潤獲得が減少されてしまうため、新技術を開発するインセンティブが弱く又はなくなる。
- ②被拒絶者又は高額ロイヤリティ被請求者は、対象技術又は当該技術を用いる製品を自ら開発・製造する意欲が減少する可能性がある。被拒絶者等は、必須特許の権利者に拒絶されているこそ、代替技術を開発し、拒絶者の拘束に縛られないよう行動する可能性を減少しうるからである。
- ③必須特許の権利行使が規制されることになれば、権利者が自己の技術を標準に取り込もうとする行動は避けられてしまう可能性がある。
- ④利潤が減少すると、参入を通じて独占力が弱まっていくメカニズムが進まなくなる可能性がある。多額の独占利潤が発生していれば、これを得ようとして参入が行われ、競争が活発になり、市場支配力が解体していく可能性がある。
- ⑤取引拒絶や高価格の賦課を適切に規制するために必要な情報の量は膨大になる可能性がある。

第一項 独占禁止法による規制可能性の検討

ライセンス拒絶は、単独企業によるものと複数の企業によるものがある。複数企業による共同ライセンス拒絶は、本来自らの事業判断に基づいてライセンスするかどうかを決めることを共同して行った点で、人為性を見出すことができ、また拒絶された者に対する排除効果も大きくなるため、原則的にその反競争性が認められる³²⁶。かかる共同ライセンス拒絶に対して、共同行為規制の判断枠組にそって評価することができる。

共同ライセンス拒絶に対して、単独企業によるライセンス拒絶は、取引先選択の自由を尊重する観点から、通常は法違反とは考えられないのが一般認識である。しかし、

³²⁵ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）167-168頁参照。

³²⁶ 金井ほか『独占禁止法第3版』（弘文堂、平成22年）256頁。

取引拒絶が単独企業によるものであっても、不当な排他性を発揮する場合は、規制する必要が生じるであろう。

(1) 米国反トラスト法

ライセンス拒絶は取引拒絶の一種であるとされている。そして単独の取引拒絶はシャーマン法 2 条によって規制されうる。前述したとおり、独占禁止法の観点から見れば、知的財産権の特殊性は認められているにも関わらず、競争に対する影響についての判断は一般財と同様の判断枠組みに沿って分析する。また、米国においては、必須特許のライセンスを拒絶した場合に適用される基準が、そうでない場合に適用される基準とは別に確立されるといったことはなされていない。競争当局も、必須特許問題について、反トラスト法を用いて解決すべく別の基準を打ちたてようという試みを公式に行ったこともない³²⁷。したがって、以下では、主としてシャーマン法 2 条は取引拒絶行為をどのように規制しているかを検討するが、ライセンス拒絶は取引拒絶の一種であることを鑑みて、シャーマン法 2 条による規制を検討して試みる。

(i) シャーマン法 2 条

米国において、1919 年の Colgate 事件³²⁸においては、独占を創出し維持する目的を伴わない場合には、取引先選択の自由などを企業に広く認められていた。その後の判例・学説もこの判示を、合意や結合等によるのではない一方的取引拒絶は原則として合法であり、独占力を獲得し維持する意図を伴えばシャーマン法 2 条違反となることを示したものと解されていた³²⁹。このため、取引拒絶の自由も認めていると考えられているため、拒絶の不当性を裏付ける例外的な状況がなければ、単独での取引拒絶を独占行為とは認定されない。さらに、1981 年の SCM 判決³³⁰は、「shame」でない限り、「特許権が合法に取得された場合には、後の特許法上、適法な一方的ライセンス拒絶は、反トラスト法上の責任を一切生じさせない」とし、知的財産権の一方的ライセンス拒絶は一般の場合よりさらに規制が緩いことを示唆した。また、2004 年最高裁 Trinko 判決³³¹にも、最高裁は取引拒絶を反トラスト法で規制することに慎重な立場を示した。本件において原告 Trinko は、電気通信サービス分野における伝統的な独占的地位を有する Verizon が新規通信会社に対する相互接続を低廉な価格で提供しなかったために、Trinko は不利益を受けたことで、Verizon をシャーマン法 2 条違反として訴えた。連邦

³²⁷ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010 年 8 月 31 日）201 頁。

³²⁸ United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300, 307 (1919).

³²⁹ 例えば、Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927), Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951), Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973)などがある。もともと、これらの判例は、被告には「競争者排除の意図」があり、これはシャーマン法 2 条違反の要件たる「独占化の意図」に当然に導くのかについては疑問が残っているため、シャーマン法 2 条違反の先例として評価する余地が残っているとの見解もある。詳細は和久井理子『技術標準をめぐる法システム——企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010 年 8 月 31 日）201-203 頁参照。

³³⁰ SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F. 2d 1195 (2d Cir. Conn. 1981).

³³¹ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis Trinko, LLP, 124 S. Ct. 872 (2004).

最高裁は、Verizon は以前に前記新規通信会社と取引したわけではないので、過去の行為との比較から取引拒絶の反競争性を導くことができないと判断し、また、本件は電気通信法による接続料金による取引拒絶であるため、その後の独占的料金の設定を予想することができないとした上で、原告の訴えを退けた。Trinko 事件に続き、2009 年 Pacific Bell (Linkline) 最高裁判決³³²も、インターネット高速接続事業におけるケーブルやワイヤレス事業者からの競争が激しくされているため、地域電話会社である Pacific Bell (Linkline) には独占力が認められなかったことで、会社による取引拒絶を違法とすることを否定した。

以上のように、アメリカにおいては、事業者が単独で一方的に取引を拒絶する行為をシャーマン法 2 条違反とすることに対しては、慎重な姿勢がとられていることが示されている。

特許権の対象たる部品の一方的取引拒絶により、部品市場からサービス市場へ独占を拡張したことを違法と判断した 1997 年 Kodak 事件及び CSU 事件³³³において、裁判所は以下のことを明らかにした。すなわち、知的財産権法は反トラスト法に違反する特権を付与するものではない一方、反トラスト法は特許という財産から他者を排除する権利を否定するものではない。新技術と特許により付与された法律に基づく保護のために事業上有利な地位に立った者が、そのことを理由として違法な独占者となることはない。また、特許の存在によって直ちに市場における支配力の存在が認められるわけではないが、仮に存在したとしても、かかる市場における支配力によってライセンスを付与する義務が発生するわけではない。しかし、特許権等による他者を排除する権利には限界があり、特許侵害訴訟が反競争効果をもつ場合であっても反トラスト法の適用は免れるものの、詐欺行為や偽装した行為であれば別であると明らかにした。また、競争当局による 2007 年「反トラスト法執行と知的財産権」報告書³³⁴においても、「条件を伏すことなく、一方的に行われたライセンス拒絶に対する規制が、反トラスト法の執行において重要性をもつことはない」と述べられ、前記の方向性が基本的に支持されている。

(ii) EF 理論 (不可欠施設理論)

EF 理論 (essential facilities doctrine) とは、ある市場での競争に必須の商品役務 (不可欠施設) を独占する者は当該商品役務を合理的かつ非差別的な条件で他者のアクセスを与えなければならぬ考え方である³³⁵。反トラスト法の問

³³² Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications Inc., 129 S.Ct. 1109 (2009).

³³³ CSU L.L.C. v. Xerox Corp., 531 U.S. 1143 (2001).

³³⁴ The U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition(April 2007).

³³⁵ ROBERT PITOFKY ,DONNA PATTERSON and JONATHAN HOOKS, The Essential Facilities Doctrine Under U.S. ANTITRUST LAW, 70 Antitrust L.J. 443-462 (2002), P443。この定義に対し、白石忠志『独占禁止法第 2 版』(有斐閣、平成 21 年) 77 頁。白石教授は、EF 理論が、新たな考え方を創始したものであるというよりは、以前から存在する事例に対し後付け的にレッテルを貼ったものと理解すべきであると述べた。また、日本において、単独の取引拒絶を独占禁止法違反とした例は、北海道新聞社夕刊北海タイムス事件 (東京高判昭和 29 年 12 月 23 日 (昭和 28 (行ナ) 7) 行集 5 巻 12 号 3027 頁)、ノエビア事件 (東京高判平

題として EF 理論を主張した学者 Sullivan は、この理論が独占的事業者は顧客を公平に取り扱わなければならないという 19 世紀以来のコモンロー上の原理に由来するとした³³⁶。

不可欠施設の取引拒絶へのシャーマン法 2 条適用についての先例として、MCI 判決³³⁷がある。本件においては、MCI は、AT&T が独占していた電話市場の長距離電話部門に参入しようとしたが、地域通信回線への接続を AT&T に拒絶されたため AT&T を提訴した。その判決によれば、次の要件を満たせば、シャーマン法 2 条に基づいて、競争者と取引する義務を負わせることになる。すなわち、①独占者による必須の商品役務の支配、②当該商品の利用を希望する競争者にとって、同種の商品役務をもう 1 つ作ることが現実的または合理的には不可能であること、③当該競争者に対して当該商品役務の利用を拒絶していること、④商品役務のアクセスを認めることが独占者にとって技術的にも経済的にも実現可能であること。さらに、Alaska Airlines 判決³³⁸においては、「単独企業が所有する施設を不可欠施設とみなすのは、川下産業における競争が消滅させられる可能性がある場合のみである」とされていたため、対象商品役務は競合品が存在することからその不可欠性を否定した。その後、Intergraph v. Intel 事件³³⁹において、Intel が従来の顧客である Intergraph に対して、継続供給していた製品及び技術情報等の提供を停止したことで、地裁は反トラスト法違反の理由で Intel に対して仮差止命令を出した。地裁判決は、Intel が供給した製品及び技術情報等を代替できる資源が欠如し、複製する可能性がなく、かつ競争者がこれら核心的な情報を入手しないと有効な競争を展開することができないことにより、Intel の拒絶行為（継続的提供の停止）はシャーマン法 2 条に違反すると言い渡した。ただ、本件控訴審は、EF 理論の適用は競争者間のみ限定することで地裁の仮差止命令を取り消した。2004 年の Trinko 事件最高裁判決において、最高裁は EF 理論を否定も採用もしていないとしたうえで、EF 理論により取引拒絶を違法とした原判決を退け、上記の理由から本件行為は取引拒絶に当たらないとした。

このように、米国において、EF 理論は、取引拒絶の対象となる商品役務が不可欠であること等を厳しく要求しているなどで、慎重な立場をとっているように見える。もっとも、EF 理論が認められれば、独占力の獲得・維持効果が認められなくてもシャーマン法 2 条違反が認められる点で、違法となる範囲は広がっているといえる。また、商品役務の不可欠性の認定基準次第で、違法性が容易に認められる可能性もある。さらに、不可欠施設へのアクセス提供を義務付けることは、施設への投資意欲を減退させる可能性も懸念されている。

成 14 年 12 月 5 日（平成 13（ネ）1477）判時 1814 号 82 頁）。

³³⁶ Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, (1977), p.125.

³³⁷ MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel., 708 F. 2d. 1081 (1983).

³³⁸ Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc., 948 F. 2d 536 (9th Cir. Cal. 1991).

³³⁹ Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346, 53 USPQ2d 1641 (Fed. Cir. 1999).

(iii) レバレッジ規制

レバレッジ規制とは、1つの市場において市場支配力を有する企業が、その力を利用して、川下あるいは隣接の市場にも勢力を拡大しようとする行為を規制する考え方である³⁴⁰。前記 EF 理論と同じ、レバレッジ規制もシャーマン法 2 条下の独立した法理としてシャーマン法 2 条違反の要件を定式化する試みである。

レバレッジ規制の原理及び基準を確立したのが *Berkey Photo* 事件控訴裁判所判決³⁴¹である。控訴裁判所は、*Berkey Photo* 事件による要件を次のように定式化するようになった。すなわち、①一市場での独占力の存在、②当該独占力（合法に獲得されたものも含む）を用いて、別個の市場で競争を閉鎖し、競争上有利に立ち、あるいは競争者を破壊すること。この基準によれば、単独企業が、ある市場で有する独占力を「梃子」として用い、他の市場での競争上優位に立つだけでシャーマン法 2 条違反になり、伝統的なシャーマン法 2 条基準（対象市場での市場支配力あるいはそれを獲得する高い危険性を要求する）よりも規制対象企業の範囲を拡大するとみえる。ただ、レバレッジ規制は、実際に独占化をしあるいはその蓋然性がある場合に限定されているため、「競争上の優位性を獲得する」という効果しか認められない状況下では、シャーマン法 2 条違反と認めることができないとも読める。

また、レバレッジ規制を言及しなかったものの、*Microsoft* 事件控訴裁判判決³⁴²は、ブラウザー市場における独占化の高い危険性を示していないとして、*Microsoft* 社の同市場における独占化の企図行為を認めた地裁判決を破棄した。また、*Trinko* 事件最高裁判決も、レバレッジ規制を援用するには、独占が拡大される第二次市場において独占が生じる危険な程度の可能性が存在する必要があるとした。したがって、現在では、レバレッジ規制はシャーマン法 2 条規制の範囲を拡大する理論として、否定されている。

(2) EU 競争法

単独の事業者が一方的に行うライセンス拒絶は、支配的地位の濫用を禁止する EU 機能条約 102 条に違反しうる。すでに確認したとおり、支配的地位を有する企業による取引拒絶自体は、通常、EU 機能条約 102 条における濫用とみなさない。取引拒絶を 102 条違反とするためには、差別的取扱などなんらかの反競争的行為あるいは意図が加わった場合のみ濫用が成立すると認められる。この基準はアメリカでの *Kodak* 事件の最高裁判決による基準と類似するよう見える。ただ、*Kodak* 事件においては重要な「行為変化」があった場合だけに違法を限定しているのに対して、欧州においては、*Magill* 判決³⁴³が、前記のような行為変化がなくても、102 条に違反しうるとした。*Magill* 判決は、著作権のあるテレビ番組表をまとめて掲載する商品を販売しようとした *Magill* は、テレビ会社に著作権ライセンスを求めたが、

³⁴⁰ 滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010）253 頁。

³⁴¹ *Berkey Photo v. Eastman Kodak*, 603 F. 2d 263 (2d Cir. 1979).

³⁴² *United States v. Microsoft*, 253 F. 3d 34 (DC Cir. 2001).

³⁴³ *RTE and Independent Television Publications Ltd. v. Commission [Magill]*, [1995] ECR I-743.

拒絶されたため、テレビ会社のライセンス拒絶行為は旧 82 条に違反すると訴えた。本件において、現実的にも潜在的にも存在しない原材料たる基礎的情報へのアクセスを拒絶したことは、新市場創出の妨害など例外的な場合にあたり、濫用行為として旧 82 条違反とされた。

Magill 判決は、不可欠施設の提供の拒絶に合理性を見出せなければ競争法違反になることを示したが、このような判断基準によれば、既存の有力企業が築いたインフラ施設に参入しようとする企業がただ乗りする可能性を導いてしまう懸念が生じる。2 年後の Tierce Ladbroke 第一審裁判所判決³⁴⁴は、不可欠施設の提供を競争法によって強制することは、きわめて例外的に状況においてのみであると確認し、対象競馬レースの映像フィルムの著作権ライセンスの不可欠性を否定した。そして、1998 年の Oscar Bronner 判決³⁴⁵は、不可欠施設として認定されるためには、次のような要件、すなわち、①被拒絶事業者の競争活動が取引拒絶により不可能になること、②取引拒絶に客観的な合理性がないこと、③拒絶された事業者にとって対象施設が不可欠であること、という 3 つのことを満たさなければならないとした。2004 年の IMS Health 判決³⁴⁶は、著作権ライセンス拒絶について、①取引拒絶により、新商品の創出が妨げられること、②新商品について消費者の潜在的な需要が存在すること、③取引拒絶により第二次市場における競争が完全に消滅すること、という 3 つの要件を全て満たさなければ、82 条には違反しないとされた。その後の Microsoft

³⁴⁴ Tierce Ladbroke SA v. Commission, [1997] 5 CMLR. 309, T-504/93.

³⁴⁵ Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, C-7/97 Judgment of 26/11/1998. 本件において、Mediaprint は、オーストラリアの有力新聞社であり、同国における日刊新聞市場でシェア 46.8%、広告市場でシェア 42%を有し、同国で唯一、国内全域にわたる戸別配達網 (nationwide home-delivery scheme) を完備していた。他方、Oscar Bronner は同国の小規模新聞社であり、日刊新聞市場でシェア 3.6%、広告市場でシェア 6%を有する一方で、オーストラリア以外の加盟国に若干部数 (約 700 部 (発行数量ベースで 0.8%未満)) 販売していた。Mediaprint の有する戸別配達網は新聞を朝早く国内全域に一斉に配達できる利便性が認められるところ、発行部数の少ない Bronner が同様の戸別配達網を構築するには不採算であることから、Bronner は Mediaprint に同社の有する戸別配達網の利用を申し入れたが Mediaprint は、戸別配達網は自己の投資の成果であり、たとえ支配的地位を有していたとしても競争者に助力する義務は負わないとしてこれを拒絶したため、Bronner は Mediaprint が戸別配達網へのアクセスを拒絶することにより自社が日刊新聞市場から完全に排除されるため、Mediaprint によるアクセス拒絶は市場支配的地位の濫用であるとしてオーストラリア高等裁判所に訴えを提起した。高等裁判所は関連法規に従い欧州司法裁判所に先行判決 (preliminary ruling) を求めたのが本件である。その他詳細は、福永成徳「単独・直接の取引拒絶規制法理の研究」(筑波大学審査学位論文 (博士)) 2014 年、234 頁。

³⁴⁶ IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG Case C-418/01, [2004] 4 CMLR 28. 本件は、データベース構造の著作権者 IMS Health が競争者へのライセンスを拒絶したことが市場支配的地位の濫用行為に該当するか否かが問題となった。欧州委員会は、対象データベース構造の不可欠性を認定するうえで、IMS Health によるライセンス拒絶が市場における全ての競争を排除する可能性、客観的正当化事由の有無、事業を遂行する上で問題のデータベースの必要性、という 3 つの観点からその行為が旧 82 条違反として同業他社へのライセンスを命じた。しかし第一審裁判所は、本文の 3 つの要件から、欧州委員会の判断に誤りがあると判断し、本件は「例外的な状況」に当たらないとした [2001 ECR II 3193]。欧州裁判所も第一審裁判所判決を支持した [2002 ECR I 3401]。

事件³⁴⁷においても「例外的状況」の有無が争点となったが、IMS Health 判決における「例外的状況」を認定するための要件を予め限定し且つかかる要件を充足する事実を認定するというアプローチではなく、ライセンス拒絶を取り巻く状況を総合的に分析することにより「例外的状況」の存在を肯定できる、というアプローチをとった³⁴⁸。

このように、EU においては、EF 理論³⁴⁹を積極的に適用しているものの、厳しい条件が設けられている。前記の判断基準は 2009 年の 82 条ガイダンスにおいても、確認されている。ガイダンスは、取引拒絶の違法性の認定基準として、①川下市場の競争者にとって、拒絶対象の川上施設が競争上客観的に必要であると認められる、②取引拒絶が川下市場の競争を消滅させる、③取引拒絶が消費者利益を損なう、という 3 段階テストに沿って判断する³⁵⁰。

(3) 日本独占禁止法

日本においては、単独の知的財産権者によるライセンス拒絶に対して、知的財産権制度の枠内において裁定実施制度という対策が設けられている。裁定実施制度とは、一定の要件が満たされた場合に、特許庁長官又は経済産業大臣の裁定によって、他人の特許発明等を、その特許権者等の同意を得ることなく、あるいは意に反して、第三者が実施する権利（強制実施権）を設定することができる制度である。その例として、特許不実施の場合の通常実施権の設定の裁定³⁵¹や、自己の特許発明の実施をするための通常実施権の設定の裁定³⁵²、公共の利益のための通常実施権の設定の裁定³⁵³がある。ところが、当該制度が制定されてから、ほとんど利用されておらず、機能していない³⁵⁴。また、日本経済産業省は「裁定制度の運用要領」を制定し発表したものの、公共の利益にかかわる判断基準が明確にされているとは言えず³⁵⁵、政

³⁴⁷ Case T-201/04 Microsoft Corp. v. Commission [2007] ECR II -4463.

³⁴⁸ 荒木雅也「ライセンス拒絶と独占禁止法」（パテント 2005, Vol.58 No.10）52 頁。

³⁴⁹ EU における EF 理論は、「支配的地位にある企業が反競争的行為を控えるにとどまらず、自己が開発した設備へのアクセスを一定の場合には競争相手に提供して、積極的に競争を促進する義務がある」を意味している。滝川敏明『日米 EU の独禁法と競争政策第 4 版』（青林書院、2010 年）256 頁。

³⁵⁰ 旧 82 条ガイダンス para.81。

³⁵¹ 特許法 83 条、実用新案法 21 条。

³⁵² 特許法 92 条、実用新案法 22 条、意匠法 33 条。

³⁵³ 特許法 93 条、実用新案法 23 条。

³⁵⁴ 裁定実施制度が制定されて以来、裁定が行われた例はない。また、裁定請求の件数は合計 23 件であるが、いずれも裁定前に請求が取り下げられている。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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010 年 8 月 31 日）170 頁。また、学説上もこの制度を積極的に運用すべきかどうかについても見解が分かれている。鈴木信也「標準化阻害行為とその対応策に関する考察」日本大学大学院法学研究科年報 241 頁は、本制度を厳格に適用すべきと言いながら、本制度の利用に賛成している。他方、滝川敏明「パテントプールとライセンス拒絶に対する競争政策」後藤晃・長岡貞男編『知的財産制度とイノベーション』（東京大学出版会、2003）301-303 頁は、裁定実施制度が無限定に利用されることを懸念し、当制度の利用に消極的な立場を示している。また、稗貫俊文「情報をめぐる競争と法」根岸哲ほか著『現代経済法講座 9 通信・放送・情報と法』（三省堂、1990）350-351 頁は、特許法 93 条による裁定実施制度の内容は国民の生命・健康にかかわる事態を想定しているのであって、互換性確保の必要のために本制度を利用することはできないと考えている。

³⁵⁵ 例えば、運用要領には、「公共の利益のため特に必要であるとき」につき、「国民の生命、財産の保全、公共施設の建設等国民生活に直接関係する分野で特に必要である場合」、「当該特許発明の通常実施権の許諾をしないことにより当該産業全般の健全な発展を阻害し、その結果国民生活に実質的弊害が認められる場合」を例として挙げられている。

府が産業政策上の見地から裁量的に利用できるところにも検討の余地が残っており、この制度を濫用する危険性も大きいと言わざるを得ない。

独占禁止法との関係で、単独の取引拒絶行為は、日本独占禁止法における私的独占行為（3条前段）あるいは不公正な取引方法（19条）として規制されており³⁵⁶、事例は少ないが現れている。例えば、東洋製罐審決³⁵⁷は、缶の自家製造に乗り出した缶詰業者の缶供給を停止した東洋製罐を独占行為規定違反とした。雪印乳業審決³⁵⁸は、多額の乳牛導入資金を供給しうる道内での唯一の機関である農林中金による融資拒絶を不公正な取引方法とした。また、ニプロ事件審決³⁵⁹は、支配的事業者による取引拒絶に違法な私的独占を認定した。単独のライセンス拒絶に対しては、事例がない。すでに確認したように、知的財産権に対する独占禁止法の判断は一般財の判断枠組に沿って行うことで、以下では、単独の取引行為をベースにして検討する。

日本においても、欧米と同じく、取引選択の自由の観点から、単独のライセンス拒絶行為については、例外的な場合を除いて、「権利の行使とみられる」行為として自由に行うことができる³⁶⁰。

単独のライセンス拒絶についてどのような場合が「例外的」と言えるかに関し、知的財産利用ガイドラインは、私的独占の観点及び不公正な取引方法の観点からそれぞれ分析し例を挙げている。とはいえ、一般には、下記のような問題になり得る技術であっても、知的財産権保有者に万人にライセンスを提供すべき積極的義務が原則として存在しているわけではない。合理的理由の不存在を安易に認めて、独占禁止法の下で、広範に、非差別的ライセンス提供義務を課すこととすれば、知的財産制度の趣旨・目的を誤って解釈し、同制度の目的を損なうことにもなりかねないように思われる³⁶¹。したがって、単独のライセンス拒絶に対する独占禁止法に適用するものの、原則として、限られる場合にとどまるであろう。

まず、「私的独占からの検討」の「技術を利用させないようにする行為」では、「ある技術に権利を有する者が、他の事業者に対し当該技術の利用についてライセンスを行わない（ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額のロイヤリティを要求する場合も含む。以下同じ。）行為や、ライセンスを受けずに当該技術を利用する事業者に対して差止請求訴訟を提起する行為は、当該権利の行使とみられる行為であり、通常はそれ自体では問題とならない」と確認するうえで、「これらの行為が、以下のように、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には、権利の行使とは認められず、一定の取引分野における競争を実質的

³⁵⁶ 単独ライセンス拒絶行為を不公正な取引方法として規制されるのは不適切であるという見解がある。その理由として、不公正な取引方法の判断につき独占力審査の必要がないため、違反企業範囲が広すぎることで、違反に認定における公取委の裁量余地が大きすぎるものが挙げられている。滝川敏明『ハイテク産業の知的財産権と独禁法』（通商産業調査会、平成12年）157頁。

³⁵⁷ 公取委昭和47年9月18日勧告審決、審決集19巻87頁。

³⁵⁸ 公取委昭和31年7月28日審判審決、審決集8巻12頁。

³⁵⁹ 公取委平成18年6月5日審判審決、審決集53巻195頁。

³⁶⁰ 知的財産利用ガイドライン第3-1-(1)参照。

³⁶¹ 金井ほか『独占禁止法第3版』（弘文堂、平成22年）389頁。

に制限する場合には、私的独占に該当することになる」と述べている。ガイドラインによって単独のライセンス拒絶が違法となりうる行為は、次の行為が含まれている。

①横取り行為。すなわち、「ある技術が一定の製品市場における有力な技術と認められ、多数の事業者が現に事業活動において、これを利用している場合に、これらの事業者の一部の者が、当該技術に関する権利を権利者から取得した上で、他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、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合がある」。例として、「多数の事業者がパテントプールに参加し、プールの管理者から一定の製品市場において事業活動を行うために必要な技術のライセンスを受けて事業活動を行っている場合に、プールに参加する事業者の一部が、他の参加者に知らせることなく、プールの管理者からプールされている技術を買って他の参加事業者に使わせないようにする行為はこれに該当する場合がある」。

②買い集め行為。すなわち、「一定の技術市場又は製品市場において事業活動を行う事業者が、競争者（潜在競争者を含む。）が利用する可能性のある技術に関する権利を網羅的に集積し、自身では利用せず、これらの競争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、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合がある」。例として、「製品市場において技術 A と技術 B が代替関係にあり、技術 A に権利を有する者と技術 B に権利を有する者が、それぞれの技術が事実上の標準となることを目指して競争している状況において、技術 A に権利を有する者が、技術 B を利用するためにのみ必要であり、かつ、技術 A を利用するためには必要のない技術について、その権利を買い集め、製品市場において技術 B を利用して事業活動を行う事業者に対して、ライセンスを拒絶して使わせないようにする行為は、これに該当する」。

そして、「不公正な取引方法の観点からの検討」でも前記の考え方に従い、以下のような場合は「権利の行使とは認められず」、不公正な取引方法の観点から問題となる。

①「自己の競争者がある技術のライセンスを受けて事業活動を行っていること及び他の技術では代替困難であることを知って、当該技術に係る権利を権利者から取得した上で、当該技術のライセンスを拒絶し当該技術を使わせないようにする行為は、競争者の事業活動の妨害のために技術の利用を阻害するものであり、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ものと認められる。したがって、これらの行為は競争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、「多数の事業者が製品市場における事業活動の基盤として用いている技術について、一部のライセンシーが、当該技術に権利を有する者から権利を取得した上で、競争関係に立つ他のライセンシーに対し

て当該技術の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」。

- ②「ある技術が、一定の製品市場における事業活動の基盤を提供しており、当該技術に権利を有する者からライセンスを受けて、多数の事業者が当該製品市場で事業活動を行っている場合に、これらの事業者の一部に対して、合理的な理由なく、差別的にライセンスを拒絶する行為は、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。したがって、このような行為が、これらの事業者の製品市場における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4項）」。

なお、対象を有力企業に限定することを前提として、流通・取引慣行ガイドラインは、①「独占禁止法上違法な行為の実効を確保するための手段」、または②「競争者を市場から排除するなどの独占禁止法上不当な目的を達成するための手段」として取引を拒絶する場合を挙げられている。具体的な行為類型は、①について、「市場における有力な製造業者が、取引先販売業者に対し、自己の競争者と取引しないようにさせることによって、競争者の取引の機会が減少し、他に代わり得る取引先を容易に見いだすことができなくなるようにするとともに、その実効性を確保するため、これに従わない販売業者との取引を拒絶する」ことが問題である。②について、「市場における有力な原材料製造業者」が、「自己の供給する原材料の一部の品種を取引先完成品製造業者が自ら製造することを阻止するため、当該完成品製造業者に対し従来供給していた主要な原材料の供給を停止する」こと、または「市場における有力な原材料製造業者が、自己の供給する原材料を用いて完成品を製造する自己と密接な関係にある事業者（中略）の競争者を当該完成品の市場から排除するために、当該競争者に対し従来供給していた原材料の供給を停止する」ことが問題視される。このように、流通・取引慣行ガイドラインは、有力な事業者を対象に限定しており、規制基準は明確である。また、有力な事業者は、「市場シェアが10%以上又はその順位が上位3社以内」が目安とされているため、市場支配力に至らなくても違法になりうる。

EF理論の運用について、日本においては先例がない。もっとも、排除型私的独占ガイドライン³⁶²は、供給拒絶について説明しており、供給先事業者が川下市場において「事業活動を行うために必要な商品について、合理的範囲を超えて供給拒絶等をする行為は、排除行為に該当しうる」³⁶³としている。これはEF理論に近い見解を示しているといえよう。ただし、「合理的範囲」とは何かについては、判断基準が示されていない。

第三節 必須特許による純粋な高額ロイヤリティの請求

³⁶² 公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」平成21年10月28日公表。

³⁶³ ガイドライン第2・5(1)。

高額ロイヤリティの請求は、ライセンス拒絶と同視し得る場合は、前節で述べた通りである。

そもそも、商品・役務の対価の決定が市場経済において市場状況によって調整されているため、原則として競争法からは介入しない。また、市場競争機能により新しい者の参入によってこの問題を解決することも可能である。しかし一方、新しい参入者による価格競争に要される期間が長くなる可能性がある。また、高額な対価の請求は通常市場支配的な地位や優越的な地位にある事業者によって行われることが多く、市場競争機能を損なうことにもなり得る。知的財産権にかかわる場合はさらに複雑であり、知的財産権制度によって付与された排他的独占権と独占禁止法が保護する競争秩序とのバランスをどうとるかが問題になる。さらに、適正なロイヤリティであるかどうかの判断について、業界標準や相場等に照らして判断することができる一方、知的財産の価値評価そのもの自体が難問であり、評価基準が不明確であるのも現状である。また、裁判所や独占禁止法執行機関が知的財産の価値評価をするには十分な能力があるかどうかも疑問である。そこで、ロイヤリティの水準の合理性を独占禁止法に基づいて審査し、違法とすることは、慎重な立場をとるべきであろう。

日本公取委 2015 年の調査報告³⁶⁴によれば、欧米にて高額ロイヤリティの請求それ自体が独占禁止法上問題となる例がない。

EU 競争法 102 条には、市場支配的売手による不当高価格販売が禁止されているが、「不当」要件が求められているため、単なる高価格販売それ自体が問題となる例がない。Parke Davis 事件では特許権が認められた医薬品の高価格設定それ自体が支配的地位の濫用を構成しないと判断された。Deutsche Grammophon 事件³⁶⁵では音楽著作権の自国・外国の価格差が存在することのみでは支配的地位の濫用とならず、「価格差が存在すること」に加え、「その価格差が不公平であること」の立証が必要であるとされた。米国でも市場支配的地位にある事業者による単なる高価格設定は違法とされない。2004 年の Trinko 事件最高裁判決は、「独占力を有することは、違法でないだけではなく、自由市場体制の非常に重要な部分であり、これに付随する「独占的価格（monopoly prices）」も違法ではないと述べている。すなわち、独占的価格を設定できる機会があるということは、ビジネスのインセンティブを強くすることでもあり、リスクをとって技術革新・経済革新を成し遂げることになるというのである。中国反壟断法 17 条には、市場支配的地位にある事業者による「不公平な高価格で商品を販売」することが市場支配的地位の濫用行為として禁止されている³⁶⁶。条文通り、中国においても高価格に加えて「不公平」要件が求められる。2013 年に中国反壟断法執行機関の一つである国家發展改革委員会による米国クアルコムに対する調査³⁶⁷では、クアルコムの市場支配的地位を認定したうえで、特許ロイヤリティが不公平な高価格として市場支配的地位の濫用を

³⁶⁴ 公正取引委員会「必須特許に関する問題に係る調査報告書」平成 27・7・8。

<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jul/150708.files/150708betten.pdf>にて閲覧可能。

³⁶⁵ Case 78/70 Deutsche Grammophon v. Metro [1971] ECR 487.

³⁶⁶ 中国の部につき、王先林書 258 頁以降を参考した。

³⁶⁷ 国家發展改革委員会 HP にて掲載されている。

http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/201503/t20150302_666209.htmlにて閲覧可能。

認定した。日本において、ライセンスについて対価を請求することは「権利の行使とみられる行為」に当たるか否かは定説がない³⁶⁸。権利の行使とみられるとする場合、独占禁止法 2 条 9 項 5 項の「優越的地位の濫用」に該当する場合や、同法 2 条 5 項「私的独占」に該当し 3 条前段に反するとされる可能性がある。ところが、現在日本において、優越的地位の濫用の公正競争阻害性は、取引主体が取引許諾・取引条件について自主的な判断により取引が行われるという自由競争基盤を侵害するところにあると考えられている³⁶⁹ため、高額ロイヤリティを請求することを優越的地位の濫用として規制するのはかえってこの規制の趣旨に反するという見解がある³⁷⁰。

第六章 技術標準にかかわるホールドアップ問題とその対処

技術標準に関する大きな問題として、ホールドアップ問題及びアウトサイダー問題がある。ホールドアップ問題、いわゆる規格標準の必須特許技術が普及した後に必須特許の権利行使や高いロイヤリティを請求する問題であり、それにより技術の普及が妨げられる問題である。標準規格がロックインされている場合、ホールドアップ問題が生じやすいのである³⁷¹。アウトサイダー問題は、いわゆる標準化活動に参加しない必須特許の保有者が技術標準の策定及び普及を妨げる問題である。さらに、独占禁止法の介入に難しいのは、アウトサイダーによるホールドアップ問題になる。

第一節 アウトサイダーによるホールドアップ

技術標準に関するアウトサイダーは大別して、①はじめから標準化に協力しないアウトサイダー、②標準化機関に参加して標準策定後に設立されるパテントプールに参加しないアウトサイダー、③標準策定後に必須特許の譲渡によるアウトサイダーがある。

第一項 標準化に協力しないアウトサイダー

技術標準規格の策定につき、標準化機関はまず標準に含まれようとする技術の選別に面する。かつては標準に採用される技術は特許権が既に存在していないもの、あるいは有効な特許権が存在していても無償でライセンスをされることにコミットされている技術に限定されている場合が多かったが、最近は無償ではなく、RAND 条件でライセンスすることを条件にして標準が採択される場合も増えている。特許権の有償ライセンスを許容することで、最先端の技術を標準に反映していくことが可能となる。それは標準関連技術開発への誘因を強め、それをベースとして新商品の開発、新産業の成立を促すことにもなる。このようなイノベーションによって活発になることの効

³⁶⁸ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）185頁。

³⁶⁹ 金井ほか『独占禁止法第3版』（弘文堂、平成22年）333頁。

³⁷⁰ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）249頁。

³⁷¹ 公正取引委員会競争政策研究センター、「標準化活動におけるホールドアップ問題への対応と競争法」平成24年度共同研究報告書、CR 03-12、2012年10月26日、<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0312.pdf>。

果が大きければ、標準の有償化にもかかわらず、標準の利用者も利益を得ることができる³⁷²。

この段階において、例えば、仮に目的技術の特許権の保有者が標準化に関与する気がなく、標準化策定活動に一切参加しない場合はどうなるのか。さらにこのようなアウトサイダーの特許が標準にかかる必須特許となって、標準が策定後に高いロイヤリティを請求し又はライセンスを拒絶する等権利行使をするなどホールドアップを行う場合はどのように対処するのが問題である。実際にも JPEG 事件がある。JPEG 事件は、ISO/IEC において採用されている画像圧縮技術である JPEG 標準規格に関して、関連特許を有しながら標準化に参加しなかった者を買収した米国 Forgent Networks から権利行使がなされた事案である³⁷³。この事件の和解に決着したが、Forgent は最終的 100 億円を超えるロイヤリティを得たと報道されている³⁷⁴。

標準化機関は特定の技術を標準に取り込むか否かの判断は自由であり、上記のようなアウトサイダーが協力しないことはやむを得ないと考えられる。ただ、規格間競争がある分野においては、このような不協力による影響が大きい場合があり、1つの規格に協力せずに他の規格に採択されることによって前者が当該技術を利用する機会が失われてしまうことになる。実際に ITU において 3G 標準の策定過程において、QUALCOMM は W-CDMA の特許のライセンスを許諾しないと宣言したため、相互主義に立つ ERICSON も関連特許の許諾を拒否した。その結果、日本での 3G に関する標準規格が当初予定としていた CDMA 方式から TDMA 方式に変更せざるを得ない恐れがあり、他の標準策定関係者から警告され、寄せ書きが提出され、QUALCOMM と ERICSON が最終的には RAND 条件によるライセンスに合意した³⁷⁵。

このようなアウトサイダーは、標準化活動に参加しないため、標準化機関のルールに遵守する義務もない。また、アウトサイダーが標準策定後一旦権利行使をし、必須特許のライセンスを拒絶したり高いロイヤリティを請求したりする場合、第四章に検討したように、一方的かつ単独的なライセンス拒絶や高額ロイヤリティの請求に対して独占禁止法からの介入は難しく、裁定実施制度等による強制実施も発動しにくい。そのため、有効な防衛策が構築されていないのが現状であると言わざるを得ない。

とはいえ、米国 ebay 事件³⁷⁶後には、特許権行使に対して差止請求権を制限するという傾向から見れば、この問題を解決する糸があると期待できよう³⁷⁷。

³⁷² 長岡貞男「コンソーシアム型技術標準における今後の政策課題」知的財産研フォーラム 69 号 3 頁 (2007) 参照。

³⁷³ 株式会社三菱総合研究所「先端技術分野における技術開発と標準化の関係・問題に関する調査 報告書」2009 年 3 月、https://www.jisc.go.jp/policy/kenkyuukai/ipr/pdf/IPRhoukoku_all.pdf にて閲覧可能。

³⁷⁴ <http://techon.nikkeibp.co.jp/article/NEWS/20061106/123157>。

³⁷⁵ 経緯の詳細は、競争政策研究センター「技術標準と競争政策-コンソーシアム型技術標準に焦点を当てて-」2005 年 10 月、197-213 頁を参照したい。

³⁷⁶ eBay Inc. v. MercExchange L.L.C., No. 05-130, 126 S.Ct. 1837, 2006 (May 15, 2006) .

³⁷⁷ 差止請求権の制限から技術標準のホールドアップ問題を検討する文献は、王成「ホールドアップ問題における特許権行使の制限—差し止め請求」2013 年 3 月、<http://www.slis.tsukuba.ac.jp/grad/assets/files/pub/2012/s1121747.pdf> にて閲覧可能。
[file:///C:/Users/Rui%20Zhao/Downloads/2013021900192823773%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Rui%20Zhao/Downloads/2013021900192823773%20(2).pdf) にて閲覧可能。

第二項 標準化機関に RAND 条件にコミットしたが、パテントプールに参加しないアウトサイダー

必須特許の保有者が標準化作業に参加し、RAND 条件でのライセンスを宣言したが、パテントプールに参加しない場合がある。例えば、DVD に関する標準につき、関連技術を多く保有している「6C」及び「3C」以外には、Thomson 等の会社もあり、DVD 関連製品を製造販売する者は Thomson 等の多くの会社とライセンス交渉をしなければならない³⁷⁸。

標準策定後、パテントプールの形成は必ずしも必要ではないものの、技術の高度化・細分化によって技術標準の必須特許の所有者や実施者の数が増える場合、2 者間交渉に要する時間や費用が膨大になり、必須特許の実施料も累積して高額になることがある。このような現象を抑え、必須特許の許諾を円滑に行うため、パテントプールを設立することが多い。パテントプールの一括ライセンスにより、補完的関係にある特許が個別に実施許諾の対象となる場合に起こりうるロイヤリティの高騰(特許の待ち伏せ (patent ambush)) を防止することが期待される。この経済的効果を図ることができるのは、一括ライセンスによる価格設定は各企業が個別に価格を設定した場合の価格の総和と比べて低いからである³⁷⁹。

他方、パテントプールは競争関係を有する企業が集まる場合、協調行為の温床になる可能性があり、独占禁止法に抵触する可能性が生じる。これを避けるために、一般的にはパテントプールへの参加や離脱を自由にされているが、場合によって、必須特許を多く所有する企業が自社利益の観点からパテントプールに参加せず、個別にパテントプールのロイヤリティより高いロイヤリティを請求することが可能である。

このようなホールドアップ行為の競争阻害性につき、日本独占禁止法の対応として、標準化ガイドラインにも述べているように、「標準化活動に参加し、自らが特許権を有する技術が規格に取り込まれるように積極的に働きかけていた特許権者が、規格が策定され、広く普及した後に、規格を採用する者に対して当該特許をライセンスすることを合理的理由なく拒絶することは、拒絶された事業者が規格を採用した製品を開発・生産することが困難となり、当該製品市場における競争が実質的に制限される場合には私的独占として、競争が実質的に制限されない場合であっても公正な競争を阻害するおそれがある場合には不正な取引方法(その他の取引拒絶等)として独占禁止法上問題となる」³⁸⁰と述べている。実際には下記

³⁷⁸ DVD に関する標準が形成した後、MPEG-2 のようなパテントプールの形成を検討したが、必須特許を保有する者は意見の不統一で、必須特許を多く保有していたソニーや Philips 等の陣営(6C)及びそれほど保有していなかった東芝やパナソニック等の陣営(3C)に分けた。いずれの陣営にも属しない必須特許保有者、例えば Thomson や DVA などもあった。鶴原稔也「技術標準をめぐる特許問題の概観-移動通信方式標準化に係わる特許紛争・パテントプール・ホールドアップ問題を題材として-」

<http://www.tokugikon.jp/gikonshi/272/272kiko3.pdf>にて閲覧可能。

³⁷⁹ 競争政策研究センター「技術標準と競争政策-コンソーシアム型技術標準に焦点を当てて-」2005年10月、19頁。<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0405.pdf>。

³⁸⁰ 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19年9月28日改正、第2-3。

ところが、パテントプールに参加しないアウトサイダーによるホールドアップ問題への対応に難しいところがある。それは RAND 宣言の法的性格は何か、及び RAND 条件の判断基準は何かということである。前述した通り、標準化機関は、一般的に、パテントポリシーにおける RAND 条項を単に「合理的かつ非差別的な条件」と定義しており、この定義は定量的・定性的であるとは言えない。言い換えれば、ロイヤリティの決め手はライセンス当事者であり、何をもち「合理的」といえるかの判断は難しいのである。

RAND 条項について後の紛争を避けるために、最近、標準化機関は標準規格を決める段階で、その標準全体のライセンス条件が表明されること、標準化機関の特許声明のオプションに、必須特許を集合的にライセンスする仕組みに参加することを追加することなどが検討されているようである³⁸¹。例えば、コンピューターアーキテクチャ関連の VITA (VME bus International Trade Association) が 2006 年、パテントポリシーを改訂し、必須特許のロイヤリティの最大値を標準の策定前に事前に (Ec-Ante) 開示することをさせた³⁸²。その後、IEEE や ETSI も同方式を採用しようとする動きがあり、IEEE が 2007 年 5 月にロイヤリティ率を含む RAND 条件を事前に開示するオプションを定めた³⁸³。

ところが、ライセンス条件が事前に開示されていない必須特許を実施する場合、前記二つの問題が依然として残っている。この問題を解決するアプローチとして、独占禁止法執行機関や裁判所によって定義する方法が考えられる。実際にも以下のような事例があり、必ずしも定性的・定量的な RAND 条件の判断基準を示しているとは言えないが、分析の方法をある程度示したとは言えよう。

事例 1 : Motorola v. Microsoft 米国地裁判決³⁸⁴ (控訴審判決³⁸⁵は地裁判決を支持)

本件は、RAND 条件にコミットされた標準必須特許の「適正な」ロイヤリティを算定した初めての事案³⁸⁶と評価され、これまで明確にされていなかった RAND 条件の決め方の基本原則、ロイヤリティの評価方法、必須特許と標準規格及び製品の具体的関係を検討した上で RAND なロイヤリティ率を示したものとして、大きな意義があるという³⁸⁷。また、米国における RAND 宣言の拘束力に関する裁判所のアプローチも示された。

³⁸¹ 競争政策研究センター「技術標準と競争政策-コンソーシアム型技術標準に焦点を当てて-」2005 年 10 月、26 頁。 <http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0405.pdf>。

³⁸² ところが、このような Ex-Ante 方式は競争者間の協調行為を促す恐れがあることで、Ex-Ante 宣言書には「記入は任意」を記入欄に表記されていることにより、義務ではなく任意であることを米国司法省からの認容を得た。竜田敏男「解説 ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 共通特許ポリシーの実施ガイドライン」2009 年 4 月 03 日、19 頁。

³⁸³ 平松幸男「技術標準に含まれる特許の問題に関する考察」知的財産政策研究第 2 号 (2007 年 11 月)、109 頁。

³⁸⁴ Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. C10-1823JLR, 2013 WL 5398081 (W.D. Wash. Sept. 4, 2013).

³⁸⁵ Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. 14-35393 (9th Cir. July 30, 2015).

³⁸⁶ Cassandra Maldonado, Breaching RAND and Reaching for Reasonable: Microsoft v. Motorola and Standard-Essential Patent Litigation, (Berkeley Technology Law Journal, Volume 29, Issue 4 Annual Review 2014) P440. Available at <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2027&context=btlj>.

³⁸⁷ 小林和人「標準規格必須特許の RAND 実施料率に関する裁判例—マイクロソフト社対モトローラ社米国訴訟 (事件番号 10-CV-1823) —」パテント 2014、Vol. 67 No. 7、46 頁-57 頁。

Motorola は、H.264 標準規格（画像符号化技術に関する ITU の標準規格）及び 802.11 標準規格（無線 LAN に関する IEEE の標準規格）に関する標準必須特許を多数有しており、各標準化団体に対して RAND な条件でライセンスをする旨を宣言しているが、関連するパテントプールに参加していなかった。Microsoft は、本件標準必須特許を使用する Xbox360 や Windows などを製造販売していたため、Motorola とのライセンスを交渉したところ、Motorola が申し出たロイヤリティ率、最終製品の 2.25%が高すぎることで、Motorola が各標準化団体で宣言した RAND 宣言の義務に違反していると主張して、Motorola を提訴した。

2013 年 4 月 25 日、ワシントン州西部地区連邦地裁は、「標準必須特許権者が標準化団体に対して RAND 宣言を行ったことにより、Motorola と標準化団体との間で、その保有する必須特許を RAND 条件でライセンスすることを内容とし、Microsoft を第三受益者とする第三者のためにする契約が成立済みである。」³⁸⁸という理由により、Microsoft は Motorola に対してライセンスを求めると判断した。

適正なロイヤリティにつき、地裁は Motorola の本件対象となる 2 つの標準必須特許の適正なロイヤリティ率をそれぞれ算定して決定した。地裁は、Motorola が提案した「仮想的二者間交渉方式（simulated hypothetical bilateral negotiation）」を採用し、修正された Georgia-Pacific Factors³⁸⁹を判断基準として適正なロイヤリティ率を算定した³⁹⁰。地裁で認定したロイヤリティ率に基づいて計算される Microsoft が支払うべきロイヤリティの総額は、年間約 180 万ドルとされており、当初 Motorola が申し入れていた額（年間約 40 億ドル）より極めて低廉であるといえる。

地裁判決によれば、RAND 条件を評価する際の基本原則³⁹¹は、

- ①「RAND 実施料は標準規格の広範な採用を促進するという標準化団体の目的に合致したレベルに設定されなければならない。」
- ②「RAND 実施料を決定する適切な方法は RAND 宣言が避けることを意図していた特許ホールドアップのリスクを認識し軽減しようとするものでなければならない。」
- ③「RAND 実施料を決定する適切な方法は、他の必須特許権者も実施者に実施料を要求した場合の実施料の累積を考慮し、ロイヤリティスタッキングのリスクに対処するものでなければならない。」
- ④「RAND 実施料は、標準化団体は価値ある標準規格を作り出す技術を保有していることを理解して設定されなければならない。価値ある標準規格の創造を促すため、RAND 宣言によって価値ある知的財産の保有者がその資産について合理的実施料を受けとることを保証しなければならない。」

³⁸⁸ 小泉直樹著「標準必須特許の権利行使」ジュリスト p.14、2013 年 9 月号、No.1458、有斐閣。

³⁸⁹ Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F.Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970)において示された架空交渉を設定して合理的なロイヤリティを計算する際に考慮すべき 15 の事項のことを指す。

³⁹⁰ H.264 特許のロイヤリティ率を€0.555/unit、802.11 特許のロイヤリティ率を€3.471/unit と算出した。

³⁹¹ 以下は小林和人「標準規格必須特許の RAND 実施料率に関する裁判例—マイクロソフト社対モトローラ社米国訴訟（事件番号 10-CV-1823）—」パテント 2014、Vol. 67 No. 7、47 頁を引用した。

⑤「RAND 宣言は、特許技術が標準規格に採用されたことによる価値とは切り離して、特許技術そのものの経済的価値に対する合理的実施料に特許権者を制限すると解釈すべきである。」

さらに、仮想的二者間交渉方式が採用されるうえで、Georgia-Pacific Factors の 15 項目も修正されて適用された³⁹²。

Georgia-Pacific 判決が示した 15 項目は、①確定実施料。特許権者が係争中の特許で受け取る実施料。②係争中の特許と同等の特許についてライセンシーが支払った実施料率。③ライセンスの性質と範囲。④ライセンサーの既存のポリシーとマー適用無しケティングプログラム（非許諾・独占実施、限定した実施許諾等）。⑤ライセンサーとライセンシーの取引関係（互いに競合者、発明者と起業家等）。⑥特許技術の販売がライセンシーの他製品の販売を促進する影響。ライセンサーの非特許製品の販売に貢献する発明の現在の価値。⑦特許の存続期間、ライセンス期間。⑧特許製品の確立した利益。商業的成功。その現在の普及度。⑨同等の結果を得る為に用いられてきた旧方式・製品に対する特許技術の有用性と利点。⑩特許発明の性質。ライセンサーによる事業実体の特長。発明を使用するものの利便。⑪侵害者が発明を利用する程度。利用の価値の立証証拠。⑫特定（類似含む）の業界の慣習として発明（類似含む）の使用で見込まれる利益または販売価格における部分。⑬発明に起因して実現される利益の部分（非特許要素、製造過程、ビジネスリスク、侵害者が加えた顕著な特徴や改良からは区別されるもの）。⑭的確な専門家の意見供述。⑮（侵害開始時に）ライセンサーとライセンシーが合理的かつ自発的に合意に達するよう試みた場合に、両者が侵合意したであろう額、である³⁹³。

本件で修正されたのは、①当該確定実施料は、RAND 義務又は同等の条件で交渉されたものでなければならない。（修正理由：RAND 義務下での確定実施料と比較すべきである）。④は適用されない（理由：ライセンサーは RAND 条件でライセンスすることを宣言している。）。⑤は適用されない（理由：特許権者は RAND 条件でライセンスすると宣言しており、ライセンス契約で競合者を差別することができないから）。⑥当該特許技術の価値は特許技術が標準規格に採用された事による価値とは区分することが重要合理的実施料については、標準規格がライセンシーに与える影響ではなく、特許が標準規格の技術性能に与える貢献とこれら関連する技術性能が製品に与える貢献を考慮すべき（修正理由：特許技術の標準規格への貢献とは関係なく合意された標準規格自体に大きな価値があるから）。⑧特許技術の価値を特許技術が標準規格に採用された事による価値とは区分する。合理的実施料は、標準規格がライセンシーに与える影響ではなく特許が標準規格の技術性能に与える貢献とこれら技術性能が製品に与える貢献を考慮すべき（修正理由：特許技術の標準規格への貢献とは関係なく合意された標準規格自体に大きな価値があるから）。

³⁹² 小林和人「標準規格必須特許の RAND 実施料率に関する裁判例—マイクロソフト社対モトローラ社米国訴訟（事件番号 10-CV-1823）—」パテント 2014、Vol. 67 No. 7、48-49 頁。

³⁹³ 小林和人「標準規格必須特許の RAND 実施料率に関する裁判例—マイクロソフト社対モトローラ社米国訴訟（事件番号 10-CV-1823）—」パテント 2014、Vol. 67 No. 7。

⑨仮想交渉での当事者等は特許技術の代わりに標準規格に採用され得た代替技術を考慮すべき（修正理由：明示無し）。⑩仮想交渉では、特許技術の標準規格の技術性能に対する価値及びこれらの技術性能の製品に対する価値に焦点をおくべき（修正理由：特許技術の価値と特許技術が標準規格に採用された事による価値とは区分すべきだから）。⑪仮想交渉では、特許技術の標準規格の技術性能に対する価値及びこれらの技術性能の実施者と製品に対する価値に焦点をおくべき（修正理由：特許技術の価値と特許技術が標準規格に採用された事による価値とは区分すべきだから）。⑫RAND 宣言した特許のライセンスビジネスの商慣習を考慮すべき（修正理由：RAND 宣言していない特許の実施料は比較対象ではないから）。⑬RAND 条件下では特許技術の貢献と特許技術が標準規格に採用された価値は区別して考慮すべき（修正理由：標準規格そのものの価値で必須特許権者に報酬することはホールドアップ問題招くものであり、RAND 宣言の目的に反するから）。⑭当該合意に達する試みの中で、必須特許権者はホールドアップとスタッキングを回避して、標準規格を広範に普及させる RAND 宣言の目的に従うべき（修正理由：明示無し）³⁹⁴。

事例 2：Apple v. Samsung 日本知財高裁判決³⁹⁵（2015 年 5 月 16 日）

本件は Apple と Samsung との間において、通信端末を巡る世界中での特許訴訟合戦の一環として、また、日本における標準必須特許にかかるホールドアップ問題に対する初めての判決として注目された。

Samsung は ETSI のメンバーであり、ETSI に対して自社が UMTS 規格に必須な特許を ETSI のパテントポリシーに従って FRAND 条件でライセンスする旨を宣言した。同時に、UMTS 規格の W-CDMA パテントプラットフォームには参加していなかった（2008 年 12 月時点）。2011 年 4 月、Samsung は Apple の関連製品の生産等の行為が自社保有の特許権を侵害したとして、東京地裁に対して仮差止め命令を申し立てた³⁹⁶。これに対して同年 9 月、Apple は Samsung に対して前記特許権侵害に基づく損害賠償請求権がないことの確認を求めて東京地裁に確認訴訟を提起した³⁹⁷。東京地裁では Apple 勝訴と言い渡したが、Samsung はこれを不服として、2013 年 4 月 15 日付で知財高裁に控訴した。

本件の争点が多岐にわたっている³⁹⁸が、裁判所は、「我が国の民法には、契約締結準備段階における当事者の義務について明示した規定はないが、契約交渉に入った者同士の間では、一定の場合には、重要な情報を相手方に提供し、誠実に交渉を行うべき信義則上の義務を負うものと解するのが相当である」と述べ、FRAND 宣言の法的効果として、民法上の信義則による誠実交渉義務があると判断した。これ

³⁹⁴ 小林和人「標準規格必須特許の RAND 実施料率に関する裁判例—マイクロソフト社対モトローラ社米国訴訟（事件番号 10-CV-1823）—」『パテント 2014』、Vol. 67 No. 7。

³⁹⁵ 知財高判平成 25 年（ネ）第 10043 号（判時平成 26 年 8 月 11 号 146 頁）。

³⁹⁶ 東京地裁平成 23 年（ヨ）第 22027 号事件。

³⁹⁷ 東京地方裁判所平成 23 年（ワ）第 38969 号事件。

³⁹⁸ 本件争点は 6 つ、すなわち、①Apple の製品が Motorola の本件発明 1 の技術的範囲に属するか、②本件発明 2 にかかる本件特許権の間接侵害の成否、③本件発明にかかる無効事由による権利制限の成否、④本件各製品にかかる本件特許の消尽の有無、⑤本件 FRAND 宣言による Apple と Motorola との間のライセンス契約の成否、⑥Motorola の損害賠償請求権の行使の権利濫用の成否がある。

により、FRAND 宣言がなされた標準必須特許についてライセンスの申出がある場合、特許権者は申出者が標準化団体のメンバーであるか否かを問わず、ライセンス契約の締結に向けて誠実に交渉を行うべき義務を負い、かかる義務に違反する特許権の行使は権利濫用に該当するということになる。

本件の中心的な争点である権利濫用の成否の検討にあたり、地裁は Motorola の誠実交渉義務違反を認定して損害賠償請求権の行使が権利濫用であるとして Apple の請求を全部認容したのに対して、控訴審は、ロイヤリティ相当額については、権利行使が著しく不公正であるなど特段の事情がない限り制限されず、ロイヤリティ相当額を超える額について、相手方が FRAND 条件でのライセンスを受ける意思を有しないなど特段の事情がない限り許されないとして、ロイヤリティ相当額を算定し、同額を超えて損害賠償請求権が存在しない、と判示した。

FRAND 条件によるロイヤリティ相当額の算定につき、ETSI が何らの規定もなく、当事者間の交渉に委ねるため、裁判所は、前記 UMTS 規格の関連プラットフォームにおけるロイヤリティ率を参照して、まず、対象製品の「売上高合計のうち、UMTS 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、「UMTS 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」。対象特許が貢献した部分の割合を計算する際、「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ロイヤリティの合計が一定の割合を超えない」ことを考慮する。

事例 3 : Huawei v. InterDigital 中国高裁判決³⁹⁹(2013 年 10 月 16 日)

原告 Huawei は、交換機、データ通信設備、無線通信設備等の電信設備の開発、生産、販売、プログラム制御等を行っており、被告 InterDigital は ETSI や TTA 等の多くの標準化機関に加入しており、ETSI に対して FRAND 宣言がなされた特許が中国における電気通信領域のモバイルデバイスや基礎的通信設備等にかかわる技術標準にも採用され、標準必須特許でもある。

InterDigital は Huawei に対してロイヤリティを販売額の約 2%相当を求めたところ、当該料率が InterDigital の Apple や Samsung 等に対して設定する料率よりは遥かに高額のものであり⁴⁰⁰、Huawei はこれ受け入れなかったことで、中国における標準必須特許及び標準必須特許出願に対する使用許諾及び適正なロイヤリティ率の設定を深圳市中级人民法院に対して求めた⁴⁰¹。中級法院はロイヤリティ率の上限を 0.019%で決定した。InterDigital がこれに不服して、広東省高級法院へ上訴した。

FRAND 条件の解釈につき、高裁は、①Huawei 及び InterDigital はともに ETSI の会員であり、ETSI のパテントポリシーに遵守すべきであり、かかるパテントポリシー

³⁹⁹ (2013) 粵高法民三終字第 305 号。判決文は http://www.mlex.com/China/Attachments/2014-04-18_AXRC879FW8P38IO7/guangdonghpc_IDChuwawei_SEP_18042014.pdf にて閲覧可能、日本語で本件を詳しく紹介するものとして、河野英仁「中国における標準特許と FRAND 義務の適用～公正、合理的、かつ、非差別的なライセンス条件とは～中国特許判例紹介(35)」2014 年 6 月 10 日 (<http://www.knpt.com/contents/china/2014.06.10.pdf>) を参照したい。

⁴⁰⁰ Apple に対する両立は約 0.0187%であり、Samsung に対する使用料率は約 0.019%である。

⁴⁰¹ (2011) 深中法知民初字第 857 号民事判決。

6.1 条により、「特定の規格または技術仕様に関連する必須 IPR が ETSI に知らされた場合、ETSI の事務局長は、少なくとも以下の範囲で、当該の IPR における取消不能なライセンスを公正、合理的かつ非差別的な条件で許諾する用意があることを書面で取消不能な形で 3 か月以内に保証することを、所有者にただちに求めるものとする」と規定されているため、FRAND の内容が明確的といえる。②中国にはもっぱら FRAND についての法的定義がないものの、関連規定、例えば民法通則 4 条（民事活動は、自由意思、公平、等価有償、誠実信用の原則を遵守しなければならない。）、契約法 5 条（当事者は公平原則を遵守して双方の権利及び義務を確定しなければならない。）及び 6 条（当事者の権利行使、義務履行は、誠実信用の原則を遵守しなければならない。）などの関連規定により FRAND 義務の合意に対して解釈することができる。③FRAND 宣言がなされた標準必須特許につき、特許権者は、合理的なロイヤリティの支払いを希望する善意の標準使用者に対しては、直接ライセンスを拒絶すべきではなく、特許権者が技術革新の中から十分なリターンを得ることができることを保証し、同時に標準必要特許の権利者が標準により形成された優位な地位を利用して高額のロイヤリティ率を請求し、または不合理な条件を附加することを避けるべきである、という理由に基づき、標準必須特許権者の利益と、標準特許の使用許諾を受ける第三者との利益を総合的に勘案し、InterDigital は FRAND 義務に基づき Huawei に使用許諾すべきであると判断した。

合理的なロイヤリティの算定につき、高裁は一審裁判が判断した 0.019% が合理的であると確認した。地裁は、標準必須特許の合理的なロイヤリティを算定する際に考慮すべき要素として、①製品売上、利益に占めるロイヤリティの割合。すなわち、対象特許を実施することにより得られる利潤はライセンシーの関連商品の販売利潤または販売収入に占める比率を考慮すべきである。②標準必要特許の技術革新に対する貢献率。特許権者がもたらした貢献はその作り出した技術であり、特許権者はただその特許権によって利益を得るべきであり、標準によってそれ以外の利益を得ることはできない。③非標準必須特許及びその他知的財産権が支払うべきロイヤリティの控除。特許権者は技術標準における必須特許の多少に応じてロイヤリティを算定すべきであり、非標準必須特許等の実施によって支払われるロイヤリティを請求するのは合理的ではない。④ロイヤリティは、製品利潤の一定比率範囲を超えるべきではなく、ロイヤリティの特許権者間における合理的分配を考慮すべきである。高裁は地裁の算定を支持し、ビジネス交渉によって決定された InterDigital と Apple との間のロイヤリティ率⁴⁰²を参照して、最終的に 0.019% のロイヤリティ率が合理的であると判断した。

なお、中国反壟断法執行機関の 1 つである国家発展改革委員会は、2013 年 6 月末、InterDigital が中国で不当に価格を吊り上げることがあるという申し立てを受け、反壟断法に関する調査を始めた⁴⁰³。そして、InterDigital がかかる調査に積極的に協

⁴⁰² InterDigital と Samsung との間のロイヤリティ率は訴訟によって決着されたのと比べ、Apple との間のロイヤリティ率はビジネス交渉によるものであるため、参照できると高裁は判断した。

⁴⁰³ <http://down.admin5.com/info/2014/0220/107899.html>。

力し、競争当局に是正承諾書を提出し、かつ、Huawei との間に和解に達したため、同委員会の 2014 年 5 月 22 日の定例発表会において、調査停止との決定を発表した。報道⁴⁰⁴により、InterDigital が提出した是正承諾書において、主として以下のような内容が含まれた。今後、①中国企業に対して FRAND 原則でライセンスをし、差別的な高額ロイヤリティを請求しないこと、②2G/3G/4G 標準に関する特許の抱き合わせをやめること、③中国企業に対して関連する特許の無償のグランドバックを要求しないこと、④中国企業に対するロイヤリティやその他の紛争に関しては、仲裁を経らなければならず、直接訴訟を提起しないこと。

第三項 標準必須特許の譲渡によるアウトサイダー

技術標準に関するホールドアップは、標準必須特許を標準化活動に関与しない者に譲渡することによって発生することもある。この場合、譲渡契約において RAND 条件について定めればよいのであるが、定めがない場合、新特許権者はホールドアップを行う可能性がある。

日本特許法 99 条は、2011 年の法改正により、通常実施権が、「その発生後にその特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権を取得した者に対しても、その効力を有する」と定めており、登録の有無にかかわらず、新たに特許権を譲り受けた第三者に対抗できるようになった。この下で、RAND 条件も譲渡により承継されるかについては見解が分かれている。第三者のための契約⁴⁰⁵と理解されれば、当然承継されることになり、新特許権者も RAND 条件でライセンスしなければならない。一方、誠実交渉義務のような一般の債権債務関係として理解されれば、承継されないのであり、別途の契約等の拘束がなされない限り、新特許権者は RAND 条項を遵守する義務がない⁴⁰⁶。

独占禁止法の観点からこの問題に対する対応として、米国の N-data 事件⁴⁰⁷がある。本件はコンピュータネットワークの規格の 1 つであるイーサネット (Ethernet) の主要技術にかかる特許権のライセンスが譲渡された後、新特許権者によるロイヤリティの値上げが FTC 法 5 条違反と問われた事例である。特許を譲り受けた者が、もともとの特許所有者から、標準に採用された技術について一括金でライセンスを行うと確約したことを知られていたにもかかわらず、高額な製品台数に応じたロイヤリティの支払いを請求し、請求に応じない者に対して訴訟を提起した行為が、FTC の多数意見により、FTC 法 5 条に規定されている「不公正は競争方法」を構成して違法であると判断された。

第二節 パテントポリシー違反—情報秘匿によるホールドアップ

かなり以前は、標準規格を普及することにより、競争が促進され製品価格の低廉化が図られ、消費者に便益があるとの認識の下で、標準規格にかかわる特許は無償で提供す

⁴⁰⁴ <http://down.admin5.com/info/2014/0220/107899.html#Comment>.

⁴⁰⁵ 日本民法 537 条 (第三者のためにする契約)。

⁴⁰⁶ 田村善之「標準化と特許権--RAND 条項による対策の法的課題--」(知的財産法政策学研究、Vol.43 (2013)) 102 頁-103 頁。

⁴⁰⁷ Consent Order, In re Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No.051-0094 (2008).

べきであるとの考えが主流であった。ところが特許の無償化によって、研究開発ための費用が回収できなくなり、研究開発意欲が減退し、結果として標準化活動も活発にならなかった。このような状況を改善するために、せめて標準化製品に要される必須特許のライセンスを有償化する考えが現れ、これを明文化する標準化機関の特許等取扱方針（パテントポリシー）が制定されてきたのである。

第一項 パテントポリシー概観

現在、多くの標準化機関で採用されているパテントポリシーは、概ね次のように構成されている⁴⁰⁸。①必須特許又は必須請求項⁴⁰⁹の存在を、標準参加者たる当該特許等の存在を保有している者から自発的に申出等⁴¹⁰によって明らかにする。②前記特許の存在が明らかになれば、その保有者に対してライセンスを無償かまたはRAND条件で提供する旨の声明が求められる。③原則として前記声明がなされた場合に限り、当該特許技術を含んだ標準を採択する。④特許が障害となって標準の普及が妨げられていることが事後的に明らかとなれば、声明を行うよう求める。

①につき、多くの標準化機関は特許の調査を義務付けることはなく、既知の特許に限って開示すればよい方針を採用している⁴¹¹。開示の時期は、標準化機関加入時、技術提案時、必須請求項について知った後に初めて開催される標準化機関における会合時、標準案の最初の投票が行われる一定の期間内、予定された標準案公表日から一定の期間内、書面により開示するよう呼びかけられてから一定の期間内などのような標準技術が確定する前に求められている⁴¹²。

②ないし④はいわゆる「ライセンス声明」が求められている。ライセンス声明により、特許権者の権利行使の方向を事前に明らかにすることができ、また、必須特許権者が宣言書を提出することにより、ホールドアップ行為等をしないという将来的にとる行動へのコミットメントを行うことができる。他方、声明の内容（特にRAND条件の判断基準）は必ずしも明確であるわけではないため、機能しない可能性がある。

RAND条件より具体的な基準を設定することができないかという方法が考えられるが、ロイヤリティに係る合意・協調を促進するなど、技術間の競争を阻害・制限する競争上の問題になる危険性があり、ロイヤリティの合意によって、技術標準を利用した製品・役務間の競争が阻害・制限される可能性もある。また、必須特許を受けようとする者がライセンス条件の統一を図る機会を利用して、共謀して、自己にとって有利な条件を設定しようとする行動を採る可能性もある。

もっとも、現にあらゆる標準化機関がこのようなパテントポリシーを採用しているわけでもない。そもそもパテントポリシーをもたない標準化機関もある⁴¹³。

⁴⁰⁸ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）262頁。

⁴⁰⁹ 必須請求項とは、標準の採用にあたって必ず侵害することになる請求のことをいう。

⁴¹⁰ 標準化機関によっては、必須請求項の存在を自明する場合もある。

⁴¹¹ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）270頁。

⁴¹² 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）271頁。

⁴¹³ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法

一方、特許に関する取扱いの基本的な考えは RAND であるものの、各標準化機関における RAND を含むパテントポリシーは微妙に異なっているのが現状である。例えば、ロイヤリティについて、ITU は無償・RAND 条件・非許諾という3つの選択を設けているのに対して、ISO/IEC や日本の JIS はライセンス条件について RAND に従うと定めている。IETF は開示義務を厳格に課している同時にライセンスを行う確約は義務付けではないのに対して、IEEE は開示義務を課さない同時に、ライセンスを行う確約をすることを要求している。また、開示義務の範囲や開示時期等情報開示に関する内容、パテントポリシーの法的拘束力等の取扱いも機関ごとに異なる場合がある⁴¹⁴。

第二項 パテントポリシー違反について

標準化策定の参加者と標準化機関との間に、参加契約を締結するのが一般的である。パテントポリシーは通常この参加契約の一部として、参加者を拘束している。前記のライセンス声明を含めたパテントポリシーに反した者に対して、制裁を定めることがある。制裁の内容として、違反者からの技術提案は採用しないことや、警告・注意を与えること、無償または RAND 条件でライセンスを行うものとする、標準化機関における参加資格を一次的又は恒久的に剥奪することなどがある⁴¹⁵。

ところが、標準化機関によるこれら制裁には一定の限界がある。

まずは RAND 条件の不明確さである。RAND 条件の具体的な内容は実際には当事者間の交渉に委ねるため、「非差別的」「合理的」とは何かの判断基準が明確になっていないのが現状である。「合理的」には研究開発費を基礎とすべきとする理解から、双方が合意できれば合理的といえる理解が見られたが⁴¹⁶、技術開発費用とリスクないし価値を評価することの困難さのために基準が設定できない。「非差別的」の意味については、ライセンシーの規模等を問わず一律の料率でなければならないという理解、ライセンシーの規模や関係により料率が変わることを否定するものではないとの理解、相手方を問わず交渉に応じさえすれば差別はないとの理解まで、様々なものがあるものの、いずれも問題が生じるため、適切な判定基準を策定することの困難性が生じている。

さらに、パテントポリシーでは、一旦ホールドアップ問題が発生した場合、パテントポリシーを改訂し問題となった特許技術を標準から除外することで問題を解決することができるように見えるが、すでに普及した標準の改訂は膨大な費用がかかるため、実際には無意味であり、公的介入がない限り、技術利用者はロイヤリティを支払って継続的に利用するしかないと考えられる。

このように、パテントポリシー自体によるホールドアップ問題を予防し解消するには限界があり、独占禁止法からなんらかの規制を与えることが可能かと考えられる。

務、2010年8月31日）261頁。

⁴¹⁴ 詳細は、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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）262-291頁を参照したい。

⁴¹⁵ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）289-290頁。

⁴¹⁶ 和久井理子「技術標準と特許——欧州公的標準化機関における知的財産権取扱指針（IPRポリシー）の検討」特許研究 No.39（2005/3）32-41頁。

独占禁止法からの対応を検討する場合、以下2つの場合を分けて検討する必要がある。まずは、自社の必須特許が標準に採用されることを知りつつ標準化機関のルールに反してそれを開示せず、標準が普及した段階で権利行使を行う場合である。そして、標準化機関に対して RAND 条件をコミットしたが、標準策定後に形成するパテントプールに参加しない場合である。

第三項 情報秘匿によるホールドアップ問題

パテントポリシーに反して特許権を行使し、高額なロイヤリティを請求する行為は、単なるライセンス拒絶や高額ロイヤリティ請求行為とは異なっている。他者を欺いたことや競争上有利な地位を獲得することで、独占禁止法違反と認められる場合がある。

日本知的財産利用ガイドラインにおいて、「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ライセンス条件を偽るなど、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ライセンスを受けざるを得ない状況になった後でライセンスを拒絶し、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」⁴¹⁷該当し、私的独占に該当しうるとされている。また、「ある技術に権利を有する者が、他の事業者に対して、ライセンス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」⁴¹⁸は、一般指定第2項（その他の取引拒絶）、第14項（競争者に対する取引妨害）に該当しうる。

実際には有名な Qualcomm 事件⁴¹⁹があり、日本公取委は Qualcomm のライセンシーに対する非係争義務を課す行為が拘束条件付取引（独占禁止法19条、一般指定13項）に該当するとし排除措置命令を出した。同じ事件が韓国でも起こっており、韓国競争当局は、Qualcomm が顧客に割引やリベートを差別的に提供したことに対して支配的地位の濫用により制裁金200億円を課した⁴²⁰。

⁴¹⁷ 知財ガイドライン第3-1-(1)エ。

⁴¹⁸ 知財ガイドライン第4-2-(2)。

⁴¹⁹ 本件は執筆時点では排除措置命令がだされ、審判が係争中であるが、公取委による平成21年9月30日の排除措置命令によると、Qualcomm は、国内端末等製造販売業者に対し、CDMA 携帯無線通信に係る知的財産権の実施権等を一括して許諾するに当たり、あらかじめ適切な条件の下に非排他的かつ無差別に実施権等を許諾する旨を明らかにしているにもかかわらず、次のような内容とする規定を含むライセンス契約の締結を余儀なくさせていた。その内容は、①CDMA 携帯電話端末及び CDMA 携帯電話基地局に用いられる半導体集積回路等の製造、販売等のために、国内端末等製造販売業者等の知的財産権について、Qualcomm に対して、その実施権等を無償で許諾する、②CDMA 携帯電話端末及び CDMA 携帯電話基地局に用いられる半導体集積回路等の製造、販売、使用等について、当該知的財産権に基づいて、Qualcomm 等又は Qualcomm の顧客に対し、権利主張を行わないことを約する、③CDMA 携帯電話端末及び CDMA 携帯電話基地局並びにこれらに用いられる半導体集積回路等の製造、販売等について、当該知的財産権に基づいて、Qualcomm のライセンシーに対し、権利主張を行わないことを約する、という3つの一部又は全部である。Qualcomm のライセンシーに対して課すこれらの義務は「非係争義務」とも言い、Qualcomm の前には Microsoft に対しても排除措置命令が出された。Qualcomm 事件につき、公取委は、Qualcomm の行為が一般指定旧13項（現行12項）（拘束条件付取引）に該当するとし、排除措置命令を出した。<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/09.september/09093001.pdf>にて閲覧可能。

⁴²⁰ 平山賢太郎「知的財産権と独占禁止法 ～中国における新展開～」(2015年11月、MIP 知財コラム)。
一方、松下満雄「外国競争法研究会——第1回 非係争条項に関する独占禁止法違反事件」平成22年4

米国で問題となった Rambus 事件において、FTC は、標準機関団体 JEDEC の参加者たる Rambus が JEDEC における特許技術の情報開示義務を怠り、情報を秘匿したこと等は独占化にあたるものであり FTC 法 5 条に反すると主張した⁴²¹。FTC の主張によると、Rambus は前記要件の全てを充たした。しかし、コロンビア特別区巡回区控訴裁判所は、FTC が Rambus の行為が競争を害したことを立証することができなかったとして、FTC の敗訴を言い渡した⁴²²。また、Dell 事件⁴²³や、Unocal 事件⁴²⁴等もある。

EU では、情報秘匿によるパテントポリシー違反行為はリスボン条約 102 条に該当する可能性がある。EU でも問題となった Rambus 事件⁴²⁵において、欧州委員会は、Rambus が標準化過程で他者を欺く行為を行い、標準に自己の特許技術を取り込ませた上で、高額なロイヤリティを課すことで、旧 82 条（現 102 条）に違反したとし、ロイヤリティ率を 1.5%とすること等を確約させた。もっとも、欧州委員会は、「標準化機関のルールに反したことは、濫用行為の存在を認めるにあたって考慮すべき事柄ではあるものの、ルール違反がなければ濫用行為の存在を認定できないわけではない」とも明言した。また、N-Data 事件と同様に特許権移転とライセンス確約の関係にかかわる事例も、EU において起こった。それは ICom 事件⁴²⁶である。本件において、ICom は GSM/UMTS 標準における必須特許を FRAND 条件でライセンスすることを確認した ETSI 標準参加者たる Bosch GmbH から取得した。本件必須特許の譲渡後のライセンス条件について、ICom は欧州委員会の意見を求めたところ、欧州委員会は、声明書を提出した特許が譲渡された後にも、声明書が有効であることを ICom に宣言させた。

中国反壟断法はこの問題につき、知的財産権濫用規則 13 条が明確にこれを禁止している。13 条は、「市場支配的地位を有する事業者は、正当な理由がない限り」、「標準の制定に参加している過程に、意図的に標準の策定組織にその権利情報を開示しない又はその権利を放棄すると明確にしたが、ある標準がその特許と係った後に、当該標準の実施者にその特許権を主張すること」（第 1 項第 1 号）を行ってはならないと規定している⁴²⁷。本規則が制定された前には、競争当局が反壟断法を執行する

月 21 日 (<http://www.koutori-kyokai.or.jp/research/201004gaikoku.pdf> にて閲覧できる。) や鶴原稔也「技術標準に係わる必須特許と IPR ポリシー～FRAND 条件とは何か、権利行使を制限すべきか?～」(tokugikon, 2014.5.13. <http://www.tokugikon.jp/gikonshi/273/273kiko1.pdf> にて閲覧可能。) には、問題事業者の行為を優越的地位の濫用として規制されたと紹介されている。

⁴²¹ 伊藤隆史「米国反トラスト法と技術標準——In the matter of Rambus Inc.の検討を中心として(上)」国際商事法務 31 巻 5 号 617 頁 (2003)。

⁴²² 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)」公正取引 711 号 44-47 頁 (2009)、沼田知之「Rambus Inc. v. Federal Trade Commission」白石忠志・中野雄介『判例 米国・EU 競争法』(商事法務、2011) 184-197 頁参照。

⁴²³ Consent Order, In re Dell Computer Corp., FTC File No. 931 0097 (1996).

⁴²⁴ Consent Order, In re Union Oil Co. of California, FTC File No. 9305 (2005).

⁴²⁵ European Commission, Press Release IP/09/1897 of 9 December 2009.

⁴²⁶ European Commission, MEMO/09/549 of 10 December 2009. Available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-549_en.htm#PR_metaPressRelease_bottom.

⁴²⁷ 知的財産権濫用規則の 2014 年の草案には、事業者が自分の技術を標準になる可能性があることを知ることを前提としたが、立法者はこれを「標準策定に参加するプロセスにおいて」に変更したという。顧正平「簡評中国首部知識産権領域的反壟断規則」

(<http://www.anjielaw.com/downloadRepository/807828be-dbdd-41f6-958c-824b46309d4f.pdf>)。

際に、前述した *InterDigital v. Huawei* などの事例から標準技術の実施許諾の原則を示したが、本規則が 2015 年 8 月 1 日から施行され、情報秘匿によるホールドアップ問題を反壟断法から規制するのに明確な法的根拠を提供することになる。

第七章 技術標準にかかるパテントプールについて

歴史的に最初の本格的なパテントプールは 1856 年に米国で形成されたミシンに関するパテントプール⁴²⁸であり、前述した MPEG2 パテントプールや W-CDMA パテントプラットフォームなど現代のパテントプールまで、パテントプールは 150 年以上の歴史を有している。

第一節 パテントプール概観

「パテントプール」という文言は、「複数の特許権者に付与された特許を使う権利を結びつけることを示す言葉」⁴²⁹として用いられてきた。もともと、その外延は明確ではない。パテントプールという概念が用いられてきたものとしては、ライセンス管理会社を設立する例、特許権者のうち一社に許諾や実施権限を集中する例、相互に許諾を許諾し許諾契約上で許諾や実施について取り決める例など、多岐にわたっている⁴³⁰。

パテントプールの定義の一例として、日本における公正取引委員会が公表した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、「知的財産ガイドライン」と省略する）では、「パテントプールとは、ある技術に権利を有する複数の者が、それぞれが有する権利又は当該権利についてライセンスを有する権利を一定の企業体や組織体（その組織の形態には様々なものがあり、また、その組織を新たに設立する場合や既存の組織が利用される場合があり得る。）に集中させ、当該企業体や組織体を通じてパテントプールの構成員等が必要なライセンスを受けるものをいう」と明記されている⁴³¹。日本と比べ、米国においては、ライセンス管理会社⁴³²の関与をそれほど重視しておらず、複数の特許権者がそれらの所有する特許を第三者にライセンスする合意、仕組み⁴³³として捉えられている。

⁴²⁸ Today in Technology History, October 14, 2002.

⁴²⁹ United States v. Line Material Co., 333 U.S. 287, 314 n.24 (1948).

⁴³⁰ See e.g., Joel I. Klein, Cross Licensing and Antitrust Law n.3, Address Before the American Intellectual Property Law Association (May 2, 1997) <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1118.htm>>. なお、今村成和『私的独占禁止法の研究』（有斐閣、1956年）101頁は、パテントプールの特性である「複数の特許権者が、相互にその有する特許権を開放しあうことに依り、相手方の特許権より受ける制約を除去すること」と説明していた。

⁴³¹ 知的財産ガイドライン第 3-1(1)、第 3-2(1)、及び標準化とパテントプールガイドライン第 3 参照。

⁴³² 特許権者と実施権者の間に介在する企業体や組織体のことをいう。

⁴³³ A “patent pool” is an agreement between two or more patent owners to license one or more of their patents to one another or third parties. See Jeanne Clark, Joe Piccolo, Brian Stanton, Karin Tyson, PATENT POOLS: A SOLUTION TO THE PROBLEM OF ACCESS IN BIOTECHNOLOGY PATENTS? (December 5, 2000), available at <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patentpool.pdf>.

パテントプールの形成及び運営につき、ライセンス管理会社の存在が必ずしも必要ではないため、本稿ではパテントプールを、「特許権の実施や許諾にかかる意思決定を共同で行うべきものとして複数の権利者から集められた特許の集合を指すもの」⁴³⁴と定義しておくこととする。

なお、一般には、パテントプールとクロスライセンスとは分別して理解される⁴³⁵ものの、クロスライセンスを行い、ライセンスする権限は各社が保持しつつ、ライセンスによって得たロイヤリティをプールして、一定割合を他者に分与する⁴³⁶こともパテントプールの一種として検討をした学者もいる⁴³⁷。

前記パテントプールの定義から見れば、パテントプールの形成にはライセンス管理会社の介入が必須ではないものの、実際上はその関与の方法は異なっているにもかかわらず、ライセンス管理会社が介入することが一般的である。したがって、以下の検討はライセンス管理会社の介入を前提とする。

現在、ライセンサーがライセンス管理会社にどのような権利を与えるかによって、サブライセンス型とジョイントライセンス型という二種類のパテントプールの形態が存在する。サブライセンス型には契約の執行が容易であり、ジョイントライセンス型はロイヤリティが相殺できる点にメリットがあるとされている⁴³⁸。具体的には、サブライセンス型につき、特許権者はライセンス管理会社にサブライセンス権付きライセンスを与え、ライセンス管理会社がライセンサーにサブライセンスすることで、特許権を実施できるようにする仕組みを採るため、契約締結過程が容易となる。これに対して、ジョイントライセンス型には、特許権者とライセンサーの間で直接ライセンス契約が成立し、ライセンス管理会社がサブライセンス権を持つことはなく、契約の交渉、締結及びロイヤリティの徴収につき特許権者の代理人としての役割を果たしている。

上記2つの形態のパテントプールには本質的な相異がないと考えられるが、契約の執行が容易である点が重視された結果、サブライセンス型を採用する方が多い。一方、サブライセンス型パテントプールでは、ライセンサーとライセンサー間に既存のクロスライセンスがある場合でも一律のロイヤリティを支払う必要がある。このような不便を解消するようにジョイントライセンス型が考案された⁴³⁹と指摘されている。

⁴³⁴ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）369頁参照。

⁴³⁵ 知的財産利用ガイドライン第3-2(2)(3)、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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）369頁参照。

⁴³⁶ アメリカのスタンダードオイル事件（Standard Oil Co. v. United States, 283 U.S. 163 (1931)）がその一例である。

⁴³⁷ 宮井雅明「特許プールに関するアメリカ判例法の研究」立命館法学 200, 203, 206号（1988-1989）。その一例として、アメリカのスタンダードオイル事件（Standard Oil Co. v. United States, 283 U.S. 163(1931)）が挙げられている。

⁴³⁸ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）372頁。

⁴³⁹ 加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）27頁。

なお、第三者（外部）に開放するか否かによって、パテントプールを開放型、閉鎖型及び複合型と分類する仕方もある⁴⁴⁰。この分類法によると、開放型とは、特許権者が連合して第三者に対し共同で特許ライセンスを行うものを指す。これに対して、閉鎖型とは、特許権者の間で特許クロスライセンスを行うが、外部には行わないものを指す。複合型は両者を統合したものである。パテントプールの外部への開放性は、独占禁止法の観点から評価する際には判断要素の1つとなる⁴⁴¹ものの、開放でないパテントプールが直ちに違法であるというわけでもない⁴⁴²。

第二節 パテントプールに固有する問題

第一項 プールされる特許の性質

標準を単位とするパテントプールに必須特許のみ集積されるのが一般的であるされている⁴⁴³。この理由としては、独占禁止法の観点から違法とされないように考案されたと考えられる。日本パテントプールガイドラインにも述べているように、集積された必須特許の間には「規格で規定される機能及び効用を実現する上で補完的な関係」⁴⁴⁴があり、共同してある製品に必要な特許を構成する。これと反対に、代替特許が存在すれば代替技術間の競争が制限されるおそれがある⁴⁴⁵。

(1) 必須特許の定義及び選別

必須特許とは、規格で規定される機能及び効用を実現するために必須な特許をいう⁴⁴⁶。すなわち、「規格を採用するためには当該特許権を侵害することが回避できない、又は技術的には回避可能であってもそのための選択肢は費用・性能等の観点から実質的には選択できないことが明らかなもの」⁴⁴⁷を指しており、前段を「技術的必須特許」又は「狭義の必須特許」、後段を「商業的必須特許」又は「広義の必須特許」という⁴⁴⁸。具体的にはパテントプールの必須特許をどこまで意味するかは、技術標準の性格に応じて異なる。例えば、映像と音響に関する MPEG2 という技術

⁴⁴⁰ 張平「パテントプール及び問題分析」、<http://www.21coe-win-cls.org/activity/pdf/7/14.pdf>にて閲覧可能。

⁴⁴¹ その例として、パチンコ機特許プール事件（平成9年8月6日公正取引委員会勧告審決）がある。稗貫俊文「ジュリスト・平成9年度重要判例解説」250頁（パチンコ事件）（1998年）、渋谷達紀「特許プールと独占禁止法」公正取引566号（1997年）20頁、田中悟・林秀弥「パチンコ機特許プール事件・再考」（<http://repository.dl.itc.u-tokyo.ac.jp/dspace/handle/2261/43897>）。本件は、有力なパチンコ機製造業者10社がパチンコ機に係る特許権等を集積したパテントプールを形成し、新規参入業者へのライセンス拒絶を通じ、パチンコ機製造市場における競争を実質的に制限した事例である。この事例は、公取委が日本においてパテントプールに競争政策上の法的措置が採られた最初の事例として注目されていた。詳細は後述する。

⁴⁴² 後述「パテントプール自体に対する独禁法上の評価」において詳細に分析する。標準化に伴うパテントプールガイドライン第3-2-(2)にも言及した。

⁴⁴³ 日本パテントプールガイドライン第3-2-(1)参照。

⁴⁴⁴ パテントプールガイドライン第3-2-(1)。

⁴⁴⁵ パテントプールガイドライン第3-2-(1)-ウ参照。

⁴⁴⁶ パテントプールガイドライン第3-2-(1)。

⁴⁴⁷ パテントプールガイドライン第3-2-(1)-ア。

⁴⁴⁸ 加藤恒『パテントプール概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

のpatent poolでは技術的必須特許を要件としているのに対し、DVD patent poolでは商業的必須特許を対象特許としている⁴⁴⁹。

また、同一の技術標準において選択的な技術仕様が2つ以上存在する場合、それぞれの技術仕様について存在する「選択的必須特許」もある⁴⁵⁰。典型的なのは、基礎仕様と改良仕様の場合であり、普及されている技術製品は基礎版である一方、改良仕様を取り込んだ製品もあるケースである⁴⁵¹。このような選択的必須特許を1つのpatent poolに盛り込むことは、技術標準の成長性や改良の要請から考えると、合理的と思われる。技術標準の要求に合わせ、又は製品の質を確保するなどのような改良特許が要求される場合、特許権侵害を回避するように基礎特許も集積されるべきであろう。仮に基礎特許製品と改良特許製品が市場において競争関係にあるとすれば、当該改良特許と基礎特許には妨害性がなく、両者が含まれるpatent poolには合理性が欠くといえる。さらに、例えば、第三代携帯電話に関するW-CDMAという、技術の標準化に関する改良という変化が急速であるpatent poolについては、基礎的仕様が改良仕様によって完全に置き換えることが可能である場合、陳腐化された必須特許はpatent poolから外される必要がある。陳腐化された技術をpatent poolから外すことにつき、日本patent poolガイドラインにおいても述べられている⁴⁵²。

必須特許であるか否かを判断する基準⁴⁵³につき、前述した必須性の意義に沿って、侵害性及び代替性の有無によって判断される。また、商業的必須性まで要求される場合は、理論的には代替的な手段はありうるが、商業的な意味において実施することができないかどうかによって判断される⁴⁵⁴。特許の必須性の評価は、恣意的な判

⁴⁴⁹ 加藤恒『patent pool概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

⁴⁵⁰ 加藤恒『patent pool概説—技術標準と知的財産問題の解決策を中心として』（発明協会、2009年12月）41頁。

⁴⁵¹ 張平「patent pool及び問題分析」は、基礎特許と改良特許との関係を「妨害性」と述べ、このような特許を「妨害特許」と呼ぶ。王先林『知識産権濫用及其法律規制』（中国法制出版社、2008年7月1日）377頁-379頁は、改良特許の実施には改良特許権者のほか、基礎特許権者の許可を得ずに実施することは特許権侵害となり、この意味において基礎特許が改良特許を法律上には妨害すると述べている。一方、より優れる改良特許の実現が、基礎特許の経済価値を減少させる又は失わせることも考えられるため、改良特許は基礎特許を妨害していると思われる。

⁴⁵² patent poolガイドライン第3-2-(1)-アは、「当初は必須特許であっても、patent pool形成後に、規格で規定される機能及び効用を実現する更に優れた技術が開発され、既存の規格技術が陳腐化した場合には、直ちにpatent poolから外されることが重要である」と述べている。

⁴⁵³ 以下は理論上の判断基準を述べようとするが、実際に判断するにあたっては、侵害性の立証は実務上その方法が確定されているが、代替手段の不存在を立証しなければならないため、必須性の立証についてはそれほど容易なことではない。立証の手段として、必須鑑定を求める申立人が当該技術分野の実情からみて合理的な代替手段が見出せ難いことを疎明し、鑑定人が納得すれば代替技術がないとしている。『patent pool概説』56頁参照。

⁴⁵⁴ 『patent pool概説』56頁参照。

断を避けるために、パテントプールに参加する事業者から独立した専門的な知識をもった第三者が行うことが一般である⁴⁵⁵。

なお、パテントプールは技術標準との合致を審査する必須性の判定を行うものの、特許やその請求項の有効性について評価を行わないのが実情⁴⁵⁶であるため、無効事由を含む特許権が混在することがあり得る。

(2) プールされる特許の性質と独占禁止法上の評価

プールされている特許の性質が必須的かどうか、あるいはプールされる特許の関係は補完・代替関係⁴⁵⁷にあるかどうかによって、競争への影響が異なってくる。

日本パテントプールガイドラインは、「これらすべての特許は規格で規定される機能及び効用を実現する上で補完的な関係に立つことから、ライセンス条件が一定に定められても、これらの特許間の競争が制限されるおそれはない」と明言している。他方、代替特許がパテントプールに含まれている場合、パテントプールに含められライセンス条件が一定とされることにより、これらの代替特許間の競争が制限されるとしている。また、プール内には代替関係のない特許がプール外の特許と代替関係にある場合においては、プール内の当該特許が必須特許と一括してライセンスされることにより、プール外の代替特許は容易にライセンス先を見出すことができなくなり、技術市場から排除されうるとしている。

米国における標準化に伴うパテントプールに関連する一連のビジネス・レビュー・レターにおいても、技術標準を実施するのに必須な特許に対象が限定され、代替関係にある特許が含まれないことが重視されていた⁴⁵⁸。判決例も代替特許のないパテントプールに対して寛大な態度を採っている⁴⁵⁹。また、「反トラスト法執行と知的財産権」報告書⁴⁶⁰も、補完関係にある特許をパテントプールの中で組み合わせ

⁴⁵⁵ パテントプールガイドライン第3-2-(1)-ア。

⁴⁵⁶ 鶴原稔也「技術標準に係わる必須特許と IPR ポリシー～FRAND 条件とは何か、権利行使を制限すべきか?～」tokugikon, 2014.5.13. no.273. <http://www.tokugikon.jp/gikonshi/273/273kiko1.pdf> にて閲覧可能。

⁴⁵⁷ 補完・代替関係にある特許とは、技術に関連する商品を製造するために、あるいは、方法を実現するために、両方の技術が必要となる場合には、それら技術は補完的技術である。逆に、いずれの技術によっても、その保有者に対して、関連する商品の製造や方法の実現ができる場合には、それら技術は代替的である。これとは別に、プールの内外を問わず当該技術に代替技術が存在しない場合は、その技術が必須技術である。もっとも、補完技術と代替技術の境目は常に明確にできるわけではない。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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）432-433頁。

⁴⁵⁸ See Business Review Letter from Hon. Joel I. Klein to Garrard R. Beeney (June 26, 1997); Business Review Letter from Hon. Joel I. Klein to Garrard R. Beeney (Dec. 16, 1998); Business Review Letter from Hon. Joel I. Klein to Carey R. Ramos on June 10, 1999. Available at <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/letters.html#page=page-1>.

⁴⁵⁹ Cutter Laboratories, Inc. v. Lyophile-Cryochem Corp., 179 F. 2d 80 (9th Cir. 1950)は、自らの事業分野を超え出ることなくしては実施できない特許を相手方に実施させることにより特許から報酬を得る手段として本件パテントプールは正当と判示した。また、Baker-Cammack Hosiery Mills, Inc. v. Davis Co., 181 F. 2d 550 (4th Cir. 1950)では、互いに侵害しあうことなく単独で実施しうる特許も含まれていたパテントプールには、これら特許が一体として実施することによって製造される靴下が顧客に優秀と認められている意味で補完的な特許の結合それ自体が、反トラスト法違反とならないと判示した。

⁴⁶⁰ The U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Enforcement and Intellectual

ることは、原則として、競争促進的であると述べながら、他方、代替関係にある特許がパテントプールの中に入れられていれば、パテントプールを反競争的であると推定することはしないとしている。後者の場合においては、競争への影響を個別具体的に検討するとしている。

EUにおいては、2004年「技術移転協定に対するEC条約81条の適用に関するガイドライン」⁴⁶¹（以下、「技術移転ガイドライン」という）によれば、プールされた技術が代替関係にあれば、プールされることで技術間の競い合いがなくなり、ロイヤリティは上昇しがちであり、旧81条（現101条）に該当しうる。一方、補完的である場合には、かかる取り決めは取引費用を減らし、二重限界化問題⁴⁶²を緩和するために、累積ロイヤリティの額を低減させうるとする。ただし、補完的である場合には、必須でない特許がプールに含まれる場合には、第三者の技術が閉め出される危険性が存在する。また、プールが必須特許だけによって構成される場合には、プールの設立それ自体は、当事者の市場における地位に関わらず、通常は、81条に該当しないとす。しかし、必須ではないが、補完的な特許がプールに含まれる場合については、共同での抱き合わせを行うことに相当するものであり、この合意は、プールが関連市場で相当の地位を占めている場合、旧81条に該当すると考えられるとする。

このようなことから、標準技術の普及を目的として形成されるパテントプールは、補完関係にある必須特許のみを集積するのが一般的であると考えられる。

もっとも、代替関係にある特許が含まれていれば反競争効果があると推定するのも適切でない。例えば、パテントプールに含まれる特許群が市場において弱い地位しか占めていない場合、実施品たる商品・役務の市場でカルテルを偽装するものでない限り、反競争効果が生じることは考えにくい。一定の技術標準を利用しなければ事業活動が困難となるため多くの者が技術標準を利用しており、必須特許についてライセンスを多くの者が受けている場合、必須特許のライセンスにあたり必須特許と必須性のない補完特許の双方についてライセンスを受けることを条件とすれば、組み合わせられている必須性のない補完特許がプール外の特許よりも有利な立場に立つことになる。この行為は市場における状況次第によって、市場支配力を形成させる可能性がある。一方、当該必須特許が市場において弱い地位にしか有しない場合、競争の実質的制限効果を持つものとは考えにくい。また、技術進展が著しい分野においては、特許間の関係は頻繁に変化するものであって、特許が相互に競争関係にあるか否かの認定を行うことは困難である場合もある⁴⁶³。

Property Rights: Promoting Innovation and Competition, (April 2007).

⁴⁶¹ Guideline on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements (2004/C 101/02).

⁴⁶² 二重限界化問題は、個々の特許権者に価格付けをさせると、各特許権者が私的な利益を最大化しようとするために、結果的に最終製品の価格が高くなる現象をいい、上述の補完財のクールノー効果と同じ効果を意味する。田村善之「プロ・イノベーションのための特許制度の Mudding Through(3)」知的財産法政策学研究 Vol.39 (2012)306 頁注釈。

⁴⁶³ 和久井理子『技術標準をめぐる法システムー企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』（商事法

第二項 一括ライセンス

パテントプールにおいて拋出された技術を一括してライセンスすることは、取引費用の削減に大きく貢献している。また、一般に、補完財を一括して値付けする場合より、個別で支払う方は累積額が高くなり、技術がうまく普及することができず、供給者が得る利潤は低くなり、いわゆる「アンチコモنزの問題」⁴⁶⁴が生じる。パテントプールに含まれる必須特許は補完性をもち、必須特許の個々のロイヤリティの高額が防がれ、技術標準の普及を促し、個々のライセンサーの利益も増えることを促すことができる⁴⁶⁵。

ところが、一般に、ある財を取引するにあたって、他の財についても取引することを強制すれば、取引を強制された財を供給する競争者が販売することができなくなり、他者の事業活動が困難となるため、ひいては競争に悪影響を与えるおそれがある。また、パテントプールに必須的でない特許技術が含まれている場合、一括ライセンスによってこれら実際に利用しない特許もロイヤリティを支払わなければならないことで、利用者の生産活動に無用な費用の増加や非効率を与えることがある⁴⁶⁶。

このようなことを鑑み、パテントプールにおける一括ライセンスを評価するためには、対象パテントプールに含まれている特許の性質と後に検討するライセンス条件と合わせてみる必要がある。すなわち、プールされた特許間は補完特許または技術製品が製造するために必須な特許であり、かつ、ライセンサーに対するライセンス条件が合理的で非差別的な条件であれば、競争に悪影響を与える懸念がないと考えられている。例えば⁴⁶⁷、電気通信事業者・製造者ら 19 社は 2000 年に、日本において第三世代移動体通信システム（3G）にかかる必須特許を集めたパテントプラットフォームの形成に向けて計画し、その計画内容を日本公取委と事前相談を行った。3G が W-CDMA、

務、2010年8月31日）450頁。

⁴⁶⁴ パテントプールの形成は、経済学上の「アンチコモنز問題」及び「クールノー問題」を解消する方法策の1つとして考えられている（張平論文、和久井 165 頁、366-367 頁参照）。西川雅史・金正勲「コモنزとアンチコモنز：財産権の経済学」会計検査研究 No.30 (2004.9)では、コモنزの悲劇を「共有する資産の管理が行き届きとなり、資産の共有者達によって、適正水準以上に資産が浪費されてしまうというモデル」であると定義されている。アンチコモنزの悲劇の例として、「ある薬品が複数の特許権を同時に使用しなければ生産できない場合に、特許権の所有者達が自らの特許を中核的なものであると認識し、その価値を高く主張してしまうと特許への対価が増大してしまう。その結果、最悪のケースでは当該薬品は生産されず、各特許権も利用されなくなる」が挙げられている。張平「パテントプール及び問題分析」は、コモنزまたはアンチコモنزの代わりに、「クールノーの複占」理論（二種類の独占が相互補完的であり、それ故に一方はもう一方の独占に助けられなければその製品をうまく利用することができず、製品の価格を決めることができない、ということである。）を説明する上、赤銅と亜鉛を必要原料とする黄銅の製造例を挙げ、結論として、必須特許権者とライセンサーの交渉コストを増大することを回避するための最良ライセンス式として、パテントプールが模索されたという。

⁴⁶⁵ 長岡貞男ほか『技術標準と競争政策——コンソーシアム型技術標準に焦点をあてて』（公取委競争政策研究センター、2005）参照。<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0405.pdf>にて閲覧可能。

⁴⁶⁶ 例えば、アメリカでは、U.S. Philips Corp. v. ITC, 424 F. 3d 1179 (Fed. Cir. 2005), cert. denied sub nom. Princo Corp. v. US Philips Corp., 547 U.S. 1207 (2006)がある。ただし、本件は再審理により、すべての特許が必須特許であると認定され、被告のパッケージライセンスは合法とされた。事件詳細は和久井理子『技術標準をめぐる法システム——企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）411-412頁注76を参照したい。

⁴⁶⁷ 以下は、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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）387頁参照。

CDMA-2000 などを含む 5 種の技術標準が開発され、当事者はこれら技術標準の必須特許にかかるパテントプラットフォームを 1 つ設立して、一定の料率でライセンスすることを計画した。当該計画により、特許権者とライセンシーはスタンダード条件か個別交渉された条件のいずれかによってライセンス契約を締結することができる。スタンダード条件の下で、特許権者とライセンシーの間で非差別的に、ロイヤリティ率を特許 1 件当たり 0.1% に設定され、累積ロイヤリティ率の上限は販売価格あたり 5% とされている。また、ライセンシーは個々の特許権者からライセンスを受けることもできる。また、集められる特許はすべて必須特許となるようにされ、運営についても独立の会社を設立して行われる。公取委は本計画が競争を制限するものではないものとして法的措置をとらないとの回答を行った⁴⁶⁸。

もっとも、これら要件に満たさない場合でも、一括ライセンスが合法とされるかどうかは、明らかではない。ライセンス権限が特許拠出者に残されていたとしても、権利者から独自にライセンスを受けようとするれば取引費用が高額になるという場合には、一括でライセンスを受けることが強制されていると見られる可能性がある。

なお、一括ライセンスによるロイヤリティの決定はパテントプールの中核内容であり、これにつき、技術標準とかかわるパテントプールの場合、当然前述したパテントポリシーと同様に、RAND でなければならない。

また、ライセンシーに対してライセンス条件を設定する際には、ライセンスされる特許の利用範囲（技術分野、地域等）や利用時期を制限し、それらに応じてロイヤリティに差を設けることは、直ちに独占禁止法上問題となるものではなく、個々の事案について、差を設けることの合理的な必要性を踏まえつつ競争への影響が判断される⁴⁶⁹。つまり、プールされた特許技術を利用しようとするライセンシーの状況や、同技術を利用する製品ごとに需給関係も異なっているため、ロイヤリティの差異はそれら状況に応じて反映するものであれば、合理的な必要性があると考えられている。一方、特段の合理的な理由がなく、特定の事業者にのみライセンスすることを拒絶したり、他のライセンシーと比べて著しく高いロイヤリティを徴収したり、特許技術を利用範囲を制限したりする行為などは、被差別事業者の競争機能に直接かつ重大な影響を及ぼす場合には、独占禁止法上問題となる恐れがある⁴⁷⁰。

第三節 パテントプールを通じた反競争行為

パテントプールを通じて反競争行為を行うことがあり得る⁴⁷¹。具体的には、以下の可能性がある。

第一項 代替特許が含まれるパテントプールによる競争減退の可能性

⁴⁶⁸ 公取委「特許・ノウハウライセンス契約に関する事前相談制度に基づく相談の回答について」平成 12 年 12 月 14 日。

⁴⁶⁹ 標準化パテントプールガイドライン第 3-3-(1)。

⁴⁷⁰ 標準化パテントプールガイドライン第 3-3-(1)。

⁴⁷¹ 第三節は主として長岡貞男ほか「技術標準と競争政策——コンソーシアム型技術標準に焦点をあてて」（公取委競争政策研究センター、2005）を参考にした。

前記したように、プールされる特許の性質は当該プールに対する独占禁止法上の評価に影響する要因の重要なものであり、代替関係が存在する知的財産権がプールされるかは、技術市場の競争を確保することができるか否かを影響している。ロイヤリティ以外には企業の競争的な行動を制限する契約条項が全く無くても、代替的な特許がプールされた場合には、特許拠出者らは高いロイヤリティを課すことで製品市場のカルテルと同じ効果を実現することが可能である。このような技術市場における競争制限は最終的に当該技術を使用する製品に反映し、技術市場における競争制限によって製品市場における競争制限と同じ効果をもたらすことといえる。

第二項 ライセンス契約におけるライセンシーに対する制限を課す可能性

特許が補完的であっても、パテントプールが補完的な特許の一括ライセンスにとどまらず、ライセンシーに対してその製品価格の拘束、販売市場の制限などを行っている場合、競争を損なう危険性が高い。パテントプールが単に標準に必要な補完的な特許を有償でライセンスする場合には、ライセンス価格は他の標準との競争で規律されているが、パテントプールが標準を利用した製品価格を直接拘束する場合には、このような競争規律は作用しないので、パテントプールが存在しなかった場合には得られなかった市場支配力を企業が得る結果となる危険性がある。また、研究開発のインセンティブも制限される恐れがある。

第三項 プールが第三者の技術・製品市場への参入を妨げる可能性

パテントプールは単なる補完技術から構成されている場合、プール外にはこれら補完技術と競合する技術が存在しており、プールが技術市場で市場支配力を持っており、バイパスの自由も無い場合には、市場閉鎖の効果が発生する危険性がある。ただし、必須ではない補完的な特許を一括してライセンスすることにも、二重限界性の緩和、取引費用の節約などの便益がある。EU のガイドラインでは、市場支配的な(dominant)プールの場合、プールが第三者の技術の市場を閉鎖するリスクを無くすために、必須特許のみをライセンスすることを求めている。

製品市場への参入が妨げられる可能性につき、RAND 条件にコミットしている標準の場合には、ライセンスがオープンでありこのような可能性は無いが、標準の形成・利用がメンバーを限定して行われる場合もある。このような閉鎖型プールの排他性は、プールされた技術の開発投資の専有可能性を確保するために重要で、またそれが研究開発競争を促す可能性がある一方、特許ライセンスを受けられず、あるいは条件が不利だと、かかるライセンスを必要とする事業活動が行われなくなり、しいて困難となる可能性がある。このとは、プールを中心とする市場支配力の形成・維持・強化にも繋がり、必須特許を集積するプールはもちろん、補完特許を集めたプールによりも発生しうる。プール外の他の競合格や技術の存在により、プールされた側のほうが市場において市場支配力を持つことが考えられ、さらにプール参加者間が共同で他者による参入を妨げるインセンティブがあると否定することができないであろう。

第四項 研究開発による競争の制限の可能性

プールされた技術と競合する技術の開発を制限することは、研究開発におけるカルテルとなる。また改良技術のプールへのグラントバックも、補完的な技術の統合とい

う利益が存在する反面、研究開発の誘因を下げる可能性もあり、特にそれがプールのみによる利用を認める排他的であればその効果は大きい。

ライセンシーに対して改良技術の許諾・譲渡義務を課すことは、直ちに独占禁止法違反となるわけではない。ライセンス技術についてライセンシーが取得した知識・経験を報告する義務を課すことと、改良技術の非独占的ライセンス義務を課すことは、原則として独占禁止法上問題にはならない⁴⁷²。一方、独占的ライセンス義務を課すことは公正競争阻害性を持てば違法となり⁴⁷³、さらに改良技術の譲渡や専用実施権の許諾を義務付ける行為は原則として反競争効果を持つと考えられている⁴⁷⁴。このように評価するのは、改良技術が発明されればライセンサーもこれを知って実施できるよう予め定めておくことは合理的であり、改良技術がより多くの者によって、より迅速に利用され普及されることを促進することから、通常は競争を促進する効果を持つと考えられている。しかし、ライセンシーが十分な対価を得ることなく、ライセンサーのみが改良技術を利用できることとすれば、ライセンシーの技術開発意欲が低減し、競争に悪影響が及ぼす可能性がある。また、グランドバックの義務付けによって、関係技術をプールの支配する状況に収めて技術市場における有力な地位を維持し、製品市場における他者の事業活動の排除・支配を続ける懸念もある。

パテントプールに当てはめると、改良技術の許諾・譲渡する義務をライセンシーに課すことによって、改良・応用の成果が当該プールに集積されるため、選択的必須技術を開発することが困難となるなど、関連市場に占める当該プールの有力な地位が強化されることが考えられる。また、選択的必須特許が同プールに含まれることとなり、これら選択的必須特許間の競争が制限されることもある。したがって、ライセンシーに課す義務を、改良発明について必須特許の非排他的ライセンスのみとすれば、独占禁止法違反とされるリスクを減らすことができる⁴⁷⁵。

このような事例として、米国の司法省が1972年、航空機製造企業のパテントプールは反競争的だと訴追したケースがある。このプールでは、航空機関連のすべての特許を原則として無償でプールに供出することを義務付けた。企業間で互いに技術をシェアする結果、特許の排他権を無くしてしまうので、研究開発競争を阻害するという判断で米国の司法省は介入した。

第四節 違法されるパテントプールの行き先

パテントプールは一般的に競争促進的な効果を有するため、それ自体を違法とするような評価はなされていない。一方、パテントプールを反競争的に利用することがあれば、問題になる行為ごとに反競争要件を充たすかどうかによって判断されている。そこで、パテントプールそれ自体が違法になる場合は、救済措置(remedy)としてどうするべきかが問題になる。

⁴⁷² 知財ガイドライン第4-5-(9)(10)。

⁴⁷³ 知財ガイドライン第4-5-(9)。

⁴⁷⁴ 知財ガイドライン第4-5-(8)。

⁴⁷⁵ 標準化パテントプールガイドライン第3-3-(3)ア。

救済措置の1つとして、パテントプールを解散することが考えられる。実際にも、米国において、1912年 Standard Sanitary Manufacturing 事件⁴⁷⁶において、連邦最高裁は閉鎖的なパテントプールにおいて価格カルテルがなされたことで当該パテントプールを解散させた。1945年 Hartford-Empire 事件⁴⁷⁷においても、最高裁は市場シェア94%を占めていたグラスパテントプールをも解散させた。

しかし、ここで注意する必要があるのは、パテントプールその自体が違法ではなく、その権利者違法なパテントプールを解散させることを通じて、パテントプールによる競争への悪影響を解消することができるものの、プールされた特許技術を利用しようとするライセンシーは個々の特許権者と契約を結ぶしかないために、取引費用やロイヤリティを積み重ねることになってしまうことである。すなわち、かえってライセンシーに不利を与える可能性がある。

まとめ

知的財産権の行使に関する独占禁止法上の評価をどう捉えるべきかという議論の歴史は短くない。日欧米という独占禁止法に関して法整備がなされている国・地域における知的財産権の行使に関する独占禁止法上の考え方が時代とともに変化してきている。その変化の原因として、両制度は一見して対立しており、それぞれの目的を追求するために用いられる手段が異なり、場合によっては衝突することがあるからである。とは言っても、両制度の究極目的が共通していることが否定できない。したがって、将来的にも、時代は変化しつつあるが、両制度の関係について、今現在の解釈のように、両者は目的が共通しており、ともに競争を促進しているものであるため、根本的には相対立するものではないとの理解が簡単には変わらないであろう。このような理解や解釈は、日欧米のような独禁法が整備されている国・地域だけでなく、中国のような独禁法の歴史が短い国においても共通している。ただ、経済のグローバル化に伴い、多国籍企業のような多国・多地域において活動する事業者が増えており、これら事業者による同様または類似の行為の規模が一国や一地域に限定せず、多国・多地域において発生するのであり、多くの国の独占禁止法などの競争政策には域外適用が認められているものの、知的財産権の属地性との関係もあり、対処される仕方が必ずしも統一しているわけではない。今まで、本稿にも挙げられた Qualcomm 事件、Apple v. Motorola 事件、Microsoft 事件など、数多くの事例が多国において発生し、かかるような事例に関する各国の競争当局や裁判所からの判断や処理方法が異なっていることがわかる。ゆえに、独占禁止法の分野における比較法的な考察に相当の意義がある。本稿はかかる意識を持ちながら、日欧米に加え、場合によっては中国も含めた独占禁止法による技術標準に関連する標準活動における共同行為、単独行為及び技術標準

⁴⁷⁶ Standard Sanitary Manufacturing Co. v. United States, 226 U.S. 20 (1912). Jeanne Clark, Joe Piccolo, Brian Stanton, Karin Tyson, PATENT POOLS: A SOLUTION TO THE PROBLEM OF ACCESS IN BIOTECHNOLOGY PATENTS?, United States Patent and Trademark Office, December 5, 2000. Available at <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patentpool.pdf>.

⁴⁷⁷ HARTFORD-EMPIRE CO. v. UNITED STATES, 324 U.S. 570 (1945).

分野におけるホールドアップ問題やパテントプール等を整理し、事例等と合わせて検討した。

知的財産権の中には、著作権や商標権など特許権以外の他の知的財産権も市場における価値が高いけれども、本稿は、産業の技術基盤としての役割を担っており、産業発展に大きく影響している特許技術等を重点として検討した。その中では、特に近年盛んになっている技術標準に関する一連の活動が市場競争ないし国民経済に対してどのような影響を与えているかを論題として、もっぱら独占禁止法の観点からどのように評価されているかの考察を試みた。

標準化によって製品の過剰なバラエティを軽減する一方、利用者も消費者も選択の幅が狭まることになる。また、デファクト標準を除き、多くの標準は人為的にその内容を決めるため、社会や市場が求められる技術が採用されない可能性や、標準化が技術開発の進捗状況より早すぎると、標準は技術進歩を反映せず、ひいては技術進歩を阻害する恐れ等のようなネガティブな面を持っていると否定することができない。とは言っても、標準及び標準化は、規格の統一により、情報の入手が可能であれば、標準に沿った製品のマニュアル化によって生産効率の向上に寄与し、生産費用を削減することを期待することができ、最終的には健康や安全性を守るという消費者保護と、ネットワーク外部性や規模の経済を保つという消費者の利便性に有益である。

技術標準を策定するために行われる標準化活動について、日本独占禁止法における規制類型から見れば、不当な取引制限や私的独占、不公正な取引方法に該当する。もっとも、標準化活動は技術の統一、互換性の確保、品質保証などなんらかの合理的な目的を伴っていることが通常である以上、偽りのものでない限り、市場における競争を促進する効果を有することが各国で認められている。したがって、標準化活動及びその付随的活動によって競争が制限されると考えられる場合には、両効果を比較衡量することによって独占禁止法上の違法性があるかどうか判断される。

標準を策定する標準化活動のうち、単独の企業が市場競争を経て、実力等によって最終的に自社仕様を業界標準として形成されたものもあり、標準化を実現するために政府機関や事業者等の複数の者が共同で標準の内容を決めることを通じて「人為的」に策定されたものもある。

政府が主導して策定した標準の多くは強制性があり、その策定プロセスにおいて企業からの協力を得ることも少なくはない。企業が参与するところ、①自己に有利に策定手続きを操作すると、当該企業は競争上、他者に対して有利な立場に立つことになると考えられ、企業に対してこのような戦略は比較的労力がかからず、成功すれば他者を排除する効果も大きいといえる（米国では「Cheap Exclusion」行為の1種としてよく議論されている。）。又は、②政府から強制規格への適合性評価ないし認証を行う権限を付与された者がその権限を用いて行う反競争的な行為を行うものもある。ひいてはかかる標準の遵守は任意ではなく、強制されるものであれば、当該企業は競争者を排除し、競争上有利に立ち、競争を阻害・制限する可能性はより高くなる。この種の行為に対する法規制として、すでに刑法、行政手続法、民法（不法行為）等があり、独占禁止法による規制は、これらの法制度を補完することになる。これらの行為を規制する際、国民の意見表明の機会が奪われ政府によ

る情報収集を妨げないように、米国では「ノアペニントン法理」が定立されており、上記①の行為については、働きかけ行為の目的、提供する情報のうち実質的な部分が事実と反するものであることを提供者自身がしているか否か、働きかけ行為を行う者が政策に反することを知らるか否か、というような要素から判断することができる⁴⁷⁸。日本独占禁止法及び関連ガイドラインや中国反壟断法及びその運用規則は、標準策定の手続きを濫用する行為は他者を排除する行為として禁止されている。

共同の標準化活動につき、日欧米中国の独占禁止法の適用状況を比較しながら検討した。共同の標準化活動は技術の統一、互換性の確保や品質保証など一定の合理的な目的を伴うのが一般的であり、共同の標準化活動それ自体が違法とされていない。ただ、価格や数量、市場分割など競争上重要な事項にかかわり、競争制限だけを目的とする場合は、伝統的なハードコアカルテルとして、一定の取引分野における競争を実質的に制限する効果をもつと推定することができ、厳しく規制されているのが共通している。ハードコアカルテルではない共同の標準化活動が実質的な競争制限効果を有するか否かの判断は、競争促進効果と競争制限効果を比較衡量して行われる。この判断が行われる際、より制限的でない他の代替手段の有無、標準策定手続きの公平性、実質的に社会・公共目的に資するか否かなども考慮する⁴⁷⁹。私的独占の禁止や市場支配的地位の濫用禁止規制に適用される場合、市場支配的地位を違法要件としながら、市場支配的地位を有しなくても、不公正な取引方法や優越的地位の濫用規制に適用され、違法と問われる可能性がある。

本稿は以上のように、標準策定にかかわる活動一般に関して独占禁止法上どのように評価するかを検討した。第五章以降は標準策定プロセス及び標準策定後の諸問題について分析して検討した。

技術標準を策定する過程においては、標準に盛り込もうとする特許技術は必須特許である必要があると一般的に認識されている。ところが、このような必須特許に関する選別や標準化過程において、企業による自己が保有する特許技術を標準に巻き込もうとする戦略的活動や、自社特許技術を標準技術として採用した後では高額ロイヤリティを請求するようなホールドアップ問題や、競争者排除や新規参入阻止などの意図で必須特許に対するライセンス請求を拒否することなど、がありうる。このような必須特許問題を緩和し解決するためには、標準化活動に携わる者らは、パテントポリシーを策定したパテントプールを成立することを通じて、上記の問題に対する解決の可能性を模索している。かかる者らは、標準化活動の参加者に対して、特許宣言書を提出させ、無償またはRANDにするライセンス条件等を予め明言させること等を前提として、対象技術を標準に巻き込むようなパテントポリシーを策定することを通じて、標準普及後のホールドアップを回避させるような働きをしている。

このような問題のうち、標準化活動に参加した必須特許権者は情報を秘匿して特定の技術を標準に取り込ませた後に高額ライセンス料を請求したりライセンスを拒絶したりす

⁴⁷⁸ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）154頁。

⁴⁷⁹ 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、独禁法と特許法の交錯』（商事法務、2010年8月31日）142-148頁。

るなどのホールドアップ行為につき、「sham」という不当性が認められており、他者排除や独占の企図として独占禁止法から規制することがあり得る。ところが、そもそも標準化活動に参加しない必須特許の保有者がライセンスを拒絶する場合は、「sham」という切口が存在せず、独占禁止法から規制を与えることが難しいのである。ただ、このような行為を放置しておく、他の事業者は当該標準技術を採用した製品市場に参入できないことや、途中でライセンスの継続が拒絶された事業者にとって、他の標準技術に切り替わることができる場合は多大な転換費用がかかり、代替規格がなければ当該市場から脱退するしかないことになってしまう。この問題につき、まずは標準化機関が技術標準を策定する際、標準化活動に参加しない特許権者に対しても RAND 宣言を求めるのが一般であり、特許調査等の手続きの不十分により RAND 宣言がなされたことのない特許が標準に取り込まれた場合、標準化機関の Patent ポリシーからの抑制が期待されなくなる。この問題への対処として、日本特許法における裁定実施制度による通常実施権の強制ライセンスのような方法が考えられる一方、判断基準の不明確さ、政府が産業政策上の見地から裁量が大きすぎ、濫用の可能性があるなどのような理由から実際には機能していない。独占禁止法から規制を与える可能性として、取引先選択の自由を尊重する観点や規制を与えると研究開発の意欲を減殺する恐れがあることなどマイナスの影響があり得るにもかかわらず、必須特許権者によるライセンス拒絶行為に何等かの不当性を見つけて規制を与えている。祖の排除措置として、必須特許の不可欠性を慎重に認定するうえで、ライセンスを受ける意欲のあるライセンシーに対してライセンス義務を特許権者に対して課している。例えば、欧米における不可欠施設理論の適用や、中国知的財産権濫用規則における標準必須特許への RAND 条件でのライセンス請求を拒絶してはならない規定がある。日本において、不可欠施設理論の適用がなかなか認められないものの、最近の動向として、公取委は知的財産権ガイドラインを改正しようとし、改正案に FRAND 宣言がなされた必須特許に関する事例を追加しようとしている⁴⁸⁰。当該改正案により、「FRAND 宣言をした必須特許を有する者が、FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者に対し、ライセンスを拒絶し、又は差止請求訴訟を提起することや、当該必須特許の対象となる技術を含む規格が策定された後に、FRAND 宣言を撤回し、FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者に対し、ライセンスを拒絶し、又は差止請求訴訟を提起することは、一般に、広く普及している規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を困難とするものであり」、悪影響次第に私的独占行為や不公正な取引方法として規制されうる。さらに、必須特許が標準化機関のメンバー以外の者に譲渡される場面も考えて、「上記については、規格の策定時に必須特許を有する者の行為であるか、規格の策定後に必須特許を譲り受けた者の行為であるか、又は必須特許の管理を委託された者の行為であるかを問わない。」という追加説明がなされている。また、「FRAND 宣言に反する必須特許の権利行使が広く普及している規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を困難とするものであることに照らせば、FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者ではないとの認定は個別事案に即して厳格になされるべきであり、当事者が「一定の交渉期間を経てもライセンス条件の合意に至ら

⁴⁸⁰ 2016年1月時点で、意見募集は終え、成案は未公表の段階にある。改正案は、<http://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h27/jul/150708.html>にて閲覧可能。

なかった場合に、裁判所又は仲裁手続においてライセンス条件を決定する意思を示している場合は、FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者とみられる。」と提案されている。

ところが、上記の対策にはまだ不明確さが残っている。それは RAND（又は FRAND）条件にいう「合理的」とは何かの問題である。競争当局であれ裁判所であれ、当事者が請求しない限り、「合理的なロイヤリティ」を算定することができるか、できるとしてもそれなりの能力があるかが問題である。本稿はロイヤリティの算定の技術的な部分を射程外としたが、Motorola v. Microsoft 米国地裁判決や、Apple v. Samsung 日本知財高裁判決や Huawei v. InterDigital 中国高裁判決などいくつかの事例を通じて、必ずしも定性的・定量的な RAND 条件の判断基準を示したとは言えないが、分析の方法をある程度示したものをまとめた。

標準必須特許に関するホールドアップ問題のもう一つの方式は、はじめから高額なロイヤリティを徴収し又は途中からロイヤリティを上げることである。高いロイヤリティを課すことは共同で行う場合は共同行為の不正性があれば規制されうるが、単独企業による純粋な行為の場合、法によって特許権者に付与された権利であり、極端に言えば、企業にとって、ロイヤリティを徴収することを通じて研究開発費用を回収しさらに利益を獲得することができるから、研究開発のインセンティブが出てくるといえよう。ところが、この理解は代替技術がほかにある場合は言えるであろうが、標準必須特許の場面には、ライセンサーが他の技術を切り替わることが不可能であり、必須特許権者に対する交渉力がほとんどないといえるため、高額ロイヤリティを受けざるを得なくなることを鑑み、規制するのが必要であろう。

本稿は最後に、技術標準にかかわるパテントプールを考察した。技術のグローバル化や技術革新のスピードが速くなったなど背景の下で、複数の技術を組み合わせる製造される技術集積型商品が増えており、製品製造に必要な特許が増えるに伴って、ライセンスを得るための交渉や費用がかかるようになった。かかる技術製品を製造するために不可欠な特許技術を集積して一括ライセンスをすることは、取引費用やロイヤリティを削減することができるため、パテントプールという考え方が多く出てきている。パテントプールはかかる経済性を持ち、競争を促進する効果があるものとして、共同行為によるものであるという本質が内包されているにもかかわらず、それ自体は独占禁止法違反ではないと理解されている。とはいえ、競争を制限する目的で設立されたパテントプールは当然独禁法上許容されないものであり、合法的なパテントプールを形成することが必要である。そのため、例えば、プールされる特許は必須特許に限定することや、プールがその参加者やプールへの参加のために課される制限の内容がプールを円滑に運営し、規格を採用する者の利便性を向上させるために合理的に必要なものに限定することが必要である。また、合法的なパテントプールが形成したとしても、パテントプールによる行為やその参加者がパテントプールを通じて行う行為のすべてが合法であるわけではない。パテントプールの管理・運営次第で、市場における競争を制限することがあり、一定の要件を具備すれば違法となる可能性もある。例えば、ライセンス契約におけるライセンサーに対する制限を課す可能性や、プールが第三者の技術・製品市場への参入を妨げる可能性、研究開発による競争の制限の可能性などがある。パテントプールそれ自体が違法である場合、極端の場合プールを解散さ

せるという救済措置があるものの、プールされた特許技術を利用しようとするライセンシーは個々の特許権者と契約を結ぶしかいないために、取引費用やロイヤリティを積み重ねることになってしまうこともあり得るため、慎重に行うべきであろう。