

平成28年公取委知的財産ガイドライン一部改正 についての一考察

Partial Amendment of “Guidelines for the Use of Intellectual Property under the Antimonopoly Act” (January 21, 2016)

泉 克 幸*
Katsuyuki IZUMI

抄録 平成28年1月21日、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」の一部改正が公正取引委員会から公表された。本稿では改正の背景とその内容を紹介し、若干の考察を行うものである。

1. はじめに

2016年(平成28年)1月21日、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成19年9月28日。以下、「知財ガイドライン」ともいう)の一部改正が公正取引委員会(以下、「公取委」ともいう)から公表された¹。今回の知財ガイドライン一部改正は、必須宣言特許²の保有者による差止請求訴訟の提起等が(この行為がもつ問題の所在については後述する)、独占禁止法(以下、「独禁法」ともいう)が禁止する私的独占(独禁2条5項, 3条前段)あるいは不公正な取引方法(同2条9項, 19条。一般指定2項(その他の取引拒絶)・14項(競争者に対する取引妨害))に該当する可能性を指摘し、その考え方と判断基準について言及するものである。

必須宣言特許の権利行使について我が国では、アップル対サムスン事件の知財高裁判決(知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁)および

同決定(知財高決平成26年5月16日判時2224号89頁)が特許法上の問題として、一定の判断枠組を明らかにしているが³、この問題に対しては競争法による解決も有力な選択肢の1つであり、米国やEUなど、各国の競争当局に重要で活発な動きがみられる⁴。公取委は知財ガイドラインのほか、「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」(平成17年6月29日。以下、「パテントプールガイドライン」)を策定しており、一定の事案においてはこの問題に対してこれらのガイドラインが適用される余地はあるものの、本問題固有の事情や考慮要因が明示的に記述されているわけではない。

今回の知財ガイドラインの一部改正(以下、単に「本改正」ともいう)はこのような状況下にお

* 京都女子大学法学部 教授
Professor of Law, Kyoto Women's University

いて我が国の競争政策を司る公取委が、必須宣言特許について差止請求訴訟の提起等を行うことの競争法（独禁法）上の考え方を明らかにしたものであり、大いに注目すべきものと理解できる⁵。そこで、本稿では本改正を紹介し、若干の分析と考察を試みることにする⁶。

2. 本改正の経緯

(1) 問題の所在

電気や情報通信技術（Information Communication Technology-ICT）を典型例に互換性や相互接続性が求められる分野において、関連する事業者などが参加して共通の規格を策定する標準化の例が数多く存在し、今日、その意義も高まっている。標準となった製品や方法を実施するのに不可欠な技術に付着する特許のことを標準必須特許と呼ぶ。標準化あるいは規格の策定は公的機関や事業者団体（これらは、「標準化機関」と呼ばれる）を通じて行われるが、規格の策定の過程で、その参加者に対して標準必須特許となる可能性のある特許の開示を求め⁷、また、当該特許が標準必須特許となったときには、その利用を希望する者に「公正、合理的かつ非差別（fair, reasonable and non-discriminatory）」との条件（これを「FRAND 条件」という）でライセンスすることの意思を明らかにさせる（これを「FRAND 宣言」などという）。自己が保有する特許が標準必須特許になった後は、特許権者は当該必須特許の利用を回避できないライセンス希望者に対して、通常よりも高いロイヤルティあるいは有利な条件でのライセンスを獲得するというホールドアップ（holdup）が可能となる。

必須宣言特許の保有者が、FRAND 宣言を行っていたにもかかわらずライセンス希望者に対してライセンスを拒絶したり差止請求訴訟を提起した

りすることは、前述した互換性・相互接続性のある製品の生産・販売を困難とし、規格の普及という標準化の意義を損ねてしまう行為である。また、特許権者が FRAND 宣言を拒否した場合には当該特許を除外して規格が策定されることが通常であり、その意味で、必須宣言特許権者の権利行使は、標準化機関や標準化に参加する者の信頼を裏切る行為でもある。ここに、必須特許権者の権利行使を制限することの必要性が生まれる⁸。

(2) 海外の動向⁹

イ) 米国¹⁰

米国ではこの問題に関する判決例が数多く出されているが、代表的なものにモトローラ＝グーグル事件とマイクロソフト対モトローラ事件がある。前者は、米電気電子学会（Institute of Electrical and Electronics Engineers-IEEE）等に FRAND 宣言を行っていたモトローラを完全子会社化したグーグルが、モトローラの FRAND 宣言を保証・遵守する義務を認めていたにもかかわらず、米国際貿易委員会（International Trade Commission-ITC）に特許権侵害の申立を行い、また、差止救済を求めて連邦地裁に訴訟を提起したものである。米連邦取引委員会（Federal Trade Commission-FTC）は FTC 法 5 条（不公正な競争方法、不公正な行為または慣行）違反を主張し、審判が開始されたが、最終的には同意審決で終了している¹¹。マイクロソフト対モトローラ事件のモトローラも IEEE および国際電気通信連合（International Telecommunication Union-ITU）に FRAND 宣言をしていたが、マイクロソフトに対して高い料率のライセンス提案を行った。そこで、マイクロソフトが IEEE および ITU との契約違反を根拠に損害賠償請求訴訟を提起したところ、モトローラも特許権侵害を理由に差止を求めて提訴した。両訴訟は併合されたが、モト

ローラの求める差止請求は却下された¹²。マイクロソフトの求めた損害賠償請求訴訟では、その過程で FRAND 条件でのロイヤルティが非陪審 (bench trial) により判断され¹³、陪審裁判 (jury trial) で損害賠償金 (1,452 万ドル) が算定されている¹⁴。

競争当局の動きとしては、2013 年 1 月 8 日、司法省が特許商標庁と共同で、「自主的な FRAND 確約の対象である標準必須特許の救済に関する政策方針」¹⁵を公表している。この方針は、必須宣言特許権者が差止救済を求める場合には、一定の制限を伴うべき旨を明言している。

ロ) EU

必須宣言特許権者による権利行使を競争当局が問題にした事例としては、まず、サムスン事件およびモトローラ事件を挙げることができる。サムスン事件では、必須宣言特許権者のサムスンが複数の EU 加盟国においてアップルに対して特許権侵害を主張し差止請求を行ったことが EU 競争法 102 条 (市場支配的地位の濫用) 違反に反するとして欧州委員会が審査を開始したが、最終的には確約 (commitment) 決定で終了したものである¹⁶。他方、モトローラ事件では、アップルがライセンスを締結しドイツの裁判所が設定したロイヤルティ料率に従うことに合意しているにもかかわらず必須宣言特許権者であるモトローラが差止を求めて執行することは濫用行為に該当するとの決定を、欧州委員会は行っている¹⁷。また、ファーウェイ事件¹⁸は、必須宣言特許権者ファーウェイがドイツのデュッセルドルフ地方裁判所に起こした特許権侵害訴訟との関係で、同地裁が、市場支配的地位にある者が標準必須特許権に基づき差止請求を行うことが EU 競争法 102 条にいう濫用行為に該当するための要件を明確にするよう、先行判決

(preliminary ruling) を欧州司法裁判所 (Court of Justice) に求めたものである¹⁹。

(3) 本改正に至る経緯

2015 年 7 月 8 日、公取委は本改正の原案を公表し、意見募集を行う旨を発表した。また、本改正のために実施した調査を報告書としてまとめ、同日付けで併せて公表している(「必須特許に関する問題に係る調査報告書」(公取委、2015 年 7 月 8 日。以下、「調査報告書」という))。

寄せられた意見は 54 件であったが、後述するように、原案は特許権者の権利を厳格に制限する内容と捉えられる可能性のあるものであったことから、批判的に評価する意見も少なくなかった²⁰。こうしたことが背景にあるかは不明であるが、冒頭に記したように、意見募集の締切である 2015 年 8 月 6 日から 6 か月近く経過した 2016 年 1 月 21 日に成案が発表されることとなった²¹。

3. 本改正の内容

(1) 概観

知財ガイドラインは、「知的財産のうち技術に関するものを対象とし、技術の利用に係る制限行為に対する独占禁止法の適用に関する考え方を包括的に明らかにするものである」(知財ガイドライン第 1-2)。ここでいう「技術の利用に係る制限行為」を知財ガイドラインは、ある技術に権利を有する者が、①他の者に当該技術を利用させないようにする行為、②他の者に当該技術を利用できる範囲を限定して許諾する行為、③他の者に当該技術の利用を許諾する際に相手方が行う活動に制限を課す行為、に区別した上で、私的独占および不当な取引制限の観点からの考え方 (同第 3) と不公正な取引方法の観点からの考え方 (同第 4) について記述している。本改正では、必須宣言特許の保

有者によるライセンス拒絶²²および差止請求訴訟の提起を前記①の「ある技術に権利を有する者が、他の者に当該技術を利用させないようにする行為」と捉えた上で、知財ガイドラインにおいて従来記述していた私的独占および不公正な取引方法に該当し得る具体例の1つに、必須宣言特許の保有者によるライセンス拒絶と差止請求訴訟の提起を追加するという形式をとっている（私的独占につき、知財ガイドライン第3-1（1）オ、不公正な取引方法につき、同第4-2（4））。

本改正の趣旨の概要を、私的独占および不公正な取引方法の要件との関係で説明すると次のようになる。まず、[A]「FRAND宣言をした標準規格必須特許を有する者が」、[B]「①FRAND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」あるいは「②FRAND宣言を撤回して、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」²³との文言は、上に示した私的独占の観点からの検討個所と不公正な取引方法の観点からの検討個所の双方に共通して用いられている。そして、第一に、私的独占との関係では、[A] + [B]を充足した場合であって、[C]「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ことにより」、[D]「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」と記述する。私的独占は「他の事業者の事業活動の排除または支配」が行為要件、「競争の実質的制限」が競争に与える影響に関する要件（市場効果要件）であり、ガイドラインもこのことを前提に記述されているが、その構造上あるいは文脈²⁴から、本改正で追加された第3-1（1）オは「排除または支配」の一例と理解できる²⁵。

第二に、不公正な取引方法との関係では、[A]

+ [B]を充足した場合であって、[C]「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ことにより」、[E]「当該規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を行う者の取引機会を排除し、又はその機能を低下させる場合」と記述する。不公正な取引方法の成立要件は、主として独禁法2条9項1号～5号および一般指定1項～15項に規定された一定の行為の外形に関する行為要件と、競争秩序に与える影響に関する公正競争阻害性の要件であるが、前記[A] + [B]が行為要件に関する記述であり、本改正は一般指定2項の「その他の取引拒絶」または同14項の「競争者に対する取引妨害」に該当する可能性を指摘している。[C]は[C]と同一の文言ではあるが、[C]が私的独占の「排除」という行為要件との関係で記述されているのに対し、[C]は[E]と共に、公正競争阻害性との関係での記述であると理解できる^{26, 27}。

(2)「標準規格必須特許」、「FRAND条件」等（知財ガイドライン第3-1（1）オ第1段落²⁸）

本改正では、必須宣言特許の保有者による差止請求訴訟の提起等の行為について独禁法上の評価を明示するに当たり、最初に重要語句の定義とその意義を明らかにしている。

ガイドラインは規格を策定する公的機関や事業者団体を「標準化機関」と、標準化機関が規格の実施に当たり必須となる特許等のことを「標準規格必須特許」と呼んでいる。標準規格必須特許には、「必須となる特許等」（下線筆者）とあるところから、特許以外の知的財産（具体的には、実用新案権の対象となる考案やプログラム等の著作物など）が含まれると解されている²⁹。「標準規格必須特許」は、原案では「必須特許」と呼ばれてい

たものが、成案の段階で修正されたものである。これは、必須特許の範囲が漠然としており、標準化作業とは無関係に成立した必須特許³⁰も本改正の対象と誤解される可能性がある等の指摘を受け、明確化の観点から見直したものである（意見の概要 No. 1～3）³¹。

原案では「IPR ポリシー」を、「規格で規定される機能及び効用の実現に必須な特許等（以下「必須特許」という。）の権利行使が規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売の妨げとなることを防ぎ、規格を広く普及させるために、必須特許のライセンスに関する取扱い等を定めた文書」と説明していた。この説明について、標準化機関またはそのメンバーによるカルテルや共同ボイコットを容認しているかの誤解を招くとの意見が寄せられていた。これに対して公取委は、本改正が事業者の単独行為についての独禁法上の考え方を示したものであって、標準化機関等によるカルテルや共同ボイコットを容認したものではないと述べている（意見の概要 No. 16）。

また、「FRAND 条件」、「FRAND 宣言」に関して、原案では次のように記述されていた；「……（IPR ポリシー）において、当該規格の策定に参加する者に対し、必須特許（出願中のものを含む。）の保有の有無及び当該必須特許を他の者に公正、妥当かつ無差別な条件（このような条件は、一般に『FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) 条件』と呼ばれている。また、必須特許（出願中のものを含む。）を有する者が FRAND 条件でライセンスをする意思を標準化機関に対し文書で明らかにすることは、『FRAND 宣言』と呼ばれている。）でライセンスをする意思を明らかにさせるとともに、当該宣言がされない場合には当該必須特許の対象となる技術が規格に含まれないように規格の変更を検討する旨を定めている」。これが、成

案では以下のように変更されている；「IPR ポリシーでは、通常、規格の策定に参加する者に対し、標準規格必須特許の保有の有無及び標準規格必須特許を他の者に公正、妥当かつ無差別な条件（このような条件は、一般に『FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) 条件』と呼ばれている。また、標準規格必須特許を有する者が FRAND 条件でライセンスをする用意がある意思を標準化機関に対し文書で明らかにすることは、一般に『FRAND 宣言』と呼ばれている。）でライセンスをする用意がある意思を明らかにさせるとともに、FRAND 宣言がされない場合には当該標準規格必須特許の対象となる技術が規格に含まれないように規格の変更を検討する旨が定められている」。

まず、IPR ポリシーが対象とする標準必須特許の範囲として原案では出願中のものも含まれていたが、成案では除外されている。これは、多くの標準化機関の開示要件は「登録された特許」あるいは「公開された特許出願」のみ適用されるものであり、また、あまりに早い段階での機密情報の開示を要求すれば、企業が標準化活動に参加しなくなったり、特許での保護を求めなくなるなどの可能性を指摘されたことを受け、公取委が「FRAND 宣言の対象となる特許の範囲は、各標準化団体の IPR ポリシーによります」との考えを示した上で修正したものである（意見の概要 No. 8, 9）。また、原案では、IPR ポリシーの内容が一律あるいは一定のものであるかの前提で記述されていたが、実際の IPR ポリシーは各標準化機関によって異なり多様なものが存在するため（たとえば、FRAND 宣言がされない場合には当該特許の対象となる技術が含まれないように規格を変更するといった内容や、規格策定に参加しない者に対しても FRAND 宣言を認めるといった内容など）、成案では、「IPR ポリシーでは、通常、規格の策定に参

加する者に対し……」(下線筆者)に改められた(意見の概要 No. 13～15)。

FRAND 宣言の意義あるいは効果として、原案では上記の引用部分に続けて、「これにより、規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を行う者は、FRAND 条件で全ての必須特許を利用できると考えられることから、積極的に当該規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売に必要な投資を行うことができる」と述べられていた。この記述部分のみに向けられたものでは必ずしもないが、FRAND 宣言をした必須特許の権利者に対しては適正な代償を与えるべきという趣旨が本来の「FRAND」概念には含まれているが、原案ではこの趣旨が明らかでないとか、ライセンサーとライセンシーのいずれの立場にも偏らないフェアな競争関係の整備が産業界の利益に資するが、改正の趣旨が「特許権者の権利行使を制限すること」に偏った印象を受けるといった意見が寄せられた。そこで、公取委は、「FRAND 宣言をした標準規格必須特許の権利者が、公正、妥当かつ差別的でない条件でライセンス許諾を行うに当たり、その対価を得ることは当該権利者に認められる正当な権利である」旨、あるいは、「知的財産の保護及び活用バランスを図ることは、知的財産制度の目的である」旨を明確にするため、以下の記載を追加している(意見の概要 No. 5, 6) ; 「FRAND 宣言は、標準規格必須特許の利用に対して相応の対価を得ることを可能とすることによって、また、規格を採用した製品の研究開発、生産または販売を行う者には、標準規格必須特許を FRAND 条件で利用することを可能とすることによって、規格に係る技術に関する研究開発投資を促進するとともに、規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売に必要な投資を促進するものである」。

(3) 必須宣言特許の保有者による差止請求訴訟の提起等が私的独占に該当し得ること(同第2段落)

本改正では、「このような FRAND 宣言をした標準規格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、FRAND 宣言を撤回して、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、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ことにより、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」と規定する。この部分が、必須宣言特許の保有者による差止請求訴訟の提起等が私的独占に該当し得ることを明示しており、特に、私的独占の行為要件である「排除」との関係で記述していることについては、既に前記(1)で述べた。

ところで、[C]の「規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売することにより」の部分もそのように理解されるべきであるが、原案では「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、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する」(下線筆者)と表記されており、必須宣言特許を有する者が差止請求訴訟の提起等をするものの効果として、広く普及している規格を採用した製品については、「研究開発、生産又は販売」は必然的に「排除」に該当することを明示しているように見える。それゆえ、原案に対しては、「広く普及している規格」の意味が曖昧であり、また、一定の行為のすべてにつき他の事業者の事業活動の排除に「該当する」と断定しているなどの批判的な意見が寄せられた(意見の概要 No. 19)。公取委は、標準規格必須特許に基づく差止請求等への法適用

に際しては、「個別事案ごとに競争への影響の評価を明確にするため」、成案のとおり修正したと述べている^{32, 33}。

標準化活動を通じて規格を策定する場合、パテントプールが利用されることもある。このことについてパテントプールガイドラインは、「規格の採用に伴う複雑な権利関係の処理を効率化し、ライセンス料を調整して高額化を回避することを容易にし得るなど、規格を採用した製品の開発・普及を促進するための有効な手段として、競争促進的に機能し得る」との評価を行っている（第 3-1 (1)）³⁴。パテントプールが有するこのような競争促進的な性格に着目し、FRAND 条件でのライセンス付与を早期に実現する、ロイヤルティスタッキング³⁵の問題を解消する、あるいは規格に採用された技術を速やかに普及させるといったパテントプールの意義を説いた上で、パテントプールの行為については、今回の改正の対象外とするよう求める意見が寄せられた。しかしながら、公取委は以下のように述べ、パテントプールが有する特有の事情は個々に考慮することはあっても、一律あるいは機械的に本改正の対象から除外することはしないとの考えを示している（意見の概要 No. 30～32）；「本改正は、FRAND 宣言をした標準規格必須特許に基づく差止請求訴訟の提起等が規格を採用した製品市場における競争に及ぼす影響の観点から、独占禁止法上の考え方を明確にするものです。パテントプールは、規格を広く普及させるために形成されるものと考えられますが、個別の事案への独占禁止法上の考え方の適用に関しては、標準規格必須特許を有する者がパテントプールであるか、それ以外の事業者であるかという行為主体の違いのみによって適用の有無が変わるのではなく、行為の競争に及ぼす影響の観点から個別に判断されます。なお……ライセンス実態に関する『パテ

ントプール特有の事情』につきましては、ライセンス交渉における両当事者の対応状況一つとして、FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者の事業活動を排除する行為等に該当するか否かを評価するための考慮要素となり得るもの考えられます」。

本改正は、「上記については、自ら FRAND 宣言をした者の行為であるか、FRAND 宣言がされた標準規格必須特許を譲り受けた者の行為であるか、又は FRAND 宣言がされた標準規格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」と述べる。このことと関連して、必須宣言特許の譲受人が、当該特許が規格に採用された技術に関するものであることを知らない、あるいは、当該特許が FRAND 宣言のなされたものであることを知らないといった事情があり得ることを考慮すべきといった旨の意見が、原案に対する意見募集の段階で出されていたが、公取委は、譲受人は当該特許につき、前保有者が FRAND 宣言をしていたこと認識しているものと通常は推認できること、また、譲受人が FRAND 宣言を撤回したとしても、権利行使が規格の策定段階でなされた FRAND 宣言に反することや市場への影響は変わらない旨を述べて、成案のように記述したとの考えを示している（意見の概要 No. 33～35）。

(4)「FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者」（同第 3, 4 段落）

標準規格必須特許の保有者が権利行使を制限されるのは、「FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者」に対して行う場合である。この、「FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者」について本改正では、「FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有するものであるか否かは、ライセンス交渉における両当事者の対応状況（例

えば、具体的な標準規格必須特許の侵害の事実及び態様の提示の有無、ライセンス条件及びその合理的根拠の提示の有無、当該提示に対する合理的な対案の速やかな提示等の応答状況、商慣習に照らして誠実に対応しているか否か)等に照らして、個別事案に即して判断される」と定めている。FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者は一般に「willing licensee」と呼ばれ、必須宣言特許についての権利行使が制限されるか否かを決定するメルクマールとなるものであり、極めて重要な意味を持つ³⁶。原案では、次のように規定しており、特許権者にとって不利（逆いえば、利用者にとって有利）と解される記述であった；「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る。したがって、例えば、ライセンス交渉の相手方が、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」。

原案の上記部分に対しては、意見募集において最も多くの批判あるいは修正を求める意見が寄せられた（意見の概要 No. 37～54）。具体的には、原案の内容だとホールドアウトの問題やリバースホールドアップの弊害が生じかねない³⁷、ライセンス受ける意思の表示が形式的なものであっても満たされる懸念がある、当事者間において行われる交渉について「一定の期間行われること」との条件が示されているが、具体的にどのような交渉が行われるべきかが不明確である、原案の提示内容では実施希望者の交渉態様を加味した判断がなさ

れておらず、権利者と実施希望者のバランスを欠いている、といったものである。また、日本においてはライセンス交渉で訴訟に至るケースは少なく（日本法上ライセンス条件を決定するという実定法上の請求権もない）、仲裁手続を採用するケースは更に少なく（仲裁は両当事者が善と衡平による旨合意しない限り法律に従って行われるため（仲裁法 36 条 3 項）、ライセンス条件を決定せよとの申立ての趣旨は立たない）、こうした状況を踏まえれば「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」を判断基準とするのは、日本法上は適切ではない、との意見もあった。公取委はこれらの意見を受け、上記に示したように記述を修正している。「意見の概要」には修正の理由・意図について直接明らかにする記述はなく、「『FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有する者』であるか否かの判断における考慮要素とその例を明確にすることとした」（意見の概要 No. 37 など）と述べるにとどまっているが、その直前の「原案において、『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』とは、規格が広く普及しておりその結果として代替技術への切替えが困難であり、規格を採用しないと製品市場における事業活動が困難となり競争に悪影響を及ぼす状況を想定したものです」との記述、および、前記 (3) で指摘したように、標準規格必須特許に基づく差止請求等に対する独禁法の適用は、競争への影響の評価を個別事案ごとに行うとするのが本改正における公取委の基本姿勢であることに鑑みるなら、特定の状況を前もって固定的に設定するのではなく、様々なケースに対応できるように、判断する際の考慮要因とその例を挙げるという表現を用いたものと思われる。具体的な事例がそれほど多くない現況に照らせば（特に、我が国にお

いては), ケースバイケースの判断が可能となる本改正の規定振りは適切なものと評価できよう。

本改正は, 「ライセンスを受けようとする者が, 標準規格必須特許の有効性, 必須性又は侵害の有無を争うことそれ自体は, 商慣習に照らして誠実にライセンス交渉を行っている限り, FRAND 条件でライセンスを受ける意思を有することを否定する根拠とはならない」と規定する。標準化機関に対して明らかにされた標準規格必須特許について, 標準化機関はその有効性や必須性を確認しないこと, また, 明らかにされた時点では第三者による評価もなされていないことに鑑みれば³⁸, 適切な規定内容であると思われる³⁹。

(5) その他

本改正の趣旨は, 標準規格必須特許の保有者が, FRAND 条件での意思を有する者に対して差止請

求訴訟の提起等を行うことが私的独占や不公正な取引方法に該当する可能性を明確にした点にある。したがって, 「FRAND 条件での意思を有する者」か否かを判断する際, 「ライセンス条件及びその合理的根拠の提示の有無, 当該提示に対する合理的な対案の速やかな提示等」といった両当事者の対応状況が考慮されることが本改正において明記されているものの, 当該標準必須特許の具体的なロイヤルティの額 (ライセンス料) についての算定方法や適正水準を公取委が示すべきものではなく, それは当事者間の交渉によって決定されるべきとの考え方を, 公取委は示している (意見の概要 No. 49, 52)。

もっとも, 排除措置命令の内容を工夫することにより, FRAND 条件に則ったライセンスの締結を, 事実上実現させることは可能であると思われる⁴⁰。

別表：知財ガイドラインの一部改正新旧対照表（下線部分は改正前との変更部分，網掛けは改正案からの修正部分）

改正前	改正案（原案）	改正後（成案）
<p>第 3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 (略)</p>	<p>第 3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 (略)</p>	<p>第 3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 (略)</p>
<p>1 私的独占の観点からの検討 (略)</p> <p>(1) 技術を利用させないようにする行為 (略)</p>	<p>1 私的独占の観点からの検討 (略)</p> <p>(1) 技術を利用させないようにする行為 (略)</p>	<p>1 私的独占の観点からの検討 (略)</p> <p>(1) 技術を利用させないようにする行為 (略)</p>

<p>ア～エ (略) (新設)</p>	<p>ア～エ (略)</p> <p>オ 一般に、規格を策定する公的な機関や事業者団体（以下「標準化機関」という。）は、規格で<u>規定される機能及び効用の実現に必須な特許等</u>（以下「必須特許」という。）の権利行使が規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売の妨げとなることを防ぎ、規格を広く普及させるために、必須特許のライセンスに関する取扱い等を定めた文書（IPR ポリシー）において、当該規格の策定に参加する者に対し、必須特許（出願中のものを含む。）の保有の有無及び当該必須特許を他の者に公正、妥当かつ無差別な条件（このような条件は、一般に「FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) 条件」と呼ばれている。また、必須特許（出願中のものを含む。）を有する者が FRAND 条件でライセンスをする意思を標準化機関に対し文書で明らかにすることは、「FRAND 宣言」</p>	<p>ア～エ (略)</p> <p>オ 一般に、規格を策定する公的な機関や事業者団体（以下「標準化機関」という。）は、<u>規格の実施に当たり必須となる特許等</u>（以下「標準規格必須特許」という。）の権利行使が規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売の妨げとなることを防ぎ、規格を広く普及させるために、標準規格必須特許のライセンスに関する取扱い等（以下「IPR ポリシー」とい。）を定めている。<u>IPR ポリシーでは、通常、規格の策定に参加する者に対し、標準規格必須特許の保有の有無及び標準規格必須特許を他の者に公正、妥当かつ無差別な条件（このような条件は、一般に「FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) 条件」と呼ばれている。また、標準規格必須特許を有する者が FRAND 条件でライセンスをする用意がある意思を標準化機関に対し文書で明らかにするこ</u></p>
-------------------------	---	--

	<p>と<u>呼ばれている。</u>)で<u>ライセンスをする意思を明らかにさせるとともに、当該宣言がされない場合には当該必須特許の対象となる技術が規格に含まれないように規格の変更を検討する旨を定めている。</u>これにより、規格を採用した製品の<u>研究開発、生産又は販売を行う者は、FRAND 条件で全ての必須特許を利用できると考えられることから、積極的に当該規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売に必要な投資を行うことができる。</u></p> <p>また、必須特許は、規格で規定される機能及び効用の実現に必須なものであり、広く普及している規格を採用した製品の</p>	<p>とは、一般に「FRAND 宣言」と呼ばれている。)で<u>ライセンスをする用意がある意思を明らかにさせるとともに、FRAND 宣言がされない場合には当該標準規格必須特許の対象となる技術が規格に含まれないように規格の変更を検討する旨が定められている。</u>FRAND 宣言は、標準規格必須特許の利用に対して相応の対価を得ることを可能とすることによって、また、規格を採用した製品の<u>研究開発、生産または販売を行う者には、標準規格必須特許を FRAND 条件で利用することを可能とすることによって、規格に係る技術に関する研究開発投資を促進するとともに、規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売に必要な投資を促進するものである。</u></p>
--	---	---

	<p>市場においてその利用は不可欠である。</p> <p>このような状況において、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、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する。</p> <p>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。</p> <p>なお、FRAND 宣言に反</p>	<p>このような FRAND 宣言をした標準規格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、FRAND 宣言を撤回して、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、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ことにより、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する可能性がある。上記については、自ら FRAND 宣言をした者の行為であるか、FRAND 宣言がされた標準規格必須特許を譲り受けた者の行為であるか、又は FRAND 宣言がされた標準規格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（後記第 4-2 (4) の場合も同様である。）。</p>
--	--	---

	<p>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る。</p> <p>したがって、例えば、ライセンス交渉の相手方が、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。また、ライセンスを受けようとする者が必須特許の有効性、必須性又</p>	<p>FRAND条件でライセンスを受ける意思を有する者であるか否かは、ライセンス交渉における両当事者の対応状況（例えば、具体的な標準規格必須特許の侵害の事実及び態様の提示の有無、ライセンス条件及びその合理的根拠の提示の有無、当該提示に対する合理的な対案の速やかな提示等の応答状況、商慣習に照らして誠実に対応しているか否か）等に照らして、個別事案に即して判断される。</p> <p>なお、ライセンスを受けようとする者が、標準規格必須特許の有効性、必須性又は侵害の有無を</p>
--	--	---

	<p>は侵害の有無を争うこと それ自体は、FRAND条件 でライセンスを受ける意 思を否定する根拠とはな らない。</p>	<p>争うことそれ自体は、商 慣習に照らして誠実にラ イセンス交渉を行ってい る限り、FRAND条件でラ イセンスを受ける意思を 有することを否定する根 拠とはならない。</p>
<p>(2)・(3) (略)</p>	<p>(2)・(3) (略)</p>	<p>(2)・(3) (略)</p>
<p>2 (略)</p>	<p>2 (略)</p>	<p>2 (略)</p>
<p>第 4 不公正な取引方法の観 点からの考え方</p>	<p>第 4 不公正な取引方法の観 点からの考え方</p>	<p>第 4 不公正な取引方法の観 点からの考え方</p>
<p>1 (略)</p>	<p>1 (略)</p>	<p>1 (略)</p>
<p>2 技術を利用させないように する行為 (略) (1)～(3) (略) (新設)</p>	<p>2 技術を利用させないように する行為 (略) (1)～(3) (略) <u>(4) 前記第3の1(1)オに おいて述べた、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</u></p>	<p>2 技術を利用させないように する行為 (略) (1)～(3) (略) <u>(4) 前記第3の1(1)オに おいて述べた、FRAND 宣言をした標準規格必 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、 FRAND宣言を撤回し て、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</u></p>

	<p>意思を有する者に対し、<u>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、当該規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を行う者の取引機会を排除し、又はその競争機能を低下させることにより、当該規格を採用した製品の市場における競争に悪影響を及ぼし、公正競争阻害性を有することとなる。</u></p> <p><u>したがって、当該行為は、当該製品の市場における競争を実質的に制限するまでには至らず私的独占に該当しない場合であっても、不公正な取引方法に該当する（一般指定第 2 項、第 14 項）。</u></p>	<p><u>請求訴訟を提起することは、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ことにより、当該規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売を行う者の取引機会を排除し、又はその競争機能を低下させる場合がある。</u></p> <p><u>当該行為は、当該製品の市場における競争を実質的に制限するまでには至らず私的独占に該当しない場合であっても公正競争阻害性を有するときには、不公正な取引方法に該当する（一般指定第 2 項、第 14 項）。</u></p> <p><u>なお、FRAND 条件下でライセンスを受ける意思を有する者であるか否かの判断についての考え方は、前記第 3-1 (1) オにおいて述べた</u></p>
--	--	---

3～5 (略)	3～5 (略)	とおりである。
---------	---------	---------

(出典) 公取委資料に基づき作成

5. 最後に

形式的には、特許法は特許技術の独占を容認するもの、他方、独禁法は特許技術の解放を迫るものではあるが、両者を本質的に矛盾・対立するものと捉えることは適切ではない。「保護と利用のバランスング」という特許法の最も根本的な原理あるいは役割は、事業者としての特許権者と利用者（希望者も含む）間の公正かつ自由な競争という構図と同じであり、その意味で、特許法と独禁法は産業の発達、イノベーションの促進のためのクルマの両輪と称することができる。

知財ガイドラインの本改正は、こうした両者の役割を体現するものといえよう⁴¹。本改正が新たな技術開発を促し、生み出された技術の市場および当該技術に関連する様々な市場の活性化、ひいては我が国の産業の発達と経済発展に繋がることを期待したい。

注)

¹ 筆者は本誌において2度、知財ガイドラインを取り上げたことがある。第一のものは、現行の知財ガイドラインが新たに策定されたことに伴い、その内容を紹介し、検討を行ったものである（泉克幸「知的財産権のライセンスと独占禁止法——公取委ガイドラインの改定とその検討」特許研究45号40頁（2008年））。第二のものは、知的財産に関連する公取委の相談事例を知財ガイドラインとの関係で分析・検討したものである（同「知的財産と競争政策——ライセンス契約に関する最近の公取委相談事例を中心に」特許研究56号51頁（2013年））。

² 必須宣言特許とは、特許権者がFRAND宣言をした標

準必須特許（Standard-Essential Patent-SEP）のことをいう。

- ³ FRAND宣言をしている標準必須特許権者による差止請求権の行使は、相手方（＝ライセンス希望者）がFRAND条件によるライセンスを受ける意思を有する者であることの主張立証に成功した場合には、権利の濫用（民法1条3項）に当たり許されない（知財高裁決定）。他方、FRAND宣言をしている標準必須特許権者による損害賠償請求権の行使は、①FRAND条件によるライセンス料を超える損害賠償請求については、相手方がFRAND条件によるライセンスを受ける意思を有しない等の特段の事情のない限り、権利濫用として許されない、②FRAND条件によるライセンス料相当額の損害賠償請求については、当該損害賠償請求を許すことが著しく不公正であると認められるなど特段の事情がない限り権利濫用にはならず、許される（知財高裁判決）。
- ⁴ 筆者は、泉・前掲注（1）「知的財産と競争政策」53頁において、アップル対サムスン事件知財高裁判決の原審（東京地判平成25年2月28日判時2186号154頁）について、「①サムスンはFRAND宣言を行っていた、②サムスンはアップルからのライセンス契約の申込みに対して不誠実な対応をとっている、③本件特許は本件製品の製造・販売にとって必須である、といった事実をパテント・ガイドラインやIPガイドラインに照らせば、サムスンの行為は私的独占あるいは不正な取引方法に該当するとの評価も十分あり得ると思われる」との指摘を行っている。
- ⁵ 後述するように、公取委は本改正に先立ち、その原案を公表し、一般からの意見を募集した。その発表文（「『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の一部改正（案）に対する意見募集について」（公取委、2015年7月8日））では、本改正の目的あるいは背景と経緯を次のように述べている；「情報通信分野など技術革新が著しい分野においては、新製品の市場の迅速な立上げや拡大を図るため、異なる機種間の情報伝達方式や接続方法などについて、関連する者が共同で規格を策定しています。この場合において、規格で規定される機能及び効用の実現に必須な特許等（以下『必須特許』といいます。）を有する者が、当該必須特許を利用する者に対して差止請求訴訟を提起する等の事例が国内外で生じています。

公正取引委員会は、これまで、知的財産の利用に関する独占禁止法上の考え方を明らかにするため、『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』（平成19

年9月28日公表) (以下『知的財産ガイドライン』といいます。) 及び『標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方』(平成17年6月29日公表)を策定しており、必須特許に関する問題に係る独占禁止法上の考え方についても基本的には前記の指針等に沿って判断されます。しかしながら、前記の指針等において、必須特許を有する者による差止請求訴訟の提起等といった、外形上、権利の行使とみられる行為に関する記載は限られています。

そのため、公正取引委員会は、必須特許を有する者による差止請求訴訟の提起等の問題について、調査を実施しました。当該調査結果に基づいて、別紙のとおり、知的財産ガイドラインを一部改正し、FRAND宣言(注)をした必須特許に関する事例を追加することとしました。つきましては、当該改正箇所について、後記のとおり、関係各方面から広く意見を募集することとします。

(注) 必須特許を有する者がFRAND(公正、妥当かつ無差別な[fair, reasonable and non-discriminatory])条件でライセンスをする意思を標準化機関(規格を策定する公的な機関や事業者団体をいいます。)に対し文書で明らかにすることは、FRAND宣言と呼ばれています。』

6 本改正について、案の段階で検討するものとして、池田毅「知的財産ガイドラインの一部改正——標準必須特許の行使に対する独禁法の適用」ジュリスト1486号29頁(2015年)。

7 標準化の段階で虚偽的な開示行為は競争法上の問題となり得る。米国の例としてデル事件(In the Matter of Dell Computer Corp., 121 FTC 616 (1996)), ラムバス事件(In the Matter of Rambus, Inc., Dkt. No. 9302 (FTC August 2, 2006), rev'd., Rambus Inc. v. FTC F.3d 456 (D.C. Cir., 2008))など、欧州の事例としてラムバス事件(Case COMP/38.636 - Rambus, Commission Decision of 9.12.2009)など。知財ガイドライン第3-1(1)エにおいても、標準化の過程で、自己が保有する技術が規格に採用された際のライセンス条件を偽ること等が私的独占に該当する可能性が指摘されている。

8 この問題に関する総合的な研究書として、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)。また、最近の事例も対象とする調査報告書として、平成26年度産業財産権制度問題調査研究「知的財産制度と競争政策の関係の在り方に関する調査研究報告書」(三菱総合研究所, 2015年3月)。泉克幸「競争政策と知的財産政策の協働の一側面——標準必須特許に基づく侵害訴訟とその制限」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』(弘文堂, 2013年)70頁も参考。

9 紙幅の関係から以下では米国とEUのみ取り上げるが、中国では国家工商行政管理総局「知的財産権を濫用し、競争を排除又は制限することを禁止する規定」(2015年8月1日施行)の13条において、また、韓国では公正取引委員会「知的財産権の不当な権利行使に関する審査指針」(2014年12月17日一部改正)において、必須宣言特許の権利行使が、競争法違反に該当する可能性を指摘している。

10 以下で紹介する米国およびEUの事例については、泉克幸「海外における知的財産に関わる競争法違反事件の動向」公正取引784号(2016年)10頁, 11-14頁・16-18頁等参照。

11 In the Matter of Motorola Mobility LLC and Google Inc., File No. 121-0120 (July 24, 2013).

12 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. C10-1823JLR, 2012 WL 5993202 (W.D. Wash. November 30, 2012).

13 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. C10-1823JLR., 2013 WL 2111217(April 25, 2013).

14 Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., No. C10-1823JLR, 2013 WL 5398081, (W.D. Wash. September 4, 2013), 795 F3d 1024 (9th Cir. 2015).

15 United States Department of Justice and United States Patent & Trademark Office, Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to Voluntary FRAND Commitments (Jan. 8, 2013), available at, http://www.uspto.gov/about/offices/ogc/Final_DOJ-PTO_Policy_Statement_on_FRAND_SEPs_1-8-13.pdf.

16 Case AT.39939 - Samsung - Enforcement of UMTS Standard Essential Patents, Commission Decision of 29 April 2014.

17 Case AT.39985 - Motorola - Enforcement of GPRS Standard Essential Patents, Commission Decision of 29 April 2014.

18 Huawei v. ZTE Corp., Case C-170/13, Judgement of the Court of 16 July 2015.

19 本判決は我が国でも注目を集めており、同判決内容を参考にすべきとの意見が本改正に際し多く寄せられた。このことにつき、後掲注(38)参照。

20 米国からもFTC委員であるJoshua D. Wrightと連邦控訴裁判所判事のDouglas H. Ginsburg(肩書はいずれも当時)が批判的な意見を寄せており、邦訳が下記のURLより入手できる; https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/693631/150812jftc_comment_japanese.pdf。また、意見募集に直接対応したものではないが、知的財産戦略本部・知財紛争処理システム検討委員会第2回(2015年11月18日)において配布された「差止請求権の在り方に関する整理(案)」と題する資料では、差止請求権の制限について、「競争法による対応に関連して、現在、公正取引委員会が検討している『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の一部改正については、個別の事案において様々な事情があることを踏まえ、権利者と利用者のバランス等を考慮し、慎重な検討がなされることが期待される」と記されている。

21 公取委は成案と併せて、「『知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針』の一部改正(案)に対する意見の概要及びそれに対する考え方」(以下、「意見の概要」という)を別紙資料として公表している。

22 ライセンス拒絶には、ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なライセンスを要求する場合も含まれる(知財ガイドライン第3-1(1))。逆に、標準規格必須特許に関して、FRAND条件でのライセンス提案をすることが認められるのは当然であるが、「規格を採用した製品の研究開発、生産又は販売のための必須な特許等の実施に対するFRAND条件に見合う対価の支払を求めるものと評価される場合には、特許法等による権利の行使と認められ……(調査報告書第4-1(2)参照)。

- 独禁法21条にいう「権利の行使と認められる行為」に該当する旨、公取委は明らかにしている（意見の概要No. 50, 51参照）。
- ²³ [B] ①のみならず同②も記述したのは、「FRAND宣言をした後に、特許権者がFRAND宣言をした後の事情変化（例えば開発費に見合う実施料を得られないことが判明した場合等）によってFRAND宣言を撤廃せざる得なかった場合にまで、特許権者の権利行使を排除することは特許権者に酷であるから、特許権者がFRAND宣言をした後の事情変化を考慮する等の留保を付すべき」との意見に対する、公取委の次の見解から窺い知ることができる；「仮に、FRAND宣言をした標準規格必須特許を有する者が事後的に事情の変化を理由としてFRAND宣言を撤回した場合であっても、権利行使が規格の策定段階でなされたFRAND宣言に反することや、市場への影響は変わりません（調査報告書〔10頁〕）。したがって、本改正の考え方が適用されなくなるものではありません」（意見の概要No. 25）。
- ²⁴ 知財ガイドライン第3-1は「私的独占の観点からの検討」と題し、「技術の利用に係る制限行為が、『他の事業者の事業活動を排除し、又は支配する』（独占禁止法第2条第5項）ものである場合には、私的独占の規定の適用が問題となる。技術の利用に係る制限行為が『排除』又は『支配』に該当するか否かは、行為の態様により一義的に決まるものでなく、それぞれの行為の目的や効果を個別に検討して判断することになる。以下では、技術を利用させないようにする行為、技術の利用できる範囲を制限する行為及び技術の利用に条件を付す行為に大別して、私的独占に該当するか否かの考え方を述べる」と記している。そして、続く「(1) 技術を利用させないようにする行為」の項目において、「ライセンスを行わない……行為や……差止請求訴訟を提起する行為は……通常はそれ自体では問題とならない。しかしながら、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に制限する場合には、私的独占に該当することになる」と理解を示した上で、ア～オを列挙している。
- ²⁵ したがって、[C]の部分「競争の実質的制限」との関係で述べられているようにもみえるが、「排除」との関係で捉えるべきであろう。
- ²⁶ [E]に関して知財ガイドライン第4-1(2)では、競争減殺効果の観点から公正競争阻害性を判断する際、ガイドラインにおいて中心的に述べている基準の1つとして、「行為者（行為者と密接な関係を有する事業者を含む）の競争者等の取引機会を排除し、又は当該競争者等の競争機能を直接的に低下させるおそれがあるか否か」を挙げる。そして、このことに関しては、「制限行為の影響を受ける事業者の数、これら事業者と行為者との間の競争の状況等、競争に及ぼす影響について個別に判断する」との考え方が示されており、本改正で対象となった必須宣言特許の保有者による差止請求の提起等についても、この基準が妥当するものと思われる。
- ²⁷ ところで、本改正では「当該行為は、当該製品の市場における競争を実質的に制限するまでには至らず私的独占に該当しない場合であっても公正競争阻害性を有するときには、不正な取引方法に該当する」ことを明示する（知財ガイドライン第4-2(4)第2段落）。排除型私的独占に該当するとまでは認められない場合であっても不正な取引方法として問題になり得ることは一般的な理解であり（たとえば、「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（公取委、2009年10月28日）第1では「問題となる事案について排除型私的独占に係る事件として審査した結果、それが排除型私的独占に該当すると認められない場合であっても、独占禁止法第2条第9項に規定する不正な取引方法その他の独占禁止法の規定に違反する行為として問題になり得ることはないまでもない」と述べている）、このこと自体は問題がない。しかし、本文で指摘したように[C]は私的独占の行為要件に関する考慮要因であるが、同一の文言である[C']は公正競争阻害性に関する考慮要因となっており、この点で法の適用に際して混乱が生じないかという懸念が残る。
- ²⁸ ここでいう「第1段落」等の記述は、別表の成案についてのものである。
- ²⁹ この点に関しては、著作権等の特許以外の知的財産権が含まれる旨を明示すべきとの意見に対し、公取委は、知財ガイドライン第1-2に記載があるように、本ガイドラインの適用対象には著作権等の特許以外の知的財産も包含されているので、「必須な特許等」には著作権等の特許以外の知的財産も包含されている旨、回答している（意見の概要No. 4）。もっとも、公取委が指摘するガイドラインの該当箇所は、知財ガイドラインが適用対象とする「技術」の定義・範囲について記述しているのであって、「必須な特許等」の説明ではない。誤解を避けるという意味では、成案で採用された「標準規格必須特許」には特許以外の知的財産権が含まれる旨を明示的に記述した方がよかったかもしれない。
- ³⁰ 具体的には、優秀で効率的なものであるがゆえに必須となった技術や経営戦略の結果必須となった技術、ロックイン現象の結果必須となった技術などがある（これらは人為的に設けられた標準化機関によって策定されたものではなく、「事実上の標準（デファクトスタンダード）」などと呼ばれる）。この点と関連して、そのような事実上の標準やエッセンシャルファシリティとしての性格を有する標準についての権利行使、あるいはパテントトロールによる権利行使についても制限する必要性を訴える意見が寄せられていたが、公取委はあくまでも本改正はFRAND宣言がなされた標準規格必須特許についての行為のみを対象とするものであり、本改正が対象としていない行為については、個別の事実関係に照らして独禁法の適用の有無が判断されるとの考え方を示している（意見の概要No. 27）。
- ³¹ この修正と併せて、「必須特許」の説明として原案では「規格で規定される機能及び効用の実現に必須な特許等」としていたところ、「標準規格必須特許」を「規格の実施に当たり必須な特許等」と変更している。
- ³² 「広く普及している」とは、その結果として代替技術への切替えが困難であり、規格を採用しないと製品市

場における事業活動が困難となり競争に悪影響を及ぼす状況を想定したものであるとの見解を公取委は示したが、要件の重複を避けるため、成案ではこの文言を削除している。ところで、知財ガイドラインは、技術の利用に係る制限行為について独禁法上の評価を行う際、原則として当該制限行為の影響の及ぶ取引を想定した上で、当該制限行為により当該取引の行われる市場における競争が減殺されるか否かを検討するとの考えを示し、この競争減殺には競争の実質的制限の観点から検討される場合と、不公正な取引方法のうち、自由競争減殺の観点から検討する場合があると述べる（知財ガイドライン第 2-2 (1)）。そして、競争減殺効果の分析に関連して、「競争に及ぼす影響が大きい場合の例」の 1 つに「有力な技術」を挙げ、この「有力な技術」とは、一般に、「技術の優劣ではなく、製品市場における当該技術の利用状況、迂回技術の開発又は技術市場への切替えの困難さ、当該技術に権利を有する者が技術市場又は製品市場において占める地位等を、総合的に勘案して判断される」（同第 2-4 (2)）とする。調査報告書第 4-3 (2) イは、必須宣言特許権者のライセンス拒絶・差止請求訴訟の提起の競争への影響について、「必須特許は、規格で規定される機能及び効用の実現に必須なものであり、広く普及している規格を採用した製品の市場においてその利用は不可欠である。よって、必須特許に係る技術は、有力であり、必須特許のライセンス拒絶・差止請求訴訟の提起が規格を採用した製品の市場における競争に及ぼす影響が大きいと認められる」と述べている。原案は調査報告書のこうした理解に基づいたものであろう。しかし、調査報告書も認めているように、あらゆる規格が「広く普及している」わけではなく、したがって、標準必須特許のすべてが「有力な技術」に該当するわけではない。厳密に読めば、原案は標準必須特許のうちの有力な技術に該当するようなものについて記述したことが分かるが、一見するとすべての標準必須特許が一般的に「他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する」との誤解を生じ得る表現である。その意味では、成案への修正は適切なものであったと評価できよう。

³³ 以上の状況は不公正な取引方法に関する記述についても同様であり、成案ではこの点を踏まえて、「……販売を困難とするものであり……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こととなる」との記述を、「……販売を困難とすることにより……競争機能を低下させる場合がある」および「公正競争阻害性を有するときには、不公正な取引方法に該当する」に修正されている（別表・第4-2 (4) 参照）。

³⁴ 他方でパテントプールガイドラインは、それに続けて、「規格に係る特許の利用について相互に制限を課し、ライセンシーの事業活動に制限を課すなど、広範に競争制限行為が行われるおそれがある」といった競争への悪影響の可能性についても指摘している。

³⁵ ある製品に多数の特許が関与している場合、当該製品の製造・販売を行う事業者（ライセンシー）に対して個々の特許権者（ライセンサー）が通常のロイヤルティを請求すると、ライセンシーが支払うべきロイヤルティが累積され、極めて高額となってしまふという問題。

³⁶ 「FRAND条件でライセンスを受ける意思を有する者」に当たるか否かは、自己の特許権を行使できるかどうかを決定する基準という意味で特許権者にとって重要であるが、特許権者から差止請求訴訟を提起されないことの意味では事実上セーフハーバーとして機能し、当該特許の実施希望者にとっても重要である。

³⁷ 「ホールドアウト (holdout)」とは、特許の実施希望者がFRAND条件でのライセンスを受けることを拒否あるいは遅延する戦略をとることであり、「リバースホールドアップ (reverse holdup)」とは、実施希望者がFRAND条件よりも低いロイヤルティでライセンスを受ける状況を指す。

³⁸ このこと自体は公取委も調査報告書第3-1 (2) ア（当該箇所では、「特許行政年次報告書2014年版」に基づき、審判手続によって約3割の特許が無効と判断されている事実を紹介している）を引用し、認めている。

³⁹ ところで、「FRAND条件でライセンスを受ける意思を有する者」の決定基準に関しては、ファーウェイ事件・前掲注 (18) の判決の考え方が参考になるとの意見が複数寄せられた（意見の概要No. 37, 54など）。また、公取委自身も、知財ガイドラインの本改正に当たり、同判決を参考にしたことを明らかにしている（意見の概要No. 37）。本改正の解釈・運用に有益であると思われるので該当部分を紹介する。同判決は、必須宣言特許の保有者（必須特許権者）が特許権侵害訴訟を提起等することがEU競争法102条に違反しない要件について次のような考え方を示した（Huawei, paras 60-69）；①標準必須特許権者は、特許権侵害訴訟の提起等の前に、まず、侵害されている標準必須特許を特定し、その侵害態様を示すことで被疑侵害者に対して警告を行うこと。1つの標準が非常に多くの標準必須特許から構成されていることに鑑みれば、被疑侵害者がそのような標準必須特許の1つを利用している事実を認識していない可能性があるからである。②次に、被疑侵害者がFRAND条件でのライセンス契約締結の意思を示した後は、標準必須特許権者の側が、標準化機関に対して確約したFRAND条件に基づく具体的なライセンスの申出を、特にロイヤルティの額とその算定根拠を示した上で、書面によって行うこと。標準必須特許権者がFRAND条件でのライセンス付与を標準化団体に確約していた場合には、当該特許権者がライセンスの申込をすることが期待されていると解されるべきである。さらに、一般的に標準となるライセンス契約が存在しない場合、また、他の競争者との間で既に締結されているライセンス契約が公開されない場合、提示された申込が非差別的であるかどうかを確認することについては、標準必須特許権者の方が被疑侵害者よりも適切な立場にいるからである。③他方、被疑侵害者は当該申込に対して当該業界における商慣行に則り、かつ誠実に対応しなければならない。この点は、客観的な要素に基づき判断されなければならない。特に遅延戦術を含んでいないことが重要である。④被疑侵害者が当該申込を受け入れない場合には、当該必須特許権者に対して迅速かつ書面でFRAND条件に適合する明確な対案を提示しない限り、差止請求または製品

の回収を求める訴訟が濫用的性格を有すると主張できない。⑤さらに、ライセンス契約が締結される前に被疑侵害者が標準必須特許を使用している場合、当該対案が拒絶された時点から、当該業界において認知された商慣行に従い、適切な担保（たとえば、銀行保証の提供や必要な金銭の供託）を提供しなければならない。当該担保の算定には、特に、当該標準必須特許の過去の利用回数を含んでいなければならない。被疑侵害者は当該利用に関する会計書類を開示しなければならない。⑥さらに、被疑侵害者が対案を示した後もFRAND条件の詳細について合意に至らなかった場合には、両当事者は合意により、ロイヤルティの額を独立した第三者によって決定するよう、裁判所に速やかに求めることができる。⑦最後に、標準化機関が標準化作業の過程において、規格に採用した特許が有効であることや必須であることを確認しないという事実、および、欧州連合基本権憲章47条が保障する効果的な裁判による保護を受ける権利に鑑みれば、被疑侵害者がライセンス許諾に関する交渉と並行して、その者が実際に利用している特許の有効性や必須性を争うこと、あるいは、将来の利用のためにそのような権利を留保することは非難されるべきではない。

⁴⁰ 公取委は本改正に際し、「本改正は、当委員会による独占禁止法の解釈を示すものですが、本改正の検討では、関係省庁と意見交換をしてきました」（意見の概要No. 61）との事実を明らかにしている。

⁴¹ たとえば、次のようなものが考えられる：「名宛人（標準規格必須特許の保有者）は当該ライセンス希望者との間で、FRAND条件に基づくライセンス契約の交渉を迅速かつ誠実に進めること。ロイヤルティの額を含む具体的なライセンス条件について両当事者の間で合意に至らない場合は、両当事者が選出した仲裁人の裁定により決定すること。」