

## 経済法 第 28 回 07/24

担当 中川晶比兒

### I 独禁法と知的財産法

#### 【知的財産法の意義】

[1] 「知的財産は、映像、音楽、トレードマークなど社会の文化的・商業的コミュニケーションを生み出す財産であり、また、そのようなコミュニケーションを支える情報技術 (IT) などのテクノロジーである。」<sup>1</sup> ←知的財産としてのテクノロジーには、実用性のある技術的知識 (技術的課題に対する解決方法) が広く含まれる。

⇒ これらの知的財産に、特許権、実用新案権、意匠権 (商品のデザイン)、半導体集積回路の回路配置利用権、新品種に関する育成者権 (種苗法)、著作権 (複製権、演奏権、公衆送信権などの支分権の総称)、著作隣接権 (著作物を広く社会に伝達する役割を果たす歌手、俳優などの実演家やレコード製作者、放送事業者に与えられる権利)、商標権<sup>2</sup>を成立させることによって保護する。

[2] 知的財産法の機能: ただ乗り防止 + それを通じた創作インセンティブ (費用回収手段) の確保<sup>3</sup>

[2-1] 「知的財産は知識・情報の性質をもち、その利用に量的限界がないから、多くの人が同時にどれだけ使用しようと使い尽くされるということはない。そのため誰がどこでどれほど知的財産を使用をしているかを知ることが難しく、無断使用に対して、契約法や不法行為法により保護を図ったとしても十分な防備ができない。これを放置すれば、知的財産の開発と商業化の事業はリスクが大きくなり、知的財産を創作する活動全般に影響が及ぶ。社会の文化的・商業的コミュニケーションは低迷し、それを支えるべき技術的基盤の発展も滞るであろう。」<sup>4</sup> 「研究投資を正当化するためには、企業はその成果に価格をつけて…販売することが可能でなければならない。しかし、一旦生産されるや、誰にでも無制限に利用できるような財に、一体誰が金を支払うだろうか。…特許権、著作権……はこの問題を扱っているのである。これらは、本来的には量的性質を具えていないものにそれを付与し、そうすることによって、私的企業が着想や新知識の生産に従事し、鉄鋼やパンと同様に、それを営利的に販売、使用することを可能にしている。」<sup>5</sup>

[2-2] 「知的財産制度は、直接には、不正競争 (ただ乗り) を防止するために導入されたと考えてよい。今でも営業秘密や周知標識などの知的財産が不正競争防止法によって保護されているのはその証である。しかし、知的財産権制度の目的は不正競争の防止にとどまるものではない。知的財産に排他権を与えて量的希少性をもたせ、確実に取引できる財として成立させるものである。取引の確実性が高まれば、知的財産を創作する投資活動も奨励されよう。こうして、知的財産制度は、…知的創作を奨励するという積極的な政策目的 (産業振興政策や文化学芸奨励政策) に照準する手段となる。」<sup>6</sup>

[3] 知的財産権はどの範囲で保護されるべきか

[3-1] 「知的財産権の制度設計に適切な配慮を欠くと人々の自由な活動の脅威になりうる。多くの事業者知られた技術に特許権が与えられ、あるいは多くの事業者が自由に使っていた商品の名称に商標権が与えられ、それらの使用が禁止されるならば、商業的コミュニケーションは深刻な影響を受けるであろう。著作権の場合は事業者だけでなく、社会の多数の人々の教育、研究、娯楽などの文化的なコミュニケーションに深刻な打撃を与えるであろう。」<sup>7</sup>

<sup>1</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』319 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

<sup>2</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』323-325 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

<sup>3</sup> 商標には創作性は要しないため、創作インセンティブ保護という機能は妥当しない。

<sup>4</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』319-320 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

<sup>5</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』320-321 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

<sup>6</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』321 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

<sup>7</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第 [8 版]』321-322 頁 (稗貫俊文) (有斐閣、2016 年)

[3-2] 「知的財産の保護は利用とのバランスを図らなければならない。特許法は保護対象を新規で進歩的な技術に限定し、著作権法は思想または感情を創作的に表現したもの(著作物)を保護し、商標法は識別性を高めた商標のみを保護する。また保護期間中であっても、特許法は、試験研究のための実施は許容し、著作権法は研究や教育、報道のために著作権の効力を制限し、特許法も著作権法も利用の隘路を調整するための裁定実施制度を設けている。また知的財産権は、保護期間を限定され、その期間を過ぎればパブリック・ドメイン(公衆の自由利用圏)におかれる(ただし商標権は保護期間を何度も更新できる)。」

#### [4] 知的財産法が制限する「自由競争」の局面

[4-1] 「特許法を例にとれば、…特許法は…発明者に独占権(専有権)を与える。しかし、それはあくまでも発明の実施権の専有であり、市場における独占を保証するものではない。」<sup>8</sup>

[4-2] 「特許権、実用新案権、意匠権、植物新品種は絶対的排他権である。模倣・盗用を排除するだけでなく、出願に遅れた者の独立した知的創作も排除する。このことは出願における先願主義と符合する。」<sup>9</sup>「それは、特許の存続期間中、特許発明と同一の発明には競争資格を与えず、特許発明を超える発明を開発する競争へと競争のステージを押し上げる効果を有するであろう。特許法はこのようにして研究開発競争を奨励する…」。<sup>10</sup>「知的財産権の存在は、他の財産権とは異なり、積極的に一定の競争秩序を形成する役割がある。絶対的な排他権をもつ競争秩序は、独立した後発創作の作用を自由競争の領域から追放する。もはやそれは不正競争として現われるほかない。後発の創作の利用を排除することはもはや自由な競争の排除ではないから、独禁法の保護法益の侵害はない。」<sup>11</sup>

※ ここでいう「自由競争」及び「不正競争」は、独禁法上の概念としての自由競争(自由競争阻害における意味)や不公正な競争とは区別しておいた方がよい。あくまで特許法を「競争政策」的に説明した場合の用語にすぎない。

### 【知的財産法と独禁法】

#### [1] 関連する規定:独禁法第 21 条

「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」

#### [2] 前提としての知的財産権の利用態様

「知的財産の創作者に報償を与えるのは市場であり、市場が知的財産の価値を評価する。かくして、知的財産権者は、「専有」権を得て管理可能となった知的財産を自分だけで利用するか、他人に譲渡するか、ライセンスを与えて使用料(ロイヤリティ)を取る…」。<sup>12</sup>「知的財産権者…は、規格技術を積極的にライセンス…して、多数のメーカーに規格技術を採用させる戦略をとることがある。そうすれば、多くのユーザーがその技術の特性に慣れて、これを支持することになるから、自己の技術が業界標準となる。また、企業…が、他人に専用実施権を与えることがある。これは、当該企業…が、ライセンシーに、特定の市場(特定の地域、特定の使用分野)の商業的開拓を促し、侵害の監視を任せるのに有益な方法である。たとえば、外国の特許権者は、日本市場に直接進出したり、合弁事業を設立しないときに、日本の企業に専用実施権を設定することが多い。専用実施権者となった日本の企業は、国内で排他的な地位が保証されるから、国内市場の開拓に積極的に投資するだろう。」<sup>13</sup>

<sup>8</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第[8版]』327頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>9</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第[8版]』325頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>10</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第[8版]』327頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>11</sup> 厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』422頁(稗貫俊文)(弘文堂、1997年)

<sup>12</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第[8版]』339頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>13</sup> 厚谷襄児ほか『条解独占禁止法』425頁(稗貫俊文)(弘文堂、1997年)

### [3] 規定の趣旨

[3-1] 「知的財産権の侵害を排除すること」(侵害に対する警告や差止請求)が「違法でないことを確認すべく、これを独禁法 21 条で明記している。」「もしこれを違反とすれば、知的財産権制度の趣旨を損なってしまう。」「この趣旨は独禁法 21 条に例示される法律による権利行使だけでなく、種苗法や半導体集積回路の回路配置の保護に関する法律に基づく権利行使や、不正競争防止法による差止請求権の行使も含むと考えることができる。」<sup>14</sup>

[3-2] 「ライセンス拒絶と、部分的なライセンス拒絶(地域や使用分野の制限)の行為も、「権利の行使」に含まれるであろう。」<sup>15</sup>

※ ライセンス範囲の制限は、知的財産権者がライセンスする相手を選ぶことができしめるべき(効率的なライセンシーのみが受け入れられるロイヤリティを設定した方が費用回収は進む)という考えの反映。費用回収の効率化という動機からライセンス拒絶が行われている場合には、ライセンス拒絶もライセンス範囲の制限と同じ評価・取り扱いをすべきことになる。

※ 取引拒絶については、それが取引拒絶者の競争的努力を減らすことにつながるのであれば独禁法において「取引の自由」を出発点にする必要はないことは既に述べた(経済法 23 回 4 頁)。ライセンス拒絶も、知的財産権者(ライセンス拒絶者)にとって競争的努力を高めることにつながるのであれば、それは正当な理由ないし競争促進的動機(競争促進効果)としてライセンス拒絶の公正競争阻害性を否定する。

※ [3-1]と[3-2]は知的財産権の行使のうちで、独禁法上適法となる余地が他の権利行使態様と比べて高いものを示しているにすぎない。独禁法上適法となるか否かは、ライセンス拒絶やライセンス範囲の制限の動機を、事案毎に吟味する必要がある。従って、その判断のためには独禁法を適用せざるをえないのであって、独禁法規定を「適用しない」といっても、実質判断をせずに文字通り適用を排除する規定ではない<sup>16</sup>ことに注意。<sup>17</sup>

### [4] 権利の行使と認められない行為の典型例

①「製品の規格に係る技術又は製品市場で事業活動を行う上で必要不可欠な技術(必須技術)について、当該技術に権利を有する者が、他の事業者ライセンスをする際、当該技術の代替技術を開発することを禁止する行為は、原則として、ライセンシーの事業活動を支配する行為に当たる。また代替技術を採用することを禁止する行為は、原則として、他の事業者の事業活動を排除する行為に当たる」<sup>18</sup>

②「ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンス技術を用いた製品に関し、販売価格又は再販売価格を制限する行為は、ライセンシー又は当該製品を買い受けた流通業者の事業活動の最も基本となる競争手段に制約を加えるものであり、競争を減殺することが明らかであるから、原則として不公正な取引方法に該当する(一般指定第 12 項)」<sup>19</sup>

<sup>14</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第(8版)』328頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>15</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第(8版)』329頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016年)

<sup>16</sup> 「知的財産権の適用除外は創設的な適用除外(本来は競争政策に反する行為であるが、別の政策的な理由で正当化される適用除外…)ではなく、確認的な適用除外(本来は競争政策に反しない行為であるが、そのことを確認する必要から設けられた適用除外)である」。稗貫俊文『市場・知的財産・競争法』4頁(有斐閣、2007年)

<sup>17</sup> 独禁法上の適用除外規定は、厳密に言えば実質基準を備えている規定ばかりである。

<sup>18</sup> 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第3の1(3)イ(平成28年1月21日)

<sup>19</sup> 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第4の4(3)(平成28年1月21日)

## 【多数の知的財産権が関連する産業における問題】

[1] FRAND条件でのライセンスを宣言している場合<sup>20</sup>

①「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、規格の実施に当たり必須となる特許等(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」という。)を定めている。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。」

②「FRAND 宣言は、標準規格必須特許を有する者には、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、生産又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「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。」 ←排除型私的独占となりうる<sup>21</sup>

④「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。」

## [2] 非係争義務(NAP, non assertion of patents)条項

[2-1] 「ライセンサーがライセンシーに対し、ライセンシーが所有し、又は取得することとなる全部又は一部の権利をライセンサー又はライセンサーの指定する事業者に対して行使しない義務(注 17)を課す行為は、ライセンサーの技術市場若しくは製品市場における有力な地位を強化することにつながることで、又はライセンシーの権利行使が制限されることによってライセンシーの研究開発意欲を損ない、新たな技術の開発を阻害することにより、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 12 項)。

(注 17) ライセンシーが所有し、又は取得することとなる全部又は一部の特許権等をライセンサー又はライセンシーの指定する事業者に対してライセンスをする義務を含む。」<sup>22</sup>

## [2-2] マイクロソフトコーポレーションに対する件・審判審決平成 20 年 9 月 16 日審決集 55 巻 380 頁

①マイクロソフトが Windows を国内パソコン製造販売業者(OEM 業者)に供給するにあたり、マイクロソフトまたは他のライセンシー(自分以外の他の OEM 業者)による Windows 製品の製造販売等による特許侵害に対して、仮に自分が特許権者であっても(将来になるとしても)、特許権侵害訴訟を提起しないという規定(非係争条項)を含めた。

パソコン製造販売業者には、松下、富士通、三菱、東芝、ソニー、日立など、デジタル音声・画像データの視聴技術(AV 技術)について必須特許を持つメーカーが存在した。

公取委は、本件ライセンス契約条項により、「OEM 業者の AV 機能に関する技術の開発意欲が損なわれることとなり、我が国の当該技術に係る分野における公正な競争が阻害されるおそれがある」ため、拘束条件付取引(一般指定 12 項)に該当し独禁法 19 条に違反するとした。

<sup>20</sup> 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第 3 の 1(1)オ(平成 28 年 1 月 21 日)

<sup>21</sup> 取引拒絶(一般指定 2 項)、競争者に対する取引妨害(一般指定 14 項)にも該当しうとする。同上第 4 の 2(4)

<sup>22</sup> 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第 4 の 5(6)(平成 28 年 1 月 21 日)

## ②審決要旨:

「本件非係争条項は、…対象となる製品がライセンス対象製品のみならず将来製品にも及び、かつ、極めて長期間にわたり、さらに、ウィンドウズシリーズの機能の拡張に伴い、広範な特許権が将来的に無償ライセンスの対象となっていく可能性があるところ、①ウィンドウズシリーズはパソコン OS 用市場において、平成 15 年当時においては 94 パーセントという高い市場占有率を有していることから、いったん OEM 業者の特許権に係る技術がウィンドウズシリーズに取り入れられてしまった場合には、パソコンを利用するほとんどすべての者が当該 OEM 業者の特許権を利用することができることになり、OEM 業者は自社のパソコン AV 技術を第三者に許諾するという方法で技術開発の対価を回収することが困難となること、②これらの特許権を利用できる者の中には、当該特許権を開発した OEM 業者の同業者である他の OEM 業者も含まれているため、OEM 業者は自ら開発したパソコン AV 技術を第三者に許諾せず自社製品のみを利用して自社製品を差別化するという方法を選択することも困難となること、…」これらにかんがみると、…OEM 業者によるパソコン AV 技術の研究開発の意欲を妨げることになるものと推認することができるというべきである。」

## [2-3] 審決に対する批判

①パソコンAV技術市場だけを見て研究開発意欲を論じ尽くしているかという疑問。<sup>23</sup>

②「標準必須特許を所有する事業者だけでなく、他のライセンシーの事業活動を差止請求のリスクから解放し、標準規格に沿った多様な電子製品の開発投資を促す効果をもたらす。NAP条項は、特定のライセンシーの有する特許権の権利主張を抑圧し、その研究開発意欲を損なうという観点だけから問題にするのは適正ではなく、このような業界に存在する膨大な数の特許権が侵害訴訟に巻き込まれるリスクを大きくし研究開発投資の[に]悪影響を及ぼしている面にも目を向けるべきであろう。」<sup>24</sup>

<sup>23</sup> 舟田正之ほか編『経済法判例百選』ジュリ 199 号 197 頁(和久井理子)(2010 年)

<sup>24</sup> 岸井大太郎ほか『経済法第(8 版)』342 頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016 年)

## II 独禁法と国際事件

### 【域外適用】

[1] 独禁法の「違反行為者」またはその「取引相手」(被害者)のいずれか一方が、適用国(適用候補となる独禁法を制定した国)の領域外に所在する場合に、独禁法を適用することが、国際法上許されるか(国家管轄権に関する国際法上の制約に反しないか)という問題。立法管轄権ないし規律管轄権の問題である。

#### [2] 域外適用が問題となる場合

①違反行為者と取引相手の両方ともが外国に所在する場合には国家管轄権が及ばない(外国に優先して国家管轄権を行使すべき理由がない)。また、両者とも適用国に所在する場合には国内法適用そのものである。

②従って、域外適用が問題となる類型としては、違反行為者が売り手の場合を考えると、

[A] 違反行為者(売り手) = 外国企業

取引相手(買い手) = 適用国企業(内国企業)

[B] 違反行為者(売り手) = 適用国企業

取引相手(買い手) = 外国企業

の 2 パターン。独禁法の域外適用が最も盛んになされてきたのは、[A]のパターンであり、グローバルなカルテル、外国企業間の合併など。<sup>25</sup>

※ サプライチェーンがグローバルに展開することにより、適用国が複数ありうることは通常となった。関連する他国(海外子会社の所在地国など)の観点からみて、それが他国の典型的な域外適用事例であるかどうかをチェックした上で、自国の独禁法を適用する必要がある。独禁法には域外適用に関する明文の規定はないが、明文の規定を設けても、かえって硬直的な解釈をもたらす可能性や、逆に何の解決にもならない空文になるおそれがある。

※ 効果主義 vs 属地主義といった議論が行われるが、刑法のように行為と結果を時間的・場所的に分離できるような場合にはともかく、経済取引ではこのような分類はなじみにくい。

#### [3] 域外適用に関する手続問題(執行管轄権、裁判管轄権に関する問題)

違反事業者が、国内に送達すべき場所(支社、営業所等)も、国内において文書受領権限を有する代理人も有さない場合には、(i)在外日本領事等への囑託(独禁法第 70 条の 7 による民訴法第 108 条の準用)または(ii)公示送達(独禁法第 70 条の 8)によって必要な書類を送達する。<sup>26</sup>

<sup>25</sup> [A]のパターンにおいてのみ域外適用を肯定する考え方を自国所在需要者説と呼ぶ見解として、白石忠志『独禁法講義〔第 7 版〕』274-275 頁(有斐閣、2014 年)を参照。

<sup>26</sup> BHP ビリトンに対しては、メルボルンの総領事館を経由して報告命令書を交付しようとしたが、拒否されたため公示送達が行なわれた。岸井大太郎ほか『経済法第〔8 版〕』450-451 頁(稗貫俊文)(有斐閣、2016 年)