

平成 27 年 8 月 6 日

公正取引委員会 御中

競争法フォーラム

「知的財産の利用に関する独占禁止法の指針」の一部改正（案）に対する意見

昨今、情報通信分野などで、いわゆる必須特許を巡り紛争が頻発する中、国内外の司法機関による判断や、海外の競争当局による指針が次々と示されている。かかる状況下において、公正取引委員会としても、上記紛争について、日本の独占禁止法上の問題として真摯に捉え、新たに知的財産ガイドラインの一部を改正（以下「本改正案」という。）することで、日本の競争当局としての見解を対外的に示し、紛争の予防・解決を図り、もって公正かつ自由な競争を保護・促進しようとする姿勢は一応評価できる。特に、日本の司法機関において、上記紛争に対する独占禁止法上の判断がなされていない中で本改正案を示すことは、公正取引委員会として、上記紛争について、独占禁止法上の観点からも十分に予防・解決し得るものであることを示唆するものといえる。

他方で、本改正案は、その内容を精査すると、やや概括的なものとなっている印象が否めず、海外における司法判断などではもう少し考慮要素や判断過程、さらには例外が示されていること等からしても、さらに推敲すべき余地があるように思われる。

また、本改正案は、独占禁止法の行為類型の観点から見た分析が十分になされていないように思われる。すなわち、今回問題となる独占禁止法の行為類型のうち、私的独占に関する記述については、ライセンス付与の拒絶等によりどの程度の市場支配力の形成・維持・強化がなされれば競争の実質的制限が認められ、違法とされるかが示されていない。上記の点は、現行指針の第3の1（1）のアからエに列挙された行為についても同様であるが、これらの行為については、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。」と含みがあるのに対し、本改正案「第3の1（1）オ」は「該当する。」と言い切っている点で不適切であり、少なくとも上記現行指針の記載と平仄を合わせるべきである。また、不公正な取引方法に関する記述については、当該行為に該当すると何ら留保を付けずに直ちに公正競争阻害性ありとしている点に関して、実体としてそのように断言できるとかということのほか、他の表記との整合性という観点からも問題があると思われる。なお、本改正案によると、「FRAND条件でライセンスを受ける意思を有する者」かどうかが、独占禁止法違反となるか否かの判断にあたって重要なファクターとなっているが、独占禁止法に基づく違法性判断の枠組みが示されていないため、上記ファクターの位置付けが明らかでなく<sup>1</sup>、ま

---

<sup>1</sup> 例えば、モトローラ社のアップル社に対する差止請求がEU機能条約102条の市場支配的地位の濫用になるかという問題について、欧州委員会によるモトローラ社に対する決定（Case AT.39985 Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents）では、①関連市場（relevant market）を画定した上、②モトローラ社の市場支配的地位(Dominance)、③同社による権利濫用（abuse）の有無（反競争効果の有無を含む）を認定した後、④客観的正当理由（objective justification）の有無の判断において、「FRAND条件でライセンスを受ける意思を有する者」かどうかが考慮され

た、上記ファクター自体の考慮要素や判断過程も不明であるため、他のファクターによって違法性判断が覆る可能性があるのかも不明確である。

以下、具体的に述べる。

まず、本改正案では、FRAND宣言をした必須特許を有する者又は当該必須特許の対象となる技術を含む規格の策定後にFRAND宣言を撤回した者が、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は、私的独占及び／又は不公正な取引方法に該当すると述べる（本改正案「第3の1（1）オ」、同「第4の2（4）」）とともに、上記「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・・・厳格になされるべきである。」とも述べている（本改正案「第3の1（1）オ」）。

確かに、FRAND宣言された特許であっても、標準化機関や第三者がその有効性、必須性を必ずしも評価しているわけでもない上、特定の必須特許に係る特許権者とその侵害被疑者との関係では、当該特許の侵害の有無やFRAND条件の具体的内容（実施料率等）が客観的に確定しておらず、両者間においてその認識に開きのあることがむしろ通常である。したがって、当該必須特許の有効性、必須性、侵害の有無、実施料等について侵害被疑者が疑問を呈し、主位的にはそのような意思を表明しつつも、予備的にライセンスを受ける意思を表すという言動は決して相容れない訳ではなく、実務上も並存することが少なくない。かような状況に鑑みれば、FRAND宣言した必須特許権者からのライセンスの申出内容に直ちに応じるということはむしろ稀であって、必須特許権者と交渉をしながら、条件次第でライセンスを受ける、という者も含めて広く保護する必要があり、その意味では、「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・・・厳格になされるべきである。」という表現について首肯できなくはない。言い換えるならば、FRAND宣言をしておきながら、自らの意向に少しでも反する侵害被疑者に対してライセンス拒絶・差止請求をする必須特許権者の当該行為が、私的独占や不公正な取引方法に該当し得るということ自体はあながち不当ではない。

しかし、他方で、特許権者は、特許法上、業として特許発明を実施する権利を専有しており（特許法68条）、自己の特許権等を侵害等する者に対し、差止請求することを法律上当然に認められており（特許法100条1項）、しかも日本の特許法上の差止請求は、米国のように衡平法上の権利に拠るわけではないため<sup>2</sup>、差止請求権の行使は、要件事実さえ充足すれば、原則として許されるべきである。さらにいえば、必須特許権者の侵害者に対する差止請求を一切許さないとすれば、例えば、実施料率について両者の主張に大きな開きがある場合、必須特許権者は、当該紛争について解決に至らない間、当該必須特許の実施を継続する侵害被疑者に対し、即時的な解決を一切図れないことになり、特許権者の保護として些か不十分である<sup>3</sup>。

かかる状況を前提とした特許法の行使と独占禁止法の発現との相克という観点からして、「ライセンスを受ける意思を有する者ではない」との認定については、単に例示を挙げるだけではなく、その意思を有する者ではないとの認定について、「厳格」

---

ている。

<sup>2</sup> 米国における差止請求権の制限については、eBay Inc v. MercExchange, L. L. C., 547 U.S. 388 (2006)をご参照

<sup>3</sup> もちろん、このような場合であっても、事後的に、FRAND条件による実施料ないし損害相当額の回収を図れることは当然である。

という点に係る考慮要素や判断過程をもっと詳細に示すべきである。また、FRAND宣言をした必須特許権者がFRAND条件によりライセンスを受ける意思を有する者に対してライセンス拒絶・差止訴訟請求しても、事前に何らかの行為を行えば、例外的に、私的独占や不公正な取引方法に抵触しない場合もあり得るのか、そのような場合もあり得るのであればその条件は何か等についても記載すべきである。また、潜在的ライセンシーが仮に「ライセンスを受ける意思を有する者」であったとしても、財政難の状況にあるため、必須特許権者にとってロイヤリティの確保が困難であるような場合には、ライセンスの拒絶や差止請求権の行使が認められて然るべきである。さらに言えば、「拒絶」という評価は、FRAND条件・内容の画定と密接に関連しているところ、標準化機関においては、一般的に、定款又は規約等において、FRAND条件の具体的内容は予め決定されておらず、その具体的決定手続すら定められておらず、しかも、この点に関する確定的な判決等もない状況下で、裁判所や公正取引委員会といった公的機関においても、FRANDの内容を画定できるとは限らないわけであるから、かような観点からしても、安易な「拒絶」の認定は回避されるべきである。これらについて配慮を怠れば、必須特許権者のFRAND宣言や研究開発意欲を委縮させることになりかねない点に留意すべきである。

この点、東京地方裁判所平成25年(ワ)第21383号事件は、FRAND宣言をした必須特許のпатентプール会社による差止請求が制限され得る旨を判示した裁判例であるが、当該事件では、FRAND宣言をしていることから当然に差止請求を制限されたわけではなく、交渉の状況等事件における個別の事情を斟酌したうえで判断がなされている。すなわち、前提事実として、ライセンシーが必須特許の実施料を支払う意思を明言した上で売上原価の3.5%という提案をし、さらにпатентプール会社による提示実施料が非差別的である根拠及び提示実施料の算定根拠を示すよう要求したが、патентプール会社がこれに要求に応じなかったことを認定した上で、「妥当とする実施料について大きな意見の隔離が存在する」点に関し、何がFRAND条件か一義的な基準はなく、さまざまな評価が可能で、それにより妥当と解される実施料も変わり得るから、ライセンシーとなろうとする者の交渉態度に一定の合理性あり、патентプール側の交渉態度は必ずしもライセンス契約の締結を促進するものではなかったとして、ライセンシーとなろうとする者にFRAND条件によるライセンスを受ける意思ありとして、патентプール会社の提示実施料がFRAND条件に違反するか否かにかかわらず、差止請求権行使は権利の濫用であると結論づけている。かかる裁判例は、独占禁止法の適用場面について直接述べたものではないにせよ、その考慮要素や判断過程は参考になろう。

また、例えば、欧州司法裁判所は、2015年7月16日、FRAND宣言をした必須特許権者が侵害被疑者に対し、事前に当該必須特許の存在及びその侵害態様を明示した形で注意喚起し、実施料率とその計算方法について明記したFRAND条件での具体的ライセンスの申出を書面で明示し、かつ、侵害被疑者が当該必須特許の実施を継続している場合に、当該分野における商慣行上、侵害被疑者が必須特許権者の申出に誠実・勤勉に対応していると客観的にいえない場合には、差止訴訟請求したとしても、TFEU第102条(市場支配的地位の濫用)に当たらないと判示した<sup>4</sup>。かかる司法判断は、ECの競争法と日本の独占禁止法との要件事実が異なるとはいえ、FRAND宣言を行った必須特許権者が差止訴訟請求を行っても、必ずしも問題とされない例として、これも一つの参考になろう。

---

<sup>4</sup> Huawei Technologies Co. v. ZTE Corp., CJEU, 7/16/2015

ちなみに、本改正案では、「ライセンスを受ける意思を有する者」の例として「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」のみを掲げるが、これでは必須特許権者がコスト等のかかる裁判等を提起しなければならないこととなって負担が重くなり、逆にいえば、そのようなことを見越して、表面上、「実施料等について判決等で定められればそれに従う」旨を標榜しながら必須特許の実施を継続する侵害被疑者の出現に対して、十分に検討されているかが定かではないため、少なくとも挙げるべき単独例としては不十分であるし、この例を挙げるとしても、不合理な交渉引き延ばしの意図をもって訴訟を行う侵害被疑者を対象から外す文言上の手当てが必要であろう。本改正案は、仮にライセンスを受けようとする者による必須特許の有効性、必須性又は侵害の有無に関する主張が裁判又は仲裁手続ですべからず排斥されたときに、当初提示された極めて低額な実施料率によるライセンスを受ければよいことを是認し、かつ当該裁判又は仲裁手続が確定するまでの間、無償で必須特許の実施継続を可能にする点で、いわばゴネ得を許容するものである。また必須特許の実施に係る損害賠償金が、FRAND条件による実施料相当額と同額とするならば、「通常」の実施料相当額を損害賠償すべきとした旧特許法102条3項に基づく損害賠償を認めているに等しく、当該条文の規定の仕方ではゴネ得を誘発することになるという批判にこたえるべく「通常」という文言をあえて削除した現特許法102条3項に改正された趣旨を没却するものであり、不相当である。

また、ガイドラインはパテントプールの問題も対象としているようであるが、不当である。

パテントプールの目的は技術の普及そのものであり、ライセンスでもうけることを目的としていない。そのため、プールとしてのライセンス料の包括料金を決める際にはロイヤリティスタッキングの問題を解消したうえできわめて低額の金額設定をしている。こうしたパテントプールの存在は、技術を取り入れた製品における競争を促進するものである。パテントプールはすでにロイヤリティスタッキングの問題を解消しているので、アップル対サムソン事件のような問題は発生しない。したがって「FRAND宣言しているのだから」という議論はそもそもパテントプールの問題には関係ない。ガイドライン案は、読み方によってはパテントプールの場合にも適用されるように読めるが、むしろ逆に判例が確立しておらず、議論もほとんどなされていないパテントプールによる権利行使は射程外であることを明示すべきである。

いわゆるロイヤリティスタッキング問題を解消するために、各特許権者との個別交渉の場合と比べ、極めて低額な実施料率を無差別的に提示しているという現実に留意する必要がある。これは、パテントプールを構成する個々の特許の標準規格への必須性や重要性に対し様々な評価が可能であることを認識したうえで、このような議論による交渉の停滞を回避し、早期にライセンスを付与するためである。

このように、必須特許権者が、極めて有利な条件を交渉初期の段階で提示しているにもかかわらず、一定の交渉期間を経てもなおライセンス条件の合意に至らなかったのであれば、裁判又は仲裁手続に移行するか否かにかかわらず、侵害被疑者側において、ライセンスを受ける意思がないと捉えるのが自然であり、その場合、むしろライセンスを受ける意思があると主張する者に対し、そうした状況にかかわらずライセンスを受ける意思があることを示す特段の立証を求めるべきである。

また、本改正案では、FRAND宣言をした必須特許を有する者又は当該必須特許の対象となる技術を含む規格の策定後にFRAND宣言を撤回した者が、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は、不公正な取引方法との関係では、何ら留保等を付けずに直ちに「公正競争阻害性を有する」と断言している（本改正案「第4の2（4）」）。

しかし、上記のような事情からすれば、必須特許権者の行為やそれに対する侵害被疑者の対応如何によっては、私的独占に該当しないことがあり得るのみならず、不公正な取引方法との関係でも、公正競争阻害性を有しない場合も想定されるところの余地を残しておくべきと思われる。実際、例えば、FRAND宣言をした必須特許権者が、FRAND条件でライセンスを受ける意思を有すると一応主張する侵害被疑者に対し、同人の当該規格を採用した製品市場における技術促進阻害行為の停止を条件とし、それを止めるまでは必須特許をライセンスしないというような場合には、公正競争阻害性が認められないのではないかと思われる。

また、他の表記との整合性という観点からしても、その直前に挙げられた3つの行為（「第4の2の（1）乃至（3）」）については、いずれも行為を挙げた上で、それが「公正競争阻害性を有する場合は」と留保を付けることで、当該行為に該当したとしてもそのことが直ちに公正競争阻害性ありと認定されるものではないと記載していることとの関係からしても、本改正案の表現には違和感がある。

以上述べたとおり、本改正案のうち、不公正な取引方法に関する記述については、あたかも当該行為に該当すると当然違法と断言しているようにも見受けられる点で不当であるし、仮に当然違法という趣旨でなかったとしても、原則として違法だとしているのであれば、そこまで言い切れるほど強い根拠があるのかという点で、いずれにしても不適切な表記である。

したがって、「第4の2の（4）」において、「FRAND宣言をした必須特許を有する者又は当該必須特許の対象となる技術を含む規格の策定後にFRAND宣言を撤回した者が、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」を行為として加えるとしても、「第4の2の（1）乃至（3）」の表記と同様、それが「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）」等という表現に改めるべきである。

なお最後に、今回の改正は限定的な論点についてのみ焦点を絞ったものになっているが、現行指針全体についても、この分野に関連する国内外の直近の議論（NTT東日本事件の最高裁判決、排除型私的独占に係る指針、さらにはEUの最新の知的財産権ガイドラインなど）を反映すべく、改訂すべき点が多くある点も指摘したい。

以 上