

論説 技術標準における特許権の行使と米国反トラスト法

著者	白石 幸輔
著者別名	Shiraishi Kousuke
雑誌名	筑波法政
号	62
ページ	67-113
発行年	2015-03-10
その他のタイトル	Articles The Enforcement of Patent Rights the Technical Standards and U.S. Antitrust Law
URL	http://hdl.handle.net/2241/00123760

技術標準における特許権の行使と 米国反トラスト法

白石 幸輔

近年、技術標準における特許権の行使に関する議論が国内外で盛んになっており、日本においても実際に係争となるケースが出てきている¹。議論の対象となっている行為には様々なバリエーションがあるが、技術標準における特許権の行使に関する議論はおおむね次のように概括することができる。

企業が技術の標準化（以下単に「標準化」という。）を共同で行う場合、標準化団体（Standard Setting Organization（以下「SSO」という。））といわれるものを結成する。SSOが策定する技術標準に特許権等の知的財産権（以下、便宜上「特許権」という。）が含まれる場合には、権利者からのライセンスの可否やライセンス料の水準によっては技術標準の普及が困難になり得る。このため、SSOは、SSOの参加企業に対して、技術標準に関係することとなる特許権を保有している場合には事前に当該特許権を開示させた上で、特許権者に対して当該特許権を、無償でライセンスする旨、あるいは、公正、合理的、かつ、無差別な（Fair, Reasonable and Non-Discriminatory（以下「FRAND」という。））条件でライセンスする旨の宣言をさせる。そして、この宣言が得られない場合には、当該特許権を迂回する形で技術標準を変更するなどの対応を採る。しかし、この過程で、自己が保有する特許権を秘匿し、又は、当初から守るつもりのない虚偽のFRAND宣言を行い、自己の保有する特許権が技術標準に取り込まれた後に、SSOのメンバー（技術標準に準拠する製品の製造業者など）に対して高額なライセンス料を請求する行為が行われることがある。仮にSSOのメンバーが技術標準に準拠する製品の製造などに相当の投資をし

1 スマートフォン等の製品を巡る一連の事件では、標準化団体に対してFRAND条件でライセンス許諾を行う用意がある旨の宣言を行った特許について、当該特許権に基づく損害賠償請求権行使の権利濫用の成否及び損害額（知財高判平成26年5月16日（平成25年（ネ）10043号））や当該特許権に基づく差止請求権の行使の権利濫用の成否（知財高決平成26年5月16日（平成25年（ラ）10007号））が争点となった。

ていた場合には、高額なライセンス料を受け入れざるを得ないことになる（このような状況は「ホールドアップ」などと呼ばれる）。また、特許権者が技術標準に準拠する製品に対して差止請求を行い、裁判所が差止めを認めた場合には、技術標準に準拠する製品を製造する企業は市場から撤退しなければならない。特許権者が特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言を行っていない場合であっても、自己の保有する特許権が技術標準に取り込まれた後に特許権を行使する場合には同様の問題が生じる。このような特許権の行使は影響が大きいため、何らかの制限を認めるべきではないか。

以上が技術標準における特許権の行使に関する議論の概括である。米国では、連邦取引委員会（以下「FTC」という。）による執行を中心として上記のような特許権の行使を反トラスト法²で規制しており、議論も活発に行われている。本稿は、技術標準における特許権の行使に対する FTC の規制を概観し、FTC がいかなる法律構成で技術標準における特許権の行使を規制しているのかを抽出する。その上で、FTC が技術標準における特許権の行使を規制できるとする根拠と規制すべきであると考え理由について検討を加える。

以下、FTC の規制を理解する上での予備知識として、第 1 において関連法規（シャーマン法 2 条と FTC 法 5 条）、第 2 において FTC における標準化の位置付けをそれぞれ概観する。その上で、第 3 においては FTC による執行事例を概観し、技術標準における特許権の行使について FTC が 2 通りの法律構成（シャーマン法 2 条に違反すると法律構成とシャーマン法 2 条には違反しないが FTC 法 5 条には違反すると法律構成）を採ってきたことを示す。そして、第 4 において、シャーマン法 2 条には違反しない行為を FTC 法 5 条で規制することができる理由と、シャーマン法 2 条で規制すべきではないとされている行為を FTC 法 5 条で規制すべきと FTC が考える理由について明らかにする。

第 1 FTC の規制手段の概要

FTC が技術標準における特許権の行使を規制する場合の根拠法は、連邦取引委員会法（以下「FTC 法」という。）5 条であるが、同条における禁止行為はシャ-

2 本稿では、シャーマン法、クレイトン法等に連邦取引委員会法 5 条の不正な競争方法（unfair methods of competition）も含んだ概念として「反トラスト法」という用語を使用する。

マン法等の他の反トラスト法に違反する行為を全て包含する上に、それらの法律では禁止されない行為をも包含する。技術標準における特許権の行使については、シャーマン法2条に違反する行為としてFTC法5条で規制される場合とシャーマン法やクレイトン法には違反しないが、FTC法5条には違反する行為（以下「FTC法5条独自の違反行為」³という。）として規制される場合がある。このため、以下では、FTCの執行を理解する上で必要な限りで、シャーマン法2条とFTC法5条について概観する。

1 シャーマン法2条⁴

シャーマン法2条のうち、技術標準における特許権の行使に関係する部分は、「州際又は国際間の取引又は通商のいずれかの部分を独占し、又は独占を企図・・・する者・・・は重罪とし、」との部分である。通常、前者を「独占化 (monopolization)」、後者を「独占化の企図 (attempt to monopolize)」などと呼ぶ。独占化と独占化の企図とでは以下のように要件に差があるが、正常な競争行為と違法な行為を区別するために適用される原則は独占化と独占化の企図で同一であるとされている⁵。

(1) 要件

ア 独占化

独占化については、①検討対象市場 (relevant market) における独占力 (monopoly power) の保持と②独占力の意図的な (willful) な獲得又は維持であって、優れた製品、事業上の洞察力 (business acumen) 又は歴史的な偶然の出来事の結果としての成長又は発展とは区別されるものが要件とされている⁶。一般的に、②の行為のことを「排除行為 (exclusionary conduct)」とか「略奪的行為 (predatory conduct)」という⁷。どのような行為が排除行為であるかについては、様々な識別基準が提唱

3 他の反トラスト法では規制できず、FTC法5条により初めて規制できる領域について、米国では“standalone Section 5”と呼ばれることが多い。

4 15 U.S.C § 2

5 1 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, at310 (7th ed. 2012); U. S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, at6 (2008)(hereinafter “DOJ Section 2 Report”).

6 United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966). また、2008年に司法省が公表したシャーマン法2条に関する報告書においても、同判決の2つの要件を「独占化の長年の (long-standing) 要件」と位置付けている (DOJ Section 2 Report, at5)

7 DOJ Section 2 Report, at5. FTCのホームページの独占化の定義においても同様の説明が見

されているが⁸、頻繁に引用されるものとして、「・・・排除行為として非難されるためには、独占者の行為が反競争効果（anticompetitive effect）を持っていないなければならない。すなわち、独占者の行為が、競争過程を害し、その結果として消費者を害さなければならない。対照的に、1又はそれ以上の競争者への害では十分ではない」との判示がある⁹。

イ 独占化の企図

独占化の企図については、①被告が独占化を行う特定意図（specific intent）を持って、②略奪的又は反競争的行為を行い、③独占力を獲得する危険な蓋然性（dangerous probability）があることが要件とされている¹⁰。

（2）違反した場合の措置

シャーマン法2条の違反には、種々の措置が用意されており、主なものは以下のとおりである。なお、規定上はシャーマン法2条違反に対しても刑事罰が課され得るが、司法省はいわゆる「ハードコア・カルテル」の場合のみ訴追する方針を長年採っている¹¹。

ア 差止め

司法省又は私人は、裁判所に違反行為の差止めを求めることができる¹²。また、司法省は違反行為の差止めにとどまらず、例えば、合理的なロイヤリティでの強制ライセンスを命ずることを裁判所に求めることもできる¹³。

られる。<http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>

8 厚生テスト（welfare test）、犠牲テスト（sacrifice test）等の様々な識別基準については、3 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 651a-¶ 651b (3d ed. 2008) (hereinafter “3 Areeda & Hovenkamp”) 参照

9 United States v. Microsoft Corp., 253 F3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001).

10 Spectrum Sports v. McQuillan, 506 U.S. 447, 456 (1993).

11 2 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, at956 (7th ed. 2012).

12 司法省はシャーマン法4条（15 U.S.C § 4）及びクレイトン法15条（15 U.S.C § 25）に基づき、私人はクレイトン法16条（15 U.S.C § 26）に基づき、裁判所に差止めを請求することができる。

13 United States v. Glaxo Group, Ltd., 410 U.S. 52, 64 (1973) は、合理的な利用料で特許権を強制ライセンスすることについて、「一般に認められた反トラスト法上の救済」（recognized antitrust remedies）であると述べた。裁判所が反トラスト法の救済として強制ライセンスを命じた事例に関する邦語文献として、向宣明『競争法における強制ライセンス等の実務』13頁以下（中央経済社 2010年）がある。

イ 損害賠償

司法省又は私人は、シャーマン法2条に違反する行為により損害を受けた場合には、損害額の3倍額と適当な弁護士費用を含めた訴訟費用を請求することができる¹⁴。また、米国では、先行する判決で判断された事実に関する争点について、第三者が提起した後続の訴訟においても一定の条件¹⁵の下で争うことができなくなる、いわゆる非相互的争点効（non-mutual issue preclusion）が認められている。このため、司法省が提起した訴訟で判断された事実に関する争点について、被告が後続の私訴において争うことができなくなることもある。

2 FTC法5条

FTC法5条のうち、競争法の範疇に入るとされるのは、前段の不公正な競争方法の禁止である¹⁶。関係する部分は、「通商における、又は通商に影響を与える、不公正な競争方法（Unfair methods of competition）・・・は、これを違法とする」¹⁷との部分である。本稿で「FTC法5条」といった場合には、不公正な競争方法の禁止を指す。

（1）要件

FTCは、シャーマン法2条に違反する行為をFTC法5条により規制することができる¹⁸、これに加えて、シャーマン法2条その他の反トラスト法の規定に違反しない行為も規制することもできる¹⁹。FTC法5条独自の違反行為の外延については明らかではないが²⁰、少なくとも何らかの意味で競争に悪影響を及ぼす行為であ

14 司法省はクレイトン法4a条（15 U.S.C § 15a）に基づき、私人はクレイトン法4条（15 U.S.C § 15）に基づき、損害賠償を請求することができる。

15 訴訟上の合意や同意判決ではなく、実際に論争された結果による判断によるものであること、同一の争点であること、前の訴訟の結果に必要な判断であったことなどである（2 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 318d (4th ed. 2014) (hereinafter “2 Areeda & Hovenkamp”))。

16 村上政博『アメリカ独占禁止法〔第2版〕』19頁（弘文堂 2002年）

17 15 U.S.C § 45(a)(1)

18 Herbert Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman act*, 62 Fla. L. Rev. 871, 873 (2010) (hereinafter “Hovenkamp, *FTC and Sherman act*”); William E. Kovacic & Marc Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 Antitrust L.J. 929, 932-933 note15 (2010).

19 *FTC v. Sperry & Hutchinson Co.*, 405 U.S. 233, 239-244 (1972).

20 FTC法5条独自の違反行為の外延については、現役の委員の間でも意見が一致していないようである。FTC法5条の適用範囲が不明確であるとの問題意識を持つ Wright 委員と

ることが必要であるという点については、ほぼ共通の了解が得られている²¹。ただし、この「競争への影響」が意味するものについて、見解が一致しているとは言い難い²²。

Ohlhausen 委員が、2013年と2014年に相次いで FTC 法 5 条に関する論稿を発表した。これらは、事業者にとって FTC 法 5 条の適用範囲が明確になるよう FTC が一定の基準を示すべきであるとした上で、それぞれの委員が考える FTC 法 5 条の違反要件を説明している (Statement of Commissioner Joshua D. Wright, Commissioner, Federal Trade Commission, *Proposed Policy Statement Regarding Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act* (19 June 2013); Maureen K. Ohlhausen, *Section 5 of the FTC Act: principles of navigation*, 2(1) *Journal of Antitrust Enforcement*. 1 (2014); Joshua D. Wright, *Recalibrating Section 5: A Response to the CPI Symposium*, 9(2) *CPI ANTITRUST CHRON.* (2013)。また、2013年、連邦議会下院司法委員会議長らが、FTC の委員長に対して、FTC 法 5 条の適用範囲に関する指針を作成することを促す Letter を送っている (Letter from Chairman Bob Goodlatte and Members of Congress to the Chairwoman Edith Ramirez (October 23, 2013))。金井貴嗣「私の独占の外延—米国における FTC 法 5 条の適用事例を素材に」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』195頁（有斐閣 2013年）は、FTC 法 5 条独自の違反行為の外延について「種々議論がある」としている。

21 競争への影響が示されていないとして FTC 法 5 条の適用を否定した裁判例として、Boise Cascade Corp. v. Federal Trade Com., 637 F.2d 573, 582(9th Cir. 1980); E. I. Du Pont de Nemours & Co. v. FTC, 729 F.2d 128, 141 (2d Cir. 1984)。

FTC の執行に関する文書のうち、競争への影響が必要であるとしたものとして、Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at5, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Statement of the Federal Trade Commission, at3, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (January 3, 2013)。

個々の委員（発言・執筆時点で委員であった者を含む）の発言、論稿等として、Concurring Opinion of Commissioner Jon Leibowitz, at16, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (August 2, 2006); Remarks of J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *Promoting Innovation: Just How “Dynamic” Should Antitrust Law Be?*, at13 (March 23, 2010); Jon Leibowitz, Chairwoman, Federal Trade Commission, Prepared Statement of the Federal Trade Commission: *Oversight of the Federal Trade Commission Bureau of Competition and the Department of Justice Antitrust Division*, Before the Subcommittee on Courts and Competition Policy of the Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, at13 (July 27, 2010); Statement of Commissioner Joshua D. Wright, Commissioner, Federal Trade Commission, *Proposed Policy Statement Regarding Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, at5-7 (19 June 2013); Maureen K. Ohlhausen, *Section 5 of the FTC Act: principles of navigation*, 2(1) *Journal of Antitrust Enforcement*. 1,10 (2014)。学者の論稿として、2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h3; Susan A. Creighton, Thomas G. Krattenmaker, Wilson Sonsini Goodrich & Rosati, *Some Thoughts About the Scope of Section 5*, Workshop on Section 5 of the FTC Act, at1-2 (October 17, 2008); Hovenkamp, *FTC and Sherman act*, at878-879; William E. Kovacic & Marc Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 *Antitrust L.J.* 929, 945 (2010)。Wright 委員は、ほとんどの者は FTC 法 5 条の一つの要件が競争への害 (harm to competition) を示すことであることを認めている、と述べている (Joshua D. Wright, Commissioner, Federal Trade Commission, *The Need for Limits on Agency Discretion & the Case for Section 5 Guidelines*, at14 (December 16, 2013))。

22 例えば、N-Data 事件に関する FTC の文書では、違反行為者の行為によるライセンス料等の上昇など、価格への負の影響をもって「競争への影響」を満たしたと考えられている

（２）違反した場合の措置

ア 差止め

FTC は、裁判所に提訴することなく、違反行為者に違反行為の差止めを命じることができる（cease and desist order）²³。FTC はこの権限により、違反行為の差止めにとどまらず、例えば、合理的なロイヤリティでの強制ライセンスを命ずることもできる²⁴。シャーマン法 2 条違反とは異なり、私人が裁判所に違反行為の差止めを求めることはできない。

イ 損害賠償

FTC 法 5 条違反を理由に合衆国又は私人が損害賠償を請求することはできない。FTC が、シャーマン法やクレイトン法に違反する行為を FTC 法 5 条違反として処理した場合に、FTC の決定における事実認定が後の訴訟において非相互的争点効を及ぼすか否かについては、必ずしも明らかではないが²⁵、少なくとも FTC 法 5 条独自の違反行為についての事実認定は非相互的争点効を及ぼさない²⁶。

ウ 金銭的救済

FTC は、裁判所に対して、違反行為者の不当利益の吐き出し（disgorgement）や不当利得の返還による原状回復（restitution）といった衡平法上の金銭的救済を求めることができる²⁷。ただし、FTC が裁判所に金銭的救済を求めることは稀である

(Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at5, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))。他方で、Wright 委員は、FTC 法 5 条違反の要件として、反競争効果を持つ行為又は持つであろう行為であることを挙げるが、反競争効果を持つ行為については、競争過程を害し、それによって消費者を害するものである、という Microsoft 事件で判示されたシャーマン法 2 条違反となる排除行為と同じ定義を行っている（Statement of Commissioner Joshua D. Wright, Commissioner, Federal Trade Commission, *Proposed Policy Statement Regarding Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, at7-8 (19 June 2013)）。

23 15 U.S.C § 45(b)

24 Charles Pfizer & Co. v. Federal Trade Com., 401 F.2d 574, 586 (6th Cir. 1968); 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302e

25 クレイトン法 5 条 (a) 項は FTC による事実認定に争点効が生じないと規定しており (15 U. S. C § 16(a))、この規定に基づいて、シャーマン法 2 条に違反する行為についての FTC の事実認定に争点効が生じるとの主張を認めなかった判決もあるが (Hynix Semiconductor Inc. v. Rambus, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 53220, at 25 (N.D. Cal. Jan. 9, 2008))、FTC による事実認定に争点効が生じるか否かは明確ではないとの指摘もある (Hovenkamp, *FTC and Sherman act*, at877)。

26 Hovenkamp, *FTC and Sherman act*, at877.

27 15 U. S. C § 53(b). 同規定は FTC が裁判所に金銭的救済を求める権限を明確には規定していないものの、下級審レベルでは、同規定に基づく不当利益の吐き出し (disgorgement) が認められている。例えば、FTC v. Mylan Labs., Inc., 62 F. Supp. 2d 25, 36-37 (D.D.C 1999).

上に²⁸、FTCは、FTC法5条独自の違反行為には金銭的救済を課すつもりはないとの声明を公表している²⁹。

第2 FTCによる標準化の位置付け

FTCはSSOによる標準化の反トラスト法上の危険性も認識しているが、むしろ標準化の便益に非常に高い価値を置いている。ただし、標準化の過程が損なわれるような行為が行われると、標準化の便益を享受することができないとも考えている。標準化に対するFTCのこのような考え方はFTCの執行の前提となっているため、以下では、FTCの執行を理解する前提として、FTCの標準化に対する考え方を概観する。

1 標準化に対するFTCの考え方

(1) 標準化の便益

FTCは様々な文書において、標準化が、競争及び技術革新の促進、製品の品質の向上、消費者の選択の増大を実現すると述べている³⁰。このうち、競争の促進に

28 2003年8月以降、2012年10月までの間に、FTCが金銭的救済を求めたのは2件に過ぎないとの指摘がある（Willkie Farr & Gallagher LLP, THE FTC WITHDRAWS ITS 2003 POLICY STATEMENT ON MONETARY EQUITABLE REMEDIES IN COMPETITION CASES, at3 (October 24, 2012)）。この件数が示すように、FTCは金銭的救済に積極的ではなかった。例えば、現役の委員長（当時。本稿においては、委員等の肩書は執筆や発言当時のものを使用する。以下同じ。）らが、不当利益の吐き出し（disgorgement）は例外的な場合にのみ求められるべきであるとの見解を表明したことがある（Statement of Chairman Pitofsky and Commissioners Sheila F. Anthony and Mozelle W. Thompson, Hearst Trust, File No. 991-0323 (April 4, 2001)）。また、FTCは、2003年に金銭的救済についての方針声明（Federal Trade Commission, Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases, 68 Fed. Reg. 45,820 (Aug. 4, 2003)）を出しているが、ここでも、FTCは不当利益の吐き出し（disgorgement）や不当利得の返還による原状回復（restitution）は例外的な場合に求めるとしている（*Id.* at45, 821）。この声明は、2012年に「方針声明の実質的効果は、衡平法上の救済についての委員会の選択に関して過度に制限的な見解を作り出すことであった」として撤回されたが、この撤回に際してFTCは、FTC法5条独自の違反行為には、金銭的救済を求めるつもりはないとの声明を公表している（後掲注29参照）。

29 Statement of the Commission, Withdrawal of the Commission's Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases, at2 note6 (July 31, 2012)）。その理由としてFTCが示唆するものが、議会がFTC法5条の規制権限の広さの根拠を限定的な救済に求めているということである。

30 Complaint ¶ 10, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (July 23, 2013)(hereinafter "Complaint, In re Motorola and Google"); Third Party United States Federal Trade

については、標準化によって競合関係にある製造業者に共通のプラットフォームを受け入れることを促すことで、製品間の競争を促進するとともに、補完的製品（complementary products）の市場参入も促すと説明される³¹。製造業者が共通のプラットフォームを受け入れた場合に製品間の競争が促進されるのは、消費者にとっての製品の乗換え費用（switching costs）が削減されるためである³²。

（２）標準化の危険性

他方で、FTCはSSOによる標準化が持つ潜在的な反競争性も認識している。SSOによる標準化は競争者間で標準技術を決定するものであり、これは顧客によって技術や製品が選択される競争的なプロセスに取って代わるものだからである³³。通常、標準化の便益は、標準化による競争の喪失を上回るが³⁴、標準化の過程を傷つける行為が行われる場合には、標準化の便益を損ねて標準化が反競争的なものとなる可能性がある³⁵。そして、この標準化の過程を損なう行為、すなわち、標準化

Commission's Statement on the Public Interest filed on June 6, 2012 in In re Certain Wireless Communication Devices, Portable Music & Data Processing Devices, Computers and Components Thereof, Inv. No. 337-TA-745, at2 (June 6, 2012) (hereinafter "Third Party United States Federal Trade Commission's Statement"); Suzanne Munck, Chief Counsel for Intellectual Property for the Federal Trade Commission, Prepared Statement of The Federal Trade Commission Before the United States Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, *Concerning "Standard Essential Patent Disputes and Antitrust Law"*, at3 (July 30, 2013) (hereinafter "Munck, *Competition Policy and Consumer Rights*"). また、技術革新の促進、効率性の向上及び消費者の選択の増大を挙げるものとして、Federal Trade Commission & U. S. Department of Justice, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, at33 (2007) (hereinafter "FTC & DOJ 2007 Report") がある。

31 Complaint ¶ 2, In re Motorola and Google.

32 Munck, *Competition Policy and Consumer Rights*, at4.

33 標準化が通常の競争過程に取って代わるものであるとの認識は多くの文書で示されている。Opinion of the Commission By Harbour, Commissioner, for a unanimous Commission, at36, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (August 2, 2006) (hereinafter "Opinion of the Commission In re Rambus"); Statement of the Federal Trade Commission, at2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at6, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Statement of the Federal Trade Commission, In re Robert Bosch GmbH, 155 F.T.C. 713, 832 (2013); Statement of the Federal Trade Commission, at1, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (January 3, 2013); Analysis of Proposed Consent Orders to Aid Public Comment, at2, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., File No. 1210120 (January 3, 2013) (hereinafter "Analysis In re Motorola and Google")。

34 Opinion of the Commission In re Rambus, at33.

35 Opinion of the Commission In re Rambus, at33. (詐欺的行為のような排除行為は、技術の選択を歪め、独占力の行使を制限するためにSSOにより設計された防護を回避し、競争への

の過程で詐欺的行為を行う行為や標準化の過程で行ったライセンス条件についての約束を破る行為こそ、FTC が執行において問題視している行為である。

(3) ホールドアップ

標準化の過程を害する行為が行われた場合に、反競争効果が生じる仕組みは次のように説明される。SSO において技術標準が設定された場合、当該技術標準に準拠する製品を製造しようとする者は、当該技術標準に関係した投資を行うことになる³⁶。投資が行われると、当初の技術標準を捨て去って他の技術に替えることに相当な転換費用 (switching costs) を要することになる³⁷。このため、このような状況では、技術標準を実施するために必要な特許であって他に代替的なものがないもの (以下「標準必須特許」という。) を持つ者は、技術標準に取り込まれる前の特許の価値だけでなく、転換費用にも基づいたライセンス料を請求することができる³⁸。このような状況は「ホールドアップ」と呼ばれることがある。

ホールドアップを防止するために、SSO は通常、技術標準を設定する前に標準

永続的で無視できない害を伴う。) : Statement of the Federal Trade Commission, at2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008) (標準化の過程を傷つける不誠実 (bad faith) と詐欺的ふるまい (deceptive behavior) は、業界全体の競争を害し、消費者への価格を上昇させ、選択を減じる。) : Statement of the Federal Trade Commission, In re Robert Bosch GmbH, 155 F.T.C. 713, 832 (2013) (標準化の過程の無欠性を保つことが、標準化が消費者に反してではなく、消費者のために機能することを保証することにとって重要である。) : Analysis In re Motorola and Google, at2 (標準化の競争促進的側面を保ちつつ、潜在的な反競争効果を相殺するには、SSO のメンバーによる FRAND コミットメントが不可欠である。)

36 Complaint ¶ 13, In re Motorola and Google; Third Party United States Federal Trade Commission's Statement, at2; Munck, *Competition Policy and Consumer Rights*, at5. George S. Cary, Larry C. Work-Dembowski, & Paul S. Hayes, *Antitrust Implications of Abuse of Standard-Setting*, 15 Geo. Mason L. Rev. 1241, 1257 (2008) は、技術標準が採択されると、業界が設備や当該技術標準の仕様書を基礎とした製品設計に投資を行うことにより当該技術標準に「ロックイン」され、これによりライセンシー (製造業者) が代替的な技術標準に転換する能力や技術標準に拠らない解決策を採用する能力を減じるとしている。

37 Complaint ¶ 13, In re Motorola and Google; Third Party United States Federal Trade Commission's Statement, at2; Munck, *Competition Policy and Consumer Rights*, at5; FTC & DOJ 2007 Report, at38.

38 Complaint ¶ 13, In re Motorola and Google; Third Party United States Federal Trade Commission's Statement, at2; Munck, *Competition Policy and Consumer Rights*, at5; Federal Trade Commission, *The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies With Competition*, at191 (2011) (hereinafter "FTC 2011 Report"). George S. Cary, et al., *supra* note37, at1257と Suzanne Michel, *Bargaining for RAND Royalties in the Shadow of Patent Remedies Law*, 77 Antitrust L. J. 889, 891 (2011) も同様の指摘を行っている。

必須特許の保有の有無を SSO のメンバーに確認し、保有していれば、当該特許を無償又は FRAND（公正、合理的、かつ、無差別な）条件で、SSO のメンバー等にライセンスすることを SSO に対して約束させることとしている。このような FRAND 条件でのライセンスの約束は「FRAND コミットメント」などと呼ばれているが、FTC は、FRAND コミットメントは標準必須特許の保有者の市場支配力を制限するものであり³⁹、標準化の競争促進的な側面を保持しつつ、潜在的な反競争効果を相殺するためには、このような FRAND コミットメントが必須であるとしている⁴⁰。

第3 FTC による執行

FTC は、1996年の Dell 事件を皮切りに、技術標準における特許の行使に対して積極的な執行を行っている。簡単に述べれば、Rambus 事件ではシャーマン法 2 条違反となる独占化として規制し、N-Data 事件以降は、FTC 法 5 条独自の違反行為として規制している。以下では、代表的な事件について紹介した上で、いかなる行為がなにゆえに問題とされたのかという点を中心に考察を加えるが、理解の助けとして、技術標準における特許権の行使において問題となり得る市場には 2 つのものがあることを述べておきたい。一つが、標準化によりその技術標準に必須となる技術と当該技術と代替関係にある技術とが、ライセンシーとなるべき者をめぐって競争する市場である。もう一つが、技術標準に準拠して製造された製品同士が競争する市場である⁴¹。以下では、前者を「技術市場」、後者を「製品市場」と呼ぶ。

39 Analysis In re Motorola and Google, at2.

40 *Id.* at2.

41 技術標準に関して、標準化される製品の市場と同製品を設計・製造するために利用される技術の市場の 2 つがあることを明確に述べた論稿として、David J. Teece & Edward F. Sherry, *Standards Setting and Antitrust*, 87 MINN. L. REV. 1913, 1928 (2003). がある。

1 Dell 事件⁴²

(1) 事件の概要⁴³

ア 違反事実

Dell 事件では、Dell は、Dell が属する SSO でのコンピュータのバス設計に関する技術標準 (VESA ローカルバス) の承認の際に、提案された技術標準が Dell の保有する特許権を侵害するものではない (標準必須特許を保有していない) と Dell が明らかにしたにもかかわらず、当該技術標準が成功した後、Dell は、当該技術標準に準拠する製品を製造する製造業者に対して標準必須特許に基づく権利主張を行った。本件は同意命令により終結している。

イ 反競争効果 (anticompetitive effects) ⁴⁴

Dell 事件の審判開始決定書では、「次の方法で不当に競争を制限した (unreasonably restrained competition)」と認定した。

- ①特許問題 (patent issue) がはつきりするまで当該技術標準の使用を遅らせた製造業者もいたため、当該技術標準の業界での受容が妨げられた。
- ②当該技術標準が業界の技術標準として成功することに特許問題が影響を与えるであろうことが懸念され、当該技術標準を利用する装置 (system) が避けられた。
- ③当該技術標準が受容されることについての不確実性が、当該技術標準を実施する費用はもちろん、競合するバス設計を開発する費用をも引き上げた。
- ④業界標準を設定する取組みへの参加意欲が削がれた。

(2) 考察

Azucenaga 委員の反対意見が指摘するように、審判開始決定書は Dell の市場における地位や Dell が独占力を獲得したか否か (又はその危険な蓋然性の有無) につ

42 In re Dell Computer Corp., 121 F. T. C. 616 (1996). 同事件を詳細に解説した邦語文献として、藤野仁三『特許と技術標準 - 交錯事例と法的関係』88-92頁 (八潮社 1998年) がある。

43 事実の概要は審判開始決定書 (Complaint, In re Dell Computer Corp., 121 F.T.C. 616 (1996)) に拠る。

44 Complaint ¶ 9, 121 F.T.C. at 618.

いて何ら認定していないばかりか⁴⁵、市場の画定すらしていない⁴⁶。このため、FTC が Dell の行為をシャーマン法 2 条に違反する独占化や独占化の企図と捉えたのか、それとも、FTC 法 5 条独自の違反行為と捉えたのかは、審判開始決定書上は明らかではない。FTC が公表した他の資料では、FTC が Dell の行為をシャーマン法 2 条に違反する行為と捉えていることを伺わせる記載もあるが⁴⁷、決定的なものはない。

2 Rambus 事件

Rambus 事件では、SSO におけるコンピュータのシンクロナス DRAM (SDRAM) に関する技術標準の設定過程で、Rambus が SSO に対して自己の特許（その時点で特許となっていなかったものを含む。）を開示せず、SSO が Rambus の特許を含む技術標準を採択した後に、Rambus が当該技術標準を実施して製品を製造する製造業者に対して標準必須特許に基づく権利主張を行った⁴⁸。審判開始決定書では、① 当該技術標準に準拠する製品を設計するために必要となる技術（以下「標準技術」という。）の製造、販売又は利用に関するロイヤリティなどの支払いの増加、② 標準技術又はそれに関連する技術を利用した製品の価格の上昇、かつ（又は）、同製品の利用量又は生産量の減少、③ 当該技術標準に準拠する製品の製造業者が同製品を製造するインセンティブの減少、④ 当該技術標準に準拠する製品の製造業者その他事業者の、当該 SSO 又はその他の SSO に参加するインセンティブの減少、⑤ 当該技術標準に準拠する製品の産業の内外における、SSO が策定した技術標準への信用、あるいは信用しようとする意欲の低下、という反競争効果を認定した⁴⁹。その上で、Rambus の行為が技術（シンクロナス DRAM 技術及びそれを構成する個々

45 同事件の Azcuenaga 委員の反対意見は、Dell の行為の違法性はシャーマン法 2 条の基準に拠るべきであるとの立場から、審判開始決定書にシャーマン法 2 条違反を基礎付ける事実が記載されていないことを批判している。例えば、前記イの①～④のいずれも、Dell が検討対象市場で価格と生産量を支配する力を獲得したことを示すものではないと批判している（Dissenting Statement of Commissioner Mary L. Azcuenaga, 121 F.T.C. at631-632.）。

46 121 F.T.C. at631 note9.

47 例えば、SSO が Dell の特許を知っていれば、SSO は実際に採択した技術標準と同等に効率的で、かつ、誰も権利を有さない（non-proprietary）技術標準を採択することで、Dell の市場支配力の獲得を避けることができたという趣旨の記載がある（Statement of The Federal Trade Commission, 121 F.T.C. at624 note2.）。

48 Complaint, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (June 18, 2002).

49 Complaint ¶ 120, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (June 18, 2002).

の技術)市場の独占化、技術市場の独占化の企図及び技術市場における取引の不当な制限に該当し、FTC法5条違反が認められるとした⁵⁰。

Rambus事件はDell事件とは異なり審判手続に移行した。そして、審判手続を経て、行政法判事(Administrative Law Judge)による違反なしとする第1次審決(Initial Decision)が出された。しかし、FTCは第1次審決を破棄してRambusの行為が独占化であるとする最終審決(Final Decision)を行い、それに基づいて特定のライセンス料率を上限とする強制ライセンス命令を出した。ところが、Rambusがこの命令を不服として裁判所に提訴したところ、命令を取り消す判決が出された。以下では、最終審決と控訴審判決について概観する。

(1) FTC 最終審決⁵¹

FTCは最終審決と同時に公表されたFTCの意見(Opinion)(以下「意見」という。)において、Rambusが技術市場を独占化したことが認定できるため、独占化の企図やその他のFTC法5条違反の主張は考える必要がないとして、詳細な検討を行っていない⁵²。以下では、FTCが最終審決で独占化についていかなる法律構成を行ったのかを示すこととしたい。

ア FTCの意見(Opinion)の概要

(ア) 前提

意見は、最高裁が示すシャーマン法2条の独占化の要件として、Grinnell事件最高裁判決の「①検討対象市場(relevant market)における独占力(monopoly power)の保持と②独占力の意図的な獲得または維持であって、優れた製品、事業上の洞察力(business acumen)又は歴史的な偶然の出来事の結果としての成長又は発展とは区別されるもの」⁵³との判示を引用する⁵⁴。そして、本件の基本的な論点は①Rambus

50 Complaint ¶122-124, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (June 18, 2002).

51 同事件の最終審決について詳細に紹介した邦語文献として、和久井理子ほか「ランバス事件－技術標準と特許、独禁法－」知財ぶりずむ5巻50号9頁以下(2006年)がある。

52 Opinion of the Commission By Harbour, Commissioner, for a unanimous Commission, at27 note124, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (July 31, 2006) (hereinafter “Opinion, in re Rambus”. ただし、最終審決に係るFTCの意見と同時に公表されたLeibowitz委員の同意意見は、仮にRambusの行為がシャーマン法2条に違反しないとしても、FTC法5条には違反するという趣旨の詳細な論述を行っている(Concurring Opinion of Commissioner Jon Leibowitz, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (July 31, 2006).)。

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

54 Opinion, in re Rambus, at27

が排除行為を行ったかどうか、② Rambus が独占力を獲得したかどうか、及び③ Rambus の行為と独占の獲得に因果関係があるかどうか、という3つであると述べる⁵⁵。

（イ）排除行為の有無

意見は、能率競争（competition on the merits）以外の行為であって独占力の維持・獲得に重要な寄与をする可能性のありそうな行為、効率性によらずに競争者を排除する行為を排除行為であると定義する⁵⁶。そして、審査官が主張する Rambus の行為、すなわち、技術標準に関係する特許を得ようとしていないとの虚偽の説明を SSO に対して行い、それにより SSO のメンバーに Rambus の技術の価格について誤解させ、正しい情報を得た上での選択を妨げる行為が実際に行われていれば、それは詐欺的行為（deceptive conduct）であり、能率競争ではないと述べる⁵⁷。

意見は、以上の分析枠組に基づいて事実を詳細に検討した結果、予定されていた技術標準に関係する特許や特許出願を開示することが期待されていた中で行われた Rambus の一連の行為（特許の非開示等）は、詐欺的行為に該当するとした⁵⁸。また、Rambus は、SSO のメンバーが自らの特許について知ることが SSO の選択に重大な影響を及ぼすことを理解しており、それゆえに特許の開示を回避したとして、Rambus が故意に（intentionally）、意図的に（willfully）に詐欺的行為を行ったと認定した⁵⁹。

（ウ）独占力の獲得

意見は、Rambus が技術標準に関係する4つの技術の市場において90%以上の

55 Opinion, in re Rambus, at27

56 Opinion, in re Rambus, at28. 前者については、3 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 651f, at 83-84 (2d ed. 2002) を、後者については、Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585, 605 (1985) を引用している。

57 Opinion, in re Rambus, at28-29. さらに、意見は、Rambus が詐欺的行為を行ったか否かを評価するに当たっては、FTC 法5条の後段が禁止する「詐欺的行為及び慣行（deceptive acts and practice）」に関して作成された「詐欺的行為に関する方針声明」（Federal Trade Commission, Policy Statement on Deception (1983)）に基づくとしている（Opinion, in re Rambus, at29-30）。ただし、意見は、同声明では故意と反競争的害悪（anticompetitive harm）を要件としていないが、シャーマン法2条の独占化の場合には、いずれも要件であるため、同声明に基づく分析にはこの2点から修正が求められるとも述べている（*Id.* at30）。

58 Opinion, in re Rambus, at66-67

59 Opinion, in re Rambus, at68. また、意見は、Rambus が主張した正当化事由（技術情報や事業戦略を外部に漏らさないために特許を秘匿したというものなど）について、仮にそのような事実があったとしても、Rambus の排除行為の反競争効果を上回るものではないとしている（*Id.* at71）。

シェアを持っていること、この技術標準が業界で普遍的なものになっていること、Rambus 自身が、この技術標準に準拠する製品を製造等するには、4つの技術に関して Rambus が持つ特許が必要であると認めていることを根拠に、独占的地位を獲得したことを認めた⁶⁰。

（エ）因果関係

意見は、Rambus の詐欺的行為がなければ、SSO は Rambus の特許を技術標準から除外するか、Rambus に対して RAND 条件⁶¹でライセンスすることの確約（RAND 確約）を要求したであろうとして、Rambus の詐欺的行為と独占的地位の獲得との間に因果関係があると認めた⁶²。

イ 考察

Rambus の行為の独占化該当性が詳細に検討された FTC の意見では、Rambus はその意図的な詐欺的行為により、SSO をして Rambus の特許を技術標準に取り込ませ、又は、SSO から RAND 確約を要求されることを回避したとして、技術市場における独占化（monopolization）の該当性を肯定している。そして、この際に、FTC が Rambus の行為が排除行為に該当することの根拠としたのが、Rambus の行為が詐欺的行為に該当し、したがって、能率競争によるものではないという判断であった。意図的な詐欺的行為により、SSO をして特許を技術標準に取り込ませる行為がシャーマン法 2 条に違反するとの考えは、FTC の審決を取り消した DC 巡回区控訴裁判所や他の控訴裁判所によっても採られている⁶³。しかしながら、意図的な詐欺的行為により、SSO から RAND 確約を要求されることを回避したことが独占化に該当するという点は同事件の控訴審判決で受け入れられず、FTC の命令が取り消されるという結果になった。

60 Opinion, in re Rambus, at72-73.

61 「合理的かつ非差別的（reasonable and non-discriminatory）」。米国では、技術標準における特許権の行使の反トラスト法違反該当性を論じる際には、FRAND と RAND の差異は重視されていない。

62 Opinion, in re Rambus, at74

63 Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456, 463 (D.C. Cir. 2008); Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc., 501 F.3d 297, 314 (3d Cir 2007). 後者の事件では、被告が FRAND 条件でのライセンスを行うとの虚偽の約束を故意に（intentionally）行ったことが、詐欺的行為に当たるとされた。

（２）Rambus 事件控訴審判決⁶⁴

Rambus が最終審決に基づく強制ライセンス命令を不服として裁判所に提訴したところ、D.C. 巡回区控訴裁判所は同命令を取り消した。控訴審判決は、FTC 最終審決が Rambus による技術市場の独占化に限定して検討していたため、シャーマン法（２条）の下で発展した反トラスト法の原則を適用して FTC 最終審決の当否を判断した⁶⁵。

ア 判決の概要

（ア）前提

Rambus 事件控訴審判決の Williams 判事による法廷意見は、まずシャーマン法 2 条に関して、

①独占が単に存在しているだけではシャーマン法 2 条に違反しない

②シャーマン法 2 条の下で違法とされる独占化は、検討対象市場における独占力の保持に加え、優れた製品、事業上の洞察力（business acumen）又は歴史的な偶然の出来事の結果としての成長又は発展とは区別されたものとしての、独占力の意図的（willful）な獲得や維持が求められる

と述べた上で⁶⁶、本件においては、Rambus が排除行為を行い、それにより検討対象市場で独占力を獲得したかどうかが重要であると述べる⁶⁷。そして、排除行為として非難するためには、独占者の行為が「反競争効果（anticompetitive effect）」を持っている必要があり、それはすなわち、その行為が競争過程（competitive process）を害し、それゆえ消費者を害さなければならないとする⁶⁸。控訴審判決が引用するように、排除行為についてのこの定義は Microsoft 事件控訴審判決が述べたものである⁶⁹。

64 同事件の控訴審判決を紹介した邦語文献として、佐藤潤「Rambus 事件コロンビア特別区巡回裁判所判決を巡るホールドアップ問題について（１）」公正取引711号45頁-47頁（2010年）、沼田知之「Rambus Inc. v. Federal Trade Commission 米国コロンビア特別巡回区控訴裁判所判決 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008)」白石忠志・中野雄介編『判例 米国・EU 競争法』184頁-191頁（商事法務 2011年）等がある。

65 Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456, 462-463 (D.C. Cir. 2008).

66 522 F.3d at463.

67 522 F.3d at463.

68 522 F.3d at463.

69 United States v. Microsoft Corp, 253 F3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001). さらに、控訴審判決が随所に引用する NYNEX 事件最高裁判決においても、競争過程を害するものでなければ、シャーマン法 2 条に違反する独占化の共謀（conspiracy to monopolize）には該当しないとの判示がなされている（Nynex Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128, 139 (1998).）。

（イ）当てはめ

控訴審判決は、FTCの主張をおおむね次のようにまとめる。

すなわち、Rambusは詐欺的行為（特許権の非開示）により、①SSOがRambusの特許を技術標準から除外するという結果か、あるいは、②SSOがRambusに対してRAND確約を要求するという結果のいずれかを回避した。2つの結果のうちいずれかを回避することは反競争的である。それゆえ、Rambusの詐欺的行為は反競争的である、と⁷⁰。控訴審判決はRambusが①を回避することは反競争的であると認めるものの⁷¹、①又は②を回避することが反競争的であるとの主張を行うのであれば、②の回避も反競争的であることを立証しなければならないとする⁷²。

そして、②の回避に関して、控訴審判決は、合法的に独占力を獲得した者が詐欺的行為によって価格を引き上げたとしてもシャーマン法に違反するものではないとしたNYNEX事件最高裁判決⁷³を引用して、合法的に独占力を獲得した者がより高い価格を設定するために詐欺的行為を用いたとしても、通常それが競争者を排除して競争を減少させる傾向はないと述べた⁷⁴。その上で、FTCが、合法的に独占力を獲得した者による詐欺（deceit）が価格を引き上げるときには、競争構造（competitive structure）への影響がなくともシャーマン法に違反する、との仮定に基づく限り、NYNEX事件最高裁判決と抵触すると述べる⁷⁵。

70 522 F.3d at463.

71 522 F.3d at463.

72 522 F.3d at464.

73 Nynex Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128 (1998). NYNEX事件は次のような事案である。

ローカル電話会社の回線交換装置の取り外しサービスを提供していた原告（Discon）が、サービスの提供先であるMateriel Enterprises Company（NYNEXの子会社である同社は同サービスを購入してNYNEXの子会社であるローカル電話会社に販売する）が同サービスの購入先を自らの競争者（NYNEXの他の子会社）に切り替えたことについて、反競争的であるとして提訴した。原告は、Materiel Enterprises Companyが原告よりも価格の高い競争者に購入先を切り替えた背景には、Materiel Enterprises Companyが同サービスの購入価格の上昇分をローカル電話会社に転嫁し、さらにローカル電話会社は同サービスの購入価格の上昇分を規制価格である電話料金の値上げという形で需要者に転嫁する一方で、Materiel Enterprises Companyは原告の競争者からリベートを受け取るという詐欺的な計画（fraudulent scheme）があったと主張した。最高裁は、被告（NYNEX及びその子会社）の行為が電話料金を上昇させることで需要者に損害を与えるという原告の論理を認めつつも、それは競争的でない市場により生じたのではなく、独占者が合法的に手に入れた市場支配力を詐欺的行為と合わせて行使したことから生じたものに過ぎないなどとして、本件の被告の行為が競争過程を害するものであるとは認めなかった（525 U.S. at136）。

74 522 F.3d at464.

75 522 F.3d at466.

控訴審判決は、以上を前提に、SSOはRambusからRAND確約を確保できなかったに過ぎず、そのことはRambusの技術とその代替技術との競争を害するものではないとしている⁷⁶。また、控訴審判決は次のような考え方があることに触れている。すなわち、不当に高い価格（overcharge）は下流の市場（downstream market. 本稿のいうところの製品市場）の競争を歪めるため、もし、SSOのメンバーが特許権の非開示によってより高額のライセンス料を獲得できるとしたら、不当に高い価格は、特許権の非開示による競争阻害（competitive harm）を構成するとの考え方である⁷⁷。しかし、控訴審判決は、価格を上昇させる詐欺的行為が下流市場に影響を与えるとの主張が正しいことを認めつつも、それは、NYNEX事件でも同様であり、最高裁にとって明白であった（にもかかわらず、最高裁はNYNEXの行為を違法としなかった）としている⁷⁸。さらに、控訴審判決は、競争水準を上回る価格を設定する能力は独占力に不可欠な要素であるため、独占力の行使に対する制限を回避するいかなる行為も反競争的であるとのFTCの主張に対して、再びNYNEX事件最高裁判決を引用して、合法的な独占者が詐欺的行為により価格の制限を回避したとしても、それだけでは競争阻害（harm to competition）を引き起こさないと述べている⁷⁹。

イ 考察

控訴審判決は、NYNEX事件最高裁判決に依拠してRambusの詐欺的行為がRAND確約を回避するに過ぎない場合には、Rambusの行為は排除行為には該当せず、シャーマン法2条の独占化に該当しないとの判断をした。なぜならば、合法的に独占力を獲得した者がより高い価格を設定するために詐欺的行為を用いたとしても、通常それは競争者を排除して競争を減少させず、したがって、それは合法的に獲得した独占力の行使に過ぎないからである。米国では、合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定する行為自体はシャーマン法2条に違反しないとの原則が認められており⁸⁰、控訴審判決もこの原則に沿ったものといえる。

76 522 F.3d at466.

77 522 F.3d at466. これを主張するものとして控訴審判決が引用するのは、2 Hovenkamp et al., IP & Antitrust § 35.5 at 35-47 (2008supp.) である。

78 522 F.3d at466.

79 522 F.3d at466.

80 Verizon Commun., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407(2004); Pac. Bell Tel. Co. v. linkLine Commun., Inc., 555 U.S. 438, 447-448 (2009). オバマ政権において撤回された司法省の単独行為規制に関する報告書は、単なる独占力の行使がシャーマン法2条

控訴審判決に対しては、Rambus の詐欺的行為は独占力の獲得の前に行われたのであるから、詐欺的行為を行った時点で既に合法的に独占力を獲得していた NYNEX 事件を引き合いに出すのは不適切であるとの批判がある⁸¹。確かに、Rambus の詐欺的行為は技術標準の採択の前に行われている。しかし、FTC が Rambus による詐欺的行為の結果を、① Rambus の特許が技術標準に取り込まれることか、あるいは、②（Rambus の特許が技術標準に取り込まれることは避けられなくとも、）RAND 確約が回避されることのいずれかであるとしている以上、詐欺的行為が独占力の獲得の前に行われたというためには、②の場合にも独占力が獲得されたといわなければならない。しかし、控訴審判決は②が独占力の獲得になるとの考えは否定している。すなわち、Rambus の詐欺的行為が行われなくとも Rambus の技術が技術標準に取り込まれいたのであれば、Rambus は既に独占力を持っていたということであり、詐欺的行為が独占力の獲得の前に行われたとはいえないのである⁸²。結局、仮に、Rambus の特許が技術標準に取り込まれることが避けられなかったとしても、詐欺的行為により、より高い価格を設定できるようになり、それが独占力の獲得に該当すると立論しない限り、「Rambus の詐欺的行為は独占力の獲得の前に行われたのであるから、詐欺的行為を行った時点で既に合法的に独占力を獲得していた NYNEX 事件を引き合いに出すのは不適切である」との批判は説得力を持たない。しかし、控訴審判決は、不当に高い価格が下流の市場（製品市場）の競争を歪めるとの主張や独占力の行使に対する制限を回避するいかなる行為も反競争的であるとの主張⁸³を明確に否定している。

に違反しないことについてはコンセンサスがあるとも述べている（U. S. Department of Justice, *Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*, at8-9 (2008).）。和久井理子「単独事業者による直接の取引・ライセンス拒絶規制の検討（二・完）」*民商法雑誌*122巻1号85頁（2000年）も、「独占力の存在そのものと、それを用いて独占的価格設定を行うに過ぎない行為を規制すべきでないということに関しては、広い一致が見られる」としている。

81 George S. Cary, Larry C. Work-Dembowski, & Paul S. Hayes, *Antitrust Implications of Abuse of Standard-Setting*, 15 *Geo. Mason L. Rev.* 1241, 1252-1253 (2008). 同論稿を紹介するものとして、佐藤潤「Rambus 事件コロンビア特別区巡回裁判所判決を巡るホールドアップ問題について（4）完」*公正取引*716号62頁（2010年）。また、Joel M. Wallace, *Rambus v. FTC. in the Context of Standard-Setting Organizations, Antitrust, and the Patent Hold-up Problem*, 24 *Berkeley Tech. L.J.* 661, 685-686 (2009) も同様の批判を行っている。

82 Joshua D. Wright, *Why the Supreme Court Was Correct to Deny Certiorari in FTC v. Rambus*, at5-6 (*Geo. Mason L. & Econ. Research Paper No. 09-14*, Feb. 26, 2009).

83 このような主張は、George S. Cary, et al., *supra* note81, at1253-1254; Richard Dagen, *Rambus, Innovation Efficiency, and Section 5 of the FTC Act*, 90 *B.U. L. Rev.* 1479, 1490 (2010) でもなされ

3 N-Data 事件⁸⁴

(1) 事件の概要

ア 問題とされた行為⁸⁵

N-Data 事件では、SSO における高速イーサネットに関する技術標準の設定過程で、National Semiconductor が SSO に対して、National Semiconductor が特許出願中の技術（後に特許となる技術）について、いかなる希望者にも1000ドルの一時金でライセンスすることを約束したところ、当該技術は技術標準に取り込まれた。当該技術が技術標準に取り込まれ、当該技術標準が業界に採用されることで、National Semiconductor に独占力を与えた。

ところが、National Semiconductor からこの標準必須特許を譲り受けた Vertical Networks が、1000ドルの一時金から、当該技術標準を実施する製品単位当たり（per unit）で算定されるライセンス料に変更した。この方法で算定されるライセンス料は1000ドルの一時金からの相当な増額であったが、それを拒否する者には訴訟を提起するなどした結果、実際に1000ドルの一時金を遥かに超えるライセンス料で合意に至る企業もあった。その後、Vertical Networks から当該標準必須特許を譲り受けた Negotiated Data Solutions LLC（N-Data）は引き続き、又は新たに、当該標準必須特許についての権利主張を行った。

本件は同意命令で終結しているが、審判開始決定書の「違反に問われた行為（Violations Charged）」では、「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎず、これ以上の説明はない。また、市場画定も行われていない。

イ 反競争効果

N-Data 事件では次の反競争効果により FTC 法5条違反が認められるとしている⁸⁶。これらは Rambus 事件の審判開始決定書で認定された反競争効果とほぼ同じものである

ている。

84 同事件を解説した邦語文献として、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』348頁-352頁（商事法務 2010年）、白石忠志「知的財産事例による独禁法の覚醒」ジュリスト1405号72頁-74頁（2010年）、同「In re Negotiated Data Solutions LLC. 米国 FTC 同意命令 FTC File No. 051 0094 (2008)」白石忠志・中野雄介編『判例 米国・EU 競争法』198頁-203頁（商事法務 2011年）がある。

85 事実の概要は審判開始決定書（Complaint, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (September 22, 2008) (hereinafter “Complaint, In re N-Data”).）に拠る。

86 Complaint ¶ 37, In re N-Data.

- ①当該技術標準に準拠する製品の製造、販売、利用又は輸入に係るロイヤリティなどの支払いの増加
- ②当該技術標準に準拠する製品の価格の上昇、かつ（又は）、同製品の利用量又は生産量の減少
- ③当該技術標準に準拠する製品の製造業者が同製品を製造するインセンティブの減少
- ④当該技術標準に準拠する製品の製造業者その他事業者の、当該 SSO 又はその他 SSO に参加するインセンティブの減少
- ⑤当該技術標準に準拠する製品の産業の内外における、SSO が策定した技術標準への信用、あるいは信用しようとする意欲の低下

（２）考察

本件は、National Semiconductor が SSO に対してライセンス条件の約束を行い、SSO がそれに基づいて同社の技術を技術標準に取り込んだところ、後にその技術に係る特許を譲り受けた N-Data が当初のライセンス条件を反故にする行為が FTC 法 5 条違反に問われたものである。当初のライセンス条件を反故にする行為が標準化の過程で行われれば、標準化の過程を傷つけ、又は標準化の過程を反競争的に変えるとの判断があったことが窺われる⁸⁷。

審判開始決定書によれば、N-Data の行為が「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎず、シャーマン法 2 条違反に該当する（ことにより FTC 法 5 条に違反する）行為であるとされたのか、FTC 法 5 条独自の違反行為であるとされたかは明らかではない。しかしながら、審判開始決定書と同時に公表された声明（Statement of the Federal Trade Commission）及び同意命令の内容についてのパブリックコメントを促進するための文書（Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public

87 Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at6, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008) (hereinafter “Analysis, In re N-Data”). 同文書は、最高裁が、技術標準が通常の交換（give and take）競争に取って代わるものであることを理由に、標準化の過程を傷つけたり、反競争的なものとしたりするおそれのある行為を反トラスト法違反とすることをためらってこなかったとしている（競争業者の製品を市場から排除するために標準化の手續が悪用されたことが問題となった Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, 486 U.S. 492, 500 (1988) 等の判例を引用している。）。他方で、単にライセンスについての約束から逸脱することが不公正な競争方法を構成することはないだろうとしている。

Comment) は、いずれも最高裁判決を引用して、FTC 法 5 条がシャーマン法その他の反トラスト法の規定に違反しない行為を規制することもできるとしている⁸⁸。また、2 人の委員による反対意見も、多数派委員が N-Data の行為がシャーマン法 2 条に違反しないことを認めていると述べている⁸⁹。このことから、FTC は N-Data の行為が FTC 法 5 条独自の違反行為であると判断したといえる⁹⁰。

N-Data の行為がなぜ FTC 法 5 条独自の違反行為に該当するかは審判開始決定書上は必ずしも明らかではない。ただし、同意命令の内容についてのパブリックコメントを促進するための文書は、最高裁が FTC 法 5 条がシャーマン法その他の反トラスト法の規定に違反しない行為を規制することもできることを認めているとしつつも、判例上 FTC 法 5 条が服する制約原理 (limiting principle) として、次の 2 つを挙げる⁹¹。

- ① 行為の性質が、強制的 (coercive) で過酷である (oppressive) こと
- ② 競争に対する負の効果を持つこと

88 前者は、FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447, 454 (1986). を引用し (Statement of the Federal Trade Commission, at2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))、後者は FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 242 (1972). を引用している (Analysis, at4-5, In re N-Data.)。

89 Dissenting Statement of Chairman Majoras, at2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Dissenting Statement of Commissioner William E. Kovacic, at1, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008).

90 N-Data 事件において審判開始決定書に賛成の票を投じた委員の一人が、N-Data の行為に排除行為はなかったとの見解を示している (J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *Section 2 and Standard Setting: Rambus, N-Data and the Role of Causation* (Oct. 2, 2008)). Rosch 委員は、「破棄 (renege. 筆者注: National Semiconductor が行ったライセンス条件についての約束を、後に特許権を入手した N-Data が破った行為) は、「排他的 (exclusionary)」という用語のいかなる意味においても、「排他的」ではないのではないかと思います。それ (筆者注: renege) は標準が採択される以前に現れる事前の競争 (ex ante competition) とは何ら関係がないし、その行為又は慣行と (「オートネゴシエーション技術 (autonegotiation technology) の市場」で独占力を創出したとされる) 標準の採択との間に何らかの因果関係 (causal connection) があるとは言うことはできない。その行為は、標準が採択され、市場がその技術に「ロックイン」された数年後に現れたのである。」と述べている (*Id.* at14)。また、同委員は他の媒体でも、N-Data は排除行為を行っていないと述べている (*Interview with J. Thomas Rosch, Commissioner Federal Trade Commission*, 23 ANTITRUST 32, 41 (2009).)。同媒体を引用する白石忠志「In re Negotiated Data Solutions LLC. 米国 FTC 同意命令 FTC File No. 051 0094 (2008)」白石忠志・中野雄介編『判例 米国・EU 競争法』201頁以下 (商事法務 2011年) も、N-DATA の行為が排除行為であるという見方に否定的である。

91 Analysis, at5, In re N-Data. FTC 法 5 条違反の要件として同様のものを挙げたものとして、Rambus 事件最終審決に係る Leibowitz 委員の同意意見がある (Concurring Opinion of Commissioner Jon Leibowitz, at15-16, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (July 31, 2006))。

その上で、N-Data が持っている力を技術標準を実施する者に対して用いていること及び実用的な代替物がないことを考慮に入れると、技術標準にロックインされている企業に関しては、①の要件が満たされ、技術の価格への負の効果と当該行為のSSOなどにおける標準化への脅威を考慮に入れると、②の要件も満たされるとしている⁹²。これは、不明確なFTC法5条の要件について、FTCが一定の見解を示したものと考えることもできるが、その後のBosch事件やMotorola・Google事件においてこの要件に沿った検討が行われているわけではない。

4 Bosch 事件

（1）事件の概要

ア 問題とされた行為⁹³

Bosch 事件では、SSO がその規則で、SSO の作業部会のメンバーに対して、メンバーが保有する標準必須特許の無償又はFRAND条件でのライセンスを求めている。しかし、自動車用エアコンの冷媒の回収・再生・充填装置（air conditioning recovery, recycling and recharging systems）に関する技術標準が採択された後、SSO の作業部会のメンバーであるSPX Service Solutions businessの親会社のSPX Corporationが、当該技術標準を実施して製品を製造する製造業者（Boschを含む。）が自己の標準必須特許を侵害したとして差止めを求めて提訴した。これを受けて、SSOは、SPX Service Solutions businessに対して、無償ライセンス又は、明らかにいかなる不公平な差別もない合理的な条件（reasonable terms and conditions that were demonstrably free of any unfair discrimination）⁹⁴での当該標準必須特許のライセンスの確約を求めたところ、同社は後者の条件でのライセンスを確約する文書をSSOに提出した。しかしながら、この文書の提出にもかかわらず、SPX Service Solutions businessは訴訟を継続するなどした⁹⁵。その後、製品市場において同社と競合する

92 Analysis, at5, In re N-Data.

93 事実の概要は審判開始決定書（Complaint, In re Robert Bosch GmbH., 155 F.T.C. 713 (2013).）に拠る。

94 FTCはこの条件をFRAND条件であると捉えているようである（Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, 155 F.T.C. at828; Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at831.）。

95 審判開始決定書では、訴訟の提起を行ったのはSPX Corporationであると記載されているが（Complaint ¶16, 155 F.T.C. at718.）、他の文書では、審判開始決定書でSPX Service Solutions businessの行為とされている部分が全てSPX Corporationの行為とされている（Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, 155 F.T.C. at828-829.）。このこと

Bosch が⁹⁵ SPX Service Solutions business を買収する際に、その企業結合と併せて SPX Service Solutions business の行為が問題とされた。

Bosch 事件は同意命令で終結しているが、審判開始決定書の「違反に問われた行為 (Violations Charged)」では、「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎない⁹⁶。なお、審判開始決定書では検討対象市場は製品市場であるとされている⁹⁷。

イ 反競争効果

Bosch 事件の審判開始決定書においては、SPX Service Solutions business の行為が、競争者である技術標準に準拠する製品の製造業者を市場から排除する (exclude) 旨の記述があるが⁹⁸、他の事件と異なり、反競争効果についてそれ以上の記載はない。

(2) 考察

本件は、標準必須特許の FRAND 条件でのライセンスが求められていた状況で、SPX Service Solutions business が差止めを求めた行為が FTC 法 5 条に違反するとされたものである。FRAND 条件でのライセンスの約束の対象となった標準必須特許についてライセンスを受ける意思のある者 (willing licensee) に対して差止めを行うことが、FRAND 回避の一形態であるとの判断があったことが窺われる⁹⁹。また、それが標準化の過程における行為であることも強調されている¹⁰⁰。

前記の行為について、審判開始決定書では、「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎないため、シャーマン法 2 条違反に該当する（ことにより FTC 法 5 条に違反する）行為であるとされたのか、FTC 法 5 条独自の違反行為であるとされたかは明らかではない。しかし、審判開始決定書と同時に公表された声明 (Statement of the Federal Trade Commission) では、本件の SPX Service Solutions business の行為がシャーマン法に基く独占化には該当しないという趣旨のことを述べていること¹⁰¹、FTC 法 5 条がシャーマン法に違反しない行為をも規制できるとい

から、FTC は行為の法的分析に当たって両者を明確に区別していないようである。

96 Complaint ¶ 23, 155 F.T.C. at 719-720.

97 Complaint ¶ 6, 155 F.T.C. at 716.

98 Complaint ¶ 20, 155 F.T.C. at 719.

99 Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, 155 F.T.C. at 829.

100 Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at 834-835.

101 Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at 833 note7. ただし、本件ではシャー

う趣旨のことを述べていることから¹⁰²、FTC は SPX Service Solutions business の行為が FTC 法 5 条独自の違反行為に該当すると判断したといえる。

5 Motorola・Google 事件¹⁰³

（1）事件の概要

ア 問題とされた行為¹⁰⁴

Motorola・Google 事件では、複数の SSO における携帯電話の通信規格等の技術標準の設定過程で、標準必須特許を保有していた Motorola が、当該標準必須特許について FRAND 条件でのライセンスを約束したにもかかわらず、当該技術標準を実施して製品を製造する製造業者を特許権侵害で提訴して差止めを求めた。その後、Motorola を買収した Google は訴訟を係属し、また、差止めを脅しに FRAND 条件を超えるライセンス条件を要求した。

Motorola・Google 事件は同意命令で終結しているが、審判開始決定書の「違反に問われた行為（Violations Charged）」では、「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎない。なお、審判開始決定書では検討対象市場は技術市場であるとされている¹⁰⁵。

イ 反競争効果¹⁰⁶

Motorola・Google 事件では、次の反競争効果により FTC 法 5 条違反が認められるとしている。

- ①当該技術標準に準拠する競合製品を消費者から剥奪すること
- ②当該技術標準に準拠する製品を製造する費用を増加させ、それにより同製品の製造業者による費用増加分が消費者に転嫁される可能性があること

マン法の独占化の訴因（count）が適切であると信じる理由がないとしながらも、同様の行為が独占化として違反とされる可能性があることを示唆している。

102 Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at834. FTC 法 5 条がシャーマン法に違反しない行為をも規制できる根拠として、FTC 法 5 条の文言、立法史及び最高裁の判例が挙げられている。

103 同事件を解説した邦語文献として、池田千鶴「企業結合規制と特許の取得」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』376-381頁（有斐閣2013年）がある。

104 事実の概要は審判開始決定書（Complaint, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (July 23, 2013) (hereinafter “Complaint, In re Motorola and Google”).）に拠る。

105 Complaint ¶ 20, In re Motorola and Google.

106 Complaint ¶ 28, In re Motorola and Google.

- ③標準化過程の無欠性や効率性を害すること及び標準化過程に参加して技術標準を採択しようとするインセンティブを低下させること
- ④ Google の競争者の費用を増加させ、それにより Google の製品とその競争者の製品との間の競争を阻害する（dampen）こと

（２）考察

本件は、Motorola が標準必須特許について FRAND 条件でのライセンスを約束したにもかかわらず、Motorola 及び Google が差止めを求めた行為が FTC 法 5 条に違反するとされたものである。本件では、差止請求は FRAND 条件でライセンスする旨の約束に反すると明言している¹⁰⁷。差止めの脅威の下でライセンス交渉が行われると、標準必須特許のライセンス料が FRAND 条件を超える額になることがその理由のようである¹⁰⁸。また、FRAND 条件でライセンスする旨の約束の反故が標準化の過程で行われたことも強調されている¹⁰⁹。

前記の行為について、審判開始決定書では、「不公正な競争方法を構成する」と述べているに過ぎないため、シャーマン法 2 条違反に該当する（ことにより FTC 法 5 条に違反する）行為であるとされたのか、FTC 法 5 条独自の違反行為であるとされたかは明らかではない。しかし、FTC は、同意命令の内容についてのパブリックコメントを促進するための文書（Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment）において、シャーマン法 2 条に基いて提訴された Rambus 事件等においては技術標準採択前に特許権者により裏切り（bad-faith）や詐欺的行為（deceptive conduct）が行われたとの主張がなされてきたとした上で¹¹⁰、Motorola が SSO に最初に FRAND 条件でライセンスする旨の約束を行ったときに、悪意に又は欺く意図で行動していた証拠はないとしている¹¹¹。また、FTC 法 5 条独自の規制権限に基いて、標準が採択された後に行われる機に乗じた行為（opportunistic

107 Complaint ¶ 25, In re Motorola and Google.

108 Complaint ¶ 19, 25, In re Motorola and Google.

109 Statement of the Federal Trade Commission, at 3, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (January 3, 2013)

110 Analysis of Proposed Consent Order To Aid Public Comment at 4, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (January 3, 2013) (hereinafter “Analysis, In re Motorola and Google”).

111 Analysis, at 4 note 7, In re Motorola and Google.

conduct) を規制することができることも述べている¹¹²。これらのことから、FTC は Motorola 及び Google の行為が FTC 法 5 条独自の違反行為であると判断したといえる。

6 まとめ

(1) 違反行為

Rambus 事件の FTC の最終審決では、意図的な詐欺的行為により、① SSO をして特許を技術標準に取り込ませ、又は、② SSO から RAND 確約を要求されることを回避する行為が技術市場における独占化に該当するとの判断を示した。しかし、②が排除行為に該当するという点は、控訴審判決で否定された。なぜならば、②は競争過程を害するものではなく、したがって、RAND 確約を回避した後に SSO のメンバーに高いライセンス料を請求したとしても、それは Rambus が合法的に獲得した独占力の行使に過ぎないからである（米国では、合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定する行為自体は反トラスト法に違反しないと原則がある。）。

他方で、N-Data 事件、Bosch 事件及び Motorola・Google 事件では、特許が技術標準に取り込まれることによって特許権者が技術市場において独占力を得たと明示されている事件もある¹¹³。しかし、その過程に詐欺的行為が認められなかったためか¹¹⁴、違反行為者（N-Data、Bosch、Motorola、Google）の行為がシャーマン法 2 条に違反するものとは考えられていないようである¹¹⁵。

もっとも、技術標準に準拠する製品を製造する者に対して高額のライセンス料を

112 Analysis, at4, In re Motorola and Google.

113 Complaint ¶ 21, In re N-Data; Complaint ¶ 13, 21, In re Motorola and Google.

114 Motorola・Google 事件では、Motorola が SSO に最初に FRAND 条件でのライセンスを約束したときに、悪意に又は欺く意図で行動していたと信じる根拠はないとされている (Analysis, at4 note7, In re Motorola and Google.)。また、N-Data 事件では、Majoras 委員長が、National Semiconductor の詐欺的行為により特許が技術標準に取り込まれたとの主張がなされていない点を指摘している (Dissenting Statement of Chairman Majoras, at2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))

115 Rambus 事件最終審決における FTC の意見が、Rambus の行為が詐欺的行為に該当することを根拠に独占化を肯定したことを想起せよ（第 3 の 2 (1) イ参照）。

なお、仮に詐欺的行為がない場合であっても、特許権者による FRAND 条件でのライセンスの約束がなければ代替技術が技術標準に取り込まれていたのであれば、詐欺的行為がある場合と同様に競争過程が破壊されるとして、詐欺的行為がある場合に限定してシャーマン法 2 条違反とするとの考えを疑問視する声もある。このような見解を紹介するものとして、Renata B. Hesse, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *IP, Antitrust and Looking Back on the Last Four Years*, at21 (February 8, 2013) がある。

課すことや差止請求を行うことが、製品市場における独占化（あるいは独占化の企図）に該当すると考えることもできるかもしれない。現に、Bosch 事件と Motorola・Google 事件では、差止めにより技術標準に準拠する製品の製造業者を製品市場から排除するという点について言及されている¹¹⁶。しかし、Rambus 事件控訴審判決が不当に高い価格が下流の市場（製品市場）の競争を歪めるとの考えを受け入れなかったことについては既述のとおりであり、また、裁判所は従来、合法的に取得された特許権の行使をシャーマン法 2 条違反とすることには消極的である¹¹⁷。

結局、N-Data 事件、Bosch 事件及び Motorola・Google 事件における、当初のライセンス条件の約束を超えるような高額なライセンス料の設定や差止請求は、現在のシャーマン法 2 条の基準の下では、合法的に獲得した独占力の行使¹¹⁸に過ぎないと位置付けられることが適切である。したがって、N-Data 事件以降の事件では、シャーマン法 2 条の基準の下では合法的に獲得した独占力の行使に過ぎないと評価される行為を FTC 法 5 条独自の違反行為として規制しているといえる。もっとも、当初のライセンス条件についての約束を反故にする行為が FTC 法 5 条独自の違反行為の要件をどのように満たすのかという点については、N-Data 事件を除いては明確ではない。そもそも、判例上も学説上も FTC 法 5 条独自の違反行為の要件は明らかではないため、要件との関係を説明すること自体が困難なのかもしれない。ただし、いずれの事件も標準化過程で当初のライセンス条件についての約束が反故にされたことが強調されており、この背景には、標準化の過程を傷つける行為が行

116 Complaint ¶ 20, In re Robert Bosch GmbH, 155 F.T.C. 713, 719 (2013); Complaint ¶ 25, In re Motorola and Google; Analysis, at5, In re Motorola and Google.

117 SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1206,1209 (2d Cir. 1981)。また、特許製品と非特許製品の抱き合わせ、特許庁に対する欺瞞 (fraud) による特許の取得又は不当な訴訟 (sham litigation) の証拠がない限り、特許権者は他者が発明を利用することを排除しても反トラスト法に違反しないとの判決もある (CSU, L.L.C. v. Xerox Corp. (In re Independent Serv. Orgs. Antitrust Litig.), 203 F.3d 1322, 1327 (Fed. Cir. 2000))。特許権者の主観的意図に基づいて単独のライセンス拒絶を違法とした事例もあるが (Image Tech. Servs. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997))、批判が多い (FTC & DOJ 2007 Report, at31-32; 3A Areeda & Hovenkamp, ¶ 709b)。また、差止請求を取引拒絶と捉えることもできなくはないが、2003 年の Trinko 事件最高裁判決は単独の取引拒絶をシャーマン法 2 条違反に問うことに極めて慎重な態度を採っている (Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004))。

118 Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *Federalism, Substantive Preemption, and Limits on Antitrust: An Application to Patent Holdup*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 469, 498 (2009) は、NYNEX 事件最高裁判決の論法に従えば、N-Data によるライセンス条件についての再交渉は、合法的に獲得した独占力の行使であるとみなされるだろうと述べている。

われる場合には標準化の便益を損ねて標準化が反競争的なものとなる¹¹⁹との考えがある。

（2）反競争効果

Rambus 事件及び N-Data 事件では、ほぼ同様の反競争効果が挙げられている。いずれも当該標準技術の利用に関するロイヤリティの増加、当該技術標準に準拠する製品の価格の上昇・生産量の減少、当該技術標準に準拠する製品の製造業者が同製品を製造するインセンティブの減少、当該 SSO やその他の SSO への参加インセンティブの減少、SSO が策定した技術標準への信用等の低下を挙げている。Motorola・Google 事件では、Google が製品市場でも事業活動を行っていたためか、当該技術標準に準拠する競合製品を消費者から奪うとか、競合品製造の費用を上昇させるといった記載がある。ただし、Rambus 事件及び N-DATA 事件と同様に、標準化過程に参加するインセンティブの低下や当該技術標準に準拠する製品の費用の増加も挙げている。

以上のとおり、反競争効果は排除行為であるか FTC 法 5 条独自の違反行為であるかにかかわらず、特許のライセンス料への悪影響、技術標準に準拠する製品に関する悪影響、SSO や標準化そのものへの悪影響が挙げられている。ただし、違反行為者が製品市場においても事業を行っている場合には、以上に加えて製品市場における他の製造業者との競争への影響も挙げられている。

第 4 FTC の規制の根拠

既述のとおり、FTC は、N-Data 事件後、シャーマン法 2 条には違反しない行為を FTC 法 5 条独自の違反行為として規制している。このような規制が可能なのは、立法過程や最高裁の判例により FTC 法 5 条の規制範囲がシャーマン法 2 条よりも広いとされているためである。ただし、シャーマン法 2 条が企業のいかなる単独行為を規制すべきかについては、経済学的知見も用いて長年議論されており、その議論の結果が現在のシャーマン法 2 条の規制範囲であるともいえる。したがって、シャーマン法 2 条に違反しない行為を規制することは逆に消費者利益を損なうおそ

119 前掲注35参照。

れがある¹²⁰。では、いかなる理由で FTC 法 5 条の規制範囲がシャーマン法 2 条よりも広いことが許容されるのだろうか。

また、仮にシャーマン法 2 条には違反しない行為を FTC 法 5 条独自の違反行為として規制できるとしても、それを規制することが政策論の観点から望ましいのかという問題がある。なぜなら、合法的に独占力を獲得した者による独占価格の設定行為自体はシャーマン法 2 条に違反しないとの原則があり、その根拠として独占利潤を確保することが技術革新への投資インセンティブを促進するとの考えがあるからである。この点について FTC はどのように考えているのだろうか。

以下では、これらの観点から FTC の執行を分析することとしたい。

1 FTC 法 5 条の適用範囲

FTC 法 5 条の規制範囲がシャーマン法など他の反トラスト法よりも広いということは立法過程により認められ、最高裁の判例が首肯するところである。しかし、近年の FTC 法 5 条の適用範囲を巡る議論では、FTC 法 5 条の規制範囲が広いことの実質的な理由付けについても言及されている。以下では、FTC 法 5 条の規制範囲が広いことの実質的な理由付けを明らかにしたい。

(1) FTC 法 5 条の適用範囲

FTC 法 5 条は、次のように規定している。

「通商における、又は通商に影響を与える、不公正な競争方法（Unfair methods of competition）・・・は、これを違法とする」¹²¹

FTC 法の立法過程では、FTC 法 5 条が他の反トラスト法に必ずしも違反しないような行為にまで及ぶことが意図されていたようであるが¹²²、不公正な競争方法を

120 例えば、Herbert Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman act*, 62 Fla. L. Rev. 871, 874 (2010) (hereinafter "Hovenkamp, *FTC and Sherman act*") は、シャーマン法 2 条で違反とならない行為を規制すれば、経済学的に有害ではなく、消費者のためにさえる行為を非難するだろうという批判を紹介している。

121 15 U.S.C. § 45(a)(1)

122 Jon Leibowitz, Chairman, Federal Trade Commission, Prepared Statement of the Federal Trade Commission: *Oversight of the Federal Trade Commission Bureau of Competition and the Department of Justice Antitrust Division*, Before the Subcommittee on Courts and Competition Policy of the Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, at11 (July 27, 2010); Concurring Opinion of Commissioner Jon Leibowitz, at2-5, In re Rambus Inc., FTC File No. 0110017 (July 31, 2006) (hereinafter "Concurring Opinion of Leibowitz, In re Rambus"); William E.

定義することが困難であったことが、上記のように幅を持たせた定義を置いた理由の一つであるようである¹²³。この規定により、FTC は、シャーマン法 2 条に違反する行為を FTC 法 5 条により規制することができるが¹²⁴、これに加えて、シャーマン法 2 条その他の反トラスト法の規定に違反しない行為を規制することもできる¹²⁵。

(2) FTC 法 5 条の適用範囲が広い理由

前記 (1) のとおり、FTC 法 5 条の規制範囲がシャーマン法等他の反トラスト法よりも広いことの形式的な理由付けは、FTC 法 5 条の立法過程及び最高裁判決に求められる。FTC が技術標準における特許権の行使を FTC 法 5 条独自の違反行為として規制した際にも、立法過程及び最高裁判決を根拠に FTC 法 5 条の適用を正当化している¹²⁶。

他方で、今日では、シャーマン法をはじめとした他の反トラスト法は、FTC 法制定当時の予想を裏切り、反競争的行為を十分に規制できるような形で解釈されていると言われている¹²⁷。このため、今日 FTC 法 5 条の規制範囲を他の反トラスト法よりも広く解釈する必要はないとの立場もある¹²⁸。このような立場は大勢を占めて

Kovacic & Marc Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 *Antitrust L.J.* 929, 930 (2010) (hereinafter “Kovacic & Winerman, *Section 5 of the FTC Act*”).

123 Concurring Opinion of Leibowitz, at 5, In re Rambus; 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302a.

124 Hovenkamp, *FTC and Sherman act*, at 873; Kovacic & Winerman, *Section 5 of the FTC Act*, at 932–933 note 15.

125 FTC 法 5 条が他の反トラスト法に必ずしも違反しないような行為にまで及ぶことの判例上の根拠として挙げられることが多いものとして、FTC v. Sperry & Hutchinson Co., 405 U.S. 233, 239–244 (1972) がある。同判決は FTC 法 5 条の立法過程や判例を根拠に FTC 法 5 条の規制範囲が他の反トラスト法のそれよりも広いことを肯定している。

126 Statement of the Federal Trade Commission, at 1–2, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Statement of the Federal Trade Commission, at 3, In re Robert Bosch GmbH., 155 F.T.C. 713, 834 (2013); Statement of the Federal Trade Commission, at 2, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (January 3, 2013) (hereinafter “Statement of the FTC, In re Motorola and Google”). また、Concurring Opinion of Leibowitz, at 2–7, In re Rambus も立法過程と最高裁判決に言及している。

127 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h2; Richard A. Posner, *The Federal Trade Commission: A Retrospective*, 72 *Antitrust L.J.* 761, 766 (2005); Kovacic & Winerman, *Section 5 of the FTC Act*, at 934.

128 Richard A. Posner, *The Federal Trade Commission: A Retrospective*, 72 *Antitrust L.J.* 761, 766 (2005)。N-Data 事件の Majoras 委員長の反対意見もこれに近い考えを採っている (Dissenting Statement of Chairman Majoras, at 3, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))。

いるわけではないが、FTC法5条の規制範囲がシャーマン法等他の反トラスト法よりも広いことを支持する者であっても、その根拠を立法過程や最高裁の判例ではなく（あるいは、立法過程や最高裁の判例に加えて）、FTC法5条の特性に求める者が多い。そして、この立場の論者が共通して挙げるFTC法5条の特性とは、FTC法5条違反に対するFTCの執行が3倍額賠償訴訟の根拠にならないことなど、後続の私訴に影響を与えないというものである¹²⁹。

FTCも、FTC法5条に違反しても3倍額賠償訴訟や私訴が提起されないこと又はその可能性が低いことを、FTC法5条の規制範囲がシャーマン法2条よりも広いことの理由として位置付けている¹³⁰。また、FTCの個々の委員の発言等において

129 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h3は、救済が差止めに限定されていること、刑事罰や損害的制裁 (damage sanction) がないこと、手続開始が私人でなく公益を求める当局者により開始されること及びFTC法5条に基づく手続が後続の3倍額賠償訴訟の根拠とならないことを挙げている。Kovacic & Winerman, *Section 5 of the FTC Act*, at 947-948. は、違反した場合であっても私人による損害賠償訴訟において付随的な効果 (collateral effect) がないこと及びFTCの専門性を挙げる。また、Hovenkamp, *FTC and Sherman act*, at 877-878は、FTC法5条違反が後続の私訴において既判力や争点効を持たないこと及び救済が差止めに限定されていることを挙げている。ほかにFTC法5条違反に3倍額賠償が伴わないことを重視する論稿として、例えば、Steven C. Salop, *Guiding Section 5: Comments on the Commissioners*, at 4, 9(1) CPI ANTITRUST CHRON. (2013) がある。

130 2010年にLeibowitz委員長は、連邦議会下院司法委員会の裁判所及び競争政策小委員会において、立法当時は議会は、FTCに3倍額賠償訴訟の権限が与えられないことや同法に基づいて私訴を提起できないなど同法に基づく訴えに制限を加えることで、FTC法5条の規制範囲がシャーマン法よりも広いこととのバランスを取るよう努めた、という趣旨の陳述をしている (Jon Leibowitz, Chairwoman, Federal Trade Commission, Prepared Statement of the Federal Trade Commission: *Oversight of the Federal Trade Commission Bureau of Competition and the Department of Justice Antitrust Division*, Before the Subcommittee on Courts and Competition Policy of the Committee on the Judiciary, United States House of Representatives, at 11 (July 27, 2010))。また、N-Data事件の委員会声明には、他の反トラスト法に違反しない行為をFTC法5条で規制することについて、救済の性質と同意命令が反トラスト法に基づくクラスアクションの根拠とされる可能性の低さを考慮に入れると、判断を誤ることの社会的費用は小さい、として正当化している (Statement of the Federal Trade Commission, at 1-2 note 5, In re Negotiated Data Solutions LLC., FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))。Bosch事件やMotorola・Google事件でも、FTCは、3倍額賠償訴訟や私訴の可能性がない（あるいは、その可能性を最小化する）というFTC法5条の特性に言及している (Statement of the Federal Trade Commission, In re Robert Bosch GmbH, 155 F.T.C. 713, 833 (2013); Statement of the FTC, at 2-3, In re Motorola and Google.)。

金井貴嗣「私的独占の外延—米国におけるFTC法5条の適用事例を素材に」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』207頁（有斐閣 2013年）も、FTCによるN-Data事件等の執行に関して、「FTC法5条によって規制範囲を拡大することが肯定されているのは、FTC法5条違反に対するサンクションが、もっぱら行為を将来にわたって差止めることに置かれていて、三倍額損害賠償等、違反行為者の責任追及にはないことである。」としている。

は、この点をより明確に述べた例がある。例えば、FTC 法 5 条の規制範囲が他の反トラスト法よりも広いことを詳細に論じたものとして引用されることが多い Rambus 事件における Leibowits 委員の同意意見は、その根拠を立法過程、判例及び FTC 法 5 条の文言に求めるとともに、FTC 法 5 条違反の結果が一般的には差止め限定されること、FTC 法 5 条に基づく FTC の執行が後続の 3 倍額賠償訴訟においてほとんど価値を持たないこと、FTC 法が私人による執行の規定を含まないことなどを挙げた上で、「これらの比較的軽い結果が理由となって、5 条は正当に反トラスト法よりも幅広く適用することができる。」と述べている¹³¹。

(3) 誤判費用という考え方

では、なぜ上記のような FTC 法 5 条の特性が、その適用範囲がシャーマン法 2 条よりも広いことの理由となるのだろうか。この理由の一つとして、違反の場合の措置が軽ければ、裁判所や競争当局が違法とすべきではない行為を誤って違法としてしまう際の社会的費用が低いということが挙げられる。例えば、Areeda & Hovenkamp は次のように述べる。すなわち、①行為が競争に対して少なくともそこそこの脅威を与え、費用削減、製品の向上、その他効率的な形で競争への影響を相殺する利益をほとんど持たず、②執行が政府機関に限定されており、③救済が違反行為の禁止や是正の命令に限定される場合には、より積極的な実体法上の基準が適切である、と¹³²。なぜなら、そのような場合には、私人による損害賠償訴訟から生ずる過剰抑止の心配がなく、誤判の社会的費用が、反競争的ではないが重要な利益もない行為を非難する誤判に限定されるからである¹³³。その上で、FTC による FTC 法 5 条の執行はこれらの基準を満たすとしている¹³⁴。つまり、FTC 法 5 条はその特性上、シャーマン法 2 条に比して過剰抑止や誤判の社会的費用の問題が小さい

131 Concurring Opinion of Leibowitz, at11-12, In re Rambus. そのほかの理由として、FTC は不当利益の剥奪 (disgorgement) や不当利得の返還 (restitution) を求めることができるが、それらは裁判所に請求を求めなければならないこと、FTC は違反が比較的明確な場合に限って衡平法上の金銭的救済を求めるとの方針を採っていること、FTC 法 5 条独自の違反行為が刑事罰の根拠とならないことを挙げている。Remarks of J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *Promoting Innovation: Just How "Dynamic" Should Antitrust Law Be?*, at18-19 (March 23, 2010) も救済が限定的であることを FTC 法 5 条の規制範囲がシャーマン法よりも広いことの理由としている。

132 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h3.

133 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h3.

134 2 Areeda & Hovenkamp, ¶ 302h3.

ために、規制範囲をより広いものとしても問題がないというのである。

違法とすべきではない行為を誤って違法としてしまう際の社会的費用の大きさが、反トラスト法の違法性の判断に影響を与えるという考え方は、最高裁の判決でも見られる¹³⁵。特に、違法な行為と正当な事業活動の見極めが困難であり、裁判所や競争当局が判断を誤る可能性が相対的に高いと考えられているシャーマン法2条に関しては、その傾向が強いようである¹³⁶。

違法とすべきではない行為を誤って違法としてしまう際の社会的費用の大きさが違法性の判断に影響を与えた例として、例えば、略奪的価格設定が問題となったBrooke Group事件最高裁判決がある。同判決は、略奪的価格設定がロビンソン・パットマン法により修正されたクレイトン法2条違反となるためには、①設定された価格が被告の費用より低いことと②被告の費用よりも低い価格設定への投資を回収する合理的な見通し（prospect）が立証されなければならないと判示したが¹³⁷、その理由として、「誤った推論は、それらが反トラスト法が守ることを目的としているまさにその行為をくじく（chill）ため、特に損失が大きい」¹³⁸ことを挙げている。Brooke Group事件最高裁判決のこの考え方は、価格圧搾（price-squeeze）の違法性が争点となったLinkline事件¹³⁹や略奪的高価格購入（predatory bidding）の違法性が争点となったWeyerhaeuser事件¹⁴⁰でも確認されている。

また、単独の取引拒絶の違法性が争点となったTrinko事件最高裁判決は、1996年の電気通信法¹⁴¹に基く規制が反トラスト的な機能を果たしていたことを理由に反

135 U. S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, at18 (2008) (hereinafter “ DOJ Section 2 Report”). また、最高裁が誤判の費用に関心を払っていることを指摘した論稿として、Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *Federalism, Substantive Preemption, and Limits on Antitrust: An Application to Patent Holdup*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 469, 472-474 (2009); Kovacic & Winerman, *Section5 of the FTC Act*, at938; Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *The Limits of Antitrust and Patent Holdup: A Reply to Cary et al.*, 78 Antitrust L.J. 505, 514-521 (2012) がある。

136 違法性の判断を誤る理由として、違反該当性の判断に伴う困難さを挙げる判決として、Verizon Communs., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 414 (2004).

137 Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 222-226 (1993). なお、同判決は、この2つの要件については、シャーマン法2条の場合であっても同様であるとしている (*Id.* at222).

138 Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 226 (1993). 同判決は、Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 594 (1986) を引用する Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 122 note17 (1986) を引用している。

139 Pac. Bell Tel. Co. v. linkLine Communs., Inc., 555 U.S. 438, 451 (2009).

140 Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312, 320 (2007).

141 the Telecommunications Act of 1996

トラスト法が介入する利益が僅かであるとする一方で、「誤った推論とそれから生じる間違った有罪判決 (false condemnation) は、それらが反トラスト法が守ることを目的としているまさにその行為をくじく (chill) ため、特に損失が大きい。」と述べている¹⁴²。その上で、積極過誤 (false positive. 違法とすべきではない行為を誤って違法としてしまうこと) の費用がシャーマン法2条上の責任を不当に拡大しないよう忠告するとしている¹⁴³。

また、競争当局も、判断を誤った際の社会的費用という概念を用いて反トラスト法の違法性判断の根拠付けを行うことがある。司法省の単独行為規制に関する報告書は、競争と消費者のためになる行為を不当に非難すること (condemnation) を積極過誤 (false positive) と呼んでいる。そして、積極過誤の費用として、①裁判所又は当局の面前にある当事者に関連する費用と②過度に包括的で曖昧な決定により、当事者以外の者が訴訟をおそれて競争促進的な行為を思いとどまることによる損失の二つを挙げている¹⁴⁴。その上で、シャーマン法2条の下で単独行為に適用される基準を決定するに際して、積極過誤と消極過誤 (false negative)、行政費用 (cost of administration) それぞれの影響を考慮することを提言している¹⁴⁵。もっとも、この報告書は2009年の政権交代後に撤回されているし、FTCの3名の委員がこの報告書に対する反論を公表している¹⁴⁶。しかし、FTCの3名の委員の反論は、シャー

142 Trinko, 540 U.S. at413-414.

143 *Id.* at414. また、証券当局が規制する行為についての反トラスト法の適用の可否が争点となった Credit Suisse 事件最高裁判決 (Credit Suisse Sec. (USA) LLC v. Billing, 551 U.S. 264 (2007)) は、反トラスト法の適用除外の適否の判断において誤判費用を勘案している。同判決は、証券取引委員会 (SEC) がこの事件で問題となった行為を禁止する規則を積極的に執行していること、SEC が規則を作る際には競争に考慮すべきことが求められていることなどを理由に、反トラスト法を執行する必要性が小さいとする (551 U.S. at283-284)。他方で、裁判所が証券諸法で認められている行為をも誤って反トラスト法違反と判断してしまう危険があり (551 U.S. at282)、そのような誤りの証券に関連する費用 (securities-related cost) は非常に高いとして (551 U.S. at282)、これらの考察から示される反トラスト法の適用と証券諸法の適用の間に生じる重大な矛盾を、反トラスト法を適用しない理由の一つとしている (551 U.S. at284)。岡田直己「米国反トラスト法の黙示的撤回の法理とその展開－証券取引分野の連邦最高裁判例を中心に－」青山法務研究論集1巻76-77頁 (2010) は、「本判決の基底には、反トラスト訴訟が積極過誤をもたらす危険がある場合には、・・・反トラスト法の執行は放棄されるべきであるという暗黙の認識があるものと思われる」と指摘している。

144 DOJ Section 2 Report, at16.

145 *Id.* at18

146 Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice (September 8, 2008).

マン法2条の違法性判断における積極過誤の重み付けについてのものであり¹⁴⁷、積極過誤という考え方そのものに反対しているわけではない¹⁴⁸。

（４）技術標準における特許権の行使に対する FTC 法5条適用事例の位置付け

N-Data 事件の委員会声明においては、FTC 法5条の適用について、前記（３）の *Areeda & Hovenkamp* を引用した上で、「救済の性質と同意命令が反トラスト法に基づくクラスアクションの根拠とされる可能性の低さを考慮に入れると、判断を誤ることの社会的費用は小さい」¹⁴⁹と述べている。このように、FTC は標準化過程における特許権の行使を FTC 法5条により規制する際にも、その根拠を、立法過程や最高裁により認められた FTC 法5条の規制範囲の広さに加えて、FTC 法5条の救済が限定的であることに起因する誤判の社会的費用の小ささにも見出しているといえる。

２ 取り分の確保と技術革新との関係についての FTC の見解

前記第3の6（1）のとおり、*Rambus* 事件控訴審判決に照らせば、*N-Data* 事件、*Bosch* 事件及び *Motorola・Google* 事件で問題とされた行為はシャーマン法2条に違反する行為ではなく、高額なライセンス料の設定や差止請求は合法的に獲得した独占力の行使に過ぎない。米国では、合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定する行為自体はシャーマン法2条に違反しないと原則が認められており¹⁵⁰、その主たる理由は、独占利潤の確保が事業者の技術革新への投資インセンティブを促進するからであると説明されている。また、前記の諸事件では、特許権が独占力の源泉となっているが、特許制度は投資に対する見返りを確保することで技術革新への投資インセンティブを促進するための制度と捉えられているため、特許権を制限することには慎重な意見もある¹⁵¹。以下では、高額なライセンス料の設定としての独

147 *Id.* at3-4.

148 同反論は、*false positive* を *over-enforcement* と呼んでいる。

149 *Statement of the Federal Trade Commission*, at2 note5, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 051 0094 (January 23, 2008).

150 前掲注80参照

151 現に *Motorola・Google* 事件に関して、排除措置として特許権者の差止めを制限することは特許権者にとっての標準化における価値を棄損し、特許権者の研究開発への投資を減じ、結果として技術革新を減じるとの批判がある（*Elyse Dorsey, Matthew R. McGuire, How the Google Consent Order Alters the Process and Outcomes of FRAND Bargaining*, 20 *Geo. Mason L. Rev.* 979, 1000 (2013)）。

独占力の行使に焦点を当てて、技術標準における特許権の行使の文脈において、FTCが技術革新への投資インセンティブのために必要な取り分の確保をどのように位置付けているかを考察することとしたい。

（１）独占利潤と投資インセンティブ

合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定するだけではシャーマン法 2 条に違反しないとの原則は、裁判所¹⁵²、競争当局¹⁵³及び著名な論者¹⁵⁴からいずれも支持されている。独占価格の設定はそもそも競争を排除しないから排除行為（exclusionary practice）に該当せずシャーマン法 2 条に違反しないとの説明もあるが¹⁵⁵、独占者による高価格の設定がシャーマン法 2 条に違反しないとされる実質的理由付けは、独占価格から生じる利益が、事業者が技術革新を行うインセンティブに繋がるというものである¹⁵⁶。例えば、Trinko 事件最高裁判決は、次のように述べる。「単なる独占力の保持とそれに伴う独占価格の設定は違法でなく、自由市場システムの重要な要素である。一少なくとも短期間—独占価格を設定する機会はまずもって事業上の洞察力を惹きつけるものであるため、技術革新（innovation）と経済成長を生み出すためのリスクの引受けを促す。技術革新を行う

152 Trinko, 540 U.S. at 407; Pac. Bell Tel. Co. v. linkLine Communs., Inc., 555 U.S. 438, 447-448 (2009). また、Nynex Corp. v. Discon, Inc., 525 U.S. 128, 136,139 (1998) は、NYNEX による詐欺的行為により顧客向け電話料金が上昇したことを認めつつも、それは被告が合法的に有していた市場支配力の行使の結果に過ぎないと述べるなど、市場を独占している事業者が高価格を設定するだけではシャーマン法 2 条に違反しないことを当然の前提とした判示をしている。

153 FTC&DOJ 2007 Report, at1, 23. また、独占者が独占価格を設定するだけではシャーマン法 2 条違反とならないとの考えは、オバマ政権において撤回された司法省の単独行為規制に関する報告書においても表明されている（DOJ Section 2 Report, at8.）。同報告書では、単なる独占力の保持や行使がシャーマン法 2 条に違反しないことについてはコンセンサスがあると述べている（*Id.* at8-9）。

154 1 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, at226 (7th ed. 2012); 3A PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 720a (3d ed. 2008) (hereinafter “3A Areeda & Hovenkamp”); Dennis W. Carlton & Ken Heyer, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, at2 (Economic Analysis Group Discussion Paper 08-2 Mar. 2008). また、2 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, at1090 (7th ed. 2012) は、この原則に則して、特許権者が高額のロイヤリティを請求することができるとしている。

155 3A Areeda & Hovenkamp, ¶ 720a.

156 Trinko, 540 U.S. at407; DOJ Section 2 Report, at8; 3A Areeda & Hovenkamp, ¶ 720a; Dennis W. Carlton & Ken Heyer, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, at3 (Economic Analysis Group Discussion Paper 08-2 Mar. 2008).

インセンティブを保護するために、独占力の保持は、反競争的行為を伴わない限りは、違法とされないだろう。」¹⁵⁷

また、独占価格の設定を規制しない他の理由としては、技術革新へのインセンティブから生じる動態的効率性が重要となる事例とそうでない事例を見分けることがしばしば不可能であろうこと¹⁵⁸、仮にそのような事例を見極めることが可能であったとしても、独占価格として規制すべき価格の設定が困難であり、又はそのような価格の設定が可能であっても非常に大きな費用を伴うということ¹⁵⁹（この費用には、違法ではない行為を誤って違反としてしまう、いわゆる「誤判費用」も含まれるとの考えがある¹⁶⁰。）も挙げられている。さらに、仮に独占価格が設定されていれば、その超過利潤が競争者の新規参入を促し、むしろ競争が活発になるとの理由付けを挙げる者もいる¹⁶¹。

（２）特許権と投資インセンティブ

特許法を含む知的財産制度は、技術革新へのインセンティブを与えるための排他的権利を創出する制度である¹⁶²。反トラスト法の主たる目的は競争を保護すること

157 Trinko, 540 U.S. at 407.

158 Dennis W. Carlton & Ken Heyer, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, at 5 (Economic Analysis Group Discussion Paper 08-2 Mar. 2008).

159 3A Areeda & Hovenkamp, ¶ 720a; Dennis W. Carlton & Ken Heyer, *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*, at 5 (Economic Analysis Group Discussion Paper 08-2 Mar. 2008); Thomas F. Cotter, *Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses*, 34 J. Corp. L. 1151, 1157 (2009). 取引拒絶の事案であるが、Trinko 事件最高裁判決は、被告の取引拒絶行為が違法ではないとする理由付けの一つとして、取引を強制する際に裁判所が適切な価格（proper price）等の取引条件を決定する必要があるものの、裁判所がこのような役割に適していないことを挙げている（Trinko, 540 U.S. at 408.）。

160 Thomas F. Cotter, *Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses*, 34 J. Corp. L. 1151, 1157-1158 (2009).

161 3A Areeda & Hovenkamp, ¶ 720a. Rambus 事件控訴審判決においても、高価格（high prices）が競争者を引きつけるという趣旨の判示がなされている（Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456, 466 (2008)）。

なお、和久井・前掲注80、85頁は、独占力の存在そのものと、それを用いて独占的価格設定を行うに過ぎない行為が規制されるべきではない実質的理由として、「独占利潤の獲得可能性がインセンティブとして働くこと、裁判所が価格規制を行うことの非効率性、独占利潤が他者の増産や参入を招いて自然治癒される傾向を持つこと」が挙げられているとしている。

162 FTC & DOJ 2007 Report, at 1; U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*, 1.0 (1995).

であるため¹⁶³、技術の専有がときとして競争を減じることを考えれば、技術を専有させることにより投資インセンティブを確保するという考え方は一見反トラスト法の基本的な考え方とは相容れないように見える。もっとも、このような見方に対しては、競争のメリットは、競争状態にある企業が独占企業に比してより低い価格とより大きい生産量をもたらすということ¹⁶⁴だけではなく、技術革新に資するということが挙げられていることから¹⁶⁵、反トラスト法も技術革新への投資インセンティブに無関心ではないとの指摘があるかもしれない。しかし、この場合に想定されているのは、競争を保護、あるいは促進することにより、（価格の低下や生産量の増大のみならず、）技術革新を促す、ということである。排他的権利を付与することで技術革新に必要な投資に対する見返りを獲得できるようにして、これにより技術革新を促すことは、一般的には知的財産法の役割であると考えられている¹⁶⁶。

しかし、技術革新に必要な投資に対する見返りを獲得できるようにすることにより技術革新を促すことについて、反トラスト法が無関心であるかという点、そうではない。知的財産法の行使に対する反トラスト法の執行に当たっては、知的財産制度により生み出される投資インセンティブの確保に配慮すべきであるとの考え方は競争当局の報告書にも表れている¹⁶⁷。また、反トラスト法の執行において知的財産制度により生み出される投資インセンティブへの配慮が窺われる好例が、いわゆる単独のライセンス拒絶をめぐる議論である。単独のライセンス拒絶を規制することに消極的な論者の中には、単独のライセンス拒絶を行った行為者に対して、排除措

163 2B PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 401 (4th ed. 2014) (hereinafter “2B Areeda & Hovenkamp”)

164 1 Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis, Mark A. Lemley & Christopher R. Leslie, IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law, § 1.2 (2d ed. 2010) (hereinafter “1 Hovenkamp et al., IP and Antitrust”).

165 U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1.0 (1995); 2B Areeda & Hovenkamp, ¶ 401; 1 Hovenkamp et al., IP and Antitrust, § 1.2, 1.3a.

166 FTC & DOJ 2007 Report, at2; 1 Hovenkamp et al., IP and Antitrust, 1.3b は、反トラスト法と知的財産法がともに、イノベーションの促進など富の最大化（wealth maximization）を促進することを目的とすることを認めつつも、反トラスト法が独占化やその他の反競争的な行為を防止して効率性を最大化することで目的を達成しようとするのに対して、知的財産法は発明へのインセンティブを与えるために独占を促進する場合があることから、目的を達成するための方法において両者が異なっているとしている。

167 FTC & DOJ 2007 Report, at2; Federal Trade Commission, The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies With Competition, at1 (2011) (hereinafter “FTC 2011 Report”). FTC 2011 Report, at1では、反トラスト法の執行（enforcement）において、特許制度により生み出される技術革新へのインセンティブの存在を認めるべきことが強調されている。

置として強制ライセンスを命じる場合、特許権者の利益を減じることとなり、それにより投資インセンティブを削ぐと主張する者が少なくない¹⁶⁸。

（３）取り分の確保によるイノベーションの促進とそれへの批判

（１）及び（２）は、結局のところ、独占者や特許権者に取り分を確保することで、技術革新に不可欠な投資インセンティブを保護するとの考えである。米国の反トラスト法は、競争の促進により、価格の低下や生産量の増加といった静態的効率性や技術革新を達成することのみに関心が向けられているわけではなく、競争を犠牲にして独占者や特許権者に取り分を確保することで技術革新を達成することにも関心が向けられているといえる。

しかし、取り分の確保による技術革新の達成という考え方に対しては、いくつかの反論が可能である¹⁶⁹。第１に、いうまでもなく、独占は価格の上昇や生産量の低下といった静態的効率性を損なうというものである¹⁷⁰。第２に、取り分の確保が技術革新に必要な投資インセンティブを高めるとしても、一度独占に至れば、独占企業の技術革新を行うインセンティブは減少するというものである¹⁷¹。第３に、標準

168 Richard J. Gilbert & Carl Shapiro, *An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property*, 93 PROC. NAT'L ACAD. SCI. USA 12749, 12753 (1996); Abbott B. Lipsky, Jr. & J. Gregory Sidak, *Essential Facilities*, 51 STAN. L. REV. 1187, 1219 (1999); Paul D. Marquardt & Mark Leddy, *The Essential Facilities Doctrine and Intellectual Property Rights: A Response to Pitofsky, Patterson, and Hooks*, 70 Antitrust L.J. 847, 855-857 (2003); また、FTC & DOJ 2007 Report, at23は、強制ライセンスにおけるライセンス料が特許発明に繋がった研究開発費用をまかなうことができない水準になることを危惧する論者がいると指摘している。

169 多くの企業を技術革新に駆り立てるものが独占利潤であるとの考えそのものに懐疑的な者もいるとの指摘もある（Marina Lao, *Ideology Matters in the Antitrust Debate*, 79 Antitrust L.J. 649, 661 (2014)）。

170 司法省の単独行為規制に関する報告書の公表と同時に FTC の 3 名の委員が出した声明は、独占の弊害として価格の固定（price fixing）、生産量の制限及び品質の低下を挙げた *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911) を引用して、独占に寛容な態度を示す同報告書を批判している（Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice at2-3 (2008)）。この点は司法省の報告書も認めているが、「不正手段で得た（ill-gotten）独占」に限定した記述となっている（DOJ Section 2 Report, at10）。

171 司法省の報告書の公表に先立ち司法省と FTC により行われた公聴会では、独占企業が技術革新に消極的になる可能性が指摘されており（Federal Trade Commission and Department of Justice Hearings on Section 2 of the Sherman Act: Single-Firm Conduct As Related to Competition, Sept. 26, 2006 Hr'g Tr., Empirical Perspectives, at13 (Scherer); July. 18, 2006 Hr'g Tr., Refusals to Deal, at55-56 (Salop)）、司法省の報告書もこれらを引用して、特定の状況では、独占の存在が技術革新を妨害することを認めている（DOJ Section 2 Report, at10.）。FTC の 3 名の委員が出した声明も、公聴会における Scherer の指摘を引用して、独占が技術革新へ

化におけるホールドアップ問題に特化したものとして、特許権者がホールドアップから得る取り分は「棚からぼた餅」(windfall) 的なものであるため、このような取り分を認めたとしても投資インセンティブの増大には繋がらないというものである¹⁷²。第4に、特許の利用者もまた技術革新を行う者である場合には、特許権者に過大な取り分を認めることが特許を利用する者の技術革新を減ずるといものである¹⁷³。

(4) 特許の利用者による技術革新

取り分を確保することで技術革新に不可欠な投資インセンティブを保護するとの考えに対する前記の反論のうち、FTC が2011年に公表した特許制度の改善について

のインセンティブを減じるとして、独占に寛容な態度を示す同報告書を批判している (Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice at2-3 (2008))。同声明は、期待される金銭的報酬 (financial rewards) が技術革新をもたらすことを認めつつも、独占力から生じる利益が競争から生じる利益と同様の有益な市場効果を持つことが保証されるものではないと述べる (*Id.* at2)。また、上記の FTC の反論に委員として加わった Rosch 委員は別の場において、独占が技術革新と競争をもたらすことは認めつつも、それら正の効果から、独占が技術革新に与える負の効果を差し引いた正味 (net) の効果がどうであるかが重要であるという趣旨のことを述べている (Remarks of J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *Promoting Innovation: Just How "Dynamic" Should Antitrust Law Be?*, at11-12 (March 23, 2010))。2B Areeda & Hovenkamp, ¶407c4も、独占力を持っている企業は技術革新に失敗してもその地位を失う危険性が少ないため、技術革新を行うインセンティブが低下すると指摘している。

172 FTC 2011 Report, at226-227; Thomas F. Cotter, *Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses*, 34 J. Corp. L. 1151, 1168 (2009).

173 技術標準における特許権の行使に関してこの点を述べたものとして、FTC 2011 Report, at145-146; Third Party United States Federal Trade Commission's Statement on the Public Interest filed on June 6, 2012 in *In re Certain Wireless Communication Devices, Portable Music & Data Processing Devices, Computers and Components Thereof*, Inv. No. 337-TA-745 at3 (June 6, 2012); Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 991, 993, 2010 (2007); Thomas F. Cotter, *Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses*, 34 J. Corp. L. 1151, 1169 (2009)。また、特許権者に過大な取り分を認めることが一層の投資や技術革新を妨げるという問題意識は技術標準における特許権の行使の局面に限らず、様々な局面についても指摘されている。例えば、単独のライセンス拒絶規制に関してこの点を述べた論稿として、Marina Lao, *Unilateral Refusals to Sell or License Intellectual Property and the Antitrust Duty to Deal*, 9 Cornell J. L. & Pub. Pol'y 193, 214 (1999)。損害賠償額に関するいわゆる「全体市場価値ルール」(The entire market value rule) に関してこの点を述べた論稿として、Brian J. Love, *Patentee Overcompensation and the Entire Market Value Rule*, 60 Stan. L. Rev. 263, 280 (2007)。特許権の保護期間や保護範囲に関してこの点を述べた論稿として、2B Areeda & Hovenkamp, ¶407a がある。より、一般的なものとして、Testimony of Joseph E. Stiglitz before the FTC Hearings on Global and Innovation-Based Competition, at 24-25 (October 12, 1995)。

での報告書¹⁷⁴（以下「報告書」という。）の中で最も重視しているのが、特許権者に過大な取り分を認めることが特許を利用する者の技術革新を減ずるというものである。

ア 特許を利用する者による技術革新

報告書は、特許権者の取り分¹⁷⁵が多ければ多いほど技術革新へのより大きなインセンティブを生み出し、多くの技術革新につながり、消費者厚生を高める、という議論を明確に否定し¹⁷⁶、特許の経済的価値¹⁷⁷を超える取り分が特許権者に与えられるときには、その特許技術を利用する者の研究開発努力からの取り分を減じ、技術革新を減ずるとしている¹⁷⁸。過大な取り分が技術革新を減ずるとの考えの前提には、発明は技術革新の第1歩に過ぎず、新たな製品やサービスを消費者にもたすためには、技術革新はたいいてい第1歩を超える重要な付加的開発を要するとの考えがある¹⁷⁹。

イ FRAND と差止め

報告書は、標準化における FRAND コミットメントにいう「合理的な (reasonable)」ライセンス料の算定も特許の経済的価値を超えないものであるべきとする¹⁸⁰。そして、標準化における特許の経済的価値を反映した合理的なライセンス料とは、ライセンスを行う意思のあるライセンサー (willing licensor. 特許権者) とライセンスを受ける意思のあるライセンシー (willing licensee. 侵害者) による仮定的な交渉により決定されるであろうライセンス料であり、技術標準が定められた当時に利用可能であった代替技術に対して特許技術が持つ追加的な価値を上限とすべきであると述

174 FTC 2011 Report, at191. 同報告書についての詳細な解説として、田村善之「2011 FTC Report による特許制度リフォーム論の紹介－救済策編－」一般財団法人知的財産研究所『標準規格必須特許の権利行使に関する調査研究（Ⅱ）報告書』70頁以下（2013年3月）がある。

175 報告書は特許権が侵害された場面を想定した議論となっているため、「損害賠償額 (damage awards)」という用語が使われている。

176 FTC 2011 Report, at145.

177 特許の経済的価値とは、特許技術が次善の技術に対して持つ追加的な価値を上限としたものである (FTC 2011 Report, at168, 186)。

178 FTC 2011 Report, at145-146. そのほか、報告書は、特許の経済的価値を超える取り分が特許権者に与えられること（過剰補償）の負の効果として、価格の上昇、特許を取得して訴訟において特許を利用するインセンティブの増大による訴訟の過剰化、特許の有効性などを争うインセンティブの低下による無効な特許の存続、研究開発資源の配分の非効率化なども挙げている (*Id.* at 145-147)。

179 FTC 2011 Report, at227.

180 FTC 2011 Report, at194, 167-168.

べる¹⁸¹。

他方、差止めについては、報告書は、特許権の排他性¹⁸²の保障、侵害の抑止、当事者間でのライセンスの促進といった機能を認めつつも、製品を差止められることを恐れた製造業者が（特許の経済的価値を超えて）当該特許権を侵害しない製品の製造に転換する費用までライセンス料を支払うこともあり得る¹⁸³。このため、場合によっては、差止めは特許権者に過大な取り分を与える可能性もあるという¹⁸⁴。そして、このような場合には、特許権者の発明や特許取得を促進して技術革新を進展させる可能性がある一方で、特許権者が特許を利用する者の負担で過大な取り分を得る危険性によって不確実性と費用を増大させ、特許を利用する者の技術革新を妨げる可能性があるとして指摘する¹⁸⁵。

報告書は、以上を前提に、標準化の文脈では、差止めから生じるホールドアップの費用¹⁸⁶が特許権付与による排他性の便益を超える状況では差止めを否定すべきであるとする¹⁸⁷。そして、①特許権者が事前のFRANDコミットメントを行っている場合¹⁸⁸、②差止めの付与が消費者から相互運用的な製品を奪い、標準化から生じる協同の技術革新を損なうおそれがある場合、③技術標準に従うことなく市場に参加することが不可能であり、どんなに費用を負担しても侵害を回避して設計すること

181 FTC 2011 Report, at194. 仮定的な交渉の時点は製品設計後に相当の投資を行った時点とすると、ライセンシーが他の技術に転換する費用（switching costs）を考慮しなければいけないため、交渉によって決定されるライセンス料が高くなる。これは、特許の経済的価値を反映したものでなく転換費用を反映したものであるため、特許権者に対して過大な取り分を認めることになる（*Id.* at190）。したがって報告書は、このような転換費用に基づく損害賠償の付与を避けるために、製品開発の初期の段階、すなわち、侵害者が設計を決定したときの交渉を仮定すべきであるとしている（*Id.* at194）。

182 特許権の排他性は技術革新へのインセンティブの基盤を提供するものとされている（FTC 2011 Report, at 224）。

183 FTC 2011 Report, at 225

184 FTC 2011 Report, at 225–226.

185 FTC 2011 Report, at227.

186 報告書では、ホールドアップの費用として、ライセンス料の上昇による製造業者の費用の上昇とその消費者への転嫁（FTC 2011 Report, at226）、製造業者による技術革新の減少（*Id.* at227）が挙げられているが、ホールドアップが特許権者に過大な取り分を認めることを考えると、前掲注178で挙げた負の効果もホールドアップの費用と考えることになる。

187 FTC 2011 Report, at227.

188 報告書は、FRANDコミットメントを理由に差止めを否定して継続的なロイヤリティによる補償で代替したとしても、特許権者を回復不可能なまでに害することはないと述べている（FTC 2011 Report, at235）。このことから、報告書は、FRANDコミットメントを行った特許権者については、特許付与による排他性の便益が比較的小さいと考えているものと思われる。

が選択肢にならない場合で、かつ、特許が製品の比較的重要な機能をカバーしているに過ぎず、技術標準が採択されたときには代替技術が存在していたという場合は、それぞれ差止めの付与を認めない方向で考慮されるべき事情であると述べる¹⁸⁹。

（５）FTC 法 5 条適用事例の位置付け

（４）で触れた報告書の考えは、技術標準における特許権の行使についての反トラスト法の適用に関して表明されたものではなく、特許制度の改革として表明されたものである。しかし、報告書公表後の事件（Bosch 事件及び Motorola・Google 事件）では、差止めの脅威（threat of an injunction）により、標準必須特許の権利者が特許の経済的価値に基づかないライセンス料を得ることができるとの記述¹⁹⁰、標準必須特許の権利者に経済的価値に基づかないライセンス料を認めると、標準必須特許の利用者が技術標準に準拠する製品を開発するインセンティブを減じるとの記述¹⁹¹など、報告書と軌を一にした記述が随所に現れている。このため、技術標準における特許権の行使を規制すべしとの FTC の判断は報告書と同様の論理に基礎付けられているものと考えられる。すなわち、標準化のように技術標準に準拠する製品を開発するための投資がなされることで新製品が生み出されるような状況では、特許権者の取り分が多ければ多いほど多くの技術革新につながるとはいえず、標準必須特許の権利者に過大な取り分を認めることはむしろ標準必須特許を利用する者による製品への投資を妨げて技術革新を減少させる、との論理である。各事件の反競争効果として、ライセンス料の上昇などとともに標準化への参加インセンティブの減少や SSO が策定した技術標準への信用等の低下を挙げていることも、FTC が標準必須特許を利用する者による製品への投資を妨げて技術革新を減少させることを問題視していることの証左の一つであろう。

189 FTC 2011 Report, at234-235.

190 Complaint ¶19, In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc., FTC File No. 1210120 (July 23, 2013); Statement of the FTC, at2, In re Motorola and Google; Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, In re Robert Bosch GmbH., 155 F.T.C. 713, 829 (2013); Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at832.

191 Statement of the FTC, at2, In re Motorola and Google; Statement of the Federal Trade Commission, 155 F.T.C. at832-833.

まとめ

本稿の第3において概観したとおり、技術標準における特許権の行使はシャーマン法2条の従来の解釈では対応が困難である。なぜならば、第1に、Rambus事件のように特許権者が詐欺的行為を行った場合であっても、詐欺的行為により（FRAND条件でのライセンスを回避したことを立証するだけでは足りず、）特許権者の技術が技術標準に取り込まれたことまで立証しなければシャーマン法2条違反が認められず、第2に、N-Data事件以降の事件のように、そもそも詐欺的行為が認められない場合には、合法的に独占力を獲得した者がその独占力を行使する行為に過ぎないため、シャーマン法2条に違反しないからである。しかし、FTCは、Rambus事件において敗訴したものの、その後はシャーマン法2条よりも規制範囲の広いFTC法5条を使って技術標準における特許権の行使を積極的に規制している。そして、この積極的な規制の背後には、FTC法5条の救済が限定的であり、誤判の社会的費用が小さいことから、シャーマン法2条よりも規制範囲を広くすることができるとの考えがあった。

合法的に独占力を獲得した者がその独占力を行使する行為を規制することは、独占利潤が技術革新を行うインセンティブに繋がるとの考えとの間に衝突をもたらす可能性がある。しかし、第4の2で論じたとおり、FTCは標準化の文脈では特許権者に過大な取り分を認めることはむしろ技術革新を減少させるとの立場を採っている。もっとも、合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定する行為を規制すべきではないとする理由には、独占利潤が技術革新を行うインセンティブに繋がるというもののほかにも、①技術革新へのインセンティブから生じる動態的効率性が重要となる事例とそうでない事例を見分けることがしばしば不可能であろうこと、②仮にそのような事例を見極めることが可能であったとしても、独占価格として規制すべき価格の設定が困難であり、又は、そのような価格の設定が可能であっても非常に大きな費用を伴うということ、③仮に独占価格が設定されていれば、その超過利潤が競争者の新規参入を促し、むしろ競争が活発になるといったことも挙げられている（第4の2（1）参照）。しかし、③については、特許権者の特許が標準必須特許になっている場合には、仮に特許権者が独占価格を設定したとしても新規参入（他の技術が標準必須特許に取って代わること）が不可能であることは明らか

である。また、FTC が2011年に公表した報告書は、①及び②についても克服する可能性を持っている。すなわち、報告書は、差止めから生じるホールドアップの費用が特許付与による排他性の便益を超える状況か否か（差止めを否定すべきか否か）を判断する際に考慮されるべき事項を挙げており（第4の2（4）イ参照）、これは①を克服する可能性を持っている。また、報告書は、FRANDコミットメントにいう「合理的な（reasonable）」ライセンス料の算定について、一定の枠組を示しており¹⁹²、これは②を克服する可能性を持っている。以上を併せ考えれば、技術標準における特許権の行使については、合法的に独占力を獲得した者が独占価格を設定する行為を規制すべきでないという原則が妥当しない場合がある、ということもできるであろう。

ただし、FTC法5条による規制に不安要素がないわけではない。前記第1の2（1）のとおり、裁判所及びFTCのほか、多くの論者が競争への影響がFTC法5条の違反要件であると考えているが、標準必須特許に基づく差止めを背景とした高額なライセンス料の請求が一体いかなる市場の競争（技術市場の競争 or 製品市場の競争）をどのように害するかについて、FTCは必ずしも明確な説明をしていない。この説明は、違反行為者が製品市場で事業を行っていない場合には、より困難なものとなるかもしれない。

しかし、このような不安要素があるとしても、FTCの積極的な規制方針は今後もしばらくは変わらないと考える。なぜならば、本稿第2で見たとおり、FTCの規制は標準化の便益を非常に重視するFTCの態度に裏打ちされたものだからである。したがって、今後FTCにとっては、技術標準における特許権の行使の規制をいかにして反トラスト法（特にFTC法5条）の理論として精緻化するかということが焦点になり、この作業はFTC法5条独自の違反行為の要件の明確化と並行して行われるものと思われる。

以上

（筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業科学専攻企業法コース3年）

192 FTC 2011 Report, at191-194.