

# FRAND 宣言違反と競争<sup>1</sup>

白石 幸輔

- 第1部 問題提起
  - 第1 分析の前提（2つの市場）
  - 第2 日本法の現状
  - 第3 問題意識
  - 第4 研究の対象
  - 第5 議論の進め方
- 第2部 米国法
  - 第1 米国法の規制手段の概要
  - 第2 特許権の秘匿
  - 第3 虚偽の FRAND 宣言
  - 第4 FRAND 宣言違反
  - 第5 米国法のまとめ
- 第3部 EU 法
  - 第1 EU 法の規制手段の概要
  - 第2 特許権の秘匿
  - 第3 水平的協定ガイドライン
  - 第4 FRAND 宣言違反に関する司法裁判所判決
  - 第5 FRAND 宣言違反に対する欧州委員会委員会の執行事例
  - 第6 FRAND 宣言違反をめぐる学説
  - 第7 EU 法のまとめ
- 第4部 日本法への示唆
  - 第1 製品市場
  - 第2 技術市場
  - 第3 まとめ

## 第1部 問題提起

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、日本においてもアップルとサムスンによるスマートフォン訴訟のように実際に係争となるケースが出てきている<sup>2</sup>。技術標準における特許権の行使に関する議論のうち、近年競争法との関係で議論がなされているものは、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。))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る可能性がある。このため、SSOは、SSOの参加企業に対して、特許権であって、そのライセンスを受けなければ技術標準を実施できないもの（以下「標準必須特許」という。）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

1 本稿中の検討結果、意見、法解釈は全て筆者の個人的見解である。

2 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）判タ1402号166頁①事件）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）判タ1402号166頁②事件）が争点となった。

旨の宣言（以下「FRAND 宣言」という。）をさせる。少なくとも代表的な SSO は、この宣言が得られない場合には、当該特許権の対象となる技術を含めないように技術標準を変更することを検討することとしている<sup>3</sup>。ところが、FRAND 宣言を行った特許権者が、自己の保有する特許権の対象となる技術が技術標準に取り込まれて標準必須特許になった後に、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、当該標準必須特許に基づく差止めや高額なロイヤリティの要求という形で FRAND 宣言に反する行為を行うことがある。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ていた場合には、ライセンスを受けられなければその投資を無駄にすることとなるため、高額なロイヤリティ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。）。このような FRAND 宣言に反する行為が競争に及ぼす影響は重大であるため、独占禁止法で規制すべきではないか。

以上が近年競争法との関係で議論がなされている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。2014年5月には、スマートフォン等の製品を巡る事件の知財高裁大合議判決が出され、2016年1月には公正取引委員会が「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を改正して、FRAND 宣言の対象となった標準必須特許の行使が独占禁止法上問題となる場合についての記載を追加した。

## 第1 分析の前提（2つの市場）

上記の問題を独占禁止法の観点から考える

場合、FRAND 宣言に反する行為に関係する市場には2つのものがあることを念頭に置くことが有益である。一つが、標準化によりその技術標準に必須となる技術（の供給者）と当該技術と代替関係にある技術（の供給者）が、ライセンス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（の供給者）同士が消費者等の需要者をめぐって競争する市場である<sup>4</sup>。本稿では、前者を「技術市場」、後者を「製品市場」と呼ぶ。

技術標準に準拠してさらに別の技術を利用する場合の当該別の技術や技術標準に準拠した製品を開発することに伴って派生的な技術が開発される場合の当該派生的な技術も、「技術」という用語の一般的な意味には含まれるが、これら及びこれらと代替関係にある技術で構成される市場は本稿にいう「技術市場」には含まない。本稿にいう「技術市場」は、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が、ライセンスとなるべき者をめぐって競争する市場である。

## 第2 日本法の現状

アップル対サムスン知財高裁大合議判決では、標準化の過程で SSO に対して FRAND 宣言を行った者が特許権に基づく損害賠償請求権を行使することが権利の濫用（民法1条3項）に当たるかどうか为主要な争点となったが、そのほかに、特許権者の一連の行為が、「ホールドアップ状況」を策出するものであって、不公正な取引方法のその他の取引拒絶、差別的取扱い、不当な取引妨害等に該当し、独占禁止法に違反するか否かも争点の一

3 公正取引委員会「必須特許に関する問題に係る調査報告書」（2015年7月8日）第3の1（2）イ（以下「調査報告書」という。）

4 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。

つとされた。しかし、裁判所は、「・・・控訴人の主張に係る損害賠償の金額は、控訴人が FRAND 条件によるライセンス料であると主張する金額に留まること（・・・）に加えて、FRAND 条件によるライセンス料相当額を超える損害賠償請求は原則として権利の濫用となり許されないことを考慮すると、本件全証拠によっても、FRAND 条件でのライセンス料相当額の範囲内での損害賠償請求が同法（筆者注：独占禁止法）に違反すると認められるには足りない。」<sup>5</sup>と述べるにとどまり、独占禁止法違反該当性について明確な判断を示さなかった。

一方、公正取引委員会は、2016年に「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下「指針」という。）を改正し、FRAND 宣言の対象となった標準必須特許の行使（差止訴訟の提起、ライセンス拒絶（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料を要求する場合も含む。））に対する独禁法上の評価につき一定の見解を示した。また、研究者も FRAND 宣言違反の独占禁止法違反該当性について見解を示すに至っている。

### 1 知的財産ガイドライン

指針は、FRAND 宣言の対象となった標準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のある者に対して差止訴訟の提起やライセンス拒絶（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料を要求する場合も含む。）を行う場合には、技術標準<sup>6</sup>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」<sup>7</sup>として、私的独占に該当する可能性があることを示している。また、指針は、競

争の実質的制限に至らない場合であっても、上記の行為は技術標準を採用した製品の「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」として、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法（その他の取引拒絶、競争者に対する取引妨害）に該当するとしている<sup>8</sup>。指針のこれらの記載や調査報告書の記載<sup>9</sup>から、指針では技術標準を採用した製品の市場（製品市場）が主として念頭に置かれていることが分かる。

なお、指針では、標準必須特許を有する者が当初から FRAND 条件でライセンスするつもりがなかったかどうか（すなわち、FRAND 宣言が虚偽であったかどうか）は問題とされていない。つまり、FRAND 宣言が虚偽でないという事実のみをもって独占禁止法違反を免れることはできないということである。

### 2 学説

学説上の議論は、諸外国の事例や知財高裁大合議判決を契機に、指針の改正案が公表される以前から展開されてきた。標準化の過程で FRAND 宣言を行った標準必須特許の保有者が特許権の行使（差止請求、高額なロイヤリティの要求）を行う行為について学説が採る具体的な法律構成は、不公正な取引方法（取引拒絶、優越的地位の濫用等）及び私的独占であるが、製品市場又は技術市場に係る行為類型としては以下のものがある。

#### （1）単独の取引拒絶（一般指定 2 項）

単独の取引拒絶については、差止請求を行う場合とライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なロイヤリティを要求する場合の 2 通りが挙げられている。

5 知財高判平成26年5月16日（平成25年（ネ）10043号）判タ1402号166頁〔221頁〕

6 指針は、「規格」と表現しているが、本稿では特に必要がない限り「技術標準」と表現する。

7 指針第3の1（1）オ

8 指針第4の2（4）

9 調査報告書第4の2（2）

前者は、標準必須特許について FRAND 宣言をした者が、ライセンスが FRAND 条件でのロイヤリティ交渉に前向きな姿勢を示してにもかかわらず、差止請求する場合に、取引拒絶となり得るというものである<sup>10</sup>。

後者は、標準必須特許について FRAND 宣言をした者がライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なロイヤリティを要求する場合には、実質的な取引拒絶に該当するというものである。そして、「ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なロイヤリティ」とは、FRAND 条件に反するロイヤリティであるとする<sup>11</sup>。例えば、池田毅「標準必須特許のロイヤリティ料率の設定と独占禁止法の役割—米国マイクロソフト・モトローラ事件を踏まえて」は、通信規格のように事業者にとってある技術標準を用いることが不可避である場合には、当該技術標準に必須な特許を利用できなければ事業活動が排除されるため、標準必須特許の保有者が不当にライセンスを拒絶すれば単独の取引拒絶に該当し得るとする。そして、標準必須特許の保有者が FRAND 宣言を行っている場合には、「『単独の取引拒絶』の『取引』とは『FRAND 条件でのライセンス取引』であると考えられ」るため、FRAND 宣言に反して不当に高額なロイヤリティを要求している場合には、実質的には取

引を拒絶しているとして、単独の取引拒絶に該当し得るとしている<sup>12</sup>。

以上、差止請求を直接的に問題とするか、取引拒絶と同視し得る高額なロイヤリティの要求を問題とするかのバリエーションはあるが、これらの学説はいずれも製品市場における競争に着目している。

## （2）私的独占

他方で、私的独占に該当し得るとする学説には、製品市場における競争に着目するものと、技術市場における競争に着目するものがある。

製品市場における競争に着目する学説は、標準必須特許について FRAND 宣言をした者が、ライセンスが FRAND 条件でのロイヤリティ交渉に前向きな姿勢を示してにもかかわらず、差止請求し、製品市場における競争者を排除し、製品市場における競争を実質的に制限する場合には、排除型私的独占に該当するとしている<sup>13</sup>。この考えについて、比較的詳細な説明を行う上杉秋則『独禁法国際実務ガイドブック—グローバル経済下の基礎知識』は、市場支配力を有しているライセンサーが「その力を行使して FRAND 条件に反する対価をライセンスから徴収しようとする行為は、排除型私的独占に該当するだろう。その理由は、当該規格の使用がその市場

10 川濱昇「標準規格必須特許問題への競争法的アプローチ」RIETI Discussion Paper Series 15-J-043 35頁（2015年7月）。滝川敏明「特許侵害訴訟と競争法—スマホ（アップル／サムスン）特許戦争を巡って—」公正取引760号30頁（2014年）も同旨。

11 上杉秋則『独禁法国際実務ガイドブック—グローバル経済下の基礎知識』342-343頁（商事法務、2012年）、池田毅「標準必須特許のロイヤリティ料率の設定と独占禁止法の役割—米国マイクロソフト・モトローラ事件を踏まえて」公正取引760号39頁（2014年）。

12 池田・前掲注11）は、「FRAND について『合理的』の意味について関係者間でのコンセンサスが存在しない現状においてはケース・バイ・ケースの判断にならざるを得ないと思われる」としつつも、米国 Innovatio 事件を参考に、実質的に取引を拒絶しているとして単独の取引拒絶に該当する可能性がある場合として、累積ロイヤリティが製品の利益率を上回る場合を挙げている（39頁）。

13 上杉・前掲注11）342-343頁、滝川・前掲注10）30頁。後者は、排除される競争者がいかなる市場における競争者か、あるいは、競争が実質的に制限される市場がどこであるかについて明確に述べているわけではない。しかしながら、同論稿がそれより前の箇所（27頁）において、「SEP に採用された・・・ことが正当であっても、その後競争相手を不当に排除したことに反トラスト法上の不当性が認められる（EU 競争法と日本独禁法も同じ）」と述べていることから、同論稿が念頭に置いているのは製品市場における競争者の排除による製品市場における競争の制限であると考えられる。

において最適であることを前提とすると、当該特許を使用できなければ、ライセンスは当該規格に適合する商品の生産ができなくなり、結果として当該規格に適合する商品の関連市場（「一定の取引分野」）から排除されることになるからである<sup>14</sup>と説明している。

技術市場における競争に着目する学説は、後に FRAND 条件を超える対価を徴収することとなる事業者の特許が標準技術として採用されることにより、真に FRAND 条件でライセンスを行う意向であった特許権者の技術が標準技術に採用されないことになるという点に着目して、技術市場における競争を制限することで排除型私的独占になり得るといふものである<sup>15</sup>。ただし、技術標準策定段階で同等の技術がない場合には、競争制限とはいえないとしている<sup>16</sup>。

### （3）その他

そのほか、差別的取扱い、差別対価、取引妨害<sup>17</sup>に該当する可能性が指摘されているが、その該当性についての詳しい説明はなされていない。

### 3 日本法の現状のまとめ

差止請求や高額なロイヤリティの要求という形で FRAND 宣言に反する行為について、技術市場と製品市場における競争への影響という観点から日本法の現状をまとめるならば、公正取引委員会の指針や指針改正案と同時に公表した調査報告書では、主として製品

市場における競争を念頭に置いた記述となっており、学説も製品市場を念頭に置いたものが多いということがいえるだろう。ただし、少数ながら技術市場における競争制限に触れているものもある<sup>18</sup>。

## 第3 問題意識

本稿の問題意識は次の二つである。

### 1 製品市場における競争について

前記第2のとおり、我が国の競争当局及び学説の多くは、差止請求や高額なロイヤリティの要求という形で FRAND 宣言に反する行為について、製品市場における競争に着目している。ところが、同様の行為について多くの係争が生じている米国においては、製品市場の独占化（あるいは、独占化の企図）としてシャーマン法2条違反とされた事例は見当たらない。仮に何らかの理由により、米国において製品市場の独占化（あるいは、独占化の企図）としてシャーマン法2条違反に問えないのであれば、日本においてもそれが製品市場における競争に着目して規制する際の障害になり得ないだろうか。

### 2 技術市場における競争について

他方、技術市場における競争は我が国においてほとんど注目されていない。しかし、標準必須特許になる技術とその代替技術との競争というものがあつて得るのであれば、後に標準必須特許の保有者となる者が守られること

14 上杉・前掲注11) 342-343頁

15 上杉・前掲注11) 342頁

16 上杉・前掲注11) 342頁

17 差別対価については池田・前掲注11) 38頁、伊藤隆史「標準規格必須特許の権利行使に対する独占禁止法の適用可能性—アップル・サムスン知財高裁大合議事件」ジュリスト1475号102頁（2015年）、差別的取扱いについては伊藤・前掲102頁、取引妨害については池田・前掲注11) 38頁、伊藤・前掲102頁、川濱・前掲注10) 35頁。

18 上杉・前掲注11) 342頁。公正取引委員会の調査報告書では若干ながら「技術の市場」への悪影響にも触れているが、調査報告書では、「広く普及している規格を採用した製品の開発を困難にすることは、新たに開発される技術の競争を阻害することとなるから、規格に関する技術の市場における競争にも悪影響を及ぼし得る」（調査報告書第4の2（2）注13）としていることから、調査報告書のいう「技術の市場」は、特定の標準必須特許を前提とした技術標準に準拠する製品の開発の際に生まれる新技術の市場であり、本稿にいう「技術市場」とは異なるものといえそうである。

のないFRAND宣言を行うことにより、真にFRAND条件でライセンスを行うことができる。特許権者が技術市場から排除されることができると考えるのではないか。以下のように、米国のRambus事件やQualcomm事件に関する我が国の学説上の議論を見る限り、そのような考えを受け入れる素地はあるものと考えられる。

米国のRambus事件（2006年FTC最終審決、2008年連邦控訴裁判所判決。自らの特許出願を秘匿しつつ、SSOにおける標準化活動に参加していたRambusが、SSOがRambusの（将来の）特許を標準技術とする技術標準を採択した後に、自らの特許の存在を明らかにした上で当該技術標準に準拠する製品を製造する者らに高額なロイヤリティを要求した事案）について論じた学説には、仮にRambus事件と同様の事例が日本において起きた場合には、技術市場における競争制限の問題として独占禁止法での対処が可能であるとするものが少なくない。これらの学説は、技術標準の設定過程において自己の保有する特許技術を秘匿することで自らの技術を技術標準に取り込ませる行為が技術市場における事業者（技術標準に取り込まれることになる技術の代替技術の保有者）の事業活動の排除に該当するとして、これにより技術市場の競争を実質的に制限する場合には排除型私的独占に該当すると述べる<sup>19</sup>。

さらに、米国のQualcomm事件（2007年連邦控訴裁判所判決）は、虚偽のFRAND宣言

を行った者が技術標準の設定後に当該技術標準に準拠する製品を製造する者らに高額なロイヤリティを要求した事案である。このQualcomm事件を念頭に置いた学説にも、やはり技術市場における競争の制限として排除型私的独占の該当可能性に言及するものがある。具体的には、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を技術標準に取り込ませる行為が技術市場における事業者の事業活動の排除に該当するとして、これにより技術市場の競争を実質的に制限する場合には、排除型私的独占に該当するというものである<sup>20</sup>。

#### 第4 研究の対象

本稿は、前記第3の問題意識の下、標準化の過程でFRAND宣言を行ったにもかかわらず、差止請求や高額なロイヤリティの要求という形でFRAND宣言に反する行為について、製品市場及び技術市場における競争への影響という観点から外国法（米国法及びEU法）を検証し、我が国独占禁止法の解釈に一定の示唆を得ることを目的とするものである。本稿では、標準化の過程でFRAND宣言を行ったにもかかわらず、差止請求や高額なロイヤリティの要求という形でFRAND宣言に反する行為のうち、FRAND宣言をした時点では、FRAND宣言に反する行為を行う意図を有していなかった行為を直接の検討対象とする。本稿では、当該行為を単に「FRAND宣言違反」と呼び、Qualcomm事件で問題と

19 小原淳見・マイケルD. カミンスキー「技術標準と特許—標準化活動に伴う日米における法的リスク—」[下] 国際商事法務32巻9号1183頁（2004年）、伊藤隆史「情報産業における技術標準と独占禁止法（二・完）—競争政策の観点からの標準設定機関におけるパテントポリシーの評価を中心として—」法学（東北大学）70巻583頁（2006年）、沼田知之「Rambus Inc. v. Federal Trade Commission 米国コロンビア特別区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』196頁（商事法務、2011年）

20 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』364頁（商事法務、2010年）、伊藤隆史「技術標準と独占禁止法」日本経済法学会年報32号（通巻54号）『知的財産と独占禁止法』128-129頁（2011年）。また、川濱・前掲注10）41頁は、Rambus事件及びQualcomm事件の両事件を念頭に、技術市場における競争者排除を私的独占又は取引妨害として法律構成することが可能であるとする。

なった行為 (虚偽の FRAND 宣言) とは区別して論述する。

## 第5 議論の進め方

第2部、第3部において、米国・EUの両法域における FRAND 宣言違反に関する裁判例、当局の執行例、学説等を検証して FRAND 宣言違反をシャーマン法又は EU 機能条約102条で規制することの可能性及び規制しようとする場合の制約を特に製品市場及び技術市場における競争への影響という観点から確認する。そして、第4部において、第2部・第3部で得られた知見を基に、製品市場及び技術市場における競争への影響という観点から我が国における FRAND 宣言違反の独占禁止法による規制の可能性を論じる。

## 第2部 米国法

米国では、特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言については、技術市場の独占化 (あるいは、独占化の企図) としてシャーマン法2条違反に問い得ると考えられている。しかし、FRAND 宣言違反について、FTC はシャーマン法2条よりも規制範囲が広い FTC 法5条で対処している。その背景には、FRAND 宣言違反をシャーマン法2条違反に問うことの難しさがあるといっている。第2部では、特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言が主として技術市場における独占化 (あるいは、独占化の企図) の問題として位置付けられているこ

とを示した上で、FRAND 宣言違反に対する当局や学説の見解から、FRAND 宣言違反を技術市場又は製品市場の独占化 (あるいは、独占化の企図) としてシャーマン法2条違反に問う際の障害を析出することとしたい。

### 第1 米国法の規制手段の概要

米国法を分析するに当たり、FRAND 宣言違反と関係する競争法の規定について簡単に述べておく。

#### 1 シャーマン法2条<sup>1</sup>

シャーマン法2条のうち、FRAND 宣言違反に関係する部分は、「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。一般的に、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、事業上の先見 (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<sup>2</sup>。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<sup>3</sup>。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されているが<sup>4</sup>、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

1 15 U. S. C. § 2.

2 United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-571 (1966). 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つの要件が「独占化の長年の (long-standing) 要件」と位置付けられている (U. S. Department of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act, at 5 (2008) (hereinafter "DOJ Section 2 Report").)

3 DOJ Section 2 Report, at 5. 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られる。<http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>

4 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 (Wolters Kluwer Law & Business, 4th ed. 2015) (hereinafter "3 Areeda & Hovenkamp") 参照。

には、独占者の行為が反競争効果 (anticompetitive effect) を有して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。」との判示がある<sup>5</sup>。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<sup>6</sup>。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同一である<sup>7</sup>。

## 2 FTC法5条<sup>8</sup>

FTC法5条のうち、競争法の範疇に入るとされるのは、同条前段の不正な競争方法の禁止 (「通商における、又は通商に影響を与える、不正な競争方法 (Unfair methods of competition) …は、これを違法とする」<sup>9</sup>) である<sup>10</sup>。本稿で「FTC法5条」といった場合には、この不正な競争方法の禁止を指す。FTC法5条に基づき、FTCはシャーマン法2条に違反する行為を規制することが

できるが<sup>11</sup>、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<sup>12</sup>。本稿では、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が、FTC法5条には違反する行為を「FTC法5条独自の違反行為」という。もともと、FTCは、シャーマン法又はクレイトン法の執行で当該行為から生じる競争上の害に十分対処できるのであれば、当該行為をFTC法5条独自の違反行為として問題とする可能性は低いとの声明を公表している<sup>13</sup>。

FTC法5条独自の違反行為の外延については議論があるが<sup>14</sup>、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<sup>15</sup>。2015年の8月にFTCが公表した「FTC法5条の『不正な競争方法』に関する執行原則の声明」でも、FTC法5条に違反する行為として問題とすかどうかを決定する際に守る原則の一つとして、当該行為が競争若しくは競争過程への害を生

5 United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001).

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

7 1 ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS, at 310 (ABA Book Publishing, 7th ed. 2012); DOJ Section 2 Report, at 6.

8 15 U.S.C. § 45(a)(1).

9 15 U.S.C. § 45(a)(1).

10 村上政博『アメリカ独占禁止法〔第2版〕』19頁 (弘文堂、2002年)

11 Herbert Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, 62 Fla. L. Rev. 871, 873 (2010).

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

13 Federal Trade Commission, Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act (August 13, 2015).

14 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』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。

15 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の文書のうち、競争への影響が必要であったものとして、Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at 5, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008). Wright 委員 (当時。本稿で引用する論者の肩書きは執筆や発言の当時のものとする。) は、ほとんどの者はFTC法5条の要件の一つが競争への害 (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*, at 14 (December 16, 2013).)。

じさせ、又は生じさせるおそれがあることを挙げている<sup>16</sup>。

## 第2 特許権の秘匿

FTC は、標準設定過程で特許権を秘匿して、自らの特許が技術標準に取り込まれた後に特許権を行使して高額なロイヤリティを要求する行為を規制してきた。米国では、FRAND 宣言違反は特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言との対比で論じられることが少なくないため、FRAND 宣言違反の位置付けを理解するためにも、技術標準設定過程における特許権の秘匿のシャーマン法上の位置付けを見ておくことは有益である。技術標準設定過程における特許権の秘匿の先駆的事例は Dell 事件であるが、Dell 事件は、いかなる市場の競争を問題としているのかが明らかではないなど<sup>17</sup>、シャーマン法 2 条の観点からは素材に乏しい。しかし、続く Rambus 事件と UNOCAL 事件では、FTC の手続、あるいは、裁判所の判断において、シャーマン法上の位置付けが示されており、分析対象として有益である。

### 1 Rambus 事件

同事件では、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<sup>18</sup>。

### (1) 審判開始決定書

審判開始決定書では、3 つの違反について記載がある<sup>19</sup>。まず、Rambus が「意図的に一連の反競争的及び排除的行為を行ったこと」により、SDRAM 又は SDRAM に包含される 4 つの技術の市場において独占力を獲得したというものである。第 2 に、上記市場において独占力を獲得する特定の意図を持って一連の反競争的及び排除的行為を行い、上記市場を独占化する危険な蓋然性 (dangerous probability) を生じさせたというものである。第 3 に、「意図的に一連の反競争的及び排除的行為を行い」、上記市場における取引を不当に (unreasonably) 制限したというものである。上記の第 1 と第 2 の違反は、それぞれシャーマン法 2 条の独占化と独占化の企図に対応したものといえる。

### (2) FTC の最終審決

同事件は審判手続を経て、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) が出されたが、FTC は第 1 次審決を破棄して Rambus の行為が独占化に当たるとする最終審決 (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。前記 (1) のとおり、審判開始決定書においては、Rambus の行為が独占化の企図等にも該当する旨認定されていたが、最終審決と同時に公表された FTC の意見 (Opinion) (以下「FTC 意見」という。) において、Rambus が SDRAM に包含される 4 つの技術の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 条違反の主張を考える必要はないとして、

16 Federal Trade Commission, Statement of Enforcement Principles Regarding “Unfair Methods of Competition” Under Section 5 of the FTC Act (August 13, 2015).

17 Dissenting Statement of Commissioner Mary L. Azcuenaga, 121 F.T.C. at 631 footnote 9. は、Dell 事件審判開始決定書が検討対象市場を特定していない点を指摘している。

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

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

これらについては検討を行っていない<sup>20</sup>。FTC 意見における理論構成は以下のとおりである。

#### ア 前提

FTC 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) 検討対象市場における独占力の保持と (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、事業上の先見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」<sup>21</sup>との判示を引用する<sup>22</sup>。そして、本件の基本的な論点は① Rambus 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 の行為と独占力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<sup>23</sup>。

#### イ 排除行為の有無

FTC 意見は、排除行為について、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なす可能性のありそうな行為又は効率性によらずに競争者を排除する行為であると定義する<sup>24</sup>。そして、審査官が主張する Rambus の詐欺的行為 (技術標準に関係する特許を得ようとしていないとの間違った印象を SSO に与えて、それにより SSO のメンバーに Ram-

bus 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、それは能率競争ではないと述べる<sup>25</sup>。

FTC 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<sup>26</sup>。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<sup>27</sup>。

#### ウ 独占力の獲得

FTC 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、Rambus が 4 つの技術市場において独占力を獲得したことを認めた<sup>28</sup>。

20 Opinion of the Commission By Harbour, Commissioner, for a unanimous Commission, at 27 footnote 124, *In re Rambus Inc.*, FTC File No. 0110017 (July 31, 2006) (hereinafter "Opinion of the Commission *In re Rambus*". ただし、FTC 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 (August 2, 2006)).

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

22 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 27.

23 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 27.

24 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 28.

25 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 28-29. さらに、FTC 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、「詐欺的行為に関する方針声明」(Federal Trade Commission, Policy Statement on Deception (October 14, 1983)) に依拠している (Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 29-30)。ただし、FTC 意見は、同声明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 点において修正が求められるとも述べている (*Id.* at 30.)。

26 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 66-68.

27 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 68.

28 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 72-73.

## エ 因果関係

FTC 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<sup>29</sup>条件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ことなどを根拠に、Rambus の詐欺的行為と独占力の獲得との間に因果関係があると認めた<sup>30</sup>。

### (3) 控訴審判決

これに対して、控訴審判決<sup>31</sup>は、Rambus による詐欺的行為と独占力の獲得との因果関係が立証されていないとして、FTC の命令 (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) を取り消した。控訴審判決の論理構成は次のとおりである。

#### ア 前提

控訴審判決は、FTC 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<sup>32</sup>。控訴審判決は、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、事業上の先見又は歴

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<sup>33</sup>、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<sup>34</sup>。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を害し、その結果として消費者を害するものでなければならないと述べる<sup>35</sup>。

#### 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 は特許権を開示しないことにより、① SSO 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、② SSO 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 の特許権の非開示は反競争的である、と<sup>36</sup>。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<sup>37</sup>、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

29 「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ずる際には、FRAND と RAND の差異は重視されていない。

30 Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 74-79.

31 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45-47頁 (2010年)、沼田知之「Rambus Inc. v. Federal Trade Commission 米国コロンビア特別区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』184-191頁 (商事法務、2011年) 等がある。

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

33 522 F.3d at 463.

34 522 F.3d at 463.

35 522 F.3d at 463. 控訴審判決は、*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001). を引用している。また、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. Discoun, Inc.*, 525 U.S. 128, 139 (1998)).

36 522 F.3d at 463.

37 522 F.3d at 463.

反競争的であることを立証しなければならないとする<sup>38</sup>。

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<sup>39</sup>に依拠して、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<sup>40</sup>。その上で、控訴審判決は、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た<sup>41</sup>。

また、控訴審判決は製品市場における競争についても判断をしている。控訴審判決は、不当に高い価格 (overcharge) は下流市場 (downstream market) の競争を歪めるため、もし、Rambus 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) となる、との

主張があることに触れている。この主張に対して控訴審判決は、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)<sup>42</sup>として、この主張を受け入れなかった。

## 2 UNOCAL 事件<sup>43</sup>

Rambus 事件の審判開始決定後の事件として、UNOCAL 事件がある。UNOCAL 事件では、UNOCAL が、州政府機関が低公害型改質ガソリンに関する新たな規則を制定するに当たり、その規則を遵守するのに必須な技術について、特許権等で保護されておらず (nonproprietary)、州政府機関や業界の他社が利用できる旨州政府機関に述べるなどしていたにもかかわらず、規則が制定された後に当該規則に則って製品を製造する製造業者に対して特許権を行使した。

同事件の審判開始決定書では、UNOCAL の違反行為として、新規規則に準拠するガソリンを製造・供給するための技術の市場におけ

38 522 F.3d at 464.

39 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、より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. at 136.)。

40 522 F.3d at 464.

41 522 F.3d at 466.

42 522 F.3d at 466.

43 Complaint, *In re Union Oil Company of California*, FTC File No. 0110214 (March 4, 2003). 同事件の詳細な解説として、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』341頁以下 (商事法務、2010年) がある。

る独占化・独占化の企図を加えて、下流の製品（新規則に準拠するガソリン）の市場における独占化の企図も挙げられている<sup>44</sup>。

### 3 小括

特許権の秘匿が問題となった Rambus 事件と UNOCAL 事件のいずれのケースにおいても、技術市場における独占化（あるいは独占化の企図）が問題とされた。Rambus 事件控訴審判決は、結果的には FTC の命令を取り消したが、Rambus が特許権を開示しないことにより自らの特許が技術標準から除外される結果を回避すれば反競争的であることを認めており、技術市場における独占化という考え自体を否定したわけではない。学説には、仮に Rambus の特許技術が技術標準に取り込まれることが不可避であったとしても、事前に Rambus が特許技術を開示していれば、SSO に RAND 確約をさせられる結果、Rambus はロイヤリティをコントロールすることができなかったであろうという点に着目する批判がある<sup>45</sup>。この考えは、独占力を価格をコントロールする力と捉え、詐欺的行為により価格（ロイヤリティ）をコントロールする力を抑える RAND 確約を回避し、ロイヤリティのコントロールを可能とすることが技術市場における独占力の獲得に該当するとの考えを前提にしている。これに対して、前述のとおり、Rambus 事件控訴審判決は、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に対する制限を回避したとしても、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ているため<sup>46</sup>、RAND 確約を回避してロイヤリティのコントロールを可能とすることを独占力の獲得とは捉えていないといえよう。

製品市場における競争については、違反行為者が製品市場において商品を供給していた UNOCAL 事件では問題とされたものの、Rambus 事件控訴審判決では製品市場における競争への影響をもってシャーマン法 2 条違反になるとの主張は退けられた。これはシャーマン法 2 条違反の要件として排除者と被排除者との間の競争関係が求められることに関係していると思われる<sup>47</sup>。

### 第3 虚偽の FRAND 宣言

虚偽の FRAND 宣言に関する FTC の執行は見当たらないが、裁判例としては、Qualcomm 事件控訴審判決が有名である。同判決は、虚偽の FRAND 宣言がいかなる場合にシャーマン法 2 条違反となるかを明らかにしたものとして、多くの裁判例、競争当局の事件関連文書、論文等に引用されている。

#### 1 Qualcomm 事件控訴審判決

##### (1) 事実の概要<sup>48</sup>

この事件は、Broadcom が Qualcomm をシャーマン法 2 条違反で提訴したところ、Qualcomm が、連邦民事訴訟規則 12 (b) (6)

44 Complaint ¶ 99-101, *In re Union Oil Company of California*, FTC File No. 0110214 (March 4, 2003).

45 David A. Balto On behalf of the American Antitrust Institute (AAI), the Consumer Federation of America, and the Public Patent Foundation, *Re: In the matter of Negotiated Data Solutions, LLC*; FTC File No. 051 0094, at 13 (April 24, 2008); Richard Dagen, *Rambus, Innovation Efficiency, and Section 5 of the FTC Act*, 90 B.U. L. Rev. 1479, 1490 (2010); J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *Section 2 and Standard Setting: Rambus, N-Data & the Role of Causation*, at 5-6 (Oct. 2, 2008).

46 522 F.3d at 464.

47 3 Areeda & Hovenkamp ¶ 651d. は、競争者を害することがシャーマン法 2 条の独占化の要件の一つであるとしている。白石忠志「特許権と競争法をめぐる 2013 年の状況」パテント 67 巻 2 号 108 頁も、「米国反トラスト法には、「反トラスト法による他者排除行為の規制は、排除者と被排除者との間に競争関係がある場合に限り、おこなう」という鉄則があります。つまり、行為者が自分の競争者を排除する場合だけしか、反トラスト法の問題とはなりません。」としている。

48 *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 303-306 (3d Cir 2007).

に基づいて、「救済が与えられるための請求の不記載」(failure to state a claim upon which relief can be granted)による訴え却下の申立てを行った事件である。Broadcomの請求は次のとおりである。すなわち、Qualcommは、FRAND条件でライセンスすることに偽りの同意をすることで、SSOに自らの技術(WCDMA技術)をUMTS標準に含めることを促したが、後に非FRAND条件でライセンスを行うことにより、その同意を覆した。QualcommがSSOを欺くことを通じて独占力を意図的に獲得したことはシャーマン法に違反する、というものである。連邦地裁は、競争の欠如は標準化による不可避の結果であるから、Qualcommの技術をUMTS標準に含めることは競争を害さないとして、Qualcommの申立てを認めた。このため、Broadcomが控訴した。

## (2) 控訴審の判断

控訴審判決は、FRAND宣言はコストの指標であり、SSOが他の技術と比較して当該技術の良し悪しを評価する上で重要な要素である旨述べる<sup>49</sup>。その上で、技術標準設定以前の期間においては、技術はその性能やコストにおいて競争しており、その中で特定の技術を実施することのコストに関して虚偽の説

明を行うことは、その技術が技術標準に取り込まれるように競争過程を偏向する旨述べる<sup>50</sup>。

そして、控訴審判決は、①同意を志向した、私的な標準化の環境において、②特許権者が不可欠となる自己の技術をFRAND条件でライセンスする旨の意図的な虚偽の約束を行い、③SSOがその技術を技術標準に含めたときに、その約束を信頼しており、④特許権者が後にその約束を破ることは、違法な反競争的行為であるとし<sup>51</sup>、Broadcomは救済が与えられるための請求を記載していると判断した<sup>52</sup>。

Qualcomm事件控訴審判決はその後の事件でも引用され、一定の支持を得ている。例えば、Qualcomm事件と同様に連邦民事訴訟規則12(b)(6)に係る事件であるResearch in Motion Ltd. v. Motorola, Inc.<sup>53</sup>では、連邦地裁は原告のResearch in Motionが救済が与えられるための請求を記載していると認めたが<sup>54</sup>、その中で、Research in Motionの反競争効果に関する主張を支える裁判例として、Qualcomm事件控訴審判決を挙げている<sup>55</sup>。また、同様に連邦民事訴訟規則12(b)(6)に係る事件であるApple Inc. v. Samsung Elecs. Co.,においても、Qualcomm事件の上記①～

49 501 F.3d at 313.

50 501 F.3d at 313.

51 501 F.3d at 314.

52 501 F.3d at 315-317.

53 Research in Motion Ltd. v. Motorola, Inc., 644 F. Supp. 2d 788 (N.D. Tex. 2008). この事件は、Research in Motion (RIM)がMotorolaをシャーマン法2条違反で提訴したところ、Motorolaが、連邦民事訴訟規則12(b)(6)に基づいて、救済が与えられるための請求の不記載による訴え却下の申立てを行った事件である。RIMの請求は次のとおりである。

RIMは携帯無線端末の製造・販売において競争関係にあるMotorolaから、携帯無線端末が準拠すべき技術標準に係る標準必須特許のライセンスを受けていたが、その契約期間が満了するに当たり、契約延長の交渉に入ることを望んだ。しかし、Motorolaは、合理的な交渉を拒み、標準必須特許をFRAND価格で再びライセンスしようとしなかった。RIMは、SSOがMotorolaの技術を技術標準に取り込んだのは、Motorolaの事業上の先見(business acumen)や技術の優越性ゆえではなく、FRAND条件で自己の特許をライセンスするというMotorolaの虚偽の約束を信じたためであり、これによりMotorolaは技術市場の競争を排除した。

54 Research in Motion Ltd. v. Motorola, Inc., 644 F. Supp. 2d 788, 796 (N.D. Tex. 2008).

55 Research in Motion Ltd. v. Motorola, Inc., 644 F. Supp. 2d 788, 795 (N.D. Tex. 2008).

④が引用されている<sup>56</sup>。

2 製品市場における競争に着目した裁判例虚偽の FRAND 宣言について製品市場における競争に着目した裁判例も若干ながら存在する<sup>57</sup>。例えば、*Research in Motion Ltd. v. Motorola, Inc.* は前記 1 (2) のとおり、Qualcomm 事件控訴審判決と同様に技術市場における独占化が問題とされた事案であるが、同事件では、「もし Motorola が法外なロイヤリティ料率でしかライセンスしなければ、Motorola は利益を得るために下流市場における競争者の価格を上昇させることになるだろう。Motorola の製品を除く全ての製品の価格の上昇は競争を害する。」<sup>58</sup>と、製品市場を念頭に置いているかのような判示も行っている。

### 3 小括

虚偽の FRAND 宣言を行う行為が問題となった例として有名な Qualcomm 事件では、技術市場における競争が問題とされており、Qualcomm 事件以降も、技術市場を問題とした事例がある。他方で、製品市場における競争を問題とする事例はそれほど多くないようである。

## 第 4 FRAND 宣言違反

米国では、FRAND 宣言違反は特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言との対比で論じられることが多いものの、それらとは異なる法的評価がされることが多い。以下では、

FRAND 宣言違反に対する米国競争当局の見解、学説等を分析し、米国において FRAND 宣言違反をシャーマン法 2 条違反に問うことの難しさを確認することとしたい。

### 1 FTC の執行事例

FRAND 宣言違反に対する FTC の立場を分析する上で、FTC の執行事例である Bosch 事件及び Motorola・Google 事件が参考となる。また、N-Data 事件は特定のライセンス条件についての約束を破る行為が問題とされた事件であるため、FRAND 宣言違反と類似の行為として参考となる。

#### (1) 各事件の概要

##### ア N-Data 事件<sup>59</sup>

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、同社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

56 *Apple Inc. v. Samsung Elecs. Co.*, No. 11-CV-01846, 2012 U.S. Dist. LEXIS 67102, at 27-28.

57 Qualcomm 事件においては、Qualcomm が自己のチップセットを使用しない者に対して、WCDMA 技術（標準必須特許）のライセンスに当たり高額なロイヤリティを課すなどした行為が、チップセット市場における独占化の企図に該当するか否かも問題とされた。チップセット市場が本稿の「製品市場」に該当するかの判断は難しいが、およそチップセットを製造するために WCDMA 技術が必要になるとの記載は見当たらないため、チップセット市場は本稿にいう「製品市場」には該当しないと判断した。

58 *Research in Motion Ltd. v. Motorola, Inc.*, 644 F. Supp. 2d 788, 794 (N.D. Tex. 2008).

59 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。同事件を解説した邦語文献として、和久井・前掲注 43) 348-352 頁、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 72-74 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』198-203 頁 (商事法務、2011 年) がある。

からの相当な増額であったが、それを拒否する者に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。

#### イ Bosch 事件<sup>60</sup>

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た。しかし、自動車用エアコンの冷媒の回収・再生・充填装置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 の親会社である SPX Corporation が、Bosch を含む競争者（自動車用エアコンの冷媒の回収・再生・充填装置を製造する製造業者）に対して、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<sup>61</sup>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、ライセンスを受ける意思のある者 (willing licensees) に対して訴訟を継続するなどした<sup>62</sup>。

#### ウ Motorola・Google 事件<sup>63</sup>

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、後に標準必須特許となる技術について特許権を保有していた Motorola が当該特許権について FRAND 条件でのライセンスを約束したにもかかわらず、当該技術標準に準拠する製品を製造する製造業者（この中には Motorola の競争者も含まれていた。）を特許権侵害で ITC や連邦地裁に提訴して、当該製品の差止めを求めた。また、Motorola を買収した Google は、ライセンスを受ける意思のある者 (willing licensee) に対する交渉力を高めるために差止め（又は排除命令の）の脅しを利用した。

#### (2) 適用法条

上記の3つの事件に関する文書では以下のような記載があることから、FTC はいずれもシャーマン法2条違反行為ではなく、FTC 法5条独自の違反行為と位置付けていることが窺われる。

まず、N-Data 事件では、FTC は最高裁判決を引用して、FTC 法5条がシャーマン法

60 事実の概要は審判開始決定書 (Complaint, *In re Robert Bosch GmbH*, FTC File No. 1210081 (November 21, 2008) (hereinafter "Complaint, *In re Bosch*")) に拠る。

61 reasonable terms and conditions that are demonstrably free of any unfair discrimination. 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 Agreement Containing Consent Orders To Aid Public Comment, at 4, *In re Robert Bosch GmbH*, FTC File No. 1210081 (November 26, 2012); Statement of the Federal Trade Commission, at 2, *In re Robert Bosch GmbH*, FTC File No. 1210081 (November 26, 2012) (hereinafter "Statement of FTC, *In re Bosch*"))。

62 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, *In re Bosch*)、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 Agreement Containing Consent Orders To Aid Public Comment, at 4-5, *In re Robert Bosch GmbH*, FTC File No. 1210081 (November 26, 2012))。このことから、FTC は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。

63 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。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。

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述べている<sup>64</sup>。また、2つの反対意見が、多数派委員がN-Dataの行為はシャーマン法2条に違反しないことを認めていると述べている<sup>65</sup>。

Bosch事件では、FTCは問題となった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<sup>66</sup>。また、N-Data事件と同様に、FTC法5条がシャーマン法に違反しない行為をも規制することができるという趣旨のことも述べている<sup>67</sup>。

Google・Motorola事件では、FTCはシャーマン法2条に基いて提訴されたRambus事件、Qualcomm事件等においては技術標準採択前に特許権者により不誠実な行為 (bad-faith) や詐欺的行為 (deceptive conduct) が行われたとの主張がなされたが<sup>68</sup>、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、不誠実に又は欺く意図で行動していた証拠はないとしている<sup>69</sup>。

### (3) FTCの執行例におけるFRAND宣言違反の位置付け

前記(2)のとおり、FTCは上記各事件で問題とした行為をシャーマン法2条違反行為ではなく、FTC法5条独自の違反行為と位置付けているが、他方で、上記各事件に関するFTCの文書では、それらの行為があたかもシャーマン法2条違反であるかのような記載があることも確かである。

例えば、N-Data事件では、National Semiconductorによるロイヤリティについての約束が同社の技術が技術標準に取り込まれる上で重要な要素となったこと<sup>70</sup>、同社の技術が技術標準に取り込まれることより、National Semiconductorに独占力を与えたこと<sup>71</sup>が認定がされている<sup>72</sup>。また、Motorola・Google事件

64 Statement of the Federal Trade Commission, at 2, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, at 4-5, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008).

65 Dissenting Statement of Chairman Majoras, at 2, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008); Dissenting Statement of Commissioner William E. Kovacic, at 1, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008). さらに、N-Data事件において賛成の票を投じたRosch委員も、後に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, *supra* note 45). 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らが破った行為) 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う。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.* at 14)。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))。

66 Statement of FTC, at footnote 7, *In re Bosch*. ただし、本件ではシャー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。

67 Statement of FTC, at 3, *In re Bosch*. 同文書では、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。

68 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*.”).

69 Analysis, at 4 footnote 7, *In re Motorola and Google*.

70 Complaint ¶ 14, *In re N-Data*.

71 Complaint ¶ 21, *In re N-Data*.

72 また、J. Thomas Rosch, *supra* note 45, at 12. は、N-Dataの行為が競争に対する負の効果を持つ理由として、破棄された約束が持つ、技術標準が採択される前に行われる競争にとっての重要性を挙げている。

でも、Motorola の FRAND 宣言によって同社の技術が技術標準に取り込まれることが可能となったこと<sup>73</sup>、特許権が技術標準に取り込まれることより、代替技術が排除されて同社に独占力を与えたこと<sup>74</sup>が認定されている。これらの記載からは、FTC が、違反行為者がロイヤリティについての約束や FRAND 宣言により技術市場において独占力を獲得したことをもって独占化（あるいは独占化の企図）に当たると認定しているように見えなくもない。

また、Bosch 事件と Motorola・Google 事件の審判開始決定書では、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言及されている<sup>75</sup>。すなわち、Bosch 事件では、審判開始決定書において、SPX Service Solutions が SSO の規則に基づいたライセンス（FRAND 条件でのライセンス）を行う旨の宣言を破ることは、「・・・市場から競争者<sup>76</sup>を排除し、競争への害を引き起こし、又は引き起こすおそれがある」<sup>77</sup>とされており、Motorola・Google 事件では、反競争効果の一つとして、「Google の競争者の費用を増加させ、それにより Google と競合製品の製造業者との間の競争を阻害する（dampen）こと」<sup>78</sup>が挙げられている。また、N-Data 事件及び Motorola・Google 事件において反競争効果として挙げられている、当該技術標準に準拠する製品の製造等に係るコストの増加や、N-Data 事件

において反競争効果として挙げられている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は、製品市場における競争に影響を与えるものとも考えることもできる（もっとも、N-Data 事件においては、N-Data が製品市場において商品を供給していたわけではないため、競争者の排除を要件とするシャーマン法 2 条に違反することはない。）。

上記のような技術市場や製品市場への影響が認められるにもかかわらず、FTC がシャーマン法 2 条違反行為ではなく、FTC 法 5 条独自の違反行為として処理したのはなぜであろうか。技術市場における競争については、各事件関連文書の記述から次のようなことがいえそうである。まず、前記（2）のとおり、Google・Motorola 事件では、特許権が技術標準に取り込まれることより、代替技術が排除されて特許権者に独占力を与えたことが認定されている一方で、技術市場における独占化が問題となった Rambus 事件・Qualcomm 事件とは異なり、技術標準採択前に特許権者が不誠実な行為や詐欺的行為を行っていたとの証拠がないことが指摘されている。この記述から、FTC が技術市場における競争を害する行為がシャーマン法 2 条違反といえるためには、技術標準採択前に特許権者による不誠実な行為や詐欺的行為が行われている必要があると考えていることが窺われる。N-Data 事件で賛成に回った FTC の委員が、「提訴さ

73 Complaint ¶ 22, *In re* Motorola and Google.

74 Complaint ¶ 13, 21, *In re* Motorola and Google.

75 Complaint ¶ 20, *In re* Bosch; Complaint ¶ 25, *In re* Motorola and Google; Analysis, at 5, *In re* Motorola and Google.

76 ここでいう「競争者」が、自動車用エアコンの冷媒の回収・再生・充填装置（技術標準を実施する製品）に関する競争者であることは、審判開始決定書（Complaint ¶ 16, *In re* Bosch.）上明らかである。

77 Complaint ¶ 20, *In re* Bosch. 委員会声明でも、「我々は、この行為（筆者注：SPX の行為）が、これらの重要な自動車エアコン供給装置（servicing device）の市場における競争を減じる（impair）傾向があると信ずべき理由を有している。」と述べられている（Statement of FTC, at 1, *In re* Bosch.）。

78 Complaint ¶ 28, *In re* Motorola and Google. 委員会声明でも、「この行為（筆者注：Motorola と Google の行為）はこれらの重要な電子装置の市場における競争を減じる（impair）傾向がある」と述べられている（Statement of FTC, at 1, *In re* Motorola and Google.）。

れた N-Data の悪い行為が N-Data の独占力を生じさせたか否かが全く明かでないため、合理的な人々は N-Data の行為がシャーマン法に違反するかどうかについて異議があるだろう<sup>79</sup>と述べていることも、同様の立場を示すものといえるだろう<sup>80</sup>。これに対して、製品市場については、Bosch 事件や Motorola・Google 事件で競合製品の排除が明確に示されているにもかかわらず、シャーマン法 2 条違反とされなかった理由は事件関連文書からは明らかではない。

## 2 Ohlhausen 委員の見解

FRAND 宣言違反をシャーマン法 2 条違反に問うことがなぜ難しいのかという点について一定の見解を示したのが、FTC の Ohlhausen 委員が 2015 年に北京で行った講演である。同委員は、一般論として、標準化の過程での特許権者の行為が技術市場又は製品市場の競争を害し、反トラスト法 (シャーマン法 2 条) に違反する可能性があることを認めるものの<sup>81</sup>、反トラスト法違反の成立のために必要な条件について次のように述べる。

まず、技術市場については、「もし、複数の技術が技術標準に取り込まれることを求めて競争しており、特許権者が特許権を秘匿

し、又は FRAND 条件でライセンスするとの虚偽の約束をする場合であって、SSO がその詐欺的行為の結果としてその特許権者の技術を選択し、かつ、標準必須特許の保有者が技術標準を実施する企業をホールドアップする場合には、反トラスト法上の請求は成立し得る」<sup>82</sup>と述べる。一方で、「代替技術を制して、ある企業の特許技術を SSO に採用させる詐欺的行為その他の不正行為がなければ、標準必須特許の保有者がその技術をライセンスする際の力の拡大は、その行為から生じるのではなく、第 3 者のロックインから生じる」<sup>83</sup>として、詐欺的行為 (特許権の秘匿や FRAND 条件でライセンスするとの虚偽の約束) がなければ、違法な独占力の獲得にはならないと説明している。

次いで製品市場について、Ohlhausen 委員は差止請求が製品市場における競争を害する可能性を認めつつも、次の条件が満たされなければ製品市場の競争は害されないという。

第 1 に、裁判所が実際に差止めを認めるか、認めるという具体的な蓋然性 (material probability) があることである<sup>84</sup>。裁判所が、特許が有効であり、特許権の侵害が認められ、さらには、e-Bay 事件で示された要件が

79 Jon Leibowitz, Commissioner, Federal Trade Commission, "Tales from the Crypt" Episodes '08 and '09: The Return of Section 5 ("Unfair Methods of Competition in Commerce are Hereby Declared Unlawful"), at 5 (October 17, 2008).

80 もっとも、N-Data 事件は、ライセンス条件の約束を行った者 (National) と当該約束を破った者 (N-Data) とが異なる事案であったため、シャーマン法 2 条の問題とならなかったのは、標準化の過程で非難されるべき行為がなかったからではなく、単に N-Data が当初のライセンス条件の約束に関与していなかったからに過ぎないとも考えられない。しかし、同事件の Majoras 委員の反対意見 (FTC 法 5 条独自の違反行為とすることへの反対意見) では、N-Data の行為がシャーマン法 2 条違反とならない理由の一つとして、National (ライセンス条件について約束を行った時点の特許権者) が当初のライセンスのオファーの際に SSO のメンバーを欺いたとの主張がないことが挙げられており (Dis-senting Statement of Chairman Majoras, at 2, *In re Negotiated Data Solutions LLC*, FTC File No. 0510094 (January 23, 2008))、同反対意見の立場からすれば、仮に当初のライセンス条件の約束を行った者がその後当該約束を破ったとしても、ライセンスのオファーの際に SSO のメンバーを欺く行為を行っていなければシャーマン法 2 条違反にならないということになるだろう。

81 Maureen K. Ohlhausen, Commissioner, Federal Trade Commission, *Antitrust Oversight of Standard-Essential Patents: The Role of Injunctions*, 2015 IP and Antitrust Forum, China Intellectual Property Law Association, at 7-8 (September 12, 2015).

82 *Id.* at 7-8.

83 *Id.* at 11.

84 *Id.* at 11.

満たされると判断して初めて差止めが認められることから、差止請求がなされただけでは、製品市場における競争は妨げられずに続けられるという<sup>85</sup>。

第2に、特許権者自身又はそれに代わる者(proxy)が製品市場で競争していることである<sup>86</sup>。Ohlhausen委員は、Discon, Inc. v. Nynex Corp. 控訴審判決<sup>87</sup>を引用して、標準必須特許の保有者又は標準必須特許をコントロールする者が製品市場で競争していなければ、シャーマン法上、市場を独占化することはできないという<sup>88</sup>。

第3に、標準必須特許の保有者がシャーマン法違反が成立するために必要な市場力を有していることである<sup>89</sup>。特許が技術標準の選択的(optional)な特徴をカバーするに過ぎない場合、標準必須特許の保有者の製品市場での地位が低く、差止請求の範囲が競争を害するには狭すぎる場合、業界内に競合する別の技術標準がある場合には、反トラスト法違反の成立に必要な市場力に欠ける可能性があるという<sup>90</sup>。

以上の点に加えて、Ohlhausen委員は、合衆国憲法修正第1条で認められた国家へ請願する行為が反競争的な結果を招いても反トラスト法上の責任を免れるという、いわゆるNoerr-Pennington原則に触れ、反トラスト法上の請求が成立するためには、反競争的である訴え(差止請求訴訟)以上のものがなけれ

ばならず、SSOに対する詐欺的行為やその他の不正行為の主張がない限りは、同原則が適用されるとする<sup>91</sup>。

### 3 司法省・司法省幹部の見解

司法省がFRAND宣言違反に対してシャーマン法2条を適用した事例はないが<sup>92</sup>、Samsungが「Appleの特定の製品を米国の市場から排除するために、」<sup>93</sup>FRAND宣言の対象となった標準必須特許ポートフォリオを利用した行為に対して調査を行っていたことを明らかにしている。これは司法省がFRAND宣言違反が製品市場での独占化(あるいは独占化の企図)としてシャーマン法2条違反になる可能性を否定していないことを示している。この調査は最終的には打ち切られたが、その理由は、違反が認められなかったというのではなく、米国通商代表部(USTR)が米国国際貿易委員会(ITC)の出した排除命令(Samsungの申立てに基づきAppleの製品の輸入差止めを命じた命令)を取り消したため、それ以上の調査の必要がないという外在的なものであった<sup>94</sup>。

また、司法省反トラスト局副局長補(Deputy Assistant Attorney General)のRenata B. Hesseは詐欺的行為がない場合であってもFRAND宣言違反が技術市場における独占力の獲得としてシャーマン法2条に違反するという議論を紹介している。同氏は、標準必須特許の保有者が単にFRAND宣言に違反する

85 *Id.* at 12.

86 *Id.* at 11-12.

87 Discon, Inc. v. Nynex Corp., 93 F.3d 1055, 1062 (2d Cir. 1996).

88 Maureen K. Ohlhausen, *supra* note 81, at 13.

89 *Id.* at 12.

90 *Id.* at 13.

91 *Id.* at 13-14.

92 司法省は、2013年に米国特許商標庁(USPTO)と共同で公表した政策声明(Department of Justice and United States Patent & Trademark Office, Policy Statement on Remedies For Standards-Essential Patents Subject to Voluntary F/RAND Commitments (January 8, 2013).)において標準必須特許について詳細に論じているが、シャーマン法2条違反該当性については言及していない。

93 Department of Justice, Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of Samsung's Use of Its Standards-Essential Patents (February 7, 2014).

94 *Id.*

ことで(詐欺的行為なくして)標準化を通じて獲得した独占力を行使することはシャーマン法2条違反とならないとする議論が、虚偽のFRAND宣言が問題となったQualcomm事件に依拠しているように見えるとする<sup>95</sup>。その上で、技術標準設定過程において詐欺的行為がない場合であってもシャーマン法2条はなお意味を持つとする論者もいるとして、次のように述べる。「彼らは、シャーマン法2条上の責任を特許権者がSSOの技術標準の設計中に意図的にSSOを欺いた事例にもっぱら限定することが競争の観点から道理に適うかどうか疑問を呈する。例えば、Qualcommの事例と、特許権者が自己の特許をFRAND条件でライセンスすることを正直に約束したが、後に方針を変更した状況を比較してみよ。いかなる事業上の理由であれ、一今や標準必須特許を有している—その企業は技術標準が設定された後に意図的にFRAND宣言を破ったのである。これらの論者は、SSOが(筆者注:技術標準に)取り込むことができたであろうが、特許権者のFRAND宣言により最終的には排除された代替技術があるならば、競争過程は等しく混乱させられるであろう、と論じる。」<sup>96</sup>

#### 4 学説

FRAND宣言違反がシャーマン法2条に違

反するか否かについては、学説上見解が分かれている。

##### (1) 技術市場

Renata B. Hesseがいうように、詐欺的行為があろうがなかろうが、FRAND宣言に反する行為が行われた場合には、技術市場における競争過程が害されると考える論者もいる。例えばDavid A. Baltoは、特許の譲受人が以前の特許の保有者により行われた(ロイヤリティについての)約束を破る場合には、たとえ詐欺的行為(deception)がないとしても、SSOのメンバーが技術標準に取り込む技術を選択する際に拠り所とするものを弱め(undercut)、技術標準に取り込まれることを目指す競争(competition for the standard)を歪める点で、当初約束を行った者が詐欺的行為又はその他の悪意の誘導を行う場合と変わらないと考える<sup>97</sup>。

もっとも、この考えに対しては、競争への影響の点では詐欺的行為の有無は関係ないとしても、詐欺的行為がないとすれば、「優れた製品、事業上の先見(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」<sup>98</sup>独占力の獲得とはいえず、独占化(又は、独占化の企図)の要件を満たさないとの批判があり得る。しかし、この点について、M. Sean Royallは、「許

95 Renata B. Hesse, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *IP, Antitrust and Looking Back on the Last Four Years*, at 19–20 (February 8, 2013).

96 *Id.* at 21.

97 David A. Balto, *supra* note 45, at 9–10. David A. Baltoは、N-Dataの行為を念頭に、特許の承継者が当初の義務者(original obligor)によるコミットメントの履行を拒絶することは、Dell事件、Rambus事件及びUNOCAL事件における当初の義務者の行為と同様に、排除行為と独占力の違法な獲得・行使に該当するとしている(*Id.* at 10.)。M. Sean Royall On behalf of Dell Inc., *Re: In the Matter of Negotiated Data Solutions, LLC*; FTC File No. 0510094, at 14 (April 7, 2008)。もN-Dataの行為がRambus事件及びUNOCAL事件と同様の反競争効果を生じさせるおそれがあるとしている。

なお、詐欺的行為がない場合であっても、その効果において詐欺的行為がある場合と変わらないとするものとして、ほかに、David A. Balto *supra* note 45が引用するAlbert A. Foer On behalf of the American Antitrust Institute (AAI), Request For Investigation of Rembrandt, Inc. For Anticompetitive Conduct That Threatens Digital Television Conversion, at 16–17 (March 26, 2008)。がある。また、Joseph Kattan, *FRAND Wars and Section 2*, 27 Antitrust ABA 30, 32 (2013)。も同旨。

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

欺的行為は排除行為の一種であるが、決して唯一の排除行為ではなく<sup>99</sup>、効率性以外の方法により競争者を排除すれば略奪的行為(排除行為)に当たるとしている<sup>100</sup>。そして、N-Data 事件における N-Data の行為(ロイヤリティについての約束を破る行為)には、競争促進的なものや効率性の正当化理由はないと説明している<sup>101</sup>。

しかし、仮にロイヤリティについての約束を破る行為が排除行為に該当し得るとしても、さらに次のような批判があり得る。すなわち、ロイヤリティについての約束を破る行為は、標準必須特許の保有者が独占力を獲得した後に行うもの(独占力の行使)であって、それにより独占力を獲得する行為ではない、との批判である。例えば、Michael A. Carrier は、特許権者が何ら詐欺的行為(fraud or deception)なく誠実に RAND 宣言を行ったものの、その1年後にその独占力を利用するために相当なロイヤリティの上昇について取り決める、というケースを想定した上で、特許権者のこの行為は特許権者が独占力を獲得した後に現れるものであるから、NYNEX 事件最高裁判決に従えばシャーマン法2条には違反しないという<sup>102</sup>。Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright も、「NYNEX 事件最高裁判決の論理は、それ(筆者注: NYNEX 事件最高裁判決の論理)が<sup>95</sup>、N-Data が自社の技術が技術標準に取り込まれたときに合法的に独占力を獲得したと結論し、再交渉(筆者注:

当初約束したロイヤリティの改定交渉)をその力(筆者注: 独占力)の行使とみなすであろうことを示している。・・・要するに、NYNEX 事件の裁判所の判断は、詐欺的行為がない事後的な機械主義は排除行為ではなく、シャーマン法2条の下では起訴の対象とならないとの結論を強いることにほとんど疑いが無い<sup>103</sup>として、N-Data の行為がシャーマン法2条に違反することに否定的な見方をしている。すなわち、特許権者が何ら詐欺的行為(fraud or deception)なく FRAND 宣言を行い、それにより標準必須特許に選ばれて独占力を獲得したとしても、それは合法的な独占力の獲得であり、そして、NYNEX 事件最高裁判決に従えば、独占力の獲得自体が合法であれば、その後に行われる独占力の行使はシャーマン法2条違反ではないというのである。

これに対して、肯定説を採る者の中には巧みな論理でこの点の解決を試みる者もいる。Joseph Kattan は次のように説明する。まず、競争者の排除は SSO が技術標準を設定した段階で生じる<sup>104</sup>。ただし、標準必須特許の保有者が FRAND 宣言を遵守する限り、その排除は能率競争によるものであるため、反競争的ではない<sup>105</sup>。また、仮に代替技術がなくなつたとしても、FRAND 宣言が遵守されている限りは、標準必須特許の保有者は価格をコントロールすることができないため、独占力を有していない<sup>106</sup>。ところが、標準必須特

99 M. Sean Royal, *supra* note 97, at 9.

100 M. Sean Royal, *supra* note 97, at 9-10.

101 M. Sean Royal, *supra* note 97, at 10-14.

102 Michael A. Carrier, *Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law: Innovation for the 21st Century: A Response to Seven Critics*, 61 Ala. L. Rev. 597, 606 (2010). N-Data 事件において賛成票を投じた Rosch 委員も同様の理屈で、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 (J. Thomas Rosch, *supra* note 45, at 14)。

103 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).

104 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 33.

105 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 33.

106 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 33.

許の保有者が FRAND 宣言を破棄したときには、その時点で先の排除はもはや能率競争による排除ではなくなるため、反競争的になり<sup>107</sup>、また、標準必須特許の保有者は独占力を獲得する（あるいは、獲得するおそれが生じる）<sup>108</sup>。つまり、技術標準に取り込まれることで代替技術が消滅しただけでは独占力の獲得にならず、FRAND 宣言という価格への制約がなくなって初めて独占力を獲得するとして、ロイヤリティについての約束を破る行為と独占力の獲得の因果関係を認める<sup>109</sup>。そして、このように考えれば、独占者が合法的に手に入れた市場力を行使した NYNEX 事件とは区別される<sup>110</sup>。

## (2) 製品市場

学説においては、FRAND 宣言違反が製品市場における独占化（又は独占化の企図）としてシャーマン法 2 条上問題となる可能性が論じられてはいるが、以下のとおり、いくつかの観点からシャーマン法 2 条違反に問う際

の障害が指摘されている。

第 1 に、シャーマン法 2 条は標準必須特許の保有者が製品市場で商品を提供していないとき（製品市場においてライセンスと競争していないとき）には、違反に問えないとの指摘である<sup>111</sup>。

第 2 に、差止請求権の行使はいわゆる Noerr-Pennington 原則（合衆国憲法修正第 1 条で認められた国家へ請願する行為が反競争的な結果を招いても反トラスト法上の責任は免れるとの原則<sup>112</sup>）によってシャーマン法上の責任を免責されるとの指摘である<sup>113</sup>。実際に、標準必須特許に基づく差止請求について、Noerr-Pennington 原則を根拠に請求を棄却した裁判例も登場している<sup>114</sup>。

第 3 に、独占化の企図の場合には、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が<sup>115</sup>、裁判所が差止めを認めず、FRAND ロイヤリティに近いであろう損害賠償を認める可能性

107 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 33-34. Kattan は、このように訴訟原因に不可欠な行為と訴訟原因の発生との間にあるこの種の時間差は、略奪的価格設定等（埋め合わせ（recoupment）の段階まで訴訟原因が発生しない。）においても見られるものであるとしている（*Id.* at 34）。

108 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 33.

109 独占力の行使を制約している事前のライセンス条件についての約束を破ることにより独占力を獲得するとの見方をするものとして、Albert A. Foer, *supra* note 97, at 20; M. Sean Royall, *supra* note 97, at 25. 前者は独占と独占力を区別し、特許権者の特許が技術標準に取り込まれることで独占を獲得するものの、独占力は特許権者が RAND 宣言を破ることで初めて獲得されるとしている。これは、技術標準に取り込まれることで代替技術が消滅することと独占力の獲得を区別する Joseph Kattan の考えと同じである。

110 Joseph Kattan, *supra* note 97, at 32.

111 Kai-Uwe Kuhn, *Justifying Antitrust Intervention in ICT Sector Patent Disputes: How to Address the Hold-Up Problem*, 9 Competition Pol'y Int'l 100, 113 (2013).

112 United Mineworkers of Am. v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965); E. R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc., 365 U.S. 127 (1960).

113 Daryl Lim, *Standard Essential Patents, Trolls, and the Smartphone Wars: Triangulating the End Game*, 119 Penn St. L. Rev. 1, 78-79 (2014); Douglas H. Ginsburg, Taylor M. Owings & Joshua D. Wright, *Enjoining Injunctions: The Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions*, Antitrust Source October 2014, at 6 (2014); Jay P. Kesani & Carol M. Hayes, *FRAND's Forever: Standards, Patent Transfers, and Licensing Commitments*, 89 Ind. L.J. 231, 269, 271 (2014).

ただし、Thomas F. Cotter, *Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties*, 22 Tex. Intell. Prop. L.J. 311, 337 (2014). は、標準必須特許の保有者の行為が反トラスト法違反であるとの主張は、標準必須特許の保有者の特許権の行使一般を前提としているものではなく、差止めという特定の権利行使を前提にしていることを理由に、Noerr-Pennington 原則は適用されるべきではないとしている。

114 Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc., 886 F. Supp. 2d 1061, 1067-1076 (W.D. Wis. 2012).

115 前記第 1 の 1 参照。

が高い場合には、この要件を満たすか疑わしいとの指摘である<sup>116</sup>。

以上は、Ohlhausen 委員も指摘したものであるが、学説上はさらに次のような指摘がなされている。

第4に、Trinko 事件最高裁判決や NYNEX 事件最高裁判決に従えば、仮に技術市場における独占力の獲得が合法的になされた場合には、その行使としての高額なロイヤリティの設定はシャーマン法2条には違反しないと指摘である<sup>117</sup>。

第5に、標準必須特許に基づく差止めがライセンス拒絶（取引拒絶）に該当する可能性が指摘されているが<sup>118</sup>、Trinko 事件最高裁判決は取引拒絶がシャーマン法2条に違反する場合を非常に限定しているとの指摘<sup>119</sup>である。

## 5 FRAND 宣言違反のまとめ

FRAND 宣言違反をシャーマン法2条違反に問うことの難しさは以下のようにまとめることができる。

### (1) 技術市場

FTC は、技術標準採択前に特許権者が不誠実な行為や詐欺的行為を行っている場合でなければ、差止請求や高額なロイヤリティの要求という形での FRAND 宣言違反が技術市場における競争を害する行為としてシャーマン法2条に違反することはない、と考えているようである。この点は、Ohlhausen 委員の

スピーチでも言及されており、学説にも同様の考えを採るものがある。また、学説には、ロイヤリティについての約束を破る行為は、標準必須特許の保有者が独占力を獲得した後に行うもの（独占力の行使）であって、それにより独占力を獲得する行為ではないため、シャーマン法2条違反に問うことは困難であるとするものもある。

他方で、学説上は、ロイヤリティについての約束を破る行為は効率性以外を根拠に競争者を排除するものであるから、詐欺的行為がなくとも排除行為に該当すると考えるものもある。また、競争者の排除は SSO が技術標準を設定した段階で生じるが、独占力の獲得が生じるのは標準必須特許の保有者が FRAND 宣言を破棄して価格（ロイヤリティ）への制約がなくなった時点であるとするので、FRAND 宣言を破る行為と独占力の獲得の因果関係を認めることができると主張するものもある。

### (2) 製品市場

司法省の Samsung に対する調査は、FRAND 宣言違反（特に排除命令の請求や差止請求という形での FRAND 宣言違反）が製品市場の独占化（又は独占化の企図）としてシャーマン法2条違反となり得ることを示唆している。しかし、FTC は、Bosch 事件と Motorola・Google 事件の審判開始決定書において、差止めにより技術標準に準拠する製品

116 Thomas F. Cotter, *supra note* 113, at footnote 98.

117 Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright, *supra note* 103, at 487, 490, 498. Thomas F. Cotter, *supra note* 113, at 332, footnote 98. も、米国では、標準必須特許の保有者の行為（差止請求や高額なロイヤリティの設定）が反トラスト法上の請求を成立させるような取引拒絶であるとか、詐欺的行為を含むものとされない限りは、独占的高価格それ自体は問題とされないとしている。

118 Daryl Lim, *supra note* 113, at 76-77; Thomas F. Cotter, *supra note* 113, at 333.

119 Thomas F. Cotter, *supra note* 113, at 333. 同論稿は、知的財産のライセンス拒絶の場合にはさらにシャーマン法に違反する可能性が小さいとも述べる (*Id.* at 333-334). Cotter が指摘するように、米国の裁判所は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ことは事実である（例えば、SCM Corp. v. Xerox Corp., 645 F.2d 1195, 1206, 1209 (2d Cir. 1981).）。特許製品と非特許製品の抱き合わせ、特許序に対する欺瞞（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された判決もある（CSU, L.L.C. v. Xerox Corp. (*In re Independent Serv. Orgs. Antitrust Litig.*), 203 F.3d 1322, 1327 (Fed. Cir. 2000).）。

の製造業者を製品市場から排除するという点に言及しつつも、製品市場における独占化（又は独占化の企図）とは認定しなかった。その理由は明らかではないが、Ohlhausen 委員のスピーチは、標準必須特許に基づく差止請求がなされたとしても、次のような場合には、それぞれ製品市場における独占化（あるいは、独占化の企図）としてシャーマン法 2 条違反に問うことはできないとしている。すなわち、第 1 に、裁判所が実際に差止めを認めるか、認めるという具体的な蓋然性がない場合、第 2 に、特許権者自身又はそれに代わる者が製品市場において競争していない場合、第 3 に、特許権者が製品市場において十分な力を有していない場合（差止請求の範囲が競争を害するには狭すぎる場合、業界内に競合する別の技術標準がある場合等）、第 4 に、SSO に対する詐欺的行為やその他の不正行為の主張がなく、Noerr-Pennington 原則が適用される場合である。

さらに、学説上は、独占力の獲得が合法的になされた場合には、その行使としての高額なロイヤリティの設定はシャーマン法 2 条には違反しないと指摘や、米国の判例が取引拒絶がシャーマン法 2 条違反となる場合を非常に限定しているため、標準必須特許に基づく差止めを取引拒絶としてシャーマン法 2 条違反に問うことが困難であるとの指摘もある。

Ohlhausen 委員のスピーチや学説に照らして考えれば、N-Data 事件では、N-Data が製品市場において商品を提供していなかったため、シャーマン法違反に問うことはできないであろう。Bosch 事件と Motorola・Google 事件では、標準化の過程において詐欺的行為が行われたわけではなかったため、Noerr-Pen-

nington 原則が適用され得る。また、差止請求を取引拒絶と見るとしても、米国では取引拒絶がシャーマン法 2 条に違反する場合を非常に限定しているため、シャーマン法 2 条違反に問うことが困難であったと考えることもできる。

## 第 5 米国のまとめ

ここまで米国の状況を見てきたが、標準必須特許に基づく差止請求や高額なロイヤリティの要求という形での FRAND 宣言違反について、競争への影響と法適用の観点からは次のようにまとめることができるであろう。

### 1 影響を受ける市場

FTC の事件関連文書では、技術市場における競争をも念頭においた記載がなされている。また、FTC の委員や司法省幹部のスピーチでも技術市場における競争に言及されている。さらに、学説上は技術市場における独占化（又は独占化の企図）としてシャーマン法 2 条に違反すると主張するものもある。

このように、技術市場における競争が問題とされるのは、技術標準設定過程においては代替的な技術同士が競争しているとの考えが根強い上に、技術標準設定過程における FRAND 宣言がその対象となる特許技術の価格等の指標として標準技術を選択する者らにとって重要である<sup>120</sup>と認識されているからであろう。例えば、Qualcomm 事件控訴審判決は、FRAND 宣言はコストの指標であり、SSO が他の技術と比較して当該技術の良し悪しを評価する上で重要な要素であると位置付けた上で、コストに関して虚偽の説明を行うことは、その技術が技術標準に取り込まれるように競争過程を偏向する旨述べている<sup>121</sup>。また、FTC も N-Data 事件では、Na-

120 3 Areeda & Hovenkamp ¶ 709 d1; Albert A. Foer, *supra* note 97, at 15. 3 Areeda & Hovenkamp ¶ 709 d1. は、技術標準設定過程において複数の技術が競争していることを前提に、FRAND 宣言は「値付けの一形態 (a form of bidding)」であると評している。

121 *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 313 (3d Cir 2007).

tional Semiconductor によるロイヤリティについての約束が同社の技術が技術標準に取り込まれる上で重要な要素となった旨<sup>122</sup>、Motorola・Google 事件では、Motorola の FRAND 宣言によって同社の技術が技術標準に取り込まれることが可能となった旨<sup>123</sup>、それぞれ認定している。

他方、FTC の事件関連文書や司法省の Samsung への調査では製品市場における競争も念頭に置かれている。これは技術市場におけるライセンスであると同時に、製品市場において商品を供給する製造業者でもある標準必須特許の保有者が、差止めにより製品市場における競争者を製品市場から排除するという素直な考えに基づくものといえるだろう。

## 2 法適用上の問題点

上記のように、FRAND 宣言違反は、技術市場と製品市場に影響を与え得るが、シャーマン法2条で規制するには種々の制約があるとの指摘がなされている。

まず、技術市場への影響に着目して技術市場における独占化（又は独占化の企図）として構成しようとする場合には、技術標準設定過程で詐欺的行為（特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言）がなければシャーマン法2条違反は成立しないとの考えが根強いことである。FTC や学説が詐欺的行為がなければシャーマン法2条違反とならないと考える理由は明らかではないが、考えられる理由は、

①シャーマン法2条違反には、意図的な独占力の獲得が必要とされているため、FRAND 宣言を行った時点で将来 FRAND 宣言に反する行為（差止請求や高額なロイヤリティの要求）を行う意図がなければ、意図的な独占力の獲得とはいえないというものである<sup>124</sup>。もう一つは、②詐欺的行為がなければ排除行為の該当性が認められないというものである<sup>125</sup>。もっとも、米国の学説が指摘するように、②については、ロイヤリティについての約束を破る行為は効率性以外を根拠に競争者を排除するものであるから、詐欺的行為がなくとも排除行為に該当し、シャーマン法2条違反となると考える余地はあるかもしれない。

技術市場への影響に着目して技術市場における独占化（又は独占化の企図）として構成しようとする場合の制約の2点目は、FRAND 宣言違反に該当する行為と独占力の獲得との間に因果関係が認められないとの考えがあることである。すなわち、FRAND 宣言に反する行為（差止請求や高額なロイヤリティの要求）自体は、特許権者の技術が技術標準に取り込まれることにより独占力を獲得した後に行われるため、約束の破棄と独占力の獲得に因果関係はないとの考えである。これに対して、因果関係を肯定する説には、特許権者の技術が技術標準に取り込まれることにより競争者を排除して独占的地位を獲得することと独占力（価格をコントロールすることができる力）を獲得することを区別して考

122 Complaint ¶ 14, *In re N-Data*.

123 Complaint ¶ 22, *In re Motorola and Google*.

124 Rambus 事件最終審決と同時に公表された FTC 意見では、Rambus の行為の排除行為の該当性を判断する中で、「主張された Rambus の行為がシャーマン法の下で違法とされるためには、Rambus は、不注意や過失ではなく、意図的に行動していたのでなければならない」(Opinion of the Commission *In re Rambus*, at 30.) とされている。Richard Dagen, *supra note* 45, at 1518. も過失による特許権の非開示の場合にはシャーマン法2条違反とならないとしている。邦語文献では、森平明彦「標準設定とライセンス拒否—反トラストにおける最近の理論展開」厚谷襄児先生古稀記念論集『競争法の現代的諸相〔下〕』751頁（信山社、2005年）が Dell 事件と Rambus 事件について、「市場力創出の原因を団体ルールに反し誤認表示をなした知的財産権者の明確な意図に求める」とするが、その理由を判例が特定の意図を独占化（独占化の企図）の要件としていることに求めている。

125 Thomas F. Cotter, *supra note* 113, at footnote 98.

え、後者はライセンス条件についての約束を破棄することにより初めて成し遂げられると考えるものがある。因果関係を肯定する説が拠り所とする上記のような考えは、独占力を価格をコントロールする力であると考えれば一応の説得力があるように思われるが、この考えは Rambus 事件控訴審判決では採用されなかった。同判決は、NYNEX 事件最高裁判決に依拠して、価格をコントロールする力を抑える RAND 確約を回避することが独占力の獲得に当たるとの FTC の主張を認めなかったのである。

他方、製品市場への影響に着目して製品市場における独占化（又は独占化の企図）として構成しようとする場合にも、前記第4の5（2）のとおり、種々の困難がある。

FTC が、FRAND 宣言違反をシャーマン法2条違反とは位置付けず、FTC 法5条で規制した理由は、以上のように、シャーマン法2条違反とするには多くの困難があったためであると考えられる。

### 第3部 EU 法

FRAND 宣言違反に対してシャーマン法2条を適用することが困難である米国とは異なり、EU では、FRAND 宣言違反が EU 機能条約102条に違反するとの考えが司法裁判所、欧州委員会及び学説で共有されている。ただし、EU 機能条約102条違反には、いわゆる排除型濫用と、いわゆる搾取型濫用の2つの類型があり、搾取型濫用は特定の市場における競争者の排除が見られなくとも規制対象となる。このため、第3部では、EU において、FRAND 宣言違反が特定の市場の競争者の排除と考えられているのか、そのように考えら

れているとすれば、いかなる市場が念頭に置かれているのか、という観点から、司法裁判所、欧州委員会及び学説を分析することとしたい。

#### 第1 EU 法の規制手段の概要

EU 法を分析するに当たり、FRAND 宣言違反と関係する競争法の規定について簡単に述べておく。

##### 1 支配的地位の濫用

EU 競争法のうち、FRAND 宣言違反に関係するのは、EU 機能条約102条（以下単に「102条」という。）である。同条は、次のとおり、市場において支配的地位にある者がその地位を濫用することを禁止している。

「域内市場又はその実質的な部分において支配的な地位にある一又はそれ以上の事業者によるいかなる濫用も、それが加盟国間の取引に影響を与える限りにおいて、域内市場と両立しないものとして禁止される。その濫用行為は、特に、

- (a) 不公正な購入価格若しくは販売価格又はその他の不公正な取引条件を直接的に又は間接的に賦課すること
- (b) 消費者の不利益となるように、生産、市場、技術開発を制限すること
- (c) 取引の相手方に対し、同等の取引において異なる条件を適用することにより、当該当事者を競争上不利にすること
- (d) その性質上又は商慣習上当該契約の目的と関係がない付加的な義務を取引の相手方が受諾することを条件とした契約を締結することを含む。」<sup>1</sup>

もつとも、102条に列挙された行為は例示に過ぎないため<sup>2</sup>、濫用とされる行為は必ず

1 Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

2 Case C-6/72 - Europemballage Corporation and Continental Can Company v Commission [1973] ECR-215, para. 26; Case C-333/94 P - Tetra Pak v Commission [1996] ECR I-5951, para. 37. 最近の事例として例えば、Case C-280/08 P - Deutsche Telekom v Commission [2010] ECR I-9555, para. 173.

しも102条に列挙された行為に限られない。

## 2 濫用

条文中規定されていないが、濫用行為には、少なくとも搾取型濫用 (exploitative abuse) と排除型濫用 (exclusionary abuse) の2つがあるとされている<sup>3</sup>。これら2つの類型は消費者 (需要者) を害するという点では共通するものの、前者は直接的に消費者 (需要者) を害する行為であり、後者は競争を害することを通じて間接的に消費者 (需要者) を害する行為であるという点で異なる<sup>4</sup>。前者は競争を妨げる (hinder) 行為とはいえないが、支配的地位の濫用に該当し得る行為である<sup>5</sup>。独占禁止法における解釈論の示唆を得るといふ本稿の目的との関係では、EU 競争法では、搾取型濫用がそうであるように、競争を害する行為だけが禁止されているわけではないという点を念頭に置く必要があるだろう。もっとも、一の行為が必ず2種類のいずれかに分類されるのではなく、一の行為が両者の性質を持つこともあるから<sup>6</sup>、検討対象の行為がどちらの類型に該当するのかという点を論じることにそれほど意味はなく、検

討対象行為が競争を害する行為であるか、害するとしていかなる市場の競争を害するのかを検証していくことが重要であろう。

濫用の定義について、司法裁判所は、「濫用という概念は支配的地位にある事業者の行為に関する客観的概念であって、当該事業者のまさにその存在の結果として、競争の程度が弱められる市場の構造に影響を与えるようなものであり、かつ、・・・商品又は役務における正常な競争を条件とする (condition) 方法とは異なる方法により、市場に依然として存在している競争の程度又は当該競争の発展を妨害する影響を持つものである」<sup>7</sup>と判示しているが、この定義はいわゆる排除型濫用についてのものである<sup>8</sup>。Deutsche Telekom 事件では、同等に効率的な競争者を排除する効果を有す価格設定行為について、「競争者にとって市場参入を非常に困難に又は不可能にし、また、契約者にとって、多様な供給源や取引の相手方から選択することをより困難にし、又は不可能にし、それゆえに、能率競争 (competition on the merits) の範囲にある方法以外の方法により、その支配的地位を強

3 Vivien Rose & David Bailey ed, *Bellamy and Child: European Union Law of Competition* ¶10.064 (Oxford University Press, 7th ed. 2013); Jonathan Faull & Ali Nikpay ed, *The EU Law of Competition*, ¶4.16 (Oxford University Press, 3rd ed. 2014); Richard Whish & David Bailey, *Competition Law*, at 212-213 (Oxford University Press, 8th ed. 2015). 欧州共同体設立条約82条に関するガイダンスペーパーも、搾取型濫用と排除型濫用という用語こそ使用していないが、排他的行為と搾取的行為とを区別して記載している (Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ C 45, 24.2.2009, para. 5-7 (hereinafter “82 Guidance”).)。

4 欧州共同体設立条約82条に関するガイダンスペーパーは、排他的行為が競争を害することにより消費者を害するとする一方で (para. 5)、搾取的な行為について「直接的に消費者から搾取する行為、例えば、過度に高い価格又は統合された域内市場を達成する努力を害する種類の行為」(para. 7) としている。Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra note 3*, ¶4.16も、搾取型濫用規制について「・・・市場成果を有効に規制することで直接的な害を防止する」と、排除型濫用規制について「競争を害して最終的に中間消費者と最終消費者を害する排他的行為を禁止することで同一の結果を間接的に達成し得る」と、それぞれ説明している。

5 Richard Whish & David Bailey, *supra note 3*, at 208.

6 Vivien Rose & David Bailey, *supra note 3*, ¶10.064.

7 Case C-85/76 - Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR-461, para. 91. この定義はその後多くの事件で裁判所に踏襲されている。

8 Richard Whish & David Bailey, *supra note 3*, at 208.

化する行為」<sup>9</sup>との判示がなされている。この「能率競争」という概念は司法裁判所の最近の判決でも用いられているが<sup>10</sup>、Hoffmann-La Roche 事件司法裁判所判決の「正常な競争」を言い替えたものであると評される<sup>11</sup>。「能率競争」という言葉は、欧州委員会が2009年に公表した欧州共同体設立条約82条に関するガイダンスペーパー（以下「82条ガイダンス」という。）においても触れられている<sup>12</sup>。

## 第2 特許権の秘匿

米国では、技術標準設定過程における特許権の秘匿が問題となった Rambus 事件において、技術市場における排除行為（技術市場における独占化、あるいは、独占化の企図）が問題とされた。ところが、EU では、同様の Rambus の行為について、102条の要件上の理由から、技術市場における排除型濫用との構成は採られなかったと理解されている。この理由次第では、FRAND 宣言違反についても技術市場における排除型濫用として規制することが困難となる可能性があるため、第2では、特許権の秘匿が問題となった Rambus 事件において技術市場における排除型濫用との構成が採られなかった理由を確認することとしたい。

### 1 Rambus 事件委員会決定<sup>13</sup>（確約決定）（2009年）

米国の Rambus 事件と同様の行為について、欧州委員会は2007年に調査を開始し、

2009年に確約決定を行った。確約決定であるため、欧州委員会は違反について最終的な判断を行ったわけではないものの、Rambus の行為が102条に違反する可能性を示した。

#### （1）事実概要

Rambus は、後に採択される DRAM のための技術標準と関連がある特許（出願中の特許を含む）の存在を SSO に開示せず、SSO が Rambus の特許を含む技術標準を採択した後に、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、特許を開示していれば課し得なかったであろう水準のロイヤリティを要求した。

#### （2）欧州委員会の予備的評価<sup>14</sup>

委員会決定は、検討対象市場を全世界の DRAM インターフェース技術の市場であるとし<sup>15</sup>、SSO の採択した技術標準に準拠する製品が市場で支配的であるため、市場参加者が DRAM チップを販売するためには SSO の定める技術標準に準拠することが商業的に不可欠であると考えていたこと、SSO の採択した技術標準に準拠する製品の製造を望む全ての製造業者が Rambus からライセンスを受けるか、Rambus の特許権を争うかしなければならないこと、新たに技術標準を開発することに要する費用及び一度採択された技術標準から新しい技術標準に切り替えることに要する費用が相当なものであるため相当な参入障壁が存在していること等を理由に、Rambus が特許権を行使した時点において市場において支配的地位にあり、それ以降も支配的地位

9 Case C-280/08 P - Deutsche Telekom v Commission [2010] ECR I- 9555, para. 177.

10 例えば、Case C-52/09 - TeliaSonera Sverige [2011] ECR I- 527, para. 24; Case C-457/10 P - AstraZeneca v Commission, not yet reported, para. 75.

11 Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra* note 3, ¶ 4.256 footnote 281.

12 82 Guidance, para. 1.

13 Case COMP/38.636-Rambus, Commission decision of 9.12.2009.

14 確約決定であるため、欧州委員会の評価は予備的なものである。

15 Commission Decision, para. 16-17. 委員会決定は、本件手続においては、検討対象市場が DRAM インターフェースの個々の下位技術が別個の市場であるか、それら個々の技術を包含する単一の市場であるかを判断する必要がないとした。

にあり続けたと評価した<sup>16</sup>。濫用行為については、故意の詐欺的行為（後に採択される技術標準に関連する特許権を開示しなかったこと）がなければ課し得なかったであろう水準のロイヤリティを要求することで、その支配的地位を濫用した可能性があるとの見方を示した<sup>17</sup>。

### (3) 小括

委員会決定では、Rambus の故意の詐欺的行為がなければ課し得なかったであろう水準のロイヤリティを要求する行為が支配的地位の濫用であるとされた。しかし、そのような水準のロイヤリティを要求する行為がいかなる市場の競争を害するかについては特段の記載がない。前記第1のとおり、102条にはいわゆる排除型濫用といわゆる搾取型濫用の2種類の規制があるが、搾取型濫用は特定の市場における競争者排除が見られなくとも規制対象となることから、欧州委員会は、Rambus の行為を搾取型濫用と位置付けている可能性がある。後記2で見るとおり、学説の多くも欧州委員会が Rambus の行為を搾取型濫用の一類型とされる独占の高価格設定として規制したと考えている。

## 2 Rambus 事件に対する学説の評価

102条は、競争者を排除する排除型濫用をも規制対象としていることから、米国と同様

に、Rambus が特許権の秘匿を通じて、競合技術を排除したと捉えることもできるかもしれない。しかし、学説は Rambus の行為を技術市場における競合技術の排除と捉えることを完全に否定しており、むしろ、欧州委員会が Rambus の行為を独占の高価格設定として規制したものと捉えている。

### (1) 詐欺的行為による技術市場における排除型濫用（競合技術の排除）

米国の Rambus 事件において FTC が採った法律構成と同様に、Rambus が詐欺的行為（技術標準に関連する特許権を開示しないこと）により、自己の特許を技術標準に取り込ませ、それにより競合技術を排除して、もって排除型濫用を行ったとの法律構成は可能であろうか。EU では詐欺的行為を濫用行為とした先例<sup>18</sup>もあることから、Rambus の行為を排除型濫用として支配的地位の濫用と構成することも考えられる。

しかしながら、欧州委員会が Rambus の行為を詐欺的行為による技術市場における競争者の排除として102条違反とした、あるいは、そうすべきであったとする学説は皆無である。多くの学説がこの法律構成を支持しないのは102条が市場支配的地位にない者による独占力の獲得を禁止しないからである<sup>19</sup>。102条違反が成立するためには、濫用行為を行う時

16 Commission Decision, para. 18-26.

17 Commission Decision, para. 28.

18 Astra Zeneca 事件では、Astra Zeneca が加盟国の特許当局に誤解を招く説明を行うことで特許当局に Astra Zeneca の医薬品に対して誤って保護期間を延長させたことが、能率競争によるものではないとして欧州共同体設立条約82条（現行 EU 機能条約102条）に違反するとされた（Case C-457/10 P - AstraZeneca v Commission, not yet reported, para. 93）。学説には、例えば、Urška Petrovčič, *Competition Law and Standard Essential Patents - A Transatlantic Perspective*, at 83 (Kluwer Law International, 2014) のように、Astra Zeneca 事件との類似性を指摘するものもある。

19 James Killick & Pascal Berghe, *Rambus: An overview of the issues in the case and future lessons for SSOs when designing IPR products*, at 5, White & Case LLP HP (June 2010); Thomas De Meese, *European Commission Accepts Commitments from Rambus in 'Patent Ambush' Case*, 1 *Journal of European Competition Law & Practice* 215, 216 (2010); Josef Drexl, *Intellectual Property in Competition: How to Promote Dynamic Competition as a Goal*, in Josef Drexl et al ed, *More Common Ground For International Competition Law?*, at 221 (Edward Elgar Publishing, 2011); Daniel Culley, Malik Dhanani & Maurits Dolmans, *Learning from Rambus—How to tame those troublesome trolls*, 57 *THE ANTITRUST BULLETIN* 117, 128 (2012); Damien Geradin, *The European Commission Policy Towards the Licensing of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand?*, 9 *J. Comp. L. &*

点で市場支配的地位にある必要があるが、Rambus が市場支配的地位を獲得したのは詐欺的行為を行ったことにより自らの特許が技術標準に取り込まれた時点であるから、102 条違反は成立しないというのである。詐欺的行為を濫用行為とした先例は既に市場支配的地位にある者による詐欺的行為であったため、この点が Rambus 事件とは異なるとの指摘もなされている<sup>20</sup>。

確かに、Rambus 事件の欧州委員会の決定でも、Rambus が支配的地位にあると認定されたのは、特許権を行使した時点以降についてであり、特許権の秘匿行為が行われた時点で市場において支配的地位にあったとは認定されていない<sup>21</sup>。

## (2) 独占的高価格設定 (excessive pricing)

むしろ、学説には欧州委員会が Rambus の行為を独占的高価格設定として規制したとす

る見解が少なくない。具体的には、Rambus が支配的地位を獲得した後に技術標準に準拠する製品を製造する製造業者などのライセンスに対して高額なロイヤリティを課すことが独占的高価格設定 (102 条 (a) 項<sup>22</sup>) に該当すると考えるのである<sup>23</sup>。これは市場における排除行為がなくとも、価格が高額であること自体を問題とできる EU 法特有の構成である<sup>24</sup>。

もっとも、欧州委員会が Rambus の行為を独占的高価格設定として規制していることは否定しないものの、欧州委員会は独占的高価格設定にのみ依拠しているのではなく、先行する Rambus の詐欺的行為も加味した上で 102 条違反と判断していると説明する学説もある<sup>25</sup>。

## 3 小括

EU 競争法では、102 条の要件上の制約から、Rambus の行為を技術市場における排除

Econ. 1125, 1131-1132 (2013); Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra note 3*, ¶4.762.

また、Rambus 事件に限らず、いわゆる patent ambush 全般について、同様の指摘を行う論稿として、Damien Geradin & Miguel Rato, *Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND*, 3 European Competition Journal 101, 160 (2007); Damien Geradin, *Pricing Abuses by Essential Patent Holders in a Standard-Setting Context: A View from Europe*, 76 Antitrust L.J. 329, 346 (2009); Andreas Fuchs, *Patent Ambush Strategies and Article 102 TFEU*, in Josef Drexl et al, *More Common Ground For International Competition Law?*, at 181 (Edward Elgar Publishing, 2011); Urška Petrovčič, *supra note 18*, at 85-86. がある。

20 Andreas Fuchs, *supra note 19*, at 190-191.

21 標準化の過程で特許権を秘匿し、技術標準策定後に権利行使を行う行為は支配的地位を形成するがそれを濫用するものではないのではないか、という点をいち早く指摘していた邦語文献として、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』353頁注107 (商事法務、2010年)がある。同書によれば、同氏が2004年に欧州委員会において行ったヒアリングでは、この論点について欧州委員会・競争当局のスタッフが「具体的事例においては解釈ないし適用により本問題は解決でき障害になるとは考えていないと述べていた」ようである。

22 「不公正な購入価格若しくは販売価格又はその他の不公正な取引条件を直接的に又間接的に賦課すること」

23 欧州委員会が独占的高価格設定と構成したと論じる論稿として、Andreas Fuchs, *supra note 19*, at 185; Urška Petrovčič, *Patent hold-up and the limits of competition law: A Trans-Atlantic perspective*, 50 Common Market Law Review 1363, 1368 (2013); Damien Geradin, *The European Commission Policy Towards the Licensing of Standard-Essential Patents: Where Do We Stand?*, 9 J. Comp. L. & Econ. 1125, 1132 (2013); Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra note 3*, ¶4.762, 4.861; Urška Petrovčič, *supra note 18*, at 85, 112. また、Björn Lundqvist, *Standardization Under EU Competition Rules and US Antitrust Laws*, at 308 (Edward Elgar Publishing, 2014) も、少なくとも部分的には、独占的高価格設定の理論に依拠したとしている。

24 これに対して、米国反トラスト法は合法に独占力を獲得した者による高価格の設定自体は問題にできないとされている。

25 例えば、Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra note 3*, ¶4.861.

型濫用と構成することはできないとの考えが支配的である。すなわち、102条違反が成立するためには、濫用がなされた時点で市場支配的地位に立っている必要があるが、Rambusが市場支配的地位を獲得したのは詐欺的行為を行ったことにより自らの特許が技術標準に取り込まれたためであるから、詐欺的行為を行った時点では市場支配的地位になく、市場支配的地位の濫用には当たり得ないのである。このため、欧州委員会が問題としたのはRambusが支配的地位を獲得した後になされたロイヤリティの要求行為自体と見る者が多数である。標準技術に特許権を有する者による高額なロイヤリティの要求が独占的高価格設定に該当し得るとの考えは、Qualcommに対する正式調査開始の報道発表においても示唆されている<sup>26</sup>。

### 第3 水平的協定ガイドライン<sup>27</sup>

前記第2のとおりに、Rambus事件では技術市場における排除行為は問題とされなかった(問題とできなかった)。しかし、欧州委員会が技術市場における排除行為という考え自体を否定しているとまでいうことはできない。なぜならば、欧州委員会が2011年に改定した

水平的協定ガイドライン<sup>28</sup>では、技術市場への言及も見られるからである。

水平的協定ガイドラインの主な対象は標準化に関する共同行為とEU機能条約101条の関係であるが、同ガイドラインには、標準必須特許の保有者が権利行使を行う場合にいかなる市場が害されるかという点について、欧州委員会がどのように考えているかを知る上で有益な記載がある。水平的協定ガイドラインは、標準化に関する協定が、特定の場合には、価格競争を制限し、又は、製品市場、技術革新、若しくは技術の発展を制限し、若しくは支配することで、競争に制限的な効果を生じ得るとしている<sup>29</sup>。そして、この効果は、①価格競争を低下させること、②革新的な技術を締め出すこと及び③技術標準への効果的(effective)なアクセスを妨げることにより、ある企業を排除し、又は差別すること、の3つの経路を通じて生じ得るとしている<sup>30</sup>。

このうち、①は標準化の文脈において反競争的な議論がなされる場合に起こり得るものである<sup>31</sup>。②は標準化により一つの技術が選ばれることで、競合技術が参入障壁に直面して市場から排除されることにより起こり得るものである<sup>32</sup>。③は企業が技術標準の成果に

26 Antitrust: Commission initiates formal proceedings against Qualcomm, MEMO/07/389 (1 October 2007). 「調査はQualcommが独占的であるかどうか及びQualcommが課したライセンス条件及びロイヤリティが、申立人が主張するように、公正、合理的、かつ非差別でないかどうかに焦点を当てるであろう。標準化の文脈においては、WCDMAライセンス市場におけるQualcommの搾取の行為がEC条約82条(筆者注: 現行EU機能条約102条)に反すると認め、クアルコムが課したライセンス条件がFRAND宣言に反しているか否かにかかっている。」

27 本ガイドラインの解説として、平山賢太郎「標準規格策定と知的財産権行使に関する欧州委員会の新ルール-欧州委員会「新・水平的協定ガイドライン」の概要(米国水平的合併規制および欧州水平的協定規制の新展開)」NBL949号46頁(2011年)、JETROデュッセルドルフセンター「欧州委員会、標準化の協定を含む水平的協力協定に関するガイドラインを採択」(2010年12月27日)

<https://www.jetro.go.jp/world/europe/ip/pdf/20101227.pdf#search=%E6%B0%B4%E5%B9%B3%E5%8D%94%E5%AE%9A%E3%82%AC%E3%82%A4%E3%83%89%E3%83%A9%E3%82%A4%E3%83%B3>

28 Communication From The Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (Text with EEA relevance) (2011/C 11/01)

29 *Id.* para. 264.

30 *Id.* para. 264.

31 *Id.* para. 265.

32 *Id.* para. 266. 技術標準が特定の技術を利用することを強制する場合などにも同様の効果が発生し得るとしている。

アクセスすることを完全に妨げられたり、禁止的又は差別的な条件でしかアクセスすることが許されない場合に起こり得るものである<sup>33</sup>。水平的協定ガイドラインによれば、技術標準が参入障壁となる場合、技術標準の実施に必須の知的財産権を有する企業は技術標準に関係する商品・役務市場を支配して反競争的に振る舞うことが可能となる<sup>34</sup>。例えば、ライセンスを拒絶することや、過度に高いロイヤリティにより技術標準への有効なアクセスを妨げることで、技術標準採択後にその利用者をホールドアップすることである<sup>35</sup>。

以上のとおり、同ガイドラインは、標準化に関連して競争に影響が生じ得る市場として、技術市場と製品市場があり得ると考えている。これは、標準化が生じさせ得る競争制限的な効果が生じる経路として、②革新的な技術を締め出すこと（標準化により一つの技術が選ばれることで、競合技術が参入障壁に直面し市場から排除されることにより起こり得る）及び③技術標準への効果的（effective）なアクセスを妨げることにより、ある企業を排除し、又は差別すること（企業が技術標準の成果にアクセスすることを完全に妨げられたり、禁止的又は差別的な条件でしかアクセスすることが許されないことにより起こり得る）の2つが挙げられていることから明らかである。Rambus 事件では、技術市場における競争制限という考えは採られなかったが、それは Rambus が行為時点において支配的事業者でなかったからに過ぎず、同ガイドラインの立場を踏まえれば、欧州委員会が技術市場における競争自体を否定したわけではないということが可能であろう。また、後に

見る Samsung 事件や Motorola 事件で問題とされた行為は、技術標準への効果的（effective）なアクセスを妨げることにより企業を排除することで、製品市場における競争の制限を生じさせる行為と位置付けることができる。

#### 第4 FRAND 宣言違反に関する司法裁判所判決 (Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH)<sup>36</sup>

前記第2のとおり、技術標準設定過程における特許権の秘匿が問題となった Rambus 事件は、搾取型濫用（独占の高価格設定）として規制されたものであり、技術市場における排除行為として規制されたわけではない。それでは、FRAND 宣言違反についてはどうか。EU では、2014年に欧州委員会が、2015年に司法裁判所が、それぞれ FRAND 宣言違反の102条該当性について一定の判断を示している。ここでは、まず司法裁判所を参照することとしたい。

##### 1 事実の概要<sup>37</sup>

ZTE は LTE 通信規格に基づく基地局を開発・販売していた。ZTE は同規格の標準必須特許を有する Huawei との間でライセンス契約の可能性について議論した。しかし、Huawei が自己が「合理的」と考えるロイヤリティを提示する一方で、ZTE はクロスライセンス契約を求めたため、結局ライセンス契約には至らず、Huawei はドイツの国内裁判所（デュッセルドルフ地裁）に LTE 通信規格に基づく ZTE 製品の差止め、損害賠償等を求めて提訴した。これに対して、ZTE は、ZTE がライセンス交渉の意思があることを

33 *Id.* para. 268.

34 *Id.* para. 269.

35 *Id.* para. 269.

36 本事件の解説として、南かおり「Huawei v ZTE - 欧州連合司法裁判所 標準必須特許の特許権行使に競争法違反成立の可能性を認める」知財プリズム13巻156号1頁以下（2015年）がある。

37 事実の概要は、Case C-170/13 - Huawei Technologies, not yet reported, para. 21-39 (16 July 2015) に拠る。

理由に、Huawei の行為が市場支配的地位の濫用に該当すると主張した。

デュッセルドルフ地裁は、Huawei の請求が認められるか否かは、Huawei の行為が市場支配的地位の濫用に該当して EU 機能条約 102 条に反するかにかかっていると考えた。そこで、デュッセルドルフ地裁は、標準必須特許に基づく差止め、損害賠償等の請求が 102 条違反となるか否か、102 条違反が認められるとすれば、いかなる場合において認められるか等について司法裁判所に先行判決<sup>38</sup>を求めた。これに対して、2014 年 11 月に、Wathelet 法務官が司法裁判所がこの付託にどのように答えるべきかについての自身の意見を公表し、2015 年には司法裁判所が判決を出した。

## 2 司法裁判所判決

同判決は多くの論点について判断を示したが、FRAND 宣言違反がいかなる競争に影響を与えて 102 条違反に該当するかという点については以下のとおりである。

判決は、知的財産に関連する排他権の行使は、たとえ支配的地位を有する者による行為であっても、それ自体は支配的地位の濫用に該当しないというのが確立した判例法であるとする一方で、Magill 事件、IMS Health 事件等のライセンス拒絶に関する裁判例を引用して、例外的な状況においてはそれが支配的地位の濫用に該当することもまた確立した判例法であると述べる<sup>39</sup>。ただし、判決は、本件における特有の事情は判例法におけるそれと

は異なるとして、これまでのライセンス拒絶の事案と本件を区別する<sup>40</sup>。判決が考える本件特有の状況とは次の 2 点である。第 1 に、問題となっている特許が SSO により確立された技術標準に不可欠なものであり、当該技術標準に準拠する製品の製造をもくろむ全ての競争者にとって当該特許の使用が不可欠になっていることである<sup>41</sup>。第 2 に、問題となっている特許が標準必須特許の地位を獲得できたのが、その保有者が SSO に対して FRAND 宣言を行ったことの見返りに過ぎないということである<sup>42</sup>。そして、判決は、「・・・特許が標準必須特許の地位を獲得したということは、その保有者は競争者により製造される製品が市場に出現し、又は、残存することを妨げて、問題となっている製品の製造を自らのために確保することができるということの意味する」<sup>43</sup>とした上で、「これらの状況において、かつ、FRAND 条件でライセンスすると約束がなされれば、標準必須特許の保有者が実際に FRAND 条件でライセンスを行うとの正当な期待を第三者に抱かせるとの事実を考慮すれば、標準必須特許の保有者が FRAND 条件でのライセンスを拒絶する行為は、原則として、EU 機能条約の意味における濫用になり得る」<sup>44</sup>との判断を示した。以上の総論的な判断を前提として、判決は、標準必須特許の保有者と侵害者とされる者が採るべき具体的な行動について言及している<sup>45</sup>。

他方、判決は、損害賠償の請求については、

38 司法裁判所は EU 機能条約の解釈に関する先行判決 (preliminary rulings) を下す権限を有する。また、加盟国裁判所は判決を下すに当たり、司法裁判所による判断が必要であると考える場合には、司法裁判所に先行判決を求めることができる (Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union)。

39 Case C-170/13, para. 46-47.

40 *Id.* para. 48.

41 *Id.* para. 49.

42 *Id.* para. 51.

43 *Id.* para. 52.

44 *Id.* para. 53.

45 *Id.* para. 61-.

競争者により製造される製品が市場に出現し、又は、残存することに直接の影響を有さないとして、濫用には該当しないとの判断を示した<sup>46</sup>。

### 3 Wathelet 法務官の意見<sup>47</sup>

同判決の前には、Wathelet 法務官の意見が公表されているが、法務官意見も基本的には判決と同様の論理構成を採っている。法務官意見は、差止請求等の知的財産権の行使それ自体は支配的地位の濫用を構成し得ないとしながらも<sup>48</sup>、知的財産権は競争法により制約され<sup>49</sup>、また、知的財産権者自身がその行使の方法を制限することもあり<sup>50</sup>、裁判所を利用する権利の行使も例外的に102条違反となることがあるとする<sup>51</sup>。そして、侵害者（ライセンサー）自らが、客観的に FRAND 条件でライセンス契約を締結する用意があり、意思があり、かつ能力があることが示す場合には、SSO に対して FRAND 宣言をした標準必須特許の保有者が差止請求を行い、標準必須特許の侵害者が供給する商品・役務を技術標準でカバーされる市場から排除し得るという

事実は支配的地位の濫用に該当する、と結論付けている<sup>52</sup>。他方で、標準必須特許の保有者が侵害者に対して、単に過去の侵害に対する補償を得るために、損害賠償を請求することは、技術標準に準拠する製品を市場から排除することにも、将来の標準必須特許の使用についてライセンサーに不利な条件を受諾させることにもならないため<sup>53</sup>、支配的地位の濫用に該当しないとしている<sup>54</sup>。

### 4 小括

以上のとおり、司法裁判所判決も法務官意見も、基本的には製品市場における競争を念頭に置き、FRAND 宣言違反が102条違反になるという結論を導いている。ただし、法務官意見は、損害賠償の請求が濫用に該当しないとした理由として、過去の特許権侵害に対する損害賠償の請求がライセンサーに不利な条件を受諾させることにもならないことを挙げている<sup>55</sup>ことから、搾取型濫用をも念頭に置いていた可能性がある。

46 *Id.* para. 72–76.

47 法務官の意見についての詳細な邦語解説として、JETRO デュッセルドルフ事務所「欧州連合司法裁判所法務官、標準必須特許権侵害の救済をめぐるデュッセルドルフ地方裁判所の付託質問について意見を公表」(2014年11月26日)

<https://www.jetro.go.jp/world/europe/ip/pdf/20141126.pdf#search=%E3%82%AA%E3%83%AC%E3%83%B3%E3%82%B8%E3%83%96%E3%83%83%E3%82%AF%E4%BA%8B%E4%BB%B6+%E3%83%89%E3%82%A4%E3%83%84+%E6%9C%80%E9%AB%98%E8%A3%81+%E6%B3%95%E5%8B%99%E5%AE%98>

48 *Opinion of Advocate General Wathelet in Case C-170/13*, para. 61.

49 *Id.* para. 63.

50 *Id.* para. 64. 法務官意見は、Huawei による FRAND 宣言は、原則として差止めが認められなくなる実施許諾用意制度 (licence of right) にいくらか類似するものであると指摘する。法務官意見が引用する、単一特許保護の創設の領域における強化された協力を実施する欧州議会及び理事会規則 8 条は、実施許諾用意制度を次のように定義する。「1 欧州単一効特許の所有者は、欧州特許庁に対して、当該所有者が、いかなる者に対しても、適切な対価と引き換えにライセンサーとして発明を実施することを許可する用意があるという趣旨の声明を登録することができる。2 この規則に基づき獲得されたライセンスは、契約上のライセンスとして扱われなければならない。」(Regulation (EU) No. 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection (OJ 2012 L 361, p. 1), Article 8.)

51 *Id.* para. 66–67.

52 *Id.* para. 103 1)

53 *Id.* para. 102.

54 *Id.* para. 103 7).

55 *Id.* para. 102.

## 第5 FRAND 宣言違反に対する欧州委員 委員会の執行事例

2014年には、欧州委員会も FRAND 宣言違反の102条該当性について一定の判断を示している。特に、違反決定（禁止決定。prohibition decisions）にまで至った Motorola 事件では、FRAND 宣言違反の102条該当性について詳細な記述見られる。

### 1 Samsung 事件（確約決定）

#### （1）事実の概要

2011年4月、Apple は Samsung のスマートフォンが Apple の標準必須特許を侵害しているとして Samsung を米国連邦地裁に提訴した<sup>56</sup>。Samsung は2011年4月以降、フランス、ドイツ、英国等において、UMTS 標準の標準必須特許に基いて Apple の製品の差止めを求めた<sup>57</sup>。Samsung は、これに先立つ1998年に、SSO に対して UMTS 標準に関連する特許を FRAND 条件でライセンスすることを約束していた<sup>58</sup>。

Samsung が欧州委員会の異議告知書で示された競争上の懸念に対処する確約の申し出を行ったところ、欧州委員会がこの確約が適当であると認めて理事会規則1/2003号7条1項に基づいて当該確約を義務付ける決定を行い、本件は終了した。

#### （2）欧州委員会の予備的判断

##### ア 市場支配的地位

委員会決定は、Samsung の標準必須特許の構成要件を充足する（UMTS 標準の技術仕様

として特定されるものとしての）技術のライセンス市場が検討対象市場であるとし<sup>59</sup>、①検討対象市場における Samsung のシェアが100%であり、かつ、EEA では UMTS 標準が事実上唯一の第3世代の移動通信標準であることから、モバイルデバイスの製造業者にとって UMTS 標準に準拠することが不可欠であること、業界内の事業者が既に UMTS 標準に多大な投資を行い、また、その他のサンクコストを負っており、UMTS 標準にロックインされていること等を理由として、Samsung が当該市場で支配的地位にあると結論付けた<sup>60</sup>。

##### イ 濫用行為

委員会決定は、標準必須特許の保有者を含む特許権者は通常差止めを請求する権利が与えられており、差止請求それ自体は支配的地位の濫用を構成しないとす一方<sup>61</sup>、排他的権利の行使は例外的な状況において、かつ、客観的正当化理由がない場合には、濫用行為となると述べる<sup>62</sup>。その上で、委員会決定は、本件が、① UMTS 標準の設定過程であったこと、かつ、② Samsung が SSO に対して標準必須特許を FRAND 条件でライセンスすることを約束していることから<sup>63</sup>、例外的状況に該当するとした<sup>64</sup>。

##### ウ 反競争効果

委員会決定は、Samsung の UMTS 標準の必須特許に基づく差止請求の反競争効果として、① UMTS 標準に準拠するモバイルデバ

56 Commission decision of 29 April 2014, Case AT.39939 – Samsung – Enforcement of UMTS standard essential patents, para. 53.

57 *Id.* para. 54.

58 *Id.* para. 60–61.

59 *Id.* para. 41–43. 地理的市場は少なくとも EEA であるとされた (*Id.* para. 44.)。

60 *Id.* para. 45–51.

61 *Id.* para. 55.

62 *Id.* para. 56.

63 委員会決定は、Samsung が標準必須特許を FRAND 条件でライセンスすることを約束したことにより、Samsung は他者を排除することを求めて標準必須特許を使うのではなく、ライセンス収入により標準必須特許に対する報酬を得ることを期待しているものと解釈している (*Id.* para. 61.)。

64 *Id.* para. 56.

イスの製造業者として競合する Apple を市場から排除する可能性があること、②差止請求がなければ受け入れていたであろうものよりも不利なライセンス条件を Apple に受け入れさせる可能性があることを挙げている<sup>65</sup>。

### エ 客観的正当化事由

委員会決定は、FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思がない者に対して差止請求することは特許権者の商業的利益の保護として、正当化事由になることを一般論として認めつつも<sup>66</sup>、Samsung の行為時において Apple が FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思がなかったとは言えないと結論付けた<sup>67</sup>。

## 2 Motorola 事件（違反決定）

### （1）事実の概要<sup>68</sup>

Motorola は、携帯電話の無線通信に関する技術標準（GSM）の一部である携帯電話のデータ通信技術の技術標準（GPRS）を実施するために必須となる自己の特許について、SSO に対して FRAND 宣言を行ったにもかかわらず、ドイツの裁判所に対して、当該技術標準に準拠する Apple の製品の差止めを請求し、かつ、差止めを執行した。差止請求後のアップルとの交渉では、Apple が数度に渡って Apple にとって譲歩となるライセンス条件を提示したが、Motorola はそれらを拒否し、結局 Apple から 6 度目に提示されたライセンス条件を基に和解契約が締結された。

和解契約の主たる内容は、①和解契約が対象とする特許は、Motorola が保有し、Motorola が GSM、GPRS、EDGE、UMTS、WiFi 又は WLAN の技術標準にとって必須である

と主張する全てのドイツ特許及びドイツで保護される欧州特許とし、② Motorola の特許を侵害する製品であると定められるものリストに iPhone4S を含め、③ Apple による将来及び過去の特許の利用のロイヤリティは Motorola が衡平的裁量（equitable discretion）と業界における FRAND 基準にしたがって決定し、④ロイヤリティが FRAND 条件であるか否かは、裁判所の審査に服し、かつ、週及的に変更され、⑤ Apple は Motorola による損害についての主張を認め、⑥ Apple はライセンスされる特許に関する継続中の全ての特許無効の主張、異議申立て、又は実用新案の取消請求を無条件に取り下げなければならず、また、もし Apple がライセンスされるいずれかの特許に対して、新たな特許無効の主張、異議申立て、又は実用新案の取消請求を行った場合には、Motorola は和解契約を終了させる権利を有する、といったものであった<sup>69</sup>。

### （2）欧州委員会の判断

委員会決定は、市場支配的地位の濫用の成否を判断するために、まず、市場を画定した上で、Motorola が当該市場において支配的地位にあるか否か、Motorola の行為が当該地位の濫用行為に該当するか否か、Motorola の行為に正当化理由が認められるか否かの順序で判断している。

#### ア 市場支配的地位

委員会決定は、Motorola の標準必須特許（Cudak）の構成要件を充足する（技術標準の技術仕様として特定されるものとしての）技術のライセンス市場が独立した検討対象市

65 *Id.* para. 62.

66 *Id.* para. 67.

67 *Id.* para. 68.

68 事実の概要は、Commission decision of 29 April 2014, Case AT.39985 – Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents, para. 85–178 に拠る。

69 *Id.* para. 163.

場であるとし<sup>70</sup>、検討対象市場における Motorola のシェアが100%であること<sup>71</sup>、GPRS 標準が広範に採用されているためにモバイル端末の製造業者にとって当該技術標準に準拠することが不可欠であること<sup>72</sup>、業界内の企業が GPRS 標準にロックインされていること<sup>73</sup>を理由に、Motorola が検討対象市場で支配的地位を有していると結論付ける<sup>74</sup>。

#### イ 濫用行為

委員会決定は、特許権者による差止めの請求や執行については、本来は市場支配的地位の濫用に該当しないものの、例外的状況であり、かつ、正当化理由がない場合には、濫用行為を伴うと述べる<sup>75</sup>。その上で、技術の標準化の状況であること及び 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ていることは<sup>76</sup>例外的状況に該当するとした<sup>77</sup>。

#### ウ 反競争効果

委員会決定は、本件行為は、①ドイツにおける Apple の GPRS 標準に準拠する製品のオンライン販売の一時的な禁止、② Apple にとって不利なライセンス条件を和解契約に盛り込むこと、及び③標準化に対する負の影響、という反競争効果を生じさせ得るとして

いる<sup>78</sup>。委員会決定は①～③が反競争効果である所以について次のように説明している。

まず、①については、標準必須特許の保有者による差止めの請求・執行は市場から競合する製品を排除 (elimination) することを可能とし<sup>79</sup>、これにより、消費者の選択が制限され、下流市場 (製品市場) の競争が部分的に排除されるとしている<sup>80</sup>。

次に、②の不利なライセンス条件とは、もし Motorola の差止請求・執行がなければ Apple が同意しなかったであろう条件であり、Apple が②のような不利なライセンス条件を認めたのは、市場から Apple の製品が排除 (remove) されるのを避けるためであったとしている<sup>81</sup>。不利なライセンス条件とは、まず、⑦ Apple が標準必須特許の有効性を争った場合には Motorola がライセンス契約を終了することができるというものである。委員会決定は、このような条件により、Apple が Motorola に対して支払うロイヤリティや損害賠償のレベルに影響を及ぼす能力を制限し得ること<sup>82</sup>、また、他の潜在的なライセンシーが無効な特許にロイヤリティを支払うことになり、結果として製造業者の製造コストを押し上げ、より高い価格を消費者に

70 *Id.* para. 213. 委員会決定は地理的市場は少なくとも EEA であるとする一方で、Motorola の標準必須特許が行使可能な加盟国又はドイツのみが地理的範囲として画定される可能性もあったが、地理的範囲を狭く確定しようとも結論は変わらないと述べている (*Id.* para. 219, 270.)。

71 *Id.* para. 225.

72 *Id.* para. 227.

73 *Id.* para. 231.

74 *Id.* para. 269. 委員会決定は、Apple が対抗的な交渉力を保持していることを理由に Motorola が支配的地位を有していない、との Motorola の主張を否定している (*Id.* para. 237-.)。

75 *Id.* para. 278.

76 委員会決定によれば、Motorola 自身も、FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思のある者に対しては、標準必須特許に基づく差止めは請求されるべきでないことを確認しているようである (*Id.* para. 298.)。

77 *Id.* para. 300.

78 *Id.* para. 311.

79 *Id.* para. 312.

80 *Id.* para. 312.

81 *Id.* para. 327.

82 *Id.* para. 336, 339.

転嫁する可能性があること<sup>83</sup>を反競争効果と見ている。さらに、Motorola の強力なライバルである Apple から特許の有効性を争われることから自身を守り、それは Motorola に不当な競争上の有利さを生みだし、能率競争を歪めるとも指摘している<sup>84</sup>。次に④和解契約において Motorola の特許を侵害する製品であると定められるもののリストに iPhone4S を含めるといものが挙げられている。この反競争効果については、アップルが控訴審と料率設定手続においてロイヤリティと損害賠償を支払う義務を争う能力を妨げるため、反競争効果を持つと説明されている<sup>85</sup>。最後に、⑤ Motorola の過去の損害賠償請求を Apple が承諾するというものである<sup>86</sup>。

反競争効果の③については、Motorola の差止の請求・執行は標準化プロセスへの信頼を傷つけ、消費者からその利益を奪うとしている<sup>87</sup>。

### 客観的正当化事由 (objective justification)

Motorola は、Apple は FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思がないため、Apple に対する差止め請求と執行は正当化されると主張したが<sup>88</sup>、委員会決定は、Apple が裁判所による FRAND ロイヤリティの全面的な審査・判断を伴うライセンス契約を提案しており、それが Apple が FRAND 条件でライセンス契約を締結する意思の明確な証拠 (indication) であるとして、Motorola の主張を認めなかった<sup>89</sup>。

### 3 欧州委員会の執行事例のまとめ

欧州委員会の執行事例を問題とされた市場という観点から整理すると以下のようなこと

がいえ。

まず第 1 に、両事件とも標準必須特許に基づく差止請求やその執行による製品市場における競争者の排除を問題としている。

第 2 に、両事件とも、差止請求がなければ受け入れていたであろうものよりも不利なライセンス条件を相手方に受け入れさせることを問題視しており、これをいわゆる搾取型濫用規制としての側面と見ることも可能である。もっとも、両事件では違反行為者が製品市場でも商品を提供していたため、不利なライセンス条件を相手方に受け入れさせることが製品市場での排除行為に該当すると解釈することもできる。実際に、Motorola 事件委員会決定は、Apple にとって不利なライセンス条件は Motorola に不当な競争上の有利さを生みだし、能率競争を歪めるとも指摘している。しかし、消費者を害すること自体を問題視して、特定の市場における競争への影響は必要としないように見える記述（他の潜在的なライセンシーが無効な特許にロイヤリティを支払うこと結果として製造業者の製造コストを押し上げ、より高い価格を消費者に転嫁する可能性があるとしている点）があることも事実である。

第 3 に、特定の市場における競争というよりも、標準化過程を損なうことそれ自体を問題視している記述もある。Motorola 事件において、Motorola の差止の請求・執行は標準化過程への信頼を傷つけ、消費者からその利益を奪うことを問題視した点がそれである。

### 第 6 FRAND 宣言違反をめぐる学説

前記第 5 のとおり、欧州委員会は、第 1 に、

83 *Id.* para. 377.

84 *Id.* para. 383.

85 *Id.* para. 385.

86 *Id.* para. 397-406.

87 *Id.* para. 415.

88 *Id.* para. 430-432.

89 *Id.* para. 301-307, 437.

標準必須特許に基づく差止請求やその執行により製品市場における競争者の排除を問題とし、また、第2に、差止請求されなければ受け入れていたであろうものよりも不利なライセンス条件を相手方に受け入れさせることをも問題としていた。Motorola 事件と Samsung 事件の委員会決定と前後して研究者の間でも FRAND 宣言違反への関心が高まり、多くの論稿が発表されているが、下記のとおり、いずれの論稿も FRAND 宣言違反を製品市場における競争者排除が権取の濫用（不当な取引条件の設定）のいずれかと捉えている。

### 1 ライセンス拒絶

標準必須特許を有して技術市場において市場支配的地位を有する者が差止めを求めることを当該標準必須特許のライセンス拒絶と捉えて、製品市場での競争者の排除として102条違反とする考えである<sup>90</sup>。この考えを採る者は司法裁判所で確立されたライセンス拒絶の違法性判断基準（①ライセンス拒絶の対象となる知的財産が不可欠であること、②新製品の出現が妨げられること、③正当化理由がないこと及び④ライセンス拒絶により二次市場における全ての競争を排除し、自らのために当該市場を確保すること）の下において

も、FRAND 宣言違反が102条違反になるとしている。

### 2 差止めによる製品市場の競争者の排除

標準必須特許の保有者が製品市場で競合する製造業者の製品を差止める行為を、製品市場からの競争者の排除として、102条違反とする考えである。この構成の特徴は、司法裁判所で確立されたライセンス拒絶の違法性判断基準によりその違法性を基礎付けるのではない点であるが、いずれの論者も製品市場における反競争効果を持つかどうかを重視しており<sup>91</sup>、その点については、判例法上確立されたライセンス拒絶の違法性判断基準で判断する前記1の学説と同じである。基本的には標準必須特許の保有者が製品市場でも活動していることが念頭に置かれていると思われるが<sup>92</sup>、標準必須特許の保有者が製品市場で活動していない場合であっても、市場力を利用して製造業者をホールドアップできることによって、製品市場を歪曲することにより潜在的な反競争効果を生じさせると説明する論者もいる<sup>93</sup>。

### 3 高額なロイヤリティによる製品市場の競争者の能力の削減

標準必須特許の保有者が、製品市場で競合

90 Motorola 事件と Samsung 事件の欧州委員会による調査が進行中の時点において、欧州委員会がライセンス拒絶の法理に基づいて調査を行っている可能性があることを指摘した論稿として、Björn Lundqvist, *supra note 23*, at 340. がある。また、より一般的に、標準必須特許に基づいて差止めを行う行為がライセンス拒絶に該当する可能性があることを指摘する論稿として、Alison Jones, *Standard-Essential Patents: FRAND Commitments, Injunctions and the Smartphone Wars*, 10 *European Competition Journal* 1, 21 (2014).

91 Nicolas Petit, *Injunctions for FRAND-Pledged SEPs: The Quest for an Appropriate Test of Abuse Under Article 102 TFEU*, 9 *European Competition Journal* 677, 687 (2013); Alison Jones, *supra note 90*, at 21-28. 前者は、標準必須特許の保有者による差止めを82条ガイダンスにおける「反競争的市場閉鎖」(anticompetitive foreclosure) と位置付け、82条ガイダンスが反競争効果の立証が必要であるとしている点に言及している。後者は、差止請求がライセンス拒絶や価格設定による濫用 (pricing abuse) には当てはまらないものの、より一般的に、①問題となっている行為が能率競争の範囲内のものか否か、②現実の又は潜在的な反競争効果が立証されるか否か、という観点から102条違反を基礎付けるという考え方もあり得るとしている。

92 Nicolas Petit, *supra note 91*, at 687は、市場閉鎖の説明の箇所で82条ガイダンスを引用しているが、82条ガイダンスは反競争的市場閉鎖を「支配的事業者による行為の結果、現実の又は潜在的な競争者による、供給者又は市場への効果的なアクセスが妨害又は排除され、それにより、支配的事業者が利益が出るように価格を引き上げて消費者に損害を与えられるようになり得る状況」(82 *Guidance*, para. 19. 傍点筆者) と定義している。

93 Alison Jones, *supra note 90*, at 27-28 footnote 111.

する製造業者に対して当該製造業者の製造コストを増加させるようなライセンス条件を課して、競争する能力を害する行為として、102条違反とする考えである<sup>94</sup>。この考えを採る者の中には、垂直統合企業による、いわゆる価格（利益）圧搾との類似性を指摘する者もあり<sup>95</sup>、基本的には標準必須特許の保有者が製品市場でも活動していることが前提となっているものと思われる<sup>96</sup>。

#### 4 濫用的訴訟行為

標準必須特許の保有者が差止訴訟を提起することを訴訟の濫用として102条違反とする考えである。裁判所に差止めを求める行為は裁判所を利用することにはかならず、これを102条違反とすることは欧州連合基本権憲章に基づく裁判所を利用する権利に対する制限ともなり得るが、ITT-Promedia 事件第一審裁

判所判決は、①その訴訟が、当該事業者の権利を確立することを企図するものとは合理的には考えられず、それゆえに、相手方を攻撃することにのみ資するものであり、②その訴訟が、競争を排除することを目的とする計画の枠組にあると考えられる場合には102条違反となるとの判断を示した<sup>97</sup>。学説には、この基準に基づいて標準必須特許に基づく差止請求が濫用的訴訟に当たるとするものがある<sup>98</sup>。

#### 5 不当な取引条件の設定

標準必須特許を有する者が差止めをてこにして製造業者などのライセンシーに対して高額なロイヤリティその他の不当なライセンス条件を課することが102条違反となるとの考えである<sup>99</sup>。もっとも、不当な取引条件の設定として構成することには、次のような批判もあ

94 Urška Petrovčič, *supra note* 18, at 127. また、同様の構成を採る論稿として、Alison Jones, *supra note* 90, at 28. 競争する能力の削減ということを正面から論じているわけではないが、必ずしも独占の高価格でなくとも製品市場の競争を害して102条違反となるとする論稿として、Torsten Körber, *Standard Essential Patents, FRAND Commitments and Competition Law: An Analysis Under Particular Consideration of the German 'orange-Book-Standard'-Decisions*, at 229-230 (Nomos Verlagsgesellschaft, 2013). がある。

95 Urška Petrovčič, *supra note* 18, at 128-129; Torsten Körber, *supra note* 94, at 230. Urška Petrovčič, *supra note* 18, at 128-129は、マージンスクイーズが問題となった TeliaSonera Sverige 事件司法裁判所判決が競争者の排除が実現されなくとも競争者が支配的事業者と同等に効率的に役務の供給ができなくなることをもって102条違反となとした点に示唆を得て、標準必須特許の保有者が効率的な製造業者としての利益を不十分なレベルまで圧縮するようなロイヤリティとする場合には102条に違反するとの考えを提示する。もっとも、同書は主として電気通信分野で用いられてきたマージンスクイーズの考え方を裁判所や欧州委員会が標準必須特許の分野で適用するかどうかは明らかではないとしている。また、Jonathan Faull & Ali Nikpay, *supra note* 3, ¶ 4.782は、FRANDの「ND (Non-Discriminatory)」(非差別的な)の解釈として、標準必須特許であって製品市場においても事業を行っている者が、ライセンシーに対して、当該標準必須特許の自己使用に係る価格と同等の価格を課すべきとの解釈があり得るとしているが、同書が引用する Daniel G. Swanson & William J. Baumol, *Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection, and Control of Market Power*, 73 *Antitrust L. J.* 1, footnote 75 (2005) は、標準必須特許の保有者によるライセンシーに対する差別的なロイヤリティの設定と価格圧搾との類似性を指摘している。

96 Urška Petrovčič, *supra note* 18, at 136は、いわゆる特許不実施主体 (Non-Practicing Entity (NPE)) は、その事業構造が搾取的なライセンスを助長するものであるが、搾取的なライセンスは反トラスト法の分析において重要な役割を果たさないとしている (同書は独占の高価格設定などの搾取的なライセンスのみで102条違反に問うことに批判的なスタンスを採っている)。また、通常、特許不実施主体は技術標準に関連する市場の競争を害するインセンティブを (垂直統合企業に比して) 持っていないとも述べている。

97 Case T-111/96-ITT Promedia v Commission [1998] ECR II-2937, para. 55-58.

98 Alexandros S. Zografos, *The SEP Holder's Guide to the Antitrust Galaxy: FRAND and Injunctions*, 37 *World Competition* 53, 63-66 (2014).

99 Motorola 事件及び Samsung 事件をこの類型に位置付けるものとして、Urška Petrovčič, *supra note* 18, at 119-121. がある。同書は、独占の高価格設定とその他の不当な取引条件の設定を分けて論じており、

る。第1に、特に独占の高価格設定を念頭に、独占の高価格設定に対する規制は事業者が技術革新を行うインセンティブに負の効果があるというものである<sup>100</sup>。論者の中には、このような懸念があることから、不当な取引条件の設定という搾取型濫用行為のみで規制することをよしとせず、排除行為が認められる場合のみ規制すべきと考える者もいる<sup>101</sup>。第2に、やはり独占の高価格設定を念頭に、標準必須特許の保有者が課すロイヤリティが独占の高価格であると判断することが困難であるなど、実際に規制を行う場合の困難が大きいというものである<sup>102</sup>。

## 6 学説のまとめ

学説を大別すれば、標準必須特許を利用させないこと（前記1、2、4）と標準必須特許を利用させるもののその条件を不当なものとする（前記3、5）に大別することができる。学説を上記のように大別できるのは、FRAND宣言違反には、相手方にライセンス

を行わないという側面と不当な条件でライセンスを行うという2つの側面があるからである。この2つの側面は欧州委員会の執行にも見出すことができる。すなわち、Samsung事件とMotorola事件で問題とされた反競争効果には、差止請求による製品市場からの競争者の排除とともに、相手方にとって差止請求・執行がなければ、同意しなかったであろう条件で契約を締結させること（Samsung事件にあっては、そのおそれ）も挙げられているのである<sup>103</sup>。もっとも、行為者が製品市場で商品を生供給している場合には、不当な条件でライセンスを行うことで製品市場における競争者を排除する効果をもたらすと位置付けることが可能であり<sup>104</sup>、前記3の製品市場の競争者の能力の削減はこの点に着目した構成であるといえる。したがって、行為者が製品市場での商品を生供給している場合には、FRAND宣言違反の2つの側面を区別する実益はそれほど大きくないかもしれない。しか

Motorola事件及びSamsung事件は後者の類型に位置付けている（ただし、同書は差止請求が市場支配的地位の濫用となるには市場に対する反競争効果を有していなければならないとも述べている（*Id.* at 123-124.））。Alison Jones, *supra note* 90, at 17. も、Motorola事件及びSamsung事件の委員会決定が出る前ではあるが、欧州委員会の事件に関する声明を根拠に、欧州委員会がMotorola及びSamsungの行為の排他的性質のみならず、搾取的性質にも注目していると指摘する。また、Björn Lundqvist, *supra note* 23, at 340. も、Motorola事件とSamsung事件の欧州委員会による調査が進行中の時点において、欧州委員会がライセンス拒絶の法理のほか、不当な取引条件の設定として調査を行っている可能性があることを指摘している。

100 Damien Geradin and Miguel Rato, *Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND*, 3 *European Competition Journal* 101, 154 (2007).

101 Damien Geradin, *Pricing Abuses by Essential Patent Holders in a Standard-Setting Context: A View from Europe*, 76 *Antitrust Law Journal* 329, 332 (2009).

102 この点についてももっとも体系的な批判を展開しているのが、Damien Geradin らの一連の論稿である。Damien Geradin and Miguel Rato, *supra note* 100; Damien Geradin, *supra note* 23; Damien Geradin and Miguel Rato, *FRAND Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte*, 6 *European Competition Journal* 129 (2010). また、Alison Jones, *supra note* 90, at 18; Urška Petrovčič, *supra note* 23, at 1371-1373. もロイヤリティが独占の高価格であると判断することの難しさを指摘している。

103 欧州委員会の公表資料も、技術標準の採択によりロックインが生じた後に標準必須特許の保有者が採り得る行為として、「排除」のほか、「過大な利用料（excess rent）」、「（特許の）有効性・非侵害性に関する請求を放棄させること」、「その他の負担付き条件（onerous term）」を挙げている（European Commission, *Competition policy brief*, Issue 8 at 3 (June 2014).）。

104 Motorola事件では、不競争項の反競争効果の説明の中で、Motorolaにとっての強力なライバルであるAppleから特許の有効性を争われなくなることにより、Motorolaに不当な競争上の有利さを生みだし、能率競争を歪めるとも指摘されている（Commission decision of 29 April 2014, Case AT.39985-Motorola-Enforcement of GPRS standard essential patents, para. 383.）。

し、EU では、競争者排除の性質を持たない、純粹に搾取的な行為であっても、直接的に需要者を害する行為として102条違反となり得る<sup>105</sup>。そして、特許権の秘匿が問題となった Rambus がそうであったように、FRAND に反する行為を行う者が製品市場で商品を提供していない場合も十分に想定できることを考えれば、FRAND 宣言違反を2つの側面に區別して考える意義はあるといえよう。

## 第7 EU法のまとめ

### 1 影響を受ける市場

EU では、司法裁判所及び欧州委員会が問題としている市場は製品市場であり、技術市場を問題とした事例はない。もっとも、水平的協定ガイドラインでは、標準化により一つの技術が選ばれることで、競合技術が参入障壁に直面し市場から排除される点が認識されているため、技術市場における競争が存在していること自体を認めていないわけではないが、下記2のとおり、102条の要件上の問題から、技術市場が問題とされることは多くないであろう。

### 2 法適用上の問題点

司法裁判所も欧州委員会も、特許権の行使を原則合法とした上で、「例外的状況」では102条違反とするという、ライセンス拒絶に関する判例法理類似の論理で、FRAND 宣言の対象となった標準必須特許に基づく差止請求（あるいは、差止めの執行）を違法とした<sup>106</sup>。その際に、念頭に置かれているのは、製品市場での競争者の排除である。学説上も、FRAND 宣言違反を製品市場における競争者排除と位置付けるものが少なくない。

ただし、欧州委員会は、執行事例において、差止め請求されなければ受け入れていたであろうものよりも不利なライセンス条件を相手方に受け入れさせることをも問題視しており、これを搾取型濫用規制として見ることも可能である。学説上も、標準必須特許を有する者が差止めをてこにして製造業者などのライセンシーに対して高額なロイヤリティその他の不当なライセンス条件を課すことをもって、支配的地位の濫用とする考えもある。実際、特許権の秘匿が問題となった Rambus 事件では、競争者の排除ではなく、不当な取引条件の設定（独占の高価格設定）自体が問題視されたと理解されている。

他方、司法裁判所や欧州委員会が具体的な事件で技術市場における競争者の排除を問題とした例は見当たらない。この理由は102条の要件にある。Rambus 事件についての多数の学説が示すように、同条違反が成立するには濫用事業者が濫用行為を行う時点で市場支配的地位にある必要があるが、Rambus は詐欺的行為により初めて支配的地位に立ったに過ぎないため、102条違反は成立しない。そして、このことは FRAND 宣言違反を技術市場における競争者排除と構成しようとする場合にも障害になるであろう。もちろん、技術市場における競争者が排除される時点において既に支配的地位を有する特許権者による行為であれば技術市場における競争者排除を濫用行為と構成する可能性は否定されない。しかし、複数の競合技術が存在する状況の下での標準化の場合には、特許権者が既に支配的地位を有しているといえる場合は少なく、技術市場での競争者排除が濫用行為にはなるこ

105 Motorola 事件の不平等条項の反競争効果として、他の潜在的なライセンシーが無効な特許にロイヤリティを支払うことになり、結果として製造業者の製造コストを押し上げ、より高い価格を消費者に転嫁する可能性があることをも挙げていること（*Id. para. 377.*）を想起せよ。

106 実際に、Motorola 事件委員会決定とライセンス拒絶規制における判例法理（特許権の行使も「例外的な状況では」102条に違反するとの法理）との類似性が指摘されている（Catriona Hatton, Elena Cortés & Adam Dawson, *Squaring the Circle: The EU's Quest for Balance between Antitrust and Intellectual Property*, *The European Antitrust Review* 2015, at 19 (*Global Competition Review*, 2015).)

とは少ないだろう。

#### 第4部 日本法への示唆

FRAND 宣言違反という行為について、技術市場と製品市場における競争への影響という観点から米国法・EU 法での議論を整理すると、おおむね次のとおりである。

まず、製品市場については次のことがいえる。米国では、製品市場における競争への影響に着目して製品市場における独占化（又は独占化の企図）として構成しようとする場合には、種々の困難が指摘されている。具体的には、①裁判所が実際に差止めを認めるか、認めるという具体的な蓋然性がない場合、②特許権者自身又はそれに代わる者が製品市場において競争していない場合、③特許権者が製品市場において十分な力を有していない場合（差止請求の範囲が競争を害するには狭すぎる場合、業界内に競合する別の技術標準がある場合等）、④SSO に対する詐欺的行為やその他の不正行為の主張がなく、Noerr-Pennington 原則が適用される場合には、それぞれシャーマン法2条違反に問うことができない可能性がある。また、⑤独占力の獲得が合法的になされた場合には、その行使としての高額なロイヤリティの設定はシャーマン法2条には違反しないとの指摘や⑥米国の判例が取引拒絶がシャーマン法2条に違反する場合を非常に限定しているため、標準必須特許に基づく差止めを取引拒絶としてシャーマン法2条違反とすることが困難であるとの指摘もある。他方で、EU では、司法裁判所も欧州委員会も FRAND 宣言違反が製品市場における競争者の排除行為に着目して、EU 機能条約102条違反該当性を肯定している。

技術市場については、①EU の支配的地位の濫用の成立には、行為が行われる時点で行為者が市場支配的地位にあることを要するため、特許権者の技術が技術標準に取り込まれ

るように働きかける（FRAND 宣言を行うことなど）時点で市場支配的地位にない場合には、102条に違反し得ない。このため、技術市場における排除行為（競合技術の排除）を問題としない。他方で、米国のシャーマン法2条にはそのような要件がないため、FRAND 宣言により自らの特許が技術標準に取り込まれて初めて独占力を獲得する場合であっても、そのこと自体がシャーマン法2条の適用を妨げることはないが、②技術標準設定過程で詐欺的行為（特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言）がなければシャーマン法2条違反は成立しないとの考えが根強い。このような考えが根強い理由としては、②-1 シャーマン法2条違反には、意図的な独占力の獲得が必要とされているため、FRAND 宣言を行った時点で将来 FRAND に反する行為（差止請求や高額なロイヤリティの要求）を行う意図がなければ、意図的な独占力の獲得とはいえない、あるいは、②-2詐欺的行為がなければ排除行為該当性が認められない、というものが考えられる。さらに、米国では、③FRAND 宣言に反する行為は、技術標準の採択による独占力の獲得の後に行われるものであるから、独占力の獲得との因果関係が認められない、との考えもある。

以下では、上記の米国法・EU 法における議論を踏まえて、FRAND 宣言違反が我が国においてどのように考えられるかを検討してみたい。

#### 第1 製品市場

前述のとおり、米国法では製品市場における競争に着目してシャーマン法2条違反とするには種々の困難が指摘されている。しかし、これらの中には我が国では必ずしも考慮する必要がないものもある。まず、②（特許権者自身又はそれに代わる者が製品市場において競争していなければ違反とならない）については、我が国では排除者と被排除者との

間の競争関係の有無は必須のものではない<sup>1</sup>。④（Noerr-Pennington 原則）は、米国法特有の法理であり、我が国で考慮する必要はないであろう。⑤（技術市場における独占力の獲得が合法的になされた場合には、その後の高額なロイヤリティの設定は違反しない）も、技術市場における独占力の獲得が合法的になされたか否かが、独占禁止法21条に基づく適用除外の有無や行為の不当性を介して違法性に影響を与える可能性はあるが、技術市場における独占力の獲得が合法的になされれば、その後いかに高額なロイヤリティを要求しようとも違法とならないとの考えは一般的ではないであろう。⑥（米国の判例では取引拒絶がシャーマン法2条に違反する場合を非常に限定している）に関しては、日米の取引拒絶規制の厳格さを精緻に比較することは本稿の検討の範囲を越えるが、日本法は不公正な取引方法によっても規制できる分、「規

制対象を広げすぎる結果を招いている」<sup>2</sup>との評価もあり、少なくとも取引拒絶規制のハードルが米国ほど高いとはいえないだろう<sup>3</sup>。

他方で、①（裁判所が実際に差止めを認めるか、認めるといふ具体的な蓋然性がある場合でなければ違反とならないこと）及び③（特許権者が製品市場において十分な力を有していない場合（差止請求の範囲が競争を害するには狭すぎる場合、業界内に競争する別の技術標準がある場合等）には違反とならないこと）は、我が国独占禁止法の「競争を実質的に制限する」や「公正な競争を阻害するおそれ」という要件の判断において考慮され得る<sup>4</sup>。しかし、このことは差止請求という形で FRAND 宣言違反を独占禁止法違反に問うこと自体を否定するものではない。

以上を要するに、米国において製品市場における競争への影響を問題とする声が少ない

1 白石教授は、米国シャーマン法2条違反には、排除者と被排除者との間に競争関係があることが求められるのに対して、「・・・EUや日本では、米国のそのようなルールなど考えたこともない。誰かが市場から排除されれば、排除したのが競争者であろうがなかろうが、問題とします。」（白石忠志「特許権と競争法をめぐる2013年の状況」パテント67巻2号108頁）と述べている。

もつとも、競争の実質的制限が「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらすこと」（東京高判昭和28年12月7日高民6巻13号868頁（900頁）（東宝（株）ほか1名に対する審決取消訴訟事件））とされている以上、排除者と被排除者が競争関係に立っている場合の方が、そのような状態をもたらし易いように思われる。

2 滝川敏明『日米 EU の独占法と競争政策〔第4版〕』269頁（青林書院、2010年）

3 中野雄介「Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP 米国最高裁判所判決 540 U.S. 398 (2004)」白石忠志・中野雄介編『判例 米国・EU 競争法』131頁（商事法務、2011年）は、Trinko 事件最高裁判決の解説として、「排他行為と正当な競争行為の区別は一般には容易ではなく、過剰執行の場合には正当な競争行為に対する委縮効果まで生じ、競争法の目的との衝突が発生してしまう、というのは、法域を問わず常に念頭に置かれている問題意識であるが、他の法域以上に違法性判断を厳格に行うとの姿勢が示されている。」としている。

4 2015年7月に公正取引委員会が公表した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」の改正案について、ライセンスを受ける意思のある者に対して（FRAND 宣言の対象となった）標準必須特許に基づくライセンス拒絶又は差止請求を行えば直ちに不公正な取引方法に該当すると記載しているように読める点に批判的な意見が多数寄せられたことを受けて、公正取引委員会は、原案で「公正競争阻害性を有することとなり、「不公正な取引方法に該当する」としていた記載を、成案では「公正競争阻害性を有するときは、不公正な取引方法に該当する」と修正している（公正取引委員会「『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」38-41頁（2016年1月21日））。意見では、「有力な他の規格との規格間競争があるか否か」等により「市場における競争に与える効果は様々である」との意見や、「有力ではない、さらに言えば、市場に参加する力のない事業者に対してライセンスを拒絶した場合に公正競争阻害性を有するかについては疑問がある」との意見が出されている。

のは米国法特有の事情によるところも大きい。我が国においては、製品市場における競争への影響を捉えて規制することに米国ほど消極的になる必要はないということがいえそうである。実際、我が国と同じく米国法特有の事情がないEUでは、裁判例、競争当局の執行例、学説のいずれもFRAND宣言違反が製品市場における排除行為となり得るとの結論を導いている。

もっとも、FRAND宣言違反が差止請求ではなく、高額（ではあるが、ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額とはいえない）ロイヤリティの要求という形で行われる場合には、取引拒絶の行為要件を満たさないため、製品市場における競争を問題視することは難しくなる。もちろん、このような場合であっても、標準必須特許の保有者が製品市場で商品を提供している場合には、製品市場における自己とその競争業者との差別的なロイヤリティとして、差別対価として規制できる可能性はある<sup>5</sup>。また、高額なロイヤリティの要求による製品市場における競争への影響が競争を実質的に制限する程度に至っている場合には、行為要件の上では取引拒絶という行為に限定されない排除型私的独占として規制できる可能性もある。他方で、製品市場で商品を提供していない特許権者による高額なロイ

ヤリティの要求については、自己とその競争業者との差別的なロイヤリティというもの観念できず、差別対価として規制することが難しい上に、これらの者による高額なロイヤリティの要求が競争の実質的制限に該当することも稀であろうから<sup>6</sup>、排除型私的独占として規制することも困難であろう。製品市場で商品を提供していない特許権者による高額なロイヤリティの要求については、後記第2のように技術市場における排除行為としての規制や（本稿の検討範囲を越えるが、）優越的地位の濫用としての規制をも視野に入れるべきであるように思われる<sup>7</sup>。

## 第2 技術市場

技術市場における競争に着目した規制を考える場合には、守られることのないFRAND宣言を行うことを欺瞞的顧客誘引等の不公正な取引方法として規制することを検討する余地もあるが、支配的な技術標準においては、特定の特許が技術標準に取り込まれるということは、少なくとも当該技術標準との関係では標準必須特許の代替技術が消滅することを意味するから、競争の実質的制限が認められやすいと考えられる。このため、以下では、排除型私的独占に絞って検討する。

まず、外国法において考慮されていた要素

5 標準必須特許に基づく高額なロイヤリティの設定について、垂直統合企業による価格圧搾類似の行為として捉えるEUの学説については、第3部第6の3参照。我が国においては、自己と他者との差別が規制の対象となるかについて十分な議論がなされていないが（白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』165頁（有斐閣、2009年）、同書が指摘するように、適正な電力取引についての指針には、自己と他者との差別も差別的取扱いに該当するような記述がある（第2部Ⅲ2（2）-1-2イ⑤）。

6 検討対象市場において商品を提供していない者の行為による競争の実質的制限が違反とされた事例はあるが（公取委同意審決昭和25年7月13日審決集2巻74頁（（株）埼玉銀行ほか17名に対する件）、公取委勧告審決平成8年5月8日審決集43巻209頁（（財）日本医療食協会はか1名に対する件）、これらの事案における「排除」は、いずれも検討対象市場における競争者の数を直接的に制限する効果を有する行為であったため、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右することによって、市場を支配することができる状態をもたらす」と認めることが比較的容易であった事例といえる。

7 高額なロイヤリティの請求・徴収自体を優越的地位の濫用として規制し得るとするものとして、例えば、上杉秋則『独禁法国際実務ガイドブック—グローバル経済下の基礎知識』343頁（商事法務、2012年）、池田毅「標準必須特許のロイヤリティ料率の設定と独占禁止法の役割—米国マイクロソフト・モトローラ事件を踏まえて」公正取引760号39-40頁（2014年）。

について検討することとしたい。前述のとおり、EU 及び米国において、技術市場における競争に着目した規制は行われていない。しかし、そのような規制が行われていない理由のうち、①（EU の支配的地位の濫用の成立には、行為が行われる時点で行為者が市場支配的地位にあることを要する）については、我が国独占禁止法においては、行為の時点で市場支配的地位にあるとの要件はないため、考慮する必要はない。また、（少なくとも排除措置命令との関係では、）独占禁止法違反の成否に主観的要素は不要であるとの考えが支配的であり<sup>8</sup>、②-1（シャーマン法2条違反には、意図的な独占力の獲得が必要とされる）も我が国においては考慮する必要はない。他方、我が国においても、排除型私的独占として規制するには、「排除」が認められる必要があるため、②-2（詐欺的行為がなければ排除行為該当性が認められない）という点は検討する必要があるだろう。

判例上、独占禁止法2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為とは、正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性

を有するものであり、競争者による市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものとされる<sup>9</sup>。「正常な競争手段」とは何かが問題となるが、公正取引委員会の指針において、「事業者が自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供したことによって、競争者の非効率的な事業活動の継続が困難になったとしても、これは独占禁止法が目的とする公正かつ自由な競争の結果であり、このような行為が排除行為に該当することはない」<sup>10</sup>とされていることから、「正常な競争手段」とは「自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供する」ことであると考えることができよう。そして、「自らの効率性の向上等の企業努力により低価格で良質な商品を提供することによる競争とは、いわゆる「能率競争」であるといえよう<sup>11</sup>。米国の排除行為とは、「独占力の意図的な獲得又は維持であって、優れた製品、事業上の先見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」（傍点筆者）<sup>12</sup>であるから、我が国独占禁止法の「他の事業者の事業活動を

8 審判例としては、不公正な取引方法のうち排除措置または緊急停止命令の対象としての行為について東京高決昭和30年11月5日公取委審決集7巻169頁（株式会社大阪読売新聞社に対する件）、新聞業における特定の不公正な取引方法（公正取引委員会昭和39年告示第14号）の要件該当性について名古屋高判平成15年1月24日（平成14年（ネ）247）、独占禁止法2条5項の排除行為該当性について公取委審判審決平成19年3月26日審決集53巻776頁（東日本電信電話（株）に対する件）。当局のガイドラインとしては、公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（2009年）第2の1（1）。学説としては、独占禁止法違反行為全般について、白石・前掲注5）398-400頁、排除型私的独占について、正田彬『全訂 独占禁止法〔1〕』（日本評論社、1980年）176頁、今村成和『独占禁止法〔新版〕』212頁（有斐閣、1990年）、松下満雄『経済法概説〔第4版〕』75頁（東京大学出版会、2006年）など。ただし、丹宗昭信「独占および寡占市場構造規制の法理」54頁（北海道大学図書刊行会、1976年）は、違反行為全般の要件として主観的要素が必要であるとする。

9 最判平成22年12月17日民集64巻8号2067頁（東日本電信電話（株）による審決取消請求事件）「本件行為が独禁法2条5項にいう『他の事業者の事業活動を排除』する行為・・・に該当するか否かは、本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競争者のFTTHサービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである。」

10 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針第2の1（1）

11 排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針は、「能率競争」を「良質・廉価な商品を提供して顧客を獲得する競争」と説明している（同指針第2の2（1））。

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

排除」する行為と米国の排除行為は、自らの努力で良質な製品を提供することによる競争ではないものが非難される点において一定程度の共通性を有しているといえるだろう。

このため、詐欺的行為（特許権の秘匿や虚偽の FRAND 宣言）がなければ排除行為には該当しないとの考えは、我が国においても検討する価値のあるものである。しかし、米国の一部の学説も指摘するように、詐欺的行為は排除行為の一つの類型ではあるが、決して唯一の排除行為ではないから<sup>13</sup>、詐欺的行為がなければ排除行為に該当しないと結論付けるのは適当ではなく、問題となっている行為が能率競争といえるかどうかを考えるべきであろう。この点、米国では技術標準設定過程における FRAND 宣言がその対象となる特許技術の価格等の指標として標準技術を選択する者らにとって重要であると認識されていることについては既に述べた<sup>14</sup>。我が国において顧客の選択を誤らせるような行為が能率競争に反する行為であると位置付けられていることに鑑みれば<sup>15</sup>、守られることのない FRAND 宣言を行う行為は、たとえ、FRAND 宣言の時点で詐欺的行為がなかったとしても（FRAND 宣言をした時点では、FRAND 宣言に反する行為を行う意図を有していなかったとしても）、「正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」として、排除行為該当性が認められるのではないだろうが<sup>16</sup>。

ところで、米国では、FRAND 宣言に違反する行為は、技術標準の採択による独占力の獲得の後に行われるものであるから、独占力の獲得との因果関係が認められない（前記③）、との考えもある。しかし、米国においてこのような考えがあるのは、前記②-1又は②-2の理由により、守られることのない FRAND 宣言を行うこと自体を排除行為と捉えて、それにより独占力を獲得したと構成することができず、FRAND 宣言等のライセンス条件についての約束に反する行為（事後的な行為）に着目せざるを得ないためであると考えられる。したがって、守られることのない FRAND 宣言を行うこと自体を問題とすることができれば、③のような因果関係の問題は生じない。実際、虚偽の FRAND 宣言を行ったことが問題となった Qualcomm 事件については、③のような問題点を指摘するものは見当たらない。

以上のように、米国・EU で FRAND 宣言違反を技術市場における排除行為と捉えて法律構成できない理由は、我が国では必ずしも妥当しない。もっとも、仮にそうだとした場合、独占禁止法3条違反の成立を考えるに当たっては、さらにいくつかの論点がある。以下ではそれらについて論じる。

#### 1 一定の取引分野

FRAND 宣言違反を技術市場における排除型私的独占と構成する場合には、技術市場における競争が実質的に制限されたと認定する

13 M. Sean Royal On behalf of Dell Inc., Re: In the Matter of Negotiated Data Solutions, LLC; FTC File No. 0510094, at 9 (April 7, 2008).

14 第2部第5参照

15 「取引に関する事項について顧客に誤認させて顧客を誘引する行為は、顧客の適正かつ自由な選択を歪め、また正しい表示等を行っている競争者の顧客を奪うおそれがあるので、それ自体能率競争に反する行為である」(「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」(独占禁止法研究会報告)第2部5(2)ア)

16 独占禁止法の特別法としての性格が強かった頃の景品表示法の事件において、東京高判平成20年5月23日審決集55巻842頁〔851-852頁〕(㈱ペイクルーズによる審決取消請求事件)が、不当表示行為があれば、それ以上に、そのことについて「不当表示を行った者」の故意・過失は要しないと判断したことは、FRAND 宣言の時点で欺く意図がなかったとしても、ライセンス条件が FRAND 条件に反してさえいれば、能率競争に反する行為と判断される可能性があることを示している。

必要がある。この場合、標準必須特許となる技術及びその代替技術という狭い範囲で取引分野を画定できるかという問題がある。この点、標準必須特許は当該技術標準に準拠する製品を製造する場合に迂回することができない技術であることから、当該技術標準が業界において支配的なものである場合には、需要者（当該技術標準に準拠する製品を製造する者）からみた商品の代替性の範囲は当該標準必須特許のみということになり、当該標準必須特許のみで取引分野を画定することは可能であろう。実際、公正取引委員会は、「ある技術が特定の分野で多数の事業者により利用されており、これら利用者にとって迂回技術の開発や代替技術への切替えが著しく困難な場合、当該技術のみの市場が画定される場合がある」<sup>17</sup>ことを認めている。このように、標準必須特許のみという狭い範囲で取引分野を画定することが可能であるならば、将来標準必須特許になる技術と需要者からみて当該技術と代替的な技術のみで取引分野を画定することも可能であろう。実際に、米国では、FTC が Rambus 事件最終審決における検討対象市場の認定に際して、標準必須特許及びその代替技術のみで構成される市場を画定している。日米の市場画定に対するアプローチの同質性という観点からも<sup>18</sup>、日本においてそのような取引分野の画定は十分に可能であろう。

## 2 因果関係

排除行為と競争の実質的制限には因果関係があることが求められる。この点、Rambus 事件控訴審判決は、Rambus の特許権の非開示によって Rambus が独占力を獲得したという因果関係が立証されていないとして、FTC の命令を取り消した。米国の学説には、控訴審判決の求める因果関係（Rambus が特許権を開示していれば、Rambus の特許技術が採用されなかった）の水準が厳しすぎるとの批判が少なくないが<sup>19</sup>、我が国においては、Rambus 事件控訴審判決に示唆を得て、技術標準設定過程における特許権の秘匿を私的独占と構成することにつき、特許の秘匿等によって技術標準に取り込まれたという因果関係の立証が難しくなるケースもあり得るとの指摘がある<sup>20</sup>。これと同様に、FRAND 宣言違反を私的独占として構成する場合には、「FRAND 宣言により特許権者の特許が技術標準に取り込まれた（FRAND 宣言がなければ特許権者の特許は技術標準に取り込まれなかった）」との因果関係を立証することが困難であるとの問題は生じ得る。独占禁止法違反における因果関係についての審判決の蓄積が少ないため、我が国独占禁止法においても Rambus 事件控訴審判決と同水準の因果関係が求められるかは不明である<sup>21</sup>。しかし、仮に我が国において Rambus 事件控訴審判決と

17 公正取引委員会「必須特許に関する問題に係る調査報告書」第4の2(1)(2015年7月8日)

18 企業結合の分野についてのものであるが、滝川・前掲注2) 149-163頁は、近年、日・米・欧の競争当局がいずれも仮定独占者テストを採用するに至り、「経済学的方法による市場画定を採用することにおいて、アメリカ・EU・日本の統一が実現した」(163頁)と述べている。

19 David Balto On behalf of the American Antitrust Institute (AAI), the Consumer Federation of America, and the Public Patent Foundation, *Re: In the matter of Negotiated Data Solutions, LLC*; *FTC File No. 051 0094*, at 11-12 (April 24, 2008); Joel M. Wallace, *Rambus v. F.T.C. in the Context of Standard-Setting Organizations, Antitrust, and the Patent Hold-up Problem*, 24 *Berkeley Tech. L.J.* 661, 683-685 (2009); Richard Dagen, *Rambus, Innovation Efficiency, and Section 5 of the FTC Act*, 90 *B.U. L. Rev.* 1479, 1490-1493 (2010).

20 沼田知之「Rambus Inc. v. Federal Trade Commission 米国コロンビア特別区巡回控訴裁判所判決 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』197頁(商事法務、2011年)

21 近年、独占禁止法違反における因果関係が争点となった事例として、NTT 東日本 FTTH 私的独占事件がある。白石・前掲注5) 380-382頁は、NTT 東日本の行為がなくとも排除効果が生じた可能性を指摘し、因果関係についての問題提起を行っている。他方で、越智保見「独占禁止法における因果関係一

同水準の因果関係が求められるとしても、少なくとも代表的な SSO は、FRAND 宣言が得られない場合には、当該特許権の対象となる技術を含めないように技術標準を変更することを検討することとしているのであるから<sup>22</sup>、FRAND 宣言が少なくとも技術標準に取り込まれていたということは想定し難く、「FRAND 宣言により特許権者の特許が技術標準に取り込まれた (FRAND 宣言がなければ特許権者の特許は技術標準に取り込まれなかった)」との因果関係の立証は特許権の秘匿の場合に比して容易であると考えられる。ただし、そもそも代替技術が存在していなかったような場合には、因果関係を認めることができないのではないかとの問題点はある<sup>23</sup>。

### 3 排除措置

ひとたび技術標準が設定されてしまい、違反行為者の技術が標準必須特許となってしまうと、当該技術標準に準拠する製品の製造業者にとって代替技術は存在しなくなる。この競争を真に回復するためには、技術標準の設定のやり直しが必要になる。しかし、これは当事者にとっての費用の面から考えても現実的ではないだろう<sup>24</sup>。米国の FTC は、Rambus 事件において、技術市場において競争が行われていれば Rambus が収受していたであろうライセンス料率を定め、それ以上のライセンス料の収受を禁止することで<sup>25</sup>、違反行為がなければ実現したであろう状態 (結果) を現出させるとの対処を採っている<sup>26</sup>。しかし、それにより競争が回復されることが

---

NTT 東日本事件最高裁判決とその他の最近の事例から」根岸哲生古稀祝賀「競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線」(有斐閣、2013年) 31頁以下は、結果に対する原因力がある行為が行われれば因果関係は認められるとの立場から、反事実を仮定して因果関係を否定する考え方は原因力があるか否かという相当因果関係説よりも厳格な因果関係であるとして、批判している (ただし、同35頁は、NTT 東日本の違反行為を業所管官庁への詐罔的な届出と捉える場合には検討の余地があるとしている。)

- 22 公正取引委員会「必須特許に関する問題に係る調査報告書」第3の1(2)イ(2015年7月8日)
- 23 上杉・前掲注7) 342頁。ただし、米国の Rambus 事件についての論述ではあるが、川濱昇「標準規格必須特許問題への競争法的アプローチ」RIETI Discussion Paper Series 15-J-043 39頁 (2015年7月) は、FRAND 宣言がなくても標準化に組み込まざるを得ない技術について、「事前に競争があったとしても除去できない市場支配力が存在することになる。」としつつも、「濫用行為が存在するということは、このような事実関係の存在に懐疑的にならざるを得ない。FRAND 宣言をせざるも採用せざるを得なかったということの主張・立証は濫用行為側 (ママ) がなすべきことであろう」として、立証責任の転換による解決を提言している。
- 24 Joseph Farrell et al., *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*, 74 *Antitrust L.J.* 603, 660 (2007). は、標準化におけるホールドアップのケースでは、費用が埋没した結果、技術の利用者が技術的代替物に切り替え、又はロイヤリティの交渉に際してこれらの技術的代替物を有効に利用することはもはや非現実的又は非効率的であるため、技術の競争を真に回復することは一般的には不可能であるとしている。土井教之「IPR 競争政策事件における排除措置の事後的評価—展望と課題—」*経済学論究*63巻3号346頁 (2009年) も同旨。また、潮海久雄「標準必須特許の権利行使—競争法からの基礎づけ」中山信弘先生古稀記念論文集『はばたき—21世紀の知的財産法』423-424頁 (弘文堂、2015年) は、一度技術標準が設定されてしまえば、技術標準の設定をやり直させる排除措置命令は困難であるとしている。
- 25 Final order, IV., *In re Rambus Inc.*, FTC File No. 011 0017 (February 5, 2007).
- 26 Rambus は審判手続において、FTC には将来の詐欺的行為の禁止の差止め (prohibitory injunction) 以上のものを命じる権限がないとの主張を行ったが、これに対して多数派意見は、FTC には違反行為の有害な効果 (the ill effect of a violation) を終わらせる権限も認められており (Opinion of the Commission On Remedy In the Matter of Rambus Inc. by Chairman Deborah Platt Majoras, at 3, FTC File No. 011 0017 (February 5, 2007).)、「委員会の権限は、Rambus の違法行為がなければ存在したであろう競争的な状態を可能な程度まで回復することにまで及ぶ。」(at 6) と述べた。ここでいう「競争的な状態の回復」とは、違反行為の効果が残存しており競争的な状態を実現できないために当該効果を除去して競争的な状態を回復する、という趣旨ではないことに注意が必要である。ここでいう「競争的な状態の回復」は、口

ないにもかかわらず、違反行為がなければ実現したであろう状態(結果)を現出させるためとして、特定のロイヤリティを定める排除措置を命じることは、「事業者に対し、当該行為の差止め、事業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するために必要な措置」<sup>27</sup>や「当該行為が既になくなっている旨の周知措置その他当該行為が排除されたことを確保するために必要な措置」<sup>28</sup>を超える命令となる可能性がある<sup>29</sup>。

しかし、FRAND 宣言違反を、守られることのない FRAND 宣言を行うことにより技術市場の競争を害する行為と捉えれば、当該 FRAND 宣言に反するかどうかは FRAND 宣言に反する形で差止請求や高額なロイヤリティの要求が行われるか否かにかかっているのであるから、違反行為の差止めとして、差止請求や高額なロイヤリティの要求を差し止めることは可能ではないだろうか。もちろ

ん、技術市場における競争は技術標準の採択により終了していることから、この排除措置により技術市場における競争者が復活して競争が回復するわけではないが、FRAND 宣言に違反する行為が排除されることで、そもそも当初の FRAND 宣言が守られることになるのだから、標準必須特許の保有者は能率競争の結果として標準技術に選ばれたといえることができるだろう<sup>30</sup>。

#### 4 標準化活動参加への委縮効果

詐欺的行為がない行為をも規制することは事業者にとって酷であり、規制をおそれた事業者が標準化活動に参加することを躊躇し、標準化活動の妨げになるとの批判があり得る<sup>31</sup>。真にそのような効果が認められるのであれば、「正当化理由」の解釈を通じて、違法性を阻却する、あるいは、違法性を限定する方向でその事情を勘案すべしとの考えはあり得るだろう<sup>32</sup>。なぜならば、もし、秀でた

---

イヤリティを制限することにより、競争があれば実現していたであろう結果(価格)を回復するということである (Joseph Farrell et al., *supra* note 24, at 660.)。

27 独占禁止法第7条第1項

28 独占禁止法第7条第2項

29 カルテルについての排除措置として価格の原状回復命令や価格引下げ命令を出すことができるかという論点があるが、これを肯定する側にせよ、否定する側にせよ、そのような命令を出し得る根拠をそれにより競争が回復されることに求めている (今村成和『私的独占禁止法の研究(三)』188-194頁(有斐閣、1969年)、正田彬「価格の現状回復と価格引下げ—独占禁止法改正論と関連して—」ジュリスト582号108-110頁(1975年)、同『全訂 独占禁止法 [I]』542-544頁(日本評論社、1980年))

30 Joseph Kattan は、標準必須特許の保有者が FRAND 宣言を遵守する限りは、その排除は能率競争によるものであるため、反競争的ではないが、標準必須特許の保有者が FRAND 宣言を破棄したときには、先の排除は能率競争によるものではなくると考えている (Joseph Kattan, *FRAND Wars and Section 2, 27 Antitrust ABA* 30, 33-34 (2013))。この考えに則れば、FRAND 宣言を順守させることを内容とする排除措置命令は、先の排除を能率競争の結果たらしめない行為の差止めと位置付けることができるだろう。

31 標準必須特許の (FRAND 宣言のない) 単純なライセンス拒絶に対する規制についてはあるが、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』167-168頁(商事法務、2010年)は、特許権者が自己の特許が技術標準に取り込まれることを避ける可能性や特許権者が標準化に参加するインセンティブが減少する可能性を指摘している。

32 大久保直樹「標準化活動における開示ルール違反と独占禁止法」中里実編『政府規制とソフトロー』170頁(有斐閣、2008年)は、特許権の秘匿を独占禁止法で規制する際に故意や過失を要件とすべきか否かを論じる中で、「・・・独占禁止法においても、標準化活動は望ましいものであって、それへの参加インセンティブを殺ぐことは望ましくないという考えは支持を得られる、といえるからである・・・。つまり、独禁法上も、『標準化活動への参加インセンティブの確保』は不開示を正当化する理由となると考えられる。」と述べている。ただし、同頁注27では、取引拒絶の規制に関する日米のスタンスの相違(日本においては、「弊害があまりに大きい場合には知的創作のインセンティブを阻害することになったとしても規制すべき」との立場も有力であること)を反映して、米国ほど、「標準化活動への参加インセンティブの確保」が絶対視されない可能性があるとも指摘している。

技術を持つ多くの企業がロイヤリティ収入の減少や不明確な違法性基準をおそれて標準化活動に参加しなくなれば、優れた技術標準を策定することが困難になる可能性があるためである。もちろん、本当にそのような効果があるのかについては、実証的な研究を待つほかないが、このような考えについて、いくつかの点を指摘しておきたい。

第1に、特許権者の標準化活動への参加インセンティブの減退を通じた将来の標準化活動への影響が正当化理由として勘案されるのであれば、同様に、FRAND 宣言違反が有する将来の標準化活動への悪影響も正当化理由を減ずる方向で考慮されるべきであろう。すなわち、技術標準における特許権の行使について、違法性を阻却し、あるいは、違法性を限定するということは、ライセンス（製造業者）に対して標準必須特許に準拠する製品の差止めや高額なロイヤリティの支払いを受忍させることを意味する。しかし、その結果、ホールドアップを恐れたライセンスが標準化活動に参加しなくなるとの萎縮効果が生じ、これにより技術標準に準拠する優れた製品が市場に出回らなくなる可能性がある。また、ライセンスの中には、製造業者であると同時に、当該技術標準において有力なライセンスである事業者が含まれることを考えれば、ライセンスが標準化活動に参加しなくなることで、優れた技術標準の策定が妨げられる可能性もある。FTC が各事件の審判開始決定書において、当該技術標準に準拠する製品の製造業者が SSO に参加するインセンティブ（すなわち、標準化に参加するインセンティブ）の減少を反競争効果として挙げたのは<sup>33</sup>、まさにこの点を憂慮してのものであったと思われる。したがって、FRAND 宣

言違反を規制することによる特許権者の標準化活動に参加することのインセンティブの減少は、それを規制することによる他の特許権者又は製造業者の標準化活動に参加することのインセンティブの増加とトレードオフの関係にあり、少なくとも前者にばかり目を向けることは適切ではないといえる。

第2に、詐欺的行為がないFRAND 宣言違反に過ぎない行為をも規制することは事業者にとって酷であるとの考えそのものが受け入れられない可能性がある。米国の学説が指摘するように、FRAND 宣言違反が行われれば、技術標準に取り込まれることを目指す競争（competition for the standard）が歪められる点において詐欺的行為がある場合とない場合とで差はない<sup>34</sup>。この点を重視する立場からは、詐欺的行為の有無はそもそも違反該当性に大きな影響を与えないと考えることも可能である。公正取引委員会「『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」も、「FRAND 宣言をした後に、特許権者がFRAND 宣言をした後の事情の変化（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 宣言を撤廃せざるを得なくなった場合にまで、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の変化を考慮する等の留保を付すべきである」との意見に対して、「… 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、

33 Complaint ¶ 120, *In re Rambus Inc.*, FTC File No. 0110017 (June 18, 2002); Complaint ¶ 37, *In re Negotiated Data Solutions LLC.*, FTC File No. 0510094 (September 22, 2008); Complaint ¶ 28, *In re Motorola Mobility LLC.*, and *Google Inc.*, FTC File No. 1210120 (July 23, 2013)

34 前記第2部第4の4(1)参照

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」として、FRAND 宣言違反に至る理由が事後的な事情の変化であっても、FRAND 宣言違反となることや市場への影響は変わらないとしている<sup>35</sup>。指針は製品市場における競争を念頭に置いたものであるが、同様の理由により、技術市場における排除行為についても、FRAND 宣言違反が当初から意図されたものではなく、FRAND 宣言後の事情の変化を理由とするものであるとしても、そのことのみをもって、違反なしとはしないと結論付ける立場もあり得るだろう。

第3に、そうはいっても、技術市場における排除行為として構成する場合にはより萎縮効果が高いということはいえるかもしれない。すなわち、FRAND 宣言違反を製品市場における排除行為として捉える場合には、差止請求の対象事業者が少ない場合や対象事業者の市場における地位が低い場合などには、たとえ業界において支配的な技術標準であっても製品市場における競争への影響が競争を実質的に制限するほどには高くはないとして、不公正な取引方法として規制することとなる一方で、技術市場における競争者の排除と構成する場合には、技術市場における競争者の全てが排除されるのであるから、業界において支配的な技術標準には、ほぼ全ての場合において私的独占が成立し、義務的に課徴金が課されることになる<sup>36</sup>。もっとも、仮にこのような懸念が現実的なものであるとしても、措置体系の改善により解決することができる問題かもしれない。

### 第3 まとめ

本稿では、標準化の過程で FRAND 宣言を

行ったにもかかわらず、差止請求や高額なロイヤリティの要求という形で FRAND 宣言に反する行為のうち、FRAND 宣言をした時点では、FRAND 宣言に反する行為を行う意図を有していなかった行為について、製品市場及び技術市場における競争への影響という観点から外国法（米国法及び EU 法）を検証し、我が国独占禁止法の解釈に一定の示唆を得ることを試みた。その結果、製品市場・技術市場のそれぞれにおける競争を害する行為として米国法・EU 法を適用する場合には、種々の困難があるが、それらには米国法・EU 法特有のものも少なくないため、我が国独占禁止法上は必ずしも考える必要がなく、製品市場・技術市場のそれぞれにおける競争を害する行為として我が国独占禁止法を適用し得る、という結論を得ることができた。

我が国では、製品市場における競争に着目した規制については、既に公正取引委員会の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」においても一定の考えが示されているが、技術市場における競争にはさほど注意が払われていない。しかし、製品市場における競争にのみ着目する場合には適切な規制が行えず、技術市場に着目して初めて規制が可能となる場合があるため、技術市場における競争に着目することには意義がある。製品市場における競争にのみ着目する場合に適切な規制が行えない場合としては次のような場合が考えられる。第1に、FRAND 宣言の対象となった特許を有する者の行為がライセンス拒絶であると認められない場合である。例えば、製品市場で商品を提供していないファブレス企業などは、標準必須特許のロイヤリティ収入が重要な収入源であるため、差止請

35 公正取引委員会『「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」No.25（2016年1月21日）

36 米国では、本稿で紹介した全ての事例が FTC 法 5 条（罰金がなく、かつ、シャーマン法 2 条に比して 3 倍額賠償のリスクが小さい）で処理されており、EU では、Samsung 事件が確約決定により処理され、違反決定が出された Motorola 事件でも制裁金が課されていないという事実は興味深い。

求やライセンス拒絶（あるいは、それと同視できるほど高額なロイヤリティの要求）を行うインセンティブはなく、むしろ、ライセンスが高額なと思いつつも受諾するような額のロイヤリティを請求するとされている<sup>37</sup>。このような場合は、ライセンス拒絶と同視できるほど高額なロイヤリティの要求であると認めることが困難であろう<sup>38</sup>。第2に、有力な他の規格との規格間競争がある場合、差止請求や高額なロイヤリティの要求を行う相手方が有力ではない場合、標準必須特許の保有者の製品市場での地位が低い場合等、標準必須特許の保有者がFRAND宣言の対象となった特許権を行使して特定のライセンシーに対して差止請求や高額なロイヤリティの要求を行ったとしても、製品市場における競争への影響が限定的である場合である。

以上の場合には、製品市場における競争に着目した規制だけでは、FRAND宣言違反への対応が十分なものとならない可能性があり、そこに技術市場における競争に着目した規制の可能性を考える意義があるといえよう。技術市場における競争に着目した規制に

も、前記第2で示した問題点もあるが、それ自体が技術市場における競争に着目した規制の可能性を考える意義を減じるものではない。

最後に、本稿の検討の対象はFRAND宣言の対象となった標準必須特許の行使と独占禁止法の関係の一部に過ぎないことを念のため確認したい。例えば、本稿ではFRAND宣言の対象となった標準必須特許に基づく差止請求や高額なロイヤリティの要求がFRAND宣言違反になり得ることを前提に議論を進めたが、そもそも、いかなる交渉経緯の後に差止請求を行えばFRAND宣言違反となるのか、あるいは、どの程度高額なロイヤリティであればFRAND宣言違反となるのか、といった点は立ち入らなかった。しかし、これらの問題自体が非常に重要な問題であることは言うまでもない。また、違反類型については、いわゆる自由競争減殺型の行為に絞って議論を行ったが、FRAND宣言の対象となった標準必須特許についての高額なロイヤリティの徴収が優越的地位の濫用に当たるとする学説もあり、この点の解明も重要であろう。今後、

37 実務家からは、「・・・RANDを宣言して標準化を前進させておきながら、標準普及後に比較的高いライセンス料を請求するホールドアップ行為が問題なのである。この点に関してわが国公正取引委員会は、拒絶に等しい高額なライセンス料を請求することは、私的独占または不正な取引方法にあたる」と例示するが（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の考え方（第2標準化活動の項）参照）、実際には拒絶に等しいようなライセンス料を請求すること自体がホールドアップの目的に沿わないのであって（本当に拒絶すればライセンス料が獲得できなくなる）、多くは微妙に高いライセンス料が提示されるのである」（加藤恒「パテントプールとホールドアップ」自動車技術65巻5号64頁（2011年）との指摘がある。また、滝川敏明「EUにおける技術標準と競争法—パテント・ホールドアップとコントロールへの対処策」公正取引731号40頁（2011年）は、いわゆるNPE（特許不実施主体）を念頭に、NPEが行うのはライセンス拒絶ではなく高額なロイヤリティ要求であることを理由に、取引拒絶に相当する程度に至っている高額なロイヤリティしか規制できない単独の取引拒絶規制では効果が乏しいとしている。

38 もっとも、このような場合には、前記第1のとおり、差別対価や私的独占として規制すればよいとの考えもあり得るが、前記第1で述べたとおり、製品市場で商品を提供していない特許権者による高額なロイヤリティの設定については、差別対価で規制することが難しい上に、これらの者による高額なロイヤリティの設定が競争の実質的制限に該当することも稀であろう。

なお、FRAND条件を越えるロイヤリティはライセンス拒絶と同視できる高額なロイヤリティである（FRAND条件を越えるロイヤリティ $\geq$ ライセンスの拒絶と同視できる程度に高額なロイヤリティ）と考える論稿もあるが（池田・前掲注7）39頁、上杉・前掲注7）342-343頁）、植村幸也「FRAND宣言違反と独占法違反についてのある試論」弁護士植村幸也公式ブログ：みんなの独占法。（2014年8月2日）は、「拒絶」という「客観面のハードル」が高いことを理由にFRAND宣言違反の高額ロイヤリティを取引拒絶で処理することは「なかなか難しい」としている。

これらの点についての研究も進むことを期待したい。

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2016年修了）