

## 【研究ノート】

## 知的財産に関する公取委ガイドラインへのコメント

白石 忠志

本稿は、平成19年11月に開催された競争法フォーラム年次大会におけるコメントのために準備した原稿をもとに、当日その場で得た知見を加味して作成したものである。貴重な機会をお与えくださった関係各位にあらためて御礼申し上げたい。

本日は、公取委の知的財産ガイドライン（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」平成19年9月28日）についてコメントさせていただきます。大きく分けて、3点ございます。

## I 知的財産は特別か

第1に、議論を喚起するためにあえて極端な言い方をさせていただきますが、このガイドラインは、知的財産に関するガイドラインと言いながら、実は、独占禁止法にとって知的財産は他の一般の商品役務と同等のものであり特別なものではないと宣言しているのではないかと、ということです。

たとえばガイドラインには、「技術を利用させないようにする行為」という項目が登場します<sup>1</sup>。このような行為は、つい15年ほど前までは、知的財産権の当然の権利行使であるとされ、それを議論しようとするとそのこと自体が物笑いの種になりかねないものでした<sup>2</sup>。「技術を利用させないようにする行為」を公取委が取り上げるのはもちろんこれが本邦初ではなく、ここ10年ほどの間に、パチンコ審決<sup>3</sup>、特許ノウハウガイドライン<sup>4</sup>、コナミ警告<sup>5</sup>、などがあったわけですが、今回あらためてこれほど詳細に取り上げられたことには一定の意味があるように存じます。知的財産も、その取引拒絶が独禁法違反となり得るような、

「ふつうの」財産だということです。

もちろん、知的財産権のライセンス拒絶が常に独禁法違反となるわけでは、まったくありません。ガイドラインに掲げられたいくつもの事例を眺めると、「技術を利用させないようにする行為」がどのような場合に独禁法の問題とされるかについて、単純なひとつのルールが析出されます。それは、研究開発インセンティブを確保するという観点から、当該知的財産権について当該権利者に報いる必要があるか否かに着目する、というルールです。すなわち、当該事例において「技術を利用させないようにする行為」を容認してまで当該権利者に報いる必要はない、という場合に、独禁法の問題とされています。具体的には、ガイドライン第3-1(1)「ア」のпатентプールは、単独者が画期的な発明をしたわけではなく皆が特許を持ち寄ることによって初めて不可欠な特許の塊を作っただけであるという事例であり、「イ」や「ウ」はみずから開発したわけではない特許を買い集めただけであるという事例であり、「エ」は当該特許が不可欠なものとなったのは標準化プロセスや公的発注手続を悪用したからであるに過ぎないという事例です。いずれも、研究開発インセンティブの観点から当該権利者に報いる必要がない、という事例ばかりが集められています<sup>6</sup>。最近のECのマイクロソフト判決も、マイクロソフトの研究開発インセンティブを一般論として慮外としたのではなく、研究開発インセンティブ確保の観点からライセンス拒絶が正当化される可能性を一般論として認めつつ、当該事件ではライセンス拒絶による弊害を打ち消すほどの研究開発インセンティブ確保の必要性をマイクロソフトが証明し得ていない、としたに過ぎません<sup>7</sup>。

しかし、研究開発インセンティブは、知的財産だけの専売特許ではありません。研究開発インセンティブの確保をさらに一般化して「知的創作や努力のためのインセンティブ確保」と呼ぶなら、この範疇に含まれる正当化理由が論ぜられた独禁法事例は、「知的財産」とは呼ばれないであろうものや限界線上のものを含め、さらに見出すことができます<sup>8</sup>。典型的な例をひとつだけ挙げますと、埼玉県不動産鑑定士協会をめぐる東京高裁判決は、協会の各種サービスの利用料金が会員か非会員かで差別されていることは負担の公平という正当な目的によるものであるから独禁法に違反しない、としています<sup>9</sup>。不動産鑑定士協会のメンバーシップが知的財産権だという人はあまりいないと思いますが、しかしこの事例は、知的財産権と、不動産鑑定士協会のメンバーシップとが、独禁法

上、質的には同じものとして扱われるのだということを教えているように思います。

以上のように私は、知的財産とそれ以外とで、適用される独禁法理論に違いはないと考えていますが、しかし、知的財産が、その同じ枠組みの枠内で顕著な特色を持っていることもまた、間違いないと考えています。すなわち、インセンティブが正当化理由と認められた判審決を知的財産以外から探そうとすると、さきほどのように、数少ない事例しか見当たりません。やはり知的財産は、研究開発インセンティブの観点からの行為の正当化という問題が最も頻繁かつ顕著にあらわれる分野です。そしてそれが現れる場面が、ビジネスの最先端であるわけです。以上のように、知的財産は、他の一般の商品役務と同じ独禁法上の枠組みに属しながら、しかし、他の一般の商品役務では顕在化しにくい問題を正面から扱って、独禁法全体の問題意識を牽引する役割を担っている、ということができると思われれます。

## II 「横断的記述」からわかること

この点は、時間の関係もあり、手短にすませたいと存じます。

ガイドラインは、弊害要件について、各行為類型を横断し、また、私的独占・不当な取引制限・不公正な取引方法という各違反類型を横断して、総論的な論述をしています。これは、ある意味では当然のことだと思われれますが、しかし従来の独禁法分野が行為類型ごと・違反類型ごとの議論に重点を置いてきたことに照らせば、きわめてチャレンジングで有意義なことだと存じます。そしてそこでは、「競争手段として不当」（不正手段）という観点と「自由競争基盤の侵害」（優越的地位濫用）という観点を除けば、「競争の実質的制限」と「公正競争阻害性」とを質的に同一のものとしてまとめて論ずることができることが前提とされています（第2-2（1））。

従来、ともすれば、競争の実質的制限と公正競争阻害性とは異なる指導原理に基づくものであるかのように強調され、両者の検討が別々におこなわれる傾向があったことに照らせば、ほかならぬ公取委のガイドラインが、両者は質的に同一であると明確に述べたことは、今後の議論の発展のために大きな意義をもつように存じます。

平成20年の通常国会において提出され成立するかもしれないとされる独禁法改正がどのような内容のものとなるかは、まったくわかりませんが、課徴金対象違反類型の定め方等の内容次第では、日本の独禁法がますますわかりにくくなる可能性があります。しかしその際、「競争の実質的制限」と「公正競争阻害性」は程度の差はあれ質的には同じである、ということを出発点で踏まえておけば、少しはわかりにくさが緩和されるのではないかと、私は考えています。

### III 「優越的地位」の解釈

最後のこの点は、知的財産に限らず、独禁法全般にとって重要な問題であると考えています。

すなわち、別紙「参考」に掲げましたように、優越的地位濫用規制における「優越的地位」の解釈が、これまでの公取委のガイドラインと、今回のガイドラインとでは、若干異なっているようにも見えます。つまり、特許ノウハウガイドライン<sup>10</sup>や役務委託取引ガイドライン<sup>11</sup>における長い下線部、すなわち、被濫用者にとって濫用者と取引できないことが事業経営上大きな支障をきたす、という部分が、知的財産ガイドラインでは消えています。特許ノウハウガイドラインは今回の知的財産ガイドラインに取って代われ廃止されましたが、役務委託取引ガイドラインは廃止されたわけではなく、いまでも通用しています。

被濫用者が濫用者と取引せざるを得ない場合に「優越的地位」があるとする、という基準を私は取引必要性説と呼んでおり、公取委ガイドラインだけでなく、多くの裁判例でも最近ではこれを前提として判断がなされていると理解しています<sup>12</sup>。また、そのように理解してはじめて、優越的地位濫用規制を独禁法体系のなかで辛うじて位置づけることができ、また、たとえばECの搾取的濫用規制との連続性を検討することもできる、と考えてきました。それが、変更されたのか、どうか、という問題です。

もちろん、取引必要性説は、少なくともひとつの考慮要素としては、知的財産ガイドラインに残されています。それは、別紙「参考」において短い下線を付しましたように、ガイドラインに「依存度」という文言があるからです。特許ノウハウガイドラインや役務委託取引ガイドラインでは、「取引先変更の可能性」という、まさに取引必要性そのものを表現した文言が存在していましたが、

それが今回の知的財産ガイドラインでは消えました。しかし、特許ノウハウガイドラインや役務委託取引ガイドラインでは、「依存度」と「取引先変更の可能性」という、同じ意味ではないかとも思われる言葉が重複していました。今回のガイドラインで、取引必要性ないし取引先変更可能性という考慮要素が完全に捨て去られるということは考えにくいので、私は、この、残された「依存度」という言葉に、取引必要性ないし取引先変更可能性という考慮要素が盛り込まれているものと理解しています。

しかし、考慮要素のひとつとしては残っているものの、いわば間接事実に対する主要事実として表現されていた長い下線部が消えた、ということはどう捉えればよいのか、という問題は、頭に入れておくべき論点であるように存じます。主要事実を明確にせず、間接事実ばかりを並べたてるのは、何を証明するために間接事実を見るのか、ということ自体を曇らせ、あまり適切なこととは思えませんが、ともあれ知的財産ガイドラインはそのような記述になっている、ということです。

知的財産権の存在自体が優越的地位濫用の問題をもたらすようなことは滅多にないので記述の分量を減らしたに過ぎないのではないかと、という見方を聞くこともあります。しかし、このガイドラインは前述のように「技術を利用させないようにする行為」という項で必須の知的財産権の問題を繰り返し例示しているものであり、そのような知的財産権は、光の当て方次第で、取引拒絶の問題をもたらすと構成することもできれば、優越的地位濫用の問題をもたらすと構成することもできます。知的財産権の存在自体が優越的地位濫用の問題をもたらすようなことは滅多にない、などと述べることは、実態認識として、いかなものかと思います。確かに、そのような知的財産権は全体から見れば数が少ないかも知れませんが、しかし、その数少ない知的財産権が大きな問題をもたらす、ということは、十分にあり得ることだと思います。

優越的地位濫用は、好むと好まざるとにかかわらず、平成20年の通常国会において提出され成立するかもしれないとされる独禁法改正によってそのうち一定のものが課徴金の対象とされる可能性があります。そのようななかでは、優越的地位濫用の違反要件論をさらに明確に意識して、議論を続ける必要があるように存じます。

以上

- (1) 私的独占の観点から論じた箇所(第3-1(1))と、不公正な取引方法の観点から論じた箇所(第4-2)の、2箇所に分かれている。
- (2) 白石忠志『独占禁止法』(有斐閣、平成18年)26頁註44(「unlikely論」)。以下、同書を「白石独占禁止法」として引用する。
- (3) 勧告審決平成9年8月6日(平成9(勸)5)審決集44巻238頁。
- (4) 公正取引委員会「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」(平成11年7月30日)第3-3。
- (5) 警告平成15年4月22日。
- (6) ガイドラインをよく見ると、「研究開発意欲」という言葉は2種類の違った文脈で登場している。1つは、ガイドライン第4-5(6)~(10)に何度も登場する「ライセンシーの研究開発意欲」であり、これは、非係争義務などによって将来に向けた研究開発が損なわれることを懸念したものである。それに対し、もう1つは、ガイドラインの冒頭で強調され(第1-1)、パブリックコメントを受けて成案で付加された箇所にも登場する(第2-3)ような意味での、「研究開発意欲」である。これは、まさにいま問題としている目の前の知的財産権ライセンス契約の対象となっている知的財産の、研究開発の意欲を指したものであり、つまりは、既に終わった過去の研究開発に報いよ、という問題意識を表している。もちろん、法が過去の研究開発に報いていけば、将来に向けた研究開発も促進されるであろう、という認識を、その裏に内包している。本稿で論じている研究開発インセンティブは、後者のものである。
- (7) EC第1審裁判所の2007年(平成19年)9月17日判決688~712段落。冒頭の688段落において、日本における正当化理由の証明責任の構造(白石独占禁止法346~347頁)と大枠において共通したものが掲げられていることも、興味深い。
- (8) 白石独占禁止法93~95頁。
- (9) 東京高判平成17年3月10日(平成16(ネ)4388)[埼玉県不動産鑑定士協会](事実及び理由第3-2(4))。
- (10) 公正取引委員会「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」(平成11年7月30日)。
- (11) 公正取引委員会「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」(平成10年3月17日)。
- (12) 白石独占禁止法204~206頁。

## 参考

### ▼知的財産ガイドライン第4-1(3)イ

なお、ライセンサーの取引上の地位がライセンシーに対して優越しているかどうかの判断に当たっては、当該ライセンスに係る技術の有力性(前記第2-

4-(2)参照), ライセンシーの事業活動における当該ライセンスに係る技術への依存度, ライセンサー及びライセンシーの技術市場又は製品市場における地位, 当該技術市場又は製品市場の状況, ライセンサーとライセンシーの間の事業規模の格差等を総合的に考慮する。

▼特許ノウハウガイドライン第4-1(2)注1

ライセンサーの取引上の地位がライセンシーに対して優越している場合とは、ライセンシーにとってライセンサーとの技術取引を行い得ないこと又は技術取引の継続が困難になることがその事業経営上大きな支障を来すため、当該ライセンサーの要請がライセンシーにとって著しく不利益なものであっても、これを受け入れざるを得ないような場合であり、その判断に当たっては、ライセンシーの事業活動におけるライセンサーが有している特許等への依存度、ライセンサー及びライセンシーの製品市場又は技術市場における地位、ライセンシーの取引先の変更可能性、当該製品市場又は技術市場の状況、ライセンサー及びライセンシー間の事業規模の格差等が総合的に考慮される。

▼役務委託取引ガイドライン第1-2

役務の委託取引において委託者が受託者に対し取引上優越した地位にある場合とは、受託者にとって委託者との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、委託者が受託者にとって著しく不利益な要請等を行っても、受託者がこれを受け入れざるを得ないような場合であり、その判断に当たっては、受託者の委託者に対する取引依存度、委託者の市場における地位、受託者にとっての取引先変更の可能性、取引当事者間の事業規模の格差、取引の対象となる役務の需給関係等を総合的に考慮する。