



Title	「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(原案)に対する意見
Author(s)	岡本, 芳太郎
Citation	経営と経済. 2007, 87(2), p. 89-102
Issue Date	2007-09
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10069/21374">http://hdl.handle.net/10069/21374</a>
Right	

This document is downloaded at: 2019-06-25T10:21:45Z

《資 料》

## 「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(原案)に対する意見

岡 本 芳 太 郎

本意見は、平成19年4月27日に公正取引委員会から公表された「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(原案)に対する意見募集(平成19年6月7日締切)に対する意見を取りまとめたものである。

「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(原案)は、平成11年7月に公表された「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」に代わるもので、対象となる知的財産の拡大、技術を利用させないようにする行為についての説明の充実、競争減殺効果の分析方法についての記述の新設、違法行為の構成要件の横断的記述等の改訂が行われている。また、従来個別に判断して公正競争阻害性が認められれば不公正な取引方法に該当するとされていた不競争義務が、原則として不公正な取引方法に該当しない行為とされるなど、一部の行為についての独占禁止法上の評価が変更されており、今後の知的財産法と独占禁止法の関係についての、公正取引委員会の基本的な考え方を示すものである。

筆者は、現行指針の作成に際しても、日本ライセンス協会の意見作成に参加し、公正取引委員会の担当者との協議等を行う機会があった。今回も同協会の意見の作成に関与しているが、時間の制約等から当該意見には反映されなかった点等を、個人の意見としてまとめたものである。意見の作成に際しては、学問的というよりも実務的な視点を中心に行っている。

なお、以下の記載における項目番号は、「知的財産の利用に関する独占禁

止法上の指針」(原案)の項目番号に対応している。意見の中には原案を参照しないと理解しにくい部分も多々あるが、原案は長文に及ぶため全文は記載していない。公正取引委員会のホームページ <http://www.jftc.go.jp> で確認されたい。

## 第1 はじめに

### 1 競争政策と知的財産制度

1行目で「技術に係る知的財産制度」を「知的財産制度」と定義しているが、「知的財産制度」という用語は十分に一般的な用語となっているかどうか疑わしい。したがって、「技術に係る知的財産制度、すなわち、知的財産を知的財産権によって保護する制度(以下「知的財産制度」という。)」というように、知的財産制度の説明があったほうがよくないか。

同様に、3行目の「技術取引」についても定義はないが、前記のように「技術に係る知的財産制度」と、「技術」と「知的財産」は異なるものであると意識されているので、「技術又は技術に係る知的財産の取引」を「技術取引」として定義しておくべきではないか。

また、独占禁止法の運用においては、知的財産制度の趣旨を逸脱した行為によって技術や製品をめぐる競争に悪影響が及ぶことのないようにすることが重要(15-18行目)なのであるから、13行目「その態様や内容いかんによっては、」の次にも「知的財産制度の趣旨を逸脱して、」を追加しておくべきであろう。

### 2 本指針の適用対象

本指針の適用対象は、「知的財産のうち技術に関するもの」である。そうであれば、(1)に規定する本指針における「技術」とは、「特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作権法および意

匠法によって保護される技術」ではなく、「特許法における発明，実用新案法における考案，半導体集積回路の回路配置に関する法律における回路配置，種苗法における植物の新品種，意匠法における意匠及び著作権におけるプログラム」とすべきである。

原文では、「保護される技術」となっているので，たとえば，登録されていない特許出願に係る技術や，登録要件を満たすかどうか不明な発明等がふくまれるか否かが不明確である。

ところで，著作権法においては，美術工芸品等の美術の著作物，建築の著作物，設計図やコンピュータ画面のインターフェースをふくむ学術的な性質を有する図面，図表，模型その他の図形の著作物，体系的構成に創作性を有するデータベース等において，これらの著作物に係る技術が保護される可能性がある。

また，不正競争防止法における「営業秘密」，「商品の形態」及び「技術的制限手段」も「技術に係る知的財産」であると考えられる。「営業秘密」はおおむねノウハウと一致すると説明されているが，「商品の形態」は意匠法における意匠のほか，意匠には含まれない建築物その他物品以外の商品の形態の保護にも利用され得る。技術的制限手段は，これを解除する装置やプログラムの譲渡等を禁止することにより間接的に保護される。

また，今後も新しい知的財産が生じる可能性もあり，ここでの「技術にかかる知的財産」の列挙は限定とはせずに，例示とすべきではないか。もし，例示とすることができないとしても，指針に列挙されない知的財産又は新たに生じた知的財産に準用できる可能性を残しておくことが望ましい。

なお，原文(注2)において，「著作権法が保護する思想又は感情の表現は，本指針の技術には当たらない。」としているが，プログラムであっても，「思想又は感情を創作的に表現した」著作物でない場合には，著作権による保護は与えられないので，この表現は不適切である。

原文2頁1行目において，「技術の利用」は，「知的財産の利用」とは同義の

ものとして用いるとされているが、発明、考案等は「利用」ではなく「実施」が問題となるので、「知的財産の実施又は利用」と同義のものとされたい。

## 第2 独占禁止法の適用に関する基本的な考え方

### 1 独占禁止法と知的財産法

(注5)において、独占禁止法第21条の規定は同条に掲げられた法律以外の法律で排他的利用が認められる技術にも適用されるが、ノウハウは排他的利用権を付与されるものではないため、同条の規定は適用されない、とされている。しかし、(注3)においては、ノウハウは独占的排他権が付与されるものではないが、「保護の排他性が弱いこと」という特質を有するとしている。

不正競争防止法においては、営業秘密、商品の形態、技術的制限手段のいずれについても、一定の行為に対する差止請求権、すなわち排他権が認められていることからすれば、これらについても、特許発明や著作物と同様に、排他権が認められる範囲において独占禁止法第21条を適用又は準用すべきではないか。

第3パラグラフにおいて、「権利者が自らの意志で拡布した製品について他の者が取引する際に、各種の制限を課す行為への独占禁止法の適用は、一般の製品の販売に関する制限の場合と何ら異なるものではない。」(同パラグラフ5行目)とされているが、知的財産高等裁判所平成18年1月31日判決(インクカートリッジ事件)は、「(1)当該特許製品が製品としての本来の耐用期間を経過してその効用を終えた後に再使用又は再生利用がされた場合(略)、又は、(2)当該特許製品につき第三者により特許製品中の特許発明の本質的部分を構成する部材の全部又は一部につき加工又は交換がされた場合(略)には、特許権は消尽せず、特許権者は、当該特許製品について特許権に基づく権利行使をすることが許されるものと解するのが相当である。」

としている。したがって、「一般の製品の販売に関する制限の場合と何ら異なるものではない。」の前に、「権利が消尽しないとされる一定の場合を除き,」又は「原則として,」等を挿入しておくべきではないか。

## 2 市場についての考え方

(1) は、独立させて、「2. 技術の利用に係る制限行為についての独占禁止法上の評価の方法」とでもすべきではないか。この場合、「2 市場についての考え方」以下の項目の番号は当然に一つずつ繰り下がる。

また、競争減殺効果が認められ、市場における競争が実質的に制限される場合には、私的独占又は不当な取引制限の問題となり、競争減殺効果が認められるが競争が実質的に制限されていない場合には、競争減殺による公正競争阻害性が問題となることを記載しておくことが望ましい。

(2) において、「技術を利用させないようにする行為又は技術を利用できる範囲を限定してライセンスする行為は、当該技術の市場又は当該技術を用いた製品(略)の市場における競争に影響を及ぼす。」としているが、当該技術を用いた製品の上で機能し、又はそれらの上で利用される技術や製品の取引にも影響を及ぼすのではないか。

## 3 競争減殺効果の分析方法

2行目の「対象市場ごとに,」は、1行目末尾「・・・否かは,」の次におくべきではないか。少なくとも、「当該技術の有力性」については、「製品市場における当該技術の利用状況、迂回技術の開発又は代替市場への切替えの困難さ、当該技術に権利を有する者が技術市場又は製品市場において占める地位等を、総合的に勘案して判断される。」(原案「4 競争に及ぼす影響が大きい場合の例」(2)) ので、市場毎に評価が異なることになる。

#### 4 競争に及ぼす影響が大きい場合の例

(2)において、有力な技術と認められる場合が多いと考えられる例として、「技術市場又は製品市場で事実上の標準としての地位を有するに至った技術」、「事実上の標準としての地位は有しなくとも、製品市場における事業活動の基盤を提供している場合」、「他の事業者の製品との互換性を確保するための規格に係るものである場合」が掲げられているが、原案「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 1「私的独占の観点からの検討 (3) 技術の利用に条件を付す行為 イ」の「製品の規格に係る技術又は製品市場で事業活動を行う上で必要不可欠の技術(必須技術)」, 同「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方 5 その他の制限 (5) 技術への機能追加」における「ある技術がその技術の仕様や規格を前提として、次の製品やサービスが提供されるという機能(以下「プラットフォーム機能」という。)」を有する技術も、「有力な技術」と認められることが多い場合に属するのではないか。

また、必須技術は、事実上の標準としての地位は有しなくとも、製品市場における事業活動の基盤を提供している技術等に比べても、技術の有力性が高いのではないかと考えられる。原案「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方」以下の記載においても、「有力な技術」一般ではなく、「必須技術」、「事業活動の基盤を提供している技術」等、技術の性格に応じた記載がされているのも、有力な技術の有力性、競争に与える影響の大きさは一様ではなく、技術の性格に応じて異なることを示していると考えられる。そうであれば、有力な技術と認められることが多いと考えられる場合については、個別又は類型別に有力性、競争に与える影響等の大きさの程度、順位等を説明すべきではないか。

なお、規格や事実上の標準に該当しない場合で「事業活動の基盤を提供している場合」とは、どのような技術を指すのかももう少し具体的に説明されたい。たとえば、製品市場において、使用されている技術の市場における占有

率, その順位, 当該技術を使用している事業者の数等により, 「事業活動の基盤を提供している」又は「有力」と認められる基準が示されるとよりわかりやすくなるのではないか。この場合, 「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針(平成3年7月11日) 第1部 事業者間取引の継続性・排他性に関する独占禁止法上の指針 第四 取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限 2 取引先事業者に対する自己の競争者との取引の制限」(注7)の「市場における有力な事業者」の判断基準「当該市場(行為の対象となる商品と機能・効用が同様であり, 地理的条件, 取引先との関係等から相互に競争関係にある商品の市場)におけるシェアが一〇%以上又はその順位が上位三位以内であること」が一つの参考となるのではないか。

## 5 競争減殺効果が軽微な場合の例

「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する考え方(平成17年6月29日)(以下「考え方」という。) 第3 規格に係る特許についてのパテントプールに関する独占禁止法上の問題点の検討 (2)」では, 「規格を採用した製品の販売価格や販売数量を制限するなど明らかに競争を制限すると認められる場合を除き, ①当該プールの規格に関連する市場に占めるシェアが20%以下の場合(略)には, 通常は独占禁止法上の問題を生じるものではない。」としている。

原案は「原則として競争減殺効果が軽微であると考えられる。」としているが, この場合には競争の実質的制限が認められる可能性はないと考えられるが, 競争減殺による公正競争阻害性がないといえるかどうかは不明である。公正取引委員会として, 「考え方」と同様に, このような場合には原則として独占禁止法上の問題としないと考えられるので, 「考え方」と同様に, 「通常は競争減殺の観点からは独占禁止法の問題を生じるものではない。」とするか, そのことを追記することが望ましい。

なお, 「考え方」では, 「規格を採用した製品の販売価格や販売数量を制限



するなど明らかに競争を制限すると認められる場合」とされていた例外条項は、原案では、「当該技術を用いた製品の販売価格、販売数量、販売シェア、販売地域若しくは販売先に係る制限、研究開発活動の制限又は改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務を課す場合」と記載されている。このうち、「販売数量、販売シェア、販売地域若しくは販売先に係る制限」は、原案「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方 4 技術の利用に伴いライセンスに課される制限 (2)」(原案(注8)においては、「後記(第4-3)」となっているが、(第4-4)の誤りであろう。)においては、原則として権利の行使と認められ、不公正な取引方法に該当しないとされていることから、「明らかに競争を制限すると認められる場合」と理解することは困難である。「販売数量、販売シェア、販売地域若しくは販売先に係る制限」を除外するのは、競争事業者間のライセンス契約の場合に限定するべきではないか。

### 第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方

#### 1 私的独占の観点からの検討

原案「(1) 技術を利用させないようにする行為 ウ」においては、「競争者(略)が利用する可能性のある技術に関する権利を網羅的に集積し、自身では利用せず、これらの競争者に対してライセンスを拒絶すること」が、「他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合がある。」としているが、技術開発動向が不確定な場合には競争事業者の技術に関する技術開発や技術の購入を行うことも考えられるので、「自身では利用せず、」ではなく、自身では利用する目的もないのに、すなわち競争者の事業の妨害のみを目的として、競争者が利用する可能性のある技術を集積し、その利用を拒絶する場合に限定することが望ましい。

また、原案「(1) 技術を利用させないようにする行為 エ」において、

規格や公共機関に採用させる場合ではなく、オープンソースライセンスのように自己の技術又は自己の技術を含む他人の技術が自由に利用できるとして推奨し、その際自己の知的財産の存在の一部を秘匿し、市場がこれを受入れ、他の事業者が当該技術を使用せざるを得ない状況の下で、当該自己の技術の使用を禁止し、又はライセンスを拒絶する行為も、他の事業者の事業活動を排除する行為に該当する場合があると考えられるので、記載を追加してはどうか。

原案「(3) 技術の利用に条件を付す行為 ア」及び参考例は、「技術を用いて供給する製品の販売価格、販売数量、販売先等を指示して守らせる行為」に関するものであるが、これは、「(2) の技術の利用範囲を制限する行為」に該当するのではないか。そうすると、知的財産制度の趣旨を逸脱していると認められる場合にのみ、事業者の事業活動を支配する行為にあたることになる。なお、原案「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方」においても同様なので、詳細は後述する。

## 2 不当な取引制限の観点からの検討

本項においては、パテントプール、マルチプルライセンス、クロスライセンスといった行為別に説明が記載され、原案「第1 はじめに 2 本指針の適用対象 (2)」にしたがって、(1) 技術を利用させないようにする行為、(2) 技術の利用範囲を制限する行為、(3) 技術の利用に条件を付す行為、を区別した記述方法がとられていない。「1 私的独占の観点からの検討」と同様に、上記の区分毎の記載とすることが望ましい。

なお、「(1) パテントプール」には、「一定の製品市場において競争関係にある事業者が、製品を供給するために必要な技術についてパテントプールを形成」している場合の「技術の利用範囲の制限」については記載がない。また、「オ」3行目の、「・・・相手方を相互に制限する行為」の次に、「(2) マルチプルライセンス」8行目と同様に、「代替技術の採用等を制限す

る行為」を加えておくべきである。

また、(3) クロスライセンスの「ウ」については、「イ」と同様の場合に問題となると考えられるので、「関与する事業者が少数であっても、それらの事業者が一定の製品市場において占める合算シェアが高い場合に、技術の利用範囲や当該技術を用いて行う事業活動について相互に制限を課す行為についても、イと同様に、技術又は製品の取引分野における競争を実質的に制限する場合には、不当な取引制限に該当する場合がある。」とすべきである。

## 第4 不公正な取引方法の観点からの考え方

### 1 基本的な考え方

「(1) 基本的な考え方」5行目③の「技術の利用方法に関し一般的に合理的とみられる制限を課す行為」は、「技術の利用に伴いライセンシーに課される制限」の誤りと考えられる。

(2) の「①競争者等の取引機会を排除し、又は当該競争者等の競争機能を直接的に低下させるおそれがあるか否か、」は、「①競争者等の取引機会を排除し、又は当該競争者等の競争機能を直接的に低下させることにより、競争を減殺するおそれがあるか否か」とすべきではないか。こうすることにより、13頁6行目で「競争に及ぼす影響」を判断することとしており、かつ、同8行目「当該制限行為による具体的な競争減殺効果が発生することを要するものではなく、ある程度において自由な競争を妨げるおそれがあると認められれば足りる。」との記載と一致し、理解が容易になる。

なお、「ある程度において自由な競争を妨げるおそれがあると認められれば足りる。」ことから、逆に、競争減殺又はそのおそれがある場合においても、その効果が軽微である場合には、公正競争阻害性は認められないことを明記されたい。

(3) 「イ」7行目の「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」について考慮する事項は列挙されているが、判断の基準としては、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針(平成3年7月11日) 第1部 事業者間取引の継続性・排他性に関する独占禁止法上の指針 第五 不当な相互取引 2 購買力を利用した相互取引(3)」の(注13)における基準「乙にとって甲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きたすため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合」に準じることを明記すべきである。

## 2 技術を利用させないようにする行為

(1)の変形にあたるかも知れないが、「自己の商品の消耗品又は部品の市場が存在する場合において、主に当該市場における競争者を排除することのみを目的として、自己の商品、その消耗品若しくは部品又はこれらの交換についての知的財産を取得し、自己又は自己の関連事業者と競争する事業者はそのライセンスを拒絶して当該技術をつかわせないようにすることは、不公正な取引方法に該当するおそれがある。」ことを追加の説明として記載してはどうか。

## 3 技術の利用範囲に関する制限

全体の構成が項目の表題の内容をカバーする内容になっていない。たとえば、販売に関する制限は、次の「4 技術の利用に伴いライセンシーに課される制限」にあり、使用に関する制限については製造に関するものを除き記載がない。また、権利の一部の許諾としては、権利の全体についての地域の制限や数量の制限も考えられるが考慮していない。たとえば、つぎのような構成にしてみてもどうか。

権利の利用範囲に関する制限としては、製造、使用、販売、輸出、輸入といった利用の態様、利用期間、利用分野、利用地域、利用数量が考えられる。

したがって、製造、使用、販売、輸出、輸入といった利用の態様の一部を禁止し、又は個別の利用態様と利用期間、利用分野、利用地域、利用数量を組み合わせた制限も可能であるが、いずれも原則として権利の行使と認められ、原則として不公正な取引方法には該当しないことになる。

但し、使用、販売、輸出については、権利が消尽している場合等排他権が及ばない場合の利用期間、利用分野、利用地域、利用数量の制限は権利の行使とは認められない。製造、販売、輸入、輸出については、利用分野、利用地域、利用数量の制限が、(国内)市場全体の供給量を制限する効果がある場合には権利の行使とは認められず、不公正な取引方法に該当することがある(利用分野、利用地域の制限が、ライセンシーの設備能力等から数量制限の効果を持つことは考え得る)。

また、異なる技術に権利を有する者がクロスライセンスにより、それぞれが技術を利用する範囲を相互に取り決めることは、一般に権利の行使と認められるものではないので、不公正な取引方法に該当する場合があるほか、競争を実質的に制限する場合には、不当な取引制限等にも該当する。

なお、販売先の制限、指定事業者を通じて輸出する義務、原材料・部品の購入先の制限等については、独占禁止法の適用上は権利の行使とはみなされないので、「4 技術の利用に伴いライセンシーに課される制限」に記載する。

なお、サブライセンス権を許諾するかどうかは、権利者の自由であるが、サブライセンス権を許諾する場合に、そのサブライセンス先を制限する行為は、原則として不公正な取引方法に該当しないとされているが、サブライセンス権を付与した場合に、サブライセンスの範囲、対価を含む条件等をライセンサーが決定し、またはライセンサーの同意にかからせることについても、原則として不公正な取引方法に該当しない、とすべきではないか。

また、利用分野の制限等において、ライセンサーの製品との組合せでのみ利用できるというような制限は、市場における有力な事業者が行う場合には、

競争製品を排除する効果を持つ可能性がある。このような場合にも、技術保護制度の趣旨を逸脱していると考えられ、不公正な取引方法に該当する場合も考えられるのではないか。

#### 4 技術の利用に伴いライセンシーに課される制限

「(1) 原材料・部品に係る制限」4行目「秘密漏洩の防止」の次に「間接侵害の防止」を追加しておくべきではないか。

「(2) 販売に係る制限 ア」については、「3 技術の利用範囲に関する制限」に記載すべきである。逆に「イ」に、「3 (3) エ」のライセンサーが指定する事業者を通じて輸出する義務」についての記載が必要となる。なお、「イ」3行目「前記アの販売地域や販売数量の制限とは異なり利用範囲の制限とは認められない」との記載は必要か。知的財産法上、これらの制限が権利の行使ではなく、違反行為については契約違反の救済しか認められないという考え方は確立していないと考えられるので、独占禁止法上権利の行使と評価しないとしても、明文をもって記載する必要はないのではないか。

「(7) 不爭義務」が、円滑な技術取引を通じ競争の促進に資する面が認められるとしても、権利者に無効な権利による不当な利益を与える可能性があり、原則として不公正な取引方法に該当しないとすることについては賛成できない。不爭義務の態様については種々あると考えられるが、問題がないと考えられるのは、ライセンシーが契約に違反することなくライセンサーの技術についての権利の有効性を争うことができ、この場合にはライセンサーはライセンシーが当該技術を利用することを禁止できるものに限られると考えられる。なお、利用を禁止できる技術の範囲は、原則としてライセンシーが有効性を争った技術についてであるが、当該技術と一緒に利用しなければ意味のない技術等も含むことになる。なぜなら、もし、ライセンサーの権利の有効性を争うことが契約違反になると、ライセンシーの契約社会における信用、権利侵害に伴う損害賠償に加えて、契約違反により損害賠償(たとえ

ば、ライセンス許諾や事業機会の喪失等)等の問題も生じるので、ライセンサーが権利の有効性を争うことについて躊躇する可能性は高くなると考えられる。したがって、従来とおり、個別に判断して公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当すると考えるべきである。

なお、「一部の権利の有効性を争ったことにより全部の権利のライセンス契約を解除する場合」を特に問題のある場合とすることについても賛成しがたい。従来のガイドラインにしたがってこのような条項を含む契約が多数締結されている可能性があるが、その違法となる可能性が高くなることは、今後の契約についてはともかく、事業者の予測可能性を奪うものであり、また、上記のように一部の権利の利用許諾を残しておいても実質的に利用できない場合もある。

## 5 その他の制限

「(6) 非係争義務」22頁5行目以降で「実質的にみて、ライセンサーが開発した改良技術についてライセンサーに非独占的にライセンスする義務が課されているに過ぎない場合は、後記(9)の改良技術の非独占的ライセンス義務と同様、原則として不公正な取引方法に該当しない。」としているが、ライセンサーが利用し又は利用許諾する権利は残されていても、有力な技術のライセンスの場合等においてライセンサーを通じて、実質的に全世界の競争事業者に改良技術の使用が無償で認められるのであれば、ライセンサーによる技術開発のインセンティブは失われることになる。改良技術であるかどうかではなく、実質的にライセンサーの研究意欲を損ない、公正競争阻害性を有するかどうかで判断すべきである。同様に、「(9) 改良技術の非独占的ライセンス義務 イ」にも、このような場合には、不公正な取引方法に該当することがある旨、明記すべきである。

以上