

特許権と競争法をめぐる 2013 年の状況

東京大学教授 白石 忠志

要 約

2013 年において「特許権と競争法」を彩った 3 つの問題を取り上げる。SEP / FRAND の問題、PAE の問題、リバースペイメントの問題、の 3 つである。これらは、一部の特許権についてその行使を制約しようとする方向の議論がなされているという点で共通しており、議論の対象は特許権の聖域とされてきた排他権すなわち差止請求権にまで及んでいる。本稿では、PAE の問題に特に紙幅を割いて、米国の議論状況を観察し、日本の状況もあわせて考察する。根拠のない権利侵害警告に対する差止請求の手段として不競法だけでなく独禁法が有益である可能性などにも触れる。

本稿は、東京弁護士会知的財産権法部における平成 25 年 10 月 15 日の講演をもとにしている。

目次

- 1 概況
 - (1) 特に注目された 3 つの話題
 - (2) 競争法・競争当局
 - (3) 3 つの話題の共通点
 - (4) よくある反論について予め
- 2 法的対策の切り口
 - (1) 総説
 - (2) 特許権付与前
 - (3) 特許権付与後
 - (4) 独禁法 21 条
 - (5) 本日の対象
- 3 SEP / FRAND
- 4 PAE
 - (1) PAE (patent assertion entity) に関する問題意識の高まり
 - (2) privateer (私掠船) 戦術
 - (3) 根拠のない権利侵害警告
- 5 リバースペイメント
- 6 最後に日本独禁法について

1 概況

(1) 特に注目された 3 つの話題

このところ特許権と競争法をめぐる議論が改めて注目を浴びているようです。2013 年の米国における議論に限定して申しますと、SEP / FRAND の問題、PAE の問題、そしてリバースペイメントの問題、の 3 つです。前の 2 つはかなり重なっていますが、一応は別の問題です。

本日は、以上のような 3 つの問題を考えるための基本的前提をお話しし、そのあと、各論に入りますが、各論のなかでは PAE の問題に重点を置くようにします。

(2) 競争法・競争当局

本日は、日本法に特化した話もしますが、米国・EU・日本などの国(法域 = jurisdiction)をまたぐ一般的な議論を意識しながらお話しする部分も多く、したがって「競争法」(competition law)という表現をしばしば用います。これは、日本の独禁法や米国の反トラスト法などを総称する一般名称として、今世紀に入る前後から急速に普及した言葉です。何事もそうですが、歴史の長いものほど後の世から見れば不可思議なネーミングが施されているもので、米国では自国内では今でも反トラスト法 (antitrust law) という呼び名が最も有力ですが、EU 競争法の存在感の増大もあり、国際的文脈では「競争法」を用いる場面が多くなっているという印象があります (EU 競争法では、米国の歴史的用語法を更に捻って借用し、競争法から企業結合規制を除いた非企業結合規制の部分のみを「anti-trust」と呼んでおり、尚更ややこしくなっています)。各国の競争法を主にエンフォースする行政当局は「競争当局」(competition authority)と呼ばれており、米国の競争当局は DOJ (司法省) と FTC (連邦取引委員会)、EU の競争当局は欧州委員会、日本の競争当局は公取委です。

(3) 3つの話題の共通点

2013 年の特許権と競争法の議論を代表する 3 つの話題ですが、これらに共通するのは、一部の特許権について、その行使を制約しようとする方向の議論がなされている、ということです。しかも、制約の是非が議論されているのは、ライセンス契約において制限条項を付するといった付随的な行為ではなく、たとえば特許権に基づく差止請求権の行使のような、特許権行使の根幹をなすと考えられている行為です。

従来は、特許権と競争法の議論というと、ライセンス契約に付随する制限条項をめぐる議論が花盛りでした。ライセンスの条件として地域制限をしてよいか、競争避止義務を付けてよいか、グラントバックを求めてよいか、などです。これらは世の多くのライセンス契約の実務などにおいて今も昔も重要な問題です。

そのような議論においては、特許権の差止請求権の行使、言い換えればライセンスの拒絶（あるいはそれに準ずる高額のロイヤルティ請求）は、許されて当然だと考えられていました。2013 年の文献のなかにも、過去の華々しい議論は現在の重要問題をほとんど取り扱っていなかったことを指摘するものがあります（たとえば Carrier 論文の註 3 と対応本文⁽¹⁾）。

私は、ものぐさで、さまざまな制限条項の研究をするよりも、根幹となるものをひとつ研究したほうが有益だしラクだ、と考える性分ですので、ようやく知的財産と競争法について本格的に議論できる時代がきたように思い、感慨深いものがあります。

(4) よくある反論について予め

なお、このような議論に対しては、思わぬ反発もありますので、それに備えて、若干のことを予め申し述べます。

差止請求権などに対する制約が論ぜられるのは、ごく一部の特殊な特許権に限られるのであって、全ての特許権ではありません。問題を起こす特許権と、差止請求がおこなわれても何の問題も起こさない特許権との、厳密な境界線は曖昧であるかもしれません。しかし、問題を起こす特許権が確かに存在し、そのような特許権の行使が甚大な影響をもたらすことも確かです。そうであるならば、微妙な境界線よりも控えめな方向にシフトした、明白に問題を起こすものに絞った制約が論ぜられることには、意味があるし、そのような議論を封殺する根拠もないように思われます。もち

ろん、そのような前提を置いたうえでもなお、特許権をなるべく保護すべきであるという観点から批判があるのだとすれば、そのような批判は貴重であり、傾聴すべきものです。

2 法的対策の切り口

(1) 総説

もうひとつだけ、最初に申し上げておきたいことがあります。

それは、この種の議論が、特許法の問題であるのか競争法の問題であるのか、ということについてです。

SEP / FRAND や PAE やリバースペイメントが論ぜられるとき、特許法であるか競争法であるかによって、政策的な方向性が違うわけではありません。ただ、どのような法的局面で出番があるか、という点で、特許法と競争法に若干の相違がある場合がある、というだけです。

まず、どの時間的段階で問題に対処しようとするかで分けてみます。

(2) 特許権付与前

ひとつの切り口は、特許権付与前の段階で、問題を起こしやすいものにはそもそも特許権を付与しないようにする、という対処法です。この段階で、競争法を適用して付与しないようにさせるということは難しいところであり、ほぼ、特許法の専売特許的な領域だと思われます。

ただ、この手法は、扱える問題の範囲に限界もあります。

たとえば、PAE が行使する特許は有効性すら怪しいものが多いので適正に特許審査をすれば問題をかなり低減できる、ということは、あるかもしれません。

しかし、この特許は将来の標準化の過程で SEP になりそうだから特許権を付与しない、ということは、そもそも時間的にいつて予見しようがない場合があるでしょうし、また、かりに予見できたとしても特許権を付与しないわけにはいかないようにも思われます。商標の事件ですが、日本の函館新聞事件は、出願された商標を北海道新聞社が函館新聞社を排除するために用いることが予見でき、その予見される排除の様子が商標法 4 条 1 項 7 号にいう「公の秩序・・・を害するおそれがある」と事前に判断できたために登録それ自身が拒絶された、という、その意味で珍しい例である

ということになるのでしょうか⁽²⁾。

このように、権利をそもそも付与しないという対処は、守備範囲として限界はあるものの、一定範囲では有効な成果を期待し得ます。米国でも、競争当局が特許商標庁に特許審査の適正化の要望をするなどしてサポートを宣言することが最近の定番となっています。

(3) 特許権付与後

もうひとつの切り口は、特許権付与後の段階で、現に権利行使を試みるなどしているときに、何らかの方法で歯止めをかけようとする対処法です。こちらのほうは、特許法と競争法の、いずれも登場する可能性があります。しかしそれは、両者に理念の違いがあるということではなく、単に、法適用の場面が異なるから、ということに過ぎないように思われます。すなわち、現に特許権侵害訴訟が起これば、そのような訴訟を扱う裁判所では、適用される法律は特許法（またはその背後にある民法の規定など）ですから、それを適用して問題の解決が図られます。SEP / FRAND の問題についてサムスンの特許権濫用としたアップル対サムスンの東京地裁判決は、債務不存在確認という裏返った位相のものではありますが、ともあれこの類型に属します⁽³⁾。ここでは、議論の覚醒のために競争法が言及されることはあり得ても、競争法が直接の適用法令となることは、あまりないように思われます。それに対し、同じような問題について競争当局が乗り出して排除措置命令をしたり課徴金納付命令をしたりすることになるなら、そこにおいて適用されるのは競争法のみであり、特許法は、かりに出てくるとしても、理由づけのなかで補助的に出てくるだけでしょう。

以上のように、特許法（や民法）が出てくる場合と、競争法が出てくる場合とで、理念に違いがあるわけではなく、単にエンフォースの形態に違いがあるだけだ、ということを改めて確認しておきたいと思います。

(4) 独禁法 21 条

日本には独禁法 21 条というものがあるため、問題が少しややこしくなっています。

独禁法 21 条は、特許法による「権利の行使と認められる行為」には独禁法は適用しない、と規定しています。そこで、ここに（先ほどの言葉でいえば「補助的に」）特許法の解釈等が出てくることになるわけです。公取委のガイドラインは、この「権利の行使と認めら

れる行為」について、次のような解釈をとっており⁽⁴⁾、私もそれが適切だと思います。それによれば、「権利の行使とみられる行為」、すなわち、従来なら常識的にいって権利の行使と認められてきた行為であっても、「権利の行使と認められる行為」に該当するとは限らない。「権利の行使とみられる行為」が競争に対してもたらす弊害が大きいなどの特別な場合には、それは実は「権利の行使と認められる行為」には該当しない、というかたちで、特許権の範囲を競争政策の観点から縮減する。縮減して「権利の行使と認められる行為」ではないとされた領域に対しては独禁法を適用し得る。以上のような考え方です。

このように、論理的には、日本の独禁法においては、特許法の解釈が先行することとなっています。

ここで「先行する」というのは、特許権侵害訴訟裁判所なり何なりの特許法上の判断が先行する、という意味では必ずしもありません。公取委が、特許法に関するみずからの判断として、特定の差止請求は「権利の行使と認められる行為」にあたらぬ、と判断することはあり得るのです。すなわち、そのような公取委の判断は、かりに特許権者が裁判所で権利行使を試みたとしても裁判所では特許権濫用などの法理が発動されるはずなので当該行使は実現しないはずだ、ということ、公取委の判断としておこなう、ということの意味しています。

更地からこのような論を立てると、なにやらアクロバティックな論法のように見えてしまい、受け入れられにくかったのですが、幸い、有名なアップル対サムスンの東京地裁判決が言い渡されました。そのおかげで、たとえば、「かりに特許権者が裁判所で差止請求を試みたとしても裁判所では特許権濫用などの法理が発動されるはずなので当該差止請求は認容されないはずだから高額ライセンス料を要求する行為は独禁法の適用除外の対象とならない」といった説明を、格段にやりやすくなったと言えます。この判決それ自体については、事実認定や当てはめの観点等から異論もあるのですが、とにかくそのような処理があり得ることを示し、上記のような独禁法 21 条に関する説明が相対的に受け容れられやすくなったという意味では、たいへん助かっています。具体例の力は偉大ですね。

独禁法 21 条のような条文は、米国や EU の競争法には、ありません。それらの競争法においては、特許権による発明インセンティブの確保などの要請は、適

用除外という番外地ではなく違反要件論本体のなかの正当化理由の問題として、論ぜられているのです。それに対して日本では、特許権と独禁法に関する議論が独禁法 21 条に吸着されてしまい、適用除外の章で論ぜられます。現存する条文があるのは、致し方ないのですが、米国や EU の競争法のように、無用の桎梏がないなら、特許権の問題を、他のインセンティブ保護策とあわせて総合的に論ずることもできるようになるでしょう。たとえば、公取委の相談事例では、A 県の主要駅である A 駅の駅前バスターミナルの維持管理を事業者団体がおこない、事業者団体が会員から集めた会費から一定額を支出している場合には、事業者団体が各バス会社からバスターミナル利用料を徴収する際、事業者団体の会員であるバス会社と非会員であるバス会社との間で相応の差を設けても問題はない、とするものがあります⁽⁵⁾。これなどは、知的財産法には関係がなさそうに見えるかもしれませんが、投資インセンティブ保護のために差別対価が正当化される例、とは言えるわけです。知的財産権の問題もそのような問題のひとつとして置き放ったほうが、さまざまな事例と統合して奥の深い議論ができるようになるのではないかと思います。

(5) 本日の対象

些か長くなりましたが、以上を前提として、本題に入ります。

既に申しましたように、本日の問題は、特許権の付与前と付与後の 2 つの時間的段階に分けて議論し得るのですが、本日は、付与後の法的対処に限定して、みていくことにしたいと思います。

3 SEP / FRAND

FRAND 宣言 (FRAND 条件 (fair, reasonable and non-discriminatory) で誰に対してもライセンスする、と標準規格が採用される際に宣言すること) がなされた標準必須特許 = SEP (standard-essential patents) については、アップル対サムソンの世界的紛争およびそのひとつの結果である東京地裁判決をきっかけに、既に多くの文献が出ています。私からは、競争法における隠れた論点について言及するにとどめます。

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って、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。話題のサムスン対アップルの係争は、サムスンが、特許権者であるだけでなく、みずからスマートフォンやタブレット端末を製造販売していますので、間違いなくアップルと競争関係があるから、議論されていないだけなのです。そういうわかりやすい事例でなく、特許権者が研究開発専業であったり、特許権行使専業であったりすると、面倒な話になってくるわけです。

排除者と被排除者との間に競争関係が必要だという考え方は、たとえば OAG 判決⁽⁶⁾とか Intergraph v. Intel 判決⁽⁷⁾などによって示されていますが、わざわざそれらを待つまでもない当然事であると受け止められている気配が強いといえます。当然だから教科書でもわざわざ説明しないことが多い。

それに対して 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。EU で SEP / FRAND が問題となった事例はそれなりの数に上りますが、競争関係の有無が論点になるなどと考えたこともないので、そのような点には無頓着に議論が発展しています。こちらはこちらで、それが常識だと思っているから、教科書にも書かない。どの国の教科書にも載っていない、強烈な断層が、実は存在するわけです。

実は米国でも、それでは窮屈だと気づかれ始めたのかもしれない。伝統的なシャーマン法の常識を今さら変更するわけにもいかないので、より一般条項的な FTC 法 5 条を使って広げてはどうか、という意見があり、SEP / FRAND については事例も登場しています (Negotiated Data (N-Data) 事件の FTC 同意命令⁽⁸⁾, Motorola Mobility/Google 事件の FTC 同意命令⁽⁹⁾)。いま、この問題に限らず、米国では、FTC 法 5 条を用いた反トラスト法の拡張の是非、拡張するならガイドラインを作るか否か、等々が議論されています。これは、大風呂敷の図式を描くことが許されるなら、新参の EU 競争法に世界的覇権を奪われかけ、伝統的盟主が呻吟し、新たな展開を模索しているもの、と見ることもできるでしょう。米国反トラスト法のここ暫くの慎重さは、反トラスト法違反だとすれば 3 倍賠償・クラスアクションが漏れなく付いてくる、ということに原因があるように思われますが、FTC 法 5 条違反のうち、シャーマン法違反には該当しない独自

領域だとされれば、3 倍賠償・クラスアクションが付いてこないことになっているので、当局にはその意味での安心感もあるものと思われま

4 PAE

(1) PAE (patent assertion entity) に関する問題意識の高まり

PAE (patent assertion entity) という言葉は、2011 年 3 月の FTC 報告書⁽¹⁰⁾あたりから使われ始めた言葉のようです。それまでは NPE (non-practicing entity) という言葉が使われていましたが、みずから開発ライセンス等をする者(大学や半導体デザインハウスなど)を除くことを明確化するため、別の言葉が模索され、PAE に落ち着いたということのようです(同報告書 8 頁註 5)。PAE を「別名パテントトロール」と呼ぶことは、今でもおこなわれています。

PAE の対語として「operating company」という言葉が使われます。これは、事業をおこなっている会社、というほどの意味と思われま

す。もっと言うと、特許ライセンスは虚業で、特許を実施して何かを製造するのが実業、というニュアンスが含まれているようにも思われて、個人的には釈然としない言葉なのですが、米国の文献では普通に使っていますので、本稿では目をつぶって「事業会社」と訳しておくこととします。

米国では、PAE に対する競争法上の対応ということが大きな注目課題となっており、2012 年 12 月に司法省と FTC の共同のワークショップが開かれたほか、FTC 委員長等がスピーチをしたり、有力な論者が具体的問題をも交えた論考を公表するなどしています。2013 年 6 月には大統領 Executive Office からの文書も公表され、問題意識の大きさを窺わせています⁽¹¹⁾。

以下では、それらの文書等において懸念されている行為のうち、特に大きなものを 2 つ取り上げ、あわせて、日本法ではどうなるかについて簡単にコメントしていくことにしましょう。

(2) privateer (私掠船) 戦術

ア 行為の概要

PAE の関係で最も懸念されている行為は、事業会社が PAE に特許権を譲渡し、当該 PAE が、当該事業会社の競争者に対して権利行使をする、というものです (FTC の Ramirez 委員長スピーチ 6~7 頁⁽¹²⁾)。

「privateer」(私掠船) というネーミングで議論されておりますが、これは、歴史的に、国と国との戦争において民間の船をして敵国の船に対する略奪等をさせたということがあって、これになぞらえたネーミングであるようです。具体的な事例は多数にのぼるのですが、米国の文献では、具体例として、Microsoft と Nokia がつくった Mosaid が例として挙げられることが多いようです(前出の Carrier 論文、Popofsky/Laufert 論文⁽¹³⁾)。

このような戦術が取られて採られる理由としては、真の権利行使者が誰であるのかを分かりにくくすることができる、複数の PAE に分けて譲渡し当該複数の PAE が別々に権利行使をすれば競争者にとっての対応コストを高めることができる、事業会社でない者が権利行使をおこなっていることとすればクロスライセンス義務を回避・潜脱できる、アグレッシブな権利行使を原因とする悪評が事業会社に立つことを回避できる、事業会社が SEP について FRAND 宣言をしている場合にこれを回避・潜脱できる、といったことが挙げられています (Popofsky/Laufert 論文 3~6 頁)。

イ 行為それ自体に対する規制

米国反トラスト法によってこのような行為を問題にするには、まずはシャーマン法 2 条を考えることになると思われますが、ここでもやはり、前記 3 の排除者と被排除者との競争関係の論点を避けて通ることはできません (Rosch スピーチ 11~14 頁⁽¹⁴⁾)。伝統的な枠組みにおいては、事業会社が当該権利行使に関与していることが証明されなければ、シャーマン法 2 条違反とすることはできないでしょう。そのような場合には、前記 3 のように FTC 法 5 条の独自領域の問題とするほかはないことになると思われます。

日本独禁法ではどうか、ということですが、まず、他者排除行為として捉える場合と搾取行為として捉える場合とで分けたほうがよいでしょう。

他者排除行為として捉える場合には、排除型私的独占 (2 条 5 項) と不公正な取引方法の両方があり得ます。PAE による直接取引拒絶またはそれに準ずる行為、または、事業会社が PAE をして取引拒絶またはそれに準ずる行為をおこなわせている間接取引拒絶 (またはそれに準ずる行為)、として捉えることとなります。不公正な取引方法は、取引拒絶系のいろいろな項が適用可能となるでしょう。米国と違って、排除者と被排除者との間に競争関係が必要であるなどという

議論はありません。

他方で、PAE の、事業会社の競争者に対する搾取行為と受け止め、優越的地位濫用の規定（2 条 9 項 5 号）を用いるということは、あり得るでしょう。この場合も、両者の間の競争関係は不要です。

ウ 企業結合規制の活用

privateer（私掠船）戦術に対して企業結合規制で対応してはどうかということも、有力に主張されています。

米国反トラスト法では、クレイトン法 7 条によって対応することになります。そこでは、特許権を事業会社から PAE に移転することにより、特許権の行使に関するインセンティブが変化する（競争者に対する権利行使について積極的になる）ことに着目して、そのために反競争性が生じやすくなることを根拠に、事前規制である企業結合規制をおこなうことになると考えられます。ただし、この場合、買う側のみが規制対象で、売る側は規制対象外となることが指摘されています（Popofsky/Laufert 論文 12 頁）（東京弁護士会知的財産権法部での講演より後のものですが、EU の競争政策担当委員 Alumnia のスピーチ 4 頁でも同様のことが指摘されています⁽¹⁵⁾）。

日本独禁法でも、16 条を用いて企業結合規制すなわち事前規制をすることは可能です。16 条 1 項 2 号は行為要件として「他の会社の事業上の固定資産の全部又は重要部分の譲受け」と規定しており、この「固定資産」には無形資産を含む、と解説されています⁽¹⁶⁾。したがって、論理的には、事前規制が可能ですが、そのような特許権の譲渡が 16 条 2 項 2 号の届出義務を満たすか、という問題はあります。満たさない場合でも、問題を捕捉できれば、事前規制は可能ですが、実際問題としては、事後に企業結合規制を用いるということになるかもしれません。ただ、その場合でも、現実の他者排除行為を証明する必要がないという意味では、前記イの行為それ自体の規制（排除型私的独占や不正な取引方法）よりも独禁法違反を主張する側が有利という面はあります。

（3）根拠のない権利侵害警告

ア 行為の概要

PAE からの権利行使には、特許権は有効で確かに侵害もあるが競争政策の観点から問題である、というものも多いと思われるが、他方で、無効または非侵害であるにもかかわらず権利侵害警告がおこなわれ

る、というケースも多いようです（Ramirez スピーチ 9 頁）。

イ 米国での議論

このような行為によって市場の価格や品質が左右されるようになるならば米国でもシャーマン法 2 条が適用される可能性はありますが、そのような証明ができない（しない）場合であっても FTC 法 5 条で規制することは可能であるとされます。FTC 法 5 条は、日本でいう不正手段をも含む広範な違反要件を備えており、根拠のない権利侵害警告をそれだけの理由で違反とする余地を十分に持っているからです（Ramirez スピーチ 9 頁）。

ウ 日本法では

（ア）概要

日本法でも、米国法と同じで、価格や品質が左右されるようになるならば競争の実質的制限が成立するので私的独占と構成することもできますが、通常は不公正な取引方法の一般指定の 14 項で論じていくことになると思われます。一般指定 14 項は、独禁法の平成 21 年改正に伴う一般指定の改正より前には一般指定 15 項でしたから、過去の文献では一般指定 15 項と書かれているものです。

そして、一般指定 14 項は、広い範囲の他者排除行為を対象とする潜在性を秘めています。すなわち、何らかの行為をして、それが、みずからの競争者が顧客と取引することを「妨害」したということになれば、行為要件を満たしますし、もともと誹謗中傷などの不正手段を念頭に置いて導入された規定ですから根拠のない権利侵害警告はまさに本来の趣旨に関係する行為であるわけです。

そのようなわけで、一般指定 14 項は、根拠のない権利侵害警告で競争者を害しているといえればそれだけで違反とできますので、民事裁判でも使いやすい条文となっているのではないかと考えられます。民事裁判では、損害賠償請求が可能であるだけでなく、独禁法 24 条を使って差止請求をすることもできます。

（イ）実例

独禁法 24 条については、請求認容例がない、といわれ、そのようなイメージが告知・流布されているかもしれませんが、それが実像であるかどうかはなお検討の余地があります。

たとえば、独禁法 24 条には「著しい損害」という要件があり、これが請求認容を阻んでいる、といわれる

ことがしばしばありますが、請求棄却事例のほとんどは、そもそも問題となった行為が不公正な取引方法の違反要件を満たさない、という理由によるものです。また、最近では、被告が口頭弁論終結時において違反行為を取りやめているので差止めの必要性がない、という理由で請求を棄却するものが出てきていますが、これも「著しい損害」とは関係はありません⁽¹⁷⁾。

特に、一般指定 14 項の関係では、ドライアイス事件に言及すべきでしょう。この事件は仮処分による差止めが認容された事例で、判例データベースに収録されていますから誰でも入手することができます⁽¹⁸⁾。この事件は知的財産権に関連する事件ではなく、X が Y から仕入れたドライアイスを加工して売っていたところ、あるときからの X の売り方が Y との契約上の義務である競合避止義務に反するとして、そのことを Y が、X の取引先に告知・流布したため、X が Y の行為の差止めを求めた、という事案です。東京地裁決定は、契約の解釈をおこない、X の行為は競合避止義務には違反しないと結論づけるや、直ちに一般指定 14 項に該当すると判断し、更に、X の窮状を認定することで「著しい損害」の要件もクリアして、仮処分としての差止めを認容しています。この事案を全体としてみれば、契約の解釈の部分に争いのあり得るところだと思いますが、東京地裁決定の契約の解釈を所与の前提として独禁法の部分のみを切り取れば、根拠のない特許権侵害警告の観点から大いに参考となる事例ではないかと思えます。

なお、このドライアイス事件の東京地裁決定は、「初めての認容例」「唯一の認容例」といわれることが多いものと思いますが、いずれも表現としては微妙なところで、何人も閲覧することのできるわけではない仮処分事例では少なからぬ認容例があるとの声を聞くこともあります（その他のさまざまな状況について、拙稿の冒頭にまとめています⁽¹⁹⁾）。

(ウ) 不競法との異同

以上のように一般指定 14 項について述べてきましたが、ここまで述べてくると、しかしそれは不競法 2 条 1 項 14 号の虚偽の事実の告知・流布と重なっており不競法では 3 条で差止請求が可能なのであるから独禁法をわざわざ持つてくる必要はないのでは、という当然の疑問が出てくるものと思います。

その点についての私のこれまでの答えは、一般指定 14 項は不競法 2 条 1 項 14 号よりも広く、たとえば従

業員の大量引き抜きなどにも使える余地がある、というものでした。しかしこれは根拠のない権利侵害警告には関係のない話で、根拠のない権利侵害警告は虚偽の事実の告知・流布にあたりそうですから、やはり不競法は見えそうに見えるわけです。

そうしたところ、知財高裁の判決を少し見ておりましたら、この点に関して重要な示唆を与えるのではないと思われる最近の判決に接しました。保土谷化学工業対出光興産の知財高裁判決です⁽²⁰⁾。Y が、競争者 X から原材料を仕入れる A に対して権利侵害警告をし、それに根拠がなかったのに、原告 X が被告 Y に対して差止請求をした、という事案で、Y が A に伝えたのは、A が X から仕入れた原材料を加工するという行為が特許権侵害だということであった以上、そのような権利侵害警告は、A の行為に対するものであり、第一義的には X の行為に対するものではないので、特段の事情がない限り、X の「営業上の信用を害する」の要件を満たさないから、不競法 2 条 1 項 14 号による差止請求はできない、という判断です。

そのような観点から一般指定 14 項をみますと、一般指定 14 項には、「営業上の信用を害する」という文言はありません。そして、一般指定 14 項は、X の営業上の信用を害するか否かは別として、とにかく虚偽の事実を使って顧客を奪おうとする行為それ自体を不正として規制対象としているのだ、と解する余地が十分にあります（私はそう解します）ので、その意味で、一般指定 14 項は不競法 2 条 1 項 14 号より広い、ということになりそうです。

5 リバースペイメント

PAE の問題はこれくらいにして、最後の 3 つめ、リバースペイメントの問題に移り、ごく簡単に触れることとします。

2013 年 6 月、この問題について米国連邦最高裁判決がありました (FTC v. Actavis (2013))。

リバースペイメントの問題とは、一般的には、次のような問題です。ある分野での先行医薬品 (a brand-name drug) を出している A 社があります。それに対し、後発医薬品 (a generic drug) を出そうとする B 社があります。A 社の特許権が期間満了になる前に、B 社が、A 社の特許権は無効であるか、または、B 社の後発医薬品は A 社の特許権に対し非侵害である、という立場をとることがあります。この場合

に、A 社は B 社に対し特許権侵害訴訟を提起します（侵害訴訟を提起すれば後発医薬品の認可を自動的に遅らせることができるという米国のハッチ・ワクスマン法（Hatch-Waxman Act）のもとの特有の事情であるのかもしれませんが）。そのうえで A 社は、B 社と和解し、多額の金銭を支払って、B 社は後発医薬品を出さず、むしろ A 社の先行医薬品の販売拡張に協力する、ということを約束する場合があります。特許権侵害訴訟で和解したのに特許権者のほうが金銭を払うので、通常とは逆だからリバースペイメントと呼ばれ、また、後発医薬品の参入を遅らせるための金銭支払をするので pay-for-delay と呼ばれることもあります。

これはつまり、A 社と B 社の競争になってしまうより、A 社の独占を維持して A 社が独占利潤を獲得し、それを B 社との間で分けあったほうが、お互いにトクだ、というわけで、一種のカルテルです。

それに対し、A 社と B 社の側は、特許権の当然の権利行使だから競争法違反のカルテルではない、と主張します。

これが、リバースペイメントの問題です。参考文献としては、Actavis 最高裁判決の法廷意見 I A が、米国の制度について簡潔にまとめています。また、最高裁による上告受理決定より前のものですが、魂に訴える数々のスピーチを残した Rosch FTC 委員（当時）が、複数の控訴審判決の対立点など、最高裁判決前夜の状況を熱のこもった文面で解説していますので、参考になると思われます⁽²¹⁾。詳細はそれらに委ね、本日は最高裁判決のエッセンスをつまみ食いするだけにとどめます。

法廷意見は縷々述べていますが、結局、その本質は、特許権が絡む事件であっても、通常の反トラスト法上の判断要素と同じように、反競争性の程度や正当化理由（本件では特許権保護の必要性）の程度などを考慮して判断すべきであり、「特許権の排他性の範囲内のものであるから当然に正当化される」という主張に対して、「特許権の排他性の範囲内のものである」か否かは以上のような検討による結論の言い換えに過ぎない、とした点にあります（法廷意見 II A の第 1 点）。

つまり、特許権の排他性を神聖視しない、という、SEP / FRAND 問題や PAE 問題と共通する考え方を、米国連邦最高裁判決が述べたことに意義がある、ということです。

日本では、種々の規制等に照らすと、たとえば B 社

が参入しても A 社も B 社もそれなりに利潤を得られるから、わざわざリバースペイメントの和解契約をしてまで独占状態を維持しようとするインセンティブが生じないのだ、とも言われます。このように、本件だけに閉じた観点からすれば、現在の日本にとってあまり参考にはならないのかもしれないのですが、少なくとも、特許権の排他性の相対化という、製薬業界を超えた一般的な観点からは、重要な判決だと考えられます。

6 最後に日本独禁法について

リバースペイメント問題には以上のような日本特有の事情があるようですので別とするとしても、SEP / FRAND 問題や PAE 問題について日本の公取委から（今のところ）動きがないことを、どのように受け止めればよいでしょうか。

むかしは、国際的に注目され見解が先鋭に対立する問題にみずから切り込むことに及び腰なのではないか、という意見もありました。たとえば平成 10 年のマイクロソフト事件は、米国司法省も提訴していたブラウザの抱き合わせ（またはそれによる OS 市場での他者排除）については、違反ではないが警告、というよくわからない処理とし、正式事件としたのはドメスティックな日本語ワープロの事件のみでした⁽²²⁾。

尤も、最近では、公取委も自信を増し、様相が変わっている可能性はあります。

しかし、ひとつ、客観的に公取委を動きにくくさせている要因があるようにも思われます。それは、課徴金です。

平成 21 年改正により、排除型私的独占（7 条の 2 第 4 項）と、優越的地位濫用（20 条の 6）に、課徴金が導入されました。本日のテーマとの関係では、まずは排除型私的独占の課徴金に注目が集まるわけですが、平成 21 年改正の施行（平成 22 年 1 月 1 日）以来、排除型私的独占とされ課徴金が課された事件は 1 件もありません。JASRAC に対する排除型私的独占を根拠とする事件は、課徴金がなく排除措置命令しかなかった時代のものであり、これが今のところ最後の排除型私的独占の事件となっているのです⁽²³⁾。また、優越的地位濫用についても、こちらは政治的期待があるためか 4 件の課徴金納付命令がなされていますが、いずれも名宛人が不服で審判手続に移行し、課徴金制度があるゆえの非常に難しい審理がおこなわれている模様です。独禁法の優越的地位濫用規制の特別法的なもの

して下請法があり、最近では下請法が以前にも増して注目を受けているのですけれども、その背景には、優越的地位濫用を使えば課徴金を課さざるを得ないので課徴金なしですませることでできる下請法に当局の関心がますます流入しているという面もある、と分析することも、できるかもしれません。

このようにみると、特許権と独禁法の問題は、本日お話ししたような米国や EU の状況に学ぶということも大事ですが、厳罰主義をとって何でもとにかく課徴金の対象とする、という平成 21 年改正の際にとられた方向性が本当によいことであったのか、また、課徴金制度を置くとしても現在のような（二重処罰問題を意識したうえで）非裁量的制度として公取委を縛るのが本当によいことなのか、といった角度から論ずることも、同じように大事なことだと思われま

註

- (1) Michael A. Carrier, Patent Assertion Entities: Six Actions the Antitrust Agencies Can Take (January 30, 2013). CPI Antitrust Chronicle, Winter 2013, Vol. 1 No. 2. (<http://ssrn.com/abstract=2209521>)
- (2) 平成 11 年 3 月 10 日の特許庁審決（平成 9 年審判第 20756 号～第 20759 号）。北海道新聞社の行為は排除型私的独占に該当するとする公取委の排除措置命令は、この特許庁審決を暗黙の前提としたうえでなされました。公取委同意審決平成 12 年 2 月 28 日（平成 10 年（判）第 2 号）審決集 46 巻 144 頁〔北海道新聞社函館新聞〕。
- (3) 東京地判平成 25 年 2 月 28 日（平成 23 年（ワ）第 38969 号）判例タイムズ 1390 号 81 頁〔サムスン標準必須特許〕。
- (4) 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）第 2 の 1。
- (5) 公正取引委員会「独占禁止法に関する相談事例集（平成 24 年度）」（平成 25 年 6 月）事例 7〔バスターミナル利用条件〕。
- (6) Official Airline Guides, Inc. v. Federal Trade Commission, 630 F.2d 920 (2d Cir. 1980).
- (7) Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999).
- (8) FTC ウェブサイトの同事件のページ (<http://www.ftc.gov/enforcement/cases-and-proceedings/cases/2008/09/negotiated-data-solutions-llc-matter>) に掲げられたものうち、たとえば、2008 年 1 月 23 日の「Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment」などが、事案を知るのに好適だと思われま
- (9) FTC ウェブサイトの同事件のページ (<http://www.ftc.gov/enforcement/cases-and-proceedings/cases/2013/07/motorola-mobility-llc-and-google-inc-matter>) に掲げられたもの

のうち、たとえば、2013 年 1 月 3 日の「Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment」や「Separate Statement of Commissioner Rosch」などが、事案を知るのに好適だと思われま

- (10) Federal Trade Commission, The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies with Competition (March 2011).
- (11) Executive Office of the President, Patent Assertion and U.S. Innovation (June 2013).
- (12) Opening Remarks of Chairwoman Edith Ramirez, “Competition Law & Patent Assertion Entities: What Antitrust Enforcers Can Do” (June 20, 2013). (<http://www.ftc.gov/news-events/speeches>)
- (13) Mark S. Popofsky & Michael D. Laufert, “Patent Assertion Entities and Antitrust: Operating Company Patent Transfers” The Antitrust Source, April 2013. (The Antitrust Source は ABA Section of Antitrust Law のメンバーがウェブ上で追加料金なしで閲覧できる情報誌です。)
- (14) J. Thomas Rosch, “Patent Trolls: Broad Brush Definitions and Law Enforcement Ideas” (May 31, 2008). (<http://www.ftc.gov/news-events/speeches>)
- (15) Joaquin Almunia, “Intellectual property and competition policy” (9 December 2013). (<http://ec.europa.eu/competition/speeches/>)
- (16) 『新しい合併・株式保有規制の解説』（別冊商事法務 209 号、平成 10 年）8 頁。
- (17) 新潟地判平成 23 年 1 月 27 日（平成 20 年（ワ）第 701 号）審決集 57 巻第 2 分冊 361 頁〔ハイン対日立ビルシステム〕、東京高判平成 24 年 4 月 17 日（平成 23 年（ネ）第 8418 号）審決集 59 巻第 2 分冊 107 頁〔矢板無料バス〕。
- (18) 東京地決平成 23 年 3 月 30 日（平成 22 年（ヨ）第 20125 号）Westlaw Japan データベース 2011WLJPCA03306001〔ドライアイス〕。
- (19) 白石忠志「矢板無料バス事件について」ソフトロー研究 21 号（平成 25 年）。(<http://shiraishitadashi.jp/archives/2013-03yaita.pdf>)
- (20) 知財高判平成 25 年 3 月 25 日（平成 24 年（ネ）第 10059 号）〔保土谷化学工業対出光興産〕。
- (21) J. Thomas Rosch, “Pharmaceutical Patent Settlements and the Supreme Court” (September 21, 2012). (<http://www.ftc.gov/news-events/speeches>)
- (22) 公取委警告平成 10 年 11 月 20 日〔マイクロソフトブラウザ〕、公取委勧告審決平成 10 年 12 月 14 日（平成 10 年（勸）第 21 号）審決集 45 巻 153 頁〔マイクロソフトエクセル等〕。
- (23) 公取委命令平成 21 年 2 月 27 日（平成 21 年（措）第 2 号）審決集 55 巻 712 頁〔JASRAC〕、公取委審判審決平成 24 年 6 月 12 日（平成 21 年（判）第 17 号）審決集 59 巻第 1 分冊 59 頁〔JASRAC〕、東京高判平成 25 年 11 月 1 日（平成 24 年（行ケ）第 8 号）〔JASRAC〕。

以上
(原稿受領 2013. 12. 22)