

標準規格必須特許の権利行使に関する 調査研究報告書

平成 2 4 年 3 月

一般財団法人 知的財産研究所

要約

I. 序論

標準規格必須特許（標準規格に準拠した製品を製造し、又はサービスを提供するにあたって避けることのできない特許）の侵害を理由として、特許権者が差止請求権を行使する場合、標準規格に準拠した事業を行う者は、設備投資等を行った事業の継続が困難となるため、特許権者に対して著しく不利な立場にあり、そのような権利行使は、その後の企業の経営や、当該標準規格の普及そのものにも悪影響を及ぼす虞がある。

特に情報通信分野においては、「標準必須特許を用いた権利行使」として訴訟が係属（一部判決あり）しており、同分野においては、標準規格必須特許に関する事件への対応は、すでに喫緊の課題と言い得る状態に達している。

そのため、一定の場合に差止請求権の行使が制限されるべきであるという見解が登場するに至っているが、従来の調査においては、差止請求権の行使の制限に対しては、それを必要とする見解と慎重な見解が相半ば対立する状況となっている。

そのような「国内の実態について」説明をするため、（１）国内事例の報告と（２）国内アンケート及び国内ヒアリングの結果を紹介し、そこから、情報通信分野等における「標準必須特許を用いた権利行使」の現状に潜む問題点を明らかにした。

II. 標準必須特許の権利行使に関する諸問題

1. はじめに

第Ⅱ部では、第Ⅰ部の実態を踏まえて上で、各章において「標準必須特許の権利行使に関する諸問題」に言及する。その本部における議論の前提として、本調査研究委員会での議論をまとめている。その取りまとめを①標準必須特許の権利行使に関する諸利益（特許権の制限の必要性）、②特許権の制約原理（特許権の制限の許容性）、③差止請求権行使の制限手法（要件論）、④FRAND宣言の効力

（FRAND宣言と権利行使の制限との関係）及び⑤差止請求権行使の制限と金銭的請求との関係の観点から行っており、本部各章では、①から⑤の観点を踏まえた議論を展開する。

2. 標準規格をめぐる事業者利益と国家政策

「標準規格をめぐる事業者利益と国家政策」では、標準規格についての政策的な考慮要素について、情報通信審議会の最近の答申を素材として検討している。同答申は、デジタル化等の急速な進展、デジュール標準からフォーラム標準への標準設定の「場」の変化、いわゆるガラパゴス化に対する問題意識の高まり、そして各国の標準化活動に対する政策の変化、といった近年の動向を背景として、日本の標準化政策のあるべき姿を検討したものである。

本稿では、この答申が作成される過程で議論が交わされた論点を4点にわたって紹介し、論評を加えている。具体的には、第一に、標準策定に際して消費者の利益を勘案することの必要性、第二に、標準に採用される技術が自国のもの（日本企業が開発したもの）であることの意味、第三に、標準化のレイヤがインフラからアプリケーション、コンテンツに移行してきたか否か、第四に、標準化活動に対する政府の関与の在り方である。

これらの検討をふまえて、本稿では、標準化に対する政策のあり方には、競争政策的な側面と、産業政策的な側面とがあることを指摘する。競争政策的な側面とは、技術標準の設定によってそこに競争の場を生み出し、消費者（ユーザー）の利益を実現しようとするものである。他方、産業政策的な側面とは、標準化活動によって自国企業に利益が還元されるよう、政策によって誘導しようとすることを意味する。各国の政府は、この両側面の間で、それぞれに最適と考える均衡点を実現すべく、標準化活動を規制したり、支援したりしている。標準必須技術をめぐる知的財産法のあり方を考えるに当たっては、こうした点が、政策的な考慮要素として認識され、勘案される必要がある、と本稿では主張している。

（小塚 莊一郎）

3. 標準化と特許権－RAND条項による対策の法的課題－

標準化の活動機関が用いる RAND (Reasonable And Non-Discriminatory) 条項あるいは FRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) 条項は、標準化活動に参加しようとしている企業が現に取得していたり、将来、取得することが見込まれる特許にかかる技術を申告させたいと、合理的かつ非差別的な条項でライセンスをすることを求めようとする条項であり、アンチ・コモンズ問題の発生を可能な限り未然に防止しようとするものである。

標準化活動は世界各国の企業を巻き込んで展開されることが少なくない。その

結果、標準化機関によって採択された RAND 条項の有効性等、法的な課題に対して、いったいどの国、法域の法の下で判断するのかという準拠法の問題が生じることになる。標準化機関の採択する約款では、この問題を解決するために準拠法が指定されているが、そのような指定がいかなる者に対しても効力を有するのかということも問題となる。

法廷地が日本であった場合、RAND 条項がどのような要件の下で契約当事者外の第三者である標準化技術の利用者にどのような効力を及ぼすことになるのかということは、日本法の下で判断されると解される。その場合、具体的に吟味されるのは、第三者のためにする契約を規律する日本民法 537 条である。RAND 条項は、標準化に伴う問題、なかでもアンチ・コモنز問題とホールド・アップ問題に対する対策として取引上必要とされる。他方、RAND 条項は、受益者である標準化技術の利用者に対して実質的に新たな負担を課すものということはいできない。RAND 条項は、特許権者を諾約者、標準化機関を要約者、標準化技術の利用者を受益者とする、第三者のためにする契約に該当すると解される。

しかし、そのように解した場合でも、RAND 条項の解釈問題として、同条項が受益者に通常実施権を付与するものであるのか、それとも単に特許権者に対して誠実交渉義務を課すに止まるのかということが問題となる。2011 年特許法改正の下では、RAND 条項が、第三者のためにする契約と理解されて通常実施権が発生するのか、あるいは、単に誠実交渉義務が定められているに止まるのかといったことが問題となる。通常実施権であれば、特許権の新譲受人に対しても対抗できるが、誠実交渉義務等の一般の債権債務関係であれば、一般原則に従って対抗不可となるので、その区別が重要な争点となる。

(田村 善之)

4. 差止請求権の制限可能性—理論的帰結と標準技術を巡る実務的課題への対応可能性

技術標準に係る特許権の権利行使を巡る実務的課題として、標準化過程における特許権者の不正行為の介在、ライセンス供与条件の変更・撤回等が存在していることを背景に、特許権行使を行う状況を捉えた場合、第三者に対してもっとも大きな影響を生じさせる差止請求権の行使について、その行使制限を行うことの可能性について理論的観点からの検討を行い、次に、その帰結として、差止請求権の制限が理論的に可能であるとした場合、どのような法的根拠によるのか、また具体的にはどのような implementation が可能であるのかという点について

検討を行った。

差止請求権行使の制限の理論的検討としては、経済学的効率性の観点及び特許権の権利生成過程の観点という2つの異なる観点から考察を行い、特許権を根拠とする差止請求権の行使については、たとえ特許権が有効であることを前提として、なおかつ形式的に特許権侵害行為が存在していることをもってしても、無制限にその行使が許容されるということまでを根拠付けることは理論的には困難と考えられる、との結論を得た。このことは、特許権侵害行為に対しては本来常に差止請求権の行使が可能であることを前提としつつも、個別具体的な事実関係の下に限って権利濫用法理の適用によって差止請求権行使の制限が許容されるということとは本質的に意味が異なるものと考えられる。

次に、技術標準の策定の文脈における差止請求権の行使については、当該特許権者について、標準規格関係集団・活動とは必ずしも全く無関係でないことも少なくないこと、特許発明あるいは関連技術について実施の有無という観点からも完全なる不実施とは断じえないこと、というところに特徴が見出せるものと考えられ、差止請求権行使の制限の要件を考える上でも留意すべき事項といえることを指摘した。

最後に、差止請求権行使を制限しうることを、法制度上はいかにimplementation(実装化)すべきか、ということについては、現行法の解釈論上、文理解釈としては若干困難と考えられ、理論的に可能としても、具体的な要件あるいは要素をどのように確立するのかという問題が残り、立法論としては、かなり抽象的な要件をもって明文化するか、差止請求を認容するに際して考慮すべき要素を条文上ある程度明記することによって実現する程度しか期待できないのではないようにも考えられ、少なくとも、侵害行為による特許権者への影響の程度、特許権者と侵害者の間の負担バランスという2つの要素についての評価を取り入れるという考え方は検討に値すると考えられる、との結論を得た。

いずれにせよ、差止請求権の行使制限のための法理形成は一朝一夕に成せるものではなく、技術標準を巡る実務的課題の解決に際しては、異なるアプローチからの解決の模索も重要であると考えられる。

(平嶋 竜太)

5. 裁定実施権の活用について

わが国においては、特許法の裁定実施権（特許法 83 条、92 条、93 条）の規定にもかかわらず、実際に裁定が下された事例は 1 件もない。これまでなされた裁定請求については、いずれも裁定に至る前に取り下げられている¹。

技術標準の必須特許の場合に最も活用の可能性があるのは、公共の利益のための裁定実施権（特許法 93 条）であろう。しかし注意を要するのは、技術標準ないし標準規格の公益性と、具体的事案における対象製品等の公益性は同一ではないということである。特定の対象製品等の製造・販売等が差止められようとしても、直ちに特許法 93 条 1 項にいう「公共の利益のため特に必要であるとき」にあたるとは言い難い。そのほか、裁定実施権の条件としての実施料率をどのように算定すべきか等の問題がある。

技術標準に関する必須特許権はいわゆる NPE（non-practicing entity）が保有する場合も多いため、権利者不実施の場合の裁定実施権（特許法 83 条）の活用は考えられる。しかし、事業判断として当該事業から撤退したため不実施となるに至ったような場合は、不実施について特許法 85 条 2 項の「正当な理由」がないということは難しいのではないかと。

わが国の法制では、裁定実施権は行政機関（特許庁長官または経済産業大臣）が裁定することとなっている。しかし比較法的には、強制実施権を司法機関が付与するものとする法制があり、また中国では、侵害訴訟において特許権侵害が認められた場合に、差止めを認めない代わりに一定額の使用料の支払いを裁判所が命じる判決がなされた事例がある。

裁定実施権の制度がほとんど活用されていないわが国の現状にかんがみるならば、司法機関に裁定の請求を求めることができるものとする制度は、立法論として積極的に検討するべきではないかと思われる。

（木村 耕太郎）

Ⅲ. 情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用

独占禁止法は、独占に伴う弊害を防止、除去し、競争的な経済環境の創出・維持を目指すものである。他方、知的財産権制度は、情報の独占を許容することにより、情報創作者の利益を保護し、それによって、発明や創作に対するインセン

¹ 知的財産研究所「特許権の効力の例外及び制限に関する調査研究報告書」（平成 17 年 3 月）100 頁。

ティブを高め、産業の発展を促すものである。競争環境の整備も、また、発明等の創作の保護も、ともに国民経済の発展を目的としている。このことから、両者は、車の両輪と例えられ、基本的に同一の方向を向いているかのように言われている。

しかし、現実には、両者の方向性は同一でない場合も多く、両者の間に矛盾抵触が生じることもある。このような場合に、両者をどのように調整していくのか、が問題となる。これは例えば、知的財産権の行使に対し、独禁法違反を抗弁として主張し、かかる権利行使を制限することは可能か、という問題として、先鋭的に現れている。

ところで、わが国の独占禁止法は、「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」としている（独占禁止法 21 条）。この規定によれば、個々の問題について、知的財産法上の要件を満たしていれば「正当な権利行使」となり、独占禁止法の適用は除外されるようにも見える。過去、この規定をめぐっては様々な解釈が試みられているが、独占禁止法と知的財産制度の価値原理の調整は難しい問題であり、解決の糸口を見出すのは必ずしも容易ではない。

そこで、本稿では、近時、特許権を悪用した不当な独占的地位の形成・維持・強化を規制しようとしている米国において、とりわけ、情報通信技術にからむ多くの事件で、標準設定にからんだ特許権の不当な行使が問題となっていることに鑑み、米国法を主に手がかりに、情報通信技術、なかんずく特許権と競争法（独占禁止法）の関係について考察した。

（林 秀弥）

IV. 標準化団体の運営に関する諸問題

「標準化団体の運営に関する諸問題」では、一般社団法人電波産業会（ARIB）を例にあげ、標準化団体の活動と運営の概要並びに標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセスを説明している。

本稿では、先ず、情報通信に関する標準をデジュール標準、フォーラム標準並びにデファクト標準の 3 つに分類し、ARIB で策定する標準がどれに分類されるかを示している。

標準化団体の活動と運営については、ARIB の設立の経緯と最近の動向を述べるとともに、ARIB における標準化に関連する事業及び活動の概要、組織構成、標準化作業の流れ並びに ARIB が策定する標準規格の概要及び国が策定する技術

基準との関係について述べている。

また、ARIB の規格会議における標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセスについて述べるとともに、その元になった ITU/ISO/IEC 共通の知的財産権の取扱いに関する方針策定の歴史を紹介している。

最後に、標準化の対象となる技術の多様化に伴う標準化団体の運営に関する諸問題についても言及している。

(佐藤 孝平)

V. おわりに

本報告書では、標準規格にかかる「必須特許」による差止請求権の行使にかかる新たな実態把握と共に、どのような問題があり、また今後どのような対応をなすべきかを主として法的観点から分析し、その結果を示している。以下ではこれを補完するかたちで、経済学的な観点から問題の所在を整理すると共に、今後の研究課題について述べることにしたい。

第一に、標準規格にかかる「必須特許」による差止請求訴訟が近年何故重要になってきたかである。標準規格にかかる「必須特許」による差止請求訴訟は、本報告書で示したように、海外でのみならず国内でも事例が見られるようになっており、その在り方については、国内企業の関心も大きく高まっている。米国司法省は、最近(2012 年 2 月)アップル、マイクロソフト及びグーグル社による企業買収や特許買収が競争に与える影響の調査を終了したが²、その焦点は買収ターゲットである Motorola Mobility 及び Nortel 社の標準関連必須特許が、今後も RAND 条件で引き続きライセンスされるかどうかであった。そこでは、標準必須特許にかかる権利行使の在り方が携帯電話、PC やタブレットなど無線機器産業の市場競争に大きな影響を与えると認識されている。このような標準必須特許の重要性の高まりの背景には、インターネットの急速な普及によって、様々な情報を標準化した方式で蓄積し、伝達し、処理を行うことの価値が非常に高まっていること、同時に標準技術に技術革新の特許化された成果が活用されていること、更に特許権を保有する企業が製造業から特許管理会社など NPE(特許を自らは実施していない権利保有企業)に多様化していることなどがあると考えられる。

第二に差止請求権の役割と問題である。差止請求権³は特許化された発明の経

² http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/280190.htm [最終アクセス日：2012.03.26]

³ 特許法第 100 条 「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」

済的な価値をライセンス対価に反映させる上で非常に基本的な役割を果たしている。発明の経済的な価値は、発明を利用できなかった場合に得られる経済価値と利用できた場合に得られる経済価値の差であり、差止請求権の存在が、ライセンス交渉の結果こうした差をライセンス価格に反映させる原動力となっている。加えて差止請求権の存在によって、他者の特許権を実施したい者が特許権者と事前にライセンス交渉を行ってライセンスを受けることが促されるので、発明への対価を確保する仕組みとしても機能している。特許出願あるいは登録された発明は公開されており、誰でもその内容を知ることができるため、もし損害賠償制度しか無い場合には権利者は損害賠償請求をすることで初めて収入を得ることが可能となるのであり、発明への対価を十分確保することが困難となる可能性がある。差止請求権のこのような機能は、権利者が事業者であっても NPE であっても共通して重要である。

しかしながら、技術標準にかかる必須特許が多数存在する場合には、差止請求権が、発明の経済的な価値をライセンス対価に反映させる仕組みとして適切に機能しない可能性がある。その原因として、以下の二つの要因が重要だと考えられる。第一に、個別の必須特許による差止請求権の行使によって、技術標準全体が利用できなくなる危険性があり、その場合、個別の特許に差止請求権が存在することが当該特許の価値からして過大なライセンス対価の要求につながりうる。各必須特許のこのような過大な対価が累積されることで、標準技術自体の活用が過大に制約される危険性がある。第二に、標準規格にかかる必須特許が利用者の事業投資のタイミングより前に認識されライセンス交渉がされるのではなく、標準が普及した後の事後的なライセンス交渉となる場合にも、過大なライセンス対価の要求につながる危険性がある。差止請求を受けた企業にとって、技術の変更による侵害回避が困難であること、また標準の利用のために行っている大きな事業投資がサンク(埋没費用)であることから、高額ライセンス料を支払っても必須特許を使う誘因が存在するからである。

こうした問題の存在を反映して、技術標準の成立過程においては、標準の必須特許が RAND 条件でライセンスされるコミットメントがなされた上で、標準が採択される手続きを踏んでいる。しかしながら、RAND 条件は個別の特許権者のコミットメントであり、必須特許全体として合理的な価格になることが保証されない。また、標準の必須特許は標準が策定された段階では確定されていないことが通例である。標準作成に参加した企業自体が標準の必須特許を開示していないことも往々にしてあり、必須特許を第三者が保有している可能性もある。また、特

許権者が必須だと主張していても必須であるとは限らない⁴。必須特許のライセンスがクロス・ライセンスのプールに入っていると、特許権者自身が必ずしも必須特許を明確にした上でライセンスを事前に求めているとは限らない。こうした状況にあるため、技術標準を利用する事業者が事業投資を始める前に技術標準に関連した必須特許の全てのライセンスを受ける状況にはなっていない。

事後的に必須特許が認識された場合も、RAND 条件でのライセンスが円滑に実現すれば、差止請求権の行使が現実になされることはないわけであるが、国内の事例を含めて、実際には、事後的な差止請求訴訟が多数起きている。その原因についてはまだ必ずしも明らかになっていない。開示あるいは事前の特許調査が不十分であったことに起因するもの（例えば、特許を標準化活動で意図的に開示せずに、差止請求を行う、あるいは特許調査によって発見されなかった第三者特許など）に加えて、以下の候補を指摘することができる。第一に、必須特許が企業間で移転された場合に、新たな権利者が RAND 条件によるライセンス義務を継承していないと認識していると、差止請求権を梃子とした高額のロイヤルティを要求する可能性がある。第二にこれと関連して、特許権が事業の実施企業から特許管理会社等の非実施企業 (NPE) に移転された場合には、非実施企業は差止請求権によって交渉力が強まるので、それをライセンス対価に反映させるために、差止請求権が利用されている可能性がある。第三に、RAND 条件によるライセンス自体には権利者がコミットしていてもその内容が明確ではないので、利用者から見ると高額のロイヤルティが要求される可能性がある。

残された研究課題も多い。例えば、第一に実態把握として、技術標準の利用に全体としてどの程度のロイヤルティを支払うことになっているのか、またこれがロイヤルティの累積で「過大」となっているかどうかである。この点は、パテント・プールやクロス・ライセンスによって累積ロイヤルティの問題を緩和する努力がされており、これがどのような効果を持っているかの問いと密接に関連する。第二に、訴訟となっている事例について、当該必須特許がどの時点で認識されたか、特に標準化過程で認識され RAND 条件のコミットメントをしていたかどうかの実態把握である。第三に、RAND 条件の在り方である。現在提起されている訴訟には、権利者と利用者において RAND 条件の理解が異なることに原因があると考えられる事例も見られる。裁判所や行政機関が、権利者が過大なロイヤルティを請求しているかどうかを判断する上でも、RAND 条件の明確化が重要である。これは長く指摘されてきている課題である。第四に、損害賠償制度の在り方である。仮に差止請求権を制限した場合、妥当な対価を損害賠償制度で実現できるか、

⁴ 特許プールは必須特許の第三者による評価の仕組みを導入しているが、申請があった特許の過半は必須特許と認定されていない。

そうでない場合、どのような制度が必要かである。

以上問題の所在を整理すると共に、今後の研究課題について述べてきたが、これらの点については引き続き検討されることを期待する。

(長岡 貞男)

はじめに

特許法の法目的は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、産業の発達に寄与することにある。そのための手段として、特許権は排他権として規定されている。

特許権を取得した者が、それを実施するための事業を営み、また実施することができていた状況下では、特許権者に排他権を付与したとしても、それが産業の発達を促進し、阻害することなかったため、排他権の付与は、産業の発達のための妥当な方策として、受け止められていた。

一方、今日では知的財産権の流通及び資産活用が活発化しており、特許権者の態様も非事業者を含む形で多様化している。また、電気・情報通信における標準化技術に代表されるように、共通の技術の利用が妨げられることにより、産業の発展が阻害され得るような産業分野も見受けられる。

このような状況を受け、特許権の効力の在り方、特に差止請求権の行使に対して懐疑的な見方も見受けられるようになり、多々、検討と議論がなされてきている。当研究所においても、平成 19 年度「日米韓における特許権の行使に関する諸問題についての調査研究」、平成 20 年度「産業の発達を阻害する可能性のある権利行使への対応策に関する調査研究」、平成 21 年度「イノベーションの創出に資する知的財産権制度の在り方に関する調査研究」、平成 22 年度「権利行使態様の多様化を踏まえた特許権の効力の在り方に関する調査研究」等を行ってきた。

本報告書は、今年度、株式会社 NTT ドコモ様からの資金協力を得て、主として電気・情報通信における標準化必須特許の権利行使における国内の実態を踏まえ、調査検討を行った成果をまとめたものである。

本報告書が標準化必須特許の権利行使の在り方の検討の一助となれば幸いである。最後に、本調査研究の遂行にあたり、貴重なご意見、ご指導及びご協力頂いた関係各位の方々に、この場を借りて深く感謝する次第である。

平成 24 年 3 月
一般財団法人 知的財産研究所

「標準規格必須特許の権利行使に関する調査研究委員会」
委員会名簿

【委員長】

長岡 貞男 一橋大学 イノベーション研究センター教授

【委員】

亀井 正博	富士通株式会社	知的財産権本部長
小塚 莊一郎	学習院大学	法学部教授
佐藤 孝平	一般社団法人電波産業会	常務理事
竹田 稔	竹田・長谷川法律事務所	弁護士
田村 善之	北海道大学大学院	法学研究科教授
林 秀弥	名古屋大学大学院	法学研究科准教授
平嶋 竜太	筑波大学大学院	ビジネス科学研究科教授
宮内 弘	株式会社東芝	知的財産部長
守屋 文彦	ソニー株式会社	VP 知的財産センター長

(敬称略 五十音順)

【オブザーバー】

木村 耕太郎 牛鳴坂法律事務所 弁護士

【事務局】

大森 陽一	一般財団法人	知的財産研究所	専務理事
天野 斉	一般財団法人	知的財産研究所	研究第二部長
岩井 勇行	一般財団法人	知的財産研究所	統括研究員
清水 将寛	一般財団法人	知的財産研究所	研究員
内田 剛	一般財団法人	知的財産研究所	研究員
齊藤 博紀	一般財団法人	知的財産研究所	研究員

目次

要約

はじめに

委員会名簿

I.	序	1
1.	本調査研究の背景・目的	1
2.	国内の実態について	5
(1)	国内事例の報告	5
(2)	国内アンケート及び国内ヒアリング	10
II.	標準必須特許の権利行使に関する諸問題	46
1.	はじめに - 委員会における議論のまとめ -	46
(1)	標準必須特許の権利行使に関する諸利益 ：特許件の制限の必要性	46
(2)	特許権の制約原理：特許権の制限の許容性	47
(3)	差止請求権の制限手法：要件論	47
(4)	FRAND 宣言の効力：FRAND 宣言と権利行使の制限との関係	48
(5)	差止請求権行使の制限と金銭的請求との関係について	49
2.	標準規格をめぐる事業者利益と国家政策	51
(1)	本章の目的	51
(2)	標準規格を取り巻く昨今の状況	51
(3)	主要な論点	54
(4)	標準化の政策上の意義	58
(5)	結論	60
3.	標準化と特許権 - RAND 条項による対策の法的課題 -	62
(1)	序	62
(2)	準拠法	63
(3)	第三者のためにする契約	72
(4)	特許権譲渡後の RAND 条項対抗の可否	82
4.	差止請求権の制限可能性 - 理論的帰結と標準技術を巡る実務的課題への 対応可能性	86
(1)	検討の前提	86
(2)	差止請求権の制限 - 理論的検討	86

(3)	現実問題への対峙	
	- 技術標準における差止請求権行使が問題となりうる局面	95
(4)	差止請求権行使制限の implementation (実装化)	
	のあり方について	96
(5)	技術標準を巡る課題の文脈に限定した対応策	100
(6)	まとめ	102
5.	裁定実施権の活用について	103
(1)	序論	103
(2)	わが国の裁定実施権制度の現状	103
(3)	公共の利益のための裁定実施権	104
(4)	権利者不実施の場合の裁定実施権	107
(5)	司法権との関係	108
III.	情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用	109
1.	はじめに:本稿の問題意識	109
2.	米国事例の概観	111
3.	日本の状況	117
4.	欧州の状況:EU 機能条約 101 条水平的協力協定ガイドライン	119
5.	まとめにかえて	122
IV.	標準化団体の運営に関する諸問題	124
1.	標準化団体の一例	124
(1)	ARIB における活動・運営の概要	124
(2)	ARIB での標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセス	128
2.	ITU/ISO/IEC 共通の知的財産権方針	130
3.	標準化団体を取り巻く問題点	132
4.	まとめ	133
V.	おわりに	134

【資料編】

I.	国内アンケート概要	139
II.	国内アンケート質問票	143
III.	国内アンケート結果（単純集計）	159
IV.	国内アンケート結果（クロス集計①）	181
V.	国内アンケート結果（クロス集計②）	203

本報告書は、委員会での議論をもとに各委員が執筆している。執筆の分担は以下の通りである。

- I. 事務局
- II. 1. 事務局
- 2. 小塚 莊一郎 委員
- 3. 田村 善之 委員
- 4. 平嶋 竜太 委員
- 5. 木村 耕太郎 オブザーバー
- III. 林 秀弥 委員
- IV. 佐藤 孝平 委員
- V. 長岡 貞男 委員長

本調査研究は、一般財団法人 知的財産研究所 清水 将寛 研究員（主担当）、内田 剛（主担当） 研究員、齊藤 博紀 研究員（副担当）、岩井 勇行 統括研究員 及び天野 斉 研究第二部長、が担当した。

I. 序論

1. 本調査研究の背景・目的

標準規格必須特許（標準規格に準拠した製品を製造し、又はサービスを提供するにあたって避けることのできない特許）の侵害を理由として、特許権者が差止請求権を行使する場合、標準規格に準拠した事業を行う者は、設備投資等を行った事業の継続が困難となるため、特許権者に対して著しく不利な立場にあり、そのような権利行使は、その後の企業の経営や、当該標準規格の普及そのものにも悪影響を及ぼす虞がある。

たとえば、情報通信技術（ICT）の分野では装置間の相互接続やコスト削減を目的として技術の標準規格化が進んでいるが、技術発展やネットワーク化により、一つの標準規格に数百件～数千件の必須特許が存在するケースも登場している。その一方で、規格の策定に参加していた者が、自己の必須特許の存在を明らかにしないで規格の確立後に権利を行使するという、ホールド・アップ問題が従来から認識されている。

また、必須特許の特許権者にとって、標準規格に準拠した製品は特許権侵害の主張立証が容易である一方で、事業会社は設備投資等をした結果、当該標準規格以外の技術を採用することは難しい。そのため、標準規格必須特許の侵害を理由として差止請求権を行使された場合には、事業会社は交渉上著しく不利な立場となる。

近年では、産業界の再編に伴って事業撤退や特許権の処分が進んでいるが、その結果、必須特許の利用可能性を確保するために標準化団体に対して標準化の参加者の行った FRAND（Fair, Reasonable, and Non-discriminatory terms）宣言が無意味化されるケースや、事業を行わないためクロス・ライセンス等のライセンス交渉に対する誘引の弱い NPE（Non Practicing Entity）に必須特許が譲渡されるケースがあり、上記の問題を深刻化させている。

特に情報通信分野においては、「標準必須特許を用いた権利行使」として訴訟が係属（一部判決あり）しており、同分野においては、標準規格必須特許に関する事件への対応は、すでに喫緊の課題と言い得る状態に達している。

そのため、一定の場合に差止請求権の行使が制限されるべきであるという見解が登場するに至っているが、下記の通り従来の調査においては、差止請求権の行使の制限に対しては、それを必要とする見解と慎重な見解が相半ば対立する状況

となっている⁵。

以上のような我が国における技術標準化や権利行使に関する問題は、知的財産権制度の重要な課題であると認識されており、すでにいくつかの調査研究が実施されている⁶。

また、平成 23 年 2 月に公表された「産業構造審議会 知的財産政策部会 特許制度小委員会 報告書『特許制度に関する法制的な課題について』」においては、「いわゆる『パテントトロール』や国内外の技術標準をめぐる権利行使の実態、諸外国における議論、国際交渉や我が国における判例などの動向を踏まえつつ、差止請求権の在り方について多面的な検討を行うことが適当であるとの指摘がなされた」旨明記されている。

そこで、本調査研究は、上記実情を踏まえたうえで、特に情報通信分野における「標準必須特許を用いた権利行使」について産業発展への影響を分析した上で、上記課題解決のために差止請求権等の権利行使のあり方について検討を行い、提言を行うものである⁷⁸。

本調査研究報告書は、以上のような観点から特許権の権利行使の問題を検討するために組織された「標準化必須特許の権利行使に関する調査研究」委員会（以下、「本調査研究委員会」という。）における議論をもとにまとめられたものであ

⁵ 産業構造審議会 知的財産政策部会 特許制度小委員会 報告書「特許制度に関する法制的な課題について」の第 54 頁においては、「②技術標準におけるホールド・アップを引き起こす権利行使がなされる場合」に、「(a)制限の必要性があるとする意見」と「(b)制限に慎重な意見」が併記されている。

⁶ 例えば、特許庁産業財産権制度問題調査研究報告書としては、弊所の調査成果である「技術標準化、パテント・プール、そして競争政策」（平成 15 年度）・「特許権の効力の例外及び制限に関する調査研究」（平成 16 年度）・「技術標準化プロセスでの知的財産権の行使と競争政策」（平成 18 年度）・「日米韓における特許権の行使に関する諸問題についての調査研究」（平成 19 年度）・「産業の発達を阻害する可能性のある権利行使への対応策に関する調査研究」（平成 20 年度）・「イノベーションの創出に資する知的財産権制度の在り方に関する調査研究」（平成 21 年度）・「権利行使態様の多様化を踏まえた特許権の効力の在り方に関する調査研究」（平成 22 年度）等がある。

また、経済産業省委託事業としては、株式会社三菱総合研究所の調査成果である「先端技術分野における技術開発と標準化の関係・問題に関する調査報告書」（平成 20 年度）等がある。

⁷ 「これまで権利濫用法理に基づいて特許権に基づく差止請求を制限した事例は存在していない。ただし、特許権侵害に基づき製品の販売等の差止めを求めた仮処分申立てにつき、無効理由が存在することは容易に知り得たこと、仮処分申立てが原告に圧力をかけることにあつたとみられること等に鑑み、権利の濫用としての違法と判示した事例は存在する。（東京地判平成 18 年 3 月 24 日判時 2028 号 125 頁参照。）なお、本件の控訴審判決は「権利濫用」であるか否かについては判示しなかったものの、当該仮処分申立ては「特許権侵害に基づく権利行使という外形を装っているものの、（中略）著しく相当性を欠くものと認められる。」と述べている（知財高判平成 19 年 10 月 31 日判時 2028 号 103 頁参照。）」（産業構造審議会知的財産政策部会特許小制度委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」平成 23 年 2 月第 55 頁。）。

⁸ 「特許権の濫用であると主張されたものの、かかる抗弁を否定して差止請求を容認した裁判例は存在している（知財高判平成 18 年 1 月 31 日民集 61 卷 8 号 3103 頁参照）。また、東京地判平成 19 年 10 月 26 日（平成 18 年（ワ）第 474 号）では、被告により、当事者間の和解交渉の経緯と、技術的意義は低い権利であることを併せ根拠として、差止請求権の行使が権利の濫用であると主張されたが、判旨は『特許法は、特許権侵害の要件が満たされれば、発明の技術的価値の高低にかかわらず、特許法所定の保護を認めている。』として、そのような主張を容れなかった。」（産業構造審議会知的財産政策部会特許小制度委員会報告書「特許制度に関する法制的な課題について」平成 23 年 2 月第 55 頁～56 頁。）。

る。以下では、本調査研究報告書の各章について概要を述べる。

まず、本章に続く第Ⅰ部第２章では、「国内の実態について」説明をするため、（１）国内事例の報告と（２）国内アンケート及び国内ヒアリングの結果を紹介する。そこから、情報通信分野等における「標準必須特許を用いた権利行使」の現状に潜む問題点を明からにする。

第Ⅱ部では、第Ⅰ部の実態を踏まえて上で、各章において「標準必須特許の権利行使に関する諸問題」に言及する。

第１章「はじめに」では、本部における議論の前提として、本調査研究委員会での議論をまとめている。その取りまとめを①標準必須特許の権利行使に関する諸利益（特許権の制限の必要性）、②特許権の制約原理（特許権の制限の許容性）、③差止請求権行使の制限手法（要件論）、④FRAND 宣言の効力（FRAND 宣言と権利行使の制限との関係）及び⑤差止請求権行使の制限と金銭的請求との関係の観点から行っており、本部各章では、①から⑤の観点を踏まえた議論を展開するものである。

第２章「標準規格をめぐる事業者利益と国家政策」では、標準規格を取り巻く昨今の状況について、情報通信審議会の問題意識を紹介し、標準化答申の作成に至る審議の過程でどのような議論が行われたかを、いくつかの重要な論点に絞って検討している。その上で、標準化について考える際の視点はどのようなものであるべきかについて考察するものである。

第３章「標準化と特許権－RAND 条項による対策の法的課題－」では、RAND 条項を活用することで、特許性の根本的な変革を招来するような解釈論を展開することなく、紛争を迅速かつ簡便に解決することが期待されるなかで、RAND 条項の活用が惹起する法的な諸課題を議論するものである。

第４章「差止請求権の制限可能性－理論的帰結と標準技術を巡る実務的課題への対応可能性－」では、以下の複数の点について検討を行なった。まず、技術標準に係る特許権の権利行使を巡る実務的課題を踏まえて、標準化過程における特許権者の不正行為の介在、ライセンス供与条件の変更・撤回等が存在していることを前提とする。その後、特許権行使を行うことを前提とした考えた場合、もっとも第三者への影響を生じさせうる差止請求権の行使について、その行使制限を行うことの可能性について理論的観点からの検討を行う。次に、その帰結として、差止請求権の制限が理論的に可能であるとした場合、どのような法的根拠によるのか、また具体的にはどのような実装が可能であるのかという点についても検討

を行うものである。

第5章「裁定実施権の活用について」では、技術標準の必須特許の利用により生じる問題の解決のために、わが国の特許法に存在する裁定実施権の制度（権利者不実施の場合（特許法83条）、利用関係に基づく場合（同92条）、および公共の利益のため特に必要な場合（同93条））が活用できるかの検討を行うものである。

第Ⅲ部「情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用」では、特許権を悪用した不当な独占的地位の形成・維持・強化を規制しようとしている米国において、とりわけ、情報通信技術にからむ多くの事件で、標準設定にからんだ特許権の不当な行使が問題となっていることに鑑み、米国法を主に手がかりに、情報通信技術、なかんずく特許権と競争法（独占禁止法）の関係について考察するものである。

第Ⅳ部「標準化団体の運営に関する諸問題」では、標準化団体の一例として、AIRBにおける活動・運営の概要及びITU/ISO/IECが共通の知的財産権の取扱いに関する方針を定めるに至った歴史について説明する。その上で、今日の標準化団体を取り巻く問題点についても説明するものである。

以上のように第Ⅰ部～第Ⅳ部では、標準規格にかかる「必須特許」による差止請求権の行使にかかる新たな実態把握と共に、どのような問題があり、また今後どのような対応をなすべきかを主として法的観点から分析し、その結果を示している。

第Ⅴ部「おわりに」では、上記を補完するかたちで、経済学的な観点から問題の所在を整理すると共に、今後の研究課題について述べるものである。

以上、諸点について本調査研究委員会における議論の成果を開陳し、読者諸兄のご指摘・ご批判を承り、また、本調査研究報告書が、今後の本テーマについての検討の基礎資料として活用されることを期待したい。

2. 国内の実態について

(1) 国内事例の報告

-ITC 分野における標準必須特許の権利行使に関する国内事例-

我が国における技術標準化や権利行使に関する問題に関する従来の調査においては、標準規格必須特許に関する事件が、欧米等では顕在化しているが、国内においては顕在化していないという前提で検討が進められている。

しかし、我が国においても、特に情報通信分野において「標準必須特許を用いた権利行使」として訴訟が係属（一部判決あり）しており、同分野においては、標準規格必須特許に関する事件への対応は、すでに喫緊の課題と言い得る状態に達している。

そこで、本節では、「標準必須特許を用いた権利行使」について産業発展への影響を分析する前提として、情報通信分野における標準必須特許の権利行使に関する国内事例についてその概要を述べる。

(i) 東京地裁平成 20 年（ワ）第 38602 号

本件では、標準規格必須特許⁹が特許権を取得した者から事業不実施者である原告に移転され、その譲受人・原告が、事業実施者である被告に対して、損害賠償金として 10 億円を請求している事件である（概要は、[図 1-1] の通り。）。

原告は、ルクセンブルグの特許管理会社であり、ライセンス事業以外に事業もたない。本件で問題となっている特許権は、原権利者（なお、本件特許に対する FRAND 宣言の有無は確認できず。）から 4 者を介して、原告に移転されている。本件では、主に、被告が標準規格の仕様に基づいて事業を行っているので、本件特許権の構成要件を充足する旨の主張をし、権利侵害に関する立証責任の転換を図っている。

なお、原告は、欧米でも被告とは別の者に対して同様の特許侵害訴訟を提起している。

被告は、日本の携帯電話通信事業者である。

なお、本件で対象となっている標準規格の方式では数 100 件以上の標準規格関連特許が存在している。

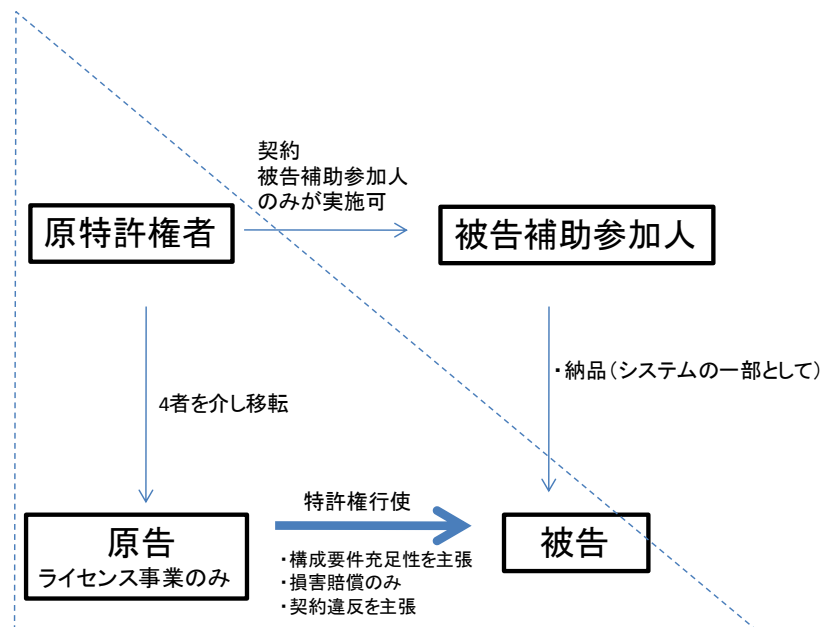
被告は、2010 年に無効審判（無効 2010-800219）の申立てをし、審決が、特許

⁹ 原告が標準規格必須特許と主張しているに過ぎず、必須特許評価機関から必須認定を受けているわけではない。

法 29 条 1 項 3 号により、「請求項 6 及び請求項 11 に係る発明についての特許を無効」とした。

被告補助参加人は、原特許権者との権利不行使特約に基づき納入した製品を被告が使用しており、原告請求から同製品使用の範囲を除くことを求めている。

[図 1-1]



(ii) 東京地裁①平成 21 年 (ワ) 第 08390 号, ②平成 21 年 (ワ) 第 17937 号, ③平成 23 年 (ワ) 第 27102 号

同事例は、同一の当事者間での 3 つの訴訟 (①②③) である。すべての事件に共通する事実関係としては、標準規格必須特許¹⁰が、特許権を取得した者から事業を営まない原告に移転され、事業実施者に、当該特許発明の差止 (使用、輸入、販売等) 及び損害賠償 (①②事件 : 1.5 億円, ③事件 : 3125 万円) を請求しているものである (概要は、[図 1-2] の通り。)。

原告は、ドイツの特許管理会社であり、ライセンス事業以外に事業もたない。本件特許権は、前権利者の代理人弁護士がヘッジファンドの支援を受けて原告を設立すると共に、前権利者 (なお、本件特許に関し FRAND 宣言なし) から原告に移転されたものである。なお、原告は、他にも多くの特許権を保有しているが、2009 年 12 月 10 日に FRAND 宣言をしている (ただし、本件特許が含まれるかど

¹⁰原告が標準規格必須特許と主張しているに過ぎず、必須特許評価機関から必須認定を受けているわけではない。

うかは不明である)。

原告は、主に、ドイツでの判例理論を持ち出し、「対象特許が技術規格に準拠しており、その技術規格に被告の実施態様が準拠することを立証した場合には、原告は侵害についての立証責任を免れる」と主張する。

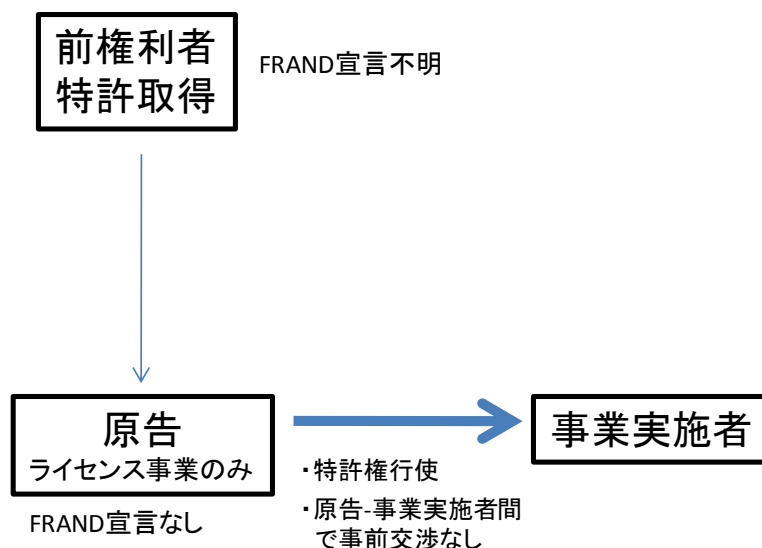
なお、原告は、欧米でも数多くの特許侵害訴訟を提起しており、携帯電話のメーカーに勝訴した国もある。

被告は、日本の携帯電話通信事業者であり、W-CDMA 方式でサービスを提供している。なお、被告通信サービスの 2010 年度末で加入者数は約 310 万契約であり、同サービス提供のため、年間数百億円の設備投資を行っている。本件の対象標準規格である W-CDMA 方式には 1000 件以上の標準規格関連特許が存在している。

被告は、主に、①事件では、本件特許の無効を、②事件では、他国（ドイツ等）での権利取得経緯、訴訟経緯、及び事前交渉がなく、差止請求が高額ライセンス料を目的とし、権利濫用である旨を、③事件では、被告には、差止を求める利益はなく、高額ライセンス料を目的とするものであり、権利濫用である旨を主張している。

なお、①事件は、特許法 104 条の 3（特許法第 29 条 1 項 3 号）により、原告の請求はいずれも棄却された（東京地判平成 23 年 8 月 30 日・裁判所 HP）。

[図 1-2]



(iii) 東京地裁平成22年（ワ）第47835号

本件は、事業撤退者である原告が、FRAND 宣言をした標準規格必須特許を用いて、事業実施者である被告に対して差止（譲渡、輸入等の禁止）及び損害賠償金として約 4 億円を請求している事例である（概要は、[図 1－3]の通り。）。

原告は、日本の総合電機メーカーであり、携帯電話端末事業から 2008 年に事実上撤退している。本件特許権は、原告が当初からの特許権者であり移転等を受けたものではない。なお、本件の対象特許は IPEC（国際特許評価機構）から W-CDMA 方式の必須認定がされている。また、原告は、本件訴訟提起時には、W-CDMA 方式のпатент・プールに参加していたが、本件訴訟係属中に同патент・プールから脱退している。

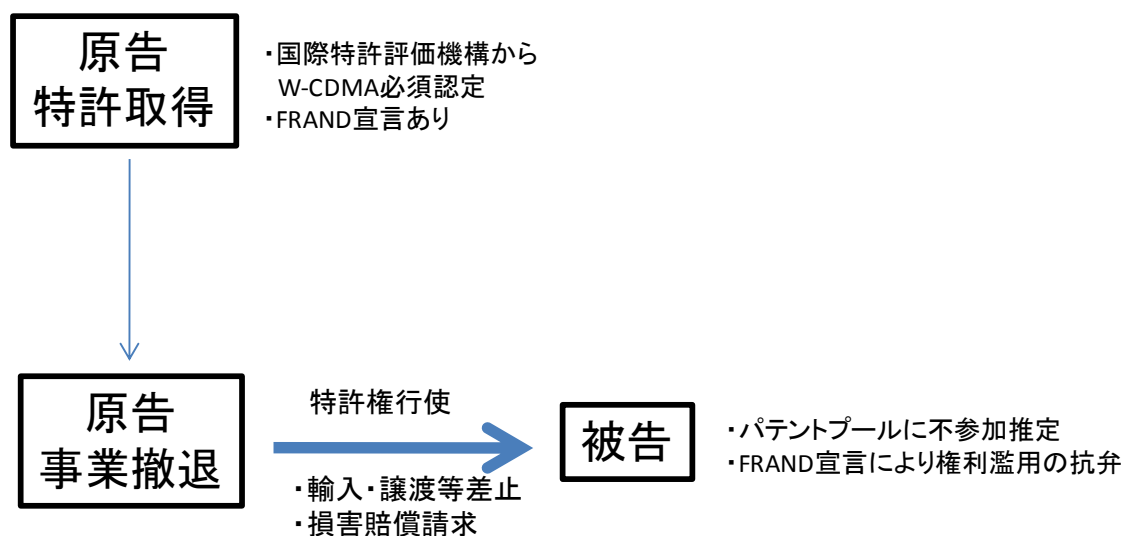
本件では、原告は主に、標準規格の仕様・実験データに基づいて、構成要件の充足を主張している。

被告は、電機メーカーであり、W-CDMA 方式の携帯電話をキャリアに納入している。被告の携帯電話は日本で年間数百万台販売されている。

本件の対象標準規格である W-CDMA 方式には数百件以上の必須認定特許が存在しており、未認定の標準規格関連特許は千件以上存在している。なお、被告は、W-CDMA 方式のпатент・プールには参加していない。

本件において、被告は、構成要件の非充足性・無効といった主張のみならず、FRAND 宣言違反による権利の濫用や原告の許諾を受けた者から部品を購入しているため消尽した旨を主張している。なお、原告は、権利濫用に対しては、FRAND 条件でのライセンスの申し入れをしたこと、また、消尽の抗弁については、許諾の対象が異なる点や、購入した部品のみでは、構成要件を充足しない旨の再反論をしている。

[図 1－3]



(iv) まとめ

以上が、報告書作成時点で把握されている情報通信分野における標準必須特許の権利行使に関する国内事例である。

以上の事例からは、標準必須特許の譲受人による情報通信分野のインフラ（通信事業）という公益性の高く、事業に対する投下資本の大きい事業に対する権利行使（（１）・（２））、比較的高額な損害賠償請求（（１）・（３））、不実施者や事業撤退者による標準必須特許の権利行使（（１）～（３））及びFRAND宣言（３）や消尽（（１）・（３））といった標準必須特許の権利行使に関する問題の一端をうかがい知ることができる。

このように、情報通信分野においては、標準規格必須特許に関する事件への対応は、すでに喫緊の課題と言い得る状態に達している。

(2) 国内アンケート及び国内ヒアリング

(i) 国内アンケートの説明

① アンケートの趣旨

標準化必須特許の権利行使に関する調査研究の一環として、ユーザーのニーズや利用の実態を把握し、我が国における標準化必須特許の権利行使に関する保護について議論の基礎資料とすることを目的として、アンケートを実施した。

② アンケートの概要

(a) 調査対象

計 411 件に対してアンケート調査を実施した。アンケート依頼先としては、標準化に関わる団体（JEITA、ARIB、TCA、TTC）、大学（主に技術移転機関）、及び研究機関である。

(b) 調査方法

アンケート対象先に対し、アンケート調査票を郵送し、これに回答して頂き、返送頂くよう依頼をした。

(c) 調査実施期間

アンケート発送日 2011 年 11 月 10 日

アンケート回収締切日 2011 年 12 月 9 日

(d) 回収状況

計 91 件回収した（回収率 22.1%）。

③ アンケートの処理方法について

回収したアンケートすべてに対して統計処理（単純集計及びグラフ作成）を行

う¹¹と共に、アンケートの回答欄からの意見を質問毎に掲載した。

また、回収したアンケートの中から、標準規格に係る業種から比較的回答数が多かった下記 5 つの業種に特定した 41 者に対して統計処理を行った。

- ・ 電子応用・電子計測器製造業¹²
- ・ 上記以外の電気機械器具製造業¹³
- ・ 情報通信機械器具製造業¹⁴
- ・ 電子部品・デバイス・電子回路製造業¹⁵
- ・ 通信業¹⁶

また、当該 41 者以外のすべて(50 者)についても統計処理を行い、これらの統計処理の比較及び検討を行った。

(ii) 国内ヒアリングの説明

アンケートの回答者に対して、アンケート項目（特に、問 6～問 21-4）に対して回答の背景等の深堀を行うべく、2012 年 1 月～3 月にかけてヒアリング調査¹⁷を行った。

そして、ヒアリング結果はアンケート項目毎に掲載した。

¹¹ 結果については、【資料編】Ⅲ．国内アンケート結果（単純集計）に掲載している。

¹² 【資料編】Ⅲ．設問 1 における業種番号 23

¹³ 【資料編】Ⅲ．設問 1 における業種番号 24

¹⁴ 【資料編】Ⅲ．設問 1 における業種番号 25

¹⁵ 【資料編】Ⅲ．設問 1 における業種番号 26

¹⁶ 【資料編】Ⅲ．設問 1 における業種番号 32

¹⁷ ヒアリング対象は、13 者に打診し 6 者から回答を頂いた。

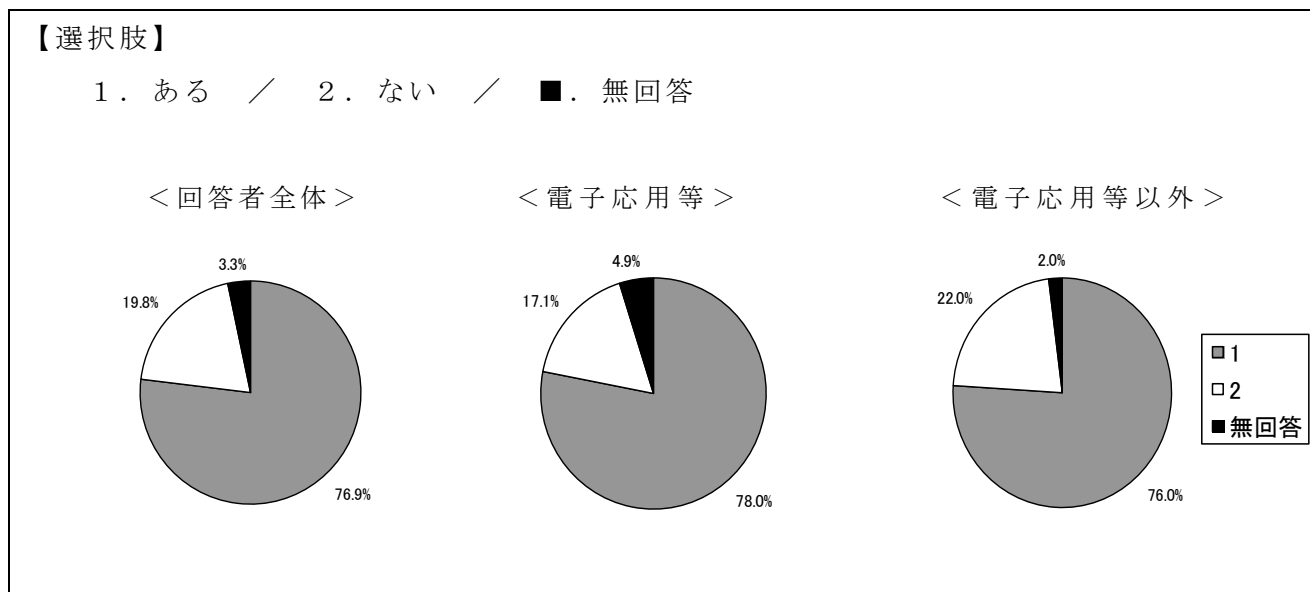
(iii) 国内アンケート及び国内ヒアリングの結果

以下では、国内アンケートの回答者全体の統計、国内アンケートの回答者のうち一部の回答者（電子応用・電子計測器製造業、左記以外の電気機械器具製造業、情報通信機械器具製造業、電子部品・デバイス・電子回路製造業、通信業を指す。以下、「電子応用等」と称す。）の統計及び当該電子応用等以外のすべての回答者（以下、「電子応用等以外」と称す。）の統計を比較し、検討を行った。

① 標準規格必須特許による特許権の差止請求権の行使について¹⁸

「問 6 標準規格必須特許による特許権の差止請求権の行使について、何らかの制限を設けることが必要な場合があると思うか」、という問いに対して以下の様な結果となっている。

すなわち、回答者全体、電子応用等、及び電子応用等以外のすべてにおいて「特許権の差止請求権の行使について制限が必要な場合がある」と回答（77%前後）しており、ほぼ同様の傾向を示している。



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられた。

【選択肢 2】

- ・ 特許権（差止請求権）の問題というよりもそもそも標準化プロセスに問題があるわけ

¹⁸ 資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 6 を参照。

で、当該標準化プロセスの問題を論じる前に特許権（差止請求権）のルールを論じるべきではないと考える。なお、本問においてはパテントトロールについて考慮してない。（電気機械器具製造業）

② 差止請求権の行使が制限された場合の影響について（メリット）¹⁹

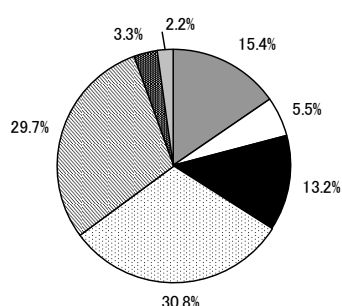
「問 7 差止請求権の行使が制限された場合のメリット」については、以下のよう結果となっている。

特に、電子応用等では、「5．必須特許を保有する事業不実施の企業からの差止請求権の行使を抑止でき、安定して事業を継続することができる。」が最も高く（39.0%）、電子応用等は標準規格必須特許に関連して何らかの事業を業として実施している立場からアンケートの回答を行っている可能性がある。

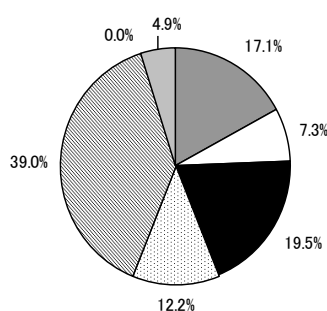
【選択肢】

- 1．必須特許による金銭的請求が、不当に高額となることを防ぐことができる。
- 2．標準規格の団体に加盟しない企業からの差止請求権の行使が制限されることで、加盟しないことのメリットが低減し、加盟企業が増える。
- 3．技術標準化の策定者／標準規格団体への参加者のみならず社会（消費者・関係企業等）に対して損失を防ぐことができる。
- 4．技術標準の形成・活用が促進されイノベーションが進みやすくなる。
- 5．必須特許を保有する事業不実施の企業からの差止請求権の行使を抑止でき、安定して事業を継続することができる。
- 6．その他

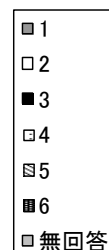
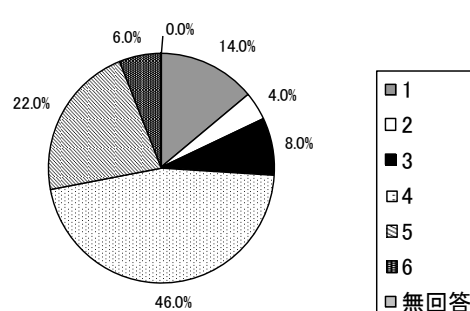
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



¹⁹ 資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 7 を参照。

なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられた。

【選択肢 5】

- ・標準規格のユーザー（ライセンシー）としては、事業を安定して実施できる環境を整えるためにも差止請求権の行使（特にパテントトロール等からの差止請求権の行使）に対しては制限されるべきと考える。（電気機械器具製造業）

③ 差止請求権の行使が制限された場合の影響について（デメリット）²⁰

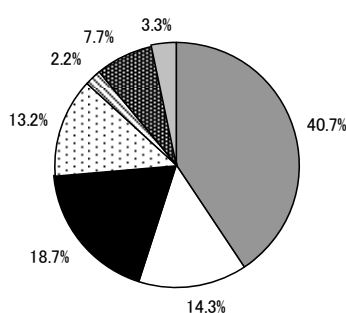
「問 8 差止請求権の行使が制限された場合のデメリット」については、以下のような結果となっている。

回答者全体、電子応用等、及び電子応用等以外のすべてにおいて「標準規格の実施企業がライセンス交渉のテーブルにつかない、或いは、交渉が長引く恐れがあり特許権者が不利益を有する恐れがある。」という回答が最も多かった（約 38%～約 44%）。

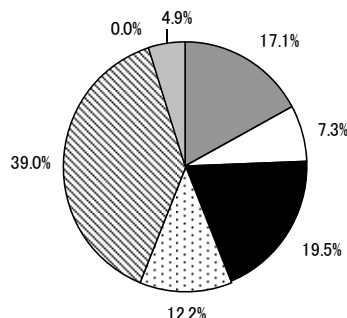
【選択肢】

1. 標準規格の実施企業がライセンス交渉のテーブルにつかない、或いは、交渉が長引く恐れがあり特許権者が不利益を有する恐れがある。
2. 標準規格の実施企業に金銭的請求しても十分な額を得られにくくなる。
3. 標準規格の策定に関与し、当該標準規格を実施する特許権者からの差止請求権の行使まで制限されることになりかねない。
4. 標準規格の団体の加盟企業が、積極的に必須特許、又は規格に関連する特許として宣言・登録しづらくなり、加盟企業が減っていく。
5. 侵害が認められた場合に（差止請求権の行使を制限する代償として）損害賠償額等の金銭補償額が従前よりも高くなる。
6. その他

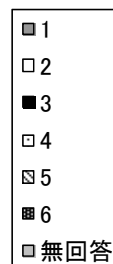
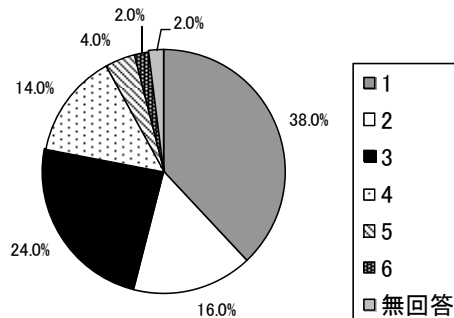
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



²⁰ 資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 8 を参照。

なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられた。

【選択肢 1】

- ・ 標準規格の策定者（ライセンサー）としては、差止請求権の行使が制限されると、標準規格の実施企業（ライセンシー）がライセンス交渉のテーブルにつかない或いは交渉が長引くといったリスクがあると考える。（電気機械器具製造業）

④ 不正行為の介在について

(a) 特許権者の不正行為について²¹

「問 9 標準化策定の過程で特許権者の不正行為（例えば特許出願の秘匿）が、介在した場合やライセンス条件の変更（例えば非差別条件の変更）をした場合に、差止請求権の行使が制限された方が良いか？」という問いに対しては、以下のよう
な結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 85.8%である
のに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 6.6%となっている。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 90.2%と非常
に高く、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 2.4%に過ぎなかった。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 82.0%と
高く、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 10.0%であった。

すなわち全体的には、標準化策定過程における特許権者の不正行為が介在等し
た場合には差止請求権の行使を制限すべきであるという意思が高い傾向にある。

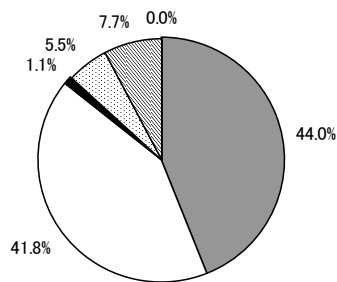
なお、電子応用等と電子応用等以外における「はい」「どちらかと言えば、はい」
の内訳を比較すると、電子応用等の「はい」とする割合（58.5%）は、電子
応用等以外の「はい」とする割合（32.0%）よりも高く、電子応用等以外と比較
した電子応用等においては、標準化策定過程における特許権者の不正行為が介在
等した場合には差止請求権の行使を制限すべきである、という意思がより高い傾
向にある。

²¹資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 9 を参照。

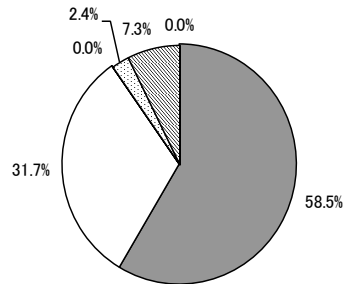
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

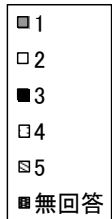
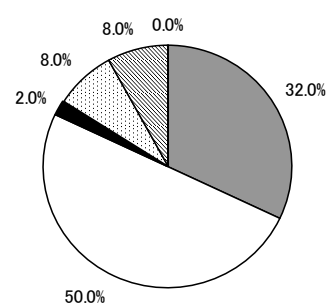
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられた。

【選択肢 1】

- ・問 9・10 の各事例では、IPR ポリシーのルールが明確に定められている場合には、当該ルールを遵守することが前提ではあるが、標準規格はそもそも広く利用されるものであるという性質を考慮すると、標準化策定の過程における特許権者の不正行為の有無、或いは譲受人が当該不正行為を知っていた／知らなかったに関わらず差止請求権の行使は制限されるべきである。（電気機械器具製造業）
- ・問 9・10・11 の各事例は、不正行為（必須特許の秘匿や後だし）が介在したにも関わらず利用者に権利行使がされ、標準化やその促進を損なわれ得るという点では異ならず、差止めが制限されるべきである。（印刷・同関連業）

【選択肢 2】

- ・「どちらかと言えばはい」と回答した理由は、「不正行為」や「秘匿」の定義/立証が課題と考えるためである。例えば、積極的に標準化を提案/議論し、その標準化に合致する特許／出願が開示されていなかった場合には、「不正行為」や「秘匿」と推定できるだろう。また、一定期間を設け、その期間内に特許開示及び宣誓書提出が漏れた場合には、ある意味「不正行為」とみなして FRAND＝差止請求権制限とするといった枠組が行われていると認識している。しかし、標準化における特許問題は、標準化への参加者以外のアウトサイダーについてもある。例えば、標準化の策定には全く関与していない外部の者が、公開された標準の情報に基づいて標準に合致するような特許権（請

求項の補正含む）を有した場合を「不正行為」や「秘匿」に含めるのは過度と思う。一方、未公開の標準化の情報を密かに入手した場合は「不正行為」に含め、差止請求権を制限してもよい場合があると考え（ただし立証は難しそうである）（情報通信機械器具製造業）。

- ・特許出願人／特許権者の主体的意図が考慮要素と考えるが、当該主体的意図の類型化や立証は困難であると考え。例えば、標準化策定中には既に特許出願（但し、特許請求の範囲には当該策定された標準技術を含まない）がされており、標準化策定後に当該特許請求の範囲を補正して標準化技術を含むような特許権が成立した場合における主体的意図について（例えば担当者の変更等の事情を考慮した場合などは）立証を含め判断が困難であると考え。（学校教育（大学を含む））

【選択肢 4】

- ・生命に関わるような公益性が非常に高い場合と比較して、代替技術が存在する電気通信分野における公益性は非常に高いとは言い得ない。そのため当該電気通信分野における標準必須特許に関する差止請求権の行使を制限するほどの問題とは考え難く、特許法のルールを変えてまで対処する問題ではなく標準化プロセスにおいて善処すべき問題と考える。なお、本問においてはパテントコントロールについて考慮してない。（問 9～14 まで同じ）（電気機械器具製造業）

(b) 特許権者による不正行為が介在したのを知っている譲受人による権利行使について²²

「問 10 標準化の過程で不正行為を行った特許権者から権利譲渡を受けた譲受人が権利行使をする場合に、当該譲受人が不正行為の介在を知っていた場合には、譲受人による差止請求権の行使が制限されるべきか？」という問いに対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 83.5%と高く、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 6.6%に過ぎなかった。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 85.4%と高く、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 2.4%に過ぎなかった。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」との回答が 82.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 10.0%であった。

²²資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 10 を参照。

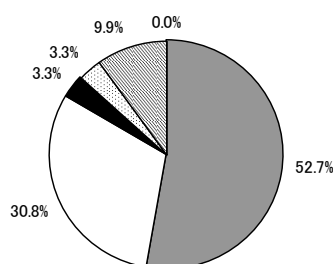
すなわち全体的には、標準化策定過程における特許権者の不正行為が介在等を知っている譲受人による差止請求権の行使を制限すべき、という意味が高い傾向にある。

なお、電子応用等と電子応用等以外における「はい」「どちらかと言えば、はい」の内訳を比較すると、電子応用等の「はい」とする割合（65.9％）は、電子応用等以外の「はい」とする割合（42.0％）よりも高く、電子応用等以外と比較した電子応用等においては、標準化策定過程における特許権者の不正行為が介在等を知っている譲受人による差止請求権の行使を制限すべきである、という意味がより高い傾向にある

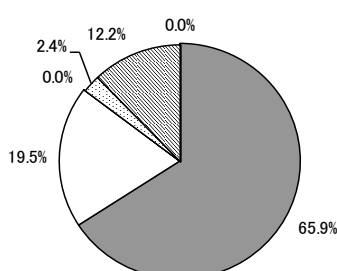
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

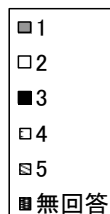
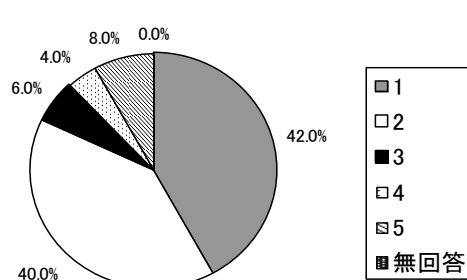
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 2】

- ・宣誓書の効力が、譲渡時に如何なる法的効力を有するかが問題となる。（情報通信機械器具製造業）
- ・主体的意図の観点から特許権者が差止請求権の行使が制限されるような場合には、（特許権者の不正行為を知っていたことを前提とすると）譲受人も主体的意図の観点から制限されるべきである。（学校教育（大学を含む））

⑤ 差止請求権が制限される場合のケース判断について

(a) 特許権者の回復不能な損害について

(1) 特許権者が実施しておらず、かつライセンス許諾もしていない場合²³

『問 12(1)「差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから、「特許権者が実施しておらず、かつライセンス許諾もしていない場合」において、差止請求権の行使を制限しても良いか』、という問いに対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については「はい」「どちらかと言えばはい」が 72.6%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 18.7%である。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えばはい」が 78.1%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 17.0%である。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」が 68.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 20.0%である。

すなわち全体的には、差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しないという観点のみから、特許権者が実施しておらず、かつライセンス許諾もしていない場合においては差止請求権の行使を制限しても良い、という意思が高い傾向にある。

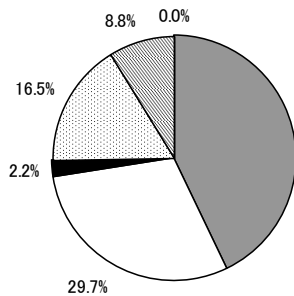
なお、電子応用等と電子応用等以外における「はい」「どちらかと言えば、はい」の内訳を比較すると、電子応用等の「はい」とする割合（56.1%）は、電子応用等以外の「はい」とする割合（32.0%）よりも高く、電子応用等以外と比較した電子応用等においては、特許権者が実施しておらず、かつライセンス許諾もしていない場合においては差止請求権の行使を制限しても良い、とする意思がより高い傾向にある。

²³資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 12(1)を参照。

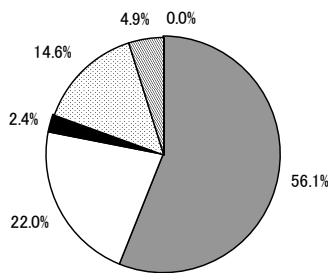
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

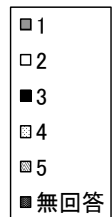
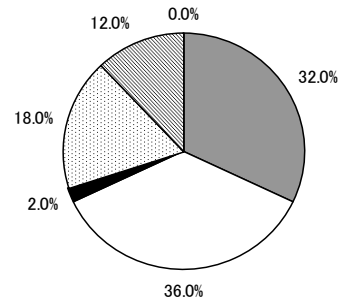
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・ 発明を全く利用していない場合を除いて、差止めは認められるべき。ただし、ライセンスのみ実施の場合には、ケースバイケースだが、特殊な場合（実施権者と特許権者が同一視されるような場合）を除けば、どちらかと言えば、差止めは制限されるべきであるとする。また、特許権者にとっては、差止請求権が制限されるとライセンス契約を締結できない状態に追い込まれかねないため、あまりにも制限しすぎない方がよいのではないかと考える。（印刷・同関連業）
- ・ 特許権者の回復不能な損害（NPE（特許管理会社）、研究開発機関、競合事業者同士、事業撤退型）、及び特許権者と侵害者の負担の程度等といった類型に関わらず、標準規格のユーザーの立場としては安定して利用するためにも差止請求権の行使は制限されるべきと考える。（電気機械器具製造業）

【選択肢 2】

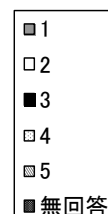
- ・ 特にNPEのようなライセンスもしていないような企業に対しては、産業の発展への寄与が低く、ライセンス料は認めても良いが、差止請求権の行使は過度の保護となるため制限すべきと考える。（情報通信機械器具製造業）

『問 12(2)「差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから、「特許権者は実施していないが、ライセンシーが実施している場合」において、差止請求権の行使を制限しても良いか』、という問いに対して、以下のような結果となっている。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」との回答が50.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は44.0%であった。

すなわち全体的には、差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しないという観点のみから、特許権者は実施していないが、ライセンサーが実施している場合における差止請求権の行使の制限については、賛否が分かれる結果となった。

1. はい
2. どちらかと言えば、はい
3. どちらかと言えば、いいえ
4. いいえ
5. 分からない



- 21 -

なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 2】

- ・ 研究開発型の企業で初めてのケース（これまでライセンス契約をしたことがないような場合）には、交渉力を確保するため差止請求権の行使を認めても良いと考える。（情報通信機械器具製造業）

(3) 特許権者が業として特許発明の実施している場合²⁵

『問 12(3)「差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから、「特許権者が業として特許発明の実施している場合（侵害者と特許権者との間で、市場での競合関係あり）」において、差止請求権の行使を制限しても良いか』、という問いに対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 20.9%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 71.5%である。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 24.4%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 73.2%である。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 18.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 70.0%である。

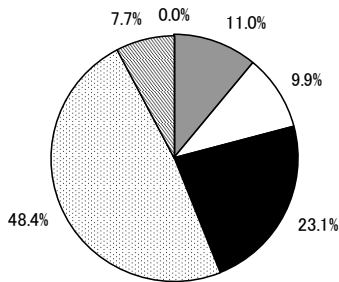
すなわち全体的には、差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから、「特許権者が業として特許発明の実施している場合（侵害者と特許権者との間で、市場での競合関係あり）」において、差止請求権の行使を制限すべきではない、という傾向がある。

²⁵資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 12(3)を参照。

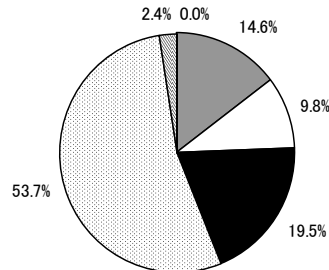
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

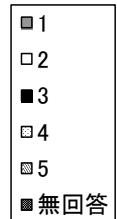
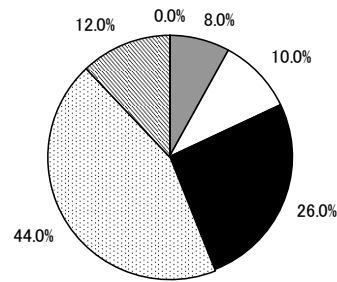
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



(4) 特許権者は業として特許発明の実施をしていないが、他の分野で事業を営んでいる場合²⁶

『問 12 (4)「差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから、「特許権者は業として特許発明の実施をしていない（当初より不実施、或いは事業撤退を含む）が、他の分野で事業を営んでいる場合（侵害者と特許権者との間で、市場での競合関係なし）」において、差止請求権の行使を制限しても良いか』、という問いに対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 57.2%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 29.7%である。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 63.4%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 26.9%である。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 52.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 32.0%である。

すなわち、電子応用等、電子応用等以外を含め全体的には同様の傾向を示しており、差止めが認められなくても特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という観点のみから「特許権者は業として特許発明の実施をしていない（当初より不実施、或いは事業撤退を含む）が、他の分野で事業を営んでいる場合（侵害

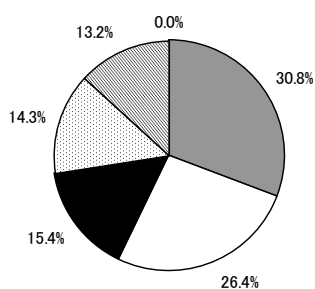
²⁶資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 12(4)を参照。

者と特許権者との間で、市場での競合関係なし)」において、差止請求権の行使の制限をすることを肯定する意見が過半数を超えている。

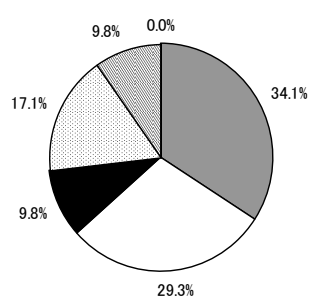
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

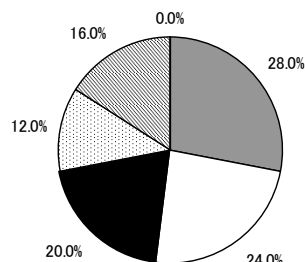
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 2】

- ・事業撤退型の場合には、投資の回収を考えるとライセンス料の回収のみで足り、差止請求権の行使を認める必要性は低いと考える。(情報通信機械器具製造業)

(b) 権利者と侵害者の負担の程度²⁷

『問 13「特許権者の負担の程度と比較した侵害者の負担の程度の甚大性」といった観点のみから、差止請求権の行使の制限を行って良いか』、という問いに対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 27.4%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 49.5%である。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 29.3%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 58.5%である。

²⁷資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 13 を参照。

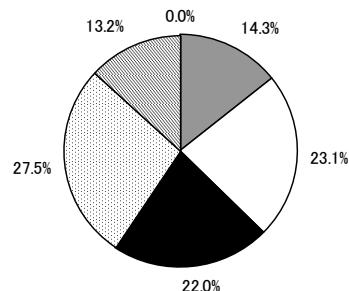
電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 44.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 42.0%である。

すなわち全体的には特許権者の負担の程度と比較した侵害者の負担の程度の甚大性」といった観点のみから、差止請求権の行使の制限を行わないといった意見が若干多かった。

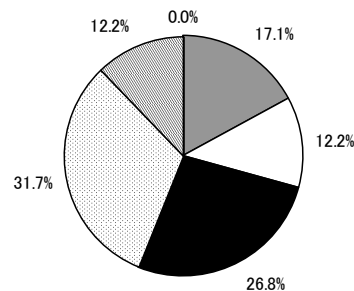
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | |

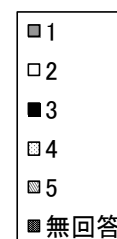
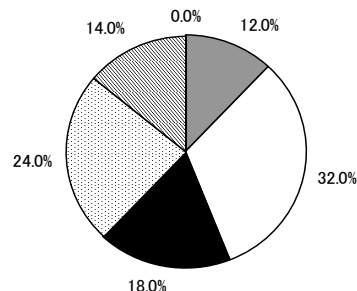
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問については、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・権利者と侵害者の負担の程度の利益衡量を考慮要素とした場合には、(事業実施やライセンス等をしていない) 権利者にとっても予測可能性を保持できるといったメリットを有するし、また世の中の動向(例えば特許権者や権利行使の多様化)にも柔軟に対応することができると思う。(学校教育(大学を含む))

【選択肢 4】

- ・「のみ」では難しいとの判断から「いいえ」という回答をした。(情報通信機械器具製造業)

【選択肢 5】

- ・特許権者の負担の程度と比較した侵害者の負担の程度の甚大性という観点から差止請求権の行使の制限を行うかという問いは、様々な状況(例えば、特許権者が実施者であるか否か)が考えられるため、容易に答えを導き出すことができない。(電子応用・電子計測器製造業)

(1) 公益性のみの観点からの差止請求権の行使の制限

すなわち、公益性が高いと考えられる分野において「一般大衆に対する影響」（公益性）のみの観点から、差止請求権の行使の制限を行って良いという意見が過半数を超えている。



なお、本問について、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・「公益性」の観点から差止請求権の行使の制限を行うことは良いと考える。「公益性」の観点からは、下記の通り、そもそも標準に関する技術の特許で守るべきものなのかという点や、特許制度自体の現状への適合性についても疑問をもつ。（電子応用・電子計測器製造業）
- ・「公益性」の観点からは、標準規格として策定された技術は、広く使える状態である方が良いと考える。しかし現状では一部の者が特許権の行使を積極的に行うことにより実施者に弊害を与えており、特許制度そのものが実態と適合していないのではないかと。（電子応用・電子計測器製造業）

【選択肢 2】

- ・「公益性」の観点から差止請求権の行使の制限を行うのは、裁判所が証拠から判断することを考えると難しいと考える。（印刷・同関連業）

【選択肢 4】

- ・「のみ」では難しいとの判断から「いいえ」という回答をした。（情報通信機械器具製造業）
- ・公益性の観点は現行制度の裁定実施権（93条）で対応すればよい。（学校教育（大学を含む））

(2) 標準による差止請求権の行使の制限に係る区分

「問 14-2 標準の中には、デファクト標準、デジュール標準、フォーラム標準がありますが、これらによって、差止請求権の行使の制限について区別する必要がありますか」という問い³⁰に対して、以下のような結果となっている。

回答者全体については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 46.2%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 36.3%である。

電子応用等については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 41.5%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 43.9%という結果となっている。

電子応用等以外については、「はい」「どちらかと言えば、はい」は 50.0%であるのに対して、「いいえ」「どちらかと言えば、いいえ」は 30.0%である。

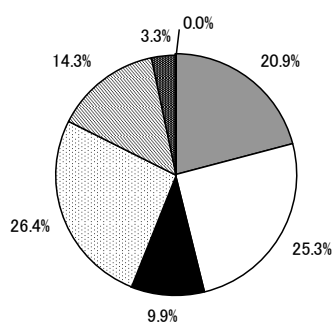
³⁰資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 14-2 を参照。

全体的には標準の種類によって差止請求権の行使の制限について区別する必要性については賛否が分かれた。

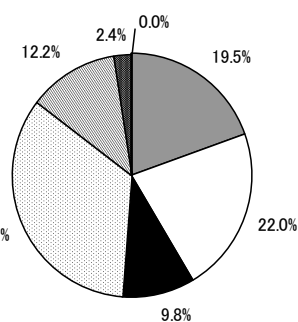
【選択肢】

- | | |
|-----------------|----------------|
| 1. はい | 2. どちらかと言えば、はい |
| 3. どちらかと言えば、いいえ | 4. いいえ |
| 5. 分からない | 6. その他 |

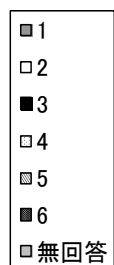
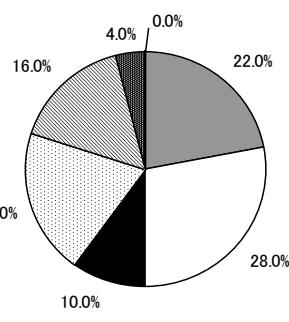
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問について、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・デジュール標準にのみ、権利行使を制限するだけの「格」・「権威」がある。(情報通信機械器具製造業)

【選択肢 2】

- ・デファクト標準、デジュール標準、フォーラム標準の区別については、標準の成り立ち方によって区別をし、差止請求権の行使の制限を検討すれば良いのではないかと考える。例えば、デファクト標準を勝ち取った企業が権利行使を行えば、それ以外の企業の参入を防げ、結果としてデファクト標準ではなくなるのではないか。このような場合にはデファクト標準については、同標準技術であることをもって、差止請求権の行使の制限を行う必要はないと考える。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・デジュール標準については、公的機関により決定されたものであり、「公益性」の観点から、差止めの制限を認めてもよいと考える。(電子応用・電子計測器製造業)

【選択肢 3】

- ・デファクト・デジュール・フォーラム標準の種類に関係なく、標準規格のユーザーの立場としては安定して利用するためにも差止請求権の行使は制限されるべきと考える。(電気機械器具製造業)

【選択肢 4】

- ・デファクト、デジュール、フォーラムの各標準とも、標準化されていることには変わりがなく、公的機関が行っている標準であるかどうかによって差止請求の可否を区別する必要はない。また、どのような種類の標準であっても、その利用が制限される場合には、利用者や社会に対する影響が大きいという点では異ならない。(印刷・同関連業)

(d) 各要件（特許権者の回復不能な損害、権利者と侵害者の負担の程度、公益性）の優先順位について³¹

「(a)～(c)における観点のうち、差止請求権の行使の制限を行う上で、重要だと考える観点の優先順位（1：高い～3：低い）」についての問いに対して、以下の表のような結果を得られた。

回答者全体

	回復不能な損害	権利者と侵害者の負担の程度	公益性
優先順位 1	31	7	49
優先順位 2	32	26	18
優先順位 3	18	46	12
無回答	10	12	12

< 電子応用等 >

	回復不能な損害	権利者と侵害者の負担の程度	公益性
優先順位 1	18	1	20
優先順位 2	14	11	12
優先順位 3	6	25	6
無回答	3	4	3

< 電子応用等以外 >

	回復不能な損害	権利者と侵害者の負担の程度	公益性
優先順位 1	13	6	29
優先順位 2	18	15	6
優先順位 3	12	21	6
無回答	7	8	9

優先順位 1 と回答した場合の「回復不能な損害」、「権利者と侵害者の負担の程度」、「公益性」に対する統計結果は、以下の通りである。

回答者全体については、「公益性」は 56.3%、「特許権者の回復不能な損害」は 35.6%、「権利者と侵害者の負担の程度」は 8.0%という結果となっている。

電子応用等については、「公益性」は 51.3%、「特許権者の回復不能な損害」は 46.2%、「権利者と侵害者の負担の程度」は 2.6%という結果となっている。

³¹資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 15 を参照。

電子応用等以外については、「公益性」は 60.4%、「特許権者の回復不能な損害」は 27.1%、「権利者と侵害者の負担の程度」は 12.5%となっている。

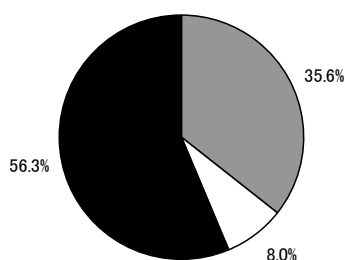
すなわち全体的には公益性を重視するといった回答が過半数を超えているが、特許権者の回復不能な損害を重視するといった意見も多かった。

なお、公益性に関しては、公益性の定義や程度が問題となることから立証の容易さを考慮して特許権者の回復不能な損害を選択したという意見（ヒアリング調査）があった。また、権利者と侵害者の負担の程度については当事者のバランスを考慮することは様々なケースが想定され回答としては選択しにくかったという意見（ヒアリング調査）があった。

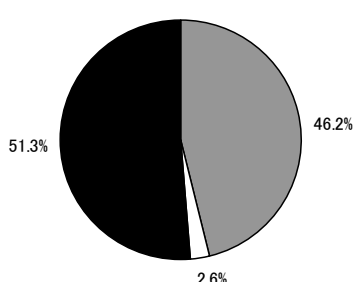
【選択肢】

1. 回復不能な損害 ／ 2. 権利者と侵害者の負担の程度 ／ 3. 公益性

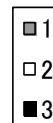
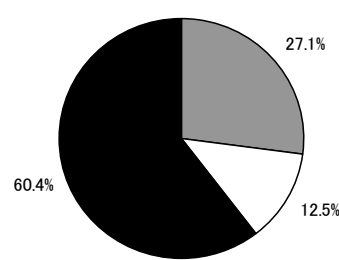
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

- ・「差止めが認められなくとも特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という要件と、「一般大衆に対する影響」（公益性）という要件については、どちらの要件が優位といった判断はつきかねる。（電子応用・電子計測器製造業）
- ・「特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」という要件と、「権利者の負担と侵害者の負担とのバランス」という要件については、相互に関係しているのではないかと。（印刷・同関連業）
- ・裁判所における立証の容易さから考えると、①「特許権者に取返しのつかない損害が発生しない」、②「権利者の負担と侵害者の負担とのバランス」、③「公益性」の順序と考える。（情報通信機械器具製造業）
- ・権利者と侵害者の負担の程度は、世の中の動向や特許権者・権利行使の多様化に対応可能な柔軟性を有するため優先順位 1 とし、特許権者の回復不能な損害は予測可能性の観点から優先順位 2 とした。（学校教育（大学を含む））

⑥ F R A N D 宣言について

(a) 効力の範囲

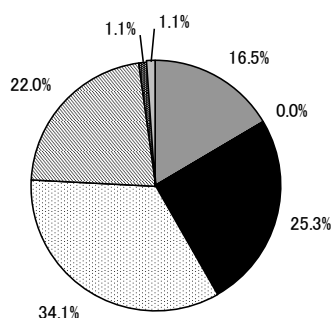
「問 16 F R A N D 宣言の効力は、以下の何れの範囲まで効力を及ぼすと考えますか？」という問い³²に対して、以下の結果が得られた。

回答者全体、電子応用等及び電子応用等以外のすべてにおいて、「4. 標準規格の団体の加盟・非加盟や標準規格の策定への関与・非関与にかかわらず、広く一般にまで及ぶ」と回答した者が 32～36%と最も高かったが、それ以外の選択肢も多く、意見が分かれる結果となった。

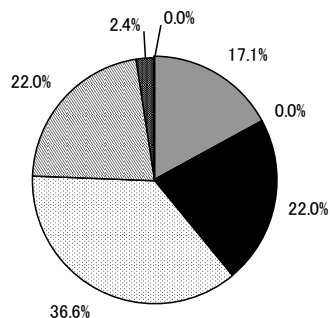
【選択肢】

1. 標準規格の団体の加盟企業のみ
2. 団体に加盟・非加盟問わず、標準規格の策定に関わった企業のみ
3. 標準規格の団体の加盟企業と、(団体に加盟・非加盟問わず) その標準規格の策定に関わった企業
4. 標準規格の団体の加盟・非加盟や標準規格の策定への関与・非関与に関わらず、広く一般にまで及ぶ。
5. 分からない
6. その他

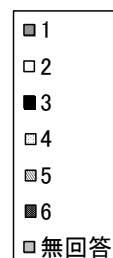
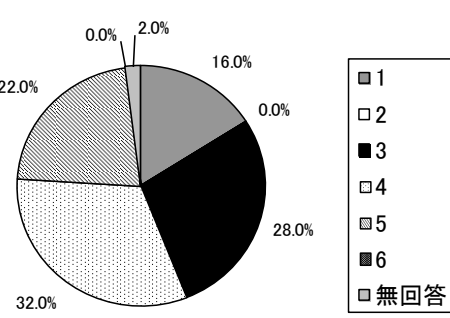
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、アンケートの回答及びヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

³²資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 16 を参照。

【選択肢 1】

- ・標準規格の策定の際のルールをより明確化することを前提として「標準規格の団体の加盟企業のみ」と回答した。なお、現実には、「加盟企業」グループ「のみ」となっている。（情報通信機械器具製造業）

【選択肢 4】

- ・IR ポリシーに定めがない場合（通信業）
- ・アウトサイダーによる不合理な差止請求権の行使の制限といった観点から、標準規格の団体の加盟・非加盟や標準規格の策定への関与・非関与に関わらず、広く一般にまで FRAND の効力が及ぶべきと考える。（電気機械器具製造業）
- ・FRAND 宣言の効果が、「標準規格の団体の加盟・非加盟や標準規格の策定への関与・非関与に関わらず、広く一般にまで及ぶ」としなければ、標準化をする意味がない。（印刷・同関連業）
- ・（立場にもよると思われるが）FRAND 宣言をしたのに、標準化団体に加盟していないと使えないといった状況が生じるのでは、標準技術の公益性という観点からも FRAND 宣言の意味がない。（電子応用・電子計測器製造業）

【選択肢 6】

- ・基本的には「4 と考えるが、団体によってはその範囲を IPR ポリシーにて規定している場合もあるので、その場合にはそれに従う（電気機械器具製造業）」

(b) 効力の意義

「問 17 FRAND 宣言の効力とは、どのような意味を有するものと考えるか」という問い³³に対して、以下の結果が得られた。

回答者全体、電子応用及び電子応用等以外のすべてにおいて、「2. 特許権者の誠実交渉義務である」と回答した者が、44～49%前後と最も高かった。

【選択肢】

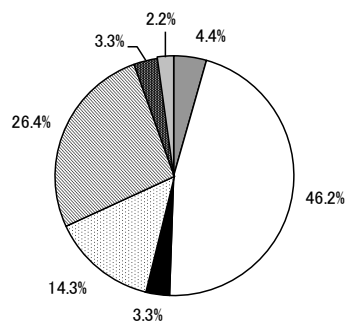
1. 何ら義務を負うものではない。
2. 特許権者の誠実交渉義務である。
3. FRAND 宣言することは、特許権者による差止請求権の放棄の意味を有する。
4. 特許権者以外の者が承諾することでライセンス契約が成立する、といった状態を特許権者が作り出すことを意味する。（所謂、第三者のための契約）

³³資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 17 を参照。

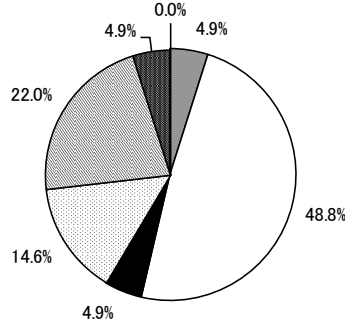
5. 分からない

6. その他

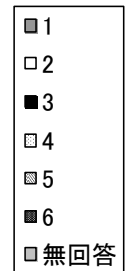
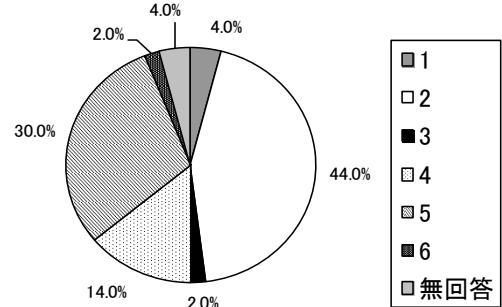
<回答者全体>



<電子応用等>



<電子応用等以外>



なお、本問について、アンケートの回答及びヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 2】

- ・ FRAND 条件でライセンスする意思を示す義務である（通信業）
- ・ FRAND 宣言は公的な性格を持たず、加盟企業による私的契約としての効力のみを有するため対世的な差止請求権の放棄とはいえない。また、権利義務範囲を拡大（あいまいに）するデメリットを有し、またその条件も定まっていない第三者のための契約とも言えない。そのため、誠実交渉義務であるとするが、そのように扱うことは加盟者間の相互条項としての効力も期待することができるため適切である。なお、公的な性格を有するための手段として、所謂ソフト IP による解決も考えられる。例えば、特許庁等への登録を標準化の際の要件とし、その条件もライセンス条件の事前開示（ex-ante disclosure of licensing terms）という形で整えるというものである。（情報通信機械器具製造業）
- ・ 当事者の合意により成立する契約が一方的な宣言で成立とするのは無理があるし、FRAND 宣言のみで差止請求権の放棄とするのにも無理がある。誠実交渉義務とした場合には、ケースバイケースではあるが、規格策定への関与の有無にかかわらず、特許権の行使が制限されてもよいと考える。（印刷・同関連業）
- ・ FRAND 宣言は法的なものではなく、誠実交渉の（努力）義務であると考え。（電気機械器具製造業）
- ・ ライセンサーとしての立場からでは、差止請求権の放棄までは言い難く誠実交渉の努力義務であると考え。（電気機械器具製造業）

【選択肢 3】

- ・ FRAND 宣言することが差止請求権の放棄とは、例外なしにそもそも差止請求権が失効することと解釈した故に選択しなかったが、（一定条件付きの）差止請求権の制限に留まるのであれば選択する余地はある。（電気機械器具製造業）
- ・ FRAND 宣言は標準規格の団体の加盟・非加盟や標準規格の策定への関与・非関与に関わらず広く一般にまで及ぶものと考え、また、FRAND 宣言することは誰に対しても FRAND 条件に契約を行うものであるから、差止請求権の放棄を意味すると考える。（電子応用・電子計測器製造業）
- ・ 問 16 と問 17 はトレードオフの関係が良いのではないか。例えば、標準規格の団体の加盟や策定への関与に関わらず広く一般に FRAND 宣言の効力が及ぶ場合には何ら義務を負わないが、標準規格の団体の加盟企業のみ FRAND 宣言の効力が及ぶ場合には差止請求権の放棄とするなど。（学校教育（大学を含む））

(c) F R A N D 宣言と差止請求権について

「問 18 標準化の策定に関与し、FRAND 宣言をした企業が、標準規格の策定に関与していた企業、或いは策定に関与していない企業に対して、差止請求権の行使を制限しても良い場合はあるか」という問い³⁴に対して、以下の結果が得られた。

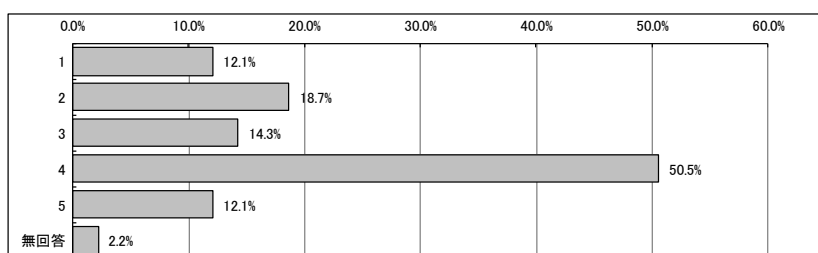
回答者全体、電子応用等及び電子応用等以外のすべてにおいて、「4. 分からない」と回答した者が最も多かった。

【選択肢】

1. 全くない。
2. 標準規格の策定に関与していた企業に対しては、差止請求権の行使を制限しても良い場合がある。
3. 標準規格の策定に関与していない企業に対しては、差止請求権の行使を制限しても良い場合がある。
4. 分からない。
5. その他

³⁴資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 18 を参照。

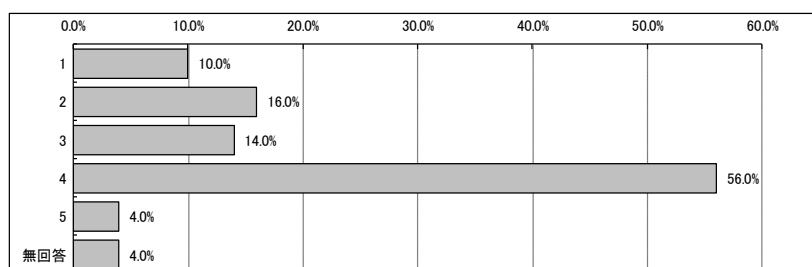
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、アンケートの回答及びヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・ FRAND 宣言自体の効力があいまいであり、その枠組で、“差止請求権の行使の制限”の可否を論ずるのは無理があると思う。（学校教育（大学含む））

【選択肢 2】

- ・ 以下の 2 つの場合が考えられる。（プラスチック製品製造業）
 - 1) 標準規格策定の議論の中で他社からの提案をヒントに特許出願して権利化した場合。
 - 2) 標準規格策定の期間、自社が出願していることを故意に隠していた場合。
- ・ 標準規格の策定を行う団体の ISR Policy に、FRAND 条件でのライセンス義務を明記しているような場合、策定参加企業による個別の FRAND 宣言の有無とは関係なく、また、同企業が当該団体のメンバー企業であるか否かにかかわらず、差止請求権の行使を制

限しても良い場合があると思われる。(情報サービス業)

【選択肢 2 及び選択肢 3】

- ・ 特許料が異常に高い場合 (電子応用・電子計測器製造業)
- ・ FRAND 宣言をしたにも関わらず、高額または差別的なライセンス交渉を行なう特許権者に対しては、差止請求権の行使を制限することも検討すべきと考える。(電子部品・デバイス・電子回路製造業)
- ・ 例えば R&D 専門企業が権利行使する場合などは差止をする実益があるのかを、権利者側と被疑侵害者側の事情を考慮して決めるべき。但し被疑侵害者が規格策定に関与していたかどうかは大きな要因ではない。(通信業)
- ・ FRAND 条件でのライセンス交渉に応じている場合で、その交渉途中にあるにもかかわらず、差止請求を安易に行行使するケースを想定。(電気機械器具製造業)
- ・ 標準規格の策定に関与、非関与に関わらず FRAND 条件でのライセンス交渉に応じている場合であって、その交渉途中であるにも関わらず差止請求権を行使する場合には制限されるべきと考える。(電気機械器具製造業)

【選択肢 3】

- ・ 標準規格の策定は労力とコストを要する。関与していない企業は、製品の普及によりメリットを受けるのであるから制限はあっても良いと考える。(学校教育 (大学含む))
- ・ 公益性の高い場合 (電気機械器具製造業)

【選択肢 4】

- ・ 特許の本来的に有する独占権に基づく差止請求権と、FRAND 宣言を行った企業と行わない企業、また FRAND 宣言を行ったにも関わらず守らない企業の差止請求権との合理的な根拠に基づく制限方法が判らない。(学校教育 (大学含む))

【選択肢 5】

- ・ FRAND は差止請求権の放棄を意味している。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・ 基本的に FRAND 宣言した企業は、以下の場合を除いて差止請求権を行使してはならないと考える。(電気機械器具製造業)
 - 1) FRAND 宣言した企業からライセンスをもらう一方で、当該標準規格に関する特許で FRAND 宣言した企業に差止などの権利行使をした場合。
 - 2) そもそもライセンス交渉の場にもつかずにライセンスなしで当該標準規格を実施している場合。標準規格策定に関与している／していないと差止請求権は直接的に関係しないと考える。
- ・ 特許法の主旨から考えれば、標準規格をどんどん作り出し、世界を引っばって行くような状況を作り出すことが望ましく、標準規格に関する特許の行使に強過ぎる制限は設けるべきではない。一方で標準規格を採用する事がためられるような制度では産業が成長する事は期待できない。標準規格に関する特許は権利行使に制限を設ける一

方で、リーズナブルなライセンス料の支払いに応じない企業に対しては強い制裁を与えられるようすべき、と考える。即ち、標準規格となる特許に対しては、RAND を義務付け、条件付きの差止請求権しか認めないようにするのが良いと考える。条件としては RAND でのライセンス料支払い要求に対し、誠意をもって対応しない場合、例えば 2 ヶ月以上応答がないとか、申し出から 2 年以内に結論が出ない場合に限るなどが考えられる。標準規格に必須か否か特許に瑕疵がないか等、容易に判断できない問題もあるが、RAND の義務化と条件付き差止請求権の行使という制限を設ける一方、必須、権利範囲を公平に評価できる体制作りが重要と思う。（電気機械器具製造業）

- ・ FRAND 宣言の内容（条件）に従う。FRAND 宣言に書かれていない場合まで、FRAND 宣言を理由にして制限すべきではない（権利の不安定化を招く）。（情報通信機械器具製造業）
- ・ ルールが明確でないまま、後だしでルールの効力を及ぼされないことが重要である。そのために、標準規格の策定の際にルールをより明確化することが必要である。しかし、標準化の問題が、インサイダーからアウトサイダーに移っている昨今では、ルールの明確化は手間が多い割に益すくなしである。（情報通信機械器具製造業）

⑦ 金銭補償のあり方について

(a) 将来分の金銭補償のあり方について

「問 19 において、差止請求権の行使が制限された場合における将来分の金銭補償のあり方について如何なる対処をすべきか」、という問い³⁵に対して以下のような結果が得られた。

回答者全体については、「司法の場にて損害賠償額を算定する際に、将来分も考慮した算定」が最も多く 39.6% である。

電子応用等については、「司法の場にて損害賠償額を算定する際に将来分も考慮した算定、及び裁定通常実施権（特 83 条、特 92 条、特 93 条）で対処」が共に 34.1% という結果となっている。

電子応用等以外については、「司法の場にて損害賠償額を算定する際に、将来分も考慮した算定」が最も多く 44.0% である。

なお、電子応用等について「裁定通常実施権（特 83 条、特 92 条、特 93 条）で対処」という意見が多い理由を推測すると、電子応用等においては標準規格必

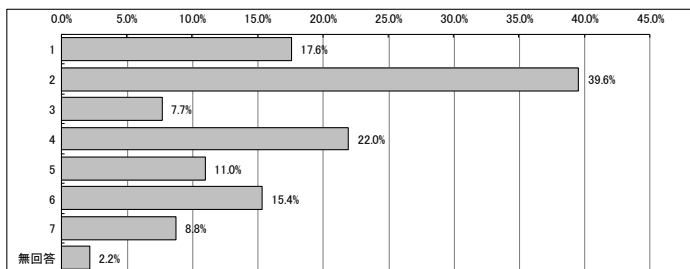
³⁵資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 19 を参照。

須特許に係る諸問題について現実的に直面する問題として捉えており、現存の制度を有効活用できないか、といった観点から選択していると思われる。

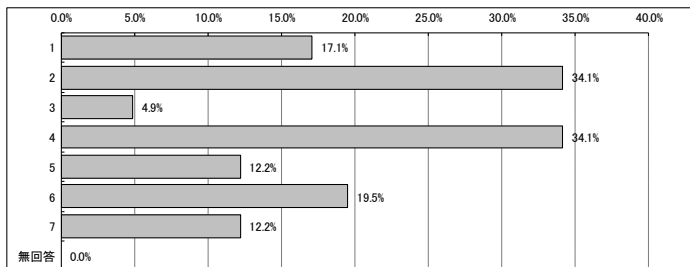
【選択肢】

1. 立法の場にて将来分の金銭的補填の規定を設ける
2. 司法の場にて損害賠償額を算定する際に将来分も考慮した算定方法で対処する
3. 刑事罰で対処する
4. 裁定通常実施権（特 83 条、特 92 条、特 93 条）で対処する
5. 司法の場にて強制実施権の付与をすることで対処する
6. 分からない
7. その他

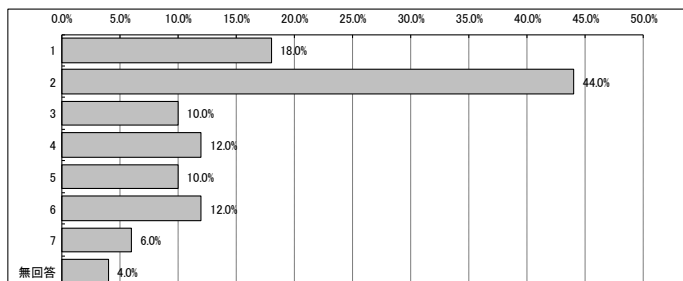
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、アンケートの回答及びヒアリング調査において、以下の意見が寄せられている。

【選択肢 1 及び 2】

- ・実施権の付与という形で対応する場合、交渉のコストやライセンス料の回収をする負担が当事者マターとなり負担がかかるため、損害賠償額を高くすることで対処すべきである。損害賠償の確定判決があれば、強制執行によりライセンス料の回収を容易になしうる。(情報通信機械器具製造業)

【選択肢 4】

- ・差止請求権の行使の制限がなされた場合、侵害者がライセンス契約等の土俵に上がらない場合が想定されるため何らかの仕組みが必要である。その一つとして、現行制度で利用可能な裁定通常実施権による対処を選択した。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・実用的な仕組みとしては、例えば「裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする」などのように、何らかの強制力が働く仕組みを設ける方が良く考える。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・裁定を、「仲裁」のように利用できる制度とはできないか。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・通信の分野には数千件の特許が存在し、どんなに精査しても完全に侵害を回避することは困難である。そのため仮に善意で事業を行っていたとしても侵害してしまった場合には、「事前に FRAND 条件に基づいて交渉したと想定した場合と同じ条件で算定する。」という運用にすることにより、善意の実施者が不利とならないような仕組みが良いと考える。ただし、「侵害し得」とはならないよう裁定通常実施権のような工夫は必要であると考えます。

【選択肢 4】

- ・繰返しの立証負担を考慮すると、司法の場にて強制実施権の付与による対処が良いと考える。(学校教育(大学を含む))

【選択肢 7】

- ・個別の事案に応じてフレキシブルに対応できる方が好ましい。(電子応用・電子計測器製造業)
- ・将来分については特に法的に対処する必要はなく、当事者同士の契約で対処すべき問題と考える。(電気機械器具製造業)
- ・例えば引き続き金銭倍償を支払い続けることを条件に差止制限をしてもよい。(通信業)
- ・最初の損害賠償請求訴訟の判決確定後、実施許諾を受けずに実施している者に対しては、懲罰的な損害賠償(例えば米国の3倍賠償)を課することができるようにする。なお、懲罰的損害賠償はライセンス交渉を促す作用があると考えますが、刑事罰とすることは強力すぎる。また将来分の損害賠償については、その算定をどのような手法で

行うのが疑問である。(印刷・同関連業)

- ・不誠実な侵害者には差止請求権の行使を可能とすべき。(電気機械器具製造業)
- ・現行制度で十分(電気・ガス・熱供給・水道業)
- ・レアケースではないか。差止めされなくてもライセンスを受けるのが通常である。(通信業)

(b) 損害賠償額の算定について

「問 20 標準規格必須特許に関する特許侵害訴訟における損害賠償額の算定方法は、何れが好ましいか」という問い³⁶に対して以下のような結果が得られた。

「3. 特許の価値に関わらず、FRAND条項など、パテント・プールで決定された料率に基づいて特許件数により算定する」については、回答者全体(23.1%)よりも電子応用・電子計測器製造業者等(39.0%)と高い傾向にある。

回答者全体については、「1. 標準規格必須特許に採用されたことにより(但し、FRANDは考慮しない)向上した価値に基づいて算定(18.7%)」、「2. 特許の価値に関わらずFRAND条項などパテント・プールで決定された料率に基づいて特許件数により算定(12.2%)」、「3. 事前にFRAND条件に基づいて交渉したと想定した場合と同じ条件で算定(24.0%)」と回答が分散した。

電子応用等については、特に「3. 特許の価値に関わらずFRAND条項などパテント・プールで決定された料率に基づいて特許件数により算定(39.0%)」、とする回答が最も多かった。

電子応用等以外については、「分からない」という回答の割合(40.0%)が最も多かった。

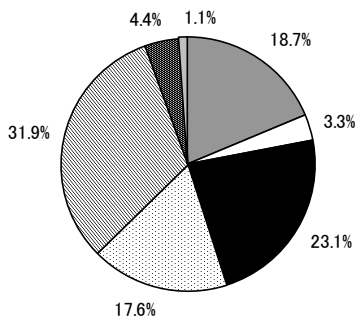
【選択肢】

1. 標準規格必須特許に採用されたことにより(但し、FRANDは考慮しない)、向上した価値に基づいて算定する。
2. 標準規格必須特許に採用されなかったと仮定した場合の価値で算定する。
3. 特許の価値に関わらず、FRAND条項など、パテント・プールで決定された料率に基づいて特許件数により算定する。
4. 事前にFRAND条件に基づいて交渉したと想定した場合と同じ条件で算定する。
5. 分からない

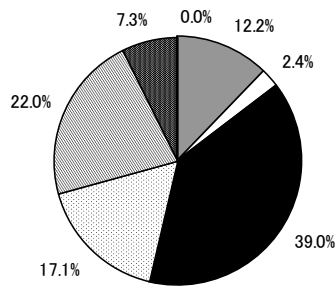
³⁶資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問20を参照。

6. その他

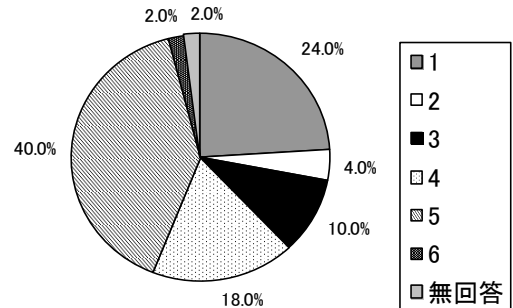
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、アンケートの回答及びヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・ 選択肢 4 よりは高額の意図である。選択肢 4 と同じでは訴訟前の当事者交渉でまともな虞があるため。なお、選択肢 3 及び選択肢 4 は侵害し得にも繋がるため選択しなかった。（情報通信機械器具製造業）

【選択肢 2 又は 3】

- ・ パテント・プールのように「件数のみ」で損害額を算定するというのでは、額が低くなりすぎるのではないか。（印刷・同関連業）
- ・ 現時点で裁判になれば N P E のような不実施者の場合においては、実際のライセンス料率（他の必須特許のライセンス料）によるのではないか。（印刷・同関連業）

【選択肢 3】

- ・ 標準規格必須特許に採用されたことによる価値の向上に基づいた損害賠償の算定方法（選択肢 1）、或いは標準必須特許に採用されなかったと仮定した価値に基づいた損害賠償の算定方法（選択肢 2）では金額の高低の問題が依然として残り、レファレンスとしては不十分であるため選択しなかった。損害額の算定の基軸としてはパテント・プールで決定された料率に基づくものであるべきと考える。

【選択肢 4】

- ・ プールの料率と件数によるという手法では、件数上限の設定がないため、件数が多い場合には、賠償額が通常のコストを超えて膨大となる恐れがあるため、選択できなかった。（電子応用・電子計測器製造業）
- ・ パテント・プールの料率等の特殊な条件によって損害賠償額を算定する必要性はなく、FRAND 条件に基づいて交渉したと想定した場合と同様の条件として個別に算定すべきである。（電気機械器具製造業）

【選択肢 6】

- ・上記選択肢 4+特許法 102 条 4 項（電子部品・デバイス・電子回路製造業）
- ・パテント・プールの中には料率が低すぎて失敗しているものもあるため、相場からかけ離れないよう留意する必要がある。（通信業）
- ・「特許の価値に関わらず、FRAND 条項など、パテント・プールで決定された料率に基づいて特許件数により算定する。」に加えて、懲罰的な額を加算する。（学校教育（大学含む）
- ・パテント・プールなどがある場合、プールレートは一つの指標として考慮すべきと考える。但し、単純な件数比がよいとは考えない。（電気機械器具製造業）

⑧ 裁定通常実施権の活用等について

(a) 裁定制度の活用について

「問 21-3 裁定通常実施権の活用したい場合には何がハードルと思うか」との問い³⁷に対して、以下の結果が得られた。

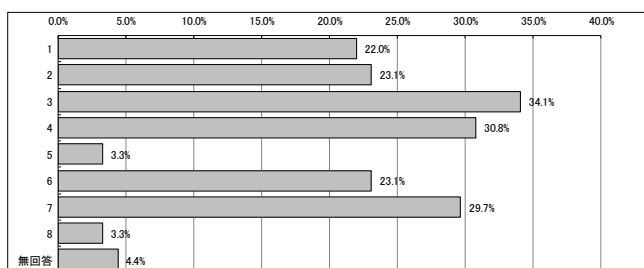
回答者全体、電子応用、電子応用等以外のすべてにおいて「3. 侵害の自白に等しいため、侵害訴訟がなされ得るようなケースでは活用しにくい。」との回答がもっとも多かった。

【選択肢】

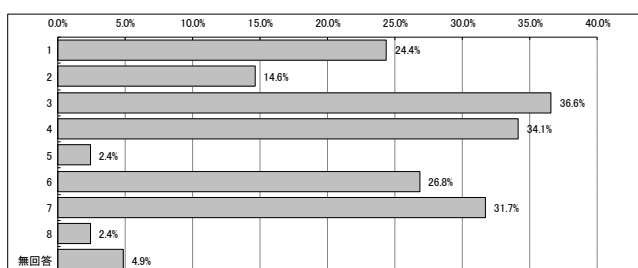
1. 公益性のハードルが非常に高い。
2. 単に「公共の利益」又は「不実施」のみが要件であり、客観的な利益考量など総合考慮的要素が要件に含まれない。
3. 侵害の自白に等しいため、侵害訴訟がなされ得るようなケースでは活用しにくい。
4. 行政庁において相当対価の算定や範囲・期間の適切な設定が可能であるか疑問である。
5. 侵害訴訟係属中には労力が割けないため裁定の手続きが活用しにくい。
6. 行政庁での裁定の手続きが不明確であるため活用しにくい。
7. 分からない。
8. その他

³⁷資料編Ⅲ、Ⅳ及びⅤの問 21-3 を参照。

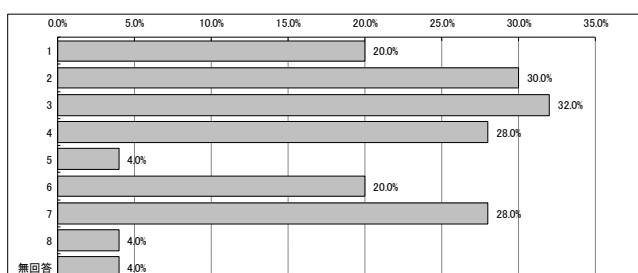
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

- ・そもそも、裁定が使える場面が、利用したい場面と一致しないため、裁定は考えていない。（印刷・同関連業）
- ・NPEは、金銭目的であるから交渉には応じてくれるが、ライセンス額が相場よりも高くても暴利とまでいえない場合には、そもそも裁定が使える場面とはならない。（印刷・同関連業）
- ・現在の裁定制度は、昭和34年に作られた古く、また、使われない規定となっているのであるから、新たな裁定の規定を設けてはどうか。（印刷・同関連業）
- ・現行の裁定制度は、そもそもライセンスを付与するか否かという判断を行うものであり、ライセンス条件を調整するものではないのであるから、現実の問題となる場面（NPEとの交渉）には、ほとんど役に立たない。（印刷・同関連業）

(b) 裁定通常実施権の活用策について

「問 21-4 今後、裁定通常実施権を活用したい場合に、どのような有効活用策が良いと思うか」という問いに対して、以下の結果が得られた。

回答者全体については、「5. 裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする。」及び「6. 現行の裁定制度の詳細なガイドラインを作成する。」が最も多く、29.7%である。

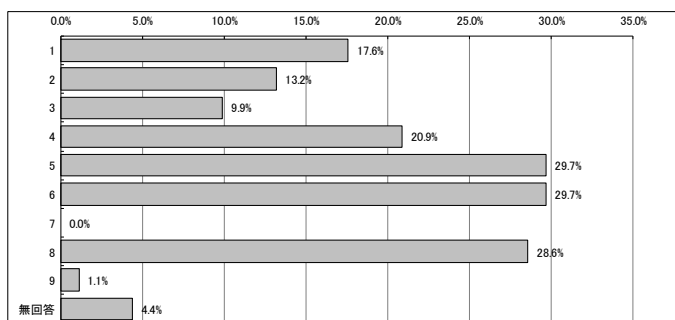
電子応用等については、「4. 相当の対価の算定や範囲・期間の設定に専門家を関与させる。」及び「5. 裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする。」が共に 34.1%という結果となっている。

電子応用等以外については「8. 分からない」(34.0%)、「6. 現行の裁定制度の詳細なガイドラインを作成する。」(32.0%)、「5. 裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする。」(26.0%)といった順に回答が多かった。

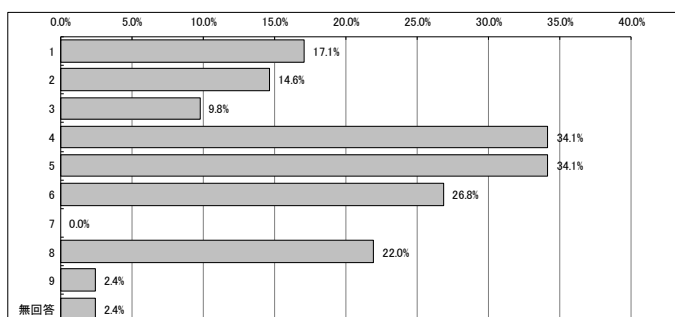
【選択肢】

1. 現状の要件(「公共の利益」や「不実施」など)の緩和をする。
2. 新たな裁定通常実施権を設立する。
3. 非公開で審理を行い、特許権者に知られないようにする。
4. 相当の対価の算定や範囲・期間の設定に専門家を関与させる。
5. 裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする。
6. 現行の裁定制度の詳細なガイドラインを作成する。
7. 査定系／当事者系審判で裁定通常実施権の付与を行えるようにする。
8. 分からない。
9. その他

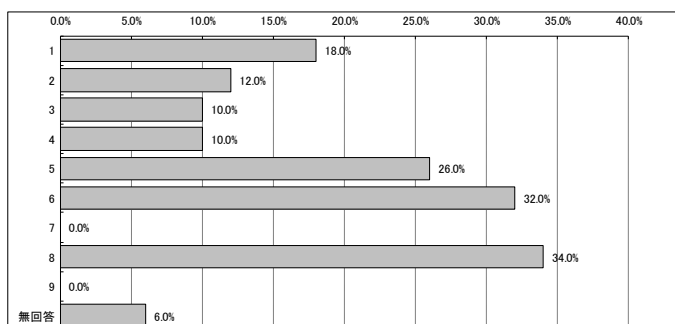
< 回答者全体 >



< 電子応用等 >



< 電子応用等以外 >



なお、本問について、ヒアリング調査において、以下の意見も寄せられている。

【選択肢 1】

- ・ 代替技術が存在する電気通信分野においては現行制度の裁定通常実施権（93条）の公益性を見直しても良いと考える。たとえ、生命に関わるような非常に高い公益性ではないにしろ製品化等が進み変更が出来ないような状況に陥った場合には、多大な社会損失に繋がる虞があるためである。（電気機械器具製造業）

Ⅱ． 標準必須特許の権利行使に関する諸問題

1． はじめに

第Ⅱ部では、標準必須特許の権利行使に関する諸問題について、各委員が多面的な視点からその内容を明らかにするが、その前提として、本委員会全体で議論された問題点と議論の内容を以下に整理する。

(1) 標準必須特許の権利行使に関する諸利益：特許権の制限の必要性

本項は、差止請求権の行使の制限の可能性を探るものである。

第Ⅰ部でも述べたとおり、近時我が国においても標準必須特許に関する権利行使の事例が現れてきており、その制限が議論の俎上に上っている。しかし、そもそも標準必須特許の権利行使を制限する必要性はどこにあるのかという議論のスタートラインが十分には検討されていないため、まずそれを明らかにする必要がある。

本委員会では、以下の3つの場面では、差止請求権の制限が必要とされ得ることが示された。(i) 実施者において関係特殊的投資(ある当事者の取引では有益であるが、その他の取引では無価値な投資)がなされており、特許権者と実施者との間に地位の非対称性のある場合(過大型)には、そもそも通常のライセンス行動が期待できず、権利行使の際に何らかの調整が必要となる。また、詐欺等の不正な手段により標準必須特許とされた場合である(ii) フロード(fraud)型³⁸の場合には、その権利行使が、権利者自身の行為により正当化されえず、権利行使が制限されうる。さらに、(iii) 広く公衆の利益に関する技術に関してその権利行使によりその技術の利用が制限されるような場合(公益型)には、公共の利益との調和という観点からその制限が必要とされる。

これに対して、(i)(ii)の「私的利益としての調整の失敗」と(iii)の標準化必須特許の「公益を害するような知的財産権の行使」の問題を分けるべきか、あるいは、(iii)は、そもそも一般私法(民法)の問題であり、特許法独自の差止請求権の制限が必要となるのは(i)(ii)の「私的利益としての調整の失敗」の場合に限定されるため、そのみを検討の対象とするべきか、という点についても議論があった。

³⁸ 標準策定段階において自己の保有特許を秘匿した上で同特許が関係する技術が標準に採用された場合(フロード1)や、特許権を開示しFRAND条件で提供するとした言を、標準への採用後に翻した場合(フロード2)を想定する。

以上の議論の中で標準必須特許の権利行使に関する「公益の問題」について、特に標準化のプロセスおよびその分類といった観点から、小塚委員にご執筆をいただいた。

（２） 特許権の制約原理：特許権の制限の許容性

本項は、上記（１）の場合において特許権の権利行使を制限することが許されるのかという観点から議論を行ったものである。

そもそも、特許権は、特許庁の審査登録を通じて生じるいわゆる準物権的な権利であり、無効とされない限り、公共の利益という限界はあるにせよ制限を受けることはないという見解も根強く存在している。この点に関して本委員会では、以下２つの観点（（ｉ）「特許権」の内在的制約論、（ii）プロセスの中の「特許権」）が示された。

（ｉ）そもそも、「産業の発達に寄与する」という特許法の目的から、「特許権」または「差止請求権」には内在的な制約がかけられており、無制限なものではない。上記の特許権を準物権的な権利ととらえる従来の見解はその点を看過しており、前提を取り違えている。

（ii）特許庁による特許権付与までの審査と登録のプロセスでは、常に差止請求可能であるという観点から評価が行われておらず、権利付与後の権利行使による産業への悪影響といった、特許法の「産業の発達」という目的に反するような行為までは想定していない。

そのため、（ｉ）（ii）から、理論的にも差止請求権の行使の制限は可能である、との意見があった。

なお、差止請求権の行使の制限については、損害賠償請求権との間で段差が設けられており、どちらか一方のみが成り立つ場合がありうるのかについても議論がされた。

（３） 差止請求権行使の制限手法：要件論

本項は、上記の（１）及び（２）を踏まえ、特許権の権利行使が制限されるべき場合を特定する手段として、それをいかなる根拠のもといかなる要件で認めるのが望ましいかを検討するものである。

具体的には、（ｉ）民法上の権利濫用の法理による手法、（ii）民法の権利濫用法理により差止請求権が制限されうることを特許法上明文化するという手法、（iii）権利濫用としてではなく、差止めが制限されうることを特許法上明文化す

るという手法、の 3 つの観点から議論が行われた。

まず、(i) の民法上の権利濫用の法理による手法については、事前にあらゆる事態を予想してルールを設定することは困難であるため「権利の濫用に委ねる」といった意見があった。その一方で、裁判所が権利濫用の法理或いは信義誠実の原則だけですべての問題を処理すると、それらの規定がその適否を判断する要件を導出するための指針を有しないため、いきよいその適用が謙抑的となり様々な問題を解決し難い、といった指摘がなされた。

また、(ii) 民法の権利濫用法理により差止請求権が制限されうる場合を具体的に列挙した上で特許法上明文化するという見解が紹介された。その一方で、要件を明確にすることは立法論として望ましいかもしれないが、差止請求権の行使が制限されるべき個別具体的な場合を、すべて明確に類型化して条文にすることは困難であるとの指摘がなされた。

更に、(iii) 権利濫用としてではなく、差止請求権が制限されうることを特許法上明文化するという見解も紹介された。この見解は、その根拠を権利者と行為者との間の「利益衡量」、特に産業社会の発展に有用かという観点も踏まえた「利益衡量」的な考え方によるとするものと、前述の特許権の内在的な制約の観点から説明するものとがあった。

その要件としては、制限を受ける場面を想定した具体的な要件を設けるというものと eBay 事件最高裁判決³⁹の 4 要件を参考にした抽象的要件を設けるとの見解があった。

これに対して、前者については、上記の (ii) と同様の指摘があり、後者については特許法の差止請求権の根拠規定に権利行使の制限のための要件を挿入したとしても、制限がされる場合が明確ではなく混乱が生じる虞があるとの意見が出された。その一方で、一般的な差止請求権の行使の制限の要件を考える上では、eBay 事件最高裁判決の考慮する「回復不能な損害」や「公益性」は参考となるといった意見も出された。

以上の (2) 特許権の制約原理並びに (3) 差止請求権行使の制限手法及びその要件論に関する諸問題については、平嶋委員にご執筆をいただいた。

(4) FRAND 宣言の効力：FRAND 宣言と権利行使の制限との関係

本項は、FRAND 宣言の効力の範囲や位置づけについての議論に関するものである。

³⁹ eBay Inc. et al. v. MercExchange, LLC., 547 U.S. 388 (2006)

標準必須特許については、その権利者が、標準化の過程で標準化団体に対して FRAND 宣言をしている場合が多いとされる。その場合には、そもそも標準必須特許の権利行使の問題は生じないようにも思われる。しかし、FRAND 宣言については、その効力、効力の及ぶ人的な範囲（権利者及び義務者）及びその内容そのものが明らかではない。

本委員会では、FRAND 宣言の効果は、標準化の参加者にのみ及び、FRAND 宣言は誠実交渉義務を生じさせるが、究極的には、その範囲や効果は、最初の策定メンバーが、規格化の際に決定するものである⁴⁰とした。

そのため、FRAND 宣言がなされた場合であっても標準必須特許の権利行使の制限を検討する必要性が存在することになる。

（i）FRAND 宣言をした場合に差止請求権の行使の制限される場合がありうるかについては、FRAND 宣言をしたが、特許権を移転したような場合であっても、FRAND 宣言により対外的に当該発明を標準に供することを示したのであれば、対象となった技術については、囲い込みをしないという権利放棄の意思表示があったのであるから、その意思表示についての効果をやや拡張的に認めて、譲受人による差止めの制限を認めるという構成を採用しうるとの意見があった。

（ii）また、FRAND 宣言が、標準化団体と標準化の参加者との間で、参加者が第三者に対して通常実施権を与えることを約する旨の「第三者のための契約」

（民法 537 条）であり、その効果が、第三者にまで及ぶといえるかについても議論がなされた。この「第三者のための契約」については、特に、第三者が標準化の参加者に対して受益の意思表示をしなくても通常実施権が発生するかという点について、撤退問題を念頭に議論がなされた。

以上の FRAND 宣言にまつわる諸問題については、田村委員にご執筆をいただいた。

（5） 差止請求権行使の制限と金銭的請求との関係について

本項は、差止請求権が認められない場合における金銭補償の在り方に関するものである。

標準化技術に関して研究開発を行った成果である特許権について、差止請求権のみならず損害賠償請求権まで全面的に制限することは、妥当ではない。しかしながら、差止めが認められない場合には、侵害し得とならないよう、米国の判決に見られるようにその補償として損害賠償額を増額したり、将来分の金

⁴⁰ ハーグ地方裁判所 2011 年 10 月 14 日判決

銭的補償を認めたりすることについても、検討する必要がある。

この点については、情報通信技術（ICT）分野では、膨大な数の不可欠特許が存在するため、著しい金銭的補償の増額は、標準規格に準拠する製品等の製造に悪影響となる。そのため、その検討に際しては、同分野のпатент・プールの特許料率を参考すべきであるとの意見があった。

なお、委員会においては、「差止請求権が認められない場合における金銭補償制度」に関する検討の一環として、裁定制度の活用についても議論が及んだ。この点については、本委員会のオブザーバーである木村耕太郎弁護士より、ご意見を頂いたため、あわせて第Ⅱ部に掲載する。

本部の以下の章では、標準必須特許の権利行使に関する諸問題について、その内容を各委員の視点から明らかにするが、その諸説は、当然に上記の議論を踏まえたものであることに留意されたい。

2. 標準規格をめぐる事業者利益と国家政策

(1) 本章の目的

本章では、標準規格に対する政策上の考慮要素について、情報通信審議会が平成23年7月25日に提出した答申『通信・放送の融合・連携環境における標準化政策の在り方』⁴¹（以下では、「標準化答申」と呼ぶ）を主たる素材として、検討する。

標準規格における特許権行使の問題点を考える際には、どのような理論的な枠組みによるにせよ、特許権者の利益とその権利行使を制限する必要性とを衡量することになると思われる。従って、標準規格というものにはどのような社会的意義があるのか、また、それが関係者に対して不利益をもたらすことがあるとすれば、それはどのような点においてであるのか、といった点について十分な認識を持つことが、議論の前提として、不可欠である。標準化答申は、標準規格の意義やあり方について関係者間でかなり踏み込んだ議論を行った結果として出されたものであり、こうした問題を考える上で、有益な資料となっている。そこで、答申の背景と内容を紹介するとともに、若干の考察を加えて、標準必須特許の権利行使について考えるための準備作業としたい。

本章の構成は次のとおりである。まず、標準規格を取り巻く昨今の状況について、情報通信審議会の問題意識を紹介する(2)。次に、標準化答申の作成に至る審議の過程でどのような議論が行われたかを、いくつかの重要な論点に絞って検討する(3)。その上で、標準化について考える際の視点はどのようなものであるべきかについて、考察することとしたい(4)。

(2) 標準規格を取り巻く昨今の状況

標準化答申は、情報通信審議会が標準化政策について検討することとなった背景として、標準化政策に関する環境変化が生じていることを指摘する。それは、(1) デジタル化等の急速な進展、(2) 標準化の「場」に関する環境変化、(3) いわゆる「ガラパゴス化」に関する問題意識の高まり、(4) 諸外国における政策の動向、の4点である⁴²。以下、標準化答申に従って、やや詳細に見ていこう。

⁴¹ 『通信・放送の融合・連携環境における標準化政策の在り方（平成21年8月26日諮問第16号）答申』（情報通信審議会、平成23年7月25日）。

⁴² 標準化答申・1～17頁。

（i） デジタル化等の急速な進展

情報通信技術のデジタル化は、ICT サービス業においては、「通信と放送の融合」という形で表れる。デジタル化に伴って、技術的には通信と放送の区別が立てられなくなった。そして、現実にも、インターネットという通信インフラを利用して、動画共有をはじめとする放送と同様のサービスが広く提供されるようになっていく。放送インフラを利用した通信類似のサービスは、いまだ活発ではないが、深夜の時間帯に多い通販番組などは、その一種であると見ることもできる。

他方、製造業の分野では、技術のデジタル化によって垂直統合型のモデルが優位を失い、水平分業型のモデルが支配的になった。デジタル化が進むと、製品はモジュールごとに製造された部品を組み立て、組み合わせる形で完成するからである。そうした変化の結果、熟練工の技術によって部品の「すり合わせ」を行い、高い品質の完成品を生み出すことを得意としてきた日本の電機メーカーは、競争力を大きく傷つけられることになった。単純化されたモジュールの製造拠点は、安価な労働力を求めてアジア各地に展開している。

こうした背景のもとで、複数の事業者が標準化活動を行い、強調する中からイノベーションが生み出されるという状況が出現してきた。このことを2004年の時点で指摘した文書に、米国のいわゆるパルミザーノレポートがある。これは、米国の民間団体である競争力評議会が2004年12月15日のNational Innovation Initiative Summitにおいて公表した“*Innovate America*”という報告書⁴³のことであるが、その中では、ユーザーとの共同創造への志向やITネットワークにおける相互運用性の必要などによって知的財産に関する伝統的な考え方に対して変革を迫っていること、知的財産に関する協調こそが、イノベーションのツールとなっていること、そしていまや最先端の技術的進歩は共有知識、標準、及び協調的革新に依存していること、などが指摘されているのである。

（ii） 標準化の「場」に関する環境変化

標準規格として伝統的に考えられてきたのは、制度的な裏付けを持った、いわゆるデジュール標準であった。国際的には、デジュール標準を設定する機関は、情報通信分野ではITU (International Telecommunication Union) であり、より一般的には、ISO (International Organization for Standardization) であった。しかし、昨今の（1）に述べたような環境変化の中で重要性を増している

⁴³ Council on Competitiveness, “*Innovate America*” (2005).

標準規格は、複数の関係事業者が任意に連携して標準を策定するフォーラム標準と呼ばれるものである。ITUやISOのデジュール標準も、実際には、フォーラム標準を追認しているにすぎないという例が増えてきている。たとえば、第三代携帯電話(W-CDMA, CDMA 2000)や、高速モバイル通信(Mobile WiMAX)などの場合がそうである。

デジュール標準とフォーラム標準では、標準の策定プロセスも異なっている。フォーラム標準の場合には、必ずしも参加者の全員が一致しなくとも、一定以上の賛成があれば標準として採用されているのである。デジュール標準は各国間の合意にもとづく制度的なものであるから、それなりに手続の正当性が問われるが、フォーラム標準は、関係事業者が任意に集まったものにすぎないから、手続的な正当性は緩やかにしか要求されていないのであろう。

なお、標準化答申は、この面でも日本の対応が遅れているのではないかということを描している。国際機関におけるデジュール標準の策定には、日本からもそれなりに出席があるが、フォーラム標準の策定過程への日本からの参加は低調であり、日本企業のプレゼンスが小さいという問題である。

(iii) 「ガラパゴス化」に関する問題意識の高まり

「ガラパゴス化」という表現は、一般的に、日本企業の製品やサービスが、日本の国内市場のニーズに対応して発達してきたために、グローバルスタンダードと乖離した機能やクオリティを持つものとなってしまう、グローバルな市場における競争力を失ってしまったという意味で用いられている。そうした問題意識は、グローバル市場における日本企業の製品シェアが低下しているという危機感を背景としたものである。

これを標準化の文脈でとらえれば、日本だけで標準化を進めてきたことがガラパゴス化の原因ではないかという問題の提起となる。グローバルな市場を開拓し、日本企業の製品・サービスをグローバルに展開するためには、国際的な標準化活動に対する積極的な関与が必要ではないかと考えられるわけである。

(iv) 諸外国における政策の動向

以上のような問題意識を背景として、標準化答申は、諸外国が国際的な標準化活動に対してどのようなスタンスで臨んでいるかを記述する。まず、韓国は、「IT-Korea 未来戦略」の一環として、韓国企業による標準化活動に対して積極的な支援を行っている。

次に、欧州（E U）は、欧州標準化機関（ETSI, CEN, CENELEC）により、欧州単一市場における統一的な技術標準の策定を行っている。そして、その中では、「重要な観点」の一つとしてフォーラムやコンソーシアムとの連携が掲げられ、現実にも、フォーラムによる標準化活動に対する公的な支援等が行われている。また、同じく「重要な観点」の一つとして、ステイクホルダーとのパートナーシップ関係の強化も挙げられている。

これらに対して、米国では、標準化活動を民間団体の活動に委ねるというスタンスが基本的にとられている。従って、政府が積極的に標準化活動を支援するといった政策は取られていない。他方で、米国は、政府調達基準に民間で策定された標準を利用したり、逆に政府が開発した技術の民間移転を促進したりすることを活発に行っている。

（３） 主要な論点

標準化答申の内容を審議するために、情報通信審議会の情報通信政策部会に「通信・放送の融合・連携環境における標準化政策に関する検討委員会」（以下、「検討委員会」と呼ぶ）が設置された⁴⁴。検討委員会では、そもそも上記のような問題意識が正当なものであるか否かという点を含め、多岐にわたる議論が交わされた。その中で、理論的に見て重要であると考えられる論点を、以下で取り上げて検討する。

（い） 消費者の利益の位置づけ

E Uの標準化政策においては、ステイクホルダーとのパートナーシップ関係が重視されているが、そこで考えられているステイクホルダーのうち重要なものの一つが消費者である。

検討委員会には、消費者を代表する委員も参加しており、この点において、日本の従来の標準化政策には大きな問題があったと指摘した⁴⁵。典型的な例として挙げられたのが、コピーワンスと呼ばれるデジタル放送の権利管理システムである。コピーワンスについては、消費者の正当なニーズを満たしていない（たとえ

⁴⁴ 本章の筆者（小塚）は、検討委員会の委員を務めたが、本章の記述は、まったく個人的な見解であり、検討委員会の総意を反映したものではない。なお、以下の脚注において、委員の発言を引用している部分があるが、これらは、総務省のウェブサイト上で公開されている議事要旨で確認することができる。
http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/policyreports/joho_tsusin/renkei/index.html
[最終アクセス日 2012.03.22]

⁴⁵ 第3回会合、第4回会合における河村専門委員発言など参照

ば私的使用のために放送番組を録画した媒体（DVD 等）から別の媒体にデータを移動させる際に、元のデータが消去されてしまうため、不具合が起こってデータ移動に失敗するとデータが全く失われてしまう）という批判が強かったにもかかわらず、権利者・製造業者・放送事業者の間の利害が複雑に対立して、制度の改革が進まなかった。2008 年に至って、権利者と製造業者の間で玉虫色の合意がようやく成立した結果、ダビング 10 と称する新しい権利管理システムへの移行が実現したが、その際の合意があいまいさを残していたために、後にデジタル専用機を販売した事業者の補償金負担をめぐる訴訟が提起されることになった⁴⁶。放送番組の権利管理システムは、国内のすべての放送事業者と製造業者が同一のシステムを採用するものであるから、標準規格の一種であると言えるが、そのあり方をめぐる議論の中で、消費者団体は、発言をほとんど聞き入れられなかったという不満を抱いていたようである。そのことが、検討委員会において消費者利益の位置づけが問題となる背景となった。

これに対しては、企業のエンジニアも、日常生活においては消費者なのであり、そうした「消費者感覚」を見失うことなく技術開発や標準規格の策定に取り込むことが重要である、との発言もなされた。この発言は、当該分野の技術には疎遠な消費者団体の代表者が標準策定の議論に参画しても、得るところは少ないと主張するものであろう。しかし、そうした一消費者としての利害と企業の構成員としての利害が対立したときにはどのような解決が図られるのか、という点こそが提起された問題なのであるから、この主張は、あまりにもナイーブなものであろう⁴⁷。

とりわけフォーラム標準は、一部の事業者が任意に集まって標準規格を策定するという、いわば私的なものであるだけに、関係事業者の利益に合致するような技術が、そのまま標準規格として採用される可能性を否定できない。そうであればこそ、EU では、フォーラムとの連携とステイクホルダー（消費者）とのパートナーシップが、政策上の重点として、併せて掲げられているのである。

他方で、消費者の利益を標準規格の策定に反映させるとしたら、どの利用な「利益」を考えるべきかという問題も、重要である。日本の消費者団体は、消費者の利益として「安心・安全」を強調することが多い⁴⁸。たしかに、標準規格として採用された技術が発火事故等につながるようなことは、たとえその技術が安価に調達可能なものであったとしても、あってはならないであろう。しかし、安全性

⁴⁶ これらの経緯について、Souichirou Kozuka, “Copyright law as a new industrial policy?”, in: Nissim Otmazgin & Eyal Ben-Ari (eds.), *Popular Culture and the State in East and Southeast Asia* 106 (Routledge 2011).

⁴⁷ 第 7 回会合における小塚発言参照。

⁴⁸ 第 11 回会合における河村専門委員発言、第 13 回会合における長田専門委員発言参照。

にかかわる事業者の評判（レピュテーション）リスクは、少なくとも日本では、十分に大きいと思われるから、「安心・安全」は、実は事業者（技術者）の利害と消費者の利害の対立が最も小さい問題なのである。

消費者の利害と事業者の利害が分かれるのは、商品・サービスの革新にかかわる局面ではないかと思われる。事業者は、技術から考える。しかし、多くの消費者にとっては、どのような技術が採用されているかということは、さしあたり問題ではない。その技術によって新しい商品やサービスを享受できるのか、より便利な生活、より多様な活動が実現されるのか、という点が消費者の利害関心である。「通信と放送の融合」という現象は、まさに、技術のいかんによらず同様のサービスが可能になるという状況が実現した一例と言えよう。検討委員会において、そのようなサービスを可能にする技術を標準規格として採用するよう強く発言したのは、皮肉なことに、IPTVを推進する海外の事業者団体であった⁴⁹。

（ii） 「日本発」の標準

フォーラム標準において、日本のプレゼンスが低いという問題意識の前提には、日本企業が提案した技術が標準規格として採用されるようになることが望ましいという考え方がある。韓国は、明らかにそのような考え方を政策として採用し、韓国企業による標準規格の提案を政府が支援する体制を取っているわけである。そこで、日本も韓国にならい、日本企業による標準規格の提案を支援するような政策を取るべきではないかという問題も、検討委員会において議論された⁵⁰。

しかし、これに対しては、二つの方向から批判が提起された。一方では、標準規格が「日本発」の技術であることにこだわる意味はどこにあるのか、という疑問がある。消費者の利益という観点に立つならば、どこの国の企業が開発した技術であろうとも、利便性を高め、新たなサービスの享受を可能にする標準規格が望ましいということになる⁵¹。日本の企業自身にとっても、標準化の意義が、パルミジャーノレポートが指摘するような協調的革新を可能にする点にあるとすれば、元になる標準化技術自体が日本の技術であると否とを問わず、（日本企業による）継続的なイノベーションを可能にするような標準規格が採用されることの方が重要であろう⁵²。

他方で、日本の技術が標準規格として採用されたからといって、日本企業の利

⁴⁹ 第2回会合、第5回会合におけるフー・オブザーバ発言。なお、第5回会合における河村専門委員の発言は、この点に対する日本の消費者の考え方を反映しており、興味深い。

⁵⁰ 第8回会合における議論を参照。

⁵¹ 第12回会合における河村専門委員発言参照。

⁵² 第10回会合における杉原オブザーバー発言、第11回会合における浅野専門委員発言等を参照。

益につながるとは限らないのではないかという指摘もなされた⁵³。実際に、地上波デジタル放送（いわゆる地デジ）の技術規格について、日本方式が南米のいくつかの国で採用されたが、それらの国において、採用された日本方式の規格に適合したテレビ受像機を製造し、販売しているのは韓国メーカーであり、日本の家電メーカーの市場シェアはきわめて小さいと言われている。

このように、標準規格の採用と製品化の段階における利益とは、必ずしも結びつかない。もっとも、だからといって標準化のプロセスに対する参加に消極的でよいかと問われれば、それを正面から肯定することも難しく、標準化答申は、結局、標準化活動に対する支援にかかわる政府の体制を整えるよう提言している。

（iii） 標準化のレイヤ

従来、標準規格の策定は、インフラに近い技術をもっぱら念頭に置いて行われてきた。伝統的な通信技術においては、インフラが高い公共性を持つ反面で、その上で展開される活動については、商用サービスの提供も含めて、「利用者」として整理されてきたと言ってもよい。ところが、デジタル化の進展によって、アプリケーションやコンテンツのレイヤにおける技術が重要性を増すようになった。このことは、情報通信技術の発展が、技術者ドリブンの展開からユーザードリブンの展開に移行してきたという変化のあらわれでもある⁵⁴。

標準化答申は、こうした新しい展開を取り入れて、次世代ブラウザ、D E C E、デジタルサイネージ等のアプリケーションレイヤ、コンテンツレイヤにおける標準規格にも言及したものとなっている。こうしたレイヤにおける標準化が進むと、そこに新しい市場が作られるという認識にもとづくものである。

このような認識は、情報通信分野における世界の潮流に合致している。もっとも、その考え方をさらに進めると、インフラ・端末・コンテンツを貫くレイヤモデル（垂直統合モデル）を採用し、それによって独自の市場を開拓するという発想に行きつくであろう。実際にも、スマートフォンやタブレットの分野では、そのようなビジネスモデルが現実には大きな市場を獲得している。そこには、標準規格は一切存在せず、ビジネスモデルを提供する事業者の独自規格が存在するのみである。

結局のところ、標準規格を策定すべきか否か、またどのレイヤにおいて策定するか、という問題は、それ自体が、各事業者による事業上の選択の問題なのである。そして、デジタル化が進展した現代の情報通信産業においては、その選択の

⁵³ 第 14 回会合における廣瀬専門委員発言、第 15 回会合における浅野専門委員発言。

⁵⁴ 第 17 回会合における畑中オブザーバー発言参照。

可能性は広く、かつ短い時間で急速に変化する。そうであればこそ、共通の標準規格を求める事業者のみが任意に参加するフォーラム標準が、主流になっているのだとも言えよう。

(iv) 標準化における政府の役割

以上のような認識を前提とするとき、標準化に対して、政府はどのような形で関与すべきであるのか、という問題が、検討委員会にとっての最も重要な検討課題となった。

第一に、標準化答申では、これまでの日本政府の体制が、デジュール標準への対応に偏っていたことに対して、反省がなされている。情報通信審議会の情報通信技術分科会では、これまで、ITUの研究委員会に対応した委員会を設置して、国内での検討を行ってきた。そのような体制では、フォーラム標準が支配的となった現在の情勢に対して、適切に対応することができないと考えられる⁵⁵。デジュール標準が策定される場合にも、フォーラム標準によって採用された技術がそのまま追認されるのに近いという実態があるとすれば、前提となるフォーラム標準の策定過程に関与していなければ、意味がないからである。

第二に、より難しい問題は、フォーラム標準の策定に対して、政府は何らかの関与をするべきか否か、また、仮に関与するべきであるとしたら、どのような形の関与が可能であり、また必要なのか、という点である。標準化答申は、この点について、①オープンな標準であって、②評価、検証が可能なものについて、③消費者・利用者への影響や、国際競争力向上の観点から政府の関与する余地がある、という考え方を提示した。

(4) 標準化の政策上の意義

検討委員会における検討の中でも、また、結果として取りまとめられた標準化答申においても、標準化について、二つの異なる問題意識が、整理されないままに併存しているように思われる。一つは、消費者ないしユーザー利益を強調する政策への志向であり、いま一つは、日本企業の利益や存在感に資するような政策への志向である。ここでは、前者を「競争政策としての標準化政策」、後者を「産業政策としての標準化政策」と呼ぶことにしよう。

競争政策としての標準化政策は、EUにおいて大きく意識されているものであ

⁵⁵ 第16回会合における杉原オブザーバー発言参照。

る。それは、E Uにおいては、各国がそれぞれ独占的な通信事業者を有していた市場構造を改革し、相互参入を可能にすることが、政策上の大きな目標となっているからである。標準化は、このような市場改革の前提として議論されているわけである⁵⁶。

そのような役割を標準規格に与える以上は、その標準はデジュール標準でなければならない。ところが、情報通信産業の現状を見ると、伝統的なデジュール標準を持ち込むことは、現実的ではない。そこで、関係事業者との共同作業を通じて、いわばフォーラム標準に近い形でデジュール標準を策定するという手法がとられることになる。これが、E Uにおける標準策定の「ニューアプローチ」である。

ニューアプローチは、デジュール標準の策定を現実にも適合させるためには、不可欠なものである。しかし、そこには、共同作業に関与する事業者の私的利益が強く反映されすぎ、デジュール標準が本来持っている公益性を損なうという危険が伴う。そこで、そうした危険性をチェックする意味で、消費者や中小企業の代表者を関与させる必要性が指摘されるわけである⁵⁷。このように、E Uにおける標準化政策は、デジタル化の時代にふさわしい柔軟性を確保しつつも、基本的には、競争の促進によって市場を機能させ、社会の利益を図るという競争政策としての性質をもつものであると考えられる。

これに対して、標準化に関するもう一つのタイプの政策は、標準化活動を通じて自国の事業者の競争力を高めるというものである。そのような観点に立つと、他国（とりわけ米国のような競争力が強い国）の技術をグローバル標準として受け入れることは、むしろ自国の産業の利益を損なうこととみなされる。そこから、グローバル標準を受け入れるのであれば、自国の企業が提案した自国の技術がグローバルな標準規格として採用されることが前提であり、政府は、そのために企業の支援をするべきだという考え方が生まれる。韓国の政策が前提とする考え方はこれであり、前述のとおり、日本でもそうした政策を採用すべきであるという考え方は根強い。

しかし、自国の技術が使われることが産業界にとっての利益であるとすれば、グローバルな標準を受け入れないという選択肢が存在する限り、その方が望ましいという結論になるであろう。実際にも、中国は、グローバルな標準とは異なる独自の標準規格をしばしば採用しているようである。それは、いわば「ガラパゴス」なのであるが、十数億の人口を擁する巨大市場であれば、あえてガラパゴスとなるという戦略も取り得るわけである。その意味では、産業政策としての標準

⁵⁶ 根岸哲ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス』328頁。

⁵⁷ 根岸ほか編・同書 336頁。

化政策は、その考え方の根底においては、「ガラパゴス化」に対する問題意識の否定（「ガラパゴス化」は本当に悪いことなのか、という疑問）と通ずるところがある。

ところで、この関係では、米国が標準化活動をもっぱら民間事業者の活動に委ねていることが興味深い。それは、一見すると何らの政策も採用していないように見えるが、実は、標準化によって出現する市場自体を競争にさらすという、市場間競争の考え方なのではないかと思われる。デジタル化が進み、通信と放送が融合する中で、最適な市場のあり方を政府が示すことは難しい。事業者の中にも、垂直統合モデルを採用する者もあれば、標準化活動にはきわめて消極的で、自社の技術の特許権によって囲い込むという「proprietary 戦略」を基本とする者もある。いずれのモデルを採用することも各事業者のリスクであり、その結果は、市場（市場間競争が行われる動態的な市場）によって判断される、という市場哲学が、米国の「産業政策」なのではなかろうか。

（５） 結 論

標準化の問題は、「公」と「私」の問題であると言えることができる。標準規格を定めて、一定のレイヤにおける技術開発競争を止揚し、採択されなかった技術から利用される可能性を奪うとともに、利用者（消費者、ユーザー）にとっての選択肢を限定するという行為は、社会全体に対して影響力を持つものであり、その意味で「公」的な性質を有する。そうであればこそ、伝統的には、公的な制度に裏付けられたデジュールの標準化が行われ、そのためにふさわしいプロセスが保障されてきた。

このような観点から見れば、フォーラム標準は、「私」的な利益を追求する事業者の商業活動にすぎず、「公」的な標準化としての名に値しないということになりそうである。ところが、現代の情報通信技術の下では、そうしたフォーラム標準を通じた協調的なイノベーションの方が技術を発展させる上での有効性が大きいと考えられるようになっており、デジュール標準は、実質的には、フォーラム標準を追認するようになってきている⁵⁸。そのような認識が、米欧を含め、国際的に共有されているということが、問題の出発点である。その意味で、フォーラムを通じた「私」的な活動について、どのようにして、その影響力に見合った「公」的な性質を確保するかというところに、各国の政策の焦点がある。柔軟な「公」的標準として位置づけなおそうとするEU型、市場間競争を通じた「私」

⁵⁸ 現代におけるフォーラム標準の位置づけや、そうした中でおデジュール標準が持つ意味については、本報告書IV章を参照。

的論理の徹底によって公益が確保されると考える米国型、そして「私」的な活動そのものに政府が関与する道を選択する韓国・中国型などが並立する中で、日本の政策は、取るべき道を決めかねているように見える。

本章では、標準必須特許の行使について、直接に論ずることはしなかった。標準化答申も、その問題には、ほとんど触れていない。しかし、標準必須特許の行使という問題は、標準規格についてどのような政策スタンスが取られるべきかという文脈の中にあり、従って、本章で検討したような諸要因は、この問題を考える上で不可欠な背景事情であると考えられる。

(小塚 莊一郎)

3. 標準化と特許権－RAND 条項による対策の法的課題－

(1) 序

デジタル化技術と IC チップ技術の進展により、イノベーションの累積化、集約化が図られた結果⁵⁹、1 つの製品に極めて多数の特許が絡むようになった。その結果、IT 産業においては、権利が多数存在することにより権利処理が進まなくなるというアンチ・コモنز問題⁶⁰が懸念されるようになってきている⁶¹。標準化の活動機関が用いる RAND (Reasonable And Non-Discriminatory) 条項あるいは FRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) 条項⁶²は、標準化活動に参加しようとしている企業が現に取得していたり、将来、取得することが見込まれる特許にかかる技術を申告させたうえで、合理的かつ非差別的な条項でライセンスをすることを求めようとする条項であり、アンチ・コモنز問題の発生を可能な限り未然に防止しようとするものである。

かかる RAND 条項は、標準化活動に関与しないアウトサイダーに対する有効な対策を提示するものとはなりえないという制約があり、ゆえに問題の抜本的な解決は、特許権侵害に対する救済策としての差止請求権の制限と、損害賠償額のコントロールという特許制度自体の改革を待つ必要がある⁶³。とはいうものの、そのような限界があるにも関わらず、こと標準化活動に参加し同条項に同意した特許権者からの権利行使に対しては、RAND 条項を活用することで、特許制度の根本的な変革を招来するような解釈論(ex. 差止請求権の制限)を展開することなく、紛争を迅速かつ簡便に解決することが期待される。

本報告は、このような RAND 条項の活用が惹起する法的な諸課題を議論することを目的とする。

⁵⁹ Mark A. Lemley, "Ten Things To Do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)", 47 B.C. L. Rev 149, 151 (2007).

⁶⁰ Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 Harv. L. Rev 621, 33-59, 68-79 (1998), Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Stifle Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 Science 698 (1998); マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理 51 巻 10 号(2001 年)。

⁶¹ LEE Nari(田村善之＝立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモنزの悲劇」知的財産法政策学研究 11 号 105～109 頁(2006 年)。

⁶² 和久井理子『技術標準をめぐる法システム』(商事法務・2010 年) 278～280 頁。

⁶³ 田村善之「IT 化時代における特許権行使の規律のあり方ー差止めと損害賠償請求の制限の可能性ー(第 3 回)」二弁フロンティア 333 号掲載予定。

(2) 準拠法

(i) 問題の所在

標準化活動は可能な限り幅広いネットワーク効果を獲得するとともに、アンチ・コモنزに対する有効な対策となりうるように世界各国の企業を巻き込んで展開されることが少なくない。その結果、標準化機関によって採択された RAND 条項の有効性等、法的な課題に対して、いったいどの国、法域の法の下で判断するのかという準拠法の問題が生じることになる。標準化機関の採択する約款では、この問題を解決するために準拠法が指定されているが、そのような指定がいかなる者に対しても効力を有するのかということも問題となる。

(ii) 裁判例

日本ではこれまで RAND 条項の準拠法を扱った判決は公刊されていないが、従前の裁判例は、特許権に関するライセンス契約については、契約と性質決定して、契約に関する準拠法を適用している。

たとえば、専用実施権設定契約に関し、当事者間に明示の合意はないが、日本における特許の実施についての契約であり、契約書は日本語で記載されており、基本契約は東京で締結されていることから、準拠法は日本法とすることに当事者間の黙示の合意があったものと認定した判決がある（東京高判平成 2.9.26 無体集 22 巻 3 号 613 頁〔液体燃料組成物〕、最判平成 3.10.24 判例工業所有権法〔2 期版〕1983 の 39 頁〔同〕もこれを維持）。英国特許権の侵害をめぐる紛争について過去に日本の裁判所でなされた裁判上の和解の準拠法について、日本国の法廷で日本語で締結されたものであることを理由に、当事者の黙示の意思を日本法にあると認めて、「法の適用に関する通則法」7 条を適用して日本法を準拠法とした判決もある（契約当事者間の信義則に基づく義務についても、契約本体と同じものであるとする当事者の意思を認めて日本法を準拠法としつつ、大阪地判平成 19.3.29 平成 18（ワ）6264〔自動定量計量装置〕）。

他方で、裁判例は、契約によって移転する知的財産権に関する権利が第三者に対する排他権に関わる場合には、その物権的な関係に関しては、契約当事者間における契約の債権的な関係とは区別して、知的財産権侵害行為に対して適用される準拠法を適用するという態度を示してきた⁶⁴。

⁶⁴ 裁判例、学説を俯瞰するものとして、稲垣佳典〔判批〕知的財産法政策学研究 5 号 61-65 頁（2005 年）。

嚆矢となったのは、著作権に関し、譲渡契約の準拠法は法例 7 条 1 項により当事者間の（黙示的な）合意に従うが（日本の著作権の譲渡契約であることが重視され日本法とされた）、第三者に対する排他的な効力（具体的には二重譲渡の規律）に関しては保護国法（日本法とされた）が準拠法となる旨を説いた、東京高判平成 13.5.30 判時 1797 号 111 頁〔キューピーⅠ〕、東京高判平成 13.5.30 判時 1797 号 131 頁〔キューピーⅡ〕である。

事案は、両事件の原告（キューピーⅡ事件に関しては訴訟途中から独立当事者参加）が、アメリカ人訴外 A（ローズ・オニール）が創作したキューピー人形の日本における著作権を、A の死後、アメリカ合衆国ミズリー州法に基づいて設立された A の遺産財団である B（キューピーⅡ事件原告・脱退前被控訴人）から譲り受けたと主張し、自己が製造販売するマヨネーズその他一般のソース類の商標、商品包装等において複製し、キューピー人形を配布している被告キューピー株式会社に対して、著作権侵害を理由として差止めと損害賠償を求めた（キューピーⅠ事件）、又は、キューピーのイラストを銀行業のポスター等の広告物に複製したり、キューピー人形を景品として配布する被告日本興業銀行に対して、著作権侵害を理由として差止めを求めた（キューピーⅡ事件）、というものであった。両事件における被告は、ともに、原告が B から譲り受けたと主張する時点より前の 1948 年に当時の遺産財団管理人 C が著作権を訴外 D（ジョゼス・カラス）に譲渡しているから、B から X への譲渡は無効であると主張したので、著作権の譲渡を規律する準拠法の選択が問題となった。

裁判所は、「著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。」という一般論を展開する⁶⁵。

そのうえで、第一に、「著作権移転の原因行為である譲渡契約の成立及び効力」については、本件の B から原告への譲渡契約に関しては、著作権譲渡契約中で準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、「契約の内容、当事者、目的物その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときは、これによる」旨を説き、本件譲渡契約は、アメリカ合衆国ミズリー州法に基づいて設立された B が、日本の国民である原告に対し、日本国内において効力を有する本件著作権を譲渡するものであるから、日本の法令を準拠法とする旨の黙示の合意が成立したものと推認する、と判示した。

⁶⁵ この説示は、後述する、東京高判平成 15.5.28 判時 1831 号 135 頁〔サルパドール・ダリ〕においても同文が用いられている。同じく後述する、東京高判平成 15.5.28 判時 1831 号 135 頁〔サルパドール・ダリ〕も、語尾を除けば、ほぼ同文を説く。

また、第二に、「著作権の物権類似の支配関係の変動」については、法例 10 条を引き合いにだし、「著作権は、その権利の内容及び効力がこれを保護する国（以下「保護国」という。）の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である」旨を述べ、B から原告に対する本件著作権譲渡による物権類似の支配関係の変動については本件著作権の保護国⁶⁶である日本の法令が準拠法となるから、本件著作権について、D に対する譲渡と X に対する譲渡が二重譲渡の関係に立つに過ぎず、X に対する著作権の移転が効力を失うものではない、と判示した。そして、被告は、本件著作権について譲渡を受けたり、利用許諾を受けるなど、X が本件著作権譲渡の対抗要件を欠くことを主張しうる法律上の利害関係がないから、X は対抗要件を具備することなく、本件著作権を行使できる⁶⁷、と帰結した。

この判決が示した債権的な関係と物権的な関係を区別する基準は、後の裁判例に引き継がれることになる。

東京高判平成 15.5.28 判時 1831 号 135 頁[サルバドル・ダリ]の事案は、スペイン人画家 A(サルバドル・ダリ)から本件契約により A の創作した作品の著作権の譲渡を受けたと主張する原告オランダ法人が、スペイン法人ガラ・サルバドル・ダリ財団と、日本の地方自治体、百貨店を被告として、被告が日本で開催した展覧会の会場で販売された書籍にダリの著作にかかる絵画が掲載されたことに基づき、著作権侵害を理由とする差止めや損害賠償を請求したというものであった。被告は、本件契約の準拠法であるスペイン法によると、本件契約は著作権の信託的譲渡契約に過ぎず、委任者である A の死亡により終了している。他方で、A は遺言によりスペイン国を全財産の包括承継人に指定しており、スペイン国は文化省に対し、全世界のダリ作品にかかる著作権について管理権および利用権を付与し、文化省は、文化省令とそれを実施するために締結された被告ダリ

⁶⁶ 「保護国」なる概念が用いられているのは、著作権に関する準拠法選択についてはベルヌ条約 5 条 2 項の「保護国の法令」による旨の規定が適用されるからである。これを特許権に当てはめるならば、いわゆる属地主義と同義となる(田村善之『著作権法概説』(第 2 版・2001 年・有斐閣)560-565 頁)。ベルヌ条約 5 条 2 項の「保護国」は法廷地ではなく、著作物の利用に対する保護が求められている国、つまり利用行為地のことであり、利用行為地の国の法を準拠法として選択すべきことを定めていると理解されるからである(異論もあるが、特許権を扱う本意見書の趣旨から外れるので、紙幅の都合上、田村善之「職務発明に関する抵触法上の課題」同『特許法の理論』(2009 年・有斐閣)499 頁に譲る)。

⁶⁷ 二重譲渡の規律に関して登記なくして第三者対抗力を有するかという問題は著作権譲渡の準拠法の問題であって(日本の著作権法が準拠法とされた結果、本件原告は被告に対して登記なくして自己の著作権の譲渡を対抗することができるようになった)、それと、対抗力を有する著作権のみが侵害行為から保護されるのかという問題とは厳密には区別されるから、「対抗要件の具備を問うまでもなく、本件著作権を行使することができる」との説示は、元来は後者の問題に関する説示である。もっとも、いずれにせよ、後者に関しても、侵害行為の準拠法である日本法が適用される(以上につき、森田博志[判批]ジュリスト 1248 号(2003 年))。

財団との間の契約により、全世界のダリ作品にかかる著作権の管理権及び利用権を控訴人ダリ財団に譲渡したと主張した。

裁判所は、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]と同旨の一般論を展開した。そのうえで、第一に、著作権の譲渡の原因である債権行為に適用されるべき準拠法は、法例7条1項により、当事者の意思に従って定められるべきところ、本件契約は準拠法をスペイン法とする合意がされたから、これに従うと判示し⁶⁸、スペイン法上、本件契約は信託譲渡契約であって、Aの作品にかかる原告の権利は、Aの死亡、又は遅くとも文化省が本件契約はAの死亡により終了した旨をAに通知した時点で確定的に失われたと認定する。ゆえに、本件はこれをもって請求棄却という結論になるわけであるが、念のため、原告の主張どおり本件契約が譲渡契約であったと解した場合の本件の帰趨についても判断すると尚書きをふしたうえで、第二に、本件著作権の物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、スペイン法ではなく、「保護国」である日本の法令であると解されると説き、日本の著作権法77条1号、78条1項により、原告は、本件著作権の取得について対抗要件である著作権の移転登録を了しない限り、被告に対し本件著作権に基づく請求をなすことはできないことを理由に、請求を棄却した。

さらに、東京地判平成21.4.30判時2061号83頁[苦菜花]も、一般論として同旨を説く判決である。事案は、中国法人である訴外Aと訴外Bが共同して撮影制作した本件テレビドラマについて単独で著作権を有していたAとの間で、本件テレビドラマを含む6本のテレビドラマについて韓国、日本、シンガポール、マレーシアにおける著作権の本件譲渡契約を締結した原告が、電気通信役務利用放送事業を営む日本法人である被告亜太メディアジャパンとその委託を受けた日本法人である被告スカパーJSAT株式会社に対し、本件テレビドラマのCSデジタル放送(通信衛星(CS)を利用したデジタル多チャンネル放送)を行い、本件テレビドラマの著作権を侵害したと主張したというものであった。裁判所は、一般論として前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]と同旨を説く。そのうえで、第一に、Aと原告との間の本件譲渡契約は、中国法人である両当事者が締結した契約であり、両者の間に準拠法を中国の法律とする旨の合意が存在することを理由に、法例7条1項により、準拠法を中国法とした。また、第二に、本件著作権の譲渡の第三者に対する効力にかかる物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は保護国法の法令である日本の著作権法が準拠法となると説いたうえで、中国の衛星放送チャンネル運営会社である訴外Cとの番

⁶⁸ ダリの死亡による財産の相続は法例26条によりスペイン法による、という。

組提携契約に基づき本件ドラマの放送権を譲り受けているとの被告亜太メディアジャパンの主張に対して、C が A から本件ドラマの日本における放送権(公衆送信権)の譲渡を受けたと認めることはできず、ゆえに、被告は A から原告への本件著作権の移転につき対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有さず、日本の著作権法 77 条 1 項柱書きの第三者に該当しないから、原告は被告に対して、登録なくして、本件著作権を対抗することができる」と判示した⁶⁹。

特許権に関しても、職務発明に関する特許を受ける権利の譲渡にかかる場面であるが、かかる二分法を踏襲するかの如き説示を示すものとして、東京地判平成 16.2.24 判時 1853 号 38 頁[味の素]⁷⁰、最判平成 18.10.17 民集 60 卷 8 号 2853 頁[日立製作所]⁷² がある。

知的財産権に関し、物権変動の原因たる法律行為と、物権変動そのものを区別し、前者は当該法律行為の準拠法、後者は物権の準拠法によるとするこの考え方は、学説の多数を占めている見解でもあり⁷³、これが「通説」とであると評される

⁶⁹ 控訴審である知財高判平成 21.10.28 判示 2061 号 75 頁[苦菜花]では、準拠法は争点とされていない。

⁷⁰ 「職務発明に係る特許を受ける権利の承継に対する対価請求の準拠法を定める前提としては、まず、承継の効力発生要件や対抗要件の問題と、承継についての契約の成立や効力の問題とに分けて検討すべきである。そして、前者の承継の効力発生要件や対抗要件の法律関係の性質については、承継の客体である特許を受ける権利であると決定し、これと最も密接な関係を有する特許を受ける権利の準拠法によるものと解すべきである。他方、後者の契約の成立や効力の法律関係の性質については、契約であると決定し、これと最も密接な関係を有する使用者と従業員の雇用契約の準拠法によるものと解すべきである。」

⁷¹ 田村善之[判批]ジュリスト 1291 号(2005 年)。

⁷² 「外国の特許を受ける権利の譲渡に伴って譲渡人が譲受人に対しその対価を請求できるかどうか、その対価の額はいくらであるかなどの特許を受ける権利の譲渡の対価に関する問題は、譲渡の当事者がどのような債権債務を有するののかという問題にはかならず、譲渡当事者間における譲渡の原因関係である契約その他の債権的法律行為の効力の問題であると解されるから、その準拠法は、法例 7 条 1 項の規定により、第 1 次的には当事者の意思に従って定められると解するのが相当である。

なお、譲渡の対象となる特許を受ける権利が諸外国においてどのように取り扱われ、どのような効力を有するののかという問題については、譲渡当事者間における譲渡の原因関係の問題と区別して考えるべきであり、その準拠法は、特許権についての属地主義の原則に照らし、当該特許を受ける権利に基づいて特許権が登録される国の法律であると解するのが相当である。」

⁷³ 齊藤博[判批]池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選』(第 2 版・1986 年・有斐閣)249 頁、木棚照一『国際工業所有権法』(1989 年・日本評論社)154-155・165-166 頁、江口順一＝茶園成樹「国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』(1996 年・法律文化社)192 頁、山田鏐一『国際私法』(第 3 版・2004 年・有斐閣)389 頁。

多義的な概念である「保護国」という連結点の提示の仕方に疑義を示し、「有体性のない」著作権の所在地は一般的には決定できないが、「権利性」が明確に現れるのは、観念的存在としての権利という「力」を行使すべきところである、それが侵害行為地であるから、その地を権利の所在地とするという論法を示すが、佐藤やよひ[判批]コピライト 514 号 29 頁(2004 年)、法例 10 条ではなくベルヌ条約 5 条 2 項による保護国法に連結されると説くが、松岡博[判批]私法判例リマックス 29 号 139 頁(2004 年)、物権類似のものというのではなく、端的に著作権の移転に関わることを理由付けとすべきとしつつ、稲垣/前掲 64-65 頁、嶋拓哉[判批]知的財産法政策学研究 31 号(2010 年)も参照。

他方、木棚照一『国際知的財産法』(2009 年・日本評論社)は、工業所有権に関してはこの見解に与しつつ(同 456-458)、著作権に関しては、知的財産権における属地主義の原理を保護対象の公示の必要性に求める立場から考察すると、著作権が権利の発生に登録という公示を要しない権利であることを理由に、「最初の権利者や権利の譲渡性など」については、必ずしも保護国法によらなくてもよい旨を示唆する(239-240 頁)。

こともある⁷⁴。

もっとも、学説では、債権的効力と物権変動を分ける 2 分法ではなく、内部の契約の当事者限りでは契約の準拠法を適用し、外部の第三者との関係では物権に関する準拠法を適用するという考え方も有力に主張されている⁷⁵。裁判例でも、この立場に与することを明言したわけではないが、ヨルダン国の商標権譲渡契約登録契約の解除もしくは不存在を理由に、移転登録の抹消登録手続きを請求したという事件で、譲渡契約の準拠法とされた日本法のみを適用する判決がある（ヨルダンにおける別訴で、適法に譲渡され適式に移転登録されたと認定する最高裁判決を引用しつつ、東京地判平成 16. 3. 4 平成 13 年（ワ）4044[FUJIKI]、東京高判平成 16. 8. 9 平成 16 年（ネ）1627[同]）。

そして、このように契約当事者の内部関係と第三者に対する外部関係という 2 分法を提唱する見解の拠り所とされる最高裁判決がある。それが、知的財産権に関するものではないが、最判平成 6. 3. 8 民集 48 卷 3 号 835 頁である。判旨は、相続財産に関する共同相続人間の法律関係（それが共有になるか否かなど）や遺産分割前に本件不動産の持分の処分をすることができるかという問題は、相続の効果として法例 25 条によるが、相続にかかる持分について、第三者に対してなした処分に物権変動の効果が生じるかという問題に関しては、法例 10 条 2 項によると判示している。いわく、「本件においては、A の相続人である上告人らが、その相続に係る持分について、第三者である被上告人に対してした処分に権利移転（物権変動）の効果が生ずるかどうかが問題となっているのであるから、右の問題に適用されるべき法律は、法例 10 条 2 項により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法、すなわち本件不動産の所在地法である日本法というべきである。もっとも、その前提として、上告人らが共同相続した本件不動産に係る法律関係がどうなるか（それが共有になるかどうか）、上告人らが遺産分割前に相続に係る本件不動産の持分の処分をすることができるかなどは、相続の効果に属するものとして、法例 25 条により、A（被相続人）の出身地に施行されている民法によるべきである。」さもないと「著しく取引の安全を害することになるからである」⁷⁶。この事件では、法例 25 条に従って相続の効果に関する準拠法とされる中華民国法によると、遺産分割前に相続

⁷⁴ 佐藤/前掲 29 頁、駒田泰士[判批]櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（新法対応補正版・2007 年・有斐閣）98 頁、羽賀由利子[判批]九大法学 96 号 90 頁（2009 年）。

他方、神前禎/神前＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法』（第 2 版・2006 年・有斐閣）216 頁は、本文で後述する内部関係と外部関係で区別する説との両論を併記する。「通説」かどうかはともかく、多数説ではあろう（高杉直[判批]ジュリスト 1269 号 286 頁（2004 年）、早川吉尚[判批]中山信弘＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』（第 4 版・2009 年・有斐閣）226-227 頁）。

⁷⁵ 森田博志[判批]ジュリスト 1248 号 148 頁（2003 年）。

⁷⁶ 取引の安全に関する本判決の説示の評価として、森田博志[判批]ジュリスト 1071 号 148 頁（2005 年）を参照。

人は相続にかかる持分を処分する権利を有していないことになるが、それにも関わらず、第三者との関係では、取引の安全が重視され、法例 10 条 2 項により日本法が適用された結果、処分の効果は有効とされることになったのである⁷⁷。

この最高裁判決の採用した 2 分法は、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]における債権的効力と物権変動を分ける 2 分法とは異なるものであるように読める⁷⁸。なぜならば、最高裁判決は、共同相続人間の相続財産に対する権利関係が共有となるか否かということや、相続人による相続持分の処分の可否という、共同相続人間の関係ではあるが、間違いなく物権(変動)の問題についても、これを相続準拠法に依らしめているからである。この説示は、当事者間の内部関係は、物権変動に関わる関係であっても、その原因行為に適用されるべき準拠法によって処理されるべきことを示しているように思われるからである⁷⁹。そして、原因行為に適用すべき準拠法は、この事件では相続準拠法であったが(その意味で債権関係に適用すべき法ではなかった)、原因行為が譲渡契約である場合には、譲渡契約の準拠法ということになるのではなかろうか。

(iii) RAND 条項への当てはめ

以上に紹介した従前の裁判例の基準を、法廷地が日本であるということを前提にして(したがって、法廷地である日本の抵触法規が適用されることを前提にして)、RAND 条項に当てはめる。

第一に、標準化機関と特許権者との間の RAND 条項にかかる法律関係に関しては、契約と性質決定をして(前掲東京高判[サルバドル・ダリ]、前掲東京地判[苦菜花])、法の適用に関する通則法 7 条、8 条により準拠法が選択されることになる。

そして、準拠法に関する当事者間の合意が存在するのであれば、その合意に従って準拠法が選択されることになるが(前掲東京地判平成[苦菜花])、かりに標準化機関が策定した標準化約款に準拠法の指定がない場合には、通則法 8 条 1 項によって最も密接な関係がある地の法による。

この点に関しては、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピー

⁷⁷ 早川眞一郎[判批]法学教室 168 号 155 頁(1994 年)。他の裁判例につき、稲垣/前掲 62-63 頁。

⁷⁸ しかし、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]も本判決を引用している。もっとも、直接的には、キューピーⅠ事件、キューピーⅡ事件における本件著作権の譲渡が A の相続財産の処分ではあるが、それに適用される準拠法は相続の準拠法ではないことを示す先例として引いているに止まり、それ以上に、著作権の譲渡について債権行為と物権変動を分けるとするその説示の先例として引用したわけではない。

⁷⁹ 以上、ほぼ全面的に、森田/前掲ジュリスト 1071 号 147~148 頁による。大内俊見[判解]『最高裁判所判例解説民事篇平成 6 年度』(法曹会)254・258-259 頁も参照。

Ⅱ]は、黙示的な合意を付度したが、法の適用に関する通則法が制定される前の事件である。当時、法例は、7条1項の当事者自治が適用されない場合には同2項で行為地法によるという規律を定めていたので、契約締結地が当事者の法律関係とはあまり関係がない場合等、形式的、硬直的な準拠法選択を回避するために黙示の意思が探求されていたという経緯がある。法の適用に関する通則法が制定され、最密接関係地法という柔軟な抵触法ルール⁸⁰の適用が可能となった現在、黙示の合意の法理に依拠する必要性は失われている。

具体的に最密接関係地が何処かということを確認する際には、標準化機関の所在地、設立準拠法、標準化約款の使用原語などが参酌されることになる。

第二に、従前の裁判例に鑑みると、標準化機関と特許権者との間の関係が標準化約款の最密接関係地法で規律されるということは、ただちに第三者である標準化技術の利用者との関係についてまで同国法で規律されるということを意味しない。RAND条項の効果は、特許権者が有する排他的な権利を標準化技術を利用する第三者に対して行使しうるか否かという問題を規律するものであるから、内部関係と区別される外部関係というか(前掲最判平成6.3.8)、債権的効力と区別される物権的な効果の問題というか(手前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]、前掲東京高判[サルバドール・ダリ]、前掲東京地判平成[苦菜花])はともかく、いずれにせよ契約として性質決定されるのではなく、特許権ないし物権の問題として性質決定されることになると思われる。

より具体的に敷衍すると、まず内部関係と外部関係を区別する見解に立脚する場合には、契約外の第三者である標準化技術の利用者の予測可能性を確保するためには、特許権者と標準化機関の間の契約に関する準拠法を適用するのではなく、特許権が標準化技術の利用者に対して行使される場合の法律関係に関する準拠法を適用すると考えられる。したがって、標準化技術の利用者が日本国内で標準にかかる製品を製造販売する限り、RAND条項が第三者である標準化技術の利用者に対してどのような要件の下でどのような効力を有するのかということに関しては、行為地である日本法が準拠法となると解される。

他方で、債権的効力と物権的な効果を区別する考え方を採用する裁判例に関しては、あるいは、従来、これらの裁判例が扱っていたのは、第三者に対して著作権の移転契約がなされた場合ばかりであり、本件のように第三者に与えている権利が物権そのものではなく、物権に関するライセンスに止まる場合とは区別されるという見方が唱えられるかもしれない。しかし、契約にかかる法律関係に関する準拠法の選択において債権的効力と物権的な効果を区別されるのは、契約当事

⁸⁰ 澤木敬郎＝道垣内『国際私法入門』(第6版補訂版・2007年・有斐閣)200頁、駒田/前掲99頁。

者間の問題と第三者の問題が区別されるからである。そうだとすると、ここで肝要なことは、問題の契約によって第三者に与えられる権利が物権かどうかということではなく、問題の契約がなければ第三者に主張されることになる権利が(約当事者間の債権的な効果に止まらず)第三者に対しても主張しうる物権かどうかということとなるはずである。ゆえに、債権的効力と物権的な効果を区別する裁判例の下でも、RAND 条項が第三者である標準化技術の利用者に対してどのような要件の下でどのような効力を有するのかということに関しては、物権(類似の権利)である特許権の効力の問題として性質決定して、特許権の効力に関する準拠法、すなわち日本での利用行為に対しては日本法が適用されることになる⁸¹。

したがって、いずれの立場に与したとしても、特許権者が標準化技術の利用者に対して特許権を行使することによって発生する法律関係に関しては、準拠法は日本法となると解される。このように解釈することなく、特許権者と標準化機関間の契約関係に適用される準拠法を、そのまま第三者である標準化技術の利用者にまで適用するという考え方を採用してしまうと、第三者の不測の不利益を防ぎえないことになる。特に第三者のためにする契約の要件が国によって異なり、現在の日本法⁸²のように、第三者に対する効果の発生に第三者の受益の意思表示を要求するという規律が国際的には普遍的なものではないことに鑑みる場合には⁸³、かかる準拠法選択を忌避すべきものであることがよりいっそう明らかとなるように思われる。

⁸¹ 最判平成 14.9.26 民集 56 卷 7 号 1551 頁 [FM 信号復調装置] は、米国特許権の技術的範囲に属する製品を日本で製造し米国に輸出していた行為に対して、米国特許権者が米国特許権の寄与侵害(日本法の間接侵害に相当)を理由として訴訟を提起したという事件で、アメリカ合衆国の特許権に基づく差止めと廃棄請求に関しては、法律関係の性質を特許権の効力と決定したうえで、条理に基づき、当該特許権と最も密接な関係がある国である当該特許権が登録された国であるアメリカ合衆国の法律が準拠法となるとしつつ、同国の特許権に基づき日本における行為の差止等を認めることは、アメリカ合衆国特許権の効力をその領域外である日本に及ぼすのと実質的に同一の結果を生じることになり「属地主義」に反するので、法例 33 条にいう公の秩序に反するものと解される、と帰結した。また、損害賠償請求については、不法行為と性質決定して、その準拠法は法例 11 条 1 項によろしつつ、本件では同項にいう原因事実発生地は直接侵害行為が行われ権利侵害という結果が生じたアメリカ合衆国であるが、「属地主義」の原則を採り、アメリカ合衆国特許法 271 条 (b) のように特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼす規定を持たない日本法の下では、これを違法ということはできず、法例 11 条 2 項「外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキ」に当たるから、アメリカ合衆国特許法の該当規定を適用することはできない、と帰結した。

この最高裁判決の論法には、抵触法の理論として首肯することができないところがあるが(詳しくは、田村/前掲職務発明 507-509 頁)、ともあれこの最判を適用するのであれば、差止請求に関しては、日本の特許権が主張される限り、登録国である日本法が適用され、損害賠償請求に関しては法の適用に関する通則法 22 条 1 項により、加害行為(=特許発明の実施行為)による結果(実施行為により特許権者が被る損害)の発生地である日本の法が適用される。

⁸² 現在進行中の債権法改正作業において発表された基本方針では、第三者のためにする契約の成立と同時に、受益者は債権を取得するとされている。ただし、受益者が付随的な負担を負う場合には同意が必要となる(民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』(2009 年・商事法務)410-411 頁)。

⁸³ 新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(1)」法学協会雑誌 115 卷 10 号 1505-1506 頁(1998 年)によると、フランス民法は第三者による受益の意思表示を権利の確定要件としているが、ドイツ法は受益の意思表示という観念をもたず、第三者が取得する権利の確定の要件は契約の解釈の問題となるという法制を採用している。アメリカ合衆国は、両者の中間であり、第三者の同意以外の理由により権利取得が確定する場合があることを認めている、という。

(iv) 小括

以上の考察の結果、結論として、本稿は、少なくとも日本が法廷地とされた結果、日本の国際私法が適用される場合には、RAND 条項の契約としての側面、換言すれば、契約の成立、有効性等、契約当事者である標準化機関と特許権者との間の債権的關係に関しては契約の準拠法によるが、RAND 条項が標準化技術の利用者に及ぼす影響に関しては、特許権の第三者に対する排他権の問題として、準拠法は発明の実施行為地によると理解することが、法廷地を日本とする従前の裁判例に沿った解決となる、と考える。

ゆえに、この場合、日本において第三者が標準化技術にかかる特許発明を実施している場合、当該第三者の特許権侵害の責任の成否に対して RAND 条項がどのような効果を有することになるのかという問題は、標準化約款に適用されるべき準拠法ではなく、日本法に従って判断されることになる。

もっとも、当該第三者がたまたま標準化活動にも参加しており、標準化約款の一方当事者であったというような場合には、標準化約款の（黙示的）解釈の問題として、当該第三者のかかる責任に関しても標準化約款によって解決を図ろうとしているのかどうかということが問題となるから、その契約の解釈は標準化約款に適用されるべき準拠法の下で行われることになるだろう。その結果、契約の範囲外にあると解釈された場合には、元に戻って、日本の特許法の下で特許権侵害の成否が問題とされることになる。

(3) 第三者のためにする契約

(i) 問題の所在

以上のように、法廷地が日本であった場合、RAND 条項がどのような要件の下で契約当事者外の第三者である標準化技術の利用者にどのような効力を及ぼすことになるのかということは、日本法の下で判断されると解される。その場合、具体的に吟味されるのは、第三者のためにする契約を規律する日本民法 537 条である。

(ii) 債権法改正の基本方針の分析

日本の民法 537 条の文言は、第三者のためにする契約をいかなる形式のものであっても完全に自由に認めるという方針を採用しているわけではない。同条 1

項は、条文上、「債務者に対して直接にその給付を請求する権利」を取得することを定めており、第三者が給付請求権を内容とする債権を取得する場合を想定しているように読める。また、同条2項は、受益者の権利は、受益者が諾約者に対して「契約の利益を享受する意思を表示した時」に発生する、と定めており、契約の成立と同時に権利が発生するのではないものとし、その発生を受益の意思表示にかからしめている。

かかる制約がいかなる趣旨に基づいて課されたものであるのかということは、起草過程からは定かではないところがある。起草過程の説明では、契約の相対効を原則として貫き、第三者のためにする契約を全面的に否定するわけでもなく、他方で、当事者の意思に従い、いかなる形式のものでも自由とするわけでもなく、その中間を狙ったとされるが⁸⁴、中間といっても選択肢は種々ありえるところ、何故、現在の民法典の条文のところで収めたのかということが分からないからである⁸⁵。利益を取得するに止まるのに受益の意思表示が必要とされる理由も、自己の意思と無関係に利得するのは日本人の考え方に合わない⁸⁶という抽象的な理由で退けられているに止まる。

このように合理的な理由を見出しがたい制約は、その後の第三者のためにする契約をより広く活用しようとする実務的な需要に接するなかで、後述するように、第三者のためにする契約は受益者の負担を伴うものでもよいとか、受益の意思表示は擬制的なものでもよいなど、裁判例によって次第に緩和されていくのであるが、そのようにして裁判例によって緩和された現在の日本民法における第三者のためにする契約の法理に関する規律について、合理的な説明を与えることに成功したのが、民法(債権法)改正検討委員会による『債権法改正の基本方針』⁸⁷の分析である。

その分析は、「契約当事者ではない第三者に権利が発生することをどのように説明するのか。・・・歴史的には、さまざまな学説が理論構成を競ってきた。しかし、今日の観点から見ると、受益者は利益を受けるだけであり、それがその者の意思に反しない限り、受益者にとって不当な状況は生じない。したがって、取引上の必要性を無視してまで受益者の権利取得を阻止する理由はない」、という指摘から開始される⁸⁸。契約の相対効というドグマを守ることのみを理由に、何らかの制約を第三者のためにする契約に課そうとする考え方を牽制したのであ

⁸⁴ 『法典調査会民法議事速記録〈3〉第56回-第84回』(1984年・商事法務研究会)782頁[富井正章発言]。

⁸⁵ 新堂/前掲1506頁。

⁸⁶ 前掲法典調査会議事速記録782頁[富井発言]。

⁸⁷ 民法改正検討委員会編・前掲410-415頁。詳細な解説とともに、同編『詳解 債権法改正の基本方針 V 各種の契約(2)』(2010年・商事法務)363-399頁。

⁸⁸ 民法改正検討委員会編・前掲詳解363頁。

る。ゆえに、第三者のためにする契約をどこまで認めるのかということは、(ドグマの問題ではなく)「純粹に立法政策の問題である」、とされるのである⁸⁹。

そして、立法政策という観点の下で、在来契約の相対効というドグマは、次のような利益衡量を示すものとして、形を変えて復活することになる。いわく、「一般論としては、受益者と諾約者の間に契約を成立させることは、受益者に常に有利であるとは限らない。その意味では、受益者・諾約者間に契約を成立させるためには、あくまで両者の間で、交渉と合意という通常の契約成立の手順が踏まれるべきである」⁹⁰。受益者に不利益が発生するものに関しては、通常の契約交渉プロセスを経るのが望ましいというのである。

逆にいうと、受益者に常に有利である場合には、そのような通常の契約の成立の手順を飛ばしてよいことになる。したがって、同基本方針では、第一に、第三者のためにする契約のうち、受益者が債権を取得するだけで何ら負担を伴わないものに関しては、現行法と異なり、受益者の同意を要することなく、ただちに受益者は諾約者に対する債権を取得する(債権法改正の基本方針[3.2.16.02](債権取得型))⁹¹。第二に、ただし、その際に、受益者が付随的に負担を負うことが約されたときは、受益者が諾約者に対して同意の意思表示をしたときに、受益者は諾約者に対する債権を取得する(債権法改正の基本方針[3.2.16.03](負担付債権取得型))⁹²。第三に、さらに、単なる付随的な負担に止まらず、反対給付の債務を負うことまでもが約されたときは、当該第三者のためにする契約が、受益者が諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するというものである場合に限って、受益者が諾約者に対して同意の意思表示をしたときに、要約者と諾約者との間の約定で定められた内容の契約が受益者と諾約者の間に成立したものと扱われる(債権法改正の基本方針[3.2.16.04](契約成立型))⁹³。第四に、その他、要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できることが約されたときは、受益者は当該条項を援用することにより、要約者と諾約者との間の合意のときから、諾約者との関係で当該条項の適用を受けていたものとみなされる(債権法改正の基本方

⁸⁹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解 364 頁。その後、平成 23 年 6 月に公表されパブリック・コメントに付された『民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明』201~205 頁
<http://search.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=300080078&Mode=0> [最終アクセス日 2012.03.22]

は、第三者のためにする契約に関するいくつかの論点に関しては要検討事項としたが、ドグマの問題ではないとする基本方針の根幹については特に言及していないので、大枠の方向性は変更を要しないものと考え射てると思われる。

⁹⁰ 民法改正検討委員会編・前掲詳解 380 頁。

⁹¹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解 372 頁。

⁹² 民法改正検討委員会編・前掲詳解 378 頁。

⁹³ 民法改正検討委員会編・前掲詳解 379-380 頁。

針[3.2.16.06](条項援用型))⁹⁴。

かかる基本方針の分析は、法改正を睨んだものではあるが、従前の裁判例による第三者のためにする契約の法理の発展を踏まえ、真に問題とされるべきことは何であるのかということをはっきりと示したものであるものとして、現行法を理解するうえでも大いに参考になる。ここでは、取引上の必要性があつて、受益者に実質的な負担を課すものでない場合には、契約の相対効というドグマを維持する必要はないとの基本方針の分析は、第三者のためにする契約に関する基本原理として掲げられたものであり、現行法にも妥当すると解されるということが肝要である。

(iii) RAND 条項への当てはめ

① 基本方針の立場

第三者のためにする契約につき、契約は二当事者間で締結されるに止まるとする相対効のドグマの問題ではなく、取引上の必要性があつて、受益者に実質的な負担を課すものではない場合には、これを認めて良いとする基本方針の立場に則って、以下、RAND 条項の効力を吟味してみよう。

② RAND 条項の必要性

冒頭に述べたように、IT 産業では、デジタル化技術、あるいは半導体チップにおけるプリント技術が発展し、イノベーションが漸進的、累積的に進められているからである。その結果、一つの標準化技術について、数百から数千を超える数の特許が集積的に関与しているとさえいわれている⁹⁵。FRAND 条項は、そのために生じた下記の三つの課題に対処するために編み出された条項である。

第一の課題が、アンチ・コモنز問題である。

IT 産業においては、極めて多数の権利の処理が必要とされるために⁹⁶、技術の

⁹⁴ 民法改正検討委員会編・前掲詳解 388 頁。

⁹⁵ DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT 27 (The University Chicago Press, 2009)。

⁹⁶ そもそも、補完財に関する各財の権利が複数の者に分属している場合で、各財の権利者が独占価格をつけることができる場合には、単独所有の場合と比べて、理論的に、独占価格がより高額なものとなること(=クールノー問題)が知られている(スザンヌ・スコッチマー「巨人の肩の上に立って：累積的発明の保護」同(安藤至大訳・青木玲子監訳)『知財創出 イノベーションとインセンティブ』(2008年・日本評論社)150～153頁、和久井・前掲165頁、Dan L. Burk=Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(1)」知的財産法政策学研究14号88-89頁(2007年))。多数の権利が錯綜するアンチ・コモنزの場合には、それに取引費用の高額化という問題が加わる。

利用が進まなくなるというアンチ・コモンズの問題⁹⁷が顕在化している⁹⁸。

IT産業において標準化活動が盛んに行われている⁹⁹理由の一端は、いうまでもなく、技術を標準化し、ネットワーク効果を実現することで、ユーザーの利便性を高めるとともに、参加企業にとっても敗者となるリスクを減じるところにある。しかし、標準化活動のもう一つの側面として見のがせないのが、パテント・プールを形成することによるアンチ・コモンズ対策である¹⁰⁰。標準化の活動機関は、保有している特許や、特許になりそうな技術を申告させたうえで、本件のようなFRAND (Fair, Reasonable and Non-discriminatory) 条項、あるいは RAND (Reasonable And Non-Discriminatory) 条項、すなわち、(公正であって)合理的かつ非差別的な条項でライセンスをするように、という条項を入れ、少なくとも標準化活動に参加する企業が保有している特許に関しては、ライセンスの成立を簡便化することでアンチ・コモンズ問題を抑止しようと試みているのである¹⁰¹。

第二の課題が、ホールド・アップ問題である。

標準化活動に参加した企業にとっては標準化活動自体に多大な時間と資金が投入されるとともに、標準化がまとまった後には、標準技術を採用した企業においては生産ラインの整備や標準化対象製品の開発がなされるため、当該技術を利用しないと無駄になってしまう投資(＝関係特殊的投資)が多大に投入される。その分、当該技術を利用せざるをえない状況に追い込まれてしまい(＝ロックイン)、標準化技術にかかる特許権者から要求されるライセンス料が高額なものであっても払わざるをえないという事態(＝ホールド・アップ)¹⁰²に陥る。これに対して、RAND 条項は、標準化に参加した企業の保有している特許に関してはいきなり差止めを請求されたり、法外なライセンス料を請求されたりすることを防ぐことに

⁹⁷ アンチ・コモンズ理論 (Anti-commons Theory) は、Michael A. Heller により唱えられたものであり、社会主義崩壊後の旧ソビエト連邦の状況に示唆を得て、制度の過渡期において多数の権利が発生することにより財産の利用が進まなくなるという現象を指摘するものであったが (Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 Harv. L. Rev 621, 33-59, 68-79 (1998))、後にそれが Rebecca S. Eisenberg と組んだ共著論文で遺伝子断片特許に応用された。1990年代は、まさにヒトゲノムの解析が進んでいく中で、アメリカ特許庁が DNA の断片の機能が確定しない状況で特許を認め始めていた。このような過渡期において多数の権利を付与すると、アンチ・コモンズの状況になるという警鐘を鳴らしたのである (Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Stifle Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 Science 698 (1998)) ; マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーグ (和久井理子訳) 「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理 51 巻 10 号 (2001 年))。

⁹⁸ 参照、Nari Lee (田村善之＝立花市子) 「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究 11 号 (2006 年)。

⁹⁹ Branislav Hazucha (佐藤豊訳) 「国際技術標準と必須特許—技術の競争に関する国際ハーモナイゼーションの観点から— (1)～(2)」知的財産法政策学研究 34 号～35 号 (2011 年)。

¹⁰⁰ 和久井・前掲 375～377 頁、土井教之他「標準化の経済効果—スプリット型標準化の事例—」知的財産法政策学研究 30 号 1 頁 (2010 年)。

¹⁰¹ 和久井・前掲 278～280 頁。

¹⁰² 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』(2003 年・有斐閣) 16～20 頁。

より、ホールド・アップ問題を抑止することにも活用されることになる。

第三の課題が、ロイヤルティ・スタッキング問題である。

アンチ・コモنز問題に付随する問題であるが、標準化技術にあっては、極めて多数の権利が関与しているために、個別のライセンス料が絶対値としてはかなり低い料率であっても、積み重なることによって高額化するというロイヤルティ・スタッキング（Royalty Stacking）の問題¹⁰³が起きている。RAND 条項には、ロイヤルティの料率を抑止することで、ロイヤルティ・スタッキングの問題を幾分か緩和することが期待される¹⁰⁴。

このように、RAND 条項は、標準化技術に関してこれらの 3 つの問題が発生することを防ぐことを意図するものであるが、その目的を十全に達成するためには、RAND 条項を第三者が援用できるようなものとする必要がある。かりに RAND 条項を契約の当事者ではないという理由で第三者が援用できないとすると、なかには標準化技術を実施した製品の製造を躊躇せざるをえない者も出てくるであろう。かかる事態は、標準化技術の普及をめざす標準化活動の目的に反する。ゆえに、RAND 条項は、標準化活動の参加者であって、標準化技術の利用に必須の特許権の保有者のコミットメントとして、第三者が援用しうるものでなければならない。それを可能とする法律構成が、まさに第三者を受益者とする第三者のためにする契約にはほかならない。

③ RAND 条項の受益者にとっての意義

他方で、RAND 条項は、かりにこれが第三者のためにする契約であると法的に評価された場合の受益者となる標準化技術の実施者に実質的な負担をもたらすものではない。

この点に関しては、RAND 条項が、合理的かつ非差別的であるとされているとはいえ、ライセンス料の負担を受益者に求めるものであるから負担がないとはいえないという反論が加えられるかもしれない。しかし、このような反論は、正鵠を射ていない。

第一に、一定の負担があっても第三者のためにする契約を有効とするのが従前の判例法理である。受益者が不動産の代金 300 円の支払いと引き換えに諾約者の

¹⁰³ Mark A. Lemley and Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991, 1993 (2007).

¹⁰⁴ もっとも、企業の自社技術に対する評価はしばしば過大であり、そうでなくても戦略的に行動するため、RAND 条項だけではこの問題を解決できない。ゆえに、独占禁止法違反問題が起きないのであれば、ロイヤルティ総額をたとえば全体の製品価格のたとえば 20% 内にするというような、シーリングないしキャップを設けた方がよいといわれている (Lemley, *supra* note 1, at 158-161)。

所有する山林を譲渡するという契約が、反対給付を伴うものであるにも関わらず、第三者のためにする契約として有効であるか否かということが争点となった事件で、大判大正 8. 2. 1 民録 25 輯 246 頁は、「民法第五百三十七条ノ第三者ノ為メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ノ権利ハ必スシモ単純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反対給付ノ伴フコトヲ妨クルモノニ非サル」と判示し、その有効性を認めている（それより先に既に、大判明治 36. 3. 10 民録 9 輯 299 頁が反対給付を伴うものでも第三者のためにする契約が成立することを認めていた）。

第二に、先に示した反論は、RAND 条項がなかった場合の特許発明の実施者が置かれる状況と比較するという視点を欠いている。すなわち、RAND 条項がなかったとしても、いずれにせよ特許発明を実施する者は、特許権者から許諾を得ない限り、損害賠償請求の形で、あるいは、不当利得返還請求の形で、実施料相当額を支払わなければならない地位にある。そして、特許権侵害の場合、過失の推定が覆滅されることは滅多にないから¹⁰⁵、たいていの場合、損害賠償が問題となる。ところ、損害賠償に関しては 102 条 1 項の逸失利益の推定や、102 条 2 項の侵害者利益の推定が働く場面があることに加えて、最低限の賠償額として（102 条 4 項 1 文参照）常にその賠償が認められる 102 条 3 項の相当実施料額の賠償額は、一般的に約定の実施料額よりも高額なものとなる傾向があるとされていることに注意しなければならない。侵害訴訟の裁判所において、特許権侵害が認定され無効理由がないと判断された後に算定される適正な実施料額は、裁判所に訴えが提起される前に、特許権侵害が成立するか否か、特許が無効とされる否かということについて確定的な判断がない状況下で当事者間において互いの交渉力等も考慮して締結される実際の実施許諾契約における実施料率と比べて、より高額となるとしても不合理とはいえないはずである、とされているからである（不当利得返還額に関する説示であるが、東京高判平成 16. 9. 30 平成 16（ネ）1367〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅱ〕、東京高判平成 16. 9. 30 平成 16（ネ）1436〔自動弾丸供給機構付玩具銃Ⅲ〕）¹⁰⁶。実際、裁判例では、侵害の場面とライセンス契約の場面の差異を斟酌すると明言したうえで、鉄鋼製品又は金属製品の技術分野における通常の実施料は売上額の 2 ないし 5% という事案で、売上高の 10% をもって相当な対価の額であると説く判決（発明の技術的な価値の高さも考慮しつつ、東京地判平成 12. 7. 18 判例工業所有権法〔2 期版〕2199 頁〔ヒンジⅢ〕）、同種の説示をなしたうえ、当該発明に関し原告専用実施権者が実施許諾契約を締結する

¹⁰⁵ 出願公開を待たずに審査が進み特許が付与された結果、特許の登録を知らせる特許公報発行前の時点で過失の推定が否定されることはある（大阪地判平成 13. 7. 26 平成 12（ワ）4184〔壁紙糊付機〕）。

¹⁰⁶ もともとは、田村善之「特許権侵害と損害賠償(4)」法学協会雑誌 108 巻 11 号 1575～1582 頁(1991 年)が提唱したものである(参照、田村善之『知的財産権と損害賠償』(新版・2004 年・弘文堂)222 頁)。

際に提案している実施料率が3%であるとしても、そこでは最低保証実施料が60万円とされていること等を考慮して、賠償金額としての実施料率は5%をもって相当と判示した判決（もっとも、被告商品中、発明の実施にかかる部分が一部であることを勘案して寄与率40%を乗じているが、大阪地判平成14.10.29平成11（ワ）12586等〔筋組織状こんにゃくの製造方法Ⅱ〕）がある。このような裁判例に鑑みれば、RAND条項は、特許発明の実施者の責任を緩和するものであれこそすれ、その負担を加重するものではないといえる。

以上の2点に鑑みると、RAND条項がライセンス料という反対給付を要求するということをもって、第三者のためにする契約の成立を否定する理由はないと考えられる。

④ その他の問題

RAND条項は、単にRAND条件を内容とするライセンス契約の締結に向けて誠実に交渉する義務を諾約者に課していると読むことができるが、条項の文言やその解釈次第では、諾約者である特許権者と、受益者である規格採用者との間で、RAND条件の下でのライセンス契約の締結を目的としていると読むことも可能であろう。後者の場合、単純に通常実施権を付与するに止まらず、RANDに従ったライセンス料の支払いを義務付ける契約を発生させることになるので、単に第三者に対する権利の付与を認めているかに止まる民法537条の下で、そこまで第三者のためにする契約を拡張することができるのかということが問題となる。

しかし、かりに後者の解釈を採用したとしても、従前の裁判例では、第三者のためにする契約によって受益者が当事者となる契約の締結がなされることを認めている（前掲大判大正8.2.1、大判大正14.7.10民集4巻623頁）¹⁰⁷。この点、基本方針の考え方の下でも、先に示したように、反対給付であるRAND条件に基づくライセンス料は受益者に実質的な意味で負担を課すものではなく、他方で取得するのは通常実施権という単純な債権であって、当事者間の契約交渉というプロセスをあえて経るまでもなく契約の成立を認めてよい類型と考えられる¹⁰⁸。ゆえに、特にこの点が妨げとなって第三者のためにする契約の成立が否定されるものではないと考えられる。

また、RAND条項は、将来、標準技術を採用する者であれば、誰でも受益者となるということを前提としている。しかし、この点に関しても、下級審の裁判例ではあるが、神戸市元町の商店を組合加盟店として結成された原告協同組合（諾約

¹⁰⁷ 民法改正検討委員会編・前掲詳解381頁。

¹⁰⁸ 参照、民法改正検討委員会編・前掲詳解379頁。

者)が被告会社(要約者)に買物共通クーポン券を交付し、被告会社が所属員であるクーポン券利用者(受益者)にクーポン券を再交付し、クーポン券利用者はクーポン券と引き換えに加盟店で商品を購入し、被告会社はクーポン券と引き換えに加盟店に代金を分割して支払うという買物共通クーポン券のシステムについて、原告協同組合を諾約者、被告会社を要約者、クーポン券利用者を受益者とする第三者のためにする契約の成立を認めた判決がある(大阪高判昭和31年2月6日金融法務事情98号158頁)。基本方針でも、第三者のためにする契約が締結された時点で受益者が存在したり特定されたりしている必要はないと取り扱われている(債権法改正の基本方針[3.2.16.07](第三者の不特定可能性・不存在))¹⁰⁹。ゆえに、この点が支障となることもないと解される。

⑤ 受益の意思表示

民法は、受益者の権利は受益者が受益の意思表示をなしたときに発生し(民法537条2項)、その時点以降、第三者の権利は確定し、当事者はこれを変更、消滅をすることができなくなる(同538条)、と規定している。

第三者のためにする契約が、本件のように実質的な負担を伴わない場合にまで受益の意思表示を要するとするこの規律の妥当性は、立法論として疑問があると指摘されているところである(債権法改正の基本方針[3.2.16.02](債権取得型))¹¹⁰。裁判例では黙示的な意思表示があったと擬制されているほか¹¹¹、典型的な第三者のためにする契約である保険契約に関しては明文でこれが不要とされている(保険法8・42・71条)。少なくとも、民法537条2項は、本件のように実質的な負担を受益者に課すものではない第三者のためにする契約に関しては任意規定であると理解してよいだろう。

そうだとすれば、RAND条項の(黙示的な)解釈次第で、たとえば、標準化技術を利用するという申し込みを標準化機関に対して示した段階で、受益の意思表示があったと評価することも十分に可能である、というべきであろう。したがって、その時点以降、特許権者はRAND条項で定められた義務を撤回することはできな

¹⁰⁹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解389-390頁。前掲中間的な論点整理の補足説明203頁でもこの点は維持されている。

¹¹⁰ 民法改正検討委員会編・前掲詳解372-374頁。しかし、平成23年6月に公表された前掲中間的な論点整理の補足説明201~202頁では、積極的意見のほか、消極的意見もあったため、要検討事項とされている。

¹¹¹ 母親(要約者)と医療機関(諾約者)との間で、生まれてくる子(受益者)の出生を条件として、同人の安全な分べんの確保等を内容とする準委任契約(第三者のためにする契約)が成立したと法律構成したうえで、「第三者である原告の意思表示は、原告の出生の時点で同人の法定代理人親権者である花子及び太郎により黙示的にされたというべきである」と擬制して、子の医療機関に対する債務不履行責任の追及を肯定した判決として、横浜地判平成18.1.25平成13(ワ)531。

いと解される(537条2項)。

⑥ RAND条項の効果

このようにして、少なくとも日本法の下では、標準化技術を利用しようとする第三者は、標準化機関に対してRAND条項に従うことを約している特許権者に対して、当該条項を援用することができると解されるが、すでに幾度か言及したように、そのようにして援用されるRAND条項が、受益者に対してRANDに従ったライセンス料の支払いと引き換えに通常実施権を付与することを特許権者に義務付けるものであるのか、それともRAND条件に従ったライセンス契約の締結に向けて受益者と誠実に交渉する義務を特許権者に負担させるに止まるものであるのかということは、別途、吟味しなければならない。RAND条項の文言等、個別の契約の趣旨解釈の問題となるが、特に特許権が譲渡された場合に致命的な争点となりうる(後述)。

(iv) 小括

以上のように、RAND条項は、標準化に随伴する問題、なかでもアンチ・コモنز問題とホールド・アップ問題に対する対策として取引上必要とされるがゆえに、特許権者と標準化機関との間で締結される条項であると位置づけることができる。他方、RAND条項は、受益者である標準化技術の利用者に対して実質的に新たな負担を課すものということとはできない。その他、第三者のためにする契約の成立を否定する理由はどこにもなく、RAND条項は、特許権者を諾約者、標準化機関を要約者、標準化技術の利用者を受益者とする、第三者のためにする契約に該当すると解される。

しかし、そのように解した場合でも、RAND条項の解釈問題として、同条項が受益者に通常実施権を付与するものであるのか、それとも単に特許権者に対して誠実交渉義務を課すに止まるのかということが問題となる。

(4) 特許権譲渡後の RAND 条項対抗の可否

(i) 問題の所在

2011 年特許法改正により、通常実施権は、登録の有無に拘わらず、新たに特許権を譲り受けた第三者等に対抗できるようになった（特許法 99 条）¹¹²。そのため、同改正の下では、RAND 条項が、第三者のためにする契約と理解されて通常実施権が発生するのか、あるいは、単に誠実交渉義務が定められているに止まるのかといったことが問題となる。通常実施権であれば、特許権の新譲受人に対しても対抗できるが、誠実交渉義務等の一般の債権債務関係であれば、一般原則に従って対抗不可となるので、その区別が重要な争点となりうるからである。

(ii) 当然承継説 vs. 非承継説

なお、ライセンス契約は通常、単に通常実施権の許諾に止まらず、これに付随して様々な権利義務がライセンス契約上の地位として定められることになる。特許権が移転した場合（なお、特許権については、相続その他の一般承継の場合を除き、登録しなければ移転の効力を生じない（98 条 1 項 1 号））、このような通常実施権者のライセンス契約上の地位についてまでも、新特許権者と通常実施権者の間に承継されるかは、考え方が分かれており、今回の改正でも明文による解決はなされていない。

民法の不動産賃貸借に関する通説に依拠するのであれば、旧特許権者とライセンシー間の契約関係が当然に新特許権者とライセンシーの間に承継されると理解することになる（当然承継説）。この場合、ライセンス料も新特許権者に支払うことになる。

しかし、新特許権者とライセンシー間の契約関係は当該特許発明の実施許諾とライセンス料支払義務に限られず、ノウハウ供与義務、クロス・ライセンス等々、様々なものがあり、必ずしも実施許諾とライセンス料だけが対価関係に立つわけではなく、さらには属人的な債権債務関係も存在する。そこには、民法の通説が予定しているような、貸主が不動産を賃貸し、借主が賃料を支払うことを中核とし、その他の付随義務を含めて債権債務関係が定型化しており、当然承継を認めたところで、当事者に予測不可能な負担を課することがないと考えられる関係を認

¹¹² 職務発明における使用者の通常実施権（35 条 1 項）や先使用権（79 条）等の通常実施権は、法律の規定によって生じる法定実施権であり、こうした実施権は、2011 年特許法改正以前より登録の有無に拘わらず特許権の譲受人等の第三者に対抗可能であった（旧 99 条 2 項）。

めることは困難である。したがって、当然には承継されず、当事者間での債権譲渡や債務引き受け等の契約が必要であると考えらるべきであろう(非承継説)¹¹³。非承継説に立脚する場合には、当事者間で契約がなければ、ライセンス料は旧特許権者に支払うことになり、一見すると、新特許権者に不利なようにも思えるが、きちんとした処理をせずに特許権を譲り受けたのだからいたしかたなく、かえってこのような取扱いをなすことで当事者間の契約による処理を促すというのである。逆にいえば、裁判所では容易に調整しがたい種々の利害が絡んでいるのだとすれば、まさにそのような利害について当事者間で調整をするインセンティブを与えるために、デフォルトとしてその種の当事者(この場合は甲と丙)にとって不利益となる解決を法が用意していると理解することになる¹¹⁴。

ちなみに、学説のなかには、ライセンス契約の特徴に鑑み、不動産賃貸契約のような単純な債権債務関係を認めることができる場合に限り、承継を認めようとする折衷説も存在するが¹¹⁵、境界線上の切り分けは困難であり、かえって当事者の予測可能性を低めることになる。見極めが困難な分水嶺の左右で、いずれに分類されるか次第で当事者間の関係が激変することを正当化するほどの相違を見出すことにも無理があり、衡平という観点からも疑問符をつけざるをえない。

(iii) 通常実施権の意義

特許権者から独占的通常実施権や専用実施権の許諾を受けた者からさらに実施許諾を受けたサブ・ライセンシーも、地位の保護が必要な点では直接のライセンシーと変わるところはなく、99条の当然対抗の適用があると解される。

侵害訴訟による和解などでよく見られる権利不行使型の契約により設定される地位はいかに解すべきであろうか。従来の学説は、通常実施権の本質は、特許発明を実施できるという積極的効力を与えるものではなく(そのような効力は特許権にすら存在しない)¹¹⁶、特許権を行使されないという債権に過ぎないという理解¹¹⁷の下、権利不行使契約でも通常実施権が許諾されていると理解していた¹¹⁸。

99条が制定された結果、今後は、当然対抗に値しない程度の法的な利益に過

¹¹³ 飯田圭「当然対抗制度—解釈論上の課題と実務上の留意事項」ジュリスト 1436号 56～57頁(2012年)。

¹¹⁴ DOUGLAS BAIRD, ROBERT GERTNER AND RANDEL PICKER, GAME THEORY AND LAW, 147-153 (1994), 藤田友敬「情報、インセンティブ、法制度」成蹊法学 43号 91～98頁(1996年)。

¹¹⁵ ライセンシーの義務が実施料支払義務しかない場合には承継する旨を説くものに、茶園成樹「通常実施権の対抗要件制度について」特許研究 51号 10頁(2011年)。

¹¹⁶ 竹田和彦『特許の知識』(第8版・2006年・ダイヤモンド社)364～367頁、田村・前掲知的財産法 頁。

¹¹⁷ 中山信弘「通常実施権の侵害」『国際工業所有権法の諸問題』(中松潤之助追悼・1976年・AIPPI日本部会) 頁、同・前掲特許法 426-427頁、田村善之・前掲知的財産法 339頁。

¹¹⁸ 田村・前掲知的財産法 339頁。

ぎないということで、一部の不行使契約により設定される地位を「通常実施権」に該当しないとする見解が唱えられるかもしれない。しかし、そのような線引きは極めて困難であり、かりに必要があるのであれば当事者間（＝旧特許権者とライセンシー間）で当然対抗しえないというような、第三者（＝新特許権者）のためにする契約が（黙示的に）締結されたと理解し、新特許権者はそれを援用しうると理解すれば十分であろう¹¹⁹。

結論として、単なる特許権の不行使契約に基づいて発生した地位であっても、改正法 99 条 1 項の「通常実施権」として、当然対抗の利益を享受しうると解される¹²⁰。

（iv） RAND 条項への当てはめ

RAND 条項が通常実施権を付与する趣旨であると解されるのであれば、改正後の特許法 99 条が適用される結果、標準化技術を利用しようとする第三者は、特許権譲渡後の新譲受人に対しても、RAND 条項によって取得した通常実施権を対抗しえる¹²¹。この場合、非承継説の下では、当事者間で異なる合意がなされない限り、RAND 条項に従ったライセンス料は旧特許権者に支払うことになる。

他方、単に誠実交渉義務を特許権者に課すに止まると解される場合には、99 条が適用されない結果、「売買は賃貸借（債権）を破る」という民法の原則に従い、RAND 条項は新譲受人に対して、何らの効果も有さないことになるから、第三者は特許権者に対して誠実交渉義務の履行を要求することができないことになるのかもしれない¹²²。しかし、このような解釈の下では、RAND 条項や RAND 宣言のわずかな文言の違いだけで、第三者の地位が激変することになりかねない。

このような場合に、裁判所がどのような態度に出るのかということは予測が難しい。

第一に、特許法 99 条はあくまでも例外であって、同条が適用されない場合には粛々と原則どおり、売買は債権を破るという民法の不文の法理を適用し、ゆえに第三者は新特許権者に何らの権利も主張し得ないとされる可能性も小さくはない。

第二に、しかし、裁判所のなかには、上述したような僅かな文言の違いで結果

¹¹⁹ この法律構成は、受益者である第三者の援用を必要とする第三者のためにする契約に依拠しており、先に旧特許権者とライセンシー間の債権債務関係が新ライセンシーに引き継がれることはないとする非承継説を採用したことと矛盾しない。

¹²⁰ 飯田/前掲 55 頁は、「類推適用を肯定する余地がある」という表現を用いているが、端的に適用されると理解すべきである。

¹²¹ 飯田/前掲 55～56 頁。

¹²² 参照、飯田/前掲 55～56 頁。

が 180 度転換する可能性があることを嫌い、なんとかして事案のなかに特段の事情を見いだして、誠実交渉義務としか読めない文言で条項が書かれていたとしても、黙示の許諾や信義則を持ち出して、権利行使を拒むことを模索するものも現れてくるように思われる。もっとも、そのためには、これらの法理を導くことが可能な何らかの特段の事情、具体的には、新旧特許権者の従前の言動のなかに、第三者をして特許権が行使されることはないと信頼してもやむを得ないと目される事情が僅かながらでも見いだされる必要があるだろう。

第三に、そこで、以下では、かかる事情がなかったとしても、第三者が新特許権者に対して権利行使を拒むことができる法理として、新たな可能性を示しておくことにしたい。

いかなる見解を採用したとしても、RAND 条項に合意した特許権者は、それが誠実交渉義務を課すに止まる条項であったとしても、少なくとも RAND 条件に従ったロイヤルティが提供される限り、特許権の行使をなしえない地位にあることに変わりはない（それが RAND 条項が示す誠実交渉義務の内容である）。前述したように、通常実施権の本体は、単に特許権を行使されないという地位に過ぎないと解される以上、このような特許権者の状況から反射的に生じる第三者の地位も「通常実施権」に該当すると解し、ゆえに新特許権者に対しても当然に対抗する、という解釈は不可能ではないように思われる。

ただ、このように解したところで、誠実交渉義務は確定的なライセンス関係を設定するものではないから、特許権者から RAND に従ったロイヤルティの条件でのライセンス供与の申し出があったにも関わらず、その支払いに応じなかった場合には、かかる地位（＝「通常実施権」）も消滅するといわざるを得ない。

（田村 善之）

4. 差止請求権の制限可能性

－理論的帰結と標準技術を巡る実務的課題への対応可能性

(1) 検討の前提

技術標準に係る特許権の権利行使を巡る実務的課題として、標準化過程における特許権者の不正行為の介在、ライセンス供与条件の変更・撤回等が存在している状況の下で当該特許権者による権利行使が行われる場合、第三者に対してもっとも多大な影響を生じさせうるものの一つとして差止請求権の行使が考えられることから、本稿では、その行使制限を行うことの可能性について理論的観点からの検討を行い、次に、仮にも差止請求権の制限が理論的に可能であるとした場合、どのような法的根拠によるものであるのか、また具体的にはどのような implementation が可能であるのかという点について検討を行う。最後に、技術標準を巡る課題に焦点を絞った対応策についての若干の展望を行う。

(2) 差止請求権の制限－理論的検討

(i) 経済学的効率性の観点から

特許法の文脈における差止請求権とは、特許法 100 条 1 項において「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定されており、一般的には民法上の物権的請求権に類似するものとして理解されてきたものを条文化したものと位置付けられている¹²³ところであるが、その理論的合理性を考える方法論の一つとして、Law&Economics（法と経済学）の視点からの分析を基礎に置いた経済学的効率性の観点から検討する¹²⁴。

経済学的分析手法自体を法制度へ適用することに対する批判も想定できるところであるが、特許法のような技術保護法制の場合、そもそも産業政策立法としての性格が強く、特許制度のプレーヤーのほとんどは企業体であって、市場における経済的合理性を中心に据えた意思決定・行動決定の下で稼働している部分が相対的に大きな部分を占めているものと考えられることから、経済的合理性、市場における経済学的効率性の観点から法制度の役割機能や根拠を評価すること

¹²³ 中山信弘・特許法 330 頁、高林龍・標準特許法（第 4 版）283－284 頁

¹²⁴ 経済学的効率性の観点からの検討部分については、主として平嶋竜太・差止請求権の制限：理論的可能性についての考察・日本工業所有権学会年報 33 号 53－71 頁（2009）での検討内容を踏まえてまとめるものである。

については大きな意義があると考えられる。また、差止請求権の合理的根拠を考えると、¹²⁵「特許制度としての経済学的効率性を最大とする制度設計のあり方を探求するという方向性を見据えて、特許権の法的構造をどのように設計することが望ましいのか」という命題と軌を一にする部分も多いものと考えられることから、経済学的効率性を一つの評価指針として検討することには一定の意義が見出せるといえるであろう。

差止請求権の合理性について経済学的効率性の観点から考察する上で、もっとも有意義なアプローチとしては、「Property rules と Liability rules」のパラダイム¹²⁵がある。このパラダイムの下では、何らかの法的権原が存在することを所与としてその権原をいかなる形式の法的ルールで保護すべきかを経済学的効率性の観点から考えるというものである。

Property rules（財産権ルール）により保護される権原の獲得を望む者は、当該権原を有する者との間での任意の取引を介して、交渉し、両者が合意に到達した場合にのみ、当該権原の獲得が実現するものと定義付けられており、国家は当事者間の取引に介入しないとされている。これを特許制度に当てはめて考えるのであれば、特許権者は、権原のない第三者によってなされる（自らの特許発明の）実施行為に対しては原則として常に差止請求権を行使しうる法制度が提供されていることを意味する。したがって、現行特許法の下での差止請求権についての一般的な理解に近似する¹²⁶考え方と捉えることができるであろう。

他方、Liability rules（責任ルール）の下で保護される権原についての獲得を望む者は、当該権原を有する者に対して客観的に評価された対価（補償）を支払うことによって、当該権原を有する者との交渉を何らもつことなく、当該権原を任意に獲得しうるとされている。これを特許制度に当てはめて考えるのであれば、特許権者は、第三者による（自らの）特許権侵害行為に対しても当該特許権侵害者に対して客観的な損害賠償請求をなしうるだけで、原則として差止請求権をまったく行使できないことを意味するであろう。

以上のような、対照的な権原保護のルールを踏まえた上で、このパラダイムでは、取引費用(transaction cost)概念を媒介として両ルールの合理的な棲み分け基準（カラブレイジ・メラメドの基準）を提案する。ここでいう取引費用とは、「取引交渉が成立・維持されるために行われる一連の事項、すなわち、交渉しようとする相手が誰であるかを見つけ出すこと、交渉したいこと、どのような条件

¹²⁵ Guido Calabresi & A Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability Rule: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972)

¹²⁶ もっとも、現行特許法では法定実施権や裁定実施権、権利制限類型といった、特許権者の意思によらずして権利行使しえない領域を設けていることから、必ずしも同一とはいえず、よりプリミティブな状態が Property rules による保護状態を意味することになる。

で取引しようとしているのか伝えること、成約までのさまざまな駆け引き、契約締結、契約内容が遵守されているか確認すること、等々に伴う費用」であることを意味する。カラブレイジ・メラメドの基準では、市場における権原の取引における取引費用が高い場合には Liability rules による保護を手当てすることが経済学的には効率的である、とし、市場における権原の取引における取引費用が低い場合には Property rules による保護を手当てすることが経済学的には効率的である、との基準を提示する。

しかしながら、カラブレイジ・メラメドの基準は、権原保護ルールについて明確な使い分けを提示しているものの、そのより戻しとして、考慮すべき要素であるにもかかわらず欠落している要素も数多くあることがその後の学説でも指摘されており、例えば、取引当事者間の情報の非対称性が大きい場合は取引費用が低い場合でも、Liability rules による保護を与える方がより効率的でさえある場合があることも主張されている¹²⁷し、Liability rules による保護を与える方が権原取引へ向けた交渉(bargaining)を活性化しうる場合もある¹²⁸ことが指摘されている。もっとも、このような指摘とは逆に Property rules による保護の方が取引を活性化し、取引(transaction)が活発に実現されることによって、望ましい資源配分状態が実現されんとする発想(”Rights+Transactions=The Solution”)¹²⁹も主張されているところであって、Liability rules による保護だけでは権原取引そのものが十分に行われなくなることを問題視する立場¹³⁰もみられる。

それでは、特許発明という情報財に係る権原の保護という課題に対してはカラブレイジ・メラメドの基準にいう、いずれの rule の適用が望ましいのか?という問いについては、少なくともアメリカの学説の現状からすれば、原則としては Property rules による保護が望ましいとする立場の方が比較的強い支持を得ている¹³¹ようにも考えられる。もっとも、その反面で、一定の局面については

¹²⁷ Louis Kaplow & Steven Shavel, “Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis”, 109 Harv. L. Rev. 713(1996)

¹²⁸ Ian Ayres & Eric Talley, “Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade”, 104 Yale L.J. 1027, 1036-72 (1995)

¹²⁹ Robert P. Merges, “Justifying Intellectual Property”(2011)310

¹³⁰ (Kieff, F. Scott, “Removing Property from Intellectual Property and (Intended?) Pernicious Impacts on Innovation and Competition (March 27, 2011). GWU Legal Studies Research Paper No. 547; GWU Law School Public Law Research Paper No. 547; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 411. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1797287>

¹³¹ Richard A. Epstein, “The Disintegration of Intellectual Property”(August 29, 2008). U of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 423. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1236273>; Stewart E. Sterk, “Property Rules, Liability Rules, And Uncertainty about Property Rights”, 106 Mich. L. Rev. 1285(2008); Robert P. Merges, “Of Property Rules, Coarse, And, Intellectual Property” 94 Colum. L. Rev. 2655(1994); Kieff, F. Scott, *supra*

Liability rules による保護が合理的であること、あるいは Property rules による保護の優位性を合理的に根拠付けられないとする強く主張する立場¹³²も存することも確かといえる。

また、カラブレイジ・メラメドの基準をベースとしない立場でも、経済学的効率性の観点から、特許権の権利構成のあり方を提示する学説もその他多くみられる。

例えば、知的財産権一般の排他性の問題という文脈であるが、Property rules 及び Liability rules のいずれの形式のルールで保護されることが経済学的効率性の上で望ましいのかという議論に捉われすぎているという見解を提示した上で、権利の排他性とは、知的財産権を構成する様々な潜在的な権原の束 (bundle of rights) のうちの一つのスティックに過ぎないのであって、様々な権原の束 (bundle of rights) が相互に作用しあうことによって、創作者へのインセンティブ付与と権利保護に伴う社会的費用に対して影響をもたらしているという発想の下、インセンティブの付与と社会的費用の比率が最も良い効率となるか否かという観点から、排他的権利の構成を考えるべきことを指摘する立場¹³³、経済学的効率性を評価する立場を前提として、財の評価に関する情報を得るコスト (information cost ; 情報コスト) を基に情報財の利用に伴う情報コストの測定の困難度に応じて、排他的権利の構成のあり方を考え、特許発明について、原則論としては exclusion strategy (情報財のあらゆる利用態様について排他的権利を付与する形) による方が経済学的効率性は高いとするものの、常に exclusion strategy による保護を固定するのではなく、対極的な governance strategy (特定の利用態様に限定して法的保護を付与するアプローチ) との組み合わせによって、もっとも望ましい法的保護のあり方が実現されることを提示する考え方¹³⁴、などが注目される。

以上の検討からすれば、少なくとも、取引費用という概念だけを基にカラブレイジ・メラメドの基準の適用だけをもって、特許発明についていずれかの rule による法的保護が望ましいのか一律に断定できるのかは疑問といえる。特許発明の内容、特許発明に関連する市場のプレーヤーの状況、技術分野、等々、様々な態様がありうるのであって、特許権の権利構成といっても、いずれかの rule による保護を採ることが経済学的効率性という見地からの優位性をアプリアリに肯定しうるという結論を導出できないのではないかと考えられるのである。

¹³² Mark A. Lemley & Phillip J. Weiser, Should Property or Liability Rules Govern Information?, 85 Tex.L.Rev. 783(2007)

¹³³ Daniel A. Crane, Intellectual Liability, 88 Tex. L. Rev. 253 (2009)

¹³⁴ Henry E. Smith, " Intellectual Property as Property: Delineating Entitlements in Information", 116 Yale L.J. 1742 (2007).

このことは、つまり、特許発明であることを理由として、常に Property rules による保護態様を採ることも経済学的効率性の見地から常に合理性が担保されているとは限らないことを意味しているといえる。また、カラブレイジ・メラメドの基準のアプローチとは異なるその他の学説の指摘する結論を参照する限りも、上記のような Property rules 及び Liability rules のいずれの形式の rule の下で特許発明を保護することが経済学的効率性の上で望ましいのかという問題について画一的な解を得るということ自体が困難であることを示唆しているようにも思われる。そして、理論上は、特許発明であることをもって、一律に同一の法的ルールで保護されるべきという発想自体に固執することをむしろ見直すことの方に合理的意義が見出されるように考えられるのである。

以上のような検討から、極めて大雑把に捉えると、少なくとも経済学的効率性だけの観点からは、〔差止請求権行使を前提とした「強い」排他性付与により生じうる(市場の独占、取引費用の増加、発明利用機会の低下等の経済学的効率性**低減**への)影響〕 > 〔差止請求権行使を前提とした「強い」排他性付与を行うことで実現される(取引の活性化、取引費用の低減等による経済学的効率性**増加**への)影響〕となる状況下であれば、特許権といえども、もはや(差止請求権行使が常に許容されることを前提とした)「強い」排他性をもった権利構成とする合理的根拠は見出せなくなるはずであって、このような状況下にあることが明らかに認定されるのであれば、当然に差止請求権の行使は許容されるべきではなく、むしろ否定されるべきということになるものといえるであろう。すなわち、少なくとも一定の状況の限りにおいては、特許権の正当な権利行使を前提としつつも、差止請求権行使を制限することは経済学的効率性の観点からすれば理論的には何ら否定されるものではないと考えられるのである。

(ii) 特許権の権利生成過程の観点から

次に、差止請求権の理論的合理性を考える方法論として、特許権の生成過程自体に着目する。すなわち、特許出願から特許権の発生成立までにいたる法的メカニズムについて理論的に分析をすることで、差止請求権自体の意義と限界を明らかにすることを試みる。

特許付与プロセス(特許出願から特許権発生までの手続的過程)については、行政過程を中心に捉える立場と民事訴訟的過程を本質と捉える立場が存立している¹³⁵であるが、後の検討からも裏付けられるように、いずれか一方の性質を有

¹³⁵ この点について検討するものとして、豊崎光衛・工業所有権法(新版・増補)(法律学全集)133-137頁、斉藤誠・特許・確認・法政-行政法学からの、特許法上の特許に対するアプローチ・筑波法政

するものとして一義的に定まるものではなく、両者の複合的な性質を有するものと解することが妥当と考える。

そもそも、特許権とは、発明完成時に当該発明の創作者（発明者）に原始的に発生する「特許を受ける権利」（特許法 33 条）を基礎としているのであって、発明者は特許権の成立を待たずして、特許を受ける権利を根拠として、発明者は自らの創作した発明について（特許法 2 条に規定される）「実施」を中心とした利用行為を当然になしうるものと考えられる。また、譲渡をはじめとする財産権としての処分をすることも任意に行えるし、第三者に対して当該発明の実施許諾を与えることも可能であるといえる¹³⁶。

しかしながら、第三者が何らの法的権原なく（もちろん自らが何ら創作することなく）当該発明を知得し、利用するに至った場合であっても、特許法上は「特許を受ける権利」を根拠とする実効的な法的救済手段は何ら用意されているものとはいえない。もちろん、理論的には第三者が他人の発明を違法に知得した上で当該発明を利用している行為等について不法行為を構成するものとして損害賠償請求が肯定されうる場合もありうるであろうが、相手方の行為態様として極端な違法行為が明確に介在していることによって当該発明を知得しているような場合は格別、街頭で発明の実施品を偶発的に目にするだけで当該発明の内容を知得するような場合は、知得行為自体を違法性のある行為と評価すること自体が困難と考えられる。また、不法行為の成立を主張して提訴する場合、無権原で他人が発明を知得したこと、他人による知得行為自体の違法性の存在、知得した発明を利用する行為による損害発生あるいは具体的な損害額、等についての立証が極めて困難と考えられる。このようなことから、特許を受ける権利については、当該発明についての秘匿状態を維持しつつ実施が可能であるような状況¹³⁷を除いては、事実上の問題として財産権としての保護が実現されることが困難となる場合が多くなるものと考えられ、そこに限界が存しているといえるのである。

そこで、特許法では、「特許を受ける権利」の客体たる一定の発明について一定の利用行為を独占して行いうる権利（特許法 68 条）としての「特許権」の存在を典型的に肯定することによって、その法的効果として、他人の「特許権」に係る発明について何らの権原もない第三者が一定の利用行為を行う場合に対応して、差止請求権をはじめとする法的救済手段を立法上明確に手当てしたものと

15 号（1991 年）349 頁以下

¹³⁶ 昨今の特許法改正によって、特許を受ける権利を基礎とする実施権について仮通常実施権、仮専用実施権なる文言が条文上も明示的に用いられており、平成 23 年法改正によって仮通常実施権についても対抗要件としての登録を要さないものとされたことから、このことは明らかといえるであろう。

¹³⁷ 例えば、物質に関する創作の場合、製造過程や原材料の組み合わせ・配合といった情報が明らかにされない限りは秘匿状態を維持しうるものも比較的多いかもしれない。

考えることができるのである。

しかしながら、「特許権」の存在を類型的に肯定したとしても、「特許を受ける権利」から「特許権」への類型替えに際して、法制度として何らのスクリーニングも課されることなく、発明者の自己申告制を基本として任意に類型替えがなされることが許容されたとすると、見かけ上の特許権が乱立してしまい、結果的には差止請求権を背景として特許権者以外の第三者による発明の利用行為が無限定に排除されうることになって、大きな弊害を生じうるといえる。典型的なものとしては、第一に、特許権の存在を肯定すべき発明の内容として無限定であることに伴う弊害、第二に、特許権によって保護が裏付けられている発明の範囲が不明確であること及び特許権を有する主体も不明確であることに伴う弊害、第三に、特許権によって保護が裏付けられている発明についての具体的な内容が明らかにされないことに伴う弊害、といった問題が挙げられるであろう。そこで、特許法では、第一の弊害への対応として、いわゆる特許要件を特許法上設け、第二の弊害への対応として、クレーム制度を中心とした出願書類に関する諸規定や特許庁における公示登録制度を設け、第三の弊害への対応として、発明開示要件の設定、出願公開制度の整備を行っているものと解することができる。

すなわち、特許付与までの手続的過程とは、発明の創作を起点とするだけで、ある意味混沌とした状態で存在している「特許を受ける権利」から一定の発明に限定して「特許権」として明確に類型付ける過程と捉えることが可能といえるのである。そして、「特許を受ける権利」から「特許権」への類型替えに伴う上記のような弊害が生じないこと、換言すれば弊害防止のために設けられた特許法上の要件充足についての評価作業とは、客観的観点から行われることを要し、また技術的思想についての理解を踏まえて行うことを要するため技術的・専門的見地から行われる必要がある。現行特許法では、この評価作業について特許庁という専門行政庁に所属する審査官に行わせるという制度設計上の選択をしたものと理解できるのである¹³⁸。

一方、行政過程としての特許付与過程について考察すると、特許査定と特許権設定登録という 2 つの行政行為から構成されるという理解がもっとも合理的であるものと考えられる¹³⁹。

特許査定については、特許要件の充足を中心として特許出願において特許法上の拒絶理由の不存在を特許庁審査官が発見しなかったということを確認する行為と捉えることができるのであって、学説の多くが採ってきた行政行為類型にお

¹³⁸ 立法論としてこのような評価作業を完全に司法作用に委ねるべしという考え方はありうる。

¹³⁹ この点については、興津征雄・「特許付与・無効審判・侵害訴訟—行政法的分析」・別冊パテント 6 号「審判及び関連する制度の研究（中間報告）」（2011 年）1-19 頁の詳細な分析検討を参照。

ける「確認」相当あるいは類似の行政行為として捉えることが妥当と考えられる。その法効果は、特許法上は必ずしも明確ではないが、特許権設定登録を受ける者による特許料納付等のその他の手続的要件の充足を前提として、特許庁長官に対して特許権設定登録という新たな行政行為を行わなくてはならないという一定の作為を義務付けるものと解することができものと考えられる。

特許権設定登録については、特許査定の法効果として、特許権設定登録を受ける者による特許料納付等のその他の手続的要件の充足とあいまって、特許原簿への当該特許出願内容を登録するという行為であって、これによって、当該特許出願内容については「特許を受ける権利」の客体ではなく「特許権」の客体へと類型替えが生じたものであることを一応公的に明らかにするものであって、行政行為類型としては「公証」類似の行政行為として捉えることが妥当と考えられる。そして、特許権の発生という法的効果が生じることになる。

以上のように、特許付与過程を整理すると、設定登録の法効果が特許権の発生であるからといって、行政行為としての設定登録の法効果として、いかなる場合でも差止請求権の行使が認められる「完全なる独占的排他権」の発生を直ちに意味するものと理解することは妥当でないといえる。特許権設定登録の効果としては、あくまでも、「特許を受ける権利」から「特許権」への類型替えを公的に明らかにすることを意味するものに過ぎず、理論的にはそれ以上でもそれ以下でもないのである。換言すると、特許査定及び設定登録という行政行為の作用とは、あくまでも「ある発明について特許法上の要件を充足することが特許庁審査官によって一応確認された結果、当該発明の実施を法律上専有することのできる権利が特定の主体に帰属しているということ（すなわち特許権の存在）が明らかにされた」というほど以上の意味を有するものではないと考えることができるかもしれない。確かに、特許査定及び設定登録という 2 つの行政行為によって、「特許を受ける権利」から、（発明について一定の利用行為を独占して行いうる権利たることが法律上明確に規定された）「特許権」への変動が生じた結果、当該特許権の客体たる発明を権原のない第三者が一定の利用行為を行っている場合には、法の定める救済手段としての差止請求権を行使しうるようになり、その帰結として、見かけ上特許権者としては当該発明についての完全なる（≒常に差止可能な）独占的排他権を獲得し得るに至ったとみることもできるかもしれない。実際、差止請求権という法的救済手段の存在は発明という情報財を実効的に保護する上で極めて大きな役割を果たしていること自体は否定できない。

しかしながら、独占的排他権の内容として、特許権発生によって（司法プロセスにおいても）一切調整不可能な形で常に差止請求権の行使が可能となる権利としての特許権の発生を意味するのであれば、特定主体による発明の「絶対的な独

占状態」を一定期間にせよ容認することになるため、その社会的影響は多大なものとなることは想定されるのであって、その影響についての評価作業が特許査定及び設定登録という行政作用の中に本来織り込まれるべきであるところ、少なくとも、特許庁においては特許権（差止請求権）行使による市場的影響・社会的影響を評価するメカニズムは用意されていないし、法もそのような過程を根拠付ける規定は何ら用意していない。逆にいえば、特許査定という行政作用だけを受けたことだけをもって当該発明について上述のような意味での「絶対的な独占状態」を常に確保する根拠には乏しいのではないかと考えられる。このような検討から、特許権の発生＝常に差止可能な独占的排他権の発生として捉えることには理論的には大きな疑義が生じるところである。

結局、特許を受ける権利の権利者が自ら当該発明の実施を確保し、財産権として処分（譲渡、実施権設定等）を行う上で必要な範囲で、特許権としては差止請求権という法的ツールを用意したにとどまるものと理解せざるを得ないものと考えられる¹⁴⁰。

（iii） 小括 - 一応の結論

これまでの検討から得られる一応の結論は以下のようになるだろう。

まず、特許権の差止請求権の行使については、たとえ特許権が有効であることを前提としたとしても、形式的に特許権侵害行為が存在していることをもって無制限にその行使が許容されるということまでを根拠付けることは理論的には困難であると考えられる。そして、このことは差止請求権の行使について一定の場合において制限することを理論的に可能であることを意味するものといえる。

このことを換言するのであれば、特許権侵害行為に対しては本来常に差止請求権の行使が可能であることを前提としつつも、権利行使の適切性の問題とは切り離して、特許権侵害行為の存在を所与としても、差止請求権による法的救済が適格と評価されない場合には、その行使が否定されるということの意味するものであるといえる。そしてこのことは、個別具体的な事実関係の下に限って権利濫用法理の適用によって差止請求権行使の制限が許容されうるということとは本質的に意味が異なるものと考えられる。

とはいえ、理論的には一定の場合については差止請求権の行使制限が可能であるとの帰結を得たとしても、現実問題に対して具体的にはどのような手段をもって実現するのか、という極めて大きな難問が残されていることに何ら変わりはない。

¹⁴⁰ もちろん、ほとんどの特許権侵害行為の場合について、特許権者による差止請求権行使が否定されるものではないと考えられる。

(3) 現実問題への対峙

一技術標準における差止請求権行使が問題となりうる局面

それでは、技術標準の策定を巡って特許権に基づく差止請求権の行使が現実的な問題となりうる局面とは、具体的にどのようなものが考えられるのか概観してみる¹⁴¹。

まず、特許権を行使する立場の位置付けに着目して類型化すると、a) 標準規格関係集団・活動と完全に無関係（アウトサイダー）、b) 標準規格関係集団・活動内に位置し、なおかつ当該特許の実施許諾についての意思表示がある、c) 標準規格関係集団・活動内に位置するが、当該特許の実施許諾についての意思表示はない、d) b) 及び c) からの権利承継者（標準規格関係集団・活動との関係でインサイダー、アウトサイダー両方ありうる）、e) 以前は b) 又は c) であったが、爾後、標準規格関係集団・活動から離脱した、といった分類ができよう。従来、パテントトロールとして問題視されてきた特許権者の典型例は a) いわゆる完全なるアウトサイダーであったが、技術標準策定に関連して実務上問題となるのは、むしろ、d) インサイダーからの権利承継者や e) 元インサイダーといった類型であると考えられる¹⁴²。

次に、特許権者が特許発明あるいは関連技術について実施を行っている（いた）のか否かという観点に着目して類型化すると、α) 完全に不実施（元々、開発も実施もしていない）、β) 特許発明については不実施または過去実施していた又は関連技術については実施あり、γ) 現に実施あり、といった分類ができよう。パテントトロールをはじめ従来、差止請求権の行使につき問題視されてきた特許権者とは、α) のような完全不実施である場合がほとんどであったといえるが、現実的には、β) の一部のような過去実施していた類型も問題となりうることが認識されている。

したがって、少なくとも、技術標準の策定の文脈における特許権に基づく差止請求権の行使が問題となりうる場合の特許権者については、標準規格関係集団・活動とは必ずしも全く無関係ではないことも少なくないこと、また特許発明あるいは関連技術について実施の有無という観点からも完全なる不実施であるとはむしろ断じえないこと、というところに特徴が見出せるものと考えられ、このような特徴は差止請求権行使の制限の要件を考える上でも留意すべき事項といえるであろう。

¹⁴¹ 以下の類型化に際しては、本委員会第1回委員会資料及び事務局作成資料を前提としている。

¹⁴² d) について本報告書 I. 2. (1) (ii) のケース。e) について本報告書 I. 2. (1) (iii) のケース、がそれぞれ相当する。

（４） 差止請求権行使制限の implementation（実装化）のあり方について

以上の検討を踏まえて、特許権に基づく差止請求権の行使を制限しうることを、法制度上はいかにして implementation（実装化）すべきであるのか、ということについて、以下では、技術標準の策定を巡る文脈以外も含めた一般的対応策という観点から、若干の考察を行う。

先の検討から導出されたように、理論的には特許権侵害を前提としつつも、法的救済手段としての差止請求権の行使について制限されうること自体については肯定されると考えられることから、現行法 100 条 1 項の解釈論として差止請求権の行使制限を肯定しうるのかということが問題となる。この点、現行法 100 条 1 項の条文構造上は、「特許権侵害行為の存在⇒その侵害行為の停止を請求できる」となっており、文理解釈からすれば、特許権侵害を前提としつつも一定の場合について差止請求権の行使を否定するという解釈を直ちに導出することは困難であるようにも考えられる。したがって、現行法 100 条 1 項の解釈論として差止請求権の制限を導くことは不可能という見解を前提として、あくまでも立法論または権利濫用論の枠組みでの implementation を模索するという発想も採りうる考え方といえるかもしれない。

もっとも、先の検討でも明らかにしたように、特許法における差止請求権とは、元来、特許を受ける権利の権利者が自ら当該権利の客体たる発明の実施を行うこと、なおかつ財産権としての処分（譲渡、実施権設定等）を行うことが法的な裏付けをもった形で確保されるべく、その実効性を担保するために、特許権へ類型替えがなされることに伴って用意された法的ツールとして理解すべきものであると考えられるのであって、その意味では、特許権という財産権から内在的に根拠付けられるものではないといえる。むしろ、差止請求権とは、特許権成立の基礎となっている「特許を受ける権利」の性質に即した実効性のある法的救済手段として外在的に設けられているものとして考えられるべきであって、単に権利侵害行為が存在することだけをもって画一的にその行使が肯定されるべきものとは断じられないものと考えられる。その意味で、民法における差止請求権が条文上何らの明文が存在していないにもかかわらず、物権侵害に対する法的救済手段として位置付けられており、反面、その行使についても常に肯定されているものではないという構造とパラレルに考えることも可能であるように思われる¹⁴³の

¹⁴³ なお、至近の民法における差止請求権の理論的根拠についての学説として、私人の権利または利益に対する違法な侵害が現に存在し、差し迫っている場合には、当該侵害からの法益保護のために差止請求権制度による民法上の差止請求権が付与され、差止請求権制度は保護法益に対する**外在的存在**として民法体系上に位置付けられるものであって、差止請求権の発生要件については、保護法益によって異なり、保護法益の要保護性の程度、侵害行為態様等の諸事情の総合的衡量によって、保護法益の性質に適

であって、そうすると、特許法の文脈においても、差止請求権について現行法 100 条 1 項のような明文の規定が存在していることだけを金科玉条として、侵害行為の存在＝差止請求権の行使という解釈しかとりえないという解釈が合理的とは断じ得ないように考えられるのである。とはいえ、このように現行法の規定の解釈論として差止請求権の行使制限が可能との立場をとったとしても、差止請求権行使制限が認められる要件あるいは要素をどのようにして確立するのかという問題が残ることには変わらない¹⁴⁴ものとする。

次に、立法論として、法 100 条 1 項に特許権侵害行為を前提としつつも裁判所は差止請求を認めないとすることができる旨を明記するという考え方もありうるであろう。この場合、裁判所が差止請求権行使の制限をなしうることを単に条文上明記するだけでは、裁判所にとって制限が許容される要件が明らかでなく、実務上は単なる混乱を招来するだけに終始する可能性も高いであろう。すると、立法論としては、差止請求権の行使制限についての具体的要件が条文上明記された形とするほうがより望ましいということになる。この点、解釈論として裁判例の蓄積がある事項であれば、判例上確立されてきた要件を参照して条文上明記する方法もとりうるものであるが、前述のように差止請求権の場合、そもそも制限という発想自体が従前採られていなかったため、少なくとも特許法領域における裁判例を参照することは不可能である。

そこで、特許権侵害を前提としつつも差止請求権の行使制限を肯定することに実質的妥当性が見出せる具体的な事象（パテントトロール、技術標準活動、保健衛生上の要請、等）に即して、条文上、差止請求権の行使が制限されうる類型を列挙する手法を採るという選択肢もいきおい考えられるところである¹⁴⁵。しかしながら、差止請求権の行使制限が望ましい個別具体的な事象について、条文上網羅的にリストアップすることはおよそ困難であるし、定型的に確定することによって逆に意図的に差止請求権の行使を逃れる侵害者が現出しやすくなる可能性も考えられるのであって、弊害も大きいものと考えられる¹⁴⁶ことから、このような立法を想定することは困難であろう。

結局、立法論としての差止請求権の行使制限の implementation としては、かなり抽象的な要件をもって明文化するか、差止請求を認容するに際して考慮すべ

した内容となる、ということを骨子とする考え方（根本尚徳・差止請求権の理論・417-418 頁）がみられるのであって、このような考え方は極めて注目されるものであって、特許権に基づく差止請求権の合理的根拠についての本稿での理解と親和性が高いものと考えられる。

¹⁴⁴ もっとも、解釈論としての制限要件と（この後本文で言及する）立法論としての制限要件は、実質的には同質の内容になるものとする。

¹⁴⁵ 条文イメージからすれば、著作権法 31 条以下の権利制限類型のような形となろうか。

¹⁴⁶ ソフト I P 構想（奈須野太、伊達智子・知財立国に向けた新たな知的財産制度（ソフト I P）の提案・ジュリスト 1393 号 76-81 頁（2010））のように、現行の特許制度と異なる「第二種」特許（特許 2.0）のようなものを当初から観念して制度設計するのであれば別論であろう。

き要素を条文上ある程度明記することによって実現する程度しか期待できないのではないようにも考えられる。そこで、具体的な要件あるいは考慮要素を考える上では、アメリカにおける eBay 事件連邦最高裁判決¹⁴⁷で提示された 4 つのファクターである、(1) it has suffered an irreparable injury (回復不能な損失被害)、(2) remedies available at law are inadequate to compensate for that injury (当該損害被害につき金銭賠償等の法的救済手段による補償が不適切である)、(3) considering the balance of hardships between the plaintiff and defendant, a remedy in equity is warranted (原告被告の負担の考慮)、(4) the public interest would not be disserved by a permanent injunction. (公共の利益が差止によって害されないこと)、は極めて参考となるものと考えられる¹⁴⁸。これらのうち、侵害行為による特許権者の影響の程度、他の法的救済手段による救済可能性、特許権者と侵害者の間の負担バランスという要素が特に重要と考えられる。公益性については、日本法の枠組みでは、仮に公益的要請だけが突出して高いのであれば、そもそも裁定実施権制度（特許法 93 条）を用いることによって他のファクターの存否を問わず当該特許発明の社会による実施は確保されるはずであることから、4 つのファクターのうちでは相対的な意味での重要性は低くなるものと考ええる。

また、日本法の裁判例としても、人格権侵害を根拠とする道路の供用に伴う騒音、排気ガス等による身体的被害に対する損害賠償請求及び差止請求に係る事案の最高裁判決（国道 43 号線事件上告審判決¹⁴⁹）の判示する基準も参考になると考えられる。同判決では、損害賠償請求において考量すべき要素として、「侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為の持つ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間に採られた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものである」（下線部執筆者による）として、さらに「道路等の施設の周辺住民からその供用の差止めが求められた場合に差止請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮すべき要素は、周辺住民から損害の賠償が求められた場合に賠償請求を認容すべき違法性があるかどうかを判断するにつき考慮す

¹⁴⁷ eBay Inc v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S. 388 (2006)

¹⁴⁸ なお、このような「eBay 法理」とは、あくまでアメリカ法の injunction に関する法理であって、Equity 由来のものであることから、参照したとしても大陸法ベースの日本法とは整合性がなく、意味がないのではないのかという批判（懸念）も想定しうる。しかしながら、私見としては、理論形成の歴史的系譜の違いだけをもって、日本法における要件論構築に大いに参考になりうるものを参照しないのは、必ずしも合理的とは考えられない。加えて、今日では、英米法の体系も様々な領域でコモンローと Equity が融合的な状況となっており、少なくとも、特許権についてみれば、アメリカも日本も制定法の下で発生し、発明に対する排他的権利と位置付けられている点では変わるものではない。

¹⁴⁹ 最二判・平成 7 年 7 月 7 日・民集 49 卷 7 号 2599 頁

べき要素とほぼ共通する」（結論としては差異が存することは不合理ではないと判示する）としている。もちろん、上記最高裁判決の提示した基準とは、あくまでも人格権侵害に関する事案に基づくものであって、特許権侵害の文脈に無限定に移植しうるものとして理解することは適切ではないといえるかもしれない。しかしながら、同判決で提示された要素についても、「eBay 法理」で示された、侵害行為による権利者への影響の程度、権利者と侵害者の間の負担バランスといったファクターと近似する部分が多いものと考えられる。このようなことから、差止請求権の行使制限の立法論を考える上でも、少なくとも、侵害行為による特許権者への影響の程度、特許権者と侵害者の間の負担バランスという2つの要素についての評価を取り入れるという考え方は検討に値するものと考えられる。とはいえ、特許権者への影響が相対的に小さいことや差止によって侵害者が極めて大きなダメージを受けること、といった事実が単に主張立証されたからといって、特許権者による差止請求権の行使が直ちに制限されるべきものとすることは妥当ではないと思われる。すなわち、これらの要素については差止請求権の行使制限のための要件という位置付けではなく、あくまでこれらの要素を考慮した上で差止請求権の行使の可否を判断しうるという考慮要素に留まるものと考えることが妥当と思われる。

しかしながら、上記で検討したような抽象度の高い形で差止請求権の行使制限の立法を手当てすることを前提としても、本題である技術標準を巡る差止請求権の行使という文脈において、実質的な意味でどの程度問題解決に寄与しうるか、という疑問も残るところである。すなわち、個別具体的な事案への当てはめとして、差止請求権の行使が制限されるか否かの結論が導かれるのであって、技術標準の策定作業の過程で必ずしも明らかになるとは限らないのであって、結果的に、技術標準の策定段階で採用を見送らざるを得なくなる事態や、差止請求権行使の可否につき結論が見えない以上は標準技術としてとは代替技術に転換せざるを得ないという事態は相変わらず生じる可能性があるようにも考えられるのである。もっとも、特許権者が標準規格関係集団・活動において実施許諾についての意思表示をしていた（RAND(FRAND)等）後に、当該標準関係技術への参入から撤退したような場合については、（技術標準として広く実施されることによる）侵害行為が特許権者に対してもたらす影響の程度という観点からも、元々は当該技術標準としての実施という形で広範な第三者に対して特許発明を実施許諾する意思が存していたものと解されることから、当該特許発明について差止請求権行使による独占状態の維持を保護する実質的必要性には乏しいものとして、（仮に特許権侵害を前提とした訴訟が適された場合であっても、その法的救済として）差止請求権の行使について制限することを肯定しうる余地があるようにも考え

られる¹⁵⁰。

その他の制度論としての対応可能性として、例えば、特許付与プロセスの段階（特許庁における権利付与段階）で差止請求権行使による市場への影響・社会的影響を評価した上で権利付与時に差止請求権を制限しうる権利であるか否かを峻別する仕組みを作りこむ、というアイデアも考えられる。しかしながら、技術の利用態様は時間経過と共に変化するものであるため、特許庁における出願審査段階（権利付与段階）で当該技術の市場への影響等を的確に判断し確定すること自体がそもそも困難であるように考えられる。仮にそのようなことが可能としても、どのような仕組みで評価するのか、行政コストの著しい増加といった新たな課題が発生することも避けられないともいえるのであって、現実問題としては実現が難しい選択枝といえるかもしれない。

また、既に議論の俎上に挙げられているように、LOR（License of Right）の導入¹⁵¹も注目されるところである。確かに、LORによって特許料とライセンス意思の明示化を図るという点で一定の効果は期待できるものと考えられる。しかしながら、差止請求権の行使に伴う負の影響を緩和するための一般的な手法として限界があるものと考えられる。

（５） 技術標準を巡る課題の文脈に限定した対応策

（４）では、一般論としての差止請求権の行使制限も視野に入れた検討を行ったが、ここでは、技術標準を巡る課題の文脈に限定した対応策を検討する。

まず、極めて現実的な対応策としては、差止請求権の行使制限の実質的必要性が生じた場合には権利濫用法理による対応によって対応するという考え方が挙げられよう。確かに権利濫用法理の活用は事案によっては可能である¹⁵²し、（４）で検討したような困難な問題に立ち入ることなく、具体的な事案に即して柔軟な対応が可能であることも確かであるといえる。ただし、類型的に必ずしも常に対応可能であるとは限らないし、（３）で行った整理の文脈でみると、少なくとも、単に標準規格関係集団・活動との関係でアウトサイダーであることや特許発明について不実施であること、さらには標準規格関係集団・活動から離脱後の権利行

¹⁵⁰ 例えば、本報告書Ⅰ．２．（１）（iii）では、被告がパテント・プールに不参加であったという事情があるが、この場合は権利濫用というよりもむしろ上述のような論理から差止請求権の行使制限が肯定されるべきであるようにも考える。

¹⁵¹ LORの導入自体については、特許庁・特許制度研究会でも検討されたものの、引き続き検討という結論となった。（（特許庁・特許制度研究会報告書「特許制度に関する論点整理について」（2009年12月）18～20頁）

¹⁵² 著作権法の事案で実際にこのような考え方で対応したものとして、那覇地判・平成20年9月24日判時2042号95頁（首里城事件）

使であること¹⁵³を根拠とするだけでは、直ちに権利濫用と評価することは困難であるようにも考えられるのであって、技術標準関連の文脈における差止請求権の行使を制限的に解する必要に迫られた場合に権利濫用法理がどこまで機能するのか未知数といわざるを得ない。

アメリカ法における学説で提示されているアイデアとしても、技術標準策定に際しての snake in the grass と the bait and switch ploy という 2 類型の行為に対して、standards estoppel(標準化のエストッペル)なる固有のエストッペルの主張を認めるべきであるとする提案¹⁵⁴がみられる。また、パテント・ミスユース法理の活用可能性も提示されているものの、これについては、標準化における hold-up 問題等への対応策として misuse 法理の有効性を指摘しつつも、あくまで対症療法に留まるものであって限界があるとの見解¹⁵⁵が示されている。

エストッペルや権利濫用法理による対応の最大の課題としては、日本法における権利濫用法理に類似するように、そのような法理の適用の可否自体があくまでも個々の事案における権利者あるいは侵害者の態様によって判断せざるを得ないことから、結果的に（訴訟提起がなされ判決が確定することで）差止請求権が制限されることが明らかとなっても、技術標準策定段階で当該特許に係る技術を当該技術標準に取り入れた場合もその後の安定的な実施が確保されるのかという点について予測可能性が著しく低いということが挙げられよう。換言すれば、差止請求権の行使制限となるか否か結論をみないとわからないという問題が存する。もっとも、このような問題は、程度の差こそあれ、（４）で検討したような立法論を所与とした場合であっても生じうるものであることは否定できない。

¹⁵³ 例えば、将来における収益逡増を期待して権利行使することを見越して特許権を購入する行為について、それ自体だけでみれば直ちに不正行為とまでは評価しにくいように思われる。）

¹⁵⁴ Merges, Robert P. and Kuhn, Jeffrey M., An Estoppel Doctrine for Patented Standards (March 2008). California Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1134000>

¹⁵⁵ Lim, Daryl, Misconduct in Standard Setting: The Case for Patent Misuse (June 16, 2011). IDEA: The Journal of Law and Technology, Vol. 51, No. 4, p. 557, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1871449>

(6) まとめ

以上のような検討から、特許権侵害を前提とした場合であっても、その法的救済手段としての差止請求権の行使が常に肯定されるものではなく、権利濫用法理とは異なる論理的帰結からも制限される余地があることは理論的に導出できるといえるものの、そのような考え方について標準技術を巡る実務的課題の解決に向けて直ちに応用して活かすということは容易になしうるものではなく、まずは差止請求権の行使制限のための要件あるいは考慮要素をどのように確立するのかという作業が完結されなくてはならないのであって、その作業自体は一朝一夕に解決するものではないと考える。その意味では、技術標準を巡る実務的課題の解決については、むしろ RAND (FRAND) に代表される標準規格関係団体・活動内の権利行使についての意思表示の法的効果を活用した制度論¹⁵⁶の視点からもより踏み込んだ対応策の導出へ向けた検討がなされる必要があると思われる。

(平嶋 竜太)

¹⁵⁶ 例えば、特許法上、指定技術標準策定団体・登録技術標準に係る標準技術特許についてのライセンス条件として登録し、登録の効果として、当該標準技術の実施の局面においては、原則として差止請求権の行使が制限されるとする法的効果（特段の事情変更が存する場合は差止行使を認めうるものの）を生じさせるような仕組み、を手当てするようなことが考えられる。

5. 裁定実施権の活用について

(1) 序論

わが国の特許法では、権利者不実施の場合（特許法 83 条）、利用関係に基づく場合（同 92 条）、および公共の利益のため特に必要な場合（同 93 条）において、裁定実施権の制度が存在する。そこで、技術標準の必須特許について、特許法上の裁定実施権の活用が可能であるかについて検討する。

なお技術標準と裁定実施権制度との関係については、以下のとおり過去の調査研究においてもかなり検討されている。

- ・知的財産研究所「プロパテント時代における権利のあり方に関する調査研究報告書」（平成 14 年 3 月）27～40 頁
- ・知的財産研究所「特許発明の円滑な利用のための方策に関する調査研究報告書」（平成 18 年 3 月）141～142 頁
- ・知的財産研究所「イノベーションの創出に資する知的財産権制度の在り方に関する調査研究報告書」（平成 22 年 3 月）51～52 頁

(2) わが国の裁定実施権制度の現状

わが国においては、特許法の裁定実施権の規定にもかかわらず、実際に裁定が下された事例は 1 件もないと言われている。知的財産研究所「特許権の効力の例外及び制限に関する調査研究報告書」（平成 17 年 3 月）100 頁によれば、これまで特許権、実用新案権、意匠権を合わせて 23 件（うち不実施 9 件、利用関係 14 件）の裁定請求が行われているが、いずれも裁定に至る前に取り下げられているとのことである。特に、利用関係に基づく裁定実施権（特許法 92 条）については、1994 年の日米合意において、「1995 年 7 月 1 日以降、司法又は行政手続を経て、反競争的であると判断された慣行の是正又は公的・非商業的利用の許可以外には、日本国特許庁は、利用発明関係の強制実施権設定の裁定を行わない。」ということになっており、その法的位置づけの不透明さゆえに問題視されているが¹⁵⁷、いずれにしても実務上は、利用関係に基づく裁定請求があっても取下げするように強く求められるようである¹⁵⁸。

なお、裁定を請求して棄却された場合は、裁定権者である特許庁長官（権利者

¹⁵⁷ 知的財産研究所「プロパテント時代における権利のあり方に関する調査研究報告書」（平成 14 年 3 月）75～84 頁に詳しい。

¹⁵⁸ 実際に利用関係に基づく裁定請求の取下を強く求められた経験があることを松本重敏弁護士が証言している（知財研フォーラム 67 巻 26 頁（2006 年））。

不実施の場合（特許法 83 条 2 項）または利用関係に基づく場合（92 条 3 項、4 項）または経済産業大臣（公共の利益のための裁定実施権の場合（93 条 2 項））に対して異議申立てができる（行政不服審査法 4 条、6 条）¹⁵⁹。特許法 184 条の 2 の規定により、異議申立てを経ないで直接、裁判所に処分取消しの訴えを提起することはできない（行政事件訴訟法 8 条 1 項の特則）が、異議申立てが認められなかったときは、行政事件訴訟法に基づき、処分取消しの訴え（行政事件訴訟法 3 条 2 項）を提起することができる。

しかしながら、かかる処分取消しの訴えが提起された事例は、報告者の知る限り公表された例が存在せず、したがって裁判例もない。これでは裁定実施権についての議論が活発化する契機が存在しない。

今回の調査研究において実施した国内アンケートの結果を見ても、裁定通常実施権の活用を検討したことがないという回答が約 90%の多数を占め（問 21-1）、今後、裁定通常実施権の活用をしたいと思うかとの問いに対しては、「はい」が約 12%、「いいえ」が約 40%、「分からない」が約 47%であった（問 21-2）。また、今後、裁定通常実施権の活用をしたい場合には何がハードルと思うかとの問いに対しては回答が分散しているが、「侵害の自白に等しいため、侵害訴訟がなされ得るようなケースでは活用しにくい」との回答が約 34%で最も多かった（問 21-3）。問 21-3 の回答のうち、例えば「行政庁の裁定の手続きが不明確であるため活用しにくい」との点（約 23%）については制度改正または運用による改善が可能であろうが、「侵害の自白に等しい」といった点は裁定実施権制度の本質に係るものであるため、改善の余地はないように思われる。

（３） 公共の利益のための裁定実施権

3 種類の裁定実施権のうち、技術標準の必須特許の場合に最も活用の可能性があるのは、公共の利益のための裁定実施権（特許法 93 条）であろう。しかし、この規定に基づく裁定の請求は、制度創設以来 1 件もないという¹⁶⁰。

経済産業省工業所有権審議会の定めた「裁定実施の運用要領」¹⁶¹によれば、特許法 93 条 1 項の「公共の利益のため特に必要であるとき」の主要な事例として、次に掲げる場合等が考えられるとしている。

①国民の生命、財産の保全、公共施設の建設等国民生活に直接関係する分

¹⁵⁹ 特許法 195 条の 4 は裁定の場合を規定していないので、行政不服審査法 4 条 1 項本文但書の「他の法律に審査請求または異議申立てをすることができない旨の定めがある場合」にはあたらない。

¹⁶⁰ 「プロパテント時代における権利のあり方に関する調査研究報告書」31 頁。

¹⁶¹ 昭和 50 年 12 月 1 日決定、平成 9 年 4 月 24 日改正。

野で特に必要である場合。

②当該特許発明の通常実施権の許諾をしないことにより当該産業全般の健全な発展を阻害し、その結果国民生活に実質的弊害が認められる場合。

このうち、技術標準の必須特許については、②の該当可能性は検討の余地があるであろう。

しかしながら、注意を要するのは、技術標準ないし標準規格の公益性と、具体的事案における対象製品等の公益性は同一ではないということである。例えば、携帯電話の通信規格について考えてみると、特定の通信規格自体の公益性は疑いがないとしても、裁定の請求をするのは、あくまで、ある必須特許権を権利行使された特定の事業者の特定の製品ないしシステムの製造・販売行為または使用行為についてである。そのような特定の対象製品等の製造・販売または使用が差止められようとしているとしても、直ちに特許法 93 条 1 項にいう「公共の利益のため特に必要であるとき」にあたるとは言い難い¹⁶²。もっとも、携帯電話の通信規格の事例では、特定の端末の製造・販売行為が公益性を有するということは無理でも、特定の通信キャリアが使用している通信インフラないしシステムの使用行為ということになれば公益性が認められる場合もある。

あるいは、端末の製造・販売行為に対する権利行使であっても、1 社のみに対する権利行使の場合と、多数の事業者に対して同時並行的に権利行使した場合とで別異に解すべきなのかもしれない。特許権者が標準規格に準拠する多数の事業者の多数の製品に対して同時並行的に権利行使をした場合は、事実上、当該規格を使用できないことに帰着し、「当該産業全般の健全な発展を阻害し、その結果国民生活に実質的弊害が認められる」ことになる可能性は考えられる。ただし、このような場合、通常、特許権者は最初から差止め（製品の製造・販売の中止）を求めてくるのではなく、当初は（事業者から見れば高額の）実施料の支払いを要求し、これに応じなかった事業者に対してのみ、訴訟に訴えて差止めおよび損害賠償を求めるというステップを踏む。そうすると、訴訟になる前の段階で、実施料の支払に応じなかった事業者のために仮に公共の利益のための裁定実施権が認められたとしても、結局、裁定実施権の条件は、実施料の支払に応じた事業者に対する実施料率と同程度の実施料率となる可能性が高く、そうであるならば、裁定実施権が認められても、事業者としてはあまり意味がない可能性もある。

¹⁶² 「プロパテント時代における権利のあり方に関する調査研究報告書」37 頁は、MPEG2 規格のアウトサイダー（パテント・プールに参加しない特許権者）が、MPEG2 規格を使用した装置を製造・販売し MPEG2 パテント・プールに実施料を支払っている B 社に特許権を行使した場合と特許法 93 条の裁定実施権の関係について、「MPEG2 規格自体に公共性があるとしても、B 社の TV 受像機の製造販売行為自体に公共性があるとは言えない。」と指摘している。

他の事例で考えてみると、ある標準規格に関するパテント・プールが存在する場合に、パテント・プールに対して実施料を支払っている事業者 A に対して、アウトサイダー（パテント・プールに参加しない特許権者）B が権利行使をする場合については、仮に当該特許権者 B がパテント・プールに参加した場合に実施料の分配として受けられる額を基準として、裁定実施権の実施料を算定するということが、一応は可能である。しかし、仮にこの料率をいかに低廉に算定したとしても、A としては当該規格の使用のため既に一定の実施料（たとえば 0.5%）をパテント・プールに対して支払っているのだから、過分な出費を強いられる結果となることに変わりはない。なぜなら、仮に B が実際にパテント・プールに参加したならば、A を含む多数の事業者が支払った 0.5% の実施料の中から B に対して分配がなされるにすぎないからである。

逆に、東京地裁平成 22 年（ワ）第 47835 号事件のように、ある標準規格に関するパテント・プールが存在する場合に、パテント・プールに参加しておらず実施料も支払っていない事業者 C に対して、パテント・プールに参加している特許権者 D が権利行使をする場合については、仮に C がパテント・プールに実施料を支払った場合に、D が実施料の分配として受けられる額を基準として、裁定実施権の実施料を算定するということが、一応は可能である。しかし、当該標準規格を使用しているということは、本来、C はパテント・プールに対して定められた実施料（たとえば 0.5%）を支払わなければならない一方で、これを支払いさえすれば自由に当該規格を使用することができるのであるから、D へ支払うべき実施料率をいかに低廉に算定したとしても、C としては二重払いを強いられる結果となることになる可能性がある。もっとも、C はパテント・プールに実施料を支払うことなく当該規格を使用し始めたのであるから、この程度の不利益は甘受すべきなのかもしれない。

なお今回の国内アンケートにおいて、今後、裁定通常実施権の活用をしたい場合には何がハードルと思うかとの問いに対して、「公益性のハードルが非常に高い」との回答が約 22%、「単に『公共の利益』又は『不実施』のみが要件であり、客観的な利益衡量など総合考慮的要素が要件に含まれない」との回答が約 23% 見られた（問 21-3）。

(4) 権利者不実施の場合の裁定実施権

技術標準に関する必須特許権は特許発明を自ら業として実施するものではない、いわゆる NPE (non-practicing entity) が保有する場合も多いため、特許発明の実施が継続して 3 年以上日本国内において適当になされていない場合の裁定実施権(特許法 83 条)の活用は考えられるところである。なお前掲「裁定実施の運用要領」は、特許法 83 条 1 項の「特許発明の実施が・・・適当にされていない」とは、「需要に対し極めて小規模で名目的な実施に過ぎないと認められる場合、単に輸入をしているだけで国内では生産をしていない場合等が原則としてこれに該当すると解される」としているだけであり、技術標準の必須特許権の行使がこれにあたり得るかの手掛かりは得られない。

もっとも、特許法 85 条 2 項は「特許庁長官は、その特許発明の実施が適当にされていないことについて正当な理由があるときは、通常実施権を設定すべき旨の裁定をすることができない。」と規定しており、実際上は、不実施について「正当な理由」があるか否かが主要な争点となるであろう。前掲「裁定実施の運用要領」は、「正当な理由」がない場合の主要な事例としては、「その特許発明の実施に必要な設備等が災害その他被請求人等の責に帰すことができない事情によって整備することができないためその特許発明の実施ができない場合、その特許発明の実施に必要な許認可手続が被請求人の責に帰すことができない事情によって遅延しているためその特許発明の実施ができない場合等が考えられる。」としている。

問題なのは、東京地裁平成 22 年(ワ)第 47835 号事件のように、もともと特許発明を実施していたが、事業判断として当該事業から撤退したため不実施となるに至った場合である。この場合は、初めから権利行使を前提として特許権を買い集める類の NPE(いわゆるパテントトロール)とは性格が異なっており、不実施について「正当な理由」がないということは難しく、そもそも事業から撤退したことの経営判断の是非について、行政機関や司法機関が判断すべきとも思われない。

また特許権者は自ら特許発明を実施していないが、ライセンシーが特許発明を実施している場合については、特許法 83 条 1 項の「特許発明の実施が・・・されていない」との規定の文言上(「特許権者が特許発明を実施していない」ではない)、実施はされていると解するほかないように思われる。そうすると、NPE から権利行使を受けた場合であっても、1 社でも実施許諾を受けて特許発明を実施している場合には、特許法 83 条に基づく裁定請求の要件を満たさないことになる。

なお公共の利益のための裁定実施権についてと同様に、裁定実施権の条件とし

ての実施料率をどのように算定すべきか、仮に算定できたとしても、事業者としては、結局、高額または過分の実施料を支払うことになるので、裁定実施権が認められてもあまり意味がないのではないかという問題がある。

（５） 司法権との関係

わが国の法制では、裁定実施権は、権利者不実施の場合（特許法 83 条 2 項）または利用関係に基づく場合（92 条 3 項、4 項）は特許庁長官が、公共の利益のための裁定実施権については経済産業大臣（93 条 2 項）が裁定することとなっており、いずれも行政機関が裁定の主体である。しかし比較法的には、裁定実施権（強制実施権）を司法機関（裁判所）が付与するものとする法制がある。例えばドイツでは連邦特許裁判所が、フランスでは大審裁判所が強制実施権を付与することができるものとされている¹⁶³。

また中国では、数としては少ないものの、侵害訴訟において特許権侵害が認められた場合に、差止めを認めない代わりに一定額の使用料の支払いを裁判所が命じる判決がなされた事例がある¹⁶⁴。特に、富士化水事件（最高人民法院 2009 年 12 月 21 日判決）は日本企業が関与した事例として有名である¹⁶⁵。ただし、この事案で差止めが否定されたのは、火力発電所において稼働中の海水脱硫装置の中国企業による使用行為に対してであって、日本企業による当該装置の製造・販売行為は差止めが認められている。

わが国において裁定実施権の制度がほとんど活用されておらず、裁定請求をしても取下げを求められるという慣行が定着している現状にかんがみるならば、司法機関に裁定の請求を求めることができるものとする制度は、立法論として積極的に検討するべきではないかと思われる。

この点、今回の国内アンケートにおいても、今後、裁定通常実施権の活用をしたい場合に、どのような有効活用策が良いと思うかとの問いに対して、「裁判所が、差止請求の判断の前に裁定制度の活用を相当と認めるときは、裁定制度を利用できるようにする」との回答が約 30%見られ、最多回答の一つであった（問 21-4）ことを付言する。

（木村 耕太郎）

¹⁶³ 知的財産研究所「権利行使態様の多様化を踏まえた特許権の効力の在り方に関する調査研究報告書」（平成 23 年 2 月）62 頁、100 頁。

¹⁶⁴ 「権利行使態様の多様化を踏まえた特許権の効力の在り方に関する調査研究報告書」38～39 頁。

¹⁶⁵ 富士化水事件の事案の詳細な説明については、河野英仁・張嵩「中国特許訴訟実務概説」289～299 頁（発明協会、2011 年）を参照。

Ⅲ． 情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用

1． はじめに：本稿の問題意識

近時、世界的に、特許を悪用した不当な独占的地位の形成・維持・強化が問題となっている。たとえば米国においては、Rambus 事件や Qualcomm 事件、N-Data 事件では、標準設定にからんだ特許権の不当な行使が問題となっている。本稿は、情報通信分野における特許権と競争法（独占禁止法）の関係について考察するものである。独占禁止法と知的財産権との関係について、日本では、一つの明文の規定を置いている。すなわち、「この法律（筆者注－独占禁止法）の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」（独占禁止法 21 条）というものである。独占禁止法は、独占に伴う弊害を防止、除去し、競争的な経済環境の整備を目指し、知的財産権制度は、情報の独占を許容することにより、情報創作者の利益を保護し、それによって、発明や創作に対するインセンティブを高め、産業の発展を促すものである。競争環境の整備も、また、発明等の創作の保護も、国民経済の発展を目的としていることから、両者は、基本的に同一方向を向いている。しかし、現実には、両者の方向は同一でない場合も多く、両者の間に矛盾抵触が生じる。このような場合に、両者をどのように調整していくのか、という問題が生じる。

この点について、先に引用した 21 条によれば、知的財産権の正当な排他的独占権の行使と認められる行為については、独禁法は適用されない。我国の判例も基本的にその立場に立つ。しかし、例外として、知的財産制度の趣旨を逸脱し、制度の目的に反する場合には、本条の適用が除外され、独禁法を適用しうると解されている（判例通説）。

どのような場合が、この例外に該当するかについて、独禁法に違反する場合をここに盛り込むことができるとする見解があるが、あくまで例外は「知的財産制度の趣旨を逸脱し、制度の目的に反する場合」なのであって、独占禁止法の価値観をいれることは、かならずしも容易ではないと言わざるを得ない。

では、個々の問題に関する知的財産法の解釈において、競争政策・独禁法の視点を入れることは可能であろうか。

この点で議論されているのが、差止請求の一般的制限である。すなわち、最近では知的財産権の侵害が認められても、競争政策その他の観点から知的財産権の差止請求権の行使を認めるべきではない場合があるとする議論が行われている。これは米国の e-Bay 判決を契機とするものであるが、米国の差止請求権は、衡

平法上の権利であり、差止を認めるかどうかは裁判所の裁量とされている。しかし、わが国の知的財産法では、侵害があれば権利者は差止ができると規定されており、裁判所に差止めを認めるかどうかの裁量はない。しいて言えば、差し止め請求権を行使することが権利濫用にあたる場合には差止を認めないこともあり得るが、それは極めて限られている。したがって、米国のように、差止めを認めるか否かを裁判所が決めるというのは、わが国の現行法では不可能であり、立法論の問題となる¹⁶⁶。

そこで、現行法において、知的財産権の行使に対し、独占禁止法違反を「抗弁」として主張し、かかる権利行使を制限することは可能か、という問題が生じる。

知的財産法の解釈において、独占禁止法・競争政策を十分に反映させることができない以上、知的財産権の行使が独禁法に抵触する場合には、独禁法を適用する必要は確かに存在する。独禁法違反の私法的行為の効力は、直ちに公序良俗に違反して無効となるものではない、とするのが判例の立場であるが、無効とされている場合も少なくない。

しかし、問題は、冒頭に述べたとおり、わが国の独禁法は、「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」としていることである（21条）。この規定によれば、個々の問題について、知的財産法上の要件を満たしていれば「正当な権利行使」となり、独禁法の適用は除外されることになるからである。この規定をめぐっては様々な解釈が試みられているが、明文規定の存在は重く、解決の糸口を見出すのは容易ではないように思われる。

このような困難性にかんがみ、そこで本稿では、米国法の知見を参考にしようと考えた。すなわち、知的財産権なканずく特許権の行使が独占禁止法上問題とされた重要事例を概観することにより、解決の糸口を探ろうとしたのである。ただし、比較法的分析を兼ねるため、折に触れて、日本および欧州の状況も視野に入れている。

まずはじめに、これに関する近時の米国判例を概観し、その上で、について検討する。

¹⁶⁶ まず考えられうるのが、知財の主張に対する一般的な抗弁条項を置くことである。ここで念頭に置いているのは、米国のパテントミスユースの法理のようなものを一般条項として置くことである。なんとなれば、個々の論点について独占禁止法の趣旨を取り入れた解釈では、個々の論点における考慮事由から外に出ることは困難であり、ともすれば場当たりの対応ともなりかねない。そこで、一般条項を置くことにより、より広い立場からのバランスを考慮することが可能かもしれないというのである。一考に値するが、必ずしも現実的ではないかもしれない。

2. 米国事例の概観

まず、Rambus 事件¹⁶⁷では、2006 年 8 月 2 日、米国 FTC(連邦取引委員会)は、コンピュータ・テクノロジー開発会社である Rambus が、DRAM チップの業界標準を決定する団体に対して、自社の特許情報を不正に隠すことにより、自社の特許を含む技術が標準となるよう欺瞞的行為を行い、関連市場において違法に独占力を獲得したと判断された¹⁶⁸。

また、Qualcomm 事件¹⁶⁹では、第三世代移動体通信システムの標準設定過程において、標準採用特許について、公正、合理的、かつ非差別的（fair, reasonable, non-discriminatory; “FRAND”）条件で許諾することを約束し、標準化が採択され製品が普及した後になって、FRAND 条件を守らず、競争者に対して差別的に高いロイヤルティを要求したことが、標準化を歪める反競争的行為であるとされたものである。2007 年 9 月 4 日、米国第 3 巡回区連邦高裁は、いわゆる第三世代携帯電話の技術に関する標準設定プロセスにおいてクアルコムが反競争的行為を行ったかなどが争点となっている訴訟について、Qualcomm による却下の申立てを認めた地裁判決を一部破棄し、同地裁に差し戻した¹⁷⁰。原告である Broadcom は、第三世代携帯電話用チップに関する標準設定過程において、Qualcomm が、自らの技術が標準に組み込まれた場合、FRAND 条件の下にライセンスすることを標準設定団体に対して事前に約束した上で、後にこれを履行しなかった行為が反トラスト法に違反する独占行為に該当すると主張したのに対して、連邦高裁は、標準設定におけるいわゆるホールド・アップの問題について、

¹⁶⁷ *In the Matter of Rambus, Inc.*, FTC Docket No. 9032 (July 31, 2006) ; *In the Matter of Rambus, Inc.*, FTC Docket No. 9032 (February 5, 2007) ; *Rambus v. FTC*, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008) ; cert. denied, 2009 U.S. LEXIS 1318 (U.S., Feb. 23, 2009).

¹⁶⁸ 同事件は、2002 年 6 月に反トラスト法違反として FTC が提訴したが、2004 年 4 月に行政法判事により却下の仮決定がなされたものである。当該仮決定に対し、原告側代理人である FTC 審査官が FTC に上訴した結果、FTC は当該仮決定を覆す決定をした。2007 年 2 月 5 日、FTC は排除措置を命ずる審決を下した。2007 年 3 月 16 日、Rambus の執行停止の申立てを一部認め、DDR SDRAM および SDRAM について、Rambus 社が徴収するロイヤルティを第三者預託のアカウントに入金させ、連邦高裁で FTC が敗訴した場合は Rambus 社がそれを全額受領でき、FTC が勝訴した場合は排除措置で定めた上限を超える部分をライセンシーに返還させることを決定した。2008 年 4 月 22 日、DC 巡回区連邦高裁は、Rambus が自社の特許保有を標準設定団体に開示しないことにより複数の技術市場で独占力を獲得したとして反トラスト法違反を認定した FTC の審決を破棄し、法廷意見と整合的に更なる審理を行うよう FTC に差し戻す判決を下した。判決は、標準設定団体による標準設定過程において Rambus が欺瞞的行為を行ったとする FTC の主張について、それを支持する十分な証拠が存在するかどうかについて疑問を呈した。また、判決は、仮に同社がそのような欺瞞的行為を行っていたとしても、反トラスト法違反となる独占化を構成するためには、それが競争に対する損害を与えたことを立証する必要があると、単に虚偽 (deceit) により独占事業者が高い料金を課すことができるようになること自体が独占化を構成するとは限らないと指摘しつつ、FTC は、そのような立証ができていないと認定している。2008 年 6 月 6 日、FTC は、連邦高裁に対して、大法廷での審理を行うよう要請した。2008 年 8 月 27 日、連邦高裁は、FTC は、Rambus によるメモリーチップ市場における競争に対する損害を立証していないとして、当該要請を退けた。

¹⁶⁹ *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297 (3rd Cir. 2007).

¹⁷⁰ 地裁判決は、Qualcomm が FRAND 条件でライセンスすることを標準設定団体に約束し、後にこれを履行しなかったことは、契約法等の他の法律理論の下で訴訟の対象となる (actionable) 行為であるが、反トラスト法の下では訴訟の対象とならないとしていた。

ホールド・アップを防止するために多くの標準設定団体が FRAND 条件の事前約束をメンバーに求めていることなどを示した上で、①コンセンサスに基づく私的標準設定環境において、②特許権者が意図的に不可欠技術を FRAND 条件の下でライセンスすると虚偽の約束をし、③標準設定団体が当該技術を標準に組み込む時に当該約束を信頼し、④当該特許権者が後に当該約束を履行しないことは、訴訟の対象となる反競争的行為であると認定した。そして、Rambus 事件を引用し、標準設定プロセスにおける詐欺行為が競争プロセスを侵害するものであるとした上で、詐欺的な FRAND 条件の約束は、詐欺的な特許権の非開示と同様の行為であると判示した。

さらに、N-Data 事件¹⁷¹では、2008 年、FTC（連邦取引委員会）は、通信技術の技術標準の一つである Ethernet の主要技術に係る特許のライセンスに関する反競争的行為が問題となった。①Ethernet は、標準設定団体 IEEE が 1983 年に公表した通信技術に関する標準であるが、IEEE のワーキンググループは、1994 年、より高速の Ethernet（新標準）を開発した。この際、ワーキンググループの主要メンバーであった NSC は、ワーキンググループに対し、自らが NWay と称する特許を所有していることを通知するとともに、NWay が新標準に組み込まれた場合、1,000 ドルの一括・一回払いロイヤルティでライセンスする旨のレターを送付し、IEEE は、NWay を新標準に組み込むことを決定した。②その後、NWay 以外の高速 Ethernet のための商業的代替技術は存在しなくなり、関連産業の NWay への依存は、NSC に独占力を付与することとなった。③NSC が関連特許を Vertical に譲渡したところ、Vertical は、NSC による 1994 年のライセンス条件を無視し、当該特許の利用者に対して特許侵害訴訟の提起を表明することなどにより、ライセンス料の引上げを要求した。④Vertical が関連特許を N-Data に譲渡したところ、N-Data も同様に、特許侵害の主張を行った。上記行為について、FTC の多数意見は、シャーマン法 2 条の水準には達しないと認定しつつも、FTC 法 5 条¹⁷²に違反する「不公正な競争方法」を構成すると判断し¹⁷³、当該技術の特許を保有す

¹⁷¹ Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051-0094, Docket No. C-4234 (Sep. 2008). 関連して次の欧州における同種事件を参照、Case C-52/07 Kanal 5 Ltd. and TV 4 AB v. Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå (STIM) upa, (ECJ 11 December 2008).

¹⁷² FTC 法 5 条において規制される不公正な取引方法については、同条において特段の規定が設けられていないところ、その法的射程は判例によることとなっている。最高裁は、FTC 法の立法経緯を調査し、同法 5 条は、シャーマン法違反を超えてより広い範疇の行為まで及ぶと述べてきた。Indiana Federation of Dentists 事件連邦最高裁判決（1986 年）では、「同条における「不公正さ」には、要すれば、シャーマン法その他の反トラスト法に違反する行為のみならず、連邦取引委員会がその他特段の理由から公共政策に反すると思料する行為も含み得る」旨判示している。

¹⁷³ この点の説明として、FTC 法の立法経緯や判例を引用し、この種の行為に措置を取ることは正当化されるとしている。また、N-Data の行為が認められることになれば、標準設定団体はメンバーの誠実さ（good faith）を信頼できなくなり、標準設定に対して非常に大きな損害をもたらすおそれがあるとし、議会は、こうした行為に措置を取るよう FTC を創設したと述べている。さらに、多数意見は、当該行為が「不公正な行為又は慣行」にも該当すると認定している。この点について多数意見は、FTC は、

る事業者である N-Data に対し、当該技術が標準に採用される前に標準設定団体に提示された条件以外でのライセンスを禁止することなどを命じた¹⁷⁴。近時、米国では、F T C 法 5 条の役割について見直す動きが活発化しており¹⁷⁵、本件は同法による独占的高価格設定規制の重要事例という意味で意義を有するものである。

司法省と FTC による共同レポート「反トラスト政策の執行と知的財産権」レポート¹⁷⁶では、「競争当局は、知的財産権によって創造されるイノベーションのためのインセンティブを支持しながら、違法な共謀的又は排他的行為を特定するために反トラスト理論を適用しなければならない。知的財産権を含む効率的な活動を非難することは、このイノベーションのためのインセンティブを損ない、米国の経済成長を促進させるエンジンを低下させることになる」とし、司法省は標準設定団体のパテント・ポリシーに対して、ビジネスレビューレター¹⁷⁷として回答する形で、特許を悪用した不当な独占的地位の取得に対して未然防止に協力している¹⁷⁸。このような政府機関のある種のお墨付きを得たパテント・ポリシーはそ

事業者が消費者として犠牲となる行為についても消費者に対するものと同様に禁止されると判断してきたと述べている。また、不公正（な行為を取り締まる）権限の広範な（しかし、適切な）適用に対する批判は認識しているとしつつも、本件の非常に有害な問題を無視するコストは高すぎるとして、本件での法適用を肯定している。

¹⁷⁴ 本件の議決は 3 対 2 で、多数意見は Leibowitz, Harbour 委員および Rosch 委員、反対意見は Majoras 委員長および Kovacic 委員。

¹⁷⁵ たとえば、FTC により 2008 年 10 月 17 日に開催された、FTC 法 5 条の適用範囲に係るワークショップは、そのような動きの最たる例である。そもそも、正確な FTC 法 5 条の射程およびシャーマン法との関係は、長い間論争の対象となってきた。1980 年代前半、下級審は、シャーマン法の射程外に落ちる行為に対する FTC 法 5 条の適用に対して批判的であった。たとえば、Ethyl 事件第 2 連邦巡回裁判所判決（1984 年）では、通常適法な商行為と違反又は不当な商行為との明確な峻別が行われていないとして、連邦取引委員会の命令を取り消している。1990 年代初頭、連邦取引委員会は、共謀の招待、合意はないが共謀に近い結果を招く又は共謀を容易にする行為、標準設定に係る不当行為を含む事案において、いくつかの同意命令を出しているところ、これらの事案で連邦取引委員会はシャーマン法違反の要素を主張していないため、同委員会の論理は FTC 法 5 条のより広い射程に依存していたことになる。しかし、これら運用事案の多くは同意命令によるものであることから、同条の具体的な適用範囲について司法による審査は行われてきていない。そこで、上記ワークショップでは、①議会による立法、連邦取引委員会による執行および裁判所の判断を含む 5 条の歴史、②5 条のあり得る解釈の範囲、③5 条によって対処され得る不公正な競争法に該当するかもしれない事業活動の例について包括的に検証されている。

¹⁷⁶ Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (April 2007).

¹⁷⁷ ビジネス・レビュー (business review) とは、法令の規定に基づく公式の手続ではないが、企業がある行為を行う場合に、事前に反トラスト局にアドバイスを申請し、提訴される可能性について司法省としての見解を求めることができる手続のことをいう。この手続を経て提出される文書の回答はビジネス・レビュー・レターと呼ばれる。司法省は裁量によって回答を拒否することができ、また、いかなる回答も将来の提訴を妨げるものではない。

¹⁷⁸ コンピュータ構造向け標準設定団体に関するビジネスレビューレターでは(2006年10月30日公表)では、VMEbus International Trade Association (VITA) は、自らの下部組織で、VMEbus コンピュータ構造向けの標準設定を行う非営利団体である VSO が、標準設定作業に参加する必須特許の保持者に対して次の各項を要求する方針を採用するに当たり、司法省からの意見を求めた。① 特許保持者は、ひとたび採用されたら VITA 標準の実施に不可欠となるであろう特許および特許申請について早期に開示を行うこと。② 特許保持者は、最終的に決定した VITA 標準を実施するために特許のライセンスを受けなければならない者に対して要求する予定のロイヤルティの上限額および価格以外の最も制限的な

れなりの権威を有する。とりわけ、情報通信技術分野では、標準化がきわめて重要であり、代表的な国際標準化機関である ITU-T/ITU-R/ISO/IEC¹⁷⁹ のパテント・ポリシー¹⁸⁰ では、標準化固有の特許の問題を扱うために、

「2 勧告・規格類が発行され、第 1 節に記載された情報が開示された場合、特許権者は次の 3 つの条件を選択すること。2.1 特許権者は、非差別的かつ合理的な条件で無償の実施許諾を相手方と交渉する意思がある。その交渉は関係者に委ねられ、ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 外で行う。2.2 特許権者は、非差別的かつ合理的な条件で相手方と実施許諾を交渉する意思がある。その交渉は関係者に委ねられ、ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 外で行う。2.3 特許権者は、第 2.1、2.2 節のいずれの条項にも従う意思がない場合は、その特許を使用する技術を勧告・規格類に含めてはならない。」

と定めている。

一方で標準化は、競争者が集まり仕様を決定することから、本質的に違法な共謀となり得る場合があり、標準化にともなう知的財産権の不当な行使は、反トラスト法違反と主張される場合があることもまた事実である¹⁸¹。標準化がイノベーションを促進する一方で、反トラスト法違反とされる契機をはらんでいるのであ

条件を表明すること。司法省は、ビジネスレビューレーターにおいて、上記のライセンス方針は、特許保持者間の競争を制限するのではなく、維持するものになること、および、同ライセンス方針により、VSO がよい良い説明を受けた上で決定を行い、消費者の利益となるような標準設定を行うことができるようになることと述べ、同方針に対して反対しない意向を表明した。また、特に②の要件は、VSO が、技術を採用するに当たり、技術的な条件のみならずライセンスの条件も考慮できるようになるとして評価した。また、電気・電子技術の標準設定団体に関するビジネスレビューレーター（2007 年 4 月 30 日公表）では、Institute of Electrical and Electronics Engineers Inc (IEEE) は、多様な興味を有する技術の専門家が集まる非営利団体であり、同団体の標準開発機関が、情報技術、エネルギー、ナノテクノロジーおよび有機エレクトロニクスなどの産業で使用する標準の設定を行っているところ、IEEE が、自らの特許方針の下で、IEEE の標準に不可欠な特許の保持者に対して、彼らが予定している最も制限的なライセンス条件を公式に確約させるというオプションについて、司法省の意見を求めた。また、同方針の下では、特許保持者は、①ライセンス情報を提供しないことを選択する、②自らの特許は IEEE 標準に不可欠なものだとは思わないことを表明する、③同標準の実行者に対して必須特許を主張しないことを表明する、④合理的かつ非差別的な条件で必須特許のライセンスを行うことを確約する、という様々なオプションを選択することもできる。司法省は、ビジネスレビューレーターにおいて、同方針は、IEEE 標準に不可欠な特許の保持者に、当該特許の利用に関する将来的なライセンス条件を公式に確約させるようにするものであり、これにより、前記 1 の VITA による方針と同様の利点がもたらされるようになることと述べ、同方針に対して反対しない意向を表明した。

¹⁷⁹ ITU：国際電気通信連合、ISO：国際標準化機構、IEC：国際電気標準会議。いずれも本部スイス、ジュネーブにある。

¹⁸⁰ Guidelines for Implementation of the Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC (1 March 2007), ANNEX 1, COMMON PATENT POLICY FOR ITU-T/ITU-R/ISO/IEC (ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 共通パテント・ポリシーの実施ガイドライン、附属書 1, ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 共通パテント・ポリシー)。
http://isotc.iso.org/livelink/livelink/fetch/2000/2122/3770791/Common_Guidelines_01_March_07.pdf.

¹⁸¹ Erica S. Mintzer & Logan M. Breed, “How to keep the fox out of the Henhouse: Monopolization in the context of standard-setting organizations,” 19 Intell. Prop. & Tech L.J. 5, 5 (2007)

る。

この反トラストとイノベーションとの関係について、「反トラスト近代化委員会報告書」¹⁸²では、「反トラスト法とニュー・エコノミー」という標題のもとに、「イノベーション、知的財産および技術変化が中心的な特徴である産業に異なったルールを適用すべく反トラスト法を改正する必要性はな」く（勧告1）、「イノベーション、知的財産および技術変化が中心的特徴である産業においては、他の産業と同様、反トラスト法の執行者は、競争上の効果を評価する際、市場のダイナミクスを慎重に考慮すべきであり、また、問題となっている事実によるが、有効な反トラスト分析に重要な影響を及ぼすかもしれない、特定の産業の経済的又は他の特徴に対する適切な注意を確保すべきである」（勧告2）としている¹⁸³。このように、特許権をはじめとした知的財産権を保護することによってイノベーションを促進させる一方で、知的財産権の「不当」な行使による市場競争の歪曲をどう是正していくのか。ここにおいては、知的財産権の行使の「不当性」をどのように基礎づけるかが決定的に重要となる。米国反トラスト法において、標準化に伴う知的財産権の行使が不当とされるのは、主に① 共謀行為、② 排他行為、③ 知的財産権の欺瞞的な行使、④ 略奪的行為である。過去、標準化における競争の実質的制限とされた類型を示すと以下の通りである¹⁸⁴。

（ア） [カルテル行為] 標準化団体の標準設定行為において、価格協定等カルテル行為を行う行為。¹⁸⁵

（イ） [排除行為] 標準策定時の投票において、競争関係にある技術（特許）を意図的に競争から排除する、または自らが保有する特許が採択されることを目的として、人員を動員して投票する等の共謀・独占化行為。¹⁸⁶

¹⁸² 2007年4月2日、反トラスト近代化委員会は、約3年にわたる検討の結果、議会および大統領に対し、現在の反トラスト政策全般に関して改正すべき点等をまとめた報告書を提出した。反トラスト近代化委員会は、反トラスト近代化委員会法（Antitrust Modernization Commission Act of 2002）に基づいて設置された独立行政委員会である。

http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm

¹⁸³ 同様に「反トラスト近代化委員会報告書」では、「反トラストと特許」という項目において、「標準設定メンバーと特許権者による標準の選択に先立つロイヤルティに関する共同交渉は、それだけの場合は、合理の原則の下で評価されるべきである」（勧告20）。

¹⁸⁴ この点は、青柳忠穂氏から非常に貴重な教示をいただいた。記して感謝したい。同氏の標準化に関する論稿として青柳忠穂「標準化と特許——公正、合理的、かつ非差別的な（RAND）条件の検討」神戸大学法政策研究会編『法政策学の試み—法政策研究 第12集』（2011年、信山社）269頁があり、非常に参考になる。

¹⁸⁵ *Standard Sanitary Mfg. Co. v. United States*, 226 U.S. 20 (1912); *Milk and Ice Cream Can Institute v. Federal Trade Comm'n*, 152 F.2d 478 (7th Cir. 1946); *Bond Crown & Cork Co. v. Federal Trade Comm'n*, 176 F.2d 974 (4th Cir. 1949); *National Macaroni Manufacturers Association v. Federal Trade Comm'n*, 345 F.2d 421; 1965 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,422 (7th Cir. 1965); *In the Matter of Am. Soc'y of Sanitary Eng.*, 106 F.T.C. 324, 1985 FTC LEXIS 20 (1985); *Addamax Corp. v. Open Software Found.*, 888 F. Supp. 274 (D. Mass. 1995), *later proceeding*, 964 F. Supp. 549 (D. Mass. 1997), *aff'd*, 152 F.3d 48 (1st Cir. 1998); *DM Research, Inc. v. College of Am. Pathologists*, 170 F.3d 53 (1st Cir. 1999).

¹⁸⁶ *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656 (1961); *American Society*

(ウ) [欺瞞的行為] 標準化の技術に含まれる特許の存在を故意に明らかにせず、標準化が採択され、各社から当該標準に準拠した製品が販売されてから、特許侵害訴訟等を提起する行為。¹⁸⁷

(エ) [略奪的行為] 標準化設定時にロイヤルティ条件を故意に明らかにせず、標準化設定後、差別的なライセンス条件を強制する行為。¹⁸⁸

また、使用料が無償であることで普及した標準化技術に関係している特許を買い集めて、特許侵害訴訟を提起するいわゆるトロール行為¹⁸⁹なども、問題となっている。標準化に関係する反トラスト法違反では、立証の問題が重要である¹⁹⁰。この点は、強調しておきたいが本稿では検討を省略する¹⁹¹。

of Mechanical Engineers, Inc. v. Hydrolevel Corp., 456 U.S. 556 (1982); *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988); *Foundation for Interior Design Educ. Research v. Savannah College of Art & Design*, 244 F.3d 521 (6th Cir. 2001).

¹⁸⁷ *Potter Instrument Co. v. Storage Tech. Corp.*, 207 U.S.P.Q. (BNA) 763, 1980 U.S. Dist. LEXIS 14348 (E.D. Va. Mar. 25, 1980), *aff'd*, 641 F.2d 190 (4th Cir. 1981), *cert. denied*, 454 U.S. 832 (1981); *Sessions Tank Liners, Inc. v. Joor Mfg., Inc.*, 1986-1 Trade Cas. ¶ 66,989 (C.D. Cal. 1986), *aff'd in part*, 827 F.2d 458 (9th Cir. 1987), *vacated*, 487 U.S. 1213 (1988); *Stambler v. Diebold, Inc.*, 11 U.S.P.Q.2d (BNA) 1709, 1988 U.S. Dist. LEXIS 10132 (E.D.N.Y. Sept. 2, 1988), *aff'd*, 878 F.2d 1445 (Fed. Cir. 1988); *In the matter of Dell Computer Corp.*, 121 F.T.C. 616 (1996); *Wang Labs., Inc. v. Mitsubishi Elecs. Am., Inc.*, 103 F.3d 1571 (Fed. Cir. 1997), *cert. denied*, 522 U.S. 818 (1997); *Multivideo Labs, Inc. v. Intel Corp.*, 2000-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 72,777, 2000 U.S. Dist. LEXIS 110 (S.D.N.Y. Jan. 7, 2000); *Sun Microsystems, Inc. v. Kingston Tech. Co.*, No. C 99-03610 (N.D. Cal. Feb. 7, 2000); *Townshend v. Rockwell Int'l Corp.*, 55 U.S.P.Q.2d (BNA) 1011, 2000 U.S. Dist. LEXIS 5070 (N.D. Cal. Mar. 28, 2000); *SanDisk Corp. v. Lexar Media, Inc.*, No. C 98-01115 (N.D. Cal. Oct. 17, 2000) (order granting in part and denying in part plaintiff's motion to dismiss and for summary judgment); *Hyundai Elecs. Indus. Co. v. Rambus, Inc.*, C 00-20905 (N.D. Cal. Jan. 19, 2001); *Intel Corp. v. VIA Technologies, Inc.*, 174 F. Supp.2d 1038 (N.D. Cal. 2001); *Rambus, Inc. v. Infineon Techs. AG*, 164 F. Supp. 2d 743 (E.D. Va. 2001) (SDRAM), and 155 F. Supp. 2d 668 (E.D. Va. 2001) (attorney fee award); *Winbond Elecs. Corp. v. Int'l Trade Comm'n*, 262 F.3d 1363 (Fed Cir. 2001); *Samsung Electronics Co. v. Rambus, Inc.*, No. 3:05-CV-00406-REP (E.D. Va. 2005); *In the Matter of Union Oil Co. of California (Unocal)*, Analysis of Proposed Consent Order to Aid Public Comment, FTC Docket No. 9305 (June 10, 2005); *Rambus Inc. v. Micron Technology, Inc.*, No. CV-06-00244 RMW (N.D. Cal. 2006); *In the Matter of Rambus, Inc.*, FTC Docket No. 9032 (July 31, 2006).

¹⁸⁸ *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297 (3rd Cir. 2007).

¹⁸⁹ e.g. *Forgent Networks, Inc et al v. EchoStar Tech. Corp., et al*, U.S. District Court, District of New Jersey, Case:06-CV-02713, Date Filed: 06/14/2006. この場合、標準化の特有な問題ではなく、一般的な特許侵害事件と解釈されるべきである。

¹⁹⁰ *Golden Bridge Technology, Inc. v. Motorola, Inc., et al.*, 547 F.3d 266 (Fed. Cir. 2008).

¹⁹¹ この点に関しては、あわせて参照。 *Golden Bridge Technology, Inc. v. Nokia Inc., et al.* 416 F. Supp.2d 525 (E.D. Tex. Feb. 17, 2006). No. 2:05-CV-170. Filing date 05/06/2005.; *Golden Bridge Technology, Inc. v. Nokia, Inc., et al.*, 2007 WL 2688487 (E.D. Tex. Sept. 11, 2007) .No. 6:06-CV-163. *unofficially reported*. Filing date 05/06/2005.; *Golden Bridge Technology, Inc. v. Motorola, Inc., et al.*, 547 F.3d 266 (Fed. Cir. Oct. 23, 2008). No. 07-40954. Filing date 09/28/2007.; *Golden Bridge Technology, Inc. v. Motorola, Inc., et al.*, 129 S.Ct. 2055 (Supreme Court April 27, 2009). No.08-1072. *Petition Denied*. Filing date 01/23/2009.

3. 日本の状況

ここまで、米国の最近の事例を概観したが、もちろん、知的財産権の不当な行使が問題となっているのは米国だけの状況ではない。我が国においても、いわゆる「ホールド・アップ問題」と称される、標準化された技術について特許権を有する者が、高額なライセンス料を要求したり、ライセンスを拒絶する等して標準化活動が阻害される問題が懸念されている。このホールド・アップ問題については、「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上の考え方」では、標準化活動に参加し、自らが特許権を有する技術が規格に取り込まれるように積極的に働きかけていた特許権者が、規格が策定され、広く普及した後に、規格を採用する者に対して当該特許をライセンスすることを合理的理由なく拒絶する（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）ことは、拒絶された事業者が規格を採用した製品を開発・生産することが困難となり、当該製品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として、競争が実質的に制限されない場合であっても公正な競争を阻害するおそれがある場合には不公正な取引方法（その他の取引拒絶等）として独占禁止法上問題となるとしている。潜在的にも、標準設定団体がメンバーに対して、当該標準に関連する特許を保有している場合、その公表を義務付けたり、事前に、当該標準に自社の特許が組み込まれた場合のライセンス条件をメンバー間で交渉したりすることについて、問題となり得よう¹⁹²。

現実の事件においても、標準化の事件ではないが、たとえば、マイクロソフト非係争条項事件¹⁹³において、パソコンメーカーに WindowsOS のライセンスをするにあたり、WindowsOS のライセンシーが、マイクロソフト社、他ライセンシー等に対して、WindowsOS による特許侵害を理由に訴訟を提起しないこと等と誓約する旨の条項を含む契約書を締結し、パソコンメーカーの事業活動を不当に拘束する条件を付けて取引していることが問題になった¹⁹⁴。

¹⁹² 「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上の考え方」では、必須特許は「相互に補完的な関係に立つことから、ライセンス条件が一定に定められても、これらの特許間の競争が制限されるおそれはない」としている。よって、この場合に、規格に自社の特許が組み込まれた場合のライセンス条件をメンバー間で交渉することについては、独占禁止法上問題がないと考えられる。一方、必須特許の特許権者間において、当該必須特許と競合する代替特許を含めてライセンス条件をメンバー間で交渉し、合意することは、当該規格に関する技術取引市場において不当な取引制限に該当し、独占禁止法上問題となる。

¹⁹³ 公正取引委員会審判審決 2008 年 09 月 16 日審決集 55 巻登載予定

¹⁹⁴ ところで、特許・ノウハウガイドライン及び知的財産ガイドラインは、非係争条項について、「ライセンサーの技術市場若しくは製品市場における有力な地位を強化することにつながることで、又は、・・・により、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」と規定しているところ、マイクロソフトに対する件の審判審決（平成 20 年 9 月 18 日、以下「マイクロソフト審判審決」）は、「有力な地位の強化」を認定せず、「地位の強化」を認定するにとどまっており、この点が一つのポイントであった。すなわち、マイクロソフト審判審決は、「地位の強化」を認定するにあたり、OEM 業者

その他の事件に目を点ずると、着うた事件¹⁹⁵では、ソニー・ミュージックエンタテインメントほか4社が、着うたを提供する業務をレーベルモバイルに委託していたところ、正当な理由がないのに、共同して、レーベルモバイル(株)に着うたの提供業務を委託する者以外の着うたを提供する又は提供しようとする事業者に対し、原盤権の利用許諾を行わないようにすることとし、これを拒絶していたことが問題となっている¹⁹⁶。この事件も、標準化に関する事件ではないものの、知的財産権の行使（原盤権の利用許諾の拒絶）が独占禁止法上問題にされたという点では、注目すべきケースである。

さらにごく最近では、クアルコムが、国内端末等製造販売業者に対し、CDMA携帯無線通信に係る知的財産権の実施権等を一括して許諾するに当たり、あらかじめ FRAND 条件の下で実施権等を許諾する旨を明らかにしているにもかかわらず、ライセンス契約によって非係争条項等の締結を余儀なくさせ、携帯電話の技術開発に関するインセンティブを妨げられることが問題になっている¹⁹⁷。

日本クアルコム事件における、この研究開発意欲の阻害の立証について、複数の国内端末等製造販売業者が、他社から、本件無償許諾条項等の存在を理由に、実施権の許諾を内容とする契約の締結や実施料の支払を拒絶される、あるいは実施料の料率等について減額を要求されるなどしたこと、そして、その逸失利益は多額であり、国内端末等製造販売業者は将来の技術開発に支障が生じると認識していること等がポイントとなる。

これに対しては、クアルコムとしては、本件無償許諾条項等に係る正当化事由として、検討対象市場（携帯無線通信等に係る技術市場）における取引費用の軽減や特許平和（パテントピース）などの競争促進効果を主張することが考えられる。以下のとおり、関連市場の下流に位置する製品市場（携帯電話端末に係る製品市場）における競争促進効果を主張することも考えられるところである。すなわち、クアルコムの考えられる主張としては、同社のライセンス実務によって、3G 契約者サービスあるいはより広く携帯電話市場の発展が阻害されてきたということとはできず、かかるサービスの提供が採算の合わないものであったら、或いは 3G その他の携帯電話製品が低価格で且つ技術的にも有益であると消費者が思わないようなものであったら、日本の 3G の契約者数がこのように劇的に伸びた

の研究開発意欲が損なわれる蓋然性があることを示した上で、それによって OEM 業者の地位が低下し、マイクロソフトの地位が強化されるという論理構造をとっているが、「有力な地位の強化」を立証する場合において、マイクロソフト審判審決のように、当事者間の相対的な関係から、市場における「有力な地位の強化」を立証するのが相当かは議論の余地がある。

¹⁹⁵ 公正取引委員会審判審決 2008 年 7 月 24 日審決集 55 巻登載予定。

¹⁹⁶ 同事件については、拙稿「原盤の利用許諾の拒絶と共同の取引拒絶における「意思の連絡」 名古屋ローレビュー創刊号 3 頁（2009 年）

¹⁹⁷ 公正取引委員会排除措置命令 2009 年 9 月 28 日（平成 21 年（措）第 22 号）。

ことはありえなかった筈であるというのである。

かかるクアルコムの主張に関して、

- ① 「携帯電話端末等の市場における競争促進的効果は、仮にそれが存在するとしても、CDMA 携帯電話端末等に関する技術に係る市場における公正競争阻害性の判断に影響するものではない。」ということができるか、
- ② 「被審人が主張する携帯電話端末等の市場における競争促進的効果は、本件においては、その存在及び被審人の行為との因果関係が立証されていないため、CDMA 携帯電話端末等に関する技術に係る市場における公正競争阻害性の判断に影響するものではない。」ということができるか、
- ③ 「携帯電話端末等の市場における競争促進的効果は、仮にそれが存在するとしても、より競争制限的でない他の手段によっても実現可能であるから、CDMA 携帯電話端末等に関する技術に係る市場における公正競争阻害性の判断に影響するものではない。」ということができるか、が独占禁止法上問題となろう。

4. 欧州の状況：EU 機能条約 101 条水平的協力協定ガイドライン

これまで米国の状況を念頭に置いて議論してきたが、欧州の状況はどうであろうか。ここでは、「欧州連合の機能に関する条約（EU 機能条約）の第 101 条を水平的協力協定に適用することに関するガイドライン」¹⁹⁸のうち標準化協定にかかわる部分についてのみ取り上げることしたい。欧州委員会は、2010 年 12 月 14 日、水平的協力協定に対する EU 競争法の適用に関する規則及び関連ガイドラインを改定した。今般の改定は、水平的協定への競争法の適用基準をより明確化することを目的としている。主な改正点の一つは、標準化協定に関する章の大幅な見直しである。そこで、関連する部分をここではかいつまんで紹介することとしたい。

まず関連市場について、標準化協定が、四つの市場に影響を及ぼす可能性があるとしている。これらの市場は「関連市場の画定に関する告示」に従って定義される。第一の市場は、標準設定の影響を受ける可能性のある、標準が関連する製品・サービスの市場である。第二の市場は、標準の設定に技術の選択が含まれ、知的財産権がその関連製品とは別に売買される場合に、標準の影響を受ける可能性のある、関連技術市場である。第三の市場は、複数の標準設定機関又は協定が存在する場合に、標準の影響を受ける可能性のある、標準設定のための市場である。第四の市場は、該当する場合において、標準設定の影響を受ける可能性のある、試験や認証のための特有の市場である（§ 261.）。標準条項は、一般に、標準

198 C(2010) 9274/2

条項を使用する企業が自社製品を顧客に販売することによって競争する下流市場に影響するとしている（§ 262.）。

101条1項に基づく評価について（7.3.）、通常は競争制限的ではない標準化協定として、まず市場支配力が存在しない場合は、標準化協定は競争制限効果を生むことができないとしている。このため、複数の自主的標準が効果的に競い合う状況では、競争制限効果が生まれる可能性が最も低いとしている（§ 277.）。また、標準設定への参加が無制限であり、標準採用手続の透明性が高い場合、公平かつ妥当で非差別的な条件で標準へのアクセスを提供する標準化協定は、通常、101条1項で問題にする競争制限効果をもたないとしている（§ 280）。無制限の参加を確実にするためには、標準設定機関の規則は、その標準によって影響を受ける市場の全ての競争事業者が、標準を選択するプロセスに参加できることを保証する必要があるとしている（§ 281）。また、標準設定機関は、該当する場合には、標準に含まれることになる技術を選択するための客観的な基準の他に、投票権を分配するための客観的かつ非差別的な手続を備える必要があるともしている（同）。透明性に関しては、関連の標準設定機関は、今後実施される標準化作業、現在進行中の標準化作業、完了した標準化作業について、関係者が標準策定の各段階において適時かつ効果的に情報を入手するための手続を備える必要があるとしている（§ 282）。さらに、標準設定機関の規則は、公平かつ妥当で非差別的な条件での、標準への効果的なアクセスを確保する必要がある（§ 283）。

標準が IPR を含む場合には、特定の産業や当該標準設定機関のニーズに合った、明確かつバランスの取れた IPR ポリシーは、標準設定機関が定めた標準への効果的なアクセスを標準実施者に認める可能性を高めるものである（§ 284）。標準への効果的なアクセスを確保するために、IPR ポリシーは、自己の IPR を標準に含めることを望む参加者に対し、必要不可欠な IPR を全ての第三者に、公平かつ妥当で非差別的な条件でライセンス供与するための、撤回不可能な書面によるコミットメント（「FRAND コミットメント」）の提出を求める必要があるとガイドラインは規定している。このコミットメントは、標準採用前に提出しなければならず、かつ、IPR ポリシーは、標準策定の早い段階での除外を条件として、IPR 保有者が特定の技術を、標準設定プロセスとライセンス供与コミットメントから除外することを認めるべきであるとしている（§ 285）。

さらに、IPR ポリシーは、策定中の標準の実施に必要不可欠となる可能性のある各自の IPR を誠実に開示するよう、参加者に求める必要があるとしている（§ 286）。それによって、業界は技術の選択が可能になり、その結果、標準への効果的なアクセスという目標の達成に寄与するからである。また、

そもそも、標準化協定が競争制限効果を生む可能性があるか否かは、標準設定

機関のメンバーが、標準策定後も、合意された標準に準拠しない代替標準や代替製品を自由に策定・開発できるか否かに左右される。例えば、標準設定協定の持つ拘束力のために、標準に準拠する製品しか生産できないなら、競争に対する悪影響のリスクは大幅に増大し、一定の状況下では競争制限目的が生まれるおそれがある。同様に、最終製品のあまり重要でない面や部分だけに適用される標準は、包括的な標準に比べて、競争上の問題につながる可能性が低い（§ 293）。

協定が競争を制限するかどうかの評価では、標準へのアクセスも重視される。メンバーや第三者（当該標準設定機関のメンバーでない者）が、標準の成果（すなわち、標準への準拠の仕方に関する指定事項や、該当する場合は、標準の実施に必要不可欠な IPR）に全くアクセスできない場合や、差別的な条件でしかアクセスできない場合は、各自の適用の地理的範囲に従って市場を区別、排除、分割し、その結果として競争を制限する可能性がある。ただし、幾つかの競合する標準が存在する場合や、標準化されたソリューションと標準化されていないソリューションの間に効果的な競争が存在する場合は、アクセス制限が競争制限効果を生む可能性は低い（§ 294）。

標準の影響を受ける市場の全ての競争事業者（及び/又は関係者）が標準の選択と策定に参加できるという点で標準設定プロセスへの参加がオープンであるなら、競争制限効果のリスクを低減させることができる。標準が市場に及ぼしそのような影響が大きければ大きいほど、そして、その潜在的な適用分野が広ければ広いほど、標準設定プロセスへのアクセスを平等に認めることの重要性は高まる。しかし、現実には幾つかの標準と標準設定機関の間に競争があれば（さらに、業界全体が同じ標準を採用する必要がなければ）、競争制限効果は生じる見込みは乏しい。また、参加者の数に制限がなく、標準の採用が不可能と思われる状況では、協定が 101 条 1 項に基づく競争制限的效果につながる可能性は低い（§ 295）。

標準化協定の影響を評価する場合、標準に基づく商品又はサービスの市場シェアを考慮する必要がある。多くの場合（標準の設定に参加している企業は大抵、標準の実施に利害関係を有するため）、標準の策定に参加した企業の、関連市場におけるシェアを用いて、標準の予想市場シェアを見積もる。しかし、標準の影響を受ける市場で活動する当事者の市場シェアが大きいことは、必ずしも、標準が競争制限効果を生む可能性があるという結論を導くわけではない（§ 296）。

いずれかの参加メンバー又は参加が見込まれるメンバーを明確に差別する標準設定協定は、どのようなものであれ、競争を制限する可能性がある。例えば、標準設定機関が、上流だけで活動する企業（すなわち、下流の生産市場に参加していない企業）をあからさまに排除する場合、潜在的に優れた技術の排除につながる可能性がある（§ 297）。

最後に、非常に制限的なライセンス条件の事前開示を規定する標準設定協定は、原則的として、101 条 1 項の意味における競争を制限しないとしている (§ 298)。このような協定については、利用できる技術と関連 IPR の選択肢に関する情報だけでなく、その IPR について予想される費用に関する情報が、標準の選択に関与する当事者に十分に提供されることが重要である。したがって、標準設定機関の IPR ポリシーが、IPR 保有者が課す予定のロイヤルティ最高額など、非常に制限的なライセンス条件を、標準採用前に個別に開示することを規定する場合は、通常、101 条 1 項の意味における競争の制限につながらない。非常に制限的なライセンス条件をそのように一方的に事前開示することは、標準設定機関が、技術的観点だけでなく価格設定の観点から、様々な代替技術の長所と短所を認識した上で、正式な決定を下すことを可能にする一つの方法だからである。

5. まとめにかえて

標準化団体での行為には、その過程において、反競争的行為の契機は多くあり、標準化団体の多数メンバーが、多数決によりマベリックな少数者を排除して競争を実質的に制限することはその典型である¹⁹⁹。4 までで見た欧米の政策態度を要約すれば、以下のようにまとめられると思われる。すなわち、標準化が競争法違反とならないためには、① 標準化技術と関係の無い事柄(たとえば価格情報)について話し合わないこと、② 標準化の策定にあたって、技術の互換性の確保に不必要な規格や情報を盛り込まないこと、③ 他社が独自の標準化を行うことに妨げたり、あるいは他社の技術を標準化に取り入れることを妨げたり、あるいは逆に、自社の技術を標準化で採択されるように強制したりしないこと、④ 標準設定プロセスとその内容をオープンにし、策定された標準へのアクセスを容易にすること、が重要である。これらは、詰まるところ、標準設定機関のメンバーが、標準策定後も、合意された標準に準拠しない代替標準や代替製品を自由に策定・開発できることを保証させようとするものである。

標準化の採択には、採択されなかった仕様の製品を製造、販売させないという効果もある。ここに、標準化は、本質的に競争法違反となり得る契機を含んでいるのである²⁰⁰。特に、さきにみた、米国クアルコム事件のように、標準化に参加しているメンバーが標準化に含まれる特許について FRAND の約束をしていたにもかかわらず、この約束を反故して不当にライセンス料を吊り上げることは、

¹⁹⁹ e.g. *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*, 486 U.S. 492 (1988); at 500.

²⁰⁰ *Allied Tube*, at 501. also *Radiant Burners, Inc. v. Peoples Gas Light & Coke Co.*, 364 U.S. 656, 659-60 (1961); *Fashion Originators' Guide of Am, Inc. v. FTC*, 312 U.S. 457, 458 (1941) (per curiam); *FTC v. Indiana Fed' n of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986).

不公正な知的財産権の行使そのものである。

これは、既存の Patent・ポリシーが、① FRAND の意味が曖昧なままであり、② 許諾条件交渉を当事者に委ねていることに起因している。またそもそも、必須特許と応用特許等の識別が困難であることも問題を深刻にしている²⁰¹。

これらの問題の検討は今後の課題である。

(林 秀弥)

²⁰¹ 関連して参照、田中悟・林秀弥「”パチンコ機特許プール事件”再考」社会科学研究(東京大学社会科学研究所)61巻2号(2010年)135頁。この論文では、わが国の特許プールに対して競争政策上問題とされたリーディングケースである「パチンコ機特許プール事件」を例に。この事件に対する公正取引委員会勧告審決が認定した事実そのものに遡って、特許プールがもたらした競争上の効果についての検討が加えられる。本特許プールが形成された歴史的経過とその変遷が吟味された後、特許プールに集積された特許権をめぐる特許引用関係を用いた「ネットワーク分析」を通じて、これらの特許権の必須特許性が検討されている。こうした分析を通じて、特許プールに集積された特許権がパチンコ機製造にとって必要不可欠なものであり、公取委審決で問題とされた特許プールを通じた参入排除が実効性を有していたことを示し、これらの帰結をベースにして、本特許プールに関して行われた審決の独占禁止法および競争政策上の意味についての考察が行われている。

IV. 標準化団体の運営に関する諸問題

1. 標準化団体の一例

情報通信に関する標準は、一般的に以下の 3 つに分類される。

- 公的標準（デジュール標準）：以下の機関・組織が作成する標準。
 - 国際機関：国際電気通信連合（International Telecommunication Union；以下 ITU という）
 - 準国際機関：国際標準化機関（International Organization for Standardization；以下 ISO という）、国際電気標準会議（International Electrotechnical Commission；以下 IEC という）、等
 - 主管庁（国の技術基準）
 - 地域・国内標準化機関（準公的標準）：欧州電気通信標準化機構（European Telecommunications Institute；以下 ETSI という）、米国標準化協会 n（American National Standards Institute；ANSI）、日本の一般社団法人電波産業会（ARIB）/一般社団法人情報通信技術委員会（TTC）、等
- フォーラム標準：IETF（Internet Engineering Task Force）、W3C（World Wide Web Consortium）、ATM フォーラム、等が作成する標準。
- 事実上の標準（デファクト標準化）：家庭用ビデオの VHS、パソコン向け OS の Windows、インターネット通信プロトコルの TCP/IP、等。

本節では、準公的標準化機関に属する一般社団法人電波産業会（Association of Radio Industries and Businesses；以下 ARIB という）を一例として、標準化団体の活動と運営並びに知的財産権の方針と宣言のプロセスについて述べる。

（1） ARIB における活動・運営の概要

ARIB は、通信・放送分野における新たな電波利用システムの研究開発や技術基準の国際統一化等を推進するとともに、国際化の進展や通信と放送の融合化、電波を用いたビジネスの振興等に迅速かつ的確に対応できる体制の確立を目指して、財団法人電波システム開発センター（RCR）及び放送技術開発協議会（BTA）の事業を引き継ぎ、1995 年 5 月 15 日郵政大臣の許可を受けて設立された。その後、2011 年 4 月 1 日に内閣府の認可を得て一般社団法人へ移行した。

ARIB では、定款に明記されているように次の事業を行っている。

- ① 通信・放送分野における電波の利用に関する調査、研究及び開発
- ② 通信・放送分野における電波の利用に関するコンサルティング、普及啓発並

びに資料又は情報の収集及び提供

- ③ 通信・放送分野における電波利用システムに関する標準規格の策定
- ④ 通信・放送分野における電波の利用に関する関連外国機関との連絡、調整及び協力
- ⑤ 前各号の事業に附帯する事業
- ⑥ その他この法人の目的を達成するために必要な事業

上記①、③並びに④が標準化活動に直接関連する事業であり、その活動の概要は、以下の通りである。

- ① 通信・放送分野における電波の利用に関する調査、研究及び開発：
 - ・ 調査研究：第三代移動通信システムの後継システム(IMT-Advanced)等の調査研究、デジタル放送の品質評価法の調査研究、電磁環境の技術に関する調査研究等を始めとして、今後の電波利用システムに関する技術動向、需要動向、標準方式等について、広く内外にわたって調査研究を行うとともに、関係機関からの受託調査を行う。
 - ・ 研究開発：デジタル放送システム等の研究開発を始めとして、電波の有効利用に関する技術の研究開発を行うとともに、電波利用システムに対する需要動向等に基づき新たな電波利用システムの研究開発を行う。
- ③ 通信・放送分野における電波利用システムの標準規格の策定：電波利用システムの研究開発等の成果に基づき、無線機器製造者、利用者等の意向を十分に反映して、各種の電波利用システムの標準規格を策定する。
- ④ 通信・放送分野における電波の利用に関する関連外国機関との連絡、調整及び協力：電波利用システムの調査研究、研究開発等に関する事項について、密接に関連外国機関との連絡、調整及び協力を行う。

ARIB の組織構成は、図 4-1 に示す通りである。

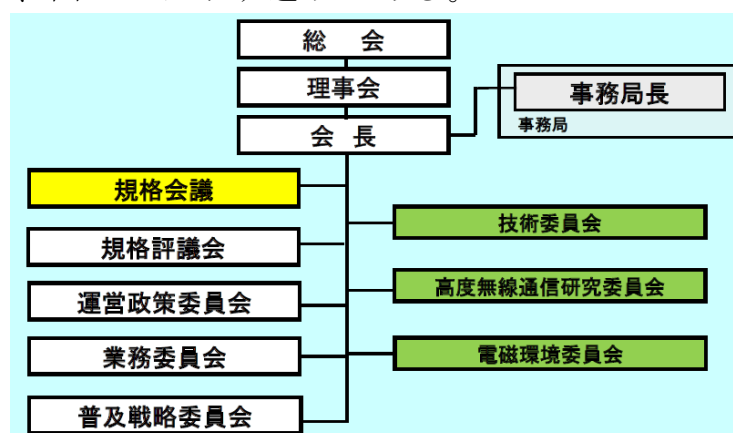


図 4-1 ARIB の組織構成²⁰²

²⁰² <http://www.arib.or.jp/syokai/soshiki/html> [最終アクセス日：2012.03.26]

ARIB では、通信・放送分野における電話利用システムごとに基本的な要件を「標準規格」として策定している。標準規格は、電波を利用するシステムに関する標準的な規格であることから、周波数の有効利用及び混信の回避を図る目的から定められる「国の技術基準（強制規格）」と、併せて無線設備の互換性の確保、適切な伝送品質等、無線機器製造業者、利用者等の利便性を図る目的から策定される「民間の任意基準」とを含むことになり、この標準規格を ARIB の規格会議²⁰³において審議している。標準規格の策定にあたっては、広く電気通信・放送事業者、無線機器製造業者、利用者等の利害関係者の意見を反映する必要があることから、規格会議には、広く内外無差別にこれらの利害関係者が自由に参画することができる。

なお、ARIB が研究開発を行った電波利用システムについては、技術委員会配下の開発部会や特定の技術を専門的に扱う組織として設置された「高度無線通信研究委員会」や「電磁環境委員会」が作成した標準規格案等に基づき、標準規格を策定することになっており、ARIB における大まかな標準化作業の流れは図 4-2 に示す通りである。

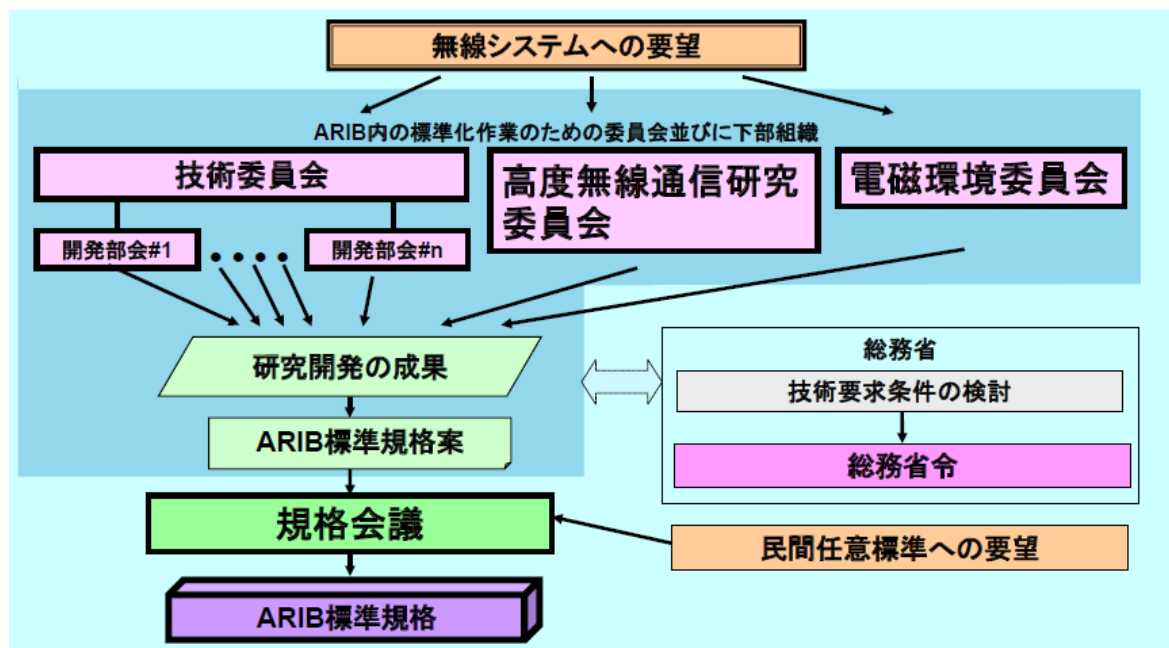


図 4-2 ARIB における標準化作業の流れ²⁰⁴

²⁰³ <http://www.arib.or.jp/tyosakenkyu/sakutei/sakutei02.html> [最終アクセス日：2012.03.26]

²⁰⁴ K.Satoh: "Standardization Activities on IMT in Japan", Asian Forum on Information and Communications Technology-2009, Hanoi, Vietnam (2009.12)

参考のために、国が策定する「技術基準（強制規格）」と ARIB が策定する「民間の任意基準」の比較と日本における電波利用システムの標準化の流れを図 4-3、図 4-4 に示す。

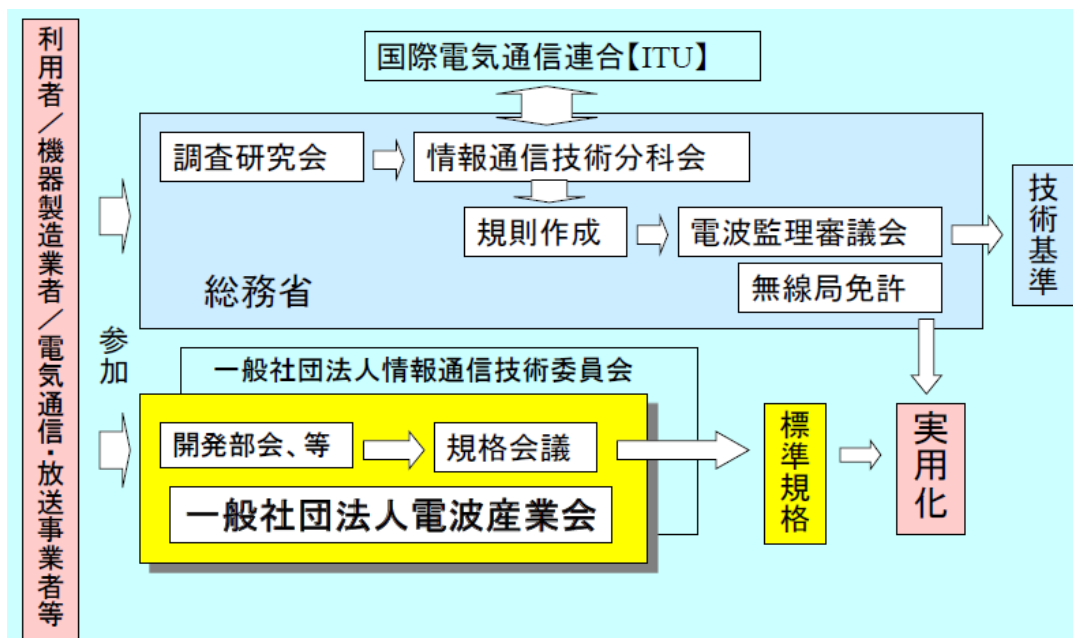


図 4-3 我が国の電波利用システムの標準化の流れ²⁰⁵

	国の技術基準	民間の任意基準
	総務省令	標準規格 【ARIB-STD】
目 的	□周波数の有効利用 □混信の回避 等	□相互接続性 □適性品質 等
内 容	□空中線電力 □周波数安定度 □占有周波数帯幅 □スプリアス 等	□通信手順 □受信機規格 □測定法（技術資料） 等

図 4-4 我が国の電波利用システムに係る規格²⁰⁶

²⁰⁵ K.Satoh: "Standardization Activities on IMT in Japan", Asian Forum on Information and Communications Technology-2009, Hanoi, Vietnam (2009.12)

²⁰⁶ K.Satoh: "Standardization Activities on IMT in Japan", Asian Forum on Information and Communications Technology-2009, Hanoi, Vietnam (2009.12)

(2) ARIB での標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセス

ARIB の規格会議では、標準規格で規定する内容に必須の工業所有権（「工業所有権」とは、特許権、実用新案権及び意匠権をいい、出願中のものを含み、「必須の工業所有権」とは、当該工業所有権を侵害することなく、標準規格を満足する装置、機器、システム又はソフトウェアの製造、販売又は使用が技術的に不可能なものをいう）が係った場合の取扱いの基本指針を次のとおり定めている（ARIB の「標準規格に係る工業所有権の取扱いに関する基本指針」並びに「標準規格に係る工業所有権の取扱いに関する基本指針の運用指針」の抜粋）。

(i) 取扱い

規格会議は、一つの標準規格で規定する内容の全部又は一部が必須の工業所有権の対象に含まれる場合にあつて、当該必須の工業所有権の権利所有者（以下「当該権利所有者」という）が、次の第一号又は第二号に掲げる取扱いを選択する場合は、標準規格の対象とし、第三号に掲げる取扱いを選択する場合は、この対象としない。

第一号： 当該権利所有者が、当該必須の工業所有権について、当該標準規格を使用する者に対し、一切の権利主張をせず、無条件で当該必須の工業所有権の実施を許諾する。ただし、当該標準規格を使用する者が、当該標準規格で規定する内容の全部又は一部が対象となる必須の工業所有権の権利を所有し、かつ、その権利を主張した場合、当該権利所有者が、その者を本号の対象から除外することを妨げるものではない。

第二号： 当該権利所有者が、当該必須の工業所有権の権利の内容、条件を明らかにした上で、当該標準規格を使用する者に対し、適切な条件の下に、非排他的かつ無差別に当該必須の工業所有権の実施を許諾する。ただし、当該標準規格を使用する者が、当該標準規格で規定する内容の全部又は一部が対象となる必須の工業所有権の権利を所有し、かつ、その権利を主張した場合、当該権利所有者が、その者を本号の対象から除外することを妨げるものではない。

第三号： 当該権利所有者が、上記各号に掲げる取扱いをしない。

(ii) 手続き

標準規格で規定する内容の全部又は一部が必須の工業所有権の対象に含まれる場合の手続きは、以下の通りである。

① 確認書の提出

当該権利所有者は、標準規格の作成にあたって、前述の第一号、第二号又は第三号に掲げる取扱いを選択することを確認する「必須の工業所有権の実施の権利に係る確認書」を規格会議委員長に提出する。

② 確認書提出の期限

確認書提出の期限は、原則として、規格会議が別に定める日又は規格会議の当該標準規格を担当する分科会における当該標準規格の案の決定前の当該分科会が別に定める日としている。

③ その他

指定された期日までに必須の工業所有権が特定できない場合には、「必須の工業所有権の実施の権利に係る包括確認書」を提出する。この包括確認書では、工業所有権のリストを添付する必要がなく、対象となる標準規格に関する全ての自社保有工業所有権に関して第一号または第二号の何れかを選択する。この段階で、必須工業所有権を非排他的且つ無差別に許諾する意志のあることが確認される。必須工業所有権の保有者は、その標準規格の策定または改定の日から6か月以内に前述の確認書を提出する必要がある。

上記の ARIB における「必須の工業所有権の宣言までのプロセス」をまとめたものを図 4-5 に示す。

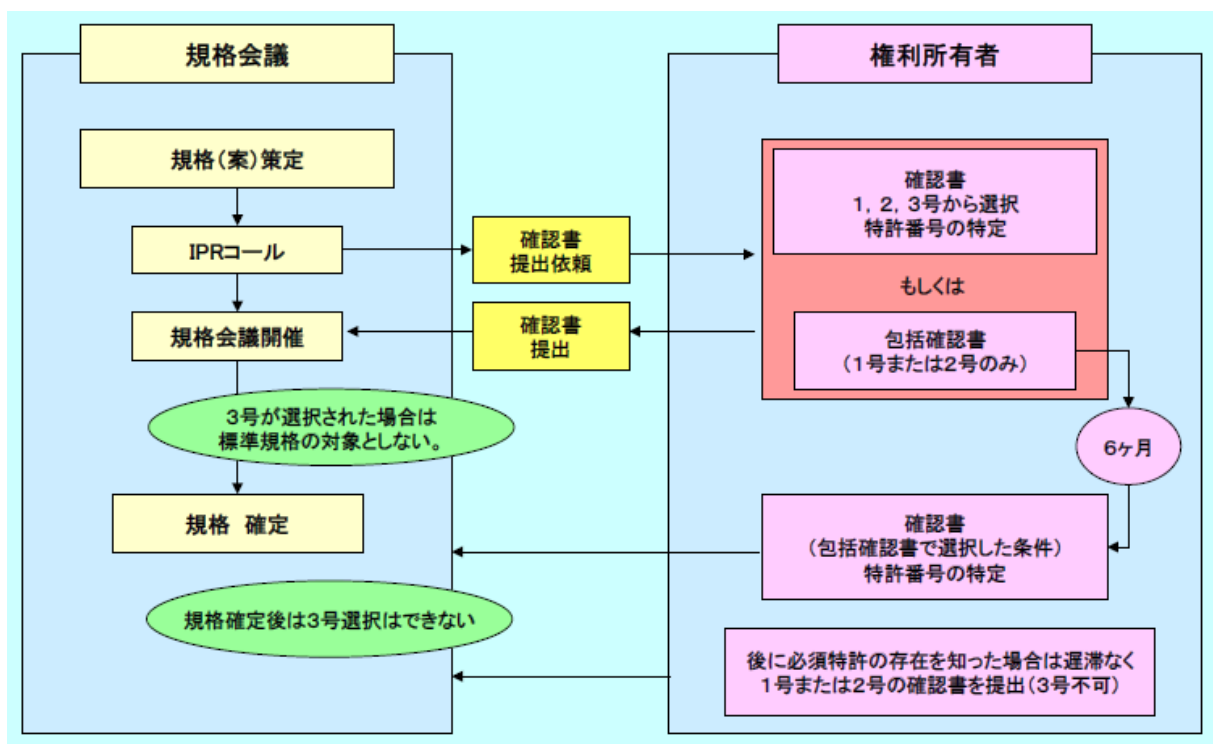


図 4-5 ARIB における必須の工業所有権に関する取扱いの流れ²⁰⁷

* NTT ドコモテクニカルジャーナル（武田，木島：“標準化活動における知的財産権の取扱いについて”，Vol.11 No.2（2003 年 7 月））を引用

2. ITU/ISO/IEC 共通の知的財産権方針

1.（2）節で、ARIB における標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセスについて述べたが、ARIB での必須の工業所有権の選択方式は、国際電気通信連合・電通信標準化部門（ITU Telecommunication Standardization Sector；以下 ITU-T という）が定めた知的財産権の取扱いに関する方針（Intellectual Property Rights Policy；以下 IPR ポリシーという）を基本的に採用している。本節では、ITU/ISO/IEC が共通の知的財産権の取扱いに関する方針を定めるに至った歴史について述べる。

2004 年 11 月に、ISO 事務局長が ITU-T 事務局長に対して IEC を含めた 3 つの組織で共通の特許の取扱いに関する方針を定めるべきである」との意見を表明したことが発端となって 3 つの機関でこの検討がスタートした。同月に開催された ITU-T の SG 議長会議で ISO/IEC との共通の特許方針に関する課題が審議された。2005 年 2 月に開催された ITU-T/ITU-R/ISO/IEC の世界標準協力(World Standards Cooperation;以下 WSC という)会合で本件に関するタスクフォースが設置され、

²⁰⁷ 武田、木島：“標準化活動における知的財産権の取扱いについて”、NTT ドコモテクニカルジャーナル、Vol.11、No.2（2003 年 7 月）

この組織のスタッフメンバーが構成された。

タスクフォースでは、ITU-T のテキストをベースに検討を開始し、2006 年 2 月 10 日に開催された WSC 会合に共通の特許方針案を提出した。WSC 会合は、タスクフォースが提出したテキスト案で合意し、ITU/ISO/IEC に対して各々の組織でそのテキストを正式に承認する手続きをとること及びタスクフォースがその実施を監視することを要請した。各組織では、以下の手続きにより、共通の特許方針のテキストを承認した。

ITU-T: 2006 年 6 月の IPR アドホックグループ会合で採択。2006 年 7 月の TSAG (Telecommunication Standardization Advisory Group) 会合で最終承認。

ITU-R: 2007 年の RAG (Radio Advisory Group) 会合で承認。

ISO: 2006 年 3 月の ISO 総会で一部修正の上承認。

IEC: 2006 年 3 月の IEC 役員会で一部修正の上承認。

ITU-T/ITU-R/ISO/IEC 共通の特許方針の最終テキストは下記の通りである。

“The following is a “code of practice” regarding patents covering, in varying degrees, the subject matters of ITU-T Recommendations, ITU-R Recommendations, ISO deliverables and IEC deliverables (for the purpose of this document, ITU-T and ITU-R Recommendations are referred to as “Recommendations”, ISO deliverables and IEC deliverables are referred to as “Deliverables”). The rules of the “code of practice” are simple and straightforward. Recommendations / Deliverables are drawn up by technical and not patent experts; thus, they may not necessarily be very familiar with the complex international legal situation of intellectual property rights such as patents, etc.

Recommendations / Deliverables are non-binding; their objective is to ensure compatibility of technologies and systems on a worldwide basis. To meet this objective, which is in the common interests of all those participating, it must be ensured that Recommendations / Deliverables, their applications, use, etc. are accessible to everybody.

It follows, therefore, that a patent embodied fully or partly in a Recommendation / Deliverables must be accessible to everybody without undue constraints. To meet this requirement in general is the sole objective of the code of practice. The detailed arrangements arising from patents (licensing, royalties, etc.) are left to the parties concerned, as these arrangements might differ from case to case.

This code of practice may be summarized as follows:

1 *The ITU Telecommunication Standardization Bureau (TSB), the ITU*

Radiocommunication Bureau (BR) and the offices of the CEOs of ISO and IEC are not in a position to give authoritative or comprehensive information about evidence, validity or scope of patents or similar rights, but it is desirable that the fullest available information should be disclosed. Therefore, any party participating in the work of ITU, ISO or IEC should, from the outset, draw the attention of the Director of ITU-TSB, the Director of ITU-BR, or the offices of the CEOs of ISO or IEC, respectively, to any known patent or to any known pending patent application, either their own or of other organizations, although ITU, ISO or IEC are unable to verify the validity of any such information.

2 If a Recommendation / Deliverable is developed and such information as referred to in paragraph 1 has been disclosed, three different situations may arise:

2.1 The patent holder is willing to negotiate licenses free of charge with other parties on a non-discriminatory basis on reasonable terms and conditions. Such negotiations are left to the parties concerned and are performed outside ITU-T/ITU-R/ISO/IEC.

2.2 The patent holder is willing to negotiate licenses with other parties on a non-discriminatory basis on reasonable terms and conditions. Such negotiations are left to the parties concerned and are performed outside ITU-T/ITU-R/ISO/IEC.

2.3 The patent holder is not willing to comply with the provisions of either paragraph 2.1 or paragraph 2.2; in such case, the Recommendation / Deliverable shall not include provisions depending on the patent.

3 Whatever case applies (2.1, 2.2 or 2.3), the patent holder has to provide a written statement to be filed at ITU-TSB, ITU-BR or the offices of the CEOs of ISO or IEC, respectively, using the appropriate "Patent Statement and Licensing Declaration" form. This statement must not include additional provisions, conditions, or any other exclusion clauses in excess of what is provided for each case in the corresponding boxes of the form."

3. 標準化団体を取り巻く問題点

これまでの ARIB の国際標準化活動において、ITU-R 勧告案の対象となる技術について第 3 号選択が宣言され、勧告作成作業が一時中断する特許紛争がいくつか起こっているが、最近、これまでにあまり例のなかった特許訴訟が起こっているので、その事例を紹介する。

米国の TruePosition 社が、自社が特許を持つ位置情報特定に関する技術が LTE

に盛り込まれなかったことを不服として、昨年 7 月 20 日にペンシルバニア州の東部地区裁判所に、反トラスト法違反で“エリクソン、クアルコム、アルカテル・ルーセント、ETSI 並びに Third-Generation Partnership Project（以下 3GPP という）”に対して、訴訟を起こした。

3GPP は、共通の関心を持つ標準化機関が技術仕様作成を目的に設置した標準化機関間の「共同作業の場」であり、法的な団体でないために、3GPP に参加する標準化機関や個々の企業が訴えられることはあっても、3GPP が訴えられることはないと考えられていた。

本件に関しては、昨年 7 月 28 日に 3GPP 事務局から参加の全標準化機関の代表宛にメールにて通知があり 3GPP に関しては、ETSI の米国内の顧問弁護士事務所である Bingham に一任することが提案・承認され、現在も訴訟が継続している。

4. まとめ

本部（第Ⅳ部）では、ARIB を例にあげ、標準化団体の活動と運営の概要並びに標準規格に係る知的財産権の方針と宣言のプロセスを説明するとともに、標準化団体の運営に関する諸問題について概説した。標準化の対象となる技術が多様化するに伴って、当初予想しなかった標準化団体を取り巻く問題も発生してきている。

標準化活動と言えば、昔はデジュール標準しか想像できませんでしたが、昨今では、フォーラム標準やデファクト標準がたくさん作られるようになり、ARIB でもフォーラム標準に基づいて ARIB 標準規格を策定する機会も多くなった。また、開発途上国への技術提案等を考慮して、フォーラム標準の技術仕様を ITU 等に提案してデジュール標準化作業を行って勧告化を図るという傾向も見受けられるようになってきた。

（佐藤 孝平）

V. おわりに

本報告書では、標準規格にかかる「必須特許」による差止請求権の行使にかかる新たな実態把握と共に、どのような問題があり、また今後どのような対応をなすべきかを主として法的観点から分析し、その結果を示している。以下ではこれを補完するかたちで、経済学的な観点から問題の所在を整理すると共に、今後の研究課題について述べることにしたい。

第一に、標準規格にかかる「必須特許」による差止請求訴訟が近年何故重要になってきたかである。標準規格にかかる「必須特許」による差止請求訴訟は、本報告書で示したように、海外でのみならず国内でも事例が見られるようになっており、その在り方については、国内企業の関心も大きく高まっている。米国司法省は、最近(2012年2月)アップル、マイクロソフト及びグーグル社による企業買収や特許買収が競争に与える影響の調査を終了したが²⁰⁸、その焦点は買収ターゲットである Motorola Mobility 及び Nortel 社の標準関連必須特許が、今後も RAND 条件で引き続きライセンスされるかどうかであった。そこでは、標準必須特許にかかる権利行使の在り方が携帯電話、PC やタブレットなど無線機器産業の市場競争に大きな影響を与えると認識されている。このような標準必須特許の重要性の高まりの背景には、インターネットの急速な普及によって、様々な情報を標準化した方式で蓄積し、伝達し、処理を行うことの価値が非常に高まっていること、同時に標準技術に技術革新の特許化された成果が活用されていること、更に特許権を保有する企業が製造業から特許管理会社など NPE(特許を自らは実施していない権利保有企業)に多様化していることなどがあると考えられる。

第二に差止請求権の役割と問題である。差止請求権²⁰⁹は特許化された発明の経済的な価値をライセンス対価に反映させる上で非常に基本的な役割を果たしている。発明の経済的な価値は、発明を利用できなかった場合に得られる経済価値と利用できた場合に得られる経済価値の差であり、差止請求権の存在が、ライセンス交渉の結果こうした差をライセンス価格に反映させる原動力となっている。加えて差止請求権の存在によって、他者の特許権を実施したい者が特許権者と事前にライセンス交渉を行ってライセンスを受けることが促されるので、発明への対価を確保する仕組みとしても機能している。特許出願あるいは登録された発明は公開されており、誰でもその内容を知ることができるため、もし損害賠償制度しか無い場合には権利者は損害賠償請求をすることで初めて収入を得ることが

²⁰⁸ http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/280190.htm [最終アクセス日: 2012.03.26]

²⁰⁹ 特許法第 100 条 「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」

可能となるのであり、発明への対価を十分確保することが困難となる可能性がある。差止請求権のこのような機能は、権利者が事業者であっても NPE であっても共通して重要である。

しかしながら、技術標準にかかる必須特許が多数存在する場合には、差止請求権が、発明の経済的な価値をライセンス対価に反映させる仕組みとして適切に機能しない可能性がある。その原因として、以下の二つの要因が重要だと考えられる。第一に、個別の必須特許による差止請求権の行使によって、技術標準全体が利用できなくなる危険性があり、その場合、個別の特許に差止請求権が存在することが当該特許の価値からして過大なライセンス対価の要求につながりうる。各必須特許のこのような過大な対価が累積されることで、標準技術自体の活用が過大に制約される危険性がある。第二に、標準規格にかかる必須特許が利用者の事業投資のタイミングより前に認識されライセンス交渉がされるのではなく、標準が普及した後の事後的なライセンス交渉となる場合にも、過大なライセンス対価の要求につながる危険性がある。差止請求を受けた企業にとって、技術の変更による侵害回避が困難であること、また標準の利用のために行っている大きな事業投資がサンク（埋没費用）であることから、高額ライセンス料を支払っても必須特許を使う誘因が存在するからである。

こうした問題の存在を反映して、技術標準の成立過程においては、標準の必須特許が RAND 条件でライセンスされるコミットメントがなされた上で、標準が採択される手続きを踏んでいる。しかしながら、RAND 条件は個別の特許権者のコミットメントであり、必須特許全体として合理的な価格になることが保証されない。また、標準の必須特許は標準が策定された段階では確定されていないことが通例である。標準作成に参加した企業自体が標準の必須特許を開示していないことも往々にしてあり、必須特許を第三者が保有している可能性もある。また、特許権者が必須だと主張していても必須であるとは限らない²¹⁰。必須特許のライセンスがクロス・ライセンスのプールに入っていると、特許権者自体が必ずしも必須特許を明確にした上でライセンスを事前に求めているとは限らない。こうした状況にあるため、技術標準を利用する事業者が事業投資を始める前に技術標準に関連した必須特許の全てのライセンスを受ける状況にはなっていない。

事後的に必須特許が認識された場合も、RAND 条件でのライセンスが円滑に実現すれば、差止請求権の行使が現実になされることはないわけであるが、国内の事例を含めて、実際には、事後的な差止請求訴訟が多数起きている。その原因についてはまだ必ずしも明らかになっていない。開示あるいは事前の特許調査が不

²¹⁰ 特許プールは必須特許の第三者による評価の仕組みを導入しているが、申請があった特許の過半は必須特許と認定されていない。

十分であったことに起因するもの(例えば、特許を標準化活動で意図的に開示せずに、差止請求を行う、あるいは特許調査によって発見されなかった第三者特許など)に加えて、以下の候補を指摘することができる。第一に、必須特許が企業間で移転された場合に、新たな権利者が RAND 条件によるライセンス義務を継承していないと認識していると、差止請求権を梃子とした高額のロイヤルティを要求する可能性がある。第二にこれと関連して、特許権が事業の実施企業から特許管理会社等の非実施企業(NPE)に移転された場合には、非実施企業は差止請求権によって交渉力が強まるので、それをライセンス対価に反映させるために、差止請求権が利用されている可能性がある。第三に、RAND 条件によるライセンス自体には権利者がコミットしていてもその内容が明確ではないので、利用者から見ると高額のロイヤルティが要求される可能性がある。

残された研究課題も多い。例えば、第一に実態把握として、技術標準の利用に全体としてどの程度のロイヤルティを支払うことになっているのか、またこれがロイヤルティの累積で「過大」となっているかどうかである。この点は、パテント・プールやクロス・ライセンスによって累積ロイヤルティの問題を緩和する努力がされており、これがどのような効果を持っているかの問いと密接に関連する。第二に、訴訟となっている事例について、当該必須特許がどの時点で認識されたか、特に標準化過程で認識され RAND 条件のコミットメントをしていたかどうかの実態把握である。第三に、RAND 条件の在り方である。現在提起されている訴訟には、権利者と利用者において RAND 条件の理解が異なることに原因があると考えられる事例も見られる。裁判所や行政機関が、権利者が過大なロイヤルティを請求しているかどうかを判断する上でも、RAND 条件の明確化が重要である。これは長く指摘されてきている課題である。第四に、損害賠償制度の在り方である。仮に差止請求権を制限した場合、妥当な対価を損害賠償制度で実現できるか、そうでない場合、どのような制度が必要かである。

以上問題の所在を整理すると共に、今後の研究課題について述べてきたが、これらの点については引き続き検討されることを期待する。

(長岡 貞男)