

第 2 章

知的財産権の行使と独占禁止法の適用に 関する比較研究

第1節 研究内容の要約

グローバル化の一層の進展により、各国における知的財産法以外の関係重要法令の実際の運用の違いが、企業に知財活動に与える影響も極めて大きくなってきている。とりわけ、独占禁止法については、日中双方にて市場支配的地位の濫用に関する裁判例が注目を集めるなど、様々な動きが見られるところである。この研究では、日中両国の研究者がこの論点について集中的に検討を行い、知財に係る事案の解決に当たり、今後の制度設計において参考となる提言を行っている。

知的財産権と独占禁止法との関係という論点について、日中両国の研究者から以下のような内容の報告がなされている。まずは、日本側の研究者が、次のような提言を行っている。特許権の行使と独占禁止法との関係に関して、特許権に基づく差止請求は特許権の本質的な権利であって、特段の事情がない限り、特許権の行使は権利の濫用に該当せず、とりわけ権利者による単独のライセンス拒絶に関してはこの理が妥当すると考える見解が多数を占めている。その背後には、知的財産権を権利として把握し、行為を規制する独占禁止法とは対極に位置する制度と捉える発想が、無意識的に前提とされている。しかし、特許権による規律も他者の発明の利用行為を禁止するという形で、他者の行為を規制する点では、独占禁止法による規制と変わるところはない。そこで、特許権の行使に対する独占禁止法という問題を、望ましい行為規制を実現するための、発明から出願、特許庁による審査、異議申立てや無効審判、侵害訴訟、さらには裁定許諾や公正取引委員会による規制に至るまでの一連のプロセスを捉え、特許「権」というものはそのプロセスのなかでの一通過点に過ぎないという観点に立脚して、各種機関の役割分担を探るというアプローチをとることを提唱する。このような発想に立脚する場合には、関係特殊の投資や地位の非対称性など、特許庁の事前審査で判断しがたい事後的な事情については、特許付与後の特許庁による裁定許諾、裁判所による差止請求権の制限、公正取引委員会による規制などの事後的な規制の場面で、これを斟酌して特許権の行使を制限していく必要があるという命題が導かれる。あわせて、本稿は、独占禁止法違反が主張される文脈が公取委による競争の直接規制の場面（＝競争を規制する結果を導く場面）なのか、それとも特許権侵害訴訟における権利行使に対する被疑侵害者からの防御的主張の場面（＝競争を促進する結果を導く場面）なのかに応じて判断基準を違えることを提唱する、としている。

また、インクカートリッジの事件を素材として、被告が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造・販売していた原告が、被告に対し、本件純正品を IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどした行為が、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」又は「競争者に対する取引妨害」に当たるなどと主張して、日本の独占禁止法 24 条に基づき、本件差止請求を行うとともに、このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張したが棄却された経緯について報告されている。

これに対して、中国側の 3 名の研究者のうちの 1 名が特許権の行使と独占禁止法との関係について研究している。そのうちの 1 名は、プラットフォーム、アルゴリズムとデータに基づいて発生した要素融合の市場競争の問題は、デジタル知的財産の取得と行使に関わるだけでなく、デジタル経済分野の独占禁止の審査にも及ぶとした。また、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」を規制する法律的な態様を示している。中国では、デジタル経済分野の知的財産の独占禁止の規制が適用される法律と行政規則と

して、主に「反トラスト法」、「知的財産分野に関する独占禁止ガイドライン」、「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」がある。上述分野の独占禁止の審査は、法律、経済、技術など多くの考慮要素が含まれ、法執行機関は「法律+規則」に導かれ、プラットフォーム経済とデジタル知的財産の特徴を結合して分析の枠組みを構築すべきであるとした。

また、2人目は、非標準必須特許の許可拒否の代表的な裁判例を選び、判例に触れたパテントプールの独占禁止問題と標準必要特許の独占禁止問題を引き出す。また、オープンイノベーションが将来もたらす可能な独占禁止の新たな問題について、オープンイノベーションにおける知的財産権の応用メカニズムを簡単に紹介し、現在の中国の司法実務を分析し、独占禁止の枠組みにおいて知的財産権行使の限界とロジックについて深く解析することで、日中両国の当該領域における理論研究と実践に参考となることが期待できるとした。

さらに3人目は、中国の反トラスト法には、原則、事業者が法律又は行政法規の規定に従い知的財産権を行使する行為には、本法を適用しないが、事業者が知的財産権を濫用して、競争を排除又は制限する場合には適用すると定められていることについて、問題は、「法律又は行政法規の規定に従い知的財産権を行使する」ことと、「知的財産権を濫用して、競争を排除又は制限する」こととの境界をどのように定めるかであると指摘した。最近、市場支配地位を有する事業者が知的財産権を濫用して工業基礎技術の応用、又は科学技術と文化の伝播にマイナス影響を及ぼす事件については、行政法執行機関であれ、裁判所であれ、独占禁止による規制が適用されるようになった。注意しなければならないのは、日本の裁判所が複数の事件において、独占に該当することを特許権不侵害の抗弁とするやり方は、権利者が知的財産権を行使することを根本的に否定することを意味する。このやり方を中国の当事者と裁判所の参考にする価値がある、と提言している。

なお、本章第2節及び第3章第2節における共同研究者の意見は、各研究者の個人的な見解に基づくものであり、日本国特許庁の見解を示したものでない。

第2節 中国における知的財産権の行使と独占禁止法の適用

I. “プラットフォーム経済+デジタル知的財産”の独占禁止問題に関する研究

中南財經政法大学 知識産権研究センター 呉 漢東 教授

1. デジタル経済分野における知的財産法と反トラスト法

デジタル経済は、インターネット経済又はプラットフォーム経済とも呼ばれ、農業経済、工業経済に続く新たな重要な経済形態である。中国政府は、2016年の“G20 デジタル経済発展と協力イニシアティブ”において、「デジタル経済とは、デジタル化された知識と情報を重要な生産要素とし、現代情報ネットワークを重要な媒体とし、情報通信技術の有効な使用を効率の向上と経済構造最適化の重要な推進力とする一連の経済活動を指す」としたこと、デジタル経済はデジタル商業組織（プラットフォーム「重要キャリア」）、デジタル技術（アルゴリズム「重要推進力」）、デジタル資源（データ「重要生産要素」）などの3つの要素から構成され、3つのデジタル要素の融合発展の態勢を示している。中国では1994年にウェブサイトアクセスし、1998年にテンセント社が設立し、1999年にアリババ社が設立し、デジタル経済の発展は30年近くになった。2022年までに、中国のネットユーザー数は10億5000万人に達し、インターネット普及率は74.4%に達し、中国のデジタル経済規模は既に50.2兆元に達し、GDPの中で占める割合は41.5%に達し、世界第2位となった。デジタル経済は、発展促進と規制監督の法治化の原則を続けなければならない、その中にはデジタル財産権付与の法制度の需要（主にデジタル知的財産権の保護）が生まれ、またデジタル市場競争秩序の法規制の問題（デジタル経済の独占禁止規制を含む）を引き起こした。

上記の問題は、デジタル経済分野における知的財産権保護と独占禁止規制の一般的な関係に関連している。全体的に言えば、法律の基本的な分類の中で、知的財産法と反トラスト法は異なる分野に属している。知的財産法は、私人の知的財産に関する法律であり、私法に属する。反トラスト法は、市場競争秩序を規範化する「経済憲法」と呼ばれるもので、鮮明な公共の属性を持っている¹。法律制度の機能面では、2つの法律が対立しているようで、知的財産法は知的成果の独占使用を保護し、権利の「合法的な独占」を認め、反トラスト法はその反対に自由競争を擁護し、権利行使による独占行為に反対する。実際、現代の法治運営の過程では、立法原則であれ法執行の立場であれ、人々は常に知的財産法と反トラスト法の両者の間の調和とバランスを求めている。法治のあり方の目標から出発して、上述の2つの制度は知的財産権の濫用行為を規制する上で内在的な統一性を持つべきで、具体的には以下の2つの方面に現れている。

1 つ目は、共通の政策目標である。知的財産法と反トラスト法の共通する立法目標は、イノベーション

¹ 上記の分類・分析は、基本的なものであるが、絶対的なものでない。知的財産法は、総合的な法規範、多様性のある法律の制裁措置を特徴とする専門法律であり、立法文書にはプログラム法規範、行政管理規範、刑事処罰規範が含まれているが、このような公法規範の内容の存在は、私法体系の構成部分としての本質的な属性に影響を与えない。呉漢東「知的財産の立法例と民法典の編纂」[知識产权立法体例与民法典的編纂] 中国法学 2003 年 1 期 54 頁を参照。反トラスト法は、本質的に公法であるが、調整される競争関係は市場経済関係の一種である。反トラスト法は、主に公法の方法、即ち禁止、命令、承認、指定などを用いて、もともと私法によって調整される分野に作用して、同法がまた私法の特性も持つようにする。曹士兵『反トラスト法研究』[反壟断法研究] 10 頁（法律出版社、1996 年版）。

ンの促進と消費者福祉の改善である。法律の制定と実施は、常に一定の政策目標と結びつけられている。制度機能について言えば、知的財産法と反トラスト法はいずれも国家のイノベーション政策の構成部分である。知的財産法は、イノベーションのためにインセンティブメカニズムを提供することができ、市場経済の条件下で、イノベーターが支払ったコストが回収でき、利益も実現できるはずである。知的財産法によってイノベーターが一定の期間内にそのイノベーション成果に対して専有権を付与され、他の人がそのイノベーション成果を利用するには、当該線有権者の同意を得て費用を支払わなければならない。これにより、イノベーターに最も経済的で効果的で持続的なイノベーションのインセンティブを提供した。反トラスト法にとって、競争を保護したり、競争秩序を維持したりすることは、その根源と内在的な精神であり、独占禁止メカニズムの基本的な機能は、自由、公平な競争を保護してイノベーションと経済発展を促進することにある。1つの有効な独占禁止のメカニズムは、独占的地位の濫用行為を低減し、即ち市場への参入障壁を減らし、それによって競争を促進することができる。活力のある競争メカニズムは、イノベーション能力を引き出し、イノベーション活動を推進することもできる。制度の趣旨について言えば、知的財産法と反トラスト法は、いずれも消費者の福祉を増進させる価値目標の方向性を示している。知的財産法は、イノベーションを奨励し、経済発展を促進することを通じて、消費者により多くの、更新の選択を提供する。一方では、偽造などの知的財産権の侵害行為を制裁することで、消費者を取引過程での被害から保護し、消費者を保護する目的を達成する。同様に、反トラスト法は、通常において消費者福祉の増減を市場行為が独占を構成するかどうかを判断する基準の一つとしている。私法が形式的正義の保障に着目しているという価値観とは異なり、反トラスト法は実質的正義を守る法律精神を體現し、表面的に公平で実質的に不公平な状況を是正することを重視している²。

2つ目は、補完的な調整機能である。知的財産権の濫用に対する法律規制には、私法規制と公法規制の2種類が含まれる³。私法規制は、内部規制であり、まず知的財産法自体が設定した規制として表現され、地域的規制、時間的規制、機能的制限などの制約的な規範を含む。次に、民法の基本原則の制限として表現され、主に民法における誠実信用の原則、権利濫用禁止の原則及び公序良俗原則の制約を受けている。公法規制は、反トラスト法の枠組み内で知的財産権の濫用の問題を解決する外部規制である。反トラスト法は、国が市場競争行為に介入する産物として、公法の社会本位属性を體現しているため、知的財産権の濫用行為を規制する上で特別な効果と役割を持っている。反トラスト法の知的財産権分野への介入は、2つの面から把握する必要がある。第一に、知的財産権を他の財産権と同等に扱い、同じ独占禁止の審査の原則と基準を適用する。この意味で、知的財産権は反トラスト法の「除外領域」を構成するものではない。第二に、知的財産権の濫用行為に対する規制は、知的財産権の「合法的独占」の否定と排除に等しくない。知的財産権に基づいて形成された市場支配力自体が当然には違法を構成することなく、知的財産権の行使が法定の限界を超え、他人の利益と社会公共の利益を損なう結果をもたらしてはじめて反トラスト法が規制する「権利の濫用」とみなすことができる。

伝統的な経済と同様に、デジタル経済における知的財産権の保護と独占禁止の規制には、相互作用と協調の一般的な関係がある。しかし、デジタル経済も伝統的な経済とは異なり、プラットフォーム、アルゴリズム、データの3つの要素によって形成された新技術、新業態に基づいて、独占禁止の規制の体系の枠組みと規範構成に挑戦している。その問題は主に以下の点に表れている。

² [日]丹宗昭信ら編、謝次昌訳『現代経済法入門』[現代经济法入门] 50頁（群衆出版社、1985年版）を参照。

³ 梁慧星『民法総論』[民法总论] 251頁（法律出版社、1996年版）を参照。

①ネットワークプラットフォームの個人主体の属性と公共的機能。情報技術の発展に伴い、ネットワークプラットフォームは、既にかつての取引の仲介業者から情報集約、要素生産、資源配分を一体とする新しい経済的中枢となっている。プラットフォームとアルゴリズム、データの融合は、時空の制限を超えて、各種主体をリンクさせ、総合的なサービスを提供することができ、連動的でインタラクティブなデジタル経済形態を構築することができる⁴。さらに重要なのは、ネットワークプラットフォームは、プラットフォーム消費におけるユーザーの非排他性と非競争性という公共財的な属性を持っていることである。同時に、ネットワークプラットフォームは、現代的なガバナンス理論上の「準政府」の機能を有しており、すなわち取引ルールを制定し、取引の秩序を維持し、取引市場を管理し、市場資源を配分する重要な役割を有しており、ひいては「市場/政府」以外の「第三の力」となっている⁵。これは、ある種の公共的機能を有するが、私人的な属性を持つ特殊な法律主体である。民商法の分野では、ネットワークプラットフォームは、経営活動の主体と民事権利の主体として、人格平等性と意思自治性の私法的特徴を持っていると考えられる。一方、独占禁止の領域において、ネットワークプラットフォームは消費者、事業者、管理者の依存によって相当適度の支配力と影響力を形成し、その私的な主体の属性と「第三の力」の公共財としての特性が衝突する可能性があり、公法より必要な規制を行う必要がある。一般的な民事主体及びその他の社会主体に比べて、ネットワークプラットフォームはその資本力、ネットワーク効果⁶、アルゴリズムとデータの優位性、規則に基づいて権利を制定し、デジタル経済市場の競争秩序に影響又は変化をもたらすことができ、さらにネットワークプラットフォームの独占という状況が現れる可能性がある。要するに、インターネットプラットフォームは、デジタル経済時代の新しい商業組織となり、その市場支配力は知的財産権の構成における「合法的独占」になる可能性もあれば、反トラスト法に制限される「権利濫用」になる可能性もある。

②アルゴリズム技術の財産権保護と法規制。一般的な意味で、アルゴリズムは計算方法であり、問題を解決する方法とステップである。デジタル経済時代において、アルゴリズムは、計算、データ処理、自動整理などの過程を含み、例えばデータフォーマット化、データ洗浄、ビッグデータ訓練、アルゴリズムアップグレード、インテリジェント意思決定、クラウド計算、量子計算など、すべてアルゴリズムの表現形式であると言える。デジタル技術の発展過程において、アルゴリズムは非常に重要で核心的な地位を有しており、コンピュータ科学のイノベーションは、ある意味においてアルゴリズムのイノベーションである。コンピュータソフトウェアシステムでは、プログラムとアルゴリズムは1つに合わせられたものであり、アルゴリズムすなわちプログラムである。実際には、両者の細分化は、著作権可能なオブジェクトと専利可能なトピックの異なる範囲を定義することができる。ここで、プログラムは情報

⁴ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020 年 3 期 208 頁。

⁵ ネットワークプラットフォームは、情報収集、取引マッチング、市場フィードバックの効率化と正確化を実現ことができ、即ち生産と取引はプラットフォームを通じて買い手と売り手をリンクさせ、配置を行い、市場資源分配の新たな重要な方式となる。統計によると、2020 年度にアリババが経営する商品取引の総額は 7 兆元に達し、同年の浙江省の GDP 総額を上回った。張晨穎「公共の観点におけるネットワークプラットフォームの独占禁止の規制」[公共性视角下的互联网平台反垄断规制] 法学研究 2021 年 4 期 157 頁を参照。

⁶ 経済学において、ネットワーク効果とは、このような製品及びその互換性のある製品を購入する消費者の数が増えるにつれて製品価値が上昇することを意味する。情報製品には相互接続の内在的な需要がある。なぜなら、人々が生産、使用する目的は、情報をよりよく収集し、交流するためであるからである。このような需要の満足度は、ネットワークの規模と密接に関連している。規模の経済の場合、すべてのユーザーがネットワーク規模の拡大からより大きな価値を得ることができる。この場合、ネットワークの価値は等比数列的に増加する。ネットワーク効果は、ネットワークプラットフォームが優位な力を獲得し、独占的な地位に至る基礎である。

の実行と処理の一連の命令であり、プログラムファイルと文書資料を含み、著作権法上の機能的著作物である。アルゴリズムは、プログラム実行の方法とステップであり、プログラムの核心であり、専利法上の「知的活動の規則と方法」に分類することができる⁷。「知的活動のルールと方法」は、演算方法、ビジネス方法、ゲームのルールなどを含み、本来は専利から除外された分野に属する。現代専利法の実践において、上述のルールと方法が抽象的な思想に限らないとすれば、技術的機能を有したり、あるいは物質の媒体により関連していたりした場合、専利適格性を生じる可能性がある。これは、一部の学者が称する「抽象的思想と具体的技術の二分法」又は「実用/非実用の二分法」であり⁸、それをもってアルゴリズム専利認定の重要な基礎とする⁹。デジタル経済におけるアルゴリズムは、「技術的中立」の基本的な属性を持っているが、ネットワークプラットフォームの濫用になり、「アルゴリズム共謀」、アルゴリズム差別、アルゴリズムブラックボックスなどの問題が発生し、正常な市場競争の環境を変え、ひいては危害を及ぼす可能性がある。反トラスト法においては、事業者がアルゴリズムを利用して独占の協定を締結して市場競争を排除、制限したり、アルゴリズムを用いて市場支配的地位を濫用したり、取引の拒否、取引の制限、差別的な待遇を実施したりする行為は、アルゴリズムの濫用又はアルゴリズムの知的財産権の濫用を構成し、デジタル市場の監督管理の問題を生じさせる。アルゴリズムの専利権保護とアルゴリズムの濫用行為の規制は、デジタル法治と同じ問題の表裏の両面であると考えられる。

③データ財産の権利付与とデータ独占の行為。デジタル経済時代において、データの中核的な価値は単一データ上の情報価値からデータ産業の要素的な価値へと転換した。財産権の客体の体系において、データはその独特な財産的地位があり、非物質的な財産として、有形の動産と不動産とは異なり、同時に非創造性の無形財産として、発明、著作物などの知的類型の財産とも異なる¹⁰。データの権利付与の対象は、特定化された新たな客体であると考えられる。知的財産権の分野では、データ財産の保護に対して法律で提供されている制度には、データ契約のモデル、データベースの著作権のモデル、データの秘密保護のモデル、データの不正競争防止のモデルなどがある。上述の保護モデルは、客体適格の条件、権利効力の範囲及び保護方式などの面でデータ財産と合致していないため、一部の国と地域ではデータ財産権の専門立法を試みている。その中で、2022年の欧州委員会の「データ法提案」が最も国際社会の注目を集めている。この法案は、EUで議論されており、成立するかどうかは予想できない。しかし、いずれにしても、「データ法提案」はデータの権利付与の客体の範囲を限定し、データの財産権の効力を制限し、ユーザーのデータアクセス権を創設するやり方を通じて、私法の内部規制を強化し、異なる主体の利益のバランスを重要視する法政策の方向性を示すことは肯定的である¹¹。デジタル経済の時代において、ビッグデータはデジタル企業の重要な市場競争の要素である。彼らは優位な力を獲得するネット

⁷ 呉漢東「コンピュータソフトウェア著作権保護の問題に関する研究」[计算机软件专利保护问题研究]当代法学2022年3期4頁を参照。

⁸ 崔国斌「専利法における抽象的思想と具体的技術」[専利法上の抽象思想与具体技术]清华大学学报(哲学社会科学版)2005年3期37頁、張吉豫「スマート時代におけるアルゴリズム専利の適格性理論の論証」[智能时代算法专利适格性的理论论证]当代法学2021年3期89頁を参照。

⁹ 厳密に言えば、アルゴリズムの知的財産権の保護は、専利権付与の方法のほか、商業秘密保護を適用することができるが、専利権の保護はアルゴリズムの技術案にのみ関連し、商業秘密の保護はアルゴリズムの技術案だけでなく、アルゴリズム自体までもカバーする。殷繼国「人工知能時代におけるアルゴリズムの独占行為の独占禁止の規制」[人工智能时代算法垄断行为的反垄断规制]比较法研究2022年3期189頁。

¹⁰ 知的財産権の客体は、創造性、非物質性、公開性の基本的な特徴を持っている。呉漢東『知的財産法』[知识产权法]36頁(法律出版社、2022年版)を参照。

¹¹ 呉漢東「デジタル財産権付与の立法的選択」[数据财产赋权的立法选择]法律科学2023年4期49頁。

ワーク効果とユーザーの依存を吸着する「ロック効果」によって¹²、関連分野で市場支配的な地位を占め、それによって市場占有率のアンバランスを招き、関連市場の競争状況の不十分さが現れる可能性がある¹³。私法規制とは異なり、反トラスト法が注目しなければならないのは、「データの独占」行為である。第一に、データとアルゴリズムを重ねた「AI 共謀」である。例えば、プラットフォームの「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」事件は、実質的にはプラットフォームがユーザーの消費データを利用し、アルゴリズムを通じて差別的な価格を設定したところにある。データを基礎とする価格のアルゴリズムは、同じ価格のアルゴリズムを採用する機械間で「自主的な共謀」が形成される可能性を予告している。第二に、データ駆動型の経営者集中である。データ統合を目的とする企業の買収合併は、独占禁止の審査の対象となっており、鍵となる問題は、データが企業の支配力又は独占力を強化し、それによって経営者集中の評価要素となるかどうかである。第三に、データ市場の支配的地位の濫用である。データ支配的なデータ制御者は、他のデータ事業者がそのデータを使用することを不当に拒否し、そのデータを基盤とする関連市場に参入障壁を設ける。

デジタル経済分野における知的財産法と反トラスト法の一般的な関係分析によると、デジタル経済の発展は、既に市場競争の外在的形式と内在的要素を変えており、以下の認識を得ることができる。まず、ネットワークプラットフォームは、「勝者総取り」、寡占競争の基本的な特徴を持っている。ネットワークプラットフォームの拡張と発展は、ユーザー集積においてネットワーク効果とロック効果を持ち、デュアル主体市場やマルチ主体市場では、デジタル化された規模の経済が形成されやすい。これに基づいて、ネットワークプラットフォームは、生産、仕事、生活、学習、娯楽、社交、公共サービスなどの各種業務を組み合わせたデジタル生態系を構築することができ、それは企業/市場の二重機能を融合し、業界/政府のいくつかの機能を兼ね備え、最終的にプラットフォーム自身の市場支配力又は独占力を形成する¹⁴。経済学者が分析したように、プラットフォーム経済における各種組織形式間の競争関係は、ネットワークプラットフォームの規模効果、ネットワーク効果及びデジタル技術と資源優勢を基礎としており、「天然の独占傾向がある」¹⁵。次に、デジタル市場競争は、プラットフォーム、アルゴリズム、データの基本要素を持っている。デジタル経済の条件下で、デジタル商業組織のプラットフォーム、デジタル技術要素のアルゴリズム、デジタル資源要素のデータは、3つの要素が融合した市場競争の構造を構成している。その中で、プラットフォーム競争は、市場主体間の競争として表現され、その競争対象は主にアルゴリズムとデータに関連している。法律面では、プラットフォームのアルゴリズム技術とデータ資源の競争は、実質的に知的財産権の競争である。デジタル経済の中で最も代表的なビジネスモデルは、プラットフォームモデルであり、上述の規模的な効果やネットワーク効果とロック効果は、すべてネットワークプラットフォームの運行において反映・作用した結果である。デジタル経済発展の重

¹² 経済学者アーサーは、産業クラスターがそのライフサイクルの進化過程で発生する経路依存に基づいて「ロック効果」の理論を提案した。インターネット市場では、2つの性能が比較的近い新製品、あるいは2つの性能が少し異なる新製品が、市場に参入する時間が異なるため、その状況は大きく異なる。See Brian A W. Competing Technologies, Increasing Returns and Lock In by Historical Events[J]. The Economic Journal, 1989(3):116-131.

¹³ 中国インターネット情報センター (CNNIC) が発表した「2016 年中国ソーシャルアプリケーションユーザー行動研究報告」によると、テンセント社はインスタントコミュニケーションツール市場に「QQ」と「微信」を持ち、ネットユーザーの利用率がそれぞれ 67.5%と 85.8%だった。「2016 年中国ネットユーザー検索行動調査報告」によると、百度検索のブランド浸透率が 82.9%である。

¹⁴ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020 年 3 期 215 頁を参照。

¹⁵ 謝富勝「プラットフォーム経済グローバル化の政治経済学的分析」[平台经济全球化的政治经济学分析] 中国社会科学 2019 年 12 期 69 頁を参照。

要な原動力と重要な生産要素は、先進的なアルゴリズムとビッグデータに由来する。ネットワークプラットフォーム間の競争は、主にデータの収集と使用を中心に展開され、データの争奪はアルゴリズム技術の後支えから離れられない。プラットフォーム企業は、デュアル主体市場をコントロールし、マルチ主体市場に参入し、国境を越えた競争と規模の拡張を行い、資本力、アルゴリズムの強勢、データの優位性及びルールを制定する権力を持つことに依存する¹⁶。プラットフォーム、アルゴリズムとデータをめぐる3つの要素が融合する競争の問題に基づいて、デジタル知的財産権の取得と行使に関わるだけでなく、知的財産権の濫用の独占禁止の審査にもつながると考えられる。最後に、デジタル企業の独占は、実際の属性と法律的属性を結合した基本的な態様を持っている。デジタル企業のネットワーク効果と情報技術イノベーションは、ネットワークプラットフォームの高度な市場集中をもたらし、主導事業者の市場支配力を強化した¹⁷。このような独占的地位は、市場競争の過程で形成されたものであり、デジタル経済的な意味での実際の属性を持っている。また、デジタル企業のアルゴリズム技術成果とデータ集積の優位性は、技術イノベーション、ビジネスモデルのイノベーションの競争に基づいてもたらされ、知的財産権の保護を受けている。知的財産権は、「合法的独占」の権利であり、ある程度市場独占の権利でもあり、権利者はデジタル製品の使用方法、使用範囲及び使用価格などを「独占」することができ、その市場支配地位はデジタル知的財産権の意味での法的属性を有する。まとめると、デジタル企業の独占は、市場において実際に形成され、法律によって権利付与されたものである。反トラスト法の視点の下で、企業がイノベーション競争に基づいて獲得した「独占的地位」は、合理的であるだけでなく、保護に値する。これは、規模の経済の効果を維持し、イノベーションの効率を追求する重要な方式でもある¹⁸。

総じて言えば、デジタル経済分野の知的財産権の問題は、「プラットフォーム経済の運営+デジタル知的財産権の行使」の基本的な態様を示している。反トラスト法は、イノベーション的な競争に基づいて得られた実際の独占的地位とデジタル知的財産権の合法的な独占的効力を認め、保護すると同時に、デジタル企業がその市場勢力を維持するために不合理に競争を排除し、制限することを防止し、制止しなければならない。デジタル市場の公平な競争秩序を保障し、デジタル独占と権利濫用を防止することは、デジタル経済の法治化の重要な任務である。デジタル経済分野の知的財産権の濫用、反トラスト法がどのように規範化されているか、反トラスト法の執行がどのように行われているか、独占禁止規制の必然性と実然性に関する分析は、本文が研究しようとする重要な話題である。

2. 「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」の独占行為を規制するための法律の適用

デジタル経済分野の知的財産権の独占禁止の規制について、主に以下の法律及び行政法規が適用される。①2007年に可決し、2022年に改正された「反トラスト法」。同法は、中国で「独占行為の予防と制止」を適用する基本的な法律制度である。そのうち、「付則」68条は専門的に「事業者が知的財産権に関する法律、行政法規の規定に基づいて知的財産権を行使する行為であり、本法は適用されない。しか

¹⁶ 孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学 2021年5期 105-107頁を参照。

¹⁷ 方翔「デジタル経済時代における反トラスト法の創造の価値目標を論じる」[论数字经济时代反垄断法的创新价值目标] 法学 2021年12期 165頁を参照。

¹⁸ 王先林「反トラスト法と創造的發展-反トラスト法と知的財産権保護の協調と發展も兼ねて論じる」[反垄断法与创新發展—兼论反垄断与保护知识产权的协调发展] 法学 2016年12期 52頁を参照。

し、事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除、制限する行為は本法を適用する」と規定している。この条項は、知的財産権を行使する正当な行為は、反トラスト法の適用が免除されるものであり、即ち知的財産権自体が認められ、保護された「合法的独占」であることを示している。前記規定は、反トラスト法が規制する除外条項である。それと同時に、知的財産権を濫用して競争を排除、制限する行為は、反トラスト法の意味での不法行為を構成し、ここでの「但書」は、独占禁止の審査の適用条項である。2022年の改正案9条は、事業者がデータとアルゴリズム、技術、資本優位性、プラットフォーム規則などを利用して「反トラスト法」で禁止されている独占行為を行うことを原則として規定している。22条において、市場支配的地位を有する事業者がデータやアルゴリズム、技術、プラットフォーム規則などを利用して不公正取引、取引拒否、取引制限を含む市場支配的地位の濫用を行う行為を禁止することを専門に規定している。全体的に言えば、反トラスト法において、知的財産権分野の権利濫用の問題に対する規定は包括的で原則的であり、知的財産権の行使における「独占行為」に対して一般的な定義と認定を行うことは、立法上の意義が重大であるが、具体的な裁判方法には触れていない、②2019年国務院独占禁止委員会が公表した「知的財産権分野に関する独占禁止ガイドライン」（以下「知的財産権ガイドライン」と略称する。）がある。このガイドラインの総則は、主に知的財産権分野の独占禁止分析の原則、分析の構想及び分析の過程の考慮要素を確立した。その他の特定の章では、知的財産権の独占行為に関する認定ルールには、「競争を排除、制限する可能性のある知的財産権の協定」、「知的財産権に関する市場支配的地位の濫用行為」、「知的財産権に関する経営者集中」及びパテントプール、標準必須専利、著作権集中管理などの「知的財産権に関するその他の状況」が含まれる。全体的に言えば、このガイドラインは反トラスト法と接続するアーキテクチャを採用し、知的財産権の行使の表現形式を結合し、類型化された知的財産権の独占行為を記述し、合法と違法を明確に判定する分析の考え方、考慮要素を明確にし、「知的財産権ガイドライン」が持つべき制度機能を表現し、法執行機関が業務において適用する規範を示し、市場主体が自分の行為を制約することに法制度の方向を提供した。③2021年国務院独占禁止委員会が「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」（以下「プラットフォーム経済ガイドライン」と略称する。）を公表した。このガイドラインは、「知的財産権ガイド」の構造とかなり合致しており、「総則」「独占協定」「市場支配的地位の濫用」「経営者集中」「行政権力の濫用による競争の排除、制限」「付則」の6か章から構成されている。このガイドラインの発表は、プラットフォーム経済分野の独占禁止の監督管理を強化するために的確で専門的な制度規則を提供し、反トラスト法の執行機関の法執行基準の統一に役立つ。同時に、プラットフォーム経済分野の事業者のコンプライアンスに明確な法律的ガイドラインを提供し、デジタル市場の公平な競争と消費者の利益を維持するのに役立つ。このガイドラインは、プラットフォーム経済分野の独占禁止規制のための法的根拠であるが、その中でデータ、アルゴリズムに関する独占要素の分析は、デジタル知的財産権の濫用と関係がある。全体的に言えば、反トラスト法を根本的な根拠とし、「知的財産権ガイドライン」と「プラットフォーム経済ガイドライン」を基本的なガイドラインとし、科学的な理論と方法を活用し、デジタル経済分野の独占禁止の規範体系を総括し、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の独占行為を規制する実践的方案を検討しなければならない。

反トラスト法で規制される知的財産権の独占は、事業者が知的財産権を濫用して競争を排除、制限したため、反トラスト法の規定に基づいて認定と処理を行う行為である。独占禁止審査の分析フレームワークは、市場構造的要素を基本対象とし、関連市場の範囲、市場支配力、市場参入の難易度を論理構造とする。すなわち、知的財産権の濫用による独占行為は、「知的財産権に関連する関連市場の定義、関連

市場における市場支配的地位、反競争的な方式を採用して当該地位（濫用行為）を維持又は強化し、競争を解消する効果又は危険性があり、その他の正当な理由に基づいて正当性を獲得することはできない」¹⁹という要件を備えなければならない。以下、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の独占禁止の規範適用について次のように解説してみよう。

（１）関連市場を定義する方法

関連市場の定義は、市場支配力を認定する前提である。これは、知的財産権による市場支配的地位を認定する際に、知的財産権によって保護された技術や製品の代替品が少ないことを証明しなければならない。権利者が関連市場で有効な競争を制限する能力があることを証明しなければならないからである。ここで、関連する市場範囲の定義は、独占禁止の審査の重要な一環である。

関連市場は、具体的な事件と関係がある市場であり、すなわち具体的な事件の中で、競争関係又は競争を制限する行為が当該関連市場で発生したものである。関連市場の範囲を定義するには、次の２つの要素を考慮する必要がある。１つは、関連する知的製品の市場、すなわち具体的な案件において、関連事業者の製品又はサービスがどのような製品又はサービスと競合関係にあるかということである。関連製品の市場とは、製品の性能、用途、及び価格に応じて、消費者の立場から相互に交換又は代替できるすべての製品サービスを指す²⁰。知的財産権の影響を受ける市場は、「商品市場」「技術市場」「開発イノベーション市場」に分けることができる。ここで、関連する市場定義の鍵は、特定の製品やサービスにおいて代替品が存在していることを確定することにある。もう１つは、関連地域の市場、すなわち関連事業者がその製品又はサービスを販売する地理的範囲である。知的財産権の影響を受ける地域市場は、製品やサービスの有効な競争が存在する地理的範囲と関係がある。関連地域市場の範囲は、国内のある地域、又はある国、又は若干的な国からなる経済地域、さらには世界範囲である可能性もある²¹。地域市場を特定する方法は、主に製品やサービスの販売範囲を考察し、消費者が便利に選択して購入することも選択肢の１つである。そのほか、消費者の好みや政府規制の影響を受けている。

関連市場を定義するルール及びその代替性を分析する方法は、プラットフォーム経済又はデジタル知的財産権分野における規範の適用には、個別事案の分析と合わせて法律の解釈を行い、法律規範の有効な適用を図る必要がある。現在、以下３つの問題が注目に値する。①ネットワークプラットフォームはマルチ主体市場であり、市場の国境を越えるという特徴があり、不確定要素の状況において、どのように正確で合理的にデジタル経済分野における関連市場を定義するか²²。②ビッグデータとそのアルゴリズムは、デジタル市場に応用され、プラットフォーム性とネットワーク性の特徴が顕著であり、経営者

¹⁹ 韓立余「反トラスト法が知的財産権濫用を規律する特徴と限界」〔反壟断法规范知识产权滥用的特点与局限〕暨南学报（哲学社会科学版）2007年2期93頁。

²⁰ 王曉曄『欧州共同体の競争法』〔欧共体競争法〕77頁（中国法制出版社、2001年版）。

²¹ マイクロソフト独占事件で、米国のジャクソン判事は、マイクロソフトのインテル互換パソコン・オペレーティング・システムの関連地域の市場を全世界の範囲と判断した。方興東編『マイクロソフトの罪状-米国法院・政府がマイクロソフトを訴えた事案の事実認定』〔微软罪状-美国法院政府诉微软一案事实认定〕39頁（中国友誼出版公司、2000年版）。

²² プラットフォームに関する関連市場の定義には、分析技術の難しさがあり、定義すべきかどうかにも異なる主張がある。「プラットフォーム経済ガイドライン」は公開意見募集稿の中で、特定のケースにおいて、直接事実証拠が十分で、独占行為が一定的な時間に持続し、損害効果が明らかで、関連市場を正確に定義する条件が不足しているか非常に困難である場合、関連市場を定義せず、プラットフォーム事業者が独占行為を実施したと直接認定することができると規定している。しかし、このガイドラインの正式な文書はこの条項を削除した。張晨穎「公共の観点におけるネットワークプラットフォームの独占禁止の規制」〔公共性视角下的互联网平台反壟断规制〕法学研究2021年4期154頁を参照。

集中に関連する製品が既存の商品や関連市場に分類できない可能性があり、このような状況が関連市場定義の核心的ルールの位置付けに影響するか否か²³。③デジタル経済分野では「非価格競争」が通用し、プラットフォームは、デジタルコンテンツサービスを無料で提供し、消費者は対価としてお金ではなく個人データを提供し、このような状況に対してどのように需要の代替を行ったり、供給の代替を分析したりするか²⁴。

デジタル知的財産権分野の独占禁止に関連する関連市場について、主に以下のルールがある。①関連市場を定義するには、反トラスト法における関連市場の定義に関する基本的な根拠と一般的な方法を従う必要がある。同時に、知的財産権とプラットフォーム経済の特殊性を考慮し、個別事案によって具体的な分析を行う（「知的財産権ガイドライン」3条、「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）、②関連商品市場の定義の基本的な方法は、代替の分析である。個別事案においては、プラットフォーム機能、ビジネスモデル、アプリケーションシーン、ユーザー層、マルチ主体市場、オフライン取引などの要素に基づいて需要の代替性を分析することができる。供給の代替が事業者の行為に与える制約が需要の代替に類似する場合、市場参入、技術障壁、ネットワーク効果、ロック効果、移転コスト、国境を越えた競争などの要素に基づいて供給の代替の分析を考慮することができる（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）、知的財産権は、取引の標的とすることもできるし、商品やサービスの提供に用いることもできる。関連商品の市場だけを定義して行動の競争的影響を全面的に評価することが難しい場合は、関連技術の市場を定義する必要があるかもしれない。関連する技術市場を定義するには、技術の属性、用途、許諾費、互換性、関連知的財産権の有効期限、需要者が他の代替関係のある技術に転向する可能性及びコストなどの要素を考慮することができる（「知的財産権ガイドライン」4条）、③関連地域の市場の定義も同様に、代替の分析を採用する。プラットフォーム経済分野が関連地域市場を定義する際、多数のユーザーが選択する商品の実際の地域、ユーザーの言語的選好と消費の習慣、関連法律法規の規定、異なる地域の競争制約の程度、オンラインとオフラインの融合などの要素を総合的に評価することができる（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）。知的財産権分野の関連市場は、関連する地域市場を定義し、知的財産権の地域性を考慮する必要がある。関連取引が複数の目標と地域に関連する場合は、関連地域の市場定義に対する取引条件の影響も考慮する必要がある（「知的財産権ガイドライン」4条）。

独占的契約、市場支配的地位の濫用、経営者集中の独占禁止の審査には、通常、関連市場を定義する必要がある（「プラットフォーム経済ガイドライン」4条）。反トラスト法の適用において、デジタル知的財産権分野の関連市場の定義は、「プラットフォーム経済ガイドライン」の関連問題であると同時に、「知的財産権ガイドライン」の特別な問題であり、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の関連分析の特徴を有する。上述のガイドラインは関連市場の定義について詳しく説明し、基本的な分析方法を強調し、具体的な考慮要素を明確にした上で、デジタル経済分野の知的財産権の濫用行為の特徴と結びつけて個別に分析を行うべきである。

²³ 「非関連市場」「未来市場」の概念を提案し、プラットフォーム製品と既存の商品とその関連市場の区別を記述した声もある。すなわち、このような市場は時間的、地理的、商品カテゴリー的に既存の関連市場概念では説明できない。陳兵「ビッグデータの競争法的属性と規制の意義」[大数据的競争法属性及規制意义] 法学 2018 年 8 期 112 頁を参照。

²⁴ EU の立法経験を参考にして、関連する市場定義における「価格」要素に対して拡大的な解釈を行うことができ、ユーザーデータを対価として提供する取引形式を考慮し、即ちビッグデータ市場のユーザーサービス市場に対する競争効果を評価することを提案した声もある。

（２）市場支配的地位の認定基準

関連市場で支配的な地位を有することは、市場支配的地位の濫用という違法行為に対する制裁の基礎である。欧米諸国の裁判所や仲裁機関は、知的財産権を有することを市場支配力があるという仮定をしなくなった。知的財産法は、ある知的成果に専有権を付与し、反トラスト法の意味での市場独占とは異なる。米国の1995年「知的財産権の許諾行為に関する反トラストガイドライン」において、保護された知的財産権を持つことが市場支配力を持つことを意味するわけではないと規定されている。理論的には一部の知的財産権が独占を形成することができるが、一般的に知的財産権が保護されている技術や製品には常に代替可能な技術や製品が存在するため、実際に独占を形成できる知的財産権はほとんどないと考えられる。したがって、知的財産権があるという事実だけでは市場支配力のある結論を導き出すことはできない²⁵。知的財産権自体が市場支配的地位に等しくないため、知的財産権を持つ企業が市場支配力を持っているかどうかの分析は、市場支配的地位を定義する一般的な基準に従わなければならない。

市場支配的地位は、市場の優位地位あるいは市場の制御地位とも呼ばれ、企業が特定の市場で持っているある程度の制御力、即ち関連製品の市場と地域市場において、製品の生産量、価格と販売などの各面を決定する支配能力を持っているということである。欧州委員会は、企業が競争者、顧客、最終的な消費者行動からかなり独立した力を持つように、関連市場での有効な競争を制止できるようにするための経済的な力の地位を有するという欧州裁判所の市場支配地位の定義を引用した²⁶。「知的財産権の許諾行為に関する反トラストガイドライン」において、市場支配的地位を、関連市場で価格を競争レベル以上に維持し、生産量を競争レベル以下に維持して長期にわたって利益を得る能力と解釈している。市場支配的地位の認定は、主に市場シェアと市場参入の障壁の2つの側面から考察されていると考えられる。①市場シェア、すなわち特定の企業が制御するある関連市場の割合、これは市場支配的地位を確定する最も重要な要素である。米国の裁判所、欧州委員会は、マイクロソフトの案件において、マイクロソフトのオペレーティングシステムの関連市場における高い市場シェアに基づいてマイクロソフトがマイクロソフトのオペレーティングシステム市場において市場支配的な地位を占めていると認定する市場シェアの分析から着手した。説明する必要があるのは、国によってシェアの認定方法が異なることである。大陸法系の国では、成文法の形で市場シェアを明確に規定する「警戒線」が多い。例えば、ドイツ「カトル法」19条は、1つの企業が1/3以上の市場シェアを占めていれば、市場支配的な地位があると推定できると規定している。日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」2条は、1つの事業者の市場占有率が1/2を超えた場合、又は2つの事業者それぞれの市場占有率の総和が3/4を超えた場合、独占状態を構成すると規定している。判例法の伝統的な国である米国は、主に司法実践を通じて市場シェア基準を調整し、システム全体の数学分析のモデルを形成した。②市場参入の障壁、すなわち市場の新規参入者が既存の市場主体よりも大きな経済コストを支払う必要がある²⁷。これは、企業が市場支配的な地位を持っているかどうかを定義する重要な要素である。一般的に、参入障壁が高い市場では、潜在的な競争者が市場に参入する可能性は低い、既存の優位なシェアを持つ企業は市場

²⁵ 王先林「反トラスト法と知的財産権保護の間の平衡」[反壟断执法与知识产权保护之间的平衡] 知識産権 2007年6期5頁を参照。

²⁶ 韓立余「反トラスト法が知的財産権濫用を規律する特徴と限界」[反壟断法规范知识产权滥用的特点与局限] 暨南学报(哲学社会科学版) 2007年2期93頁を参照。

²⁷ 孔祥俊『反トラストの原理』[反壟断法原理] 533頁(中国法制出版社、2001年版)を参照。

支配的な地位を占めていると見なされやすい。市場参入の障害を認定する際、単一製品の市場は往々にして市場支配的地域を有すると認定されるおそれが高い。知的財産権を持つ企業にとって、関連市場が1つの知的財産権によってカバーされた1つの製品に縮小した場合、その知的財産権は、代替品を排除する事実そのもの、即ち企業の実際の独占状態の形成を意味する。ハギン（Hugin）事件で、裁判所はハギンをハギンの予備部品に関する唯一のサプライヤーと認定し、リプトン（Lipton）や他の類似企業の生産はこの予備部品の供給に依存していたが、この部品に含まれる知的財産権が参入の障害であり、それがハギンの市場支配的地位を強化する要因となったとした²⁸。上記2つの要因の分析の意義は、市場占有率が高いほど、市場支配的地位を形成する可能性が高く、市場参入の障壁が多いほど、市場の支配的地位が認定される可能性が高くなることを示している。

市場支配的地位の認定基準については、中国の反トラスト法に明確に規定されている。①反トラスト法の一般規定であり、以下の条項を含む。定義条項について、「本法でいう市場支配的地位とは、事業者が関連市場内で商品の価格、データ又はその他の取引条件を制御することができ、又は他の事業者の関連市場への参入能力を阻害、影響することができる市場地位を有することを指す」（22条）と定められている。分析要素の条項について、市場支配的地位を認定する根拠とすべき主要要素を列举し、市場シェア要素と市場参入の障害となる要素を含む（23条）。市場支配的地位の推定制度について、事業者の関連市場におけるシェアから市場支配的地位を推定する（24条）。②「知的財産権ガイド」の専門規定である。「知的財産権と市場支配的地位の認定」の特別条項の中で、「事業者が知的財産権を持つことは、市場支配的地位を持つことを意味するものではない」と明確に宣言した。同時に、知的財産権の事業者が関連市場で支配的地位を持っているかどうかを認定する際、反トラスト法の一般規定に基づいて分析し、知的財産権の特徴と結びつけて、知的財産権の代替性、下流市場の知的財産権を利用して提供された商品に対する依存性、取引対象が事業者に対するバランス性などの要素を考慮しなければならない（14条）。③「プラットフォーム経済ガイドライン」の具体的な規定である。反トラスト法の一般規定に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると認定又は推定することを強調し、プラットフォーム経済の特徴を結合して、以下の具体的な分析要素を提示した。事業者の市場シェア及び関連市場競争状況、事業者が市場を制御する能力、事業者の財力と技術的条件のほか、事業者の当該事業者に対する取引上の依存度、他の事業者が関連市場に参入することの難しさなどが挙げられる。

市場支配地位の認定基準は、デジタル経済条件の下で既に新しい審査内容と考量要素が発生しており、その法律の適用には以下の問題が検討される価値がある。①デジタル市場における市場支配地位の形成は、通常多種の要素の総合作用の結果である。関連市場は、もはやある伝統的な市場ではなく、関連市場の競争はプラットフォーム、データ、アルゴリズム、時間、計画などの資源的要素と技術的要素を中心に多次元の競争を展開することが多い²⁹。市場支配的地位の認定は、プラットフォーム経営モデル、ネットワーク効果、ロック効果、技術特性、市場イノベーションなどを考慮しなければならない。くわえて、デジタル経済要素に知的財産権要素が含まれている可能性がある。②市場支配的地位の独占の禁止を分析する際に、事業者が製品の生産量、価格、販売などを決定する制御力を持っているかどうかを審査することが重要である。デジタル経済の分野では、データを含む知的財産権が企業の市場力を増強する可能性がある。「プラットフォーム経済ガイド」11条において、「知的財産権を持ち、関連データを

²⁸ 王曉曄『欧州共同体の競争法』[欧共体競争法] 217頁（中国法制出版社、2001年版）を参照。

²⁹ 楊東「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战] 中国法学 2020年3期 217頁を参照。

把握し、処理する能力」を市場支配的地位の認定における考慮要素とし、20条において、「技術、知的財産権、データなどの必要な資源と必須施設の獲得の難しさ」を考慮要素とし、プラットフォーム経営者の集中が競争に与える影響を評価する。上記の規定は、独占禁止の規范文書において、技術、データと知的財産権の関係が並列的であり、技術、データが市場競争の資源要素である可能性を説明し、もちろん法律によって与えられた財産権的要素であってもよいことを示している³⁰。同時に、上記の各種要素は、独占禁止の審査において蓋然性の特徴を有する。M&Aタイプのデータ独占の案件において、データが企業の市場力を増強しない場合、又は企業の市場力に与える影響が非常に少ない場合、データの問題は独占禁止の調査の範囲外となる³¹。③事業者がプラットフォーム経済分野の「必須施設」³²を制御するには、市場支配的地位を推定しなければならない。必須施設の原則を適用する目的は、特定の設置を有して市場支配的地位を有する企業が、他の事業者による当該施設の使用を拒否し、市場競争を制限、排除することを防止することである。デジタル経済の分野で、事業者はネットワークプラットフォームの運営者であり、データはプラットフォーム運営の重要な生産要素と核心的な競争の資源である。必須施設の原則に基づいて、プラットフォーム事業者は、公平、合理的、無差別の取引条件で、そのデータなどの施設を他の事業者にオープンにして使用しなければならない。関連プラットフォームが必須施設を構成しているかどうかを認定する際、「プラットフォーム経済ガイドライン」には、プラットフォームがデータを占有する状況、他のプラットフォームの代替性、潜在的に利用可能なプラットフォームが存在するかどうか、競争的なプラットフォームを発展させる可能性、取引の相手方のプラットフォームへの依存度、オープンプラットフォームがプラットフォーム事業者に与えられる影響などの考慮すべき要素が挙げられている。

（3）独占行為の判断ルール

反トラスト法の意味における知的財産権の濫用行為とは、知的財産権主体がその権利を不適切に行使し、特定の市場で排他的な制御を実行し、それによって他人の合法的な利益又は社会の公益が損なわれるという行為を指す。「排他的制御」とは、市場支配的地位を濫用する様々な行為（独占行為）によって、実質的に競争を制限する状態が形成されることである。「不適切な権利の行使」とは、以下2つの状況を含む。1つは、権利者の行為が法律で定められた範囲を超えている場合である。権利の行使は、法定の範囲内でなければならない、その行為が法律で設定された限度を超え、かつ不合理に競争を制限していれば、反トラスト法に基づいて禁止することができる。もう1つは、権利者の行為が市場競争への阻害と制限をもたらす場合である。権利の行使は、自身の範囲内であるが、市場競争に不適切な制限をもたらした場合、同行為は反トラスト法の追及を受ける³³。

³⁰ 呉漢東「デジタル財産権付与の立法的選択」[数据财产赋权的立法选择] 法律科学 2023 年 4 期 49-50 頁を参照。

³¹ 丁曉東「ビッグデータ観点における独占禁止の法理的思考」[大数据视野下反垄断的法理思考] 東方法学 2021 年 3 期 110 頁を参照。

³² 必須施設の原則は、米国のシャーマン法 2 条に由来し、ある施設が「必須」と認定された後、当該施設の所有者は合理的な条件で当該施設を開放的に使用する義務を負わなければならないことを意味するものである。欧米の独占禁止の事例では、「施設」の利用者は「必須」と認定し、合理的な条件に基づいて利用を申請できると主張しており、「施設」の所有者はそれによって市場支配力を弱められる。付曉「データを独占を警戒：データ駆動型の経営者集中の研究」[警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究] 中国軟科学 2021 年 1 期 64 頁を参照。

³³ 張瑞萍「反トラストはどのように知的財産権へ対応すべきか」[反垄断法应如何对待知识产权] 清華大学学报（哲学社会科学版）2001 年 4 期 34 頁を参照。

中国の反トラスト法で規制されている独占行為には、「事業者が合意した独占の契約」、「事業者が市場支配的地位の濫用」、「競争を排除、制限する効果があったり、又はおそれがあったりする経営者の集中」が含まれる（反トラスト法3条）。デジタル知的財産権の独占行為に関する判断ルールは、知的財産権の特徴を考慮しなければならない。独占行為は、「知的財産権を行使する行為であるかもしれないし、知的財産権の行使に関連する行為であるかもしれない」、上述の行為は、知的財産権を濫用し、市場競争のレベル又は競争の発展を妨害する効果がある。同時に、プラットフォーム経済の発展の状況、発展法則と自身の特徴に基づいて分析を行い、知的財産権及びデータ、アルゴリズム、プラットフォーム規則などを、プラットフォーム独占の行為を認定する考慮要素とした（「プラットフォーム経済ガイドライン」5条、11条、20条）。以下において分析する。

① 独占の契約

独占の契約は、独占禁止規制の重点分野であり、厳しい制裁を受ける主な対象である。中国の法律の文言において、独占の契約は、「競争を排除、制限する契約、決定又はその他の協同行為」と表現されている（反トラスト法16条）。独占の契約の呼称については、欧州連合法は「競争を制限する契約」、日本は「不正取引の制限」、韓国は「不正な共同行為」と各国法で異なる。文字表現の違いはあるが、独占を禁止する規制が指し示す方向は一致しており、独占行為の構成から言えば、独占の契約は以下のように要約することができる。第一に、主体的要件である。独占協定の実施主体は、2つ以上の事業者でなければならない。すなわち、行為者は双方の行為又は共同行為の多数の主体である。単一事業者は、契約を締結したり協同行為を実施したりすることができず、単一事業者が実施する独占行為は「市場支配的地位の濫用」の範疇に属する。第二に、形式的要件である。独占協定の表現形式は、主に書面、口頭又はその他の方式で締結された契約、決定であり、その他の協同一致の行為、すなわち当事者間の意思連絡の共謀も含む。第三に、効果要件である。独占協定は、競争を制限する目的や競争を制限する効果がある³⁴。独占の契約の規制可能性は、行為者の共謀の主観的意思だけでなく、その行為の不正性とその制限競争の効果にも関わる。ここでは、実質的な制限競争の結果の発生が要求されておらず、「事業者による独占の契約の締結、実施」（「プラットフォーム経済ガイドライン」2章）は、すべて禁止範囲の中にあり、すなわち、制限競争の目的又は実施結果はすべて効果的要件の構成である。

デジタル経済分野における知的財産権の独占の契約を結ぶという行動様式は、2つの「ガイドライン」を結合して総合的に分析しなければならない。「知的財産権ガイドライン」2章では、知的財産権に係る契約で、共同研究開発、クロスライセンス、排他的グラントバックと独占的グラントバック、不競争条項、標準制定などを含むものについて規定した。上記の契約は、通常、イノベーションを奨励し、競争を促進する効果があり、異なる契約の種類による積極的な影響が異なる。しかし、この種類の契約は、市場競争に排除、制限の影響を与える可能性もあり、独占禁止の規制を適用する。「プラットフォーム経済ガイドライン」2章では、プラットフォーム事業者が達成した「横型独占の契約」、プラットフォーム事業者と取引相手が達成した「縦型独占の契約」、プラットフォーム事業者が主導、又は幫助して達成した「放射型の契約」などを含むプラットフォーム経済分野の独占契約を規定している。その中で、「技術手段、プラットフォーム規則、データとアルゴリズムなどの方式を利用」ということは、上述のプラットフォーム独占契約を分析する重要な参考要素である。プラットフォーム分野で形成された独占契約は、

³⁴ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 204頁（法律出版社、2020年版）。

伝統的な産業に関連する行動様式とは、判断ルールの面で全体的に一致しているが、非契約形式の「その他の協同行為」は、デジタル技術の特別な方法で実現できることを指摘しなければならない。これは、学界と実務界で話題の「アルゴリズムの共謀」の問題である。デジタル市場競争において、アルゴリズムは事業者共謀のツールになり得るもので、つまり事業者がアルゴリズムを利用したデータの収集、情報の伝達とスマートな決定の面での優位性を利用し、プラットフォームが生産販売、価格などの面で協同性共謀をもたらしやすく、共謀の隠蔽性、安定性を維持することができる。ここで、アルゴリズム技術の利用などは、知的財産権を行使する行為かもしれないし、知的財産権の行使に関連する行為かもしれない。まとめると、デジタル知的財産権の独占契約に関連し、特にアルゴリズム共謀様態の協同行為については、「ガイドライン」が意思連絡の判断、アルゴリズムツール作用の認定及びプラットフォーム事業者の举证責任の分配の面で細分化された規定を行う必要がある。

② 市場支配的地位の濫用

市場支配地位の濫用を規制する行為は、反トラスト法実体制度の基本的な構成部分である。市場支配的地位の濫用とは、市場支配的地位を有する事業者がその地位により、関連市場で不正に競争を制限し、社会的公共の利益、消費者の利益及びその他の事業者の利益を損なう行為を指すと考えられる。中国の法律の文言において、市場支配的地位の濫用に対して「行為類型の列挙+行為判断の包括条項」の規範的方法を採用している（反トラスト法 22 条）。市場支配的地位の濫用を禁止する条項は、各国の反トラスト法に明確に規定されている³⁵。

独占行為の性質からみて、反トラスト法で禁止されている市場支配地位の濫用には次のような特徴がある。第一に、市場支配的地位の濫用行為は、市場構造的行為の規制対象に属する。市場構造案は、市場シェアの基準であり、一般的に市場支配的地位を決定する基本的な根拠とされている³⁶。各市場要因に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると直接に認定しても、市場シェアの制御の割合に基づいて、事業者が市場支配的地位を有すると推定しても、市場構造的な分析方法の運用に該当する。第二に、市場支配的地位の濫用行為の構成要件の 1 つは、関連行為を実施することに「正当な理由がない」ことである。反トラスト法における市場支配的地位を濫用する行為に対する規制には、「商業的合理性」の原則を適用しており、正当な業界慣行と取引の習慣に合致し、「正当な理由」を構成する可能性があり、市場支配的地位を濫用する行為で論じることはない。法執行の実践において、関連する「正当な理由」は、事業者が示し、証拠を提示して証明しなければならない。第三に、市場支配的地位の濫用を禁止することは、特殊な責任主体を制限・監督する結果である。反トラスト法では、市場支配的地位を持つこと自体は違法ではなく、市場支配的地位を濫用して独占行為を構成する場合にのみ違法である。市場支配的地位の所有又は濫用には合法と違法の違いがあり、これを明確に区別することには難しい点がある。そのため、反トラスト法は、市場支配的地位の濫用に関する一般的な定義条項はなく、幾つかの重点行為の類型を列挙するとともに、反トラスト法の執行機関に「その他の行為」の判断を委ねている。市場支配的地位の濫用行為を判断する際、その適用規範は、反トラスト法と 2 つの「ガイドライン」に見られる。その中で、反トラスト法は、不公平な価格を設定する行為、コストを下回る価格による販売、取引の拒否、取引の制限、抱き合わせ販売又は不合理な取引条件の付加、差別的な待遇などの典型的な「濫

³⁵ 経済協力と発展組織編纂、崔書鋒、呉漢洪訳『産業組織経済学と競争法律専門用語の解釈』[产业组织经济学和竞争法律术语解释] 1 頁（中国経済出版社、2006 年版）を参照。

³⁶ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 262 頁（法律出版社、2020 年版）を参照。

用」行為を挙げている。2022年の改正案では、事業者が「データやアルゴリズム、技術、プラットフォーム規則などを利用して」市場支配的地位を濫用する行為を行ってはならないことを規定している（反トラスト法22条）。上記のデータ、アルゴリズム、技術は知的財産権に関連している。「知的財産権ガイドライン」は、知的財産権の行使と市場支配的地位の濫用の関係について一般的な規定を行い、知的財産権に関する各種の市場支配的地位の濫用行為の類型、及び判断時に考慮できる具体的な要素を特定した。「プラットフォーム経済ガイドライン」は、プラットフォーム経済の特徴と結びつけて、事業者の市場支配的地位を判断又は推定する関連要素を規定している。そのうち、事業者が「所有する知的財産権、関連データの把握と処理能力、及び技術条件」などが「当該事業者の業務拡張又は市場地位の維持」に与える影響などを含む。「ガイドライン」には、社会が注目している「二者択一」、「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」などの問題に対して専門的に規定し、関連行為が市場支配的地位を濫用するという判断基準を構成するかどうかを明確にしている。「二者択一」は、「取引制限」の範疇に属し、プラットフォーム事業者がプラットフォーム内の事業者に他の競争的プラットフォームで経営してはならないことを要求したり、取引相手を限定して独占取引をしたりする行為である。「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」は、「差別的な待遇を施す行為」に分類され、プラットフォームがビッグデータとアルゴリズムを利用してユーザーを個別に分析し、異なる価格を受け取る行為である。

全体的に言えば、「法律+規律」の立法体系の中で、反トラスト法は市場支配的地位を濫用する行為に対して列举式の規定と禁止性の規範を採用した。2つの「ガイドライン」は、市場支配的地位を濫用する行為に対して種類分けして規定し、独占禁止分析の原則と方法を提示した。ここで、「正当な理由」すなわち「商業的合理性の原則」、市場支配的地位を有し、これが濫用を構成しているかどうかを判断することは特に重要な意義があり、法律の規定と規律のガイドラインに基づいて、個別の事案と結びつけて分析する必要がある。

③ 経営者集中

経営者集中は、反トラスト法規制の3つの独占行為の一つである。経営者集中とは、事業者が合併したり、一定の方式や手順で他の事業者を実質的に制御したりして、競争を排除、制限する効果があるかもしれない行為を指すと考えられている。中国の反トラスト法は、多くの国や地域の立法例と同じで、経営者集中の定義条項はなく、3つの具体的な状況を挙げて独占行為を定義している。（i）事業者の合併、（ii）事業者が持分の資産を取得することにより他の事業者に対する制御権を取得すること。（iii）事業者が契約等により他の事業者に対する支配権を取得し、又は他の事業者に決定的な影響を与えることができること（反トラスト法25条）。経営者集中を規制する制度機能は、市場力の過度な集中を防止し、制限することを主旨とする。当該制度は、市場支配的地位の濫用への規制とは異なり、潜在的な市場力（非現実的に存在する独占力）の形成又は強化を図ることに対して事前予防、制御を行うことである³⁷。同制度は、市場構造の分析を通じて企業統合を制御し、事業者による独占の共謀（独占の契約）を規制する判断基準とは異なるが、どちらも自由で公平な市場競争の秩序を守ることを目的としている。そのため、反トラスト法は、企業合併などの独占行為の類型を列举した後、複数の条項で「経営者集中」の申告基準と内容、審査手順と期限、審査の決定及び発表などを規定し、独占禁止の審査の立場、態度と方法を明らかにしている。

³⁷ 王先林『知的財産権と反トラスト法』[知识产权与反垄断法] 248頁（法律出版社、2020年版）を参照。

関連マニュアルは、知的財産権とプラットフォーム経済の異なる面から、デジタル知的財産権の分野の独占禁止規則を細分化し、改善している。「知的財産権ガイドライン」は、知的財産権に関わる経営者集中には一定の特殊性があり、主に経営者集中を構成する状況、審査の考慮要素、追加制限条件などの面に表れていると強調した。ガイドラインにおいては、(i) 経営者集中を構成する状況。すなわち、事業者が知的財産権に関する取引（譲渡又は許諾）を通じて他の事業者に対する制御権を取得し、又は他の事業者に決定的な影響を与えることができる場合、経営者集中を構成する可能性がある、(ii) 審査の考慮要素。反トラスト法に規定された一般的な分析要素を考慮すると同時に、知的財産権の配置が集中取引の実質的な構成部分を成しているか、又は取引目的の実現に重要な意義を持つかどうかを考慮しなければならない。(iii) 制限条件。知的財産権に関する制限的条件には、構造的条件、行動的条件、総合的条件が含まれており、通常はケースごとに、上記制限的条件の提案を評価して、経営者集中が競争を排除、制限する効果があるかどうかを判断する必要がある。「プラットフォーム経済ガイドライン」は、反トラスト法執行機関がプラットフォーム経済分野の経営者集中を審査し、違法事実のある経営者集中を調査処理することを強調した。ガイドラインは、プラットフォームの経営者集中が競争に与える影響を評価する際、考慮すべき要素が規定されている。例えば、事業者が市場に対する事業者の制御力、事業者が持つ独占的な権利、データの把握と処理能力、経営者集中が市場参入に与える影響、事業者が技術、知的財産権、データなどの必要な資源や必須施設を得ることの難しさにかかわるなどが挙げられる。上記の情状は、知的財産権を行使する行為、又は知的財産権の行使に関連する行為に該当する可能性がある。デジタル経済分野では、デジタル寡占はアルゴリズム駆動型の経営者集中とデータ駆動型の経営者集中として表現される。前者は、先進的なアルゴリズムを通じて、主導する事業者のために潜在的な競争相手を正確に識別し、リアルタイムに監視することであり、すなわちアルゴリズムの駆動の下でキラー買収を実現するというものである³⁸。後者は、データの優位性を得ることを目的として、データ業経営者集中によるデータ独占とデジタルギャップを実現するというものである³⁹。先進的なアルゴリズムとビッグデータは、相互に強化された市場効果を生み、アルゴリズム駆動型の企業とデータ駆動型の企業の経営者集中が現れることに注意すべきである。デジタル知的財産権の独占禁止の審査は、法律、経済、技術など多くの考慮要素があり、法執行機関は「法律+規律」を導きとし、知的財産権とプラットフォーム経済の特徴を結合して分析枠組みを構築しなければならないと考えられる。

3. 「プラットフォーム経済+デジタル知的財産」の反トラスト法の法執行の実証分析

デジタル経済分野の独占禁止の審査は、デジタルプラットフォームの独占禁止とデジタル知的財産権濫用の規制の二重の意義があり、デジタル経済の監督管理とガバナンスの重要な面である。ここ数年以来、データ経済分野の反トラスト法執行を強化し、国際社会の面で絶えず展開し、デジタルガバナンス

³⁸ 殷繼国「人工知能時代におけるアルゴリズムの独占行為の独占禁止の規制」[人工智能时代算法垄断行为的反垄断规制] 比较法研究 2022 年 3 期 194 頁を参照。

³⁹ 付曉「データを独占を警戒：データ駆動型の経営者集中の研究」[警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究] 中国軟科学 2021 年 1 期 57 頁を参照。

と監督管理は、欧米諸国の独占禁止史上最大規模の行動になっているようである⁴⁰。中国では、知的財産権を支えとするデジタル経済の発展が、急速で、新業態、新モデルが次々と現れている。同時に、プラットフォーム事業者が事業者に「二者択一」を要求していることや、「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」、合併を法に基づいて申告しないことなど、独占関連の事件が増加しつつある。2020年12月11日に開かれた指導部会議では、「独占禁止の強化と資本の無秩序な拡張の防止」を明確に要求した。同年12月16日に開催された中央経済工作会议では、「独占禁止の強化と資本の無秩序な拡張の防止」を2021年の経済政策の8つの重点任務の1つとし、デジタル規則の健全化、プラットフォーム企業の独占の認定などの方面の法律規範の整備、規制の強化、監督管理の能力の向上、独占行為に断固反対することを要求した。中央政府の精神の導きの下で、2021年、国务院独占禁止委員会は「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」を公布し、デジタル経済分野の反トラスト法執行を強化する目標、原則、措置を示した。これは、国際的に初めて公式に発表されたプラットフォーム経済分野の独占禁止の専門文書であり、中国のマイルストーン的意義のあるデジタル競争に係る立法である⁴¹。同年に、多くの事件が相次いで摘発され、メディアは2021年を「中国プラットフォーム経済独占禁止元年」と呼んだ。中国において、反トラスト法執行事件は、行政処罰事件と司法裁判事件の2種類に分けられる。筆者は、2019年から2022年までの計4年間の経済領域における独占禁止審査に関する案件資料を検索し、以下の分析意見を得た。

第一に、独占禁止行政処罰事件である。2019年から2022年にかけて、中国のプラットフォーム経済とデジタル知的財産権分野の反トラスト法執行事件の数は、波瀾の状態を呈している。2019年は、「知的財産権ガイドライン」が公布された年であり、関連する処罰事件が見られなかった。2020年に処理されたプラットフォーム案件は、わずか3件であった。2021年、「プラットフォーム経済ガイドライン」の公布の推進の下で、市場支配的地位の濫用事件3件が相次いで調査・処分され、100件近くの経営者集中の違法実施の事件が相次いで公布され、独占禁止行政の法執行が過去最高に達した。その年度案件

⁴⁰ 2014年以降、EUはアップル、グーグル、アマゾン、フェイスブックなど米国のデジタルプラットフォーム大手を対象に独占禁止の調査を行っている。うち、グーグルは、モバイルOS、汎用検索、オンライン動画、検索広告、ブラウザなど多くの分野で市場支配的地位を濫用しているため、今まで3回罰金を科され、累計金額は90億ドルを超えた。アマゾンは、その規模、権利、ビッグデータを利用してプラットフォームの第三者売り手に対する不正な競争優位性をむさぼった疑いで、370億ドルを超える罰金に直面している。米国は、2020年以降に自国のデジタルプラットフォーム大手に対して規制を強化し、下院司法委員会はグーグル、フェイスブック、アマゾン、アップルの4大企業が市場支配的地位を濫用していることを指摘し「デジタル市場の競争の調査報告書」を発表した。その後、司法省と連邦貿易委員会は、グーグルとフェイスブックに対して次いで独占禁止訴訟を起こした。王晓曄「デジタル経済における独占禁止の監督・管理に係るいくつかの考察」[数字经济反垄断监管的几点思考] 法律科学 2021年4期 53頁、孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学 2021年5期 103頁を参照。

⁴¹ 孫晋「デジタルプラットフォームの独占禁止の監督・管理」[数字平台的反垄断监管] 中国社会科学 2021年5期を参照。

量は、下記図面のとおりである。

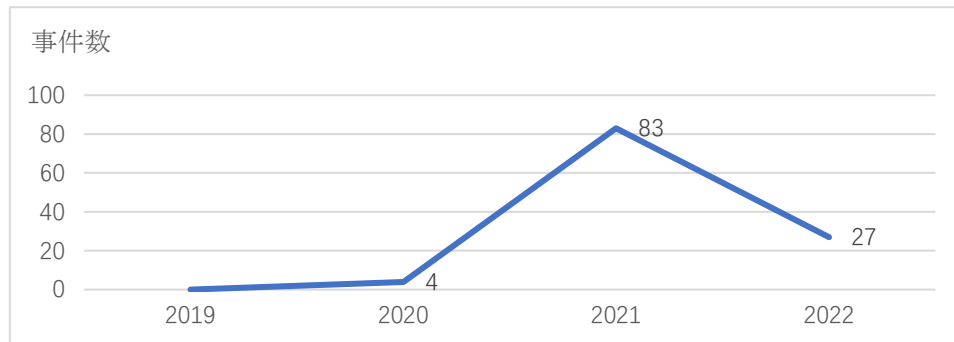


図1 プラットフォーム独占禁止行政処罰事件の年間統計図

上記4年間、中国の反トラスト法執行機関がデジタルプラットフォームに対して行った独占禁止行政処罰事件は114件あった。その案件タイプは、下記図面のとおりである。

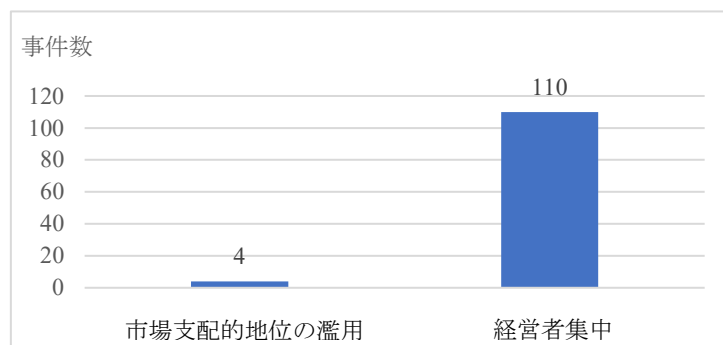


図2 プラットフォーム独占禁止行政処罰事件の事件種類ヒストグラム

上記の図表から見れば、反トラスト法執行は、主に経営者集中事件（計109件、案件総量の96%に占める）であることを示している。うち、多くの案件は「競争を制限・排除していない経営者集中」とみなし、罰金処理のみを行い、1件の案件のみが経営者集中と認定され、法に基づいて合併を禁止している。また、市場支配的地位の濫用に対する行政処罰事件は4件あり、2020年の食派士（Sherpa's）取引制限事件⁴²、2021年のアリババ取引制限事件⁴³、2021年の美团（Meituan）取引制限事件⁴⁴、2022年の中国知網取引制限と不公平高価格事件である⁴⁵。うち、上位3件の市場支配的地位濫用の取引制限事件は、「二者択一」案件とも呼ばれている。即ちデジタルプラットフォーム企業が協力業者に他の類似デジタルプラットフォームと協力してはならないと要求し、性質上、取引制限に属する。上記の事件の処罰決定では、アリババが128億元、美团が34億元の罰金を科された。これも今までのデジタルプラットフォームの独占禁止処罰事件において、罰金額が最も高い2件である。

⁴² 沪市監反壟処〔2020〕06201901001号

⁴³ 国市監処〔2021〕28号、国市監行指反壟〔2021〕1号

⁴⁴ 国市監処罰74号、国市監行指〔2021〕2号

⁴⁵ 国市監処罰〔2022〕87号

デジタルプラットフォーム独占禁止行政処罰事件のうち、2件は知的財産権に関する典型的な事件で、それぞれ2021年のテンセントと中国音楽集団の経営者集中事件⁴⁶、及び2022年の知網による市場支配的地位の濫用事件である。次のように簡単に分析する。

事例1：テンセントと中国音楽集団の経営者集中の違法実施事件

2016年7月12日、テンセントは、QQ音楽業務で中国音楽グループに投入し、中国音楽グループの61.64%の株式を取得し、中国音楽グループに対する単独制御権を取得した。2016年12月、統合後の中国音楽集団はテンセント音楽娯楽集団に改称した。この合併が違法に実施された経営者集中を構成するとされた。経営者集中の独占判断については、2つの重要な問題がある。1つは、申告基準である。「経営者集中の申告基準に関する国务院の規定」3条の申告基準、つまり前会計年度の売上高基準に基づき、申告すべきであるが申告していない。注意に値するのは、この規定は、2008年に制定されたもので、申告の基準点は、主に前会計年度の売上高基準を採用し、同基準を知的財産権に関する経営者集中事件に適用する場合、規範化が不調で、監督管理ができない問題がある。そのため、「音楽著作権の独占権の集中シェア」を申告基準とする主張があり⁴⁷、又は「買収合併取引額」を申告基準とする⁴⁸。もう1つは、競争影響の分析である。「プラットフォーム経済ガイドライン」20条によって、プラットフォーム経済分野における経営者集中の競争影響を評価する際に、知的財産権が当時の経営者に与える市場制御力の影響、すなわち経営者が重要性、希少性資源に対して独占権利を持つかどうか及びその独占権利の持続時間を考慮しなければならない。知的財産権が他の事業者の市場参入の阻害、すなわち市場参入の状況、事業者が技術、知的財産権、データ、ユーザーなどの必要な資源と必須施設を獲得することの難しさを考慮しなければならない。同事件で、関連市場は、「中国国内のネット音楽再生プラットフォーム市場」と定義されている。①集中後の主体は、関連市場で比較的に高い市場シェアを有し、2016年に双方の関連市場での売上高を合計すると、関連市場の総収入規模の約70%を占め、歌曲ライブラリと独占資源の市場占有率がいずれも80%を超えた。②関連市場の主要競争相手を集中的に減らした。③集中は、関連市場の参入障壁をさらに高める可能性がある。

反トラスト法執行機関は、次のような行政処罰決定を下し、テンセントとその関連会社に以下の措置を取って関連市場の競争状態を回復するよう命じた。①上流の著作権者と独占著作権協定⁴⁹（著作権範囲は、すべての音楽作品と録音製品の情報ネットワーク伝播権を含む。）、又はその他の排他的協定を結成したり、迂回して結成したりしてはならず、既に結成した場合、本決定の発表日から30日以内に解除しなければならない。②正当な理由がなく、上流の著作権者が当事者に他の競争相手より優れた条件を与えることを要求したりしてはならない。許諾の範囲、許諾の金額、許諾期限など、又はそれに関連するいかなる協議や協議条項を含むが、これらに限らない。既に達成した場合、本決定の発表日から30

⁴⁶ 国市監処〔2021〕67号

⁴⁷ 王偉「プラットフォーム独占著作権集中の競争損害及び独占禁止規制に関する研究-テンセント音楽に基づく考察」[平台独家版权集中的竞争损害及反垄断规制研究-基于腾讯音乐的考察] 管理学科 2021年6期 24頁。

⁴⁸ ドイツは、既に2017年に取引額の基準を導入しており、相手側の売上高が申告基準に達していないのに、買収側が巨額の金を払って取引をしようとする場合、この部分が企業の既存の価値より高い金額は、潜在的な巨大な商業価値の承認になり、このような巨大な商業潜在力を持つ中小企業を買収して独立性を喪失させた買収合併行為は独占禁止の審査を受けるべきである。

⁴⁹ 2022年1月16日、国家著作権局は、複数のデジタル音楽関連企業について会談し、「特別な場合を除いて独占著作権協定を締結してはならない」ことを明らかにした。国家版權局 2022年1月6日ニュース「国家版權局がデジタル音楽関連企業との座談会 デジタル音楽版權の良好な生態の構築を推進」[国家版权局约谈数字音乐相关企业 推动构建数字音乐版权良好生态] <https://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/12227/355756.shtml>

日以内に解除しなければならない。③著作権の実際の使用状況、ユーザーの料金支払い状況、歌の単価、応用シーン、契約期間などの要素に基づいて上流著作権者にオファーし、高額の前払金などの方式を通じて競争相手のコストを変更させ、競争を排除、制限してはならない。④50 万円の罰金を科す。

事例 2：同方知網の市場支配的地位の濫用事件

2022 年 5 月 13 日、国家市場監督管理総局は、同方知網が市場支配的行為を濫用した疑いで立件調査した。本案の独占禁止審査の分析枠組みは、市場構造的要素を基本対象とし、関連市場の範囲、市場支配的地位、市場参入の障害を論理構造とし、当事者の知的財産権濫用の独占行為に対して以下のように判断した。

①関連市場の定義。同事件の関連市場は、「中国国内の中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場」である。当該サービス市場は、マルチ主体市場に属し、主に中国語学術定期刊行物の出版単位、高校、科学研究機構、公共図書館、個人ユーザーなどにサービスを提供する。その特徴は、マルチ主体ネットワーク効果があり、各ユーザーのサービスに対するニーズが密接に関連していることである。本件の関連市場を定義するには、各ユーザー間の関連影響を総合的に考慮し、主にユーザーの角度から需要代替分析を行い、同時に供給代替分析を行う必要がある。②市場支配的地位の判断。「反トラスト法」23 条、24 条の規定に基づき、当事者は、関連サービス市場で支配的な地位を有し、その分析フレームワークは以下のとおりである。(i) 当事者の市場シェアは、50%を超え、比較的強い市場力を有すること。(ii) 関連市場は高度に集中しており、当事者が長期的に強い競争優位を維持していること。(iii) 当事者は、強い市場制御能力を持っていること。(iv) 当事者は、比較的強い財力と先進的な技術条件を持っていること。(v) ユーザーが当事者に非常に依存していること。(vi) 関連市場への参入は難しいこと。(vii) 当事者は関連市場で顕著な優位性を持っていること。③市場支配的地位の濫用行為の分析。当事者は他の関連サービスプラットフォームの発展を阻害し、自身の市場地位を維持、強固、強化するため、以下のとおり、市場支配的地位を濫用した。(i) 取引行為を限定すること。正当な理由がなく、学術定期刊行物の出版機関、大学を自体のみと取引を行わせ、そして多種の賞罰手段を用いて行為の実施を保障する。(ii) 不当に高価を受け取ること。正当な理由なく、中国語学術文献ネットワークデータベースサービスを不公平な高価で販売し、高額な独占利益を得た。

反トラスト法執行機関は、以下のとおり行政処罰決定を下した。①独占行為を停止し、学術定期刊行物の出版単位、大学などが他の競争的プラットフォームと学術資源協力を展開することを制限してはならない。②不公平な高価を受け取る行為を実施してはならず、公平、合理的、無差別な価格で中国国内で中国語学術文献ネットワークデータベースサービスを提供しなければならない。③罰金 8760 万を科す。

第二に、独占禁止司法裁判事件である。2019 年から 2022 年にかけて、中国の裁判文書ネット上でデジタルプラットフォームに関連する独占禁止司法裁判文書 22 件が検索され、そのうち判決書 4 件、裁

定書 18 件（訴訟取下げ裁定 14 件、管轄裁定 4 件）が検索された。以下のとおりである。

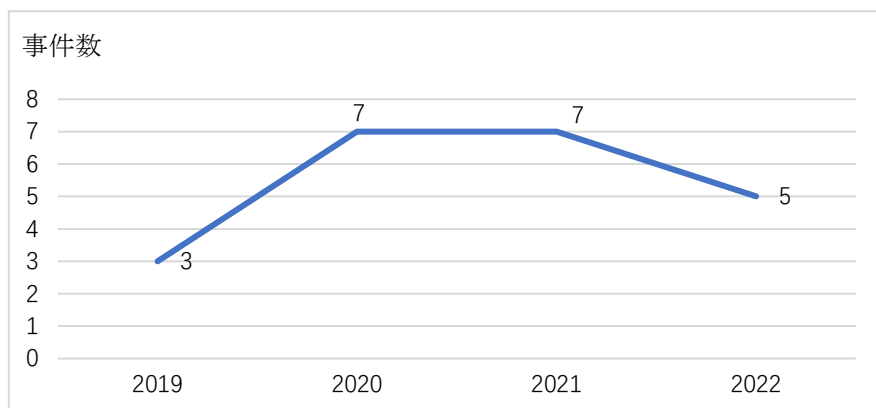


図3 デジタルプラットフォーム関連独占禁止司法事件年間件数折れ線グラフ

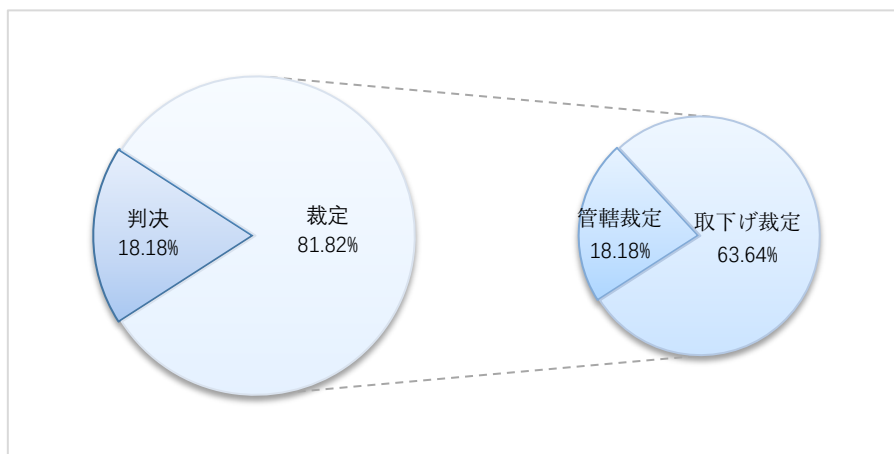


図4 デジタルプラットフォーム関連独占禁止司法事件種類円グラフ

22 件のデジタルプラットフォーム独占禁止司法事件のうち、4 件が知的財産に関わっており、2 件は裁定で、もう 2 件は実体判断に関する判決であった。後者について以下のおとり簡単に分析する。

事例3 広州華多網絡が網易を訴えた市場支配的地位の濫用及び不正競争紛争

網易社はネットゲーム「夢幻西遊 2」の著作権者で、華多社はこのゲームのある生放送プラットフォームの経営者である。本件は、網易社がユーザーによる華多社の生放送プラットフォームにおけるネットゲームの生中継を禁止するというものである。網易社の「夢幻西遊 2」ゲームの開封約定によれば、網易社の書面による同意がなければ、ユーザーは本製品のすべて又は一部の内容を公開して放送してはならないとされている。華多社は、網易社がプレイヤーに特定のプラットフォームでのみ係争ゲームの生中継を認め、ゲームソフトと生中継プラットフォームを抱き合わせて販売し、市場支配的地位を濫用した理由を理由に訴訟を提起した。広州知識産権法院は、一審で原告の訴訟上の請求を棄却し⁵⁰、広東省高級人民法院は一審判決を維持した⁵¹。

⁵⁰ 広州知識産権法院民事判決書（2015）粵知法著民初字第 25 号。

⁵¹ 広東省高級人民法院判決書（2018）粵民終第 552 号。

広東省高級人民法院の二審判決において、以下のとおり判断した。①網易社は、著作権者として、法に基づいて他人が許諾なくゲーム画面を生中継することを禁止する権利を有している。経営者が知的財産権を持つことは、その市場支配的地位を評価する1つの要素とすることができるが、経営者が知的財産権を持つだけで市場支配的地位を有すると推定することはできない。知的財産権に関する独占分析も、一般的に関連市場を定義する必要がある、関連イノベーションの市場、技術市場、イノベーション又は技術に関連する商品又はサービスの市場とその地域市場を結合して認定しなければならない。②ネットゲームは、メンタルの消費品として、当該内容とサービスは、プレイヤーの選択に影響を与える最も重要な要素であり、単一のゲームは、プレイヤーに強いロック効果を構成する可能性があるが、ロック効果は限られており、特定の関連市場を構成することは難しい。同時に、網易社の関連市場に占めるシェアは、反トラスト法に規定された割合にはるかに及ばない。そのため、本件の関連市場は、ネットゲームサービス市場であり、網易社はネットゲームサービス市場の範囲内で市場支配的地位を持たず、競争を排除・制限する市場能力を持たないため、独占を構成しない。

同事件は、初めてオンラインゲームプラットフォームがゲームメーカーの独占を訴えた事件で、知的財産権の法定独占と反トラスト法規制の市場独占の境界に関連している。同判決は、知的財産権を保護する上で産業競争規則を明確にした。

事例4：体娛（北京）文化メディア株式会社が中超リーグ有限責任会社などを訴えた市場支配的地位の濫用紛争⁵²

最高人民法院は、体娛社が中超社などを訴えた市場支配的地位の濫用紛争事件の二審判決において、中超リーグの画像の権利属性、本件の関連市場の定義、中超社などが市場支配的な地位を持っているかどうか、中超社などが市場支配的地位を濫用する行為を実施しているかどうか、体娛社が称した損失の認定などをめぐって審理を行い、以下のとおり判断した。①スポーツ大会の主催者がその試合を組織し、法律の規定に基づいて取得した試合資源に関する権利に基づいて提示した独占性と排他性は、権利自身の内在的な属性による。中国サッカー協会は、中超社にサッカー試合の商業権利を行使することを独占的に授権し、中超社は映脈社にその中の試合の写真経営権の一部を独占的に行使することを二度授権し、すべて中国サッカー協会と中超社の民事権利の行使の現れである。②当該権利に内在する排他的属性によって形成される「独占状態」自体は、反トラスト法の予防及び制止の対象ではない。中国サッカー協会のサッカー試合に対する商業権利の独占排他性は財産権の排他性に属し、試合を組織し、法に基づいて取得した独占権利である。排他的権利自体は、反トラスト法の予防と制止の対象ではないが、排他的権利の行使は、法律規制の独占行為になる可能性がある。③スポーツ大会の主催者が独占的に試合資源を経営する権利を行使した場合に公開入札を行い、その他の経営者はこれに基づいてその独占経営の授権を取得し、実質的に公平に競争した結果であり、原則上、その経営権の独占授権は市場支配的地位を濫用する行為に属すると認定するべきではない。経営権の独占付与は経営者が独立して民事権利を行使することの表れであり、経済効果の上でライセンスはライセンサーの代替にすぎず、一般的に反競争効果を生じることはないので、原則として反トラスト法で禁止されていない。中超リーグの画像ユーザー（需要側）は、映脈社に試合の画像を購入するしかないことは、元の経営権者である中国サッカー協会が法に基づいて享受した経営権に基づいて、授権によって形成された結果であり、法律の規定に合致

⁵² 最高人民法院民事判決書（2021）最高法知民終第1790号。

し、合理性があったため、取引制限の状況には正当な理由がある。

上述のデータと実例により、中国のデジタル経済分野における反トラスト法執行には、以下の特徴がある。①行政処罰は独占禁止の規制の主要な法執行形態である。過去4年間、司法手続きに入ったプラットフォーム分野の独占紛争事件は、概して「市場支配的地位の濫用」を理由とし、一審裁判所はいずれも北京、上海、広州の3つの知的財産権裁判所であり、多くは訴訟の取り下げや管轄裁定に関連し、実体判決は少ない。独占禁止事件の民事訴訟において、「市場支配的地位の濫用」は、相手側の権利の濫用を指し、権利侵害の抗弁事由となることが多いと考えられる。関連市場の構造的分析に関わるため、立証ができない場合が多く、独占禁止の主張の多くは成立しにくい⁵³。それに対し、デジタル経済分野の独占禁止事件に対しては、主に行政処罰措置をとり、すなわち反トラスト法執行機関が自発的に立件調査し、法に基づいて処理する。中国の反トラスト法の執行機関は、反トラスト法執行に専門的に従事し、相対的に独立した法的地位と組織形式を持つ行政機関である。長期にわたって、中国の独占禁止行政法執行機関は、「分立」体制をとり、商務部（経営者集中行為の審査）、国家発展・改革委員会（価格に関する独占協定、市場支配的地位の濫用、行政権力の濫用による競争を排除・制限する行為の審査）、元国家工商管理総局（価格に関連しない独占協定、市場支配的地位の濫用、行政権力の濫用による競争を排除・制限する行為の審査）の3部門から共同で構成されている。2018年、国務院機構改革案により、上記3部門の反トラスト法の執行機関は新たに設立された「国家市場監督管理総局」に統合された。2021年、国家市場監督管理総局に属する国家独占禁止局は、国務院が新たに設立した副部級国家局となり、中国の反トラスト法執行体制のための重大な改革と進歩である。国家独占禁止局は、独占禁止審査と監督管理を含む主要な役割を担うと考えられる。②「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」は、独占禁止審査の基本的な枠組みである。デジタル経済の分野では、プラットフォーム、アルゴリズム、データに基づく3つの要素融合の競争問題は、デジタル独占と権利濫用の問題に関連している。具体的には、ネットワークプラットフォームの規模効果、ネットワーク効果とアルゴリズムの技術的優位性、データの資源的優位性を結合することは、デジタル市場の競争を排除・制限する独占的な問題を発生する可能性がある。プラットフォームが所有するアルゴリズム、データ、ビジネス方法は、知的財産権の保護対象となる。係争中のデジタル独占行為を見ると、知的財産権を行使する形で示す権利の濫用は少なく、知的財産権の行使に関連する権利の濫用が多い。そのため、デジタル経済分野の独占禁止審査は、市場シェアの計算、市場支配力の評価、市場参入障壁の分析の過程で、通常「技術手段、プラットフォーム規則、データとアルゴリズムなど」を考量要素とし、同時に上述の要素が知的財産権を取得し、行使する状況も考慮すべきである。上述の分析の重要な意義は、デジタル技術の運営又はデジタル知的財産権の行使が独占行為を構成するかどうかにある。③経営者集中は、反トラスト法執行の重点対象である。過去4年間の独占禁止行政処罰事件は、市場支配地位の取引制限行為を濫用する「二者択一」、差別的待遇の行為を実行する「常連ユーザーを食い物にするビッグデータの利用法」などの事件の数は多くないが、処罰は重い。多くの事件は、法に基づいて申告していない経営者集中事件である。デジタルプラットフォームの反トラスト法執行は、「競争性」の保護に力を入れている。つまり、新たな事業者、イノベーターの進出を絶えず奨励し、既存の市場占有者と競争する。大手プラットフォームは、ベンチャー型のスモールプラットフォーム企業を合併して買収することで、潜在的な競争相手を排除することが

⁵³ 独占禁止民事事件全体では、「市場支配的地位の濫用」事件 90%以上を占めているが、勝訴率は低く、独占禁止私的主張の司法の現状を反映している。朱理「独占禁止の民事訴訟の10年：回顧と展望」[反壟断民事訴訟十年：回顧与展望] 知識産権報 2018年8月28日を参照。

多い。買収された会社や技術はプラットフォームで使用されたり、簡単に放棄されたりすることができ、学者は「キラー買収」と呼んでいる⁵⁴。買収されたベンチャー企業がプラットフォーム上で不振を示していることは、必ずしもプラットフォームの投資が失敗したことを意味するものではなく、プラットフォームを買収する目的自体が潜在的な競争者を排除することである可能性がある。統計資料によると、2010年～2020年に、テンセントとアリババがインターネット企業の買収合併取引の40%を主導し、20兆円を超えるプラットフォーム生態圏を構築した。大手プラットフォーム企業のベンチャースモールプラットフォーム企業に対する買収合併取引は、反トラスト法執行の重点であり、2019～2022年の間に反トラスト法の執行機関が調査・処分した経営者集中の違法事件のうち、テンセントが40.91%、アリババが24.55%を占めている⁵⁵。

現在と未来に立脚し、「プラットフォーム経済の運行+デジタル知的財産権行使」に対して、法に基づく保護と必要な規制を結合し、以下の理念、原則、措置及び方法の把握に力を入れる必要があると考える。

① 法執行の立場：「積極的でありながら包容且つ慎重」の原則

デジタル経済分野の反トラスト法執行は、現代化国家のガバナンスが直面する重大な問題であり、法理上、規範上、技術方法上に伝統的な経済監督管理とは異なる多くの挑戦が存在している。中国の反トラスト法の執行は、「プラットフォーム経済とデジタル知的財産権」の分野で長期にわたり「慎重で包容的」な態度をとり、必要と適切な慎重さを保ち、比較的ゆとりのある発展環境を提供することが期待される。これは、デジタル経済が台頭した当初は可能であった。現在のデジタルプラットフォームの健全な発展の需要に適応するためには、「積極的でありながら包容且つ慎重」な新たな独占禁止の監督管理の立場を構築し、「積極的、協同、慎重、法に基づく」監督管理を実行する必要がある⁵⁶。過去の一時期、「包容性」の監督管理は、新業態の発展のために緩和的な市場環境を作ること強調し、「慎重性」の監督管理は新業態が保持しなければならない法律の一線を規範化することを意味する。現在及び未来で採用されている「積極的でありながら包容且つ慎重」の原則は、独占禁止監督管理の原則に新たな意味を与えている。1つは、「必要でなければ介入しない」原則であり、デジタル経済は新たな経済形態であり、グローバル要素資源を再構築し、グローバル経済構造を再構築し、グローバル経済構造を再構築するカギとなる力となりつつあり、それに対して財産権保護を提供し、権能規制を行うことは、現代法治のためにあるべき意味である。デジタルプラットフォームは、「企業－市場」の二重属性を持ち、その経営活動はもともと私法分野であり、独占禁止監督管理の公権力が介入すれば、必要な条件を前提としなければならない。デジタル経済分野に反トラスト法を適用する前提について、デジタルプラットフォームがその市場力を濫用して競争を不合理的に排除・制限することが必要である。第二に、「必要があれば監督管理する」原則である。アルゴリズムとデータの優位性の下で、ネットワークプラットフォームはデジタル知的財産権からなる「合法的独占」から独占禁止規制の「権利濫用」に変わる可能性がある。これに対して、独占禁止の監督管理の介入は、積極的で効果的であるべきであり、すなわち、「必要性」の監

⁵⁴ 王偉「プラットフォーム抑制式の合併における反トラスト法の規制」[平台扼杀式并购的反垄断法规制] 中外法学 2022 年 1 期を参照。

⁵⁵ 陶娟「刈取人：テンセント・アリババの 20 万億生態圏」[收割者：腾讯阿里的 20 万亿生态圈] 新財富 2020 年 11 期 20 頁を参照。

⁵⁶ 戴龍ら「“プラットフォーム経済領域における独占禁止の問題に関する学術研究討論会” レポート」[〈平台经济领域反垄断问题学术研讨会〉综述] 競争政策研究 2021 年 2 期 100 頁を参照。

督管理の立場がありながら、「適切性」の法律執行の手段を採用し、包容・慎重と積極・効果の間でデジタル経済分野の科学的ガバナンスを実現しなければならない。これは、「プラットフォーム経済ガイド」が要求する「競争分析と法律論証を強化し、独占禁止の監督管理を絶えず強化し、改善し、反トラスト法執行の的確性と科学性を強化する」ことである⁵⁷。

② 監督管理のモデル：事後規制と事前規制の結合

反トラスト法のデジタル経済分野における基本的な目標は、デジタル市場の公平な競争秩序を維持し、デジタル独占と権利濫用を防止することである。反トラスト法執行の伝統に従って、プラットフォーム経済の監督管理モデルの多くは「事後規制」であり、つまり競争を排除・制限する独占行為が現れた後に処理するしかないものである。「事後規制」の監督管理モデルは、「行為主義」理論を基礎とし、すなわち、デジタル独占行為の発生を監督管理の権力の介入の事由とし、禁止性規範を根拠として、デジタル独占行為に対して事後懲戒を行うことである。筆者は、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の反トラスト法の執行について、概ね引き続き「事後規制」モデルを採用するが、独占行為の認定分析の枠組みは伝統的なやり方とは異なり、プラットフォームの相対的優位性⁵⁸、デジタル必要施設⁵⁹などを独占禁止審査の範囲に入れることができると考えている。事後懲戒と区別される事前の監督管理は、市場独占の予防を主旨とする。独占協定、市場支配的地位の濫用の禁止に比べて、経営者集中について事前規制を行うことがより望ましい。すなわち、デジタルプラットフォームは、企業買収や合併の行動を実施する前に、法に基づいて反トラスト法の執行機関に申告し、経営者集中の事前審査を自発的に受けるべきである。予防を導きとする事前規制は、デジタルプラットフォームに内部の独占禁止コンプライアンス制御制度の整備を促すのに役立つ。現在の問題は、EUの「デジタル市場法案」(2022、Digital Markets Act)を参考にして、コアプラットフォームサービス業者である「ゲートキーパー」の適格規則を確立し、ヘッドプラットフォーム企業の市場支配力の濫用行為の発生を抑制する必要がある⁶⁰。ある学者は、独占禁止を規制するモデルを、「事後規制」から「事前規制」に転換すべきとしているが、厳密には事後懲罰メカニズムと事前予防メカニズムの結合であるというべきである。

③ 管理方案：独占禁止の監督管理を中心とした総合規制

経営者のデジタル独占と権利濫用は、デジタル市場の競争秩序を損なうだけでなく、消費者の私権と他の経営者のデジタル市場への正当な権益をも侵害する。そのため、プラットフォーム経済環境の整

⁵⁷ 国务院独占禁止委員会「プラットフォーム経済分野に関する独占禁止ガイドライン」3条2項を参照。

⁵⁸ プラットフォームの相対的優位性とは、事業者がその技術的優位性、規則制定の優位性を利用してプラットフォーム経済分野で形成した市場力を指す。現行法では、相対的優位性と市場支配性はそれぞれ異なる法律規制を受けている。同時に、相対的優位性も市場支配的地位となり、独占禁止の審査の対象となる可能性がある。「反トラスト法の再構築を論じる：デジタル経済の挑戦へ対応」[论反垄断法重构：应对数字经济的挑战]中国法学2020年3期214頁を参照。

⁵⁹ 必須施設の原則において、必須施設の所有者は、公平、合理的、無差別的な取引条件で、関連市場の競争者のためにこの施設を開放することが求められる。同原則は、工業経済分野の競争規制として、最初は空港、港、鉄道などの伝統的なインフラに適用され、現在は知的財産権とデジタルプラットフォーム分野に拡大している。「プラットフォーム経済ガイドライン」14条は、デジタルプラットフォームが必須施設を構成するかどうかの認定要因を規定している。

⁶⁰ EUのデジタル市場法案は、反トラスト法の外に「ゲートキーパー」規則を設置している。すなわち、基準に合致するコアプラットフォームサービス業者にゲートキーパーが守らなければならない義務を設定している。「ブラックリスト」に規定されたネガティブ義務（多くは行為禁止の規範）と「グレーリスト」に規定されたネガティブ義務、ポジティブ義務、包容義務（多くは強制的行為の規範）を含む。林秀芹「デジタル経済における独占禁止のモデルチェンジを論じる」[论数字经济反垄断的范式转变]知識産権2022年7期16-18頁を参照。

備とデジタル知的財産権濫用の是正は、公法と私法を結ぶ総合規制案を採用しなければならない。2018年、「経済協力開発機構」(OECD)は、デジタル時代の「競争政策、消費者保護の政策を主導とし、プライバシー政策、反差別政策を補完する」総合ガバナンス案⁶¹を提案し、多くの国に受け入れられた。中国では、「プラットフォーム経済+デジタル知的財産権」の総合規制案に対して、全体的に競争政策の優先を維持し、反トラスト法の「経済憲法」の地位を尊重し、独占禁止の監督管理を中心とし、同時に他の法律部門と協力して補助と協力を行うべきである。具体的には、3つの法律が適用できる。第一に、プライバシー権、個人情報保護制度である。民法典及びその単行法に規定された人格権は、知的財産権という財産権よりも優先的な法価値を有する。経営者のデジタル行為とデジタル知的財産権の行使は、上述の民事権利を損害してはならない。これに基づいて、データ、アルゴリズムに関する独占行為に対し罰金責任を科す場合、ユーザーのプライバシーが侵害される程度を処罰幅の根拠とすべきであるとの声もある⁶²。第二に、アルゴリズム、データなどの知的財産権保護制度である。独占禁止の監督管理をしたうえの知的財産法は、財産権の境界を定め、権利を制限する重要な効用を有する。多くの場合、知的財産権の濫用は、他人の私益に対する損害を構成するが、必ずしも市場参入の妨害を形成するわけではないので、知的財産法の自身の規範に基づいて、権利の濫用を抑制し、独占行為の発生を予防することができる。第三に、電子商取引法、消費者権益保護法、データセキュリティ法などの関連制度である。私権(ユーザーの知る権利、選択権)の保護と国家安全監督管理(データ主権の安全、データ公共利益の保障)の異なる角度から、デジタルプラットフォーム経営者が市場力を濫用する不法行為を規制する。上記公法と私法が関与する総合規制は、関連法律が相互に協力し、関連部門が相互に協調する規制システムを構築することを目的としている。多種の法律ツールが同時に存在する場合、監督管理措置の「漸次性」、すなわち「私法介入—公法介入」、「内部規制—外部規制」の徐々に強度を高めて処理することを考慮しなければならない。

⁶¹ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, DAF/COMP(2018)13, 20 November 2018, para.61-107.

⁶² 孫晋、万召宗「使用支配的地位を濫用してプライバシーを侵害する行為の反トラスト法の規制」[濫用市場支配地位侵犯隱私行为的反壟斷法規制] 財經法学 2021 年 5 期 13 頁を参照。

II. 独占禁止規定を適用して知的財産権の行使を制限する実践的ロジック

北京大学 粤港澳大湾区知識産権発展研究院 張 平 教授

はじめに

近年、知的財産分野の独占禁止問題は、各国から広く注目されている。中国は、立て続けに下記の政策文書を公布して規制を行っている。主なものとしては、2019年1月に中国国務院独占禁止委員会が公布した「知識産権分野に関する独占禁止指南」、2023年6月に中国国家市場監督管理総局が公布した「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」（以下、「知識産権濫用の禁止規定」と略す。）と「標準必須専利分野の独占禁止に関する指南（意見募集稿）」（以下、「標準必須専利独占禁止指南」と略す）がある。日本でも知的財産権の独占禁止に関する制度が発表され、例えば日本公証取引委員会が策定した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」である。しかし、実務における知的財産権への独占禁止問題の処理はますます複雑になり、知的財産権の行使の性質に対する認定にはしばしば論争があり、知的財産権が日増しに顕にしているクロスする性質もルール適用を一層困難にし、非標準必須専利や標準必須専利などの範囲の交差により、独占の認定とオープンソース活動の「クローズドソースーオープンソースーハイブリッド」の複雑な傾向の下で、独占に係る問題は実務の複雑な一面を示している。本文章は、中国と日本の知的財産権の独占禁止に関する法律、法規と判例を分析し、両国企業に一定の法的リスクの回避につながる指針を提案し、知的財産の独占禁止に係る新たな問題を引き出す。

1. 知的財産権の行使と独占のルール境界

（1）知的財産権の行使が独占禁止の規制領域に入る場合の適用

日本の「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（以下、「独占禁止法」と略す。）21条は、知的財産権の行使に対する独占禁止規定の不適用を規定しており、「この法律の規定は、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。」と定められている。しかし、知的財産権の行使が独占禁止の領域に当たるかどうか、及び適用基準については説明されていない。日本公証取引委員会が公布した「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、「日本の独占禁止指針」と略す。）では一定程度補足され¹、当該指針が技術の利用に係る実質的な制限行為に適用されることを明らかにした²。ここで、技術とは、特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作権法及び意匠法によって保護される技術、並びにノウハウとして保護される技術を指す³。この規定によると、技術関連の知的財産の利用は、独占禁止領域に入る可

¹ 日本の公正取引委員会は、平成19年9月28日に当該指針を公布し、平成22年1月1日に第1回改正を行い、平成28年1月21日に第2回改正を行った。日本の公正取引委員会の公式サイトを参照：知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針、<https://www.jftc.go.jp/dk/guideline/unyouki-jun/chitekizaisan.html> [最終アクセス日：2023年9月12日]

² 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針の第1の2の(2)。注意する必要があるのは、本指針が行為の態様や形式にかかわらず、実質的に技術の利用に係る行為を規制することを明らかにしたことである。

³ 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針の第1の2の(1)。注意する必要があるのは、技術の利用とは、法的には

能性が高く、非技術関連の知的財産の使用が独占禁止法によって規制されているかどうかは必ずしも明確ではない。

中国では、2022年に「中華人民共和国反壟断法」（以下、「中国の反トラスト法」と略す。）を改正し、同法の第八章「附則」の部分において知的財産の独占禁止分野での適用について規定し、「事業者が知的財産権に関する法律又は行政法規の規定により知的財産権を行使する行為には、本法を適用しない。但し、事業者が知的財産権を濫用して競争を排除又は制限する行為には、本法を適用する。」と定めている。日本に比べて、中国の反トラスト法に「但書」が追加され、知的財産の濫用行為が反トラスト法によって規制されていることが明らかになった。知的財産に関する独占禁止問題をさらに明確にするため、2019年に中国の国務院独占禁止委員会は、「知識産権分野に関する独占禁止指南」（以下、「中国の独占禁止指南」と略す。）を公布した。中国の独占禁止指南は、その適用範囲を明確に説明していないが、具体的な内容から見ると、技術製品の研究開発、パテントプール、標準必須専利など、技術関連の知的財産に関する独占の問題だけでなく、著作権の集中管理団体という主体が関与する可能性がある著作権による独占行為にも注目している⁴。日本の独占禁止指針の適用範囲にも「著作権」が掲載されているが、それは明確に「著作権法で保護されているコンピュータプログラム」を指すもので、当該指針の規制に入るのはソフトウェアの著作権の使用行為だけである。比較してみた場合、日本の独占禁止指針が採用している規制が極めて特定されており、技術関連の知的財産という客体的な観点からのみ線引きしている。これに対して、中国の独占禁止指南は、知的財産と技術の関連性には特に注目しておらず、その適用範囲は、技術関連の知的財産という客体的な観点からだけでなく、著作権の集中管理団体のような主體的な観点からも判断している。

（2）反トラスト法による知的財産権の行使に対する分析枠組み

中国の独占禁止指南と日本の独占禁止指針は、知的財産が独占禁止の問題に関与することを規定する詳細な制度文書であるため、この2つの指針を重点的に分析する。体系構造からみると、両国とも制度体系構造において全体規定と個別規定の構造をとっている。すなわち、知的財産の独占禁止規制の一般的な分析構想を説明してから、具体的な状況、行為と結び付けて説明する。中国と日本の知的財産の独占禁止の一般的な分析構想を比較すると、両国が採用している分析経路には一定の類似性があり、いずれも行為の特徴の分析に着目しており、その上で具体的、個別的、実質的な判断構想を採用している。すなわち、具体的な行為の特徴、表現の形態、目的、状況などの個別案件の証拠に基づいて、ある行為が実質的に権利の不正行使を構成しているかどうかを判断している⁵。

当該技術に係る知的財産の利用にほかならないから、本指針において「技術の利用」と「知的財産の利用」とは同義のものとして用いられているということである。

⁴ 知識産権分野に関する独占禁止指南 28 条 著作権の集中管理：「著作権の集中管理は、一般的に、個人の著作権の行使や、個人による権利維持のコストの低減、ユーザーが使用許諾を受けるコストの低減につながり、著作物の普及及び著作権保護の促進に有益である。しかし、著作権の集中管理団体が活動を展開する過程において、知的財産権を濫用し、競争を排除又は制限するおそれがある。具体的に分析する際に、行為の特徴及び表現形式に基づき、独占行為を構成するおそれがあるか否かを認定し、且つ関連要素を分析することができる。」

⁵ 知識産権分野に関する独占禁止指南 3 条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除又は制限する行為は、知的財産権を行使する行為である可能性があり、また知的財産権の行使と関連する行為である可能性もある。通常、事業者の行為の特徴及び表現形式に基づき、構成するおそれがある独占行為を分析する。」。日本の知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第 2 の 1、「これら権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘

指南の個別規定の部分で、中日の指南の規制の切り口に違いがある。中国の独占禁止指南は、知的財産権に関する独占禁止行為に注目し、知的財産独占の合意、市場支配的地位の濫用、事業者の集中の3種類に重点を置き、「その他の状況」ではパテントプール、標準必須専利に関わる特別な問題、及び著作権の集中管理について規定している。一方、日本の独占禁止指針は、日本の独占禁止法の構造を継承する。独占禁止法は、構造と行為の両方を規制するが、そのうちの独占状態と企業の連合が日本の構造規制の2つの柱であり、不当な取引規制、私的独占と不公正な取引方法が行為規制の3つの柱である⁶。日本の独占禁止指針もこれら3つの行動規制の柱を中心に編纂されており、第3章では私的独占及び不当な取引制限の分析枠組みを規定し、第4章では不公正な取引制限に基づく分析枠組みを規定している。しかし、日本の独占禁止指針によると、知的財産権の使用行為に対して独占禁止の側面を分析する際に、実際には様々な分析枠組みを同時に運用することが求められ、「技術の利用に係る制限行為については、私的独占又は不当な取引の制限という観点から検討するほか、不公正な取引方法の観点から検討することを要する」⁷。以上のことから分かるように、日本の独占禁止指針は実質的に2つの行為規制の分析方法を同時に運用することを要求しており、一つの分析ロジックに合致すれば独占禁止法規制を適用する可能性がある。

中日の指南は、枠組みの形式上に明らかな違いがあるが、実質的な内容に大きな違いはない。中国の独占禁止指南の多くの具体的な規制状況が、日本の独占禁止指針において対応する行動規制の内容が確認できる。例えば、中国の独占禁止指南8条に規定されている「クロスライセンス」は、日本の独占禁止指針第3の2(3)に対応する内容が記載されている。しかし、両国の指南に確かにいくつかの異なった内容もあり、例えば中国の独占禁止指南が規定する「知識産権に係る事業者の集中」という状況が日本の独占禁止指針には記載されていない。

(3) 知的財産権の行使の独占傾向の判断

知的財産権の行使が競争の排除、制限する行為を構成するかどうかは、独占禁止分析の重要なポイントであり、中国の独占禁止指南は独占傾向を判断する上で考慮すべき要素をいくつか挙げている⁸。ま

案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、「権利の行使と認められる行為」とは評価できず、独占禁止法が適用される。」

⁶ 王玉輝『日本の独占禁止法の歴史沿革と制度変遷（1947-2019）』224頁（上海三联书店、2021年版）。

⁷ 日本の知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針第4の1(1)。このほか、第4の2(4)に列举された判例において、日本の独占禁止指針には「当該行為は、当該製品の市場における競争を実質的に制限するまでには至らず私的独占に該当しない場合であっても公正な競争の阻害性を有するときには、不公正な取引方法に該当する」と記載している。

⁸ 中国の知識産権分野における独占禁止指南2条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限しているか否かを分析するにあたっては、次に掲げる基本原則に準拠する。(一) その他の財産的権利と同一の規制基準を採用し、反トラスト法の関連規定に準拠する。(二) 知的財産権の特徴を考慮する。(三) 事業者が知的財産権を有することを理由に、関連市場においてそれが市場支配的地位を有すると推定しない。(四) 個別事件の状況に基づき、関連行為による効率及びイノベーションに対する積極的影響を考慮する。」。中国の知識財産権指南3条、「事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限したか否かを分析するにあたって、通常、次に掲げる考え方に従う。(一) 行為の特徴及び表現形式についての分析 事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除・制限する行為は、知的財産権を行使する行為である可能性があり、また知的財産権の行使と関連する行為である可能性もある。通常、事業者の行為の特徴及び表現形式に基づき、構成するおそれがある独占行為を分析する。(二) 関連市場の画定 関連市場の画定にあたっては、通常、関連市場画定の基本的根拠及び一般方法に従い、知的財産権の特殊性を同時に考慮する。(三) 行為が市場の競争に与える排除・制限の影響 行為が市場の競争に与える排除や制限の影響を分析するにあたっては、通常、市場の競争状況を結び付け、具体的な行為について分析する必要がある。(四) 行為によるイノベーション及び効率への積極的な影響の分析 事業者の行為がイノベ

た、2023年6月25日、中国国家市場監督管理総局は「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定を公布し、知的財産権の行使行為が市場競争に排除、制限の影響を及ぼすことを分析する際の考慮要素もいくつか挙げた⁹。分析手順や考え方からみた場合、「知識産権の濫用の禁止規定」と「中国の独占禁止指南」を比較して、「知識産権の濫用の禁止規定」は、「事業者間の相互関係の性質」と「知的財産権を行使する事業者の市場での地位の認定」という2つの要素についての注目度を高めている。知的財産権の行為が関連市場の競争に及ぼす影響を分析する際の考慮要素や範囲において、後に公布された知識産権の濫用の禁止規定は、中国の独占禁止指南の一部の考慮要素を選び出し、明確に挙げられた要素が中国の独占禁止指南よりは少ないが、「知的財産権を行使する行為が関連市場の競争に及ぼす影響を認定する際に関係するその他の要素」という規定は、知識産権の濫用の禁止規定をよりオープンなものにしている。この条項からみれば、知識産権の濫用の禁止規定は、実際の適用において中国の独占禁止指南に規定されている考慮要素より柔軟な対応が可能である。日本の独占禁止指針は、第2の3においても、知的財産権の行使が競争を弱めるかどうかを判断する上で考慮すべき要素をいくつか挙げている¹⁰。考慮要因の範囲において、中日両国には共通性がある。例えば、「当事者の市場での地位」を考慮範囲に入れていることがその一つである。しかし、日本は「制限を課すことについての合理的な理由の有無」などの独特な要素を挙げている。

注意しなければならないのは、「要素」と「要素が占める重み」は別の問題であるということである。中国の場合、中国の独占禁止指南も知識産権の濫用の禁止規定も、それぞれの考慮要素の重みづけについては説明されていない。中国とは異なり、要素の重みの面で、日本は競争に重大な影響を及ぼすと考えられる2つの要素を明らかにした。すなわち、一つは事業者間の競争関係の有無、もう一つは係争技術が影響力のある技術かどうかである¹¹。これは、日本が知的財産権の行使の独占傾向を判断する諸要素について、重大な影響を及ぼす要素とその他の要素のランク分けを行っていることを意味する。しかし、日本の独占禁止指針に挙げられているその他の要素の間の重要度や関係性について説明されていない。そのため、実際には、中国と日本の知的財産権に関する独占禁止の規則には多くの考慮要素が挙げられているが、その重要度や関係性が明確にされていないため、予測可能性に欠け、案件別に検討する必要がある。また、諸要素の重要度や関係性は、要素がカバーする範囲を狭めることさえある。すなわち、個別事案における一部の要素の重要度がゼロに近い場合、実際には一部の考慮要素が取り除かれ、

ーション及び効率に対して与え得る積極的な影響には、技術の普及や利用を促進し、資源の利用の効率を向上させること等が含まれる。上記の積極的な影響について分析するにあたっては、それが本指南6条に定める条件を満たしているか否かを考慮することができる。」。

⁹ 中国の「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」の22条、「事業者が知的財産権を濫用して競争を排除、制限する行為を行っているか否かを分析・認定する場合に、以下の手順を採ることができる：(1)事業者が知的財産権を行使する行為の性質と表現形式を確定する、(2)知的財産権を行使する事業者間の相互関係の性質を確定する、(3)知的財産権の行使に関わる関連市場を定義する、(4)知的財産権を行使する事業者の市場での地位付けを認定する、(5)事業者が知的財産権を行使する行為により関連市場の競争に及ぼす影響を分析する。」。23条、「事業者が知的財産権を行使する行為により関連市場の競争に及ぼす影響を分析・認定する場合、以下の要素を考慮しなければならない：(1)事業者と取引相手方の市場での地位付け、(2)関連市場の市場集中度、(3)関連市場への参入のハードル、(4)産業慣行と産業の発展段階、(5)生産量、地域、消費者などの側面において、制限を行う時間と効力の範囲、(6)イノベーションの促進と技術の普及に与える影響、(7)事業者のイノベーション能力と技術変化のスピード、(8)知的財産権を行使する行為が関連市場の競争に及ぼす影響の認定に関連するその他の要素」。

¹⁰ 日本「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第2の3に列举した要素には、制限の内容及び態様、当該技術の用途や有力性、当事者間の競争関係の有無、当事者の占める市場地位、対象市場全体の状況（当事者の競争者の数、市場集中度、取引される製品の特性、差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）、制限を課すことについての合理的理由の有無、研究開発意欲、ライセンス意欲を含む。

¹¹ 日本「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第2の「4 競争に及ぼす影響が大きい場合の例」。

当該要素によりカバーされる範囲を狭める結果となる。そのため、両国が直面する核心的な問題は、要素の重要度や関係性を考慮する問題、すなわち裁判基準と裁判基準の統一性の問題である。

2. 独占禁止法を適用して知的財産権の行使を規制する実務的ロジック

前節では、知的財産権に関する独占禁止制度における中日両国の異同について整理したが、比較的马クロのかつ抽象的であるため、前節で考慮した諸要素の現実における運用が問われている。本節では、上記制度の実務的な運用を分析する。分析に当たり、知的財産権が独占禁止の問題に関わる難点が行為の性質判断に集中していることが多いことを考慮し、ライセンスという典型的で且つ一般的に知的財産権の正当な使用行為に係る紛争事例を選び、正当な権利行使の行為と権利濫用の行為の間の境界をさらに探求する。専利のライセンス拒絶に関する一部の事例は、下表を参照とする。

争いの目的	事件名	事件の主な法律問題と意義	事件番号	管轄国別
標準必須専利	フィリップス「オレンジブック標準」事件	標準必須専利権者が差止救済を取得する条件を初めて確立	Federal Court' s judgment of May 6, 2009, case KZR 39/06	ドイツ
	Huawei 対 ZTE ドイツ事件	標準必須専利の所持者が過去の使用行為に対して損害賠償を請求することは、支配的地位の濫用にはならない	Huawei Technologies (Huawei), Case C-170/13, 16 July 2015	ドイツ
	Unwired Planet 対 Huawei 事件	管轄裁判所は、確かに標準必須専利の侵害を防止するため差止命令を出し、世界の「FRAND」ライセンス料率と条項許可書を確定する権利を有する	Unwired Planet v Huawei Technologies, High Court (Patents Court), Birss J, 24 April 2015	イギリス
	アイルランド放送局と独立テレビ出版会社対欧州連合委員会	市場支配的地位を濫用する状況の基準を確立、市場支配的地位の存在と濫用行為の存在を含む。	Magill, ECLI:EU:C:1995:98	欧州連合
	IMS Health GmbH & Co. OHG 対 NDC Health GmbH 事件	「不可欠施設理論」の標準技術環境での運用。ある知的製品の市場に依存する新規企業への知的財産権のライセンスを拒否する行為が市場支配的地位の濫用を構成する 3 つの条件を確認	IMS Health, ECLI: EU: C: 2004: 257	欧州連合
	マイクロソフト対欧	競合他社に Windows OS とネッ	Microsoft v	欧州連合

	州連合委員会	トワークサーバ間の互換情報の提供を拒否する行為は、競争を排除、制限する行為である	Commission, T-201/04, ECR, ECLI: EU: T: 2007: 289.	
	アメリカ連邦委員会 対クアルコム社の事件	米国法における「無許諾-無チップ」政策の正当性を確立	Federal Trade Commission v. Qualcomm Incorporated, 969 F.3d 974 (9th Cir. 2020).	アメリカ
	Huawei 対交互数字社の独占禁止事件	関連市場、関連市場における支配的地位及び市場支配的地位の濫用行為の定義、通信の標準必須專利に関する独占禁止事件の合理的な賠償額の確定	広東省深セン市中級人民法院 (2011) 深中法知民初字第 858 号民事判決書; 広東省高級人民法院 (2013) 粵高法民三終字第 306 号民事判決書。	中国
	四環製薬社対齊魯製薬社の発明專利権侵害紛争事件	国家基準で係争製品が係争專利の保護範囲に入っていると認定	内モンゴル自治区高級人民法院 (2017) 内民終 125 号民事判決; (2017) 最高法民申 4107 号	中国
非標準的な必須專利	日立金属事件	寧波市中級人民法院が、非標準必須專利が「不可欠施設」を構成することについて司法の観点から初めて論述	浙江省寧波市中級人民法院 (2014) 浙甬知初字第 579 号民事判決書	中国
	「Spundfass 標準」事件	競争法と專利法の專利強制許諾の問題における関係性を明確にし、知的財産権の取引（許諾）の拒絶を判断する方法を提案	Decision Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) vom July 13, 2004 - Case No. KZR 40/02.	ドイツ

その中で、「日立金属事件」は、中国初の「非標準必須專利」に関するライセンス拒絶の独占事件と呼ばれている。本件の特別な点は、一方で、係争專利が標準必須專利とは主張していないが、事実上避けられず、事実上の標準の疑いがあることである。また、この事件で中国法院は、初めて「不可欠施設理論」を用いて知的財産権を行使する行為の独占問題について判断し、「必需專利」と判断した。したがって、本件をめぐる議論は「非標準必須專利」、「必需專利」、「標準必須專利」などのキーワードに関連しており、重要な研究意義を持っている。

(1) 「日立金属事件」の背後にある論争と処理ロジック

日立金属事件は、知的財産権のライセンス、専利、基準などの要素に関わる複雑なケースである。2014年、寧波科田磁業有限公司と他の三社の寧波磁性材料メーカー（以下、「原告」と略す。）は、日立金属株式会社（以下、「日立金属」と略す。）を提訴し、日立金属が関連市場で市場支配的地位を有し、日立金属が特許のライセンスを拒絶することは市場の支配的地位の濫用に当たり、競争を排除、制限していると訴えた¹²。日立金属は、ネオジム焼結磁石分野で、「公認されたグローバルリーダー」であり、主要な司法管轄区域で600件以上の関連特許を持っている。訴訟までに、日立金属は中国の他の8社の磁性材料会社に特許ライセンスを行っていた。原告は、日立金属とのライセンス交渉を求めたが、拒否され、最終的に訴訟を提起した¹³。

(i) 関連市場の判断

裁判所は、まず関連市場を判断するという手順の性質を明らかにし、関連市場を判断することは目的でもなく必須の手順でもなく、本件では関連市場の分析に必要性があるにすぎないとした¹⁴。日本の独占禁止指針の関連市場の画定における要求も、「原則として、当該制限行為が影響を及ぼす取引を想定し、当該制限行為により取引が行われる市場における競争が減殺されるか否かを検討する。」と判示した。したがって、両国にとって、関連市場の画定は必須の手順ではない。具体的な関連市場の認定において、裁判所は専利の件数が多く、日立金属の従来の専利ライセンスが「専利のポートフォリオ」の形式であることを考慮して、関連市場を判断する際に「専利のポートフォリオ」の観点から考察し、双方の立証状況に基づいて、原告の専門家補助者が提出した専利リストと技術意見を採用して関連市場を認定した¹⁵。その中で、原告の専門家補助者は、日立金属が次のような一部の専利を持っていると主張している。すなわち、「請求項の方案を完全に回避すると、単一の専利がネオジム焼結磁石の生産コストの急激な上昇を招き、事実上その事業者がネオジム焼結磁石の生産分野から退けることになる。」という考え方は、実際には「不可欠施設」を用いて一部の係争専利を「必需専利」と認定している。

¹² 「寧波科田磁業有限公司対日立金属株式会社の市場支配的地位の濫用紛争事件」、浙江省寧波市中級人民法院（2014）浙甬知初字第579号民事判決書。

¹³ 寧波中院は2021年に日立金属が特許のライセンスを拒否した行為は取引を拒否する独占民事侵害行為に属するとの判決を下した。この事件は中国最高人民法院に上訴され、現在二審の判決はまだ出していない。

¹⁴ 浙江省寧波市中級人民法院（2014）浙甬知初字第579号民事判決書：「関連市場を定めることは目的ではなく、濫用行為が成立するかどうかを判断し、競争秩序の損害の程度を測る方法にすぎない。関連市場の定めも独占事件の審査の必須手順ではない」。

¹⁵ 係争必需専利の範囲について、原告の専門家補助者馬達が出廷して証言した。「日立金属の専利ポートフォリオには、ネオジム焼結磁石の製造に不可欠な専利が含まれている。一部の専利については、請求項の方案を完全に回避すると、単一の専利がネオジム焼結磁石の生産コストの急激な上昇を招き、事実上当該事業者がネオジム焼結磁石の生産分野から撤退することになる。これを第一類専利に分類する。もう一部の専利については、請求項の方案を回避するとコストの上昇を招く。日立金属の専利ライセンス政策は、単独専利のライセンスを認めないため、各専利によるコスト上昇は相乗効果があり、専利のポートフォリオによるコスト上昇は事業者がネオジム焼結磁石市場から撤退することになるため、このような専利を第二種専利と呼ぶ。第三類の専利は、ネオジム焼結磁石の必然的な生産過程に関与していない。日立金属の第一類と第二類の専利は、本件日立金属の必須専利ポートフォリオを構成している。」これに基づき、裁判所は係争関連市場の商品範囲（商品市場）を「被告日立金属が保有するネオジム焼結磁石必需専利の特許ライセンス関連市場、関連商品は前述の被告が持っているネオジム焼結磁石市場への参入に必要な専利のライセンスであり、この関連商品市場は主に第一類、第二類の専利を含む専利ポートフォリオライセンスの形で存在する。関連川下市場は、ネオジム焼結磁石商品市場である」と判断した。

(ii) 市場支配的地位の認定

関連市場を画定した後、裁判所は市場支配的地位を判断する手順に入る。市場支配的地位の分析の必要性について、中国の反トラスト法 17 条は、行為主体が関連市場において支配的地位を持つことを明確に要求する。対照的に、日本は市場支配的地位を要求しない¹⁶。裁判所は、四つの面から日立金属が関連市場の支配的地位を有していると認定し¹⁷、「必需専利」と「市場支配的地位」を結びつける観点を提起した。「所有する知的財産権がネオジム焼結磁石に必需専利を構成しているため、取引相手が代替関係にある技術や商品などを選択する可能性は皆無に近く、転換コストが極めて高いため、市場支配的地位を認定する要素の一つとなる」。この論理は、日本の独占禁止指針が事実上の技術市場の標準となっている技術を有力性のある技術と見なし、競争に大きな影響を及ぼす状況であると認めることは、実際には同じ効果があると考えられる¹⁸。すなわち、必需専利/事実標準であり、他の主体が技術を実施する上で避けられないため、市場支配的地位を有する/制限行為が競争に大きな影響を及ぼす傾向がある。

(iii) 市場支配的地位の濫用の認定。

日立金属が関連市場で市場支配的地位を有すると認定した後、裁判所は日立金属が市場支配的地位を濫用しているかどうかを判断する手順に入った。取引拒否の行為についていえば、判決当時に有効であった「知識産権の濫用の禁止規定」7 条の規定によると、「市場支配的地位を有する事業者には正当な理由がなく、その知的財産権が生産経営活動に不可欠施設を構成する場合には、その他の事業者に合理的な条件での当該知的財産権の使用許諾を拒絶し、競争を排除、制限してはならない」¹⁹と規定されていた。当該規定に「不可欠施設」が採用されているため、本件裁判所は「不可欠施設」の枠組みでしか裁決できなかったと考えられる。注意しなければならないのは、2023 年に新たに公布された「知識産権の濫用の禁止規定」によると、「不可欠施設」の用語が削除されたため、「合理的に代替できず」「競争に必需」という特定の概念用語にとらわれず、より本質的な意味に触れる表現が選ばれた。したがって、本件裁判所が「不可欠施設」に制限されているのとは異なり、将来の裁判所は判決で特定の用語の制限を受けることが少なくなるであろう。本件裁判所は、不可欠施設を構成するには 5 つの条件が必要であることを明確にし、日立金属の係争専利がこれらの条件を満たしていると判断した上で、日立金属がライセンスを拒否した行為は競争の排除、制限に該当すると判断し、「標準必須専利」の FRAND ライセンス原則（公平、合理、非差別的）を参考にし、日立金属が原告に公平、合理、非差別的原則に合致する係争専利ライセンス契約条件を提示するように判決した。裁判所の当該判決の論理からみると、専利権者が明確に主張している標準必須専利であれ、様々な証拠によって認定された事実基準であれ、問題の鍵は

¹⁶ 「日本の独占禁止指針」において、ライセンスの拒否は、「私的独占」に係る場合もあれば、「不公平な取引方法」に係る場合もある。「私的独占」であろうと「不公平な取引方法」であろうと、日本は行動要件と効果要件により注目し、市場支配的地位については要求していない。さらに、日本が求める「私的独占」は、まさに「市場支配的地位の獲得、維持、強化」であると認めている。すなわち、市場支配的地位は後置の結果であり、前置の条件ではない。

¹⁷ それぞれは、日立金属が川上関連市場で価格やその他の取引条件をコントロールする能力を持っていること、日立金属が他者の川上関連市場への参入を排除する能力を持っていること、日立金属がライセンス契約者以外の業者に対して著しいコントロール能力を持っていること、日立金属が専利ライセンスによる合意関係で川下市場に強く影響することである。

¹⁸ 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第 2 の 4。

¹⁹ この条項は、2015 年 4 月 7 日に中国国家工商行政管理総局令第 74 号で公布された「知識産権の濫用の禁止規定」であり、現在廃止されている。2023 年 6 月 25 日、国家市場監督管理総局令第 79 号は現在有効な「知識産権の濫用の禁止規定」を公布した。

専利に包まれた外見と重ねられた用語ではなく、その公平な競争を制限、阻害する本質にある。本質に注目すると、必需専利、事後的な標準と標準必須専利という三つの用語は言葉は違うが、内包は実際によく似ており、いずれも技術を実施するために避けられず、複製不可能で、使用せざるをえない専利を指していることがわかる。内包は、実質的に類似しているという観点から、日立金属事件において裁判所が「標準必須専利」の規則を参考にして必需専利を規制することにも一定の合理性がある。

(2) パテントプールの独占禁止問題

日立金属事件において、裁判所は「専利ポートフォリオ」の観点から日立金属のすべての専利を評価している。現在、実務において「専利ポートフォリオ」と類似したような形態は「パテントプール」であり、「パテント共同経営」とも呼ばれている。すなわち、「2以上の事業者がそれぞれのパテントを共同で共同経営メンバー又は第三者に許諾する」²⁰というパテントプールに関する独占禁止問題について、日本の独占禁止指針では、パテントプールは事業活動に必要な技術の効率的な利用に資するものであり、それ自体が直ちに不当な取引制限に該当するものではないと指摘している²¹。しかし、日本の独占禁止指針も、パテントプールが新規参入者や特定の既存事業者に対するライセンスを合理的な理由なく拒絶する行為は、共同して新規参入を阻害する行為、又は共同して既存事業者の事業活動を困難にする行為であり、当該製品の取引分野における競争を実質的に制限する場合には、不当な取引制限に該当するとしている²²。対照的に、中国の独占禁止指南と知識産権の濫用の禁止規定では、パテントプール自体のライセンス拒否の問題は明らかにされておらず、パテントプールは、パテントプールの構成員が単独で対外的ライセンスの制限への規制に焦点が当てられている²³。現在の実務において、パテントプールがしばしば争われているのは、標準必須専利のパテントプールの問題であり、「異なる標準必須特許権者の間ではパテントプールを利用して独占合意を締結し、競争を排除、制限する可能性がある」²⁴としている。したがって、日立金属のような「事後的な標準」の専利権者であっても、標準必須専利のパテントプールの独占禁止問題に注目すべきである。

(3) 標準必須専利の独占禁止の問題

²⁰ 中国の「国务院独占禁止委員会による知識産権分野に関する独占禁止指南」26条。

²¹ 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第3の2(1)。

²² 日本の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」第3の2(1)。

²³ 中国の「知識産権分野に関する独占禁止指南」26条2項：「パテントプールは、一般的に取引コストを引き下げ、許諾の効率を向上させることができ、競争を促進する効果がある。しかし、パテントプールは、競争を排除・制限するおそれもあり、具体的に分析する際に、次に掲げる要素を考慮することができる。(一) 事業者の関連市場における市場シェア及びその市場に対する支配力、(二) プールの中の専利が代替関係を有する技術に係るか否か、(三) プール構成員が単独で対外的に専利ライセンスを行うこと、又は技術を研究開発することを制限しているか否か、(四) 事業者がプールを通じて商品価格、生産量等の情報を交換しているか否か、(五) 事業者がプールを通じてクロスライセンスを行い、独占的なフィードバックや排他的フィードバックを行い、不競争義務条項を締結し、及びその他の制限を実施したか否か等、(六) 事業者がプールを通じて不公平な高価格での専利許諾、抱合せ販売、不合理な取引条件の付加、又は差別的な待遇等を実行したか否か。」。

²⁴ 「標準必須特許分野に関する独占禁止指南（意見募集稿）」9条：「通常、パテントプールはライセンスなどの取引コストを低減し、ライセンス効率と標準実施の安定性を高めることができ、競争を促進する効果がある。しかし、異なる標準必須特許権者の間ではパテントプールを利用して独占の合意をし、競争を排除、制限する可能性があり、具体的に分析する際には、以下の状況を考慮することができる。(一) パテントプールを利用して価格、生産量、市場区分などの競争に関する敏感な情報を交換しているかどうか、(二) 標準必須専利の許可料率を固定又は変更しているかどうか。」。

日立金属事件の裁判所の判決から分かるように、非標準必須専利と標準必須専利との境界は、事実上の効果に基づいて認定され、表面を除いて実質をみれば、標準必須専利と主張するかどうかにかかわらず、事業者は標準必須専利に関わる独占禁止の状況に注目し、独占禁止の法規制の要件を満たすか否かを判断する必要がある。現在、中国の独占禁止指南、知識産権の濫用の禁止規定及び標準必須特許に関する独占禁止指南は、いずれも標準必須専利の独占禁止の問題について規定しており、下表のとおりである。

法規名	関連条項	注目の焦点
中国の独占禁止指南	27 条 ²⁵	不公平な高値、 不合理なライセンス条件。
知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定	18 条 ²⁶ 19 条 ²⁷	独占合意、 標準制定過程の独占、 不公平な高値、 抱合せ販売等の不合理な取引条件、 救済措置の濫用
標準必須特許に関する独占禁止指南	第 2 章 標準必須専利に係る独占合意 ²⁸	独占合意、 不公平な高値、

²⁵ 知識産権分野に関する独占禁止指南 27 条：「標準必須専利とは、ある標準を実施するのに欠けてはならない専利を指す。標準必須専利を保有する事業者が市場支配的地位を有するか否かを認定するにあたっては、本指南 14 条に基づき分析を行い、同時に次に掲げる要素を考慮することもできる。(1) 標準の市場価値、応用範囲及び程度、(2) 代替関係を有する標準又は技術が存在するか否か。これには、代替関係を有する標準又は技術を使用する可能性及び転換コストが含まれる、(3) 関連標準に対する業界の依存度、(4) 関連標準の進化状況及び互換性、(5) 標準に取り入れた関連技術が代替される可能性。市場支配的地位を有する標準必須専利権者が、法院又以関連部門に関連知的財産権の使用を禁止する判決、裁定又は決定を下し、又は発布するよう申し立てることを通じ、ライセンシーにそれが提示した不公平で高額な許諾料又はその他の不合理なライセンス条件を受け入れるよう迫ることは、競争を排除・制限するおそれがある。具体的な分析をする際に、次に掲げる要素を考慮することができる。(1) 交渉する双方の交渉過程における行為表現、及びそれが体現した真意、(2) 関連する標準必須専利が担う関連承諾、(3) 交渉過程において、双方が提起した許諾条件、(4) 裁判所や関連部門に関連知的財産の使用を禁止する通知や判決、裁定或いは決定を求めたことがライセンス交渉へ与える影響、(5) 裁判所や関連部門に関連知的財産の使用を禁止する通知や判決、裁定或いは決定を求めたことが川下の市場競争と消費者の利益に与える影響」。

²⁶ 「知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」18 条：事業者は正当な理由なく、知的財産権の行使の過程において、標準の制定と実施を利用し、以下に掲げる独占合意を達成してはならない：(1) 競争関係にある事業者と共同して特定事業者の標準への制定参加から排除、或いは特定事業者を関連標準技術案から排除、(2) 競争関係にある事業者と共同してその他の特定事業者を排除し関連標準の実施、(3) 競争関係にある事業者とその他の競争的標準を実施しないことを約定、(4) 市場監督管理総局が認定するその他の独占合意。

²⁷ 「知識財産権の濫用による競争行為の排除、制限の禁止規定」19 条：市場での支配的地位を備える事業者は、標準の制定及び実施の過程において、以下に掲げる行為を行い、競争を排除、制限してはならない：(1) 標準制定に参画する過程で、標準制定組織の規定に従い適時に権利情報を十分開示せず、或いはその権利を明らかに放棄しているが、標準に当該専利を含めた後に標準実施者にその専利権を主張、(2) 専利が標準必須専利となった後に、公平、合理、無差別の原則に違反し、不公平な高値で許諾したり、正当な理由なく許諾を拒否したり、抱合せ商品販売或いはその他の不合理な取引条件を付加したり、差別的な扱いをしたりする、(3) 標準必須専利を許諾する過程において、公平、合理及び無差別の原則に違反し、善意の交渉を行わず、裁判所或いはその他の関連部門に関連知的財産の使用を禁止する判決、裁定或いは決定などを請求し、被許諾方に不公平な高値或いはその他の不合理な取引条件を受入れるよう強要、(4) 市場監督管理総局が認定するその他の市場での支配的地位を濫用する行為。本規定でいう標準必須専利とは、当該標準を実施するために必要不可欠な専利をいう。

²⁸ 標準の策定及び実施の過程における独占合意、標準必須専利のプールの独占合意、標準必須専利に関するその他の独占合意を含む。

	第3章 標準必須専利に係る市場支配的地位の濫用行為 ²⁹ 第4章 標準必要専利に係る事業者の集中 ³⁰	ライセンスの拒否、 抱合せ販売、 不合理な取引条件の付加、 差別的な待遇、 救済措置の濫用、 事業者の集中
--	--	--

以上の3つの制度はいずれも不公平な高値を重点規制の対象としており、「標準必須特許に関する独占禁止指南」は、さらに不公平な高値を標準必須専利の市場支配的地位の濫用に係る行為のトップに置き、その重要度を示していることがわかる。それを重要視する理由は、従来の経済学理論では価格は市場を通じて自己調整すると考えられていたが、標準化は強力な市場障壁を引き起こし、市場価格の自己調整メカニズムが機能しなくする可能性があるため、反トラスト法の介入、修正が必要である³¹。現在、「知識産権の濫用の禁止規定」と「標準必須特許に関する独占禁止指南」は、不公平な高値を認定するいくつかの考慮要素を明らかにしており、下表のとおりである。

知識産権の濫用の禁止規定	標準必須専利に関する独占禁止指南
研究開発コストとリサイクルサイクル	善意的ライセンスの交渉状況
ライセンス料の計算方法とライセンス条件	研究開発コスト
照合できる歴史的ライセンス料又はライセンス料の基準	照合できる歴史的ライセンス料又はライセンス料の基準
事業者によるライセンスの約束	標準必須専利の地域範囲又はカバーする商品範囲
その他の関連要素	期限切れ、無効な標準必須専利又は非標準必須専利かどうか
/	標準必須専利の数と質の変化に基づいてライセンス料を合理的に調整するかどうか
/	非特許実施エンティティを通じて重複料金を請求するかどうか

全体的に見ると、知的財産権を保護する要素、例えば研究開発コストがあり、市場競争を保護する要素、例えば専利の失効、無効、重複料金請求などもある。しかし、これらの要素は思考の枠組みを提供することが多く、それぞれの要素自体が大きな解釈空間を持っており、具体的な価格を認定することは困難であり、相対的な範囲しか特定できない。中国最高人民法院は、審理した独占禁止事件において、「不公平な高値の分析認定は、複雑で一定の誤認リスクがある。高値な行為の法的分析については、実際又は潜在的な反競争効果を考慮し、市場に現在存在する事業者と潜在的な参入者の投資意欲を損なわないよ

²⁹ 標準必須専利の不当に高い実施許諾料、標準必須専利の実施許諾の拒絶、標準必須専利の抱合せ販売、標準必須専利に関するその他の不合理な取引条件、標準必須専利に関する差別的な取り扱い、標準必須専利に関する救済措置の濫用を含む。

³⁰ 標準必須専利を含む事業者集中の申告、標準必須専利に関わる事業者集中の審査を含む。

³¹ 宁立志、龚涛「標準必須専利のライセンスにおける不公平な高値及びその独占禁止の規制」荆楚法学 2022 年第 5 期。

うに注意する必要がある」、「できるだけ多くの方法で総合分析と全体評価を行い、分析結果をクロスチェックし、単一の経済分析手段に頼るべきではない」と指摘した³²。したがって、標準必須専利権利者であれ、ライセンシーであれ、不公平な高値な論争の中で、立証内容をできるだけ豊富にしなければならない。

3. 知的財産応用メカニズムのオープンイノベーションによりもたらした独占禁止の新たな問題

オープンイノベーション (Open Innovation) は、Chesbrough が 2003 年に初めて提唱したもので、外部資源を利用したイノベーション活動に焦点を当てたものである。長年の発展を経て、その内包はより豊富に発展し、技術の導入、技術ライセンスなどの伝統的なイノベーション形式だけでなく、オープンソース (Open Source)、オープンコミュニティなどの新しいイノベーション形式も包含し、戦略、状況、モデル、認知、さらにはパラダイム、又はイノベーション哲学に拡張された³³。一方、オープンイノベーションは、各国から注目され、中日韓三国が発起した北東アジアのオープンソースソフトウェア推進フォーラムは、既に 21 回開催され、開放、協力がイノベーション分野の焦点となっている³⁴。一方、Google がファーウェイへのアンドロイド使用許可を撤回した事件や、テスラ特許のオープンソースなどの事件もオープンイノベーションの実務の複雑な一面を示している³⁵。インターネットの開放的な発展に伴い、スーパーインターネットプラットフォームを主導とする業界生態が次第に形成され、オープンイノベーション的なビジネスモデルと知的財産権の応用メカニズムは新しい独占禁止の問題をもたらすであろう。

(1) オープンイノベーションにおける知的財産権の応用メカニズム

オープンソースなどのオープンイノベーション活動と知的財産権は、相反しながら依存する矛盾した共存関係を呈している。中国の裁判所は、最初のオープンソースソフトウェア GPL ライセンス事件を審理する際に、オープンソースソフトウェアは「知的創造者の独占権に対抗する運動化体として、知的財産権の内在的な法的秩序に絶えず挑戦しているが、それ自体は知的財産権関連の法律の機能を否定するものではなく、逆に知的財産権制度の枠組みの合理的な設計に依存して存在し、隆盛している必要がある」、「オープンソースソフトウェアの自由は、著作権許可によって与えられた自由である」と指摘した³⁶。そのため、オープンソースなどのオープンイノベーション分野では、知的財産権の問題が避けられないだけでなく、上記のような矛盾関係によって、より複雑な知的財産権の応用の問題が発生する可能性も

³² “揚子江薬業集団広州海瑞薬業有限公司、揚子江薬業集団有限公司対合肥医工医薬股份有限公司、合肥恩瑞特薬業有限公司、南京海辰薬業股份有限公司独占紛争事件” 最高人民法院知識産権法廷 (2020) 最高法知民終 1140 号民事判決書。

³³ 張永成、郝冬冬、王希「国内外のオープンイノベーション理論の研究の 11 年-回顧、評論と展望」科学学と科学技術管理 2015 年第 3 期。

³⁴ 日本 OSS 推進フォーラム: [2023. 11. 16 14 時配信開始] 第 21 回北東アジア OSS 推進フォーラム大会開催のお知らせ (誰でも視聴可能)、<http://ossforum.jp/index.php/2023/11/15/2023naospf/> [最終アクセス日: 2023 年 12 月 1 日]

³⁵ Reuters: Exclusive: Google suspends some business with Huawei after Trump blacklist -source <https://www.reuters.com/article/us-huawei-tech-alphabet-exclusive/exclusive-google-suspends-some-business-with-huawei-after-trump-blacklist-source-idUSKCN1SP0NB>; Tesla: All Our Patent Are Belong To You, <https://www.tesla.com/blog/all-our-patent-are-belong-you> [最終アクセス日: 2023 年 12 月 1 日]

³⁶ 「済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院 (2019) 粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

ある。

オープンイノベーションの複雑さは、これらのオープンソースなどのオープンイノベーション活動が無料であるわけではなく、従来の専利利得のモデルとは異なる別のビジネスモデルであり、ハードウェアの抱合せ、付加価値の製品、技術のサポート、広告業務などを通じてその強力なビジネス見通しを広げていることにある³⁷。また、オープンソースなどのオープンイノベーション活動と企業の「オープン&クローズ戦略」は、容易に区別できない場合がある。オープン&クローズ戦略とは、企業が秘密保持や専利権などの独占的知的財産権戦略に加えて、他社に技術を公開する知的財産戦略を採用し、オープンで企業の影響力を拡大し、市場の主導権を取得することをいう³⁸。Adobe 社は、この戦略を採用し、成功を収めた。自社のすべての PDF の読み取りに関連する専利と著作権をすべて無料で公開し、PDF の市場占有率を拡大して市場主導の地位を取得し、有料 PDF 編集ソフトウェア Adobe Acrobat とその関連専利で独占利益を獲得した³⁹。

上記の所謂オープン行為の中の多くの活動、例えばバンドルなどの抱合せ販売行為は、独占行為を構成する可能性があり、オープンソースのライセンス/契約が世界的に広く使用されている場合、その独占地位、独占嫌疑はどの双方向契約よりもはるかに大きい⁴⁰。同時に、オープンソースと技術基準が融合した天然の優位性により、競争をより大きく排除し、制限する。そのため、「オープン」「共有」の衣をまとっているが、オープンの目的、オープンの程度、オープンの効果などの要素をよく分析すると、一部の開放活動は、知的財産権の合理的な使用である可能性があり、知的財産権制度によって与えられた合法的な独占を超えて真の市場独占の疑いがある可能性もある。

(2) 中国司法の実務と示唆

現在、中国におけるオープンソースに関わる独占禁止事件は発生していないが、オープンソースに関わる知的財産権紛争に関する裁判がある。済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対福建風靈創景科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件は、中国初の GPL オープンソース事件であり、この事件の判決は、オープンソース契約の性質と契約違反による権利侵害の結果を明らかにした⁴¹。その後、広州知識産権法院が審理した済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件は、オープンソースの法的問題についてより詳しく分析し、オープンソースのライセンス契約の発展過程と分類、外国での GPL オープンソースのライセンス契約の性質の認定、GPL 契約の法的性質と効果、商業使用制限の留保条項の効力、オープンソースソフトウェアとビジネスソフトウェアの混合経営下でのソースコードの公開問題、オープンソースのソフトウェアライセンス協議違反の救済方式などの内容について詳しく分析した⁴²。

³⁷ 「済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院（2019）粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

³⁸ 日本国特許庁「経営戦略を成功に導く知財戦略【実践事例集】」、https://www.jpo.go.jp/support/example/chizai_senryaku_2020.html [最終アクセス日：2023 年 12 月 1 日]

³⁹ 日本産業標準調査会：標準化戦略に連携した知財マネジメント事例集、<https://www.jisc.go.jp/policy/kenkyuukai/chizaiwg/swgljireisyuu.pdf> [最終アクセス日：2023 年 12 月 1 日]

⁴⁰ 張平「オープンイノベーションモデル下における知的財産の新しい類型の法律紛争の分析」新経済導報 2023 年第 4 期。

⁴¹ 広東省深セン市中級人民法院（2019）粵 03 民初 3928 号民事判決書。

⁴² 「済寧市羅盒網絡科学技術有限公司対広州市玩友網絡科技有限公司などのコンピュータソフトウェアの著作権侵害紛争事件」広州知識産権法院（2019）粵 73 知民初字第 207 号民事判決書。

裁判所は、オープンソースソフトウェアとビジネスソフトウェアの混合経営の傾向がはっきりになっていることを認識した。このような混合傾向の進展に伴い、オープンソースソフトウェアとオープンソースハードウェアの結合、オープンソースソフトウェアとソフトウェア専利の結合、オープンソースソフトウェアとクローズドソースソフトウェアの結合、技術基準とアプリケーションデータの結合などの活動は、オープンソースソフトウェア市場の競争をより複雑にし、不正競争の防止と独占禁止は近い将来オープンソース分野の焦点になるかもしれない。中日両国はオープンソースなどのオープンイノベーションに関わる知的財産権の問題について協力し、立法、法執行、典型的な司法判例などを通じて適切な指導やルール形成をすべきである。

4. 反トラスト法枠組みにおける知的財産権行使の実務的提示

(1) ケーススタディは知的財産権に関する独占禁止コンプライアンスの有用な手段

前文によると、中国と日本において行為が競争制限に与える影響を判断する際に、多くの要素を考慮しており、これらの要素は重畳性、解釈の柔軟性、さらには開放性を示している。中国の独占禁止指南でも「個別事件に応じて」判断することが何度も言及されている。具体的な要素は、事実と結び付けなければならない。「日立金属事件」における裁判所の関連要素の選別は、原告、被告双方が提出した証拠と結び付けた結果である。そのため、事業者は中国の独占禁止指南などに列挙された要素に基づいて、自身の業務、市場の環境、独占禁止の事例などと結び付けて自身の行為の独占傾向を総合的に評価し、独占傾向を軽減する目的に応じた措置をとることができる。

(2) 独占疑いのある行為の影響力への注目

ある技術と「基準」（通常において、共通して遵守する基準と根拠と見なされる）が、名目上又は事実上のつながりを生むとき、事業者はその技術に存在する統一的制約と競争の多様性との間の緊張関係を意識しなければならない。この緊張関係がどの程度独占に向かうかは、他の市場競争業者、司法部門、公衆の意見に大きく依存する可能性が高い。その理由は、専利や基準を握っている事業者が一定のコントロール力を持っているが、その行為に対する評価をコントロールすることができないからである。著作物の評価が読者に依存しているように、「この文の意義は、すべて読者の創造によるもので、著作者とは無関係である」⁴³。そのため、事業者は他の業者の評価、フィードバック、インタラクティブの要請、そして直ちに自分の不正行為を修正することに注目することができる。これは、損害拡大を防ぐために必要な措置を講じるコンプライアンス方式に似ている。もちろん、事業者は他の業者からのフィードバックを無視することもできるが、日立金属事件のように、このような無視や、対応しないことは不公平かつ不合理な行為と評価される可能性がある。

(3) 独占疑いがある行為への積極的な対応

⁴³ 王治河主编『アフター現代主義辞典』229頁（中央编译出版社、2005年版）。

知的財産権自体の不確実性のため、知的財産権を濫用して競争を排除し、制限するという境界は明確ではなく、ひいては非常にあいまいである。しかし、この曖昧さは判断の根拠がないことを意味するものではない。「正義」とは、何かを完全に説明できる人がいないが、特定の事実直面するとき、道徳律は正義かどうかの論断を下すのに役立つようなものである。例えば、「信義誠実の原則」という民事分野の帝王条項は多くの事件の是非の論断において重要な役割を果たしている⁴⁴。市場で競争している多くの事業者は、他の事業者の行動が「正義」であるかどうかを直感し、「不正義」の原因を最もはっきりと訴えることができる。日立金属事件では、原告とその専門家の補助者が日立金属の専利ライセンスの不合理な点について詳しく、分かりやすく説明し、裁判所という聴衆の承認を得た。将来、他の事業者はある市場競争行為の不合理さに気づいたら、積極的に外部にその不合理さを訴えることができ、声明、通報、訴訟などはすべて取りうる訴え方法である。

終わりに

現段階において、知的財産権問題の交差性、複雑性がよりはっきりとなっており、多種の行為表象が幾重にも重なっている結果、行為の正当性と不正性との境界の判断がますます複雑化し、行為の独占性がより隠蔽され、顕在化はより遅くなっている。現在のこのような深い融合の流れに基づいて、ミクロレベルで具体的な業界、具体的な分野、具体的な事件における知的財産権の正当な行使と独占の境界の適切性を保障する必要があるだけでなく、さらに重要なのは、マクロレベルで知的財産権の行使と独占禁止をシステムとして全体的に推進し、構造的なジレンマに陥ることを防ぐことである。

⁴⁴ 中国最高人民法院指導判例 82 号を参照：当事者が信義誠実の原則に反し、他人の合法的な権益を損ない、市場の正当な競争秩序を乱し、悪意を持って商標権を取得、行使し、他人に対して権利侵害を主張した場合、人民法院は権利濫用を構成することを理由に、その訴訟請求を支持しないとの判決を下さなければならない。

Ⅲ. 中国における知的財産権の権利行使に関する独占禁止法の規制

国家知識産権局 知識産権発展研究センター 顧 昕 首席研究員

1. 問題の所在

権利者が知的財産権を行使する過程において、独占禁止法の規制を受けるべきか否か。もし回答が肯定的であれば、独占禁止法のどの時点での介入を許すべきか、これらの問題をめぐる論争は、現在中日両国の学術研究が直面する重要な課題である。

日本において、伝統的な観点では、知的財産法と独占禁止法は、いずれも産業政策や競争政策を通じて産業発展を促進させるものであり、両者の違いは手法上のものにすぎず、前者は権利を設定する方法を利用しており、後者は行為を規制する方式を利用している。それに加え、日本の独占禁止法 21 条では、知的財産権による権利の行使を独占禁止法の適用例外として明確にしているため、一部の学者は原則として独占禁止法の適用は知的財産権の行使を尊重すべきだと主張している¹。しかし、反競争の効果をもたらす権利の行使は、知的財産権の分野でも認められていない権利の行使行為だと反対意見を持つ日本の学者もいる²。同時に、知的財産と独占禁止の両者とも行為規制であり、異なる判断時点と異なる判断機関の違いにすぎず、特許庁、裁判所と公正取引委員会はそれぞれ所長があると指摘されている³。

中国では知的財産権の行使と独占禁止法の適用との関係についての論証をスキップし、関連制度設計と司法判例はいずれも直接に「知的財産権の行使にいつ独占禁止が介入するか」という問題に関する論証が展開されている。その重要な原因は、中国の反トラスト 68 条が知的財産権の行使に介入できるかに対して、「例外の例外」という立法手法を採用したためである。すなわち、「事業者が知的財産権に係る法律、行政法規の規定に基づき知的財産権を行使する行為は、本法を適用しない」、「但し、事業者が知的財産権を濫用し、競争を排除、制限する行為には、本法を適用する」と定められている。反トラストにおける明確な肯定のほか、「知的財産権の濫用による競争行為の排除、制限禁止規定」、「知的財産権分野に関する独占禁止ガイドライン」などの行政法規とガイドラインの公布も、関連規定をさらに細分化している。したがって、中国では「法律・法規に基づいて知的財産権を行使」することと「知的財産権を濫用し、競争を排除、制限」することとの両者の限界を如何に画定するかが、現在最も早急に解決しなければならない問題であるとされ、例えば、非標準必須専利の独占禁止事件において、権利者が許諾を拒否する行為が独占に該当するかは各方面から強く関心が寄せられている。この論文は、中国の知的財産権に関する独占禁止に係る民事、行政事件を整理し、関連する判断基準を考察した上で、改善提案を行うものである。

2. 中国独占禁止訴訟制度の特徴

¹ 和久井理子「技術標準をめぐる法システム」商事法務 2010 年 178～179 頁、稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法 21 条」『市場・知的財産・競争法』7～15 頁（有斐閣、2007 年）。

² 白石忠志『独占禁止法』（第二版）382 頁（有斐閣、2009 年）。

³ 田村善之「特許権と独占禁止法・再論-権利 vs. 行為規制という発想からの脱却-」日本経済法学会年報 32 号 53-75 頁。

海外の他の法域と比較して、中国の独占禁止に係る民事訴訟制度は一定の特殊性があり、以下の3つの特徴が挙げられる⁴。

第1に、独占禁止に係る民事訴訟の独立性である。まず、訴訟の方式に反映されており、独占禁止に係る民事訴訟は、独占禁止行政執行機関の行政処理を前提条件としない、独占行為の被害者は直接人民法院に提訴してもよく、行政法執行機関が独占行為に該当することを認定する決定が下されてから提訴してもよい。次に、事実認定において、独占禁止行政法執行機関の行政決定において認定した事実は、民事事件を審理する法院に対しては法定拘束力がなく、人民法院の事実認定の証拠の一つにすぎず、行政決定における結論を覆すことに十分な証拠が存在する場合、人民法院は改めて事実認定を行うことができる。行政機関が認定していない事実について、法院は事件の具体的な証拠と事実を照らし合わせて単独で認定することができる。

第2に、原告の資格がオープンであることである。独占行為による侵害を直接的に又は間接的に受けた事業者と消費者は、いずれも原告の資格を有する。被害者、特に消費者に原告の資格を与えることは、中国の独占民事訴訟における重要な特徴である。

第3に、責任方式の多様性である。原告は独占禁止に係る民事訴訟を通じて、独占行為によって受けた損害について賠償を請求できるだけでなく、差止命令による救済の獲得や、独占行為に関連する法的行為の無効の確認を請求することができる。

反トラスト法3条に、「事業者が独占協定を締結する」、「事業者が市場支配的地位を濫用する」及び「競争を排除、制限する効果をもたらす若しくはもたらしうる事業者の集中」という3種類の独占行為が規定されている。長期にわたって、独占禁止に係る民事事件の類型は、第2の種類の市場支配的地位の濫用事件と第1の種類の独占協定を締結する事件が共存し、特に第2の種類の市場支配的地位の濫用事件は、すべての独占禁止に係る民事事件の90%以上を占めている。過去の長い期間において、独占禁止に係る民事訴訟の原告の勝訴率が低く、原告敗訴のほとんどの事件が証拠不十分に関連しており、独占禁止の私的執行の最大の難点として反映されている。

3. 文化・スポーツ分野における事件

近年、中国では知的財産権に関する独占禁止事件が新たに発生した。これまでの事件の状況と比べて、明らかな変化が現れている。無線通信分野の標準必須専利、重要な産業発展に関係する基礎専利、及び学術文献の取得に支障をきたすなど、科学技術イノベーション競争力に影響を与える可能性のある事件に対して、法院と行政法執行機関はためらうことなく独占に該当すると認定してきた。それ以外の著作権集中管理団体の有料許諾、スポーツ試合の画像のライセンスなど、文化・スポーツ分野における知的財産権の行使が独占に該当するか否かの認定について、従来からの慎重な態度が受け継がれ、原告は勝訴しにくいことが多い。

⁴ この段落の民事訴訟制度の特徴についての内容の紹介は、孔祥俊「独占禁止に係る民事訴訟の十年：回顧と展望」[反壟断民事訴訟十年：回顧与展望] 人民網知識産権チャンネルに掲載、
URL：<http://ip.people.com.cn/n1/2018/0828/c179663-30255146.html> [最終アクセス日：2024年1月15日]

(1) 著作権集中管理団体の市場支配的地位の濫用に関する紛争事件⁵

原告はカラオケを経営する会社で、被告は中国音像著作権集団管理協会であり、中国の音像番組の集中管理団体である。原告は、被告が不合理な条件で著作権の許諾契約を締結し、自ら管理する著作権のリストの提供を拒否するなどの行為が反トラストで規定する取引の拒否、不合理な条件の付加などの独占行為を構成すると主張した。

「事業者が市場支配的地位を濫用する」類型の事件において、法院は「関連市場の定義」、「市場支配的地位を有するか」、「市場支配的地位を濫用する独占行為を実施したか」の3つの面から審理し、判定することが多い。

本件において、法院の具体的な認定は以下のとおりである。第1に、関連市場の定義について認定した。法院は、本件の関連市場は、カラオケ経営に対して中国大陆の真似映画作品や視聴製品の許諾使用サービスを提供する市場と定義されるべきであると判断した。第2に、市場支配的地位を有するかについて認定した。被告はその管理している視聴番組の数が多くなく、市場支配的地位を有していないと主張したが、法院は被告が管理している真似映画作品や視聴製品の数が11万曲を超え、ある権利者が所有する作品の数よりはるかに多く、市場支配的地位を有すると認定できるとした。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかについて認定した。原告は被告が正当な理由がなく著作権の使用料の課金基準の提供を拒否したと主張したが、法院は、被告がサンプリング回数と正確な回数を合わせる方式を採用し、全国サンプリング回数のデータと各地域の具体的な状況に基づいてカラオケにおける著作権の使用料の料金徴収基準を確定し、公告し、すべてのカラオケ経営者に対して、公告基準に従って料金を徴収し、中国の関連規定に合うため、被告が合理的な基準に基づいて原告に料金を求めることを拒否したという主張を支持することができないと判断した。

法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有するが、市場支配的地位を濫用する独占行為はないと認定した。

(2) スポーツ試合の画像の独占的ライセンスに係る市場支配的地位の濫用紛争事件⁶

被告 Y1 の中超公司是、中国サッカー協会から独占的なライセンスを受けて、「中国スーパーリーグ」などのサッカー試合の商業権利を行使していた。Y1 は、被告 Y2 公司に一部再ライセンスし、被告 Y2 公司がそのうちの試合の画像の経営権を独自に行使していた。原告は、被告 Y2 公司が中国スーパーリーグのメディア撮影証明書を持つカメラマンのみが、自ら経営する画像データベース東方 IC 商業図庫に中国スーパーリーグの試合の画像をアップロードできるとしていたことが、被告 Y1 の中超公司、被告 Y2 公司の中国スーパーリーグにおける画像市場での支配的地位を濫用したもので、中国スーパーリーグの画像の販売権を独占し、取引相手は被告 Y2 しか存在せず、中国スーパーリーグの画像の市場の競争を排除し、原告及びその他の取引相手の合法的利益を損なったと主張した。本件のポイントは、被告が独占的にライセンスできるかどうか、及び独占的なライセンスを行う権利が市場支配的地位の濫用に当たるか否かにある。

⁵ 最高人民法院（2020）最高法知民終1458号民事判決書。

⁶ 最高人民法院（2021）最高法知民終1790号民事判決書。

法院は、審理を経て、以下のとおり判断した。第1に、関連市場の定義について。関連商品の市場、関連地域の市場は、それぞれ中国スーパーリーグの画像商品の市場、中国大陸地域の市場と定義された。第2に、市場支配的地位を有するかについて。一審法院は、中国スーパーリーグの画像の運営は、被告Y1の中超公司与特定の画像運営機構との間で年間協力協定を締結して展開し、関連業界内の競争者は入札の方式で公式の画像協力機構になることができ、他の経営者が関連市場に進出するための顕著な障壁は存在しないと判断した。また、被告Y2は、関連画像の市場シェアで絶対的な優位を占めていないと判断した。しかし、二審法院は、一審法院の判断を覆し、市場シェアは市場支配地位を認定する第一参考要素であるが、決定的な要素ではなく、被告Y1 中超公司是中国スーパーリーグの経営市場、Y2 公司是中国スーパーリーグの画像経営の市場で、それぞれ100%の市場シェアを有しており、市場支配地位を有すると推定しなければならないと判断した。

第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかについて。法院は、権利の内在する排他的属性に基づいて形成された独占状態は、天然の権利濫用行為ではなく、排他的権利の不正行使のみが独占禁止法違反の疑いがあると指摘した。中国サッカー協会は、法に基づいて全国的なサッカー試合を独占的に運営する独占的な地位を取得しており、多くの試合画像のユーザーはそもそも中国サッカー協会としか当該試合の画像に係る取引ができなかった。このような取引のサプライヤーの唯一の限定は、体育法の規定に基くものであり、中国サッカー協会は自身が試合を具体的に経営しているわけではなく、外部の経営を独占的に被告Y1 中超公司にライセンスすると決定し、このため、多くの試合画像ユーザーは、Y1 中超公司としか直接取引できない状況にあり、これはユーザーがそもそも中国サッカー協会としか取引ができないということと本質的な違いはない。Y1 中超公司是、被告Y2 公司に2017年から2019年までの中国スーパーリーグの画像資源の独占経営をライセンスし、手続き上に競争を体现している。この経営権の独占的ライセンスは、競争⁷の当然の結果であり、かつその合理的な理由があり、反競争の効果はない。法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有しているが、市場支配的地位を濫用する独占行為は存在しないと認断した。

最近注目されている商業独占的ライセンス行為が取引限定を構成するかどうか（取引拒否と共通性がある）の問題について、本件で形成された判断基準は、入札募集による独占ライセンスが取引限定を構成しないとした。法院は、経営権の独占的ライセンスに合理性があると判断した。複数の法人に経営を委ねることに比べて、経営を独占的にライセンスすることは、複数の販売者がコストを掛けて事前に広告宣伝を行ったり、必要な施設を建設する際に互いに牽制したり、互いに様子を見たり、事後に「ただ乗り」したりなどのネガティブ要素を避けることができる。独占的ライセンスは、統一して調整を行い、権利と責任をはっきり区別し、ブランド効果を形成するのに便利であり、また独占的ライセンスに対して高いライセンス費用を受け取ることができる。経営権のライセンスは、ライセンス双方の信頼の程度に基づいて、ライセンサーが十分な自主選択の余地を有していることを示すことが多い。また、試合資源の経営権の独占的ライセンスは、国内外のスポーツ分野の一般的なやり方である。中国スーパーリーグの画像ユーザー（需要側）は、被告Y2からしか購入できないが、これは原始経営権者である中国サッカー協会が法に基づいて享有する専有権（独占経営権）に基づくもので、ライセンスを通じて導かれた相応の結果であり、法律の規定に合致し、合理性があり、この取引限定の状況には正当な理由があり、

⁷ 競争には2つの側面がある。第一に、Y1 中超公司がライセンス段階で、入札募集を行い、原告の入札が失敗し、被告のY2 公司の入札が成功した。第二に、被告Y2は入札に成功した後も、他の経営者とある程度潜在的な競争があった。予想される経営目標を達成できなければ、中超公司が契約の解除を検討し、再び入札を行う可能性を排除できない。

「正当な理由がなく、取引相手を限定して取引を行う」という状況に該当しない。

4. 科学競争力に影響を与える事件

前述のように、文化・スポーツ分野における独占禁止に係る訴訟事件では、知的財産権を行使する行為が独占を構成するかどうかの判断について、これまでの慎重な態度が続き、原告は勝訴しにくいことが多い。これに対して、無線通信、工業基礎專利など産業の更新・アップグレード、国際科学技術の競争力などに影響を与える重要な分野では、最初から全く異なる態度を示している。例えば、無線通信の標準必須專利は、中国の電子情報産業の発展にとって極めて重要である。中国が既に世界最大のスマートフォン端末生産国、輸出国と消費国になったことに鑑み、スマートフォン、タブレット、インテリジェントウェアラブルデバイスなどの主要端末製品の生産量はすべて世界第1位であり、世界の出荷量の半分以上の比率を占めている。2021年、中国のスマートフォンの生産量は16億6000万台に達し、世界のスマートフォンの生産量の67%を占め、そのうち5Gスマートフォンの出荷量は2億7000万台に達した⁸。関連産業が良好な発展を遂げるためには、この分野でバランスのとれた競争の制度環境を構築することが特に重要である。

(1) 無線通信分野における標準必須專利の行使に係る市場支配的地位の濫用に係る紛争事件

1) 華為技術有限公司と InterDigital Technology Corporation などとの市場支配的地位の濫用に係る紛争の上訴事件⁹

原告の華為公司は、被告 InterDigital Technology Corporation が関連市場で独占的な地位を有しているが、標準化機構に加入する際の公正 (Fair)、妥当 (Rational) かつ無差別的 (Non-Discriminatory) な条件 (FRAND 条件) の約束を無視して、その專利許諾に対してアンフェアな高価格を設定し、条件が似ている取引相手に対して差別的な取引条件を設定し、許諾条件に不合理な条件を付加し、許諾過程において抱き合わせ販売、取引拒否の疑いがあり、被告の市場支配的地位の濫用は独占的な民事侵害を構成すると主張し、被告に侵害の停止、損害賠償の法的責任を求めた。

法院は審理を経て、第1に、関連市場の定義を行った。関連地域市場は、中国市場と米国市場で、関連商品市場は、「Inter Digital の3G 無線通信技術における WCDMA、CDMA 2000、TD-SCDMA 標準の下での必須專利ごとの許諾市場から構成されている集合である。第2に、市場支配的地位を有するかを検討した。被告 InterDigital は、原告華為公司と 3G 標準必須專利の許諾交渉を行ったとき、原告がその 3G 標準必須專利を使用するための価格、数量及びその他の取引条件をコントロールする能力を備えているため、定義された本件関連市場において市場支配的な地位を有している。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかを検討した。被告は一貫して他社への許諾料率を開示したくないため、高価格設定を構成するかどうかの問題で、法院は被告の年報に開示された内容、他の被許諾者の販売収入とその他の状況に基づいて、專利許諾料率を推算し、被告が原告公司に対して徴収する予定の專利許諾料率などを参酌して、高価格設定であるかを判断した。世界におけるスマートフォン販売数のランキング順位や総合力

⁸ 「「集まる」：ある末端産業生態高地が台頭している [“扎堆”：一个终端产业生态高地正在崛起] 中国電子報に掲載 URL : <https://mp.weixin.qq.com/s/HY9vA03Bfdf1x3Dwm1mGHQ> [最終アクセス日：2024年1月15日]

⁹ 広東省高級人民法院 (2013) 粵高法民三終字第 306 号民事判決書。

が米アップル社、韓国サムスン社などに遥かに及ばない原告に対する被告の許諾料が高すぎるため、明らかに合理性と正当性に欠ける。法院は、最終的に被告が市場支配的地位を有しており、差別的な価格設定、抱き合わせ販売などの市場支配的地位を濫用する独占行為があると認定した。

2) クアルコム社の市場支配的地位の濫用に関する行政処罰案件¹⁰

独占禁止行政法執行機関は、当事者クアルコム社が CDMA、WCDMA、LTE 無線通信の標準必須専利の許諾市場における支配的地位を濫用して独占行為を実施したことについて、調査を行った。調査した結果、以下のとおり認定した。第1に、当事者は無線通信の標準必須専利の許諾市場において市場支配的地位を有している。当事者は、関連市場で 100%の市場シェアを占めている。当事者が保有する無線通信の標準必須専利の許諾毎に独立して構成された関連製品の市場ごとに、当事者はいずれも 100%の市場シェアを占めている。第2に、市場支配的地位を濫用し、不公平な高価な許諾料を徴収した。期限満了の無線通信の標準必須専利に対して許諾料を徴収し、被許諾者に被許諾者の専利を無料でリバース許諾することを要求し、当事者が保有する無線通信の標準必須専利のカバー範囲を超えた機器全体の卸売の純販売価格を課金の基礎とすることが明らかに不公平であり、専利許諾料が高すぎることに至ったなどを認定した。その他、正当な理由なく非無線通信の標準必須専利の許諾を抱き合わせ販売することや、ベースバンドチップ販売に不合理な条件を付加し、許諾契約の締結と不爭を被許諾者がベースバンドチップを取得する条件とすることなどを含む。最終的に、行政処罰の結果は、当事者クアルコム社に、前記市場支配的地位の濫用による違法行為の停止を命じ、2013年の中国国内の売上高の8%の罰金に処し、計60.88億人民元とされた。

当時の 3G スマートフォンの技術環境の下で、クアルコム社が不合理な独占行為が存在することを明らかに知りながら、クアルコム社に単独で挑戦するスマートフォンメーカーが存在するとは想像しにくく、行政法執行機関による産業発展にかかわる公共利益における独占禁止に係る調査は、確かに民事における民事救済では実現し難い役割を果たしたといえる。

(2) 重要な工業分野での非標準必須専利の行使に係る市場支配的地位の濫用に関する紛争事件

近年、浙江省寧波市中級人民法院が判決した国内初の非標準必須専利に係る市場支配地位の濫用に関する司法事件は、国内外の広範な関心と論争を引き起こした。この事件は、中国国内初の明確に「不可欠施設」理論を導入して知的財産権の独占禁止の問題を分析した司法事件である。係争専利は、レアアース類材料の生産において非常に重要な地位を有し、関連工業分野で極めて重要な専利である。

中国のレアアース類資源は、世界資源の約 36.67%を占めており、ネオジム鉄ホウ素永久磁石材料は、中国で世界最大の関連産業を形成しており、2000 年以来、中国は世界最大のレアアース類ネオジム鉄ホウ素永久磁石の材料の生産国となっている。中国で生産されるレアアース類ネオジム鉄ホウ素永久磁性材料の大部分は、焼結ネオジム鉄ホウ素であり、2019 年の焼結ネオジム鉄ホウ素は 94.3%を占めている。被告日立金属は、焼結ネオジム鉄ホウ素に関する専利を世界で 600 件以上保有しており、中国では 8 社の企業にその専利の実施を許諾している。

¹⁰ 国家發展と改革委員会行政処罰決定書（発改弁価監処罰〔2015〕1号）。

1) 日立金属事件の一審判決¹¹

これら8社のほかの専利許諾を得ていない4社は、原告として2014年12月に寧波市中級人民法院に訴訟を提起した。被告日立金属は焼結ネオジム鉄ホウ素必須専利の世界ライセンス市場における市場支配的地位を濫用し、抱き合わせ販売と取引拒否行為を実施し、下流の焼結ネオジム鉄ホウ素市場の正常な競争を排除、制限していると原告は主張し、法院に被告に対して独占行為の停止と経済的損失の賠償を命じるよう請求した。2021年4月、6年以上にわたる審理を経て、寧波市中級人民法院は審理を経て以下のとおりの一審判決を下した。第1に、関連市場の定義を行った。被告が享有している焼結ネオジム鉄ホウ素専利は標準必須専利ではないが、技術的には第1類及び第2類の焼結ネオジム鉄ホウ素専利を有効に回避することが難しいため、焼結ネオジム鉄ホウ素の「必須専利」ということができる。全世界の範囲において、被告が有する主に第1、2類専利を含む専利の集合許諾の形式で存在する焼結ネオジム鉄ホウ素の必須専利の専利許諾関連市場であり、関連下流市場は同時期の世界の焼結ネオジム鉄ホウ素商品市場である。第2に、市場支配的地位を有するかと判断した。法院は被告が「上流関連市場では価格その他の取引条件をコントロールする能力を有する」こと、「上流関連市場への他人の参入を排除する能力を有する」こと、「非許諾メーカーに対して明らかなコントロール能力を有する」こと、「専利許諾による契約関係が下流市場に強く影響する」ことを判断し、被告は市場支配的地位を有すると認定した。

第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したかを判断した。法院は、まず本件が「抱き合わせ販売」に該当しないと判断したうえで、「取引拒否」に該当するかという最も論争のある問題について、「知的財産権濫用による競争排除・制限行為の禁止に関する規定」(2020年改正版)7条の規定に基づいて、市場支配的地位を有する事業者は、正当な理由がない限り、その知的財産権が生産経営活動の不可欠施設となっている状況において、合理的な条件により当該知的財産権を使用しようとするその他の事業者への許諾を拒絶し、競争の排除、制限をしてはならないとした。

「不可欠施設」理論は、個別事件でどのように適用するかについて、裁判所は個別事件において当該手段を導入するかを具体的に判断しなければならないことや、不可欠施設は以下の5つの要件を備えなければならないと指摘した。第1に、当該施設が他の事業者が競争に参加するために不可欠であること、第2に、独占者が当該不可欠施設をコントロールしていること、第3に、競争者が合理的な努力の範囲内で同じ施設を複製することができないこと、第4に、独占者が当該不可欠施設の利用を競争者に不合理に拒否すること、第5に、独占者が当該不可欠施設を提供することが可能であるというものである。知的財産権は、専有性と排他性があるため、自然にボトルネック効果がある。さらに、知的財産権は、広義的にイノベーションを促進し、公共福祉を増進する役割を有しているため、知的財産権の分野において、「不可欠施設」原則の適用を非常に慎重にしなければならず、上述の5つの要件の他、当該知的財産権の許諾を拒否することが関連市場での競争やイノベーションに不利な影響を与えたり、消費者の利益や公共の利益を損なったりすることにならないかを同時に考慮しなければならない。法院は、本件において、前述の5つの要件を適用するかについて更に具体的に検討した。第1に、当該施設がネオジム鉄ホウ素企業の競争参加において不可欠であること、第2に、被告が知的財産権者として当該不可欠施設をコントロールしていること、第3に、競争者が合理的な努力の範囲内で同じ施設を複製することができないこと、第4に、原告が許諾要求を明確に提示し、合理的な対価を支払いたいとしても被告が当

¹¹ 浙江省寧波市中級人民法院 (2014) 浙甬知初字第579号民事判決書。

該不可欠施設の利用を競争者である原告に不合理に拒否する事実があること、第5に、被告が当該不可欠施設を提供して専利許諾を行うことが可能であり、被告の許諾拒否には合理的な理由がなく、原告は大きい規模を有している同業経営者として専利を実施する条件があり、積極的に許諾を求める意思を示しているということである。これに基づいて、一審法院は最終的に被告が焼結ネオジム鉄ホウ素に関する専利許諾を原告に開放することを拒否した行為が、反トラスト法 17 条に規定されている市場支配的地位濫用の「取引拒否」行為を構成すると判断した。

一審判決の結果が国内外で大きな注目を集めており、2022 年 4 月の米国の「特別 301 報告」では寧波市中級人民法院より判決された当該事件に言及し、このような判断方式が民事事件から中国独占禁止機構の行政法執行事件に拡大することを懸念した¹²。注目すべきは、一審法院が「不可欠施設」理論を適用する根拠である「知的財産権濫用による競争排除・制限行為の禁止に関する規定」（2020 年改正版）7 条は、2023 年の最新改正版において、既に「不可欠施設」理論に関する表現を削除した。将来、他の法院が類似の事件に対して、直接的な判断根拠がない状況において、引き続き「不可欠施設」理論の適用を選択するかについて、今後も注目すべきである。

2) 日立金属事件の二審判決¹³

被告日立金属は、一審判決を不服として、最高人民法院に上訴した。二審法院は、審理を経て、第1に、関連市場の定義を行った。二審法院は、一審法院の関連商品市場に対する定義を認めず、既存の証拠が被告日立金属の焼結ネオジム鉄ホウ素専利が技術的に代替できないことを証明するのに十分でない状況において、本件の関連商品市場は、一審法院が認定した被告日立金属の保有する焼結ネオジム鉄ホウ素必須専利の専利許諾関連市場ではなく、緊密な代替性を有する専利技術と非専利技術などを含む焼結ネオジム鉄ホウ素材料の生産技術市場と定義すべきであると判断した。

第2に、市場支配的地位を有するかについて判断した。まず、被告日立金属及びその専利実施許諾を受けた企業の市場シェアは高くなく、被告が関連市場の取引条件をコントロールするのが難しいとした。次に、本件の証拠は、被告の日立金属の専利が技術的に代替できないことを証明するのに十分ではなく、被告日立金属は技術的に他の同種技術を開発する事業者、又は同種商品を生産する事業者経営者の関連市場への参入に影響を与えにくいとし、さらに、被告日立金属の専利が商業的に代替できないという原告会社の主張は成り立たないと判断した。一言で言えば、原告は、被告日立金属がその焼結ネオジム鉄ホウ素専利によって、世界の焼結ネオジム鉄ホウ素生産技術市場又は世界の焼結ネオジム鉄ホウ素材料市場において、取引条件をコントロールしたり、又は市場参入に影響を与えたりする市場力を有していることを証明する証拠を提出していないため、被告日立金属が市場支配的地位を有することを証明することができないとした。

被告日立金属が市場支配的地位を有していない以上、法院は市場支配的地位の濫用行為を実施したかという要件をそれ以上検討せず、最終的に一審判決を覆し、被告の取引拒否行為は独占を構成しないと判断した。法院の本件における判断は、仮に被告が市場支配的な地位を有すると認定された場合に、取引を拒否した行為が独占を構成するかという後続の問題点を引き起こした。

¹² 黄小鶯「最高人民法院が中国初の非標準必須専利の許諾拒否の独占禁止事件を判決変更した [最高院改判中国首例非标准必要专利拒绝许可垄断案]」企業觀察の微チャット公式アカウントに掲載

URL : <https://mp.weixin.qq.com/s/NbLFEnQkqAwYVj6ScV-xuw> [最終アクセス日 : 2024 年 1 月 15 日]

¹³ 最高人民法院 (2021) 最高法知民終 1482 号民事判決書。

(3) 学術定期刊行物データベースが市場支配的地位の濫用に関する紛争事件¹⁴

中国知網（CNKI）は、中国最大規模の学術文献データベースであるが、研究者の間では料金基準が不透明であるなどの点が批判されてきた。中南財經政法大学の趙德馨教授、浙江理工大学の郭兵副教授などが個人的に中国知網に対して、著作権侵害訴訟を提起した後¹⁵、ニュース世論の広範な関心と議論を引き起こし、2021年に国家市場監督管理総局は中国知網が独占行為の実施の疑いがあるとして、立件して調査を行った。中国最大規模の学術文献データベースとして、その独占行為の継続的な実施を放任すると、各分野の研究者が学術文献を取得するためのコストが高くなり、国の学術発展とイノベーションに大きく影響を及ぼすであろう。

独占禁止法執行機関は、調査を経て以下のように結論付けた。第1に、関連市場の定義について、本件の関連市場は、中国国内の中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場であるとした。第2に、市場支配的地位を有するかについて、当事者の市場シェアは50%を超え、強い市場支配力を有しているため、市場支配的地位を有していると認定した。データベースサービスの収益から見ると、2014-2021年、中国国内における中国語学術文献ネットワークデータベースサービス事業者の合計サービス収入のうち、当事者の市場シェアはそれぞれ59.95%、58.62%、63.27%、66.91%、66.99%、65.22%、68.03%、69.38%で、いずれも50%を超えていた。また、文献のダウンロード数から見ると、調査によるデータによれば、76%以上の中国語学術文献の全文ダウンロードは、当事者のプラットフォームからであった。第3に、市場支配的地位の濫用行為を実施したか否かについて、当事者は学術定期刊行物の出版機関、大学とフォーマット式の独占協定を締結するなどの方法を通じて、学術定期刊行物の出版機関、大学が当事者に定期刊行物、博士号や修士号論文などの学術資源の使用を独占的にライセンスすることを要求した。当事者の独占協力の定期刊行物の総数の割合は、全体の62%以上を維持している。2014年以来、当事者はその市場支配的地位を利用して、データベースサービスのコストが基本的に安定している状況で、多種の不公平な手段を採用して、連続的にデータベースサービスの価格を大幅に高め、価格の上昇幅は他の競争プラットフォームをはるかに上回り、不公平な高価格で商品を販売する行為を行い、不当な独占的な利益を獲得した。

最終的に独占禁止法執行機関は、当事者が中国国内における中国語学術文献ネットワークデータベースサービス市場の支配的地位を濫用して、独占協定を締結し、実施することにより、学術定期刊行物の出版機関や大学に対して当事者にのみ学術文献データを提供するように要求し、中国語学術文献ネットワークデータベースのサービスを不公平な高価格で販売し、関連市場の競争を排除、制限し、反トラスト法に禁止されている「不公平な高価格での商品の販売」と「正当な理由なく、取引の相手方が自己とのみ取引を行なうように制限」という規定に違反し、市場支配的地位の濫用行為に該当すると判断した。当事者に対して、2021年の中国国内の売上高の17億5200万元の5%の罰金に処し、計8760万元となるとした。

¹⁴ 国家市場監督管理総局行政処罰決定書国市監処罰〔2022〕87号。

¹⁵ 新智元「知網が確実に独占に該当し、8760万元の高い罰金に課された！90歳の趙德馨教授より回答〔知網壟断实锤、遭8760万天价罚单制裁！九旬教授赵德馨回应〕」、

URL：<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1753348174015261010&wfr=spider&for=pc> [最終アクセス日：2024年1月15日]

5. 独占協定のタイプに係る事件

反トラスト法3条に、3種類の独占行為が規定されており、それぞれ、「事業者が独占協定を締結する行為」、「事業者が市場支配的地位を濫用する行為」、及び「競争を排除、制限する効果をもたらす若しくはもたらしうる事業者の集中行為」である。前述のとおり、知的財産権に関する独占禁止案件のほとんどは「事業者が市場支配的地位を濫用する行為」に係る紛争であるが、最近、知的財産権を利用して独占協定を締結するなど他のタイプの事件も出始めている。

(1) 専利権侵害和解契約が独占協定を構成する紛争事件¹⁶

係争調停契約は、専利権侵害訴訟に基づいて締結されたものであり、その目的は双方の間の専利権侵害紛争を解決するためであり、契約の約定条項は専利権侵害紛争でいう被疑侵害製品の製造・販売及び双方の専利権侵害紛争の再発の防止をめぐるものである。

一審法院は、係争調停契約が独占協定ではないと判断したものの、最高人民法院は二審で以下のとおり認定した。係争調停契約は、特定品種商品の製造停止、特定品種商品の販売制限、価格の調整及び固定を約定し、情報連絡、違約処罰などの手段を補足して、販売市場の分割、商品製造と販売数量の制限、商品価格の固定の効果を強化したものである。本件における双方の2015年の専利権侵害紛争に係る専利権は、技術的效果が主にスイッチの製造コストを低減し、スイッチの使用の安定性、信頼性を強化させるもので、回避できない基礎的な専利ではなかった。しかし、このような制限は、係争専利の保護範囲と実質的に関連していない。被告は、原審の答弁でも、係争調停契約の約定内容が専利権侵害紛争を超えており、契約条項も係争専利権から逸脱していると認めた。係争和解契約と係争専利権の保護範囲には実質的な関連性が欠けており、その目的は専利権の保護ではなく、専利権の行使を口実とし、実際に競争の排除、制限の効果を追求することであり、専利権の濫用に該当すると法院は判断した。二審法院は、最終的に、係争専利権の行使という事実は、係争調停契約の違法性を排除することができず、係争調停契約は独占禁止法の強制的な規定に違反したため無効であると判断した。

(2) 医薬品専利のリバースペイメント契約に関する独占禁止審査¹⁷

医薬品専利権者及び後発医薬品出願人に係る医薬品専利事件において、当事者が権利又は和解を主張する根拠、又は法院の裁判の根拠となる関連協議又は契約として、当事者が起訴又は上訴の取下げの申請に関する和解協議、又は上訴の取下げを申請する場合に一審の裁判の根拠となる契約を含め、いわゆる「医薬品専利のリバースペイメント契約」の外観を有する場合、法院は一般的に、関連協議や契約が反トラスト法に違反しているかをある程度審査しなければならない。通常は、初歩的な審査に限られる。いわゆる「医薬品専利のリバースペイメント契約」とは、医薬品専利権者が後発医薬品出願人に直接又は間接的な利益補償（後発医薬品出願人の不利益の低減などの位相変化補償を含む）を与えることを認め、後発医薬品出願人が当該医薬品の関連専利権の有効性に対する不爭、又は当該専利医薬品の関連市

¹⁶ 最高人民法院（2021）最高法知民終1298号民事判決書。

¹⁷ 最高人民法院（2021）最高法知民終388号民事判決書。

場への参入を遅延させることを承諾する契約である。このような協議の手配は、通常において特殊なものであり、隠蔽することも多く、競争を排除、制限する効果が生じる可能性があり、反トラスト法に規制されている独占協議に当たる可能性がある。

専利権の有効性に不爭とする目的とした「医薬品専利のリバースペイメント契約」が反トラスト法に規制されている独占協定を構成する疑いがあるかどうかの判断について、法院は判断の一般基準を示した。ポイントは、関連市場の競争を排除、制限する疑いがあるかどうかである。これに対して、通常における関連協定を締結して履行した実際の状況と、関連協定を締結していなかったり、履行しなかったりした仮定の状況とを比較することによって、後発医薬品の出願人がその無効宣告請求を取り下げない場合、医薬品関連の専利権が当該無効宣告の請求によって無効とされる可能性を重点的に考察し、さらにこれを基礎に関連市場にとって関連協定が市場に損害をもたらすか、どの程度で競争に損害をもたらすかを分析する。

具体的に本件では、係争専利の権利期間が既に満了し、反トラスト法違反の状態に当たる可能性がある状態が既に存在せず、係争医薬品の関連市場への参入に係争専利権に基づく障害が存在しなくなったことを考慮して、法院は、係争の和解契約が反トラスト法違反の疑いがあるかを明らかにする必要性和緊迫性がなくなっていると判断した。

6. 評価及び将来の課題

以上の民事訴訟と行政法執行事件を整理することにより、中国の知的財産権の行使による独占禁止に係る事件の類型は比較的豊富であるが、権利者が知的財産権を如何に行使しても、最終的に独占を構成するかを判定する「勝負手」は、個別の事件では反競争のマイナス効果が生じているかどうかにあることが分かる。したがって、権利者がどのように「知的財産権を行使するか」という観点からは、権利侵害の判断基準を抽出することはできない。この文では、初歩的に「知的財産権の権利」と「独占禁止」という交差分野に関わる論文として、産業の観点から考察して、中国の文化・スポーツ分野の知的財産権の行使にはより慎重な態度で独占禁止規制を適用しているが、科学技術競争力に係る事件には独占禁止を適用する態度がより厳格であるという観点を主張しているが、このように区別する認識は、市場主体により多くの予測判断を提供するのにまだ十分とはいえない。

特に、知的財産権の行使の過程において、「取引拒否」ができるかどうかという広く議論されている問題に直面するとき、前記事件に対する分析整理を通じて以下のような類型化した判断しか得られない。①前記「スポーツ試合の画像の独占的授権に係る市場支配的地位の濫用紛争事件」で、法院は中国サッカー協会など法に基づいて自然独占を取得した権利者にとって、入札募集の方法を通じて単一の取引相手を選択し、他の取引相手を拒絶する行為は独占を構成しないと判断した。②前記「無線通信分野における標準必須専利の行使」事件において、標準必須専利権者がアンフェアで差別的な価格設定を行う方法で許諾を行う取引によって、交渉が不成立になった場合、独占を構成すると認定される可能性がある。③ただし、前記「日立金属事件」のような普通の専利（非標準必須専利）の専利権者に対して、入札募集による取引が行われていない場合、取引を拒否すると独占を構成するか否かについて、現時点では、明確な判断基準を示す判例はないといえる。

前記の一連の事件を整理する過程で、市場、特許庁、法院、行政法執行機関がどのように異なる役割を果たすかを問題意識として考察することが多い。前記「クアルコム社の市場支配的地位の濫用に関す

る行政処罰案件」と「学術定期刊行物データベースが市場支配的地位の濫用に関する紛争事件」の2件の独占禁止行政法執行事件は、民事訴訟事件の民事救済と比べて、両者は明らかに異なる役割を果たしている。この2件の行政法執行事件では、多くのスマートフォンメーカーも、各学術定期刊行物及び単一の著者も、クアルコム社やデータベース経営者に単独で挑戦する実力を全く備えていない。この場合、行政法執行機関が国を代表して無線通信分野や学術文献データベース分野に関する特殊投資、地位の非対称性など公共利益や公共政策に係る内容を判断するのが最適であり、これも民事訴訟による民事救済では実現し難いことである。

日中共同研究の過程において、日本が類似の問題を処理する際、原告の一連の行為が独占禁止法に違反しているとして、原告が特許権を行使する行為が権利濫用を構成すると主張する被告が少なくないことが分かった¹⁸。これは中国の前述の一連の事件の中で、原告が自ら独占禁止に係る訴訟を提起する方式とは鮮明な対照的であるといえる。前者の日本の事件は「防御的主張の独占禁止法」と呼び、後者の中国の事件は「攻撃的主張の反トラスト法」と呼ぶことができる。前者は、権利侵害に該当しない抗弁として、権利者の知的財産権の行使を根本的に否定できることを意味し、権利者の損害賠償の主張を否定できるほか、侵害の差止請求権を拒否する役割を果たすことができる。後者は、自発的に提起された独占禁止に係る訴訟であるが、権利者による知的財産権の行使を肯定することが前提であり、権利者が主張した取引許諾条件に同意しないにすぎない。したがって、中国の市場主体は、今後において、積極的な出撃を選択するほか、権利者による知的財産権の行使に遭遇した場合には、日本における関連事件で採用された「防御的主張」を参考にすることも考えられる。

¹⁸ 東京地判令和 2. 7. 22 平成 29 (ワ) 40337 [情報記憶装置]、知財高判令和 4. 3. 29 令和 2 (ネ) 10057 [情報記憶装置]。

第3節 日本における知的財産権の行使と独占禁止法の適用

I. 特許権の行使と独占禁止法

～プロセス的特許「権」アプローチ・判断機関の役割分担論・独禁法の文脈論

東京大学法学政治学研究科 田村 善之 教授

1. 序

特許権と独占禁止法の関係については、特許権等の知的財産権の「権利の行使と認められる行為」について独占禁止法の適用除外を定める独占禁止法 21 条を舞台に、議論されてきた。紙幅の都合上、学説の子細は他に譲り¹、メタのレベルで、この問題の把握の仕方に関する理念型を俯瞰すると、以下のようにまとめることができる。

一つは、特許権と独占禁止法は、前者が独占を認める法、後者が独占を禁止する法として、両法は目的において対立しており、ゆえに異質な法体系同士の調整が必要であるところ、それを特許権を優先する創設的な適用除外という形で処理したのが独占禁止法 21 条であると解する考え方である。

他方、近時の通説的な把握の仕方はこれとは異なり、特許権と独占禁止法は、ともに産業政策ないし競争政策による産業ないし競争の発展を目指すものであり、ゆえに目的のレベルでの対立はないが、ただその手法を異にしており、前者が権利を設定する法であるのに対して、後者が行為を規制する法であるところに相違があると理解する。そのうえで、大方の学説は、特許法が「権利の行使と認めている行為」について、独占禁止法は特許法の判断を尊重すべきであるという考え方を支持している²。

さて、そのようななか、筆者は、以前から、もう一步、先に進んで、権利 vs. 行為規制という発想から脱却し、いずれも規制すべき行為を規制するものでしかないが、ただどの時点でどの判断機関が規制するのかというところにおいてニュアンスに差異があり、ゆえに特許権と独占禁止法の関係は立法と特許庁と公取委と裁判所の役割分担の問題として論じるべきであるということを提言している³。そのうえで、具体的には、特許法が権利として認めていることにどれほどの意味があるのか、特に特許権に基づく排他権の行使それ自体について、通説のように独占禁止法の規制を控えることにどれほどの理由があるのか、という結論に到達している⁴。

本稿は、日中共同研究事業の報告書であるという本稿の性質に鑑み、前半で、こうした筆者の役割分担論を確認するとともに、そのうえで、後半で、本事業を遂行するうえで得た、独占禁止法が主張される文脈に応じた立論の展開という着想を紹介していくことにしたい。

¹ 網羅的な俯瞰として、茶園成樹「知的財産権と独禁法(1)―工業所有権と独禁法」日本経済法学会編『独禁法の理論と展開[1]』(経済法講座第2巻・2002年・三省堂)、裁判例に関し、青柳由香[判批]知的財産法政策学研究20号(2008年)。

² 和久井理子『技術標準をめぐる法システム』(2010年・商事法務)178～179頁を参照。多数説を体現するものとして、稗貫俊文「知的財産権と独占禁止法21条」同『市場・知的財産・競争法』(2007年・有斐閣)7～15頁。

³ 田村善之「特許権の行使と独占禁止法」『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)145～146頁、同「特許権と独占禁止法―再論―権利 vs. 行為規制という発想からの脱却―」日本経済法学会年報32号53・65～70頁(2011年)。

⁴ 田村/前掲注3市場・自由・知的財産142～147頁、同/前掲注3日本経済法学会年報53・65～70頁。先駆的かつ示唆的な業績として、白石忠志『技術と競争の法的構造』(1994年・有斐閣)16～21頁、同「知的財産権のライセンス拒絶と独禁法―『技術と競争の法的構造』その後」『21世紀における知的財産の展望』(知的財産研究所10周年・2000年・雄松堂出版)242～245頁。

2. プロセスの特許「権」アプローチ・判断機関の役割分担論

(1) 総論～権利 vs. 行為規制という対立図式から行為規制間の役割分担へ～

1) 序

冒頭で言及したように、知的財産権ないし特許権と独占禁止法に関する近時の通説的な把握の仕方は、両法には目的レベルでの対立はなく、ともに 産業政策ないし競争政策による産業の発展を期しているが、ただ、かたや特許法が権利を設定する法であるのに対し、かたや独占禁止法が行為を規制する法として、その手法を異にしているに過ぎないというものである。

これに対して、本稿は、さらに一步先に進め、権利 vs. 行為規制という発想からの脱却を提言する。

2) 知的創作物に対する権利というメタファーの陥穽

特許法を含む知的財産法においては、一般的に、知的創作物 (e.g. 発明) に対する権利というメタファーが用いられている。しかし、発明・著作物などの無体物 (= 知的財産) は実存するものではなく、人工的な構成物に過ぎない。

一般的に知的財産法の世界では、知的創作「物」もしくは無体「物」というものがあって、それを人間が利用しているというレトリックが頻繁に用いられる。そこでは、知的創作「物」あるいは無体物と、その利用「行為」は峻別されるということが前提とされている。しかし、両者の区別は相対的なものでしかない。たとえば特定のプログラムをネットワーク上で送信する行為をどのように捉えるのかという問題を考えると、著作権法の条文は、これを、特定のプログラムという著作物 (無体物) を公衆送信する「行為」だと捉えている (著作権法23条1項)。他方で、特許法では、クレイムの書き方次第となり、特定のプログラムが発明としてクレイムされれば、送信は発明の実施「行為」であると把握されることになるが、プログラムの送信方法が発明としてクレイムされれば、送信方法は発明という無体「物」として把握されることになる。

この例は、人の行為から分離した知的創作物、ないしは無体物なるものを観念するのは、単なるフィクションに止まるということを示している。無体「物」や知的創作「物」と呼ばれているものの実態は、多種多様な人の行為のなかから類似するパターン (similitude in pattern) が抽出され、それに無体「物」あるいは知的「財産」というレッテルが貼られているに過ぎない⁵。このように、どのような行為者にも共通している抽象的な要素、たとえば著作権法でいえば、複製や公衆送信等の要素を「行為」として切り出して規律し、他方で、個別の行為毎に異なる色彩を放つ固有の要素を個別的な「知的創作物」、たとえば著作権法でいえば著作物として把握し、もって規制すべき行為を、創作的表現という「物」を法定の利用「行為」の場面で再生することという形で定義することは、規制されるべき行為を明確に分かりやすく特定するという法技術でしかない⁶。もちろん、そのような法技術には、特定の権利によって禁止されるべき行為を逐一列挙すると煩雑に過ぎるところを、特定の知的創作「物」に対して権利が与えられ

⁵ Wendy J. Gordon (田辺英幸訳) 「INTELLECTUAL PROPERTY」 知的財産法政策学研究11号6～7頁 (2006年)。

⁶ 田村善之「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」 著作権研究36号3～5頁 (2010年)、同「未保護の知的創作物という発想の陥穽について」 同『ライブ講義知的財産』 (2012年・弘文堂) 49頁、同『知的財産』はいかなる意味において『財産』か—『知的創作物』という発想の陥穽 吉田克己=片山直也編『財の多様化と民法学』 (2014年・商事法務) 331～333頁。

たと抽象的に措定することにより、禁止されるべき多種多様な行為のなかから、一般的に共通するパターンを取り出し、それを発明や著作物と呼ぶことで、侵害となる行為の範囲を可視化し、把握しやすくするという効用がある⁷。

3) プロセス的特許「権」アプローチ

このように特許権が行為規制であるという見方に立脚すると、特許権の行使を認めるか否かという問題は、どのような要件の下でいかなる行為を規制していくのかという問題であると置き換えることができる。そして、この行為規制の要件を吟味する際には、前述したように、産業の発展という特許制度の究極の目標の達成に向けて様々な要素を考慮していく必要があるが、その判断機関としては、市場、立法、行政、司法等、様々なものを想定することができる。イノベーションを促進し産業の発展をもたらす特許制度のあり方に関して一義的な解を得ることが困難であるなかで、判断機関として活用しうるかもしれない資源を最初から選択肢の外に置く必要はなく、これらの判断機関の役割分担としてどのようなものが望ましいのか、という考察を意味もなく省略する発想は有害ですらある。

こうした観点の下では、特許制度は、特定の行為規制を発動するか否かということの決定に対して、市場、立法、行政、司法等の様々な機関が関与する制度である、と理解されることになる。特許庁が特許権の付与を認めたということは、その一連のプロセスのなかの一通過点に過ぎない。より具体的にいえば、特許制度は、行為を規制する権限を私人に委ねることとするが（＝裁判所による民事規制）、その規制すべき行為のなかから特定の要素（＝「発明」）を取り出して、そこに特許庁の事前審査を介在させることとしており、特許査定がなされた結果、登録により特許権が発生したということは、その特許庁による事前審査が終了したということの意味するに止まる⁸。

4) 特許権と独占禁止法に対する新たな見方：判断機関の役割分担論

以上のような見方に立脚すると、知的財産権を規律する法も、独占禁止法も行為規制という点では変わらないということになる。つまり、独占禁止法による規制も、特許制度も、目的を達成するための特定の行為の規制というゴールに向けて、市場、立法、行政、司法等の様々な機構が決定をする制度なのであり、特許庁が特許権の付与を認めたということは、その一連のプロセスのなかの一通過点に過ぎない。したがって、両者の関係は、権利 vs. 行為規制という対立図式ではなく、同じ行為規制同士の間の調整問題としてもう少し肌理細かに把握する必要がある。

具体的には、独占禁止法に比した知的財産法の特徴は、行為を規制する権限を私人に委ねており（＝民事規制）、規制すべき行為のなかから特定の要素（＝「発明」）を取り出して、そこに特許庁の事前審査を介在させていることが重要である。

他方、知的財産法に比した独占禁止法の特徴は、行為を規制する権限を公取委に（も）委ねているところにある（＝行政規制）。

そして、知的財産法と独占禁止法問題は、これらの規制手法や決定機関の相違に鑑みた役割分担の問

⁷ 田村善之「muddling throughとしての法政策学—『多元分散型統御を目指す新世代法政策学』中間報告—」新世代法政策学研究10号289～290頁（2011年）。独禁法の規制に関する、川濱昇「市場をめぐる法と政策—競争法の視点から—」新世代法政策学研究創刊号81～82頁（2009年）も参照。

⁸ 田村/前掲注3日本経済法学会年報32号65～66頁。賛意を表するものに、高橋明宏『知財イノベーションと市場戦略イノベーション』（2012年・国際書院）267～268・449～450頁。

題として捉えられることになる⁹。

特許庁の事前の審査においては、少なくとも日本では、専門分野を異にする審査官が審査をなすことにより、結果的に、たとえば非容易推考性（進歩性）の要件の加減等において産業分野毎の舵取りが実施されている。もっとも、少なくとも日本では、そもそも審査分野ごとに専門を異にする審査官が配置されており、自ら特許政策の舵取りがなされている。たとえば家電業界では細かな特許が多く、製薬業界では大きな特許が与えられている。このようにそれぞれの産業分野で舵取りを行使している特許庁を（も）活用することが賢明なように思われる¹⁰。

もっとも、特許庁の審査対象である特許要件は、事前審査に適した事情に絞られている。すなわち、発明適格対象、産業上の利用可能性、開示要件、新規性、非容易推考性等は、いずれも技術的な事項であり、事前に判断することができるものばかりである。もちろん、この要件の下でも、非容易推考性のバーを高める等の方策により特許の数を減らすことで、アンチ・コモنز問題に対処することは可能である。しかし、関係特殊的投資や地位の非対称性など、特許付与後の事後的な事情を斟酌することは困難である。これらの事情に起因するホールド・アップ問題やパテント・トロール問題に対処する場合は、特許庁による事前の調整ではなく、司法等による事後的な調整に期待せざるを得ない。

ゆえに、産業政策上、競争政策上、弊害を生じるおそれがある事情をどの時点でどの機関に判断させるかという役割分担論の観点から考えると、関係特殊的投資や地位の非対称性が存するか否かということは審査していないのだから、特許庁の審査によって特許権の付与が認められたということは、権利行使を認めるべきであるというお墨付きが与えられたことを意味しない。したがって、特許権が付与されたという一事をもって、司法や公正取引委員会等による事後的な調整を慎まなければならない理由はない¹¹。

この事後的な判断をなすべき機関の候補としては、裁判所による差止請求権等の制限公正取引委員会による規制、さらには特許庁や経済産業省による裁定許諾（強制実施権）を考えることができる。

このうち、裁判所は関係特殊的投資や地位の非対称性等に関する証拠収集を得意としており、公正取引委員会は市場の動向の把握や競争政策の判断に一日の長があるといえそうである。特許庁や経済産業省は技術的知識や産業政策の判断に長けており、ゆえに、これら3つの機関はそれぞれに長短があるといえることができるが、判断能力のことだけを考えれば、いずれも管轄を有すると考えることに理があるといえよう。

（2）各論：標準必須特許に起因するホールド・アップ問題

1) 序

以上のような権利 vs. 行為規制という対立図式からの判断機関の役割分担論への発想の転換が具体的な意義を有すると思われる問題が、アンチ・コモنز問題、関係特殊的投資に起因するホールド・アップ問題であり、とりわけこれに地位の非対称性に起因するパテント・トロール問題が絡むときには単独

⁹ 田村/前掲注3 市場・自由知的財産 145～146 頁。

¹⁰ 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究 20 号 18 頁（2008 年）。

¹¹ 田村/前掲注3 市場・自由・知的財産 45 頁。

の特許権者による排他権の行使¹²自体に対しても、公取委による規制が期待されて然るべきではないか、という論点である。

2) IT産業における特許制度の課題

① アンチ・コモンズ問題

IT産業の特徴は、技術が極めて累積的、かつ集約的に利用される点にある¹³。1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いわれている¹⁴。これはまさに、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の発展の結果であり、その中でイノベーションは細かく漸進的、累積的に発生している¹⁵。

かりに17世紀に登場した現代につながるイギリス起源の特許制度が、少なくとも千のオーダーを超える特許権が一つの製品に絡むことは予定していなかったとすると、ここでは、特許制度が予定していないアンチ・コモンズ問題¹⁶が発生しているのではないかと考えられてくるのである。

② ホールド・アップ問題

IT産業では標準化活動が顕著になっている¹⁷。もちろん、技術が標準化され、ネットワーク外部性を享受しうようになることは、ユーザーにとっても便利であり、参加企業にとっても敗者となるリスクを減じることができるが、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・プールの形成によるアンチ・コモンズ対策である¹⁸。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、FRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) 条項、すなわち、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¹⁹を入れ、アンチ・コモンズ問題が起きないようにしている。くわえて、企業の自社技術に対する評価はしばしば過大であり、そうではなくても戦略的に行動するため、FRAND 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、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²⁰。

しかし、他方で、標準化においては、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

¹² たとえば、「単独の知的財産権者が、有効な知的財産権をもって、それまで一度も第三者にライセンスすることなく、もっぱら自己のために独占的に知的財産を利用している場合に、第三者が、当該事業に参入するためにはその技術が不可欠であるとしてライセンスを求めてきたときに、その申し出を拒絶すること」(稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法』(第2版補正版・2008年・弘文堂)344～345頁)。

¹³ Mark A. Lemley, "Ten Things To Do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)", 47 B.C. L. Rev 149, 151 (2007).

¹⁴ DAN L. BURK & MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT 27 (The University Chicago Press, 2009).

¹⁵ Stuart J. H. Graham, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Ted M. Sichelman, *High Technology Entrepreneurs and the Patent System: Results of the 2008 Berkeley Patent Survey*, 24 BERKELEY TECH. L. J. 1255, 1319 (2009) は、バイオ産業の特許の様相を「discrete」、IT産業のそれを「complex」と呼ぶ。

¹⁶ 参照、LEE Nari (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)。

¹⁷ 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)～」知的財産法政策学研究 34号～掲載予定。

¹⁸ 和久井・前掲注2・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)。

¹⁹ 和久井・前掲注2・278～280頁。

²⁰ Lemley, *supra* note 13, at 158-161.

準化がまとまった後には、企業における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、多大な関係特殊的投資が投入される。その、当該技術の利用にロック・インされてしまい、高めのロイヤルティでも払わざるをえないというホールド・アップ²¹の状況に追い込まれる。

そして、FRAND 条項等の契約によって、標準化に参加した企業の特許権行使を適切にコントロールできたととしても、アウトサイダー問題が残る。標準化活動に参加していない機関からの特許権行使が行われると、ホールド・アップ問題が加速化する²²。

③ パテント・トロール問題

関係特殊的投資に加えて、地位の非対称が絡むとさらに問題が悪化する。IT 産業等においては、抽象化した発明について特許付与が認められている結果、特許製品を製造せず特許ライセンスビジネスを主たる業務とする事業者が台頭しており²³、クロス・ライセンスのインセンティブがなく、報復を恐れる必要がないため、高額の特許料を請求する結果、パテント・トロール問題²⁴が生じることになる²⁵。

もちろん、単に特許の待ち伏せであれば、通常の特許権者と変わらない。しかし、特許権者の地位が非対称的であり、汎用性が高く誰と交渉してもよい一方で、利用者にホールド・アップ問題がある場合には、状況が異なる。その場合には、特許権者が、最初から権利行使せず、関係特殊的投資がなされロック・インの状況になるのを待って権利行使するという機会主義的行動により、高額の特許料を引き出すことができる。これにより、社会的に有益な関係特殊的投資が萎縮してしまうという弊害が生じる。

その反面、高額の特許料となる原因は、ライセンスを受ける企業の側の関係特殊的投資と、技術的価値ではなくユーザーの数で優劣が決まるネットワーク外部性である。関係特殊的投資のほか、様々な偶然により、特許発明の優秀さ以外の事情から標準化に採用されたという理由で過大な権利行使ができるようになっていけるとすると、発明に対しては過大なインセンティブである可能性が高いのである²⁶。

④ Apple Japan 対三星電子事件知財高大判

ところで、FRAND 宣言がなされている標準必須特許の法律関係が問題となった事件として、Apple Japan 対三星電子事件にかかる知財高裁大合議判決²⁷がある。

事案は、「iPhone4」、「iPad2 Wi-Fi+3G モデル」などを生産、譲渡、輸入等する Apple Japan の行為が、三星電子の特許権の侵害となるのかということが問題とされたというものであった。三星電子は、本件特許に関し、標準機関に対し FRAND 宣言をしていたため、FRAND によって契約が成立するか、差止請求権の制限の可能性が争点とされた。

²¹ 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。

²² Lemley, *supra* note 13, at 154-155, 和久井・前掲注 2・158 頁。

²³ 移動体通信にかかる標準化技術に関する特許の保有状況につき、HAZUCHA・前掲注 17。

²⁴ パテント・トロール (patent troll) のトロールとは、人が自分の待ち伏せている道を通るのを待って襲い掛かる妖怪のことを指す（紋谷宗俊「近時の米国特許侵害訴訟実務における留意事項パテント・トロールに関して」発明 104 巻 3 号 65 頁（2007 年））。

²⁵ 長岡貞男「コンソーシアム型技術標準における今後の政策課題」知財研フォーラム 69 号 4 頁（2007 年）、和久井・前掲注 2・160-161 頁。

²⁶ 川浜昇「サイバー空間における知的財産権と独占禁止法—エッセンシャルファシリティ理論を中心に」特技懇 215 号（2001 年）、川濱昇「技術標準と独占禁止法」法学論叢 146 巻 3=4 号（2000 年）、Lemley, *supra* note 13, at 151-152.

²⁷ 田村善之「判批」NBL1028 号 27～42 頁・1029 号 95～102 頁・1031 号 58～64 頁・1032 号 34～45 頁・1033 号 36～52 頁（2014 年）。

この事件において、知財高大判平成 26. 5. 16 判時 2224 号 146 頁「パケットデータを送受信する方法及び装置」(本案)は、「prepared to grant irrevocable licenses」(「取消不能なライセンスを許諾する用意がある」という文言は、「hereby do license」(「ここにライセンスを供与する」)あるいは「commit to license」(「ライセンスを確約する」)等他の採り得る文言と比較して宣言者の側で更なる行為がされることを前提とする文言となっており、文言上確定的なライセンスの許諾ではないと判断した。

しかし、このように契約としての拘束力を否定しながらも、権利濫用の法理により、実質的に契約の拘束力を認めたに等しい解決を提示している。つまり、知財高裁は、Apple Japan が提起した債務不存在確認訴訟にかかる本案について、FRAND 条件でのライセンス料相当額を超える損害賠償請求は、原則として、権利濫用になる一方、FRAND 条件でのライセンス料相当額の範囲内の損害賠償請求は、原則として、権利濫用にならないとしたのである。一方、三星電子が求めた製造・販売等の差止めの仮処分の申立て、知財高裁は、FRAND 宣言をなした特許権に基づく差止請求権の行使は、原則として、権利濫用になる旨を判示した(知財高大決平成 26. 5. 16 判時 2224 号 89 頁「パケットデータを送受信する方法及び装置」(仮処分)、また、FRAND 宣言した特許権者が FRAND 条件によるライセンスを受ける意思のある者に対して差止請求権を行使することは権利の濫用として許されないと判示すると共に、特許権者がそのような差止請求権があるかのように相手方取引先に文書を送付した行為をもって不正競争防止法 2 条 1 項 1 4 号の不正競争に該当するとした判決もある(東京地判平成 27. 2. 18 平成 25 (ワ) 21383[ブルーレイディスク])。

以上ように、知財高裁は、差止請求は原則として権利濫用になり、FRAND 金額を超える損害賠償請求は原則として権利濫用になるとしたので、結局、FRAND 料率に基づくライセンス契約が成立しているのと同様の結果となった。したがって、FRAND 宣言がなされている標準必須特許が FRAND 宣言をなした者の元に止まっているのであれば、この大合議判決により一定の解決が図られたということができる。また、権利行使しようとする特許権者が自ら FRAND 宣言をした場合に限られず、FRAND 宣言が付された特許につき宣言が付されていることを知って譲り受けた者は、たとえ FRAND の業界団体に加入していなくても、その差止請求は、権利の濫用に該当するという見解も提唱されている。

しかし、FRAND 宣言が付されている特許に及ぶに止まり、一般的に差止請求を制限するものではない上、標準化団体に参加していなかった、あるいは離脱したアウトサイダーたる特許権者にはこうした方策の効力は及ばないという問題が残る²⁸、一般的に差止請求権を制限する必要性は消滅していない。

3) プロセス的特許権論からの帰結

こうした状況を解決するためには、まずは、侵害訴訟において裁判所が、特許権による差止請求権を制限するという方策が考えられる。くわえて、独占禁止法に基づき、公正取引委員会が、特許権者のこの種の権利行使を独占禁止法に違反すると判断して規制するという方策もありえるだろう。その他に、特許庁や経済産業省による裁定許諾(強制実施権)の活用も考えられて良い。

実際、差止請求権の制限の可能性という点に関しては、先駆的な裁判例がある。那覇地判平成 20. 9. 24 平成 19 (ワ) 347[写真で見る首里城]がある。事案は、被告侵害者の発行する写真集全体が 95 ページ

²⁸ 鈴木将文[判批] L&T65 号 55~64 頁(2014 年)。

で、掲載写真点数 177 点のうちの最終ページに掲載された 9 点のうちの 1 点だけが原告の著作権を侵害していたというものであった。ゆえに権利者の損害は軽微であるといえ、実際、裁判所は、著作権法 14 条 3 項の相当利用料額として 2 万 5000 円の損害賠償しか認めていない（弁護士費用等も入れて最終的な認容額は 15 万円）。他方、差止めが認められてしまえば、被告は既に多額の投資をして発行済みの写真集の販売をできなくなる。こうした事情を勘案して、裁判所は、差止請求を権利濫用として棄却した。

しかし、これは極めて例外的な裁判例であり、一般的には、著作権や特許権を侵害している以上、とにかく差止めが認められるのだというのが通説的な見解であり、前掲那覇地判[写真で見る首里城]に続く裁判例は現れていない²⁹。そして、巷間では、特許権は絶対的な排他権なのだから、権利の濫用が適用されるのはあくまでも例外なのだ、特許権者に主観的な悪性がある場合にシカーネ的な権利濫用を認めるのであればともかく、そのような悪性がない場合に、権利濫用は認めるべきでない、などというタイプの議論をよく耳にする。

知的財産権、あるいは特許権の側で、このように原則、差止請求を制限できないとすると、議論は知的財産権と独占禁止法の関係に影響しうる。特許権のほうで権利行使が認められている以上、その権利を行使する、つまり第三者の実施行為を差止めることは独占禁止法のほうでも原則尊重しなければならない、したがって、特許権の権利行使をすること＝ライセンスをしないこと＝取引拒絶が独占禁止法上違法となることは例外的な場合に限られる、という類の議論（＝「排他権の神聖視説」³⁰）を誘発する可能性がある。

実際、後述するように、情報記憶装置事件では、第一審判決（東京地判令和 2.7.22 平成 29（ワ）40337 [情報記憶装置]）、控訴審判決（知財高判令和 4.3.29 令和 2（ネ）10057 [情報記憶装置]）はともに、特許権の行使が独占禁止法に違反するためには「競争上著しく不利益」を与えることが必要であるという発想を前提としているように読める。

しかし、第一に、この点は近時の通説的な見解が認めているように、特許権と独占禁止法は、ともに産業ないし競争の発展を目指すものであり、ゆえに目的のレベルでの対立はない、としよう。そして、既述したように、標準必須特許の実施に対する関係特殊的投資が、ホールド・アップ問題により過度に躊躇われる事態は、産業政策ないし競争政策上、好ましくない事態である、としよう。さらに、地位の非対称性が絡むと、当事者間の契約での合理的な解決に期待することができないから、市場に任せておけば済む問題ではないことになる。これらの事情は、法的な介入を正当化しうる事情であり、特許法であれ、独占禁止法であれ、どこかでこうした事情があることを斟酌した対応をなすことが望まれる。

第二に、そして、こうした近時の通説的な理解に、期本稿のような、プロセスのなかの通過点としての特許「権」という発想を加える場合には、これらの標準必須特許、関係特殊的投資、地位の非対称性などは、特許庁の事前審査では予測することが困難な事後的な事情であって、実際、全く判断していないものばかりである。したがって、一連のプロセスのなかで特許「権」が付与されたとしても、それは特許庁の審査という事前判断が終わったことしか意味しておらず、これらの事情を未だに斟酌していない以上は、どこかの事後的な判断機関でこれらの事情を斟酌しないことには、特許法と独占禁止法の目的を達成することができない。

²⁹ 参照、田村善之「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察」『競争法の理論と課題－独占禁止法・知的財産法の最前線』（根岸哲古稀・2013 年・有斐閣）707～708 頁。

³⁰ 批判的な見地からこの種の発想を検討する、白石・前掲注 4 法的構造 16 頁の命名にかかる。

したがって、プロセス的特許「権」という発想からアプローチすると、標準必須特許、関係特殊的投資、地位の非対称性という事情は、むしろ特許権の付与後の手続きでこそ、積極的に判断されなければならないものであり、特許権が認められたという一事をもって遮断する「排他権の神聖視説」は、到底正当化しえないという帰結が導かれることになる。

4) 役割分担論からの帰結

以上のように、事後的な手続きによる介入が認められた場合、判断機関の候補としては、既に述べたように、侵害裁判所による差止請求権の制限、公正取引委員会による独占禁止法の規制、経済産業省による裁定許諾がありうることになる。

第一の選択肢である侵害訴訟に関しては、やはり前掲那覇地判[写真で見る首里城]の判断が正鵠を射ていることになる。この事件では、被告出版社は書籍の出版を遂行しえないことには無駄になる多大な関係特殊的投資を投入しており、それにも関わらず差止請求が認められてしまうのでは、その関係特殊的投資が無駄になることを慮って、権利者からの高額なライセンス料の要求を飲まざるを得ない。ゆえに、ホールド・アップ問題が発生している。他方、指定著作権者は個人の写真家であり自ら出版業を営んでいるわけではないから、将来の報復を恐れることなく、戦略的な権利行使が可能であるという地位の非対称性が存する。しかも、この事件における権利侵害部分は全体の出版物のごく一部であり、関係特殊的投資の分を吸収したライセンス料につながる差止めの保護は、創作のインセンティブとしては過大なものといいやすく、適切な額の損害賠償を認容すればその保護は十分といえる。こうした事情の大半は当事者の事情であり、3つの候補のなかでは、弁論主義の下で当事者間の証拠の収集に長けており、日頃からその評価に勤しんでいる裁判所がその判断に最も適任な機関であるといえよう。結論として、差止めを認めなかった前掲那覇地判[写真で見る首里城]の判断はまことに正当だということになる。そして、標準必須特許に関しても、この種の事情が見て取れる場合には、裁判所は差止請求権を制限すべきであろう³¹。

法理の根拠としては、前掲那覇地判[写真で見る首里城]と同様、権利濫用（民法1条3項）を持ち出せば足りる。当事者の悪性を理由とするシカーネ的な権利濫用ではなく、権利の行使を認めることが、権利（＝特許権）を付与している制度（＝特許制度）の趣旨から逸脱していることを理由とする、その意味で制度的な濫用としての権利濫用といえる。

第二の選択肢である公取委が介入する独占禁止法に基づく規制については、元来、市場の画定が必要となる。この市場の画定は、筆者の理解では、市場における競争の状況を把握するために行われる³²。市場において競争が機能しており、ゆえに法が介入せずとも、相応に合理的な解決が得られる見込みがあるのであれば市場的な決定に委ねておいたほうがよい。反対に、市場が機能していないということであれば、法的な介入を果たしたほうが望ましい解決が得られる可能性がある。この理を、ホールド・アップ問題に則していえば、標準必須特許の実施者が、標準にかかる特許発明を実施することなく他の代替技術に依存しようとする、投入済みの関係特殊的投資が無駄になるのだとすれば、実施者にとって

³¹ その場合の損害賠償額の算定に関しては、田村善之「FRAND ロイヤルティの算定—理論と現実と—」パテント70巻14号（別冊18号）24～37頁（2017年）の分析を参照。その結論を簡単にいえば、実施者が実施により得る利益のうち、ネットワーク効果に起因する利益は斟酌するが、関係特殊的投資に起因する分は算入することなく、ライセンス料を決定すべきである、となる。

³² 参照、田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察—民法と競争法の出会—」同『市場・自由・知的財産（2003年・有斐閣）34～35頁。

は当該特許発明の実施以外に選択肢はなく（＝ロック・イン）、ゆえに、この特許発明の実施によって特定された狭い市場において市場は機能していない。換言すれば、特許権者が独占的地位を享受していることになる。ゆえに、法の介入が視野に入れられることになるのである³³。

結論として、ロック・インがあるために狭く画定された市場において、多大な関係特殊的投資が投入されているばかりでなく、特許発明の貢献が僅少であるために差止請求権の行使を否定したとしても、その種の発明に対するインセンティブの減少に伴ってイノベーションに与えるネガティブな影響も僅少と見積もられ、他方、地位の非対称性がある等のために当事者間での合理的な解決を期待できない場合には、特許権者が実施許諾を与えないことは不当な取引拒絶（独占禁止法2条9項6号イ（不当な差別的取扱い）、不公正な取引方法の一般指定一般2項（不当な取引拒絶））として独占禁止法違反を構成すると解される。

第三の選択肢である裁定許諾に関しては、標準必須特許の実施者が実施している以上、不実施を理由とする裁定許諾（特許法83条）の要件を満たすことは想定しがたく、また、実施者が自らの特許発明を実施していなければ、特許を利用することを理由とする裁定許諾も使うことができない（92条）。その場合、残る選択肢は、公益を理由とする裁定許諾（93条）となる。前二者は、裁定の請求先が特許庁長官であるが（83条2項、92条3項）、最後のものは、経済産業大臣となる（93条2項）。特許法93条1項は「公益のために特に必要があるとき」をその要件としており、通説的な見解は同条の発動を極めて限定的なものにしようとしており、関係特殊的投資を理由とする強制実施権などはもっての外のことと考えている³⁴。しかし、既述したように、特許法の目的の達成のために侵害訴訟で差止請求権を制限すべき場合であれば、判断機関が裁判所ではなく、経済産業省であることの一事をもって裁定許諾を躊躇う理由はどこにもないというべきである³⁵。

3. 独禁法の文脈論

（1）適用法としての独禁法 vs. 説明道具としての独禁法

じつは、特許権の行使に関して「独占禁止法」が主張される場面は、公正取引委員会が排除措置命令を出す場合に限られない。たとえば、特許権の侵害訴訟において特許権の行使を制限したいときに、裁判所が、端的に権利濫用を根拠とするのではなく、いったん独占禁止法違反であるという判断を介在させてから、権利濫用との結論を導くことがある³⁶。前者は「適用法としての独禁法」、後者は「説明道具

³³ このようにロック・インが存在する場合に、市場を狭く、場合によってはユーザー一人、サービス提供者一人の間で市場を画定する考え方（白石忠志「独占禁止法上の市場画定に関するおぼえがきーロック・イン現象の視角から」同『技術と競争の法的構造』（1994年・有斐閣）187～205頁、同『独占禁止法』（第4版・2023年・63～64頁）は、独占禁止法学にあっては少数説であるかもしれないが、かりに市場を画定する意義が、市場的決定が機能しているかという観点から市場と法の役割分担を探るところにあくのだとすると、この方法論による市場画定が論理的な帰結となる。そして、こうした狭小な市場を公取委が逐一取り上げるべきかという問題は、市場画定ではなく、公取委の事件選択として論ずべきである。その他の論点とともに、詳細は、田村/前掲注32・29～46頁に譲る。

³⁴ 中山信弘『特許法』（第5版・2023年・弘文堂）591頁（侵害者の設備が廃棄されるのは当然であり、設備が巨額なものであっても原則としてやむを得ない旨の記述がある）。

³⁵ 白石・前掲注4法的構造24～25頁も参照。

³⁶ 特許権等、知的財産権に関わる民事訴訟におい「独禁法」が持ち出される各種場面について、「防御方法としての独禁法主張」「攻撃方法としての独禁法主張」という概念を用いる、平山賢太郎「イントロダクション～知的財産権行使を覆

としての独禁法」と呼ぶことができる³⁷。元来、裁判所は「説明道具としての独禁法」を援用する必要はないのであるが、競争の観点からの検討をなす必要があるときに、そのような観点からの検討が相対的に豊富であることが多い独占禁止法の議論を参酌するために、「説明道具としての独禁法」に依拠するという方策が用いられるのである³⁸。

しかし、「説明道具としての独禁法」は「適用法としての独禁法」と効果を異にするために、「適用法としての独禁法」における議論を直輸入すべきではなく、修正を施すべき場合がある³⁹。以下、本稿はその典型例として、最近、特許権の行使が独占禁止法に違反し、ゆえに権利濫用に該当するか否かが争われた事件で、権利濫用を認めた第一審判決を覆し、これを否定した情報記憶装置事件知財高裁判決をめぐる議論を紹介することにしよう。

(2) 情報記憶装置事件知財高裁判決

1) 事案

被告（被控訴人）らは、原告（控訴人）が製造販売するプリンタ用に、やはり原告が製造販売するトナーカートリッジ（「原告製品」）の再生品を製造販売している。被告らは、再生品を装着した際にプリンタにトナーの残量が「？」と表示されることを防ぐために、原告製トナーカートリッジに取り付けられている電子部品（「原告電子部品」）であるメモリを取り外し被告製の電子部品（「被告電子部品」）であるメモリに取り替えたうえで、再生品のトナーカートリッジ（「被告製品」）として製造販売している。原告は、この被告の行為が、原告が電子部品の構造に関して有する特許権を侵害すると主張して、本訴を提起した。

第一審判決（東京地判令和2.7.22判例時報2553号70頁[情報記憶装置]）⁴⁰は、原告の請求を棄却した。被告製品が特許製品を全面的に取り替えるものであることを理由に消尽を否定しつつ、原告特許権者が他に必要性、合理性がないにも関わらず、原告電子部品のメモリの書換を制限する措置を施し、もって、「？」表示を防ごうとする被告が、原告電子部品のメモリの書換えではなく、被告電子部品への取り換えに及ばざるを得ない状況を作出していることに着目し、かかる原告の行為は独占禁止法に違反するという理由付けを経由させたうえで、原告の特許権の行使は権利の濫用に該当すると判示したのである。原告が控訴。

2) 判旨

「独禁法」～「発明119巻1号57～59頁（2021年）を参照。いずれも、「防御方法としての独禁法主張」「攻撃方法としての独禁法主張」は、本稿にいう「説明道具としての独禁法」に分類しうるものであり、その下位概念を構成する。特許権の行使を権利濫用として差止請求権を否定するために持ち出される独禁法は、「説明道具としての独禁法」であり、かつその下位分類の「防御方法としての独禁法主張」となる。

³⁷ 白石忠志「研究開発成果の排他的利用に関する競争の観点からの規整(1)」法学協会雑誌108巻8号1267～1270頁（1991年）の命名にかかる。

³⁸ 白石/前掲注37・1269頁。

³⁹ この種のアプローチを、公序良俗に違反する法律行為を無効とする民法90条の「公序」の解釈において独占禁止法違反を「説明道具としての独禁法」として介在させる場面で採用した、先駆的かつ示唆的な先行業績として、参照、曾野裕夫『独禁法違反行為の私法上の効力論』覚書化粧品販売特約店契約の解約事例を素材に」金沢法学38巻1＝2号280～288頁（1996年）。

⁴⁰ 田村善之[判批]新・判例解説Watch29号289～292頁（2021年）、同[判批]WLJ判例コラム236号1～32頁（2021年）、張唯瑜[判批]知的財産法政策学研究63号217～277頁（2022年）。

本判決は、以下のように論じて、原判決を変更し、差止請求と損害賠償請求を（一部）認容した。

被告電子部品について、原告電子部品を取り替えたものであることを理由に、原告電子部品との同一性を否定し、もって消尽を否定。

「消尽の趣旨は、特許製品について譲渡を行う都度特許権者の許諾を有するとすると、市場における特許製品の円滑な流通が妨げられ、一方、特許権者が我が国において譲渡した特許製品については、当該譲渡を通じて特許発明の公開の代償を確保する機会を既に保障されているから、特許権者がその流通過程において二重に利得を得ることを認める必要はないことによるものと解されるから、消尽により特許権の行使が制限される対象製品は、特許権者が我が国において譲渡した特許製品と同一性を有する製品に限られると解すべきである。

これを本件についてみると、被告製品は、控訴人が譲渡した本件各発明 1 ないし 3 の実施品である原告電子部品を搭載した使用済みの原告製品から、原告電子部品を取り外し、被控訴人らの製造した被告電子部品と取り替えた上で、トナーを充填し、再生品として製造し販売したものであるから（前記前提事実の（6）イ）、被告電子部品は、控訴人が譲渡した原告製品に搭載された原告電子部品と同一性を有するものではない。」

残量表示がなされないとしても、トナー切れによる印刷停止の動作とトナー切れ表示はなされ、また、印刷機能に支障をきたすものではなく、ユーザーは残量表示がなされないとしても、予備のトナーを用意しておくという対応をとることなどできることなどを理由にリサイクル事業者が被る不利益は小さいと評価するとともに、本件特許発明の技術的範囲に属さない電子部品を製造することが可能であると認定、さらに、残量表示の正確性を自らコントロールできなくなることを防ぐために本件書換制限措置を講じており、経営戦略として、原告製プリンタに対応するトナーカートリッジのうち、ハイエンドのプリンタに対応する原告製品に搭載された原告電子部品を選択したという控訴人の主張には相応の合理性があると評価し、結論として、控訴人の権利行使が独占禁止法に違反するものではなく、権利の濫用にも該当しないと帰結。

「本件書換制限措置は、リサイクル業者である被控訴人らに対し、競争上著しい不利益を与えるものとの被控訴人らの前記主張は理由がない。」

「本件書換制限措置によりリサイクル事業者が受ける競争制限効果の程度は小さいこと、控訴人が本件書換制限措置を講じたことには相応の合理性があり、控訴人による被告電子部品に対する本件各特許権の行使がもっぱら原告製品のリサイクル品を市場から排除する目的によるものとは認められないことからすると、控訴人が本件書換制限措置という合理性及び必要性のない行為により、被控訴人らが原告製品に搭載された原告電子部品を取り外し、被告電子部品に取り替えることを余儀なくさせ、上記消尽の成立を妨げたものと認めることはできない。

以上の認定事実及びその他本件に現れた諸事情を総合考慮すれば、控訴人が、被控訴人らに対し、被告電子部品について本件各特許権に基づく差止請求権及び損害賠償請求権を行使することは、競争者に対する取引妨害として、独占禁止法（独占禁止法 19 条、2 条 9 項 6 号、一般指定 14 項）に抵触するものということはできないし、また、特許法の目的である「産業の発達」を阻害し又は特許制度の趣旨を逸脱するものであるということとはできないから、権利の濫用に当たるものと認めることはできない。」

3) 小括

本判決が原判決と結論を異にした理由は、もっぱら事実の評価を異にしたことに起因している⁴¹。具体的には、第一に、リサイクル事業者にとって残量表示がなされないことによる不利益は小さく、本件特許発明の技術的範囲に属さない電子部品を製造することが可能であるという、原審では認定されていなかった事実などに基づいて、本件書換制限措置によりリサイクル業者が受ける競争制限効果の程度は小さいと判断されている。第二に、本件書換制限措置について、残量表示の正確性を自らコントロールできなくなることを防ぐために本件書換制限措置を講じるという相応の合理性があるという、やはり原審とは異なる評価があたえられた結果、合理性や必要性がなく消尽の成立を妨げるものではないと判断されている。そして、これらの事実の認定と評価が相まって、本件の特許権の権利行使は独占禁止法に違反するものでも、権利濫用に該当するものでもないという結論につながっている。

（3）情報記憶装置事件知財高裁判決の法律構成の特徴：「説明道具としての独禁法」

1) 法律構成について：「競争上著しい不利益」要件の事実上の採用

情報記憶装置事件知財高裁判決が採用した法律構成は、おおむね原判決と軌を一にしている。

つまり、第一に、被告電子部品が特許製品（原告電子部品）を全部取り換えたものであることを理由に、特許権者が販売した製品との同一性を否定し、もって消尽を否定したうえで、第二に、そのうえで、独占禁止法に違反し、特許権の行使が権利濫用に該当するか否かを吟味する、という法律構成である。そして、このうち後者の第二段階において、上記の事実の評価が相違した結果、控訴審では、原判決と異なり、独占禁止法違反や権利濫用があるとは認められなかった。

もっとも、原判決は、独占禁止法 21 条や独占禁止法上違法と目されるべき要件に言及したうえで、素直に読むのであれば、（やや不分明なところを残しつつも）「競争上著しく不利益」を与える状況を作り出していることが権利濫用となるための要件となると考えているのだろうと推察しうる文言を展開した。

これに対して、控訴審判決は、原判決と同様、書換制限措置が被控訴人らリサイクル業者に「競争上著しい不利益」を与えるか否かに焦点を合わせているが（そのうえで原判決と異なり、「競争上著しい不利益」を与えるものではないと帰結しているのであるが）、それは当事者（被控訴人）がそのように主張したことに合わせて、そのような主張は認められないとする論理の運びとなっている。つまり、「競争上著しい不利益」とまではいえない不利益を与えるのみであった場合に権利濫用といえなくなるのかということに関しては、言質を与えない説示となっている。特許権の行使であるという一事をもって、独占禁止法違反の成否の判断において特別扱いをなす必要はないと考える本稿の立場からは、原判決のように読める説示に対しては疑問を呈すべきところであるのだが⁴²、本判決は立場を鮮明にしていなと理解することができよう。

第二に、原判決は、この競争上著しい不利益を与える場合に特許権の行使が権利濫用となるという法律論を導くに当たって、独占禁止法 21 条に言及していたが、この点に関しても、本判決は、独占禁止法

⁴¹ 溝上武尊[判批]知財管理 73 巻 2 号 219～220 頁（2023 年）、前田健[判批]ジュリスト 1583 号 240 頁（2023 年）。

⁴² 田村/前掲注 40・WLJ 判例コラム 19～20 頁。本件に即した独禁法違反に関する検討として、参照、齊藤高広[判批]公正取引 865 号 66～68 頁（2022 年）

89

の構成であるか、又は特許製品の属する分野における同種の製品が一般的に有する構成でない限り、当該部材を交換する行為が通常の用法の下における修理に該当すると判断することは妨げられないといふべきである」との一般論⁴⁵により、本件は権利濫用の法理や独占禁止法の助けを借りなくとも、消尽法理の枠内で特許権の行使を否定することができる、というのが筆者の理解である。百歩譲って、本件で特許製品の同一性を欠くことが仇となって消尽を否定しなければならないのだとしても、相手方が享受しえたはずの非侵害（＝消尽）という効果を妨げ、侵害せざるを得ないように仕向けることだけ为目的としてなした措置に基づいて権利を行使することは、まさにシカーネ⁴⁶の典型として権利の濫用に該当するといふべきである。

そして、消尽法理（あるいはその迂回を理由とした権利濫用法理）で行くのであれば、特許権者は自己が販売した結果、消尽が認められた製品に関しては、その円滑な流通を保障するために、特許権侵害を主張することは許されないとされるのであって、その場合、製品の取得者が他に市場から代替品を入手しうるといふことは消尽法理の適用を妨げない（前掲知財高大判「液体収納容器」では、当然、特許権者側が提供する正規のインクカートリッジ品は未だ市場で販売されていると目されるが、だからといってリサイクル品の消尽が否定されるわけではない）。そのような法律構成を採用した場合にも、消尽法理の迂回を防ぐために、消尽法理が適用されたのと同様、代替品の存在は権利濫用の成否に影響しないと解すべきである。

つまり、本件は、独占禁止法違反を持ち出さずとも、特許権の消尽法理の枠内、あるいは消尽法理と句は合わせたシカーネ的な権利濫用論により処理すべきであったといえる。本件で持ち出された独占禁止法違反の主張は、「説明道具としての独禁法」に過ぎない。それにも関わらず、独占禁止法が援用され、そこに、おそらく特許権という排他権を神聖視する伝統的な発想の下、「競争上著しい不利益」がない限り特許権の濫用とはならないという解釈（それ自体、独禁法の解釈としても、本稿の立場では理由がないのだが）が導入された結果、権利の濫用が否定される結論が導かれたと評することができる。

（４）文脈に応じた解釈論の展開の必要性

本件書換制限措置はハイエンド機種をターゲットにしたものであって、消尽を防ぐことを目的としていないとする本判決の認定に関して、独占禁止法違反の成否に関する文脈で、競争やイノベーションに対する萎縮効果を防ぐためには穏当な判断であるとの評価を呈するものがある⁴⁷。

しかし、本件で持ち出された独禁法違反の主張は、「説明道具としての独禁法」であって「適用法としての独禁法」ではない。つまり、本件で、独占禁止法違反を理由として公正取引委員会が書換制限措置を止めさせるべきかということが問題となっているのではなく、リサイクル事業者のリサイクル行為を許すべきかということが問題となっているのであり、本件で原告が敗訴したとしても、被告のリサイクル行為が許されるようになるだけであって、原告が書換制限措置を停止しなければならないわけではない。

⁴⁵ この論点は、当該事件の上告審である最判平成 19. 11. 8 判決民集 61 卷 8 号 2989 頁「液体収納容器」では扱われていない。しかし、調査官解説によると、それは、この点に関する本判決の論理を採用しなかったからではなく、事実の評価の問題として、リサイクルを許さない構造となっていることにその必要性があると判断したからである、とされている（中吉徹郎「判解」『最高裁判所判例解説 民事篇平成 19 年度（下）』（2010 年・法曹会）791 頁）。

⁴⁶ 白羽祐三「シカーネと権利濫用論－「権利濫用理論の濫用」判決をめぐって」法学新報 87 号 1 頁（1981 年）

⁴⁷ 溝上/前掲注 41・221～222 頁、茶園/前掲注 43・51 頁。

競争の萎縮をいうのであれば、リサイクル業者の競争に対する萎縮も勘案すべきであり、少なくともより中立的な判断をなすべきであろう。まして、前述したように、独占禁止法違反を介在させることなく、純粋な消尽法理の問題、あるいは純粋な消尽法理の迂回を根拠とする権利濫用法理の問題として議論する場合には、なおいっそうこの理が妥当する。

このように、「説明道具としての独禁法」が持ち出されているにも関わらず、「独占禁止法」という言葉が用いられていることに起因して、「適用法としての独禁法」を想起し、この事件では直接問題となっていない公正取引委員会の規制を前提とした立論を展開することを回避するためには、不必要な場合には「説明道具としての独禁法」を用いないか⁴⁸、かりに用いるとしても「説明道具としての独禁法」と「適用法としての独禁法」は別のものという意識の下で議論を展開することか望まれる。

4. 結語

特許権の行使と独占禁止法の関係に関しては、両法は目的を異にしており対立しているという古典的な理解は既に過去のものとなっている。そうだとすると、両法の関係は、共通する目的を有する二つの法制度の間の調整問題となるはずである。

本稿は、この調整問題に関し、従来、あまり目を向けられていなかった判断機関の役割分担論が、この調整問題を解決する一連の鍵となり、その際には特許「権」を、いかなる「行為」を規制するのかという結論を得るために、さまざまな判断機関が時間軸の下で関与するプロセス的な特許「権」という認識の下で検討していくことが、「権利」があることに過度に囚われない柔軟な議論を誘発することになるという筆者の年来の主張を展開した。そのうえで、「適用法としての独禁法」「説明道具としての独禁法」の区別とそれに応じた解釈論の展開という方法論が、特許権の行使が民事訴訟において問題となる場面に応用することが有意義となるという観点を提供した。

目的論的な対立が解消したにも関わらず、排他権の神聖視という伝統的な発想がデフォルトとされることが多いこの分野において、こうしたメタ的な発想に関する方法論を展開することにも相応の意義があるように思われる。

⁴⁸ これに対して、溝上/前掲注 41・222～223 頁は、消尽の根拠が権利濫用に求められるとしても、本件のように競争への悪影響が問題となっている場面では、不定形な一般法理よりは、独占禁止法を持ち出したほうが、判断手法が明確となる旨を説く。

傾聴に値する指摘であり、たしかに、一般論として、消尽の成否が微妙なケースで権利行使を否定するには、独占禁止法に依拠した処理を行うほかにない場合は当然にありえよう（伊藤英明「特許権侵害訴訟における抗弁としての一般法理と独占禁止法との関係についての考察—米国における Patent Misuse 及び Antitrust Law との比較を通じて」甲南法務研究 18 号 27 頁（2022 年）も参照）。

しかし、本判決が消尽を否定したのは、特許製品の全部取り換えには消尽法理は適用されないという単純かつ具体的な要件論であり、それを奇貨として消尽を迂回する行為に対して、それのみを理由に消尽法理もしくは権利濫用論を適用したとしても、判断手法が不明確となることはないように思われる。

Ⅱ. インクカートリッジ事件における独占禁止法の適用

—大阪地裁 2023 年 6 月 2 日判決を中心に—

名古屋大学大学院法学研究科 林 秀弥 教授

第2章

はじめに

独占禁止法 21 条は、「この法律の規定は、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。」と定め、知的財産権の行使と認められる行為について、独占禁止法の適用を除外することを定めている。知的財産権は権利の対象となる情報に関しその利用について排他権・独占権を認めることを本質としているが、同条は、この点と独占禁止法との関係について基本原理を示したものといえる。

多くの独占禁止法学説は、知的財産法と独占禁止法は産業、経済の発達を目的とする点で共通しており、その実現手段面において相互補完の関係にあるとの見方を前提に独占禁止法 21 条を解釈している。また、知的財産法も競争の観点を織り込んで制度設計され解釈されるべきであり、競争の観点から権利の行使と認められない行為については本来の知的財産法の解釈としても権利の行使と認めるべきではない、とするものがある。

しかし、一般的には、知的財産権法は産業政策立法であると解されており、横断的な競争環境を整備することを目的とする競争政策とは異なる側面を有する。我が国の判例も知的財産法が産業政策立法であることを繰り返し述べている。

もっとも、知的財産法においても、権利の排他的独占性が新規参入を阻止しイノベーションを阻害するなど、場合によっては社会にマイナスを与え、「発明や創作を奨励し、もって産業の発達に寄与する」という特許法等の目的にも反する可能性があることが認識されており、知的財産権制度自体の問題として、権利範囲を画するにあたり過度な権利保護にならないようにする努力が行われている。その中で競争への影響も考慮される場合がある。他方、競争法においても、技術革新が競争促進に資するものであり、技術革新を保護し奨励することが競争政策上重要であるとの認識が高まっている。無論、知的財産権が全面的に競争政策の一環であるとして、知的財産権の権利範囲が常に競争の観点を優先して画されることになるかは、なお慎重な検討を要するというべきであるが、上述の理由から知的財産権制度と競争政策とが軌を一にする部分が相当程度存在していることも事実であろう。

なお、独占禁止法 21 条に関する我が国の判例は、知的財産法所定の要件を具備し、かつ違法性阻却事由がない場合には正当な権利行使と認め、その場合には原則として独占禁止法の適用を排除する立場をとっている。

ただ、発明、考案、意匠の創作を奨励し、産業の発達に寄与することを目的とする特許制度等の趣旨を逸脱し、又は上記の目的に反するような不当な権利行使については、独占禁止法の適用が除外されるものではない、としている¹。

本稿では、エコリカ対キヤノン事件（大阪地裁 2023 年 6 月 2 日判決）を取り上げる。この事件の背

¹ 以上につき、林秀弥・萩原浩太「特許権、商標権、競争政策 —リソグラフ、セイコーエプソン、キヤノン・インクカートリッジ事件の検討を中心に—」公正取引 720 号 19 頁（2010 年）。

景にあるのは、プリンターについてはメーカー各社の価格競争が激しく価格が低下し利益が薄いため、それに恒常的に用いられるインク、トナーについて限界費用以上の価格を維持して利潤を得るという戦略に基づき、リサイクル品等の非純正品を排除しようとしたことが問題となる事案である、そこで、本稿では、本事件について主に競争法の観点から検討し、そこにおける競争法と知的財産法の交錯状況を踏まえて、知的財産権がかかわる事案について独占禁止法のあるべき解釈について示唆を得ようとするものである。

エコリカ対キヤノン事件（以下、「本件」という）では、被告が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造・販売していた原告が、被告に対し、本件純正品を IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどしたことが、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」（一般指定 10 項）又は「競争者に対する取引妨害」（同 14 項）にあたるなどと主張して、独占禁止法 24 条に基づき、差止請求を行うとともに、このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張した事案である。裁判所は、本件行為の独占禁止法違反を認めず、原告の請求を全て棄却した²。本稿は、本判決における独占禁止法違反該当性の判示部分を中心に上記の観点から検討するものである。

1. 事実の概要

（1）本件は、被告（キヤノン、以下「Y」）が販売するインクジェットプリンター用の純正品インクカートリッジに関し、使用済みの純正品を回収してインクを充填し、インク残量データを初期化するなどして再使用した再生品インクカートリッジを製造して「エコリカ」ブランドとして販売していた原告（エコリカ、以下「X」）が、Y に対し、①Y が 2017 年 9 月以降現在まで販売している特定の型番シリーズのインクカートリッジ（以下「本件純正品」という）において、IC チップに記録されるインク残量データを初期化することができない仕様とするなどしたこと（本件行為）が、独占禁止法上の「抱き合わせ販売等」（一般指定 10 項）又は「競争者に対する取引妨害」（同 14 項）にあたり、Y がこのような不公正な取引を行った結果、X は、本件純正品の再生品インクカートリッジ（以下「本件再生品」という）を販売できなかったなどと主張して、独占禁止法 24 条に基づき、本件純正品につきインク残量データを初期化して再使用することができない電子デバイス等を用いないことを求めるとともに、②このような不公正な取引は不法行為を構成するとし、民法 709 条に基づく損害賠償請求等を主張した事案である。

（2）インクカートリッジには、乾電池などと異なって統一的な規格がなく、純正品インクカートリッジの仕様は、プリンターメーカーが規格によらずに設計することができる。そして、現状では、特定の仕様のプリンターのインクカートリッジを他の仕様のプリンターに装着することはできないようになっている。そのため、特定のプリンターには、特定の仕様のインクカートリッジを使用する必要があり、特定の仕様のインクカートリッジは、特定のプリンターに取り付けることでしか使用できない。本件純正品には、インク残量データを管理する電子デバイス等が使用されており、インク残量を確認で

² 原文は、裁判所 WEB より。https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/207/092207_hanrei.pdf [最終アクセス日：2023 年 10 月 31 日]

きる機能や、インク残量が無くなったことを知らせる機能（以下「インクエンドサイン」という）、印刷中にインク残量が無くなったときは印刷を自動で停止する機能（以下「インクエンドストップ」という）が備わっている（両機能をあわせて以下、「インクエンドサイン等」という）。

Yの純正品においてインク残量データを管理する電子デバイス等は、従前は書き換え可能なものであった。そのため、Xは使用済みの純正品を回収してインクを再充填し、インク残量データを初期化するなどした再生品を販売していた。しかし、Yはある時期以降、本件純正品につき、インク残量データを管理する方法として、インク残量データを初期化して再使用することができない電子デバイス等（以下「初期化不能電子デバイス」という）を用いることとした（本件行為）。その結果、ユーザーが本件再生品を使用しようとするとき自動的に印刷が開始されなくなった。この機能を解除するには、ユーザーの側で本件プリンターのストップボタンを5秒以上押すなどいくつかの操作をすることによって、インク残量検知機能が無効にする必要があり、こうした操作を経ないと、ユーザーは本件再生品を利用して本件プリンターによる印刷を行うことができない。

こうした本件行為による仕様の変更（設計変更）に対して、独占禁止法違反を主張したのが本件である。

2. 判旨

請求棄却

（1）抱き合わせ販売等（一般指定10項）該当性について

本件再生品は、本件純正品の再使用品（リユース）であり、……Y製インクジェットプリンターを買った者の多く（約84%）は、再生品インクカートリッジの価格が相当程度安くても、再生品インクカートリッジがインクエンドサイン等の機能を有していても、なお純正品インクカートリッジを購入していたのであり（その理由は必ずしも明らかではないが、……再生品インクカートリッジの使用による不具合を避けるといった考慮があるものと考えられ、このような考慮は、再生品インクカートリッジのインクエンドサイン等の機能の有無とは関係がない）、これらのようにインクエンドサイン等の機能とは別の考慮や要素に基づいて純正品を購入している者にとっては、上記機能が使用できなくとも、本件プリンターの購入に伴い本件純正品の購入を余儀なくされていたということとはできない。

また、……再生品インクカートリッジが純正品インクカートリッジより相当程度価格が安く、経済的合理性を有する商品である点を評価して再生品インクカートリッジを購入してきた者（1割程度の者）に着目してみても、……家庭での利用が多いと考えられ、総体的に多くの枚数を印刷すると考えられるビジネス用途は限られており、……本件再生品がインク残量表示をしないのみならず、インクエンドサインを出さず、インクエンドストップをしないとしても、再生品（再使用品）であることに伴うものであるとして、ノズルチェックパターンを印刷することなどにより代替可能であるとして、特段問題なく受け止めるものと考えられる。すなわち、純正品よりも廉価である本件再生品にとって、インクエンドサイン等は、付随的機能であり、一般的に備わっているべき機能であるとはいえない。

あえて本件再生品を選択する者の多くは、……価格が安いことを主要な理由に本件再生品を選択するものと考えられるのであって、インクエンドサイン等の機能の有無を選択の条件とすることは少ない

ものと考えられる。また、……本件再生品を選択する者は、家庭での利用が多く、年賀状といった比較的多くの枚数を印刷する場合でも、廉価な再生品でありインクエンドストップをしないことを前提に、少量ずつ印刷し、印刷結果を目視確認することにより、インクエンドサイン等の機能の代替手段をとることができる。……本件再生品の購入者は、このような代替手段をとることにより、インクエンドサイン等を欠くことへの不具合を回避することができるのであるから、……価格の高い、本件純正品の購入を強いられるものと評価するのは困難である。

Y が本件純正品を開発するに当たり、初期化不能電子デバイスを採用し、その結果、再使用においてインクエンドサインが表示されず、インクエンドストップもしない設計としたことについては、不正行為を防止する意図もあったと考えられ（弁論の全趣旨）、原告による競合品発売を妨げる意図であったとは断じ難い。

以上から、本件行為が、「抱き合わせ販売等」に当たるということとはできない。

（２）競争者に対する取引妨害（一般指定 14 項）該当性について

Y が本件純正品に初期化不能電子デバイスを使用し、再使用においてインクエンドサイン等の機能が利用できない設計としたことをもって、直ちに Y が本件再生品を需要者に買わせないよう妨害したということは困難であるし、インクエンドサイン等の機能は、廉価である本件再生品にとって一般的に備わっているべき機能であるとはいえず、需要者にとっては、廉価である本件再生品の場合はノズルチェックパターンを印刷することなどにより代替可能であるから、この点においても、Y が本件再生品を需要者に買わせないよう妨害したということとはできない。

３．検討

（１）はじめに

本件は、リコー対ディエスジャパン事件³（①事件）、エレコム対ブラザー工業事件⁴（②事件）と並んで、プリンターのカートリッジが関係する近時の一連の判決の 1 つであり、本件行為による設計変更が「技術的抱き合わせ（technical tying）」に該当するかどうか主問題になったものである。①事件は、特許権侵害で原告（リコー）が権利行使したのに対して、被告（リサイクル業者）側が、特許権行使は独占禁止法に反するため権利濫用を主張した事案である。②事件は、本件と同じく、自社製品のインクカートリッジ以外を用いた場合、インク残量表示機能等が制限されるよう設計変更したことに対して、被告側は、当該機能制限は独占禁止法違反を主張した事案である。以下、まず①②事件と比較しながら、本件の特徴を検討する。

（２）先例の紹介と検討

³ 東京地裁 2020 年 7 月 22 日判決、知財高裁 2022 年 3 月 29 日判決。

⁴ 東京地裁 2021 年 9 月 30 日判決。

(i) リコー対ディエスジャパン事件 (①事件)

この事件では、純正カートリッジの残量表示用電子部品には書換制限措置がとられており、原告は被告が当該電子部品に関わる特許権を侵害しているとして、被告の非純正品の販売等の差止を請求した事案である。原告のプリンターでは非純正カートリッジ(トナーボトル)を装着するとトナー残量が「？」表示となる仕様となっていた。一審判決は、書換制限措置には十分な合理性が存在せず、「当該特許権を侵害する行為に及ばない限り、トナーカートリッジ市場において競争上著しく不利益を受ける状況を作出した上で、当該各特許権の権利侵害行為に対して権利行使に及んだものと認められる」として、被告の権利濫用の主張を認め、原告の請求を棄却した⁵。

これに対して、知財高裁は、①「？」でもトナーが無くなれば「印刷できません」とは表示されること、②リサイクル品は安価(純正品の約半額以下)であり予備トナーをあらかじめ用意しておくことで対応できるものであり、このようなユーザーの負担は大きいものとはいえないこと、③「？」によるユーザーの不安について、リサイクル事業者においては、残量表示がされないことについてユーザーが不安を抱くことを懸念するのであれば、再生品であるため残量表示はされないが、印刷自体はできることを表示することによって対応できること、④書換制限をしている理由については原告が自社のコントロール外にある第三者の再生品のトナー残量表示の正確性を担保できないという原告の主張は合理的であり、書換制限は競争を阻害する目的ではないと考えられることから、結果として、権利の濫用にはあたらないと判断した⁶。

このように①事件では地裁と高裁で判断が分かれる結果となったが、控訴審判決(知財高裁)も一審判決(東京地裁)の判断の枠組み自体は否定しておらず、認定事実に対する評価の違いが結論の違いを導いたと思われる。すなわち、トナー残量表示が「？」となる再生品がユーザーに受け入れられるかという点について、地裁は、ユーザーは、トナーカートリッジの再生品の品質に問題があり、プリンターのトナー残量表示機能が正常に作動していないのではないかなど不安感を抱き、再生品の使用を躊躇すると判断したのに対して、知財高裁は、トナー残量表示に「？」と表示されても、「印刷できます」との表示がされるので、再生品であるため残量表示がされないことも容易に認識し得るものであり、ユーザーが印刷機能に支障があるとの不安を抱くものとは認められないと認定している⁷。このように、地裁は印刷機能にとどまらない品質を重視したのに対して、知財高裁はプリンター本来の印刷機能を重視したともいえよう。

(ii) エレコム対ブラザー工業事件 (②事件)⁸

この事件では、被告が、非純正品のカートリッジを2本以上セットすると、エラー表示されるように

⁵ 本件評釈として、渡辺昭成・公正取引 847 号 12 頁 (2021 年)、藤田稔・ジュリスト 1559 号 107 頁 (2021 年)。知的財産法の観点からは、田村善之[判批]WLJ 判例コラム 236 号 (2021 年)、田村善之[判批]新・判例解説 Watch29 号 (2021 年)。

⁶ 本件評釈として、齊藤高広・公正取引 865 号 63 頁 (2022 年)、萩原浩太・ジュリスト 1585 号 115 頁 (2022 年)、茶園成樹・発明 120 巻 5 号 46 頁 (2023 年)、張唯瑜[判批]知的財産法政策学研究 63 号 (2022 年)、田村善之[判批]新・判例解説 Watch32 号 (2023 年)、溝上武尊[判批]知財管理 73 巻 2 号 221 頁 (2023 年)。

⁷ また知財高裁は、原告の主張を受け入れて、電子部品の形状を工夫することで、特許権侵害を回避し残量表示をさせることは技術的に可能である点も考慮した。

⁸ 本件評釈として、金井貴嗣・公正取引 856 号 73 頁 (2022 年)、宍戸聖・速報判例解説[法学セミナー増刊] 30 号 265 頁 (2022 年)、白石忠志・ジュリスト 1568 号 6 頁 (2022 年)、和久井理子・ジュリスト臨時増刊 1570 号 223 頁 (2022 年)、隅田浩司・ジュリスト 1572 号 113 頁 (2022 年)。

インクジェットプリンターの設計を変更したことに対して、原告は設計変更に合理性がなく、プリンターと純正カートリッジとの抱き合わせ販売又は競争者に対する取引妨害に該当するとし、差止及び損害賠償を請求した事案である。判決は、設計変更に正当な合理性は認められず、一般指定 10 項該当性（抱き合わせ販売等）を認めた。この事件では、「本件設計変更は、原告らを含む互換品カートリッジの製造業者に対し、本件設計変更に適した新たな互換品カートリッジを開発し、製造する作業が必要となる状況を作ることによって、互換品カートリッジの販売を困難にする目的で行ったものと認められ」るため、正当な理由として認められないとした。本件では、「特定のプリンタにおいて使用可能なカートリッジは一定の範囲のものに限定されるのであるから、需要者からみた商品の代替性の観点から、従たる商品の市場は、被告の製造する本件新プリンタにおいて使用可能なカートリッジ等の市場であり、そして、「本件設計変更により、互換品カートリッジは本件新プリンタにおいて使用することができなくなったのであるから、本件設計変更は、互換品カートリッジ販売業者を上記市場から排除するおそれがある」とした。

（iii）両事件の比較

本件も含めて、いずれもプリンターに関わる事件であるが、プリンターの必須機能というまでもなく印刷機能である。①事件で問題となった残量表示機能等は、印刷という必須機能ではない、いわば付随的機能であり、②事件で問題となったのは印刷機能そのものである。①②の両事件を比較して分かることは、印刷という必須機能か、印刷以外の付随的な機能かによって判断が分かれているという点である。①事件の知財高裁判決は、原告の書換制限措置によっても印刷それ自体に関わる機能は損なわれていないことを重視し、付随的機能である残量表示機能を不完全としたところで他者排除の目的にはあたらないという判断が背景にあると思われる。これに対して②事件では、そもそも非純正品を 2 本以上装着する段階でエラー表示が出てくるものであり（認証機能の無効化）、それによって印刷そのものができなくなる設計変更をしたことには正当な理由が認められず、他者排除の効果が認められるとしたものである。

（3）「抱き合わせ行為等」（一般指定 10 項）該当性

（i）先例との比較における本件での前提的事実の確認

①②事件と比較してどうか。本件では、まず、再生品であっても印刷機能は損なわれない。この点では①事件と同じである。他方、①事件では印刷可否表示機能は再生品を使用する場合においてもいまだ残存していたのに対して、本件では本件行為によってインクエンドストップ機能も無効化されていた。これについては、本件で問題となったインクジェットプリンターは少量印刷の家庭利用が多く、大量印刷のビジネス用途は限定的であり、印刷結果を目視確認することによって残量表示の代替手段をとることができるため、こうした表示機能があくまで付随的なものであることを指摘している。

（ii）「取引の強制性」判断

では、このような判断について、独占禁止法上どのように考えればよいであろうか。一般指定 10 項の成立要件として、① 2 商品性、②取引の強制（「購入させ」）、③公正競争阻害性（不当性）が必要となるところ、本件は、取引の強制性の判断において、上記（i）で述べた点を挙げている。

すなわち、①再生品を選択する者の多くは、価格が安いことを主要な理由に再生品を選択しており、残量表示等の有無を選択の条件とすることは少ないと考えられること、②インクジェットプリンターは少量印刷の個人需要が多く、大量印刷のビジネス用途は限定的で、印刷結果を目視確認することによって残量表示の代替手段をとることができるため、表示等が必須ではないと考えられること、③インクカートリッジの残量表示等は付随的機能の一つであり、本質的機能ではないこと、である。この点、「購入させ」とは、「客観的に見て少なからぬ顧客が他の商品の購入を余儀なくさせているかどうか」が基準であると考えられるところ⁹、本件でも「原告がインクエンドサイン等の機能を有しない本件再生品しか製造販売できないとしても、本件プリンターの購入者が本件純正品の購入を余儀なくされているとまでいうことはできない」と述べて、この基準で判断されている。

しかし、本判決では、取引の強制性の判断と不当性の判断を切り分けて、設計変更の必要性和合理性についての判断は専ら後者で行われており、この点には疑問がある。取引の強制性判断は規範的なものであり、設計変更行為が独占禁止法上非難に値するかどうかの判断（行為の不当性の判断）は公正競争阻害性のみならず、取引の強制性の判断においても考慮されるべきである¹⁰。なんとなれば、プリンターメーカーにはそもそも設計変更の自由があり、にもかかわらず当該設計変更が抱き合わせ（一般指定10項）というるためには、設計変更が独占禁止法の見地から見て許容されない（米国反トラスト法上はこれを「略奪的（predatory）」と表現する）ものであるかどうか問題とされるべきだからである¹¹。この点について、「キヤノン株式会社に対する独占禁止法違反被疑事件の処理について」¹²及び同別紙「レーザープリンタに装着されるトナーカートリッジへのICチップの搭載とトナーカートリッジの再生利用に関する独占禁止法上の考え方」で示されているように、「技術上の必要性等の合理的理由がないのにあるいは、その必要性等の範囲を超えて」、「ユーザーが再生品を使用することを妨げる場合には、独占禁止法上問題となるおそれがある」という考え方が独占禁止法評価のベースラインとなる。こういった設計変更の必要性和合理性を介在させる趣旨は、本件のような設計変更は取引先選択の自由を直接に制約するものではなく¹³、競合品排除の意図があからさまとまではいえず、略奪的あるいは競合品排除の人為性が明らかであるとまでは断ずることはできないからである。そこで、この設計変更の必要性和合理性という観点から本件をみると、本判決は、設計変更の必要性について、不当性の部分の判断において、不正行為を防止する意図もあったことを理由に、Yによる競合品発売を妨げる意図であったとは断じ難いと判断している¹⁴。また設計変更の合理性について本判決は、これも不当性の部分の判断において、「インクエンドサイン等の機能の有無によって顧客の選択が左右され、本件再生品を選択する顧客が著しく減少し、自由な競争を減殺したりその基盤が保持されないとまでいうのも困難である」として、不合理とまではいえないとしている。確かに、前述のように、②事件とは異なり、本件行為があくまで付随的機能の改変であって、印刷という必須機能までも不可にしているわけではないことは、設計変更の合理性判断において重要な要素であると思われる。ただし、不正行為を防止するためだったとし

⁹ 公取委審判審決平成4年2月28日・公取委審決集38巻41頁（藤田屋事件）。

¹⁰ 技術的抱き合わせにおける行為の「不当性」とは、それが公正競争阻害性をもつかどうかという段階で検討されるだけでなく、当該行為が独占禁止法の見地からみて許されないものであるかどうかを識別する基準としての不当性という意味も含んでおり、その意味では、ここでいう不当性の意味は両義的なものとなる。

¹¹ 和久井・前掲224頁は「設計変更が独占禁止法違反となるのは、技術上の必要性がなく、専ら他者の事業活動の困難化を目的としたものである場合に限定することが適当」と述べる（同旨、宍戸・前掲4頁）。

¹² 公正取引委員会・2004年10月21日。

¹³ 長澤哲也・本件評釈・ジュリスト1590号7頁（2023年）。

¹⁴ ただし、この部分の判示は一部黒塗りされており、具体的にはうかがい知れない。

ても、本件行為のような設計変更が当該目的にとって合理的に必要とされる範囲内にとどまっているかについてより慎重に検討すべきだったと思われる¹⁵。

そもそも以上述べた事情は、不当性（公正競争阻害性）の判断だけでなく、取引の強制性の判断においても考慮すべきだと思われる。いずれにせよ、判決の事実認定を前提とすれば、本件の設計変更に一定の必要性があり、かつその内容も不合理とまでは断ずることはできないから、取引の強制性を否定する判断は妥当である。

（iii） 本件行為の公正競争阻害性

公正競争阻害性（判決のいう「不当性」）について、本判決の説くところは少ない。前述のように、本判決では、本件行為によって、「自由な競争を減殺したりその基盤が保持されない」とまでいうのも困難である」としており、自由競争減殺¹⁶の観点から判断している。本件行為の態様からして、競争手段の不正とまでいうのは難しく自由競争減殺で判断したのは妥当だと考えられるが、その判断機序は十分に説明されているとはいいがたい。抱き合わせの公正競争阻害性は、顧客の選択の自由を歪める競争手段であり、また従たる商品市場（被抱き合わせ商品市場）における競争を減殺することが問題であり、顧客の商品選択の自由の側面（消費者被害の側面）¹⁷と従たる商品市場での競争減殺（競争者被害の側面）の両面がある。自由競争減殺を構成する場合には、商品選択の自由が害されていることとあわせて、従たる商品市場での競争状況が影響を受けていることが過去の審判決例では認定されており、本判決でもそれは踏襲されている。ただし、その判断機序は、本件行為の不当性のなかで十分に説明されていない。なんとなれば、本件行為の自由競争減殺効果の有無の判断において、その手段が競争秩序の観点から許容されないものであるか否かという評価が抜けているからである。本件行為が仮に不当であるとすれば、それはライバル費用引き上げ戦略（ライバル費用を増大させて、競争者の加える制約を緩和し、もって競争水準から乖離した取引条件を自身に有利に行う戦略）から説明されるが、ライバル費用を人為的に引き上げるという手段でライバルの製品の排除を試みるのが競争政策上不当なのは自明であるようにも思える。しかし、この戦略が厄介なのは、ライバル費用の増大は、通常の競争過程でも生じうるという点である。一方の企業が、（効率的とまではいえなくても）自社の競争上の地位を強化するための戦略的な企業運営を目指す過程で付随的にライバルの費用が増大することはよくあることである。このため、独占禁止法上問題となるようなライバル費用引き上げ戦略はそうした付随的效果としてのそれではなく、そういった独占禁止法上許容される通常の事業活動の過程とは無関係に生じる、いわば人為的なライバル費用増大戦略に限定する必要がある。こうした意味での本件行為の公正競争阻害性が十分に検討されていないきらいがある。またそもそも、本件行為の市場閉鎖効果の認定も不十分である。そのような欠点が本判決の論旨にはあると考えるものの、本判決の事実認定を前提とすれば（とりわけ筆者は、本件の設計変更によってもプリンターの本来的機能である印刷機能は保持されていることを重視する）、独占禁止法違反を認めなかった本判決の結論自体が不当であるとまではいえない。

¹⁵ 長澤・前掲 7 頁。

¹⁶ 自由競争減殺とは市場参入への自由と、市場における競争の自由が妨げられることを意味する。私的独占等の要件である「競争の実質的制限」よりも低い水準で予防的に規制するものと考えられている。これは他者排除あるいは競争回避を通じて生じるものであるが、本件で問題となるのは前者である。

¹⁷ 不要品強要型と称されることもあるが、不要品であることは必要なく、他から買いたいのに抱き合わせ主体から買わされることが問題である。

(4) 競争者に対する取引妨害（一般指定 14 項）該当性

これについても、本判決は、本件行為の一般指定 10 項該当性で検討したのと同じ理由でその成立を否定している。取引妨害は、正常な競争過程による競争者の取引を妨害する行為と不当なものとを区別することが重要であるため、取引妨害（一般指定 14 項）の不当性は手段としての不当性を意味するものであり、その手段が良質廉価な商品役務をめぐって行われる能率競争から著しく乖離した不当なものであることを要する。かような行為が、正常な競争手段ではなく他者を害する可能性が高い行為であることが明瞭な不当手段だとすると、本件行為がそこまでの不当性があるとまではいえないだろう。

(5) アフターマーケット論について

なお、本判決では、傍論ではあるが、不公正な取引方法における市場画定の要否について言及し、その上で本件において、本件プリンターに対応するインクカートリッジから構成される、いわゆるアフターマーケットを画定している。すなわち、『不公正な取引方法』の成否の判断にあたって、必ず『一定の取引分野』の画定を必要としているものとは解されない」としつつも、『不公正な取引方法』に係る規制は、公正な競争秩序に対する阻害となるかという観点からされる規制であり、公正な競争を阻害するおそれがあるか否かについては、競争手段の不公平さの有無のみならず、事業者相互間の自由な競争の減殺の有無や自由競争の基盤の侵害の有無という観点からも検討することになると解される。そして、このうち自由な競争の減殺の点に関しては、その競争の場である市場を一定の取引分野として想定することにより、自由な競争が妨げられているかどうか、競争への参加が妨げられているかどうかを判断することができる」とした。

その上で本件について、「インクは、消耗品であるというその性質上、プリンターの耐久年数よりも先に枯渇するため、印刷というプリンターの機能を維持するためには、何らかの方法によってインクを補充する必要がある、インクカートリッジは、インクを補充するという目的で製造・販売・使用される独立性のある商品であるということが出来る。また、被告も、このような目的で、純正品インクカートリッジを、プリンター購入者を対象として、独立に、プリンターとは別の商品として販売し、そして、特定のプリンターに対応するインクカートリッジとして、被告による純正品のほか、再生品や互換品が競合し、……インクカートリッジを販売する複数の事業者によって、その価格等についても能率競争が行われているところであり、このことは、本件プリンターに対応するインクカートリッジについても同様である。このような事情に照らせば、本件においても、本件プリンターに対応するインクカートリッジ（本件純正品を含む。）についての一定の取引分野としての独立した競争の場を観念することは出来るというべきである」として、いわゆるアフターマーケットを画定している。アフターマーケットの画定問題は経済法学の議論としては興味深いものであるが、繰り返すように、この部分の判示は傍論であり、この判示の有無は本判決の結論やロジックを左右しない。

アフターマーケットを独立した市場と観念するということは、プライマリーマーケット（本体市場）とは切断された市場画定できる場合ということになり、本体（本件で言うプリンター）を購入したユーザー（消費者）から見てロックイン効果がある限りは、需要の代替性の観点からアフターマーケット

が画定されうる。米国の有名なコダック事件最高裁判決（1992 年）¹⁸では、プライマリーマーケットのコピー機市場とともに、コダック製コピー機用の部品及び保守・サポートサービスがそれぞれアフターマーケットを構成するとした。その理由づけは、情報コストや乗り換えコストの存在等多岐にわたるが、コダック事件では、顧客は、コピー機を購入する時点において、コダックの一方的な方針変更を予見できなかったために、それに伴うコストの上昇を購入時点で勘案するのが困難であった¹⁹。本件でもこのような事情は一定程度妥当すると考えられるため、アフターマーケットを画定することは理にかなっているが、ただ判決は、本件プリンターに対応するインクカートリッジについて能率競争が行われていることを指摘するのみであり、その理由付けとしては十分ではないように思われる。

¹⁸ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992)

¹⁹ 前掲、林・萩原論文・公正取引 720 号 19 頁。