

「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(改定原案)に対する意見

2007年6月1日

日本弁護士連合会

第1に「1. 改定原案の概要」に記載された主な改定のポイントに対する意見、第2に改定原案に対するその他の意見、第3に、関連して知的財産と独占禁止法の運用について意見を述べる。

第1. 改定原案の概要 - 主な改訂のポイントについて

1. 対象となる知的財産の拡大(第1-2-(1))

- (1) 改定原案において、適用対象をプログラムの著作物等に拡大することは、技術に関するバランスのとれた保護を達成するために必要なことであり、基本的に賛成である。
- (2) しかし、対象分野の違いにより、取引の実態や適正な対応方法に差があると思われるので、この点十分な留意が必要である。

\* 2頁注2の「著作権法が保護する思想又は感情の表現は、本指針の技術には当たらない。」との記述は、プログラムの著作物も「著作権法が保護する思想又は感情の表現」であるから、不正確な表現である。著作権法の保護対象たる著作物のうち、指針の対象を「プログラムの著作物」に限るとするか、「技術的な著作物」に限る、とすべきである。

2. 技術を利用させないようにする行為(第3-1-(1)、第4-2)

- (1) 改定原案では、指針の対象を「技術の利用に係る制限行為」としたうえで、権利者が、「利用させないようにする行為」を一類型として取り上げている(第3-1-(1)、第4-2)。「利用させないようにする行為」とは、まさに、知的財産権の禁止効を発揮する行為であろうから、知的財産と独占禁止法の関係(相克)を正面から取り上げる姿勢として評価できる。
- (2) 私的独占の観点からの検討(7頁以下)のうち(1)技術を利用させないようにする行為について、パテントプール、横取り行為、買い集め行為、規格策定関連行為を違法な排除行為に該当しうる例として挙げているが、違法性を帯びるのは、手段や意図の不当性などがある場合としているようである。この点につき、「利用させないようにする行為」は、これらの行為類型につけるのか、また、要件をより明確化することができないか、などの検討がなされると一層好ましいと考えられる。

(3) 不公正な取引方法の観点からの検討については、3つの場合が挙げられている(14、15頁)。妥当な判断と思われる。

### 3. 競争減殺効果の分析方法(第2-3、4、5)

(1) 改定原案において、競争に及ぼす影響を分析するに当たっての基本的な考え方を、市場、競争減殺効果の分析方法の別に横断的に記述しているのは、技術取引についても一般的な分析手法を導入していこうとするもので、評価できる。第2-3(5頁)に列挙されている考慮事項も妥当と思われる。

(2) 「競争に及ぼす影響が大きい場合の例」として、「競争者間の行為」と「有力な技術」が挙げられており、それ自体に異論はないが、改定原案の以後の分析において、十分に展開されているとは言いがたい。

(3) 「競争減殺効果が軽微な場合の例」に関し、製品シェア20パーセント以下などの基準は、実務上有効な基準たりうるかについては疑問なしとしないが、異論も少ないところと思われる。

\* 不公正な取引方法の判断における公正競争阻害性の判断においては当てはまらない、ということであるが(6頁16行目、13頁15行目) そうであるなら、私的独占と不当な取引制限の場合にのみ当てはまると始めから書いておいた方がわかりやすい。

### 4. 構成要件の横断的記述(第3柱書、第4-1)

「上記の分析を踏まえ、競争の実質的制限を判断される場合の考え方及び公正競争阻害性が認められる場合の考え方を明らかにしました。」とのことであるが、第3柱書の記述では第19条(不公正な取引方法)の観点からの考え方は第4において述べる、とされており、結局、第3柱書と第4-1の記述を横断的に理解できるものかどうか不明である。

## 第2. その他の意見

### 1. 優越的地位の濫用の議論(改定原案13頁)

現行指針では、ライセンス契約における制限事項を不公正な取引方法の観点から評価するに当たり、優越的地位の濫用(一般指定14項)の観点を取り上げている(10頁)。これに対し、改定原案では、不公正な取引方法における公正競争阻害性の判断の際の必須ではない要素として「自由競争基盤の侵害となるかどうか」の判断に、地位が優越している場合を挙げているにとどまる。この言い換えは、わかりにくいので、法2条9項5号及び一般指定に明規されている「優越的地位の濫用」の観点

をそのまま使った方がよいと思われる。

2. 技術の利用に伴いライセンシーに課される制限（改定原案 17 頁以下）

「(2) 販売に係る制限、ア」の記述は、16 頁の記述と行ったり来たりしていてわかりにくいし\*「しかし」以下の消尽している場合の記述も唐突であって意味がよくわからない。

\*改定原案 16 頁下から 5 行目では「後記 4-(2) - アと同様に」としているが、その箇所(18 頁 1 行目)では「前記 3 の」と戻っている。

3. 権利消滅後の制限（改定原案 20 頁）

現行指針では、黒条項であったが(13 頁) 改定原案では、「ただし、ライセンス料の支払義務については、ライセンス料の分割払い又は延べ払いと認められる範囲内であれば、ライセンシーの事業活動を不当に拘束するものではないと考えられる。」として、灰色条項にされている(「参考」(3) 参照)。しかし、分割ないし延べ払いの口実のもとに、不当なライセンス料支払義務を課される場合も考えられるので具体的な事案の判定においては慎重な検討を要すると考える。

4. 技術への機能追加（改定原案 21 頁）

「ある技術がその技術の仕様や規格を前提として、次の製品やサービスが提供されるという機能(以下「プラットフォーム機能」という)・・・既存の応用技術が提供する機能を当該プラットフォーム機能に取り込んだ上で新たにライセンスする行為」を灰色にする記述は(「参考」 - 11) ソフトウェア関連技術を念頭に置くものであろうが、意欲的な取り組みと評価できる。

5. プログラム著作物の改変（改定原案 22 頁）

(1) 注 17 の記述は、ライセンシーが改変するのは大概「ソフトウェアを効果的に利用するために行う」ものであり侵害にはならないのだから、前の文で、改変の禁止が一般的に権利行使と認められるというのは、適切な記述ではないと思われる。

(2) プログラムのライセンスは、特許等のライセンスのように主に製造にかかる場合、販売代理店としてローカライズする場合、単なるユーザーとしての使用許諾の場合などがあり、それらに応じて検討し、記述に反映させる必要がある( の場合、ライセンサーとライセンシーが競業者でないことが多い)。

(3) その点も踏まえ、パッケージでないプログラムのライセンスでは、プログラムの中身をブラックボックスにしておくことが(特にライセンシーの方が強い場合、弱いライセンサーを保護するため)合理的な場合もある。そのような場合は、リバース・エンジニアリングを禁止することが必ずしも不当ではないと考えられ、このような行為を権利の行使と認めないのは妥当でないのではないか。

## 6. クロスマイセンスについて（改定原案別紙24頁）

現行指針（6頁）における「クロスマイセンスは、複数の権利者が所有する特許等を相互に使用可能とすることにより、当該特許等の利用価値を高め、権利者間の技術交流を促進するなど競争を促進する効果を有し得るものであり、それ自体が不当な取引制限として問題となるものではない。」という記述が改定原案で削られているのは、事実認識として適切だと思われる。

## 第3. その他の要望事項

1. 本問題には公正取引委員会と裁判所が関わることになるが、裁判所は知財部も含め権利行使（知的財産の排他性）の観点が強く、独占禁止法的な配慮が乏しいと思われる。逆に、公正取引委員会は、現実の運用では知的財産が関係する事案において必ずしも知的財産権の保護について積極的でないように思われる。

そこで、

- (1) 独占禁止法25条の訴訟において、裁判所から公正取引委員会に意見を求める義務があるが（同法84条）同様に、差止請求や一般の損害賠償請求、また、知的財産権の侵害訴訟において独占禁止法違反の抗弁が提出された場合においても、裁判所から公正取引委員会へ意見を求める制度を創設することを検討されたい。
  - (2) 公正取引委員会において、本指針のような知的財産関連の事案について制度的手当ても含め、積極的に取り上げられるよう要望したい。
2. 他の官庁との協働もはかられたい。たとえば、経済産業省の「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（ - 2 - 1）では「ソフトウェア特許権の行使と権利濫用」を取り上げているが、国民から見て明瞭で統一的な指針を示されるよう尽力されたい。

以上