

〔論文〕

知的財産のオープン・クローズ戦略における 標準化に潜む問題

—ホールドアップ問題への対処方法の整理と検討—

木 棚 照 一・浅 野 卓

名古屋学院大学 / 浅野国際特許事務所

要 旨

文部科学省大学COC事業の2014年度の成果として、「知的財産権の地域活性化への活用に関する基礎的考察—保護期間による限界とその対策—」をまとめた。その中で扱ったオープン・クローズ戦略においても、自社の知的財産権を標準に組み込むことは有効である。しかし、その行き過ぎがホールドアップという問題を生じさせている。本稿は、ホールドアップ問題についてのこれまでの議論を整理し、事前抑止方法（パテントポリシーと組み合わせる手段）や事後対処方法を概観した。そのうえで、対処方法について考察し、公共の福祉論による法律構成の可能性を提示した。

キーワード：知的財産戦略、技術標準化、ホールドアップ、パテントポリシー、競争法

Issues behind Standardization of Open and Closed Strategies of Intellectual Property

— Mapping and Analysis for Solutions to the Patent Hold-up Problem —

Shoichi KIDANA, Takashi ASANO

Nagoya Gakuin University / ASANO Patent & Mark Attorneys

* 本研究は、2015年度名古屋学院大学地域志向教育研究経費の補助を受けて実施したものである。

目 次

1. はじめに
2. 標準化の種類と本問題の顕在化の背景
3. 現行法の対処状況
4. 対処方法についての議論の整理
5. 若干の考察

1 はじめに

1.1 本稿の目的

文部科学省大学COC事業の2014年度の成果として、「知的財産権の地域活性化への活用に関する基礎的考察—保護期間による限界とその対策—¹⁾」をまとめた。その中で、保護対象に係る知財戦略として「特許群および知財ミックス」、存続期間に係る戦略として「ライフサイクルマネジメントとマーケットシフト」、収益に係る戦略として「知的創造サイクルの逆回し」や「知財情報解析と必須特許」、「オープン・クローズ戦略」等を検討し、知財をどのように活用すれば地域活性化に役立つかを考察した。

クローズ（ノウハウ化、権利化）とオープン（ライセンス、標準化など）を適切に組み合わせしていくオープン・クローズ戦略については、だいぶ普及し、種々の派生や進化が認められるところである。しかし、その普及に伴い、知財保有者自身のみならず、他人をも巻き込んだ種々の問題も生じている。

オープン・クローズ戦略に係る種々の問題のうち、技術標準化（以下、標準化という）についてのホールドアップ問題が、利害関係者に及ぼす影響が大きく、国際的にも問題になっている。当該問題は、我が国でも10年ほど前から論じられていたが、未だ有効な対処方法が定まっていない。

標準化戦略やホールドアップ問題について知っておくことは、名古屋地域の企業にとっても、自社の事業戦略を立案するにあたって有益と考えられる。事業規模が小さくとも有力な特許権を有する企業にとっては、標準化への参加にあたりホールドアップ行為に注意する必要がある。また、高額のライセンス料を支払えない中小企業にとっては、ホールドアップ問題の発生はそのまま当該事業からの撤退を意味するし、ライセンス料の高騰は通常、川下製品への価格転嫁を伴う。そこで、本稿では、ホールドアップ問題の対処方法について、議論の現況を整理し、新たな視点の提示を試みたい。

1.2 問題意識

標準化とは、「①実在の問題又は起こる可能性がある問題に関して（対象）、②与えられた状況において（前提条件）、③最適な秩序を得ることを目的として（目的）、④共通に、かつ、繰り返

1) 名古屋学院大学研究年報1～19頁（名古屋学院大学、2015年）。

して使用するための（結果）、⑤記述事項を確立する活動²⁾をいう。

「最適な秩序」のために「共通に、かつ、繰り返して使用」されるだけに、自社の知財権を標準に組み込むことができれば、技術の改良・高度化の主導や、ライセンス料の安定的な獲得の観点から、事業活動にとって有利になると考えられる。そのため、収益に着目するオープン・クローズ戦略でも、自社の知的財産権を標準に組み込むことは有効であるとされている。

しかし、標準に含まれる知的財産権、とりわけ必須特許について、①標準策定後（または普及後）にライセンスを拒否し、または、②標準策定後（または普及後）に高額なライセンス料を要求する事例がある。この問題は「ホールドアップ問題」と呼ばれ、その対処方法が試行錯誤されている。とくに問題となるのは②であり、その具体例としては、次のような行為が挙げられる³⁾。つまり、特許の保有を隠し、標準を自社技術利用に誘導する行為、標準化議論の進展に合わせ特許の継続・分割出願を実施する行為、標準化メンバー外の企業が標準技術の特許を保有する行為、標準作成後にM&Aなどで、標準技術の特許を入手する行為、安価なライセンス提供を宣言していたのに、高いライセンス料を要求する行為、である。

なお、ホールドアップ問題については、対処方法のみならず、必須特許の判断（標準に組み込まれた権利が技術的必須特許なのか、商業的必須特許なのか、あるいは周辺特許なのかといった問題）も問題となる。しかし、問題の性質が異なるので、必須特許の判断については、別稿に譲る。

2 標準化の類型とこの問題の顕在化の背景

2.1 標準の伝統的分類

まず、製品の市場投入時期との関係による分類として、①事前標準と②事後標準がある。

現在、「事後標準・枯れた技術の標準化」から「事前標準・最新技術の標準化」へと移り変わってきている。これが、研究開発（R&D）専門企業や特許管理型企業の増加とも相まって、ホールドアップ問題の顕在化の要因となっていると思われる。事後標準から事前標準へ移り変わった理由の1つとして、企業が自社の権利の標準化を事業戦略に組み込んでいることが挙げられるであろう。その背景には、①製品の複雑高度化・ユニット化、②創造主体の変化⁴⁾とそれによるスピー

2) JIS Z 8002: 2006による定義。カッコ内は、日本規格協会による。

3) 江藤学「技術標準化における知的財産権と競争政策問題」標準化教育プログラム（日本規格協会、2009年）20頁。

また、伊藤隆史「技術標準と独占禁止法」日本経済法学会年報第32号128～129頁（有斐閣、2012年）128頁では、ホールドアップが競争法上問題とされる場合を以下のように分類する。「①関連特許技術を保有しているにも係らず、保有していないように装う（Dell事件）、②パテントポリシーを遵守しないことでSSOをミスリードする（Qualcomm事件、Rambus事件）、③原特許権者から特許権を承継した事業者が原特許権者が提示していたライセンス条件を遵守しない（N-Data事件）」である。

4) 創造主体が、個人の時代から、会社（職務発明等）の時代を経て、複数組織（共同研究開発）の時代に突入したことをいう。

ドの増加・コストやリスクの削減の要請があると思われる。

また、使用範囲による分類として、①国際標準（なお、国際標準の優位性（WTO/TBT協定）、②地域標準、③国内標準、④団体標準、⑤社内標準が挙げられる。

さらに、国際標準の組織別分類として、図表1のように、①デジュール標準、②フォーラム標準、③コンソーシアム標準、④デファクト標準が挙げられる。

「事後標準・枯れた技術の標準化」から「事前標準・最新技術の標準化」への移り変わりに伴い、デファクト標準から、SSO（標準化団体）による標準へと移り変わってきている。




図表1⁵⁾

標準の種類	標準化組織	特徴
デジュール標準（ISO/IEC規格）	公的標準化組織	開放性・透明性・コンセンサス
フォーラム標準	得的技術分野の標準化のために任意で組織	企業間の連携の下、開放性・透明性のあるプロセスを経て作成
コンソーシアム標準	特定方式を推す企業連合	同一分野の複数組織間による競争
デファクト標準	単独に企業が独自に設定	市場競争の結果による製品そのものが標準（競争優位型）

2.2 戦略的標準化の類型

戦略的標準化の主な類型として、図表2のように、4つの類型が挙げられている。

図表2⁶⁾

標準化の類型	特徴	標準と特許の組み合わせ(典型例)	具体的事例
(A) 製品の仕様(フォーマット)の標準化	製品普及による市場拡大を実現しつつ、標準必須特許によるライセンス収入増	自社特許を含めて標準化 	・Blu-ray Disc〔パナソニック・ソニー他〕
(B) 他社製品とのインターフェイス部分の仕様の標準化	相互接続確保による市場拡大を実現しつつ、コア技術のクローズ化により価格低下抑制	自社特許等の周辺を標準化 	・QRコード〔デンソー〕 ・デジタルカメラのファイルシステム〔キャノン〕
(C) 自社製品・技術でなければ実現できない水準・性能基準やその評価方法の標準化	自社製品の差別化による市場創出・獲得を実現	自社特許等を含む製品の評価方法を標準化 	・水晶デバイス〔日本水晶デバイス工業会〕 ・金属と樹脂の接合技術〔大成プラス〕 ・ばね〔東郷製作所〕
(D) 新製品等の用語や記号の標準化	認知度を高めて市場を拡大		

5) 和田隆光「国際標準化活動の経済効果」品質VOL. 35, NO. 2 32頁（2005年）。

6) 中山文博「弁理士業務に役立つ技術標準」平成27年度弁理士会会員研修テキスト35頁参照。

これらの類型をコア技術の観点から分析すると、次のように言えよう。類型Aは、標準の内容にコア技術を含めており、コア技術を広くオープンにしているが、類型BおよびCは、コア技術とは別個の技術やルールを標準の内容としており、コア技術はクローズにしている。特許権者にとっては、類型Aよりも類型BおよびCの方が、コア技術を誰にどのような条件でライセンスするかの主導力が強くなっていると言えよう。

従来、ホールドアップ問題の検討においては、類型Aを念頭に置いていたと思われる。しかし、類型BおよびCにおいても同様の問題が生じうる。さらに、類型BおよびCでは、ホールドアップ問題の対処方法の一つであるパテントポリシー（後述4.1参照）による歯止めが及ばない場合も想定されるから、これらの類型も念頭に置く必要がある。

2.3 小括

ホールドアップ問題が顕在化した背景には、主な標準の変遷（事前標準）や、標準とコア技術との関係の戦略化・巧妙化（周辺技術や評価方法等の標準化）があると考えられる。

3. 現行法の対処状況

3.1 知的財産法および独占禁止法による対処

知的財産権法⁷⁾および不正競争防止法には、ホールドアップ問題について直接規定した条文はない。また、独禁法にも、ホールドアップ問題について直接規定した条文はない。独禁法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」と定める。「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成19年9月28日策定）は、この規定との関係で、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考え合わせて、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には、「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としている。

3.2 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針

公正取引委員会の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（平成19年9月28日策定、平成22年1月1日改訂）では、「標準化」および「規格」に関して次のように述べている。すなわち、「多数の事業者が製品の規格を共同で策定している場合に、自らが権利を有する技術が規格として採用された際のライセンス条件を偽るなど、不当な手段を用いて当該技術を規格に採用させ、規格が確立されて他の事業者が当該技術についてライセンスを受けざるを得ない状況になった後でライセンスを拒絶し、当該規格の製品の開発や製造を困難とする行為は、他の事業者の事業活

7) 特許法・実用新案法・意匠法・商標法・著作権法・種苗法・半導体回路配置法を指す。

動を排除する行為に該当する。』⁸⁾。

また、「ある技術に権利を有する者が、他の事業者に対して、ライセンスをする際の条件を偽るなどの不当な手段によって、事業活動で自らの技術を用いさせるとともに、当該事業者が、他の技術に切り替えることが困難になった後に、当該技術のライセンスを拒絶することにより当該技術を使わせないようにする行為は、不当に権利侵害の状況を策出するものであり、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ものと認められる。これらの行為は、当該他の事業者の競争機能を低下させることにより、公正競争阻害性を有する場合には、不公正な取引方法に該当する（一般指定第2項、第14項）。例えば、共同で規格を策定する活動を行う事業者のうちの一部の者が、自らが権利を有する技術について、著しく有利な条件でライセンスをすることで、当該技術を規格として取り込ませ、規格が確立して多くの事業者が他の技術に切り替えることが困難になった後になって、これらの事業者に対してライセンスを拒絶することにより、当該技術を使わせないようにする行為は、不公正な取引方法に該当する場合がある。』⁹⁾。

さらに、必須技術の代替技術を開発することを禁止する行為¹⁰⁾や、合理的理由なく、必須技術以外の技術についてもライセンスを受けるように義務を課す行為又はライセンサーの指定する製品を購入するように義務を課す行為¹¹⁾、既存の応用技術が提供する機能を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¹²⁾についても言及している。

3.3 標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方

公正取引委員会「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」（平成17年6月29日策定、平成19年9月28日改正）では、「ホールドアップ問題」に関して、下記の言及がある（下線は筆者による）。

すなわち、「例えば、標準化活動に参加していない事業者が当該活動により策定された規格について特許を有していた場合に、規格を採用する事業者に対して当該特許をライセンスすることを拒否したとしても通常は独占禁止法上問題となるものではない。しかしながら、標準化活動に参加し、自らが特許権を有する技術が規格に取り込まれるように積極的に働きかけていた特許権者が、規格が策定され、広く普及した後に、規格を採用する者に対して当該特許をライセンスすることを合理的理由なく拒絶する（拒絶と同視できる程度に高額のライセンス料を要求する場合も含む。）ことは、拒絶された事業者が規格を採用した製品を開発・生産することが困難となり、

8) 「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 1 私的独占の観点からの検討 (1) 技術を利用させないようにする行為 エ」。

9) 「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方 2 技術を利用させないようにする行為 (2)」。

10) 「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 1 私的独占の観点からの検討 (3) 技術の利用に条件を付す行為 イ」参照。

11) 「第3 私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方 1 私的独占の観点からの検討 (3) 技術の利用に条件を付す行為 ウ」参照。

12) 「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方 5 その他の制限を課す行為(5)技術への機能追加」参照。

当該製品市場における競争が実質的に制限される場合には私的独占として、競争が実質的に制限されない場合であっても公正な競争を阻害するおそれがある場合には不正な取引方法（その他の取引拒絶等）として独占禁止法上問題となる」。また、「直接的には標準化活動に参加していない場合でも、例えば、活動に参加する者と共謀するなどして、自らが特許権を有する技術が規格に取り込まれるように積極的に働きかけていた場合に上記の行為を行うことは、同様の独占禁止法上の問題を生じる。」¹³⁾。

3.4 小括

我が国においては、公正取引委員会のガイドラインによって、少なくとも、ホールドアップ問題の一部の行為については、独禁法上問題となるとされている。

もっとも、標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方については、「問題となる行為が限定的で実態上適用される可能性は小さく、悪意のホールドアップを阻止することはできないガイドラインとなっている」¹⁴⁾との指摘がある。

また、「SSO(筆者注:標準化団体)による標準化協調に参加しないNPE(筆者注:特許不実施主体)等に対しては、ホールドアップあるいはトロールを公取委が独禁法により規制することはできない。ただし、裁判所は、NPE（その中でも、R&Dも実施していない企業）を原告とする特許侵害訴訟に対しては、米国eBay判決の視点から、差止めを認めず、合理的額のロイヤルティ支払いのみを認めることが望まれる」し、「パテント・ホールドアップあるいはトロールとしてNPEが実施するのは、ライセンス拒絶ではなく、高額のロイヤルティ要求である。公取委ガイドラインのように単独行為としての『ライセンス拒絶』規制では、高額ロイヤルティ要求は取引拒絶に相当すると認定できる場合にしか規制できない。」との指摘がある¹⁵⁾。

4 対処方法についての議論の整理

4.1 議論の概観

4.1.1 事前抑止方法

ホールドアップ問題への対処方法について、これまでの議論の状況を整理すると、①事前抑止方法と、②事後対処方法に大別できよう（図表3参照）。

13) 「第2 標準化活動 3 規格技術に関する特許権の行使と独占禁止法の適用」。

14) 江藤学「標準化活動におけるパテントポリシーの役割」研究技術計画22号198頁（2008年）。

15) 滝川敏明「EUにおける技術標準と競争法—パテント・ホールドアップとトロールへの対処策」公正取引731号39～41頁（2011年）。

図表 3¹⁶⁾

	対処方法	法的根拠
(1) 事前 抑止 方法	①パテントポリシー+ライセンス料の高騰に備える手段	
	②パテントポリシー+特許情報の事前把握に関する手段	
	③パテントポリシー+より魅力的な利益を与える手段	
	④パテントポリシー+ライセンス条件の遵守を確保する手段	
	⑤パテントポリシー+利害関係者のコミュニケーションに関する手段	
(2) 事後 対処 方法	①裁定通常実施権	特許法
	②私的独占(支配型または排除型)または不公正な取引方法(優越的地位の濫用・ 単独の取引拒絶)の規制	独占禁止法
	③信義則・権利濫用論による権利行使の制限	民法の一般条項
	④公共の利益による差止め制限	米国判例法理
	⑤被告同士のディフェンスグループの組織	
	⑥公共の福祉(本稿 5.56 参照)	憲法・民法

事前抑止方法は、パテントポリシー+ α による抑止である。パテントポリシーは、善意かつ任意のルールであるから、単独では有効な対処方法となりえないとされる。そのため、他の手段を組み合わせる必要がある。

パテントポリシーと組み合わせる手段としては、種々提案されているが、大別すると、下記の5つに分けられよう。

①ライセンス料の高騰に備える手段(RAND/FRAND宣言、ロイヤルティの上限設定、公共の福祉への影響調査)および、ライセンス料率の算定方法に関するもの(FRAND料率の算定方法の確立、類似のロイヤルティの開示、損害賠償算定の過程を考慮したFRAND料率の算定)

②特許情報の事前把握に関する手段(知的財産の事前開示、公的な特許調査、標準原案の事前公開・情報提供、特許のローカルデータベースの構築)

③ホールドアップよりも魅力的な利益を与える手段(パテントプールの活用)

④パテントポリシーやライセンス条件の遵守を確保する手段(ライセンス条件の事前開示・遵守、事前ライセンス制、公正取引委員会によるRANDの義務づけ規制、ライセンス条件の情報アクセスのシステム化、第三者のためにする契約としての法的拘束力の付与)

⑤利害関係者のコミュニケーションに関する手段(利害関係者間のコーディネーションの促進、通知および反対申立て通知のルールの設計)

当初は、①ライセンス料の高騰抑止と②特許情報の事前把握を軸に議論されてきたが、その後、④ライセンス条件の遵守が議論されるようになったように思われる。④は、パテントポリシーやそれと組み合わせる手段の実効性を確保するというアプローチであり、他の4つの手段とはその点で異なる。

16) 浅野卓『ビジュアル知的財産マネジメント』(DTP出版、2012年)125頁に加筆。

4.12 事後対処方法

事後対処方法は、概ね5つに分けられよう。すなわち、①裁定通常実施権、②支配型私的独占（または排除型私的独占）または不公正な取引方法（優越的地位の濫用・単独の取引拒絶）の規制、③信義則・権利濫用論による権利行使の制限、④公共の利益による差止め制限、⑤被告同士のディフェンスグループの組織である。

事後対処方法のうち、①は特許法、②は独禁法、③は民法の一般条項、④米国判例法理をそれぞれ法的根拠とする。⑤は訴訟上の戦略である。

4.13 小括

技術標準化とホールドアップ問題自体、比較的新しい論点であるが、従来、(1) 事前抑止方法であるパテントポリシー+ α と、(2) 事後対処方法である②私的独占または不公正な取引方法の規制を軸に議論が展開してきたと言えよう。そして2009年以降、(2) 事後対処方法について、eBay米国判決（2006年）に基づく④公共の利益による差止制限が生じてきた。

なお、この問題については、パテントポリシー+ α による事前の抑止と、競争法（独禁法）による事後的な対処が、世界的な傾向のように思われる。

以下4-2から4-7までは、各カテゴリーの見解を初出の年次の順に整理したものである（下線は筆者による）。

4.2 事前抑止方法：パテントポリシー+ α

4.21 i RAND, ii 知的財産の事前開示, iii ロイヤルティの上限設定と組み合わせる見解

滝川（2007年）¹⁷⁾は、SSO（標準化団体）は、「RAND設定にとどまらず、IPの事前開示とロイヤルティ上限設定をメンバー企業と取り決める必要がある。ただし、SSOにおける協調により、メンバー企業の自由が制約される程度が深まるほど、違法な協調行為として競争法違反を認定されるリスクが高まる」とする。

浜田（2008年）¹⁸⁾は、「(1) RAND条件の具体化、(2) パテントポリシーにおける標準に関連した特許権の開示の義務化の是非、についての詳細な議論が必要である」とし、「(1) については、必須特許の判断の明確化や、ロイヤルティの上限額の設定、ライセンス条件の情報アクセスのシステム化など、標準化技術を有する事業者が参加しやすく、脱退させない環境作りが重要である。(2) については、特許権の開示を義務化することに関しては有識者の間でも議論が分かれるところである」とする。

4.22 i 公的な特許調査, ii 標準原案の事前公開・情報提供, iii 公共の福祉への影響調査, iv パ

17) 滝川敏明「標準化と競争法」知財学会誌Vol. 4 No. 1 39頁（2007年）。

18) 浜田治雄・鈴木信也「技術標準化活動におけるホールドアップに関する考察」日本大学法学部知財ジャーナルVol. 1 No. 1 181～182頁（2008年）。

テントプールの活用と組み合わせる見解

江藤 (2008年)¹⁹⁾ は、「実際、一部ではパテントポリシーの適用を緩和しようという動きもあることを考えれば、パテントポリシーは、特許把握の網羅性を求めるのではなく、特許保有企業がホールドアップを実施する抑止力として活用するのが適当といえよう。……ホールドアップの防止には独禁法や特許法の力を借りることが必須である。パテントポリシーは、この独禁法や特許法の力を借りやすくするルールを作る方向で整備するのが効果的である」とし、日本工業標準調査会(JISC)が行ったパテントポリシーの抜本的改革の基本的考え方およびポイントとして、i「何れかの公的な者による特許調査の実施」ii「標準原案の事前広報制度」iii「公共福祉への影響調査と裁定実施の申し立て」iv「パテントプール制度の活用」を挙げる。

4.23 i ライセンス条件の事前開示・遵守, ii 事前ライセンス制, iii FRANDと組み合わせる見解

土井 (2010年)²⁰⁾ は、「ホールドアップ問題に対応するために、標準組織は、反競争的、欺瞞的、戦略的な行為に対する防止策の1つとして、メンバーに『事前に』(標準が決定される前に)ライセンス条件の開示・遵守を要求することがある」と指摘する。また、事前開示ルールの問題点を挙げたうえで、「こうした限界を考慮して、標準組織は、近年『事前ライセンス (ex ante licensing)』制を検討していると言われる。それは、標準組織における標準設定作業に参加する全ての者が、標準が設定される前に、もし標準が自分の技術を使用するならば要求するであろう上限のロイヤリティやその他の条件を開示することを求める制度である。事前ライセンスは、上記の事前開示ルールと後述のFRANDライセンスと並んで、ホールドアップ問題に対処する方法の1つとしてとらえられている。しかし、この制度は、水平的な売手価格カルテルや、以下で議論する買手寡占の共謀を誘引する可能性をもつことにも留意する必要がある」と指摘する。

4.24 特許のローカルデータベースの構築と組み合わせる見解

鶴見 (2010年)²¹⁾ は、「自社の事業ないし研究開発に関連するすべての特許を細大漏らさず特許情報解析マップに収載し、常にアップデートを図ることによって、知財、研究、事業のすべての活動に活用することを目的」としたLDB(ローカル・データベース)を構築し、「このようなLDBを自社の全事業領域、全研究テーマについて、系統的、体系的、網羅的に作り上げていく地道な努力こそ、ホールドアップ問題、パテントトロール問題に対応するキーであり、ひいては特許制度の健全な発展を促す原動力であると信じている」とする。

4.25 公正取引委員会によるRANDの義務づけ規制と組み合わせる見解

滝川 (2011年) は、ホールドアップ問題に対する「競争の実質的制限を招くものの効率効果

19) 江藤学「標準化活動におけるパテントポリシーの役割」研究技術計画Vol. 22 No. 3/4 198～199頁(2008年)。

20) 土井教之「標準組織と競争政策」社会科学研究Vol. 61 No. 2 13～16頁(2010年)。

21) 鶴見隆「ホールドアップ問題、パテントトロール問題と特許情報調査」情報管理Vol. 53 No. 2 115～117頁(2010年)。

の高い標準化協調に対する合理的原則的な法適用により、『合理的かつ無差別のライセンス条件』とすることを協調参加企業に義務付ける規制を公取委が実施することが妥当である」とする。また、「公取委にとっても具体的ロイヤルティ額の算定は困難なので、公取委の規制は『合理的ロイヤルティ額』義務付けにとどめるべきである。合理的ロイヤルティ額の設定は、第一次的には当事者企業の自主的交渉に委ねるべきであり、交渉が成立しない場合には裁判所の判決あるいは調停に委ねるしかない。日本の裁判所にとっても、米国 Georgia-Pacific 判決基準を精密化した 2011 年 FTC 報告書が合理的ロイヤルティ額を導くための重要な指針となる」とする²²⁾。

4.26 FRAND に第三者のためにする契約としての法的拘束力を与える見解

高田 (2014 年)²³⁾ は、「実務上、もっとも予見可能性および法的安定性に優れているのが、FRAND 宣言に第三者のためにする契約としての法的拘束力を与えることではないだろうか。FRAND 宣言に法的拘束力を与えることにより、各国で異なっていた解決のためのアプローチが、契約に基づく債務不履行責任として、一律に対処できる可能性が広がることになる」とする。

4.27 i 特許権者による情報の事前開示, ii 利害関係者間のコーディネーションの促進, iii FRAND 料率の算定方法の確立を説く見解

三菱総研 (2015 年)²⁴⁾ は、「事前コミットメントの実効性の欠如がもたらす問題が究極的には標準をめぐる利害関係者間のコーディネーションの欠如から生じることを反映して、特許権者に事前段階でより多くの情報を開示させたり、利害関係者間のコーディネーションを促すような仕組みが追求されているのである。他方、特許紛争に対する救済策のあり方も、将来の紛争時の参照基準を形成することを通じて事前コミットメントの実効性に大きな影響を与える。FRAND 料率の算定方法や算出された具体的な料率は、SEP の特許権者の行動に大きな影響を与えるから、一定の合理性を有する FRAND 料率の算定方法の確立は喫緊の課題となると言えよう」と述べる。

22) 滝川・前掲注 16。なお、合理的ロイヤルティ額は、「標準化策定に着手する前の段階でライセンス交渉が行われた場合に成立したと考えられるロイヤルティ額とする」とも述べる。

23) 高田寛「標準規格必須特許の権利行使と差止請求権の制限についての一考察」富山大学紀要 富大経済論集 第 60 巻第 2 号 193～225 頁 (2014 年)。

24) 株式会社三菱総合研究所「平成 26 年度産業財産権制度問題調査研究 知的財産制度と競争政策の関係の在り方に関する調査研究報告書」63～64 頁 (2015 年)。

また、経済学的な観点から、「第一に、標準策定後の交渉においては、SEP の特許権者だけでなく標準のユーザーも戦略的行動を採りうる……第二に、このような SEP の特許権者のサンクコストが重要なときには、事後的なライセンス交渉において、むしろ特許権者側の交渉上の地位が弱くなる可能性があり、この結果標準技術の開発インセンティブの低下が生じうる……第三に、ホールドアップ問題とロイヤルティの積み上げ問題を同時に考慮するときに、理論的な FRAND 料率がどのように規定されるかが必ずしも明確になっていない……第四に、司法による FRAND 料率の決定自体がイノベーターの開発インセンティブにマイナスの効果をもたらす」と指摘する。

4.28 i 類似のロイヤルティの開示、通知および反対申立て通知のルールを説く見解

リ (2016年)²⁵⁾ は、「SEP保有者の類似のロイヤルティをSEP実施者に開示することは、何が非差別的ロイヤルティであるのかを決定し、FRAND ホールドアップを回避するために必要である」とし、また、「事前のルーラー式 (例えば、通知及び反対申立て通知のルール) を設計」すべきとする。

4.29 損害賠償算定の過程を考慮したFRAND料率の算定を説く見解

劉 (2016年)²⁶⁾ は、FRAND条件に従うロイヤルティを算定する際、「損害賠償の算定の過程」を考慮すべきとする。

4.3 事後対処方法

4.31 裁定通常実施権

江藤 (2008年)²⁷⁾ は、「特許庁では、2004年に産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会特許戦略計画関連問題ワーキンググループにおいて、知的財産の円滑な利用を促進するための裁定実施権の適用可能性について検討したが、裁定実施権制度の見直しは慎重であるべきとの中間結論に至った²⁸⁾。現状でも検討が続いているものの、標準化関連で裁定実施権が活用される可能性はかなり小さいと考えられる」と指摘する。

藤野 (2009年)²⁹⁾ は、「特許法が定める強制実施権は、制度として実存するもののその適用は法律的・政策的な理由から実際には困難な状況にある」と指摘する。

25) リ・ヤン「FRAND条件が引き起こすホールドアップ問題」知財研紀要 5頁 (2016年)。

26) 劉影「技術標準と市場の失敗：特許制度における救済策の改善を中心に」北海道大学法学研究科博士論文 111頁 (2016年)。

27) 江藤・前掲注14 198頁。

28) その結論の背景となった議論として、①諸外国や国際的枠組みとの整合性、②市場のグローバル化への配慮、③特許権の保護と制限のバランスの観点、④政策的観点が挙げられている (江藤・前掲注3 39頁参照)。

29) 藤野仁三「ホールドアップ特許に対する権利制限理論」知財管理Vol. 59 No. 3 (2009年)。

その理由として、「強制実施権の発動に対するハードルの高さは、要件適合の難さよりも、むしろわが国行政の最策的配慮によって維持されていると言った方が正確であろう。1994年8月、日米の特許庁間で「利用関係の強制実施権の裁定は行わない」という趣旨の合意文書が交わされている。この日米特許庁合意は、92条 (利用関係) の強制実施権を対象にしたものであるが、それは93条 (公共の利益) にもとづく強制実施権に対する抑止効果をもつであろう。つまり、法定の裁定制度が行政当局間の合意によって、実質的に塩漬けにされているというのが現状である」とし、「わが国の強制実施権は、最終的に行政当局の「裁定」によって発動される制度である。したがって、過去に裁定の実績がないとそれを請求する側は、請求しても認められないだろうという心理的な抑止が働くことになる。裁定の請求がなければ、当局は、新しい解釈論に踏み込むことも求められない。そもそも上記の日米特許庁合意については、法定の制度を実質的に行政当局の合意文書で凍結することに疑問が提起されている」と述べる。

4.32 私的独占または不公正な取引方法の規制

4.321 不公正な取引方法の規制を肯定する見解

浜田（2008年）³⁰⁾は、ホールドアップ行為については、「私的独占の適用が考えられる」ものの、「私的独占が要件とする一定の取引分野における競争の実質的制限が認められる市場支配力の形成の判断レベルと、不公正な取引方法で要件とされる公正競争阻害性の判断レベルが異なるため、立証負担が比較的軽い不公正な取引方法が便宜的に主張されているという事実」をも考慮し、ホールドアップ行為については「通常のライセンスの場合と異なり、対象となる権利は標準化されておりその権利を用いること無しには標準化活動を遂行することが出来ない状態であり、当然市場に及ぼす影響も大きい。故にホールドアップによるライセンス拒絶が不公正な取引方法に該当する可能性は高いものと考えられる」とする。

4.322 私的独占（支配型私的独占）および不公正な取引方法（優越的地位の濫用）の規制を肯定する見解

佐藤（2010年）³¹⁾は、「Rambus事件で見られる様に、ホールドアップ問題は、特許権者が関連特許技術を標準化規格に採用させ、規格が確立されて実施権者が当該技術についてライセンスを受けざるを得ない状況になった後に超過価格のロイヤリティを強要する弊害を伴う性質を有する。この様な問題は、不公正な取引方法に該当する優越的地位の濫用を引き起こすおそれがある」とし、「ホールドアップ問題の様に対等な関係ではあり得ない様なロイヤリティが強要された場合に公正競争阻害性が認められる」とする。

また、佐藤³²⁾は、「優越的地位の濫用が支配の要素を兼ね備え、また「一定の取引分野における競争の実質的制限」をもたらせば、私的独占の問題となる」とし、「ホールドアップ問題の場合、超過価格（ロイヤリティの超過価格、関連特許技術を用いた製品を用いて供給される製品の価格の引上げ）の程度、標準化技術の事実としての標準の程度、関連特許技術を用いた製品を製造する意欲の低下、また規格標準に頼る意欲の低下にかかる総合的判断が伴うであろう」とする。

4.323 私的独占（支配型私的独占・排除型私的独占）および不公正な取引方法（優越的地位の濫用・単独の取引拒絶）の規制を肯定する見解

伊藤（2012年）³³⁾は、「パテントポリシーを明確化して情報開示義務を課すことで、ホールドアップ問題を回避することは可能になりうる」としたうえで、「標準規格に特許権を有するという優越的な地位を利用し、標準規格を利用する事業者を支配したと捉え、関連技術市場での競争を実質的に制限したものであるといえるならば、支配型私的独占に該当するものとみることもで

30) 浜田・前掲注18。

31) 佐藤潤「Rambus事件コロンビア特別区巡回裁判所判決を巡るホールドアップ問題について4」公正取引716号62～64頁（2010年）。

32) 佐藤・前掲注31。

33) 伊藤隆史「技術標準と独占禁止法」日本経済法学会年報第32号128～129頁（2012年）。

きる。これに対し、SSOのpatentポリシーに従わず、適切な特許技術情報の開示を行わないことによって、自らの特許技術を標準に取り込ませ、これを利用して他の事業者を排除したと捉え、同様に競争の実質的制限を認定できるならば、排除型私的独占に該当するとみられることもできる」が、Rambus事件、Qualcomm事件、N-Data事件からも示唆を得られるように、「patentポリシーで開示義務を適切に課すことが困難である現状においては、ホールドアップ問題につき、支配型私的独占による規制の方が、より適切であるように思われる」とする。

また、伊藤³⁴⁾は、「標準規格が普及することにより、取引費用がかかることから、競合規格への転換が困難となった場合においては、特許権者はライセンス希望者に対し、強い立場にある。このことから、正当な理由なくしてライセンス料を引き上げる等の行為は、優越的地位の濫用として規制される可能性はありうる。但し、開示義務が不明確である場合には不開示について正当化事由が生ずる可能性がある。さらに、標準策定後は、通常の特許権行使による排他性に加え、標準に採用されたことによるロックインに伴う排他性も生じ、二重の排他性が生ずることになる。この状況での実質的なライセンス拒絶は、単独の取引拒絶として規制されうようにも思われる。この際考えうる正当化事由として一般的には取引先選択の自由が挙げられる。しかし、通常の特許権の権利行使とは異なり、特許権が標準規格に取り込まれている状況においては、この点は必ずしも考慮される必要はないことになる」とする。

4.324 競争法違反を認定する見解

滝川(2013年)³⁵⁾は、「SEPについて差止めを行使することは、競争法(反トラスト法)の単独行為(排他行為)規制の2段階審査(市場支配力認定と排他行為の不当性)のいずれをも満たすので、基本的に競争法違反を認定できる。ただし、最近のグーグル(モトローラ)に対する米国当局とEU当局の競争法審査が共通に示すように、RAND交渉に前向き姿勢をライセンサーが示さないなどの要件を満たす場合には、差止め行使をSEP所有企業に認める(競争法違反としない)ことが妥当である」とする。

34) 伊藤・前掲注33。

35) 滝川敏明「スマートフォン特許戦争とpatent・ホールドアップ」国際商事法務Vol. 41, No. 8, 1127～1138頁(2013年)。

4.33 信義則・権利濫用論による権利行使の制限

4.331 信義則による権利制限の可能性を説く見解

藤野（2009年）³⁶⁾は、「標準化を阻害するホールドアップ行為に対して、民法の一般条項、特に信義則に基づく権利制限が認められることの意義は二つあると考えられる。まず、比較法的に、米国では特許問題にたいしてエクイティが適用できることが米連邦最高裁判決で明らかにされている（eBay判決（2006））ので、エクイティに近似する法概念であるわが国の信義則を特許問題に適用することに、少なくとも強制実施権のような政策上の配慮は不要であり、法解釈として躊躇なく導入できる点である。そして、解釈論的に、信義則が特許問題に適用されることにより、特許法解釈や運用面で、新しい動きを促すことが期待される。仮に、標準化を阻害する特許権行使に民法の一般条項（信義則）が適用される場合、ある意味で特許法の機能不全が明らかにされたことになる。行政当局としては、当然のことながら、法改正や指針改訂など、何らかの対応が求められることになる。それによって強制実施権制度が生きた制度として復活するかもしれない」とする。

4.332 放棄の抗弁および衡平法上の禁反言の可能性を説く見解

山田（2009年）³⁷⁾は、「規格設定団体のメンバーではなかった企業が特許侵害の訴えを提起された場合であっても、放棄の抗弁を主張することを忘れてはならない」とし、放棄により特許権行使が不能になるという理論が「もし適用されないとされた場合でも、放棄が認められるので判断の必要がなし、として本件では判断されなかったEquitable Estoppelによって特許権行使が認められないと判断される可能性もあり得る」と指摘する。

4.333 特許無効の抗弁・無効審判請求を主張する見解

王（2013年）³⁸⁾は、「特許法104条の3の『特許権者等の権利行使の制限』規定を積極的に活用し、裁判において特許無効の結論を勝ち取ることは、特許権者の差止請求等の権利行使を制限できる有効な手段である」と述べ、また、「必須特許権者の権利制限を行うための最も有効な手段は、特許権者の有する特許権を無効にすること（筆者注：無効審判請求）である」と述べる。

36) 藤野・前掲注29。なお、権利濫用論については、「権利濫用の法理の4つの機能のうち、ホールドアップ問題に適用できる可能性が高いのは、「時代の変化に伴い立法者の予想を超えた社会の要求を満たすために権利範囲を縮小する手段としての機能」だとしううえで、「これは標準化を阻害する特許権の行使に対しては適用できないであろう。なぜならば、正当な審査手続きを経て成立した特許は有効と推定され、その権利の技術的範囲は、特許法の定める規定（70条）にもとづき決定されるものであるからだ。特許法は民法の特別法であり、特許問題の解決には特許法が優先的に適用されるのが原則である」とする。

37) 山田有美「規格におけるパテント・ホールドアップ問題—Qualcomm v. Broadcom判決を踏まえて」NBL No. 901 30～31頁（2009年）。

38) 王成「ホールドアップ問題における特許権行使の制限：差し止め請求」筑波大学図書館情報メディア研究科修士論文 27頁（2013年）。

特許の無効については、一般に権利侵害との警告を受けた側が検討する事項である。しかし、ホールドアップが問題となるケースでは、ライセンス契約に、無効理由の不存在の不保証や、不競争義務³⁹⁾、あるいは独禁法違反（一般指定第12項）を避けるため不競争義務の代わりに、「ライセンサーは、ライセンシーが許諾特許の特許性、有効性、又は許諾ノウハウの秘密性を争った場合には、ライセンス契約を解除することができる」との条項を入れていると考えられるから、現実的ではない。

4.34 公共の利益による差止制限：公共の利益による差止制限の可能性を説く見解

藤野（2009年）⁴⁰⁾は、侵害が認定されても差止は自動的には認めないとした合衆国最高裁判所のeBay判決を引き合いに、「現在、司法による判例変更は、権利者の利益と公共の利益を比較考量し、権利者が得るべき利益は公共の不利益をもたらさない程度にバランスされなければならないという一種のバランス論に依存して」おり、「権利者の利益と公共の利益をバランスする調整理論が連邦最高裁によりホールドアップ問題に適用される可能性があるかどうかは全く予断を許さないが、このバランス論はまさにeBay判決で最高裁が採用しており、少なくともプロパテントの調整期にある米国にあっては、かなり現実味があると言えなくもない」と指摘する。

山田（2009年）⁴¹⁾は、「2006年の最高裁によるeBay Inc. v. MercExchange, L.L.C（以下「イーベイ判決」という）により、公共の利益などさまざまな利害を考慮して差止めを認めるかどうか判断すべきであることが明確になったため、たとえば、自社では特許を実施する製品を製造販売していないパテントトロールなどが、差止請求した場合や、広く社会で採用されている規格製品を規格設定団体に参加していた特許権者が差止請求した場合に、裁判所が差止めを認める可能性は低いといってよいであろう」と指摘する。

4.35 被告同士のディフェンスグループの組織

山田（2009年）⁴²⁾は、「特許権者（原告）は、規格の技術内容に詳しくない企業に対する訴訟を先に進めて自分に有利なクレーム解釈や判決を得た後に、同じ規格に関する他の訴訟手続において、前の訴訟の結果を事実上の影響力として利用しようとする」と指摘し、「もし、規格製品を製造する複数の企業に対し特許侵害訴訟が複数提起された場合には、まず、特許侵害で訴えられた被告間でディフェンスグループを組むことが有効ではないだろうか。……その際、利益相反や弁護士秘匿権などさまざまな法律問題を回避するために、被告間でアグリーメントを締結することが必要となる。Multidistrict Litigation（以下「MDL」という）の申立てをするという方法もコ

39) ライセンシーが、ライセンス対象の特許権の有効性やノウハウの秘密性（飛行知性）について争わない義務。

40) 藤野仁三「ホールドアップ問題に関する米国判例の展開」知財管理 Vol. 59 No. 3（2009年）。

41) 山田・前掲注37。

42) 山田・前掲注37。なお、「MDLも利点ばかりではない。たとえば、多数の連邦地裁で裁判が進行中の場合に、どの連邦地裁にプリトリアル手続を終結することになるか不透明であること、和解を進めたい被告と徹底的に戦いたい被告との間で足並みが揃わない場合に問題が生じるなど不利な面もある…」とも指摘する。

スト削減やクレーム解釈の手続を統一的に行える点で有効である」とする。

5 若干の考察

5.1 視点

特許権については、侵害行為を差し止めれば、独占的な実施状態を回復できる。

また、独禁法で規制される行為についても、排除措置をとれば、公正な競争状態を回復できる。

一方、ホールドアップ行為を事後的に排除したとしても、技術水準が標準化策定以前に戻るだけであり、むしろ別の社会的な損失を生じる。

すなわち、前述(2.1参照)のように、標準化戦略の背景には、①製品の複雑高度化・ユニット化、②創造主体の変化とそれによるスピードの増加・コストやリスクの削減の要請があると思われる。そのような背景を考慮すると、標準化交渉の進展の過程で、標準に組み込まれないと判断された技術は、開発を中止あるいは他の分野に転用されるというのが通常の企業活動であろう。とすれば、技術水準が標準化策定以前に戻ったとしても、代替技術をすぐに用意できるわけではなく、代替技術の開発を再開しても、相当程度の期間にわたる技術の進歩の空白期間が生じることとなり、同一分野の技術の重複研究・重複投資がなされることとなる。これは多大な社会的な損失であり、それこそ「産業の発達」(特許法1条)に反するのではないだろうか。標準化に参加する企業としては(中小企業であれば、なおのこと)、できるだけ策定された標準が維持され、事業をつつがなく継続できることを望むはずである。

また、公益性や公共の利益による特許権の効力の制限は謙抑的であるべきと考える。特許権の付与にあたっては、発明の公開により既に一定程度、公益との調整がっていると考えられるからである。なお、パリ条約5条A(2)(3)でも、「各同盟国は、特許に基づく排他的権利の行使から生ずることがある弊害」を防止するために「実施権の強制的設定では十分でない場合に限り、特許の効力を失わせることについて規定することができる」としている。

ホールドアップ問題への対処方法については、おそらく、理論的にどの方法が正しいかというよりは、それぞれにどのような意義と限界があるかを検討して、どのような類型の場合には、どのような方法が有効性を持つかを検討して、それらの方法をどのようにミックスして使用するのが効果的かを論じることになるのではないかと思う。

したがって、ホールドアップ行為については、第1に、事前に抑止する方策、第2に、パテントポリシーやライセンス条件を遵守させる方策、それでも問題が生じたという極めて限定的な場合に初めて、特許権の行使を制限する方策を問題とすべきである。これまでのホールドアップ行為に対する対処方法の議論は、全ての方策を同一次元で考えていたようにも思われるが、それぞれの方策には段階があろう。

5.2 事前抑止方法の検討

前述(4.1参照)のように、パテントポリシーは、善意かつ任意のルールであるがゆえに、単

独では有効な対処方法たりえないとされる。

既に多くの標準化団体が採用しているが、パテントポリシーに、RAND宣言等のライセンス料の高騰に備える手段(①)や、特許情報の事前把握に関する手段(②)を組み合わせることは重要である。

しかし、標準に組み込もうとする技術の開発段階(研究段階・開発段階・実証段階・実用段階・普及段階のいずれなのか)によっては、研究開発費が想定よりも多くかかったことによるライセンス料の値上げ等の事態が生ずることもありえ、ライセンス料の高騰に備える手段(①)にも限界がある。

また、知的財産アナリストとしての経験からすると、無効理由の調査のように数件の有力な技術を発見すれば事足りる調査とは異なり、標準化に関する技術を第三者が漏れなく調査するには、多くの費用と時間がかかる。この点、出願人や特許権者自身による技術の開示がなされれば、それに越したことはないが、自社の開発動向を秘匿しつつ先願の地位を確保するため、審査請求前に取下げ・再出願を繰り返す実務がままあることを考えると、とくに出願中の技術の開示など自社の開発動向が知られてしまうような開示は最小限にとどめるであろう。また、特許庁によれば、2015年4月1日から2016年8月1日までの特許異議申立の件数は1,001件である。同期間の特許出願件数は414,972件であり、16か月間の出願件数が一定であると仮定すると、異議申立率は約0.25%と低く、異議申立と同様、標準化における第三者からの情報提供にもそれほど期待できないであろう。結局、特許情報の事前把握に関する手段(②)にも限界がある。

実際には、パテントポリシーやライセンス条件の遵守を確保する手段(④)がカギとなるであろう。現実には、Qualcomm事件やRambus事件、N-Data事件等、パテントポリシーやライセンス条件を遵守しない事例が生じている。この手段は、特許権者に対して遵守を強制するものである。

注目すべきは、ホールドアップよりも魅力的な利益を与える手段(③)である。この手段は、パテントポリシーやライセンス条件を特許権者が自発的に遵守するよう促すものであり、パテントポリシーになじむものと言える。もっとも、パテントプールを活用できる標準は多くはないであろう。

結局、どの手法も決め手を欠く。できるだけ多くの手段をパテントポリシーと組み合わせてホールドアップ問題を抑止すべきであろうが、ホールドアップ行為について事後的な対処・規制がどうしても必要となろう。

そこで、事前抑止方法が功を奏しなかった場合の事後的な対処方法として、以下、ホールドアップ行為の規制について検討する。

5.3 事後対処の必要性

ホールドアップ行為が行われる動機としては、①自社の商品製造・サービス提供能力の整備が競合他社より遅れている場合に、当該市場の立ち上がりを遅らせること(ライセンス拒否の場合)や、②巨額の損害賠償やライセンス料を欲すること(高額ライセンス料要求の場合)等が考えられる。その結果、技術の進歩の遅れや、商品・サービス価格の上昇等の経済的弊害が生じよう。

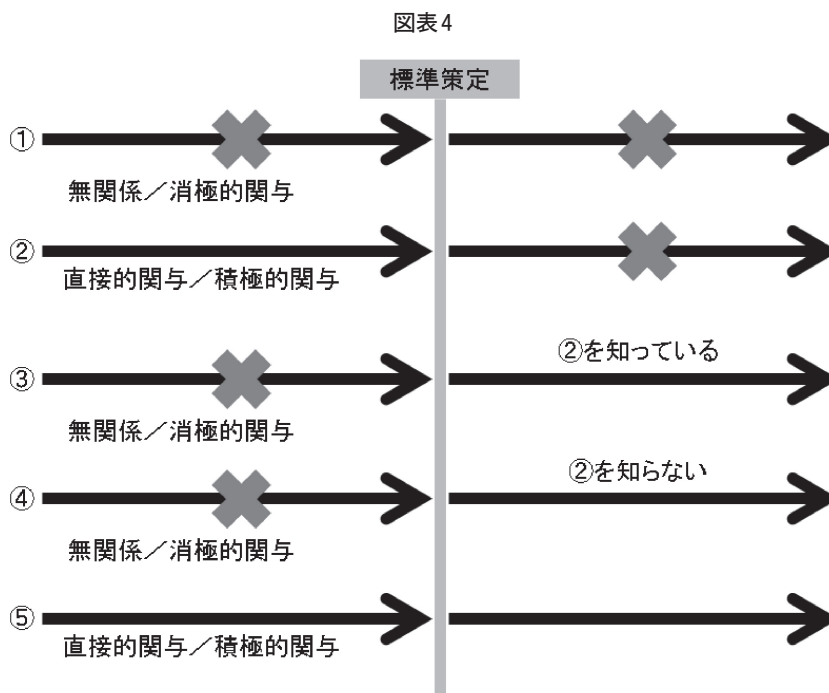
近年、研究開発（R&D）専業企業や特許管理型企業が増加している。これらの企業は、自らは商品製造やサービス提供を行っていないため、ホールドアップ行為を行うことによるリスクが少ない。そのため、今後は上記の経済的弊害がより顕在化すると思われる。

ところで、近年、パテントトロールのように、巨額の損害賠償やライセンス料を請求することを目的に権利を取得し、権利行使あるいは警告をするケースが生じている。また、知財権と直接の関係はないが、工場等の制御システムに対するサイバー攻撃のための情報やツールを、インターネット上で公開し、あるいは公開の警告をすることにより、ビジネスチャンスとする動きも始めている⁴³⁾。いくつかのホールドアップ行為は、これらと同様の利益状況にあるとも言えよう。

5.4 事後対処の許容性：規制すべき場合・要因

本来、権利行使は自由であり、契約自由が原則である。ホールドアップ行為は、権利行使それ自体に着目すれば、正当な権利行使と区別できない。もっとも、問題となっているケースは、標準策定からの一連の行為に問題がある。

ホールドアップ行為を規制すべき場合・要因については、ホールドアップ行為をした者が、いつの時点から、どのように関与していたのかという観点から、以下の5つのパターンに分けて考えるべきである（図表4参照）。



43) 読売新聞2012年7月13日サイバーウォーズII攻撃者たち3参照。

すなわち、①標準策定の前後を通じて無関係の場合（標準策定過程で公表情報等から動向を読み取っていた場合（消極的な間接的関与）も含む）、②標準策定前に関与し、後に脱退した場合（直接的関与をしていた場合だけでなく、内通者を通じて外部から積極的に間接的関与をしていた場合も含む）、③標準策定前は無関係（標準策定過程で公表情報等から動向を読み取っていた場合（消極的な間接的関与）も含む）であり、②の事情（前者が標準策定前に関与したにもかかわらず後に脱退したこと）を知って標準策定後に権利を取得した場合、④標準策定前は無関係（標準策定過程で公表情報等から動向を読み取っていた場合（消極的な間接的関与）も含む）であり、②の事情を知らないで標準策定後に権利を取得した場合、⑤標準策定の前後を通じて関与していた場合（標準策定過程で内通者を通じて外部から積極的に間接的関与をしていた場合も含む）である。

上記5つのパターンのうち、①は規制すべきではない⁴⁴⁾。自らの預かり知らぬところで標準が策定されたからといって、権利行使が制限されるいわれはない。いわば、手続保障がなされていないからである。この場合は、ホールドアップに該当する行為をしたとしても、正当な権利行使と考える。また、標準策定過程で公表情報等から動向を読み取っていた場合（消極的な間接的関与）も、当然の事業活動であり、全く無関係の場合と同様、規制すべきではないと考える。

②⑤のように、標準策定過程に直接的に関与していた場合のホールドアップ行為は規制すべきである。また、直接的関与をしていた場合だけでなく、内通者を通じて外部から積極的に間接的関与をしていた場合も、同様の利益状況であり、規制すべきと考える。

③のように、②の事情を知って標準策定後に権利を取得した場合は、規制してもかまわないのではないだろうか。「知って」権利を取得している以上、権利行使が制限されたとしても、いわば、手続保障に欠けるところはないからである。また、巨額の損害賠償やライセンス料を請求することを目的に権利を取得し、権利行使あるいは警告をするパテントトロールと同様の利益状況だからである。

逆に、④のように、②の事情を知らないで標準策定後に権利を取得した場合は、①と同様、規制すべきではないと考えて良いのではないだろうか。自由なライセンス料の設定への期待は保護されて良いと考えるからである。

以上より、②③⑤の場合に、ホールドアップ行為を規制すべきである。

では、②③⑤の場合に、事後対処方法としてどのような法律構成が可能か。以下、前述（4.31～4.35参照）の法律構成が適用可能な場合を検討する。

5.5 事後対処の妥当性：規制の法律構成

5.5.1 裁定通常実施権について

裁定通常実施権には、不実施の場合の実施権（83条）、自己の特許発明を実施するための実施権（92条）、公益上特に必要な場合の実施権（93条）がある。

44) 公正取引委員会「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法上の考え方」（3.3参照）も同様の結論である。

問題となるのは公益上特に必要な場合の実施権（93条）であるが、「公共の利益のため特に必要であるとき」とは、例えば、「発電に関する発明であってその発明を実施すれば発電原価が著しく減少し需要者の負担が半減するような場合であるとか、ガス事業に関する発明であってその発明を実施すればガス漏れがなくなりガス中毒者が著しく少なくなるような場合などが想定される」⁴⁵⁾。また、外資審議会専門委員会は、「当該特許発明が国民の生命、健康あるいは公共施設の建設等国民生活に直接関係する重要なものである場合があげられるほか、特定製品の生産または特定方法の実施に不可欠な工程に関する重要な特許発明が独占されることによって、次に掲げるような事態（筆者注：企業の倒産等の混乱による二次被害）が生じ、その結果国民経済に重大な悪影響をもたらされる場合が考えられる」⁴⁶⁾とする。しかし、技術標準の場合は、通常、そこまでの著しい効果や利益状況はないであろうから、公益上特に必要な場合の実施権（93条）が適用される場合は少ないと考えられる。

なお、滝川が指摘するように、「かなり高額と思われるロイヤルティ額であっても、それを受け入れるライセンスは現れるであろう」⁴⁷⁾から、不実施の場合の実施権（83条）の適用も難しいであろう。

5.52 支配型私的独占または不公正な取引方法の規制について

独禁法が適用されるためには、②③⑤の場合を「権利の行使と認められる行為」（独禁法21条）とは評価できない（知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針（平成19年9月28日）参照。以下、指針という）とする理論づけが必要となる。

この点、知的創造サイクル⁴⁸⁾の下、知財制度において重視されるべきは、知財の活用であって、権利行使は、安定的な知財の活用を担保するための“手段”ではなかろうか。したがって、権利行使を“目的”とした独占排他権の保有や自社権利の標準化は、知財制度の「目的に反する」（指針）と考える。

特許法は、権利取得にあたって書面審査であることを見ても、善意を前提とした、言わば「ジェントルマンの法」と考えられる。したがって、権利行使についても、権利行使自体または権利行使により得られる金銭を目的としたものは、特許制度の「趣旨を逸脱」（指針）するものと言えよう。

よって、②③⑤の場合は、「権利の行使と認められる行為」（指針）とは評価できず、独禁法が適用されると考える。

もっとも、信義則・権利濫用論のように適用者の広範な裁量が予定されている一般条項とは異

45) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第18版〕』（2010年）。下線は筆者による。

46) 外資審議会専門委員会報告（1968年3月15日）

47) 滝川・前掲注15。それゆえ、「この場合、高額ロイヤルティが取引拒絶に相当するとは認定できない」とも述べる。

48) 知的財産を「創造（研究開発等）」し、「保護（権利化・ノウハウ化）」し、「活用（自己活用・権利譲渡・ライセンス・）」することにより「収益」を上げ、その収益を新たな知的財産の「創造」につなげるという連鎖をいう。

なり、私的独占（独禁法3条前段,2条5項）または不公正な取引方法（独禁法19条,2条9項各号）により規制するためには、それぞれの適用要件を充足しなければならない。そのため、②③⑤の場合であっても、独禁法により実際に規制できるかどうかはケースバイケースであり、事例の蓄積が待たれる。

5.53 信義則について

信義則（民法1条2項）とは、「人は当該具体的事情のもとにおいて相手方（契約その他特別関係に立つ者）から一般に期待される信頼を裏切ることのないように、誠意をもって行動すべきである、という原則」⁴⁹⁾である。信義則の分身として、禁反言の原則、クリーンハンズの原則、事情変更の原則、権利失効の原則がある。

Dell事件のようなだまし討ち行為に対しては、標準策定の経過を参酌して、禁反言の原則を適用できるであろう。

また、上述5.52のように、権利行使自体及び権利行使により得られる金銭を目的とした権利行使は、特許制度の趣旨を逸脱するものと言えようから、クリーンハンズの原則が適用される余地もあろう（但し、この場合はまず独禁法により対処されるべきである）。

もっとも、RAND条件の齟齬、すなわち、研究開発費が想定よりも多くなかったことによるライセンス料の値上げ等、R条件の解釈が問題となるときは、②③⑤の場合であっても、信義則を適用して権利行使を規制できるとは限らない。場合によっては、事情変更の原則が妥当するケースもありえよう。

5.54 権利濫用論について

権利濫用（民法1条3項）の判定基準⁵⁰⁾について、「権利の行使によって生ずる権利者個人の利益と相手方または社会全体に及ぼす害悪との比較衡量」という客観的利益衡量によりなされると解する場合、高額なライセンス料の取得という特許権者個人の利益と、他の標準参加者の利益の減少または商品・サービス価格の上昇という害悪を比較衡量すると、従来の学説によれば、②③⑤の場合は、必ずしも権利濫用とまではいえないということになるのではないであろうか。

この点、「関係当事者の主観的容態と客観的利益衡量の両面を総合的に考察」すべきと解し、主観的容態を重視すると、②③⑤の場合に特許権者側に害意が認められるとするならば、権利濫用を肯定しやすくなるであろう。もっとも、害意が認められるのは、極めてレアケースであろう。

しかし、いずれにしても、ホールドアップ問題の解決については、権利濫用という個別的な救済法理によるよりは、一層明確な規範を提供する公共の福祉による方が望ましいと考える。

49) 四宮和夫『民法総則（第四版補正版）』（1996年、弘文堂）30頁参照。

50) 四宮・前掲注49 30～31頁参照。

5.55 公共の利益による差止制限, その他について

米国判例法理の公共の利益による差止制限は、公共の利益との比較衡量あるいは総合衡量であり、我が国の権利濫用論に近いものだと考えられる。

なお、被告同士のディフェンスグループの組織は、訴訟上の戦略であり、基本的にどんな事案でも適用可能である。

5.56 公共の福祉による新たな法律構成 (私見)

結局、いずれの事後対処方法も適用できるケースが限られており、②③⑤のホールドアップ行為すべてに適用できる決定打とはなっていない。それぞれの事後対処方法を、事案に応じて適用していくことになろう。

ところで、ホールドアップ問題は、“特許権の行使”の問題である。したがって、第1次的には、“特許権”の枠組みの中で解決すべき問題と考える。すなわち、本来、権利行使は自由であり、契約自由が原則なのであるから、独禁法（あるいは、適用できるのであれば、裁定実施権）の適用を考える前に、“特許権自体”によるワンクッションを置くべきと考える⁵¹⁾。

信義則や権利濫用論も“特許権自体”によるワンクッションの一つであるが、従来の議論によると、適用できるケースが限られている（5.53, 5.54参照）。

そこで、ホールドアップ行為を広くカバーするワンクッションとして、公共の福祉（民法1条1項）による内在的制約を提案したい。「公共の福祉」（憲法12条・13条参照）について一元的内在制約と解し⁵²⁾、特許権も財産権（憲法29条）という人権である以上、公共の福祉による内在的制約に服すると解するからである⁵³⁾。

すなわち、ホールドアップに該当する行為のうち、無関係または軽微な関与以外の類型（②③⑤の場合）は、多大な社会的損失（5.1参照）・経済的弊害（5.3参照）が懸念され、相手方の経済的自由との矛盾衝突が生じており、それを調整し実質的衡平を実現すべく、特許権自体の内在的制約により権利行使できないと考えるのである。具体的には、特許権は、「産業の発達」（特許法1条）を阻害しないように行使すべきであり、①ある技術が標準に組み込まれたことにより、他者（SSO（標準化団体）の参加企業以外の企業を含む）が同一課題・効果の技術開発をやめて

51) 私的独占および一部の不正な取引方法には課徴金納付命令が、さらに、私的独占には刑事罰や特許の取消宣告という重い制裁があることも理由である。

52) 芦部信喜『憲法 新版 補訂版』（2000年、岩波書店）97頁によれば、一元的内在制約説は、「①公共の福祉とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である。②この意味での公共の福祉は、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在している。③この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限度の規制のみを認め（自由国家的公共の福祉）、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要な限度の規制を認めるもの（社会国家的公共の福祉）としてはたらく」と説く。

53) 特許法は、善意を前提とした、言わば「ジェントルマンの法」と考えられるため、内在的制約に馴染むと考えられる。

いる期間が相当期間にわたっており（長期間の研究開発の空白期間の存在）、かつ、②代替技術の開発に当たって相当額の投資を必要とし（多額の代替技術の開発費用）、さらに、③ホールドアップ状態になったことにつき、合理的理由（研究開発費が想定よりも多くかかった等の事情）がない場合には、特許権は公共の福祉（民法1条1項）による内在的制約に服し、ホールドアップ行為に当たるような特許権の行使は認められないと解する。民法1条1項の公共の福祉による特許権の内在的制約は、同条2項、3項による場合と別個独立の意義を有しており、その場合になすべき利益衡量も2項、3項と異なる利益の衡量が問題になる。特許権者と社会的接触関係に立つ他のSSO参加企業の利害だけでなく、技術の進歩という社会全体の利害にも着目し、さらに、そもそも特許制度自体が産業政策として導入されている趣旨に鑑み、他の関係当事者の法益との比較衡量ではなく、「産業の発達」（特許法1条）をより実現する見地から利益の衡量でなければならぬ。この考え方は、日米の法律制度の相違に着目したうえで、その実質的な利益衡量において米国の判例法理（公共の利益による差止制限）によっても基礎づけられるように思われる。

5.6 小括

我が国の現行法制度では、ホールドアップ問題について直接規定した条文はない。公正取引委員会のガイドラインも不十分である。学説・実務においても決定的な対処方法は見出されていない。そこで、以下のように対処すべきと考える。

第1に、特許ポリシー+ α という事前抑止方法により、可及的にホールドアップ問題の発生を抑止する。とくに、特許ポリシーやライセンス条件の遵守を確保する手段や、ホールドアップよりも魅力的な利益を与える手段が重要となる。

それでも生じてしまったホールドアップ問題に対しては、第2に、信義則・権利濫用論・公共の福祉（内在的制約）という“特許権自体”の枠組みの中での法律構成により対処する。最後に、私的独占（支配型または排除型）または不公正な取引方法（優越的地位の濫用・単独の取引拒絶）の規制により対処すべきと考える。

6. 結びに代えて

本稿は、文部科学省の大学COC事業である本学の『地域の質を高める地域連携・知識還元型まち育て事業』の一つとして組織された「知的財産に関する教育研究プロジェクト」の研究成果の一環である。

2015年度は、「地域に根差す企業のための知財戦略とビジネスモデル」をテーマに、2014年度に引き続き、名古屋市を中心とする中部地区における中小企業経営者・商工業者・農林漁業者・これらの支援機関・そのほか知的財産に興味のある方に対し、知的財産法および知的財産経営に関する講演会を行った。また、講演会後の座談会を通じて、当該地域における中小企業等の知的財産問題の現状や課題を収集した。とりわけ、知財戦略とブランド戦略に対する興味が強かった。本稿では、知財戦略の一つであるオープン・クローズ戦略に係る問題のうち、ホールドアップ問

題について検討した。

本稿の内容は、2012年に浅野がまとめたものを基礎として、その後の文献をフォローし、木棚との討論を通じて共同でまとめ上げたものである。しかし、時間的な制約もあって、本来意図したところまで仕上がっていない部分が残されている。とくに「4.1 議論の概観」については、このような網羅的なまとめは他に見当たらず、実務上の意義が高いと思われるが、論者の意見をできる限り正確に伝えようとして、引用部分が多くなりすぎた叙述になってしまった。この点は後日を期したい。愛知県を中心とする中部地区における中小企業経営者等の知財戦略・標準化戦略に対する意識を引き上げるのに少しでも役立つことを期待したい。

以上