

ライセンス契約と非係争条項（NAP条項）

——独占禁止法上の留意点の検討——

石 田 英 遠*
山 島 達 夫**

抄 録 ライセンス契約に非係争条項（Non-Assertion of Patents Clause）を盛り込むにあたっては、非係争条項に係る独占禁止法上の取扱いに留意する必要がある。平成20年9月のマイクロソフト事件審決は、ライセンス契約における非係争条項が公正な競争を阻害するおそれを有するか否かという問題についての基本先例となると評価されているが、同事案には多くの特殊な事情が含まれ、また同審決の採用した違法性の判断枠組みにも理論上疑問が呈されているなど、同審決の読み方には注意を要する。また、そもそも非係争条項には、いわゆるプラットホームとして社会的に広く利用されている商品を一般消費者に安定的に提供するという意味で、競争促進効果が認められる。拙稿は、ライセンス契約において非係争条項を取り込もうとする場合、ライセンサーとしては、自らの市場における地位（市場占有率）を踏まえた上で、契約の相手方がその締結を余儀なくされたと事後的に評価されるような状況を極力回避するための実務対応が求められるのではないかという観点から論じたものである。

目 次

1. はじめに
2. 非係争条項と独占禁止法
 2. 1 非係争条項とは
 2. 2 非係争条項の独占禁止法上の取扱い
3. 非係争条項をめぐる最近の事例—マイクロソフト事件
 3. 1 事案の概要
 3. 2 違法性の判断枠組み
 3. 3 公取委が認定した注目すべき事実
 3. 4 本審決の判断枠組みに含まれる理論上の問題点
 3. 5 小 括
4. 実務上の留意点
 4. 1 大前提—非係争条項それ自体が競争の阻害要因となるわけではない
 4. 2 契約交渉時の留意点
5. おわりに

1. はじめに

知的財産法と独占禁止法の狭間に位置する問題として、ライセンス契約における非係争条項が注目を集めている。平成20年9月のマイクロソフト事件審決（公取委審判審決平成20年9月16日（平成16（判）13）。以下「本審決」という。）は、業界に大きな衝撃を与えた。ライセンス契約に非係争条項を盛り込むことに躊躇を覚える企業担当者も少なからずいるものと思われる。

拙稿では、はじめに、非係争条項の意義及び独占禁止法上の取扱いを整理し、非係争条項の置かれている特異な位置関係を描く。次に、話題を集めているマイクロソフト事件（以下「本

* 弁護士・ニューヨーク州弁護士
Hideto ISHIDA

** 弁護士 Tatsuo YAMASHIMA

事件」という。)を概説し、非係争条項につき公正取引委員会が採用する判断枠組み及びその問題点を示す。その上で、ライセンス契約において非係争条項を取り込むにあたり、ライセンサーとして実務上特に留意すべき事項を指摘する。

なお、筆者の一人が本事件においてマイクロソフト社(以下「M社」という。)を代理していた点を最初にお断りさせていただく。また、平成21年改正独占禁止法が平成22年1月1日より施行された関係で、以下では、平成21年改正前の独占禁止法を「旧法」という。また、単に「独占禁止法〇条〇項」等と記載する場合は、新法の条項(旧法から変更がなかったものを含む)を指すものとする。

2. 非係争条項と独占禁止法

2.1 非係争条項とは

(1) 意義

非係争条項とは、ライセンサーがライセン

ーに対し、ライセンサーが所有し、又は取得することとなる全部又は一部の権利をライセンサー又はライセンサーの指定する事業者に対して行使しない義務を課すような条項をいう¹⁾。

具体的には、たとえライセンサーの保有する特許権等を侵害する行為をライセンサーが行っても、ライセンサーはライセンサー(又はライセンサーの指定する事業者)に対しては当該特許権等を行使して差止め請求をしたり、損害賠償請求をしたりしないということを義務付けるものである(図1参照)²⁾。

(2) 効果

非係争条項には、例えば、いわゆるプラットフォームとして社会的に広く利用されている商品の出荷プロセスで起き得る特許等侵害訴訟を抑え、エンドユーザーである一般消費者が有する当該商品の権利義務に安定性をもたらすという点で、一定の競争促進効果が認められる。また、非係争条項は、知的財産権紛争に伴う取引費用の節約、同一の技術分野において多数の企業の

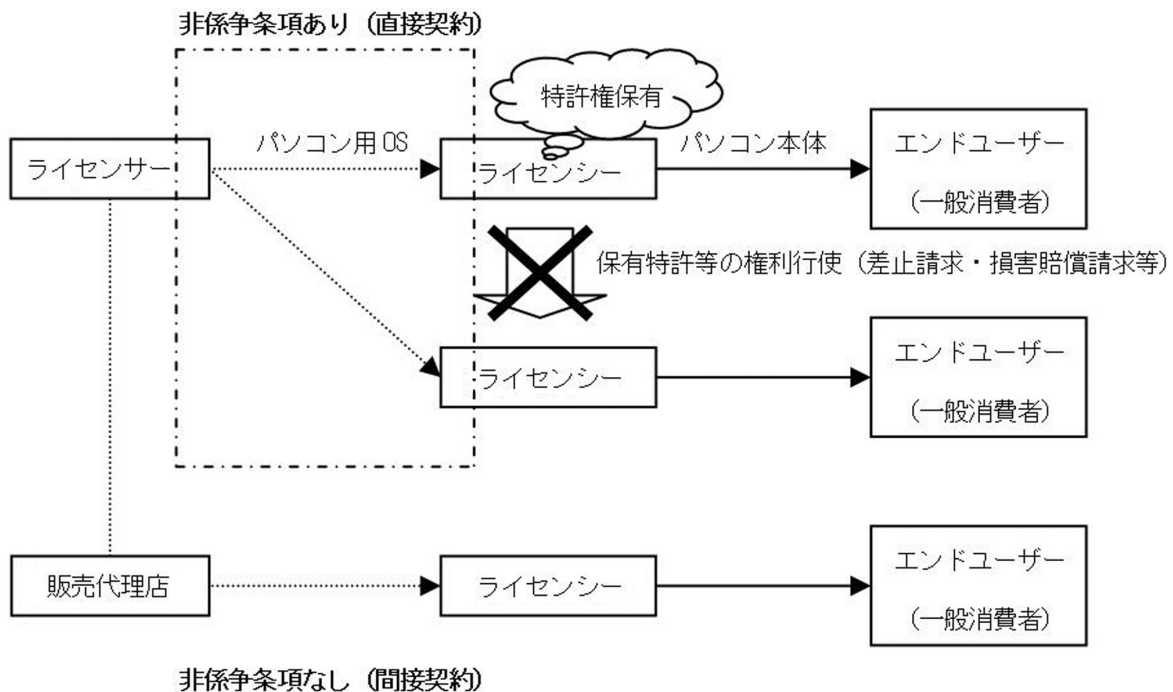


図1 本事件を参考とした非係争条項をめぐる権利関係の概要

知的財産権が抵触し合う状況でのホールドアップ問題の解決、ライセンスによる技術情報の開示促進等の面でも、競争促進効果を持ち得る³⁾。

しかしながら、後述のとおり、競争制限効果をもたらす可能性も孕む。

(3) 非独占的ライセンス義務との相違

なお、非係争条項は、クロスライセンスや改良発明等の非独占的ライセンス義務と類似の形態を採る場合もあるが、それらの範疇に収まりきるものではない⁴⁾。それゆえ、独占禁止法上も、非係争条項は、新たな制限として取り扱われている。

2. 2 非係争条項の独占禁止法上の取扱い

非係争条項は、いわゆる広義の拘束条件付取引の一種であり、一般指定⁵⁾12項（旧法一般指定13項）との関係で問題となる。

(1) 一般指定12項（旧法一般指定13項）

独占禁止法19条は、「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」と定めているところ、同法2条9項6号ニ（旧法2条9項4号）は、不公正な取引方法にあたる行為の一つとして、相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものを掲げており、これを受けて、一般指定12項（旧法一般指定13項）において、「相手方とその取引の相手方との取引その他相手方の事業活動を不当に拘束する条件をつけて、当該相手方と取引すること。」が指定されている。同項に規定する「不当に」の要件においては、「競争の実質的制限」（一定の取引分野において競争が実質的に制限されること。刑事罰による担保もある。）までは必要とされておらず、独占禁止法2条9項が規定する「公正な競争を阻害するおそれ」（いわゆる公正競争阻

害性。「競争の実質的制限」にまでは至らない程度のもので足りる。）があることで足りるとされている⁶⁾。

(2) 知的財産ガイドライン

そして、知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針⁷⁾（以下「知的財産ガイドライン」という。）によれば、非係争義務を課す行為は、次の2つの場合には不公正な取引方法（一般指定12項（旧法一般指定13項））に該当するとされる。

第1は、ライセンサーの技術市場若しくは製品市場における有力な地位を強化することにつながることにより、公正競争阻害性を有する場合、第2は、ライセンサーの権利行使が制限されることによってライセンサーの研究開発意欲を損ない、新たな技術の開発を阻害することにより、公正競争阻害性を有する場合である⁸⁾。第1の場合が現在のライセンサーの地位に着目するのに対し、第2の場合が将来の研究開発競争への影響に着目する点で、両者は観点を異にする⁹⁾。

なお、知的財産ガイドラインが策定されたのは平成19年9月28日だが、それ以前にも、非係争条項に関しては、知的財産ガイドラインの前身であり、知的財産ガイドラインの策定とともに廃止された特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針¹⁰⁾（以下「特許ノウハウガイドライン」という。）にも同様の定めが置かれていた。

(3) 公正競争阻害性の判断枠組み

1) 一般的規範

ところで、一般指定の解釈にあたっては、各項において、「不当に」と「正当な理由がないのに」との書き分けがなされている点に留意する必要がある。ステレオタイプ的に説明すると、「正当な理由がないのに」と書いてある項の場

合は、一般指定の摘示事実¹¹⁾に該当すれば、基本的には公正競争阻害性が認められるが、他方で、「不当に」と書いてある項の場合は、一般指定の摘示事実それ自体ではまだ違法とは考えられず、さらに何らかの不当性を示す事実関係が示されなければ公正競争阻害性があるとはされないという整理となる（平成21年改正により、旧法下で「正当な理由がないのに」と書かれていた共同の取引拒絶、不当廉売、再販売価格の拘束は、それぞれ独占禁止法2条9項1号、同3号、同4号に記載され、同時に課徴金対象にも含められた。なお、平成21年改正では、旧法下で「不当に」と書かれていた差別対価も、独占禁止法2条9項2号に記載され、課徴金対象にも含められている。）。

以上を踏まえ、一般指定12項（旧法一般指定13項）をみると、同項は、「不当に」と冠していることから、いわゆる原則違法の類型には該当しない。それゆえ、公正競争阻害性に関しては、問題とされた行為が競争や市場に与える実質的な影響を考慮して判断されることとなる。この点は、判例においても、「拘束条件付取引の内容は様々であるから、その形態や拘束の程度等に応じて」判断しなければならないと解されている（資生堂東京販売事件，最判平成10・12・18民集52巻9号1866頁）。

2) 公正競争阻害性の立証の程度

では、公正競争阻害性の立証の程度については、どう解されるのか。この点に関して、後述する本審決は、「具体的な競争減殺効果の発生を要するものではなく、ある程度において競争減殺効果発生のおそれがあると認められる場合であれば足りるが、……競争減殺効果が発生する可能性があるという程度の漠然とした可能性の程度でもって足りると解すべきではなく、当該行為の競争に及ぼす量的又は質的な影響を個別に判断して、公正な競争を阻害するおそれの有無が判断されることが必要である」と判示した（審決

案93から94頁）（下線は筆者らによる。）¹¹⁾。これは、いわゆる抽象的危険性の立証では足りないが、影響が個別的に判断されれば足り、具体的な競争減殺効果の発生までは必要ないことを示したものであると思われる¹²⁾。

3) 正当化事由

加えて、上記2. 1 (2) で述べたとおり、非係争条項は競争促進効果を持ち得ることから、その反競争性が相殺され、正当化される場合があり得る。

本審決も、非係争条項が市場における競争を促進する目的・機能を有し、さらに当該目的・機能を達成する手段としての必要性・合理性の有無・程度等からみて公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがあるとはいえない事情が認められる場合には、公正競争阻害性の判断において考慮する必要がある旨判示している（審決案134頁）。

なお、競争促進効果と競争減殺効果のどちらの効果が優勢であるかの判断では、非係争義務が及ぶ技術分野の広さや時間的範囲が重要だとの指摘もある¹³⁾。

(4) 私的独占との関係

ここで私的独占との関係について、若干補足する。一般に、独占禁止法上、不公正な取引方法に分類される拘束条件付取引は、その他の要件が整えば、同時に私的独占（独占禁止法2条5項）にも該当し得る。かつては、私的独占と不公正な取引方法との間にエンフォースメントにおける実質上の差異がなく、かつ私的独占の方が要件が狭かったため、実務上は、私的独占の適用事例が限られていた。しかし、私的独占に関しては、平成17年改正によって対価等に影響を及ぼす支配型私的独占が課徴金対象となり、また平成21年改正によって排除型私的独占も課徴金対象に含められ、エンフォースメントが強化されているため、一般論としては、今後

は、対価等に影響が及ばないとしても、私的独占による立件が行われる可能性は否定できないだろう（ただし、非係争条項が課徴金対象となる支配型私的独占に該当するかについては、対価への影響という要件等との関係で、ある程度困難を伴うと思われる。）。

3. 非係争条項をめぐる最近の事例—マイクロソフト事件

非係争条項との関係で、ライセンス契約上の制限についての基本先例となると評価され、注目を集めたのが本審決である。本審決では、ライセンス契約における非係争条項の公正競争阻害性が争点となった。また本事件では、製品市場に限らず、技術取引市場をも問題とされた。

3. 1 事案の概要

本事件の事案は、概ね以下のとおりである。

M社がウィンドウズシリーズというパソコン用基本ソフトウェア（以下「パソコン用OS」という。）のOEM販売を我が国のパソコン製造販売業者（以下「OEM業者」という。）に許諾するにあたり、OEM販売ライセンス契約を締結している。OEM販売契約には直接契約（M社との直接交渉によりOEM販売ライセンスを受ける契約）と間接契約（M社の販売代理店を通じてOEM販売ライセンスを受ける契約）が存在するが、間接契約と比べて直接契約にはロイヤリティが低い等のメリットがある。直接契約には、ライセンシーが、M社、他のライセンシー等に対して、ウィンドウズシリーズによる特許侵害を理由に訴訟を提起しないこと等を誓約する旨の条項（以下、3. において「本件非係争条項」という。）が含まれていたが、M社は、平成16年2月20日頃、同年8月1日以降締結する直接契約から本件非係争条項を削除することとし、現在は、OEM業者との間で本件非係争条項のない直接契約を締結している。

公正取引委員会は、M社がOEM業者に対し本件非係争条項を含む直接契約の締結を余儀なくさせていたことが旧法一般指定13項に該当するとして、平成16年7月13日、排除勧告を行った（平成16(勧)22）が、M社はこれを受諾せず、同年9月1日、審判開始が決定された。その後、公正取引委員会が平成20年9月16日、排除措置を命ずる審判審決を行ったところ、M社から事実上の上級審に相当する東京高裁に対して審決取消訴訟が提起されなかったことから、本審決は確定した。

3. 2 違法性の判断枠組み

本審決では、公正取引委員会は、概ね以下の判断枠組みを採用したと思われる。

- ①M社がパソコン用OS市場における有力な地位を有していることを利用して、OEM業者に対して、不合理な内容である本件非係争条項の付された直接契約の締結を余儀なくさせた
↓ その結果
- ②OEM業者のパソコンAV技術（デジタル化された音声又は画像を視聴できるようにするための機能をパソコン上で実現するために必要となる技術）の研究開発意欲が損なわれる蓋然性が高い
↓ これにより
- ③パソコンAV技術取引市場におけるOEM業者の地位を低下させ、当該市場におけるM社の地位を強化する
↓ 従って
- ④公正な競争秩序に悪影響を及ぼすおそれがある

3. 3 公取委が認定した注目すべき事実

本審決における事実認定に関しては、筆者らとしては承服し難い点も多く含まれるが、この

点はさておくとして、以下では、本審決が違法性判断を行うにあたりポイントとなったと思われる事実を幾つか指摘する。

(1) 市場における有力な地位

第1に、本審決では、検討対象市場において有力な地位を有していた旨認定されている。具体的には、全世界において使用されているパソコン用OSのうちM社のパソコン用OSが占める割合が平成15年には約94%に至っていること等が認定されており、OEM業者にとって、パソコン製造販売事業を継続していく上で、ウィンドウズシリーズの使用許諾を受けること、及び最新バージョンのウィンドウズシリーズの販売開始とともにこれを搭載したパソコンを販売していくことが必要不可欠である旨認定されている（審決案4頁，106から107頁）。

(2) 非係争義務の適用対象範囲

第2に、非係争義務の適用対象範囲については、本審決では、OEM業者が現在保有しているか、又は契約の終了前までに取得する世界中における特許権のみと認定されている（審決案25頁）。契約の終了後にライセンシーが取得する特許権はその適用対象から除外されている点が特徴的である¹⁴⁾。

(3) 対象侵害物品の範囲

第3に、対象侵害物品の範囲については、本審決では、M社からOEM業者に対し使用許諾されたウィンドウズとされている（審決案25頁）。M社や他のライセンシーがウィンドウズ以外の製品においてOEM業者の特許権を侵害していた場合には、OEM業者は自身の特許権を行使してもよいことになるという点が特徴的である¹⁵⁾。

(4) 無償許諾を伴うこと

第4に、本審決では、本件非係争条項が無償の特許ライセンスとしての性質を有する旨認定されている（審決案100頁）。

なお、本審決は、無償の特許ライセンスとしての性質を本件非係争条項の不合理性の根拠の一つと位置付けるが、これに対しては、無償ライセンスとしての性格は、非係争条項の本来的な性格であって、本件非係争条項が均衡を欠く根拠とすることには疑問があるとの指摘もある¹⁶⁾。また、本件非係争条項を伴う直接契約の場合、それを伴わない間接契約の場合よりも、ロイヤリティが安くなるという特徴もあった。

(5) 技術情報の開示

第5に、本審決では、M社がOEM業者に対してライセンス契約が締結されるまでにライセンス対象製品となるウィンドウズシリーズに追加された技術が自社の特許権を侵害しているか否かを検証するに足る情報を開示していなかったと認定されている（審決案102から103頁）。また、これに関連し、ライセンスソースコードが開示されず、かつリバースエンジニアリング等によるライセンス製品の解析等が禁止された状況における本件非係争条項は、他の非係争条項との間に根本的な違いがあると認定されている（審決案105頁）。

なお、本審決は、技術情報の開示の不足を本件非係争条項の不合理性の根拠の一つと位置付けるが、この点については、ソースコードが開示される等がなければ侵害が立証できないような特許権はそもそも権利の行使が期待できないのではなかろうかとする見解もある¹⁷⁾。

(6) 非係争条項の削除の可能性

第6に、本審決では、本件非係争条項が削除される可能性がなかった旨認定されている（審決案110から113頁）。

なお、本審決は、本件非係争条項が削除される可能性がなかったという事情をOEM業者が本件非係争条項を含む直接契約の締結を余儀なくされていたことの根拠の一つと位置付けるが、かかる事情については、単にOEM業者側の契約交渉の稚拙さを示すものであるとの見方も可能であろう¹⁸⁾。

3. 4 本審決の判断枠組みに含まれる理論上の問題点

本審決で公正取引委員会が採用した論理構造に関しては、拙稿では、少なくとも次のような問題点が含まれていると考える。

(1) 非係争条項の水平的効果と垂直的效果について

第1は、非係争条項の競争に及ぼす効果につき、もっぱらパソコンAV技術市場に対する水平的な効果に着目して判断している点である。ウィンドウズの安定供給に関する非係争条項の垂直的な効果が考慮されていない。

非係争条項には、いわゆるプラットホームとして社会的に広く消費者に利用されているウィンドウズの出荷プロセスで起き得る特許侵害訴訟を抑えて、エンドユーザーである一般消費者にウィンドウズを安定的に提供し、一般消費者に安心感を与えるという垂直的な競争促進的効果があり、パソコンAV技術の開発意欲の減退の蓋然性という水平的な反競争的效果は、事実認定としてそれが仮に認められたとしても、競争促進的効果の方が大きいと評価すべきようにも思われる。本審決では、非係争条項の水平的効果と垂直的效果の比較考量という観点が含まれていなかった¹⁹⁾。

(2) 有力な地位について

第2は、M社がパソコン用OS市場における有力な地位を有していることが拘束条件付取引

の違法性の判断要素として掲げられている点である。

これまで拘束条件付取引の違法性判断において、このような事実の存在が違法要件とされたことはないのではなかろうか。違法な拘束条件は、事業者がそれを進んで受け入れたとしても違法となるものであり、拘束条件の受け入れを余儀なくさせることは要件ではないからである²⁰⁾。

(3) 非係争条項の不合理性について

第3は、非係争条項の不合理性が拘束条件付取引の違法性の判断要素として掲げられている点である。

本審決は、「不合理」及び「余儀なくされていた」という状況を詳細に事実認定しており、優越的地位の濫用の認定をしているかのような論述をしている²¹⁾が、旧法一般指定13項を適用するのであれば、理論的には「不合理」の認定は不要である。本審決は、上記3. 4 (2) のとおり、市場における有力な地位にも言及するが、そうだとすれば、むしろ優越的地位の濫用の問題として判断すべきだったのではなかろうか。

(4) 対象特許権の範囲について

第4は、非係争条項の適用対象が平成16年7月31日までに取得された特許権の範囲内にとどまることが看過されている点である。

本審決は、OEM業者は「現実にも、パソコンAV技術についてウィンドウズシリーズに取り込まれる可能性を認識しつつ、パソコンAV技術を開発しなければならない状況にあった」と認定し（審決案114から115頁）、また平成16年8月1日時点で既にウィンドウズシリーズに中核的技術が利用されていたことから、本件非係争条項削除後も過去の非係争条項の将来的効力により研究開発意欲が損なわれる高い蓋然性がなお継続していると認定する（審決案124から126頁）。しかし、これらの記述は、非係争条

項削除前に取得される特許権の中で範囲が広がるという問題と、非係争条項削除後に取得される特許権にまで範囲が広がるという問題とを混同しているように見える²²⁾。平成16年8月1日以降に取得される特許権は本件非係争条項の対象から除外されていた以上、遅くとも本件非係争条項が削除された平成16年8月1日以降の時点では、研究開発意欲が損なわれる抽象的なおそれもないはずである²³⁾。

(5) 対象侵害物品の範囲について

第5は、対象侵害物品の範囲がライセンスされたウィンドウズに限定されていることが看過されている点である。

パソコンAV技術は一般にAV技術と同一であり、OEM業者は他のAV製品にAV技術を利用することができるのであるから、本件非係争条項によってもパソコンAV技術の研究開発意欲は一般的に損なわれなければならないはずである。本審決は、「パソコン市場において当該技術を利用できなくなる可能性があることは、そのような可能性が存在しない場合に比べて、事業者の研究開発資金の投入の程度に差異が生じるであろうことは当然予想されるところであり」OEM業者のパソコンAV技術の研究開発意欲が損なわれる蓋然性を覆すものとはならないと判示する(審決案117から119頁)。しかし、この記述は、パソコン以外の一般的機器用で研究開発意欲が損なわれなければならない結果、パソコンAV技術の研究開発意欲も損なわれなければならないこととなる可能性を看過している。

(6) 公正な競争を阻害する「おそれ」について

第6は、公正競争阻害性の立証の程度の問題である。

前述のとおり、本審決では、一般論として、抽象的危険性の立証では足りない旨を示すが、研究開発意欲を損なうことによる技術取引市場

への影響という漠然とした問題であったことも相まって、実際の適用においては、「おそれ」という文言の解釈に助けられた結果となっている²⁴⁾。なお、「おそれ」で足りるという競争法制は、欧米諸国においても見られないと思われる。

3.5 小 括

以上のとおり、本審決における事実評価及び論理構造には、問題点が少なからず含まれていたといわざるを得ない。公正取引委員会は、平成21年にも本事件と類似の要素を含む案件において、他の事業者に対し排除措置命令を行っている。本事件とは事実関係で異なる点が多いと思われるが、公正取引委員会のプレスリリースを見る限り、本審決の判断枠組みが踏襲されているものと窺われ、本審決の判断枠組みが別の観点から再度試されることになるのではないかと思われる。

4. 実務上の留意点

4.1 大前提—非係争条項それ自体が競争の阻害要因となるわけではない

ライセンス契約における非係争条項を考えるにあたっては、非係争条項それ自体が競争の阻害要因となるわけではないという大前提を踏まえる必要がある。前述のとおり、非係争義務を課す行為が独占禁止法上問題とされるのは、反競争的側面が競争促進的側面よりも強いケースであり、従って、非係争条項が公正競争阻害性を有する場合に限られるからである。非係争条項の競争促進効果は、十分に考慮されるべきである。

4.2 契約交渉時の留意点

では、ライセンサーがライセンシーとの間で締結するライセンス契約において非係争条項を

盛り込もうとする場合、どのような点に留意する必要があるのだろうか。

(1) 有力な地位と契約交渉の過程

第1は、契約交渉の過程において、契約の相手方がその締結を余儀なくされたと事後的に評価されるような状況を極力回避することである。実際のところ、公正取引委員会が違法の認定をするにあたっては、かかる状況の存否が最重要課題として検討されることになると思われる。本審決を踏まえると、特に以下の指摘が可能である。

1) 市場における地位

ライセンスの対象技術の市場支配力の強さは、「余儀なくされた」か否かの判断に大きく影響する。本審決に対しては、本音は、研究開発意欲が発揮され発明がなされて既に取得された特許権がM社に召し上げられたことそれ自体が問題だ、というところにあるように思えてならないとの指摘もなされている²⁹⁾が、ウィンドウズシリーズの圧倒的な占有率が本審決の結論を事実上左右したことは容易に想像できる。

ところで、仮に、ウィンドウズシリーズの市場占有率が2、3割程度しかなかった場合は、本審決は、どのような帰結になったのであろうか。この場合、ライセンシーであるOEM業者らにとっては、ウィンドウズシリーズ以外のパソコン用OSへの切り替えも現実的な選択肢の一つとなり得る。それゆえ、「余儀なくされた」との評価には至らず、結論として、違法ではないとの判断になったと予想される。この点は、知的財産ガイドライン第1の5が「競争減殺効果が軽微な場合の例」として、①製品シェアの合計が20%以下である場合や、②事業活動に著しい支障を生ずることなく利用可能な代替技術に権利を有する者が4以上存在する場合を挙げていることも参照に値する。

このように、「余儀なくされた」か否かの判

断は、市場占有率の大小に大きく左右される。従って、ライセンサーの側からすれば、大半のライセンシーがその事業を継続する上で対象技術のライセンスを受けることが必要不可欠であるという状況下でのライセンス契約の締結にあたっては、さらに契約交渉の過程でライセンシーに対して十二分に準備・検討・手直しの機会を与えるなど、スケジュール面での配慮が不可欠となる。

具体的には、契約交渉が電子メールにより行われる場合は、当該電子メールのやり取り、面談や電話により行われる場合は、都度、やり取りの詳細を議事録としてまとめ、契約交渉が行われた日付、要した時間、各当事者の主張内容及びこれに対する他方当事者の返答内容、交渉態度等を記録として残すなどの対応が必要である。また、契約交渉の経緯（交渉期間、回数）等の概要をライセンス契約の前文に記載するという対応も考えられる。というのも、独占禁止法違反の嫌疑をかけられた場合、懸案となった非係争条項の意味をライセンシー自身も十分に理解した上でライセンス契約の締結に応じたという事実や、ライセンサーがライセンシーに対して当該非係争条項を押し付けたわけではないという事実を、契約交渉当時の客観的な記録により立証できるかどうか、ライセンサー側の防御上、最重要となるからである。

また、もし契約交渉の過程でライセンシーから独占禁止法への抵触の可能性につき問題提起を受けたような場合は、ライセンサーにおいて以上に述べたような対応を適切に行っていたのであれば、むしろ公正取引委員会への事前相談に持ち込むということも、契約交渉上の戦略としては考えられる。契約交渉の過程で公正取引委員会への事前相談を行ったという事実は、事後に独占禁止法違反の嫌疑をかけられた場合、ライセンサーにとって有利に働くことが期待されるからである。

2) 非係争条項の修正・削除の可能性

契約交渉過程において双方当事者の対等性を確保することも重要である。具体的には、例えば、契約相手方からの要請に応じて実際に非係争条項を修正・削除した事例が相当程度存在すれば、独占禁止法上問題とされるリスクは低減するだろう。他方で、契約相手方が真摯に交渉したとしても非係争条項が修正・削除される可能性すらなかったとなると、「余儀なくされた」という事後的評価につながりやすい。優越的地位の濫用と評価され得るような状況の作出は、何としても回避しなければならない（なお、平成21年改正により優越的地位濫用の一部が課徴金対象とされたことには留意を要する。）。

従って、ライセンサーの側からすれば、例えば、契約相手方からの要請に応じて実際に非係争条項を修正・削除した事実を示す証拠として、契約のドラフトの改訂の履歴を時系列に沿って整理・記録しておくことも実務上重要といえる。

3) 代替手段の存在

現実を選択可能性のある代替手段を提示することも、独占禁止法上問題とされるリスクを低減する観点からは有効である。本事件の場合、直接契約以外に、間接契約という代替手段が存在していたが、本審決は、この間接契約に係る事実認定として、OEM業者が競争力をもってパソコン製造販売事業を継続することが可能となる代替手段とはいえないと認定した。当該認定の妥当性については、事実認定の問題であるため、これ以上の言及はしないが、本審決でこのような認定がなされたことを踏まえると、非係争義務を課す側のリスク回避の観点からは、代替手段が現実を選択可能か否かという点は、ある程度シビアに吟味せざるを得ないだろう。

なお、実務上の対応としては、代替手段の選択によってもライセンサーの事業活動にそれほど支障は生じないということライセンサー

自身が十分に理解した上で、それでもなおライセンサーが非係争条項を選択したという経緯を明らかにすべく、契約交渉の過程で作成する議事録等において、その状況を記録しておく必要があるといえる。

(2) 非係争義務の範囲

第2に留意すべきは、非係争義務の範囲である。

実務上は、マーケティング分析等の結果を踏まえながら、非係争義務が及ぶ技術分野の広さや時間的範囲を合理的な範囲に限定しつつ、ライセンサーの発明への意欲を削ぐことなく、非係争条項の本来の目的である競争促進効果が最大限発揮されるようなスキームを考案していくこととなろう。非係争義務の範囲を必要以上に広くすることは、契約相手方からの執拗な抵抗を生み、独占禁止法上の問題を呼び込む要因となり得る。

(3) 欧米との違い

第3に、紙幅の関係で詳細は省略するが、非係争条項の独占禁止法上の取扱いは、米国、EU、日本の3極で異なると思われる²⁶⁾。それゆえ、欧米では独占禁止法上問題がないと考えられている条項であっても、「おそれ」で足りるという法制を採用している日本では問題とされる可能性があり、その有効性（公正競争阻害性）は個別に検討せざるを得ないという点には留意を要する。

5. おわりに

以上述べたとおり、非係争条項につき公正取引委員会が採用する考え方には、疑問が多く存在するが、ライセンス契約上の制限についての基本先例となる重要事例につき公正取引委員会の判断が示された以上、実務上は、その内容を考慮に入れざるを得ない。ライセンサーにおい

ては、ライセンサーに対して非係争義務を課すにあたり、これまで以上に慎重な判断が求められることとなろうが、少なくともライセンサーにおいて上記4. 2で述べた事項、具体的には、①契約の相手方がその締結を余儀なくされたと事後的に評価されるような状況を極力回避すべく、双方当事者の対等性が確保された状況下での契約交渉を実施するとともに、その過程を記録として残すなどの対応をし、また②非係争義務の範囲を必要最小限とし、それ以外については「自由」である旨をライセンス契約に明記するなどの対応をしていたとすれば、公正取引委員会としては、仮に独占禁止法違反の嫌疑が持ち上がったとしても、違法の認定をすることは決して容易とはいえないだろう。

ただ、本事件で示された結論のみを一人歩きさせてはならない。前述のとおり、非係争義務には競争促進効果もあり、独占禁止法上の観点からは、競争促進効果と公正競争阻害性の比較考量が基本となるという点は十分に認識されるべきである。

注 記

- 1) 公正取引委員会，知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針（平成19年9月28日），第4の5
- 2) 山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法（「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」の解説），p.217（2000），商事法務研究会
- 3) 宮井雅明，公正取引，No.698，p.29（2008）
- 4) 山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法（「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」の解説），p.217（2000），商事法務研究会。具体的には，改良発明等の非独占的ライセンス義務との対比では，権利の不行使の対象技術に将来取得することとなる特許も含まれ得る点，また将来取得することとなる技術も改良発明，応用発明等に限定されない点が指摘される。また，クロスライセンスとの対比では，権利の不行使の人的な対象にライセンサーの指定する者も含まれ得る点が指摘される。

- 5) 公正取引委員会，不公正な取引方法（昭和57年6月18日公正取引委員会告示第15号）
- 6) この点につき，公取委審判審決昭和28年3月28日審決集4巻119頁は，「その競争の制限が，一定の取引分野における競争を実質的に制限するものと認められる程度のものである必要はなく，ある程度において公正な自由競争を妨げるものと認められる場合で足りるものと解すべきで，かく解することは，私的独占等の予防措置として不公正競争方法を禁止している法意からみて妥当なものといわなければならない」とする。なお，公正競争阻害性の立証の程度に関する本審決の判示については，2. 2（3）2）参照。
- 7) 公正取引委員会，知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針（平成19年9月28日）
- 8) 以上，公正取引委員会，知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針（平成19年9月28日），第4の5（6）
- 9) 白石忠志，独占禁止法（第2版），p.261（2009），有斐閣
- 10) 公正取引委員会，特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針（平成11年7月30日）
- 11) なお，本審決は，競争制限の弊害が現実に生じる萌芽の段階で規制するのが旧法19条の趣旨であるとして，具体的な競争減殺効果の発生を要するとのM社の主張を退けた。
- 12) 宮井雅明，公正取引，No.698，p.29（2008）
- 13) 藤田稔，速報判例解説Vol.4（法学セミナー増刊），p.232（2009）
- 14) 白石忠志，Law & Technology，No.44，pp.5～6（2009）
- 15) 白石忠志，Law & Technology，No.44，pp.5～6（2009）
- 16) 藤田稔，速報判例解説Vol.4（法学セミナー増刊），p.233（2009）。なお，一般論としては，市場において相当のシェアを有するある一定の製品メーカーがグループを形成し，当該製品に係る特許等のライセンスをする場合において，ライセンサーがライセンサーに対しライセンサーが既に保有している特許等を当該メーカー及びそのグループ企業に無償でライセンスをする義務を課す場合には問題とされる可能性が高い（山木康孝，Q&A特許ライセンスと独占禁止法（「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止

- 法上の指針」の解説), p.218 (2000), 商事法務研究会)。
- 17) 藤田稔, 速報判例解説Vol.4 (法学セミナー増刊), p.233 (2009) も同様の指摘をする。
- 18) 栗田誠, ジュリスト, No.1367, p.97 (2008)
- 19) 稗貫俊文, NBL, No.911, pp.99~101 (2009)
- 20) 稗貫俊文, NBL, No.911, p.96 (2009)
- 21) 栗田誠, ジュリスト, No.1367, p.97 (2008), 白石忠志, Law & Technology, No.44, pp.10~11 (2009)。なお, 宮井雅明, 公正取引, No.698, pp.29~30 (2008) は, 義務の不均衡は, M社が主張する目的の達成に必要である以上にOEM業者の研究開発意欲を損なう要因として考慮すれば足りる旨指摘する。
- 22) 白石忠志, Law & Technology, No.44, pp.6~8 (2009)
- 23) 同様の指摘につき, 野木村忠邦, 国際商事法務, Vol.32, No.9, p.1177 (2004), 栗田誠, ジュリスト, No.1367, p.97 (2008)
- 24) 栗田誠, ジュリスト, No.1367, p.97 (2008), 白石忠志, Law & Technology, No.44, pp.4~5 (2009), 稗貫俊文, NBL, No.911, pp.97~98 (2009)
- 25) 白石忠志, Law & Technology, No.44, p.8 (2009)
- 26) 詳細については, 野木村忠邦, 国際商事法務, Vol.32, No.9, p.1176以下 (2004), 小原喜雄, 国際商事法務, Vol.33, No.3, p.307以下 (2005) 参照。

(原稿受領日 2010年2月15日)

