

CPRC ディスカッション・ペーパー

競争政策研究センター

公正取引委員会

標準必須特許と他の商品のセット供給の独占禁止法上の検討
～米国 FTC v. Qualcomm を素材として～

白石 幸輔

公正取引委員会事務総局審査局管理企画課企画室・競争政策研究センター研究員

CPDP-88-J March 2022

100-8987 東京都千代田区霞が関1-1-1

Phone:+81-3-3581-1848 Fax:+81-3-3581-1945

URL:<http://www.jftc.go.jp/cprc/index.html>

E-mail:cprcsec@jftc.go.jp

本ディスカッション・ペーパーの内容は公正取引委員会の見解を示すものではなく，文責は執筆者のみに帰する。

標準必須特許と他の商品のセット供給の独占禁止法上の検討
～米国 FTC v. Qualcomm を素材として～

白石幸輔

はじめに（本研究の動機と意義）

第1部 米国 FTC v. Qualcomm の分析

- 第1 地裁判決の概要
 - 1 前提となる事実
 - 2 本件で問題とされた行為
 - 3 本件行為が競争に与える影響の概要
 - 4 関係法条
 - 5 NLNC の詳細
- 第2 地裁判決を巡る当事者の議論
 - 1 Q 社の主張
 - 2 FTC の主張
- 第3 地裁判決を巡るその他の議論
 - 1 学者意見書
 - 2 米国政府（司法省）によるアミカスブリーフ
- 第4 控訴審判決と FTC の反論
 - 1 控訴審判決
 - 2 控訴審判決に対する FTC の反論
- 第5 NLNC の反競争性に関する議論のまとめ
 - 1 競争者のコストを不当に引き上げるか
 - 2 ロイヤルティの不当性
 - 3 Caldera 事件との類似性
 - 4 マージンスクイズとの関わり
- 第6 派生的な論点
 - 1 マージンスクイズとの類似性
 - 2 抱き合わせ該当性

第2部 日本法での検討

- 第1 用語の整理
- 第2 「サーチャージ」による排除
 - 1 排除型私的独占の要件（排除行為について）
 - 2 排除効果
 - 3 人為性

4 マージンスクイーズとの類似性について（同等効率性基準を用いるべきか）

5 正当化理由

第3 抱き合わせ該当性

1 従たる商品市場の自由競争減殺・競争の実質的制限

2 取引強制としての抱き合わせ

おわりに

はじめに（本研究の動機と意義）

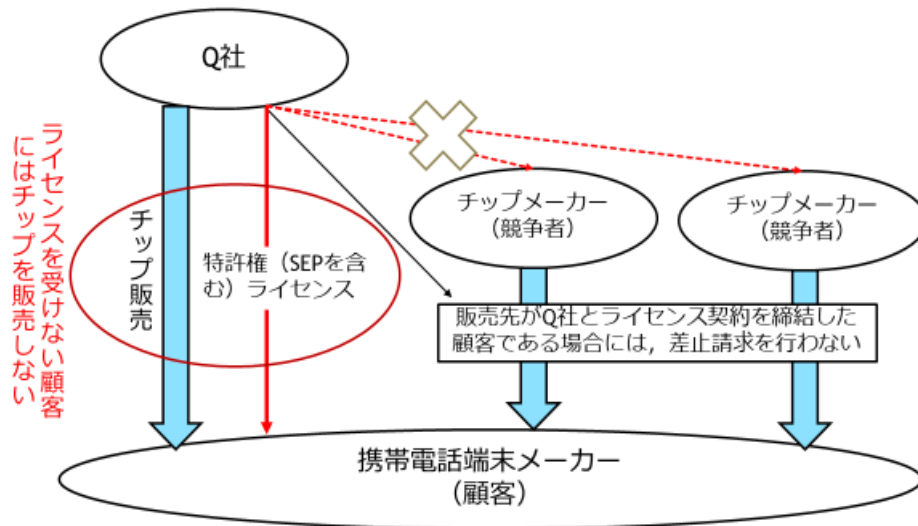
2017年、米国連邦取引委員会（FTC）は Qualcomm 社（Q社）の標準必須特許（SEP）を含む特許権のライセンスに関する様々な行為がシャーマン法等に違反するとして、当該行為の差止めを求めて連邦地裁に提訴した¹。同事件の事実関係は後に詳しく述べるが、大要次のようなものである。Q社と競合チップメーカー（競争者）は携帯電話端末の部品であるチップを携帯電話端末メーカー（顧客）に供給していた。また、Q社はこのチップの製造・販売に必要な標準必須特許を含む特許権を競争者ではなく、顧客にライセンスしていた。FTCは、このような取引関係において、Q社が様々な行為を通じて競合チップメーカーを排除したと主張した。これらの行為のうち、いわゆる No License, No Chips と呼ばれる行為は、顧客が Q社との間で特許権のライセンス契約を締結することを条件に Q社のチップを供給するというものである。このライセンス契約で定められるロイヤルティは非常に高いと言われており、しかも、このライセンス契約では、顧客は競争者のチップを搭載した携帯電話端末を販売する場合でも Q社にロイヤルティを支払わなければならないこととされていた。

¹ 同事件の提訴段階の解説として、越知保見「日米欧中韓クアルコム事件についての横断的検討（上）」公正取引 816号 46-47号（2018年）、同「日米欧中韓クアルコム事件についての横断的検討（下）」公正取引 817号 41-43頁（2018年）。

地裁決定の解説として、伊藤隆史「携帯電話産業における標準必須特許の権利行使と競争法—Qualcomm 事件の検討を中心として—」白鷗法学 26巻 1号 20頁以下（2019年）。

地裁判決の解説として、伊藤隆史・松田世理奈・水本貴久「異業種間の標準必須特許ライセンスに関する独占禁止法上の考察」CPRC ディスカッション・ペーパー（CPDP-72-J July 2019）28頁以下（公正取引委員会競争政策研究センター，2019年）、鈴木信也「世界の FRAND 判例（Vol.41）FTC v. クアルコム事件（前）クアルコムのライセンス慣行が、不公正な競争を禁止するシャーマン法および FTC 法に違反すると判断された事例」発明 Vol.116, 42頁以下（2019年）、同「世界の FRAND 判例（Vol.42）FTC v. クアルコム事件（後）クアルコムのライセンス慣行が、不公正な競争を禁止するシャーマン法および FTC 法に違反すると判断された事例」発明 Vol.117, 50頁以下（2019年）、小林和人「Qualcomm の「ノーライセンス・ノーチップス」ビジネスモデルの全貌—FTC v. Qualcomm 米国訴訟—」パテント 72巻 14号 97頁以下（2019年）、二又俊文「2019年 FTC v. クアルコム判決から見える「鉄壁の知財モデル」（その1）」知財管理 Vol.69 No.12, 1631頁（2019年）以下、同「2019年 FTC v. クアルコム判決から見える「鉄壁の知財モデル」（その2）（完）」Vol.70 No.1, 21頁以下（2020年）、拙稿「FRAND 宣言に反する行為に関する米国反トラスト法の近時の動向」筑波法政 81号 52頁以下（2020年）。

控訴審判決の解説として、小林和人ほか「反競争的行為と超競争的行為の境界線—米国 FTC v. Qualcomm 控訴審 Case No.19-16122(9th Cir. 2020)—」パテント 74巻 2号 83頁以下、小林和人「FTC v. Qualcomm 第9巡回区控訴裁判所判決—Case No.19-16122(9th Cir. 2020)」公正取引 844号 26頁以下、池田毅「標準必須特許に対する独占禁止法の役割」日本知財学会誌 17巻 3号 32頁以下、二又俊文「〔米国〕2020年 FTC v. クアルコム控訴審判決から見えるもの—「鉄壁の知財モデル」その後—」知財管理 vol.71 No.4, 599頁以下（2021年）、伊藤隆史「米国・欧州における知的財産権と競争政策をめぐる新たな論点～標準必須特許の異業種への権利行使と競争法～」公正取引 847号 20頁以下、拙稿「米国 FTC v. Qualcomm 控訴審判決～ライセンス拒絶に焦点を当てて～」公正取引 850号 19頁以下（2021年）。



我が国の先行研究において、No License, No Chips の反競争性はどのように分析されているだろうか。No License, No Chips の反競争性を分析する我が国の先行研究として、まず FTC による訴状提出後、地裁判決前の時点で執筆された越知保見「日米欧中韓クアルコム事件についての横断的検討（下）」がある。同論稿は、No License, No Chips に対する FTC の考えについて、顧客が競争者からチップを購入する場合にも顧客が Q 社に支払うロイヤルティの額が変わらない結果、顧客が競争者に支払うチップの代金が追加的な費用負担（「アドオン」）になるため、顧客が競争者からチップを購入するインセンティブがなく、競争者の参入が困難となり、又は抑制される、と分析する²。

また、地裁判決後、控訴審判決前に執筆された伊藤隆史・松田世理奈・水本貴久「異業種間の標準必須特許ライセンスに関する独占禁止法上の考察」は、No License, No Chips の競争法上の懸念として、①高額なロイヤルティの徴収及び②ロイヤルティのアドオンの二つを挙げる。そして、①については、市場支配力の濫用的な行使とそれによる経済厚生への損失及び②と組み合わせられることにより競争者に対する排除効果をより強める側面があり得ると指摘する³。②については、「携帯端末機メーカーらは、Qualcomm とのライセンス契約により、競合チップメーカーのチップを用いる際には、別途そのロイヤルティ (surcharge) を支払わなくてはならないため、競合チップメーカーのチップに対する需要を低減させ、ひ

² 越知・前掲注1)「日米欧中韓クアルコム事件についての横断的検討（下）」41, 43 頁。同論考は、「JASRAC 事件でも問題となった戦略」と評価する。

³ 伊藤ほか・前掲注1)「異業種間の標準必須特許ライセンスに関する独占禁止法上の考察」34-35 頁。

いては競合チップメーカーの投資やイノベーションに係る能力やインセンティブを損なうことになる」と分析する⁴。

しかし、これらの先行研究が公表された後の米国 **FTC v. Qualcomm** の進展を踏まえると、次のような指摘が可能である。第一に、顧客が競争者からチップを購入する場合に Q 社に支払う特許権のロイヤルティの額が変わらないからといって、顧客が競争者に支払うチップの代金が追加的な費用負担（「アドオン」）になるわけではない。なぜならば、顧客が Q 社からチップを購入する場合には、顧客は Q 社へのロイヤルティと Q 社のチップ代を Q 社に支払うが、競争者からチップを購入する場合には、Q 社に支払うのはロイヤルティだけでよく、チップの代金を Q 社に支払う必要がないため、競争者に支払うチップの代金は追加的な費用負担（「アドオン」）にはならないからである。もっとも、仮に Q 社のロイヤルティとチップ代が一緒くたにされ、顧客が販売する携帯電話端末の価格の〇％という形で設定されている場合には、顧客は競争者のチップを使用する携帯電話端末についても Q 社のチップ代金相当額を支払うことになるため、Q 社の競争者に支払うチップの代金は追加的な費用負担（「アドオン」）になる⁵。しかし、地裁判決や当事者の主張を見る限り、Q 社のチップの価格は Q 社の特許権のロイヤルティとは独立して設定されていたようである。

第二に、「携帯端末メーカーらは、Qualcomm とのライセンス契約により、競合チップメーカーのチップを用いる際には、別途そのロイヤルティ（**surcharge**）を支払わなくてはならないため、競合チップメーカーのチップに対する需要を低減させ、ひいては競合チップメーカーの投資やイノベーションに係る能力やインセンティブを損なうことになる」という分析についてである。Q 社が競争者に特許権のライセンスをしていない本件においては、少なくとも Q 社の標準必須特許（**SEP**）については、顧客がその技術標準（通信規格）に準拠するチップを使用して携帯電話端末を製造・販売する以上、そのチップが Q 社から購入したものであるか否かにかかわらず、Q 社にそのロイヤルティを支払う必要がある。そうすると、仮に、競合チップメーカーのチップを用いる際に別途そのロイヤルティを支払わなくてはならないとしても、そのこと自体を問題視することは難しいのではないか。

実は上記と同様の指摘は、控訴審段階で実際に Q 社によりなされており、控訴審判決も同様の判示を行っている。これに対して、FTC は Q 社のチップの価格が Q 社の特許権のロイヤルティとは独立して設定されていたことや顧客が競争者のチップを使用して携帯電話端末を製造・販売する場合にも Q 社にロイヤルティを支払う必要があることを認めた上で、それでもなお **No License, No Chips** が反競争的な行為であると主張していたのである。本

⁴ 伊藤ほか・前掲注 1)「異業種間の標準必須特許ライセンスに関する独占禁止法上の考察」35 頁。

⁵ 我が国におけるクアルコム事件の審決書の記載から、このような事実関係であったことを推認しつつ、**No License, No Chips** の排除効果について越知・前掲注 2 と同様に論ずるものとして、上杉秋則「クアルコム事件審判審決評釈～国際比較から示唆される問題点はどこにあるか～〔上〕」国際商事法務 48 巻 2 号 166-168 頁（2020 年）、同・「クアルコム事件審判審決評釈～国際比較から示唆される問題点はどこにあるか～〔下〕」国際商事法務 48 巻 3 号 324-325 頁（2020 年）。

稿では、Q社のNo License, No Chipsを巡る米国での議論を分析し、先行研究では十分に解明されていないNo License, No Chipsの反競争性を明らかにするとともに（第1部）、そこで得られた示唆を基にNo License, No Chipsと同様の行為の我が国独占禁止法上の評価を試みる（第2部）。

第1部で示すとおり、米国FTC v. Qualcommでは、No License, No Chipsのみが問題とされたわけではなく、競争者への特許権のライセンス拒絶や主要な顧客へのリベートも問題とされ、地裁判決は反競争的効果の検討に当たってこれらの行為が相互に関連していると捉えていた。日本法での検討においても、本来は、これらの行為が競争に及ぼす影響を単独で検討するだけでは足りず、それぞれの行為が組み合わされて競争にどのような影響を与えるかをも検討する必要がある。また、競争に及ぼす影響のみならず、個別の行為の不当性（人為性）の検討においても他の行為との関係に目を向けるべきであろう。現に、Q社による競争者への特許権のライセンス拒絶に関して、No License, No Chips等、他の行為がQ社のロイヤルティ維持のために行われている事案を日本法で評価する場合、特許権のライセンス拒絶が独占禁止法上不当な目的を達成するために機能していたとして、問題とする余地はあり得るとの指摘もある⁶。筆者も競争に及ぼす影響や行為の不当性の検討に当たって各行為の相互関係を考慮することには賛成である。しかし、そうであるとしても、個々の行為が競争にどのような影響を与えるのかやそれ自体単独で独占禁止法上違法なものであると評価されるべきかを検討することの意義は失われぬ。これは、No License, No Chipsがそれ自体単独で独占禁止法上違法なものであるかどうかで、その実効性を確保するための特許権のライセンス拒絶に対する独占禁止法上の評価が異なり得ることを考えるだけでも、明らかであろう。このため、本稿では、No License, No Chipsに絞って独占禁止法上の評価を検討することとし、その他の行為を含めた検討については他日を期すこととしたい。

⁶ 池田・前掲注1) 33頁。

第1部 米国 FTC v. Qualcomm の分析

第1部では、米国 FTC v. Qualcomm の No License, No Chips の反競争性を巡る議論を整理する。まず、第1では、議論の前提となる同事件の事実関係と地裁判決の判断を整理する。ここでは、No License, No Chips 以外の行為についても簡単に触れることで本件の全体像を捉える。その後、No License, No Chips に焦点を当てて、それが競争に与える影響を地裁判決がどのように捉えていたのかを詳しく見る。第2及び第3では、No License, No Chips の反競争性に関してなされた地裁判決を巡る議論を、第4では、控訴審判決と FTC の反論をそれぞれ整理し、第5で No License, No Chips の反競争性に関する議論をまとめる。第6では、派生的な論点として、No License, No Chips とマージンスクイーズの類似性を巡る議論及び No License, No Chips の抱き合わせ該当性に関する議論を取り上げる。

なお、第1部では、No License, No Chips を「NLNC」、携帯電話端末メーカーを「顧客」、競合チップメーカーを「競争者」と呼ぶ。

第1 地裁判決の概要

1 前提となる事実

本件には大きく分けて三つの商品・役務が関係している。川下から、携帯電話端末、チップ、Q社の特許権の三つである。

チップは携帯電話端末同士の通信を可能とする部品である。Q社と競争者はチップを顧客（携帯電話端末メーカー）に供給していた。本件の検討対象市場である二つのチップの市場においては、競争者は供給量の面でも品質の面でも顧客にとってQ社を完全に代替する選択肢ではなく、顧客はQ社からのチップの供給がなければ携帯電話端末を製造・販売できない状況であった¹

Q社の特許権には、標準化により定められた技術標準（通信規格等）に準拠する製品を製造・販売する際に必要となる特許、すなわち標準必須特許（SEP）が多数含まれていた（Q社はそれらのSEPについてFRAND宣言²を行っている³）。Q社は競争者（競合チップメーカー）ではなく、顧客（携帯電話端末メーカー）に対してこれらの特許権を包括的にライセンスしていた⁴。チップは一又は複数の通信規格に準拠しているため、競争者がチップを製造、販売等すると不可避免的に当該通信規格に係るQ社のSEPを侵害することになるが、Q社は競争者の販売先がQ社から特許権のライセンスを受けた

¹ FTC v. Qualcomm, Inc., 411 F.Supp.3d 658, 687-691, 694-695 (N.D. Cal. 2019). なお、本稿では、「はじめに（本研究の動機と意義）」、第1部、第2部のそれぞれで独立した注釈番号を付す。

² 公正、合理的、かつ非差別的な条件でライセンスする旨の宣言（約束）

³ 411 F.Supp.3d at 671-672.

⁴ 411 F.Supp.3d at 672.

顧客である場合には権利行使をしないこととしていた⁵。

以上に加えて、地裁判決の認定では必ずしも明らかになっていない点について控訴審における Q 社の主張によれば次のとおりである。Q 社は（競争者ではなく、）顧客に対して SEP を含む Q 社の特許権を包括的にライセンスする一方で⁶、競争者からチップを購入した顧客が特許権の消尽を主張することがないように、競争者に（消尽を伴う）ライセンスをしていなかった⁷。また、Q 社が自ら顧客に販売するチップも自らの特許権の一部を実施することになるが、Q 社はチップの価格に当該特許権のロイヤルティ相当額を含めず、ロイヤルティはチップとは別に顧客とのライセンス契約を通じて回収していた⁸。そして、自らのチップの販売により特許権が消尽することを防ぐため、Q 社はライセンス契約を締結した顧客にのみチップを販売していた⁹。このため、Q 社と競争者はいずれも顧客に対してチップのみの価値を反映した価格（Q 社の特許権のロイヤルティを含まない価格）を設定し、また、顧客が Q 社のチップを選択しても競争者のチップを選択しても Q 社が顧客に課すロイヤルティは不変であった¹⁰。

2 本件で問題とされた行為

地裁判決が問題とした行為は大きく三つに分けることができる。一つ目が、Q 社が競争者に対して、SEP を含む特許権のライセンスを拒絶したことである。二つ目が、Q 社が顧客に対して「高額な」ロイヤルティを伴う特許権のライセンス契約を締結することを条件にチップを供給したことである。三つ目が、Q 社が Apple に対して Q 社から一定量のチップを購入することを条件にリポート等を提供したことである。もっとも、このうち、二つの目の行為には、このような契約を受け入れさせるために、顧客がチップを一定量（あるいは、顧客の全購入量の一定割合）Q 社から購入した場合には、リポートを提供する行為が含まれているが、このリポートのうち、アップルに対するものが三つ目の行為として独立して検討されている。

(1) 競争者へのライセンス拒絶¹¹

Q 社はある時期までは競争者に対しても特許権のライセンスをしていたとされるが、それ以降は、競争者に対するライセンスを取り止め、顧客にのみライセンスをすることとしていた。Q 社からライセンスを受けられない競争者がチップを製造・販売すると Q 社の特許権を侵害することになるが、競争者のチップの販売先が Q 社から

⁵ 411 F.Supp.3d at 744, 747.

⁶ Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 2-3, 14 (August 23, 2019).

⁷ *Id.* at 3.

⁸ *Id.* at 3.

⁹ *Id.* at 3-4.

¹⁰ *Id.* at 3-4.

¹¹ 411 F.Supp.3d at 744-751. なお、本事件のライセンス拒絶の論点については、拙稿「米国 FTC v. Qualcomm 控訴審判決～ライセンス拒絶に焦点を当てて～」公正取引 850 号 19 頁以下（2021 年）参照。

特許権のライセンスを受けた顧客である場合には、Q社は権利行使を差し控えていた。もっとも、Q社としては、競争者に特許権をライセンスしたわけではないため、競争者から顧客へのチップの販売で特許権が消尽することはなく、顧客はQ社からライセンスを受ける必要があるとの立場を採っていた。

(2) NLNC¹²

Q社は、顧客がQ社からチップを購入する条件として、Q社との間で特許権のライセンス契約を締結することを求めていた。Q社は、ロイヤルティが高いとしてライセンス契約の締結を渋る顧客に対して、チップの供給を止めると脅し、又は実際にチップの供給を止め、あるいは、チップをQ社から購入することを条件にリベートを提供し、顧客にライセンス契約を締結させていた。また、前記(1)のとおり、Q社は競争者が顧客にチップを供給する場合でも顧客は別途Q社からライセンスを受ける必要があるとの立場を採っていたため、顧客が競争者のチップを搭載した携帯電話端末を販売する場合でもQ社にロイヤルティを支払わなければならないライセンス契約となっていた。

(3) Apple との排他的取引¹³

Q社はAppleとの間で、AppleがQ社から相当な量のチップを購入した場合のみ、Q社から多額のリベートを受け取ることができる契約を結んでいた。また、同契約では、AppleがQ社の競争者のチップを使用した携帯電話端末を販売した場合には、同契約は終了し、受領したリベートを返還しなければならないとされていた。

3 本件行為が競争に与える影響の概要

地裁判決は本件の各行為が競争に与える影響を次のように述べている。下の図は地裁判決の記述に基づき、筆者が各行為の影響をまとめたものである。本文中の括弧内の丸数字は筆者が独自に付したものであり、図中の丸数字と対応している。

(1) 競争者へのライセンス拒絶¹⁴

競争者のライセンス拒絶は、競争者のチップの販売先をQ社から特許権のライセンスを受けた者に限定して競争者の顧客基盤と売上げを減ずることで、競争者の参入を阻止し、競争者の退出を促進し、及び、市場における競争者を妨げて、チップ市場の独占力を確固たるものとする(①)。また、競争者へのライセンス拒絶は、競争者の売上げを減じ、また、消尽を回避することで、Q社の顧客に対するチップ供給の影響力(leverage)を維持することを助け、Q社の不当に高いロイヤルティを維持する(②)。

¹² 411 F.Supp.3d at 697-744.

¹³ 411 F.Supp.3d at 762-764, 727-736.

¹⁴ 411 F.Supp.3d at 795-797.

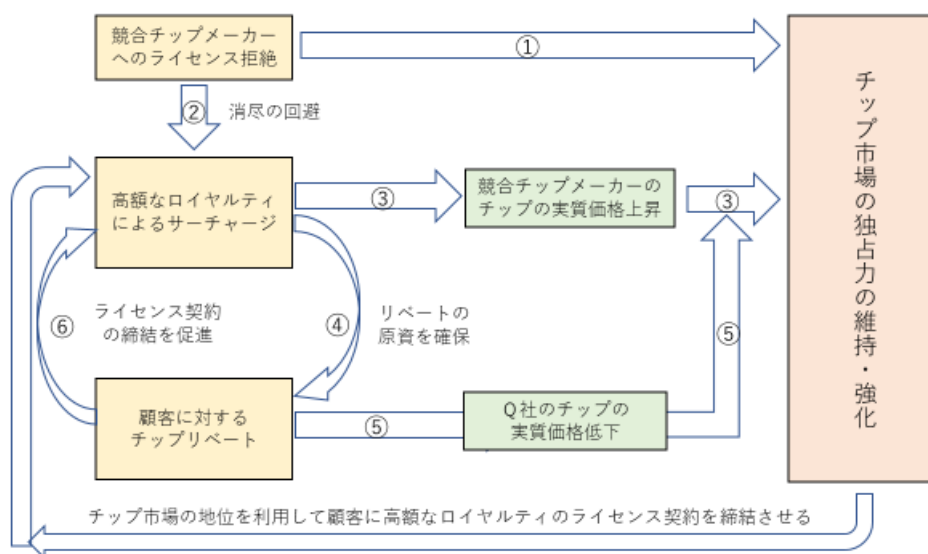
(2) サーチャージ¹⁵

Q社の不当に高い（unreasonable high）ロイヤルティは顧客が競争者のチップを使用する場合にも課されるため、Q社は競争者のチップの全量に人為的なサーチャージを課することになる。サーチャージは競争者の実質的な価格を引き上げ、競争者の利益を減少させ、排他的なものとなり、その結果、Q社はチップにおける市場力を維持することができる（③）。また、不当に高いロイヤルティはチップのリベートのための資金となるため、不当に高いロイヤルティが反競争的害悪の循環を継続する（④）。

(3) チップのリベート¹⁶

チップのリベートはQ社のチップの実質的な価格を引き下げ競争者のチップへのサーチャージの効果を高める（⑤）。また、チップのリベートは、顧客にライセンス契約の締結を促すことで、Q社の不当に高いロイヤルティと競争者へのサーチャージを維持することに資する（⑥）。

Q社の各行為とその影響



(地裁判決をもとに筆者が作成)

(4) 結果

地裁判決は、Q社の各行為は、競争者の売上げを抑制することで競争者が研究開発に投資するための利益を得られないようにし¹⁷、競争者が顧客との関係を維持又は創

¹⁵ 411 F.Supp.3d at 790-792, 794.

¹⁶ 411 F.Supp.3d at 792-795.

¹⁷ チップ事業には多額の研究開発費用が必要であるため、それを賄うために、大きな売上げが

出して競争者の製品を向上させることを困難にし、競争者に対する標準化団体やネットワークベンダーの評価を害するなどし、これらにより、競争者が競争力のある競争者になり、又は、そのような競争者であり続ける能力を減じているため、Q社の行為によってQ社の独占力を維持できると合理的に考えられると結論付けた¹⁸。

4 関係法条

地裁判決は、シャーマン法1条と同法2条の下での反競争的行為の分析は実質的には同じであるという考えの下、まず、Q社が検討対象市場で独占力を有し、それゆえ、シャーマン法2条の要件を満たしていることをFTCが示したかどうかを検討し、それから、Q社の行為がシャーマン法1条の不当な取引制限又はシャーマン法2条の排他的行為であることをFTCが示したかどうかを検討するとした¹⁹。

5 NLNCの詳細

ここでは、NLNCの反競争性との関係で注目すべき事実と地裁判決によるNLNCの反競争性の評価を詳しく紹介する。

(1) 事実

前記2(2)のとおり、Q社は、顧客がQ社からチップを購入する条件として、Q社との間でSEPのライセンス契約を締結することを求め、このライセンス契約を締結しない限りは顧客にチップを供給しないこととしていた。Q社はこのライセンス契約において顧客が販売する携帯電話端末の正味の卸売価格の4～5%程度のロイヤルティを設定していた²⁰。地裁判決は、このロイヤルティについて、Q社の内部資料が自身の特許の価値よりも、むしろチップ市場のシェアが高額なロイヤルティ率を維持していることを認めていたこと、特許権のライセンス契約を締結しなければ製品を提供しないという行為はQ社が販売する製品の中でもQ社が独占力を有する製品についてのみ見られるものであること、顧客がチップの出荷停止をおそれてQ社のロイヤルティ率の妥当性を訴訟で争うことをしないため、Q社の高額なロイヤルティが訴訟により検証されていないこと等を理由に、不当に高いと判断した²¹。

必要になることが認定されている。411 F.Supp.3d at 688, 767, 799.

¹⁸ 411 F.Supp.3d at 797-803.

¹⁹ 411 F.Supp.3d at 683.

²⁰ 411 F.Supp.3d at 673.

²¹ 411 F.Supp.3d at 773-790. 地裁判決が根拠とした他の事実は、他のSEPの権利者と異なり、Q社がライセンス交渉において保有する特許のリストやクレームチャートを提示することを拒否したこと、Q社の内部資料でさえもQ社が技術標準（通信規格）の最も重要な貢献者ではないことを認めていること、Q社の内部資料がチップは携帯電話の価値を促進していないことを認めていること、Q社が携帯電話の価格をロイヤルティのベースにしたことが連邦巡回区控訴審裁判所（CAFC）の裁判例に反していること、Q社がSEP全体に占めるQ社のSEPのシェ

NLNCに関連してQ社が各顧客に行った個々の行為の詳細は既に先行研究で紹介されているため²²、これらの先行研究に譲るが、NLNCの反競争性との関係で重要と考えられる事実は、顧客がQ社の設定するロイヤルティが高いと考えていたものの、Q社からチップの供給を受けなければ携帯電話端末を製造・販売できないため、ロイヤルティの妥当性（FRAND条件に合致しているかどうか等）を争うことができなかつたという事実である²³。また、Appleはひとたび代替的なチップの購入先（Intel）を確保すると、Q社のロイヤルティがFRAND条件に適合しているかどうかの確認を求めて裁判所に提訴している²⁴。これはAppleのように大量のチップを購入する企業ですら代替的なチップの購入先がなければロイヤルティ額に異議を申し立てることができなかつたことを示している。さらに、上記のとおり、地裁判決が引用するQ社の内部資料によれば、Q社自身、チップ市場における高いシェアが高額なロイヤルティを維持するための重要な要素であると考えていたようである²⁵。

(2) 評価

前記3(2)のとおり、地裁判決は、この行為は競争者の実質的な価格を引き上げ、競争者の利益を減少させ、排他的なものとなり、その結果、Q社はチップにおける市場力を維持することができることと評価した。しかし、Q社のロイヤルティはQ社からチップを購入した場合でも支払う必要があるため、Q社と競争者の競争関係に影響を及ぼさないようにも見える（前記2(2)のとおり、Q社からチップを購入した場合にはリベートが提供されることもあったようであるが、地裁判決はこの点に拠るまでもなくNLNCが反競争的であると判断している。）。しかし、地裁判決は、会員企業と非会員企業（競争者）に一律の負担を求めることが競争者のコストの引上げに当

アが低下してきているにもかかわらず、ロイヤルティ率が不変であることを認めていること、である。

²² 地裁判決の事実認定を詳細に紹介するものとして、鈴木信也「世界のFRAND判例（Vol.41）FTC v. クアルコム事件（前）クアルコムのライセンス慣行が、不公正な競争を禁止するシャーマン法およびFTC法に違反すると判断された事例」発明 Vol.116, 42頁以下（2019年）、同「世界のFRAND判例（Vol.42）FTC v. クアルコム事件（後）クアルコムのライセンス慣行が、不公正な競争を禁止するシャーマン法およびFTC法に違反すると判断された事例」発明 Vol.117, 50頁以下（2019年）、小林和人「Qualcommの「ノーライセンス・ノーチップス」ビジネスモデルの全貌—FTC v. Qualcomm 米国訴訟—」パテント 72巻 14号 97頁以下（2019年）、二又俊文「2019年FTC v. クアルコム判決から見える「鉄壁の知財モデル」（その1）」知財管理 Vol.69 No.12, 1631頁（2019年）以下、同「2019年FTC v. クアルコム判決から見える「鉄壁の知財モデル」（その2）（完）」Vol.70 No.1, 21頁以下（2020年）。

²³ 411 F.Supp.3d at 707-708 (Samsung), 714 (Huawei), 715-716 (Motorola), 717-718 (Lenovo), 720-721 (BlackBerry). この点に関する地裁判決の総括的な記載として、411 F.Supp.3d at 787-789.

²⁴ 411 F.Supp.3d at 737.

²⁵ 411 F.Supp.3d at 773-776.

たと判断した Premier 事件控訴審判決²⁶に依拠して²⁷, Q 社の行為も独占者とその競争者の価格を等しく引き上げるものの, その効果においては異なり, 競争者を不均衡に害する行為であると考えた。すなわち, 地裁判決によれば, 競争者にとっては, 自らの販売するチップの価格は実質的には, ①名目上のチップ価格と②Q 社のロイヤルティサーチャージ (ロイヤルティのうち, 不当に高い部分) で構成されることになる一方で, Q 社にとっては, ②は自らの追加的な収入になるため, また, チップ市場における競争の減少によって Q 社が市場のより多くの部分を獲得できるようになるため, ②は Q 社にとってより高い利益となるという²⁸。また, 地裁判決は, サーチャージが競争者のチップの実質的な市場価格を引き上げるため, 競争者が Q 社より低い価格を設定することを妨げ, その結果, Q 社はチップにおける市場力を維持することができることも述べる²⁹。

さらに, 地裁判決は Microsoft がコンピュータメーカーとの間で Microsoft の OS を搭載するか否かにかかわらず, コンピュータメーカーが販売した全てのコンピュータにつきロイヤルティを課す契約を締結したことが排他的な効果を有すると判断された Caldera 事件³⁰と本件との類似性を指摘する。地裁判決は, 本件では, 同事件と同様に, Q 社によるサーチャージが競争者の実質的な価格を引き上げ, 排他性を有することになると述べる³¹。

第2 地裁判決を巡る当事者の議論

²⁶ Premier Electrical Construction Company v. National Electrical Contractors Association, 814 F.2d 358 (7th Cir. 1987). 事業者団体である National Electrical Contractors Association (Association) はある労働組合との間の団体協約により, 基金を設立し, かつ, その基金のために, Association の会員企業が給与総額の 1% を拠出することとした。この基金は Association が会員企業を代表して行う当該労働組合との団体交渉とその結果の団体協約の管理の費用に充てられた。しかし, この基金に拠出しない非会員企業が会員企業との競争で優位に立つようになった。このため, これを防ぐために, Association と当該労働組合は, 当該労働組合が非会員企業との団体協約においても, 非会員企業に対して当該基金のために給与総額の 1% を拠出することを求めることとした。第 7 巡回区控訴審裁判所は, この行為の結果, Association が競争者のコストを引き上げ, それにより市場価格を自らが有利になるように引き上げたと判断した。

²⁷ 411 F.Supp.3d at 791.

²⁸ 411 F.Supp.3d at 791-792.

²⁹ 411 F.Supp.3d at 792.

³⁰ Caldera, Inc. v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 1244 (D. Utah 1999). コンピュータメーカーに対して OS を供給していた Caldera が, Microsoft がコンピュータメーカーとの間で, コンピュータメーカーが Microsoft の OS を搭載するか否かにかかわらず, コンピュータメーカーが販売した全てのコンピュータにつきロイヤルティを課す契約を締結するなどしたことが反競争的であるとして提訴した事案。裁判所は, サマリージャッジメントにおいて, 上記のような契約は Microsoft の OS 以外の OS を搭載したコンピュータについてコンピュータメーカーが二つのロイヤルティを支払わなければならない効果を持つとして, 上記のような契約と他の行為が組み合わされることで実質的には排他的な効果を有すると判断した。

³¹ 411 F.Supp.3d at 792.

地裁判決は、顧客が Q 社の競争者のチップを使用する場合にも不当に高いロイヤルティが課されることになる結果、競争者のチップの実質的な価格を上昇させることに着目していた。また、仮に顧客が Q 社のチップを購入する場合に同様のロイヤルティが課されるとしても、その効果においては異なり、競争者を不均衡に害する行為であると考えた。さらに、地裁判決は、競争者の実質的な価格を上昇させて、排他性につながるという点で Q 社の行為に Caldera 事件で問題となった行為との類似性を見出した。

以下では、地裁判決に対する当事者の主張を見るが、これらは NLNC の反競争性について必ずしも詳細に説明しているとはいえない地裁判決の理論の理解を助け、あるいは、その問題点を指摘するものであり、NLNC の反競争性の分析に有益である。

1 Q 社の主張

Q 社はロイヤルティが不当に高いとの地裁判決の判断が誤りであるという主張やチップ市場における独占力はロイヤルティの高さとは何ら関係がないという主張を行うとともに、NLNC が競争過程を害することはないとの主張も行った。以下では、この点に焦点を当てる。

(1) サーチャージについて

Q 社は地裁判決の要旨を次のようにまとめる。すなわち、顧客に課されるライセンス料が Q 社の競争者のチップにのみコストを付加する「サーチャージ」として機能するところ、地裁判決は仮に（Q 社のロイヤルティがもっと低く、）競争者がもっと金を稼いでいれば、おそらく競争者はよりよいイノベーターとなり、よりよく競争していたであろうから、このコストの引上げは反競争的である、と³²。その上で、地裁判決の理論は単なるライバル費用引上げ戦略（RRC）であり、それ以上のものでないが、競争促進的行為であっても競争者のコストを引き上げる可能性があるため、競争者のコストを引き上げるだけではシャーマン法違反の主張として不十分であると主張する³³。そして、Q 社は、RRC は競争者に不均衡なコストを課さない限り違法とならないため、顧客が支払うロイヤルティが顧客のチップの購入先（Q 社 or 競争者）に依存しない本件では、仮に地裁判決がいう「サーチャージ」が存在しているとしても、競争上のバランスを崩すことはなく、顧客は価格、品質等に基づいてチップの購入先を決定すると主張する³⁴。

さらに、Q 社はサーチャージを収受していることからサーチャージは Q 社のコストは引き上げないという FTC の主張に対して、その主張はチップ市場における競争とは何ら関係ないとして、顧客が Q 社のチップを購入するか競争者のチップを購入するかでロイヤルティ額が変わらないことを理由に、ロイヤルティは顧客のチップ

³² Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 60-61 (August 23, 2019).

³³ Opening Brief, at 61-62. Q 社は、ライバル費用引上げ理論は有効なときもあるが、排除行為のための完全なテストとして機能することは決してないという Novell 事件控訴審判決の判断 (Novell, Inc. v. Microsoft Corp., 731 F.3d 1064, 1079 (10th Cir. 2013).) を引用する。

³⁴ Opening Brief, at 62-63.

の選択に影響を与えないと主張する³⁵。

(2) Premier 事件との相違点

Q 社は本件と地裁判決が依拠した Premier 事件³⁶との違いを同事件が価格協定事案であった点と競争者のみに支出を強いた点に見出す。後者について、Q 社は、この事案で問題となった負担（拠出金）は、会員企業にとっては自らの団体交渉の費用になるが、非会員企業にとっては団体交渉の費用とならない（非会員企業は別途自らの団体交渉に要する費用を支出しなければならない）ことから、非会員企業からのみ徴収されたものであるとし、これに対して、Q 社のロイヤルティは競争者をターゲットにしたものではなく、競争者のコストを不均衡に引き上げるものでもないと主張した³⁷。

(3) Caldera 事件との相違点

Q 社は本件と Caldera 事件とでは以下の 2 点において異なると主張する。

第一に、需要者が競争者の製品を購入するときのみ発生するコストを課したか否かである。Q 社は、Caldera 事件で問題となったライセンス契約（パー・プロセッサライセンス）は、競争者の OS を選択すると、Microsoft の OS に加えて、当該競争者の OS のロイヤルティを別に支払わなければならない点が問題であると見る（Q 社は「二重の支払い（pay twice）」と表現する）³⁸。つまり、このような契約が Microsoft と需要者との間で締結されてしまうと、Microsoft の競争者が自らの OS にいかなる価格を設定しようとも、それは需要者が Microsoft に支払う価格の追加となり、いかなる場合も Microsoft の競争者の OS は Microsoft のそれよりも高価なものとなるため、需要者に Microsoft の OS を選択する多大なインセンティブを付与するものであるという³⁹。Q 社によれば、これは需要者が競争者の製品を購入するときのみ発生するコストを課す行為である⁴⁰。Q 社は、他方で、本件では顧客が Q 社に対してロイヤルティを支払うと、それは Q 社のチップを搭載したものの有無を問わず、全ての携帯電話端末をカバーするが、顧客がチップを購入するには、ロイヤルティとは別に Q 社又はその競争者に対してチップの代金を支払わなければならないと説明する⁴¹。つまり、顧客は競争者からチップを購入した場合には Q 社にチップの支払いをしないため、同じ製品（Caldera 事件では OS、本件ではチップ）に二重の支払いをしていないということである⁴²。また、ロイヤルティの額

³⁵ Opening Brief, at 63-64.

³⁶ 事案の概要については前掲注 26 参照。

³⁷ Opening Brief, at 65-66.

³⁸ Opening Brief, at 66.

³⁹ Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (REDACTED), at 27-28 (December 13, 2019).

⁴⁰ Reply Brief, at 27.

⁴¹ Reply Brief, at 28.

⁴² Opening Brief, at 67.

はチップを Q 社から購入したか、その競争者から購入したかで変わらないため、顧客はチップの価格や品質に基づいてチップの購入先を選択することができるとする⁴³。

第二に、ロイヤルティを課す理由があるか否かである。Q 社によれば、Microsoft は競争者の排除以外に、競争者の OS を搭載した顧客のコンピュータにロイヤルティを課す理由がないのに対して、本件では、顧客が競争者のチップを使用して携帯電話端末を製造販売する場合にも、Q 社には顧客にロイヤルティの支払いを求める権利があるという⁴⁴。

ところで、後記 2 (2) のとおり、FTC は Q 社に支払われるロイヤルティのうち、特許の価値を超える部分は実質的には Q 社のチップへの支払いであると主張していた。これを前提とすると、FTC も主張していたとおり、顧客が競争者からチップを購入する場合には、顧客は競争者と Q 社にチップ代を支払うことになるから、ある意味では二重の支払いを行うことになる。また、顧客が競争者のチップを使用して携帯電話端末を製造販売する場合にも Q 社には顧客にロイヤルティの支払いを求める権利があるとしても、ロイヤルティのうち、不当に高い部分（特許の価値を超える部分）についてまで、そのような権利が認められるのかという疑問が生じよう。しかし、上記のとおり、Q 社はそもそもロイヤルティが不当に高いという地裁判決の認定を争っていた。さらに、ロイヤルティのうち特許の価値を超える部分がサーチャージになるという FTC の考えは、裁判所にロイヤルティが高すぎるかどうかの判断を求めることになり、積極過誤（false positive）のおそれを生じさせると反論している⁴⁵。

2 FTC の主張

FTC は地裁判決を支持する立場から主張を展開しているが、地裁判決では言葉足らずと思える部分を補っており、地裁判決の理解を助けるものとして有益である。

(1) 総論

まず、FTC は裁判所は能率競争に抛らずに競争者のコストを引き上げることが反競争的であると久しく認識してきたと述べる⁴⁶。そして、独占者が能率競争に抛らずに競争者のコストを引き上げる方法の一つが、顧客が競争者と取引した場合に顧客が独占者に金銭的ペナルティを支払うことを要求する行為であるとする⁴⁷。FTC は、このタイプの典型的な事例の一つとして、Caldera 事件や司法省による民事差止事件で

⁴³ Reply Brief, at 28-29.

⁴⁴ Reply Brief, at 29.

⁴⁵ Reply Brief, at 30.

⁴⁶ Brief of the Federal Trade Commission, at 36 (November 22, 2019). FTC は Cascade Health Sols. v. PeaceHealth, 515 F.3d 883, 894 (9th Cir. 2008) を引用する。

⁴⁷ Brief of the Federal Trade Commission, at 36-37 (November 22, 2019).

問題となった Microsoft によるいわゆるパー・プロセッサライセンスを挙げる⁴⁸。そして、本件はこれと同じ反競争の害悪の仕組みを含むものであるとして、本件と Caldera 事件の類似性を説明する⁴⁹。

(2) Caldera 事件との類似性

FTC は、Q 社がチップ市場での独占力を用いて顧客が競争者のチップを購入する場合に顧客に人為的なサーチャージを支払うことを要求していることを地裁判決が認定しており、このサーチャージは Caldera 事件におけるパー・プロセッサロイヤルティ (Microsoft の競争者の OS を搭載したコンピュータを含む全てのコンピュータにつき課されるロイヤルティ) のように、顧客による競争者のチップの購入に対するペナルティ又は負担として機能していると主張する⁵⁰。そして、FTC は、サーチャージによって顧客が競争者のチップを使用するために支払わなければならない総額が引き上げられ、競争者が受け取る価格が減じられ、競争者のチップの販売量が減少すると地裁判決が認定しているとする⁵¹。

もっとも、FTC は本件と Caldera 事件に違いがあることも認める。すなわち、本件では、競争者のチップであっても Q 社の特許を実施するため、Q 社は競争者のチップに関してもその特許の合理的な価値に相当するロイヤルティを得る権利があるという点である⁵²。しかし、FTC はこの相違点があるにもかかわらず、本件と Caldera 事件は実質的には同じであると主張する。その理由は、地裁判決が Q 社の内部文書及び顧客との交渉過程から、Q 社のロイヤルティが特許の合理的な価値を大きく超えており、この超過分 (サーチャージ) はチップの独占に起因するもので、ロイヤルティとは名ばかりであると認定したことである⁵³。FTC は、地裁判決がサーチャージをロイヤルティの中に隠しても Caldera 事件とは法的には何ら差異を生じさせないと判断したのだと主張する⁵⁴。

また、前記 1 (1) のとおり、Q 社は、顧客が支払うロイヤルティが顧客のチップの購入先 (Q 社 or 競争者) に依存しない本件では、仮に地裁判決がいう「サーチャージ」が存在しているとしても、競争上のバランスを崩すことはないと主張していた。FTC は、これに対して、Caldera 事件におけるロイヤルティも差別的ではなかったと指摘した上で、同事件で問題となったのは競争者の OS を使用するときさえ、料金を支払うことを要求したことであると主張した⁵⁵。また、地裁判決が引用した

⁴⁸ *Id.* at 37-38.

⁴⁹ *Id.* at 38.

⁵⁰ *Id.* at 38.

⁵¹ *Id.* at 38.

⁵² *Id.* at 39.

⁵³ *Id.* at 39. FTC は、合理的なロイヤルティであっても特許権者を競争上有利にする可能性があるが、それは特許権者の技術革新への正当な報いであるとする (*Id.* at 39 footnote 4.)。

⁵⁴ *Id.* at 39.

⁵⁵ *Id.* at 42.

Premier 事件控訴審判決⁵⁶を引用した上で、そのロイヤルティの額が同じであったとしても、顧客が独占者から購入する場合には独占者が受け取る価格の一部になるのに対して、顧客が競争者から購入する場合には（競争者の）コストを引き上げる負担となるため、独占者と競争者とでは全く異なる態様で影響を及ぼすと主張した⁵⁷。

さらに、前記 1 (3) のとおり、Q 社は、Caldera 事件で問題となったライセンス契約（パー・プロセッサライセンス）は、需要者が競争者の OS を選択すると OS のロイヤルティに二重の支払いを行う必要がある一方で、本件では顧客がチップに二重の支払いをすることはないと主張していた。これに対して FTC は、地裁判決は、ロイヤルティには顧客が Q 社のチップへのアクセスを確保するためだけに支払うことに同意した実質的なサーチャージが含まれるため、顧客が競争者のチップを購入するとき、顧客は Q 社のチップの代金も支払うと認定したとする⁵⁸。要するに、FTC は Q 社に支払われるロイヤルティのうち、特許の価値を超える部分は実質的には Q 社のチップへの支払いであるから、顧客が競争者からチップを購入する場合には、顧客は競争者と Q 社にチップ代を支払うことになり、そのような意味でチップへの二重の支払いになっていると説明したのである。

第 3 地裁判決を巡るその他の議論

ここでは、NLNC の反競争性に関する当事者以外による議論を見ることとしたい。

1 学者意見書

本件では、著名な法学者と経済学者が連名で NLNC が反競争的であるとするアミカスブリーフを提出している⁵⁹。この内容は地裁判決や FTC と同方向のものであるが、これらよりも踏み込んだものであり、NLNC の反競争性を考えるに当たって有益なものと考えられる。

(1) 総論

法学者及び経済学者によるアミカスブリーフ（以下「学者意見書」という。）は、Q 社がチップ市場で合法的に独占力を獲得したことで、チップに高い価格を設定する権利があることを認めつつ、Q 社がチップに高い価格を設定するという形で独占力を用いるだけでなく、競争者を害し、チップ市場の参入障壁を引き上げるために独占力を用いた点が違法であると述べる⁶⁰。

⁵⁶ 前掲注 26 参照。

⁵⁷ *Id.* at 42.

⁵⁸ *Id.* at 43.

⁵⁹ このアミカスブリーフの提出者に名を連ねるのは、Mark A. Lemley, A. Douglas Melamed, Thomas F. Cotter, Harry First, Eleanor Fox, Erik Hovenkamp, Herbert Hovenkamp, Marina Lao 等の法学者と Steven Salop, Jonathan B. Baker, John Kwoka, Barry Nalebuff, Fiona Scott Morton 等の経済学者である。

⁶⁰ Brief of Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Appellee and Affirmance, at 2 (November 27, 2019).

より具体的には、次のように説明する。反トラスト法は Q 社がチップに独占価格を設定することを許容している⁶¹。一時的な高価格と健全な利益はイノベーションを創出した企業への報いとなり、合法的に獲得した市場力による高価格や高利潤の可能性は競争者が独占市場に参入することを促進することで競争を促す可能性がある⁶²。他方で、交渉を通じて決定されるロイヤルティは特許技術の価値を反映するものとなるが、通常、それは特許無効や非侵害とされるリスクにより割引きされたものとなる⁶³。さらに、本件では Q 社は任意に FRAND 宣言を行っているため、この FRAND 宣言がロイヤルティをいっそう制限する⁶⁴。この事件の核心は、Q 社がチップ市場における独占力を行使して、(顧客が Q 社にとって好ましいライセンス条件で合意しない場合にはチップの供給を停止すると脅すことで、) 上記のようなロイヤルティに対する制約を脱し、Q 社が権限を有し、そうでなければ得ていたであろう額以上のロイヤルティを得ることである⁶⁵。そして、この高められたロイヤルティが参入障壁を引き上げ、チップ市場の競争を排除し、それゆえ違法に Q 社のチップ市場の独占を維持した⁶⁶。

(2) 仮想事例による説明

学者意見書は NLNC について仮想事例を用いて次のように説明する⁶⁷。

Q 社がチップの供給とは切り離して特許権のライセンスを行う場合のロイヤルティが(前記(1)のロイヤルティに対する制約が考慮されて) 2 ドルに設定され、このロイヤルティとチップの総額としての独占価格が 20 ドル(つまり、チップは 18 ドル)だとする。他方で、新規参入者は同等のチップを 11 ドルで製造することができ、そのため新規参入者はチップを 11 ドルを少し上回る価格で供給し得る。この仮定の下では、顧客にとっての新規参入者と取引した場合の総額は 13 ドルを少し上回る価格となる。この参入によってチップ市場の価格競争が生じ、Q 社はロイヤルティとチップの総額 20 ドルを維持することはできなくなり、Q 社のチップ価格を 11 ドル付近(総額 13 ドル付近)に値下げすることになるだろう。それゆえ、顧客はチップに対する支払いを減らすことでこの競争から恩恵を受けるだろう。しかし、NLNC はこの競争を防止する。上記の想定例の代わりに、Q 社は NLNC を採用するとともに、

⁶¹ *Id.* at 5.

⁶² *Id.* at 5.

⁶³ *Id.* at 5-6.

⁶⁴ *Id.* at 6.

⁶⁵ *Id.* at 6-7.

⁶⁶ *Id.* at 6.

⁶⁷ *Id.* at 7-11. 同様の説明は、元 FTC 委員長の Muris のアミカスブリーフ、米国反トラスト法協会 (AAI) らのアミカスブリーフ、Q 社の競争者である Intel のアミカスブリーフでもなされている。Brief of Amicus Curiae Timothy J. Muris in Support of Appellee, at 12-14 (November 29, 2019); Brief for The American Antitrust Institute and Public Knowledge as Amici Curiae in Support of Plaintiff-Appellee, at 6-8 (November 29, 2019); Brief of Intel corporation as Amicus Curiae in support of Appellee and Affirmance, at 15-20 (November 29, 2019)

ロイヤルティを 10 ドルにすることを想定する。総額としての独占価格は 20 ドルであるため、Q 社のチップ価格は 10 ドルになるだろう⁶⁸。Q 社からチップを購入する顧客にとってのコストの総額は 20 ドルのままであるが、新規参入者のチップを使用する場合のコストの総額は少なくとも 21 ドルとなる。21 ドルは総額としての独占価格の 20 ドルを超えるため、Q 社は値下げや品質・イノベーションに関する競争を強いる競争圧力に直面することはない。このロイヤルティサーチャージは、既存の競争者を不利にし、新規参入者に対する参入障壁を高めることで、チップ市場の競争を害する。Q 社がチップにより高い価格を設定するのではなく、ロイヤルティを高めるためにチップ市場の独占力を行使するとき、Q 社は競争者のチップに対してそうでなければ存在しなかったであろう人為的なコストを課す。競争上の害は NLNC がない場合のロイヤルティよりも高いことの結果であって、Q 社の FRAND 宣言により課されるロイヤルティの上限を超えるかどうかには依存しない。

	NLNC を採用しない			NLNC を採用する		
	チップ	ロイヤルティ	合計	チップ	ロイヤルティ	合計
Qualcomm	18 \$	2 \$	20 \$	10 \$	10 \$	20 \$
競争者	約 11 \$		約 13 \$	11 \$		約 21 \$

(学者意見書の内容に基づき筆者が作成)

また、学者意見書は、Q 社のチップ市場での独占的地位に鑑みると、顧客は Q 社からある程度はチップを購入しなければならないため、顧客は Q 社の競争者のみからチップを購入して、Q 社から提起される特許侵害訴訟において合理的なロイヤルティを勝ち取るという戦略を採ることができないと指摘している⁶⁹。

(3) Caldera 事件との類似性

学者意見書は、以下のとおり、NLNC は Caldera 事件で問題となったパー・プロセスライセンスと著しく類似しているともいう⁷⁰。すなわち、学者意見書によれば、Caldera 事件は、実質的には、Microsoft が OS の対価の一部を競争者の OS が使用されるコンピュータへのサーチャージの形で引き出すものであり、この行為によって、顧客は Microsoft の競争者の OS を搭載する場合には、そのために当該競争者に支払いを行わなければならない上に、Microsoft にも料金 (fee) を支払わなければならないため、需要者が Microsoft の競争者の OS を搭載したコンピュータを販売する

⁶⁸ Q 社がチップ価格の一部をライセンスに割り当てたと表現している。Brief of Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Appellee and Affirmance, at 9 footnote 8 (November 27, 2019).

⁶⁹ *Id.* at 9 footnote 9.

⁷⁰ *Id.* at 11.

コストを引き上げるものであった⁷¹。そして、このような方法での競争者のコストの引き上げは、顧客が Q 社の競争者のチップを搭載した携帯電話端末を販売することをより費用を要するものとした Q 社の行為と同様であると述べる⁷²。

(4) Q 社の主張への反論

学者意見書は、Q 社による、①顧客が Q 社のチップを選択してもしなくても同一のロイヤルティが課されるため、NLNC は競争に影響を与えないとする主張、及び②顧客が Q 社の競争者のチップを使用する場合でも Q 社の特許権を実施するという点で Caldera 事件とは異なるという主張について反論している。①については、上記の想定例で示したとおり、サーチャージは Q 社からチップを購入する際の総額(チップ代+ロイヤルティ)に影響を与えない場合であっても、競争者のそれを引き上げるため、ロイヤルティは顧客のチップに要するコストに異なる形で影響を与えるとする⁷³。学者意見書によれば、NLNC は実質的には Q 社のチップ価格の一部を名目上のロイヤルティに割り当てるものであり、顧客は Q 社により高いロイヤルティを支払うことの引換えに Q 社のチップの減額を受けられるが、顧客が競争者からチップを購入する際にはそのような減額は受けられず、実質的には顧客が競争者のチップを使用した場合にはより多くの代金を請求するものであるという⁷⁴。②については、学者意見書は Q 社の主張はパー・プロセッサライセンスの要点を外していると批判する。すなわち、パー・プロセッサライセンスは独占力を行使して顧客による競争者の製品の使用に人為的なコストを課したために反トラスト法違反とされたのであり、人為的なコストを課し、それを異なるコンピュータで使用される OS の価格の一部であると説明するか (Caldera 事件)、顧客に販売される異なる製品 (特許権のライセンス) の価格の一部と説明するか (本件) の間に実質的な差異はないと主張する⁷⁵。

2 米国政府 (司法省) によるアミカスブリーフ

本件では米国政府が地裁判決を批判し、Q 社の主張を支持するアミカスブリーフを提出している。FTC、Q 社及び学者意見書による議論を深める内容とは言い難いが、米国のもう一つの競争当局である司法省反トラスト局が関与したという意味で紹介する意義は大きいと思われることから、以下で NLNC に関して意見を表明した箇所の概要を紹介する。

(1) 高価格設定自体は反トラスト法違反ではないこと

同文書は、linkLine 事件最高裁判決⁷⁶を引用して、単なる独占力の保持と独占価格

⁷¹ *Id.* at 11-12.

⁷² *Id.* at 12.

⁷³ *Id.* at 12.

⁷⁴ *Id.* at 12-13.

⁷⁵ *Id.* at 13.

⁷⁶ *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

の設定はシャーマン法2条違反としないことを確認する⁷⁷。また、Trinko 事件最高裁判決⁷⁸を引用して、独占価格を課す機会があるから製品の技術革新と経済成長を生み出すリスクテイクが促進されるとし、地裁判決のように、競争への害ではなく、「不当に」高い価格を根拠として責任を問うことは、技術革新への重要なインセンティブを損なう可能性があるとする⁷⁹。また、同文書は地裁判決が Q 社のロイヤルティが特許法に反するとした判断を取り上げ、反トラスト法以外の法律に違反する行為から生じる高価格を立証しても、その行為が反競争的であることを立証したことにならないと述べる⁸⁰。

(2) コスト割れであったこと等が示されていないこと

他方で、同文書は価格設定行為 (pricing practices) が競争を害する可能性があることは認める⁸¹。しかし、同文書は、価格設定行為を分析する裁判所は、消費者に利益をもたらす行為が妨げられないよう慎重に判断すべきであり、それゆえ、最高裁や第9巡回区控訴裁判所が特定の価格に基づく反トラスト法上の主張の立証のための明確なルールを確立しているにもかかわらず、地裁判決がこれに従わずに Q 社の行為を違法と判断したとして、地裁判決を非難する⁸²。より具体的には、同文書は、地裁判決には、チップ価格の略奪的価格設定、ロイヤルティの引上げとチップ価格の引下げによるマージンスクイズ、チップのリベートによるバンドル・ティスカウントのいずれかにより、Q 社の行為が反競争的であると認定する道があったとした上で、地裁判決はコスト割れ等、これらの行為について最高裁や第9巡回区控訴裁判所が示した要件を満たすことを示していないとした⁸³。また、地裁判決が Caldera 事件に依拠していることについては、本件では、顧客がどのチップメーカーのチップを使用するかにかかわらず、顧客が全ての携帯電話端末に必要な Q 社の SEP に対して支払いを行う点が Caldera 事件と異なるとした⁸⁴。つまり、同文書は、顧客にとってチップの購入先にかかわらず、全ての携帯電話端末の製造・販売に Q 社の SEP が必要である点が Caldera 事件とは異なると考えたのである。

第4 控訴審判決と FTC の反論

前記第3までを踏まえ、ここでは控訴審判決の判断とそれへの FTC による反論を見

⁷⁷ Brief of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Appellant and Vacatur, at 8 (August 30, 2019).

⁷⁸ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

⁷⁹ Brief of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Appellant and Vacatur, at 9 (August 30, 2019).

⁸⁰ *Id.* at 10.

⁸¹ *Id.* at 14.

⁸² *Id.* at 14.

⁸³ *Id.* at 14-17.

⁸⁴ *Id.* at 17-18.

ることとしたい。

1 控訴審判決

控訴審判決は Q 社の主張を認め、地裁判決を破棄した。ただし、サーチャージが競争者のコストを引き上げることはないという一点で地裁判決を否定したわけではない。第 1 部の関心対象は NLNC の反競争性にあるが、以下では、控訴審判決の NLNC の反競争性に対する判断を理解する上で必要な限りで、その他の論点についての控訴審判決の判断に触れることとしたい。

(1) 控訴審判決の概要

控訴審判決は NLNC についての地裁判決の判断を次のように理解する。

「地裁によれば、Q 社は OEMs（筆者注：顧客，すなわち，携帯電話端末メーカーのこと）が Q 社の競争者のチップを使用するときできえも、Q 社がロイヤルティを受け取ることができるため、Q 社の不当に高いロイヤルティ率によって、Q 社は競争者の価格をコントロールすることが可能となる。したがって、Q 社の競争者により販売されるいかなるチップの総額も実質的には次の二つの構成要素を含む。すなわち、(1) 名目上のチップ価格と(2)Q 社のロイヤルティサーチャージである。」⁸⁵ そして、控訴審判決は、地裁判決の判断のこの中心的な部分は Q 社のロイヤルティ率が「特許の公正な価値」ではなく Q 社のチップ市場のシェアと（チップではなく）携帯電話端末の価格に基づいているため不当に高く、また、Q 社のロイヤルティ率が顧客のコストを引き上げ、その顧客が消費者に必要以上のコストを転嫁し、また、顧客が携帯電話端末のその他の機能への投資を減らざるを得なくなるから反競争的である、という認定に基づいていると分析する⁸⁶。その上で、控訴審判決は、地裁判決の「反競争的サーチャージ」理論が反競争的害悪の説得的な理論を述べていないとする⁸⁷。控訴審判決によれば、地裁判決は、「特許の損害の算定に関する連邦巡回区控訴裁判所（CAFC）の判例法の誤解を前提とし、誤って反トラスト法の責任と特許法の責任を混同し、また、反トラスト法の検討対象市場から外れる OEMs（筆者注：顧客のこと）への反競争的害悪を不適切に考慮している」⁸⁸と述べる。このように、控訴審判決は、ロイヤルティが不当に高いという地裁判決のサーチャージ理論の前提となる判断を受け入れなかった。さらに、控訴審判決は、仮に Q 社のロイヤルティ率が不当に高いという地裁判決の判断を受け入れたとしても、サーチャージ理論はなお法と論理の問題として誤りがあると述べる⁸⁹。

(2) サーチャージ理論の誤りについて

控訴審判決は本件と Caldera 事件の相違点を指摘し、Q 社のロイヤルティ率が競

⁸⁵ FTC v. Qualcomm Inc., 969 F.3d 974, 998 (9th Cir. 2020).

⁸⁶ 969 F.3d at 998.

⁸⁷ 969 F.3d at 998.

⁸⁸ 969 F.3d at 998.

⁸⁹ 969 F.3d at 998.

争者のチップの販売への「人為的なサーチャージ」になるという地裁の認定は誤りであるとする⁹⁰。控訴審判決は **Caldera** 事件の **Microsoft** のライセンス方法（パー・プロセスライセンス）が有する事実上の排他的効果を、最終製品（コンピュータ）に対して **Microsoft** が何ら付加価値をもたらしていない場合（需要者が **Microsoft** の競争者の OS を搭載した場合）にまで競争者の OS にあからさまな負担を課したことに見出す⁹¹。控訴審は、これに対して本件では、顧客が競争者のチップを使用する場合でも顧客が携帯電話端末を販売するには SEP のライセンスが必要になるため、**Q** 社が SEP のライセンスを行う際にそのライセンスは価値を有するという⁹²。また、**Caldera** 事件では、需要者が **Microsoft** の競争者の OS を搭載した場合には、当該 OS のロイヤルティと **Microsoft** の OS のロイヤルティを支払わなければならないのに対して、本件では、顧客が **Q** 社の競争者のチップを搭載した場合に、SEP のライセンスのために二重の支払いは必要ないとも述べる⁹³。以上から、控訴審判決は、**NLNC** には事実上の排他的効果がないとする⁹⁴。

また、控訴審判決は、**FTC** が訴状や主張書面において、**Q** 社が SEP のロイヤルティを用いてチップに反競争的で極端に低い価格を設定し、競争者の利益を圧搾して研究開発に必要な投資を行うことを妨げることで競争者を排除したことを理由に **Q** 社のロイヤルティ率が競争者のチップの販売に反競争的なサーチャージを課したと主張していると指摘する⁹⁵。控訴審判決はこれをマージンスクイズと位置付けた上で、**FTC** は **Q** 社が（マージンスクイズを反トラスト法違反に問うために必要な）略奪的価格設定を行ったとの証拠を提出していないし、地裁判決はむしろ **Q** 社がチップに独占的な価格を設定していた旨認定したと指摘する⁹⁶。

さらに、控訴審判決は、**FTC** が **NLNC** の問題点を競争者のチップを使用する場合にもサーチャージを支払うというライセンス契約を締結しない限り **Q** 社が顧客にチップを販売しないことに見ていたと指摘しつつ、このような議論は **FTC** にとって自滅的であるという⁹⁷。なぜならば、**Q** 社のチップにアクセスするために課される条件が顧客のチップメーカーの選択にかかわらず適用されるのであれば、その条件は定義からして有効競争の領域（the area of effective competition）を歪めることもないし、競争者にインパクトを与えることもないからであるという⁹⁸。控訴審判決によれ

⁹⁰ 969 F.3d at 1000.

⁹¹ 969 F.3d at 1000.

⁹² 969 F.3d at 1000.

⁹³ 969 F.3d at 1000. この点について、**Q** 社は本件ではチップについて二重の支払いをすることはないと主張していた（前記第2の1(3)参照）が、控訴審判決は SEP のロイヤルティに対して二重に支払うことはないとしている。

⁹⁴ 969 F.3d at 1000.

⁹⁵ 969 F.3d at 1000-1001.

⁹⁶ 969 F.3d at 1001.

⁹⁷ 969 F.3d at 1002.

⁹⁸ 969 F.3d at 1002.

ば、NLNC はせいぜいチップの代金とロイヤルティの総額を上昇させるだけであるが、この総額が合理的であるかどうかは特許法の問題であり反トラスト法の問題ではない⁹⁹。

2 控訴審判決に対する FTC の反論

控訴審判決に対して、FTC は同裁判所に再審理を求める申立てを行った。FTC は申立書の中で、本件では、顧客が競争者の製品を購入した場合に課されるペナルティが「ロイヤルティ」の中に隠されているにもかかわらず、控訴審判決は「ロイヤルティ」として徴収されているということを理由に、そのロイヤルティは反トラスト法ではなく、特許法においてのみ争うことができると判断したとし、このような判断は反トラスト法が経済的な実質に関心を有するという基本原則を無視するものであると批判する¹⁰⁰。また、控訴審判決が顧客がチップを Q 社から購入しても競争者から購入してもロイヤルティが変わらないことを理由に NLNC の反競争性を否定したことについて、健全な経済学に反するすると批判する¹⁰¹。見かけ上は中立的な料金は、競争者にとっては製品の価格を引き上げる負担として機能する一方で、独占者にとっては自らの実質的な価格の構成要素に過ぎないからである¹⁰²。FTC は、合理的な独占者は、この料金によって実質的な価格が利潤を最大化する価格を超えて引き上げられることがないように、名目上の価格を操作するだろうと述べている¹⁰³。

さらに、FTC は、チップ市場の独占者が顧客に対して、競争者のチップを購入した場合にのみ 10 ドルの料金を課し、自らのチップを 25 ドルとしていた契約を、顧客のチップの購入先にかかわらず顧客に 10 ドルの料金を課して、自らのチップを 10 ドル値下げする（つまり、チップ価格を 15 ドルとする）契約に変えたとしても、経済的な差異はなく、チップ価格の見かけ上の「減額」と料金の見かけ上の「中立性」は錯覚であると主張する¹⁰⁴。

また、FTC は、「中立的な」サーチャージの反競争的効果を理解するもう一つの方法が、「中立的な」サーチャージがなくなった場合に何が起きるかを問うことであるとした上で、Q 社が「中立的な」サーチャージを課すことができなくなったにもかかわらず真のチップ価格（Q 社の名目上のチップの価格＋サーチャージ）を維持しようとする場

⁹⁹ 969 F.3d at 1002.

¹⁰⁰ Petition of the Federal Trade Commission for Rehearing *En Banc*, at 9-10 (September 25, 2020). 申立書は、控訴審判決のロジックでは、10 ドルのあからさまなサーチャージは明らかな反トラスト法違反であるが、同じサーチャージを 1 ドルの価値のある特許に関する 11 ドルの「ロイヤルティ」であると表現すると反トラスト法上の精査を免れることになる」と批判する。 *Id.* at 10.

¹⁰¹ *Id.* at 13.

¹⁰² *Id.* at 14.

¹⁰³ *Id.* at 14.

¹⁰⁴ *Id.* at 14-15.

合には、顧客はチップを競争者から購入する強いインセンティブを有することになり、その結果、Q社は競争に対応するために価格を引き下げざるを得なくなるだろうと述べる¹⁰⁵。そして、独占者がそのような競争から自分を守ることを可能にする行為は反競争的であると述べる¹⁰⁶。

以上のようなFTCの主張は、Q社が、チップとロイヤルティの総額としての独占価格の範囲内でチップ価格をロイヤルティに割り当てることで、競争者の実質的なチップ価格(のみ)を引き上げるというものであり、学者意見書と同様の考えを採ったものといえる。

第5 NLNCの反競争性に関する議論のまとめ

ここでは、これまで見てきたNLNCに関する議論を整理し、何が対立点であったのかを確認することとしたい。

1 競争者のコストを不当に引き上げるか

NLNCの反競争性に関する最大の争点はNLNCが競争者のコストを不当に引き上げるのか否かという点であるといえる。少なくともFTCと学者意見書は、顧客と競争者の取引に人為的なコスト(ペナルティ)を課す行為が反競争的であることを前提として、NLNCがそのような行為であると明確に主張していた。これに対して、Q社は、競争者に不均衡な形でコストを引き上げなければ反競争的ではないということを前提に、NLNCにおいては、顧客がQ社のチップを選択しても競争者のチップを選択しても特許権のロイヤルティが変わらないため反競争的ではないと主張し、控訴審判決も同様の判断を示した。他方、学者意見書は、NLNCは実質的にはQ社のチップ価格の一部を名目上のロイヤルティに割り当てるものであり、顧客がQ社からチップを購入する際の総額(チップ代+ロイヤルティ)に影響を与えない場合であっても、競争者のそれを引き上げるため、顧客がQ社のチップを使用する場合と競争者のチップを使用する場合とは、異なる形で影響を与えると主張し、FTCも同様の主張を行った。これはQ社の主張にいう「不均衡な形でコストを引き上げる」行為ともいえよう。この主張そのものに対しては、Q社の主張にも控訴審判決にも理論的には説得的な反論は見られないが、後記4のとおり、FTCの主張が事実であったとしても、実質的にはマージンスクイズと変わらないとの指摘を行っている。

2 ロイヤルティの不当性

ところで、ロイヤルティが不当に高いかどうかという点は、NLNCが競争者のコストを不当に引き上げるか否かという論点とどのような関係にあるだろうか。第一に、地裁判決やFTCが競争者のコストを不当に引き上げると主張するサーチャージ部分とは、ロイヤルティのうち、不当に高い部分とされていたことから、ロイヤルティが不当に高

¹⁰⁵ *Id.* at 15.

¹⁰⁶ *Id.* at 15.

いことは NLNC がサーチャージによって競争者のコストを不当に引き上げるという主張の前提である。第二に、FTC にとっては、法的評価としてもロイヤルティが不当に高いことは重要であった。FTC は主張書面において、合理的なロイヤルティであっても特許権者を競争上有利にする可能性があるが、それは特許権者の技術革新への正当な報いであると述べている（前掲注 53 参照）。したがって、不当に高いロイヤルティでなければ違法であるとの評価を下すことが困難であったと考えられる。

ところで、Q 社はロイヤルティが不当に高いという地裁判決の判断をも争っており、控訴審判決もロイヤルティが不当に高いという地裁判決の判断を否定した。上記のとおり、ロイヤルティが不当に高いことは、サーチャージによって競争者のコストを不当に引き上げるという主張の前提であるから、控訴審判決のこの判断は地裁判決や FTC にとって致命的であった。

他方、学者意見書は競争上の害は NLNC がない場合のロイヤルティよりも高いことの結果であって、Q 社の FRAND 宣言により課されるロイヤルティの上限を超えるかどうかには依存しないと述べている。学者意見書の立場は、この点においては、地裁判決や FTC の主張と一線を画している。しかし、だからといって、学者意見書がロイヤルティの高さに何ら不当性を必要としていないと捉えるのは誤りであろう。学者意見書は、Q 社がチップ市場で合法的に独占力を獲得したことを理由に、Q 社にはチップに高い価格を設定する権利があることを認めている。このことから分かるように、学者意見書は、価格が高ければ（あるいは、価格が高められれば）いかなる場合も反トラスト法上非難されるべきとの考えは採っていない。学者意見書にとって重要なのは、Q 社がチップにより高い価格を設定するのではなく、ロイヤルティを高めるためにチップ市場の独占力を行使したということであろう。すなわち、学者意見書はチップ市場の独占力を行使して、（チップに独占価格を設定するのではなく）特許権のロイヤルティを引き上げて、チップ市場の参入障壁を引き上げた点に反トラスト法上許容できない側面を認めたのである。したがって、学者意見書もこのような意味で Q 社のロイヤルティを不当に高い（あるいは、不当に高められた）ロイヤルティであると評価しているといえるだろう。他方、控訴審判決は Q 社のロイヤルティが不当に高いとした地裁判決の判断をあくまでも特許の損害の算定に関する判例法に照らして審査したのであるから、両者の間では不当性のベースラインが異なるのである。

3 Caldera 事件との類似性

NLNC を巡っては、Caldera 事件との類似性も争点の一つとなっていた。しかし、FTC・学者意見書と Q 社・控訴審判決との間では、着眼点が異なっているように見える。例えば、Q 社が顧客が競争者のチップを使用する場合でも Q 社が顧客に対してロイヤルティを請求する権利があることから Caldera 事件とは異なると主張したのに対して、学者意見書は Caldera 事件は独占力を行使して顧客による競争者の製品の使用に人為的なコストを課したことが反トラスト法違反に問われたのであり、それを異な

るコンピュータで使用される OS の価格の一部であると説明するか (Caldera 事件), 顧客に販売される異なる製品 (特許権のライセンス) の価格の一部と説明するか (本件) の間に実質的な差異はないと主張した。また, Q 社はチップに対して二重の支払いがない本件は OS に対して二重の支払いが発生する Caldera 事件と異なると主張した。第 2 部で見ると, たとえ, サーチャージが実質的には Q 社のチップ価格の一部であるとしても, 確かに Caldera 事件のロイヤルティと経済的に同じとはいえない。しかし, FTC や学者意見書は顧客と競争者の取引に人為的なコスト (ペナルティ) を課す行為を反競争的であると判断した事例として Caldera 事件を引用していたのだから, 学者意見書や FTC にとって重要なのは顧客と競争者の取引に人為的なコスト (ペナルティ) を課すかどうかであり, その課し方まで Caldera 事件と同じであるかどうかは重要ではなかった。これに対して, Q 社や控訴審判決は, その人為的なコストの課し方において両事件で問題となった行為は異なると主張・判断していた。

4 マージンスクイズとの関わり

ところで, 米国政府意見書や控訴審判決は, NLNC とマージンスクイズとの間に類似性を見出していた。Q 社も同様の主張をしていた¹⁰⁷。前記 1 で見た FTC (や学者意見書) の主張がそのとおりだとしても, それは実質的にはマージンスクイズに過ぎず, コスト割れ等の事実がない限り, 反競争的ではない, という主張である。このような主張がなされたのは, FTC の主張がチップと特許権のライセンスという二つの商品・役務間の価格の調整により, 競争者の利益を減じるという主張であると捉えられたためである。NLNC とマージンスクイズの類似性を巡る議論は後記第 6 の 1 に譲る。

第 6 派生的な論点

第 5 までは, NLNC の反競争性, 特に「サーチャージ」が競争者のコストを引き上げるのかどうか, という点を中心に議論を整理したが, ここでは, NLNC と同様の行為を我が国独占禁止法で評価する場合に影響があり得る論点として, NLNC とマージンスクイズが類似しているのかどうかという点と NLNC が抱き合わせに該当するのかどうかという点に関する議論を整理する。

1 マージンスクイズとの類似性

控訴審判決をはじめ, NLNC が反競争的ではないと判断・主張した側からは, FTC 等が主張するサーチャージとそれによる競争者への影響が仮にあったとしても, それはマージンスクイズ (プライススクイズ) に過ぎないとの声が多かった。そのような声が多かったのは, FTC の主張が実質的なチップ価格の一部をロイヤルティに割り当てて, ロイヤルティを引き上げるとともに, チップ価格を引き下げることによって競争者のコストを引き上げ, その利益を減じるというものであると捉えられたためである。この

¹⁰⁷ 例えば, Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 38-40 (August 23, 2019).

ような二つの商品・役務間の価格の調整により、競争者の利益を減じるという主張は、linkLine 事件で原告が主張した上流市場の価格を引き上げ、下流市場の価格を引き下げる行為と同様であると捉えられたのである¹⁰⁸。米国では、linkLine 事件最高裁判決がマージンスクイズを独立した違反類型とは捉えず、上流市場での取引拒絶か下流市場での廉売のいずれかがシャーマン法に違反しない限り、合法であると判断した¹⁰⁹。仮に Q 社による競争者への SEP のライセンス拒絶が同判決にいう「上流市場での取引拒絶」であるとしても、本件ではそのライセンス拒絶の違法性自体が争点になっていたし、少なくとも地裁判決はチップ市場で略奪的廉売があったとの認定はしておらず、FTC もそのような主張をしていなかった。このため、仮に NLNC がマージンスクイズと実質的に同じであるならば、チップ市場での略奪的廉売の認定・主張がない本件は違法とならないというのが NLNC が反競争的ではないと判断・主張した側の言い分である。チップ価格をロイヤルティに割り当てるという主張は学者意見書でも見られる主張であるため、学者意見書に対しても同様の批判が当てはまることになろう。

これに対して、FTC は linkLine 事件で原告が問題とした唯一の行為は被告の商品及び役務の価格設定に過ぎない一方で、本件で Q 社は自らのチップ価格とロイヤルティを設定しているだけでなく、チップ市場における独占力を行使して顧客が Q 社の競争者のチップを購入した場合に Q 社に料金 (fee) を支払うことを強要したとして両事件を区別した¹¹⁰。また、FTC は、linkLine 事件で原告が依拠した反トラスト法上の理論は、「反トラスト法は垂直統合企業にその小売り段階の垂直統合していない競争者に「公正」又は「十分な」利益」を与えることを求める」というものであるのに対して、本件で地裁判決が依拠したのは、独占者はその独占を利用して顧客による競争者の製品の使用に金銭的ペナルティを課してはならないという議論の余地のない原則であると主張した¹¹¹。さらに、FTC は、地裁による本件行為の差止めの下でも、Q 社のロイヤルティとチップ価格が競争者に「公正」で「十分な」利益を確保するかどうかにかかわらず、Q 社は自由に高いロイヤルティを求め、チップを低価格で供給することが引き

¹⁰⁸ Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 38-39 (August 23, 2019); Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (REDACTED), at 33-36 (December 13, 2019); Brief of the United States of America as Amicus Curiae in Support of Appellant and Vacatur, at 14-16 (August 30, 2019); Lindsey M. Edwards, Douglas H. Ginsburg & Joshua D. Wright, *Section 2 Mangled: FTC v. Qualcomm on the Duty to Deal, Price Squeezes, and Exclusive Dealing*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol 8, Issue 2, 335, 345-349 (2020); 969 F.3d at 1000-1001.

¹⁰⁹ Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc., 555 U.S. 438, 452 (2009).

¹¹⁰ Brief of the Federal Trade Commission, at 66 (November 22, 2019).

¹¹¹ *Id.* at 67. FTC の主張に対して、Q 社は、linkLine 事件においても、AT&T は上流市場における独占を用いて下流市場における競争者のコスト（すなわち、上流市場の価格）を引き上げることで、下流市場における顧客が下流市場における競争者から購入したときでさえも、AT&T の独占力に起因する額を支払うことを強要したということが出来る上に、両事件によって主張されている害も競争者の利益の減少であり、同じであるから、両事件で違いは全くないと反論した。Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (REDACTED), at 35 (December 13, 2019).

続き可能であるとも述べる¹¹²。これは、地裁判決が NLNC に対する差止めとして、ライセンス契約の締結をチップの供給の条件とすることやチップの供給停止を脅しに交渉することなどを禁止したに過ぎないため¹¹³、それらの行為を行わない限りは特許権のライセンスに高いロイヤルティを設定し、チップを低価格で供給することはなお妨げられないという趣旨だと思われる。

また、学者意見書は、NLNC がその形式的にも実質的にもマージンスクイーズとは異なると主張した。後者については、被告は高価格で上流市場の商品・役務を販売することで、同商品・役務の販売を拒絶するという正当な権利の行使以上の害を発生させることはできないという linkLine 事件最高裁判決の論拠が本件では当てはまらないと主張する¹¹⁴。学者意見書は、Q 社が仮に顧客へのライセンスを拒絶した場合には、訴訟において FRAND 条件に準拠するロイヤルティを受け取ることができるようになるだけ（つまり、裁判所に FRAND 条件のロイヤルティでライセンスすることを命じられるだけ）であり、顧客及び競争者はロイヤルティ低下の利益を享受し、NLNC が行われていたときよりも状況が改善するため、Q 社は特許権の顧客へのライセンスを拒絶することで NLNC と同等以上の害を発生させることはできないと主張した¹¹⁵。また、同じ学者らによって提出された、FTC による控訴裁判所での再審理の申立てを支持するアミカスブリーフは、Q 社はチップ価格を下げるためにロイヤルティを引き上げているのではなく、ロイヤルティを引き上げるためにチップ価格を下げ、競争者のチップを使用する顧客のコストを引き上げているのだから、NLNC はマージンスクイーズではなく、ライバル費用引上げ戦略（RRC）であると主張した¹¹⁶。

2 抱き合わせ該当性

控訴審判決は、地裁判決が NLNC をあたかもチップの購入を特許権のライセンスの条件としているように扱っているとした上で、実際にそうであれば抱き合わせとして問題になり得るが、本件はその逆であり、特許権のライセンスをチップの購入の条件としてい

¹¹² Brief of the Federal Trade Commission, at 67 (November 22, 2019).

¹¹³ 411 F.Supp.3d at 818-824.

¹¹⁴ Brief of Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Appellee and Affirmance, at 14 (November 27, 2019). マージンスクイーズが取引拒絶以上の害を発生させることができないという考えについては、岸井大太郎「独占禁止法とマージンスクイーズ：再論」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』245-247 頁（有斐閣，2013 年）参照。

¹¹⁵ *Id.* at 14-15. Q 社の競争者である Intel のアミカスブリーフも NLNC が取引拒絶とは異なるという点を指摘している。同文書は、Q 社の競争者への害は Q 社が競争者へのチップの販売を拒絶したことから生じるのではなく、Q 社が顧客に対して、競争者の製品につり上げられたロイヤルティを課すことで競争者を排除する取引条件で Q 社と取引することを強いたことで生じているとし、linkLine 事件との差異を説明する。Brief of Intel corporation as Amicus Curiae in support of Appellee and Affirmance, at 21-22 (November 29, 2019).

¹¹⁶ Brief of 46 Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Petition for Rehearing En Banc, at 15 footnote 7 (October 5, 2020).

るのであるから問題とならないという趣旨の判示を行っている¹¹⁷。つまり、控訴審判決は、本件の検討対象市場はチップ市場であるため、チップを購入させるような条件付け（チップ（従たる商品・役務）の購入をライセンス（主たる商品・役務）の条件とすること）でなければ抱き合わせにならないと考えたのである。しかし、抱き合わせが主たる商品・役務の市場における独占力を維持することはあり得るし¹¹⁸、実際に複数のアマカスブリーフが、本件が主たる商品・役務の市場における独占力の維持のための抱き合わせに類似していることを指摘している¹¹⁹。しかし、少なくとも FTC が抱き合わせに関する裁判例を引用するなどして積極的に抱き合わせであると主張することはなかったし、上記アマカスブリーフも類似性を指摘するものの、それ以上の主張は行っていない。米国では、抱き合わせが当然違法とされていることを踏まえると、FTC がなぜ抱き合わせとして主張しなかったのかという疑問が生じる。

この疑問を解消するヒントは Q 社の主張にあると思われる。Q 社は、控訴審段階の主張書面において、Jefferson Parish Hospital 事件最高裁判決の、購入者が従たる商品市場（*tied product market*）において他の売り手からさえ購入しなかったであろう商品の購入を「強制」される場合には、他の売り手に利用可能であったであろう市場のいかなる部分も閉鎖されていないため、競争への負の影響は存在し得ない¹²⁰、という箇所を引用して次のように主張した¹²¹。すなわち、Q 社は顧客が Q 社からチップを購入するか否かにかかわらず、顧客が製造する全ての携帯電話端末についてライセンスを受けることを要求する権利を有し、顧客は Q 社からしかそのライセンスを確保できないから、そのライセンスに関する競争は排除（*foreclose*）され得ない、と。Jefferson Parish Hospital 事件最高裁判決の上記判示部分は、米国において不要品購入強制型の抱き合わせが当然違法原則の発動対象にならないという主張においてしばしば援用されるとの指摘があるが¹²²、Q 社は、不要品ではなく、必須品（SEP のライセンス）について、この必須品は Q 社以外の者から購入できず、したがって、NLNC がなくても顧客は Q 社以外の者から購入しなかったであろうから、競争は排除されないという文脈で援用したのである。米国では、Jefferson Parish Hospital 事件最高裁判決の上記判示部分は不要品の購入を強制するケースを念頭に置いているように見えるものの、この理由付けは従たる商品を供給する売り手が他に存在しない場合にも等しく当てはまるとの解説がある¹²³。もっとも、売り手が

¹¹⁷ 969 F.3d at 1002-1003.

¹¹⁸ Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, 123 Harv. L. Rev. 397, 417-419 (2009).

¹¹⁹ Brief of Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Appellee and Affirmance, at 10-11 footnote 11 (November 27, 2019); Brief of Amicus Curiae Timothy J. Muris in Support of Appellee, at 10-14 (November 29, 2019).

¹²⁰ Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984).

¹²¹ Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 41 (August 23, 2019).

¹²² 早川雄一郎「抱き合わせ販売の規制根拠（2・完）—競争プロセスと消費者保護」民商法雑誌 153 巻 3 号 66 頁及び同頁注 135（2017 年）。

¹²³ 9 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, *ANTITRUST LAW* ¶ 1723b. (Wolters Kluwer,

他に存在しない原因が抱き合わせである場合には、当然、このような議論は行い得ないが¹²⁴、少なくとも SEP については、米国では売り手が他に存在しない原因は技術標準の設定にあるとの考えが根強い¹²⁵。そうすると、Q 社の個々の SEP のライセンス市場には既に競争者がいない状態であり、仮に SEP を従たる商品・役務とする抱き合わせを行っても、それにより当該市場において競争者の排除が生じることはなく、少なくとも当然違法原則の発動は難しいと考えられた可能性がある。

なお、以上は従たる商品・役務である SEP のライセンス市場の市場閉鎖を問題とする場合の難点であり、抱き合わせが主たる商品・役務の市場（本件におけるチップ市場）における独占力を維持する場合の議論には直接の関係はないように見える。しかし、抱き合わせが主たる商品・役務の市場における独占力を維持する場合も、それは従たる商品の市場閉鎖を通じてなされるとされているため¹²⁶、従たる商品・役務である SEP の市場の市場閉鎖が認められない以上、抱き合わせによって主たる商品・役務の市場における独占力を維持すると考えることも難しいように思われる。もっとも、NLNC と抱き合わせにより主たる商品・役務の独占力を維持する行為との類似性を指摘する者らは、主たる商品・役務の独占力をを用いて従たる商品・役務の高価格を実現し、それを通じて主たる商品・役務の独占力を維持することと主たる商品・役務の独占力をを用いて従たる商品・役務の市場閉鎖を生じさせ、それを通じて主たる商品・役務の独占力を維持することの間に反トラスト法的に有意な差異はないと考えているのであろう。しかし、NLNC が、主たる商品・役務の独占力をを用いて従たる商品・役務の高価格を実現し、それを通じて主たる商品・役務の独占力を維持するというものであるならば、結局、その分析は前記第 5 までで見たようなものとなるのだろう。

4th ed. 2018).

¹²⁴ *Id.* ¶ 1723d.

¹²⁵ FTC が過去の個別事案において、技術市場における市場力や独占力は技術標準の設定により生じるのであり、その後に行われる FRAND 宣言違反は市場力又は独占力を形成等する行為ではない、との考えを採ったことについて、拙稿「標準必須特許の権利行使に対する FTC 法 5 条適用事案の再検討」筑波法政 84 号 43-44 頁（2020 年）参照。

¹²⁶ 早川雄一郎「抱き合わせ販売の規制根拠（1）—競争プロセスと消費者保護」民商法雑誌 153 巻 2 号 74 頁（2017 年）及び同論考が引用する Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02), para. 52 参照。

第2部 日本法での検討

第2部では、米国 **Qualcomm v. FTC** で問題となった **No License No Chips** のような行為が仮に日本で行われた場合に、独占禁止法上どのように評価できるかを特に排除行為の観点から検討する。

検討の対象とするのは、

- ・SEPの権利者が、SEPのライセンスを行う相手方（需要者）に対してSEPとは異なる商品・役務も供給しており、かつ、需要者は自らの製品を製造・販売するために、SEPとSEPとは異なる商品・役務をともに必要としている
- ・需要者がSEPとは異なる商品・役務をSEPの権利者から購入するか否かにかかわらず、自らの製品を製造・販売する場合には、SEPの権利者のSEPの権利侵害を生じさせてしまう
- ・SEPの権利者がSEPとは異なる商品・役務の市場において市場支配力を有するなど、需要者にとって少なくともSEPとは異なる商品・役務の一定量はSEPの権利者から購入せざるを得ない

という状況において、SEPの権利者が需要者に対して、SEPとは異なる商品・役務を供給する条件として、需要者がSEPとは異なる商品・役務をSEPの権利者の競争者から購入して製造・販売する製品についてもロイヤルティが課されるという内容のSEPのライセンス契約の締結を求める行為である。米国 **Qualcomm v. FTC** で **No License No Chips** が反競争的であると主張した側は、**No License No Chips** がチップ市場における競争者を排除する行為に当たると主張していた。このため、この主張を手掛かりに、**No License No Chips** のような行為がSEPとは異なる商品・役務の市場における競争を害する行為として独占禁止法上問題となるかどうかを中心に検討する。検討に当たっては、最高裁の判例があり、学説上の議論も豊富な排除型私的独占の要件のうち、特に排除行為該当性（排除効果、人為性及び正当化理由）を検討する。もちろん、**No License No Chips** のような行為が不公正な取引方法に該当する可能性があることを否定するものではない。しかし、不公正な取引方法のうち、自由競争減殺型に分類されるものは、排除効果や競争の実質的制限の要件を満たさない場合に、それでもなお公正な競争を阻害するおそれであれば認められるのではないかという形で議論することができるため、まずは排除行為該当性を論じることが効率的である。

以下、第1において用語の整理をした上で、第2では、米国 **Qualcomm v. FTC** で **FTC** 等により唱えられた理論を手掛かりに、**No License No Chips** のような行為が、需要者がSEPとは異なる商品・役務を競争者から購入する場合に「サーチャージ」を課すことで当該競争者を排除するものとして排除行為に該当するのか、という点を検討する。また、**No License No Chips** は、少なくとも外見上は抱き合わせにも該当するものであり、米国事件でも若干の議論がなされていたことから、第3で

は抱き合わせ該当性を検討する。

第1 用語の整理

第2部でも米国 *Qualcomm v. FTC* で問題となった *No License No Chips* に言及することが少なくないが、米国 *Qualcomm v. FTC* は単に「米国事件」、*No License No Chips* は第1部と同様に「NLNC」と呼び、その他の用語も基本的には第1部と同様である。さらに、第2部の日本法の検討に当たっては、米国事件におけるQ社に相当する者を「SEPの権利者」という。また、SEPの権利者がSEPのライセンスを条件に供給するSEPとは異なる商品・役務（米国事件におけるチップに相当するもの）を「他の商品」といい、第2部冒頭で述べた本稿が検討対象とする行為（米国事件で問題となった *No License No Chips* のような行為）は、「SEPと他の商品のセット供給」と呼んで論を進める。SEPの権利者から、SEPのライセンスを受け、他の商品を購入する者（米国事件における携帯電話端末メーカーに相当する者）は「顧客」と呼び、他の商品の市場においてSEPの権利者と競争関係にある者（米国事件における競合チップメーカーに相当する者）は「競争者」と呼ぶ。

第2 「サーチャージ」による排除

ここでは、SEPと他の商品のセット供給が、顧客が他の商品を競争者から購入する場合に「サーチャージ」を課すことで当該競争者を排除するものであるとして排除行為に該当するのか、という点を検討する。

1 排除型私的独占の要件（排除行為について）

独占禁止法2条5項は、「この法律において「私的独占」とは、事業者が、単独に、又は他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法をもつてするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」と定め、同3条は、「事業者は、私的独占・・・をしてはならない。」と定める。

「他の事業者の事業活動を排除し、」は、通常「排除行為」と呼ばれるものである。NTT東日本FTTH事件最高裁判決では、「本件行為が独禁法2条5項にいう「他の事業者の事業活動を排除」する行為（以下「排除行為」という。）に該当するか否かは、本件行為の単独かつ一方的な取引拒絶ないし廉売としての側面が、自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、競業者のFTTHサービス市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つものといえるか否かによって決すべきものである。」¹と述べられて

¹ 最判平成22年12月17日（平成21年（行ヒ）第348号）（東日本電信電話(株)による審決取消請求事件）裁判所HP掲載PDF版10頁。この説示は後続の最高裁判決でも確認されている（最判平成27年4月28日（平成26年（行ヒ）第75号）（株）イーライセンスによる審決取

いることから、排除行為とは、正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するものであり、かつ、競争者の市場への参入を著しく困難にするなどの効果を持つもの（人為性+排除効果）である。

JASRAC 事件最高裁判決では、問題となっている行為が排除効果を有するかどうかは、検討対象市場等の市場の状況、行為者とその競争者の市場における地位及び競争条件の差異、検討対象市場の商品・役務の特性、行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断されるべきものとされた²。

人為性の有無は、上記のとおり、正常な競争手段の範囲を逸脱するか否かにより判断される。ただし、JASRAC 事件最高裁判決では、傍論ながら JASRAC の行為が人為性を有するものであるとの判断を示す中で、「別異に解すべき特段の事情のない限り、」との留保をつけており、これは人為性を否定する正当化理由のことであるとされている³。

以下では、SEP と他の商品のセット供給について、排除効果、人為性（同等効率性基準を採用すべきか否かという点を含む）、人為性を否定し得る正当化理由の順に検討する。

2 排除効果

前記1のとおり、排除型私的独占に関する最高裁判決は、問題となっている行為が排除効果を有するかどうかは、検討対象市場等の市場の状況、行為者とその競争者の市場における地位及び競争条件の差異、検討対象市場の商品・役務の特性、行為の態様や継続期間等の諸要素を総合的に考慮して判断すべしと述べている。需要者との契約内容が排他的なものであることが問題となった JASRAC 事件の最高裁判決は、SEP と他の商品のセット供給の排除効果の検討において参考になると思われる。同判決は検討対象市場等の状況、行為者とその競争者の市場における地位及び競争条件の差異については、管理委託及び利用許諾の各市場の参入障壁の高さ及び需要者にとって JASRAC との間で当該契約を締結することが避けられないことを、検討対象市場の商品・役務の特性については、需要者にとって楽曲間に代替性があることを、行為の態様や継続期間等については、JASRAC の当該契約が需要者による競争者との契約を抑制するものであり、かつ、JASRAC がほとんど全ての需要者との間で当該約を締結しているため、それにより需要者の競争者との契約が抑制される範囲がほとんど全ての需要者に及ぶ

消等請求事件) 公取委審決等データベース PDF 版 6-7 頁。

² 最判平成 27 年 4 月 28 日 (平成 26 年 (行ヒ) 第 75 号) ((株) イーライセンスによる審決取消等請求事件) 公取委審決等データベース PDF 版 7 頁。最判平成 22 年 12 月 17 日 (平成 21 年 (行ヒ) 第 348 号) (東日本電信電話 (株) による審決取消請求事件) 裁判所 HP 掲載 PDF 版 10 頁も同様の要素を挙げる。

³ この正当化理由は、排除効果を打ち消すものというよりも、人為性を否定するものであり、行為の相手方に対する事業活動の制約を正当化する事情であると説明されている。長澤哲也「判批」ジュリスト 1483 号 7 頁 (2015 年) 及び滝澤紗矢子「判批」法学教室 421 号 54-55 頁 (2015 年) 参照。

こととなり、その継続期間も相当な期間に及んでいることを、それぞれ挙げている⁴。

SEP と他の商品のセット供給が排除効果を有するかどうかは、上記各要素を踏まえて具体的な事実関係の下で判断されることになるが、「行為者・・・の市場における地位・・・」と「行為の態様」はある程度抽象的な形で議論できるだろう。仮に顧客が他の商品を SEP の権利者以外の者から購入することで済ますことができれば、顧客は他の商品をその者から購入して自らの製品を製造・販売すればよく、SEP の権利者から他の商品を購入するために高額なロイヤルティを受け入れる必要がないため、「行為者・・・の市場における地位・・・」は重要であろう。もちろん、顧客は他の商品を SEP の権利者以外の者から購入して自らの製品を製造・販売する場合でも SEP の権利者から SEP のライセンスを受けなければならないが、仮にロイヤルティが高ければ、交渉や訴訟を通じて FRAND 条件の範囲内のロイヤルティを実現することができる⁵。「行為の態様」のうち、SEP と他の商品のセット供給が、顧客が競争者から他の商品を購入することを抑制する（利用抑制効果を有する）ものであるかという点は、米国事件で激しい議論が交わされた点である。以下、米国事件の議論を参考に検討する。

(1) アドオン効果（Caldera 事件や JASRAC 事件との類似性）

我が国の先行研究に、米国事件における NLNC の反競争的效果を「アドオン効果」に求めるものがあることは「はじめに（本研究の動機と意義）」で示した。「アドオン効果」は JASRAC 事件でも認められたものであるとされていることから⁶、仮に SEP と他の商品のセット供給が「アドオン効果」を有するのであれば、同事件の最高裁判決に倣って利用抑制効果が認められる可能性が高いため、初めに、SEP と他の商品のセット供給が JASRAC 事件で問題となったいわゆる「アドオン効果」を有するかを検討する。

まず、JASRAC 事件でロイヤルティの包括徴収のどこが問題となったのかを確認する。最高裁判決は、「・・・本件行為は、参加人がほとんど全ての放送事業者との間で年度ごとの放送事業収入に所定の率を乗じて得られる金額又は所定の金額を放送使用料とする本件包括徴収による利用許諾契約を締結しこれに基づく放送使用料

⁴ 最判平成 27 年 4 月 28 日（平成 26 年(行ヒ)第 75 号）（(株) イーライセンスによる審決取消等請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 7-9 頁。

⁵ 米国事件に関して、以上の点を的確に指摘するものとして、Erik Hovenkamp & Timothy Simcoe, *Tying and Exclusion in FRAND Licensing: Evaluating Qualcomm*, at 3, Antitrust Source, February 2020.

⁶ 越知保見「日米欧中韓クアルコム事件についての横断的検討(下)」公正取引 817 号 41 頁(2018 年)は、NLNC が「アドオン効果」を有すると述べる中で「JASRAC 事件でも問題となった戦略」とする。また、日本のクアルコム事件の評釈において、NLNC の排除効果について越知・前掲論考と同様に論ずる上杉秋則「クアルコム事件審判審決評釈～国際比較から示唆される問題点はどこにあるか～〔下〕」国際商事法務 48 巻 3 号 324-325 頁(2020 年)は、アドオン効果の解説として、同『独禁法による独占行為規制の理論と実務』284-286 頁及び 303-304 頁(商事法務, 2013 年)を引用するが(326 頁注 44)、この箇所は JASRAC 事件の包括徴収方式の排他性を論ずる箇所である。

の徴収をするというものであるところ、このような内容の利用許諾契約が締結されることにより、放送使用料の金額の算定に管理楽曲の放送利用割合が反映される余地はなくなるため、放送事業者において、他の管理事業者の管理楽曲を有料で利用する場合には、本件包括徴収による利用許諾契約に基づき参加人に対して支払う放送使用料とは別に追加の放送使用料の負担が生ずることとなり、利用した楽曲全体につき支払うべき放送使用料の総額が増加することとなる。そうすると、上記アのとおり、放送事業者にとって参加人との間で包括許諾による利用許諾契約を締結しないことがおよそ想定し難いことに加え、楽曲が放送利用において基本的に代替的な性格を有するものであることにも照らせば、放送事業者としては、当該放送番組に適する複数の楽曲の中に参加人の管理楽曲が含まれていれば、経済合理性の観点から上記のような放送使用料の追加負担が生じない参加人の管理楽曲を選択することとなるものということができ、これにより放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用は抑制されるものということができ。」⁷（下線は筆者が付した。）と述べる。このように、最高裁判決は、放送使用料の算定に放送利用割合（放送事業者から徴収する放送使用料の算定において当該放送事業者が放送番組に利用した音楽著作物の総数に占める JASRAC の管理楽曲の割合）が反映されない徴収方法を採用することで、放送事業者が JASRAC の競争者の管理楽曲を有料で利用する場合には、JASRAC に支払う放送使用料とは別に追加の放送使用料の負担が生ずることとなり、利用した楽曲全体につき支払うべき放送使用料の総額が増加することとなることに、放送事業者による JASRAC の競争者の管理楽曲の利用を抑制させる効果を見出していた。また、同事件の評釈も JASRAC の包括徴収方式により、放送事業者が JASRAC の競争者の楽曲を利用するには追加的な負担が必要となること（又は、放送事業者が JASRAC の楽曲を利用する場合には追加的な負担なしで利用できること）に着目するものが少なくない⁸。JASRAC 事件で問題となった行為と Microsoft によるパー・プロセッサライセンス⁹（米国の Caldera 事件で問題となった行為）の類似性を指摘

⁷ 最判平成 27 年 4 月 28 日（平成 26 年（行ヒ）第 75 号）（(株) イーライセンスによる審決取消等請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 8 頁。

⁸ 川濱昇「判批（原処分）」ジュリスト 1379 号 95 頁（2009 年）、上杉・前掲注 6）『独禁法による独占行為規制の理論と実務』284 頁以下、川濱昇「判批（東京高判）」法学教室 402 号 68-70 頁（2014 年）、中川寛子「判批（東京高判）」判例時報 2244 号 138 頁（2015 年）、同「判批（最判）」NBLNo.1071, 97 頁（2016 年）（「対象商品等の取引数量を反映しない」と表現する。）。また先行研究において引用されることが多い経済学者の論考も、JASRAC が採用する料金制を「固定料金制」と呼び、その特徴を需要者にとっての限界費用がゼロであるとして、それを前提に分析している。大木良子「固定料金制の参入阻止効果—JASRAC 事件の経済分析—」新世代法政策学研究 Vol 20, 429 頁以下（2013 年）参照。

⁹ 米国司法省が Microsoft のパー・プロセッサライセンスを問題とした事件の解説の中で、この行為の排除効果等について詳細な解説を行う邦語文献として、和久井理子「マイクロソフト社と米国司法省の係争について（下）—ネットワーク効果と反トラスト法—」公正取引 578 号 52-54 頁（1998 年）がある。

する先行研究も、需要者が行為者の競争者から商品・役務を購入する場合には追加的な負担が必要となること（又は、需要者が行為者から商品・役務を購入する場合には、追加的な負担なしで購入できること）に着目している¹⁰。

これに対して、SEP と他の商品のセット供給は、顧客が競争者から他の商品を購入する場合に、JASRAC 事件の包括徴収方式と同じ意味で顧客にとって追加的な負担が必要になるわけではない。すなわち、米国事件で Q 社が主張していたように、NLNC では、顧客が Q 社に対してロイヤルティを支払ったとしても、顧客がチップを購入するには、ロイヤルティとは別に Q 社又はその競争者に対してチップの代金を支払わなければならない、もし顧客が競争者からチップを購入した場合には Q 社にチップの支払いをしない（第 1 部第 2 の 1 (3) 参照）。つまり、SEP と他の商品のセット供給では、顧客が他の商品を SEP の権利者から購入する代わりに競争者から購入する場合には、SEP の権利者に他の商品の代金を支払う必要はないため、顧客が SEP のライセンスと他の商品に支払うべき総額が増加するとは限らないのである。特許権のロイヤルティに Q 社の実質的なチップ価格の一部が含まれるという米国事件における FTC 等の主張を前提としても、顧客が競争者からチップを購入する場合には、少なくとも Q 社の名目上のチップ価格（実質的なチップ価格からロイヤルティの形で徴収される部分（いわゆるサーチャージ部分）を除いた価格）への支払いは不要となるため、顧客のチップに対する支払いが必ず増加するとは限らない。実際、米国では、この点に着目して、NLNC のサーチャージが Caldera 事件で問題となった行為と同じ効果を有することはないとの指摘がある¹¹。確かに FTC や学者意見書は NLNC と Caldera 事件で問題となった行為との類似性を指摘する。しかし、これらは、顧客が Q 社からチップを追加的な負担なしで購入できる一方で競争者からチップを購入する場合には追加的な負担を要し、その結果、顧客が競争者からチップを購入する場合に顧客が支払うべき総額が増加する、と主張しているわけではない。顧客が競争者の製品を使用することに人為的なコストを賦課する点に類似性を見出したに過ぎない（第 1 部第 5 の 3 参照）。このように、SEP と他の商品のセット供給は、顧客が競争者と取引した場合であっても顧客が SEP のライセンスと他の商品に支払うべき総額が増加するとは限らないという点において、Caldera 事件や JASRAC 事件で問題となった行為とは異なるから、JASRAC 事件最高裁判決で示された利用抑制効果についての判断をそのまま援用することはできない。

(2) 価格の割当て

¹⁰ 泉水文雄「判批（審決）」公正取引 743 号 66 頁（2012 年）、上杉・前掲注 6）『独禁法による独占行為規制の理論と実務』316-317 頁、川濱・前掲注 8）判批（東京高判）69-70 頁、中川・前掲注 8）判批（東京高判）138 頁。

¹¹ Gregory J. Werden, *FTC v. Qualcomm: The Sky Is NOT Falling*, CPI Antitrust Chronicle, October 2020, at 4. また、Q 社も同様の主張を行っている。Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (REDACTED), at 27-29 (December 13, 2019).

ア 価格の割当てによる利用抑制効果

米国事件に関して、チップ価格のロイヤルティへの割当てを正面に据えて NLNC の反競争的效果を論じたのが学者意見書である（第 1 部第 3 の 1 参照）。学者意見書は、Q 社が、顧客が Q 社にとって好ましいライセンス条件で合意しない場合にはチップの供給を停止すると脅すことで、FRAND 宣言等によるロイヤルティに対する制約を脱してロイヤルティを高め、これにより参入障壁を引き上げ、チップ市場の競争を排除したと主張した。そのメカニズムは、Q 社のチップ価格の一部を名目上のロイヤルティに割り当て、実質的には、顧客が競争者のチップを使用した場合にはより多くの代金を請求するというものである。また、ロイヤルティに含まれるサーチャージは Q 社からチップを購入する際の総額（チップ代+ロイヤルティ）に影響を与えない場合であっても、競争者のそれを引き上げるため、ロイヤルティは顧客のチップに要するコストに異なる形で影響を与えるとも説明している。

イ Nalebuff らによる説明

このように補完的な二つの商品・役務の価格を操作することにより、それらのうち一つの商品・役務のみを供給する供給者の参入を阻止する戦略は本件以前から指摘されていた。

例えば、Areeda と Hovenkamp による米国反トラスト法の体系書は、被告が製品 M を唯一製造しており、全ての需要者がこの独占者からいくらかの量の M を必要としているものの、それを超える量については製品 S で代替できるという状況を想定する。また、需要者は M と S をどの程度の量で組み合わせたとしても、それらと同量の補完製品 C を必要としているとする。そのような状況で被告が、C を被告から購入した者のみに M を販売するとともに、M の独占利潤を補完製品 C に移転し、M に競争水準の価格（competitive-level price）を設定すると、M から S への代替は生じないという¹²。

SEP（上記想定例の C に相当）は、上記想定例における C とは異なり、必ず SEP の権利者からライセンスを受けなければならないため、顧客に SEP のライセンスを受けさせるために、「C を被告から購入した者のみに M を販売する」という条件付けを行う必要は、本来はない。しかし、一方で、SEP（C）には FRAND 宣言によるロイヤルティの制約があるため、上記想定例のように「M の独占利潤を補完製品 C に移転」することには限界がある。SEP のライセンスを受けた者のみに他の商品を販売する、という SEP と他の商品のセット供給は、この制約を脱し、他

¹² 9 Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW ¶ 1705f2. (Wolters Kluwer, 4th ed. 2018). Q 社の競争者である Intel が控訴審段階で提出したアミカスブリーフでは、同書第 2 版の同様の記載が引用されている。Brief of Intel corporation as Amicus Curiae in support of Appellee and Affirmance, at 19 (November 29, 2019).

の商品（上記想定例の M に相当）の独占利潤を SEP（C）に移転することを可能とするものと捉えることができる。

また、Nalebuff は次のように説明する。A という商品と B という商品が、1 対 1 など同じ比率で購入される場合に、A の独占者が B を競争価格 (c) から引下げてコスト割れとなる価格 ($c - \epsilon$) で販売し、B の競争価格から引き下げた価格分 (ϵ) を A の独占価格 (m) から引き上げて ($m + \epsilon$) 販売する場合、顧客にとっては A の独占者が A を独占価格で販売し、B を競争価格で販売する場合と変わらない（どちらの場合も総額は $c + m$ である。）。また、A の独占者は B の市場でコスト割れの価格を設定するが、A の市場で直ちに埋め合わせるため、損失は発生しない。他方、B の市場の競争者は損失を埋め合わせる術がないため、コスト割れで競争することができない。このような場合、A の独占者は抱き合わせを行う必要はない¹³。

Nalebuff の想定例は、A（主たる商品）の独占力を用いて B（従たる商品）を抱き合わせて B の競争者を排除する行為のアナロジーとして説明されるものであるため、主たる商品である他の商品の市場における競争者の排除に着目する SEP と他の商品のセット供給とは主従が異なる。SEP と他の商品のセット供給の主従を維持したまま Nalebuff の想定例に当てはめると、チップの価格が引き上げられて SEP のロイヤルティが引下げられることになるが、学者意見書の説明はその逆である。しかし、Nalebuff が指摘しているように、上記の Nalebuff の想定例ではそもそも独占者は抱き合わせを行う必要がないのであるから、SEP のライセンスを他の商品の供給の条件とするという点をひとまず度外視し、他の商品の価格を引き下げて、その引き下げた分だけ SEP のロイヤルティを引き上げると捉えれば、Nalebuff の想定例に当てはまることになる¹⁴。すなわち、SEP の権利者（個々の SEP のライセンス市場における独占者）が他の商品を競争価格 (c) から引下げてコスト割れとなる価格 ($c - \epsilon$) で販売し、他の商品の競争価格から引き下げた価格 (ϵ) 分を SEP の独占価格 (m) から引き上げて ($m + \epsilon$) 販売する、と考えられる。では、事実として行われていた SEP のライセンスを他の商品の供給の条件とする「抱き合わせ」はどのように位置づけられるのか。上記の Nalebuff の想定例では、A の独占者（SEP の権利者）が A（SEP のライセンス）において独占価格 (m) を設定できることが前提となっている。しかし、上記のとおり、SEP には FRAND 宣言によるロイヤルティの制約がある。SEP のライセンスを他の商品の供給の条件とする「抱き合わせ」は、この FRAND 宣言による制約を脱し、Nalebuff

¹³ Barry Nalebuff, *Exclusionary bundling*, THE ANTITRUST BULLETIN: Vol. 50, No. 3/Fall 2005, at 324.

¹⁴ Nalebuff の想定例との関係に言及しているわけではないが、米国事件の NLNC について、実質的には SEP のライセンスが主たる役務であり、チップが従たる商品であると述べるものとして、Erik Hovenkamp & Timothy Simcoe, *supra note 5*, at 2-3.

の想定例の前提を整える役割を担っていると解することができる。このようなことができるのは、SEP の権利者が他の商品の市場においても市場支配力を有しているからである¹⁵。なお、Nalebuff の想定例に拠れば、他の商品の価格はコスト割れとなるが、SEP と他の商品のセット供給が排除行為とされるためにコスト割れが必要であるかについては、後記4で論じる。

ウ 価格の割当てで利用抑制効果を説明することの課題

以上では、他の商品の価格から SEP のロイヤルティに価格を割当てることによる利用抑制効果を説明したが、この説明には、顧客が SEP と他の商品の総額に支払う価格の上限があるという前提が妥当なのか¹⁶、他の商品の差別化の有無やその程度がこの説明にどの程度影響を及ぼすのか、といった点について、経済学の側から検討が必要であるように思われる。

さらに、法的・実務的な視点からは、次のような課題もある。第一に、SEP と他の商品のセット供給において、そもそも他の商品の価格からロイヤルティへの割当てがあったことをどのように示すのかということであり、第二に、その割当てが利用抑制効果を有する程度のものであることをどのように示すのかということである。これらの課題は SEP と他の商品のセット供給を採用しない場合の他の商品の価格を割り出すことが事実上不可能であることと関係する。第一の課題に対しては、他の商品の出荷停止の脅威の下で実現されたロイヤルティであれば、それは他の商品の市場支配力により実現されたものといえるから、他の商品の価格から SEP のロイヤルティに割当てが行われたともみなすというルールを認めることが考えられる。ただし、仮にそのようなルールが認められたとしても、他の商品の価格からどの程度の額がロイヤルティに割り当てられたかが分からなければ、どの程度の利用抑制効果があるかの判断が困難となりかねない（第二の課題）¹⁷。これについては、SEP の権利者のロイヤルティが実際に FRAND 条件を超えている場合には、FRAND 条件を超える部分は他の商品の出荷停止の脅威がなければ徴収し得なかった部分であるから、FRAND 条件を超える部分は他の商品の価格からロイヤルティへの価格の割当てであると捉えて、それがどの程度の利用抑制効果を有するかを判断するという考えはあり得よう。ただし、実際のロイヤルティが FRAND 条件の範囲を超えるかどうか不明確な場合であっても、他の商品の出荷

¹⁵ Erik Hovenkamp & Timothy Simcoe, *supra note 5*, at 2-3. NLNC のような行為が可能となるのは、Q 社が SEP とチップの双方の市場において独占力を有しているからであると説明している。

¹⁶ 学者意見書ではなく、地裁判決に対してであるが、Q 社はこの点を批判している。Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (redacted), at 33 (December 13, 2019).

¹⁷ これに対して、JASRAC 事件で問題となった行為は、放送事業者が他の管理事業者に放送使用料を支払うと、当該使用料が放送事業者にとって全額追加の負担になるものであるから、SEP と他の商品のセット供給と比べて需要者による競争者の商品・役務の利用抑制効果が判断しやすい行為であったといえる。

停止の脅威の下で他の商品の価格の一部をロイヤルティに割当ててことで競争者のコストを人為的に引き上げている（とみなす）ことに違いはないため、公正な競争を阻害するおそれはあるという判断はなおあり得るだろう。

3 人為性

(1) 他の商品のコスト割れか、それとも SEP のロイヤルティの引上げか

さて、仮に SEP と他の商品のセット供給に前記 2 のような意味で利用抑制効果が認められ（、さらに排除効果も認められ）るとしても、それが排除行為であるといえるためには、SEP と他の商品のセット供給が「自らの市場支配力の形成、維持ないし強化という観点からみて正常な競争手段の範囲を逸脱するような人為性を有するもの」である必要がある¹⁸。もっとも、JASRAC 事件最高裁判決が、同事件の人為性について説示する中で、JASRAC の行為が放送事業者による他の管理事業者の管理楽曲の利用を抑制させるものであったことに触れているように¹⁹、人為性は排除効果と密接な関係を持つ要件である²⁰。ここでの検討も前記 2 で検討した利用抑制効果（さらには排除効果）が仮に認められるとした場合の、それを前提とした検討ということになる。これを前提に、SEP と他の商品のセット供給の排除効果を他の商品の価格の一部を SEP のロイヤルティに割り当てることに見る場合、人為性を認めるために着目できる点には大きく分けて次の二つがある。

ア 他の商品のコスト割れ

まず、割当て後の他の商品の価格の低さに着目して、これが何らかの意味でコスト割れを起こしている場合には人為性を認めることができるだろう。内部補助による廉売といえるものであり、Nalebuff の論考が念頭に置いていたのはこちらである。この場合、適切な費用基準を下回る場合に人為性を認めることにそれほど異論はないだろう。

イ SEP のロイヤルティの引上げ

これに対して、割当て後の他の商品の価格の低さではなく、SEP のロイヤルティの高さに着目するのが、米国事件の学者意見書の考えである。学者意見書は、チップ価格の一部を割り当ててロイヤルティを引き上げることが競争者の費用を引き上げるといふ点（いわゆる RRC）に着目しており、チップ価格がコスト割れと

¹⁸ なお、本稿では、知的財産権の行使に対する適用除外を定める独占禁止法 21 条との関係には触れないが、他の事業者の事業活動の自由の制約（後記(2)）や FRAND 宣言違反（後記(3)）が認められる場合には、他に正当な理由がない限り、同法に基づく適用除外も認められないであろう。

¹⁹ 最判平成 27 年 4 月 28 日（平成 26 年（行ヒ）第 75 号）（株）イーライセンスによる審決取消等請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 10 頁。

²⁰ 清水知恵子「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成 27 年度（上）』226-230 頁（2018 年）、林秀弥「判批」ジュリスト 1485 号 114 頁（2015 年）、中川・前掲注 8）判批（最判）96-98 頁。

なっているかどうかは問題としていない²¹。

しかし、いわゆるライバル費用引上げ戦略（RRC）は、抱き合わせ取引や排他条件付取引等、人為性が明白な行為が市場支配力の形成・維持・強化をもたらすメカニズムを説明するものに過ぎず、一般的な排除の定義を問題とするものではないと説明されている²²。例えば、他の事業者の意思決定を抑圧する側面を持たない取引拒絶については、垂直統合企業が川下市場の競争者に投入物の供給拒否をすることで競争者の費用が引き上げられたとしても、そのこと自体が反競争性を根拠付けるわけではなく、そのような取引拒絶を反競争的なものとするには、何らかの観点から別途不当性を識別する必要があるとされる²³。つまり、ある行為により競争者の費用が引き上げられたとしても、そのことで直ちに人為性が基礎づけられるわけではなく、別途人為性を基礎づける事情が必要になる。

SEP と他の商品のセット供給はこれまで人為性が明白な行為と認識されてきたものではない。確かに、抱き合わせや排他条件付取引などの行為については、「排除効果が認められるのに人為性が認められないという結果となることは通常は考え難く、・・・排除効果の有無とは別に人為性の有無を判断する実益はほとんどない」²⁴との考えもあるが、仮にこのような考えを採ったとしても、SEP と他の商品のセット供給が抱き合わせに該当するかどうかについては、後記第3のとおり課題がある。また、JASRAC 事件で問題となった行為のように、それ自体を見れば、他の商品と SEP のライセンスの顧客への供給とその対価の徴収という通常の経済活動に過ぎないとも考えられる²⁵。ロイヤルティの収受は特許権により利潤の獲得を確保することで技術開発活動を促すという意味で競争促進効果を有する行為で

²¹ 同じ学者らによって提出された、FTC による控訴裁判所での再審理の申立てを支持する Amicus Brief は、Q 社はチップ価格を下げるためにロイヤルティを引き上げたのではなく、ロイヤルティを引き上げるためにチップ価格を下げ、競争者のチップを使用する顧客のコストを引き上げた、と主張する。Brief of 46 Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Petition for Rehearing En Banc, at 15 footnote 7 (October 5, 2020).

²² 川濱昇「市場秩序法としての独禁法（三・完）—市場をめぐる法と政策—」民商法雑誌 139 巻 6 号 17-21 頁（2009 年）。中川・前掲注 8）判批（最判）96 頁も参照。

²³ 宍戸聖「単独かつ直接の取引拒絶の規制根拠と課題」阪大法学 70 巻 5 号 297 頁（2021 年）。早川雄一郎『競争者排除型行為規制の目的と構造』28 頁注 92（商事法務，2018 年）も参照。

²⁴ 清水・前掲注 20）227-228 頁。

²⁵ 抱き合わせや排他条件付取引などの行為については、「排除効果の有無とは別に人為性の有無を判断する実益はほとんどない」とする JASRAC 事件最高裁判決の調査官解説も、同事件の JASRAC の行為については、「本件行為の人為性の有無の判断につき排除効果とは異なる事情をも考慮に加えるべきものとしているのは、本件行為が、排他条件付取引と異なり、本来的に作為性を有する行為とはいえないことによるものと考えられる。すなわち、本件行為は・・・それ自体をみれば、利用許諾契約の締結及び放送使用料の徴収という通常の経済活動にすぎない。このような本件行為が・・・人為性を有する行為と評価されるためには、その行為の在り様について更に踏み込んだ検討が必要となるものと考えられる。」（清水・前掲注 20）229 頁）と述べている。

もある²⁶。このため、単にロイヤルティが高いとか、ロイヤルティを引き上げたというだけで人為性を認めることには無理がある。

(2) 人為性①（他の事業者の事業活動の自由の制約）

しかし、米国事件の議論では、我が国独占禁止法における人為性の判断に当たって示唆をもたらす主張があった。地裁判決、FTC 及び学者意見書のいずれも、Q 社がチップ市場の独占力を用いて（チップの出荷停止を脅しに）特許権のロイヤルティを引き上げていたことに着目していた点である。我が国では、他の事業者の事業活動を拘束するような行為には人為性が認められるとの考えがある²⁷。このような行為は、他の事業者の事業活動の自由を制約するものであるから、正当な理由がない限り、異常な競争手段であるとか²⁸、単独の取引拒絶や廉売とは異なり、行為者の事業活動の自由の発露そのものとは評価し得ないから、行為自体に正常な競争手段の範囲を逸脱する人為性が内在している²⁹、と説明される。もっとも、他者の自由の制限のみから直ちに人為性ありとする解釈は、競争促進効果を持つ場合にも他者の自由の制限があり得ることからすれば、過度に広範な人為性認定を導く可能性があるため、相手方の自由の強圧的制約を関連事情として当該行為がより強力な排除効果を発生させているような場合に限定すべきとの批判もある³⁰。

しかし、いずれにせよ、SEP と他の商品のセット供給には、他の事業者の事業活動の拘束も、それによるより強力な排除効果の発生も認められる。すなわち、SEP と他の商品のセット供給は、それが抱き合わせや排他条件付取引に該当するかどうかはともかく、SEP のライセンス契約を締結しない限り他の商品を供給しないという行為であるから、その点に顧客の事業活動の拘束を見出せる。確かに、SEP が SEP である以上、顧客はライセンスを受けるほかないため、「他の商品」の購入の是非や購入先の選択を拘束しているといえるかどうかについては議論があり得る。しかし、顧客は本来であれば SEP のロイヤルティ等について交渉や訴訟を通じて自らが妥当と思う範囲に収めようとするのが可能であるが、SEP のライセンス契約を締結しない限り他の商品を供給しないという条件を付けられることにより、そのような選択肢がなくなるという意味で事業活動が拘束されるといえる。そして、その拘束によ

²⁶ 根岸哲編『注釈独占禁止法』535頁、547頁〔和久井理子〕（有斐閣、2009年）。白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』93-94頁（有斐閣、2016年）も、知的創作はそれによって得られる果実の期待がなければ、なされない場合が多いとした上で、知的創作に一定の見返りを保障するために反競争性が正当化される場合があり得るとする。根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説〔第5版〕』394頁（有斐閣、2015年）も参照。

²⁷ 長澤哲也「単独かつ一方的な取引拒絶における競争手段不当性」石川正先生古稀記念論文集『経済社会と法の役割』463-464頁（商事法務、2013年）、武田邦宣「判批（JASRAC 事件最判）」法学教室 437号 9頁（2017年）。川瀆・前掲注 22）20-21頁も参照。

²⁸ 長澤・前掲注 27）463-464頁。

²⁹ 武田・前掲注 27）9頁。

³⁰ 中川・前掲注 8）判批（最判）98頁。

り高められたロイヤルティを通じて前記2で説明した形で顧客による競争者の他の商品の利用を抑制する効果を生み出すのであるから、相手方の自由の強圧的制約を関連事情として当該行為がより強力な排除効果を発生させているともいえるだろう。

ところで、SEP と他の商品のセット供給と同様に、需要者が自らと取引しなければならない状況を利用して、ある種のライセンス契約を締結させることにより、競争者を排除したとされた例が JASRAC 事件である。同事件の最高裁判決は、傍論ながら、人為性について触れる中で、需要者が JASRAC との間で包括許諾による利用許諾契約を締結しないことがおよそ想定し難い状況の下で、個別徴収による放送使用料の総額が包括徴収による場合に比して著しく多額となるような高額な単位使用料を定めることで、ほとんど全ての需要者が包括徴収による利用許諾契約の締結を余儀なくされて徴収方法の選択を事実上制限される状況を生じさせていたことを人為性を基礎付ける事情として挙げている³¹。この点について、同判決の調査官解説は、「本件行為は、上記の事情の下では、排他条件付取引と同様に、利用許諾契約の相手方（放送事業者）の取引の自由を制約するという側面を有し、その制約を通じて競争者（他の管理事業者）の取引機会を不当に減少させていると評価することができるものであり、本判決はこのような理由から本件行為の人為性を肯定したものと解されよう」と解説している³²。すなわち、最高裁判決は、JASRAC の行為が相手方の取引の自由の制約を通じて競争者の取引機会を不当に減少させることから、人為性を肯定した、と解説しているのである。また、同判決について、いわゆるマストストックを有する者が、取引相手が違反行為者と取引せざるを得ない状況を利用して、ある種の契約設計により、競争者が競争可能な領域において、相手方の取引先・取引方法選択に係るインセンティブを強圧的に変更させ、排除効果を生じさせていることに人為性があると解説するものもあるが³³、最高裁調査官解説と同様の趣旨であるといえよう。SEP と他の商品のセット供給は、顧客が他の商品について SEP の権利者と取引せざる得ない状況を利用して、SEP のライセンス契約の締結を他の商品の供給の条件とするという意味で顧客の事業活動を拘束し、それによるロイヤルティの引上げを通じて、排除効果を生じさせるものであるから、JASRAC 事件と同じように人為性が肯定できる行為といえよう。

なお、他の事業者の事業活動の自由の制約とそれを通じて排除効果を発生させることに人為性を見出す場合には、引き上げられたロイヤルティが不当に高いかどうか（FRAND 条件を超えるかどうか等）は人為性の判断には関係がない（もつとも、

³¹ 最判平成 27 年 4 月 28 日（平成 26 年（行ヒ）第 75 号）（(株)イーライセンスによる審決取消等請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 9-10 頁。

³² 清水・前掲注 20）230 頁。このような理解は学説上も以前から示されていた。川瀆・前掲注 22）21 頁。

³³ 中川・前掲注 8）判批（最判）98 頁。また、同論稿が引用する川瀆・前掲注 8）判批（東京高判）68-69 頁も参照。

前記2(2)ウのとおり、利用抑制効果の有無には関わる。)。他の事業者の事業活動の自由の制約とそれを通じた競争者の排除そのものに、正常な競争手段の範囲からの逸脱が認められるからである。実際、JASRAC 事件においては、JASRAC の包括徴収方式による放送使用料の水準そのものが高いかどうかは問題となっていない。

(3) 人為性② (FRAND 宣言違反)

さらに、FRAND 宣言に反する場合、それに人為性を見出すこともできる。例えば、SEP と他の商品のセット供給により高められたロイヤルティが FRAND 条件を超えるのであれば、それは FRAND 宣言に反する行為といえる。しかし、それ以前に、SEP と他の商品のセット供給自体が実質的には FRAND 宣言に違反する行為であるとする。以下では、まず、SEP と他の商品のセット供給が実質的に FRAND 宣言違反といえる理由を明らかにし、その後、FRAND 宣言違反に人為性が認められる理由を説明する。

ア SEP と他の商品のセット供給による FRAND 宣言違反

FRAND 宣言の対象となった SEP に基づく差止請求は一定の場合には FRAND 宣言に違反するとされている³⁴。2010 年代から各法域で FRAND 宣言の対象となった SEP に基づく差止請求権の制限が議論されているのは、SEP に基づく差止請求権を無限定に認めてしまうと、技術標準に準拠する製品が市場にアクセスできなくなり、又は、FRAND 条件を超えるロイヤルティが実現される可能性があるためである³⁵。アップル対サムスン知財高裁決定はこの点について、「相手方を含めて UMTS 規格を実装した製品を製造、販売等しようとする者においては、UMTS 規格を実装しようとする限り、本件特許を実施しない選択肢はなく、代替的技術の採用や設計変更は不可能である。そのため、本件特許権による差止請求が無限定に認められる場合には、差止めによって発生する損害を避けるために、FRAND 条件

³⁴ FRAND 宣言の対象となった SEP に基づく差止請求が一定の場合に FRAND 宣言に反すると述べたものとして、例えば、公正取引委員会「必須特許に関する問題に係る調査報告書」7-8 頁(2015 年)がある。また、米国においては、Bosch 事件や Google 事件で SEP に基づく差止請求が FRAND 宣言に反するとされている(拙稿「標準必須特許の権利行使に対する FTC 法 5 条適用事案の再検討」筑波法政 84 号 37-45 頁(2020 年)参照)。

³⁵ FRAND 条件を超えるロイヤルティが実現される可能性があることに言及するものとして、例えば、Federal Trade Commission, *The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies With Competition*, at 225-227, 194 (2011); *Analysis of Agreement Containing Consent Orders To Aid Public Comment*, at 4, *In re Robert Bosch GmbH.*, FTC File No.1210081, at 4-5 (November 26, 2012); *Complaint In re Motorola Mobility LLC, and Google Inc.*, FTC File No. 1210120, para. 19 (July 23, 2013); European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Setting out the EU approach to Standard Essential Patents*, at 9 (2017). また、FRAND 条件を超えると明確に述べているわけではないものの、差止め直面した実施者が特許技術に内在する価値ではなく実施製品の売上げの損失などに基づくライセンス条件で合意する可能性があることを指摘するものとして、Commission decision of 29 April 2014, Case AT.39985 – Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents, para. 324.

から離れた高額なライセンス料の支払や著しく不利益なライセンス条件に応じざるを得なくなり、あるいは事業自体をあきらめざるを得なくなる可能性がある。」³⁶と的確に指摘している。もちろん、差止請求権を完全に否定してしまうことは SEP の権利者のロイヤルティを過少にしてしまうおそれがある。しかし、FRAND 宣言の対象となった SEP に基づく差止請求権を何ら限定なく認めてしまうと FRAND 条件を超えるロイヤルティとなる可能性があるという認識は広く共有されている。

しかし、仮に SEP の権利者の差止請求権が制限されていたとしても、SEP の権利者が、顧客が自らの製品を製造するために必須の部品であって、SEP の権利者と取引しなければ入手できないようなもの（本稿が「他の商品」と呼ぶもの）を顧客に供給する条件として、SEP のライセンス契約の締結を義務付ける場合、そのロイヤルティが高額であったとしても、顧客は自らの製品を製造・販売できなくなる状況を回避するためにライセンス契約を締結せざるを得ない。このような状況での他の商品の出荷停止は、技術標準に準拠する製品を製造・販売することができなくなるという点で、SEP に基づく差止めと相当する効果、あるいはそれ以上の効果を有するといえる³⁷。つまり、SEP の権利者は、SEP について FRAND 宣言を行った結果、SEP に基づく差止請求権に一定の制限が課されているにもかかわらず、SEP と他の商品のセット供給により当該制限を脱し、事実上、SEP に基づく差止めと同等（又はそれ以上の）の効果を得ることが可能になるのである。米国事件において、顧客が Q 社の設定するロイヤルティが高いと考えていたものの、Q 社からチップの供給を受けなければ携帯電話端末を製造・販売できないため、ロイヤルティの妥当性（FRAND 条件に合致しているかどうか等）を争うことができなかった（第 1 部第 1 の 5 (1) 参照）という事実はこのことを裏付ける。このような意味において、SEP と他の商品のセット供給は実質的には FRAND 宣言に違反するものといえる。

イ FRAND 宣言違反に人為性が認められる理由

米国では、FRAND 宣言に反しても、それは契約法や特許法の問題であり、反ト

³⁶ 知財高決平成 26 年 5 月 16 日（平成 25（ラ）10007）裁判所 HP 掲載 PDF 版 26 頁。

³⁷ 米国事件について、Erik Hovenkamp らは、チップの供給を十分に受けられない顧客は SEP に基づく差止請求に直面しているのとはほぼ同じ立場にあるとした上で、地裁判決は Q 社によるチップの出荷停止の脅しを強調することで、Q 社のチップ市場の市場力と NLNC が組み合わせられたときに、その市場力が、不当に高いロイヤルティを引き出すために使われ得る事実上の差止めをどのように生み出すのかを強調していると評している。Erik Hovenkamp & Timothy Simcoe, *supra* note 5, at 5. また、上杉秋則「クアルコム事件審判審決評釈～国際比較から示唆される問題点はどこにあるか～〔上〕」国際商事法務 Vol.48, No.2（2020 年）は、我が国のクアルコム事件について論じる中で、差止めは司法判断が示されるまで執行できないのに対して、チップの供給は直ちに止められるため、チップの供給停止は顧客にとって SEP に基づく差止請求を上回る効果を有すると指摘している（174-175 頁）。

ラスト法が関与すべきものではないとの考えも根強い³⁸。しかし、少なくとも我が国においては、そのような考えは妥当ではないと考える。FRAND 宣言違反に人為性が認められる理由として以下の三つが考えられる。これらの三つの説明は相互に排他的なものではなく、FRAND 宣言違反のどの側面に着目するかの違いに過ぎない。

(7) 標準化における競争秩序の逸脱

我が国では、FRAND 宣言は独占禁止法と強い関係性を有するものであると認識されている。その理由は大要次のとおりである。複数の事業者が共同して行う技術の標準化は複数の事業者が特定の技術を使用すること等を合意するものであるから、独占禁止法 3 条に違反し得る行為であるが、その反面、製品間の互換性が確保されることなどによって製品市場における競争が促進されるため、直ちに独占禁止法違反になるわけではない³⁹。しかし、標準化により、特定の特許に SEP の地位を付与することになるため、技術標準設定後は、SEP の権利者が標準化により付与された市場支配力を行使して、製品市場での競争を妨げる可能性がある。そのような事態を避けるための仕組みが FRAND 宣言である⁴⁰。FRAND 宣言は SEP となる見込みの特許の保有者に自らの特許が SEP となった場合には当該 SEP を FRAND 条件でライセンスすることを約束させることで、標準化によって生じる（技術市場における）競争制限効果を打ち消すための（製品市場における）競争促進効果を確保する仕組みであり、この仕組みがあるからこそ標準化が独占禁止法違反に問われないのである⁴¹。したがって、このよ

³⁸ 米国事件の控訴審判決でもこのような考えに好意的な態度が示されている。FTC v. Qualcomm Inc., 969 F.3d 974, 997 (9th Cir. 2020).

³⁹ 川濱昇「技術標準と独占禁止法」法学論叢 146 巻 3・4 号 120-124 頁（2000 年）、和久井理子『技術標準をめぐる法システム—企業間協力と競争、独禁法と特許法の交錯』68 頁以下（特に、69-75 頁、142-148 頁）（商事法務、2010 年）、根岸哲「標準必須特許の権利行使と日米欧の競争法」神戸大学法政策研究会編『法政策学の試み—法政策研究第 15 集』4 頁（信山社、2014 年）。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」第 2 の 2（2005 年）も参照。

⁴⁰ 川濱昇「標準規格必須特許問題への競争法的アプローチ」RIETI Discussion Paper Series15-J-043, 9 頁（2015 年）。

⁴¹ 根岸哲「連載講座 独占禁止法 第 11 回 知財事件、国際事件」公正取引 834 号 59 頁（2020 年）。越知保見「セオリーオブハームの多角的考察～農協事件・クアルコム事件・ガイドライン・最高裁判決～〔上〕」国際商事法務 47 巻 9 号 1085-1086 頁（2019 年）、上杉・前掲注 37）173 頁も参照。公正取引委員会の「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」や「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」では、このような記載はないが、欧州委員会の水平的協定ガイドラインでは、標準化協定は技術市場及び製品市場に競争制限的效果を生じさせる可能性があるとした上で、市場支配力を形成するおそれのある標準化協定であっても、SEP の権利者になり得る者に FRAND 宣言を行うよう求めることで当該技術標準への FRAND 条件でのアクセスを提供すること等の条件が守られている場合には、競争制限的にはならないとする（Communication From The Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation

うな FRAND 宣言に反することに独占禁止法上の不当性が認められる⁴²。

もっとも、FRAND 宣言が標準化という共同行為が独占禁止法違反にならないために必要な仕組みであるとしても、そのことから FRAND 宣言に違反することに排除行為（単独行為）の人為性を見出すためには、もう一步の説明が必要であるように思われる⁴³。この点について、JASRAC 事件最高裁判決を包括徴収方式が高度な排他性を有するものであるにもかかわらず、その排他性を緩和する措置を講じていなかったことに人為性を見出したものと理解した上で、標準化によって生じる著しい排他性を緩和する手段である FRAND 条件によるライセンスを行わないことはこれと同様に人為性を基礎付けるとの見解がある⁴⁴。しかし、JASRAC 事件をそのように解したとしても、標準化において特定の技術を使用すること等を合意することにより排他性を発生させるのは標準化を行う事業者による共同行為であるため、同一の主体が排他性を発生させつつ排他性を緩和する措置を講じなかった JASRAC 事件と FRAND 宣言違反を同様に考えることができるのかという点について若干の疑問が残る⁴⁵。

それでは、どのように考えるべきか。我が国には、何らかの事情が検討対象市場の競争秩序を構築している場合に、独占禁止法上の不当性（人為性）の評価の際にその競争秩序を考慮するという考えがある。例えば、事業法やそれに基づく行政的規制を潜脱する行為が独占禁止法との関係でも問題となった NTT 東日本 FTTH 事件の最高裁判決に関して、事業法やそれに基づく行政的規制を潜脱したことが最高裁判決の違法性判断に関係しているとの見方が少なくない⁴⁶。そし

agreements (Text with EEA relevance) (2011/C 11/01) para. 264-269, para. 280-291)。

⁴² 越知・前掲注 41) 1085-1086 頁, 同「セオリーオブハームの多角的考察～農協事件・クアルコム事件・ガイドライン・最高裁判決～〔下〕」国際商事法務 47 巻 10 号 1233-1234 頁 (2019 年), 上杉・前掲注 37) 173 頁。根岸・前掲注 41) 59 頁も参照。なお、米国事件における Q 社による競争者へのライセンス拒絶に関して、FTC が同様の主張を行ったことについては、拙稿「米国 FTC v. Qualcomm 控訴審判決～ライセンス拒絶に焦点を当てて～」公正取引 850 号 23 頁 (2021 年) 参照。

⁴³ 米国事件の控訴審段階で、FTC が前掲注 42) のような主張をしたのに対して、Q 社は競争者による協調的な技術標準の設定がシャーマン法 1 条の対象となる可能性があることを認めつつも、そのような共謀の懸念は同事件で争点となっている単独行為とは区別されるものであると反論している。Reply Brief for Appellant Qualcomm Incorporated (redacted), at 10 (December 13, 2019)。

⁴⁴ 越知保見・前掲注 41) 1085-1086 頁 (2019 年)。

⁴⁵ FRAND 宣言に反する行為を行う者は標準化に参加して FRAND 宣言を行っているのだから、他の事業者と共同して標準化を行った当事者であるといえるかもしれない。しかし、そうであったとしても、排他性を発生させるのは標準化という共同行為であるから、FRAND 宣言違反とは行為主体が異なるのが穏当であろう。

⁴⁶ 泉水文雄「判批」公正取引 726 号 78-79 頁 (2011 年), 大槻文俊「判批」NBLNo.957, 97-98 頁 (2011 年), 武田邦宣「判批」重判平成 23 年度 (ジュリスト増刊 1440 号) 253 頁 (2012 年), 長澤・前掲注 27) 477-478 頁, 岸井大太郎「独占禁止法とマージンスクイズ:再論」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』255 頁 (有斐閣, 2013

て、これらの中には、事業法規制により構築された競争秩序が違法性評価の前提であるとの見方もある⁴⁷。上記のとおり、FRAND 条件での SEP のライセンスは先行する技術の標準化が独占禁止法違反に問われないために必要な仕組みであることから、少なくとも FRAND 宣言を行うなどして標準化に参加した者の間には、SEP を FRAND 条件でライセンスしなければならない、あるいは、SEP を必要とする製品市場でも活動する者については、SEP を FRAND 条件でライセンスした上で製品市場で競争しなければならない、という競争秩序が構築されているということができるのではないだろうか。そして、このような競争秩序を逸脱する形で排除効果を発生させる行為には人為性を認めることができるだろう。

(イ) 共同事業における従前の協力行為の変更

標準化という一種の共同事業において他の事業者と協力関係を構築してきたにもかかわらず、正当な理由なくそれを事後的に変更する点に不当性を見出すという考えもある。米国事件の SEP のライセンス拒絶をめぐっては、Aspen 事件最高裁判決は従前行われていた協力行為の正当な理由がない拒絶を違法としたものであると理解した上で、標準化においてなされた FRAND 宣言に反する行為（SEP のライセンス拒絶）もこの種の行為に当たるとの主張がなされている⁴⁸。この主張によれば、標準化の参加者は特許権者の FRAND 宣言を受けて後戻りすることが非常に大きな損失を伴う形で自らの技術を開発していくことになるため、標準化のプロセスは多大な経路依存⁴⁹を生むものであるところ⁵⁰、他

年) (ただし、事業法の競争秩序を規範的に前提とするのではなく、あくまでも独占禁止法の競争秩序の観点から、当該事案の競争環境という事実認定の一要素として規制の存在を考慮するものと位置付けるべきであるとする。)、中川寛子「プライス・スキューズと排除行為の基準」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』277 頁 (有斐閣, 2013 年)、川濱昇「判批」金井貴嗣ほか編『経済法判例・審決百選 [第 2 版]』17 頁 (2017 年)。なお、岡田幸人「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇平成 22 年度 (下)』833 頁 (2014 年)は、行為者の競業者が代わり得る取引先を容易に見出せないおそれがある場合等においては、電気通信事業法上の接続義務は独占禁止法上の取引義務と可及的に平行なものとして考えるべきであるとする。

⁴⁷ 泉水・前掲注 46) 78-79 頁、武田・前掲注 46) 253 頁、長澤・前掲注 27) 477 頁、中川・前掲注 46) 277 頁。

⁴⁸ Herbert Hovenkamp, *FRAND and Antitrust*, 105 Cornell L. Rev. 1683, 1719-1722 (2020). 同論考の概要を紹介するものとし、拙稿「米国 FTC v. Qualcomm 控訴審判決～ライセンス拒絶に焦点を当てて～」公正取引 850 号 25-26 頁 (2021 年) 参照。なお、Hovenkamp は EU の Microsoft 事件 (Case T-201/04, Microsoft Corp. v. Comm'n, 2007 E.C.R. II -3601) もこれと同じ類型の行為であると位置付けている。Hovenkamp, *FRAND and Antitrust*, at 1723.

⁴⁹ 同氏が引用する Cotter らの論考は、経路依存を「意思決定者の選択 (又は、そのような選択の相対的な望ましさ) がその者の以前の意思決定から影響を受けることで、市場の状況を特定の態様で発展させる状況」と説明する (Thomas F. Cotter, Erik Hovenkamp & Norman Siebrasse, *Demystifying Patent Holdup*, 76 Wash. & Lee L. Rev. 1501, 1509 (2019).)。

⁵⁰ Herbert Hovenkamp, *FRAND and Antitrust*, at 1690; Herbert Hovenkamp, Federal

者に甚だしい経路依存を生むような形で投資させた後に方針を変更することは、たとえ利益の犠牲がない場合でも相当な競争上の害を生じさせるおそれがあるという⁵¹。我が国においても、ネットワーク内でパートナーに行っていた接続系インプットの提供を拒絶する行為について、パートナー関係が生み出してきた望ましい成果（既存の競争的環境と需要者の利益）を破壊する行為であるとして、正当な理由がない場合には違法になるという主張がなされており⁵²、これは FRAND 宣言違反の文脈でも応用可能な考えであるように思われる⁵³。もっとも、ひとたび協力関係を構築すれば、いかなる場合もこの協力関係を解消できないと考えることは妥当ではないが、協力関係を形成してきたという事実を踏まえて、そうでない場合と比べて正当化理由が認められる場合が限定されるだろう⁵⁴。

以上は、いずれも取引拒絶を念頭においた主張であるが、その不当性を従前の協力行為の変更に見出していることから、FRAND 宣言を行ったにもかかわらず、（ライセンスはしたが、）FRAND 条件でのライセンスは行わず、それにより排除効果を生じさせる行為にも同様に不当性（人為性）が認められるだろう。

(ウ) 市場支配力の獲得過程に問題がある場合の市場支配力の行使

技術市場における市場支配力の獲得過程に問題がある点を考慮することも可

Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice, at 324, 383-384 (West Academic Publishing, 6th ed. 2020). FRAND 宣言によって標準化の参加者が SEP を合理的なロイヤルティで利用できることを期待して技術や製品を開発していくという趣旨のことは繰り返し述べられている (Hovenkamp, *FRAND and Antitrust* at 1721-1722; *Id.*, Federal Antitrust Policy, at 384.)。池田毅「標準必須特許に対する独占禁止法の役割」日本知財学会誌 17 巻 3 号 35 頁 (2021 年) も、標準実施者が FRAND 宣言によってその対象となった技術が実施可能であることを期待して、様々な事業投資を行って新たな競争状況が形成されることから、FRAND 宣言がなされていることが独占禁止法適用の根拠となるとする。

⁵¹ Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, at 360.

⁵² 稗貫俊文「情報社会と競争政策 接続系インプットの標準化と提供拒絶」法律時報 73 巻 8 号 38-40 頁 (2001 年)。なお、Hovenkamp も、経路依存性を理由に、協力的な枠組みによって発展したネットワークにおける従前の取引の拒絶については、通常取引拒絶と比べて取引を強制させる理由が強いとしている。3B Phillip E. Areeda & Herbert Hovenkamp, ANTITRUST LAW ¶ 772h. (Wolters Kluwer, 4th ed. 2015).

⁵³ 同じ著者が公正取引委員会の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」を解説した論考は、業界標準の特許プールを念頭に、市場に存在する競争機能の阻害要因を多数の事業者によって自主的に改善するという望ましい協力行為の成果に一部の関係者が利己的で機械主義的な行動によってただ乗りし、破壊等することは、業界全体の新たな競争の出発点を破壊する行為であり、その帰結を競争の実質的制限と性格づけてよいとする (稗貫俊文「競争影響分析の横断的記述とセーフハーバー—「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」の検討—」公正取引委員会 684 号 14-15 頁 (2007 年))。

⁵⁴ Hovenkamp が正当化される場合として例に挙げるのが、共同して投資を行った技術が後に役に立たないことが分かった場合である。Hovenkamp, Federal Antitrust Policy, at 385. また、稗貫・前掲注 52) 40 頁は、パートナー関係を形成してきた当事者の事実上の単なる必要性や合理性だけでは正当な理由として不十分であり、協力しない方が現状より競争促進的になるといった理由が必要であるとする。

能であろう⁵⁵。確かに標準化は複数の事業者が特定の技術を使用すること等を合意するものであるが、その過程に競争がないわけではない。将来 SEP になる技術とその代替技術が SEP の座を巡って競争を行っているとも考えられるからである⁵⁶。そして、FRAND 宣言とは、この技術市場における競争において、その技術を使用した場合のコストに関する指標として重要なものである⁵⁷。つまり、FRAND 宣言に違反するということは、製品市場において不可欠となる技術の市場における競争において、自らが SEP として選ばれた際の取引条件を提示しておきながら、いざ SEP に選ばれたら当該条件を遵守せず、SEP に選ばれることで獲得した市場支配力を行使する行為といえる⁵⁸。もっとも、米国においては、FRAND 宣言違反が技術市場における競争者排除行為としてシャーマン法 2 条違反になり得るとの考えはかなりの程度共有されているものの、FRAND 宣言を行った時点で後の FRAND 宣言違反が意図されていたような場合に限り、シャーマン法 2 条違反になるとの考えが根強い⁵⁹。しかし、我が国においても顧客の選択を誤らせるような行為が能率競争に反する行為であると位置付けられているところ⁶⁰、技術市場における競争において重要な指標（FRAND 宣言）であったものが守られていない以上、その不遵守が当該指標を提示した時点で意図されていたわけではないとしても、顧客の選択を誤らせるような行為であることは否定されないように思われる。このため、FRAND 宣言違反が認められる場合には、技術市場における市場支配力の獲得過程に問題があると考えることができ、そのような形で獲得された市場支配力を行使することで他の商品の市場で

⁵⁵ もっとも、FRAND 宣言が有効に機能していれば、競争者が消滅したとしても、市場支配力は形成等されていないとの考えもあり得る（後記第 3 の 1 参照）。

⁵⁶ 米国においてこのような考えが根強いことについて、拙稿「FRAND 宣言違反と競争」筑波法政 67 号 89-90 頁（2016 年）参照。

⁵⁷ *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.* の控訴審判決では、標準化団体にとって FRAND 宣言はコストの指標であり、SSO が他の技術と比較して当該技術の適否を評価する上で重要な要素であるとした上で、コストに関して虚偽の説明を行うことは、その技術が技術標準に取り込まれるように競争過程を偏向し得る旨の判示がなされている。*Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 313 (3d Cir 2007).

⁵⁸ 上杉・前掲注 37) 173 頁は、特許権者が FRAND 義務を受諾することで SEP になることができたという事実を踏まえることが、FRAND 宣言に関わる事案を独占禁止法で検討する際のポイントであると述べており、本稿の主張と同方向の議論であると思われる。なお、このような主張を突き詰めると、技術市場における排除行為として独占禁止法違反となる可能性も視野に入ってくる。この可能性を論じるものとして、拙稿「FRAND 宣言違反と競争」筑波法政 67 号 110 頁以下（2016 年）。

⁵⁹ 拙稿「FRAND 宣言違反と競争」筑波法政 67 号 71-90 頁以下（2016 年）参照。

⁶⁰ 「取引に関する事項について顧客に誤認させて顧客を誘引する行為は、顧客の適正かつ自由な選択を歪め、また正しい表示等を行っている競争者の顧客を奪うおそれがあるので、それ自体能率競争に反する行為である」（「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（独占禁止法研究会報告）第 2 部 5 (2)ア）。

排除効果を発生させる行為には人為性が認められるだろう⁶¹62。

4 マージンスクイズとの類似性について（同等効率性基準を用いるべきか）

第1部で見たように、米国事件では、NLNCの反競争性を否定する側から、NLNCがマージンスクイズに過ぎないとの指摘が多くなされていた。マージンスクイズは、垂直統合企業が下流市場の競争者に対して上流市場で商品・役務を供給していることが前提となっていることから⁶³、SEPと他の商品の双方を競争者ではなく顧客に供給する、SEPと他の商品のセット供給は厳密にはマージンスクイズではない。しかし、NLNCの反競争性を否定する側は、FTCの主張を二つの商品・役務間の価格の調整によって競争者の利益を減じるという趣旨だと捉えて、このような行為は実質的にはマージンスクイズであると考えた。

米国では、判例法上、マージンスクイズは独立した反競争的行為とは捉えられておらず、上流市場での取引拒絶か下流市場での廉売のいずれかがシャーマン法に違反しない限り、合法であるとされている⁶⁴。米国事件では、競合チップメーカーへの取引拒絶が違法であるかどうかも争点となっており（控訴審判決は反競争的な取引拒絶であ

⁶¹ 取引拒絶についての記述であるが、データと競争政策に関する検討会報告書には、「虚偽や法令違反を伴うような不当な行為によって収集されたデータを利用することによって、データの取引の市場又はデータを利用した商品の市場で有力な地位に立った事業者が、当該データが競争者の事業活動に不可欠であり、かつ、競争者にとっては代替的なデータの取得が技術的又は経済的に困難であるにもかかわらず、正当な理由なく、競争者によるデータへのアクセスを拒絶し、それによって、当該競争者の事業を困難とする場合※も同様に独占禁止法上問題となり得ると考えられる。」との記載がある（公正取引委員会競争政策研究センター「データと競争政策に関する検討会報告書」47-48頁（2017年）。）また、同報告書の同箇所が引用する公取委のガイドラインでは、SEPの地位の獲得過程も踏まえて行為の不当性を説明するものがある。例えば、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」（2005年）は、「標準化活動に参加し、自らが特許権を有する技術が規格に取り込まれるように積極的に働きかけていた特許権者が、規格が策定され、広く普及した後に、規格を採用する者に対して当該特許をライセンスすることを合理的理由なく拒絶する（拒絶と同視できる程度に高額なライセンス料を要求する場合も含む。）こと」が私的独占や不公正な取引方法として独占禁止法上問題となるとしている（第2の3）。もっとも、同箇所についての説明は、「当該行為は、事業者の共同行為によって標準としての価値を付加された特許を競争者排除の手段として利用するものであり、技術保護制度の趣旨や目的に反することから、独占禁止法第21条に規定される「権利の行使と認められる行為」とは評価されず、独占禁止法が適用される。」となっており、技術市場における競争から説明しているわけではない。

⁶² ただし、SEPと他の商品のセット供給が他の商品の市場支配力を用いて、他の商品の価格をSEPのロイヤルティに割り当てるものであると考えると、SEPと他の商品のセット供給において行使されているのは、他の商品の市場の市場支配力であって、SEPのライセンス市場のそれではないから、SEPと他の商品のセット供給に関しては、技術市場における市場支配力の獲得過程に問題がある場合のその行使に人為性を見出すという説明は馴染まないかもしれない。

⁶³ 武田邦宣「競争法によるプライススクイズの規制」根岸哲ほか編著『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェース』54頁（有斐閣、2007年）、岸井・前掲注46）237頁、中川・前掲注46）261頁。

⁶⁴ Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc., 555 U.S. 438, 452 (2009).

るとは認めなかった)、また、Q社のチップの価格がコスト割れであることが地裁判決により認定されておらず、FTCから主張もされていなかったため、控訴審裁判所がNLNCが実質的にはマージンスクイズであると認めれば、判例法に照らして、シャーマン法ではないと判断する可能性が高いとの事情があった。

我が国では、マージンスクイズと取引拒絶や不当廉売との類似性が論じられることが少なくないが、マージンスクイズを不当廉売と類似する行為と見る場合はもちろん、取引拒絶と類似する行為と見る場合であっても、下流市場で同等に効率的な事業者が対抗できるか否か(同等効率性基準)が重要となる。なぜなら、垂直統合企業の上流市場と下流市場の価格が逆転している場合やその差が近接している場合には下流市場で垂直統合企業と同等の効率性を発揮できる事業者も対抗できないため、実質的には取引拒絶と変わらない⁶⁵とされていることから分かります。下流市場で垂直統合企業と同等の効率性を発揮できる事業者が対抗できるかどうかを実質的に取引拒絶と評価できるかどうかのメルクマールとされるからである。そして、この場合の評価は、上流市場の供給価格を下流市場の費用と見て、下流市場のみで廉売の当否を判断するのと同様であるとされている⁶⁶。このため、マージンスクイズを取引拒絶と類似する行為と見る場合であっても、実質的には下流市場でのコスト割れの存否を確認することになる。

以上を踏まえると、SEPと他の商品のセット供給とマージンスクイズが実質的に同じ行為といえる場合、我が国においても、SEPと他の商品のセット供給が排除行為といえるためには何らかのコスト割れを要するとの議論があり得る。以下では、SEPと他の商品のセット供給とマージンスクイズの相違点を分析し、SEPと他の商品のセット供給の排除行為該当性の判断にコスト割れを求めるべきか(同等効率性基準が用いられるべきか)どうかを検討する。

(1) マージンスクイズにおける人為性

マージンスクイズとは、上流市場と下流市場の両方で事業活動を行う事業者が、上流市場の価格の引上げ、下流市場の価格の引下げ、又はその双方により、下流市場の競争者の利益を圧搾することで競争者を排除するものとされる⁶⁷。つまり、マージンスクイズの評価の対象となる行為は、基本的には、上流市場の価格の引上げと下

⁶⁵ 川濱・前掲注 46) 17 頁。岸井・前掲注 46) 247-248 頁、253-254 頁は、マージンスクイズを取引拒絶のバリエーションと捉えた上で、取引拒絶と同等に評価できる上流市場と下流市場の価格差の判断基準について、欧州委員会のいわゆる「102 条ガイダンス」の同等効率性基準も参考として算定基準を検討する必要があるとする。

⁶⁶ 川濱・前掲注 46) 17 頁。川濱昇「判批 (NTT 東日本 FTTH 事件最判)」ジュリスト 1419 号 107 頁 (2011 年) は、「価格スクイズの問題は、要するに川下市場競争者をターゲットにした低価格販売に関して川上市場の供給価格を所与とした不当廉売基準を採用できるか否かと、それが妥当とされる条件は何かという問題にすぎない」とする。

⁶⁷ 武田・前掲注 63) 54 頁、岸井・前掲注 46) 237-238 頁、中川・前掲注 46) 261-263 頁。

流市場の価格の引下げ（とそれによる下流市場の競争者の利益の圧搾）しかなく⁶⁸、事業者の取引先選択の自由に対する拘束性のような要素は認められない。もとより、価格の引下げや低下価格販売はもちろん、価格の引上げや高価格販売も基本的には通常の事業活動であるが⁶⁹、それを下流市場での不当廉売や上流市場での取引拒絶と評価することができるのであれば、不当廉売や取引拒絶に関する議論を手掛かりに人為性を基礎付けることができる。しかし、逆からいえば、不当廉売や取引拒絶と評価できる場合でなければ、人為性を見出すことが困難だということであろう（もっとも、取引拒絶自体も基本的には通常の事業活動であるから、仮に取引拒絶と評価できたとしてその不当性をどのように基礎付けるかという問題がある⁷⁰。）

(2) マージンスクイズが同等効率性基準で評価されるべき理由

マージンスクイズを実質的に取引拒絶と評価するために同等効率性基準を採用する理由はどこにあるのだろうか。例えば、実質的に取引拒絶といえるためには、下流市場の競争者が垂直統合企業に比して下流市場で非効率であったとしても、そのような競争者の下流市場でのコストとの比較で十分な利益（上流市場と下流市場の価格差）がなければ取引拒絶と評価することができるように思われる。同等効率性基準は非効率的な事業者が及ぼす競争的抑制を軽視することは否めないという意味で過少包摂であるため⁷¹、マージンスクイズ規制において同等効率性基準が単に取引拒絶と評価するための意味しか持たないのであれば、それは過少執行となるおそれがある。もっとも、同等効率性基準は上記のような意味で過少包摂であるが、価格競争の重要性に鑑みると自己の効率性を反映した低価格販売を禁止することが適切ではないことから正当化される基準である⁷²。したがって、マージンスクイズに価格競争の側面がある場合には同等効率性基準の採用が正当化される可能性があり⁷³、実際、

⁶⁸ 米国事件において、FTC が NLNC とマージンスクイズが異なるものであると説明する中で、linkLine 事件で原告が問題とした唯一の行為は被告の商品及び役務の価格設定に過ぎないと主張したことについて第1部第6の1参照。

⁶⁹ 平林英勝「判批（NTT 東日本 FTTH 事件審決）」判例タイムズ 1246 号（2007 年）は、「上流市場での価格が独占的な高価格かどうかは関係がない」とした上で（80-81 頁）、「接続料金が高すぎるかどうかはわが国独占禁止法では問題とならない」（81 頁注 12）とする。

⁷⁰ 長澤・前掲注 27）477 頁は、NTT 東日本 FTTH 事件について、「本件行為は実質的に取引拒絶であると評価できるとして、その競争手段としての不当性は何に見いだすことができるか。」と述べる。川濱・前掲注 46）17 頁も参照。

⁷¹ 川濱昇「不当廉売規制における費用基準とその論拠」根岸哲先生古稀祝賀『競争法の理論と課題—独占禁止法・知的財産法の最前線』219-220 頁（有斐閣、2013 年）。

⁷² 川濱昇「私的独占解釈論の現状と課題」日本経済法学会年報 28 号 30 頁（2007 年）。同「競争者排除型行為規制の理論的根拠—不公正な取引方法を中心に—」公正取引 671 号 18 頁（2006 年）、同・前掲注 22）15-16 頁も参照。

⁷³ 欧州委員会の「102 条ガイダンス」も、価格に基づく排除行為に同等効率性基準を用いている。Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Text with EEA relevance) (2009/C 45/02), para. 23.

マージンスクイズについては、(垂直統合企業が上流市場での取引義務を負う場合でも) 下流市場の価格競争は自己の効率性を反映して行うことが許されるべきであるため同等効率性基準が用いられるとの説明がある⁷⁴。つまり、マージンスクイズには下流市場での価格競争の側面があるため、同等効率性基準の採用が正当化されるのである。

ただし、垂直統合企業にとって下流市場での価格競争が許されるべきであるとしても、その価格競争に介入しない形(価格競争が許される形)での規制であれば必ずしも同等効率性基準を用いる必要はない。例えば、垂直統合企業が上流市場において禁止的な高価格を設定する場合も取引拒絶と評価できるとされているが⁷⁵、その文脈では同等効率性基準に言及されていない⁷⁶。もっとも、マージンスクイズとは、垂直統合企業が上流市場の価格の引上げ、下流市場の価格の引下げ、又はその双方により、下流市場の競争者の利益を圧搾すること(前記(1)参照)であるから、利益の圧搾というよりも上流市場での高価格そのものに着目(して取引拒絶と評価)する場合は、そもそもマージンスクイズとは呼べないのかもしれない⁷⁷。しかし、そうであるならば、要するに、マージンスクイズとは上流市場・下流市場における価格設定により競争者の利益を圧搾するものであるところ、この「利益」とは上流市場の価格と下流市場の価格の差分であるから、その規制が不可避免的に下流市場における価格競争に介入することになり、それゆえに同等効率性基準を採ることが正当化されるといえよう。

(3) SEP と他の商品のセット供給について

SEP と他の商品のセット供給は二つの商品・役務間の価格の調整によって競争者の利益を減じるという点において、確かにマージンスクイズと類似している。実際、Nalebuff の論考(前記 2 の 2 (2)イ参照)も、想定例について、マージンスクイズとの類似性を指摘している⁷⁸。しかし、SEP と他の商品のセット供給には、他の商品を供給する条件として SEP のライセンス契約を義務付ける点に他者の事業活動の自由の制約が認められ、あるいは、それにより顧客が競争者から他の商品を購入する場合のコストを引き上げて競争者との取引を回避させるという点に顧客による取引先

⁷⁴ 根岸哲編『注釈独占禁止法』51頁〔川濱昇〕(有斐閣、2009年)。

⁷⁵ 中川・前掲注 46) 275-277頁、川濱・前掲注 46) 17頁。

⁷⁶ 中川・前掲注 46 は禁止的な高価格に言及する際には同等効率性基準に言及していない。また、OECD のマージンスクイズのラウンドテーブルに対する米国の貢献文書は、上流市場の価格が垂直統合企業の上流市場での利益を最大化しないほどに高い場合を事実上の取引拒絶と捉える考え方に触れているが、同等効率性基準への言及はない。OECD, *Competition Policy Roundtables: Margin Squeeze*, at 245 (2009)。

⁷⁷ 実際、中川・前掲注 46) 276頁は、禁止的な高価格の場合を「取引拒絶の純粹型」と呼び、マージンスクイズ(下流市場の価格との相対において上流市場の価格を高いと評価する場合)と区別している。

⁷⁸ Nalebuff, *supra note* 13, at 325 footnote 7.

選択の自由に対する拘束性が認められるため⁷⁹、この点で上流市場の価格の引上げと下流市場の価格の引下げという行為しか認められないマージンスクイーズと異なる⁸⁰。顧客の取引先選択の自由に対する拘束性が認められれば、それを通じての排除行為の反競争性をいわゆるライバル費用引上げ戦略（RRC）の理論枠組で認識することが可能となるため、この点は重要であろう⁸¹82。

他方、SEP と他の商品のセット供給の排除効果を他の商品の価格の一部を SEP のロイヤルティに割当てることによる他の商品市場における競争者の費用引上げに見る場合、確かに、SEP の権利者は、他の商品の価格の一部を SEP のロイヤルティに割当てての限りにおいて、他の商品の価格を引き下げることになる。しかし、同等効率性基準が非効率的な事業者が及ぼす競争的抑制を軽視するという意味で過少包摂な基準であるにもかかわらず、自己の効率性を反映した低価格販売を禁止することが適切ではないという理由で正当化されるに過ぎないことを踏まえれば、価格競争（価格引下げ）の側面が少しでも認められれば、同等効率性基準を採用すべしと結論付けるのは妥当ではない。その行為を許容することの弊害やその行為の効率性（自己の効率性を反映した低価格販売であるといえるのか等）を勘案して同等効率性基準の採否が決められるべきであろう⁸³。これを SEP と他の商品のセット供給について見る

⁷⁹ 早川・前掲注 23) 275-277 頁は、顧客による取引先選択の自由に対する拘束性をもたらす経済的実質を顧客の競争者への転換費用の引上げであると捉えて、そのような効果を有する忠誠リベートを排他的取引のアナロジーとして把握することが可能であるとする。

⁸⁰ 米国事件において、FTC は linkLine 事件で原告が問題とした唯一の行為は被告の商品及び役務の価格設定に過ぎない一方で、同事件で Q 社は自らのチップ価格とロイヤルティを設定しているだけでなく、チップ市場における独占力を行使して顧客が Q 社の競争者のチップを購入した場合に Q 社に料金（fee）を支払うことを強要したとして両事件を区別した（第 1 部第 6 の 1 参照）。

⁸¹ 早川・前掲注 23) 275 頁は、「ライバル費用引上げ理論の枠組みで排他的取引の反競争性を認識することを可能にさせる重要な前提が、顧客の取引先選択の自由に対する拘束性という要素であり、顧客と第三者である競争者との間の取引の制限という過程を経ての排除という点であった」と説明している。また、川濱・前掲注 22) 20-21 頁は、いわゆるライバル費用引上げ戦略（RRC）とされている抱き合わせ販売、排他条件付取引等は「取引相手の活動領域に干渉することが明白な戦略」であるとし、「独禁法で従来から問題とされてきた取引の自由とそれに依拠した競争者の事業機会が、ライバル費用引き上げ型戦略という認識枠組みを通じて、排除とみなされているのである。」と説明する。

⁸² マージンスクイーズには上流市場の価格引上げにより競争者の利益を圧搾する「RRC 型スクイーズ」と呼ばれるものがある。しかし、「RRC 型」とされているにもかかわらず、同等効率性基準が用いられる理由は、利益圧搾の「利益」を上流市場の価格と下流市場の価格の差分とする以上、上流市場の価格引上げを問題とする場合であっても下流市場の価格設定に介入することになることに加えて、その行為が価格設定行為に過ぎない（事業者の取引先選択の自由に対する拘束性が認められない）からであろう。

⁸³ 早川・前掲注 23) 275-285 頁は、忠誠リベートが顧客らの転換費用を引き上げて排除効果を生じさせ得ることを前提に、非効率的な競争者が重要な競争上の牽制力になり得ること、忠誠リベートが「不忠誠罰」に過ぎない可能性があること、排他的取引によって市場閉鎖効果が生じる場合に排他的な条件の代償として利益が提供される点を競争促進的な側面として過大評価すべきではないこと等を理由に、値引きの側面を有するとされる忠誠リベートを同等効率性基準の

と、確かに、他の商品の価格は、その一部が SEP のロイヤルティに割当てられる限りにおいて、引き下げられることになる。しかし、顧客は自らの製品を製造・販売するために他の商品と SEP の双方を必要とするのであるから、顧客が SEP の権利者に支払う総額には変化がない。しかも、SEP と他の商品のセット供給により、それがなければ生じていたであろう他の商品の市場における競争は生じず、それにより実現されたはずの顧客の支払い総額の低下が実現されないことになる⁸⁴。このように、SEP と他の商品のセット供給は、SEP のロイヤルティの引上げにより排除効果を生み出し、結果として、その行為がなかった場合に比して顧客の支払い総額を増加させる行為であるが、それに伴い発生する他の商品の価格の引下げは、単に他の商品から SEP のロイヤルティへの価格の移動により生ずるものであるに過ぎないため、自己の効率性を反映したものではないし⁸⁵、顧客が SEP と他の商品に支払う総額は変わらないため、低価格販売であるとも言い難い⁸⁶。以上を踏まえると、SEP と他の商品のセット供給を同等効率性基準の下で評価することは妥当ではないだろう。

また、前記 2 (2)ウのように、他の商品の出荷停止の脅威の下で実現されたロイヤルティについては、他の商品の価格から SEP のロイヤルティへの価格の割当てが行われたともみなすというルールを採用する限り、SEP の権利者に対しては、SEP と他の商品のセット供給を止めることを求めるにとどまる。すなわち、SEP の権利者は、他の商品の価格を SEP のロイヤルティに割り当てることで競争者のコストを引き上げる（とみなされる）限りで他の商品の価格の引下げが禁じられるにとどまり、それを超えて、競争者の利益を圧搾するような他の商品の価格の引下げが禁じられるわけではないから⁸⁷、価格引下げへの介入は限定的であり、かつ、行為者は SEP の

下で評価することは適切ではないと論じている。また、Elhauge は、コストを超える価格設定に過ぎない行為（Pure above-cost pricing）が許されるのは、非効率的な事業者を排除することが反競争的でないからではなく、企業の価格設定を禁止することができないことに加えて、コスト割れではない価格を禁止することの悪影響が消費者と効率性を害するためであるから、その欠点を相殺する正当化理由を欠き、そのような悪影響なしに禁止することができる排他的な条件付けの場合には同様に論じることはできないとする。Einer Elhauge, *Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*, 123 Harv. L. Rev. 397, 464 footnote 198 (2009).

⁸⁴ 第 1 部第 3 の 1 の学者意見書及び同第 4 の 2 の控訴審判決に対する FTC の反論における NLNC がない場合に生じる競争についての説明を参照。

⁸⁵ 米国事件の控訴審段階で提出された元 FTC 委員長の Muris のアミカスブリーフは、NLNC について仮想事例を用いて説明する中で、Q 社はチップの価格をロイヤルティに移すことで競争上の優秀さ（competitive merits）と無関係に自身より効率的な競争者に対して優位性を獲得すると指摘している。Brief of Amicus Curiae Timothy J. Muris in Support of Appellee, at 14 (November 29, 2019).

⁸⁶ 想定している例はやや異なるが、FTC が、顧客の支払い総額が変わらない中でのチップ価格の値下げについて、チップ価格の「減額」は錯覚であると主張していたことについて、第 1 部第 4 の 2 参照。

⁸⁷ 米国事件において、FTC は、地裁による差止めの下でも、Q 社のロイヤルティとチップ価格が競争者に「公正」で「十分な」利益を確保するかどうかにかかわらず、Q 社は自由にチップを

ライセンス契約を他の商品の供給の条件としなければよいだけであるから、禁止される行為は明確であり、価格競争等を過度に萎縮させることはない⁸⁸。

5 正当化理由

前記3で述べた人為性に関しては、顧客が他の商品を用いて最終製品を製造・販売する場合に不可避免的に SEP の権利者の SEP の権利侵害を生じさせるため、そのような特許権侵害を防止するために SEP のライセンス契約を他の商品の供給の条件とするのであるという趣旨の正当化理由⁸⁹が主張される可能性がある⁹⁰。もっとも、米国事件を例にとれば、Q 社が通信規格に係る自らの SEP を実施するチップを顧客に販売すれば、その SEP はチップの販売により消尽し、顧客は携帯電話端末の製造・販売に別途ライセンスを必要としない、と考えることもできそうである。しかし、第1部第1の1のとおり、Q 社は、特許権に係る対価をチップの対価から切り離し、チップとは別に特許権をライセンスするというビジネスモデルを採用していた⁹¹。また、Q 社は、自ら保有す

低価格で供給することが引き続き可能であると主張していた（第1部第6の1参照）。

⁸⁸ 同等効率性基準が支持される理由の一つに、客観的に認識可能な基準がなければ独占禁止法が擁護すべき価格競争を萎縮させる危険性が大きいという点が挙げられることもある（川濱・前掲注22）15頁参照）。

⁸⁹ このような正当化理由の主張は、排除効果を打ち消すものというよりも、人為性を否定するものであり、すなわち、行為の相手方に対する事業活動の制約を正当化する事情についての主張と位置付けられる。前掲注3参照。

⁹⁰ 上杉・前掲注37）は、「一部にせよ特許侵害の可能性がある以上（（3）参照）、ライセンス契約を締結する者にのみチップを販売することを、抱き合わせとして問題にすることは難しいように思われる。」（167頁。168-169頁も参照）と述べる。

⁹¹ Q 社がなぜ特許権に係る対価をチップの対価から切り離し、チップとは別に特許権をライセンスするというビジネスモデルを採用していたのかという点は興味深い。特許権のロイヤルティ相当分をチップの対価に上乗せして顧客に販売するというビジネスモデルもあり得たはずである。もちろん、Q 社によればチップとは無関係な特許権も存在していたということであるから、その点も関係しているのかもしれない。しかし、仮にそうだとしても、チップに関係する特許権だけでもチップの対価に上乗せするという選択肢もあるように思われる。しかし、それはQ 社にとっては事業上の合理的な判断ではなかったと考えられる。なぜならば、Q 社は競争者（チップの製造販売業者）に特許権のライセンスを行っていなかったため、自らのチップの対価に特許権のロイヤルティ相当分を上乗せする場合には競争者との価格競争で不利になるからである。では、競争者に特許権のライセンスを行い、競争者のチップの価格にもロイヤルティ相当分を上乗せされるようにすればいいかという点、そうではない。競争者はチップの製造販売業者であるため、チップの出荷停止によりロイヤルティを高めることができないからである（そして、競争者にライセンスを行えば、その特許権に関しては消尽し、顧客からロイヤルティを徴収することはできない）。しかし、だからといって、Q 社からライセンスを受けないでチップを製造・販売する競争者に差止請求を行うことも難しい。その場合には、SEP について、いわゆる access for all すら確保しないことになり FRAND 宣言に違反する可能性が高いからである。つまり、Q 社にとって、access for all を満たして FRAND 宣言違反にならないようにしつつ、高額なロイヤルティを徴収するには、特許権に係る対価をチップの対価から切り離し、顧客に対してチップとは別に特許権をライセンスすることが合理的であったといえる。もっとも、周知のとおり、access for all を満たしてさえいけば FRAND 宣言に違反しないのかどうかについては議論がある。

る SEP には、チップとは関係がなく、携帯電話端末の製造・販売によって初めて侵害される特許権もあると主張していたため⁹²、仮に Q 社による顧客へのチップの販売で特許権が消尽する SEP があるとしても、顧客にとって別途ライセンスが必要となる SEP もあったといえる。以上のような状況では、SEP の権利者からライセンスを受けない顧客が他の商品を用いて自らの製品を製造・販売する場合に SEP の権利侵害が生じるため、それを防止するために SEP のライセンス契約を他の商品の供給の条件とすることに正当化理由が認められるという主張がなされることはあり得るだろう。

形式的には独占禁止法違反に当たり得る行為であっても、公正な競争秩序維持の見地から見て、その行為に正当な理由があり、その手段に合理性・相当性がある場合には、独占禁止法違反とならない⁹³。手段としての合理性・相当性については、その判断手法が確立しているとは言い難いが⁹⁴、近時、原告が主張する目的は他の手段により達成されるべきであるから問題となっている行為は手段として相当ではないと述べる判決が登場している⁹⁵。

一般論としては、特許権の侵害防止を目的とした行為に正当化理由が認められることもあり得るだろう⁹⁶。しかし、SEP と他の商品のセット供給は特許権の侵害防止とい

⁹² Opening Brief for Appellant Qualcomm Incorporated, at 89 (August 23, 2019).

⁹³ 異なる違反類型についてであるが、目的の正当性と内容・手段の合理性・相当性がある場合には、独占禁止法違反とならないとする最近の裁判例として、東京高判令和元年 11 月 27 日（令和元年（行コ）第 131 号）（高知県農業協同組合による排除措置命令取消請求控訴事件）公取委審決等データベース PDF 版 25 頁、東京高判令和 3 年 1 月 21 日（令和 2 年（行コ）第 122 号）（公益社団法人神奈川県 LP ガス協会による排除措置命令取消請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 12 頁。また、自主基準の設定目的が正当なものであり、自主基準の内容も一応の合理性を有するものとしてしつつ、被告の行為が目的の達成のための実施方法として相当なものであるとはいえないとして、独占禁止法違反に当たるとした事例として、東京地判平成 9 年 4 月 9 日（平成 5 年（ワ）第 7544 号）公正取引委員会審決集 44 巻 682-688 頁。白石・前掲注 26）89 頁以下も、正当化理由が認められるかどうかの判断基準は目的と手段の両面において正当であるか否かであるとする。

⁹⁴ 公正取引委員会の審決では、より制限的ではない手段の有無がないかどうかを検討しているものもある（平成 10 年（判）第 1 号（(株)ソニー・コンピュータエンタテインメントに対する件）公正取引委員会審決集 48 巻 64 頁、平成 16 年（判）第 13 号（マイクロソフトコーポレーションに対する件）審決案 135-137 頁）。他方で、町営福祉バス運行に関する差止請求事件では、原告がより競争制限的ではない代替手段はないかという点も具体的に検討すべきであると主張したのに対して、目的の正当性、手段の相当性等を考慮することは必要であるが、他により競争制限的でない代替手段があるかどうかといった点が当然に考慮されるべきものとする根拠はないというべきであるとの判断がなされている。山口地裁下関支判平成 18 年 1 月 16 日（平成 16 年（ワ）第 112 号）公正取引委員会審決集 52 巻 930 頁。

⁹⁵ 東京地判平成 31 年 3 月 28 日（平成 29 年（行ウ）第 196 号）（土佐あき農業協同組合による排除措置命令取消請求事件）公取委審決等データベース PDF 版 58-59 頁。この説示は控訴審判決（前掲注 93（令和元年（行コ）第 131 号））でもそのまま引用されている。

⁹⁶ 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」（2007 年）は、種苗法の権利侵害を防止するための販売先の制限や、技術に関するノウハウの漏洩又は流用を防止するための競争品の製造・販売の禁止等、知的財産権の侵害防止やノウハウの漏洩・流用のために許容され得る制限の例をいくつか挙げている（同指針第 4 の 4 参照）。また、平成 17 年度相談事例集事

う目的の達成のための手段として相当性を欠くと言い得る。以下、説明する。

(1) FRAND 宣言の対象となった SEP のロイヤルティは FRAND 条件の範囲内で足りること

独占禁止法においては、特許権の行使は、それにより利潤の獲得を確保することで技術開発活動を促すという意味で競争促進効果を有する行為であると説明される⁹⁷。したがって、特許権の侵害防止を目的とした行為に独占禁止法上の正当化理由が認められるのは、特許権者が利潤を獲得する機会を喪失することを防止して、上記のような意味での競争促進効果を実現するためである。しかし、そもそも標準化により不可欠性を獲得したに過ぎない技術については、他の場合と比べて見返りを保証すべき程度が低い⁹⁸。これに加えて、技術標準の文脈では、ライセンサーに過大なロイヤルティを認めることでライセンシーの標準化（将来の標準化を含む）への参加インセンティブを削ぐという悪影響が生じることも見落とされるべきではない⁹⁹。技術標準のように、それに基づく後続の技術革新が特に期待される文脈では、このことは重要であろう¹⁰⁰。

さらに、FRAND 宣言の対象となった SEP について重要なことは、SEP の権利者が自ら FRAND 条件でライセンスする旨の宣言を行ったのであるから、特許権者の利潤獲得の確保という観点からは、SEP の権利者には FRAND 条件でのロイヤルティを確保すれば十分であるという点である。アップル対サムスン知財高裁判決は SEP に基づく損害賠償について、「FRAND 条件によるライセンス料相当額の範囲内にある限りにおいては、その行使を制限することは、発明への意欲を削ぎ、技術の標準化の促進を阻害する弊害を招き、同様に特許法の目的である「産業の発達」（同法 1 条）を阻害するおそれがある」¹⁰¹とする一方で、FRAND 条件でのライセンス料相当額を超えた損害賠償請求については、「必須宣言特許の保有者は、当該標準規格の

例 6 も参照。

⁹⁷ 前掲注 26 参照。

⁹⁸ この点を指摘する論考は多いが、早くにこの点を指摘したものとして、白石忠志『技術と競争の法的構造』157 頁（有斐閣、1994 年）、知的財産研究所『技術標準を巡る知的財産権問題に関する調査研究報告書』第 2 編第 2 章「独占禁止法からの展望」〔川濱昇〕173-174 頁、177-179 頁（特許庁工業所有権制度問題調査報告書、1995 年）、田村善之「特許権の行使と独占禁止法」公正取引 588 号 30 頁（1999 年）。一方で、このような考え方に慎重な態度を採るものとして、和久井・前掲注 39）239-247 頁。なお、FTC が 2011 年に公表した報告書では、特許権者がホールドアップから得る取り分は「棚ぼた」（windfall）であるため、このような取り分を認めたとしても技術革新的な活動へのインセンティブの増大には繋がらないとされている。Federal Trade Commission, *The Evolving IP Marketplace: Aligning Patent Notice and Remedies With Competition*, at 226-227 (2011).

⁹⁹ 拙稿「FRAND 宣言違反と競争」筑波法政 67 号 116 頁（2016 年）。

¹⁰⁰ 米国 FTC の報告書や法執行事例において技術標準における後続の技術革新への悪影響を理由に SEP の権利保護を相対化する考えが見受けられることについて、拙稿「技術標準における特許権の行使と米国反トラスト法」筑波法政 62 号 108-111 頁（2015 年）。

¹⁰¹ 知財高判平成 26 年 5 月 16 日（平成 25 年（ネ）10043 号）裁判所 HP 掲載 PDF 版 129 頁。

利用者に当該必須宣言特許が利用されることを前提として、自らの意思で、FRAND条件でのライセンスを行う旨宣言していること、標準規格の一部となることで幅広い潜在的なライセンシーを獲得できることからすると、必須宣言特許の保有者にFRAND条件でのライセンス料相当額を超えた損害賠償請求を許容することは、必須宣言特許の保有者に過度の保護を与えることになり、特許発明に係る技術の幅広い利用を抑制させ、特許法の目的である「産業の発達」（同法1条）を阻害することになる¹⁰²と述べている。同判決は独占禁止法違反の正当化理由について判断したものではないが、この箇所は一般論として論じられている箇所であり、SEPの問題に関してはこのような意味で独占禁止法上の正当化理由を否定する要素が通常は存在することが示されたものとの評価がある¹⁰³。確かに、独占禁止法違反の正当化理由の議論になった途端に上記判示部分が妥当しないことになると考える理由は見当たらないし、実際に欧米の競争法違反事案においては、SEPの権利者にはFRAND条件の範囲内のロイヤルティを認めれば足りるとの議論が見られる¹⁰⁴。

(2) SEPと他の商品のセット供給がFRAND条件の範囲を超えるロイヤルティを実現する可能性があること

他方、前記3(3)アで既に述べたとおり、FRAND宣言の対象となったSEPに基づく差止請求権を何ら限定なく認めてしまうとFRAND条件を超えるロイヤルティとなる可能性があるところ、SEPと他の商品のセット供給は、事実上、SEPに基づく差止めと同等又はそれ以上の効果を有するものであるため、FRAND条件の範囲を超えるロイヤルティが実現される可能性がある。

以上のとおり、特許権者の利潤獲得の確保による競争促進効果の実現という観点からは、FRAND宣言の対象となったSEPのロイヤルティはFRAND条件の範囲内で足りるにもかかわらず、SEPと他の商品のセット供給はFRAND条件を超えるロイヤルティを実現する可能性がある。しかし、FRAND条件の範囲内のロイヤルティを確保するためには、例えば、他の商品の供給の条件として、ライセンス契約そのものではなく、ライセンス契約のための交渉の開始を条件とするにとどめ、FRAND宣言の対象となったSEPのライセンス条件の交渉枠組¹⁰⁵の下でライセンス契約を締結することもでき

¹⁰² 同上。

¹⁰³ 白石忠志「独禁法とサムスン対アップル知財高裁判決」野村豊弘先生古稀記念論文集『知的財産・コンピュータと法』681-682頁(商事法務、2016年)(SEPに基づく差止請求や損害賠償請求が取引拒絶や優越的地位の濫用に該当するかどうかという文脈での評価)。

¹⁰⁴ 欧州委員会によるMotorolaに対する禁止決定事件における判断については拙稿「FRAND宣言違反とEUの独占的高価格設定規制」筑波法政72号118-119頁(2017年)を、米国事件の控訴審におけるFTCの主張については拙稿「米国FTC v. Qualcomm 控訴審判決～ライセンス拒絶に焦点を当てて～」公正取引850号23頁(2021年)をそれぞれ参照。また、米国事件の学者意見書も同様の主張を行っている。Brief of Amici Curiae Law and Economics Scholars in Support of Appellee and Affirmance, at 26 (November 27, 2019).

¹⁰⁵ Case C-170/13 - Huawei Technologies v ZTE (16 July 2015)で示された「ピンポン交渉スキ

るはずである。確かに、このような交渉枠組の下で実現されるロイヤルティは SEP と他の商品のセット供給の下でのロイヤルティに比して低額かもしれないが、FRAND 宣言の対象となった SEP である以上、特許権者の利潤獲得の確保による競争促進効果の実現という観点からは、それで十分である。また、このような交渉枠組の下で実現されるロイヤルティであれば、前記 2 (2) で説明した排除効果を発生させることもない。以上から、SEP と他の商品のセット供給は、仮に特許権侵害の防止 (= 特許権者の利潤獲得の確保による競争促進効果の実現) という目的自体が正当であるとしても、その目的の達成のための手段として相当性を欠くと言い得る。

第 3 抱き合わせ該当性

米国事件では抱き合わせの議論は深まらなかったが、それはチップ市場 (他の商品の市場) の独占化が問題とされていたという制約があったことも関係しているだろう。ここでは、そのような制約を取り払い、抱き合わせによる SEP のライセンス市場における自由競争減殺・競争の実質的制限 (後記 1) と取引強制としての抱き合わせ (後記 2) それぞれの観点から検討する。

1 従たる商品市場の自由競争減殺・競争の実質的制限

抱き合わせについては、従たる商品・役務の市場における競争を減殺するおそれがあるとの側面も有するとされる¹⁰⁶。SEP のライセンス契約を他の商品の供給の条件とする場合、主たる商品は他の商品、従たる役務は SEP のライセンスということになる。個々の SEP が対象とする技術の範囲で市場を画定する考えに拠れば¹⁰⁷、当該技術標準以外に顧客の選択肢となるような技術標準が他に存在しないような場合には、この市場 (技術市場 = SEP のライセンス市場) における競争は実質的には技術標準の設定の時点で終了し、技術市場の競争者は消滅していると考えられる¹⁰⁸。もっとも、「一定の取引分野の競争を実質的に制限する」とは、市場支配力の形成、維持又は強化をいうが¹⁰⁹、この要件自体には競い合いの制限が含まれるとは解されていない¹¹⁰。したがって、

一ム」(池田・前掲注 50) 32 頁) である。

¹⁰⁶ 「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」(独占禁止法研究会報告)第 2 部 6 (2)

¹⁰⁷ 海外の競争当局が個々の SEP が対象とする技術の範囲で市場が画定されることを示したものとして、例えば、Commission decision of 29 April 2014, Case AT.39985 – Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents, para. 179-213; Case No COMP/M.6381–Google/Motorola Mobility Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, para. 49-61 (13 February 2012).

¹⁰⁸ FTC が個別事案において、技術市場における独占力は技術標準の設定により生じ、その後に行われる FRAND 宣言違反はそれらの力の行使に過ぎず、それらを形成等する行為ではない、との考えを採ったことについて、拙稿「標準必須特許の権利行使に対する FTC 法 5 条適用事案の再検討」筑波法政 84 号 43-44 頁 (2020 年) 参照。

¹⁰⁹ 最判平成 22 年 12 月 17 日 (平成 21 年 (行ヒ) 第 348 号) (東日本電信電話(株)による審決取消請求事件) 裁判所 HP 掲載 PDF 版 12 頁。

¹¹⁰ 川浜昇「競争の実質的制限」と市場支配力」正田彬先生古稀祝賀『独占禁止法と競争政策の

競争者が皆無になったとしても何らかの事情で独占者が価格等をある程度自由に設定できない場合には市場支配力がない、または、市場支配力が制限されていると考えることもできるし¹¹¹、その何らかの事情を取り除く行為によって独占者が価格等をある程度自由に設定できるようになるのであれば、その行為により市場支配力が形成、維持又は強化されたと考えることができる。そして、技術市場における競争が実質的には技術標準の設定と同時に終了しており、競争者が皆無であるとしても、FRAND 宣言がなされている状況では、需要者（顧客）が FRAND 宣言を盾に訴訟等を通じてロイヤルティに異議を申し立てることができるため、独占者（SEP の権利者）の価格設定を制約することができるという意味で FRAND 宣言をそのような事情と位置づけることができるかもしれない¹¹²。そうだとすれば、SEP と他の商品のセット供給により、需要者

理論と展開』120～122 頁（三省堂、1999 年）は、東宝スバル事件高裁判決前は、「競争」という言葉の捉え方に応じて、「一定の取引分野における競争の実質的制限」に二つの異なる解釈があり得たとする。一つ目が「競争を制限する」の「競争」を競争行為（競い合い）と捉えて「競い合い」としての競争を制限することを問題とする立場であり、二つ目が各行為要件に該当する行為の結果、一定の取引分野における競争が実質的に制限された状態（価格等の決定への影響力が生じるといった競争の経済的機能の悪化）がもたらされることを問題とする立場である。そして、東宝スバル事件高裁判決は前者の考えを退けて後者の考えを採ったものであると評している。林秀弥「競争「関係」の制限と競争「機能」の制限—多摩談合事件東京高裁平成二十二年三月十九日判決批判—」名古屋大学法政論集 236 号 74 頁（2010 年）は、「要するに価格支配力としての「市場支配力」が成立すれば、「競争を実質的に制限する」との要件を満たすのであって、それ以上に、八幡・富士合併事件同意審決や本判決が述べるような、競争事業者の自主的な事業活動が消滅するかどうかといった付加的要素は、同要件の該当性を判断する上で必要となるものではない」とする。

¹¹¹ 公正取引委員会がこのような考えを採った事例が、平成 24 年度の「(株)東京証券取引所グループと(株)大阪証券取引所の統合」である。この事案で公正取引委員会は、統合により新興市場における上場関連業務では、当事会社が独占に近い状態になり、その市場支配力に対する有効な牽制力が存在しなくなるとしながらも、新興市場の上場関連手数料の設定等に関して、常設の諮問委員会の承認がない限り取締役会で決議できないこととするなどの問題解消措置を前提とすれば、「競争を実質的に制限することとはならないと考えられる」と結論付けた（公正取引委員会「平成 24 年度における主要な企業結合事例について」74 頁以下（2013 年））。ただし、泉水文雄「東証グループと大証との統合計画の審査結果」論究ジュリスト 5 号 139 頁（2013 年）は、「本件措置は、通常は、企業結合により形成、維持、強化された市場支配力を行使させないもの（市場支配力の不行使確約）と考えられ、競争の実質的制限はあるといえる」とする。

¹¹² 白石・前掲注 26) 80 頁は、「行為者のほかには適切な代替的供給者がいない場合でも、何らかの力関係により需要者が行為者の価格等の競争変数を問題のない範囲に押しとどめることができるという状況も、想定できる。」とする。

なお、川濱昇ほか『企業結合ガイドラインの解説と分析』258 頁〔和久井理子〕（商事法務、2008 年）は、企業結合一般について、「企業結合が行われ、競争が活発でなくなることによって、市場支配力が形成・維持・強化されることになりはするものの、形成等された市場支配力を行使しないということを約束することは、競争の実質的制限という問題を解消する措置ではない」として、市場支配力の不行使確約を問題解消措置と位置付けることに懐疑的である。泉水・前掲注 111) 138 頁も、「極端な例をあげれば、市場シェア 100%になるメーカー間の合併の際、価格を引き上げないという約束をすれば適切な問題解消措置になるのか」と疑問を呈する。これらの見解は、競争者による牽制力がなくなれば、他の事情により独占者が価格等をある程度自由に設定できない場合であっても、競争の実質的制限は生じるという趣旨であろうか。それとも、他の事

がロイヤルティに異議を申し立てることができないようにすることで、SEP の権利者は SEP のライセンス市場での市場支配力を形成、維持又は強化したといえることができる。しかし、「一定の取引分野の競争を実質的に制限する」自体には競い合いの制限が不要であるとしても、少なくとも独占禁止法 3 条に違反する行為やいわゆる自由競争減殺型に分類される不公正な取引方法は、競争過程を害することを通じて市場支配力の形成等（又はそのおそれ）をもたらすものである¹¹³。そして、この「競争過程の害」とは、競争の排除（競争参加者の競争的活動を困難にすることによって競争的抑制を緩和すること）又は競争の回避をいうのであるから¹¹⁴、SEP と他の商品のセット供給により市場支配力の形成等があったといえるとしても、それに加えて、既に競争者が存在しない SEP のライセンス市場において、当該行為が競争の回避や競争の排除を生じさせるといえるのか、という点が問題になるように思われる¹¹⁵。SEP のライセンス市場に競争者がいないのは、SEP の権利者が FRAND 宣言に反する行為を行っているからではなく、技術標準が設定されたからであり¹¹⁶、また、SEP の権利者が FRAND 宣言

情により独占者が価格等のある程度自由に設定できない場合には競争の実質的制限は生じないということは認めた上で、単なる約束だけでは実効性がないため、「他の事情」にはならないという趣旨であろうか。後者であれば、民事訴訟等を通じた実効性を伴う FRAND 宣言を単なる市場支配力不行使確約と区別することも可能であろう。

¹¹³ 川濱昇「市場秩序法としての独禁法（二）—市場をめぐる法と政策—」民商法雑誌 139 巻 4 号・5 号（2009 年）は、「独禁法違反行為での競争への害とは、競争過程（競い合いの過程）を害したこととそれを通じて市場支配力の形成等をもたらすことの両面を含むのである」（2 頁）とした上で、競争過程を害する行為は個別の行為要件における解釈論に吸収されているとしている（8-9 頁）。早川雄一郎「抱き合わせ販売の規制根拠（2・完）—競争プロセスと消費者保護」民商法雑誌 153 巻 3 号 82 頁（2017 年）も参照。

¹¹⁴ 川濱・前掲注 113）2-3 頁。競争を害する手段や反競争性が起こる形態として、ここでいう「競争の排除」・「競争の回避」と同様の 2 つの種類のもがあると指摘する文献は少なくない。例えば、金井貴嗣ほか編『独占禁止法〔第 6 版〕』11 頁〔泉水文雄〕（有斐閣、2018 年）、白石・前掲注 26）25-26 頁（ただし、「搾取」も反競争性が起こる形態の一つであると見る（同・26 頁注 8）。）

¹¹⁵ FTC の Ohlhausen 委員（当時）は、競争過程を害する行為を競争者による牽制力を取り除く行為であると位置づけた上で、FRAND 宣言違反に対して FTC が法執行を行った一連の事案について、競争過程を害する行為が認められないと批判する。Hon. Maureen K. Ohlhausen, *The Elusive Role of Competition in the Standard-Setting Antitrust Debate*, 20 Stan. Tech. L. Rev. 93 (2017). 同論考の解説として、拙稿「標準必須特許の権利行使に対する FTC 法 5 条適用事案の再検討」筑波法政 84 号 46-50 頁（2020 年）参照。

やや文脈は異なるが、米国 Rambus 事件の控訴審判決が、Rambus が特許権を開示しないことにより FRAND 宣言を回避したに過ぎないという可能性を指摘した上で、合法的に独占力を獲得した者がより高い価格を設定するために詐欺的行為を用いたとしても、通常それが競争者を排除して競争を減少させることはないという趣旨の判示をしているが、この考えも本文中の筆者の問題意識と通底する。同判決が依拠した NYNEX 事件最高裁判決の紹介も含め、拙稿「FRAND 宣言違反と競争」筑波法政 67 号 75-76 頁（2016 年）参照。

¹¹⁶ SEP の権利者が技術標準設定後にロイヤルティについての当初の約束を反故にした行為が FTC から問題視された米国 N-Data 事件に関して、FTC の Rosch 委員（当時）は、N-Data が行使した独占力は標準化団体（SSO）と市場による技術標準の採用によって生じたのであり、技術標準が採用された数年後になされた N-Data の行為（ライセンス条件についての当初の約束

を遵守するか否かにかかわらず、個々の SEP のライセンス市場で競争者が現れることは通常ないのである。

2 取引強制としての抱き合わせ

一般指定 10 項の抱き合わせの公正競争阻害性は競争手段の不公正さにも求められる。昭和 57 年の一般指定の改定に強い影響を与えた独占禁止法研究会報告では、「取引強制行為は、顧客の選択の自由を歪める競争手段であるが、それを通じて価格・品質・サービスを中心とした能率競争を可能とする秩序を侵害するおそれがあるかどうかの問題となる」¹¹⁷としているし、公正取引委員会も(株)藤田屋に対する件で「一般指定第 10 項に規定する不当とは、公正な競争を阻害するおそれがあることを意味すると解されるが、右公正な競争を阻害するおそれとは、当該抱き合わせ販売がなされることにより、買手は被抱き合わせ商品の購入を強制され商品選択の自由が妨げられ、その結果、良質・廉価な商品を提供して顧客を獲得するという能率競争が侵害され、もって競争秩序に悪影響を及ぼすおそれのあることを指すものと解するのが相当である。」¹¹⁸としている。

確かに、SEP と他の商品のセット供給には、他の商品を供給する条件として SEP のライセンス契約を義務付けることで、顧客が競争者から他の商品を購入する場合のコストを引き上げて競争者との取引を回避させるという点に顧客による（他の商品についての）取引先選択の自由に対する拘束性が認められる（前記第 2 の 4 (3)参照）。したがって、このような意味での取引先選択の自由に対する拘束をもって競争手段の不公正さを肯定できるのであれば、SEP と他の商品のセット供給は一般指定 10 項の抱き合わせに該当することになる（ただし、この場合に商品選択の自由が妨げられるのは主たる商品である「他の商品」である。）。他方で、近時、商品選択の自由の形式的な制約を含む取引自体は社会に偏在しており、それを直ちに問題視することはできないとの問題意識が示されるに至っている¹¹⁹。これによれば、取引強制としての抱き合わせに関する我が国の先例は、主たる商品について、「規制や社会規範等の要請に則った取引条件で取引を行うことが、あるべき取引上のベースラインとして守られるべき取引規範の一部に組み込まれていることを（暗に）前提として、抱き合わせ販売によって当該取引上のベースラインを実質的に踏み外す態様で従たる商品の取引を強制する点に、・・・

を破る行為)は、SSO により技術標準が採用される前に現れた競争とは何ら関係がないし、その行為と独占力の形成の原因である SSO による技術標準の採択との間に何らかの因果関係があったとは言えない、と述べている。J. Thomas Rosch, *Section 2 and Standard Setting: Rambus, N-Data & The Role of Causation*, at 13-14 (October 2, 2008), available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/417851/081002section2rambusnadata.pdf.

¹¹⁷ 「不正な取引方法に関する基本的な考え方」(独占禁止法研究会報告)第 2 部 6 (2)。

¹¹⁸ 平成 2 年 (判) 第 2 号 (株)藤田屋に対する件) 公取委審決等データベース PDF 版 48 頁。

¹¹⁹ 早川・前掲注 113) 75 頁。

単純な商品選択の自由の制限を超える特に強い強制性を（暗に）見出していたものと言えるかもしれない¹²⁰（注釈削除）とされる。このような考えに拠れば、他の商品を供給する条件として SEP のライセンス契約を義務付けることで、顧客が競争者から他の商品を購入する場合のコストを引き上げて競争者との取引を回避させるというだけでは、「単純な商品選択の自由の制限を超える特に強い強制性」を見出すことはできないかもしれない。しかし、SEP と他の商品のセット供給は、SEP と他の商品の抱き合わせ供給により、FRAND 条件を超えるロイヤルティを実現するという側面を有しているから、FRAND 条件でのライセンスが要請されるという競争秩序を前提とすれば（前記 3 (3)イ(ア)参照）、SEP と他の商品のセット供給には、FRAND 条件という「当該取引上のベースラインを実質的に踏み外す態様で従たる商品の取引を強制する点に、・・・単純な商品選択の自由の制限を超える特に強い強制性」を見出すことが可能かもしれない。実際、米国事件に関して、Q 社の NLNC と料金規制を潜脱するための抱き合わせとの類似性が指摘されている¹²¹。もっとも、SEP と他の商品のセット供給により、FRAND 条件というベースラインを踏み外すことになるのは、従たる商品である SEP のライセンスであるから、上記論考が想定する態様とは異なっている。しかし、抱き合わせにより、あるべき取引上のベースラインを踏み外すのが従たる商品であるというだけで、「特に強い強制性」が認められないとするのは形式的に過ぎるであろう。

しかし、SEP と他の商品のセット供給を取引強制としての抱き合わせと見ることの根本的な問題は、顧客が自社の製品を製造・販売するためには SEP の権利者から当該 SEP のライセンスを必ず受けなければいけない（それが SEP である所以である）ことから、顧客には当該 SEP のライセンスを受けない、とか、他の事業者から SEP のライセンスを受けることで済みます、という選択肢がないという点であろう。このような選択肢がないにもかかわらず、「商品選択の自由」を妨げることにその不当性を見出す取引強制としての抱き合わせとして問題とできるだろうか¹²²。いわゆる不要品抱き合わせ型の行為については、競争者を想起しなければ「不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること。」（独占禁止法 2 条 9 項 6 号ハ）という規定を用いることはできないとして、競争手段の不公正さをもって不要品抱き合わせを論じることは妥当ではないとの批判があるが¹²³、前記 1 のとおり、SEP のライセンス市場においては競争者がいないため、この批判は SEP と他の商品のセット供給の不当性を競争手段の不公正さに見出そうとする場合にも同様に当てはまる。また、不要品の抱き合わせであれば、本来であればその不要品を購入するかしないかの「顧客の選択の自由」があ

¹²⁰ 早川・前掲注 113) 77 頁。

¹²¹ Erik Hovenkamp & Timothy Simcoe, *supra* note 5, at 3.

¹²² 早川・前掲注 113) も、「問題は、商品選択の自由の制限の程度ないしその態様である」（76 頁）としており、「特に強い強制性」を商品選択の自由の制限に代置しているわけではない。

¹²³ 白石忠志「独禁法における「抱き合わせ」の規制（下）」ジュリスト 1010 号 80 頁（1992 年）。

り、それを「歪める」点に不当性を見出すという考えもあり得るが¹²⁴、SEP の場合には、自らの製品を製造・販売する以上はライセンスを受けるか受けないかの「顧客の選択の自由」はあり得ないため、不要品の抱き合わせ以上に、「顧客の選択の自由」が歪められることに競争手段の不公正性を見出す一般指定 10 項の規制趣旨との関係が問題となる。もともと、一般的には、SEP には本来であれば無効とされるべきものや技術標準を実施しても侵害されないものも少なくないとされていることから、本来であればライセンスを受ける必要がないかもしれない「SEP」について、SEP と他の商品のセット供給により、ライセンスを受けるか受けないか（無効や非侵害を争うかどうか）の顧客の選択の自由を妨げることになる、という説明はなお可能かもしれない。

¹²⁴ 早川・前掲注 113) は、いわゆる不要品抱き合わせ型の行為についても、「消費者が他の選択肢に代替することを妨げられているとは言えよう」（78 頁注 175）と指摘している。

おわりに

本稿では、米国 **FTC v. Qualcomm** を分析し、そこで問題とされた **No License, No Chips (NLNC)** のような行為に対する我が国独占禁止法上の評価を検討した。

まず、第1部では、米国 **FTC v. Qualcomm** における NLNC の反競争性を巡る議論を整理した。NLNC の反競争性を巡る最大の争点は、NLNC が競争者のコストを不当に引き上げるのか否かという点であった。Q 社や控訴審判決は、顧客が Q 社のチップを選択しても競争者のチップを選択しても特許権のロイヤルティが変わらないため反競争的ではないとの立場であった。これに対して、FTC や学者意見書は、NLNC は実質的には Q 社のチップ価格の一部を名目上のロイヤルティに割り当てるものであるから、サーチャージは Q 社からチップを購入する際の総額（チップ代+ロイヤルティ）に影響を与えない場合であっても、競争者のそれを引き上げるため、競争者のコストを不当に引き上げるとの立場であった。これに対して、Q 社らは、仮にそのようなことが事実であるとしても、それは実質的にはマージンスクイズと変わらず、コスト割れ等が認められない限り反競争的ではないと指摘したが、FTC はマージンスクイズが価格設定行為に過ぎない一方で、NLNC はチップ市場の独占力を用いて顧客と競争者との取引にペナルティを課す行為であるため、異なるものであるなどと反論した。なお、米国 **FTC v. Qualcomm** では、NLNC が抱き合わせであるとする主張は積極的にはなされなかったが、これは NLNC によってライセンス市場での競争が排除されるとは言い難いためであると考えられる。

第2部では、第1部での議論の整理を踏まえて、SEP と他の商品のセット供給（NLNC に相当する行為）の利用抑制効果が JASRAC 事件で問題となった「アドオン効果」とは異なるものであることを明らかにした。その上で、いくつか課題があるものの、SEP と他の商品のセット供給が SEP の権利者が他の商品の市場での独占力を用いて、他の商品の価格の一部を SEP のロイヤルティに割り当てることで競争者のコストを引き上げる点に利用抑制効果が認められる可能性があることを示した。さらに、このような形での競争者のコストの引上げには、他の事業者の事業活動の自由を拘束する点又は FRAND 宣言に違反する点に人為性を見出すことができること、SEP と他の商品のセット供給を同等効率性基準の下で評価することは妥当ではないこと及び SEP と他の商品のセット供給は SEP の権利侵害の防止という目的の達成のための手段として相当性を欠くと言い得ることを示した。

他方で、SEP と他の商品のセット供給を抱き合わせと捉えることには種々の課題があることを明らかにした。この点については、SEP と他の商品のセット供給により、ライセンスを受けるか受けないか（無効や非侵害を争うかどうか）の顧客の選択の自由を歪めることに商品選択の自由の妨げを見出すことができるかといった点をより精緻に検討する必要がある。また、本稿では触れなかったが、SEP と他の商品のセット供給が顧客に対する搾取的な行為として優越的地位の濫用に該当するのではないか、との指摘がなされることも十分に考えられる。我が国では、高価格そのものというよりは、むしろその価格の決定の仕

方に着目した規制が行われていることを踏まえれば、Q社がライセンス交渉において保有する特許のリストやクレームチャートを提示することを拒否していたという米国 **FTC v. Qualcomm** で認定された事実は、優越的地位の濫用との関係でも重要な事実となるだろう。これら本稿で十分に検討できなかった点は今後の課題としたい。

以上