

米国連邦取引委員 JOSHUA D. WRIGHT 及び判事 DOUGLAS H. GINSBURG の日本公正取引委員会の「知的財産の利用に関する独占禁止法の指針草稿 (THE GUIDELINES FOR THE USE OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER THE ANTIMONOPOLY ACT) 一部改正に関する意見

本意見は、日本公正取引委員会 (JFTC) の「知的財産の利用に関する独占禁止法の指針 (THE GUIDELINES FOR THE USE OF INTELLECTUAL PROPERTY UNDER THE ANTIMONOPOLY ACT) (修正案) に関する公式発言要請に応じて提出されるものである。¹ 我々は、意見を表明する機会に感謝すると共に、JFTC の透明性を称賛する。本意見は、我々の独占禁止法及び一般的な経済における豊富な経験、及びとりわけ知的財産及び独占禁止法の交差点に関する専門知識に基づいて提示するものである。²

本修正案は、FRAND 条件に基づくライセンス契約を結ぶ意志のある任意当事者に対し、公平で、合理的かつ非差別的 (FRAND) 条件に基づくライセンス契約の確約による標準必須特許 (SEP) を実施するための差止命令による救済を求めることは、日本の「独占禁止法」 (AMA) 第 3 条 (修正案第 3 条(1)(e)) 「事業活動の不当な取引制限の排除」違反、あるいは AMD 第 19 条 (修正案第 4(2)(iv)) 「不公正な取引方法」違反に相当する「可能性がある」と述べている。さらに、同修正案は、FRAND 条件の確約を行う特許権者による、FRAND 条件に基づく SEP の譲渡を受け入れた当事者による、あるいは FRAND 条件に基づく SEP の「管理を委託された」当事者による行為であるかどうかにかかわらず、法的責任を伴う可能性がある」と述べている。

同修正案は、差止命令による救済を求めることは「標準を採用する製品の研究及び開発を一般に困難にする」、そしてこれは、同様に広範囲における標準の採用を妨げるものであるという仮定を前提としている。³ この仮定は経験的証拠に欠けるものである。さらに、以下に説明するように、通常の契約法は、発生する可能性のある反競争的特許ホールドアップの例を阻止するための AMA の制裁措置を不要なものとする。実際に、AMA の制裁措置は、技術革新へのインセンティブを低下し、標準化への参加を阻止し、これによって標準技術による実質的な競争促進のメリットを消費者から奪う可能性が高い。これらの理由により、我々は、第 3(1)(e) 及び第 4(2)(iv) の全部削除を推奨するものである。ただし、JFTC がこれらの条文を保持することを決定する場合は、少なくとも FRAND 条件に基づく SEP の所有者が、特許の「ホールドアップ」に従事したという証拠がある状況、すなわち、特許権者が差止命令による救済という恐れを利

¹ 本発言に示される見解は我々の見解であり、必ずしも米連邦取引委員会あるいはその他いずれかの委員の見解を表すものではない。

² 我々の一名は、米連邦公正委員、独占禁止法教授、経済学博士号を持つ。もう一名は、米連邦控訴裁判所判事、且つ米国司法省の反トラスト部門前部長である。我々はそれぞれ法律及び規制、知的財産権に関する経済、及び反トラストについて広範囲に執筆している。

³ 修正案第 3(1)(e) 及び第 4(2)(iv) の閲覧リンク : <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2015/July/150708.files/Attachment1.pdf>.

用して無競争ロイヤルティを要求する状況での法的責任を制限するよう修正するべきである。

I. AMA の制裁措置は、技術革新へのインセンティブを低下し、標準化への参加を阻止する可能性が高い

当然ながら、FRAND 条件の確約は契約上の確約である。⁴ 経済学者は、取引者間の資産特有の投資に関連する契約上の関係は、日和見主義の可能性を生み出すということを経験的に理解してきている。同様に、標準化過程に参加している特許権者は、規格標準化団体 (SSO) によって標準が採用されると、資産特有投資を悪用することによって、潜在的なライセンシーを「ホールドアップ」できる。競争的過程において得られるよりも高い特許料の請求を要求できる。契約問題ではなく、契約上の日和見主義が単独で反トラスト問題を生じているという見解は、本件に関するかなりの経済学文献において論争を生んでいる。⁵ この見解に一貫し、米国裁判所は FRAND 条件に基づく SEP に差止命令による救済の追求が、反トラスト法に違反すると判定していない。むしろ、この問題に対処した米国の裁判所は、契約法の原則に基づいた対処を行っている。

具体的に述べると、FRAND 条件への確約の契約上の特質を分析するにおいて、裁判所は次のように判定している： (1) FRAND 条件に基づくライセンス契約をするための SSO への確約は、SEP 所有者、SSO、その成員の間の拘束力のある契約となる⁶、(2) その標準の潜在的使用者は、契約の第三者受益者で、訴訟を起す立場にあるものである⁷、(3) FRAND 条件に基づく SEP について差止命令による救済を求めることは、

⁴ 参照、例、*In re Innovatio IP Ventures, LLC* 特許訴訟、2013 年 WL 5593609、*4 (イリノイ州北部地区、2013 年 10 月 3 日)、*Microsoft Corp. 対 Motorola, Inc.*, 2013 年 WL 2111217、*1-2 (ワシントン州西部地区、2013 年 4 月 25 日)、*Apple, Inc. 対 Motorola Mobility, Inc.*、886 F. Supp. 2d 1061, 1083-84 (ウィスコンシン州西部地区、2012 年); *Microsoft Corp. 対 Motorola, Inc.*, 854 F. Supp. 2d 993, 999-1001 (ワシントン州西部地区、2012 年)、再認容、864 連邦地方裁判所判例集 第 2 集 1023, 1030-33 (ワシントン州西部地区、2012 年)、関連部分認容、696 F.3d 872, 884 (2012 年、第 9 巡回裁判所)。

⁵ Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg 共著、「特許主張主体及び反トラスト：訴訟病のための競争治療法 (A Competition Cure for a Litigation Disease)」、79 ANTITRUST L.J. 501, 509 (2014); 参照：Benjamin Klein 著、「反トラストにおける市場の力 (Market Power in Antitrust) : Kodak 事件後の経済分析 (Kodak Economic Analysis After Kodak)」、3 最高裁判所経済レビュー (SUP. CT. ECON. REV) も参照のこと。43, 62-63 (1993 年) (「反トラスト法は、取引者が自主的に特定の投資を実施し、故意に将来的に「ホールドアップ」に面する立場に自らを追いやることになる契約を作成することを妨げるために使用されるべきではない。... [契] 約法は、本質的に取引者特有の投資の普及を認識し、一般に「ホールドアップ」問題を巧妙に対処し、発生するすべての「ホールドアップ」と思われる例を排除しようと試みるものではない。」)。

⁶ 参照、例：, *Innovatio*、2013 年 WL 5593609、*4 (引用「*In re Innovatio IP Ventures Patent Litig*」、2013 年 WL 427167、*17); *Microsoft Corp.*、854 連邦地方裁判所判例集第 2 集、999、*Apple, Inc.*、886 連邦地方裁判所判例集第 2 集、1083-85。

⁷ 参照、例：, *Innovatio*, 2013 WL 5593609 at *17; *Microsoft Corp.*、854 連邦地方裁判所判例集第 2 集、999; *Apple, Inc.*、886 連邦地方裁判所判例集第 2 集、1083-84、*Research In Motion Ltd. 対*

SEP 所有者が FRAND 条件に基づくライセンス契約に契約上の確約を行った場合、誠実かつ公正な取引の普遍的義務に違反する可能性がある⁸、そして、(4) FRAND 条件に基づくライセンス契約は「誠実に交渉を行う義務を含む」、そして、この義務は「双務的」である。⁹ 同様に、利害関係のある後継者が FRAND への確約を順守しない場合も、反トラスト法ではなく、正に契約法違反である。¹⁰

FRAND 条件に基づく SEP 所有者が差止命令による救済を求める能力を禁じる、あるいは制限する AMA の救済法は、次の 3 つの理由のために公共の利益とならない可能性が高い。

まず、AMA の救済法は、契約法が最善の阻止に十分であることから、消費者の利益を保護するとは限らないだけでなく、有害である可能性が高い。¹¹ かなりの罰金は、その特許による付加価値を補うための信憑性の高い差止命令の恐れを必要とし、侵害使用者に対する他の適切な救済措置がない FRAND 条件でのライセンス契約をした SEP の所有者を過剰に抑止する可能性が高い。SSO への競争促進的参加を過度に抑止する可能性が高い。実際、過剰な抑止となる可能性がとりわけ高い。これは、侵害使用

Motorola, Inc.、644 連邦地方裁判所判例集第 2 集、788、797 (テキサス州北部地区 2008 年)、*ESS Technology, Inc. 対 PC-Tel., Inc.*、1999 年 WL 33520483、*4 (カリフォルニア州北部地区、1999 年 11 月 4 日)。

⁸ 参照、例：、*Realtek Semiconductor Corp. 対 LSI Corp.*、2013 年 WL 2181717、*7 (カリフォルニア州北部地区、2013 年 5 月 20 日) (標準化を実施している当事者に特許を付与し、RAND ライセンスを受け入れる前に米国国際貿易委員会 (U.S. International Trade Commission) から差止命令による救済を求めることは RAND コミットメント違反であると裁定)、判決書 3、*Microsoft 対 Motorola*、事件番号 C10-1823JLR (ワシントン州西部地区、2013 年 9 月 4 日) (陪審員は、差止命令による救済を求める *Motorola* の行為は、IEEE 及び ITU への契約上のコミットメントについて誠意を持った、公正な取引義務違反であるとした)、*Apple 対 Motorola, Inc.*、869 連邦地方裁判所判例集、第 2 集、901、913-14 (イリノイ州北部地区、2012 年)、*Microsoft Corp. 対 Motorola, Inc.* も参照のこと：696 連邦判例集第 3 集、872、884-85 (第 9 巡回裁判所、2012 年)。

⁹ *Ericsson Inc. 対 D-Link Systems, Inc.*、2013 年 WL 4046225、*25 (テキサス州東部地区、2013 年 8 月)、*Ericsson 対 D-Link Sys* を理由として一部是認、一部差し戻し、一部無効、773 連邦地方裁判所判例集第 3 週、1201 (連邦巡回裁判所、2014 年)。

¹⁰ 参照、例：、Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright 著、「連邦主義、実質的な専占、及び反トラスト法の限度：特許ホールドアップへの適用 (*Federalism, Substantive Preemption, and Limits on Antitrust: An Application to Patent Holdup*)」、5(3) J. COMPETITION LAW & ECON. 469, 493-501, 506-13 (2009)。

¹¹ Douglas H. Ginsburg, Taylor M. Owings, & Joshua D. Wright 共著、*Enjoining Injunctions: (差止請求の禁止) 「差止請求を求める標準必須特許所有者の反トラスト法責任に対する事件 (The Case Against Antitrust Liability for Standard Essential Patent Holders Who Seek Injunctions)」*、「THE ANTITRUST SOURCE」(5-6 (2014 年 10 月))：参照：Bruce H. Kobayashi & Joshua D. Wright 共著、「反トラスト及び特許ホールドアップの限界 (*The Limits of Antitrust and Patent Holdup*)」：Cary その他への回答 (*A Reply to Cary その他への回答*)」、78(2) ANTITRUST L.J. 505 (2012)。

者が本当に「ライセンス契約の意志がある者」であるかどうかには法的責任が依存するため、これは事実に基づく裁定で、多くの事件で全く不明である可能性があり、AMA 事件の結果は、必ず不明確とならざるを得ない。FRAND 条件に基づくライセンス契約をした SEP 所有者が差止命令による救済を求めることを罰するという見通しは、その特許の価値を低下し、その結果技術革新に対するインセンティブを低下するものである。

次に、差止命令による救済を求める特許権者に対する AMA 法的責任の見通しは、侵害使用者がその暴露による上限が FRAND 条件によるライセンス料であることを知って、不誠実に交渉することを可能にするものである。このために SEP 所有者は悪徳又は判決執行不能な侵害使用者から FRAND 条件に基づく料金を下回る料金を受け取ることを余儀なくされる。

3つ目に、侵害使用者に対する差止命令を求めることによって知的財産権を保護する権利を放棄する必要があるのであれば、AMA の法的責任は、特許権者がその技術を FRAND 条件下で SSO に貢献することを抑止する可能性がある。これらの可能性は、競争および技術革新における公共の利益を保護することからほど遠いものであり、実際のところ、技術革新及び標準化から得られる利益を脅かすものである。

II. 反競争的特許ホールドアップがよく見られるという経験的証拠はない

この修正案は、FRAND 条件に基づく SPE についてライセンス供与を受ける意志のある当事者に対する差止命令を求めることは、「一般に広範囲にわたって普及している標準を採用している製品の研究開発、製造または販売を困難にする。」述べている。¹² これは、差止命令による救済を求める SEP 所有者が、救済措置を過度の影響力を得て、競争的特許料を要求するために使用する、すなわち反競争的特許ホールドアップに従事する、と誤って想定するものである。だが、SEP 所有者が差止命令による救済措置を求めることは、その救済措置（あるいはその恐れ）を利用して過度の影響力を得るために利用することを意味するものではない。¹³ 一つには、市場原理はホールドアップの機会に行動することを阻止する数々の制約事項を課する。例えば、米連邦取引委員会は、米下院議会での証言にて、評判上及び事業上のコストが反復当事者がホールドアップに従事するのを阻止する場合があります、「SEP 所有者と広範囲なクロスライセンス契約を結んでいる特許権者はホールドアップから保護される可能性がある。」と指摘している。¹⁴ さらに、「標準化された技術を用いた製品を製造する特許権者は、'高額の特許

¹² 修正案第 3(1)(e)及び 4(2)(iv)。

¹³ 参照：Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin 共著、『FRAND 条件による損害額の算定方法 (Methodologies For Calculating FRAND Damages)』、LAW360、3-4 (2014 年 10 月 8～10 日) (「ホールドアップの実際の実行には次の 2 つの要素、機会と行動が不可欠である」ことを説明し、ホールドアップの機会を阻止する数多くの市場機序を例示している)、[閲覧リンク：
https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-erwin_-_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/wong-erwin_-_methodologies_for_calculating_frand_damages.pdf)。

¹⁴ 参照、例：、米上院反トラスト、競争政策及び「標準必須特許論争及び反トラスト法」に関する消費者の権利についての司法小委員会での連邦取引委員会の事前に準備された声明、6

使用料を引き出すより、標準を用いた製品の採用を推進するために魅力的なライセンス契約条件を提供して、製品の需要を増やすことがより利益につながると見る可能性がある。」¹⁵

また、修正案は、侵害使用者がライセンス契約を結ぶことを拒まない限り、原則的に SEP 所有者が差止命令による救済措置を求めることを禁じている。この広範囲にわたる禁止は、黙示的に特許のホールドアップが頻繁であること、そして競争及び技術革新に重要なマイナスの影響があるという仮定を両方反映している。特許ホールドアップが発生する可能性がある、という理論的な条件を模索する本格的で重要な学術的著書は存在する一方、同文献では単に特許の侵害に対する差止命令（又は差止命令の恐れ）は有利なものとなりうるもので、潜在的に消費者にとって害を及ぼすものである可能性があることを例示している。この同じ文献では、知的財産と不動産の両方に関するリバーブスホールドアップ及びホールドアウトの恐れについても長らく認識している。¹⁶

特許ホールドアップに関する理論的文献において生み出された仮説を、それらの仮説を実証する経験的証拠と区別することが重要である。我々独自の評価および本課題の綿密な他の研究者の評価は、既存の経験的証拠は、ホールドアップがよく見られる、あるいは消費者に害を及ぼしている制度上の問題である、という見解と一致しない。¹⁷ JFTC の提案するアプローチを裏付けるために必要な証拠、つまり標準化に参加するこ

(2013年7月30日)、[閲覧リンク](#) :

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-concerning-standard-essential-patent-disputes-and/130730standardessentialpatents.pdf.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ ホールドアップにはロックインが必要となり、資産特有投資を持つ標準実装会社は、標準を規定する技術にロックインすることが可能である。一方、SSOに寄与している革新者も、その技術が標準品内でのみ市場がある場合はロックインできる。このため、ホールドアップに従事するためのインセンティブは両方向のものである。ホールドアウトの可能性もある。リバーブスホールドアップとは、ライセンシーがその影響力を利用して FRAND 条件による料金より低い料金及び条件を得る状況を指す。ホールドアウトとは、特許実施権者が FRAND ライセンスを得ることを拒否、あるいは遅延することを指す。

¹⁷ 参照、例：, Greg Sidak 著、「反トラスト部門の標準必須特許の T 評価減 (*Antitrust Division's Devaluation of Standard-Essential Patents*)」, 104 *GEORGETOWN L.J. ONLINE* 48, 61 (2015年)

(n.49 研究収集) (「2015年初期までに、24名を超える経済学者及び弁護士が、特許ホールドアップ及び特許使用料の堆積の数多くの仮説及び予測について非難又は論争した。」)、[閲覧リンク](#) :

[https://www.criterioneconomics.com/docs/antitrust-divisions-devaluation-of-standard-](https://www.criterioneconomics.com/docs/antitrust-divisions-devaluation-of-standard-essential-patents.pdf)

[essential-patents.pdf](https://www.criterioneconomics.com/docs/antitrust-divisions-devaluation-of-standard-essential-patents.pdf); ANNE LAYNE-FARRAR 著、「特許ホールドアップ及び特許使用料積み上げ理論と証拠 (PATENT HOLDUP AND ROYALTY STACKING THEORY AND EVIDENCE) : 「15年の歴史の後の我々の立場 (WHERE DO WE STAND AFTER 15 YEARS OF HISTORY?)」 (2014年12月)、[閲覧リンク](#) :

<http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282014%2984&doclanguage=en> (経済学文献の調査及びこれまでに実施された経験的研究ではホールドアップが良くある問題であることは示されていない)。

とを含む競争促進的な行為を阻止する可能性があるもので、単なる可能性ではなく、高い価格、生産量の減少、技術革新料金の低下の蓋然性があることが必須である。

実際に、特許および標準がいずれも集中的であるスマートフォン市場からの証拠は、逆を示している。生産量は飛躍的に成長する一方、市場の集中化は低下し、ワイヤレスサービスの価格は消費者物価指数（CPI）全般と比較して下がっている。¹⁸ Boston Consulting Group による最近の研究では、メガバイト当たりのデータコストは2005年から2013年の間に世界的に99%下がっている（データ送信のコストをより効率よくする技術革新だけでなく、健全な競争の状態のもより良くなっていることを示す）、2Gから3Gへの移行においてメガバイト当たりのドル高は95%、そして3Gから4Gでは67%下がっている。そしてスマートフォンの世界的な平均販売価格も2007年から2014年の間に23%下がっている。一方で低価格の携帯電話の価格は同じ期間中に63%減少している。¹⁹ 日本だけでも、携帯電話料金及びセル式携帯電話価格は、2005年から2014年の間にCPI全般と比較してそれぞれ15%と14%下がっている。²⁰ 米国における最近の研究で、米国のSEP依存産業は、最も急速に価格が下落していることを明らかにした。²¹

経済分析によって、ホールドアップ理論と既存の証拠の間の明らかな食い違いを理解するための基盤が示されている。経済理論が予測するように、特許権者およびライセンス求め、特許取得済み技術を実施する者は、ホールドアップの蓋然性を最小限に留めるために契約を結ぶ。上述のように、処理者が利用できる特許ホールドアップの発生および可能性を軽減するための市場原理がいくつかある。これは驚くべきことではない。特許ホールドアップ理論の根拠となった元の経済文献は、市場の当事者がその

¹⁸ Gartner のデータによると、世界中でのスマートフォンのエンドユーザーへの販売は、2007年から2014年の間に900%以上、2010年から2014年の間に320%増加している。HHIが測定したように、スマートフォンの市場集中は、米国反トラスト省庁の「水平合併ガイドライン（Horizontal Merger Guidelines）」の定義によると「非常に集中している」から2012年末の「集中していない」となっている。参照：Keith Mallinson, 「SEP ライセンス供与の害に関する理論はつじつまが合わない（Theories of harm with SEP licensing do not stack up）」、IP FINANCE BLOG（2013年5月24日）、[閲覧リンク：http://ipfinance.blogspot.com/2013/05/theories-of-harm-with-sep-licensing-do.html](http://ipfinance.blogspot.com/2013/05/theories-of-harm-with-sep-licensing-do.html)。労働統計局（Bureau of Labor Statistics）によると、ワイヤレスフォンサービスのCPI比率はCPI全般と比較して2007年から2014年に34%低下している。

¹⁹ JULIO BEZERRA 共著、「携帯革命（THE MOBILE REVOLUTION）：モバイル技術がどのように1兆ドルの影響を推進したか（HOW MOBILE TECHNOLOGIES DRIVE A TRILLION DOLLAR IMPACT）」3,9（The Boston Consulting Group、2015年1月15日）、[閲覧リンク：https://www.bcgperspectives.com/content/articles/telecommunications_technology_business_transformation_mobile_revolution/#chapter1](https://www.bcgperspectives.com/content/articles/telecommunications_technology_business_transformation_mobile_revolution/#chapter1)。

²⁰ 参照：「消費者物価指数についての報告（REPORT ON THE CONSUMER PRICE INDEX）」（日本統計局、総務省）、[閲覧リンク：http://www.stat.go.jp/english/data/cpi/1588.htm#his](http://www.stat.go.jp/english/data/cpi/1588.htm#his)。

²¹ Alexander Galetovic、Stephen Haber、Ross Levine 共著、「特許ホールドアップの経験的調査（An Empirical Examination of Patent Hold-Up）」（Nat'l Bureau of Econ. Research、研究成果報告書 No. 21090、2015年4月）、[閲覧リンク：http://www.nber.org/papers/w21090.pdf](http://www.nber.org/papers/w21090.pdf)。

評判、契約、実際の資産設定における機会に関連する非効率性を軽減するために利用するその他さまざまな方法に注目している。²²

ホールドアップに関する懸念の理論的な性質を認識し、米国連邦巡回控訴裁判所（米国全土での特許に関する論争の司法権を持つ）は、ホールドアップの請求は、ホールドアップの「実際の証拠」によって実証される必要があり、被告である侵害者に特許権者が差止命令による救済措置を利用して無競争 FRAND 特許料を要求する過度の影響力を得たことを示す責任があるとしている。²³

修正案の第 3(1)(e)および第 4(2)(iv)を削除することによって、JFTC は、問題の SSO 合意によって認められ、一切の不適切な使用が見られない場合に、SEP 所有者が排除命令を求め、取得することを認め、標準化に参加するインセンティブを保護する。一方、AMA の法的責任を課すること、とりわけホールドアップがよくあるという前提

²² Benjamin Klein 著、「ホールドアップが発生する理由：契約上の関係の独立執行力範囲（*Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships*）」、34 *ECON. INQUIRY* 444, 449-50 (1996 年)、Benjamin Klein、Robert G. Crawford、Armen A. Alchian 共著、「垂直統合、適正な使用料及び競争的契約手順（*Vertical Integration, Appropriate Rents, and Competitive Contracting Process*）」、21 *J.L. & ECON.* 297, 303-07 (1978); OLIVER E. WILLIAMSON 著、「市場及び階層：分析及び反トラスト法の意味合い（*MARKETS AND HIERARCHIES: ANALYSIS AND ANTITRUST IMPLICATIONS*）」26-30 (New York: Free Press 1975 年)、参照：Joshua D. Wright、連邦取引委員。の「SSO、FRAND および反トラスト（SSOs, FRAND, and Antitrust）：不完備契約の経済から学ぶ教訓（*Lessons Learned from the Economics of Incomplete Contracts*）」George Mason 大学法学部での発言）2-3（2013 年 9 月 12 日）、[閲覧リンク](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ssos-frand-and-antitrust-lessons-economics-incomplete-contracts/130912cpip.pdf)：
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/ssos-frand-and-antitrust-lessons-economics-incomplete-contracts/130912cpip.pdf（「ホールドアップの経済は、契約の失敗を説明する試みとして始まったのではなく、むしろ契約が必然的に不完全であるという基本的前提から始まる実社会の契約条件、業績、法的執行の決断を説明する努力である」と説明している）。SSO 契約条件が組織全般を通じて、また特許ホールドアップ及び他の要因の認識されるリスクの変化に対応して長期的に変化するという経験的証拠がある。参照：Joanna Tsai & Joshua D. Wright 共著、「標準化、知的財産及び不完全な契約の規制における反トラスト法の役割（*Standard Setting, Intellectual Property Rights, and the Role of Antitrust in Regulating Incomplete Contracts*）」、近刊 80(1) *ANTITRUST L.J.* (2015)、[閲覧リンク](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467939)：
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467939.

²³ 参照、例：、*Ericsson 対 D-Link Sys.*、773 連邦地方裁判所判例集第 3 集 1201、1234（連邦巡回裁判所、2014 年）（「陪審員に特許ホールドアップ及び特許使用料積み上げについて指示をするかどうかを決定するにあたり、我々は、再び、地方裁判所はその前記録されている証拠を考慮する必要があることを強調している。地方裁判所は、被告である侵害者がホールドアップまたは積み上げの実際の証拠を提示しない限り、陪審員にホールドアップまたは積み上げについて指示する必要はない。これらの現象の可能性としてあるという一般的議論を超える何かが必要である。」）。さらに、参照：Anne Layne-Farrar & Koren W. Wong-Ervin 共著、「*Ericsson 対 D-Link* における連邦巡回裁判所の分析（*An Analysis of the Federal Circuit's Decision in Ericsson v. D-Link*）」、*CPI ANTITRUST CHRONICLE*。5-7（2015 年 3 月）。[閲覧リンク](http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf)：
<http://www.crai.com/sites/default/files/publications/An-Analysis-of-the-Federal-Circuits-Decision-in-Ericsson-v-D-Link.pdf>.

を理論にそうすることは、SEP所有者に侵害したとされる当事者がFRAND条件に基づく料金でのライセンスを取得しようとしないうことを示すよう要求し、標準化への参加を阻止する恐れがある。特に責任を問われる侵害者が、中立的裁定によって決定した条件に拘束されることに単に合意することで契約を結ぶ意志を証明できる場合そう言える。SEP侵害者が直面する最悪の罰が、中立的な裁定後、差止命令ではなく、要求に応じて支払いに同意すべきであったFRANDロイヤルティの支払いだけである場合、リバースホールドアップおよびホールドアウトは実装者に支払いを阻止する有利な方法を提供、あるいは実装者が判決執行不能である場合、一切の支払いを避ける方法であり、SEP所有者を報酬を減額する不利な状況に追いやり、技術革新と標準化への参加を妨げるものである。²⁴

III. 結論

前述の理由により、我々は修正案の第3(1)(e)および第4(2)(iv)を全部削除し、技術革新に対するインセンティブの低下および標準化への参加阻止を削減することを推奨する。また、提言の機会を与えられたことに感謝し、これらの意見に関するJFTCからの質問に謹んで回答させていただく用意がある。

米国連邦取引委員 Joshua D. Wright
米国連邦取引委員会
600 Pennsylvania Ave., NW Washington DC 20580
電話番号： 202-326-2488
ファックス番号： 202-326-3446
電子メール： jwright@ftc.gov

Douglas H. Ginsburg 判事
米国控訴裁判所 コロンビア特別地区
333 Constitution Ave., NW Washington, DC 20001
電話番号： 202-216-7190
ファックス番号： 202-273-0678
電子メール： [Douglas H. Ginsburg@cad.uscourts.gov](mailto:Douglas.H.Ginsburg@cad.uscourts.gov)

²⁴ 特許所有者が、特許ごとにFRANDロイヤルティを裁定するために世界中で訴訟を起す必要がある国際的なSEPの大きなポートフォリオを持つ場合、かかる遅延戦術は拡大される。かかる事件では、ポートフォリオによる国際仲裁が、FRAND紛争を解決する最も効率的で、現実的手段であると見られる。