

オープンイノベーション政策の本質と 優越的地位の濫用について

弁護士法人内田・鮫島法律事務所 弁護士

鮫島 正 洋 SAMEJIMA Masahiro

大企業とスタートアップ企業が連携して事業を進めるオープンイノベーションは、大企業のアントレプレナーシップを回復するとともに、スタートアップの保有するビジネスモデルを社会実装するための手段であり、政策として有望視されている。反面、現場では両者間で軋轢が生じているが、公正取引委員会は昨年度、そのような現場の実態をまとめた報告書を発表し、一定の行為については優越的地位の濫用法理を適用して、法的な俎上に載せる考えを明らかにした。本稿においては、優越的地位の濫用行為の要件論について論じるとともに、オープンイノベーションの現場をPoCの場面において再現し、知財法務の今後のあり方について提案する。

1 何を指すためのオープンイノベーションなのか。

我が国の競争力が停滞していることが認識されて久しい。技術開発力の衰退、基礎研究に対する投資の減退、マーケットとしての魅力の欠如など、様々な原因がささやかれているが、決め手となるものはない。その中で、「大企業のアントレプレナーシップの欠如」が競争力衰退の主要な原因であることを筆者は指摘してきた。アントレプレナーシップ、すなわち、新規な世界観・ビジネスを一から創造する能力を喪失した状態で、グローバルマーケットを獲得するためには莫大な後追い投資をしてシェアを奪還するという手法に頼らざるを得ない。しかし、今の日本企業には、そのような財力も気力もないようにも見える。

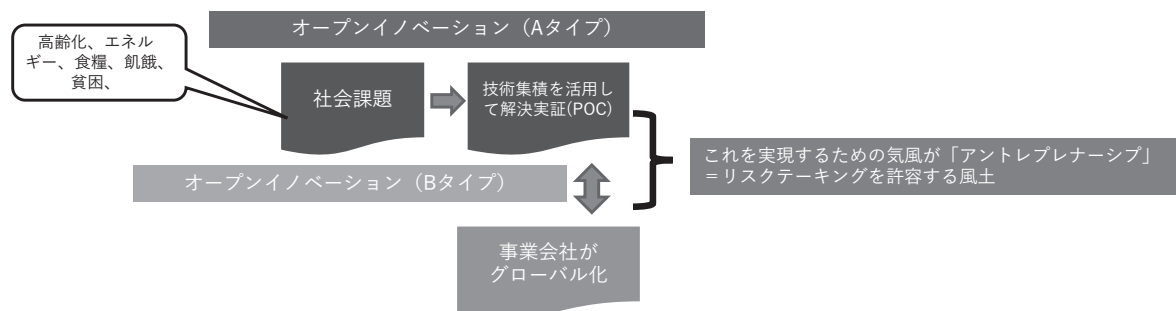
翻って考えると、日本にはアントレプレナーシップが存在しなかったわけではない。明治維新時の財閥系企業、戦後のホンダ・ソニーなど新興企業の躍進は、いずれもアントレプレナーシップを発揮した結果である。しかし、近年、

特にものづくり分野では、そのような事例は極端に少ない。多くの企業は既存事業の維持にコストとエネルギーを注力しているが、それは緩やかな過程にて死を待つようにも見える。

アントレプレナーシップを回復するための政策として登場したのがオープンイノベーションである。オープンイノベーションの過程で、事業会社(大企業を想定)をして、スタートアップが有するアントレプレナーシップ精神を学び、自社事業にもこれを適用することができるようになればいい、というのがオープンイノベーション政策の本質である。もっとも、このゴールの実現は容易くないから、現時点では、オープンイノベーションとは、互いに補完関係にある事業会社とスタートアップが競業して事業を行うプロセス的な枠組みであると捉えられている。オープンイノベーションをこのように捉えるのは、いささか形式的という批判もあり得るが、これもまた事実である。

日本の技術集積は世界一である。大手電機6社、大手化学8社、大手自動車3社、そして、そのそれぞれに下請けたる地位を有した中小企

図1



業が結びついている。これが日本の産業構造の際だった特徴であり、比肩する国家は少ない。そのような多技術集積国家である日本の取るべき方策は、ある分野を突き詰めるプロダクトアウト・タイプではなく、社会課題の解決を目指したマーケットイン・タイプのプロジェクト推進であり、その際に、二つのタイプのオープンイノベーションが必要となる。

一つはパイロットプラント型のオープンイノベーション(Aタイプ)。これは、ある社会課題の解決を大学、中小企業、スタートアップといった主体の技術を組み合わせて解決できることを実証するパイロット段階のオープンイノベーションである。次に、グローバル展開型のオープンイノベーション(Bタイプ)。実証に成功したパイロット型のプロジェクトを世界中に展開するステージであり、典型的にはグローバル展開を行う事業会社がこれに絡む(図1参照)。

この枠組みを構築できれば、日本は地球上のあらゆる社会課題を自国技術のみで解決できる国として、賞賛されることになる。これが筆者の考える、日本の技術を活用した競争力回復に向けた政策であり、これを実現するキーとなるのは各段階でのオープンイノベーションの成否である。

2 オープンイノベーションの実態と公正取引の役割は？

とは言うものの、オープンイノベーションの現場では、事業会社とスタートアップとの関係は「さび付いた部品同士」のような様相を呈している。一言で言うと、事業会社が元請気質を

脱却できず、スタートアップに対して上から目線で接し、過度の要求を行うため、オープンイノベーションが一向に進まない。昨年の11月、公正取引委員会はオープンイノベーションの実態調査について「スタートアップの取引慣行に関する実態調査報告書」(以下「報告書」という。)を発行した。

この報告書は事業会社とスタートアップとの取引実態(ケースの報告)のみならず、我が国がおかれたスタートアップの環境(第2章)などを含む充実したものとなっており、第4章において、公正取引委員会の今後の法的取り締まりに関する指針が示されている。

第4章において、まず読むべきは第4段落である。ここでは、オープンイノベーションに対する政策的な意義について、

「我が国経済の更なる発展のためには、経営基盤が整備されていないスタートアップと連携事業者又は出資者が、技術面や資金面で協力することにより、画期的なアイデアや技術等を携えて既存の市場に参入し、その市場を拡大していくことや、そのアイデアや技術等を活用して新たな商品・サービスを開発し、その市場を形成していくことが強く期待される。」

と述べた後に、その実態について

「そうであるにもかかわらず、連携事業者又は出資者等によるスタートアップに対する正当化されない行為により、スタートアップに不当に不利益を生じさせ、その結果、既存の市場や潜在的な市場における公正かつ自由な競争が阻害されることとなれば、イノベーションの芽が摘まれるおそれが生じるのみならず、我が国経済

における生産性の向上や新規雇用の創出に悪影響を及ぼすこととなる。」とまとめている(報告書65ページ)。

そして、これを踏まえて、優越的地位の該当性、同濫用の公正競争阻害性について要件定立を試みる。前者(優越的地位の該当性)については、以下のように述べる。

「事業者(乙)が取引先である他の事業者(甲)との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合には、独占禁止法上、甲が乙に対して優越的地位にあると考えられる。また、甲が乙に対して優越的地位にあるか否かの判断に当たっては、乙の甲に対する取引依存度、甲の市場における地位、乙にとっての取引先変更の可能性、その他甲と取引することの必要性を示す具体的事実が総合的に考慮される。」(報告書68ページ)

二つの文章からなる節の前段は、優越的地位の該当性の判断において、元請・下請の関係では大前提となっていた継続取引性の代わりに、スタートアップ・事業会社間においては、事業会社側の著しく不利益な要請等を受け入れないとスタートアップ側に「取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来す」ことをもって、その要件としている。

後者(優越的地位の濫用による公正競争阻害性)については、「どのような場合に公正な競争を阻害するおそれがあると認められるのかについては、問題となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して、個別の事案ごとに判断されることとなる。」という一般論を述べた後に、以下のように述べる。

「この点、スタートアップは、その成長がJカーブを描く点において通常の企業とは大きく異なるものであり、これが参入しているないし参入を予定している市場は、その画期的なアイデアや技術等によって飛躍的に成長する可能性のあるものであるところ、例えば、特定のスタートアップに対してしか不利益を与えていないときであっても、①当該スタートアップの事

業が革新的であり、それによって将来的に当該市場が拡大する可能性が認められる場合であって、その不利益の程度が強い場合や、②スタートアップと連携事業者又は出資者が競争関係にある場合(連携事業者又は出資者が将来的に当該市場に参入することを予定するなど潜在的な競争関係にある場合を含む。)であって、その不利益の程度が強い場合には、公正な競争を阻害するおそれがあると認められやすい。また、③連携事業者又は出資者が多数のスタートアップに対して組織的に不利益を与える場合には、公正な競争を阻害するおそれがあると認められやすい。」(報告書69ページ、傍点部筆者注)。

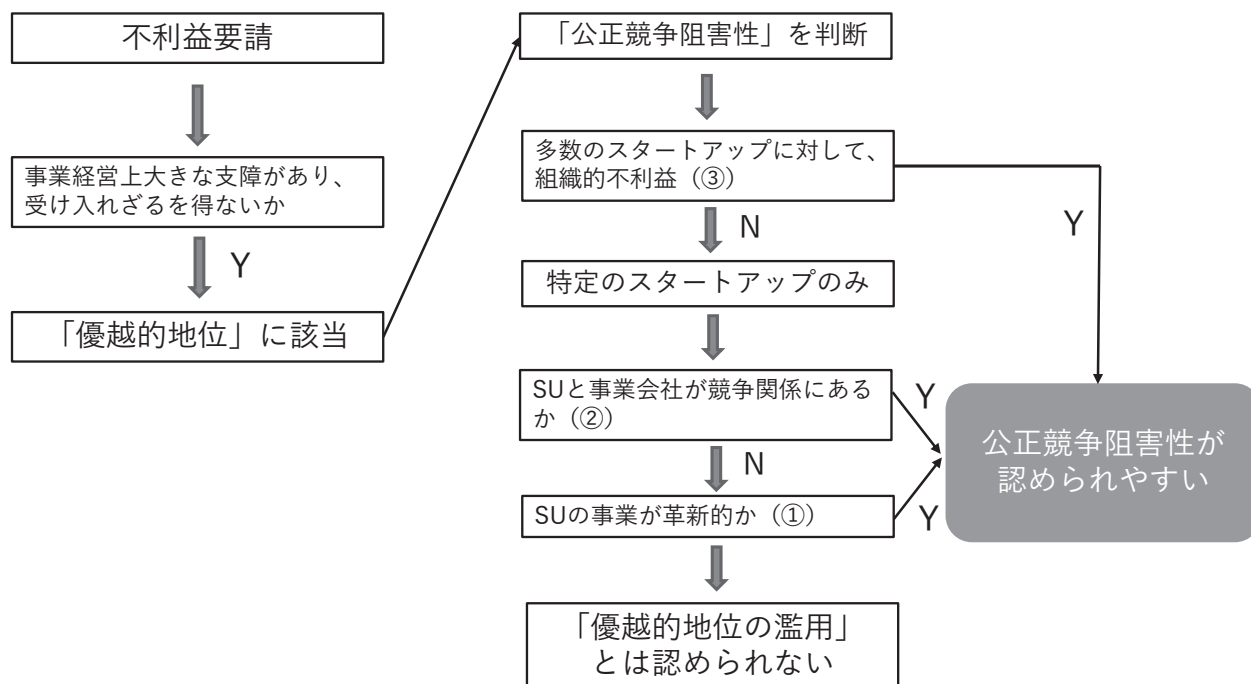
傍点部に着目していただくと、単発的な不利益を与えているケース(①②)と、組織的に継続的な不利益を与えているケース(③)とに分類をしていることがわかる。そして、前者については、スタートアップと事業会社が競争関係にある場合を公正競争阻害性を肯定する一要件として特筆していること(②)、そうではない場合においても、スタートアップの事業の革新性を重要な要件としていること(①)がわかる(図2参照)。

本年3月、公正取引委員会と経済産業省は連名で「スタートアップとの事業連携に関する指針」(以下「指針」という。)を発表した。この指針は、NDA、PoC、共同研究契約といった各種契約に関連して、「優越的地位の濫用として問題となり得る事例」と銘打った問題事例とこのような事態に陥らないための指針が示されている。このガイドラインを形式的に捉えて、問題事例に該当する事案がすべて優越的地位の濫用に該当するのでは、という不安が事業会社を中心に拡散しているように見えるが、それは正しい法律的な解釈ではない。あくまでも、上述した判断スキームに則って、優越的地位の該当性及び同公正競争阻害性が判断される。

指針においては、例えば、以下のような事例が問題事例として挙げられている。

「A社は、NDAを締結したかったが、連携事業者から「そのうち契約するから、情報を開示してほしい」と言われ、NDAを交わさないま

図2



まプログラムのソースコード等を開示させられた。その後、取引が中断し、連携事業者がA社のソースコードを使った類似サービスの提供を発表した。」(指針4ページ・事例1)

この事例について、上記判断スキームに当てはめてみる。まず、優越的地位の該当性の判断においては、A社がソースコード等を開示しなければ、同社の事業経営上大きな支障が存在したのかどうか考察される。スタートアップが売上等によるキャッシュフローのみならず、ベンチャーキャピタル等からの投資によって生計を賄う存在であることに鑑みると、「事業経営上大きな支障を来す」とは、連携事業者の要請を受け入れることによって、関係を構築しないと追加出資を受けられなかったような場合も相当するであろう。優越的地位の該当性が肯定されると、次に公正競争阻害性が認められるかどうか判断される。この事例においては、「連携事業者がA社のソースコードを使った類似サービスの提供を発表した」ということなので、A社と連携事業者は競争関係にあり(上記②の類型)、公正競争阻害性が認められる可能性が強くなる。なお、上記①ないし③の類型へ

の該当性は、あくまでも公正競争阻害性が認められる「可能性が強くなる」というだけであって、公正競争阻害性が直ちに認められるかどうかは別問題である。例えば、上記事案においても、連携事業者がA社のソースコードを流用して類似サービスを行うことを企図してA社に対してソースコードの開示を要求したケースと、A社と接触する前から同様のサービスを事業として進める計画があり、その計画を遂行する一環としてA社との事業連携を考えたが、A社側の事情(技術力、体力、資金不足など)によって連携事業者が独自にサービス展開することを余儀なくされたケースとは、公正競争阻害性の判断においても異なってくるものと思われる。

3 PoC契約にまつわるありがちな事例を素材として

PoCとはProof of Conceptの略であり、ある技術やビジネスモデルについて、マーケットが存在することや、技術等がきちんとワークするかどうかを確認する、比較的小規模な実証行為のことをいう。これまでは、本格的な連携に進むための「サービス」として、これを無償で行

うことが我が国における慣行であった。

(背景)

部材の摩擦係数を著しく低減する表面処理技術を保有するスタートアップX社は、事業会社であるY社から要請を受けて同社の部材に対して実証試験の目的で表面処理加工を無償で提供してきた。数度の無償提供が完了した後のお話。

Y社：データ詳細は開示できないが、部材 α の試験結果は悪くなかった。今度は我が社の次世代の部材として期待している β に対する表面処理をお願いしたいのだが。

X社：(いつまでこのノリが続くのかな……?) お安いご用ですが、今後、弊社の技術が本格採用される見通しとかは……

Y社：もちろんだよ。いずれにせよ、これが部材 β だから、渡しておくよ。

(一週間後、X社が表面処理済みの部材 β を提出、事業会社から何の連絡がないまま2ヶ月経過)

X社：すみません。先日お渡しした β の評価はどうだったのでしょうか。

Y社：緊急事態宣言で出社禁止。新規開発滞っているから、しばらく待って。

X社：……

(半年後)

X社：あの～ 半年くらい前に部材 β に表面処理したベンチャーなんですけど。

Y社：?? あれから開発責任者も組織体制も変わってね。開発テーマも絞った。

X社：……

Y社：部材 β に表面処理した? 誰か覚えているかな……私、先月から開発責任者として着任したのだけれど、そのテーマ、特に引き継いでいないし、継続扱いになっていないみたいですわね。

X社：……(怒) (あれだけきちんと対応したのに、一銭ももらえない上に、連絡もなく打ちきりだと……そもそもVCにどう報告すれば……?)

このように、契約もしないままに、事業会社からいろいろな試作を無償で受けて、結局、ビジネスにつながらない状態のことを「PoC貧乏」という。このようなことはオープンイノベーションの推進上好ましくないことから、以下に示すように、PoCにおいても契約を締結するこ

とが提唱されている。

秘密保持契約(NDA) → PoC契約 → 共同研究契約

PoC契約は新しい概念であることから、当職が座長を拝命したオープンイノベーションと事業会社のモデル契約プロジェクト(経済産業省・特許庁)においても¹⁾、もっとも注目される類型となった。指針の中でもPoC契約が取り上げられているが、問題事例として、上述に類似したケースも取り上げられている(指針12ページ、事例8)。

H社は、連携事業者から、見積りよりも追加作業が発生するPoCを求められ、PoC後に必ず契約すると口約束されていたために実施したが、追加作業について報酬が支払われず、契約もしてもらえなかった。

すでに述べたとおり、このような事例が直ちに優越的地位の濫用に該当するわけではないが、少なくとも上記の判断スキームに則って評価される事案であると考えられるし、H社が反復継続的に多くのスタートアップについて同様の行為を行っていた場合には、類型③(多数のスタートアップに対して組織的に不利益を与えた)に該当しうるのであろう。

§ 4 モデル契約や指針の性質論

このような政府の動きに対し、大企業を中心とした経済団体は総論賛成の体を探りつつも、厳しい意見を有しているようである。本指針はパブリックコメントに付されているが、以下、経団連や経営法友会から出されたいくつか重要なコメントについて私見を述べる。

「本指針案で「問題となるおそれがある」と整理されている事例に関しては、必ずしも画一的に処理できるものではなく、当該取引全体の中で、スタートアップのリテラシーの程度、ス

1) <https://www.meti.go.jp/press/2020/06/20200630006/20200630006.html>

スタートアップと連携事業者の交渉状況、契約の背景などの様々な個別事情を考慮し、ケースバイケースで処理されるべきものである。」(経団連)とのコメントについては、全く同意見である。優越的地位の濫用の要件の一つである①優越的地位の該当性については、特に、スタートアップと事業会社が元請・下請のような継続的取引関係にないことを前提とする今回の指針においては判断が難しく、オープンイノベーションに対する萎縮効果を生じることがないように慎重判断が求められる。さらに、②公正競争阻害性を有すること、という要件についても、もともと当該取引条件のみならず、それによって市場の競争環境がどのように影響を受けるかということを主眼とする要件であるため、個別性を本質とする。

「本指針で例示されている事項(特に各種モデル契約書)はあくまで例示であり、例えばモデル契約書を利用しないことが、独占禁止法違反に繋がるなどという誤解が生まれないようにすること」(経営法友会)という指摘も本質は同じであろう。モデル契約はあくまでも「モデル」とすべき契約であって、法規範の逸脱の有無を論じる際の基準として作られたものではない。そもそも契約書の条項は背景となるビジネス事情によって右にも左にも変動するものであって、モデル契約は、あくまでもその中で設定されたビジネス事情下においてはそのような契約条項にもなりうる、ということを示したものに過ぎないと考えることが正しい(ゆえに、きわめて詳

細にわたりビジネス事情を定義した。)



5 新しい知財法務のあり方

冒頭述べたとおり、オープンイノベーションはスタートアップの救済策ではなく、大企業のアントレプレナーシップを回復し、もって、日本の競争力を維持するための施策である。大企業視点からしても、オープンイノベーションを円滑に推進できることが生き残りにつながると言っても過言ではない。そうだとすると、本来的には、独占禁止法に基づく指針を策定して、その強制力によってビジネスルールを遵守してもらおうという性質のものではなく、大企業とスタートアップをして、何が正しい関係性であり、どのようにしたら双方の企業価値の総和が最大化するのか、ということを自主的に模索すべきものである。

これまでは、自社のリスクを最小限にとどめることが法務知財の本旨であった。しかし、それを行えば行うほど、交渉は遅滞し、双方の企業価値は低迷する。つまり、知財法務=リスクヘッジという考え方は、すでに時代遅れとなっているのである。ビジネスゴールを円滑、スピーディに実現することが企業価値の総和の最大化に寄与するという定理を理解したうえで、オープンイノベーションにおいてお互いに何を行い、何を譲り、守るのかという視点を取り入れた知財法務が正しいスタンスであると感じる次第である。

