



Title	インターネットと欧州における知的財産法・競争法間の相互作用の再構築(2・完)
Author(s)	Mylly, Tuomas; 田村, 善之//訳; 青柳, 由香//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 28, 147-175
Issue Date	2010-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43646
Type	departmental bulletin paper
File Information	28_147-175.pdf



インターネットと欧州における 知的財産法・競争法間の相互作用の再構築(2・完)

Tuomas MYLLY

田村 善之・青柳 由香(訳)

競争法の民主主義化

その性質ゆえ、競争法は、私的パワーと政府のパワーの間、そして市場と市場参加者の自由に対する私的な制限と政府による制限との間の微妙なバランスを伴うものである⁵⁵。これは、望むと望まざるとにかかわらず、社会が追及する競争の在り方を決定するという重要性を有する。すなわち、市場のアクターの多様性、取引の公正さの度合、中小企業の参入の見込み、そして許容される経済パワーの程度というものは、競争法制度によって強く影響を受ける経済的文化の構成要素である。それゆえ、競争法は、市場の民主主義的性質を決定する中心的な立法措置の一つなのである。アクターが多様だという特徴がある有効市場は、競争法が目的とする多くの経済的権利の中でも集合的善の性質を持つとみることができる。経済的領域における基本権の行使を可能ならしめるために、そのような集合的善をパワーの濫用から憲法的に保護する必要がある⁵⁶。

同じことは、開かれた社会としての社会の特徴に関する表現の自由、とりわけメディアの自由に妥当する。デジタル化とインターネット、そして

⁵⁵ See generally *Amato* (1999). 同様の理解をとる議論が同書の随所にみられる。

⁵⁶ See also, e.g., *Petersmann* (1999), p. 148 and *Pöyhönen* (2000), p. 82–89 and 95–97 (有効な市場を憲法的に保護するという考えについては、異なる解釈もありうることも述べる)。

メディア企業の相互間およびメディアと通信技術の提供者間の合併と継続的な集中を通じてメディアが収斂しているという特徴を有する現在のコミュニケーション環境において、形式面における言論の自由の保障は、技術的および規制的なインフラに大幅に依存している。伝達チャンネルと技術に対するパワーは、そのチャンネルや技術を通じてユーザーに届けられるコンテンツに対するパワーをも付与するかもしれない⁵⁷。伝達チャンネルや技術についてユーザーが選択肢を有さないとすると、ユーザーはこれらの所有者の意のままの状態とされてしまうことになる⁵⁸。そうだとすると、狭義における言論の自由から言論の自由という価値へと焦点を移行しなければならないとするBalkinに賛同する可能性が生じよう⁵⁹。ゆえに、メディアの自由を保障する出版の自由条項その他の関連規定は、確立した出版・放送メディアだけではなく、すべての通信メディアを対象とするように広く解釈されるべきである⁶⁰。インターネット時代においては、特に、メディアとは、特定のメディア系列や伝達チャンネルに向けてコンテンツを取捨選択する媒介者としてふるまう伝統的なメディア企業と同じだと考えられるべきではないのである⁶¹。

したがって、コミュニケーションの多様性は、これを広義に解し、表現の自由の保護が有する集合的善の一環であるとして涵養されるべきである。このコミュニケーションの多様性という概念は、消費者の立場から見た、市場における利用可能な物やサービスの多様性という意味——すなわち、消費者の立場からみた、イノベーションおよび経済的活動の多様な可能性——に限られない。むしろ、コミュニケーション・ネットワークや情報リソースのユーザーを、出現しつつあるデジタル文化への積極的な参加者として捉えているのである。したがって、このコミュニケーションの

多様性という概念はアクター、物やサービスの数にのみ関するものではなく、アクターの種類や提供される物・サービスの種類の多様性にも関連するのである。コミュニケーションの多様性という概念は、市場の多元性、経済アクターの多様性、そして過度のマーケット・パワーの回避といった伝統的な競争法の目的と重なり合う。ネットワーク効果という特徴があり、単一のシステムへと向かう市場においては、これらの価値の維持は意識的な努力、すなわち積極的な政府の政策によって達成される。知的財産法および競争法内における、活発な標準化政策、相互運用性や情報に依拠するマーケット・パワーに対する規制は、そのような戦略のカギとなる手段である。ネットワーク効果を抑止したり、使用できないような複数のシステムを人工的に維持したりするのではなく、これらの制度を調整することにより、開かれた、知的財産権で保護されていない標準を促進することにより参入障壁を低減すべきであり、これにより、有力な技術システムをコントロールしている企業に対する情報開示義務や強制ライセンス義務だけでなく、相互運用性を実現するために、開示や適切な例外および制限を課すことが可能となる。いまや中心的な情報処理プラットフォームは、強力なネットワーク効果を持つコンピューター・プログラムから構成されるのであるから、このような環境において、コミュニケーションの多様性を促進するという積極的義務が政府に課せられることには十分な理由があるといえる。単一のコンテンツ・プロバイダーに依存するという心配と同様に、有力なソフトウェア・プラットフォームにメディア企業やユーザーが過度に依存的になると心配されることには理由があるといえる。

具体的な措置を通じたメディアの多元性やコミュニケーションの多様性の保護に関するEUの実績は惨憺たるものだが⁶²、欧州では、これらの利益を保護する能力は、主に連合の立法、行政、司法に見出される。したがって、加盟国に加えて、EUの機関もまた、欧州におけるメディアの多元性とコミュニケーションの多様性を積極的に保護する義務を有してい

⁵⁷ See, e.g., *Council of Europe, Steering Committee on the Mass Media* (2000), at paragraph 32 and *Chen* (2005), p. 1361 and also *passim*.

⁵⁸ See, e.g., *Barton* (2004), p. 100 and also *passim*.

⁵⁹ *Balkin* (2004), p. 51-52.

⁶⁰ Similarly *Barendt* (2005), p. 424. See also *Rowbottom* (2006), p. 498 and *Cooper* (2003), p. 194.

⁶¹ See also *Rotenberg* (2004), p. 36.

⁶² See, e.g., *Hitchens* (1994), *passim*. また、たとえば *Green Paper on Pluralism and Media Concentration* (1992)は、EU加盟国に対してメディアの多元性を保護する義務を大幅に課しており、メディアの多元性を推進する共同体措置の主たる理由として域内市場の保護を挙げている。

る⁶³。この義務は、法の適用に関する文脈上、必要とあれば、知的財産法および競争法の両方の解釈を通じても遂行されうる。明らかに、競争法は、コミュニケーションの多様性を確保するための手段としては完全ではなく、それ単独では十分でもない。一般的には、文化的およびシンボリックなパワーに関する複雑な考慮は、伝統的な（市場画定という）手法と標準的な手法では捕捉することが困難なものといえよう。特に、合併規制についていえば、多元性を減ずるような集中は、常に競争を阻害するとみなされるわけではないかもしれない⁶⁴。コミュニケーションの多様性を保護するためには、コミュニケーション、メディア、そして放送分野に特化した規制がまた必要なのである⁶⁵。

しかしながら、競争法を、有効かつ多様な競争の促進にとって有害で過剰なマーケット・パワーの規制を目的とする——それゆえ価格競争の維持のみを目的としない——柔軟で一般的に適用可能な複合的な規範であると理解すると、同法にはすでに部分的に、コミュニケーション多様性を保護するという政府の積極的義務とオーバーラップするところがあるといえる。適用される分野が情報や対話に関するものである場合には、価格競争と経済効率性は、競争法の他の目的のうちコミュニケーションの多様性に関連するような既存の目的や他の考慮しうる目的を持って補完されるべきである。そのような状況においては、市場画定や競争法の他の分析における解釈上の柔軟性は、コミュニケーションの多様性と整合する結果にとって有利になるように用いられるべきである。特にこの理が妥当するのは、コミュニケーション、メディア、および放送に関する特別法が、問題とされる状況において適用されない場合、あるいは、コミュニケーション

⁶³ See also *Hoikka* (2009), p. 98 and 256-259.

⁶⁴ See, e.g., *Hitchens* (1994), p. 593; *Michalis* (1999), p. 163; *Wheeler* (2004), p. 367 and *Cuilenburg* (2005), p. 306-307. 以上はいずれも経済的に画定された関連メディア市場が、民主主義に関係のあるメディアの多元性やアイディアの市場と合致するかについて疑問を示す。See also *Council of Europe Directorate General of Human Rights, Media Division* (2002), p. 4.

⁶⁵ As emphasised by *Rotenberg* (2004), p. 30-31. See also *Council of Europe, Steering Committee on the Mass Media* (2000), at paragraph 65 (デジタル環境における多元性や多様性の維持には、多くの異なる措置が必要だと述べる)。

の多様性を十分に保護しない場合である。いずれにせよ、これらの法律は一般的に適用されるものではなく、それゆえ一貫した政策は不可能である。くわえて、共同体レベルのコミュニケーションに関する特別の規制は、コミュニケーション分野におけるマーケット・パワーのコントロールに関する競争法の役割を、減ずるというよりは、増大させている⁶⁶。

技術的アーキテクチャーが有する規制機能ゆえに、個人の権利を実効的に実現するためには、法律が人々に与えるものだけでなく、他の規制の在り方も関わってくるのが明らかである。技術的アーキテクチャーは、社会構造を形成し、物理的に遵守を強制することで、伝統的な法律の適用を特徴付けている法律の不適用や解釈、あるいは状況への適応やその反映がなされる可能性を剝奪する。同時に、技術的アーキテクチャーは、一般的に個別の国家がとる措置に比べて、より強力かつ大規模に個人の権利の実現に影響を与えうるのである。コミュニケーション・インフラストラクチャーが民営化されグローバル化されるということは、これまで以上に民間企業が、様々な個人の権利を実現するための中核的な集合善を構成する技術的環境の在り方を規制する地位に置かれるということの意味している。それゆえ、そのようなパワーと規制の在り方を憲法的な審査の対象とすることには、特に理由があるといえるのである。問題とされる措置が競争制限にも該当する限りにおいて、そのような審査を行う任務の大半が競争法に委ねられることとなる。したがって、コミュニケーションの多様性は、事実関係が要請する場合には、競争法の適用において考慮されるべき一要素としての地位を次第に占めつつある。

それゆえ、問題とされる事実関係や状況によるが、競争法の適用は、メディアの多元性、あるいはより広くいえば、民主主義社会において必要なコミュニケーションの多様性を維持するという意味で、民主主義の理念の保護に関わる目的を有しうるのである。そのような考慮が競争法の適用に組み込まれるべきだという考え方は新しいものではなく、合併規制や他の競争法分野の個別事例においてみうけられる。たとえば、*Associated Press*

⁶⁶ したがって、競争法とコミュニケーションに関する特別法とは補完関係にある。See also *Michalis* (1999), p. 152 and 162.

判決において米国最高裁は次のように判示した⁶⁷。

「修正第1条は、シャーマン法の適用に相反する考えを有するどころか、逆にその強力な根拠となる。同条は、多様で異なるソースから可能な限り広範に情報を頒布することは、公共の福祉に不可欠であり、自由な出版は自由な社会の条件であるということを前提にしている。」

したがって、競争法を通じて、コミュニケーションの多様性および、中核的なコミュニケーション・ネットワークと技術の開放性を促進することは、必ずしも新しい方策ではないのである。むしろ、これは事実関係に照らして競争法を適用すること、そして適用可能な規範に内在する広範な一連の価値に対して競争法の解釈が有する影響を十分に考慮すべきだということの意味するに止まる。場合によっては、経済的厚生は社会的厚生に対する考慮によって補完されるべきなのである。そのようにして、競争法はその民主主義的機能を強化し、適切な場合にはそのような補完的な目的を取り込むべきである。このような解釈の下で、競争法と、社会における自由の非個別的な発現や行為の社会的側面との間の既存の連関がさらに拡大し深化するだろう。さらにいえば、中心的なコミュニケーション・ネットワークや情報プラットフォームの開放性、一般的な情報の自由は、情報とネットワークに基盤を置く経済においては、有効競争および市場価値に関する自由が存在するための主たる前提条件なのである。それゆえ、これらの価値の保護は、しばしば、長期的な視点において有効かつ多様な競争を保護するという競争法の伝統的な利益とその方向性において一致している。

インターネットに関していえば、競争プロセスというパラダイムの中核は、市民社会の中心的なコミュニケーション構造において機能し、これに直接的に影響を与える。コミュニケーションの技術経済的構造は、企業が私的な規制の様々なテクニックを用いて直接的に影響を与える競争構造でもある。伝達チャンネル、情報ソース、またはコミュニケーションに対する他のアクセスポイントを排除することは、経済的な競争に影響を与えるのみではなく、上述のとおり個人的・集会的自律性をも縮減する。これらの中心的なコミュニケーション構造によって、新規企業が中央権力を

⁶⁷ *Associated Press et al. v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), at paragraph 20.

迂回して国境を越えた政治行動をとることも可能になるのであるが⁶⁸、その企業が行う前述のような構造の規制もまた、政治プロセスの在り方や可能性に直接影響を与えるのである。またこれは、特許化を通じてある種の技術的軌跡を排除することや、相互運用性を減じオープンソース製品の存続可能性を低下させることによって、オープンソース開発にも影響を与える。企業の行為は、通常は政治的な動機ではなく商業的な利益に基づくものであるが、(少なくとも部分的には) 経済の外にある公的領域および社会制度に関する集会的善に影響を与える能力を有している。企業はインターネット環境の様々な経済的パラメータに影響を与えることを目的としつつも、これらの行為の政治的機能を回避することはできない。政治のさらなる媒介がなくとも、生活世界および政治に直接的な影響を有するからである。これが、競争法の観点からみたインターネットの最も重要な側面である。

以上の現象は、政治と競争法の関係性が新たな様相を呈しており、競争、政治プロセスそして市民社会の相互関係がもはや無視できないものとなっていることを意味する。経済的・政治的パワーの両者を規制する競争法の役割は、失われてしまったと折にふれ論じられているところであるが⁶⁹、真実のところは、変容したに過ぎないのである。立法に影響を及ぼすような企業の間接的な政治的パワーに加えて⁷⁰、コードを通じてコミュニケーション・インフラを規制するという企業の能力が、政治的に重大な意義を有するマーケット・パワーの諸相の中でも、いまより重要な側面として顕現しはじめており、民主主義文化、個人の自律性そして法の正統性にも

⁶⁸ See *Sassen* (2006), p. 366 and 374 and *Ridell* (2002), *passim* (インターネットをローカル・エージェンシーの領域であると分析)。

⁶⁹ Cf. *Amato* (1999), p. 104-105 (市場がグローバル化し、国家ごとに存在するマーケット・パワーのコントロールが徐々に失われたため、競争法は政治過程におけるマーケット・パワーの影響をコントロールする能力を失ってしまったと主張)。

⁷⁰ これはいまだに問題である。See *Sell* (2003), *passim* (TRIPS協定の背後にある民間パワーを検討)。したがって、企業の政治的パワーを規制することは、経済的(そして政治的)パワーの集中を規制する十分な理由の一つたりうるのである。

直接の影響力を有するものとなっている⁷¹。

たとえば、知的財産権と競争法があいまって、オープンソース開発をして有力な OS 標準との決定的な相互運用性を達成できないような効果を奏してしまうとなると、特定の種類のイノベーションや開発は差別を受け、コミュニケーションの多様性とイノベーションの多様な可能性が害されるだろう。より一般的に言えば、競争法は様々な理由からこのような形の開発を抑圧から守るべきである。なぜならば、まず、オープンソースの開発は、強力でしばしば競争的に問題を生じるような排他的権利をインセンティブとして必要とはしないからである。また、オープンソースの開発は、消費者厚生と動的な競争を創出する。オープンソース・コードとその開発構造は、ほとんどの技術に基づく濫用行為を排除する。最後に、オープンソースは、一般に、非中央集権的なコントロールに基づく民主主義的な技術を促進し、市民社会と経済の間の障壁を引き下げるのである。

競争法は、インターネットのエンド・トゥー・エンドの原則を促進することにも関心を持つべきである。インターネットについてのイノベーション競争は、インターネットの開放的な性質と、どの行為が許されてどの行為が許されないかを決定する中央権力が存在しないことに依存してきたからである。Lemley と Lessig が述べるように、エンド・トゥー・エンドの原則は「より広範な種類のアプリケーションがネットワークに接続しネットワークを活用することを可能にし、競争の範囲を拡大する。この原則は、ネットワークの利用とアプリケーションについて競争をなしうる主体の数を最大化する。自分のために競争環境（ネットワーク）を偏向できる戦略的アクターや、他に比べてある種のアプリケーションを有利にする階層的な主体は存在しないので、エンド・トゥー・エンドのネットワークはイノベーションにとっては最大限に競争的環境を創出するのである⁷²」。

⁷¹ 共和主義的民主主義理論と、熟議民主主義理論は、立法手続きそれぞれ自体に加えて、立法手続きに先立つ公的対話の質も重視する。Habermasによると、正当性を有する法律は、立法の民主主義的過程を通じた生活世界に根ざしており、これはコミュニケーション・パワーが法律を通じて行政パワーへと変容することに基づくものであるという。See Habermas (1996), p. 80-81 and 408-409.

⁷² See Lemley & Lessig (2001), p. 930-931 and also *passim* (citation from p. 931).

この原則は、インターネット環境におけるイノベーション競争と個人の自由の両者が戦略的に捕捉されてしまうというおそれを緩和する。それゆえ、エンド・トゥー・エンドの原則についていえば、コミュニケーションの多様性と意味の創造に対する非中央集権的な可能性という特徴のある民主主義的文化を育成するという理想と、動的な競争という理想は、多分に一致するのである。それゆえ競争法の適用を通じて、オープンソース開発とエンド・トゥー・エンドの原則の両者を促進することは、競争法の内在的目的という利益にかなうものともなろう。

支配、情報パワー、そして Microsoft

Microsoft 判決が示したとおり⁷³、支配の有無を画定する伝統的手法は、情報社会の文脈でも継続して用いられる。欧州委員会は、Microsoft 事件の状況において何が支配的地位を構成するかという判断を行うに際して、古典的な United Brands 判決に言及している。他の事件と同様に、欧州委員会は、需要供給の代替可能性を分析することにより関連市場を画定し、市場シェアを図り、そしてネットワーク効果とアプリケーションの障壁によって大きくなっていった参入障壁を評価した。Microsoft が分析されたすべての関連市場、すなわち、クライアント PC 用 OS の市場、ワークグループ・サーバ用 OS 市場、ストリーミング用メディア・プレーヤー市場において製品を製造していたため、伝統的手法をとりうるものが可能であった。Microsoft の Windows OS は PC に用いられるデファクト・スタンダードの OS となっていたため、クライアント PC 用 OS 市場は支配的市場に該当した。したがって、マーケット・パワーと支配の判断に用いられる基本的な手法によって、(超) 支配的地位の立証と Microsoft の作為・不作為のさらなる分析、そして最終的には支配的地位の濫用該当性を示すことが可能になったのである。

知的財産権により保護された製品が事実上の製品標準、すなわち他者が必要とするプラットフォームになると、通常、問題とされる製品の市場シ

⁷³ Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commission*, [2007] ECR II-3601, Commission's Decision COMP/C-3/37.792.

シェアを用いて当該製造業者のマーケット・パワーを測ることができる。つまり、市場における製品の広範な採用によって標準が現れるのである⁷⁴。標準の強制力は、そのプラットフォームの普及と市場に対するコントロールに依拠している。高い市場シェアと参入障壁が組み合わさると、プラットフォームへのアクセスとその利用について比較的自由に価格付けを行うことができるようになる。プラットフォームについての不可欠の権利の所有は、一般的には単一企業に集中している。特許や著作権のライセンス、ライセンスの拒絶、情報の開示、あるいは、プラットフォームとそのインターフェースの変更を通じて、権利の所有は、プラットフォームに依存している企業の行動をコントロールできる。これによって現在および将来の競争圧力を減らすことが可能となるのである。そのようなマーケット・パワーの中核は、直接的な価格付けの自由というよりは、技術的軌跡と、プラットフォームに依存する他者の経済活動に対する戦略的コントロールにある。そのようなコントロールの水準は、関連市場におけるプラットフォームの市場シェア、参入障壁や他の伝統的なマーケット・パワーの指標からの影響に加えて、広範なコミュニケーション・システムおよび技術経済システムにおけるプラットフォームの地位の影響をも受ける。それゆえ、プラットフォームの分析は、関連市場やプラットフォームの所有者の現在の地位を示す市場シェアのみによってなされるべきではないのである。プラットフォームは競争上の優位としても分析されるべきなものであり、これは、プラットフォームの所有者が市場の発展の動態性に対して影響を与える能力、および将来における競争圧力の要素となりうるものである。

たとえ、プラットフォームの所有者がプラットフォームの関連市場において非常に高い市場シェアを有し、さらにこれが高い参入障壁を示しうるとしても、技術的軌跡および他者の経済活動に対するコントロールが相対的に軽微に止まることもある。これは、市場シェアや参入障壁それ自体は、たとえば当該プラットフォームに依存している経済主体の数や、技術的軌跡の射程や品質、潜在的に影響を受ける活動といった、当該プラットフォ

⁷⁴ デファクト・スタンダードについて、たとえば *Egyedi* (1996), p. 258-259. 公的な標準においては、標準化プロセスが標準に先行し、標準が実施に先行する。コンソーシアムでの標準においては、両者は並列的に発生する。

ームによって実現される競争上の優位の性質をそれほど明らかにしないからである。市場シェアと参入障壁は、まずは、プラットフォームの所有者が有する自由に価格付けをする能力を示してくれる。そのマーケット・パワーの内容が価格付けの自由のみだと理解されると、異なる関連市場間を質的に区別することは実際のところ必要なくなる。競争が存在しないことで生産を制限し価格を引き上げ、消費者を害することができるのは同じなのであるから、それがバナナであろうとコンピューターの OS であろうと関係ない。しかしながら、マーケット・パワーが、技術的軌跡や他者の経済活動をコントロールすることにより、現在あるいはありうる将来の競争圧力を戦略的に減らす能力であると理解される場合には、異なる関連市場を質的に区別することが必要となる。これは、ある関連市場に対するコントロールは、直面している競争水準の規制を可能ならしめるツールとして用いることができる競争上の優位をも同時にもたらすだけでなく、他の市場におけるコントロールを得るための梃子として用いられるからである。技術的求心性、持続可能性、さらには影響を受ける競争者と顧客の数の点においてプラットフォームがより重要なものであればあるほど、その所有者が実質的な程度のマーケット・パワーを有し、また (超) 支配的地位にあるとみる理由が増大するのである。

Microsoft のマーケット・パワーは、長期にわたる非常に高い市場シェア (90%以上) あるいは高い参入障壁のみから生じたのではない。技術的軌跡や他者の経済活動に対して影響を与えるという Microsoft のパワーは、コンピューターとインターネットに基盤を置くコミュニケーションおよび経済活動が有する技術パラダイムにおいて、PC 用 OS が有する中核的な重要性から生じたものである。多数の企業、複数の技術的軌跡や活動が Microsoft に依存している状況は、Microsoft の市場シェアや参入障壁のみによるわけではない。Microsoft の市場シェアのソースは、むしろ、高い市場シェアと参入障壁、そして PC 用 OS 市場という関連市場がコンピューターとインターネットに基盤を置くコミュニケーション生態系において中核的な地位にあったということに見出される。同様に、Microsoft の支配に対する競争的脅威は——同じような情報社会の文脈において典型的な形

で——部分的には自らの市場の外から、すなわち Windows OS との直接競争にない製品から現れたのであった⁷⁵。また、Microsoft の知的財産権により保護されたプラットフォームと同社の行為は、多様な公共的な財や市場外の財の供給にも影響を与えた。インフラストラクチャー理論の用語では、これは、営利活動と非営利活動の両者を条件付ける混合インフラストラクチャーである⁷⁶。したがって、Microsoft のマーケット・パワーは、マーケット・パワーおよび支配的地位に関する分析に内部化しうる、実質的な政治的・社会的性質を有しているといえる。濫用に関する分析に影響を与えるだけではなく⁷⁷、そのような効果は、支配の一応の推定による認定を強化し、より厳格な取扱いを要請する超支配の存在を示唆し、あるいは、競争当局の積極的な職権調査や措置を支持するために用いることができよう。このように異なる関連市場間の区別をすることによって、ネットワーク化した情報社会におけるマーケット・パワーのうち最も重要な性質が理解され、またコミュニケーションおよびコミュニケーションの多様性にとって中心的な市場において競争法を積極的かつ厳格に適用する必要性が明らかになるのである。

したがって、関連する分野における専用プラットフォームや活動中の企業を個別的に観察するべきではなく、より広いコミュニケーション生態系および関連し依存する技術のネットワークという文脈において当該プラットフォームを捉える必要がある。Microsoft 事件において、そのような検討は濫用分析においてみられたのではあるが、それに先行する支配の分析ではなされなかった。これは、すでに伝統的手法によって PC 用 OS 市場における独占に近い地位が示されていたためである⁷⁸。欧州委員会も第一審裁判所も、支配に関して議論を呼ぶような新理論を導入する必要はなかつ

⁷⁵ See also *Office of Fair Trading* (2002), p. 52 (「ニューエコノミーにおける競争問題の複雑さに対処するためには、競争分析は多くの場合、伝統的に画定される単一の市場を超えて検討されねばならない」と述べる)。

⁷⁶ インフラストラクチャー理論について、*Frischmann* (2005), *passim*。

⁷⁷ See, e.g., *Frischmann & Waller* (2008), *passim*。

⁷⁸ 超支配の事件の結末について、case C-333/94 P, *Tetra Pak International SA v. Commission*, [1996] ECR I-5951。

た。しかし、Microsoft のマーケット・パワーの中心的な特徴、および同社の作為・不作為の多面的な潜在的ないし現存の効果は、コミュニケーションと情報の構造ばかりでなく、OS やその他の技術が取り込まれた関連技術のネットワークを分析した後にはじめて明らかになるのである。Microsoft のマーケット・パワーは、技術により実現された力が中心となつて、コミュニケーションや情報のフローを構築し、PC 用 OS という第一次市場をはるかに超えて競争を排除するものである。支配的な PC 用 OS に対する Microsoft のコントロールは、従前からインターネットの周囲に形成されたコミュニケーションの環境を構造化するために用いられてきたものであり、今後はさらにその傾向を強めるものと予想される。

伝統的な手法は、市場の地位が価格に対するパワーだけを付与する場合と、技術的軌跡や他者の活動に対するパワーを付与する場合とを区別することに失敗する点で、十分とはいいがたい。企業が価格付けの自由とみられるマーケット・パワーを有しつつ、技術的軌跡や他社の経済活動に影響を与えるパワーは有さないということもありえるのである。知的財産権が関わる事案では、この区別は特に重要となる。ほとんどの知的財産権の機能は、財産権の行使と企業のインセンティブを通じて、価格に対する何がしかのパワーを付与するところにあるからである。他方で、支配を立証するための伝統的な手法は、価格に対するパワーを見出すべく設計されたものであり、知的財産に基づく支配的地位を立証するための唯一あるいは主たる基準とするには問題があるということになる。

インターネット周辺の技術や情報源がデジタル化し、また収斂したため、コミュニケーション・システム全体が、次第に、複数のサブシステムからなる高度に複雑なシステム財という性質を有するようになりつつある。サブシステムの開放性とサブシステム間の競争は、いずれもかなり多様である。ある技術標準は代替可能かもしれない、あるものは比較的恒久的に定着するかもしれない。いずれの場合にも、それらは知的財産権の保護を受けていたり、あるいは誰もが自由にアクセスし使用したりすることができるのだろう。だが、決定的な点は、インターネットを取り囲んで構築されている現在のコミュニケーション・システムのシステム財的な性質が、以下のことを示唆しているということである。すなわち、多様なサブシステムは、プロトコール、相互運用性、そして現在進行形の複層的な収斂を通じ

て連結されているのであって、換言すれば、一つのサブシステム内の措置は複数の他のサブシステムにも影響を与えうるのであるから、マーケット・パワーを原子的に評価することはもはやできないということである。工業化社会においては、製品・技術が他製品・技術に対して有する影響はどちらかといえば付随的であり、また、企業の市場における地位は、システムにおけるその製品・技術の機能によって決まるのではなく、むしろ、他の類似で代替可能な製品・技術との関係において当該企業の製品・技術が有している地位として相対的に個別に決まっていたので、市場シェアと追加的要素に基づくマーケット・パワーの伝統的な評価は正当化されていた。

情報社会において最も意味のあるマーケット・パワーは排除型マーケット・パワーであり、これは市場に対する反競争的効果と影響の観点から評価がなされるべきものである。それゆえ、競争法の適用において支配と濫用は別々に分析されうるものではなく、そのような手法では支配の分析は市場に対する行為の影響とは別個に定義される最初のフィルターと化してしまうだろう。マーケット・パワーと支配の評価は、次第に、企業が有する競争優位の分析、すなわち、相互依存関係にある技術網やコミュニケーションの流れの一環としての、技術的資産や情報資産の戦略的重要性に関する調査へとようになってきている。資産は、そのような相互依存の網の目の中核に位置するものもあれば、周辺的なものもある。中核に位置する資産に対してコントロールを有しているということは、複数の技術的軌跡に対して戦略的抑圧を加え、そして同様にコミュニケーションや行動の網、商品・公共財・非市場財に対して影響を与えるパワーを意味するだろう。ネットワーク化した情報社会では、高い市場シェア自体というより、そのような中核的なインフラ資産に対するコントロールが、ハイパーエンパワメント (hyperempowerment)、あるいは競争法でいえば超支配を示すのである。当該資産が技術経済パラダイムにおいて中心的地位を有すること、そして、それによって得られる、多様な活動・技術的軌跡に対して影響を与えるパワーこそが、そのようなパワーの中核なのである。

したがって、コミュニケーションの文脈において、ある技術を有する企業に与えられたマーケット・パワーを理解するためには、当該技術・情報リソースを広範なコミュニケーション・システムにおいて位置付けうるよ

うな体系的な評価が要求される。それゆえ、情報社会のコミュニケーションという文脈におけるパワーの分析は、価格に対するパワーに焦点を当てるのではなく、パワーの情動的構造を分析するものであるべきである。そのような分析は、より伝統的なマーケット・パワー分析を補完する。これは、構造的な競争分析の終焉ではなく、修正された形での構造的な競争分析の復権を意味するといえよう。すなわち、市民社会のコミュニケーション構造に対するパワーとマーケット・パワーは概ね重なり合うので、コミュニケーションの流れと構造をコントロールする者であれば誰でも、戦略的および社会的にも最も重要な形でのパワーを有するのである。現在のコミュニケーション・パラダイムにみられるシステム財という性質は、完全ではないが部分的コントロールが存在し、他方で、それらの多くは、コミュニケーション構造に基盤を置く生活世界の相互作用や経済活動に対して悪影響を有することを意味しているといえよう。

濫用としての知的財産のライセンス拒絶と Microsoft

支配的地位の濫用の禁止に関する条約規定の下での知的財産権のライセンス拒絶の分析について、共同体裁判所が展開した法理は、多くの点において不適切であり、問題がある。Microsoft 判決は、ライセンス拒絶が濫用に該当するために要求される例外的な状況という概念を、既存の判例法の形式主義からある程度解放したが、他方で同判決は、過度にイノベーション中心的で、反競争的行為によって生じる効果を包括的に評価する可能性を閉ざしているとの批判が妥当しうるといえよう。これは、Microsoft の違反の認定と、相互運用性情報の提供義務の命令という、実際に至った判断において問題はないが、展開された法理や原則には問題があるということである。同判決は、古き形式主義のいくつかを撤廃はしたが、他方で新たにいくつかの形式主義を創設したのである。以下では、本稿で論じたような、民主主義化した競争法の枠組みにおいて重要と考えられる効率性に関わらない考慮事項を、Microsoft 判決で示された法理がどの程度取り込むことができるかを論じてみよう。

Magill 判決および IMS-Health 判決に従って、第一審裁判所は、濫用分析において実際にエッセンシャル・ファシリティー型の基準を用いた。川下

での競争におけるリソースのエッセンシャルティーに関する検討はこれまで相対的に蓄積があり、既存の裁判例は圧倒的に異なる次元の不可欠性に集中している。比較的厳格な必須性の基準に加えて、Microsoft 判決の事案では新製品に関する追加的な基準も検討されている。この追加的なハードルは、特に Magill 判決および IMS-Health 判決において展開されたものである。しかしながら、初期の裁判例とは対照的に、Microsoft 判決は、技術的発展の制限であって消費者を害するものという概念の下で、支配的な知的財産権者の製品とは区別される製品の開発をするという、競争者のインセンティブに集中し、焦点は、個別のアプリケーションから、より一般的に価値を創出するプラットフォームの可能性へと移行したのである。これは、歓迎されるべきアプローチであり、他の点では厳しく、ややもすると不当な批判が向けられることが多い⁷⁹新製品基準の有用性を大幅に広げるものである。もし Microsoft 判決における第一審裁判所の新製品基準に関する解釈が維持されるのであれば、①強制ライセンスに有利に働く他の例外的事情が認められない限り、単なる複製を許容することを回避し、②関連市場の発展に対するライセンス拒絶の効果を検討するという二重の機能を有する点において、相対的に柔軟な基準となる。もしライセンス拒絶により技術的発展が制限され消費者が害されるのであれば基準は充足されるのである。それゆえ、新製品基準は、ライセンス拒絶の競争への効果を多面的に評価し、そのような効果を司法判断に組み込むことを可能とするのである。さらには、技術的な発展や、新たな製品・サービスの創出がないとしても、他の裁判例、中でも Volvo 判決で示されたとおり、他の例外的事情により強制ライセンスが正当化されることがありうる。第一審裁判所は同判決において、知的財産権のライセンス義務が生じる例外的な状況では、常に新製品基準を充足しなくともよいと述べている。

しかしながら、Microsoft 判決は、Microsoft の行為によって影響を受ける市場の特段の重要性を検討の俎上に載せていない。ワークグループ・サーバ用 OS やストリーミング・メディア・プレーヤー市場へのマーケット・パワーを使ったレバレッジ行為は、複数の市場にさらなる影響を与え、

⁷⁹ たとえば、Drexler は「新製品ルールはどのような経済的合理性にも合致しない」と述べる。Drexler (2008), at p. 37.

新たな梃子を生じさせる効果を有しており、そのことは競争法違反の重大性、そして課される制裁金額に影響を及ぼしたが、本来考慮されなければならないはずの濫用分析の場面においては重要な要素とはされていない。したがって、本判決は、拒絶によって阻害された下流市場における活動の範囲、そしてとりわけその質について、適切な評価を可能にしなかったとの批判を受けるだろう。Microsoft 事件の事情の下では、中核的なインターネット環境におけるコミュニケーションの多様性、そして民主主義理論レベルに反響する問題についてそのような評価が十分になされねばならなかったのである。

以下では、共同体裁判所が判断用の個別法理を発展させる際の方向性を示すために、Frischmann らによって最初に提唱されたインフラストラクチャー理論を簡単に検討しよう⁸⁰。インフラストラクチャー理論において鍵となる要素は、インフラストラクチャー・リソースがどのように、そしてどの程度、社会に対して価値を創出するかということである。したがってその焦点は、供給サイドや必要なインプットの不可欠性ではなく、需要サイド、生産されるアウトプットに置かれる。この観点からは、既存ないし潜在的な代替物がないという意味でそれ自体不可欠なリソースやインプットについても、区別が可能であり、またその区別がなされなければならない。いいかえれば、あるリソースの不可欠性は、競争法や他の規制をもって、そのリソースを他者の利用のために開放する必要性にはつながらないということである。決定的となるのは、リソースの非競争性、多様なアウトプットの生産においてインプットとして機能する能力だけでなく、個別の事情とリソースが生産するアウトプットの組み合わせも考慮に入れなければならないのである。Frischmann は、インフラストラクチャーには以下の三つの性質があるとしている。①リソースは非競争的に消費されうる、②リソースに対する社会的需要は主にリソースをインプットとして必要とする川下の生産活動によって決められる、③リソースは、私的財、

⁸⁰ Frischmann (2005), *passim*. Frischmann と Waller は、インフラストラクチャー理論をエッセンシャル・ファシリティ理論に応用した。See Frischmann & Waller (2008), *passim* and Waller (2008), *passim*. 知的財産権の文脈におけるインフラストラクチャー理論の議論につき、see Frischmann & Lemley (2007), *passim*.

公共財、そして非市場財といった広範な物やサービスへのインプットとして用いられうる、というものである⁸¹。

あるリソースが上述の基準を充足する度合いが明白になればなるほど、エンド・ユーザーやエンド・ユーズという性質に基づく区別なく、オープンにアクセスできるような方法でリソースを管理させるようにしなければならないとする論拠が強まる。エンド・ユーザーが直接消費する製品とは対称的に、多様な川下活動において非競争的に用いられうる中間財やインプットは、オープン・アクセスを支持すべきより有力な論拠を提供する。したがってインフラストラクチャー・リソースとは、基本的には、その上に他のものが構築される可能性のある「イナボーリング・プラットフォーム」なのである⁸²。インフラストラクチャー・リソースは、正の外部性や大きい社会的便益をもたらす、川下の競争、発明活動、新用途に関する実験を促進する⁸³。特に公共財や非市場財の生産を可能にするインプットについてオープン・アクセス・レジームを用いるべきことには特別な理由がある⁸⁴。そのようなインプットが関連する場合、追加的ユーザーに対して当該リソースを使わせることによって生み出される社会的価値は相当なものとなりうるが、それを定量化することは極めて困難、あるいは不可能

⁸¹ Frischmann (2005), p. 956 and also *passim*. 公共財と非市場財は、社会への価値の生み出し方において異なっている。公共財の価値は消費によって実現され、非市場財は社会厚生を増大させるべく社会的条件や社会的相互依存を修正する。これらは、開かれた公的領域、教育、あるいは新しいアイデアや解決策を試みる自由を涵養することに関連する。See *ibid.*, at p. 964-967 and Frischmann & Waller (2008), p. 16.

⁸² Frischmann (2005), p. 949-951 and 957 and also *passim*.

⁸³ Frischmann (2005), *passim*; Frischmann & Waller (2008), p. 12 and Frischmann & Lemley (2007), p. 279-281.

⁸⁴ Frischmann は、生みだされる川下活動に従って、インフラストラクチャーを商業的・公的・社会的インフラストラクチャーに分類した。商業的インフラストラクチャーは商品の生産を、公的インフラストラクチャーは公共財の生産を、社会的インフラストラクチャーは非市場財の生産を可能にする。だが、(インターネットのような) 重要なインフラストラクチャーの多くは、これらすべての財の生産を可能にするという点において、混合的な性質を有している。See Frischmann (2005), p. 959-969.

ですらある。インフラストラクチャーの所有者は(一般的には)公共財や非市場財に関する「補完的外部経済を内部化」することはできない。そのようなアウトプットが、創出される価値を割り当てるモチベーションも可能性もなくして生産されることはありうるが、社会全体に対してはかなりの価値を創出する。問題とされるインフラストラクチャーを直接的に使用しない社会のメンバーもまた、生産されたアウトプットから利益を受けるだろうから、すべての利益が内部化される可能性は皆無に近くなる。そのような「外部効果」あるいはスピルオーバーは、それが広範な場合には、厚生分析の一環として重視されるべきである。インフラストラクチャー理論の示唆するところの中核はここにあり、また欧州競争法理論において知的財産権との関係の中で探求する意義のあるものである。

インフラストラクチャー理論の基本的な示唆は簡潔、直感的なものであり、しばしば民主主義的な理論の文脈でその意義が強調される。つまり、価格シグナルおよび市場の影響力は、それ単独では、商業的に動機付けられた技術的リソースの所有者や開発者を、公的および非市場的価値を最大化する民主主義的デザインへと導くことはできず、単に私的な商業的利益、そしてひいては公共財を最大化するデザインがなされるに止まる、という示唆である⁸⁵。経済理論としては、インフラストラクチャー理論は、コミュニケーション、民主的参加、そして自己表現の問題に対する競争法の適用の影響について論ずるにあたり、競争法専門家になじみのある術語を提供し、それ自体として、競争法の中心的な概念や、競争法分野および競争法に特化した議論にみられる前提のいくつかについて、批判を加えたり再解釈をしたりすることを可能とする。しかし、インフラストラクチャー理論は、消費者厚生観点からオープン・アクセスの価値を示すことはできるのだが、同理論によっても、(知的財産権によって保護されるリソースを含めて)インフラストラクチャーの創出へのインセンティブ付与と、リソースの利用に基づく公共財および非市場財の生産を可能にすることとの間のどこに線引きをするべきかという論点について、実務的なものにせよ、理論的なものにせよ、解を得ることは困難である。さらにいえば、経

⁸⁵ 民主主義的理論の視点からは、see, e.g., Habermas (2001), p. 95; Barber (2002), p. 10 and Iversen, Vedel & Werle (2004), p. 109.

済理論の応用としては、インフラストラクチャー理論は、競争法を用いる裁判所、当局、研究者が採用しうる多数の経済的観点のなかの一選択肢を示すに過ぎないのである。したがって、インフラストラクチャー理論の推奨するところに従っても、構造的に既存の法理を突破できないことは明らかである。最後に、もし裁判所や競争法研究者が、社会的目的、集合的善、民主主義的目的についての競争法の意義を、ミクロ経済学から借りた術語を用いずには論じることができないとすれば、これもまた幾分残念なことである。それゆえ、本稿は、裁判所や研究者が競争法にも内在する民主主義的な問題を、より直接的に論ずることを唱導するのである。メディア分野の合併規制や Associated Press 判決といった個別の競争法判決にみられたように、民主主義的問題および基本権に関する問題は、それらの利益を調整するまとまった競争法理論がないとしても、完全に競争法の域外に置かれていたわけではないのである。

Microsoft 事件において欧州委員会が導入したイノベーション・インセンティブ・テストは、同事件において第一審裁判所が示したイノベーション・インセンティブに基づく客観的正当化についての解釈ほどには、問題のあるものでも硬直的なものでもなかった。第一審裁判所の解釈では、この客観的正当化はイノベーションに対する個別具体の影響を衡量することなく、つまりは効果の程度にかかわらず一応の推定で濫用とされる行為を絶対的に正当化する理由として機能する。この解釈は、潜在的には、いかなる競争的制限といえども、これに対する支配的地位の濫用の禁止の適用が、支配的事業者のイノベーションのインセンティブに対して実質的な悪影響を与えるという基準が充足されてしまうと、濫用の禁止から免れせしめるという理論的な可能性を有している。このような形式的な基準は、実際には、支配的事業者のイノベーション・インセンティブの保持をその頂点とする価値の序列を作り出し、競争者を排除し、支配的地位を他の市場への梃子とし、公共財や非市場財の広範な生産を阻害し、そしてまたあるいは、民主主義的価値を害するようなあらゆる行為を放免してしまいかねない。一般化されてしまうと、Microsoft 判決において第一審裁判所が解釈したようなイノベーション・インセンティブに関連する客観的正当化は、かなりの数の財産権を、それが十分な投資の産物である場合には、競争法の適用から遮断するというより包括的な射程を有することにな

る。第一審裁判所が示したテストは、知的財産保護に関していえば、過度に限定的であると同時に、過度に広範なのである。その基本的な前提は、知的財産権者が、ライセンス義務を課されるとイノベーションへのインセンティブに対して重大な悪影響があるということを立てなければならぬとする、知的財産権はその権利者に対するインセンティブを付与するものではなくってしまう、というものである。他方で、第一審裁判所が示した基準が充足されれば、客観的正当化の論理に合致し、また第一審裁判所が明示したように、既存のマーケット・パワーやライセンス拒絶により生ずる反競争効果にかかわらず、一応の推定で濫用とされる行為が正当化されるのである。

結語

コンピューターとインターネットを中心に構築された人工のコミュニケーション構造に競争プロセスの中心が組み込まれている情報社会においては、技術の操作は、競争条件と他者の行為を規制する有力な手段となっている。重要な技術が一般に私有され支配されているため、知的財産権の排他性の問題は、そのような行為の競争法上の評価とますます交錯するようになる。競争の技術的構造は、同時に、コミュニケーションと生活世界の相互作用の構造でもある。これらの構造を規制しようとする私的な試み、およびそれに対する競争法側の応答は、市場における競合の度合い、および知的財産権と競争法との関係を決定付けるだけでなく、必然的に生活世界および経済文化における、ネットワーク化された公的空間の民主主義的な性質の設計にも関わることになる。そのような構造と関連するマーケット・パワーは、調整役としての伝統的な政治プロセスを用いることなく、直接的な政治的および社会的影響をもち、その結果、マーケット・パワーを情報パワーへとアップグレードすることを可能にする。同時に、経済は文化化し、文化が商品化する。好むと好まざるとにかかわらず、このような環境においては、知的財産法と競争法の抵触について判断を行うこと、およびこれに関連する原則を考案することは、民主主義上の重要性を持たざるをえない。

本稿は決して富の最大化や競争法の主流派の掲げる目的を採用すべき

ではないと提言しているわけではない。単に、それらに関わる考察は、必要な場合には民主主義理論および立憲主義のレベルを反映した検討によって補完されるべきであるということを主張するに止まる。たとえば、Microsoft 事件の事案においては、PC 用 OS 市場における Microsoft のほぼ独占に近い地位を梃子として、グローバルなインターネットに基づくコミュニケーションにとって等しく中心を占める他の市場に影響を及ぼす試みは、民主主義的価値と基本権に関わる利益に対する脅威であるようにみえる。それゆえ、マーケット・パワーとそれを新しい市場へと拡大する濫用であると主張されている行為がそのような価値や利益への脅威となるか否かを問うことは、マイクロ経済志向の競争法の議論から生じる主流派の理論や立場を直截に適用することに対して、潜在的な対抗軸を形成しようとするものであり、正鵠を射た対応というべきものである。この観点からは、競争法は知的財産権法をも補完し、知的財産権制度によって可能とされ促進される技術的、経済的行動として行使される情報パワーを規制することを可能にするという役割を果たすとみることができるかもしれない。さらにいえば、競争法は、知的財産権制度および生産のグローバル化やネットワーク効果や標準化のような経済的現象が生み出すことが見込まれるアクターやアクターの種類の多元性、多様性を涵養するものとみることができるかもしれない。

独占禁止法ないし競争法とその基礎にあるイデオロギーを統一したりハーモナイズさせなければならないという喫緊の必要性は存在しない。国際レベルでの不均質性および多様性は、改革、実験、学習、順応をもたらす強みとみられることもできる⁸⁶。そのうえ、高い経済力の集中を対象とする法的措置は常に、経済力を持つ者が行使する強い政治的影響力に適切に対処しなければならない。競争法がこれらの政治的な圧力を潜り抜けるためには、エンフォースメントの多様性が求められるだろう。このようにして、欧州競争法は独自の発展を遂げることができるのである。

⁸⁶ See, e.g., Kerber (2003), *passim* (その議論は連邦主義の経済理論に基盤を置く)。また、多様性は国際的な競争レジームに、豊かさ、強さ、柔軟性をもたらすと強調するものとして、Grimes (2003), p. 256-258.

【参考文献】

- Amato (1999):** Amato, Giuliano: *Antitrust and the Bounds of Power: The dilemma of liberal democracy in the history of the market* (Hart Publishing, Great Britain, 1999).
- Anderson (2005):** Anderson, Gavin W.: *Constitutional Rights after Globalization* (Hart Publishing, Great Britain, 2005).
- Balkin (2004):** Balkin, Jack M.: “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, *New York University Law Review*, April, 2004, pp. 1-58.
- Barber (2001):** Barber, Benjamin R.: “Which Technology for Which Democracy? Which Democracy for Which Technology?”, *International Journal of Communications Law and Policy*, issue 6/2000/2001, pp. 1-8. Available at: <http://www.ijclp.org/basic/archive.html>.
- Barber (2002):** Barber, Benjamin R.: “The Ambiguous Effects of Digital Technology on Democracy in a Globalizing World”, 2002. Available from <http://www.wissensgesellschaft.org/themen/demokratie/democratic.pdf> (visited 15 May 2009).
- Barber (2003):** Barber, Benjamin R.: *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age: Twentieth Anniversary Edition With a New Preface* (University of California Press, USA, 2003).
- Barendt (2005):** Barendt, Eric: *Freedom of Speech*, second edition (Oxford University Press, Great Britain, 2005).
- Barton (2004):** Barton, John H.: “The International Video Industry: Principles for Vertical Agreements and Integration”, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2004, pp. 67-105.
- Beier (1999):** Beier, Friedrich-Karl: “Exclusive Rights, Statutory Licenses and Compulsory Licenses in Patent and Utility Model Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 30, issue 3, 1999, pp. 251-275.
- Benhabib (1996):** Benhabib, Seyla: “Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy”, in Benhabib, Seyla (ed.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton University Press, USA, 1996), pp. 67-94.
- Benkler (2000):** Benkler, Yochai: “From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Towards Sustainable Commons and User Access”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, issue 3, 2000, pp. 561-579.
- Benkler (2003):** Benkler, Yochai: “Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain”, *Law and Contemporary Problems*, Winter/Spring, 2003, pp. 173-224.
- Benkler (2006):** Benkler, Yochai: *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom* (Yale University Press, USA, 2006).
- Bruun (2001):** Bruun, Niklas: *Intellectual Property Law in Finland* (Kluwer Law International, Netherlands, 2001).
- Calhoun (1992):** Calhoun, Craig: “The Infrastructure of Modernity: Indirect Social Rela-

- tionships, Information Technology, and Social Integration”, in Haferkamp, Hans and Smelser, Neil J. (eds.): *Social Change and Modernity* (University of California Press, USA, 1992), pp. 205-236.
- Castells (2001):** Castells, Manuel: *The Internet Galaxy: Reflections on the Internet, Business, and Society* (Oxford University Press, New York, 2001).
- Chen (2005):** Chen, Jim: “Conduit-Based Regulation of Speech”, *Duke Law Journal*, vol. 54, issue April, 2005, pp. 1359-1456.
- Commission of the European Communities (1992):** European Commission: *Green Paper: Pluralism and Media Concentration in the Internal Market: An Assessment of the Need for Community Action*, COM (92) 480 Final.
- Commission of the European Communities (2008a):** Commission of the European Communities: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, An Industrial Property Rights Strategy for Europe*, COM(2008) 465/3.
- Commission of the European Communities (2008b):** Commission of the European Communities: *Green Paper, Copyright in the Knowledge Economy*, COM(2008) 466/3.
- Cooper (2003):** Cooper, Mark: “Open Communications Platforms: The Physical Infrastructure as the Bedrock of Innovation and Democratic Discourse in the Internet Age”, *Journal of Telecommunications & High Technology*, vol. 2, issue Fall, 2003, pp. 177-244.
- Cornish & Llewelyn (2007):** Cornish, William and Llewelyn, David: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, sixth edition (Sweet & Maxwell, England, 2007).
- Cotter (2006):** Cotter, Thomas F.: “The Procompetitive Interest in Intellectual Property Law”, *William and Mary Law Review*, vol. 48, issue November/2006, pp. 483-557.
- Council of Europe (2000):** Council of Europe, Steering Committee on the Mass Media: *Report on Media Pluralism in the Digital Environment*, CDMM (2000) pde.
- Council of Europe (2002):** Council of Europe, Directorate General of Human Rights, Media Division: *Media Diversity in Europe*. Report prepared by the AP-MD, H/APMD (2003) 1.
- Craig & de Búrca (2008):** Craig, Paul and de Búrca, Gráinne: *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fourth Edition (Oxford University Press, Great Britain, 2008).
- Cross & Yu (2008):** Cross, John T. and Yu, Peter K.: “Competition Law and Copyright Misuse”, *Drake Law Review*, vol. 56, issue 2, 2008, pp. 427-462.
- Cuilenburg (2005):** Cuilenburg van, Jan: “On Monitoring Media Diversity, Media Profusion, and Media Performance: Some Regulator’s Notes”, *Communications*, vol. 30, 2005, pp. 301-308.
- Drexel (2004):** Drexel, Josef: “Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35, issue 7, 2004, pp. 788-808.
- Drexel (2008):** Drexel, Josef: “Is There a ‘More Economic Approach’ to Intellectual Property and Competition Law?”, in Josef Drexel (ed.): *Research Handbook On Intellectual Property And Competition Law* (Edward Elgar, Great Britain, 2008), pp. 27-53.
- Egyedi (1996):** Egyedi, Tineke: *Shaping Standardization – A Study of Standards Processes and Standards Policies in the Field of Telematic Services* (Delft University Press, Netherlands, 1996).
- Frischmann (2005):** Frischmann, Brett M.: “An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management”, *Minnesota Law Review*, vol. 89, issue April, 2005, pp. 917-1030.
- Frischmann & Lemley (2007):** Frischmann, Brett M. & Lemley, Mark A.: “Spillovers”, *Columbia Law Review*, vol. 107, issue January, 2007, pp. 257-301.
- Frischmann & Waller (2008):** Frischmann, Brett M. & Waller, Spencer Weber: “Revitalizing Essential Facilities”, *Antitrust Law Journal*, vol. 75, issue 1, 2008, pp. 1-65.
- Froomkin (2003):** Froomkin, Michael A.: “Habermas@Discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace”, *Harvard Law Review*, vol. 116, issue 3, 2003, pp. 749-873.
- Geiger (2004):** Geiger, Christophe: “Fundamental Rights, a Safeguard for the Coherence of Intellectual Property Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35, issue 3, 2004, pp. 268-280.
- Geiger (2006):** Geiger, Christophe: “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, issue 4, 2006, pp. 371-406.
- Geiger (2008):** Geiger, Christophe: “The Constitutional Dimension of Intellectual Property”, in L.C. Torremans (ed.): *Intellectual Property and Human Rights* (Kluwer Law International, Netherlands, 2008), pp. 101-131.
- Ghidini & Arezzo (2005):** Ghidini, Gustavo and Arezzo, Emanuela: “Patent and Copyright Paradigms vis-à-vis Derivative Innovation: The Case of Computer Programs”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, issue 2, 2005, pp. 159-173.
- Ghidini (2006):** Ghidini, Gustavo: *Intellectual Property and Competition Law: The Innovation Nexus* (Edward Elgar, Great Britain 2006).
- Grimes (2003):** Grimes, Warren S.: “The Microsoft Litigation and Federalism in U.S. Antitrust Enforcement: Implications for International Competition Law”, in Drexel, Josef (ed.): *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law* (Kluwer Law International, Switzerland, 2003), pp. 237-258.
- Habermas (1987):** Habermas, Jürgen: *The Theory of Communicative Action*, volume 2, *Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, translated by Thomas McCarthy (Beacon Press, USA, 1987, original in Germany, 1981).
- Habermas (1992):** Habermas, Jürgen: “Further Reflections on the Public Sphere”, in Craig Calhoun (ed.): *Habermas and the Public Sphere* (MIT Press, USA, 1992), pp. 421-461.

- Habermas (1996):** Habermas, Jürgen: “Three Normative Models of Democracy”, in Benhabib, Seyla (ed.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton University Press, USA, 1996), pp. 21-30.
- Habermas (2001):** Habermas, Jürgen: “The Postnational Constellation and the Future of Democracy” in Pensky, Max (ed. transl.): *The Postnational Constellation: Political Essays* (Polity Press, Great Britain, 2001).
- Heide (2000):** Heide, Thomas: “The Approach to Innovation Under the Proposed Copyright Directive: Time for Mandatory Exceptions”, *Intellectual Property Quarterly*, issue 3, 2000, pp. 215-233.
- Hilty & Geiger (2005):** Hilty, Reto M. and Geiger, Christophe: “Patenting Software? A Judicial and Socio-Economic Analysis”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 36, issue 2, 2005, pp. 615-646.
- Hitchens (1994):** Hitchens, L.P.: “Media Ownership and Control: A European Approach”, *The Modern Law Review*, vol. 57, No. 4, 1994, pp. 585-601.
- Hoikka (2009):** Hoikka, Mikko: *Sananvapaus Euroopan unionin oikeudessa* (Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki, 2009).
- Iversen, Vedel & Werle (2004):** Iversen, Eric; Vedel, Thierry; Werle, Raymond: “Standardization and the Democratic Design of Information and Communication Technology”, *Knowledge, Technology & Policy*, vol. 17, issue 2, 2004, pp. 104-126.
- Kallaugher & Sher (2004):** Kallaugher, John and Sher, Brian: “Rebates Revisited: Anti-competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82”, *European Competition Law Review*, vol. 25, issue 5, 2004, pp. 263-285.
- Karppinen (2007):** Karppinen, Kari: “Against Naïve Pluralism in Media Politics: on the Implications of the Radical-Pluralist Approach to the Public Sphere”, *Media Culture Society*, vol. 29, issue 3, 2007, pp. 495-508.
- Kerber (2003):** Kerber, Wolfgang: “An International Multi-Level System of Competition Laws: Federalism in Antitrust”, in Drexler, Josef (ed.): *The Future of Transnational Antitrust – From Comparative to Common Competition Law* (Kluwer Law International, Switzerland, 2003), pp. 269-300.
- Kesan & Shah (2004):** Kesan, Jay P. and Shah, Rajiv C.: “Deconstructing Code”, *Journal of Law and Technology*, vol. 6, 2003-2004, pp. 277-389.
- Koelman (2006):** Koelman, Kamiel J.: “An Exceptio Standardis: Do We Need an IP Exemption for Standards?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, issue 7, 2006, pp. 823-843.
- Latham & Sassen (2005):** Latham, Robert and Sassen, Saskia: “Digital Formations: Constructing an Object of Study”, in Latham, Robert and Sassen, Saskia (eds.): *Digital Formations: IT and New Architectures in the Global Realm* (Princeton University Press, USA, 2005), pp. 89-114.
- Lemley & Lessig (2001):** Lemley, Mark A. and Lessig, Lawrence: “The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era”, *UCLA Law Review*, issue April, 2001, pp. 925-972.
- Lessig (1999a):** Lessig, Lawrence: *Code and other laws of cyberspace* (Basic Books, USA, 1999).
- Lessig (1999b):** Lessig, Lawrence: “The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach”, *Harvard Law Review*, vol. 113, December, 1999, pp. 501-519.
- Lessig (2001):** Lessig, Lawrence: *The Future of Ideas: The Fate of Commons in a Connected World* (Random House, USA, 2001).
- Lessig (2004):** Lessig, Lawrence: *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* (downloaded from Amazon.com under a Creative Commons license, 2004).
- Michalis (1999):** Michalis, Maria: “European Union Broadcasting and Telecoms: Towards a Convergent Regulatory Regime?”, *European Journal of Communication*, vol. 14, issue 2, 1999, pp. 147-170.
- Mouffe (1996):** Mouffe, Chantal: “Democracy, Power, and the ‘Political’”, in Benhabib, Seyla (ed.): *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton University Press, USA, 1996), pp. 245-256.
- Mouffe (2005):** Mouffe, Chantal: *On the Political* (Routledge, London, 2005).
- Mylly (2005):** Mylly, Tuomas: “Intellectual Property and Fundamental Rights: Do They Interoperate?”, in Bruun, Niklas (ed.): *Intellectual Property Beyond Rights* (WSOY, Helsinki, 2005), pp. 185-229.
- Mylly et al. (2005):** Mylly, Tuomas (Chairman); Aalto-Setälä, Minna; Finnälä, Kim; Lee, Nari; Lodenius, Tomas; Lindberg, Jan; Rinkinen, Raili; Sasi, Jalmari; Weckman, Arja; Vuorinen, Jarkko: “Report Q187 in the name of the Finnish Group: Limitations on exclusive IP Rights by competition law”, *AIPPI Yearbook 2005/1*, pp. 335-345.
- Office of Fair Trading (2002):** Office of Fair Trading: *Innovation and Competition Policy. Part I – conceptual issues. Economic Discussion Paper 3* (London, 2002).
- Petersmann (1999):** Petersmann, Ernst-Ullrich: “Legal, Economic and Political Objectives of National and International Competition Policies: Constitutional Functions of WTO ‘Linking Principles’ for Trade and Competition”, *New England Law Review*, vol. 34, issue 1, 1999, pp. 145-161.
- Pöyhönen (2000):** Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus* (Kauppakaari, Helsinki, 2000).
- Ridell (2002):** Ridell, Seija: “The Web as a Space for Local Agency”, *Communications*, vol. 27, issue 1, 2002, pp. 147-169.
- Rotenberg (2004):** Rotenberg, Boris: “The European Regulation of Communications Software: Building a ‘Plattform’ for Freely Interoperable Digital Expression?”, *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 8, Winter 2003/2004, pp. 1-43.
- Rowbottom (2006):** Rowbottom, Jacob: “Media Freedom and Political Debate in the Digital Era”, *Modern Law Review*, vol. 69, issue 4, 2006, pp. 489-513.
- Sassen (2006):** Sassen, Saskia: *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global As-*

- semblages (Princeton University Press, USA, 2006).
- Saunders (2002):** Saunders, Kurt M.: “Patent Nonuse and the Role of Public Interest as a Deterrent to Technology Suppression”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 15, issue Spring, 2002, pp. 389-452.
- Sclove (1995):** Sclove, Richard E.: *Democracy and Technology* (The Guilford Press, USA, 1995).
- Sell (2003):** Sell, Susan K.: *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights* (Cambridge University Press, United Kingdom, 2003).
- Singer (2000):** Singer, Joseph William: *Entitlement: The Paradoxes of Property* (Yale University Press, USA, 2000).
- Taalas & Rehn (2007):** Taalas, Saara and Rehn, Alf: “Tekijänoikeus ja jälkäteollisen talouden omistamisen murros”, in Mylly, Tuomas; Lavapuro, Juha; Karo, Marko (eds.): *Tekemisen vapaus: Luovuuden ehdot ja tekijänoikeus* (Gaudeamus, Helsinki, 2007), pp. 59-79.
- Tamura (2009):** Tamura, Yoshiyuki: “A theory of the Law and Policy of Intellectual Property – Building a New Framework”, *Nordic Journal of Commercial Law*, issue 1, 2009, pp. 1-29.
- Teubner (2006):** Teubner, Gunther: “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors”, *Modern Law Review*, vol. 69, issue 3, 2006, pp. 327-346.
- Touraine (1997):** Touraine, Alain: *What is Democracy?* translated by David Macey (Westview Press, USA, 1997, original in French, 1994).
- Välimäki (2005):** Välimäki, Mikko: *The Rise of Open Source Licensing: A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry* (Turre Publishing, Helsinki, 2005).
- van Banning (2002):** van Banning, Theo R.G.: *The Human Right to Property* (Intersentia, Netherlands, 2002).
- Vesting (2004):** Vesting, Thomas: “The Autonomy of Law and the Formation of Network Standards”, *German Law Journal*, vol. 5, issue 6, 2004, pp. 639-668.
- Waldron (2002):** Waldron, Jeremy: “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, *Law and Philosophy*, vol. 21, 2002, pp. 137-164.
- Waller (2008):** Waller, Spencer Weber: “Areeda, Epithets, and Essential Facilities”, *Wisconsin Law Review*, 2008, pp. 359-386.
- Weber (2005):** Weber, Steven: “The Political Economy of Open Source Software and Why It Matters”, in Latham, Robert and Sassen, Saskia (eds.): *Digital Formations: IT and New Architectures in the Global Realm* (Princeton University Press, USA, 2005), pp. 178-211.
- Wheeler (2004):** Wheeler, Mark: “Supranational Regulation: Television and the European Union”, *European Journal of Communication*, vol. 19, issue 3, 2004, pp. 349-368.
- Young (1999):** Young, Iris Marion: “State, Civil Society, and Social Justice”, in Shapiro,