

ドイツ法におけるライセンシーの保護

駒 田 泰 士

I. はじめに

昨今の議論においては、ライセンシーの保護というとき、ひとつには、ライセンサーが破産して破産管財人がライセンス契約を解除しようとしたときにどうするかということ、もうひとつには、ライセンサーが知的財産権を第三者に譲渡した場合に、この新しい権利者に対してライセンシーが従前取得したライセンスを主張できるか、つまり対抗の可否ということがしばしば問題とされる。

本稿は、知的財産権（とくに特許権及び著作権）譲渡時におけるライセンスの対抗の問題に限定して、ライセンシーの保護を考察しようとするものである。

もともと、実際には、上記二つの問題はリンクしている。2004年に全面改正された破産法53条及び56条によれば、破産管財人がライセンス契約を一方的に解除できるか否かは、ライセンスが対抗要件を具備しているか否かに依存する。したがって、各々の知的財産権法において、権利譲渡時におけるライセンスの保護につきどのような制度が設けられているかが必然的に問題となるわけであり、いわば「平時実体法にボールが投げられている」¹状況といえることができるからである。

現行特許法が明定するライセンスの種類には、専用実施権及び通常実施権がある（77条、78条）。前者については登録が設定の効力発生要件となっており（98条1項2号）、後者については対抗要件となっている（99条1

¹ 曾野裕夫「著作権ライセンス契約におけるライセンシーの地位の保護のあり方」知的財産法政策学研究9号135（137）頁（2005年）。

項)。このように特許ライセンスに関しては、一応制度はある。しかし、当該制度は十分に機能していないという批判がなされている。実務上、専用実施権はあまり利用されていない。利用頻度が圧倒的に多いのは、通常実施権である。だが、通常実施権が実際に登録されることも少ない。様々な理由が指摘されているが、主に、手間と費用がかかる、秘密にしておきたい事項も公開されてしまう、ライセンサーの協力がなければ登録できない等の問題点をあげることができる²。

他方、現行著作権法においては、ライセンスは、出版権の設定ないし利用許諾の形態をとる(79条、63条)。出版権の設定は登録が対抗要件とされている(88条1項1号)。しかし、利用許諾については、対抗要件の制度が一切設けられていない。

以上から、特許ライセンス(通常実施権)に係る対抗要件制度の見直し、著作権ライセンス(利用許諾)に係る当該制度の整備が叫ばれており、目下、立法論として様々な案が出されている。登録制度をもっと簡便で必要最低限のものに作り変える案、ライセンサーが契約書をもって対抗できるようにする案、あるいは無条件に対抗可能とする案などがある。

本稿は、ライセンサー保護のための新たな制度設計に取り組むにあたって、ドイツ法を比較の対象とし、そこから何らかの示唆が得られないかを考察してみようとするものである。ドイツ法を比較の対象にしたのは、いくつかの理由がある。第一に、これまでライセンサーの保護に関しては米国法が参照されることが多かったが、米国法よりは法体系がわが国と似ていること、第二に、ドイツ法はわが国の現在の制度とは180度異なっており、わが国の通常実施権に相当するようなライセンスであっても、その効力を新権利者に無条件で主張できる制度にしているが、そのような制度にして弊害は生じていないのか、どのような理論的前提の下にそうしているのかについて関心をもったからである。

² 山本崇晶「ライセンサー倒産時等のライセンサーの地位の保護」知的財産研究編『知的財産ライセンス契約の保護——ライセンサーの破産の場合を中心に——』[雄松堂出版・2004年] 65(71-73)頁参照。

II. ドイツ法における承継的保護の導入経緯

ライセンサーが従前取得したライセンスの効力を無条件で新権利者にも主張できるとする制度——ドイツ法上、この制度は一般に「承継的保護(Sukzessionsschutz)」と呼ばれている。承継的保護は、今日では特許法においても著作権法においても等しく確立されている。これらの法律においては、排他的及び非排他的ライセンスの二種類のライセンスが認められているが³、現行の法文は、どちらのライセンスにも承継的保護が妥当することを明らかにしている。

承継的保護は、ライセンスについて認められた物権的な効果(dingliche Wirkung)であるといえる。それは、ライセンス契約の当事者ではない第三者(新権利者)からライセンサーを守るためのものだからである。物権の変動につき物権的合意を観念し債権的合意との峻別を図るドイツ法においては、承継的保護は物権(及び物権的なもの=準物権)について当然に妥当する(すなわち、物権相互間で「対抗」という問題は生じない)。

ではドイツ法においてライセンスとは物権的なものなのか。この点に関して初めて明確な判断を示したのが、1886年12月17日のライヒ裁判所判決⁴である。同判決は、排他的ライセンスと非排他的ライセンス(以下、「単純ライセンス」⁵という。)をとくに区別することなく、ライセンスは純粋に債務法的な性格を有するものであると判示している。このように解した場合、ライセンスの効力は契約当事者間に限定されることになり、承継的保護の可能性は閉ざされることになる。

しかし、その後のライヒ裁判所の判断は揺れ動き、ライセンスに物権的な性格を割り当てる判決も散見されるようになる⁶。やがて、ライセンス

³ ドイツ特許法15条2項、同国著作権法31条1項参照。

⁴ RGZ 17, 53.

⁵ ドイツ特許法の法文上は「非排他的ライセンス(nicht ausschließliche Lizenz)」という言葉が用いられ(15条2項)、著作権法の法文上は「単純利用権(einfaches Nutzungsrecht)」という言葉が用いられているが(31条1項等。本文後述の通り)、講学上、これらをまとめて「単純ライセンス(einfache Lizenz)」と呼ぶことが多い。

⁶ RGZ 58, 37, 40; RGZ 155, 306.

を物権的な性格を有する「積極的ライセンス (positive Lizenz)」と債務法的な性格を有する「消極的ライセンス (negative Lizenz)」に分類する理論が確立し始める⁷。この理論によると、排他的ライセンスは積極的ライセンスに分類されることになる。単純ライセンスについてはケースバイケースであり、あるものは積極的ライセンスに、あるものは消極的ライセンスに属すると判断される。積極的ライセンスに分類されたものには、承継的保護が認められることになる⁸。

1965年には現行著作権法が制定される。同法制定当時、その33条は、著作者が排他的ライセンス（「排他的利用権 (ausschließliches Nutzungsrecht)」)を許与する前にそれと内容的に抵触する単純ライセンス（「単純利用権 (einfaches Nutzungsrecht)」)を許与していた場合には、当該単純ライセンスは原則として排他的ライセンス取得者に対してもなお効力を有することを定めていた（なおドイツ法においては、著作権 (Urheberrecht) において人格的権能と財産的権能が密接不可分の関係にあるとされ⁹、著作権自体の譲渡は原則として認められていない¹⁰）。

このように、著作権については単純ライセンスにも承継的保護が及ぶことがはっきりと確立されたわけであるが、特許法においては明文の規定がなく、単純特許ライセンスにも承継的保護が認められるのか否かは相変わらず不透明な状況であった。

そうした状況のなか、1982年3月23日の連邦通常裁判所 (BGH) 判決¹¹が各界に衝撃をもたらすこととなる。この判決は、単純特許ライセンスについて承継的保護を否定したからである。

⁷ Vgl. G. Henn, PATENT- UND KNOW-HOW-LIZENZVERTRAG: EIN HANDBUCH, 5 Aufl., C. F. Müller, 2003, § 4, Rdnr. 46, 56.

⁸ 消極的ライセンスには承継的保護が認められない。Vgl. *ibid.*, § 4, Rdnr. 57.

⁹ いわゆる一元論 (monistische Theorie) である。一元論については、E. Ulmer, URHEBER- UND VERLAGSRECHT, 3 Aufl., Springer - Verlag, 1980, § 17, S. 113, § 18, S. 114 ff. 及び半田正夫『著作権法の研究』[一粒社・1971年] 73頁以下参照。本稿では Urheberrecht を便宜上「著作権」と訳しているが、本来は「著作者の権利」と訳すべきものである。

¹⁰ ドイツ著作権法29条参照。

¹¹ BGHZ 83, 251; GRUR 1982, 411.

これによって学界及び実務界に大議論が沸き起こり、1981年に特許法が全面改正されたばかりだということに、1986年には実用新案法を改正する法律が制定され、これと同時に特許法も一部改正された。具体的には、同法15条に新たに3項が加えられ、特許ライセンスにも——それが単純ライセンスであっても——承継的保護が認められることが明確に定められるに至った。

なお、ドイツ法とは直接関係ないが、2000年に公表された共同体特許に関する欧州委員会規則案¹²15条4項及び5項並びに19条3項には、従前のライセンスの存在について権利を譲り受けた者の悪意を条件とするライセンスの保護が規定されている。

2002年には著作権契約法 (Urhebervertragsrecht) が成立する。この法律により著作権法33条も改正された。従来は単純ライセンスについてだけ承継的保護が及ぶことが規定されていたが、改正条文では、排他的ライセンスにも当然に承継的保護が及ぶことが確認的に規定されている。

III. 承継的保護をめぐる学説の展開

現在のドイツでは、特許法においても著作権法においてもライセンスの承継的保護を定めた条文がしっかりと存在しているわけだが、それらの規定が盛り込まれるまでの間、承継的保護についてどのような理論的正当化の試みがなされてきたのであろうか。

1. 1982年 BGH 判決以前の諸説

ドイツの学説は、1982年の BGH 判決以前から、ほぼ一致して単純特許ライセンスに承継的保護を認める必要性を肯定してきており¹³、現在もこ

¹² Proposal for a Council Regulation on the Community patent, COM / 2000 / 0412 final, OJC 337 E, 28 / 11 / 2000, pp.278-290.

¹³ Breuer, Die rechtliche Natur der Patentlizenz, GRUR 1912, 44 (55); E. Pietzcker, PATENTGESETZ UND GEBRAUCHSMUSTERSCHUTZGESETZ, W. de Gruyter, 1929, § 6, Anm. 18.

の点を疑う者はいない¹⁴。その実質的な理由として、ライセンスの全事業がしばしば単純ライセンスに依存していること、そのためにライセンスは大規模な投資をなし、ありとあらゆる資本調達をしていること、ライセンスの許与は経済的にみて特許権の譲渡よりもはるかに大きな役割を果たしており、特許権の譲受人よりもライセンスを保護するほうが国民経済的に望ましいことなどが指摘されている。

ところで、ライセンス契約の法的性格（あるいは性質決定）については様々な見解があるが、一般的には、当該契約は「特別な種類の契約 (Vertrag "sui generis")」であると解されているようである¹⁵。それゆえ、ライセンスをめぐる法的規律に関しては、民法等に定められた契約類型に直接の手がかりを求めることはできず、「類推 (Analogie)」によって承継的保護の基礎付けが試みられている。

第一に、ドイツ民法旧571条（法改正により、現行法上は566条になっている。）を類推してライセンスの承継的保護を導く考え方がある。同条は、土地など居住空間の賃借人の法的地位を物権化している有名な規定である¹⁶。この条文には、「売買は賃貸借を破らず (Kauf bricht nicht Miete)」という表題がついている。

第二に、著作権法33条を類推する説がある。既述のように、同条は、著作権の単純ライセンスを取得した者が、事後、排他的ライセンスを取得した者に対しても無条件でその地位を主張できることを規定している。同条の規律を、他の知的財産権のライセンスのためにも借用しようというのがこの見解である。

¹⁴ Vgl. R. Busse, PATENTGESETZ, 6 Aufl., De Gruyter Recht, 2003, § 6, Rdnr. 70.

¹⁵ Vgl. RGZ 142, 212; Henn, a. a. O. (Fußn, 7), § 6, Rdnr. 118 und Anm. 209; H. Hubmann, GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ, fortgef. von H.-P. Götting, unter Mitarb. von H. Forkel, 7 Aufl., C.H. Beck, 2002, § 22, S. 87. これに対し Henn は、混合契約 (gemischter Vertrag) であると主張している。Henn, ibid, § 6, 120.

¹⁶ BGB 第一草案は、ローマ法、普通法に従い「売買は賃貸借を破る」という原則によったが、当時「売買は賃貸借を破らず」が妥当していたプロイセン法の勢力を代表する人々や、ギールケらゲルマニステンがこれを厳しく批判したため、第二委員会は反対の立場をとり、本条が成立したという。右近健男編『注釈ドイツ契約法』[三省堂・1995年] 278頁参照。

第三に、共同体特許条約40条2項を類推する説がある。この条約においても、共同体特許のライセンスについて承継的保護が規定されている。しかし、1975年に署名されたこの条約は、未だ発効していない。

長い間、単純ライセンスの承継的保護について明文の規定を有してこなかった特許法の領域では、これらの諸説のうち民法旧571条を単純に類推する説（第一説）をとるものが多数であった¹⁷。しかし、そのようななか、1982年に既述のBGH判決が出て、各界に衝撃を与えたわけである。

2. 1982年BGH判決による諸説の否定

この判決は、民法旧571条類推説も、著作権法33条類推説も、共同体特許条約40条類推説も明確に否定している。

民法旧571条類推説を否定した理由は、大旨以下のとおりである。第一に、同条は例外規定であって、その適用自体、土地などの不動産に限定して適用されてきたこと、したがって、先に締結した利用契約をもって絶対権の取得者に対抗できるという一般的な法原則を何ら表明するものではないこと、第二に、特許権の単純ライセンスの場合には、賃貸物の譲渡はなく、占有の移転に匹敵するようなモメントを見出しえないことである¹⁸。

著作権法33条類推説については、著作物が著作物を自分で利用することはまれであるので、著作権ライセンスを保護する必要性は高く、それは特許ライセンスの場合と同列には論じられないという理由でこれを否定している¹⁹。

最後に、共同体特許条約40条類推説であるが、この条約は共同体特許を規律するものであり直ちにドイツ特許法にとっての解釈基準たりうるも

¹⁷ G. Klauer / P. Möhring, PATENTGESETZ VOM 5. MAI 1936 : IM ANHANG GEBRAUCHSMUSTERGESETZ VOM 5. MAI 1936, 2 Aufl., F. Vahlen, 1940, § 9 Anm. 7; W. Lüdecke / E. Fischer, LIZENZVERTAGE, Verlag Chemie, 1957, Rdnr. A 26, S. 77 (Lüdecke); E. Reimer, PATENTGESETZ UND GEBRAUCHSMUSTERGESETZ : SYSTEMATISCHER KOMMENTAR, neu bearb. von K. Nastelski et al., 3 Aufl., C. Heymanns, 1968, § 9 Rdnr. 7 (Reimer).

¹⁸ GRUR 1982, 412-413.

¹⁹ Ibid., S. 413.

のではないこと、それどころか、条約の内容を実施するためにドイツ特許法が改正されたさい、この40条2項に相当する規律はあえてドイツ法に導入されなかったこと、つまり立法者が意図的に自制したと考えられることなどを指摘して、これを否定している²⁰。

かくして、特許権の単純ライセンスは純粋に債務法的な性格を有するものとされ²¹、承継的保護は認められないことになったわけである。そして、学説は一致してこの結論に反対した。

しかし、上記 BGH 判決は、全く評価に値しないわけではない。同判決が現在も一定の評価を受けうる点は、民法旧571条を安易に類推するのは理論構成として妥当ではないとはっきり言ったところであろう²²。それゆえ、その後の学説においては、民法に頼らない承継的保護の理論的基礎付けが試みられた。

3. 単純特許ライセンスに関して——部分的放棄説

特許権に基づくものであれ著作権に基づくものであれ、今日、排他的ライセンスは設定的承継 (konstitutive Übertragung)²³の方法により成立する準物権であり、承継的保護を享受するという点に異論はない。問題は、単純ライセンスについてどのように当該保護を基礎付けるかである。

²⁰ Ibid.

²¹ もっとも、1982年 BGH 判決は、正確には、個別の場合において単純ライセンスが物権的な効力を有することについて含みを残している (GRUR 1982, 412)。しかし、Völpl は、単純ライセンスの物権的性格が否定された以上、そうしたことが実現する可能性はなく、これは矛盾であると論じている。F. Völpl, *Weitergeltung der Lizenz bei Veräußerung des Schutzrechts*, GRUR 1983, 45 (47)。

²² Völpl は、1982年 BGH 判決におけるこの判示は、同意すべきものであると評価している。Ibid., S. 46.

²³ 半田正夫教授は従前から「設定的移転」と訳しておられ、他方で *translative Übertragung* を「承継的移転」と訳しておられるが (半田正夫『著作権法の研究』[一粒社・1971年] 76頁等、『著作権法概説 第12版』[法学書院・2005年] 180頁参照)、いずれも承継取得であり、これらに対応する言葉として、わが国では「設定的承継 (取得)」「移転的承継 (取得)」という言葉が一般に用いられているので、本稿では *konstitutive Übertragung* を「設定的承継」と訳すことにした。

1982年の BGH 判決以後、これを克服すべく提唱されたのがいわゆる部分的放棄説である。単純ライセンスを請求権不行使の合意と捉える見方が強いドイツ特許法学において、この見解は比較的有力に主張されている。以下、この説の代表的論者たる Völpl の見解を簡単に紹介しよう。

Völpl によれば、単純特許ライセンスの許与は処分行為に相当し、物権的効果を伴うものである²⁴。物権というと、われわれは包括的な排他権をイメージしがちであるが、それは物権についての狭い見方でしかない。地役権 (Grunddienstbarkeit) のように包括的な排他性を有しない物権もある。物権性とはすべからず第三者に対してその効力が及ぶことを意味するのであり、包括的排他性は物権性の一態様にすぎない²⁵。

それでは、単純特許ライセンスにおいて処分に相当する権利変動は、どこに生じるのか。それは、特許権に対する「部分的放棄 (teilweise Verzicht)」において認められる。特許権者は、単純ライセンスを許与することにより、人的、空間的、時間的及び物的に制限された放棄をなすのである。放棄については、特許法20条1項1号が特許庁における文書での宣言によってこれをなすべしと規定しているが、これは特許権自体の無制限の放棄について求められる規律であって、これ以外の放棄が不可能というわけではないし、その場合に同条が定める方式に従わなければならないわけでもない。無制限の放棄は公衆がこれを知りうるように公示されなければならないが、相手方を特定した部分的な放棄は、ライセンシーだけがこれを援用する利益を有するのであり、ライセンシーはライセンス契約において放棄の範囲を知ることができる。ゆえに、特許法20条が要求する方式の履行は必要とされないのである²⁶。

以上が Völpl の見解の骨子であるが、この説によると、単純ライセンスが数多くなされるほど特許権は部分的に消滅し、穴だらけになっていくことになる。他方で、排他的ライセンスの方は、放棄ではなく特許権における設定的承継であるので、当該権利の元々の大きさというのは変わらない。これに違和感を覚える向きもあるかもしれないが、Völpl は別段おかしな話

²⁴ Völpl, a. a. O. (FuBn. 21), S. 47.

²⁵ Ibid., S. 48.

²⁶ Ibid.

ではないと断言している。許与した単純ライセンスの数だけ、特許権者は、ライセンシーからライセンス料の支払い、特許異議申立／無効審判請求権の放棄、技術開発に伴う報告など様々な反対給付を受けることになる。これらの経済的価値は、むしろ円満な特許権がもつ経済的価値よりも大きいと Völz は主張する。また、単純ライセンスは、えてして時間的な制限が付されて許与されることにも注意しなければならない。特許権の存続期間が満了する前に当事者間で取り決められたライセンス契約の期間が経過すれば、特許権は元の効力を事実上回復するのである²⁷。

このような Völz の学説は、特許法15条3項が新設された後は、もはやその実際の意義を喪失したということができよう。しかし、かかる部分的放棄説は同項の承継的保護に明確な根拠を与えるものであり、今日でもなお一定の理論的意義を認めうることに疑いの余地はない²⁸。

4. 単純著作権ライセンスに関して——準物権説

ドイツの著作権法学においても、単純ライセンスの許与を部分的放棄と解して承継的保護を基礎付ける見解が有力に主張されているのだろうか。ところが、必ずしもそうではない。むしろ著作権法学における支配的な見解は、単純ライセンス自体を準物権として構成し、その承継的保護を基礎付けている。単純著作権ライセンスは、排他的著作権ライセンスと同様に準物権たりうると解されているのである。

ドイツにおいては、ほぼ例外なく、著作権の内容に消極的禁止権 (negatives Verbotungsrecht) と積極的利用権 (positives Nutzungsrecht) が含まれていると解されている²⁹。消極的禁止権は、万人に対して自己の著

作物の利用を禁じうる権能である。他方、積極的利用権は、万人に対して自己の著作物の利用権限を主張しうる権能である。排他的ライセンスにおいては、両権能に基づく設定的な承継があり、ライセンスの範囲内において著作物をもちいた独占的な利用がライセンシーに確保される。他方、単純ライセンスにおいてもこれに類した処分が行われるが、消極的禁止権の部分は許与されず、積極的利用権のみが許与される。ゆえに、単純ライセンスのライセンシーは、他者が競合的な著作物の利用を行うことを禁じることができない。しかし、自己のライセンスと抵触する排他的ライセンスが後に許与された場合であっても、この排他的ライセンシーに対して自己の積極的利用権を主張しうるのである³⁰。

このような準物権説の立場に立った場合、著作権法33条所定の承継的保護はまさに確認的に規定されていることになる³¹。

ÜBER DAS VERLAGSRECHT VOM 19. 6. 1901, 3 Aufl., C. H. Beck, 2001, § 28, Rdnr. 23; M. Reh binder, URHEBERRECHT, 14 Aufl., C. H. Beck, 2005, § 8, Rdnr. 98; G. Dreyer / J. Kotthoff / A. Meckel, HEIDELBERGER KOMMENTAR ZUM URHEBERRECHT (unter Mitarbeit von H. -J. Zeisberg), C. F. Müller Verlag, 2004, § 15, Rdnr. 21 (Dreyer).

³⁰ Vgl. von Gamm, *ibid.*, § 31, Rdnr. 11, § 32, Rdnr. 14, § 33, Rdnr. 2, 3; H. Forkel, GEBUNDENE RECHTSÜBERTRAGUNGEN, Bd. 1 Patent, Musterrechte und Urheberrecht, C. Heymann, 1977, S. 222 ff.; Ulmer, a. a. O. (Fußn. 9), § 85, S. 368-369; Schrickler (Herg.), *ibid.*, § 33, Rdnr. 5; Reh binder, *ibid.*, § 44, Rdnr. 561. これに対し、単純利用権はやはり債権的な性格しか有さず、33条は創設規定であると説く見解もある。たとえば、P. Möhring / K. Nicolini, URHEBERRECHTSGESETZ: GESETZ ÜBER URHEBERRECHT UND VERWANDTE SCHUTZRECHTE (URHEBERRECHTSGESETZ) VOM 9. SEPTEMBER 1965, unter Mitarb. von O. Arzt et al., F. Vahlen, 1970, § 33, Rdnr. 5f. [W. Spauz]; K. Fromm / W. Nordemann, URHEBERRECHT KOMMENTAR, fortgef. von K. Vink et al., 9 Aufl., W. Kohlhammer, 1998, § 31/ 32, Rdnr. 2 (P. W. Hertin).

³¹ ドイツ著作権法旧33条は、著作物が従前許与した単純ライセンスが事後に許与された排他的ライセンスの保有者に対してなお効力を有する旨を規定することとなり、排他的ライセンシーが許与した単純ライセンスが事後排他的ライセンスをさらに譲り受けた者に対してもなお効力を有するか否かについては、明文の規定が存在しなかった。それゆえ、準物権説=33条確認規定説を採る実益は、ここにおいて生

²⁷ *Ibid.*, S. 48-49.

²⁸ 少なくとも下記の文献において部分的放棄説が支持されている。A. Ohl, Wegfall der Lizenz vor Ablauf des Patents, GRUR 1992, 77 (80-81); R. Kraßer, PATENTRECHT, 5 Aufl., C. H. Beck, 2004, § 40, S. 957-958.

²⁹ Vgl. O. -F. F. von Gamm, URHEBERRECHTSGESETZ: KOMMENTAR, C. H. Beck, 1968, § 11, Rdnr. 1; Ulmer, a. a. O. (Fußn. 9), § 85, S. 367-368; G. Schrickler (Herg.), URHEBERRECHT KOMMENTAR, C. H. Beck, 1999, Einl. Rdnr. 19 (Schrickler); W. Bappert / T. Maunz / G. Schrickler, VERLAGSRECHT: KOMMENTAR ZUM GESETZ

ところで、単純著作権ライセンスに承継的保護が妥当してしまうと、事後、排他的ライセンスを許与される新権利者の保護に欠けることにならないかという懸念が当然に生じる。この点、排他的ライセンスを許与する著作者は、そのさい単純ライセンスの存在を通知する義務を負っており、この義務に違反した場合は、排他的ライセンスに対して損害賠償の義務を負うと解されている³²。

なお、著作権法33条の承継的保護は任意的なもの (abdingbar) であるとも説明されている。すなわち、著作者と単純ライセンスのライセンスーとの間で承継的保護を受けない旨の特約が存する場合には、当該ライセンスーは、排他的ライセンスーに対してライセンスを主張できないとされる(2002年改正前の同条は、明文の規定によりこのことを認めていた)。この現象を説明する上で、同国の通説は次のように解している。この場合の単純ライセンスは、純粋に債務法的な性格を有するライセンスにとどまっている。著作権法は、単純ライセンスの許与のあり方として、準物権としてのそれのみを許容しているわけではない。当事者の合意により債務法上のライセンスを許与することも、当然に常に可能なのである^{33, 34}。

じるといわれていた。後者の場合にも承継的保護が妥当する旨明らかにした BGH の判決もある (GRUR 1986, 91)。しかし、現行33条の文言は旧33条よりも徹底したものとなったので、33条確認規定説に有利な要素はなくなってしまった。したがって、実務上、この点に関する論争はあまり重要ではなくなった。Vgl. H. Schack, URHEBER- UND URHEBERVERTRAGSRECHT, 3 Aufl., Mohr Siebeck, 2005, § 16, Rdnr. 540, 556.

³² Fromm / Nordemann, a. a. O. (Fußn. 30), § 33, Rdnr. 1 (Hertin).

³³ 2002年法改正前の見解として、von Gamm, a. a. O. (Fußn. 29), § 33, Rdnr. 2; Schricker, a. a. O. (Fußn. 29), § 33, Rdnr. 1. 法改正後も、たとえばKotthoffは、後の排他的利用権の許与に伴って単純利用権が失効する旨の解除条件 (eine auflösende Bedingung) 付の取り決めを著作者が単純利用権の取得者とともになしうことは自明と解すべきであると主張している。Dreyer / Kotthoff / Meckel, a. a. O. (Fußn. 29), § 33, Rdnr. 5 (Kotthoff).

³⁴ ドイツ現行特許法15条3項の承継的保護も任意的なものである (abdingbar) と説明されている。G. Benkard, PATENTGESETZ GEBRAUCHSMUSTERGESETZ, fortgef. von K. Bruchhausen et al., 10 Aufl., C. H. Beck, 2006, § 15, Rdnr. 110 (E. Ullmann).

5. 両説(部分的放棄説と準物権説)が主張される背景について

以上、1982年のBGH判決が与えた衝撃、そしてその克服のため、ドイツにおいてどのような学説的努力がなされてきたかを簡単に眺めてきた。その結果、特許法学においては単純ライセンスを(物権的效果を有する)部分的放棄と解する見解、著作権法学においては単純ライセンス自体を準物権と解する見解が主張されていることを確認した。翻って、わが国では、特許権に基づく通常実施権の許諾及び著作物の利用許諾は専ら債権契約によって成立するものと一般に考えられており³⁵、彼我の考え方の相違はかなり大きいといえることができる。

それにしても、ドイツの上記学説を知って誰でもまず疑問に思うのは、何ゆえに同国においては、単純ライセンスの承継的保護に関して、特許と著作権で異なった考え方が主張されているのかという点であろう。

実をいえば、単純特許ライセンスについても、著作権と同様に準物権説を採用する見解が古くから存在している。そのような見解を、1904年1月16日のライヒ裁判所判決は次のように明らかにしている³⁶。

「特許権者は、ライセンスーに対してその禁止権を行使しないということだけを取り決めることもできる。この場合、契約は、この消極的な内容に尽きることになる…しかし、この契約に基づく特許権者の禁止権に対する放棄のうちに、あらゆるライセンス契約に特徴的な内容を見出すことは

³⁵ 下記の学説は、いずれも、通常実施権を特許権者が差止請求権や損害賠償請求権を行使しないことの請求権と解する点において一致しており、特段、同実施権の許諾のうちに特許権の部分的放棄を看取していない。中山信弘『工業所有権法上 特許法 第二版増補版』[弘文堂・2000年] 443頁、仙元隆一郎『特許法講義 [第四版]』[悠々社・2003年] 203頁、高林龍『標準特許法 第2版』[有斐閣・2005年] 174頁(「実施権者が権利者に対して取得する請求権は不作為請求権であるといえることができる。」、田村善之『知的財産法 第4版』[有斐閣・2006年] 315頁。著作権に関する下記の学説においても、事情は大差ないといえる。田村善之『著作権法概説 [第2版]』[有斐閣・2001年] 479頁、齊藤博『著作権法 [第2版]』[有斐閣・2004年] 299-300頁、半田正夫『著作権法 第12版』[法学書院・2005年] 197頁、作花文雄『詳解 著作権法 [第3版]』[ぎょうせい・2004年] 411頁。

³⁶ RGZ 57, 38 (39).

適切ではないだろう。ほとんどの場合においては、契約の相手方の意思及び彼によって意図された経済的な目的は、ライセンスが、積極的な権利、すなわち特許権者の権利における準物権的な利用権 (quasidingliches Nutzungsrecht) を許与されるということだろう。」

同様に、1937年8月18日のライヒ裁判所判決は次のように論じている³⁷。

「単純ライセンスの許与が保護権にもたらすものは、その法的な意味に従えば、被告に対して明示された、保護権から流れ出る禁止権についての単なる放棄のうちに尽きるものではない。当該許与は、被告に積極的利用権を手に入れさせること、契約に定められた期間の間、この権利を享有することに向けられている。それは、換言すれば、契約で定められた期間の間、この発明の技術的な思想を利用することを彼に可能ならしめる権利である…それゆえ、この義務は、被告の利用権の一度きりの形式的な創設のうちに尽きるものではない。原告は、むしろ、この一度きりの権利創設行為が実際上有効となるようにしなければならず、契約期間の間、保護権を維持するように努めなければならず、それによって保護される技術的思想の利用が可能となるように努めなければならない。この義務は、個々の場合において、保護権の使用料の更なる支払いにおいて、保護権の基礎に向けられた攻撃からの防御において、必要な技術的基盤を被告に提供すること、又はその他の措置において、明示されるものである。」

これらの判決に示されているのは、単純特許ライセンスにおいては、消極的禁止権についての部分的放棄が存するだけでなく、積極的利用権の許与(設定的承継)もまた存するという考え方である。単純特許ライセンスは基本的に準物権であるとする学説は、今日でも部分的放棄説と同様に有力に主張されている³⁸。

³⁷ RGZ 155, 306 (313).

³⁸ Vgl. von Gamm, NJW, 1978, 1308; ders., a. a. O. (Fußn. 29), § 31 Rdnr. 11; H. Forkel, Zur dinklichen Wirkung einfacher Lizenzen, NJW 1983, 1764 (1766); Benkard, a. a. O. (Fußn. 34), § 15 Rdnr. 111, 113; H. Hubmann, a. a. O. (Fußn. 15), § 22, Rdnr. 10.

しかし、かかる準物権説を Völp は批判するのである。彼によれば、1937年のライヒ裁判所が積極的利用権と呼んでいるものは、ライセンスの許与と何の関係も有してはならず、むしろ当事者間の契約に基づいて取り決められた単なる債務を指し示すものに他ならない。その理由について、彼は次のように指摘する³⁹。

「特許権者は、そもそも特許権に基づいてライセンスに積極的利用権を許与する地位にはない。それゆえ、そのようなことを行わない。なぜなら、彼は、そのような積極的利用権自体を有していないからである。」

すなわち、Völp によれば、特許権は消極的禁止権のみを内容とするにすぎない。その理由について、彼は次のように説明する。すなわち、新しい特許権が従前の特許権と抵触する場合には、その保護範囲に彼は介入することになる。新しい特許権が古い特許権に依存している場合も同様である。古い特許権に基づく侵害訴訟において、彼は、積極的利用権を有しているのだといってこれに対抗することはできない⁴⁰。

これは、わが国においても有力に主張されている特許権禁止権説である⁴¹。ドイツにおいてもこのような考え方が強力に主張され、特許権の性質については未だ議論が定まっていない印象を受ける⁴²。恐らくはそうし

³⁹ Völp, a. a. O. (Fußn. 21), S. 49-50.

⁴⁰ Ibid., S. 50. ダブルパテント及び従前の特許発明と利用関係にある場合について言及しているのであろう。

⁴¹ 田村善之『機能的知的財産法の理論』[信山社・1996年] 3頁、竹田和彦『特許の知識 [第8版]』[ダイヤモンド社・2006年] 365頁等。

⁴² E. Däbritz, PATENTE, 2 Aufl., 2001, Teil 1, Rdnr. 5-14も、禁止権説を説く。K. Bruchhausen, GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT, Bd. 1, fortgef. von R. Nirk et al., 2 Aufl., 1999, S. 118 f. も、特許権の内容として消極的禁止権性の記述に終始しており、積極的利用権を認めない立場のようである。他方、Kraßer は、特許権が積極的な内容 (ein positiver Gehalt) を有していることを認め、特許権者の法的地位は消極的禁止権の単なる反射的效果ではなく (ist nicht bloßer Reflex)、彼による発明の利用は単なる自由の行使ではない権利の行使 (Rechtsausübung) であるとする。ただし、かかる積極的内容を、積極的利用権と呼

たことも与って、準物権説は未だ通説たりえないと評価されるのであろう。

他方で、著作権においては、既述のように消極的禁止権に加え積極的利用権もその内容に含まれるという点について、ほぼコンセンサスが見られる⁴³。ゆえに、単純ライセンスを準物権と構成するための前提が、ここでは失われていないといえる。もともと、著作権における積極的利用権が十全にその効力を発揮し得ない一定の場合も存するとされる。Rehbinderによれば、法律又は公序良俗に反する著作物に係る著作権は、消極的禁止権を失わないものの積極的利用権を欠くとされる⁴⁴。また、二次的著作物に係る著作権は、当該著作物が原著物に依拠して創作されるため従属的な権利 (ein abhängiges Urheberrecht) であるとされ、von Gammの言葉を借りれば、原著物における消極的禁止権が二次的著作物における積極的利用権の効力を上回る (geht...über das positive Nutzungsrecht des Bearbeiters hinaus) ものとされる⁴⁵。しかし、このような例外的な場合を除けば、すべからず著作権は積極的利用権を内容とし、万人に対してその効力を主張しうるものと考えられているのである。

ぶことは不十分であり (unvollkommen)、適当ではないとする。当該利用が上記の性格を有するのは禁止権の庇護によってであり、第三者に対する利用の禁止を伴わない利用権は特許権の効力としてはおよそ考えられないと Kraßer はいう。そして、ダブルパテントの場合においては、後願の特許権に基づく積極的利用が先願の特許権によって禁じられるのみならず、後願の特許権に基づく禁止権も先願の特許権に譲歩すべきであるとした上で、この順位付けは単純に「優先性の原則 (Prioritätsprinzip)」より導くほかはないと論じている。Kraßer, a. a. O. (FuBn. 28), § 33, S. 770 ff.

⁴³ 注29を参照。

⁴⁴ Rehbinder, a. a. O. (FuBn. 29), § 8, Rdnr. 98. 反対に、積極的利用権のみを内容とし、消極的禁止権を欠く権利として、Rehbinder は、ドイツ著作権法25条ないし27条所定の権利 (接近権、追及権、貸与権) を挙げている (ibid)。

⁴⁵ S. von Gamm, a. a. O. (FuBn. 29), § 3, Rdnr. 7b. 趣旨が必ずしも明瞭ではないが、二次的著作物に係る著作権において積極的利用権が「欠落」しているわけではなく、偶々原著物に係る著作権の消極的禁止権がそれを「凌駕」しているということであろうか。

IV. 得られた示唆

さて、以上のドイツの諸学説及び現行法の規律から、われわれはどのような示唆を得ることができるだろうか。

日独の法体系は比較的似通っているものの、ドイツ法においては物権変動につき物権的合意を觀念する点など、基本的なところで大きな相違も存する。このような法体系の相違を踏まえるならば、安易に同国の学説ないし理論を継受することは慎むべきであろう。

しかし、同国の現行法が採用している承継的保護というシステム——ライセンスに単純ライセンスの公示を求めず、そのリスクを新権利者の(従前の権利者に対する) 損害賠償請求権でカバーするという法政策オプション——自体は十分に現実的なものたりえることが判明した。ゆえに承継的保護のシステムは、少なくとも、わが国における今後の立法のあり方に多大な示唆を与えるものということができよう。また、上記の法体系の相違を顧慮するとしても、対抗要件制度を欠くわが国著作権法上の利用許諾に関しては、解釈論のレベルで部分的放棄説ないし準物権説を導入する余地がありそうである。

現在、わが国では、ライセンスの対抗要件について立法論的な見直しが進められているわけであるが、登録制度を作り直して簡便な登録にするという法政策オプションには限界があるといわれている⁴⁶。秘匿しておきたいライセンスにはなじまないということや、特許番号ではなくて技術の範囲で特定されるライセンスを明確に公示することは不可能ではないかということが指摘されているからである⁴⁷。著作権のライセンスも同様であ

⁴⁶ 制度設計しだいでは登録制度にはなお活用の余地があるとする見解もないわけではない。島並良「登録制度の活用」知的財産研究所・前掲(注2)205頁以下は、丹念にその旨の考察を行うものである。しかし、ライセンス対象技術や著作物を明確に公示できるのかという疑問に対しては、同論文においても十分な回答がなされていない印象を受ける。

⁴⁷ 産業構造審議会知的財産政策部会流通・流動化小委員会(第5回)配布資料4-1 (http://www.meti.go.jp/policy/economic_industrial/committee/downloadfiles/g40616d41.pdf) 2頁参照。対象となる知的財産権を明確に特定しない包括的クロスライセン

り、登録の対象となる著作物を明確に特定できるのかが疑問視されている⁴⁸。

そこで、登録に代わる対抗要件の法政策オプションとして、契約書をもって対抗可能とする案や無条件に対抗可能とする案が一応議論の俎上に載せられている。しかしそれらの案には、現行の制度との乖離が大きいか⁴⁹、民法理論との整合性がない、あるいは取引の安全を害しないかといった懸念が提起されるのが常である⁵⁰。

しかし、ドイツ法のケースをみると、上記のように、取引の安全の面はそれほど懸念する必要がないように思われる。次に民法との整合性ないし連続性についてであるが、ドイツにおいても、かかる整合性等を根拠に承継的保護の基礎付けが図られているわけではないことが本研究で明らかになった。確かに、ライセンスにおける承継的保護の制度は、同国民法旧571条(現行の566条)が定める「売買は賃貸借を破らず」のルールと整合的ないし連続的であるように見える。しかし、1982年のBGH判決がいみじくも述べているように、当該のルール自体、一般法においては例外的な

ス契約においては、問題がより先鋭化するといえる。

⁴⁸ 曾野・前掲159頁。なお、平成17年1月24日に公表された資料(http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05012501.htm)によれば、文化審議会著作権分科会は、ライセンス保護の問題もさることながら、特許法における専用実施権のような物権的な利用権制度の確立も今後の検討課題であると位置づけており、これに沿った取り組みが今後審議会等で行われていくようである。

⁴⁹ 平成16年1月に公表された文化審議会著作権分科会報告書(http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/04011402/001.pdf)においては、「現行制度との整合性」から、「著作権制度において、利用許諾契約に基づく利用者の保護を図るとすれば、それは対抗要件の制度によるべきである」「公示によらず対抗要件を付与する制度」は、「現行制度の前提を大きく変えるものであり、慎重な検討が必要」との提言がなされている(33-34頁)。

⁵⁰ 平成15年1月に公表された文化審議会著作権分科会審議経過報告(http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/030102c.htm)では、「債権的な利用許諾契約を物権の譲渡に優先させるという法構成上大きな課題を有しており」、「物権と債権の関係、破産法との関係、利用者間の債務順位等を整理しつつ、実効性の高い最善の方策を慎重に検討する必要がある」との提言がなされていた。民法理論との整合性を意識した記述であるように読める。

ものにすぎない。そして、ともかくも同判決は、民法旧571条が前提とする利益状況と異なることを理由に、単純特許ライセンスに対し同条を類推適用することを否定したのである。知財固有の観点からも、同条の規律とパラレルに処理するわけにはいかないという指摘もある。Völpは、単純特許ライセンスにつき民法旧571条を安易に類推すると、同条が従前の賃貸借契約から生じる権利義務を新たな権利者にも承継させる仕組みになっていることから、望ましくない結果をもたらすと指摘する。ライセンス契約の当事者は、ノウハウの提供や発明改良の報告に関する請求権を取得することが少なくないが、この請求権が特許権の譲渡に伴って解すると、特許権がライセンシーの競争相手に譲渡された場合であっても、ライセンシーはそれらの義務を履行することが求められるからである。このような理由からも、Völpは、承継的保護は処分行為である部分的放棄においてのみ生じるのであるとして、自説の利点を強調している⁵¹。ここでは、上記民法規定との理論的な断絶がむしろ意図されているのである。

ドイツ法の学理におけるこうした傾向を踏まえるまでもなく、わが国としても、知財の問題である以上は知財固有の観点から制度設計に取り組むことを臆さずやってよいのではなかろうか⁵²。その際には慎重な法政策学的検討が必要になるが、わが国法における単純ライセンス(特許法の通常実施権や著作権法の利用許諾)を無条件に対抗可能とする制度設計も、必要とあれば柔軟に考えてやってよいのではないかと思う(その場合、改正破産法の規定の趣旨からすれば、破産管財人の一方的な解除権も制限されると解してよいだろう⁵³)。ただし、無条件で主張可能とされるのは、単

⁵¹ Völp, a. a. O. (Fußn. 21), S. 51.

⁵² 曾野教授も、ライセンス保護について、既存の法体系との整合性の有無よりも、既存の法体系との整合性をそもそもはかる必要があるのかという視点のほうがより重要と指摘している。曾野・前掲注(1)163頁。

⁵³ 鎌田教授は、単純ライセンスに無条件の第三者対抗力をもたせると、改正破産法56条が「対抗することができる要件を備えている」という条文になっていることから形式的には同条の要件が充足されないという問題が生じそうであるが、同条の趣旨に照らせば管財人が解除できないと解することに障害はないのではないかと論じている。鎌田薫「ライセンス契約の対抗と公示」知的財産研究所編・前掲(注2)259頁。

純ライセンスのまさに核となる部分、すなわちライセンシーはライセンサーに対して自己の実施等の容認を請求しようという部分(本来の意味における通常実施権及び利用許諾)に限定されるべきである。ライセンス契約においては発明等の改良や情報提供の義務(いわゆる積極的履行義務)を相互に負うことが少なくないと思われるが、ライセンスの存在を知らずに権利を譲り受けた者に対しても、これらの義務の履行をライセンシーが当然に請求しようというのは妥当ではないからである⁵⁴。また、(ドイツ法におけるように)ライセンサーが事前にライセンシーと特約を結んで第三者対抗力を除去する余地も認めるべきであろう⁵⁵。いかなる単純ライセンスも例外なく第三者対抗力を有するとすれば、かえって権利の流通を妨げることになるからである。

V. おわりに

基本的なことの繰り返しになるが、いずれにせよ単純ライセンスには排他的効力がない。わが国法上の通常実施権や利用許諾について第三者対抗力を無条件で認めたとしてもゼロサムゲームにはならず、特許権や著作権の譲受人の利用行為や許諾行為が禁止されるわけではない。そうであるとすると、公示を伴うような強い対抗要件を求めない、よりマイルドな制度も、十分わが国の経済秩序になじむのではないかと考える(現行特許法99条2項においても、法定通常実施権は登録なくして対抗可能とされている)。わが国における近時の有力な主張を管見しても、公示を必須の条件としないライセンスの第三者対抗力のあり方は、今やかなりの現実味を帯びた法政策オプションとなりつつある⁵⁶。

⁵⁴ ライセンス契約自体はライセンシーと譲渡人間で存続するので、譲受人は、事前にライセンシー及び譲渡人とライセンス契約の引継ぎについて協議を行い、ライセンス料を受領する地位を取得することができるだろう。

⁵⁵ 現在政府で検討されている立法モデルにおいては、ライセンス契約当事者間で承継的保護を事前に除去する方策についての検討がなされていない印象を受ける。

⁵⁶ 中田教授は、「登録のない通常実施権でも、特許権の任意譲渡の場合には、悪意の譲受人には主張し得るとすることが考えられる。その際、悪意の推定をもたらす

そうした方向での法改正を望みたいというのが、本研究の結論である。

制度も検討対象となる」と述べている。中田裕康「知的財産権のライセンシーの立場」NBL801号11(22)頁(2005年)。ここに示された案は、(単純)著作権ライセンスについて曾野教授によっても提案されている(A案)。曾野・前掲注(1)160-161頁。具体的な制度の提案には至っていないものの、山本弁護士も、(単純)特許ライセンスにつき無条件の承継的保護に好意的な見解を示している。山本・前掲注(2)83頁。曾野教授も、もうひとつの方策として(単純)著作権ライセンスにつき当該保護の導入を提案している(B案)。曾野・同上162頁。半田教授は、著作権法における登録制度の廃止という思い切った提案を行っており、排他権の取得についてさえも、複製物上にその表示がなされていれば対抗力を有するとしてかまわないと主張している。半田・前掲著作権法概説注(23)233頁。渋谷教授も、(単純)著作権ライセンスの「対抗要件としては、利用権者による利用の事業の開始またはその準備が実質的に行われていることをもって足りるとする解釈が検討されてよい」としている。渋谷達紀『知的財産法講義II 著作権法・意匠法』[有斐閣・2004年]178頁。