



Title	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
Author(s)	曾野, 裕夫
Citation	知的財産法政策学研究, 9, 135-168
Issue Date	2005-11
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43458">https://hdl.handle.net/2115/43458</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	9_135-168.pdf



## 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\*

曾 野 裕 夫

### I はじめに

#### 1. 議論の経緯

知的財産権のライセンス契約(使用許諾契約・実施許諾契約)において、ライセンサーがその知的財産権を第三者に譲渡した場合、「売買は賃貸借を破る」の応用で、ライセンシーの契約上の地位はその第三者に対して主張できなくなるのであろうか。また、ライセンサーが倒産した場合、ライセンス契約が双方未履行契約であるとして管財人により解除されるとライセンシーの契約上の地位はあまりにも不安定のものにならないだろうか。このような問題意識に基づく、ライセンシーの契約上の地位の保護のあり方についての議論は、1990年代初めに始まり、2000年代に入ってにわかには活況を呈している。

これらの議論は、主として「特許権」のライセンス契約について「ライセンサー倒産時」の問題を扱うものである<sup>1</sup>。これには次のような背景が

---

\* 本稿は、財団法人ソフトウェア情報センター(SOFTIC)に組織された「ソフトウェア・ライセンス契約とライセンシー保護に関する調査研究委員会」(委員長・小川憲久弁護士)の報告書『コンピューター・ソフトウェアのライセンス契約の保護に関する調査報告書』(2005年3月)所収の同題拙稿に大幅な加筆修正を加えたものである。執筆にあたっては、同委員会のほか、民事法研究会・知的財産法研究会(北大)での議論から多くの示唆をうけた。また、沖野真巳教授、才原慶道弁護士、田村善之教授からは個別に貴重なコメントや資料提供を受けた。ここに記して謝意を表したい。それでも残る誤謬があれば、それはもちろん筆者の責任である。

<sup>1</sup> 知的財産研究所編『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

あるものと思われる。すなわち、①これらの議論の発端がライセンサー倒産時の管財人による特許ライセンス契約の解除を認めた衝撃的な米国判例(ルブリゾール事件<sup>2</sup>)とその後の連邦破産法改正にあったこと<sup>3</sup>、②日本の倒産法改正論議のなかで、旧破産法59条〔現53条〕に基づく貸借人倒産時の貸借契約解除の可否(貸借人保護の問題)という古くからあった論点の派生問題としてライセンシー保護の問題が広く認知されたこと、③上記①の事情に加えて産業界の事実上の問題関心も「特許権」のライセンスに集中したところ、特許の実施許諾権については第三者対抗要件としての登録制度が既に存在したために、「特許権譲渡時」の問題は処置済みとして議論の対象とならず、「倒産時」の問題に議論が集中したこと、などである。

## 2. 本稿の課題

これに対して、本稿では「著作権ライセンス契約」における、「ライセンサー倒産時」のみならず「著作権譲渡時」の、ライセンシーの地位の保護のあり方について、特にライセンシーの地位の第三者対抗要件の制度設計(立法論)<sup>4</sup>に焦点を絞って検討を加える。

---

を中心に―(雄松堂、2004年)〔知的財産研究所『知的財産に関するライセンス契約の適切な保護の調査研究報告書』(2004年)をもとにまとめられたもの〕はその議論のひとつの到達点である。また、議論の経緯等も含め、小宮義則「ライセンス契約の保護に関する現状と問題点」NBL787号6頁(2004年)、中田裕康「知的財産権のライセンシーの立場」NBL801号11頁(2005年)参照。

<sup>2</sup> *Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc.*, 756 F.2d 1043 (4th Cir. 1985).

<sup>3</sup> 最初期の文献である、金子宏直「技術ライセンス契約の倒産手続における処理(1)(2・完)」民商106巻1号83頁、同2号208頁(1992年)参照。その後の米国の状況については、山田勇毅「ライセンス契約における当事者の破産」知財管理52巻8号1161頁(2002年)、松田俊治「倒産法改正によるライセンス契約の保護―『破産法等の見直しに関する中間試案』に対する知的財産実務の観点からの問題提起」NBL765号50頁(2003年)、同「米国倒産法アプローチを踏まえたライセンス契約の保護策の検討」知的財産研究所・前掲注(1)91頁、我妻学「ライセンス契約と倒産手続」都法44巻2号91頁(2004年)など参照。

<sup>4</sup> 解釈論のレベルで対応することももちろん考えられるが、立法的対応が現実味を

### (1) 第三者対抗要件の制度設計に焦点をあてる理由

第三者対抗要件の制度設計に焦点を絞るのは、この点こそが、現行法の枠組みのなかでは、「著作権譲渡時」と「ライセンサー倒産時」の問題を同時に解決する鍵となっているからである。すなわち、一方で、著作権についてはライセンス契約の登録制度が存在せず(例外として出版権の登録制度、著作権法88条)、「著作権譲渡時」の問題の処理には対抗要件のあり方を検討する必要がある。他方、平成16年の倒産法改正では、ライセンス契約が「対抗要件」を備えている場合には双方未履行契約についての管財人の解除を認めないという趣旨の規定が置かれ(破産法56条)、「ライセンサー倒産時」の問題の解決も、実体法が「対抗要件」をいかに設計するか委ねられたからである(平時実体法にボールが投げられている)。

### (2) 著作権ライセンス契約について検討する理由

「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について検討することには3つの理由がある。第1は、この問題について文化審議会著作権分科会における本格的な検討<sup>5</sup>が始まったところであり、検討が急務となっているというタイミングの問題であるが、第2に、次のような

---

帯びているタイミング(後注(5)参照)に鑑み、本稿では直ちに立法政策を論じる。

ちなみに解釈的対応としては、本稿で論ずる立法論に類似の考え方を解釈論として展開する議論(後注(41)参照)のほか、たとえば、野澤正充『契約譲渡の研究』(弘文堂、2002年)が貸借目的物の譲渡を主に念頭に置いて展開する「特定の財産の譲渡に伴う契約当事者の地位の移転」に関する解釈論は、大仕掛けではあるが、ライセンス契約における知的財産権の譲渡にも応用できる考え方である。より対症療法的な解釈論としては、特許法における先使用に基づく通常実施権者(特許法79条)の利益状況との類似性を根拠に、「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」も魅力的である。渋谷達紀『知的財産法講義Ⅱ』(有斐閣、2004年)179頁。もっとも、渋谷説については、先使用類似の状況が十分条件であるとはいえても、それが必要条件であるかどうかは検討を要するようと思われる。

<sup>5</sup> 文化審議会著作権分科会『文化審議会著作権分科会報告書(平成16年1月)』<[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/04011501/008.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/04011501/008.htm)>(ただし、このURLは「案」の段階のもの)、文化審議会著作権分科会『著作権法に関する今後の検討課題(平成17年1月24日)』<[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/toushin/05012501.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/toushin/05012501.htm)>など参照。

理論的な意義もある。特許ライセンスについては、平成16年の倒産法改正によって、「特許権譲渡時」のみならず「倒産時」についても実施権を「登録」しておけばライセンシーは保護されることとなったが、産業界からは登録制度に対しては不満が強く（本稿IV. 1. (2)参照）、「登録」以外の対抗要件制度（例、契約書あるいは公証制度の利用案）の模索が続いている。しかし、まがりなりにも登録制度の存在する特許ライセンス<sup>6</sup>についての対抗要件の議論と、登録制度の存在しない著作権ライセンス契約の対抗要件の議論は、区別して論ずる必要がある（著作権以外の知的財産権については特許法の規定が準用されるなどしており<sup>7</sup>、以下では対抗要件としての登録制度の存在する知的財産権ライセンスを特許ライセンスに代表させる）。たとえば、破産法56条にいう特許ライセンスの対抗要件として、最も重装備である登録よりも軽い対抗要件（例、契約書）を認めた場合、平時においては対抗要件として登録が必要であるのに、倒産時にはより簡易な対抗要件ですむという逆転現象が生じるという問題がある<sup>8</sup>の

<sup>6</sup> 通常実施権について特許法99条（専用実施権は登録によって物権的効力を有するから独立した対抗要件は問題にならない（特許法98条1項2号））。

<sup>7</sup> 実用新案法19条3項、意匠法28条3項、商標法31条4項で準用されている。また、回路配置利用権の通常利用権（半導体回路配置法21条2項）、育成者権の通常利用権（種苗法32条3項）も登録を対抗要件としている。したがって、知的財産権のうち第三者対抗要件が設けられていないのは著作権のみである（ただし、著作権でも「出版権」については登録制度が設けられている。著作権法88条）。

また、いうまでもないが、著作権法77条の定める登録は著作権譲渡についての登録であるし、同75条～76条の2およびプログラム登録特例法はプログラム著作物の保護期間の始期を明確にするための登録を定めるものであり、ライセンシーの第三者対抗要件とは関係がない。

なお、ノウハウ・営業秘密等、物権的な保護を受けない情報財のライセンス契約においては、そもそもノウハウ・営業秘密の「譲渡」が考えにくいし、仮に譲渡がなされたとしても、譲受人は物権的な禁止権を有するものではないから「売買は賃貸借を破る」という状況はおきない。ただ、ライセンサーが倒産すれば破産法53条によりライセンス契約が解除される可能性はある。ライセンシー保護の必要性という観点からは他のライセンス契約と変わらないため、このような帰結を受け入れざるを得ないかどうかについてはより慎重な検討を期したい。

<sup>8</sup> 島並良「登録制度の活用」知的財産研究所・前掲注(1)208頁が鋭く説くところで

に対して、著作権ライセンスではそのような問題は生じないのである。

そして第3に、特許権と著作権とは、それらを用いた取引や事業の形態が異なり、同列に論ずることはできない。たとえば、著作権と異なり、特許権をめぐっては「クロスライセンス」が広く用いられ、そのことが登録制度の利用の障害となったり、破産法53条の適用において双務契約性をめぐる問題を生じさせている<sup>9</sup>。他方、特許権と異なり、著作権をめぐっては「エンドユーザー・ライセンス」が締結されることが多く、そこにおける法律関係の解明が必要となる。

このように、特許権と著作権とは問題状況が異なるのであり、従来議論がなされてこなかった著作権ライセンスに特化した検討をすることには意味があるものと思われる。

### 3. 本稿の検討順序

以下、IIにおいて現在の問題状況——それはライセンシーにとっての問題状況ということになる——を確認し、その問題を解決するためにいかなる法政策が望ましいかをIIIで検討する。その法政策を法技術的に具現化する試みがIVの課題である。最後に、Vで残された問題を確認して本稿を閉じる。

## II ライセンシーにとっての問題状況

### 1. 著作権が譲渡された場面（いわゆる「平時」の問題）

#### (1) 法状況

ライセンス契約上のライセンシーの権利は債権的なものであるから、ライセンシーは、ライセンサーに対してしかその権利を行使できない（債権の相対効）。また、その権利を第三者に対抗するための制度も設けられて

ある。もっとも、これに対しては、倒産時にこそ特別の保護が必要だとの反論もありえよう。

<sup>9</sup> クロスライセンス契約への破産法53条の適用に関する検討として、山本研「新破産法におけるライセンス契約の処理とライセンシーの保護」知的財産研究所・前掲注(1)127頁、133-142頁。

いないため、ライセンサーが著作権を譲渡すると<sup>10</sup>、ライセンシーは譲受人に対して、ライセンス契約の存在を主張できない(「売買は賃貸借を破る」の応用)。そのため、ライセンシーは譲受人からの著作権に基づく差止請求や損害賠償請求に対する有効の防御策をもたない。

同様の状況は、著作権が任意に譲渡された場合に限らず、強制的な譲渡の場合(著作権に対する強制執行(民事執行法167条1項・161条)、著作権に設定されている担保権の実行(民事執行法193条))にも生じうる。

このように、ライセンシーは、自らのコントロールの及ばない領域での出来事によってその地位を奪われる可能性があり、その地位は不安定である。このことは、具体的には次のような問題を生じさせている。

## (2) 産業政策・社会政策としての問題点

### (a) 事業用のライセンスの場合

ライセンシーが、ライセンス契約の存在を基礎とした事業を展開していた場合をまず検討しよう<sup>11</sup>。たとえば、①ソフトウェアについてライセンス供与を受けたライセンシーがそのソフトウェアを自社製品(ソフト、ハードのどちらもありうる)に組み込んで販売したり、自社ブランドで販売(ライセンス)している場合、②音楽のCD化のためのライセンス、③小説の脚本化・映画化のライセンス、④小説の出版のライセンス(ただし、対抗力ある出版権設定のなされた場合は検討の対象外である)などである。

これらの場合、著作権譲渡がなされると、代替が容易に利かないロックイン状況下ではライセンシーは事業の基盤を失い、事業の中止や縮小等を余儀なくされる。また、①②④は、完成品を売却したあとであれば問題は生じないが(著作権法上、使用禁止権は存在しないし、譲渡禁止権も消尽

<sup>10</sup> ライセンサーがライセンシーのための手当て(例、著作権譲渡とともにライセンス契約上の地位の譲渡についても合意するなど)をすることなく著作権を譲渡することは、ノーマルな場合にはあまりないかもしれないが、経営悪化時に債権者から迫られて数少ない資産である著作権を譲渡するような場面を考えればよいであろうか。

<sup>11</sup> 取引類型の諸相については、宮下佳之「ソフトウェア関連取引におけるライセンシー保護の現状と問題点」財団法人ソフトウェア情報センター『コンピューター・ソフトウェアのライセンス契約の保護に関する調査報告書』(2005年3月)3頁以下を参考にした。

する(26条の2第2項1号))、③は、映画完成後であってもその頒布や営利目的の上映ができなくなるので深刻である(著作権法26条、22条の2)。そうすると、投下資本が回収できなくなるばかりか、従業員の解雇等を伴うこともありうる。しかも、このような事態は唐突にライセンシーに降りかかってくるのであり、猶予期間はない。

これを避けようとするれば、ライセンシーは「足下を見られている」状況で新たなライセンス契約の締結を譲受人(新しい著作権者)との間で交渉せざるを得なくなる。

ライセンシーがこのような不安定な地位におかれていることは、著作権のライセンスを受けた事業展開を萎縮させるという、「産業政策」(「知財立国政策」<sup>12</sup>)的観点からの問題が生じるし(これはひいては中小ベンチャー企業の育成も阻害することになる)、問題が現実化したときには失業等の「社会政策」的観点からの問題も生じることになる。

### (b) エンドユーザー・ライセンスの場合<sup>13</sup>

以上に対して、エンドユーザー・ライセンスの場合には状況は異なる。著作権者とエンドユーザーが直接の契約関係に立つエンドユーザー・ライセンスが可能となるためには、著作権者とエンドユーザーに取引機会がなければならぬから、現実には考えられるのは、①ソフトウェアをダウンロードする「クリックオン・ライセンス契約」、②音楽・映像などをパソコンや携帯電話にダウンロードする配信サービス契約など、オンラインでなされるデジタル情報財の取引である(書籍や音楽CDのように、著作権者とエンドユーザーの間に媒体の転々譲渡が介在するような場合には、エンドユーザー・ライセンスは成り立たない)。また、オンラインでの取引ではないが、③パッケージ・ソフトウェアについての「シュリンクラップ・

<sup>12</sup> 「知的財産戦略大綱」(平成14年7月)、「知的財産基本法」(平成14年11月)、「知的財産推進計画」(平成15年7月)、「知的財産推進計画2004」(平成16年5月)、「知的財産推進計画2005」(平成17年6月)などに象徴される。

<sup>13</sup> 『電子商取引等に関する準則』(平成16年6月3日改訂版)は、エンドユーザー・ライセンスの法律関係について、本稿とほぼ同旨の理解を示している。中山信弘編『改訂電子商取引に関する準則とその解説(別冊 NBL93号)』(商事法務、2004年)171-175頁参照。

ライセンス契約」も、著作権者とライセンシーの直接契約を実現するために工夫された契約締結手法である(ただし、筆者は、この手法によって直接契約を実現できる場合は限定的にとらえるべきだと考えている)<sup>14</sup>。

著作権が譲渡されたとしても、ライセンシーがこのような情報財の「使用」を継続すること自体が著作権侵害にならないのは、書籍や音楽CD等の複製物の使用についてと同様であるが(唯一の例外として、海賊コピーに関する著作権法113条2項)、これらのデジタル情報財を使用する過程で何らかの形で「複製」や「翻案」をとまなうことが一般的である。たとえば、バックアップ・コピーの作成、CD-ROM等からハードディスク(HD)へのインストール、保守・修理のための一時的複製、買換え(リプレース)のための「複製」や<sup>15</sup>、バージョンアップ、ハード機種やOSにあわせるた

<sup>14</sup> 曾野裕夫『「産業構造審議会情報経済部会第1次提言(案)」(平成12年8月)に対する意見——情報取引法制に関する提言案を中心に——』(2000年)〈<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/doc/pubcmt.htm>〉および同『「産業構造審議会情報経済部会第2次提言案」(平成12年11月)に対する意見——電子情報使用許諾契約に関する提言案を中心に——』(2000年)〈<http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~sono/doc/pubcmt2.htm>〉参照。田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)164-166頁も同旨。

『電子商取引等に関する準則』(平成16年6月3日改訂版)も、シュリンクラップ契約について販売店からパッケージソフトを受領したユーザーが、代金支払時においてライセンス契約を締結する必要があることを認識していない場合には、単純に販売店とユーザー間で複製物の売買契約がなされたものとする。中山・前掲注(13)142頁参照。

これに対して、最近でも、代金支払後に契約条件が示される場合であっても「商品を効率よく消費者に提供するには合理的な方法といえるので、排斥すべき商慣行であるとはいえない」とする見解もある。渋谷・前掲注(4)106頁。

<sup>15</sup> プログラム実行時やCDの再生時にRAM等への「一時的蓄積」がなされることがある。これが「複製」にあたるかどうか問題となりうるが、一時的蓄積のうちでも、少なくともRAM等へ瞬間的・過渡的なものは、複製に該当しないというのが従来の考え方である。加戸守行『著作権法逐条講義〔四訂新版〕』(著作権情報センター、2003年)53-54頁、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)118-120頁、作花文雄『詳解著作権法〔第3版〕』(ぎょうせい、2004年)692-696頁など参照。なお、斉藤博『著作権法〔第2版〕』(有斐閣、2004年)164-166頁も参照。『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会デジタル対応ワーキングチーム検討結

めの「翻案」などが考えられる。そのため、著作権の譲受人からライセンシーに対して、著作権(複製権・翻案権)に基づく権利行使がなされる可能性があるが、その一方で、ライセンシーがエンドユーザーである場合には、その複製が私的使用目的にあたることも多いであろうし(著作権法30条)、プログラム著作物については著作権法47条の2が適用されるなど、著作権が制限されている場合もある。以下、上記の①～③について、個別に検討する。

#### (b-1) クリックオン契約(上記①)・シュリンクラップ契約(上記③)

クリックオン契約とシュリンクラップ契約については、どちらの形態であっても、ソフトウェアの使用が私的使用目的である場合には、著作権法30条によって複製が認められるため、著作権が譲渡されたとしても、ライセンス契約に基づくメンテナンスやサポートを受けることができなくなるという実害はありうるものの、その使用自体が妨げられることはない。

しかし、言うまでもなく私的使用目的とはいえない事業所等におけるソフトウェアの使用も多く、その場合には著作権法30条は適用されず、同47条の2による保護の可能性を検討する必要がある。同条は、プログラム著作物の「複製物の所有者」に、当該プログラムを利用するために「必要と認められる限度」における複製・翻案を認めるものであり、たとえば、バックアップ・コピーの作成、CD-ROM等に固定されたプログラムのハードディスク(HD)へのインストール<sup>16</sup>、買換えのための複製等、また、

果報告書』(平成17年7月)2-9頁〈[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-2.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-2.htm)〉も、従来の議論を整理したうえで、基本的にはそれを追認する方向性を示している。

なお、機器の保守・修理のために別の媒体に「一時的複製」「一時的固定」がなされることがある。これらについては、著作権法47条の2によっても、複製権の侵害になるというのが一般的な考え方である。田村善之「デジタル機器の保守・修理・買換えと保存されたファイルの複製の可否」知財管理2005年10月号掲載予定、『文化審議会著作権分科会法制問題小委員会デジタル対応ワーキングチーム検討結果報告書』(平成17年7月)10頁〈[http://www.mext.go.jp/b\\_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-3.htm](http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/05072901/002-3.htm)〉参照。

<sup>16</sup> 作花・前掲注(15)377頁参照(立法時には想定されていなかった利用形態だが、著作権法47条の2により許容されていると解されているとする)。

ハード機器やOSに合わせた翻案などが認められる。しかし、シュリンクラップ契約(上記③)においては、CD-ROM等の所有権はライセンサーに留保されているのが通常であり、ライセンシーはプログラム著作物の「複製物の所有者」としての保護を受けられない。

また、オンラインでプログラムを自己所有のHDにダウンロードするような場合(上記①)については、ダウンロードをした時点で、ライセンサーは契約に基づく適法な「複製物の所有者」となり、さらに利用に必要な限度で上述のような複製・翻案が認められることになると一般には解されているようである<sup>17</sup>。しかし、ライセンシーがそのHDの所有者でなければ(例、HDのリースを受けている場合、HDに譲渡担保を設定している場合など)、同条の適用はない。

このような「複製物の所有者」でないライセンシーは、複製物を使用することはできるが、新たな複製(RAM等への一時的蓄積を除く)をすることは複製権侵害になる。そのため、著作権法47条の2が適用になれば認められるはずの、利用に必要な限度の複製・翻案であっても、ライセンス契約で認められる範囲内でしか行えず、著作権が譲渡されると、ライセンス契約の第三者である譲受人は、ユーザーに対して複製権・翻案権を行使しうることになりそうである。

このように、クリックオン契約(上記①)であれシュリンクラップ契約

---

<sup>17</sup> 具体的帰結としてはそれが妥当だが、オンラインでプログラムを自己所有のハードディスクにダウンロードするような場面は、本来、著作権法47条の2が想定していたものでないであろう。作花・前掲注(15)377頁は、CD-ROMに固定されたプログラムをハードディスクにインストールして使用する行為でさえ同条の想定外であったとするので、まして、オンライン・ダウンロードは想定外であろう。また、加戸・前掲注(15)305頁は、複製物の貸与の場合に本条が適用されない理由として、「貸与を受けただけの場合については、汎用コンピュータ用、パソコン用などプログラムの種類、用途等により貸与の実態が異なるため、一律に複製・翻案について権利を制限することは問題であり、また、使用契約等により必要な利用を認めれば足りるところから、本項では所有者の行う場合のみを対象としております」と説明しているが、オンライン・ダウンロードは、その多様性という点でも契約的処理に馴染むという点でも貸与と同等である。綻びの原因は、「複製物の所有者」を同条の要件としたことにあると思われる。この点について、次注参照。

(上記③)であれ、著作権法47条の2による保護を受けるためには「複製物の所有者」という要件が障害となることが考えられ<sup>18</sup>、「複製物の所有者」でないライセンシーは、ビジネス活動や日常生活に不便を強いられることが生じうるのである<sup>19</sup>。

#### (b-2)映像・音楽の配信サービス契約(上記②)

音楽や映像等の配信サービスによってダウンロードした情報財は、プログラムではないので著作権法47条の2は適用にならない<sup>20</sup>。このような取引

---

<sup>18</sup> このような事態を避けるために、同条における「複製物の所有者」を「複製物を使用する権原を取得した者」と(113条2項と平仄をあわせて)読むべきだとする解釈論もありうる。藤原宏高=平出晋一『プログラマのための最新著作権法入門』(技術評論社、1991年)128頁、田村・前掲注(15)224頁。なお、中山信弘『ソフトウェアの法的保護〔新版〕』(有斐閣、1988年)77頁は「所有者と同視しうる立場にある者」に拡張解釈する可能性を示唆するが、文言上無理があるとして、結論的には否定する。

<sup>19</sup> 譲受人が、実際に個々のエンドユーザーを捕捉したうえで著作権行使をできるかどうかについては、少なくとも現時点では難しいことが多いかもしれない。譲受人がライセンサー=譲渡人から顧客情報を得ることも考えられるが、ライセンサー自身、エンドユーザーと直接契約をしているといっても、契約時に正確に顧客を特定できているという保証はないからである。しかし、デジタル権利管理システム(Digital Rights Management (DRM))の進展により、今後はそのような著作権行使はより簡易になることが予想される。DRMの諸相については、たとえばStefan Bechtold, *Digital Rights Management in the United States and Europe*, 52 Am. J. Comp. L. 323, 325 et seq. (2004) 参照。

<sup>20</sup> 一般に、音楽・映像などの独立性のある「データ」は「プログラム著作物」と区別される。東京高決平成4年3月31日知的裁集24巻1号218頁[IBFファイル事件]は「電子計算機によるプログラム処理に当たり、あるシステムにおけるプログラムを稼働させ一定の処理をさせるためには、そのプログラムの他、それに処理情報を与えるデータが必要であるが、システムの効率上、データを本体プログラムとは別個のファイルに記録させることがよく行われる。その場合、該ファイルは、プログラムに読み取られその結果電子計算機によって処理されるものではあるが、電子計算機に対する指令の組合せを含むものではないので、著作権法上のプログラムではない」(227頁)とする。吉田正夫「判批」著作権判例百選(第2版)72頁、渋谷・前掲注(4)32頁は賛成。

しかし、このようにプログラムとデータを整然と区別できるのかどうかについて

形態においてダウンロードしたものを新たに複製する場合として、具体的に問題となりうるのは、保守・修理のための一時的複製や、ハード機器の買換えのための複製であるが、これが認められないわけである（ただし、前者は著作権法47条の2によっても認められない（注(15)参照））。もっとも、このようなサービスの利用の大部分は（少なくとも現時点では）私的使用目的であるものと思われ、エンドユーザーに深刻な不利益が生じることはないものと思われる。しかし、その地位は著作権法30条による保護しか受けえない脆弱なものであることは考慮する必要がある。

### (3) 契約法秩序上の問題点

次に、ライセンシーが譲受人にその地位を対抗できないと、ライセンス契約の対価的均衡が崩れるという「契約法」上の問題も生じる。ソフトウェア使用の期間や回数に応じて課金される場合には対価的均衡の問題は生じないが、ライセンス料を一括前払いしているような場合には、ライセンシーは既払いのライセンス料の反対給付を受けられないという不利益を被る。これは、ライセンス契約の債務不履行にあたるから（ライセンシーに帰責事由ある履行不能）、理屈のうえでは、ライセンシーは契約を解除して対価的均衡を回復することはできるし、損害賠償請求も認められるが、現実にはこのような場面のライセンサーに、過払い分の返還をしたり、損害賠償を支払う資力があるとは考えにくい（注(10)参照）。

### (4) まとめ

このように、著作権が譲渡された場合には、「産業政策」「社会政策」「契約法秩序」の視点から、ライセンシーの契約上の地位を保護する必要性が導かれる。

## 2. ライセンサーが倒産した場合

### (1) 双方未履行契約の解除権

#### (a) 破産法53条

は異論もありうる。山神清和「判批」ジュリ1098号136頁（1996年）、138頁、田村・前掲注(15)42頁など参照。平嶋竜太『システムLSIの保護法制』（信山社、1998年）63頁、125頁は、東京高裁決定の示したデータとプログラムの区別基準には批判的であるが、区別すること自体には賛成する立場であろうか。

ライセンサーが倒産した場合には、双方未履行契約の解除がなされる可能性がある（破産法53条〔旧59条〕；同様の規定は会社更生法61条、民事再生法49条にもあるが、以下、破産法で代表させる）。ライセンサーの義務（禁止権不行使義務）は常に未履行であるため<sup>21</sup>、ライセンス料の全額が支払われていないかぎり、ライセンス契約は双方未履行契約にあたるからである。

ライセンス契約が解除されると<sup>22</sup>、ライセンシーは使用権原を失うことになり、ライセンシーに与えられる損害賠償請求権も破産債権として扱われるにすぎない（破産法54条；会社更生法61条5項、民事再生法49条5項で準用）。「譲渡時」と同様の「産業政策」「社会政策」上の問題点が生じるのである。

他方、「契約法秩序」の問題については、倒産の場面では、「契約法秩序」が「倒産法秩序」に劣後するのは仕方がないと一応はいえる。しかし、ライセンシーと、他の一般債権者を平等に扱う必要があるのかどうかは疑問である。ライセンシーは不作為債権を有するにすぎず、契約が解除されても破産財団が増えるわけでもない。他方で、ライセンシーは大きな打撃を受けることを考えると、これがあるべき「倒産法秩序」であるかどうかは疑問である。

なお、エンドユーザー・ライセンスにおいては、ライセンシーが契約締

<sup>21</sup> これに対して、ライセンサーの義務は実施権の設定で完了しているとする考え方もある。田淵智久『『ライセンス契約』におけるライセンサー倒産に対する対処（上）（下）—その②・理論上の問題』NBL540号6頁、542号32頁（1994年）参照。しかし、これでは、賃貸借契約では賃貸人は使用収益させる義務を負いつづけると解されるのとバランスがとれない。少なくとも現時点でライセンス契約が双方未履行契約でないことを前提とした議論は現実的ではないであろう。

<sup>22</sup> ライセンス契約は（破産財団または著作権譲受人にとって）収入源であるから、管財人が解除を選択する場合はあまりないかもしれない。また、実務上は、ライセンシーに知的財産権の買取りを要請することが多いともいわれる。しかし、解除権の存在自体が、ライセンシーとの交渉においてライセンサーに強力な交渉力を与える。また、ライセンス契約の負担なしで買い受けたい第三者が現れた場合には、いったん解除をして著作権を洗浄することもありえよう。片山英二=服部誠「倒産時におけるライセンス契約の保護」NBL798号50頁（2004年）、53頁参照。

結時にライセンス料を支払い済みであることも多く、その場合には双方未履約には当たらないが、ライセンス料を期間ごとや使用回数に応じて支払う契約であれば、破産法53条に基づく解除の対象となりえる。そして、解除後に、対価を支払うことなく、なお複製物を保存して使用を継続できるかどうか問題となる。

プログラム著作物であれそれ以外の映像・音楽等のデータであれ、オンラインでダウンロードした複製が私的使用目的にとどまるかぎりにおいては、契約解除後に複製物を保存して使用を継続することが著作権侵害になることはないであろう(著作権法30条)。また、プログラム著作物について、ライセンシーが「複製物の所有者」であれば著作権法47条の2の範囲内で著作権侵害を免れると一応はいえそうである。

しかし、契約が解除されれば、複製の消去が、契約解除の効果としての原状回復義務の内容になる可能性はある。また、シュリンクラップ契約に基づいてライセンシーがCD-ROM等の複製物の所有権を取得していた場合には、解除によりその所有権はライセンサーに復帰するため、ライセンシーは複製物を返還しなければならず、著作権法47条の2第1項に基づいてなした複製も、同条2項により消去しなければならなくなる。そして、これらの場合にライセンシーの有する損害賠償請求権(破産法54条)が破産債権として扱われるにすぎないことは、一般のライセンスと同じである。

#### (b) 破産法53条の制約①：破産法56条

しかし、以上のような解除権の行使は、破産法56条(会社更正法63条、民事再生法51条で準用)によって阻止することができる。すなわち、ライセンシーがライセンス契約上の地位を「登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えている場合」には破産法53条が適用されない。しかし、問題は、著作権ライセンス契約についてそのような第三者対抗要件は現行法上、存在しないということである<sup>23</sup>。

<sup>23</sup> しかも、平成16年の破産法改正前には、現56条に相当する条文は存在せず、そのため学説上は賃貸借契約には旧59条は適用されないとの説が有力であった。賃貸借契約とライセンス契約をパラレルに考えると、この有力説の下ではライセンス契約の解除が否定されるので、この有力説と比較すると、法改正によりライセンシーの保護は後退したことになる。松田・前掲注(3)「米国倒産法アプローチを踏まえ

したがって、56条による解除阻止をするためには、著作権ライセンス契約についても、このような対抗要件を創設する必要がある。

#### (c) 破産法53条の制約②：最高裁平成12年判決

破産法53条には、もう1つ内在的制約が存在する。破産法改正以前の判例であるが、最判平成12年2月29日(民集54巻2号55頁)は「契約を解除することによって相手方に著しく不公平な状況が生じるような場合には、破産管財人は本条〔旧59条、現53条〕1項に基づく解除権を行使することはできない」としており、調査官解説によるとこの法理は「権利濫用や信義則等の一般法理ではなく、破産法59条1項〔現53条1項〕の立法趣旨(契約当事者双方の公平を図りつつ、破産手続の迅速な終結を図ること)から導き、規定に内在するもの」<sup>24</sup>とされる。また、改正破産法の立法担当官の解説によれば、同判決は「第53条に固有の解除権の制約の法理」の一例であるとされ、改正後も維持されている<sup>25</sup>。したがって、契約を解除することによってライセンシーに著しく不公平な状況が生じるような場合には、この法理によるライセンシー保護がありうる<sup>26</sup>。

しかし、ライセンシーとしては、当該事案にこの法理の適用があることを前提にして行動することにはリスクが伴うといわざるを得ず、この法理は最後のセイフティネットとして機能すべきものといえよう。

#### (2) 破産管財人が解除しなかった場合

##### (a) 換価のための譲渡

仮に、破産管財人が53条に基づく解除を選択しなかったり、上で述べたような方法で同条の適用を阻止できたとしても、管財人が第三者に著作権を譲渡することは阻止できない。管財人としても破産財団を増すために換

たライセンス契約の保護策の検討」92頁は、新破産法が「寝た子を起す」ことを懸念する。

<sup>24</sup> 尾島明・曹時55巻4号997頁。

<sup>25</sup> 小川秀樹ほか「新破産法の解説(3)」NBL790号19頁(2004)24頁。

<sup>26</sup> 金子宏直「ライセンサー倒産における破産管財人による解除権制限」知的財産研究所・前掲注(1)159頁はこの方向をさぐる文献である。なお、国谷史朗「倒産とライセンス契約の保護—双務契約解除の基準」北川善太郎『知的財産法制』(東京布井出版、1996年)290頁以下も、事案ごとの個別処理を志向する。

価のための譲渡をすることは十分に考えられ、そうなれば上記1で検討した「譲渡時」と同じ問題状況が生じる。つまり、第三者対抗要件を備えないライセンス契約は、譲受人に対抗できない(ただし、エンドユーザー・ライセンスにおいて使用・複製が著作権侵害にならない場合がある)。

### (b) 破産管財人の「第三者」性

また、換価のための譲渡がなされなかったとしても、そもそも破産管財人に対して、ライセンシーがライセンス契約上の地位を対抗できないことにもなりそうである。破産宣告前に破産者が行った法律行為について、物権変動等の第三者対抗要件が問題となる場面では、差押債権者と同じ地位にある管財人も「第三者」だと解されているからである<sup>27</sup>。

破産管財人が換価もせず、収入源であるライセンシーに対して単純に禁止権を行使することは考えにくい、第三者性をレバレッジとして、財団に有利な契約条件をライセンシーに迫ることが考えられる。

ライセンシーがこれを避けるためには、第三者たる破産管財人に対する対抗要件を備える必要がある。

### (3) まとめ

このように、現行法の下では、著作権ライセンス契約の対抗要件制度が存在しないため、ライセンシーは破産法53条に基づく解除を防ぎえず(56条)、また、管財人が解除しなかったとしても、ライセンシーは管財人に対しても、譲受人に対しても対抗できないことになる。ライセンシーを保護すべく、何らかの方策が必要とされるゆえである。

## 3. 小活

①「譲渡時」の問題、および、「倒産時」に破産管財人が解除権を行使しない場合の問題は、著作権ライセンス契約の「対抗要件」を設けることにより解決される。他方、②「倒産時」に破産管財人が解除を選択しようとする場合の問題は、破産法56条の適用を受けるための「対抗要件」を設けることにより解決される。

このように、ライセンシーの契約上の地位を保護すべきだという政策判断に立脚すると、結局、問題は、ライセンシーの地位の第三者対抗力をい

かに確保するかという1点に帰着する。(もちろん、①と②の両方が「対抗要件」の設定により解決されるのは、たまたま破産法56条がそのような規定になっているから——対抗要件を流用しているから——であり、本来的には①②は別の問題である。)

## III 法政策的検討

### 1. はじめに

IIでみた現行法の問題状況からは、ライセンシーにとって不利益が生じることを確認した。IIIでは、対抗要件制度を設けてライセンシーの地位の保護を図るべきか、また、図るべきだとしてライセンシー以外の利害関係人(著作権譲渡契約の当事者・破産管財人ひいては他の破産債権者)との利益調整をいかに図るべきか、という法政策目標を設定するための検討を行う。

なお、現行法の下でのライセンシーの不利益についてはIIで述べたとおりであり、以下では、ライセンシーの地位を保護することによって生じる弊害からみていくことにする。

### 2. ライセンシーの地位を保護した場合に生ずる弊害

#### (1) 著作権譲渡契約にかかわる不利益

##### (a) 譲受人に生ずる不利益

###### (a-1) 独占的ライセンスの対抗の場合

著作権の譲受人は、対抗力を有するライセンシーが存在する場合、想定していた事業展開をはじめとする著作権の利用に支障が生じる可能性がある。特に、独占的ライセンスの対抗を受ける場合には、譲受人が自ら著作権の経済的利用をすることができなくなるから、事態は深刻である。

###### (a-2) 非独占的ライセンスの対抗の場合

これに対して、非独占的ライセンスであれば、その対抗を受けたとしても譲受人が別のライセンシーと重疊的にライセンス契約を締結することは妨げられず(これが有体物取引と最も異なる点である)、不利益は緩和される。現行法の下でも、ソフトウェアのエンドユーザーに対して禁止権は及ばないこともあるが(本稿II1(2)(b)参照)、これも重疊的にライセ

<sup>27</sup> 伊藤真『破産法〔第4版〕』(有斐閣、2005年)236頁。

ンス契約を締結できるから譲受人の不利益は大きくない。しかも、著作権譲渡前からのライセンシーもライセンス料は譲受人に支払うことになるから(賃貸借において目的物が譲渡された場合の類推)<sup>28</sup>、そのライセンス契約の機会を失ったことにもならない。

しかし、それでも不利益が全く生じないわけではない。事業用ライセンスの場合、著作権譲渡前からのライセンシーの商品と、譲受人または譲受人からライセンスを受けたライセンシーの商品は市場で競合することがありうる。①ソフトウェアについてライセンス供与を受けたライセンシーが、そのプログラムを自社製ソフトに組み込んでいる場合には、直接に市場で競合することは少ないだろうが、自社ブランドで販売(ライセンス)している場合、②音楽のCD化のためのライセンス、③小説の映画化のライセンス、④小説の(出版権を設定しない)出版のライセンスなどの場合、重畳的なライセンスだと直接的に競合することになってしまう。

#### (b) 譲渡人に生ずる不利益

譲受人がライセンシーの対抗を受ける可能性があるとする、著作権譲渡にはリスクが付きまとうことになり、著作権の経済的価値(交換価値)が不安要素によって必要以上に低下する可能性がある。このことは、著作権の流通阻害、および、著作権の流動化阻害(資金調達困難化)という産業政策(知財立国政策)の観点からする問題点が生ずることを意味する。また、倒産手続において管財人が換価のために著作権を譲渡することが困難となるという問題点も生じる。

#### (c) 著作権譲渡契約の対価調整による対応可能性

もともと、(a)の不利益が生じることが予め分かっていたら、著作権譲渡契約の対価を調整(安くする)ことによって、譲受人は保護され、譲渡人も不必要な価値低下(b)から保護される。そして、そのことを可能にするためには、著作権譲渡契約時において、譲受人が対抗力あるライセンシーの存在を認識していることが条件となる。換言すれば、予想外のライセンシーから対抗される可能性さえ排除できれば、譲受人にとって不利益はない。

<sup>28</sup> 注(52)とその本文参照。

## (2) 倒産法秩序における問題

### (a) 破産管財人にとっての不利益

倒産手続において破産管財人が著作権を換価のために譲渡する場合の不利益については、(1)(b)で述べた通りである(そしてそれへの対応は(1)(c)で述べたとおり)。また、破産法53条に基づく解除が同56条によって阻止されるとしても、破産財団はライセンス料収入を得ることができるのであり不利益があるとは考えにくい。強いていえば、破産管財人が破産法53条の解除をレバレッジとしてより有利な条件でライセンス契約を締結しなおすことができなくなるくらいであろうか。

### (b) 破産債権者にとっての不利益

ライセンシーが破産財団に対して対抗力を有することは、他の破産債権者よりもライセンシーが優遇されることを意味する。これは、一見すると他の破産債権者にとって不利益であるようにも思われる。

しかし、ライセンシーが有する破産債権は、金銭債権ではなく、ライセンシーに対して禁止権を行使しないことを求める不作為債権にすぎない。これによって破産財団が切り崩されて他の破産債権者の配当が減るわけではなく、かえって、破産財団にライセンス料収入を生じさせるメリットがあるとさえいえる。財団にメンテナンス義務等の負担は生じるが、その負担がライセンス料収入を上回ることは少ないであろうし、そのような赤字の取引であったとしても、それを破産債権者に甘受させようとするのが破産法56条の趣旨であろう(たとえば、建物維持費が家賃収入を上回る建物賃貸借契約であっても、対抗力ある賃借人は保護されるのと同じである)。

なお、対抗力を否定したうえでライセンス料を再交渉して値上げすれば、財団の収入は増えるが、破産管財人にその途が閉ざされていることと、ライセンシーを他の破産債権者よりも優遇しているかどうかとは別問題である。

## 3. 利益調整の試み

### (1) 倒産法秩序とライセンシーの利益調整

以上のように、倒産法秩序との関係では、ライセンシーの地位を保護することによって生ずる有意義な不利益は考えにくい。したがって、対抗要

件制度を創設して倒産時にライセンシーを保護すべきである。

## (2) 著作権譲渡契約とライセンシーの利益調整

### (a) 譲受人保護の条件

他方、著作権譲渡契約当事者に生じうる不利益は、著作権譲渡契約における対価調整で対応可能なものである。ここから、次の政策目標が導かれる。

**【条件1】「譲受人の必要最小限の保護として、譲受人にとって予想外の既存ライセンスについて対抗力を否定すること」**

つまり、譲受人が知りまたは知るべきであった既存ライセンスに対抗力を認めることであり、公示制度（登録など）、悪意者への対抗を認める制度などを対抗要件とすることで達成可能な条件である。

もともと、この【条件1】が本当に必要であるかどうかについては疑問もあり、(3)で後述する。

### (b) ライセンシー保護の条件

これに対して、ライセンシーの地位を保護しない場合には、ライセンシーの事業の基盤が失われることから、産業政策・社会政策・契約法秩序上の不利益が生じる。しかし、この不利益は、禁止権の行使さえ免れれば生じないものである。このことから、次の政策目標が導かれる。

**【条件2】「ライセンシーの必要最小限の保護として、差止請求・損害賠償請求を受けなくすること」**

以下、これらの条件について敷衍する。

### (3) 【条件1】（善意の譲受人には対抗できないとする）についての留保

本当に【条件1】が必要であるかどうかは怪しい。次のようにもいえるからである。

①非独占的ライセンスの場合は、たとえ譲受人が既存ライセンスの存在を知らなかったとしても、対抗によって譲受人の著作権利用が阻害されるわけではないから問題は小さいはずであり（しかもライセンス料は、ライセンサーの地位を承継した譲受人に支払われる）、非独占的ライセンスについては譲受人が善意・悪意を問わず、対抗力を認めることも十分に考えられる。

②非永続的ライセンスで期限のある場合は、たとえ譲受人が既存ライセンスの存在を知らなかったとしても、譲受人が対抗を受けるのは残存期間

のみである。また、期間の定めがない非永続的ライセンスなら、譲受人が承継したライセンス契約上の地位に基づいて解約することも可能であろう（ただし、継続的契約の解約を制限する法理の適用はありうる）。

③著作権の譲渡にともなうコスト（ライセンサー＝譲渡人の無資力リスク）を負担すべきなのは誰か——ライセンシーに対抗を認めて譲受人が譲渡人に対して損害賠償請求をすべきなのか、対抗を認めずにライセンシーがライセンサーに対して損害賠償請求をすべきか——という観点から考えると、このコストの発生をコントロールする機会をライセンシーはもたないのであるから、このコストをライセンス契約に内部化するよりも、契約締結時にコストを考慮した対価調整をできる著作権譲渡契約に内部化する方が、適切ではないかと思われる。つまり、対抗を認めただうえで、著作権譲渡契約の債務不履行ないし担保責任（民法566条）の問題として処理すべきように思われる<sup>29</sup>。

④たとえば賃貸借をはじめ、ライセンス契約以外の契約類型について「売買は賃貸借を破る」の原則を制限するにあたり、悪意の目的物譲受人に対する対抗を認めても、その譲受人は目的物譲渡の対価調整で対応できる点ではライセンス契約と同じはずであるのに、法状況はそうになっていない（不動産賃貸借において目的物が譲渡された場合、対抗要件を備えていない賃借権は、譲受人が賃借権の存在を知っていたとしても、当然には譲受人に対して効力を生じない<sup>30</sup>）。なぜライセンス契約についてだけ

<sup>29</sup> 飯島歩「改正倒産法下における特許ライセンス保護と公証制度」知的財産研究所・前掲注(1)190頁の表現を借りれば、譲受人の著作権保護を物権的・事前予防的な保護から、債務不履行等による債権的・事後的保護の方向へと「転舵」するアプローチである。

このアプローチをとれば、譲渡人は譲受人からの責任追及の可能性を考慮して、著作権譲渡契約時にライセンス契約の存在を開示すべきかどうかを決定することになり、これは罰則的任意規定（penalty default）として機能することになる。罰則的任意規定については、吉田邦彦「契約の解釈・補充と任意規定の意義」『契約法・医事法の関係の展開』（有斐閣、2003年〔初出1998年〕）、曾野裕夫「商慣習法と任意法規」ジュリ1155号85頁（1999年）など参照。

<sup>30</sup> 大判大正10年11月10日民録27輯1913頁以来の判例である。譲受人に対して効力を生ずる（つまり、賃貸人の地位が承継される）のは、目的物の売買当事者間でそ

「悪意の第三者」に対する対抗を認めるのかという点が問題となりうる<sup>31</sup>。

#### (4) まとめ

このように考えると、【条件1】は本当に必要ないし適切であるかについては留保が必要である。譲受人に悪意がなくても、非独占的ライセンスや、非永続的ライセンス（ライセンス料が使用回数や期間に関係なく、一律に定まっているライセンス以外のライセンス）であれば、実際上の問題は小さく（上記①②）、ライセンシー保護を優先させることも可能であると思われる。

### IV 法技術的検討

続いて、以上の法政策（【条件1】と【条件2】）を実現するのに適合的な法技術について検討する。従来、特許ライセンスについて提案されている法技術には多様なものがあるが<sup>32</sup>、大別すると、①登録制度を対抗要件とするもの、②契約書を対抗要件とするもの、③ライセンス契約は第三者に対抗できるとするものに分けることができる。本稿は、結果的に③を主張するものであるが、まず①②の可能性の検討からはじめよう。

---

の旨の合意があったときにかぎられる。大判大正4年4月24日民録21輯580頁、最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁など（賃借人の承諾は必要ない）。もっとも、最近の学説には、賃貸人の地位の譲渡についての合意を推定したうえで、譲受人が①当該賃貸借契約の存在を知らなかったこと、または、②その移転に反対の意思が存在したことを立証した場合に推定が覆されるとするものがある。野澤・前掲注(4)327頁。

<sup>31</sup> もっとも、この点については、著作権ライセンスは重疊的な締結が認められる点で賃貸借等とは決定的に異なり、同列に論じることはできないというのが本稿の結論である。「なぜ、ライセンス契約だけ…」という問い自体、的外れであることについては後注(48)とその本文参照。

<sup>32</sup> 飯田聡「知的財産ライセンス契約の保護の在り方とその方策案」知的財産研究所・前掲注(1)267頁以下、石川文夫「知的財産に関するライセンス契約の適切な保護について」知財研フォーラム58号18頁（2004年）など参照。

### 1. 登録制度の可能性について<sup>33</sup>

#### (1) 登録制度の考え方

まず、ライセンス契約上の権利についての登録制度を創設し、登録によって公示されたライセンス契約についてのみ、譲受人からの差止請求・損害賠償請求を禁止する制度が考えられる。これによって、【条件1】と【条件2】の両方を満たすことができる（【条件1】については悪意を擬制することになる）。

#### (2) 登録制度の問題点

しかし、これは制度目的適合性の観点からみて過剰な制度設計であり、また、実効性に疑問があるというべきである。

##### (a) 実効性の欠如

(a-1) この案では、登録制度の運営費用がかかるのに加え、登録費用等の費用が発生する。しかも、登録制度が実際に利用されるかどうかにも疑問がある。特許ライセンスについては登録制度が存在するが、実際には利用されていない。その理由としては、①登録手続の煩雑さと費用の問題、②ライセンス契約の内容が秘匿できないこと、③クロスライセンスのように特許を特定しないライセンスや将来特許のライセンスが行われていること、④ライセンサーに登録に協力する義務がないこと、などがしばしば挙げられる<sup>34</sup>。特に①と④については、同様のことが著作権ライセンスについても生じることが予想される。

ちなみに、プログラム著作物の創作年月日登録（著作権法76条の2）は、利用度が低い<sup>35</sup>、著作権譲渡の登録、出版権の登録もほとんど利用され

---

<sup>33</sup> 特許ライセンスについてであるが、島並・前掲注(8)、田淵智久「第三者対抗要件についての考察」知的財産研究所・前掲注(1)、片山=服部・前掲注(22)などが主張する。

<sup>34</sup> 島並・前掲注(8)213頁以下は、これらは制度設計の問題で改善できるとする。ライセンサーに登録協力義務を与えうるとする点を除けば、首肯できる議論である。

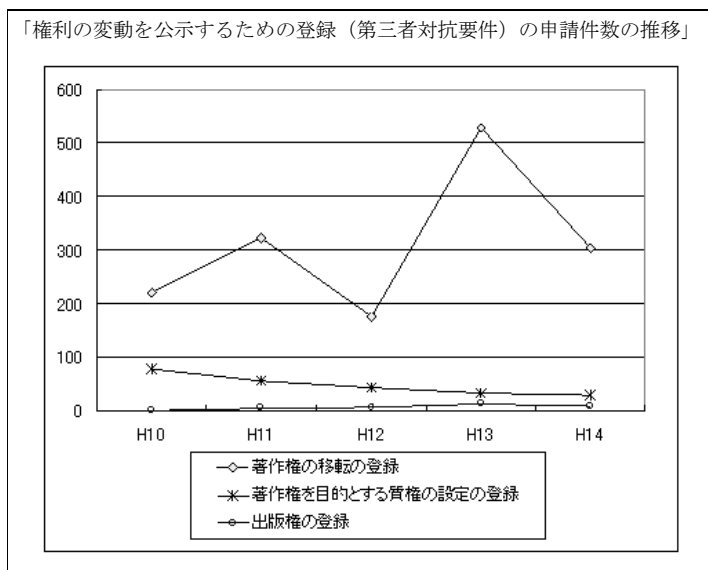
<sup>35</sup> 財団法人ソフトウェア情報センター『コンピューター・ソフトウェアのライセンス契約の保護に関する調査報告書』（2005年3月）74頁〔資料3「プログラム著作物の登録申請状況」〕参照。昭和62年の制度発足以来、大まかにいって年間500件前後で推移している（最多は平成5年の602件、最少は平成16年の285件）。

ていない<sup>36</sup>。

(a-2) また、既存ライセンスへの溯及適用になった場合に、膨大なライセンスについて再点検が必要となり、企業等が対応しきれないという問題点が指摘されている<sup>37</sup>。理論面で本質的な論点ではないが、現実性という点から考えれば看過できない論点である。

(a-3) 実体法上、ライセンサーに登録協力義務を課すことは、たとえば賃貸借契約における賃貸人の登記協力義務が否定されていること——債権たる賃借権は当事者間でのみ効力を有するのが原則で、第三者に対抗できるのは例外だからである——とのバランスでも難しいであろう。もっとも、この点はライセンシーによる単独登録を認めれば回避できる問題である。

<sup>36</sup> 『文化審議会著作権分科会報告書（平成16年1月）』に掲載されている次のデータを参照。( <http://www.mext.go.jp/b\_menu/shingi/bunka/gijiroku/010/04011501/008/013.htm>より)



<sup>37</sup> 松田・前掲注(3)「米国倒産法アプローチを踏まえたライセンス契約の保護策の検討」106頁が強調する。

### (b) 対象となる著作権の特定困難性

また、登録の編製は、特許と違って著作権自体の登録が存在しないため、著作権者を基準とした人的編製主義による必要がありそうである（動産・債権譲渡登記のイメージ）。しかし、著作権者を特定しても、そこからライセンスの対象となっている著作物の同一性を特定することは至難のように思われる。とくにソフトウェアは、頻繁に更新されることが多く、どのバージョンについてライセンスがなされたのかを判断できない場合も多いと思われる。

### (c) 著作権が登録を要しないこととのバランス

最後に、著作権自体が登録なしで保護されるのに、そのライセンス契約について登録を必要とするのはバランスに欠けないかという疑問が生じる。特許のように特許権そのものに登録が必要な場合に、特許ライセンス契約についても登録を求めるのは事情が異なるように思われる。

## 2. 契約書をもって対抗要件とする制度の可能性について

### (1) 概要

多様なバリエーションがあるが、最も簡略なのは、単なる「契約書」の存在をもって対抗要件とするものであり、他方に「確定日附」や「公証制度」などを利用した書面を対抗要件とするもの<sup>38</sup>もある。公示がされないため、【条件1】は満たさないが、【条件2】は満たすことができる制度設計である。

### (2) 問題点

これも目的適合性の観点からみて、ある面で不足があり、別の面で過剰な制度だと思われる。公証によるかどうかは別として、契約書は「公示」の機能を果たさないため、【条件1】を満たさない点で不足がある（ただし、そもそも公示が必要かどうかという点で疑問があることは述べた。公示が必要ないという判断に立てば、この制度の「不足」はない）。他方、

<sup>38</sup> 特許ライセンスについてであるが、飯島歩「特許ライセンスの保護と対抗要件制度のあり方—公証制度の利用によるライセンス保護の試み」L&T21号39頁（2003年）、同・前掲注(29)、竹田稔「特許ライセンス契約の保護と公証制度の活用」知的財産研究所・前掲注(1)175頁など。

公示の機能を果たさない契約書をもって第三者対抗要件とするのは、契約書をもって「対抗要件」というよりも「権利保護要件」として位置づけることを意味する<sup>39</sup>。しかし、これは【条件1】を必要だと考えたとしても無内容（過剰）な制度設計だということがいえる<sup>39a</sup>。

また、登録制度と共通する問題として、契約書から、対象とされている著作物の同一性をどう特定するのかという問題が残る。著作権自体の登録制度がない以上、ライセンスの登録や契約書でライセンス契約に対抗力を付与しようとする場合には、避けがたく生じる問題である（次に3で検討する案ではこの問題は生じない）。

### (3) 事後的紛争処理コストの抑制（公証機能）という観点からの評価

公証制度を利用する案には、別の観点から評価すべき点がある。それは、偽造・変造等の詐欺的な証明を排除し、事後的な紛争処理コストを抑えることができるという点である<sup>40</sup>。

しかし、このために公証を必要なものとする必要まであるのかどうかは疑問である。紛争処理コストを避けたい当事者（ライセンシー）は、自発的に公証を用いることができるからである。このように考えると、いわば、セイフハーバーとしての公証という位置づけになる。

## 3. 目的適合的な制度案

では、いかなる制度が目的適合的な制度といえるであろうか。上述のとおり【条件1】をどの程度重要視するかに応じて、二通りの制度が考えうる。

### (1) 【条件1】を必要だと考えた場合（A案）

#### A案

- ・著作権ライセンス契約は、契約成立後にその著作権につき権利を取得

<sup>39</sup> 「権利保護要件」の考え方については、鎌田薫「ライセンス契約の対抗と公示」知的財産研究所・前掲注(1)241頁、とくに254頁以下参照。

<sup>39a</sup> 契約書の存在ではなく、ライセンシーによる実際の使用（事業化）を対抗要件とする案もあるが、これに対しても同様の批判があてはまる。前注(4)および飯田・前掲注(32)297～298頁参照。

<sup>40</sup> 飯島・前掲注(29)および(38)参照。

した者が悪意〔善意有過失〕であるときは、その者に対しても効力を生ずることとする。

- ・悪意〔善意有過失〕は推定する。（例、「ただし、その者が当該契約について善意〔無過失〕の場合はこの限りにあらず」）
- ・契約が書面によってなされることは必要ないこととする。

これは、第三者が「契約の存在について悪意〔善意有過失〕であること」を対抗要件とする案である<sup>41</sup>。これによって、第三者が不測の損害を被ることはなくなり、第三者への不利益は回避できる（【条件1】の充足）。契約書も不要だとする考え方である（ただし、セイフハーバーとしての契約書は当事者が自分の判断で用いることは、もちろん可能である）。

立法によって行う場合、特許の実施権の対抗要件については特許法に規定されていることを考えれば著作権法に規定をおくか、新規立法を行うことになる<sup>42</sup>。

<sup>41</sup> 栗田隆「著作権の譲渡と債権的利用許諾——比較法的視点から——」知的財産権研究班『知的財産の法的保護（関西大学法学研究所研究叢書第15冊）』（関西大学法学研究所、1997年）は、解釈論として同旨の考え方を提示する。

<sup>42</sup> 著作権法に新たな権利制限規定を新設して、「著作権の譲受人は譲渡契約締結時に存在するライセンス契約のライセンシーに対して著作権を行使できない。ただし、譲受人がライセンス契約について善意〔無過失〕の場合はこの限りでない」とする案も考えられる（宮下・前掲注(11)の示唆するところである）。山本研・前掲注(9)127頁、152頁は、譲渡時の法定実施権を提案し、結果的に同様のライセンシー保護をめざす。これは【条件2】を満たす。しかし、このような考え方に対しては、物権的効果を有する著作権の制限が、著作権者となる譲受人の善意・悪意によって左右されることに対して批判がありえる。著作権法47条の2但書・113条2項も、善意・悪意による区別をするが、それは「ライセンシー」の善意・悪意に着目しており、当該ライセンシーの要保護性に応じた区別である。これに対して、著作権制限規定の適用を「著作権者」の主観的認識に左右させると、要保護性とは無関係なところで著作権の内容が決まってしまう。

また、著作権制限規定によった場合、著作権譲渡時の問題はクリアできるが、倒産時において破産法53条による解除を阻止できるかどうかにつき、若干の疑義が残る。著作権制限規定が、破産法56条にいう「対抗要件」（正確には、「第三者に対抗することができる要件」）に該当するかどうか明らかでないからである。しかし、

## (2) 【条件1】を不要だと考えた場合 (B案)

【条件1】を外すことが認められるならば、次のような制度が考えられる。

### B案

著作権ライセンス契約は、契約成立後にその著作権につき権利を取得した者に対しても効力を生じることとする。

契約書が不要であるばかりでなく、譲受人の悪意〔善意有過失〕も要件としない案である<sup>43</sup>。この考え方のポイントは、譲受人に生ずる不利益は、著作権譲渡契約の枠内で処理させるというものである。保護を要する善意の譲受人は、譲渡人の債務不履行責任ないし担保責任(民法559条、566条)で対価調整を図ることになる。<sup>44</sup>

## (3) 破産法56条との整合性

ところで、A案・B案のように、登録や契約書などの対抗要件を備えなくてもライセンス契約が譲受人に対して「効力を生ずる」とすることが、破産法56条の文言(「登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えている場合」)に反しないかどうかが問題となりうる。「効力を生ずる」というのは、ライセンシーの権利が本来は契約当事者間でしか効力を生じない債権的なものであることを反映した表現である。同様に債権である賃借権の対抗要件について定める民法605条にもみられる法律構成

---

この点に関する本稿の考え方は後述(本文IV.2.(3))するとおりであり、著作権法が権利制限規定によって著作権ライセンス契約を第三者に対抗できる(効力が生ずる)と定めるのであれば、それは破産法56条の適用を受けると考える。

<sup>43</sup> 特許ライセンスについての立法論の方向性として類似するのは、山本崇晶「ライセンサー倒産時等のライセンシーの地位の保護」知的財産研究所・前掲注(1)65頁、松田・前掲注(3)「米国倒産法アプローチを踏まえたライセンス契約の保護策の検討」知的財産研究所・前掲注(1)91頁、中田・前掲注(1)20頁、22頁。

<sup>44</sup> 著作権法に権利制限規定を新設して、「著作権譲受人は譲渡契約締結時に存在するライセンス契約のライセンシーに対して著作権を行使できない」とすることも考えうるが、その問題点については注(42)参照。

であり、この点は問題ではない<sup>45</sup>。

また、破産法が「権利保護要件」として対抗要件具備を要するとしているときに、つまり、権利の保護を受けようとするものはそれなりの汗をかかなければならないと考えているときに、特段の汗をかかなくてもライセンシーの地位は保護されるという制度設計をすることが、破産法56条と整合するだろうかという点が問題となりうる。しかし、同条は、対抗要件のあり方については平時実体法における対抗要件を借用する構造をもっているものであり、同条から対抗要件のあり方についての制約が導かれることはないというべきであろう。

## (4) 既存法体系との連続と不連続

A案であれB案であれ、ライセンス契約の公示なしで第三者対抗力を認めることになり、既存法体系と整合しないとの批判があるかもしれない。しかし、公示のともなわない対抗要件や、公示をともなわずに第三者に対抗できる権利は、既存法体系にも存在する<sup>46</sup>。そのような対抗要件としては、たとえば動産物権変動や建物賃借権についての「引渡」は占有改定でもかまわないので公示がなされない<sup>47</sup>。また、公示をともなわずに第三者に対抗できる権利としては、A案と同様に、契約ないし約定の存在だけで、「悪意の第三者に対抗できる」債権的権利として、債権の譲渡禁止特約(民法466条2項)、相殺予約(しかも、判例は銀行取引における期限の利益喪失約款は周知の事実とする)などがある。また、B案と同様に、「第三者の善意悪意を問わずに対抗力を認める」権利も存在する。「先取特権」の多くには公示手段がなく(例、民法306条)、先取特権の存在は一般債権者にとっては不意打ちになる。それにもかかわらず、それらは一定の政策的判断に基づいて正当化されるのであり、ライセンシー保護についても同様の政策的判断が求められているのだといえる。このようにみると、既存法体系と整合しないという批判は、必ずしもあたっていないといえる。

しかし、ここでは、そもそも既存法体系との整合性を確保する必要があるのであるのかどうかという視点の方がより重要であると思われる。つまり、物権

---

<sup>45</sup> 鎌田・前掲注(39)244頁以下参照。

<sup>46</sup> より一般的には、鎌田・前掲注(39)参照。

<sup>47</sup> もっとも、この場合には即時取得(民法192条)による善意者保護制度が伴う。

変動であれ債権譲渡であれ、従来の第三者対抗要件は、対象となっている権利が排他性・希少性を有するものであり、対抗関係とはまさしく「喰うか喰われるか」のゼロサム・ゲームである。ところが、著作権ライセンスにおいては、その前提が成り立たない。非独占的ライセンス契約は重畳的に締結することができるのであり、あるライセンス契約の対抗が認められたからといって、譲受人がその著作物を利用できなくなるわけではないのである。著作権ライセンスにおけるライセンシーの地位の対抗要件のあり方を検討するにあたっては、この点が決定的に重要であると思われ、いたずらに既存法体系との整合性に拘泥するのではなく、既存法体系の射程の及ばない問題として事態適合的な法制度を設計することが求められているのである<sup>48</sup>。

#### (5) 比較法的ノート

なお、本稿では比較法的考察は行っていないが、A案・B案のような制度は諸外国には存在することを、既存の調査・研究に依拠して注記して、本稿の提案が決して突拍子のないものではないことの傍証としておきたい。

たとえば、ドイツ法においては、B案のように、著作権法33条によりライセンス契約はその存在のみによって第三者に対抗できるとされ<sup>49</sup>、また、イングランド法においては、A案のように、第三者が現実のまたは擬制的な認識を有していたことをライセンシーが証明できれば、対抗力を認められる<sup>50</sup>。

なお、アメリカ法においては、独占的な著作権ライセンスは、米国著作権局への登録が対抗要件となるが(17 U.S.C. 205(d))、非独占的なものは

書面化されていれば、第三者対抗力が認められる(17 U.S.C. 205(e))<sup>51</sup>。非独占的ライセンスについて「契約書」が要求されている趣旨は、もともと詐欺防止法等によって契約書に一定の重みを持たせてきたアメリカの法伝統を抜きにしては評価できないように思われるので、その点を割り引いて評価すれば、アメリカ法はB案に近い考え方をとっていることになる(少なくとも公示は要求されていない)。

## V 残された問題—「第三者に対して効力を生ずる」ことの意味

以上のように、本稿は、著作権ライセンス契約に特に積極的な対抗要件付与を求めることなく、第三者対抗力を認めるべきこと(B案)、少なくとも悪意(善意有過失)の第三者に対する対抗力を認めるべきこと(A案)を論じ、その方向での立法的対応の必要性を主張するものである。

最後に、「第三者に対抗することができる」または「第三者に対して効力を生ずる」ということの意味について、残された問題として2つの点を指摘して稿を閉じたい。

### 1. ライセンサーの付随的給付義務の扱い

賃貸借契約において目的物が譲渡された場合に、賃借人が新所有者に対抗できるということの意味は、旧所有者と賃借人の間に存在した賃貸借関係が法律上当然に新所有者と賃借人の間に移転し、旧所有者は、その関係から離脱するということである<sup>52</sup>。

これをライセンス契約にあてはめた場合、旧著作権者(譲渡人)とライセンシーの間に存在したライセンス契約が法律上当然に新著作権者(譲受人)とライセンシーの間に移転し、旧著作権者は、その関係から離脱する

<sup>48</sup> 同旨、田村・前掲注(15)481頁注(1)。

<sup>49</sup> 栗田・前掲注(41)220-223頁、情報処理振興事業協会『第三者対抗要件に関する調査研究報告書』(2001年)96-97頁<<http://www.ipa.go.jp/archive/NBP/13nendo/e-commerce/3rdPartyLicense-report.pdf>>、駒田泰士「ドイツ著作権法におけるライセンシーの保護」財団法人ソフトウェア情報センター『コンピューター・ソフトウェアのライセンス契約の保護に関する調査報告書』(2005年3月)37頁以下参照。

<sup>50</sup> 情報処理振興事業協会・前掲注(49)77-78頁参照。

<sup>51</sup> 栗田・前掲注(42)223-225頁、情報処理振興事業協会・前掲注(49)55-56頁参照。

<sup>52</sup> 大判大正10年5月30日民録27輯1013頁。目的物の譲渡にともなって契約上の地位も移転する例は他にもある。賃貸目的物が譲渡された場合の敷金契約(大判昭和2年2月22日民集6巻12号726頁など)、保険の目的物が譲渡された場合の保険契約(商法650条)、営業譲渡にともなう雇用契約の承継など。これらについては、野澤・前掲注(4)301頁以下参照。

ということになる。

新著作権者(譲受人)が、ライセンシーに禁止権を行使できないこと(【条件2】に相当する)、および、ライセンシーがライセンス料を新著作権者に対して支払うべきこと(禁止権不行使の対価は禁止権を有する新著作権者に帰属すべき)という意味で、ライセンス契約——少なくともその主たる給付義務——は新著作権者とライセンシーとの間に移転しているといっ

てよい。

しかし、ソフトウェア・ライセンスの場合、ライセンサーのメンテナンスやサポートに関するライセンサーの付随的給付義務も、当然に新著作権者に移転するとすべきではないであろう。たしかに、賃貸借契約において目的物が譲渡された場合、新所有者は修繕義務(民法606条)等も負うことになるが、この賃貸人の義務は、人的要素が希薄化し、第三者による代替的な履行も可能なものである<sup>53</sup>。これに対して、メンテナンスやサポートの義務内容は複雑で、第三者に代わりにさせることのできるような性質のものではないことを考慮すれば、譲受人に付随的給付義務まで引き受けさせるのは酷だと思われる。

この問題に対処するには2つの方向性があるように思われる。第1は、譲渡人も契約関係から完全に離脱するのではなく、併存的に責任を負うと考える方向である(不動産賃貸借に関する学説には、元の賃貸人に責任が残存することを主張するものがある)<sup>54</sup>。この場合、ライセンシーは譲受人にライセンス料を支払うことになるが、それを譲渡人と譲受人の間でどう分配するかは、譲渡契約の解釈問題ということになる。

第2の方向性は、譲受人は契約関係から離脱するが、第三者に対して効力を生ずるライセンス契約の内容は典型的なものにとどめる方向である。

<sup>53</sup> 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁も、「賃貸人の義務は賃貸人が何びとであるかによって履行方法が特に異なるわけのものではな [い]」ことを根拠に、賃貸人の地位の譲渡に賃借人の承諾は不要であるとする。

<sup>54</sup> 広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』(有斐閣、1994年)158頁)など。また、契約上の地位の譲渡(契約引受・契約加入)一般の議論として、債権者の同意を不要とすることとのバランスから債務の併存(契約加入)を主張するものとして、西村信雄編『注釈民法(11)』(有斐閣、1965年)430頁以下〔椿寿夫〕。

これは「ライセンス契約」の外延をどう画定するかの問題であり、とくに公示もなく第三者対抗力を認める以上、効力を生ずる内容がライセンス契約当事者の自由に完全にゆだねられるとするわけにはいかないであろう。ライセンシーのライセンス料支払義務とライセンサーの禁止権不行使義務のみが対価関係に立ち、ライセンサーの付随義務はオプションなもの(平たくいえば「別料金」)であるといえれば、移転するのは典型的なライセンス契約の内容のみ——具体的にはライセンサーの禁止権不行使義務とライセンシーのライセンス料支払義務——であるといやすい。しかし、メンテナンス義務も典型的なライセンス契約内容でないといいきれるかどうかは慎重に検討する必要がある。また、ライセンス料とメンテナンスサービス料が明確に切り分けられていない場合、その額を定めるための「裁定制度」も要検討事項ということになるであろう。

## 2. 独占的ライセンスの「対抗」

独占的ライセンス契約の場合、ライセンシーとしては当該著作物を独占的に使用できる契約上の地位を有している。この場合、譲受人に禁止権不行使義務が移転するだけでは(つまり【条件2】が満たされるだけでは)、譲受人が重疊的にライセンス契約を締結することを止められないから、ライセンシーの契約上の権利は十分に保護されない。他方、譲受人としては、独占的ライセンス契約を尊重し、ライセンシーに独占的地位を与えなければならないというのでは、その著作権について期待していた経済的利用ができないことになる。

A案により、独占的ライセンス契約を対抗できるのを「悪意〔善意・有過失〕の譲受人」に限れば、これは著作権譲渡契約における対価設定において調整すべき問題だといえる。これに対して、B案によると、対価調整の余地のなかった善意の譲受人にまで、ライセンシーが独占的地位を対抗できることになるが、そのような譲受人は、譲渡人の担保責任を追及することによって事後的な対価調整をすべきだということになりそうである。

しかし、もう一步踏み出して、そもそも「独占性」「排他性」までは対抗できないとできないか、検討の余地がありそうである。これは、新著作権者とライセンシーに移転するライセンス契約の内容は何か、「独占性」「排他性」はライセンス契約の典型的部分といえるかどうかという、1と

同様の問題に帰着する問題である。

いずれにせよ、独占的ライセンス契約については、重畳的なライセンス契約の締結が可能であるという、知的財産権ライセンスに特有の性質が欠けているのであり、その性質ゆえにこそ公示なくして対抗力を認めても大きな支障のない非独占的ライセンスと同列に論じることはできないことを確認して、本稿を閉じたい。