

Die Rechtsnatur des einfachen Lizenz und die Abwehrpflicht des Lizenzgebers

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/3834

通常実施権の本質と実施許諾者の侵害排除義務

松井和彦

- 一 問題の所在
- 二 わが国の解釈論の現状
- 三 ドイツにおける理論状況
- 四 若干の考察
- 五 結びに代えて

一 問題の所在

特許権者に無断で特許発明を実施する行為は、特許権侵害となる。この場合、特許権者は特許権に基づいてこの侵害行為の差止を求めることができる。また、実施契約に基づいて専用実施権の設定を受けた実施権者も、実施権侵害を理由に、同様の請求をすることができる（特一〇〇条、一〇二条三項）。

では、通常実施権者はどうかであろうか。通常実施権者については、専用実施権者のように差止請求権を定める明文の規定がない。そこで、解釈論上、通常実施権者は、実施権に基づいて、侵害者に対して侵害行為の差止を請求することができるかどうか問題となる。さらに、かりに通常実施権者に固有の差止請求権が認められないとしても、何らかの別の法律構成によって無承諾実施者を排除することはできないかという問題もある。とりわけ後者に

ついで考察を加えることが、本稿の目的である。

なお、用語法について、本稿では、特許権者がある者に対して通常実施権を付与したところ、第三者が特許権者の承諾なく当該特許発明を実施したという最も単純な事案を念頭に、特許権を有し実施許諾をした者を「特許権者」または「実施許諾者」、通常実施権の設定を受けた者を「通常実施権者」または単に「実施権者」、特許権者の特許発明を無承諾で実施した者を「無承諾実施者」または「特許権侵害者」と呼ぶこととする。

まず、右の問題に関するわが国における従来の議論の到達点を確認しておこう。

二 わが国の解釈論の現状

1 通常実施権者固有の差止請求権

(1) 学説の状況

通説は、通常実施権は債権的権利であって排他性がないため通常実施権者には差止請求権はないと解している。⁽¹⁾ 独占的通常実施権も同様である。

これに対して、差止を認めることによって生ずべき特許権侵害者の犠牲の程度と、被害者（通常実施権者）が差止によって受ける利益などの比較考慮によって決定すべきとの見解もある。これによれば、非独占的通常実施権については、無承諾実施が債権の帰属自体の侵害、債権の目的たる給付の侵害、債務不履行への加担のいずれにもあてはまらないため債権侵害の不法行為は成立せず、したがって非独占的通常実施権者の差止請求権は認められない。これに対して、独占的通常実施権については、実施権者の独占的实施が害されることから給付の侵害が認められるため不法行為が成立し、これに基づき独占的通常実施権者の差止請求権が認められる。⁽²⁾

その他、登録された独占的通常実施権についてのみ差止請求権を肯定する見解もある。⁽³⁾

(2) 裁判例

通常実施権者固有の差止請求権が争われた裁判例は、僅かしかない。

【1】大阪地判昭和五九年二月二〇日無体裁集一六卷三号八〇三頁

〔事案〕

ヘアブラシに関する意匠権者Aから独占的通常実施権の設定を受けたXは、右意匠権の対象たるヘアブラシと同一商品名の類似品を製造販売するYに対して、Yの右行為が意匠権侵害にあると主張し、主位的に独占的通常実施権に基づき、予備的にAの差止・損害賠償請求権の代位行使として、右行為の差止を求めるとともに、被った損害の賠償を求めた。

〔判旨〕

まず、判決は、通常実施権の本質について次のように述べた。

「通常実施権の許諾者は、通常実施権者に対し、当該意匠を業として実施することを容認する義務、すなわち実施権者に対し右実施による差止・損害賠償請求権を行使しないという不作為義務を負うに止まりそれ以上に許諾者は実施権者に対し、他の無承諾実施者の行為を排除し通常実施権者の損害を避止する義務までを当然に負うものではない。」

さらに、本件Xは完全独占的通常実施権者であるが、「完全独占的通常実施権といえども本来通常実施権であり、これに権利者が自己実施及び第三者に対し実施許諾をしない旨の不作為義務を負うという特約が付随するにすぎず、そのほかに右通常実施権の性質が変わるものではない」と述べた。

これを前提に、①「無権限の第三者が当該意匠を実施した場合若しくは権利者が実施権者との契約上の義務に違反して第三者に実施を許諾した場合にも、実施権者の実施それ自体は何ら妨げられるものではないこと、②「一方のように権利者が第三者にも実施許諾をすることは、実施権者に対する債務不履行とはなるにしても、実施許諾権そのものは権利者に留保されて在り、完全独占的通常実施権の場合にも右実施許諾権が実施権者に移付されるものではないのであるから、実施権者の有する権利が排他性を有することとはできないこと、③「条文の上からも意匠法三七条には差止請求権を行使できる者として、意匠権者又は専用実施権者についてのみ規定していること」を理由に、独占的通常実施権者に固有の差止請求権を否定した。⁽⁴⁾

なお、控訴審である大阪高判昭和六一年六月二〇日無体裁集一八卷二号二一〇頁は、右の第一審判決を支持した。

このように、裁判例も通説と同様、通常実施権固有の差止請求権を否定している。その理由として、右に紹介した三点を挙げているが、このうち、③については形式論にすぎず説得力に乏しい。そこで、残る二つが実質的根拠となるが、これらは異なる次元のものである。すなわち、①は、通常実施権の行使を阻害する客観的状況が存在していないというものであり、権利侵害の不存在をいうものである。他方、②は、通説と同様、通常実施権の法的性質を根拠とするものである。⁽⁵⁾

2 債権者代位による差止請求

(1) 学説の状況

このように、実施権者がみずからの権利として差止を請求することができないとすると、これ以外に、実施権者は何らかの方法で第三者による特許発明の無承諾実施を差し止めることができなかが問題となる。そこで提示されているのが、前掲判決【1】でXが主張した債権者代位権の転用である。すなわち、実施特許者たる特許権者が特許権侵害者に対して有する差止請求権を、実施権者が代位行使するという法律構成である。しかし、この法律構成をとるためには、債権者（実施権者）が債務者（実施特許者）に対して被保全権利を有していることが前提となる。そこで問題は、実施権者は実施特許者に対して、実施特許契約上、特許発明の実施に必要な措置——例えば特許権侵害者の排除——を講じるよう請求する権利を有するか否か、ということになる。これは、学説では、実施権の本質というかたちで議論され、不作為請求権説と作為請求権説とが対立している。

① 不作為請求権説

伝統的見解は、通常実施権は、実施権者が実施特許者に対して、特許発明の実施の差止や損害賠償を請求しないよう求める権利（不作為請求権）にとどまると解している。⁽⁶⁾これを実施特許者の側からいえば、特許発明の実施を認容する義務ということになる。この見解によれば、特許権侵害者が出現したとしても、通常実施権者は実施特許

者に対して、当該侵害者の排除を求めることはできない。

この見解の根拠としては、次の諸点が挙げられている。⁽⁷⁾

第一に、実施許諾者は第三者にさらに通常実施権を許諾することができるので、特許権侵害者が出現した場合に、当該侵害者に対して（明示または黙示に）無償実施権を許諾することが可能であるということが挙げられる。このため、実施許諾者は、特許権侵害者を排除すべき義務を通常実施権者に対して負うものではないという。

第二に、通常実施権者としても、権利の性質上、無償実施権者や特許権侵害者の出現を当然に予想し得るところであり、通常実施権者がこれを防止しようと思うならば、実施契約中に最惠待遇条項や侵害排除義務条項を挿入しておくべきであり、これを挿入しなかつた以上、無償実施権者や特許権侵害者の出現に伴う不利益は、通常実施権者において甘受すべきということがいわれる。

第三に、実施許諾者に侵害排除義務を負担せしめることは、実施許諾者に過大の犠牲を強いる結果となり、契約当事者間の利益均衡の原則に反するということが挙げられる。

第四に、特許権侵害者の出現によって通常実施権は何ら侵害されないということが挙げられる。というのは、特許発明という無体物を権利の対象とする通常実施権においては、かりに特許権が第三者によって侵害されたとしても、これによって通常実施権者が当該特許発明の実施が不能または困難になることはないからである。たしかに、売上高の減少等による不利益が生じる可能性はあるが、これは通常実施権の性質上当然に予定されている事柄である。⁽⁸⁾

不作為請求権説によれば、通常実施権の本来的な内容には、実施許諾者が実施権者のために特許権侵害者を排除すべき義務は含まれないので、原則として、通常実施権者は実施許諾者に対して、特許権侵害者の排除または特許発明の完全な実施を求める権利を有しない。⁽⁹⁾ただし、実施権の登録義務、ノウハウ提供義務、技術指導義務、侵害

排除義務、特許の有効性を争わない義務等が実施契約において明示的に合意されていた場合には、当該合意に基づいて義務が生じることになり、かりに明示的に合意されていなくても、契約解釈によって黙示の合意が認められる場合には、これに基づいて一定の義務が生じることになる。⁽¹⁰⁾

結局、通常実施権者は、原則として実施許諾者に対する被保全権利を有しないことになり、この存在を前提とする債権者代位権の転用は否定されることになる。ただし、実施契約において、実施許諾者が特許権侵害者を排除する義務が定められていた場合や、契約の解釈によってこの義務が導かれる場合には、実施権者はこれに対応する権利を有することになるので、これを被保全権利として、通常実施権者は、民法四二三条に基づき、実施許諾者（特許権者）が特許権侵害者に対して有する侵害排除請求権を代位行使することができる。⁽¹¹⁾つまり、通常実施権の本質と当事者間の特約によって付加された効力とを峻別し、前者については不作為請求権であるとしつつ、後者については、当事者間の合意の問題と位置づけるのである。

② 行為請求権説

これに対して、通常実施権を、特許発明の完全な実施を請求することのできる権利と捉える見解がある。これによれば、通常実施権を不動産賃借権と比較して、賃借人が賃借人に対して借賃支払義務を負い、その対価として賃借人が賃借人に対して不動産の使用収益をなし得るようにする義務を負うのと同様に、実施契約においても、実施権者が実施許諾者に対して実施料を支払う義務を負い、その対価として実施許諾者が実施権者に対し当該特許発明の使用収益をなし得るようにする義務を負うのだという。⁽¹²⁾

そして、不作為請求権説に対しては、次のように批判する。⁽¹³⁾

第一に、かりに通常実施権を単なる不作為請求権と解すれば、通常実施権者の実施行為は権利行為ではなく、特許権者から特許権をもって対抗されないという放任行為にすぎないことになるが、このような解釈は特許法七八条

二項の趣旨に反する。

第二に、不作為請求権説によれば、発明の実施に必要な事項であっても、特約のない限り、実施権者はそれを請求できないことになってしまふという不都合が生じる。例えば、発明の実施に必要な特許書類が不備であっても、特約のない限り、特許権者に対し、なんら必要な補充または教示を請求できない等である。

第三に、不作為請求権説によれば、発明自体に対する担保責任を特許権者が負担することを説明できない。

では、行為請求権説によれば、債権者代位権の転用による通常実施権者の差止請求の問題は、どのように扱われるのだろうか。これには、大きく分けて二通りの考え方がある。

ひとつは、通常実施権の内容に、特許権侵害者が出現した場合にはこれを排除するよう実施許諾者に求める権利（侵害排除請求権）が含まれると解し、これを被保全権利として債権者代位権の転用を肯定する見解である。⁽¹⁴⁾

いまひとつは、非独占的通常実施権と独占的通常実施権とに分け、後者についてのみ侵害排除請求権を肯定して債権者代位権の転用を認める見解である。これによれば、非独占的通常実施権の実施許諾者は第三者に通常実施権を許諾することができ、このことから、特許権侵害者に対してもこれを黙認することにより黙示の無償実施権を付与することもできるので、侵害排除請求権は否定される。これに対して、独占的通常実施権の実施許諾者は、実施権者に対して、特許発明の独占的利用を契約上保証したことになるので、通常実施権者は、独占的利用を実施許諾者に対して請求することができる。そこで、この権利を被保全権利として債権者代位権の転用を認める。⁽¹⁵⁾

(2) 裁判例

裁判例は、実施許諾者たる知的財産権者が侵害者に対して有する侵害の差止請求権を通常実施権者が代位行使することについて、どのような立場をとっているのだろうか。これに関する裁判例を見る前に、この問題に大きな影響を与えている最高裁判決を先に見てみよう。この判決は、通常実施権者が実施許諾者たる特許権者に対して通常

実施権の登録を請求する権利を有するか否かという問題を扱ったもので、この中で、通常実施権の本質について、次のように述べている。

【2】最判昭和四八年四月二〇日民集二七卷三号五八〇頁

〔判旨〕

最高裁は、特許権の「通常実施権の設定を受けた者は……単に特許権者に対し右の実施を容認すべきことを請求する権利を有するにすぎない」から、通常実施権は「排他的性格を有することとはでき」ないとして、実施許諾者の通常実施権登録義務を否定した。¹⁷⁾

このように、最高裁は、通常実施権の本質を不作為請求権と捉える立場を明確にした。そこで、下級審裁判例の中には、実施許諾者たる知的財産権者が侵害者に対して有する差止請求権を通常実施権者が代位行使することができるか否かについても、不作為請求権説を基礎として結論を導くものがある。

【1】大阪地判昭和五九年二月二〇日無体裁集一六卷三号八〇三頁（前掲）

〔判旨〕

「完全独占的通常実施権は第三者の利用によって独占性は妨げられるものの、実施それ自体には何らの支障も生ずることなく当該意匠権を第三者と同時に重疊的に利用できるのであり……代位制度を転用する現実的必要性は乏しく……債権者代位による保全は許されないとすべきである。

更に、完全独占的通常実施権の権利者に対する請求権は、無承諾実施権者の行為の排除等を権利者に求める請求権ではなく、当該意匠の実施を認容すべきことを請求する権利にすぎず……通常実施権者が権利者の有する侵害者に対する妨害排除請求権を代位することによって権利者の実施権者に対する債務の履行が確保される関係にはないのであり、また、本件全証拠によるもA（実施許諾者——筆者注）が無資力であるとは認められないから、結局債権者代位による保全の必要性も欠くといわざるをえない。」

なお、控訴審である大阪高判昭和六一年六月二〇日無体裁集一八卷二二〇頁は、右の第一審判決を支持した。

【3】大阪地判昭和五九年四月二六日無体裁集一六卷一七二頁

〔事案〕

架構材の取付金具に関する実用新案権者Aから非独占的通常実施権の設定を受けたXは、右取付金具を製造販売し、使用し、譲渡または貸渡のため展示していたYに対して、Yの右行為が実用新案権侵害にあたることを主張し、これにより被った損害の賠償を請求するとともに、AのYに対する差止請求権を代位行使して、Yに対して右行為の差止を求めた。

〔判旨〕

本判決も、判決【一】と同様、通常実施権の本質について、実用新案法一九条二項を指摘しつつ「通常実施権の許諾者は、通常実施権者に対し、当該実用新案を業として実施することを容認する義務、すなわち実施権者に対し右実施による差止・損害賠償請求権を行使しないという不作為義務を負うに止まりそれ以上に許諾者は実施権者に対し、他の無承諾実施者の行為を排除し通常実施権者の損害を避ける義務までを当然に負うものではない」と述べ、不作為請求権説に立つことを明らかにした。

そのうえで、買主の売主に対する所有権移転登記請求権を転得者が代位行使することを認めた事例、および賃貸人たる所有権者が有する妨害排除請求権を賃借権が代位行使することを認めた事例と本件とを比較し、これらの事例における権利は、それぞれ不動産の登記請求権、占有を伴う不動産利用権といった重畳的な行使が許されない性質のものであるのに対して、非独占的通常実施権が侵害された場合については、「非独占的通常実施権は重畳的に権利行使が可能である……から、特定債権の保全のため代位権の行使が例外的に許されている右の各場合とは性質を異にし、債権者代位権による保全は許されない」と判示し、保全の必要性という観点から債権者代位を否定した。また、「非独占的通常実施権者の許諾者に対する請求権が当該考案の実施を容認させる不作為請求権の性質を有するものであり、第三者による侵害の存否が許諾者の実施権者に対する債務の履行・不履行に拘りがない……以上、通常実施権者が許諾者の有する侵害者に対する妨害排除請求権を代位行使することによって許諾者の実施権者に対する債務の履行が確保される関係にはない」と述べ、そもそも非独占的通常実施権者には被保全権利が存在しないということも理由として挙げた。

なお、控訴審である大阪高判昭和五九年二月二日無体裁集一六卷三号八四三頁は、右の第一審判決を支持した。

このように、判決【一】【三】は、①無承諾実施者が出現しても実施権者による実施それ自体は妨げられないので、債権者代位権の転用を認めた事案とは異なり債権者代位制度を転用する現実的な必要性が乏しい、②通常実施権者の実施許諾者に対する請求権は、意匠ないし実用新案の実施を容認すべきことを請求する権利にすぎず、無承諾実施者の行為の排除等を実施許諾者に求める請求権ではないので、通常実施権者には被保全権利が存在しない、

という理由を挙げて、債権者代位権の転用を否定している。しかも、判決【1】は完全独占的通常実施権に関する事案であるが、判決は、これによつて実施許諾者は自己実施および第三者に対し実施許諾をしない旨の不作為義務を負うという特約が付随するにすぎないとして、独占的使用の特約が債権者代位権の根拠にならないことを明言している。⁽¹⁸⁾

これに対して、作為請求権説をとる裁判例もある。

【4】大阪地判昭和三九年二月二十六日下民集一五卷一二号三二二頁

〔事案〕

Xは合成繊維の製造方法に関する特許権を有していたところ、Yは他社の技術を導入して同じ合成繊維を製造しようとした。Xはこれを特許権侵害にあたと主張し、Yに対して侵害行為禁止の仮処分を申請した。この訴訟では、Yの行為がXの特許権侵害にあたるか否か、Xの特許権に係る通常実施権者Aが本件訴訟に補助参加できるか否かが争点となった。このうち、本稿と関連する判示は、後者に関する部分である。

〔判旨〕

判決は、通常実施権が債権であり排他性を有しないことを認めつつも、「実施許諾者は、通常実施権者がその特許発明を実施するのを容認する義務（不作為義務）を負うと同時に、さらに、発明の実施を実質的にも完全ならしめる意味で、第三者の違法な特許侵害を差止める義務（作為義務）をも負担するものと解するのが相当である。通常実施権者は専用実施権者とはちがって、自ら侵害に対し差止請求訴訟ができないと解されるため、許諾による通常実施権者に対しては、許諾者は実施許諾契約にもとづく債務として、反対の特約なき限り、右のような第三者の違法な特許侵害に対する排除義務を負担していると解するのが、契約の解釈における信義則に合致するからである」として、Aの補助参加を肯定した。

【5】東京地判昭和四〇年八月三十一日判タ一八五号二〇九頁

〔事案〕

「工作機械の工具支持機及機械の移動部に可変的送りを与えるカム装置の改良」の特許発明について特許権を有するA社から独占的通常実施権を付与されたXは、右特許権の侵害者Yに対して、A社がYに対して有する差止請求権および損害賠償請求権を代位行使した。

〔判旨〕

判決は、特許権の独占的通常実施権者は実施許諾者に対して「本件特許発明を独占排他的、かつ、全面的実施に積極的に協力すべきことを請求する債権を有し、したがって、Xは、右債権を保全するため債務者A社に代位してA社がYに対して有する差止請求権を行使しうると解すべき」と判示した。

【6】東京地判平成一四年一月三二日判時一八一八号一六五頁
〔事案〕

著作物（手作りのオリジナル人形）の著作権者Aから、同人形のライセンスシーに対する許諾付与業務およびライセンスシーからのロイヤリティーの徴収業務を委託されているXは、同人形の複製を製造したY₁およびY₁が製造した人形を販売する目的で購入したY₂に対して、Aの差止請求権を代位行使した。

〔判旨〕

判決は、Xが「オリジナル人形につき著作権者から著作権の独占的な利用許諾を受けている者ではなく、単にライセンスシーに対する許諾付与業務及びライセンスシーからのロイヤリティーの徴収業務を委任されているだけであり、オリジナル人形の著作権を侵害する模倣品等が販売されたとしても、それにより直接自己の営業上の利益を害される関係にあるものではない」として、差止請求権の代位行使を否定した。

ただし、本判決は、傍論ながら、本稿のテーマについて興味深い判示を行っている。すなわち、判決は「著作物の独占的使用許諾を得ている使用権者であれば、特許権における独占的通常実施権者と同様に、当該著作物の模倣品の販売等の侵害行為により直接自己の営業上の利益を害されることから、独占的使用権に基づく自らの利益を守るために、著作権者に代位して侵害者に対して著作権に基づく差止請求権を行使することを認める余地がないとはいえない」と述べ、独占的通常実施権者が差止請求権を代位行使し得ることを示唆した。

判決【4】は、債権者代位による差止請求を認めた事案ではないが、実施契約の合理的解釈により、発明の実施を実質的にも完全ならしめる意味で、実施許諾者が実施権者に対して、特許権侵害者を排除すべき義務を負うという結論を導いた点で注目する。本件は、通常実施権に独占的利用の合意が付随していたか否かが明確でないものの、判決は、非独占的通常実施権をも含める趣旨で、一般論として、実施許諾者が侵害排除義務を負う旨を明言

している。⁽¹⁹⁾このことは、「発明の実施を実質的にも完全ならしめる意味で」との判示からも窺われる。この考えによれば、非独占的通常実施権者であっても、実施許諾者に対して侵害排除請求権を被保全権利として、実施権者が侵害者に対して有する差止請求権を代位行使することができるとの結論が導かれ得る。

また、判決【5】は、独占的通常実施権の事案において、実施許諾者が実施権者に対して、独占排他的かつ全面的実施に積極的に協力すべき義務を負うと解して、これに関する実施権者の請求権を被保全権利と位置づけ、債権者代位による差止請求権の行使を認めた。もともと、本判決が、右の独占的实施に向けた協力義務を、独占的利用の合意を根拠に導いたのか、それとも独占的利用の合意とは無関係に実施契約上の義務として認めたのかは明らかでない。

このように、判決【4】【5】は作為請求権説を前提としているが、両判決ともに、不作為請求権説を採用した最高裁判決である判決【2】が出される以前のものである点には、注意が必要である。下級審において判断が分かっていた通常実施権の本質について、最高裁が判決【2】において見解を統一したとみることもできるからである。

これに対して、判決【6】は、独占的通常実施権者が特許権者の差止請求権を代位行使し得る旨を傍論として述べたにすぎない。しかし、ここで注目すべきは、侵害行為によって独占的通常実施権者が直接自己の営業上の利益を害されるため債権者代位権を行使することで自らの権利を保全する必要があるということを実質的根拠として挙げていることである。この点について、債権者代位権を否定する裁判例は、実施権者に経済的損失が生じることを認めつつも、実施権者みずからも実施できるものであるから実施権者の権利は侵害されていないと解していた。しかし、本判決は、これを独占的使用権に対する侵害と捉え、保全の必要性を認めたのである。さらに、本判決が判決【2】以降のごく最近の時期に出されたという点においても、判決【4】【5】とは異なった意味を有する。

このように、債権者代位による差止請求を認めるか否かについて、判例の立場が確立しているとは言い難い。こ

れは、被保全権利の存否、その背景にある通常実施権の本質、保全の必要性のいずれについても見解が分かれているためである。

3 わが国における解釈論の問題点

前述のとおり、わが国においては、通常実施権は排他性・絶対性を有しない債権であるとの理由から、通常実施権者固有の差止請求権が否定されている。さらに、通説によれば、通常実施権は実施権者が実施許諾者に対して差止請求権の不行使を請求し得る権利であるという不作為請求権説を前提に、特許権侵害者が出現した場合にも、実施権者は実施許諾者に対して被保全債権（侵害排除請求権）を有しないと、債権者代位権の転用も否定している。裁判例は分かれるものの、最高裁は通説と同様、不作為請求権説を採用している。

しかし、このような解釈には、次のような問題点を指摘することができる。

第一に、不作為請求権説は、論理的に、差止請求権が存在することを前提としている。なぜなら、差止請求権を行使しないという請求権は、差止請求権それ自身が存在することを前提としなければ成り立たないからである。そうだとすると、実施権者による実施は、本来的には特許権侵害と理解されざるを得ない。通常実施権のこのような理解は、実施契約の当事者の合理的意旨に合致するであろうか。また、特許法七八条二項は、「通常実施権者は：：特許発明の実施をする権利を有する」と規定しており、この文言からは、通常実施権者が適法に特許発明を実施できるということが読み取れるが、不作為請求権説は右規定の解釈に合致するであろうか。

第二に、通常実施権者による差止請求権の代位行使を否定する論拠として、たとえ特許権侵害者が出現しても通常実施権者はなおみずから当該特許発明を実施できるのであるから、債権を保全する必要性に乏しいということが挙げられている。しかし、この考え方は、債権者が債権の目的たる有体物の占有を奪われたために債権を行使することができなくなることをもってはじめて、債権保全の必要性を認めるものであり、債権の目的が有体物であるこ

とを前提としている。この考え方が、占有概念とは馴染まない特許発明のような無体物について妥当するかどうかは、疑問である。

そこで、わが国と類似の議論を展開しているドイツ法の理論状況を概観し、わが国における議論にとつての示唆を得たいと思う。

- (1) 且良弘「差止請求権と権利範囲」中川善之助Ⅱ兼子一監修「特許・商標・著作権」三五四頁（一九七二年）、本間崇「実施権」中川善之助Ⅱ兼子一監修「特許・商標・著作権」四四三頁（一九七二年）、小島庸和「工業所有権と差止請求権」九五頁（一九八六年）、中山信弘「工業所有権法上（第二版増補版）」四四一―四四三頁（二〇〇〇年）（以下、中山・工業所有権法と略す）、高林龍「標準特許法第2版」一七六頁（二〇〇五年）、田村善之「知的財産法第4版」三二六頁（二〇〇六年）。その他、田倉整「判批」知財管理五〇巻四号五四七頁、仙元隆一郎「特許法講義（第四版）」二〇五頁（二〇〇三年）、渋谷達紀「知的財産法講義Ⅰ第2版」三七六頁（二〇〇六年）も結論において同じ。
- (2) 盛岡一夫「通常実施権者の差止請求権」日本工業所有権法学会年報八号七一頁（一九八五年）（以下、盛岡・差止と略す）、同「知的財産法概説第3版」六五頁以下（二〇〇六年）。
- (3) 豊崎光衛「工業所有権法（新版）」一九九頁（一九七五年）、紋谷暢男編「特許法50講（第3版）」一八一頁（一九八八年）〔佐藤義彦執筆〕。
- (4) 本件は上告され、最判昭和六二年一月二〇日は第二審判決を支持して上告を棄却したようであるが、未公表のため詳細については判然としない。土肥一史「判批」発明八四巻八号九四頁参照。
- (5) なお、東京地判昭和三〇年二月二十四日下民集六巻二二号二六九〇頁では独占的通常実施権者による差止請求が認められたが、この判決は、実施権が登録されていた事案に関するものであるから、本稿で検討の対象としていない。登録を了していない通常実施権者と同列に論じることはできない。
- (6) 中山信弘「通常実施権の侵害」故中松潤之助先生追悼論文集「国際工業所有権法の諸問題」四八八頁（一九七六年）（以下、中山・侵害と略す）、中山・工業所有権法四四四頁、同編著「注解特許法【上巻】第三版」八二六頁（二〇〇〇年）（以下、中山・注解と略す）、野口良光「特許実施契約―原増司判事退官記念」工業所有権の基本的課題 下 一〇三三頁（一九七二年）、高林・前掲注（1）一七四頁、仙元・前掲注（1）二〇三頁、兩宮正彦「判批」特許管理三六巻四号四六六頁、田村・前掲注（1）三一五頁。
- (7) 野口・前掲注（6）一〇三九頁以下。

- (8) 行為請求権説が特許法七八条一項を根拠に挙げることに對して、不作為請求権説は、特許権の独占権をある特定の者(実施権者)に對して解除するということは、その者から見れば特許発明の実施をする権利を与えられたのと同義であり、七八条一項は同一のことを裏から述べているに過ぎないとして、このような議論には意味がないと反論する。中山・工業所有権法四四三―四四四頁、同・注解八二七頁。
- (9) 中山・注解八三四頁。
- (10) 中山・侵害四四八頁、同・工業所有権法四四四頁、同・注解八三三頁、高林・前掲注(一)一七八頁。
- (11) 中山・注解八三三頁。土肥・前掲注(4)九八頁。ただし、渋谷・前掲(一)三七六頁以下は、通常実施権者の差止請求・損害賠償請求・債権者代位権の転用ともに消極的な判例の態度を、現行法の解釈としてはやむをえないとしつつも、通常実施権者の利益が不当に害される状態が放置される結果になることを踏まえ、立法論として、①専用実施権の設定登録がしやすいように、不完全独占的通常実施権についても専用実施権の設定登録を認める、②特許権者に対して侵害排除の請求をしたが、特許権者がこれに応じなかったときは、実施権者が自己の名において特許権の行使をすることができるとする制度を設ける等の方策を提示している。
- (12) 染野義信「特許実施契約」松坂佐一ら還暦記念『契約法大系VI』三八一頁(一九六三年)、盛岡・差止六〇頁、豊崎・前掲注(3)三〇九頁、大隅健一郎「特許実施契約およびノウ・ハウ契約について」論叢七八卷三・四号一九五頁、柳原敏夫「判批」法律実務研究三号二〇一頁以下、渋谷・前掲注(一)三三三頁。
- (13) 小島・前掲注(一)九四頁。
- (14) 染野・前掲注(12)三八一頁。
- (15) 小島・前掲注(一)九六頁、盛岡・差止七〇頁、七四頁。ただし、盛岡・差止七四頁は、独占的通常実施権者は固有の差止請求権を有するため保全の必要性に欠けるとして、結論としては債権者代位権を否定する。
- (16) 結論において本間・前掲注(一)四四三頁、田村・前掲注(一)三二六頁以下。
- (17) これに先立つ東京地判昭和三四年九月三日判時二〇五号二三頁、東京地判昭和三六年一月二〇日下民集二二卷一一号二八〇八頁も同旨。
- (18) しかし、この特約により実施許諾者が自己実施および第三者に對し実施許諾をしない旨の不作為義務を負うということは、裏を返せば、通常実施権者は実施許諾者たる知的財産権者に對して、不作為義務の履行請求権として、侵害者を排除するよう請求することができることになる。そうだとすると、少なくとも完全独占的通常実施権者については、債権者代位を認めることができるのではないだろうか。この意味において、判決【一】の論理には矛盾を感じる。
- (19) 実は、本件では、Aは、Xとの実施契約書中に、「実施権者等は、本件特許権の侵害又は侵害のおそれのあることを知ったときは、直ちに特許権者にこれを通知する。特許権者は、実質的侵害を防止するため、必要に応じ、特許権侵害に對する訴訟を提起し、誠意をもってこれを

遂行する」との趣旨の条項があったと主張している。そこで、中山・工業所有権法四四五頁は、本判決が右契約条項を根拠として侵害排除義務を認めたものであって通常実施権の一般論を述べたものとは言えないと評する。

しかし、①判決が右契約条項の存否について明言していないこと、②「許諾者は実施許諾契約にもとづく債務として、反対の特約なき限り（傍点筆者）、右のような第三者の違法な特許侵害に対する排除義務を負担していると解するのが、契約の解釈における信義則に合致する。傍点筆者」との表現から、本判決はむしろ、右契約条項の有無にかかわらず、実施契約の性質上、原則として実施許諾者が侵害排除義務を負うと判示したのだと理解されるべきである。

三 ドイツにおける理論状況

1 専用実施権と単純実施権

ドイツにおいては、特許法一五条二項が実施許諾について規定している。同項は次のとおりである。

「前項の権利（特許権、特許の付与を請求する権利、特許に基づく権利——筆者注）は、本法の適用領域の全部または一部分において、その全部または一部を専用実施権または非専用実施権の客体とすることができる。実施権者が第一文に基づく実施権の制限に違反した場合には、その限りにおいて実施権者に対して特許に基づく権利を行使することができる。」

ドイツにおいても、わが国と同様、当事者の契約によって成立する実施権には、大きく分けて専用実施権（*ausschließliche Lizenz*）と、非専用実施権の二種類がある。後者は通常、単純実施権（*einfache Lizenz*）と呼ばれている。⁽²⁰⁾ いずれも、当事者間の契約によって効力を生じるが、前者は物権的性質を有するのに対して、後者は債権的性質を有するという点に違いがある。⁽²¹⁾ このように、専用実施権は、登録を要件としない点でわが国における専用実施権とは異なるものの、物権的性質（絶対性・排他性）を有する点において共通している。⁽²³⁾ そして、差止請求権の有無などの具体的効力も、この物権的性質から演繹されている。⁽²⁴⁾ このため、排他性を有しないわが国の通常実施

権の効力について検討する本稿にとつては、比較法的検討の対象として適切でない。そこで、ドイツにおける専用実施権については検討の対象から除外し、債権的性質を有する単純実施権のみを検討の対象とする。

2 単純実施権に基づく差止請求権

前述のとおり、単純実施権は、債権的効力を有するにとどまる。すなわち、絶対性・排他性がない。したがって、特許権者は複数人に対して重疊的に単純実施権を付与することができる。本稿との関係で重要なのは、単純実施権の債権的効力ゆえ、実施権者は、無承諾実施者に対して、差止を請求することができないということである。⁽²⁵⁾

その根拠として、次のことが挙げられている。第一に、単純実施権者としては、単純実施権の性質上、当該特許発明を第三者が実施するかもしれないということ⁽²⁶⁾を予期すべきである。第二に、特許権者は、無承諾実施を黙認することを通じて、当該無承諾実施者に対して黙示的に無償の実施権を付与することができるのであるから、単純実施権者はこれに干渉することができない。⁽²⁷⁾第三に、たしかに単純実施権者は特許権者に対して当該特許発明の実施を求める権利を有しているが、対外的に特許法上の「権利者」と認められるような権利を特許権のうえに取得したわけではないので、無承諾実施によって単純実施権は侵害されていない。⁽²⁸⁾第四に、もし通常実施権者に差止請求権を認めた場合、通常実施権者が複数の場合には、無承諾実施者が多数の通常実施権者から差止訴訟を提起されるという危険が生じるといことも指摘されている。⁽²⁹⁾

3 単純実施権の本質

わが国においては、前述のとおり、通常実施権は不作為請求権と解するのが判例・通説である。これに対して、ドイツにおいては、異なった様相を呈している。

(1) 判例・通説の立場

① 積極的権限付与説

ドイツの初期の判例は、実施契約を「差止請求権の放棄」と解し、実施許諾者は、単純実施権者による特許発明の実施を認容し差止請求権を行使しないという消極的な不作為義務を負うにすぎないという立場をとっていた（差止請求権放棄説という）⁽³⁰⁾。しかしその後、専用実施権について特許発明の実施を実現するための積極的行為を請求し得る権利であるとの立場（積極的権限付与説という）をとる判例が現れ、⁽³¹⁾ ついに、帝国裁判所一九三七年八月一日判決は、単純実施権であるか専用実施権であるかを区別することなく、積極的権限付与説をとることを明言した。⁽³²⁾ すなわち、次のとおりである。

「保護権につき単純実施権を認めることに關して、これは、法的判断によれば、保護権から生じる差止権の放棄を被告（単純実施権者——筆者注）に表示しただけに尽きるものではない。むしろ、これは、被告に積極的な実施権限を付与すること、および契約継続中この権利を享受させること、言い換えれば、契約継続中、当該技術理論の実施——保護権者自身による実施が留保される——を可能ならしめることを意味する。それゆえ、この義務は、被告の実施権限を一回限りにおいて形式的に正当ならしめることに尽きるものではない。むしろ原告（実施許諾者——筆者注）は、この一回限りの権限付与行為を現実に実効ならしめるために、契約継続期間全体をつうじて、保護権を維持し、これにより特許権の対象たる技術理論の実施を可能ならしめなければならない。具体的には、この義務は、実施料の支払い、保護権の存続に向けられた侵害の排除、必要となる技術的基礎を被告に交付すること、その他個別具体的な措置を講じることである。」

通説も、右の判例を支持し、単純実施権と専用実施権のいずれについても、積極的権限付与説に立っている。⁽³³⁾ この見解の根拠として、まず挙げられるのは、ドイツ特許法一五條二項の文言である。すなわち、「特許に基づく権利は……実施権の客体とすることができる」という文言は、実施契約が差止請求権の放棄ではなく、特許に基づく積極的な権利を付与することである、という立場を明示しているとみるのである。⁽³⁴⁾

第二に、差止請求権放棄説によると、実施権者による実施を本来的には特許権侵害と性格づけることになるが、これは妥当ではなく、適法行為であるとの理解を基礎とする法律構成をすべきであるということが主張されている。⁽³⁵⁾

第三に、差止請求権放棄説は当事者の合理的意思に合致しないとも言われている。すなわち、実施権の設定を受ける際の当事者の合理的意思は、実施契約によって実施権者は当該特許発明を適法に実施できるようにする、というものである、と。⁽³⁶⁾

第四に、現代における技術革新および産業の分業化という経済構造の側面から、差止請求権放棄説を批判し、実施権を積極的な実施権限と解すべきとの見解が主張されている。⁽³⁷⁾これによれば、差止請求権の放棄という構成は、技術的に完結した発展可能性のない特許発明についてのみなお意義を有する。このような状況は、分業が不可能な経済段階における実施権の原始形態である。ここでは、特許権者自身が単独で権利を行使するのが通常の状態である。しかし、経済が複雑化、国際化した現代においては、ある技術領域において当該発明のさらなる改良——これなくしてはごく短期間で発明が無価値になってしまうこともままある——をせずしては効果的に特許発明を実施することは不可能になっている。ある特許発明を特許権者が単独かつ直接に実施するのではなく、それ以外の関係者とともに実施することが、当該特許発明の価値を最大限に高めることになる。特許発明を改良するためには、特許権者と実施権者との技術面での共同作業が必要である。差止請求権の放棄という実施権の理解のしかたでは、このような特許発明の実施形態を法的に根拠づけることができない、と。

さて、このような理解に基づく実施許諾者の具体的な義務としては、特許発明の実施にとって必要な技術的な指導や指示をする義務、担保責任、単純実施権者のために特許権を維持する義務(例えば、特許権を放棄しない義務、特許料を支払う義務、特許無効訴訟に応訴する義務、守秘義務)⁽³⁸⁾が挙げられる。さらに、未登録の発明が実施契約の客体である場合には特許登録を出願すべき義務、出願されたがまだ登録されていない場合には審査請求をなすべき義務も含まれる。⁽³⁹⁾これらはいずれも、個々の実施契約における当事者意思や契約解釈によって個別に導かれるのではなく、実施権が積極的な権利であるということから当然に導かれると解されている。⁽⁴⁰⁾もつとも、特許発明の実

施にとつて必要な具体的措置が何であるかについては、事案ごとに判断されることになる。⁽⁴¹⁾

②消極的実施権の位置づけ

他方、不作為請求権にとどまる実施権として、消極的実施権 (negative Lizenz) と呼ばれるものがある。通説によれば、消極的実施権は、初期の判例と同様、差止請求権の放棄と位置づけられる。消極的実施権を付与した特許権者は、消極的実施権者に対して、差止請求権を行使しない義務を負うにとどまり、特許発明の使用を積極的に実現させる義務を負わない。⁽⁴²⁾したがって、特許権を放棄しない義務も負わないし、特許権を維持する義務や第三者による特許権侵害を排除すべき義務も負わない。⁽⁴⁴⁾また、担保責任も負わない。⁽⁴⁵⁾このような消極的実施権が用いられるのは、例えば、特許権者が無承諾実施者に対して差止を請求したのに対して無承諾実施者が特許無効訴訟を提起した場合において、この紛争を和解的に解決するために特許権者が無承諾実施者に実施許諾をする代わりに特許無効訴訟を取り下げるといった場合である。⁽⁴⁶⁾

もつとも、このような消極的実施権は、ドイツ特許法一五条二項にいう「実施権 Lizenz」には含まれず、契約自由の原則により認められる合意である。⁽⁴⁷⁾というのは、一五条二項は、実施権を特許発明の積極的な実施権限と定義しているからである。そこで、消極的実施権の付与に関する契約は、同法一三九条の権利 (特許侵害を理由とする差止請求権および損害賠償請求権) をドイツ民法三〇六条 (請求権の訴訟上の放棄) に基づき放棄する旨の契約、すなわち実施許諾者が実施権者に対して差止請求訴訟を提起しない旨の契約と解されている。この法律構成によれば、右契約に基づいてなされる特許発明の実施は、本来的には特許権侵害となるものの、特許権者がこれに基づく権利を訴訟法上放棄したために差止や損害賠償を請求し得ないにすぎないと解することになる。⁽⁴⁸⁾

ある実施権が一五条二項の実施権か、それとも消極的実施権かを定めるための判断要素は、まず第一に、実施権支払義務に関する合意の有無である。無償の実施権 (Gratlizenz, Freilizenz) が合意された場合には、これは消極

の実施権と解されることが多い。⁽⁴⁹⁾ 逆に、実施料の定めがある場合には、通常、当該実施権は単なる消極的実施権とは解されず、積極的実施権限の付与という意味での実施権と解される。⁽⁵⁰⁾ 第二に、実施料支払いに関する権利義務以外に積極的な権利義務が合意されているか否かである。例えば、実施契約において、実施許諾者の担保責任、実施権者の実施義務、実施権者の特許侵害訴訟の提起権限、実施権者による実施権譲渡の権限等が合意されている場合には、当該実施契約に基づく実施権は、一五条二項に基づく実施権と判断される。逆に、これらの積極的な権利義務が何も合意されていない場合には、当該実施契約に基づく実施権は、消極的実施権と解される。⁽⁵¹⁾

このような通説に対して、消極的実施権においても、単なる差止請求権の放棄ではなく、特許発明の実施権限付与という積極的側面が存するとの見解もある。⁽⁵²⁾ クラーサー (Kraiser) によれば、単純実施権であれ消極的実施権であれ、その性質が仮に単なる差止請求権の放棄と解すると、実施権者による特許発明の実施は本質的には特許権侵害と性格づけることとなり、単に当事者間に「不訴求の合意」が存するため特許権者は実施権者に対して差止請求をなし得ないというにすぎないと理解することになるが、このような理解は当事者の意思に合致しないという。⁽⁵³⁾ そうではなく、実施契約に基づく特許発明の実施を適法行為と構成し、消極的実施権も、この意味では単純実施権と同様、特許発明の実施権限付与という積極的側面を有すると解すべきであり、当該特許発明の現実の実施可能性を確保したり特許権の維持を確保したりするものではない点において単純実施権と区別されるという。

(2) 差止請求権放棄説

ドイツにおいても、少数説ながら、単純実施権の基本的性質を「差止請求権の放棄」と捉える見解が存する。

① フェルプの見解

フェルプ (Vulp) は積極的権限付与説に対して、特許権者自身、特許発明の積極的な実施権限を有していないことがあるので、これを実施権者に付与することは必ずしもできないと批判する。⁽⁵⁴⁾ すなわち、ある特許権 A が先行す

る別の特許権Bの上に成り立っている場合には、特許権Aを単独で実施することはできないため、Aの特許権者はそもそも積極的な実施権限を有していないことになり、このような特許権者が実施契約を締結したとしても、実施権者に対して積極的な実施権限を付与することはできない。この場合、実施契約によって実施権者が得たのは、特許発明の実施を可能にするという特許権者の契約上の約束だけである、という。これをフェルプは特許権に基づく差止請求権の一部放棄と位置づける。もともと、差止請求権の放棄以外の権利義務を定めることは、契約自由の原則により当然に認められるが、これらの権利義務は、実施契約の性質から一般に導かれるのではなく、あくまでも当事者間の合意から個別に導かれるという。

② B・バルテンバッハの見解

B・バルテンバッハ (Britta Bartenbach) は、実施権の本質は差止請求権の放棄を内容とする消極的実施権であり、ドイツ特許法一五条二項が規定する実施権には消極的実施権も含まれると主張する。

B・バルテンバッハによれば、ドイツ特許法一五条二項は、実施契約が積極的な実施権限を付与するものであるということ述べているのではなく、特許権者が第三者に対して実施許諾をすることができるという従来の判例・通説を認的に規定しただけである。したがって、消極的実施権もこの中に含まれるはずだ⁽⁵⁵⁾という。また、欧州共同体特許条約四二条一項二項 (旧四三条一項二項)⁽⁵⁶⁾も、E U内における実施許諾取引を確保するために同条約の適用対象となる実施契約の範囲をできるだけ広く捉えようとの理由から差止請求権放棄説を基礎として実施権を規定している⁽⁵⁷⁾という。

さらに、各種産業界に対して行ったアンケート調査に基づき、①単純実施権に係る実施契約それ自体に基づいて実施許諾者が負う義務は契約締結時に存する権利の瑕疵に関する情報提供義務だけであり、この点については消極的実施権と変わらない、②通説が主張するそれ以外の義務 (特許発明の実施に必要な指示等を行う義務、特許権を

維持する義務など）は、実務においては当事者間の合意によって排除または制限されるのが通常である、③実施権者の義務については、実施料支払義務のみであり、金額の差はともかく、義務そのものとしては単純実施権と消極的実施権との間に違いはない、との結果を析出し、このような実施権は消極的実施権とほとんど差がないとの結論を導く。⁽⁵⁹⁾

以上の考察から、B・バルテンバッハは、ドイツ特許法一五条二項にいう実施権には、差止請求権の放棄としての消極的実施権も含まれ、当事者間におけるそれ以外の権利義務は、実施契約の性質からではなく、その旨の当事者間の合意から導かれると結論づける。

(3) リヒテンシュタインの見解

リヒテンシュタイン (Lichtenstein) は、一個の実施契約に含まれる要素を「広義の実施契約 (Lizenzvertrag im weiteren Sinne)」と「狭義の実施契約 (Lizenzvertrag im engeren Sinne)」とに分け、前者を、実施権者による特許発明の実施を適法行為とする旨の合意、後者を、それ以外の当事者間の権利義務、例えば実施料の支払い、契約期間中に必要な指示や情報の提供義務等を生ぜしめる合意と理解する。ただし、広義・狭義の実施契約は、別個の二種類の契約ではなく、広義の実施契約としての性質のみをもった契約と、広義・狭義の両者の性質を併せ持った実施契約があると理解される。このように解したうえで、消極的実施権は「広義の実施契約」に基づく実施権としての性質をもつため、ドイツ特許法一五条二項にいう「実施権 Lizenz」に含まれるという。⁽⁶⁰⁾

この見解は、実施権者による実施が特許権者によって差し止められないという点を実施権の最小限の要素と捉える点において、差止請求権放棄説と共通する。しかし、両者の違いは、次の点にある。すなわち、差止請求権放棄説は実施契約を差止請求権の放棄ないし不行使の合意とみるので、実施権者による実施も本来的には特許権侵害であるとの認識を前提とせざるを得ないのに対して、リヒテンシュタインの見解によれば、実施権者による実施は、

実施許諾者による許諾を根拠として最初から適法行為と解されることになる。この点では、クラーサーの見解とも共通する部分が見られる。

また、リヒテンシュタインは、差止請求権放棄説に対して次のような難点を挙げ、「広義の実施契約」との理論的差異を明確にしている。すなわち、①権利の放棄は通常、受領を要する一方的な意思表示によってなされるのであって、契約によってなされるものではないこと、②放棄は請求権の存在を前提としてなされるものであるところ、実施契約においては、契約締結前の時点では実施権者はまだ当該特許発明を実施していないため差止請求権は生じておらず、このため、この請求権を放棄するという論理には無理があること、である。⁽⁶²⁾

4 実施許諾者の侵害排除義務

判例・通説である積極的権限付与説に立つた場合、実施契約に基づく義務として、特許権者（実施許諾者）は無承諾実施を排除すべき義務（侵害排除義務）を単純実施権者に対して負うのであろうか。

判例・多数説は、これを否定している。⁽⁶³⁾ なぜならば、実施権者以外の者が特許発明を実施することによって実施権者の利益が減少するという事態は、特許権者がみずから当該特許発明を実施したり第三者に対して無償の実施権を付与したりすることによっても生じるのであり、実施権者としてはこれを覚悟のうえで単純実施権の付与を受けただけだからである。⁽⁶⁴⁾ また、単純実施権者のために費用を負担するたり労力を投じたりすることを特許権者に強いるべきではないともいわれる。⁽⁶⁵⁾ したがって、原則として単純実施権者は実施許諾者に対して第三者による無承諾実施を排除するよう求めることはできず、もしこのような権利を保持したのであれば、実施契約においてその旨の合意をすべきことになる。⁽⁶⁶⁾

これに対して、実施許諾者の侵害排除義務を肯定する有力説も存する。⁽⁶⁷⁾ この見解を唱えるシュトゥンプ／グロース（Stump/Gros）は、そもそも実施許諾者が自由に第三者に対して無償の実施権を付与することができるという

理解に異議を唱える。シフトアップ／グロースによれば、賃貸借において、賃貸人は同一建物の別の空間を賃借人の競業者に賃貸することができないという解釈が賃貸借契約の目的から帰結されていることを指摘し、実施許諾の場合も同様に、既存の単純実施権者と競業関係にある第三者に対して無償の実施権を付与することは、信義則に反し許されないという。さらに、たしかに単純実施権者は契約締結の際、後に他の実施権者が出現するかもしれないことを覚悟すべきであるが、第三者による特許権侵害によって単純実施権者が損害を被るかもしれないことまで予測し覚悟すべきとは考えられないという。

また、ラツシュ (Rasch) は、多数説の根拠に対して、たしかに特許権者は他に無償の実施権を付与することができるが、このことは、無承諾実施から単純実施権者を保護せず放置しておいてよいことを意味するものではないと反論する。単純実施権者の競業者が特許発明を無承諾で実施することにより、実施契約に基づく利益を単純実施権者が奪われているにもかかわらず、単純実施権者において契約上の実施料を支払わなければならないとすれば、これは公平に反すると述べ、このような場合、単純実施権者は、相当期間を定めて催告をしたうえで実施契約を解除することができる⁽⁶⁹⁾と主張する。

クラーサーも、無承諾実施者が放置されることよって特許が広く尊重されなくなる事態が招来される場合には、単純実施権者の実施契約上の義務は消滅すべきであるという。さらに、特許権者が無承諾実施者に対して法的措置を講じることが実施許諾を与えることもしない場合には、単純実施権者自らの差止請求権を認めることも考慮すべき⁽⁷⁰⁾という。

5 最惠待遇条項

このように、多数説は実施許諾者の侵害排除義務を否定しているが、実施契約において、実施許諾者が無承諾実施者を排除する義務を合意することは契約自由の原則から当然認められ、この場合には、この合意に基づいて実施

許諾者は侵害排除義務を負う。さらに、このような明示的な合意がなくても、結果的に同様の義務を負うことがあり得る。実施契約中に最惠待遇条項 (Meistbegünstigungsklausel) を設けた場合である。

最惠待遇条項とは、特許実施者がある単純実施権者を同一の特許発明に関する別の単純実施権者よりも不利に扱わない（少なくとも同等に扱う）旨を定めた条項をいう。例えば、「実施許諾者は、実施権者と競業関係にある第三者に対して、今後、本契約の対象たる特許に関する実施許諾を付与する場合において、本契約の実施許諾に係る同一製品を製造、使用、販売、買受の申込および輸入を行うにあたり本契約よりも有利な実施料を合意したときは、実施権者は、従前の実施料の金額をこの有利な実施料に変更する権利を有する」というかたちで表現される。⁽¹⁾

この条項が、なぜ実施許諾者の侵害排除義務の根拠となり得るのだろうか。この点について判示したのが、連邦通常裁判所一九六五年四月二十九日判決である。⁽²⁾ 事案は、次のとおりである。

波板の製法に関する特許を有するXは、Yとの間で、Yに単純実施権を付与する旨の実施契約を締結した。この契約には、最惠待遇条項が規定されていた。これに基づいて、Yは一九六〇年三月分までの実施料をXに支払ったが、それ以降の分については支払いを拒絶した。この法的根拠についてYは、次のように主張した。すなわち、最惠待遇条項によりXは無承諾実施者に対して法的措置を講じる義務をYに負ったにもかかわらず、これを履行せず、第三者による無承諾実施を黙認していたことによりYが当該第三者よりも不利に扱われたからである、と。

連邦通常裁判所は、単純実施権者に最惠待遇を認めた実施許諾者には、契約上の合意がなくても、契約において規定された義務以外に、信義誠実に従って債務関係を履行すべきとの原則 (BGB二四二条) に基づき、無承諾実施者に対して法的措置を講じるべき義務が生じ得ると判示した原審を支持した。

その理由として、判決は、次のように述べた。

「最惠待遇条項は、この条項によって優遇される実施権者が同一の保護権に関する別の実施権者よりも不利に扱われないとい

う目的を有している。実施権者はこの条項でもって、別の実施権者が実施料負担が小さいため製品コストを低く見積り、製品をより安価で市場に提供するというのではない、ということの特に確実にしたと考えている。しかし、第三者が保護権を不正に実施し、この第三者が単純実施権者とは異なり実施料を支払わないために単純実施権者の競争状況が害された場合には、最惠待遇条項の経済上の目的は達成されないことになる。このような場合には通常、最惠待遇条項がある場合には、信義誠実に基づき、有償の単純実施権者の積極的実施権の確保に資する実施許諾者の付随義務として、無承諾実施者に対して法的措置を講じることが肯定される。もちろん、法的には、単純実施権者に独自の訴求可能な付随義務が実施許諾者に課せられるのではなく……最惠待遇条項によって拘束を受ける実施許諾者の防衛責任という意味での「負担」が課せられるのである。実施許諾者がこの「義務」を尽くさず、むしろ第三者の侵害行為を黙認し、法的措置を講じなかった場合には、原審が正当に指摘しているように、実施許諾者の側に実施料支払請求権が存続するのは単純実施権者にとつて認容し得ず、この点で信義誠実に反することになる。無承諾実施者の侵害行為を黙認し続けることは、無償の実施権を付与することに等しい。したがって、最惠待遇を認められた実施許諾者は、信義誠実に従い、最惠待遇を受ける権利に基づき単純実施権者が等しく請求するであろう無償の実施権を与えたのと同じ取扱いをしなければならない。

実施許諾者の上述の意味での「義務」が存するか否かは BGB 二四二条に基づき判断すべき問題であり、これは個々の事案における具体的状況によつて判断される。……許諾者の一般的な「義務」、すなわち真正正銘に無条件に存する義務として、あらゆる無承諾実施者に対しても法的措置を講じるべき義務は、一般的には認められない。このような義務が存するか否か、その内容、この義務違反がどのような効果を生ぜしめるのかは、原審が正当に指摘しているように、常に個々の事案⁽²³⁾に決まる。」

すなわち、実施契約の性質上当然に実施許諾者の侵害排除義務が導かれるわけではないものの、最惠待遇条項が含まれている実施契約の単純実施権者は、無承諾実施者に対して特許権者が何らの法的措置も講じず拱手傍観している場合には、実施料の支払いを拒絶することができる。この結論は、①実施料を支払うことなく特許発明を実施する者を実施許諾者が黙認し、これにより単純実施権者が損害を被っているにもかかわらず、なお実施許諾者が単純実施権者に対して実施料の支払いを請求し得ると解するのは、単純実施権者において認容し得ず信義誠実に反する、②無承諾実施を黙認することは、当該無承諾実施者に対して無償の実施権を付与したことに同視されるため、

最惠待遇条項により、単純実施権者もこれを同等の条件で、すなわち無償で実施権の付与を受けたとの扱いを受けることができる、という二つの根拠によって正当化される。この判例理論は、学説においても支持されている。⁽⁷⁴⁾

このような解釈論の結果、たしかに実施許諾者は、無承諾実施者を排除すべき義務を単純実施権者に対して負うことになる。しかし、このことをもって、最惠待遇条項を合意した場合には実施許諾者は単純実施権者に対して侵害排除義務を負ったと解するのは、正確ではない。なぜなら、この義務は、単純実施権者において強制可能なものではないし、義務違反に対して直接の法的効果を生ぜしめるわけでもないからである。実施許諾者が遵守しない場合には単純実施権者から実施料を請求できなくなるという不利益を生ぜしめるにすぎない。もつとも、このような不利益ゆえに、実施許諾者としては無承諾実施者を排除することを事実上、余儀なくされる。この意味で判決は、最惠待遇条項の右のような効果を「負担Last」と表現したのである。⁽⁷⁵⁾⁽⁷⁶⁾

6 小括

ドイツにおいては、単純実施権は、わが国と同様、債権的性質を有するとの理解を前提に、その本質について、積極的な権限付与なのか、それとも差止請求権の放棄なのかという論争がある。しかし、わが国の判例・多数説とは逆に、ドイツにおいては、特許発明の実施を実現するために必要な行為を実施許諾者に対して請求し得る権利と解するのが判例・通説である。これを実施許諾者からみると、特許発明の実施を実現するために必要な行為をなす義務を負うことになる。この中には、担保責任、特許権を維持する義務、必要な指示や情報提供をする義務などが含まれる。これらの責任ないし義務は、個別の合意によってはじめて認められるのではなく、実施権の性質から当然に導かれる。その根拠についてはさまざまな指摘がなされているが、とりわけ、①差止請求権の放棄と解すると実施権者による実施が本来的には特許権侵害と性格づけられることになってしまう、②当事者の合理的意思に合致しない、という指摘が重要である。

他方、このような単純実施権とは別に、差止請求権を行使しないことまたは右請求権を放棄することを内容とする実施権（消極的実施権）がある。多数説は、このような実施権を契約自由の原則により認めているものの、ドイツ特許法一五條二項にいう「実施権」には含まれない不訴求の合意（ドイツ民法三〇六條）と位置づけている。もつとも、学説においては、一方では、消極的実施権にも、実施権者による実施を適法行為として認めるという意味において積極的な権限付与の側面を有するという見解が、他方では、差止請求権放棄としての消極的実施権こそが実施権の最小限の要素であり一五條二項の「実施権」に含まれると解すべきであるという見解が主張されている。ある実施権が消極的実施権なのか、それとも積極的実施権限としての単純実施権なのかを判断するにあたっては、①実施料支払義務に関する合意の有無、②実施許諾者の義務に関する合意の有無がメルクマールになる。

さて、判例・通説を前提とすると、単純実施権の設定に関する実施契約において特許権侵害者が出現した場合に、実施許諾者が単純実施権者に対して侵害を排除すべき義務（侵害排除義務）を負うのが問題となるが、この点について、判例・多数説はこれを否定している。多数説はその根拠を、実施許諾者は他に実施権を付与することができるので、特許権侵害者を放置することにより黙示的にこの者に実施権を付与することも妨げられないからだと説明している。ただ、例外的に、最惠待遇条項が合意された場合において、実施許諾者が無承諾実施者を放置したときは、信義誠実の原則により、または当該無承諾実施者に対する無償の実施権の付与と同視されることから最惠待遇条項の効果として、単純実施権者は実施料の支払いを免れる。その結果、事実上、実施許諾者は、無承諾実施者を排除することを余儀なくされるというかたちで、侵害排除の負担を負うことになる。

これに対して、実施許諾者の一般的な侵害排除義務を認める有力説も主張されている。これによれば、単純実施権者は特許権侵害者の出現による経済的損失まで覚悟すべきとまでは考えられないし、単純実施権者が特許権侵害者によって損害を被っているにもかかわらず実施料を支払わなければならないのは公平に反するという。

- (20) その他、専用実施権の一種として、単独実施権 (alleinige Lizenz) がある。専用実施権においては、実施許諾者も当該特許発明を実施する上とがべきでないのに対して、単独実施権においては、実施権者のほか、実施許諾者も当該特許発明を実施する権利を確保している。Busse, Patentrecht, 6. Aufl. 2003, §15 Rn. 55 (Keulenschrijver); Stumpf/Groß, Der Lizenzvertrag, 8. Aufl. 2005, Rn. 38.
- (21) Krauer-Möhning, Patentrechtskommentar, Bd I. 3. Aufl. 1971, §9 Rn. 39 (Nirk); Ilzhöfer, Patent-, Marken- und Urheberrecht, 5. Aufl. 2002, Rn. 789, 791; Stumpf/Groß, a. a. O. (Fußn. 20), Rn. 36, 39; Benkart, Patentrecht, 10. Aufl. 2006, §15 Rn. 92, 99 (Ullmann).
- (22) わが国における専用実施権は、登録が効力発生要件であり (特九八条一項一号)、専用実施権を設定する旨の合意のみがあり登録がない場合には、独占的通常実施権を設定したものととして扱われる。中山・工業所有権法四三四頁。
- (23) Vgl. Stumpf/Groß, a. a. O. (Fußn. 20), Rn. 36.
- (24) 専用実施権については、その物権的性質ゆえ、侵害者に対する実施権者固有の差止請求権および損害賠償請求権の双方を肯定するのが判例・通説である。Ilzhöfer, a. a. O. (Fußn. 21), Rn. 791; Stumpf/Groß, a. a. O. (Fußn. 20), Rn. 36; Benkart, a. a. O. (Fußn. 21), §15 Rn. 97 (Ullmann).
- (25) Krauer-Möhning, a. a. O. (Fußn. 21), §9 Rn. 42 (Nirk); K. Bartenbach/Gemmen/Cepl, Patentlizenz- und Know-how-Vertrag, 5. Aufl. 2001, Rn. 74; Ilzhöfer, a. a. O. (Fußn. 21), Rn. 789; Bernhardt/Kraßer, Patentrecht, 5. Aufl. 2004, S. 957; Kühnen/Mourfang/Rudolf-Schäffer/Schulte, Patentrecht, 7. Aufl. 2005, §15 Rn. 42 (Kühnen); Stumpf/Groß, a. a. O. (Fußn. 20), Rn. 388; Benkart, a. a. O. (Fußn. 21), §15 Rn. 101 (Ullmann).
- (26) Stumpf/Groß, a. a. O. (Fußn. 20), Rn. 388; Benkart, a. a. O. (Fußn. 21), §15 Rn. 101 (Ullmann).
- (27) Bernhardt/Kraßer, a. a. O. (Fußn. 25), S. 957.
- (28) Lüdtcke/Fischer, Lizenzverträge, 1957, S. 284 (Lüdtcke).
- (29) Bernhardt/Kraßer, a. a. O. (Fußn. 25), S. 957.
- (30) RG, 17. 12. 1886, RGZ17, 53.
- (31) RG, 16. 1. 1904, RGZ57, 38.
- (32) RG, 18. 8. 1937, RGZ155, 306, 313, 314.
- (33) Terzner, Kommentar zum Patentrecht und zum Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl. 1951, §9 Rn. 39; Lüdtcke/Fischer, a. a. O. (Fußn. 28), S. 358 (Lüdtcke); Kraßer/Schmid, Der Lizenzvertrag über technische Schutzrechte aus der Sicht des deutschen Zivilrechts, GRUR Int. 1982, 328; K. Bartenbach/Gemmen/Cepl, a. a. O. (Fußn. 25), Rn. 80; Ilzhöfer, a. a. O. (Fußn. 21), Rn. 775; Busse, a. a. O. (Fußn. 20), §15 Rn. 48 (Keulenschrijver); Hem-

- (47) Henn, a. a. O. (Fußn. 33), Rn. 55; Busse, a. a. O. (Fußn. 20), §15 Rn. 48 (Keukenschriver); Mes, a. a. O. (Fußn. 33), §15 Rn. 41.
- (48) Henn, a. a. O. (Fußn. 33), Rn. 57 ff. のような性質の実施権は実施許諾者が実施権者自身の人格を重視して付与するものであるから、実施権者自身にのみ帰属する営業ブライゼンスであつて、第三者に譲渡したり再実施契約を結んだりすることはできないといふ。
- (49) Lüdtcke/Fischer, a. a. O. (Fußn. 28), S. 371 (Lüdtcke).
- (50) Lüdtcke/Fischer, a. a. O. (Fußn. 28), S. 358-359 (Lüdtcke).
- (51) Henn, a. a. O. (Fußn. 33), Rn. 56.
- (52) Bernhardt/Kraber, a. a. O. (Fußn. 25), S. 955, 964.
- (53) Rasch, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, 1933, S. 32 の註 11。
- (54) Völp, Weitergeltung der Lizenz bei Veräußerung des Schutzrechts, GRUR1983, 50.
- (55) B. Bartenbach, a. a. O. (Fußn. 33), S. 71, 74.
- (56) 欧州共同体特許条約 (Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt) 四二条一項一項は、次のように規定してゐる。
「(一) 欧州共同体特許権は、当該特許が効力を有する領域の全部または一部にのみ、その全部または一部を実施権の客体とすることができ
る。実施権は、専用、非専用のいずれを設定するものでも得る。」
(二) 前項に基づく実施権の制限に違反した実施権者に対しては、欧州共同体特許に基づく権利を行使することが得る。」
- (57) B. Bartenbach, a. a. O. (Fußn. 33), S. 74.
- (58) D. ハルトンバントンは、消極的実施権の実施許諾者にも担保責任があるとの理解を前提としてゐる。B. Bartenbach, a. a. O. (Fußn. 33), S. 182-183.
- (59) B. Bartenbach, a. a. O. (Fußn. 33), S. 184, 209.
- (60) Lichtenstein, Der Lizenzvertrag im engeren Sinne, NJW1965, 1839ff.
- (61) Lichtenstein, a. a. O. (Fußn. 60), S. 1840.
- (62) Lichtenstein, a. a. O. (Fußn. 60), S. 1840.
- (63) BGH29, 4, 1965, GRUR1965, 591, 595-596; Priezcker, Patengesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz Kommentar, 1929, §6 Rn. 29b; Isay, Patengesetz, 6. Aufl. 1932, §6 Rn. 15; Tezner, a. a. O. (Fußn. 33), §9 Rn. 43; Lüdtcke/Fischer, a. a. O. (Fußn. 28), S. 293 (Lüdtcke); K. Bartenbach/Gemmen /Cepl, a. a. O. (Fußn. 25), Rn. 74, 1386, 1391f.; Busse, a. a. O. (Fußn. 20), §15 Rn. 114 (Keukenschriver); Mes, a. a. O. (Fußn. 33), §15 Rn. 50; Benkarnd, a. a. O. (Fußn. 21), §15 Rn. 152 (Ullmann).
- (64) Nastelski/Neumar/Reiner/Trüstedt, Patengesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl. 1968, §9 Rn. 72 (Reiner); Lüdtcke/Fischer, a. a. O. (Fußn. 28),

- S. 294 (Lüdecke) : Osterrieth, a. a. O. (FuIn. 33), Rn. 330.
- (59) Pietzcker, a. a. O. (FuIn. 63), §6 Rn. 29b ; Tezner, a. a. O. (FuIn. 33), §9 Rn. 43.
- (96) Pietzcker, a. a. O. (FuIn. 63), §6 Rn. 29b ; Naselski/Neumar/Reimer/Trustedt, a. a. O. (FuIn. 64), §9 Rn. 72 (Reimer).
- (67) Stumpf/Groß, a. a. O. (FuIn. 20), S. 234ff. ; Rasch, a. a. O. (FuIn. 53), S. 31ff.
- (88) Stumpf/Groß, a. a. O. (FuIn. 20), S. 234 ; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl. 2006, §535 Rn. 27 (Weidenkaff).
- (69) Rasch, a. a. O. (FuIn. 53), S. 32.
- (70) Bernhard/Kraiser, a. a. O. (FuIn. 25), S. 965.
- (71) Stumpf/Groß, a. a. O. (FuIn. 20), Rn. 381.
- (72) BGH, 29. 4. 1965, GRUR1965, 591.
- (73) GRUR1965, 591, 595-596. ゆゑに 本件においては、① Xが別の無承諾実施者に対して提起した訴訟において、特許侵害が認められないと
しつて Xが敗訴した、② Yのこゝから Xは、他の無承諾実施者に対する訴訟の結果に不安を抱いたため、無承諾実施者とおぼしき複数人のう
ち二社のみに対して、まず訴訟を提起し、この勝訴判決を待って残りの無承諾実施者に対して同様の訴訟を提起しようと考えていた、③ 残
りの無承諾実施者に対しても警告を行っていた、という事情から、判決は、Xの行為が無承諾実施者を放置していたとは認められないと判
示した。要するに、かりに最惠待遇条項によつて実施許諾者に無承諾実施者を排除すべき「負担 Last」が課せられるとしても、特許権侵害
かどうかが疑わしい場合には全ての無承諾実施者に対して訴訟を提起することまでは必要なく、一部の者に対する訴訟提起で十分という判
断し得る。 Amn. v. Fischer, GRUR1965, 596.
- (74) Naselski/Neumar/Reimer/Trustedt, a. a. O. (FuIn. 64), S. 542 (Reimer) ; Weitz/Zemmer/Röhl, Das Patengesetz, 1970, §9 Rn. 46 ; Klauer-Möhring, a.
a. O. (FuIn. 21), §9 Rn. 59 (Nirk) ; Pagenberg/Geissler, Lizenzverträge, 5. Aufl. 2003, Kap. 4, Rn. 60 ; K. Bartenbach/Gemmer/Cepl, a. a. O. (FuIn. 25),
Rn. 1481 ; Busse, a. a. O. (FuIn. 20), §15 Rn. 113-114 (Keukenschriever) ; Kühnen/Moufang/Rudloff-Schäffer/Schulte, a. a. O. (FuIn. 25), §15 Rn.
49 (Kühnen) ; Mes, a. a. O. (FuIn. 33), §15 Rn. 50 ; Stumpf/Groß, a. a. O. (FuIn. 20), S. 235ff. ; Benkard, a. a. O. (FuIn. 21), §15 Rn. 153 (Ullmann).
- (75) Pagenberg/Geissler, a. a. O. (FuIn. 74), Rn. 60 ; Busse, a. a. O. (FuIn. 20), §15 Rn. 114 (Keukenschriever) ; Stumpf/Groß, a. a. O. (FuIn. 20), Rn. 422.
- (76) Lüdecke/Fischer, a. a. O. (FuIn. 28), S. 291-292 (Lüdecke) は、一九六五年判決以前にすつてこのような解釈論を提示しており、一九六五年判
決はこの見解を採用したのである。 Vgl. GRUR1965, 591, 595.

四 若干の考察

これまでのドイツ法の検討から、①債権的性質を有する実施権は、付随義務を伴った単純実施権と、付随義務を伴わない消極的実施権（これがドイツ特許法一五条二項に含まれるか否かはともかく）とに分けることができること、②通常実施権の本質について、ドイツにおいてもわが国とはほぼ同様の対立があり、しかしながら、ドイツにおいてはわが国とは異なり、わが国の作為請求権説に相当する積極的権限付与説が判例・通説を形成していること、③ただし、このことと、特許権侵害者が出現した場合における実施許諾者の侵害排除義務とは直結していないこと、④最惠待遇条項を設けることにより、実施許諾者に侵害排除を間接的に促すことができることが確認された。これらのことを踏まえ、わが国における解釈論として、通常実施契約に基づく当事者の権利義務について若干の考察を試みる。

1 契約の有償・無償という視点

まず、通常実施権の本質をどのように捉えるにせよ、契約当事者が別段の合意をすることは、契約自由の原則により妨げられない。すなわち、不作為請求権説に立つ場合にも、実施許諾者に何らかの積極的行為を義務づける合意をすることは可能であるし、逆に、作為請求権説に立つ場合にも、実施許諾者による差止請求権の不行使のみを内容とする通常実施権を設定する合意も有効である。しかし、そうだからといって、通常実施権の本質を議論することが無意味であるというわけではない。実施契約において両当事者が権利義務を詳細に合意しなかった場合には、実施契約上の義務として両当事者にどのような義務が課せられるのかを法解釈ないし契約解釈によって確定しなければならず、その際、通常実施権の本来的性質をどう捉えるかが重要な役割を果たすからである。このことを踏まえると、不作為請求権説と作為請求権説との対立は、通常実施権のプロトタイプ（基本形）をどのように構成

すべきかに関する論争として捉えられるべきである。

この観点から従来の論争をみると、そこには、契約の有償・無償という重要な視点が欠落している。一方当事者の給付に対して相手方からの対価の給付があるか否かは、当該契約によって生じる権利義務を確定する際に大きな影響を及ぼす。このことは、民法典の規定から明らかである。賃貸借および使用貸借は、契約の客体が有体物か無体物かという違いはあるものの、他人の財産権の利用に関する契約という点において実施契約と共通している。そこで、これらに関する民法典の規定をみると、賃貸借と使用貸借とで当事者の権利義務が大きく異なっていることに気づく。すなわち、総じて、賃貸借のほうが、賃貸人に多くの義務ないし責任を生ぜしめている。これは、賃貸借が有償契約であることに由来する。賃貸借契約においては、賃貸人は賃料の支払いを請求する権利を有するため、その対価として、契約継続中における賃借人の使用を確保すべき義務を負うのである。⁽⁷⁷⁾ 具体的には、目的物を賃借人の使用に供する義務（六〇一条）、担保責任（五五九条、五六〇条以下）、目的物の修繕義務（六〇六条一項）、修繕費用を賃借人が負担した場合における費用償還義務（六〇八条）が明文で規定されており、目的物を賃借人の使用に供する義務のひとつとして、目的物に対する侵害者を排除する義務が解釈上認められている。⁽⁷⁸⁾ 他方、無償契約である使用貸借については、原則として貸主に担保責任がないこと（五九六条、五五一条）、借主が通常の必要費を負担すべきこと（五九五条一項）⁽⁷⁹⁾ が定められており、使用貸主の義務は単に借主の使用収益を認容するという消極的義務にとどまる。このように、有償性は、双務契約における当事者の権利義務にとって重要な要素なのである。この理は、実施契約にもあてはまる。実施契約においても、有償の場合と無償の場合との間で当事者の権利義務を区別して論じるべきであって、これを度外視し、通常実施権の本質を一律に把握しようとすることは妥当でない。⁽⁸⁰⁾

2 無償の通常実施契約

そこで、わが国の特許法を前提に、通常実施契約に基づく権利義務の内容について考えると、まず無償の通常実

施契約の場合には、原則として、実施許諾者には、特許発明の実施を適法行為として認容することが主たる義務として課せられる。さらに、通常実施権の基礎たる特許権を消滅させないための最低限の行為をなすことが義務づけられる。⁽⁸¹⁾ 具体的には、通常実施権者の同意を得ずに特許権を放棄しない義務(特九七条一項)、特許料の納付義務、実施権者が特許料を納付した場合における費用償還義務(特一一〇条)である。

これに対して、従来の不作為請求権説には、次のような問題点がある。第一に、不作為請求権説は、通常実施権を「特許権者に対して差止請求権と損害賠償請求権を行使させないという不作為請求権」とか、「実施許諾者に対し実施を容認することを請求する権利」であるというが、ドイツの議論からも明らかとなり、厳密には両者は異なる。わが国の不作為請求権説の中には、両者を混同しているものが見られる。第二に、不作為請求権説の多くは、前者の意味で通常実施権を性格づけているが、そうだとすれば、これに対しては、ドイツの差止請求権放棄説に対すると同様の批判があてはまる。すなわち、この法律構成によれば、実施権者による実施は本来的には特許権侵害と性格づけられることにならざるを得ないが、このような理解は、他人の財産権の利用を目的とする契約の理解として不自然であるし、契約当事者の合理的意思にも合致しない。⁽⁸²⁾

3 有償の通常実施契約

他方、有償の通常実施契約の場合には、原則として、右に述べた義務に加えて、担保責任、実施権者による実施に必要な行為をなす義務⁽⁸³⁾、協力義務、情報提供義務、特許無効訴訟に対する応訴義務⁽⁸⁴⁾などが実施許諾者に課せられると解すべきである。問題は、特許権侵害者を排除すべき義務が実施許諾者の義務に含まれるか否かである。

ドイツにおいては、実施許諾者の侵害排除義務を一般的に認めることに消極的であり、その根拠としては、実施許諾者は他に実施権を付与することができることが挙げられている。しかし、これに対しては異論もある。すなわち、たしかに単純実施権者は契約締結の際、後に他の実施権者が出現するかもしれないことを覚悟すべきであるが、

第三者による特許権侵害によって単純実施権者が損害を被るかもしれないことまで予測し覚悟すべきとは考えられないというものである。この指摘には、説得力がある。他の実施権者と特許権侵害者とは明らかに異なる。たしかに、特許権侵害を黙認し続けることにより当該侵害者に無償の実施権を付与したものと見なされることはあり得る。しかし、このことは、実施許諾者が通常実施権者に対して侵害排除義務を負わないことの根拠にはなり得ない。論理としてはむしろ逆で、原則として実施許諾者は侵害排除義務を負っているが、特許権侵害者を長期間にわたって黙認することによってこの者に対して無償の実施権を付与したと認められる場合に、例外的に実施許諾者がこの者を排除できない結果、通常実施権者もこの者の排除を実施許諾者に請求できなくなるのだと解すべきである。

また、わが国においては、かりに特許権侵害者がいたとしても通常実施権者は特許発明の実施を妨げられないというところが、実施許諾者の侵害排除義務を否定することの根拠として挙げられている。しかし、この見解に対しては、前述のとおり、有体物を前提とした議論であるとの批判があてはまる。実施契約のように債権者（通常実施権者）の債権の客体が無体物である場合には、単に形式的に債権の行使が可能か否かではなく、実質的に債権を成立せしめた目的が達成されるか否かに着目すべきである。

そうだとすると、特許権侵害者の存在によって、通常実施権者において、実施契約を締結した経済上の目的を達成することが妨害される場合には、実質論としては、特許発明の実施が妨げられているのと同視することができる。すなわち、一方では、特許権侵害者が製造した製品——これはしばしば通常実施権者が製造した製品よりも実施料に要するコストがかかっているだけ安価である——が市場に流通することにより、通常実施権者は実施契約上の利益を奪われることとなる。それにもかかわらず、通常実施権者は、実施許諾を得たことの対価として実施料を支払う義務を負い続けるのである。他方、実施許諾者は、差止請求権を行使することによって特許権侵害者を排除し、これを通じて通常実施権者に生じる損害を防ぐことができる立場にある。それにもかかわらず、敢えて差止請

求権を行使しようとせず、実施契約の相手方である通常実施権者に損害が生じるのを拱手傍観し、しかも、通常実施権者から実施料の支払いを請求することもできるのである。実施許諾者のこのような態度を法的に是とすることは、当事者の公平に著しく反すると言わざるを得ない。したがって、当事者間に明示的な合意がなくても、実施契約における誠実義務のひとつとして、実施許諾者には、特許権侵害者を排除すべき義務が課せられると解すべきである。⁽⁸⁵⁾この義務は、独占的实施に関する合意の有無にかかわらず、すなわち独占的通常実施権であるか非独占的通常実施権であるかを問わず、認められるべきである。実施契約の当事者間における右のような状況は、独占的実施に関する合意の有無によつて変わるところがないからである。

このように、実施許諾者の侵害排除義務を肯定すると、通常実施権者は、侵害排除請求権を被保全権利として、実施許諾者が特許権侵害者に対して有する差止請求権を代位行使することができる。これは、いうまでもなく債権者代位権（民四二四条）の転用である。一般に、債権者代位権を行使するためには、債権保全の必要性と債務者の無資力が要件とされる。このうち、前者については、特許権侵害の存在によつて通常実施権者の実施契約上の利益が侵害されているという事実によつて、通常実施権者の侵害排除請求権を保全する必要性が肯定されると解すべきである。また、後者については、特定債権を保全するために債権者代位権を行使する場合にはこの要件は不要と解されているので、この点は債権者代位権を転用する際の障害にはならない。

4 最惠待遇条項を通じての間接的な侵害排除

ドイツにおいては、最惠待遇条項がある場合には、実施許諾者が侵害者を放置することはその者に無償の実施権を付与したと同視されるとの理由から、最惠待遇条項の効果として、通常実施権者の実施料支払義務を免除している。これにより、実施許諾者からの侵害者の排除が間接的に強制されることになる。このような法解釈は、わが国においても基本的に妥当する。その結果、実施契約の中に最惠待遇条項が定められていた場合には、債権者代位権

の転用を用いることなく、実施許諾者が自発的に特許権侵害者に対して差止請求権を行使することが期待される。もつとも、この解釈論には一定の限界がある。第一に、全ての実施契約の中に最惠待遇条項が存するわけではない。言うまでもなく、最惠待遇条項が存しない場合には、右の解釈論は通常実施権者にとって法的救済手段とはならない。第二に、最惠待遇条項の解釈による実施料支払義務の免除は、あくまでも実施許諾者を侵害排除に向かわせるための間接的な手段であつて、侵害排除に直結するものではない。第三に、最惠待遇条項を通じての法的救済手段を用いるためには、実施許諾者において特許権侵害者に無償の実施権を付与したと同視することが相当と認められるほどの期間にわたつて、実施許諾者が特許権侵害者の存在を知りつつ放置していたという事情が必要となる。すなわち、特許権侵害者が出現した時点において直ちに通常実施権者がとり得る法的手段とはならない。以上の点から、右の解釈論を採用した場合にもなお、差止請求権の代位行使を認める必要性は存する。

(77) 幾代通Ⅱ広中俊雄編『新版注釈民法(15)』二二六頁(一九八九年)〔渡辺洋三・原田純孝執筆〕参照。

(78) 大判昭和五年七月二日民集七〇四頁、我妻栄『債権各論中巻一』四四三頁(一九五七年)、星野英『借地・借家法』一七二頁(一九六九年)。

(79) 幾代Ⅱ広中編・前掲注(77)二二〇頁〔渡辺・原田執筆〕。ただし、こでも「使用収益を認容する義務」というのは、物権的請求権の不行使ではなく、使用借主による適法な使用収益の認容と捉えるべきである。

(80) 例えば、実施契約において当事者間において合意されるさまざまな通常実施権の中の最小限の共通項を抽出し、これをもって通常実施権の本質と位置づけ、その他の権利義務を全て契約自由の領域に委ねる見解もある(中山・工業所有権法四四四頁)。しかし、この考え方は、実施契約の効力を矮小化してしまう恐れがあり、妥当でない。このことは、契約の客体が有体物である場合を考えると明らかである。賃貸借と使用貸借を区別することなく、両者の共通項として「所有権に基づく物権的請求権の不行使を求める権利」を抽出して、この不作為請求権を「他人の物の利用権」の本質であるといつても、実益は少ない。契約の重要な要素である有償性の有無により賃貸借と使用貸借を区別し、別個に検討しなければ、契約当事者の権利義務を明らかにすることはできないからである。

(81) 渋谷・前掲注(一)三七三頁。

(82) ただし、第三者による無承諾実施を特許権者が黙認することにより認められた実施許諾関係においては、特許権侵害に基づく訴訟を提起し

ない旨の黙示の合意のみを認めるのが当事者の合理的意思に合致することもあり得る。Vgl. Bernhardt/Kraßer, a. O. (FuBn. 25), S. 964.

(83) 担保責任、協力義務、情報提供義務の具体的内容については、別途検討すべき課題である。担保責任につき、高田淳「ライセンス契約における契約対象の瑕疵」新報一〇八巻五・六号二五二頁（二〇〇一年）参照。

(84) もっとも、有償・無償いずれの実施契約においても、当事者間の合意によってある義務を排除したり新たな義務を追加したりすることが契約自由の見地から認められることは、言うまでもない。

(85) ドイツ民法においては、契約の付随義務として「債務関係に基づいて相手方に与えられた利益を奪ったり減少させたり危殆化せしめたりしない義務」が判例・学説上承認されている。Palandt, a. O. (FuBn. 68), §242 Rn. 29 (Heinrichs).

(86) 大判昭和四年二月一六日民集八巻九四四頁。

五 結びに代えて

本稿では、実施契約の客体たる特許権につき無承諾実施者が出現した場合において、通常実施権者が特許権者の差止請求権を代位行使できないかという問題に絞って検討を加えた。その結果、実施契約上、通常実施権者（独占の実施に関する合意の有無を問わない）は実施許諾者に対して侵害排除請求権を有しており、これを被保全権利として、実施許諾者（特許権者）が無承諾実施者に対して有する差止請求権を代位行使し得るとの結論に至った。

他方、特許権侵害がなされた場合における通常実施権者のもうひとつの法的手段として、無承諾実施者に対する損害賠償請求権が考えられる。これについても、その成否、法律構成、要件等さまざまな問題が存する。これらの課題が残されていることを記してひとまず本稿を閉じる。

※ 本稿は、金沢大学平成一六年度重点研究経費「技術振興政策と法の役割」知的財産立国に必要な法制度の基礎構造の解明」に係る研究成果の一部である。