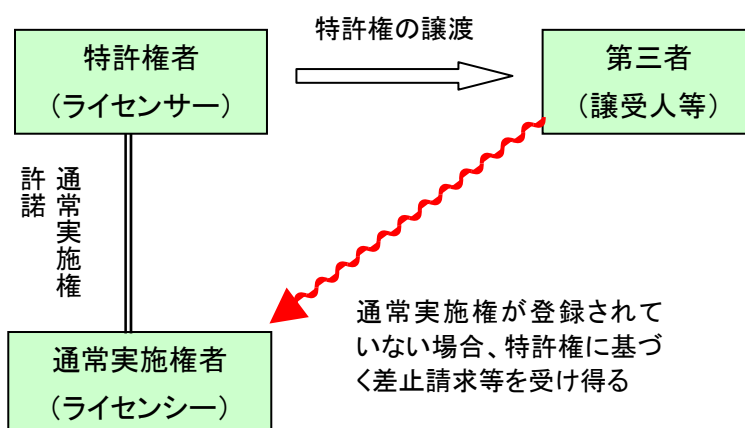


登録対抗制度の見直しについて

1. 現行制度の概要

現行特許法は、通常実施権¹について登録対抗制度を採用しており、特許庁に登録された通常実施権は、特許権の譲受人等の第三者に対抗することができる（特許法第99条第1項）。

登録されていない通常実施権は第三者に対抗できないため、登録を備えていない通常実施権者は、特許権の譲受人等の第三者から差止請求や損害賠償請求を受けるおそれがある。



通常実施権を登録する方法としては、以下のとおり、①特許法上の通常実施権登録制度、②産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法（以下「産活法」という）上の特定通常実施権登録制度がある。

（1）特許法上の通常実施権登録制度

通常実施権を個別に特許権単位で登録する制度²。

なお、登録を容易化する観点から、平成20年の特許法改正（平成21年4月1日施行）により、「対価の額又はその支払方法」が登録事項から除かれ、登録事項のうち、営業秘密性が高いと思われる「通常実施権者の氏名」「通常実施権の範囲」

¹ 通常実施権（特許法第78条）は、許諾された範囲については、特許権者又は専用実施権者に差止請求権や損害賠償請求権を行使させないという不作為請求権を中核とするものと解されており、その権利の性質は、債権的権利であると解されている（中山信弘編著『注解特許法 上巻』〔中山信弘〕（青林書院、第3版、2000年）826頁）。

² 【過去5年間の通常実施権の登録件数】

平成17年：305件 平成18年：249件 平成19年：442件 平成20年：560件 平成21年：269件

については一般には非開示とされた。

（２）産活法上の特定通常実施権登録制度（平成２０年１０月１日施行）

実務上多く見られる包括ライセンス契約^３に基づく通常実施権については、特許権単位での登録が現実的ではないことを踏まえ、通常実施権をライセンス契約単位でまとめて登録することを可能にした制度^４。

一般に開示される登録事項は、「許諾者の名称」等に限定されている^５。

【通常実施権登録制度と特定通常実施権登録制度の比較】

	通常実施権登録制度 (特許法)	特定通常実施権登録制度 (産活法)
登録の効果	登録により、通常実施権を第三者に対抗することができる。	
登録の手続	特許権単位で個別に登録	ライセンス契約単位で包括的に登録
主な登録事項	・通常実施権者の氏名 ・通常実施権の範囲 ・許諾者の氏名 ・対象特許権の特許番号 等	・通常実施権者の名称 ・実施の範囲 ・許諾者の名称 ・対象特許権等を特定するために必要な事項 等
開示事項		
①一般に開示	・許諾者の氏名 ・対象特許権の特許番号 等	・許諾者の名称 等
②利害関係人へのみ開示 ※１	・通常実施権者の氏名 ・通常実施権の範囲	・通常実施権者の名称
③登録当事者等へのみ開示 ※２		・実施の範囲 ・対象特許権等を特定するために必要な事項

※１「利害関係人」には、登録当事者である通常実施権者、許諾者やその破産管財人等に加え、特許権の差押債権者やその破産管財人等が含まれるが、「特許権を譲り受けようとする者」は含まれない。

※２「登録当事者等」には、登録当事者の他に、その破産管財人等も含まれる。

^３ 複数の特許権等が対象とされているライセンス契約。

^４ なお、特定通常実施権登録制度に基づく登録件数は６件（平成２２年４月３０日時点）

^５ 特許権の取引において、実務上、対象となる特許権に実施権が許諾されているか否かを事前に確認する慣行（いわゆるデューデリジェンス等を行う慣行）があることを踏まえれば、i)デューデリジェンス等の端緒となる情報が一般に開示され、ii)特許権を譲り受けた者が事後的に全ての登録事項の開示を受けることができる制度であれば、デューデリジェンス等の過程で、通常実施権の存在や内容が明らかになることが期待でき、取引の安全への配慮としては十分である、との考えに基づく（経済産業省産業構造課編「平成２１年度改正版産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置法逐条解説」２００９年２４２頁、経済産業省下記ウェブサイト参照）。

<http://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/tokutei/tokutei5.html>

なお、「登録当事者である許諾者から特許権を譲り受けた者」は、特定通常実施権者に対して通知を行った上で、法定期間内に、譲り受けた特許権が包括ライセンス契約の対象外である旨の登録（登録対象外登録）がされなかった場合には、「登録当事者等にのみ開示」される登録事項の開示を受けることができる。

通常実施権登録制度、特定通常実施権登録制度いずれにおいても、通常実施権の登録は、許諾者、通常実施権者の共同申請によらなければならない⁶。

また、判例上、通常実施権者は許諾者に対して当然には登録請求権を有しないとされている⁷。

2. 問題の所在

（１）登録対抗制度の問題点

① 登録制度を利用することの困難さ

近年、登録事項の開示の制限や、特定通常実施権登録制度の整備等、登録制度の利用可能性を高めるための法改正が行われたものの、産業界からは、以下のような点からすれば、通常実施権を登録することは実務上困難であるとの指摘がされている。

- (a) 登録には手間とコスト⁸がかかる。実務では、1つの製品について多数のライセンス契約が締結されていることも多く、すべての通常実施権について逐一登録を備えることは現実的ではない。

【国内企業等アンケート結果⁹】

国内の企業等から許諾を受けた通常実施権について、「登録することにデメリットがある、又は登録が困難である」と回答した者のうち、その理由として、「登録には手間とコストがかかる」と回答した者の割合は37.0%、「対象となっている通常実施権の数が多く、その全てについて登録するのは現実的ではない」と回答した者の割合は8.7%とされている。¹⁰

- (b) 登録をすると、ライセンス契約が存在していることが一般に知られてしまう（ライセンス契約の存在自体を秘匿する必要があるケースも存在する）。

⁶ 特許登録令第18条、産活法第60条第1項。

⁷ 最二小判昭和48年4月20日民集27巻3号580頁

⁸ 登録免許税や代理人の手数料等。なお、登録免許税の金額は、通常実施権登録の場合は15,000円／1件、特定通常実施権登録の場合は150,000円／1件とされている。

⁹ 財団法人知的財産研究所「ライセンス・特許を受ける権利に係る制度の在り方に関する調査研究報告書」（2010年3月）において報告されている、国内の企業504カ所、大学57カ所、研究機関19カ所、都道府県13カ所等から回収されたアンケートの結果に基づく。以下同じ。

¹⁰ 財団法人知的財産研究所・前掲注（9）11頁参照。

【国内企業等アンケート結果】

国内の企業等から許諾を受けた通常実施権について、「登録することにデメリットがある、又は登録が困難である」と回答した者のうち、その理由として、「登録によってライセンス契約の存在が一般に開示されてしまう」と回答した者の割合は、87.0%とされている。

11

- (c) ライセンス契約においては実施の範囲に係る条件を詳細に定めることが多く、通常実施権を過不足なく第三者に対抗するためには、その条件すべてを登録する必要があり、現実的ではない。
- (d) 登録は共同申請主義であるが、特許権者が登録に協力する義務はなく、特許権者が設定登録に協力しない場合がある。
- (e) 多くの国では登録対抗制度が採用されていないため、特に、国際的なライセンス交渉においては、海外の企業が登録の必要性に理解を示さないことが多く、登録の協力を得にくい。

以上からすれば、登録制度を利用することは現実には困難であり、登録されている通常実施権は極めて少ない。

【国内企業等アンケート結果】

国内の企業等から通常実施権の許諾を受けたことがあると回答した者のうち、「通常実施権についての登録率は0%又は1%未満」と回答した者の割合は、87.2%とされている。

12

② 登録対抗制度を前提としない実務の広がり

登録制度の利用が困難であるため、産業界ではもはや通常実施権を登録しないことが一般化しており、下記のような、登録対抗制度を前提としない実務慣行が広がっているとの指摘がある。

- (f) 特許権を譲り受けようとする者は、事前確認（いわゆるデューデリジェンス等）として、通常実施権の有無及び内容について、原簿で登録の有無を確認するだけでなく、特許権者等に直接確認をすることが慣行となっている。

¹¹ 財団法人知的財産研究所・前掲注（9） 11頁参照。

¹² 財団法人知的財産研究所・前掲注（9） 15頁参照。

【国内企業等アンケート結果】

特許権の取得に当たって、「通常実施権が許諾されているか否かの調査を行った」と回答した者のうち、調査方法として、譲渡人への直接確認を含む調査を行った旨回答した者の割合は、92.1%とされている。¹³

- (g) 特許権を譲り受けた後も、譲受人は、登録を備えていない通常実施権者に対してでも差止請求権等を行行使しないことが慣行となっている。

【国内企業等アンケート結果】

特許権を取得したことがある者で、「取得前に、登録を備えていない通常実施権者が存在することを認識していたことがある」と回答した者のうち、「当該登録を備えていない通常実施権者に対して、差止請求、又は損害賠償請求を行った」と回答した者の割合は、0%とされている。¹⁴

③ 諸外国との制度不調和

- (h) 海外の企業との間でライセンス契約が締結される等、ビジネスがグローバルに行われているにもかかわらず、ライセンスの対抗制度として登録対抗制度が採用されている国は稀であり、諸外国との制度的な調和が図られていない。

(2) 登録対抗制度見直しの必要性の高まり

① ライセンス保護の重要性の高まり

近年、イノベーションのオープン化、技術の高度化・複雑化が進んでいることにより、自社の技術のみによって1つの製品を開発・製造することは、現実的ではなくなっている。そのため、他者の特許発明を利用できなければ、企業活動に甚大な支障が生じる場合が増加している。現に、ある1つの製品について、開発から最終製品の製造に至るまでの間に、多数のライセンス契約が締結されることが多く見られている（下図参照）。

したがって、企業の事業活動の安定性、継続性を確保するために、ライセンスを保護する重要性が高まっていると言える。

¹³ 財団法人知的財産研究所・前掲注(9) 18頁参照。

なお、残りの7.9%の者は、譲渡人への直接確認はせずに登録原簿で確認をしたと回答しているところ、これらの者の多くは、当然対抗制度が導入された場合には、譲渡人に対する直接確認による調査を行うと予測できるのではないかと推察される。

¹⁴ 財団法人知的財産研究所・前掲注(9) 20頁参照。

【標準規格に含まれる特許権の数】

技術標準名	対象製品	必須特許数	ライセンサー／ライセンシー
MPEG2 ※1 (ビデオ)	DVD、DVDディスク デジタルTV セットトップボックス	約790件	25社／ 約1,500社
DVD(6C) ※2	DVDプレーヤー／レコーダー DVD再生用ディスク DVD記録用ディスク	約850件	7社／ 約300社
DVD(3C) ※3	DVDプレーヤー DVD再生用ディスク	約1,120件	4社／－

※1:映像データの圧縮方式の一つで、DVD 等で使用されるデータ形式。

※2:東芝、パナソニック等が管理する、DVD関連技術のライセンスプール。

※3:フィリップス、ソニー等が管理する、DVD関連技術のライセンスプール。

(出典)

加藤恒「パテントプール概説 技術標準と知的財産問題の解決策を中心として」(社団法人発明協会、2009年)146頁～151頁、表22¹⁵

② 特許権の行使主体の変化に伴うリスクの高まり

近年、海外の特許買収事業者の参入等により、特許権を譲り受ける者、特許権の行使主体となる者が、多様化しているとの指摘がされている。

このため、特許権の譲受人が、登録を備えていない通常実施権者に対しても差止請求権等を行使しないという、「登録対抗制度を前提としない現在の実務慣行」が維持されないこととなるリスク、すなわち、登録を備えていない通常実施権者が差止請求等を受けるリスクが高まっていると言える。

3. 諸外国の制度の概要

以下のとおり、主な諸外国においては、

- ・ 当然対抗制度：通常実施権者は、登録を備えずに、通常実施権の存在を立証することによりその通常実施権を第三者に対抗できるとする制度
- ・ 悪意者対抗制度：通常実施権者は、登録を備えずに、悪意の第三者に対してはその通常実施権を対抗できるとする制度

が採用されている。

(1) 米国：当然対抗制度

米国においては、特許法に明文の規定はないが、判例により、ライセンスの対象となっている特許権の譲受人は、当該ライセンスによる制約付きで特許権を譲り受けるとされ¹⁶、特許権を譲り受けようとする者は、ライセンス契約の存否について、自らのリスクで調査しなければならないとされている。また、特許権を譲り受けよ

¹⁵ なお、出典文献には、「2009年6月末現在において、ライセンス活動が行われているパテントプールを掲げた。公表されているデータに基づくが、各数値は変動している可能性がある」旨記されている。

¹⁶ Keystone Type Foundry v. Fastpress Co., 272 F. 242 (2d Cir. 1921)

うとする者には、ライセンスの有無等について特許権者（譲渡人）に問い合わせる義務があるとされており、必要な問い合わせをしなかった譲受人は保護に値しないと解されている¹⁷。

なお、運用上、ライセンスの登録をすることはできるが¹⁸、登録に法的な効果はない¹⁹。

（２）ドイツ：当然対抗制度

ドイツにおいては、特許権の移転又はライセンスの付与は、それ以前に他の者に付与されているライセンスに影響を及ぼさない旨、特許法に明文で規定されている（ドイツ特許法第 15 条（3））。

すなわち、ライセンシーは、ライセンスの存在を立証すれば、特許権の譲受人等の第三者にライセンスを対抗することができる。

【参考】ドイツにおける非排他的ライセンスの当然対抗制度導入の経緯

ドイツでは、非排他的ライセンスは、ライセンシーとライセンサーとの間における契約上の請求権（債権）にすぎないと解されている。1982年のドイツ最高裁判決は、債権関係は第三者に影響を及ぼさないという、同国でも採用されている民法の一般原則に従い、非排他的ライセンスの対象特許権が譲渡された場合は、非排他的ライセンスは譲渡時に終了する（非排他的ライセンシーは、当該ライセンスを特許権の譲受人に対抗することはできない）と判示した²⁰。

しかし、上記最高裁判決以前から、①ライセンシーの全事業がしばしばライセンスに依存していること、②ライセンシー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、③特許権の譲渡と比べてライセンスの許諾が果たす経済的役割の方がはるかに大きく、特許権の譲受人よりもライセンシーを保護する方が国民経済的に望ましいこと等が指摘されており、ドイツにおける学説は、ほぼ一致して非排他的ライセンスの第三者対抗を肯定していた²¹。

そのため、上記最高裁判決は厳しく批判され、議会においても、特許権の譲渡等があってもライセンスが終了しない（譲渡後も事業を継続できる）というライセンシーの利益は、（不測の）ライセンシーが存在しないかたちで特許権を取得できるという特許権譲受人の利益よりも優先されるべきと結論付けられた。そして、1986年のドイツ特許法改正により、当然対抗制度が導入された。

この改正に際しては、当然対抗制度のほかに登録対抗制度の導入も検討されたが、①特許権を譲り受けようとする者は、予めライセンスの存在を知りうる（調査することができ

¹⁷ Sanofi S.A. v. Med-Tech Veterinarian Prods., Inc., 565 F. Supp.931, 940 (D.N.J. 1983)

¹⁸ M.P.E.P. (Manual of Patent Examining Procedure) (米国特許審査便覧) § 313

¹⁹ 前掲注 (17)

²⁰ Federal Supreme Court, GRUR 1982, 411-Verankerungsteil

²¹ 駒田泰士「ドイツ法におけるライセンシーの保護」知的財産法政策学研究 V o 1. 1 2 （2006年）145、146頁

る) こと、②登録対抗制度を採用した場合には、ライセンシーに負担がかかりすぎることも等が考慮され²²、当然対抗制度が導入された。

なお、非排他的ライセンスを登録することはできない²³。

(3) フランス：悪意者対抗制度

フランスにおいては、ライセンスが登録されている場合には、当該ライセンスを第三者に対抗することができ、登録されていない場合にも、悪意の第三者に対しては対抗することができる旨、知的財産法に明文で規定されている（フランス知的財産法第L 6 1 3条9）。

(4) 英国：悪意者対抗制度

英国においては、ライセンスが登録されている場合又は第三者がライセンスの存在につき悪意の場合には、当該ライセンスを第三者に対抗できる旨、特許法に明文で規定されている（英国特許法第33条）。

4. 検討の方向性

事業活動の安定性、継続性確保のためにライセンスの保護の重要性が高まっており、かつ、特許権の行使主体の変化に伴いライセンシーが差止請求等を受けるリスクが高まっている。

しかし、現行の登録対抗制度の下では、ライセンシーは、実務上困難である登録を備えなければ実施権を対抗できず、事業継続に当たってリスクを回避することが極めて困難な状況に追い込まれている。ライセンシーが実施権を対抗できない場合には、既に多額の設備投資等を行っていた場合であっても事業を差し止められ得ることから、ライセンシーのみならず、社会経済的にも大きな損失が生じることになりかねない。

そこで、ライセンシーを適切に保護することが可能な、新たな対抗制度の導入を検討することが必要である。

新たな対抗制度は、諸外国の制度と調和的であることが望ましいところ、当然対抗制度又は悪意者対抗制度であれば、諸外国と調和的と言える。この点、①事業の安定性及びビジネスの予見可能性、②実務の状況との整合性、③破産時の扱い、の各観点からすれば、悪意者対抗制度ではなく、当然対抗制度の導入について検討を進めるべきと考えられるのではないか。

①事業の安定性及びビジネスの予見可能性について

²² ドイツ連邦議会法務委員会報告書（BT-Drucksache 10/5720）23～24頁 等

²³ 一方、排他的ライセンスについては、その付与を登録することはできるが（ドイツ特許法第30条（4））、登録に法的な効果はない。

通常実施権の対抗の可否は、通常実施権者が事業中止のリスクを回避できるか否か（事業を継続できるか否か）を意味するから、新たな対抗制度は、通常実施権者の事業の安定性、ビジネスの予見可能性の観点から、対抗要件を具備しているか否かが客観的に判断可能なものであることが望ましい。

この点、当然対抗制度であれば、対抗要件具備の有無は、通常実施権の存在の立証の有無によって決まるため、客観的に判断することが可能である。一方、悪意者対抗制度の場合は、対抗要件具備の有無は、第三者が悪意か否かによって決まるため、通常実施権者が事業中止のリスクを回避しようとしても、事業継続の可否は、結局は第三者の主観に依存することとなり、通常実施権者の事業の安定性、ビジネスの予見可能性をかえって害するおそれがあるのではないか²⁴。

また、実務では、数百数千に及ぶ数の特許権について一括してライセンスされるような包括ライセンス契約も多くみられるところ、一つの包括ライセンス契約の中に、「第三者に対抗可能な通常実施権」と「第三者に対抗不可能な通常実施権」が混在する状態が生じることは望ましくない。

この点、当然対抗制度であれば、一つの包括ライセンス契約の中に、対抗可能な実施権と対抗不可能な実施権が混在するおそれはない。一方、悪意者対抗制度の場合は、一つの包括ライセンス契約の中に、対抗可能な実施権と対抗不可能な実施権が混在し、区別が不可能となるおそれがある。また、そもそも、包括ライセンス契約に含まれる複数の通常実施権について、悪意の成否を個別に立証、判断しなければならないこと自体が非現実的と思われる。

②実務の状況との整合性について

実務においては、登録が困難であるため、登録制度はほとんど利用されていない。登録制度が利用されていない前提のもと、特許権の取引の際に通常実施権の有無や内容について特許権者に直接確認することや、特許権の譲受人は登録を備えていない通常実施権者に対しても差止請求権等を行行使しないこと等が、慣行として定着している。

当然対抗制度は、このような実務の状況に整合的と言える。

③破産時の扱いについて

破産法第56条第1項²⁵は、「賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する契約²⁶」について、破産者の相手方が「登記、登録その他の第三者に対抗す

²⁴ なお、悪意者対抗制度の下では、通常実施権者が、「第三者の悪意」について立証責任を負うことになると考えられるから、通常実施権者にとって立証負担が過重となるおそれもあるのではないか。

²⁵ 破産法第五十六条 第五十三条第一項及び第二項の規定は、賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する契約について破産者の相手方が当該権利につき登記、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、適用しない。

²⁶ ライセンス契約は、「賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する契約」に該当すると解されている（竹下守夫編集代表「大コンメンタール破産法」〔三木浩一〕（青林書院、2008年）236頁）。

ることができる要件を備えている場合」には、破産管財人による契約解除権等（破産法第53条²⁷⁾）が制限される旨を規定している。すなわち、破産時において、破産管財人がライセンス契約を解除し得るか否かについては、対抗要件の具備にかからしめられている。

悪意者対抗制度の場合、「登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件」は「第三者の悪意」となるが、破産法における通説では、「悪意」の有無が問題となる「第三者」は破産債権者であり、破産債権者に1人でも善意の者がいれば、「第三者の悪意」は認められないと考えられている。

この点、通常、破産債権者（取引関係にある債権者、租税債権者（国）、労働債権者（従業員）等）の全員が悪意であるということは想定しにくいから、悪意者対抗制度の場合は、破産管財人の解除権が制限されることは実際にはあり得ないこととなり、通常実施権者が保護されない結果となってしまう。

他方、当然対抗制度の場合は、特許法上、当然対抗制度下で対抗可能な場合が、破産法上の「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」に該当することが明確にされれば、破産法第56条第1項が適用されて、破産管財人の解除権等が制限されることとなると考えられるから、通常実施権者を適切に保護できるのではないか。

5. 当然対抗制度の導入について

（1）取引の安全との関係について

【論点】

現行の登録対抗制度は、いわゆる「売買は賃貸借を破る」という現行民法の一般原則の下、債権的権利について登録をすることで第三者に対抗可能とするという点で、民法の基本的な考え方と整合的である。そして、第三者に対抗可能な通常実施権は、登録によってその存在が公示されるため、第三者（特許権を譲り受けようとする者等）の取引の安全が確保される。

他方、当然対抗制度の下では、第三者に対抗可能な通常実施権の存在が登録により公示されることが要求されないため、第三者の取引の安全が公示によっては確保されないこととなる。

そこで、取引の安全の観点から、当然対抗制度を導入することが可能であるか否かが問題となる。

【考え方】

登録は対抗要件として典型的なものではあるが、登録以外の対抗要件が認められ

²⁷⁾ 破産法第五十三条 双務契約について破産者及びその相手方が破産手続開始の時に於いて共にまだその履行を完了していないときは、破産管財人は、契約の解除をし、又は破産者の債務を履行して相手方の債務の履行を請求することができる。

ないわけではなく、そもそも、取引の安全を確保するための対抗要件の要否や形態は、政策目的、制度趣旨、対象となる権利の性質・内容等に応じて決せられるべきであると考えられる²⁸。そして、以下の①～④の各点を踏まえれば、取引の安全との関係でも、当然対抗制度を導入することが可能であると考えられるのではないかと。

① 通常実施権を登録によらずに保護すべき政策的必要性が高いこと

a. 近年の技術の高度化、複雑化等に伴い、ライセンスによる他社の特許発明の利用が企業活動に必須となっていること、b. 特許権の譲受人は、通常実施権が対抗されたとしても、予定していた当該特許発明による事業を行うこと自体は可能である一方、通常実施権者は、通常実施権が対抗できない場合は、既に多額の設備投資等を行っていたような場合であっても事業を中止せざるを得ず、通常実施権者にとっては勿論、社会経済的にも大きな損失が生じうること、c. 特許権の行使主体の変化に伴い通常実施権者の事業中止のリスクが高まっていること、等を踏まえれば、通常実施権については政策的な保護を与えるべき高度の必要性が認められると言える。

また、登録対抗制度の下では通常実施権者が対抗要件を備えることは極めて困難な状況にあることからすれば、通常実施権を政策的に保護するに当たっては、登録によらないことが不可欠であると言える。

【参考】不動産賃借権の対抗要件

不動産賃借権については、民法上は、登記対抗制度が採用されている（民法第605条）。

しかし、a. 現実には登記が困難であること²⁹、b. 不動産賃借権は賃借人の社会生活の極めて重要な基礎であり政策的に保護すべき必要性が高いこと、等の事情から、借地借家法等の特別法で対抗要件が大幅に緩和されている³⁰。

とりわけ、建物や農地等の賃借権については、それぞれ、建物ないし農地等の「引渡し」が対抗要件とされているところ、その「引渡し」には、「占有改定」も含まれると解されて

²⁸ 例えば、建物や農地等の賃借権については、第三者対抗要件が建物ないし農地等の「引渡し」とされており（借地借家法第31条、農地法第16条）、これには公示性のない「占有改定による引渡し」が含まれると解されている。また、共有物に関する債権については、公示なしに共有持分の譲受人等（特定承継人）に対抗できるとされている（民法第254条）。区分所有法第46条にも同旨の規定がある。（鎌田薫「ライセンス契約の対抗と公示」財団法人知的財産研究所編『知的財産ライセンス契約の保護』（雄松堂出版、2004年）249頁～251頁）

²⁹ 不動産賃借権の登記が困難である理由としては、①土地・建物の貸借市場における需給バランス（借り手が多い）、②賃貸人が経済的、社会的優位性を背景に対抗力を有する賃借権を欲しない、③賃借権の登記は、賃貸人・賃借人双方の共同申請によってのみ可能、④賃借人は賃貸人に対して当然には登記請求権を有しない、等の理由が挙げられている（幾代通・広中俊雄編『新版 注釈民法（15）債権（6）』（有斐閣、1992年）183頁）。これらの理由の多くは、上述の、通常実施権の登録が困難である理由とも共通するものと言える。

³⁰ 借地借家法では、借地権についてはその土地上での登記された建物の所有が（同法第10条）、建物賃借権についてはその建物の引渡し（同法第31条）対抗要件とされている。

農地法では、農地等の賃借権について、農地等の引渡しが対抗要件とされている（農地法第16条）。

おり、公示性がほとんどない対抗要件が許容されている³¹。

② 通常実施権は無体物に関する権利であり制約性が小さいこと

無体物である特許権は、その性質上、重疊的な利用が可能である。そのため、特許権の利用権である通常実施権は、不動産賃借権等の民法が前提としている有体物の利用権とは異なり、他者の権利に対する制約性が小さい権利と言える。

例えば、有体物の利用権である不動産賃借権について不動産の譲受人が対抗を受ける場合、譲受人は当該不動産の利用ができないのに対し、無体物の利用権である通常実施権について特許権の譲受人が対抗を受けたとしても、譲受人は当該特許権を利用すること自体を妨げられることにはならない。

以上からすれば、無体物の利用権であり、他者の権利に対する制約性が小さい権利である通常実施権の対抗に当たっては、必ずしも有体物に関する権利の場合と同程度に公示性を伴う対抗要件が求められるべきとは言えないのではないかな。

【参考】通行地役権の対抗要件（最二小判平成10年2月13日民集52巻1号65頁）

通行地役権については、民法上は、登記対抗制度が採用されている（民法第177条）。

しかし、最二小判平成10年2月13日は、土地の物理的状況から通路として利用されていることが客観的に明らかで、かつ当該土地の譲受人がそのことを認識可能であったという場合についてではあるが、通行地役権の、他者の権利に対する制約性が小さい（土地の所有権者の利用を全面的に排斥するものではない）という特徴も勘案し、譲受人が悪意でなくとも、通行地役権は登記なくして譲受人に対抗しうるとした³²。

なお、通常実施権は、特許権者による発明の利用自体を制約する権利ではないから、通行地役権以上に、他者の権利に対する制約性が小さい権利であると言える。

③ 特許法上、法定実施権について当然対抗が認められていること

特許法は、特許権者等の意思とは関係なく、法律の規定によって発生する実施権として、法定実施権を定めている（特許法第35条第1項、第79条、第80条第1項、第81条、第82条第1項、第176条）。

法定実施権は、特許法上、通常実施権の一種と位置付けられているが、登録なくして、当然に第三者に対抗可能とされている（特許法第99条第2項）³³。

³¹ 鎌田・前掲注（28）250、251頁

³² 財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説民事編平成10年度（上）』103頁〔近藤崇晴〕（財団法人法曹会、2001年）では、二重譲渡の場合は、登記なくして対抗しようとする者の権利と第三者の権利とが両立しない関係（喰うか喰われるかの関係）にあるから、登記対抗の原則の例外を認めるにはよほどの事情が要求されるのは当然であるが、一方、不動産に対する制限物権を有する者が当該不動産の譲受人たる第三者に対して制限物権を対抗しようとするような場合には、両者の権利は両立する（喰うか喰われるかの関係にはない）から、このような場合には、信義則ないし条理に照らしてその第三者に制限物権の負担を甘受させるべきかどうかを利益衡量により判断し、これによって対抗力の有無を決することとしても不当ではない旨が述べられている。

³³ この点につき、中山・前掲注（1）931頁は「特許権や専用実施権を取得した善意の第三者が法定

法定実施権について当然対抗が認められている背景には、法定実施権者と特許権者等との間に登録に当たっての基盤がなく³⁴、登録の期待可能性が低いため、登録対抗制度を適用したのでは法定実施権者が著しく弱い立場に置かれてしまうとの事情があると考えられる。

この点、一般の通常実施権についても、上述のとおり登録は実務上困難であり、登録の期待可能性が低いことに変わりはないから、登録対抗制度の下では通常実施権者が著しく弱い立場に置かれるおそれがあると言えるのではないかと。

また、法定実施権は権利の内容面においては通常実施権と同じものと言えるから、法定実施権者と特許権の譲受人等との間の利益状況は、通常実施権者と特許権の譲受人等との間の利益状況に類似していると言える。

以上からすれば、特許法が、第三者の取引の安全よりも登録対抗により生じる法定実施権者の不利益を重視して当然対抗を採用していることを踏まえ、一般の通常実施権についても、第三者の取引の安全よりも登録対抗下で生じる通常実施権者の不利益を重視して、当然対抗制度を導入することが可能であると言えるのではないかと。

④ 特許権者への事前の直接確認によって、取引安全が実質的に確保されうること

実務では、特許権を譲り受けようとする場合等には、事前確認（いわゆるデューデリジェンス等）として、通常実施権の有無及び内容について、特許権者等に直接確認することが慣行となっている。

このことに、以下の各点を合わせて考えれば、当然対抗制度を導入したとしても、ほとんどのケースにおいて、デューデリジェンス等により予め通常実施権の存在が明らかになることが想定され、第三者が不測の損害を被ることは現実には起こりにくく、第三者の取引安全がデューデリジェンス等によって実質的に確保されることが期待できると言えるのではないかと。

- (a) 特許権に係る取引の当事者は、企業を始めとする法人がほとんどで、その多くは、知的財産取引に関する知識を有しており、対象となる特許権の技術分野に関連する業者であると考えられる。
- (b) 取引対象となる特許権の技術分野に関連する業者は、日頃から、業界動向（商品の流通の状況、展示会に出品されている商品の動向等）を含めた様々な情報を入手していることが多く、それらの情報を元に通常実施権の存在を把握することができる場合もあるし、それらの情報をデューデリジェンス等に活用することもできる。

実施権付の権利を取得するという不測の損害を被ることになりかねないが、それは瑕疵担保責任等の他の方法で解決する以外に道はない」とする。

³⁴ 中山・前掲注(1) 931頁参照

(c) 直接確認に対する特許権者等の回答の真実性は、契約責任等により一定程度担保が可能である。

(d) デューデリジェンス等の程度や内容は、取引対象となる特許権に対する期待の程度や内容に対応しているとの指摘があることからすれば、仮にデューデリジェンス等によって通常実施権の存在が明らかとならなかったケースが生じたとしても、それは特許権の譲受人等にとって「不測」の損害ではないと言える場合もあると思われる。

(2) 特許権が破産により任意売却される場合、執行手続の対象となる場合の扱いについて

【論点】

取引の安全との関係において当然対抗制度の導入を可能する根拠の一つとして、事前確認（いわゆるデューデリジェンス等）によって第三者の取引安全が実質的に確保されることが期待できること（上記（１）④）が挙げられる。

この点については、特許権者が破産し特許権が任意売却される場面や、特許権が執行手続の対象となる場面（民事執行法の規定による強制執行、破産財団の換価等を含む）では、特許権を買い受けようとする者が、通常取引の場面でなされるのと同じようなデューデリジェンス等をできないことが想定されることにつき、検討をしておくべきとの指摘がある。

【考え方】

一般的に、破産時の任意売却や、執行手続を通じて特許権を取得しようとする場合は、特許権者の意思に基づく通常取引によって特許権を取得しようとする場合とは異なり、買主になろうとする者は、第三者対抗力を有する通常実施権が存在することを含め、様々なリスクを織り込み済みであると言える。このことからすれば、破産による任意売却の場面や特許権が執行手続の対象となる場面においては、通常取引の場面と全く同程度に取引安全を確保しなければならないとは必ずしも言えないのではないかと。

また、破産者には、破産管財人に対する説明義務が課されている（破産法第40条第1項第1号）³⁵から、特許権者が破産した場合、破産管財人は破産財団に含まれる特許権に関する通常実施権の存否や内容等につき、破産者（特許権者）に説明を求めて情報を入手することができる。したがって、当該特許権が任意売却されるに当たっては、買主になろうとする者は、破産管財人を通じて、通常実施権の存否や内容等の情報を事前に得ることが可能と言える。

他方、不動産や金銭債権等とは異なり、特許権が執行手続の対象となることは、

³⁵ 説明義務に違反した場合は、免責不許可の制裁（破産法第252条第1項第1号）や刑事罰（破産法第268条第1項）が適用されうる。

実務ではほとんど見られない³⁶。したがって、特許権が執行手続の対象となる場面での取引安全について、通常取引の場面と全く同程度に法的に確保すべき現実の必要性は、極めて小さいと言えるのではないかと。

以上からすれば、破産による任意売却の場面、特許権が執行手続の対象となる場面における取引安全との関係においても、当然対抗制度を導入することは許容しうるのではないかと。

なお、破産法第56条第1項が規定する破産管財人による契約解除権の制限と、当然対抗制度との関係については、4. ③で既に述べたとおりである。

すなわち、特許法上、当然対抗制度下で対抗可能な場合が、破産法第56条第1項規定の「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」に該当することが明確にされれば、破産法第56条第1項が適用されて、破産管財人の解除権が制限されることになると考えられ、通常実施権者を適切に保護できるのではないかと。

(3) 告知義務について

【論点】

当然対抗制度を導入するにあたっては、事前確認（いわゆるデューデリジェンス等）による取引安全の確保の確実性を高めるために、例えば、特許権を譲渡しようとする者は、当該特許権について通常実施権を許諾している場合、特許権を譲り受けようとする者が求めるときには、その者に対して通常実施権が存在することを告知する義務を負うという、「告知義務」をあわせて設けてはどうかとの指摘がある。

【考え方】

上記のような「告知義務」を導入すれば、デューデリジェンス等による取引安全の確保の確実性を高めることができるとも考えられるが、その法的効果や、例えば、以下の点を検討する必要があるのではないかと。

- ・ 破産による任意売却の場面については、破産者（特許権者）は、破産管財人に対し通常実施権が存在していることを告知しなければならず³⁷、特許権者から告知を受けた破産管財人は、当該特許権の管理処分権者として、買主になろうとする者に対してその内容を告知することになると解することで、告知義務が果たされ、適切に機能すると考えられないか。
- ・ 特許権が執行手続の対象となる場面については、特許権者が債務者審尋あるいは評価人³⁸の調査の場面で通常実施権が存在していることを告知すれば、実質的に

³⁶ 特許権の移転件数の年間総数は1万6000～2万5000件前後に及ぶが、そのうち、執行手続（売却命令、譲渡命令）により移転される件数は、1～2件程度に過ぎない。

³⁷ 上述のとおり、破産者は破産管財人に対して説明義務を負っている（破産法第40条第1項第1号）。

³⁸ 特許権を対象とする執行手続では、実務上、売却命令又は譲渡命令により換価が行われることが想

は告知義務が果たされ、機能することもあると考えて良いか。

（４）登録対抗制度の機能との関係について

当然対抗制度の導入により登録対抗制度及び登録制度を廃止する場合、登録対抗制度が権利変動を公示する以外に果たしていると考えられる、①立証の容易化機能、②日付仮装の防止機能との関係について、検討する必要がある。

① 立証の容易化機能の観点

【論点】

登録対抗制度下では、登録に、対抗可能な権利の内容や権利変動が対抗要件を備えた日付について、立証を容易化する機能があると考えられる。

例えば、登録対抗制度の下では、通常実施権を登録すれば、通常実施権者は、通常実施権を対抗するに当たって、通常実施権の存在及び内容、対抗要件たる登録を備えた日付等を、登録原簿によって容易に立証することが可能である。

この点、事後の紛争リスクに備え、立証の容易化のために通常実施権を登録しておくニーズがあるとした場合、登録制度をなくすことが許容されるか、問題となる。

【考え方】

当然対抗制度を導入した場合、登録によらなくとも、例えば、a. 対抗する通常実施権の存在及び内容については、ライセンス契約書を公正証書で作成することによって、b. 対抗要件を備えた日付（通常実施権が許諾された日付）については、ライセンス契約書に公証人の確定日付を得ておくこと等によって、立証の容易化を図ることが十分可能ではないか³⁹。

この点、公正証書については、証書の趣旨につき法律上利害関係を有することを証明した者により閲覧される可能性がある（公証人法第44条第1項）点が問題となりうるが、公正証書まで利用せずに、ライセンス契約書に確定日付を得ておくだけでも、事実上は、通常実施権の存在及び内容について強い証明力を備えることが可能と思われる。

なお、立証の容易化の手段として、仮に、「特許庁に通常実施権に関する情報を届け出ておけば、届出人は必要に応じて特許庁に届出事項証明書の発行を求めることができる」というような行政サービスのニーズが高く認められるのであれば、

定されるところ、執行裁判所は換価にあたって評価人を選任し、特許権の評価を命じることが可能である（民事執行規則第139条第1項）。

³⁹ なお、契約書を公正証書で作成する場合の手数料は、契約の目的の価額による。例えば、10億円を超える場合で、24万9000円に、5000万円ごとに8000円が加算されるとされ（公証人手数料令第9条）、また、証書の枚数が4枚（横書きの場合は3枚）を超えるときは、超過枚数1枚ごとに250円が加算される（公証人手数料令第25条）。

公証人から契約書に確定日付の付与を受ける場合の手数料は、契約書1通あたり700円である（公証人手数料令第37条）。

このようなサービスの導入の可否についても検討する必要があるのではないかな。

② 日付仮装の防止機能の観点

【論点】

登録対抗制度には、対抗要件を備えた日付を後に仮装して遡らせることを防止する機能もあると考えられる。

例えば、登録対抗制度の下では、通常実施権が対抗要件を備えた日付は登録の日付になるから、後に通常実施権者がその日付を遡らせる仮装をすることはできない。

この点、当然対抗制度を導入した場合、通常実施権が対抗要件を備えた日付は通常実施権が許諾された日付となるから、後に通常実施権者がその日付を遡らせる仮装をすることが比較的容易となり、特許権の譲受人等の対抗関係に立つ第三者が害されるおそれがあるとも思われる点が問題となる。

【考え方】

実務では、特許権を譲り受けようとする者は、通常実施権の有無について特許権者に直接確認をする慣行が定着しているところ、特許権者（譲渡人）が、「通常実施権は存在しない」と回答した場合に、その回答の日付と内容を当事者間の書面又は公正証書等で証拠化し、かつ回答内容について譲渡人の表明保証を得ておくことも可能である。

そのようにしておけば、特許権の譲渡人が通常実施権者の日付の仮装に協力することを防ぐことが可能であるし、万一、日付が仮装されたライセンス契約書等が作成されたとしても、訴訟において、譲渡人から得ていた回答の書面を証拠として提出すれば、ライセンス契約書の日付の真実性に疑義を生じさせることが可能であり、譲受人が害される結果となることは考えにくいのではないかな。

なお、日付仮装の防止機能の確実性を重視する場合は、当然対抗制度を導入するにあたって、通常実施権を許諾したライセンス契約書に確定日付が付与されていることを条件とし、確定日付が付与された日に第三者対抗要件が具備されるという制度とすることも考えられる。

この点、契約書に確定日付の付与を受けるには、契約当事者等双方が揃って公証役場に赴く必要はなく、費用も1通当たり700円と安価であることからすれば、通常実施権者に過重な負担を強いることにはならないと言えるのではないかな。

また、当然対抗制度導入前に許諾されていた通常実施権についても、当該通常実施権が許諾されたライセンス契約書に事後的に確定日付の付与を受ければ、確定日付が付与された日以降に現れた第三者（例：確定日付が付与された日以降に特許権を譲り受けた者）との関係では、対抗力を有すると扱うことが可能ではないかな。

(5) まとめ

以上からすれば、通常実施権について、当然対抗制度を導入することが可能かつ適切ではないか。

6. 関連する論点

(1) 通常実施権を第三者に対抗できる場合の法律関係について

【論点】

通常実施権が許諾されている特許権が第三者に譲渡されたケースにおいて、通常実施権が特許権の譲受人（第三者）に対抗可能な場合は、通常実施権者はその設定行為で定められた範囲⁴⁰で特許発明の実施を継続することが可能である。

この場合の法律関係として、通常実施権者と特許権の譲渡人との間のライセンス契約関係が、通常実施権者と特許権の譲受人（第三者）との間に承継されと考えるべきか否かが問題となる。

【考え方】

① ライセンス契約の多様性

ライセンス契約においては、一般的に、「通常実施権者による特許発明の実施を受忍する」という通常実施権の許諾の合意そのもののみならず、ライセンス料の支払い、技術情報やノウハウの提供等、様々な債権・債務に関する合意がなされている。

また、包括ライセンス契約や、クロス・ライセンス契約（契約当事者が相互にライセンスをし合う契約）、クロス・フリーライセンス契約（契約当事者が相互にライセンス料が発生しない形でライセンスをし合う契約）等、多種多様な契約形態が見られる。

そのため、通常実施権が対抗可能な場合に、通常実施権者と特許権の譲渡人との間のライセンス契約の内容が、通常実施権者と特許権の譲受人との間に承継されることが合理的な場合もあれば、そうでない場合もあると考えられる。

したがって、ライセンス契約が承継されるべきか否か、承継されるべき範囲等については、類型的・画一的に判断することはできず、むしろ、ケース・バイ・ケースの判断による方が、事案ごとの結論の妥当性を確保しうると考えられる。

② 民法の考え方

一般的に、債務の承継である免責的債務引受けについては、債権者に不利益を生じさせるおそれがあるとの考えから、債権者の同意が必要と解されている（通

⁴⁰ 特許法第78条第2項は、「通常実施権者は、この法律の規定により又は設定行為で定めた範囲内において、業としてその特許発明の実施をする権利を有する」と定めている。

説・判例⁴¹⁾ ⁴²⁾。

一方、不動産賃借権が対抗できる場合については、不動産の譲渡人と賃借人との間の賃貸借契約関係が、賃借人の同意なくして不動産の譲受人との間に承継される（譲受人が賃貸人たる地位を承継する）と解されている。その根拠としては、一般の債務引受けの場合とは異なり、賃貸人の債務は、目的物の所有者であれば履行できるもので、個人的色彩を有するものではなく、賃借人としても新所有者（譲受人）に賃貸人の債務の承継を認めることが利益であるということが挙げられている⁴³⁾。その上で、賃貸借契約書で賃貸人の債務として合意されているものであっても、その内容によっては、新所有者に承継されることは合理的ではないと解される場合もあるとされている⁴⁴⁾。

③ 小括

以上からすれば、ライセンス契約の承継に関しては、現行法と同様に、特許法で特段の規定は設けないこととし、上記の民法の考え方に従って、ライセンサーの債務の個人的色彩の有無、承継されることが通常実施権者にとって不利益となるか否か、債務の内容が特許権の譲受人に承継されることが合理的と言えるものか否か等の観点から、事案に応じて判断されることが望ましいのではないかと考えられる。

（２）当然対抗制度施行前に許諾されていた通常実施権の扱いについて

【論点】

当然対抗制度を導入する場合、当然対抗制度施行前に許諾されていた通常実施権について、制度施行後に現れた第三者（例：制度施行後に特許権を譲り受けた者）との関係において、当然対抗制度を適用すべきか、登録対抗制度を維持すべきかが問題となる。

【考え方】

A案：当然対抗制度を適用する。

- ・ 当然対抗制度施行後に生じる対抗関係について、一律に処理が可能であり、制度施行前に許諾を受けていた通常実施権者も、登録を強いられずに安定的に事業を継続することが可能となる。
- ・ 当然対抗制度施行前の通常実施権について、許諾者があえて登録をさせず、第

⁴¹⁾ 大判大正14年12月15日民集4巻710頁参照

⁴²⁾ 内田貴「民法Ⅲ 第3版 債権総論・担保物権」（東京大学出版会、2005年）244頁

⁴³⁾ 大判大正10年5月30日民録27輯1013頁、最二小判昭46年4月23日民集25巻3号388頁等

⁴⁴⁾ 裁判例では、賃貸人の賃借人に対する保証金返還債務について、その保証金の実質が、賃貸借上の賃借人の債務の担保としての金員ではない、あるいは担保としての合理的な金額を超える場合には、保証金返還債務が承継されない、あるいは合理的な金額の範囲でしか承継されないと判断されている（最一小判昭和51年3月4日民集30巻2号25頁、東地判平成15年6月25日（平成14年（ワ）第8415号）等参照）。

三者に対抗することができないものとするを意図して許諾していたようなものであった場合には、その意図に反する結果となるが、このような許諾者の意図を保護する必要はないのではないか。

B案：登録対抗制度を維持する。

- ・ 通常実施権者が事業の安定性を確保するには、当然対抗制度施行前に許諾されていた登録を備えていない通常実施権を対抗可能なものとするために、改めて通常実施権許諾契約を締結し直すことが必要となると考えられるが、契約の締結し直しは、現実には必ずしも容易ではないと考えられる。

なお、ドイツにおいて当然対抗制度が導入された際には、当然対抗制度施行前に許諾されていたライセンスについても当然対抗制度が適用されている。

（３）サブライセンスの扱いについて

【論点】

特許法上、通常実施権者については、他人に通常実施権を許諾することを認める旨の規定はない⁴⁵。しかし、実務においては、通常実施権者による他者へのライセンス（いわゆるサブライセンス）が広く行われている。

通常実施権者が当該特許発明に係る事業を行うにあたって、関連会社や子会社に当該特許発明を実施させるためにサブライセンスをするなど、事業活動にとってサブライセンスは重要な役割を果たしているため、当然対抗制度を導入する場合、サブライセンシーについても適切に保護することが可能であるかが問題となる。

【考え方】

通常実施権者によるサブライセンスは、特許法上、特許権者がサブライセンシーに対して直接許諾した通常実施権と整理される。この結果、当然対抗制度が導入されれば、サブライセンスについても、その存在を立証することにより、通常実施権として第三者に対抗することができると考えられる。

例えば、特許権者からサブライセンサーへのサブライセンス許諾権の付与と、サブライセンサーがそれに基づきサブライセンシーに通常実施権を許諾したことを立証すれば、サブライセンスに基づく通常実施権は対抗可能となると考えられる。

よって、当然対抗制度の導入により、サブライセンシーを適切に保護することも可能となると言えるのではないかな。

（４）仮通常実施権の第三者対抗要件について

【論点】

⁴⁵ なお、専用実施権者については、特許権者の承諾があれば、他人に通常実施権を許諾することができるが明文により認められている（特許法第77条第3項）。

特許法上、特許を受ける権利を有する者は、その特許を受ける権利に基づいて取得すべき特許権について、他人に仮通常実施権を許諾することができるとされている（特許法第34条の3第1項）。また、当該仮通常実施権に係る特許出願について特許権の設定の登録があったときは、その特許権について、仮通常実施権の設定行為で定めた範囲内において、通常実施権が許諾されたものとみなされる（特許法第34条の3第2項）。

現行法下では、通常実施権と同様、仮通常実施権についても登録が第三者対抗要件とされている（特許法第34条の5）。この結果、仮通常実施権が登録されていない場合に、特許を受ける権利が第三者に譲渡されたときは、仮通常実施権を譲受人に対抗することはできない。当該特許を受ける権利に係る出願について特許権の設定登録があっても、仮通常実施権者に対して通常実施権が許諾されたものとはみなされないため、仮通常実施権者は将来的に特許権者から差止請求や損害賠償請求等を受けるおそれがある。

このため、通常実施権について当然対抗制度を導入する場合、仮通常実施権についても同様に当然対抗制度を導入すべきかが問題となる。

【考え方】

通常実施権について登録が困難である事情は、仮通常実施権についてもあてはまるものであり、仮通常実施権者もまた、登録が困難であることにより、将来的な差止請求等のリスクを回避することが極めて困難な状況に置かれている。

したがって、仮通常実施権についても当然対抗制度を導入すべきではないか。

（５）通常実施権に係る権利変動の第三者対抗要件について

【論点】

現行法下では、通常実施権の移転、変更、消滅、処分の制限、通常実施権を目的とする質権の設定、移転、変更、消滅、処分の制限について、登録が第三者対抗要件とされている（特許法第99条第3項）。

通常実施権について当然対抗制度を導入し、登録制度をなくした場合には、これらの権利変動の第三者対抗要件について、どのように整理するかが問題となる。

【考え方】

通常実施権は、特許権者及び専用実施権者に対して差止請求権等を行使させないという不作為を請求する権利を中核としているところ、民法上の指名債権⁴⁶に当たると解されるのではないか。

したがって、通常実施権について登録制度がなくなり、通常実施権の権利変動につき登録を第三者対抗要件とする旨の規定が削除されれば、通常実施権に係る権利

⁴⁶ 指名債権とは、債権者が特定されており、債権の成立・譲渡のために証書の作成・交付を要しない債権を言う。

変動の第三者対抗要件は、自ずと、民法上の指名債権に係る権利変動に関する一般的な規定及び判例、解釈に従って処理されることとなり⁴⁷、実務上も問題は生じないのではないか。

（６）現行法の「登録を備えた」通常実施権者等を対象とする規定の扱いについて【論点】

現行法では、登録対抗制度を前提に、「登録を備えた」通常実施権者・仮通常実施権者ないし「特許法第９９条第１項の効力を有する」通常実施権者を対象とする、以下のような規定が存在する。

a. 中用権に関する規定

同一の発明について誤って二つの特許がされ、そのうち一つの特許が無効となった場合等に、無効となった特許について「特許法第９９条第１項の効力を有する」通常実施権を有する者⁴⁸には、一定の条件のもと、法定実施権が認められる（いわゆる中用権：特許法第８０条）⁴⁹

b. 延長登録出願に関する規定

「登録を備えた」通常実施権者が、政令で定める処分（薬事法上の承認、農薬取締法上の登録等⁵⁰）を受けている場合は、それを根拠に特許権の存続期間を延長する延長登録出願をすることができる（特許法第６７条第２項）

c. 無効審判請求の通知に関する規定

無効審判請求があった場合、「登録を備えた」通常実施権者には無効審判請求があった旨の通知がされる（特許法第１２３条第４項）

d. 裁定請求書の副本送達等に関する規定

裁定請求があった場合、「登録を備えた」通常実施権者には裁定請求書の副本が送達され、答弁書を提出する機会が与えられる（特許法第８４条、第９２条第７項及び第９３条第３項）⁵¹

e. 出願の放棄、取下げに係る承諾に関する規定

出願の放棄、取下げには、「登録を備えた」仮通常実施権者が存在するときは、

⁴⁷ 例えば、通常実施権の移転については、①特許権者等に対する対抗要件は「譲渡人から特許権者等に対する通知又は特許権者等の承諾」と解され（民法第４６７条第１項参照）、②特許権者等以外の第三者に対する対抗要件は「譲渡人から特許権者等に対する確定日付ある通知又は特許権者等の確定日付ある承諾」と解されるのではないか（民法第４６７条第２項参照）。

⁴⁸ 法定実施権者が含まれる。

⁴⁹ 同様に、特許法第８２条は、存続期間が満了した意匠権について「意匠法第２８条第３項で準用する特許法第９９条第１項の効力を有する」通常実施権を有している者に、一定の条件のもとで、当該意匠権と抵触する特許権について法定実施権を認めている。

⁵⁰ 特許法施行令第３条参照

⁵¹ 裁定の取消しの請求があった場合についても、同様である（特許法第９０条第２項）。なお、裁定又は裁定の取消しがされたときには、その謄本を「その特許に関し登録した権利を有する者」（登録を備えた通常実施権者が含まれる）に送達しなければならないとされている（特許法第８７条第１項、第９２条第７項、第９３条第３項、第９０条第２項）。

その承諾が必要とされる（特許法第38条の2）

当然対抗制度の導入に伴い、登録対抗制度及び登録制度が廃止される場合、通常実施権者は、登録を備えなくとも第三者対抗力を具備することが可能となり、登録を備えることはできなくなるため、上記の各規定について、どのような扱いをすべきかが問題となる。

【考え方】

①a. 中用権、b. 延長登録出願について

現行法における上記 a. b. の各規定は、「登録を備えた」通常実施権者（及び a. については登録を備えていない法定実施権者）を対象としている。

当然対抗制度を導入するにあたっては、通常実施権者の事業の安定性を確保し、通常実施権者を適切に保護する観点から、a. 登録を備えていない通常実施権者について中用権を認めることとし、b. 登録を備えていない通常実施権者が政令で定める処分を受けたことを根拠とする延長登録出願を認めることとすべきではないか。

②c. 無効審判請求の通知、d. 裁定請求書の副本送達等について

現行法における上記 c. d. の各規定は、「登録を備えた」通常実施権者を対象としている。

この点、特許庁は登録を備えていない通常実施権者についてその存在を把握することは困難であるから、当然対抗制度を導入した場合、登録を備えていない通常実施権者に対して、c. 無効審判請求があった旨の通知や、d. 裁定請求書の副本の送達をするということは現実的ではない。

また、通常実施権者は、無効審判請求があった旨の通知や裁定請求書の副本の送達されなくとも、特許権者からの連絡や、予告登録⁵²を見ることによって、無効審判請求や裁定請求があった事実を知ることは可能である。現に、現行制度下でも、無効審判については登録を備えていない通常実施権者が参加することも可能とされているところ（特許法第148条第3項⁵³）、その参加の機会、特許権者からの連絡や、予告登録から無効審判請求があったことを知りうるということによって、実質的に確保されていると考えられる。

以上を踏まえ、当然対抗制度を導入するにあたっては、登録を備えていない通常実施権者に対して、無効審判請求があった旨の通知及び裁定請求書の副本の送達をしないこととはどうか。

他方、裁定については、現行制度では登録を備えていない通常実施権者には答弁書の提出の機会が認められていないが、無効審判と同様に、登録を備えていない通常実

⁵² 無効審判の請求、裁定の請求、裁定の取消しの請求があったときは、特許登録原簿にその旨が予告登録される（特許登録令第3条第2号、第4号、同第26条、第27条）。

⁵³ 「審判の結果について利害関係を有する者」は、審判に参加することが可能であり（特許法第148条第3項）、登録を備えているか否かを問わず、通常実施権者は審判に参加することが可能である。

施権者が裁定の手續に關与できるような手当てをしてはどうか。

③e. 出願の放棄、取下げに係る承諾について

現行法における上記 e. の規定は、「登録を備えた」仮通常実施権者を対象としている。

当然対抗制度の導入に伴い、仮通常実施権についても当然対抗制度を導入し、登録制度を廃止する場合、出願の放棄、取下げに係る仮通常実施権者の承諾については、以下の二つの案が考えられるのではないか。

A案：当然対抗制度導入後に許諾された仮通常実施権者の承諾は不要とする。

(考え方)

- ・ ①登録を備えていない仮通常実施権者の存在を特許庁が把握することは現実には困難であること、②仮通常実施権は、対象となる特許出願が特許権の設定登録に至らないこともあり得るという不安定な側面を有する権利であること、③「出願の放棄、取下げを無断でされない権利」を確保するためには、仮通常実施権者が出願人との間で、出願の放棄、取下げに仮通常実施権者の承諾を必要とする旨の契約をしておけば足りること、から、登録制度がなくなる以上は、仮通常実施権者の承諾は不要とする。

B案：当然対抗制度導入後に許諾された仮通常実施権者の承諾を必要とする。

(考え方)

- ・ 出願の放棄、取下げによって仮通常実施権者が不利益を被りうることを重視し、仮通常実施権者の「出願の放棄、取下げを無断でされない権利」を法的に確保すべきと考えて、承諾を必要とする。

以上