

論説

特定の財産権の譲渡に伴う場合の 契約上の地位の移転 —賃貸借契約とライセンス契約を素材として—

2006年4月入学

荒木玲子

I. 序論

- 1 はじめに
- 2 なぜ賃貸借契約とライセンス契約を比較するか
 - (1) なぜ賃貸借契約か
 - (2) なぜライセンス契約を比較対象とするか

II. 賃貸借契約

- 1 賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について
 - (1) 判例の展開
 - (2) 学説の展開
 - (3) 判例と学説を踏まえての検討
- 2 賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転について
 - (1) 判例の展開
 - (2) 学説の展開
 - (3) 判例と学説を踏まえての検討

III. ライセンス契約

- 1 ライセンス契約と通常実施権の法的性質—賃貸借と比較して
- 2 ライセンス契約における対抗要件制度
- 3 通常実施権が対抗力を有する場合のライセンサーの地位の移転について
 - (1) ライセンサーの地位は移転しないという考え方
 - (2) 上記見解の問題点
 - (3) ライセンサーの地位は移転するという考え方
 - (4) 上記見解の問題点
 - (5) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方
- 4 通常実施権が対抗力を有しない場合のライセンサーの地位の移転について
 - (1) 議論の展開
 - (2) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

IV. まとめ

1. 序論

本稿では、特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転について検討するが、その問題意識と検討素材等について以下で述べる。

1 はじめに

契約の相対効という観点からすれば、当事者以外の第三者には契約の効力が及ばないため、これを貫徹すると、契約上の地位の移転ということは認められないことになる。

しかし、民法には、契約上の地位の移転一般に関する明文の規定はないにもかかわらず、地位の移転は広く認められている。例えば賃貸借契約において、対抗力を有する賃借権が付着した不動産の譲渡があった場合、譲受人からの明渡し請求を拒めることは当然だとしても、さらに進んで賃貸人の地位が譲受人に移転することも認められている。

契約上の地位の移転は、債権譲渡と債務引受けの要素のほか、当事者のみが持ちうる権能である、解除権や取消権の移転も含む。これが、債権譲渡や債務引受けと比較したときの、契約上の地位の移転の特色といえるだろう。民法は、意思自治の原則を重視し、意思を相互に実現させて契約を誕生させた者（当事者）だけに、その後の契約の変更や終了の権限を与えている。一方で、契約上の地位の移転があれば、当事者の資格が移転するので、新当事者は当然に契約の変更権限や終了権限をもつことになる。契約の相対効と抵

触するともいえる契約上の地位の移転は、どのような場合にどのような論拠で認められるのであろうか。

本稿では、契約上の地位の移転の中でも、特定の財産権の譲渡に伴う場合について検討する。契約上の地位の移転について、伝統的見解は、契約当事者の一方と譲受人の契約によって、他方の当事者の承諾を条件として効力を生じさせることができる、としている¹⁾。これに対し、特定の財産権の譲渡においては、一部の当事者の意思とは無関係に契約上の地位の移転が生じる場合があるという特色がある。典型的なものは、不動産賃貸借契約における賃貸人の地位の移転である。このように、契約によっては、上述の契約上の地位の移転一般の法理が妥当しないことがあるため、それをどのように考えるべきか、本稿で検討したい²⁾。

2 なぜ賃貸借契約と ライセンス契約を比較するか

本稿では、契約上の地位の移転について、網羅的な検討を行うことはせず、その第一歩の検討対象として、賃貸借契約とライセンス契約を取り上げることとする。本稿は、この2つの契約類型を比較検討していくものであるが、このようなアプローチを採用した理由及び意義を見出した点について、以下で述べる。

(1) なぜ賃貸借契約か

賃貸借契約における賃貸人の交代については、契約上の地位の移転についての伝統的見解がそのまま適用されるわけではない。民

1) 潮見佳男『債権総論Ⅱ（第2版）』（信山社，2001）602頁。

2) ライセンサーが破産した際も、地位の帰趨が問題になりうる。ライセンサーが対抗要件を具備していれば、破産管財人は解除権を行使できず（破産法53条、56条1項）、ライセンス契約は従前通り存続する。しかし、清算型の破産手続においては、特許権等の知的財産権についても破産財団所属財産として当然に換価が予定されるため、知的財産権が第三者に譲渡されたときの法律関係が問題となる。また、破産手続開始は法人の解散事由とされているため（会社法471条5号）、ライセンサーである法人が特定履行義務を負っていた際、手続開始以降その義務を履行できなくなるが、その場合のライセンス契約はどのような形で残るのかも問題となろう。一方、対抗要件を具備していなければ管財人は契約を履行するか解除するかを自由に選択できるが（破産法53条）、これではライセンサーの保護に欠けるため、解除権を制限すべきだという指摘もある。しかし、本稿ではライセンサーが任意に特許権を第三者に譲渡した場合を検討し、ライセンサーが破産した場合の地位の帰趨については検討対象外とする。

法 605 条や借地借家法 10 条, 31 条は, 賃借権の對抗要件について規定しており, これらによって賃借人が對抗要件を具備した場合は, 不動産の譲受人からの明渡し請求を拒絶できることとなる。この場合, 明渡し請求の拒否という消極的効果のみならず, 賃貸借関係の承継という効果も法律上当然に発生する³⁾。このように, 賃借権が対抗力を有する場合に賃貸人の地位は当然に移転することは, 確立した判例となっている。また, 賃借権に対抗力がない場合, 賃貸人の地位は譲渡人と譲受人の合意によって移転し, 賃借人の承諾は不要である⁴⁾。

しかし, このことは特定の財産権に伴う場合の契約上の地位の移転についてのルールとして一般化できるのだろうか。判例や学説が, 賃貸人の地位の移転が起こることをどのように説明しているかを, 賃借権が対抗力を有する場合と有しない場合についてそれぞれ検討する。そして, ほかの特定の財産権を譲渡する契約における契約上の地位の移転にも, 賃貸借における判例法理は妥当するのか考察する。

(2) なぜライセンス契約を比較対象とするか

ここで, 比較対象の契約として, ライセンス契約を取り上げたい。ライセンス契約は, 他者の知的財産権にかかる知的財産を利用する際に, 知的財産権者から利用許諾を受け, 一般的にその対価を支払う契約である。これは, 賃貸借契約が, 賃貸人が使用収益させる義務を負い, 賃借人がその対価を支払う契約であるという点においては, その形態が類似しているといえる。よって, 特許権が譲渡された場合のライセンサーの地位の帰趨については, 賃貸借の判例法理に基づいて結論を出せるとも考えられる。

しかしながら, 賃貸借契約とライセンス契

約には, 様々な相違点も存在する。例えば, 賃貸人の義務は, 賃貸人が何人かによって履行方法が特に異なるものではないといえよう。しかし, ライセンス契約においては, ライセンサーがノウハウ提供義務や保守義務等の特定履行義務を負っていた場合, 特許権等が譲渡されても, 譲受人にその履行能力がないことが少なくない⁵⁾。

以上より, ライセンサーの地位の移転については, 賃貸人の地位の移転と相違点はあるもののさほど重要ではないので同様に考えられるといえるかもしれないし, 相違点は無視できないほどに多くしかも重要であるので同様に考えられるとはいえないかもしれない。以下, 賃貸借契約とライセンス契約それぞれについて, 対抗力がある場合とない場合に分けて, 現状の理論を踏まえつつ, どのように法律構成されるか検討する。

II. 賃貸借契約

以下では, 賃貸借契約において, 対抗力がある場合とない場合について, それぞれ判例と学説を概観し, どのように考えられるか検討する⁶⁾。

1 賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について

契約の効力は相対的であるという原則からすると, 賃貸借契約において賃借権の対抗力がある場合に, 譲受人に賃貸人たる「地位」が移転するという結論は非常に特殊なものといえる。契約の相対効からは, 目的物の譲渡がなされても, 譲受人は債権債務や契約上の地位を引き継がないことが原則であるが, 賃貸借契約ではその原則が修正されている。それは賃貸借という契約の特殊性に基づくもの

3) 最判昭和 39 年 8 月 28 日民集 18 卷 7 号 1354 頁等 (II 1 (1) にて検討)。

4) 最判昭和 46 年 4 月 23 日民集 25 卷 3 号 388 頁等 (II 2 (1) にて検討)。

5) 森田宏樹「ライセンス契約の対抗力と契約上の地位の移転」金判 1275 号 1 頁 (2007)。

6) 以下の検討では, 譲受人は所有権移転登記を経由していることを前提とする。

であろう。不動産の賃貸借契約は、賃貸人が不動産を賃借人に使用収益させ、賃借人はその対価を賃貸人に支払うという性質のものであるが、元来、賃貸人の方が強い立場にあり、賃借人の立場は弱いと考えられてきた。具体的には、賃貸借には原則として対抗力がない、存続期間が短い、賃借権が自由に譲渡や転貸できるものではないという性質によるものであろう。しかし、それを政策的に補強し、賃借人の立場を引き上げるため、借地法や借家法、現在では借地借家法が制定された。これらの法整備や判例法理によって、本来債権である賃借権は事実上物権と同視しうるほどの機能を持ち、賃借人は非常に強い立場を手に入れることとなった。これは民法の起草者である梅謙次郎が、賃借権に物権または物権でなくてもそれに近い機能を持たせるべきだと考えていたこと⁷⁾も影響していると思われる。

(1) 判例の展開

以下では、賃借権が対抗力を有している場合（現在の民法 605 条、借地借家法 10 条、31 条にあたるような場合）を念頭において、賃借人たる地位の移転は、どのような根拠によって起こると考えられているのかについての判例をみていく。

- ・ 譲受人が賃貸人の名において
賃料支払請求や契約解除の主張が
できるかが争われた事例

(a) 大判昭和 3 年 10 月 12 日 新聞 2920 号 10 頁

Y が A から家屋を賃借していたが、その家屋が競売され、X が競落し所有権移転登記を経由した。その後 X が Y に対し賃料支払請求をした。

大審院は、①賃貸借の存在する競売建物の競落人は、競売建物の所有権を取得するとともに賃貸人の地位も当然に承継する、②賃貸中の建物競落人は、所有権取得登記をした時から当然賃貸人の地位を承継し、この場合特

に借家人に対し承継を通知する必要はない、と判示し、X の請求を認容した。根拠として、借家法 1 条を挙げている。

(b) 最判昭和 33 年 9 月 18 日 民集 12 卷 13 号 2040 頁

Y が A から期間の定めなく建物を賃借していたが、建物の所有権は A から順次移転され、最終的に X が建物について所有権移転登記を経由した。X が Y に対して賃料の支払請求をしたところ、Y は B の次の譲受人である A から通知がなされていないことを理由にこれを拒否した。そこで、X は Y に賃料の支払いについて催告し、支払いのない場合は賃貸借契約を解除するとの意思表示をした。Y は賃料を支払わなかったため、X は賃貸借契約の解除を理由に建物の明渡しと解除までの賃料や損害金を請求した。

最高裁は、新所有者は、借家法 1 条によって建物所有権取得と同時に当然賃貸借を承継するものであって、その承継の通知を要しない、と判断した。

ここでも、地位の移転の根拠を、借家法 1 条という賃貸借の特別法に求めている。

以上 2 つの判例は、賃借権が対抗力を有している場合、契約上の地位は法律上当然に移転すると解しているため、譲受人が承継の通知を要せずに権利行使可能であることは当然の帰結である。

- ・ 譲渡人から賃借人に対して
解約申入れや契約解除の主張が
できるかが争われた事例

(a) 大判大正 10 年 5 月 30 日 民録 27 輯 1013 頁

本判決は、他人に賃貸中の不動産の譲渡が賃貸人の地位の移転を伴うかという問題についての最初の判例である。A が B から建物所有の目的を持って土地を賃借し、建物を建築して登記を経由していたが、その後 B の承諾を得て建物及び土地の賃借権を Y に譲渡したところ、B は土地を X に売り渡したう

7) 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会・民法議事録速記録四』日本近代立法資料業書 4（商事法務研究会、1984）310-11 頁参照。

え、自ら Y に対し賃貸借解約申入れを行い、X が Y に対し土地の返還を請求したものである⁸⁾。

大審院は、建物保護ニ関スル法律 1 条にいわゆる賃借権の対抗とは、民法 605 条に「賃借権ハ…其効力ヲ生ス」とあるのと同趣旨であり、それは、賃貸人が賃貸借の目的物を第三者に譲渡したときは、旧所有者と賃借人との間の賃貸借関係は法律上当然に新所有者と賃借人との間に移り、新所有者は旧所有者の賃貸借契約上の地位を承継し、旧所有者は完全にその関係から脱退するということであると述べた。これによると、B による解約申入れの時点で、B はもはや所有者ではなくその権限を有しないので、解約申入れは無効となる。

ここでも、大審院は、契約上の地位の移転が起こることの根拠を賃貸借に関する法律に求めているといえる。

(b) 最判昭和 39 年 8 月 28 日

民集 18 卷 7 号 1354 頁

X は Y に家屋を賃貸し、借受金を期限までに弁済しないときは賃貸借契約が効力を失うということが特約された。X は、特約に基づいて賃貸借契約が終了したと主張し、Y に対して家屋の明渡し請求をした。Y は、抗弁の 1 つとして、X はすでに家屋を A に売り渡してその所有権を失っているので、請求の権利を有しないという主張をした。

最高裁は、自己の所有家屋を他に賃貸している者が賃貸借継続中に第三者に右家屋の所有権を移転した場合には、特段の事情のない限り、賃貸人の地位もこれに伴って第三者に移転すると判示したうえで、賃貸借契約解除権行使の当時、X が家屋についての所有権を失っていた旨の主張につき、X がこれを争わないのであれば、X は Y に対する関係において、解除権行使当時すでに賃貸人たる地位を

失っていたことになるとした。

以上 2 つの判決から、賃貸人の地位が譲受人によって承継される帰結として、賃貸人は不動産を譲渡した後は、もはや賃貸借契約について解約申入れ権や解除権を有しないことが確認される。

・上記 4 つの判例の検討

判例は、対抗力のある賃借権の付着した不動産の譲受人が賃貸人の地位を承継することの根拠として、賃貸借に関する特別法である借家法 1 条を主に挙げている。このことから、地位の移転は「法律上当然に」起こることと解しているといえる。

しかし、借家法 1 条は、賃借人が対抗要件を具備したときには賃借権の存在を事後の物件取得者に対抗できること、すなわち、物件取得者は賃借権の負担を排除できないことを意味することとなり、賃貸人の地位の移転については何も触れていない。したがって、本来、賃借人の対抗要件は賃借権の存在を第三者に主張しうることを意味するにすぎない。賃借人が対抗要件を備えたときは、譲受人は賃借権の排除を求めることができずに、これの負担のついた所有権を取得するというのみを示しているはずであり、賃借人と譲受人の間に賃貸借関係が発生することを意味するものではない⁹⁾。

では、賃貸人の地位の移転について、学説はどのように説明しているのだろうか。以下、学説の展開をみていくこととする。

(2) 学説の展開

賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転については、様々な学説が展開されているが、以下では代表的なものを 2 つ取り上げる。

・「賃借権の物権化」説¹⁰⁾

この見解は、譲受人が賃貸人の地位を承継するのは、賃借権に対抗力が備わっている結

8) 但し、X が土地について所有権移転登記を経由していたかは明らかではない。

9) 半田正夫「賃貸中の不動産の譲受人と賃借人の関係についての一考察」『末川先生追悼論集・法と権利 1』民商 78 卷臨時増刊号 (1) 303 頁, 318 頁 (1978)。

10) 安達三季生「賃貸人の地位の譲渡」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 (3) 不動産の賃貸借・売買契約』(有斐閣, 1983) 235 頁, 249 頁。

果生じる法定効果であるとするものである。そして、譲受人が譲渡人からの所有権譲渡に当たって、賃貸人の地位を承継しないと同意がなされたときでも、対抗力を備えた賃借権によって、譲受人は対抗されると考える。その関係は、登記によって対抗力を備えた地上権その他の制限物権が存する場合に、その所有者が制限物権の負担の付着しない所有権だと称して譲渡したときでも、譲受人は地上権者から対抗され、制限物権の付着した所有権を取得するのと異ならない、とする。

・賃借権の物権化説に対する批判

基本的に、目的物の最有効利用の可能性(それを確保するための所有権の確保)は、目的物の利用に関する権利の対世的効力を認めた場合には制限される恐れがある。さらに、契約上の権利義務が当事者間でしか効力を有しないとすることによって、当事者間における契約自由を最大限に確保できる。とはいえ、目的物の利用に関する権利は、常に債権として対世的効力を否定しなければいけないわけではない。内容が合理的で、資本主義的生産活動を維持していく必要がある場合や、利用権者に社会的に見て保護の必要性がある場合、一定の条件下で対世的効力を認めるべきといえよう。その意味では、賃借権に対世的効力をもたせようとするこの見解は妥当ともいえそうである。

しかし、ここで賃借権の物権化説を採用すると、賃貸借関係を移転させない例外が全く認められない点が問題となる¹¹⁾。譲渡人が、地上権の設定された土地を譲受人に譲渡した場合、地上権の内容を、もはや土地所有者ではない譲渡人との間で留保することはできない。「物権化」した賃貸借についても、これと同様に理解されることとなってしまう。しかし、最高裁は、建物賃貸人が建物を譲渡した場合における敷金の承継について、結論的には賃貸人たる地位の留保特約の効力を否

定し、敷金に関する権利義務関係も譲受人に移転すると判断したが、「特段の事情」がある場合には賃貸人の地位が移転しない余地を残している¹²⁾。よって、この判例の存在を前提とすると、賃借権の物権化説はとりえないこととなる。

また、起草者である梅謙次郎は、民法 605 条の原案となった条文(原案 608 条)において、「不動産ノ賃貸借ハ之ヲ登記シタルトキハ其不動産ニ付キ物権ヲ取得シタル者ニ対シテモ其効力ヲ生ス但敷金又ハ借賃ノ前払ヲ以テ之ニ対抗スルコトヲ得ス」と定めた。そのうえで、賃借権が対抗力を有するということを、賃料の支払いによって賃借人の使用収益権が維持されるという意味で理解していた。さらに、一般的に、土地賃貸借法等の展開は、債権の利用権の安定化に必要な限りでの債権者の権限の強化であると考えられる。この点からも、賃貸借について、物権化されたものと理解することは困難である。

・「状態債務」説¹³⁾

状態債務説は、賃借権が対抗力を有する場合には、賃貸人の地位は譲受人によって当然に承継されるとし、その根拠として、「賃貸借関係が、賃貸目的物の所有権と結合する一種の状態債務関係として、所有権とともに移転する」と説明している。この説は、我妻栄がドイツの理論を検討したうえで導入したものであるが、我妻自ら、「主として『物権に非ずしてしかも第三者に対して効力を生ずる債権関係』なる特殊なものを説明せんとする理論的構成に過ぎない」と述べている。とはいえ、この説を導入する必要性は失われていない、と我妻は考えていた。我妻以前の法律理論においては、全ての経済的地位は、個々の権利義務に分解され、各々異なる原則に従って規律させられていた。しかし、近世の経済社会においては、各種の権利義務の結合が 1 つの地位として経済的に特殊の価値を

11) 七戸克彦「賃貸人たる地位の法律構成—「状態債務関係」論・「賃借権の物権化」論・「法定契約引受」論の再検討」稲本洋之助先生古稀記念論文集『都市と土地利用』(日本評論社、2006) 163 頁、179 頁。

12) 最判平成 11 年 3 月 25 日判時 1674 号 61 頁(以下、平成 11 年判決)。

13) 幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15)』(有斐閣、1989) 188 頁〔幾代通〕。

有するに至った以上、法律もまたこれを特殊の立場から取り扱う必要があるとした。その適例が賃借権と結合する不動産所有権者の地位と考えられた。なぜなら、目的物の賃貸借は実は所有権の経済的作用にすぎず、結合した賃貸借は所有権の実質的内容に他ならないからである¹⁴⁾。

この状態債務説は、賃借権を所有権の「実質的」内容とすることで、賃借権が物権か債権かの問題を巧みに回避している。さらに①賃貸人の債務の主要なものが所有者でなければ履行しえず、しかも、所有者でありさえすれば履行できる点と、②賃借人にとっても、売買によって賃借権が破れ、賃貸人に対して債務不履行の責任が問えるだけになるよりも、譲受人が地位を承継してくれる方が遙かに有利である点に着眼して、所有者＝賃貸人と考えたもので、巧妙な法的構成といえよう。また、①②を前提とする帰結として、賃貸借関係の当然承継によって賃借人が不利益を受ける場合というのは「特殊な場合」であり、このような場合には、賃借人は賃貸人に対して債務不履行責任を追及できる¹⁵⁾。

・状態債務説に対する批判

状態債務説に対する批判は、以下2つのようにまとめられる。

第1に、状態債務か否かは、債務の性質から決まるのではなく、対抗力の有無から遡って決せられるという指摘がある¹⁶⁾。つまり、民法605条は賃貸借に登記を要求し、借地借家法10条1項は土地の上に借地権者が登記されている建物の所有、同法31条は建物の引渡しをそれぞれ要求しているの、状態債務が生ずるのはこれらの対抗要件が具備された場合に限られ、結局は対抗要件の有無と状態債務の論理的関係を明確にする必要がある。賃貸借を目的物の所有権に結合する状態

債務であるとするならば、賃貸借契約は対抗要件の有無に関係なく目的物の所有権に随伴するという結論になりそうである。しかし、判例は対抗要件のない賃借権が、当然承継されることを認めていない¹⁷⁾。すなわち、対抗要件を有している場合を、「状態債務」とであると説明しているだけである。

第2に、状態債務説は、賃借権が対抗力を有することを前提としており、その場合に賃貸借関係が目的物の所有権と結合すると説明しているが、そう解するならば、譲受人のみならず賃借人も当該賃貸借関係に拘束されるはずだという批判もある¹⁸⁾。通説によれば、賃借人は譲受人による賃貸借契約の承継に異議を唱えることで、賃貸借の拘束から離脱できる¹⁹⁾。賃借人の離脱が認められる以上、賃貸借関係が目的物の所有権に結合するとはいえないであろう。この点について、状態債務説は論理一貫性を欠いており、妥当な見解とは言い難い。これに対して、論理一貫性を維持するために、賃借権が対抗力を備えた場合、賃借人は賃貸借関係から離脱できなくなると解することも可能ではある。しかし、そのように解すると、賃借権が対抗力を備えたことにより、賃借人は賃貸借関係から離脱できないという新たな負担を負うことになる。対抗要件制度は、権利変動の際に、自己の権利を擁護できるようにするためのものであり、対抗力を備えた場合に、対抗力を備えていない場合よりも負担が大きくなってしまっただけでは背理である。よって、論理一貫性を維持する見解をとった場合には、対抗要件の制度趣旨からの問題が生じることとなる。

これらの批判を概観すると、状態債務説によって契約上の地位の移転を説明することは難しいといえるだろう。一方、状態債務説を批判する学説においては、賃貸人の地位の移

14) 我妻栄『民法研究VI(債権各論)』(有斐閣, 1969) 158-60頁。

15) 大窪誠「賃借権が対抗力を有する場合における賃貸不動産の譲渡と賃貸人の地位の帰趨」法学(東北大)60巻6号49頁, 57頁(1996)。

16) 野澤正充『契約譲渡の研究』(弘文堂, 2002) 92頁, 314頁。

17) 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁等(II2(1)(29頁)にて検討)。

18) 大窪・前掲注15)60頁。

19) 幾代=広中編・前掲注13)189頁〔幾代通〕。

転は、目的不動産の譲渡に随伴して生じるのではなく、対抗力の結果である、と解されてきたといえよう。

しかし、これらの批判のように対抗問題の側面のみを目を向けると、この問題の本質をとらえることはできない。なぜなら、第1に、対抗力を有する場合に、なぜ賃貸借契約そのものが譲受人に移転するのか、つまりなぜ対抗力と契約上の地位の移転が結合するのか、第2に、対抗要件がない場合にいかなる解決を原則と考えるのか、ということが、従来の解釈からは明らかにならないからである。

(3) 判例と学説を踏まえての検討

以下では、従来の解釈からは明らかにならない事項について検討を加え、対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について、どのように考えれば合理的に説明しうるかを考察していく。

・対抗力と契約上の地位の移転を結合させる考え方に対する検討

第1に、状態債務説は、前述の通り、賃借権が対抗力を有している場合を前提にしていること、さらに、譲受人によって賃貸人の地位が承継されることが、賃借人にとって有利であることを前提にしていることに問題がある。この場合、譲受人も地位の承継を望むのならば、両者の意思が合致し、状態債務説を持ち出すまでもなく地位が移転する。つまり、状態債務説は、賃借人の存在が譲受人にとって負担である場合を想定しているといえる²⁰⁾。

この場合の譲受人と賃借人の意思の組み合わせは、①譲受人と賃借人が共に地位の承継を望まない場合と、②譲受人は地位の承継を望まず、賃借人が望む場合に分けられる。さらに、③譲受人と賃借人が共に地位の承継を望む場合、④譲受人は地位の承継を望み、賃借人は望まない場合も考える。しかし、賃貸人の地位の帰趨に関して、賃借人の対抗力が問題となるのは、②の場合に限られ、それ

以外の場合では、対抗力とは別の視点が必要となろう。つまり、状態債務説は②の場合を前提としてしまっているため、賃貸人の地位の移転を説明しきれない。

第2に、対抗力の効果によって契約が移転するといっても、結局は間接的なものであるという批判が考えられる。賃借人が対抗要件を具備している場合には、譲受人としては、賃借人に対して当該不動産の明渡しを求めることができないにもかかわらず、賃貸人ではないから賃料を賃借人に請求することもできず、譲渡人に対して不当利得返還請求をするといった迂遠な方法をとらざるを得なくなる。そうであるならば、譲受人は、もともとは賃貸人の地位を承継することに消極的であったとしても、当該賃貸借契約における賃貸人の地位を賃借人から承継した上で、賃貸人として賃借人に対して賃料を請求できた方がよい。このように、譲受人が当初の賃貸借契約を呼び寄せるインセンティブが働き、それに基づいて譲受人が当該賃貸借契約から影響や効果を受けることを容認しただけだと捉えることができる。つまり、対抗力の直接の効果によって、当然に当該賃貸借契約が賃借人と譲受人間に承継されるのではなく、間接的な効果であろう。

すなわち、「対抗力の効果」といっても、対抗力を十分条件として地位の移転を認めることができるわけではなく、対抗力はあくまでも地位の移転を肯定し得る重要な要素にとどまるのである。そうなると、最終的には、地位の移転があるか否か決めるうえで、さらなる考慮要素、例えば、譲受人の容認があること等、を補充して考える必要がある。しかし、対抗力と地位の移転を結合させる考え方では、考え方の性質上、対抗力以上の上位概念の提示がなされておらず、何を補充すべきなのが不明であるという指摘ができる。結局、対抗力から直接に移転を導くことが不可能である以上、対抗力を法律要件として考えるのは妥当でないと言うことができ、後述の

20) 大窪誠「賃貸中の不動産の譲渡にともなう賃貸人の地位の譲渡と賃借人の承諾」太田知行＝中村哲也編『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996）381頁、389頁。

ように、対抗力とは独立して、意思解釈に委ねると考える方が、地位の移転を理論的に説明し得ると考える。

第3に、対抗力を有する場合でも、民法605条の賃借権の登記であれば、譲受人は当該賃貸借契約の内容を知ることが可能であるが、借地借家法10条、31条による対抗では、契約内容の公示は一切ない。よって、この場合は、譲受人は内容も知ることなく、対抗要件の有無という基準だけで、当該賃貸借契約の全条項を承継することになりそうである。確かに、賃貸借契約の契約条項は定型的なものであることが通例だろう。そこで状態債務説も、所有者でありさえすれば義務を履行できる点に着眼して、所有者＝貸貸人と考えたのであるが、中には特殊な条項であって、譲受人がなしえない義務や債務を含む賃貸借契約も存在する。そのような場合に、不動産の引渡しを受けており、賃借人が対抗要件を具備している、という基準をたてても、譲受人がなしえない義務や債務を含むう賃貸借契約を承継させるべきか否かの判断はできないのである。

・対抗力と貸貸人の地位の移転を 独立して処理する考え方

以上のように、対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合、最終的に貸貸人の地位をどのように解すべきかについては、判例や学説において、必ずしも説明しきれていないように思われる。判例においても学説においても、契約上の地位の移転と対抗問題を結合させて考えている。しかし、判例が地位の移転の根拠として挙げる借家法1条は、対抗力を有する賃借権が付着した不動産の所有権取得者は、その賃借権の負担を排除できないことを意味するのみで、契約上の地位の移転については規定していない。また、賃借権の物権化説では、地位を移転させないことが認められなくなり、平成11年判決²¹⁾と抵触する。状態債務説では、対抗力がない場合の原則について説明できない。

では、譲受人が貸貸人の地位を承継することについて、どのように解釈すれば合理的に説明しうるのか。ここで、貸貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは、譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思解釈に委ねるべきものであるため、賃借人の対抗要件の具備とは独立して処理する問題であると説明する方法が考えられる。

つまり、賃借人が対抗要件を具備している場合、譲受人の意図として、所有権の移転のみを考え貸貸人としての地位の移転を全く考慮に入れていないとしたら、譲受人は貸貸人としての権利である賃料請求や解約申入れ等の主張を一切できなくなる一方、賃借人の賃借権を否定できずその負担を負うことになってしまう。このように、自らに極端に不利になる結果を譲受人が望むとは考えられない。また、地位が移転したとき、譲受人は貸貸人としての権利を取得するとともに義務も負うことになるが、貸貸人の義務は、判例も指摘するように基本的に没個性的なものであるので、権利取得という利益を放棄してでも負いたくないという性質のものとはいえない。

よって、譲受人は、通常、不動産所有権の譲渡に伴って貸貸人の地位を取得するという意思を有しているものといえる。このように、不動産所有権の移転は、貸貸人の地位の移転を当然に伴うものではないものの、両者が分離することは現実にはほとんど考えられないので、結果として対抗要件の具備によって貸貸人の地位の移転が起こっているような外観が生じることとなると考えられよう。とはいえ、地位の移転が生じたことはあくまで結果論に過ぎず、当事者の意思解釈を通じて初めて説明し得るものである。このような外観が生じていようと、対抗力から直接に地位の移転を説明することができるとは言い難い。

また、地位の移転が起こるときでも、特殊な条項等が定められている場合は、移転の範囲は無制限ではない。特殊な条項等は承継されないこともあり、たとえば、賃料債権債務

21) 前掲注12) 参照。

は地位の移転に伴い基本的に移転するが、譲渡人に対する債権を賃料と相殺する旨の特約は承継されないとされる²²⁾。また、敷金契約は賃貸借契約に伴って移転するが²³⁾、保証金（建設協力金）の返還債務は承継されない²⁴⁾。このように、譲受人は賃貸人の地位を取得するものの、譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない特殊な条項²⁵⁾については、当該条項から生じる義務までは承継しないとの意思を有している、と解釈できる。

さらに、特約等によって、賃貸人に対し特殊な義務が課せられている場合はどのように考えられるか。譲受人に履行能力がなく、さらに賃料の相当部分が特殊な義務への対価であり、その義務が履行できなければ当該契約が意味をもたないと客観的に判断できるような場合は、譲受人は地位を移転させない意思を有していると解釈することができる。この場合が平成 11 年判決のいう「特段の事情」が認められる場合だといえよう²⁶⁾。

この見解によると、地位を移転させない場合も認められ、かつ対抗力と独立して地位の移転を処理するので、対抗力がない場合の原則についても説明できる可能性があるため、妥当な見解といえるのではないだろうか²⁷⁾。

・対抗要件がない場合の原則の 不明確性に対する検討

民法 605 条起草者の梅謙次郎は、賃貸借契

約が目的不動産の新所有者に対抗することができなければならないと考えていた。賃貸借契約は、目的不動産の所有者が交替しても当然に新所有者に承継され、その場合、譲受人が不測の損害を被らないための公示技術の問題として「登記」が要求されたにすぎない²⁸⁾。このような経緯を考慮すると、対抗要件の有無によって説明の仕方が変わることの妥当性を肯定することは、やはり難しいと考えられる。

では、賃借権が対抗力を有しない場合に、判例や学説はどのような結論を導いているのだろうか。賃貸借の目的物の譲渡については、対抗力の観点から議論されることが多く、対抗要件を具備していない賃借権が付着した目的物が譲渡されたときの法律関係については、対抗力を有している場合に比べて議論されることが少なかったようである。対抗力からすると、賃借人が譲受人からの所有権に基づく明渡し請求を拒めないことは自明である。また、譲受人が明渡し請求をすれば、賃貸人の使用収益させる義務の履行は不可能になるため、賃借人は譲渡人に対し、債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができ、結論は簡明である。しかし、問題を賃貸人の地位の移転という観点で捉えると、そう単純ではない。

以下、判例と学説を概観して、賃借権に対

22) 大判昭和 9 年 2 月 16 日新聞 3665 号 8 頁、東京地判昭和 35 年 4 月 6 日判時 225 号 22 頁。

23) 最判昭和 44 年 7 月 17 日民集 23 卷 8 号 1610 頁。

24) 最判昭和 51 年 3 月 4 日民集 30 卷 2 号 25 頁。

25) 相殺特約については、移転しても譲受人との間に反対債権がないので、譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない（前掲注 22）参照。また、建設協力金については、本件賃貸借契約成立のときから 5 年間はこれを据え置き、6 年目から毎年日歩 5 厘の利息を加えて 10 年間毎年均等の割合で返還するという約定もあったということから、移転させても譲受人は返還義務を履行できず、譲渡人と賃借人の間でしか意味をなさない（前掲注 24）参照。

26) 野澤正充「判批」法ゼ 538 号 104 頁（1999）は、賃貸人の義務が人的性質を有すると客観的に判断される場合（たとえば賃貸人が目的物の使用収益のみならず、それ以外の役務提供等の義務を負担する）に「特段の事情」が認定されると解される、としている。

27) なお、梅謙次郎は、譲受人による賃貸人の地位の当然承継が起こることを、譲渡人が賃貸不動産の所有権を譲渡したことにより賃貸人の権利義務を失うことの結果として説明している。しかし、譲渡人が賃貸不動産の所有権を譲渡したことにより賃貸人の権利義務を失うのはなぜであるのか、権利義務を失うにしてもその権利義務が譲受人に移転するのはなぜであるのか、明らかになっていない。よって、起草段階からは賃貸人の地位の移転の根拠を導き出すことは不可能であり、この見解のように意思解釈を補充することは、立法者意思と矛盾するものではないだろう。

28) 野澤・前掲注 16) 322 頁。なお、借地借家法 10 条、31 条の対抗要件は公示機能がないが、これは賃貸借契約が典型契約で、賃貸人の義務も定型的名の多いことから、譲受人が不測の損害を被る恐れが少ないことによるものである。

抗力がない場合について、どのように考えれば明確に説明しうるかを検討していく。

2 賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転について

この場合は対抗力を有する場合と異なり、譲受人が明渡請求権を行使できない法的根拠がないため、賃貸人の地位の当然承継が認められると即断することは困難である。譲受人が賃貸人たる地位を承継することを拒む場合は、所有権移転登記を経由して賃借人に明渡し請求をすることが可能である。

それより進んで、譲受人が賃貸人たる地位の承継を拒否しない場合、契約上の地位は移転するのだろうか。以下、判例と学説の結論と理論構成についてみていく。

(1) 判例の展開

判例は、賃貸人と譲受人の合意を根拠に地位の移転を認めている。そして、合意が認められる際に、さらに賃借人の承諾も必要かについては、大審院の判例は統一していなかった。

・承諾を不要とする判例²⁹⁾

譲受人が賃貸人に対してその権利義務を承継することを約束した場合、賃借人の同意を経ることなく譲受人は賃貸人の権利義務を承継し、賃借人は譲受人に対して賃貸借関係の存続を主張し、その義務の履行を譲受人に要求することができ、譲受人は賃借人が所有権移転契約に関与していなかったことを理由として、賃借人の要求を拒むことはできない、と判示した。理由として、賃借人が所有者の交代を拒否する権利を有しないことにより、譲受人が賃貸人の権利義務を承継することでしか賃貸借契約の目的を達することができないことを挙げている。賃借人が賃貸人・譲受人間の契約を否認しては、賃貸借契約を締結した目的と背馳することとなるから、賃借人

の承諾がなくとも譲受人が賃貸人の権利義務を承継すべきこととなる。このような契約は常に賃借人のためにその効力を生じ、賃借人が介入しようがしまいが、その利益に影響がないということを考慮している。

以上より、賃借人の利益を損なわないことを基本とし、賃貸借契約の目的や効果を考慮して結論を導いていることがわかる。

・承諾を必要とする判例³⁰⁾

賃貸借の目的である不動産の所有権の譲受人と賃貸人との間において、譲受人が賃貸人の地位を承継すべき旨の特約があるときは、賃借人はこの承継を承認して譲受人に対し賃借権を主張することができると判示した。承諾がある場合に、従前の賃貸借が譲受人と賃借人の賃貸借関係となると考えている。つまり、この承諾は賃貸人の個々の権利義務関係に対する承認ではなく、賃貸人の地位の移転に対する包括的な承認といえる。

・現在の判例法理

以上のように、賃借権が対抗力を有している場合に、賃貸人の地位は法律上当然に譲受人に移転するとしても、賃借権が対抗力を有していない場合でも、賃借人の意思にかかわらず賃貸人と譲受人間の合意のみで賃貸人の地位が移転するかは、大審院の判例からは明らかではなかった。これについて最高裁が、対抗要件が具備されていない賃借権の設定されている土地の所有権譲渡において、新所有者が旧所有者の土地賃貸人としての義務を承継するには、特段の事情がない限り、土地賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者との間の契約をもってこれをなすことができると判断し³¹⁾、現在の判例法理となっている。

昭和46年判決は、①賃貸人の義務は賃貸人が何人であるかによって履行方法が特に異なるわけのものでもなく、②土地所有権の移転があったときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとっても有利

29) 大判大正4年4月24日民録21輯580頁。

30) 大判大正6年12月19日民録23輯2155頁、大判大正9年9月4日民録26輯1240頁。

31) 最判昭和46年4月23日民集25巻3号388頁（以下、昭和46年判決）。

であるということを利用して、特段の事情のない限り、賃借人の同意は不要と判断した。つまり、賃借権に対抗力がない場合でも、譲渡人と譲受人の合意さえあれば、契約上の地位は移転することになる。

(2) 学説の展開

賃借権が対抗力を有していない場合の地位の移転についての学説について、伝統的なものと新しいもの、4つの説を取り上げる。

・我妻説³²⁾

我妻は、賃貸人の地位は、目的物を収益させる積極的な債務を含むものであることを重視すれば、債務引受けの方法に要することを必要とし、賃貸人と譲受人の契約だけではできないというべきであるとしつつも、①賃貸人の債務は目的物の所有者であることによってほとんど完全に履行することができること、②賃借人にとっても、売買によって賃貸借が敗れ、賃貸人に対して債務不履行の責任を問うことができるだけになるよりも、譲受人が地位を承継してくれた方が遥かに有利であることを理由に、賃貸人と譲受人の契約だけで地位の譲渡ができると主張した。もっとも、賃借人が直ちに異議を述べれば、承継される賃貸借関係の拘束を免れることはできる。昭和46年判決は、この学説の立場に依拠しており、通説といえる。

・鳩山説³³⁾

これに対し、賃貸人の地位が義務を包含することに着目し、債権者である賃借人の同意なくして譲渡人が賃貸人たる地位から脱退するものとはいえないとする見解もある。賃借人の承認がある場合、賃貸人たる法律上の地位の承継を認めることはもとより正当であり、また普通にはこの承認があるものと認めることができるであろう。しかし、譲受人が

賃借権の存在することを知って買い受けたという事実だけでは、承継の合意を認めることはできず、よって賃借人の承認も観念できない、としている。

しかし、この説では、賃借人の承諾を要しないと明示している昭和46年判決を合理的に説明することは難しい。昭和46年判決が「承諾」、鳩山説が「承認」としていることから、両説において、明示の意思表示がなくとも賃貸人の地位が移転しうる点を強調すれば、完全に矛盾すると断言することはできないかもしれない。しかし、素直に解釈すれば、やはり同意を必要としている点で本判決と相いれず、現在の判例法理を前提とするならば、この説を採るべきとは言い難いといえよう。

さらに対抗要件を具備していない賃借人に対する新所有者からの明渡し請求が権利濫用として否定された最高裁判決³⁴⁾を合理的に説明することも困難であると考えられる。本判決で、譲受人について権利濫用が認められる際に考慮された事情としては、①譲受人が賃借人の存在について知っていたこと、②買受け代金が賃借権の存在を前提としたと考えられるような低廉なものであったこと、③買受け後、賃借権に対抗力がないと知るや否や、賃借人と何の交渉もなしに明渡し請求訴訟を提起したこと、④本件土地を必要とする程度が譲受人の方がはるかに小さいこと、⑤明渡しによって譲受人の得る利益に比して、賃借人の被る損害が過大であること、等が挙げられる。そして、結論として、明渡し請求を権利濫用とした原審を是認した。

つまり、本判決では、譲受人が賃借人の存在することを知って買い受けた事実を権利濫用の考慮要素としていることから、最高裁は譲受人の悪意から承継の合意を認める方向性を示唆しているといえる³⁵⁾。

32) 我妻栄『債権各論中巻一』(岩波書店, 1924) 447頁。

33) 鳩山秀雄『日本債権法各論(下)』(岩波書店, 1924) 464頁。

34) 最判昭和43年9月3日民集22巻9号1817頁。

35) ただし、本件のその後の処理については、最高裁は、契約の承継は認めず、賃借人は不法占有者であることは変わらないので譲受人からの損害賠償請求は免れないとした。しかしこの点について学説は批判的で、星野英一「判批」法協87巻1号100頁(1970)は、対抗要件がある場合と同じ処理、すなわち賃貸人の地位が移転すると考えるべきとしている。

以上より、鳩山説は、現在の判例法理を前提とすると、採用しにくいものだといえるだろう。

・野澤説³⁶⁾

また、契約譲渡を「特定の財産の譲渡に伴う」場合と「合意に基づく」場合の2つに類型化し、類型ごとに要件を検討する見解もある。

昭和46年判決によると、新旧両所有者の合意によって賃貸人の地位は移転し、相手方(賃借人)の承諾は不要である。これに対し、賃借人の地位(賃借権)の譲渡には、相手方(賃貸人)の承諾が明文上要件とされている(民法612条1項)。

以上の賃貸借に関する検討から、同じく契約譲渡といっても、①相手方の承諾が不要とされる場合と、②それが必要とされる場合との、2つの場合に分けられる。そしてその違いは、当事者が継続的な契約を締結する際に、主として、①目的物に着目するか、②相手方の人的要素に着目するかによるものであるとした。すなわち、①不動産を賃借する場合において、賃借人は、その所有者の人的要素ではなく、物的条件(間取り・日照・周辺環境等)に着目して契約するのが通常である。そうだとすれば、目的不動産の所有者が交代しても、賃貸借契約そのものは譲受人に承継されるのが、賃借人にとっても望ましい。これに対し、②所有者が自己の不動産を賃貸する場合には、賃借人の人的要素がその利用形態に大きく影響するため、賃借人の交代には、賃貸人の承諾が必要となる。

このような賃貸借契約における当事者の交代を手掛かりとして、野澤は、契約譲渡を次の2つに類型化した。①特定の財産の譲渡に伴う契約譲渡では相手方の承諾が不要であり、②特定の財産の譲渡とは関係なく、譲渡人と譲受人の合意によってなされる契約譲渡では、相手方の承諾が要件になるとする。

この見解によると、賃借権の對抗要件の有無によって、結論に本質的な差異はない。

ただし、賃貸人の地位の移転に関しては、民法605条及び借地借家法10条、31条により、賃借人の権利がより保護されているため、賃借人が對抗要件を備えている場合には、特段の事情のない限り、賃貸不動産の譲受人の意思に反しても、法定の効果である対抗力によって賃貸人の地位の移転が強制されることになる。

この見解は、対抗力から賃貸人の地位の移転を根拠づけていない点では評価できよう。しかし、契約締結にあたり、目的物に着目したのか、相手方の人的要素に着目したのかを分け、前者であれば承諾は不要であるが、後者であればそれは必要とした点に問題があるといえる。物に着目した場合は承諾が不要というのは、賃貸人の債務というのは、不動産の所有者でありさえすれば履行できるし、それに尽きるということが前提になっている。しかしそれに尽きない賃貸借契約の条項、譲受人ではなしえない義務や債務を定めた条項もありえよう。そのような条項も含めた賃貸借契約をいくら譲渡人と譲受人の合意により移転させて、譲渡人を当該賃貸借契約から離脱させたといっても、賃借人は、譲渡人にしかなしえない義務が果たされなくなる譲渡人と譲受人の契約の承継について、何か言えてよいだろう。この場合、結局は当該不動産という物だけに着目していたのでは足りず、譲受人が当該義務や債務を履行できるかという人的要素をみることになる。この点に、野澤説の限界があると考えられる。

・半田説³⁷⁾

さらに、賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは、専ら譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思表示に委ねるべきであり、賃借人の對抗要件の具備とは無関係に処理すべきだとする見解もある。

賃借人が對抗要件を具備していなければ、譲受人としては、それにより賃借権の存在を知らずに所有権の譲渡を受けるか、あるいは賃借権の存在を知りながらも賃借人が對抗要

36) 野澤正充「当事者の交代」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』ジュリ増刊(2007)170-73頁、野澤・前掲注16)358-67頁参照。

37) 半田・前掲注9)320頁。

件を具備しないために、賃借人に優先する地位を取得し得ると考えて所有権の譲渡を受けるか、のいずれかの場合がほとんどであるとす。いずれにせよこれらの場合の譲受人は、所有権を取得することのみが念頭にあるとすべきであり、したがって賃貸人の地位如何を問題にすることなく、専ら所有権対賃借権の対抗問題としてのみ考えればよいことと結論づける。

この見解も、対抗要件と賃貸人の地位の移転を切り離して考える点は評価できる。また、地位の移転を意思解釈に委ねており、この方法ならば、対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合の賃貸人の地位について説明しえたように、賃借権に対抗力がない場合も説明しうる可能性がある。

しかし、譲受人の意思解釈として、所有権を取得することしか念頭に置かず、結局対抗問題と同じように考えている点で不十分である。確かに、譲受人は賃借権の負担がついていない完全な所有権を取得したいという意思を有している、と解釈することが合理的である場合は多くあろう。とはいえ、譲受人は、対抗力を有しない賃借権を容認し、賃貸人となることを望む場合も考えられる。これはもはや対抗問題として考えることは不可能であり、半田説では、この場合の地位の帰趨が不明である。地位の移転の帰趨を、譲渡人と譲受人の意思解釈に委ねたにもかかわらず、全ての場合を網羅していない点で、半田説に全面的に依拠することは妥当ではないと考える。

(3) 判例と学説を踏まえての検討

以下では、判例と通説は、賃借権が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転についてどのように解釈しているか検討したうえでどのように考えれば合理的に説明しうるかを考察していく。

・判例と学説からわかること

以上を概観すると、判例も通説も、賃借権

が対抗力を有しない場合の賃貸人の地位の移転については、専ら賃貸人と譲受人の合意の存在に依拠していることがわかる。現在の判例法理となっている昭和46年判決も、原審認定事実として、このような合意の存在があったことが挙げられている。つまり、対抗力を有しない場合のデフォルトルールを示したわけではなく、合意の存否の判断を事実認定の次元に下げて、合意があったと認定されたときは譲受人に、合意がなかったと認定されたときは譲渡人に賃貸人たる地位が付着することとなる。

このような結論に対し、合意の有無の認定は容易ではなく、認定が不可能だからといって立証責任の問題に転嫁するのはあまりにも無責任であるという批判がある。何とか合意の有無を認定しようとするれば、賃借人が譲渡人に責任追及した場合には、譲渡当事者たちは合意があった旨を主張ないし工作するだろうし、賃借人が譲受人に責任追及した場合には、両当事者たちは合意がなかった旨を主張ないし工作するだろう³⁸⁾。このような状況では、訴訟遂行人の技術に結論が左右されてしまうこととなり、妥当でない。よって、対抗力を有しない場合の原則を考えておく必要がある。

・対抗力と賃貸人の地位の移転を 独立して処理する考え方

賃借権が対抗力を有する場合に、賃貸人の地位の移転が不動産所有権の譲渡に伴うか否かは、譲渡人と譲受人の所有権譲渡契約における意思解釈に委ねるものであり、賃借人の対抗要件の具備とは独立して処理する問題であるという考え方を示した。この考え方は、対抗力と独立して地位の移転を処理するため、対抗力がない場合の原則についても、性質上当然に議論することができる。

このような意思解釈を補充する考え方によれば、対抗力の有無により結論が変わる必要性は全くない。むしろ、対抗力を有する場合の結論との均衡を図るべきである。つまり、

38) 水本浩「賃貸土地の所有者がその所有権とともにする賃貸人たる地位の譲渡と賃借人の承諾の可否」民商66巻1号166頁, 171頁(1972)。

賃借権に対抗力がある場合でも、賃借人はその対抗力を放棄し、譲受人に対して主張しないことも可能である。しかし、その場合でも地位の移転がなされないわけではない。地位の移転はいったんなされるが、賃借人は賃貸借関係の承継を強いられることはないので、直ちに異議を述べて賃貸借関係から離脱できる。対抗力を有しない場合でも、譲受人が賃借権を認めることは全く差し支えない。このような場合は、譲受人は所有権に基づく明渡し請求権等を行使しないこととなり、その代わりに賃料請求や解約申入れ等の賃借人としての権利を取得する意思を有していると考えられよう。よって、賃借権が対抗力を有している場合と同視しうる。つまり、賃借人の地位の移転について譲渡人と譲受人の合意があるときは、対抗力の有無にかかわらず地位は移転する。ただし、賃借人がこれにつき直ちに異議を唱えることは認められ、これが昭和46年判決のいう「特段の事情」の1つであると考えられるのではないかと。

賃借人の地位の帰趨に対抗力とは独立して処理する考え方をまとめると、対抗力を有する場合は、目的物の所有権が譲渡人から譲受人に譲渡されれば、譲受人の意思解釈により、賃借人の地位は通常当然に移転するような外観を備える。これに対し、対抗力を有しない場合は、合意がある場合に限り地位の移転が認められるのであり、この合意について賃借人の立証を要する点が、対抗力のある場合とない場合の差だということになる。譲受人が賃借権を容認していると客観的に判断できるような事情があれば、譲受人は地位を移転させる意思を有していると解釈でき、合意の存在を認定しうる。

III. ライセンス契約³⁹⁾

ここまで、賃貸借契約を素材に、特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転について検討してきた。以上の考え方は、賃貸借契約にのみ妥当するものなのか、それとも特定の財産権の譲渡に伴う契約上の地位の移転全般に当てはまることなのか。非典型契約であるライセンス契約における、契約上の地位の移転を素材とし、賃貸借契約のアナロジーで説明できるのか、できないとしたらどう説明すべきなのか、検討する。

1 ライセンス契約と通常実施権の法的性質－賃貸借と比較して

そもそも、特許権とは、発明という技術的情報を独占的に実施できる権原であるが（特許法68条）、その対象が情報であるため、物と違って「占有」ということが観念できない。情報には、消費の排他性がないので、複数の者が同時に使用することが可能であり、その使用により消滅することもない。このように、元来独占ということができないものにつき、法が特別に特定の者のみに使用を認めたものが特許権である。つまり、法が特別に第三者の使用行為を禁止することにより、独占性が保たれているに過ぎない。よって、特許権者のもつ権原とは、第三者の実施を止めることができるという権原である。

ライセンス契約とは、知的財産の利用を求める者が、このような差止請求権をもつ特許権者等から利用許諾を受け、特許権等に基づく差止請求権の行使等を受けないことを主たる内容とする継続的契約である⁴⁰⁾。また、この利用許諾は通常対価を支払って得るものであるため、ライセンス契約は有償双務契約

39) 包括ライセンス契約やクロスライセンス契約は、本稿の検討対象外とする。

40) ノウハウ提供義務や保守義務等の特定履行義務が、両当事者の合意のもとライセンサーに課されることも少なくない。著作権ライセンスの場合は、このような特定履行義務が契約の「効力として」発生し、契約内容となるという見解もあるが（小島・後掲注42）28頁）、そのように解すると、特定履行義務を履行できない相手とはライセンス契約を締結できないこととなり、妥当でないだろう。

であることが多い⁴¹⁾。民法上は、所有者が自己の所有権にかかる有体物の利用を求める者に対して、その利用を許諾することを内容とする継続的な有償双務契約を、賃貸借契約という典型契約として定めている⁴²⁾。よって、ライセンス契約において特許権が譲渡された際にライセンサーの地位が移転するかという問題は、特定の財産権の譲渡に伴う譲渡人の地位の移転という点で、賃貸借契約における不動産の所有権の譲渡に伴う賃貸人の地位の移転と類似した状況下での問題であるといえよう。

通常実施権とは、特許発明を業として実施することにより、特許権者等に妨害排除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である⁴³⁾。その反射的な効果としてライセンシーは使用収益をすることができる。通常実施権は債権であるため、原則として第三者に対抗することはできない。しかし、それでは通常実施権者の地位は不安定であり、通常実施権を取得してその実施のための投資をするには危険が多すぎることもありうる。そこで、不動産の賃借権が登記した場合に対抗力を有するのと同様（民法605条）⁴⁴⁾、通常実施権の場合も、特許法99条の登録によって対抗力を有するとされた。つまり、この法律関係は、不動産の賃借人が不動産の譲受人に対して賃借権を主張するには、登記等の対抗要件が必要であるのと同じ関係である。以上より、ライセンス契約と賃貸借契約は、対抗力の面でも同様の法律関係を持つ。

これに対し、対抗力を有しない場合の法律関係については、同様であると即断すること

はできない。賃貸借契約において、譲渡人と譲受人の合意があれば賃借人の承諾を要せず賃貸人の地位が移転する理由として、賃貸人の義務は、賃貸人が何人かによって履行方法が特に異なるものではないとするのは妥当である。しかし、ライセンス契約においては、ライセンサーがライセンシーとの合意により特定履行義務を負っていた場合、特許権等が譲渡されても、譲受人にその履行能力がないことも少なからず想定される。

このような状況において、ライセンサーの地位の移転についてどう考えるべきか。以下、ライセンス契約における対抗要件制度の現状を概観したうえで、賃貸借契約と比較すべく、対抗力を有する場合と有しない場合に分け、契約上の地位の移転をどのように考えることが妥当か、検討していく⁴⁵⁾。

2 ライセンス契約における対抗要件制度

通常実施権は、当事者の意思のみで効力が発生するが、それを第三者に対抗するには、特許原簿に登録しておくことが必要である（特許法99条1項）。不動産の賃貸借において、登記をしたときは第三者に対しても効力を生じること（民法605条）と、パラレルである。

しかし、この制度に対し、特に産業界から強い異論が出ていた。通常実施権の総数は、未登録のものも含めて約10万件と推計されるが、登録件数は1315件にとどまり、登録率は約1%と推計される⁴⁶⁾。登録の少なさについては、様々な要因が指摘されていたが、主だったものとしては、以下の3つが問題点

41) 通常実施権の対価は無償でもよいとされているため、有償双務契約ではないライセンス契約も成立しうるが、そのような契約はさほど多くないと考えられるため、本稿では有償双務契約であることを前提とする。

42) 小島喜一郎「ライセンス契約の法的性質について—民法典型契約規定にもとづく分析と検討—」専修法学論集101号1頁, 5頁(2007)。

43) 知的財産研究所編「知的財産の適切な活用の方に関する調査研究報告書」(2007)48頁以下。

44) 中山信弘編著『注解特許法(上)』(青林書院, 2000)930頁[中山]。

45) 特許権者以外の者が特許となった発明を実施する権利として、特許法上、専用実施権と通常実施権が規定されているが、本稿では、通常実施権のみを検討対象とする。

46) 福田知子=西田英範「特許法等の一部を改正する法律について—ライセンスの登録制度見直しを中心として—」NBL884号36頁, 38頁(2008)。

として挙げられていた⁴⁷⁾。

第1に、秘密保持の問題である。登録によって、ライセンサーとライセンシーの関係を他社が知ることになる。企業間の力関係や各市場への取り組み方等は、企業にとって秘密にしておく必要性が高いため、登録に伴う公開性は企業戦略に反することになりかねない。また、ライセンサー側としても、他社から「こちらにもライセンスをせよ」と求められる等、事業関係を乱される可能性がある。

第2に、現実の困難性がある。特許登録がされていないと実施権登録はできなかったもので、出願中の権利については登録が不可能であった。また、現在でも問題として残るが、ライセンス契約で取り決めておかない限り、ライセンサーには実施権の登録に協力する義務がないため⁴⁸⁾、ライセンシーが登録をしたくともできない場合も多い。

第3に、コストの問題もある。登録免許税は1件あたり1万5千円であり、特許数やライセンシーの数が多いと、非常に高額になる。また、1件ずつ登録をしていく手間もかかる。

このような状況をふまえ、2007年4月、改正産業活力再生特別措置法によって、通常実施権の新たな登録制度が創設された。これは、ライセンス契約によって許諾された通常実施権を包括的に登録するものである⁴⁹⁾。これにより、問題点の第3がある程度払拭されるだろう。

また、2008年4月、特許法等の一部を改正する法律が成立し、通常実施権等登録制度の見直しが行われた⁵⁰⁾。まず、特許出願段階においても、仮通常実施権を許諾できるようにし(改正後特許法34条の3第1項)、特許原簿に登録できるようにした(同法27条1項4号)。これにより、問題点の第2の一部が解決しそうである。次に、通常実施権の登録事項につき、ライセンス契約の秘密保

持のニーズを踏まえ、ライセンシーの氏名等や通常実施権の範囲については一定の利害関係人へのみ開示することとした(改正後特許法186条3項、実用新案法55条1項)。また、通常実施権に係る登録事項のうち、対価については、企業の営業秘密に関する事項である場合が多いことに加え、経済状況に応じて変動することが多い実態等を踏まえ、登録事項から除外することとなった。これにより、問題点の第1がある程度解決しそうである。

このように、ライセンス契約にも、賃貸借契約と同様、対抗要件制度が備わっている。よって、以下では、賃貸借契約の検討と同様、対抗力がある場合とない場合に分けて、ライセンサーの地位の帰趨について検討していく。

3 通常実施権が対抗力を有する場合のライセンサーの地位の移転について

ライセンシーが特許法や改正産活法等に基づいて対抗要件を具備した場合、賃貸借契約の判例法理を敷衍してライセンサーの地位が移転すると考えることができるのかという点について、どのような考え方があるか概観する。

(1) ライセンサーの地位は移転しないという考え方⁵¹⁾

ライセンシーは対抗要件を具備しているため、譲受人は不作為請求権である通常実施権を否定できず、特許権者としての権利行使をすることはできない。だが、対抗の直接の効果はこのような不作為義務を負うにとどまり、譲受人はライセンス契約に拘束されないとする。

47) 中田裕康「知的財産権のライセンシーの立場」NBL801号11頁、13頁(2005)参照。

48) 最判昭和48年4月20日民集27巻3号580頁。

49) 経済産業省「産業活力再生特別措置法等の一部を改正する法律案のポイント」(経済産業政策局・産業技術環境局, 2007, <http://www.meti.go.jp/press/20070206001/sankatsuhou%20tou%20houritsuan-3-set.pdf>にて入手可能, 2009年9月5日最終検索。)3頁。

50) 福田=西田・前掲注46)36頁以下。

51) 知財研・前掲注43)59頁以下。

よって、譲受人には、ライセンス契約に含まれる不作為義務以外の権利義務や債権債務は承継されず、ライセンス契約は従前通り譲渡人とライセンシーの間で存続する。実施料債権等、契約上の債権債務を取得するには、別途債権譲渡や債務引受けが必要となる。つまり、譲受人は通常実施権を対抗されるが、ライセンシーとは契約関係にないため、例えば実施料については、ライセンス契約に基づく実施料を受領できず、特許権を失った譲渡人が引き続き実施料を受領することになる。

この見解は、不動産賃貸人の地位の移転の判例法理とは異なる結論をとっている。その理由として、賃貸借契約とライセンス契約では、目的物の譲渡と契約上の地位の移転の議論の前提が異なっている点を挙げている。非典型契約であるライセンス契約では、賃貸借契約に比して合意によって定まる部分が大きく、また、対価の決め方にも相違がある。対価の算定方法として、例えばライセンシーの売り上げにロイヤリティレートをかける場合がある。譲受人がライバル企業である場合に、ライセンシーの地位が移転することとなれば、ライセンシーは売上高をライバル企業に知られることとなり、このような結果をライセンシーが望むとは考えにくい。対抗力を有しない賃貸借契約の場合、譲渡人と譲受人の同意があれば賃借人の承諾なしに地位の移転が起こる理由として、①賃借人の義務が没个性的であること、②譲受人に義務の承継を認めることが賃借人にとっても有利であること、が挙げられていた。しかし、ライセンス契約では、①②どちらも当てはまらない場合がある。ライセンス契約に含まれるライセンシーの義務のうち、不作為義務はライセンシーが誰であっても履行方法は異ならないといえるが、特定履行義務が設定されている場合には、ライセンシーの個性に着目した義務といえるため、地位を移転させることがライセンシーにとって有利とはいえない。

このような、ライセンシーの地位を移転さ

せないという法律関係をまとめると以下のようになる。譲受人は、対抗力を有する通常実施権の付着した特許権を取得したため、ライセンシーに対して特許権に基づく権利を行使することが不可能になる。ライセンス契約は譲渡人とライセンシーの間で存続し続ける。譲受人は特許権に基づく不作為義務の対価としての実施料を、ライセンシーに対し契約の効力として直接請求することはできないが、譲渡人またはライセンシーに対して不当利得返還請求（民法 703 条）ができることとなる。実施料の中には、ライセンス契約の核の部分といえる特許権に基づく差止請求権等を行使しないことに対する対価も含まれている。よって、もはや特許権を有しない譲渡人がその対価を受け取ることや、ライセンシーが差止めされないことへの対価を支払わないことは、法律上の原因がないといえるからである。

(2) 上記見解の問題点

この見解は、ライセンシー保護の観点から、賃貸借契約と異なり、特定履行義務があるライセンス契約では地位の移転が起こらない方がむしろライセンシーの保護に資することを考慮し、結論を導いている点で、妥当な見解ともいえそうである。しかし、法律構成や前提問題において、3つの問題点が挙げられる。

・ライセンス契約の

履行不能にかかわる問題

第1に、契約が承継されないと考えると、目的物である特許権自体は譲受人に移転している以上、ライセンス契約は履行不能となり、効力を失うのではないかという問題点が指摘できよう。

ライセンス契約の法的性質について、ノウハウ提供義務等の特定履行義務を、契約そのものの効力として発生すると解するのか、付随的義務にとどまると解するのかについては議論があるにしても⁵²⁾、特許権に基づく差止請求権等を行使しないという不作為債務が、ライセンシーの負う中心的債務であることは争いが無い。よって、不作為債務の履行

52) 小島・前掲注 42)28 頁、知財研・前掲注 43)48 頁参照。

不能をどのように考えるのが問題になる。

(a) 履行不能にならないとする見解

不作為債務の履行不能について、伝統的な教科書等で格別に記載されているものはほとんど見受けられないが、堰建設の差止請求が争われた裁判例において、「不作為の給付請求権は、これに反する作為がなされたため給付の目的を失った場合には、例えば物の給付を求める請求についてその物が滅失した場合と同様に、履行不能により実体法上その権利が消滅する（他の権利に転化する場合を含む。）ことになる」と判示している⁵³⁾。この事案では、堰建設工事完了の事実により、不作為債務が履行不能により実体法上消滅したと判断している。

ここからは、不作為債務が履行不能となるためには、一定の作為等による状況の変化が必要であるとも考えられる。ライセンス契約において、特許権が譲渡された場合、譲渡人はもはや無権利者なので、差止請求権を失うこととなる。対して譲受人は、対抗力を有する通常実施権が付着した特許権を得ているに過ぎないため、通常実施権者に対して差止請求権を行使することはできない。この状態では、外観上は譲渡人も譲受人も等しくライセンス契約の不作為義務を履行しているように見える。譲渡人はもともと特許権に基づく差止請求権を有していたが、通常実施権が付着していたため行使できなかった。譲渡後は、差止請求権を有していないため、行使できない。「譲渡人が差止めをしてこない」という外観は、譲渡の前後で何ら変わっていない。譲渡人はもはや無権利者であるが、無権利であっても不作為義務の履行は可能であると解すれば、特許権譲渡後のライセンス契約も履

行不能とはならない。

また、履行不能を貫徹すれば、特許権の有効性が争われ無効審判が出た際に、ライセンサーは遡って無権利者ということになり、それまでの実施料は不当利得によりライセンサーに返還するという帰結になろう。しかし、実施料は特許権が無効であるリスクも織り込んで設定されていることも多く、実施料を遡って返還するという事は通常考えられていない。

このように考えると、ライセンス契約は履行不能になっていないと捉えることができる⁵⁴⁾。この見解によれば、ライセンス契約は譲渡人とライセンサーの間で有効に存続し、譲渡人は特定履行義務を履行し続け、ライセンサーは実施料を譲渡人に支払う法的根拠を導くことが可能になろう⁵⁵⁾。

(b) 履行不能になるとする見解

この見解は、譲渡の前後において、譲渡人は外観上等しく不作為を履行しているようにみえても、内実としては、譲渡後の譲渡人は無権利であることに基づく不作為であるのに対し、譲渡前の譲渡人は対抗力を有する通常実施権が付着した特許権者であることに基づく不作為であることに着目する。つまり、譲渡後は契約の効力として不作為義務を負っているわけではなく、そもそも差止請求権を「有していない」のに対し、譲渡前は差止請求権を有してはいるが、通常実施権が付着していることにより、権利を「行使できない」という状況にある。「差止め請求をしない」という譲渡人の外観は、譲渡の前後で変わらないが、差止請求権を行使しない原因が異なっている。そして、不作為義務は作為が可能である者に対して作為を禁止する義務を課すこと

53) 名古屋高判平成10年12月17日判時1667号3頁。

54) さらに、ライセンサーにライセンサーを防衛する義務が存続すると考える余地もないわけではない。ライセンサーがライセンサーに通常実施権を設定してそれを登録していなかった場合、その後当該権利について第三者に専用実施権を設定すると、ももとの通常実施権者は専用実施権者に劣後することとなるが、この場合にライセンサーには専用実施権者の攻撃から通常実施権者を防衛する義務を負うとする見解がある（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『知的財産ライセンス契約の保護』（雄松堂出版、2004）288-325頁）。

55) もっとも、この見解によっても、特許権譲渡後のライセンス契約がもとの形そのまま存続するかは、さらに問題になりうる。契約が移転しなかったとしても、特許権を譲渡したことによりその契約が変容して存続するならば、ライセンサーが特定履行義務の履行請求権をもつと当然にはいなくなるだろう。

だと解し、そもそも作為が不可能な無権利者には不作為義務の履行が観念できないと考える。このように解すると、無権利者とのライセンス契約は履行不能となるだろう。

この見解によると、理論的には、ライセンス契約は終了し消滅することとなるため⁵⁶⁾、譲渡人は実施料支払請求権を失い、ライセンシーも特定履行義務の履行請求権をもたないという帰結が導かれうる。この場合、ライセンス契約を譲渡人とライセンシーの間に残すことで、譲渡人に特定履行義務を確実に負わせライセンシーを保護するという、地位を移転させない見解の目的が達成しえなくなる。よって、ライセンサーの地位を移転させないという見解をとるならば、特許権譲渡後のライセンス契約が履行不能となると解することは背理となるだろう。

・債務の対価にかかわる問題

第2に、仮に契約が履行不能とならずに譲渡人とライセンシーの間で存続したとしても、ライセンス契約の核である、特許権と不作為債務が移転しているにもかかわらず、譲受人がライセンシーに対し、その対価を直接請求できないことに対する疑問が湧いてくる。

契約が移転しないとなると、譲受人はライセンシーに対し、契約に基づいて実施料を直接請求することはできない。しかし、不作為債務がライセンス契約の本質的内容であるとすると、実施料は不作為債務の主たる対価であり、この2つは不可分の関係にあるのではないかと思われる。

ライセンサーの地位が移転しないと考えると、ライセンシーが実施料を支払わなかったときに、譲渡人もしくは譲受人からの実施料支払請求双方に対して、抗弁が立ってしまう可能性がある。つまり、譲渡人に対しては、もはや特許権者でないことを理由に請求を拒

み、譲受人に対しては、契約関係になく譲受人に実施料債権が承継されていないことを理由に請求を拒みうる。この場合、譲渡人に不当利得返還請求をすることで回収するという構成が挙げられるが、その方法は迂遠であろう。この迂遠さを回避するために、ライセンシーに契約に基づいて実施料を請求することはできないが、無償の利用を認めるべきでないので、不当利得返還請求によって直接請求できるという構成もある。しかし、その場合、ライセンシーは正当な法的権限に基づいて通常実施権を設定したにもかかわらず、法律上の原因がないと構成することとなり、違和感のあるものとなってしまふ。

・特定履行義務にかかわる問題

第3に、この見解は、特定履行義務が契約主体と切り離せないことを前提としているが、その前提にも疑問を挟む余地がある。地位が移転しない根拠として、特定履行義務はライセンサーの個性に着目した債務であるため、地位を移転させない方がライセンシーにとって有利であることを挙げている。つまり、地位が移転したら特定履行義務も必然的に随伴して譲受人に移転するという前提のもとの議論である。

しかし、譲受人にライセンサーの地位が移転するとしても、特定履行義務は、ライセンサーとライセンシーの合意により定められたものであり、非定型であるといえるので、当然には譲受人に移転しないと考えることもできる。よって、特定履行義務を譲渡人に残す方がライセンシーに有利であることをもって、契約上の地位が移転しないと結論に直結させる必要はない。

(3) ライセンサーの地位は移転するという考え方⁵⁷⁾

譲受人は、ライセンシーが有する「権利行使を受けないという不作為請求権」を否定で

56) ライセンサーに帰責事由がないとみられれば、危険負担(民法536条1項)の問題となり、実施料債権は発生せず、契約は終了する。帰責事由があるとみられれば、債務不履行(民法415条)の問題となり、不作為債務は損害賠償債務に転化して存続するが、継続的契約の特殊性より、損害賠償債務と実施料債権を存続させておいても無意味なので、契約は終了することとなり、その上でなお損害があれば、ライセンシーは賠償をとることができる。

57) 知財研・前掲注43)63頁以下。

きず、特許権者として権利行使することはできないが、このような不作為義務の負担を負うとともに、対抗の直接の効果として、ライセンス契約を承継する⁵⁸⁾。この見解によれば、譲渡人はライセンス契約関係から離脱し、譲受人は実施料支払請求権を取得し、ライセンシーは実施料を譲受人に対して直接支払う義務を負う。契約上の債権債務も承継されるため、債権譲渡や債務引受けの手続きは必要ない。

この見解は、賃貸人の地位の移転の判例法理と同じ結論となっている。その理由として、賃借権の対抗力を定めた民法605条と特許法99条が、ともに「効力を生ずる」⁵⁹⁾という文言となっていることに着目している。民法605条において、「効力を生ずる」としていることの意味は、債権は本来当事者間でしか効力を有しないが、例外的に登記をすることで第三者に対抗できるようになる権利も認められているということであり、この効果として、賃貸借契約という債権契約関係が譲受人に承継されると考えている。特許法99条においても、通常実施権の設定契約全体が、特許権に付着して譲受人に移転していくことが、通常実施権の「対抗」という言葉で表現されるものの実体だとしている。

つまり、通常実施権が対抗できる場合には、通常実施権の設定にかかるライセンス契約は、対抗の直接の効果として承継される。しかし、賃貸借契約と違い、ライセンス契約にはライセンシーの個性に着目した特定履行義務も定められていることがあるため、ライセンス契約の全ての条項が承継されるわけではない。ライセンス契約の特殊性に応じて、承継されるものとされないものがあると説明する。どのようなライセンス契約でも、契約の核となる部分、例えば不作為債務や実施料債権は譲受人に移転する、と考える。

(4) 上記見解の問題点

この見解によれば、契約の目的物とともに契約自体も移転するため、履行不能の問題も生じないこととなろう。また、実施料の支払いについても、特許権者である譲受人が契約に基づいてライセンシーに請求できるため、法律関係も簡明である。しかし、この見解においても、以下の2つの問題点が指摘できよう。

・承継されるものとされないものの 区別にかかわる問題

第1に、承継される範囲についての問題がある。地位が移転するという見解においても、合意によって当事者を拘束している権利義務全てが承継されると考えるわけではない。特定履行義務がライセンシーの個性に着目したものであることからすると、全てが移転すると構成することはできないだろう。そのように考えると、どの範囲までが承継されるのが問題となる。

ライセンス契約は非典型契約であるため、賃貸借契約と比べて、当事者の合意で定める部分が多い。譲受人は、通常実施権の許諾のほかにもどのような権利義務を負うのか予測することが困難な立場にある。また、ライセンス契約には慣習等も確立されておらず、どのような権利義務まで承継させるべきかが明確には決められず、個々の状況においてアドホックな解決をせざるを得なくなる。この見解では、承継の範囲が不明確となりうるため、譲受人が不測の損害を被る恐れがある。

また、一部の権利義務が譲渡人に残るとしても、それはライセンス契約が譲渡人と譲受人の間で分割されて双方で存続しているのか、従前のライセンス契約から特定履行義務等を控除した、変容した契約が譲受人に移るのか、という問題もありうる⁶⁰⁾。前者のように構成できるのなら、三当事者が契約主

58) 但し、どの範囲で契約を承継するかは別途問題となるだろう。

59) これに対し、民法177条は「対抗することができない」となっており、物権は本来誰にでも対抗しうる権利であるが、取引の安全を保つために登記をしないと第三者に対抗できないとしたものである。この登記は、物権の対抗力を制限するものであるが、民法605条の登記は、債権に対抗力を付与するためのものである。

60) 森田・前掲注5) 参照。

体となり、そもそも地位が移転するか否かを論じる必要がなくなるだろう⁶¹⁾。後者の場合は、やはり承継の範囲が問題となるといえる。

・ 対抗の直接の効果として

説明することにかかわる問題

第2に、ライセンサーの地位の移転を、対抗の直接の効果として説明している点に問題がある。特許法99条が、民法605条と同様の効果をもつとするならば、賃貸借の場合と同様に、対抗問題と地位の移転の問題は、切り離して考えることも可能である。賃貸借で検討したように、対抗問題のみに着目すると、対抗力を有する場合になぜライセンス契約そのものが譲受人に移転するのかという点と、対抗力がない場合にいかなる解決を原則と考えるかという点について明らかにならない。

(5) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

賃貸借契約において、対抗力を有する賃借権が付着した不動産が譲渡された場合に譲受人が契約上の地位を承継することの根拠を、対抗要件の具備ではなく譲受人の意思表示という点に求める考え方を示した。ライセンス契約においてもこの考え方を適用し、譲受人の意思を解釈してライセンサーの地位の移転について説明しうるか。以下、ライセンス契約の本質的債務である不作為義務と、ライセンサーとライセンサーの合意により両者を拘束している特定履行義務に分けて検討する。

・ 契約上の地位と契約自体から

発生する権利義務について

譲受人は、対抗力を有する通常実施権が付着した特許権を取得している以上、その効果として差止請求権を行使できないことは疑いない。このときに、ライセンサーの地位の移

転を全く考慮に入れていないとしたら、実施料の請求等ができない一方で、通常実施権を否定できず差止請求権を行使しえないという負担のみを負うこととなる。このように極端に不利になる結果を譲受人が望むとは考えられず、不作為義務を負うことを受忍している以上、対価としての実施料を受け取ることも期待しているといえるだろう。また、譲受人は差止請求権を行使できないので、解除権や解約申入れ権も取得することを望んでいると考えられる。よって、通常、譲受人は、特許権の譲渡に伴ってライセンサーの地位も取得すると考えているといえそうである。

以上より、譲受人の意思表示からすると、ライセンサーの地位は原則として移転するという結論になるだろう⁶²⁾。

・ 合意により当事者を拘束している権利義務について

しかし、譲受人は、譲渡人とライセンサーが合意によって定めた特定履行義務の承継の意思まで有しているのだろうか。承継の範囲が問題となる。

(a) 賃貸借契約の場合

II2(3)にて検討したように、賃貸借契約において、賃借権が対抗力を有している場合に賃借人の地位は原則として移転するが、承継される契約内容は無制限ではない⁶³⁾。これらの裁判例における考慮要素としては、①借家法等、賃貸借契約に関する特別法、②承継されるものの性質、③賃貸借契約における慣習等、④譲受人の利益保護の必要性和賃借人の利益保護の必要性の比較衡量、といった点が挙げられる。①ないし③をまとめると、一定の定型的で予測可能な範囲で、契約内容や従たる契約が承継されるといえる。対抗力を有する賃借権が付着している不動産を取得した以上、譲受人は自らが予測できる範囲

61) この構成によると、譲渡人との間にも契約が存続することとなるが、前述の通り履行不能が問題となる。

62) 賃貸借において特段の事情がある場合には地位が移転しないと示した平成11年判決を考慮すると、いかなる場合も例外なく地位が移転すると結論付けることには違和感がある。譲受人に特定履行義務等の履行能力がなく、実施料についても実質的には不作為債務ではなく特定履行義務の対価といえ、その特定履行義務がなくては当該契約が意味をもたないと客観的に判断されるような場合は、譲受人は実施料債権や解除権、解約申入れ権等への期待を有しているとはいえず、特段の事情ありとして地位が移転しないという余地を残しておくべきだと思われる。

63) 前掲注22), 23), 24) 参照。

の契約内容等については、その権利義務をも取得する意思を有していると考えられる。そして④で、実際に承継されたりされなかったりする際に起こる不都合の調整を図っているといえる。

(b) ライセンス契約の場合

ではライセンス契約については、どう考えられるか。ライセンス契約では、ライセンサーが負う債務は差止請求権を行使しない不作為債務にとどまり、それ以外の特定履行義務等はライセンサーとライセンシーの合意によって両当事者を拘束している。この合意により定められた部分は契約の効力として発生する本質的な債務ではないため、契約上の地位が移転するにしても、無条件に譲受人を拘束するものとは即断できない。合意の内容が定型的で予測可能であり、譲受人が合意により発生する権利義務を負う意思を有していると解釈できる場合に、その権利義務が譲受人に移転すると解するべきであろう。考慮要素としては、賃貸借と同様、①ライセンス契約に係る特別法、②承継されるものの性質、③ライセンス契約における慣習等、④譲受人の利益保護の必要性とライセンシーの利益保護の必要性の比較衡量、ということになるだろう。

これを具体的にみていくと、まず①について、ライセンス契約には、ライセンシー保護の観点から、特許法や産活法、実用新案法等の改正がなされているが、主に対抗要件の問題点を解消するためのものであり⁶⁴⁾、賃借人保護を目的とする借家法や借地借家法に対応するような法律は現段階では制定されていない。借家法や借地借家法は、借地上に自己名義の建物があれば、土地賃借人は賃借権を第三者に対抗できるとする。この対抗要件は公示機能を果たすものではないため、第三者には賃貸借契約の内容はわからないにもかかわらず、対抗力を認めている。これは、賃貸借契約が典型契約で、条項や従たる契約もある程度予測可能であり譲受人に不測の損害を

与える可能性が少ないことに基づくものであろう。ライセンス契約においては、対抗要件として登録が定められており、登録なしで対抗できるという見解は、少なくとも法律の文言から直接導き出すことはできない。ライセンス契約は非典型契約で条項等も定型的とはいえないものも多いため、譲受人に不測の損害を与える可能性も少なくなく、公示機能を持つ登録が必要であると考えられているのだろう。よって、①からは、特定履行義務は承継させない方向に傾く。

②については、合意により定められる特定履行義務等の性質は多種多様であり、さらに譲渡人の個性に着目したものも多い。たとえば、譲渡人がノウハウを提供する義務を負っていることが考えられ、具体的には、技術文書・エンジニアサンプリングの提供や、技術指導員の派遣等を行うこと等を内容とする特定履行義務が課せられるだろう。とはいえ、知的財産に関する情報を提供する方法はこれにとどまらず、また、情報の提供は、情報所持者である譲渡人にしかなしえないことが多いだろう。よって、特許権を目的とする契約で、定型的で予測可能な条項は基本的にはないのではないかと思われる。今後、ライセンス契約がますます増加し、典型契約性が高まれば、譲受人が移転させる意思を有しているといえるような義務を定めた条項も出てくるかもしれないが、現段階でそのような意思を有していると解釈できるような条項があるとは言いがたい。仮に、現状においても、ライセンサーがノウハウ提供義務等を負うライセンス契約は少なからずあるため、この義務は定型的で予測可能といえたとしても、譲受人にその義務の履行能力がないことも多くあるため、譲受人にとってもライセンシーにとっても望ましくない結果となる。よって、②からも、譲受人はこの義務を負う意思を有しているとは考え難い。

③について、ライセンス契約は現時点では典型契約性が低く、慣習等が確立されている

64) III 2 にて詳しく検討した。

とは言い難い。よって、この点からも、承継させない方向に傾く。

④について、譲受人が特定履行義務の履行能力がない場合は、譲受人もライセンシーも承継を望まない意思を有していると考えられるので、互いの利益は対立せず、比較衡量をするまでもなく承継させない方向に傾く。

以上、譲受人の意思解釈の結果、特定履行義務等は原則として移転しないと考えられる。

このように考えると、ライセンス契約の本質的債務である不作為義務以外の権利義務を移転させるには、譲渡人と譲受人の間で、その権利義務を移転させる旨の合意が必要となろう。換言すれば、移転の合意があった権利義務に限って譲受人が取得することとなる⁶⁵⁾。

(c) ライセンシーの承諾の要否

では、合意で定めた権利義務を移転させる場合に、ライセンシーの承諾は必要であろうか。不作為義務の場合は、譲受人が対抗力の効果として負うものであるため、ライセンシーの承諾は問題にならなかったが、合意で定めた権利義務は、対抗の効果とは関わらないものであるため、問題となる。

承諾を必要とする考え方は、以下の論拠に基づくものだろう。対抗力のない賃借権が付着した不動産所有権を譲渡する際に、賃貸人の地位の移転は譲渡人と譲受人の合意があれば発生し、賃借人の承諾は不必要であったが、①賃貸人の義務が没个性的であることと②譲受人に義務の承継を認めることが賃借人にとっても有利であることが理由とされている。特定履行義務については、①②どちらも当てはまらない。ライセンシーにとって、ライセンサーの地位取得者がノウハウ提供義務を履行できるかは重大な問題である。ノウハ

ウが提供されなければ通常実施権が行使できず、事業自体を停止せざるを得なくなるだろう。賃貸借の場合は、当該不動産が使用不可能になった場合でも、別の不動産を使用するという一応の代替手段がある⁶⁶⁾。ライセンス契約の場合は、代替性がなく、将来にわたって一切事業ができなくなる可能性があるため、保護の必要性が賃貸借より高い。

これに対し、承諾を不要とする見解からは、承諾を必要とすると、知的財産取引の活性化が妨げられるといったデメリットが挙げられる。通常実施権は賃借権と異なり、1つの特許権について複数成立するので、すべてのライセンシーの承諾を得ることはコストがかかるため、取引を阻害することとなりかねない。また、一部のライセンシーのみの承諾しかとれなかった場合などは、同じ内容の特定履行義務であっても、通常実施権者ごとにその者に対しては義務が移転しているかどうかをいちいち確認することが必要となり、煩雑なものになってしまう。

以上より、承諾の要否については、必要とする考え方も不要とする考え方も一定の合理性を有している。しかし、ライセンシーの事業が一切できなくなる可能性と、知的財産取引の活性化が阻害される可能性は、前者における危険のほうがより具体的で、現実化した場合の損害が直接的であるといえよう。よって、承諾を必要とする見解に、より一層の合理性を見いだせるのではない。

以上のように考えると、通常実施権が対抗力を有する場合は、ライセンサーの地位は原則として移転し、このときはライセンス契約の本質的債務である不作為義務のみが移転することとなる。この見解では、契約は特許権者である譲受人に移転しているため、履行不能の問題は生じない。また、不作為義務以外

65) これに対し、譲受人が特定履行義務の履行能力を有している場合は、譲受人もライセンシーも不利益を受けることがないので、合意がなくとも移転させてよいという見解も考えられる。しかし、「履行能力がある」といってもその程度は個々の事案によってまちまちであり、どの程度履行できれば履行能力ありといえるかが客観的には定まらない。この見解によると、合意がないときに譲渡人と譲受人はどちらが義務を履行しなくてはいけないのか、ライセンシーはどちらに履行請求すればいいのか、等の混乱を招くことになる。よって、一律に合意が必要であると考えることが望ましいであろう。

66) 但し、移転費用等が発生するという不利益はある。

の権利義務については、個別の合意が必要であると解すれば、承継の範囲が不明確になり譲受人が不測の損害を被ることもないだろう。さらに、ライセンサーの承諾も必要とすればライセンサーの保護に欠けるところもないといえるだろう。

4 通常実施権が対抗力を有しない場合のライセンサーの地位の移転について

賃貸借契約においては、賃借権が対抗力を有しない場合は、譲渡人と譲受人の合意がある場合に限り地位の移転が認められる。このときに、賃借人の承諾は不要である。ライセンス契約においては、どのように考えられているだろうか。

(1) 議論の展開

通常実施権の対抗力がない場合における学説はほとんど見受けられないが、通常実施権の登録がない場合、ライセンサーは通常実施権を譲受人に対抗できないという結論は一般的に異論がないであろう⁶⁷⁾。通常実施権は債権であるので、債権の相対的効力により、原則として第三者には効力が及ばないこととなる。つまり、譲受人は特許権に基づく差止請求権を行使することが可能であり、ライセンサーはそれに対抗することができない。

このことから、通常実施権の登録がない場合は対抗力がなく、ライセンサーの地位も原則として譲受人に移転しないと考えられているのではないだろうか。賃貸借契約において、賃借権に対抗力がない場合は、地位は原則として移転せず、譲渡人と譲受人の合意があったときのみ移転する。よって、ライセンス契約においても、対抗力がない場合の地位の移転は原則として起こらないと考えられている

と思われる。しかし、対抗力がない場合に、なぜ地位の移転が起こらないといえるのか、既存の議論からは明らかにならないので、以下で検討する。

(2) 対抗力とライセンサーの地位の移転を独立して処理する考え方

ライセンス契約においても、賃貸借契約と同様、譲渡人の地位の移転が特許権等の譲渡に伴うか否かは、譲渡人と譲受人の契約における意思表示に委ねるべきものであり、ライセンサーの対抗要件の具備とは独立して処理する問題だとして考察した。よって、賃貸借契約と同様に、対抗要件の有無によって結論付けるのではなく、対抗力を有する場合との均衡を考えて、検討していきたい。

・契約上の地位と契約自体から発生する権利義務について

通常実施権が対抗力を有する場合は、譲受人は不作為義務を負うこととなり、その対価として実施料債権を取得する意思を有しているものと考えられるため、原則としてライセンサーの地位は移転するという考え方を示した。

通常実施権に対抗力がなく、さらに譲渡人と譲受人の間に地位の移転に関する合意もない場合は、譲受人は通常実施権による不作為義務を負ういわれはないだろう。このときの譲受人の意思としては、通常実施権の登録も合意もないため、義務に対する認容も、実施料債権に対する期待も有しているともいえず、この場合も差止請求権を行使できないとするのは、譲受人の権利を不当に害すると考える。よって、対抗力を有しない場合の譲受人の意思を解釈すると、賃貸借と同様、原則として地位は移転しないという結論が導かれるだろう⁶⁸⁾。

これに対し、対抗力がない場合でも、譲受人が通常実施権を認めることは、ライセンス

67) これに対し、ライセンサー保護の観点から、登録がない状況でも対抗力を認めるべきだという指摘もある。山本崇晶「ライセンサー倒産時のライセンサーの保護」知的財産研究所『知的財産ライセンス契約の保護』(雄松堂出版、2004) 74 頁以下。

68) もっとも、合意はないが譲受人が通常実施権の存在について悪意である場合、譲受人は登録の欠缺を主張できないという考え方があり、それを法律で規定する選択肢もありうる(中田・前掲注 47)20 頁参照)。これによれば、ライ

契約においても全く差し支えない。この場合は、賃貸借契約と同様、対抗力を有する場合と同視してよいだろう。つまり、譲受人が通常実施権を認容し、譲渡人との間で地位を移転させるという合意をした場合は、譲受人はライセンシーに対し差止請求権を行使しないという不作為義務を負い、その対価としての実施料債権や解約申入れ権等を取得する意思を有していると考えられる。結果、対抗力がなくとも地位は移転することとなる⁶⁹⁾。対抗力を有する場合との差は、賃貸借契約と同様に考えられよう。つまり、対抗力を有する場合は、特許権が譲渡されれば、譲受人の意思表示により原則として地位は移転する。これに対し、対抗力を有しない場合は、合意がある場合に限り地位の移転が認められるので、この合意について、ライセンシーが立証する必要があるという点にその差が求められることとなる。

・合意により当事者を拘束している
権利義務について

この部分については、対抗の効果とは関わらないものであるため、改めて意思表示をするまでもなく対抗力を有する場合と同じ結論となろう。つまり、特定履行義務等は非定型的なものが多いため、譲受人にとって予測可能なものとは言い難く、さらに譲渡人の個性に着目したものも多い。譲受人は地位を移転させる意思を有しているとは言えず、原則として地位は移転しないと考えられ、譲渡人と譲受人の移転の合意、かつライセンシーの承諾があった権利義務に限って、譲受人が取得することとなるだろう。

IV. まとめ

以上、賃貸借契約とライセンス契約を比較

して、契約上の地位の移転がどのような場合に起こり、どのように説明しうるのかを検討した。

賃貸借契約においては、判例は賃借権が対抗力を有する場合の賃貸人の地位の移転について、「法律上当然に」起こるものと説明していた。学説は、賃借権を物権化されたものにとらえる説、所有権と結合し一種の状態債務関係になると説明する説等があり、状態債務説への批判としては、対抗力の効果と結合させて考えるものが多かった。対抗力を有しない場合は、原則として地位は移転せず、譲渡人と譲受人の合意があったときに移転し、その際の賃借人の承諾は不要とする判例理論が確立している。

しかし、判例や学説からは、①対抗力を有することからなぜ地位の移転が導かれるのか、②対抗力を有しない場合の原則をどのように考えるかが明らかにならないため、譲受人の意思表示を補充することによって、対抗力の有無に関わりなく地位の移転を説明する見解を示した。

ライセンス契約においては、いまだ地位の移転についての判例や学説は確立されておらず、対抗力を有する場合は、移転する見解と移転しない見解の双方が有力である。対抗力を有しない場合はほとんど議論されていないが、賃貸借の判例法理から移転しないと考えられていると思われる。ライセンス契約は、ライセンシーがライセンサーから利用許諾を受け、一般的にその対価を払うという継続的契約という点で、賃貸借契約と類似する面もあるが、他方、ライセンス契約におけるライセンサーの負う債務は基本的に不作為債務のみであることや、特定履行義務を課された場合には賃貸人の義務とは違い没個性的であるとはいえないことなど、相違点も多い。よって、賃貸借契約の判例法理のアナロジーで解

センシーが合意の存在を立証できなくても、譲受人が悪意であったことさえ立証できれば、通常実施権が対抗力を有している場合と同視し、譲受人はライセンサーの地位を取得し、不作為債務を負うと解釈しうる。しかし、これはあくまでも立法で解決すべき事柄であろう。

69) 賃貸借において、特段の事情がない限り賃借人の同意は不要と判示した昭和46年判決を考慮し、ここでもライセンシーが直ちに異議を唱えることを認め、それを「特段の事情」の1つと解することができよう(II 2(3)参照)。

決できると当然にはいえないため、どのように考えることができるか検討した。対抗問題と結合させて考えると、賃貸借と同じく上記①②が明らかにならないため、予測可能性等を考慮要素とし、譲受人の意思解釈によって、結論を導いた。

ここで示した見解によって、特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転一般を説明しきれたとはいえない。譲渡人が破産した場合は、任意に目的物を譲渡した場合と同じに考えられるのか、包括ライセンス契約やクロスライセンス契約の場合はどのように考えるのか等、残された課題も多い。今後、知的財産取引がさらに活性化していく中で、様々な立法や法改正がなされるとともに、ライセンサーの地位の帰趨についての問題が顕在化してくるだろう。それにより、特定の財産権の譲渡に伴う場合の契約上の地位の移転に関する様々な判例や学説に立ち返り、それらがもつ意味や、判例を一般化して原則を立てることの妥当性を改めて検討しなくてはならない機会が多くなってくると考えられる。本稿において、典型例ともいえる賃貸借契約における賃貸人の地位の移転と、ライセンス契約におけるライセンサーの地位の移転を比較検討したことによって、その問題意識を示せたのであれば幸いである。

(あらき・れいこ)