

早稲田大学審査学位論文（博士）

著作権ライセンス保護の法的基礎

—ドイツ法の近時の判例及び歴史的展開に着目して—

早稲田大学大学院法学研究科

志賀典之

目次

序章 問題の所在	1
第1節 著作権ライセンス保護の法的基礎	1
第2節 検討対象としてのドイツ法	2
第3節 検討の経過	5
第1部 ドイツ法における著作権ライセンス論	6
第1章 著作権法上の諸前提	6
第1節 著作権に関する法律行為	7
第2節 利用権許与の類型：①単純利用権と②排他的利用権	9
第3節 利用権の承継的保護	11
第4節 分離原則と無因主義	14
第5節 「ライセンス」と「ライセンス契約」の法的性質	17
第6節 著作権契約法の解釈準則・内容規制・強行法規性	19
第7節 特許ライセンスにおける承継的保護	21
第2章 主ライセンス消滅時のサブライセンス存続に関する連邦通常裁判所判例 ...	21
第1節 連邦通常裁判所ライフェン・プログレスィーフ [Reifen Progressiv] 事 件判決（2009年3月26日）	21
1 事案の概要	22
2 判決要旨	23
3 判決理由	23

4	同判決の影響	27
5	まとめ	30
第2節	連邦通常裁判所 M2Trade 事件判決（2012年7月19日）	30
第3節	連邦通常裁判所 Take Five 事件判決（2012年7月19日）	36
1	事案の概要	36
2	判決要旨	37
3	判決理由	37
4	まとめ	39
第4節	その他の判例－連邦通常裁判所サムネイル第1事件判決（2010年4月 29日）及び第2事件判決（2011年10月19日）	40
1	事案の概要（第1事件）	40
2	判決理由	40
3	この判決の意義	41
4	サムネイル第2事件	41
5	小括	42
第5節	小括	42
第3章	M2Trade 事件以後の学説動向	43
第1節	概観	43
1	肯定的見解	43
2	批判的見解	43
3	判旨の射程と実務への影響	45
第2節	例外事例の類型化	46
1	J.B.ノルデマンによる報酬準則に基づく例外	46
2	グライフェンダー／ヴェーによる例外事例の類型化	47
3	まとめ	49
第3節	契約承継説の提案（McGuire/Kuntzmann）	49
1	契約承継説の提案	49

2	第1段階ライセンスについて	49
3	サブライセンスについて	50
4	まとめ	50
第4節 準物権説としてのサブライセンス存続説の射程		50
1	サブライセンス存続の基本権的意義	50
2	民事法的次元における主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続の当否：決定的基準	51
3	事例群の形成	51
4	まとめ	53
第5節 小括と若干の検討		53
第2部 歴史的展開		54
第4章 (補論) 前史—1870年統一著作権法成立までの著作物利用の法形式		54
第1節 特権制度時代(18世紀末まで。補論)		55
1	出版特権	57
2	特権制度下におけるライセンス	58
3	出版所有権説の形成	59
第2節 18世紀後半-19世紀前半：精神的所有権(知的財産権)概念の普及と近代的著作権法成立下の著作物利用形式(補論)		61
1	政治経済史的背景	61
2	思想的背景	62
3	立法例—プロイセン—般ラント法(1794年)の出版契約	67
4	判例—ヴィーラント事件(全部移転説 v. 利用権設定説)	69
5	19世紀前半の近代的著作権立法とライセンス	72
6	小括	77
第5章 19世紀末—20世紀前半のライセンス論		77
第1節 特許法の債権的ライセンス論—特許論争の焦点としてのライセンス強制		

.....	78
1 立法と学説.....	78
2 帝国（ライヒ）裁判所 1886 年 12 月 17 日民事第 2 部判決—セルロース製造方法事 件.....	84
3 小括.....	87
第 2 節 ライセンスの「物権化」.....	87
1 学説.....	87
2 立法—1891 年特許法.....	97
3 判例：1904 年 1 月 16 日民事第 1 部判決—ベナルドス式方法事件.....	97
4 20 世紀前半の特許ライセンス判例形成.....	101
5 ライセンスの前提としての特許権・著作権観念の変遷.....	103
6 まとめ.....	107
第 3 節 19 世紀後半の著作権・出版権と著作権ライセンス.....	108
1 立法：1870 年/1871 年著作権法.....	108
2 帝国統一出版権法の回避とラント法出版規定の存続.....	111
3 19 世紀後半の出版権と著作権に関する学説と判例.....	112
4 出版権以外の利用形式—特に上演権.....	118
5 まとめ.....	119
第 6 章 20 世紀前半の著作権ライセンス論.....	120
第 1 節 1901 年 6 月 19 日の文学及び音楽著作権法、1907 年美術著作権法....	120
第 2 節 1901 年出版権法.....	121
1 概要.....	121
2 出版権の譲渡：著作者と利用者の対立の焦点としての「著作者の承諾」要件....	123
第 3 節 1920 年代の著作権ライセンス論.....	124
1 学説.....	124
2 判例—ライヒ裁判所 1923 年 5 月 14 日民事第 1 部判決—「千人と一人の女」事件	126
第 4 節 1965 年著作権法改正までの著作権ライセンス論.....	129

1	1930年代著作権法改正案の登場	129
2	譲渡目的準則の登場	131
第5節	1965年著作権法改正直前期の著作権ライセンス論	133
第6節	1965年著作権法における利用権	136
第7節	まとめ	137
第7章（補論）	Verankerungsteil 事件連邦通常裁判所判決（1982年）	138
第1節	事案の概要	138
第2節	判決要旨 [本論考に関する限りで]	139
第3節	判決理由	139
1	単純ライセンスが債権的性質を有すること	140
2	承継的保護の否定	140
3	結論	142
第4節	判決の影響	142
第5節	まとめ	142
第3部	近時の展開	142
第8章	近時の展開①-著作権契約法の処分行為次元への着手—2016年改正法40a条 における著作者の第2利用権	142
第1節	2002年著作権契約法の成立から2013年「第3バスケット」改正まで	143
第2節	2016年改正に向けた動き	145

第3節 2016年改正40a条	148
第9章 近時の展開②-エンドユーザーライセンスの物権化.....	152
第1節 デジタル著作物エンドユーザーの準物権的享益権.....	152
第2節 創作的利用、特にオープンコンテンツに関する単純ライセンス物権化説 の援用	155
第3節 まとめと考察	156
終章 おわりに一総括的検討、残される課題と日本法への示唆.....	157
参 考 文 献 目 録.....	164
1 邦語文献.....	164
2 外語文献	165
1. Abkürzungen	165
2. Gesetzesmaterialien.....	166
3. Monographien und Aufsätze	167

序章 問題の所在

第1節 著作権ライセンス保護の法的基礎

本稿の基本的問いは、おおむね次のように集約される——

「著作物利用者の地位、とりわけ著作権ライセンスは消極的地位以上の何かであるべきか、また、そうあることは許容されるか？」

著作権の活用手段として、利用許諾（著作権法 63 条 1 項）は重要性を増す一方であるにもかかわらず、ライセンシーの法的地位については、その保護の脆弱性・法的安定性の欠如が多々指摘されており¹、近時の裁判例においても、不備を補うべく踏み込んだ解釈が展開されたと解される例もみられる²。

ライセンスの脆弱性は、契約関係の破綻と第三者の登場という 2 つの場面で露呈する³。具体的な問題としては、著作権譲渡の際のライセンシーの法的地位・対抗力、主ライセンス消滅時のサブライセンスの帰趨、ライセンサー破産時のライセンシーの帰趨が指摘される。

著作権法は、著作権取引の安全を考慮して、一利用は低調であるものの—著作権の登録制度を備えており、著作権が譲渡された際、新たな譲受人は登録を得なければ第三者に対抗することはできない（77 条 1 項）。ここでいう第三者は、登録の欠缺につき正当な利益を有する者を指す⁴とされ、著作権の二重譲渡の譲受人に加え出版権者、利用権者も含まれると解されている⁵。一方、利用許諾については、出版権の登録制度（88 条）を除くと、利用許諾自体の登録制度が存在しないので、ライセンシーは著作権者の著作権譲渡に対して自ら対抗できる法的手段が存在しない。

¹ 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、1999年）481頁、島並良「ライセンシーの法的地位」コピーライト 569号 13頁（2008年）、作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018年）443頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014年）425頁、高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）192頁、島並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）245頁など。

² 大阪地判平成 27・9・24 判時 2348 号 62 頁-ピクトグラム事件（青木大也<判批>L&T73 号 65 頁参照）など。同事例は、賃貸借に関する最判昭 46・4・23 民集 25 卷 3 号 388 頁を参照して、著作権譲渡とともに契約上の地位の移転までも認めようとして、最判昭 49・3・19 民集 28 卷 2 号 325 頁を参照し、「著作物の使用許諾契約の許諾者たる地位の譲受人が、使用料の請求等、契約に基づく権利を積極的に行使する場合には、これを対抗関係というかは別として、賃貸人たる地位の移転の場合に必要な権利保護要件としての登記と同様、著作権の登録を備えることが必要であると解される」とする。

³ 松田俊治「ライセンス契約法第4回」Business Law Journal 2015年6月号 69頁の分類による。

⁴ 加戸守行『著作権法逐条講義〔第6版〕』（著作権情報センター）508頁。

⁵ 東京地判昭和 7 年 12 月 21 日評論全集 21 卷諸法 920 頁参照。

特許権に関しては、すでに 2011 年改正において通常実施権の当然対抗制度が導入された（特許法 99 条）。しかし、契約の当然承継の問題については、審議会の結論として「ライセンス契約関係が…承継されるか否かについては、個々の事案に応じて判断されることが望ましい」として、特段の規定を設けないこととなり、当然承継の有無とその範囲を中心に、盛んな議論が継続しているため、その今後の著作権法への影響も想定される。

現在の著作権法学説には、著作権ライセンシーの法的地位の強化を主に、立法論として提唱するものも多いが、ライセンス及びライセンシーの法的地位の強化や、ライセンスに「賃借権の物権化」に類する現象を積極的に認めるにしても、その要件及び効力の適切な画定は不可欠となるであろう。またこのことは、ライセンスの性質決定の問題とも顕著な関連性を有する。

第 2 節 検討対象としてのドイツ法

本研究では、ドイツ法を参照する。

ドイツ知的財産各法は、承継的保護という制度を認めている⁶。この制度は、先に設定されたライセンス（利用権）は、事後に知的財産権や排他的ライセンス権者により、権利が移転されるか、排他的権利が設定されても、知的財産権の新権利者や新たな排他的ライセンス権者に対して引き続き効力を有するとするものである（著作権法については 1965 年に導入、特許法、実用新案法では 1986 年改正、商標法では 1995 年に導入）。

しかし、ドイツ法の知的財産ライセンス - 特に重要な特徴といえる承継的保護に関しては、すでに基盤的な先行業績（後述 3）があり、基本的な制度紹介が十分になされている。

そこで、本稿は、さらなる進展を図るべく、わが国においてはまだほとんど検討が加えられていない部分であると考えられる 2 つの課題を設定した。

1 近時の通常裁判所判例からの示唆：ライセンス保護の（政策的・解釈論的）意義の明確化

第一に、2009 年以降のドイツ連邦通常裁判所は、主ライセンスが消滅した際でも、主ライセンスから生じたサブライセンスが存続するという一般的原則を、承継的保護並びに著作者・サブライセンシー間の利益衡量を主要な根拠とし、また単純ライセンスの準物権的効力を承認し、これも根拠として認める判例を形成している⁷。この判例の検討を第一の課題とする。

⁶ しかも、近時の最高裁判例では「原則[in der Regel]」であると述べられた。BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – I ZR 70/10, BGHZ 194, 136=NJW 2012, 3301=GRUR 2012, 916.

⁷ BGH, Urteil vom 26. 3. 2009 - I ZR 153/06 (OLG Köln) Reifen Progressiv, BGHZ 180, 344, GRUR 2009, 946; BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – I ZR 70/10, BGHZ 194, 136=NJW 2012, 3301=GRUR 2012, 916-M2 Trade; BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – I ZR 24/11, GRUR 2012 914.

2：歴史的展開からの示唆：クリエイタ指向⁸著作権制度の中のライセンシー保護の許容性の位置づけ：

第二に、特に近時のドイツ連邦通常裁判所判例が示した承継的保護を中心に、著作権利用許諾（著作権ライセンス）という著作物利用形式の歴史的形成過程を辿ることにより、著作権ライセンスに関する新たな知見の獲得を試みる⁹。著作物利用形式ライセンスに着目した歴史的展開の考察は、もともとわが国において多くないドイツ著作権法一般の歴史的展開に関する検討¹⁰に比しても、さらにほとんどなされていないといつてよいと思われる。

わが国において伝統的学説は、ドイツ著作権法を、フランス著作権法とともに、英米法圏のコピーライト的思想と対照的位置にある大陸法の Authors' Right 的思潮に属するものという位置づけをなしてきた¹¹。実際に、ドイツ著作権法の一大特徴としては、創作者の地位の強化に関して長年にわたり学説・判例・立法において取り組みが行われており、わが国に存在しない詳細な規定を多く有する著作権契約法規定を有している。その一方で、一見するとクリエイタの保護の対立利益とも捉えられかねない承継的保護が、一排他的ライセンスについては判例で100年前から、単純ライセンスについては少なくとも1965年法の立法時から一承認されてきたことは、創作者の保護という課題といかなる関係に立つと解されてきたのかは、探求に値する問題であると考えられる。

3 エンドユーザーライセンスの保護に関する理論的基礎？

⁸ この表現は、上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピーライト2012年5月号2頁による。

⁹ さらに、ドイツ法との比較を行いうる点として、ライセンサー破産時の問題がある。わが国破産法53条1項は、双方未履行の双務契約であるライセンス契約に関して、ライセンサー破産が生じると、その管財人は、ライセンス契約を原則として解除可能である。よって、何ら帰責事由のないライセンシーが、利用を中止しなければならなくなる。破産法56条（2004年改正）は、新たな例外規定を設け、対抗要件を備えたライセンシーに関しては、管財人の解除権を制限することにした。使用収益を目的とする不動産賃貸借契約制度に関して展開されてきたアプローチを制定法化したものである。しかし、著作権法制度については、出版権以外の対抗要件制度が存在せず、引き続き不安定であり、対抗要件の整備が長らく望まれている。

現行法下の解釈論としては、「相手方に著しく不公平な状況が生じる場合」、管財人の解除権には立法趣旨との関係から内在的制約が及び、解除権が制限されるとの旧破産法下の判例があり、これによれば対抗要件が存在しないライセンシーについては「相手方に著しく不公平な状況が生じる場合」に容易に該当しうるとして、ライセンシーの地位の保護を図るアプローチが提唱されている。松田俊治「著作権の利用許諾をめぐる問題点」牧野利秋『知的財産法の理論と実務4』（新日本法規、2007年）163頁。

¹⁰ 代表的論考として、半田正夫『著作権法の研究』（一粒社、1971年）10頁以下、著作者人格権に関するものとして齊藤博『人格権法の研究』（一粒社、1979）、上野達弘「著作者人格権の生成と発展—ドイツおよび日本における同一性保持権を中心に—」小野昌延先生古稀記念『知的財産法の系譜』（青林書院、2002）567頁、栗田昌裕『著作権法における権利論の意義と射程—ドイツ法の展開を手がかりとして（1）（2・完）』民商140巻6号638頁、141巻1号45頁など。

¹¹ 齊藤博『著作権法 [第3版]』17頁（有斐閣、2008年）、作花・前掲注1）57頁など。

上述の 2 点に比して本稿では付随的な検討にとどまるが、これらから得られる観点は、さらに、現代的展開との関連性も有する。すなわちエンドユーザーライセンス、パブリックライセンス等の普及により、エンドユーザーが利用許諾に直接関与する機会が日常化した現在、わが国でも消費者法と著作権ライセンス契約の交錯という問題領域¹²が成立している。

ドイツでは、インターネット上の著作物利用に関する意思表示の法的性質に関して重要な判断を行った最高裁判決¹³が生じたほか、すでに民法典に約款統制が導入されて久しいドイツ法の著作権契約解釈論から得られる示唆は少なくないものと考えられる¹⁴。

また、多くが英米法系エンドユーザーライセンス概念（EULA; End-user License Agreement）を基礎としているこれらのライセンス制度に対して、大陸法系ライセンス法制が、どのように対峙しているのかの観察は、わが国法制における利用許諾の理解をするうえで、少なからず意義を有すると考えられる¹⁵。とりわけ、ライセンスを中心とする著作権に関して、基礎的な意思表示理論の検討の必要性和モデルが提唱されていることは参照の価値があると考えられる¹⁶。

¹² Malte Stieper, Verbraucherschutz im Urheberrecht, Verbraucherschutz im Urheberrecht. 2014, 7, S.261f. わが国では、島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピライト 2013 年 10 月号 2 頁、潮海久雄「私的複製の現代的意義」著作権研究 40 号 69 頁（2015 年）、Branislav Hazucha＝劉曉倩＝渡部俊英「消費者から見た著作権法」著作権研究 40 号 122 頁（2015 年）などに見られる。

¹³ BGH GRUR 2010 628 – Vorschaubilder I [サムネイル第 1 事件], BGH GRUR 2012, 602-Vorschaubilder II [サムネイル第 2 事件]。

¹⁴ ドイツ法では、著作者—経済的利用者を第 1 次的（primäres）著作者契約法、経済的利用者—経済的利用者を第 2 次（sekundäre）著作者契約法と伝統的に呼称されてきたが（Adolf Dietz, FS Schrickler, 1995, S.26）、これに加えて、著作者又は経済的利用者—エンドユーザー間の契約は従来ほとんど検討の対象とされてこなかったが、エンドユーザーの利益もまた、多数の経済的利用者の市場における優越的地位に照らし、特別の法的利益を要請しうる固有の考慮が必要な領域としての第 3 次（Tertiäres）著作者契約法と呼称すべきとの見解が提唱されている（Berger/Wündisch, Urhebervertragsrecht, § 1 Rdnr.4, Schrickler/Loewenheim/Ohly, Urheberrecht Komm., 5. Aufl. Vor § 31ff., Rdnr.2f.）。

¹⁵ 我が国においては、利用許諾の成立について単独行為と契約の両者を認める説が近時は有力であり、CC ライセンス等のパブリックライセンスは単独行為とする説が有力であるように見えるが、ドイツにおいては基本的に契約（約款）であり利用権の設定であると捉えられているようである。

この見解の相違と、ドイツの約款説は一度なされた意思表示の撤回・変更可能性及び利用条件違反の射等に関して実益を有すると思われる。

単独行為説を承認するものとして、松田俊治「著作権の利用許諾をめぐる問題点」牧野利秋『知的財産法の理論と実務 4』（新日本法規、2007 年）163 頁、島並＝上野＝横山・前掲注 1）216 頁、中山・前掲注 1）426 頁。契約により成立すると述べるものとして、半田正夫『著作権法概説〔第 16 版〕』（法学書院、2015 年）217 頁以下、齊藤・前掲注 11）307 頁、作花・前掲注 1）434 頁。ただし、いずれも単独行為による成立を否定する趣旨かどうかは明示されていない。

¹⁶ Schrickler/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14) § 29, Rn.23, „Die Stufenleiter der Gestattungen“, ; Ohly, Volenti non fit iniuria, 2001, S.141ff.また、これを率先して行うアンスガー・オーリィ教授は、「著作権法の向こう 50 年を支配するテーマが、私的自治に基づく合意と、著作者と公共的自由の関係を法律に基づき規律することとの間の緊張関係となろうとは、だれも予言しえなかったことである」と述べる。これは、特

第3節 検討の経過

本稿では、まず第1部で、2009年以降、主ライセンス消滅時のサブライセンス存続を原則的に確立したとされる2009年以降の3つの連邦通常裁判所(BGH)判例を確認するために、準備的作業として、前提となるべきドイツ著作権契約法部分の規定を概観する(第1部第1章)。

その後、3つのBGH判決及びその後の学説の検討に続き、著作物利用形式及び著作権ライセンスの歴史的展開を概観する(第2部)。ここでは、初期近代から単純ライセンスの承継的保護を否定したことにより、ライセンス概念に関する一つの転機をなした1982年Verankerungsteil事件判決ごろまでの、著作権制度・代表的判例・学説史の概観に基づいて特に著作物利用形式(19世紀末以降は「ライセンス」概念が登場するが、それ以前はそれに相当する利用形式)の展開と正当化に関する記述を試みた。特に①排他的ライセンスと単純ライセンスという利用形式の形成、②排他的ライセンス・単純ライセンスの準物権性の承認、③承継的保護、④著作者利益の係留点としての「承諾」要件に着目した記述としたい。

第3部では、近時の展開として、これまで法定報酬請求権制度において債権的次元での強化にとどまっていた著作者の地位の強化を、ついに「処分行為の次元に進出して」著作者利益の貫徹を図ったとされる40a条とサブライセンスの衝突の可能性(第8章)、またエンドユーザーライセンスの承継的保護の観点から、物権化したエンドユーザーライセンス権を提唱する近時の学説(第9章)を参照する。

終章では、本研究のまとめを行い、わが国法への示唆など今後の課題を提示する。

なお、本問題に関する先行業績は、特にわが国ドイツライセンス法分野に関して、駒田教授の研究¹⁷、横山教授の特許ライセンスの承継的保護に関する基礎的研究¹⁸、ドイツ著作権契約法に関しては上野教授の論考¹⁹などが挙げられるが、2012年以降のドイツ連邦通常裁

にインターネット上の意思表示、エンドユーザーライセンスと制限規定との緊張関係を示唆するものである。ただ、ライセンスと制限規定の関係は、本稿では検討の対象にはできなかった(時に補償金付のものが「法定ライセンス」とも呼ばれること、「法定のサブライセンス」の存続を近時BGHが認めたこと、エンドユーザーライセンスが定型的な利用権として一種の制限規定のように機能することから、これらの近接性が見いだされてよいことが示唆される。制限規定と利用権の共通性を分析する論考として、Patrick Zurth, Rechtsgeschäftliche Und Gesetzliche Nutzungsrechte Im Urheberrecht: Eine Dogmatische Analyse Der Rechtsnatur Und Der Vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten (Studien Zum Privatrecht) Mohr Siebeck, 2016)

¹⁷ 駒田泰土「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12号(2006年)141頁以下。

¹⁸ 横山久芳「ドイツにおける当然対抗制度」工業所有権法学会年報37号(2012年)137頁以下。

¹⁹ 上野達弘「ドイツにおける著作権契約法」『著作権契約法現行コード』(2010年3月)105頁、三浦正広「著作者契約法の理論：契約法理論による著作者の保護(前編)(後編)」コピーライト622号22頁(2013年)、623号48頁(2013年)。同「欧州における出版契約」上野達弘=西口元編『出版をめぐる法的課題—その理論と実務』352頁(日本評論社、2015年)、法定報酬請求権制度を中心にした論考とし

判所のサブライセンス存続事例及びその議論を紹介したものは、管見の限り見当たらない²⁰。

第2部の記述においては、近時、ライセンスの歴史的展開に関しては、フローリアン・フォーゲル Florian Vogel の博士論文²¹、パーロウ Louis Pahlow の²²教授資格申請論文、マクガイア Mary Rose McGuire²³の教授資格申請論文が連続して公表されており、研究の進展している分野であると考えられ、本稿においても、これら3点の業績に中心的に依拠することとした。

なお、わが国における「著作権」は、著作者人格権と著作財産権という二元的構成における著作財産権部分の呼称として用いられている（著作権法17条）。これに対し、今後、本稿ではドイツ法に関しては、ドイツ著作権法11条所定の人格的権能、財産的権能及びその他の権利を包摂する一つの権利である das Urheberrecht を「著作権」と呼ぶことにする。確かに、本来は、この権利は「著作権」ではなく「著作者の権利」と呼ぶべきであろう。著作者の人格権的権能も含めた大陸法系 Author's Right 概念を「著作権」と呼称することは、概念の正確な理解を妨げ、議論のミスリーディングを誘発する弊害もあることから、大陸法系著作権法を記述する際には「著作者の権利」と呼ぶべきであるとの指摘も古くからなされている。しかし、本稿においては、論述の便宜上、そのことに常に念頭に置きつつ、かかるドイツ法の「人格権的権能と財産権的権能を包括する一つの権利」に相当する権利を「著作権」と呼ぶが、特に歴史的記述部分において意識的に使い分けを要する箇所では、あえて「著作者の権利」との表現を用いたところもある。

第1部 ドイツ法における著作権ライセンス論

第1章 著作権法上の諸前提

第1部では、著作権ライセンス論に関して重大な議論の進展をもたらした2009年以降の判例を中心に扱うが、その前提となるべきドイツ著作権法の基本構造を確認する。

て、Jan Bernd Nordemann 「ドイツ法における職務創作と著作権契約法」『著作権ビジネスの理解と実践 III』245頁（RISOH, 2013）、安藤和宏「わが国著作権法における契約法規定の可能性」上野・西口前掲『出版をめぐる法的課題』399頁がある。

²⁰ 2009年の連邦通常裁判所 Reifen Progressiv 事件判決については、横山・前掲注18) 152頁のほか、萩原佐織「企業グループ倒産に関する一考察 —ドイツ倒産法改正作業における協議草案から政府草案への改正点より見える諸問題—」撰南法学50号1頁（2015年3月）がある。

²¹ Florian Vogel, Urheber- und Erfinderrecht im Rechtsverkehr. Eine historisch-dogmatische Untersuchung [権利の取引における著作者と発明者の権利—歴史的・法解釈学的研究] . Aktiv Druck & Verlag GmbH, Ebelsbach, 2004, [以下では F.Vogel, Rechtsverkehr として引用する]

²² Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums [知的財産権におけるライセンスとライセンス契約], Mohr Siebeck 2006, [以下では Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag として引用する]

²³ Die Lizenz – Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts [ライセンス—民法典と民事訴訟法の体系への導入], Mohr Siebeck, 2014, (以下では [McGuire, Lizenz] と引用する)

第1節 著作権に関する法律行為

ドイツ法は、著作権の譲渡不能性（29条1項）を定め、財産権的権能と人格権的権能を一体のものとして解する一元論²⁴を採用しているとされる。著作権は、人格権及び財産権的性質を有する統一的権利であって（11条）、生前の著作権の完全移転を否定し、「設定的権利許与 konstruktive Einräumung」とも呼ばれる利用権を成立させることのみを許容している²⁵。以下では、論述の便宜上、利用権を成立させる行為である Einräumung の訳語を「許与」にて統一する²⁶。

こうして利用権の許与がなされると、著作者以外の者が利用権原を有することになるが、再譲渡・サブライセンスの際の著作者の承諾要件や著作者の撤回権のような核心的権利は著作者に残る。このように、利用権は、著作者の核心的権利により持続的な影響を有するゆえに、「母権」[Mutterrecht]である著作権に対して、「娘権」[Tochterrecht]とも呼ばれることがある²⁷。

²⁴ Eugen Ulmer によって主導され 1950 年代には支配的学説となり、現行ドイツ 1965 年法はこの説を前提にしている（11条、29条）。半田・前掲注 10）73 頁は、ドイツ一元説をわが国においても古くから紹介し、またわが国法解釈論としても一元論を一貫して主張している。近時の一元説に関し、フランスにおけるその批判を紹介するものとして、駒田泰土「フランス著作権法における一元論について」上智法学論集 49 巻 3・4 号 67 頁（2006 年 3 月）。たとえば、フランスにおけるドイツ一元論を批判する説として、「ドイツ一元論は結局人格権説の一種に過ぎないと認める傾向がある」（79 頁）。また、ドイツにおいても McGuire, Monismus- Ein Irrweg? Vom Magnettonband zu Social Media, FS 50 Jahre UrhG, 2015, S.289 は、ドイツ法一元論が欧州法ハーモナイズの障壁となること、契約利用をことさら複雑化させていること、著作物と著作者の紐帯という一元論の正当化根拠は現在の著作権法適用領域に照らして維持しうるのかという疑義を提起する。とりわけ譲渡不能性に関する批判説は、Hilty/Peukert, Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im Internationalen Kontext, GRUR Int. 2002, S.643ff.(S.645)は、「著作権の譲渡不能性は、適切な報酬をもたらすわけでもなく、通常、著作者に核心的権利と称されるカラの器だけが残されることを阻止できるわけでもない」とする。

²⁵ Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14), § 31.Rdnr.9

²⁶ 後述本章第 5 節に述べるように、著作物利用権を排他的利用権・単純利用権いずれも準物権と解するドイツ著作権法の通説及び判例に与するなら「設定」との訳語を充当することも適切であろう。ただしこの点、島並良＝上野達弘＝横山久芳『特許法入門』（有斐閣、2014 年）222 頁 [横山久芳執筆部分]『「許諾・設定・発生」における『設定』とは実施権を付与する正当な権原を有する者（特許権者又は国家）が実施権を付与する行為をいう』も参照。

²⁷ 民法上の物所有権への物権的権利による負担と、著作権と利用権の関係とは、比較するには隔たった距離があるものと理解される（Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14) § 31, Rdnr.10; Forkel, Gebundene Rechtsübertragung, Heymann, 1970, S.23f., S.166）。その理由として、第 1 に、著作権では母の権利との紐帯がより強く、著作者の人格権的権能によって強調されること、第 2 に、その一方で、33 条 2 項によれば「孫の権利」たるサブライセンスは、「娘の権利」たる主ライセンスが消滅した後も存続すると定められているように、派生した権利の独立性が高められているという点が指摘される。この「負担」概念に関しては 2 つの理解がある。第 1 説は元の権利から分裂した一部分が取得者に移転されるというものであり、これが支配的見解である（Kraßer, Larenz, Lent/Schwab など）。第 2 説は、許与された娘権は母権に対して

許される行為は①利用権の許与、②債権的合意、③同意〔承諾、Einwilligung〕である（29条2項）。本稿では、ドイツ著作権法の現在の支配的見解に沿って、「利用権〔Nutzungsrecht〕」を「ライセンス Lizenz」²⁸と同義に用いる²⁹。

どの法律行為がなされたのか、契約において、利用権について明示的な記載がないときは、契約目的が決定的な基準となる。すなわち、31条5項2文（譲渡目的準則）に基づいて、利用権が許与されたかどうか決定される。

権利譲渡（承継的移転）	著作権法では原則として禁止されている。	許可（権利者の主観的意思に基づく不法性の排斥）＝「承諾なければ被害なし」
排他的ライセンス／使用权	通説では物権的権利と解される。	
単純ライセンス／使用权	承継的保護を享受し、物権性の一要素を有する。	
債権的許可	第三者に対する効力を持たない。特に承継的保護を当事者が合意により排斥した場合に成立する。	
同意〔承諾〕	受領を要する単独行為。撤回可能。債権的合意とは両当事者双方の意思により成立する法律行為であり、義務を負う点で区別される。	隣接法モデル（権利者の意思は利益衡量の枠組み内での一つの要素に過ぎない）
推定的同意／事務管理		
矛盾律（民法242）		

なお、近時のオーリィ教授の有力説「著作権に関する意思表示」の段階理論³⁰が提唱されているが、同理論によれば、段階化の実益として、無効行為の転換（民法140条）³¹が適用されることが挙げられる³²。

独立し、母権とは異なる新たに創設された権利であると理解する。完全権の実施を制限し、完全権の内容からは何も引き出されるものではないとしている。

²⁸ Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14) § 29, Rdnr.20.ドイツでは伝統的には、実務上は産業財産権に依拠して「ライセンス」の語が非常に多く用いられているが、著作権法学説上は著作権法における29条2項、31条以下で用いられる「利用権 Nutzungsrecht」は、ライセンスからターミノロジー的に区別が試みられてきた。出版権法では、ライセンスは第2段階利用権であると解されている（Schricker, Verlagsrecht, 3.Aufl., § 28, Rn.22）。しかし現在では、32a条2項1文（「連鎖的ライセンス関係」概念の使用）と69e条1項1号（「ライセンシー」）など、出版法上の用法に限定しておらず、広く利用権一般をさす利用権の同義語として用いられるに至っている。

²⁹ この点、わが国著作権法に関して時にみられるように、（債権的）利用許諾（日本著作権法63条1項）の呼称を「ライセンス」とするのであれば、これとは異なる用法となる。加戸・前掲注4）448頁、中山・前掲注1）433頁は「著作権のライセンス（利用許諾）一般」と表現する。著作権法における「ライセンス」概念の彼我の相違の原因の一つは、わが国法にドイツの排他的利用権に相当する制度が存在しないことに求められよう。

³⁰ “Stufenleiter der Gestattungen,”; Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14) § 29 Rdnr.23; Ohly, „Volenti non fit iniuria” – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, S. 141ff.

³¹ ドイツ民法第140条 無効行為の転換 「無効な法律行為が、他の法律行為の要件に合致している場合において、当事者がその無効であることを知った場合でも、他の法律行為としての有効性を欲したであろうと推認されるときは、その法律行為は、他の法律行為として有効とする。」

³² Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14) § 29, Rdnr.24

第2節 利用権許与の類型：①単純利用権と②排他的利用権

①単純利用権は、利用権者に利用の権利を付与するが、排他性は付与しない利用権であり、固有の禁止権を持たないが、承継的保護は享受する（33条）。

②排他的利用権は、利用権者に、著作権者を含めた他のすべての者を排斥して、権利の範囲内の利用方法で、著作物の利用を認め、かつ、単純サブライセンス又は排他的サブライセンスを許与する権原とされる。固有の禁止権（97条³³以下に規定された差止等救済手段）を有する。

利用権が、排他的利用権か単純利用権かは、当事者の合意により決せられる。権利の成立に特に公示などの要件が求められることもない。明示的な表示意思がないときは、著作権法の諸原則の援用のもとで解釈によって探求される。解釈準則として、譲渡目的準則に服する（2002年改正法以降の31条5項2文）³⁴。

	固有の禁止権	承継的保護	サブライセンスの許与	備考
① 単純利用権 (31②)	×	○ (33条)	×	(支配的見解)
② 排他的利用権 (31③)	○ (BGH GRUR 1995 338 - Kleiderbügel)	○ (33条)	○ (35条)	著作者・単純利用権者による 利用を留保可能

排他的利用権者³⁵には、著作者の承諾³⁶を要件として、(35条「著作者の承諾を得た場合に限り」)、転利用権（サブライセンス）の許与が許容されている。排他的サブライセンスも

³³ 第97条 不作為及び損害賠償を求める請求権

(1) 著作権その他この法律に基づき保護を受ける権利を違法に侵害する者に対して、その被害者は、侵害の排除を、反復のおそれがあるときは不作為を請求することができる。不作為を求める請求権は、違反行為が最初に差し迫る場合にも認められる。

³⁴ 31条5項 使用権の許与に際して、使用方法が明示的かつ個別に表示されていない場合には、使用権の及ぶ使用方法は、当事者双方が基礎とした契約の目的に従って定める。使用権の許与の有無、単純使用権と排他的使用権の別、使用権及び禁止権の及ぶ範囲、並びに使用権が服する制限の種類について疑義が生じた場合にも、同様とする。

³⁵ 単純ライセンスのサブライセンスも許容する説も多い。(Fromm/Nordemann/*J.B. Nordemann*, Urheberrecht Kommentar, 12.Aufl., 2018, § 35 Rdnr.5, Dreier/Schulze/*Schulze*, Urheberrecht Kommentar 6.Aufl., 2018, § 35, Rn.5)。

³⁶ この承諾は民法185条の処分行為であるとされる（後述第4節）。民事法の一般準則により、設権的権利許与は、それを行う者が、**処分権原**を有しているか、処分権原を有する者が承諾を与えたときにのみ有効である（民法185条）。かかる処分権原は、著作権の保有者または利用権者に存在する（Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14) § 31, Rn.10.）。承諾と承諾の拒絶は、民法総則規定（ドイツ民法182条以下）の受領を要する意思表示によって成立し、明示的又は黙示的に、法律行為の前（同意[承諾]Einwilligung、183条）又は事後的に（追認 Genehmigung、184条）成立する。個別事例において、承諾が推認されるか否かは、目的譲渡準則（31条5項）のもとで、事情全体及び契約慣行に基づいて判断される。

単純サブライセンスも許与可能である³⁷。一方、支配的見解によれば、単純利用権者はサブライセンスの許与はできないとされている³⁸。

この承諾要件は、利用権譲渡規定である 34 条とも共通する要件であり、その趣旨は、「著作者は、誰が権利を利用するのかということについて、コントロールを及ぼすべきであるから」³⁹というものである⁴⁰。

第 35 条 転利用権の許与⁴¹

(1) 排他的利用権者は、著作者の承諾を得た場合にかぎり、転利用権を許与することができる。排他的利用権が、専ら著作者の利益の管理のために許与されるときは、その承諾は、要しない。

(2) 第 34 条第 1 項第 2 文、第 2 項及び第 5 項第 2 文の規定は、ここに準用するものとする。

ただし、この承諾要件は任意規定である。

35 条 2 項は利用権譲渡に関する 34 条 1 項第 2 文（信義誠実に反した承諾拒絶の禁止）、2 項（編集著作物の各著作者の承諾不要）に加えて、「別段の合意」を認める同条 5 項 2 文を準用するとしている⁴²。すなわち、34 条 5 項 2 文では、承諾要件の制限や完全な放棄を

³⁷ 1965 年立法当時から 2002 年以前の 35 条は、直接には、排他的利用権保有者が単純利用権を許与する場合のみに関する規定であった。排他的利用権の許与に関しては、通説によれば類推適用がなされるべきであるとされていた（Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14) § 33, Rdnr.5,7）。

³⁸ Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, a.a.O.(Fn.35), § 35 Rdnr.5; 35 条は著作者保護の要請ゆえに承諾要件の問題のみを規定しているが、単純利用権にこれを認めても著作者保護について劣るところはないとして類推適用を認める。Dreier/Schulze/Schulze, a.a.O.(Fn.35) § 35, Rdnr.5 は、利用方法について排他的利用権も単純利用権も差異がないことを挙げて類推適用を認める。

³⁹ Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14). § 35, Rn.6. 1965 年法政府草案理由書は、「著作者は、その選択に何ら影響を与えることができなかつた不適切な人物による著作物の利用から保護されねばならない」とする（BT-Drucks, IV/270 S.55）。

⁴⁰ 第一段階のライセンスのみならず、サブライセンス及びそれ以降の譲渡についても、34 条の「著作者の承諾」要件が適用される（Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14) § 34, Rn.17, Dreyer/Kotthoff/*Meckel* § 34 Rn.4; Scholz, *Mögliche vertragliche Gestaltungen zur Weitergabe von Software nach „UsedSoft II“*, GRUR 2015, 142; Stieper, GRUR 2014, 270(anm. BGH: Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen - UsedSoft II)）。すなわち、主ライセンシーが著作者の承諾によってサブライセンスを許与したとき、サブライセンスの譲渡は新たに著作者の承諾があるときのみ許される。主ライセンシーの承諾は要しない。このことは、転利用権などの段階別に利用権の区別を設けていない 34 条の文言と利益状況から肯定されるとしている。

⁴¹ ドイツ著作権法の訳にあたっては、上野達弘「外国著作権法概説・ドイツ編」『外国著作権法概説——英・米・独・仏・伊——』（著作権情報センター、2003 年）111 頁、外国著作権法—ドイツ編本山雅弘訳「外国著作権法ドイツ編」（著作権情報センター）を参照した。

⁴² Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14), § 35, Rn.6, 10.

する旨の契約合意が許されているのである。さらに、承諾は、将来的・包括的に、将来のサブライセンスに関しても与えることができるとされ、結果的には承諾の制限や放棄と同様の効果を生じる⁴³。逆に、承諾要件の強化も合意することができる。

また、映画領域においては、映画化に関する権利（88条）と映画に関する権利（89条）に関して、35条の適用は広く排斥される（90条）。

排他的利用権者によるサブライセンスの付与は何段階にも渡って可能である。排他的サブライセンスに基づいて、排他的利用権又は単純利用権を許与することができる。そしてその排他的利用権に基づいて、さらにサブライセンスを付与することができる。著作権から「娘の権利 Tochterrecht」たる排他的利用権が成立し、その娘の権利から「孫の権利 Enkelrecht」が成立するという系図的な像が描かれる。このような多段階ライセンス関係は、「連鎖的ライセンス関係」Lizenzketteとも呼ばれる。

第3節 利用権の承継的保護

利用権は、排他的利用権・単純利用権のいずれも、承継的保護を享受する。すなわち、既存の利用権者には、①後の利用権許与、②著作権者の変更及び③利用権の放棄に対して対抗力が認められる。

同条の承継的保護の目的は、政府草案理由書及び後述（第2章）のBGH判決によれば、利用権消滅という「不当な結果」を回避すること、すなわち、「権利の存続に対する権利者の信頼を保護し、権利者にその投資の回収を可能ならしめる」ことである（批判もある。後述第3章）⁴⁴。また、同条の基礎には、著作者は彼自身が現に有する besitzt 以上の権利は譲渡でない、という命題があるとされる⁴⁵。

第34条 利用権の譲渡 [筆者注：35条2項において準用される部分に下線を記した]

(1) 利用権は、著作者の承諾を得た場合にかぎり、譲渡することができる。著作者は、その承諾を、信義誠実に反して拒んではならない。

(2) 編集著作物（第4条）の利用権と併せ、その編集著作物に取り込まれた個別の著作物の利用権が譲渡される場合は、編集著作物の著作者の承諾をもって足りる。

(3) 譲渡が、事業の全部譲渡又は一部譲渡の中で行われる場合には、利用権は、著作者の承諾を得ることなく譲渡することができる。その取得者による利用権の行使が、信義誠実に照らして著作者に期待し得ないときは、著作者は、その利用権を撤回することができる。この第2文は、利用権者の事業において資本の参加関係が実質的に変更されるときにも、適用される。

(4) 著作者が、利用権の譲渡について、個別の場合について明示的に承諾していなかったときは、利用権の取得者は、著作者との契約から生ずる義務で譲渡人に関するものの履行について、連帯して責任を負う。

(5) 著作者は、撤回権及び取得者の責任をあらかじめ放棄することができない。その余の場合には、利用権者と著作者とは、別段の合意をなすことができる。

⁴³ Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14) § 35, Rn.6, § 34, Rn.52.

⁴⁴ 政府草案理由書、BT-Drucks, S.56; IV/270 S.56. BGH GRUR 2012 916-M2 Trade Rn.24

⁴⁵ BGH GRUR 1986 91, 93-Preisabstandsklausel. 利用権を準物権的権利であると解する限り、承継的保

第33条 利用権の持続効

排他的利用権及び単純利用権は、後続して許与される利用権に対して、引き続きその効力を有する。その利用者を許与した権利者に変更があるとき、又はその者がその権利を放棄するときも、同様とする。

この条文は、2002年に一度改正を受けて上記現行法条文となっている。それ以前の条文は以下の通りであった。

33条(1965年-2002年) 著作者が排他的利用権を許与する前に許与した単純利用権は、著作者と単純利用権者との間に別段の合意がないときは、排他的利用権の保有者に対して有効であり続ける⁴⁶。

このように、単純利用権のみを規定し、排他的利用権を要件として定めていなかったが、排他的利用権にも、33条の類推適用が行われていた⁴⁷。

1965年法の立法理由書は、以下のように規定していた。

「33条 - 単純利用権の持続効⁴⁸

この規定は、単純利用権が債権的効力しか有さないという原則の例外をもたらすものである。原則によれば、排他的利用権の取得者は、以前に著作者によって許与された単純利用権者に対して、著作物の継続的利用を禁止できる可能性を有することになる。しかし、これでは、例えば、著作物利用の準備のためにすでに投資された費用を回収するために、単純利用権者が著作物の継続的利用を必要とする [信頼する angewendet] 場合などには、不当な結果をもたらすことになりうる。ゆえに単純利用権は排他的利用権の取得者に対してその効力を維持すべきである。しかし、この規定は、草案が明示しているように、強行規定ではない。著作者は、その権利が排他的利用権許与の際に、法律に定められた原則から逸脱して消滅する旨を、単純利用権者と合意することができる。」

ここで挙げられている単純利用権の債権的効力の原則は、当時普及していた見解である

護は、処分行為の消費により正当化される。単純利用権の承継的保護も、処分権能の「弱められた消費」により正当化されるという見解が有力である (Vgl. Kraßer: Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int 1973, 230.)

⁴⁶ BGBI. S.1273

⁴⁷ Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14), § 33 Rn.7,また、排他的利用権の承継的保護は、優先性の原則 (Prioritätprinzip : 物権的権利の処分権原者は、一旦処分行為を行うとその部分では同じ処分行為を行う権原を有さない。後述第4節 分離原則と無因主義) と知的財産権取引における善意取得の否定の前提からは33条の適用によらずとも当然に生じるという見解が支配的であった。

⁴⁸ BT-Drucks. IV/270 S.56 S.59.

とされる⁴⁹。また、本条の趣旨として、すでに、「投資の回収の可能化を目的とした信頼の保護」が示されている。

2002年著作権契約法による改正時の政府草案理由書⁵⁰の33条説明部分は、「現行法[筆者注：2002年改正前]の規定範囲はあまりに狭い。改正法では、従来すでに類推適用されてきた事項を含めるべきである。これに対して、後段階の利用権が、先段階利用権が消滅したときに存続するかどうかという論争のある問題は、先取りすべきではなく、その解決は司法判断にゆだねられるべきである」というものであった。

変更点として、第一に、排他的利用権も存続する旨が追加されたが、すでに改正前の法状況においては排他的利用権にも類推適用されていたため、実質的な変更ではないとされる。実質的に承継的保護規定が創設的な効果を有するのは、単純利用権が先に許与され、その後排他的利用権が許与される場合にすぎず、①単純利用権の後に単純利用権が設定されても単純利用権には禁止権がないので無意味であり、②排他的利用権の承継的保護は、優先性の原則(Prioritätsprinzip。後述4分離原則と無因主義)と無体財産権における善意取得の排斥の原則により生じる効果とされるので、これらの場合には、余剰となる規定であるとも指摘されている⁵¹。

第二に、旧法に規定されていた「別段の合意」の可能性は、2002年改正で文言から削除されたが、新法でも承継的保護が事前に完全に排斥されるとの権原付与の合意は可能である。その場合には、最低限の物権的要素である承継的保護を含まないため、純粹債権的使用権原の許与であるとみられる⁵²。

変更に至らなかった点として、2002年政府草案理由書後段に掲記されている問題がある。すなわち、後段階の利用権が、先段階利用権が消滅したときに存続するかどうかについては、利用権消滅に関しては、同改正のさらなる原案であった2000年の教授草案⁵³は、次のよう

⁴⁹ Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14). § 33.Rdnr.2.なお、第3部でより詳細に述べるが、当時、ウルマーらはコーラーにならって単純利用許諾の準物権説を採用しており(Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 1951, S.221)、その概説書では自説とは異なる債権的効力説の論者としてリーツラー、マルヴィッツ＝メーリング(コンメンタール)、デ＝ボーアが挙げられている。立法前の債権的効力説は、民法566条(「売買は賃貸借を破らない」)を用いて新権利者に対する単純利用権の対抗力を正当化した。一方、準物権説は利用権自体に第三者対効力を認めたのである。どちらの法律構成を取るにしても、単純利用権の承継的保護を否定した1982年連邦通常裁判所 Verankerungsteil 判決以前、承継的保護の必要性は学説において共通していたようである。

⁵⁰ BT-Drucks. 14/6433, S.3.

⁵¹ Möhring/Nicolini/Soppe, Urheberrecht, Komm. 4.Aufl. 2018, § 33, Rn.2., Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35). § 33.Rn.7.

⁵² Schricker/Loewenheim/Ohly a.a.O.(Fn.14). § 33, Rdnr.4, Loewenheim/Loewenheim/J.B.Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, 2.Aufl.2010, § 26, Rdnr. 32; Dreier/Schulze/Schulze, a.a.O.(Fn.35) § 33 Rdnr.6, Möhring/Nicolini/Soppe (Fn.51), § 33. "Überblick".

⁵³ Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (Stand: 22. Mai 2000), GRUR 2000, 765 [766, 775].

な 33 条 1 項第 3 文を規定していた（1 文 2 文は同じ）。

「その他の場合には、利用権許与の基礎となった権利が消滅したときは、利用権は消滅する」

しかし、これは政府草案段階では、上記の理由書の通り、「その解決が司法判断にゆだねられるべきである」として削除されたのである。

なお、承継的保護が認められるとしても、債権的關係としてのライセンス契約は、新権利者とライセンシー間に自動的に移行するのではなく、依然として、旧権利者とライセンシーの間に存続する⁵⁴⁵⁵。

第 4 節 分離原則と無因主義⁵⁶

承継的保護とも関係が深いドイツ法の一般民事法の原則として、①分離原則 [Trennungsprinzip] と②無因主義 [Abstraktionsprinzip] がある⁵⁷。

①分離原則

分離原則とは、処分行為とその原因となる債権行為を厳格に区別するという考え方である。ドイツ私法の体系は、①債権行為 [義務付け行為] と②処分行為という 2 つの法律行為を厳格に分離し、これは著作権に関する法律行為にも適用される⁵⁸。①債権行為 Verpflichtungsgeschäft は、当事者間の権利義務を成立させる行為であり、②処分行為 Verfügungsgeschäft は、物権行為と準物権行為を包摂する概念であり、直接に権利成立・権利変動をもたらす行為⁵⁹であり、もって第三者に対する効力をも生じる⁶⁰。

例えば、売買契約では、売主が代金の支払いと引き換えに買主に所有権の移転を約する行為が①債権行為、売主が買主に目的物を引き渡すことによる所有権の移転行為が②処分行為（物権行為）となる。

事実上、この 2 つの法律行為は、同時に締結され形式的に相互に区別されずに行われるこ

⁵⁴ オープン・コンテンツについても、利用許諾契約において公衆に対する単純利用権（パブリック・ライセンス）が設定された後に、商業用排他的コンテンツに転化する契約が成立した場合に、最初の単純利用権について承継的保護が成立すると解される。Dreier/Schulze/Schulze, a.a.O.(Fn.35) § 33, Rn.12; Mantz, MMR 2006 784, 788)

⁵⁵ Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14) § 33, Rn.10, 25, Möhring/Nicolini/Soppe, § 33, Rn.6-8

⁵⁶ この詳細な概説としては、すでに横山・前掲注 18) がある。

⁵⁷ Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14), § 31, Rn.13-18

⁵⁸ 将来の著作物に関する規定である 40 条 1 項 1 文・3 項が根拠の一つとされる (Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14), § 31)。

⁵⁹ Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14), § 31, Rdnr.13f.

⁶⁰ Wolf/Neuner/ Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, Rdnr. 28, 31.

とが極めて多く、一つの統一的契約文書内に規定されることも多いが、要件と効果に関して、個別に検討されることを要するものである。例えば、ある者が他人の権利を自己の名で契約した場合には、通常、①債権行為は有効であるが、対して、②処分行為の有効性は処分権者の承諾同意があったかどうかによる（民法 185 条）⁶¹。

処分行為には、優先性の原則 *Prioritätsprinzip* が妥当する⁶²。これは、先の処分行為は、後の処分行為に優先し、後の処分行為からの影響を受けないというものである。すなわち、処分権者が同じ権利範囲について重複した処分行為を行ったときは、先に行われた処分行為のみが有効であり、後の処分行為は無効である⁶³。ライセンサーが有する以上のものを後の取得者に対して約定したときは、後の取得者は、権利の瑕疵に基づく請求権のみを行使できることになる⁶⁴。

なお、知的財産権では一般に、物権における占有や公的な登録制度における登記のように、善意者保護に関係する公示力も公信力もないことから、通説・判例⁶⁵は無体財産権の無権限者からの善意取得を否定している⁶⁶。利用権が二重に許与されたときは、時間的に最初の取得行為が有効である。最初の取得行為によって、処分行為者はその処分権原を放棄する結果、のちの処分は有効性を欠くと解される。処分権原のない者がした契約の相手方は 435 条（権利の瑕疵）及び 437 条の基準により、債権行為の次元で、損害賠償請求権と契約解除が可能となる。

②無因主義

ドイツ民法では、分離原則に加えて無因主義が適用される。無因主義とは、処分行為は原則としてその基礎となった債権行為の有効性とは無関係であるというものである。債権契約が無効であることは、処分行為の有効性には影響を与えない。

⁶¹ Schricker/Loewenheim/*Ohly* a.a.O.(Fn.14), § 31, Rn.14.

⁶² Ulmer-Eilfort, Zur Interessenabwaegung zwischen Hauptlizenznehmer und Unterlizenznehmer bei Wegfall der Hauptlizenz, FS Schulze, 2017, S.343 に用いられている比喩的表現として、無体財産権は、観念上、1 ピースがすでに第 1 のライセンサーに与えられたホールケーキになぞらえてイメージすることができるとしている。権利者は、ケーキの残る部分を、譲渡またはライセンシングによって処分できている。

⁶³ Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, a.a.O.(Fn.35), § 33, Rn.8, Dreier/Schulze/*Schulze*,(Fn.35), Rn.8.

⁶⁴33 条の承継的保護規定を特に処分行為の優先性原則から説明する立場によれば、33 条は「利用権」一般を要件としているが、先に単純利用権、後に排他的利用権が設定されたときに本来的効力を有するものであると説明する (Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, a.a.O.(Fn.35), § 33, Rn.8,

Dreier/Schulze/*Schulze*,(Fn.35), Rn.8, Wandtke/Grunert, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4.Aufl. 2014, Rn.4, 10)。判例は 33 条の類推適用を取っている (BGH GRUR 1986 91, Preisabstandsklausel)。

⁶⁵ BGHZ 5 116(119)-Parkstraße 13, GRUR 2009 ,946-Reifen Progressiv Rn.19. BGH GRUR 2011, 418 Rdnr.15- Usedsoft I.

⁶⁶ Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.35) § 31, Rn.25.

しかし、著作権法においては、無因主義の適用は限定的であると考えられている⁶⁷。

(1) 出版契約については、任意規定であるが、著作権法⁶⁸ 9 条 1 項が、出版者の利用権である「出版権」は、「契約関係の終了をもって」消滅するとしている。同規定は、出版権と債権的出版契約の有因主義的牽連関係を認め、無因主義原則を排斥したものと一般に解されている。すなわち、債権的出版契約が不成立又は無効であった場合には、出版権も成立しないし、債権的出版契約が終了したときは、出版権も自動的に消滅する。

(2) 出版契約以外の著作権契約において無因主義が妥当するのかわからないのかには、争いがあり、判例も分かれていた⁶⁹が、無因主義の妥当の限定が支配的見解であり、近時の判例は、知的財産法一般への妥当性も含めてこれを支持した(後述第 2 章)。つまり、著作者—経済的利用者間の第一次的契約も、経済的利用者どうしの第 2 次的契約にも、有因主義的牽連性が妥当する⁷⁰。ただし、すでに分割された利用権の移転については、債権契約によって初めて利用権の内容が形成されるわけではないから、無因主義が妥当すると解されている⁷¹。

a) 無因主義適用説 (Berger, v. Gamm, Schack, Grutzmacher, Hoeren) は、ドイツ私法の一般原則を指摘し、著作権においても取引安全を目的にこれを肯定する。特に、2012 年判例以前の肯定説は、連鎖的権利関係において契約関係に入ろうとする者が、有因主義が妥当するならばすべての範囲の全契約について検討せざるを得なくなるとしていた。また、無因主義は利用権を強化し、最終的には著作者の利益にもなると主張する。

b) 無因主義否定(制限)説が、学説において多数説 (Dreyer, Forkel, Götting, Krasser, J.B. Nordemann, Reh binder/Peukert, Grunert, Ulmer, Schulze) であり、2012 年の BGH 判例 (M2 Trade 判決。後述) もこれに与した⁷²。

⁶⁷ BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301=GRUR 2012, 916.-M2Trade.

⁶⁸ 1901 年出版権法は、文学著作物と音楽著作物を対象とする出版契約に関する法律である。著作物作成者と出版社の契約上の義務及び出版契約の終了に関する規律を含み、すべて任意規定である。従来判例では、固有の規定の存在しない他の利用契約類型に類推適用される可能性もある。「総じて、1965 年著作権法と、1901 年出版権法は、複雑な相互作用の中にある」と位置付けられる (Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.35), Vor § § 31, Rdnr.18, 57)。

⁶⁹ 権利管理契約に関して契約の終了とともに許与された権利が当然に自動的に著作者に復帰する (GRUR 1966 567-GELU, GRUR 1982, 308—Kunsthändler) との判例もあった一方で、古い判例では、再映画化権の転譲渡が問題となった事例で、義務付け契約の終了後の使用権の自動的復帰を否定している (BGHZ 27, 90= GRUR 1958 504—映画『私設秘書』[Privatsekretärin; Sunshine Susie] 事件)。参照：GRUR 2012 916 -M2Trade Rdnr.19

⁷⁰ Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14) § 31 Rn.19; GRUR 2012 916-M2Trade, Rn.20., Dreier/Schulze/Schulze,(Fn.35) § 31, Rn.18.

⁷¹ Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14), § 31 Rn.19; Loewenheim/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.52), Vor § § 31ff.Rdnr.231.

⁷² その根拠としては、①出版権法 9 条 1 項の類推適用、②著作権法 40 条 3 項が有因主義的牽連性を支持すること、③著作権法においては、処分行為が契約によって初めて輪郭を獲得するのであり、また、物権

第5節 「ライセンス」と「ライセンス契約」の法的性質

(1) ライセンス（利用権）の法的性質

ライセンス（利用権）の法的性質については、大きく分けて①準物権説と②債権説があるが、①排他的利用権と②単純利用権でそれぞれ扱いが異なる。準物権性のメルクマールとして、第三者効である (a)「第三者に対する禁止権」と(b)「承継的保護」が挙げられるが、①排他的利用権については (a) (b)両者を充足するため、その準物権的性質については、ほぼ異論がない。

これに対して、②単純利用権については、—1880年ごろ⁷³から100年以上もの一争いがある。

①準物権説が、著作権では多数説であり判例⁷⁴である。利用権は、直接的効力を有する利用権原であるとする。

文言上、著作権に関する法律行為が利用権「利用権許与」が「債権的合意」と別に定められている(29条)ことと、(b)「承継的保護の存在」を主な理由とする。単純利用権も直接的効力を有する使用権原であって、著作者に単に債権的に97条以下に基づく請求権行使の不作为を義務付けるだけの権利ではないとする⁷⁵。

また、契約合意に基づいて排他的権利が単純権に変化することができるが、このような場合、確かに禁止権は消滅するが、著作物利用の積極権はその性質において変更を受けないと解するのでなければ、法生活からは乖離した結論になると示唆する見解もある⁷⁶。

法定主義（類型強制）によって、予め定められた権利像が画定されているわけではないから、一般に処分行為は債権契約と緊密な関係にあること、④無因主義適用説が主張する権利取引の安全という論拠は、善意者保護が存在しない以上、根拠に乏しい、⑤著作権は、パンデクテン法に基づく無因主義の歴史的正統化は採用できず、EUにおける著作権契約の将来的調和のための「輸出モデル」としても、無因主義は特殊ドイツ的であるため適切ではない。⑥債権契約と処分行為の有因主義的拘束は、31条5項に表現されている著作者が可能な限り権利を維持しようとするものであるという基本思想に対立する、などである (Schricker/Ohly, Urheberrecht: Komm. 5. Aufl. § 31. Rn.17)。

⁷³ Kohler, Deutsches Patentrecht systematisch bearbeitet unter vergleichender Beruecksichtigung des franzoesischen Patentrechts, 1878, S.157(以下 Kohler, Patentrecht, 1878 として引用); ders, Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900. S.508「ライセンス権は準物権的利用権、したがって積極的権利である」

⁷⁴ BGH, Urteil vom 26. 3. 2009 - I ZR 153/06 (OLG Köln) Reifen Progressiv., BGH 2010 628 - Vorschaubilder; Berger, Schulze, Kotthoff, Forkel, Nordemann, Loewenheim, Schack, Ulmer.

⁷⁵ 利用権許与は物権的「負担 Belastung」を生じるものであるとするが、ここでは2つの捉え方があるとされる (Forkel, Gebundene Rechtsübertragungen, 1970, S.24)。第1に、一般民事法の支配的見解であり取得者にはもとの権利の分裂した一部分が帰属するというもの (Gierke, Kraßer, Larenz, Wolff/Raiser, v.Tuhr など)。第2に、少数説として、許与された「娘権」は独立の異なる新たにもたらされた権利であると解そうとするものがある (Goldschmidt, Huber, v. Lübtow など)。

⁷⁶ Ulmer, Urheber- und Vertragsrecht, 3. Aufl. 1980, S.369.「単純権原もまた、その性質に基づき著作物に

②債権説は、著作権法では少数説であり、特許法では多数説である。著作権法 33 条や特許法 15 条 2 項における承継的保護の規定は、債権的効力に例外を定めた規定であると解するものである。特許法において債権説が採られる理由には、1982 年に単純利用権を債権としたうえで承継的保護を否定した Verankerungsteil 判決があるとされる。この説は、物権的権利の決定的指標である (a) 固有の禁止権の不存在を主な理由とする。

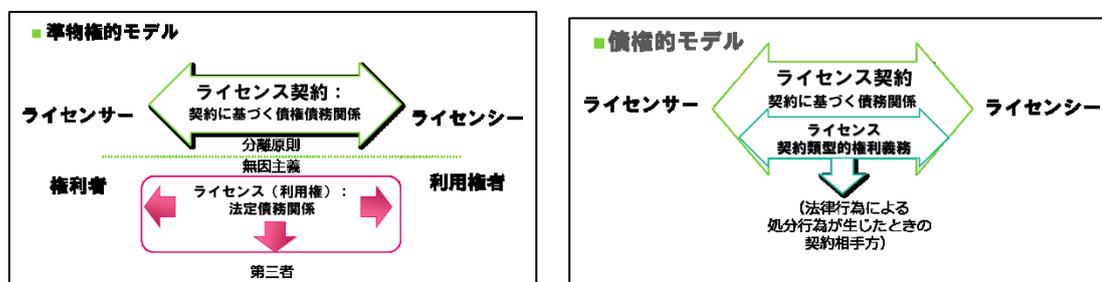
また特に、1965 年法の政府草案理由書が、

「著作権は原則として全体としてもその一部においても譲渡できないものとする。著作権者はその権利の経済的利用を、特許権領域における通常ライセンスと似て、著作権から導かれた利用権を許与することによってのみ、他人に許すことができる」⁷⁷

さらに、33 条に関して、「この規定は、単純利用権が債権的効力しか有さないという原則の例外をもたらすものである」⁷⁸という説明がなされていたことも根拠にしている。

③その他、物権化された債権説⁷⁹、あるいは不問とする説もある。

不問とする説では、一般民事法における「債権法的地位の物権化」⁸⁰のような中間形態を債権的とみるか、物権的とみるかは、理論的にも実務的にも論じる実益がないという説がある⁸¹。利用権の分割可能性には限界があり、これは単純利用権にも妥当すると解されるが、それは物権的権利としての概念的な法的性質の決定から得られる帰結ではなく、承継的保護 (33 条) に鑑みて、分割可能性の限界を基礎づける取引保護の利益が、単純使用権に関しても存在することから得られる帰結であるとする⁸²。



対する権利である。』

⁷⁷ BT-Drucks, IV/270 S.55.

⁷⁸ BT-Drucks, IV/270 S.56

⁷⁹ McGuire, Lizenz (Fn.23) , passim.

⁸⁰ Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, 43 ff.,; Canaris, Verdinglichung obligatorischer Recht, FS Flume 1978, S.371ff.これに関して McGuire, Lizenz(Fn.23), S.554ff. Ohly, a.a.O.(Fn.16), S.165

⁸¹ Kraßer, Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, GRUR Int.1973, 230.

⁸² ①通常であり、②技術的及び経済的に独立し、よって③取引の通念に基づいて明確に画定される利用方法に関してのみ許容される。この分割可能性の下限は、事例ごとに、一方に、最適に区別され強化された経済的利用に対する著作権者の利益と、もう一方に、公共の取引保護の利益の考慮のもとに決定されねばならないとされる。Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), § 31, Rdnr.29.

(McGuire, Die Lizenz S.557 の図に基づいて構成した)

(2) 著作権ライセンス契約

ライセンス契約は、少なくとも判例及び通説に則って準物権説を採用するのであれば、債権的行為の次元に属し、処分行為の対象としてのライセンスと明確に区別される。ライセンス契約の法的性質についても、①Sui Generis 契約（固有の種類契約）説（通説、近時の判例（BGH GRUR 1989 68- Präsentbücher）⁸³、②混合契約説、③用益賃貸借説（有力説）、④その他組合契約説、売買契約説などが見られる。検討は別稿を期したい。

第6節 著作権契約法の解釈準則・内容規制・強行法規性

ドイツ著作権契約法的一大特徴として、著作者を典型的に構造的に立場にある契約当事者であると捉えており、著作者保護のための強行規定・解釈準則が多く存在し⁸⁴、2002年著作権契約法及びその後の改正で強化されている⁸⁵。

事前合意により排除ができない強行規定に基づく権利が著作者に留保されることや、報酬請求権の行使の可能性にさらされることは、ライセンシー側から見れば、ライセンス及びライセンシーの地位の不安定化をもたらす対立利益となる可能性がある。

ここでは、そのうち重要なものを簡単に概観する。

①譲渡目的準則（31条5項）⁸⁶は、著作権契約の解釈準則であり、近時最高裁が繰り返し用いている表現としては、「31条5項の譲渡目的論により、著作者は疑いのある場合には、使用権を契約目的達成に不可欠な範囲においてのみ許与したものとする。この解釈準則には、著作者を著作物の収益に適切な方法で関与させるため、著作権は可能な限り著作者に残る傾向を有するということが表現されている。対して、契約目的を超える使用権の許与は、対応する当事者意思が一付随状況と当事者の一貫した行為に基づくのであれ一多義的に表

⁸³ 以下のような批判もある：「ライセンス契約は一連の契約類型と比較され、類似性と逸脱が部分ごとに確定される。その際に、全体なスペクトル（多彩さ）がカバーされることは、ほとんどない。そうして、創り出されているものは、どのような準則に基づいて補完されるべきかが明らかでないような点描画、モザイク画である。…当事者の義務のカタログは、判例によって、事例ごとに発展させられ、個々の保護権に有利になるように、[一般民事法の準則から]逸脱した判示がなされるため、これは法的安定性の欠如につながっている（McGuire Lizenz(Fn.23), S.6）。

⁸⁴前掲注19）。

⁸⁵ 1965年現行法成立直後には、1901年規律の出版権法部分も含む包括的著作権契約法の成立が予定されていた。それは2002年法により部分的にのみ実現したが包括的には実現していないとされる。

Schricker/Loewenheim/*Ohly, a.a.O.*(Fn.14), Vor § § 31ff. Rdnr.5ff.

⁸⁶ 渡邊修「著作権契約の解釈準則-譲渡目的論の意義と射程を手がかりに-」著作権研究32号（2005年）55頁参照。

現されていないときにのみ、認められる」⁸⁷とするものである⁸⁸。

②事前放棄不能の相当報酬請求権⁸⁹:2002年著作権契約法以降に導入された規定として、相当報酬請求(32)、追加報酬請求権(「ベストセラー条項」、32a)、のちに知られた利用方法に対する追加報酬(32c)が認められ、それを実行ならしめるための報告・計算請求権(32d,e)⁹⁰、また、団体間協約を推奨するため、共通報酬準則(36)と違反の効果(36b,c)、調停所(36a)などが定められている。

③未知の利用方法(31a):未知の利用方法に関しては、契約の書面性を要件とし、著作者の取消権を定めている。2002年までは「無効」とされていたが、この要件があまりに過酷であるという批判から、取消しと改正されるに至っている。

④著作者の撤回権は、事前放棄不能の権利として、(1)事業譲渡とともに行われる使用権譲渡に基づく撤回権(34③)、(2)不行使に基づく撤回権(41)、(3)確信の変更に基づく撤回権(42)が認められる。

中でも、本稿においては、不行使に基づく撤回権が、サブライセンス存続を認めた最初の判例において、著作者側が行使した権利として重要な意義を有する。

⑤学術出版特権(学術出版のための第二利用権)(38④):50%超の公的財政支援を受けた研究活動で成立した学術雑誌論文の著作者が、独占的利用権者による最初の公表から12か月後に有する公衆提供の権利である。強行規定であり、2013年に導入された。

⑥将来の著作物に関する契約(40条):詳細が決定されていない、または、ジャンルしか確定していない将来の著作物に関して、利用権許与の義務を著作者が負うことを内容とする契約から著作者を保護する規律である。書面要件に服し(1項1文)、契約締結から5年後に、6か月の解約告知期間が適用される(契約により短縮することが可能であるが放棄はできない(2項))。契約の終了により、終了時点でまだ引渡しがない将来の著作物に関する処分行為(利用権許与)は無効となる(3項)。

⑦著作者の第二利用権(40a):一括払契約で排他的使用権を設定した著作者の10年経過後の強行規定的第二利用権(2017年施行⁹¹)である。

従来は債権行為の次元、すなわち相当報酬請求権を中心に規定の整備が進められてきたが、米国における終了権に対応するように、「契約期間と保護期間の切り離し」を狙いとし

⁸⁷ BGH GRUR 2004 938, Comic Übersetzungen III, BGH GRUR 2011, 714 -Der Frosch mit der Maske, BGH GRUR 2013 1213-SUMO.

⁸⁸ 近時、定型約款における譲渡目的準則の「基本思想」性(民法307条)をめぐってリーディングケースとされる最高裁判決が登場している。BGH BGH, Urt. v. 31. 5. 2012 - I ZR 73/10 (KG), BGHZ 193, 268, GRUR 2012 1031-フリージャーナリスト報酬規程事件。

⁸⁹ 前掲注19)。

⁹⁰ 2016年改正法により追加。**著作者及び実演家の相当報酬請求権行使の改善及び出版者の利益関与問題の規律に関する法律**は、2016年12月20日公布、2016年12月24日に施行された出版法改正部分を除き、2017年3月1日に施行。

⁹¹ Ebd.

て、「処分行為の次元」すなわち利用権の次元において強行規定を設けるという立法動向が生じ、その結果として導入されたものである。

詳細は「近時の動向」にて後述する。

第7節 特許ライセンスにおける承継的保護

特許法における承継的保護に関しても若干触れておく。

特許法のライセンス根拠規定は15条であり、それ以外にライセンスの法的性質やサブライセンスの存続等を定めた規定は存在しない。

特許法15条(1986年改正)

- (1) 特許を受ける権利、特許付与請求権及び特許から生じる権利は、相続人に移転される。これらの権利は、制限付き又は無制限に他人に移転することができる。
- (2) 1項に基づく権利は、その全体または一部 [ganz oder teilweise] を、この法律の適用領域又はその一部に対して、排他的または非排他的ライセンスの対象とすることができる。ライセンシーがそのライセンス条件[制限 Beschränkung]に違反したときは、特許に基づく権利はライセンシーに対して行使することができる。
- (3) 権利譲渡またはライセンス付与は、以前に第三者に対して付与されたライセンスに影響を与えない[berührt nicht]。

第3項は、特許権の譲渡や排他的ライセンスの付与がなされても、それ以前に付与されたライセンスの存続を認める承継的保護を定めている。同項は、単純ライセンスの承継的保護を否定して衝撃を与えた1982年5月23日連邦通常裁判所のVerankerungsteil事件判決への立法による反応として1986年に導入されたものである。それまでは、承継的保護に関する規定は存在しなかったが、学説上は単純ライセンスについては承継的保護を認める構成が支配的であった。その法律構成は、民法の賃貸借規定の類推適用または単純ライセンスも準物権であるとするものであった。そこで突然BGHの独占禁止法管轄部による前期の判決が登場して衝撃を与え、学説の猛烈な批判により、速やかな立法的手当てがなされたのである(後述)。

第2章 主ライセンス消滅時のサブライセンス存続に関する連邦通常裁判所判例

第1節 連邦通常裁判所ライフェン・プログレスィーフ[Reifen Progressiv]事件判決⁹²(2009年3月26日)

本節では、主ライセンス消滅後にサブライセンスの存続を認めたことにより、その後到大

⁹² BGH, Urteil vom 26. 3. 2009 - I ZR 153/06 (OLG Köln) Reifen Progressiv, BGHZ 180, 344, GRUR 2009, 946

きな影響を与えたとされる連邦通常裁判所の Reifen Progressiv 判決の概要を述べる⁹³。

1 事案の概要

原告 X はプログラマーであり、その主張によればタイヤ業者向けのコンピュータプログラム「Reifen Progressiv」の単独著作者である。

①A 社は、このプログラムの変更・継続的發展の権利を含む排他的利用権を有していた（ライセンス料は一括払であった）。

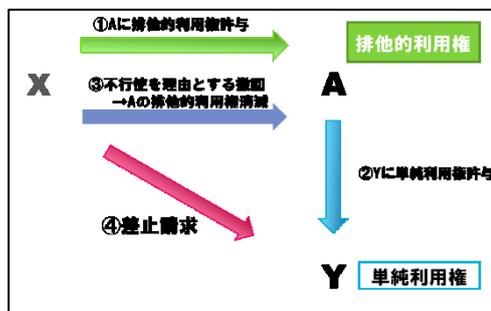
②A 社は、1997 年 9 月 24 日の契約により、タイヤ業者である被告 Y に、対価を一括払として、「Reifen Progressiv」の単純利用権を許与した。さらに、A 社は 1997 年 10 月 31 日に被告とプログラムメンテナンス契約を締結した。同プログラムメンテナンス契約において、A 社は、被告に 1 年ごとの利用料支払を反対給付として、毎年最新のバージョンを利用可能とする義務を負った。

③A 社は 2001 年 9 月に事業から撤退し、倒産申請がなされた。原告 X は A 社に対し、2003 年 7 月 22 日の書面により、著作権法 41 条（不行使に基づく撤回権）⁹⁴に基づいて、許与された排他的利用権の撤回の意思表示を行った。

原告 X は、A 社の排他的利用権の撤回が有効になされたことによって、被告 Y の単純利用権も消滅した結果、被告 Y による「Reifen Progressiv」の利用は撤回以降無権原でなされていると主張し、Y に対し使用差止請求、損害賠償請求等を行った。

第一審ケルン地裁⁹⁵及び控訴審ケルン上級地裁⁹⁶は原告請求を棄却した。控訴審の判決理由の概ね次の通りであった—

著作権法 41 条 5 項によれば、排他的利用権は撤回により消滅するが、排他的利用権者が第三者に許与した利用権の帰趨については規定がない。確かに、ライセンサーの権利喪



⁹³ わが国文献では、この判決は、横山・前掲注 18)、萩原・前掲注 20) にすでに検討がなされている。

⁹⁴ 第 41 条 不行使を理由とする撤回権

(1) 排他的利用権者が、その権利を行使せず、又は不十分に行使するにすぎない場合において、それにより著作者の正当な利益が著しく害されるときは、著作者は、その利用権を撤回することができる。利用権の不行使又は不十分な行使が、著作者にその除去を期待すべき事情に主として基づくときは、このかぎりでない。

(…)

(4) この撤回権は、あらかじめ放棄することができない。この権利の行使は、あらかじめ 5 年を超えて排除することができない。

(5) 撤回が効力を生ずることをもって、使用権は、消滅する。

⁹⁵ LG Köln, Urt. v. 16. 11. 2005 –28 O 349/05, BeckRS 2007, 15111

⁹⁶ OLG Köln, GRUR-RR 2007, 33 – Computerprogramm.

失の際には、ライセンシーの権利も消滅するのが原則ではあるが、使用権の不行使を理由とする撤回のときは、この結果は関係者の利益には適合しない。著作者の利益は、撤回により排他的使用権を行使できることによって満たされているから、被告の単純利用権は消滅しないとして、侵害の成立が否定される。

連邦通常裁判所はX上告を棄却した。

2 判決要旨

「排他的利用権に由来する単純利用権は、排他的利用権が不行使（41条）を理由とする有効な撤回に基づいて消滅したときも、消滅しない」

3 判決理由

結論は、原告Xが、A社の排他的利用権を著作権法41条に基づいて有効に撤回し消滅させても、被告Yの単純使用権は存続するため、著作権侵害は成立せず、原告の上告は棄却されるというものであった（Rn.9）。

本件判決理由は、それまでのサブライセンスに関する議論を総括し、以後の著作権ライセンス論に重大な影響を及ぼしたと考えられるため、ここで詳細に紹介しておきたい。

上告審は、2002年改正後の著作権法33条2文は、サブライセンスを許与した主ライセンスがその権利を放棄したときも、サブライセンスである排他的利用権及び単純利用権は有効のままであると規定しているが、2002年著作権契約法政府草案理由書⁹⁷によれば、主ライセンス消滅時のサブライセンスの消滅の成否については、立法は判例に委ねたとしたと解されるとして、判例前の通説である(1)消滅説と、判例が採用することとなった(2)存続説の検討を行った。

⁹⁷ BT-Dr 14/6433, S. 16. 原文は次のようなものであった。政府草案理由書は、次のようになっていた。33条「現行法の規定はあまりに狭い。すでに従来類推適用されてきた事例を含めることにした。これに対して、後段階の利用権が、先段階利用権が消滅したときに存続するかどうかという論争のある問題は、先取りすべきではなく、その解決は司法判断にゆだねられるべきである。」なお、2000年の著作権契約法教授草案では、さらに33条3文において、「その他の場合には、派生的使用権は消滅する」としていたが、立法はこれを採用しなかった。

(1) サブライセンス消滅説⁹⁸

①まず、著作権法を支配し、31条5項の譲渡目的準則に表れている著作者保護のための目的拘束思想は、著作者を適切な方法でその著作物の利益に関与させるべく、著作権の権原が、可能な限り著作者に残るとするものである。この命題からは、著作者は、債権行為の目的に適合する権利以上のものを付与しないこと、債権行為と付与された権利の消滅の際には、その権利に由来する利用権も著作者に復帰するという帰結が得られるとする。

(Rn.11)

②派生的権利が存続すると、著作者による著作物の経済的利用可能性を大きく制約する。なぜなら、著作者が排他的ライセンス権を消滅させても、サブライセンシーがその著作物を引き続き利用できると、主ライセンシーはライセンス料を取得することができ、著作者に残されるのは、ライセンシーにサブライセンシーとのライセンス契約を終了する請求、この契約に基づく権利の譲渡を求める請求、又は損害賠償請求を行う可能性のみとなるが、著作者は、サブライセンシーと自ら新たなライセンス契約を締結する正当な経済的利益を有することもあり、これが制約されるからである。また、著作者は、第三者に単純利用権付きで排他的使用权を許与することしかできなくなってしまうからである。

(Rn.12)。

③「何人も自らが有する以上の権利を付与されない」という原則と「著作権に善意取得が成立しない」ことに反する。サブライセンスは、主ライセンスから生じる部分権原ではないので、主ライセンスとともに消滅する。また、サブライセンシーは、主ライセンスの存続についての信用[善意]について保護されない(Rn.13) [サブライセンスの存続を認めることは、善意取得を認めることにもなりうる]。

④サブライセンシーが、サブライセンス消滅により、著作者に対して不当に不利な地位に置かれることはない。すなわち、サブライセンシーのライセンサーとのライセンス契約は、ライセンス権が消滅しても存続し続けるので、サブライセンシーは主ライセンシーに契約不履行を主張できるし、ライセンサーから、債務不履行に基づく損害賠償請求を要求できる(Rn.14)。

⁹⁸ 判例が参照指示している学説及び下級審判例は多岐にわたる。一部だけでも、*OLG Hamburg GRUR Int* 1998, 431 [435]; *GRUR* 2002, 335 [336f.] – Kinderfernseh-Sendereihe; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, 3. Aufl., § 33 Rdnr. 10, § 35 Rdnr. 16, § 41 Rdnr. 37; *Kotthoff*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrheberR*, 2. Aufl., § 35 UrhG Rdnr. 8; *J. B. Nordemann*, in: *Fromm/Nordemann, UrheberR*, 10. Aufl., § 31 UrhG Rdnr. 34, § 41 UrhG Rdnr. 40; *Möhring/Nicolini/Spautz, UrhG*, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 6; *Schricker/Schricker, UrheberR*, 3. Aufl., § 33 UrhG Rdnr. 16, § 35 Rdnr. 11; *Schricker, VerlagsR*, 3. Aufl., § 28 VerlG Rdnr. 27; *Schack, Urheber- und UrhebervertragsR*, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 556; *Ulmer, Urheber- und VerlagsR*, 3. Aufl., S. 467f.; さらに特許法に関して、*RGZ* 142, 168 [170f.]; *Benkard/Ullmann, PatG*, 10. Aufl., § 15 Rdnr. 107, m.w. Nachw.

⑤ 著作者と主ライセンサーとの契約規律により、想定外の権利消滅からのサブライセンサーの保護は可能である。例えば、主ライセンスの終了に際して、サブライセンスが存続する合意は可能である（ドイツ書籍商取引組合＝ドイツ作家協会間の書式契約）。また、ライセンサーに、従来の条件で、合意された期間の使用を許可することを、使用を著作者に義務付けることは可能である（ドイツ書籍商取引組合と高等教育機関連盟の契約）（Rn.14）。

(2) サブライセンス存続説⁹⁹

この説は、期間満了前の消滅により、サブライセンサーが利用できなくなることにより受ける影響は通常大きなものであると解している。理由は以下の2つがある。

① 投資回収の困難。サブライセンサーは、サブライセンスが予定より早く消滅し、利用権を予定された期間まで利用できなくなると、利用権の取得と利用の準備のために有していた投資を回収することができなくなる。

② 主ライセンス存続への影響力及び予見可能性の欠如。サブライセンサーは著作者とライセンサーとの間に締結された契約の異例の解消の原因と、過去の使用権の予定よりも早い終了に影響を与えることもできず、また予期することもできない。サブライセンサーが、その責めに帰さず、原因ももたしていない事情によって、利用権を喪失し、重大な経済的不利益を被ることは不当である。

(3) 裁判所の判断

連邦通常裁判所は、「少なくとも 41 条に関しては」、後者の(2)サブライセンス存続説が支持されるとし、以下のように(1)消滅説に反論している。

① 「利用権許与の目的拘束性の原則」は、著作者と主ライセンサー間の債権行為の消滅による主ライセンスの消滅の根拠ではあるが、サブライセンスの消滅の根拠にはならない。サブライセンスの成立原因は、著作者-主ライセンサー間の H 契約ではなく、主ライセンサーとサブライセンサーとの S 契約であり、原則として、H 契約の消滅が S 契約の消滅をもたらすことはないからである（Rn.18）。

⁹⁹ *Haberstumpf*, in: *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz, UrheberR, MedienR, § 35 UrhG Rdnr. 4; *ders.*, Hdb. d. UrheberR, 2. Aufl., Rdnr. 418; *ders.*, in: *Haberstumpf/Hintermeier*, Einf. in das VerlagsR, 1985, § 22 IV 2d; *ders.*, in: *Festschr. f. Hubmann*, 1985, S. 127 [140ff.]; *Sieger*, FuR 1983, 580 [585ff.]; *Schwarz/Klingner*, GRUR 1998, 103 [110ff.]; *Beck*, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1961, S. 82ff.; *v. Hase*, Der Musikverlagsvertrag, 1961, S. 44ff.; *Karow*, Die Rechtsstellung des Subverlegers im Musikverlagswesen, 1970, S. 82ff.; *Lange*, Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, 1979, S. 92ff.; *Wohlfahrt*, Das TaschenbuchR, 1991, S. 147ff.; vgl. auch *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 35 UrhG Rdnr. 9.

② 「『何人も自らが有する以上の権利を付与されない』と『善意取得の不成立』」からは、サブライセンス消滅という結論は得られない。契約終了と利用権の消滅以後は、主ライセンサーは何ら権原を有さず善意取得も成立しないことは確かであるが、処分行為者の権原消滅前に行われた過去の処分行為の有効性には影響はなく、有効に許与されたサブライセンスは主ライセンスとは無関係に存続する（Rn.19）。サブライセンスを設定した主ライセンサーが自らの利用権を放棄しても、それに由来するサブライセンスが消滅しないとする著作権法 33 条 2 文からは、主ライセンス消滅時にもサブライセンスが消滅しないという、立法者の見解が読み取れる（Rn.19）。

④ 単純利用権の物権的性質。上告人によれば、使用権許与 Überlassung は継続給付的性質を有し、ライセンサーはその使用権の消滅後は、もはやライセンサーに使用権をさらに仲介する権能を有さないと主張を行っているが、単純利用権は、排他的利用権と同様に、債権的性質ではなく、物権的性質を有するので、ライセンサーはライセンサーに利用権をライセンス関係の存続期間中継続的にその存続を仲介する必要はなく、主ライセンスからの分離後は、サブライセンスは、主ライセンスの存続とは無関係である（Rn.20）。

なお、単純利用権が物権的性質を有するとした理由について、裁判所は全く立ち入っておらず、Schicker のコメントール（第 3 版）への参照指示¹⁰⁰“”を置くのみとなっている。

⑤ 41 条の趣旨。41 条の不行使を理由とする撤回権は、著作物を周知にするという作者の精神的利益¹⁰¹とその経済的利用に係る利益に寄与する。撤回の対象は、主ライセンス、サブライセンスを問わず排他的使用権のみであり、単純利用権は、作者の別途の利用を遮断せず、ゆえに、その著作物の周知化と利用を阻害するものではないから、撤回の対象とはいえない。

⑥ 著作者によるサブライセンシングの承諾。著作者は、排他的利用権者によるサブライセンス付与に承諾を与えたので（35 条 1 項 1 文）、排他的利用権が撤回されても、単純利用権の負担を伴っていることを甘受しなければならない（Rn.24）。

(4)まとめ

以上のように、連邦通常裁判所は、41 条所定の不行使に基づく撤回権による主ライセンスの消滅時に、サブライセンスも消滅するかという問題について、学説上少数説であるサブライセンス存続説を採用し、サブライセンスが存続するとの結論を取った。理由は、権原の消滅は処分行為者の過去の過去の処分行為の有効性には影響を与えないこと（②）、単純利用権の物権的性質（③）、41 条が定める撤回の対象は排他的利用権であること（④）、著作者によるサブライセンシング承諾（⑤）である。

¹⁰⁰ “Schricker/Schricker, Vorb. § § 28ff. UrhG Rdnr. 49 m.w. Nachw. auch zur Gegenansicht [反対説も含む参照指示付]”

¹⁰¹ Vgl. Begr. d. RegE, BT-Drucks. IV/270, S. 60.

4 同判決の影響

この判決は公式判例集にも収録された（連邦通常裁判所民事部判例集 BGHZ 180, 344）。

本判決後の下級審判例と学説において中心の見解対立をもたらした論点は、「主ライセンス消滅時のサブライセンス存続」という判旨の射程、すなわち、「主ライセンス消滅時のサブライセンス存続」が著作権法 41 条（不行使に基づく撤回権の行使）下又はそれに類する事例判断に限られるのか、それとも一般的原則であると解すべきかという問題と、単純ライセンスの物権性であった。

(1)下級審判例

後掲 Take Five 事件ミュンヘン第 1 地裁判決（2010 年 3 月 17 日）¹⁰²は、一般化可能性はないとして、主ライセンス契約の合意解除を原因とする主ライセンス消滅時のサブライセンス消滅を認めている。しかし、同事件の控訴審（2011 年 1 月 20 日）¹⁰³は第 1 審判決を取消し、同事例にもこの命題の適用を認めている。

『薔薇の名前』ブルーレイディスク事件ミュンヘン上級地裁判決（2011 年 1 月 20 日）¹⁰⁴は、「由来する権利は、単純利用権も排他的利用権も、利用権の予定よりも早い終了があっても存続する。これは、サブライセンシングの物権的性質、そして、サブライセンス許与の有効性を決定するのは、処分行為の時点で成立した処分行為であるという事情を根拠とする。処分権者の権利の消滅は、過去の処分行為の有効性には影響を与えない。有効に許与された孫の権利 [サブライセンス] は、法的に独立しており、娘の権利 [主ライセンス] の存続とは無関係である」

後掲ブランデンブルク上級地裁 2010 年 3 月 30 日 M2Trade 事件判決¹⁰⁵も、Reifen Progressiv 最判以前の見解の放棄を明示して、サブライセンス存続の原則を採用した。

¹⁰² LG München I, Urt. v. 17. 3. 2010 – 21 O 5192/09, BeckRS 2011, 04617.

¹⁰³ OLG München, Urt. v. 20. 1. 2011 – 29 U 2626/10, BeckRS 2012, 05500.

¹⁰⁴ OLG München, Urteil vom 20. 1. 2011 – 29 U 4446/10 Blu-ray Disc. 映画利用の連鎖的ライセンス関係が問題となった事例である。「薔薇の名前」の排他的利用権者であった原告映画配給会社が、ビデオカセットとディスクシステムによる利用権を 1985 年に T 社に設定 übertragen し、1997 年にはその権利は追加的合意によって DVD 包括的利用の権利に拡大された。1999 年に T 社は映画 DVD の販売会社にサブライセンスしたところ、2002 年には T の権利承継人によって破産手続が開始された。2010 年には、原告が T の権利承継人に対して解約告知を行い、ブルーレイディスクによる薔薇の名前の複製、頒布等の差止めを求めた。

¹⁰⁵ OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2010 - 6 U 76/06, BeckRS 2012, 16699

(2)学説¹⁰⁶

まず、主ライセンス消滅時のサブライセンス存続が、事例判断に限られるのか、一般原則であるとされるのかについて、大きく分かれるが、その背景には各論者の物権説／債権説と関連規定の類推適用の可能性なども影響を与えている¹⁰⁷。

(a)事例判断説 学説では Reifen Progressiv 判決は事例に関する限り利益適合的ではあると解される¹⁰⁸が、個別事例判断に限定すべきという見解が支配的であったとされる¹⁰⁹。

ただ、その中でも見解は様々に分かれており、①確かに BGH 判決では完結的な回答は得られていないが、一定の別の連鎖的ライセンス関係遮断事例への適用が許容されるものであるとする見解 (v.Ungarn Sternberg, GRUR 2010, 273, 281)、②別事例への適用を否定する見解 (Adolphsen/Tabrizi, GRUR 2011, 384, 389; McGuire, GRUR 2012, 657, 659)、③特殊な利益状況に照らし、連鎖的ライセンス関係におけるライセンスの依存性の原則に対する例外の確立が意図されたに過ぎないという見解 (Reinhard, K&R 2009 712,717) が呈された。

¹⁰⁶ 学説の整理は、Schricke/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14), § 31 Rn.20ff.及び

Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, a.a.O.(Fn.35) § 31, Rdnr.34 を中心として参照した。

¹⁰⁷ Adolphsen/Tabrizi, Zur Fortwirkung zurückgerufener Nutzungsrechte, GRUR 2011, 384 によれば、Reifen Progressiv の判決理由は、著作権法 41 条 7 項¹⁰⁷ (「関係人の権利及び請求権で他の法律の規定に基づくものは、これによって妨げられない」)により、民法 581 条 2 項、546 条 2 項が類推適用されることが考慮されていないと指摘する。この説は、利用権許与契約は権利の用益賃貸借であるとの前提を採り、581 条 2 項、546 条 2 項の類推適用が考慮されるとする。賃貸人は、通常、正当な転貸借の際には、546 条 2 項に基づく第三者 (転借人) に対する賃借物引渡請求権を有する。したがって、著作者と主ライセンサーの契約関係の終了の際には、サブライセンサーに対して、著作者の引渡請求権、実際には使用差止めを求める請求権が導かれる。546 条の意義と目的は、賃貸借関係の終了によって賃貸人に契約上の請求権をもって再び直接占有が認められるというものであり、546 条 2 項によって、物は第三者に対する使用許可のうちに、賃借人に、所有権及び他の物権とは無関係に復帰されるべきであるということが保障される。裁判所が、孫の権利の消滅が 41 条 5 項に基づいて成立しないという見解を採ったとしても、著作権法 41 条 7 項に基づいて民法 581 条 2 項、546 条 2 項の類推適用がなされ、これによってその使用が差し止められるというのである。

¹⁰⁸ Dieselhorst, Zur Dringlichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen CR 2010 69,70; 異説として、Pahlow, Von Müttern, Töchtern und Enkeln, Zu Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, GRUR 2010, 112, 119.

¹⁰⁹ v. Ungarn-Sternberg, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), GRUR 2010 273, 281; Adolphsen/Tabrizi, a.a.O(Fn.107). S.389; Czychowski/Nordeman, Die Entwicklung der unter- und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II), GRUR-RR 2012, 233, 234; McGuire, Lizenzen in der Insolvenz: ein neuer Anlauf zu einer überfälligen Reform, GRUR 2012, 657, 659; Dreier/Schulze/Shulze,a.a.O.(Fn.35) § 33 Rn.10.

④さらに主ライセンシー倒産の場合に関して、Reifen Progressiv 最判はライセンスの破産法上の扱いへの帰結をもたらすものではないとする見解も呈された (Wündisch/Bauer., GRUR Int. 2010, 641, 647 Brickmann, NZI 2012, 735, 737f.; Berger, GRUR 2013, 321, 329)。

⑤より消極的な見解としては、利益適合性をも否定するものとして、BGH判決の判旨は著作者もサブライセンシーのいずれの法的地位にも不利益をもたらすと解する説もあった。すなわち、著作者はサブライセンスの負担の付いたままでは、改めてライセンスを提供するに置くにしても、価値が損なわれ、将来的な収益額に影響を与えることが多い。また、サブライセンシーは、契約相手方に追完も請求できないし、合意に基づく防禦義務や保護義務も主張することもできない状態のまま利用を継続することになるからである¹¹⁰。

(b)一般的原則説 一方、本判決が事例判断にとどまらず、将来的にもサブライセンスの存続を確認する論拠をもたらした一般的原則であると解する説も有力であった¹¹¹。

特に Haedicke¹¹²は、本判決の判旨を説得的かつ利益適合的であると評価し、射程を積極的に一般的に解すべきであるとし、さらに、特許ライセンスへの適用も主張した。さらに、一般化した本件判旨を、論争のもう別の中心点を占めてきた著作者倒産事例に適用しサブライセンスの破産対抗力を確立する試みもなされた。

単純利用権の物権的性質については、本判決は、Schricker コメントールへの言及以外には根拠が示されていないが、100年以上も争いのあったこの問題に物権的性質をもって解答を与えたこと自体の肯定的評価がみられる。一方で、Reifen Progressiv 判決の解決は41条の適用対象の解釈問題であり、物権的性質の判旨は傍論であるという評価も見られる¹¹³。

さらに、Reifen Progressiv 連邦通常裁判所判決により明らかにされなかった点としては、特に、どのようにして、契約によりサブライセンスの存続に反対の意思を示しうるのか (Wandtke, Cepl, Heidenhain/Reus, Iskic/Klawitter/Loewenheim/Mayer-van Raay)、どのようにしてサブライセンスの利用がなされるのか (Reinhard/Adolphsen/Tabrizi)、という問題が投げかけられた。

¹¹⁰ Pahlow, GRUR 2010, 112.(Fn.108), [S.117, 119]

¹¹¹ Reber, ZUM 2009, 855, 857; Scholz, GRUR 2009,1107,1112; Dieselhorst, CR 2010, 69, 70f.; Schmidt, WM 2012, 721, 730; Soppe in: BeckOK UrhG, § 31 Rn.59.

¹¹² Haedicke, Dingliche Wirkungen und Insolvenzfestigkeit von Patentlizenzen in der Lizenzkette, Zeitschrift für Geistiges Eigentum, Bd.3, S.377ff.

¹¹³ McGuire/Kunzmann, Sukzessionsschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach "M2Trade" und "Take Five" - ein Lösungsvorschlag, GRUR 2014, S.28ff.

5 まとめ

連邦通常裁判所は、①目的適合性の原則はサブライセンスの存続には直接関係しない、②契約関係の終了と利用権の消滅は、処分権原者の権原消滅前に行われた処分行為の有効性には影響がなく、このことは主ライセンス放棄時にもサブライセンスは残るという 33 条 2 文の立法者意思にも読み取れること、③単純利用権には物権的性質が認められること、④41 条の不行使を理由とする撤回権の趣旨からは、単純利用権が撤回の対象とならないこと、⑤著作者によるサブライセンシングの承諾があったなどの理由から、「少なくとも 41 条に関しては」、単純利用権であるサブライセンスの存続が利益適合的であると解し、存続を認めた。なお、この判決は公式判例集にも収録された。

これらのことから、次節の M2 Trade 事件までは、本判決が「41 条に関する」個別的判断であったと解する見解が、学説においてはまだ根強かったといえる。

第 2 節 連邦通常裁判所 M2Trade 事件判決¹¹⁴ (2012 年 7 月 19 日)

Reifen Progressiv 事件判決が、「少なくとも 41 条に基づく撤回権行使の場合に」サブライセンスの存続を求めたのに対し、その 3 年後の M2Trade 事件判決では、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続を、「原則として [in der Regel] 承認するに至ったことにより、さらに解釈論に決定的な影響を与えるものとなった。

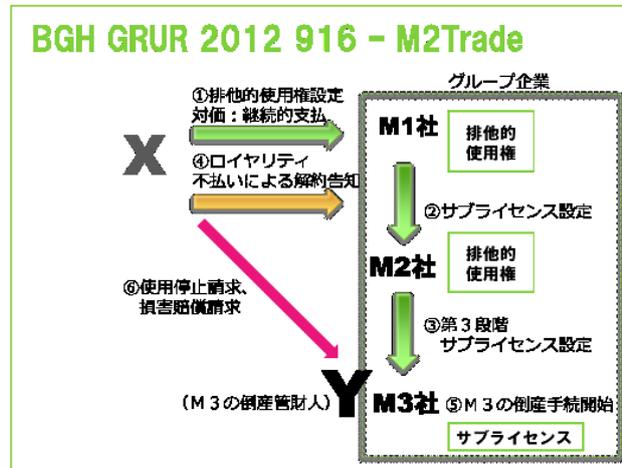
1. 事案の概要

原告 X はソフトウェア開発及び販売を行う企業である。

被告 Y は、M3 (債務者) の財産に関する倒産手続における管財人である。債務者 M3 は、M-AG の子会社の一つである。M-AG は、子会社により建築・衛生用品を販売していた。

X は、主張によれば、M グループの事業用に、「M2Trade」と「4 GL」というプ

ログラムを開発した。①X は、M1 社 (M グループ内企業への再ライセンスとメンテナンスサービスの担当企業) とこれらのソフトウェアに関し口頭による使用契約を締結した。②M1 社は、M グループ各子会社の集中データ処理機関の役割を担っていた M2 社に対して、プログラムをライセンスした。③M2 はソフトウェアを債務者 M3 及び M-AG のその他の子会社にサブライセンスした。



¹¹⁴ BGH, Urt. v. 19. 7. 2012 – I ZR 70/10, NJW 2012, 3301=GRUR 2012, 916.

XはM1に対し、XがM1から2002年2月から支払が滞ったことを理由に、同年6月5日の書面により、契約全体の解約告知の意思表示¹¹⁵を行った。

その後、M1、M2、M3が属するMグループ会社の財産に関しては、2002年7月1日に破産手続が開始された。M3に関する破産手続は2003年9月25日に、開始理由の消滅により停止された。

Xは、M1との契約の解約告知に基づいて、プログラム「M2Trade」及び「4GL」に係るM1の排他的利用権が原告に復帰したことにより、債権者M3にサブライセンスされた利用権もXに復帰するため、Yによるプログラム使用は2002年7月1日以来無権原で行われているとして、著作権侵害を主張し、プログラムの使用差止及び廃棄並びに使用範囲と期間に関する情報開示及び損害賠償等を請求した。

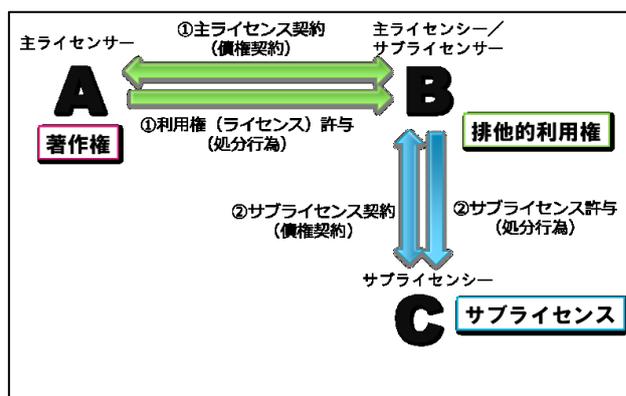
第一審ポツダム地裁¹¹⁶、控訴審ブランデンブルク上級地裁¹¹⁷はX請求を棄却した。控訴審の判決理由は、解約告知は著作権法41条に基づく撤回と同じ効力を有し、主ライセンスのXへの復帰を生じるが、「Reifen Progressiv 連邦通常裁判所判決の展開した原則は本件にも適用される」との見解に基づき、連鎖的ライセンス関係[Lizenzkette]が遮断されても、被告がM2-M3間の契約によって成立したソフトウェアの利用権を失うという結果にはならないというものであった(Rn.13)。

X上告は棄却された。

2. 判決要旨

以下では説明の便宜上、主ライセンサー=A、主ライセンサー(サブライセンサー)=B、サブライセンサー=Cとして記述する。

①ライセンサーがライセンサーに付与した著作権に係る利用権は、通常 [im Regelfall]、



¹¹⁵ ドイツ法では、継続的契約関係の当事者は、民法314条に基づき、重大な理由による期間のない解約告知権を有する(参照: Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O. (Fn.14) Vor § 31, Rn.84ff.)。

「第314条 重大な理由による継続的債務関係の解約告知」

(1) 継続的債務関係は、いずれの当事者も、重大な理由に基づき、解約告知期間を遵守することなく解約告知を行うことができる。個別的事例の全ての事情を斟酌し、双方の利益を衡量した上で、約定された終期まで又は解約告知期間の満了まで契約を継続することが、解約告知を行う当事者に対して期待することができないときは、重大な理由が存在するものとする。」

(訳にあたっては山口和人訳「ドイツ民法債務関係法」(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年6月)を参照した)

¹¹⁶ LG Potsdam, Urteil vom 20.07.2006 - 2 O 120/05, BeckRS 2012, 16700

¹¹⁷ OLG Brandenburg, Urteil vom 30.03.2010 - 6 U 76/06, BeckRS 2012, 16699

契約当事者が別段の合意をしなかったときは、ライセンス契約の終了とともに、法律上当然に (ipso iure) 復帰する (BGHZ 27, 90[95f.]-Privatsekretärin からの判例変更)

② BがCに、継続的ライセンス料支払を反対給付として [gegen fortlaufende Zahlung von Lizenzgebühren] 単純使用権を許与し、主ライセンスが不行使による撤回以外の原因 (本件では、支払い遅滞を理由とする主ライセンス契約の解約告知による解約) により消滅したときも、原則として [in der Regel]、主ライセンスの消滅によりサブライセンスの消滅まで生じることはない (GRUR 2009 946 -Reifen Progressiv を維持)。

③ 主ライセンスの消滅の際には、AはBに対して、民法 812 条 1 項 1 号の第 2 要件により、[Bが] Cに対して有するライセンス料支払請求権の譲渡請求権を有する。

3. 判決理由

(1) 判決要旨① (契約終了時の利用権の当然復帰の成否) に関して：

「学説では、ライセンス契約が消滅すると、許与された利用権も特別の復帰的譲渡行為を要さず著作者に復帰するとの見解が支配的である¹¹⁸。

判例は統一されてこなかった¹¹⁹が、本判決において学説の支配的見解を支持する (Rn.18)。すなわち、著作者によりライセンシーに許与された利用権は、通常、当事者に別段の合意のないときは、ライセンス契約の終了とともに著作者に当然に (特別な復帰的移転行為を必要とすることなく) 復帰する。

その理由は、第 1 に、著作権契約法を支配している目的譲渡思想、第 2 に、著作権、一般的に無体財産権に関しては、処分行為の対象となる権利の内容が、形成可能性の多様性と事前に定められた法定類型の欠如に照らし、初めて債権的契約によって詳細に決定形成されるという特殊性があるため、債権行為と処分行為により強い有因関係を認めるに適する¹²⁰。

(Rn.19) さらに、これは、産業財産権における支配的見解とも一致する (Rn.20)」¹²¹。

¹¹⁸ Ulmer, Schricker, Haberstumpf, Buscher, J.B.Nordermann, Schulze, Wandtke, Kotthoff, Spautz, Götting, Loewenheim が挙げられている。

「その理由は、学説では、著作権に関しては、無因主義が一般的には妥当せず、処分行為はむしろ債権行為に依存しているからであるとするものがあり、また別の学説は、確かに無因主義の原則的妥当という前提をとるが、譲渡目的思想 (31 条 5 項) を考慮すると、使用権の許与は原則として、債権行為の有効性という解除条件下に置かれるべきであるとする ((Rn.17))」

¹¹⁹ 権利集中管理契約に関しては、契約の終了とともに許与された権利が自動的に著作者に復帰するとする (GRUR 1966 567-GELU, GRUR 1982, 308-Kunstaendler, また OLG Hamburg 2002 335-Kinderfernseh Senderreihe も参照)。一方、再映画化権の転譲渡に関するより古い判例では、債権契約の終了後の利用権の自動的復帰を否定していた (BGHZ 27, 90= GRUR 1958 504-Privatsekretärin 私設秘書の女)

¹²⁰ Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3.Aufl. S.391; Krasser GRUR Int. 1973 230 [231f., 237].

¹²¹ vgl. zum PatentR *Osterrieth*, PatentR, 4. Aufl., Rdnr. 404; ferner *Benkard/Ullmann*, PatG, 10. Aufl., § 15 Rdnrn. 203 f.; *Busse/Keukenschrijver*, PatG, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 102; für das MarkenR *Hacker*, in: *Ströbele/Hacker*, MarkenG, 10. Aufl., § 30 Rdnr. 72; *Ingerl/Rohnke*, MarkenG, 3. Aufl., § 30 Rdnr. 33;

(2)判決要旨②（主ライセンス消滅時のサブライセンスの原則的存続）について

判決は、まず 2002 年著作権契約法草案理由書¹²²を参照し、立法者はサブライセンス存続の成否について、意識的に回答を与えず、判例にその明確化を委ねたとし、次いで、本判決と同じ民事第 1 部による Reifen Progressiv 判決を、一括払いロイヤルティを対価とするサブライセンス許与事例において排他的利用権が不行使による使用権の撤回により消滅するとき、排他的使用権に由来する単純利用権が消滅しないとした判例として確認した (Rn.22)。

そして、①承継的保護の原則 [Grundsatzes des Sukzessionsschutzes] の考慮と、②A と C 間の類型的 [typischerweise] な利益の考量 [Abwägung] のもとでは、—B が C に、継続的ロイヤルティ支払を反対給付として単純利用権を許与し、かつ、主ライセンスが「不行使による撤回」以外の理由に基づいて消滅したときでも一、原則として [in der Regel]、主ライセンスの消滅が、サブライセンスの消滅という効果をもたらさないことが相当であり、利益適合的であると解されるとした¹²³。さらに、本審は、特許権について管轄する第 10 部に照会を行ったが、異議なしとの見解であったとした (Rn.23)。

①承継的保護の原則：産業財産権と著作権においては、承継的保護の原則が妥当する（著作権法 33 条、商標法 30 条、特許法 15 条）。この原則の意義は、特に、利用権者の変更が生じたときに、その利用権に由来する排他的利用権及び単純利用権が有効に存続するということである。さらに、著作権においては、派生的利用権を許与した権利者が、その権利を放棄しても（33 条 2 文第 2 事例）、派生的利用権は存続し続けると定められている。このことから、利用権の消滅もまた、立法者意思によれば [nach der Vorstellung des Gesetzgeber]、その利用権に由来する利用権の消滅という結果をもたらさないはずであるとの推論を得ることが可能である (BGHZ 180, 344 Rdnr. 19– Reifen Progressiv)。承継的保護の目的は、権利存続への権利者の信頼を保護し、権利者にその投資の回収を可能ならしめることである¹²⁴ (Rn.24)。

②利益衡量：類型的な関係者利益の考量によれば、利用権存続に関する C の利益が、利用権返還に関する A の利益に通常 in aller Regel 優越することは明らかである (Rn.30)。主ラ

Fezer, MarkenR, 4. Aufl., § 30 MarkenG Rdnrn. 50 f.; v. Gamm, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, § 30 MarkenG Rdnr. 13.

¹²² Begr. des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, BT-Drucks. 14/6433, S. 16.

¹²³ Schrickler/Loewenheim/Peukert, a.a.O.(Fn.14) § 41; Scholz, Zum Fortbestand abgeleiteter Nutzungsrechte nach Wegfall der Hauptlizenz - Zugleich Anmerkung zu BGH „Reifen Progressiv“, GRUR 2009 1107; Reber ZUM 2009 855 など。

¹²⁴ vgl. BT-Drucks. IV/270; S. 56.

イセンスの消滅原因が、撤回権によるのか、それ以外のサブライセンシーの領域で生じたのではない原因によるのかは、重要ではない (Rn.29)。

Aの利益は、Bに対して、主ライセンスの消滅後、以下判旨事項③に示すように、ライセンス料支払請求権の譲渡を請求できることから、広く保護される。対して、Cの権利の存続への信頼は、一層の保護に値する。CはAB間で締結された契約の異例の解除原因や、上流の利用権の予定よりも早い終了に、通常影響を与えることもできず、予期することすらできない。たとえば、サブライセンス消滅時に、契約不履行に基づいて以後のロイヤルティ支払いを停止できるとしてもなお、予期不能な権利の消滅により、重大な経済的損失を被るであろう。それどころか、Cがライセンスの存在に依存しているときは、利用権の消滅は彼の経済的生存の破滅をももたらすおそれがある。ゆえに、Cが主ライセンスの消滅時にそのサブライセンスをも失うとすれば、それは、Aの利益を考慮しても、なお不当である (GRUR 2009 946 - Reifen Progressiv Rn.16) (Rn.30)。

(3)判決要旨③ (不当利得返還請求による解決)

[著作権法 33 条の立法者意思によれば主ライセンス消滅時にはサブライセンスが存続すべきであるとの推論が得られるとした Rn.24 を受けて、] 法律により保護適格があるとされるサブライセンシーの権利存続に係る利益は、一継続的ライセンス料を反対給付とし、解約告知により主ライセンスが消滅した一本件のような事例においても、その権利の消滅に係る主ライセンサーの利益に優越する (Rn.25)。

上告人は、主ライセンスが消滅しても、サブライセンスの存続を認めると、無権原となった B は C のロイヤルティ支払から利益を得続ける一方、A に権利が復帰してもその権利は空洞化するという不当な結果が生じると主張したが、判決は、A は B に対し、民法 812 条 1 項 1 号¹²⁵第 2 事例 (「その他の方法で法的根拠なく何らかのものを得た者は返還義務を負う」) に基づき、サブライセンシーに対して存続している未払ライセンス料支払請求権の譲渡請求権を有するから、そのおそれはない¹²⁶とした (Rn.26)。

すなわち、主ライセンスが消滅し A に復帰したとき、存続している B の C に対する請求権は、A に復帰した利用権の内容を侵害する。この侵害は、主ライセンス契約消滅後は A の

¹²⁵ 「第812条 返還請求権

(1) 法的根拠なく、他人の給付により、又はその他の方法で他人の費用により、何らかのもの [Etwas] を得た者は、これを他人に返還する義務を負う。この義務は、法的根拠が後に失われた場合又は法律行為の内容に従った給付により目的とされた効果が生じなかった場合においても成立する」 (訳にあたっては山口和人訳「ドイツ民法債務関係法」(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年6月)を参照した)

¹²⁶ 判決はこの後、次のような傍論を続ける。「かかる不当利得返還請求権は、破産法 103 条に基づき破産管財人が主ライセンス契約の不履行を選択したが、サブライセンス契約の履行を選択したときには、B の破産の場合にも成立するであろう。この種の破産手続きの開始後に生じる破産財団の不当利得返還請求に基づく債務は、破産法 55 条 1 項 3 号によれば、53 条に基づき破産財団から事前に更正されるべき破産財団債務である。

Lとの直接的な関係においては法的根拠がなくなるため、BはAに侵害[不当]利得の返還義務を負う。すなわち、Bは、存続するCへの未払ライセンス料支払請求権の譲渡義務を負うということになる。またBがライセンス料を回収したときは、BがCから得たライセンス料は818条1項第2事例の「法的根拠なく…得た何らかのもの」であるから、Aに引き渡さねばならない(Rn.27)¹²⁷。¹²⁸

4. まとめ

M2Trade事件判決では、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続が、「原則として」認められるとした。すなわち、Reifen Progressiv事件判決において「不行使を理由とする撤回権」に関して適用された判旨を、「Cによらない原因による主ライセンスの消滅事例」へと一般化したのである(判決要旨②)。

そして、この一般化された原則の下位事例として、ライセンス料支払遅滞による解約告知による権利消滅があることを示したことになる。

その根拠は、①「権利存続への権利者の信頼を保護し、権利者にその投資の回収を可能ならしめることを目的とする」承継的保護の原則と、②類型的な関係者利益の利益衡量であった¹²⁹。なお、本判決では、Reifen Progressiv事件判決とは異なり、物権的性質への言及はなされていない。

AとCとの利益衡量においては、C側の要保護性の要素として、AB間の契約及び主ライセンスの消滅にCは関与できず、時に利用権の予期しえぬ消滅が彼の経済的生存の破滅をももたらす一方で、Aは主ライセンス消滅によって、BがCに有するライセンス料支払請求権の譲渡請求権としての不当利得返還請求権により利益保護がなされることが指摘した(判決要旨③)。

また、ライセンス契約関係の終了とともに利用権(ライセンス)が当然に復帰するか、という問題について、目的譲渡思想並びに無体財産権の利用権(ライセンス)の形成可能性の多様性と法定類型の欠如を根拠に、従来不統一であった「判例を変更する」という表現で統一の見解をもたらしたという点でも意義が認められる(判決要旨①)。ただこの原則がサブライセンスの存続問題に直接関係を及ぼさないことは、すでにReifen Progressiv事件におい

¹²⁷ BGHはさらに続いて、「そのような不当利得返還請求権は、主ライセンシーの破産の場合にも成立し、破産管財人が倒産法103条1項により主ライセンス契約の履行拒絶を選択したうえで、サブライセンス契約の履行をも選択した場合には、不当利得返還請求権が55条1項3号に基づく破産財団債務に転化すると解すべきである」と傍論を述べる。

¹²⁸ また、ここから、契約関係自体の承継が否定されていることも読み取れると指摘される(Greifender/Veh, Nach M2 Trade und Take Five- Praktische Konsequenzen aus den Entscheidungen des BGH zum grundsatzlichen Fortbestand von urheberrechtlichen Unterlizenzen bei Wegfall der Hauptlizenz, Wettberb und Praxis, 2014 Heft1 Rd.19)。

¹²⁹ しかし、学説では後に見るように、本判決が物権的性質を暗黙裡に前提としていることは指摘される(McGuire/Kuntzmann, a.a.O.(Fn.113) GRUR 2014, 28)

て示されており (Rn.18, 19)、M2 Trade 事件では、この無関係性に関して改めて直接の言及はないとみられる)。

なお、この判決も、Reifen Progressiv 判決に続いて、連邦通常裁判所民事部裁判例集にも収録された (BGHZ 194, 136)。

第3節 連邦通常裁判所 Take Five 事件判決¹³⁰ (2012年7月19日)

M2Trade 事件判決と同日に出された Take Five 事件判決では、同様に主ライセンス契約終了による主ライセンス消滅時のサブライセンス存続が判示されたが、M2Trade 事件との対照的特徴は、特に、排他的サブライセンスの存続が問題となったことにある。

1 事案の概要

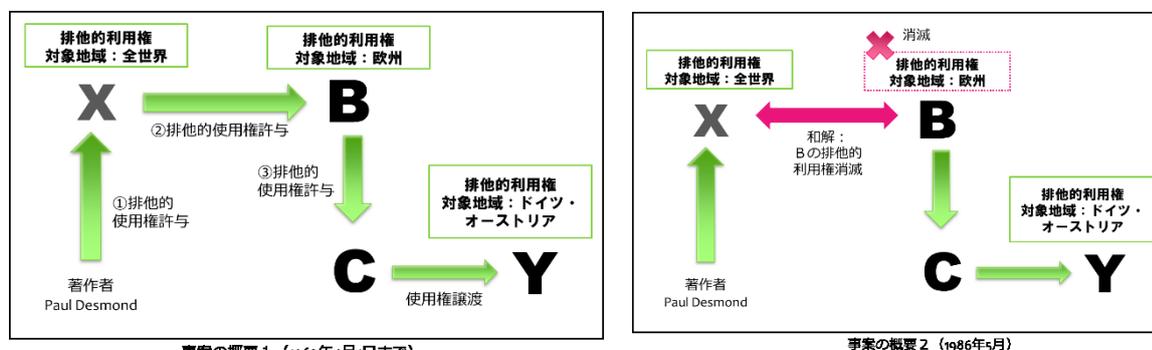
訴訟当事者は両者とも音楽出版社である、原告 X はカリフォルニアに所在し、被告 Y はドイツに常住所を有する。

①作曲家ポール・デズモンド (1924 - 77) が、1960年2月1日の契約により、楽曲「Take Five」の排他的音楽出版権及び同出版権に由来する利用権を、期間を著作権存続期間中、対象地域を世界として、原告 X に許与した。

②原告 X は、1961年11月8日の「サブパブリッシングアグリーメント」により、B Music company Limited (以下訴外 B) に、欧州を対象地域とする同著作物の排他的音楽出版権を許与した。

③訴外 B は、1962年4月4日の合意により、被告 Y の前権利者に、ドイツおよびオーストリアを対象地域とする排他的サブ出版権を許与した。

原告 X は、訴外 B との間で米国において行われた訴訟において、1986年3月17日/26日に和解に至った。この和解では、①当該和解によって当該出版契約に基づくすべての相互の義務が終了し、②ライセンスの終了により、ライセンシーの権利及び B に由来するサブ出版社その他の第三者における権利も最終的に終了することが合意された。原告 X はその後、RB 音楽出版にドイツを対象地域として音楽著作物に係るサブ出版権を許与した¹³¹。



BGH, GRUR 1986, 127, 128, 129, 130, 131, GRUR 2012 914

¹³¹ このサブ出版権許与には、紛争に備え、被告 Y に裁判によりサブ出版権の存在が認められることを解除条件が付された。

なお、訴訟において原告 X は、B の主ライセンスの消滅とともにサブライセンスも消滅したとの見解を前提に、次の請求を行った。

請求 I. 被告 Y がドイツ及びオーストリアにおける音楽著作物 Take Five (Paul Desmond 作曲) の音楽出版権者ではないことの確認。

請求 II. 請求 I 著作物に関して GEMA によって争いがあることを理由に停止されている¹³²サブ出版社 RB 音楽出版への利用料配当支払について、被告が同意すること。

地裁は X 請求を認容した (ミュンヘン第 1 地裁 2010 年 3 月 17 日判決¹³³)。被告 Y は控訴した。原告 X は、控訴審において予備的に被告楽曲利用の差止請求を追加した。

控訴審は第一審判決を破棄し、Reifen Progressiv 判決判旨 (Rn.17) の本件における妥当を認め、「物権的性質」を根拠に、サブライセンスの存続を認めた (ミュンヘン上級地裁 2011 年 1 月 20 日判決¹³⁴)。X 上告において、原告は地裁判決の回復及び、予備的に、原審において出された予備的請求に基づく被告 Y の責任を認める判決を求めた。

原告上告は棄却された。

2 判決要旨

前節に続いて、説明の便宜上、主ライセンサー=A、主ライセンシー (サブライセンサー) = B、サブライセンシー=C として記述する。

B が C に、ライセンス料の配当を反対給付として [gegen Beteiligung an den Lizenzerlösen] 排他的利用権を許与し、主ライセンスが不行使を理由とする撤回以外の理由 (本件では、主ライセンス契約の合意解除) により消滅したときにも、原則として [in aller Regel] 主ライセンス消滅が、サブライセンスの消滅という効果を生じることはない (BGHZ 180 344, GRUR 2009 946 - Reifen Progressiv の維持)。

3 判決理由

(1)原告 X と訴外 B 間での 1986 年 3 月 17 日・26 日の和解におけるライセンスの終了合

¹³² 第 1 審の事実認定によれば、原告の要請に基づいて、RB 音楽出版は、2008 年 9 月に GEMA に対して、本件著作物に関しても、ドイツ及びオーストリアを対象地域とするサブライセンス契約としての登録を申請したところ、2008 年 9 月 8 日 GEMA は、この登録要請を拒絶した。その理由は、サブ出版権に関する最終的な解決 (物権合意 [Einigung]) が必要であるというものであった (LG München I, Urt. v. 17. 3. 2010 – 21 O 5192/09, BeckRS 2011, 04617.)。

¹³³ LG München I, Urt. v. 17. 3. 2010 – 21 O 5192/09, BeckRS 2011, 04617.

¹³⁴ OLG München, Urt. v. 20. 1. 2011 – 29 U 2626/10, BeckRS 2012, 05500

意によって、排他的サブ著作権が消滅しないとした原審の判断は正当であるとした (Rn.13)。

(2)基本的な理由付けは、本件の特徴である排他的サブライセンスに関しても同様の結論が得られるとしたほかは、第2節で扱った M2Trade 事件と同旨である。すなわち、立法者は、先段階使用権消滅時の、後段階使用権存続の有無について、意識的に自ら回答することなく、その明確化を判例に委ねたとしたうえで¹³⁵ (Rn.14)、**①**承継的保護の原則を考慮し、かつ、**②**類型的な A と C の利益衡量により、B が C に排他的利用権をライセンス料の配当に対して許与し、主ライセンスが撤回権以外の事由によって消滅したときも、原則として、主ライセンスの消滅がサブライセンスの消滅が生じないと解するのが相当であり、利益適合的であるとした (Rn.15)。

(3)排他的サブライセンスの存続

続いて、本判決は、本件の特徴である排他的サブライセンスの存続を認めた根拠について述べる。

(a) 排他的利用権の承継的保護

X は、2002 年以前には承継的保護を定める 33 条には単純利用権のみが規定されており、排他的利用権が規定されていなかったため、本件における 1964 年の排他的利用権設定契約にも 1986 年の和解契約においても承継的保護は妥当しないと主張したが、本判決は、排他的利用権は、一般的原則によりそれ以前も常に承継的保護を享有しており¹³⁶、2002 年 7 月 1 日以降排他的利用権をも規定した 33 条の規定は確認的規定に過ぎないとした¹³⁷。

(b)排他的サブライセンス存続の許容性要件としての A の承諾

判決はまず、「確かに排他的[サブ]ライセンスが存続すると、単純[サブ]ライセンスの場合よりも、A が権利の利用において受ける制約は本質的に一層強いものとなる」と述べる。すなわち、

単純サブライセンスの場合は、A が、自己に復帰した排他的[主]ライセンスに基づいて新たな利用権を付与することは妨げられない。すなわち、排他的[主]ライセンスが A に復帰したとき、単純利用権の負担を伴うことが受忍されねばならないにとどまる。

これに対して、ある部分領域を対象として排他的[サブ]ライセンスが存続すると、A はその排他的[サブ]ライセンスの範囲では、A は何ら新たな利用権を付与することもできない。

「しかし、」判決は「このことも、A は受忍せねばならない」とする。「なぜなら、A は B による排他的サブライセンスの許与に承諾を与えている zugestimmt からであり(35 条 1 項 1 号)、よってその排他的利用権は、復帰時に、C に許与されている排他的利用権によって

¹³⁵ 2002 年著作権改正政府草案理由書 (Bt-Dr 14/6433 S.16) を参照している。

¹³⁶ vgl. Schricker, in: Schricker, UrheberR, 2. Aufl., § 33 UrhG Rdnr. 9; J. B. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrheberR, 10. Aufl., § 33 UrhG Rdnr. 3.

¹³⁷ vgl. Begr. des Gesetzentwurfs, BT-Dr 14/6433, S. 16.

縮小を受けることを予測せねばならないからである」(Rn.20)。

(c)サブライセンス料の帰属

M2Trade 事件とは異なり、本判決は、不当利得返還請求としてのサブライセンス料支払請求権譲渡による解決についての判示は見られない(そもそも本件Xは、M2Trade 事件の原告のように、無権原となったBがCのロイヤルティ支払から利益を得続け、Bの権利が消滅してもAの権利が空洞化するという不当な結果が生じるという主張をしていない)が、その一方で、これと一部対応する記述も見られる。すなわち、1986年3月17/26日のXB間の和解では、訴外Bがもはやライセンス料を徴収する権限を有さないこと、及び、それでもなお訴外Bに対しライセンス料支払があったときは、和解にて詳細に規定された配当金を原告に支払うことに合意したことに言及している。さらに、原審認定によれば、Xは、前記和解の発効以来、2009年3月6日の本件訴状提出まで、Yから支払われたライセンス料を受領していたと指摘する。

(d)結論

判決は、以上の検討から、利用権存続に関するYの利益が、利用権消滅に関するXの利益に優越することを認めた。

Xは、確かに2047年のTake Five保護期間満了まで、Yの排他的サブ出版権の存続により、ドイツ・オーストリアにおける別の排他的サブ出版権の付与が妨げられることになる。しかし、Xは、このことを甘受しなければならない。なぜなら、訴外Bによる排他的サブライセンスの許与に承諾したからである。

また、原審事実認定によれば、Xは、Yがライセンス料を原告と訴外Bとの間の和解の効力発生以来、Xに支払っているから、財産的不利益を生じることはない。これに対して、被告には利用権の予定より早い消滅が生じれば、原審認定によれば重大な経済的不利益が生じる。被告はXB間のライセンス契約終了合意と主ライセンス消滅に関与していないが、ゆえに、もし主ライセンス消滅を理由にサブライセンスを喪失するとすれば、それは不当といえる。

4 まとめ

本件ではM2Trade事件と同様の理由付けにより、**①承継的保護**と**②利益衡量**により排他的サブライセンスの存続を認めた。また、主ライセンス消滅時もサブライセンス存続を「原則として」認めたことにより、本件のような合意解除は、サブライセンスの原則的存続が妥当する下位事例の一つであることも確認されたといえる。

本件とM2Trade事件との対照をなす特殊性は、本件では排他的サブライセンスの存続が認められたという点にある。本判決は、確かに排他的サブライセンスの存続を認めると、Aが受ける制約は単純サブライセンスの存続よりもはるかに大きく、当該領域でライセンス

の付与が不能となるが、それでもなおAは、排他的サブライセンスの存続を甘受しなければならないとした。その根拠として、AがBに、サブライセンス付与の承諾を与えたことが挙げられた。

第4節 その他の判例—連邦通常裁判所サムネイル第1事件判決¹³⁸（2010年4月29日）及び第2事件判決（2011年10月19日）¹³⁹

上記の3判決に加えて、現在のこの問題圏に議論に影響を与えている判例として、単純利用権の「物権的性質」を一般的に承認した判決がある（このほかにも、商標法関連事例として、破産時におけるライセンス契約の承継に関する判例BGH, Urt. v. 21.10.2015 – I ZR 173/14; GRUR 2016, 201-EcoSOIL が近時登場しているが、本稿では立ち入ることは控えた）。

1 事案の概要（第1事件）

被告YはGoogle社である。原告Xはアーティストで、自己の作品を自己のサイトにアップロードしたところ、原告作品がGoogleイメージ検索においてサムネイル化されて表示され、蓄積されたことが、画像の複製、公衆提供（インターネットを通じた送信）、翻案に当たるとして、差止めを請求した。原審は原告Xの権利濫用を理由に請求を棄却した。上告は棄却された。

2 判決理由

①検索エンジン運営者は、著作物のコピーを検索結果のサムネイルとしてインターネットにアップロードしたとき、19a条に基づき著作物の複製物を公衆にアクセス可能にする（インターネットを通じた送信の）権利の内容に該当する。また、本件は引用等の制限規定にも該当しない。

②著作権侵害は利用権の許与があったときにも否定される（Rn.28）が、「この（明示的または黙示的な）著作権法上の（単純または排他的）使用権の付与は、物権的性質を有する(vgl. BGHZ 180, 344 Rdnr. 20 = GRUR 2009, 946 – Reifen Progressiv, m.w. Nachw.)ので、著作者が第三者に使用権を許与する（黙示的）意思表示は、権利の（物権的）処分行為の要件を満たさねばならない。その意思表示は、特に、全体の付随的状況の考慮の下で、意思表示の客観的内容に基づいて、表意者が、第三者に特定の使用権を許与するという方法によってその著作権に関して処分行為を行うことが、明確に表現されることを要件とする」（Rn.29）としたうえで、本件では、原告により黙示的にも使用権の許与がなされていないとした。

③しかし、著作権法上の権限の違法な侵害が否定されるのは、権利者が法律行為に基づい

¹³⁸ BGH, Urteil vom 29. 4. 2010 - I ZR 69/08, BGHZ 185, 291 = NJW 2010, 2731 = GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder I.

¹³⁹ BGH, Urteil vom 19. 10. 2011 - I ZR 140/10 (OLG Hamburg)

て、利用権の許与によってその権利を処分するか、利用者に相応の著作物利用を債権的許諾したときだけではなく、著作権の侵害は、権利者が権利侵害行為に承諾[同意 Einwilligung]を与えた際にも、排斥される。そのような承諾は、この法律効果の発生に向けられた法律行為的な意思表示を必要とはしない。

④そして本件においては、この承諾 [同意 Einwilligung] の成立が認められるとして、侵害を否定した。

3 この判決の意義

この判決の一般的意義は大きい。特に、制限規定に一般条項を有さず、また検索エンジンに関する個別の制限規定も有さないドイツで、検索エンジンによる著作物利用を適法化する法律構成として「承諾 Einwilligung」が利用できることを初めて示した最高裁判例として大きな影響を与えた判決ではある。本論考の関心においては、「著作権法上の（単純または排他的）使用権の付与は、物権的性質を有する」と判示し、Reifen Progressiv 判決 (Rn.20) が参照指示されている点が注目される。これは、BGH が、Reifen Progressiv 判決を事例限りの判断ではないとの態度で捉えた表れであると指摘されることもある¹⁴⁰。しかし、この判決でも、単純利用権が物権的性質であったことについて、何らの立ち入った根拠は示されていない。このことは、多くの学説でも指摘されている¹⁴¹。

4 サムネイル第2事件

さらに、連邦通常裁判所は、上記第1判決の2年後のサムネイル第2事件においてこの「承諾」法理を拡大した。この事例では、原告写真家Xは第三者に対し、インターネット上で写真を提示する権利を許与したが、許与した者以外の者により写真がサイトに掲載され、そのサムネイルが被告（Google）により作成され、検索結果に表示された。被告がサムネイルとして複製したことにより、原告著作権を侵害したとの主張を行った。

①著作者の承諾を得た第三者によるアップロードにおいても承諾は成立し、さらには、②著作者によって又は著作者の同意を得た第三者によって、著作物のサムネイルとしての提示への承諾の意思表示がなされたときは、その承諾は、著作者によって又はその同意を得た第三者によってインターネットにアップロードされたのではない当該著作物コピーの提示に効力が拡大されるとし、Xの上告を棄却した。

¹⁴⁰ Greifender/Veh, a.a.O.(Fn.128), WRP 2014, 17

¹⁴¹ Wolfgang Marotzke, Sukzessionsschutz für Lizenzen im Immaterialgüterrecht – dargestellt am Beispiel der Patentreferenz, Zeitschrift für Geistiges Eigentums(ZGE), 2010, S.233ff.[234]; Haimo Schack, Unterlizenzierung einfacher Nutzungsrechte? FS Schulze, 2017.

この判決でも、Google（被告）サムネイルの適法性を認めた第1事件を維持する形で、著作物の利用を適法にする形式として、「物権的利用権」、「債権的許諾」、「単純承諾」を挙げている(Rn.17)¹⁴²

5 小括

以上のように、単純利用権の物権的性質は、Reifen Progressiv 事件判決以来、連邦通常裁判所判決に繰り返し登場し根拠を伴わないという批判があるが一、繰り返されている。

第5節 小括

BGH は、2009 年の Reifen Progressiv 判決で、著作権法 41 条（不行使を理由とする撤回権）に基づく撤回権行使により、主ライセンスが消滅しても、その主ライセンスに由来する単純サブライセンスが存続すると認めた。その根拠としては、単純ライセンスが物権的効力を有することが挙げられた（第1節）。

その後の下級審判例及び学説では、この判旨の射程について、一般化可能であるのか、撤回権行使事例に限られる判断であるのかを中心に議論がなされた。

これに対して、BGH は、続く M2Trade 事件判決（第2節）と TakeFive 事件判決（第3節）の判旨は、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続を一般的に承認した。主ライセンスの消滅原因は、M2 Trade 事件では主ライセンシーのライセンス料不払いによる解約告知、Take Five 事件では合意解除であった。すなわち、これら3つは一般的に承認された原則が妥当する典型的下位事例として承認されたともいえるであろう。但し、判決理由ではサブライセンシーの領域で発生したのではない原因によらないという留保が付されている（M2Trade 判決 Rn.29）。

サブライセンス存続の一般的承認の根拠は、①主たる権利の帰属の変更は、それに由来する権利の存続に影響を与えないという「承継的保護（著作権法 33 条）の原則」と、②主ライセンサーとサブライセンシーの類型的な利益衡量である。

M2Trade 判決によれば、主ライセンサーは、812 条 1 項 1 文第 2 事例に基づき、主ライセンシーがサブライセンシーに対して有する請求権の譲渡を請求できるから、主ライセンサーの利益が害される程度は相対的に低い。その一方で、サブライセンシーは、主ライセンサーと主ライセンシーとの契約の消滅原因に影響を与える機会はほとんどないが、その権利が消滅すると、時には経済的生存の破滅に至る重大な経済的不利益を被るため、保護の価値が高いというものである。

M2Trade 事件判決と TakeFive 事件判決においては、単純ライセンスの物権的効力に関する言及は直接はなされていない。一方、Reifen Progressiv 事件の後にも、サムネイル第1事件、第2事件において、根拠は特に明示されていないが、単純ライセンスの物権的効力

¹⁴² NJW 2012, 1886; GRUR 2012, 602 - Vorschaubilder II

は、繰り返し判旨に登場する。

また、M2 Trade 事件判決及び Take Five 事件判決において特許法を管轄する民事第 10 部への照会が行われたことにより、著作権のみならず、商標法、特許法、意匠法、実用新案法における法定の承継的保護への妥当も示唆されていると解されている。

第 3 章 M2Trade 事件以後の学説動向

本章では、M2Trade 事件・Take Five 以後の学説状況を取り扱う。

なお、本章でも、説明の便宜上、主ライセンサー=A、主ライセンシー（サブライセンサー）=B、サブライセンシー=C として記述する。

第 1 節 概観

1 肯定的見解

この判例は、利益衡量により、著作者の人格的又は経済的利益の不利になる場合には、著作者の保護が可能であるため、事例によっては有効な解決をもたらすとするものがある¹⁴³。

サブライセンス存続は承諾要件と処分行為次元におけるライセンス権原の成立の 2 つを要件とすれば、当事者にとって、利益適合的であるとするものもある¹⁴⁴。

特に J.B.ノルデマンは、BGH がサブライセンスの自動的復帰に関する問題について著作者と利用権者との利益衡量を考慮したことは「完全に適切 Völlig zutreffend」であると述べている¹⁴⁵。このような利益衡量アプローチは、最大限可能な法的安定性のために、抽象的指針、特に著作権法の規定の基準に沿うものではあるが、とはいえ、例えば 41 条の不使用撤回権のような形で法律上定められていないときには、例えば経済的利用者の投資がないといった個別事例の具体的事情の考慮を、弱めるものとしている（後述）¹⁴⁶。

2 批判的見解

一方、M2Trade 判決と Take Five 判決について、学説では多くの批判的見解もなされている。

①判旨の射程について

❶「原則として」：BGH の M2 Trade 事件・Take Five 事件判決要旨は「原則として」との文言を置いている。これに反する個別事例については、各個別事例による特殊の正当化を

¹⁴³ Schricker/Loewenheim/*Ohly*, a.a.O.(Fn.14). § 31, Rn.21; Wandtke/Bullinger/Grunert, Urheberrecht Kommentar, § 35 UrhG Rdnr.9; BGH に対して批判的論調を取る McGuire/Kuntzmann, a.a.O.(Fn.113) GRUR 2014, 28 もこの点は認容する。

¹⁴⁴ Kristin Grimm, Lizenzketten im Urheberrecht-Zum Schicksal der Unterlizenz nach Beendigung des Hauptlizenzvertrages, Schriften zum Medien, Urheber- und Wirtschaftsrecht Bd.22, Peter Lang, 2016.

¹⁴⁵ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35) § 31, Rdnr.34.

¹⁴⁶ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35) § 31, Rdnr.34.

必要とすることになる。

例えば、クロスライセンスやグループ企業内のサブライセンスなどそもそもライセンス料がなく、不当利得返還請求権がほぼ無意味になる場合が挙げられる。また、Cが事情を知っているか、それどころか、第1段階使用権の消滅に影響を及ぼしたことを理由として、その存続への信頼について保護を必要としない場合が挙げられている¹⁴⁷。

②効果：取消しの場合には、主ライセンスが取消されると、遡及効をもって消滅し、サブライセンスの存続が認められる可能性は低い（ドイツ民法142条1項）。取消しと解約告知の間の不均衡な扱いは、適切とはいえないという指摘がある¹⁴⁸。

②ライセンスの基本的性質

BGHがM2 Trade事件・Take Five事件に関して、当事者の類型的利益の考慮を中心にしており、リーディングケースとして単純利用権の法的性質に関する基本的判断を行わなかったことに対する批判がある¹⁴⁹。また、BGHは結論を利益衡量に基づいて出していないが、基本的にはサブライセンスを引き続き物権的権利であると考えているとの指摘もある¹⁵⁰。

③法解釈論上の体系的観点からの疑問：著作権法上の利用権は、著作権（母権）の拘束の中にim Bannとどまり、完全に切り離されないという承認されてきた準則（Ulmer）に反するという指摘がある（Dietrich/Szalai MMR 2012 687）

④サブライセンスの利用権原以外の規約から生じる権利義務の帰属：利用料請求権以外の点についてBGHは明らかにしなかったが、サブライセンシーの経済的基盤の維持のためには、単なる利用権限の承認では不足している。防禦・保護義務、保証義務など利用料請求権以外の法律上の存続を明らかにしていない。特にソフトウェアの場合は保守・アップデートなどが問題になるという指摘がある（Adolphsen/Tabrizi, Greifender/Vehなど）。

⑤Aに生じる負担・無体財産の流通性の制約：契約に基づくのではなく法定の利用権となるサブライセンシーの権利に著作者は立ち入ることができない。契約によらずAが使用受忍義務のみを負わされる法定のサブライセンスの地位によりAは負担を生じる。不当利得請求しかできず、重大な事由があっても解約ができない（McGuire/Kuntzmann）。また、存続

¹⁴⁷Meyer van Raay, Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschen der Hauptlizenz Auswirkungen der BGH-Entscheidungen Take Five und M2Trade auf die Gestaltung von Lizenzverträgen, NJW 2012 3691; Szalai, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 – BGH I ZR 24/11 – Take Five ZUM 2012, 790)

¹⁴⁸ Spindler, Lizenzierung nach M2Trade, Take five und Reifen Progressiv, Eine Analyse mit besonderem Blick auf das Konzern- und auf das Kollisionsrecht, CR 2014, 557

¹⁴⁹ Szalai, a.a.O.(Fn.147), S.792 「利用権は任意に形成可能であるゆえ、すべての検討の出発点は、範囲と法的性質の観点を伴った、より詳細な利用権の検討であらねばならない。そのような検討を、BGHは行っていない」。

¹⁵⁰ McGuire/Kuntzmann a.a.O.(Fn.113), S 28.

する法定利用権という著作権上の負担は、将来的なライセンス料又は収益の額に影響を与えるおそれがあるという指摘がある¹⁵¹。

承継的保護の根拠は、信託保護と並んで、無体財産権の取引を安定化させることが挙げられる¹⁵²が、BGHによって行われた承継的保護の広範な解釈は、無体財産権の取引能力〔流通性〕を制約するものである。権利者がライセンスの終了後に、権利者が影響を与えることのできないライセンス契約によって遮断されることなく、権利を新たに処分することができる時、取引能力〔流通性〕の利益が高まる¹⁵³。

⑦善意者保護の事実上の承認：3判例は法的安定性をもたらすものではあるが、利益衡量の適切性については疑義がある。サブライセンスが存続するという保証なくしても、他人から派生した使用権に基づいて、生存を脅かす虞のある利用を行うような者は、保護に値するというよりも、むしろ軽率といえる¹⁵⁴。そもそも、信託の保護は、つまるところは事実上、知的財産法では否定されている善意者保護である¹⁵⁵

3 判旨の射程と実務への影響

判決後は、A側に有利な契約作成にあたって、別段の契約合意によりサブライセンスの存続に対抗することが方策として提案されている¹⁵⁶。すなわち、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続の契約上排斥を構成するのである。

①もっともシンプルな方法として、主ライセンシーがサブライセンスをするためには著作者の承諾を要するが(35条)、この承諾を行わないこと、又は明示的に禁止するという方法があるが、サブライセンスをしないというのは現実的ではない。そこで、②解除条件を付すという手法が採られる。すなわち、主ライセンサーがその権利許与にあたって、例えば主ライセンス消滅と同時にサブライセンスも消滅するという解除条件を付すことによって達成することができる。しかし、取引安全、第三者効力に関する懸念は多数表明されており、サブライセンシーが、いつ解除条件が成就するかについて認識を有していなければならない

¹⁵¹ Pahlow, a.a.O.(Fn.108), S.118

¹⁵² Karl/Mellulis, Grenzen des Sukzessionsschutzes bei patentrechtlichen Unterlizenzen, GRUR 2016 755

¹⁵³ Ulmer-Eilfort, Zur Interessenabwaegung zwischen Hauptlizenznehmer und Unterlizenznehmer bei Wegfall der Hauptlizenz, FS Schulze, 2017, S.343. [S.346]は、BGH判例により著作者から経済的利用者保護への「驚くべき転換」が行われたとして、「権利者、すなわち、新技術を開発し創作的給付をもたらす人々、われわれの国民経済にとって中心的意義を有する人々を、経済的利用者や債権者に劣後する地位に置くことが、真にわれわれの利益に適っているであろうか?」という端的な問いかけをなしている。

¹⁵⁴ 参照指示として、M2Trade判決以前の学説 Loewenheim/Jan Bernd Nordemann, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 26 Rn. 31

¹⁵⁵ Klawitter, Fortgeltung der Unterlizenz nach Wegfall der Hauptlizenz, GRUR-Prax, 2012 425, 426.

¹⁵⁶ Schrickler/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), § 31, Rn.23, Meyer-van Raay: a.a.O.(Fn.147), S.3691, Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.,(Fn.35), § 31 Rdnr.39a.

いとす見解¹⁵⁷も多く、学説の一部は、サブライセンサーに対する通知を要求している¹⁵⁸。

③また、主ライセンサーの利益になるように、サブライセンスに関する特別解約告知権も考えられる。

④物権的効力を有さない（承継的保護を有さない）純粋債権的許諾も選択肢になる。この純粋債権的許諾は、第三者「サブユーザー」に転譲渡できるが「物権的」効力、特に承継的保護を享受しないものである。この構成においては、主ライセンス消滅時に、契約承継や、サブライセンサーが主ライセンス契約に入り、不当利得法に基づく債務関係を契約に基づく債務関係に転換するという構成が提案されている（後述第3説の契約承継説）¹⁵⁹。

なお、M2Trade 事件では、ライセンサー破産事例への言及が見られたが、破産事例への影響は明らかでないとする見解が標準的かと思われる¹⁶⁰。かつてライセンスの破産対抗力を定めた法案が提出されたが（倒産法草案 108 条 a）、成立しなかった。ライセンスが未履行の契約であると解する限り、倒産法 103 条に基づき、破産管財人はライセンス契約の履行と不履行を選択することができる。

第2節 例外事例の類型化

1 J.B.ノルデマンによる報酬準則に基づく例外

先述のように、J.B.ノルデマンは利益衡量アプローチを「完全に適切」¹⁶¹なもの、総じてBGH によって認められた承継的保護は説得的なもの¹⁶²であると述べたが、「原則」の例外にあたり、利益衡量において著作者 A の利益が C の利益を上回る場合として、11 条 2 文の著作権（著作者の権利）の基本準則により正当化される著作者に支払われる報酬状況が不当な場合を挙げている¹⁶³。

この不当な場合として、まず、著作者の報酬への関与の利益は、2002 年著作権契約法改正後著作権の基本的準則として定められた著作権法 11 条 2 文¹⁶⁴により正当化されるべきであるが、C が権利取得に対して報酬全額を支払っていたときには、たとえ著作者がその報酬に参加しなくとも（!）、何らそのような不当な状況には当たらない。対価を支払った権利

¹⁵⁷ 例えば、Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, Komm. § 31. Rdnr.39a

¹⁵⁸ Heidenhain/Reus, Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz, Auflösende Bedingung und Sonderkündigungsrecht im Lichte dinglicher Drittwirkung, CR 2013, S.273ff., [S.276]

¹⁵⁹ McGuire/Kuntzmann, a.a.O.(Fn.113), S.28.

¹⁶⁰ Schrickler/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), § 31, Rdnr. 24

¹⁶¹ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann,a.a.O.(Fn.35), § 31. Rdnr, 37.

¹⁶² Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35), Vor § § 31. Rdnr. 231.

¹⁶³ ドイツ著作権法における著作権の正当化根拠としての報酬保護について、栗田・前掲注 10)

¹⁶⁴ **ドイツ著作権法 11 条** 著作権は、著作者を、その著作物に対するその精神的かつ個人的な関係において、及びその著作物の利用において、保護する。著作権は、同時に、著作物の利用に関する相当なる報酬の保障にも寄与する。

を引き続き利用できるというCの信頼が優越する。この場合、著作者は報酬請求権を、32条、32a条、32c条を通じて行使することができるので、Cの信頼保護を破壊する必要はない。

これに対して、Bがサブライセンス利用に関する継続的報酬を取得しているが、A（著作者）が何も報酬を得られない場合には、例外の生じる余地がある。BGHは、A（著作者）が何も報酬を得られない場合のことを、適切にも、「不当な結果」と呼んだ¹⁶⁵。しかし、この場合BGHは、基本的にはBが第2段階サブライセンスから継続的収入を得ていたが、第1段階主ライセンスが終了したときに、第1段階の権利付与者に不当利得返還請求権を認めているから、「不当な結果」とならない。これに対して、この不当利得返還請求権や相当報酬請求権が排斥され、著作者が利益を得られない状態が続くときにのみ、承継的保護の例外が考慮されうる。この例として、系列企業間の無償ライセンスの場合を挙げている¹⁶⁶。

以上のように、J.B.ノルデマンにおいては、Cの利益がA（著作者）の利益を上回るといふ原則の例外にあたる場合として、11条2文の報酬保障の準則をもとに正当化している。

2 グライフェンダー／ヴェーによる例外事例の類型化

グライフェンダー及びヴェー（Greifender/Veh）は、BGHが示した原則としての利益衡量に適合せずCの保護適格性が認められない事例群の確立を試みる。

すなわち、BGH判決（M2 Trade, Take Five）は、「主ライセンスの消滅は、当然にはサブライセンスの消滅という効果を生じることがなく、『原則として in der Regel』存続する」ことを明示したことをもって、BGHはサブライセンシーの保護適格性が、主ライセンサーの利益に劣後するときには原則に対する例外的状況にあたり、主ライセンス消滅と同時にサブライセンスも消滅するということができるとして、例外的状況を類型化するのである（Rn.13）¹⁶⁷。

同論文によれば、①第1類型として、継続的契約関係を終了させる解約告知と契約終了までに一定の期間が存在する場合に、その間にCにサブライセンスが許与された場合が問題となる。すなわち、AB間契約の通常の解約告知がなされた後、又は、Aから期限を伴って異例の解約告知がなされた後に、第三者Cに対してサブライセンスが付与された場合がこれにあたる。その際には、Cの許与は解約告知後、AとBの契約終了前に成立する。BGHは確かにこれまで、契約がAとBに通常の解約告知がなされたとき、サブライセンスが存続

¹⁶⁵ BGH GRUR 2012 916 – M2Trade Rn.30.

¹⁶⁶ この場合も、J.B.ノルデマンは、原則的には関係企業間のサブライセンスであっても存続するとしている（M2Trade BGH判決 Rdnr. 34の指摘するコンツェルン内のサブライセンス）。特にサブライセンスが租税的理由から必要とされているような場合のように、市場において通常の諸条件で認められていたときにはそうであり、系列企業間において、主ライセンシーは「緩衝器」（バンパー）として作用することになることを認めている。

¹⁶⁷ Greifender/Veh, a.a.O. (Fn.128), S.17ff.

するのかどうかを明らかにしていない。

BGH 判例に照らせば、このような場合にも原則 C のサブライセンスの存続は認められるであろう。なぜなら、AB 間の契約の通常の解約告知は、Reifen Progressiv 判決、M2Trade 判決、Take Five 判決の事実における消滅・終了理由と同じく、原則として C の領域で生じたものではないから である。しかし、次のような場合は例外に当たる。

① C が、AB 間の契約の解約告知を知っていたにもかかわらず、C にサブライセンスが許与された場合。

② C へのサブライセンス付与が、B と C の間の合意において、A と B との解約告知の迂回のみを目的としてなされた場合

③ 法人 C が AB 間の契約の解約告知の成立後に初めて、C の付与を目的として設立されたような場合。

①－③は、「B によって、主ライセンス契約の消滅を迂回的行為によって阻止するようなサブライセンシーとの通謀的な協力が試みられたとき」と要約が可能である。

C の保護適格は、著作者の利益に劣後し、著作者有利の利益衡量が行われるという結果をもたらすので、C は、B とともに終了する¹⁶⁸。

ただ実際には、C のサブライセンスの終了を C が認めないときには、A は、C が B 消滅の時点とともに終了したことについて、消極的確認の訴えを提起するしか A には方策がないとする。

②さらに、第 2 類型として一というよりは、むしろ前提問題とも解されるが一、B が C に対してサブライセンスを有効に許与する権能を有さない場合、及び、A の B への権利付与の際にサブライセンス付与が契約上排斥されていた場合にも、A の利益が優越すると指摘する。なぜなら、サブライセンスは、そもそも主ライセンスが成立し、C への権利許与の承諾がなされている場合のみ、有効に許与されるからである。

したがって、BGH 判決は、まったくライセンス調査をなさずにサブライセンスを利用するきっかけとなるわけではない。C 及びそれ以降の利用権の存続を、例えば主ライセンスの不存在や承諾なき付与の際にも認めているわけではないからである。

以上のように、Greifender/Veh は、BGH の M2Trade 判決が示した原則的な利益衡量が成立しない場合として、第一に、判例にいう「C の領域で生じた場合」に当たるものとして「B によって、主ライセンス契約の消滅を迂回的行為によって阻止するようなサブライセンシーとの通謀的な協力が試みられたとき」と、第二に、B が C に対してサブライセンス付与の権能を有さない場合があると整理している。

¹⁶⁸ Greifender/Veh, WRP 2014, 17 (Rn.16)

3 まとめ

例外事例の類型化の試みは学説において行われており、J.B.ノルデマンにおいては 11 条 2 項の報酬関与の基本準則による正当化を行っている。また、グライフェンダー及びヴェーにおいては、消滅原因が C の領域において生じたとき、B にサブライセンス付与の権原がないときなどの類型化が試みられている。

第 3 節 契約承継説の提案 (McGuire/Kuntzmann¹⁶⁹)

1 契約承継説の提案

マクガイア及びクンツマン (McGuire/Kuntzmann) は、「判例によって確立されたサブライセンスの対抗力は、債権的ライセンス契約と『物権的』利用権への法技術的な分裂という結果をもたらしたが、これは、著作者の観点からも、サブライセンシーの観点からもデメリットである」として、その対策として同論考が提唱する契約承継説の意義について述べる。ただし、この説は、ライセンス債権説を前提にしている点で、近時の BGH 判例には一致しない少数説とは目される。

2 第 1 段階ライセンスについて

マクガイア及びクンツマンは、知的財産権に占有がないことを理由に、民法の賃貸借規定「売買は賃貸借を破らない」とする旧 571 条 (現 566 条) の特許単純ライセンス契約への類推適用を否定した 1982 年の BGH Verankerungsteil 判決¹⁷⁰ (後述第 3 部) に対して、公示手段の不備は、BGB613 条 a (営業譲渡) と保険契約法 69 条の例に見られるように、契約上の地位の移転には当然には対立するものではないと反論する。

また、1986 年の特許法改正で 15 条 3 項に立法により手当てがなされた同判決については、立法により克服された判例として、この議論に寄与するところはないとする¹⁷¹。

また、学説における契約承継否定説の多くは、取得者が契約合意によって負担を負わされる可能性があることや、取得者の契約への介入が、ライセンシー保護の要請に反することを根拠としている¹⁷²が、取得者は、存在するライセンス契約に関しては情報を得ることができ、譲渡人に支払われるべき対価の評価にあたって、ライセンス契約から帰結する不利益を考慮することができるので、利益不適合とはいえないとしている。

¹⁶⁹ McGuire/Kuntzmann, a.a.O.(Fn.113), S.28 は、3つの判決の後、今後実務的に想定される方向性として、①サブライセンスに関する費用保障のためサブライセンス価格が上昇する、②サブライセンス存続回避のために、主ライセンスの存続期間と併せることによりサブライセンスをコントロールする、③承継的保護を排斥する「消極的ライセンス」合意が増加することを指摘する (S.30)。

¹⁷⁰ BGH, GRUR 1982, 411 – Verankerungsteil.

¹⁷¹ McGuire/Kuntzmann, (Fn.113), S.33.

¹⁷² Forkel, NJW 1983, 1764 (1767); Kraßer, GRUR Int 1983, 537 (543); zust. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, 2006, S. 284.

結局、承継的保護は、債権の物権化を法律で定めたものとして、民法 566 条の適用がなされうるとしている。

3 サブライセンスについて

サブライセンスの問題に対しても、民法の転貸借の規定が適用できるとする。

民法 565 条 1 項は、営業上の転貸借を定め、賃貸人が賃借人及び転借人間に存在する契約関係に入ることを定めている。ここでは、賃貸人が転貸借契約関係に入り、転借人に対して直接に権限を有し義務を有することになるという法定の契約承継が生じる。すなわち、サブライセンスを賃貸借契約の営業上の転貸借の場合と同様に解せば、権利者が、主ライセンス契約の消滅の際に、直接にサブライセンス契約関係に入るという結果になる。このような解決は、サブライセンシーのライセンス存続に係る正当な利益を考慮しており、また通常は権利者に過大な負担を負わせることにもならないとする。

4 まとめ

以上のように、マクガイア/クンツマン論文では、1982 年に民法の賃貸借規定（売買は賃貸借を破らない）の類推適用を排斥した Verankerungsteil 判決は過去の判例であるとして、現在の状況に照らせば、①第 1 段階ライセンスについても民法 566 条が、②サブライセンスに関しても民法 565 条 1 項（転貸借の際の法定の契約承継）の類推適用が可能であるとして、契約承継説を提案している¹⁷³。

第 4 節 準物権説としてのサブライセンス存続説の射程

一方、特に BGH 判例を肯定的に評価し、サブライセンスが消滅する条件を整理した論考として、2017 年のクリスティン・グリムの博士論文がある。

彼は、準物権説の前提を採ったうえで、サブライセンス存続と消滅の要件の整理を試みる。

1 サブライセンス存続の基本権的意義

まず本論文では、サブライセンス存続の基本権上の適合性についても検証が行われている（4 章）。

Reifen Progressiv 判決は、主ライセンス消滅後のサブライセンスの存続を認めた。これは、基本法 14 条の財産権保証により意図される包括的な著作者の財産的利用権原に保護領域を縮減する介入を行うものであるが¹⁷⁴、経済的利用者がライセンスの存続を信頼して行う投資の保護の利益は、著作者の財産的保護の利益に優越するとして、一般に正当化されると解している¹⁷⁵。さらには、ライセンスの保証によって、文化財の生産と頒布が、文化消費者のよりよいアクセス可能性の利益になる形で行われることは、国家の経済的地位を強化するものであるとする¹⁷⁶。

¹⁷³ これを支持するものとして、Ulmer-Eilfort, a.a.O. (Fn.62), S.346.

¹⁷⁴ Kristin Grimm, Lizenzketten im Urheberrecht, a.a.O. (Fn.144), S.97

¹⁷⁵ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.137.

¹⁷⁶ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.132ff.

次に、基本法 2 条 1 項による人格的な著作者の利益は、判例によっては対象とはされていないが、著作権が財産的要素と人格的要素の分離不能な構成であることは考慮されるべきであるため、著作者から、その財産的権原を処分する原則的な自己決定権が奪われてはならない。これは、サブライセンシングに関する著作者の承諾という要件を正当化する¹⁷⁷。

このような紛争における対立的利益状況の基本権レベルでの検討結果は、一般的に類似の事例状況の判断にとっての基準として用いることができるが、サブライセンスの存続を肯定するか、否定するか判断は、個別事例の問題にとどまるとしている¹⁷⁸。

2 民事法的次元における主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続の当否：決定的基準

ここでは、有因主義、目的拘束思想、承継的保護の原則は、この問題に直接手がかりを与えるものではないとしている¹⁷⁹。そして個別事例における事情、利益、リスク分配に基づく利益衡量判断が必要であるとする¹⁸⁰。無体財産取引における善意者保護欠如の原則もまた、これを示唆するという (S.242f)。

ここでは第一に、ライセンス当事者の規律の存在の有無を区別する。

- ①主ライセンス契約の当事者がサブライセンスの帰趨に関して契約上取り決めを行っているときは、そのような取り決めは、サブライセンシーが認識をしていたときのみ、サブライセンシーに対して効果を有することができるとしている。
- ②C に認識されている有効な契約上規律が存在しないときは、第一に、サブライセンシーが物権的地位を有していることが必要であるとする。ここで、ライセンスを、物権的効力をもって合意したのか、債権的効力をもって合意したのかは、契約当事者の意思解釈によるとされる。

第二に、サブライセンシングに関する保護権者の承諾であったことが、関門となるべき決定的基準となるとしている¹⁸¹。

3 事例群の形成

関門にあたる 2 つの基準を満たした後、以下の 2 つの考量判断における要素を挙げている。

- ①特殊な利益が考慮されるべき特別の契約関係成立の有無¹⁸²。

利用権原を、例えば雇用関係・映画製作などの依存的関係に基づいて譲渡した著作者は、原則として、ライセンス契約が主たる契約関係において終了するか、雇用関係が終了したと

¹⁷⁷ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.136.

¹⁷⁸ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.138.

¹⁷⁹ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.241ff.

¹⁸⁰ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.248f.

¹⁸¹ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.260f.

¹⁸² Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.263ff.

きには、サブライセンスの存続を受忍しなければならない (S.268ff.)。対して、映画製作者のような個別の給付保護権者に関しては、受忍義務の一般的推認は生じない (S.269)。しかし、集中管理並びに事務管理契約の枠内で譲渡されたライセンスは、管理契約の終了後も一定の範囲で原則として存続すべきであるとしている。

②リスクの考慮に基づく終了要件

様々な主ライセンス関係の抽象的終了要件の体系的検討に基づいて¹⁸³、サブライセンスの存続の問題に関して事例群が存在することを明らかにすることができる。

①物権的効力を有する終了原因は、原則的に、サブライセンスにも影響を及ぼすとしている。特に、著作者人格権の領域に根差す撤回権と取消権はこれに含まれるが、著作者の利益が事実行為やサブライセンシーの不作为によって脅かされたときに限られるとしている。Bの権原を終了させる原因となる物権的効力付の主ライセンス制限は、無体財産取引における善意者保護の欠如の結果、原則としてサブライセンスの復帰をももたらすとする。しかし、33条2文所定の先段階のライセンシーの放棄、無体財産権の権利者の変更、派生的権利の存続とこれによるサブライセンスには、原則として、影響を及ぼさないとしている（これは例示的に言えば、主ライセンスが10年間許与されたら、Bによって、第三者に期限を付さずにサブライセンスが許与されたとしても同様に10年の期間経過後に終了するという趣旨かと思われる¹⁸⁴）。

②対して、債権契約レベルにおいて生じるすべての終了原因は、1) 遡及効 (ex tunc) を有するか、2) 将来に向かって効力 (ex nunc) を有するかをもって区別を行いうるとしている。

1) 遡及効を生じる法律行為に関しては、債権的行為の瑕疵が物権的処分行為にも影響を与えるかどうかを基準とするとして、民法134条（法律による禁止）及び138条（良俗による禁止）、取消可能・方式的無効なライセンス契約（未知の利用方法など）に関しては消滅するとしている。また、最終的に無効となった年少者との主ライセンス契約もサブライセンスを消滅させるとしている。

2) 主たるライセンス契約を将来に向かって効力を終了させる原因、①解除又は②解約告知、③合意解除はすべて、原則としてサブライセンスの存続に影響を及ぼさないものとしている。ただし、サブライセンシーの行為が決定的に契約関係の解除に寄与したときには、サブライセンスの存続は正当化されないと解している。サブライセンス存続時の主ライセンサーの利益の保障は不可欠なものとし、解決可能性として、特に判例の不当利得返還請求権に代えて、サブライセンサーの民法241条に基づく契約後の誠実義務としてのサブライセンサーの報酬請求権譲渡義務を提案している。不当利得返還請求権に対して、このアプローチは、サブライセンシーにはすべての契約関係から生じる抗弁及び意義を維持されるとい

¹⁸³ Grimm, a.a.O.(Fn.144), S.274ff.

¹⁸⁴ Dreier/Schulze/Schulze, a.a.O.(Fn.35).Rn.10.

う利点があるとしている。

対して、行為の基礎に重大な障害が存するときは、保護権者の負担になるような期待不能性がこの法律関係において存続する限りで、後段階の利用権原の終了が利益適合的であると解されるとする¹⁸⁵。

4 まとめ

以上のように、本論者は、サブライセンス存続を認める判例を利益適合的なものとして肯定的に解しており、準物権的構成を取りつつ、サブライセンス存続事例と消滅事例の切り分けを試みている。とりわけ着目される点として、(1) AB間サブライセンスの帰趨に関する契約規律のサブライセンシーへの認識可能性をAのCへの対抗の要件としていること、(2)「Aの承諾要件」と「物権的地位の帰属」を適切な利益の関門的な要件としていること、また、(3)原因となる債権契約において遡及効か将来に向かった効力かを基準として当事者のリスク・保護利益の重大性を評価し、効果を切り分けているということが挙げられる。

(なお、ライセンスの資金調達の手段としての記述がみられるが、この趣旨からは、承継的保護が、ライセンシーの利用存続の信頼確保を、著作者からの権利の一制度上可能であるなら一完全譲渡や排他的利用権の設定によらずとも可能ならしめ、もって著作者を包括的権利許与から保護する制度であることも示唆されるであろう)。

第5節 小括と若干の検討

以上により、BGHの3判決以降に登場した学説の紹介とその一部の検討を試みた。

第1節では、利益衡量アプローチが一定の事例における妥当な解決をもたらすという肯定的評価とともに、ライセンスの性質に関する判断の欠如、利用契約と利用権との分離をもたらす、既存の解釈論との整合性の破綻などのさまざまな批判、A側の契約によるサブライセンス存続効果の回避の試みに関して、多様な提案がなされていることなどの実務的解決の試みを記載した。第2節では、「例外」に当たる場合として、J.B.ノルデマンにおける著作者への報酬への保障されない場合や、Greifender/Vehにおいて、BGHのM2Trade判決が示した原則的な利益衡量が成立しない場合として、第一に、「Bによって、主ライセンス契約の消滅を迂回的行為によって阻止するようなサブライセンシーとの通謀的な協力が試みられたとき」と、第二に、BがCに対してそもそもサブライセンス付与の権能を有さない場合などを挙げた論考を紹介した。第3節では、特に、批判の中でも登場したライセンスとライセンス契約の分裂現象を解決する試みとしての民法賃貸借規定の類推適用を図る契約承継説を紹介した。第4節では、利益衡量アプローチ及び物権的権利を肯定する見地からのBGH判旨の射程の検討と事例類型化の試みを行った博士論文を紹介した。

¹⁸⁵ Grimm, a.a.O. (Fn.144), S.330

このように、学説においては多数の批判や実務解説、また、肯定的論考においても類型化の試みが繰り返されることから、3判決において示された「原則的」存続の射程は直ちに明らかになったとは言い難い印象を受ける。少なくとも撤回権行使、合意解除、解約告知に関しては原則的事例に妥当するとしたものの、いかなる場合が「例外」にあたるのかについて、また、この判旨が示した規範の各要件の射程そのものも明らかとなっているとは言えず、また、原則的判断としての判旨は、個別事例の集積を待たざるを得ない現状をもたらしているともいえる。

これらの現象からは、単純ライセンスの物権化、サブライセンスの独立化、取引の対象としての単純ライセンスの独立性の獲得という一定の傾向を認めることも可能かもしれない。

第2部では、ライセンシーの利益と、この判例の一つの根拠をなした承継的保護—また、それと結合するライセンスの物権化—が、著作権法史において何をもって正当化されてきたのかについて、検討を試みる。

また、第3部では、BGHが近時の判例で採用した「準物権としてのライセンス」と「サブライセンス存続」が利益適合的であるかどうかを考察する例示的現象としての、著作者の第2利用権とエンドユーザーライセンスの物権化を取り扱う。

第2部 歴史的展開

第2部では、知的財産の利用形式としての「ライセンス」「許諾」の形成過程を、前章までで確認された重要概念を中心に追跡する。ライセンス法全体の発展の記述は膨大かつ拡散化せざるを得ないため、前章までの重要判例における主要概念の範囲に限定した記述を試みる。

ただし、本稿においては19世紀前半までの著作物利用形式の展開は、入手資料と調査能力の限界から、二次資料である歴史文献による概観にとどまるもの、性格上補論に近いものとなったことをお断りしておく。より詳細な検討は別稿を期したい¹⁸⁶。

第4章 (補論) 前史—1870年統一著作権法成立までの著作物利用の法形式

本章では、知的財産の利用形式としての「ライセンス」「許諾」の形成過程の概略を記述する。

さしあたり、著作権の「ライセンス」、「許諾」及びドイツ著作権法で用いられる「利用権」は、「著作権の完全な移転すなわち譲渡を受けるのではなくして、著作物（又は著作権）を利用できる権原である」と定義できる。このような著作物の利用権原は、一少なくとも現在の概念では一利用権原の根拠となる権利である著作権の影響を強く受ける。そのため、著作権及び特許権自体の歴史的発展にも必要な範囲で立ち入ることにする。

¹⁸⁶ 啓蒙主義期ドイツ所有権論に基づく著作権概念の形成の概略は、すでに拙稿「18世紀末における「著作者の権利」—翻刻論争とプロイセン一般ラント法（1）・（2・完）」早稲田大学法研論集131号（2009）、141号（2011）においても扱った。

しかし、経済的利用者の利用権原が、創作者の利用権原よりも先に普及したことも一般に広く承認されていることである。すなわち、近代的著作権法成立以前の時代を「出版特権」及び「既得権としての出版所有権」の時代¹⁸⁷とする時代区分からも明らかなように、近現代的概念にいう「著作物」に相当する何らかの対象についての複製・販売など「利用」に相当する行為について、創作者ではなくその利用者に、排他的権利など何らかの権利を原始的に認めることは、むしろ著作者の権利の成立よりも古くから行われていたといえる。

第1節 特権制度¹⁸⁸時代（18世紀末まで）

周知のように、世界最初の近代的制定著作権法は、多くの文献において1710年英国法で

¹⁸⁷ Reh binder/Peukert, Urheberrecht, 18. Aufl., 2018, Rdnr. 126-144; Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O. (Fn. 14) 5. Aufl. Einl. Rn. 108ff.; Wadle, Geistiges Eigentum Bd. 1, 1999; Dölemeyer/Klippel, Patentrecht und Musterschutz, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. 3, Das 19. Jahrhundert, Tlbd. 3, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, Coing, Helmut (Hrsg.), 1987, S. 4067ff.

¹⁸⁸ 前述のように、近代の一般妥当性を有する制定出版権法及び著作権法が登場するまで、著者と出版者の権利を規定していたのは具体的、個別的に付与される特権 Privileg であった。特権研究の第一人者ハインツ・モーンハウプトは、15世紀～18世紀の特権に関して相当程度共通する特徴を示している (Mohnhaupt: Privileg; in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 2005-2011; ders, Privatrecht in Privilegien, in: Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa, Symposium in Krakau 9.-12. Oktober 1979, Ius Commune-Sonderheft 15, Frankfurt am Main)

①特権の性質：18世紀まで、特権は法律の一種 ein Gesetz であると解され、権利付与形式・主観的な権限の根拠として、私法領域を構成する法制度の一つであった。特権は、立法者すなわち教皇や皇帝、領邦君主の恩恵行為 Gnadentat とされていた。特に18世紀以来、特権の許与は、公共善を実現するための領邦君主 (Landesherr) の義務とされた。

なお、17世紀中葉まではドイツの広い地域で神聖ローマ帝国特権が妥当したが、30年戦争の講和条約であるヴェストファーレン条約 (1648年) 以降、特権付与権原は各領邦君主に移行した。このことは特に知的財産保護に関しては重大な影響をもたらした。発明実施や無断複製が特権の存する領邦領域外に出さずれば可能となったからである。

②特権の付与権者：特権の法律的性質から、立法者のみであるとされた。特権は、その「立法」としての性格から、制定法の規範を破ることが可能となる。制定法 (または普通法 ius commune) の侵犯又は例外は、特権によって可能である。このような特権による侵犯、例外は、不特定の多数の機会について行われる。これに対し、特別免除 [特赦] dispensatio という制度もあったが、これは法律の拘束力から一度のみ解放するものである点で特権と異なるとされた。

③特権許与の典型的形式：特許状により、通例一人の者または若干数の者を権限者として名宛てした。しかしながら、制定法的な規定も、それが軍人、手工業者、年少者、婦人など、詳細に定義された人の集団に対する、普通法 (ius commune) とは異なる特別な規定である限りにおいて、特権として扱われた。

④特権の効果：特許状に定められた刑罰は直接、法律的な効果を有した。これにより、違反時の刑罰の威嚇のもとで、何人も、特権者がその権利を行使する際には妨害してはならないという規律が妥当した。

⑤保護対象：最も重要な保護対象としては、制定法による規定が存在しなかった部分が挙げられる。すなわち、発明者、債務者保護、著作者、出版者、商取引、営業等である。18世紀以降は、許与の手続が規

あると目されているが、著作権法に相当する法制度の起源は、さらに古く15世紀ヴェネツィアに遡るとされる。著作権の成立の端緒としては、1445年以降の活版印刷術の発明と普及が挙げられる¹⁸⁹。当時普及していた法制度である特権制度 Privilegiensystem が用いられたが、当時は著作者ではなく出版者に対して付与される例が多かった。すなわち、排他的権原は、むしろ創作活動ではなく出版活動そのものに由来する営業上の保護権であると解されていた。その理由としては、当時は、宗教的著作及びルネサンス期の思潮を反映して注目を集めたギリシア・ローマ古典を中心とした出版活動がなされたためであり、近代著作権法の保護対象となる同時代人の著作物は当初主要な対象ではなかったということも挙げられる¹⁹⁰。

すこし時代を経ると、著作者から誠実に手稿を取得したことを権利の発生原因とはするものの、相変わらず出版者に（原始的に）発生する排他的権原であると解されていた。現在では利用形式の一つに位置付けられている出版権であるが、むしろ特権時代の排他的利用権者は出版者である時代が長く続いた。これに対して、著作物に係る排他的権原の根拠が著作者であり、著作者の創作活動であるという観念が一般化するには、長い期間を要した。

定されたものもある。

特権が多数付与された時代には、特権付与の一定の要件が形成されたが、それでも「恩恵的行為 [Gnadenakt]」としての性質は失われなかった。特権付与を求める（自然権的）権利に基づく請求権ではなかったのである。また特権は、ツンフトによる制約からの解放をももたらすという利益もあったこと—すなわち特権により自由が保障された—が強調されている (F.Vogel, Rechtsverkehr, S.6ff.)。

¹⁸⁹それ以前にも、古代文化の中心地であるアテネ・ローマ・アレクサンドリアにおける書籍筆者業の隆盛に象徴されるように、現在の観念で「著作物」に相当する対象の「利用」は行われていた。当時の出版者は、数百人単位での大量の筆写奴隷を作業所に集め、朗読者による原本の朗読に基づいて羊皮紙やパピルスへの筆写を一斉に行わせる組織的かつ大規模な筆写活動を行わせたとされる。これは最初の複写産業とも目されるもので、当時の世界に普及した筆写本（巻物）や図書館の蔵書の存在は、そのような工程を経たことを例証しているとされる (Schricker, Verlagsrecht, 3. Aufl, 2001. Rn.5ff.)。例えば、古代ローマの哲学者キケローは、当時の出版業者の第一人者アッティクス Atticus に対して、次のように述べる。

「私の演説 [の筆写本] を、君は本当によく売ってくれている。この成果に鑑み、私が将来著すすべての著作を、出版に関して君に委ねることにしよう」

しかし、古代には、無断複製からの保護がなされた形跡は読み取ることができず、現代の出版権に相当するものを見出すことはできないとされる。

例えば、ローマの詩人マルティアリス Marcus Valerius Martialis (後42-104)は、自らの格言詩を解放奴隷に喩え、Martialis 作の詩を自らの作品と偽った Fidentinus という者を人さらい (plagiarius) と呼んだ (格言詩 I 29,52)。現代の Plagiat [独] / plagiarism [英] (盗作、剽窃) という語の語源であるが、このような表現がなされたことは、同時に「知的財産」「著作権」概念の不在を示していた (Rehbinder/Peukert, Urheberrecht, a.a.O., (Fn.187), Rdnr.126)

¹⁹⁰ Schricker, a.a.O. (Fn.189), Rdnr.6.

1 出版特権

現在の出版権・著作権に通じる特権¹⁹¹は、伝統的なドイツの著作権歴史書においては、①印刷特権、②書籍特権、③著作者特権、④地域特権の4つに類型化されている¹⁹²。これに従って記述する。しかし、出版された書籍全体の数に比して付与された特権の数は多いものではなかった。

①印刷特権は、活版印刷術の発明からしばらくの間付与されたもので、「印刷技術のある地域にもたらした」ことを理由として付与される特権であった。すなわち、著作物の保護ではなく、むしろ発明・新技術保護的性質を有した。その最初の特権は1469年に都市国家ヴェネツィアがドイツのヨハン・アウス・シュパイアーという者に、5年の期間付与したものであるとされている。

②その後、書籍特権（出版特権）が普及した。これは、一定の個別の印刷物保護のための特権又は一部の著作物を対象に、出版者に与えられた一般的特権である。

1481年にミラノのスフォルツァ公が、ミラノ書記官の作品「スフォルツィアーデ」に対して書籍業者ザロットに付与したものに始まるとされている。ヴェネツィアで1496年、出版者アルドゥス・マヌティウスにギリシア語書籍の印刷の特権が与えられたように、古代文献に対する特権も付与されることから、精神活動の成果の保護ではなく、書籍生産に係る投資の回収を可能ならしめる投資保護的性質が前面にあったとされる¹⁹³。

ドイツでは、1501年に人文主義者コンラート・ケルティスに対して、10世紀の詩人、ノネ・フロスヴィタ・フォン・ガンデルスハイムの詩の新版に係る特権が付与されている。また、1532年にマインツの印刷業者ヨハネス・シェッファアーが、カロリング刑法典の出版に

¹⁹¹ 当時の特権制度と近代的著作権制度の連続性の有無については、1960年代にドイツ法制史において論争が生じていた。

すなわち、Bappertは、著者特権及び印刷特権について、当時の特権は産業・営業保護法的性質を有しており、著作者の創作行為の観点から付与されたものではなかったことを指摘している（M.Vogel）。書籍価格の低下を目標として翻刻出版者への特権付与もなされたこともこれを支持する見解である（Dölemeyer/Klippel, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in: FS GRUR, 1991, S.185ff.[192f.]）。一方、Pohlmannは当時の多数の特許状の実証研究から、著作者自身に付与された特権の数が多いいことを指摘し、著作者及び出版特権の近代著作権法との連続性を強調する。ただし、著作者特権は、著作者が自ら著作物を利用したり、出版するために用いられたわけではなかったこと、著作者の原始的利用権原であるよりは、出版者の地位を有利にするために付与されたという主張もある。

実際のところは、著作者は、著作者特権によって利益を得ることもあれば、出版特権が付与された出版者から間接的に利益を得ることもあり、特権付与の実務は多様であったということに尽きるであろう。創作的行為に関係したのか、そうでないのかという問いはあまり意義がないし、営業保護権的性質が強かったのか、著作者保護的性質が強かったのかどうかを断定することもさほどの意義を持たないという見解が呈されている。筆者もこの見解が説得的であると考え（F.Vogel, Rechtsverkehr, S.18f.）

¹⁹² Reh binder/Peukert, a.a.O.(Fn.187), Rdnr. 130ff; vgl. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3.Aufl. S.50ff.

¹⁹³ Schrickler/Loewenheim/Vogel, a.a.O.(Fn.14), Einl. Rn.111.

係る神聖ローマ皇帝の特権を受けた例が、著名な例とされている。書籍特権付与は、宗教権力及び政治権力における監視を目的として、検閲とも結びついた。

③著作者特権は、①②とは異なり、著作者に対して付与され著作者の精神的創作的成果の保護を行ったことにより、著作権との近接性を持つものであると評価される。その始まりは、1486年にヴェネツィアでサベリクスなる人物に対して、彼の著作「ヴェネツィア史」に対して付与されたものが最初であるとされ、ヴェネツィアでは続いて多数の特権が付与されている。ドイツでも、15世紀初頭以来、このような特権は多数付与されたようであり、神聖ローマ帝国司法局が付与した特権として、著名人としては画家アルブレヒト・デューラー（1511）が著作者名の冒用の禁止に関する特権を受けたり、作曲家オルランド・ディ・ラッソ（1581）に付与されている例がある。これらの特権は、成果・給付の保護 *Leistungsschutz* という点では②出版特権と同じ趣旨をもつ（つまりは、②と趣旨の面ではさほどの区別はなかったし、その差異は明確に意識もされていなかった）ものとも解されるが、特にこれらの特権により、著作者に経済的報償を付与する端緒がかなり早い時期に見られたこと¹⁹⁴、著作者人格権的価値の保護に関する特権付与も行われたことが指摘される。1544年には、著作物の公表にあたって著作者の承諾を要するものとするヴェネツィア布告がなされている。当時、著作者人格権的利益を正当化した要素として、特に無許諾複製業者による歪曲版が検閲にさらされる危険性があった。

④地域特権は、16世紀中葉から登場するもので、一定の集団の利益になる一般的な無許諾複製の禁止を、一定期間定めたもので、特別制定法〔／特別法 *Sondergesetz*〕の性質を有する。1531年10月28日のスイスのバーゼル市参事会布告はバーゼル市の全ての印刷業者に対し、バーゼルで発行された書籍を著作物の発行後3年間無断複製を禁じるものである。

2 特権制度下におけるライセンス

①印刷特権、②出版特権については、特権の完全譲渡は広い範囲で可能であったとされる¹⁹⁵。特権保有者による他人への利用許諾—現代にいう「ライセンス」に相当する行為—については、①印刷特権を含む発明者特権と②出版特権では対照的な性質が指摘されている。すなわち、発明者特権では、他人による同一発明の実施による対価の獲得という観点からライセンスが多用されていた。むしろ、16世紀は、強制ライセンス、すなわち、特権付与において、他人による実施許諾を、補償金を対価として義務付けられることが多かったとされる¹⁹⁶（ドイツにおいてはこの特許ライセンスの強制ライセンス的性質は、その後19世紀中葉

¹⁹⁴ Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O.(Fn.14), Einl. Rd.114.

¹⁹⁵ F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.24, 中山信弘『特許法 [第2版]』(弘文堂、2015年) 28頁も参照。

¹⁹⁶ Silverstein, *Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien.*, S.75f. 1961., Florian Vogel, *Rechtsverkehr*, S.11f.

16世紀ごろ当時の発明者特権付与の利益は、国家財政の負担によらずに、発明者に報酬を保証し、かつ、有害な独占ももたらさず、発明を可能な限り広い範囲の者に利用可能にする点にあったとされる。ゆえに、

の統一特許法制定に関する論争の中でプロパテント論者の論拠として再浮上することになる)。他方、②出版特権及び③著者特権又に関してはその性質上、ライセンスが行われることは少なかったとされる（同一の著作物を別の装丁で複数の独立の出版者から販売するという発想は、当時の書籍業者にはなかったようである）、出版権原の他者への承認はほとんどの場合は権利の完全譲渡（承継的移転）によってなされていたことを指摘している¹⁹⁷。

また、特権とは無関係に、書籍制作及び絵画制作に関する契約が普及した。最初の出現は15世紀ごろであるとされるが、当時普及していた意識において著作者の著作物保護は意識されておらず、請負契約又は組合契約的性質を有するにとどまったが、双方が負う責任を定める条項からは、固有のライセンス契約的性質も認められるとされる¹⁹⁸。

3 出版所有権説の形成

(1) 概要

特権制度による出版保護の普及後、16世紀ごろから、書籍生産の中心地で、出版所有権概念が提唱された¹⁹⁹。これは、特権がなくても、著作物利用に関して、既得権的な一種の所有権／財産権 *Eigentum* が帰属するという概念である。すなわち、①著作者からの手稿の取得または②特に過去の著作物に関してなされた、初回かつ長期間の印刷並びに印刷・用紙の調達・販売に対する継続的投資にを根拠に、後に取得された特権に対しても主張できる排他的原始的権利が既得権 *ius quaesitum* として、成立するというものである²⁰⁰。

強制ライセンス、すなわち関心を有する第三者に対価を得てその技術を教授する義務を特権保有者に義務付けるといような制度が通例であったとされる。このことは、数多くの特権証において、ライセンス料の額を記載する運用が普及していたことによって例証されるとされる。しかし、18世紀ごろから、工場制手工業の展開による集中的商品生産の可能化と重商主義経済政策により、特権の独占的性格が強化された。加えて、特権付与は絶対主義時代の国家財政を維持するための収入源となり、発明者特権及び出版特権の付与は高額となり、さらには、強制ライセンスを伴わない特権を、強制ライセンス付き特権よりも高額で付与するという運用が行われたことが、独占的性質を促進したとされている（F. Vogel, *Rechtverkehr*, S.11ff.）。

¹⁹⁷ F. Vogel, *Rechtverkehr*, S.11.

¹⁹⁸ F. Vogel, *Rechtverkehr*, S.16.が挙げている例として、1695年に行われた大学教授ヴァーゲンシュティルと印刷業者コーレスとの『ニュルンベルク史』に関する書物の執筆契約がある。この契約では、報酬は売上に応じて支払われるものとし、当該著作物を、「一切の努力にもかかわらず」1696年秋のフランクフルトの書籍メッセの後2年以内に販売できなければ、著作者はそこから生じる損害を回避する義務を負うとしている。この条項は、その損害が海賊版によって生じたときには、適用されないものとするを定めている。すなわち、この契約では、著作者は、著作物が「営業上の」利益をもたらすように責任を有することと、より廉価な無断複製本が流通したために、その利益が得られなかったことは、（営業上の利益を表す間接証拠となるが）出版者の責任とすることなどが定められているということになる。

¹⁹⁹ Reh binder/Peukert, a.a.O.(Fn.187), Rdnr.135.これは、ルートヴィヒ・ギーゼケのドイツ著作権法の代表的歴史書（1957年）の呼称に基づくものである（Ludwig Gieseke, *Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts*, S.93ff.）。

²⁰⁰ Ludwig Gieseke, a.a.O.(Fn.199),S.93ff.; Schricker/Loewenheim/Vogel,a.a.O. Einl. Rn. 116.

英国でもこれに対応する概念が生じており、イングランドの書籍ギルドにおけるものが世界的にも最初とされる（Stationers' Company, 1556の国王布告による²⁰¹。排他的出版権の保有者をowner of copyと呼称し、これはcopyrightの語源を形成している）。

ドイツでは、フランクフルト（フランクフルト・アム・マイン。以下同）の1588年以降の書籍印刷規則、ニュルンベルクの1673年の書籍印刷規則などが、この説の表れとして挙げられるが、とりわけ重要視されるのが、1686年のザクセン選帝侯領布告 Kursächsische Mandat である。フランクフルトの書籍メッセは、神聖ローマ帝国下での検閲の影響で衰退し、代わってザクセン選帝侯領のライプツィヒの書籍メッセが、その後のドイツの書籍取引の中心地となった。この布告は、ザクセンに居所を置く又はライプツィヒの書籍メッセを訪れる書籍業者が、「著者から書籍を誠実な方法で取得した者の書籍（下線著者）、さらに[auch wohl]、書物に関して特権を取得した者の書籍について無断複製 Nachdruckを行うことは、それらの者に著しい損害を与えるため、禁止される」というものである²⁰²。このように、ライプツィヒでは、海賊版業者の書籍メッセへの参加が禁止された²⁰³。続いて、1773年12月8日のザクセン選帝侯領布告では、ライプツィヒ書籍メッセに集中する書籍業者を考慮して、規定はさらに明確化され、他の地域でみられた特権付与の恣意性が、出版所有権論の原則（草稿の適法な取得、必要に応じて改版すること）に基づいて適正化された。

このように、出版所有権説は、①著作者からの取得又は②継続的投資を正当化根拠として出版者の権原の原始取得の正当化を図るものであったが、また、同時に、特権付与の恣意性を抑制する効果をもたらした。

（2）出版所有権と固有の契約類型としての出版契約の形成

書籍取引の中心地であるザクセン選帝侯領ライプツィヒなどでは、前述の出版所有権説のように、「著作者からの誠実な取得」や「継続的投資」を根拠として出版者の排他的権原の取得がなされるという見解が普及したことにより、出版に関する契約の性質理解も変容した。

すなわち、初期の出版に関する契約は、「著作者の同意を得て、出版者に対して、印刷を目的として草稿が引渡され、利用が許容される」という意味しか持たなかったが、その後、「著作者から原稿の入手を根拠にして原始的排他的権利を発生させる行為」、ひいてはさらに、「著作者に原始的に属する権原を出版者が取得する」という意義が認められるに至った。

こうして、出版権の内容の形成とともに、出版契約は、固有の契約類型として意識されるようになった。すなわち、出版契約は、①物権的側面において、出版者は通常侵害に基づく

²⁰¹ Reh binder/Peukert, Rnnr.135.英国におけるコピーライトの形成については、白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社、1998）参照。

²⁰² Schrick er/Schricker. a.a.O.(Fn.189). Rdnr.5ff.

²⁰³ しかし、実際のところは、無許諾複製者の訴追にあたって、特権の存在が要件とされたようである（Reh binder/Peukert, a.a.O.(Fn.187),Rdnr. 135）

独立した請求権行使を志向するので、絶対的・対世的効力を有する権利の許与を目的とするものとなった。また、②債権法的側面においても、両当事者に、出版者の出版義務と著作者の原稿引渡義務のような固有の類型的義務が存在するため、ローマ法以来の契約類型には包摂されず、早い時期から固有の種類契約類型であると見られたのである（そして、各領邦の立法においては、現在の著作権の内容でいう複製権の一部のみに相当する権利内容の複製禁止立法の時代が長く続き、その後権利の内容が拡大されるに至ったこと、また、出版契約が契約類型として古くから意識されたことから、出版契約は著作物利用許諾契約一般の原型としての意味を持つと評価できる）²⁰⁴。

出版権については、(強制)ライセンスが多用された発明者特権とは対照的に、利用権原を有する出版者自身が第三者に対して権利行使可能であることは、さほど争われる余地がなく認められてきた²⁰⁵。

しかし、それは、著作者と出版者の間に法的問題がないという意味では全くなく、出版権の法的構成については多様な見解が主張された。特に、

①出版者の権利は原始的に成立するのか、著作者から取得するのか、

②出版者は著作者の権利を一部譲渡されるのか（一部譲渡の態様も問題となる）、完全に譲渡されるのか、それとも負担的な権利が発生するだけであるのか

③出版者は出版権を移転できるのかが問題となった。

その構成には特に、以下5に見る啓蒙主義期所有権概念の影響を強く受けることとなった。

以上のように、排他的権利としての出版所有権概念の形成は、固有の契約としての出版契約の形成をももたらしたが、同時に法律的構成について、未回答の多様な問題を提起することになった。

第2節 18世紀後半-19世紀前半：精神的所有権（知的財産権）概念の普及と近代的著作権法成立下の著作物利用形式（補論）

1 政治経済史的背景

18世紀後半には、かつてない「大海賊版時代／翻刻出版の黄金時代 Nachdruckzeitalter」²⁰⁶とも称される国家規模での組織的無許諾出版が行われた。すなわち、7年戦争によるプロイセンとオーストリア間の対立を背景に、オーストリア及びドイツ南部領邦の書籍業者が、領邦君主の奨励ないしは容認に基づいて²⁰⁶、対立国の書籍を中心に、組織的な無許諾出版を行った。その正当性については、1765年ごろから広い層において激しい議論が繰り広げられ、

²⁰⁴ F.Vogel, Rechtsverkehr, S.40.

²⁰⁵ F.Vogel, ebd.; Schrickler, VerlG. Einl. Rdnr.6.それには、情報伝達手段の物理的・技術的制約ゆえに、著作者は他人への伝達のための手段として出版者を不可欠なものとしたことも影響しているであろう。

²⁰⁶ 翻刻出版者にも特権が付与された例が特権の投資保護性を例証する実例として、前掲1960年代の特権の性質をめぐる論争の中で挙げられることが多かった。

19世紀初頭まで、新聞・書籍など膨大な文献がこの問題を取り上げていた。

当初は、特に海賊版は書籍業界の問題として取り上げられ、またその読者=公衆 Publikum への影響が問題視され、「著者の権利」の侵害としてはほとんど論じられなかった。代表的な問題は、翻刻は書物の価格にどのように影響するのか、そして海賊版は公共にとって有益か否か、という事柄であった。しかし、1790年ごろには『『著作者の権利』とそれに由来する『出版者の権利』が議論の中心を占めた²⁰⁷。その多くは18世紀前半の初期精神的所有権論の論文と同様、未だ19世紀中葉のパンデクテン法学による物所有権への限定を経ず多義的であった所有(権) Eigentum 概念を援用した。とはいえ、これは当初一以下の当時の代表的論説にもみられるように一出版者の利益を保護しようとする要請の表れであり²⁰⁸、出版権の正当化のために持ち出されてきたものという性格が強いことが指摘される。

2 思想的背景

(1) 自然法の所有権論

18世紀前半に法学者によって主張された精神的所有権説²⁰⁹についてはイングランドのジョン・ロックの『統治二論』(1690年)の影響が指摘される(ただしドイツへの影響は間接的なものにとどまり、実証はされていないとの指摘も見られる。詳細は別稿に譲る)。

ジョン・ロックによれば、自然状態においては全ての財産は人間にとって共有である。しかし人間はこの本来的状態においてすでに所有の状態にある。すなわち、彼は彼自身の支配者であり、彼自身の人格と行為の所有者として存在する。

「彼の人格について、彼以外の誰も権利を有さない。彼の身体の労働と、両手の働きは、

²⁰⁷ Gieseke, Vom Privilegien zum Urheberrecht, 1995, S.162.なおこの論争に関して、当時の思想家が述べた見解が、後年の著作権概念における著作者の位置づけにも多大な影響を及ぼした。後述1771年ピュッター『翻刻論』、1785年カント『偽版の不法行為について』『人倫の形而上学—法論の形而上学-書物』、1793年フィヒテ『書物の偽版の不当性の証明』などである。これらの中には、出版者からの依頼を受けて書かれたと思われるものが多い。

²⁰⁸ Martin Vogel: Der literarische Markt und die Entstehung des Verlags- und Urheberrechts bis zum Jahre 1800. In: Rhetotik, Ästhetik, Ideologie. Aspekte einer Kulturwissenschaft, Stuttgart, 1973 S.117.

²⁰⁹ Geistiges Eigentum の訳語としては、従来の慣行に従い、原則として「精神的所有権」の語を用いる。しかし、現在のドイツ語の語彙では「知的財産権」もしくは「知的所有権」に相当する訳語として用いられる(例えば WIPO, World Intellectual Property Organization のドイツ語訳は Die Weltorganisation für geistiges Eigentum である)。ただ、後述するように、19世紀中葉以降のドイツパンデクテン法学における物所有権 Sacheigentum への志向が、所有権概念を有体物に限るという厳格な概念運用をもたらし、知的財産権については、無体財産権 Immaterial Gueterrecht、もしくは著作権および産業保護権 Urheberrecht und Gewerbliche Schutzrecht という用語が用いられたことから、18世紀、哲学を背景に主張された、Geistiges Eigentum を含む広範な所有権概念として使用されていた Eigentum を使用することは2000年ごろにはまだ私法学から未だ抵抗を受けるものと捉えられていた (Vgl. Götting, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, S.353 ff.)。

まさしく彼のものである」。²¹⁰

そして、人間は共有の自然状態の対象を加工するとき、自己の労働を付け加えるので、その対象はその者の所有に帰するとされる。

この命題は所有権に2つの意義をもたらす²¹¹。

①所有権概念の拡大：「所有権」概念が、有体物の支配権を超えて、人間の行為とその成果を包括する権利に拡大する。「所有権」は人間の有する権利の総体の呼称となる。伝統的な「(有体)物所有権」は、人の総体的権利としての「所有権」の下位カテゴリの一つに位置づけられるに過ぎなくなる。

②所有権と人格の直接の結合：人の人格的自由が、このような広い哲学的「所有権」概念の直接の正当化根拠となる。

この哲学的「所有権」概念は、後年(19世紀後半のドイツ歴史法学・パンデクテン法学)の法学的術語の「所有権」とは明らかに異なり、著作者の権利を精神的所有権(知的財産権)として正当化し、法学的に定式化する根拠となった。哲学的(啓蒙主義的・自然権的)「所有権」概念が、著作者の自由な人格と不可分に結びつけられた権利として承認されたからである。

D. クリッペルの表現によれば、「所有権と人格の結合に基づく自然権的所有権概念は、無体物の対象に関する絶対的な諸権利のカテゴリの創始の基盤を準備した」のであり²¹²、ディーター・シュヴァープは、『歴史的基本概念辞典』において、この現象を「所有権の人格化」と呼称した²¹³。

(2) 全部譲渡説：ピュッターによる自然権的・精神的所有権的正当化

ドイツでは、前記のような思考を表明した代表的な論者として、ゲッティンゲン大学教授ピュッター(Johann Stephan Pütter, 1725-1807)の論文『法の真の諸原則に基づく翻刻[書籍複製]』(1774)²¹⁴およびその要約『翻刻[書籍複製]論』(1777)が挙げられる。

²¹⁰ 和訳として鶴飼信成訳『市民政府論』(岩波文庫、1968年)32頁参照。

²¹¹ Gerhard Luf, *Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht* S.13, Dittrich(Hrsg.), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*, Wien, 1988.

²¹² Klippel, *Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert* (1982) in: *ZNR* 4 (1982), S. 132-155.

²¹³ Dieter Schwab, »Eigentum«, Hrsg. Reinhard Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 2, 1975 S.86.

²¹⁴ Pütter, *Der Büchernachdruck nach achten Grundsätzen des Rechts*. この論文については、評価が分かれている(Wadle, *Geistiges Eigentum*, Bd.I, 1999, S.110)。出版権を著作者に生じ、契約によって出版者に移るという考え方の最初の動因となったことを述べているが、すでに19世紀末のKohler, *Die Idee des Geistiges Eigentums*, in: *AcP* 82(1894), S.141-242, 180をはじめとして、W.Neusüß, *Gesunde Vernunft und Natur der Sache*. 1970などは、ピュッターは著作権解釈論に新たなものを何ら付け加えたわけではなく、既存の学説を集成したものにと過ぎないとしている(同旨、Gieseke, a.a.O.(Fn.207) 1995, S.166.また、白田・前掲注201) 198頁。

彼は、「著作者の権利は、ローマ法にもカノン法にも相当する規定がない。書物の印刷は、この2つの法典よりはるかに後の時代の発明である。それゆえ、作者の権利は事物の自然 [条理] Natur der Sache から正当化される。」と述べたうえで、

「ある者の技能と努力に基づいて存在しているものはすべて、その者の所有物 Eigentum であると考えられるのと同様、知識ある者が作った作品は、もともとその著作者の真の所有物 Eigentum である……そのような労働に対しては、何人も著作者との合意によらず何らかの権利を行使することはできない。書物の著作者、またその死後はその相続人、またその人から正当に所有権 Eigentum を譲り受けた者のみが、そのような著作物を印刷させるか否か、またどのように印刷させるべきか、自由な意思 Freye Willkür で決めることができる」²¹⁵とする。

このように、ピュッターにおいては著者の権利が所有権 Eigentum 概念として示される。続いて彼は、著者のこのような「所有権 Eigentum」は契約により譲渡しうることに言及し、大抵の著者は、印刷と販売が出版者の自己の計算でできるように、その「所有権」を出版者に譲渡することを述べている。

適法な出版者は「その出版権を、他のすべての所有権 [の対象] と同様に、完全な権能をもって、可能な態様で利用し、又は付随的合意によってその他の条件が留保されていない限りで、他人に引渡す überlassen ことができ、また、その死後は相続人に残される」

出版契約により、手稿の「所有権」は出版者に移り、出版者は印刷に際して「一般的な自由を行使するだけでなく、所有権的に一取得された一既得権 eigentümlichwohlerworbene Recht を行使する。出版者は、かかる出版権を、すべての他の所有権 Eigentum のごとく、付随的合意によって別段の制約が留保されていない限り、当然に行使できる。出版者はこの権利を他人に譲渡 Überlassen でき、また、彼の死後はこの権利は相続人に残される。」²¹⁶そして、「一度正当に獲得された出版権は、版を譲受けた出版業が相続人や権利承継人によって続く限り存続する」として、著作者から譲渡された出版権の永遠の存続を認めている。

このように、ピュッターの議論には、出版権の正当化のために著者の権利を所有権 Eigentum として位置づける性格が指摘される。ピュッターの論は、少なくとも当時の精神的所有権論における学説を集成したところには意義がある著作とされているが、むしろ出版権中心の構成に偏り、より著作者の利益を意識していた初期精神的所有権説の主張を弱めてしまっているともいわれる²¹⁷。ただ、当時の公法学者としての名声から、ピュッターの説は従来多大な影響を与えたとされている。

²¹⁵ Pütter, a.a.O. (Fn.214), S.25.

²¹⁶ Pütter, a.a.O. (Fn. 214), S.74.

²¹⁷ Gieseke, a.a.O. (Fn.207), S.166.

(3) 制限付譲渡説—フィヒテ

ドイツ観念論の哲学者ヨハン・ゴットリープ・フィヒテ Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) は『書物の偽版の不当性の証明』(1793)²¹⁸の中で、当時の観念論哲学の概念であった「素材」と「形式」を応用し独自の見解を打ち出した。

彼は、書物を精神的著作物 Buch と有体の書籍 Buchstück に区別する。有体物としての書籍の所有権は所有権の譲渡とともに譲受人に完全に移転する。しかし書物の精神に関しては更なる区別が生じる。すなわち、Buch はさらに「素材 (das Materielle)」である思想内容と「形式 (die Form)」である表現方法に分けられ、思想内容=素材の所有権は、書物の購入者が読書を通じて、自身の思想の連関(Ideenverbindung)に受け入れることによって、書物の購入者に属する。しかし、この思想内容については、作品の公表とともに著作者の排他的所有ではなくなるが、すべての読者の共有(mit vielen gemeinschaftliche Eigentum)として存在する。

一方、表現方法=形式の所有権は、著作者に帰属する。これは著作者の創作の過程で、表象により個性化された観念関係であり、窃取してはならないものとなる。これに対して著作者は「自然生得の譲渡不能の所有権 Eigentumsrecht」²¹⁹を有するものとされる(ここでも、後年の法学的所有権概念と非常に異なり、人格と結びついた広汎な啓蒙主義哲学的所有権 Eigentum 概念が使用されていることは明らかである)。

この譲渡不可能性により、出版者は契約により、著者の形式の所有権に対する「用益権 Niessbrauch」のみを有することのみが正当化され、無断複製物の出版は形式の所有権を侵害することとされる。

以上のように、フィヒテでは形式の所有権は、譲渡不可能なものとして位置づけられ、利用形式である出版者の権利は所有権の制限物権的負担として構成される。

(4) 債権的行為による出版権の正当化説—カント、ツェラ

ドイツ観念論を代表する哲学者イマヌエル・カントは Immanuel Kant は、1785年の論文『偽版の不当性について』²²⁰で、著作者から生じる権利の所有権的構成を否定した。

書物とは、著作者の読者に対する談話であり、出版者は著作者の名で著作者の『業務遂行者 Geschäftsführer』として読者に語るものである、と位置づけた。

「私は、出版とは、自己固有の名において行われる商品の取引とは解さず、他人すなわち著作者の名において取引 [業務] Geschäftes を遂行することであると解する。こう解するこ

²¹⁸ Fichte, Beweis der Unrechtmässigkeit des Buchernachdrucks, Berliner Monatschrift Bd. 21S. 443-483 in *Fichtes Werke Band VIII*, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1971 S.223 ff.

²¹⁹ Fichte, a.a.O. (Fn.218), S.233.

²²⁰ Kant, Von Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks, in Berlinische Monatsschrift 5 (1785), S. 403ff.

とによって、無断複製の違法性を明らかにすることができる」と考へる²²¹。

そして、そのような書物を通じた談話が可能になるためには、著作者が契約により出版者に代理権 *Vollmacht* を与える授権行為 *Bevollmächtigung* が必要であるとされた。

無断複製者はそのような授権行為を経ないため、権限を有しておらず、著作者の意思に反し、しかも著者の名において無断複製を行っている。有体の書籍に対しては、物権が生じるが、出版者が読者に語ることとしての書物は、人的な権利 *persönliches Recht* の対象である。カントによれば物権と人の権利を混同することは誤りであり、著者の権利は人の権利 *ius personalissimum*²²²、すなわち、他人が著者の承諾なくして読者に語らせることを排除する権利であると位置づけた²²³。

しかしながら、カントは、この授権行為によって生じる代理権を、「著作者が彼に許与する代理権の所有者 *Eigenthümer* であるとし」、この代理権は、「譲渡不能な（人的な権利）であるとは解されず、出版者は他の出版者に対しても移転できるとし²²⁴、さらに、この代理権的地位に基づいて、無断複製者が得た利益は、著作者に対してではなく、出版者に対して引渡さねばならないとしている。これらのことからすれば、結局、出版者の有する業務遂行権は、出版者において結局再び物権化されているともいえる。²²⁵

—このように、授権行為と出版者の業務遂行権をどう解するのにもよるが一少なくとも、カントにおける授権行為による出版契約は債権的行為による正当化であるとも理解される²²⁶。

²²¹ Kant, a.a.O.(Fn.220), S.408.

²²² 木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1): 人格権概念に仮託された意味・機能に着目して」立命館法学 295号 94頁以下(107頁)も参照。

²²³ なお、カントのこの議論を著作者人格権の端緒であると位置づける見解は、著作権法学説において古くから見られた (Felix Dahn, *Deutsches Rechtsbuch*, S.17, Ulmer, *Urheber und Verlagsrecht*, 3.Aufl., § 17 I 1, Hubmann, *Urheber- und Verlagsrecht*, 6.Aufl. § 3V; 最近では Reh binder/Peukert, a.a.O.(Fn.187)(2018年)においてもこの記述がみられる) が、現在では否定的な見解が有力となっている (Klingenberg, *Vom persönlichen Recht zum Persönlichkeitsrecht*, in: ZSR, Bd. 96, S.193)。カントにおいては、"Persönliches Recht"は「人的な権利」とでも訳され、単に、物権の対義概念としての「債権」を指す呼称として用いられていることが指摘されている。そうすると、実際にはこのような権利構成をすることにより、カントの「人の権利」は精神的所有権と内容的にほとんど近接した概念となっているとも指摘される (F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.51)。ただ、これに対して、Dölemeyer/Klippel は、以下のような反論を行っている (ders, FS GRUR 1991, S.185, Fn.54)。「しかし、少なくともカント哲学は、人間を手段ではなく目的であると解し、尊重されるべき人格という思想によって、1790年ごろ以降に成立した数多くのカント的自然法教科書の基礎を提供したことにより、「人格の権利」の思想の発展に重要な意義を果たしている」。これらからすれば、カントが人格権説の形成に与えた多大な影響は認められるが、1785年の「無断出版の不当性」論文の法律構成の論旨に関する限りでは、人格説の端緒となるべきものは認めがたい、との結論が妥当であるように思われる。

²²⁴ Kant, a.a.O (Fn.220) . S.408.

²²⁵ F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.51.

²²⁶ M. Vogel, *Grundzüge der Geschichte des Urheberrechts in Deutschland*, in: Dittrich, Robert(Hrsg.),

ヨハン・ヤーコプ・ツェラも、債権的構成を強く主張した。彼は、書籍に関する作者の所有権説を前提に、手稿の所有権と、「作者が伝える事実・出来事」とを区別しているが、出版権は、第2版の出版が手稿なくして可能であることから、所有権の譲渡ではなく、「所有権者との人的な契約 *persönlichen Vertrag*」であり、その契約によって、所有権者は出版者に書籍を印刷し生じる収益を引き出す権利を付与する *einräumen*」にすぎないとした。しかしその一方で、出版者には債権所有権なるものが帰属するとして、第三者に対し独自に手段を取りうる出版権を認めている²²⁷。

すなわち、当時の出版者への排他的権利の帰属の要請が、出版者の権利を単純債権的効力にとどまらせなかったことをも示している。

(5) ミューレンブルッフの債権実施譲渡説

作者の権利についての言説ではないが、後代の概念形成に重大な影響を与えた説として、ミューレンブルッフの債権実施譲渡説²²⁸がある。ミューレンブルッフは、債権自体の譲渡不能性を主張した。債権は、債務者に対する債権者の関係を本質とし、他人にとっては権利の目的にはなりえないという性質を有することから、ローマ法を根拠にして、権利自体ではなく権利の実施〔行使 *Ausübung*〕のみが譲渡できるとした。

権利の実施の譲渡が可能であるという思想は、19世紀後半に、著作権の譲渡にとって有用であるとされた。著作権でも、債権者と同様に、人格と権利との密接な結びつきが決定的に重要であった。その人格から離れる権原は両者の事例では考えられないので、権利は原始的保有者にとどまらねばならないのである。

ミューレンブルッフの説は、19世紀の歴史学派によって支持されたことにより、著作権の譲渡不能性・実施譲渡説への一因をもたらしたとされている。

3 立法例—プロイセン一般ラント法（1794年）の出版契約

出版契約に関する詳細な規定をドイツで最初に置いたのは、プロイセン一般ラント法（1794年）第1巻11章996条 - 1036条であったとされる。

1794年のプロイセン一般ラント法は、次のように規定していた。

プロイセン一般ラント法 第1部11章8節 出版契約²²⁹

Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wien, 1988. S.125; F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.51f. しかしこの論考では同時に、カントは所有権概念を非常に広い意義で解しており（ders, a.a.O.(Fn.220) S.408）、出版者は、作者が彼に許与する「かかる業務遂行の所有者 *Eigentümer* にすぎず、権能 *Vollmacht* の所有者 *Eigentümer* である」としており、この所有権は他人に譲渡可能であるともしている。書物に関する所有権からの正当化を拒絶したことと、概念的に整合性が採れていないとの指摘も見られる。

²²⁷ F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.50f.

²²⁸ Mühlbruch, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrecht*, 3. Aufl. 1836.

²²⁹ 以下の条文は、Württembergische Landesbibliothek Stuttgart A18/725-2,2 を掲載する Prussian Statute

996 条 著作権は、文書 Schrift を印刷によって複製し、これを書籍見本市において書籍業者及びその他の者に排他的に販売する権原である。

997 条 書籍のみならず、地図、銅版画、地形図及び音楽作品もまた、著作権の客体である。

998 条 原則として in der Regel、書籍業者は著作権を、著者との書面契約によるみ取得する。

999 条 書面による出版契約が成立しなかったときにおいて、作家によって草稿が引渡されたときは、作家に約束された報酬に関する限りでは、口頭の合意が成立する。しかし、その余の部分に関する両当事者の関係は、この法律の規定のみに基づいて判断されねばならない。

1020 条 著者の承諾なく新版を発行することができないという著者の権利は、別段の定めが明示的かつ書面により合意されていない限り、著作者の相続人には移転しない。

997 条に地図等の図面の著作物、版画が含まれるのは、文化・芸術的作品という性格を有するからではなく、それらが書物と同様に印刷行為によって複製可能であるという性格を有するためであった。なお、造形芸術作品に関する権利は全く別の章で、アカデミーに属する芸術家の特権としての規定を有していた（2 巻 8 章 405 条）。

著作者は 998 条で登場するものの、著者の権利は直接的には言及されていない。998 条の例外は、1019 条以下となっており、特に目立つものとして、書籍業者の委任による著作物に関して著作権が書籍業者に原始的に帰属するとした 1021 条、1022 条が挙げられる²³⁰。これは職務著作的規定の最初期の立法例として注目に値することが指摘される。また、他人の著作物からの抜粋・抄録（Auszüge）を他の著作物に所収することは自由にできるとされた（1027 条）。翻訳に関しては、著作権に関しては新版の制作とみなされる（1028 条）とともに、別の翻訳者による翻訳の実施は以前の版の偽版ではないとされた（1029 条）。

刑事罰に関する規定は、2 部 20 章 1294 条から 1297 条におかれていた。

1294 条は、「王国の臣民が著作権を有する書物は、何人も偽版してはならない」

1295 条は、「適法な出版者が明白に特権を有している場合、そのような特権〔を有する旨〕が、扉の上または下に印刷されている書物を偽版した者には、特許状において定められた刑罰が科せられる」

ここで、998 条の「原則として」の文言と、999 条の「書面契約の不成立」要件からは、著作権の取得が著作者との書面契約によってしかできないことを表しており、そのような包括的な権原取得としての著作権取得が、個別の版や刷の発行に関する権利との区別を行

Book (ALR), Berlin (1794), Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org を参照した。

²³⁰ Martin Löhnig, Konstanz Der Schutz des geistigen Eigentums von Autoren im Preußischen Landrecht von 1794, in: ZNR 29 (2007) S. 19ff.

う趣旨であると解される。これは、著作者保護に寄与したものと解している。

出版規定において重要な役割を果たしたのは、全体の起草者スヴァレッツとベルリンの書籍業者ニコライであった。

プロイセン一般ラント法の出版契約は、明文上著作者の権利を含まず、出版者の権利のみを規定していた。これは起草者スヴァレッツが依拠していた当時の自然法（理性法）論に原因があるとみられる。すなわち、著作者の「人としての権利 Personrecht」は法律上の規定を要さないと考えられたのである。しかし、このことから、黙示的に譲渡可能な財産的権原と、譲渡不能な人格権的権利としての著作権を分けていることが読み取れるとの指摘もみられる²³¹。

この著作者からの権利移転の法的性質及び方法は、詳細には規定されていない。

同法の出版契約部分の規定は、1837年のプロイセンの著作権法および1871年のドイツ帝国著作権法に関する部分を除き、1901年6月19日の出版権法の施行まで旧プロイセン地域で適用されることになった。

4 判例—ヴィーラント事件（全部移転説 v. 利用権設定説）

プロイセン一般ラント法の出版権規定が参酌的に適用された事例として、ザクセン選帝侯領上級控訴裁判所において争われたヴィーラント事件が挙げられる。

この事件は、当代に著作者の権利の拡充に関心を有していた著名作家であったヴィーラントが関与し、当時の著作者の権利をめぐる認識の変化を示した代表例として、Martin Vogelの歴史論文²³²に取り上げられている。すなわち、包括的・排他的利用権の出版者への全部移転から、著作者に残る権利が存在するという認識への変化である。

(1) 事案の概要

1792年12月6日、ライプツィヒのヴァイトマン書店の当時の取締役グレフ(Ernst Marin Gräff²³³、1760-1802、以下X)が、ライプツィヒの書籍委員会に訴状を提出し、古典主義期の文豪ヴィーラント(Christoph Martin Wieland, 1733-1813)の全集版を出版した出版者ゲッシェン(Georg Joachim Göschen、以下Y)による無断複製出版行為からの権利保護を求

²³¹ F. Vogel, Rechtsverkehr, S.53.

²³² 事案の概要と判決文のリプリント版は以下を参照した。Martin Vogel: Urheberrechtsvertragsprobleme am Ende des 18. Jahrhunderts. In: FS Georg Roeber 1982. S.243ff.; Schricker/Loewenheim/Vogel, a.a.O.(Fn.14), Rn.123.この訴訟の著作権法史にとっての意義を、マルティン・フォーゲルは次のように述べる。「すでに本事件の訴訟当事者に限られず多くの場面で行われていた、著作者と出版者の権利原則に関する議論を加熱した。この議論は、所有権概念 *dominum* に定位された出版権の解釈論を克服し、独立した著作者の権利を定義することに寄与した」

²³³ Julia Graf/Diethelm Klippel, „Ernst Martin Graeff“, Simon Apel, Louis Pahlow, Matthias Wiessner(Hrsg.), Biographisches Handbuch des Geistigen Eigentums, Mohr Siebeck, 2017, S.125ff.

めた。

この訴訟の事実は次のようなものであった。

作家ヴィーラントが、ヴァイトマン書店（以下「X 書店」）の共同出資者であったライヒ (Philipp Erasmus Reich) に、ヴィーラントの 17 作品の出版権を、各著作物の「所有権 Eigentumsrecht」を「永久に」譲渡する übertragen という文面により許与していた。ライヒの死後、ヴィーラントと X 書店との取引関係は終了した。その後、ヴィーラントは、1788 年 2 月 19 日の契約で、Y に、全作品を異なる 4 つの版で出版する権利を許与 (einräumen) した。Y が著作物の出版に着手したとき、X 書店の取締役 X が、ライヒの権利承継人として、ザクセン選帝侯領特権²³⁴が認められていた上記の 17 著作物に係る出版権の侵害であると主張し、提訴した。

(2) 当事者の主張

①原告 X の主張は、出版契約により包括的な「所有権」の全部取得がなされたことを根拠としたものであった。

① Y による全集出版は、X の「所有権」を侵害する行為である。契約上特段の合意もないので、ヴァイトマン書店は以前の出版契約によって、「所有権 Eigentum」を取得している。この「所有権」には、他の出版者から出版を行わせる権限を、形式の異なる全集版であっても、著作者に留保されるような内容はないとする。

② 一般的な法の諸原則によれば、放棄されていない目的物—ここでは「所有権」—が、著作者に復帰的に帰属するということはない。

③ 契約は、譲渡人が明示的に表現せず疑いのある場合には、譲渡人に不利な結果として決されるべきである。

④ また、X はザクセン選帝侯領特権を有しており、これも根拠になる。

② 被告 Y の主張は、X による「所有権」の包括取得を否定し、X には、初版に関する利用権が許与されたのみであるから、Y は X の権利を侵害しないというものであった。

① X の権利は、全集版を販売する権限を含むものではないから、全集版に係る自然権は引き続き著作者に属する。著作者から出版者が得る権利には、物に対する所有権の性質はなく、許与される利用権にすぎない²³⁵。ゆえに、ヴィーラントから X と被告 Y にそれぞれ許与された権限は、互いに干渉せず、併存する。Y の作品全集に関する契約と、X 書店と契約は、別の契約目的物に関する契約である。X には、利用権の範囲内の版を出版する権利が存在する。一方、Y には全集の刊行に関して、問題の 17 作品を、原告 X の版の権利を害することなく、市場に供する権利が認められる。出版者は、何ら反対の合意のない場合には、契

²³⁴ザクセン選帝侯領 1773 年 12 月 18 日布告に基づく特権である。

²³⁵ マルティン・フォーゲルは、この主張に、ドイツ現行法である 1965 年ドイツ著作権法と共通する性質を指摘する。Vogel, a.a.O.(wie Fn.231), S.428.

約に基づく版にかかる権利を得るに過ぎないから、原告 X らの主張は失当である。

②特権の正当化根拠は、ある書籍の出版を負担した出版者に認められた営業上の投資保護であり、かかる投資は独占権の保護下で償却されうるが、X 書店は、ヴィーラントの著作のために行った投資につき、20 年以上もその作品の販売によって報酬を受けているので、すでに保護適格はない。

(3) 判決の概要

この紛争の最終審となったザクセン上級控訴裁判所 1795 年の判決²³⁶では、原告 X 請求が棄却された。

同裁判所は、プロイセン一般ラント法の出版契約規定を参酌し、特に、初版の部数が特定されていた場合、新版発行時の著作者への謝礼支払が義務づけられていること（1014 条）、新版発行のためには新たな出版契約を必要とすること（1016 条、1017 条）という規定が、「出版契約の性質 [自然] (Natur) に一致し、それが制定法の規定を取ったもの」と考えられ、ゆえにザクセンにおいても、ザクセン選帝侯領における制定法の欠如ゆえにこれらの諸規定が適用されるという正当化を行った。

この事例では、たとえ初版の出版者が事前に全集を個別的に除外する意思を示すことなく契約を適法に締結したとしても、全集の発行は新版の出版に等しいとされた。また、新版の発行には、著作者の許諾を要するとされ、初版の出版者は、新版の出版者に対しては請求権を有することはなく、初版が販売できなかった場合に限り、著作者に対して [契約不履行による] 請求権を有するにすぎないとの判示がなされた。

(4) 評価 (Martin Vogel による)

X が主張した、出版者が全権原を取得するという出版契約は、18 世紀末まで業界慣行であったとされ、当時の法学文献もまた、「所有権的な出版権」を承認し、常に無制限の権利の移転があるものとしていた。しかし、すでに 1770 年代ごろから、書籍市場の関係の変化により、この種の出版契約条項が、市場の諸条件、とりわけ著作者にとっては不当であるという思潮が台頭したとされる。被告 Y の主張も、そのような見解にもとづくものであったと位置づけている。この Y の主張は、著作者に権利が残るとする画期的な内容をもたらしたとしている²³⁷。

²³⁶ 判決文の原典テキストは消失しているとされるため、最終審判決に関する限りで、この事件が歴史研究に寄与することは困難であるとしている。Vogel, a.a.O. (Fn.232) S.434.

²³⁷ Vogel, a.a.O. (Fn.232) S.443. 「これはわれわれの現在の、被告 Y が著作者に労働の成果のほぼ無制限の帰属を認めているから、精神的な所有権的な自然法的な理解に近い。確かに、これを現在の譲渡目的論の起源と解することは許されないが」、しかし Y の陳述は、「疑いのある場合にはできる限り広く、著作者に権利がとどまるといふ著作権の性質」への被告 Y のいち早い認識を示すものである。この解釈準則を適用すると、原告 X 書店が提出した手紙は、個別の版に係る出版権の処分のみがなされたと解される。対して、個々の著作物に係る権利の全集版への適用は、特定の権利の設定的譲渡が必要となるのである。

(5) まとめ

以上のように、当時の紛争においては、著作者に生じる自然法的・精神的所有権説が正当化根拠として用いられてはいた。しかし、それが直ちに、出版契約において出版者に一切の包括的権利が全部移転するということを意味するという共通理解があったわけではない。

このように、18世紀末の判例において、すでに制限付移転的解釈をむしろ妥当とする見解の表れ、包括的権利移転を定める契約文言に反して著作者に可能な限り権利の残存を認めようとする価値判断の表れと評価できる事例が登場していることには注目される。

5 19世紀前半の近代的著作権立法とライセンス

(1) 概要

1710年の英国著作権法は、著作者に原始帰属する排他的コピーライト（複製権）を承認したという点で、近代的著作権法の特徴を有する最初の立法例であるとされる。この立法には2つの動機があったとされる。第1には、公共善の実現の観点からの書籍ギルドの独占的地位の打破であり、第2に、主にジョン・ロックの労働理論に基づく精神的所有権（知的財産権）の観念であった。

この法律では、権利の存続期間は14年であるが、その満了後さらに、著作者の生存中は14年間の延長が繰り返し可能であった。すなわち、14年の経過後は、延長がない限り、コピーライトが自動的に著作者に復帰するという特徴がある。方式要件として、書籍ギルドの登録簿への登録（登録制度は1956年まで存続）と、出版物における著作権表記（初版年と権利者の氏名）であった。

また、フランスでは、革命期に特権の廃止がなされ、1791年・93年の2つの法律において、自然法に基づく文学及び芸術の所有権 *propriete litteraire et artistique* が承認された。しかし、権利の存続期間は著作者の生前及び死後10年とされた（1866年に50年に延長）。

238

第1条 すべての種類の言語著作物の著者、音楽作品の作曲家、画家並びに…図面の製図者は、生前中の全ての期間に亘って、その著作物の販売、販売の許可及び頒布を共和国の域内で行う排他的権利を享受し、この所有権は、その全部又は一部を移転することができる。（下線筆者）

第2条 著作者の相続人又は譲受人は、著作者の死後10年間、同一の権利を享受する²³⁹。

²³⁸ F. Vogel, Rechtsverkehr, S.77ff.; Elmar Wadle, Geistiges Eigentum, 1999, S.35 ff.

²³⁹ 1810年2月5日のナポレオン1世のデクレにより、著作者又はその寡婦の生存中及び、その子の利益になるように、死後20年間に延長された。

フランス法は特にドイツ法にも影響をもたらした。第一に、このような精神的所有権（知的所有権）思想に直接影響された法典編纂が、ドイツの立法にも影響を与えた。

第二に、ナポレオンによる占領期にドイツの一部（ライン左岸地域）でもフランス法が適用され、撤退後も一部地域では規定が残存したため、ドイツ法にも影響を及ぼした²⁴⁰。

ドイツでは、近代的出版権を、著作者から得た権利、それを法文上ドイツ語圏内で初めて明確に打ち出したのは、1809年のバーデンラント法であったとされている。19世紀前半ごろの著作権・出版権関連立法には、2つの特徴が指摘される²⁴¹。第1に、18世紀までは、出版権は出版者の投資から正当化され、出版者が原始取得する権利であった（プロイセン一般ラント法はその中間形態とも解される）が、著作者のみに由来する権利であるという立法例が見られるようになる。第2に、伝統的な偽版禁止立法に特徴的な、印刷された著作物と同一の表現の借用の場合に限定されていた権利保護から、新たな技術発展によって初めて生じた著作物カテゴリーと著作物利用方法、未公表及び有体物に固定されていない著作物並びに翻訳及びその他の翻案に、著作権法上の保護範囲の拡大を許したことである。

ここではドイツ連盟、バーデンラント法、プロイセンの3つにおける権利の利用とライセンスを概観しておきたい。

(2) ドイツ連盟

1815年のウィーン会議では、各領邦により構成されるドイツ連盟 Deutsche Bund が形成されたが、同連盟は立法権限を有さず、立法権限は構成する領邦が有するものとされたため、制定法への直接的影響は大きくなく、ドイツ語圏における著作権法及び知的財産法整備の阻害要因となった。ただし、同年の連盟議定書18条には、最初に開催された連盟議会で作家及び出版者の権利の保証を取り扱うものとする、と定められた。しかし、復古主義を是とするウィーン体制下では、オーストリア宰相メッテルニヒが無断複製からの保護立法を、カールスバート検閲議決の強化に関する立法と結合する動きを見せたため、審議は長引くこととなった。

統一著作権法にむけた議論にきっかけを与えたのはゲーテであったとされる。

すなわち、当時自作を無断複製されることの多かったゲーテが、1825年に著者最終決定版全集（Cottaから出版）の保護を申請し、最終的にドイツ連盟の支援の下で、39国（35の領邦と4の自由都市）に個別に特権申請を行わねばならなかったことに始まった。

1835年に、無断複製を連盟全域で禁止し、文学的所有権を同じ原則に基づいて定め保護するとされる連盟議決が成立したが、保護の形式（どのような保護を行うのか）に関する議決は成立しなかった。

²⁴⁰ 例えば、ラインファルツではドイツ統一特許法の成立する1877年までフランス特許法が適用された。F. Vogel, S.79f.; Dölemeyer, Patentrecht und Musterschutz, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte, Band 3, Teilband 3. München 1986, S.4141

²⁴¹ Martin Vogel, Die Entwicklung des Verlagsrechts, FS GRUR, 1991, S.1215.

1837年のドイツ連盟議会は、連盟諸国に著作物発行後10年の保護期間を定める義務を議決し、続いて1845年議決によって著作者の死後30年に延長された（その後1934年に50年に延長される）。1841年には、印刷されていない演劇及び音楽の著作物の上演権保護を議決し、1857年には印刷された著作物に拡大された。各邦における議決の履行によって、ドイツでも一般的著作権保護が成立することになった。

1837年11月9日の連邦議会議決

第1条 全種類の文学的成果と芸術作品は、それがすでに公表されているか否かを問わず、著作者及び著作者からその原著作物に係る権利の譲渡を受けた者の承諾なくして、機械的方法によって複製されてはならない。

第2条 1条の著作者又は文芸若しくは美術著作物の所有権を取得した者の権利は、その相続人及び権利承継人に移転され、発行者 Herausgeber 又は出版者が著作物上に表記される限り、連盟構成国すべてにおいて少なくとも10年間の保護が認められ保護されるものとする。

これにより、譲渡可能性と相続可能性が確定された。19世紀前半の各国の立法例に共通してみられる権利の譲渡可能性（2条）と承諾時の違法性排斥（1条）の二重規定が見られる。

出版契約の規定は1819年に提案されていたが、行われなかった。その理由は、出版契約と著作権保護は全く別の法素材であるとされ必然的関係性が存在しないとされたからである。そのほか、出版契約の規定は各領邦に存在していることも挙げられた。

(3) ドイツ諸法 バーデンラント法（1809年）

「著作者の権利」という意味での著作権をドイツで最初に規定した法としては、1809年のバーデンラント法が挙げられ、その特異性が指摘されている。同法は、ドイツ民法典が1900年に施行されるまで、私法の一般法典として適用された。同法ではフランス法の影響のもとで、著作者の権利は、所有権〔財産権〕Eigentum であるとしているが、フランス法との相違点もみられる。

すなわち、権利の存続期間はその生前に限られており死亡とともに消滅し、相続は認められていないこと（577dh条）、後述のように、所有権の著作権相当部分の譲渡が認められないことなど、後世にいう人格権的要素が強く表れていることが指摘されている。

同法は「5章 著作物所有権 Schrifte Eigentum について」という章の下に、まず著作物所有権 Sacheigentum という、有体の「手稿」と無体の「内容」が一体となった権利を定め（577db条。「著作物所有権は、手稿だけでなく、その内容をも対象とする。ゆえに、この著作物所有権は、自己の意思に基づいて〔nach Gutfinden〕印刷によって複製を行うことを含む）、有体の「手稿」の所有権は完全に移転できるが、「内容」の所有権は移転できず、

出版者がその発行に関して複製を決定することができる限りで、「内容」の所有権が制限されるとする。

577dd 条 自己出版のために手稿を委任した者 [著作者] が、それによって手稿の所有権を譲渡することはない。しかし、手稿を受領者による出版のために引渡した著作者は、一無償であれ合意価額を対価としてであれ—「手稿の所有権」を完全に譲渡し、また、出版権によって「内容に関する所有権」は制限される。

577df 条

複製物の取得によって、取得者は個別の複製物の所有権者となるが、その内容の所有権者とはならない。すなわち、その複製物の複製を 著作者及び出版者の承諾 Bewilligung なくして行うことはできない。しかし、取得者は、抜粋 *Auszug*、改変 *Umarbeitung*、注釈 *Erklärung* によって、自己の論考の基礎とすることはできる。これにより直ちに、取得者に、言語著作物の所有権が帰属する。

すなわち、フランス法の影響下にあるとされながらも、それとは異なる特徴的な点として、「著作物所有権」が譲渡不能・相続不能であって、出版権の設定によって著作権に制限物権の負担が生じるに過ぎないというドイツの構成の立法にも共通する構成の端緒が、この立法例に見られるという指摘がなされている²⁴²。

(4) プロイセン 1837 年著作権法

プロイセンの 1810 年ごろからのシュタイン＝ハルデンベルク改革（プロイセン改革）は伝統的な特権観念に強い影響をもたらした。特権制度は国家の経済発展に害をなすという見解が主流を占めるに至り、独占的制限はこれと対立するものと捉えられた。それでもなお特許権に関しては、1815 年 10 月 14 日には、「特許付与に関する布告 *Publicandum ueber die Ertheilung von Patenten*」が成立したが、厳格な裁量権行使により、ほとんどの場合には特許の取得は不可能であった（年に 12 程度であったとされている）。そのため、特許権の性質論に関する議論も進まなかったとされる。

一方、著作権に関しては、プロイセン一般ラント法の規定も不十分性が非難されるようになり、1831 年ごろからプロイセン 1837 年著作権法の起草準備が始まった。²⁴³ 批判は、同法の規定には、著作物に係る所有権の特殊性とこの権利の相続不能性の原則が規定の中に十分に表現されていないというものであった。

²⁴² F. Vogel, *Rechtsverkehr*, S.79.

²⁴³ Elmar Wadle; *Das Preussische Urheberrechtsgesetz von 1837 im Spiegel seiner Vorgeschichte*, in *Geistiges Eigentum: Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Muenchen, 1996, S.176.

1837 年法は、著作者の権利を規定したという点でも、当時の諸外国と比較しても充実した規定の分量・内容などから、ドイツ最初の近代的著作権法²⁴⁴と称されることもある。その特徴は、①法体系の中心に著作者 Autor, Verfasser, Urheber, 芸術家 Künstler が据えられたこと、②規制対象となる行為の内容が、原作そのままの複製禁止立法にとどまらず、現代法の複製権に近い内容、また未公表著作物に関してのみであるが上演権なども含むように拡大したこと、③印刷物に限られない対象が体系に含まれること、④著作者の死を基準に算定される死後 30 年の権利存続期間などが挙げられる²⁴⁵。

1837 年法においては、次のように著作者の権利が定められた。

第 1 条 a. 著述家[Schriftsteller]の排他的権利[ausschliessendes Recht]

既に出版された文書[Schrift]の全部又は一部分を、印刷又はその他の機械的方法により新たに複製[vervielfaltigen]させる権利[Recht]は、著作者[Autor]自身又は著作者からその権限[Befugnisse]を得た者にのみ認められる。

第 2 条 b. 偽版の禁止

複製を排他的に認められた者の許諾なく行われる新たな複製[Vervielfältigung]は、すべて偽版とされ、禁じられる。

第 9 条 譲渡

著作者[Autor]及びその相続人に認められる著作物の公表[veröffentlichung]及び頒布[Verbreitung]の排他的権利は、合意[Vereinbarung]をもってその一部又は全部を他人に譲渡[übertragen]することができる。

9 条は、公表及び頒布に関する著作者の排他的権利の「全体又は一部」を合意に基づいて他人に譲渡できるとしている。しかし「譲渡」がいかなる意味を持つのかについて、同法には規定はなかった。Hitzig の 1838 年のコンメンタールには、管見の限り 9 条に関しては 67 頁の注に、出版契約については、新たな立法が予定されている、という以上の記述はないように見える²⁴⁶。Heydemann のコンメンタール (1863 年) によれば、売買・交換・贈与・出版契約の規定に基づいて行われるとされている²⁴⁷。出版契約自体は 1837 年法には規定されなかった。この法律の直後に独立の出版契約法の編纂が着手されたが、成果を得ずに終わったことが指摘されている²⁴⁸。違法性要件とともに複製権原が 1 条に規定され、権利譲渡規定が 9 条に規定されているという区別が見られる²⁴⁹。かかる 2 つの規律は F.Vogel によれ

²⁴⁴ Eugen Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. S.58 など。

²⁴⁵ Wadle, a.a.O.(Fn.242) S.167 ff.

²⁴⁶ Hitzig, Julius Eduard: Das König. Preußische Gesetz vom 11. Juni 1837 zum Schutze des Eigenthums an Werken der Wissenschaft und Kunst gegen Nachdruck und Nachbildung, Berlin 1838.S.40, 67,

²⁴⁷ Heydemann/ Dambach, Die Preußische Nachdrucksgesetzgebung, 1863, Einl. S. XIV.

²⁴⁸ Wadle, a.a.O.(Fn.242), S.176.

²⁴⁹ Heymann, Ernst: Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts: Sonderabdruck aus den

ば、19世紀前半の立法に広く共通してみられる特徴である。

6 小括

18世紀後半の自然法的啓蒙主義期所有権概念の普及により、(シュヴァープ(1975)の表現による)「所有権の人格化」現象が生じ、知的財産権(精神的所有権)の形成に決定的な影響を及ぼした。また、同概念は海賊版出版の当否をめぐる論争の中で、著作者からの権原取得をもって、出版者の利益を正当化する根拠としても用いられた。

しかし、その法律構成については、すでに18世紀末には、著作者から出版者に「精神的所有権」(知的財産権)が完全に譲渡されるという共通理解があったわけではないといえる。当時の代表的学説を見るだけでも、①著作者の権利を一身専属的権利とし、出版権の利用権を制限物権的に構成する見解(フィヒテ)、②出版権を債権的利用権として構成する可能性(カント、ツェラ)、③著作者の利益を考慮して包括的譲渡を制限したとも解しうる立法例(1794年プロイセン一般ラント法)と④判例(ヴィーラント事件)が見られるなど、多様であり、著作者に出来るだけ権利が残るとすることが妥当であるという価値判断を反映したと解してよい例が広くみられる。

このことから、次章ですぐに見るように、すでにこの時代から、他国と比較して、(著作者に残る著作権という)ドイツ法に特徴的な著作権利用形式観念の萌芽が生じていたと評価することもできるだろう。

しかしまた同時に、ライセンス史の観点からは、債権説と思われる説が、出版者の物権的・排他的権利を一一貫性を犠牲にして一承認せざるを得なかったことも重要である。これは、当時の出版市場及び情報流通の関与者に係る通念の要請であると理解できるであろう。

以上のように、啓蒙主義期所有権概念の強い影響下で、一方では著作者に由来する排他的権利の正当化がなされ、他方で、伝統的な出版者の排他的権利が維持され、また部分的に、これも啓蒙主義期所有権概念により正当化されたということができよう。

第5章 19世紀末—20世紀前半のライセンス論

19世紀後半、統一ドイツ帝国が成立(1871年1月18日)し、ドイツ帝国憲法の中で知的財産権立法が(各州の権原でなく)帝国の権限に属すると定められたことにより²⁵⁰、知的財産に関する統一的立法が進展することになった。(ただし、当時は後述のように、まだ精神的所有権(知的財産)という各法統一的観念が共通の了解となっていたとはいえない)。統一的立法は、1870年/71年の著作権法と1877年の特許法に結実した。

法律の成立年のみに着目すれば、著作権法の立法が先んじ、特許制度の是非をめぐって自由通商派とプロパテント論者(保護貿易論者)との激しい議論が行われた結果、特許法の立

Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften, Akademie der Wissenschaften, 1927, S.87;

Schürmann, Die Rechtsverhältnisse der Autoren und Verleger sachlich-historisch, 1889.

²⁵⁰ 1871年4月16日ドイツ帝国憲法4条6号。

法は遅れた。しかし、この激しい特許論争と帝国裁判所のライセンス関連の特許判例の形成が、著作権法のライセンス論にも後に影響を及ぼすことになるため、まずは特許法の動向から取り上げる。

また、このころに、ようやく学説と判例に「ライセンス」概念が初めて登場する。

第1節 特許法の債権的ライセンス論—特許論争の焦点としてのライセンス強制

1 立法と学説

1877年特許法は次のように定めていた。

【1877年特許法】

4条 特許は、何人も、特許権者の許可なく、業として発明の対象を生産し、取引に置き、又は販売する権原を有さないという効力を有する。

6条 特許付与を求める請求権及び特許に基づく権利は、相続人に移転される。この請求権及び権利は、契約により、又は死因処分によって、制限付又は無制限に beschränkt oder unbeschränkt、他人に移転することができる。

11条 特許は、[付与から]3年後、以下の場合には取り消すことができる。

1号 特許権者が、国内で発明を適切な範囲において実施しないとき、又は、実施を確保するために必要なすべての行為を行わないとき

2号 公益の観点から、他人に対する発明利用許可の付与が必要と認められるにもかかわらず、特許権者がこの許可を適切な補償及び十分な担保 *Sicherstellung* を対価としても付与しないとき

4条が特許権の排他的効力を禁止権的に定め、6条が「制限付又は無制限の」譲渡可能性を定めている。そして、11条2号は、ライセンス強制を定めていた。「ライセンス」という概念は特許法の条文には用いられなかったが、11条2号の「発明利用の許可の付与」が、当時一般的に「ライセンス」と称された概念であった²⁵¹。

11条2号は、立法に至るまでの激しい特許論争の最大の妥協点を表す条文であり、かつ当時、最重要の条文とも評価された²⁵²。すなわち、反特許派が攻撃する特許独占の弊害を緩和する手段として、プロパテント派の妥協策として提示され、反特許派との妥協点を形成した条文であった²⁵³。こうして、特許制度における独占は、特許法の目的である「発明の普及

²⁵¹ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.33, McGuire, Lizenz, S.37.

²⁵² 立法理由書は、この条項によって「特許立法の中で、最も争いがあり、少なくとも最も困難な問題の一つに決着が付けられた」と述べる (Berichte über den Entwurf eines Patentgesetzes, in: Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 3. Legislaturperiode, I. Session, Bd.3, 1877, Nr.144, S.404)。当時の代表的学説(Gareis, Klostermann も、特許法全体の中で最も重要な規定であると位置づけていたとされる。

²⁵³ 従来「特許権の存続期間」が双方の論争の焦点であったとされることが多いようであるが、実際はラ

による国家産業の振興」を実現する手段にすぎず、(強制) ライセンスは発明の普及のための中心的手段として位置づけられたのである。以下、より詳述を試みる。

(1) 特許論争²⁵⁴

1860年代から70年代、ドイツ統一の前後には反特許運動が頂点に達した。この運動は、特許制度を有害な独占であり、ドイツ統一を阻害する要因と解するもので、自由取引学派とドイツ国民経済学者会議によって主導された。

例えば、1863年ドレスデンで開催された第6回ドイツ国民経済会議では、特許問題が主たる論点となった。特許保護反対の論拠は、①独占による取引阻害と、②すべての発明の根源はそれぞれの国家にあるので、国家が発明の利益を享受しなければならないという見解、③重商主義的商業システムの最後の残滓であるとする見解であった。また、自由通商派は、発明が「文明の現状の発露であり、ゆえに公共財であるという」理由から、精神的所有権(知的財産権)概念も拒絶した²⁵⁵。

一方プロパテント派の主張の根拠となったのは、①17・18世紀以来の自然権(自然法)思想を背景とした精神的所有権論と、②国家における特許保護の経済的効用を強調した産業政策的論拠であったが、統一特許法の成立に寄与したのは主に後者であった²⁵⁶。

むしろ、①精神的所有権の強調は、プロパテント論者にとって、弱点に他ならないと主張する当時の有力な学説がある(1876年)²⁵⁷。精神的所有権論は、所有権になぞらえる概念により永遠の法的地位を認めかねないことや、当時は、特許は包括的権原ではなく禁止権原に過ぎないと解すべきであるという前提から否定的な態度が見られた。

②産業政策的根拠の主唱者は、個人発明家により組織されていたドイツエンジニア協会と、シーメンス社の創業者であり、実業家・発明家として政策形成を主導したヴェルナー・フォン・ジーメンス(1816-92)により率いられた特許保護協会であった。支持を得たジ

イセンスであったことを Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.17f. が指摘する。

²⁵⁴ この節の歴史的記述は、Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.17ff.の見解に中心的に依拠している。

²⁵⁵ Florian Vogel, Rechtsverkehr, S.123f.

²⁵⁶ 19世紀後半歴史法学における所有権概念の物所有権への限定と、これに伴う精神的所有権概念の排斥の影響も大きい。ただし、歴史学派による精神的所有権論の排斥は、自然権思想との完全な断絶をもたらしたというわけでもない。精神的所有権論の機能は、(1)その広範な所有権概念により、権利の客体に有体物のみならず無体物も含め、無体物を客体とする権利も所有権になぞらえる機能と、(2)何らかの精神的活動への支配権を正当化する機能に分けることができる。確かに、歴史学派は(1)の面に対する批判を加えたが、(2)に関しては、人格権論や無体財産権論の台頭が象徴するように、引き続き影響を及ぼしていると解することができる。栗田・前掲注10) 638頁も参照。

²⁵⁷ Landgraf, Zur Patentfrage, S.95, 1876., vgl. F. Vogel, Rechtsverkehr, S.21. ジーメンスの書簡にも「特許保護は、一般的法原則からも精神的所有権保護からも導くことも、それらに基づいて擁護することもできない。このような観点は全く捨て去らねばならず、もっぱら国民経済的観点に立たねばならない。私の考えでは、精神的所有権という見地は非難の対象であるというほかない」という言及が見られる。

Fischer, Werner Siemens und der Schutz der Erfindungen, Springer, 1922, S.24.

メンスの主張は、特許制度の目的は独占ではなく、発明の普及にあるというものであった²⁵⁸。また、「ほとんどすべての文明化された国家は、発明特許を付与している」ので、国際的商取引の参加者として、国家はもはや発明の有効な保護メカニズムを放棄できないという主張もなされた²⁵⁹。

このように、自由通商派による特許反対運動と特許肯定論者の対立が高まる中で、ライセンスはプロパテント派側から、妥協の中心的論拠として持ち出されてきた。その中でも「強制ライセンスの導入」は、独占を緩和させ、発明の普及を図り、かつ発明者に報酬を付与する手段であると解された。強制ライセンスは、万人に対して発明の対価を得て利用を許容するという、かつての特権保有者の義務に類似するものであった。

法学者の中でも、強制ライセンスの導入によって独占的性格を除去するという思想が主張された。1860-70年代の著作権法学・特許法学の第一人者である、ボン大学教授クロスターマン (Rudolf Eduard Krostermann, 1828-1886)²⁶⁰は、「特許保護の均衡」という章の中で、

「この [特許の] 独占は、発明者に発明の利用をすべての関係者に対して対価を得て提供

²⁵⁸ 「有用な特許の保持者にとっては、むしろ、ほぼ常時、わずかな利益配分又は一定の代金の支払を対価として、その発明の利用ができるすべての者に、その発明を利用可能とする方が、ほぼすべての技術部門における生産の重大な発展をはるかに有益にもたらすことになる。ゆえに、確実な特許保護が存在する諸国においては、発明者がその発明を一人で利用することはごくまれにしかない。逆に、発明者はほとんど常に熱心に、その発明を公衆が採用するために努力するであろう」 Siemens, Denkschrift, in : ders, Wissenschaftliche und technische Arbeiten, Bd.2, 1891, S.555.

²⁵⁹ Mohl, Englische und belgische Gesetzgebung über Erfindungspatente, S.109. (F.Vogel, Rechtsverkehr, S.122ff.)

²⁶⁰ クロスターマンは、Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach Preussischem und internationalem Recht, 1.Band, 1867.(著作物、芸術作品及び発明の精神的所有権)において、「精神的所有権」概念を支持し、発明と著作物を、実定法による保護を要する「精神的労働の所産」としていた。しかし、彼においては、精神的所有権は、所有権のような包括的支配権とはいえず(「物所有権の内容を決定するような全面的な支配は、知的財産権については生じない」)、「客体の再製造に関する無制限かつ排他的な権原」(S.113)にすぎないが、「精神的所有権 [知的所有権] を排斥してまで相応しいような、人々に受容される専門的述語はほかにない」ため、それが表す固有の権利群を説明するために適切な概念であるとした。「精神的所有権という呼称は用いることは可能であり、精神的成果物に係る著作権と、物権との一般的差異は疑いのないこと」(第1巻, S.118)であるとした。ただ、後に彼は産業政策的根拠をも主張している。すなわち、排他権がないと投資リスクが大きすぎるので、出資者は特許保護がないと、発明の活用をしなくなる。そして、発明の活用がなされないと、技術の発展及び国民経済にとって有害な結果をもたらす。特許批判者は国家褒章を提案しているが、発明の「交換価値」を確実にしうるのは、発明の価値が疑いなく確保されている場合に限られるが、実際は多くの発明は市場に出してみないとその価値が明らかになることがない。よって、発明者に市場適正による発明の利用を可能にするには、排他権を付与するほかにないのである、というものである (Klostermann, Patentgesetzgebung aller Laender nebst den Gesetzen ueber Musterschutz und Markenschutz, 2.Aufl., Berlin 1876,S.10.(Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.25f.)。)

する可能性を与える権利取引をもたらす手段でしかない」²⁶¹としたうえで、

「ライセンス強制は必要である。なぜなら、その適用は、発明の保護に反対して自由取引論者からなされる、特許発明が一時的な営業独占をもたらすという異議を退けるものであるからである。発明者が他の事業者に共同利用を認めるのであれば、独占が生じることはない」²⁶²としている。

そしてこのような発明の共同活用は、独占権の譲渡によっても達成可能ではあるが、譲渡に対するライセンスの優位性は、多数の者が同時に発明を実施することができる、という点にあった²⁶³。このようにして、特許の独占という否定的な意義が緩和され、特許を有効かつ普及性のある法律的及び経済的手段たらしめることができるとされたのである。

さらに決定的契機を形成したのは、1873年にウィーンで万国博覧会と同時に開催された特許保護会議と²⁶⁴同年から続いた世界不況であり、自由通商派の勢力失墜をもたらし、世論においても行政組織においてもプロパテント派の多数の支持者を獲得し、1877年の立法に至ったのである。

それどころか、立法直前には、学説上、権利の活用は特許権者の義務であると位置づけられるまでに発展していた。ドイツ特許保護協会の提出した1875年「ドイツ帝国特許法」第1草案、1876年第2草案では、「ライセンス原則 Lizenzprinzip」が定められた。これは、全ての発明者は、「他の事業者に対し、その発明の存続期間中、対価を得て利用させること」を強制される」という原則²⁶⁵、別の表現では「可能な限り多くのライセンシーによって特許の独占的性格を緩和すると同時に、発明者及び特許権者には市場適合的な報酬を帰属させる」という原則であった。そのうえ、両草案においては「公益」要件も存在しない無条件のライセンス強制が定められていた。²⁶⁶しかし、無条件のライセンス強制は、極端に過ぎ、発明者保護を無に至らしめるとの批判に遭遇したことから、成立した1877年法では、公益要

²⁶¹ Klostermann, a.a.O.(Fn.260) S.23.

²⁶² Klostermann, a.a.O.(Fn.260) S.188f.; ders. Das Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25. Mai 1877, Berlin 1877, S.185.

²⁶³ Klostermann, a.a.O.(Fn.260) S.24.

²⁶⁴ 1873年のウィーン特許会議においては、米国の参加者は強制ライセンスに反対を表明した (F. Vogel, Rechtsverkehr, S.125)。

²⁶⁵ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.27, 34.

²⁶⁶ Entwurf eines Patentgesetzes für das Deutsche Reich nebst Motiven. Vorgelegt in einer Petition an den Bundesrath des Deutschen Reiches durch den Deutscher Patent-Schutz-Verein, 1875, S.6(zit. nach.

Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag). 「ライセンス原則が採用されれば、ドイツにおける現状の特許保護は放棄されることになるだろう…発明者は、公共の不利益となり、また自己にとっても不利益となる従来の独占に代わり、彼に付与された権利が、可能な限り拡張されたライセンス付与によって活用されるよう求められる」 (Revidierter Entwurf eines Patentgesetzes für das Deutsche Reich nebst Motiven. Vorgelegt in einer Petition an den Bundesrath des Deutschen Reiches durch den Deutscher Patent-Schutz-Verein, 1875, S.9(zit. nach. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.29))。

件が定められた²⁶⁷。

立法理由書によれば、11条により、「特許権者が特許をその個人的な利益のみを利し、しかし、国家の産業や福祉に不利になる方法で行使する」危険が予防されるものとされた。この「濫用的利用」には、2類型がある。第1に、特許権者がすべての他人に、利用を拒絶することができ、発明の種類によっては、「特許権者の独占によって、多数の同部門の競業企業が衰退することにもなる」。第2に、特許権者が国内における発明の実施をすべて拒絶し、特許製品の生産を外国に移転し、製品をドイツに輸入する、という危険性である。後者の事例でも、独占が発生し、「しかも、外国の利益になり国内産業全体の不利益になるという点では、前者の事例におけるよりも劣悪である」とされたのである²⁶⁸。

当時の法学もこれを支持していた。先述のクロスターマンのほかにも、ガーライスは1877年の立法に関して、特許法のライセンス強制は、「特許付与によって可能となる利己的な独占を回避し、もって、立法に、特許付与により常に生じる取引制限のメリットを、デメリットをもたらさずに認める」経済的に唯一の方策と認められるべきであると述べた²⁶⁹。

とはいえ、1873年以後は、(強制)ライセンスはその後実質的には投資のための有効な手段に転じていった。他人の発明を利用し、またライセンスが拒絶された場合でも借用することができるという強制ライセンスは、投資の手段として魅力的に映り、これが特許保護協会草案の「公益」要件さえ伴わない強制ライセンス条項を提案させた原因であったようである²⁷⁰。ただし、産業発展の国策的重視²⁷¹の中で、ライセンスによる発明利用の促進を図られる一方で19世紀末にかけて、発明者の保護は産業の保護に比して後退を余儀なくされ、発明者の従業者化を促す原因となったとされる²⁷²。

(2) ライセンスの法律構成

1877年特許法にはライセンスという概念は一草案段階には登場していたものの一切使用されなかったが、学説上、ライセンスの説明と構成が試みられた。ライセンス強制を定めた11条2号の「発明の利用に関する許可 Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung」がライセンスであると解されることが一般的であった。ライセンスの解釈論上の法文の係留点は、11条2号に加えて、①特許権者の排他的権利を定める4条と②制限付又は無制限の譲渡を

²⁶⁷ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.31.

²⁶⁸ RT-Drucks. 1877, Anlage 8 .S.22.(Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S,31f.)

²⁶⁹ Gareis, das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877, § 11 S.155ff. (Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S. 32)

²⁷⁰ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.41, 44.

²⁷¹ Siemens, Denkschrift, in :Arbeiten, S.558, (Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag S.41)「国家利益と国内産業が優先されねばならない、なぜなら特許法は産業を発展させるために存在しているからである」。

²⁷² Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag S.41f.によれば、1876年匿名の『特許保護協会特許法改正草案の批判』によれば、同草案は「むしろ経験なく資産のない発明家の精神的所有権 [知的財産権] を買ったたく個々の大企業に対応している」という批判がなされている。

定める6条にあった。この2つは学説上択一的な関係にあった。

①消極的ライセンス説-4条

4条を根拠とする理解では、ライセンスは単なる「許可 Erlaubnis」または「許諾 Gestattung」であり、ライセンシーによる利用に関して特許権者が(4条に基づき)有する不作為請求権の放棄であり、何らかの権利を設定するという意味は持たないものとされた。

当代の代表的学説を形成した²⁷³クロスターマンによれば、「単純ライセンス *blosse Lizenz* または発明の利用の許可は、特許権者の権利である禁止権 *Untersagungsrecht* のライセンシーに対する放棄〔不行使〕であるにすぎない」²⁷⁴とされた。したがって、ライセンスは契約上の法的地位ではなく、一方的(単独行為的)な利用許可をもたらすだけのものであり、常に権利者によって撤回されうるものであったと解される²⁷⁵。ライセンスは自由に撤回可能であるとされただけでなく、ライセンサーは何らの保証もする必要はなかった²⁷⁶。

このような理解は、当時の「ライセンス原則」と親和的である。すなわち、ライセンス原則とは、「可能な限り多くのライセンシーによって特許の独占的性格を緩和すると同時に、発明者及び特許権者には市場適合的な報酬を帰属させる」という原則であると理解されていたので、ライセンスは、まず単に片面的な特許権者の排他権行使の放棄に結び付く。1870年代には、そもそも特許権それ自体についても、原則的営業自由に一時的に人工的な禁止を作り出す消極的な禁止権であって、ライセンスは自由を再び回復するものである理解が普及していた²⁷⁷。

ライセンシーには、固有の訴権が認められることも、ライセンサーに積極的に利用を求める権利が認められることもない。また、ライセンスは、排他的利用権又は準物権的利用権とは区別され、制限付譲渡や特許権全体の譲渡から明示的に区別されるものとされている²⁷⁸。

②制限付譲渡説—6条

しかし、別の学説も見られる。1877年特許法6条の「制限付譲渡」を手がかりとする見

²⁷³ 本章後述第2節(2)の1904年帝国裁判所判決—ベナルドス式方法事件は、以前の支配的学説としてクロスターマンを挙げている。

²⁷⁴ Klostermann, Voraussetzungen des Urheberrechts, Gewerblichen Urheberrechts, Patentrechts, in: W.Endemann (Hrsg.) . Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wachselsrechts, 1882, S.330 (Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.33f.) , Klostermann, Der Schutz der Erfindungen, 1887, S.13 (<http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

²⁷⁵ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.34.

²⁷⁶ Klostermann, Das Recht des Erfinders nach den geltenden Patentgesetzen und vom gesetzgeberischen Standpunkte erläutert, BuschsA 35(1877), 11, 84f., McGuire, Lizenz, S.42.

²⁷⁷ 当時普及していたこの理解を批判するものとして、Kohler, Deutsches Patentrecht, 1877, S.157f.

²⁷⁸ Klostermann, das geistiges Eigentum an Schriften Kunstwerken und Erfindungen, Bd.2 S.162, 1869.(Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.35)

解である。

カール・ガーライスは、1877年の特許法注釈書で、ライセンスを6条の制限付譲渡の特殊な形式と位置づけた。すなわち、「特許権者による許可は…法的には、排他的な個人権²⁷⁹[知的財産権]を、個人間の制約付で[個人間に限って]放棄することである」²⁸⁰と述べ、「特許権の制限付譲渡の特殊かつ格別重要な事例がライセンス付与である」(6条 S.122)としている。このようなガーライスの説は、ライセンスを契約のみならず、特許法上の排他的権利自体に関係づけた点で、その後の判例及び学説との関連性が指摘されるものである²⁸¹。ただし、ガーライスにおいてはライセンスは特許権の積極的利用権原の移転までを含むものではなかったことに留意される。しかし、このような制限的移転理論は、一方的な放棄にとどまる消極的ライセンス構成に対してライセンシーの地位の強化につき利点を有した。双務契約の当事者としてのライセンサーに別の義務を負わせることができ、特に別ライセンス付与の禁止が合意できるということになったからである。

2 帝国(ライヒ)裁判所 1886年12月17日民事第2部判決—セルロース製造方法事件²⁸²

ライセンス契約とライセンスに関する性質を判示した最初の最高裁判例とされる(ただし、帝国裁判所の前身である帝国商事上級裁判所判決にもすでに同旨の判決がある²⁸³)。

(1) 事案の概要

判決文からは直ちに明らかとは言えないが、原告X(「兄弟商会V」)が、被告Yの有する無効審決が確定した「セルロースの製造方法」に関する特許4179号に関して、主たる目的物たる特許が無効となったライセンス契約が無効であると主張し、すでに支払ったライセンス料の返還を求めた事例であると考えられる。

²⁷⁹ ガーライスの体系では、知的財産権は商号や氏名権などともに、「個人権」と称する物権・債権と並行する第3の権利に位置づけられる。

²⁸⁰ Gareis, das Deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 sammt den hierzu erschienenen Verordnungen und Bekanntmachungen, 1877, § 4, S.93. 「個人権が全部譲渡されたときは、(旧)特許権者の許諾は、それによって特許権の取得者の不利益となるような効果は生じえない」。

²⁸¹ ただし、Pahlowの指摘によれば、ガーライスにおいては、特許権の効力はまだライセンスの付与と十分に結びつけられていなかったようである。「排他的権限者から、その排他的権原を排斥しうる生産の同意を得ようとする者は、生産の権利を得るのであって、他人を排除する権利を得るのではない」としているからである。ガーライスではまだ、ライセンシーの法的地位は現特許権者に対してのみ主張できる(譲渡がなされた際の特許権の取得者に対しては主張できない。つまり承継的保護がない)とされていることから、その革新点はむしろ、クロスターマンらの通説が、単独行為的放棄構成を取っていたのに対して、ガーライスはこれによらず、債権行為契約的な拘束又は権利放棄の契約的構成を通じてライセンシーの法的地位を強化しようと試みたところにあるとされる。

²⁸² Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (以下RGZ), 17 53.

²⁸³ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.37f.によれば、帝国商事上級裁判所 1876年3月23日判決 ROHGE 19, 403, 405.は、ライセンス契約を、「契約相手方に対して排他的権利の行使を放棄すること」であると定義している。

帝国裁判所の判決文によれば、「控訴審 [カールスルーエ上級地裁] は、1880年5月17日の契約が無効であることが明らかであり、被告は受領した10000マルク及び利息の支払請求に関して責任を有すると判断した。控訴審判決の根拠は、第一に、セルロースの製造方法に関する特許4179号が契約の主たる目的物を構成すること、第二に、特許の当該部分について無効審決がなされれば、当該方法は万人にとって自由であるとした帝国裁判所1884年10月28日判決の解釈を根拠としていた」。

帝国裁判所は、控訴審判決を破棄し、原告X請求を棄却した。

(2) 帝国裁判所公式判例集における判決要旨²⁸⁴

特許無効審決自体の効果として、当該特許に関して締結されたライセンス契約 Lizenzvertrag が当初より無効とみなされるがゆえに、ライセンサーには無効審決までにライセンス料として受領していた給付の返還責任が生じるか？

(3) 判決理由

「無効審決の遡及効にもとづいて、契約が、あたかも取引が禁じられた目的物又は(法律上)存在しない目的物に関して締結されたものとみなされると結論することには、法的根拠があるとは認められない。

[①] 第一に、ライセンス契約 Lizenzvertrag の法的性質が確認されねばならない。これは、特許発明に係る一種の物権の譲渡 [筆者注：斜体太字は判決原文による強調。以下同]ではなく、特許法11条2項に規定されるように、他人に付与された発明の利用に関する許可 Erlaubnisである。この[許可の]内容を構成するものは、ライセンサーによる発明の利用に対する異議を特許権者が放棄すること [der Verzicht des Patentinhabers auf den Einspruch] であり、さらにまた、特許権者が第三者による発明利用からの保護の義務を負っているときに限り、第三者の排斥にライセンサーが参加すること [Teilnahme] である。たとえ発明に係る権利が無体所有権 immaterielles Eigentum であると解するとしても²⁸⁵、ライセンスの法的意義に関して支配的かつ制定法上根拠を有する上記見解に至らざるを得ない。なぜなら、ライセンサーは、[①] 発明の実施以外のこの財産 [Gut] への影響も、[②] 準物権的権利に対応する占有 Besitz も、[③] 侵害者である第三者に対する固有の保護権も有さないからである。

[ライセンス契約は] ライセンサーと特許権者間の債権的關係である」。

[②] このように、まず、ライセンス契約は、ライセンサーに何らかの権利が設定される

²⁸⁴ 帝国裁判所判例集においては当時、判例集冒頭の判決要旨は質問形式で記載されていた。

²⁸⁵ 「たとえ無体所有権であると解するにしても」という認容文は、当時まだ精神的所有権説ないしは無体財産権説が通説的地位を占めていなかったことの表れであると考えられる。1880年代には、まだ反射効説(ライセンスは特許法上の禁止規定の反射的效果でしかない)なども主張されていたことが念頭に置かれる。

のではないこと、すなわち、特許権者が存続に関して責任を負う権利の移転が行われるという性質がないことが確認された。続いて、特許無効審決がライセンス契約（に基づくライセンス料債権）にもたらす効果について以下のように述べている。

「ライセンス付与は、無名契約であると評価されるのであれ、賃貸借が類推される契約であると評価されるのであれ、その要件は、ライセンス付与者が特許権者であることである。特許は、特許法 4 条に基づいて、特許権者の許諾なく発明の対象を業として生産し、取引に置き又は販売する権限を有さないという効力を有する。したがって、許可は特許を根拠に Grund des Patents 付与され、また第三者の競争からの保護が約束されるのである。（…）

このように、「付与された特許がライセンス契約の直接の目的物を構成し、成立した禁止権のライセンシーに対する放棄と、第三者に対するライセンシーの保護が、特許権者の契約に基づく給付であるとき、特許の事後の無効審決から、契約が目的物の不存在ゆえに無効であるという結論は導きえない。

無効審決は確かに遡及効を有し、その法律関係は、特許法立法理由書（25 頁）が述べているように、そもそも当該発明に対して法律上の保護が存在しなかったものと擬制されることになる。もっとも、かかる遡及効の擬制は、（法律上根拠がないにしても）保護が存在したという事実を覆すまでに拡張することはできない。ライセンシーは、遡及効の擬制にもかかわらず、彼が無効審決まで一ときには長い年月に亘るが一発明を特許保護の下で利用したことと、契約上請求され履行された給付について争うことはできないのである」（以下略）として、原告請求を斥けた。

(4) まとめ

以上のように、帝国裁判所は、①1877 年特許法 11 条 2 項に基づいてライセンス契約の定義を行った。ライセンス契約とはライセンシーの発明の利用に対して特許権者が異議を述べない合意であり、まったくの債権的關係であるにすぎないとして、発明実施以外の特許への影響、ライセンス契約による準物権的権利の設定、固有の訴訟権原のいずれも否定する見解を取った。

②そして、このようなライセンス契約は、特許権者が何らの存続に関して責任を負わねばならない権利の移転も伴うものではないことを前提に、特許権の無効審決による遡及的消滅は擬制であるが、保護が存在したという事実にも及ぶものではないとして、ライセンス契約とそれに基づくライセンス料請求権は有効であるとして、返還請求を棄却した²⁸⁶。

²⁸⁶ 特許無効審決確定後のライセンス料返還義務を否定する法律構成が現在においてどのような構成を取るのかについては今後の検討に期したいが、「カラの譲渡 Leerübertragung」として論じられ、産業財産権では長年「保護期間が第三者によって顧慮され、ライセンシーが事実上経済的優位な地位を得ている限りで、ライセンス対象の保護適格の欠如は、契約の法的拘束力にも、ライセンス料の支払い義務にも影響を与えない」とする原則を取っているとされる。この原則を、BGH は最近著作権にも適用している（BGH 2012, 910 Rdnr.17ff.-Decantos Hits）。Schricker/Ohly, Vor. § 31 ff. Rn.69,

3 小括

1877年法の成立前の激越な反特許運動とプロパテント派との論争の中で、プロパテント派の妥協策として、特許制度の独占を緩和させ、特許制度の目的たる発明の普及を実現する手段として「ライセンス原則」と「強制ライセンス」が援用され、11条2号の規定に結実した。ライセンスは1877年法11条2号の「発明の利用に関する許可 Erlaubnis zur Benutzung der Erfindung」であると解された。この許可は、支配的見解では、4条所定の特許権者の禁止権行使の放棄であると解された。

帝国裁判所判例においては、11条2号に基づき、ライセンス契約とはライセンシーに対して特許権者が異議を述べない旨の合意であり、まったくの債権的關係であるにすぎず、発明実施以外の特許への影響、ライセンス契約による準物権的権利の設定、固有の訴訟権原のいずれも否定する見解が取られた²⁸⁷。

第2節 ライセンスの「物権化」

1 学説

1877年、ヨーゼフ・コーラーは『ドイツ特許法—フランス法との比較法的考察—』の中から、特許権譲渡時のライセンシーの特許権取得者への対抗力を認めるため、積極的権利としての特許権に由来する「準物権」であるとする構成を提案した²⁸⁸。この学説上の動向は、賃借権などの債権の物権化²⁸⁹になぞらえて「ライセンスの物権化 [Die “Verdinglichung” der Lizenz]」²⁹⁰とも称される。かかる準物権化の背景には、当時の経済的要請、すなわち、ライセンシーの地位の安定化があった。

(1) ライセンシー保護の要請

1880年代ごろから、ライセンスは「特許独占の緩和を目的とする広範な利用のための手段」という従来の意義を脱し、産業にとって喫緊に必要であり、かつ利益をもたらす投資要素と見解が普及した。そして19世紀末には、発明者や特許権者は資本力のある企業に特許権の実施や活用を頼るといった実態が強調され、特許法学説では、発明者自身は適切な取引上の経験を自在に生かすことはできず、発明は産業によってのみ完全に公共に寄与するという見解が普及した。

例えば、後掲1904年の帝国裁判所ベナルドス式方法事件にも近時の支配的見解として引

²⁸⁷ Pahlowの指摘によれば、この判決がライセンスを契約関係であるとして、債権的關係であるとした点では、単独行為的な権利放棄ではないという点で、ガーライスに近い見解を取っている (Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.38)

²⁸⁸ Kohler, Deutsches Patentrecht, 1878, S.158.

²⁸⁹ Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, 43 ff.; Canaris, Verdinglichung obligatorischer Recht, FS Flume 1978, S.371ff.

²⁹⁰ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.45; F. Vogel, Rechtverkehr, S.129.

用された一人であるレオ・ムンクが、1897年の『特許ライセンス研究』中で行った記述は象徴的であるため、以下紹介する。

「しかし、発明者が彼に帰属する財産〔特許発明〕を自己の活動のみを通じて利用しようとするときには、発明者保護の目的は、不完全にしか達成されないことが極めて多いことを、われわれは強調せねばならない。

自己の才能を〔経営という〕予想外の役務に使うことをやむなくされる発明者は、ほとんどハンニバルの勝利に等しいといえる——彼は勝利を「活用する」ことには通じていないのである。発明者は（…）創作に熟達しているが、製品を消費者に供給することには未熟である。つまりは、発明者はその掌中に大軍を有していても、臨時工を抱える手段を欠いているのである」。²⁹¹

として、蒸気汽船の発明者フルトンが、米国で海運事業の運営を自ら試み、巨額の債務を残したこと、ワットやボルトンは、蒸気機関工場の運営を試み、巨額の財産を喪失したことを挙げる。

「発明者は、このように商才に乏しい場合には、精神的労働成果の経済的利用のために、産業と商人を必要とする。発明者はライセンスを付与する〔下線部執筆者〕」。このような「ライセンスなくしては、発明によって創作された新たな栄養を摂取できなくなり、産業の発展は麻痺し、全産業部門が壊死してしまうであろう」²⁹²と述べ、発明の実用化のために投資を行った者の保護の必要性を指摘した。

また、ライセンスの禁止権行使放棄説にとどまったクロスターマンも、「看過されることが多いのは、発明者は通常、自己の計算において発明を実施する手段も機会も有していないという事実である」²⁹³（1877）と述べ、マルティウスも¹「ここでは、発明者は工場主、技師、商人との協力を必要とし、作家は通常その作品を複製し経済的利用するために、出版者を必要とするのである。」²⁹⁴と述べた。

しかし、このように、産業発展に対して重要な役割を担うものとされた投資に対して、前節で扱った通説及び判例で確認された当事者間の債権的効力しか有さないライセンスは、致命的な阻害要因となった。

これは当代の多くの文献に登場する²⁹⁵。アルノルト・ゼーリヒゾーンの『特許法・意匠法第2版』によれば、ライセンシーは、「許諾を受けた結果、ライセンスを考慮しつつ生産の

²⁹¹ Munk, Leo: Die patentrechtliche Lizenz: eine Studie, Berlin, 1897, S.22.

²⁹² Munk, a.a.O.(Fn.291), S.22.

²⁹³ Klostermann, Das Recht des Erfinders nach des geltenden Patentgesetzen und vom gesetzgeberischen Standpunkte erläutert, in: BuschsA 35, S.19.

²⁹⁴ Martius, Über die rechtlicher Natur der Lizenzerteilung durch den Patentinhaber, 1897, S.10

²⁹⁵ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.55f.

準備をし、工場を建設し、製品供給契約を締結し、社団を設立することもまれではない。しかし、ライセンシーと特許権者間に、単に債権的關係があるのみとされ、特許権者がその特許権を譲渡してしまうとすれば、すべては灰燼に帰すのである」²⁹⁶。

実際に、当時特許譲渡が問題となっていたことが指摘される。パーロウの歴史的考察における表現(2006年)によれば、

「発明者の困窮は、とりわけ19世紀末の特許斡旋業の隆盛に明らかである。1880年ごろ以来のドイツの特許雑誌の広告では、特許権の利用と譲渡の顧客を募集する特許あっせん業の活発な広告活動が見られる。特許権者が、窮乏にあえいで特許権を譲渡してしまうことはまれではなく、そうして、ライセンシーが事業を準備していることがすべて潰えてしまうこともまれではなかった」²⁹⁷。

また、ライセンシーの経済的意義の高まりが自覚されるとともに、以上のような①承継的保護の要請のほかにも、②特に包括的利用権者(1900年ごろからは「排他的ライセンシー」。後述4)の固有の防禦権の要請、③単純ライセンスと独占的債権的特約が付されたライセンスと制限付譲渡合意の区別の明確化によるライセンシーの独占的地位の保証の要請が提起されるに至った²⁹⁸。③の背景には多数のライセンス付与による、ライセンス価値の空洞化のおそれがあった。これはレオ・ムンクにより特に端的に指摘された(1897)。すなわち、かつての理解では独占緩和手段としての側面が強調されたライセンスであるが、極限事例において、すべての関心を有する競業者にライセンスが付与された場合、特許権は空洞化して効力を喪失し、その結果、付与された特許権は無価値になる。よって特許権が当該産業部門において独占的地位を媒介している限りで特許権は意義を有する。そのため、ライセンシーの関心は、ライセンス契約締結の際に、特許権者と、別の者へのライセンスの付与を行わない旨の合意をしておくことと、そのような合意が強く保証されることに向けられることになったのである²⁹⁹。

以上をまとめると、1880年代ごろには、経済的利用者・投資の利益の固有性、投資手段

²⁹⁶ Seligsohn, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1892: 2.Aufl., 1901, § 6 S.78.また、Kohler, Zur Konstruktion des Urheberrechts, in: in: Archiv für Bürgerliches Recht 10, 1895, S.241ff., 273は、「疑いあるときは、特許権が存在する限りライセンスが存続し、それは発明者権の期間の終了まで妥当する [と解すべきである]。なぜなら、そこには現実生活の原則、すなわち、ライセンシーが今日大規模設備を設営し、明日ライセンスが解約されるかもしれない、という法状態に置かれることは欲しくないという原則が妥当するからである」; Munk, Österreichische Patentgesetz, Kommentar zu dem Gesetz vom 11. Jänner 1897, betreffend den Schutz von Erfindungen, S.104, 「ライセンスが債権的性質でしかなければ、すべての特許権譲渡は締結されたライセンス契約を解除という結果を生じるほかになく、その結果、ライセンスの利用を目的とする投資は無価値となるであろう」(Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.55)

²⁹⁷ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.56.

²⁹⁸ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertragsrecht, S.57.; McGuire, Lizenz, S.166.

²⁹⁹ Munk, a.a.O.(Fn.292), S.19.

としてのライセンスとライセンシー利益の保護は当時の学説においても認識されていた。ライセンシー利益の保護は、①承継的保護の要請のほかにも、②利用権者の固有の防禦権の要請（特に包括的利用権に関して）、③ライセンスの独占的地位の保証の問題にあった。しかし、当時通説判例をなしていたライセンスを禁止権行使の放棄ないしは債権的合意と解する説は、特に特許権の譲渡からライセンシーを保護しえず、この経済的要請には対応しえないものとされた。

(2) 準物権説の登場—禁止権のない非排他的準物権的利用権としてのライセンス

ヨーゼフ・コーラー(Josef Kohler, 1849-1919)は、このような産業の経済的利益の要請に鑑み、1878年『ドイツ特許法』の中で、「準物権的 [quasi-dingliche]」ライセンス論の提唱により対応を図った³⁰⁰。

コーラーによれば、ライセンスは、一ライセンス契約ではなく一彼によれば積極的権利³⁰¹である特許権そのものに由来し³⁰²、制限付譲渡により成立する³⁰³主観的・積極的権利であり、準物権的権利である³⁰⁴。

³⁰⁰ コーラー1877年「ドイツ特許法」は、次のように述べる (Kohler, Deutsches Patentrecht, 1878, S.157)。「ライセンス権者 Lizenzberechtigten の権利は、より劣った準物権的権利 [ein geringeres quasidingliches Recht] であるが、しかしそうはいっても準物権的権利である。ライセンス権者は、実施の権利を有するが、排他的実施の権利ではない。ライセンス権者は、他人の土地を通行することを許されるが、他人の通行を禁止することができない者と同等の地位に置かれる。ここで明らかになるのは、この種の物権においては、有体物の利用能力の性質上の限界ゆえに、利用者の人数は通常一定の数を越えることはないのに対して、無体物の権利に関しては、実施者の数は性質上無限であるという特徴である。ゆえに、無体物の権利においては、ある者の権原が、他人の権原にとって制限となることはない。競業により営業に何らかの縮減が生じたとしても、それは事実上の縮減にすぎず、産業権の法的核心に影響を与えるものではない。ゆえに、ある者に実施権が付与される際には、他人に同じ実施権が認められることには、何ら制限は存在しない。ライセンスが妨げられることはない—だがそのことは当然、ライセンサーが契約に違反して別のライセンスを付与し、これにより契約上の特則により保証された第1ライセンサーの利益を侵害したときに、ライセンサーの債権的責任が生じることを排斥するものではない。」

³⁰¹ コーラーの「積極的利用権」は、承継的保護とライセンシーの訴訟権限を要求するための論争概念であったという性質を指摘するものとして、Weinmann, Rechtsnatur der Lizenz, 1996, 589.; Vgl. McGuire, die Lizenz, S.168.

³⁰² 1907年の特許法教科書における表現が端的である。Kohler, Patentrecht 1907, S.179, 「1. そのような権利は完全に譲渡される。2. 完全権から引き出されるが entnommen 独立した全体を構成する一定の範囲の権原を権利者に認める部分権が成立する。なぜなら、一定の生活関係の目的を満たすに適しているからである。」

³⁰³ McGuire, Die Lizenz, S.171

³⁰⁴ マクガイア (McGuire, Die Lizenz, S.169) は、コーラーにおける「準物権的」の意味は、民法典にいう物以外を対象とするから準物権と呼称されているわけではなく、彼の説の成立時期が1878年であることに照らせば、物権に対して弱い権能を有するという意味で用いられているにすぎないという検討を行っている。すなわち、**サヴィニー**以来確立された物権の理念型に基づくのであれば、物権はその保有者に、

1880年に彼は、ライセンスを『著作者の権利』の中で次のように定式化した。

「ライセンス権の本質は、ライセンス権者が利用の権利を有するが、しかし、排他的な利用の権利を有するわけではない、というものである。すなわち、ライセンス権者は利用を許されるが、他人の利用を禁止することは許されないのである」³⁰⁵³⁰⁶

コーラーの「準物権的」ライセンス権は、(a) 防禦権〔禁止権〕のない(b)積極的な利用権である。

このような、防禦権なき物権的利用権としての「ライセンス」概念は、19世紀末に普及していた「ライセンス」と物権の概念にそれぞれ対応した結果であると解されている³⁰⁷。すなわち、1880年代当時、まだライセンスは、「可能な限り多くの者に発明の利用を図る手段」であると理解されていた。一方、当時の民事法は、「物権的権利」を排他的権利であると解していた。コーラーも、これに応じて、「準物権的」ライセンス権の構成にあたって、ライセンスには防禦権はないとの修正を加えた。

(a) 防禦権に関しては、ライセンシーは、ライセンス契約によって、特許権侵害に対して措置を講じる能力を取得せず、ライセンシーは、特許権者が第二第三のライセンス権を付与した場合でも、第三者に対する防禦手段を有さない。このようにして、不特定多数の権原者に寄与するライセンスの利用可能性ある特徴を保証することは可能となった。コーラーは、全てのライセンシーを「準物権的」権利の所持者とみなし、その実施者の数は無関係なものとした。「ゆえに、ある実施権がある者に与えられたとき、他の者に同様の実施権が保

①その物を使用し、②権利侵害から防御するという権限を付与するものである。完全に形成された物権と比較すると、準物権的ライセンスは、それが①準物権的使用権ではあるが、②排他的権利への関与がないという点で、弱体化しているというのである。

³⁰⁵ Kohler, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschaeft, und Individualrecht, 1880, S.295. (以下 Kohler, Autorrecht, 1880と引用する); Vgl.ders. Deutsches Patentrecht, S.157; ders., Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900, S.511)。

³⁰⁶ 1878年の『特許法』(Kohler, Deutsches Patentrecht, 1878)において、コーラーはクロスターマンらの禁止権放棄説、消極的ライセンス説に、下記のような批判を加えた。「ライセンスは多くの説において、単に特許権の禁止的制約を放棄し、ライセンシーに、特許権者の禁止権がなければ有していた自由な営業を認めるという性質のものであると理解されている。このような構成は、あたかも発明の利用に対して万人に自然的権利が付与されており、この自然的権利に人工的にすぎない制約が付され、そしてそれがライセンスによって放棄されるというような見解を前提にしている——これは、あたかも、地役権の設定とは、所有権によって付された制約の放棄であり、地表について、万人がその意思と意図をもとに支配する自然的権利を開放することである、というようなものである。しかし、実際はそうではない。特許の存続期間中は、発明の利用への権利は他人には存在しない。他人は、制限された権利を有するのではなく、実施の権利を何ら有さないのである。他人がそれを取得するときは、地役権者がその権利を直接所有権者から導くように、特許権者から取得することになる。

³⁰⁷ McGuire, Die Lizenz, S.171.

証されることについて、なんらの制限もないのである」とした。

他方、(b)積極的な利用権としての性質により、特許権が突然譲渡されても、新特許権者に対してライセンシーは引き続き利用権を主張できるのである。

コーラーは1907年の『特許法教科書』において、準物権的ライセンス権の効果としての承継的保護、そして、その構想の原因が経済的要請であったことについて、次のように端的に解説を加えている³⁰⁸。

「特許権に由来し、最もよく用いられている権利がライセンス権 *das Lizenzrecht* である。ライセンス権は、絶対的、客体的 *gegenständliches*、そしていうなれば、準物権的権利 *quasi-dingliches Recht* である。

ここからは次のことがいえる。すなわち、取得されたライセンス権は、発明者権が譲渡されたり、担保物権が設定されたりしても、すべての第三者たる取得者に対して対抗できる besteht ということである。仮にこれ以外の構成を取れば、現実 [生活／実務] の要請 [die *Bedürfnisse des Lebens*] に打撃を与えるであろうし、そのようにする最低限の理由も存在しない。立法はそもそもライセンス権を詳細には構成せず、すべてを現実と法学の構成に委ねた。そしてわれわれは、自由である場所では、構成を現実の要請に適合するように行う (帝国裁判所判例、特に 1904年1月16日判決 J.W.154 頁を参照せよ)」³⁰⁹

コーラーは、ライセンス権を、このように、防禦権のない物権的権利であるとし、通行地役権類似の権利であると主張した³¹⁰。

³⁰⁸ Kohler, Lehrbuch des Patentrechts, 1908, S.185.

³⁰⁹ このコーラーの態度は、ドイツの知的財産法学者に継承されているひとつの「伝統」を形成した (McGuire, *Die Lizenz*, S.148)。たとえば、クラッサー *Kraßer*, *GRUR Int.* 1973, 230, 234f.; レーゼンベルガー *Roesenberger*, *GRUR* 1983, 203, 205. が挙げられる。しかし、この態度に対しては、別の見地から批判的な見解がある。例えば、コーラーの後の世代であるフィッシャー (Walter Fischer, *Die dinglicher Charakter des Patentrechts und der Lizenzvertrag*, *GRUR* 1927, S.742, 743) の次のような見解がある。「コーラーが述べた命題、すなわち、立法はライセンスについて詳細に定めず、生活と法律的構成にすべてを委ねた、ゆえに、ライセンス法の領域の構成は自由である、よって、我々は、それを現実の必要に適合するように構成しうる、という命題は正しくない。否、われわれは自由ではないのである。なぜなら、われわれは、求めるべき規範を民法典に有するからである」。また、それよりも早くに、ヴェーバー (Wilhelm Weber, *Das Deutsche Patentgesetz vom 7. April 1891 nebst Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891: Fuer den praktischen Gebrauch*, Essen 1893 (Pahlow, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S.74)) は「特許権は現代の法発展によって財産権的な特徴を獲得しており、ゆえに、多くの法律行為の対象となりえ、その形式は一般民事法に従って定められるべきであり、その実質的な内容もまたこれに応じて評価されるべきである」とする。現代 (2014年) においても、マクガイアの (McGuire, *Die Lizenz*, S.148) は、「第一に、コーラーによって要請された構成の自由は、現在支配的な私法システム観念すなわち、一常に完結しないがゆえに一開かれてはいるが自己一貫的な私法システムという観念とは矛盾する」。第二に、「一般民事法の規定権限と完全性 [の仮説的な原則的妥当] は、個別の事実問題に対しては呈せられてよいが、一般民事法の原則的妥当に対して疑念を呈することは誤りであり、それは法システム全体の中での知的財産法の特別私法としての地位を等閑視するものである」と批判する。

³¹⁰ Kohler, *Patentrecht*, S.158.1877 「通行地役権が通行する権利を与えるのによく似ているが、独占的に

コーラーの主張には一強い反対にも遭遇したが³¹¹—多数の論者が続いた³¹²。確かに、1900年ドイツ民法典には「売買は賃貸借を破らない」（当時の571条、現566条）との規定が導入された³¹³。しかし、コーラー以後も承継的保護をこの旧571条の類推適用によるのではなく、引き続きライセンスを準物権的権利であることにより正当化する見解は支持を得続けた。理由は、第1に無体財産と不動産は対象の差異ゆえに直接の比較は禁じられるとするものである（「民法571条が、土地賃借権のみを対象とすることを忘れてはならない」³¹⁴）。第2に、民法旧571条が一般的法原則の帰結ではないということであった。引き続き、ライセンスは、法規範の総体にとっては、現実生活の必要性に応じて発展されるべき、特別かつ特殊の法現象であるとされた。

さらにその原因を遡ると、マクガイアによれば、1900年のドイツ民法典の成立経過に求められるようである³¹⁵。すなわち、ドイツ民法典成立まで、使用賃貸借の法的構成をめぐる議論の中では2つの法伝統が激しく対立した。①第1がロマニステンのないしパンデクテン法の見解であり、使用賃貸借を純粋な債権であると解した。②第2がゲルマニステンの

道路を通行できる排他的権利ではないのによく似ている」。これに対しギールケは、ライセンスは可能な限り多くなされるが、何百人も土地を通行できる地役権はナンセンスであるとして、地役権の類推はできないと批判した（Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.I, 1895, S.890）。これに代えて、ギールケは、特殊中間的地位 **Eigentumliche Mittestellung** を主張した。ギールケによれば、ライセンス契約は確かに単なる債権的内容ではないがライセンスは絶対的権利にはなれず、権利承継者に対してのみ効力を有する。これをあらわしたものである。

³¹¹ 批判の根拠は、第1に、ライセンス概念を定めるものと一般に解釈された1877年11条が「許可 Erlebnis」の文言のみを用い絶対的権利の譲渡については定めていないことと、制限的譲渡は「多数ライセンス付与の可能性」と矛盾するするとみられたことである。第2に、準物権であると構成するのなら訴訟権限も備わっているのだから、ライセンシーにそのような固有の訴訟権限が認められないのであれば、物権的権利や絶対的権利も成立しない。つまり、批判者は、ライセンスを保護せよという法政策的要請を批判したのではなく、物権的権利の理念型に一致しない準物権的ライセンスという法律構成を批判したのである（McGuire, Die Lizenz, S.170f.）。

³¹² 後述1904年1月16日帝国裁判所判決において、現在の「ほぼ通説的な見解」としての準物権的ライセンス説について、コーラー、イザイ、ボルツェ、ムンクが挙げられ、従来の債権的・消極的ライセンス説の支持者としてのクロスターマン、ロボルスキ、ガーライス及び判例RGZ 17, 53と対比されている。

³¹³ 第566条 売買は使用賃貸借を破らず

- (1) 賃貸された住居が、使用賃借人に引き渡された後、使用賃借人によって第三者に譲渡されたときは、取得者は、使用賃借人に代わり、自己の所有権の存続期間中に使用賃貸借関係から生じる権利及び義務を有する。
- (2) 取得者がその義務を履行しないときは、使用賃借人は、取得者によって賠償されるべき損害について、先訴の抗弁権を放棄した保証人と同様の責任を負う。使用賃借人が使用賃借人の通知により所有権の移転を知るに至ったときは、使用賃借人は、使用賃借人が、解約告知が許される最初の期日に使用賃貸借関係を解消する告知を行わない限り、その責任を免れる。

³¹⁴ Wedel, Zur rechtlichen Auffassung der Patentlizenz, 1919, S.38; Rasch, Harold, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1933 S.120 (zit. nach Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.54).

³¹⁵ McGuire, Die Lizenz, S.172f.

見解であり、使用・用益賃貸借の物権的構成を支持した（このような賃借権の物権的構成は、特に 1794 年プロイセン一般ラント法に見られるものである）。②第 2 の立場は BGB の施行前から、土地の売却はその地に存在する使用賃借権を損なうことができない、という原則を承認していた。「売買は賃貸借を破らない」というこの法準則の承継は、BGB の起草の過程で大論争の対象となった³¹⁶。①ロマニステンの厳格な体系的峻別の要請と、②ゲルマニステンの賃借人保護の実現への要求が対立したのである。

結局、成立したドイツ民法旧 571 条（現 566 条）において定められた妥協は、原則として債権的構成を規定し、これを契約上の地位の移転の特則によって緩和するという構成を採った。そして、ライセンス契約は使用・用益賃貸借と比較しうる継続的債権関係であると性質決定される余地を残したので、民法旧 571 条をライセンスに類推適用するという説も有力に主張されることになった。しかし、ドイツ民法典が使用賃貸借の債権的構成を採ったことにより、ライセンスを準物権的権利であるとしながら使用賃貸借であるとする道は閉ざされることになった。BGB に基づく限り、571 条と物権的性質は、容易に両立しない択一的概念とされたので、①準物権説と②類推適用説の分化が促進されたのである³¹⁷（ただし、コーラー自身はこのように択一的な態度を取ったわけではなく、民法典成立以前の 1898 年に、彼によれば一種の地役権的性質であるライセンス権を、賃貸借契約の準則に従って行使しようと述べていた³¹⁸）。

(3) 排他的利用権としての包括的利用権／享益権

コーラーは「ライセンス」を防禦権なき利用権としての準物権であると同時に、一貫して、非排他的な権利であるとした。そして、①非排他的な「ライセンス」とは区別されるべき別の権利として、②「制限付享益権 beschränktes Genussrecht」と称した排他的包括的利用権

³¹⁶ 第 1 草案は、普通法に従って、「売買は賃貸借を破る」との文言を定め、これを賃借人保護のための短い解約告知期間のみによって緩和していた。この草案は、激しい批判に遭遇した。第 2 委員会は改定作業において最終的に対立したアプローチを選択し、結果的に、「売買は賃貸借を破らない」という原則に従った。

³¹⁷ 後に見るように、さらにここに排他的ライセンスと単純ライセンスの区別が加わる。判例でも排他的ライセンスは準物権的権利であり（1904 年 1 月 16 日一ベナルドス式方法判決）、承継的保護を享有する（1911 年 5 月 5 日一印紙税表判決）とされたが、単純ライセンスについては民法旧 571 条の類推適用説が引き続き主張された（Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.80 に掲載されている学説として、Breuer, Die rechtliche Natur der Patentlizenz, 1912, S.73ff.; Mertz, Die patentrechtliche Lizenz, insbesondere der Lizenzzwang, 1907, S.11; Klauer/Möhrling, Patentgesetz vom 5. Mai 1936, 1937, § 9 PatG, S.213）。

³¹⁸ コーラーによれば、ライセンスは、使用賃貸借契約の準則に従って行使される一種の地役権であると理解される（1898）。一面では使用賃貸借への依拠と、他面では物権的効力という現代の視点から見ると一見矛盾する見解であるが、ドイツ民法典施行前の学説（賃借権の物権的構成がまだ一般的であった）を背景にしたものと考えられる。民法典施行後であるが、ヘルマン・イザイもこの見解に倣っている（Isay Patentrecht, 1911 § 6, Rdnr.8）。

を提唱した³¹⁹。これは、特許の利用権がライセンシーに一定の範囲で排他的に認められるとするものであり—1900年以降の他の学説や判例では排他的ライセンスと呼ばれるものであるが—コーラーはこれを「ライセンス」とは呼ばず、制限付享益権 beschränkte Genussrecht と称した。

「特許権者が、ある者に、一定の時間的、地理的、質的な限界内で排他的な発明の享受権として享受権を付与したときには、別の準物権的利用権が成立する。

この権利は、ライセンス権に組み入れられるきらいがある。しかし、実際は、両者には根本的な差異が存在する。この権利の取得者は、利用権だけではなく、利用の全領域を排他的に彼の権利として許与されるのである。彼はこの権利を他人に譲渡することも、他人に分割することも、ライセンスを付与することも、権利を妨害する者に対して訴えを提起することもできるのである³²⁰」。

このような①ライセンスと、②制限付享益権の違いは、利用権原の質的差異にある。ライセンスは、排他的権原なき利用権を特徴とする一物権的要素は利用権により付与される承継保護に限られる一に対し、「包括的利用権 Ausnutzungsrecht」は特許に係る防御権を有する広範かつ包括的な利用権であるとされた。

その背景には、複数の利用権原者による特許の利用可能性を認めるというライセンス概念が働いていた³²¹。「排他的ライセンス」という概念が当時の学説において一種の矛盾であると映ったことは、このライセンスの基本的性質を前提にしたものと考えられる。

このように、コーラーは、①ライセンスと、②「制限付享益権」beschränktes Genussrecht、④完全な特許権譲渡を区別した（なお、コーラーは、このほかに③実施義務付排他的利用権としての性質を有する権利として、出版権を特許権の利用形式の一つとして認めている。ここからは、コーラーにおける特許権と著作権の並行性が看取できる）。

コーラーにおける特許権の利用形式を表にすると、以下のようになろう³²²

		積極的利用権 (承継的保護)	消極的禁止権 (固有訴訟権限)	排他性	性質
一部譲渡	①ライセンス	○	×	非排他的	準物権
	②制限付享益権	○	○	排他的	準物権

³¹⁹ Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900, S.507

³²⁰ 論者（Gierke, Koepfel）によっては、これに相当する権利は包括的利用権 Ausnutzungsrecht と呼ばれた。

³²¹ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.57.

³²² Kohler, Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim, Bensheimer, 1908, S.178ff.（和訳として、小西真雄訳『特許法原論』（巖松堂書店、1916年）がある）。

	③ 出版権	○	○	排他的	実施義務付準物権
全部譲渡	④ 完全な権利譲渡	○	○	排他的	

(4) 「排他的ライセンス」概念の承認

しかし、「排他的ライセンス」概念は拒絶されていただけではなく、1900年ごろに学説及び判例でも受容され始めた。その端緒は、1897年、レオ・ムンクがライセンスを、「すべての又は個々の特許権に含まれる権原を利用する権限」と定義したことに始まるとされる³²³。この定義のもとでは、排他的単独ライセンスも可能となる。ムンクにおいて、ライセンスは、一物権的権利であるとされたが一権限が複数の他人にも許与されるかどうかは、ライセンスの本質とは無関係であり、ライセンスが排他的（エクスクルーシヴ）であっても、その法的性質が変化することもない。こうして、排他的ライセンスと単純ライセンスの区別は、この見解によれば共通の法的性質の違いを生じるものではなくなった。

さらに、ヘルマン・イザイ（Hermann Isay(1873-1938)）が、1903年³²⁴に特許権の2つの要素として、利用権と処分権を区別し、制限付譲渡の場合は、特許権者は他人にこれらの要素のうちの一つ、すなわち、利用権的要素だけを許与しうる。イザイは、ライセンスを、「発明に係る処分権なき準物権的」利用権であると定義した。

このような新たな学説によれば、かつての包括的利用権に代わって、ライセンス概念のもとに、「排他的ライセンス」と「非排他的（単純）ライセンス」が包摂されることが可能となった。

判例はこの学説を採用した。まず、1893年4月20日の判例（RGZ 31, 295, 299f.—Zuckersiedler）が「包括的利用権 Ausnutzungsrecht」について物権的権利とした帝国裁判所の判例があり、続いて、1904年1月16日判決は、このような排他的権利について、ついに「排他的ライセンス」と呼称し、「積極的権利であり、特許権者の権利に係る準物権的利用権である」と認めたのである（後述（3））。

1919年には「排他的ライセンス」は、注釈書においても、「特許に基づく権利を第三者に対し主張することさえできる権利を伴って、あらゆる関係において特許発明を包括的に利用する権利である」³²⁵と定義されるに至った。

(5) まとめ

1877年法の立法当初は、ライセンスは消極的、債権的効力のみを有し、特許権が譲渡されたとき、ライセンシーは新特許権者には何ら対抗する手段を有さないという見解が、学説

³²³ Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.63, Leon Munk, a.a.O.(Fn.291), S.16, 「ライセンス許与は、つまるところ包括的権原を対象とする。」

³²⁴ Isay, Hermann, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, S.183f.Berlin, 1903(Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.64.)

³²⁵ Stern/Oppenheimer, § 6 PatG, Anm. 14, S.137(Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.64.)

及び判例において一般的であった。しかし、このような理解は、当時の発明の経済的利用の要請には適合するものではなかった。(前節・本節1)。

コーラーは、ライセンス(権)を、一債権的ライセンス契約ではなく一特許権から導かれる禁止権のない準物権的利用権であると構成することにより、新権利者に対して対抗できる権原として構成する道を取った(2)。

他方、コーラーにおいては、特許発明の排他的利用権として「享益権」という権利が想定されていたが、これをコーラーは、複数利用者に付与される排他権なき利用権原としてのライセンスとは厳に区別されるべきものとしていた(3)。

しかし、当時のさらに新たな学説は、ライセンスの定義に非排他性などの限定を付さなくなり、「ライセンス」を「特許権の利用権原」すべてを指すものとして用いるに至った。その結果として、コーラーなどにおいて「享益権」「包括的利用権」として「ライセンス」からは区別されていた「排他的ライセンス」と、従来「ライセンス」とされていた「非排他的(単純)ライセンス」が、ともにライセンスの範疇に含まれるものであるという理解が普及し、判例もこれを採用するに至ったのである(4、後述判例(3))

2 立法—1891年特許法

1891年に改正特許法が施行されたが、これは出願・審査・紛争等に関する規定整備を中心とする改正であり³²⁶、1877年法の6条(全部譲渡及び制限付譲渡)、11条(ライセンス強制)は変更されることなく承継された。ライセンスに係る部分の変更としては、特許権の効力を定める4条が、禁止権の規定から積極的権利を表す内容に変化したという点にある。なお、引き続き「ライセンス Lizenz」という概念自体は条文には見られなかった。

1891年法4条 特許は、特許権者が、業として発明の対象を生産し、取引に置き、販売し又は利用する権限を専有する〔排他的に有する(ausschließlich befugt ist)〕という効力を有する。特許が方法に関して付与されたときは、効力はその方法によって直接製造された製品にも及ぶ。

これにより、1877年法4条のような禁止権ではなく、コーラーに見られるライセンスを積極的権利としての特許権に由来する権利の「制限付譲渡」であるとする見解はより正当化されやすくなった。

3 判例：1904年1月16日民事第1部判決—ベナルドス式方法事件³²⁷

前節の判例を排他的ライセンスに関して変更して、排他的ライセンスに準物権的権利と

³²⁶ Florian Vogel, Rechtsverkehr, S.129.

³²⁷ RGZ 57, 38.

それに基づく禁止権的効力（訴訟適格性）を認め、コーラーの準物権的ライセンス説を排他的ライセンスに採用したことで重要な位置を占める判例である。

(1) 事案の概要

ベルリン所在の I.P.社は、電流による鉄鋼溶接方法（いわゆるベナルドス式方法 Bernardos 'sche Verfahren）に関してドイツ特許を有するロシア企業の総合ライセンシー Generallizenznehmerin であった。この I.P.社から、原告 X は、ドイツにおける鉄鋼製品の製造に関して、当該特許方法の実施に係る排他的ライセンスを取得した。原告 X は、被告 Y が自社工場で、当該特許方法の故意または過失による侵害を行い、鉄鋼製品を製造していたと主張し、22828 マルク及び利息の損害賠償の支払を求めて訴えを提起した。第一審ドルトムント地裁商事部は原告訴えには理由がないとして、請求を棄却した。原告の控訴に基づいて、ハム上級地裁は X 控訴を認容し、地裁に差し戻した。

被告 Y は上告したが、棄却された。

(2) 帝国裁判所民事判例集における判決要旨

1. ライセンス契約の法的性質
2. 株式会社は、その技術的経営責任者の重過失ある行為に関して責任を有するか？

(3) 判決理由

「原告の訴訟権限の評価には、ライセンス契約の法的性質の検討が不可欠であり、訴訟当事者によっても主張されている。特許法はライセンス契約についての規定を有していない。しかし、その許容性は認められる。なぜなら、特許法 6 条 2 文³²⁸は、特許に基づく権利が『制限付又は無制限に』契約によって他人に譲渡 übertragen 可能であるとしており、このことからまた、ライセンス契約において特徴的な譲渡方法 charakteristishen Art der Übertragung の許容性も明らかとなるからである。すなわち [この特徴的譲渡方法とは]、特許権者は確かに権利を留保するが、その利用 Benutzung を他人に許諾する gestatten というものである。しかしそれにとどまらず、一定の要件の下では、かかる許諾は特許権者を法定の義務に服せしめる（特許法 5 条参照³²⁹）。

³²⁸ 1891 年特許法 6 条 2 文「この請求権及び権利は、制限付きで又は無制限に、契約により又は死因処分により他人に譲渡できる。」

³²⁹ 1891 年特許法 5 条 「特許の効力は、出願の時点ですでに国内においてその発明を利用していた者又は利用に必要な準備を行っていた者に対しては及ばない。これらの者は、発明を自己の事業の需要のために自己又は他人の設備において利用する権限を有する。この権原は、事業とともにのみ、相続又は譲渡できる。

特許の効力は、さらに、発明が政令に基づいて陸軍・海軍又はその他公共の福祉の利益になるように利用されるべきときにも及ばない。かかる場合には、特許権者は、特別の利益により特許の制限を求めた帝国又は州に対して、相当な報酬の請求権を有し、この報酬について合意が成立しないときは、訴訟におい

ところで、ライセンス契約と呼称されるものは、確かに前述の特徴的メルクマールを有するが、それ以外の点では非常に相異なった内容を有する一連の合意〔契約〕が包摂されている。〔①〕特許権者は、単にライセンシーに対して禁止権を行使しないことのみを合意することができる。この場合には、契約は消極的内容に尽きる（狭義のライセンス契約。Juristen Wochenschrift 1901 S.656 Nr.18 参照）。〔②〕しかし、特許権者の契約に基づく放棄を、すべてのライセンス契約の特徴的内容であるとみなすことは不適切である。大多数の事例においては、ライセンシーに積極的権利すなわち特許権者の権利に係る準物権的利用権〔quasidingliches Benutzungsrecht〕が許与されることが、契約当事者の意図及び意図された経済的目的に適している。³³⁰⁾

続いて判決は、「しかし、ライセンスが常に特許権者の除却請求権 *actio negatoria* の契約に基づく排斥であるにすぎないという命題、またその命題から、ライセンシーに、特許権者を相手方とする契約に基づく訴えを除き、固有の独立した第三者に対して訴追可能な権利が帰属しないという帰結が得られるという見解は、学説では多数の支持者を見出しており、一連の最高裁判決でも一定の形式で表現されている」として、判決は、当時の学説、特にクロスターマン³³¹、ロボルスキ³³²、ガーライス³³³など及び帝国裁判所判例 RGZ17, 53（セルロース製造方法事件判決）、RGZ 33, 103 の参照指示を記載している。

しかし、その後判決はこのように続ける。

「特許権者の禁止権の放棄又は制限のみならず、特許権によって保証される発明の包括的利用 *Ausnutzung* の可能化も、当事者によって追及される契約の重要点であり、契約の経済的意義であると解すべきである。特許権の利用〔権〕の譲渡によって、ライセンシーには、少なくとも排他的ライセンスの場合には、発明自体 *für sich* を利用する積極的権利が付与される。しかしながら、かかる包括的利用 *Ausnutzung* は、通例はライセンシーが、特許によって保護される発明の利用を損なう第三者を排斥できる地位にあるときにのみ可能である。ライセンシーのかかる権原は、譲渡内容に由来するものである。この権原は、独立した権利である。特許権者の権利を第三者の侵害を理由に譲渡させることは要しない。特許権の利用の譲渡には準物権的効力が付与されており、ライセンシーには、少なくともライセンスが排他的なものとして付与されたときには、第三者に対して利用権を行使する独立の権原が帰

て確定される。

特許の効力は、国内を通過するだけの乗り物における設備には及ばない」

³³⁰ 帝国裁判所はここで、以下の学説を引用している。Bolze, Uebertragung der Ausübung eines Patentrechts in Gruchot, Beitrage Bd. 38 S.75 flg., Bd 39 S.1 flg.

³³¹ Klostermann, Das Urheberrecht, 1876, S.184; ders, Voraussetzungen des Urheberrechts, Gewerblichen Urheberrechts, Patentrechts, in: W.Endemann(Hrsg.)Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselsrechts, Bd.2, 1882, S.239ff., 265ff.

³³² Robolski Theorie und Praxis des Deutschen Patentrechts S.232.

³³³ Gareis, Patentrecht, Entsch. Bd.1 S.230, Bd.6, 208. Bd.13, S.106.

属するという見解は、より近時の特許法の学説においてはほぼ通説的 fast allgemein に承認を得ている。」

として、コーラー³³⁴、イザイ³³⁵、ボルツェ³³⁶、ムンク³³⁷、ゼーリヒゾーン³³⁸などの学説を参照指示する。

「ゆえに、控訴審が排他的ライセンシーの訴訟当事者適格を承認したことは正当である」
として、本判決は、原告の排他的ライセンシーとしての固有の訴訟権原を認めただうえで、原告請求を認容した。

(4) まとめと検討

本件では、排他的ライセンシー固有の訴訟権限の有無が争点となっており、帝国裁判所はこれをまずライセンス契約の法的性質から導いた。

ライセンス契約の許容性の根拠を 6 条 2 項の制限付譲渡に認めただうえで、ライセンス契約の 2 つの類型を提示する。まず①「狭義のライセンス契約」、すなわち、単にライセンシーに対して禁止権を行使しない合意のみを内容するライセンス契約である。しかし、ライセンスはこれに尽きるものではなく、②ライセンシーに積極的権利、すなわち特許権者の権利に係る準物権的利用権が許与されるというライセンス契約があり、むしろこちらが多数であることを認めている。

そして、類型②において、ライセンシーには、少なくとも排他的ライセンスの場合には、発明自体 für sich を包括的利用する積極的権利が付与されるとして、固有の訴訟権原を承認したのである（単純ライセンスの場合に積極的権利が成立するかどうかについては判断していない）。

ここでコーラーの説と対比してみよう。

コーラーは、①享益権（包括的利用権）：これはライセンスには含まれない、②ライセンス（非排他的利用権）の 3 つに分類していたが、帝国裁判所判決はこの 3 区分を採用しておらず、レオ・ムンクやヘルマン・イザイらの提唱するさらに新たな区分、すなわち①排他的ライセンスと②単純ライセンスの区分を採用している。また、コーラーは、いずれも①享益権にも②ライセンスにも積極的権利・準物権性を認めている（その理由は主に承継的保護である）のに対し、この判決では単純ライセンスの積極的権利性・準物権性について判断をしていない。

このように、「ライセンス」の意味付けは変質し、20 世紀初めの帝国裁判所では、「可能な限り多数の利用者に利用可能にする手段」というライセンスの意義はもはや過去のもの

³³⁴ Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts, § § 201f.,

³³⁵ Isay, Patentgesetz S.192. 194f.

³³⁶ Bolze, a.a.O.(Fn.330), insb. S.80f., S.10f.

³³⁷ Munk, Die Patentrechtliche Lizenz S.18f.,

³³⁸ Seligsohn, Patentgesetz 2.Aufl. § 6 Anm.9.

となり、排他的な利用権についてもライセンスを認めるに至ったのである。

4 20世紀前半の特許ライセンス判例形成

前述の1904年1月16日一ベナルドス式方法事件判決（RGZ 57, 38）は、排他的ライセンスの準物権的性質を承認したものとして決定的影響をもたらしたが、続く判例においても、排他的ライセンスと単純ライセンスの区別が維持される中で性質が形成されてゆくことになった。排他的ライセンスと、発明の利用に関する許可に尽きる狭義のライセンスの区別（1911年3月1日）³³⁹、特許権者に対して効力を有する債権的権原のみの許与とすべての第三者に対して効力を有する絶対的権利の許与の区別（1914年4月30日）³⁴⁰、特許発明に対する単純利用権と排他的利用権の付与の可能性の具体的な区別³⁴¹、時間的・地理的・内容的制限付きのライセンス権も、それが排他的ライセンスである限り、訴権を妨げるものではないが、単純ライセンシーは第三者に対する訴権を有さないとした判決（1913年9月17日）³⁴²等を経て、単純ライセンスも排他的ライセンスも「積極的利用権としての性質を有する」とした放送連盟事件判決（1937年8月18日）³⁴³が登場した。

これらの経過の中では、特許排他的ライセンスの承継的保護を（傍論ながら）明示した1911年5月5日民事第7部判決—印紙税表事件³⁴⁴印紙税表判決は、本稿の関心から意義を有するため、確認しておきたい。

【判旨事項】：特許の利用に関する排他的権利を設定する有償ライセンス契約は、その排他的権利が制限的権利であっても、1895年7月31日プロイセン印紙税法32c条における「負担の生じる譲渡契約」として課税されるべきか？ 1911年5月5日判決、民事第7部

【事案の概要】

特許権者Dは、3つの会社に対し、1906年5月2日／31日のライセンス契約により、ドイツ及び外国における特許発明の実施を認めるライセンスを付与した。この契約の中で、Dはこれらの3会社に特許の利用を許諾したが、特許権自体は自身が留保する旨を定めた。争点は、この「ライセンス契約」が、①売買契約の印紙税の適用対象となるのか、②使用賃貸借契約の印紙税の適用対象となるのかというものであった。賃貸借契約の印紙税は売買契約に比して廉価であったところ、被告Yがこれを売買契約であるとしたのに対し、原告Xはこれを賃貸借契約であるとし、既払い分の返還を求めた。地裁はX請求を認容した。ベルリン控訴裁判所は原審判決を破棄しX請求を棄却した。Xは上告し、帝国裁判所は以下の

³³⁹ RGZ 75, 400, 402.

³⁴⁰ RGZ 82, 43.

³⁴¹ RGZ 122, 70.

³⁴² RGZ 83 94.

³⁴³ RGZ 155, 307.

³⁴⁴ RGZ 76, 235.

理由により X 上告を棄却した。

【判決理由】

「この種のライセンス契約は、事案に応じて、多様な法的内容を有する。〔①〕ライセンス契約は、特許権者が一有償であれ無償であれ一単に相手方に対して自己の差止請求権を行使 Gebrauch しない義務を負う義務を負うのみとなる場合がある。そのような有償契約は、契約当事者間の債権的關係のみを成立させるが、通例は使用賃貸借契約であると解される〔…〕。〔②〕しかし、ほとんどの場合には、〔ライセンス〕取得者は特許権自体の譲渡がなされたとき、第三者たる取得者が今や彼に譲渡された禁止権をライセンシーに対して行使し、特許権の利用を有効に禁止できるという危険にさらされることは欲しない。ゆえに、特許権の新取得者も含めたすべての第三者に対して保護される利用権を取得しようと努力する。かかる経済的目的を、特許権者と締結した契約が志向しているときは、契約の目的物、少なくともいわゆる排他的ライセンスは、譲渡人の権利承継人の意思に反しても、発明を取得者の固有の目的のために包括的に利用する〔ausnutzen〕という絶対的性質を有する独立した権利の許与である（RGZ57, 38）。有償でなされたそのような独立の利用権の譲渡 Übertragung は、租税表 32 条 c にいう『その他すべての対象』の負担付譲渡 lästige Veräußerung であり、それに基づいて課税されるべきである」

【まとめと検討】

租税表事件の判決理由は、ライセンス契約の 2 つの類型として、①禁止権不行使の債権的合意と、②絶対的性質を有する独立した包括的利用権の許与を区分する。ライセンシーが新権利者から権利行使を受けることを欲しないがゆえに、特許権の取得者も含めたすべての第三者に対して保護される利用権を取得するものと解釈できるのであれば、「少なくとも排他的ライセンスは」②に属するとしている。この中で、排他的ライセンスは承継的保護を享受することが示されている。

そして、この判決は、承継的保護を排他的ライセンスには明示的に限定しなかったため、この判決は後に単純ライセンスの承継的効力の根拠としても用いられた³⁴⁵。例えばクラッサー（1983 年）によれば、帝国裁判所は、単純ライセンスの承継的保護を、一度も拒絶していない。この判例は、「少なくとも、いわゆる排他的ライセンスに関して」承継的保護を肯定しているが、排他的ライセンスには限定していない。このことから、特許権者がライセンシーに対してその禁止権を行使しない義務を負うという構成と並んで、非排他的ライセンスに関しても、ライセンシーに特許譲渡時に取得者が利用を禁止することから保護されるという構成の可能性を示していると解される。承継的保護に反対する素材としては、ライヒ裁判所が一般的に単純ライセンスの債権的性質を述べている判決が挙げられるのみであ

³⁴⁵ Kraßer, Rodolf: Die Wirkung der einfachen Patentlizenz GRUR Int. 1983 537.Rn.6

る、とする。³⁴⁶

5 ライセンスの前提としての特許権・著作権観念の変遷

1870年代まで支持を得ていた特許権者の有する「禁止権の放棄」という観念は、特許権自体の禁止権理解に基づく。1870年代まで支配的であった見解は、①特許権、著作権、商標権は、営業の自由に人工的制限をもたらす禁止権以上の何ものでもないとする禁止説であったが、このほかに、啓蒙主義期以来の②精神的所有権論も引き続き主張されており、19世紀末の経済的利用可能性に適合するものとして支持を得たが、パンデクテン法学からの所有権概念を用いることへの批判がなされ、その難点を克服するものとして、③無体財産権が提唱された。

(1) ①禁止説

先述のジューメンスの主張に見られるように1870年代、また1886年の帝国裁判所判例においても、まだ物権的性質を有する権利としての精神的所有権の承認は通説的ではなかった。当時普及していた説は、営業の自由に(人工的)制限をもたらす禁止に尽きると解する説である。主にゲルバー³⁴⁷(Carl Friedrich von Gerber, 1823-1891)、ラーバント(Paul Laband, 1838-1918)³⁴⁸らドイツ国法学の大家により主張された。彼らの見解によれば、特許権、著作権、商標権は、むしろ法律に規定された禁止権以上のものではなく、これらの「権利」は、営業の自由の制限の「反射効」であり、侵害されたときにのみ権利に昇格する³⁴⁹。この禁止説によれば、たとえば著作権では著作権は無許諾出版[Nachdruck]禁止を制定法上定めたものでしかなかった³⁵⁰。この「禁止説 Untersagungstheorie」は、特許権の効力を防禦権であるとする1877年特許法4条1項(前掲)とも一致するものであった。こうして、特許権自体が「消極的」防禦権の一面しかないと定義されたとき、ライセンスの付与は可能であったが、ライセンスは特許権者の禁止権の放棄以上の意味付けはなされなかった。

(2) ②精神的所有権説と③無体財産権説

特許権は「消極的」効果しか持たないとする禁止説は、特に19世紀後半に産業化の進展・経済的成長の進展により高まった、新規の技術的思想と創作的成果の財産的利用の需要に適合するものではなかったとされる。利用が活発化するにつれ、出版者やライセンシーとして無体財産の利用を行う者により、法的地位の強化を要請が高まった。禁止説は権利者に対しても第三者に対しても、契約に基づく法的地位や、(承継的保護や固有の訴権などの)契約以外の法的地位を付与することはできなかった。

³⁴⁶ RGZ155, 307, 313

³⁴⁷ Gerber, Ueber der Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers, in: JherJb(1859), S.370f.

³⁴⁸ Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.3, 5.Aufl., 1913, S.255.

³⁴⁹ Laband, ebd.

³⁵⁰ Gerber, a.a.O.(Fn.347)S.370f.:「偽版から保護されるという万人の権利は、「偽版が禁止される」という実定法の法命題の適用にすぎない」。

禁止説に代わって、啓蒙主義期以来、発明・著作物保護の正当化のために主張されていた精神的所有権は、特に利用にあたって、当事者の利益に適合的な法的可能性を求める需要に適合したとされる³⁵¹。すなわち、この「精神的所有権」説は、物所有権に対応する無体財産権の利用の根拠づけを可能にした。これに対して、精神的所有権説は、保護された法的地位を、物所有権と同様に、処分可能かつ利用可能とすることに寄与した。19世紀後半の「精神的所有権説」のオピニオン・リーダーであったクロスターマンによれば、「精神的所有権」は、「原始取得と承継的取得に関しても、譲渡、行使〔実施〕、訴追に関しても、物権と同じ規範に服するのである」（ただし、クロスターマンの「精神的所有権」は包括的利用権ではなく、禁止権的性質に近い彼固有のテクニカルタームの性質を有しており³⁵²、ライセンスは禁止権の放棄にとどまった。ゆえに、前掲1904年1月16日ベナルドス式方法判決において「消極的放棄説」として彼の説が挙げられたのである）。

精神的所有権説が19世紀後半になっても支持を得たのは、当時の産業の需要に適合したからであり、中でもとりわけ、ライセンシーの地位の強化に貢献したからであった³⁵³。コーラーは1880年『著作者の権利』の冒頭で、さっそく禁止権説を論難し、（彼においては後述のように精神的所有権ではなく無体財産権と呼ばれるが）無体財産権の積極的性質について次のように述べる。

「無体財産権を、他人に対して一定の活動を禁止する禁止権であるに過ぎないと解する見解は…全くの誤りである。所有権が有体財産の包括的利用の権利であるのと同様に、無体財産権は無体財産の経済的な包括利用の権利である。そして、第三者に対する禁止は、両者

³⁵¹ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.158.

³⁵² クロスターマンは、Das geistige Eigentum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach Preussischem und internationalem Recht, 1.Band, 1867(著作物、芸術作品及び発明の精神的所有権)において、「精神的所有権」 Geistiges Eigentum 概念を支持し、発明と著作物を、実定法による保護を要する「精神的労働の所産」としていた。しかし、彼の「精神的所有権」は、所有権のような包括的支配権とはいえず（「物所有権の内容を決定するような全面的な支配は、知的財産権については生じない」）、「客体の再製造に関する無制限かつ排他的な権原」(S.113)にすぎないとされた。しかし、「精神的所有権 [知的所有権] を排斥してまで相応しいような、人々に受容される専門的述語はほかにない」ため、それが表す固有の権利群を説明するために適切な概念であるとした。「精神的所有権という呼称は用いることは可能であり、精神的成果物に係る著作権と、物権との一般的差異は疑いのないこと」(第1巻、S.118)であるとした。ただ、後に彼は産業政策的根拠をも主張している。すなわち、排他権がないと投資リスクが大きすぎるので、出資者は特許保護がないと、発明の活用をしなくなる。そして、発明の活用がなされないと、技術の発展及び国民経済にとって有害な結果をもたらす。特許批判者は国家褒章を提案しているが、発明の「交換価値」を確実にしうるのは、発明の価値が疑いなく確保されている場合に限られるが、実際は多くの発明は市場に出してみないとその価値が明らかになることがない。よって、発明者に市場適正による発明の利用を可能にするには、排他権を付与するほかにないのである、というものである（Klostermann, Patentgesetzgebung aller Laender nebst den Gesetzen ueber Musterschutz und Markenschutz, 2.Aufl., Berlin 1876, S.10.(Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.25f.)。

³⁵³ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S. 169 f.

の事例においては、結果の産物であるに過ぎない。なぜならば、[無体財産を]享受する権利は、独占的な唯一の権利者に留保されているからであり、ゆえにあらゆる第三者の侵害は、この享受する権利の侵害を伴うからである。すなわち、禁止権は、豊かな核心を覆う表皮でしかない」³⁵⁴。

そして、1877年『ドイツ特許法』によれば、「主観的権利である特許権の本質がまさに、積極的、財産権的権原にあるのと同様に、ライセンスの保有者にも同じ状況が妥当するのである。「積極的」効力を有する権利としての特許権の承認は、同様に、彼によれば特許権から導かれるライセンスの強化に寄与した。こうして、この説によれば、ライセンスは、一般的営業の自由の「人工的制限」の放棄以上のものとなった。

このように、19世紀後半のライセンスを中心とする知的財産の財産的利用価値には、包括的権利構成が適合的であると解された。特許法学においては、これに基づいてライセンス論が1880年代に展開された。権利の利用が可能な限り広範に保証され承継的保護の設定によって可能にされた。「精神的所有権」としての著作権及び特許権の解釈は、制限付譲渡を認めさせ、これは準物権的権利としての譲渡であると解釈された。

しかし、精神的所有権説には、19世紀末には、主に法教義学的、体系的側面からの批判が加えられた。パンデクテン法学に支配された私法学の批判のほかにも、自然法哲学的根拠の訴求力が低下したからであったとされる。フランス法ですでに広く承認されていた工業所有権及び知的所有権という概念への言及と参照はなされたが、ドイツではパンデクテン法学による抵抗が生じ、所有権は有体物にのみ成立することに厳格な固執が見られた。

この批判は、著作者及び発明者の包括的権利の支持者であり、無体財産権の提唱者たるコーラーも、ロマニステン法学者として共有していた。「なぜなら、精神的所有権は、所有権概念をあまりに拡張しすぎて希薄させ、同概念が法学的認識に貢献し、その支持を与えるというにはもはや適さない状態に至っているからである」³⁵⁵

そこで、コーラーは、1877年、精神的所有権説の代替案として、無体財産権理論を提唱した。コーラーの無体財産権の正当化根拠は、結局のところ精神的所有権説と同様であり、明示的に権利者の労働と創作活動から無体財産権の承認の必要性を帰結している³⁵⁶。パンデクテン法学の批判の中心を占めたのは精神的所有権説における所有権概念を用いた構成に過ぎず、「所有権」概念の使用を放棄した無体財産権概念は広く支持を得た。精神的所有権説における精神的所有権と無体財産権は機能的に等しい。このことは、当時の知的財産及びその利用の保証（承継的保護）に関する要請は、所有権的機能を有する権利の構成、すなわち対世的効力を有する物権的構成まで否定させるものではなかったどころか、それは当

³⁵⁴ Kohler, *Autorrecht*, 1880, S.2.

³⁵⁵ Kohler, *Die Idee des Geistiges Eigenthums*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 82. Bd., H. 2 (1894), S.141ff.[S.161].

³⁵⁶ Kohler, *Autorrecht*, 1880, S.200f.

時の要請によく適合したということも示している³⁵⁷。

(3) ④人格権説

特許法においては限られるが、著作権に関して有力に主張された見解として、人格権説があるので、ここで併せて取り上げておく。財産権の対象としての精神的所有権説や無体財産権説は、全部譲渡を容易に認めることになったが、それは創作者への権利帰属を喪失させる危険性をも有した。

もっとも早期に譲渡不能な権利を主張した論者として、フェーリクス・ダーンは1871年の所論においては「最も人格的な、著作者の意思によっても他人に移転できない、譲渡もできず相続もできない権利」³⁵⁸と述べていたが、当時の支配的な多数説は、「[1870年著作権法が]著作者の財産権的利益以外の利益の保護も意図しているという帰結を得ることは許されない」³⁵⁹と表明していた。

18世紀末の啓蒙主義期の精神的所有権説における「所有権の人格化」現象の中では、人格権的価値の保護の議論も見られたが、19世紀には、歴史法学派、特にサヴィニーが、私法において自己の人格に対する人間の権利を表現することは不要であるとした³⁶⁰ことから、人格に関する理論化の端緒は登場しなかった³⁶¹。

この流れを変え、著作者人格権も超えて一般的人格権説の登場に決定的意義を果たしたのが、ヨーゼフ・コーラーと並ぶ19世紀末の万能法学者³⁶²と称されるカール・ガーライスであった。

ガーライスは1877年の論文『著作者の権利、商号及び商標保護の法的性質』の中で一自然法的・法哲学的根拠を拒絶し、実定法に根拠を置くものとして「個人権 Individualrechte」と呼ばれる、彼によれば第1の物権、第2の債権と対等な並列関係にあり、両者の特徴を部分的に兼備する私法関係の固有の第3のカテゴリーを提唱した³⁶³。このカテゴリーには、氏名に関する権利、商号に関する権利、言語・絵画・音楽・演劇著作物の著作権、写真保護

³⁵⁷ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.163.

³⁵⁸ Felix Dahn, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5(1871), S.5, 「法哲学的に考慮すると、著作権は我々の法秩序により承認された、精神活動の成果に関する最高次の人格的権利であり、その成果を排他的及び無制限に利用できる権利である」

³⁵⁹ Klostermann, a.a.O.(Fn.331[Urheberrecht]), S.114.

³⁶⁰ 歴史学派の旗手であるプフタもまた、人格権という語は権利能力そのものであるという定義を行ったため、権利の客体としての性質は持ちえなかった (F. Vogel, Rechtsverkehr. S.102f.)。

³⁶¹ Klippel, Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, ZNR 4 1982, S.132ff. 144ff.

³⁶² Klippel, „Karl von Gareis“, in: Apel, Pahlow, Wiessner(Hrsg.), Biographisches Handbuch des Geistigen Eigentums, S.109ff.

³⁶³ Gareis, Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbesondere im Deutschen Reiche, Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes. 3, 1877, S.137ff., 138.後にガーライスは、個人権の概念に代えて人格権概念 [Persönlichkeitsrecht] を用いるようになった。

の権利、商標保護の権利、意匠及びモデルの著作権に対する権利が含まれるとされる。ガーライスによれば、これらの「個人権」は独立した主観的な私権として承認され、絶対的性質を有し、物権的権利に比較可能であった。

続いて、オットー・フォン・ギールケ（1841-1921）が著作権に関して人格権一元説を発展させた。ギールケの人格権は、「主体に自己の人格権領域の構成要素に関する支配を付与する」³⁶⁴絶対的権利の固有のグループであった。ギールケの人格権は、それ自体は「譲渡不能」な権利ではあるが、全体または一部を「その実施について」絶対的又は相対的効力をもって譲渡できる権利であるとされていた（後述第3節3）。

このような人格権論は、19世紀末には次第に同時代の民事法学に普及し、1880年以來著作権においても、著作者契約において創作者保護を図るために利用され、1884年には、これを最初に示したと思われる帝国裁判所判例も登場した（バイエルン財政ハンドブック事件）³⁶⁵。さらに1901年法成立後、帝国裁判所は、著作権を「財産的利益だけでなく、作家の精神的利益を保護する」ものであるという前提を採用した（1908年9月16日, RGZ69, 242, 243f.）。人格権説は、著作権自体（又は学説によっては実施権原のみ）の譲渡時に、著作者の人格的利益が引き続き保護されるために用いられた。

著作権法ではこのように1880年代以來、財産権的権能を移転してもなお著作者に残る人格権的利益が承認される動きがみられるのであるが、特許法については終始、譲渡可能性に疑義を呈する見解は見られなかった³⁶⁶。

6 まとめ

特許ライセンスは債権的権利から、——少なくとも排他的権利については——準物権的権利への強化（物権化）を遂げた。その背景にはライセンシーの地位の強化と承継的保護と

³⁶⁴ Gierke, a.a.O.(Fn.310), S.702.

³⁶⁵ RGSt2, 246, 249f.(1880年9月21日); RGZ12, 50, 51 (1884年7月1日)「[1870年著作権法は] 財産的利益だけでなく、作家の精神的な利益、すなわち、作家の著作物が公表されないこと、または、著作物が作成されたとおりにのみ公表されることに関して、作家が有するまたは有することのできる利益を保護する」。この事件では帝国裁判所は出版者の権利についても触れているが、「出版契約は、その性質によれば、別段の合意がない限り、出版者に、言語著作物を執筆者によって要求されたとおりの形式において、出版において利用する権原のみを出版者に付与するものである。初版に関してにせよ、第2版以降の版に関してにせよ、出版者が著作物に関して行うあらゆる恣意的な変更は、包括的利用に関して出版者に譲渡されない限りで、執筆者並びに権利承継人に存続する著作権の違法な侵害である」と、出版者が取得する権利をかなり限定的に解しており、全部譲渡は認めていないように見える。ただし、その性質には詳細に立ち入ってはいない。そして「著作者と出版者の関係は、著作者の死亡によっても変化することはなく、著作者の権利は相続人に移転され、相続人は、出版者に対し以前に著作者が有したのと同じ権利を有する」とし、「相続人に出版者に対して認められる権利には、特に、公表に関して決定できる権利及び著作物の歪曲又は文学的価値を弱める変更から保護される権利が属する」としている。Vgl.F. Vogel, Rechtsverkehr. S.170.

³⁶⁶ F. Vogel, Rechtsverkehr. S.129.

いう動機が強くみられた。また、「ライセンス」の趣旨に関する理解も変質し、1870年前後には、「特許独占の緩和」であり、可能な限り多数の者に発明を利用させる手段であったものが、1904年の判例では当初の観念と矛盾する「排他的ライセンス」を判例が承認するに至った。

第3節 19世紀後半の著作権・出版権と著作権ライセンス

統一著作権法は特許法に先んじて1870年に成立したが、著作権の利用形式については、同法にはほとんど規定がなく、解釈論は、特許ライセンスに比して錯綜した展開を遂げた。その大きな理由には、出版権が伝統的に承認されていたことがある。出版権に関しては、1901年に出版権法の立法がなされたが、出版権の対象以外の利用形式—特に映画産業—に関しては、当初出版権法は類推適用できる法源としては意識されておらず、むしろ1923年には出版権法には触れず、特許ライセンス論の枠組みを正面から採用したライヒ裁判所の判決が登場し、その後ようやく出版権法が類推適用可能な法源として「発見」され、両者が交錯するという錯綜した発展がみられるのである。

1 立法：1870年/1871年著作権法

ドイツで最初の著作権の統一的保護をもたらした著作権法（正式名称を「言語著作物、絵画、楽曲及び演劇著作物の著作者の権利 Urheberrecht に関する法律」。以下「1870年法」「1870年著作権法」とする）³⁶⁷は、ドイツ帝国成立直前に1870年6月11日に北ドイツ連邦で成立、1871年1月1日に施行され、同年1月18日のドイツ帝国成立により、ドイツ帝国に承継された³⁶⁸。なお、それ以外の造形芸術作品の規定は審議経過で除外され、1876年1月9日の「造形芸術の著作物に関する著作者の権利に関する法律」³⁶⁹により定められることになったほか、写真に関しては1876年1月10日の「写真の無許諾複製に対する保護に関する法律」において規律されることになった³⁷⁰。

この1870年著作権法では、次のような条文が設けられた。

まず、言語著作物の著作者の権利が1条に規定された。

第1条 言語著作物を機械的手段により複製する権利は、その著作者 [Urheber] に排他的に帰属する。

³⁶⁷ Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Komponisten und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, BGBl. Des Norddeutschen Bundes, Nr.19.

³⁶⁸ 1871年4月16日ドイツ帝国憲法4条6号により、ドイツ帝国憲法の中で知的財産権立法は（各州の権原でなく）帝国の権限に属すると定められた。

³⁶⁹ Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst vom 9.1.1876.

³⁷⁰ Gesetz betreffend den Schutz von Photographien gegen unbefugte Nachbildung vom 10. Januar 1876. 酒井麻千子「19世紀後半における写真保護法規の検討：日本及びドイツにおける写真と著作権との関係を中心に」マス・コミュニケーション研究83号115頁参照。

続いて、譲渡に関しては、3条に規定された（1876年の造形芸術著作権法2条、写真保護法7条にも同じ規定が見られる）。

第3条³⁷¹ 著作者の権利は、著作者の相続人に承継される。著作者の権利は、制限付で又は無制限に beschränkt oder unbeschränkt、契約によって又は死因処分によって、他人に譲渡することができる」

この「制限付で又は無制限に」という表現は、1877年特許法及び1891年特許法と同じである。また、当時の既存の立法例にもみられるものであった³⁷²。

ただ、その理解については、この3条の解釈可能性として、すでに当時のエンデマンによる立法直後のコンメンタールにおいて、「制限付き又は無制限に」という文言においては、a)時間的及び空間的に譲渡の制限と、b)全部譲渡と実施 *Ausübung* に限定した譲渡の両者が可能であると示されているように、すでに一様でなかった（後述2）。特許法よりも早くに成立した1870年著作権法は、成立過程でも適用下でも、特許法の激しい論争に巻き込まれることはなかった。しかし、その成立が早かったことは、解釈論上（法教義学上）の問題をオープンにしたまま成立し、体系的な一貫性の観点からの不備が多く指摘されるに至ったことを示している。

その背景には、後に見るように、当時まだ学説上は「著作者の権利」の理解において、過渡期であり、出版者の産業上の利益保護、財産的利益の保護からほとんど脱していなかったことがあげられる。「著作者の権利」が画期的進展を遂げたのは、ヨーゼフ・コーラーの無体財産権論とオットー・フォン・ギールケの人格権論が普及した1880年代以降であり、1870年法は、それ以前の学説の成果であった。

1870年の立法は、同時代の評価によれば、一方では創作者主義の表れとも捉えられた面を持つ³⁷³。しかし、他方ではまだ、審議の経過においては、所有権類似の観念は一当時まだ

³⁷¹ § 3. Das Recht des Urhebers geht auf dessen Erben über. Dieses Recht kann beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden.

³⁷² 類似した表現はすでに古くから立法によって用いられていた（バーデンラント法577d「出版権による著作物の内容の制約」、プロイセン1837年著作権法9条「全体または一部譲渡」、1840年バイエルン法50条）。しかし、議論は絶えなかった。特に問題であったのは、承継的な完全移転という意味での本質的譲渡が意味されているのか、それとも実施／行使 *Ausübung* の移転のみかという問題であった。

³⁷³ Endemann, Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Komponisten und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, S.3f; 「著作権の主体は著作者 [Urheber] すなわち『そのものの精神的活動から著作物がもたらされる者』のことである。そのような『個人的 individuelle』(理由書 S.26) 活動を行うことは、条理 [事物の自然 *Natur der Sache*] によれば自然人のみが、単独でまたは他人と関係しつつ可能である」「例えば出版者のような注文者 [執筆者注：原典強調部分] は、彼が初めに著作者にきっかけを与えた [だけの] ときは、著作者ではないと解される（草案理由書 S.21）」Dambach, Otto Wilhelm Rudolf: Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken Berlin 1871, § 1, Anm.2, S.3; 「2 著作者：権利保護の主体を著作者 [Urheber] という。ベルリンにおける法案審議の経過では、誰がこの「著作者」であると解されるのかについて、詳細な定義を行うことが

権利の存続期間とも関連付けられて論じられていたがゆえに一ほぼ一致して否定されており³⁷⁴、また、1条で複製を機械的手段に限定している点に見られるように、無断複製禁止立法の残滓とも評価される³⁷⁵。さらに、著作物性に関しては、学説上、特許法と同様に、例えば複製適格性のような財産権の利用可能性が要求された（ただし1879年2月19日帝国商事上級裁判所判決³⁷⁶はこれを未回答とした）³⁷⁷。人格権的端緒はほとんど見られず、財産的利用権的性格が強いとされる。無制限譲渡が認められていることから、著作権に人格的な要素を認める見解（後述1884年帝国裁判所判決）を採ったとすると、その譲渡が認められることになってしまうことにもなった³⁷⁸。

マルティン・フォーゲルの表現（1995年）を借りれば、この法律の「立法経過は、この法律が、当時主張された著作権の本質に関する見解（反射権、財産権、人格権、精神的所有権）を確定することを、意識的に回避しようとしたことを示唆する。そして、人格権的な解釈可能性の低いこの「1870年法の」規定は、その後の時代に、この法律は財産権のみを認めたのか（ジョリー、マンドリー、続いて、ヴェヒター、クロスターマン）それとも、人格的利益をも保護しているのか（ダムバッハ、アルフェルト）という学説論争の端緒となった」

提案された。しかし、「1870年の」法律はこの点につき立ち入らなかった。そして、事実上、著作者とは、**その者の精神的創作的活動** [geistiger, produktiver Tätigkeit] から著作物をもたらされた者のことをいう【**執筆者注：原典強調部分**】と解されることについて、疑いは存在しえない。これに関して呈される問題は、発行者 Herausgeber、事業者 Unternehmer、注文主 Besteller、蒐集者 Sammler が請求をなしているのかどうかということのみである。この問題は、以下で詳細に論究される」

³⁷⁴ F. Vogel, Rechtsverkehr, S.160.

³⁷⁵ このことが明確に読み取れる条文として、フロリアン・フォーゲルは5条を挙げている。5条は次のようになっていた。

「4条 権原を有する者の許諾(Genehmigung)なくして作成されるすべての言語著作物の機械的複製は無許諾複製 Nachdruck であり禁止される。

5条 以下は無許諾複製(4条)とみなす。

a) 著作者の許諾なくして未公表の言語著作物(原稿)を印刷 Abdruck すること。原稿又はその謄本の適法な占有者もまた、著作者の許諾を要する。

b) 宗教的説教、教育又は娯楽を目的として行われる講演の印刷を著作者の許諾なくして行うこと

c) 著作者又は出版者が両者のもとに成立した契約に反して行う著作物の新たな印刷

d) 出版者が契約上又は法律上許された部数以上の著作物複製物を作成すること」

5条には、擬制的無許諾複製の構成要件が規定されていた。「著作者又は出版者が、彼らの間で成立した契約に反して行う著作物の新版の発行は」と「出版者により、契約に基づき又は法律により許されるよりも多い著作物の複製物部数 Exemplaren の作成」を、みなし無許諾複製とするものである。したがって、著作者自身が刑事訴追可能な偽版を行いうることが明示されていたのである。また、制限を付した契約条項の違反も、みなし無断複製として刑事的制裁に付されたのである。M.Vogel, FS GRUR, Rdnr.10.

³⁷⁶ ROHGE 25, 74,79f. (Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.85)

³⁷⁷ Martin Vogel, Die Entwicklung des Verlagsrechts, in: FS GRUR, 1991, S.1211ff. Rdnr.10; Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.85.

³⁷⁸ Martin Vogel, FS GRUR, a.a.O.,(Fn.377) Rdnr.12.

のである。また、さらに、当代を代表する公法学者ゲルバーやラーバントなどによっても、著作者の権利は、制定法による無断複製禁止の単なる反射であるとされていた。

2 帝国統一著作権法の回避とラント法出版規定の存続

1870年法の立法過程で意図的に回避されたのは、著作権の法的性質の決定ではなかった。

1870年法には著作物利用形式に関する規定は、譲渡及び相続を定める3条、5条（みなし無断複製）、訴訟適格に関する28条³⁷⁹しか存在しなかった。もちろんすでに当時、1794年プロイセン一般ラント法に見られるように、学説及び実務上、著作物の利用形式として、出版契約に基づく著作権の存在はすでに広く受け入れられていたし、各ラント法に基づいて、出版契約は、出版者による言語著作物の複製と公表の義務を反対給付として、著作者による著作権の譲渡を定める契約であるという理解は普及していた。しかし、1870年著作権法の立法経過では、著作権の著作権への規定も提案されたことが記録されているものの、意図的に回避されたことを示している³⁸⁰。その理由は、立法理由書によれば、著作権の一般条項を著作権法に置くことは、著作権法と出版契約の構成を学説の発展に委ねるものとされた。また、審議経過では特に委員 Braun が出版契約に関する規律を要求したが、結果において受け入れられなかった。著作権や著作権法は独立した法素材であり、著作権との必然的関係は存在しないとされ、制限付き又は無制限譲渡の可能性によって3条において、著作権の側で必要な規定はすべて行われているという前提を採っていた³⁸¹。

その結果、1901年6月19日の著作権法の施行までは、ドイツ統一の規定は成立せず、著作権と出版契約に関しては個々の諸邦の規定が引き続き適用されることになった。プロイセン一般ラント法996条 - 1036条(1794年)、ザクセン王国民法典1139条 - 1149条(1863年)、バーデン法577条 da-dh (1809年) や1820年代制定の様々な法律、布告、命令が妥当していた。さらに、出版産業の経済的意義が低く評価された地域では、出版契約規定が領邦特有の無断複製禁止立法に含まれており、それらは1870年6月11日の著作権法施行後

³⁷⁹ 「28条1項 無断複製の訴追は、著作権又は著作権を違法な複製によって侵害した又は侵害する虞のあるすべての者が、これを行うことができる。

2項すでに公表された著作物については、11条1項及び1項に基づいて著作者として著作物に掲記されている者が、反証のない限り著作者であるとする。

匿名及び無名の著作物に関しては、編集者 Herausgeber が、編集者の名が掲記されていないときは、出版者が、著作者に帰属する権利を行使する権原を有する。著作物に掲記された出版者は、別の立証がなければ、匿名又は無名の著作者の権利承継人であるとみなされる。」

³⁸⁰ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.86.

³⁸¹ F.Vogel, Rechtsverkehr, S.169; die Motive des LUG, Anlage Nr.6 zu BGBl. 1870, S.131ff., 132; Dambach, Gesetzgebung, S.35; Wächter, Das Autorrecht, S.110 Fn.11.批判的見解として Endemann, Urheberrecht 1871, a.a.O.(Fn.373), S.12.

も有効性を維持したが、すでに当時の取引慣行には適合しない面も多々指摘されていた。

出版権と著作権の関係をどう理解するかは、当時の学説に委ねられたのである。

19世紀には、文学的著作物の伝統的に重要な利用方法として出版契約であった。1870年・76年の立法は、出版権法領域の統一的规定は行われなかった。したがって、出版権は個々の諸邦の規定にとどまった（プロイセン一般ラント法996条以下など）。また、1870年著作権法の審議過程では、帝国官房に出版権法草案を懇請した訴願がなされたが、拒絶され、その後、ドイツ民法典編纂委員会は民法典への出版契約の採用を見送り、商法典改正の際には出版権の採用は留保され、最後に1888年に、ドイツ作家協会とベルリン新聞協会の全会一致により、ドイツ民法典への出版権法の導入を求める議決を行ったが、成果は得られなかった³⁸²。

3 19世紀後半の出版権と著作権に関する学説と判例

上述のように当時、広く承認された著作物利用形式は出版権であった。このほかに上演権に関する議論もあった（後述4）。

判例と学説は1870年法3条を手がかりとして、出版権の法律構成に取り組んだ。

判例と学説では1870年代までは、出版権の基礎的諸問題に関する限りでは、次の点で見解の一致が見られた。第1に、出版権と著作権は、まだ他の知的財産権と同様に経済的利益を主とする権利であり、無断複製からの保護と、出版者の利益保護が利害関心の中心であったこと。第2に、出版契約は、出版者による言語著作物の複製と公表の義務を反対給付として、執筆者 *Verfasser* による出版権の譲渡を定める契約であるとされたこと（アルフェルト、ヴェヒター³⁸³、エンデマン、クロスターマン、デ＝ボーアなど）。第3に、出版者が著作者と同様に無断複製から保護され、ゆえに排他的出版権を有さねばならないということ。

個別に議論が生じた点は、第1に、ドイツ民法典の典型契約への出版契約の導入の問題が争われたこと（上述。これは早期に断念された）、第2に著作権と出版権の関係をいかに理解するのかということ、第3に出版権は譲渡可能かという問題であった³⁸⁴。

ここでは第2の問題を扱い、第3の問題は次節にて扱う。

19世紀後半には、前提として、著作者と出版権との関係について、著作物利用形式を表す「著作権ライセンス」という概念は普及しておらず、出版権は著作権ライセンスの特殊の一形式ではなく、固有の法制度であると理解されていた。

そして、著作権と出版権との関係は、19世紀後半には論争の対象となり、その中で4つ

³⁸² Martin Vogel, FS GRUR(Fn.377), 1991, Rdnr.26.

³⁸³ Wächter, Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck nach den geltenden deutschen und internationalen Rechten ; mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebungen von Oesterreich, Preussen, Bayern und Sachsen, Stuttgart (1858), S.219, 241, 255.

³⁸⁴ Jolly, 1852, Gerber, 1859

³⁸⁴ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.87ff.

の見解が主張された。

①著作者に原始的に著作権＝出版権が生じるとする説：出版社の出版権は、著作者から全部移転された著作権であり、著作権と出版権は同視されるとの説³⁸⁵。オスカー・ヴェヒター（Oskar Wächter, 1825-1902）の 1857 年『出版権』³⁸⁶などによって主張された。

②出版者に原始的に出版権＝著作権が生じるとする説：著作権出版権は原始的に出版者の人格から成立すると解された³⁸⁷。ドイツ書籍商取引組合など、出版者側から主張された。

③独立の給付保護権隣接権説：「出版所有権」を給付保護権（著作隣接権）であると解し、著作権と並んで独立に成立すると解するべきであるとする説。1901 年出版権法成立前に、アルベルト・オスターリート（Albert Osterrieth, 1865-1926）により主張された。

④出版権は著作権から派生する（著作権に由来する）権利であると解する説（コーラー（1880 年）³⁸⁸、ギールケ（1895 年）³⁸⁹、エルスター（1916 年）³⁹⁰らにより主張された）

(1) ①出版権＝著作権説

1870 年法の成立前の 1857 年、オスカー・ヴェヒターは、著作権 Urheberrecht を、取引の為に著作者に成立する出版権であると定義した³⁹¹。著作権は営業権な権利であるという理解を前提に、出版契約では著作権の全部移転が行われるとの見解を取った。すなわち、

「いかにして出版権はそもそも原始的に存立するのか？…出版権は著作者によってのみ成立しうる。そこから 2 つの指導的命題が生じる。すなわち、出版権は原始的には文学的または芸術的作品の著作者 Autor にのみ成立する（1837 年の連盟議会議決 1 条、オーストリア法 1 条、プロイセン 1837 年法 1 条）こと、そして、他人は著作物に係る出版権を、著作者の権利承継人としてのみ取得する [傍点は原典強調箇所]」³⁹²

「著作者に認められる権利の内容である排他的利用権は、出版契約によって、著作物の複製と公表の義務を付して出版者に付与される。それは、永久にであっても、一定期間であっても、また、一定の部数に関してであってもよい。利用の排他性が出版者に認められる限りで、著作者がその著作物に関して有していたすべての権利が、出版者に譲渡されることになる」

³⁸⁵ Wächter, das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste Photographien und gewerblichen Mustern, Stuttgart, 1877.

³⁸⁶ Wächter, a.a.O.(Fv.383), S.182.

³⁸⁷ Vgl. Voigtländer, Das Verlagsrecht an Schriftwerken, musikalischen Kompositionen und Werken der bildenden Künste., Ein Handbuch der Vertragspraxis für Buchhändler, 2. Aufl.1893.

³⁸⁸ Kohler, Autorrecht, 1880

³⁸⁹ Gierke, Deutsches Privatrecht Bd.I, 1895, S.810.

³⁹⁰ Elster, Uebertragenes Urheberrecht, GRUR 1916 S.19ff.

³⁹¹ Wächter, Verlagsrecht(a.a.O. Fn.386), 1857.S.183.

³⁹² Wächter, Verlagsrecht(a.a.O. Fn.386),, S.182f.

これでは、出版者が著作物の変更権をも取得することになるという当時の反論に対して、ヴェヒターは、出版者は契約上、著作物を変更することなく複製する義務を有すると応酬した。

「他方、出版者には、変更は禁止されている。出版者は著作物に係る完全な権利を有するのではなく、この権利とともに契約における債務、すなわち、変更のない形式で著作物を複製する義務をも負うことになるからである。」³⁹⁴

そして、1870年法の3条の著作権が「制限付」又は「無制限に」譲渡されるとの規定により、出版契約を用いて、著作者がその著作権を出版者に完全に譲渡してしまえるということになったが「出版者の法的地位は、対世的なものであり、著作者のすべてのその他の権利承継人のそれに他ならない」³⁹⁵としたのである。

ヴェヒターの説は1870年以降、特に2つの批判に遭遇した。第1に、出版者は譲渡された独占権があるため、著作物の改変の実施又はその他の契約の目的を超えた利用について契約でしか阻止できない。第2に、著作権は疑いのある場合にも自動的に著作者に復帰するわけではなかったので、出版者が権利を放棄したり死亡したときに、著作権の帰趨がどうなるのか不明のままであった³⁹⁶。

(2) ②出版者の原始的著作権＝出版権説

さらに出版者有利の主張を展開したのが、出版者団体であった。1893年、ドイツ書籍商取引組合委員会は、出版者に書籍に関する出版者の創作的給付によって成立する原始的な著作権が帰属するという主張を行った³⁹⁷。出版者はむしろ「自身の思想」を実行させることができるし、その際に執筆者を利用することができる。この場合には、「文学的企画の真の著作者 Urheber が、営業上の事業者、すなわち出版者であることはよくあることである」。書籍業協会出版権法草案5条の規定は、この思想を反映したものとみられる。「出版権は、執筆者が、文学的事業を出版者から付与された計画に基づいて実施するという出版者の委託を受けたときには、出版権は何らの条件を要さず出版者に帰属する」。しかし、1900年ごろまでには学説及び立法論においてこのような理解がそのまま罷り通ることはなくなっていた。

(3) ③給付保護権（隣接権）説

アルベルト・オスターリートは、1901年出版権法以前に、原始的出版権に代えて、「固有

³⁹³ Wächter, Verlagsrecht, 1857, (a.a.O. Fn.386), S.253f.

³⁹⁴ Wächter, Verlagsrecht, 1857, (a.a.O. Fn.386), S.254.

³⁹⁵ Wächter, das Urheberrecht, 1877, S.108.

³⁹⁶ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.90; Allfeld, Kommentar betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und ber Verlagsrecht, 1902, § 8, Anm.8, S.89f.

³⁹⁷ Vogel, FS GRUR 1228f.; ders, GRUR 1994, S.590 ff.

の事業計画に基づく出版所有権」を提唱した(1893年)³⁹⁸。この「出版所有権」は、著作権法上の著作物に関係する権利ではなく、出版者の取引活動に基づくものであり、不法行為上の諸原則、不誠実な競争行為 *illoyale Concurrrenz* に基づいて導かれた給付保護権であった³⁹⁹(なお、ドイツ最初の統一不正競争防止法は1896年に成立している)。

この給付保護権は著作権とパラレルな関係にあり⁴⁰⁰、作者の権利と出版所有権は、相互に独立して隣接し、「精神的な著作物が出版物に書き込まれたとき、作者の権利と出版所有権は相互に影響を与えることなく並行して存在する」とした⁴⁰¹。

(4) ④出版権は著作権に由来する権利(派生的権利)であると解する説

この説は、1880年代以降に主張され主流を占めるに至った。ただその構成はさらに分かれた。①債権的権利であるのか(ダーン(1871年)、エンデマン(1871年))、②著作権に係る準物権的利用権であるのか(コーラー(1880年)、ギールケ(1895年)、エルスター(1916年))である。

①債権説又は実施譲渡説は、作者は「権利の実施 *Ausübung*」のみ他人に移転できると主張した⁴⁰²。こうして、出版権は派生的権利となり、著作権と出版者の権原は別のものとなり、出版者は作者の権利承継人ではなくなった。したがって、出版権は著作権法の権原の放棄という意味での譲渡ではなかった。

ヴィルヘルム・エンデマンによれば、作者は出版者にむしろ、著作権の実施(*exercitium*)のみを譲渡するものであった。著作権の本質は、作者のもとにあり、「経済的包括利用(*pekuniäre Ausnutzung*)複製と頒布の権利」のみが許与されるのであった⁴⁰³。この説は特に、先述の①説において著作権全部が出版者に移転されたのちに出版者が権利を放棄した

³⁹⁸ Osterrieth, *Urheberrecht und Verlagsrecht*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 8, S.285ff. 292; 「この法律は、著作権の譲渡のみを認めている。原始的取得は、作者性によってのみ根拠を有する」(Allfeld, *die Reichsgesetze betr. das literarische und artistische Urheberrecht*, 1893, § 3, S.51 (zit. nach Pahlow, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S.88))

³⁹⁹ Osterrieth, a.a.O.(Fn.398), S.295. 「同一の出版物の競合に対して、現在のドイツでは、出版者は保護されない。個々の著作物が無断複製されることが許されるという前提のもとでは、ある作品集が、同じ選集、同じフォーマット、同じ装丁などなどにおいて模倣され、最初の出版者はこれに対抗する術を持たない。模倣者がその事業を不誠実な競争によって行っていること、彼が他人の事業計画から、その労働の成果から不当な利益を得ていることは明らかである。」

⁴⁰⁰ Osterrieth, a.a.O.(Fn.398), S.296.

⁴⁰¹ なお、2013年ドイツ著作権法改正において、著作隣接権としての出版者の権利が導入されている(87f条)。

⁴⁰² Dahn, a.a.O.(Fn.358), S.7 「この権利に含まれる個別権原の実施のみが作者の意思により又は法律により他人に譲渡可能である」

⁴⁰³ Endemann, a.a.O.(Fn.373) LUG3条コメンタールは「これにより、2人の権限者、すなわち、作者と出版者、権利者と実施権者が存在するという結果になる。そして、後者の権利は独立の権利ではなく著作者に残される著作権に根拠を有する派生的権利である」

際の著作権の帰趨に関して有効な回答を与えるものとなった。権利全体は著作者のもとにとどまったからである。

しかしこの説は、出版者が著作権自体に由来する経済的な禁止権を援用することができないという欠点を有していた。

そこで、①債権説の欠点を回避するため、著作権自体に由来する②準物権的利用権説であると解する説が唱えられ、支持を得た（ただし、この説が直ちにすべて権利の完全移転を否定していたわけではないこと、1870年著作権法3条が権利の完全移転を認める条文であるとの理解が一般的であったことには留意される）。

いち早い準物権的利用権説の提唱者としては、クロスターマンが1871年に、一著作権の譲渡可能性は認めるものの「出版契約は何ら『精神的所有権』の譲渡を含むものではなく、制限的内容の出版権を設定することである」と述べ、出版契約の性質決定に当たって、売買・交換・贈与契約との近縁性を否定している⁴⁰⁴。出版者に準物権的・絶対的権利に基づいて第三者に対する固有の防禦権を行使する可能性を与えるものであったことから、まず出版協会、特にドイツ書籍業取引組合の利益に適い、現在にまで適用される1901年の出版権法の基礎となった。実施義務を除いて、出版権の構成と性質は、特許法の排他的ライセンスと同じものと解された。

続いてコーラーは、1880年『著作権 Das Autorrecht』⁴⁰⁵で、出版権を著作権の用益物権的な準物権的権利であり、出版者の複製頒布義務を権利の内容として伴う（「この義務はこの利用権に内在し、債権的義務ではない」⁴⁰⁶）という2つの不可欠な特徴を有している。

また、準物権的利用権説の論者として、オットー・フォン・ギールケが挙げられる。

ギールケに至っては、著作者の権利は譲渡不能なものとされるに至り、よって譲渡不能の人格権一元説の提唱でも名高いが、利用形式に着目すると異なった側面が理解される。ギールケの著作者の権利は一現代の認識に照らし抱かれがちな人格権が一身専属的であるという先入観とは異なり、「実施」に関して譲渡可能であるとしていた。この実施権原には絶対的性質の付与が可能であるとし⁴⁰⁷、所有権に対する制限物権のような役割を著作権に対して果たすものとし、ここに出版権も含まれるものとした。すなわち、ギールケにおいては、著作権自体は譲渡できず、常にその著作者に「その人格に深く根ざして」残るが、著作物について、「実施に関して」、別々の者に、別の種類の権原の総体を移転でき、例えば、ある

⁴⁰⁴ Klostermann, a.a.O.(Fn.352 [Geistiges Eigentum, Bd.I]), S.321.「出版契約は何ら「精神的所有権」の譲渡を含むものではなく、本質的に制限的内容を持つ出版権の設定である」。

⁴⁰⁵ Kohler, Autorrecht, 1880, S.418; ders., Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, 1907, S.259.
「出版権は用益物権と一定の近縁性を有するが、出版権者が著作物を複製し頒布するという義務を負う点で用益物権とは区別される。出版権はこの義務とともに成立し、この義務のみを本質とするのである」

⁴⁰⁶ Kohler, Autorrecht, 1880, S.419.

⁴⁰⁷ Gierke, Deutsches Privatrecht Bd.1 S.767ff, S.805.

演劇作品について、複製権、翻訳権、上演権を別個に譲渡でき、ある美術著作物に関して、版画による複製の権利と、写真による複製の権利、美術品販売業で利用する権利を別個に譲渡できるということである⁴⁰⁸。さらに譲渡された実施は絶対的性質を有し、特に、ライセンサーが物権的に著作者に対して保護を受けることにもなる。すなわち、物権的効力を有する合意に違反すると、契約違反とともに、著作権侵害が成立するとされた⁴⁰⁹。また、絶対的権利の許与と並んで、排他的性質のない相対的な権限も可能であった⁴¹⁰。

結局のところ、第1に、ギールケにとって著作権（著作者の権利）が全体として一つの人格権であった（この原始的著作権において個別権原間に区別を設けなかった）という構成を採ったことでは、その後のドイツ著作権法の一元説に至る発展の契機をもたらしたことは確かであるが、第2に、彼の理論は排他的効力を有する実施の移転を認めていたため、実質的には特に譲渡可能性に関する制約をもたらしたわけではないのである。出版者にとっては、著作権のそのものが取得されるのか、実施のみが取得されるのか否かは、出版者が固有の絶対的権原を行使できる限りでは関係のない問題であった。

ギールケの構成においては、広範な実施譲渡が認められるため、全部譲渡を認めたこととの差異は、実施権者が不在となったときに権利が著作者に復帰する以上の積極的意義にはなお乏しいものとの位置づけもなされる⁴¹¹。翻って、出版者などの利用権者から見れば、その地位は引き続き絶対的な譲渡にも等しい安定した地位であった。

なお、このように著作権の実施のみが譲渡できるという思想は、1895年12月26日のオーストリア著作権法に導入された。オーストリア法16条には、次のようにある。

「著作者又はその相続人は、著作権の実施 *Ausübung* を制限付又は無制限に、契約によって又は死因処分によって他人に移譲 *überlassen* することができる」

(5) まとめ

このように、19世紀末、①著作権と出版権の同一視（ヴェヒター）、②出版者の原始的著作権説（ドイツ書籍取引組合）、③隣接権説（オスターリート）、④出版権は著作権に由来する（著作権から導かれる）権利であり、債権の利用権又は所有権における制限物権に似た準物権的権利であるとする説（コーラー、ギールケなど）が提唱され、④説が支持を集めつつあったという学説の動向が見られる。特に、準物権的利用権説は、構成と性質決定において、前述特許法における「ライセンス」説との共通性が見られるものであり、事実コーラーは自己の特許権学説を著作権に転用している（ただし、ライセンスという上位概念のもとに出版権が位置付けられるという現代的理解が一般に受け入れられたのは、ようやく1930年代に

⁴⁰⁸ Gierke, a.a.O. (Fn.407) , S.806

⁴⁰⁹ Gierke, a.a.O., (Fn.407) S.810f.

⁴¹⁰ Gierke, a.a.O. (Fn.407) S.810f.

⁴¹¹ F.Vogel, Rechtsverkehr, S.175ff.

普及したものであるとされる⁴¹²⁾。そして当初 1870 年法の規定ぶりと結び付けられ、機械的複製と頒布や営業上の利用可能性に限定されていた著作者の権利概念は、無体財産権説の普及と相まって、そのような限定から離れてより包括的な権原を志向するに至った。

4 出版権以外の利用形式—特に上演権

出版権は 19 世紀末には、文学著作物と音楽の著作物を中心とする著作物に限定されていた（ただし、1901 年出版権法が上記の 2 つの著作物に対象を限定するまでは各ラント法の出版権法規は、美術著作物の出版権などを規定していた例もある）。そこで、その他の利用形式—特にここでは上演権が例に挙げられる—の構成について、1870 年著作権法が特許権と同様に「制限的又は無制限の譲渡可能性」を定めていたことから、学説では、1880 年以降、特許法学のライセンス論を援用する傾向が見られ、また一部では、出版権の類推適用もみられた。

出版権以外の利用形式においても、特に著作者及びライセンサーに対するライセンシーの経済的利益の保護、特に承継的保護に関して論争がなされた⁴¹³。承継的保護の必要性そのものに関しては見解の一致が見られたが、その構成に関しては特許法と同様に、①準物権的構成と②債権的構成との対立があった。コーラーは 1877 年『特許法』で展開した禁止権のない準物権的ライセンス論を 1880 年の『著作者の権利』で著作権にも応用し、「任意に多くのライセンス権を付与できる」権利を著作者に認めた⁴¹⁴。

⁴¹² McGuire, Lizenz, S.235.

⁴¹³ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.96; De Boor, vom Wesen des Urheberrechts, 1933, S.69. 「承継的保護の欠如は、特許法と同様、「利益状況」に適合しない。しかも、著作物利用に関しては、排他的な許可に基づくのではなく、単純ライセンスに基づく場合であっても、莫大な投資がなされることを要するからなおさらである」

⁴¹⁴ Kohler, Autorrecht, 1880, S.295, 298 は以下のように述べる。「… [ライセンスは] 所有権の縮減ではなく、その所有権の内部で、その権利の享受に参加させる地位を、この者に付与するのである。なぜなら、所有権は、純粋な私的恣意によって別の内容に置換されることのない法定の内容を有する。範囲が法定されたのちは、その内容からは、空間秩序を妨げることなく任意の部分が除去されることはない。無体財産権に関しても非常に類似した関係となる。すなわち、無体財産は法定の内容を有する。この内容を、確かに権利者は他人と共有するが、別の内容では代用しえない。ゆえに、すでに私が『特許法』157 頁以下で詳述したように、ライセンス権は外在的権利ではなく、無体財産の内部の権利、すなわち無体財産に対する権利であるに過ぎない。

著作者の財産に係る経済的、直接的かつ固有の権利もまた同じであり、例えば単に債権的關係に基づいて許諾される他人すなわち著作者の権利の行使/実施ではない。なぜなら、ライセンシーの権利は著作者の主観的権利からは独立しており、特に、著作権が譲渡されたり、質権が設定されたときにも、影響を受けずに存続するからである。…

著作権の領域におけるライセンスは、実施の権利を認めるだけでなくライセンシーに実施の義務を負わせる点で、固有のものである。出版権領域におけるのと同様の権利と義務の結合関係が生じる。」

一方、19世紀末には、特許法の消極的ライセンス説と同様に、ライセンスを著作権法上の防禦権の放棄に過ぎず、したがって、②債権的利用権であると解した説もあった

(Dernburg, Riezler, Allfeld, de Boor)。エルヴィン・リーツラー (Erwin Riezler, 1873-1951) は、「債権的ライセンス」を、「取得者に、例えば翻訳のような一定の権原の行使を、無制限に又は一定の範囲で許可する譲渡人の義務である」と定義した。著作者はこの「債権的ライセンス」においては、単に、その排他的権利をライセンシーに対して行使しないという義務を負うにすぎない⁴¹⁵。ライセンシーの承継的保護は、1900年ドイツ民法典施行以降は、当時の民法571条の類推適用などにより実現されるものとされた。

単純ライセンスに関しては上記のように見解の対立があったが、排他的利用の権利については、1900年ごろには、学説は特許法のライセンス説を利用し、著作権法においても禁止権と利用権を備えた準物権的権利であるとの広い一致が見られた⁴¹⁶。著作権の排他的利用権は、著作者が取得者に対し、著作物自体に係る独立した部分権を設定するという方法で権原を移転することができるものとされた⁴¹⁷。著作権から「設定的譲渡」によって成立した利用権には、絶対的性質が認められ、対世的効力が認められるとされた⁴¹⁸。また、コーラーは1907年の『著作権』では、すでに法律規定を有していた出版権法上の出版権の類推も用いた⁴¹⁹。劇場興行権ではライセンスは行使に関してだけでなく、行使の義務を付して認められており、よって、出版権に近い位置づけがなされていた。

上記のように、出版権以外の著作物利用形式、特に上演権について学説では、単純ライセンスの承継的保護の必要性に関しては見解の一致が見られたが、その法律構成について対立があった。すなわち、準物権的構成と債権的構成の対立であった。一方、排他的ライセンスに関しては、主に特許ライセンス学説を援用して準物権的構成であるとの理解が広くみられた。また、一部では実施義務付排他的権利としての出版権の類推適用を試みる説も見られた。

5 まとめ

1870年著作権法において利用形式を定めた条文は、制限付き又は無制限の譲渡を定めた3条に限られた。これに対して、出版権などはすべて1901年までは各ラントの規定に委ねられた。19世紀末には、まず出版法では、著作権と出版権の同一視(ヴェヒター)に始まり、

⁴¹⁵ Riezler, Urheber- und Erfinderrecht, Eine systematische Darstellung, 1. Abt. 1909, S.311ff. (Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.97); Allfeld, a.a.O.(Fn.396), S.94, 95.

⁴¹⁶ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.97.

⁴¹⁷ Riezler, a.a.O.(Fn.415), S.312; Kohler, a.a.O.(Fn.405[Urheberrecht]), S.282ff.

⁴¹⁸ Riezler, a.a.O.(Fn.415), S.312によれば「この権利は、著作者に特定の者に対する請求権ではなく、直接的な、例え内容的には制限的であるとしても、知的財産の支配権を保証するものであり、ゆえに物権と比較可能である」

⁴¹⁹ Kohler, Urheberrecht, 1907, S. 284「ライセンス権は、出版権のようにして成立する」

出版権は著作権に由来する（著作権から導かれる）権利であり、債権的利用権又は所有権における制限物権に似た準物権的権利であるという構成に移行したという学説の動向が見られる。特に、準物権的利用権説は、構成と性質決定において、特許法における「排他的ライセンス」の権利との共通性が見られるものである。そして当初は1870年法の規定ぶりと結び付けられ、機械的複製と頒布や営業上の利用可能性に限定されていた作者の権利概念は、そのような限定から離れてより包括的な権原を有するとの像が普及するに至った。

第6章 20世紀前半の著作権ライセンス論

第1節 1901年6月19日の文学及び音楽著作権法⁴²⁰、1907年美術著作権法⁴²¹

複製方法の進展と1886年成立のベルヌ条約に象徴される著作権の国際化により、著作権法の改正が要請された。すでに、学説上は、著作権及び産業財産権が物権的権利とされ、絶対的性質を有するということは広く承認されていた。作者の権限は11条に表現されるとともに、著作物の公表又は上演を決定する著述者の権利（LUG9条）によって、いまや人格的利益も断片的にはあるが承認された。作者には経済的利用に関する排他的権利が帰属する、というような統一した定義は結局、自由な著作物利用と禁止の構成要件との区別が困難となるおそれから挫折した⁴²²。

権利の移転に関しては、8条1項が著作権の相続可能性を確定し、3項が譲渡可能性を以下のように規定した（KUG10条3項に同様の規定がある）。

3項 この権利は、制限付又は無制限に beschränkt oder unbeschränkt 他人に譲渡 [移転 übertragen] することができる。譲渡は、一定領域への限定を伴って行うこともできる。

1870年の法律からの変更はなく、分割出版権に関する第2文が加わっただけとなった⁴²³。許諾に関する規定はみられなかった。

譲渡に関しては、上記の3項が見られる限りで、譲渡の性質決定に関する規定は見られない。すなわち、すでに触れたように、当時、学説ではすでに、譲渡によって①権利が完全に移転するのか（エンデマン、ヴェヒター、シュトツベ、クロスターマン、マルヴィッツ／メーリンク）⁴²⁴、それとも②実施 Ausübung に関する権原だけが移転するのか（ギールケ、アルフェルト）という問題は議論されていた。この議論の実益は、著作権の取得者がその権

⁴²⁰ Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG)

⁴²¹ Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (KUG)

⁴²² Eggersberger, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, 1992, S.49.

⁴²³ Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 10. Legislaturperiode, II. Session, 1900/1902, Bd.1, 1901, Nr.97, S.387ff.[394].

⁴²⁴ Endemann, a.a.O.(Fn.373), S.11ff; Wächter, a.a.O.(Fn.381[Autorrecht]); Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd.3, 2.Aufl, 1885, S.44, Fn.1; Osterrieth, Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht, 1892, S.94ff.; Marwitz/Möhring, Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland, 1929, § 8 Anm.7 (s.Vogel, a.a.O. S.1234, Fn.136) .

利を放棄するか、その権利承継人なく死亡したときと、新たな利用方法に関する権利が誰に帰属するのが問題により実益を伴うものとして議論されていた。また、著作者の権利が、創作者にからは決して完全には解き放たれない人格権であるというギールケに代表される理論も、実施権原説を支持する根拠として、支持を集めつつあった。

とはいえ、8条3項の規定ぶりは、著作権の全部譲渡を想起させる構成ともなっていた。

このほか、注目すべき1901年法の特徴としては、断片的にはあるが著作者人格権的规定が複数定められるに至ったことがある⁴²⁵。本質的部分が公表されていない公表権（11条1項1文）と、著作権譲渡の場合に著作物の同一性の尊重を求める取得者に向けられた請求権が法律上の承認を得た（9条）。これにより、著作権の取得者が著作物、題号、著作物の名称の変更を行うときには特別の合意を有した。

第2節 1901年出版権法⁴²⁶

1 概要

一方、19世紀末には、1870年著作権法の著作権利用形式に関する規定の不備と著作物複製技術の進展により、出版権法統一立法の要請が高まった。特に、1891年9月15日のドイツ作家協会の出版権に関する法案と、1893年4月30日のドイツ書籍商協会の出版権法草案は対照的な草案として重要視され、これらの草案に顕著な利益の対立に照らして、立法者は、1901年出版権法をすべて任意規定とした。新たな権利／法を創設するのではなく、「それが法学と判例によって、評価の高い出版業の慣習に照らして、慣習に存在する法を確定したものである」とされた⁴²⁷。

特に重要な条項としては以下のものがある。

第1条 言語又は音楽著作物に関する出版契約によって、執筆者 *Verfasser* は出版者に自己の計算で著作物を複製及び頒布することを引渡す *überlassen* 義務を負う。

第8条 2条から7条に基づいて執筆者が複製及び頒布を行わず、出版者に許諾する義務を負う範囲では、執筆者は契約に別段の定めがないときには、出版者に複製及び頒布に関する排他的権利（出版権）を付与しなければならない。

第9条 （1）出版権は著作物の出版者への引渡しにより成立し、契約関係の終了により消滅する。

（2）出版権の保護に必要な限りで、出版者は執筆者及び第三者に対して、この法律により著作権の保護のために定められた権原を行使することができる。

⁴²⁵ 上野・前掲注9）567頁も参照。

⁴²⁶ 出版権法の訳に関しては、三浦正広「著作者契約法の理論（前編・後編）」コピライト2013年3月号53頁も参照。

⁴²⁷ M. Vogel, a.a.O.(Fn.377), S.1235.

出版契約は、著作権法 1 条によれば債権的契約であるが、同 8 条によれば、出版者はこれにより、複製と頒布の絶対的権利を有することになり、すなわちこれが「著作権」である⁴²⁸。この著作権と著作権の関係については、著作権の立法理由書中の定義は明確化を避け「著作権から導かれこれに基づき、例え内容的に著作権ほど広い権利ではないにしても、本質的に同種の権利である」とされ⁴²⁹、第三者との関係では、出版者は排他的権利によって保護されるものとされた⁴³⁰。

著作権法施行後、「契約により許与される著作権」の構成について、学説の多くは、従来の準物権説に従い、物権の類推により、著作権法 9 条 I 項 1 文に規定された原稿の引渡しを含む処分行為によって、著作権に対する準物権的権利の許与がなされると解した⁴³¹。この準物権的利用権は、ドイツ民法典の導入後、次第に著作権の制限物権的権利であると定義されるようになった。

また、著作権と排他的特許ライセンスの法的共通性も指摘されるが、著作権は原則的な出版者の行使義務によって特許ライセンスから区別され、「実施義務付排他的ライセンス」であると解された。このような特許ライセンスと著作権ライセンスの平行な関係は学説においても広くみられ、特許法学説において、実施義務付排他的特許ライセンスの合意が 1926 年に「出版契約」と見られていたのか⁴³²、実施義務付きの特許ライセンスが 1955 年になお「出版ライセンス」と呼ばれていたことにも表れている⁴³³。

ただ、著作権法から現在の「著作権ライセンス概念」を推論することはできない。このことは、マクガイア（2014 年）も指摘している。すなわち、「著作権法は、他人の創作的給付の利用を法律上承認する根拠であったといえるが、著作権ライセンスの概念が著作権に関する規定に基づいて決定することができる、というような逆推論を行うことは、歴史的にみれば失当である。なぜならば、著作権は出版者の独立の保護権として長きにわたり存在し、創作者としての著作者の権利の承認とは無関係に普及したからである。現代の一般的観念では、著作権はライセンスの特殊な形式であるか、少なくとも、これに比較しうる権利であると理解されるが、19 世紀末の判例及び学説は、著作権を特許ライセンスとは本質的に異なる権利として段階付けており、現代のような考え方はまだ馴染みのないものであった。」⁴³⁴

⁴²⁸ Vgl. Riezler, Urheber- und Erfinderrecht, S.323ff.

⁴²⁹ Zit. nach M.Vogel, FS GRUR S.1237

⁴³⁰ Vgl. Riezler, Urheber- und Erfinderrecht, S.323ff.

⁴³¹ Blaß, Die Begründung des Verlagsrechts, 1909, S.17ff., 22f. (s.Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.93f.); Riezler, a.a.O.(Fn.415), S.319f., 323; Kohler, a.a.O.(Fn.405[Urheberrecht]), S.259

⁴³² Isay, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 4.Aufl. 1926, S.317; Kohler, Industrierechtliche Studien, GRUR 1893, S.164.; Dahn, a.a.O.(Fn.358), S.10.

⁴³³ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.100.

⁴³⁴ McGuire, die Lizenz, S.59ff.

2 著作権の譲渡：著作者と利用者の対立の焦点としての「著作者の承諾」要件

著作権法の成立までの議論の中で、最も激しく説が対立した点は、著作権の譲渡可能性についてであった⁴³⁵。

①第1説は、著作権は財産権であるから譲渡可能と主張した⁴³⁶。書籍業者は、これに同調して、必要な経済的な処分自由の維持を擁護した。②19世紀終わりには、次第に反論が形成され、著作権の譲渡はむしろ著作者の承諾に拘束されるべきである、とする主張がなされた⁴³⁷。ただし、この中でもコーラーは、著作権の譲渡が事業全体の譲渡とともになされる場合は例外的に承諾を要しないとした。③第3の見解は、著作者団体の側に立ち、著作権の譲渡不能性を表明した⁴³⁸。

その結果成立した1901年出版法28条は、以下のように承諾要件を記載している。

出版権法28条

出版権は、譲渡が執筆者 *Verfasser* と出版者との合意により排斥されていない限り、譲渡することができる。しかし、出版者は、執筆者の承諾がないときは、個別の著作物のみを対象として締結された契約によって出版権を譲渡することはできない。この承諾は、重大な事由が存在するときのみ、拒むことができる。出版者が執筆者に対して、承諾の意思表示を求める催告をしたときは、催告の受領後2か月以内に執筆者が拒絶を表明しないときには、承諾がなされたものとみなす。権利承継人が出版者から、著作物を複製又は頒布する義務を承継するときは、出版契約に基づく債務の履行に関して、権利承継人は、出版者とともに連帯債務者として執筆者に対して責任を負う。この責任は、すでに成立した損害賠償義務には及ばない。

そして、1965年の34条の政府草案理由書は、次のように、現行法34条の祖にあたる法規として、出版権法28条を挙げていた。

「34条-利用権の譲渡

現行法は、出版権法28条の特則以外には、著作者の承諾なくして利用権の再譲渡が可能であるのか、どのような範囲で可能であるのかについて、何ら規定を有していない。しかし、支配的見解は、著作者にその財産権的権原の譲渡がなされても残る著作権の人格権的核心から、利用権の再譲渡が原則として著作者の承諾を要するという原則を導いている。利用権

⁴³⁵ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.112

⁴³⁶ Wächter, a.a.O.(Fn.383[Verlagsrecht]), S.212; Klostermann, a.a.O.(Fn.331[Urheberrecht]), S.335ff.; Daude, Lehrbuch des Deutschen literarischen künstlerischen und gewerblichen Urheberrechts, 1888, S.35, 111f.; Rietzler, a.a.O.(Fn.415), S.309, 359; Allfeld, a.a.O.(Fn.396), 1893, S.55; Scheele, Das deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, 1892, S.22.

⁴³⁷ Dahn, a.a.O.(Fn.358),S.13; Stobbe, a.a.O.(Fn.424), S.288.

⁴³⁸ Osterrieth, Gutachten über das Frage: Soll der Verleger berechtigt sein, das Verlagsrecht ohne Zustimmung des Autors zu übertragen? in: Verhandlungen des 25. Deutschen Juristentages, Bd.2, 1900, S.183ff.

が著作者の知らないところで、著作者が信頼を置かず、利用権を著作者の意図に反して利用するおそれがある者の手に渡ることは、正当とはいえない。」

「第4項は、1項から3項までの規定が任意規定であることを定めている。それによれば、著作者は第1項の規定に反して利用権の許与をはじめから一般的に認めることができ、他方で、譲渡に関する承諾を禁止することができるという効力をもって、排斥することができる。」

1965年著作権法によって、政府草案理由書が明示的に模範として挙げている出版権法28条の承諾要件は全種類の使用権に拡大された（なお、2002年著作権法改正による著作権契約法部分の規定の整備により、出版権法28条は廃止された）。

1965年著作権法の34条、35条は「利用権の移転」「サブライセンスの設定」に関して、著作者の承諾要件を定めている。政府草案理由書が明示的に模範として挙げていたのは1901年の出版権法28条であった。この承諾要件は1901年著作権法には存在しなかったが、1965年法において、全種類の著作物利用権に拡大されたのである。

この「承諾」要件は1901年出版権法における作家側と出版者側の最大の論点であった出版権の譲渡可能性に関する論争の結果の産物であった。

（そして2012年のTake Five判決において排他的サブライセンス存続の正当化根拠として用いられるに至っているものである）。

第3節 1920年代の著作権ライセンス論

1901年の改正著作権法では、上述1でみたように、著作権の制限的又は非制限的譲渡については、1870年著作権法3条と同じ規定ぶりが維持され（8条3項）、出版権法以外の利用形式に関しては、特に規定が置かれなかった。しかし、20世紀初頭には、従来の上演に加えて、放送、映画など、出版権法に規定のない利用方法が多数登場したことで、判例と学説では、出版権も含めた著作権法上の利用権の正確な把握と定義が迫られ、出版権法と著作権ライセンス法の関係についての論争が本格化した⁴³⁹。

1 学説

1900年代までは、特許法との並行関係が見られていたが、1920年代、著作権法学説では「ライセンス Lizenz」を、体系的厳密化の観点から出版権と明確に区別する傾向が強まった。そして、「著作権ライセンス」は債権的意義のみに限定され、ライセンスの準物権化傾向は後退したのである。

1920年代の論調を代表するアレクサンダー・エルスター（Alexander Nicolaus Elster, 1877-1942）は論攷「著作権法上保護される著作物に係るライセンス」（1928年）⁴⁴⁰において、①広義のライセンス契約：特定の者に付与された特別の利用の許可と②狭義のライセン

⁴³⁹ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.100.

⁴⁴⁰ Elster, Lizenzen an urheberrechtlich geschützten Werken, in: UFITA 1 (1928), S.195ff.

ス契約を区別した⁴⁴¹。①広義のライセンス契約には、「実施義務付利用権」と定義された出版権が含まれるとし、出版権法に規定された以外の利用態様に対して、出版権の類推を認めている。この出版権は、出版権は著作権に由来する権利であるとしている。

「著作権の中では、その一部としての出版権は判別しにくい、出版権は著作権から分離されるとただちに、独立しかつ特別の出版権となり、もはや著作権の一部ではないのである」

442

他方、②狭義のライセンス契約は、知的財産権の利用と実施義務との結合を伴わない債権的「許諾契約 Erlaubnisvertrag」であるとされ、「物権的」利用権の移転は含まないものとされた。ライセンスの許与は著作権の部分的譲渡ではないので、1901年文学著作権法8条はライセンス付与の法律上の根拠にはならないとされた。また、特許学説判例において認められたような「準物権的排他的ライセンス」は拒絶された。確かに、著作権も「排他的ライセンス」を認めているが、それは債権的行使権限に尽きるとしたのである⁴⁴³。

しかし、このように解するのであれば、承継的保護の要請には対応できないこととなる。

そこで、著作権譲渡に対するライセンシー保護の欠如については、さしあたってはドイツ民法旧571条の類推適用を行うべきであるが、法改正を行うべきであるという主張や、確か単純ライセンス及び排他的ライセンスは債権的性質であるとするが、ライセンス権に、著作者、ライセンサーに対して主張できるだけでなく、権利承継人に対しても主張できる限りでの「絶対権的」特徴を認めるべきであるという主張がなされた。出版契約が存在する著作権取引は、すべての利用契約が「ライセンス契約」という名称で呼ばれていた特許権よりも優れているとした⁴⁴⁴（なお、エルスターは、出版権のような実施義務付ではない準物権的効力を有する移転については、ドイツ著作権法8条3項の「制限付又は制限を付さない」譲渡として、完全な権利の譲渡を認めていた）。

このように、1920年代の著作権法における出版権とライセンスの関係に関する議論では、明確に準物権的「出版権」と「ライセンス」という利用形式を区別する学説が主流を占めた。その説によれば、ライセンスは、「単純」「排他的」問わず、純粹債権的許諾契

⁴⁴¹ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.101.

⁴⁴² Elster, Uebertragenes Urheberrecht, GRUR 1916, S.19ff., 21.

⁴⁴³ Krause, Urheberrechtliche Lizenzvertrag, 1938, S.26f.; Böhler, Rechtswirkungen einschränkender Vertragsklauseln bei der Übertragung des Urheberrechts nach deutschem und schweizerischem Recht, 1924 (zit. nach Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.62f.).

⁴⁴⁴ Krause, a.a.O.(Fn.443) S.10; S.29; 「著作権と特許権の大きな差異は、すでに詳細な学術的研究を経験した特許権の排他的ライセンスに関する研究の結果が、単に著作権における排他的ライセンスに転用されようとするとは関係がない。なぜなら、著作権取引は、出版権という特殊な契約を発展させているのに対し、特許法では何らこれに似た法律上の規律が行われておらず、利用契約全体がライセンスという「集合名詞」の下に含まれている。しかし、著作権取引では、この権原が常にライセンスと呼ばれるわけではない」

約として理解され、対して出版権は 1901 年法 8 条に応じて、実施義務付「準物権的」利用権と解されることになったのである。

こうして、1920 年代の学説は、1901 年法 8 条 3 項に基づいて、①著作権の完全譲渡ができることを前提に、②ライセンスは排他的・単純ライセンスいずれも単なる債権的利用権であること、③出版権のみが実施義務付準物権的権利許与の形式であるという共通性が見られたが、著作者保護の要請からは隔たったものであった。

2 判例—ライヒ裁判所 1923 年 5 月 14 日民事第 1 部判決—「千人と一人の女」事件⁴⁴⁵

一方、ライヒ裁判所判例は、1920 年代になっても、特許ライセンス判例の類推適用を肯定した。すなわち、1923 年 5 月 14 日判決で、契約に基づく類型的な権利義務の判断にあたって、映画フィルム貸与契約を「特許ライセンスと本質的な一致」が明らかな「排他的ライセンス権」の許与であると解釈したのである。

(1) 事案の概要

原告 X は、映画 Tausend und eine Frau. Aus dem Tagebuch eines Junggesellen [千人と一人の女⁴⁴⁶—ある若い職人の日記から] の映画製作者である。

1918 年 6 月 18 日の契約により、原告 X は、被告 Y に、オーストリア＝ハンガリー帝国を対象地域とする 3 年間の映画の独占権を [übertrag] 移転した。被告 Y は対価を支払い、フィルムを独占地域で上映、販売、貸与又はその他の方法で頒布する義務を負った。

しかし、1918 年 12 月 4 日の書面により、被告 Y は、オーストリア＝ハンガリー帝国の消滅により契約の履行が不可能となったとして、契約を解除した。原告 X は契約の履行を求め対価及び利息の支払いを求めた。

第 1 審及び控訴審は X の請求を棄却した。X は上告し、上告審は原審判断を破棄し、X 請求は認容された。

(2) 公式判例集における判示事項

映画製作者と、映画を有償で映画館支配人に上映のために使用許諾する事業を行う者との間の契約には、どのような原則が適用されるか？

(3) 判決理由

「控訴審は、契約を使用貸借類似の契約であるとし、特に理由付けなく、原告 X が被告 Y に契約期間内の経済的利用可能性に関して責任を負うが、オーストリア＝ハンガリー帝国の崩壊によって消滅し、原告 X は被告 Y に対してオーストリア＝ハンガリーとは同一

⁴⁴⁵ RGZ 106, 363.

⁴⁴⁶ おそらくは Tausendundeine Nacht 千夜一夜物語からであると推測される。

ではない後継諸国に対して上演権を認めることができる状態にはないため、その経済的利用可能性が否定されたものと解し、原告 X の契約履行が不可能となったとして、X の請求を棄却した。

しかし、契約が使用賃貸借類似の性質を有するという控訴審の見解は採用できず、本件契約は、いわゆるフィルム貸与者、すなわち、映画を劇場占有者に対価を得て上演を委ねる者による映画の利用に関して、映画製作者が締結することの多い契約である。映画製作者は、通常対応する取引設備を有していないので、一般的には直接劇場支配人とは交渉せず、販売地域全体をいくつかのいわゆる独占地域に分け、すべての対象地域に、事業者、すなわち映画貸与者に映画の利用及び劇場支配人との上演契約の締結に関する排他的権利を移転 übertragen する。その際には、貸与者は自己の名において、自己の計算により活動する。貸与者は、劇場支配人に、上映のために複製物を引渡す。この複製物は、たいていの場合、映画製作者から受け取ったものであり、フィルムリールのメートル数に応じて金額の支払がなされる。

前記を内容として映画製作者と映画貸与者間で締結された契約は、特に著作権法の領域に効力を有する。映画のフィルムは著作権の保護を享有することは、疑いなく著作権法から明らかである。映画の複製物の受領は、確かに、著作物の上映にあたって不可欠であるが、契約の主たる内容を構成するのではなく、たとえ重要であるにしても、付随的要素であるに過ぎない。

本件契約の本質にとって決定的であることは、第一に著作権の内容である。

控訴審が当事者の契約を使用賃貸借類似の契約と解したことは、不適切である。使用賃貸借は、535 条によれば、物の利用すなわち有体の客体 (90 条) の利用を内容とする。上演権を伴わない映画複製物の利用すなわち著作権法上の権原の享受のない利用は、被告 Y にとっては何らの価値もない」

…その全体的内容及び目的によれば、本件契約は一映画製作者と映画貸与者との間で一般的な契約と同様に一特許権により保護される客体に関するライセンス契約との本質的な一致が明らかである。特許法では、ライセンスの許与 Einräumung は、第三者に対して、保護された発明の包括的利用 Ausnutzung に関する権利を譲渡 überträgt するという意味を有する。その形式 Form には、2 通りの可能性がある。[第 1 に、]特許権者がライセンシーに、特許から生じる権利の全体を、空間的・時間的・对象的に限定された領域において譲渡 überträgt する。これによりライセンシーは、[①] 再ライセンスの許与、[②] すべての他人に対してその領域における侵害行為の禁止、[③] 自己の権利の何らかの侵害に基づいて独自に訴えを提起できる (排他的ライセンス)。または、

[第 2 に] 特許権者がライセンシーに、彼にその禁止権を行使しないことを約束することによって、譲渡は、特許の利用に関する単純許可 bloße Erlaubnis にとどまる (単純ライセンス)。RGZ57 38 (ベナルドス式方法) , RGZ 75 402 (免振装置) 参照。

本件事例は、前者のライセンス類型と本質において一致する。原告 X は、映画の著作権者として、被告 Y に排他的権利を移転した。その排他的権利は、映画に関して、空間的に限界づけられた領域（オーストリア＝ハンガリー）と一定の期間（3 年）、その権利の再譲渡によって、有償の上映権の付与又はその他の処分を行い、映画複製物を上演目的で独占地域にもたらず第三者に差押えを行い、及び訴訟適格を有する権利である。被告 Y のこの権原は、排他的ライセンス権者の地位に完全に対応する。さらに、著作権の包括的利用は、経済的観点からも特許の包括的利用と同等と解されるべきであるので、当事者の契約に、ライヒ裁判所のライセンス契約に関する判例において承認されてきた諸原則を適用することが必要であると解される。

この諸原則の中には、特にライセンサーが確かに特許発明の技術的实施可能性、すなわち発明自体の瑕疵に関しては責任を負わないが、営業上の経済的利用可能性すなわち発明を有効に活用する可能性に関して責任を負うという原則が含まれる（RGZ Bd.75 S.402 Bd.82 S.157）。…

被告 Y は、オーストリア＝ハンガリー帝国の崩壊は、ドイツ映画の貸与者に、少なくとも旧国家の非ドイツ語地域において映画を上演することを、少なくとも 1 年間不能ならしめたと主張する。…単に営業上の利用可能性を対象とするのみならず、同時に、契約の本質的な基礎が影響を受けるのかということが問題となる。

…原告 X はすでに控訴審において、オーストリア＝ハンガリー崩壊の直後に映画がかつての帝国領域、特にベーメンやその他チェコスロヴァキアで妨げなく販売され、そこで多くの映画館において上演されていることを立証している。」

以上から、X の請求が認容されたのである。

(4) まとめ

ライヒ裁判所は、映画フィルム貸与契約における履行不能に基づく解除の可否につき、当事者の義務を判断するにあたって、原審が採用した使用貸借契約の類推を否定し、特許法のライセンス契約との本質的一致を前提にする。その形式としては①排他的ライセンスと②単純ライセンスの2つが可能であるとしている。このように、ライヒ裁判所は 1920 年代の学説とは異なり、1904 年 1 月 16 日帝国裁判所ベナルドス式方法判決が打ち出した特許法ライセンス説の援用を続けていた。

なお、その傾向は、1950 年代の終わりまで見られ⁴⁴⁷、1965 年法にも「排他的利用権」と「単純利用権」という名称であるが継承されている。例えばハイリゲンホフ事件判決（1958 年 11 月 21 日⁴⁴⁸）は、単純著作権ライセンスと物権的排他的著作権ライセンスの区別を前提とし、特許権と同様に、排他的・単純ライセンスの区別から、排他的ライセンスの訴訟権

⁴⁴⁷ McGuire, die Lizenz, S.239.

⁴⁴⁸ BGH 21.11.1958 I ZR 98/57 "Der Heiligenhof"; GRUR 1959, 200.

限を引き出している。私設秘書判決（1958年4月15日⁴⁴⁹）も、単純債権的ライセンスと排他的物権的ライセンスの区別を採用としている。

第4節 1965年著作権法改正までの著作権ライセンス論

1920年代の学説では、「ライセンス」概念を債権的許諾契約に限るものという主張が普及したが、「準物権的」出版権の許与（の類推）か、債権的許諾のいずれかしかできないということは、放送、映画利用並びに映画フィルム配給契約のような新たな利用形式に適合的でないことが指摘された⁴⁵⁰。

また、1920年代の著作権法の支配的学説であるエルスターらの主張は、著作者の保護に資するものともいえなかった。1920年代の説では準物権的利用権の移転とは、1901年著作権法の8条3項に照らしても、まだ著作権の完全な一部譲渡が可能であるとの見解も取られていた⁴⁵¹。譲渡されれば、著作者はその著作権を最終的に喪うことになる。

1930年代に私案も含めて多数の著作権法改正案が登場したが、その動きの中では、いくつかの特徴がみられる。それは①譲渡不能著作権と一元説の承認、②新たな利用方法に関する判例による譲渡目的準則の承認、③サブライセンスの登場による準物権的権利説の復権と単純ライセンスに至るまでの席捲が挙げられる。

1 1930年代著作権法改正案の登場

LUG8条3項、KUG10条3項は「制限付譲渡と無制限譲渡」解釈の余地のない規定にもかかわらず、著作権における人格権的要素の強化によって、第一次世界大戦後には、著作権の譲渡可能性の問題が、詳細に論じられるようになった。

1930年代には、著作権法改正案が登場し、著作権の譲渡不能性を定める傾向が見られた。その端緒には、1928年の改正ベルヌ条約6条の2における「著作者人格権」の承認があった。

①ライヒ司法省の1932年著作権法草案⁴⁵²は、著作権譲渡不能構成を採った。草案の19条Iによれば、「著作権は死亡を原因としてのみ譲渡可能」とし、20条Iにおいて、「著作物利用権 *Werknutzungsrechte*」が制限的又は無制限に生前中または死亡を理由として譲渡可能という構成を採ったのである。ただしこの利用権の移転は、財産権的構成要素部分の完全移転を意味すると解されていた。

⁴⁴⁹ BGH 15.04.1958 I ZR 31/57 "Die Privatsekretärin" GRUR 1958, 504.

⁴⁵⁰ 映画著作物の著作者は、映画配給事業者に利用を認め、映画配給事業者はその際、劇場支配人及び映画館支配人に映画のコピーを、上映対価を反対給付として配給する。映画利用契約は、出版契約に適するようなフィルムの複製及び頒布を目的とはしない（Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.104）。

⁴⁵¹ Elster, Lizenzen an urheberrechtlich geschützten Werken, in: UFITA I, S.201

⁴⁵² Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie mit Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1932.

②1939年アカデミー草案も著作権の生前譲渡不能構成を採った。その16条によれば、著作権は「死亡を理由とする処分の実現又は遺産分割協議の方法により共同相続人に譲渡されうる」。譲渡不能説により、著作者がその著作物を公表しかつ利用する権利を第三者に移転したときも、著作者の著作物との紐帯が存在することが強調され、譲渡の代わりに、著作者は他人に排他的な①「著作物利用許諾 *Werknutzungsbewilligung*」または②単純債権的「著作物利用権 *Werknutzungsrechte*」を許与 *einräumen* することができるものとされた。⁴⁵³

①著作物利用権者は、第三者に対して自己の権利を行使できる（草案18条1項）とされた。排他的利用権者のみが、承継的保護を供述するとされた（草案18条2項）。

この1965年法にも承継された「許与 *Einräumung*」（設定的移転）という概念は、オーストリア1936年著作権法のターミノロジーを採用したものである。

オイゲン・ウルマーは、この概念を制限付譲渡を一般民事法上基礎付けた功績は、コーラーとともに、フォン・トゥーア（*Andreas von Thur, 1864-1925*）の1923年の著作に遡るものとしている⁴⁵⁴—コーラーにおいて特許権及び著作権に由来する準物権的権利とされていた準物権的利用権としてのライセンス概念はまだ制定法上の根拠としては厳密には触れられず、トゥーアにおいてはじめて特許法上の根拠（1891年特許法6条）の文言と一致させられ一般民事法上の正当化を経たとも位置付けられる⁴⁵⁵—。

すなわち、トゥーアは、譲渡の2つの形式を区別する。「完全移転（完全譲渡）」*Translative Übertragung* と「設定的譲渡」*Konstitutive Übertragung* である。前者の場合には権利が完全に譲受人に移転するのに対して、設定的譲渡においては、完全権（母権 *Mutterrecht*）から、より少ない内容を持つ別の権利（娘権 *Tochterrecht*）が発生し、それが取得者に移転することになる。譲渡人は母権を維持するので、完全譲渡 *Veräußerung* が行われているのではなく、所有権における地上権・地役権・用益権のように、母権への負担 *Belastung* が行われる⁴⁵⁶。「娘権」の内容は、「母権」に含まれている権原に原因を有する。トゥーアは、この権利承継の形式を、特許ライセンスに転用した。譲渡されるのは、「制限付利用権」であるが、排他的権原としてではなく禁止権は伴わないとしたのである。

著作権の譲渡不能性の原則は、その後1954年の参事官 *Referentenentwurf* 草案と1959年の省庁草案も採用とした。以降は全体としての著作権の譲渡可能性が学説において支配的見解となった。

⁴⁵³ Pahlow, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S.109.

⁴⁵⁴ McGuire, *Die Lizenz*, S.241

⁴⁵⁵ v. Tuhr, *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1923; Vgl. Forkel, *Gebundene Rechtsübertragung*, S.23ff.; Pahlow, *Lizenz und Lizenzvertrag*, S.49.

⁴⁵⁶ 例として、彼は所有権に由来する権利を挙げる。

2 譲渡目的準則の登場

現行著作権法の一元的利用形式を促した要因には、譲渡目的準則に関する基礎的な判例がこの時代に登場したことも挙げられる。ライヒ裁判所は1920年代もまず著作権は譲渡可能であるという著作権法の文言に従ってはいたが（1931年11月14日、RGZ 134, S.198ほか）、著作権は著作者の人格的利益も財産価値ある利益も保護するという、すでに以前からライヒ裁判所によって承認されていた原則に基づいて、制限的契約解釈によって、一定の場合に、完全権利譲渡の合意の場合にも著作者への権利の帰属を認める判例を形成し始めた。

1900年前後ごろに締結された契約が、今や新たな利用方式を含むのかどうかについて紛争が生じ、この問いは、新たな通信・報道制度によって取引が完全に変容した、という論拠により否定されたのである⁴⁵⁷。すなわち、第一に、権利の存続期間が延長されたとき、延長された部分がどちらに帰属するのかという問題と、第二に、映画及び放送に見られる新たな利用可能性の発展が生じた中で、著作者と利用者の先鋭化した利益の対立について、判例が著作者有利に判断したことを示す。目的譲渡論⁴⁵⁸を用いて、判決は利用契約を契約目的によってカバーされる範囲の利用方法に限定したのである。これにより著作者のリスクが緩和された。一方、特に承継的保護に関する異論が生じたわけではなかった。

判例：1929年2月16日判決—ヴィルヘルム・ブッシュ事件

これを打ち出したライヒ裁判所の判例の一つヴィルヘルム・ブッシュ事件（1929年2月16日判決）は、次のようにして新たな利用態様であるラジオ放送に関する権原を、「無制限の物権的権利」の譲受人たる出版社でなく、著作者の相続人に認めたものであった。

(1) 判決要旨：出版者に許与された「無制限の物権的著作権 unbeschränkte dingliche Urheberrecht」は、後に初めて生じたラジオによる放送にも及ぶのか、それともラジオ放送[の権利]は著作者に帰属するのか。

(2) 事案の概要：原告 X らは、歴史的な名声を有する風刺画家ヴィルヘルム＝ブッシュ（Wilhelm Busch, 1832-1908）の相続人であり、被告 Y は放送事業者である。Y が1926年10月24日から、ヴィルヘルム・ブッシュの複数の著作物をラジオ放送により送信した。X は Y に対し利用料の支払を求めたが、Y は、ヴィルヘルム・ブッシュが生前の契約で、B 出版社に「無制限の物権的著作権」を許与し、B 出版社は放送権有限会社組合に所属し、Y は

⁴⁵⁷ RGZ 118, 282, 1927年10月29日—少女楽士事件、RGZ 123,321, 1929年2月29日—Wilhelm Busch 事件

⁴⁵⁸ この時代における著作者保護と著作権の関係は錯綜した関係を見せている。例えば譲渡目的準則を提唱したゴルトバウム（Wenzel Goldbaum, Urhebervertragsrecht, S.277f.）は、著作権の負担説を「絶対権の目的譲渡」の観点から拒絶している（Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.104）が、それはとりもなおさず全部譲渡を認めるものであるといえるであろう。

すでに同組合に対し利用料を支払っているため、頒布は許されているという主張を行った。

(3) 判決理由

「ラジオ放送が、言語及び音楽著作物の思想内容の伝達の新たな方法及び手段を提供したのちに、判例はラジオ放送を「頒布」に含むものと位置付けた。…

「しかし、このことから、まだラジオ放送が知られていないか、取引にとって重要な力を持つものとみられていなかった時代の古い契約においても、「頒布」が原則としてラジオ放送を包括すると解釈されねばならないという帰結は得られない。…ラジオ放送は著作物の思想内容を、同時に離れた場所にいる数百万人の者に伝達することを可能にするからである。これにより、ラジオ放送は、情報伝達の性質と、それによる重要な取引の部分を、以前との比較において根本的に、完全に変えたのである。…」

「上告人（Y）は、B出版者が「無制限の物権的著作権」を取得し、よって当時及び将来生じるこの権利に基づく経済的権原を取得したと主張している。後続の発展による経済的利用可能性に関してもたらされたすべてのものは、一般的法準則（民法 398 条以下）によれば、B出版に属するというのである。…しかし技術がラジオ放送のように、この種の画期的な革新によってすべての計算と予測の外に存在する軌道を拓き、すなわち、全く新たな精神的方法の効力領域を開拓したときには異なる。ここで上告人Yの主張に従うことは、契約目的、蓋然的当事者意思及び妥当性に反することになる。法律は、変化した環境の中で、新たな取引現象及び経済構造とともにその目的を達するために、適切な解釈を要請すると解される…」

「控訴審判決も、正当に、常に両当事者の意思と、その法律行為の目的の認識及び締結の際に付随する事情が重要であるという前提を採っている。意思の確たる内容の欠缺の際には、補充的解釈に関しては、またしても契約目的に特別な注意が払われることが当然である。…控訴審判決は、すべての著作権の譲渡は一定の目的に寄与すると考察している。別段の合意のないときは、譲渡は当事者意思によれば、原則として、契約締結の時点で取得者が設定していた課題を解決し、その義務を充足し、契約目的に関して行われ又は予定された設備を計画通りに利用するために、取得者にとって不可欠であったもののみを内容とする（ゴルトバウム、著作権法第2版163頁以下、§14）。…ラジオ放送は、著作権法上の利用権原としては考慮されていなかった。…

「無制限の物権的著作権」は、…B出版において発行されたヴィルヘルム＝ブッシュの著作物への著作権の権原全体を内容としている。しかし、著作権は、…無制限の譲渡が、当時の事情により承認され法律上保護される利用可能な取引のための権原の総体であるとみなされる。…控訴審は契約自体、契約の付随的状況、当時の情報伝達技術の関係性、契約当事者の一致した意思としての、それによって提示された包括的利用方法から、以下のことを帰結した。すなわち、譲渡の際に予定されていない著作権の内容的な増大又は時間的拡大は、譲渡を行った著作者（本件では著作者の相続人ら）の利益になるのである。…

現行著作権法を支配する思想は…すなわち、疑いのある時には、著作権の譲渡に関する契

約の際に、権原が著作者に残るものと推認する（RGZ.Bb.118 S.285）というものである。…「著作権」が譲渡されたときは、疑いあるときには取得者には、著作物を契約起草者によって選択された形式で利用する権原のみが移行する。…たとえ、著作権が明示的に「無制限に」移転されても、これは譲渡人たる著作者のもとに何も残らず、取得者は取得された権利の総体と併せて、経済的利用の全体像を完全に変更するが、報酬の査定にあたって全く考慮されなかったような、すべての予期しえない将来の利用可能性を承継したと例外なく理解してよいわけではない。著作者は、あらゆる場合に、たとえ他人が、「無制限の物権的著作権」とこれによるすべての財産権的構成要素を取得しても、契約が影響を与えることのない譲渡できない人格権を有している。とりわけ、著作物の歪曲的改変からの防禦（9条）に示される権利（RGZ.Bb.69 S.244, Bb. 79 S. 398）である。例えば財産権的な著作者権原に関する契約の締結後に、法律の改正により、譲渡人に成立するものは人格権的な核心persönlichkeitlichen Kerneに根付くものである。（ラジオ放送のように）何ら単なる従来の経済的利用方法の継続的形成又は分割であるとは考えられない、全く新たな包括的利用の可能性にも、同じことが妥当するのである。」

（4）まとめ

以上のように、ヴィルヘルム・ブッシュ事件判決では、たとえ契約において、出版者に「無制限の物権的著作権 unbeschränkte dingliche Urheberrecht」が許与されたとしても、後に初めて生じたラジオによる放送に係る権利に関しては、著作者に帰属するという判断を下した。その理由として、疑いのある時には、著作権の譲渡に関する契約の際には、権原が著作者に残るものと推認すること、特に予期しえない利用方法に関してはそうであること、そのような全く新たな包括的利用権原は、「著作者に譲渡できない人格権が残る」と同様に、著作者に残るとしたのである。

第5節 1965年著作権法改正直前期の著作権ライセンス論

第2次大戦後、著作権契約の根拠としての「著作権の譲渡」は、当時の1901年LUG8条3項の規定の存在にもかかわらず「不正確」であると非難され（Ulmer）⁴⁵⁹、同様に、1920年代の学説にみられたような「ライセンス」の債権的許諾契約への限定も、支配的な

⁴⁵⁹ Ulmer, Urheber-und Verlagsrecht, 1951, S.213; 「利用権に関する処分行為は法生活においては非常に多く行われている。実務においては、その際（不正確にも）著作権の譲渡という文言が用いられる。特に造形芸術家は、雇用関係の枠内において創作された美術品、イラスト、広告媒体等に係る権利を、企業に譲渡することが多い。また、出版者との契約の際にも、出版者には出版権が許与されるだけでなく、「著作権の譲渡」が合意される」;Reimer, GRUR 1962, S.623ff.

見解では維持されなくなった⁴⁶⁰。これに代わって、学説と司法実務においても、著作権学説に関して現代まで存続する「排他的利用権及び単純利用権」の許与概念が普及した⁴⁶¹。

戦後の学説では排他的利用権の物権的負担類似構成説が（再度）席卷し、著作権法上の利用権の明確な「物権化/客体化」（Vergegenständlichung）が生じた。しかも、1930年代以降には、特許法とは異なり「単純利用権」にも、すなわち著作物利用許諾にも拡大された。

このような単純利用権を含めた利用権の「物権化」の進展の原因は、パーロウによればサブライセンシングの増加という経済的原因に他ならないとされている⁴⁶²。サブライセンサーが主たる利用権を第三者に譲渡すると、サブライセンシーは原則として保護を失うことになる。制定法上には依然として利用権者の承継的保護の規定はなかったため、著作権法上の利用権の準物権的な法的性質という構成を用いて、承継的保護を正当化すべきものとされたのである。

ウルマーの1951年の概説書『著作権と出版権』（初版）は、準物権的構成が承継的保護の正当化に用いられたことを端的に表現している。⁴⁶³

ウルマーの解説では、著作権の利用権原は、積極的利用権と消極的禁止権を有する①排他的権利として、「①著作物利用権 Werknutzungsrecht」及び「②管理権 Wahrnehmungsrecht」と、積極的利用権のみを有する②単純非排他権である「③著作物利用許諾 Werknutzungsbewilligungen」から構成される⁴⁶⁴。そして出版権は「①著作物利用権」に属する一つの特例であるとされた。すなわち一、

①著作物利用権：「著作者が著作物の複製を一原作のままであれ、変更された形式であれ一委任した出版者、劇場又は映画事業者その他の者に対して許与する排他的権利は、著作物利用権と呼ばれるのが常である。特に、出版者が権原を保護するために万人に対しその複製及び頒布を禁止できる出版権は、著作物利用権である。映画事業者に排他的映画化権が許与されることもこれに対応する。劇場において劇場興行主に一定の都市又は地域に上演の独占的権利を付与することによって、地理的制限の下で排他的権利を譲渡されることもある⁴⁶⁵。」

⁴⁶⁰ 批判的に Beck, Lizenzvertrag im Verlagswesen mit Vorschlägen für die Vertragsgestaltung, 1961, S.19f. m.w.N.(zit. nach Pahlow, S.106 Fn.154).

⁴⁶¹ Ulmer, a.a.O. (Fn.459), 1951, S.219ff.

⁴⁶² Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.108; ders.,: Das einfache Nutzungsrecht als schuldrechtliche Lizenz, ZUM 2005, 865ff.

⁴⁶³ Ulmer, a.a.O. (Fn.459), S.213

⁴⁶⁴ Ulmer, a.a.O. (Fn.459), S.219f.

⁴⁶⁵ 続いて、ウルマーは、積極的利用権と消極的禁止権の区別の必要性について、次のように述べている。「著作物利用権原が含む禁止権は、再生の保護に寄与する。ここでは、権利の積極的本質[Kern]と消極的本質が区別されるべきである。禁止権は利用権より広くなりうる。例えば、出版者は個別著作物としての著作物の出版を内容とする出版契約に基づいて、全集著作物への収録に関して権限を有するわけではない

②管理権：「上演、放送その他の著作物の利用の許諾を付与し、再生を監視し、著作物使用料を徴収する団体や会社に与えられる。管理権もまた、団体や会社がすべての無許諾再生に対して措置を取ることができる禁止権を含んでいる。しかし、積極的本質は、著作物利用権のそれとは異なる。すなわち、権利者自身は再生に関する権原を有さず、他人に再生を許諾するという権利しか有さない。

③著作物利用許諾：「単純権原の付与により、他人に著作物の再生が許諾される。これは、著作物利用権の取得者と同様に、利用に関する権原を有する。しかし、著作物利用権とは異なり、禁止権を有さない」。

すなわち、以下のように整理することができるであろう。

ウルマー（1951年）における著作物利用形式の分類

性質	概念	禁止権	利用権	性質	承継的保護
①排他的利用権	①著作物利用権	○	○	準物権	○
	②管理権	○	○（自己利用権なし）		○
②非排他的利用権	③著作物利用許諾	×	○		○

ところで、ウルマーの上記の記述では、上演（興行）契約部分で承継的保護を認めているが、承継的保護の必要性はもはや詳細な理由付けを伴っていない⁴⁶⁶。ただ、当時を代表する賃貸借契約類推説と、ウルマー自身がコーラーやトゥーアを援用して与する準物権説が対比されている。いずれにしても、当時承継的保護の必要性には疑義が呈されていないことは、以下の記述からも読み取りうると考えられる。

「2. 単純ライセンスの解釈については法学上争いがある。契約が単純債権〔義務付け〕契約であると解されていることも多い。すなわち、同説によれば、著作者は再生を受忍する義務を負う。著作者の禁止権は、権原者の債権的請求権に対立するものである。したがって、排他的利用権が著作者によりその後譲渡されたときは、権原が取得者に対抗できないことを認めざるを得ないであろう。しかし、これは適切でないことは疑いない（下線部筆者）。著作者から上演を許諾された劇場興行者は、その後、再生に関する排他的上演権の譲渡が行われても権原を有する。債権説の支持者は、土地の使用賃貸借 Grundstücksmiete に妥当する法命題、すなわち、権原者は権利承継人にも対抗できるという法命題の類推適用をせざるを得ないと解している（民法 571 条〔訳者注：当時。現 566 条〕）。特に Riezler, UR S.311, Marwitz-Möhring LUG 8, 21, de Boor, vom Wesen, S.68 f.

が、出版者は別段の定めのない限り、自己の販売の保護のため、他人に全集への収録を禁止する権原を有する。上演契約に関しても、同様に、劇場事業者に一定の都市のみを対象とする上演権を付与し、これに対して禁止権を別の地域に対して許与することができる」（Ulmer, a.a.O. (Fn.459), S.219）

⁴⁶⁶ Ulmer, a.a.O. (Fn.459),S.221.

このような迂回は、著作物利用許諾 *Werknutzungsbewilligung* によっても、著作権の一部の処分行為が行われると解するのであれば、回避できる。単純権原もまた、客体的権利 *gegenständliches Recht* である。物所有権に関して締結される使用賃貸借、用益賃貸借及びその他の債権的契約とは異なり、著作権は著作物利用許諾の許与に直接関係する。著作権は、後の取得者のもとでも制限される。こうして、著作物利用許諾の評価と、著作物利用権の積極的本質の評価とに、現実から乖離した分離 [*die Lebensfremde Trennung*] を設ける法律構成が回避される。

コーラーは、特許権と著作権に関して一致して、単純ライセンスによっても客体的権利が設定される (*Handb.* S.508, *UR an Schriftw.* S.282、同様に *Thur, Allg. Tel II* S.67 Anm. 46, *Allfeld LUG* 8 22) と示している。債権的解釈説は、有体物に対する権利と無体の客体に対する権利との区別を誤っている。物権法では、物権的権利は原則として同時に排他的権利でもある。物権は、有体財産に対する支配であり、これは他人を排斥する効果を有する。対して著作権は、著作物の再生であり、これは、複数の者に互いに独立に許諾がなされることが可能である。ゆえに、単純権原もまた客体的権利であり、著作物利用許諾は利用権に関する処分行為であると解釈されるのである。」

以上のように、1965年直前の学説では、著作権の利用形式として排他的権利である「著作物利用権」と非排他的権利である「著作物利用許諾」が挙げられ、ウルマーの説では両者とも準物権的構成を採ることになった。その原因は、パーロウによれば、サブライセンシングの増加と、これによる承継的保護の必要性に求められている。

第6節 1965年著作権法における利用権

すでに基本的な事項は、上述第2章で確認したが、1965年著作権法改正が定めた「単純利用権」と「排他的利用権」は、結局以前の草案や学説に見られる「著作物利用許諾」と「著作物利用権」に対応するものであった。1965年法29条2文は、以前の30年代以来の草案を継承し、著作権は全体としても部分としても生前は譲渡できないとの原則を明示し、著作者の著作物に対する密接な関係を考慮した⁴⁶⁷。著作物創作者は、その利用権も、その著作者人格的権原も他人には移転できないが、31条により他人に財産的利用権に係る利用権を許与することができる。同法は、これによって著作者の「本質的な *substantiellen*」法的地位の保証に努めたが、同時に利用権についても、準物権的な利用権に対する利用権の許与という構成を維持した。

⁴⁶⁷ Hubmann, *Urheber- und Verlagsrecht*, 1966, S.179.

1965年著作権法は、利用権の法的性質はどのようなものかについて、詳細な規定をおこななかったが、学説は利用権を著作権に由来する一定の財産的利用権原の設定であると解した⁴⁶⁸。

33条は、知的財産法の中で初めて一すなわち、特許法にもその他各法にも、承継的保護に関する制定法上の条文はなかった一利用権者の有利になる承継的保護を規定した。これによれば、著作者が排他的利用権を許与する前に許与した単純利用権は、排他的利用権者に対して有効である。政府草案理由書においては、33条は「債権的性質に例外を付与するもの」という説明がなされたが、準物権説の論者であるウルマーらは、33条により準物権的傾向が認められたものとしている。

準物権的利用権と、著作権の譲渡不能性、著作者への利用権の強い拘束という現在の視点からすれば一見相いれないとも見える思想は、大きな対立が見られることもなく1965年法に収斂したようである。

パーロウは、「著作者人格権的権原の危殆化が、著作権の生前譲渡の原則的禁止（29条2項）によって弱められた結果として、「著作権法上の利用権の物権化」も、批判者たちによって縮減されることなく、許容されるものとみなされることのできたことを示している」と指摘している⁴⁶⁹。

第7節 まとめ

20世紀初頭、1901年文学著作権法（LUG）8条3項、1907年芸術著作権法（KUG）10条3項においては権利の「制限付き又は無制限の」譲渡が定められていたため、著作権の全部譲渡が許容されるとの解釈も通例であった（第1節）。ただし、断片的に、著作者人格権に関する規定が見られ、これが後に著作権の完全譲渡に制約的に作用する判例学説の支点にもなった。

利用形式に関する条文は著作権法内にはほとんどなかった一方で、1901年出版権法に、出版権の対象に関しては比較的詳細な規定が整備された（第2節）。とりわけ著作者団体と出版者団体の利益の対立の焦点となった論点が、出版権の譲渡可能性であり、その妥協の結果として「承諾」要件が導入された（当時の出版権法28条、2002年に削除）。

20世紀初頭には、とりわけ出版権法の規律対象ではなかった映画などの利用方法に関して、判例では特許法におけるライセンス学説の援用が見られ、1920年代には、まず判例は、ライヒ裁判所の1923年「千人と一人の女」判決が、映画フィルム配給契約に特許ライセンスの排他的ライセンスを適用したのに対し、著作権法学ではこれとは異なる方向性を示した。1920年代の学説は、著作権に由来する準物権的出版権と全くの債権的権利である「ライセンス」とを異なる別の権利であるとし、ライセンスは債権的利用権に過ぎないとしたの

⁴⁶⁸ Hubmann, a.a.O.(Fn.467), S.183, すなわちこの許与は設定的効力を有するが、特別な規定がないゆえに、権利の譲渡に関する準則（民法398条以下）が類推適用されるのである。

⁴⁶⁹ Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.110.

である（第3節）。著作権の準物権的利用権は、文学著作権法8条3項の規定に則り完全な譲渡としての一部譲渡であると解釈される傾向もあり、著作者の保護からは隔たっていた。

しかし、1930年代以降方向性は政府又は私案による著作権法改正案が登場するなかでは、二元論から一元論への著作権の構造に関する見解の変化や、著作権の「譲渡不能性」など著作者への強い紐帯を強化する動きが見られる一方で、著作物利用権としては準物権的権利構成が有力に主張されるに至り、排他的な「著作物利用権 Werkbenutzungsrecht」と非排他的な「著作物利用許諾 Werkbenutzbewilligung」による利用可能性が定められた（これは1965年法の「排他的利用権」と「単純利用権」に大きな内容的変更を伴わずに移行した）。その原因としてはいくつかの事象が挙げられる。まず①1928年ベルヌ条約ローマ改正条約6条の2（著作者人格権）の導入、②ライヒ裁判所による譲渡目的準則の承認（Willhelm Busch事件）、③サブライセンシングによる著作物利用の普及である（第4節）。

著作権の譲渡不能性や譲渡目的準則などの強い著作者への志向性を示しながらも、同時に③サブライセンスの普及を背景にして、利用権の準物権的構成が主張された。承継的保護の構成については対立があったものの、その必要性についてはさしあたり疑義が呈されることはなかった（第5節）。大きな抵抗もなく33条の承継的保護が導入されるに至った。政府草案理由書においては、33条は「債権的性質に例外を付与するもの」という説明がなされたが、ウルマーら準物権説の論者は33条を準物権的傾向の発露であると解釈した。

第7章（補論）Verankerungsteil 事件連邦通常裁判所判決（1982年）⁴⁷⁰

前述のように、1965年著作権法には、承継的保護を定める33条が大きな抵抗もなく導入されたといえる。ただ、単純ライセンスの法的性質に関しては、戦前のライヒ裁判所においても明示的な判断がなく、著作権法33条が1965年に単純利用権の承継的保護を定めたほかは、産業財産権各法には立法的にも規定を置かれないうままであった。そのような中で、単純ライセンスは債権的効力しか有さず、したがって承継的保護を享有しないとされたこの連邦通常裁判所判決が登場し、激しい論争をもたらした。特許法、実用新案法、意匠法に関して承継的保護を定める立法的解決に至らしめた。

第1節 事案の概要

原告Xは1963年5月1日に出願の自動車等乗り物用シートベルトの固定具[Verankerungsteil]に関する発明の特許権者である。Xは、被告Yに、1973年12月6日、非排他的利用許諾を付与し、すでに実施された供給分に関しても、一括払・売上高比例ライセンス料を支払うものとした（筆者注：説明の便宜上、「契約③」とする。下記図表に対応）。

Xは本件訴訟で、主に被告が訴訟補助参加人(K)とその外国子会社に対して行った1971

⁴⁷⁰ Bundesgerichtshof, Urteil vom 23.03.1982 - KZR 5/81, NJW 1983, 1790= BGHZ 83, 251= GRUR 1982, 411

年から 1976 年までに行った供給分に関するライセンス料支払を請求した (⑤)。被告 Y は支払義務を否認し、以下の事実を主張した一。

特許権は初め原告 X の補助参加人 R が有していた。R は K との間で、1966 年 2 月 10 日と同年 9 月 27 日の 2 つの契約で、特に以下の規定を含む合意 (筆者注：これを「①契約」とする) を行った。

「R は K に対して、シートベルト分野における自己の保護権の共同利用と開発を、1966 年 3 月 31 日以降提供する」

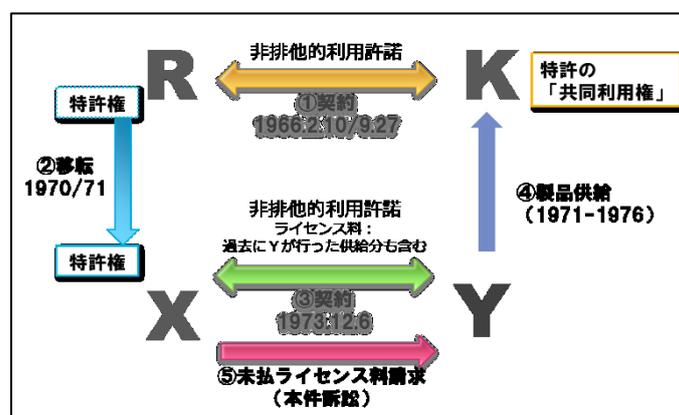
その後 (1970 年又は 71 年) に、R は特許権を原告 X に譲渡した (②)。

被告 Y は、(1) 「契約①」に基づく K の共同利用権が特許の譲渡後も効力を有し続けることを根拠に、「契約③」に基づくライセンス料の支払義務の不存在、(2) K には特許発明の実施品をその事業所以外においても製造させる権原が付与されていた旨を主張した。

対して原告 X は、(1) K は 1966 年・67 年の「契約①」が独占禁止法その他に基づきそもそも無効であったため共同利用許諾は一度も成立していない、(2) また、少なくとも、特許権の譲渡により許諾は消滅した等主張した。(3) ライセンス対象を他の企業に生産させる権利を含むことは未だかつてなかったと主張する。

第一審は X 請求を一部認容、控訴審は X 請求を一部認容した。

原告 X は上告し、原審請求棄却部分の破棄を求めた。上告は一部破棄差戻し。



第 2 節 判決要旨 [本論考に関する限りで]

1. 特許に関して付与された単純利用権は、原則として im Regelfalle 債権的性質を有する。

2. 特許権の譲渡人から付与された債権的効力を有する単純利用許諾は、特許権の取得者に義務を生じることはない。

3. 4. (独占禁止法上の論点に関するため省略)

第 3 節 判決理由

連邦通常裁判所は、1967 年 9 月 27 日の R K 間の契約が無効であるとした原審判断は容

られないが、この契約が有効であるという前提のもとでも、Kに付与されたライセンスは少なくとも、Rが特許権を原告に譲渡した時点で消滅した。すなわち、原告がライセンス料を請求している給付の初めからライセンスはすでに消滅していたということである。

1 単純ライセンスが債権的性質を有すること

「a) R K間の契約が、Kにとって何ら特許権に係る物権的（又は準物権的）権原を設定するものではなく、債権的効力を有する利用許諾 Benutzungserlaubnis を設定するに過ぎないという見解を採った控訴審の見解は適切である。利用許諾の法的評価は、この利用許諾を積極的利用権であると解するのか、それとも、特許権者Rが差止請求及び損害賠償請求の行使を単に放棄するものと解するのか（いわゆる単純ライセンス）とは無関係である。どちらの場合であれ、保護権に物権的負担又は部分的譲渡が成立することはない。なぜなら、特許権者は、利用許諾によって、引き続き自ら特許権を包括的に利用すること、及び、他人に利用を許諾することについては、妨害されることも、これを制限されることもないからである。個別事例において、単純特許ライセンスも物権的効力を有しうるのかどうかは、本件では判断を要しない。少なくとも、本件では、そのような評価を正当化しうる事情は何ら認められない。

2 承継的保護の否定

続いて、BGHは、このような契約に基づく特許権者の義務が、保護権取得者に移転することはないとした。承継的保護の否定である [b]。より詳細には、以下に見るように、①控訴審が行った民法の賃貸借規定（売買は賃貸借を破らない）の類推適用の否定、②著作権法 33 条の類推適用の否定、③欧州特許条約 40 条 2 項の援用の否定の 3 つを行った。

①民法の賃貸借規定（売買は賃貸借を破らない）の類推適用の否定

まず、控訴審が行った 571 条（現 566 条）の類推適用を否定した（「aa」）。すなわち、BGHによれば—

「原審は、ライセンスされた権利[特許権]の譲渡後の単純ライセンスの持続効を、民法 571 条 [筆者注：当時] の類推適用によって正当化した。民法 571 条は、既存の土地賃貸借関係は、賃貸借の目的物となっている土地が譲渡されても、取得者に対しても存続し続けるというものである。原審は、債権的な権利関係は当事者間でのみ効力を有するという原則に対して、契約当事者の一方に顕著な不利益をもたらしうる場合について、法律により例外が設けられているとする。そして、単純ライセンスに関しては、賃貸借と同様にこの場合に該当し、特許権者の利益は単純ライセンシーの利益に劣後するとしている。」…

「本審は、このような見解には従うことはできない。

債権的契約には第三者効力がないという原則は、一方の契約当事者の債権の目的物が物又は絶対的権利であるすべての事例において、債務者 [ライセンサー] が対象を放棄したと

きには、債権者〔ライセンサー〕にとって不利益を生じる。このことは、特許法でも、他の法領域と異ならない。この不利益が『顕著』であるかどうかは、個別事例の事情による。一般的に、保護権の譲渡によってライセンサーに生じる不利益の顕著性は、他の契約類型と比較して格別に大きいとはいえない。

ゆえに、控訴審は、「顕著な」不利益は原則からの逸脱を正当化するという論拠を用いて、法律によって行われている原則的判断—すなわち、目的物の取得者が、自分が関与していない契約から生じる義務が負わせられることはなく、債権者は、その契約相手方が契約に基づく義務を履行できなくなった場合には、相手方に対し、法律に個別に設定された要件の下で請求権が成立するということ—との矛盾を来たしているのである。

この原則の例外は、民法 571 条、581 条により、土地の使用用益賃貸借に限られており、動産賃貸借に拡大されることはなく、そして、特に契約目的物の引渡し〔／使用許可 Überlassung〕を要件としている。契約に適合した引渡しにより、原則として、土地の取得者には、一般に秘匿されえず、認識可能な占有状態がもたらされる。土地取得者は、その土地の権利関係について、容易に確信を得ることができるから、土地使用（用益）賃貸借において、土地取得者の利益を、使用（用益）賃借人の利益よりも、保護価値の低いものであることを正当化する。

しかし、単純ライセンス付与の場合には、そのような関係は全く存在しない。単純ライセンスの存続は、特に、特許庁において行われる特許原簿からは、単純ライセンスの付与は認識できない。（常に物権的効力を有する）排他的ライセンス（特許法 34 条 1 項 1 文）とは異なり、登録適格のある事実には属さないためである⁴⁷¹。ゆえに、単純特許ライセンスの場合には、債権者と取得者の利益衡量は、571 条の類推適用によってなされることはなく、一般的法原則—すなわち債権の保有者は目的物取得者に対して何らの請求権も有さないという原則—に従う。控訴審の類推適用は正当化できない。—その余の利益状況が同じ場合に—類推適用を正当化する唯一の要素である占有移転に比すべき要素が存在しないからである」。

②著作権法 33 条の類推適用の否定

本件に対しては、1965 年に初めて著作権法に導入された、著作権法 33 条の類推適用も否定される⁴⁷²。著作者による著作物の自己利用は例外的であるから、著作権の利用権の取得者は、特許権の取得者より強く、別の利用権—単純利用権も含む—の存続を予期することが要請される。この理由からすでに、著作権法 33 条において行われる規定は、単純特許ライセンスには転用できない。

⁴⁷¹ 判決参照指示によれば、PA in Bl.f.PMZ 1906, 166; RGZ 67, 181; 89, 83; Ballhaus in Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz 7. Aufl. 1981, § 30 PatG Rdn. 7, S. 653.

⁴⁷² 判決参照指示によれば、vgl. Kraßer, GRUR Int. 1973, 230, 233; Ullmann in Benkard, a.a.O., § 15 PatG Rdn. 60, S. 504.

③欧州特許条約 40 条 2 項の援用の否定

未発効の—1975 年 12 月 15 日の欧州特許条約 40 条 2 項「権利譲渡が権利移転の前に取得されていた第三者の権利に影響を与えない」という規定によっても、正当化されることはない。たとえ「第三者の権利」という語によって、物権的権利のみならず、債権的権原も意味するという見解を採ったとしても、この規定に表現されている法観念がドイツ特許法にとっても基準となるということは読み取れない。逆に、直近のドイツ特許法の改正導入の際には欧州特許条約への適応が意識されたが、40 条 2 項に対応する規定は導入されなかったから、それが立法者意思であると解されるべきである。

3 結論

したがって、会社 K に付与されたライセンスは、たとえ有効に合意されたのであったとしても、原告への特許権の譲渡がされたときに消滅したといえるので、ライセンスが K に、ライセンス対象を別の事業で生産させる権利を付与したかどうかという問題が生じることもない。したがって被告がその補助参加人への供給分に対して原告と契約により合意されたライセンス料を支払わねばならないことも確認される。

第 4 節 判決の影響

学説において本判決には直ちに批判がなされ、1986 年に特許法 15 条 3 項が追加されるに至った。しかし、単純ライセンスも排他的ライセンスもその性質は明示されず、理論的正当化に関しては、未解決の点が残った。特に、ライセンシーの地位は主張できるのであるが、果たして契約まで自動的に承継されるのかという未解決の問題を残すことになった。通説は、契約承継までは生じず、ライセンシーは利用権原のみを有するとしている。また、特許法学説においては、この判決を踏襲し、多数説が単純ライセンスの債権説をとっている。このことは著作権において準物権説が多数説であるのと対照をなしている。

第 5 節 まとめ

以上のように、BGH は特許単純ライセンスは、債権的性質を有するとしただけで、承継的保護の 3 つの根拠のうち、特に①民法上の土地賃貸借に関する「売買は賃貸借を破らない」の類推適用を、占有という類推適用の共通点の不在ゆえに明確に否定するに至った。また、②著作権法 33 条の類推適用も、著作物の利用状況との区別を根拠に否定した。それは直ちに立法による対応をもたらしたが、その後も特許法ライセンスの法的性質に関する議論、著作権ライセンス学説との相違に影響を残すことになった。

第 3 部 近時の展開

第 8 章 近時の展開①-著作権契約法の処分行為次元への着手—2016 年改正法 40a 条にお

ける著作者の第2利用権

2016年改正は、2002年改正法以降に継続的に充実が図られてきた法定報酬請求権制度のさらなる拡充に加えて、限定的なものとはなったが、『物権的』次元への介入⁴⁷³に踏み切ったことが特徴的である。すなわち、一括払買切（バイアウト）契約により許与された排他的利用権が、10年経過後、強行規定的に単純利用権に転化することになる。こうして、「クリエイタに利する権利の存続期間と経済的利用者のみを利する契約期間の切り離し Entkoppelung」を図ったのである⁴⁷⁴。ゆえに、その排他的利用権に基づくサブライセンスの存続問題にも直接的に影響を与えることになり、著作者側の利益とサブライセンシーの利益との衝突が、新たな局面を迎えることが予想されるのであるが、裁判例も登場しておらず、学説でも議論が始まったばかりである。まずは、この改正の意義を確認するため、2002年以降の改正のあらましを確認するところから始めたい⁴⁷⁵。

第1節 2002年著作権契約法の成立から2013年「第3バスケット」改正まで

まず、1965年現行著作権法には、旧法であるLUG・KUGに比して、著作権契約に関する規定が多数含まれることにはなったが⁴⁷⁶、それで何ら完結したとされていたわけではなく、制定当時からすでに、包括的な著作権契約法規定の整備は、政府草案理由書においても、直後から行われるべき課題として残されることが意識されており⁴⁷⁷、また1901年出版権法も著作権法に統合されずに残された。それにもかかわらず、その著作権契約法の制定は、長

⁴⁷³ Berger, Christian/Freyer, Simon: Neue individualvertragliche und kollektivrechtliche Instrumente zur Durchsetzung angemessener Urhebervergütungen, ZUM 2016, S.569ff. [S.573f.]

⁴⁷⁴ Dietz, Zusammenhänge zwischen Vertragsdauer und Schutzdauer (insbesondere am Beispiel der jüngsten Schutzdauererlängerung bei ausübenden Künstlern), GRUR Int. 2015, S.635ff.

⁴⁷⁵以下の記述は、主に Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), Vor § § 31ff. Rdnr.8ff.; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, Vor § § 31ff.Rdnr.17ff.; Berger /Freyer, a.a.O.(Fn.473), S.569ff.; Lucas-Schloetter, Das neue Urhebervertragsrecht, GRUR 2017, S.235ff.; Ory, Neues Recht für Verträge mit Kreativen, NJW 2017, 753 に拠っている。

⁴⁷⁶ 1965年「著作権における権利の取引」という標題のもとに、著作権法第5章は譲渡目的論(31条5項)、未知の利用方法(31条4項ほか)、使用権譲渡及び許与の際の同意要件(34条、35条)、限られた規定ぶりであるにしても「ベストセラー条項」(旧36条)、著作者有利の推定準則(37条-39条)、撤回権(34条3項2文・3文、41条、42条)を含んでいる。

⁴⁷⁷ BT-Drucks. IV/270 S.56. 「本草案は、著作権契約法の包括的規定を定めるものではなく、むしろ、包括的著作権規定は、著作権法に続いて立法されるべき著作権契約法の課題とすることが予定されるので、後続のこの立法に先んじることのないように、契約法的規定を完全に[草案から]削除するという提案がなされた。しかし、現行著作権法[改正前のKUG/LUG]には含まれておらず、一時的にすぎなくとも、十分な代替措置無くして抹消することのない規定や、また、長きにわたり、著作権法改正の枠組みの中で要請され、予定されている著作権契約法の施行までの延期を許すものではないと解される著作者保護規定が問題となる。これらの規定は、のちに困難なく著作権法から著作権契約法に移転することができるであろう。」

く実現しなかった。

2000年5月、司法省の提案のもとで、ディーツ、レーヴェンハイム、ヴィルヘルム・ノルデマン、シュリッカー、フォーゲルにより作成された「教授草案」⁴⁷⁸が提示された。これは、既存の法規定の体系化とともに、特に著作者の著作権契約上の地位の改善を目的とするものであり、法定報酬請求権制度と共通報酬準則を中心に置いていた（草案は、著作権契約法の通則的総論に限るもので、各論に相当する重要契約類型の法典化を含むものではなかった）。教授草案に基づいて提出された2001年11月23日の政府草案⁴⁷⁹は、「全てのクリエイターの創作活動の基盤としての」⁴⁸⁰及び著作物の経済的利用に関する規律としての著作権法の意義を強調していた。しかし、経済的利用者側からの強硬な反対により、かなりの弱体化を余儀なくされたが、2002年3月22日公布、同年7月1日施行の著作者及び実演家の契約上の地位の強化に関する法律（著作権契約法）⁴⁸¹では、相当報酬請求権及びその他の利益への関与の導入（32a条）、共通報酬準則の作成（36条）、11条の保護目的規定における相当報酬保障が補充され、既存の各規定の体系的明確化が行われた。

2002年著作権契約法の成立後も改正は続き、まず「第1バスケット Erster Korb」と称する改正が、2003年9月10日の「情報社会における著作権の規律に関する法律」によりなされた。この改正の趣旨は、情報社会指令をドイツ法に国内法化することであったが、著作権契約法に関しては、36a条（〔著作者団体と利用者団体間の共通報酬規程策定のための調停所〕）6項の追加と42条a（〔レコード製作のための音楽著作物著作者の〕強制ライセンス）の導入がなされるとともに、特に実演家の権利の契約規定の整備を中心とした改正がなされた（73条以下）。

「第2バスケット Zweiter Korb」⁴⁸²と称される、2007年10月26日の「情報社会における著作権の規律の第二の法律」による改正は、著作権契約法に大きな変更をもたらした。従来過酷な結果として批判されていた「未知の使用方法に関する利用権許与の無効」が廃止され、これに代えて、未知の利用方法に関する契約については、書面形式及び取消権（31a）、並びに特別の相当報酬請求権（32c）が規定された。また映画化と映画著作物に関する特則である88条1項2文・89条1項2文の規定により、映画製作者の権利取得に関しては、取得範囲が未知の利用方法に拡大されるとともに、31a条の取消権が排斥されている。

2013年10月1日成立の「第3バスケット Dritter Korb」⁴⁸³は、著作権契約法関係規定と

⁴⁷⁸ „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (Stand: 22. Mai 2000)”, GRUR 2000, 765.

⁴⁷⁹ BT-Drucks. 14/6433 und 14/7564

⁴⁸⁰ BT-Drucks. 14/6433. S.7.

⁴⁸¹ Gesetz zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern vom 22.3.2002, BGBl. S. 1155.

⁴⁸² BGBl.I. S. 2513.

⁴⁸³ BGBl.I. S. 3728.

して特に学術出版へのアクセス改善への要請に対応し、38条4項により、主に公的に財政支援を受けた研究活動の範囲内で成立した学術雑誌論文の著作者の為の強行規定的第2利用権を導入した。一方、従来利用権者でしかなかった出版者に対し、一学説では批判が集中したが—2013年3月7日の法律により、固有かつ原始的な著作隣接権が創設された(87f条)⁴⁸⁴。

第2節 2016年改正に向けた動き

その後も著作者の地位の改善に関して立法論が止むことなく続いた。2016年改正の政府草案理由書は、2002年の改正以降も是正はされていないことを指摘している⁴⁸⁵。2013年のCDU=CSU=SPD間の連立協定も「著作者の地位を強化し、クリエイタに相当な報酬を可能にするために、著作権契約法の改正が必要である。その際には、交渉メカニズム及び紛争処理メカニズムが効果的に十分に形成されているかどうか、訴訟手続が全体的に加速されねばならないのか、調停手続きの拘束量を改善すべきであるのかが、確認されねばならない」との条項を含んでおり⁴⁸⁶、これに対応して、アカデミア及び実務から3つの草案が提出された。

①ケルン大学プファイファー教授の「ケルン草案(Pfeifer)」⁴⁸⁷は、約款統制における著作権契約法の指導像機能の強化、譲渡目的準則(31条5項)の強化、そして、10年後の利用権の当然復帰を提案していた。以下、その理由部分である。

「著作権は格別長い権利保護期間を保障しているが、実際には、それが著作者の利益にならないことが非常に多い。なぜなら、利用権が権利保護期間全体にわたって第1利用者に許与されるからである。後になって、別の経済的利用者を通じて競合する利用可能性が生じたときや、著作者がその権利を別途(例えば集中管理団体やクリエイティブ・コモンズ・ライセンスにより)利用したい意思を生じたとしても、第1利用者が権利を行使していないときでさえ、著作者にはその可能性が絶たれていることが多い。権利は遮断されたままである。このような状況の原因は、権利許与の存続期間に限界が存在しないこと、そして、41条における不行使に基づく撤回の可能性がきわめて限られているということにある」

②プフェニヒ教授の「著作者の権利イニシアティブ」草案⁴⁸⁸(2015年3月4日)も、ケ

⁴⁸⁴ Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), Vor § 31. Rdnr.13

⁴⁸⁵ Lucas-Schloetter,a.a.O.(Fn.475), S.238.; Berger/Freyer, GRUR 2016 S.13.

⁴⁸⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S.133;
Vgl.Schricker/Loewenheim/Ohly, a.a.O.(Fn.14), Vor § 31. Rdnr.14

⁴⁸⁷ Pfeifer, Karl-Nikolaus: Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Kölner Entwurf, ZUM 2015, 437ff.

⁴⁸⁸ Pfennig, Gerhard: Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Entwurf der Initiative Urheberrecht, ZUM 2015, 443ff.

ルン草案の同様の方向性を有していた。

③「ミュンヘン草案」⁴⁸⁹(2015年7月22日)は、経済的利用者サイドからの草案として提出された。

連邦司法省は2015年10月に、著作者と実演家の相当報酬請求権の行使の改善に関する参事官草案(Referentenentwurf)を提出した⁴⁹⁰。同草案によれば、「著作者及び実演家の保護はなお不十分な状況であり、特に、クリエイタは、相当でない権利の買取(トータル・バイアウト)に対抗する権利を有さず、契約不均衡状態を相変わらず強いられている。また、クリエイタには権利の実現の為に市場力も、行使力も存在しない」。

そこで、利用状況の報告・会計を求める法定請求権(同草案32d条)⁴⁹¹等と並んで、著作者は、別の新たな契約当事者と利用の義務を定める契約を締結したことを条件として、5年の経過後、許与された利用権の撤回を求める権利を有する(同草案40a条)という規定が提案された(この草案では、包括的支払か継続的支払かは問われなかった)⁴⁹²。ただし、従前の経済的利用者は、優先買取権[先買いの権利](民法463条以下)の類推適用により、競合する申込があったことを条件として、利用を継続する権原を有するものとされる(同草案40b条)としたが、この規定は、共通報酬準則又は労働協約によって、これとは異なる合意をすることができる⁴⁹³とされていた。

この参事官草案は、経済的利用者の強硬な反対に遭遇した。特に、5年という期間では第1利用者の投資判断の成果を、後続の改めて設定された利用権者が攫ってゆくおそれから経

⁴⁸⁹ https://www.skwschwarz.de/files/muenchner_entwurf_zum_urhebervertragsrecht.pdf.

⁴⁹⁰ Kreile, Johannes/Schley, Enno: Reform der Reform – Wie viel vom Kölner und Münchner Entwurf steckt im Referentenentwurf zum Urhebervertragsrecht? ZUM 2015, 837ff.

⁴⁹¹ この32d条改正参事官草案は、請求の相手方に関する限定を付していなかったが、立法に至るまでに大きく限定された。その後の政府草案では、請求の相手方は、著作者との有償利用の契約相手方に限定され、副次的寄与やコンピュータプログラムに関する例外が規定されて立法に至っている。また成立直前、2016年12月13日の委員会議決勧告において、新たに、「連鎖的ライセンス関係における報告・会計請求権」(32e)が導入された。この請求権は、著作者の契約相手方が利用権を譲渡し、又はサブライセンスを許与した場合であって、第三者がライセンス系列における利用のプロセスを経済的に本質的に決定するか、又は、32a条2項に基づき、その譲受人やサブライセンシーの収益又は利益から重大な不均衡が生じた場合に成立するとされる。

⁴⁹² Berger/Freyer: a.a.O.(Fn.475), S.573.

⁴⁹³ このほか、**複数の利用について各個別の報酬請求を生じるとの32条2項の改正提案**(その後の政府草案では、「相当性」の評価にあたって利用の頻度[Häufigkeit]を考慮要素とすることに変更され、立法までに、そこに利用の規模[Ausmaß]も追加された)や、著作者団体及び利用者団体の団体訴訟適格の導入が提案された(同草案36b条)。後者において両団体は、共通報酬規程による拘束を受けるが、著作者の不利になるようにこれと別段の合意をした経済的利用者に対する差止請求が認められる(36b条として成立したが、政府草案で、濫用禁止を定める不正競争防止法8条4項を準用できるとする第2項が追加された)。また、**実演家は、現行法ですでに著作者が有すると同様の、後日著名となった利用態様に対する補足的報酬請求権**を有するものとされた(担当者草案79条。立法では、79条2a項により、実演家は利用権の譲渡及び権利許与に関して広範に等しい地位に置かれることとなった。)

経済的利用者から強い反対が唱えられた。学説における議論でも、特に著作者の 5 年後の撤回権は余りに広範に過ぎるとの見解も呈された。

2016 年 5 月に内閣が閣議決定した政府草案では、参事官草案に対する経済的利用者の批判に応じ、著作者に親和的な部分が弱体化された。

特に、参事官草案にあった利用撤回権は、政府草案では「排他的利用権の 10 年経過後の単純利用権への転化」という内容に変更された。すなわち、著作者は、一括報酬を対価として利用権を許与した場合には、10 年経過後に他の利用方法により著作物を利用する権利を有する。しかし、従来の排他的権利の権利者には、単純利用権が存続する、というものである。例外は 3 項に定められており、副次的な関与、コンピュータプログラム、建築著作物、標章又はデザインへの使用が予定された著作物、公表が予定されていない著作物である。

このように、政府草案における著作者の第 2 利用権は、参事官草案が第 1 利用権者の単純利用権の存続も認めない撤回を規定していたことに比べると大きく弱体化した。

政府草案理由書では、40a 条も含めた立法趣旨につき、特に次の 2 点を強調している。

①トータルバイアウト契約の撃退：実務上クリエイターが、著作権保護期間全体に関する利用権全体を、不均衡な一括払い報酬を対価として許与することを定める契約条件、いわゆる、トータルバイアウトを受け入れねばならないことが非常に多い。

「新規定は、実務で排他的利用権が保護期間全体に許与されることが多く、すなわち著作権法上の著作物に関しては 100 年以上もの期間にわたることもまれではなく、著作者がこれに関して何らその配当に対する継続的な利益関与を得ることができないことに対応したものである」⁴⁹⁴

そして、クリエイターには、適切な期間後に、著作物を別の契約相手方とともに利用するか、これを自ら行うチャンスが開かれるべきであるとするのである⁴⁹⁵。

②ブラックリスト入りの阻止：特にフリーランサーの著作者に顕著であるが、相当な報酬を求める法定請求権（32 条）を行使しようとする、市場力及び交渉力の欠如ゆえに、経済的利用者側のいわばブラックリストに登載され、その後発注が得られなくなることが阻止されるべきである⁴⁹⁶。

40a 条は、このような事象を、個別契約メカニズムを通じて阻止する対策の一つとして提案され、もって経済的利用の対価への公正な関与が確保することに寄与するものとされた

⁴⁹⁴ UrhVG 2016-BT Drs. 18/8625, S.26.

⁴⁹⁵ UrhVG 2016-BT Drs. 18/8625, S.29.

⁴⁹⁶ UrhVG 2016-BT Drs. 18/8625, S.1. 「契約当事者の対等性の障害は、クリエイターが多くの場合にまだなお、著作物や実演に係るすべての権利を、不相当な一括払い報酬を対価として手放す契約条件（トータル・バイアウト）を受け入れねばならないという結果をもたらしている。

クリエイターは依然として、法定の相当報酬請求権を事実上エンフォースする durchsetzen 市場力及び交渉力を有していない。クリエイターは、その権利を行使しようとする、事実上のボイコットに遭遇することが非常に多い（ブラックリスティング）。」

のである。

その後、40a条に関しては、審議では表現上の若干の変更以上の変更は加えられることなく、著作者及び実演家の相当報酬請求権行使の改善及び出版社の利益関与問題の規律に関する法律は、2016年12月20日に公布され、2017年3月1日に施行された。

第3節 2016年改正40a条

成立した40a条は、以下のような規定内容となった。

40a条 一括払報酬における10年経過後の別途利用の権利

1項 [第1文] 著作者は、一括払報酬を対価として排他的利用権を許与したときは、それにかかわらず、著作者は、10年の経過後に著作物を別途利用する権原を有する。[第2文] 許与の残余期間は、最初の権利者の利用権は単純利用権として存続する。[第3文] 第1文に基づく期間は、利用権の許与の時点、又は、著作物が後に交付 *abgeliefert* されたときはその交付から起算する。[第4文] 38条4項2文⁴⁹⁷は準用される。

2項 契約相手方は、1項3文所定の時点から最早で5年経過後に、排他性を利用権許与期間全体に適用することができる。

3項 以下の場合には、著作者は、1項に反して、契約締結時に時間的に無制限の排他的利用権を許与することができる。

1. 著作者が、著作物、製品又は役務に対して付随的な寄与 *nachrangigen Beitrag* をなしているに過ぎないとき。寄与が付随的であるとは、特に、例えば著作者が著作物、製品または役務に属する典型的な内容にとって必要ではないなどの理由で、著作物の全体的印象 *Gesamteindruck* 又は製品若しくは役務の性質にほとんど影響を与えないときをいう。

2. 建築著作物又は建築著作物の設計図

3. 著作者の承諾付きで、著作物が商標またはその他の標識、意匠又は共同体意匠のために利用されるとき

4. 著作物が公表を予定されていないとき

4項 1項から3項までに反する著作者の不利になる合意は、共通報酬準則(36条)又は労働協約に基づく合意に限り行うことができる。

まず1項で、一括払報酬による排他的利用権許与の場合には、著作者は10年経過後に別途の利用の権原⁴⁹⁸を有し、従前の排他的利用権は単純利用権に自動的に転化することが定

⁴⁹⁷ 38条 編集物の構成物 4項 少なくとも50%が公的手段により促進される研究活動において成立し、かつ、年に少なくとも2回定期的に発行される編集物において発行された学術著作物の著作者は、彼が出版者または編集発行者 *Herausgeber* に排他的利用権を許与したときであっても、最初の発行から12か月経過後にその構成物を、何ら営利目的に寄与しない限り、公衆に提示することができる。最初の公表の出典は明示されねばならない。著作者の不利になる別段の合意は無効とする。

⁴⁹⁸ *Recht zur andererweitigen Verwertung* であり、直訳すると「別途利用に関する権利」になるが、学説

められている。

10年経過により、利用権（の排他性）は将来に向かって消滅し、排他的利用権の許与にあたってそれ以上長い残余期間を合意していたときは、当初の第1利用権者の利用権は、単なる単純利用権として存続する（40a条1項2文）。第1利用権者は、その利用権の排他性を喪失し、利用は確かに継続できるが、特に、無許諾利用に関しては、当事者適格を失うため、何らの請求権も有さないことになる⁴⁹⁹。

著作者は、「著作物を別途利用する権原を有する」と定められているが、ここで著作者が許与できる利用権の種類・規模・範囲に関しては明示されていない。そこで、学説では2つの見解が見られる。

第1の見解として、新たに排他的利用権も単純利用権を第三者に付与することができるとするものがある⁵⁰⁰。この場合、許与された新たな権利は、第1利用者の単純利用権に影響を与えることはない。33条1文の承継的保護を享受するためである⁵⁰¹。これに基づいて保護される著作物の経済的利用は引き続き適法に行われ、追加的報酬も、相当報酬請求権が行使された場合は別として要しない。しかし、サブライセンシングに関しては、通説に従う限りでは、第1利用者は、その権利の単純使用権への格下げ後に、（単純）サブライセンス権を付与することはできなくなる。

第2の見解としては、著作者はもはや、第1利用者に1項2文により残る単純利用権の存在ゆえに、第三者に対して利用の排他性をもはや認めることはできないので、排他的利用権は許与できないとするものがある⁵⁰²。その理由は、31条3項1文にも、同2文の制限付排他性にも該当しないからであるとする。

続いて2項は、排他的利用権許与から5年経過後に交渉の可能性を認めている。著作者は5年経過後になれば、適切な報酬を交渉することが可能であるという前提に基づくものである。

3項では、付随的な寄与や建築著作物を例外としている。また、プログラム（69a条5項）と映画著作物（90条2項）⁵⁰³に関しても、それぞれの条文において40a条の適用除外が定

ではパラフレーズとして Weilverwertungsrecht 「再利用権」 (Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, Komm.12.Aufl. § 40a Rdnr.2)、**Das Zweitverwertungsrecht** 「第2利用権」 (Lucas-Schloetter, a.a.O.(Fn.475), GRUR 2017, S.235) などの表現が見られる。

⁴⁹⁹ Berger/Freier, a.a.O.(Fn.473), S.575; Lucas-Schroetter, a.a.O.(Fn.475)

⁵⁰⁰ Berger/Freyer a.a.O.(Fn.473), 575., Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35), § 40a, Rdnr.15

⁵⁰¹ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, a.a.O.(Fn.35). § 40a, Rdnr.15.; Berger/Freier, a.a.O.(Fn.473), S.575.

⁵⁰² Möhring/Nicolini/Soppe, Komm. 4.Aufl., Rdnr.20.1, Ahlberg/Götting/Soppe, BeckOK UrhR/Soppe, 21. Ed. 4.6.2018, UrhG § 40a Rn. 19-22.

⁵⁰³ 映画著作物の非映画利用行為（マーチャンダイジング等）については、40a条の適用範囲に属する。Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann, Urheberrecht Komm.12.Aufl. § 40a Rdnr.3

められている。4項では、共通報酬準則及び労働協約の規律が優先することを定め、団体間合意の優越を認めている。

学説では、40a条が適切であったのかについて、現時点では懐疑的見解が多々見られる。

例えば、ルカス＝シュレットターは、参事官草案40条における「別途の利用を理由とする5年の撤回権」は、クリエイタに与えられた「ダモクレスの剣」ともいうべきものであったが、政府草案による10年経過後の第二利用権を、クリエイタの剣は今やなまくら刀となってしまう、「腐敗した妥協の産物」であるとの評価を下している⁵⁰⁴。新40a条は、実際には著作者の役に立つこともなく、経済的利用者を害するという。経済的利用者が法的安定性と計画安定性を喪失する一方で、著作者が新たな契約当事者を見つけ出すことはほとんど不可能であるからである。第一利用者に単純利用権が存続するため著作者が競合する経済的利用を見出すことは困難になる。第1利用者が著作物を（付加的な報酬を支払う必要なく）利用する限りでは、報酬を対価として著作物利用を実施する新たな契約当事者が見いだされることはほとんどなく、結局、著作者にとっての利益は、著作物自体を例えばインターネットにおいて利用する可能性に限られ、学術出版に関する第2利用権（38条4項）と同様の自己利用権以上の意味は持ちえないとする。

J.B.ノルデマン⁵⁰⁵は、①まず、この規定は、例外に該当しない著作者との契約において、包括的報酬を脱し、利用依存型報酬 *nutzungsabhängige Vergütungen* に移行することを強制するため、広告用著作物など、著作物が経済的利用の成果に限定された影響しか有さないとしても、著作者に著作物利用のリスクを共有させる方向に働くこと。②ホームページ制作等を請け負う小規模事業者は排他的ライセンスの10年間という期限を知らないことも多いため、引き続き写真等の利用に関して一括払契約を行うであろうが、このような情報格差が著作物ユーザーの負担になるおそれがあること。③成功した映画をめぐる非映画利用行為（例えばマーチャンダイジング）のように、著作者が十分な交渉力を有している場合であっても、著作物利用者に10年という排他的利用権の限界があるがゆえに、包括的報酬の合意が回避されるという結果が生じ、そのことは著作者に有利には働かない。④契約自由への重大な介入ゆえに、40a条1項の撤回要件は制限的に解釈されるべきであるともしている。

4 サブライセンスへの影響に関する学説⁵⁰⁶

上述のように、排他的利用権者は排他的地位を10年経過後に剥奪されるが、以前の排他的利用権は、単純利用権として残りの期間維持される。

そこで、排他的利用権者がサブライセンスを付与していたときは、このサブライセンスが10年の経過後、第2利用権の成立によって消滅するのか、という問題が生じる。これは条文上明示されていない。政府草案理由書は次のように述べている。

⁵⁰⁴ Lucas-Schloetter, a.a.O.(Fn.475), S.238.

⁵⁰⁵ Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann,a.a.O.(Fn.35), § 40a, Rdnr.3

⁵⁰⁶ Berger/Freyer, a.a.O. (Fn. 475), S.575f.

「これにより、それ以上長く合意された契約期間は、最初の契約の相手方には、単純利用権が残ることになる。最初の契約の相手方は、11年目からは排他的ではないとはいえ、利用を継続することができる。最初の契約相手方のサブライセンサーについても、その権利が許与されるか譲渡された限りでこれに準じる。したがって、同時に、市場及び公衆から創作的給付が剥奪されるわけではないことが確認される。」⁵⁰⁷

学説においては、以下のような分類が試みられている。

①単純サブライセンスのとき

最初の契約における第1排他的利用権者が単純利用権を付与したときは、主たる排他的利用権の（排他性の）消滅によって影響を受けることはない。少なくとも、第1利用権者は単純使用権を維持する。ゆえに、第1利用権者によって設定された単純使用権も、効力を有することになると解すべきであろう。とはいえ、10年経過後は、第1排他的利用権者は、排他的利用権者にしか認められない固有の訴訟権限を喪失するとともに、通説によればサブライセンスを付与する権原を喪失することになる。

②排他的サブライセンスのとき

これに対して、第1使用権者が排他的利用権を付与したときは、その排他的利用権は、元の主たる利用権が単純利用権となるのと同様に、単純利用権としてのみ存続すると解される。もし逆に、10年の期間経過後に、サブライセンスが排他的利用権として存続するとすれば、サブライセンサーが排他性権利に認められる固有の訴訟権限に基づいて第2利用権を防御することができるので、著作者に第2利用権を認めても無意味になってしまう。他方で、サブライセンサーから単純利用権まで剥奪する必要性も存在しない⁵⁰⁸。しかし、このことにより、サブライセンスを提供された者が、サブライセンサー（主ライセンサー）との契約締結時に、著作者と主たる経済的利用者間で40aの要件を充足するかどうかを検討せねばならないという結果をもたらす可能性があるとの指摘もなされている⁵⁰⁹。すなわち、主ライセンサーの利害関係者に時間的に無制限のサブライセンスが提供されるとき、提供を受ける者は、著作者が包括的に報酬を得たのか、それとも、継続的報酬であるのか、また、著作者と主たる利用権者との間の権利関係において40a条3項の例外の要件が満たされるのかの検討を要することになる。この傾向は近時BGH判例がサブライセンスの独立性を承認してきた傾向とは対照をなす方向性を形成すると指摘するものもある⁵¹⁰。

⁵⁰⁷ UrhVG 2016-BT Drs. 18/8625, S.26.

⁵⁰⁸ Berger/ Freyer, a.a.O.(Fn.475), S.576.

⁵⁰⁹ Berger/ Freyer, a.a.O.(Fn.475), S.574

⁵¹⁰ Berger/ Freyer a.a.O.(Fn.475) Fn.45は、BGH ZUM 2009, 852 – Reifen Progressiv; ZUM 2012, 788 – Take Five; ZUM 2012, 782 – M2Trade.を挙げている。

5 まとめ

以上のように、2016年改正により導入された40a条は、利用権の次元への強行規定の新設を図り、保護期間（クリエイターに利する）と契約期間（経済的利用者に利する）の切り離し（Adolf Dietz）⁵¹¹を狙いとしたものであった。成立経過においては5年後の復帰などのラディカルな提案も唱えられたものの、成立した法案は一括払報酬に関して設定された排他的利用権に関して、10年経過後の単純利用権への転化を認めるものとなった。付随的な寄与や団体間協約の優越など多数の例外を有するため、ルカス＝シュレッターの言うように「なまくら刀」、骨抜きになったとの評も見られる。

この40a条は、とりわけ主ライセンス消滅時のサブライセンスの（準物権的）存続を認める通常裁判所判例との方向性の違いが指摘されうる。排他的利用権者が排他的地位を10年経過後に剥奪されるが、以前の排他的利用権は、単純利用権として残りの期間維持される。もちろん、いまだ判例はないが、サブライセンスの扱いは、①単純利用権の時は、主ライセンスの排他性の消滅によって影響を受けることないのに対し、②排他的サブライセンスは40a条との関係では単純利用権に転化するとの見解が提示されている。

第9章 近時の展開②-エンドユーザーライセンスの物権化

第1節 デジタル著作物エンドユーザーの準物権的享益権

近時の若手研究者の論攷では、デジタル著作物コピー取得者に準物権的享益権を認めるべきという説が提唱されている⁵¹²。論者はとりわけデジタル複製物の取得者の不明瞭な法的地位を積極的権利に高めるものとして、準物権的享益権を提唱するのである。とりわけ論者の念頭には、たとえばプラットフォームの事業が承継された際に、すでにエンドユーザーが入手したコンテンツの利用の継続を求める積極的権利、特に承継的保護の必要性が唱えられうるが、現状ではエンドユーザーはコンテンツの利用について定型約款に基づき債権的・消極的地位を有するに過ぎないとも解されるため、物権的利用権である享益権を成立させることにより積極的利用を正当化すべきであるという問題認識があるようである。

まず、エンドユーザーの自由領域確保においては制限規定とライセンスの役割分担が問題となるが、エンドユーザー領域が制限規定により十分にカバーされていないことを指摘する⁵¹³。53条1項1文の私的複製制限規定は、例えば権利者の同意なくして書籍全体の複製を許していない（53条4項b「書籍又は雑誌で、実質的に完全複製が行われるもの」）そして、制限規定において確保されている領域すらも、契約上の規定又は技術的保護手段に

⁵¹¹ Dietz, Zusammenhänge zwischen Vertragsdauer und Schutzdauer (insbesondere am Beispiel der jüngsten Schutzdauererlängerung bei ausübenden Künstlern) GRUR Int. 2015, S.635ff., 636.

⁵¹² Kuschel, Das dinglicher Genussrecht des Erwerbers digitaler Werkexemplare, Immaterialgüter und Digitalisierung, in: Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber und Medienrecht, Nomos, 2017, S.27ff.

⁵¹³ Kuschel, a.a.O.(Fn.512), S.28.

より任意に縮小されることが可能となっており、物権的次元でどのような権利が取得されるのかが明らかになってはいない。この場合には強行的な準物権的権利を成立させることが適切な手段であるとしている。

しかし、従来著作権法上で承認されている単純利用権は、経済的利用者に適し、著作者と経済的利用者（第1次著作権契約法）の利益調整を志向したツールであり、著作権法上の利用権が権利者とエンドユーザーの関係（「第3次著作権契約法」）に合わせて作られていないことを示している。とりわけ、通説によれば物権的利用権を成立させる条件である「①通常であり、②技術的及び経済的に独立し、よって③取引の通念に基づいて明確に画定される利用方法」がエンドユーザーライセンス契約に存するのか、すなわち、エンドユーザーにおいて単純利用権が成立していると解されるかどうかは疑わしい—すなわちドイツ法においてエンドユーザーの利用権原は単純利用権ではなく、せいぜい債権的消極的地位にとどまるおそれがある—、また、44条1項「著作者が著作物の原作品を譲渡する場合において、疑いのあるときは、これに伴い著作者は、その取得者に利用権を許与しないものとする」という推定準則は通説では原著物のみならず、複製物にも適用されるが、そうすると—特に有体媒体に固定されて提供されるデジタル複製物に関して—、単純利用権は容易に成立しないことにもなる。

そこで、クッセルは、エンドユーザーに、法形成的に準物権的な著作権の享益権を認めることを提案する⁵¹⁴。この物権的享受権は、「ユーザーに、万人に対する、特に権利者に対して著作物を著作物享受に利用する主観的権利」であり、「時間的に無制約かつ制約不能」⁵¹⁵の権利を付与するものであるとしている。

法形成の根拠として論者は、現実に享益権が形成されているとも解される4つの現象を挙げている。

①アカウントを恣意的に剥奪されない不当条項規制

ユーザーがデジタル著作物コピーの取得の際に、継続的に権限を付与されるべきであるということ、したがって、契約期間中契約の存在によるだけでなく権原を付与されるべきであるとしている。この根拠を表す事例として、例えばケルン上級地裁の判決⁵¹⁶が、デジタル著作物提供者の普通取引約款条項の不当条項性に関する判断を行った。この条項は権利をサービス提供者に留保し、一定の場合にユーザーのアカウントを遮断し、すでに取得されたデジタルコンテンツを抹消するという条項であったが⁵¹⁷、「有償で取得された使用权を、

⁵¹⁴ Kuschel, a.a.O.(Fn.512), S.33.

⁵¹⁵ Grandjean, Armelle: Verträge über digitale Inhalte – Überblick und Auswirkungen auf das Urheberrecht, ZUM 2018, S.102ff., S.106.[Kuschel]

⁵¹⁶ OLG Köln, Urteil vom 26.2.2016 - 6 U 90/15, MMR 2016 387

⁵¹⁷ 条項の一部は次のようになっていた。「われわれは、あなたが法律、この利用条件又は他の適用可能な契約条件又は指針に違反したとき、あなたにウェブサイト上のサービスを渡さないでおくこと、メンバーアカウントを閉鎖すること又はコンテンツを消去又は変更する権利を留保します。」

いかなるときにも再び剥奪することができるという〔条項〕は、それ自体として、顧客を不適切に不利に扱う条項である」とした。

②プラットフォーム移転時の承継的保護

デジタル著作物取得者の享受権は権利者又は提供者が処分行為を行ったときの承継的保護を認める。例えば、電子書籍プラットフォームがそのレパートリーを別の提供者に移転したとき、その提供者が顧客に、デジタル著作物を引き続き使用することを禁止することができてしまうことになる。電子書籍プラットフォームが別の企業に承継されたとき、取得した電子書籍を引き続き使用し続けることができたという事例から、承継的保護を有する享益権を認めるべきであるとするのである。

③破産対抗力

倒産によるサービス提供者の財産への強制執行の場合に、ユーザーの権限が消滅する可能性があることも適切ではない。すでに取得した電子書籍の将来的利用が停止されることは適切ではない。著作権法上の使用権は、他人による著作権の経済的利用を許可し、その終了は、著作権を再び「完全化」し、著作権価値の増大を図るものであるが、それとは異なり、享受権が撤回されても、著作権法が経済的により高い価値を有するという結果をもたらすことはないので享益権はサービス提供者の破産時にも存続すべきであるとしている。

④禁止権的保護

デジタル著作物複製物の取得者は、単純利用権と同様に、別の取得者又は権利者に対して著作物の利用を禁止することができないが、他方、単純利用権の積極的利用の妨害行為を禁止する権利を認める説と同じ意味での禁止の請求は可能であるとする。物権の地役権に関して、地役権者が土地の権利の侵害に対して措置を取ることはできず、単にその用益権の行使を妨げる第三者による侵害に対し、阻止をすることができるように⁵¹⁸、享受権に関しては、取得者が、その権利の行使、すなわち著作物の利用を妨げる侵害者に対して防御ができる。例えば、データの蓄積を妨害するコンピューターウイルスの形式での第三者の侵害を排除するが考えられる。

以上のような現象に照らせば、デジタル著作物の取得の際に、エンドユーザーが債権的契約ではなく、物権的次元の特徴を備える享益権を取得すべきであるとする。この権利は、取得者に、デジタル著作物複製物を利用し、著作物の享受に伴って必要な著作権に関する行為を実施する権原を付与するのである。いつ発生するのか対象範囲が明らかではない⁵¹⁹、この享益権発生は権利付与者の意思に基づくものであるのか、法定の権利であるのか明らかでないなどの多くの難点はあるものの、そもそもほとんど手付かずの領域であるという認識では一致している第3次著作権領域におけるエンドユーザー側の利益をどのように正当化する視座を提供するものであると思われる。

⁵¹⁸ McGuire, Die Lizenz, S.328.

⁵¹⁹ Grandjean, a.a.O. (Fn.515) S.102ff.,106.

第2節 創作的利用、特にオープンコンテンツに関する単純ライセンス物権化説の援用

主ライセンス終了時のサブライセンスの存続判例を、特にオープンコンテンツライセンスにおいて援用可能とする見解も主張されている。すなわち、インターネット上で頻繁に行われるように、Aが自己の著作物をインターネット上に、万人に対する単純無償利用権（パブリック・ライセンス）を許与しコンテンツ α をアップロードしたのち、Bがこれを β に改作し、Cがさらにこれを γ に改作するという連鎖的なマッシュアップ型創作においては、①Aが一旦付した利用条件を後に変更して排他的利用権に変更すること（再プロプライエタリ化）や、②利用条件の変更による利用の停止、③著作権法42条による確信の変更に基づく撤回についても一償でアップロードしたがゆえ、対価の賠償要件の重要が不要であるだけに一償著作物の場合よりも想定される可能性が高い⁵²⁰。しかし、上流のライセンスが提供を終了することより下流の創作的利用行為も停止してしまうことによる影響は、創作の連鎖が拡大すればそれだけ深刻である。確かにこれは、後順位の創作段階（いくなれば「三次創作者」以降）の者が消極的地位を有するに過ぎないとするのであれば、当然ともいえる帰結であるが、ドイツ著作権法24条（自由利用）に関して連邦通常裁判所が認めてきた判例形成⁵²¹や、連邦憲法裁判所が特に2000年 Germania III 決定⁵²²以降のドイツ基本法5条3項（芸術の自由）に関して承認してきた創作的行為の価値に照らせば、所詮末端のエンドユーザーはそのような消極的地位以上の何も有するに過ぎないことは常に妥当といえないとも解される。

エンドユーザーの継続的利用を確保する構成としては、いくつかの構成が考えられる。著作者が当初公衆に対して特に制約を設けず単純利用権を付与したのちに、それが排他的利用権に転化した場合には、ドイツ著作権法33条の承継的保護によれば単純利用権者は引き続き利用可能であると解することが可能である⁵²³。しかし、解約告知、解除、撤回権行使による撤回などにより著作者又は排他的利用権者など契約の相手方が利用権を消滅させた場合には、33条の適用はない。

これについて、M2Trade以降のサブライセンスの存続の構成を用いて利用の継続を行うという構成が提案されている⁵²⁴。

⁵²⁰ Rauda: Der Rückruf wegen gewandelter Überzeugung nach § 42 UrhG - Von Web 2.0 aus dem Dornröschenschlaf geweckt?, GRUR 2010, S.22ff.

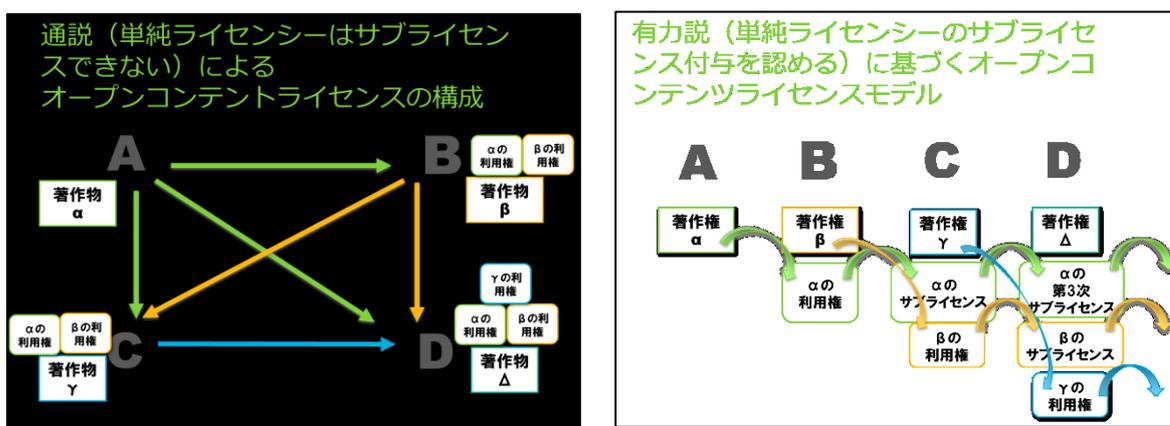
⁵²¹ BGH: BGHZ 154, 260; NJW 2003, 3633 - Gies-Adler; 上野達弘「ドイツ法における翻案」著作権研究34号53頁、栗田昌裕『著作権の制限』の判断構造(1)ドイツ連邦通常裁判所の判例を中心とした考察 民商144号1頁(2011年)も参照。

⁵²² BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluß vom 29. 6. 2000 - 1 BvR 825/98; NJW 2001, 598; BVerfG, Urt. v. 31.5.2016 - 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, S.690ff.- Metall auf Metall;

⁵²³ Dreier/Schulze/Schulze, a.a.O.(Fn.35), Rdnr.12,

⁵²⁴ König, Das einfache, inentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann, V&R unipress, 2016, S.277ff.

しかし、オープンコンテンツライセンスは通常単純利用権であるところ、支配的見解による限り、単純ライセンシーにはサブライセンスを許与する権限はない。すなわち、下左図のように、著作者（又は経済的利用者）とエンドユーザー（又は経済的利用者）との直接合意によるところとなるであろう（著作物 $\alpha \rightarrow \beta \rightarrow \gamma \rightarrow \Delta$ の順で創作され、自由利用（24条）には当たらないことを前提とする）。利用許諾条件は、ドイツ著作権法において通説では単独行為とせず約款と解されており⁵²⁵、直接合意の当事者に関しては、33条の適用の余地は考え難い。



そこで、ドミニク・ケーニヒ Dominik König は 2015 年の博士論文で、単純ライセンシーにサブライセンス権原を認める有力説（前掲第 2 章 2 参照）を採り、サブライセンスとしてオープンコンテンツライセンスを構成する。これは図示すると上図右のようになるであろう（この図は執筆者による）。この構成に基づき、M2Trade 事件以降の判例に則って主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続を認めることにより、上流のライセンサーがライセンスを消滅させた際にも、オープンコンテンツの継続的利用を可能化する構成を提唱している。

サブライセンシーの主ライセンサー・主ライセンシー間の契約への影響の不能性に基づく、主ライセンサー（著作者）とサブライセンシー間の利益衡量が行いうること、さらに、エンドユーザーライセンスの物権化による地位の強化は、マッシュアップ型創作によるエンドユーザーの地位に関してわが国でも一考の余地があるものと思われる。

第 3 節 まとめと考察

以上、エンドユーザー領域における著作物利用権については、若手研究者により BGH 判例における著作権の準物権化傾向をさらに敷衍する形での論考も展開されている。そのなかでも、1 エンドユーザーにおける享益権と、2 オープンコンテンツにおける利用権存

⁵²⁵ Schricker/Loewenheim/Spindler, a.a.O.(Fn.14), § 69a, Rdnr.29.

続を確保するための承継的保護の利用説を紹介した（いずれもドイツの学説における評価や受容に関する情報は未だ得られていない）。特に、エンドユーザーライセンスの享益権の成立要件は、著作者／権利者側がどのような提供がなされ、どのようにして取得するのかなど、広く明らかでない面を有するものの、エンドユーザー領域において電子書籍など、少なくとも売買に類する形式でコンテンツの利用権を得たデジタル著作物取得者や創作的関与を行ったオープンコンテンツのクリエイターが有するライセンスが、いずれも権利者から行使を受けないという単なる消極的地位以上の何ものでもないのか一何らかの積極的な地位を認めるべきではないか—という問題意識のみに関してみれば、広く一般性を有しうるものであると考えられる。

終章 おわりに—総括的検討、残される課題と日本法への示唆

本稿の冒頭に提起した問いは、「著作物利用者の地位、とりわけ著作権ライセンスは消極的地位以上の何かであるべきか、また、そうあることは許容されるか？」であった。

本章では、この問題意識に照らしつつ、本稿の記述内容を振り返ることとする。

第1部では、まず近時のドイツ連邦通常裁判所判例において、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続を認める傾向及び単純利用権の準物権的傾向を宣言する判例が登場していることから、その理解の前提としてのドイツ著作権契約法の部分の基本的特徴と学説の主要な対立点を確認したのち、近時の重要な3判例の検討を行うという構成を取った。

第1章「ドイツ著作権契約法の基本構造確認部分」においては、①生存中の著作権の原則的譲渡不能性と主たる利用形式としてのライセンス（許与）の存在、②単純利用権と排他的利用権という2種の利用形式の存在と性質論、通説では排他的利用権のみがサブライセンスを許与可能であること、③利用権の承継的保護（33条）をサブライセンスの存続を含めて、1965年現行法の立法経過及び2002年著作権契約法による改正の中での議論とともに紹介し、④ドイツ一般民事法に通底する①分離原則と②無因主義につき、①知的財産法における債権的行為と処分行為の分離主義の貫徹と、②知的財産法における無因主義の制限について検討した。⑤ライセンスとライセンス契約の法的性質についても若干の検討を行った。⑥続いて、著作権契約法の基本理念と解しうる構造的弱者としての著作者の保護のための基本的解釈準則たる譲渡目的準則、ベストセラー条項等の法定報酬請求権、とりわけ処分行為次元において利用権と顕著に対立利益となる虞のある撤回権などの基本事項を確認した。⑦最後に、特許ライセンスにおける承継的保護の状況を述べた。

第2章では、2009年以降、連邦通常裁判所が、「主ライセンスの消滅時のサブライセンスの存続を認める」というリーディングケースを継続的に形成し、その一方で、「単純利用権の物権化傾向」をも認めているという方向性を、裁判例を比較的詳細に検討することで紹介した。

すなわち、最初の判決である①Reifen Progressiv判決で、連邦通常裁判所は、41条所定の「不行使に基づく撤回権」により著作者が主ライセンスを消滅させたとき、サブライセンスも同時に消滅するかという問題について、当時は学説上少数説であったサブライセンス

存続説を採用し、サブライセンスが存続するとの結論を取った。理由は、①権原の消滅は処分行為者の過去の過去の処分行為の有効性には影響を与えないこと、②単純利用権の物権的性質、③41条が定める撤回の対象は排他的利用権であること、④著作者によるサブライセンス承諾があったことであった。

この判例は、連邦通常裁判所民事部判例集（BGHZ）にも収録されたが、この判決が生じた当初は、多くの学説において、不行使に基づく撤回権による主ライセンスの消滅という事例限りの判断であると解すべきであるという姿勢が示された。しかし、続く2012年の②M2Trade事件判決において、連邦通常裁判所は、その3年後のM2Trade事件判決で、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続を、「原則として[in der Regel]承認するに至ったことにより、さらに解釈論に決定的な影響を与えるものとなった。

M2Trade事件判決では、主ライセンス消滅時のサブライセンスの存続が、「原則として」認められるとした。すなわち、Reifen Progressiv事件判決において「不行使を理由とする撤回権」に関して適用された判旨を、「サブライセンシーを原因としない主ライセンスの消滅事例」へと一般化したのである（判決要旨2）。

そして、この一般化された原則の下位事例として、ライセンス料支払遅滞による解約告知による権利消滅があることを示したことになる。

その根拠は、①「権利存続への権利者の信頼を保護し、権利者にその投資の回収を可能ならしめることを目的とする」承継的保護の原則と、②類型的な関係者利益の利益衡量であった。なお、本判決では、Reifen Progressiv事件判決とは異なり、物権的性質への言及はなされていない（しかし学説では、本判決が物権的性質を暗黙裡に前提としていることは指摘されている）。

M2Trade事件の判旨は、一説明の便宜上、Aを主ライセンサー、Bを主ライセンシー、Cをサブライセンシーとすると、AとCとの利益衡量においては、C側の要保護性の要素として、AB間の契約及び主ライセンスの消滅にCは関与できず、時に利用権の予期しえぬ消滅が彼の経済的生存の破滅をももたらす一方で、Aは主ライセンス消滅によって、BがCに有するライセンス料支払請求権の譲渡請求権としての不当利得返還請求権により利益保護がなされることが指摘した（判決要旨3）。

また、ライセンス契約関係の終了とともに利用権（ライセンス）が当然に復帰するか、という問題について、目的譲渡思想並びに無体財産権の利用権（ライセンス）の形成可能性の多様性と法定類型の欠如を根拠に、従来不統一であった「判例を変更する」という表現で統一の見解をもたらしたという点でも意義が認められる（判決要旨①。ただこの原則がサブライセンスの存続問題に直接関係を及ぼさないことは、すでにReifen Progressiv事件において示されており（Rn.18, 19）、M2 Trade事件では、この無関係性に関して改めて直接の言及はないとみられる）。

③M2Trade事件判決と同日に出されたTake Five事件判決では、同様に主ライセンス契約終了による主ライセンス消滅時のサブライセンス存続が判示されたが、M2Trade事件と

の対照的特徴は、特に、排他的サブライセンスの存続が問題となったことにある。

Take Five 事件では M2Trade 事件と同様の理由付けにより、①承継的保護と②利益衡量により排他的サブライセンスの存続を認めた。また、主ライセンス消滅時もサブライセンス存続を「原則として」認めたことにより、本件のような合意解除は、サブライセンスの原則的存続が妥当する下位事例の一つであることも確認されたといえる。

本件と M2Trade 事件との対照をなす特殊性すなわち、排他的サブライセンスの存続が認められたという点につき、本判決は、確かに排他的サブライセンスの存続を認めると、A が受ける制約は単純サブライセンスの存続よりもはるかに大きく、当該領域でライセンスの付与が不能となるが、それでもなお A は、排他的サブライセンスの存続を甘受しなければならないとした。その根拠として、A が B に、サブライセンス付与の承諾を与えたことが挙げられたのである。

また、その他の判例として、上述 Reifen Progressiv 判決後に、理由付けを伴わず単純ライセンスの準物権的効力を述べるサムネイル第 1 事件・第 2 事件判決が登場し、著作権単純ライセンスの準物権的効力の継続的確認を続けていることも紹介した。

続いて第 3 章「M2Trade 事件以後の学説動向」では、上記 3 判決後の学説の紹介と検討を行っている。第 1 節では、まず、利益衡量アプローチが一定の事例における妥当な解決をもたらすという肯定的評価とともに、ライセンスの性質に関する判断の欠如、利用契約と利用権との分離をもたらす、既存の解釈論との整合性の破綻などのさまざまな批判、主ライセンス側の契約によるサブライセンス存続効果の回避の試みに関して、多様な提案がなされていることなどの実務的解決の試みを記載した。第 2 節では、「例外」に当たる場合として、J.B.ノルデマンにおける著作者への報酬が保障されない場合や、グライフェンダー/ヴェー論文における、BGH の M2Trade 判決が示した原則的な利益衡量が成立しない場合として、第一に、「B によって、主ライセンス契約の消滅を迂回的行為によって阻止するようなサブライセンシーとの通謀的な協力が試みられたとき」と、第二に、B が C に対してそもそもサブライセンス付与の権能を有さない場合などを挙げた論考、第 3 節では、特に、批判の中でも登場したライセンスとライセンス契約の分裂現象を解決する試みとしての民法賃貸借規定の類推適用を図る契約承継説（マクガイア/クンツマン論文）を紹介した。第 4 節では、利益衡量アプローチ及び物権的権利を肯定する見地からの BGH 判旨の射程の検討と事例類型化の試みを行った博士論文を紹介した。

このように、学説においては多数の批判や実務解説、また、肯定的論考においても類型化の試みが繰り返されることから、3 判決において示された「原則的」存続の射程は直ちに明らかになったとは言えない印象を受ける。少なくとも撤回権行使、合意解除、解約告知に関しては原則的事例に妥当するとしたものの、いかなる場合が「例外」にあたるのかについて、また、この判旨が示した規範の各要件の射程そのものも明らかとなっているとは言えず、また、原則的判断としての判旨は、個別事例の集積を待たざるを得ない現状をもたらしているともいえる。ただ、これらの現象からは、単純ライセンスの物権化、サブライセンスの独

立化、取引の対象としての独立性の獲得という一定の傾向を認めることも可能かもしれない。

続いて、第2部は、ドイツ著作権法史と特許法史の中で、著作物利用形式に着目した記述を行った。軸としたのは、「ライセンスの物権化」と呼ばれる現象、そして、中心的素材は、19世紀以降の代表的学説と帝国（ライヒ）裁判所判例の概観を中心とすることになった。（第4章は、15世紀から19世紀前半における著作物利用形式を記載した。この期間は、主に出版者の「投資の保護」のための特権及び制定法における排他的独占権の正当化から、啓蒙主義期の自然権的精神的所有権説の台頭による著作者の権利の承認への移行が見られるが、これらの記述は、結論としては、原典資料の入手困難も理由に、概略的なもの、補論的なものにとどまらざるを得なかった）。

第5章「19世紀末—20世紀前半のライセンス論」は、現代に通じる「ライセンスの物権化」という現象が生じた時代であり、可能な限り原典を参照しつつ比較的詳細な検討をお行った。

1871年統一ドイツ帝国が成立し、ドイツ帝国憲法の中で知的財産権立法が（各州の権原でなく）帝国の権限に属すると定められたことにより、知的財産に関する統一的立法が進展することになった。統一的立法は、1870年/71年の著作権法と1877年の特許法に結実した。法律の成立年のみに着目すれば、著作権法の立法が先んじ、特許制度の是非をめぐって自由通商派とプロパテント論者（保護貿易論者）との激しい議論が行われた結果、特許法の立法は遅れたが、この激しい特許論争と帝国裁判所のライセンス関連の特許判例の形成が、著作権法のライセンス論にも後に影響を及ぼすことになるため、まずは特許法の動向から取り上げた。

1877年法の成立前の激越な反特許運動とプロパテント派との論争の中で、プロパテント派の妥協策として、特許制度の独占を緩和させ、特許制度の目的たる発明の普及を実現する手段として「ライセンス原則」と「強制ライセンス」が援用され、11条2号の規定に結実した。ライセンスは1877年法11条2号の「発明の利用に関する許可」であると解された。この許可は、支配的見解では、4条所定の特許権者の禁止権行使の放棄であると解された。帝国裁判所判例においては、11条2号に基づき、ライセンス契約とはライセンシーに対して特許権者が異議を述べない旨の合意であり、まったくの債権的關係であるにすぎず、発明実施以外の特許への影響、ライセンス契約による準物権的権利の設定、固有の訴訟権原のいずれも否定する見解が取られた。

しかし、この「消極的ライセンス」観は、当時の経済的要請であったライセンシーの地位の強化に資するものではなかった。承継的保護を求める経済的現実の要請を背景に、ライセンシーのライセンス存続の信頼の保護のために、コーラーは1878年に、「契約ではなく特許権・著作権から直接導かれるライセンス概念」を提唱したのである。これが「ライセンスの物権化」の直接の動機となった。特許ライセンスは債権的権利から、——少なくとも排他的

権利については――準物権的権利への強化（物権化）を遂げた。その背景にはライセンシーの地位の強化と承継的保護という動機が強くみられた。また、「ライセンス」の趣旨に関する理解も変質し、1870年前後には、「特許独占の緩和」であり、可能な限り多数の者に発明を利用させる手段であったものが、1891年特許法4条が積極的権利と読み取れる規定に改正されたことも契機として、1904年1月16日の帝国裁判所判例ベナルドス式方法事件判決（RGZ 57 38）では当初の観念と矛盾する準物権的「排他的ライセンス」を判例が承認するに至った。

一方、著作権の利用形式については、1870年法にはほとんど規定がなく、解釈論は、特許ライセンスに比して錯綜した展開を遂げた。その大きな理由には、出版権が伝統的に承認されていたことがある。

20世紀初頭、1901年文学著作権法（LUG）8条3項、1907年芸術著作権法（KUG）10条3項においては権利の「制限付き又は無制限の」譲渡が定められており、当時の学説では、著作権の全部譲渡が許容されるとの解釈も通例であった。ただし、断片的に、著作者人格権に関する規定が見られ、これが後に著作権の完全譲渡に制約的に作用する判例学説の支点にもなった。

利用形式に関する条文は著作権法内にはほとんどなかった一方で、1901年出版権法に、出版権の対象に関しては比較的詳細な規定が整備された。とりわけ著作者団体と出版者団体の利益の対立の焦点となった論点が、出版権の譲渡可能性であり、その妥協の結果として「承諾」要件が導入された（当時の出版権法28条、2002年に削除）。

出版権に関しては、1901年に出版権法の立法がなされたが、出版権の対象以外の利用形式―特に映画産業―に関しては、当初出版権法は類推適用できる法源としては意識されておらず、むしろ1923年には出版権法には触れず、特許ライセンス論の枠組みを正面から採用したライヒ裁判所の判決が登場した。一方、1920年代の学説では準物権的出版権と債権的ライセンスという整理の努力が試みられたが、まだ著作権の完全譲渡性を認めていた。

1930年代に、現代の著作権法を特徴づけるいくつかの動きが見られた。私案も含めて多数の著作権法改正案が登場したが、その動きの中では、①1928年ベルヌ条約を契機とする人格権の強化による譲渡不能著作権と一元説の承認、②新たな利用方法に関する判例による譲渡目的準則の承認、③サブライセンスの登場による準物権的権利説の復権と単純ライセンスに至るまでの席卷という、一見すると著作者に利する動向と、経済的利用者に利する準物権化という異なる方向性を有する動向が同じ論者に見られる。意外にも、オイゲン・ウルマーが利用権すべての準物権説を承継的保護の必要からコーラーに倣って採用したことに象徴されるように、著作権一元論・著作権の譲渡不能性、著作者保護の要請の中で、機を同じくしたサブライセンシングの普及という経済的要請にこたえるため、準物権的構成を採用したという経緯が指摘される。

この結果、大きな抵抗もなく1965年には、知的財産法で初めて著作権法33条に、承継的保護が導入されるに至った。政府草案理由書においては、33条は「単純利用権の債権的

性質に例外を付与するもの」という説明がなされたが、ウルマーら準物権説の論者は33条を準物権的傾向の発露であると解釈し、著作権法学説における準物権説の優勢を形作ったのである。(なお、承継的保護に関しては、「信頼の保護」という2012年M2Trade事件判例のほかに、歴史的展開と判例後の学説に照らし、次のような示唆が得られる可能性がある。すなわち、第1に、ライセンシーに承継的保護が存在するゆえに、ライセンシーの地位の保証のために譲渡までも要求することが回避されるという示唆も認められるであろう。また、第2に、単純取得者の地位の保護が保証されることが確かなときには、より著作者に対して有利な報酬を提供する可能性があることも指摘される⁵²⁶。しかし、なお検討を要するものと思われる)。

一方、第7章は、1982年のフェアアンケルングスタイル (Verankerungsteil) 事件判決を扱った。著作権法33条が1965年に単純利用権の承継的保護を定めたほかは、単純ライセンスの法的性質に関しては、戦前のライヒ裁判所においても明示的な判断がなく、産業財産権各法には立法的にも規定を置かれないうままであった。そのような中で、1982年に突然、単純ライセンスは債権的効力しか有さず、したがって承継的保護を享有しないとした連邦通常裁判所判決が登場し、激しい論争をもたらした。特許法、実用新案法、意匠法に関して承継的保護を定める立法的解決に至らした。

第3部では、2010年代の展開を扱った。第8章では、2016年改正で導入された40a条を中心に扱った。40a条は、米国法の終了権に類似する構想から始まったように、利用権の次元への強行規定の新設を図り、保護期間(クリエイターに利する)と契約期間(経済的利用者に利する)の切り離しを狙いとしたものであった。成立経過においては5年後の自動的復帰などのラディカルな提案も唱えられたものの、成立した法案は一括払報酬に関して設定された排他的利用権に関して、10年経過後の単純利用権への転化を認めるものとなった。付随的な寄与や団体間協約の優越など多数の例外を有するため、ルカス=シュレッターの言うように「なまくら刀」、骨抜きになったとの評も見られる。

この40a条は、とりわけ主ライセンス消滅時のサブライセンスの(準物権的)存続を認める通常裁判所判例との方向性の違いが指摘される。排他的利用権者が排他的地位を10年経過後に剥奪されるが、以前の排他的利用権は、単純利用権として残りの期間維持される。もちろん、いまだ判例はないが、サブライセンスの扱いは、①単純利用権の時は、主ライセンスの排他性の消滅によって影響を受けることないのに対し、②排他的サブライセンスは40a条との関係では単純利用権に転化するとの見解が提示されている。

第9章では、近時の若手研究者の論攷から、特に、サブライセンス存続を認めた判例への反響とも解することができる説を2つ紹介した。第1に、デジタル著作物エンドユーザーの準物権的享益権、第2に、オープンコンテンツにおける上流ライセンス引き上げの際の下流ライセンスの存続のために、判例のサブライセンス存続のアプローチを用いる提案で

⁵²⁶ F. Vogel, Rechtsverkehr, S.230.

ある。

最後に、日本法への示唆について触れる。

以上のような検討を行ったが、例えば、「主ライセンス消滅時のサブライセンスの原則的存続」という命題や、「ライセンスの物権化」というスローガンから、直ちに現状で審議の兆候も見られるわが国著作権法ライセンス論への示唆を導くことは難しい。

まず、ドイツ著作権法が、とりわけ M2Trade 事件判決で、無因主義を限定したとはいえ、ドイツ一般民事法と知的財産法を貫徹する厳格な分離主義とわが国民民事法及び著作権法の一般構造理解との比較にあたって慎重な検討を必要とすると思われる、「ライセンスの物権化」を直ちにわが国にもそのまま転用する素地は整っていないと思われる。

この点については、そもそも本稿は、ドイツ知的財産法及び著作権法の利用形式の記述に関する限りでも、歴史的にはいまだ概観の域を出ない。特にドイツ民法典成立後の一般民事法の知的財産法及び著作権法への無因主義及び分離原則の貫徹という観点からの検討には十分に踏み込めておらず、次稿への課題とせざるを得ない。具体的にはとりわけ、ヨーゼフ・コーラーが「ライセンス法形成の自由」を宣言した方向性とは対極にある一般民事法を志向したライセンス法の構成を試みた系譜の検討が課題となるのである。すなわち、1900年ドイツ民法典成立後、1930年ごろまでの一般民事法の諸原則と接近した論説（特許法ではフィッシャー、著作権法ではデ・ボーアなどに見られる）及び1960年代、70年代における処分行為をめぐるクラッサーなどを中心とする特許法の議論の検討は、現在の著作権判例の準物権化の承認が、特許法学説の動向とを比較した検討の十全化も含めて、今後の課題となる。

さらには、歴史的展開に関する一般的概観としても、各論者の基本思想に立ち入った紹介には至っておらず、簡便の域を出ない。各論者の思想的位置を確定しながらの論述が必要になる。これも今後の課題となる。

よって、いうまでもなく、わが国における構造比較の前提についてもそもそも本稿では十分に検討ができなかった。これも次稿以降への課題となる。

以上のように、日本法への示唆の探求は今後の課題として残ることになるのである。

以 上

参 考 文 献 目 録

1 邦語文献

- 青木大也「判批」(大阪地判平成 27・9・24 判時 2348 号 62 頁-ピクトグラム事件) L&T73 号 65 頁 (2016)
- 安藤和宏「わが国著作権法における契約法規定の可能性」上野達弘=西口元編『出版をめぐる現代的課題』(日本評論社、2015) 399 頁。
- 上野達弘「著作者人格権の生成と発展—ドイツおよび日本における同一性保持権を中心に—」小野昌延先生古稀記念『知的財産法の系譜』567 頁 (青林書院、2002)
- 上野達弘「外国著作権法概説・ドイツ編」『外国著作権法概説—英・米・独・仏・伊—』(著作権情報センター、2003 年)
- 上野達弘「国際社会における日本の著作権法—クリエイタ指向アプローチの可能性—」コピーライト 613 号 2 頁 (2012)
- 上野達弘「ドイツにおける著作権契約法」『著作権契約法現行コード』105 頁 (著作権情報センター、2010)
- 加戸守行『著作権法逐条講義 [第 6 版]』(著作権情報センター)
- 金井高志『民法でみる知的財産法 [第 2 版]』(日本評論社、2012)
- 木村和成「ドイツにおける人格権概念の形成(1): 人格権概念に仮託された意味・機能に着目して」立命館法学 295 号 94 頁(2004)
- 栗田昌裕『著作権法における権利論の意義と射程-ドイツ法の展開を手がかりとして(1)(2・完)』民商 140 卷 6 号 638 頁 (2009)、141 卷 1 号 45 頁 (2009)
- 栗田昌裕『「著作権の制限」の判断構造(1)(2・完)ドイツ連邦通常裁判所の判例を中心とした考察』民商 144 卷 1 号 1 頁 (2011)、144 卷 2 号 181 頁 (2011)
- 駒田泰土「ドイツ法におけるライセンスの保護」知的財産法政策学研究 12 号 (2006) 141 頁
- 駒田泰土「フランス著作権法における一元論について」上智法学論集 49 卷 3・4 号 67 頁 (2006)
- ヨーゼフ・コーラー (小西真雄訳)『特許法原論』(巖松堂書店、1916)**
- 齊藤博『人格権法の研究』(一粒社、1979)
- 齊藤博『著作権法 [第 3 版]』(有斐閣、2008)
- 酒井麻千子「19 世紀後半における写真保護法規の検討: 日本及びドイツにおける写真と著作権との関係を中心に」マス・コミュニケーション研究 83 号(2013)115 頁
- 作花文雄『詳解著作権法 [第 5 版]』(ぎょうせい、2018) 443 頁
- 潮海久雄「私的複製の現代的意義」著作権研究 40 号 69 頁 (2015)
- 拙稿「18 世紀末における「著作者の権利」—翻刻論争とプロイセン一般ラント法 (1)・(2・完)」早稲田大学法研論集 131 号 91 頁 (2009)、141 号 173 頁 (2011)
- 島並良=上野達弘=横山久芳『著作権法入門 [第 2 版]』(有斐閣、2016)
- 島並良「ライセンスの法的地位」コピーライト 569 号 13 頁 (2008)
- 島並良「著作権法と消費者法の交錯」コピーライト 630 号 2 頁 (2013)
- 島並良=上野達弘=横山久芳『特許法入門』(有斐閣、2014)

- 白田秀彰『コピーライトの史的展開』（信山社、1998）
- 高林龍『標準著作権法〔第3版〕』（有斐閣、2016）
- 高林龍『標準特許法〔第6版〕』（有斐閣、2017）
- 田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、1999）
- 中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有斐閣、2014）
- 中山信弘『法律学講座双書 特許法〔第2版〕』（弘文堂、2015）
- Jan Bernd Nordemann「ドイツ法における職務創作と著作権契約法」『著作権ビジネスの理解と実践 III』245頁（RISOH, 2013）
- 萩原佐織「企業グループ倒産に関する一考察 —ドイツ倒産法改正作業における協議草案から政府草案への改正点より見える諸問題—」撰南法学 50号1頁（2015）
- 半田正夫『著作権法の研究』（一粒社、1971）
- 半田正夫『著作権法概説』（法学書院、第16版、2015）
- Branislav Hazucha = 劉曉倩 = 渡部俊英「消費者から見た著作権法」著作権研究 40号122頁（2015）
- 松田俊治「ライセンス契約法 第4回」Business Law Journal 69頁(2015)
- 松田俊治「著作権の利用許諾をめぐる問題点」牧野利秋『知的財産法の理論と実務4』163頁（新日本法規、2007）
- 三浦正広「著作者契約法の理論：契約法理論による著作者の保護（前編）・（後編）」コピーライト 622号22頁（2013）、623号48頁（2013）。
- 三浦正広「欧州における出版契約」上野達弘 = 西口元編『出版をめぐる現代的課題』352頁（日本評論社、2015）
- 本山雅弘訳「外国著作権法ドイツ編」（著作権情報センター）
- (<http://www.cric.or.jp/db/world/germany.html>, 2018年10月21日最終アクセス)
- 山口和人訳「ドイツ民法債務関係法」（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年6月）。
- 横山久芳「ドイツにおける当然対抗制度」工業所有権法学会年報 37号137頁（2012）。
- ジョン・ロック（鶴飼信成訳）『市民政府論』（岩波文庫、1968）

2 外語文献

1. Abkürzungen

a.a.O.:	am angeführten Ort
AcP:	Archiv für die civilistische Praxis
ALR:	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
Anm.	Anmerkung
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.:	Bungesgesetzblatt
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BT-Drucks./	
BT-Drs.:	Bundestagsdrucksache
BuschA:	Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts, hrsg. von F.B. Busch
BVerfG:	Bundesverfassungsgericht
CR:	Computer und Recht
FS:	Festschrift
FuR:	Film und Recht
Gruchot:	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR int.:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-RR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
JW:	Juristische Wochenschrift
KUG:	Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
LUG:	Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
MMR:	Multimedia und Recht
NJW:	Neue juristische Wochenschrift
NJW-RR:	Neue juristische Wochenschrift, Rechtsprechungsreport Zivilrecht
OLG:	Oberlandesgericht
UrhG:	Urheberrechtsgesetz
PA:	Patentamt
RG:	Reichsgericht
RGZ:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGSt:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
ROHGE:	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
VerlG:	Verlagsgesetz
ZGE:	Zeitschrift für Geistiges Eigentum(intellectual propertz journal)
ZNR:	Zeitschrift für neuere Rechtsgechichte
ZUM:	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

2. Gesetzesmaterialien

Berichte über den Entwurf eines Patentgesetzes, in: Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags. 3. Legislaturperiode, I. Session, Bd.3, 1877,
 Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 10. Legislaturperiode, II. Session, 1900/1902, Bd.1, 1901
 Blatt für Patent- Muster- und Zeichenwesen, Zit. Bl.f.PMZ.

BT-Drucks. IV-270, Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 23.5.1962.

BT-Drucks. 14/6433, Gesetzentwurf der Abgeordneten. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern

BT-Drucks. 14/7564, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern, 23.11.2001

BT-Drucks. 18/8625, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung.
01.06.2016

Entwurf eines Patentgesetzes für das Deutsche Reich nebst Motiven. Vorgelegt in einer Petition an den Bundesrath des Deutschen Reiches durch den Deutscher Patent-Schutz-Verein, Berlin 1875 (zit. nach. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag) .

Revidierter Entwurf eines Patentgesetzes für das Deutsche Reich nebst Motiven. Vorgelegt in einer Petition an den Bundesrath des Deutschen Reiches durch den Deutscher Patent-Schutz-Verein, Berlin 1875. (zit. nach. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag) .

Entwurf eines Gesetzes über das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Kunst und der Photographie mit Begründung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Berlin 1932.

Entwurf eines Urheberrechtsgesetzes (auf der Grundlage des Amtlichen Entwurfs von 1933 und des Fach Ausschusses für Urheber- und Verlagsrecht der Deutschen Arbeitsgemeinschaft für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht in der Akademie für Deutsches Recht), in GRUR 1939, S.242ff.

Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (Stand: 22. Mai 2000), GRUR 2000, S.765ff.

3. Monographien und Aufsätze

A

Adolphsen, Jens; Tabrizi, Mahdi Daneshzadeh: Zur Fortwirkung zurückgerufener Nutzungsrechte, in: GRUR 2011, S.384ff.

Ahlberg, Hartwig; Götting, Horst-Peter: Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 21. Edition, C.H.Beck, 2018.

Allfeld, Phillipp: Die Reichsgesetze betr. Das literarische und artistische Urheberrecht, München 1893.

Allfeld, Phillipp: Kommentar betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und Verlagsrecht, 1902.

Apel, Simon; Pahlow, Louis; Wiessner Matthias (Hrsg.): Biographisches Handbuch des Geistigen Eigentums, Mohr Siebeck, 2017.

B

Bappert, Walter: Wege zum Urheberrecht: die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechtsgedankens,

Frankfurt.a.M., Klostermann, 1962.

Beck, Hans-Peter: Der Lizenzvertrag im Verlagswesen mit Vorschlägen für die Vertragsgestaltung, München 1961. Zit. Beck, Lizenzvertrag.

Benkard, Georg; Ullmann, Eike: Patentgesetz: PatG, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 7. Aufl.,1981; 10. Aufl. C. H. Beck, 2006.

Berger, Christian; Wündisch Sebastian; Urhebervertragsrecht: Handbuch, Nomos, 2008.

Berger, Christian; Freyer, Simon: Neue individualvertragliche und kollektivrechtliche Instrumente zur Durchsetzung angemessener Urhebervergütungen, ZUM 2016, S.569ff. [S.573f.]

Bolze, Albert: Uebertragung der Ausübung eines Patentrechts in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot, Bd. 38 (1894) S.75.: Bd 39 S.1 (1895). (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek, Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts <http://dlib-zs.mpier.mpg.de/>)

Breuer, Isaac: Die rechtliche Natur der Patentlizenz, Diss. Magdeburg, Berlin 1912 (s. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.80)

Büchler, Robert: Rechtswirkungen einschränkender Vertragsklauseln bei der Übertragung des Urheberrechts nach deutschem und schweizerischem Recht, Jur. Diss. Leipzig 1924(Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.101).

Büscher, Wolfgang; Dittmer, Stefan; Schiwy, Peter: Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, Carl Heymanns, 2008.

Busse, Rudolf; Keukenschrijver, Alfred, PatG, 6. Aufl., de Gruyter, 2003.

C

Canaris, Klaus-Wilhelm: Verdinglichung obligatorischer Recht, in: Festschrift Werner Flume, Köln 1978, S.371ff..

Czychowski, Christian; Nordeman, Jan Bernd: Die Entwicklung der unter- und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Urheberrecht in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II), GRUR-RR 2012, 233.

D

Dahn, Felix: Deutsches Rechtsbuch : Ein Spiegel des heutigen bürgerlichen Rechts in Deutschland / Von Felix Dahn Nürdingen : Beck , 1877. (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

Felix Dahn, Zur neuesten Deutschen Gesetzgebung über Urheberrecht in: Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 5 (1871), S.1ff. (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek <http://dlib-zs.mpier.mpg.de/>)

Dambach, Otto Wilhelm Rudolf: Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes betreffend das

Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken Berlin 1871, (in: Bayerische Staatsbibliothek Digital (<http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb10797376-6>)), Zit, Dambach, Gesetzgebung.

Dieselhorst, Jochen: Zur Dinglichkeit und Insolvenzfestigkeit einfacher Lizenzen Computer und Recht, 2010 S.69ff.

Dietz, Adolf: Einführung: Das Urhebervertragsrecht in seiner rechtspolitischen Bedeutung, FS Schricker, 1995, S.1ff. [S.26]

Dietz, Adolf; Schricker, Gerhard Loewenheim, Ulrich; Nordemann, Wilhelm; Vogel, Martin: Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (Stand: 22. Mai 2000) , in: GRUR 2000, S.765ff.

Dietz, Adolf: Zusammenhänge zwischen Vertragsdauer und Schutzdauer (insbesondere am Beispiel der jüngsten Schutzdauererlängerung bei ausübenden Künstlern), GRUR Int. 2015, S.635ff.

Dölemeyer, Barbara: Patentrecht und Musterschutz, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd.3, Das 19. Jahrhundert, Tlbd. 3, Gesetzgebung zu den privatrechtlichen Sondergebieten, Coing, Helmut (Hrsg.), München 1987, S.4067ff.

Dölemeyer, Barbara; Mohnhaupt; Heinz(Hrsg.): Das Privileg im europäischen Vergleich, Ius commune. Sonderhefte 93, 125. Frankfurt a. M. 1997.

Dölemeyer, Barbara; Klippel, Dielhelm: Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift(FS GRUR), 1991, S.185ff.

König, Dominik: Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann, V&R unipress, Frankfurt a.M. 2016.

Dreier, Thomas; Schulze, Gernot(Hrsg.), Urheberrecht Kommentar 3.Aufl., 2008

Dreier, Thomas; Schulze, Gernot(Hrsg.), Urheberrecht Kommentar 6.Aufl., 2018

Dreyer, Gunda; Kotthoff, Jost;Meckel Astrid;Hentsch M.A., Urheberrecht(Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht), 2.Aufl. C. F. Mueller, 2009.

Dreyer, Gunda;Kotthoff, Jost;Meckel Astrid;Hentsch M.A., Urheberrecht, 4.Aufl. C. F. Müller, 2018.

Dulcekeit, Gerhard: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951.

E

Eggersberger, Michael: Die Übertragbarkeit des Urheberrechts in historischer und rechtsvergleichender Sicht, VVF, München, 1992.

Elster, Alexander: Uebertragenes Urheberrecht, GRUR 1916 S.19ff.

Elster, Alexander: Lizenzen an urheberrechtlich geschützten Werken, in: UFITA 1 (1928), S.195ff.

Endemann, Wilhelm: Das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Komponisten und dramatischen Werken nom 11. Juni 1870, Berlin 1871. Dambach (<http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb11011870-1>)

F

Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, 4. Aufl., C.H. Beck. München, 2009.

Fichte, Beweis der Unrechtmässigkeit des Buchernachdrucks, Berlinische Monatschrift Bd. 21, S. 443 in: Fichtes Werke Band VIII, Berlin: Walter de Gruyter & Co. 1971 S.223 ff.

Fischer, Ludwig, Werner Siemens und der Schutz der Erfindungen, Springer, 1922.(E-books)

Walter Fischer, Die dinglicher Charakter des Patentrechts und der Lizenzvertrag, GRUR 1927, S.742ff.

Forkel, Hans: Gebundene Rechtsübertragung, Heymann, 1970.

Forkel, Hans: Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen, in:NJW 1983, S.1764ff.

Fromm, Friedrich Karl;Nordemann, Wilhelm(Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 10.Aufl., Kohlhammer, 2008

Fromm, Friedrich Karl;Nordemann, Wilhelm(Hrsg.), Urheberrecht Kommentar, 12.Aufl., Kohlhammer, 2018

G

Gareis, Karl: Das deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877 sammt den hirzu erschienenen Verordnungen und Bekanntmachungen, Berlin 1877.

Gareis, Karl: Die Privatrechtssphären im modernen Kulturstaate, insbesondere im Deutschen Reiche, Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des deutschen öffentlichen Rechtes. 3, 1877, S.137ff.(Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-zs.mpier.mpg.de/>)

Gareis, Karl(Hrsg.): Die patentamtlichen und gerichtlichen Entscheidungen in Patent-, Muster- und Markenschutzsachen im Deutschen Reich und Österreich, Berlin 1896-, Zit. Gareis, Patentrecht, Entsch. Gerber, Carl Friedrich von; Ueber der Natur der Rechte des Schriftstellers und Verlegers, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd.3(1859), S.359ff.

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht, Bd.I, Allgemeiner Teil und Psonenrecht, Lipzig 1895.

Gieseke, Ludwig: Die geschichtliche Entwicklung des Urheberrechts, Göttingen, 1957.

Gieseke, Ludwig, Vom Privileg zum *Urheberrecht*: die Entwicklung des Urheberrechts in Deutschland bis 1845, 1995.

Götting, Horst-Peter: Der Begriff des Geistigen Eigentums, in: GRUR 2006, S.353 ff.

Grandjean, Armelle: Verträge über digitale Inhalte – Überblick und Auswirkungen auf das Urheberrecht, ZUM 2018, S.102ff.

Greifender, Stefanie; Veh, Andrea: Nach M2 Trade und Take Five- Praktische Konsequenzen aus den Entscheidungen des BGH zum grundsatzlichen Fortbestand von urheberrechtlichen Unterlizenzen bei Wegfall der Hauptlizenz, WRP, 2014 Heft 1.S.17ff.

Grimm, Kristin: Lizenzketten im Urheberrecht-Zum Schicksal der Unterlizenz nach Beendigung des Hauptlizenzvertrages, Schriften zum Medien, Urheber- und Wirtschaftsrecht Bd.22, Peter Lang, 2016.

H

Haedicke, Dingliche Wirkungen und Insolvenzfestigkeit von Patentlizenzen in der Lizenzkette, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum*, Bd.3, S.377ff.

Hilty, Reto M.; Peukert, Alexander: Das neue deutsche Urhebervertragsrecht im Internationalen Kontext, in: *GRUR Int.* 2002, S.643ff.

Haberstumpf Helmut: Verfügungen über urheberrechtliche Nutzungsrecht im Verlagsrecht, in: *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. FS Heinrich Hubmann*, Frankfurt a. M. 1985, S.127.

Haberstumpf, Helmut: *Handbuch des Urheberrechts*, 2.Aufl. Hermann Luchterhand Verlag, 2000.

Hase, Andreas von: *Der Musikverlagsvertrag*, C.H. Beck, München, 1961.

Heidenhain, Annemarie; Reus, Katharina, Möglichkeiten der vertraglichen Bindung von Unterlizenzen an den Bestand der Hauptlizenz, Auflösende Bedingung und Sonderkündigungsrecht im Lichte dinglicher Drittwirkung, *CR* 2013, S.273ff.

Heymann, Ernst: Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts: : Sonderabdruck aus den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften, Akademie der Wissenschaften, 1927.

Hubmannm, Heinrich: *Urheber- und Verlagsrecht*, 2.Aufl. München, 1966.

Hubmannm, Heinrich: *Urheber- und Verlagsrecht*, 3.Aufl. München, 1974.

I

Ingerl, Reinhard; Rohnke, Christian, Markengesetz: Kommentar, 3.Aufl. C.H. Beck, München, 2010

Isay, Hermann: *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*, Berlin, 1903 (s.Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.64).

Isay, Hermann: *Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*. 2. Aufl. Berlin 1911.

Isay, Hermann: *Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*. 4. Aufl. Berlin 1926.

J

Jolly, Julius: Die Lehre vom Nachdruck. Nach den Beschlüssen des deutschen Bundes, in: *Beilagenhaft Archiv für civilistische Praxis*, 35 (1852), S.1ff. (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

K

Kant, Imanuel, Von Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks, in *Berlinische Monatsschrift* 5,1785, S. 403ff. in: *Retrospektive Digitalisierung wissenschaftlicher Rezensionenorgane und Literaturzeitschriften des 18. und 19. Jahrhunderts aus dem deutschen Sprachraum*, <http://www.ub.uni-bielefeld.de/diglib/aufklaerung/index.htm>.

Karl, Kristian; Mellulis, Klaus-Jürgen, Grenzen des Sukzessionsschutzes bei patentrechtlichen Unterlizenzen, in: GRUR 2016, S.755ff.

Klauer, Georg; Möhring, Philipp: Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Berlin 1937.

Klawitter, Christian: Fortgeltung der Unterlizenz nach Wegfall der Hauptlizenz, in: GRUR-Prax 2012, S. 425ff.

Klingenberg, Eberhard, Vom persönlichen Recht zum Persönlichkeitsrecht, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte., Bd. 96, S.193ff.

Klippel, Diethelm: Historische Wurzeln und Funktionen von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im 19. Jahrhundert, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte, 4 (1982), S.132ff.

Kloppel, Edmund: Der Lizenzvertrag. Eine patentrechtliche Untersuchung, Leipzig, 1896. (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

Klostermann, Rudolf: Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen, nach preussischem und internationalem Rechte, 1.Band, Allgemeiner Theil, Verlagsrecht und Nachdruck, Berlin 1867, in: Deutsches Textarchiv. Grundlage für ein Referenzkorpus der neuhochdeutschen Sprache. Herausgegeben von der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 2018. (<http://www.deutschestextarchiv.de/>); Bd.2, Die Patentgesetz, Musterschutz, Waarenbezeichnungen. (in: Bayerische Staatsbibliothek Digital, <http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb10601492-7>)

Klostermann, Rudolf: Das geistige Eigenthum an Schriften, Kunstwerken und Erfindungen : Nach preussischem u. internationalen Rechte, 2. Band,

Klostermann, Rudolf: Patentgesetzgebung aller Laender nebst den Gesetzen ueber Musterschutz und Markenschutz, 2.Aufl., Berlin 1876.

Klostermann, Rudolf:
Das Urheberrecht an Schrift- und Kunstwerken, Abbildungen, Compositionen, Photographien, Mustern und Modellen, nach deutschem u. internat. Rechte, Berlin 1876 (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

Klostermann, Rudolf: Voraussetzungen des Urheberrechts, Gewerblichen Urheberrechts, Patentrechts, in: W.Endemann (Hrsg.) Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselsrechts, Bd.2, Leipzig 1882, S.265ff.

Klostermann, Rudolf: Der Schutz der Erfindungen, Der Schutz der Erfindungen / Vortrag, gehalten im Kaufmännischen Verein in Köln von R. Klostermann, Berlin 1887, (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>)

Klostermann, Rudolf: Das Recht des Erfinders nach den geltenden Patentgesetzen und vom gesetzgeberischen Standpunkte erläutert, Archiv für Theorie und Praxis des allgemein deutschen Handelsrechts, 35, 1877.

Kohler, Josef: Deutsches Patentrecht systematisch bearbeitet unter vergleichender Berücksichtigung des französischen Patentrechts, Mannheim 1878. Zit. Kohler, Patentrecht, 1878.

Kohler, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum, vom Rechtsgeschaef, und Individualrecht, 1880, (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpg.de/>), Zit. Kohler, Autorrecht(1880).

Kohler, Industrierechtliche Studien, Zeitschrift für gewerblichen Rechtschtz(nachdem GRUR) 1893, S.162ff.

Kohler, Josef: Die Idee des Geistiges Eigenthums, in: Archiv für civilistische Praxis Bd. 82, Mohr Siebeck, 1894, S.141-242, 180 (<https://www.jstor.org/>).

Kohler, Josef: Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, Mannheim 1900. (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpg.de/>), Zit. Kohler, Handbuch.

Kohler, Josef: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907 (Nachdruck Aalen 1980).

Kraßer, Rudolf: Verpflichtung und Verfügung im Immaterialgüterrecht, in: GRUR Int 1973, S.230ff.

Kraßer, Rudolf: Die Wirkung der einfachen Patentlizenz, in: GRUR Int 1983, S.537ff.

Krause, Urheberrechtliche Lizenzvertrag, Jur. Diss., Berlin, 1938 (s. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.101).

Kreile, Johannes/Schley, Enno: Reform der Reform – Wie viel vom Kölner und Münchner Entwurf steckt im Referentenentwurf zum Urhebervertragsrecht? ZUM 2015, 837ff.

Kuschel, Linda: Das dinglicher Genussrecht des Erwerbrs digitaler Werkexemplare, Immaterialgüter und Digitalisierung, in: Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber und Medienrecht, Nomos, 2017, S.27ff.

L

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd.3, 5.Aufl., Tübingen 1913.

Landgraf, Josef: Zur Patentfrage, in: Die Patentfrage: Sechs Preisschriften über Reform der Patent-Gesetzgebung. Prämiirt durch den Verein deutscher Ingenieure., Eduard Heinrich Mayer, Köln und Leipzig 1876, S.93ff.

Lange, Hans Peter: Der Lizenzvertrag im Verlagswesen, Stämpfli Verlag AG, Bern 1979.

Loewenheim, Ulrich(Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2.Aufl. C.H. Beck, München 2010

Löhnig, Martin: Der Schutz des geistigen Eigentums von Autoren im Preußischen Landrecht von 1794, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte, 29 ,2007, S. 19ff.

Lucas-Schloetter, Agnès: Das neue Urhebervertragsrecht, GRUR 2017, S.235ff.

Luf, Gerhard: Philosophische Strömungen in der Aufklärung und ihr Einfluss auf das Urheberrecht S.13, Dittrich, Robert(Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, Wien, 1988.

M

- Mantz, Reto: Open Content-Lizenzen und Verlagsverträge - Die Reichweite des § 33 UrhG, in: MMR 2006 S.784.
- Marotzke, Wolfgang: *Sukzessionsschutz* für Lizenzen im Immaterialgüterrecht – dargestellt am Beispiel der Patentlizenz, 2010, S.234.
- Martius, Alexander: Über die rechtlicher Natur der Lizenzerteilung durch den Patentinhaber, Berlin 1897.
- Marwitz, Bruno; Möhring, Philipp: Das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst in Deutschland, Berlin, 1929
- Meyer van Raay, Oliver: Der Fortbestand von Unterlizenzen bei Erlöschen der Hauptlizenz
Auswirkungen der BGH-Entscheidungen Take Five und M2Trade auf die Gestaltung von Lizenzverträgen, NJW 2012, S. 3691ff.
- McGuire, Mary-Rose: Die Lizenz – Eine Einordnung in die Systemzusammenhänge des BGB und des Zivilprozessrechts, Mohr Siebeck, 2014. Zit. McGuire, Lizenz.
- McGuire, Marz-Rose; Kunzmann, Jens: Sukzessionsschutz und Fortbestand der Unterlizenz nach "M2Trade" und "Take Five" - ein Lösungsvorschlag, GRUR 2014, S.28ff.
- McGuire, Mary-Rose: Monismus - Ein Irrweg? Vom Magnettonband zu Social Media, FS 50 Jahre UrhG, 2015, C. H. Beck, S.289ff.
- McGuire, Lizenzen in der Insolvenz: ein neuer Anlauf zu einer überfälligen Reform, in: GRUR 2012, S.657ff.
- Mertz, Xavier: Die patentrechtliche Lizenz, insbesondere der Lizenzzwang, Jur. Diss. Bern 1907.(s. Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag, S.80)
- Mohl, Robert: Englische und belgische Gesetzgebung über Erfindungspatente, in: Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes. Bd. 25, 1853 S.109ff. (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek, Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-zs.mpiet.mpg.de/>)
- Mohnhaupt, Heinz: Privileg: in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 3, Berlin 1984, S. 2005ff.
- Mohnhaupt, Heinz, *Privatrecht in Privilegien*, in: Vorträge zur Geschichte des *Privatrechts* in Europa, Symposium in Krakau 9.-12.Oktober 1979, Ius Commune-Sonderheft 15, Frankfurt am Main. 1981.
- Möhring, Philipp; Nicolini, Käte (Hrsg.), Urheberrecht, Komm. 4.Aufl. C.H. Beck, München 2018.
- Mühlenbruch, Christian Friedrich: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte : nach den Grundsätzen des Römischen Rechts dargestellt / von C. F. Mühlenbruch - 3., sehr veränd. und verm. Aufl. Greifswald : Mauritius , 1836 (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/>).
- Munk, Leo: Die patentrechtliche Lizenz: eine Studie, Berlin,1897.
- Munk, Österreichische Patentgesetz, Kommentar zu dem Gesetz vom 11. Jänner 1897, betreffend den Schutz von Erfindungen, Berlin, 1901.

N

Neusüß, Wolfgang: Gesunde Vernunft und Natur der Sache. Studien zur juristischen Argumentation im 18. Jahrhundert, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 2, Duncker & Humblot, 1970.

O

Osterrieth, Albert: Altes und Neues zur Lehre vom Urheberrecht, Leipzig : Hirschfeld , 1892

Osterrieth, Albert: Urheberrecht und Verlagsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts 8(1893), S.285ff.

Osterrieth, Albert: Gutachten über die Frage: Soll der Verleger berechtigt sein, das Verlegerrecht ohne Zustimmung des Autors zu übertragen?, in: Verhandlungen des 25. Deutschen Juristentages, Bd.2, Berlin 1900, S.183ff.

Osterrieth, Christian, Patentrecht, Eine praxisnahe Einführung in das moderne Patent- und Gebrauchsmusterrecht, 4. Aufl., C.H.Beck, 2007.

Ohly, Ansgar: "Volenti non fit iniuria". Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen, 2002.

Ory, Stephan: Neues Recht für Verträge mit Kreativen, NJW 2017, S.753ff.

P

Pahlow, Louis: Das einfache Nutzungsrecht als schuldrechtliche Lizenz, ZUM 2005, 865ff.

Pahlow, Louis: Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, Mohr Siebeck, 2006. Zit.

Pahlow, Lizenz und Lizenzvertrag.

Pahlow, Louis: Von Müttern, Töchtern und Enkeln, Zu Rechtscharakter und Wirkung des urhebervertraglichen Rückrufs, in: GRUR 2010, 112ff.

Peifer, Karl-Nikolaus: Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Kölner Entwurf, ZUM 2015, 437ff.

Pfennig, Gerhard: Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Entwurf der Initiative Urheberrecht, ZUM 2015, 443ff.

Pütter, Johann Stepfhan von: Der Büchernachdruck nach achten Grundsätzen des Rechts geprüft Nachdruck und geistiges Eigentum, Göttingen 1774. in: Primary Sources on Copyright (1450-1900), eds L. Bently & M. Kretschmer, www.copyrighthistory.org.

R

Rasch, Harold, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1933.

Rauda, Christian: Der Rückruf wegen gewandelter Überzeugung nach § 42 UrhG - Von Web 2.0 aus dem Dornröschenschlaf geweckt?, GRUR 2010, S.22ff.

Reber, Ulrich: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. März 2009-I ZR 153/06 – ZUM 2009, 855.

Rehbinder, Manfred; Peukert Alexander; Urheberrecht und verwandte Schutzrechte: Ein Studienbuch, 18.Aufl., 2018.

Riezler, Erwin: Deutsches Urheber- und Erfinderrecht. Eine systematische Darstellung, 1. Abt. München u. Berlin 1909. Zit. Riezler, Urheber- Erfinderrecht.

Roesenberger, Hans-Peter: Nochmals: Zur Frage des Fortbestands der einfachen Lizenz bei Übertragung des Patents, in: GRUR 1983, S.203ff.

Robolski, Hermann: Theorie und Praxis des Deutschen Patentrechts unter Benützung der Akten des Kaiserlichen Patentamtes, Berlin 1890.(s. RGZ 57, 38)

S

Schack, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl, Mohr Siebeck, 2008.

Schack, Haimo: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Aufl, Mohr Siebeck, 2017

Schack, Haimo: Unterlizenzierung einfacher Nutzungsrechte? FS Schulze, C. H. Beck, 2017, S.307ff.

Scheele, G.: Das deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, Leipzig 1892. (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>).

Schmidt, Holger: Auf dem Weg zur vollen Anerkennung immaterieller Vermögenswerte als Kreditsicherheit?, in: WM 2012, S.721ff.

Scholz, Jochen: Zum Fortbestand abgeleiteter Nutzungsrechte nach Wegfall der Hauptlieny – Zugleich Anmerkung zu BGH „Reifen Progressiv“, in: GRUR 2009, S.1107ff.

Scholz, Jochen: Mögliche vertragliche Gestaltungen zur Weitergabe von Software nach „UsedSoft II“, GRUR 2015, 142

Schricker, Gerhard(Hrsg.): Verlagsrecht, 3.Aufl., C.H.Beck, 2001.

Schricker, Gerhard; Loewenheim, Ulrich(Hrsg.): Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl. C.H. Beck, München, 2010.

Schricker, Gerhard; Loewenheim, Ulrich(Hrsg.): Urheberrecht Kommentar, 5. Aufl. C.H. Beck, München, 2017.

Schürmann, August: Die Rechtsverhältnisse der Autoren und Verleger sachlich-historisch. Halle a.S. :

Buchh. des Waisenhauses , 1889 (Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte,

Literaturquellen zum deutschen, österreichischen und schweizerischen Privat- und Zivilprozeßrecht des 19. Jahrhunderts, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/>).

Schwab, Dieter: »Eigentum«, Koselleck, Reinhard (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Band 2, 1975 S.86.

Schwarz, Mathias; Klingner, Norbert: Rechtsfolgen der Beendigung von Filmlizenzverträgen, in: GRUR 1998, 103ff.

Seligsohn, Arnold: Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1892: 2.Aufl., Berlin 1901.

Sieger, Ferdinand: Sukzessionsschutz im Urheberrecht, Fortbestand des Taschenbuch-Lizenzrechts bei Beendigung des Hauptrechts seines Lizenzgebers, in: Film und Recht 1983 S.580ff.

Siemens, Werner, Denkschrift, in : ders, Wissenschaftliche und technische Arbeiten, Bd.2, Springer, 1891, S.555.(E-Books)

Silverstein, Marcel, Erfindungsschutz und merkantilistische Gewerbeprivilegien, (Staatswissenschaftliche Studien, Bd. 43) , P.G.Keller, 1961.

Spindler, Gerhard: Lizenzierung nach M2Trade, Take five und Reifen Progressiv, Eine Analyse mit

besonderem Blick auf das Konzern- und auf das Kollisionsrecht, in: *CR 2014*, S.557ff.

Stern, Heinrich; Oppenheimer, Hans: Kommentar zum Patent-Gesetz, Stuttgart, 1919. (Pahlow, Lizenz und Lizenvertrag, S.64.)

Stieper, Malte: Verbraucherschutz im Urheberrecht, Verbraucherschutz und Recht (VuR) 2014, S.261f.

Stieper, Malte: anm. BGH: Zulässigkeit des Vertriebs gebrauchter Softwarelizenzen - UsedSoft II, in: GRUR 2014, 270.

Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd.3, 2. Aufl. Berlin 1875. (in: Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek, Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts <http://dlib-zs.mpi.de/>)

Ströbele, Paul; Hacker Franz: MarkenG, 10. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2012.

Szalai, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19. Juli 2012 – BGH I ZR 24/11 – Take Five, ZUM 2012, S.790ff.

T

Tuhr, Andreas von: Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, Berlin, 1923.

U

Ulmer, Eugen, Urheber- und Verlagsrecht, Springer, Berlin 1951 (E-book). Zit, Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht.

Ulmer, Eugen, Urheber- und Vertragsrecht, 3.Aufl. Springer, Berlin 1980 (E-book). Zit, Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht. 3.Aufl.

Ulmer-Eilfort, Constanze: Zur Interessenabwägung zwischen Hauptlizenznehmer und Unterlizenznehmer bei Wegfall der Hauptlizenz, FS Schulze, C.H. Beck, München, 2017, S.343ff.

v. Ungarn-Sternberg, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), in: GRUR 2010 273, 281.

V

Vogel, Florian: Urheber- und Erfinderrecht im Rechtsverkehr. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. Aktiv Druck & Verlag GmbH, Ebelsbach, 2004. Zit. F.Vogel, Rechtsverkehr.

Vogel, Martin: Der literarische Markt und die Entstehung des Verlags- und Urheberrechts bis zum Jahr 1800. In: Joachim Goth (Hg.), Rhetorik, Ästhetik, Ideologie. Aspekte einer kritischen Kulturwissenschaft. Stuttgart 1973. S. 117ff.

Vogel, Martin: Grundzüge der Geschichte des Urheberrechts in Deutschland, Dittrich, Robert (Hrsg.), Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?, Wien, 1988. S.125ff.

Martin Vogel: Urheberrechtsvertragsprobleme am Ende des 18. Jahrhunderts. In: Herschel, Wilhelm (Hrsg.): Festschrift für Georg Roeber: zum 10. 12. Freiburg 1981, S.243ff.

Martin Vogel, Die Entwicklung des Verlagsrechts, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift (FS GRUR), 1991, S.1211

Voigtländer, Robert: Das Verlagsrecht an Schriftwerken, musikalischen Kompositionen und Werken der bildenden Künste., Ein Handbuch der Vertragspraxis für Buchhändler, 2. Aufl. Leipzig, 1893.

W

Wächter, Oskar: Das Verlagsrecht mit Einschluss der Lehren von dem Verlagsvertrag und Nachdruck nach den geltenden deutschen und internationalen Rechten ; mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebungen von Oesterreich, Preussen, Bayern und Sachsen, Stuttgart 1858, (in: Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte / Digitale Bibliothek, Juristische Zeitschriften des 19. Jahrhunderts <http://dlib-zs.mpier.mpg.de/>)

Wächter, Oscar: Das Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Recht : systematisch dargestellt, Stuttgart 1875. (in: Bayerische Staatsbibliothek Digital <http://mdz-nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bvb:12-bsb11318861-1>)

Wächter, das Urheberrecht an Werken der bildenden Künsten Photographien und gewerblichen Mustern, Stuttgart, 1877.

Wadle, Elmar: Geistiges Eigentum Bd.1, 1999; Dölemeyer/Klippel, Patentrecht und Musterschutz, in:

Wandtke, Arthur-Axel ; Bullinger, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht: UrhR, 4.Aufl. 2014.

Wilhelm Weber, Das Deutsche Patentgesetz vom 7. April 1891 nebst Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891: Für den praktischen Gebrauch, Essen 1893.

Wedel, Hans: Zur rechtlichen Auffassung der Patentlizenz, Diss. Greifswald 1919. (s. Pahlow, Louis: Lizenz und Lizenzvertrag, S.54)

Weinmann, Conrad: Rechtsnatur der Lizenz, Bern 1996.

Wohlfarth, Cornelia: Das Taschenbuchrecht - seine Entstehung und das Problem der Fortgeltung des Taschenbuch-Lizenzrechts bei Beendigung des Stammrechts des Lizenzgebers (Europäische Hochschulschriften Recht), Peter Lang GmbH, 1991.

Wolf, Jörg ; Neuner, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. C.H. Beck, München, 2012.

Z

Zurth, Patrick: Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht: eine Dogmatische Analyse der Rechtsnatur und der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten (Studien zum Privatrecht), Mohr Siebeck, 2016.