

標準化と特許権 —RAND条項による対策の法的課題—

田 村 善 之

I 序

デジタル化技術とICチップ技術の進展により、イノベーションの累積化、集約化が図られた結果¹、一つの製品に極めて多数の特許が絡むようになった。その結果、IT産業においては、権利が多数存在することにより権利処理が進まなくなるというアンチ・コモンズ問題²が懸念されるようになってきている³。標準化の活動機関が用いるRAND (Reasonable And Non-Discriminatory) 条項あるいはFRAND (Fair, Reasonable And Non-Discriminatory) 条項⁴は、標準化活動に参加しようとしている企業が現に取得していたり、将来、取得することが見込まれる特許にかかる技術を申告させたうえで、合理的かつ非差別的な条項でライセンスをすることを求め

¹ Mark A. Lemley, *Ten Things to do About Patent Holdup of Standards (And One Not To)*, 48 B.C. L. REV. 149, 151 (2007).

² Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621, 633-59, 668-79 (1998); Michael A. Heller and Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Stifle Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998); マイケル・A・ヘラー＝レベッカ・S・アイゼンバーク(和久井理子訳)「特許はイノベーションを妨げるか」知財管理51巻10号(2001年)。

³ Nari Lee(田村善之＝立花市子訳)「標準化技術に関する特許とアンチ・コモンズの悲劇」知的財産法政策学研究11号105～109頁(2006年)。

⁴ 和久井理子『技術標準をめぐる法システム』(2010年・商事法務)278～280頁。

ようとする条項であり、アンチ・コモンズ問題の発生を可能な限り未然に防止しようとするものである。

かかるRAND条項は、標準化活動に関与しないアウトサイダーに対する有効な対策を提示するものとはなりえないという制約があり、ゆえに問題の抜本的な解決は、特許権侵害に対する救済策としての差止請求権の制限と、損害賠償額のコントロールという特許制度自体の改革を待つ必要がある⁵。とはいうものの、そのような限界があるにもかかわらず、こと標準化活動に参加し同条項に同意した特許権者からの権利行使に対しては、RAND条項を活用することで、特許制度の根本的な変革を招来するような解釈論（ex. 差止請求権の制限）を展開せずとも紛争を迅速かつ簡便に解決しうようになることが期待される。

本稿は、このようなRAND条項の活用が惹起する法的な諸課題を議論することを目的とする。

II 準拠法

1 問題の所在

標準化活動は可能な限り幅広いネットワーク効果を獲得するとともに、アンチ・コモンズに対する有効な対策となりうるように世界各国の企業を巻き込んで展開されることが少なくない。その結果、標準化機関によって採択されたRAND条項の有効性等、法的な課題に対して、いったいどの国、法域の法の下で判断するのかという準拠法の問題が生じることになる。標準化機関の採択する約款では、この問題を解決するために準拠法が指定されているが、そのような指定がいかなる者に対しても効力を有するのかということも問題となる。

⁵ 田村善之「イノヴェ이션の構造と特許制度のあり方」同『ライブ講義知的財産法』（2012年・弘文堂）255～256頁、同「特許権侵害訴訟における差止請求権の制限に関する一考察—解釈論・立法論的提言—」『競争法の理論と課題』（根岸哲古稀・2013年・有斐閣）。

2 裁判例

日本ではこれまでRAND条項の準拠法を扱った判決は公開されていないが、従前の裁判例は、特許権に関するライセンス契約については、契約と性質決定して、契約に関する準拠法を適用している。

たとえば、専用実施権設定契約に関し、当事者間に明示の合意はないが、日本における特許の実施についての契約であり、契約書は日本語で記載されており、基本契約は東京で締結されていることから、準拠法は日本法とすることに当事者間の黙示の合意があったものと認定した判決がある（東京高判平成2.9.26無体集22巻3号613頁[液体燃料組成物]、最判平成3.10.24判例工業所有権法〔2期版〕1983の39頁[同]もこれを維持）。英国特許権の侵害をめぐる紛争について過去に日本の裁判所でなされた裁判上の和解の準拠法について、日本国の法廷で日本語で締結されたものであることを理由に、当事者の黙示の意思を日本法にあると認めて、「法の適用に関する通則法」7条を適用して日本法を準拠法とした判決もある（契約当事者間の信義則に基づく義務についても、契約本体と同じものであるとする当事者の意思を認めて日本法を準拠法としつつ、大阪地判平成19.3.29平成18(ワ)6264[自動定量計量装置]）。

他方で、裁判例は、契約によって移転する知的財産権に関する権利が第三者に対する排他権に関わる場合には、その物権的な関係に関しては、契約当事者間における契約の債権的な関係とは区別して、知的財産権侵害行為に対して適用される準拠法を適用するという態度を示してきた⁶。

嚆矢となったのは、著作権に関し、譲渡契約の準拠法は法例7条1項により当事者間の（黙示的な）合意に従うが（日本の著作権の譲渡契約であることが重視され日本法とされた）、第三者に対する排他的な効力（具体的には二重譲渡の規律）に関しては保護国法（日本法とされた）が準拠法となる旨を説いた、東京高判平成13.5.30判時1797号111頁[キューピーⅠ]、東京高判平成13.5.30判時1797号131頁[キューピーⅡ]である。

事案は、両事件の原告（キューピーⅡ事件に関しては訴訟途中から独立

⁶ 裁判例、学説を俯瞰するものとして、稲垣佳典[判批]知的財産法政策学研究5号61～65頁（2005年）。

当事者参加)が、アメリカ人訴外A(ローズ・オニール)が創作したキューピー人形の日本における著作権を、Aの死後、アメリカ合衆国ミズリー州法に基づいて設立されたAの遺産財団であるB(キューピーⅡ事件原告・脱退前被控訴人)から譲り受けたと主張し、自己が製造販売するマヨネーズその他一般のソース類の商標、商品包装等において複製し、キューピー人形を配布している被告キューピー株式会社に対して、著作権侵害を理由として差止めと損害賠償を求めた(キューピーⅠ事件)、又は、キューピーのイラストを銀行業のポスター等の広告物に複製したり、キューピー人形を景品として配布する被告日本興業銀行に対して、著作権侵害を理由として差止めを求めた(キューピーⅡ事件)、というものであった。両事件における被告は、ともに、原告がBから譲り受けたと主張する時点より前の1948年に当時の遺産財団管理人Cが著作権を訴外D(ジョゼフ・カラス)に譲渡しているから、BからXへの譲渡は無効であると主張したので、著作権の譲渡を規律する準拠法の選択が問題となった。

裁判所は、「著作権の譲渡について適用されるべき準拠法を決定するに当たっては、譲渡の原因関係である契約等の債権行為と、目的である著作権の物権類似の支配関係の変動とを区別し、それぞれの法律関係について別個に準拠法を決定すべきである。」という一般論を展開する⁷。

そのうえで、第一に、「著作権移転の原因行為である譲渡契約の成立及び効力」については、本件のBから原告への譲渡契約に関しては、著作権譲渡契約中で準拠法について明示の合意がされていない場合であっても、「契約の内容、当事者、目的物その他諸般の事情に照らし、当事者による黙示の準拠法の合意があると認められるときは、これによる」旨を説き、本件譲渡契約は、アメリカ合衆国ミズリー州法に基づいて設立されたBが、日本の国民である原告に対し、日本国内において効力を有する本件著作権を譲渡するものであるから、日本の法令を準拠法とする旨の黙示の合意が成立したものと推認する、と判示した。

また、第二に、「著作権の物権類似の支配関係の変動」については、法

⁷ この説示は、後述する、東京高判平成15. 5. 28判時1831号135頁[サルパドール・ダリ]においても同文が用いられている。同じく後述する、東京地判平成21. 4. 30判時2061号83頁[苦菜花]も、語尾を除けば、ほぼ同文を説く。

例10条を引合いに出し、「著作権は、その権利の内容及び効力がこれを保護する国（以下『保護国』という。）の法令によって定められ、また、著作物の利用について第三者に対する排他的効力を有するから、物権の得喪について所在地法が適用されるのと同様の理由により、著作権という物権類似の支配関係の変動については、保護国の法令が準拠法となるものと解するのが相当である」旨を述べ、Bから原告に対する本件著作権譲渡による物権類似の支配関係の変動については本件著作権の保護国⁸である日本の法令が準拠法となるから、本件著作権について、Dに対する譲渡とXに対する譲渡が二重譲渡の関係に立つに過ぎず、Xに対する著作権の移転が効力を失うものではない、と判示した。そして、被告は、本件著作権について譲渡を受けたり、利用許諾を受けるなど、Xが本件著作権譲渡の対抗要件を欠くことを主張しうる法律上の利害関係がないから、Xは対抗要件を具備することなく、本件著作権を行使できる⁹、と帰結した。

この判決が示した債権的な関係と物権的な関係を区別する基準は、後の裁判例に引き継がれることになる。

東京高判平成15. 5. 28判時1831号135頁[サルパドール・ダリ]の事案は、

⁸ 「保護国」なる概念が用いられているのは、著作権に関する準拠法選択についてはベルヌ条約5条2項の「保護国の法令」による旨の規定が適用されるからである。これを特許権に当てはめるならば、いわゆる属地主義と同義となる(田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)560～565頁)。ベルヌ条約5条2項の「保護国」は法廷地ではなく、著作物の利用に対する保護が求められている国、つまり利用行為地のことであり、利用行為地の国の法を準拠法として選択すべきことを定めていると理解されるからである(異論もあるが、特許権を扱う本稿の趣旨から外れるので、紙幅の都合上、田村善之「職務発明に関する抵触法上の課題」同『特許法の理論』(2009年・有斐閣)499頁に譲る)。

⁹ 二重譲渡の規律に関して登記なくして第三者対抗力を有するかという問題は著作権譲渡の準拠法の問題であって(日本の著作権法が準拠法とされた結果、本件原告は被告に対して登記なくして自己の著作権の譲渡を対抗することができるようになった)、それと、対抗力を有する著作権のみが侵害行為から保護されるのかという問題とは厳密には区別されるから、「対抗要件の具備を問うまでもなく、本件著作権を行使することができる」との説示は、元来は後者の問題に関する説示である。もっとも、いずれにせよ、後者に関しても、侵害行為の準拠法である日本法が適用される(以上につき、森田博志[判批]ジュリスト1248号(2003年))。

スペイン人画家A（サルバドール・ダリ）から本件契約によりAの創作した作品の著作権の譲渡を受けたと主張する原告オランダ法人が、スペイン法人ガラ・サルバドール・ダリ財団と、日本の地方自治体、百貨店を被告として、被告が日本で開催した展覧会の会場で販売された書籍にダリの著作にかかる絵画が掲載されたことに基づき、著作権侵害を理由とする差止めや損害賠償を請求したというものであった。被告は、本件契約の準拠法であるスペイン法によると、本件契約は著作権の信託的譲渡契約に過ぎず、委任者であるAの死亡により終了している。他方で、Aは遺言によりスペイン国を全財産の包括承継人に指定しており、スペイン国は文化省に対し、全世界のダリ作品にかかる著作権について管理権および利用権を付与し、文化省は、文化省令とそれを実施するために締結された被告ダリ財団との間の契約により、全世界のダリ作品にかかる著作権の管理権及び利用権を控訴人ダリ財団に譲渡したと主張した。

裁判所は、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]と同旨の一般論を展開した。そのうえで、第一に、著作権の譲渡の原因である債権行為に適用されるべき準拠法は、法例7条1項により、当事者の意思に従って定められるべきところ、本件契約は準拠法をスペイン法とする合意がされたから、これに従うと判示し¹⁰、スペイン法上、本件契約は信託譲渡契約であって、Aの作品にかかる原告の権利は、Aの死亡、又は遅くとも文化省が本件契約はAの死亡により終了した旨をAに通知した時点で確定的に失われたと認定する。ゆえに、本件はこれをもって請求棄却という結論になるわけであるが、念のため、原告の主張どおり本件契約が譲渡契約であったと解した場合の本件の帰趨についても判断すると尚書きを付したうえで、第二に、本件著作権の物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は、スペイン法ではなく、「保護国」である日本の法令であると解されると説き、日本の著作権法77条1号、78条1項により、原告は、本件著作権の取得について対抗要件である著作権の移転登録を了しない限り、被告に対し本件著作権に基づく請求をなすことはできないことを理由に、請求を棄却した。

さらに、東京地判平成21.4.30判時2061号83頁[苦菜花]も、一般論とし

¹⁰ ダリの死亡による財産の相続は法例26条によりスペイン法による、という。

で同旨を説く判決である。事案は、中国法人である訴外Aと訴外Bが共同して撮影制作した本件テレビドラマについて単独で著作権を有していたAとの間で、本件テレビドラマを含む6本のテレビドラマについて韓国、日本、シンガポール、マレーシアにおける著作権の本件譲渡契約を締結した原告が、電気通信役務利用放送事業を営む日本法人である被告亜太メディアジャパンとその委託を受けた日本法人である被告スカパーJSAT株式会社に對し、本件テレビドラマのCSデジタル放送（通信衛星(CS)を利用したデジタル多チャンネル放送）を行い、本件テレビドラマの著作権を侵害したと主張したというものであった。裁判所は、一般論として前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]と同旨を説く。そのうえで、第一に、Aと原告との間の本件譲渡契約は、中国法人である両当事者が締結した契約であり、両者の間に準拠法を中国の法律とする旨の合意が存在することを理由に、法例7条1項により、準拠法を中国法とした。また、第二に、本件著作権の譲渡の第三者に対する効力にかかる物権類似の支配関係の変動について適用されるべき準拠法は保護国法の法令である日本の著作権法が準拠法となると説いたうえで、中国の衛星放送チャンネル運営会社である訴外Cとの番組提携契約に基づき本件ドラマの放送権を譲り受けているとの被告亜太メディアジャパンの主張に対して、CがAから本件ドラマの日本における放送権（公衆送信権）の譲渡を受けたと認めることはできず、ゆえに、被告はAから原告への本件著作権の移転につき対抗要件の欠缺を主張する正当な利益を有さず、日本の著作権法77条1項柱書きの第三者に該当しないから、原告は被告に対して、登録なくして、本件著作権を対抗することができると判示した¹¹。

特許権に関しても、職務発明に関する特許を受ける権利の譲渡にかかる場面であるが、かかる二分法を踏襲するかの如き説示を示すものとして、東京地判平成16.2.24判時1853号38頁[味の素]¹²、最判平成18.10.17民集60巻8号2853頁[日立製作所]がある。

知的財産権に関し、物権変動の原因たる法律行為と、物権変動そのもの

¹¹ 控訴審である知財高判平成21.10.28判時2061号75頁[苦菜花]では、準拠法は争点とされていない。

¹² 田村善之[判批]ジュリスト1291号(2005年)。

を区別し、前者は当該法律行為の準拠法、後者は物権の準拠法によるとするこの考え方は、学説の多数を占めている見解でもあり¹³、これが「通説」であると評されることもある¹⁴。

もともと、学説では、債権的効力と物権変動を分ける二分法ではなく、内部の契約の当事者限りでは契約の準拠法を適用し、外部の第三者との関係では物権に関する準拠法を適用するという考え方も有力に主張されて

¹³ 齊藤博[判批] 池原季雄＝早田芳郎編『涉外判例百選』（第2版・1986年・有斐閣）249頁、木棚照一『国際工業所有権法』（1989年・日本評論社）154～155・165～166頁、江口順一＝茶園成樹「国際取引と知的財産」松岡博編『現代国際取引法講義』（1996年・法律文化社）192頁、山田鎌一『国際私法』（第3版・2004年・有斐閣）389頁。多義的な概念である「保護国」という連結点の提示の仕方に疑義を示し、「有体性のない」著作権の所在地は一般的には決定できないが、「権利性」が明確に現れるのは、観念的存在としての権利という「力」を行使すべきところである、それが侵害行為地であるから、その地を権利の所在地とするという論法を示すが、佐藤やよひ[判批] コピライト514号29頁（2004年）。法例10条ではなくベルヌ条約5条2項による保護国法に連結されると説くが、松岡博[判批] 私法判例リマークス29号139頁（2004年）。物権類似のものというのではなく、端的に著作権の移転に関わることを理由付けとすべきとしつつ、稲垣/前掲64～65頁、嶋拓哉[判批] 知的財産法政策学研究31号（2010年）も参照。

他方、木棚照一『国際知的財産法』（2009年・日本評論社）は、工業所有権に関してはこの見解に与しつつ（同456～458頁）、著作権に関しては、知的財産権における属地主義の原理を保護対象の公示の必要性に求める立場から考察すると、著作権が権利の発生に登録という公示を要しない権利であることを理由に、「最初の権利者や権利の譲渡性など」については、必ずしも保護国法によらなくてもよい旨を示唆する（同239～240頁）。

¹⁴ 佐藤/前掲29頁、駒田泰士[判批] 櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』（新法対応補正版・2007年・有斐閣）98頁、羽賀由利子[判批] 九大法学96号90頁（2009年）。

他方、神前禎/神前禎＝早川吉尚＝元永和彦『国際私法』（第2版・2006年・有斐閣）216頁は、本文で後述する内部関係と外部関係で区別する説との両論を併記する。「通説」かどうかはともかく、多数説ではあろう（高杉直[判批] ジュリスト1269号286頁（2004年）、早川吉尚[判批] 中山信弘＝大淵哲也＝小泉直樹＝田村善之編『著作権判例百選』（第4版・2009年・有斐閣）226～227頁）。

いる¹⁵。裁判例でも、この立場に与することを明言したわけではないが、ヨルダン国の商標権譲渡契約の解除もしくは不存在を理由に、移転登録の抹消登録手続を請求したという事件で、譲渡契約の準拠法とされた日本法のみを適用する判決がある（ヨルダンにおける別訴で、適法に譲渡され適式に移転登録されたと認定する最高裁判決を引用しつつ、東京地判平成16.3.4平成13(ワ)4044[FUJIKI]、東京高判平成16.8.9平成16(ネ)1627[同]）。

そして、このように契約当事者の内部関係と第三者に対する外部関係という二分法を提唱する見解の拠り所とされる最高裁判決がある。それが、知的財産権に関するものではないが、最判平成6.3.8民集48巻3号835頁である。判旨は、相続財産に関する共同相続人間の法律関係（それが共有になるか否かなど）や遺産分割前に本件不動産の持分の処分をすることができるかという問題は、相続の効果として法例25条によるが、相続にかかる持分について、第三者に対してなした処分に物権変動の効果が生じるかという問題に関しては、法例10条2項によると判示している。いわく、「本件においては、Aの相続人である上告人らが、その相続に係る持分について、第三者である被上告人に対してした処分に権利移転（物権変動）の効果が生ずるかどうかということが問題となっているのであるから、右の問題に適用されるべき法律は、法例10条2項により、その原因である事実の完成した当時における目的物の所在地法、すなわち本件不動産の所在地法である日本法というべきである。もっとも、その前提として、上告人らが共同相続した本件不動産に係る法律関係がどうなるか（それが共有になるかどうか）、上告人らが遺産分割前に相続に係る本件不動産の持分の処分をすることができるかどうかなどは、相続の効果に属するものとして、法例25条により、A（被相続人）の出身地に施行されている民法によるべきである。」さもないと「著しく取引の安全を害することになるからである」¹⁶。この事件では、法例25条に従って相続の効果に関する準拠法とされる中華民國法によると、遺産分割前に相続人は相続にかかる持分を処分する権利

¹⁵ 森田/前掲148頁。

¹⁶ 取引の安全に関する本判決の説示の評価として、森田博志[判批]ジュリスト1071号148頁(2005年)を参照。

を有していないことになるが、それにもかかわらず、第三者との関係では、取引の安全が重視され、法例10条2項により日本法が適用された結果、処分の効果は有効とされることになったのである¹⁷。

この最高裁判決の採用した二分法は、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]における債権的効力と物権変動を分ける二分法とは異なるものであるように読める¹⁸。なぜならば、最高裁判決は、共同相続人間の相続財産に対する権利関係が共有となるか否かということや、相続人による相続持分の処分の可否という、共同相続人間の関係ではあるが、間違いなく物権(変動)の問題についても、これを相続準拠法に依らしめているからである。この説示は、当事者間の内部関係は、物権変動に関わる関係であっても、その原因行為に適用されるべき準拠法によって処理されるべきことを示しているように思われるからである¹⁹。そして、原因行為に適用すべき準拠法は、この事件では相続準拠法であったが(その意味で債権関係に適用すべき法ではなかった)、原因行為が譲渡契約である場合には、譲渡契約の準拠法ということになるのではなかろうか。

3 RAND条項への当てはめ

以上に紹介した従前の裁判例の基準を、法廷地が日本であるということをも前提にして(したがって、法廷地である日本の抵触法規が適用されることを前提にして)、RAND条項に当てはめる。

第一に、標準化機関と特許権者との間のRAND条項にかかる法律関係に

¹⁷ 早川眞一郎[判批]法学教室168号155頁(1994年)。他の裁判例につき、稲垣/前掲62～63頁。

¹⁸ しかし、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]も本判決を引用している。もともと、直接的には、キューピーⅠ事件、キューピーⅡ事件における本件著作権の譲渡がAの相続財産の処分ではあるが、それに適用される準拠法は相続の準拠法ではないことを示す先例として引いているに止まり、それ以上に、著作権の譲渡について債権行為と物権変動を分けるとするその説示の先例として引用したわけではない。

¹⁹ 以上、ほぼ全面的に、森田/前掲ジュリスト1071号147～148頁による。大内俊見[判解]『最高裁判所判例解説民事篇平成6年度』(法曹会)254・258～259頁も参照。

関しては、契約と性質決定をして（前掲東京高判[サルバドール・ダリ]、前掲東京地判[苦菜花]）、法の適用に関する通則法7条、8条により準拠法が選択されることになる。

そして、準拠法に関する当事者間の合意が存在するのであれば、その合意に従って準拠法が選択されることになるが（前掲東京地判[苦菜花]）、かりに標準化機関が策定した標準化約款に準拠法の指定がない場合には、通則法8条1項によって最も密接な関係がある地の法による。

この点に関しては、前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]は、黙示的な合意を付度したが、法の適用に関する通則法が制定される前の事件である。当時、法例は、7条1項の当事者自治が適用されない場合には同2項で行為地法によるという規律を定めていたので、契約締結地が当事者の法律関係とはあまり関係がない場合等、形式的、硬直的な準拠法選択を回避するために黙示の意思が探求されていたという経緯がある。法の適用に関する通則法が制定され、最密接関係地法という柔軟な抵触法ルール適用が可能となった現在、黙示の合意の法理に依拠する必要性は失われている²⁰。

具体的に最密接関係地がどこかということを確定する際には、標準化機関の所在地、設立準拠法、標準化約款の使用原語などが参酌されることになる。

第二に、従前の裁判例に鑑みると、標準化機関と特許権者との間の関係が標準化約款の最密接関係地法で規律されるということは、ただちに第三者である標準化技術の利用者との関係についてまで同国法で規律されるということを意味しない。RAND条項の効果は、特許権者が有する排他的な権利を標準化技術を利用する第三者に対して行使しうるか否かという問題を規律するものであるから、内部関係と区別される外部関係というか（前掲最判平成6.3.8）、債権の効力と区別される物権的な効果の問題というか（前掲東京高判[キューピーⅠ]、前掲東京高判[キューピーⅡ]、前掲東京高判[サルバドール・ダリ]、前掲東京地判[苦菜花]）はともかく、いずれにせよ契約として性質決定されるのではなく、特許権ないし物権の間

²⁰ 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門』（第6版補訂版・2007年・有斐閣）200頁、駒田/前掲99頁。

題として性質決定されることになると考えられる。

より具体的に敷衍すると、まず内部関係と外部関係を区別する見解に立脚する場合には、契約外の第三者である標準化技術の利用者の予測可能性を確保するためには、特許権者と標準化機関の間の契約に関する準拠法を適用するのではなく、特許権が標準化技術の利用者に対して行使される場合の法律関係に関する準拠法を適用すると考えられる。したがって、標準化技術の利用者が日本国内で標準にかかる製品を製造販売する限り、RAND条項が第三者である標準化技術の利用者に対してどのような要件の下でどのような効力を有するののかということに関しては、行為地である日本法が準拠法となると解される。

他方で、債権的効力と物権的な効果を区別する考え方を採用する裁判例に関しては、あるいは、従来、これらの裁判例が扱っていたのは、第三者に対して著作権の移転契約がなされた場合ばかりであり、本件のように第三者に与えている権利が物権そのものではなく、物権に関するライセンスに止まる場合とは区別されるという見方が唱えられるかもしれない。しかし、契約にかかる法律関係に関する準拠法の選択において債権的効力と物権的な効果を区別されるのは、契約当事者間の問題と第三者の問題が区別されるからである。そうだとすると、ここで肝要なことは、問題の契約によって第三者に与えられる権利が物権かどうかということではなく、問題の契約がなければ第三者に主張されることになる権利が（契約当事者間の債権的な効果に止まらず）第三者に対しても主張しうる物権かどうかということとなるはずである。ゆえに、債権的効力と物権的な効果を区別する裁判例の下でも、RAND条項が第三者である標準化技術の利用者に対してどのような要件の下でどのような効力を有するののかということに関しては、物権（類似の権利）である特許権の効力の問題として性質決定して、特許権の効力に関する準拠法、すなわち日本での利用行為に対しては日本法が適用されることになろう²¹。

²¹ 最判平成14. 9. 26民集56巻7号1551頁〔FM信号復調装置〕は、米国特許権の技術的範囲に属する製品を日本で製造し米国に輸出していた行為に対して、米国特許権者が米国特許権の寄与侵害（日本法の間接侵害に相当）を理由として訴訟を提起したという事件で、アメリカ合衆国の特許権に基づく差止めと廃棄請求に関しては、

したがって、いずれの立場に与したとしても、特許権者が標準化技術の利用者に対して特許権を行使することによって発生する法律関係に関しては、準拠法は日本法となると解される。このように解釈することなく、特許権者と標準化機関間の契約関係に適用される準拠法を、そのまま第三者である標準化技術の利用者にまで適用するという考え方を採用してしまうと、第三者の不測の不利益を防ぎえないことになる。特に第三者のためにする契約の要件が国によって異なり、現在の日本法²²のように、第三者に対する効果の発生に第三者の受益の意思表示を要求するという規律が国際的には普遍的なものではないことに鑑みる場合には²³、かかる準拠

法律関係の性質の特許権の効力と決定したうえで、条理に基づき、当該特許権と最も密接な関係がある国であり、当該特許権が登録された国であるアメリカ合衆国の法律が準拠法となるとしつつ、同国の特許権に基づき日本における行為の差止め等を認めることは、アメリカ合衆国特許権の効力をその領域外である日本に及ぼすのと実質的に同一の結果を生じることになり「属地主義」に反するので、法例33条にいう公の秩序に反するものと解される、と帰結した。また、損害賠償請求については、不法行為と性質決定して、その準拠法は法例11条1項によるとしつつ、本件では同項にいう原因事実発生地は直接侵害行為が行われ権利侵害という結果が生じたアメリカ合衆国であるが、「属地主義」の原則をとり、アメリカ合衆国特許法271条(b)のように特許権の効力を自国の領域外における積極的誘導行為に及ぼす規定を持たない日本法の下では、これを違法ということはできず、法例11条2項「外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキ」に当たるから、アメリカ合衆国特許法の該当規定を適用することはできない、と帰結した。

この最高裁判決の論法には、抵触法の理論として首肯することができないところがあるが(詳しくは、田村/前掲知的財産法政策学研究5号507～509頁)、ともあれこの最判を適用するのであれば、差止請求に関しては、日本の特許権が主張される限り、登録国である日本法が適用され、損害賠償請求に関しては法の適用に関する通則法22条1項により、加害行為(＝特許発明の実施行為)による結果(実施行為により特許権者が被る損害)の発生地である日本の法が適用される。

²² 現在進行中の債権法改正作業において発表された基本方針では、第三者のためにする契約の成立と同時に、受益者は債権を取得するとされている。ただし、受益者が付随的な負担を負う場合には同意が必要となる(民法(債権法)改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』(2009年・商事法務)410～411頁)。

²³ 新堂明子「第三者のためにする契約法理の現代的意義(1)」法学協会雑誌115巻10号1505～1506頁(1998年)によると、フランス民法は第三者による受益の意思表示を

法選択を忌避すべきものであることがよりいっそう明らかとなるように思われる。

裁判例でも、第3世代移動通信システム(3G 9)にかかる標準化団体であるETSI(欧州電気通信標準化機構)の会員である被告(三星電子株式会社)が、ETSIのIPRポリシーに従ってFRAND宣言をなした特許権に基づいて、原告(Apple Japan 合同株式会社)による本件各製品の輸入、販売等について本件特許権侵害に基づく原告に対する損害賠償請求権を有しないことの確認を求める訴訟に関する準拠法が争点となった事件で、本件特許権侵害に基づく損害賠償請求権の法律関係の性質を不法行為と性質決定したうえで、通則法17条に従い、「加害行為の結果が発生した地の法」であるところの日本法を適用した判決がある(東京地判平成25.2.28平成23(ワ)30843[「パケットデータを送受信する方法及び装置」])。同判決は、そのうえで、被告がFRAND宣言をしていたにもかかわらず、誠実交渉の義務を尽くさないで行う損害賠償請求は、「権利の濫用」に当たるとして、原告の請求を認容しているから、権利濫用という帰結を導く考慮事情という形ではあるが、FRAND宣言にかかる法的問題を日本法の下で処理していることになる。(少なくとも準拠法に関しては)もとより正当である²⁴。

4 小括

以上の考察の結果、結論として、本稿は、少なくとも日本が法廷地とさ

権利の確定要件としているが、ドイツ法は受益の意思表示という観念を持たず、第三者が取得する権利の確定の要件は契約の解釈の問題となるという法制を採用している。アメリカ合衆国は、両者の中間であり、第三者の同意以外の理由により権利取得が確定する場合があることを認めている、という。

²⁴ なお、同判決は、加害行為の結果発生地を日本法と解する理由として、「本件各製品の輸入、販売が行われた地が日本国内であること、我が国の特許法の保護を受ける本件特許権の侵害に係る損害が問題とされていること」を挙げている。この二つの理由うち、後者は、被告が日本の特許権の侵害を主張すれば日本法が適用されるということを意味するから、被告主張にかかる特許法の適用を導くものであり、双方向的な抵触規則とはいいいがたいという問題点を含んでいる(田村/前掲知的財産法政策学研究5号23～24頁)。

れた結果、日本の国際私法が適用される場合には、RAND条項の契約としての側面、換言すれば、契約の成立、有効性等、契約当事者である標準化機関と特許権者との間の債権的關係に関しては契約の準拠法によるが、RAND条項が標準化技術の利用者に及ぼす影響に関しては、特許権の第三者に対する排他権の問題として、準拠法は発明の実施行為地によると理解することが、法廷地を日本とする従前の裁判例に沿った解決となる、と考える。

ゆえに、この場合、日本において第三者が標準化技術にかかる特許発明を実施している場合、当該第三者の特許権侵害の責任の成否に対してRAND条項がどのような効果を有することになるのかという問題は、標準化約款に適用されるべき準拠法ではなく、日本法に従って判断されることになる。

もともと、当該第三者がたまたま標準化活動にも参加しており、標準化約款の一方当事者であったというような場合には、標準化約款の(黙示的)解釈の問題として、当該第三者のかかる責任に関しても標準化約款によって解決を図ろうとしているのかどうかということが問題となるから、その契約の解釈は標準化約款に適用されるべき準拠法の下で行われることになる。その結果、契約の範囲外にあると解釈された場合には、元に戻って、日本の特許法の下で特許権侵害の成否が問題とされることになる。

Ⅲ 第三者のためにする契約

1 問題の所在

以上のように、法廷地が日本であった場合、RAND条項がどのような要件の下で契約当事者外の第三者である標準化技術の利用者にどのような効力を及ぼすことになるのかということは、日本法の下で判断されると解される。

その場合、具体的に吟味されるのは、第三者のためにする契約を規律する日本民法537条である。

2 債権法改正における議論

日本の民法537条の文言は、第三者のためにする契約をいかなる形式のものであっても完全に自由に認めるという方針を採用しているわけではない。同条1項は、条文中、「債務者に対して直接にその給付を請求する権利」を取得することを定めており、第三者が給付請求権を内容とする債権を取得する場合を想定しているように読める。また、同条2項は、受益者の権利は、受益者が諾約者に対して「契約の利益を享受する意思を表示した時」に発生する、と定めており、契約の成立と同時に権利が発生するのではないものとし、その発生を受益の意思表示にかからしめている。

かかる制約がいかなる趣旨に基づいて課されたものであるのかということは、起草過程からは定かではないところがある。起草過程の説明では、契約の相対効を原則として貫き、第三者のためにする契約を全面的に否定するわけでもなく、他方で、当事者の意思に従い、いかなる形式のもでも自由とするわけでもなく、その中間を狙ったとされるが²⁵、中間といっても選択肢は種々ありえるところ、何故、現在の民法典の条文のところまで収めたのかということが分からないからである²⁶。利益を取得するに止まるのに受益の意思表示が必要とされる理由も、自己の意思と無関係に利得するのは日本人の考え方に合わない²⁷という抽象的な理由で退けられているに止まる。

このように合理的な理由を見出しがたい制約は、その後の第三者のためにする契約をより広く活用しようとする実務的な需要に接するなかで、後述するように、第三者のためにする契約は受益者の負担を伴うものでもよいとか、受益の意思表示は擬制的なものでもよいなど、裁判例によって次第に緩和されていくのであるが、そのようにして裁判例によって緩和された現在の日本民法における第三者のためにする契約の法理に関する規律について、合理的な説明を与えることに成功したのが、民法（債権法）改

²⁵ 『法典調査会民法議事速記録(3) 第56回-第84回』(1984年・商事法務研究会) 782頁〔富井正章発言〕。

²⁶ 新堂/前掲1506頁。

²⁷ 前掲法典調査会議事速記録782頁〔富井発言〕。

正検討委員会による『債権法改正の基本方針』²⁸の分析である。

その分析は、「契約当事者ではない第三者に権利が発生することをどのように説明するのか。…歴史的には、さまざまな学説が理論構成を競ってきた。しかし、今日の観点から見ると、受益者は利益を受けるだけであり、それがその者の意思に反しない限り、受益者にとって不当な状況は生じない。したがって、取引上の必要性を無視してまで受益者の権利取得を阻止する理由はない」という指摘から開始される。契約の相対効というドグマを守ることをのみを理由に、何らかの制約を第三者のためにする契約に課そうとする考え方を牽制したのである。ゆえに、第三者のためにする契約をどこまで認めるのかということは、(ドグマの問題ではなく)「純粹に立法政策の問題である」とされるのである²⁹。

そして、立法政策という観点の下で、在来契約の相対効というドグマは、次のような利益衡量を示すものとして、形を変えて復活することになる。いわく、「一般論としては、受益者と諾約者の間に契約を成立させることは、受益者に常に有利であるとは限らない。その意味では、受益者・諾約者間に契約を成立させるためには、あくまで両者の間で、交渉と合意という通常の契約成立の手順が踏まれるべきである」³⁰。受益者に不利益が発生するものに関しては、通常の契約交渉プロセスを経るのが望ましいというのである。

逆にいうと、受益者に常に有利である場合には、そのような通常の契約の成立の手順を飛ばしてよいことになる。したがって、同基本方針では、第一に、第三者のためにする契約のうち、受益者が債権を取得するだけで何ら負担を伴わないものに関しては、現行法と異なり、受益者の同意を要することなく、ただちに受益者は諾約者に対する債権を取得する(債権法改正の基本方針[3. 2. 16. 02](債権取得型))³¹。第二に、ただし、その際に、受益者が付随的に負担を負うことが約されたときは、受益者が諾約者に対

²⁸ 民法改正検討委員会編・前掲410～415頁。詳細な解説とともに、同編『詳解 債権法改正の基本方針 V 各種の契約(2)』(2010年・商事法務)363～399頁。

²⁹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解363～364頁。

³⁰ 民法改正検討委員会編・前掲詳解380頁。

³¹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解372頁。

して同意の意思表示をしたときに、受益者は諾約者に対する債権を取得する（債権法改正の基本方針[3. 2. 16. 03]（負担付債権取得型））³²。第三に、さらに、単なる付随的な負担に止まらず、反対給付の債務を負うことまでもが約されたときは、当該第三者のためにする契約が、受益者が諾約者から財産権の移転又は役務の提供を受ける債権を取得するというものである場合に限って、受益者が諾約者に対して同意の意思表示をしたときに、要約者と諾約者との間の約定で定められた内容の契約が受益者と諾約者の間に成立したものと扱われる（債権法改正の基本方針[3. 2. 16. 04]（契約成立型））³³。第四に、その他、要約者と諾約者の間で合意された受益者の諾約者に対する責任の制限や免除に関する条項を受益者が援用できることが約されたときは、受益者は当該条項を援用することにより、要約者と諾約者との間の合意のときから、諾約者との関係で当該条項の適用を受けていたものとみなされる（債権法改正の基本方針[3. 2. 16. 06]（条項援用型））³⁴。

かかる基本方針の分析は、法改正を睨んだものではあるが、従前の裁判例による第三者のためにする契約の法理の発展を踏まえ、真に問題とされるべきことは何であるのかということを明らかにしたものととして、現行法を理解するうえでも大いに参考になる。受益者が負担なしに権利を取得する場合には受益者の権利の発生のために受益の意思表示を必要としないという考え方の導入は、平成25年3月に公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」においては見送られることとなったが、それは先に示した基本方針の第三者のためにする契約に対する原理論的なアプローチに問題があると判断されたからではなく、反社会的勢力が関係する債権等を押し付けられることになったり、権利の取得時期が不明確となって時効管理や会計処理等に支障が生ずることになったりしかねないといった、原理論的な観点から見ればやや周縁的な問題に関する配慮に起因していることを看取することができる³⁵。取引上の必要性があって、受益者に

³² 民法改正検討委員会編・前掲詳解378頁。

³³ 民法改正検討委員会編・前掲詳解379～380頁。

³⁴ 民法改正検討委員会編・前掲詳解388頁。

³⁵ 法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」

実質的な負担を課すものでない場合には、契約の相対効というドグマを維持する必要はないとの基本方針の分析は、第三者のためにする契約に関する基本原理として掲げられたものであり、現行法にも妥当すると解されるということが肝要である。

3 RAND条項への当てはめ

1) 序

第三者のためにする契約につき、契約は二当事者間で締結されるに止まるとする相対効のドグマの問題ではなく、取引上の必要性があつて、受益者に実質的な負担を課すものではない場合には、これを認めてよいとする原理的な理解に則って、以下、RAND条項の効力を吟味してみよう。

2) RAND条項の必要性

冒頭に述べたように、IT産業では、デジタル化技術、あるいは半導体チップにおけるプリント技術が発展し、イノベーションが漸進的、累積的に進められている。その結果、一つの標準化技術について、数百から数千を超える数の特許が集積的に関与しているとさえいわれている³⁶。RAND条項は、そのために生じた下記の三つの課題に対処するために編み出された条項である。

第一の課題が、アンチ・コモンズ問題である。

IT産業においては、極めて多数の権利の処理が必要とされるために³⁷、

378～380 頁 (<http://www.moj.go.jp/content/000109950.pdf>)。

³⁶ DAN L. BURK AND MARK A. LEMLEY, THE PATENT CRISIS AND HOW THE COURTS CAN SOLVE IT 27 (The University Chicago Press 2009).

³⁷ そもそも、補完財に関する各財の権利が複数の者に分属している場合で、各財の権利者が独占価格を付けることができる場合には、単独所有の場合と比べて、理論的に、独占価格がより高額なものとなること(＝クールノー問題)が知られている(スザンヌ・スコッチマー「巨人の肩の上に立って：累積的発明の保護」同(安藤至大訳・青木玲子監訳)『知財創出 イノベーションとインセンティブ』(2008年・日本評論社)150～153頁、和久井・前掲165頁、Dan L. Burk and Mark A. Lemley(山崎昇訳)「特許法における政策レバー(1)」知的財産法政策学研究14号88～89頁(2007

技術の利用が進まなくなるというアンチ・コモンズの問題³⁸が顕在化している³⁹。

IT産業において標準化活動が盛んに行われている⁴⁰理由の一端は、いうまでもなく、技術を標準化し、ネットワーク効果を実現することで、ユーザーの利便性を高めるとともに、参加企業にとっても敗者となるリスクを減じるところにある。しかし、標準化活動のもう一つの側面として見のがせないのが、パテント・プールを形成することによるアンチ・コモンズ対策である⁴¹。標準化の活動機関は、保有している特許や、特許になりそうな技術を申告させうえて、本件のようなFRAND条項、あるいはRAND条項、すなわち、(公正であって) 合理的かつ非差別的な条項でライセンスをするように、という条項を入れ、少なくとも標準化活動に参加する企業が保有している特許に関しては、ライセンスの成立を簡便化することでアンチ・コモンズ問題を抑止しようと試みているのである⁴²。

第二の課題が、ホールド・アップ問題である。

標準化活動に参加した企業にとっては標準化活動自体に多大な時間と資金が投入されるとともに、標準化がまとまった後には、標準技術を採用した企業においては生産ラインの整備や標準化対象製品の開発がなされるため、当該技術を利用しないと無駄になってしまう投資(＝関係特殊の投資)が多分に投入される。その分、当該技術を利用せざるをえない状況に追い込まれてしまい(＝ロックイン)、標準化技術にかかる特許権者から要求されるライセンス料が高額なものであっても払わざるをえないと

年))。多数の権利が錯綜するアンチ・コモンズの場合には、それに取引費用の高額化という問題が加わる。

³⁸ Heller, *supra* note 2, at 621, 633-59, 668-79; ヘラー＝アイゼンバーグ/前掲。

³⁹ 参照、Lee/前掲。

⁴⁰ Branislav Hazucha (佐藤豊訳)「国際技術標準と必須特許(1)(2・完)－技術の競争に関する国際ハーモナイゼーションの観点から－」知的財産法政策学研究34～35号(2011年)。

⁴¹ 和久井・前掲375～377頁、土井教之ほか「標準化の経済効果－スプリット型標準化の事例－」知的財産法政策学研究30号1頁(2010年)。

⁴² 和久井・前掲278～280頁。

いう事態(=ホールド・アップ)⁴³に陥る。これに対して、RAND条項は、標準化に参加した企業の保有している特許に関してはいきなり差止めを請求されたり、法外なライセンス料を請求されたりすることを防ぐことにより、ホールド・アップ問題を抑止することにも活用されることになる。

第三の課題が、ロイヤルティ・スタッキング問題である。

アンチ・コモنز問題に付随する問題であるが、標準化技術にあっては、極めて多数の権利が関与しているために、個別のライセンス料が絶対値としてはかなり低い料率であっても、積み重なることによって高額化するというロイヤルティ・スタッキング(Royalty Stacking)の問題⁴⁴が起きている。RAND条項には、ロイヤルティの料率を抑止することで、ロイヤルティ・スタッキングの問題を幾分かは緩和することが期待される⁴⁵。

このように、RAND条項は、標準化技術に関してこれらの三つの問題が発生することを防ぐことを意図するものであるが、その目的を十全に達成するためには、RAND条項を第三者が援用できるようなものとする必要がある。かりにRAND条項を契約の当事者ではないという理由で第三者が援用できないとすると、なかには標準化技術を実施した製品の製造を躊躇せざるをえない者も出てくるであろう。かかる事態は、標準化技術の普及をめぐす標準化活動の目的に反する。ゆえに、RAND条項は、標準化活動の参加者であって、標準化技術の利用に必須の特許権の保有者のコミットメントとして、第三者が援用しうるものでなければならない。それを可能とする法律構成が、まさに第三者を受益者とする第三者のためにする契約にほかならない。

⁴³ 田村善之「市場と組織と法をめぐる一考察」同『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)16~20頁。

⁴⁴ Mark A. Lemley and Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991, 1993 (2007).

⁴⁵ もっとも、企業の自社技術に対する評価はしばしば過大であり、そうでなくても戦略的に行動するため、RAND条項だけではこの問題を解決できない。ゆえに、独占禁止法違反問題が起きないのであれば、ロイヤルティ総額をたとえば全体の製品価格の20%内にするというような、シーリングないしキャップを設けた方がよいといわれている(Lemley, *supra* note 1, at 158-61)。

3) RAND条項の受益者にとっての意義

他方で、RAND条項は、かりにこれが第三者のためにする契約であると法的に評価された場合の受益者となる標準化技術の実施者に実質的な負担をもたらすものではない。

この点に関しては、RAND条項が、合理的かつ非差別的であるとされているとはいえ、ライセンス料の負担を受益者に求めるものであるから負担がないとはいえないという反論が加えられるかもしれない。しかし、このような反論は、正鵠を射ていない。

第一に、一定の負担があっても第三者のためにする契約を有効とするのが従前の判例法理である。受益者が不動産の代金300円の支払いと引き換えに諾約者の所有する山林を譲渡するという契約が、反対給付を伴うものであるにもかかわらず、第三者のためにする契約として有効であるか否かということが争点となった事件で、大判大正8. 2. 1民録25輯246頁は、「民法第五百三十七条ノ第三者ノ為メニスル契約ニ於テ其契約ノ利益ヲ受クヘキ第三者ノ権利ハ必スシモ単純ナルコトヲ要スルモノニ非スシテ之ニ反対給付ノ伴フコトヲ妨クルモノニ非サル」と判示し、その有効性を認めている（それより先に既に、大判明治36. 3. 10民録9輯299頁が反対給付を伴うものでも第三者のためにする契約が成立することを認めていた）。

第二に、先に示した反論は、RAND条項がなかった場合の特許発明の実施者が置かれる状況と比較するという視点を欠いている。すなわち、RAND条項がなかったとしても、いずれにせよ特許発明を実施する者は、特許権者から許諾を得ない限り、損害賠償請求の形で、あるいは、不当利得返還請求の形で、実施料相当額を支払わなければならない地位にある。そして、特許権侵害の場合、過失の推定が覆滅されることは滅多にないから⁴⁶、たいていの場合、損害賠償が問題となるどころ、損害賠償に関しては102条1項の逸失利益の推定や、102条2項の侵害者利益の推定が働く場面があることに加えて、最低限の賠償額として（102条4項1文参照）常にその賠償が認められる102条3項の相当実施料額の賠償額は、一般的に

⁴⁶ 出願公開を待たずに審査が進み特許が付与された結果、特許の登録を知らせる特許公報発行前の時点で過失の推定が否定されることはある（大阪地判平成13. 7. 26平成12(ワ)4184〔壁紙糊付機〕）。

約定の実施料額よりも高額なものとなる傾向があるとされていることに注意しなければならない⁴⁷。

以上の2点に鑑みると、RAND条項がライセンス料という反対給付を要求するということをもって、第三者のためにする契約の成立を否定する理由はないと考えられる。

4) その他の問題

RAND条項は、単にRAND条件を内容とするライセンス契約の締結に向けて誠実に交渉する義務を諾約者に課しているものと読むことができるが、条項の文言やその解釈次第では、諾約者である特許権者と、受益者である規格採用者との間で、RAND条件の下でのライセンス契約の締結を目的としていると読むことも可能であろう。後者の場合、単純に通常実施権を付与するに止まらず、RANDに従ったライセンス料の支払いを義務付ける契約を発生させることになるので、単に第三者に対する権利の付与を認めているかに止まる民法537条の下で、そこまで第三者のためにする契約を拈げることができるのかということが問題となる。

しかし、かりに後者の解釈を採用したとしても、従前の裁判例では、第三者のためにする契約によって受益者が当事者となる契約の締結がなされることを認めている(前掲大判大正8.2.1、大判大正14.7.10民集4巻623頁)⁴⁸。この点、基本方針の考え方の下でも、先に示したように、反対給付であるRAND条件に基づくライセンス料は受益者に実質的な意味で負担を課すものではなく、他方で取得するのは通常実施権という単純な債権であって、当事者間の契約交渉というプロセスをあえて経るまでもなく契約の成立を認めてよい類型と考えられる⁴⁹。ゆえに、特にこの点が妨げとなつて第三者のためにする契約の成立が否定されるものではないと考えられる。

また、RAND条項は、将来、標準技術を採用する者であれば、誰でも受

⁴⁷ 田村善之/増井和夫＝田村善之『特許判例ガイド』(第4版・2012年・有斐閣)384～385頁、同「特許権侵害に対する損害賠償」同・前掲ライブ講義389～391頁。

⁴⁸ 民法改正検討委員会編・前掲詳解381頁。

⁴⁹ 参照、民法改正検討委員会編・前掲詳解379頁。

益者となるということを前提としている。しかし、この点に関しても、下級審の裁判例ではあるが、神戸市元町の商店を組合加盟店として結成された原告協同組合（諾約者）が被告会社（要約者）に買物共通クーポン券を交付し、被告会社が所属員であるクーポン券利用者（受益者）にクーポン券を再交付し、クーポン券利用者はクーポン券と引き換えに加盟店で商品を購入し、被告会社はクーポン券と引き換えに加盟店に代金を分割して支払うという買物共通クーポン券のシステムについて、原告協同組合を諾約者、被告会社を要約者、クーポン券利用者を受益者とする第三者のためにする契約の成立を認めた判決がある（大阪高判昭和31. 2. 6 金融法務事情98号158頁）。基本方針でも、第三者のためにする契約が締結された時点で受益者が存在したり特定されたりしている必要はないと取り扱われており、中間試案では、そのうち、締結時に受益者が胎児その他の現に存しない場合に関して、明文をもって、効力を生ずるものであることが規定されている⁵⁰。ゆえに、この点が支障となることもないと解される。

5) 受益の意思表示

民法は、受益者の権利は受益者が受益の意思表示をした時に発生し（民法537条2項）、その時点以降、第三者の権利は確定し、当事者はこれを変更したり、消滅させることができなくなる（同538条）、と規定している。

第三者のためにする契約が、本件のように実質的な負担を伴わない場合にまで受益の意思表示を要するとするこの規律の妥当性は、立法論として疑問があると指摘されているところである⁵¹。裁判例では黙示的な意思表示があったと擬制されているほか⁵²、典型的な第三者のためにする契約で

⁵⁰ 民法改正検討委員会編・前掲詳解389～390頁、前掲中間試案380頁。

⁵¹ 民法改正検討委員会編・前掲詳解372～374頁。もっとも、中間試案380頁では、周縁的な理由により、受益の意思表示を必要とする現行法を維持する提案がなされていることは本文で先に述べたとおりである。

⁵² 母親（要約者）と医療機関（諾約者）との間で、生まれてくる子（受益者）の出生を条件として、同人の安全な分べんの確保等を内容とする準委任契約（第三者のためにする契約）が成立したと法律構成したうえで、「第三者である原告の意思表示は、原告の出生の時点で同人の法定代理人親権者である花子及び太郎により黙示的に

ある保険契約に関しては明文でこれが不要とされている（保険法8・42・71条）。少なくとも、民法537条2項は、本件のように実質的な負担を受益者に課すものではない第三者のためにする契約に関しては任意規定であると理解してよいだろう。

そうだとすれば、RAND条項の（黙示的な）解釈次第で、たとえば、標準化技術を利用するという申込みを標準化機関に対して示した段階で、受益の意思表示があったと評価することも十分に可能である、というべきであろう。したがって、その時点以降、特許権者はRAND条項で定められた義務を撤回することはできないと解される（537条2項）。

6) RAND条項の効果

以上のように、少なくとも日本法の下では、標準化技術を利用しようとする第三者は、標準化機関に対してRAND条項に従うことを約している特許権者に対して、当該条項を援用することができると解されるが、既に幾度か言及したように、そのようにして援用されるRAND条項が、受益者に対してRANDに従ったライセンス料の支払いと引き換えに通常実施権を付与することを特許権者に義務付けるものであるのか、それともRAND条件に従ったライセンス契約の締結に向けて受益者と誠実に交渉する義務を特許権者に負担させるに止まるものであるのかということは、別途、吟味しなければならない。RAND条項の文言等、個別の契約の趣旨解釈の問題となるが、特に特許権が譲渡された場合に致命的な争点となりうる（後述）。

7) 権利濫用による処理を試みる裁判例

近時、裁判例では、前述したように、被告がFRAND宣言をしていたにもかかわらず、誠実交渉の義務を尽くさないで行う損害賠償請求は、「権利の濫用」に当たるとして、原告の損害賠償請求権不存在確認請求を認容する判決が現れている（東京地判平成25. 2. 28平成23(ワ)30843 [パケットデータを送受信する方法及び装置]）。同判決は、まず「契約交渉に入った

されたというべきである」と擬制して、子の医療機関に対する債務不履行責任の追及を肯定した判決として、横浜地判平成18. 1. 25平成13(ワ)531。

者同士の間では、一定の場合には、重要な情報を相手方に提供し、誠実に交渉を行うべき信義則上の義務を負うものと解するのが相当である」という理解を前提に、「被告が本件特許権についてFRAND条件によるライセンスを希望する具体的な申出を受けた場合には、被告とその申出をした者との間で、FRAND条件でのライセンス契約に係る契約締結準備段階に入ったものというべきであるから、両者は、上記ライセンス契約の締結に向けて、重要な情報を相手方に提供し、誠実に交渉を行うべき信義則上の義務を負うものと解するのが相当である」と判示する。そのうえで、同判決は、本件への当てはめとして、被告がアップル社（原告の前主の親会社）の再三の要請にもかかわらず、被告とアップル社の本件特許権に関するライセンス条件の提示（ライセンス料額の点で大きな隔たりがあった）がFRAND条件に従ったものかどうかを判断するのに必要な情報（被告と他社との間の必須特許のライセンス契約に関する情報等）を提供することなく、アップル社が提示したライセンス条件について具体的な対案を示すことがなかったということを理由に、「被告は、UMTS規格に必須であると宣言した本件特許に関するFRAND条件でのライセンス契約の締結に向けて、重要な情報をアップル社に提供し、誠実に交渉を行うべき信義則上の義務に違反した」と認定し、それがゆえに本件特許権に基づく損害賠償請求権を行使することは権利の濫用に当たり許されないと帰結した。

このような判決の論法には二つの問題点がある。

まず第一に、判決の論理構成は、まず一般的に民法の理解として、FRAND宣言がなされているか否かにかかわらず、およそ契約交渉に入った者同士の間では、一定の場合には重要な情報を相手方に提供し、誠実に交渉する信義則上の義務があると断じている。これは、本稿が志向するように、第三者のためにする契約という法律構成を媒介として、FRAND宣言に基づく契約上の効果を直接、原告と被告の間に発生させるという論理に依拠することなく、一般法理の結果として、FRAND宣言が直接、法的拘束力を有していることと同様の信義誠実原則に従った交渉義務を被告に課すことを目的とするものと見ることができよう。しかし、このように抽象論として、FRAND宣言と無関係に契約締結の準備段階に入ったとたんに「重要な情報を相手方に提供し」なければならない義務を認める論法は、FRAND宣言がなされていない事案、さらには特許権とは関係のない

一般的な契約交渉の場面を想定すると、義務として強過ぎるように思われる。むしろ、FRAND宣言がなされているからこそ発生する義務であることを論理的に導けるような論法を採用すべきであったといえよう。本稿が提唱する第三者のためにする契約という構成はその一例である。たしかに、本判決も「一定の場合」という限定を付しているから、FRAND宣言がなされていることを前提としているのであろう。しかし、それならば、結局、信義則上の義務という媒介項を用いて、FRAND条項に第三者効を認めているのと同義となるから、むしろ、第三者のためにする契約などのような正面から法的に拘束力を認める方が、抽象的な一般論よりも具体的に特化した法律論としては優れているように思われる。

第二に、権利濫用の効果の問題として、近時、アンチコモنز問題やホールド・アップ問題が生じている際に差止請求を権利濫用として棄却すべきであるという議論がなされているものの⁵³、本件で問題となったのは損害賠償請求権である。かりに本稿が志向するように特許権者のFRAND宣言と利用者の標準規格の利用開始（＝受益の意思表示と擬制）により、特許権者と利用者の間には、後者が前者に対しFRAND条件に従ったライセンス料の支払いを義務付けられる債権債務関係が発生していると解釈するのであれば、特許権侵害を理由とする損害賠償請求が棄却されるとしても、特許権者としては別途、上記債権債務関係に基づいたライセンス料の支払いを求めれば足りる。ところが、本判決はそのような債権債務関係の発生を認めていないのであるから、判決が確定した場合、被告は少なくともその基準時より前の時点に関しては既判力により確定的に損害賠償を請求しえないことになる。また、将来的にも、基準時後の新事由がない限り、基準時に損害賠償請求権がないという判決主文に生じる既判力を前提に法律関係の内容が判断される。この「新事由」に何が当たるのかということに関しては議論がありえようが、判決は、被告が重要な情報を開示しなかったり、対案を提示しなかったといった事情をもって、信義則上の義務を履行していないと判断したのであるから、逆に、基準時後に信義則上の義務を尽くしていると判断されるような事情が出てくればこれは新事由といわざるをえないのではなかろうか。そうだとすると将来、特許権者

⁵³ 参照、田村/前掲根岸古稀。

が再び損害賠償を請求することは妨げられていないことになるから（新事由以降の侵害行為に対する損害賠償に止まるのか、それとも遡って請求することができるのかということは議論の余地があるが）、紛争を先送りにしたに過ぎないことになるように思われる。

もっとも、かりに本判決をもってしても、被告が特許権侵害を理由とする不当利得返還請求をなすことはなお妨げられていないとすれば、その種の懸念はほぼ杞憂に終わることになるが、逆にそのように解釈できるとすれば、今度は損害賠償請求権を権利濫用として棄却する意義が問われることになる。したがって、本判決の理論からすると、おそらく、被告が不当利得返還請求をなしたとしても権利濫用と判断されることになるのではあるまいか。

同様の理は差止請求権に関しても当てはまる。かりに被告が損害賠償を請求できないとしても差止めは請求できるとしてしまうのであれば、信義則上の義務に違反して真摯に契約を締結する交渉をなすことなく原告の行為を差し止めるという契約の目的に反する状態を確保することができてしまう。ゆえに、判決の論法からすると、差止請求権の行使も権利濫用に該当すると解することになるだろう。

このように考えてくると、本判決が確定した場合、原告としては、被告が信義則上の義務を履行するような行為をなさない限り、侵害行為を継続することが可能となる。しかし、被告が信義則上の義務を履行したのか否かということの判断は、最終的には真摯な対案が示されているのかという金額の評価に関わるものとなるのかもしれない。そうでなくともいずれにせよ新たな紛争の火種となるように思われる。少なくとも交渉促進規範たりえているのかという観点から見ると、本判決の取扱い疑問であるというべきであろう。

本判決が賠償金額を算定することなく権利濫用として損害賠償請求権の行使を否定した背景には、あるいは、多数の特許が関わっている標準化技術に関して裁判所が合理的な実施料額を算定することは著しく困難である、という判断が控えているのかもしれない。ゆえに金額の算定は当事者の交渉に委ねるべきであり、これを妨げるような態度をとっている被告にサンクションを課すべきである、と考えられたのかもしれない。しかし、既に見たように、本判決のような方策では、判決確定によって交渉がさら

に促進されるということはないように思われる。

4 小括

以上のように、RAND条項は、標準化に伴伴する問題、なかでもアンチ・コモンズ問題とホールド・アップ問題に対する対策として取引上必要とされるがゆえに、特許権者と標準化機関との間で締結される条項であると位置付けることができる。他方、RAND条項は、受益者である標準化技術の利用者に対して実質的に新たな負担を課すものということとはできない。その他、第三者のためにする契約の成立を否定する理由はどこにもなく、RAND条項は、特許権者を諾約者、標準化機関を要約者、標準化技術の利用者を受益者とする、第三者のためにする契約に該当すると解される。

しかし、そのように解した場合でも、RAND条項の解釈問題として、同条項が受益者に通常実施権を付与するものであるのか、それとも単に特許権者に対して誠実交渉義務を課すに止まるのかということが問題となる。

IV 特許権譲渡後の RAND 条項対抗の可否

1 問題の所在

2011年特許法改正により、通常実施権は、登録の有無にかかわらず、新たに特許権を譲り受けた第三者等に対抗できるようになった（特許法99条）⁵⁴。そのため、同改正の下では、RAND条項が、第三者のためにする契約と理解されて通常実施権が発生するのか、あるいは、単に誠実交渉義務が定められているに止まるのかといったことが問題となる。通常実施権であれば、特許権の新譲受人に対しても対抗できるが、誠実交渉義務等の一般の債権債務関係であれば、一般原則に従って対抗不可となるので、その

⁵⁴ 職務発明における使用者の通常実施権(35条1項)や先使用权(79条)等の通常実施権は、法律の規定によって生じる法定実施権であり、こうした実施権は、2011年特許法改正以前より登録の有無にかかわらず特許権の譲受人等の第三者に対抗可能であった(旧99条2項)。

区別が重要な争点となりうるからである。

2 当然承継説 vs. 非承継説

なお、ライセンス契約は通常、単に通常実施権の許諾に止まらず、これに付随して様々な権利義務がライセンス契約上の地位として定められることになる。特許権が移転した場合（なお、特許権については、相続その他の一般承継の場合を除き、登録しなければ移転の効力を生じない（98条1項1号）、このような通常実施権者のライセンス契約上の地位についてまでも、新特許権者と通常実施権者の間に承継されるかは、考え方が分かれており、今回の改正でも明文による解決はなされていない。

民法の不動産賃貸借に関する判例法理⁵⁵に依拠するのであれば、旧特許権者とライセンシー間の契約関係が当然に新特許権者とライセンシーの間に承継されると理解することになろう（当然承継説）⁵⁶。この場合、ライセンス料も新特許権者に支払うことになる。

しかし、新特許権者とライセンシー間の契約関係は当該特許発明の実施許諾とライセンス料支払義務に限られず、ノウハウ供与義務、クロスライセンス等々、様々なものがあり、必ずしも実施許諾とライセンス料だけが対価関係に立つわけではなく、さらには属人的な債権債務関係も存在する⁵⁷。そこには、民法の判例法理が予定しているような、貸主が不動産を賃貸し、借主が賃料を支払うことを中核とし、その他の付随義務を含めて債権債務関係が定型化しており、当然承継を認めたところで、当事者に予測不可能な負担を課すことがないと考えられる関係を認めることは困難

⁵⁵ 最判昭和46.4.23民集25巻3号388頁。

⁵⁶ 竹田稔「特許ライセンス契約と当然対抗」高林龍＝三村量一＝竹中俊子編『知的財産法学の歴史的鳥瞰』（現代知的財産法講座Ⅳ・2012年・日本評論社）39～47頁。当然承継を基調としつつ、個別的な債権債務関係について例外的に承継を否定すべき場合を認めていく見解として、林いづみ/中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法(上)』（2011年・青林書院）1375～1378頁、鎌田薫「当然対抗制度と民法理論」日本工業所有権法学会年報35号114～118頁（2012年）。

⁵⁷ 参照、片山英二「当然対抗制度の導入と実務上の問題点」日本工業所有権法学会年報35号95～99頁（2012年）。

である。したがって、当然には承継されず、当事者間での債権譲渡や債務引き受け等の契約が必要であると考えるべきであろう(非承継説)⁵⁸。非承継説に立脚する場合には、当事者間で契約がなければ、ライセンス料は旧特許権者に支払うことになり、一見すると、新特許権者に不利なようにも思えるが、きちんとした処理をせずに特許権を譲り受けたのだからいたしかたなく、かえってこのような取扱いをなすことで当事者間の契約による処理を促すというのである。逆にいえば、裁判所では容易に調整しがたい種々の利害が絡んでいるのだとすれば、まさにそのような利害について当事者間で調整をするインセンティブを与えるために、デフォルトとしてその種の当事者にとって不利益となる解決を法が用意していると理解することになる⁵⁹。

ちなみに、学説のなかには、ライセンス契約の特徴に鑑み、不動産賃貸契約のような単純な債権債務関係を認めることができる場合に限って、承継を認めようとする折衷説も存在するが⁶⁰、境界線上の切り分けは困難であり、かえって当事者の予測可能性を低めることになる。見極めが困難な分水嶺の左右で、いずれに分類されるか次第で当事者間の関係が激変することを正当化するほどの相違を見出すことにも無理があり、衡平という観点からも疑問符を付けざるをえない⁶¹。

⁵⁸ 飯田圭「当然対抗制度—解釈論上の課題と実務上の留意事項」ジュリスト1436号56～57頁(2012年)、磯田直也「通常実施権の当然対抗制度とライセンス契約の当然承継の有無」パテント65巻3号8～10頁(2012年)、飯塚卓也「当然対抗制度」ジュリスト1437号77頁(2012年)、島並良「通常実施権の対抗制度のあり方」日本工業所有権法学会年報35号84～86頁(2012年)、愛知靖之「アメリカにおける当然対抗制度」日本工業所有権法学会年報35号128～132頁(2012年)、横山久芳「ドイツにおける当然対抗制度」日本工業所有権法学会年報35号155～157頁(2012年)。

⁵⁹ DOUGLAS BAIRD, ROBERT GERTNER AND RANDEL PICKER, GAME THEORY AND LAW, 147-153 (1994); 藤田友敬「情報、インセンティブ、法制度」成蹊法学43号91～98頁(1996年)。

⁶⁰ ライセンシーの義務が実施料支払義務しかない場合には承継する旨を説くものに、茶園成樹「通常実施権の対抗要件制度について」特許研究51号10頁(2011年)。

⁶¹ 愛知/前掲131頁。

3 通常実施権の意義

特許権者から独占的通常実施権や専用実施権の許諾を受けた者からさらに実施許諾を受けたサブ・ライセンシーも、地位の保護が必要な点では直接のライセンシーと変わるところはなく、99条の当然対抗の適用があると解される。

侵害訴訟による和解などでよく見られる権利不行使型の契約により設定される地位はいかに解すべきであろうか。従来の学説は、通常実施権の本質は、特許発明を実施できるという積極的効力を与えるものではなく（そのような効力は特許権にすら存在しない）⁶²、特許権を行使されないという債権に過ぎないという理解⁶³の下、権利不行使契約でも通常実施権が許諾されていると理解していた⁶⁴。

99条が制定された結果、今後は、当然対抗に値しない程度の法的な利益に過ぎないということで、一部の不行使契約により設定される地位を「通常実施権」に該当しないとする見解が唱えられるかもしれない⁶⁵。

もともと、たとえば、和解による場合、たしかに、特許権者としては、強い効力を与える意図はないという事情がある反面、和解の相手からすれば特許権の譲渡で転覆される程度の権利では和解の意味に乏しいのではないか⁶⁶。しかも、非承継説に立脚する場合、単に新特許権者から権利行使をされないだけの地位を得るに過ぎず、それ以上に何かを積極的に求めることができるようになるわけではない。第三者への特許権の譲渡というコントロール困難な事情により自己の地位が変動するのを防ぐことにより、予測可能性を保障するという今回の改正の趣旨に鑑みれば、特許権者が権利行使不

⁶² 竹田和彦『特許の知識』（第8版・2006年・ダイヤモンド社）364～367頁、田村善之『知的財産法』（第5版・2010年・有斐閣）241～242頁。

⁶³ 中山信弘「通常実施権の侵害」『国際工業所有権法の諸問題』（中松潤之助追悼・1976年・AIPPI日本部会）487～488頁、同『特許法』（第2版・2012年・弘文堂）426～427頁、田村・前掲知的財産法339頁。

⁶⁴ 田村・前掲知的財産法339頁。

⁶⁵ 参照、飯塚/前掲79頁、鎌田/前掲119～120頁。

⁶⁶ 参照、竹田稔/前掲37頁。

可という状況をもはや撤回不可能となった場合を、「通常実施権」と解すべきであり（ゆえに、単なる放任はこれに該当しない）、それ以上にながしかの積極的な要素が付与されている必要はないように思われる。

結論として、デフォルト・ルールとしては、単なる特許権の不行使契約に基づいて発生した地位であっても、改正法99条1項の「通常実施権」として、当然対抗の利益を享受しうると解される^{67 68}。そのうえで、かりに必要なのであれば当事者間（＝旧特許権者とライセンシー間）で当然対抗しえないとする第三者（＝新特許権者）のためにする契約が（黙示的に）締結されたと理解し、新特許権者はそれを援用しうると理解すれば十分であろう^{69 70}。

4 RAND条項への当てはめ

RAND条項が通常実施権を付与する趣旨であると解されるのであれば、改正後の特許法99条が適用される結果、標準化技術を利用しようとする第三者は、特許権譲渡後の新譲受人に対しても、RAND条項によって取得し

⁶⁷ 飯田/前掲55頁は、「類推適用を肯定する余地がある」という表現を用いているが、端的に適用されると理解すべきである。

⁶⁸ なお、「通常実施権」の意義に関しては、さらに、特許権の放棄（97条1項）、訂正（127条、134条の2第9項）において、2011年改正前後を通じて、条文上は全ての通常実施権者の承諾が必要とされていることとの関係が問題となる（訂正との関係につき、東京地判平成16.4.28判時1866号134頁〔雨水等の貯留浸透タンク〕）。しかし、これらの場面で、独占的通常実施権者と異なり、特許権の排他権の範囲に対して法的保護に値する利益を有していないと解されている通常実施権者の承諾が何故、必要とされているのかその合理的な説明を与えることが困難である。解釈論としては、同条の通常実施権者は独占的通常実施権者をいうと限定的に解すべきであろう（田村善之＝時井真『ロジスティクス知的財産法Ⅰ』（2012年・信山社）260頁）。

⁶⁹ 第三者のためにする契約という構成に与するものではないが、当然対抗の法理を任意規定と解し、当事者間で当然対抗力を有しないとする契約を締結することは可能とする見解として、横山/前掲158～159頁。また、黙示的にそのように解釈する例につき、参照、竹田稔/前掲36頁。

⁷⁰ この法律構成は、受益者である第三者の援用を必要とする第三者のためにする契約に依拠しており、先に旧特許権者とライセンシー間の債権債務関係が新ライセンシーに引き継がれることはないとする非承継説を採用したと矛盾しない。

た通常実施権を対抗しえる⁷¹。この場合、非承継説の下では、当事者間で異なる合意がなされない限り、RAND条項に従ったライセンス料は旧特許権者に支払うことになる。

他方、単に誠実交渉義務を特許権者に課すに止まると解される場合には、99条が適用されない結果、「売買は賃貸借(債権)を破る」という民法の原則に従い、RAND条項は新譲受人に対して、何らの効果も有さないことになるから、第三者は特許権者に対して誠実交渉義務の履行を要求することができないことになるのかもしれない⁷²。しかし、このような解釈の下では、RAND条項やRAND宣言の僅かな文言の違いだけで、第三者の地位が激変することになりかねない。

このような場合に、裁判所がどのような態度に出るのかということは予測が難しい。

第一に、特許法99条はあくまでも例外であって、同条が適用されない場合には粛々と原則どおり、売買は債権を破るという民法の不文の法理を適用し、ゆえに第三者は新特許権者に何らの権利も主張しえないとされる可能性も小さくはない。

第二に、しかし、裁判所のなかには、上述したような僅かな文言の違いで結果が180度転換する可能性があることを嫌い、なんとかして事案のなかに特段の事情を見出して、誠実交渉義務としか読めない文言で条項が書かれていたとしても、黙示の許諾や信義則を持ち出して、権利行使を拒むことを模索するものも現れてくるように思われる。もっとも、そのためには、これらの法理を導くことが可能な何らかの特段の事情、具体的には、新旧特許権者の従前の言動のなかに、第三者をして特許権が行使されることはないと信頼してもやむをえないと目される事情が僅かながらでも見出される必要があるだろう。

第三に、そこで、以下では、かかる事情がなかったとしても、第三者が新特許権者に対して権利行使を拒むことができる法理として、新たな可能性を示しておくことにしたい。

いかなる見解を採用したとしても、RAND条項に合意した特許権者は、

⁷¹ 飯田/前掲55～56頁。

⁷² 参照、飯田/前掲55～56頁。

それが誠実交渉義務を課すに止まる条項であったとしても、少なくともRAND条件に従ったロイヤルティが提供される限り、特許権の行使をなせない地位にあることに変わりはない(それがRAND条項が示す誠実交渉義務の内容である)。前述したように、通常実施権の本体は、単に特許権を行使されないという地位に過ぎないと解される以上、このような特許権者の状況から反射的に生じる第三者の地位も「通常実施権」に該当すると解し、ゆえに新特許権者に対しても当然に対抗しうる、という解釈は不可能ではないように思われる。

ただ、このように解したところで、誠実交渉義務は確定的なライセンス関係を設定するものではないから、特許権者からRANDに従ったロイヤルティの条件でのライセンス供与の申出があったにもかかわらず、その支払いに応じなかった場合には、かかる地位(＝「通常実施権」)も消滅するといわざるをえない。