V 特許権の経済的利用

教材 86 ページ、特許権の経済的利用ということで、特許の講義は最後です。教材の総説のところに、発明の実施行為は誰でも何処でも物理的にできると書いてあります。無体物は複数の人が同時に違う場所で実施できるというのは、何度も繰り返しお話をしているところです。ですから、人工的にここは実施してはいけないという範囲を作り、排他権を作って、それを有体物であるかのように、そこに何かがあるかのように見せかけるというのが特許法の発想です。

そのように法律を作ったおかげで取引が可能になります。その特許権をお金に換えるためには、3 つ程方法があります。同じ話を商標法でもしました。商標法の保護対象は信用という間接的なものですので、商標法より特許の方がもう少しダイレクトです。まず、自己実施により需要を満足するということで、特許権を取ったらその排他権の下で、自分で事業を行うと、市場にはその人しかその技術を使える人はいないので、その技術が欲しいと思う人はその人から買うしかなく、競争状態よりも利益が上がるだろうということです。

2 番目は、他人に対価と引換えに特許発明の実施を許諾、と書いてありますが、これは、この後説明する実施権、あるいはライセンスと呼ばれているものです。こちらはもうすでに何度も出てきていると思いますが、本日、まとめてお話をします。

3 番目は、対価と引換えに特許権を譲渡するということで、これは所有権の譲渡と同じです。特許権というものを作ったので、このように取引ができるようになりました。権利を取引する場合のためには登録制度を作っておく、ということで、対抗要件を決めています。98 条ですが、対抗要件その他、効力発生要件などをここで決めています。このような手段が 3 つ程あります。本日はそのお話をしていこうと思います。

ということで、次に、従業者発明のお話です。「従業者発明」とタイトルに書いてありますが、職務発明ということもあります。職務発明という方が多いかもしれません。従業者発明と言った方が、内容は分かりやすいですね。

まず特許法の原則ですが、特許の 3 回目ぐらいのときにお話をしたように、発明者主義を採っています。発明者に最初に特許を受ける権利を原始的に与える、というのが発明者主義だと説明されますが、それだけでは 50%しか説明されていません。つまり、法人発明の否定です。日本法について発明者主義の原則と言われた場合には、発明者に特許を受ける権利を原始的に帰属させるというだけの説明では50点で、法人発明を否定しているということです。

ですから、自然人のみが発明者たり得ます。発明者たり得るということは、自然人にのみ最初に特許を受ける権利を与えるということです。発明者主義は、特許を与える権利の原始的帰属先は自然人のみで、法人には帰属しないということまで意味しています。

どうしてこのようにしているかというと、現在の社会では、1 人のエジソンやベルといった天才がいて、その人のインスピレーションで発明ができるという場合はもうほとんどないと言われています。ですから、質、量ともに、組織的に発明が行われる場合が多いです。一番ポピュラーな組織というのは会社です。ですから、実際には会社の中で組織的に発明が行われている場合がほとんどで、1 人の天才がある日瞬間的に思いついて発明をするというのは、現在ではもうほとんどないと言われています。

例えば、非常に有名になった青色発光ダイオードの中村修二さん、あの人は、自分が青色発光ダイオードを発明したから、偉いのだというふうに自分で言っていますが、全然そんなことはありません。そもそも発光ダイオードというのは中村さんが発明したわけではありませんし、青色発光ダイオードも中村さんが発

明したわけではなくて、彼が発明したのは、青色発光ダイオードをビジネスベースに乗るぐらいの効率的な作り方を発明したというだけです。彼のような自称天才も、今までの成果の上に立っているのです。ですから、もう今はゼロから大発明を創造するということは、ほぼ間違いなく無い、と言っていいかもしれません。

ということで、現代において発明をどんどん行ってほしいという場合は、発明者に対してインセンティヴを与えるというだけではなくて、会社にもインセンティヴを与えなければいけないことになります。特に、会社というのはお金をたくさん集めて、個人ではできないような組織とか、そのようなものを作る機能がありますので、会社それ自体にもインセンティヴを与える必要があると考えられます。

特許法では、35 条に職務発明についての規定が書かれています。このうち教材ですと、①と②というのが、どちらかというと使用者に対するインセンティヴの規定になります。③、④が従業者に対するインセンティヴになります。

このように、会社に対してインセンティヴを与えないといけません。従業者にも、普通のフリーな発明者とは違った配慮をしなくてはいけないので、そのために規定を作っています。現在では、日本で出願される発明の 95%くらいが、職務発明に該当すると言われています。ですから、個人発明は残りの 5%ぐらいです。職務発明といっても、中小企業などでは社長イコール発明者というところがありますので、そこは個人発明と同視してもいいのかもしれません。

まず、使用者のインセンティヴにいきますと、最初に 35 条 1 項という規定があります。これは職務発明、つまり会社の中でなされた発明、従業員がした発明に対しては、使用者以外の者が特許を受けた場合でも、無償・全範囲で実施ができるということです。無償全範囲で実施ができるということは、特許権侵害にはならないという意味です。

つまり、これはどのような場面を想定しているかといいますと、最初に発明者主義と言いましたが、従業員に最初に特許を受ける権利が生じます。ですから、従業員は何もなければそのまま出願をして特許を取ることもできます。そうすると、このままですと、会社としては、従業員雇用をして、給料も払っている、発明をする環境や設備も整えた、それなのに従業員に特許を持っていかれてしまうということが起こりかねないのです。

ですから、仮にそういった場合でも、会社はその従業者がした発明を自由に実施することができると規定しました。特許権侵害にならないということですが、そのように 35 条 1 項で定めたのです。ですが、これはインセンティヴとしては最低限のもので、非常に弱いと言われています。無償・全範囲で実施ができるということは、逆を言えば排他権を持っていないということですので、競争状態になってしまいます。ですから、排他的な実施が保証されているわけではありません。また、排他権を持っていないということはライセンスができないことを意味しますので、他人に実施許諾をすることもできないということになります。ですから、35 条 1 項は、現在では会社側はほとんど利用の機会がないと思いますが、これはインセンティヴとしてあまり機能していません。

会社にとってインセンティヴとして大事なのは、②の方です。これを、勤務規則による事前承継とここでは呼んでいます。事前承継については、予約承継と書いてある教科書もあると思います。事前承継はおそらく私ぐらいしか使わないと思いますが、言葉としてはこちらの方が正しいだろうと思ってこちらを使っているだけです。予約承継という言葉を見ても、それは同じことです。

35 条は反対の方から書いてあるので、結論を知ってから条文を読んだ方がいいのですが、35 条 2 項に

は、契約、労働協約の他、就業規則、その他の定めを一方的に置くことにより、特許を受ける権利や特許権を承継・取得することができるということが規定されています。

主語も目的語もない文章ですが、会社が主語です。会社は、契約その他の定めを置くことにより、特許を受ける権利や特許権を従業者から承継することができるということです。

ですから、会社側が契約その他一方的な定めを整えておくと、従業者が発明をした場合、自動的に会社に特許を受ける権利を吸い上げることができます。35 条 2 項のこの就業規則その他の定めというのは、従業者の個別の同意は不要と言われています。ですから、契約ではありません。契約でもいいのですが、契約の他と書いてあるでしょう。従業者の同意が要らないので、契約には限られないのです。

従業者としては、会社に一方的な定めを置かれてしまっていますが、特許を受ける権利を会社に譲りたくないという反論はできないということです。ですから、従業者の意思表示を不要とするのが、この 35 条 2 項の肝です。契約は当事者の合意ですが、合意がなくても、特許を受ける権利を会社が従業員からいわば巻き上げるということを許しているのが、この 35 条 2 項の大事なところです。これは、発明がなされる前に包括的な定めを置くことが許されていると言われています。

ですから簡単に言うと、35 条に書いてある勤務規則というのは特許法だけの言葉ですが、勤務規則の他に発明規則、発明規定と呼ばれることが多いですが、ほとんどの会社はその発明規定というのを備えています。国立大学法人北海道大学も備えています。北大と知財本部のホームページに行けば、発明規定を見ることができます。発明規定をあらかじめ定めておくと、従業者が発明したと同時に、特許を受ける権利を会社の方に吸い上げることができるということになります。

ですから、発明がされた後に従業者にはんこをもらいに行く、などといった一切の手続きを不要とするというのが、35 条 2 項の趣旨です。35 条 2 項には、このことが逆から書いてあります。職務発明ではないものについては、この事前承継を禁止するというように書いてあります。

②というのは、この 35 条 2 項の反対解釈です。ほぼ疑いのない反対解釈です。35 条 2 項には、むしろ③の方が書いてあります。職務発明でないものについては事前承継を禁止するという条文なので、②については、これを逆に読んで、職務発明については事前承継が許されるというふうに読んでいます。

裁判例は、この有名なピックアップ装置事件（東京高判平成 13.5.22 平成 11（ネ）3208［ピックアップ装置 2 審］）があります。これは二審ですが、ここで一方的な定めをすることができるということが確認されました。ですから、発明者は嫌だと言うことはできません。

実際には、普通は雇用契約をするときに、従業員は就業規則といったものは見せられません。私も会社に雇用関係を結ぶときにそのようなものを見せられたことはないのですが、発明規定というのはおそらくその中に入っています。もちろん、入社してから、知財部あてに発明規定を見たいと申し出れば、おそらく見せてくれるとは思いますが。 この後お話するピックアップ装置事件があったおかげで、現在ではほぼ 99%の会社が発明規定を備えていると言われています。それまでは 90%ぐらいしか備えていなかったようですが、中小企業は除いたとしても、一般に特許を出願する会社は、ほぼ 99%発明規定を備えたと言われています。

ですが、雇用契約を結ぶとき、例えば皆さんはこれから会社の内定を取って会社に勤めることになると思いますが、まさかその入社試験のときに雇用契約はどのような契約になっているか見たいですと言うと、内定取り消しになるのではないかと思うのではないでしょうか。

私はこの職場は 3 社目ですが、雇用契約を結ぶ前に一度も契約書の内容を見たことがありません。

しかし、何と言ったって、北海道大学と雇用を結べなければ、私は次の日からニートになってしまうので、やはり対等ではないのです。雇用関係というのはまったく対等ではありません。発明規定も、見るからに対等ではないではありませんか。ですから、会社と使用者の私的自治に委ねておくというのは、もう全くの嘘です。私的自治など働きようがありません。ですから、35 条 2 項のように、かなり会社側に有利な強力な規定を作った場合は、他方で、同じように法律で従業者を少し応援してあげなければいけないということになります。

95%は使用者で発明がなされるといっても、使用者に雇用されている発明者は別にロボット発明マシンではありませんので、その人たちにも金銭的な欲求がありますし、満足が必要です。ですから、会社は、放っておきますと、会社に有利なものをどんどん作ります。頭のいい会社、余裕がある会社であれば、従業者に対してもインセンティヴを与えなければいけないということは分かっているでしょうし、それが冷静な経営判断だと思いますが、今年の偽装表示を見る限り、やはり冷静な判断ができる会社ばかりではありません。ですから、その場合に従業者を応援するようなものを法律で作っておく必要があるということになります。

そこで 3 番目ですが、職務発明でないものについては、事前承継を禁止しています。この場合に、何が職務発明で、何が職務発明でないのかということが問題になりますが、概要はよく分かっていません。自分の仕事に関する発明はほぼ全部職務発明と言われていますが、おそらく皆さんが想像するよりも、職務発明と言われる範囲は広いと言われています。

私がエンジニアのときには潤滑剤を研究していたのですが、潤滑剤と全然関係ないような、例えば洗剤や、プラスチックなどの発明をしても、おそらくそれは職務発明だと言われたと思います。それは、私の会社がそのような洗剤やプラスチックの添加剤、あるいは食用マーガリンといったものも一緒に開発をしていたからです。私はたまたまその中の潤滑剤のセクションだったのですが、だからといって、自分のセクションの発明だけが職務発明かと言われるとそんなことはなくて、かなり広い範囲で職務発明というのは認定されています。

ただ、例に挙げているように、化粧品メーカーの技術者が、趣味の釣り好きが高じて、釣竿の発明をしたという場合は、さすがにこれくらい離れると、職務発明ではないと言われます。職務発明でないということは、35 条 2 項で勤務規則による事前承継の適用外になりますので、自分で特許を出願することができることになります。もちろん、事後承継は全部契約ベースになりますので、それは契約自由が先に当たることになります。

大学の先生はほとんど職務発明でしょう。大学の研究というのはボーダーレスなものです。北大の先生も今、理系の研究室でいろいろ実験をしていますが、そこでいくつも職務発明ができています。ですから、今では北大の研究者も、全員基本的には、自動的に国立大学法人北海道大学に特許を受ける権利を承継されていることになります。従業者から見れば、取り上げられているということになります。

取り上げられている場合は契約ではない、ということを何度も申し上げましたが、要するに対価の定めがないのです。ですから、このままだと、ただで全部取り上げられていることになります。さすがにそれをやってしまうと従業者もやる気がなくなるだろうということで、この④の規定を実は作りました。これが相当の対価の支払いという規定です。これは 35 条 3 項がメインです。4 項と 5 項がサブの条文になっています。

何と書いてあるかというと、職務発明を承継した使用者は従業者に相当の対価を支払わなければならないとあります。これは、2004 年に法律の改正がありまして、昔は 4 項までしかありませんでしたが、今で

は昔の 4 項が 5 項になっていて、4 項が間に入りました。

4～5 年前の青色発光ダイオードの訴訟は 200 億円訴訟と言われていますが、他にも、味の素や日立など、いろいろなところで会社に対して従業員が裁判を起こしたというのがニュースで取り上げられたことがあったと思います。それは 35 条 3 項の闘いだったのです。あれは、会社に特許を受ける権利を取り上げられたから返せ、ということがメインの訴訟ではなかったのです。メインは、対価を払えという訴訟でした。今でも、東芝などあちこちでやっています。

これが、会社側に非常に大きな衝撃を与えまして、このままだと会社がつぶれると。会社の経営者というのは意外と冷静な判断ができません。かなり簡単にパニックになります。やはりお年を召した方が多いので、思考がかなり硬直的で、極端から極端に走る傾向があります。それで、このままだと会社が従業員によってつぶされるというふうに恐慌状態に陥って、2004 年の改正が入ったということです。ですから、比較的この 2004 年の改正は、会社有利の改正を目指したと言われています。

そのきっかけになったのが、このピックアップ装置上告審（最判平成 15.4.22 平成 13（受）1256）です。この後の訴訟の方が有名になってしまったので、新聞などではあまり取り上げられることはありませんが、これは光学機器メーカーのオリンパスの事件でした。最高裁は、「勤務規則等により…使用者等に承継させた従業者等は、当該勤務規則等に使用者が従業者に対して支払うべき対価に関する条項がある場合においても、これによる対価の額が同条 4 項の規定に従って定められる対価の額に満たないときは、その不足額に相当する対価の支払を求めることができる」と言いました。

例えば、オリンパスの従業者が発明をし、その発明がオリンパスの製品に採用されて市場で売れたという場合に、オリンパスは発明者に報奨金として 20 万円を支払いました。ところがオリンパスの発明者は、20 万円では足りないと主張しました。3 項は相当の対価と書いてあるが、この 20 万円は相当とは言えないということで、支払いを求めました。結局、この相当の対価は 250 万円であるということが裁判所に認定されまして、差額の 230 万円弱を払えという判決が出ました。

この追加払いを認めた、不足額の請求を従業者に認めたのが、ピックアップ装置事件の重要なところです。相当な対価まで会社が一方的に定めることはできません。会社が一方的に定めるのは、特許を受ける権利を承継するというところまでです。もちろん、相当の対価を払っていればいいのですが、払っていない場合には、会社は足りない分を払わなければいけないという判決が出ました。

これは、中小企業ならよくあるのでしょうが、オリンパスのような大企業ではありえないとそれまでは考えられていました。ですから、オリンパスが 20 万円と言ったら、相当対価は 20 万円だ、裁判所もこれを認めるだろう、と思っていたのですが、そうではないということが衝撃を与えまして、これがきっかけということではないのですが、発明者が会社を訴えるということが頻発しました。例えば、先ほどの青色発光ダイオードの事件では、正確に言うと 600 億円ですが、発明の対価は請求の範囲で、200 億円という判決が出ました。結局高裁で 6 億程で和解になりましたが、味の素や日立は、1 億円を超えるような相当の対価の支払いが認められました。

味の素にしても日立にしても、発明者に 100 万円ぐらいは払っていたのです。けれども、足りないということを裁判所に訴えたら、裁判所は 1 億払えという判決を出しました。これは、やはりそれまで会社は十分な対価を支払ってこなかったということにひとえに問題はあったのです。

これはあくまで会社と従業者のバランスを図らなければいけないということですので、別に会社をつぶすために全部払えというわけではありません。あるいは、発明者が偉いからたくさん払わなければいけな

いのだというわけではなくて、利益の分配にすぎないのだということです。裁判所の勧告書が判例時報等に載るのは極めて珍しいですが、この青色発光ダイオード和解勧告書というところには、使用者と従業者双方のインセンティヴを効果的に高めるような配分にしなさい、ということが盛り込まれています。

この和解勧告書の影響力は決して小さくなくて、それまでかなり高額の追加の支払いが認められていたのですが、この判決の後、ある程度抑制が掛かるようになりました。それでも数百万円の支払いを命じる判決は珍しくないですが、許容範囲に収まるようになってきてはいます。

会社の方も、別に搾取をしていたとか、必ずしもそのようなことではなくて、多くの発明というのは使われないのです。発明されただけで、製品化に結びつくことはほとんどありません。製品化に結びつくのは、発明されたうちの 1%か 2%です。ですから、製品化に結び付いていない、特許を出しただけのものは、だいたい 1 万円か 2 万円程度の対価だったのです。会社に利用されていない発明の対価はだいたいそれくらいでよいというふうに裁判所も言っています。

私のいた会社も、出願のときに 5,000 円、特許になったときに 1 万 2,000 円を発明者に支払うという規定でした。北海道大学の方もだいたい同じです。私もエンジニアのとき 5,000 円程もらいました。5,000 円と言っても、発明者が 1 人ということはあり得ず、3 人ぐらいのチームでやっていますので、5,000 円で頭割りです。ですから、1 件 1,700 円程度です。それでも積み重なっていくと、ばかにならない額になります。

ここで、今までの新聞に取り上げられたような事件と何が違うかというと、新聞に取り上げられたような事件は、製品化に結び付いた発明でした。そこがかなり違うところだったのです。製品化に結び付いた発明で、実際に会社の売り上げに貢献している発明でした。また、日本の会社の悪平等の性格がありまして、製品化に結び付いた発明については、会社の方で一律 10 万円を支給するとか、社長表彰プラス 50 万円とか、社長夫妻と会食ができるといったものでした。

そのように突き抜けたような額を与えることは周りの発明者とのバランスを欠くなどといったよく分からないような理由を持ち出してきて、利用された場合の報奨も低めに抑えられていたのです。ですが、会社が従業員の発明を利用して、製品を売り上げて利益を得たのであれば、その利益をきちんと発明者に分配しなければいけないというのが、ピックアップ装置事件の意味です。逆に言えば、利益が出なければ、従業者に対する配当も少ないです。会社の製品というのは必ずしも黒字の製品ばかりでなくて、私のいた会社も、この充填されている製品を売ると、このタンクローリー1 台で 10 万円損するというような製品もありました。必ずしも黒字の製品だけではなくて、赤字になる製品も持っています。

会社に対して利益を与えていない場合は、発明者の発明が実際に売り上げに貢献していないことになりますので、そのような場合、発明者はもらえません。ですから、対価と言っても、売買の対価ではありません。特許を受ける権利を会社に譲り渡したその対価という性質はあまりないのです。私は特にそのような説なのですが、この条文の実際の運用のされ方というのは、どちらかというと利益の分配に近いです。

青色発光ダイオードのときは、非常にひどかったのです。およそ 6,000 億円の売り上げに貢献した発明だと言われていたと思います。発明者は中村修二さんですが、発明者がもらった額はいくらだと思いますか。2 万円です。東京地裁は、対価は 600 億円だと言いました。さすがに、あの青色発光ダイオードの事件はひどすぎたと言われています。日亜化学工業という、それほど大きくない会社だったせいもありますが、その後味の素や日立製作所なども、従前よりも高い対価を支払うことになっていますから、やはり今まで会社が払っていた相当の対価というのは少ないのだというのがぬぐえません。

だいたい今まで会社に対価を求めた事件というのは、私が知る限り 30 件から 50 件ぐらいありました。実

際に製品化された発明についての話ですが、会社が勝ったことはまだ 1 回しかありません。会社が払った相当の対価がそれで十分だというような事件は、今まで 1 件しかなくて、残りの 30 件近くは会社全敗です。

ですから、やはりきちんと払われていないのです。この辺を会社ももう少し心掛けてほしいですね。

このように、例えば 200 億円の判決はもうなくなってしまいましたが、200 億円といったら、イチローだって松坂だって稼げません。メジャーリーグ最高の選手と言われたアレックス・ロドリゲスでどうにか稼げる程度の額です。

ですから、例えば子供に対して夢を与える効果はあっただろうと言われます。産業界にとって決してマイナスではなくて、例えば子供に将来何になりたいかと聞いたときに、イチロー選手みたいにアメリカで活躍してたくさんお金を稼ぎたい、という子供だっているでしょう。そのようなあこがれみたいなもので、エンジニアになれば 200 億円もらえるのだとすれば、子供のころから何か実験を頑張って、エンジニアになろうかなという子供もいるかもしれません。そのような効果はあっただろうと言われたこともあります。

職務発明についての話はこれぐらいにいたしましょう。両方とも従業者と発明者のインセンティヴのバランスを考えて、それぞれ規定が作ってあります、ということです。大事なのは 35 条 2 項と 3 項の関係です。

では、87 ページの真ん中の実施許諾の制度の話にいきましょう。実施許諾制度、ライセンス制度のお話です。今までも出てきたので、もう聞いたことがあると思います。特許法には、一応実施権という形で定めが置いてあります。2 種類用意されています。1 つが通常実施権、もう 1 つが専用実施権という 2 つが置いてあります。

通常実施権というのは契約ベースで発生するもので、特許権を行使されないという債権です。専用実施権の方は、物権でして、他人の実施を差止めする内容を持っています。ですから、専用実施権は排他性があります。通常実施権の方は排他性がありません。排他性がないということは、他人に対してライセンスをすることもできないという意味です。

専用実施権は設定登録をする必要があります。特許庁に備えてある原簿に基づいて、そこに所定の事項を記載しなければ、専用実施の設定をすることはできません。要するに、専用実施権は面倒です。強力ですが、面倒です。ですから、実務的に使われることはほとんどないと言われています。

専用実施権は、ほとんど特許権のようなものです。特許権を譲渡することなく、つまり特許権者が特許を手元に置きながら、もう 1 人特許権者を作り出すようなものです。ですから、具体的には、例えば大学や個人発明家というのは、発明はできるかもしれないけれども、自分で製品を作ることはできません。製造能力も販売能力もないのでできません。ですので、そのような個人発明家や大学が会社に対して専用実施権を設定するということは、ないわけではありません。特許権を譲渡してしまえばそれでもいいのですが、譲渡するとそれっきりです。対価をもらえるけれども、それっきりになってしまいます。

会社は、排他権がないと、さらにライセンスをすることもできませんし、侵害者が現れたときに排除することもできません。ですから、会社としては排他権を望む場合があります。そのような場合に専用実施権が利用されます。特許権者は特許を譲り渡したくないけれども、譲受人としては排他性が欲しいというときは、専用実施権が選ばれます。

ですが、設定登録をしなければいけないので、要するにばれてしまいます。つまり、公示の意味があってそのようにしているのですが、公示されたくないという場合もありますので、あまり利用されておりません。ですから、実務上は独占的通常実施権と呼ばれるものがよく利用されています。これは後で説明します。

専用実施権の説明はほぼ以上です。

通常実施権ですが、通常実施権の法的性格は何かといいますと、特許権の不行使契約だと言われます。ですから、特許権者としては、ライセンスを与える人に対して特許権を行使しませんよという約束をします。ライセンスを受ける方としては、その代わりに対価を支払います。ここが権利義務関係になっています。これは契約ベースで発生するものです。

要するに、通常実施権というのは、特許法に定めがなくても、もともと作り出せるものです。特許権に関する契約を条文に載せるというために考え出された法技術です。ですから、通常実施権というのは、別に特許法が定めなくても、これは契約で同じようなものを満たせることができます。ただ、対抗要件等を定める必要があるだろうと言われて、一応法律で規定されているということです。専用実施権の方は、法律がなければこのような権利を発生させることができない物権になります。

先ほど少し説明した独占的通常実施権というのは通常実施権の一種ですが、これはほかの人には通常実施権を許諾しませんよという特約付きの通常実施権だと言われます。ですから、通常実施権というのは特許権の不行使契約だと言いましたが、独占的通常実施権の場合は、特許権者はいわば 2 つの義務を負っています。1 つはベースの方の不行使契約だから行使をしないという義務、もう 1 つは、あなた以外には通常実施権は許諾しませんよという義務です。ですから、受ける方としては、ほかに通常実施権を受ける人はいないので、市場で独占的に実施ができることになります。これが独占的通常実施権と呼ばれるもので、もちろん契約ベースですので、条文のどこを探しても独占的通常実施権というものはありません。契約ベースで作り出されるものです。

実施許諾についての論点は、実施権者の権能です。実施権者は侵害者に対して何かできるのかというところが論点になります。専用実施権については、特許権者と同じ権能があります。例えば 100 条や、ほかの条文もそうですが、特許権についての定めがある条文というのは、必ず主語は特許権者だけではなくて、「特許権者又は専用実施権者」といなっています。1101 条も 102 条もそうです。103 条は、「特許権又は専用実施権」になっていますが、ほとんどこれは「又は」でつながっています。ですから、特許権者とほぼ同じ権能を有しています。

ですから、専用実施権者について論点になることはほとんどありません。問題は通常実施権者の方です。先ほど、排他性がないと言いましたが、特に独占的通常実施権は通常実施権の一種だと言いましたが、差止請求や損害賠償請求をできるのかどうかというのが論点になります。

87 ページの下からいきますが、ここは①から③については、独占的通常実施権、あるいは普通の非独占的通常実施権を併記しています。①については、普通の独占的でない通常実施権者の話です。特許権侵害者に対して独自に差止めや損害賠償を請求できるかという問題があります。普通は、これは否定します。差止も損害賠償も請求できないと考えます。普通の実施権者は、特許権侵害者に対して差止請求や損害賠償を請求することはできないと言われています。

通常の実施権というのは、あくまで特許権者から権利を行使されないという内容にすぎませんので、誰かに対して侵害を排除するといいますか、そもそも実施権者には侵害されるべき何かがありません。侵害されているのはあくまで特許権です。差止や損害賠償をしたければ、特許権者にやってもらいなさいということになります。

ただ、普通の独占的でない通常実施権者というのは、あくまで特許権者から権利を行使されないという立場にすぎませんので、逆に言うと、特許権者がほかの人に通常実施権を与えるということは、契約で縛

っていません。特許権者はそこについては自由です。ですから、通常実施権は、特許権者から見れば何人に対しても与えることができます。誰に対しても与えることができます。それは特許権者の勝手ということになります。

通常実施権者としては、それは通常実施権は少ない方がいいです。通常実施権が 3 人に与えられていれば、3 人で競争することになってしまいますので、通常実施権者としては少ない方がいいのですが、独占的でない通常実施権というのは、特許権者に対してそこまで請求する何かを持っていないということになります。当然、侵害者に対しても持っていないことになります。通常実施件者というのは非常に弱い立場です。単にその発明を利用できるというだけにすぎません。

この後②、③の独占的通常実施権の話をしますが、実は、結論から言うと、独占的通常実施権者というのは、差止めも損害賠償もできます。ですから、通常実施権を契約で結ぶときは、独占的か独占的でないかというのは、非常に大きく違います。ですから、契約書を交わすときは、独占的でない通常実施権で契約をする場合でも、明文で、これは独占的でない通常実施権ですと書いてあることが多いです。それは、先ほども言ったように、全然違うからです。ですが、ほとんどは独占的でない通常実施権です。

では、独占的通常実施権はどうなのかと言いますと、②のところが差止請求の話、③のところが損害賠償請求の話になります。まず差止の方からですが、独占的通常実施権の性格をまず考えてみましょう。最初に言ったように、特許権者は 2 つの義務を負っていると説明をしました。1 つは通常実施権ベースの方です。あなたに対して特許権は行使しません、ということです。特許権を行使しないということは、自由に発明を利用することができます。もう 1 つは、あなた以外には通常実施権を許諾しませんという契約です。特許権者から見れば義務です。ですから、独占的通常実施権者というのは特許権者に対して特許発明を独占的に実施できるような立場を請求できると考えられています。

ですから、侵害者が登場した場合は、独占的な状態が崩れることになります。ここに独占的実施権者がいて、ここに侵害者がいます。ここに対して独占的な実施をするような立場を請求できると考えられています。

ということは、現在は独占的通常実施権者が実施をしていて、侵害者も実施をしているので、市場で競争の関係になってしまいます。非独占的通常実施権の場合は、実施権者が特許権者に対して独占的立場を保証してほしいということは求められませんが、独占的通常実施権の場合は、あなた以外に通常実施権を許諾しません、独占的に実施できます、ということを特許権者に保証していると考えますので、特許権者が侵害者を排除しなければいけないという義務があると考えられています。

問題は、ダイレクトにいけるかどうかです。独占的通常実施権でなくても、普通の通常実施権でも、特許権者が侵害者を排除することは可能ですが、実施権者としては、特許権者経由だと、要するに面倒です。例えば、特許権者が怠けて、なかなか訴えてくれないとか、訴訟は金が掛かるから嫌だとかいうようなことも言われてしまうかもしれません。その場合は当然、独占的立場が保証されていないので、特許権者に対して債務不履行を請求することはできるのですが。

実施権者としては、目障りなのは侵害者です。特許権者とは本当はけんかをしたくありません。ですから、実施権者としては、直接侵害者に対して差止請求をしたいのです。裁判例ではどのように考えられているかというと、必ずしも固まった説ではありませんが、特許権者が侵害者を排除しなければいけない義務を負っていると考えて、この実施権者の独占的立場を保全するために、代位請求するというものです。

直前裁定はこれです。実施権者の独占的立場を保全するためには、特許権者の侵害者に対する排除

できる権利、差止請求ですが、これを特許権者に代わって行使する必要があるということになります。

これはおそらく債権総論のところでやったと思いますが、転用のお話です。普通は金銭債権で債務者がお金を持っていないので、直接第三債務者からお金を取るということです。

実施権者としては、自分の独占的立場を保全するためには、特許権者の差止請求権を特許権者に代わって行使する必要があるということです。ですから、実施権者は侵害者に対して特許権者の差止請求権を代位行使ことで、侵害者に対して差止請求権を行使することができます。この独占的立場を特許権者が実施権者に対して保証するというところに、特許権者は侵害者を排除しなければならないという内容を読み込んでいると言うことができます。

ですから、通常実施権者は、自分の差止請求権を独自に行使しているわけではありません。特許権者の持っている差止請求権を特許権者に代わって行使をしているということになります。そうすれば自分の独占的立場が保全されるからです。

ですから、これが侵害者ではなくて、もう1 人の実施権者だという可能性はあります。このとき、特許権者は、もう1 人の実施権者に対して実施許諾を与えていることになりますが、もう1 人の実施権者は特許権者に対して権利行使をされないという債権を特許権者との間で持っていますので、独占的通常実施権者は、特許権者から許諾を受けた人に対してはこの代位行使はできません。

特許権者と侵害者の間には、差止請求権があります。しかし、実施権者がもう1 人いたとすると、特許権者とこの実施権者の間には不行使契約が別に存在しますので、特許権者には差止請求権がありません。ですから、代位行使をしても、もう 1 人の実施権者からこの特許権者との間に結んだ不行使契約を抗弁として出されてしまいます。それで結局負けてしまうことになります。ですから、侵害者に対しては代位行使がもちろんできますが、もう 1 人の実施権者に対しては、代位行使はできないということになります。

話を聞いて、ちょっとおかしいなと思った人がいると思いますが、そもそもこことここの関係がおかしいのです。この人は独占的な立場のはずなのに、この人に実施許諾を与えるというのは、要するに特許権者が義務違反を犯しているということです。その場合は、代位行使制だと差止請求権を行使できないということになります。

固有の差止請求権は認められていないと言われています。あくまで特許権者の差止請求権を代位行使するのだと言われています。差止請求権というのは、現在から将来にわたる侵害の防止ですので、やはり非常に強力な権利です。会社としては、損害賠償については金を払えば何とかなると思っているところがありますが、差止請求だけはやはり困ります。差止請求で明日から製品を作れないということになると、取引先に非常に大きな迷惑を掛けて、これから先の取引に大きな影響を与えることになるので、会社は差止請求を非常に怖がっています。ですから、差止請求の場合は、この独占的通常実施権者が差止請求権を持っているということは公示がないので、さすがにそこまでは踏み切れないということです。

もう 1 つは、この独占的通常実施権というのは、実施の売買で覆ってしまいます。特許権者と独占的通常実施権者との間を結んでいるのはあくまで契約だけですので、賃貸者関係と同じです。特許権者の方が貸主で、実施権者が借主です。ですから、特許権者が変わってしまう、要するに特許権が譲渡されてしまうと、もう契約が覆ってなってしまいます。

借地借家の方は、いろいろな特別な条文があって、それを保護していますが、特許法の方でも、通常実施権を登録しておくと、実施の売買には勝つことができます。しかし、独占的であるということは、契約書にしか書いていなくて、特許の登録簿には書くところがなく、公示を欠きます。ですから、独占的であると

いうような契約は、実施の売買でなくなってしまいます。ですから、独占的通常実施権といってもその程度です。そのため、固有の差止請求権まで認める必要はないだろうと言われています。

ただ、今の話は学説上でも争いは残っています。争いがないのは、さらにこの「もっとも」のところに書いてあることです。特許権者に侵害排除義務がある場合のみ、代位行使を認める説もあると書いてありますが、独占的であるという条文だけでは、侵害排除義務までは発生しないという学説もあります。

ですが、独占的であるという特約だけではなくて、特許権者は侵害者が出てきたら速やかにその侵害者を排除しなければならないという、いわば2番目の特約まで契約に書いてあるのであれば、代位行使は認められるべきだろうという説もあります。侵害排除義務があっても代位行使ができないという説はありません。ですから、侵害排除義務がなくても代位行使でいけるかどうかというところが、説が分かれています。教材にはできると書いてあります。

③のお話です。では、差止請求の方は分かったと、次に損害賠償請求はどうなのかという話ですが、こちらも、できるという結論になっています。代位行使か、固有損害賠償請求権なのか、どちらなのかと言いますと、差止請求では代位請求だと言いましたが、損害賠償の場合は固有差止請求権を認めるべきだと言われています。損害賠償請求については裁判例が非常に多くて、固有の損害賠償請求を認めている裁判例が多数です。損害賠償については、差止請求と違ってそれ程争いはありません。損害賠償というのは過去の侵害行為の救済ですので、独占的専用実施権者には独占的であるというような法的な保護すべき利益があると裁判所は考えています。

差止請求のところでも言いましたが、問題は公示がないというところです。独自の損害賠償請求を認めるということは代位行使ではありませんので、侵害者は特許権者ではない人から損害賠償を受けることになります。特許権者ではない人から特許権侵害のようなものについての損害賠償請求を受けることになります。

要するに、侵害者側の予測可能性はどうなるかというところが問題になります。侵害者としては、特許権者は何かぼーっとしているから、さぼっているから、あるいは個人発明家だから、特許権は行使されないだろうと思っていたところ、独占的通常実施権者がいたとします。特許権者は個人発明家だから権利行使などできないだろう、と思っていたら、実は独占的通常実施権者がいて、この人から侵害者は損害賠償を請求されるということになります。

侵害者としては、いや、そんな人がいるとは知らなかった、知らなかったから気を付けることはできなかった、予測可能性がなかったではないか、というような反論があります。侵害者は、要するにびっくりしたということです。そこが公示の抱えている権利だというところの問題点ですが、そこは一応解決されています。そもそも侵害者なのだから、特許権者から損害賠償請求を行使されることはあるはずだ、だから、侵害者としては、独占的通常実施権者なのか、特許権者なのかは分からないですが、誰かから損害賠償を請求される立場だということは分かったはずだというので、別にそのような侵害者の予測可能性は守る必要がないということがいえます。

独占的通常実施権者から請求された、特許権者から請求された、その 2 つの違いはあるけれども、特許権侵害なのだから、どちらにしてもやってはいけないことです。ですから、そのような予測可能性は守る必要がないというので、公示されていない通常実施権者といえども独占的であるというような、法的に保護すべき利益がありますので、そこは保護していいのだということになります。

独占的通常実施権者から固有の損害賠償請求を受けて、特許権者からもう 1 回受けてしまうというとき

はさすがに困りますが、そこは民法 478 条を借りて解決できるだろうと言われています。

ということなので、二重払いさえ防いであげれば、侵害者の方はそれだけでもう十分だといえます。そもそも侵害しているので、実施権者、特許権者のどちらから請求されるか分かりません。でも、分からないところはそれだけにすぎません。そのような侵害者の利益は守る必要がないと言われています。独占的であるというところの認識も要らないと言われています。

では、実施権者の場合はどうでしょう。先ほども言いましたが、侵害者ではなくてもう 1 人の実施権者がいた場合も付け加えて説明しておきます。もう 1 人の実施権者がいたということは、要するに債務不履行状態、特許権者の方が契約違反を犯しています。あなたにしか独占的通常実施権を与えませんと言っておきながら、裏ではもう 1 人に通常実施権を与えているというようなことは、よくあります。 その場合は、この人に対して損害賠償請求できるのかどうかという問題があります。先ほども言いましたが、差止請求の場合は、特許権者の差止請求権を代わって行使をしているだけですので、特許権者に対する抗弁を持っている人に対しては、差止請求はできないことになります。この抗弁は、特許権者とこの実施権者との間の不行使契約で、そのような抗弁を持っている人に対しては、代位行使はできないことになりますが、損害賠償請求は代位行使ではないので、そのようなことにはなりません。

ですから、ここは債権侵害でいける場合はいくということになります。つまり、この実施権者は、例えば特許権者とこの人の間に独占的通常実施権があるということをもしもう 1 人の実施権者が知っているとすれば、この人が特許権者と実施権を結ぶということは、特許権者と独占的通常実施権者の間の独占的であるという立場を侵害することになりますので、債権侵害に当たります。民法の 709 条ですが、債権侵害でいける場合はいくということになります。ここまでが独占的通常実施権者の損害賠償請求のお話です。

②、③を併せて言いますと、結論としてはどちらもできます。差止請求については若干議論が分かれていますが、どちらもできます。ただ、法律構成が違います。差止請求の方は代位構成、損害賠償請求の方は独自、固有の請求ということになります。ここは新司法試験のプレテストで出るところです。ほとんど民法の債権総論のお話ですが。

ということで、実施許諾の説明も終わったということにいたしましょう。最後の「4　排他権の相対化」のお話にいこうと思います。特許権は排他権だということで、非常に強力な権利ですが、強力すぎるが故に、かえって特許法の趣旨が害される場合がないわけではありません。そのような場合については、特許権の相対化と書いてありますが、特許権に対する例外を認める必要があるということになります。

特許法の目的は、産業の発達、発明の保護と利用による産業の発達です。要するに、皆さんが幸せになる世の中を作るというものです。法律はみんなそうですけれども、そのような目的を持っています。しかし、特許権者には大変有利になるかもしれませんが、特許権を振り回して、かえって世の中の皆さんのためにならない場合がないわけではありません。

その場合は、強制的に通常実施権を設定する制度があります。2）に、裁定許諾とも書いてありますが、強制実施権制度と言う人もいます。むしろその方が、語感としてはマッチします。強制実施権ですので、特許権者の承諾と言いますか、特許権者が通常実施権を誰かに与えたくないと思っていても、無理やり与えさせるということです。

一番分かりやすいのが、89 ページの上から 4 行目です。公共の利益のために特に必要である場合というときは、特許権者が嫌だと言っても、経済産業大臣が介入しまして、無理やり通常実施権を設定させるということになります。

どのようなことかといいますと、例えば伝染病の特効薬が挙げられます。ある会社が伝染病の特効薬について特許を持っている、ですからその人しか作ることができないという状態だとします。その伝染病が不幸にして日本でまん延して、多くの人が死んでいきます。その伝染病の特効薬について、ある会社が特許を持っていて、その会社しか薬を作れないとすると、経済合理的に行動しようと思うと、この薬を一粒 100 万円だという場合があります。100 万円払える人だけ買いに来いと言う可能性があります。そうすると、大変もうかります。

ですが、やはり特許法が目的としていることはそのようなことではありません。特許権者は非常に潤うかもしれないけれども、他方で、人がどんどん死んでいきます。そのようなことを見過ごすことはできません。ではどうすればいいかというと、100 万円で売ると言っている特許権者が悪いので、ほかの会社に薬を作らせればいいだろうということになります。ほかの会社に薬を作らせて、そこで売らせます。そこであれば、一粒 1,000 円で買えるということになるというようなときは、要するに手を挙げたほかの製薬会社に対して、国がその人に実施権を与えます。もちろん対価は特許権者に入りますが、極端な例ですが、そのような公共の利益のために特許権の邪魔になることがあり得ます。そのようなときは強制的に国家が介入しまして、実施権を誰かに与えるというような制度が用意されています。

ですから、この裁定許諾、あるいは強制実施権制度というのは、伝家の宝刀的な意味合いがあります。このような伝家の宝刀があるので、公益のために必要な発明はしっかり実施してください、適正な価格で売ってくださいという考えが背後に控えています。ほかには利用関係や、不実施の場合などがありますが、利用関係というのは、特許権があるが故にほかの特許発明が利用できないときです。そのような場合は、ほかの特許発明を実施したければ、実施権の設定の裁定を求めることができます。

2 番目の不実施というのは、特許権者が特許を取ってから全然実施をしない場合です。実はこの場合というのは非常に多いです。実施されないということは、世の中のために特許発明が役に立っていないということですので、裁定を請求しますと、実施をしてよろしいという強制実施権が裁定されることがあり得ます。

もちろん、3 つとも特許権者との間でまず協議をすることが前提ですが、その協議がまとまらないときにこのようなように強制的に実施権を設定する制度があるということで、協議をすすめる効果を狙っています。

協議前置です。まず特許権者との間で話し合ってくれ、話し合いが整わないときに強制的に実施権を設定する制度を備えておく、ということで、交渉が進むように法律で仕組んでいます。これが裁定許諾制度です。

もう 1 つは独占禁止法との関係です。特許権は排他権であるというふうに、なるだけ注意して言葉を使ったつもりですが、特許権は独占権であると言う人もいないわけではありません。あるいは、独占排他権だという人もいないわけではありません。そのときの独占というのは排他の裏返しで使っているだけですが、独占と聞きますと、独占禁止法もあります。

特許発明というのは、その範囲で特許権者しか実施ができないというような権利ですので、いわば独占が生じてしまう可能性があります。特許権者が市場を独占してしまう、その背後に特許権があるという可能性があります。

ですから、従来、特許法と独占禁止法は対立する法律だといわれてきました。独占禁止法というのは、独占してはいけない、独占があった場合や私的独占の場合はそれをやめさせて競争させるという法律で

す。競争している状態がよい、競争している状態でお互い切磋琢磨すれば、価格も安くなって、製品の開発も進む、ということで、お互い、いい製品を作り出そうということが働きます。

他方で、特許権というのは、その特許権者しかその発明を利用できないとしています。いわば、独占を認めている法律だろうということで、2 つは対立している関係なのだという発想の下に、では、対立している法律があるのであれば、調整規定を入れなければいけないだろう、という考え方だったのです。

独占禁止法 21 条に、特許権の行使に当たる場合は、独占禁止法は適用しないという規定があります。特許権だけではありませんが、適用除外だったのです。特許権の行使に該当する場合は、独占禁止法は適用しません。そのようにしておけば、一応特許法の方が優先されるので、2 つ対立している法律があるので調整をしましたというように考えられていたのです。

ところが現在では若干考え方が変わってきています。特許法は技術の独占を認めるのだけれども、市場の独占までは認めないのだというように、キャッチフレーズ的な言われ方をしています。私もレトリックだとは思いますが、特許法は技術の独占を認めていて、独禁法は市場の独占を許さない、というのが、キャッチフレーズ的な考えです。

どうしてこのような考えになるのかといいますと、発明の実施の独占が、即市場の独占につながるわけではないだろうと言われているからです。そもそも特許法は、一定期間排他権を与えることで先行投資を回収させる制度だということは、繰り返し強調してきました。ただ、もっと原理的に考えると、先行投資の回収の方法は別に市場には限りません。例えば、いい発明をしたら国家が報奨金を与えたり、非常に優れた発明についてはそれに掛かった経費を国が補填したり、というようなやり方もあります。

その場合は、国が返してくれるお金が新しい発明を生み出すインセンティヴになっているという言い方になりますが、特許法というのはそのような制度の仕組みではありません。特許法は、そのような先行投資の回収を、市場に求めています。要するに、製品を売って市場から回収しろというような制度に仕組んでいます。だとすると、特許法は投資回収の手段として市場を利用しているという言い方になります。

やや難しいかもしれませんが、法律の仕組み方、作り方の問題として、先行投資を回収するシステムを作る場合は、国家が報奨金を与える制度や、あるいは民間の半分を作って与える制度など、いろいろ考えられますが、特許法では市場を利用しているという説明になります。

要するに、自由市場がストップする状態というのが独占で、独占禁止法が嫌っている状態です。市場が機能しない。市場というのは需要と供給のバランスで価格が決まりますが、そのような状態にないというのが、独占禁止法が嫌っている市場の状態です。

特許権を行使することで、その自由市場が機能しなくなる状態を引き起こすというのは、特許法にとっては自己矛盾に当たるという考えになります。特許法は、市場が円滑に動いている、その市場システムを利用して、先行投資を回収するシステムだと考えますと、特許権を行使することでその市場がストップしてしまう、市場が機能しなくなる、需要と供給で価格が決まらなくなるというような状態を引き起こすのは、自己矛盾に当たると考えます。

もっとよく考えてみると、特許法も、結局目的としているのは産業の発展です。発明の保護と利用による産業の発展です。独禁法はもちろん競争の活性化による産業の発展ですので、これはお互い対立している法律ではなくて、むしろ車の両輪だというのが現在の考え方です。

ですから、お互いがうまく機能していないと車は真っすぐに進みません。片方がぐるぐる回っていると、右の車輪が回れば左の方に行ってしまうでしょう。ですから、お互いがうまく回っているというのが理想的

な状態です。そこの切り分けが、技術の独占は特許法、市場の独占を許さないのが独禁法だという言い方になります。

では、どうして2つの法律があるのかということを説明しなくてはいけないのですが、それは、特許法と独禁法が別々にあるというのではなくて、特許庁と公正取引委員会の役割分担だというような説明が、現在ではなされています。

例えば、両方とも産業の発達を目的としているなら、特許法 1 本でいいじゃないかと考えたとします。特許法の中に、例えば、この発明に特許を与えたら市場が独占されてしまうという場合は特許を与えないというような特許要件を 1 個作っておけばいいではないかという発想もありえます。

ところが、それは困難だと言われています。今言ったような制度は、特許を与えるときに、この特許が使われたら、将来市場を独占してしまうかもしれない、では、やめようということを特許庁が事前に判断できるかどうかというところが問題です。それはやはり無理だと言われています。市場というのは時々刻々変化していきますが、特許の審査というのは、もう決まった時期にやるしかありません。ですから、これは大丈夫だろう、市場の独占を引き起こさないだろうと思って特許を与えたのだけれども、たまたまその市場の状態がぴったり合ってしまって、その特許を使ったら独占が生じる状態になってしまったという場合はいくらでも想像できます。

特許庁は技術者を集めていますので、どちらかというと技術的な審査に特化させて、時々刻々動いていく市場の監視は公平取引委員会に任せた方が、しかも事後的な審査で任せた方がいいだろうというのが現在の考え方です。

別に、必ずしも役所の縦割りが決まっているというわけではありません。そのような側面もあると思いますが、独占化されるかどうかというのは、事前に見ることは無理です。実際に特許を使ってみて、規制をする方から見れば、使わせてみて、独占が起こるかどうかをチェックしていかなければいけないので、どうしても事後的な審査になります

今まで話してきた新規性や進歩性というのは、あくまで事前的な審査です。新規性や進歩性は、時々刻々変わっていくものではありません。出願時と決めて、新規かどうか、進歩性があるかどうかを判断するので、それは事前的な審査になじむと言うことができます。

要するに、特許を使って独占禁止法に引っ掛かるような状態が起こるというのは、特許発明それ自体が悪いということではなくて、要するに特許を使ったビジネスのやり方がやり過ぎたったのだということにすぎません。ですから、どんなに小さい特許であっても、やり方しだいによっては、独占の根拠といいますか、きっかけになることはあり得ます。

先ほど言ったように、医薬品の特許だとしても、非常に難病に効く薬を開発した特許であっても、例えばほかの人にライセンスをさせるなど、独占を回避する方法はいくらでもあります。ですから、事前の規制と事後の規制を混同してしまうと、やはりうまくいきません。

ですから、特許法については、特許庁に事前的な審査をさせ、独禁法は、公正取引委員会によって市場をよく見させて、事後的なチェックをするというような役割分担が大事だということで、2 つの役所を作っているのです。

ただ、産業上利用性のところで、ビジネスモデルには、特許は与えるべきでないということを言いましたが、そこにも若干関連しています。事前の規制を特許庁で入れても、これに特許を与えたら明らかに市場を独占させてしまうだろう、やりすぎだろう、広すぎるだろうという場合は、事前審査でも蹴っていいというこ

とになります。

以上、お話をしましたように、特許法と独占禁止法というのはあくまで車の両輪ですので、強いことを言えば、特許権の行使に該当するからといって、必ず独禁法が適用されないというわけではありません。特許権の行使のされ方によっては、独禁法 21 条が適用されずに、独禁法上の規制が掛かることがあり得ます。現在でも、その運用指針、公平取引委員会が出しているガイドラインは、その方向でまとめられています。