「知的財産法」(2007)

講義録

これは、2007 年度に北海道大学大学院法学研究科において開講された「知的財産法」の講義録です。実際の講義を録音し、テープ起こししたうえで、読みやすいよう編集してあります。

講義の模様は、北海道大学のウェブサイトからビデオ・ストリーミングでご覧いただくことも可能です。詳しくは、北海道大学 21 世紀 COE プログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」のウェブサイト(http://www.juris.hokudai.ac.jp/coe/)をご覧ください。

この講義録は、北海道大学 21 世紀 COE プログラム「新世代知的財産法政策学の国際拠点形成」の事業として作成、提供されたものです。

目　　次

第 1 回　知的財産権総論　1

第 1 編　インセンティヴ支援型

第 2 回　不正競争防止法(1)　13
第 3 回　不正競争防止法(2)　23
第 4 回　不正競争防止法(3)　37
第 5 回　不正競争防止法(4)　49
第 6 回　不正競争防止法(5)　61
第 7 回　不正競争防止法(6)　73
第 8 回　商標法(1)　83
第 9 回　商標法(2)　98
第 10 回　商標法(3)　110
第 11 回　商標法(4)　123
第 12 回　商標法(5)　135
第 13 回　商標法(6)　147

第 2 編　インセンティヴ創設型

第 14 回　特許法(1)　161
第 15 回　特許法(2)　176
第 16 回　特許法(3)　191
第 17 回　特許法(4)　205
第 18 回　特許法(5)　220
第 19 回　特許法(6)　235
第 20 回　特許法(7)　249
第 21 回　特許法(8)　263
第 22 回　特許法(9)　278
第 23 回　著作権法(1)　295
第 24 回　著作権法(2)　307
第 25 回　著作権法(3)　318
第 26 回　著作権法(4)　330
第 27 回　著作権法(5)　343
第 28 回　著作権法(6)　354

第 3 編　知的財産法の国際的側面

第 29 回　知的財産法の国際的側面　363

序章　知的財産法総論

Ⅰ　知的財産法への招待

1. 知的財産法の法技術的特徴

まず、知的財産法の法技術的な特徴をお話ししようと思います。所有権との比較が、非常に重要になります。手紙を書いて他人に送った場合を例にして考えてみましょう。実際、三島由紀夫手紙公表という事件があります（東京高判平成 12.5.23 判時 1725 号 165 頁）。

この事件は、有名な作家の三島由紀夫さんの文通の相手の方が、三島由紀夫さんとの交際を中心とした本を執筆する際に、本の中で三島由紀夫さんからいただいた手紙を掲載してしまったケースです。なお、三島由紀夫さんとの交際に関する本を執筆すること自体は、プライバシー侵害に当たらない限りは構いません。

この問題について、一般的に、手紙を書いて他人に送った場合には、有体物である紙の所有権は受取人に帰属し、他方、手紙の文面に関する著作権は差出人に留保されていると考えられており、裁判所も同様の判断を示しました。したがって、受け取った手紙を捨てたり、破ったりすることは、所有権の放棄として受取人が自由に行えるのですが、本件のように、公に出版するということは、亡くなった三島由紀夫さんの相続人である遺族の著作権を侵害するということになります。ただし、私的複製は著作権法 30 条で例外的に著作権の侵害にはあたりません。

これは、聞けばすぐにわかると思うのですが、実は、最高裁も完全にはきれいに解けなかった難しいパズルが生じることもあります。それが顔真卿自書建中告身帖という事件です（最判昭和 59.1.20 民集 38 巻 1 号 1 頁）。

顔真卿というのは、中国三大書家の 1 人です。顔真卿が直筆で書いた真蹟は世界に 2 つか 3 つしか現存しない大変貴重なものであり、筆で書いたものを彫刻家が彫り込んだ石碑が大量に残っているにすぎません。原告は、その大変貴重な真蹟である顔真卿自書建中告身帖を所蔵していた美術館の方です。一方、被告は、告身帖が美術館に帰属する以前に所有者であった収集家の許諾を受けて写真を撮影した写真家から、原板・ネガを譲り受けた出版社で、出版物に顔真卿の真蹟を掲載し発行した行為が争われました。

著作権は、ご存じの方も多いと思いますが、一般的には著作者の死後 50 年で消滅します。現在、存続期間延長の議論が盛んにおこなわれていますが、ともあれ現在の日本法の下では、顔真卿は唐の時代の書家ですから、当然著作権は存在しません。そもそも著作権が仮に存在していたとしても、原告は相続人ではないので著作権を有していないことになります。

そこで、原告は告身帖に対する所有権を被告が侵害していると主張しました。もし、被告の写真が出版されなければ、顔真卿の真蹟は貴重でほとんど見ることができないので、美術館を訪れようとする方が後を絶たないでしょう。ところが、写真で出版されてしまうと、2 割 3 割あるいは 5 割 6 割くらい来訪者が減る可能性がある。そこで Y の行為によって告身帖の経済的価値が棄損されたことを理由に所有権に基づいて出版物の販売の中止と廃棄を請求したという事件であります。

この事件は最高裁まで争われましたが、最高裁あるいは下級審も含めて裁判所は一貫して請求を棄却しています。最高裁の判旨を簡単に要約すると、X が有する告身帖の所有権は、その告身帖という物理的存在について及び、この物理的存在を越えて告身帖を写した写真にまで及ぶわけではないというこ

とです。実質的な理由として最高裁は、情報の側面である無体物の側面にまで所有権が及ぶ、すなわち、権利期間に限定がなく永続する所有権が複製物についてまで及ぶと解した場合、何のために著作権法が著作権の権利期間を限定して文化の発展を期したか分からなくなるのではないかということを述べています。著作権法が著作権の存続期間を定めている目的は、一定期間経過後、著作者に報いた後には、誰もが利用できるパブリック・ドメインに著作物を置いて、文化の発展を促すことにあります。にもかかわらず、所有権に基づく請求を認めてしまうと、利用自由が不可能となり、著作権法の趣旨が没却されるということです。

ただし、本件では先程も述べたように解くことが困難な問題がありました。それは X の次のような主張にあらわれています。すなわち、一般的に博物館や美術館の所蔵品を撮影して出版するためには博物館や美術館の許可が必要であり、通常その場合には、対価が払われている。ということは慣行であるかもしれないが、何らかの権利を博物館や美術館が有しているからである。したがって、告身帖を出版する被告もやはり、所有者である原告に対価を支払うべきだと主張しました。

この主張を認めた場合、著作権が復活してしまったことと同じことになってしまうので、直感的におかしいことがわかると思いますが、どこがおかしいのかというのが問題になります。すなわち、博物館や美術館で展示品の撮影を撮影する場合や、観覧する場合には対価を支払う必要があります。そういった撮影料や観覧料の法的な性質は何かということが問題になるわけです。

最高裁はこの問題を完全に解くことができなかったと評価できるでしょう。最高裁は、所有権の反射的利益に過ぎないと判示し、原告の主張を退けています。しかし、何がどうなって反射的利益になっているのかということはよく分かりませんし、深く突き詰めて考えると、X が所有権の反射的利益かどうかというのも実は怪しいということになります。

では、どのように説明すればよいのかについて、考えてみることにしましょう。そこでディズニーランドのシンデレラ城を例にとって考えてみましょう。例えばこれを高速道路からも見ることがある程度できますし、飛行機に乗り下を見るとシンデレラ城が見えます。そのときにお金を払うという人は 1 人もいないはずです。したがって、外からシンデレラ城を見る行為に対して、ディズニーランドは権利を主張していませんし、おそらくできないでしょう。では、我々はシンデレラ城を見る行為に対していつお金を支払うのかというと、ディズニーランドのゲートをくぐったときであります。ということは、シンデレラ城の所有権に基づいて金銭を請求しているのではなくて、この位置に関して所有権賃借権等に基づき金銭を請求しているといえます。すなわち、土地の所有権賃借権等を侵害することについての許諾を与える代わりに金銭の支払いを求めるという仕組みになっていますので、シンデレラ城の所有権ではなくてディズニーランドの敷地に対する所有権賃借権等の権利が、こういった対価を支えていそうだということが分かります。

華厳の滝を例にとりもう少し考えてみましょう。華厳の滝は、周囲からなかなか見ることができません。私の記憶が正しければ、華厳の滝の近くには洞窟があって、そこを通ると華厳の滝を見ることができる場所にたどり着くという構造になっています。この場所に入るためには、華厳の滝自体の所有権とは関わりなく、華厳の滝を見ることができるスポットの所有者に対して対価を支払う必要があります。ということは、見るものの所有権とは関係なく、見る位置の所有権が問題だということが分かります。

これをディズニーランドに引き直して考えれば、例えば、東京タワーからディズニーランド、シンデレラ城が見えたとします。東京タワーは、そのときにお金を取っていますが、これはシンデレラ城の所有権とは関係はなく、東京タワーの敷地の所有権等に基づきお金をとっているといえ、やはり見る位置に関する所有

者がお金を取っているのだということになりそうです。

以上から、見るものではなくて、見る位置が大変重要な問題だということになります。これを美術館、博物館の場合で考えてみると、土地に対する所有権や賃借権に基づいて入館料を取って許諾をする代わりに、入館料を取っていることになります。そのときに、重要なことは、その告身帖なるものが外から見えないから、我々はお金を支払うわけです。野外美術館のような形で、近くの道路からシンデレラ城のように見える場合には、無料で見ることができます。そのときに美術品等の著作権の存続期間が経過している場合には、撮影することについても完全に自由のはずだということになります。これに対し、告身帖の場合は、隠されているので、結局建物の中に入らないと観覧できないということになります。そして、撮影については、美術館が入館者に対して提示する条件によることになります。例えば、許諾のない限り撮影を許さないことを条件として入館を許可する場合や、金銭の支払いを条件として撮影を許可することが考えられます。その条件を知らずに入館したときにどうなるかというと、それは一般の約款論の問題になります。

以上のようなことについて、より一層洗礼された議論をしているのが、かえでという事件です（東京地判平成 14.7.3 判時 1793 号 128 頁）。この事件は、シンデレラ城のかえで版というような事件です。原告は、大変手間をかけてできあがったかえでを生育した方です。原告の生育したかえでは有名になったのでたくさんの見学者が訪れるようになりました。当初は見学を自由に認めていましたが、原告の主張によると、非常に多数の人が見学にきて、広く張った根が踏みつけられるなどしたため、かえでを保護するためにある一定時点から柵をして、かえでを保護するために費用がかかっていたので、柵の中に入ってきて営利目的で撮影することを禁止する旨の看板を掲げました。顔真卿の事件と類似していますが、まだ看板が立っておらず撮影が自由にできた時代にかえでを撮影した写真を用いて出版した会社に対して原告が訴えたケースであります。本事件は、もちろん顔真卿の判例の射程内にありますから、かえでの所有権に基づく請求は棄却になりました。ただ、そのときに裁判所は傍論で、看板が掲示された後で看板を無視して営利目的で撮影をして出版をした場合には、条件が提示されている上で立ち入っているのであるから、条件に違反しており、本来は債務不履行のような気がしますが、不法行為を追及できると判示しました。したがって、本判決は、顔真卿のように反射的利益とは言わないで、立ち入りの際の条件に違反すると損害賠償を請求することができることを明確にした判決と評価することができます。

2. 知的財産の利用行為に対する規律を設ける意味―物理的な障壁と法的な障壁

今、お話したかったことは、所有権と知的財産権の区別の話ではありますが、さらに言うと、知的財産権がないと一体どのような行為ができてどのような行為ができないかに関する話でもありました。つまり、法的にアクセスすることができない土地に入ると所有権侵害になる。この場合、合法的にアクセスするためには、その所有権者の許諾を得なければならない場合があるという話をしました。

実は、このような形でアクセスをできない結果、ある人の許諾なりある人の何らかの行為がなければアクセスができない結果対価を払わなくてはいけなくなるというのは、法的な障壁に限りません。物理的にアクセスできない場合にも同様に対価を支払う必要があります。例えば、華厳の滝を見ることができるよいスポットがあるのだけど、その場所がどこだか分からないとすると物理的にアクセスできません。その場合には、物理的な支障、華厳の滝の例で言えば所在が分からないという物理的な状態を解消してくれる人に対価を払う必要があります。物理的な障壁を解消することで対価を得ている身近な例として情報誌を挙げることができるでしょう。

以上のように、物理的ないし合法的にアクセスすることができない場合には、そういったアクセスに対する障壁を除去するために、誰かの許諾を得なければならないことがあります。少し話しが飛びますが、逆に言えば物理的にも合法的にもアクセスし得るものに対しては、基本的には原則として、アクセスに何の対価も支払う必要はありません。したがって、アクセスから何らかの理由で対価を徴収させようとするのであれば、まさにそれが知的財産法だということになるのですが、物理的に利用が自由な状態にあるにもかかわらず、それに対して何らかの対価を徴収しようというならば、まさに法制度が必要となることになります。つまり、現在合法的にアクセスできるのをできないように追い込む必要があり、それが知的財産法だということになります。

では、どのような趣旨でアクセスから対価を徴収させるような制度を敷くのでしょう。花火大会を例に考えてみましょう。花火大会というのは、覆いをかぶせることが不可能なので、我々は見るのは自由ですからアクセスは自由だといえます。では、どのような行為でもできるのでしょうか。例えばニュース番組で花火大会が開催されたことを報道する際に、2、3 発くらいの花火を放送するのであれば、これもまた自由でしょう。花火も通常の形状の花火である限り著作物にならないと思ってください。ありふれているので、通常は著作物にはなりません。まだ見たことがありませんが、絵のような花火があるのでしたら、話は別です。

では、ニュース報道は自由であるとしても、どこからでも撮影できるからといって特別中継番組を花火大会の主催者に無断で撮影して放送することができるのかが問題となります。これはできるという方もいるので、いろいろな意見もあり得ます。同様の問題はマラソン大会でもあてはまります。

この問題について、通常の民法の議論ですと、民法 709 条は「権利」と規定されていたが、雲右衛門事件は大学湯事件で否定されてその結果利益も含む、そして現在は条文で「利益」も保護の対象になる、しかし、利益はどんな利益でも法的に保護されるわけではないから、どのように考えようかという話になると思いますが、それだと答えが出ないので、私は次のように考えています。

もし、無断で放映する行為が全く責任を問われないという法制度を採用してしまうと、別の局が勝手に放映するかもしれませんから、どのテレビ局も主催者に放映料をまったく支払わないとはいえませんが、あまり支払わなくなるでしょう。しかし、花火大会やオリンピックが大規模に開催できる理由はテレビのおかげであるといえます。雪祭りを例にとっても、最初は小規模だったものがだんだん規模が大きくなってきました。オリンピックも以前は現在ほど大規模ではなかったのですが、テレビの時代に入り、規模が拡大してきました。なぜなら、テレビは、非常に影響力のあるマスメディアであると同時に、非常に有効な資金回収手段でもあるからです。テレビがなければ、実際オリンピックを見に来てくれた人に対して、入場料なり観覧料を取るだけです。しかし、テレビのおかげで、多数の視聴者がオリンピックを見ることができます。すると企業は CM を放映することによる宣伝効果を期待して、テレビ局へスポンサー料を支払うことを介してオリンピックの開催について金銭を支払ってくれることになります。間接的には、結局は皆さんが日常生活でいろいろな企業に対して支払っている企業のサービスや商品を買うときに支払っているお金が最終的には支えていることになりますが、非常に有効で大規模な資金回収手段です。以上のようにテレビによって、初めて入場料以外の収入をあてにして大きなイベントを組むことができるようになっているわけです。だとすると、多大な費用の掛かるイベントを開催することができるのは、結局はテレビのおかげであって、テレビ局が主催者にお金を払うからだということになります。この場合、イベントの開催、例えばマラソン大会や花火大会を現在の規模で開催することを続けるべきだという価値判断を取るのであれば、放送局が主催者にスムーズに対価を支払うように、無断放映は不法行為になると解すべきではないかと思うわけです。

他方、花火大会やオリンピックを大規模に開催する必要はなく、放送局からの主催者への金銭の支払いは保護に値しないという価値判断をとるのであれば逆の結論になるでしょう。

実際の裁判例では、一般的に知的財産権がないにもかかわらず不法行為を認めることは多くはありません。知的財産権として法が認めていないにも拘らず広く不法行為を認めてしまうと、知的財産権として法が特に条文を置いている意義がなくなってしまいます。ただし、裁判例でも知的財産権がないにもかかわらず不法行為責任を認めたものがあるので、有名で特に異論がないと思われるものを 2 つだけ紹介します。

1 つは、木目化粧紙事件という判決です（東京高判平成 3.12.17 知裁集 23 巻 3 号 808 頁）。木目化粧紙というのは、家具の合板とかあるいは木ではないプラスチックの板などの上に木目の感覚を出すために貼る紙です。木目化粧紙を作成するためには、天然にある本当の木目を何枚か写してきて、よい木目をその中から探してきた上でそれなりに節などを消して加工することが必要で、それなりの費用がかかるということです。さらにこの事件の原告は、木目化粧紙の長さをいくらでも調節できるように、デザイナーを雇い、ある一定の位置にくると模様が循環するように仕組む、つまり両端がある一定のところで同じ模様になるようになっていて無限に伸ばすことができるように加工したようです。これに対して被告は、その木目化粧紙をそのままフォトコピーし、木目化粧紙として半額で競合地区において販売したという事件であります。

これは、現在だと不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の不正競争行為に該当します。この事件は原告の販売開始 3 年を経過しているので 19 条 1 項 5 号イにより適用除外となり保護が否定されるかもしれませんが、他人の商品の形態を模倣した形態を取引におく行為は、不正競争行為であると規定されています。「模倣」の意味については、2 条 5 項により、実質的に同一のことをいうと定義されています。まさにこの判決が契機になって禁止条文ができたわけです。

しかし、2 条 1 項 3 号ができたのは 1993 年ですので、この事件の時代にはまだ条文がありませんでした。そのような中で東京地裁は、木目化粧紙は自然にあるものとほとんど変わらないので著作物ではないとして、かつ不法行為も否定しました。これに対して、高裁は木目化粧紙が著作物ではないことについての結論は変わらなかったのですが、不法行為該当性を認めました。ただし、理由付けは、世の中に木目化粧紙を開発する人が過度に少なくならないようにするためにはデッド・コピーなどの行為対して保護は必要だというインセンティヴ論ではなくて、一般的な営業権侵害だと述べたのですが、ともあれ不法行為を肯定しています。

もう 1 つ重要な判決は、スーパーフロントマンという事件です（東京地判平成 13.5.25 判時 1774 号 132 頁）。この事件では、自動車整備業用システムのデータベースが問題となりました。これは、自動車整備業者が車検が終了したときに発行する車検証を作成する際に書き込む車種や型番などのデータを網羅したデータベースです。このデータベースのおかげで、面倒な車種などの情報を調査する作業が省け、簡単に検索できるようになりました。このデータベースは CD-ROM 1 枚に入っているのですが、原告は 5 年間費やし 5 億円をかけて製作し、データベースを販売していました。費用の内訳は、ほとんどが、膨大な量の車の調査とデータを打ち込むために必要な人件費です。さらに、維持管理費が年間 400 万円かかり、これは常時 1 人打ち込みの人を雇うための費用です。一方、被告 6 万件ないし 10 万件というデータがはいった CD-ROM 1 枚をコピーして、それを競合地域で販売をしたというケースであります。

このようなケースで原告は著作権に基づく損害賠償請求はできません。著作権法の講義で説明しますが、著作権は創作的表現を保護するので、こういったタイプの経済的価値はあるが単なる情報の集積で、

間違えない限り誰がやっても最終的には同じになるものに関しては、創作的な表現はなく著作物としては認められていないからです。しかし、花火大会の理屈と同じようにこれを自由にしてしまうと、5 億円掛けてデータベースを製作する人がいなくなり自動車整備業システムが結局は開発されなくなるでしょう。そうすると世の中が非常に困りますので、有用なものに対する投資を促すためには、法的な保護が必要になります。裁判所も被告の行為が不法行為に該当することを認めました。

裁判所は、どういった場合に営業権侵害であるとか不法行為であるかについてはっきりとした理由を示さないのですが、三十数件程度の裁判例で、ごくわずかに不法行為該当性が認められているものを分析してみると、知的財産権法はないものの、あえて特別に知的財産権を立法するまでもなく裁判所が明らかに知的財産を保護する必要があると感得できる例に限られているようであります。

そこで次に、どのようなものでも保護がみとめられるわけではないことを明らかにして、不法行為該当性を否定したギャロップレーサー上告審の判決を説明します（最判平成 16.2.13 民集 58 巻 2 号 311 頁）。この事件は、物のパブリシティ権の成否が争われたケースです。パブリシティ権というのは、1970 年代のマークレスターケースが有名ですけど、芸能人等、人が持っている肖像権と言ったりすることもありますが、人が持っている名声、容貌、あるいは名前などに認められるのではないかといわれる権利で、1980 年代にその存在について議論されるようになりました。これは人格権なのか財産権なのか争いがありますが、人がパブリシティ権を持つことに関しては、判例法理として認められています。

問題は、この事件では人のパブリシティ権が争われた訳ではないということです。この事件は、有名な競走馬の名前がゲームに無断で使われたという事件です。2 つのゲームが問題となり、両方ともレースをするゲームですが、1 つはレース中心のゲーム、1 つは馬を育成して最終的にレースで戦うというゲームです。データの容量の問題で何種類か用意された馬に名前が付しているだけで馬自体の形はあまり似ていませんが、有名無名問わず馬の名前がデータベースのようになっており、好きな馬の名前でゲームができるというものです。ほとんどが許諾を受けた馬なのですが、一部の馬主が、それでも結構な数にのぼりますが、自分の現に所有している、または亡くなった馬もいるので所有していた馬の名前を無断で使うことは認められないとして訴えたケースであります。原告は競走馬の名前だけで十分な財産的価値があるのだから、その価値を毀損する行為は不法行為に該当すると主張しました。学者の中には、パブリシティ権の根拠を人のパブリシティ権についてすら、経済的価値があるから権利があるとおっしゃる方も結構いらっしゃいます。しかし、価値があるところに何でも権利があるわけではないと考えるべきであるし、裁判所も同様の価値判断から、顔真卿判決を引用し、競走馬の名称等が顧客吸引を有するとしても、物の無体物としての面の利用の一態様である競走馬の名称等の使用について、法令等の根拠もなく所有者に対し排他的な使用権等を認めることは相当ではなく、不法行為の成否についても、違法とされる行為の範囲とか態様等が明確になっているとは言えない現時点においては、これは肯定できない、と厳格な判断を示しました。

ただし、原告の主張は無理すぎたというところもあるかもしれませんが、原告はあまりどのような理由で不法行為に該当するかを明確にしていないので、この判決の後も木目化粧紙、スーパーフロントマンが捨て去られたと裁判所は解していないようではあります。

以上で本日の 2 番目の話をまとめます。知的財産法の大変基本的なところですが、他人の成果にフリー・ライドする行為が、即、違法だというわけではありません。例えば、エジソンの発明、ベートーベン作曲の音楽、孔子の論語など、いろいろなタイプのものに関して、我々はフリー・ライドして生きているわけです

が、電気を使うたびにエジソンの遺族にお金を払おうということは誰も考えないわけです。ほかにも様々なタイプのフリー・ライドが世の中にたくさんあります。例えば、JR タワーができることにより、その周辺の店舗の集客数が増えそれによって周辺店舗の収益があがったとしても、誰も JR タワーにお金を払うということにはなりません。

一般的にいうと、フリー・ライドで世の中が豊かになり発展するので、フリー・ライドは原則自由だし、様々なフリー・ライドで我々は生きているわけであります。誰にもフリー・ライドしないで生きていくことは不可能であると思います。お金を払わないでいろいろな便益を得ることは、むしろ日常的に頻繁にあることです。

しかし、損害が生じ、その損害があるために成果を開発するインセンティヴが損なわれ、フリー・ライドを禁止するというコストをかけてまで成果開発のインセンティヴを確保する必要があるという 3 つの命題が肯定された場合には、フリー・ライドを禁止すべきだと考えるべきでしょう。第二の命題について、花火大会の例では、テレビ局からの収入が減る損害が生じ損害を生じるだけではだめで、花火大会を開催しようとするインセンティヴが損なわれる必要があり花火大会の主催者が管理している土地に入ってくる人から取るお金だけでは、あるいはパンフレットの収入などでは、同じ規模の花火大会を維持できないことが必要です。他方、顔真卿事件でも、美術館は損害を被ったとしても、一般論をいえば美術館にお金を払ったところで顔真卿の自書のようなものが増えるわけではありません。さらに、美術館の顔真卿の保管料についても、別に無体物に関して金銭の支払いを認めなくても、入館料で十分であるといえるので成果開発のインセンティヴは損なわれていないと解すことができるでしょう。なお、インセンティヴとはあえて翻訳すれば動機付けです。第三の命題については、前述のように花火大会であったり、木目化粧紙やデータベースの事件の箇所で説明した価値判断がこれにあたることになるでしょう。これまで、抽象論で大まかな話をしましたが、これについての要件を事細かに定めているのが、知的財産法だということになります。

以上が知的財産法の趣旨であり、以下はこの趣旨に基づいて知的財産法を俯瞰してみることにします。

Ⅱ　知的財産法の概要

1. 序

知的財産法を前述したようなインセンティヴ論にたって考えることが重要になります。知的財産権の根拠については、著作権は五分五分くらいで特許権では 9 割以上がインセンティヴ論の考え方に与しており、現在では多数説であるといえると思いますが、他方、人が知的財産を創作したから当然権利を持つべきだという自然権論もあります。自然権論は、一般的には著作権では依然として有力ですが、特許権には当てはまりません。なぜなら、特許権法の講義で詳解しますが、特許権は、自分で発明した場合でも発明の実施など何も行っていないときには、他人の出願が先であるなどした場合、他人の特許権の行使により発明を利用することができなくなってしまいます。特許権を自然権であると考えると、発明者にせめて使用は認められそうですが、そうはなっていないからです。これは世界各国共通です。

ともあれ、知的財産全般で有力なインセンティヴ論に従って説明をしましょう。インセンティヴ論に立った場合には、当然に知的財産権が発生するわけではありません。前述のように大まかに言えば 3 つの条件を満たして初めて知的財産権を認めるべきだということになります。したがって、知的財産権がなかった場合にも世の中十分に成果開発のインセンティヴが存在するのかどうかを見極めるのが大変重要です。

もし、知的財産権がなくても世の中に十分知的財産があり生まれるのであれば、知的財産権の保護がなくても知的財産の発生には影響を及ぼさないことになりますから、自然権論に立たない限り、成果開発者の受ける利益は減少するかもしれませんが、フリー・ライドさせて競争させた方が価格が下がるなど利点も多いので、放任すべきだということになります。したがって、世の中に知的財産権がなくても、どのくらいうまくいくのかを考えるのが大変重要です。そうすると、非常に面白い現象、事象に気付くはずです。それは、世の中には実は知的財産権が存在しないにもかかわらず、さまざまな商品や営業が日々開発されていることです。新しいタイプの商品の例として、テリヤキバーガーを挙げることができます。テリヤキバーガーは 1980 年代に開発された商品なのですが、瞬く間に競業者が模倣しました。ほかにもいろいろなタイプの商品があります。例えば、私が子供のころには、漫画誌というと、成年向け漫画と少年漫画しかありませんでしたが、私が成長するとともに中高生向けの漫画やサラリーマン向けの漫画が、「ヤング」「ビジネス」などと名称を付して出版されるようになりました。これは従来の年齢層とは異なる年齢層を対象とする新種の雑誌であるといえます。これについても他の出版社が競って模倣して現在に至っています。ほかにもコンビニエンスストアがあげられます。コンビニエンスストアは、早朝から深夜までの長時間の営業や、小規模の店舗において品揃えを確保しつつ配送コストを抑えるためのチェーン店化の営業手法が従来にない特徴を有していました。これもヒットして、しかもまだ新規参入の余地があるということで、たくさんの企業が模倣して、世界に広がっていったといえます。ほかにもピザの宅配や、郵便局以外の荷物宅配サービスをあげることができます。

こういった形で、成功例、失敗例を含めて、膨大な数の新しい商品、営業が世の中に出ていますが、いったん世に出ると物理的には誰もが模倣は自由だし、現に模倣がなされているということが重要です。模倣者は、一般的に、どのような商品コンセプトにするか、どのような業種にするかという開発コストがあまり掛からないので有利であるといえます。さらに、ファーストランナーに比べ、ヒットしたものだけを模倣すればよいので、ビジネスリスクをほとんど負担しないでよいという利点があります。

それにもかかわらず、ファーストランナーになって新しい商品や営業を開発しようとする者が後を絶たないのはなぜかと考える必要があります。その理由は、社会、世の中には、知的財産権法の外で知的財産権法と同じ役割を果たしているインセンティヴが事実として存在するからです。これを理解することが非常に重要になります。

第一の事実として存在するインセンティヴは、市場先行の利益です。市場先行の利益とは、ファーストランナーだけが享受することができる利益です。例えば、市場に先行した者は、模倣者が出現するまでの間にタイムラグがありますので、そのタイムラグの間は市場を独占することができます。また、模倣者が出現した後も、顧客・販路の開拓について他者と比べ非常に先行しているので、有利に顧客の開拓、販路の開発を行なうことができます。あるいは、販路ではありませんが、商品の納入において、一番よい商品などを確保することができるかもしれないなど流通経路をある程度押さえることもできます。さらに、模倣者が出現して競争を開始した後も、最初に始めたものとしていう世間の評判があるので、我々はファーストランナーに何となくよいイメージを持っており、それが非常に有利に働きます。

第二の事実として存在するインセンティヴは、秘密管理です。例えば、ラーメン屋のスープ、あるいはコカ・コーラ、コカ・コーラの原液というのは秘密に管理されていて、どのようなもので作られているかを知っているのは、一部の者に限られます。現在の技術をもってしても、コカ・コーラや香水など、完全にどのような製法で製造されているか解析することはできません。どのような成分で成り立っているのかについては

解析可能であるとしても、原料や製造工程などを解析することはできないので、再現は不可能です。これは非常に重要で秘密にされています。この場合、もし本当に秘密として完全に管理できれば、特許権よりも強い権利を得ていることになります。特許は出願して公開しなければならず、公開した上で出願から 20 年の存続期間、最長でも 25 年になりますが、それ以上の権利行使は認められません。ところが、コカ・コーラはいまだに秘密を保っているので、いまだに完全に同じ味は再現できていません。香水についても同様であり、100 年近く秘密管理された状態で販売を続けているものがあります。秘密として管理できれば、秘密である以上永続するわけです。したがって、知的財産法が仮になくても、秘密に管理できるということが、こういった成果の開発を支えています

第三のインセンティヴは、信用です。商品や営業に、同じ名称やマークを付すことによって、評判を継続して利用できます。評判がインセンティヴとして機能するのは、こういった信用があるからです。ウォークマンを例にとると、あの有名なソニー、あの有名なウォークマンという形で評判を利用できます。この場合、その商品だけではなくて、様々な分野で成果の開発に成功している企業は、その企業の名前を見ただけで、その商品のことをよく分かっていなくても、その企業が出しているなら大丈夫だろうというような形で、信用を得ることができます。逆に言うと、マークを付した以上、現在まで培ってきた財産を守るためには、信用の維持、発展を図るように不断に努力をするはずです。

このような形で社会に事実として存在するインセンティヴが機能している場合には、模倣を自由にしておいた方が産業が発展します。模倣を自由にした方がよい理由は、競争は非常に重要だからです。例えば、コンビニエンスストアの営業形態に 20 年間特許権が成立して、20 年間セブン・イレブンの独占だということになったら大変な事態です。それよりも、競争をさせた方が新商品、営業開発の企業も、独占的地位にあぐらをかくことなく、さらなる努力をするでしょう。さらには、技術の場合には、フリー・ライドできるようにしておいた方が、エジソンが電気を発明したらその電気を利用する技術ができるように、積み重ねによる発展があるということも無視できません。ということで、ここで終われば知的財産権の出番がない、複雑な法律はいらないのですが、そうはいかないので、次の話に移ります。

2. 社会に存在するインセンティヴの支援

社会に存在するインセンティヴの支援ということですが、先程お話した社会に存在するインセンティヴが自律的に機能し得ない場合があります。その場合には、法の支援が必要になります。

第一に、模倣は自由であるとしても商品形態のデッド・コピーが行われた場合には、市場先行の利益は失われてしまいます。デッド・コピーというのは、そっくりそのまま酷似的模倣をすることです。コンセプトを模倣するのではなくて、形態までそっくりそのまま模倣しますからすぐに商品開発できるので、市場で先行すれば事実上独占できるタイムラグが減ってしまいます。具体例を挙げると、ルービックキューブができた後、1 カ月くらいで模倣品が出現しました。ルービックキューブの模倣自体に労力、費用があまり掛かりません。にもかかわらず形態のデッド・コピーまで許してしまうと、模倣者の方が過度に有利になって、市場先行の利益が喪失するように思えます。この行為は、先程述べた 3 つの命題を満たすような行為ですので、知的財産法の応援がないと、社会に事実として存在するインセンティヴだけでは少々足りないといえます。そこで、1993 年の不正競争防止法の改正でデッド・コピー規制ができました。

第二に、秘密管理についても、完全に秘密を管理することは困難です。例えば、従業員が買収されてしまうかもしれません。従業員を信頼できない場合や、大企業のように従業員の行為を完全には把握でき

ない場合、秘密管理に頼るのは危険だと判断し、多少投資をためらう方が出てきてしまうかもしれません。それがある一定のポイント以上を過ぎると、やはり世の中にとっても不都合であるといえるので、ある程度秘密として管理していれば、それ以上に従業員を買収する行為や、金庫を破ってくるスパイ行為に関しては、別途知的財産法で禁止し、秘密管理の応援する必要があるといえます。それが、営業秘密の保護だということになります。

第三に、評判についても、だれもが同じ表示を使用できるとなると、機能しなくなります。例えば、A という有名な表示と同一類似の表示が第三者により無断使用された場合、A という表示を用いて評判を築いてきた者は、自分の財産にフリー・ライドされるだけに止まらず、品質の劣る商品役務を無断使用者に提供されることにより、A の信用自体が毀損するかも知れません。さらには、だれもが同一類似の表示を使用できるとすると、消費者の方も世の中には同じようなマークがたくさんあってよい社会であるとの認識になるので、マーク自体信用できなります。そうすると、信用度・評判なるものが一切世の中に成立しなくなってきかねないということになりますから、やはり同一類似のマークを使用し混同を起こす行為は禁止すべきであるといえます。そこで、不正競争防止法での商品等表示の保護や、さらに登録制度で権利を安定化した商標法での保護が図られています。

3. 人工的なインセンティヴの創出

以上が、知的財産法の中でも、社会に事実として存在するインセンティヴを支援するタイプの知的財産法でしたが、そもそも社会に事実として存在するインセンティヴでは、全く足りないという場合もあります。典型例は医薬品です。

医薬品を1つ開発するためには、800 億円という投資がされているといわれています。
なぜなら、医薬品には副作用があるので、体内に摂取しても、強い副作用が起こらず、それを凌駕するに足りる効能がきちんとあるような物質を見つけることは、非常に困難であるそうで、バイオテクノロジーで大分緩和されましたけれど、失敗の連続の中でようやく時々ヒットするものを販売することができるからです。こういった場合には、市場先行の利益や評判だけでは投下資本を回収することはできないので、模倣をきちんと防いでもらうため、特許権で保護する必要があります。

このようなタイプの権利はいくつかありまして、特許権あるいは小特許といわれる実用新案権が挙げられます。実用新案権は、日本やドイツのように周辺国に比べれば後進国だった時代のある国において、外国がわざわざ権利を取得しないような小さな技術について、国内産業保護のために設けた制度であります。現在でも日本とドイツでは残っています。また、意匠権もこのようなタイプの権利であり、意匠権というのは、デザインに関する権利です。半導体回路配置権も同様で、これは、半導体チップのマスク・ワークといって半導体チップの表面のデザインに関する権利です。とても小さな、実際の面積の中に電子回路を埋め込むのは、デザイン上の工夫が必要になるので、その工夫に関する権利です。さらに、著作権や、種苗法に基づいて新しい品種を開発した人に与えられる権利である育成者権といった権利があります。

現在、知的財産権に関する訴訟の 90%が不正競争防止法と著作権と特許権で占められています。残りの 10%のうち半数以上、半数よりももう少し多いもの、7～8%になるかもしれませんが、それは商標権に関する訴訟です。育成者権などというのは、10 年に 1 件くらい、半導体チップ法についても同様程度にしか訴訟になりません。意匠権はもう少し多いです。実用新案権は、以前は多数の訴訟がありましたが、最近は減りつつあります。

実際に知的財産権で商売する方がよく使用するのは、特許権、著作権、商標権です。他方、ビジネスにかかわる弁護士の方が付き合わなければならないのは、被告としての著作権、特許権、商標権です。逆に原告としては、著作権か不正競争防止法です。なぜなら、特許権、商標権は出願して権利を得るものなので、大企業が大半を有しています。一方、不競法や著作権は出願しなくても権利が発生するので、小さな企業も持っている権利だからです。

以上が知的財産法全体についての総論的な話です。

第1編　インセンティヴ支援型

第 1 章　商品形態のデッド・コピーの規律―市場先行の利益の保護―

Ⅰ　デッド・コピー規制の趣旨

本日は、デッド・コピー規制についてお話しします。不正競争防止法 2 条 1 項 3 号は、他人の商品の形態を模倣した商品の、取引の行為を禁止しています。前回申し上げましたように、このうちの模倣については、定義規定が条文で入っています。2 条 5 項で、「模倣する」というのは「他人の商品の形態に依拠して」、つまり独立して作ったわけではなくて、他人の商品の形態を真似しているということです。「これと実質的に同一の形態の商品を、作り出すことをいう」という条文があります。この条文ができたのは 1993 年で、不正競争防止法が全面的に改正された際に、挿入された条文です。

肝要なことは、他人の商品の模倣行為が、すべて禁止されているわけではないということです。

まず 1 つは、知的財産権の保護対象にはならない創作商品というものがあります。このうち、新種の雑誌などの例については、前回お話しした通りです。

タイプ・フェイス、つまり書体に関しても、現行法上、明文の保護はどこにもありません。書体というのは、例えば、皆さんの持っている六法、あるいは教科書などに用いられている文字の形です。同じ明朝体でもよく見てみれば、それぞれ違いがあることがよく分かります。特に、日本の場合には漢字圏ですので、かなりの数のたとえば 1 万字程度の漢字を整える必要があります。それも適当に作るわけにはいかず、全体に統一感があって、読みやすい文字というのをデザイナーが工夫して作っていくのです。ですから、相当の労力がかかっていますが、これは著作物にはならないといわれています。

もし、書体に著作物性を認めてしまうと、例えば、皆さんが私の許諾を得て、この講義の教科書をコピーしようとしても、もう 1 つ書体に著作権があるとすると、その権利の許諾の問題をもクリアしなければいけないということで、かなり煩雑になります。文字は多くの場合、伝達手段にすぎません。また、書体は著作権の対象になるような、大変な労力がかかっていますが、表現はやはり同じ文字、書体となりますので、同じ明朝体の範囲内として、創作的な表現でもないでしょう。このように書体は、1 つは実質的な理由で、1 つは理論的な理由によって、著作物と認められていません。しかし、こういったタイプの創作的な商品というのは、知的財産権の保護対象にはならないにもかかわらず、世の中に現れてきます。

次のタイプは、保護の対象にはなるのですが、現実的に意味のないものです。アパレル商品、例えば、衣服のデザインなどは、多くの場合ワン・シーズンでライフ・サイクルが終わってしまいます。衣服については、創作的なデザインであれば意匠権という権利を得ることができますが、特許庁に出願をする必要があります。特許庁の審査はずいぶん早くなりましたが、それでも意匠権が取れるまで、1 年半ぐらいはかかります。そうすると意匠権を頂いたときには、すでに商品の生命が終わっているため保護が大きな意味を持ちません。そのような意味では、模倣は自由なのですが、それでも新しい商品が出るということです。

さらに、産業財産権の保護を享受し得るものの、例えば、弁理士費用が高くて大変だとか、出願料自体がそもそも大変で登録料が高い、あるいはそもそも面倒だという理由で、工業所有権、知的産業財産権を得ていない商品もあります。

模倣行為を禁止することが 1993 年前まではできず、改正された 1993 年以後も、デッド・コピー以外は禁止することができないにも拘わらず、何故開発されるのかというと、それは市場先行の利益があるからです。市場先行の利益にはいくつかタイプがあります。1 つ目は市場に先行にしているタイム・ラグの期間中は、事実上は独占的に地位を享受できるということです。2 つ目に、そのタイム・ラグが過ぎた後も、すでに

新商品の販路や流通路、材料の経路や流通路などを押さえているために、有利に競争ができるという利益もあります。書いていませんが、3 つ目に評判・信用です。これは、2 つ目に付随すると位置付けることができるかもしれません。ファースト・ランナーであるという信用・評判を活かすことができ有利に競争ができるということです。

それに対して、教科書（田村善之『知的財産法』（第 4 版・2006 年・有斐閣））の 25 ページに、簡単な図を載せておきましたがデッド・コピーだと、このタイム・ラグ自体が減少します。それだけではなく、模倣に労力、費用がかかりません。加えて、デッド・コピーは権利者の商品への代替的な効果が強いため、ただの模倣品と違って与える被害も大きいということです。これを放置する場合には、ビジネス・リスクを背負う気がしなくなり、ファースト・ランナーになる者が少なくなりすぎるのではないかということで問題となりました。

もともと 1993 年の改正のときには、不当な模倣行為一般について規律をしようという意見がありました。つまり、創作的価値があって、それに対して不正競争の目的でとか、あるいは公序良俗に反する目的で模倣してはだめだという一般条項です。しかし、このような一般条項に対しては産業界からの懸念が強くありました。それは、一体何が違法なのかは裁判所へ行ってみないと分からないでしょう。だいたい世の中には、コンセプトの似た商品はいくつもできるので、そういた行為が全部侵害かどうかよく分からない、そのような不明確性があります。

そのような中で私は、市場先行の利益を保護するという形で考えることによって要件論をもう少し明確化しようということを主張しました。つまり、市場先行の利益というインセンティヴを保障して、商品化のためにかけた労力、時間、費用の回収を、困難にしないようにする趣旨から考えると、いくつかの原則が導かれるでしょう。

1 つ目は、規制行為です。規制行為は商品のデッド・コピーに限定します。不当な模倣行為という抽象的に広がりのある要件はやめておこうということです。これは、デッド・コピーであればいついかなる場合、どんな商品でも市場先行の利益が、定型的に失われてしまうという理由からです。また、デッド・コピーを越えて、もう少し広い範囲で保護をして欲しいのであれば、特別の要件を課した工業所有権で保護を図ればよいということです。

2 つ目は、対象です。すべての商品が対象で、この際創作的価値は問いません。これは、創作的価値の判断には微妙な場合があるからです。デッド・コピーをしているということは、そこに価値があるからしているはずです。判断が微妙な創作的価値の有無を考えると、変に紛争が長引くおそれがあります。裁判が長引くだけの要件を、いちいち審査をする必要はないだろうという、もっと迅速に保護をしてしまいましょうという発想で、思い切って創作的価値は問わないとされています。条文を見ても、「他人の商品の形態として」しか書いてないです。ただし、この条文には含意があって「他人の商品」と書いてあります。ある人が最初に販売をしたとか、創作して販売したという要素は必要なのです。

また、保護期間は 3 年か 5 年か 7 年かと争いがありました。なぜか不思議と 4 年にはしないのです。「何か縁起を担いでどうするんですか、法律をつくるときに」と言うのですが、なぜか 3 年か 5 年だと言って、4 年にはしないのです。少し短すぎるのではないかなと思っているのですが、現在は 3 年となっています。条文を確認しておくと、不正競争防止法の 19 条 1 項 5 号イです。「日本国内において、最初に販売された日から起算して、三年を経過した商品について、その商品の形態を模倣した商品」の取引においては、19 条 1 項の柱書きに戻りまして、適用しないと書いてあります。不正競争行為には該当するのだけれど、3

条以下の差止請求や損害賠償の規定が適用されないので結局、違法ではないということになります。

3 つ目は行為態様です。行為態様はデッド・コピーであれば、原則禁止としました。不正競争の目的などは考慮する必要はありません。そもそも、一体どのような要件を要求するのかよく分からないからです。加害目的といっても、デッド・コピーをしているのですから、あるような気がします。そもそも競争している以上は、相手方に害を与えるつもりで皆さんはしているのですから、その中で不正競争の目的というのは、一体どのようなものなのかよく分かりません。理屈からも、デッド・コピーをしてしまうと市場先行の利益が定型的に失われるからという理由で、不正競争行為としたのですから、不正競争の目的なるものがあろうがなかろうが、市場先行の利益は失われるわけです。そうすると、主観的要件はいらないということになりました。

次に、要件を立てたとして、一体どの法律でやるかです。これもきちんと理由を付けた方がいいと思います。ここでは政治的な理由は抜きにして、やはり不正競争防止法でもいいのではないかとなるのですが、どうしてかということです。余談ですが、理由付けには、3 つのタイプが存在します。教科書（前掲・田村善之）の最初の端書きのローマ数字の 2 ページに書いてあることですが、それをうまく使い分けた方がよいと思います。1 つ目が積極的理由です。2 つ目が外在的な消極的理由です。3 つ目が内在的な消極的理由です。この言葉は私が使っているだけですが、ぜひ、積極的理由から書きましょう。

話を戻して、不正競争防止法にするのかという積極的理由からです。デッド・コピーを禁止した趣旨は、工業所有権の枠を越えて包括的に世の中に存在するインセンティヴを担保することにあります。そうだとしたら、その保護の要件として、何らかの手続を要求するのはおかしいということになります。例えば出願をしなさいとか、登録したらデッド・コピーは保護されるとすると、それは論理矛盾になり自殺行為になって制度の趣旨に反します。たまたま不正競争防止法は一般的に出願審査の必要ないものが集まっていますので、そこに入れる方がいいだろうということになります。

消極的理由は、不正競争防止法の中にこのような制度が採用されると、どのような不都合が考えられるかを一応考えた上で、潰していくことで顕在化してきます。内在的な消極的理由なりますが、工業所有権の保護のインセンティヴが失われるのではないかという不都合が考えられます。例えば、不正競争防止法とかで、一般的に模倣行為が禁止されてしまうと、みんな守られてばかばかしいから、特許権の出願をやめましょうとなり、せっかく特許庁で審査をするために待っているのに出願が来なくなってしまうかもしれない、ということです。これに対しては、確かに不当な模倣行為ということで、何でも保護されるような制度にしてしまうと何のために特許制度を置いてあるのか分からなくなりますが、今回の改正はデッド・コピーに限定していますし、保護の期間も 3 年と短く設定されています。特許権であれば、出願後 20 年という長い保護を享受することができるので、より長い保護を受けたいということになれば、工業所有権を受ける必要があります。したがって、インセンティヴは過度に失われることはないと思います。多少失われるかもしれませんが、市場先行の利益を守ると、それを上回るメリットがありそうです。

もう 1 つ理由があって、もともと制度の仕組みが、デッド・コピーだけを判断しますので、先行者と模倣者の同一性のみを判断することになります。このように創作的要素を問わない以上、工業所有権の保護のインセンティヴが失われることはありません。また、いきなりそのような不当な模倣行為を、いちいち裁判所に審査をさせるのは大変ではないかということに対しても、不当な模倣行為を一般に禁止する法律ではないので、そのような問題は大きくないでしょう。よって、すべて丸く収まり、デッド・コピーだけを禁止しようということになります。

逆に、デッド・コピーに限らず、盗難模倣行為一般に対して、保護を与えなければ意味がないという議論もないわけではありませんが、行為態様をデッド・コピーに限定することにより、かえって商品の創作価値を問わないことが可能となるのです。不競法に適した、正確には工業所有権以外の保護に適した制度になります。要件化も明確になるので、形態が酷似的でない限りはセーフになります。その意味でも導入が十分可能でしょう。

これを越えて、不当な模倣行為一般に関してどうするかというのは、前回もお話しした通りで、一般の民法709条の話になります。ただ709条だと、どうしても差止めができないという大きな問題があるのですが、それは民法の理論だということが言えるかもしれません。以上が全体の趣旨です。次に、要件論に移っていきましょう。

Ⅱ　商品形態のデッド・コピーに該当する要件

3号の「模倣」の定義規定は2005年の改正で導入されました。模倣というと普通はデッド・コピーに限らず広い意味で捉えられ、分かりにくかったのですが、2条5項というのが入って、「依拠して、これと実質的に同一の形態の商品を作り出すことをいう」となりました。

仮に、商品形態の酷似性を問わないとすると 3 号は広く商品のアイディアを保護することになってしまいます。例えば、ポッキーと形は同じですが、もう少し大きい商品が出たとします。ポッキーというのはチョコレートが全面的に覆っていると手が汚れるので一部空けています。肝要なことは、これは1つのアイディアであるということです。ある程度形態が違うものに関してもデッド・コピーに該当するとしてしまうと、結局このようなアイディアが保護されてしまうことになります。しかし、それは特許庁にぜひ出願していただいて、そういったアイディアが本当に新規のものなのか、あるいは非容易創作性、進歩性を満たすものなのかということを、しっかりと審査、判断をしてもらって、初めて保護を受けるべきものだという気がします。何の審査もせずに、創作価値があることを問うことなくぽんぽんと広い保護を認めるわけにはいかないのです。ですから、同じポッキータイプの商品についても、例えば長さがほとんど同じであるとか、そういったところまで見て、初めて侵害になるということになります。

これに関連して、他人の商品を分析してそこで利用されている技術を抽出したうえで、その技術に基づいて商品化した商品を販売する行為も本制度の射程外です。これは、一般的にリバース・エンジニアリングといいますが、特許法 69 条等でセーフになっており、不正競争防止法でも、セーフにすべきでしょう。事件もやりますが、具体的な裁判例になった事案はありません。仮想例として、教科書（前掲・田村善之）の 28 ページの図を見て下さい。

これは裁判例（仙台高判平成 4.2.12 判タ 793 号 239 頁[アースベルト差戻後二審]）ではありますが、デッド・コピー規制前ですので、2 条 1 項 3 号が問題になったのではなくて、実用新案権の事件です。ただ面白いので、これを例にとってお話しします。左上の別紙図面 1 の第 1 図、第 2 図が原告の実用新案権者の商品です。これは自動車の設置具です。後ろの方に垂らしておいて走っているときはなびいて接地せず、止まると接地します。その時アースになって、静電気を逃すというものです。それだけでは、さすがに実用新案権は取れません。この方は、それに反射板を付けました。8、9 と書いてあるところです。この反射板を重りにして、ちょうどよく接地し、走行中は、跳ね上がっているようにということで、位置を調節できるようにしたため、実用新案権が取れたのです。

最初は、接地具に反射板を付けたというだけで、実用新案権の出願をしたのですが、それではまだ非

容易創作性、進歩性を満たさないとされましたので、設置具の取り付け位置の調節を可能にしました。つまり、第 2 図の 11 番というところがナットになっているので、ここを緩めて取り付け位置の調節が可能になりました。これにより特許庁から実用新案権が付与されました。

順番に別紙図面の 2 から 6 までは、すべて被告の商品です。それで、だんだん遠ざかっていきます。警告を受けるたびに、遠ざかっていったのです。2、3 は、矢印ではなくなりました。それから別紙図面 4 とは、あまり違いがないかもしれません。5 に至るや、三角もやめましょうということで、四角になりました。さらに、図面 6 でドラスティックに変わりまして、ついに取り付け位置の調節可能をやめたのです。図面 6 を見ていただければ、11 のところは固定されています。結局、取り付け位置の調節可能な反射板ということですので、図面の 5 まで実用新案権の侵害で、6 から非侵害です。問題は、本件で実用新案権を有していなかったとして、これを不正競争防止法 2 条 1 項 3 号のデッド・コピー規制で、どこまで押さえることができるのかということです。

結論から言うと、やはり図面の 3、4、5 は、さすがにセーフにしないとまずいでしょう。さっきのポッキーと同じで、こういったものの 3、4、5、6 も保護することになってしまうと、6 までいったときには自動車の接地具全般で、5 までいったときは取り付け位置調節可能な自動車の接地具で、反射板の付いたものが、すべて禁止されるということになってしまって、それはまさに実用新案権で判断をしてもらいたいことだったのです。

肝要なことは、実用新案権と不正競争防止法の関係です。この商品は実用新案権を取得している立派な考案です。そうすると例えば、原告が、実用新案権と 2 条 1 項 3 号の 2 つ請求を出してきているときに、実用新案権も認容し、2 条 1 項 3 号も認容していいのかということも、もう 1 つ問題になるのですが、それも危険です。なぜ、危険かというと、実用新案権については登録無効の制度が用意されているのです。特許庁の審査が過誤の場合もあり得るので、最終的には完全に裁判所がレビューできるようにということです。実用新案権は特許権と同様に登録制度に対しては無効審判を請求することが誰でもできます。それで無効審判について、無効審決が出るとそれについて審決取消訴訟があって、知財高裁で判断をします。現在は無効ではないかもしれませんが、将来、実用新案権は無効になる可能性もあります。無効になるとどうなるのか。非常に重要な条文ですのでぜひ覚えておいてください。民事訴訟法 338 条 1 項 8 号の再審事由です。「判決の基礎となった民事もしくは刑事の判決、その他の裁判又は行政処分が、後の裁判又は行政処分により変更されたこと」で、再審になるのです。ですから、実用新案権の方が仮に要件を満たしていないのに過誤で登録がある場合でも、後の再審で処理することができます。これに対して、不正競争防止法 2 条 1 項 3 号には再審事由はありません。そうすると、実用新案権がなくなって自由だと思ったら、2 条 1 項 3 号が残っているという逆転現象が起きてしまいかねないのです。そのようなことを考えると、アイディア保護を裁判所でやるというのはやはり危険なのです。そのようなことがないように、デッド・コピーだけに止めておいた方がいいでしょう。図面の 2 くらいが当たるか当たらないか、ぎりぎりだと思います。

では、具体的な事件を見ておきましょう。教材 120 ページの図①と②ですが、これはドラゴン・ソード事件（東京地判平成 8.12.25 知裁集 28 巻 4 号 821 頁［ドラゴン・ソード］、東京高判平成 10.2.26 知裁集 30 巻 1 号 65 頁［同控訴審］）といい、地裁と高裁で判断が分かれたケースです。図①が原告商品で、図②が被告商品です。

写真は裁判所添付のものを掲載しているのですが、ほとんど同じ大きさに見えますけれど、実際には

1.5 倍から 2 倍くらい被告の方が少し大きいです。こういったものは面白くて、だいたい原告が先に請求原因を出してきて写真貼付をしますので、それで訴訟資料になっていることが多いです。もちろん当然ですが、原告の方は必死になって似ているようにするのです。写真の大きさをそろえなければいけない決まりはないので、だいたい同じ大きさにしていきます。ペンダントではなくキーホルダーで、龍が十字架にとぐろを巻いている形状のものです。地裁は、これは 2 条 1 項 3 号に該当するということで、違法としたのですが、高裁で覆ってセーフになっています。もうすでにこのくらいで限界線の事例になってしまうくらい狭いということになります。具体的に、なぜ高裁でセーフになったのかということですが、これも写真から分かりにくいですけれども、まず大きさが違うといわれたのです。もう 1 つの違いが、この尻尾ですけれども図①はそのままで、図②はこちらからは見えませんが、向こう側に頭があるのです。ですから、双頭の龍になっています。こうしてデザインも違うだろうということで、これはセーフだというのが高裁の判断です。ここら辺になると、よく分からないところです。私は、このようなものは別に認めても全然問題ではないという気がするのですが、比較的高裁は厳しかったということです。これだと、かえって著作権でいった方がよかったかもしれません。ただ、龍の形が一般的すぎるので、著作権でいけるかどうかも微妙です。ありふれているので創作的表現とはいえないかもしれません。もう少し工夫を凝らしたリュウだと、著作権でいけると思います。ともあれ申し上げたかったことは、2 条 1 項 3 号は結構狭いということです。

逆に、過去いちばん広かったものとしては小熊タオルセット事件（大阪地判平成 10.9.10 知裁集 30 巻 3 号 501 頁［小熊タオルセット］）があります。教材 120 ページの図③が原告で、図④が被告です。本件では、デッド・コピーと認められているのですが、少し広すぎるのではないかなという気がするのです。図③と④を見ていただくと共通しているのは、まさにクマなのですが、さすがにこのようなものは昔からある商品ですから、これが似ているからというわけにはいきません。これは、あまり要素にはなりません。要素となるのは組み合わせです。クマが何か首に 1 品下げていて、さらに手に小さなバッグというか、ポシェットを持っています。それで、横にタオルが付いている、そのような組合せの商品です。

本件には少し事情があります。これは意匠権の保護が無理な事案です。なぜ無理かというと意匠権は商品の形状そのものには保護があるのですが、このような配置の工夫には保護が及びません。全部を意匠として登録ができないという事情がありました。そうすると裁判所としては、保護したくなるのかもしれません。ただし、これはやはり行き過ぎでしょう。なぜ行き過ぎかというと、このくらい違っていても、保護されることになってしまうと、クマを置いて、タオルを置くといったコンセプトの商品というのが、独占されてしまうことになるのではないかと思うからです。ただ、事案はよく見なければなりません。

この事件はさらに特殊な事情があって、裁判所の判断も理解できるのです。なぜかというと、教材には 1 つしか掲載していませんが、実は原告は 6 つのタイプの商品を出していたのです。全部同じ商品で、クマが横に行ったり、縦に行ったり寝たりなど、よく 6 つ考えつくなと思うくらいシリーズとして並べ方があるのです。だからといって、2 つ目を買う人がいるとは思えませんが、とにかく 6 つ並んでいるのです。これに対して被告もよせばいいのに全部図④と同じように、ちょうど反対にした形で、6 つ並べた商品を売っているのです。そこまでですることはない、そうだなと私も思います。問題の 2 条 1 項 3 号は、シリーズでアウトにしないで、個別のものを見ています。こういったタイプのもので、むしろ私が思っているのは、仮に図③の配置がもし有名であるという前提があるとして、図④を見たお子様たち、お母様たち、お父様たちは、おそらく混同するでしょう。そうすると、これは 2 条 1 項 3 号の話ではなくて、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知表示の保護ということで、保護すればよかったのではないかなと思います。あるいは周知ではなくても、

シリーズの商品をいちいち真似をして、混同を引き起こすような行為については、1、2 件しか裁判例はありませんが、民法 709 条の不法行為が認められる場合もあります。そちらでいけばよかったので、弁護士さんが 2 条 1 項 3 号しか主張していなかった以上、仕方がないというケースもあるのです。釈明などをして 2 条 1 項 1 号なり、不法行為でやった方がきれいだったような気もしますが、そこまでする必要はないと裁判官が思ったのかもしれません。ともかく、デッド・コピーの範囲が広かった事例ですが、やや例外的な事情があったというご紹介でした。次に、行きましょう。

デッド・コピーとはまったく別個の観点から、709 条の不法行為が成立することがあるということで、東京地裁の昭和 63 年の判決（東京地判昭 63.7.1 判時 1281 号 129 頁［チェストロン］）を出しました。先ほどは混同行為の話をしましたが、他に過去にも例があります。不正競争防止法 2 条 1 項 3 号の制定前ですけれども、デッド・コピー品ではないものについて、不法行為を認めた判決が 1 つあります。それが、チェストロン事件です。

これは原告である町の発明家がプリント基板を使って、アコーディオンの小型の楽器を作ったことから始まります。その原告が、被告となる大手の楽器製造会社に販売してみませんかと言って持ち込んだのです。被告の方は、それを分かりましたと受け取ったのですが、1 年間答えを出さなかったのです。その間、被告は何をしていたかというと原告には希望を持たせながら、そのプリントの解析をして、このような構造になっていると理解をして、アイディアは同じ自社製品を開発していたのです。結局、開発に成功した途端に契約はしないということで、切ったというケースです。裁判所は開発者の原告を欺罔して、販売を控えさせたうえで模倣品の開発を行っていたことに着目しました。つまり、契約締結上の過失があるということで契約には至らなかったのですが、不法行為を認めました。こうした別の理由で、模倣品に関して禁止をすることは、十分にあり得るということになります。この場合は、全然商品の形状は似ても似つかぬものだったのですが、今の 2 条 1 項 3 号ができた後でも、こういった要素があれば違法になるでしょう。

Ⅲ　適用除外

適用除外で不可欠な形態にいきます。2 条 1 項 3 号括弧書きです。「他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡し」のところで、わざわざ「当該商品の機能を確保するために不可欠な形態を除く」というふうに括弧書きが入っています。これは、競争上不可避的な形態ですが、例えば古い VHS テープの形態をデッド・コピーすることができるのかということです。ビデオデッキがハードとしてやや普及していて、それに差し込むためには、一定の形状を取る必要があります。そういった形状が決められているにも拘わらず、あの形状を取ることをデッド・コピーで禁止をしてしまいますと、VHS テープというその商品自体の保護になってしまいます。

デッド・コピーは原則として禁止ですが、例外的にその商品であるためには、その形状を取らざるを得ない場合には適用除外にしますというのが括弧書きの趣旨です。

1993 年改正後の条文はこうではなくて 2005 年改正で今の条文になりました。2005 年の改正前は、その商品が通常有する形態を除くというふうに規定されていました。最初からこの競争上不可避的な形態を除く趣旨だったのですが、条文が少し不明確でした。

かつて 2 条 1 項 3 号括弧書きが、通常有する形態を除くという時代だったときに、少し条文とは違った趣旨に読み込んだ裁判例が、いくつか現れていました。裁判官の中には、やはりいくつか混乱しかねないので、正しておいた方がいいでしょうと強くおっしゃる方もいて、結局、現在の条文に変わりました。その

きっかけになった判決がいくつかあるのですが、そのうちの 1 つをご紹介しておきましょう。それは、2 条 1 項 3 号の趣旨を理解するにも役立ちます。

教科書（前掲・田村善之）の 30 ページ、バーコードリーダー事件（東京地決平成 9.11.14 平成 9（ヨ）22045 号［バーコードリーダー一審］、東京高決平成 10.3.19 平成 9（ラ）2479 号［同二審］）です。これは仮処分事件ですので、債権者と債務者です。図の①が債権者で、図の②が債務者の商品です。大変似ていますが、判決は 2 条 1 項 3 号で請求を棄却してします。何といったかというと、債権者請求についての特徴をいくつか挙げて、「筐体（はこ）が直方体であり、バーコードを読み取れるための窓、コードを備えていることは、固定式バーコードリーダーが通常有する、ありふれた形態にすぎない」です。「固定式バーコードリーダーのビスや、アプリケーションへの取り付け穴の位置や個数は、おのずと制約される。債権者製品において、コードが底面から出ていることも、当該製品の形態を特段、特徴を付けるとものと思われる。窓に着色するとしても、単色であって赤色であることは、債務者の従前製品に見受けられる」こと等を理由に、債権者の製品はこの種商品の有する、ありふれた形態を脱しえていないと帰結して、その保護を否定したというものです。材質もそっくりで、色もやや黒めで赤の窓ということで、大変よく似ていたのですが、以上のような理由付けで請求を棄却しました。

この発想で、この要件論でいくとかなりきついです。バーコードリーダーで、この 4 つの形状を脱していないといけないというのです。本件のバーコードリーダーは、移動用の機械の中に埋め込む少し特殊なバーコードリーダーでした。ともあれ、バーコードリーダーで、ドラえもんの形にするわけにはいかないですから、変な形にするわけにはいかないのです。普通は、筐体が直方体になって、窓も備えていて、コードも備えています。取り付け穴の位置は、あまり気にしないでくれといっているから、気にしません。コードが底面から出ています。窓に着色します。いろいろな色の付け方があるが、何かにはなります。

この i)から iv)までの文章で製品を表現すると、バーコードリーダーはどれも当たります。そうすると、この要件だとバーコードリーダーで一切デッド・コピーを、保護する気はないだろうという、そのような抽象論になっているのです。こういったのはどのような発想かというと、特許型の発想なのです。従来製品のバーコードリーダーも、全部こういったタイプの筐体であり、箱が直方体で読み取り面の窓があって、コードを備えています。それから、底面からコードが出ています。色の塗り付け方も単色です。そういったものが従来の製品です。特許というのは、特許権者の製品が、従来の製品に比べて新規であり、かつ進歩的、非容易推考性があることです。そのような形で特許権というのは、従来技術と距離があることを前提にしています。距離があれば、被告に対して保護されるという仕組みです。ところが、デッド・コピー規制というのは、そうではないというのが、私の理解です。デッド・コピー規制というのは、原告と被告の距離が十分近いかどうかを見ることになります。それで、これがまさに特許庁と裁判所の、役割分担にもかかわります。つまり、従来技術との比較を見るのが、特許庁は得意なのです。どうしてかというと、特許庁には従来技術が多数の出願ということで、多数の出願情報、技術情報を持っています。

ところが、原告と被告を見るのは、裁判所が大変得意です。当たり前ですけれど、原告と被告の両方が出てきているわけですから、当事者がどのくらい形態が似ているのかとよく分かります。他方で、従来技術との比較に関しては裁判所は不得意です。裁判所は別に出願情報などを持っているわけではないですし、別に技術文献を調べているわけではありません。出てきているのは当事者だけですから、弁論主義で 2 人に頼るにしても、どの程度の資料を収集できるか完全な保証はありません。

話を戻して、裁判所のこの要件論は、従来の特許型の発想で 2 条 1 項 3 号を規律しようとしているので

す。この要件論を真に受けますと、教科書（前掲・田村善之）の 30 ページに書いてある通り、債務者の製品は見ないで、債権者製品だけを見て、従来から見てありふれているかどうかと判断をしているのです。そうすると、著しく保護が狭くなり、否定されやすくなってしまうという問題がありますので、この要件論は取れません。ただ、この事件に関していうと、後からいろいろ見てみると、裁判所の判断は分からないでもありません。なぜかというと、本件で問題となった製品は、大きな医療製品の中の取り換え用バーコードリーダーなのです。そうすると、だいたい同じ形状をしないと、使ってもらえない要素があります。ちょうど VHS テープのような製品だったようです。争点になっていませんから、はっきりは分からないですが、そうだとすれば、そちらを理由に、保護を否定すればよかったのではないかという気もします。そこら辺のところは、訴訟外の事実で私は分かりましたが、訴訟の判決文を見る中からは明確には分かりません。

本判決のような理論でとらえることを防ぐために、現在は条文が改正されて、通常有する形態ではなくて、機能を確保するために不可欠な形態という条文に変わりました。

続いて条文を見ていきます。19 条 1 項 5 号のロということで、適用除外のもう 1 つです。「他人の商品の形態を模倣した商品を譲り受けた者（その譲り受けた時にその商品が他人の商品の形態を模倣した商品であることを知らず、かつ、知らないことにつき重大な過失がない者に限る。）がその商品」の取引行為をすることはセーフであるということです。もともと半導体チップ保護法の方にそういった条文があります。それを、やはり使った方がいいでしょう。

何が書いてあるかというと、デッド・コピーをした人ではなくて、デッド・コピーをされた商品を譲り受けた人が、取引時点で善意無重過失だったときには、その人がその製品を販売するような、制度にしようという趣旨です。2 条 1 項 3 号は、自分が模倣したものである必要はありません。他人が模倣したものであっても、デッド・コピーを販売するとアウトになるのですが、それでも登録制度がなくて、不意打ちになってはいけないということで、善意無重過失で取得した人についてはセーフにしてあげようという条文が入っています。

それから次が、19 条 1 項 5 号のイで、先ほど読んだ条文です。最初に販売されてから、3 年を経過した商品のデッド・コピーはセーフです。どうしてかというと、私は最初明示的な期間を設けることに及び腰でしたが、今から考えればやはり 3 年かどうかはともかく、明示的な期間を設けてよかったと思います。私の受け持ちで、「相当な期間」のような抽象的な条文を考えていたのですが、それだといつから保護が否定されるかよく分からないので、年数を決めましょうということになりました。当該商品につき、投下資本回収に必要な期間という形で、抽象的な条文の文言だと、いつまで差し止めなのかが分からないので、萎縮効果が大きすぎるのでやめましょう、明確化しましょうということです。意匠権のインセンティヴのことを考え、3 年にということになりました。また、今では実用新案権は 10 年に伸びましたが、当時は 6 年だったので、5 年というのは実用新案権に近すぎるというのも、実は理由になっていました。

保護期間の起算点ですが、これは従来争いがありましたが、2005 年改正で明確になりました。それまでは最初に販売された日から 3 年としか書いていませんでした。そこで、外国販売を含むかどうかという争いがありました。多数説は、外国販売は含みます。ですから、例えば北欧のスウェーデンの家具などが、1990 年に発売されたとしても、日本国内で最初に発売されたのは 2005 年だった場合に、外国販売を含む説だと、もう 3 年経過をしているので保護されません。それに対して外国販売を含まない、日本国内で最初に発売された日から数えるという説だと、まだ 2 年しかたっていないので保護されることになります。

立法者で起草者、それからその多数説は、外国販売を含む説で、今の例の 1990 年のスウェーデンの

発売例だと、保護否定説でした。私はどうだったかというと、気持ちは五分五分だったのですが、理屈からいくとどうかと思って、一応強く、これは日本国内から考えましょうと言いました。これは、デッド・コピー規制が、どの国にもあるわけではないからです。私がスイスを読んで真似をしたのですが、はっきり条文があるのはスイスと日本の 2 つくらいです。条文ではなくて、不正競争防止法の一般条項でやっている国は、他にもあります。しかし、世界各国にあるわけではありません。そういった状況で、日本国内で初めて保護が守られているのですから、デッド・コピー規制で守られた国で販売されて、守られている日本の保護期間で考えた方がいいのかと思い、日本国内というふうに考えました。ただ、これをやると外国企業の方が有利になるので、いかがなものかという意見もあります。これに対しては、国内の保護期間が 3 年以上ではないので、いいのではないかなという気がしています。私以外に渋谷先生が、確か賛成していただいていたような気がしますが、それほど多数ではありません。しかし、いつも言いますが、民法と違ってこの分野は本が少ないので、おそらく 3 対 5 位だったと思いますけれども、その程度の少数説だったのです。少し疑問がある条文ですが、理由付けはできます。これは政治判断で、どちらにいくかですが、現在はそのような条文になっています。

Ⅳ 効果

その他に効果に関してですが、これは不正競争防止法の全般に共通しています。2 号 1 項各号に該当していると、3 条で差止請求権が発生します。それから、4 条で損害賠償請求権が発生するという仕組みになっています。問題は請求権者ですが、3 条では営業上の利益を侵害される、または侵害されおそれのある者が、請求できます。4 条では、「営業上の利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責めに任ずる」とあります。もの大変分かりにくい書き方ですが、4 条も営業上の利益を侵害された者が、賠償請求できるということが、黙示的に書かれているのだろうと読みます。

したがって、営業上の利益を侵害されるか、侵害された者が請求できそうですが、具体的にはそれが誰なのかということが問題となります。これは商品化した者と考えるべきでしょう。ですから、単なるデザイナーではありません。なぜかというと、これは別にデザインの保護ではありません。商品化のための労力、費用を保障しようということなので、商品化した者であろうということです。反射的メリットも書きましたが、これでメリットもあります。デザイナーなどにしておくと、権利が不明確になります。しかし、商品化した者だと、ルービックキューブなどを見たら、デザインをした人が誰かは、よく分からないかもしれないが、販売している人が誰かはすぐ分かります。

登録制度がないですから、権利者が誰かよく分からないときに問題となるのです。例えば、デッド・コピー規制で禁止をされたらたまらないので、許諾を得てから販売しようと思う方がいたときに、その人が許諾を求めに行く先で、権利者が誰かということが、明確に分かった方がいいです。そのようなことを考えると、登録がないような場合には、なるべく分かりやすいところに、権利を集中させた方がいいでしょうということで、商品化した者に権利を集中させた方がいいと、私は考えています。これは、比較的多数説です。

今、問題になっているのが、その商品化したものからライセンスを受けている、独占的ライセンシーが請求権者になっていいかどうかです。債権者代理の問題なども絡んで、一応議論に今なりつつありますが、まだ明確な回答は出ていません。肯定した判決が 1 つ出ていますが、これからだということになります。

第 2 章　営業秘密不正利用行為の規律―秘密管理体制の保護―

Ⅰ　趣旨

営業秘密はトレードシークレットと呼ばれることもありますし、あまり使われなくなりましたが、ノウハウといわれることもあります。条文は、不正競争防止法の 2 条 1 項 4 号から 9 号が関係します。現在の不正競争防止法は 1993 年に全面改正されたものですが、営業秘密はそれより早く、1990 年の改正で設けられたものです。逆に言うと、それまでは日本ではまだ明示的には、営業秘密の保護法規はどこにもなかったことになります。

営業秘密の趣旨については、最初の講義のときにお話ししましたが、企業開発成果の中には、市場に出ている商品を分析しても、その内容を知ることが困難なものがあります。そういった場合には、むしろ秘密にさえしておけば、産業財産権あるいは工業所有権を取得しなくても、模倣から免れることができます。この場合は、特許権などを取得すると、出願から 20 年で保護が受けられなくなります。それよりも長く、秘密を守ることができるのであれば、営業秘密にした方が、保護は強いということになります。逆に言うと、産業財産権や特許権を行使しようとしても模倣を発見することが困難だということかもしれません。公示されてしまうと模倣が容易な場合には、登録による公示の制度を前提とする、工業所有権、産業財産権の保護にはなじみません。例えば、香水やコカ・コーラなどの成分のみならず、製造方法のようなものは最終的に出来上がった製品からは製法を完全に特定することは困難な場合が少なくありません。そういったものは、むしろ特許権を取得しない方がよいと考えることがあるでしょう。また、顧客名簿や、接客マニュアル、非常時の対処方法や営業成績をあげるためのシステムや従業員の勤労意欲を高めるための方法などのノウハウなど、そもそも工業所有権や産業財産権を取得することができないものも、産業財産権の保護とは無関係であります。

企業開発成果の中には、そのようなさまざまな成果があります。産業財産権を取得しない、あるいは取得する気がないにもかかわらず、わざわざ投資をする、コストを掛ける理由は、こうした成果に関しては秘密として管理しようと意図しているからです。秘密管理によって模倣を防止できるから開発するというような形で、成果あるいは知的財産の創出のインセンティヴになっている場合があるということです。

これで話が終われば、わざわざ知的財産法で保護しなくても秘密管理という世の中に事実として存在するインセンティヴが働いているのだから、法でわざわざ支援する必要がないということになりそうです。
しかし、実際は、ライバル企業のスパイ行為から、完全に秘密を守ることは、不可能であるといえます。具体的には、従業員に守秘義務を課したところで、転職や買収という事態はどうしても起こります。また、コンピューターのパスワードなどが、ハッキングで分かってしまうことがあるかもしれませんし、やや原始的ですが、金庫やロッカーなどにしまっておいても、侵入されて盗まれてしまうかもしれません。このような場合に、物理的にどうしても守りきれないところを、人工的に法的に保護しようというのが、営業秘密の保護の趣旨です。秘密管理という成果開発のインセンティヴを法的に支援するためには、開発者がそれなりの努力を払っている場合に、その秘密管理体制を突破しようという行為を禁止する必要があるということになります。

いつもお話をするのは、1970 年ごろのアメリカのデュポンのケースです。このケースでは、デュポンは、建物の配置自体を隠すために、高い塀で工場を覆っていました。建物の配置自体から製法などがある程度分かってしまうおそれがあるので、それを隠すためだと思われます。これに対して、ライバル企業は、上

空に飛行機を飛ばして、航空写真を撮影しました。完全に建物を覆うことができればよいのでしょうが、物理的に不可能な場合もありますし、また莫大な費用が掛かるでしょう。判決は、完全に秘密として物理的に守りきれないところを上空から撮影する行為は違法であるとして、デュポンの営業秘密を法的に保護しました。現在では技術の発達により、衛星から撮影された写真でインターネット上でも見ることができ工場の配置などは分かるようになってしまっているので、こういった情報は秘密ではないような気がしますが、少なくとも 1970 年当時は、営業秘密として保護しようとした判決があります。この判決は、営業秘密の保護の趣旨が明確に示されているといえるでしょう。

では、1990 年改正以前に、営業秘密の防衛手段がなかったのかというとそうでもありませんし、現在でも利用されることもあります。例えば、法律で競業避止義務が定められていることもあります。あるいは法律ではなく、秘密保持契約を定めることや、競業避止契約を定めることももちろんあります。競業避止義務というのは、結果的に取締役や従業員が競業すること自体を禁止するわけですから、競業でノウハウや営業秘密を用いることを禁止すことができます。その意味で、営業秘密の保護にも役立つわけです。また、秘密保持契約はその名の通り、秘密を保持することを相手方に求めることができます。

しかし、問題がいくつかあります。第一は、そもそも法律で競業避止義務が定められている例は、それほど多くはないことです。そこで、契約によることになるわけですが、契約では、相手方から秘密情報を取得した第三者の不正行為に対してまで契約の効果を及ぼすことができないという限界があります。営業秘密を有している者が、従業員や相手方あるいはライセンシーなどに対して、秘密保持義務を課していたとしても、第三者が買収を仕掛けるなどして、従業員等が契約に違反するかもしれないのです。契約の当事者が X と A のときに、契約の当事者ではない Y に対して、X は何か言えるのかということが最大の問題となります。

これについての古典的な論点としては、第三者の債権侵害という形で語られるものです。X は物権を有していないので、営業秘密の法制がないとすると、対世効のある権利は有していないことになり、A の対する守秘契約という形で、債権債務関係が存在するにすぎません。そういった X の有する債権を、契約当事者ではない第三者が侵害するということで、典型的な第三者の債権侵害の事例ということになります。

ここからは民法の話になりますが、以前は加害態様が悪質な場合に限って例外的に不法行為が成立すると説かれていましたが、最近では類型論が有力に主張されていて、自由競争が関係しないような分野では、むしろそれほど加害態様が悪質なことを要求する必要がないが、債権は普通の所有権と違って公示の制度がないから、その代わりに債権の存在に対する悪意が必要ではあろうというような形で、議論がされています。したがって、不法行為で一応 X を保護することはできます。

しかし、最大の問題点は、現在の通説裁判例に従う限りは、少なくても日本法の不法行為法の下では、差止請求を認めることが困難であるということです。もちろん学説ではいろいろな説があって、差止請求を何とか肯定しようという議論ももちろんありますが、裁判例は動かないので、差止の請求はあきらめるしかないでしょう。

なお、A に対する関係では差止請求ができるので、注意が必要です。不法行為と同様に、債務不履行の効果は民法の条文で明らかに金銭賠償の原則が定められているので、A に対する関係でも債務不履行責任として損害賠償しか請求できないのではないかと思う方がいるかもしれません。しかし、債務不履行責任を追及するのではなく、債務の履行を請求することになるので、差止請求が可能となるのです。債務の不履行責任というのは、債務が履行できなくなったとき、つまり、特定物の引渡請求を考えると、売買

契約の相手方に対して目的物の引渡請求は当然でき、金銭賠償の問題になるのは債務の履行を求めるのではなく、例えばものが壊れたなどにより債務の履行が不可能になった場合であります。したがって、秘密として守ることができる状態であるならば、秘密の遵守を要求すればよいのであって、これは債務の履行を求めているといえるので、差止請求をすることができます。

以上のように、契約の相手方に対する保護は万全ですが、第三者に対して差止請求ができないことが問題でした。そこでこの問題を解決するために、不正競争防止法によって差止規定を新設したのが、1990 年改正ということになります。

日本は現在でこそ知財立国などといって、先進国の中でも知的財産法の保護を強化している方だということになるわけですが、これはごく最近のことです。長い間、日本はむしろ他国を模倣することで優位に立っていたので、知的財産権はそれほど強くなかったのです。ちょうど転換期に当たるのが、1980 年代の後半前後です。その頃から日本も技術的には優れてきたことと、日本よりも低賃金であるアジアの諸国が市場で台頭してきたことによる有体物同士の競争での日本の劣後を背景として、知的財産の保護の強化の戦略がとられることになりました。以上のような事情と、もアメリカが主導で世界的に知的財産権が強化されたこともあり、知的財産強化のはしりとして 1990 年の不正競争防止法改正の際に、営業秘密の規定が新設されました。これは、知的財産保護強化の潮流に乗るためには、自国に営業秘密の規定がないにも拘らず、相手国に要求することはできないので、早急に創設されたものです。

なお、アメリカや日本などの技術的に優越する国が、他の国に対して知的財産権の保護の強化を求めていることに対しては、自国が保護強化を求める他の国と同じくらいのリズム、発展、ステージにあったときには、あまり知的財産権を強化していなかったことを、意識的にかどうかはわかりませんが、忘れているような印象を受けます。

Ⅱ　要件

1. 営業秘密

(1) 秘密管理性

続いて、要件についてご説明いたします。2 条 6 項に営業秘密の定義規定が置かれており、秘密として管理されている生産方法、営業方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいうとされています。これは文言上、3 つに分けることができます。それは、第一に、秘密として管理されていることという秘密管理性、第二に、生産方法と例示が挙がっていますが、有用な情報というような技術上または営業上の情報という有用性、第三に、公然と知られていない非公知性という要件です。

第一の秘密管理性について説明します。まず、秘密管理が要件になっている理由についてです。不正競争防止法の改正作業の営業秘密の条文創設の際には、事実として秘密であれば、財産的価値が認められるから保護すべきであり、秘密管理の要件を不要とすべきとの主張もなされていました。しかし、前々回お話したように、財産的価値のあるものがすべて保護されるわけでは決してなく。フリー・ライドは原則適法であります。財産上の価値があるから保護すべきだという議論は、世の中の実際のすべての法制に反しています。では、秘密管理をなぜ要求すべきかというと、いくつか理由があります。第一は、秘密として管理されていない情報は、早晩ほかに知られるところになるといえるので、コストのかかる裁判という訴訟制度を利用させてまで、あえて保護する必要はないだろうということです。その程度のものに関しては、

おそらく成果開発のインセンティヴにも役立っていないだろうということです。ある程度は秘密管理の努力をしている者に対し、完全に秘密の漏洩を防止できないところを法的に支援しようという営業秘密の趣旨から考えても、保護する必要はないだろうということになります。第二は、管理されていない情報は自由に流通しますから、出所が不明確になるということです。きちんと秘密管理をしている場合には、ある特定の人が秘密管理をしている情報であるから秘密を漏らしてはいけないということが認識できるので、情報の法的な要保護性のようなものが示されます。ところが、秘密管理されていない情報について、財産的価値があるから保護することになると、例えば従業員が転職した場合やライセンス契約が終了した場合に、従業員やライセンシーは様々な情報を企業から得ているにもかかわらず、どの情報が使用できるかについて不明確になり、紛争の原因になります。そうであるなら、むしろ秘密として管理していたものだけを保護することにより、相手方が要保護性のあるものとそうではないものとの区別を明確にできるようにしたほうがよいといえるでしょう。例えば、当該情報が秘密である旨指示されていたこと、マル秘と押印されていたこと、ロッカーに鍵を掛けてあることを通じて、情報も盗んではいけないということを認識することができます。
以上をまとめると、法的保護を欲する者に、秘密として管理をする自助努力を促すとともに、保護されるべき情報を他のそうではない情報と区別して、法的に保護していることを明示させるために秘密管理性を要求したということになります。パスワードで管理をして、プリントアウトも制限をしている場合には保護されます。他方で、机上に置かれていて、社員が自由に閲覧し得るような場合では、原則として保護されないといわれている次第です。ここで、本日お配りした追加のレジュメの話をしましょう。

裁判例の転換と書きましたが、この点に関しては、あまりまだ知られていないところですが、裁判例に若干動きがあります。それは、緩やかに秘密管理性を認めていた裁判例から、最近はむしろ厳格な秘密管理を要求する裁判例に、転換があるかもしれないそういうことです。ほとんど同じような事件で、結論が変わっているからです。

代表例としてハンドハンズ事件をご紹介します（東京地判平成 14.12.26 平成 12（ワ）2105）。人材派遣業社の従業員が、秘密であることを示す表示がなく一時的な持ち出しは可能であった人材派遣業社が抱えている派遣労働者とその派遣先の情報を、持ち出した事件です。どのような人たちが派遣として働きたがっているのか、あるいはどのような会社が派遣を欲しているのかは、重要な財産です。判決は、秘密管理としてはやや甘いものの、それをコピーしたり保持することは予定されていないと評価して、秘密管理性を認めました。コピーや保持が予定されていなかったということは、判決が後で、そのように評価をして認定しているといえます。したがって、本判決は、規範を裁判所がつくり、秘密管理を創出しているようなところがあります。

同様に緩やかに秘密管理を認めた判決としてセラミックコンデンサー事件があります（大阪地判平成 15.2.27 平成 13（ワ）10308）。この判決は、コンピューター内に保管されていた設計図のデータについて、パスワード等によるアクセス制限や秘密表示がないにもかかわらず、全従業員が 10 名程度であり、情報を基本的には外部に漏らしてはいけないと従業員が認識していた事案で、秘密管理性を肯定しています。

他方で、従業員が 4 名という事業所において、顧客リストやアルバイト員リスト等をプリントアウトしたものが、鍵の掛からない引き出しに入れられていて、持ち出しも許されていたという事件で、秘密管理性を否定した裁判例もあります（東京地判平成 16.4.13 判時 1862 号 168 頁［ノックスエンタテイメント］）。上記 2 つの判決からすると、本件では秘密管理性が肯定されたはずなので、本判決で裁判例の転換があるとい

うことになります。しかし、私はむしろ従前の裁判例でよいと考えるべきではないかと思います。

理由として第一に、認識可能性という観点です。営業秘密の保護の趣旨は、他人に対して認識可能にし、法的保護を欲している情報とそうではないものを区別することで、紛争を予防することにありました。このうち前者の認識可能性の観点からすると、小規模である場合には、内部の従業員にとってはあえて秘密表示がなくても意思の疎通が十分図られているので、わざわざパスワードなどを掛けなくてもよい場合があるはずだということです。紛争予防の観点からは、認識可能性があればよいというべきでしょう。

一方、ノックスエンタテインメントのような裁判例に与する側は、秘密であることの認識は可能であるかもしれないが、管理が甘いと情報を盗むことも容易であり、紛争はやはり誘発されてしまうのではないかと主張することが考えられます。そして、紛争を予防するという観点からは、認識可能であることに加え、より厳重な管理を要求し、企業側ができるだけのことをするように求めるべきであることになるでしょう。

しかし、産業スパイの事例は、裁判例はあるもののそれほど多くありません。多くの事例は、むしろ内部者である従業員によって、情報が盗まれることが大半を占めます。そのような場合には、どれだけ厳重に管理をしたところで、従業員は情報を使用しなければならないわけですから、結局は秘密にアクセスすることになります。そうすると、持ち出しを禁止すれば、かなりの程度の紛争は予防できるとしても、完全に防ぐことはできないでしょう。ある程度持ち出しが予防されたとしてもそれがどのくらいの意味を持つかということに関しては、評価が分かれ得るところです。

ただ、これはやや消極的な理由です。秘密管理を緩めるハンドハンズ判決のような立場を取ると、紛争が誘発されるという批判に対して、反論しているだけです。積極的な理由は、むしろ企業の効率的な経営の観点が、重要だということになります。ここでいう企業の効率的な経営の観点とは、以下のようなことです。すなわち、小規模な企業においては従業員間の意思の疎通ができるため、大規模な企業のように何を秘密として守らなければいけないかというコミュニケーションや、またモニタリングの手法、監視の手法も工夫しなければいけないということはなく、誰が書類等を管理しているかがすぐにわかってしまうような状態にあります。そういった意味では、大企業と比較し小企業というのは、秘密管理のコストを節約できるということで有利なはずです。しかし、ノックスエンタテインメントのような裁判例や立場を採用した場合、そのような有利性は法的には支援されないことになるので、法的な保護を受けるためには大企業並みの秘密管理が要求されてしまいまいます。コストベネフィットの関係で、保護を強化しても秘密として守られる度合いが5%程度しか改善されないが、コストは倍になるなどのことが考えられるので、大企業並みの秘密管理を要求すると、小規模企業にとっての組織としてのメリットを失わせてしまうことになりかねません。

以上のように、ノックスエンタテインメントの判決の立場に立つ場合、小規模企業の効率性の観点から問題があり、他方で、ハンドハンズの判決の立場にたつ場合、効率性を維持することが可能となります。これが決めてとなって、むしろハンドハンズのような裁判例の方がよいのではないかと思います。

学説上は議論が始まったばかりであり、裁判例も確定しているわけではないので、変更がなされるかもしれませんが、現在のところは、最新の裁判例は厳格な判断を行なったといえます。

(2) 非公知性

続いて、非公知性について説明します。要件は条文上に書いてありますが、これは特許の新規性とは異なる考え方をすべきであろうといえます。特許法の講義の際に詳しく説明しますが、例えば我々が全然行かないような外国のどこかの町で知られているだけの発明であっても、特許法上の新規性は喪失しま

す。これに対して、営業秘密の保護の要件である非公知性は、もっと相対的なものではないかといわれています。すなわち、企業の有利性が完全に失われない程度の非公知でも、秘密として管理されていれば保護されるべきであるといえます。

なぜなら、特許権のようにいかなる利用行為に対しても絶対的に保護する制度ではなく、後述するように、不正な取得行為や利用行為に対してだけ保護される相対的な禁止権だからです。すなわち、不正な行為をしなければ、利用者は違法とされないです。だとすれば、保護の要件はそれほど厳格に解する必要はないということになります。

(3) 有用性

有用性についても、それほど厳格な要件ではないといわれています。脱税や贈賄等の、企業が秘密として管理している情報の中には、成果開発のインセンティヴのための法的保護という観点とは全く関係ないものもあるので、技術上や営業上の有用な情報と言えない場合には、わざわざ保護しなくてよいだろうということです。逆に、こういった情報はむしろ積極的に内部告発を奨励した方がよいということにもなりますので、有用性という要件があるといえます。以上のように、保護しなくても成果の開発に関係しないという消極的理由と、内部告発を奨励する必要があるという積極的理由から、有用性の要件は要求されているといえます。

他方で、少しご注意が必要ですが、ネガティヴインフォメーションは有用性を満たすのかという議論がされることがあります。日本では少なくとも、新薬開発の過程で、効能・副作用の点で結局医薬品とはなり得ないことが分かった化合物に関するデータ等については保護しようといわれています。こういった情報は積極的には二度と利用しない情報なので、有用なのかといわれることがありますが、大変有用な情報です。例えば、800 億円もの費用を掛けて新薬を開発した場合、あるいは開発に失敗した場合のいずれであってもよいのですが、700 億円程度の無駄な費用を支出したとすると、次回以降同様の失敗を防止することができるというのは、大きな財産です。これほどの規模ではなくとも、顧客名簿なども、ある意味ではネガティヴインフォメーションの側面を有しています。例えば、1 年間ダイレクトメールを送ったものの何の反応もない顧客をC、1～2 回反応してきた顧客をB、5～6 回反応してくれた顧客をA にランクとして、C のランクの方は以後ダイレクトメールを送付しないことを決定するという意味では、積極的に情報を利用してはいないかもしれないので、ネガティヴインフォメーションということになります。これは、使用の定義の問題でありますが、実験をしないということやダイレクトメールを送らないという意味で、実は情報を使用しているといえます。そこで、あまりネガティブかどうかということは気にする必要はないのではないかと考えています。財産的価値があり、秘密として管理することによって、資本や労働力を投下するインセンティヴとなっているので、有用性の要件を満足すると考えるべきでしょう。

もっとも、社会的に見ると、他の企業が失敗することによる重複投資が生じるおそれがあります。他の企業が当該情報を知っていれば、重複投資を防止することができたはずであるから、ネガティヴインフォメーションは保護すべきではないとの意見もないわけではありません。ネガティヴインフォメーションに対する投資が保護されなくなると過少投資につながるとの批判に対しては、市場先行の利益があるから投資の減少は一定程度に止まるであろうし、むしろ世の中全体の重複投資を防止するほうが利益が大きいと主張するでしょう。これも 1 つの判断ということになります。ただし、少なくとも私の意見や日本の通説は、過小投資を引き起こしかねないことを重んじて、一応ネガティヴインフォメーションも保護すると考えています。

そもそも何がネガティブかという区別が困難だということも理由の一つに挙げられます。

2. 不正利用行為

さて、次は不正の利用行為ですが、大変条文が読みにくいので、教科書の 39 ページの図を使います。

保有者 X から情報を何らかのルートで得た Y がいます。その Y には、2 つのタイプがいます。パスワードを破るとか金庫の鍵を破るとか、ロッカーを壊すなどの方法で不正に取得するタイプの Y と、従業員やライセンシーのように取得の態様自体は正当な Y です。

まず、教科書の図上段の、Y が不正取得をした場合について説明します。Y の不正の取得行為自体が、2 条 1 項 4 号で禁止されています。不正に取得した Y 自身が、使用・開示する行為は、2 条 1 項 4 号でやはり禁止されています。他方で、不正行為を働いた Y から情報を開示された Z は、従業員等が何か情報を盗んできたということが分かる、または当然分かってしかるべき悪意重過失の場合と、善意無重過失の場合との 2 つのタイプがあります。この場合、悪意無重過失での取得行為は 2 条 1 項 5 号で禁止されています。そのような Z 自身が使用したり開示したりする行為も 5 号で禁止されます。他方で、善意の無重過失で取得すること自体は禁止されていません。情報が公示されているわけではないので過失があっても仕方がないといえ、重過失が要件になります。しかし、善意無重過失の Z も後にライバル企業から、情報の窃取があったことの警告を受けるたりした後は、悪意重過失になる場合があります。そして、悪意重過失に転化した場合には、使用したり開示したりしてはいけなくなるというのが、2 条 1 項 6 号に規定されています。

続いて、教科書の図下段の、Y が正当取得者であった場合について説明します。Y の正当行為取得自体は何ら非難されることではありません。そうした Y が正当に取得した営業秘密を、加害な目的があって使用すると、2 条 1 項 7 号に違反します。他方、Z は、Y が営業秘密を図利加害目的か義務違反で開示した場合に、悪意重過失で取得・使用・開示する行為、あるいは取得自体が善意無重過失であっても後に悪意重過失に転じて使用・開示する行為が、8 号や 9 号で禁止されています。

概括すると、営業秘密の利用行為が、特許権と異なりすべて禁止されているわけではありません。なぜなら、秘密管理という成果開発のインセンティヴを保障するという、営業秘密の保護の趣旨のかんがみると、秘密の管理体制を突破する行為、あるいはそのような突破行為を利用する行為のみを禁圧すれば足り、同じ情報を独自に取得したものに対しては、規律が及ばないとしてもよいし、そのほうが情報の自由な流通を妨げないといえるからです。さらに、秘密の管理体制の突破行為を利用する行為に対しても、主観的要件を設けました。これも、情報の自由な流通を妨げないためです。

(1) 不正取得者の不正利用行為

不正取得者の不正利用行為については、条文上あまりきちん例示されていません。条文を見ていただくと、窃取、詐欺、強迫という例示はありますが、結果的には不正の手段ということで、概括されています。一般的には、刑罰法規に違反するような行為はいけないだろうといわれていますが、それ以外の場合もあります。

もっとも、製造された市販の製品を分解して、もう一度組み立て直したりするという形で、構造や製造方法を推測する手段であるリヴァースエンジニアリングによって、営業秘密にかかる情報を探知する行為は、

不正な手段とは考えないというのが一致した見解です。

(2) 正当取得者の不正利用行為

次に、正当取得の話をします。正当取得者の不正利用行為については、前述したように、営業秘密の取得行為自体は正当になされたが、その後不正に利用する行為だけが対象になります。具体的には、企業からライセンス契約によりノウハウを開示されて製品を製造するライセンシーが他の企業にノウハウを開示してしまうとか、企業から営業秘密やノウハウを開示された製造担当従業員がライバル企業にそのノウハウを開示してしまう場合等です。

多くの場合は、契約責任の追及で利益は保護されるので、実際に 2 条 1 項 7 号は独自の意味をあまり持たないといえます。むしろ、2 条 1 項 7 号が独自の意味を持ち過ぎると、図利加害目的の意義について大きな問題になるおそれがあるので、一般的には契約違反とほぼ重なると考えてよいと思います。ただし、契約違反よりももう少し狭いと考えるべきでしょう。これは学説上、議論が分かれているところです。

従業員が、在職中に自ら開発したノウハウや自ら営業担当の従業員が顧客を回って得た情報、例えばある人が生命保険への加入を望んでいる、生命保険よりはむしろ年金に興味がある、あるいは一切興味がないといった情報を、会社に示すことがあります。条文を卒然と読むと 2 条 1 項 7 号は、「営業秘密を保有する事業者から、その営業秘密を示された」と規定されているので、どのように考えるべきかで議論があります。

こうした情報や自分で開発した情報は、企業に示すものであっても、示されたことはないはずですから、2 条 1 項 7 号では保護されないというのが、多数説です。

他方、立法を起草した経産省の逐条解説や最近の裁判例は、少数説であると思いますが、以下のように主張します。すなわち、2条1項7号の「示された」とは、規範的な要件であると考えるべきであり、物理的に示されたものである必要はなく、従業員が職務上秘密とすべき情報については、従業員が開発したノウハウを企業から示されたと考えるのです。あるいは、企業に示した時点で対向して企業から示されたと考えます。この立場に立つ方は、「示された」か否かは結局どちらに情報が帰属するかを問題にします。諸般の事情を考慮して、企業に帰属するべき情報については、営業秘密を示されたにあたり、逆に、諸般の事情を考慮して企業に帰属すべきでない、むしろ従業員に帰属した方がよいという情報については、営業秘密を示されたにあたらないという解釈をするわけです。起草者はこのように考え、また最近の裁判例もこの解釈を採用する流れがあるといえます。

しかし、従業員が職務上で知り得たのであるならば、報告義務や守秘義務を課しておくという形で、契約によって守ることができるはずですから、不都合はないといえるでしょう。また、こういった企業から開示されていない自分の開発した情報に関しては、むしろ帰属など諸般の事情を考慮するよりは、契約により基準を明確にしておくほうが従業員やライセンシーの行動の自由を確保することができることから優れていると思います。

(3) 悪意重過失転得者の不正利用行為

そして、従業員が自分で取得した情報については契約で処理すべきであるとの立場に立った場合でも、第三者に対する差止の範囲が狭くなるわけではないので、この点で不都合はありません。それが、法的義務違反開示のところです。2 条 1 項 8 号括弧書きで、「前号に規定する場合において同号に規定する

目的でその営業秘密を開示する行為又は秘密を守る法律上の義務に違反してその営業秘密を開示する行為」が、不正開示行為にあたるとされています。法的義務違反開示行為は、2 条 1 項 7 号に該当する行為ではありません。しかし、そういった法的義務違反により開示行為があった場合にも、悪意重過失で取得した Z の行為は、不正競争行為となります。したがって、Y の行為が 7 号では規制の対象となっていない場合でも、8 号では Y から開示を受けた Z の行為が不正競争行為に該当することがあるのです。このように、法的違反が直接関係ない第三者の行為に関しても、不正競争防止法で保護していることになります。そして、法律上の義務の解釈については、法律に限らず契約上の義務も法律上の義務に該当するというのが起草者を含めた通説であり、異論はありません。したがって、先ほどの多数説で、物理的に開示されていない情報に関しても契約で守ることができるから 7 号に該当しないという立場を取った場合でも、第三者に対する差止は認められます。

仮に、法律上の義務に契約が含まれないと考えるのであれば、少数説を採用する意義があるのですが、少数説にたつ方も 2 条 1 項 7 号違反かどうかに関係なく法律上の義務違反があれば 2 条 1 項 8 号の規定の適用があると考えています。したがって、やはり少数説ではなく、起点となる契約上の義務は契約で守る必要があるのだが、その起点以降については、不正競争防止法でやや物権的、対世的な効果を認める形で手当てをしていると理解すべきでしょう。この立場でいけば保護は万全なので、むしろ契約上で義務内容を明確化するためにも、契約を要求するということになります。しかし、裁判例は現在少数説のほうに与しているものが現れているので、少し状況が変わってきているのかもしれません。

(4)　事後的悪意無重過失者の不正利用行為

19 条1項 6 号とあわせて理解すべきであるので後述します。

Ⅲ　適用除外

(1)　取引による善意取得者の利用行為

2 条 1 項 6 号･9 号は、請求原因として成立しますが、19 条 2 項 6 号により適用除外として抗弁が認められていることが重要です。そこで、2 条 1 項 6 号･9 号は、19 条 2 項 6 号と合わせて読む必要があります。19 条 1 項 6 号は、取引によって営業秘密を取得した者（その取得した時にその営業秘密について不正開示行為であること等々を知らず、かつ知らないことにつき重大な過失がないものに限る）が、その取引によって取得した権原の範囲以内において、その営業秘密を使用し、又は開示する行為と規定されています。

では、19 条 1 項 6 号の意味について、教材の 11 ページの例で説明します。保有者 A、不正取得者 B、その不正取得者 B からライセンス契約等で不正取得とは知らずに善意無重過失で取得した C がいます。そして、BC 間で 3 年間のライセンス契約が締結されたが、C は A から後に警告を受ける等したとします。この場合、公示がないにもかかわらず、警告を受けた途端に C が情報を使用することができないとするのでは取引の安全を害するというのが適用除外の趣旨です。したがって、善意無重過失の取得者は、取引の権原の範囲内では使用又は開示についてまでもすることができます。

結局、C は善意無重過失であれば、取引の範囲内では自由に営業秘密を利用できるということになり、2 条 1 項 6 号や 9 号は、額面通り受け取ってはいけないといえます。2 条 1 項 6 号や 9 号と 19 条 1 項 6 号を書き分けているのは、単に請求権と抗弁を区別するためであります。取引の範囲を超える場合、例え

ば 3 年を越えて使用するとか、あるいは 3 年以内であっても、使用だけができるとされていた場合に開示をする行為は、取引の安全の趣旨とは関係なくなるので、2 条 1 項 6 号で不正競争行為に該当することになります。では、無期限で使用も開示も可能とされていた場合には、どうなるかということになるかというと、立法論としてはいろいろな議論があり得るかもしれませんが、現在の法律は取引の安全を保護するために、行為に制限はありません。これは、無償であってもよいとされています。

(2) 消滅時効（15 条）

続いて、消滅時効です。これも条文の読み方が大変困難です。15 条は、第 2 条 1 項 4 号から 9 号に掲げる不正競争のうち、3 条 1 項の規定による侵害の停止又は予防を請求する権利は、その行為を行う者がその行為を継続する場合において、その行為による営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがある保有者がその事実およびその行為を行うものを知ったときから 3 年間行わないときは、時効によって消滅する。その行為の開始のときから 10 年経過したときも、同様とする、と規定されています。

教科書 45 ページの図を参照してください。10 年の消滅時効のほうを例にとると、15 条の意味は、侵害者が 10 年間継続して営業秘密を使用しているにもかかわらず、請求権者が何ら請求権を行使しない場合、差止請求権が消滅時効にかかるという規定です。少し注意が必要ですが、一般的には差止請求権は、時効にかからないといわれています。例えば、所有権に基づく妨害排除請求権は、所有権自体が時効にかかりませんが、差止請求権も時効にかかりません。なぜなら、差止請求権は、過去の行為に対する非難ではなくて、現在の行為の停止請求だからです。あるいは、現在の停止請求と将来の行為の停止または予防の請求の両方を合わせて講学上差止請求というので、継続的に侵害行為が行われている限りは、日々差止請求権が発生するのであって、消滅時効に概念的に掛からないと理解されているからです。したがって、何ら規定がない限り差し止め請求権は一切消滅時効にかかりません。それをわざわざ侵害時点ではなくて、侵害行為開始時から 10 年で請求権が消滅するとしているところに、消滅時効の特則の意味があります。特則をおいた理由は、営業秘密は公示の制度がありませんから例外的な制度であり、特許権の存続期間が出願から 20 年に限られていることと比較しても、何ら公示がないままに長期間利用されている場合には権利行使を制限すべきであるからです。

他方で、不正利用行為が行なわれるたびに侵害防止措置をとっている限り、差止請求権が消滅時効にかかることはありません。ここで、香水やコカ・コーラが 100 年間でも保護されるという話はしましたが、侵害防止措置をとらない相手方に関してだけは差止請求権が消滅時効にかかるということも起こりえます。このようなものは、特許のように存続期間を設けるよりも、相対的な効力を有する時効制度の方がよいので、消滅時効という規定の形式を取ったということになります。

今までのお話は差止請求権に対する消滅時効でしたが、損害賠償請求に関しては、原則民法の 724 条の適用の問題ということになります。724 条は、加害行為と、その行為者およびその事実を知りたるときより 3 年間、もしくは 20 年間で損害賠償請求権が消滅時効にかかると規定しています。したがって、差止請求権が時効により 10 年で消滅しても損害賠償請求権が行使できる期間が続くこともあります。現在の行為の停止や将来の行為の予防は請求できないものの、過去の行為に対する非難で損害賠償を請求できる期間が続くということです。

ただし、差止請求権が時効消滅した後の損害賠償請求については、営業秘密の利用を自由するために差止を許さないことにしたこととの関係で、認めないことにしています。これは、4 条但書きで、15 条の規

定により、同条に規定する権利が消滅した後に、その営業秘密を使用する行為によって生じた損害については、この限りではないという形で、差止請求権の消滅後に使用した情報については損害賠償請求はできない旨定められています。
したがって、差止請求権消滅前に生じた損害については、民法 724 条により最長 20 年間請求が可能ですが、差止請求権消滅後の損害は不正競争防止法 4 条但書きで損害賠償請求はできないことになります。

Ⅳ 効果

効果は、不正競争防止法の一般の場合と同様に、3 条で差止請求権、4 条で損害賠償請求権、5 条で損害額の推定の規定が置かれています。損害額の特則については、特許の講義の際にお話をすることにします。

請求権者については、営業上の利益を侵害するもの又は侵害するおそれのあるものと規定されていますが、1990 年改正の時点では保有者になっていました。それから、現在でも 15 条に、その保有者が請求権者であることの名残があります。したがって、一般的には秘密を管理しているものが保有者で、請求権を有すると理解されています。

刑事罰については、2003 年に新設されて、2005 年に改正されています。条文は複雑なのですが、細かい話なので省略をします。興味のある方は、教科書 39 ページの図を理解した上で、教材の 119 ページの図を理解するようにしてみてください。

一般的に言うと、刑事罰の方がより限定的です。例えば、2 条 1 項 4 号では不正取得行為と規定されていますが、21 条 1 項 5 号イ、ロでは、不正の競争の目的で営業秘密の記録媒体等の取得なりその複製の作成を伴うものとされています。罪刑法定主義の観点から、秘密の記録媒体等の取得や複製の作成を伴うものという形で、行為が限定されているといえます。

Ⅴ 特許制度との関係

続いて、特許制度との関係です。一般的に営業秘密の保護制度を設ける際には、特許制度のほかに営業秘密の法制度を設ける理由がどこにあるのかということが議論されていました。

消極的理由となりますが、まずは独占権を付与するものではないことです。秘密管理体制を突破する行為に対する保護にすぎませんし、情報が秘密で管理されている場合にしか及ばないので、営業秘密の保護が存在することで特許権の出願に対するインセンティヴが過度に失われることはなく不都合はないといえます。積極的理由としては、特許権を取得できないものや、極めて模倣が容易なために特許出願をして公開されるとかえって侵害行為が横行してしまうために、秘密として管理せざるを得ないなどの場合には、秘密にすることにより競争者よりも優位に立つことを目指して、技術上の情報の秘密管理が行われています。秘密管理は、特許によるインセンティヴが十分機能しない場合において、技術開発のインセンティヴになっています。したがって、特許制度とは別に、秘密管理体制突破行為から保護することに意味があるといえます。

このようにインセンティヴ論ですと説明が容易ですが、営業秘密の保護をしている理由を公序良俗に反することや商道徳に違反することに求める場合には、説明が困難になってしまいます。

Ⅵ その他の問題

その他の問題について説明します。一般論としては、最近営業秘密に関連する改正が相次いでなされています。改正がなされることになった背景には、憲法 82 条で裁判公開の原則が定められており、公序に反しない限りは裁判を公開しなければいけないので、営業秘密の保護を裁判で求めると公開法廷で秘密を示すことになりますから、ライバル企業の傍聴により情報が公知になってしまい、営業秘密の要件である非公知性の要件が失われて、差止請求は棄却されることになってしまうことにありました。このような議論は十数年なされてきました。実務的には、準備書面記載の通りである旨述べて営業秘密について口述しない方法や、証人尋問においても営業秘密については証拠記載の通りであると述べるなどの工夫がなされていたので、大きく問題になることはありませんでした。しかし、そうはいってもやはり、規定に不備があるとの理由から、様々な改正がなされています。

第一は、不正競争防止法 7 条 1 項において書類の提出義務が規定されています。これは、裁判所は、不正競争による営業上の利益の侵害に係る訴訟において、当事者の申し立てにより、当事者に対し、当該侵害行為について立証するため、又は損害の計算をするため、必要な書類を提出することを命じることができますが、その書類の所持者においてその提出を拒むことについて正当な理由があるときには、この限りではない、との内容になっています。民事訴訟法の規定と同様、文書提出の一般的な義務はありますが、但書きにより、正当な理由があれば拒むことができます。正当な理由には営業秘密が含まれると解されているので、営業秘密の記載された文書提出を当事者は免れることができます。

正当な理由があるか否かの審査にあたっては、7 条 2 項によりインカメラ手続が定められています。これは、民事訴訟法 223 条にも規定があります。仮に 7 条 2 項以下の規定を欠く場合、営業秘密に関する文書提出命令を受け、当該文書に営業秘密が記載されているから正当な理由があると主張する場合、正当な理由を裁判所に示す過程で営業秘密が明かされてしまうおそれがあるので、裁判所限りで営業秘密か否かを判断する手続きが設けられています。

インカメラ手続では、相手方は裁判所がきちんと審議をしているかどうか分からないので、相手方の手続保障の観点から問題もあります。そこで、7 条 3 項で、裁判所は正当な理由があるかどうかについて書類を開示してその意見を聞くことが必要であると認めるときは、当事者等や当事者の代理人、訴訟代理人または補佐人に対して、当該書類を開示することができると規定されています。弁護士の方であれば一応は信頼できるので、代理人に止めておくのが最も無難であるでしょう。また、本人訴訟などの場合もあるので、当事者等になっています。その際、相手方が手続で知った情報を漏らしてしまっては、インカメラ手続の実効性を欠くことになってしまうので、10 条で罰則を伴った秘密保持命令の規定が置かれています。

以上が営業秘密の提出を拒む場合の処理です。営業秘密を公開法廷で審議されてほしくないという者に対する保護の規定ということになります。しかし、これらは、特許侵害訴訟などにおいて営業秘密を漏らしたくない場合には有用ですが、まさに営業秘密の侵害訴訟で情報が営業秘密にあたることを主張しようとしているときにはあまり役立ちません。なぜなら、インカメラ手続は、あくまでも証拠の開示を求められたときにそれを拒むための規定であり、営業秘密であることを立証するための積極的な証拠として文書を用いる場合には、インカメラ手続ではなく、きちんとした手続きを踏むべきであるからです。

そうすると、相手方に営業秘密を開示せざるを得なくなることと、憲法で裁判が公開されてしまうという問題がありました。そこで、現在では、民事訴訟法や憲法の先生方も関与して条文ができました。

憲法の問題は、憲法 82 条 2 項の「公序」に営業秘密の保護も含まれるとの解釈をとり、違憲とはならな

いことを前提として、立法的措置がなされました。具体的には、相手方に対しては先ほど申し上げた秘密保持命令が規定されました。秘密保持命令については、不正競争防止法 21 条 2 項 5 号による罰則で実効性が担保されています。また、裁判の公開に関しては、13 条で、当事者や法定代理人の尋問等に関しては公開を停止することができることにして、一番問題となる尋問について、非公開ですることができるようになりました。

第３章　商品等主体混同行為

Ⅰ　制度の趣旨　不正競争防止法２条1項１号

他人の周知な表示と類似の表示を使用して需要者を混同させる行為は、表示に化体した他人の信用にフリーライドする行為です。信用とは good-will と英語では言いますし、日本語でも専門家の間ではグッド・ウィルと片仮名で表現することもあります。これを許容すると、2 つほど問題が起こります。まず 1 つは、他人の信用にフリーライドする行為を許してしまうと、何のために信用を培ってきたのか分からなくなります。信用を培うということは、結局自己の商品ないし営業の質を維持する、あるいは改善するということです。そうした形で信用を化体する努力をなしているわけですが、そのインセンティブが多少あるいは過度に失われるかもしれません。それからもう 1 つは、商標法あるいは商品等表示混同行為に特有の問題かもしれませんが、表示が特定の者を示す機能を失い取引秩序の維持が図れなくなります。表示を誰もが使ってもよいという法制度では、例えば、特定のある人がソニーという表示を見ても、本当にあのソニーのものかどうか分からないことになります。

商標法は後でやりますが、商標権という工業所有権もしくは産業財産権の 1 つとして特許庁に出願して審査を受けた上で排他権を得るという制度が別途用意されています。登録商標制と呼んだりします。登録商標制度との関係は何かというと保護法益はほとんど共通しています。逆に言うと、何で商標登録の制度があるのに、その横で不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を設けなければいけないのかということが問題になります。これは、商標登録の方は出願して審査を受け登録を得る必要がありますが、その代わり全国的な保護を得ることができます。それに対して、不正競争防止法というのは、周知の範囲内での保護なので、全国的に周知であれば全国的な保護になりますが、ある特定の地域で周知であればその範囲での保護も受けることができます。そのような違いがあります。そのような違いから、次のような関係の説明ができるだろうということです。

仮に商標登録がないとしても、有意な混同が起こる場合があります。その場合に、表示の保護を否定すれば、需要者の混同が、そこの地域で放置されてしまうことになります。だからといって、需要者の混同を放置しておいてよいということには、やはりならないだろうとなります。今のは、いわゆる公益的な説明ですが、もう少し私益的な点を考えてみましょう。具体的な信用を保護するという観点からは、例えば、全国的に表示を使う気はない、もう自分は札幌だけで使えばいいとか、あるいは札幌市の中央区だけ使えばよいと思っている方はいらっしゃいます。それから、例えば、ご本人は札幌の中央区だけで長年営業している一方で、九州地区で使用しようと思って同一の商標権を持っている人がいるとします。そういった形で他人に登録商標を取得されているために、商標登録を取ることができない場合に、営業者を保護する必要性もあるでしょうということです。

以上の 2 つが積極的な理由だとすると、次が消極的理由になります。周知性のある範囲で保護するに過ぎませんので、あえて商標登録制度を利用させる必要はないということです。周知性のない地域にまで保護するということになれば公示させる必要はありますが、周知の範囲内であれば、通常同業者は分かるはずです。こういったことで、登録商標制度の横に、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の保護を並走させる意味は大いにありそうだということになります。条約上も、こういった形で登録制度と無関係の保護というものがパリ条約で要求されていますので、その意味でもこの法制度は動かし難いところがあります。

Ⅱ 要件

条文から、要件は大きく取ると 3 つ取ることができます。1 つ目が、「他人の商品等表示として需要者の間に広く認識されている」という周知性です。2 つ目は、「類似の商品等表示を使用し」という類似性です。3 つ目が、「混同を生じさせる行為」という混同の恐れです。

問題は周知性です。1993 年の改正前は、文言上もう少し広く読める条文が書いてありまして、「本法施行の地域内において、広く認識せらるる」という条文になっていました。教科書 59 ページに書いてあります。本法施行の地域内、これは戦前の条文なのでこのような形になるのですが、戦後は一貫して、これは日本国内と同じ意味だということになります。普通にこれを読むと、かなり広く知られていないといけないような条文の文言に見えますが、それでよいのかということが問題になります。この点につきましては、裁判例がありまして、それほど広い範囲は要求されていません。

いくつもあるのですが、少しご紹介します。教材に載せましたが、東京地裁の勝れつ庵という事件（東京地判昭和 51.3.31 判タ 344 号 291 頁）があります。勝烈庵は、老舗のトンカツ屋さんだそうで、少なくとも横浜では最初だと言っています。この店は、有名な版画家の棟方志功の版画を店のエンブレムに使っていますので、ご存じの方も少しいるかもしれません。横浜では少なくとも有名なようです。横須賀市の方が、平仮名にした勝れつ庵です。ちなみに申し上げておくと、平仮名にしようが何しようが、これだけ似ていれば類似の範囲内です。ですから、文字が違うことはあまり気にしなくてよいのですが、勝れつ庵という営業表示を使用したので、勝烈庵の方が差止請求したという事件です。裁判所は、この勝烈庵の表示は、横浜市を中心とする、その近傍地域について周知であったと認定いたしました。それだけで請求を認容していますので、少なくともこの判決から分かることは、横浜市とその周辺くらいの広さで足りるということです。

この他にもかなりの数の判決があるので、そんなに広くなくてもよいということが分かっているわけですが、逆に言うと、こんなに狭い範囲で周知であればよいとなると、その保護はどのくらいの範囲なのかということが次に問題になります。つまり、横浜市とその近傍で周知だからといって、日本全国に及ぶ保護を与えられるわけではないでしょう。何となく一定の地域ではないかと考えられるわけですが、実際、裁判例もそのように考えています。

勝烈庵に関しては、もう 1 つ有名な事件があって、横浜地裁の昭和 58 年の事件（横浜地判昭和 58.12.9 無体集 15 巻 3 号 802 頁［かつれつあん］）があります。これも原告は同じですが、被告は、鎌倉市大船の勝烈庵と静岡県富士市のかつれつあんです。たまたま一緒に訴えられただけですが、請求経緯を同じくするということで共同被告になりました。原告が被告らに対して差止の請求をしたという事件です。

原告の表示は、鎌倉市大船においては、横浜のすぐ隣だということで、周知だと認定されました。これに対して、静岡県富士市に関しては、周知だとは認められませんでした。その結果、大船のかつれつ庵に対する請求は認容されましたが、富士市のかつれつあんに対する請求は棄却されたという事件があります。

他にもいくつか判決があるのですが、これほど請求認容と棄却に分かれたケースはこれ以外にはありません。そうすると次に、では一体どの範囲で周知であることを主張、立証する必要があるのかというと、これは簡単に答えが出てきます。つまり、静岡県富士市において営業している被告に対して訴え、そこで勝つためには、静岡県富士市で有名かどうかが大事です。静岡県富士市で周知であれば、請求は認容される可能性が出てきます。少なくとも、周知性はクリアします。他方で、静岡県富士市で周知でなければ、他のどこで周知だろうが関係ないということになります。つまり、類似表示使用者の地域で周知である必要が

あるということになります。

肝要なことは、1993 年改正の、「本法施行の地域内において広く認識せらるる」と書かれていた時代から、実は周知と認定しなければいけない範囲内は、実は裁判例の法令によって、類似表示の使用者の営業地域における周知性を認定すればよいということになっていたことです。

次に、今までは地域的な範囲でしたが、ほとんど同じようなことが顧客層についても言うことができます。つまり、老若男女、津津浦浦まで知られていなければいけないのかという問題です。

裁判例は分かれていると言われていたこともありました。例えば、東京地裁の昭和 49 年の判決（東京地判昭和 49.1.30 無体集 6 巻 1 号 1 頁［ユアサ］）です。これは、原告も被告も総合商社でした。その場合に、取引者において広く認識されているということを認定するだけで請求を認容した判決があります。それから、東京地裁のアマンド事件（東京地判昭和 42.9.27 判タ 218 号 236 頁）、あるいは、東京地裁のサッポロラーメンどさん子事件（東京地判昭和 47.11.27 無体集 4 巻 2 号 635 頁）というのは、これは一般消費者における周知性を認定して、請求を認容しています。

裁判の扱いが分かれているように言われていたこともあるのですが、そんなことはありません。つまり、前者の事件では、取引者を相手にする企業同士の争いでした。原告も被告も商社ですので、直接消費者を相手にしていないので、一般消費者にはユアサという名前はあまり知られていないかもしれません。ですが、消費者において知られていないからといって放置すると、取引者において周知であるにもかかわらず放置されることなります。結局、取引者間における混同は放置されたままになってしまいます。問題は、取引者間の混同にあります。そこで、取引者らには広く認識されているのであれば、混同を放置する必要はなくこれは請求を認めてよいでしょうということになります。逆にアマンド事件とかは、消費者を直接相手にしているわけですから、消費者における混同が問題となっています。そうすると消費者に対する周知性が必要でしょう。ですから、先ほどと同じ意味で、類似表示の使用者が使用しているところで周知である必要があるだろうということです。

ともすると、より狭い範囲で周知かどうかが問題になる場合もあります。例えば、札幌地裁の昭和 59 年のコンピューターランド北海道という事件（札幌地判昭和 59.3.28 判タ 536 号 284 頁）では、まだパソコン等があまり普及していなかった時代ですが、そういった時代で、被告がパソコン等の小売販売をなしている場合には、メーカーや販売業者と、パソコンを購入しようとする者の間で原告の表示が広く認識されているということを認定するだけで請求を認容した判決があります。また、モノフィラメント製造装置の機械製造販売業をなしていた被告の事件（名古屋地判昭和 51.4.27 判時 842 号 95 頁［中部機会商事］）では商社ですけれども、ものすごく狭い商社で、総合商社ではありませんでした。そのときに、名古屋地裁は取引者全体ではなくて、機械の取引に関与する商社や、機械を使用するプラスチック加工業者の間で広く認識されているということを認定するだけで請求を認容しました。逆に、大阪高裁の松前屋の事件（大阪高判昭和 38.2.28 判時 335 号 43 頁）では、京都市内において高級昆布の製造販売業を営む原告の商号「松前屋」は、一部好事家を除いて大衆向けの昆布の販売業を営む被告の営業地域である大阪市においては、一般大衆に広く認識されているわけではないとして請求を棄却しました。ただ、これは古い時代ですから、今では大阪と京都の近さだとこうはならないかもしれません。この事件の 1 つの決め手は、原告が同じ昆布であるにもかかわらず高級昆布だったということです。逆に言うと、これは一部好事家に分かっているのだから、被告の方が高級昆布で一部好事家を相手にしていたのであれば、おそらくは請求が認容されたのではないかという気がいたします。

ともあれ、こういった形で、顧客層においても周知性を認定する必要があるのは、類似表示の使用者の顧客層だということになります。結論を申し上げますと、周知性という要件は、実は昔の旧法の時代から、類似表示使用者の商品または営業の需要者の間で、他人の商品または営業表示が広く知られていることとを要する要件として機能していたということになります。

実は、私はこの改正参議に携わっていたので、そういった論文も書きました。改正参議の中で出して、そのときは「本法施行の地域内で広く認識される」というのは、あまりにも広すぎるから、類似表示使用者の需要者の間で広く認識されるということにいたしましょうと提案をした次第です。結局、「類似表示使用者の」というところは採用されませんでしたが、そのようなことであれば需要者ということにしようということで、現在の条文「需要者の間で広く認識されている」という条文に変化したのです。ですから私の理解だと、類似表示使用者の商品ないし営業の需要者のことだということになります。これは、誰も反対しないのですが、どう考えても通説ではないかと今では思っています。

以上が、地域と顧客層の範囲です。では、今度はその類似表示使用者の需要者の間でどのくらいの程度知られている必要があるのかについて説明いたします。これも、やはり数字を書くのはみんな怖いので、あまり文献がありません。一部の文献では、5 割以上、半ば以上などといわれることもあります。裁判でもあまり言いません。私は前から、10%ぐらいでいいのではないかなと実は思っていました。なぜ 10%ぐらいでいいかというと、例えば、今皆さんに、札幌のラーメン店で有名なところを聞いてアンケートを採っていくと、だいたい 6 位か 7 位くらいのお店くらいから 10%近くに落ちてきます。「すみれ」とか「てつや」ぐらいだと、7〜8 割手を上げるでしょうけど、だんだん落ちてきます。そうすると、例えば札幌のラーメン店なんかで、札幌で保護されるのが 5 店舗とか 6 店舗でよいのかという問題があるので、もう少し下げてもいいだろうと思っている次第です。今 1〜2 割と思っています。

東京地裁の平成 12 年の判決（東京地判平 12.6.28 判時 1713 号 115 頁［LEVI'S 弓形ステッチ］）があります。これはリーバイスという事件ですが、この事件で初めて数字がきちんと出ました。もちろん、裁判官がためらっていたという以前に、そもそも数字が具体的な事実で普通は出てこないのですが、この事件はアンケートが使われたので数字が出たということです。この事件では、リーバイスのジーンズの後ろに付いている弓形のステッチとそっくりそのままの物を被告が使ったというケースです。501 という型番もかなり有名だそうで、おそらく皆さんご存じなのでしょう。被告は 505 というのを使ったというケースです。それで、その 501 という標章を示されて、出所をリーバイスと答えた者の割合が 16.6%という調査結果がありました。また、弓形ステッチを見せられて、出所をリーバイスと答えたのが、18.3%。そのくらいあったというケースです。私が偉いなと思ったのは、原告の弁護士さんは、よくこの数字でアンケート結果を出しましたよね。僕だと怖くてちょっと出せないです。16.6%とかってそんなに高い数字ではないので、よく出したなと。このような事件です。それで裁判所は、16.6%も 18.3%も、どちらも周知と認めました。ただし、教材には書いてありませんが 16.6%の方が傍論です。なぜ傍論かと言うと、この後、501 の周知性は認めたのですが、被告の表示との類似性を否定したのです。501 と 505 はすごく似ているような気もしますが、数字ですから、選択の範囲を一般の類似表示使用者に残しておこうという考え方が働いたのではないかと思われます。

ともあれ、16.6%という数字で十分とされているのは、非常に重要だと思いますし、私はこれでよいだろうと思っています。10%を超える程度で、1 割か 2 割程度で十分だろうということです。ただ、この判決に続く判決はまだありませんので、安心かどうかはよく分からないところがあります。

次に行きましょう。そのようなことで周知性に関しては、実は新法に移行する際には、こんな厳しい要件

はやめてしまえということで削除すべきだという立法論も少なくありませんでした。ただ、私は、そんなにみんなが思っているほど厳しい要件ではないのではないかなと思っていました。例えば学会とかでは、ガソリンスタンドがある所にできて、次の週にそこから 100 メートル近くに同じ名前の別のガソリンスタンドができたとします。でも、先行したガソリンスタンドのお名前がまだ周知ではないということで請求が棄却されるのはおかしいだろう、だから、周知性はやめましょうという意見が言われたりしたのですが、おそらくそうはならないのではないと思っています。例えば、札幌市、北大の近くで、いくつか大衆食堂があります。そういったところで、いつも例に出して、教科書にも似たような名前で例が挙がっているのですが、銀星食堂さんというのがあります。銀星食堂を知っている方はどのくらいいますか。学部生だと長くいるので、分かる人が多いのですが、ロースクールではぎりぎりですね。でも、これは皆さん北大にいるから、ぎりぎりのこの数字が出たので、ちょっとでも地域をずらせば、もう無理なのではないかと思います。ですので、この銀星食堂さんは、おそらくこのくらいの範囲で周知ではないかと思います。

そのときに、被告の営業している範囲内で周知であれば足りるというふうに裁判では動いているわけですから、ここまで狭かった例はまだないのですけれども、でも、理屈から言うと、例えばここの地域で被告が営業すると、同じ銀星食堂という名前だと、やはり止めることができるのではないかと思います。また、逆に止めてしかるべきだと思います。銀星食堂さんの親戚でも始めたのかなと思って、1 回は食べてみたりするかもしれません。味が違ったり、中身が分かって違う店だったなと分かるかもしれませんが、中には、勘違いする人がどうしても出てくるでしょうから、やはり保護すべきでしょう。そのくらい保護を認めても、この地域を外れれば保護されないわけですから、全然大丈夫だろうと思っています。

ですから、有意な混同が生じているにもかかわらず、周知性がないために請求が否定されることはないのではないかと思います。言われているほど、条文の当時の文言から想像できるような厳しい要件ではないのではないかと思ったわけです。

逆に、だったらあってもなくてもよい意味がない要件なのかというと、そうではないありません。この例でもいいのですが、例えば、山口県と北海道とで、たまたま同じ表示の大衆食堂があるとします。よほど迂闊な人のような気もしますけれども、もう少し広げて、例えば北海道でやっている大衆食堂は少しチェーン店化しているとします。山口県の方に行ってみたら、同じ名前で、若干似ているような感じのイメージのお店があったので、勘違いする人が、もしかしたら若干、1 年に 1 人くらいいるかもしれません。そのような意味では混同の可能性、混同の恐れという要件が後ろの方にありますけど、混同の恐れの要件だけだと、保護されるのかどうかというのが問題になります。もちろん、混同の恐れといっても、ある一定割合以上の混同の恐れがなければいけないと考えますから、これは刑法の構成要件みたいなもので、あらかじめ周知でなければ他の要件を調べなくてよい、その段階で区切る、請求を棄却できるという形にしておくことで、保護されるべき混同の可能性を判別するためのバーをあらかじめ設定しておくという機能がやはりあるだろうと思います。これは非常に分かりやすい機能なので、混同の恐れのある範囲内で保護されますというよりは、あなたの表示は少なくとも周知の地域外では保護されません。逆に言えば、周知の地域内でしか保護される可能性はありません、と考えた方が、予測可能性は高いだろうと思いますので、そういった機能があるのではないかと思います。刑法の構成要件に似たような機能があるのではないかという気がしているので、廃止すべきではないぞと私は考えまして、それが一応通って、廃止はされなかったということです。

次に行きましょう。今までが 1 つ目の要件です。2 つ目の要件は、類似性の要件です。いくつか、そこに

判決を挙げています。実際の例ですが、「ORIGINS」と「ORIGISON」、「フシマン」と「K.K. Fushiman VALVE」とか、「中部化学機械」と「中部機械商社」、次もすごいですね。「マクドナルド」と「マックバーガー」って、今では信じられないかもしれませんが、堂々と売られていたこともあります。マルシンフーズという、かなりそれで有名なところが被告です。何でこんなことが起きたのかというと、マクドナルドが初めて日本に進出しようとした直後に、やはりすごく脅威なわけですね、ファストフードなるものがまだ日本になかった時代に急に来ました。そのときに、一番最初のマクドナルド 1 号店は、わざわざ銀座三越に構えたのです。ファストフードの悪いイメージを払しょくするためだと思います。すぐに撤退しましたけど、1 号店銀座三越というと、やはりニュースでもそこが映りますから。それで三越で開店したのです。そうすると、即席のハンバーガーを売っている会社なんかにとっては脅威なので、ちょっと嫌がらせをしようと、むしろ先に使ってしまえということで、日本で周知でないかどうかの争いになったのです。マックバーガーで使い出したり、あるいはマックバーガーで商標登録したりとか、いろいろな事件が起きたのです。そのケースで、マクドナルドも訴えて、使用開始直後ですけれども、世界的に著名だし、日本でももう周知になっているということで、請求が認められたケースがあります。

次もすごいです。「ASAHIBEMBERG」と「Asoni Banbarq」って、これは真剣になって読めば、間違えませんよね（笑）。間違える方もどうかという気もするけど、間違える人もたまにはいるのでしょうね。あとは、「NESCAFE INSTANT COFFEE」と「NEWCASTLE INSTANT COFFEE」。これも間違えそうにないのですが、これだけではなくてラベルの図案も似ていたというケースで類似を肯定しているのもあります。以上がだいたい、類似しているなと思われるようなケースですが、判断基準はどのようなものなのかと考えようということです。

最高裁判決があります。日本ウーマン・パワー事件（最判昭和 58.10.7 民集 37 巻 8 号 1082 頁）という事件なのですが、原告の方はご存じの方も多いかもしれません。人材派遣会社で、あとアルバイトなんかも扱っていますから、皆さんの中でも登録なさったりしたことがある方がいるかもしれませんが、このマンパワー・ジャパンが原告です。これに対して、被告の方は、日本ウーマン・パワー株式会社というのです。最高裁は、これは類似性があると認定しました。別に類似性を肯定するのは全然構わないと思いますが、問題はそこで言った判断基準です。一応、最高裁が言ったことなので、一応これは、裁判官の方が判決を書くときには必ず引用します。本当にそう思っているかどうか分からないところがあるのですが、「取引の実情の下において、取引者、需要者が、両者の外観、呼称、または観念に基づく印象、記憶、連想等から、両者を全体的に類似のものとして受け取る恐れがあるか否か」という判断基準です。ですが、これは結構読みようによっては厳しくて「両者を全体的に類似のものとして受け取る恐れがあるかどうか」というのは、最終的に、何かはっきりしないところがあります。この説示だけではよく分からないところはあるのですが、具体的に当てはめてみると、「マンという英語は人をも意味し」、「ウーマンを包含することしかしない」と厳しい意見を述べています。昔のスタートレックのオリジナルシリーズは、Where No man has gone before.というようなキャッチフレーズが番組の冒頭に流れていたのですが、ニュージェネレーション、スタートレックの新しいやつからは、Where No one has gone before.に替わったりしているので、結構外国の方は気を付けると思いますが、当時の日本ですから、あまり気にしなかったのかもしれません。ともあれ、事実としてそうだということです。よく考えると、そうかもしれません。マンは、人間を指すこともあるからウーマンを含むかな、と思うかもしれません。でも、英語圏でもないので、そこまで皆さんが思うかどうかはよく分からないところがありますが、「両者の需要者層においては、右マンパワーとウーマン・パワーは、いずれも、人の能力、

知力を連想させ、観念において類似のものとして受け取られる恐れもあるというべきだ」というふうに述べたということです。ですから、最高裁の言っていることを真に受けると、これは観念類似だと言っているのです。マンという言葉があったときに、何となくうろ覚えにマンというのを覚えて、人だなと思って、ウーマンって見たときに、あ、あのマンパワー、名前忘れちゃったけどあれかな、と思ったりする。そういった形の混同ですね。マンパワーと日本ウーマン・パワー自体を取り違えるという、そのような混同を想定しているようにも読めなくもありません。実は、この基準は後でやりますが、商標と同じ基準なのです。商標権の方では、具体的に、表示を取り違えるくらい似ているかどうかで考えます。同じ事件はありませんが、最近は裁判例もだいぶ揺らいできて、だいぶ柔軟化してしまったのですが、おそらくは商標の方、少なくとも特許庁のクラスですとマンパワーと日本ウーマン・パワーと非類似だと言うと思います。商標の方はそれで構わないのです。商標は、形式的に有名でないものも有名なものも含めて、画一的に法が決します。ですから、比較的安定感のある画一的な権利範囲でいいと私は思います。それに対して、不競法の方は、そのように考える必要があるのかなと思います。むしろ、登録はないけれど有名なものだけは保護するのですから、混同の恐れのある範囲で保護した方がいいと思うので、商標と同じ基準を取る必要はないのではないかなと思っている次第です。

少し先に行きます。教材の 16 ページ。混同の恐れの要件は混同にもいくつか考えられて、他人の表示と自己の表示が混同される、そのような意味での混同であるとか、あるいは表示自体は混同されなくても、他人の商品や営業と自己の商品や営業が混同されるという意味での混同もあれば、出所の混同、商品や営業が混同されないとしても、その出所が同一であるというような混同もあります。例えば、ウォークマンというのが出ていて、そのウォークマンが、携帯型ラジカセではなくて、今度は CD とか MD の携帯に使われるとか、あるいは DVD の携帯なんかに仮に使われたとすると商品は混同しないけれど、あ、あの会社がもう 1 回出したなという意味での混同が起きるかもしれません。さらに、出所の混同は広義と書きましたが、別個の出所だけれども、関連するところから出ていると誤信する場合もあります。例えばマンパワー・ジャパンと日本ウーマン・パワー、ジャパンとで、日本のところは何となくうろ覚えになってしまうでしょうから、マンパワーとウーマン・パワーという言葉を見たときに、別な名前なので別会社だと分かります。だけれども、例えば、マンパワーの婦人部門が独立したのかなとか、あるいは、マンパワーの婦人部門が、まだ独立していないけれども別の営業表示を用いているのかなと思うかもしれません。あるいは、ウーマン・パワーはマンパワーが何か 100％か、かなりお金を出している関連の子会社ではないかなとか、そのような形での混同もあり得えます。そういった形で何らかの関係があるというのも、あ、あのマンパワーの関連会社なら大丈夫だろうという形での安心感を需要者に誘うので、こういった混同も防がなければいけないと言われています。不正競争防止法上の混同の恐れには、こういった広義の混同も含まれるとされています。そうだとすると、15 ページの類似性の問題についても、広義の混同を引き起こす程度に似ているだけで十分なのではないかなと思います。例えば、「玉盛シンセン」と「強力シンセン」、「株式会社明治屋」と「株式会社池袋明治屋」、「新阪急ホテル」と「東阪急ホテル」と書きました。新阪急ホテルと東阪急ホテルというのがあるとしても、その区別はつくと思います。けれども、あの新阪急ホテルが今度、東にもう 1 回、同じ会社が出したのかなとか、あるいは、明治屋さんがついに池袋に進出してきたのかなとか、そういった形での誤解をおそらく生じさせるのではないかということです。そうすると、表示自体の区別はついても、共通部分がある程度あるために誤解する恐れが出てきますから、広義の混同を引き起こす恐れがあります。その程度似ているものを類似と言っていいのではないかなと思います。

そうだとすると、最高裁の説示する(ii)は結局、全体的に類似の解釈次第なので何も言っていないのに等しいので(ii)はともかく、(iii)の当てはめはこんなに苦労する必要はないのではないかなと思います。マンという言葉がウーマンを包含しようがしまいが、関連する言葉だと認識されれば十分なわけです。別の意味だけど、関連する言葉だと受け取れる、その結果、婦人部門の営業表示かな、あるいは子会社かな、などという形での、広義の混同を引き起こす恐れがある程度に似ているので類似性を満たす、と言えばよかったのではないかなと思っています。裁判例も、最高裁の判決に従いますので、抽象論としては、必ず(ii)を言うのですが、具体的な類似性の認定では、私の理解では商標より広く認定していると思っています。だけど、最近、商標の方が動いてきているので、何とも言えないところがありますが、少なくとも不競法はそんなに狭くはないということです。

次にいきましょう。ということで、類似性の要件はかなり広いということが分かりました。そうすると今度は、逆に、類似性の要件を別個に置く意味があるのかということが問題になります。構成要件的機能とか言えばいいのですが、もう少し別な独自の意味があるだろうと私は思っています。裁判所の方は、はっきり独自の意味とは言いませんが、明らかに独自の意味を持って運用していることが分かります。16 ページに掲げられているような表示が、過去に非類似とされています。例えば「潮見温泉旅館」と「潮見観光ホテル」、「火の国観光ホテル」と「ニュー火の国ホテル」、「日本印相学会と日本印相協会」、「日本放送」と「ラジオ日本」、「柏皮膚科」と「柏東口皮膚科・内科」です。これらのケースでは一部では混同が起きているのです。例えば、日本放送の事件ですと日本放送がラジオ日本を訴えたのですが、例えば運動会の当日に朝 6 時の日本放送の天気予報を聞いてきてください、と言ったらラジオ日本を聞いてきてしまったということがありました。あとは、郵便物の誤配もすごく多かったようですし、宛名の書き間違いも多かったようです。

そういった混同の恐れがあると言ってもいいようなケースであるにも拘わらず非類似としてこれらは全部セーフになっています。どう考えるかということですが、これでよいと思っています。まだ札幌に来たばかりの方は、あまり行かないかもしれませんが定山渓へ行くと、定山渓グランドとか定山渓ビューとか、定山渓ホテルという2語を使った上に、グランドとかビューとか、色々なそういった類の言葉を入れているホテルが、わんさかあります。皆さんは、ビューとかグランドで区別しているのです。それは、しょうがない部分があります。その地域で営業しているホテルですよと言うためには、定山渓のホテルはやはり逃せません。ということなので、火の国観光ホテルというのは熊本でしょうけれど、熊本でホテルをやっているのだから、火の国のホテルって、みんな使いたがります。そのときに、火の国観光ホテルというところが、あるところが一番最初に使ってある程度周知になったからといって、この人以外は火の国ホテルを使ってはいけないというわけにはいかないだろうということです。

似たような機能を果たすものとしては、次の 17 ページに書いてある普通名称というのがあります。普通名称に該当すると適用除外になって請求棄却になります。例えば、リンゴジュースとか、コンピューターとか、あるいはウーロン茶もそうですが、そういった言葉は、誰も独占することができません。では普通名称でいけばいいのではないかというと、そうでもないのです。つまり、定山渓グランドホテルというのが例えばあるとしたら、同じ定山渓グランドホテル、あるいは、グランド定山渓ホテルくらいまでは、おそらく止める気があるのです。しかし、ニュー定山渓ホテルは止める気がないと思います。という形で、まったく保護しないわけではないのです。ほとんど同一の表示については保護を認める気でいます。普通名称にしてしまうと、みんなセーフになってしまいますから、そうではなくて、ある一定の範囲でしか保護しないという意味で、

まさにそれは類似性、保護の範囲、保護すべき範囲を絞っているのです。

その意味では、乱立する可能性がある言葉については、ある程度は消費者の方にも注意が要求されているということです。以上が、類似性の要件の話です。

引き続き、混同の恐れの話をします。混同の恐れは先ほど申し上げた通り、いくつか可能性があります。しかし、広義の混同といっても、他人の信用を利用することには変わりはないので、広義の混同を含むと解すべきでしょう。

今でこそ当然のように思われていますが、裁判例の蓄積で明らかになってきたことです。例えば、東京地裁の昭和 41 年のヤシカ事件（東京地判昭和 41.8.30 下民 17 巻 7=8 号 729 頁）が、割りと知られている判決であります。我々の世代では、ヤシカは著名商標です。大衆向けの低廉なカメラについて、ヤシカというのがあって、バレーボールのチームですごく強いチームがあったのです。とにかくヤシカというのは、昔は有名だったのです。それで、そのヤシカが原告で、被告は、化粧品とかその営業についてヤシカという言葉を使っていたのです。企業名は、ヤシカという企業名ではなかったのですが、表示が、ヤシカ化粧品会社といっていたということです。それで、原告が差止請求を提起した事件で、ヤシカが著名だったことを理由に、被告の商品は少なくとも原告の系列会社の製品のようにヤシカ化粧品というふうにいわれてしまうと主張しました。確かに、ヤシカのカメラの別会社のような気がするけれども、系列会社という印象を一般に与えるということを理由に請求を認容したものがあります。

それから、ウーマン・パワーの最高裁判決も、「混同を生ぜしめる行為は、同一営業主体として誤信する行為のみならず、親会社子会社の関係や系列関係など、緊密な営業上の関係が存在すると誤信させる行為をも包含する」というふうに判示しています。

それから、直後に出た、フットボールチーム・シンボルマーク事件（最判昭 59.5.29 民集 38 巻 7 号 920 頁）というのも、少しまた範囲を広げました。この事件は、NFL と、その NFL の商品を日本で独占的にフランチャイズ事業をすることを許された当時の CBS ソニーの関連会社です。今は、CBS ソニー自体が、ソニーリミテッドか何かに変わっていますが、そのような会社が原告になりました。原告は、フットボールの NFL 所属のチームのヘルメットをあしらったキャラクターグッズを、スポーツ用品とか文具にたくさん許諾していました。一連のフランチャイズのシステムの下で、いろいろな会社がそのキャラクターグッズを販売していたといいます。現在では一般によく見られるキャラクターのマーチャンダイジングの運営をしていた事業体が原告です。

それに対して、被告の方はロッカーを販売して、ロッカーにこのフットボールのマークを付したのです。被告はロッカーなのですが、原告の方にロッカーを販売しているものがまだなかったというケースです。そういったケースで、最高裁は「同一の商品主体または営業主体と誤信させる行為のみならず」と説示しました。これは、実は言わざるを得ない説示です。キャラクターグッズというのはいろいろな会社で売っているとみんな知っています。ですから別会社と思っても同一とは思っていなくても、同一の商品化事業を営むグループに属する関係が存在すると誤信させる行為も包含すると判示しました。NFL ぐらいのことは分かるのではないかと思います。その下にソニーの関連会社がいて、この方がライセンシーを募って、文房具のノートについては例えばコクヨさんとか、鉛筆については例えばどこどことか、下敷きはここかとか、同じところになるかもしれませんが、あるいはタオルはここかとか、靴はここかとか、こういった形で事業を展開しています。そのときに、このアンケートで言いたいことは、これ全部を 1 つのグループと考える。1 つの商品化事業を営んでいるグループと考えましょうということです。このグループを示す表示として、フットボールの

ヘルメットのシンボルマークがいくつもあるのですが、商品に付された表示というか、どちらかというと模様ですよね。この模様を見ると、皆さんは、あ、たくさんいろいろなところが出している、一部コクヨさんも出しているし、あと、自分は名前が分からないけどタオルも出ていたな、というような形でいろいろなことを連想します。とにかく、ロッカーにこのようなものが付されていると、このロッカーもこの軍団の一部だなという誤信も混同に含まれるといったという事件です。

これはいくつか重要な点があって、よくこれは勘違いされることがあるのですが、正確には広義の混同の事件ではありません。これは、実は狭義の混同の事件です。では何が違うかというと、周知の認定の方がすごく広くなっているのです。この会社とか、この会社とここが、何らかの関係があるぞという誤信、例えば、ライセンスを受けているぞという誤信を、混同と言っているのではないです。そうではなくて、通常このようなグループのことを同一の企業体とは言いません。でも、これをソニーが、一定の品質を持つものに対してだけ許諾して、粗悪品だったりすると解除する権限を持っています。そのように選別してやっているので、一応それなりに安心感のある商品群になっています。そのときに、マークが付してあるから大丈夫だろうと思う方も何人かいるかもしれません。そういった形での誤解をやはり防いだ方がいいだろうと最高裁も考えていました。その意味では、グループの方が広がっていっているので、広義の混同という必要があるのですが、そのグループの一員と思うという混同をも広義の混同と言うと考えたという判決です。

この最高裁判決で、もう一つ重要なことはグループを表示する表示でもよいと言ったというところにあります。例えば、原告であるソニーが日本で事業を展開しているなんて、ほとんどの人は普通知らないですし、ソニーの関連会社のことを知らないです。それでも、周知と見なすのです。ここのところが匿名でもいいのです。例えば、札幌でいきますと、ケンタッキーフライドチキンなんていうのは、ケンタッキーの直営店もありますが、もう 1 つの系列で、札幌では、建設会社の伊藤組が運営しているところもあります。だけど、みんなそんなこと、知らないでしょう？これを誰がやっているか分からなくても、このマークを見ると、消費者は、あ、この商品、あるいはケンタッキーを伊藤組のお店でも買った消費者は、あ、この味、というふうに、ある一定の品質とか、ある一定の商品を、やはり想起できますよね。肝要なことは、誰のものかということが明確に分かっている必要はないということです。その意味で、厳格にこの主体は誰がやっているかという名称なんかを知る必要はありません。だけど、まとまりは認識する必要があるのです。そのまとまりが認識されている限りは、周知性を満たすと言ったという意味では、この最高裁の判決は、非常に重要だということになります。

これは、よく勘違いして引用されたりします。裁判官の方は、もちろん絶対間違えませんが、弁護士さんなんかが弁論するときに、準備書面なんかで結構間違えて主張したりします。広義の混同で考えてしまう。このように、一応ご注意ということです。

以上のように、広義の混同がすごく広がっているのですが、裁判例ではこの広義の混同が、限界線を超えて広がっているのではないかというところがあります。例えば、東京地裁の方を先にやります。下の方の、東京地裁の高知東急（たかちのぼる）事件（東京地判平成 10.3.13 判示 1639 号 115 頁）。この方は、「高知東急」という字で最初、芸名を使っていたのです。これに対して東急グループがわざわざ高知東急を訴えた事件です。この事件では、東急グループの中に東急文化村の事業があることを理由に、所属タレントと誤認すると主張がなされました。私はしないだろうと思いましたが、誤認するという判示がなされています。ですから、結構広く捉えられているのです。

最高裁でも、ばかにならないすごいのがありまして、それはスナックシャネル事件（最判平成 10.9.10 判

時 1655 号 160 頁）です。スナックシャネル事件というのはどんなケースかといいますと、被告は、柏駅の駅前で、9.8 平米と言ったかな、9.8 平米ということは、2 メートル×5 メートルとか、そのくらいの広さのスナック、想像できますよね。だいたい、駅前の普通のスナックってそんな感じですよね。それを、シャネルさんが訴えたというケースです。実は、このほかにも、この手の類のはいくつもあって、少し先になりますが 25 ページで、西日本ディズニー事件（福岡地判平 2.4.2 判タ 750 号 238 頁）とありますが、これはパチンコ屋ディズニー事件といってパチンコ店でディズニーという表示が使われたという事件です。

このケースでは、普通は、パチンコ店でディズニーと使われていても、混同しないと思うのですが、高級感があるパチンコ店だったというわけです。ですから、通常は混同しない、あの天下のディズニーがパチンコ店まで経営するとは、あるいはパチンコ店経営に関連するとは、通常は考えないかもしれませんが、本件に限っては、高級感があるパチンコであること等を理由に混同のおそれを肯定しています。こうやって広く認定されたケースが、スナックシャネルの前にあるわけです。それから、もっとすごいヨドバシポルノ事件（東京高判昭 57.10.28 無体集 14 巻 3 号 759 頁）があります。これは、ヨドバシカメラですね。新宿の淀橋でポルノやったら、ヨドバシポルノで何が悪いという気もしないではないですが、場所が若干ずれていたようで、しかも片仮名にする必要もないケースですが、ヨドバシカメラがヨドバシポルノを訴えました。これも面白い事件で、ヨドバシカメラさんの方が、身を切って、自分は低廉な大衆商品を扱っているし、それから、ヨドバシカメラの商品の中にはヌード写真の時計もあったと主張しました。しかし、それでも勘違いしないと思いますが。とにかく裁判所がこれらを混同すると認定したケースがありました。それから、もっとすごいのは、これは結果的に法改正を促す契機になった大事件ですが、ポルノランドティズニー、あるいは、ポルノランドティスニー事件（東京地判昭 59.1.18 判時 1101 号 109 頁）というのがあって、これは大人のおもちゃ屋さんです。それが被告なのですが、原告の方が、もちろん、天下のディズニーランドさんです。それで、裁判所はどうしたかというと、これは、大人の夢判決と俗に言われる有名判決で、原告の代理人が考えたのです。今では、後で申し上げるように少し法改正していますが、とにかく混同の恐れを認定してもらわないことには、当時は勝てなかったので、原告の代理人は、東京ディズニーランドは子供に夢を売っているのと同様に、大人のおもちゃ屋さんの方は、大人に夢を売っているとして、夢という観念が共通しているから、混同すると主張しました。それで、裁判所はどうしようと思ったかというと、すごく裁判官にとって幸いだったのは、欠席判決だったのです。被告の方が出てきませんでした。面倒くさかったのでしょう。要するに、負けたら看板を変えればいいだけの話なので、被告が出てこなかったのです。でも、民事訴訟法に詳しい人は分かるのではないかと思いますが、欠席判決でも、欠席判決だと擬制自白が成立します。擬制自白が成立するのは、請求認諾ではないわけで、擬制自白で成立した事実に基づいて法解釈しなければいけないのです。ですから、その当該擬制自白に基づいても、法の適用で、まだ請求経緯が全部そろわないのだったら、やはり請求棄却になります。ですので、その擬制自白に基づいて請求をどうするかを考えなければいけなかったのです。ですが、この裁判所の裁判官は、理由の中に、原告の代理人は大人の夢と主張しており、被告は出てこないので擬制自白が成立するとし、よって、混同の恐れがある、と書いたのです。お気持ちは分かりますが、俺が言ったのではないと言いたかったのでしょう。すごくご苦労がしのばれる判決です。そこまでするのだったら、笑って許せばいいような気もするのですが、裁判所の価値判断としては、やはりこういった行為は許すべきではないだろうというのがおありになって、このような判決が出たと思われます。

この判決が出た結果、現在では、2 条 1 項 2 号という条文ができていまして、「著名であれば、混同の恐

れが必要ない」となりました。ですから、こういった 2 条 1 項 2 号がなくて、2 条 1 項 1 号だけだった過渡期の時代に、かなり出されました。こういった、過渡期の判決はすべて下級審だったのですが、それが最高裁まで行ったのが、ようやく元に戻りまして、16 ページのスナックシャネル事件です。

このスナックシャネル事件は、1998 年の事件ですが、不正競争防止法の経過措置が適用されています。つまり、2 条 1 項 2 号が、1993 年改正でできましたので、施行日は確か 1994 年 5 月 1 日でしたので経過措置があります。不正競争防止法の附則 2 条です。「新法 3 条、4 条、本文および 5 条の規定は、この法律の施行前に開始した次に掲げる行為を継続する行為については、適用しないとあります。新法 2 条 1 項 2 号に掲げる行為に該当するもの（同項第 1 号に掲げる行為に該当するものを除く）」。1994 年 5 月 1 日より前からスナックシャネルを継続している被告には、適用がないのです。ですから、あくまでも、新法ができたのだけれども、2 条 1 項 1 号でいかなければいけなかったという事案です。

ただ、ここで裁判所としては、いくつか立場があります。1 つの考えは、2 条 1 項 2 号ができたのだから、今までの過渡期のやりかたはやめる、経過措置の関係でしばらくこういった行為が放置されるかもしれないが、そこは法令を建前として考える立場です。実は、スナックシャネル事件の原審が、混同の恐れがないとして請求を棄却しているのです。ですから、その裁判で転換があったのです。そのような立場もあり得ます。もう 1 つの考えは最高裁の採用するものです。最高裁は、混同の恐れを肯定しました。とはいえ、本当に事実の問題として考えると、柏駅の前で 9.8 坪を営業しているスナックが、天下のシャネルの関連する会社だということを、最高裁は言っているわけですが、そう思う方はおそらくいないのではないかと思います。

ですから、そのような意味では、最高裁はいろいろと批判はできます。でも、とにかく大事なことは、ここに来て、少なくとも、著名で、かつポリューションと呼んでいますが、著名表示があって、片やまったくイメージの違うものに使われている、こういったケースでは、裁判実務あるいは判例として、規範の問題として保護が肯定される、すなわち混同の恐れが肯定されるということがこの最高裁判決で明らかになりました。経過措置と言っていますが、経過措置って 1994 年 5 月 1 日前から営業しているお店であれば、ずっと続きます。ですから、かなりの間、この最高裁判決は、かなり重みがあります。混同の恐れと条文に書いてありますが、今の著名商標で、かつポリューション型、著名商標とまったく違う業態に用いられているケースでは、保護が肯定されるのだろうということがスナックシャネル事件で分かりました。ですから、混同の恐れとここで言ったのは、規範的なものに変化しているわけです。被告も頑張って、最高裁まで行ったのですが、残念ながら負けてしまったということです。この最高裁判決は、非常に重要です。

では、どこまでもいくのかというと、限界は一応あって、混同の恐れが否定されることもあります。さすがにこれは、というのが泉岳寺事件（東京地判平成 6.10.28 判時 1512 号 11 頁［泉岳寺］、東京高判平成 8.7.24 判示 1597 号 129 頁［同控訴審］）です。これもすごいケースで、東京都港区の有名な泉岳寺です。かなり有名なお寺が原告です。被告は、東京都です。都営浅草線の泉岳寺駅があるので、使うなといって訴えたというケースです。裁判所は、さすがに都営であるということはみんな分かっているので、泉岳寺、お寺が地下鉄事業に参画するということはあり得ないだろうということを言いまして、混同の恐れを否定しました。否定しましたが、結構裁判所も厳しくて、傍論中の傍論になりますが、判決の唯一の判断では、「仮に、例えば泉岳寺マンションなどは別として」と書いてあるのです。ですから、裁判官は、泉岳寺マンションなら止める気でいるのかもしれません。混同の恐れは比較的広がっているということです。

Ⅲ　適用除外

1. 概観

適用除外の条文は 19 条です。19 条 1 項の柱書きで、第 3 条から第 15 条まで、第 21 条と第 22 条の規定は、次の各号に掲げる不正競争の区分に応じて、当該各号に定める行為については、適用しない、ということになっています。

19 条の 1 項の各号に当たると、3 条の差止請求権、4 条の損害賠償あるいは刑事罰等の規定が適用されません。不正競争行為という定義には、一応、法技術的、形式には当たるのですが、結局請求権は発生しないので、結果的に何ら違法ではないということになります。不正競争行為という定義に当たっていること自体は、請求原因と抗弁に書き分けるためだけの法のテクニックですので、あまり意味があるわけではありません。

以下では、適用除外の規定をいくつかご説明していきます。

2. 普通名称・慣用表示（19 条 1 項 1 号）

(1) 具体例

普通名称慣用表示は、19 条 1 項 1 号で規定されています。商品もしくは営業の普通名称若しくは同一若しくは類似の商品若しくは営業について慣用されている商品等表示を普通に用いられる方法で使用し、若しくは表示をし、又は普通名称を普通に用いられる方法で使用し若しくは表示をした商品の取引の行為が適用除外とされています。

裁判例として過去には、トイレットクレンザー事件（東京高判昭和 38.5.23 不正競業判例集 562 頁）やつゆの素事件（名古屋地判昭和 40.8.26 判時 423 号 45 頁）があります。

特に注意が必要なことは、最初は普通名称ではなくても、皆がその名称をその商品一般に使用していると、普通名称化する例があることです。例えば、アメリカでアスピリンというのは、もともとは固有名詞だったのですが、皆が同種の商品にアスピリンという名称を使用した結果、途中で普通名称化してしまいました。同様に、一時期はゼロックスという言葉も、コピー機器が発売された当初はあまりにもコピー機器市場でのゼロックス社のシェアが高かったために、ゼロックスあるいはゼロックスンという形で、複写する行為自体がゼロックスという単語で表されていたこともあったそうです。しかし、このままではゼロックス自体が普通名称化してしまうということで、ゼロックス社はゼロックスという名称は登録商標であることを世間に浸透させる企業努力をした結果、ゼロックスの普通名称化を防止したといわれています。普通名称化を企業努力で防止した例としては、他にコカ・コーラがあります。コカ・コーラ自体は、普通名称の危険性があったことはないと思います。しかし、コークと注文をした場合に、ペプシコーラが出てくるというお店もないわけではないです。そこで、コークと注文をしてもペプシコーラを提供するお店に対して注意を促すことにより、コカ・コーラが出てくるようにしようというキャンペーンをなさっていたこともあるようです。日本では、ウォークマンがその例だといわれています。最初に携帯型ラジカセをソニーが発売したときに、コンセプトとしても素晴らしかったので、大変なヒット商品になりました。すぐ他社が追随しましたが、携帯型ラジカセはウォークマンという印象があまりにも強かったので、携帯型ラジカセ全般をウォークマンと呼ぶ時代がありました。例えば、ウォークマンの売り場を訪ねると、ソニーの製品ではなく東芝の製品が置いてあるというようなお店などもあったということです。そこで、ソニーは自社製品以外の商品についてはウォークマンという名称を用いずに、携帯型ラジカセなどの普通名称を用いるようにお願いをして回ったということもあるようです。

また、地下鉄あるいは電車等で、ウォークマンを使用しないように促す表示があったそうですが、これも携帯型ラジカセというものに改めてもらうように運動していました。

(2) 適用除外の趣旨

それでは、適用除外の趣旨になります。一つは、確認的な規定であるという考え方があります。つまり、リンゴジュースや烏龍茶などの普通名称は皆が使用しており、いくら使用されてもどこの会社の商品かわからないので、周知性を取得することはなく、逆に、他社が普通名称を使用しても、普通名称の部分では識別しませんので、混同することもないという説明をされることもありました。

しかし、そうすると、適用除外の規定はあまり意味がないことになります。もちろんこのような考え方もあり得るのですが、もう少し独自の意味があるのではないかと考えるのが現在の通説だろうと思います。

テリヤキバーガーを例にとって考えてみましょう。テリヤキバーガーという言葉は、モスバーガーが最初に商品を開発したときに使用した言葉です。そうであるからといって、商品を説明するのによい言葉ですので、逆にモスバーガー1 社に、この言葉を独占させてよいのかということです。そうすると次の方は、例えばマヨネーズバーガーという言葉を使用しなければならないということになり、その方もまたそれを独占すると、次の方は違う言葉を使用しなければならないということになり、なかなかその商品を示す言葉が見つからない、普通名称が決まらないということになりかねません。そうだとすると、周知となり混同のおそれがあるとしても、特定の人に使用の独占を認めるべきではない商品名を示す名称があるだろうということになります。この考え方からだと、普通名称を適用除外とする条文は創設的規定ということになります。

裁判例では、鹿児島地裁の黒酢という事件があります（鹿児島地判昭和 61.10.14 判タ 626 号 208 頁）。現在では黒酢は、テレビ等でいろいろと広告されているので、皆様はご存じかもしれませんが、もともと昔からあった天然の米酢です。以前より販売されていた商品ですが、X という会社が、昭和 50 年代の最初に訪れた健康食品ブームのときに、色にちなんで黒酢と名付けました。昭和 51 年から、坂本の黒酢もしくは薩摩黒酢の商品名で製造販売したところ、好調な売り上げを記録しました。そこで、ほかの会社も追随して、本黒酢、九州玄米黒酢や薩摩玄米黒酢等々の商品名で、同じく米を原料とする醸造酢を販売しました。そこで、これらの会社を被申請人として、X が仮処分を申請した事件であります。

この黒酢という言葉自身は、X が考えた言葉です。実際には、天然の米酢にどのくらい効能があるかということを実験していただいた九州の大学の先生が思い付いたということだそうですが、とにかく従来はなかった言葉です。

しかし、裁判所は、言語構成上、性状品質機能を説明的に表示するものは、誰が最初にそれを使用し始めたかを問わず、普通名称と認めるべきであると説示した上で、黒酢という呼称は、黒みを帯びた食酢の性状を表現する普通名称であると認定しました。下級審とはいえ、この判決によって、19 条 1 項 1 号には独自の意味があるということが、裁判例としても明らかになりました。私もこれで構わないだろうと思っているところです。

3. 自己氏名使用（19 条 1 項 2 号）

次に、自己氏名使用の 19 条 1 項 2 号について説明します。自己の氏名を不正の目的でなく使用し、又は自己の氏名を不正でなく使用した商品を取引におく行為が、適用除外になっています。例えば、スーパーのイケダというチェーン店が仮に大変有名になっていたとします。そのときに池田さんという方が、

自分の名前で池田八百屋店とか、池田商店を経営したときには、適用除外を受けることができます。

適用除外の趣旨ですが、2 つほど挙げることができます。第一は、取引の便宜ということで、狭い範囲の顧客の間で、あそこで池田さんが八百屋店を経営しているということで、取引上識別に便利だということがもちろんあります。第二は、自然人の氏名であれば、人格権の発露だといえます。

論点は、「自己の氏名」に、法人の名称が入るのかということです。

例えば大変著名な A という会社があったとします。他方、A とは全く関係のない者が、A という名で商号の登記をしたとします。商号登記自体は法務省が形式審査しかしませんので、同一の住所でない限り A という登記が認められます。ただし、後に、不正競争防止法で著名な A の方が請求をしてくると商号は抹消される運命にありますが、ともあれ登記は可能です。これは特許庁が実体審査をすることとは異なります。そのときに商号というのは、商人の自分の名称です。そこで、著名な A からの請求に対して、19 条 1 項 2 号の適用除外を主張することができるのかということが問題になります。条文上は定かではないところがありますが、ただしこの場合でも、適用除外の抗弁を出しても、不正の目的での使用があるといえるので、おそらくは認められません。しかし、最初から不正の目的で勝負することなく、そもそもカテゴリカルに、自己の氏名、法人の名称に当たらないと考えられています。理由はいくつかあります。第一に、法人の名称は、生まれながらのもので自分で選択できない自然人の氏名と異なり、自ら選択して決定するものです。したがって、法人の場合は、違う名称も選べたはずなのに、わざわざその著名な名称で混同のおそれがある名称を使用させる必要がないからです。第二に、こういった自ら選択して決定することができる状況で、適用除外を認めてしまうと、周知表示と類似する名称を持った法人の設立が多発する可能性があるからです。先ほど申し上げたように、不正の目的があれば適用除外を受けられないのだから、妥当な解決を結局図ることができ問題はないのではないかとの主張も考えられます。しかし、そうすると、企業同士の企業名の争いですと、常に不正の目的の認定が必要になり、主観的要件を問うことなく、不正競争行為と認めることにした 2 条 1 項 1 号本体の方の趣旨が潜脱されることになってしまいかねません。以上から、19 条 1 項 2 号の「自己の氏名」とは、自然人の氏名に限り法人の名称は入らないといわれています。

ただし、次のような事例はどう考えるかという問題があります。具体的な事件の方を、先に説明しましょう。山葉楽器事件があります（静岡地判浜松支判昭和 29.9.16 下民 5 巻 9 号 1531 頁）。原告は、当時の日本楽器製造株式会社です。現在はヤマハという商号で名乗っていると思いますが、当時は日本楽器というものでした。ただし、当時から日本楽器は、創業者の氏であるヤマハを営業表示に使うことが多くヤマハの名称は周知でした。他方、被告はその創業者の長男である山葉良雄さんが代表取締役に就任している会社です。山葉良雄さんが日本楽器から独立した経緯はよくわかりませんが、もしかすると経営権をめぐった紛争があったのかもしれません。原告は、被告の山葉という名称の使用は、ヤマハ楽器と類似し、混同の恐れもあるということで、旧不正競争防止法 1 条 1 項 2 号に基づき差し止め等の請求をしたという事件です。この事件で、裁判所は、現在の通説である、法人の名称は不正競争防止法の適用除外を受けられないということを理由に、この山葉という名称を使用することは、氏名権行使とはいえないとして、適用除外に該当しないと帰結し、原告の請求を認容しています。

この事件は、どのように考えるべきでしょうか。当時は、株式会社を容易に設立することが可能で、法人格を取得するほうが税率の点で有利でした。また、見栄えがよいということで、多くの個人商店が株式会社を名乗っていました。例えば、スーパーのイケダが有名になった後、個人経営者の池田さんという方が、節税対策や見栄えをよくするために、株式会社池田八百屋店なるものを、設立したという状況を考えまし

ょう。こういった状況下で静岡地裁の立場だと、カテゴリカルに株式会社にした途端に、池田八百屋店は氏名権の行使ではないということになって、適用除外を受けられなくなりますが、それでよいのかということです。

私自身は、次のように考えています。確かに例えばその八百屋店の有体物としての店舗や八百屋店の在庫等がどちらに帰属するかとか、あるいは池田八百屋店が仕入れたのに、問屋に対して商品の代金を支払わなかった場合に関しては、法人格というのは重要で、法人格が自然人とは別個の人格である以上、池田八百屋店だけが責任を負うことになります。しかし、その話と適用除外の話は違えて考えるべきであります。なぜなら、周知、類似、混同の恐れというのは、やはり事実の問題として、そのような行為を誰がやっていると評価するかという問題です。したがって、仮に法人格としては別個であても、実体として池田八百屋店は池田さん個人が経営していることと変わらない状況であるならば、氏名権の行使として認めてよい場合があるのではないかというのが、私の理解です。したがって、私はこの判決には反対で、これは山葉良雄さんの人格権行使と認めるべき場合があるだろうということです。その場合は、個人経営と同視できることが前提ですので、例えば 100%出資をしているような場合ですと、氏名権の行使と認めてよく、不正の目的の有無で判断すべきです。具体的に不正の目的を認定するときには、あえて混同を起こさせるような態様で使用しているかを考える必要があります。例えば、ヤマハという名称をわざわざカタカナにしているかとか、そのようなことなどを勘案して、漢字で山葉楽器と使っている場合には、氏名権の行使で、かつ不正の目的でないと認めてよい場合があるような気がしています。

条文の解釈としては、「自己」に法人が当たらないと考えておけば十分です。つまり、自己は自然人である必要がありますが、自然人の氏名がたまたま法人格として設立した会社の名称としても使用されている場合でも、あくまでも自己の自然人の氏名の行使と認められる場合には、適用除外を受けられると考えるべきではないかと、私は思っているところです。

(3) 混同防止付加表示請求（19 条 2 項）

続いては、混同防止付加表示請求で、19 条 2 項ということになります。適用除外にあたる場合でも、完全に何ら請求ができなくなるというわけではなくて、普通名称の場合は別ですが、自己氏名使用あるいは次に述べる先使用のときには、19 条 2 項で、前項第 2 号または第 3 号に掲げる行為によって、営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれのある者は、次の各号の掲げる行為の区分に応じて、当該各号に定めるものに対し、自己の商品または営業との混同を防ぐのに適当な表示を付すべきことを請求できる、とされています。

先ほどから挙げている例では、スーパーのイケダは池田八百屋店に対して、池田八百屋店が仮に氏名権の行使とされた場合でも、別途 19 条 2 項で混同防止表示付加請求をすることができます。ただし、これがどのような表示になるのかについては、まだよく分かっていません。これまでに請求された例がなく、認容例もないということです。弁護士の方も、自己氏名表示、自己氏名使用などの抗弁が主張された場合、抗弁を否定するための立証活動は熱心に行いますが、もし抗弁が認められた場合のことを考えて、混同防止付加表示請求をすることはないようです。

なお、当然ですが、混同を完全に防ぐために、完全に類似しない、あるいは完全に混同を防ぐような表示を請求することができることになると、適用除外を認めた趣旨に反しますので、ある程度の混同は折り込み済みです。そうすると例えば、店舗の看板は池田八百屋店と掲げたままで、別途お店のどこかに、スー

パーのイケダ店とは異なる旨の表示などを掲げさせることになると思います。

また、民事執行法の問題ですが、混同防止付加表示は原告が特定するのか、あるいはむしろ被告が特定すべきなのかという問題があります。騒音防止措置をどちらが特定するのかと同様の問題があるといわれていますが、まだよく分からないという状況です。

4. 先使用（19 条 1 項 3 号）

続いては、先使用について説明します。19 条 1 項 3 号で、他人の商品等表示が、需要者の間に広く認識される前から、その商品等表示と類似の商品等表示を使用する者、又はその業務を承継したものがその商品等表示を不正の目的でなく使用し又は使用した商品の取引の行為が、適用除外と規定されています。簡単に言えば、教材 18 ページに書いてある通りで、周知表示が出現する以前から継続して表示を使用している者が保護されるということです。

適用除外の趣旨は、第一に、類似表示使用者の予測可能性を確保する必要があることです。第二に、類似表示使用者にも顧客が存在しますから、ある日突然名前が変わってしまうと、やや混乱するといえ、類似使用者の商品・営業の需要者の混乱を防止する必要があることです。

問題は、先使用の意味です。裁判例では、少林寺拳法という事件があります（大阪高判昭和 59.3.23 無体集 16 巻 1 号 164 頁）。原告は、香川県の多度津で昭和 22 年頃から拳法指南事業に少林寺拳法の名称を使用していた者です。少林寺拳法という表示は、テレビ番組などで使用された結果、昭和 31 年末には全国的に周知になったということです。一方、被告は、昭和 27 年ごろから大阪市内で不動尊少林寺拳法という表示を使用していました。

では、先使用の意味をどのように解すべきでしょうか。条文の読みによっては、原告の表示はおそらく香川県多度津市では昭和 22 年直後から周知になっていたでしょうから、それより後に被告は使用していると考えれば、先使用にはなりません。他方で、原告は多度津では昭和 22 年から周知だが、大阪市においては周知になったのが昭和 31 年だとすると、その地域では被告の方が先に使用しており、先使用ということになります。したがって、原告被告いずれの営業地域で周知であることを要求するのか、あるいは地域で考える必要がそもそもあるのかということが問題になります。

この判決では、大阪市内を含んで全国的に周知になった昭和 31 年より前から、つまり原告の表示が大阪を含んだ地域で周知になる以前から、被告は不動尊少林寺拳法を使用してきたということを認定して、適用除外を認めています。結局、これは原告の表示が、被告の地域において周知になるより前から使用していればよいということです。2 条 1 項 1 号と同様であるといえます。適用除外の趣旨から考えても、類似表示使用者の予測可能性を確保する必要があります。相手方が周知になるより前であれば、まだ使用してよいはずだったわけですし、不動尊少林寺拳法の周囲の需要者の便宜を考えても、それでよいだろうということになります。

では、教材 19 頁に掲載した〔問題〕について考えてみましょう。A が大阪、B が東京で、「甲」という名称で営業していたところ、それぞれが全国的に周知になった場合はどうなるのかです。そのときに、A が大阪で甲を使用できるか、あるいは B が東京で甲を使用できるかについてどのように考えるべきでしょうか。常識的には、使用することができそうです。逆に、A が東京で甲を使用できるか、あるいは B が大阪で甲を使用することができるかについてはどうでしょうか。常識的に使用することができなさそうです。では、名古屋ではどちらかが使用できるでしょうか。

一つの考え方としては、条文では明示されていないから、A に何か積極的に使用する権利があるのかと考えて、A がより有名だと使用する権利がありそうで、そうすると条理で A の請求を認めるべきであるとの主張がありえるでしょう。しかし、A が使用できるかどうかは、A に権利があるかどうかという考え方をするべきではないです。ではどのように考えるかというと、A が使用できるかどうかは、結局 A が誰かにより使用を止められないかどうかと考えます。誰も止める権利がなければ、別に自分に権利があろうがなかろうが事実上は使えるわけです。重要なことは、A に対して誰か請求権を持つかどうかで決まります。そうすると、結局 B が A に対して、請求権を持つかどうかを考えればよいだけになります。

この場合は、まず B が周知かどうかを考えてみます。そして、B が周知だったときには、類似で混同のおそれがあるか、A が先使用かどうかで考えます。そうすると、この 2 つの条件を当てはめていくと、例えば大阪で A が使用することができるかというのは、単純に分かります。A が大阪で有名だから使用できるのではなくて、B がまだ大阪で有名ではない場合、そもそも適用除外の話をする前に、B は大阪で周知でないから請求棄却です。仮に B が大阪でも有名になっていた場合は、A の先使用の抗弁が成り立つかで決まります。この例だと成り立ちそうです。あとは、不正の目的があるかどうかで決まります。

問題は、名古屋でどちらが使用できるかです。どちらか有名かで決める説だと頓挫してしまいます。しかし、請求原因で考えていけば十分です。例えば名古屋でどちらも有名としましょう。そうだとすると、この場合はどちらも使用できません。なぜなら、どちらも有名ですから、B から A に対する請求は 2 条 1 項 1 号の周知性、他の要件を満たすので、請求原因が立ちます。先使用の抗弁はこれから使用しようとしているのですから成り立ちません。逆に、A から B への請求も、同様に考えることができます。この結論は、どちらが使用しても、名古屋では混同が起きることを理由に正当化することができます。その状況は大阪と東京と変わりませんが、先使用者の予測可能性を確保するために、仕方なく先使用を認めることになります。

(3) 不正競争の目的のないこと

先使用にあたった場合でも、必ず適用除外を受けることができるわけではなくて、不正の目的がある場合には適用除外にはなりません。

前述した少林寺拳法の事件では、被告は、別に原告の少林寺拳法を見て思い付いたわけではなくて、戦前に山奥で修行をしていたときに不動尊少林寺拳法と名乗る山伏に出会って教わったと主張し証拠としてお守りを提出しました。そして裁判所は被告の主張を認め不正の目的もないとしました。

ただし、仮に原告の表示を知っていたからといって直ちに不正の目的があるといえるかどうかは別の話です。例えば、山口県萩市で A という名前のお店があり、北海道の方が萩市に行ったときに A というのを良い名前だと思って、A にちなんで勝手に札幌市の中央区で A という居酒屋を営んだとします。たまたま 15 年後、20 年後に、山口県萩市のオーナーが変わって、居酒屋 A を全国展開したときに、札幌の A に不正の目的といえるかというと、やはり予測可能性を確保するという観点から不正の目的はないとすべきでしょう。他方で、北海道の表示使用者が、山口県の萩市の A はまだ札幌には進出していないが全国展開をしているということを知っていたのであれば、あえて使う必要がないような気がします。したがって、不正の目的は、単に他の者が使用していることについての悪意ではなくて、自己の取引圏内において将来周知となるべき類似表示が出現することについての悪意ではないかと、私は思っています。

虫食い穴問題というのが実はあります。前述のように先使用は地域ごとに考えます。それから、単純悪

意では不正競争の目的とは認められないことになると、先使用が認められやすくなりそうです。

そうすると、地域的に限定して先使用が認められる結果、全国的に同じ商標を独占的に使用したいという企業の利益が後退するわけです。独占的に使用できない地域ができるし、さらに悪いことには、自分も使用できなくなる地域が出るということが問題です。B が各地に進出しようとしたときに、A も大阪で使用している、名古屋でも既に誰かが使用していることになると、先使用は認められてしまいます。さらに、B が東京で使用し周知になっていると、全国展開をしている A は、東京では後使用であるから B を止めることができないばかりか、A からの請求を受けてしまうということで、東京では違う表示を使用しければならないという問題が生じます。これを虫食い穴と呼んでいます。

これは不競法では解決することができないので、こういったことを処理するためにこそ商標登録があります。全国展開しようとする方は、周知になってから保護される不競法に頼ることなく、最初から商標登録を得て全国展開すべきです。商標登録の場合には、地域限定はありません。商標登録さえ受けることができれば、使用していない地域も含めて全国的に排他権を取得できます。

それから、商標法の話になりますが、商標権の行使ということで、使用の抗弁を出せるというのが多数説です。登録商標を取得しているので、正当な権利として権利濫用がない限りは、先使用が成立しない場合でも、全国で使用することができることになると解釈されています。

なお、混同防止付加表示請求については、先ほどの話と同じなので、省略します。

Ⅳ　効果

1. 概観

続いて、効果についてご説明します。3 条で差止請求権、4 条で損害賠償請求権、そして 5 条で損害額の推定を規定しています。色々な知的財産権の一般に共通する話しなので、差止めと損害賠償についての役割分担のお話をしておきましょう。

両者はどの時点の行為を対象とするかについて相違しています。すなわち、差止請求が停止請求と予防請求に分類されることからもわかるように、差止請求の対象としている行為は、現在行われている侵害行為と将来の侵害行為です。一方、損害賠償請求の行為の対象は、既に行なわれた過去の行為です。したがって、差止請求権は現在及び将来の侵害行為を防止する役割を果たすのに対し、損害賠償請求権は過去の侵害行為に対する損害の回復を目的とします。この役割分担がある結果、要件にも違いがあります。それは、差止請求は一般的には主観的要件を不要とする場合が多いのに対し、損害賠償請求は一般的に故意・過失が必要となることです。ただし、差止請求についてはすでに説明したように、適用除外の抗弁が成立するときには不正の目的なく使用を開始したことなどが要件になっていますから例外はあります。差止請求の際に故意・過失が不要となる理由は、差止めは、現在と将来の行為を対象とするので、ある行為が違法であることが判決の時点で確定すれば、それ以降は故意、また例外的に公示送達などの例で故意がない場合でも過失は少なくとも備わるといえ、故意・過失を要求する意味はないからです。仮に主観的要件を要求する場合でも、過去のある時点における主観的要件を要求しているのが一般的です。先ほど述べた適用除外の抗弁の場合でも、不正の目的の有無は使用等の行為時を基準として判断されます。これに対して損害賠償請求際に故意・過失必要となる理由は、まだある行為が違法か否かはっきりとした判決が出される前の行為に対する損害の回復ですから、まだルールが明確でない場合もあり得ないわけではないので、予測可能性を確保するために故意または過失が必要となります。

以前は、差止請求権は絶対権であるから、故意・過失は不要であるとの循環論法的な説明をなされることもありましたが、現在では上記のような機能的な説明が民法でも一般的になっています。以上が、全体の要件です。

条文をみていただくと、3 条で故意・過失は必要とされていませんが、4 条で故意・過失が必要とされています。さらに細かく見ていくと、3 条 1 項は停止または予防請求で、2 項はそれに加えて、侵害の行為を組成したものの廃棄や、侵害の行為に供した設備の除去、その他の侵害の停止または予防に必要な行為ができることを規定しており、看板の撤去などは 3 条 2 項で請求ができることになります。したがって、3 条 1 項は間接強制を、2 項は積極的に代替執行等での執行を規定していることになります。損害賠償については、4 条が請求原因の規定ですが、損害額の特則について、5 条に規定があります。教材の 20 ページに書きましたが、1 項は逸失利益額を侵害者の侵害物譲渡数に利益額を乗じた額と推定する規定で、2 項が逆に侵害者側の利益額を損害額と推定する規定で、3 項がライセンス料相当額の損害額の規定ですが、これらについては特許法で詳しく解説をします。

さらに、刑事罰も重要で、21 条 2 項に規定されています。21 条 1 項が前述した営業秘密で、2 項がほかの号の不正競争行為に対する刑事罰になっています。2 条 1 項 1 号関係では、21 条 2 項 1 号に条文があります。刑事罰の場合は不正の目的が必要とされており、2 条 1 項 1 号よりも要件が加重されていることになります。例えば、ライセンス関係があると誤信したような場合であれば、刑事罰は適用されないこともあり得るかと思います。さらに、22 条が、法人重課になっています。具体的には、従業者が不正競争行為を働いた場合には、その直接の行為者を罰するほか、法人に対しても罰金刑を科すが、額が 3 億円以下ということで、自然人の 500 万円に対して高額になっています。これを法人併課というよりは法人重課と呼んでいます。この種の規定は、最初に証券取引法で導入されたのですが、2 番目に導入されたのが、独禁法か不正競争防止法ということになります。現在では、様々な法で導入されています、法人に対しては自然人と同額では抑止効果がほとんどないといえるため、かなり高額にしているといえます。

2. 請求権者

(1) 営業上の利益の侵害　差止めや損害賠償請求の要件

続いて、民事上の請求権者の話になります。条文を見ていただければ、3 条 1 項の差止請求権者は、「営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある者」です。4 条の損害賠償請求も、条文上で必ずしもそのような形式になっていませんが、通常の読み方だと、営業上の利益を侵害された他人が請求権者になりそうです。このように、3 条、4 条で、営業上の利益を侵害された者が損害賠償の請求権者であり、営業上の利益を侵害されているかされるおそれがある者が差止めの請求権者であると規定されているといえます。単に被害を受けたことや、損害を受けまたは損害を受けるおそれがあるだけではなく、営業上の利益という特別の要件が課されていることになります。

では、教材 20 ページの〔論点 1〕について考えて見ましょう。ソニーと松下と日立の、3 社の小売店が競争をしている地域に、別途無断でソニーの看板を掲げた小売店が進出をしてきたときに、これに対して請求ができるのは誰かという問題です。経済的な被害の因果関係は、ソニーという看板を掲げて参入してきたことにより、ソニーだけでなく、日立や松下などの小売店にも認められそうです。特に新規参入者が一定の品質の商品を販売する場合には、それなりの損害を被る可能性があります。そこで、日立や松下は自社の損害を理由に訴えることができるかが問題となります。これは、通説だと思っていただいてよろしい

のですが、ソニーだけが訴えることができ、松下や日立は、営業上の利益を侵害されたとは考えません。したがって、「営業上の利益」は、法的保護に値する営業上の利益ということになります。この場合、条文上は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の「他人」の要件が、周知の商品等表示の主体であることを意味すると解します。ソニーという看板を掲げている類似表示の使用者から見て、周知な他人になるのはソニー本体であり、松下、日立は、周知な表示のソニーを使用しているわけではないので、訴えることができないです。これは常識的な結論であるといえます。結局、ソニーは、不正競争行為者に表示を使用させてもさせなくてもよい権限を得ることになります。仮に、松下、日立が訴えることができるとした場合、ソニーが類似表示使用者との間で和解するとか、あるいはライセンスをするなどしても、日立や松下が類似使用者の使用を禁止することができることになるので、ソニーは自分の有している財産的な利益を処分することができなくなります。逆に、ソニーが承諾するならば松下、日立は訴えることができないという程度の権利は、あえて与えなくてもいいだろうということになります。

しかし、これは、不正競争防止法の二つの趣旨に緊張関係を生じさせます。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の趣旨を、表示主体に信用の蓄積というインセンティヴを与えるためであることに求めた場合、ソニーに、ライセンス料を取るか取らないかなどどのように表示の財産的な価値を換価するかについて決定させたほうがよいところになりますので、この帰結でいいことになります。他方で、不正競争防止法のもう 1 つの趣旨である、取引上の秩序を守ることや混同を防ぐということを考えると、ソニーが承諾する場合には仕方がないとしても、ソニーがただ放置をしているときには、松下、日立、あるいは一般の消費者でさえも、訴権を与えるべきであるとの帰結もちろんあり得ます。したがって、周知営業等表示主体のみに訴権を認める立場は、財産的な価値をソニーが処理する権利を認めてもよいだろうという判断が、背後にあるということになります。

続いて、〔論点 2〕です。〔論点 1〕でご説明したように、周知営業等表示主体が訴権を有するのですが、この場合に被ることがある不利益はどの程度のものである必要があるかという問題があります。具体的に競業関係がある場合には、顧客を奪われるおそれがあるので、認定しやすいと思います。では、教科書 74 ページに書いてあるように、実際に競業関係がない場合はどうなるかが問題となります。裁判例では、はとバスという事件があります（名古屋地判昭和 39.6.16 下民集 15 巻 6 号 1426 頁）。この事件は、東京ではとバスの表示で営業をしていた原告が、名古屋ではとバスという表示で営業をする被告を訴えた事件です。原告は名古屋ではまだ営業していなかったので具体的に顧客が奪われるという関係がない状況下で、何か不利益が発生しているのか、営業上の利益を侵害されたといえるのかが問題になります。

判決はあまり詳しくは語っていませんが、原告の信用に影響が生じるという不利益があることから、営業上の利益を侵害されるおそれを肯定しました。具体的には、名古屋のはとバスのサービスが悪い等した場合、名古屋のはとバスが東京のはとバスと同一経営主体または系列店であると誤解した顧客が、東京のはとバスも行くのをやめようと思うおそれがあります。したがって、競争で顧客が奪われるわけではないが、信用に影響があるという形で顧客を奪われるという可能性もやはりあるからです。

しかし、こういった理由付けをした場合、類似表示使用者の販売する商品が粗悪品でない場合や、立派な営業あるいは完全に同じ営業だった場合に、どうなるのかという問題があります。具体的な事件では、最終的な判決にまでは至りませんでしたが、昭和 30 年代に、ソニーチョコレート事件というのがあって、それが 1 つの契機になりました。ソニーが大変有名になったので、ソニーチョコレートを、許可なく販売した者がいました。チョコレートに関しては、まだソニーは商標登録を持っていなかったので、不競法で差止め

ることができるのかということが問題になりました。

この場合、混同が起きるか、また、混同が起きたとしても、営業上の利益を侵害されたといえるのかということを考える必要があります。混同のほうは、依然お話ししたように、ソニーが系列会社で食品事業を始めたのではないかと思われかねないということで、広義の混同が認められるでしょう。では、営業上の不利益があるでしょうか。

そこで用いられたのが、教材 20 ページに記載している、ダイリューションという、ドイツやアメリカで主張されていた理論です。ダイリューションは、希釈化と表現されることもあります。希釈化は、商品と表示の 1 対 1 対応が崩れるという不利益です。希釈化は薄めるという意味ですから、表示の出所識別力が薄れる、そのような不利益のことを指します。簡単に説明すると、ソニーチョコレートがなければ、ソニーという看板やCMを見た需要者は、全員がソニーを思い浮かべるでしょう。したがって、1億円の宣伝広告費をかけると、もしかすると 1 億 5,000 万円くらいがソニーの利益になるでしょう。しかし、ソニーチョコレートあるいはソニーという表示を付した形でいろいろなタイプの商品が世の中に蔓延すると、ソニーという看板や商品を見たとしても、何人かの需要者は類似表示使用者のことも思い浮かべてしまう、あるいはそちらだけ思い浮かべてしまうという人が増えることが考えられます。そうすると 1 億 5,000 万円の効果がすべて跳ね返ってこないで、いくぶん吸収されてしまいます。1 対 1 対応が崩れて、1 対 2 対応、1 対 3 対応、1 対 4 対応になると、1 対 1 対応だったときよりは、出所識別力が弱まります。顧客吸引力も、多少弱まるかもしれません。他方で、類似表示使用者は、1,000 万円あるいは 2,000 万円も、宣伝広告費を節約でき、圧倒的に有利になっています。この程度の不利益をもって、営業上の利益を害されるおそれがあるといえるかどうかに関しては、裁判例は既に肯定をしています。

最高裁の判決では、フットボールシンボルマーク事件があります（最判昭和 59.5.29 民集 38 巻 7 号 920 頁）。この事件は、被告は原告と類似の表示を使用してロッカーを販売していましたが、原告の商品化事業のグループには、ロッカーを販売している者はいなかったというものです。最高裁は明確にダイリューションとは述べませんでしたが、商品の出所識別機能、品質保証機能および顧客吸引力を害されるおそれがあるものに含まれると明示して、本件でも営業上の利益を害されるおそれを肯定しています。したがって、出所識別機能、顧客吸引力が害されるとして本件を肯定するには、ダイリューション理論が背後に控えていると、普通は理解します。

そして、判例の考え方でよいだろうと思います。なぜなら、混同のおそれがある限りは、やはりこれを放置すべきではないからです。確かに原告の不利益は微々たるもの、あくまで理論的なもの、怪しげなもののような気もします。しかし、他方で被告は多大に利益を得ており、表示を使用する正当な理由もなく、適用除外も受けていないですから、混同を放置すべきではないでしょう。したがって、希釈化理論は、混同のおそれがあれば常に不利益を典型的に認めることができる理論ですから、具体的に混同のおそれがある場合には営業上の利益要件を無にすることできる理論であるといえます。一般にも希釈化理論は正当であると考えられています。

(2) 不正競争防止法上の差止請求をなす地位を移転できるか

不正競争防止法上の請求権者となり得る地位を移転できるかという論点があります。商標権では現在では法律で認められているのでできるのですが、不正競争防止法でできるのかについて条文上は何も書かれていません。否定説が、通説に近い多数説とされています。具体的にそれを明示した判決として、バ

ター飴容器事件（札幌高決昭和 56.1.31 無体集 13 巻 1 号 36 頁）があります。

この事件は、以下のような事件でした。北誉という会社が牛乳をいれる缶に形を似せた缶を使用して、バター飴を入れて販売していました。ところが、北誉が倒産して、その結果、ロマンス製菓と浜塚製菓が、法律用語として不正確ですが、管財人から意匠なるものを譲り受けました。意匠なるものは意味がよく分かりませんが、デザインなど何らかの権限になるものを譲り受けたということです。他方で、北誉が倒産した直後に、ナシオという会社が似たような、しかしやや底が浅い牛乳の形をした缶に、バター飴を入れて販売を開始しました。そこで、ロマンス製菓、浜塚製菓が譲り受けた意匠なるものに基づいて、不正競争防止法に基づいて訴えました。

札幌高裁は厳格な判断を示し、ロマンス製菓、浜塚製菓の販売直後にナシオが販売を始始めたので、まだバター飴の容器は、ロマンス製菓、浜塚製菓のものとしては、周知ではないと認定しました。その上で、契約で不正競争防止法の地位を承継することはできないと判断をしまして、仮処分の申請を却下しました。

他方で、営業譲渡があったようなときには、あるいは個人企業が法人成りした場合、例えば池田八百屋店が後に個人から株式会社になった場合には、承継を認める判決もありました。これをどう考えるかということが、問題になっています。

現在は、まだ少数ですが学説にはより広く周知性の表示の承継というものを認める見解もあります。しかし、多数説はこれに反対し否定説に立っています。なぜなら、対抗要件などの法規制がないので、二重譲渡をどのように処理するかがわからないからです。逆に、対抗要件がないということは、そもそも法は、やはり不正競争防止法の地位だけを移転することを考えていないだろうということです。

ある表示の移転について登録を効力要件としている制度に商標法があります。商標権は財産権として移転できますが、不正競争防止法上でそのような法制度を使用していないということは、むしろ事実状態として自分を示す表示として信用があるもの・周知なものだけを保護していると解すべきです。このように解さないと、商標権の移転の効力要件として登録を要求している意味がなくなります。また、デザインの保護を受けたいのであれば意匠権を取得すべきです。

では、山形屋（東京地判昭和 40.2.2 不正競業法判例集 718 頁）や花ころも（東京高判昭和 48.10.9 無体集 5 巻 2 号 381 頁）の事件は、どのように説明すべきでしょうか。これは以下のように考えるべきです。すなわち、周知性の意味は、ある者が当該表示を使用していることまで周知である必要はありません。名前は分からないけれど、その商品かと思ったというだけで混同が起きるからです。例えばフットボールマークの事件ですと、その NFL のフットボールのシンボルマークを日本で管理をしている者をきちんと正確に認識している必要がないわけです。また、正確に日本楽器と分からなくても、ヤマハという表示を見たときに、品質のよいピアノを販売している表示であるという印象を受けます。そういったものでも、不競法上は保護に値する混同です。したがって、周知性は、ある表示が一定の物やサービスを示していることについて周知であれば足りることになります。そうすると、営業譲渡の場合は、表示とともに物やサービスを提供するための設備なども譲渡される結果、譲渡された表示がある一定の物やサービスを示していることは変更されないので、不正競争防止法で保護すべき表示に対する事実上の信用がそのまま移転しているから、譲受人が事実上の信用の主体となるといえます。具体的には、消費者が山形屋のマークをみたとき、山形屋という名の下にある工場で従業員により生産されるのりを思い浮かべます。そうすると、この営業が A から B へ譲渡をされた場合、営業譲渡の前後を通じて、山形屋という表示は、この工場から生産されてい

るのりを指していることになります。つまり、営業譲渡を受けた時点で、B はこの表示が指している営業主体になります。したがって、営業譲渡があった場合、譲受人は営業譲受直後でも同一類似表示使用者を訴えることができます。これは、個人企業の法人成りの場合も同様に考えることができます。その場合には、商品等主体に譲渡をされたというのではなくて、入っていくというイメージです。

これに対して、バター飴容器事件は、実は営業譲渡ではなかったので、仕方がなかったケースと言えなくもありません。しかし、この事件は、先ほど説明を少し省略しましたが、ロマンス製菓、浜塚製菓は、従来バター飴を製造して、北誉に卸していました。北誉がそのバター飴を購入して、これを缶に詰めて売っていました。そうすると、このケースは請求を認めた方がよかったといえます。なぜなら、北誉が破産したことによって、自分で缶に入れるようになっただけで、この缶は北誉の倒産の前後を通じて、同じバター飴を指しているといえるからです。したがって、営業譲渡を受ける必要もなく、同じバター飴を製造販売していたというケースなので、例外的に請求を認めてもよかったのではないかという気がします。

(3) ライセンス契約について

前回の授業の最後で、不正競争防止法上の請求権者となれる地位は、契約では移転することができないということをお話しいたしました。これと似て非なるものとしてライセンス契約はできるのかという問題があります。

卒然と聞くと、譲渡契約もできないのだからライセンスもできないと思われるかもしれません。実際、過去にはそのような学説もないわけではありませんでした。しかし、実はこれは区別されていてできるのです。これは、契約自由の原則があって自由にできるわけです。どうしてかというと、ライセンス契約というのは、何か積極的なことを与える権利ではないのです。類似表示を使用して混同を起こす恐れのある人に対して、その行為を止めたり、損害賠償を請求したりする権利をあなたとの間では行使しませんよ、という契約をすることは、公序良俗に違反しない限りは自由なはずです。ですから、ライセンス契約はできるのです。

このようなことを私が言ってから、現在ではおそらく通説になっているのではないかと思います。一般的には、こういった正当化の理由が与えられる前から、表示のライセンス契約というのは昔から商標と関係なく行われていました。

次に書いてあることは少し難しいのですが、ここまではいいですね。ライセンス契約は自由にできるということです。これと前回までのお話として、周知表示を勝手に契約だけで移転することはできない、第三者に対して訴える権利を移転することはできないが、営業譲渡等の形で事実としてその周知表示の主体に営業を譲り受けるといった形で表示の主体になった場合には、事実として周知性を取得しますので、不正競争防止法の付属権を得るということをお話しいたしました。これとライセンス契約が組み合わさると、実はライセンシーでも訴えることができるようになる場合があります。具体的には、例えば福岡高裁の事件（福岡高宮崎支判昭和 59.1.30 判タ 530 号 225 頁［ほっかほか弁当］）です。営業開始したフランチャイジーは、自らも信用の主体となるので自らと顧客権の重なる第三者が表示を使用する場合には、不正競争防止法違反行為の差止請求は可能になります。

例えば、北海道で、ケンタッキーフライドチキンのフランチャイザーの下で A や B や C がフランチャイズ契約して営業していたとします。この状態ですと、消費者はケンタッキーのサンダースおじさんの看板を見ると、あ、あの味のケンタッキーが食べられるなと分かります。これが前提です。その状況下で新たにフランチャイジーとしてもう 1 店舗、例えば D というところがフランチャイザーと契約しました。契約の本体は、請求権を A、B、C だけではなくて、あなたにも行使しませんよという不行使契約です。そのほかにノウハウの提供や、さまざまな契約が付いて、フランチャイズ契約が成り立ちます。その代わり、逆にフランチャイズの支払金や、いろいろ発生しますが様々な契約が成り立ちます。こうして D が契約してお店を構えます。この状況だと、構えた途端に実は周知性を取得します。今まで A、B、C に親しんできたこの消費者は、D に置かれているケンタッキーフライドチキンという名前とサンダースおじさんの看板というか立体商標というか、あのお人形を見ると、D というのは新しいお店かもしれないけれども、ここでもあの味のケンタッキーフライドチキンを食べられるなと思いますね。それが周知性の実態です。そうすると、それに基づいて別に承継したとか、バター飴の事件のように「私はフランチャイザーからライセンス契約を受けて承継しました」などと言う必要はなく、自分は、自分の売っている商品であるケンタッキーのフライドチキン、あるいは自分の売っているサービス、フライドチキンや、もろもろの飲食のサービスを示す表示として、既にケンタッキーは有名ですね、と主張することができます。その結果、この D は、ケンタッキーフライドチキンから許諾を得ることなく、勝手に類似表示を使用している者がいるとすると、自分の周知性に基づいてその者を訴えること

ができることになります。これは、事実として周知の一員になったからできるのです。この状態のときには B もCもできるし、さらにフランチャイザーもA、B、Cの営業を通じて訴えることができます。いろいろな人が、侵害者に対して訴えることができることになります。この話は、例えばこの状況で、九州地区で初めて E という会社がケンタッキーフライドチキンを始めた。そのときに、たまたま全国的な広告がなく、九州ではまだケンタッキーフライドチキンが有名ではなかったというケースであれば、まだ周知ではないから、これは成り立ちません。そのときは承継しただけではだめで、自分で頑張って営業して周知になる必要があります。こういったことと先ほどの話は混乱しますがが、区別するようにしてください。

では、教材の 22 ページです。当該フランチャイジーと顧客権が重ならない範囲において第三者の表示を使用する場合には、当該フランチャイジーは、1 号でいう混同の対象である「他人」ではなく、差止請求は否定されます。教材には鹿児島と書いてあって少しややこしくなっていますから、違う例にしましょう。例えば、東北地方で、今度は Z という会社が、勝手にケンタッキーフライドチキンを使っているとします。そのときに東北地方周辺にある F や G や H や、こういったタイプの東北地方にいるフランチャイジーたちは、自分たちが周知ですから訴えることができると思います。このときに、北海道地区の D や A や B や C も訴えることができるかというと、そうはなりません。どうしてかというと、東北地方のケンタッキーフライドチキンの消費者たちは、A や B や C の店舗を通じてではなくて、今まで F や G や H のこの店舗を通じて、背後にいるフランチャイザーを意識しながら、フランチャイザーが管理しているケンタッキーフライドチキンを食べていたのです。とはいえ、どこに行ってもだいたい味は同じではないかと思われるかもしれません。しかし、北海道地区では、少し温かくするために、辛い方がよいということで、何か知らないけど辛くなっているかもしれませんし、あるいは技術的な問題で、素材の地鶏が違うので味が違うかもしれませんし、可能性としては違うかもしれませんよね。そうすると、この地域で周知なのは、あくまでこの人たちの商品です。ですから、この人たちしか訴えることができないのです。こちらは訴えることができないということです。もっとも、フランチャイザーというのはどの地域についても背後で管理していますから、フランチャイザーは訴えることができることになります。

肝要なことは、承継などではなくて周知表示の主体は誰なのか、事実として需要者が認識している周知表示の主体は誰なのか、ということです。その一員になれたかどうかが鍵になるということです。次にいきましょう。

22 ページの 8 行目です。こういった形で、結局事実としてフランチャイジーも訴権を有すると解されます。これまでずっとそのような裁判例になっていました。例えば福岡高裁の宮崎支部の昭和 59 年の判決（福岡高宮崎支判昭和 59.1.30 判タ 530 号 225 頁［ほっかほっか弁当］）、東京地裁昭和 47 年の判決（東京地判昭和 47.11.27 無体集 4 巻 2 号 635 頁［札幌ラーメンどさん子］）があります。しかし、裁判例でも理由は不明確でしたので、ちょうど私の本が登場するまでは、割りと混乱がありました。フランチャイジーも訴権を有するとなると、今度は A や B や C が、フランチャイザーを訴えることができるのか。あるいは、新店舗である新フランチャイジーD を訴えることができるのか。あるいは、そこには書いていませんが、あるいは仮にフランチャイズ契約が切れて、A が営業をやめたけれど、まだ周知性は残っている場合に、その状態でフランチャイザーが乗り換えた新フランチャイジーを、私の周知性が残っていると A が言って訴えることができるかということが、問題になると騒がれました。しかし、これは次のように説明できます。これは不正競争防止法の契約の解釈として、そのような訴権がなくなるというふうに言わなくてもよいのです。不正競争防止法の解釈として、あくまでも訴権を残しておいたまま、ライセンス契約、フランチャイズ契約の解釈とし

て、そのようなことはできないといえると思います。それが通常当事者の意思だと解釈できるからです。ですから契約で防ぐことができます。D については、第三者のためにする契約の問題だということになります。受益の意思表示をすればフランチャイザーの権利を援用できると考えるべきでしょう。

それから自分の契約が解消した場合については、これも常識的に通常一般的には、ライセンス契約をすると、例えば表示をお返しするとか、表示を返却するとか、そういった言葉が、素人的な契約書には書いてあったりします。しかし、その意味するところは、周知性は仮に事実として残っているとしても、訴えないということなのです。もちろん当事者は、不正競争防止法の田村説など知ったことではありませんからそのように考えていないかもしれませんが、合理的に解釈すると、その契約の目的を達成するためにはそうなると思います。したがって、契約終了後に訴える場合も、契約の解釈として禁止されることになります。

少し話は変わりますが、もともとこういった形でいろいろとお話をしてきましたが、基本は、周知性の主体だけは訴えることができます。需要者から見て、周知性、周知の商品等表示の下で営業している主体だと認められれば、訴えることができます。そうでないと訴えることができないということです。ただ、これは 1 つの価値判断です。1 つの政策判断でもあります。つまり、教材 22 ページの「なお…」というところですが、こうした形で訴権者が信用の形成者、例えばソニーと松下と日立がこういったような競争をして、その横で新しくソニーという看板を掲げて、ソニーではない会社が、小売店が参入してきたとします。訴えることができるのはソニーだけです。ソニーが何かの理由で訴えていないとします。そのとき日立と松下は手を出せず、まして消費者は手を出せないということになるのですが、このように企業形成者に限られる結果、違反行為が放置されると、混同は解消しない。消費者の混同は解消しないという問題があります。

不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号の趣旨は 2 つあって、1 つ目は、信用を化体する努力を促進する、信用形成者のやる気を出させるというものです。それによって、商品やサービスの品質の維持、改善が図られる。そのようなインセンティヴを与えるという趣旨です。2 つ目は出所識別表示の識別力を保護することによって取引秩序を維持して、消費者の混同を防ぐという趣旨です。2 つ目の趣旨は、ダイレクトに公益的な消費者の混同を防ぐという趣旨もあったはずです。しかし、1 つ目の趣旨からすると、その信用形成者の自由に、一種の財産権として処分することができるようになりますから、自分しか請求権を持っていないので、ここに書いたようにライセンスすることができます。それを重視した結果、混同するのにご本人が訴えてくれないと放置されてしまいます。これは 1 つの政策判断で、どちらを重視するかという問題です。今、世界各国はそうでもありませんが、日本でも昔はそうですし、外国では、アメリカでもつい最近まで、商標のライセンスや商標権譲渡は、むやみやたらに許しませんでした。これは、むしろ 2 つ目の趣旨を重視した結果です。しかし、現在では、世界各国に取引するときの条約があって、そこに入ると譲渡も自由になさなければいけないことになっていますので、今ではむしろ 1 つ目の趣旨のやや私益的なところが重視されています。ではどう考えるかということですが、絶対これを裁判所が採るわけはないし、自分も信じないで、しかし理論を完成するために言っているだけのところが次です。

2 つの趣旨を見たときに、2 つ目の出所混同抑止がまったく解釈論に反映されないというのは法的な保護法益と言えるのかという問題になるので、次のことを、私の教科書や本には必ず書いてあります。例えばウォークマンが、一定の品質が予定されているとします。その品質を維持しないライセンシーにライセンスされた結果、消費者が、単なる混同というよりは品質も誤認するような事態に陥ったような場合には、場合によっては不正競争防止法 21 項 13 号の言う違反を取ることができると考えているのではないでしょうか。2 条 1 項 13 号というのは、品質誤認表示に関する法です。2 条 1 項 13 号には、商品、もしくは役務、

広告、取引に用いる書類等々に品質等々を誤認させるような表示をし、またその表示をした商品等を譲渡、取引したり、その表示をして役務を提供する行為、簡単に言うと、品質誤認表示は禁止されています。ですからこれに当たると解釈して処理します。次にどうなるかというと、3 条で「営業上の利益を害される者が訴えることができる」、この営業の利益を害される者は、同業者も含むと 2 条 1 項 13 号では普通解釈しますので、同業者に訴えてもらうということになります。これは、消費者が外に置かれているという大きな問題があります。これはこれで、少し独禁法の話になりますが、こういった品質誤認表示の行為に関しては独禁法の 24 条で、不公正な取引方法の一般指定 8 項の「欺瞞的顧客誘引」というのが不公正な取引方法の 8 項にありますので、それに対して独禁法 24 条で、差止請求権を消費者が有するとしています。争いはありますが、このように解するべきだろうと私は考えています。

Ⅴ　商品形態と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号

ここまでは表示の話をしてきましたが、混同行為の最後に商品形態のお話をいたします。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の条文を見ていただくと、商品等表示の例が挙がっていて、人の業務にかかる氏名、称号、商標、標章、商品の容器、もしくは包装、その他の商品または営業を表示するものをいうと書いてありますので、単なる普通の商標やマークだけではなくて、容器や包装も含まれます。さらには商品の形状自体、形態自体も含まれます。

例えばルービックキューブの形状です。あれを見てツクダオリジナルが売っているとはっきり正確に分からなくても、何かある会社があの商品を売っているな、と消費者は思っているでしょう。その状況で、同じ形状のルービックキューブをツクダではないところが出すと、あ、いつもみんなが買っているあの商品だなと思って、買ってしまう。その状態で混同が起きますので、商品の形態も商品等表示になり得ます。ただ、こういった商品名とは別個に、商品の形態だけが出所を識別する表示として機能することは多くはありません。ただ、それで話が終わればここで説明が終わるのですが、ここからが難しい話になっていきます。技術的形態除外説と調整不要説という大論点があります。問題の所在をお話ししますと、商品の形態となると、一般的には技術的な機能が関係してくることがあります。商品のマーク、普通の文字のマークや絵柄だったら技術とほとんど無関係ですので、あまり気にしなくてよいのですが、形状の周りということになりますと技術が関係してくることになります。そうすると、そういった技術については、工業所有権ないし産業財産権が用意されているわけです。そのような状況下で、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号で商品形態を保護されてしまうと、これらの法制度のバイパスになってしまうのではないか、迂回されてしまうのではないかという問題です。つまり特許権、実用新案権、意匠権の制度を利用することなく、商品の形態について不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の保護が求められてくるだろうということです。

いくつかあり得ると思います。多くの方が昔おっしゃっていたのは、存続期間の限定している趣旨が果たされなくなるということです。その通りだと思います。なぜかというと、特許法や実用新案法や意匠法は、20 年、10 年、20 年と存続期間が区切られています。それに対して不正競争防止法の請求権というのは、周知である限りは永続します。もちろん周知である必要はあるのですが、周知である限りは永続します。すると、20 年以上有名であることは十分あり得るわけですね。ですからそのときからせっかく区切って、特許法や実用新案や意匠法が、発明や考案や意匠について一定期間経過後は保護権利を消滅させて、みんなが自由に利用させようとしているのにバイパスで止められては特許法、実用新案法、意匠法の趣旨が達成できなくなるのではないかという問題意識です。

それから、要件が限定されています。特許でいえば、新規性や進歩性が要求されています。他方で、不正競争防止法では周知であれば足りるので、もしかすると新規ではないリバイバル商品のようなものであるとか、あるいは新規であるが進歩的なものとは言えないものまでもがバイパスで保護されてしまうのは、新規ではなく、進歩性もないという発明に関しては、みんなの利用を自由にしているかどうかがまさに問題ですが、そのような特許法の趣旨が果たされなくなるのではないかというふうにいわれるわけです。

さらに、次なる問題もあると思います。それは、仮に周知性の期間が短期間であったり、あるいは、要件としてはたまたま満たしているということがあったとしても、出願のインセンティヴという問題もあるのではないかということです。つまり、バイパスがあるので、そちらは、出願が不要だ、審査が不要だということになると、そちらが利用されてしまう結果、特許制度、実用新案制度、意匠制度を、あまり利用しなくなるかもしれません。こうした 3 つの問題があると考えられます。

こういったことが知財先進国では、前から言われていることです。なかなか不正競争防止法って、今でこそ知的財産法の訴訟のうちの 3 割を日本では今、占めていて、非常に重要な法律なのですが、このようなことになったのはここ 10 年です。1993 年の不正競争防止法改正以降で、昔は公開されている裁判例を見ても、1 年に 1 件出るかどうかくらいでした。

ですから、不正競争防止法などは今はずいぶん長い条文になりましたが、昔はたった 6 条で、見開きで済んだのです。そういった状況で、当時はたった 6 条だった――ただ改正作業に関与していたので、幸い本ができあがったときには条文数は増えていましたが、そのような状況で私が初めて 400 ページも本を書くというのは、ただのオタクだと。その通りで、やはり最初のうちは学者もあまりいなかったので、むしろ裁判官や弁護士の方がかなり勉強なさっていました。今からお話しする話も、裁判官の方々がドイツの学説を勉強して、導入してきたというのがあります。それが技術的形態除外説です。これは、商品形態が特定の出所を識別するに至り、周知の商品等表示となったとしても、その形態が商品の技術的機能に由来する必然的な結果であるときには同法の商品等表示とすることはできないとすべきではないかなといった見解です。ドイツや、アメリカでは少し言葉が違いますが、アメリカの機能性の理論といったセオリーを採ってきました。

問題となったのは、東京地裁の昭和 41 年の組立式押入れたんすセットの事件（東京地判昭和 41.11.22 判時 476 号 45 頁）です。この事件はどのような事件だったかというと、教材 121 ページの図⑤が争いとなった商品です。これは日曜大工用のタンスを作れるというものです。もともと日本間というのは 2 種類しかありませんでしたし、昔は特に、押入れの大きさがだいたい同じだったのです。それを利用して、かつ、狭い日本の住宅事情にかんがみて、押入れの中にタンスを作ることができるというセットです。見ていただくと分かるように、部材が一式整っていて、確かにこれは写真を見るだけで、頑張って作っていけば、それほど難しくなく押入れがすぐできそうに思えますね。これは輸送費が大幅に節約できるので、安く売ることができます。こういった物はいまでこそ簡単ですが、当時のアイデアですよね。

普通の押入れに入れるようなタンスよりは安く、そしてまた日曜大工の喜びなるものがあるのでしょう。それなりにヒットした商品です。被告が、これとまったく同じ商品、写真を 2 つ載せるのはばかばかしいくらい同じ形状の商品を売っていました。ところが意匠登録もしていないので、原告が、混同が起きるだろうということで、不正競争防止法の、当時は 1 条 1 項 1 号ですが、現在で言えば 2 条 1 項 1 号に基づいて訴えたというのがこの事件です。そして、裁判所は保護を否定したのです。なぜ否定したかというと、教材 23 ページに要約がありますが、「技術は万人共有の財産であって、そのうち新規独創的な物に特許権、実用

新案権が付与され、特定の人に存続期間を限って独占を許すことがあるにすぎない。もし、技術的機能に由来する商品の形態を、商品表示として競法の保護を与えるときは、この技術を特許権等以上の一種の永久権として、特定の人に独占を許す不合理な結果を与える結果を招来する。そして、本件セットの形態は、商品本来の技術的な機能から必然的に由来した結果にほかならない」ということを理由に保護を否定しました。

確かに、ここまで部材の一致させる必要があるかどうかは別として、形状等は、寸法は同じにならざるを得ません。先ほど言ったような商品の特性を考えると、押入れにぴったりはまらないことには意味がありませんので、こういった判断は十分あり得るところでしょう。この判決が技術的形態除外説というものを打ち立てました。その結果、17 年間ほどの間、技術的形態除外説が裁判例として定着しました。

その技術的形態除外説の最後のまとまった判決が会計伝票事件の一審（東京地判昭和 52.12.23 無体集 9 巻 2 号 769 頁［伝票会計用伝票 I 一審］）ですので、それを少しご紹介します。教材 121 ページの図⑥です。第 1 葉を見ていただくと、正確には分かりませんが、金額、日付、商品名等々のいろいろなことが書いてある納品書があります。それから、第 2 葉を見ていただくと、これは物品受領証です。第 3 葉は、請求明細書となっています。

これは、伝票です。大変なアイデア商品で、当時、昭和 30 年代で、十数億の売上げがあったのかな。大ヒット商品です。どこが大ヒットかというと、まず 1 つは、この商品が出るまでは、納品書や物品受領書、請求明細、いろいろな物をすべて、毎回書いていました。これをカーボン紙を使って、必要な書類を重ねて上に書けば、すべて必要な位置に複写され、1 回で済むという仕組みになっています。しかし、そのくらいであればまだ驚きませんが、これはバインダーのようになっています。手元に紙が 1 枚残りますので、わざわざ会計帳簿にもう 1 回書く必要がありません。

これについては実用新案権を取っており、合計で十数年の間、実用新案権を基に独占事業を展開していたのです。ところがやはりあるとき実用新案がもう取れなくなって、切れてしまうときが来ました。それが昭和 40 年代後半です。実用新案がついに切れてしまったのです。切れるとなると、これほどの大ヒット商品ですから、新規参入してくるわけです。それが被告です。被告はどうしたかというと、これもばかばかしいので写真をくっつけてはいませんが、図の⑥とほとんど同じで、どこが違ったかというと金額という言葉や、日付や名前というか物品名、そういった言葉が、すべて欄の左の隅に固まっていますが、これを欄の中央に持ってきて、少し広げただけです。そのような商品を被告は売り出しました。

被告の立場になると、デッド・コピーする理由はよく分ります。なぜかというと、皆さん、専用のバインダーを持っておられて、それにやはり紙を貼り付けているのです。原告は、この紙で儲かっているわけです。ですから、被告としては、新しい被告バインダーなるものを作って、被告独自の形状の伝票を売るのでは、絶対買ってくれないわけです。そうではなくて、ある瞬間から、9 月 17 日なら 9 月 17 日という、その中途半端な瞬間から、同じバインダーに閉じてもらいたいわけです。そうすると、同じ形状にならざるを得ない。違った形状は使ってくれません。ハードがこれだけ独占権を獲得している状況だと、食い込むためにはソフトで食い込まなければいけない。そのためにはハードの形状に合わせて、ソフトはデッド・コピーせざるを得ないという状況にあります。

それで、どう考えるかということになるのですが、東京地裁は当然、技術的形態除外説を使って伝票保護を否定しました。心証も、実は原告に悪く来ます。なぜなら実用新案権をずっと守っていたので、周知になるのは当たり前だと。ヒットしたとすれば、実用新案で独占したいのです。それで周知になっているの

です。実用新案権がようやく十何年たち、2、3 回くらい改良実用新案があって、ようやく切れたのに、まだやるのかということになります。ですから、デッド・コピーにはそれなりの理由があって、逆に原告が十分投資を回収しているということになれば、そろそろ競争しませんか、ということになるのは、1 つの優れた価値判断だと思います。それを具現した法理がこの技術的形態除外説ですので、これを使って東京地裁は保護を否定したのです。

問題は東京高裁（東京高判昭和 58.11.15 無体集 15 巻 3 号 720 頁［伝票会計用伝票 I 控訴審］）に行きまして、東京高裁では竹田稔判事という、大変有名な方がいらっしゃいました。この道では大変有名で、東京高裁の総括判事になられた後、裁判官退官後は、現在弁護士になっています。今でも現役で大活躍なさっている弁護士さんです。ともかく竹田先生のところに行きまして、竹田先生は次のように言って、技術的形態除外説を否定しました。教材 23 ページにある、後に調整不要説と呼ばれることになる考え方を提示しました。理由は、不正競争防止法と産業財産権の両者が競合してはいけないというふうに、技術的形態除外説は言うのだけれども、条文のどこを見ても、両者の競合を排除する規定はないということでした。そして、特許権等の保護法益が、技術的思想の創作であるのに対して、不正競争防止法の保護の対象は、営業活動における企業の信頼性ないし商品の需要吸引力で、両者はその保護の対象、保護法益、要件を異にしています。加えて、業活動等、企業努力の継続要件とする不正競争防止法の保護は、こうやって、決して単純に永久権を与えているわけではなくて、周知が続く限り、混同の恐れが続く限りで保護するわけですから、永久権を設定しているわけではないのだというふうに言いました。そこで、両者保護は並存すると考えるべきだと言って、技術的形態除外説を否定しました。

ただし事案の解決としては、いろいろとお考えになったのだと思いますが、多少ご無理をなさったのかもしれませんが、この伝票を見ても、出所を識別するに至っていないという認定で周知性を否定したということで、事案の解決としては請求棄却です。ともあれ、抽象論としては、大々的に傍論ではあります。どうせ周知性が否定されているので、このようなことを言う必要はないわけですが、わざわざ竹田先生のお考えを述べられて、東京高裁としてのある部の判断をお示しになられたということです。やはり、東京高裁でこういった判決が、しかも竹田先生で出ると、かなり影響力がありますので、以降東京地裁はやはりしゅんとなってしまいまして、こうは言えなくなりました（笑）。技術的形態除外説を明示的に取る者は、しばらく途絶えることになったということです。

それでは、どう考えるかという検討ですが、論理的に言えば、竹田先生のおっしゃることの方が正しいという気がいたします。なぜかというと、技術的形態除外説には、やはり欠点がありました。立法論と解釈論の区別というのは非常に重要だと思うのですが、法の条文から、あるいは条文でないまでも、規定の構造や法体系の全体の構造から、何かの価値判断が出るならいいのですが、自分がこう思うからこうだ、これは妥当だからこうだという価値判断は自己の価値判断を示しているにすぎません。つまり、工業所有権の価値判断がなぜ優先され、不正競争防止法の保護が否定されなければならないのかという、その論理が示されていない。これは非常に大事なことですが、調整する調整すると言っているのですが、実は調整するといっても、技術的形態除外説は、工業所有権の趣旨だけを優先していたのです。競合を排除する規定がなかったら、条文通り解釈すると。結果的には、不正競争防止法の趣旨が優先されることはありますが、条文がないのだから条文通りだとお考えになるというのは、1 つのお立場として十分成り立つだろうと思います。

またもう 1 つ、実は技術的形態除外説は、やや貫徹していないところもあります。商品の形態というのは、

観念的にはすべて意匠権の保護の対象になり得るのです。商品の容器もなり得ます。

だとすると、その商品の形態、あるいは容器の保護は意匠法の問題で決するべきであって、不正競争防止法の保護はおよそ否定することになるはずです。しかし、意匠を気にしないのはなぜなの？ ということに関して、あまり明解なお答えはでません。やはり竹田先生に喝破されたのは、仕方がなかったのではないかなと思います。

これで終わりません。教材の 24 ページです。私は勝手にコペルニクス的転換と言っている説ですが、次のように考えられないかと思っています。工業所有権との調整は、私は竹田説で、調整は不要だと思います。ですが、コペルニクス的転換で視点をずらし、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に内在する問題として考えましょう。つまり調整という観点から外在的に決めるのではなくて、不正競争防止法の中だけ見て考えるということですね。

そうすると、どうもこの不正競争防止法を見てみると、商品の販売自体は禁じていません。例示を見ていると、あくまでも商品ではなくて商品の容器、包装、表示等に止めています。しかも、混同の恐れを請来すると禁止すると書いてあるのだから、普通に読めば、構造的に複数の出所が存在することを前提に、その間に表示が契機となって誤認、混同がおきている、そういったことを禁じている趣旨だと考えられます。だとすると、商品間の競争が行われることを前提にしていることが構造上分かるのではないでしょうか。条文の文言にはっきり書いていなくても、構造上そうなっているように要件がちりばめられています。

そうだとすると、技術的制約その他、どのような理由でも構いません。けれども、市場において商品として競合するためには、似ざるを得ないところはあるはずで、その差し止めを認容してしまうと、差止権者以外その商品を販売することができなくなることを意味するので、商品の出所識別表示よりは、商品自体を保護することになり同法の趣旨を超えるだろうと考えられます。すると結局、技術的形態かどうかや、工業所有権との調整が必要かどうかという観点からではなくて、商品として競合するために似ざるを得ないもの、出所識別表示、商品等表示には該当しないと考えることができるのではないかと思った次第です。こういった価値判断については、もちろん似ざるを得ない商品の形態であっても、例えば伝票のように、何らかの理由で 1 社が独占的に製造販売していったために、信用が付着していることもあり得ます。ですから、この説を採ると結果的には技術的形態除外説と似たような結果になりますので、結果的には混同放置があります。しかし、そのような信用は、似ざるを得ない消費の形態に化体し、そこで勝負するのではなく、商品名等の商品識別表示を付してもらい、これに化体せしめる手段により、保持を図ってもらうべきではないのかなということです。

実際このようなシステムを採っているのは、他にもあり、黒酢の例でお話しした通り、普通名称などは、最初に例えば、てりやきバーガーと言ったらみんなモスバーガーを思い浮かべ、あるいは、黒酢といったら坂元醸造を思い浮かべていたとしても、言葉の性質として、その商品を指し示すのに適切な名称であるとすれば、普通名称として適用除外します。そして、利用を自由にするわけです。それと同じような配慮をしていることになるのではないか、と考えている次第です。

この考え方でいくと、具体的にはいくつかあり得まして、同様の形態を取らざるを得ない場合に、こういったものは競争上似ざるを得ない形態として保護が否定されるのではないでしょうか。具体的には、最初に私のこの説を裁判例として半分取り入れたのがあるのですが、その判決はこのコイル状マット、東京高判のケース（東京高判平成 6.3.23 知裁集 26 巻 1 号 254 頁[コイル状マット控訴審]です。教材 122 ページの図⑧です。これは私が入手したマットの写真を撮ったもので、実際の判例集に載っているものではあ

りません。

これは泥砂防止用マットで、私自身はあまり世の中でこのマットを見たことはないのですが、普通の金属製の泥を落とすマットと違って、これはぺたっと下が張り付いているのであまり滑らないのです。それともう 1 ついいところがあって、このくしゃくしゃの中に水が吸収されるので、水があまり外に逃げません。泥もここで取ることができます。あとはマットを洗うだけです。それほど保水性があって、かつ滑らないマットだそうです。しかもこれは作るのが簡単で、何かある一定の温度である一定の素材を使うと、自動的にこのような形状になるのです。それについて、特許権か実用新案権を、スリーエムさんが持っています。さきほどの伝票会計の伝票に似ているのですが、ある時期になると特許権が切れますので、昔のライセンシーだった方が、もう特許や実用新案が切れたので独自に同じ形状で売り出しました。ある一定の温度で作るとこういった形状になりますので、さきほど申し上げた、これにならざるを得ないというケースです。そこで裁判所に行きまして、裁判所で、果たして竹田判事の説に従って調整不要説で保護しなければいけないのかどうかが問題になった事件です。

その事件で、東京高裁は、半分は私の説を採り、ほとんど私と同じに、私の理由をそのまま書いて、競争上似ざるを得ないところに関しては、ただちに保護するわけにはいかないと一言言いました。しかし東京高裁は完全に私には乗らなくて、私の嫌いな総合衡量に移りまして、保護するかどうかに関しては出所識別表示の土台、他方で被告が付している混同防止措置の度合い等を総合衡量して保護すべきかどうかを決めました。それで、結局保護を否定しました。けれども、完全に田村説を採ったわけではありません。

次に互換性を維持するために似ざるを得ない場合と下に書きましたが、折りたたみ用コンテナという事件（東京地判平成 6.9.21 判時 1512 号 169 頁［折りたたみ用コンテナⅡ］）が次にありまして、これは東京地裁です。教材 121 ページの図⑦です。これも私は見たことがあまりないのですが、現場では、商品の流通を取り扱う業者でかなりのヒット商品のようです。コンテナなのですが、これも実用新案権か特許権かが取れていたケースです。図⑦の、真ん中の写真が完成体です。これでコンテナとして中に物を詰めることができるのですが、折りたたみができます。中の黒い部分をたたむとわりと簡単に、一挙につぶすことができます。つぶす過程が下です。一番上が、つぶれてコンパクトになったものです。この事件では、もう 1 つ互換性の問題もあります。図⑦の一番上の写真で、若干白くなっているところがありますよね。この部分を止められるような多少の凹凸がついていて、ここでぴたっと重ねてもずれないようになっています。ですから、大きさなどを一緒にする必要があるのです。これは実用新案権が取れていたので、簡単にたためる技術で、たたみ方も一緒になった方が便利だということです。そういった事情があります。互換性を維持するためにと書きましたが、このコンテナを買っている人がいるとすると、違う形状のコンテナを買うと逆に困るのです。同じ形状である必要があります。この事件では最後まで田村説を採っていただきまして、東京地裁は、競争上似ざるを得ない形態説で、保護を否定しました。

ほかにもう 1 つ、大阪地裁の IT'S 事件（大阪地判平成 7.5.30 知裁集 27 巻 2 号 426 頁）があります。この事件はどのような事件だったかというと、it's というシリーズは今でも売っていますが、サンヨーの濃紺色の単身者用の家電製品です。it's というのは、十数年以上長い間ヒットしている商品です。特徴は、電子レンジや、掃除機、冷蔵庫に至るまで、比較的小さめで、多少丸みを帯びており、すべて濃紺色です。値段も比較的安価で、大学生や単身赴任の方用の家電というコンセプトのシリーズ商品です。それに対して被告は、マイシリーズというシリーズを出しました。新潟の会社で、個々の商品の形状はまったく違うのです。

電子レンジや、掃除機、冷蔵庫など、多少丸みを帯びて角が丸くなっているところは似ていますが、形状自体はまったく違います。ただし、すべて濃紺色だったのです。

被告の考えていることはすぐ分かります。つまり、it's シリーズを買っている方はおそらく、私のイメージする it's の愛好者の人たちの部屋は、濃紺色の家電製品であふれています。そうすると、濃紺色が欲しいわけです。同じようなデザインが欲しいのです。別に決して it's である必要があるとは思っていないかもしれない、別にサンヨーでなくてもいいと思っているかもしれません。そういった状況下で、被告の商品が赤だったりすると買わないと思いますが、濃紺色だったりすると買うだろうということで参入してきたケースです。色ですから、色自体は、意匠登録はさすがにできません。色彩も組み合わせて模様にしないとさすがに取れません。しかし、技術的形態除外説と関係ないのですが、競争上似ざるを得ない形態説ですと関係してきます。濃紺色が、サンヨーの独占権となってしまうと、7 社か 8 社目くらいまでは付ける色があるけど、9 社目か 10 社目ぐらいから付ける色がなくなるのではないかという揶揄と共に語られる、色の枯渇理論が考えらます。それを大阪地裁は採っていただいて、私の説と色の枯渇理論なるものを採っていただいて、これは独占を認めるべきではないということで、保護を否定した判決がこれでございます。

東京高裁の MAGIC CUBE の事件（東京高判平成 13.12.19 判時 1781 号 142 頁）で、高等裁判所でも、ついに先ほどのコイル状マットのような中間ではなくて、競争上似ざるを得ない形態説で、一旦はまとまりました。

しかし、最近また、技術的形態除外説のような説明でなさる裁判所もしだいに増えてきています。競争上似ざるを得ない形態説のおかげで、竹田説に反論する形で、調整不要だけれどもこうなっているのではないかと、いったん保護否定とすることが習性として東京高裁も固まりました。そうなると東京地裁も少し自由になってきて、田村に縛られない理論もでき、今もう一度、技術的形態除外説が復権しかかっているといった状況です。ともあれ肝要なことは、一般的に、技術的形態除外説といっても意匠権は決して見ませんので、結局は、商品の機能を確保するために必然的なところに関しては、保護が否定されるわけです。ただし色については、机上の空論であるという考え方も非常に強いので、it's の考え方が今後維持されるかどうかは分かりません。

第 4 章　著名表示の不正使用行為

Ⅰ　概観

条文は、「自己の商品等表示として、他人の著名な商品等表示と、同一もしくは類似のものを使用し、またはその商品等表示を使用した商品を取引に置く行為が禁止されている」となっています。2 条 1 項 1 号と比べていただくと、「需要者の間に広く認識されている」という言葉の代わりに、著名という言葉が入っています。類似は同じです。同一もしくは類似のところは同じです。他方で、何が違うかというと混同を生じさせる行為というのがありません。周知が著名に上がった分、混同が要らなくなったという構造になっています。

どうしてこのような条文ができているのかというと、前も若干お話したことですが、教材 25 ページに著名表示に対するフリー・ライドの形態をいくつか挙げています。1 つは、他人の著名表示を使用することで、その他人の商品や営業であるかのように誤信させたり、その他人の関連企業の商品や営業であるかのごとく誤認させる場合、つまり狭義ないし広義の混同を生ぜしめる行為、こういった形で混同を利用してフリー・ライドしようというものがあります。もう 1 つのフリー・ライドの形態は、商品や営業主体が、その他人である、あるいは他人と関連があるとまでは誤信させないけれど、著名の表示を使用することで、人の目をはっとさせ、引きつける行為で、混同しないけど著名性のみを利用する行為があり得ます。

旧法下ではどうなっていたかといいますと、まだ不正競争防止法の裁判例が安定しなかった時代には、混同を否定した例もありました。有名な判決では、ヤンマーラーメンという事件（神戸地姫路支判昭 43.2.8 判タ 219 号 130 頁）があります。ヤン坊マー坊で有名なディーゼル機械のヤンマーが原告になりました。ヤン坊マー坊は有名なので、子供受けもするだろうとヤンマーラーメンを作っている被告を訴えたケースです。ディーゼル機械とラーメンでは、あまりにも業態が違うので混同しないといった判決があります。その後、著名であれば広義の混同を認めていこうということで、しだいにこういった判決は少なくなりました。これに対して、混同の恐れの肯定論はたくさんあります。VOGUE 事件（大阪地判平 1.9.11 判時 1336 号 118 頁）では、ファッション雑誌として有名な VOGUE が、ベルトに使われました。ファッション雑誌とベルトでは、確かに、VOGUE の関連企業がベルトも販売し出したと思うかもしれません。つまり、VOGUE 自身はベルトを作っていなかったにも拘わらず、混同を認めた例があります。それから、HAIG、Johnnie Walker など、ウイスキーの著名商標が、ガラスについて使用された事件（大阪地判昭 57.2.26 無体集 14 巻 1 号 58 頁［HAIG、Johnnie Walker］)があります。これも広義の混同を認めた例です。まあ認められるかなという気もします。ただ、前もお話しした通り、裁判例はもっと無理をしていまして、ヨドバシポルノ事件ですとか、パチンコ屋ディズニー事件、ポルノランドティスニー、これは大人の夢判決ですが、ディズニーだったのが、警告されたら「ディ」の濁点を取って「ティズニー」にしたのです。あるいは、「ズ」の濁点も取って「ティスニー」にして、それでも追い掛けていったディズニーランドという、怖いですね。しかし、これはさすがに大変だっただろうということで、これだけ裁判所を無理させるのは少しおかしいだろうということになりました。他方で被害は、少なくてもポルノランドディズニーくらいだと確かに、笑って許せというご意見も強いのですが、もし世の中の至るところでポルノランドディズニーが栄えて自由だということになったら、もうどこに行ってもポルノランドディズニーがあるとなると、何かディズニーランドに行っても何となくにやにやと、変なイメージが付着します。

もう 1 つアメリカであった例は、Where there is a life, there is a Bud かな、私は正確な単語では覚えてい

ないのですが、バドワイザーのスローガンに、人生あるところ必ずバドあり、と訳すことができる英語のキャッチフレーズがあります。そのキャッチフレーズをもじって、殺虫剤で BADD としたものがありました。人生あるところ必ずハエありという、何か立派な文句で売り出したところ、バドワイザーが訴えたというケースがあります。これもお気持ちはよく分かります。ディズニーランド以上にちょっと衝撃的ですよね。あのバドワイザーを見るたびに殺虫剤を思い浮かべられたら、少し味も変わってしまいますから、そういったケースもあり得るということです。

ですから被害は比較的大きいだろうということ、何とか保護してあげようという裁判官のお気持ちも分かるので、無理をさせずに認めましょうということで、著名であれば混同の必要はないとしたのが、2 条 1 項 2 号だということになります。

教材 26 ページに移ります。ただし、これは立法の過誤だったのだろうと思います。私も立法の際には関与していましたが、そのときはあまりいい例を思いつかなかったせいもあって、完全には止めきれずに現在の条文になりました。一般的に皆さんが批判しています。それは保護が強すぎるということです。趣旨をもう 1 回確認すると、結局、著名であれば保護するということはできたのですが、その趣旨を考えれば、信用形成のための企業努力のインセンティヴを守りましょうということになります。そのためには、単に混同の恐れがあるところだけではなくて、稀釈化（ダイリュージョン）であるとか、さらには先ほど言ったように、ダイリュージョンを超えたターニッシュメント、ポリューションと呼んだりしますが、汚染化まで保護するべきでしょう。

何が問題かというと、ポリューション類型はともかくとして、ダイリュージョン類型については保護してよい場合もありますが、そうではない場合もあるのではないでしょうか。つまり、表示が著名であれば、それだけで一律にそのような標章を他人が使用する行為を禁止する制度は、どうも著名表示の形成者の側の不利益のみを参酌しており、一面的にすぎるのではないでしょうか。例えば、ビクターというのは、日本では大変有名ですね。ですが、ビクターが有名だからと言って、スキーのビクトリアという有名な廉売店がビクトリアを使えなくてよいのか、これは著名で類似していれば保護されるのか、経過措置があるので、ビクトリアは別にセーフですが、1993～94 年の改正後にこういった表示が出てきたときに、本当に止める気なのかという問題があります。

あるいは、きついですけれどこれは多少非類似だと逃げるかもしれませんが、例えばスキーのビクトリアが有名になったからといって、ステーキのビクトリアを止めていいのかということが問題になります。こういった例を思いつけなかったのですね。それでなかなか止まらなかったのです。つまり、表示の保護範囲を拡大するということは、他人の商品等表示の選択の自由を害することを意味します。ですからこれは、やはり比較衡量せざるを得ないのではないでしょうか。比較衡量のマトリックスは後でお示しいたしますが、造語標章であればいいのですが、例えばビクターのような、造語ではなくて皆さんが使いたがるようなマークについては、どうも完全な 2 条 1 項 2 号の保護は控えた方がいいのではないかという気がいたします。

このような問題については、次回、要件の中で説明することにします。

Ⅱ　要件

(1)　著名性

2 条 1 項 2 号は著名表示を守ろうという趣旨で制定されたものです。しかし、やや保護が強すぎるのではないかということが問題になります。26 ページに書きましたように、ビクターが著名だからといって、スキーの廉売店のビクトリアを抑えることができるのか、あるいは、スキーのビクトリアが著名だからといって、ステーキのチェーン店のビクトリアを抑えることができるのかということが問題になります。

このようなことを念頭に置きながら、各要件を見ていきましょう。まず 2 条 1 項 2 号の第一の要件は、著名であることです。著名であるということは、言葉の意味から、認識の度合いを問題にしていることはわかります。では、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知性と比べて、著名性の要件が満たされるためにはどの程度認識されていることが必要なのかということが問題になります。

前提として、周知性より著名性のほうが高度な認識が要求されることは明らかでしょう。なぜなら、当然ですが、混同の要することなく保護を与える以上、2 条 1 項 1 号が無意味な規定とならないようにするためには、周知性より著名性の要件のほうが高度なものである必要があるでしょう。また、他者の表示設定の自由を害してまでも絶対的な保護を与えることから、表示の識別力が強度なものである必要があるからです。混同のおそれもないにもかかわらず表示を保護するからには、高度な著名性がないと、他者の表示設定の自由が過度に害されることになってしまいます。

先程の問題に戻り、どの程度で著名性の要件が満たされるかについては、明確に基準を示した裁判例があるわけではありません。一般には、7 割 8 割程度と大変高度な著名性を要求すべきだと主張されることが多いですが、私は 5 割程度でよいのではないかという気がしています。ただ 1 つの裁判例は、リーバイス事件です（東京高判平成 13.12.26 判不競 680 ノ 74 頁）。リーバイス事件は、認識の程度が 16.6%や 18.3%で周知性を認めましたが、2 条 1 項 2 号の請求に関しては、その数字では足りないとされましたので、少なくとも 16%や 18%では著名性の要件は満たさないことが分かりました。

(2)　特別著名性＝独占適用性

著名性に関しては、学説では、単に著名の度合いだけではなくて、特別に顕著であること、あるいは独占適応性があることという要件まで読み込むべきだという意見もあります。著名という文言からは少し遠いかもしれませんが、商標法では、3 条 2 項において、前項 3 号から 5 号に該当する商標、つまり、商品の産地、販売地、品質、原材料、効能、用途、数量、形状等々を表示したり、ありふれた氏または名称を普通に用いられる方法で表示したり、極めて簡単で、かつ、ありふれた標章のみからなる商標であったとしても、それが使用された結果、需要者が何人かの業務に係る商品または役務であることを認識等ができるものについては、商標登録を受けることができるということが規定されています。この 3 条 2 項を、特別顕著性と呼ぶことがあります。3 条 2 項はやや狭義の意味で用いているのですが、特別顕著とは、広い意味で独占するに値すること、識別力があって独占させても構わないことをいいます。具体的には、例えば 26 ページにも書きましたが、宝の焼酎の純というのが著名であるとします。そうであるからといって、チョコレートに他者が純と使用することもできなくなるのかが問題になります。ビクターとビクトリアの関係と同様に考えることができます。混同のおそれがあるのだったら、2 条 1 項 1 号に該当することを認めてもよいのでしょうが、仮に混同のおそれがないという場合に、純やワールドなど誰もが使いたがるような言葉で、実際によく使われるような言葉を、ある特定の表示のところで著名だからといって、全業種について使用を禁止する

ことを認めてもよいか考える必要があります。

2 条 1 項 2 号にあっては、混同のおそれの範囲を超えて広範な保護を正当化する要件として著名性が存在するのだから、著名性が表示の保護と他者の表示選定の自由のバランスを測る要件として機能させることができることに着目すると、表示が高度に認知されているだけではなくて、表示が独占に適することであることも必要であると考えるべきかもしれません。2 条 1 項 2 号は、やや立法の過誤といえるほど保護が広過ぎるので、多少文言上苦しいかもしれませんがこのような努力はする必要があることは確かでしょう。

そこで先ほど紹介した学説は、著名性には特別顕著の意味も含んでいると無理に読み込み、純やワールドなどは著名性を満たさないと考えます。私も保護を否定する結論については賛成です。ただし、私は、後述するように、「営業上の利益」の要件で、最終的に全部調整するのがよいと考えています。

他の方法としては、商標権侵害を否定する規定である商標法 26 条を用いるのも一つの方法であるともいわれています。26 条 1 項 2 号や 3 号は、産地、販売地、提供の場所、品質、原材料等々、効能、用途、数量等々を普通に用いられる方法で使用する場合には、商標権侵害にならないという規定です。

商標法の場合は、単に登録すると保護が認められることになっているので、混同のおそれがなくても、登録しただけで保護されます。混同のおそれがないにもかかわらず保護があり得るという意味では、2 条 1 項 2 号と類似しているところがあります。混同のおそれがないにもかかわらず保護するからには、それなりに独占に値する必要があるだろうというのが、商標法 26 条、あるいは 3 条 1 項 3 号の条文なので、その趣旨を不正競争防止法でも用いようというものです。

(3) 需要者の範囲

続いて問題になるのが、需要者の範囲です。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の周知性の場合には、全国的に周知である必要は全くなく、一地域でも足りるだろうというお話をしました。同様に、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号も、一地域で足りるのか、全国的である必要があるのかという問題があります。

一般的には、全国的に周知であることが必要であるというのが多数説だといわれています。ただし、循環論法以外にその理由が示されることはあまりありません。私は以前から少数説で、全国著名は不要だと思っています。なぜなら、現在ではあまり良い例ではなくなってしまいましたが、1995 年にヨドバシカメラが札幌駅に進出するまでは、北海道ではヨドバシカメラはなく、ヨドバシカメラを知っている方も授業中のアンケートでは 2 割程度しかいませんでした。2 条 1 項 2 号を制定する際には、ヨドバシポルノ事件（東京高判昭和 57.10.28 無体集 14 巻 3 号 759 頁）を規制しなくてはいけないというのが立法の 1 つの趣旨だったのですが、全国著名を要件としてしまうと、本当にヨドバシカメラを保護できるのかということが問題になります。全国著名説では、訴訟においてある一部の地域での認知度が 1 割しかないという証拠が提出されたときには、保護を否定することになってしまいかねません。

現在にいたるまでで、唯一きちんとした理由を述べているのが、教材 27 ページに載せた玉井論文（玉井克也「フリー・ライドとダイリューション」ジュリスト 1018 号 42 頁）です。その論文によると、関東地方のみを営業エリアとする家電量販店があり、他方、大阪府吹田市でのみ著名な豆腐屋が同じ商号を使用していた場合、地域著名で足りるという説を採ると、関東の家電量販店が全国展開を図り商号を全国的に使用したいとしても、大阪府吹田市に限っては豆腐店が著名だとすると業種を問わず豆腐店の表示が保護されることになりかねず、家電量販店は自己の表示を使用できないことになり、妥当性を欠くと主張します。

全国著名説だと、別に大阪府吹田市でのみ著名な豆腐屋があっても、保護は否定されるので気にする必要はありません。なお、これが、混同のおそれがある場合、例えば豆腐店だったりすると仕方がありません。あるいはスーパーであったりしても、混同のおそれがありそうですから、使用は認められないことになります。

確かに、全国著名説を採ると、豆腐屋は大阪でしか著名でありませんので、2 条 1 項 2 号の保護は大阪を含めて一切与えられないことになりますから、家電量販店側は気にすることなく全国的に同じ表示を使用できます。全国的には同じ名前を使用できるということは、自分の信用を自由に使用でき、かつ、いちいち大阪だけ違う広告を用意したりしなければいけないという問題がないので、一応利益として保護すべきだ思います。その利益と、ダイリュージョンからの保護という豆腐店の利益と比べると、家電量販店の利益を優先させるべきだという意見は、よく分かります。

ただし、論理としては完全ではありません。なぜなら、この論文は、外在的な消極的理由は述べているものの、全国著名を要件としてしまうと、そもそも起草趣旨で念頭に置いていたはずのヨドバシポルノ事件まで保護が否定されることになるになるということについて答えていないからです。

確かに、この問題はあると思いますが、この学説の問題点は、この問題を解決するために全国著名を必要とするという形で解決を図ったことです。この問題を解決するのだったら、この問題を解決するだけに適する法律論があればいいのです。そもそも世界著名でもこの問題は解決できるのに、なぜ全国著名を要求するに止まるのかが不明であり、論理の飛躍があります。

私は、全国著名はやはり不要だと思います。ですが、この問題の指摘している状況はよく分かります。そこで、後でお話しする営業上の利益のところの比較考慮で調整しようと考えています。それは後でお話ししましょう。

2. 類似性

続いて類似性です。不正競争防止法 2 条 1 項 2 号は、著名表示と類似のものを使用していることが要件に入っています。では類似とはどのようなものでしょう。

2 条 1 項 1 号では類似というのは混同のおそれがあるかどうか定型的に判断するための要件だというお話をしました。しかし、2 条 1 項 2 号は、混同のおそれを引き起こすこととは無関係です。したがって、類似というのは、混同のおそれを引き起こすほど似ていることではないでしょう。そこで、少なくともポリューションやダイリュージョン等を引き起こすほど似ているということと考えるべきであろうと思います。つまり、容易に他の者を想起してしまうほど似ていることだということになります。したがって、類似性は外延を画す役割があるといえます。

また、火の国観光ホテル対ニュー火の国ホテルの事件や柏東口皮膚科等の事件でお話ししたように、2 条 1 項 1 号でも、混同のおそれがあるとしても保護の範囲を縮減し、非類似というために用いる要件だというお話をしましたが、同じことが 2 条 1 項 2 号でも問題になります。例えば、多くの方が使用している「あさひ」、「大正」や「にっしん」という言葉があります。この場合、例えば「あさひ」でしたら、朝日新聞、アサヒビール、旭電化、靴のアサヒや旭硝子などがあります。このようなとき、あさひという言葉を誰かが使用し著名だということを理由に全業種で保護するわけにはやはりいきません。

こういった事情を営業上の利益の判断でおこなっても構わないのですが、1 つの方策として、類似性の要件を、先ほどの著名のところでの特別顕著と同じように、「あさひ」が共通するだけでは特定企業を容易

に連想するわけではないから、例えば、朝日新聞まで真似されて初めて類似性を肯定する、あるいは、例えばアサヒビールは特別なロゴを使用していますが、あのロゴが使われて初めて類似性を肯定するというような形で保護範囲を適正なものに抑えるための要件として機能させてもよさそうです。

3. 営業上の利益

続いて営業上の利益の要件です。これは、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と同様に、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号においても、3 条の差止請求権は、営業上の利益を侵害され、または侵害されるおそれがあること、4 条の損害賠償は、営業上の利益を侵害されたことが要件になっています。

2 条 1 項 1 号の場合を少し思い出していただきたいのですが、2 条 1 項 1 号では、営業上の利益はあまり厳格に判断しないと説明しました。例えば、ソニーの表示を誰かが勝手に使用しているときに、松下や日立が訴えることはおかしいので、周知表示の主体である必要がありましたが、混同のおそれが起きている主体であるということが肯定されるのであれば、それ以上に何か特別の不利益がなくてもよく、例えば、先ほども申し上げたダイリューションというような小さな利益だけでも、十分保護されるというお話をしました。

では、2 条 1 項 2 号のときでも同じように、ダイリューションがあるときだけで足りる場合もあるとは思いますが、すべてダイリューションだけでいいのか、つまり、2 条 1 項 1 号と同じように、著名表示の主体であればほとんど 2 条 1 項 2 号の請求ができるというフリーパスの要件だと考えてよいのかということが問題になります。

私は、前述したように、この営業上の利益の要件で著名表示主体と類似表示使用者との利益を調整しようと考えています。著名性の要件で特別顕著を要求してもよいのですが、この営業上の利益で調整してもいいのではないか、2 条 1 項 1 号と 2 条 1 項 1 号では構造的に違いがあるので、2 条 1 項 1 号の解釈をそのまま持ち込む必要はないのではないかと思います。

構造上の違いとは、以下のようなことです。すなわち、2 条 1 項 1 号の場合には、混同のおそれという公的な不利益があることから、私益と私益の対立に公益が加わるので、周知表示の主体が被っている不利益がそれほど大きなものでなくても、公益目的を達成するためには、周知表示の主体に訴権を認めようということになったわけです。そのため、原則営業上の利益を肯定してよいという結論になりました。しかし、2 条 1 項 2 号の場合は、混同のおそれは要件ではありません。仮に、著名であって混同のおそれがあるという場合であれば 2 条 1 項 1 号を主張すればよいので、2 条 1 項 2 号が問題になるのは混同のおそれがないときです。したがって、2 条 1 項 2 号が問題となるときは、公益は関係なく、純粋に私益と私益の対立になり、利益衡量が必要となります。そうすると、自動的に営業上の利益を害するおそれや営業上の利益を害されたということを肯定するわけにいかないのではないかということになります。したがって、28 ページに書いたように、第三者に表示を使用されたことにより著名表示の形成者が被る不利益の状況と、表示の使用を認めなかった場合に生じる第三者の商品等表示選定の自由の制限の度合いを比較考慮して、保護の可否を決定すべきだろうということになります。

ではどのような形で比較衡量を考えていくかということをお話しします。

ここで、著名表示を形成した者の不利益を考えると、いくつかのタイプがあります。

第一に、競業関係がある場合です。競業関係がある場合には、顧客を奪取されてしまうという不利益があります。ただし、この場合おそらく混同のおそれを肯定することができるでしょう。第二に、潜在的な競業

関係がある場合もあります。これもおそらく広義の混同で 2 条 1 項 1 号でもカバーできそうです。第三に、最も弱い不利益としては、表示の自他識別力が希釈化してしまうダイリューションの不利益があります。

このマトリックスと全く別に、不利益が大きくなるものとして、業態がかけ離れたものに使われた場合に表示のイメージが崩れるターニッシュメント、ポリューションがあります。いわゆるポルノランドディズニー事件、パチンコ屋ディズニー事件や殺虫剤のバドワイザーのケースのように、表示が全く違うものに使用されることによって表示のイメージが崩れる場合です。

他方で、類似表示を使用する者の利益としては、どのようなものあるかについて検討する際に考えなければいけないのは、ウィークマークとストロングマークの区別です。

ストロングマークの典型例は、造語標章です。例えば、正確には造語とはいえないかもしれませんが、サンリオはストロングマークであるといえるでしょう。他にも、例えばブリジストンは、創業者の方が石橋さんだったので英語でストーンブリッジというのを反対にしただけですが、独創的な表示だといえます。要するに、独占させても構わないタイプの言葉をストロングマークと呼びます。また、例えば、コンピューターにアップルという言葉が使用さえています。コンピューターにアップルという言葉を使用する必要は全くありません。あるいは、鉛筆にトンボという表示が使用されています。このように、造語でなくても、営業や商品と全く無関係な言葉を使用する場合も、ストロングマークになります。この場合、著名表示者が使用する業種以外の業種であっても、リンゴとかトンボに関係ない業種の場合には、独占されても構わないといえます。

他方、ウィークマークとは、誰もが使いたがるマーク、使う利益があるマークで、典型的な例は普通名称です。また、例えばワールドや純などの言葉は造語ではなく、その商品のイメージを表す言葉なので、ウィークマークといえます。ほかにも、朝日、明治、大正、や平成などもウィークマークだと思います。

この区別は、弱いマークは皆が使用する利益があり、他方、強いマークは皆がそれほど使用する利益がないことから、表示の選定の自由に関係して、非常に重要です。

なお、ストロングマーク、ウィークマークは、周知や著名表示主体側の利益だと思う方がいます。著作権などと同様に、造語だと生み出すのに一定の労力が掛かっているので保護されるべきであり、他方、ウィークマークは、一般に使われている言葉でありふれた表現なので保護されないと考えるのです。しかし、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 条 1 項 2 号や商標法は、別にマークの創作行為を奨励する法律ではありません。単に識別力のあるマークに信用を化体するのを促進することを目的としているので、マークの創作性は無関係です。したがって、ストロングマーク、ウィークマークの区別は、類似表示使用者がそのマークを使うことに多大な利益があるか、それとも小さい利益しかないのかということを区別するための基準だということになります。

では、双方の利益をいかに調整するかを考えていきます。一般論を言うと、著名表示主体と類似表示使用者が競業関係に立つ場合、著名表示主体には大きな不利益があるといえるので、ストロングマーク、ウィークマークを問わず、著名表示主体を保護すべきでしょう。ほとんどの場合は、著名で競業関係であれば、混同のおそれ、広義の混同あるいは狭義の混同が肯定されるでしょうから、そもそも 2 条 1 項 1 号で決着がつきそうですが、仮に 2 条 1 項 2 号で請求されたとしても、認めることに問題はないといえます。また、潜在的な競業関係に立つ場合も、少し悩むところがありますが、認めてよいように思えます。この場合も、広義の混同が認められる場合がほとんどでしょうから、結局、2 条 1 項 1 号で保護されるので、議論する実益はそれほどありません。

問題は、単にダイリューションが起きる程度の不利益だった場合です。例えば、ステーキのビクトリアとスキーのビクトリアのように、著名表示主体の被る不利益がダイリューションで、かつ、ウィークマークであった場合、これは保護しなくていいのではないかと思います。一方、ダイリューションでストロングマークであった場合、そのマークを他者に使用させる実益は乏しいので、ダイリューション程度の不利益であったとしても、著名表示主体を保護すべきでしょう。たとえば、サンリオを豆腐店が使用した場合、豆腐店と文具では混同は起きず、潜在的な競合関係もないとしても、使用の禁止を認めるべきです。

さらに、すべてを通じて、ウィークマークであったとしても、ポリューションが起きる場合には不利益が大きいので、著名表示主体を保護すべきです。たとえば、ヨドバシカメラは、淀橋地区で営業するには、仮に片仮名でもウィークマークかもしれませんが、ポリューションが起きる場合には、ヨドバシカメラ側を勝たせてもよいとおもいます。

以上が基本的なマトリックスです。加えて、仮にダイリューションでストロングマークとウィークマークの中間くらいの表示の場合には、全国的な展開をするか否かというのも考慮してよいだろうと思います。以上のような形で総合考慮すべきではないかと私は思っています。

裁判例は、ほとんどがストロングマークで保護しても良いだろうというケースばかりなので、このような限界性の事例は出てきていません。

それほど争点になったわけではないのですが、ドメイン名に関する裁判例を一応紹介しておきます。ドメイン名とは、メールアドレスやウェブページのアドレスに使用するものです。現在では不正競争防止法 2 条 1 項 12 号でドメイン名は保護されていますが、それ以前は、2 条 1 項 1 号や 2 号 1 項 2 号で規制していました。jaccs 事件（名古屋高金沢支判平成 13.9.10 平成 12（ネ）244 ほか）やj-phone 事件（東京地判平成 13.4.24 判時 1755 号 43 頁）では、ローンの jaccs、それから j-phone と無関係の会社が、勝手に jaccs company.co.jp、j-phone.co.jp とドメイン名を取得してしまっていたので、使用を差し止めることができるかが争点となりました。被告の登録は、アダルトサイトに接続するなどして嫌がらせをして、後にドメイン名を高額で買い取らせることを目的とするものです。このような行為を、サイバースクワッティングと呼びます。現在では 2 条 1 項 12 号の存在や企業努力で多少減少しているとは思いますが、ドメイン名は無審査で登録が認められてしまうので、このようなタイプのドメイン名が以前は多かったのです。

このような事案で、アダルトサイトと jaccs では普通は混同しませんので、2 条 1 項 2 号に該当すると主張しました。

裁判所は、jaccs 事件においては、差し止めの適否という表題を設けて、被告が主張する自己のドメイン名採用の理由に説得力がなくて、むしろ原告の表示を認識しつつ、譲渡料を取得する目的でドメイン名として登録したと推認されることを参酌して、営業上の利益の侵害のおそれがあるということを肯定して差し止めを認めるべきとしました。また、j-phone 事件では、差止めの必要性のある表題の下で、誹謗中傷や、大人の玩具の販売広告が掲載されていることを参酌して、表示を使う利益はなく、不利益の方が大きいのだから差止めを認めても構わないだろうと判断しました。

4. 商品等表示としての使用

2 条 1 項 2 号の最後の要件は、他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用する、あるいは、その商品等表示を使用する商品を取引する行為です。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号でも同様に、商品等表示として使用が要件でしたが、2 条 1 項 1 号は、

別途混同のおそれを引き起こすことが要求されていました。したがって、混同のおそれを引き起こすためには、商品等表示として使用していなければならないので、独立の要件として機能することはあまりありませんでした。一方、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号は混同のおそれが要件になっていないので、一体どのような行為が禁止されるかという意味で商品等表示としての使用の要件は独立して機能します。比較広告などが典型例で、例えば、ペプシコーラを提供する際に、コカ・コーラと同じ味である旨述べたとします。これは、自分の商品に関係する広告で用いていても、ペプシコーラの商品等表示としてコカ・コーラを用いたわけではありません。このような行為は、自己の商品等表示として使用していないので、2 条 1 項 2 号には該当しないことになります。なお、2 条 1 項 1 号の場合では、比較広告で使用されたとしても混同しないということで、商品等表示としての使用の要件で検討する必要はありません。

裁判例では、教材の 28 ページに記載しているように、不正競争防止法 2 条 1 項 2 号が創設される以前の事件で、無名の香水を訪問販売する際に、香水が世界的に著名な香水と香りのタイプが一緒であると宣伝して、訪問販売していた被告に対し、ディオールやシャネルが訴えたという事件がありました（東京高判昭和 56.6.25 無体集 13 巻 1 号 1 頁［香りのタイプ控訴審］）。これも比較広告の一種です。これは 2 条 1 項 1 号の事件でしたが、東京高裁は、あくまで香りのタイプとして原告の表示を使用しているだけで、被告の商品には独自の商品名があったことから、被告は原告の表示を自己の商品等表示として使用しているわけではないことを理由に請求を退けています。なお、混同しないと言ってもよかったのかもしれません。

一方、別の商標権侵害の事件では、今度は香りのタイプの「タイプ」の文字が大変小さかったため、商標法では商標的使用ということになるのですが、この商品等表示として使用していると認められました。つまり、タイプの文字が小さ過ぎると、需要者がそのタイプということを識別できないので、その場合は商標権侵害になるということです。おそらく、不正競争防止法の事件だとしても、混同のおそれ、あるいは商品等表示として使用ということは肯定されたのでしょう。

［香りのタイプ控訴審］は、香りのタイプが同じにすぎないことが需要者からしても明らかな使用態様で表示が使用されていたケースでありました。おそらく 2 条 1 項 2 号でも、同様に商品等表示の使用が否定されると思います。したがってこれより先は立法論だということになるのですが、世界的に必ず保護が否定されるかというと、そうでもないところがあります。例えば、ドイツの事件ですが、ウイスキーを宣伝するときに、ウイスキーの瓶とグラスの背景にロールスロイスを配したという行為に対して、ロールスロイス社が訴えたという事件がありました。イメージ戦略として、高級なロールスロイスに乗るような人が飲むウイスキーであるように消費者に訴えかけるために行なわれたものでしょう。

日本の不正競争防止法には存在しないのですが、ドイツでは不正競争防止法に一般条項があり、簡単に言えば公序良俗に反する不正競争行為を禁止する条文があります。裁判所は、被告の行為を不正競争防止法違反にあたるとしました。したがって、一般的には、世界中どこでも商品等表示として使用していなければ不正競争行為にあたらないというわけではありません。では、どのように考えるべきでしょうか。

仮に、著名な香水と香りタイプが同じであるという商品を購入したものの、実は似ても似つかない香りであった場合には、2 条 1 項 13 号の品質誤認表示にあたり、商品等表示にあたるか否かとは別の観点から、違法になります。したがって、立法論として考えるとすれば、本当にその香りが同じタイプだったと言える程度にまでは似ていたというケースを想定する必要があります。また、品質が本当に同じであった場合でも、特許権の侵害や、あるいは香りの調合方法を産業スパイで入手したという営業秘密の不正利用行為

があるというのであれば、また別の観点から規制されます。

そういったこともないというのであれば、同じ香水を製造販売することは、本来は自由であるはずです。知的財産権を別に侵害していませんので、別に同じ香水を製造販売してもよいはずです。したがって、比較広告等を禁止すべきか否かは、著名性にフリーライドし、宣伝広告費を節約していることを違法なこととらえるか否かが問題となります。

確かに、ある香水がシャネル No.5 と同じ香りだったとしても、それを宣伝できない場合、需要者が同じ香りであることに気が付いて噂が広がるのを待つか、または、単に香りがよい香水と需要者に認識させる方法で販売するしかなくなります。また、シャネル No.5 と同様の香りと宣伝することで、宣伝広告費を節約することができます。このような意味ではフリーライドしているのは明らかです。シャネル No.5 が先行していなければ、同じ香りであったとしてもそこまで売れないといえる程度には、販売できるでしょう。したがって、フリーライドしているということだけを理由に禁止すべきかということです。

もちろん、シャネルには大きな不利益があります。同じ香りのタイプと広告する香水が 3 分の 2 の値段で販売された場合、多少自己の商品の値段を下げないといけないでしょうし、また、値段を下げなくてよかったとしても、顧客が 1 割程度離れるおそれがありますから、大打撃を受ける危険性が大きいです。

そこで、どのように考えるかを検討しましょう。需要供給曲線を使用して説明します。

例えば、今のところシャネル No.5 が、3 万円の値段で売られているとします。このときに需要曲線というのは、例 10 万円の値段で販売するとこのくらいの者が購入する、3 万円の値段で販売するとこのくらいの者が購入することを示す数字です。

仮に 11,000 人ぐらいの人が 10 万円でシャネル No.5 を買うとします。実際に販売されている販売価格が 3 万円だったとすると、10 万円と 3 万円の差である 7 万円は、簡単に言えば、人間の幸福の度合いを表していると経済学では考えます。つまり、10 万円でも買う気があった人が 3 万円で買うことができたのだから、7 万円の喜びがあるはずです。

これは、普段我々はあまり考えません。例えば DVD のデッキを買うときに、3 万円や 4 万円の値段がついていたとしても、自分が何万円かの喜びを感じたなどとはて考えないはずです。しかし、仮に、自分が、7 万円や 8 万円の値段であっても DVD デッキを必要としている人間であるとすると、このような計算はある程度できます。逆に、DVD デッキにあまり興味を持っておらず 1,000 円であるなら購入するタイプの人の場合、別に 2 万円では買わないという判断をしているはずです。このように、以上の差額が人間の喜びを表しています。そうすると、全体の面積が、社会全体の、消費者の幸福を表しています。これを消費者余剰と呼ぶことがあります。

そこで、シャネル No.5 タイプの香水が 2 万円で販売開始された場合、そのシャネル No.5 タイプが出てきたことによって、やや非現実的ですが、どちらも 2 万円で販売することにしたとしましょう。

そうすると世の中は、競争の結果、幸福が増します。今まで購入できなかった人も購入できるようになるし、今まで 10 万円で購入して 7 万円の幸福を得ていた人は 8 万円の幸福に変わるからです。消費者余剰が増すので、一般的には、このような行為はよい行為だということになります。こういった行為をあえて禁止するにはそれなりの理由が必要になります。消費者余剰をある程度無視しても創作者に報いないと、新しい香りが開発されないという理由がある場合には特許権や営業の不正利用行為で保護することになるでしょう。

そのような理由のない場合、独占させるよりは自由競争に委ねるべきです。そのときに、わざわざ地道

に努力させる必要はなくて、本当に同じ香りのタイプだというのであれば、宣伝を促進させたほうが、自由競争も促進されることになるからです。

他方、以上のような単純なものではないとの反論も考えられます。ヴェブレン効果と呼ばれるもので、世の中には、その財が希少である、ほかの人があまり付けていない、あるいは価格が高いことを理由に、購入する人がいます。例えば贈答品などは、一定の価格であることから、贈答品として価値を有しています。同様に、おそらく香水は、その香りがとてもよいということ以外に、特定のブランドだからとか、あるいは他者が付けておらず希少だからこそ価値があるということがあります。そうすると、ある程度高価であれば購入した者が、価格が下がることにより、逆に購入を控えることが考えられます。そうすると、実は 3 万円より 2 万円のときのほうが購入した者の幸福が減るかもしれません。そうすると競争することによってそう簡単に消費者余剰が改善するかどうかは分からないという反論もされています。

ではいかに考えるかというと、私は、価格が下がれば人の幸福も増加するので、競争を自由にすべきであり、わざわざ法で規制する必要はないと考えます。安価の販売により消費者の幸福の総和が減少してしまうかもしれないという反論に対しては以下のように考えています。すなわち、そもそもそのような人たちの幸福は虚構です。本当の商品の価値以上に、ブランドのイメージなどは、会社の営業方針などによって、一定の操作された余剰のようなところがあります。そのようなものにわざわざ法的に保護を与えて、第三者の需要の自由を害してまで保護する必要はないのではないかと思います。以上から、立法論としても、現在の日本法でよいのではないかと考えています。

以上で、不正競争防止法はいったん終わりです。ドメイン名については、商標法の後で若干触れます。また、コピープロテクションやアクセスプロテクションの保護については著作権法の時間に少し触れることにします。

第５章　商標法

Ⅰ　登録商標制度の意義

商標法の保護の対象は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号、2 号と同様、商品名や会社の名前、ブランド名です。最近では、商品の形状、立体的な形状も保護できる法制になりました。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と違うのは、保護の手法という点です。保護の対象は同じですが、保護の仕方が違います。

制度の概観の方に入っていきます。どのような保護のシステムになっているかといいますと、まず特許庁で手続きをして、権利を取得しなくてはいけません。特許庁で手続きをし、お墨付きをもらって、初めて他人に対する排他権が発生するというシステムになっております。ですから、あらかじめ準備をしておかないと、他人に対して禁止権を行使することはできないのです。

不正競争防止法 2 条 1 項 1 号や 2 号は、そのような手続きが必要ありませんでした。混同が生じていれば、いきなり裁判所に行って、相手が使っている表示をやめろと言うことができましたが、商標権はそうはいかないということです。要するに、不正競争防止法よりも面倒です。制度が 2 つある場合、面倒な制度が 1 個あって、面倒ではない制度がもう 1 個あると、保護のレベルが同じとなれば、みんな手軽な方を使うことになります。

このように表示について保護法制が 2 つある場合は、めりはりをつけるといいますか、手続きが面倒な方の保護を強くしないと、法律を 2 つ作った意味がないということになります。

ですから商標権については、保護を受けるための手続き等は面倒なのだけれども、いったん取得すると不正競争防止法より強いというようなところが、解釈論に反映されることになります。一般的な理解としても、それでよろしいと思います。

商標権の定義については、教材のはじめに、「登録商標と同一または類似する商標を、指定商品または指定役務に類似する商品または役務に使用する排他的な権利」と書いてあります。これがどのようなものかをこれから説明していきます。

保護の対象は、2 条 1 項 1 号、2 号と同じということで、保護の趣旨もほぼ同じです。投資をしてブランド力を形成した表示を他人にフリーライドされると、信用といいますか、顧客が外に逃げていってしまうことになります。顧客を取り逃がすということになりますので、ブランド形成のインセンティヴが下がって、ブランド形成がなされません。

ブランド形成がされないと、我々消費者にも迷惑が掛かります。あの会社のあの商品が欲しいというときに、商品名を目掛けて皆さん買い物に行くと思いますが、みんな似たような商品名だと区別ができないので、困りますね。表示については、我々消費者の利益、すなわち、公的な利益も保護の対象になってよいということになります。ですからミックスです。事業者（会社）と我々消費者（普通の需要者）、その両方を保護するということになります。それを難しい言葉で言うと、取引秩序という言葉になります。

取引秩序というのも、予測可能性と同じように、ペーパー試験のときにしか通用しない言葉です。私から口頭試問か何かで、取引秩序とは何でしょうと言われたときに、きちんとその中身を答えられるようにしておいた方がよろしいかと思います。もちろん、答案に書くときも、きちんと取引秩序の内容まで、どのような意味かということを書いた方が、いい点が付きます。

ともすると、そのような何かマジックワードを覚えるような勉強になってしまいますが、きちんと中身まで覚えている人と、言葉だけ覚えてきた人と、やはり答案を見れば、すぐ分かってしまいます。少し余談でし

た。

権利の取得の方法は、今言いましたように、特許庁に書類を出しに行きます。私も何度か、弁理士である父親の使いで行ったことがあります。昔はこのようなことを書面主義と言ったのですが、最近はインターネットで書類の手続きをすることができるようになりましたので、だんだん過去の言葉になっていくのかもしれません。

では商標とはどのようなものかといいますと、教材 125 ページに例としてコンサドーレの商標を載せておきました。上のところに、商標公報と書いてあると思います。これは特許庁が、商標権が発生したことを公示する書類です。これは現在では特許庁のホームページにアクセスすれば見ることができます。

登録番号、登録日などの情報とともに、絵が堂々と載っています。これは、印刷の都合で白黒になっていますが、本物はドーレくんの赤いところは赤く、白いところは白くなっています。コンサドーレの会社は、北海道フットボールクラブと言うのですね。注目してほしいのはその下です。ドーレくんの下に、いろいろなものが書いてあると思いますが、これが指定商品または指定役務と呼ばれるものです。

商標法と不正競争防止法の違いの 1 つとして、この指定商品、指定役務というものがあります。これは、出願人が出願をするとき、手続きを取る書類を出したときに、これを指定するものです。これとこれとこれに、僕はこのドーレくんを使いますので、権利をくださいという意味で、これを指定商品、または指定役務といいます。役務というのはサービスです。

ここに記されているスポーツ、または知識の享受、これはサービスですので、役務の方です。私が行っているのも、講義というサービスです。これは、指定商品または指定役務のうち、指定役務の方になります。これらを指定商品または指定役務と呼びますが、商標権というのは、このドーレくんという商標をこの下に記載されている指定商品または指定役務に対して、他人に使わせない権利です。

ですから、この商標と、指定商品または役務というのは関連があるといいますか、どちらも権利範囲を定めるものです。ここのドーレくんに書いていないことにドーレくんを使うことは、商標権の権利範囲外だということになります。

この指定商品、指定役務というのは、実はお金さえ払えば、いくつでも指定することができます。ですから、ここではこの指定商品、指定役務のところに 6 行書いてあって、その前に 41 という分類が振ってあります。これを分類と言いますが、41 以外にも全部で 46 個の分類があります。ですから、その全部の分類についてドーレくんの商標を取ることもできます。そうすれば、どんな商品役務についても出願人以外はドーレくんを使えないということになります。ここはお金と効果の問題ですので、出願人の判断になります。

指定商品、指定役務という言葉が、これからたくさん出てくると思いますが、それはここに書いてあるものなのだと思ってください。商標権というのは、この絵を、この指定された商品や役務に使うということ、そして他人に使わせないという権利とご理解ください。

商標権ですが、年間どれぐらい処理がされているかといいますと、2 年前の 2005 年の資料によれば、出願がだいたい 1 年間で 13 万 5,000 件くらいあるそうです。そして、年々増えているようです。特許庁の商標専門の審査官は、150 人ぐらいいるそうで、その人たちが、この出願の処理をしています。つまり、審査をします。商標登録を受けるためには、法律の要件が決まっておりまして、それをクリアする必要があります。それが審査というものです。

要件が欠けている場合、出願については拒絶査定というのを受けまして、権利を取れないということになります。種々の要件をクリアすると、登録を受けて、商標権という排他権が発生します。審査官も人間で

すので、過誤登録の場合があります。過誤登録の場合でも、後に無効審判で無効にすることができます。

これから、商標、特許と、手続き関係の法律を説明することになりますが、必ず審査官という言葉が出てきます。商標は、事務系の職員の中から志願制で庁内試験を経て、審査管理になるようです。特許の場合は、国家公務員一種の理系の試験を通り抜けてきたテクノエンジニアです。

存続期間は、登録から 10 年と書いてありますが、更新制度があります。10 年ごとの更新です。要らない場合は捨てることもできます。更新なので、実は明治時代の商標がまだ残っているものがあります。古いものは大正時代の商標権などもあります。10 年ごとに更新していけば、永遠に商標権は残りますので、2005 年の資料によると、日本には商標権は現在、積もり積もって、177 万件あるそうです。たくさん商標登録がされています。この、たくさん登録されているというところが、商標の 1 つの論点であり、問題点だと言われています。

これが、商標制度の概観です。保護の対象は表示です。すでに何度か出てきておりますが、自他商品識別機能、自他商品識別力、あるいは表示の出所識別力を保護する法律です。

登録主義の方にいきます。ここは不正競争防止法 2 条 1 項 1 号との比較をする必要があります。世界中に商標法というのはあり、また、似たような法律がありますが、商標法を立法する立場といいますか、対応としては 2 つあると言われています。

1 つは、ここに書いてある登録主義というものです。もう 1 つは、使用主義というものです。登録主義は、ドイツ・日本型、使用主義はアメリカ型です。登録主義と使用主義の 2 つの立場があって、日本の商標法は登録主義です。

登録主義とはどのようなことかというと、商標の使用を登録の要件としないということです。商標が現に使用されているということを登録の要件として求めないのが、登録主義です。つまり、登録さえすればいいという考えです。対して、使用主義というのは、商標権を登録するため、すなわち商標権を発生するためには、実際に商標を使っていなくてはいけないという主義です。

使用主義は使用主義で、これはいいのですが、登録主義というのは、少し語弊があります。商標権を発生させるために、登録を要する制度だという説明があるのですが、それは誤りです。実際、使用主義も登録していますから。登録主義というのは、商標権の発生に現実の使用を要求しない主義です。

ですから、アメリカなどでは、今使っている表示、例えばこのボルヴィックでしたら、今ボルヴィックという商品名を使っています、使っているから、商標権を欲しいので登録したいのです、という使用主義がとられています。

登録主義というのは、現実の使用を要求しないので、これから使いたいなと思う商標をあらかじめ取ることができます。事前に、商品名やブランド名の商標権を取っておくことができます。それが登録主義です。

使用主義と登録主義は、どちらが優れていて、どちらが劣っているというわけではなくて、考え方の違いです。どちらにもいい面がありますし、どちらにも悪い面があります。これが登録主義と使用主義です。

ですから、日本は表示の保護に関しては登録主義だというのは、実は誤りです。なぜならば、日本の表示を保護する制度というのは、商標法だけではなくて、すでに皆さんが勉強したはずの不正競争防止法 2 条 1 項 1 号もあるからです。2 条 1 項 1 号の要件は、周知、類似、混同です。周知だということは、使っていないと周知にはならないはずです。現実に使いもしていない商標、人の目にも触れていない表示が、周知になるということはあり得ません。ですから、周知を要求しているということは、すなわち使用を要求しているのと同じことです。そうだとすると、2 条 1 項 1 号は、表示を保護する法制としては、使用主義だと言

うことができます。

ですから、日本は、表示については使用主義の法律と、登録主義の法律と、並存しているということになります。商標の教科書を読んでいると、我が国は登録主義であると書いてあるのですが、それは正確な記載ではないということになります。

登録主義のメリットですが、先ほど少し言いましたように、あらかじめ権利を取得しておけるというのが最大のメリットです。つまり、使用主義というのは、いったん使用を始めなければ権利を取ることができないので、例えば登録をする前に、少し使用している段階で真似をされてしまうということがあります。

つまり、せっかく高いお金をかけてブランドネームを選んだのに真似をされるおそれがある――ブランドネームというのは、マーケティングリサーチをして、あるいは人の目にいい印象で触れるような表示やロゴを、いろいろなデザイナー、あるいは調査会社が調査をして、気を使って決めます。そこには大変コストがかかっています。

使用主義だとすると、大変コストをかけて選んだブランド名だとしても、いったんブランド展開をまず始めてからでないと、権利が取れないということになります。そうだとすると、宣伝を開始した直後ぐらいに、ライバルメーカーが、あのブランドいいなということで、うちも真似してしまえ、と真似をされてしまう可能性があります。

そのような、使用を開始してから権利を取るまでのタイムラグのようなものを嫌う場合には、登録主義は便利な制度です。これから使いたいブランド名が決定したというときに、では、まず商標権を取っておいて安心することができます。商標権さえ取ってしまえば他の誰かが使えないわけですから、商標権を取った後、安心して使用を開始することができます。商標権さえ取ってしまえば、使用しているかどうかというのは権利の行使には関係しません。権利さえ取ってしまえば、実際に商標を使用しなくても、ライバルを排除できるというのが登録主義になります。

ですから、安心して使用することができる。いいブランドの例として、おととしぐらいに資生堂の TSUBAKI というシャンプーがヒットしました。あれでかなり資生堂はシャンプーの市場のシェアを奪い返したといいます。あれだけきれいな女優さんを集めて、あれだけの CF をして、さらに SMAP も起用すれば、それはヒットするだろうと思いますけれども。やはり選んだもの勝ちといいますか、日本固有の名前で、いいブランドネームを選びましたよね。それをローマ字で表記するところが、またいいじゃないですか。

資生堂は、シャンプーの名前として、TUBAKI を選びました。あれは、スタートの時点で爆発的に広告をしましたけれども、おそらく、あの資生堂の TSUBAKI も、もう何年も前から商標権は確保してあったと思います。調べていませんが、資生堂ですから、手抜かりはないでしょう。

商標権を確保しておけば、例外については後でお話ししますが、基本的に、使用をいつ開始するかというのは、商標権者の自由です。ですから、いいブランドネームを選んだと思ったら、まず商標権を取っておくのです。その後、じっくりとブランド展開の準備をする。いろいろな時間がかかります。CM を撮るために女優さんと交渉したり、SMAP に歌を歌ってくださいと頼んだりと、準備がかかります。

登録主義ですと、準備をする期間を確保することができます。ここが、商標権のいいところと、登録主義のいいところです。それを難しく説明すると、レジュメの黒丸の「登録主義の合理性は」というところになります。「登録主義であれば、使用する前にまず商標権を得て、その上で排他権の庇護の下、安心して宣伝広告を出し、具体の信用を築いていくことができる」わけです。これを、商標の発展促進機能と呼んでいます。排他権の庇護の下で、商標を安心して発展促進することができるという意味です。もともとは渋谷達

紀先生の言葉のようで、田村先生はそれを採用されたのかもしれません。

私は分かりやすく、先行投資としての商標権と説明します。不正競争防止法の方は、もう現実の処理でした。それに対し、商標権は先行投資で、あらかじめ、自分がブランド展開できるブランドを確保しようとするものです。その中でさらに、未使用の商標であっても保護を与え、商品展開するという機能を重視したのが、登録主義になります。

ただし、もちろん登録主義の最大の問題点は、同時にその点でもあります。それは、レジュメに書いてありますストック商標問題です。つまり、使いもしない商標をむやみに登録しておくという現象が起きます。今の私の説明を聞いた人が、ではうちのベンチャー企業も商標展開しようと思ったら、何を考えるかというと、取りあえず思いついた商標は全部取っておくわけです。とりあえず思い付いたブランドネームについて全部商標を取っておけば、後でじっくり選べます。

そうすると、使いもしない商標がむやみにストックされます。その結果が、さっきお話しした 172 万件の登録商標です。私の勘で言いますと、この 9 割以上はストック商標、すなわち使われていない商標です。このストック商標は、商標制度に対して大きなコストをかけるばかりか、他人の表示選択の自由を奪っていることになります。

つまり、どうして表示を保護しなければいけないのかということを考えますと、不正競争防止法 2 条 1 項 10 号のときからずっと言っていますが、表示というのは、使えば使うほど信用が蓄積し、ブランド力が高くなるから保護する必要があるということになります。保護して応援する必要があるということになるのです。

使いもしない商標、表示というのは、絶対に信用が蓄積することがありません。商標法にしても不正競争防止法にしても、保護の対象は、表示そのものではなくて、表示に蓄積される、あるいは蓄積された信用です。分かりやすい言葉で言えば、まさしくブランド力です。そちらの方が保護対象なので、表示を保護するということは手段にすぎないと言うのは言い過ぎですが、使われておらず、信用が蓄積されない表示というのは、保護しておく意味がないのです。

他方、使いもしない表示に排他権があると、これから新しくブランドを立ち上げたいという人にとっては、そのブランドを使えないということになります。法的に保護する価値がないにもかかわらず、排他権だけ、すなわち他人に対して邪魔をする権利だけ残っているというのは、商標法や不正競争防止法がそもそも望んだ状態ではありません。

ですから、このストック商標というのは、登録主義の宿命です。登録主義を採れば、みんな商標をストックしておこうと思うのはしかたないことなので、これは登録主義とは切っても切り離せない弱点です。ですから、この点については、その弱点を補強するといいますか、弱点をカバーする制度が必要になります。それが、登録主義を補完する制度ということになります。商標法のお話というのは、半分ぐらいがこのストック商標対策のお話になります。

商標を使ってくれるぶんには構わないのです。むしろ商標というのはどんどん使ってほしいのです。排他権を与えるというのは、あくまでどんどん使っていただくための手段に過ぎないのです。あくまで手段に過ぎないので、それ自体に意味があるわけではありません。安心して使っていただくというのが、狙っているところです。知的財産法は、全部同様に、手段として排他権を与えているのです。生きるための生存権や、参政権などとは全然種類が違うものです。手段としての排他権です。

以上が、登録主義のお話です。不正競争防止法との関係をお話しする必要があるでしょう。ここが理解できていないと、混乱してしまうばかりか、単に覚えることが増えたというだけになってしまいます。ここを理

解していただけると、見通しが大変よくなると思います。

資料には、「不正競争防止法による商品等主体混同行為の規律との関係」と書いてあります。これは要するに、表示に対して保護の法制が2種類あり、並存させる意味です。2種類あるということは、そこに何らかの意味を持たせなければならないというのが、法律の解釈論のあり方です。ここは違うのですけれど、縦割り行政だからしかたないという落とし方があるのかもしれませんが、必ず、並存している意味を考えていかなければいけません。

商標法等が有利な点は、登録主義に基づき、未使用、つまり周知でない商標、表示でも保護されるというところです。本当は、表示の保護法制からすると、本来的な姿ではないのかもしれませんが、未使用で誰にも知られていない、むしろ使ってもいない商標でも、一応保護はされます。

さらに、レジュメのその下に書いてありますが、差し止め請求が認められるためには、類似を証明すればよく、混同を主張する必要がないということです。

2 つの法律の違いはここです。まず、商標権は周知である必要はないというところはお話をしました。不正競争防止法の方は、周知でなければ保護されないのです。

次は類似です。類似については、両方とも要求されます。排他権は、類似の表示に対してしか行使できません。

さらに混同です。商標法では、商標権の保護を得るために、混同は必要ありません。不正競争防止法は、混同まで必要になります。不正競争防止法は、一帯に周知である必要や混同が生じている必要があります。商標権を行使するためには、類似であればそれだけでいいのです。

登録制度があるかどうかということにも違いがあります。不正競争防止法には登録がありませんが、商標法には登録があり、登録されないと保護されません。

ですから、商標法の方が、保護のための要件が少ないです。権利行使のために要求される要件が少ないということは、排他権を行使したい人にとっては有利だということになります。商標法と不正競争防止法の違いというのは、まさしくこれに尽きるのです。

つまり、最初に言ったように、商標法の方が面倒です。面倒な制度の方は、権利行使を簡単にしておかないと、両方の法律を作ってある意味がないでしょう？　面倒で権利行使も大変だということであれば、簡単な方を使うのは当たり前です。権利行使のための要件の軽い方が、権利を取得するための要件は重くしておかないと、バランスが取れないのです。

ですから、周知も立証する必要もないし、混同を立証する必要もありません。不正競争防止法の方は、周知で類似であれば、たいていは混同すると申し上げましたように、そんなに混同が厳しく問題になるということはないのですが、周知を立証しないでいいというのは、かなり楽です。

不正競争防止法の方が有利な点は、この逆です。一番は、登録を受けていない表示でも保護を受けることができる点です。つまり、商標権で保護されたいと思う場合は、真似されてからでは、もう遅いということです。真似されてから、しまった、商標登録しておかなかったというときは、もう商標の保護は受けられません。そのときは、不正競争防止法でいくしかありません。

教材 29 ページの一番下は、少し難しいことが書いてあります。混同のおそれがある限り、類似商品の範囲外でも、差し止め請求可能と書いてあります。ここには書いてないことですが、商標法の保護は、先ほど見ていただいた指定商品、指定役務に排他権の範囲が限られますので、うまく指定していない場合、指定していない商品や役務について商標を使われてしまうと、逃げられてしまう可能性があります。それ

に対し、不正競争防止法の方は、混同で処理するので、場合に応じて柔軟に対処できます。

そのようなことで、2 つの法律の役割分担ですが、不正競争防止法の役割は、「具体の信用の方を混同の防止」と書いてあります。具体の、というのは実際の、現実の、という意味で、現実にある、現実にそこにある信用の保護や混同の防止です。

周知の限度で保護しますので、登録、すなわち公示は要りません。周知であれば、みんな知っているのですから、公示が要らないでしょう。周知でないものを保護する商標法は、公示の制度が必要だということになります。みんなが知らないのに、突然排他権を行使されるのでは困ります。

不正競争防止法の方は、周知とか混同のおそれの要件があるので、商標法の意味がある、すなわち、商標登録のインセンティヴは損なわれません。これは先ほど話したことと同じことです。周知と混同を要求する、面倒である、ということは、面倒ではない商標法の意味があるということです。排他権を行使する場面で面倒か、権利を取る場面で面倒か、どちらかなのです。

権利行使する場面で面倒なことが嫌だということであれば、商標登録を取っておけばいいわけです。手続きするのが面倒なので、現実のところで対応すればいい、と思う人は不正競争防止法を使えばよいのです。

ですから、商標法、商標権というのは、どちらかといいますと全国統一ブランド、大企業向けの法制だと言うこともできるかもしれません。一方、不正競争防止法というのは、周知の限度で保護されるに過ぎませんので、逆に、周知の程度で保護されればいいよという人は、わざわざお金をかけて商標権を取る必要はなく、不正競争防止法を使えばいいのです。

例えば、札幌のラーメン屋の一幕。一幕さんは、札幌にも 2 店舗しかありませんが、たぶん全国展開するつもりはないと思います。

商標法しかないと、札幌でうまい店と言われれば十分だよという人も、いちいちお金をかけて商標を取らなければいけないことになります。面倒ですね。その辺りの店も全部、商標権を取っていないと商売できないよといったら、商売するのに何か重いでしょう？　近所で評判の店というので十分だという人は、不正競争防止法でいいのです。

全国統一ブランドにしたい、全国に同じブランド名で展開したい、他人に真似されたくないという人は、商標法でやってくださいということです。地理的にも、商標は、どちらかというと全国的な使用を前提に、法律が組まれています。不正競争防止法は、その場その場です。

それを考えると、商標権というのは、不正競争防止法に比べて圧倒的です。権利さえ取ってしまえば、使ってもいないのに、日本全国でその表示が使えなくなるということですから。

その他の商標法の役割として、「保護範囲の明確化」とレジュメに書いてあります。これは、指定商品、指定役務や、実際の商標を公示するという、登録制度の役割です。

それから、「譲渡可能」。商標権というのは、物権的権利ですので、譲渡することが可能な法制を採っています。

不正競争防止法では、請求権者の地位を譲渡できないという話をしました。しかし、商標権は譲渡できるようになっています。

法と経済学を学ばれた方はご存じかと思いますが、物や権利というのは、譲渡可能にしておくと、一番高い値段を付けたところに行くようになっています。例えば競りでも、売る方としては、一番高く値段を付けてくれる人に売ります。その競り落とした人が、また競りを繰り返せば、いつかは一番高い値段を付ける人

のところに行きます。このように譲渡可能にしておくと、物というのは財産的価値が向上していると言われます。これが、商標のサブ的な役割になります。

以上が、不正競争防止法と商標法の相違点です。

Ⅱ 登録要件

登録要件に移ります。最初に、登録要件のお話を36ページまでします。本日を入れてだいたい2回目くらいです。その後、排他権の範囲、保護の場面、侵害の場面の話を、3回ぐらいですることになります。

この構成は、時系列といいますか、商標法の章の題名を取っています。最初に審査が必要ということで、特許庁で審査官が登録要件を審査いたします。その後、登録要件をすべてクリアしたものに排他権が与えられます。排他権を行使すること、つまりライバルを排除して似た表示を使うなというのは、登録要件をすべてクリアした後の話になります。

まず登録要件のお話ですが、概観としては、商標法の 3 条と 4 条に登録要件が定められています。4条は、19 号まである長い条文です。3 条、4 条のほかにも、登録要件が定められている条文がいくつかありますが、もちろんすべてお話しできませんので、主に3条と4条のお話をすることになります。

審査官も人間ですのでミスをすることもありますが、審査でミスがあり登録されたとしても、それは有効にはなりません。無効審判制という制度があり、無効審判で後に無効にされることがあります。特許庁系の話をすると、この過誤登録という話を必ずすることになります。不動産登記には過誤登記などめったにないのですが、過誤登録というのはたくさんあります。特許ですと3割ぐらいが過誤登録です。特許庁のマンパワーは限られていますし、世の中にいろいろ存在している表示や、先行技術のすべてを考慮することはやはり無理ですので、仕方ありません。

この登録要件のところで調べておくのが、この使用の意思です。登録主義ですので、使用は要件とされていません。使用の意思で足ります。しかし、形式的には使用の意思が要求されていると言われているものの、意思は審査のしようがないために、実際には審査をされません。

昔は、使用計画書のようなものを提出する義務もあったようなのですが、国際条約の関係もあって、現在は廃止されています。ですから、使用の意思については、書類を出すときに、使うぞと思っていればそれでいいということになります。登録主義ですので、そのようなことになっています。

次に3条の話です。3条2項をご覧ください。3条2項は、1号から6号まで並んでいます。3条1項に掲げられた商標に該当すると、その商標は登録できません。以後、全部同じです。3 条と 4 条は、登録されない商標を列挙しています。ですから、ここに該当しないと、登録され、権利がとれるということです。ここには、権利を与えられない商標が列挙されてあります。

3 条ですが、各号の条文が長いので、それぞれ通称が決まっています。1 号が普通名称、2 号が慣用商標、3 号が品質、材料、4 号がありふれた氏、と決まっています。

簡単にお話をしておきますと、普通名称というのは、すでに不正競争防止法のところで出たのと同じ意味です。その言葉自体の意味として、その商品・役務を指す言葉です。実際の裁判例では、アーモンドやブドウの巨峰が普通名称だとされたようです。

セロテープは普通名称でしょうか。これは、裁判例では、そのときは3条1号に言う普通名称には当たらないと言われたようです。ちなみに、普通名称はセロハンテープです。

1 号以下は全部そうですが、普通名称というのは、あくまで、商品、役務との関係で決まるものです。で

すから、リンゴについてアップルという商標は普通名称ですが、コンピューターにアップルというのは、普通名称ではありません。商品、役務との関係で、普通名称に当たるかということや、産地、品質、材料に当たるかということが決まります。

2 号が、慣用商標です。慣用商標というのは、後発的な普通名称です。本来はその言葉の意味としてはその商品や役務を指すものではないのだけれども、みんなに使われた結果そう言われているものです。例えば、アスピリンなどはそうです。ウオークマンは、誤って慣用商標になりそうだったのだけれども、それを防止した例だと申し上げました。

慣用商標は、いわば後発的な普通名称です。野球やサッカーのチケット、あるいはコンサートのチケットを売っているところをプレイガイドと言いますが、これを慣用商標だと言った裁判例があるようです。プレイガイドは、言葉の意味としてはチケットを売っているところではないですね。でも誰かが使っているうちに、プレイガイドというのがチケットを売るところとみんな認識しているということになれば、それは慣用商標になります。

産地、品質、材料は読んでの通りです。

ありふれた氏、名称は、例えばトヨタやスズキです。豊田さんが車を作っていたら、会社の名前をトヨタにしたいというのは、ある意味で正当です。トヨタ自動車があっても、ほかの豊田さんが何か作りたい場合があるではないですか。

5 号は極めてありふれた標章です。例えば、アルファベット 2 文字の標章はこれに当たると言われています。JT とか JR とか、最近は JT もできました。他に PS2、PSP なども 5 号に当たりそうです。

今言ったような表示、商標というのは、登録されない商標です。しかし、例外があり、JT や PS2 が登録されないのかというと、そうではありません。3 号から 5 号については、その人が使っていった結果、需要者が誰の商品、営業であるかということを認識することができるようになれば、登録することが認められています。

PS2 というのは、極めて簡単かつありふれた標章かもしれませんが、ソニーがプレイステーションの後継機として大々的に宣伝したことにより、PS2 がソニーのゲーム機だと皆さんが認識するようになれば、商標登録が許されるということになります。このことは 3 条 2 項に定められており、使用による特別顕著性と呼ぶことがありますが、3 号と 4 号と 5 号だけに適用されます。

ただ、逆に言いますと、普通名称は、いくら頑張って使っても登録されないのです。トヨタやスズキや PS2 や JT というのは、頑張って使えば登録されるのですが、普通名称の巨峰は、いくら頑張って使っても登録されないということになります。

3 条はどうして登録されない商標なのか、すなわち、3 条の趣旨はどこにあるのかという点については、かなり昔から争いがあります。

最初の説としては、出所識別機能を果たしえない標章であるから、自他商品識別機能を果たさない標章だからという出所識別力欠如説があります。

普通名称などは特にそうです。マイクをマイクと誰かが商品名を付けた場合、マイク持ってきて、と言っても、その会社のマイクなのか、一般名称としてのマイクなのか、分かりません。ですから、出所識別力を獲得できないから、保護をしないという説が 1 つあります。

商標の本体というのは、出所識別力、自他商品識別力ですから、ほかの人や会社の商品と区別するというのが、商標の機能です。よって、その名前を付けてもほかの会社の商品と区別できないという場合に

は、出所識別力がない商標ということになります。

第 2 の説としては、独占させるべきでない標章であるからという説明があります（独占適応性説）。第 2 説の弱点といたしまして、3 条に掲げられている商標は、独占させるべきでない商標だから登録できないという説明が、今お話しした 3 条の 2 項とうまく適合しないという点があります。

3 号から 5 号に掲げられる商標は、識別力を獲得し、特別顕著になると、登録が認められます。使用されたことにより、PS2 と言えばソニーであるということをみんなに認識されたら保護してあげるよというのは、この「極めて簡単かつありふれた標章は、独占させるべきでないから」と保護しないのだという説明とは適合しません。たとえ、使用されることによりどこかの会社の標章だとみんなが認識したとしても、独占されるべきでないのであれば、やはりそれを登録するべきではないということになるのだろうと思います。

他方、第 1 の説にも弱点があります。これは、不正競争防止法の普通名称でお話ししたことの繰り返しになります。商品の名称、例えば黒酢やてりやきバーガーも、確かに、使用されていれば出所識別力を獲得する場合があります。特に、今までにない新製品の売り出しのときです。モスバーガーがてりやきバーガーを日本で初めて発売したときは、てりやきバーガーと言えば、モスバーガーだということになります。その場合、自他商品を識別している状態です。

ですが、前にお話しした通り、てりやきバーガーをてりやきバーガーと呼べないのでは、マクドナルドやロッテリアが、モスバーガーと競争できなくなります。そうだとすると、使える人が競争上有利になり過ぎる。使えない人が、競争上不利になり過ぎる。競争していく上で不便になるということで、競争が促進されませんので、保護はしないのだと、不正競争防止法の普通名称のときに説明いたしました。つまり、普通名称というのは、識別できても保護しないのです。

逆に言うと、普通名称でも識別力を獲得する場合があるのです。一番いい例が、今言ったように、今までまったくなかった新製品を新たに売り出した場合です。

ですから、第 1 説については、普通名称を登録できないとしていることが説明できませんので、3 条は、すべてを第 1 説あるいは第 2 説で説明できるわけではなくて、号ごとに切り分ける必要があるということになります。

分類しますと、まずこの第 2 説の独占させるべきでないから、登録しないのだというタイプは、今お話をした普通名称（1 号）です。普通名称は、自他商品が識別できても登録しません。ですから、もちろん不正競争防止法でも適用除外になり、保護されません。普通名称は、不正競争防止法でも保護されませんし、商標法でも登録されません。そのほかに、普通形状について、4 条 18 号が規定しています。

31 ページにいきます。3 号と 4 号と 5 号です。3 条 2 項により、特別顕著性が適用される条文については、登録主義修正型とここでは呼んでいます。産地や販売地、品質、時期や、ありふれた氏、名称、極めて簡単かつありふれた標章が該当します。これは、確かに独占になじまない表示ではあります。例えば、産地北海道などです。特に食品などは、少し前までは、北海道と言えば食品に対して比較的良いイメージがあったので、北海道の人はみんな使いたいのではないでしょうか。それならば、独占適応性がないということになりそうですが、普通名称の 1 号と比べると、その程度は低いのではないでしょうか。

独占させる場合の不都合というのはあるのですが、1 号に比べるとその程度は低いので、例外的に、使用して自他商品識別力を獲得すれば、すなわち出所識別力を獲得すれば、登録を認めましょうということになります――特別顕著ですから、出所識別力だけでは少し足りないかもしれませんが。

特別顕著まで必要であるとすると、PS2 と言えばソニーというほどになれば登録を認めるということです。

登録主義は、もともと、使わなくても登録する主義ですので、一部登録主義を修正していることになります。すなわち、使うことを登録の要件としない登録主義からしますと、特別顕著性の有無は関係ないはずなのですが、1 号に比べると独占させた場合の不利益はそう大きくないので、3、4、5 号については、使用により特別顕著になれば、保護・登録しましょうというわけです。

そのほか、2 号と 6 号については、ここでは出所識別力を欠いているからという理由付けになります。

慣用商標については、例えばプレイガイドというのは、みんながプレイガイドを使っているから区別できないのであって、本当はチケットセンターですから、独占させるべきでないということではないかもしれません。他の人はチケットセンターと呼べばいいのですから、独占させるべきでないとまでは言えないでしょう。

裁判例があります。ワイキキというのはハワイの有名なビーチですが、ワイキキという表示を指定商品で香水にして出願した場合、3 条との関係ではどうなるかと言いますと、これは産地、販売地につき誤認を生ずる恐れがあるので、3 条 2 項 3 号、4 条 1 項 16 号に該当すると判示されたようです（東京高判昭和 53.6.28 判タ 372 号 146 頁［ワイキキ］、最判昭和 54.4.10 判タ 395 号 51 頁［同上告審］でもこれを肯定）。

つまりこれは何を言っているかといいますと、香水にワイキキと付けたら、ハワイで作られた香水なのではないかと需要者が誤認するかもしれないから、登録しないという意味です。

4 条 1 項 16 号のことは置いておきますと、ワイキキという香水を売ってはいけないという意味ではありません。これは勘違いしないでください。ワイキキという香水を売ってはいけないということではなくて、3 号により、商標登録ができないというだけです。ですから、これは表示として使ってもいいのですが、商標登録はできませんという判決です。

ですから、残念ながら商標は取れませんでしたけれども、表示をすること自体は自由ですので、この人は、今後香水についてワイキキというブランドで発売をするかもしれません。仮に、ワイキキと言えば、あの会社のブランドだなとみんなが認識するようになれば、3 条 2 項が適用にされて、特別顕著なので登録しますということになります。ただ 16 号の問題があるので、本当はそうはならないのですが。

普通名称の例といたしましては、「みるく」の例があります。牛乳を指定商品とする場合は、1 号の普通名称に該当します。牛乳以外の飲料を指定商品とする場合は、4 条 1 項 16 号で対処するということです。4 条 1 項 16 号は、品質を誤認する表示は登録しないという規定です。ビールにみるくと書いたら、みるくだと思ってビールを飲んでしまうなど、間違えたら困りますので、牛乳以外の飲料を指定する場合には、商標登録は与えないということになります。

次の例は、先ほども出てきた「北海道」です。北海道は、原産地ということで、基本的には 3 号に該当しますが、使用されることにより特別顕著性を獲得すれば、登録はされます。

「小岩井」は、岩手の有名な農場ですから、これも産地になります。あるいは、小岩井というのは、実は 3 人の名字の頭文字を取ったようなのですが、小岩井さんという人もいますので、ありふれた名称に当たる可能性もあります。その場合、4 号に当たるということになります。

以上が、3 条の説明になります。3 条はこれで終わりです。3 条については、3 条の趣旨、出所識別力欠如説と、独占適応性説、この説明ができるようにしていただきたいです。1 号から 6 号までの一貫した説明は無理ですので、1 号は独占適応性欠如、3 号、4 号、5 号については登録主義の修正だということを理解していただきたいと思います。

「3.　出所の混同を起こすおそれのある商標」となっております。これは、使用された場合に出所の混同を起こすおそれがある商標は登録しないという意味です。商標登録というのは、すべて使用されたときの

問題を念頭において設計されています。現実の使用は要求していませんが、商標である以上は、いつかは使ってくれるということを前提として、使った場合に、何か問題はないのかという発想に基づいています。

登録した商標を使った場合に、ほかの商品との関係で出所の混同を引き起こすのであれば、保護する意味がないですよね。混同するのであれば信用は蓄積されないわけですから、もし使用した場合に出所の混同を起こしそうなものは、商標登録を与えてはいけないということになります。

これには、登録主義の修正という意味もあります。レジュメに沿ってみていきますが、登録主義を貫徹すると、問題が生じることがあります。例えば、商標登録をしていないが具体の信用を形成済みの商標が、未登録周知商標として、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号によって保護され得る商標だといたしましょう。それが、使ってもいない既登録の商標権に抵触する場合、変更を余儀なくされることになりかねないと書いてあります。

つまりこれは、商標制度の外で、識別力を発揮している表示になります。表示について登録をしていないという理由で、後から来た商標権によって、使うなと言われるのはおかしいという意味です。

例えば、一幕というラーメン屋さんがまだ商標登録していないとしましょう。商標登録していなくても、札幌では周知だということで、彼らは一幕のブランドの下、商売をしているとします。ところが、登録主義をいいことに、彼が登録していないから、自分が登録しようとする者が、ラーメンを指定商品、ラーメンの提供を指定役務として、一幕という商標権を取った場合に、登録主義ゆえに商標を取れたとします。そうだとすると、今まで使っていた札幌のラーメン屋さん一幕は、後からのこのこ来た誰かから商標権を取ったから使うのをやめろといわれ、使えないということになりかねません。

今話した例は、明らかにおかしいでしょう？　なぜなら、一幕というのは、今まで頑張って営業をしてきて周知になり、信用を蓄積しています。でも後から来た人が取った一幕というのは、まだ営業をしていません。ということは、その一幕にはブランド力はまったく形成されていないのです。ブランド力を形成していない権利者によって、ブランド力を形成されている表示が排斥されるのは、やはりおかしいでしょう。

商標システムというのは、登録主義をとった場合に、このようなことが起こり得るのです。ですから、それを防がなければいけません。今言った例は、現実にはこの後話す 4 条 1 項 10 号というのがあるからあり得ないのですが、何か手当をしておかないと、今言ったような状況になってしまいます。

つまり、有名ブランドが営業しているけれども、不注意で商標を取っていない。それならば、自分が商標を取ってそのブランドに立ち退きを迫ろう、あるいは、うまいことを言って、何かお金をせしめようということでも、登録主義というのはできてしまうのです。ですから、それを手当しなければいけないというのが、出所の混同を起こすおそれがある商標などの説明になります。

そのうちの 1 つが、4 条 1 項 10 号です。本日はそれをお話しして終わることになると思います。4 条 1 項 10 号の条文をご覧ください。ぱっと見ただけではよく分かりません。4 条は、登録しない商標を列挙したものです。他人の業務に係る商品、役務を表示するものとして需要者の間に広く認識されている商標について使用する場合は登録しないと書かれています。

簡潔に言いますと、他人の有名商標と似ているものは登録しないという、ごく当たり前のことを言っているだけです。他人の有名表示があって、仮にその他人は商標登録していないとしましょう。すると、後から出願した人に商標の権利が登録されてしまう可能性があることになるのですが、権利が登録されたあげく、それを使うということになれば、有名ブランドとの間で混同が生じることは避けられませんので、そのような

登録はしないということです。他人の有名ブランドと同じ商標は保護、登録しない。なぜかというと、登録した後使われてしまうと、その他人と混同するからです。

ここでの問題は、よく出てきます、「需要者の間に広く認識されている」という文言の解釈です。10 号の場合は、この「需要者の間に広く認識されている」かどうかがポイントです。これは不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と同じ文言です。忘れた人は見返してください。

需要者の間に広く認識されている商標という、この 4 条 1 項 10 号の文言は、周知性として説明される不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号と文言は同じですが、意味しているところも同じかどうかというのが、4 条 1 項 10 号の大事なところです。

結論としては、これは同じではないということになります。この意味を探っていきましょう。4 条 1 項 10 号は、商標登録をしない商標を列挙する条文のうち、需要者の間に広く認識されている商標と同じ商標は登録しないという条文です。

そうだとすると、考えなければいけないのは、この 4 条 1 項 10 号の「他人」のサイドに立った場合です。他人の商標登録を排斥できるぐらい有名かどうかという問題設定をすることになります。商標登録をする側からすれば、自分の商標登録を妨げるくらい、あなたの商標は有名なのか、という問いになります。10 号の他人の方から言えば、自分の商標は、あなたの商標登録を妨げるぐらい強力なのだということになります。それがどれぐらい強力かどうかというところが、問題になるわけです。

32 ページにいきましょう。格好の裁判例があります。DCC というコーヒーメーカーが、原告・被告に分かれて争った事件です（東京高判昭和 58.6.16 無体集 15 巻 2 号 501 頁[DCC]）。読みますと、「広島県下の喫茶店 1,600 店のうち 30%と取引があって、県下では 2～3 番目ぐらいのシェアであったダイワコーヒーが、「DCC」というマークを使っていました。その後に上島珈琲、すなわち UCC が来たのです。上島珈琲は何をしたのかと言いますと、UCC という自分のブランドがあるにもかかわらず、DCC の商標出願をしたのです。

実際、上島珈琲（UCC）の「DCC」という出願が通ってしまったのです。4 条 1 項 10 号に当たらないと言われたのです。そこで、DCC が無効審判を請求して、再度争ったのですが、特許庁の審決は、ダイワ程度の DCC の使用では、4 条 1 項 10 号に言う需要者の間に広く認識されているというには足りないと言って、ダイワの請求を認めなかったのです。すなわち、ダイワの DCC は周知ではないので、上島珈琲の「DCC」の出願登録は無効ではないという結論になりました。

DCC は、広島県下ではシェア 2 位、3 位、30%ぐらいで、ここではそれなりに有名です。当時は、取引先が山口県に 2 店舗ぐらい、島根県に 3 店舗程ありました。広島ではかなりたくさんのところと取引していたのですが、いわゆる中国地方のほかの県ではほんの少ししか取引していなかったのです。

ここでの判断は、広島県 1 県だけでは、4 条 1 項 10 号に言う「広く認識されている」、というには足りないということです。ですから中国地方全域ぐらいでしたら、たぶん広く認識されていると言われたと思うのですが、1 県ぐらいでは足りず、その隣接数県の地域にわたる程度のもう少し広範囲で知られていなければいけないという判決だったのです。

これは広島だからこうなのかもしれません。東京でしたら、都内や都下で有名だったらいいということになるのかもしれません。その辺は、やはり市場の評価の程度の問題になります。

ここで、先ほどお話ししたこととも重なりますが、判決をどのように理解すべきかを考えましょう。実は、この上島珈琲店は、日本全国で有名・周知だと思います。実は、広島県でも、シェアナンバー1 は上島珈琲

だったのです。

UCC が「DCC」を出願したわけですが、商標を出願するということは、最初にお話しした通り、自分はこの商標で全国展開するよということです。商標権は、取ったら最後、日本全国に一挙に排他権が及ぶという法制です。ですから、裏を返せば、商標を取るということは、全国統一ブランドでやりたいのだよということです。

ですから、DCC からしてみると、商標を取らせないということになりますが、商標を取らせないためには、全国統一ブランドになりたいという人の希望、利益を凌駕するぐらいのものを何か持っていなければいけないということになります。それを一県単位では足りないと言ったのが、この判決です。

「DCC」は広島県の DCC と同じですが、UCC も表示選択の自由がありますから、UCC が「DCC」を使ってはいけないという法律はないのです。本当は、DCC が憎たらしいから「DCC」を出願したのでしょうが、そんなことは商標の出願書類のどこにも書いていないので、出願した以上は、全国統一ブランドで出たいだろうということになります。ですから DCC から見ると、自分の利益が、UCC が「DCC」で全国統一ブランドを展開したいという利益を妨げるぐらいのものを持っているかという問いになります。

そうだとすると、全国統一ブランドで展開したいという人の商標の選択を妨げるためには、やはり数県単位で知られている必要があるだろうというのが、ここで示された利益考慮ということになります。

UCC の上島の方からすると、例えば 1 県単位、あるいはもっと小さい 1 市町村ぐらいで周知だという理由で、4 条 1 項 10 号を適用されると、困るということになります。日本は広いです。商標は取っていないけれども周知の表示というのは、おそらくたくさんあるでしょう。数県単位で知られているとか、東京で有名だとか、そのような表示はおそらく、調べれば分かると思います。ではその表示は使うのをやめ、出願するのをやめようということになると思います。しかし、例えば、札幌の北区で有名なラーメン屋を、東京のラーメン屋が調査できるかということです。正直、やっていられないです。そんなことをしていると、全国統一ブランドを選ぶのに、大変に時間とお金がかかってしまいます。

これで大丈夫だろうと思って出願したら、札幌東区にある、と言われて出願を取り下げたのでは、困ります。全国統一ブランドで展開したいという人の利益を妨げてしまうことになりますので、これから出願する人が、少し調査をすれば分かるくらいの周知性を、要求するべきだということになります。

さらにもう 1 つ付け加えるのは、実際に UCC は「DCC」という商標権を得たわけですが、では、広島の DCC が、今度は自分の表示をこれから先使えなくなるのかどうかという問題があります。先ほど話していたのは、UCC が「DCC」の商標権を取れるかどうか、という話です。今問題としているのは、UCC が取った商標権で広島の DCC の表示を止められるかどうかという問題です。

結論から言うと、これは止められません。DCC の方は、昔から使っているので、継続して使うことができます。まさしくそこが大事なところで、仮に UCC が「DCC」の商標権を取った瞬間、この広島で DCC が使えなくなるのだとすると、これはもともと広島に存在していた DCC にとって、自分のお店の名前を変えなければいけないという死活問題になります。

ですが、実はそうではないのです。2 回ぐらい後でお話しします先使用の抗弁を主張できますので、仮に、上島珈琲が「DCC」の商標権を取得できたとしても、広島の DCC としては、継続的な使用をすることができます。

これは、25 条と 32 条が関わる別の話になりますので、2 回目の後にまたお話をすることになります。

先ほどだめですと言ったのは、この広島の DCC が、UCC に対して、「DCC」の商標を取るな、自分がい

るからあなたは全国展開できないよ、というのがだめですという問題だったのです。ですから、広島の DCC から UCC の方に対して主張するのが、本日説明している 4 条 1 項 10 号です。

ここが、問題設定を正確に認識してほしいところです。おそらく、試験ですと、このような状況があって、上島珈琲の主張が認められるか議論しなさいといった問題になると思いますが、今聞かれているのはどちらなのかということを正確に把握することが大事です。

以上のように、周知性の広さについては、商標法 4 条 1 項 10 号の方が、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号より広いという結論になります。「需要者の間に広く認識されている」、という同じ文言ですが、4 条 1 項 10 号の方が広い周知を要求しているということになります。

田村先生は、便宜上、「広知性」という名前を付けていますが、私はこのネーミングはあまりよろしくないと思っています。実は、知財の世界で「公知（こうち）」という言葉は別にあるため、音が同じになってしまうので、あまりいいネーミングではないと思っているのですが、教科書にはこのように書いてあります。教科書で広い方の「広知」と言った場合は、4 条 1 項 10 号の話をしているのだなと思っていただければよろしいかと思います。

本日は、出所の混同を生ずるおそれがある商標の登録阻却という、4 条 1 項 15 号からです。商標登録のための登録の要件、すなわち、この要件をクリアしないと商標が登録されないという要件をお話ししております。4 条には、その条文中に記述されている商標に該当してしまうと、登録を受けることができないという登録阻却事由が定められています。前回は、4 条 1 項 10 号についてお話ししました。

4 条 1 項 15 号は、ごく短い条文ですが、他人の業務に係る商品、役務と混同を生ずるおそれがある商標は登録しないと定めています。これはどのようなことかというと、出願されてきた商標が、今後もし使用されたと仮定すると、その他の世の中の商標と混同を生ずるおそれがあるという場合は、登録をしないという意味です。

当たり前です。混同しているということは信用が付着しないという状態ですから、登録された結果使用されたとしても、その商標に信用は付着しませんし、混同する相手方にも迷惑を掛ける、需要者にも迷惑を掛けることになります。そのような商標を登録する意味がないということで、阻却の要件になっております。

4 条 1 項 10 号の場合は、周知表示と類似の関係にある商標の登録を阻却するだけですので、逆に言うと、類似していなければ、周知表示といえども 4 条 1 項 10 号では阻却できないのです。ゆえに、4 条 1 項 15 号の意味があるわけです。

類似の範囲を超えて混同が生じる場合はあり得ます。例えばどのような場合かというと、今までみてきたものの中では、例の高知東急の事件があります。東急電鉄の営業というのは鉄道業やデパート、住宅等ですが、それらと、仮に出願されたとして、芸能活動に使うものである高知東急という芸名とを比べると、商品・役務の間には類似関係がありません。しかし、これらは不正競争防止法上、混同していると言われました。この場合、高知東急という商標がもし出願されたとすれば、4 条 1 項 10 号では阻却できないわけです。ですから 4 条 1 項 15 号の意味があるということになります。

裁判例には、教材に書いてあるレールデュタンという事件があります（最判平成 12.7.11 民集 54 巻 6 号 1848 頁［レールデュタン］）。出願されてきた商標は、化粧品や装飾品であり、ニナリッチのレールデュタンという香水が 4 条 1 項 15 号において混同される方です。私は、化粧品、装飾品と香水は、類似関係にあるかもしれないと思うのですが、判決では、これは類似関係ではないとした上で、混同が生じるという論理構成になっています。

4 条 1 項 10 号の規律を無にしないためには、15 号の混同の原因となる他人の表示、つまり香水の方のレールデュタンが、周知以上、少なくとも著名表示である必要があると言われています。

ですから、4 条 1 項 15 号は、条文にそのようには書いてはいないのですが、著名商標等と混同を生じるような商標は、出願しても登録されないとご理解ください。

教材に書いてある、月の友の会という事件は、この月の友の会という表示の知名度が、15 号に該当するほど知られてはいない、すなわち著名とまでは言えないということで、請求が棄却された例です（最判昭和 57.11.12 民集 36 巻 11 号 2233 頁［月の友の会］）。

15 号は、混同のおそれがあれば全て阻却するという、包括的な条文です。10 号は、商品、役務および商標の類似関係を要求していますので、比較的要件が厳格になっております。

ですから、包括的な 15 号を容易に適用すると、10 号の意味がなくなってしまうのです。10 号の方が適用範囲が狭いわけですから、簡単に後願関係に入ってしまうわけです。ゆえに、4 条 1 項 15 号は、少なくとも 4 条 1 項 10 号の周知の程度を超えている必要があるだろうというふうに言われています。

以上で、4 条 1 項 15 号は終わりです。本日は教材 33 ページの 4 条 1 項 11 号の話が中心になります。

15 号は、この 4 条 1 項 11 号との関係で、また再度問題になるということです。

前回からお話ししていますが、まず 4 条 1 項については、10 号が出てきて、今 15 号をみまして、今度は 11 号です。また別に 8 号をみますが、4 条 1 項 10 号と 11 号と 15 号というのは関係が近いので、各条文の適用のための条件を確認しておきましょう。

今、皆さんは、商標を出願している立場だとします。4 条 1 項 10 号については、自分の商標ではなく、比較の相手方の商標の話ですが、10 号は周知表示の問題ですので、登録されている必要はありません。先行商標が周知であり、先行商標と類似の関係が必要ですが、混同は必要ありません。

今みている 15 号も、自分の商標と対比される先行商標が出願されている必要はありません。しかし、先行商標が周知では足りなくて、周知を超えた著名である必要があります。類似関係は必要ありませんが、その代わりに混同が必要です。

一方、11 号については、先行商標が登録されている必要があります。先行商標は周知である必要はありませんが、先行商標と類似の関係であることが必要で、混同は必要ありません。

まず、前回 10 号をみまして、先ほど 15 号をみました。これから 11 号をみます。今までの条文は、先行商標が登録されている必要がなかったのです。ですから、登録されていないのだけれども、周知な表示や著名な表示も適用がありました。ただし、登録が要求されていないというだけで、登録されていても適用になります。この点は注意してください。

周知の程度については、10 号は周知ないし公知であり、15 号は著名である必要があります。10 号は類似関係が必要です。15 号は、類似関係は必要ないのだけれども、その代わりに混同が必要だということです。

こうしてみると分かるように、11 号の特徴は、先行商標が登録されている必要があるというところです。また、周知である必要はないのです。ですから、教材では先願登録商標と書いてあります。先願である必要があり、先願というのは、特許庁に先に手続きをした人ということです。商標を取得するためには特許庁に書類を出す必要があると申し上げましたが、日時においてに先に手続きをした人ということです。後願というのは、その逆であり、比較の相手から見て遅れた人です。今皆さんは 11 号を適用される立場ですので、後願になります。

11 号の条文は、非常に長く、かつ読みづらいので、先に内容を見ますと、先願の非登録商標に類似する商標をその指定商品、役務に類似する指定商品、役務に使用するものとして他者が出願しても、その登録は許されないと書いてあります。

今皆さんは他者として、これから出願する立場ですから、何か商標を決めて、指定商品、役務を自分で指定しなければいけないのです。例えば前回、コンサドーレの登録商標をみましたが、皆さんがもしこれから出願するときに、絵がコンサドーレのドーレくんと似ていて、しかも指定商品、役務も指定されているものと類似の関係にあるものを指定してしまうと、4 条 1 項 11 号により皆さんの出願は登録されないということになります。

これは先願、先登録の商標が相手ですので、当然必ず指定商品に指定されているはずです。出願する立場とすると、皆さんがこれからする後願も、指定商品、役務を指定しなければいけないわけです。ゆえに、両方とも指定商品、役務というものがあるので、その類似関係が問題になるということです。もちろんマークの方も関係があります。

11 号が適用になる先行商品には、周知性が要求されていないので、使用されていないストック商標で

ある可能性があります。

以前にもお話ししましたが、ストック商標というのは、本来は保護を予定していないものです。登録主義ですから、しかたなく結果的にストック商標問題が発生してしまいますが、商標というのは使われることが大切なのです。使われなければ、信用は蓄積されませんので、いつか使用してくれるだろうという意味で登録制度を採っているのですが、やはり使われていない商標というのはあります。したがって、実際に 11 号が適用になる先行商標には、使われていない商標がたくさんあります。

ですから、ここでの問題意識としては、以下のような点にあります。すなわち、先行商標が登録はされているが使われておらず、信用を蓄積していないのに対し、これから皆さんが出願しようとしている商標が、出願前からもうすでに使用しており、信用が付着してきたことから、強化をする目的で商標出願をしたときに、使われてもいない先行商標によって、使われており信用の付着していた出願商標が拒絶され、登録されないという問題が生じてしまいます。

つまり、信用が付着おらず、本来は商標法が積極的に保護しようとしていない商標のために、信用が付着している商標の登録が妨げられるおそれがある、という問題設定になります。それが「a) 類似性の判断基準」と教材に書いてある問題です。未使用商標の類似の範囲を広くとらえると、他者の商標登録選定の自由を過度に阻害する、というのはこのような意味です。

例えば、先願の既登録商標「シングル」があり、未使用だとします。けれども先願既登録ですから、これは 11 号の先行商標に該当します。そこへ、これは実名なのですが、世界的に著名なシンガーミシンが、シンガーの商標を後から出願した場合を考えてみましょう。先願のシングルには信用が付着していません。一方、後願のシンガーには、かなり信用が付着しています。

したがって、裸の利益考慮をすると、後願のシンガーの方を保護したい、登録を与えたいということになります。そのような問題設定が教材のイグザンプルのところに書いてあることです。登録されているからといって、未使用商標である「シングル」の類似の範囲を広く取ると、シンガーの登録を阻却することになってしまうことになってしまいます。

シングルとシンガーは、片仮名で書くと区別できますが、日本人にとっては、英語のスペルで書いてあると、「あれ、似ている？ ああ、似ていない」、といったようになりそうです。ゆえに、似ているとも似ていないとも言えそうです。

ここでの問題設定は、似ているか似ていないかということではなくて、先願、つまりシングルの方の類似の範囲が、登録を阻却できる範囲になりますので、それをあまり広く考えてしまうと、先願が未使用で後願が著名のときに、著名の方を登録できなくなるという問題があります。ですから、ここでは、シングルの類似の範囲を少し狭めに見て、シンガーの登録を許す方向で調整できないかということを考えます。

本来、商標というのは、商標の保護を通した信用の保護ですので、できれば信用が付着している商標を登録し、保護したいわけです。ただ、登録主義を採っていますので、そこでせめぎ合いが生じるわけです。登録主義も別途メリットがあるからこそ、登録主義を採っているので、登録主義を採っている以上は、使用していないからといってむやみに類似の範囲を狭くするわけにもいかないだろうということになります。

特に、登録主義というのは、まず先に排他権による保護を与え、後から使用していただこうということを考えているのです。登録主義といっても、出願してきたら何でも登録するのではありません。まず登録をさせてあげて、これから使用してくださいということを言っているわけです。ですから当然、シングルの商標も

これから使われるかもしれません。シンガーが出てきたから使うというわけではなくて、もともときちんと事業計画があったということも、大いにありうるのです。ゆえに、やはり、登録主義を採っている以上、使用していないからといって、むやみに類似の範囲を狭くするわけにもいきません。

ではどう考えるかといいますと、11 号における類似というのは、商標自体が取引において取り違えられるおそれがある程度に似ていることである、というのが落としどころではないかということです。この意味するところは、15 号との関係にもとづいていますが、この関係については後で説明します。

つまり、商標自体が取引において取り違えられるおそれということは、相当似ているということです。皆さんが今までみてきた不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の類似よりも、相当似ている必要があるために、こちらの方が狭い場合がほとんどであろうと思われます。

すなわち、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の類似は、基本的には、混同のおそれがあれば類似であることが肯定されました。あとは、その禁止権の範囲において調整がなされます。それよりは狭いはずです。

混同というのは、今までは広義の混同でしたので、出所が同じであろうと思われる程度に似ていればと言っていましたが、もっと狭い、商標それ自体が大変似ているというところまで必要ではないかということを言っています。これはなぜそうなるかというと、この後に話す 15 号との関係です。

11 号の類似というのは、商標それ自体が似ている必要がありますので、定型的に見るのです。

次の問題です。基本的には、類似の範囲を狭めに見て、よほど商標同士が近くなければ類似とは言わない、よほど近い場合だけ類似とすると申し上げました。では、新たな問題設定を立てますと、前後を入れ替えて、シンガーの方が先願既登録だったと、つまり、すでに信用がたくさん付着している商標が、この 11 号の先願商標でしたらどうでしょうか。

例のところでは、つまり、シンガーが先に登録されており、著名となったところで、後願でシングルが出願された場合、これはどうするか。上のところでは、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるので、かなり狭めに見るということだったのですが、ここでは、この問題設定ですと、シンガーは著名なのです。つまり、信用がすごく付着しているので、どちらかと言えばこの人を保護したい。後願のシングルは使用してもいないわけですから、使用している人と使用していない人では、使用している人の方を優先させたいという発想はあり得ます。

そうだとすると、シンガーの類似の範囲を少し広く見て、シングルの出願を阻却するべきではないかいう議論は、登録主義とか商標制度の趣旨をかんがみると、あり得そうな結論ではあります。

したがって、結論それ自体はいいと思われます。つまり、先願の方に信用がすでに付着しているのに対し、後願の方は、これから使うかもしれないけれど、まだ全く使用されていないということで、信用が付着はしていないわけですから、後願の出願の登録を阻却して保護を否定するという考えもありそうです。

商標制度、あるいは登録主義から考えると、結論はいいでしょう。ただし問題は、11 号で判断するべきかどうかというところです。すなわち、条文の振り分けの問題として、4 条 1 項 11 号で阻却しなくても、15 号の方で阻却すれば十分ではないかということです。そして、ここで上手に条文を振り分けないと、後で問題が残るのではないかというのが、「b)　具体的実情の顧慮」の話になるわけです。

シンガーがすでに使用されていて、著名になったということは、具体的な事情であり、実際に起こったことを考慮するかどうかということです。すなわち、取引の実情、ここでは、シンガーが有名であるとか、ブランド力を形成しているといったことを、類似性の判断に入れ込むべきかという問題設定になります。素直に考えていくと、入れ込むべきではないだろうか、という結論が出てきそうですが、ここでは 11 号には入れ込

まないという結論になります。

11 号の適用が問題となる場面で、取引の実情を考慮して、類似性を肯定する方向について、もう少し見ていきましょう。このように類似性を広く認める方向については、それはいいのではないかということが、橘正宗事件で示されています（最判昭和 36.6.27 民集 15 巻 6 号 1730 頁）。この事件では、先願既登録商標が「橘焼酎」、出願商標が「橘正宗」だったようです。「橘焼酎」の方が使われていて、有名でした。

この「正宗」というのが、実は、古い人にとってみると日本酒の隠語らしいのです。質屋さんのことを一六商店と、昔の人は言ったのです。1 と 6 を足すと 7 でしょう？　ですから質屋なのです。質屋に行くというのは、あまりかっこいいことではありませんので、質屋に行ってくるよと言わないで、ちょっと一六の世話になってくるわ、と言ったそうです。日本人の粋の 1 つだと思います。

正宗というのも、日本酒のことらしいです。どうしてかというと、音読みと訓読みの問題です。正宗の正は「セイ」、そして宗は「シュウ」、「セイ、シュウ」、ゆえに清酒です。清酒は、つまり日本酒のことです。ですから、橘正宗というのはお酒なのです。これは古い事件ですので、古い人は橘正宗から日本酒を想像したのです。

この事件は、「橘焼酎」の方が使用されていたので、類似性を肯定し、「橘正宗」の方の商標出願を阻却した例です。具体的事情を考慮して類似性を広げた判決だと言われています。

「橘焼酎」と「橘正宗」と漢字で書いてあります。じっくり見てみれば、商標自体が取り違えられるほど似てはいないですよね。けれども結論は妥当であると言われているのは、本当は 4 条 1 項 15 号の問題であり、類似を要求しないけれども、混同すれば保護するというところに問題の本質があると考えられるからなのです。

「橘焼酎」というお酒と、「橘正宗」から連想される日本酒の関係が問題ですので、焼酎と日本酒などは同じお店で売っているのではないだろうか、しかも「橘」が共通しているとなれば、「橘」シリーズではないだろうかと思われます。そうであるならば、混同されるおそれがあるということなので、これはむしろ 4 条 1 項 15 号の問題だったのではないかと考えられます。

4 条 1 項 15 号で拒絶するのと、4 条 1 項 11 号で拒絶するのは、法的効果はほとんど同じです。ですから、結論は妥当であり、条文の振り分けの問題にすぎないということになります。ゆえに深刻な問題にはなりません。

他方、逆に取引の実情を、類似性を否定する方向に認めると、問題があるのだろうということが書いてあります。類似性を狭めるとすると、商標登録を認める方向、登録を許すという方向になってしまいます。

この点が問題となったのががしょうざん事件です（最判昭和 43.2.27 民集 22 巻 2 号 399 頁[氷山印]）。これは「しょうざん」が先行商標であり、出願商標は「ひょうざん」、あるいは「ひょうざんじるし」という称呼が生じる、漢字の「氷山印」でした。商標「しょうざん」の方は、漢字はちょっと忘れてしまいましたが、佐久間象山の象山でしたでしょうか。これは、ガラス繊維の商品名だったようですが、ガラス繊維の業界は、大手 5 社程度の寡占状態になっているのです。

つまり、この事件では、どこのメーカーが何という商品名を使用しているか、取引者がよく知っているという事情がありました。よく知っているから、この 5 社の間であれば間違えないということです。5 社でしたら、あの会社が新しい商品を出したという情報はすぐ入ってきますから、「しょうざん」と「氷山」でも、混同しない、間違えないということであれば、登録してもいいでしょうという判決です。しかし、これは問題だろうということです。

特に、これは江戸っ子に言わせると、両方とも「ショウザン」です。江戸っ子というのは「ヒ」を発音することができず、「シ」という発音になってしまうのです。ですから、「標章」は「ショウショウ」になるし、「商標」も「ショウショウ」になるのです。そのような意味で、これらの商標は極めて似ているということができますから、この場合に問題があるということになります。

どうして問題かといいますと、商標登録というのは、査定審決時に判断をします。商標を登録させる、あるいは拒絶するという判断は、特許庁では査定審決時に決めるわけです。

ですから、特許庁の審査官が判断をするときに、このような具体的な事情があるから登録をいたしますという判断を下した後に、取引の実情が変わるということがあります。具体的に言えば、このガラス繊維の業界で、大手 5 社ではなく、もっとたくさん会社が出てきて、非常に競争が激しくなってきたとします。時代とともに、お互いの新商品、お互いの商品名を認識している余裕がなくなってきたとすると、需要者が「しょうざん」と「氷山」と混同してしまいます。

特に新規産業などにおいては、具体的な事情というのは、流動的です。他方、この商標登録を許すかどうかという判断は、固定的なある 1 カ所の時点で行わなければいけないのです。後に出所の混同が生じるようになったとしても、後発的に無効にするという法制には、実はなっていないのです。

ですから、取引の実情を考慮して、登録を認める方向に判断すると、登録後にその具体的な事情が変わった場合に困ってしまいます。登録後に事情が変わった場合に、それぞれ登録した商標同士が混同されてしまうという可能性があるからです。混同を招来するのが商標の目的ではなくて、混同を防止するのが商標の目的です。

そのようなことがありますので、4 条 1 項 11 号の類似性について、具体的な事情を考慮するのは、類似の範囲を広げる方向に考慮するのはいいが、類似の範囲を否定する、つまり登録する方向へ考慮するのはよくないという結論になります。

4 条 1 項 11 号の類似の範囲よりも、これから出願する商標がこれに接近してはいけないのです。ある程度距離を保って出願をしなければいけません。距離を保つということは、これらの商標の識別力が総体的に高くなるということですから、一定の距離を保たなければならないのです。

距離を保つ場合に、具体的な事情を考慮するかどうかということについてまとめておきましょう。

取引の実情を考慮して、類似の範囲を広くするということは問題ありません。どうしてかというと、15 号が別にあるからです。取引の実情を考慮するということは、具体的には著名であるという事情を考慮することなのですが、この場合は混同を生じるおそれがありますので、類似の範囲を広げればいいでしょう。ですから、これは 11 号を適用するか 15 号を適用するかという問題はありますが、結論としてはよいと言われています。これが橘正宗の事件の話です。

他方、逆に、先願商標が使用されていないから、類似の範囲を狭く判断し、登録する方向で認めるということは、だめだということです。狭くなっていたものが、後で広がる可能性があるからです。

もちろん取引の事情が何もない場合は、類似の範囲を広げてはいけません。何もない場合というのは、そもそも 4 条 1 項 15 号のこの訂正を生じないということになりますが、これはつまり出願人に厳しくする方向、登録を阻却しない方向に考慮するのは構わないということです。ということですので、「橘正宗」は本来、15 号で対処すべき問題であっただろうといわれています。

教材の 34 ページ、「そうだとすれば」のところで、ようやく最終的な結論めいたものが出てきます。4 条 1 項 11 号の類似性の判断において、基本的には商標自体が取り違えられるおそれがあると、狭く解釈して

いいという理由は、4 条 1 項 15 号が控えているからです。場合によっては、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるというのは、逆に言えば、具体的事情を考慮しないという意味です。4 条 1 項 11 号において具体的な事情を考慮しなくてもいいのは、別途、4 条 1 項 15 号があるからという理由になります。

4 条 1 項 11 号において、商標それ自体が取り違えられるおそれがあるというものを類似だとしてもよい、つまり狭めに類似性の範囲を取っても構わない理由は、別に 4 条 1 項 15 号という条文があるからなのです。具体的に、これは登録されては問題があると言われるものは、4 条 1 項 15 号で考慮すればいい、もっと言えば、4 条 1 項 15 号で考慮するべきものだということになるわけです。

ですから、4 条 1 項 11 号の類似性の判断のときには、混同はむしろ入れない方がよく、、類似性も狭めでいいということです。4 条 1 項 11 号と 4 条 1 項 15 号が、お互いを補い合う関係になっています。

ただし、法の趣旨に反することがないほど、長期的に変化がないと考えられる事情があれば、類似性を否定する方向に参酌しうると解されております。

例えば、「ロジャース」と「Dodgers」、「コザック」と「KODAK」。左が先願、右が後願です。このようなものであっても、日本語として定着していれば――すなわち、日本語に定着しているということは、具体的な事情でそんなに変化しないという意味ですので、考慮しても構わないだろうと言われています。

次に、独占適応性の問題に参ります。これは、不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号の類似性の範囲のところで、すでにお話をいたしました。教材でいうと 15 ページから 16 ページにかけてのところです。例えば、「日本印相学会」と「日本印相協会」が非類似だという例をあげましたが、これも独占適応性の問題でした。

商標の場合も、独占させるべきでない部分を共通にするにすぎない場合は、類似性が否定されます。「SEIKO EYE」の方が登録商標、「「eYe」(アイ)の方が後願の出願商標です(最判平成 5.9.10 民集 47 巻 7 号 5009 頁[eYe])。これは登録が認められた方です。アイの方は眼鏡と眼の図形だったのです。眼鏡に対する図形の出願商標だったのです。登録商標であり、眼鏡である以上、「アイ」の部分というのは独占させるべきではないので、ここは要部ではないと言われたのです。

ですから、登録商標の要部はセイコーの部分だということです。登録商標はセイコーが含まれており、出願商標にはセイコーが含まれていないということですので、これは似ていないという結論になったのです。すなわち、独占させるべきではない部分を共通するにすぎない場合ですので、類似性が否定されて、登録されるという意味です。

ここまでが慣例的なお話です。これまで、商標同士が似ているから類似であるとか、取り違えられるおそれがあるから類似ですなどと申しましたが、具体的な基準として、裁判例で一般的に言われているのは、外観、称呼、観念という三つの要素です。称呼は呼称の誤りではありません。この業界ではなぜか称呼と言うのですが、称呼の意味は呼称と同じです。

これらの三つの要素により、類似性が判断されますが、ただし、観念類似が独立して類似性を肯定する方向に働くことはまれだと言われています。観念というのは、商標を見て皆さんが想像する頭の中のイメージです。例えば、侵害系の事件ではありますが、稲妻の例があります。「稲妻」と稲妻マークについて、稲妻マークの方は、皆さんの頭の中で、これは稲妻マークだという観念が生じているわけですから、観念類似と言えそうなのですが、類似性が否定されました。

つまり、稲妻マークからは称呼は発生しませんし、マークと漢字なので、外観は全く異なります。けれども観念は何か似ていそう、共通していそうなのですが、それだけでは類似とは判断しないというのが、裁判

例の傾向です。それが、観念類似が独立して類似性を肯定する方向に働くことはまれ、と書いてある意味です。

教材の 34 ページ、商品、役務の類似性のお話に参ります。今まではマークの方の類似性をお話ししましたが、指定商品の方のお話です。こちらも 2 つの考えがあります。商品ないし役務としては取り違えられるおそれがあるほど似ているか、出所の混同を起こすほど似ているか、という 2 つの考え方の対立があります。前者ですと類似の範囲が狭くなります。後者ですと類似の範囲が広くなります。

先ほどと同じ橘正宗の裁判例に従いますと、この 2 つの考え方のうち、出所の混同を起こすほど似ているか、という考え方が採用されたと言われています（最判昭和 36.6.27 民集 15 巻 6 号 1730 頁［橘正宗］）。ですから実際の判断は後者の考えがとられており、それでいいだろうと言われています。

商品、役務の類似性の判断はどのようになされるかというと、互いに類似している商標を用いたときに、出所が混同するかどうかを判断します。ただし、事件ごとに具体的な事情は考慮しないということは、11 号と 15 号の例と同じく、15 号で考慮するべきです。

ここでも、出所の混同を起こすほど似ているかどうかという判断において、定型的に決めるべきだと言われます。つまり、互いに類似する商標、仮想商標をそれぞれに当てたときに、商品、役務が混同を生じるかどうか、すなわち、同じ会社が出している商品だと判断されるかどうかというところを見ていきますので、具体的に先願商標がこれに使われているというような具体的な事情は考慮しないということです。

同一企業が製造販売していそうな商品、役務の範囲かどうかということで判断するべきだ、と言われておりまして、類似とされた例は、焼酎と清酒、墨汁とその他の文具類、菓子等と餅です。非類似とされた例は、化粧品とロイヤルゼリーです。けれども、化粧品とロイヤルゼリーは、私は類似でもいいのではないかと思っていますが、商品、役務の類似性については、裁判例も少ないですし、難しいところです。

教材 35 ページに参りましょう。4 条 1 項 8 号のお話をしたいと思います。4 条 1 項 8 号は、他人の肖像や氏名は登録しない、という条文です。このポイントは、「他人」というところですので、自分が出願するのは問題ありません。例としては、「長嶋茂雄」があげられます。長嶋茂雄、巨人軍終身名誉監督は、名前が商標登録されています。長嶋茂雄が出願すれば、長嶋茂雄という氏名は登録されます。バットやグローブ、あるいは野球のコーチといったものを、指定商品や指定役務とするのでしょう。

8 号の趣旨は、自然人の氏名については、人格的利益の保護です。したがいまして、本人が出願する場合や、あるいは本人から承諾を取った場合においては、登録が認められます。そのようなところから、人格的利益の保護を趣旨としているのだろうと思われます。

混同防止の趣旨というのは、4 条 1 項 15 号があるのであまり強くないと言われています。つまり、落合監督が「長嶋茂雄」というブランドでブランド展開するのであれば、4 条 1 項 15 号の混同防止策で対応できるだろうということです。

この条文の読み方が難しいところは、他人の氏名というのは他人の氏名そのままですが、雅号や芸名、筆名については、著名性が要求されるというところです。「著名」という文言は、雅号、芸名、もしくは筆名、もしくはこれらの著名な略称という、雅号以下の部分に掛かっています。

逆に言うと、著名でない芸名というのは、8 号で阻却されないので、登録できるということです。芸名とか雅号というのは、高知東急も変更しましたように、恣意的に変更できるものです。このように変更できるために、著名性を要求したと解されるわけです。

氏名とは別に名称を挙げているというのは、会社の名称や、商号も 8 号に該当するという意味です。

ここでの問題は、この名称と著名な略称のところになります。会社の商号には常に会社の種類を表す表示が入っています。例えばソニー株式会社があります。皆さんは普通ソニーのことはソニーと言って、ソニー株式会社とは言わないですよね。この「ソニー」は、名称なのか略称なのかという問題があります。

これは、8 号の条文適用の場合に、法的な差異が生じます。つまり、名称だとすると、8 号に該当するために著名性が要らなくなりますので、著名でなくとも他人の登録を阻却できるということになります。略称だとすると、他人の登録を阻却するためには著名性が必要だということになり、著名でない限りは、他人の出願商標を阻却できないということになります。

通常であれば、ソニー株式会社に対するソニーは名称である、というのが普通の感覚だと思いますが、実は結論としては、これは略称です。例えば、商号が「ソニー株式会社」であり、出願された商標が「ソニー」であった場合、ソニーは事実として著名ですが、それを考慮しないとすると、8 号が適用され出願が阻却されるかどうかという問題設定になります。

ソニー株式会社を名称だととらえるならば、共通しているのはソニーですので、出願商標はソニー株式会社とは同一ではないので登録を阻却できない、つまり出願商標が登録されるということになります。

他方、8 号で略称説を採るとすると、ソニー株式会社の略称はソニーですから、著名でしたら出願が拒絶されます。逆に言えば、著名でない場合は出願を拒絶できないということになります。

名称だと考えると、すなわち、ソニー株式会社に対して、ソニーというのも名称の 1 つだとすると、著名性が要らないので登録を阻却できます。他方、ソニー株式会社に対して、ソニーという名前は略称であるとすると、著名性が要求されるわけです。

普通の感覚だと、逐一株式会社と言うわけではないので、ソニー株式会社に対するソニーという名前も名称の 1 つであると考えて、名称説をとり、著名性を要求せずに登録を阻却するのがと思うのですが、実は、そうはなっておらず、略称だとして、著名性を要求するということにしています。

教材に書いてある月の友の会事件というのが、略称説を採った裁判例です。(最判昭和 57.11.12 民集 36 巻 11 号 2233 頁[月の友の会])。この事件は、株式会社月の友の会が原告で、株式会社京都西川が被告ですが、この西川が有していた登録商標というのが「月の友の会」というものなのです。株式会社「月の友の会」の方が、このような登録商標があるのは困るとして無効審判を請求しました。

結論は、株式会社月の友の会という商号に対し、この株式会社の略称として月の友の会というものは著名でないから、8 号に該当しないという判決だったのです。つまり、この登録商標は認められるということです。

これはどうしてこれでいいのかといいますと、商号登記の問題が関係しています。簡単に言えば、商号登記の方に問題があるのです。商号の登記は、形式審査しかありませんので、極めて簡単に登録されてしまいます。審査では、同一住所に同一の商号がないかどうかだけチェックされます。ですから、このような状況を悪用すると、8 号に簡単に該当するようになってしまうのです。つまり、誰かに対して、この商標を取られたくないと思う人は、商号登記してしまえばいいのです。

例えば、誰かが「月の友の会」という商標を登録されたくないと思った人がいるとします。名称説を採ると、その人はどうすればその商標登録をブロックできるかというと、株式会社月の友の会というペーパーカンパニーを作り、商号登記しておけばいいのです。

そうだとすると、この「月の友の会」の部分を名称だと言ってしまうと、これは相手方の登録を簡単にブロックできるでしょう？　ソニーも同じです。もしこの世にソニーという会社がないとして、ソニーという商標を

取られたくないと思えば、ソニー株式会社というペーパーカンパニーをどこかにでっち上げて、登記しておけばいいのです。そうだとすると、名称説を採ってしまうと、ソニーは 8 号に該当するということになってしまいます。

要するに、ここで名称説の方を採ってしまうと、簡単に他者の登録を排除することができるようになってしまいます。それでは、10 号や 11 号や 15 号などの意味がなくなってしまいます。

以上のように、8 号の判断に当たっては、名称は、「株式会社月の友の会」、あるいは「ソニー株式会社」と考えた上で、略称について具体的な事情を考慮するべきだということになります。

では、35 ページのその他（登録主義の濫用対策）へ参ります。

まず、4 条 1 項 19 号は、著名商標等の不正出願対策だと言われています。19 号「他人の業務に係る商品、役務を表示するものとして、日本国内または外国における需要者の間に広く認識される商標と同一の商標であって、不正目的を持って使用するもの」、と書いてあります。

例としては、外国著名商標で、かつ日本でまだ知られていないというものがよくあげられます。海外旅行に行って、外国では著名になっているブランドネームを見つけて、日本でも登録する、ということを防止するための条文です。

ここでは、出所の混同は要求されていません。例えば、ニナリッチは日本でも著名ですが、まだ日本に入ってきていないとしましょう。ニナリッチがフランスで有名になったブランドを作ったとして、では次は、金持ちのいる日本に進出するか、と考えるわけです。ところが、調べてみると、なぜかニナリッチという商標が、日本で誰かに取られている。商標を取った方からすれば、ニナリッチというのは外国で有名になっているらしいが、日本ではまだ有名ではないようだから、商標を取得しておけば、ニナリッチが日本に進出してくるときに、自分から商標を買うだろう、というようなことを考える可能性があります。

その場合は、その先に取っておくかという人たちを保護する必要がないのは明らかです。なぜならば、その人は全く使うつもりはないのですから。そのような商標ブローカーのような人を防止するための条文です。

主に日本国内で、需要者の間に広く認識されている商標については、4 条 1 項 15 号などがありますので、通常はそちらで対処できます。ただ、15 号は日本の国内の市場を想定しますので、外国で著名なのだけれども日本でまだ使われていないというものについては、みんな知らないわけですので、混同はまだ生じません。

けれども、先ほどの例のように、商標の譲渡料目的のブローカーのような人の利益を保護する必要は、どこにもないわけです。そもそも使うために商標というのはあるにもかかわらず、その人たちは、使うつもりは全然ないのですから、そのような人のことを保護する必要は全くありませんので、「不正の利益を得る目的」のところでそのような事情を考慮します。

ただ、この条文は出所の混同を要求しておりませんので、総合考慮の条文だと言われます。ダイリュージョン、ポリューション等の著名表示の主体が被る利益と、先ほどの商標選定の自由を考慮するべきだと書いてあるのは、そのことです。

ニナリッチという名前を偶然思い付いたかもしれないですし、全く知らなくて、この言われをたどっていったら、印象のいい語源があるということにたどり着いて、ではそれを商標登録しようと考える人というのも、皆無ではないと思います。

ですから、ニナリッチが世界的に同一のブランドで展開したいという利益と、そのような人たちの商標選

定の自由を総合考慮するという条文が、19 号です。

次に 4 条 1 項 7 号です。これは、公序に反する商標登録の阻却です。もともとは、わいせつな商標などを阻却するための条文だと言われていて、誰しもその必要性を認める一般条項であると思います。

また、商標の分野については、最近では、わいせつ商標などとは別に考えるべき類型があるのではないかと言われているのが、未周知商標に対する濫用です。これについては、函館新聞事件（実質的には北海道新聞事件）があります（函館新聞事件（同意審決平成 12.2.28 審決集 46 巻））。

北海道新聞（道新）は、北海道において非常に有力な新聞社であり、朝刊も夕刊も出しています。一方、夕刊紙というのが地方にあるそうです。帯広などにはあるそうです。夕刊ですので、速報性のあるニュースよりは、タウン情報であるとか、町の小学校で運動会がありますよとか、あそこのおばあちゃんが 100 歳を迎えましたよとか、そのような本当に地元に密着したような記事を取り扱っている夕刊紙というのが、地方にはあるらしいです。

北海道の地方によっては、その夕刊紙のシェアが大変大きいところがあるらしく、道新としては、朝刊は取ってもらえるのだけれども、夕刊は地方紙に取られてしまうという状況があったようです。ですから、その地方の人たちは、朝刊は道新だけれども、夕刊は地元の夕刊紙を読むというところがあるようです。道新としては面白くないわけです。

では函館でも夕刊紙を作ろうという動きがあったようです。道新はどうにかしてそれを邪魔したいので、何をしたかというと、函館新聞であるとか、函館夕刊であるとか、函館日報とか、函館の新聞で題号に使えそうな名称を、片っ端から登録出願をしたのです。新聞には何か名前を付けないといけませんので、ブロック紙なのですから、おそらく函館という名前が入るでしょう。道新が商標を押さえてしまえば、そのような新聞を立ち上げたいというときに、道新に許諾を求めなければならなくなります。

そうだとすると、競争上、道新の行っていることが正当化できないのは明らかです。これは、商標登録制度を利用した競争の抑圧にほかならないわけです。夕刊という市場でも、道新は、ほかの新しい新規参入業者と競争をしなければならないというのが、独占禁止法の趣旨です。この函館新聞事件は、同意審決と書いてありますように、独占禁止法の事件だったわけです。

道新の方からみれば、函館新聞とか函館日報などを使用する可能性は、あるかもしれません。道新の子会社として函館でブロック紙や地方紙を作ることはあり得るわけなので、道新に使用の意思はないということにはならないでしょう。

しかも周知ではありません。函館新聞というのはこれから使う可能性はあるにしても、今現在は使用していないわけですから、周知商標ではありません。当然使われてもいませんから、混同もしないので、15 号には該当しません。

明らかに不正の目的、競争の抑圧の目的である場合に、そのような不正な目的を拾うべき 19 号は、日本または外国における周知を要求しています。

ですので、実は不正の目的をもってする登録を阻却する条文としては、19 号は条文としてはその趣旨を果たしていないという指摘があります。19 号というのは不正の目的を持った商標の登録は許さないという条文ですので、函館新聞や、函館で使えそうな新聞の名前を片っ端から道新が出願して競争を抑圧するということは、明らかに不正の目的だと思いますが、19 号は周知の商標を登録することは許さないということだけですので、登録を阻却できません。つまり、周知でないもの、もっと言えば使われていない商標についても、商標登録制度の濫用ということがあり得るのです。

ですので、19 号に限りませんが、ほかの 4 条の落穂拾い的な役割として、不正な競争を引き起こすような商標登録制度の不正利用を、総合的に拾っていく条文として活用していくべきだという指摘があります。実際に、7 号はその方向で使われ始めています。公序というところに、競争上の公序を持ち込んだということになるのでしょうか。以上が 7 号です。

最後に、特殊な制度について説明します。防護標章制度というのがありますが、実はこれはあまり使われておりません。制度としては非常にユニークな制度で、商標登録をした著名商標については、禁止権の範囲を拡大し、さらに保護を厚くするという制度を、防護標章制度といいます。

Ⅲ 登録商標の保護範囲

商標登録については多くの要件を説明してきましたが、審査に時間がかかるのではないですか、という質問がありまして、実際に審査には時間がかかります。時間がかかりますが、商標については特許ほどではないと言われていて、だいたい出願から 1 年ぐらいで登録されるようです。

今まで講義でお話ししてきたことは、問題のある商標登録出願だけですので、通常の出願は問題ないのです。法律は何でもそうですが、99.9%はうまくいっているのです。商標はそこまでは確率は高くないですが。残りの 0.1%でうまくいかなかった例を、大きく取り上げて議論しているというのが法学の世界です。

現在では、コンピューター・データベースで、似たような名前はないか、類似の商品、役務で登録はないかといったことを、だいたい調べられるので、かなり省力化が図られているようです。私も、掛け持ちでコンピューター・データベースのサーチャーをしばらくしていましたが、特許や商標の審査については、コンピューター・データベースが貢献した割合が非常に高く、今ではかなり効率的な審査が行われています。コンピューターやワードプロセッサーは特許庁に早い時期に入っており、そのような面において、特許庁というのは、先進的なお役所といえます。

では、36 ページの最後に少し残りがありましたので、そのあたりからお話ししていきます。前回で商標出願登録の要件は終わりまして、これでめでたく他人に対する排他権が手に入りましたということです。これからは、侵害の場面のお話をしていくことになります。

排他権についての条文は、25 条と 37 条です。他人が、登録商標に類似する商標を指定商品、役務に類似する範囲で使用すると、侵害になるということです。マークの類似性と指定商品、役務の類似性の 2 つを合わせて類似性というくくりになります。

他人の商標の使用を排斥する権利だということは繰り返しお話ししております。侵害が成立する要件は、1 つは類似性、もう 1 つが商標の使用です。ここには 3 要件と書いてありますが、マークの方の類似性と商品、役務の類似性を分ければ 3 つ、分けなければ 2 つということになります。

大事なことは、具体的混同の有無は問いませんというところです。商標の最初の講義で、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号との違いを確認しましたが、侵害とするために混同が生じていることを要求しないというのが、商標権の 1 つの利点です。

ですから、後で話しますが、使用というのはそれほど問題になることもありませんので、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号と比べると、商標の方は、類似性が認められるだけで侵害、つまり他者の使用を排除できるということになっています。周知性はもちろん要らないですし、混同も要りません。それを考えると、2 条 1 項 1 号に比べるとかなり強力です。この点は、今までお話ししてきたように、商標法は審査主義を採っておりますので、保護を強くしておかないと、誰も商標制度を使わないということになってしまうことから、不正競争防止法とのバランスがとられているのです。

類似性に入ります。まず、商品、役務ではなく、商標の方の類似性をみていきましょう。すでに商標の類似性については、前回の前半に話した 4 条 1 項 11 号のところで、似たようなお話をしました。4 条 1 項 11 号というのは、他人のすでに登録されている商標に類似している商標は、これから出願しても登録されませんということを定めていました。

本日は、似たような商標が使われると相手を排斥できるというところで、類似という文言が出てきていますので、4 条 1 項 11 号との比較という観点で見てほしいと思います。もう 1 つの比較の観点は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の侵害の場面です。この 2 つと比較をしながら、商標権侵害を考えていくということ

になります。

教材 37 ページにいきます。まず、商標の類似性はどうなっているのかということです。1 つのテーマが、4 条 1 項 11 号との比較と言いましたが、4 条 1 項 11 号では、類似性の判断に具体的な取引事情を考慮すると申し上げました。先週、4 条 1 項 11 号において、取引事情を考慮して類似性の範囲を広げる場合はよい（ただし、本当は 15 号の問題）が、取引事情を考慮して狭くする場合は、後で取引事情が変わった場合に困るので、いけませんというお話をしたと思います。

いずれにしても、4 条 1 項 11 号では取引事情を考慮するということでした。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号でも、もちろん取引事情を考慮するという話でしたが、さて、商標権侵害の場面ではどうなのかということが問題になります。

結論から言うと、商標権侵害の場面では、片方だけ取引事情を考慮するという結論になります。片方だけというのは、具体的には、被告 Y の方だけ取引事情を考慮するということです。

では、もう少し細かい話をしていきましょう。侵害訴訟の場合、原告の登録商標に対して、被告が実際に使用している標章を対比すべきと書いてあります。商標権侵害の場面では何と何が対比されるかということをしっかり違いを把握していないと、訳が分からないということになります。

対比されるのは、登録商標と実際に使用されている商標です。通常は、前者が X で、後者が Y になります。これは何が言いたいかというと、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の場面とは違うということです。比較の対象は、登録商標と実際に使用されている商標で、登録商標ということは、日本の商標権制度は登録主義ですので、使われていない場合があります。

他方、2 条 1 項 1 号は周知の要件がありますので、絶対に使用していなければいけないのです。使用していなければ、周知になることはあり得ませんから、X が使用している表示と Y が使用している表示の争いでした。

商標権侵害は違います。Y の方は同じですが、X の方は使用しているとは限りません。それは登録主義から来ているものです。使用主義であれば、このようなことはあり得ないのですが、登録主義だとこのようなことがあり得ます。それを考慮していかなければいけません。

結論から言いますと、Y については取引事情を考慮しますが、X については取引事情を考慮しません。商標の類似性を判断するときに、Y がどのような商標を使用しているかということは、取引事情を考慮して決めるけれども、X についてはそもそも使用を要求されていないので、取引事情を考慮しないということです。

まず、Y の方から話をしていきます。被告の使用する商標の確定ですから、これは Y 側、被疑侵害者側で、こちらは取引事情を考慮するということになっています。そのことが『日経ギフト』という事件で現れております（東京高判平成 3.11.12 知裁集 24 巻 1 号 1 頁［日経ギフト］）。これはどのような事件かというと、日経新聞の子会社の『日経ギフト』という雑誌があったようです。『日経エンタテインメント！』など、「日経」という名のつく雑誌は多くあります。他方、原告の登録商標は、英語での「GIFT」と片仮名の「ギフト」でした。

この判決では、被告の方の標章である雑誌の『日経ギフト』をどのように確定したかといいますと、日経という語は広く知られており、日経新聞は日経と名の付く雑誌をたくさん出版しているので、『日経ギフト』という雑誌は、一般に『日経ギフト』と一連に称呼されるとしています。つまり、「ギフト」とは称呼されないということです。『日経ギフト』について皆さんが、ギフトにこんな記事が載っていたよ、とは言わないというこ

とです。『日経ギフト』にあんな特集があったよ、という言い方を皆さんはするということです。

そうだとすると、被告側が使用している標章は『日経ギフト』であり、ギフトではないので、『日経ギフト』対「ギフト」となり、この裁判例では、似ていないという結論になったわけです。

つまりここでは、被告の方の標章が、取引においてどのように称呼されているかということが考慮されたのです。考慮された結果、これはギフトと称されるのではなくて、『日経ギフト』と称されていると認めら、似ていないと判断されました。

ゆえに、例えば『日経ギフト』が、商品が流通していくうちに、いつの間にか皆さんにギフトと「ギフト」と呼ばれるというような事情になれば、そのときから侵害になるということも意味しているわけです。取引事情の変化によって、侵害になったりならなかったりするのです。これでよいと言われています。

他方、4 条 1 項 11 号では、取引事情は、原則、考慮しません。

それはどうしてかといいますと、4 条 1 項 11 号の判断というのは、査定審決時に決めるものです。ゆえに、後で取引事情が変わったからといって、今から 4 条 1 項 11 号に該当するようになりましたからと言って、登録を無効にしたり、あるいは取引事情の頭が再度変わったので復活させるということは予定されていないのです。

ですから、4 条 1 項 11 号では、取引事情は、原則考慮しない、する場合には広げる場合だけということになりましたが、侵害の場面では、Y について取引事情を考慮するということになります。

侵害の場面というのは、要するに類似になった時点で、再度訴えを提起すればいいわけです。ギフトの事件では、原告は負けてしまいましたが、『日経ギフト』がギフトと称されるようになった時点で再度訴えを提起すれば、勝てるということになるわけです。前訴の口頭弁論終結時から事情が変わったということで、前の判決の効力は及びませんので、再度訴えを提起すれば勝つ可能性があるということになります。再チャレンジができる侵害の場面と、再チャレンジが予定されていない登録の場面では、同じには考えられないということです。

ギフトの例では取引事情を考慮して、類似性を否定する方向に判断されましたが、逆に取引事情を考慮して、類似性を肯定する方向に判断されることも、もちろんあります。それが大森林事件です（最判平成 4.9.22 判時 1437 号 139 頁［木林森］）。

大森林と木林森です。前者が X、後者が被疑侵害商標 Y です。「大森林」の商品は何だと思いますか。これは育毛剤です。被疑侵害商標は、モクリンシンか、キハヤシモリか、どちらかわかりませんが、行書でした。

この事件は、抽象論ではありますが、被告側の取引の具体的な認定が足りないということで、原審に差し戻されました。実際に大森林と木林森が似ているとまで言われた例ではないのですが、被告の「木林森」の取引事情をもう少し考慮しなさいと、最高裁が原審に差し戻したという事件です。これは、取引事情が、類似性を広く考える方に働いた裁判例だと言っていいと思います。

さて、次は X の方です。X の方は何度も言っている通り、使用しているかもしれないが、使用していないかもしれません。使用している場合もあるし、使用していない場合もあるので、ここでは X の方は、仮にその商標を使用していたとしても、取引の事情を考慮しないとレジュメに書いてあります。

使用している場合は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に委ねれば足りると書いてあります。Y はもちろん使用しているわけですから、もし X が使用している場合は、何も商標制度に頼らなくても、2 条 1 項 1 号でも対処できます。この場合は、商標権侵害でもあるし、2 条 1 項 1 号違反でもあるわけです。

どちらでも対処することができ、かつ、2 条 1 項 1 号の方には混同や周知という要件があるので、むしろ取引事情を十分考えて柔軟に対処するには、不正競争防止法に委ねておけば足りることになります。他方、商標の方は、不正競争防止法で考慮するのでしたら、取引事情は別に考慮する必要はないことになります。

逆に、取引事情を考慮してはいけないという理由が何かあるかといいますと、一つには公示の問題があります。登録商標制度は公示がある制度ですが、登録主義ですので使用しているとは限らないため、商標についてどのような使用をしているかという点についての公示はないのです。

ですから、X の商標がどのような取引をされているかということを考慮してしまうと、Y 側に不意打ちの問題が生じます。X がどんな対応で使用しているか知らない場合、例えば、自分は九州の業者で X は北海道の業者だ、という場合には困るわけです。

2 条 1 項 1 号の方でどうしてそれが困らないかというと、周知性があるからです。今の例で言えば、X が使用しているのは北海道ですので、北海道で周知です。九州の業者はそんなことは知らないのですが、周知性が及んでいないのだから、九州の業者は使えるわけです。したがいまして、周知性の問題というのは、取引事情を考慮していいかどうかという問題と同じことです。

商標権侵害の場合は、X 側は取引の事情を考慮する必要はありません。取引されていない場合もありますからね。取引されていないのはもちろん考慮できないのですが、実際に使われている場合でも、取引事情は考慮しないということになります。

以前商標の例として、コンサドーレのドーレくんをお見せしました。ドーレくんは札幌ドームで踊っているときもありますが、その踊っている格好などは考慮しないということです。登録された絵だけを見て決めます。相手側の偽ドーレくんがどのように取引されているかというのは、それはもちろん考慮するということになります。

X 側の方、コンサドーレで本物のドーレくんがどのように踊っているかというのは、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の方で考慮すればよいということになるわけです。X の方は請求権が 2 本ありますので、有利な方を選択することができることになります。

ですから、まとめますと、商標類似の判断基準というのは、侵害訴訟の場面でも、商標自体が取引において取り違えられるおそれがあるほど似ていることを要すると考えるべきであり、これはすなわち混同ではないということです。

このような類否における対比は、X 側は登録商標、つまり商標公報の絵だけを見て決めるということです。Y の方は、実際の使用態様を見て、Y の標章は何かということを決めるのです。決めた上で、取り違えられるおそれがあるほど似ているかどうかという基準で判断をすることになります。

商標制度は、侵害かどうかをかなり形式的、固定的に決めます。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号は具体的に柔軟に決めます。それはいろいろなことから説明できます。一番簡単なのは、先ほど申し上げた公示の問題です。登録商標制度は公示があるので、使用していなくても全国的に排他権が及びます。しかし取引事情は公示されないので、公示されていない事情は考慮できません。

他方、2 条 1 項 1 号は周知性が要求されています。周知性というのは、要するに公示の代わりです。ですから、周知性というのは地域的な範囲で足りるということですので、その範囲で保護するということであれば、取引事情を考慮していいだろうということです。ですからここでも、登録商標制度と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号というのは、お互いを補い合う関係になっています。

これで本日の山の 1 つ目がだいたい終わります。38 ページにいきまして、独占適応性の問題があります。独占させるべきでないところが要部ではないところになるわけです。

アルバイトニュース対アルバイト情報と書いてあります（大阪高判昭和 50.10.24 無体集 7 巻 2 号 391 頁［アルバイト情報］）。行の関係で「アルバイト情報」になっていますが、これは、実際は「アルバイト・パートタイマー情報」でした。この事件ではどのように判断されたかといいますと、「アルバイト」という言葉は独占適応性が低く、独占させるべきではないとされました。これはもともと両方ともアルバイト情報が載っている雑誌ですから、それに「アルバイト」という言葉を使えないのは困る、使える人が有利になって、使えない人が非常に不利になるということです。みんなが使う必要がある語ですから、「アルバイト」という部分は、要部ではないことになります。

ですので、ここで問題になるのは「ニュース」対「情報」です。ニュースと情報だから、これは取り違えるおそれはないので非侵害という結論が出ています。

レジュメ 38 ページの続き、「3　商標の使用」というところに参ります。最初に、商標権侵害のためには類似性と使用という 2 つの要件が必要だと申し上げましたが、そのうちの 1 つ、使用の方です。X の方は使用している必要はないので、当然、使用と言うからには Y の方で、Y がどのような態様であれば、この「使用」に当たるのかというお話です。使用の定義というのは、商標法ですと 2 条 3 項にあります。

工業所有権、産業財産権は、2 条が全部定義規定です。2 条 3 項は、今 8 号まであります。最初の 2 つが商品商標に対する使用です。3 号以降は役務（サービス）において使用は何かということが書いてあります。

1 号は、包装に標章を付する行為です。包装に標章を付したものを譲渡、引渡し、取引する行為です。電気通信回線というのはインターネットのことです。役務の提供に当たりその提供を受ける者の利用に供するものに標章を付する行為。これは、ラーメン屋さんでラーメンのどんぶりにラーメン屋の屋号を書くという行為です。これは全部ラーメン屋で説明ができます。4 号は、このラーメンのどんぶりを使用してラーメンを提供する行為です。

これが使用の定義規定です。意義のところに書いてありますが、「1.　不使用取消を免れるための使用の範囲」というのは後でお話し致します。

そのあとは侵害の範囲を決定するということで、この使用に該当すると侵害になるわけです。もう 1 つは 37 条 2 号から 8 号という条文もあります。これは侵害と見なす行為です。

例えば 37 条の 2 号は所持です。商標が付された物を取引の目的で所持する、取引目的所持です。3 号も所持ですが、一般用語としては使用とは言えないかもしれないが、使用に直結しそうな行為がここに並んでいます。この行為に該当しても、使用に該当するということです。

つまりこの使用に該当すれば、すべて侵害です。ですから何度も申しますが、混同は要求されません。確かに似ている商標を、2 条 3 項による使用をしているが、誰が見ても混同しないではないか、という抗弁は原則として立たないということです。

なぜならば、X の方が使用していない場合がありますので、X が使用していなければ混同ということはあり得ないわけです。ですから侵害の場面で混同要件として要求してしまうと、登録主義にそぐわないということになってしまうわけです。

形式的判断の例外に参ります。

今も話しました通り、似ている商標を使用していれば侵害です。原則、2 条 3 項に定義した行為をして

いれば、それ以上の具体的な事情を問うことなく侵害とします。ここでも、商標権のこの形式的な性格が出ていると思います。具体的な事情は、原則として考慮しないのです。

ですが、ここでも少し調整をしなければいけません。商標制度というのは、最初にお話しました通り、マークのデザイン性を保護する制度ではなく、2 条 1 項 1 号と同様に、マークが使われることで、そこに付着する信用を保護する制度です。

ですから、ここでも形式的判断の例外と書いてありますように、確かに類似している商標について 2 条 3 項の使用に該当する行為をしているけれども、100 人が 100 人混同しないだろうという場合は、形式的判断を貫徹させる必要はないということになります。ですから、これからお話しすることは、商標権侵害の形式的判断の例外です。原則は使用してさえいれば侵害になるけれども、使用に該当するが例外的に非侵害になる事例です。

侵害の成否については、原則は混同を必要としません。必要としないけれども、守りたいのは信用ですから、混同すると信用が破壊されるわけですので、本当に守りたいのはそこだということです。

ですから、形式的には使用に該当すれば侵害ですが、でも例外的に非侵害になる事例をここでは類型論的にお話しすることになります。まずは、指定商品を識別する商標として使用しているのでない場合、すなわち、被告のマークが、およそ出所の識別機能を果たしていないことが明らかである場合です。出所の識別機能は、もうすでに何度か出てきていますが、出所の識別機能が破壊されると、出所が混同します。ということは、出所の識別機能が十分機能しているということは、混同しないなということです。

逆に言えば、出所の識別機能を発揮していない、果たされていないとはどのようなことかと申しますと、例を見ていただくのが早いと思います。教材 123 ページ、テレビマンガ『一休さん』です（東京地判昭和 55.7.11 無体集 12 巻 2 号 304 頁［テレビまんが 1 審］）。私が子供のころに大流行したアニメです。『一休さん』は皆さんも何となくは知っていると思いますけど、実在の人物です。天皇陛下の子供ですが、嫡流でないからお寺に預けられてお坊さんになり、とんちが得意だという話ですが、本当かどうかは知りません。本当の一休さんはけんかばかりしていたようです。

この事件は何が問題になっているかというと、原告の方は片仮名の「テレビマンガ」という商標を持っていて、その指定商品は何と娯楽遊具だったのです。

他方 Y、被告は、このテレビマンガ一休さんのカルタを出したのです。何と、「テレビまんが」と書いてあります。テレビまんがというのは要するにアニメのことですが、カルタの箱にも一休さんのところに「テレビまんが」と書いてあるし、カルタ札にも、左側の隅のところに「テレビまんが一休さん」と書いてあります。

X が言うには、自分は娯楽遊具について、テレビマンガという商標を持っている。テレビマンガは、平仮名になっているだけで、類似しているだろう。カルタは娯楽遊具だ。だからこれは侵害だ、と主張したのです。

これは裁判所でどのように判断されたかといいますと、カルタ札のところに書いてある「テレビまんが」というのは、一休さんのキャラクターがアニメに由来するものであることを表示するにすぎなくて、出所の識別機能を果たしているわけではないとされました。つまり、このカルタ札を出しているセイカという会社が、ブランドネームとしてテレビまんがという言葉を使用しているわけではないでしょう、誰が見てもそうでしょうということで、侵害を否定しました。

言われてみれば、ごくまっとうです。このテレビまんがを見て、これは「テレビまんが」というブランドネームの商品だと思う人は、さすがにいないだろうということです。これが、被告のカルタ札に書いてある「テレ

ビまんが」という言葉が、およそ出所の識別機能を果たしていないことが明らかであるという場合です。このような一般用語として使う言葉、一般の会話で使う言葉は、どちらかというと、造語に比べてこのように言われる可能性が高いです。

造語というのは、そのブランドネームを指し示すときにしか使われないのに対して、一般的な言葉というのは日常会話に登場するものですから、そこで使われる可能性はあるということです。ですから、テレビまんがはそのいい例です。これはごくまっとうな判断と言っていいと思います。これがカルタ札のブランドネームだと思う人は誰もいません。だれもいないということは、混同はしないということです。どう考えても混同はしないということですので、これは非侵害にしていいだろうという事件です。以上が一休さんの事件です。

教材 39 ページに参ります。次に、「被告商標が物理的に付されている物品 A が他の商品 B に使用されたものであることが明らかな場合」です。これも例を見た方が早いです。レジュメにはありませんので、教科書 130 ページの絵を見てください。巨峰事件です（福岡地飯塚支判昭和 46.9.17 無体集 3 巻 2 号 317 頁［巨峰］）。巨峰と言えば、あのブドウのブランドネームですが、何とこの事件では、段ボールについて巨峰という商標がとられていました。

X は、「巨峰」という標章について、段ボールに限らず包装容器について巨峰という商標を取っていたのです。被告の方は、この「巨峰」と書いてある箱にブドウを詰めて売っていたわけです。ですから、段ボール箱に俺の商標の巨峰を使用しているだろうという主張です。しかし、段ボール箱に書いてある「巨峰」は、中に入っているブドウが巨峰ですよということを示しているわけですよね。これが、物理的に付されている物品 A とは異なる商品 B に使用されていることが明らかである場合、という意味です。つまり、ここでは物品 A が段ボール箱、商品 B がブドウになるわけです。

段ボール箱について巨峰という商標を取得するということは、このような事例を狙い打ちにしているだろうというのは明らかですが、そこで権利の濫用などをもちださず、被告が使った「巨峰」という表示は、段ボールのブランドネームとして使用しているわけではなく、中に何が入っているのかということを示しているにすぎないということで、非侵害だということにしたのです。

一休さんの事件にしても、この巨峰の事件にしても、確かに 2 条 3 項に言う使用には該当しています。包装に標章を付する行為も 2 条 3 号に該当しています。しかし、やはりこのような事例では、侵害というのはいい過ぎですよね。なぜなら、信用や出所の混同などとは全く無関係ですから。

出所表示との関係で言えば、この「巨峰」というのは、段ボール箱の出所を示す目的で使われているわけではないです。カルタ札も同じです。基本的には形式判断なので、使用に該当すれば侵害ですが、このように具体的な事情を考慮して非侵害にする場合が、例外的にはあり得るということです。ですから、もちろん境界領域はあいまいです。ここで出した例は、明らかな例ですが、境界領域で悩むということはどんな法律でも同じです。

他には、BOSS という事件もありました（大阪地判昭和 62.8.26 無体集 19 巻 2 号 268 頁［BOSS］）。ノベルティグッズというのはおまけで、販売促進用のグッズです。「BOSS」という電子楽器、ギターか何かを買った人に、「BOSS」というマークを付した T シャツを配ったという場合でも、指定商品を被服とする「BOSS」という登録商標権を侵害するものではないとした例です。判決趣旨は、ノベルティは商品に該当しないということを理由としておりまして、そのような方向で説明している教科書もありますが、ここでは「被告商標が物理的に付されている物品 A とは異なる商品 B に使用されたものであることが明らかな場合」の例とし

て紹介をしておきます。

以上が、明らかに出所混同表示として使われているのではない場合です。Y が明らかに出所を表示するものとして使用しているわけではないので、全体的に非侵害にする事例です。

その次が、「出所識別機能を害さない場合」です。これは、Y は X の商標を確かに使用しているけれども、Y が使ったからといって、出所表示は害されない場合です。つまり、Y が商標を使用しているけれども、取引をしている人は皆、これは X の商標だと思って取引をしているということです。そうだとすれば、出所の混同は起こらないですね。

具体的に言いますと、これは商品が転々流通する場合の話です。流通業者のところでは侵害にしないということです。

もう少し説明しましょう。実際の事件をモデルにして考えてみます。商標権者であるパーカーが万年筆を販売しています。パーカー社自身が、登録商標「PARKER」を付して販売した商品です。このような商品を真正品と言います。侵害品との対比において、権利者が標章を指定商品に付して流通するものを、真正品と言います。偽物ではなく、本物ということです。

転々流通する場合は、パーカー社が直売りするのではなく、例えば、大丸などのデパートに卸す場合があります。そうすると、大丸に「PARKER」と付された万年筆が並んでいることになります。大丸も、我々一般消費者と取引をしています。

ここでは、万年筆に「PARKER」と付したものを大丸が取引をしているので、形式上は、2 条 3 項 2 号の「商品に商標を付したものを譲渡し」、という文言に該当しますので、大丸は商標を使用しているだろうということになります。これは同一の商標ですが、大丸は「PARKER」というブランドが付いた万年筆を取引しているから、大丸は侵害に該当すると言う人は誰もいません。流通というのはそのようなものだからです。

ここでは、どうして出所の混同が生じていないかというと、大丸に並んでいる万年筆に「PARKER」と書いてある場合、大丸が「PARKER」と付けたのではない、と誰しもが思うわけです。大丸が「PARKER」という商標を付したのではなくて、もともと万年筆を作った人が、「PARKER」という標章を付したのだということを、100 人が 100 人分かっています。

そうであるとすると、我々は出所を正確に識別しています。大丸ではなく、万年筆を作った人が「PARKER」と付した、というのは事実です。

事実を正確に認識しているということは、出所識別機能が害されていないということになります。「PARKER」というマークを付けたのは誰かということを、正確に我々は認識したということになります。だとすれば、出所の混同というのは生じようがありません。ですから、このように真正品が転々流通する場合は、例え形式的には商標の使用に当たったとしても、非侵害にするということです。

パーカーは権利者だからいいのですが、大丸は商標を使用しているけれども非侵害だということです。これは、流通業者であれば全て非侵害になるという意味ではありません。それは、これが真正品だからです。違うのは侵害品の場合です。R という会社が「PARKER」という名前を付して、大丸や、需要者という取引をしたら場合は、この R 社が「PARKER」と付ける行為が侵害になるのは当たり前です。当たり前ですが、この場合は大丸も侵害になります。ですから、大丸としてはパーカーであると思って R 社の万年筆を買ったかもしれませんが、R 社の万年筆をパーカーだと思って買ったということは、ここですでに混同が生じています。

大丸が間違えて買ってしまったものを需要者に売っても、大丸は独立して商標権侵害の侵害者になり

ます。真正品の場合のみ、非侵害になりますので、流通業者は常に商標権侵害に問われないという意味ではありません。侵害品については、何人業者が入っても同じで、侵害品は、侵害品である限り、流通業者は全員独立して侵害者になります。

当然、過失がない場合もあり得ますが、過失がない場合は損害賠償が免除されるだけで、原告は差止請求をすることはできます。ですから侵害だという結論は変わりません。あるいは善意でも構いません。全く知らなかった場合、だまされた場合、調査をし、注意義務は十分に果たしたけれども、偽物をつかまされてしまったという場合も、独立して侵害者になります。

知財の場合、民法と異なり、流通業者は、通常これは全て侵害になります。流通業者が非侵害になるのは、真正品の場合だけです。知的財産の侵害の場合は、商標停止の権利行使がし易いようになっており、権利者はどこへ差止め請求をしても、差し止めが認容されます。どこかに差止めを請求すれば、そこで取引が切断されるので、一般の使用には流れないということになります。

これは、国内だけではなく、国境をまたぐ場合も同じです。これがよく言われる、真正品の並行輸入問題です。真正品である限りは、並行輸入も全て適法です。

どのようなことかというと、例えば、BBS のタイヤの商標権者がアメリカにいて、日本にタイヤを輸出したとします。日本人は海外のブランドが大好きですから、日本人は一本 2 万円で BBS のタイヤを買います。実際には、BBS はアメリカでは 1 万円で売っています。

例えば、A さんがアメリカで 1 万円で買うという場合、A さんは何を考えたかというと、どうもこのタイヤは日本では 2 万円で売れるらしいということで、1 万 5,000 円で売ります。このような内外価格差を利用した商売を、並行輸入と言います。

真正品の場合は、並行輸入の商標権侵害のもとにありません。BBS から A により日本に入るルートは、BBS が作ったものですから真正品です。

BBS としては面白くないわけです。これはアメリカでは 1 万円しか値段が付かないけど、日本で 2 万円付くのだから、アメリカで 1 万円、日本で 2 万円というのが、BBS のビジネスモデルです。でも A さんは、そのようなビジネスモデルを破壊しているわけです。1 万円で買ったものが 15,000 円で売れるので、5,000 円もうかるのです。

日本人はどちらを買うかというと、正規品をありがたがる人もいますが、15,000 円で買う人もいます。ですので、BBS としては、需要が逃げてしまったように見えます。

ですが、出所の混同というところからいいますと、どちらも正規品であり、真正品です。ですので、商標権侵害の問題を生じないということです。商標権侵害の問題は、真正品である限りは生じません。

真正でないものは侵害です。出所が BBS であり、正規品であるから、並行輸入が認められるわけです。ここを間違えないでください。流通業者が全て非侵害にするという法理ではありません。真正品だから非侵害になるわけです。真正品である限りは、国境をまたいでも非侵害です。

日本で買った人は、BBS の標章を見て何を思うかというと、アメリカの BBS 社が作ったものだなと思うわけです。それは事実としては正しいです。侵害品はどうしてだめかというと、BBS というものを見て、この BBS が作ったのだなと需要者は思うけれども、実は全く関係ない B が作っていたというのは、本当は B の出所なのに、BBS を出所と思ってしまったので、ここで出所の混同が生じているということです。

正規品の場合は、並行輸入は非侵害です。これをされると海外のブランドメーカーはなかなか苦しいので、あの手この手を使ってこの並行輸入を侵害にしようとしています。

例えば、少し物を変えていることがよくあります。私は去年ドイツに行ったときに、リモアというアルミ製に見えるようなスーツケースを買ってきたのですが、ドイツで買うと、日本で 15 万円ぐらいする商品が半額の 7 万円くらいで買えます。私はスーツケースを 2 個抱えて帰ってきました。1 個は空で、1 個は入っている方です。

半額でリモアのスーツケースをドイツで買ってきたのですが、日本のバージョンと少し違います。日本のバージョンは転がす持ち手のところが金属になっていますが、ドイツで売っている商品は持ち手のところがプラスチックになっています。少しだけ違います。でもプラスチックで作られているからといって、リモアでないことはありません。きちんとリモアが作っています。

リモアは日本輸出バージョンと国内バージョンを少しだけ変えているのです。そのようにすると、私みたいにドイツで買ってきた商品は、日本でわざわざ日本物を買った人から見ると、正規品ではない商品を買っているように見えるわけです。ですからリモアの中でもブランド力のようなものに格差を付けるのです。あの手この手でこのような並行輸入をやめさせようとしているのですが、少なくとも商標法上の問題はないということになります。ただし何度も強調しますが、真正品である必要があります。

真正品かどうか微妙な事例というのが、レジュメに書いてあるフレッドペリーという 2 つ目の裁判例です（最判平成 15.2.27 民集 57 巻 2 号 125 頁［FRED PERRY］）。これは最高裁までいった有名な事件です。フレッドペリーというのは、ポロシャツであったと思います。この事件は、真正品でないということを理由として、並行輸入を商標権侵害に当たるとした例です。

これはライセンスの条件違反でした。詳しく説明している時間はありませんが、真正品かどうかが微妙な場合があります。特に下請け業者に作らせている場合、下請け業者が本社の言う通りにきちんと作ったものは真正品ですが、少し手を抜いたとか、この工場で造りなさいと言ったのに、もう少し人件費の安い違う工場で造ってしまったというようなときに、真正品かどうかということ自体が争われることがあります。非常に微妙な問題を含んでいます。

もう少しこの変形を考えていきます。流通の過程で改変を加えた場合は、出所識別機能を害するので商標権侵害になるというのが、レジュメのただし書きに書いてあることです。

この例は、任天堂（東京地判平成 4.5.27 知裁集 24 巻 2 号 412 頁［Nintendo］）やシャープ（大阪高判平成 8.2.13 判時 1574 号 144 頁［SHARP］）に関するものです。任天堂の事件は、ゲーム機のファミコンを任天堂から買ってきて、改造した上で再販売していました。ボタンを押しっ放しにすると連射になるといったような改造をしたのでしょう。残念ながら、任天堂の登録商標である任天堂のロゴがそのまま残っていたのです。

ここでの考え方は、改造したところでもう任天堂の商品ではない、すでに任天堂からリリースした商品とは言えなくなっているというものです。それなのに任天堂という商標が残っていたので、何も知らずに買った人は、任天堂はデフォルトで連射機能が付いている新しいファミコンを出したのかと思います。でも本当は、連射機能を付加したのはその中間にいた人なので、出所を誤って認識させたということになります。シャープの事件もほとんど同じです。こちらはパチンコのロゴだったようです。

次に、流通の過程で商品が詰め替えられていた事例です。これはハーシーズというココアの事例です（福岡高判昭和 41.3.4 下級刑集 8 巻 3 号 371 頁［HERSHEY'S］）。これはハーシーズの名前の付いた業務用の大袋入りのココアを業者が買って、それを小分けして、ハーシーズという名前を付けて、缶入りココアとして売ったのです。

実際にこのココアを作ったのはハーシーなので、そのような意味ではもしかしたら真正品と言えるのかもしれませんが、ここでは途中の流通業者が大袋入りのココアを開いて、缶に詰めなおしたというところが問題になっているわけです。きっと最初から缶入りココアを売るよりも、大袋を小分けにした方が安く売れたのでしょう。この事件では商標権侵害が認められ、真正品ではないと言われました。

どう考えるかですが、これは大袋入り用のココアを開いたということですので、開いた過程で異物が混入するとか、傷がつくということは、ココアではあり得ませんが、外気に触れて変質する可能性があります。大袋のままで転々流通すれば、そのようなことはあり得ませんが、途中で開けてしまうと、商品の品質が異なる可能性があるということで、侵害にしているわけです。

ですから、ここで言っているのは、ハーシーというブランドネームを付けたということは、その商標権者がその商品の品質を保証しているということになります。もし、虫が入っていたなど、何か品質に異常があれば、ハーシーズの表示を付けた人のところに連絡をするということは、ハーシーがこの品質についてはお墨付きを与えたということを示しているというわけです。

途中で開けてしまうと、それが切断されます。ハーシーという人が品質を保証したのに、中間に入った人がその品質を変えてしまう可能性があります。変えてしまったにもかかわらず、ハーシーズのブランドネームが残っているということは、ハーシーが保証した品質が損なわれている、切断されていると言うことができるわけです。それを問題視したのがこの事件です。

そもそも信用とはどのようなものかというと、例えば、ハーシーズというロゴを見れば、だいたいあの味のココアだろう、品質に間違いはないだろうと、我々消費者は、そのような期待を持っているわけです。物を買うときに、品質のチェックをしてからでなければ商品が買えないというのでは、取引が重くなってしまいますので、我々の生活に支障を来たすことは明らかです。

そのようなことを省略できるというのが信用です。ソニーが造ったものであれば間違いないだろう、ハーシーズと書いてあれば間違いなくあの味だ、ということが信用です。

ですから信用というのは、期待した品質のものが手に入るということです。その信用を、商標が作った人と需要者の間を架橋しているということになります。

ですが、途中で開けられてしまったり、あるいは改造されてしまったりすると、それが切断されてしまいます。ハーシーズというココアを買ったはずなのに、最終的な品質はハーシーがお墨付きを与えたものではなくて、変わっているかもしれないとなります。ゆえに、商標を介した需要者とメーカーの間の信用関係が切断されてしまうということを問題視して商標権侵害を認めたのが、このハーシーズの事件です。

問題は、ココアは開けたかもしれないけれども、実際には異物が混入していないように慎重に開けて丁寧に再包装し、詰め替えをしたので、実際には品質に差異は生じていなかったという場合にはどう考えるかということです。その場合でも、商標権侵害は肯定するべきだというのが、論点の 1 つ目です。ですからここで言っている品質の保証というのは、実際に同じ品質のものであるかどうかということではなくて、抽象的な意味での品質の保証です。

商標の機能が出所識別機能であるという点は、議論の余地がないですが、商標の機能として、品質保証機能というのを商標権の保護利益に入れるかどうかという議論があります。出所識別機能が第 1 の機能であり、出所識別機能が害されると商標権侵害になるというのは、学者の間に争いがないのですが、品質保証機能を入れるかどうかというのは、実は争いがあります。

田村先生の教科書では、この品質保証機能は商標の保護対象ではないとしています。保護される場

合がほとんどですが、それはあくまで反射的、付随的に保護されるというだけであり、商標権の機能の本質ではないというのが、田村先生の採っている立場です。

品質保証機能というのは、品質が害された場合に商標権侵害とする考え方です。それがうまくいかないのは、商標権者が品質の劣るものを作ったとしても、それは品質保証の問題、場合によっては不正競争防止法の品質誤認真正品の問題であって、商標権の問題ではないからです。

ただ、出所識別機能は抽象的な意味で品質保証機能を果たしています。そもそも出所の識別機能は、このマークを付した人が作った商品であるということを示すからです。当然、このメーカーが作ればこれくらいの品質のものが手に入るであろうという期待は、需要者の皆さんが持っています。

ですから出所識別機能というのは、抽象的な意味で品質保証機能も兼ねています。例えばハーシーズの場合も、ココアの袋を開けたら品質が変わるかもしれないのですから、この立場から考えると、品質保証機能が害されているわけです。ですが、品質保証機能を商標の保護対象としないという考えでも、やはりハーシーズの事件は侵害です。なぜなら、出所の識別というのは抽象的な意味での品質の期待を保護しているからです。

そうだとすると、論点 1 のところで、実際には、結果論として品質に差異を生じていないとしても、抽象的な意味で、つまりお墨付きを与えたものかどうかというところで言えば、やはり切断されていると言わざるを得ないです。ゆえに、侵害を肯定するべきという結論が出てきます。もしも品質保証機能を独立した機能だと考えるのであれば、結果的に品質に差がないのであれば、非侵害でもいいのではないかという結論が出てくるのかもしれません。

これは非常に難しく、かつ微妙なところですが、考えていくと面白い問題です。田村先生の教科書では、出所識別力、出所表示機能、それだけが商標法の商標権の保護の対象であって、ほかは付随的あるいは反射的な理屈にすぎないという立場を採っています。

その立場からすると、論点 2 の問題については、商標権侵害を否定することになってしまいます。これはマグアンプ K という事件です（大阪地判平成 6.2.24 判時 1522 号 139 頁［マグアンプ K］）。マグアンプ K は肥料です。家庭菜園か何かの肥料でしょう。これが、ホーマックなどで売られていたのです。マグアンプというのは、アメリカかどこかの有名な肥料会社のブランド肥料でした。しかし、業務用なので、10 キロ入りなどで、大きいのです。

日曜園芸に使うために、10 キロも買えませんので、1 キロくらいに小分けする必要があります。ですので、ホーマックのようなところが何をしたかというと、10 キロ入りの商品を買ってきて、1 キロ入りに小分けして売っていました。その方が売れるのです。10 キでは多くて買えないという人も、1 キロであれば買っていくかという話になります。

それで小分けをしたのです。そうだとすると、肥料を開封した時点で品質が変わるおそれがあるので、侵害になりそうです。実際に裁判例では侵害になったのですが、田村先生の考えでは、これは非侵害でいいだろうということになります。

どうしてかといいますと、小分けした例において、このマグアンプ K という表示は実際には手書きだったようです。小分けした袋に、マグアンプ K とマジックか何かで書いてあった例のようです。もちろん本物のマグアンプ K は、マジックで書かれておらず、きちんとした印刷で、きれいなロゴが付されていたのでしょう。

そうだとすると、ホーマックで小分けのマグアンプを買う人は、これはホーマックの人がマジックで書いた

表示だというのは分かるわけです。さすがにこのマグアンプ K は、アメリカからマジックで袋に直接書いてあるようなものが輸入されてくるわけがないのだから、これは小分けしたのだということが、ほとんどの需要者に分かる場合だというような事情があったようです。

それでしたら、買った人は、このマグアンプ K と書いたのはホーマックだということが分かります。マグアンプ K を作ったところではないなというのは分かるというわけです。そうだとしたら、出所の識別は誤っていない。需要者は、このマグアンプ K というのを見て、これはホーマックが書いたということが分かり、実際事実としてそうなのですから、誤っていません。それならば非侵害でいいのではないかというのが、この論点です。

論点 3 として、包装はそのままで、さらに大きなものに箱詰めした場合はどうかという問題があります。この点についてはハイ・ミーという事件がありました（最決昭和 46.7.20 刑集 25 巻 5 号 739 頁［ハイ・ミー］）。ハイ・ミーは調味料です。裁判例では侵害を肯定されたようですが、侵害否定でいいだろうということが教科書やレジュメに書いてあります。これはハイ・ミーという調味料ですので、包装は解いていません。小分けを大まとめにしたという例です。マグアンプの逆です。

小分けを大くくりにしたという例なので、箱は開けていません。箱は開けていないので、品質は害されていません。品質が害されていないということは、出所も害されていないということですので、非侵害でいいだろうということが書いてあります。

以上のように、本日は出所表示の考え方に触れてほしいと思います。出所表示や信用と言っているのは、何かということです。逐一品質を個別にチェックすることなく、安心して買うことができるというのが信用です。そこが切断されているかどうかというのが、このハーシーズなどの一連の事件で問われていることです。

Ⅲ　登録商標の保護範囲

本日は教材の41ページからです。前回の40ページからの続きからになります。前回の最後では、商標の侵害の場面で形式的判断の例外をみていきまして、出所識別機能を害さない場合は、形式的に使用に該当しても侵害とはしないということで、最初に真正品の転々流通のお話をしました。

真正品の転々流通の場合のさらに例外ということで、①改変が加えられていた場合、②詰め替えが行われていた場合があります。

本日は 41 ページですので、③です。その残りになります。

③として、「真正商品に関して、新たに商標を使用して広告を出すなどの積極的な行為は商標権侵害となるのだという理解がある」、と書いてありますが、理解があるという書き方ですから、③の結論は、最終的には商標権侵害とはしないということです。

③の場合というのは、例えばスーパーの広告です。皆さんは毎日新聞を取っておられるかと思いますが、そこにマックスバリュのカラーのチラシがあったとして、マックスバリュがチラシに、焼きそば弁当が本日は安いよ、89 円だよという広告を出すときに、「マルちゃん焼きそば弁当」という広告を出すことについて、形式的に考えていくと、マックスバリュが「マルちゃん」や「焼きそば弁当」という商標を使用しているということになります。

例えば、2 条 3 項 8 号と書いてありますが、これはおそらく商標について宣伝広告してはんらないという条文ではないでしょうか。商品もしくは役務に関する広告をする行為は、商標の使用に該当するそうなので、先の例ですと、マックスバリュが「マルちゃん」や「焼きそば弁当」という商標を使用しているではないかということになります。そうだとすると、極端に言えば、使用に該当して侵害だろうということです。さすがにそれは通常の感覚からしておかしいということは、皆さんもお分かりいただけると思います。

それはどうしてかといいますと、この場合も出所識別機能を害していないわけです。つまり、マックスバリュのチラシに「マルちゃん焼きそば弁当」と書いてあるときに、マックスバリュが焼きそば弁当という商品を出したと思う人は誰もいないわけです。マックスバリュはスーパーですから、スーパーで売っている製品だと思います。ですから皆さんがこの広告を見たとき、出所は正しく焼きそば弁当はマルちゃんの商品であることがわかり、マックスバリュが出所識別の意味で使っていないということは分かるわけです。

そうだとすると、侵害と言う必要はまったくありません。なぜなら皆さんや我々のような消費者が混同を生じるはずがないからです。実際に混同が生じるかどうか、あるいはある人が勘違いしたかとか、そのようなことを問題にしているのではないです。普通に考えて、出所が混同するはずがないというような対応で使われていれば、商標権侵害と言う必要はありません。

つまり、商標権あるいは商標法というのは、「マルちゃん」や「焼きそば弁当」というような言葉を保護しているわけではないのです。形式的には言葉を保護するのですが、形式的にその言葉を保護することで、その商標に蓄積する信用を保護するということです。出所識別機能を保護するということは、最終的に信用を保護することにつながっていきます。ゆえに、出所の混同が生じるはずがない場面まで保護をする必要はないということになります。

もっとも、広告のチラシの中で真正商品とは無関係な個所まで商標を使用するであるとか、販売の看板に大きく商標を掲げるような行為をする場合は、混同や勘違いを生じる可能性がないわけではありません。これは極めて例外中の例外です。

例えば、最近ですと携帯電話を安く売っているお店――キャリーアウトがあると思いますが、仲間由紀

恵さんの au のチラシを壁いっぱいに張っているようなお店で、結構小さいお店があると思います。それを見て皆さんが、ここは au の直販店だと、au がじかに経営しているお店だなと勘違いする可能性がないわけではありません。

実際には au と全く関係がなく、ドコモの携帯やソフトバンクの携帯も取り扱っているけれども、お店の人が仲間由紀恵のファンで au の広告を張ると、勘違いする人が出てこないとも限りません。

そのような場合は保護をする必要があるのかもしれませんが、その場合は不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の方で柔軟にやるべきではないかというのが、ここでの結論になっております。

この例ですと、仲間由紀恵の写真が商標登録されているわけではありません。仲間由紀恵さんに付着している au のキャラクター、宣伝広告媒体というイメージにフリー・ライドをしています。このように広告のチラシに真正品とは無関係な個所にまで商標を使用する行為や、販売店の看板に大きく商標を掲げるような行為は、実際には商品や役務との関係で使用していると言えない場合の方が多いため、そのようなときは具体的に混同していれば保護するという、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を使った方がよろしいのではないかというのがここでの結論です。

一貫して商標権の保護は、比較的形式的な保護です。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に比べると、少し強めに保護をしてあげます。実際の混同は要さないですとか、請求権者の方が商標の使用を要求されないといった点です。2 条 1 項 1 号の方は、具体的な混同や、周知を求めるので、権利行使のためには商標法よりも厳しいものが要求されますが、具体的に柔軟な解決を求めることが可能です。ですから 2 条 1 項 1 号の方が必ずしも保護の範囲が狭くなるというわけでもなくて、広くなる場合もあり得ます。

もう少し言うと、商標の方は固定的であるのに対し、2 条 1 項 1 号の方は柔軟という方が正確かもしれません。実際にこのスーパーの広告に、マルちゃん焼きそば弁当の商標を無許諾で使うことについては、商標権侵害になる可能性もあるという学説は、かなり古い学説ですが、ないわけではなかったのです。今ではもうほぼ淘汰された学説だと言って構わないと思います。

どうしてそのような対立があるのか。現在でもいろいろな場面で、商標法に関する解釈が対立することがあります。その理由は、論者の発想の違いです。大きく分けると、1 つは財産権的機能重視型です。つまりこれは、商標権の財産的価値を重視する考え方です。財産的価値というのは、ここでは商標それ自体の価値とお考えください。マークやロゴやキャッチコピーなど、それ自体の価値とお考えください。

他方、もう一つの発想は、出所識別機能貫徹型です。こちらは商標の機能の中でも、特に出所識別機能――自他商品識別機能のみに商標の存在意義を特化、純化させる考えです。出所識別機能以外に商標という価値を認めません。この教材、あるいは田村先生の教科書は、一貫して出所識別機能貫徹型で書かれています。ですから、財産権的機能重視型は批判の対象として書かれているわけです。

財産権的機能重視型というのは、どちらかというと特許法型アプローチだと言われています。特許については純粋財産権だと言われています。出所識別機能貫徹型というのは、不正競争防止法的アプローチです。財産権的機能重視型、特許アプローチは、特に権利者と競業者の関係を重視する考えです。他方、出所識別機能貫徹型は、場合によっては一般消費者になりますが、需要者に与える影響を重視する考えです。

ですから出所識別機能貫徹型は、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号を権利化したという考えを取ります。権利化、物権化して移転を可能とするというアプローチです。

先週、商標の付された商品については、真正品である限り、転々流通は自由だということを教材 39 ペ

ージのパーカーの万年筆の例でお話をしたと思います。

財産権的機能重視型の人は、もちろん結論として転々流通は問題ないというのですが、その理由を何に求めるかといいますと、それは1度商標権者に権利行使のチャンスがあったはずだということです。それは権利者が最初に真正品を売る段階ですが、そこで商標権に関するライセンス料を価格に上乗せして販売しただろうから、1 度その商標権の対価はもうすでに受け取っているので、もう 2 度目以降は要らないでしょう。ゆえに転々流通を自由にしましょうという考えです。

他方、出所識別機能貫徹型は、商標権者が 1 度権利行使が可能だったということは考慮しません。つまり需要者との関係を重視しますので、需要者の目線から見て、真正品を識別できていれば、すなわち、その商標を見れば、確かにパーカーが作ったもので、大丸が売っているものではないと認識するのであれば、それ以上保護する必要はないという考えを取ります。

ここは学者の間でも、自分がどちらの説だとはっきり認識して議論をしている人がそう多くはありませんので、非常に難しく、かつ概論的なところです。

財産権的権利重視型の方は、権利者と被疑侵害者（競業者）の間の関係を重視するということになります。出所識別機能貫徹型というのは、需要者の目線から見てきちんと出所が識別できているかということを考えます。

非常に大まかに言えば、前者が権利者を重視する考えになります。後者は、需要者が混同しない範囲で権利者の利益を保護するにすぎないため、非常に相対的なものになります。非常に難しかった 39 ページから 41 ページにかけての①、②、③をそのような観点で眺め直していただけると、少し分かってくるかと思います。

財産権的権利重視型という考えが、知財に全く当てはまらないということはなく、特許や著作権は前者に該当します。不正競争防止法は後者です。商標はどちらに近いのかというところで議論があり、田村先生の教科書では後者だということです。

ですから学説の中でも、この手の争いというのは結論が出るたぐいのものではないので、延々と争われていくのだろうと思います。特に商標に関しては、この 2 つの考え方のどちらなのかということが、例えば裁判例や評釈に書いてあることでも変わってくることがあります。このような対立といいますか、違いがあるのだということを少しでも理解していただければと思います。

41 ページの下の方に、それではどう考えるかということで、結局、出所識別機能貫徹型の方が正しいというになっています。その例として挙げているのは、著名な車、例えばロールスロイスという超高級車を利用した広告です。清潔なイメージや、ハイソなイメージがある超高級車に、小西真奈美さんが腰掛けて、ビールをおいしそうに飲む。そのコマーシャルが缶ビールの宣伝だとしますと、フェラーリやロールスロイスというブランドイメージは、確かにその CM に影響を与えていると言うことができそうです。清潔なイメージといいますか、高級そうなイメージを見ている人が持つわけです。

そうだとすると、そのビールの宣伝は、その高級車のブランドイメージにフリー・ライドをしていることになるわけです。ロールスロイスあるいはフェラーリに対して、そのビール会社がライセンスフィーを払ったということは考えにくいです。

ですが、この例は、おそらく商標法の使用の規定のどこを見ても使用に該当しないので、商標権侵害とすることはできません。フェラーリの車の横に「ぐびなま」などのビールのステッカーを張って、いかにもビールを買ったらフェラーリをもらえるという宣伝をしているわけではないですね。たまたま小西真奈美がフ

ェラーリから降りてきて、ボンネットに腰掛けてビールを飲むという宣伝です。

降りてきてビールを飲むということなので、例えば、商品または商品の包装に標章を付する行為でもありませんし、商品もしくは役務に関する広告をする行為でもありません。広告しているのはビールですから、商標権侵害には問えそうもありません。

ですから商標権侵害は否定されますが、すなわち、法はイメージにフリー・ライドするだけでは商標権侵害とはしないのですから、出所識別機能貫徹型により商標法を解釈していくべきだろうということです。

さて、本日は 42 ページに参りましょう。ここまでは権利行使、侵害になる場面のお話をしていきましたが、本日の 42 ページ、43 ページ、44 ページには、権利行使制限事由と書いてあります。これは被疑侵害者側の抗弁ですから、ここに書いてある要件が満たされると、商標権侵害は否定されるということになります。

最初に「周知著名表示に対する権利行使の制限」ということで、①周知表示の先使用の抗弁、32 条 1 項が出ております。これは登録主義の補完的な制度だと言うこともできます。32 条 1 項には、登録商標の出願前から需要者の間に広く認識されている商標の使用を継続する行為は、登録商標権の侵害とはならない、ただし不正の目的でないことを要求すると書いてあります。また、商標権者は混同防止表示を付することを請求することができると書いてあります。

つまり、被疑侵害者側の方は、商標権者から訴えを提起されたというときに、あなたが商標権を取って商標登録出願をする前から、需要者の間に私の商標は広く認識されている、という場合は、被疑侵害者側はその商標を継続して使用することができます。すなわち商標権侵害ではないということです。

これは先使用の抗弁と一般的に言われます。先使用の抗弁というのは、継続的使用権ですあり、被疑侵害者の継続的な使用が許されるという内容です。

ですから、先使用の抗弁を持っている人も、他人の使用を排斥することはできません。自らが継続的に使用することが許されるというだけの話です。しかしこの抗弁がなければ、自分の商品名、屋号の場合を変更しなくてはならないことになります。

商品名、ブランドネームの変更や屋号の変更というのは、今まで使っていた屋号などに蓄積していた信用が、いったん全てリセットされてしまうことになりますので、非常に失うものが大きいのです。今まで蓄積した信用がすべてなくなり、また一からやり直しということになります。先使用の抗弁が通用する場合は、その信用をそのまま維持ができるということですので、抗弁が立つかどうかということはかなり重要になります。

これについてはすでにお話をしましたダイワコーヒーの事件があります（広島地福山支判昭和 57.9.30 判タ 499 号 211 頁［DCC］）。復習をしておいた方がいいと申し上げた例です。これは 4 条 1 項 10 号の例です。どのような話だったかといいますと、広島県下で 30%程度と取引がある DCC がたくさん存在し、島根や山口には少しだけ存在しました。DCC、すなわちダイワコーヒーです。

他方、当時日本で喫茶店に入っているコーヒーメーカーとしては一番大きい上島、UCC が、商標を取りたいということで「DCC」を特許庁に出願をしてきました。

ダイワとしては、これは取られては困るということで、4 条 1 項 10 号に基づき無効審判を申し立てたのです。4 条 1 項 10 号というのは、出願時において他人の表示として広く認識されている商標については登録が認められないというものであり、もし DCC が上島の出願時点において需要者の間で広く認識されており、周知になっている商標であれば商標権が取れませんという条文です。

しかし、この無効審判は残念ながら成り立ちませんでした。広島県程度の範囲では、4 条 1 項 10 号に言う周知とは言えない、もう少し広くないとだめですということです。おそらく中国地方一円程度が必要なのでしょう。そのようなことで、この商標出願は無効ではないとされ、上島は、DCC という商標を取ることができたというお話でした。

つまり、ここで 4 条 1 項 10 号に言う、「需要者の間で広く認識されている」というのは、1 県単位では足りず、数件単位である必要があるということです。出席表の中には、広島市は政令指定都市ですが、それでもだめなのですかという質問がありましたが、昭和 50 年代の事件なので、広島市もおそらく 50 万人程度しかいなかったのでしょう。

最近できた政令指定都市というのは、合併を繰り返している政令指定都市です。宮城県の面積の 4 分の 1 は仙台市ですから、周囲を集めて政令指定都市になっています。広島も似たような感じです。もう島根県の寸前まで広島市ですから。それはともかく、昭和 50 年代の広島地方だと、広島県下 30%ぐらいでは足りないというのが当時の判断でした。

そうだとすると、上島の DCC という商標権は無効ではなく、現時点では有効だということなので、問題は上島から DCC、ダイワに対して、今まで使っていた DCC は自分が商標を取ったのだからもう使ってはいけない、と言うことができるかどうかというのが、本日の問題です。

結論から言いますと、これは先使用の抗弁が立つので、DCC は救われるという結論になります。それが「需要者の間に広く認識されている商標の意味」に関する裁判例として教材に挙げられている「もう一つの DCC 事件」のテーマです。

これは、上島珈琲側が登録されている商標権に基づき、ダイワコーヒーに対し DCC マークの使用差止めを請求したという事件です。

当然 DCC の方は先使用の抗弁を出しました。自分の DCC は、あなたの出願前から需要者の間に広く認識されているから、継続的に使用できる、という抗弁を出したのです。結論としては、裁判所は、「広く認識されている」とは、4 条 1 項 10 号と同じように、数県程度まで知られていないとならないとして、ダイワの先使用の抗弁を認めませんでしたが、結局、上島珈琲側の権利濫用だということで、原告の請求は棄却されました。

理屈はどのようになっているかといいますと、まず 4 条 1 項 10 号の場面、つまり上島が登録できるかどうかという場面では、「需要者の間に広く認識されている」と言うには、地域的に足りないというのが、最初の DCC 事件でした。ですから、上島側の DCC という商標は、現時点では有効だということです。ただ、それは上島の商標登録が認められるかどうかという場面のお話です。今のお話は、ダイワの DCC という商標は、もう使用をやめなくてはいけないのかという場面です。

商標というのは、商標権を取っていなくても使用することはできます。ですから上島は、仮にこの 4 条 1 項 10 号に該当するということで、商標が取れないということになっても、使用を禁止されるわけではないのです。商標権を持っていなくても、他人の禁止権が掛からない限りでは、商標を使用するのは自由です

ですので、商標を取れるかどうかは、商標が使えるかどうかとはまた別の話になります。逆に言うと、商標というのは本来使われることに意味があるものなので、いざとなれば商標権を取れなくても使ってしまえばいいわけです。使ってしまえば、保護は蓄積されていきます。

他方、今もう 1 つ DCC 事件で問題になっているのは、現に使用しているダイワが DCC の商標の使用をやめなくてはいけないのかどうかという場面ですので、今まで蓄積してきた信用を無にするのかどうかとい

うことが、問われています。ダイワの方が、また新しい商標を選定して、信用の蓄積を一からやり直すことになるのかどうかということです。

どう考えるかということですが、ダイワは確かに中国地方一円とは言いませんが、広島県下では 30%のシェアを持っているので、それなりに有名だと言うことができます。少なくとも広島県、あるいは広島市一円では、十分知られている表示だと言うことができそうです。

せっかく DCC が蓄積した信用があり、あるいは消費者からすると、DCC を見ればダイワコーヒーだと今まで識別していたわけです。それが、今ここでやめるということになり、さらに上島が入ってきたということになると、今まで DCC を見ればダイワだと思っていたのに、上島もあるらしい、どちらなのだということになるわけです。

そうだとすると、DCC が今まで蓄積してきた信用は、ダイワの財産でもありますが、もちろん需要者にとっても、意味があることだったわけです。

他方、この先使用の抗弁というのは、ダイワが継続的に使用するというのを認めるだけですので、上島が DCC を使ってはいけないということにはなりません。最初に言いましたように、この先使用の抗弁というのは継続的使用権ですので、他人を排除するようなたぐいのものではありません。したがって、先使用の抗弁が認められると、ダイワも、上島も使えるということになります。

4 条 1 項 10 号は適用されない、すなわち、需要者の間に広く認識されているとは言えないというダイワの DCC ですが、先使用の抗弁の場面では、需要者の間に広く認識されていると解釈して構わないというのが、ここでの結論になります。ですから、「需要者の間に広く認識されている」という文言については、4 条 1 項 10 号の方が、32 条 1 項より広いということになります。

まとめますと、DCC の立場からみると、他人の商標登録を妨げるためにはかなりの広さの認識を要求されるが、自分が今まで継続して使用しており、かつ今後も継続して使用していくためには、すなわち他人の商標権の侵害にはならないというためには、1 県単位あるいは 1 市場単位、広島市くらいであれば 1 市程度の認識で足りることになります。

4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項が同じ広さであり、4 条 1 項 10 号と同じ程度に知られていなければ継続的使用ができないということになれば、この争いは決定的な争いになります。上島の登録が認められるということは、すなわちダイワはもう使えなくなるということを意味しますので、食うか食われるかの争いになるわけです。

仮に 32 条 1 項の周知性と 4 条 1 項 10 号の周知生が同じ範囲だということになると、上島が 4 条 1 項 10 号をクリアすることは、ダイワが 32 条 1 項の抗弁を出せないということを意味していますので、32 条 1 項の存在価値は、過誤登録の救済規定、すなわち 4 条 1 項 10 号の周知性の判断を特許庁、あるいは裁判所が誤った場合の救済規定にすぎないということになりますが、そうではないということです。4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項は、両方とも両立する場合があるということです。4 条 1 項 10 号の「需要者の間に広く認識されている」というには足りないけれども、32 条 1 項の「広く認識されている」というには足りていることがあるということです。

4 条 1 項 10 号が問題になる場面と、32 条が問題になる場面というのを分けて理解することが大切です。4 条 1 項 10 号は、商標が登録できるかどうかという場面です。出願する方からしてみれば、それなりに広い範囲で知られているものだけを 4 条 1 項 10 号の対象にしてくれないと、調査が大変です。全国統一ブランドでブランド展開をしていこうという場合に、狭い範囲でも 4 条 1 項 10 号に該当すると言われてしまう

と、逐一日本中の商標を調査し、知られている商標以外のものを探さなければいけないのです。

なお、調査が失敗し、仮に 4 条 1 項 10 号に該当してしまったとしても、自らの使用ができなくなるわけではありません。全国統一ブランドで排他的に使用ができなくなるというだけで、排他的でない状態での競争的な使用はできることになります。それが 4 条 1 項 10 号の場面です。

他方、32 条 1 項の場面は、継続的使用が認められるかどうかという場面ですので、これが認められないとすると、今まで蓄積してきた信用を捨て、新しい商標を選んで、また一からやり直ししなければいけませんので、非常に厳しいことを突き付けられています。

そのときに、かなり広い範囲の周知性を要求してしまうと、使用をやめるという業者が増えることになります。過度の広さを要求すると、それだけ今まで蓄積した信用を捨てさせる場面が増えるということです。

繰り返し言ってきているように、信用の蓄積というのは、業者の方だけではなくて需要者の方にも意味がありますので、惜しいです。ゆえに、32 条 1 項の継続的使用の場面では、非常に狭くても 1 市程度であればいいという解釈がよろしいのではないかというのが、ここでの結論になっています。

さらに、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号との関係については、32 条 1 項はおおよそ 2 条 1 項 1 号と同じぐらいだろうと言われています。周知性の関係は、4 条 1 項 10 号が広いのに対し、32 条と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号は同じくらいで、かなり狭いということになります。物にもよりますが、1 市程度、あるいは半径 1 キロ 2 キロでよいでしょう。たとえばラーメン屋であれば、ラーメンを食べに行こうという程度の半径の範囲で広く認識されていれば足りるということになります。これの違いは効果によるもので、場面の違いにより、分けて考える必要があるということになります。

ここまでダイワと上島の DCC の争いをまとめます。1 回戦は、上島が商標登録を狙ったところ、ダイワの方は 4 条 1 項 10 号を出してきましたが、上島の商標登録が認めらました。

もう 1 つの DCC 事件というのが、第 2 回戦でありました。上島は商標登録を取ったので、商標権の禁止権に基づき侵害を主張したところ、ダイワの方は 32 条 1 項の先使用の抗弁を主張しました。これが第 2 回戦です。

1 回戦、2 回戦と言うからには、決勝戦があるわけです。3 回戦目は何があり得るかといいますと、ダイワの方はやられっ放しではつまらない。何かやり返してやりたい。そこに不正競争防止法 2 条 1 項 1 号があるじゃないかというので、2 条 1 項の請求権を出そうということが考えられます。

つまり、ダイワは広島県下でしか周知を認められていないので、上島が東京や九州でやっている部分は手が出せないのですが、上島がこのダイワの本丸である広島に入ってきたらどうするかというのが問題になるわけです。広島に入ってきた場合に、ダイワの方としては、2 条 1 項 1 号がありますので、復讐戦を挑めないかというのがここでの問題設定になります。

取りあえず 32 条の抗弁を認められましたので、少なくとも広島県下で周知であるということは間違いありません。

仮にここで、このダイワ側の 2 条 1 項 1 号の請求が認められるとどうなるかといいますと、上島がせっかく取った登録商標 DCC を広島以外でしか使用できないということになります。商標というのは基本的には全国統一ブランドですので、広島県では使えないが、ほかでは全部使えるということになります。

ここで問われていることは、これをいいと考えるかどうかです。DCC が広島にしかいなければ、広島では使えないが、ほかでは使えるということになります。でも、そうとは限りません。例えば広島のダイワコーヒーとは関係ないけれども、北海道あたりにも別の DCC がいるとすると、ここは使えないということになります。

別のところにも、第 3、第 4 の DCC がいるかもしれません。

このように考えていくと、虫食い状態になるわけです。登録商標権は全国統一ブランドを展開できる権利だと言われながらも、商標法とは別の不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の請求が成立するということになると、その範囲は使えないということですので、虫食い状態が生じます。これをいいと考えるかどうかの問題です。

実は現行法ではよく分からないところがあります。どうしてかといいますと、1992 年までの旧法である、昔の不正競争防止法（旧不競法）では、旧不正競争防止法 6 条の抗弁というのがありまして、商標権の行使に該当する行為は不正競争とはしない、という条文があったのです。ですから、昔の不正競争防止法では虫食い状態は生じなかったのです。

つまり、ここで考えている DCC の使用というのは、商標権の行使です。商標権の行使は不正競争行為とはしないということなので、要するに昔は、現行法 2 条 1 項 1 号（旧法 1 条 1 項 1 号）の請求は成り立たないという明確な規定があったのです。

ですので、旧法でしたら、残念ながらこのダイワの復讐戦は負けというのが明らかだったのです。ところが、新しい法律ができたときに、旧 6 条の抗弁は削除されました。その削除の意味をどう考えるかということです。議論している人は少ないですが、田村先生の『知的財産法』では、旧 6 条の抗弁はまだ残っているとしています。もちろん旧 6 条はもうなくなってしまったので、登録商標使用の抗弁と書いてあります。教材にもそう書いてあると思います。

これはどうしてかというと、理由としては 2 つあります。1 つは、この虫食い状態はおかしいだろうというものです。不正競争防止法とは別に商標法を立てた理由が、全国統一ブランドで展開したいという人の利益を保護するためだということであれば、この虫食い状態は、結果的には、全国の商標権を取ったにもかかわらず全国統一展開ができていないということですので、これはおかしいことであり、商標を取るインセンティヴが減退するということになります。

そもそも全国統一ブランドで展開できないというために、4 条 1 項 10 号の程度にほかの人の表示が知られていればならないということであれば、それより狭い範囲で知られている場合は、全国統一ブランド展開をできると考えるべきだというのが 1 つあります。

もう 1 つの理由は、32 条の 2 項の存在です。32 条 1 項が先使用の抗弁ですが、32 条 2 項は、商標権者は先使用者に混同防止表示を付すことを請求することができる、とする混同防止表示請求の条文です。ゆえに、32 条の先使用の抗弁が立って、継続的に使用できるとしても、継続的に使用する方、ここで言うとダイワの方は、私は上島が使っている DCC とは違うものです、同じものではありません、という表示を付さなければいけないという条文があるのです。

この条文の意味は何かというと、この広島県では上島の DCC とダイワの DCC が両方使われることを前提としているのではないかということです。つまり、32 条の抗弁を持っている人は、すなわち 2 条 1 項 1 号の請求を出せて、登録商標権者の使用を妨げることができるというのであれば、この虫食い状態になるわけです。

虫食い状態というのは、お互いの領域が重ならないということを意味しています。でも、重ならなければ、混同防止表示を付する必要はないのです。混同防止表示を付する理由は、領域が重なり、出所が異なる 2 つの表示が並立するから混同するのです。

32 条 2 項に、混同防止表示を付しなさいと書いてあるということは、すなわち、付さなければ混同が生じ

るはずだということを前提にしています。そうだとすると、付さなければいけない場合というのは、出所が違う 2 つの表示がある場合ですよね。ということは、32 条 2 項というのは、虫食い状態はあり得ない、すなわち、広島県では 2 つの DCC が並存することになるということを前提としていると読むわけです。

ですから結論としては、32 条の抗弁を有することにより、ダイワが継続的に使用することができるからといって、不正競争防止法 2 条 1 項 1 号に基づき上島の登録商標の使用を排斥できるかというと、それは上島側に登録商標使用の抗弁、すなわち登録商標を使っている限りは不正競争防止法には掛からないという抗弁を出され、その結果、上島の使用を妨げることはできないということになります。

この 3 回戦目は仮想事例です。実際にダイワの事件があったわけではありません。最終的には、上島珈琲は全国でDCCを使用することができます。ダイワは、広島県でDCCを使用することができます。広島県下では、上島の DCC とダイワの DCC が並存することになります。

付言すると、ではダイワが広島県外に拡大できるかというと、それはできません。ダイワの先使用が認められたのは、あくまで広島県です。先使用の抗弁というのは、継続使用を認めてもらう権利ですので、領域を広げることは原則としてできません。今行っていることを継続するだけです。ですから、ダイワが外へ広がろうとする場合は、上島に商標権侵害と言われてしまうというのが、ダイワと上島の争いの最終的な結論になります。

教材 43 ページでは、銀星（シルバースターズ）という例を用いて、商標権者ではない方の目線からまとめをしております。北大のすぐ近くに銀星という名前の大衆食堂があり、1.1 キロ四方範囲で周知だった場合を考えてみましょう。

仮に全国的にチェーン展開をする東京のシルバースターズというレストランが北海道に進出しようとしたときに、札幌駅周辺で支店を構えることもできなくてよいでしょうか。これを肯定すると、全国的に統一商標で営業を営むために、ごくささいな地域に関しても出所表示があるかないかということを調査しなくてはいけません。全国統一されたブランド展開が難しくなるということになりますので、全国的に統一ブランドで営業を展開しようとする意欲の減退、さらには虫食い穴状態を招来するので、商標権を取得したとすれば店舗を出せることにしようということが、教材に書いてあります。

北大付近 1 キロ四方ということは、札幌駅周辺ももちろん入りますので、商標権を取っていなければそこでは営業をできないことになりますが、商標権を取れば営業することができることになります。

東京の方のシルバースターズというチェーンレストランからしてみれば、北大のすぐ近くで、しかも 1 キロ四方くらいしか周知でない大衆食堂があるということを突き止めるのは、ほぼ不可能です。そのようなお店は仙台や青森にもいくらでもありそうです。小さいお店の名前をすべて回避しながら統一ブランドを選ばなくてはなりません。

しかし、本当にそのようなことを要求してしまうと、全国で統一ブランドの展開などということは無理だということになってしまいます。それでは信用蓄積のインセンティヴに欠けることになりますので、商標権さえ取ってしまえば不正競争防止法の請求には掛からない、つまり、商標権さえ取ってしまえば、全国統一ブランドで原則として展開できるように商標権を機能させるべきだということが、ここに書いてあることです。

4 条 1 項 10 号程度に知られている表示があれば、その表示については商標を取れませんが、逆に言えば、取れてしまえば、そのあとは使えるようにしようということです。取れない場合は使えないということですので、取れない場合というのを 4 条 1 項 10 号程度に広く設定しておけば、すなわち、数県単位、あるいは東京であれば東京 1 つくらいでいいと思いますが、その程度の範囲で有名であれば、統一ブランドを

選ぶときに調べる方も分かるだろうということになります。

46 ページにいきます。裁判例では、最近の裁判例があって、抽象論として登録商標使用の抗弁を認める裁判例が存在しています。まだ下級審で 1 つあっただけですが、この旧 6 条の抗弁というのは、現在でも残っていそうだと言うことができます。

旧 6 条の抗弁はもう存在しないと言う人もいます。私も昔、ある人の講演に行って、質問したのですが、その弁護士さんは、もう存在しないと明確に答えていました。全国で虫食い状態が生じるということについても、仕方がないと答えていましたので、学説上は争いがあるといえます。

以上が、4 条 1 項 10 号と 32 条 1 項と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号の関係になります。

次に、教材 44 ページの 2)と 3)のお話をいたします。26 条のお話になります。

26 条も抗弁です。26 条の柱書きのところには、商標権の効力は次に掲げる商標には及ばないと書いてありますので、26 条に該当する対応で商標を使っている場合は非侵害ということになります。

まず、1 号に書いてあるのが、自己の氏名、肖像、雅号、芸名、等です。これらを普通に用いられる方法で表示する場合は、商標権侵害には問われないということです。4 条 1 項 8 号で、他人の肖像とか氏名に該当する商標は商標権を取れないという条文がありました。それとよく似ている条文です。趣旨もそれほど変わりません。

他人の氏名や肖像については、商標権を取ることもできないし、それを使っている分には非侵害であり、商標権侵害を問われることはないということになります。趣旨はどれも同じです。例えば、会社名に関しては製造元を指し示すことが明らかであれば、出所表示機能を害することはないだろうということになります。

普通に用いられる方法である必要があるので、特徴のある字体や、大書きした場合は、本項には該当しないということになります。山形屋の事件は、該当しないとされた例です（東京地判昭和 57.6.16 無体集 14 巻 2 号 418 頁［山形屋海苔店］）。草書といいますか、筆で書いたような書体だったため、普通に用いられる方法ではないから本項には該当しない、とされたようです。

26 条 1 項 1 号と 4 条 1 項 8 号の関係が問題となりえます。そもそも 4 条 1 項 8 号で商標権を取れないとしているのであれば、もともとこのような商標権というのはあり得ないので、26 条の 1 号に該当する場合はないのではないか、あるとすれば、4 条 1 項 8 号違反を特許庁が見逃していたために審査のミスで過誤登録された例だとも考え得るのです。

26 条については、過誤登録の救済規定であると言う人もいます。もちろんそのような機能があります。26 条の 2 項や 3 号は普通名称、4 号は慣用商標で、5 号は普通形状です。そもそも普通名称や自己の氏名というのは、商標登録されないと今までお話をしてきましたので、商標権の効力が及ばない範囲としてわざわざ規定する必要はなく、もしあるとすれば、過誤登録の救済規定だと考えることができます。

誤って他人の氏名について商標登録がされてしまったという場合に、その他人が自分の氏名が使えないのはかわいそうだからという趣旨で説明する教科書がありますが、それは間違ってはいなません。間違ってはいないけれども、それだけではありません。

例えば 4 条 1 項 8 号は、他人であるので、自分の氏名を登録することはできるわけです。巨人軍終身名誉監督の長嶋茂雄氏が長嶋茂雄という商標登録をすることはできますし、実際にしています。

ですが、同姓同名の長嶋茂雄さんは困ります。同姓同名の長嶋茂雄さんがこれを使えないとすると、人格権を行使することができません。自分の名前を名乗ると、終身名誉監督から、商標権侵害を問われるこ

とに問題はないでしょうか。

ですから、26 条 1 項 1 号というのは、例えば同姓同名の場合や、あるいは架空の氏名であっても、例えば、出願したときに高知東急は架空の氏名で、同姓同名の人はどこにもいなかったのですが、後から生まれて高知東急という名前を本名として付けるかもしれませんので、そのような場合は困りますね。

これらは 4 条 1 項 8 号に該当しないけれども、26 号 1 項 1 号に該当する場合としてあり得ます。2 号、3 号、4 号についても同じです。ですから、これは過誤登録の救済規定ではあるのだけれども、それだけではありません。

26 条 1 項 1 号の会社の名前の方については、4 条 1 項 8 号でお話ししたことと同じです。ソニー株式会社について、ソニーを名称と解するのか、略称と解するのかの問題です。

普通に考えれば、これも名称だと考えそうですが、4 条 1 項 8 号のところでお話しした通り、これは略称と考えて著名性を要求するという点は、26 条 1 項 1 号の場合も 4 条 1 項 8 号と同じです。

つまり、株式会社の登記というのは形式的審査で、実質的な審査はありません。簡単に言えば、誰でも自由に登録することができます。同じ住所で同じ名前でなければ、誰でも紙 1 枚で登録をすることができます。

ですから、ソニー株式会社のうちのソニーの部分を名称だと言ってしまうと、著名性が必要ありませんので、26 条 1 項 1 号の規定が悪用されるわけです。つまり、例えば、DCC という登録商標がされているが、DCC を使いたいと考えたときに、では、DCC 株式会社で登記しようとすると、登記はほとんど審査がスルーなので、登記されてしまいます。

ここにおいて、26 条 1 項 1 号について、これを名称だと解釈すると、DCC は会社の名称であり、登記簿にも示されているとすると、会社の名称として DCC を普通に使っている分には非侵害ということになり、商標登録、商標権侵害が簡単にすり抜けられてしまいます。

ですので、4 条 1 項 8 号と同じように、DCC あるいはソニーというのは略称だと考えて、基本的にはフルネームで書いてくださいということになります。略称の場合は著名でなければならないということです。

その他についても同じです。2 号から 4 号は、普通名や慣用表示、あるいは産地ですので、例えば、北海道、品質、おいしい、原材料、牛乳といったようなものを普通に使う分には非侵害ですということが書いてあります。これも普通名称ですので、本来は登録されないものですが、誤って登録された場合の過誤登録の救済規定にプラスしてほかの機能もあります。

教材の例では、みつ豆を指定商品とする「ネリキリン」が登録された場合をあげています。みつ豆について「ネリキリン」は普通名称ではありませんから、普通名称は登録しないという規定に引っ掛かからず、過誤登録ではないということになります。

練り切りは、京都で有名なお菓子らしいです。和菓子の練り切りに「練り切り」と使用することは許されるということです。

普通名称というのは、実は、類似の範囲は調査しません。登録商標に類似する商標は調査しますが、登録商標が類似している商標が普通名称かどうかというのは、審査しないのです。ですから、みつ豆を指定商品とする「ネリキリン」という商標が出願された場合に、練り切りというお菓子があって、「ネリキリン」の類似の範囲に練り切りが引っ掛かるから登録しないという判断はしません。

ゆえに、登録商標の類似の範囲にほかの商品名の普通名称が引っ掛かってしまうということもあり得ます。その場合は、普通名称が使えないとすると取引ができなくなりますので、非侵害にしてよいというのが、

26 条 1 項の 2 号から 4 号、あるいは 5 号まで含めての条文の機能になります。

他の例として、もう少し分かりやすいのは、後発的に普通名称になった場合です。ヘッドホンステレオについて、「ウォークマン」は普通名称ではないと現在では言われていますし、事実そうです。ですから、ヘッドホンステレオを指定商品とする「ウォークマン」という商標出願は、現在では登録されます。もちろん、ソニーが使っているので、ソニーでなければなりませんが

ですが後の事情により、ソニーが普通名称化の防止を怠り、ヘッドホンステレオについてウォークマンという名称が後に普通名称になってしまった場合、さかのぼって無効にする規定が、実は商標法にはありません。ですので、商標権の範囲を制限する形で普通名称の使用を確保しているという条文になります。26 条は難しい条文ですね。

教材 45 ページは「創作法制との調整」ということで、商標権侵害において創作法と調整する場面があるというお話です。創作法とは、知的財産法の中でも、創作したことに対して権利を与えられるたぐいの法律です。具体的には、特許、著作権、意匠が、いわゆる創作法制と言われているものです。

これに対置する言葉としては、標識法という言い方があります。これは商標法と不正競争防止法の 2 条 1 項 1 号や 2 号を指します。標識とは、表示の意味です。標識に蓄積される信用を保護するという意味で、創作法に対し、標識法と言います。ですから、標識法である商標と、創作法である特許、著作権が重複する場面があります。そのお話です。1 つ目が、まず著作権法との調整ということで、「著作物の題号・著作者名の表示」とレジュメに書いてあります。

つまり著作物である本の名前や作者名を商標登録できるのか、あるいは商標権行使ができるのかというお話です。

夏目漱石事件という事件があります。この事件は漱石自身ではなくて、遺族が、「夏目漱石小説集」を商標として出願したという事例です。この出願は拒絶されています。商標登録できないということです。

次の事例は、POS 実践マニュアルです（東京地判昭和 63.9.16 無体集 20 巻 3 号 444 頁）。POS というのは、コンビニ等にあるオペレーションシステムです。バーコードでピッとすると、バーコードに蓄積されている情報、例えばこの商品は何年何月に作られて、どこから出荷されて、どこのコンビニに導入されて、何時ごろどのような人に売られたのかというような情報を一括してコンピューター管理し、それをさらに仕入れや利益生産などに反映するというものです。売れ筋のマーケティングリサーチに利用する一連のシステムです。この POS を導入したことで、マーケティングは劇的に改善され、これなくしてはコンビニという商売ができないというぐらいのものであるとのことです。

この『POS 実践マニュアル』という本を出していたところ、なぜか指定商品を印刷物、すなわち本とする「POS」という商標がどこかにあったようです。これに対して POS の方が、『POS 実践マニュアル』に対して商標権を行使したのですが、それは侵害には該当しないという判決が出ております。

夏目漱石事件で、夏目漱石の遺族が何を狙っているかを考えましょう。著作権というのは存続期間があります。著作者が死んでから 50 年です。ですから、漱石が死んでから 50 年過ぎると、著作権は消滅してしまいます。

ですから、夏目漱石の小説をコピーすることは誰でもできるということになります。例えば、岩波書店が漱石と仲良くしていて、漱石は岩波から本を出すことにしていたところ、50 年過ぎればほかの出版社、例えば小学館などは漱石の小説をそのままコピーして、そのまま出版することができるのです。すると競争になり、漱石の遺族に著作権料が入らなくなるわけです。それを防止しようと思って、商標を出願したわけです。

商標は、使っている限りは永久権です。更新制度があるのですが、更新を怠らない限りは永久権です。そうすると、夏目漱石 3 代の孫、5 代の孫というように、延々と権利行使ができることになります。

でも、それは何かおかしいですね。著作物に関しては、著作者が死んでから 50 年で権利が消滅すると決めたのは、意味があることです。50 年を過ぎたらパブリック・ドメインにしようという積極的な意味があります。ですから、商標制度を使ってその趣旨をすり抜けするというのは、脱法行為といいますか、法の趣旨に反することなので、保護する必要はないということになります。

特に POS の方ですが、出願の場面では、このような商標権の題号を商標登録するとしましても、その書籍の題号というのは、そもそも出所を識別するものではないですね。例えば、夏目漱石の本に「『坊ちゃ

ん』夏目漱石」と書いてありますが、よく考えると、夏目漱石というのは出所ではないですよね。あくまで本ですから、本の出所を考えるべきです。本の出所を考えると、それは印刷業者か出版社になるわけです。夏目漱石が自分でガリ版か何かで印刷して閉じて、本を出したのではないですね。本の内容である無体物を作ったのは漱石ですが、有体物としての本を作ったのは出版社や印刷所です。出所は、本当はそちらになるはずです。

ですから、レジュメには、書籍の題号を商標として出願したとしても、出所を識別するものではないから商標に該当せず、3 条 1 項 1 号の柱書き違反と解すべきと書いてあります。それでも構いませんし、特許庁では 3 条 1 項 3 号の品質を表示するものとして、拒絶をする実務になっているようです。

3 号ですと本当はいろいろ細かい問題があるので、私は商標ではないとして拒絶をした方がいいと思うのですが、いずれにしろ拒絶をするべきといえます。

さらに、侵害の場面については、「夏目漱石」と書いてあっても、一休さんの事件のテレビまんがと同じように、それは出所を表示するものではないとなります。書いたのは夏目漱石ですが、「夏目漱石」を見て出所だと思う人はいないわけです。そのようなことで商標として機能しておりませんので、それは侵害にはならないと解すべきだということです。

今考えている出所というのは、あくまで書籍の出所です。書籍の出所とは、本を作った人ということであり、本の内容を書いた人ではありません。

ですが、雑誌や百科辞典の題号は、出版社を表示する場合があります。すでにみた『日経ギフト』です。『日経ギフト』と書いてあれば、日本経済新聞が作っている雑誌だということを識別していると思います。ですので、出所を識別する場合があり、そのような場合は登録可能です。

実務的には、定期発行物については登録を認めるというのが特許庁の実務のようです。月刊誌や週刊誌、また、新聞の題号なども登録可能なようです。この辺の線引きは難しいと言えば難しいですが、一応そのような基準になっています。

そのほかの著作物については、音楽の CD のタイトルは書籍と同じ扱いです。音楽の CD についても、著作物の問題です。他には、ゲームのタイトル、例えば、たまごっちやファイナルファンタジー、スクウェアなどは商標として機能していると言われています。何が異なるかというと、内容との結び付きが比較的弱い場合、商標として機能するというのが、傾向です。

「たまごっち」といったときに、たまごっちが流行した後の皆さんにとってみれば、たまごっち育てゲームだなと分かると思いますが、出たときは、たまごっちとは何でしょうということになるわけです。むしろ商標というのは、最初に聞いたときに何であるかわからない方が識別力は強いわけです。すなわち、商標として機能しやすいということになります。

ファイナルファンタジーやドラゴンクエストも、今は分かりますが、初めて出たときはこの題号だけではどのようなゲームか分からないですね。その方がかえって商標として機能するわけです。

ですから、レジュメに書いてある「三国志」や「信長」は、むしろゲームの内容を説明している商標と言われて、3 条 1 項 3 号などで登録阻却、あるいは 26 条で権利が制限されやすいということになります。すなわち、内容を直接示しているような表示ですと、比較的、登録を阻却されたり、権利行使が制限されやすくなります。

次に、「著作物の登録」の問題ですが、これは、著作物を商標として出願できるのかどうかということです。つまり、自分の著作物であれば問題ないですが、他人の著作物を勝手に商標登録できるのかどうか

がここでの問題設定です。

基本的に、これは禁止をする条文はありません。他人の著作物、キャラクター、ドーレくん、あるいはキャッチコピー、最近ですと R35 で「もう一度妻を口説こう」といったようなものも、登録は可能です。

これはどうしてかというと、他人の著作物であっても、許諾を取っていれば、登録しても構わないわけです。しかし、審査の段階で、その当該他人から、キャラクターやキャッチコピーについてライセンス許諾を受けているかどうかを審査するのはなかなか困難です。特に自分のキャッチコピーであればライセンスは必要ないですから、出願した人のキャッチコピーか、そうでないのかというのを見分けるのも困難といいますか、煩雑です。

ですので、審査の場面、つまり登録の場面では、この点については原則見ないということにして、権利を行使するときに処理をしようというのが、著作権法と商標法の発想になっています。ですから逆を言えば、他人からライセンス許諾を受けていない著作物でも登録できてしまうということになります。

権利行使の場面で調整をする規定がありまして、商標法ですと 29 条になります。商標法の 29 条は非常に読みづらい条文ですが、著作権と抵触するとき、すなわち、自分の商標登録出願の日より前に生じた他人の著作権と抵触するときは、商標権者は商標の使用はできないと定める規定になっています。著作権者から許諾を受ければいいということです。

ですから、著作権の方が先に発生した場合は、商標権者は商標を使用できないことになります。商標を取得することはできるけれども、ライセンスを受けずして使うことはできないということです。

逆に、商標の方が先で、著作権の方が後の場合はどうなのかというと、条文はありません。あるとすれば著作権法にあるはずですが、条文はありません。

レジュメでは著作権者の方は使用を自由とすべきと書いてありますが、これは商標的使用でない場合が多いからです。例えば、キャッチコピーを商標権者の方が考え、「もう一度妻を口説こう」という商標を登録した後に、著作権者がいるということですから、誰かが小説の中にそのようなキャッチコピーを無断で使ったという場合です。

その場合はどうなるかといいますと、そのキャッチコピーは商標的使用ではないと考えられる場合がほとんどです。本の中にそのフレーズが書いてあったとしても、特に指定商品や指定役務である特定の商品、役務に、出所の表示としてそのキャッチコピーが使われているわけではないですよね。

ですから、先に商標があって、それを著作物の中に取り込んで使うという場合は、ほとんど非侵害になります。もちろんそのキャッチコピーを考えて商標登録をしたというプロセスにおいて、そのキャッチコピーに別途著作権が発生することがありますが、それは純粋に著作権の問題になります。

以上が著作権法との調整です。次が特許法、実用新案法、意匠法との調整になります。この問題については、両者は完全に重複しないことが多いと書いてあります。例えば、指定商品をボールペンとする、矢羽型の登録商標と、持ち手を矢羽でかたどった登録意匠がある例を考えてみましょう。

皆さん、ボールペンを想像してください。ボールペンには、胸ポケットや、あるいはノートなどに挿せるように、フックが付いていると思いますが、ここを矢羽型にして、それを立体商標として登録することができます。一方、ボールペンを物品とし、フックのところを矢羽型にするデザインについては、別途、デザインとして意匠登録を受けることができます。

ですがこういった場合に、例えばその矢羽型ボールペンで広告を打ったということを考えますと、たいていは意匠権侵害にはなりません。どうしてかといいますと、意匠権は物品性が要求されますので、広告は

基本的に非侵害になります。したがって、両者は完全に重複しないことが多いということです。

ただ、クリアする場合もありますが、著作権と同じように、登録の場面では調整はいたしません。他人のデザインであっても、商標登録を受けるのに支障はありません。その代わりに、やはり権利行使のところで処理をします。商標法ですと 29 条がありますし、特許、実用新案、意匠にも同じような規定があります。

この問題については先願かどうか、すなわち特許庁に出願書類を提出した時点で決めます。先願の権利範囲内では使うことができないということです。ですから先の例で言えば、意匠登録が先であれば、商標権者の方は使うことができず、当該意匠権者に許諾を受けて使うことになります。

以上が、他の法律の調整のお話です。

Ⅳ 登録主義の補完

次に、教材 46 ページの登録主義の補完制度です。本日は補完制度を 3 つ見ますが、最初の不使用商標取消審判が非常に大事な制度になります。

これは、不使用商標対策、すなわち、ストック商標対策です。登録主義の最大の欠点は、このストック商標です。登録主義なので現実の使用は要件とされず、所定の要件を満たせば商標登録できる結果、使いもしない商標がやたらと登録されます。何か商標を思い付いたら、取りあえず取っておき、その後商品を選定するということになります。

何度も言います通り、商標というのは使用されることに意味があります。使用されない限りは、絶対に信用は蓄積されません。商標法というのは信用を保護する制度ですので、使っていない商標は保護の価値がゼロということになります。

ゼロでしたらそれでもいいのですが、4 条 1 項 11 号でみたように、すでに登録されている商標と同一または類似の商標は登録できません。

ですから、ほかの人が商標を選定する自由を妨げていることになります。現在、日本では 180 万件くらい商標があると申し上げましたが、これから商標を出す人は、それ以外を選ばなければならないのです。この先 300 万件、500 万件とたまっていくと、だんだん選ぶ残りの部分がなくなってくるわけです。使われていないゆえに保護価値がゼロという商標のために、新しい商標を選ぶ人の選定行為が妨げられるということになると、これは放置しておくわけにはいかないということになります。したがって、このストック商標を減らす必要があるのです。

そこで日本の法制が採ったのが、登録の際は登録主義なので使用の有無は問わないけれども、使っていない商標を事後的に抹消しようという方策です。法律の用語で正確に言えば、取消しするというのが、不使用取消し審判です。ほかにも細かい制度はありますが、ストック商標対策はほぼこれに頼っていることになります。使用しているかどうかを出願のときに問わない制度を選んだ以上は、その欠点をカバーするために何らかの手当が必要だということになります。

昔は、現在使われていない商標を出願する場合は、これからの使用計画書を提出するという決まりがあったのですが、使用計画といっても予定は未定ですから、適当なことを書いて提出すれば、簡単に通ったのです。特許庁の方もそんなに厳しく問うたところで、将来どうなるかなんて分からないですね。お互いむなしい作業をしているということで、国際条約の関係もありますが、現在では、使用計画書の提出制度のようなのはなくなりました。そのため、現在ではこの不使用取消し審判の役割というのは、一段と大きくなっていると言うことができます。

不使用取消審判の説明に入っていきます。これは 50 条に書いてある制度です。商標には取消審判はたくさんありますが、まず勘違いをしてほしくないのは、無効審判とは違うということです。無効審判というのは審査の瑕疵を正す制度なので、今までお話ししてきた 3 条や 4 条といった登録のための要件があります。登録のための要件を満たしていない過誤登録の商標というのが、現実にたくさんあります。

過誤登録の商標というのは、そもそも商標登録されるべきでなかったものです。それを正すのが無効審判です。取消審判はそうではありません。取消審判の対象となる商標というのは、すべて登録の要件を満たしているものです。

不使用取消審判の意味というのは、使っていないことをもって商標登録を抹消するという制度です。登録の時点では瑕疵はなかったのだけれども、商標法が本来予定をしている使用をしていないので、保護の価値がありませんから、もうこの商標登録は抹消しましょう、というのが取消し審判です。

日本の商標は 180 万件近くあると申し上げましたが、半分以上がストック商標だと思います。そうすると、90 万件近くストック商標があることになります。注目されるのが、1 年間に提起される取消審判の数ですが、1,600 件弱だそうです。ですから、ストック商標があるからといって、片っ端から取り消しになっているというわけではないのです。

取消審判が実際にどのように使われているかというと、ある商標を誰かが選んで、この商標を登録したいと考えたが、調べてみるとすでに登録されていたというときに、どうしてもその商標を登録したいとすれば、その商標登録を消滅させればいいわけです。その手段として不使用取消審判が使われていると思われます。

ですから、この商標制度の趣旨を貫徹しなければいけないという正義の味方がどこかにいて、商標制度の趣旨の名の下に、使っていない商標を片っ端から取消しをしているというわけではなく、使いたいと思っている当事者に委ねているのです。ですから、予想よりもずっと少なかったのですが、年間 1,600 件程度ということになっております。

審判制度ですので、誰かが提起をしなければいけないのです。特許庁が、使用しているかというチェックを例えば1年間に1回行い、使っていない商標を審判に掛けるという制度ではないのです。誰かが審判を提起することを待って、この制度を動かすことになります。

ストック商標のデメリットと制度運用のコストをはかりに掛けて、このような制度にしたのです。制度的には、特許庁などがチェックをして、定期的に審判を提起することも考えられますが、ストック商標のマイナスよりも運用コストの方が高いので、そのような制度は採らなかったということになります。

制度としては、3 年間使っていない場合は取消審判を提起できるとなっています。3 年間ブランクがあってはいけないということになります。逆に言うと、3 年間は使わなくてもいいことになりますので、厳しく言いますと、登録を受けてから3年間、使うかどうかの選択の時間が与えられているということになるでしょうか。

まずこの審判制度の請求人適格ですが、これは何人も請求することができるということが 50 条 1 項に書いてあります。何人も取り消すことについて審判を請求することができるので、誰でも、つまり皆さんでも、この取消し審判を提起することが可能です。

実は昔は、「何人も」、という文言がなく、請求人適格について決まりがなかったので、一般の民事訴訟と同じように、利益なければ訴権なしが適用され、利害関係を要する、すなわち、具体的に言えば競業者でなければならないと解釈されていましたが、最初に説明したように、ストック商標というのは決して当事者だけの問題ではありません。商標選定の自由を広く妨げているということで、公益的な側面がありますの

で、改正されて、何人も、という文言が入りました。現在では、特に訴えの利益を問われることはない制度になっています。1 回 5 万 5,000 円かかりますので、誰でもできるというわけにはいきませんが。

問題は、3 年間使用していないかどうかです。この 3 年間をどうカウントするかということです。これは 50 条の 2 項に規定されています。

商標権者は、審判請求の予告登録前 3 年以内に、自らもしくは専用使用権者か通常使用権者、すなわちライセンシーが、審判請求に係る指定商品、役務のいずれかについて登録商標をしている必要があるということになります。

審判請求は、特許庁に対して書類を提出しますが、特許庁に対して審判請求書を提出すると、特許庁は、審判請求がありましたという予告登録というのをします。これから審判が始まりますよという意味の予告です。

これは特許庁の手続きで、特許庁の事務がやってくれます。この予告登録は、商標権者に通知されます。

3 年間というのは審判請求があった後の予告登録から前の 3 年間であり、この期間で使っていないと、取消されることになります。

つまり、審判請求、あるいは審判請求の予告登録がされた後に、商標権者が慌てて使用しても、もう遅いという意味です。

これは当たり前と言えば当たり前です。審判請求されてから使えばいいというのであれば、自主的には使用せず、請求書が来てから適当に使っておけばいいということになります。それでは取り消しの制度として機能しません。

この予告登録から前の 3 年間使っていなかったということは、昔使っていたけれども今はもう使用をやめたために、この 3 年間の間に入っていなかったという場合も、取消されてしまうということです。ここはある意味、法の割り切りがあります。

審判請求ではなく、予告登録からです。審判請求と予告登録の間はどれぐらいかといいますと、決まってはいないのですが、だいたい 1 カ月ぐらいだと言われています。時間的にはそれほど長くはありません。まず、予告登録から 3 年間というのを理解していただきたいです。

50 条 2 項のただし書きに、不使用について正当な理由がある場合にはこの限りではないということが書いてあります。このただし書きが機能したことはあまりなく、おそらく商標権者側の都合でこのただし書きに該当するというわけにはいかないでしょう。

47 ページに参ります。このような制度を作ったところで、必ずすり抜けの問題が出てきます。それが駆込使用と形式的使用の問題になります。

この点についてはヴィトンという事件が実際にありました（東京高判平成 5.11.30 知裁集 25 巻 3 号 601 頁［VUITTON］）。Y、すなわち商標権を持っていた人が、ルイ・ヴィトンです。ほかの X が取消審判を掛けたという状況です。ルイ・ヴィトンの商標は、例の LV マークなので、皆さん分かると思いますが、どのような使用対応だったかといいますと、教科書の 155 ページにその広告が掲載されています。商標権を持っている人は、もちろん天下のルイ・ヴィトンですので、侵害的な使用ではありません。

どのような事件だったかといいますと、取消審判を請求した X は、以前に化粧品を指定商品として、英語で「VITON HI」を出願していました。ところが、ルイ・ヴィトンが、せっけんやせっけんに類する商品を指定商品として、「VUITTON」という商標を持っていたので、X が、これは登録できないと言われたのです。

適用条文は、すでに登録されている商標と似た範囲では商標登録できないという 4 条 1 項 11 号でした。結果、X は化粧品についてヴィトンハイという商標登録をしたかったのですが、残念ながら拒絶されてしまい、商標を取れませんでした。

そこで、このルイ・ヴィトンのせっけんについて取消審判を掛けることとしました。これはせっけんを問題としています。ハンドバッグなどについては、もちろんルイ・ヴィトンが使っておりますので、取消し審判を掛けてもむだです。でもせっけんについては使っていなかったようなので、取消しで権利がなくなると、自分の商標を取れると思って取消審判を掛けたわけです。

ただその前に、これもよくあることですが、X がルイ・ヴィトンのところに直談判で行ったのです。どうしてかというと、商標権というのは譲渡が可能です。もしルイ・ヴィトンがせっけん類について使っていないのであれば、X さんはお金を出せば売ってくれるのではないかと思い、直談判に行ったのです。

もし本当に売ってくれるのであれば、それに越したことはないわけです。逐一取消し審判などという面倒な手続きをせずに――取消し審判をするにしてもお金がかかるわけですから――、ルイ・ヴィトンにお金を払って、移転登録をすればいいわけです。商標権の売買です。商標権の売買は、案外気楽に行われているようです。

X としては、交渉のカードとして、売ってくれないのであれば、ルイ・ヴィトンさんは使っていないのだから、不使用取消審判であなたの商標権に取り消しを掛けますよ、と言ったのです。これは別に卑劣な手段ではなく、実際ルイ・ヴィトンは使ってないのですから、事前交渉なしでいきなり使用取消し審判を申し立てられても文句は言えないわけです。

お互いメリットはあります。X の方は面倒な手続きをせずに譲ってもらえるし、ルイ・ヴィトンの方としては、はした金かもしれませんが、いくらかお金をもらえるわけです。不使用取消で取消されてしまったら、お金はもらえません。しかし、残念ながら交渉は決裂しました。その結果 X は、予告通り審判を請求しました。時系列では、審判請求が 1990 年 7 月 5 日で、予告登録は 8 月 17 日でした。その前に交渉したわけです。これが 6 月 6 日です。

この事件はこのような過程をたどりました。ですから、ルイ・ヴィトンとしては、8 月 17 日より遅れて使用したとしても、これは取消されてしまうことになります。しかし、そうはなりませんでした。それは、ルイ・ヴィトンの方が、7 月 16 日、すなわち、この審判請求と予告登録の間に使用したんです。それが教科書 155 ページの絵の広告です。これは、日本工業新聞という業界新聞の一角に張られただけです。

どうして Y、ルイ・ヴィトンが使用できたかといいますと、6 月 6 日の直談判があったからです。この交渉の材料として、のんでくれなければ審判請求をするよと言われ、ルイ・ヴィトンの方はまずいと思ったのですね。急いで使用したわけです。

たまたま、X の方も何らかの期待があったのかもしれません。あるいは交渉を引き延ばされたのかもしれません。審判請求は 7 月 5 日になったのです。Y の方としては、まんまとこの期間の間に、取りあえずこの広告を打つことができたのです。

ですが、実は、155 ページに載っているこの 1 枚の広告がなされただけで、商品が販売されたわけではないのですね。つまり、ルイ・ヴィトンと書いてあるせっけんが販売されたという事実はなかったのです。

これを裁判所はどのように判断したかといいますと、本件広告の内容は、はなはだ漠然としたもので、本件広告は、もっぱら不使用取消を免れるために、名目的に商標を付した広告、頒布されたような概観を与えるためになされたにすぎない、ということで、この 7 月 16 日の使用を使用と認めなかったのです。不使

用取消し審判に言う使用ではないと言いました。

この Y の使用対応には、2 つの観点から問題があったので、このような判決になったのだろうと言われています。1 つがこの駆込使用です。審判請求が空振りに終わることを防ぐということです。Y としては、X が事前交渉に来たことから、次の日に取りあえず広告を打つわけです。広告であれば短時間で用意をして、打つことができます。本当に広告だけでした。

これを認めると、事前に交渉するということができなくなります。本当は、審判請求してから交渉に行けばよかったのですが、先ほども言いましたように、審判請求にもいくらかのお金がかかります。請求しないで交渉がまとまったのであれば、それでいいだろうと考えるのが、むしろ合理的です。

でも、このような駆込使用を認めてしまうと、X としては、審判請求をして予告登録を待ってから Y の交渉に臨む必要に迫られるわけです。Y はそもそも使っていないので、そこまで Y に対して利益を認める必要はありません。ですからこの駆込使用を防止するために、一方的な解決が図られました。それが現在の 50 条 3 項です。

どのような条文になっているかといいますと、審判請求がなされることを知った後に使用を開始した場合には、その使用が審判請求前 3 カ月からその審判請求の登録の日までの間であれば、正当な使用とは言わないとしました。

ここでの Y は、交渉に当たったので、審判請求がされることを知ったということになります。その使用が審判請求の 3 カ月前から予告登録の日までの期間に該当します。この期間の使用は、不使用取消しを免れる使用とは言わないということにしたのです。

もちろん、前々からこの期間に使用する準備をしていたなど、正当な理由がある場合は別です。そのような特別な事情がない限りは、審判請求前 3 カ月から予告登録の日までの使用は、不使用取消し審判を免れるための使用とは言わないとしたのです。

逆に、X の方から考えるとどうすればいいかというと、相手に対して取消審判をすると知らせてから 3 カ月以内に審判を請求すれば、この駆込使用を防ぐことができます。

もう 1 つの問題は、形式的使用の問題です。このルイ・ヴィトンの広告ですが、2 条 3 項 8 号でみましたように、広告は、条文の文言上は商標の使用に該当します。

ただ、この使用の条文である 2 条 3 項は、定義規定ということになっており、商標法のいろいろなところで使われています。例えば、商標の侵害の場面では、形式上使用に該当すれば原則は商標権侵害であり、出所表示を害さない場合や真正品の取引きの場合は、出所表示機能が害されていないので、例外的に、使用であっても非侵害にするという話をしてきたと思います。他方、この不使用取消審判のときにも、使用をしているかどうかということが問題になります。

この不使用取消審判の場面というのは、商標権者が使っているかどうかという場面です。侵害の場面は、商標権者ではない人が使っているかどうかです。この場面は、商標権者が使用しているかどうかという場合の使用です。これを同様に考えていいのかどうかというのが、ここでの問題設定です。このような問題設定をしたときは、たいてい同様に考えてはならないという結論が出てきますが、ここでもそうなっています。

侵害の場面では、商標権者と侵害者が対立している場面ですので、仮に商標権者以外の被疑侵害者が使用したとしますと、需要者に対して出所の混同が生じるおそれがあります。商標権侵害の場合は、出所の混同を実際には侵害成立の要件としては求めないのですが、今までお話ししてきた通り、混同と無関係に止めるというわけではなくて、商標を使用すれば混同するであろうというのが、商標制度の取って

いる前提です。

確かにほとんどの場合は混同します。例外的な場合を、一休さんの事件やパーカーの事件で説明してきましたが、たいていは出所の混同が生じます。ですので、需要者に対して出所の混同を生じさせるという問題があります。

ですが、今考えている事例は、取消審判に掛からないぐらい商標権者が使用しているかということが問われています。不使用取消審判に掛かるかどうかというのは、信用が蓄積されているかどうかということです。信用が蓄積されていない商標は保護する価値がゼロですので、他人の商標選定の自由を妨げるのであれば、それはもう保護する必要はないことになります。ですから、商標権者に対し、信用が蓄積されていない場合は取消すというのが、考えなければいけない問題です。

ルイ・ヴィトンはせっけんについては全く使用していませんでした。1 度この広告を打ちました。これにはせっけんは入っていないですね。「せっけん類、香水、レザークロス、スカーフ、毛布、札入れ、衣装、紙袋、紙くず入れ、宝石箱、肩掛けかばん、洋傘、眼鏡ケース、タバコケース、マッチ、その他多数」。その他多数にせっけんが入っているということでしょうか。これで本当に「せっけん類、その他本類に属する商品」について使用しているのかというと、はなはだ疑問ではありますが、ともかくルイ・ヴィトンの主張としては、「せっけん類、その他本類に属する商品」に使ったと言いたいのでしょう。

けれども、この広告を 1 枚打ったというだけで、せっけん類についてルイ・ヴィトンの信用が蓄積しているかということです。たった 1 度でしょう。しかも、商品を売ったのであればともかく、これはあくまで広告です。いまさらこんなルイ・ヴィトンの広告をされたって、そんなの誰でも知っているという話になるわけです。

これをもって、不使用取消審判に掛けさせない程度に、ルイ・ヴィトンがせっけんについて使用している、すなわち信用を蓄積させてきたと言えるかというと、それはどうも言えそうにもありません。3 年間に 1 度しか広告を出していない。しかも広告です。これでせっけん類について信用を蓄積しているというのは無理でしょう。

ですので、ここでは商標権侵害の場面とは分けて考えるべきだと考えられます。このような形式的使用は、不使用取消審判に言う「使用」には該当しないというのが、まっとうな解釈ではないでしょうか。

形式的使用については、駆込使用のように立法的な手当をされませんでした。ですから、このルイ・ヴィトンの判決が、判例法理として生きていると考えた方がよさそうです。

これは条文の構造にもあります。工業所有権関係の法律は、全てこの 2 条 3 項のように定義をおいたうえで、以降の条文では、この定義を基本的には変えることなく使っています。明解と言えば明解ですが、時々うまくいかないときがあります。特に商標の使用については、侵害の場面と取消審判の場面の両方で、同じ言葉が使われています。たいていはうまくいくのですが、時々うまくいかない事例があります。そのようなときは解釈論や判例法理で少し直してあげる必要があるのです。特許の方でも同じようなことがあります。

特許庁系の学者さんの中には、やはりここには定義規定があるのだから、条文ごとに使用の概念を変えるというのはけしからんと言う人も、いないわけではありません。ですが、むしろ法学部では、概念の相対化という言葉は何度も聞かされている言葉だと思います。同じ言葉であっても、場面によって、少しその範囲を変えたり、趣旨を変えて読み込むということは、皆さんは慣れていらっしゃると思うので、特に違和感はないと思います。

このようなルイ・ヴィトンの広告は、形式的使用であり、不使用取消審判の場面では使用には該当しな

いと考えておくべきでしょう。ですが、これは、商標権者であるルイ・ヴィトンが自らこのような使用をしたから形式的であるというだけであって、仮にルイ・ヴィトンでない人がこのような広告をしたのであれば、例え広告 1 枚でも、それは侵害と考えるべきです。このような 1 枚のちょっとした広告であれば、すべて使用に該当しないから非侵害だというわけではありませんので、そこは気を付けていただきたいところです。

以上のように、このルイ・ヴィトンの事件は、立法的な手当もありましたし、非常に大事な事件でした。

本件の落としどころはどうなっているかというと、確かに形式的使用であり、駆込使用でもありますが、ヴィトンは著名な商標ですので、仮にこの商標登録が取消されたとしても、4 条 1 項 15 号、あるいは場合によっては 19 号により、X の出願は結局登録されなかっただろうと言われています

だからといって、いずれにしても商標登録できないから訴えるべきではなく、ヴィトンの商標登録を残しておくのがよいということにはなりません。

商標制度は、将来商標を使わなければならない制度ですが、著名商標に対する特別な制度として、使用していなくとも、他人の使用あるいは登録を排除できる制度があります。ルイ・ヴィトンとしては本来そちらを使うべきだったということは言えそうです。また、商標登録が取消されたとしても、ルイ・ヴィトンは、不正競争防止法でいずれにせよ X の使用を差止めることができると思います。ただ、そうだからといって商標登録を残しておくべきだということにはなりません。

形式的使用には、その他の例として、日曜夕刊という事件があります（東京高判昭和 52.8.24 無体集 9 巻 2 号 572 頁［日曜夕刊］）。これは、新聞の配達業者の事例です。札幌に小さい業者があり、そのお店の前にはスタンド売りの新聞があったのでしょう。その横に新聞の取次所が、自分たちで取材をした印刷物を置いておいたということです。無料であり、月 3 回程度、毎回 500 部程度だったようです。

その新聞屋が、近所の人に配っていたのかもしれません。日曜夕刊という題号であり、それを商標登録していたようですが、この程度では不使用取消を免れないと言われた例です。

他に武田薬品の例があります（東京高判平成 1.11.7 無体集 21 巻 3 号 832［武田薬品］）。正確には更新の事例ですが、取消審判とほぼ同様に考えられます。商標権者の方が、登録商標を他の商品の宣伝広告、販促用に無償で配布されるノベルティに付していました。薬を買うと折り紙がもらえるというような、いわばおまけだったわけです。このおまけにも、武田薬品の丸と三角の白と赤のマークが付してあったようです。もちろん薬品について使用であることは間違いありませんが、武田薬品の方は、折り紙を指定商品として、白と赤の丸と三角のマークを付けていたようです。

おまけとして配布している折り紙に対して、武田薬品のマークを使用したと言えるのかどうかということが問題となった事例ですが、これは使用に該当しないと言われたようです。

判決の論理でいくと、ノベルティグッズやおまけは商品ではないという理由付けがなされていますが、私は使用に該当しないと考えた方がよいと思います。

取消審決の効果をみてみましょう――審決というのは審判の結論、すなわち判決に相当するものです。この取消審判が確定した場合は、商標登録は取消されることになりますが、昔は確定した後、取消されるという事後法でした。しかし改正がありまして、審判請求の登録の日にさかのぼって登録が消滅されたものと見なされることになったようです。

予告登録の後、判決に相当する審決があり、上訴の手段がなくなったことなどにより確定した場合、どこから取消されるかというと、登録の日にさかのぼって取消されます。

これはどのような意味があるかというと、第三者がどの時期に使用していたかにより、侵害と非侵害、あ

るいは、損害賠償請求ができるかどうかが分かれます。

予告登録の日にさかのぼって消滅されたものと見なされますので、確定するまでは、商標権は有効ですが、確定すると、予告登録の日にさかのぼって消滅します。ですから、取消審判で勝てると確信しているのであれば、予告登録してから X が使用しても、最終的には非侵害と言われるはずです。

ただ、予告登録前の使用は、依然として商標登録は有効ですので、侵害となり、具体的には損害賠償請求を受けることになります。もちろん、別途、無効審判を提起することは可能です。有効な期間が残っている限りは、無効審判の提起ができます。取消審判は、有効な期間が残るという点が異なります。

以上が不使用取消審判のお話になります。

次に、存続期間の更新制度です。商標権というのは、10 年間でいったん切れることになっています。何もしなければ、登録から 10 年で消滅いたします。ですが更新の手続きを取ると、1 回の更新につき 10 年、存続期間を更新することができます。

ですので、この更新を 10 年ごとに行いますと、商標権は永久権になります。これが特許権、実用新案権、意匠権と異なるところです。この 3 つの権利、また著作権もですが、これらには存続期間が決まっています。ですから創作法における権利は、いつかはパブリック・ドメインになります。商標は逆です。商標権者が維持したいと思う限りは、永久に維持することができます。ですから、明治時代、大正時代の商標権がいまだに生きています。大きな会社では、時々、更新を忘れていて権利がなくなってしまうということがあるようですけれども。

このことは、商標の性質によります。商標は、使用している限りはどんどん信用を蓄積していきます。商標権というのは、使用していれば、商標権者にとっての価値が時間がたてばたつほど高くなっていきます。

他方、第三者にとっても、やはり価値が高くなっていきます。需要者は、昔からこのマークで会社を識別し、これからもずっとそうしていくということがあるでしょう。あのマークの製品を買えば間違いないということが、需要者の期待としてあるわけです。ですから、商標は使用されている限り、商標権者にとっても第三者にとっても、価値が高くなっていくものです。

ですが、これからみていきます特許権や著作権は、確かに権利者にとっては価値はどんどん高くなっていきますが、第三者にとってはだんだん邪魔なものになっていきます。つまり、技術は常に進歩していくものですので、もうすでに陳腐な技術、当たり前になった技術でも、まだ特許権が残っているという状況があり得るのです。

ですから、50 年も 100 年もずっと権利が残っているということになると、現在では当たり前になった技術について、なおライセンス料を払わなければいけないことになり、かえって産業の発達を阻害することになります。ゆえに、このような創作法系は、権利の期間を区切り、どこかでパブリック・ドメインにしなければいけません。

では、なぜ商標権の存続期間を永遠にしないのかといいますと、これもやはりストック商標対策です。10 年ごとに登録料を納める必要があり、1 件 16 万 6,000 円です。使っていない商標について 16 万 6,000 円はかなり高いですね。使っている商標にとっては安いと思いますが。

ですから、使っていない商標については、10 年ごとに洗い直しをするということになります。商標が必要であるか、必要でないかということを商標権者に選択させるのです。そのためのハードルが、この更新登録料 16 万 6,000 円です。

このようにしておくと、このお金を払う価値がある商標は、お金を払って更新し、もう使わないというものは、お金がむだだからやめようよということになるわけです。ですからこの更新制度というのは、商標権者に、自主的に使っていない商標を整理させる機能があるのです。

登録料の分納制度という制度がありまして、商標権の最初の存続期間は 10 年ですので、10 年の登録料や更新登録料については一括払いが原則ですが 2 回 5 年ごとの分割でもいいという制度を採っています。これもやはりストック商標対策です。例えば万博や、4 年に 1 度のワールドカップ、オリンピックのキャラクターなどは、一時のものです。キャラクターとして使われる期間は、せいぜい半年、前後のイベントを考えても、2 年くらいです。

そうだとすると、世の中には、10 年も必要ないという商標がある可能性があります。分割制度では、2 回目を支払わないと 5 年で消滅するという制度になっていますので、5 年で商標を捨ててくれるわけです。ですから、この登録料の分納制度も、ストック商標対策であり、商標権者に自主的に使っていない商標を整理させるという機能があります。

Ⅴ　商標権侵害の効果

商標権侵害の効果ということで、本日は侵害が起こってしまった後の話です。どのように処理をするのか、どのように権利者を保護するのかというところです。概観ですが、権利の救済としては大きく 2 つありまして、差止請求と損害賠償請求です。差止請求というのは、現在から将来に対する救済です。損害賠償請求というのは、過去の侵害行為のいわば清算です。

商標権の本質は禁止権ですので、商標権の範囲で、ほかの人が商標を使うことを禁止する権利です。損害賠償請求の場合は過去の救済であり、過去にさかのぼってやめさせることは、タイムマシンを持っていませんのでできません。そこで、お金で解決しましょうということです。

さらに、不当利得返還請求もできると言われています。不当利得について、詳しいことは民法で確認していただきたいのですが、権利の割付が法で決まっている場合に、それを元に戻す機能の条文だと言われます。ですから、商標権侵害では請求できるが、不正競争防止法では、権利の割付が条文に書いていないので、請求できないと言われています。

刑事罰も一応あります。商標権については、小さい違法輸入業者がいるので、刑事罰もかなり使われます。金銭的請求権については、あまり重要ではありませんので、省略いたしましょう。

概略は以上ですが、まず商標権侵害の場合の救済の論点として、未使用商標の保護を考えましょう。未使用商標が侵害された場合はどうなるのかということです。登録主義なので、使用していない商標でも権利を取ることができますが、何度も繰り返しお話ししている通り、登録主義だからといって、信用を保護しないわけではありません。それは権利の保護の仕方の問題ですので、商標はやはり使われることが大切だということは、繰り返しお話ししておきました。

ですから、保護すべき使用が蓄積されていない商標であれば、自分が使用したとしても侵害されるものなど何もないではないか、という言い分もあるかもしれません。ですが、基本的には、未使用であってもそのことを理由として差止請求が棄却されることはありません。不使用の抗弁は、基本的には成り立たないと言われています。

登録主義からするとこれは当然のことです。登録主義は、これから使うかもしれないというような期待を保護していますので、使っていないからといって、直ちに侵害が否定されることにはなりません。基本的には差止請求は肯定されますので、第三者としては、商標権者が使っていない商標であっても、侵害をしてしまう可能性があるということです。

損害賠償請求については、額の方で調整をするということです。基本的には非常に安い損害賠償額になります。38 条 1 項、2 項、3 項は、損害賠償請求に関する損害額の計算の商標法上の特則です。これについては特許法で同じ条文がありますので、説明はそちらに委ねることにいたします。

この不使用の抗弁自体は成り立たないのですが、前回みました不使用取消審判を掛けて、商標権者の商標を取消に追い込みますと、審判請求の登録の日までさかのぼって消滅しますので、損害賠償が結果的に否定される可能性はあります。

ただし、審判請求の登録の日より前から使ってしまっていた場合は、損害賠償が肯定されてしまうことになります。以上のように、登録主義の下では、基本的にはこの不使用の抗弁は成り立たないことになります。

商標権の権利濫用論に参ります。権利濫用と言うからには、商標権侵害を否定される場合の話です。2 種類に分けることができるかと思いますが、後で説明する方が重要になります。

最初は当然無効型、すなわち過誤登録型です。ですから、3 条や 4 条のいずれかに違反していて、本来は登録されてはいけないはずだけれども、審査のミスがあって誤って登録されてしまった商標権だということです。それに基づいた権利行使を認めるということは、やはり要件なき権利の排他議論からいっても許されないという法理で、当然無効型、過誤登録型に基づきます。

裁判例といたしましては、ポパイという事件があります（最判平成 2.7.20 民集 44 巻 5 号 876 頁［POPEYE］）。皆さんはポパイを知っていますか？ ホウレンソウを食べると急に強くなります。あのポパイの作者ではない人が、商標登録してしまったのです。前々回のお話で、著作権のあるなしは登録場面では考慮しないと説明しましたように、登録されてしまうのです。

そのようにして権利を取ってしまった人が、ポパイの作者からライセンスを受けて T シャツなどのグッズ販売をしていたような人に対して権利行使をしたという場合は、権利濫用論で否定することになります。

この場合は 4 条 1 項 7 号違反になるのでしょうか。7 号は「公序良俗に反する商標」ということで、射程の非常に広い条文です。裁判例では 4 条 1 項 7 号違反であるから権利濫用であるとは言っていませんが、私の見たところ一番近いのはこの条文ですので、おそらくこれを念頭に置いているのだろうと思われます。

この過誤登録型のお話、すなわち、過誤登録された商標権の権利を行使することはできないというお話は、特許法でも非常に重要な論点ですので、詳しい説明はそちらに委ねることに致します。レジュメに参考として書いてある、最高裁平成 12 年半導体装置事件判決（最判平成 12.4.11 民集 52 巻 4 号 1368 頁）が特許の世界で非常に重要な判決ですので、ほぼ 1 カ月を割いて説明いたします。

商標独自の特徴的な問題があるのは、次の全国著名商標型の方です。これは過誤登録型ではありません。登録の時点では、いっさい瑕疵はなかったということです。

この問題については、我々の世界では小僧寿し事件と呼ばれている事件があります（最判平成 9.3.11 民集 51 巻 3 号 1055 頁）。この事件については田村先生が有名な評釈を書かれていまして、その解釈がレジュメに書いてあります。最高裁判決ですので、多くの人が評釈を書き、いろいろな考えを戦わせていますが、ここでは教科書に沿い、田村先生の理論を紹介します。

順を追って説明いたしますと、まず過誤登録ではありませんので、取得した時点では瑕疵はなかった、つまり商標権者に落ち度はなかったという例です。ですが、登録主義ですので、使っているとは限らないわけです。実際、この例でもほとんど使われてはいなかったのです。

どのような商標だったかといいますと、登録商標は、漢字の「小僧」という文字の商標でした。絵は付いていませんでした。

他方、相手方の Y は、有名な小僧寿しチェーンです。持ち帰り寿司ですね。小僧寿しは私の子供のころにできたと思いますが、お寿司を非常に大衆化しました。もともと江戸時代においてお寿司は大衆の食べ物でしたが、明治大正に入って高級化してしまいました。小僧寿しの商売は、お寿司をまた大衆に戻したサービスだと言われています。小僧寿しの後に回転寿司が出てきたので、一層顕著になりましたが、それまでお寿司というのは、職人さんが握っている寿司屋に行かないと食べられないものだったのです。

ところがこの小僧寿しは、おそらく当時からだと思いますが、機械で寿司を握り、お寿司の大量生産をしていました。そのお店で食べさせるのではなく、プラスチックなどの容器に入れて持って帰り、家で食べるのです。そのために容器入りのお寿司を売っているというサービスでした。これが爆発的にヒットしまして、私が住んでいた埼玉の片田舎にも小僧寿しのお店があったほどでした。

教材 124 ページの図⑪に、小僧さんの絵が載っていますが、これが小僧寿しのキャラクターでした。この上に小僧寿しチェーンと記載されていました。Y はこの有名な小僧寿しです。

「小僧」についての商標権は X が持っていました。小僧寿しとは縁もゆかりもない大阪の業者だったようです。小僧寿しは全国チェーンです。大阪の業者は、その小僧という商標をほとんど使っていなかったようですが、他方、小僧寿しチェーンは爆発的にヒットしまして、全国で著名になりました。

ですが、冷静に考えてみるとこの「小僧寿し」は、大阪の登録商標「小僧」の商標権を侵害していることになります。この事件では、四国地区のフランチャイザー、すなわちフランチャイズシステムの親の方の小僧寿しに対して、大阪の小僧の商標権者が商標権侵害で訴えを提起しました。大阪の業者は、どうも「おにぎり小僧」という商標で使用していたようです。大阪の商標権者としては、自分の「小僧」という商標が、たまたま自分の登録商品である持ち帰りの食品に使われているということで、商標権侵害の訴えを提起したのです。

ここで最高裁はどのように判断したかといいますと、基本的には商標権者側の請求を棄却いたしました。まず差止請求については、「小僧」対「小僧寿し」、あるいはローマ字で書いてある「KOZO ZUSHI」について、類似性を否定しました。小僧寿しは、「KOZO」という商標も同時に使っていましたが、こちらはさすがに似ているということで類似性が肯定されました。

小僧寿し、及びローマ字の「KOZO ZUSHI」に関しては類似性否定ですので、決着がつきました。「KOZO」については、差止請求は一応認容されました。その後、差止請求が認容されたうえでの損害賠償請求については、損害が生じていないとして損害賠償請求が棄却されました。結局、小僧寿しの方が使用できないものは、ローマ字の「KOZO」だけだったのです。

もう少し背景事情を説明しますと、登録商標小僧の方は、1956 年に出願された商標でした。X は 1974 年あたりから、大阪でおにぎり小僧を少しだけ使用していたようです。おそらく小さいお店だったのでしょう。

被告の小僧寿しは全国チェーンですが、先使用の要件は満たしていませんでした。先使用の要件というのは、この事件ですと出願時、対、周知になった時点で判断しますので、1956 年より前に小僧寿しチェーンが小僧寿しというブランドを使っていて周知になっていれば、先使用の要件を満たし、先使用の抗弁が成り立って請求棄却となるのですが、小僧寿しの事件の場合は、周知の時点が出願より遅れてしまったようです。ですから、先使用は成り立たない状況でした。

いわば小僧寿しは侵害のままチェーン展開をしていたのです。おそらくこのことは知らなかったのだと思いますが、侵害をしている状態でチェーン展開をし、それが全国著名になってしまったのです。つまりこの事例は、侵害者のブランドの方が著名になってしまったという事例です。そこで裁判所はこのような処理をいたしまして、「KOZO」だけは類似性を肯定し、差止請求のみ言い分を認めて、損害賠償請求は否定したのです。

小僧寿しはこの小さい KOZO をどの程度お店に使っていたかというと、2 店舗だけで使っていたらしいです。つまりほとんど使っていなかったのです。基本的には漢字の小僧寿しと KOZOZUSHI というローマ字を使っていたようで、私が想像するに、ちょっとお店が狭くて KOZOZUSHI と ZUSHI まで書くスペースがなかったために仕方がなく、KOZO と書いていたと想像しております。

ですから、差止請求が認容されたので、形としては小僧寿しチェーンが負けた事例だと言われていますが、実質的には小僧寿しの勝ちです。すなわち、漢字の小僧寿しやローマ字の KOZOZUSHI につい

ては類似性が否定されたので、使っていいということになりました。小僧寿しとしては、KOZO については使う必要がなく、きちんと小僧寿しと書けば足りますし、実際に店舗で表示を直さなければならないところも少ししかありませんし、損害賠償は否定されましたので、お金も一銭も払わなくていいのです。事実上は、小僧寿しの勝ちといえるでしょう。

これをどう考えるかということです。簡潔にまとめますと、登録商標権者は別にいるが、ほとんど使っていない、あるいはまったく使っていません。他方、一応侵害者といえば侵害者であり、権利者ではなく、もちろん許諾も受けていない人が使っていたところ、全国著名になってしまったというケースです。

全国著名になったということは、日本人で宅配寿司を食べたい、あるいは持ち帰り寿司を食べたいなと思う人は、小僧寿しといえば、小僧さんが少しおじぎをしている絵の付いている小僧寿しチェーンだね、とみんながみんな思っているわけです。事実としてそのような状態が形成されてしまったわけです。侵害かもしれませんが、事実状態としては日本人全員が、小僧寿しを識別するという状態が形成されてしまったのです。

その上で法律を考えていくと、もちろん先使用は成り立たない事例ではありますが、この状態で商標権者の請求を認めると、小僧寿しの方はもう使えないというわけですから、今まで小僧寿しが形成してきた信用が全て無になってしまいます。

商標権というのはそのようなものだと言われてしまえばそれまでですが、商標の法全体が、商標それ自体の保護ではなく、信用の蓄積の保護であるということは、繰り返し述べてきました。今この状態で、小僧寿しが全国的に積み上げてきた信用を覆す必要があるのかということです。商標法がそこまで求めているのかというと、そこまでは求めていないのではないでしょうか。

侵害は侵害かもしれない、あるいは侵害で形成された信用かもしれないけれども、日本全国で著名と言えるぐらい形成された信用であれば、あえて今それを覆すと、今まで蓄積された信用は無となり、さらに、我々需要者も、この間まで小僧寿しと言えばあれだったのに、気付いてみたら全然違うものになっているということで、へたをすると出所の混同も生じてしまいます。

そうだとすると、そこまでして商標権者を保護する理由はないだろうというのが、この小僧寿し事件に対する田村説の説明です。つまり、商標権者の方がほとんど使っていない、あるいはまったく使っていない状況であるのに対し、侵害者ではあるのかもしれないけれども、全国著名と言われるぐらい信用力を形成した Y を比較すると、本当に保護すべきなのは Y の方なのではないかと考えられます。ゆえに商標権者からの商標権侵害の請求は、権利濫用として否定するべきではないかというのが、レジュメに書いてあることです。

両者とも同じ程度に使っていれば、すでに出所の混同が生じているはずですので、それは商標権の方で規律をするべきだということになります。

登録主義ですので、不使用の抗弁がないということは先ほど申しましたように、使っていない、あるいは少ししか使っていないということを理由に請求を棄却するわけにはいきません。

基本的には侵害とするべきですが、例外的に、権利侵害なのかもしれないけれども、全国著名と言えるほどに大きな信用を築いた人に対し、商標権者がほとんど使っていないのであれば、保護するべきなのは Y の方ではないか、したがって請求を棄却するべきだというのが、レジュメに書いてある小僧寿し事件の考え方です。最高裁は利益調整を行い、Y の方を保護するべきで、X の商標権者側の請求は認めない方向でいくべきではないかと考えたのだろうという説明になっています。

つまり、普通に考えますと、「小僧」対「小僧寿し」は類似しています。商標は商品との関係で要部を比較するというお話はすでにしたと思います。お寿司について小僧寿しですから、要部は小僧の方です。寿司について寿司というのは、要部にはなりません。

ですから、要部は小僧の方です。これはローマ字の方も同じです。よって、小僧対小僧寿しは、通常は類似と言います。あえてここで類似していないと最高裁が言ったのは、田村先生が言っているように、このような場合は Y の方こそ保護するべきではないのかという利益考慮が背後にあるだろうと考えられます。

さすがにローマ字の KOZO については、小僧と似ていないというのは無理であったため、差止請求は取りあえず認めておいたのでしょう。でも小僧寿しの方にほとんど実質的な被害はありません。損害賠償請求については、損害は生じていないとして請求を棄却したという、かなりテクニックを駆使したような方法ですが、田村先生のお考えですと、最高裁としても利益考量としては、Y を勝たせるべきだという気持ちが働いていたはずだという説明になります。

ですから、結論はほぼこれでよろしいでしょう。あえて言えば、すでに形成された全国的な信用を覆すほど、商標権者を保護する意味はないという理由で、権利濫用で請求を棄却すれば足りる事件だったのではないかというのが、田村先生の評釈の結論です。

ただ、最初にも言いました通り、過誤登録型ではありませんので、商標権者の方は、過誤登録ではなくきちんと要件を満たした商標登録を有していました。ですから裁判所は、さすがに権利濫用とは言いにくかったのだろうということです。

この小僧寿し事件についてはたくさん評釈があり、様々な見解があります。まず損害賠償請求についてですが、この事件を扱ったある学説では、この事件は損害不発生の抗弁を認めた事件であるという説明が 1 つあります。損害が発生していない場合は、損害賠償請求は認容されない、あるいは差止請求も棄却されるという抗弁を認めた事件だという評釈があります。さらにこれは 2 つに分かれて、商標権の場合だけ損害不発生の抗弁があるとする見解と、もう一方は、知的財産法全般について損害不発生の抗弁があるという考えに分かれます。

基本的に、損害不発生の抗弁はあるというのは大きな誤りだと言われています。ただし、商標の場合は特許と違って信用の保護ですので、損害不発生の抗弁がありうるとする学説がないわけではありません。ですから、基本的には損害不発生の抗弁を認めた事例ではないというのが、ここでの理解です。

前にもお話をしましたように、未使用商標でも、基本的には商標権侵害を認められます。不使用の抗弁というのはないわけです。権利の割付が法で決まっているので、38 条 3 項により、ライセンス料相当額は取らせるべきだという条文があります。商標権侵害が生じたときには、損害賠償請求の額として、最低でも許諾料、すなわち許諾したならば Y が払うべきである金額、例えば売り上げの 1%や 3%の額を、必ず払わせるべきだという条文があります。

ですから、基本的に、この損害不発生の抗弁という学説には、くみしていないわけです。損害が発生していないことをもって、差止請求や損害賠償が棄却された事例ではないとご理解ください。

基本的に権利の割付が法で決まっているので、損害価格がゼロということはないわけです。民法の事例でも、土地を買った後、全く使っていないために荒野であったとしても、ホームレスがそこに住んでいるという場合は、通常、賃料相当額が認められると言われています。

そのような場合、荒野ですし、経営者は何にも使っていないわけですから、事実上の損害はゼロです。しかし、法が、この土地はこの人のもの、この商標権はこの人のもの、というように割付を決めている以上

は、それを揺るがすような行為については何らかの損害賠償を支払わせるべきという考えが根底にあるのです。どちらかというと不動利得的な考えですが。

ですから、損害不発生の抗弁にしても、不使用の抗弁にしても、そこは同じです。権利の割付がある以上は、基本的には損害賠償は払わなくてはいけない、差止めも受けなくてはいけない。なのに、この事件ではこのように損害賠償も否定され、差止請求も事実上否定されています。それは今言ったように、すでに全国著名になっているものについて、今からそれを覆すのは信用を無にする行為であり、しかも需要者がこの先混同を生じてしまうかもしれないため、そこまでして商標権者を勝たせる理由はないだろうと判断した事件だとご理解ください。

この大阪の商標権者小僧の方は、もっと早く裁判をしていれば勝っていたと思います。この学説では Y の方に全国著名を要求していますので、全国著名になる前に商標権侵害の訴えを提起すれば勝てた例です。小僧寿しが全国著名になるのをみすみす見逃していたということにはなるわけです。

田村先生の学説でも、全く使っていない商標、あるいは少ししか使っていない商標であれば、使っていいという理解ではありません。すでに全国著名になってしまった後に覆すのはよくないと言っているだけです。全国著名になる前の段階では、少し使っている、結構使っている、だんだん周知になってきた、ようやく著名になったと、何段階かステップがあるはずです。

ここでの権利濫用というのは全国著名までを要求しますので、田村先生の学説でも、周知の程度ではまだ商標権者を勝たせるつもりです。全国著名だということが大事です。少しくらいの周知であれば、やはり登録主義なので、商標権者を勝たせるべきだということになるのですが、全国著名までいってしまったら、それから覆すことは必要ないというのが、ここでの考えです。

この考えを引き継いだのではないかと言われているのが、ウイルスバスター事件です（東京地判平成11.4.28 判時 1691 号 136 頁）。ウイルスバスター事件の状況も、ほぼ同じです。商標権者はウイルスバスターという商標権を取っていましたが、ほとんど使っていなかったのです。他方、メールなどで来るウイルスを撃退するアンチウイルスソフトとしては有名なウイルスバスターというソフトがあると思います。やはり商標権者側の請求を棄却しました。理由付けとしては、ウイルスバスターというのがウイークマークだということも加味していますが、小僧寿しの考えを引き継いだ事件ではないかと言われています。

最初に言いましたように、この全国著名商標型の権利濫用論において大事なのは、過誤登録型ではないということです。過誤登録型ではない、先使用も成立していない、それにもかかわらず商標権者の請求が棄却された例です。

これが本日の一番大事な小僧寿し事件の説明です。事案と理論をしっかり理解していないと、いろいろなところで齟齬が生じます。例えば、小僧と小僧寿しの類似性が否定されたということだけをみると、類似性否定というのは明らかにおかしいのです。

裁判所の類似性の判断というのは極めて主体的であり、主観的である、というような評釈が出てきてしまったりします。しかし、小僧寿しの事件の背後にある事情が考慮され、小僧と小僧寿しを似ていないと言った判決であり、極めて特殊な例です。以上が小僧寿し事件のご説明でした。

最後に、商標権の経済的利用についてお話しします。商標権を取っただけではお金にはなりませんので、商標権者の利益に還元していくかということです。

これは特許でも同じですが、およそ 3 つの手段があると言われています。一つめはまず、商標権者が自分で使用することです。信用を蓄積し、ブランド力を形成して、どんどんそのブランドをめがけてお客さん

が商品を買いに来るようになれば、商品の売り上げも上がります。そのように利益にかえることができます。

二つめの手段は、自分では使わないけれども、誰か使いたいという希望者に使わせるというものです。ライセンスをし、その代わりに対価をもらうわけです。三つ目の手段が、商標権それ自体を売買し、譲渡する代わりに対価を得るというものです。

不正競争防止法では、この三つ目の手段は取れないと言われています。不正競争防止法上の請求権者の地位は移転できないとされていますので、譲渡対価を得ることはできないわけです。商標権について移転自由としたのは、商標権の財産的な価値を高めるためだと言われています。

一つ目の手段の自己使用、すなわち商標権者が自分で使うというのは、商標は使われることに意味があることを考えると、本来の姿ではあります。ただ、自己使用をしていく上でも多少問題のある使用があり得るので、その手当しなくてはいけないというのが、ここでの問題です。

商標法の制度には、4 条 1 項 11 号により似た商標同士は登録しないというルールがあります。似ている商標同士を登録してしまうと、使った後に需要者が混同するからです。ですから 4 条 1 項 11 号という条文により、似ている商標については、先登録のものを残しておき、後願の方が登録しません。

排他権の範囲は、類似商標、類似指定商品、役務の範囲ですので、登録商標と類似した範囲に禁止権を持っているわけです。基本的には商標権は禁止権で、他人を禁止する権利ですので、自分が使える範囲は、ある意味反射的な範囲に限られます。禁止権の範囲、つまり類似の範囲で、反射的に排他的な使用が実現している、すなわち商標権者しか使えないという状況が起こっているということになります。

ということは、後から他人の商標が類似の範囲に出願されたり、あるいは使用されると、それは商標権侵害にもなるし、商標登録も受けることができないわけです。ですが、類似の範囲から外れていれば、商標権侵害にもならないし、商標登録も受けることができます。

ですが、類似の範囲から外れて使用・登録される商標の方にも類似の範囲はあるはずです。類似の範囲同士が重なることは、実はあり得ます。そうだとすると、商標権というのは本来、特許庁に提出した書類のまったく同一のもので使ってほしいのです。

それはどうしてかというと、そのような使われ方をすると、商標同士がある程度離れます。似た範囲ではお互いに登録されないということは、似ていない方向へ離して、登録を認めるということです。離れていると、需要者は混同しにくいのです。つまり出所識別機能が発揮されるわけです。互いの商標の距離が近いと、混同しやすい需要者は間違ってしまうことがあるので、信用は形成されにくいということになります。商標法の考えとしては、お互いの距離ができるだけ離れていた方がいいのです。

ですから商標権というのは、一応類似の範囲で禁止権を持ってはいますが、基本的に類似の範囲では本当は使ってほしくないのです。近いところで使われると、やはりそれだけ相対的に混同をしやすくなりますので、なるべく真ん中で使ってくださいというのが、商標法の発想になります。

商標権者としては、類似の範囲では使えます。でも、それは反射的に、排他的に使える状況になっているだけなので、他人の禁止権と両方が重なっている部分は両者とも使えません。ここをけり合いの場所と言います。

ですから、商標権者であっても、類似の範囲で自由に使えるというわけではありません。商標権に限りませんが、他人の権利を侵害しない範囲で使えるというにすぎません。

商標の禁止権の範囲というのは、このようになっています。だから、なるべく真ん中で、センターで使っ

てほしいのです。特許庁に提出した書類となるだけ同じものを使ってほしいということです。お互いの商標の距離は離れていた方がよいということですので、この距離を保ってもらうための手段が、商標法で規定されています。

1 つは、不使用取消審判の場面です。不使用取消審判の場面では、3 年以内に使っていれば取消されないというお話はしましたが、使用かどうかを判断においては、真ん中の商標権、すなわち同一の範囲で使っていなければなりません。類似の範囲で使っている場合は、使用とはみなさないという規定になっています。

50 条は、「各指定商品、または指定役務についての登録商標」となっていますので、実は類似という言葉が省かれています。37 条の禁止権の範囲を定める条文では、類似の範囲に必ず、登「録商標またはそれに類似する商標」と入っています。50 条には括弧書きはありますが、基本的には「類似して」、という言葉はありません。

ということは、50 条により不使用取消審判を免れるためには、類似の範囲で使っていてもだめなのです。真ん中で使っていなければ、取消審判を免れないのです。これは、なるべく真ん中で使ってほしいという法の意図の現れです。

もう一つは、制裁の制度です。仮に商標権者が類似の範囲で使った場合、使った結果、故意に他人の業務と混同を生じさせたり、あるいは品質を誤認させたような場合は、取消審判の対象にすることを定めるのが、51 条の取消審判です。逆に言うと、同一の範囲で使っている限りは、51 条の取消審判にはかからないということです。

極端な話、同一の範囲で使っている限りは、意図的に他人の商品、役務と混同を生じさせたり、品質誤認をさせたとしても、商標取消の対象にはならないということです。もちろん、行政的な規定であるとか、不正競争防止法の品質誤認表示に当たる場合は、別途、他人から請求権を行使されることはありますが、商標登録を取消されるということにはなりません。これが 51 条の取消審判です。

取消審判ですので、過誤登録ではなく登録された後の話です。登録された後、50 条は使わなければ取消すという審判ですし、51 条は本来使用を期待していない類似の範囲で使って、他人に、あるいは需要者に迷惑を掛けた場合は、取消の対象とするということです。請求人適格は「何人も」と書いてありま。「何人」と書いてある場合は、公益的な規定です。

51 条の性格からすると、当然のことです。意図的に他人の業務と混同させたり、品質を誤認させるということは、公益的な見地から許されるべきではないでしょう。しかも、商標が使用することを勧めていない類似の範囲です。このような取消規定を作っているわけです。以上のような制度があると、商標権者は使用するとき、できるだけ真ん中で使うように気を付けるだろうと考えたのです。

取消審判等を規定することで、なるだけ商標権を真ん中で使ってもらい、商標同士の距離を保たせるのです。距離を保つということは、それだけ、使われた場合に混同が生じにくいということになるわけです。

様々な要件を設けて商標登録を認めたところ、使われたために混同したということになっては本末転倒ですからね。ですからこのように、なるべく互いの商標同士の距離を保って使用させ、その結果、信用は蓄積されやすくなるわけです。これが自己使用の問題です。

次に、使用許諾の問題です。使用許諾というのは、不正競争防止法でもすでに出てきたと思いますが、排他権を持っているからこそできることです。誰もこの類似の範囲では商標を使ってはいけないという権利を持っていると、特定の人に対してだけ、あなたには私の持っている排他権は行使しません、という約

束ができるわけです。

その代わりに何らかの対価をいただくというのが、ライセンスの本質です。あなたに対して排他権を行使しませんよ、その代わりにお金をくださいね、というのがライセンスの本質になるわけです。ライセンスそれ自体は、契約の問題になります。

ライセンス制度としては、専用使用権と通常使用権が用意されていますが、ここでは詳しくは説明しません。同じ制度が特許の方にもありますので、そちらに委ねることにします。

問題はライセンスを受けた方です。商標権者ではない方、許諾を受けた方についても何らかの管理をする必要があるだろうということになります。基本的に、商標についてのライセンス制度には、なかなか微妙な問題があります。

ライセンスは、基本的には契約自由ですから、商標権者の判断で出していいということです。プレイステーションと言えばソニーと皆さんは今認識していると思います。ソニーがプレイステーションという商標を持って商標を管理しているから、皆さんそう思っているのですが、ある日ソニーが何を考えたか、本日からは任天堂もプレイステーションを使っていいという契約をするとします。契約は自由なので、ソニーと任天堂で合意が形成されれば、それだけで契約は成り立ちます。

その結果、任天堂もプレイステーションと似たような名前をつけるということになると、我々は混同します。昨日までプレイステーションと言えばソニーだと思っていたけれど、任天堂のマークが書いてあるプレイステーションが出てきたとなれば、混同しますね。でも、ライセンス自体は間違っていないわけです。ソニーにどのような利益があるか分かりませんが、ソニーと任天堂だけの合意により、ライセンス設定ができるのです。

そうだとすると、商標というのは需要者がいますので、何でもよいとすると、当事者はよくても需要者が困ってしまうということが商標の世界ではあり得ます。ですからある程度、そのようなむちゃなことが起こらないように何らかの枠をはめておく必要があるだろうと言われています。それが、レジュメの「弊害の排除」というところに書いてあることです。

商標権者が、ライセンシー、すなわち許諾を受けた方の商品役務の品質をコントロールすることなく使用許諾を与えてしまうことがないように、商標権者はライセンシーの管理をする義務があると考えられています。

それを条文に落とし込むと、53 条にいう取消審判になります。使用許諾者、要するにライセンスを受けた方、今の例で言えば任天堂の使用行為によって混同が生じたり、品質の誤認が生じた場合は、商標登録自体が取消の対象となるということを定めるのが、53 条 1 項です。

今の例で言いますと、ソニーがプレイステーションの商標権を持っていて、任天堂にライセンスをするとします。任天堂がやはり家庭用ゲーム機に使った場合は、出所が 2 つあるということになります。自分がソニーのプレイステーションを買ったと思ったら、なぜか任天堂だったということになると、これはもう混同が生じております。ゆえにその場合は、ソニーの商標権を取消すという制度にしたのです。実は任天堂の方を罰しません。商標権者の方にサンクションを課しているわけです。

このようにすると、商標権者はきちんと使ってくれるライセンシーにしか許諾をしないだろうと法は考えました。許諾を受けた人が適当なことをすると、商標権者に迷惑が掛かります。ですから、そのようにしておけば、商標権者は変な人にはライセンス許諾をしないだろうと考えたわけです。これが 53 条の取消審判です。これも何人型です。混同が関係するときは公益が問題となりますので、全て何人型です。

これはよく 51 条と比較されるのですが、51 条は商標権者自身の使用の場合であるのに対し、この 53 条というのは、許諾先の使用の場合です。53 条は故意が不要ですので、過失や許諾者が知らなかった場合でも取消の対象になるため、こちらの方が厳しいです。53 条は類似に限られず、同一の指定商品でも取消の対象となるということになっております。

昔は、商標権は需要者がいるものなので、使用許諾は認めない、あるいは非常に制限を課すという法制があり、今でもそのような法制を敷いている国があります。それは、商標の場合は需要者がいるので、商標権者と許諾者の間で勝手なことをすると、その人たちは契約自由で納得していても、需要者に迷惑が掛かる可能性があるからです。ですので、使用許諾、あるいはこの後お話しする譲渡を認める場合は、何か手当をしておかなければいけません。

ということで、譲渡に入ります。今言いましたように、譲渡というのはライセンスよりもっときわどいですよね。今の例で言えば、ソニーはプレイステーションの登録商標権を任天堂に売るのは自由です。売買自由、契約自由ですので、当事者が合意すればいつでも売ることができます。売った後に買った任天堂がプレイステーションを始めれば、やはり我々は混同しますよね。

商標権を譲渡可能にすると、需要者が混同する恐れがありますので、商標権の譲渡は原則禁止だという法制もあり得ます。イギリスなどは確か、原則、譲渡は禁止です。ですが日本法では、商標権の譲渡を原則自由にしています。

イギリスのような事例でも、例えば営業の譲渡と一緒に譲渡するということはあり得ます。プレイステーションの事業自体をソニーが任天堂に売ってしまう、あるいはプレイステーション部門だけを任天堂に売る際に、商標権も一緒に譲渡するという場合は、確かに出所はソニーから出ているか任天堂から出ているかというように会社単位で見ると異なりますが、だいたい同じものが保証されます。昨日までソニーのプレイステーション部門だったものが、看板をかけ替えて本日から任天堂になっただけなので、どこの会社から出ているのかという点は違いますが、現実的にプレイステーションを作ったり、会議をしている部門は同じなのです。ですから、事実上の出所は変わっていません。ゆえに、商標権の譲渡が原則禁止の法制でも、営業と一緒の譲渡はよいと言われています。

日本も一時期はそのような法制を採っていたことがあります。ただ、現在は、原則自由とした上で、やはり取消審判で弊害を防止するという法制になっています。

どのようになっているかといいますと、52 条の 2 という条文を新たに作りました。これは商標権を譲渡した場合、譲渡した結果、他の登録商標権者と混同が生じた場合は、取消しますという条文を作ったのです。事後的な規制です。商標権を移転した結果、他の登録商標権者と混同が生じた場合の事後的な取消制度を作り、譲渡における弊害を防止したわけです。

実は、連合商標との問題もあります。類似の範囲では登録を許さないというのがこの法律ですが、実は昔の商標制度は、他人だから、類似の場合に混同するとしています。同じ人であれば出所が同じなので、混同はしないわけです。

ですから昔の商標法は、類似の範囲であっても、同じ人であれば類似の範囲でも登録を認めていました。他人の商標に類似すると、両方使われた場合に混同するおそれがあるので登録しないということでした。類似の範囲で登録するときも、同じ人である限りは登録できるというのが昔の法制だったわけです。

でもこのようにしておくと、商標権を取った後で、他人に譲渡してしまうという可能性があります。これをされると、わざわざ類似の範囲でないように離して登録をするということを定めた趣旨が潜脱されるので、こ

れを許さないために、この 2 つの商標権は分離移転を禁止することにしたのです。譲渡する場合は、まとめて譲渡しなければならず、どれか 1 つだけを譲渡するのはいけないという法制がありましたが、これがストック商標の温床になっていたと言われています。

あるいは、会社を分社化したいとき、それぞればらばらに商標権を持たせたいという場合があったのです。ゆえに、現行法では類似の商標権をばらばらに移転することが可能です。

でも移転すると、混同の問題が生じるので、他人に譲渡した後で混同が生じた場合は、取消審判の対象にしますというのが、52 条の 2 の取消審判の役割になります。このように 52 条の 2 というのは、もともとは類似商標の分離移転を認めたところから来ているのですが、一般的な譲渡の場合にも妥当する条文です。

52 条の 2 の取消審判も何人型です。混同が問題になりますので、何人型になっております。

補章 ドメイン名の不正取得行為等に対する規律

ドメインネームというのは、今の皆さんは結構ご存じだと思います。http://www の後に示される、「juris.hokudai.ac.jp」などをドメインネームと言います。jp が第 1 ドメインで ac が第 2 ドメインといったことが決まっているもので、いわばインターネット上の住所を定める記号の羅列です。

ICANN という機関がありまして、世界的に管理をしています。みんな好き勝手に付けていいというわけではありません。ICANN というのは民間の機関であり、JPNIC というところが、ICANN の日本の受付窓口です。

自分のドメインネームを取りたいというときは、JPNIC や ICANN に所定の書類を出すと、自分でドメインネームを取得することができます。英語が多少読めれば、手続きをすることができます。自分のオリジナルのアドレス、ドメインネーム、URL アドレスを取得することができるわけです。

これは、実は手続きさえ取れば、早い者勝ちです。このようにしておくと、運営コストは軽いのですが、世の中はたいてい悪用する人が出てきます。それが、このサイバースクワット問題です。すなわち、サイバースペース上に座り込んでしまうという問題です。企業が欲しそうなドメインネームを先に取ってしまうということです。

書類を出せば取得できますので、例えば、松下がパナソニックという有名なブランドネームを持っているところ、panasonic.net は、おそらく松下が欲しいであろうが、でもまだ取っていないというときに、どこかのお金を欲しがっている団体が、全然縁もゆかりもない panasonic.net というのを、ICANN に書類を提出して取ってしまうということがあり得ます。ICANN については、これはもう早い者勝ちです。実質的な審査はありません。例えば他人の有名な商標をメインにするドメインネームは、その他人にしか与えないというような審査システムはないのです。これは手抜きというわけではなくて、運営コストを軽くするためです。

ですから、運営コストを軽くすると、いろいろなこのような問題が出てくるので、これは何とかしなくてはいけません。パナソニックに縁もゆかりもない会社が panasonic.net を持っていても、邪魔になるだけです。

狙っているのは、譲渡料です。パナソニックとしては、どうしてもやはり panasonic.net が欲しいとなれば、50 万なり 100 万なりは払うだろうということです。そこには何の正当性もありません。すでに形成されたブランドネームなので、認めても何にも有利になることはありません。

ですので、これをどうにかしなければいけないということでしたが、商標法ではうまくいかず、不正競争防止法も、ジャックス事件（名古屋高金沢支判平成 13.9.10 平成 12（ネ）244［jaccs.co.jp］）やジェイフォン事件（東京地判平成 13.4.24 平成 12（ワ）3545［j-phone.co.jp］）がありましたが、これもうまくいかないのです。

ジャックスというのは、もともとは信販会社です。でも、この jaccs.co.jp.というドメインネームを取得したのは、その信販会社ではなくて、携帯や管理トイレをレンタルしている小さな会社です。これは明らかにジャックスに対してこのドメインネームを譲渡する目的があったことは明らかです。

これはホームページの URL アドレスとして使っているだけですので、不正競争防止法で対処しようとしても、商品等表示に当たらない可能性があります。実際に当たりませんでした。ジャックスというのはあくまでクレジットカード、信販会社ですので、信販会社がホームページを立ち上げることはあるでしょうが、あくまでブラウザの上のところに URL の表示がされるだけです。したがって、商品との結び付きが非常に弱い

ということで、商品等表示に当たらないと普通は言われています。ですから、不正競争防止法で 12 項という新しい条文を作りまして、ドメインネームの不正取得、保有、使用を不正競争行為だとしました。

ここで大事なのは、不正の取得、不正の保有を含んだということです。つまり、保有それ自体が不正競争になるということは、使っていなくても不正競争行為になるということです。ジャックやジェイフォンの事件では多少は使われていたのですが、使われる必要は全くありません。

先に取得しておけば相手は使えません。相手は新しく取ることはできないわけですから、どうしてもドメインネームが欲しい場合は、何らかのお金を払って買うしかないというわけです。ですから、持っている方としては、使用している必要は全くないのです。ですから、ここでは保有それ自体を不正競争行為として規律したというところに意義があります。

第２編　インセンティヴ創設型

第 1 章　特許法

Ⅰ　特許制度の意義

教材 54 ページの、特許法の第 1 章と書かれた上に、第 2 編「インセンティヴ創設型」というタイトルが入っています。第 1 編は「インセンティヴ支援型」でした。一般的な言葉に置き換えると、インセンティヴ支援型とは主に標識法を、インセンティヴ創設型というのは、創作法を指します。特許と著作権がそれにあたります。

今まで学習してきたインセンティヴ支援型は、放っておいても、ある程度のインセンティヴはあるという類型でした。例えば、商品等表示というのは誰が考えたわけでもありませんが、事実として市場にインセンティヴが存在しました。つまり、屋号の、あるいはブランドネームの名の下に良い製品、良いサービスを提供すれば、そこに信用が蓄積して、消費者がブランドを目がけて商品・サービスを受けに来ますから、頑張ってブランド形成をする、というのが、市場に現に存在するインセンティヴです。そのブランド形成をしやすくするため、あるいはブランド形成を破壊する人を排除するために法律を作る、という発想です。

本日から勉強するインセンティヴ創設型というのはそうではなく、放っておくと市場にはインセンティヴが生じない類型です。つまり、市場が市場として機能している限りは、インセンティヴが働かなくなってしまうので、法律でインセンティヴを作らなければならないという類型です。それが特許と著作権です。

特許も商標と同じように、特許庁に書類を提出して、権利を取得してから権利行使するというタイプですので、不正競争防止法のようにいきなり裁判所に訴え出ることはできません。時系列的に順を追って、最初に特許を取るための話、それから取った後の話をしていこうと思います。

まず、特許法の意義について簡単にお話をいたします。まず、発明には、先行投資が必要です。つまり、実験設備、あるいは工場を建てる、あるいはエンジニアを雇うことが必要になります。他方、商標は、例えば「吉田特許事務所」といった屋号を選ぼうとすれば、一瞬で選ぶことができ、そこにコストはほとんど掛かりません。良いブランドネームを考えようとしますと、いろいろお金が掛かるのかもしれませんが、発明に比べると相対的にはお金は掛からないといえます。発明の方は、やはり大きなラボを建てなければいけないので、お金が掛かります。

したがって、何か新しいものを作り出したいときには、先行投資が必要です。この「先行」というところが大事で、例えば、先に 1 億円を投資して、後で 10 億円儲ける、というのが普通のビジネスプランです。そういった場合は利益率が 90%になりますが、先に 1 億円が必要になります。マイナス 1 億円からスタートして、10 億円稼ぐ、あるいは 100 億円稼ぐというのが、発明のビジネスモデルになります。

ですが、ここで、フリーライドを許してしまう、フリーライドはいっさい自由としてしまうと、ファーストランナーは先行投資が回収できなくなる、という問題が生じます。

セカンドランナーは非常に有利です。ファーストランナーは、まずリスクを負っています。1 億円投資して 10 億円儲けるというビジネスプランを先ほど例に挙げましたが、ほとんどのプロジェクトは、1 億円を投資した段階で失敗してしまうのです。

新聞やビジネス雑誌では、30 歳で社長になった人や、40 歳で会社の資産が 1 兆円になった人、そのような人を紹介していますが、そのような人たちは少ないからこそ有名になるのです。ます成功例だけが取り上げられるから有名になるのです。

よって、ファーストランナーは大きなリスクを負っています。ファーストランナーが 10 人いたら、おそらく 9

人は失敗します。そして、1 人のファーストランナーがたまたま成功します。

他方、セカンドランナーは、ファーストランナーが成功するまでじっと待っていればいいのです。つまり、セカンドランナーは成功したファーストランナーのまねだけすればいいということです。そうすると必ず成功します。ファーストランナーにはリードタイムの利益があって、セカンドランナーはファーストランナーほど儲かるかどうかは分かりませんが、そのような失敗のリスクはかなり小さくすることができます。それがセカンドランナーの利点です。

ですから、ファーストランナーはリスクが大きいので、大きな会社は手を出しにくいのです。ベンチャー企業のようなところにやらせておいて、スクラップアンドビルドで、失敗したものはスクラップ、成功したモデルだけ、大企業がビルド、つまり買ってしまう。そうするとリスク霧散にはなるのですが、やはりファーストランナーとしてはやる気がなくなってしまいます。

簡単に言うと、ファーストランナーとしては、セカンドランナーにおいしいところだけを持っていかれ、「俺たちばかりリスクを背負わされる。」と感じるでしょう。そうすると、やはり「やっていられないよ」と思うのが正直なところだと思います。今のようなことだとすると、相当なリスクテーカーでなければ、ファーストランナーになろうとは思わないでしょう。だとすると、相当なギャンブラーかリスクを好む人が出てこない限りは、技術が前に進まないことになってしまいますから、やはり放っておくことはできません。

そこで、人工的に排他権を作って、ある程度の制限はありつつも、ファーストランナーに一定期間市場を排他的に利用できるようにすると、その 1 億円の投資が回収できる可能性が高まります。そこにはファーストランナーしか入れなくて、セカンドランナーは入れません。

特許制度というのは今言ったように、教材には「①発明に対する過少投資のおそれ」と書いてあります。過少投資というのは、誰も投資をしなくなる、投資が少なくなる、という意味です。

次に、「②過度に技術の秘匿化が行われる」と書かれています。ファーストランナーがセカンドランナーに追い抜かれてしまうのを防止しようとした場合にどうするかというと、1 つは、やっていられないのでやらないというのが①です。②は、技術をばらさない、ばれないようにする。ばれないようにすれば、まねはできないのですから、少なくともまねされるのを遅らせることができます。

ですが、この技術の秘匿化というのはなかなか難しいです。製品がリリースされてしまうと、リバースエンジニアリング、つまり、分析をされてしまって、すぐ中身がばれてしまうのです。そうすると、やはりジレンマに陥るし、無理やり秘匿化を進めようとすると、非常につまらないコストが掛かることになってしまいます。

技術は、先行者のまねをして進歩していくという側面があります。日本語の「学ぶ」という言葉は「まねる」という言葉の変形だといういわれがあるようですが、それは置いておくとしても、まねというのは技術の進歩にはどうしても必要なものです。

つまり、まねそれ自体は必ずしも悪いことではなく、悪い部分がある、ということです。過小投資を引き起こすような悪い部分があるのだけれども、他方でよい部分はあるのです。皆、まねをしながら製品を開発してきたのです。今や必須アイテムになっている携帯電話も、そもそもアメリカのベルが電話を発明しなかったら、手に入っていません。

極端なことを言えば、ベルやエジソンといった人物の技術をまねしながらも、それをレベルアップさせていくというようなことを皆がしています。そこで、法律でうまくこのバランスを取る必要があります。それが特許法の発想になっています。

どうして特許を与えられるのかということについて、公開代償説という非常に分かりやすい説明の仕方

があります。なお、説と言っても、これに対するほかの説があるわけではありません。

特許法というのは、新しい技術をそのファーストランナーに公開させます。そして、その代わりに一定期間の排他権を与える、というのが公開代償説の考えですが、これが非常によく説明ができています。

技術というのは、先ほども言いましたように、まねをされることで発展していくという性質があります。ですから、ファーストランナーの技術というのは非常に公益性が高いといえます。つまり、ファーストランナーのものだけにしておくと、かえって技術の進歩が後れます。技術の進歩の切磋琢磨を促した方が、公衆には有利になります。

例えば、携帯電話でいうと、キャリアや通信会社が熾烈な競争をしたからこそ、これほどに小さくなったといえるでしょう。そのような技術競争というのが、必ずどこかで必要です。そのためにはその技術を公開していただかないことには、競争にはなりません。

新しい技術なのだから、本当は秘密にしたいところです。営業秘密と同様で、秘密にしている限りは有利です。しかし、そのような技術というのは、公衆に公にさせた方がどんどん進歩するという性質を持っているので、大きな目から言えば、公開を奨励したいところです。

だからといって、何も代償がなくてどんどん公開してしまうと、セカンドランナーのまねの問題がありますので、公開の代償、つまり秘密を失った代償として排他権を与える、というのが、特許法のシステムになっています。

代償というのは、一定期間の排他権です。つまり、市場を排他的に利用できます。ライバルがいないので、携帯電話を買いたかったらそこへ行くしかない状況であれば、ビジネスとしてはかなり有利になります。だとすると、先行投資は回収できそうだということになります。

ですから特許というのは、公開をさせることが非常に大事です。インセンティヴの説明で言うと、排他権というインセンティヴ、つまり餌をちらつかせることによって、新しい技術を公開させるという発想に、特許法は立っているのです。これが、公開代償説です。

特許制度がなくても、まったく新しい発明がなされないかというと、必ずしもそうではありません。放っておいても、純粋に技術に興味がある人は、どんどん技術の真理の探究に走りますから、まったく新しい発明がされないかというと、そうではありません。

ガリレオの時代には特許制度はありませんでしたが、彼は望遠鏡等いろいろなものを発明しました。ガリレオではないけれど、羅針盤や活版印刷、火薬といったものは皆、特許制度がなかった時代に発明されたものですので、別に特許制度がなくても、発明はされないかというと、そうではないといえます。

ですから、最初に放っておくとうまくいかないということを言いましたが、まったくうまくいかないかというと、そうではありません。多少は市場にもインセンティヴが存在するので、排他権といっても無制限の排他権ではなく、ある程度の制限を掛けます。

以上のように、本当は会社としては秘密にしておきたい新しい技術を、排他権という餌を使って公開させるのが、公開代償説の考えです。公開代償説というのは、インセンティヴ論に立っている説です。これが特許法制度の理想的なストーリーです。この理想を条文に落とし込む作業をするのはなかなか難しいのですが、そのような条文の話をこれからしていこうと思います。

Ⅱ　特許が認められるための要件

まず、「1)　発明であること」と書いてありますが、この要件は「発明性」と言われる場合もあります。ある

いは 57 ページの「2) 産業上の利用可能性」に発明であることを含める教科書もあります。これは教科書の書き方の問題ですので、見解が違うということではありません。説明の便宜としてここで分けているにすぎません。特許が認められるための要件は、29 条に書かれています。ちなみに、29 条 1 項、2 項は特許法で一番大事な条文です。

29 条の柱書きには、「産業上利用することができる発明をした者は、次に掲げる発明を除き、その発明について特許を受けることができる」と書いてあります。ですから、発明であることを前提にしています。

この発明の定義は 2 条 1 項に「この法律で『発明』とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう。」と書かれています。

少し話が前後しますが、特許の認められるための要件は、商標と同じように、特許庁の審査官による事前審査の対象になります。特許庁の審査官がこれらの要件を審査して、クリアしたものだけが特許になります。ちなみに、2005 年の統計ですと、特許の出願は 1 年間で 42 万 7,000 件あり、登録になったのは 12 万 2,000 件だそうです。

登録までタイムラグがあるので、この 42 万件のうち 12 万件というわけではありませんが、だいたいの規模として、これぐらいです。多い会社では、1 年間に 1 万件出願する会社もあります。北大ですと、200 件か 300 件程でしょうか。

それは少し余談ですが、発明であることという要件は、条文の解釈というよりは、どちらかというと、ほとんど政策に近いといえます。どのような発明を特許の対象にするか、という政策的な色彩が非常に強い条項です。

つまり発明でなければ、特許を取ることははなからできないので、どのようなものに特許を与えるかはそれぞれの国の政策の考え方です。ですから、定義規定の解釈や、言葉の意味からは直ちに導けないようなことが非常に多いといえます。

自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なものかどうか、つまり発明かどうかを分類しろ、というのは無理な話です。実は発明の定義規定を定めている国の方が少ないのです。日本は、その少数派です。多くの国では、この、発明とは何か、という定義は定めていません。定めてもむだだからです。

発明かどうか、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なものかどうかについて、裁判例で争われることは、実は極めて少ないです。これについては、審査基準が特許庁で定まっています。審査基準は、もちろん法律的効果を発揮するものではありません。法律ではなく、あくまで特許庁という行政庁の運用マニュアルです。したがって、法的拘束力はまったくないのですが、今言ったようにほとんど裁判で争われることがないものですから、この審査基準の解釈が、事実上かなり大きなウエートを占めています。

この審査基準は特許庁がいわば勝手に定めたものですので、稀に裁判例で真っ向から否定されることがあります。そのような場合は、特許庁はかなり柔軟に対応し、裁判例に従ってそのマニュアルを改訂する作業をしています。

ここでは定義を分解して、自然法則を利用したものであること、技術的思想であること、高度な創作であること、と 3 つに分けてお話をします。

まず、自然法則を利用したもの、ということですが、もともとはドイツのヨセフ・コーラーという哲学者であり法律家が考えたものです。昔は哲学者や数学者や医者はすべて一緒だったようですから、自然法則それ自体とその利用を区別しようという発想がありました。

自然法則を利用したもの、ということは自然法則自体には特許を与えない前提です。それはどうしてか

というと、自然法則それ自体は、地球が出来上がったときにもう定まったものです。万有引力の法則や質量保存の法則というのは、人間がいようがいまいが、この世に定まっている物理的、化学的法則です。万有引力の法則はニュートンが見つけましたが、それはニュートンが万有引力の法則を作り出したわけではなくて、そのような事象があることを説明した、つまり発見しただけなのです。

そうだとすると、万有引力の法則や質量保存の法則には、人の手は加わっていません。人が観察して見つけた、理論化したということであって、ニュートンが頑張ってリンゴが落ちるようにしたわけではありません。ニュートンはまったく手を加えていないのです。

つまり、ただ見つけただけで、自分が何か作り上げたり、関与したりしていない場合には、その人に権利を与えるのはおかしい、という考えです。

逆に、何かを作り出したのであれば、人の手が加わっていますので、その人に特許を与えることが正当化できるだろうと、コーラー氏は考えました。そこで、法則それ自体と、それを利用した何ものかというのは、分ける意味があるだろうと考えられていたのです。

コーラー氏はそこで例を出しています。例えば、新しい微生物は、その辺の土を掘って顕微鏡で見たらいるものですから、それは発明ではなく、発見にすぎない。発見には特許を与えないので、微生物や新規の化合物というのは特許の対象にならない代表例だと考えたのです。

ところが現在の日本、あるいは世界の特許法では、この新規の化合物や微生物は、特許の対象になっています。日本では 1975 年に物質特許、つまり化合物それ自体を特許とするように法律が改正されましたし、昔は対象となるか微妙だった微生物や遺伝子配列ものが、審査基準を改定する形で特許の対象になりました。

化合物は置いておくとしても、微生物や、あるいは我々人の遺伝子配列は、いわば昔からあるものです。人の手を加えて微生物ができたわけではなくて、人がその辺の土を掘ってふるいに掛けて、顕微鏡でのぞいたから、微生物がいると発見できました。このような現在では、人の手が加わっていないから特許の対象としない、という発想は、すでに過去のものになってしまいました。

ですから、現在では、このコーラーの、自然法則それ自体とその利用を分けることには、あまり意味がなくなっています。それはどうしてかといいますと、インセンティヴ論に基づいているからです。

確かに、大まかに言えば、自然法則それ自体とその利用、それを技術化するというところでは、手が掛かるのはやはりその利用です。新しいものを作り上げる方が、手は掛かります。そこにお金も掛かります。その最たるものがこの微生物だと言われています。最近では DNA になりかわりました。

微生物は、確かに、土を掘って顕微鏡でのぞいたらそこにいたと言いましたが、そうして見つかる微生物が、必ずしも有用なものとは限りません。ですから、人の役に立つ有用な微生物を探すことは、非常に大変です。世界中の土を掘り返して、微生物を分けて、その微生物にどのような機能があるか、求めている機能があるかを調べなければいけません。ですから、コーラー氏が思っているよりも大変な手間がかかります。

確かに、発見なのか発明なのか、言葉の語感だけから分けることは難しいと思いますが、微生物を産業の役に立つように見つけたり、区別したり、あるいは増やしたり、そのようなことは非常にお金が掛かります。

だとすると、コーラー氏に言わせれば、自然法則それ自体や、人の手が加わっていないものなのかもしれませんが、先行投資としてのお金はやはりかかっています。お金をかければ、有用なものはでてきます。

そうだとすると、やはりそこには排他権というインセンティヴが必要だろうということになります。

ですから、今の特許制度では、化合物や微生物、あるいはDNA配列に特許を与えている、つまり特許の対象にしています。これは今の特許法が、インセンティヴ論に基づいているからだと言われています。

インセンティヴ説に対置する考えとしては、自然権、あるいは自然権論と言われるものがあります。対比の意味で少し自然権のお話をしておきます。コーラー氏はもともと自然権に立脚していたのですが、自然権というのは、人が作り出したものは、作り出したその人のものだという発想です。これは、非常に素朴な考えであり、かつ我々には親和性は高い考えだと思います。コーラー氏も含め、ドイツやフランスではそのような自然権的な立場を採る人が多いです。おそらく歴史的な事情もあるのでしょう。

しかし、特許法は自然権論に基づいてはいないと考えられます。著作権法についてはインセンティヴ論と自然権論が二分されて、非常に激しい論争が繰り広げられていますが、特許の世界で自然権と言う人はあまりいません。それは今述べたように、特許法には自然権ではやはり説明がつかない規定が多すぎるからです。先の、発明の対象についてもそうです。

人が作り出したものがその人のものになるのだ、としますと、人が作り出していないものは誰のものにもならないという結論になりそうですが、微生物についてはそうではありません。逆に、僕が作り出したから僕のものなのだ、というように特許制度がなっているかというと、実はそうではありません。僕が作り出したものと同じものを、どこかの誰かが作っている可能性があるのです。偶然同じものを作る、同じ発明をする、ということがあり得ます。

特許法では、そのような場合、先に出願した人のものになります。これは先願と言います。ですので、逆に言うと出願が遅れてしまうと、あとは、所定の要件を満たし先使用があったといえなければ、自分が作り出した発明であっても利用可能でなくなる場合があります。自分が作り出したものであっても、ほかの人、ライバルに先に権利を取られてしまうと、作り出した人といえども利用ができなくなります。つまり、僕が作り出したけれども、僕が使えないということが特許法の世界にはあります。

自然権だとすると、やはりそれは不当です。自分とはいっさい関係ないほかの人が、偶然同じものを作っていたからといって、僕の権利が取り上げられるのは自然権からすると不当です。そうすると、やはり今の特許法はインセンティヴ論で説明するしかないだろうと言われています。以上は概要的な話でした。

ただ、まったく人為的な関与がないものについて特許が与えられるかというと、そうではありません。オーロラを見つけましたとか、深海に潜ったら変な深海魚がいましたとか、そのようなものは特許の対象にはならないのです。

ですので、それはコーラー氏の発想の名残があって、まったく人の手が加わっていないものというのは、発見に投資が必要であっても、排他権を認めていません。だから、現在新しいそのような物理法則を発見したとしても、その法則それ自体が特許になることはありません。

この辺は極めて微妙な問題です。今私の話を聞いても、どちらがどちらなのかよく分からないという感想を持ったと思いますが、実はそれはその通りです。どのようなものを特許の対象にするのかというのは、最初にも言いましたが政策的な色彩が強いので、もう理屈抜きでこうだと定める場合が多いです。それが化合物であり、微生物であり、DNA配列です。

ですので、もうここはそのようなものなのだと考えるしかありません。今言ったようなインセンティヴの説明やコーラー氏の説明は、学者がこのような現象を整合的に説明するにはどうしたらいいかと考え出された理論にすぎないのです。

特許権の対象が発明であるということは、今述べたように、インセンティヴが必要なものを政策的な保護の対象にしているということです。それが変遷してきた歴史があることだけ理解できれば、私はそれで十分だと思っています。いくら理屈を付けても、ここは理論的に解明ができません。

これで「発明であること」の意義は終わったことにいたしまして、次は、55 ページの「自然法則と関わるものであること」、自然法則の利用についての話です。発明であることの引き続きになりますが、自然法則とその利用を区別することの意義がここに書いてあります。

ここには DDT というものが例として挙げられています。これは、私の親の世代では有名な、人の髪の毛に寄生するシラミを殺す薬です。戦後間もない時代には、衛生状態が悪かったため、子供の髪の毛にシラミが寄生しやすく、学校でシラミがまん延してしまうのを防止しなければいけないということで、白い粉状の DDT を頭から浴びせられたそうです。

今ではシラミも少なくなったし、DDT は燃やすとダイオキシンが発生する非常に毒性の強い化合物ですので、現在は使われていませんが、特許の教科書を見ると必ず紹介されます。それは、DDT に関する争いがあったからです。

DDT に殺虫効果があることの発見は自然法則それ自体であるから、特許の対象にはならない、他方、DDT を利用した殺虫剤は自然法則を利用したものであるから特許の対象になるというように、いろいろな教科書に書かれています。

ですが、これは非常に区別が困難で、表現の仕方しだい、あるいは DDT の効果のとらえ方しだいでどうにでもなることだといえます。DDT それ自体に殺虫効果がある、と特許の出願書類に書いたら、特許にならなくて、DDT を利用した殺虫剤を作りましたと書くと、特許になるというのは、理論的ではありません。表現の仕方が違うだけで、同じことを言っているのです。

ですので、このように自然法則とその利用それ自体を区別することは、非常にナンセンスです。意味があると書いてある教科書も少なくありませんが、意味がないことです。

実際、取り扱いはこうなっているのですが、これは、ある程度技術として具体的にしておくことの要求だと言われます。産業上の用途が不明なまま技術法則に特許を認めてしまうと、保護が広範になり過ぎる、ということが教材に書いてありますが、やはりこの識別は困難です。ですから、発明かどうかで議論するよりは、産業上利用可能性の要件のところで議論をするべきだと言われています。もう少し具体的な内容を見て考えようということです。自然法則は特許にならなくて、それを利用すれば特許になるという区別は、あまり厳密にしても意味がないことになります。

次に自然法則の利用ですが、どのようなこれには、自然法則にかかわりがない、あるいは自然法則に反するような発明を排除するという意味があります。

どのような意味か、具体的に言いますと、教材にはいろいろな例書いてありますが、私鉄の経営発明、あるいは保険、単純ビジネスモデルは、実は特許の対象にはなりません。

これはどのようなことかと言いますと、例えば保険はイギリス人が考えたそうですが、ギャンブルの応用です。保険なくしては今の世の中は成り立ちませんが、あれは、例えば事故に遭う確率が 1%という計算をして、多くの人から 1 万円を集め、たまたま事故を起こした人に、補償として 1,000 万円差し上げるシステムを考えました。

多くの人はその補償を受ける立場にはなりませんが、1%の確率に自分が当たってしまった場合に、今まで払っていた保険料より大きい補償を受けることができるシステムです。このシステムそれ自体は、ギャ

ンブルの確率を応用した取り決めにすぎません。何ら新しい技術を発見して、それを利用可能にしたわけではありません。

あるいは、私鉄の経営発明というのは阪急の社長が考えたそうですが、単に鉄道を敷いただけでは、お客さんは乗らないので、お客さんにたくさん鉄道に乗ってもらうために、私鉄の沿線に土地を買って、そこに家を建てたのです。そうするとその家に住んでいる人は、その鉄道に乗ってくれるだろうという考えです。

これを応用していくと、あまり都心に近いところに作っても私鉄に乗ってくれないわけだから、意味がありませんから、ある程度都心から離れたところに住宅を新しく作ります。田園調布は昔、戦後すぐのころは本当に田園だったのですが、東急が土地を買って、そこに鉄道を敷いて、家を分譲したそうです。

東急というのは渋谷から横浜まで走っていますが、東急は、渋谷の近くに家を買いませんでした。渋谷の近くに家を買ったら、鉄道に 1 区間しか乗ってくれないが、少し離れたところに買えば、たくさん乗ってくれるだろう、という発想だったのです。

また、駅に近いところにも家を作りません。ちょっと離れたところに作って、駅までは東急バスを走らせます。そうするとバスに乗ってくれます。街中にはスーパーマーケットを作らないで、駅に東急ストアを作るのです。そうすると休みの日でも、東急バスあるいは東急の鉄道に乗ってくれます。

また、西武は池袋と所沢の間を結んでいるのですが、池袋の方は都心ですので、平日は皆鉄道に乗ってくれますが、休みの日は乗りません。そこで、反対側に西武ライオンズ球場を作りました。そうすると休みの日は野球を見に行くだろうというので、逆方向にも走るような需要を作ったのです。あるいは、豊島園もそうして作られたといえます。

このように、鉄道を敷いただけではもうからないので、乗る人を誘致してくればよい、というのが私鉄の経営発明で、これは経営上の大発明だと言われていますし、保険のビジネスモデルとしては大発明です。

あるいは、民間放送システムもそうです。皆さんは、NHK 以外は無料で見ていますが、なぜ無料でテレビ放送を見られるのかというと、スポンサーが付いているからです。無料でテレビが見られることはもう当たり前のようになっていますが、画期的な発明だといえます。ビジネス上の大発明ですが、これも特許の対象になっていません。

少し話が長くなりましたが、これらの発明は特許の対象にはなっていません。このような発明は、着想だけで解決ができるからです。天才的な着想なのかもしれませんが、頭の中だけで、このようなふうにしたら良いビジネスモデルになるなと考えればできるものです。つまり、実験が要らないということです。

一般的に言われている携帯電話の発明やコンピューターの発明はトライ・アンド・エラーですので、大きな設備を作り実験システムを作って、実際に機械を作ってみて、試してみる、それで失敗をする。そうして、何回か失敗して、成功例を取り上げて製品化するので、お金が非常に掛かります。莫大な投資が必要です。ですから、そこがビジネス上の発明とは違うところだと言われています。

保険にしても、私鉄の経営発明にしても、保険や私鉄を経営することそれ自体にはお金が掛かりますが、経営方法、あるいは保険の方法を考えることについてはお金が掛かりません。それは、投資を保護する特許法の保護対象からは外してよいということなのです。ですが、発明のところでも言いましたが、これも必ずそうだと言えるかというと、そうでもない、微妙なところがあります。理論的に説明するとしたらこうなる、というだけの話です。

さらに、コンピュータ・プログラムについてはどう考えるかという問題があります。これについては、最初は自然法則かどうかが、問題になっていました。自然法則ではない、人の取り決めだと考えることもできなくはないのです。コンピューターは究極的に言うと、停止信号のオンとオフを繰り返して、このようなパターンでオンとオフがつながったらこのような処理をする、というのを人間が取り決めて作られたものです。よって、これは自然法則を利用したものではないのではないか、と最初は言われました。

したがって、コンピュータ・プログラムそれ自体は、昔は特許になりませんでした。しかし、コンピュータ・プログラムが次第に進化をしてきまして、ある程度投資も必要になってきました。今では莫大な投資がなされていますが、そのようにして、特許法で保護する必要が出てきたのです。

そこで、どうなったのでしょうか。例えば、昔はマイコン制御の全自動洗濯機というのはハイテク中のハイテクの洗濯機だったのですが、そのようなものを念頭に置いて、コンピュータ・プログラムそれ自体は自然法則を利用していないのだけれども、洗濯機全体としては自然法則を利用しているから保護の対象としてよい、ということにしました。

ですが、それも時代が進んでいくに従ってうまくいかなくなってきました。コンピュータの発展とともに、ソフトウエアとハードウエアが分離されてきたためです。その頃、発明された製品で、私が衝撃的を受けたのがファミコンです。

何が衝撃的だったかといいますと、カートリッジ着脱式にしたところです。昔は、電子ゲームは 1 台で 1 個のゲームしかできなかったのです。それで 5,000 円程したので、お小遣いをためて買っていたのですが、1 個のゲームしかできませんでした。それでも面白かったのですが、ファミコンのすごいところは、本体とカートリッジを別にしたところです。

カートリッジを外すと、本体は確か 1 万円程しましたが、カートリッジは 5,000 円程度で買えます。カートリッジを取り換えるだけでいろいろなゲームができることに、私は子供のころ大きな衝撃を受けました。

そのようにハードウエアとソフトウエアが分離してきたのです。

それで、プログラムそれ自体に多大な投資が必要になってきました。今まではマイコン制御自動洗濯機だとマイコンの部分は大したことはない、基本的には洗濯機の発明だったのです。ですから投資も、洗濯機の方にたくさんかかっていたのですが、次第に精密な制御が必要になるにつれて、プログラムとハードウエアが分離してきて、プログラムそれ自体が取引の対象になってきた、あるいは投資が掛かるようになってきたのです。ですから、保護の必要性が高くなってきました。

そこで、2002 年にようやく、プログラムそれ自体を、物の発明だと定義しまして、直接保護をするようになりました。今まではこの審査基準の運用でどうにかしてきたのです。ただ、プログラムそれ自体も、純粋にそのアルゴリズムを保護するのではなくて、ハードウエアと何らかの関連をさせることは依然として要求されています。このように、プログラムは、保護の必要性が高くなっていくにつれて、徐々に保護の対象になってきた、という変遷をたどってきているのです。

ですから、この辺からも分かるように、産業的に保護の必要性があると高まってきたものを順次保護の対象にしていくという流れになってきています。ですからこのコンピュータ・プログラムについても、これが自然法則の利用なのか、あるいは人間の人為的な取り決めなのか、それを識別することはできないし、あまり生産的ではありません。保護の必要性があるか、あるいは保護した場合に保護が強くなり過ぎないか、という観点から、自主的に決めていると言うことができます。

コンピュータ・プログラムについてもう少しお話をしますと、基本的には、プログラムそれ自体は著作権

で保護をしています。特許法の方が、プログラムというよりはアルゴリズムや処理の方法といった少し抽象的な部分を保護することにしています。

ですから、比喩的にいえば、本の中身それ自体を著作権法で保護して、小説に込められているテーマやプロット、ストーリーといわれるものを特許法で保護していることになります。

それから、この自然法則関係について、いまだにビジネスモデル発明、あるいはビジネスモデル特許、BM 特許などと呼ばれるものの問題もあります。このビジネスモデル発明といったものは 5 年ぐらい前に大流行しました。

これについては、アメリカの有名な最高裁判決が出て、それで日本でもビジネスモデルが保護されるのではないかと思った人たちが一斉に殺到したのですが、実は今、日本ではどうなっているかというと、ビジネスモデルそれ自体は、特許の対象とはしていません。コンピュータ・プログラムと関連させれば、コンピュータ・プログラムの発明として保護をするのが現在の取り扱いです。ですから、ビジネスモデルそれ自体は、特許の対象にはなりません。

教材 56 ページにはだめな例として富山の薬売り発明と書いてあります。これもビジネス上の大発明だと思いますが、これは、絆創膏や腹痛の薬、頭痛の薬といった、簡単な家庭用の薬がすべてそろっている薬箱をセットにして各家庭に置いておき、必要がある薬だけそこから出して使います。そうすると、半年後ぐらいに富山の人がその家を回ってきて、薬を使った分だけお金を徴収する、減った分の薬を補充して帰っていくというものです。

いつどのような病気になるか分かりませんから、家にそのようなワンセットになった薬箱が置いてあると、非常に安心です。でも、買う側としては、一度に全部は買えません。そこで、その富山の人が、使った分だけお金をもらって、補充してまた帰っていくのを繰り返すことを考えました。これもビジネス上の発明といえます。

ですが、これは自然法則を利用していないので、それ自体は特許にはなりません。富山の薬売りについてコンピューターを関与させるのは、難しいでしょうが、コンピューターあるいはプログラムを関与させれば、プログラムの発明として保護しているのが、現在の審査基準です。

これも、現在の審査基準であるだけで、この先どうなるかは分かりません。ただ、ビジネスモデル発明については、保護をしてしまうと保護の範囲が広すぎるので、かえってその産業の発達を阻害するという懸念がなされています。

自然法則については以上です。

次に、教材 56 ページの「反復可能性」についてですが、これは技術的思想と言い換えられることもあります。これは、職人のコツのようなもの、つまりセカンドランナーがまねしようもないものは、保護の対象としないということです。例えばフォークボールの投法や格闘技の関節技の発明は、現在の審査実務では、技術的思想ではない、反復可能性がないという理由で特許の対象にはしておりません。

つまり、フォークボールが有名なのは最近ではジャイアンツの上原選手ですが、昔は大魔神佐々木という人もいましたし、松坂選手ならスライダーです。上原選手のフォークボールは、彼の筋力あるいは骨格でしか投げることができないもので、ほかの人はまったく同じものを投げることはできないそうですので、仮に上原選手のフォークボールに特許を与えたとしても、結局まねをする人がいないので、それを保護する意味がない、というのが審査基準の発想です。

あるいは、私人の自由な領域を確保するべきだという考えで反復可能性を要求していると言うこともで

きますが、ここも、理論的にそう言い切れるかというと、そうではないところがあります。ジャイアンツの上原選手はアマチュアの選手ではなくてプロとして投げていますから、上原選手のフォークボールを特許の対象とすれば、ライバルの阪神の藤川選手はフォークボールを投げることができなくなるかもしれません。だとすると、産業上の利用の可能性がありそうです。ですから、ここも理論では説明のつきづらいところです。人が一挙手一投足でやる動作というものは、一応は特許の対象にはならない、という考えでしかありません。

むしろ問題なのは、植物関連発明についてです。現在では植物関連発明は特許の対象になっていますが、最高裁では、桃の育種増殖方法というものが特許になるのかどうかが争いになりました（最判平成 12.2.29 判時 1706 号 112 頁［桃の新品種黄桃の育種増殖方法］）。これはどのような皆さんが食べている桃は、もともと昔からある桃ではなく、人間が食べやすいように品種改良された桃です。そして原始の桃というのが、今も、少ないながら存在するのですが、そのような原始の桃の枝を切って、そこに品種改良された桃を接ぎ木しておいしい桃をつくる発明の特許についての裁判例です。

この技術によれば、非常に確率は低く、滅多にできないけれども、たまに、とてもおいしい桃ができるという発明だったのです。

そのような発明は特許になるのか。これに対し最高裁は、反復可能性を認める判断をしました。

今言ったように、めったにできないけれども、例えばその確率が 1%だとすると、逆に、1%は必ずできるということです。たまたまできたわけではありません。1%の確率、あるいは 0.1%かもしれませんが、その確率では確実にできるのです。技術とはそのようなものですから、数値としては小さいけれども、反復可能性はあるのだ、という考えです。

この産業上の利用性との関連でも、0.1%しか成らないテクノロジーであれば誰も使わないだろう、という考えもありますが、しかし使うかどうかは、特許庁が判断するべきことではありません。可能性が低くても、それだけおいしい桃ができるのであればビジネスとしては十分成り立つと判断する人はいるかもしれないし、いないかもしれない。それは、ほかの状況によっても変わってきます。

例えば、桃が美容に良い、桃を食べるとがんにならない、などという情報が広まって、桃が爆発的に売れるようになったりすると、0.1%しかおいしい桃ができなくても、高い価値がつくかもしれません。将来のことは分からないのです。

特許法の審査は、発明それ自体に特許性があるかどうかが決まった時点で判断しなくてはいけないので、この特許がこの後どのようにビジネス展開されるのかを考えるのは無理です。

だとすれば、それは市場の決定に委ねておいたほうがよいのです。少ない確率であっても確実にできるのであれば、反復可能性はあると考えて、後は市場の決定に委ねるべきだというのが、この最高裁判決の解釈になります。

次は高度な創作性の要件についてですが、実はこの高度性というのは、あまり意味がないと言われています。どうして高度という言葉を付けたかといいますと、これは実用新案法との区別のためだと言われます。実用新案の対象は発明に対して考案ですが、定義にどのように書いてあるかというと、この「高度」を取ったもの、つまり、自然法則を利用した技術的思想の創作であると書かれています。

ところで、実用新案制度というのはどのような制度かといいますと、今述べたように、高度ではない発明のようなものを保護する制度です。だから日常のちょっとした工夫、小さい発明を保護する制度です。

ですがこの制度は、作られた当初から、意味がないのではないかと散々言われてきています。つまり、

すべて特許制度で処理すれば済むだろうと言われてきています。このように、存在意義を見つけるのがなかなか難しい制度ですが、しかし、かつてはかなり使われていました。かなり出願等にかかる費用が安いことも理由の1つです。特許制度に比べて半額ぐらいで出願をしたり意匠をしたりすることができるので、高度成長の時代、逆に言えば、まだまだ日本がアメリカの技術に追い付いていなかった時代には、よく使われていたのです。日本の企業は実用新案、アメリカを始めとする外国の企業は特許制度、というような住み分けが、かつてはかなりできていました。

つまり、当時は日本の技術がまだ世界に及んでいなかったので、特許のレベルで審査をしてしまうと、皆拒絶されてしまいます。しかし、そうだとすると日本の国内産業が育たないので、もう少し特許の要件を引き下げた制度が別に必要だろうと考えられたのです。今では日本の技術というと、もう諸外国に肩を並べる、あるいはある意味では追い抜いていますので、実用新案制度は、今は中小企業を相手にした制度になっているといえます。

ですから、制度的に特許制度と離れる形で組み換える必要があるだろうということで、現在では少し変えられています。現在では無審査登録主義が、実用新案法では採られています。つまりこれは、登録のために審査をしない制度です。

特許では新規性や進歩性等について事前に審査して登録する制度ですが、実用新案法は、事前には審査しません。

しかし、事前に審査をしないということは、無要件主義とは違います。要件がないわけではありません。紛争が起こったときに、起こったものだけを審査する制度なのです。ですから、要件はちゃんとあります。ただ、それを事前に審査しないだけです。

保護の期間は出願から10年で、特許の半分です。実用新案制度を組み替えたときは6年でした。6年だと短すぎて誰も使わなくなってしまったので、また4年延ばしました。

このように、実用新案制度は、その存在意義や活用のされ方について、現在も試行錯誤、模索されています。ドイツでは同様の制度がありますが、アメリカではこのような制度はありません。すべて特許で処理しています。日本では高度成長の時代、昭和30年代から40年代ではある程度意味があった制度ですが、現在ではその制度的な使命を終えたのではないかとも言われています。

さて、次に、57 ページの「2 産業上の利用可能性」にいきます。発明には、一応産業上の利用可能性が必要で、産業上利用できないものは特許しませんよということが書いてあります。産業の発達が特許法の目的ですので、それに寄与しないものは保護しないということが条文で明らかにしてあります。

先ほどの桃の裁判例を紹介した際も述べましたが、どのような発明が産業に寄与するかは、判断が難しいです。教材にはこの要件を満たさないものとして、太平洋をコンクリートで埋め尽くす台風の発生防止方法という例が出ています。確かに、台風は、赤道のあたりで温められた海水が上昇気流で巻き上げられてできたものなので、コンクリートで埋めてしまえば発生しないだろうといえます。しかし、これを実際に行うのは不可能です。

このように、確かに発明かもしれないけれどそれは不可能だ、というものは、産業上利用可能性の要件で落としています。しかし、今挙げたのは極端な例で、基本的には、経済的な価値すなわち実用レベルでこれを使う者がいるのかどうかは判断していません。一応使えそうであればこの要件をクリアするという取り扱いです。

先ほども述べましたが、現実的に実用性、あるいは製品化されるかどうかは、市場の状況によってまっ

たく違いますし、予想もできないものです。予想できないものを特許庁で判断するというのは無理です。無理なことはやらない方がよい、ということで、本当に産業に利用できるかどうかということには深くは立ち入りません。

ですが、ここで 1 つだけ意味があるのは、医療の問題です。医療、つまり病気の治療方法や、あるいはがんの手術方法といったものは特許の対象になるかどうかが議論の対象になっています。

結論から言いますと、医療は産業ではない、という解釈に基づいて、医療については産業上利用可能性がないということで特許の対象にはしていません

ですが、この、医療は産業ではない、という解釈には疑問を抱かざるを得ません。なぜ医療が産業ではないのでしょうか。これは明らかに結論ありきの議論です。医療を特許しないという結論が先にあって、その理由として、産業ではないということが持ち出されているにすぎません。医療は立派な産業です。

もちろん、医療関係の発明を特許しないことには意味があります。それは、特許権というのは財産権ですので、財産権のために医療が妨げられてはならない、つまり患者の生命や身体が脅かされてはならない、というのが、医療を特許の対象にしない趣旨です。

これは分かりやすいお話だと思います。例えば、今、交通事故で運ばれてきた患者をすぐに手術しなければ死んでしまう、だから手術をしたいという状況があったとします。しかし、その手術の方法が特許になっていたとしたら、「特許権を侵害するのは嫌だな」と医者は思うでしょう。そして、特許権について調べている間にその患者は死んでしまいます。このような場面では、特許があったためにその患者が死んでしまったことになります。

今の例は極端な例ですが、財産権と人の生命や身体の安全を考えれば、後者が優先するのは明らかなように思います。特に手術の方法、あるいは治療方法が用いられる際には、緊急性が要求されています。そのような場面で医者に特許を調べろ、あるいはあらかじめ調べておけというのは無理な話です。

ですが、実は、薬については特許の対象になっています。薬も医療にかかわっていないわけはありませんが、特許の対象になっています。これは、薬は治療方法に比べれば、緊急性が相対的に低いということで説明できます。つまり、薬は工場で作らなければいけないので、どちらにしても工場で作る時間が必要です。ですから、工場からその患者のところに薬を届けるといった時間はどうしても必要ですので、緊急性は治療方法に比べれば相対的に低いと言うことができます。また、医薬の製造は非常にコストが掛かる産業ですから、やはり特許の対象にするべきだ、という判断が働いています。

ただ現在では、例えば手術をサポートする機械といったものは設備に関係し、先行投資が掛かりますので、保護の必要性があるのではないかという議論もあります。こういった発明を医工連携発明と言います。医学と工学の連携の発明は、北大でも相当数行われています。そのようなものはお金が掛かりますので、改正の必要もあるのではないかという議論はされています。

教材に挙げられている判決（東京高判平成 14.4.11 判時 1828 号 99 頁）は、現在の法律では、まだ医療、あるいは医工連携発明も特許しない、という内容の判決ですが、注目すべきは、立法的に手当をすれば保護してもよいのではないか、という見解を示している点で、学会に議論を投げ掛けてきました。

アメリカなどでは、治療方法は特許になっています。今述べたように、医者が特許権を侵害するからと手術を躊躇しないように、何らかの手当をする条文が用意されています。

ですから、医療は産業ではないとしたり、医療を特許の対象から外したりしているのは、後の時代から見れば、過誤的な処理の方法なのかもしれません。私はむしろ医療も特許の対象にするべきだと考えて

いますが、これから変わっていくかもしれません。

話を戻しますと、伝染病の特効薬のように、薬の中でも緊急性を要するものについては、最低許諾制度というのが用意されておりまして、もちろん対価は払わないといけませんが、緊急の場合は国家が、その発明を使ってよいという判断をすることがあります。そのようなところで、医薬が緊急に必要になった場合の手当をしています。

それから人由来の再生医療、例えば人造皮膚の製造方法、あるいは髪の毛をつかった技術などは認める方向で実務が動いていて、今後変わる可能性は大きいと思います。

それから人の遺伝子、DNA 配列に関する特許ですが、人の遺伝子というのは、現在はすべて解明されました。エンジニアの話を聞くと、遺伝子を解明しても、それだけでは何も分からないことが分かった、と言われます。つまり、人の遺伝子配列は生命科学の到達点かと思ったら出発点にすぎなかったということです。そのようなことを言っている人もいますが、DNA の配列自体は完璧に解明されて、もう今はデータベースにアクセスすれば載っています。

塩基配列というのはタンパク質を合成する設計図ですが、今ではそのタンパク質が人体の中でどのような働きをしているのかが、研究のテーマになっています。ですから、人の遺伝子配列の断片について特許を取ってしまうということは、ある意味、そのタンパク質の設計図を押さえてしまうということです。

現在ではまだ、タンパク質が人の体の中でどのような機能を負っているのか、あるいは例えば薬などにどのように利用できるのかは、分かっていません。この段階で王道の DNA に特許を与えてしまうと、あまりに広い、あるいは強すぎる特許が発生してしまう可能性があります。例えば、肝臓病にも、腎臓病にも、目の病気にも効くし、それからはげにも効くというようなタンパク質があったのかもしれない、それを保護するには広すぎるでしょう。かえって産業の発達を阻害する、競争がなくなってしまう、ということが心配されています。

タンパク質の利用方法がはっきり分かっているのであれば、DNA を特定する形でタンパク質を特定することはあり得るでしょうから、その、利用可能性そのものは認めて、あまり強すぎる特許ができないように、ほかの要件で絞りを掛けよう、というのが、現在の運用になっています。

最後に 3「不特許事由」についてお話します。32 条には不特許事由として、公の秩序、善良の風俗または公衆の衛生を害するおそれがある発明については特許しないという当たり前のことが書いてあります。

今はこのような短い条文ですが、かつては 1 号から 5 号までありました。化合物それ自体もそこに含まれていたのですが、32 条の対象が歴史的にどんどん減っていっています。最後に残ったのが、今規定されているものである、という形です。

新規化合物については、かつては化合物を生産する方法の発明としてしか特許を取れませんでした。現在では、化合物は構造主義それ自体を変えて、端的に、強力な特許を得ることができます。

発展途上国では、このような特許をしない発明がかなり多いといえます。要するに難しい発明なのです。難しい発明を特許できるようにしておくと、そのような難しい発明は有用な発明が多いですから、発展途上国は先進国の企業に全て取られてしまうおそれがあります。そうすると国内の産業が育たなくて、相対的にいつまでたっても植民地のように扱われることになってしまいます。ですから、比較的発展途上国ではそのような特許の対象を絞っていることが多いです。

現在はアメリカの意向で、何でも特許をする方向に国際条約が動いてしまっていますが、少し昔ですと、日本も例えば食料品は特許しない、遺伝子核変換物質は特許しない、といった条文が相当数ありました。

しかし、現在、不特許事由としては、このような当たり前のことしか書いてありません。

公序良俗条項ですので、わいせつ物の発明や、あるいは例えば殺人方法の発明、拷問方法の発明といったものは発明にはならないと言われていますが、それは当たり前という感じがします。「殺人に利用可能なナイフ」と書いたら特許は取れませんが、「ナイフ」と書いたら特許が取れます。ですから結局それは作り方しだい、特許の書き方しだいです。

銃は人を殺さない、人を殺すのは人である、というようなことがいわれますが、その特許になったものがどう使われるかと、発明それ自体をリンクさせて考えるのはなかなか難しいといえます。ですから、戦車やミサイルも、すべて特許の対象になっています。戦車も、民衆を弾圧する目的や侵略目的に使われれば、それは公序良俗を害することになるのかもしれませんが、無法者から身を守るために兵器が必要ならば、それは我々の生命や財産を守る大事なものだということになります。ですから、兵器や武器も、実は昔から特許の対象になっています。

本日はどのようなものが特許の対象になるのかという話でした。理論についていろいろお話をしましたが、これは明らかに事実の先行です。事実の先行で、理論が後で付いていっているだけです。ですから、投資の保護の必要性のあるところを特許はどのような保護をしているか、ということが分かっていただければ、よいと思います。

新規性のお話をする前に、本日は、特許の書類というのはどのようなものかを見ていただこうと思います。教材 126 ページを開いてください。

126 ページから 130 ページまで、これが特許の公報です。特許庁の電子図書館には誰でも無料でアクセスすることができますが、そのうちの 1 つを参考に取り上げました。

126 ページが表紙で、127 ページからが内容で、後ろの方には図面が載っております。これはジンギスカンの鍋です。この 126 ページの図面の上の、でこぼこの上に肉を乗せてジンギスカンを焼く目的のものです。ですから、発明の名称のところに調理器と書いてあります。

特許公報は書類のフォーマットが始めから決まっておりまして、左の真ん中辺りに出願番号、出願日というのがあります。これは特許庁に書類を提出した日です。特許庁が整理のために番号を付けます。右側には、出願した人の名前が入っています。この発明は、発明者も同じですから、企業内発明ではなくて、発明者が自分で特許を出願しているということです。つまり、個人発明だということが分かります。出願公開というものがなされると、このような公報が発行されます。

注目していただきたいのは、127 ページです。左上の黒い括弧に、特許請求の範囲、という言葉が入っています。これもフォーマットの 1 つではあるのですが、この特許請求の範囲というのが、特許のいわば心臓部分です。これは、その下に請求項 1 から請求項 4 までが書いてありますが、この請求項 1、2、3、4 の集合が特許請求の範囲と呼ばれるものです。

特許請求の範囲、というと日本語としてはやや長く、語呂がよくないので、クレイムと呼んでいます。クレイムは英語で「請求する」という意味で、S を付けてクレイムスという場合もありますが、語呂が悪いのでクレイムまたはクレームと言います。このクレイムというところに発明が書いてあります。このように文章化して発明を表現します。説明のためにはいろいろな説明文や図面を使ってもよいのですが、基本的に発明というものを抽象的な文章――中央部が高く形成され、周辺部に油だまり部が形成された調理部本体に、周辺を隆起させたクレーター状の複数の支持口が配置された調理器――というように抽象的に書きます。

このクレイムが特許されますと、排他権が発生します。ですから、図面や、クレイムの下に書いてある発明の詳細な説明に権利が発生するわけではありません。排他権が発生するのは、クレイムに書かれた範囲です。同時に審査の対象になるのも、例外はありますが、ほとんどがこの特許請求の範囲に関するものです。

ですから、前回説明した、発明であることや、産業上の利用性、あるいは本日説明する新規性、次回説明する進歩性というのは、すべて特許請求の範囲に書かれた発明が新規であるかや、進歩性があるかという話です。

発明の詳細な説明というところには、クレイムだけだと抽象的なため、分かりづらいということで書き添えられていますが、新規性や進歩性、産業上の利用性といった要件の審査には、ここは基本的には関係ありません。もちろん、クレイムを理解するためにこの文章を読むので、間接的には関係があることになりますが、直接審査の対象にあるのは、この特許請求の範囲に書いてある発明です。

条文に即してお話しますと、特許法 49 条 2 号の「特許出願に係る発明」というのは、クレイムに書いてある発明のことを言います。これは拒絶の査定の条文ですが、その特許出願に係る発明において、29 条の規定により特許をすることができないものであるときは特許出願について拒絶するとなっています。

この特許出願に係る発明というのが、クレイム、つまり特許請求の範囲に書かれている発明の意味です。ですから、特許請求の範囲に書いてある発明が、29 条の規定により特許をすることができないものである

場合は、特許を取ることはできないという条文の体裁になっています。ここが極めて大事な特許の心臓部分です。

では、教材 58 ページに戻りまして、新規性のお話に入ろうと思います。今述べたように、クレイムに書いてある発明が新規かどうかがポイントになります。発明は、基本的に新しくなければ発明ではないという人もいるくらいですので、当たり前だろうとも言いうるでしょうが、説明をしていきましょう。

特許法の目的は、公開代償説で説明することができます。発明者に出願、あるいは発明の内容を公開するのと引き換えに特許権という排他権を与えることで、発明を秘密化させない、新しい発明の公開を促進して、産業の発達、技術の進歩を促して世の中を便利にするのが特許法の目的だとお話ししました。

それが 1 条に書いてある、発明とその利用を促進することで産業の発達に寄与するという特許法の描いている理想的なストーリーです。発明の公開の代わりに与えられた排他権がインセンティヴになっています。そのおかげで新しい発明が秘匿化されないで、次々に皆が新しい発明をする、そうすると世の中が便利になるというストーリーを描いている、ということです。

ですから、公開させる技術は新しい技術でなければ意味がありません。もう皆知っている技術については、いまさら、僕が公開したのだ、と言っても世の中に何ら積み上げるものがないわけです。世の中に対する貢献がないのです。それが教材に書いてある、技術は豊富化しない、ということの意味です。

かえって、外形的には利用可能になった技術に排他権を与えると、これは使えるのかなと思った人が後から特許権を主張されると不意打ちになる、予想可能性がなくなるという問題がありますので、特許法としては、発明を特許するためには新規であることを要求しました。それは、特許出願をするときの基準になります。

29 条 1 項 1～3 号には、特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明、公然実施をされた発明、頒布された刊行物に記載された発明、この 3 つのいずれかに該当する場合は、特許を与えないと規定されています。1 号を公知、2 号を公用、3 号を刊行物記載などと通称することもあります。

1 号の公知というのは狭い意味での公知です。広い意味で我々が公知でない、あるいは公知であると言うときは、新規性全体を指していて、その場合、公知でないということは新規性があるということを意味しています。公知の語は広義で使う場合の方が多く、狭義の意味で公知と使うのは、むしろ新規性の議論をするときだけです。この公知という言葉も、これから何度も出てくると思いますが、公知であるということは新規性がないということで、公知でないということは新規性があるということです。

日本国内又は外国において、ということですので、世界公知ということになりますから、地球の裏側、ブラジルの一地方でたまたま何か知られていたとしても、それは公知であることになって、特許が取れないことになります。ブラジルの田舎の方で知られていたというのが本当かどうかは、証明の問題になりますので、また別の話になります。

ですから、新規性の要件を満たすのはかなり厳しいことです。実際に一番問題になる条文は、29 条 1 項 3 号です。文献の場合は、記載されればほぼそれが真実であることが堅いので、一番使われるのがこの 3 号です。

特許を出願して、3 号について拒絶理由というのが特許庁から示される場合、このような文献がもうすでに出ている、ということを示されます。例えば私は、イスラエルの文献を提示されたことがあります。イスラエルの文献の、英語のアブストラクトに書かれていたというふうに通知を受けたのですが、我々が特許を出願する前は、日本の文献はほぼデータベースで網羅的に調査して、あとはアメリカとヨーロッパの特許庁

が流している特許公報を少しチェックするぐらいですが、やはりイスラエルまでは見ていられません。データベースもきちんと管理されていませんから、チェックするのは困難です。それでも条文上は、イスラエルの文献に書かれていたというだけで、これは特許されないことになります。ですから、かなり厳しいです。

3 号については昔からこの世界公知ですが、1 号と 2 号については刊行物でなくて人間が知っていた、実際に物があった、などというもので、1999 年までは日本国内だけだったのですが、外国まで含めることに改正されました。

これが新規性の大雑把なつかみの部分です。効果としては、これは特許を取ることができないということですので、出願は拒絶の対象になります。拒絶査定、つまり特許をしないという決定がなされます。反対のことが特許査定、特許をするという決定です。査定という言葉を使っているという点で行政商標に絡みます。

拒絶については、先ほど述べた 49 条にまとめて書いてあります。49 条それ自体に書いてあるのではなくて、実態的な規定は 29 条、39 条に書いてありますが、49 条に一応まとめて書かれているといってよいでしょう。

これは審査官の審査による場合です。審査官も人間ですので、これを見過ごすことがあります。見過ごされて登録されることを過誤登録と言いますが、その場合は無効理由になりまして、特許になった後に無効審判を提起されますと、遡って無効になります。

1 個目の論点は、発明者が特許出願する前に、例えば学会発表や論文発表等で自ら発明を公開してしまった場合についてです。この場合も、原則新規性を喪失することになります。そうすると、特許を受けることはできません。

例外については 60 ページでお話しますが、新規性の要件はやはり、かなり厳しいものといえます。

これをどのように説明するかと言いますと、特許制度があって、特許制度に新規性が要求されているにもかかわらず、先に特許を出願しないで、本人がばらしてしまった、学会発表なり論文発表なりしてしまった場合は、特許権という排他権がその人にとってインセンティヴとして機能しなかったことになります。

つまり、特許権があろうがなかろうが、その人は結局発表するつもりだったのだろう、ということになります。特許法で新規性という要件を立てているにもかかわらず、特許を出願せずに発表したということは、特許があろうとなかろうと、それに発表するつもりだったわけです。

ですから、特許権、つまり排他権がもらえるから公開しよう、排他権をもらえないのであれば公開しない、という選択肢は、その人にはなかったのです。そうではなくて、別に特許なんぞ知ったことではない、俺にとっては発表する方が大事なのだ、と思ったので、その人にとっては学会発表や論文発表が研究のインセンティヴになっているのです。そのような人にとっては、別に特典を与える必要はないことになります。

その結果、排他権が発生するのは特許制度だけになりますので、第三者としては特許制度、具体的にはそれは権利の公示、特許権とか権利が公示される特許公報だけを監視していれば、排他権を侵害することにならないのです。

ここでの説明で注意して欲しいのは、発表した人が特許法を知らなかったなどということは考えられていないということです。法の不知は守らない、という原則が法解釈にはありますから、法の不知は考慮していません。真に守る価値、守る適用はありません。

このように、特許制度があることを知りながら、かつ新規性が要求されていることを知りながら公開したということは、その人は別に特許があってもなくても、いずれにせよ研究をしたのだと考えます。実際に学者

にはそのような人が多いといえます。最近でこそ大学でできた新しい発明を特許にして世の中に還元しようという動きがありますが、昔の学者は特許がなくてもやはり研究をしていたわけです。その人は学会で新しい学説を発表したり、論文で自分の実験を世の中に広めたりすることにステータスを感じていたわけです。ですから、彼らにはステータスがインセンティヴになっていたといえます。つまり、特許制度がインセンティヴになっていないということになります。もしそれがなかったらやらなかったであろう、というものがインセンティヴなのです。この学者たちにとっては、特許制度があってもなくても、インセンティヴとして機能しているのは学会発表ですから、別途インセンティヴは要らないことになります。そして、学者、研究者が気軽に発表した後、後始末をするのが大学の知財本部であり、会社の知財部であるわけです。私も知財部、特許部に入ったころは、担当として皆 1 つの研究所を割り当てられました。私はかつて在籍していた研究所を割り当てられました。

そこでは、やはり特許の文化が根付いていなかったので、皆が発明について気軽に話してしまうわけです。会社の場合は論文発表ではなくて、お客さんに、このような新しい発明をしたから買ってください、と言ってしまうのです。それをやめるのを根付かせるのに、50 人の研究所だったのですが、だいたい 2 年間ぐらいかかりました。やはりそれぐらい時間がかかるものなのです。やはりエンジニアは、新しい技術ができたり問題解決したりすると、素直にうれしいですから、やめろと言ってもなかなかやめません。大学でも、話してしまうことはよくあります。

例外的な救済規定については 60 ページにあります。救済規定ですので、あまり万全なものではありません。これから企業の知財部で働く人もいると思います。そうすると、このような事態に遭遇すると思いますが、エンジニアを教育するのも知財部の立派な役目です。

もう少し新規性の中身の方に入っていきます。具体的な判断、つまり、どのような場合に新規性が喪失したことになって、どのような場合に新規性が喪失したことにならないのかというお話です。教材には①内容漏知型、②公然実施型、③文献記載型、と書いてありますが、①と②についてごく簡単にまとめて、かつ誤解を恐れずに言うと、話した相手方に守秘義務があるかどうかで決まります。

私が発明者、あるいは特許を受ける権利を有する者で、自分の発明はこのようなものだと相手に話すとします。その場合、新規性が喪失したことになるかどうかは、その相手が守秘義務を持っているかどうかでほぼ決まります。守秘義務を持っていれば、これは 29 条 1 項 1 号の「公然知られた」、あるいは 2 号の「公然実施をされた」に該当しません。他方、守秘義務がない場合は、相手方は話しても義務違反にはならないということですので、それは公知に至ったことになります。①と②は、基本的には相手方が守秘義務を持っているかどうかで決まります。文献記載型の場合にはそのような問題はないわけですが、①と②はこれで決まります。

極端な話をすると、発明を話してしまった相手が 1 人でも、守秘義務を負っていないとそれは公知、100 人の人に話したとしても、100 人全員が守秘義務を持っていれば、それは公知でないということになります。これは分かりやすい基準ではありますし、現実はほぼこれで動いております。

もう少し裁判例に即した話にしていきますが、例えば内容漏知型、発明の内容が漏れてしまった場合は、1 号「公然知られた」あるいは 2 号「公然実施をされた」に該当するかどうかが問題になります。

1 号と 2 号は、かなり近い関係にあります。これは大正 10 年法、つまり今の法律になる前の法律では、1 つの条文になっていました。今の法律は、母体は昭和 34 年法なのですが、昭和 34 年法に切り替えるときに、1 号と 2 号を分けたのです。教科書によっては、この 1 号と 2 号を区別して、1 号は現実に知られたと

いう必要があるとし、2 号は知られる可能性があれば該当するのだと解説するものもありますが、裁判例を読んでいくと分かれていません。1 号と 2 号はほぼ基準としては同じで、この守秘義務の有無で決まっています。2 つに分けた積極的な意味が改正法に見いだせないので、特に分けて考える必要はないというのが、この教材の立場です。

理由付けの●の 1 個目に書いてありますが、発明を漏らした相手方に秘密であることを明示し、かつ秘密保持を約束させて発明の内容を知らせた場合には、1 号の公知とはならないと書いてあります。これも守秘義務です。相手方に守秘義務を掛けた上で発明の内容を話す場合には、公知ではない、したがってまだ特許を取れるということです。

●の 2 個目に、秘密保持義務を負わない場合は公知となるのが原則だということが書いてあります。この場合、現実に公衆が発明の内容を知ったか否かが問われることはありません。現実に発明の内容を知ったかどうか、つまり、例えばこちらが話している相手方が聞いていなかったので結果的に理解されなかったり、発明の説明の仕方が難しすぎて相手がよく分からなかったりということは関係ありません。

ある意味、知られ得る状態であればよかったということ、知られる状態であれば公知に至ったという意味なのかもしれませんが、現実に相手方が発明の内容を知った、あるいは理解したということまでは必要とされません。話した相手に秘密保持義務が掛かっていなければ、もうそれは特許を取ることができない、新規でないことになります。

では、会社の従業員の場合はどうなるのかといいますと、例えば発明者がいて、特許を出願する前に、当然知財部に、これは特許になるかなと相談に来るわけです。そのような場合にディスカッションすることになりますが、そうすると、その発明者は、知財部の人間に発明の内容を出願する前に話してしまったことになります。しかし、その場合に新規性を失うことになるかというと、そうではありません。

会社の従業員は、雇用契約を結ぶときに、黙示的に守秘義務を負っています。会社の中の情報をむやみに外部に漏らさないという義務を、雇用契約の内容として備えています。ですから、会社の内部では発明をお互い出願前に話しても、それはお互いが守秘義務を負っていますので、公知にならないことになります。

新しい技術会議等で、こうしたらうまくいったよ、ということはお互いに報告をし合うのですが、それを聞いている人が 50 人、100 人に上るような場合があります。しかしその場合は、100 人が 100 人ともその会社の従業員であれば、守秘義務を負っていますので、100 人に知られた場合でも、それは公知に至っていない、新規性を喪失していないことになります。裁判例といたしましては、かなり古い裁判例ですが、建物建造物の構造調書に関するものがあります（東京高判昭和 49.6.18 無体集 6 巻 1 号 170 頁［壁式建造物の構造装置］）。これは団地の壁の中の発明です。壁の中の補強器具をこのような形に組むと、丈夫な壁ができる、という発明でした。それを特許出願前に住宅公団に開示しました。発明者の方は設計した人だと思うのですが、それを注文してくれた住宅公団に、この壁はこのような新しい構造になっておりますので地震でも崩れません、と話すとともに、その建物を譲渡したという状況でした。公団としては、これを職員用住居に使用していたそうです。

出願人は、建築が完了してしまえば、壁の中の構造の発明ですので外から見ただけでは分からず、公知ではない、特許は無効ではないと言ったのですが、裁判所は、住宅公団に守秘義務が掛かっていないという理由で、新規性を喪失すると判断しました。

出願人の気持ちはよく分かります。壁を壊さなければ見えないし、なおかつ実際に壁は壊されていない

のだから発明は知られていないだろう、という言い分はよく分かるのですが、逆に言いますと、公団は譲渡を受けたので、もはや壊すのは公団の自由なのです。実際は壊さなくとも、壊すのは自由です。

つまり、見ようと思えば見られたということになります。しかも守秘義務は掛かっていません。その場合は、実際に見ていなくても新規性を喪失するというのが、ここでの判旨です。やはりかなり厳しいです。

何も知らない状況でこの新規性を勉強したとき、新規性についてはかなり厳しい要件だと感じられます。今で言えば、X 線や非破壊検査、ソナー等があるので、ここまでクルーシャルな問題にはならないと思います。分類するとすれば、これが内容漏知型です。

次の②は、分類するとすれば公然実施型です。ここでの問題は、発明が実際に実施された、言い換えると、発明が製品化され、出願前にそれを売ってしまった場合です。その場合どうなるのかといいますと、やはり①と基本的に同じです。不特定多数人が認識し得る状態と教材に書いてありますが、結局、守秘義務を負っている範囲であれば、新規性を失っていない、守秘義務を負っている範囲を超えてしまうと、新規性を喪失することになります。

例えば工場内実施もそうです。工場の中で製品を造っている、あるいは試験運転をしている場合は、発明が実施されている状態です。工場の中で実施するのは、先ほども述べました通り、工場の中に勤めている人は全員従業員で基本的には守秘義務を負っていますので、工場の中で試験運転をする場合は、発明を実施しても基本的には新規性を喪失していないわけです。

では、たまたまそこに、社会科見学で小学校 4 年生の子供たちが来ているような場合はどうなるのか、ということが問題になります。小学生だと少し話がややこしくなるので、他の会社の人がたまたま見学会に来ていた場合はどうなるのかと考えますと、もう守秘義務の有無を判断することになります。その工場見学に来ていた人に守秘義務が掛かっているかどうかです。

たまたま掛かっていないでそれを見せてしまった場合は、実施された場所が工場の中でも、原則それは公知に至る、「公然実施をされた発明」に該当することになります。やはりここでも非常に厳しいといえます。

裁判例としては、昭和 37 年の潤滑油調節器事件（東京高判昭和 37.12.6 行集 13 巻 12 号 2299 頁）があります。実用新案にかかる潤滑油装置を装備した三輪消防自動車が、実用新案の出願前、10 日から 20 日ぐらい前に消防団に発送されて、出願日の 4 日から 9 日前に納車され、消防活動に使用されていたそうです。発明は、潤滑油調整機ですので、チェーンケースの裏側に取り付けられていていましたが、ギアやチェーンケースカバーで覆われていて、外部からはその発明をのぞき見ることはできない状態になっていました。

ですが、これを装備した三輪消防自動車が、実際に消防活動に使用されていたという事実がありましたので、それによって新規性を喪失するのだとされた事件が、この昭和 37 年の潤滑油調節器の事件です。

実際には、整備でチェーンケースを開けて潤滑油調節器を見た、といった事実は認定されていなかったのですが、これも先ほどの裁判例と同じです。見ようと思えば見られます。例えば故障等によって整備しなければいけないとすると、消防団は開けて潤滑油調節器を見るかもしれないではないかと判示したのです。

これも、直感的にはかなり厳しい事件です。実際にこの潤滑油調節器が見られたということまでは事実としてなかったのですが、見ようと思えば見られるでしょう、見る人には守秘義務はありませんね、ということで、新規性を喪失すると判断されたわけです。

この事件は潤滑油調節器で、物の外観にかかわる機械の発明ですので、見れば分かるというような性質の発明だったといえますから、それも影響しているのかもしれません。

要するに、このオート三輪の潤滑油調節器を作った人は、実際にこれを特許出願せずに消防団に売っていたわけですから、特許法が新規性を要求しているのに売ったということは、その人はもう特許は要らなかった、売れさえすればよいと思っていたということです。実際に、別に特許を取らなくても製品を販売することは自由です。そこで何らかの利益が上がったのでしょう。その潤滑油調節器を開発した人にとっては、その利益で十分だったわけです。

ですから、その人にとっては特許があろうとなかろうと、売っていたのでしょうということになります。だとすると、別にあなたには特許権は要りませんね、特許権がなくても結局は新しい製品を開発して売るでしょう。それならばそれでいいではありませんか、という話になります。このようなことを、インセンティヴとして機能していないというふうに言います。

①と②については、ひたすら守秘義務があるかどうかばかりです。ただし、守秘義務がない状態で発明を見せても、相手が理解できる相手なのかどうか、先ほど述べましたが、例えば小学校 4 年生の子供にこのタンパク質の発明をしたのだという説明をしても、おそらくは理解されないはずです。その場合にどうなるのかは、実は学説でも争いがあります。

例えば薬の発明は、薬の錠剤を見ただけではどのような成分が入っているか分かりません。その場合は、専門のところに持っていって分析をしなければいけませんが、例えば分析機器を備えていない人に発明を話しただけではどうなのかについても、学説でも争いがあります。

このように、かなり厳しいのだなという気がいたしますが、法律的には守秘義務の有無で判断をすれば、ほぼ間違いのない結論が出ますので、むしろポイントは、話を聞いた人に守秘義務があるかどうかです。会社の従業員については、先ほどお話したような説明になります。

次に③の文献記載型ですが、普通は頒布された刊行物の問題だと言われます。文献に記載されていて、それを見たから 1 号だという話には普通はなりません。文献が発行された時点で、すぐ 3 号の対象になるのが普通です。

最も多く 3 号の対象とされるのが、授業の最初に見た特許公報です。特許公報というのは、出願から 1 年 6 カ月を経過すると、特許庁が公報にして発行してくれます。今ではインターネットですけれども。それが先行技術として引用されます。

この新規性を喪失しているとされる原因の文献を、引用例や引例と言ったりします。引例と言うことが多いですが、引例というのは、特許性がないと新規性や進歩性を否定する原因のものです。引用は多くの場合、先ほど述べたように、公開特許公報です。特許公報が最も多く引用例、そして引用をされます。

引用例にこのようなことが書いてあるから、特許出願は拒絶するという言葉の使い方になります。引用例または引例は、教科書にはあまり書いていないことですが、説明の用語としては、これからどんどん出てくると思います。

現在ではインターネットが発達しておりますので、インターネットのホームページで公開された情報も、この拒絶理由、引用例の対象となります。インターネットの場合は、時間の確定や内容の真偽が紙の文献に比べるとかなり劣りますが、それは立証の問題だと言われています。これが文献記載型のお話です。

次の、「3) 新規性、進歩性の要件の判断基準時点」に入る前に、進歩性も一緒に説明しますが、新規性の判断の仕方を少しご紹介しましょう。これをリアルに把握できないと、これから何を言っても分からない

と思います。

まず例として挙げるのは、先ほどのジンギスカン鍋の発明です。中央部が高く形成され周辺部に油だまり部が形成された調理部本体、これを A としましょう。A は、B というクレーターが付いている本体です。請求項 1 はそのような発明ですが、これに、もう 1 個、C、ここにはありませんがこれが取手を付けた、という発明だとしましょう。これがクレイム記載の発明ということで、審査の対象になる発明だといたしましょう。

この発明が新規性を喪失した、特許を取れないというのはどのような状況かといいますと、例えば引例の 1 として、クレーターを備えたジンギスカン鍋が書いてあるだけだとまだ特許を取れます。つまり、ここには C という要素がありませんので、引用例 1、つまりクレーターを備えるジンギスカン鍋だけだとすると、これはまだ新規性を喪失してないことになります。したがって引用例 1 だけですと特許を取れます。

以下も同じです。新規性の場合は、この 1 つの文献、例えば引用例 2 の方に A プラス C、取っ手を備えたジンギスカン鍋が書かれていたとしても、これは新規性を喪失していません。引用例 1 と 2 が同時にあったとしても、引用例 1 にはクレーターを備えたジンギスカン鍋しか書いていません。引用例 2 には取っ手を備えたジンギスカン鍋しか書いていません。

僕の発明はジンギスカン鍋でクレーターもあるし取っ手もある、という場合には、この引用例 1 と 2 が両方あったとしても、これは新規性を喪失していないことになります。このことは法律のどこにも書いていないのですが、もう何十年も前から審査の実務として採用されている原則です。

知財の学者は、これを当然の前提として理解して話をしています。つまり、新規性というのは、このような併せ技はだめなのです。これは両方の引用例を見れば、確かに、ジンギスカン鍋にこのクレーターと取っ手を付ければもっといいものができるなというのは、誰にとってもほぼ明らかです。

しかし、新規性の場合は、この引用例を 2 つ使うことはだめと言われています。つまり、1 個の文献にこの A、B、C の要素がすべて書かれていないと、新規性を喪失したことにならないのが、基本的な新規性の判断の仕方です。

当たり前の、当然の話とされているので、かえって法律の教科書には書いていない場合があるのですが、弁理士が書いている解説書だと必ず書いてあります。実際この教材にも書いていないのですが、このような判断です。

ではこの併せ技はどのようにするのかというと、次回お話しします進歩性の問題になります。進歩性の問題でも、2 つの引用例を両方とも参照するのが難しいかどうかという判断になります。それは進歩性の方でもう一度お話をしますが、基本的にこのような併せ技は、新規性ではできません。1 つの文献にすべての発明の要素が書かれていないと、新規性を喪失しないのが原則だとお考えください。

3)の新規性、進歩性の判断基準時点は、前から既に前提として話をしていますが、これは出願の時です。出願より前に知られていれば、新規性を喪失します。出願の後であれば、当たり前ですが新規性を喪失していないことになります。

例外的に、優先権制度があります。これは、1 つの発明を複数の国に出願して特許を取りたいときに生じる問題です。現在、世界の前提は属地主義が採られておりまして、これにはいろいろな意味がありますが、特許を取りたい国は、国ごとに一個一個出願していかなければいけません。1 つの国ごとに出願していかなければいけないのが原則です。

ですから、日本でもアメリカでも中国でも特許を取りたい場合は、それぞれの国に 3 回出願しなければいけません。アメリカに出願するには英語でやらなければいけないし、中国に出願するには中国語に翻

訳をしなければいけません。やはりかなり大変です。

ですから、一遍に出願することはなかなか難しいわけです。では、例えばすべての翻訳が済んでから出願しようとすると、日本ではもっと早く出願できたのに、合わせようとしたがために、中国語の翻訳が済むまで待っていなければいけないことになります。しかし、後でお話ししますが、特許は先願主義、早い者勝ちですので、翻訳をしている間にライバル発明者に抜かれてしまう可能性があります。それはやはり、日本やアメリカ、中国、いずれにとっても、不都合だろうという理解があって、国際条約を結びました。それがパリ条約です。

では、どのようにしようかということで、簡単に言うと、1 年間の猶予期間を作ったのです。具体的にはどのようなことかといいますと、アメリカに平成 13 年 9 月 27 日に出願した場合は、1 年間の猶予期間がありますので、1 年以内に日本に出願した場合は、新規性、進歩性はこの日を基準として審査してくれるのが、パリ条約です。

もう少し正確に言うと、パリ条約に加盟している国――同盟国と言いますが、パリ条約に加盟している国に最初の出願をした場合は、1 年以内に他の同盟国に出願した場合は、最初の出願日で特許性を判断してくれます。

要するに、アメリカの発明者がまず、英語で自分の国に出願したとします。そうすると 1 年間の翻訳の期間を与えられるのです。1 年以内に翻訳して、所定の書類を日本の特許庁に提出すると、このアメリカに出願した日で新規性、進歩性を見てくれるという制度にしました。これがないと、要するに翻訳している間に日本のライバル発明者に出し抜かれてしまうことがあります。これがパリ条約制度で、実は 19 世紀にできた古い条約で、今でも有効です。

今では WTO が作った TRIPS 協定がありますので、これから加盟する人はその TRIPS に加盟するのですが、TRIPS に加盟したということは、同時にパリ条約にも加盟したことになります。そのような条文があります。

日本人ですから、多くの場合、先ほどの例とは逆です。日本に最初に出願して、1 年以内にアメリカや中国に出願する、という話になるのですが、その場合も、アメリカも中国もパリ条約の同盟国ですから、日本の出願日で向こうの新規性を見てくれるという扱いになっています。これが優先権制度で、この場合は新規性、進歩性の判断日は、同盟国の中で最初に出願した国の日になります。

別に自動的に 1 年間遡れる制度ではありません。最初の同盟国の出願日で判断されるという意味です。

では、60 ページの「4) 新規性喪失の例外」、30 条という規定にまいりましょう。

これは、法律的に色々と聞けるので、特許の要件関係で問題を作るときに人気のあるところです。司法試験でも、これに絡んだ問題が出ています。特許の要件の方で聞きやすいのは、30 条です。

30 条は 29 条の例外です。簡単に言うと、新規性を喪失したとしても、30 条に該当する場合は救済されるという規定です。ただ、何でもかんでも救済されるということではなくて、30 条に書いてある所定の行為だけが救済されるというものです。

例えば 1 項には、自ら刊行物や所定の研究集会で文書をもって発表した場合、あるいは 3 項では、自ら所定の博覧会に出品したような場合が挙げられています。所定の博覧会というのは、万博等を想定しています。

今、パリ条約の話をしましたが、1900 年にパリで初めて万国博覧会が開催されました。1900 年だと主要

の先進国はすべて特許制度を持っていました。ですからパリの万博で物を出品してしまうと新規性を喪失してしまうだろうと懸念して、誰もパリの万博に出品しないようになってしまう。そのときに万博に様々な国の人が出展してくれるように、国際条約で何らかの対処をしてパリの万博を盛り上げなければいけない、というのが実はパリ条約の元です。余談ですが、そのような理由で、日本でも30条3項に、所定の博覧会に出品したような場合は、新規性を喪失しないという救済規定を作っているのです。

自ら刊行物や所定の研究集会で文書をもって発表した場合というのは、つまり理系の人が文献で自分の発明を発表したり、学会で発表したりという場合が該当します。例えば、理系の学生は卒業論文を書きます。卒業論文というのは書いて終わりではなくて、学部や学科の中で卒論の発表会をやります。やはり理系は、研究というのは発表して 1 つの完結だという文化が根付いているので、お手盛りと言ったらお手盛りなのですが、小さい発表会をやります。この場合、所定の規定は特許庁で目安を定めているようなのですが、この大学の中の卒論発表会や修論発表会といったものもこの研究集会に該当します。

このような場合は新規性を喪失しないと決めたのですが、大事なのはその趣旨です。先ほどは、このようなことをしたら特許は取れないのだというお話をしましたが、ちょっと特許制度は傲慢だなと、皆さん思わなかったでしょうか。実際に少しそのようなところがあります。

つまり、学会発表や論文発表というのは、世の中のためには基本的には行ってほしい行為です。博覧会の出品もそうでしょう。今ではインターネットがありますので、万博というのは一種のお祭りのようになってしまっていますが、昔は、世界中に我が国の技術を広めるという、オリンピックのような場だったのです。技術の交流という面においては、万博が持っている意味はとても大きかったのです。つまり万博で新しいものを出品したり、論文を発表したり学会で発表したりというのは、世の中のためには基本的にはよいことです。

良いことというのを少し具体的に言うと、技術を分かりやすい形で積極的に公開する行為ということです。特許法の描くストーリーは、新しい技術を秘密にせず公開してくださいね、その代わりに排他権を与えますよ、というものです。

だとすると、学者たちが、学会や論文で発表したり、万博に物を出品したりというのは、特許法の精神からすると、基本的には大いに行ってほしい行為です。技術の公開が、必ずしも特許法の枠内で行われなければいけないかというと、そうではありません。それでは少し特許法がでしゃばりすぎといいますか、悪い意味での特許中華主義です。

ですので、おおいに行ってほしい行為には、何かしらの手当てをする必要があるだろうと考えられました。確かに出願前に刊行物に記載したり、論文を発表したり、学会で発表したりすると、新規性を失って特許を取れないというのが原則ではあるのですが、では、特許が大事だからといって、特許の出願の書類が完成するまで論文の発表を遅らせたり、学会の発表を遅らせたりすると、やはりインセンティヴがそがれます。

頑張って論文を発表して、学会で評価を受けようと思ったのに、特許のせいで半年待たなければいけなくなったとすると、研究者としては残念に思うでしょう。したがって、やはり与する必要があるでしょう。なるべく気持ちよく論文も発表する、特許も出す、ということを両方やってほしいわけです。ですから、例外規定を設けて少し手当てする必要があるということになります。

キーワード的に言うと、このような論文発表や学会発表というのは、いわば出願行為と同視できる行為なのです。出願行為というのも、出願をすると技術を公開されます。権利の行使、あるいは早期公開という

形で、さきほど皆さんに見ていただいた特許公報が発行されます。

特許制度というのは出願して公開して、排他権を与えるというシステムで、特許を出願するということは公開するということと同じことです。そうして、新しい技術を秘密にしないで、皆に教えて技術を発達させようというのが特許法の精神です。

そのような精神は、学者の論文発表や学会発表とかなり似ていると言えます。学者の論文発表、学会発表というのは確かに名誉、ステータスがインセンティヴになっているのですが、やはり新しい技術を積極的に世の中に公開する行為には違いないわけです。ですから、その行為は、出願したと同視できる行為だということができます。したがって、ここは新規性喪失の例外とする必要があることになります。

それから③と④です。まず、③に挙げる新規性喪失の例外は、30 条 1 項の後段です。特許を受ける権利を有する者自身、これは、今のところは発明者あるいは出願人とお考えください。その人たちが試験を行った結果、新規性を喪失してしまった場合です。よく言われるのが、ビルの建築方法です。

これは、ビルの建築方法を、頭の中で考えただけではなくて、出願前に実験する必要があるだろうというときに、その為のビルを建て始めると、周りに見ている人がたくさんいるので、その方法がばれてしまいます。すべて覆いをして実験しろというのも、無理な話です。そのように、秘密で行うことがそもそも無理なものが、やはりあります。それについても何かしら対処しないと、物理的に大きな発明がなされなくなってしまうという問題があるので、手当てする必要があります。

それから、④に挙げているように、意に反して新規性を喪失してしまった場合も救済する必要があります。意に反してというのは、例えば研究室に泥棒が入って、データが入ったディスクを盗まれてしまった場合や、あるいは、これについては学説で争いがあるのですが、守秘義務をやぶられてしまったといった場合です。そのような場合は、出願人といいますか、その方は別に公開するつもりもなかったし、秘密も頑張って守っていたのだけれども、やはり泥棒や守秘義務を守らない人が世の中にいるわけで、それでばらされてしまって、新規性を喪失したと言われるとしたら、やはり危なくて情報を渡せませんね。

それもやはり救済する必要があるだろうということで、条文としては 3 つですが 1 項には 2 つ書いてあるので、この 4 つの行為というのは新規性を喪失しないという救済が与えられます。逆に言うと、これに該当しなければ、救済規定は適用されないことになります。ただし、これは救済の仕方が実は限定的で、厳しく、あまり救済になっていないという意見もあります。

これは、新規性喪失事由があった日から 6 カ月以内にまず出願することが必要です。さらに、この④の意に反する公知以外の場合は、出願のときに所定の手続きをすることが要求されます。出願のときに4項所定の手続きをしなければいけません。これは例外規定適用ですので、30 条適用と通称をしていますが、具体的に言うと、30 条適用を受けさせてくださいということを出願のときに書類に書いておかないといけないのです。

例えば、論文発表といたしましょう。その場合論文発表してから 6 カ月以内に出願をしなければいけません。もう 1 つは、出願するときに、私はここに論文を発表しましたので、この 30 条の例外適用を受けさせてくださいと書いておかなければいけないのです。そうでないとこの 30 条は適用されません。

後から、しまった、と思っても間に合いません。私にも経験があるのですが、研究のほかの事案と一緒に研究者の発明を出願した後に、「そのときに言わなかったのだけど、実は出願する前にもう論文発表してしまったのだ。ばれると怒られると思ったから言わなかったのだ」、などと言われても、もう間に合わないのです。1 回出願してしまったので、さかのぼって、30 条を適用させてくださいと言うことはできないのです。

例えば、審査のときに拒絶理由が来て、そのときに初めて、自分で論文発表していたのかと気づいたときは、もう 30 条を適用させてくださいと言うことはできません。ですから、出願するときに分かっている必要があります。

ですから、冗談交じりに、エンジニアには、怒らないからちゃんと話してくれと、私も何度も言っていました。怒らないから、すべて包み隠さず話してくれ、話してくれればどうにかなる場合もあるからなどと言っていました。

実際そうなのです。あらかじめ分かっていれば、30 条の適用の申請をすることは可能なのですが、後から分かったものはできません。それが非常に重要なところであり、かつ使う側からしてみれば、30 条はちょっと使いにくいと感じる条文でもあります。

これは例外規定であるというところで、説明としては押し切っているのですが、例外規定であるから厳格にという気持ちは分かりますが、若干使いにくい規定です。特許法をよく知っていないと使えません。特許法を知らない人は、これは使えません。知らなかったら、出願する時に、ばらしちゃいました、論文発表しましたなどとは言えないわけですから。

かなり厳しいのは、この意に反する公知の場合も 6 カ月以内に出願しなければいけないことです。この点で、かなり使い勝手が悪いです。意に反して公知になってしまった場合は、公知になったことそれ自体を知らない場合が多いですが、それでも 6 カ月以内に出願しなければいけないので、ここはかなり厳しいです。

もう 1 つ大事なのは、これは新規性を喪失しないという例外で、出願日を繰り上げる制度ではないということです。つまり、論文発表してしまった場合、論文発表すれば、29 条の新規性を失ったことになるのですが、論文発表した日を出願日だと見なす規定ではありません。これはどの解説書にも書いてあることです。

3 月 1 日に論文発表をしてしまって、6 カ月以内の 9 月 1 日までに出願すれば、これは新規性喪失の例外規定を受けられます。ただし、出願日は 9 月 1 日です。3 月 1 日ではありません。6 カ月以内、例えば 7 月 1 日に出願すれば、7 月 1 日が出願日になります。

これが大事なのはどうしてかというと、A さん、B さんが出願したのが 8 月 1 日だといたしましょう。B さんが A さんの出願より早い 8 月 1 日に出願した場合はどうなるかといいますと、次回やりますが、先願主義です。ここで言うと拡大先願なのですが、特許は早い者勝ちですので、後願の A さんは負けです。

29 条の 2 にある条文で、今のところ分からないと思いますが、出願日を繰り上げる制度ではありません。発表した日が出願日になる制度ではなくて、出願日が実際にその手続きをした日になるので、その間に B さんに同じ発明を先に出願されてしまうと、B さんより出願が遅れたという理由で、A さんは特許を取ることはできません。繰り上げ規定であれば特許が取れるのですが、これは繰り上げ規定ではないので特許を取ることができないのです。

30 条の救済規定があるからといって、安心して論文発表した後に、悠長なことはできません。やはり、急いで出願する必要があります。これが、少し使い勝手の悪い制度だというところでもあります。

ちなみに余談までに言っておきます。この B さんも、特許を受けることができないことになります。つまり B さんは、A さんのこの 3 月 1 日の発表で発明の内容は公知になっていますので、B さんはどちらにしても特許を受けることができません。ですから、このシチュエーションですと 2 人とも特許を取ることができません。

当然ですが、この例外規定を適用する場合は、同じ人でなければならないので、B さんが、「しめしめ、A さんは論文発表したから僕が例外規定を受けますよ」ということはできません。発表した人しか例外規定を受けることはできませんので、B さんは 30 条適用を受けることはできません。この場合は A さんも B さんも、2 人とも特許を取れないという悲劇的な結論になってしまいます。

ここが、30 条で 2 番目に大事なところです。手続き関係で大事なところは、最初に、出願するときに言っておかなければいけないことと、もう 1 つは、出願日をさかのぼる規定ではないので、このようなシチュエーションの場合は、A さんは結局特許を取れないことです。30 条については、趣旨の話と、この話を理解してください。最後ですが、また少し難しい話が出てきます。第三級環式アミンの事件（最判平成 1.11.10 民集 43 巻 10 号 1116 頁［第三級環式アミン］）です。刊行物発表であれば、30 条の例外規定を受けることができますが、この刊行物に特許公報が含まれるのかどうかという問題です。

特許公報が含まれるのかは、ぱっと聞いたときにおかしいなと、変な感じがします。何故おかしいかというと、特許公報が出るということは、自分が出願している。通常特許公報が発行される前に出願していますので、30 条の問題にならないのではないかと普通は考えます。しかし、これを外国まで考えると、そのような単純な話にはならないということです。

もう少し具体的に言うと、この第三級環式アミンの事件が、まさしくそのような事件でした。これは、いろいろな不幸な事情が重なって、昭和 49 年 7 月 25 日、ドイツで出願されました。昭和 50 年 11 月 3 日、ドイツの特許制度でも出願公開という制度がありますが、この時公開されました。この後、ここで日本公開があったということです。この表には書いていないのですが、おそらくこの前のあたりで日本出願があったのでしょう。このような出願がありました。

その後、昭和 51 年 1 月 1 日、これはもう 1 回日本出願をしたという意味です。先の日本出願の<1>、こちらを日本出願の<2>としましょう。この場合に、この日本出願をするときに、30 条適用の刊行物に記載したという意味で、この 2 つを例外の対象にできるのかという話なのです。

教材に時系列で書いてありますが、最初の 3 つと最後のものは、出願の系列が違います。優先権については、基本的にこのドイツ出願と日本出願の内容は同じです。

ここに何が書いてあったかといいますと、第三級環式アミンというアミンです。<1>の出願の系列にはこの化合物の製造方法が書いてありました。<2>の出願には何が書いてあったかといいますと、第三級環式アミンの化合物そのものが書いてあったのです。

実は<1>と<2>の間に法改正があったのです。それまでは、日本では化合物は製造方法の形でしか出願できませんでした。昭和 51 年 1 月 1 日からは、化合物そのものの形で出願できるようになりました。化合物については製造方法の形で出願をしますと、違う方法で作られた化合物にはその権利が及びません。ですから簡単に言うと、化合物の製造方法の発明は、保護の範囲が狭いわけです。

化合物それ自体について出願をして特許を取りますと、製造方法にかかわらず、化合物が同じであれば権利を行使できるので、強いわけです。いろいろな事情があってここで法改正して、これから日本も化合物それ自体を保護しようという動きになったのですが、それまではそうではなかったので、第三級環式アミンについては、このような経過において製造方法で出願をしなければいけなかったのです。法改正があったので、では、化合物の形で出願しようと出願人が行動したわけです。

そのときに、化合物の製造方法ですので、化合物それ自体はできたものとして、こちらの<1>の系列の出願にもう書いてあるのです。公開になってしまっているのです。ですからこのままでいると、<2>の出願

は、<1>の出願に書いてありますから、同じものは特許を取れません、と拒絶されてしまうわけです。そこで、何とかここを 30 条で回避できませんかというのが、この第三級環式アミンの事件です。

つまり、この事件は、出願が 2 個あるのです。1 個の系列が、製造方法で日本やドイツで出願し、もう 1 個が、化合物それ自体の発明で、もう 1 回日本で出願したものということになります。ここは出願人が同じため、この人が公開したことになるので、30 条の適用を受けられませんかという話になるのですが、これは基本的には否定するのが判例の立場です。30 条の適用はできない、というのが、この第三級環式アミンの事件です。

これを説明するのはかなり難しいです。1 つは、優先権制度を骨抜きにするものという批判が強いと。優先権はドイツ出願と日本出願の間のここ 1 年以内と決めました。1 年以内と決めれば、日本出願がこの出願日の認容ができるというふうにしたのですが、30 条のおかげで特許を取れることになると、この昭和 49 年 4 月 25 日から 1 年以上たっている昭和 51 年 1 月 1 日の出願でも、特許が取れることになってしまうので、優先権で 1 年間と決めた意味がなくなるだろうと言われています。

ドイツ出願から 1 年ということは、昭和 50 年 4 月 25 日までです。この日までに日本で出願しなければ取れなかったはずなのに、ここで 30 条を認めてしまうと、昭和 51 年 1 月 1 日でも特許を取れることになるではないかというのが、否定説の実質的な理由です。

もう少し理論的に説明をするとどうなるかが、教材の＜どう考えるか＞というところに書いてある話です。基本的にこの 2 つの出願公開は、確かに発明者は同じため、発明者が出願したからこそ公開されたことになります。その人がした行為に起因して公開されたのだから、論文発表や学会発表だって同じではないか、という考えもないではないのです。

ですが、基本的にはこのドイツで出願をし、ドイツで発明公開する、というのは日本でも同じです。言い換えますと日本に出願して日本で発明を公開することに対しては、日本でこの特許が取れるから出願したのです。そこには、特許を取れるからインセンティヴがある、インセンティヴがあるから出願をしたと。1 個のインセンティヴについて 1 個の出願というように見ています。

この日本で出願された、実質的には同じ発明について、もう 1 回特許権というインセンティヴを与える必要はないだろうと言われています。日本出願はここなので、公開行為は 1 個です。それに対してこの 2 個の特許権というインセンティヴは要らないだろうというのが、ここに書いてあることです。なかなか理解は難しいと思いますが、説明的には、この出願公開、特許制度の中における出願公開は、発明者自らが主体的に公開したとは言えないと考えられています。

たまたま特許制度があるので、出願して公開されたことになり、やはり論文発表や学会発表といった、特許制度の外でやっている行為と同視することはできないと考えられています。自ら主体的に公開したとは言えないという理解の方が、おそらく皆さんには分かりやすいのではないでしょうか。

インセンティヴ論を説明すると、先ほどお話したように 1 個のインセンティヴが 1 個の出願だと、1 個の出願について 2 つのインセンティヴを与える必要はないという説明になるのですが、それよりもこのような出願行為とか、特許出願に関して公開されるのは、自ら主体的に公開したとは言えないという理解の方がよろしいのではないかと思います。

実は、この判決については判旨の射程の方が大事です。今言ったように、この昭和 51 年のところで法改正があったからたまたま起こってしまったような、いわば不幸な事例です。ですから、これから同じ事例が起こることはまずあり得ませんので、大事なのは射程の方です。

自ら主体的に公開したと言えるかどうかというところで、例えば学術雑誌、つまり論文投稿とは積極的な技術開示ですので、30 条の適用になるだろうと言われています。例えば行政関係の手続きによって技術が公開される場合があり、その 1 つとして、新薬を作るときに厚生労働省に認可を求める必要があります。

認可が得られると官報に掲載されて、この薬はこの会社に作らせますよという官報が出るのですが、そのような事例はこの出願公開と同じように、自ら主体的に公開したとは言えない事例だと言われます。たまたまそのような新薬の認可の手続きに、官報に公示をすることがくっついているだけですので、自ら主体的に公開したとは言えないとし、これには 30 条は適用されないと言われています。

新聞での紹介記事についても、自ら主体的に公開したとは言えないため、適用されないと普通は言われています。しかし、新聞記者が間に入っているので、発明の内容が完全に新聞に載るわけではなく、かなり丸められて読者に分かりやすい形に変えられます。このように発明者の関与が薄い場合には内容的に新規性喪失と言われないことが多いです。

この間も北大の医学部と薬学部のジョイントの発明で、肝臓に効くよい薬ができたと北海道新聞に掲載されました。北大医学部は肝臓については世界的な権威なのですが、後で発明審査会に、あの発明をこれから出願するからという依頼書が来ました。我々は、もう新聞で報道されたからだめではないかと思ったのですが、肝臓の話ですので、難しく、記者の方もおそらく理解できなかったのでしょう。新聞記事には大事なところは公開されていなかったので、大丈夫だろうという事例がありました。新聞や雑誌の紹介記事では、そのような場合があります。

本日は教材 62 ページの「5　進歩性」に入ります。進歩性の要件については 29 条の 2 項に規定されています。29 条 1 項の新規性の要件を満たす技術に基づいて――公知技術ということです。公知技術、先行技術などと言いますが、出願の時点ですでに公知である技術です――に基づいて、当業者が容易に発明することができた場合は、進歩性の要件を満たさないという理由で特許を与えません。

条文は、その発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者、となっていますが、これを我々は当業者と呼んでいます。ほかの法律分野でも当業者という言葉を使う場合があると思いますが、その分野における平均的な、ここで言うと技術者ですが、平均的な知識を持った技術者です。要するに、同レベルクラスの人である必要はないし、かといって技術をまったく知らない人ではない、標準的な発明者ということです。

その人が容易に発明することができた場合は特許を与えないということは、普通の技術者が少し考えれば思い付くような発明には、特許を与えないという規定です。その効果は、特許を取れないということ、出願しても拒絶され、過誤登録となった場合にはこれも無効理由になります。

趣旨は、教材に 2 個挙げてあります。まず、特許制度が存在しなくても当然に達成されるような技術的進歩に対しては、ほっておけば十分で、わざわざ特許を付与するというインセンティヴを与えて進歩を促進させる必要はありません。

2 個目として、そのような技術にまで特許を付与することにより排他権を与えると特許権の乱立につながり、産業の発達にとって弊害となる、ということが挙げられます。

技術というのは、必ず進歩する方向に進みます。例えば、携帯電話は今、あんなに小さく軽く、多くの機能が付いていますが、これがさらに 30 年たったら黒電話に戻るということは、絶対あり得ません。何が起こっても、電話はあの黒電話にはもう戻りません。技術というのはそのように切磋琢磨して、必ず便利な方向へと進歩していくという性質を持っています。つまり、特許制度がなくても、技術というのはもともと進歩するという要素を持っています。別に世の中の製品すべてが特許を取っているわけではありませんし、特許がなくても進歩している技術分野というのは存在します。ですから、技術分野というのは、一段一段階段を上るように、必ず進んでいきます。

特許制度の狙いは、これを 2 段飛ばし、3 段飛ばしで進ませようというところにあります。つまり、技術というのはほっておけば少しずつ進歩していくので、一段一段階段を上るような進歩であれば、別に特許があろうとなかろうと、進んで行きます。ほっておけばよい、という程度の進歩に対して排他権を与える必要はまったくありません。かえって特許が邪魔になって、競争を阻害するだけです。

ですから、2 段飛ばし、3 段飛ばしの、ほっておいたら達成されない進歩を目的として、特許制度が存在します。これぐらいの進歩は、特許権なくしては達せられないだろう、ということです。

これは、ここまでいけば特許を与えるよ、と言われれば、皆がなかなか思い付かないような発明を頑張ってするだろう、というところに発想があります。ですから、簡単に思い付くような発明については、特許を与えないのです。

29 条 1 項の新規性の要件は、先行技術とまったく同じ発明については特許を与えないということで、同一性のようなものが要求されますが、進歩性では、容易に発明ができたかどうか、という、ややあいまいな基準になります。

ですから、特に法律では、これぐらい進歩していたら容易ではない、などとこの基準を一般的に説明することは困難です。ただ、実務の分野では、この 29 条 2 項を理由とする拒絶理由が一番多いです。

これは、当たり前と言えば当たり前です。同一かどうかというのは、調べれば分かる話です。先行技術調査をサーチと言いますが、今はインターネットもありますし、サーチを掛けてデータベースを探ると、自分の思い付いた発明と同じ発明がすでにされているかどうかというのが、割合簡単に見つかります。

しかし、それまでの先行技術から見て、当該発明が、が容易に発明できる程度のものかどうか、出願人の方で判断することは困難です。人によって違うという言い方もありますし、判断が微妙です。

ですから、私は、実務にいたときは、先行技術と同じでなく、新規性を満たしていれば、基本的には出願する方針をとっていました。私が簡単に思い付く発明だと思っていても、特許庁の審査官は通すときもあるでしょうし、私がこれは難しい発明だと考えても、特許庁の審査官は通さない場合があるかもしれない。この判断は分からないのです。ですから、ほかの実務家もそう変わりはないと思います。

進歩性の判断は微妙なので、どちらかなと思うときは、たいてい出願しています。だとすると、この要件を満たさないということが拒絶理由になって、特許庁から拒絶されるということは、当然一番多くなるのだと思います。そして、この発明が容易でない、という主張を審査官に対してするのが一番メインの仕事になります。

このように、29 条 2 項は、条文それ自体ではなく、基準が大事です。実務家にとっては非常に重要で、よくお目にかかる条文です。ですが、その基準を法律的に説明することはできないので、本日は趣旨だけお話しています。

この点については審査基準がちゃんと整っています。特に技術分野ごとに審査基準が整っていますので、審査官はそのマニュアルを使ってだいたいの基準を見ます。あまり審査官によって差があっても、やはり不公平になりますから、特許庁としてはできるだけ標準化する方向で審査をしているようです。

ここで本日は、特許法と著作権法の比較の話をしようと思います。著作権法についてはまだ解説していませんが、著作権法にも一応、創作性という要件があります。教材には、この要件について、他と異なる表現であることと書いてありますが、創作性を満たしたものしか著作権の保護は受けられません。創作性を満たしていないものには、著作権は発生しないのです。条文から言うと、著作権法上の著作物にはあたらないということになります。

創作性、著作物性というのは、今創作した著作物らしきものが、ほかの著作物と表現として異なっていればよい、という基準です。ありふれていなければよいというふうに読み変えても構いません。

格段に芸術的に優れているということや、普通の芸術家、創作者では思い付かないような画期的な特徴があるということが必要とされているわけではありません。ほかと異なっていればよいという、進歩性と比べれば、比較的緩やかな基準になっています。

それは、著作権法と特許法の分野の違いということに理由があります。著作権は、文化の世界を規律しています。文化と言うとややあいまいですが、芸術らしきもの、と思っていただければよいです。非常に基準が低いので、皆さんが小学校の図画工作の時間に作ったような絵でももちろん対象になるし、皆さんが何か論文や卒論、リポートなどを書けば、それも当然対象になります。そのようなものは、一般に文化の世界と呼んでいます。

文化の世界の特徴というのは多様性の世界といえ、他と異なるということそれ自体に意味があると言われています。文化の世界というのは、いろいろなものがあるということそれ自体が素晴らしいことだということです。音楽や映画、ゲームもそういえるでしょう。

例えばテレビでも、1 つのチャンネルしか見ることができなければ、やはりつまらないでしょう。また、例え

ば 1 つの番組ばかり見ていると、さすがに飽きてしまいます。

飽きるというのはやはり寂しいことです。いろいろな映画、いろいろなテレビ番組、いろいろな小説を読んでみたいと思うでしょう

いろいろな表現があることそれ自体が楽しいことです。楽しいというのが大事なことです。楽しいというのは、要するに皆さんの心が精神的に豊かだということですが、文化というのはそれを目的にしています。

そして、ある表現に排他権を認めたとしても、表現をする方法というのは、ほかにいくらでもあるといえます。例えば、美瑛の丘を見て感動したとして、その感動を表現する場合、「すごくいい景色だね」と口で喋る人もいるでしょうし、写真を撮る人もいるし、絵を描く人もいるかもしれない。詩を書く人もいるかもしれない。同じものを見たとしても、いろいろな表現の仕方があります。

だとすると、例えばその詩に対して排他権を与えても、美瑛の丘の感動を伝えるためにはほかの表現をすればいいということになります。したがって、排他権を与えるためにそれほど高い基準を要求しなくても、さほどほかの人の障害にはなりません。それが消極的理由として挙げられます。

積極的理由としては、文化には、その価値を評価する一定の尺度がないため、裁判所が著作物性があるかどうかを判断する基準を定めるのが、なかなか難しいということが挙げられます。

文化的に優れているとはどのようなことか、というのは非常に難しく、永遠に答えが出ない問題ともいえます。表現の自由というものもありますから、むしろ、その基準を定めてはいけないものかもしれません。

国家が、ある芸術が優れているか否かを定めるというのは、なかなかおぞましいことではないでしょうか。例えば、イスラム原理主義の国では、仏像はけしからんから壊してしまえということで、1000 年程昔の巨大なバーミヤンの仏像が壊されてしまいました。やはり国家が、「これは芸術的ではない」と定めるということには違和感を覚えます。ですから、芸術が優れているか否かという基準は国家がそのような定めてはいけないものといえるし、基準がないというのが文化のいいところではないかと私は思います。

バーミヤンの仏像を壊した人々は、他人の文化を認めていないといえます。このような世の中はよくありません。ということで、創作性というのは、別に低くてもそれほどほかに迷惑を掛けることはありませんし、高くすると保護の対象が狭くなってしまうことになります。

他方、本日お話をしている特許の世界というのは技術の分野ですので、必ず一定方向に進歩していくという、技術それ自体が持っている性質があります。世の中の製品が不便な方向に進歩していくことはなく、やはり便利な方向へ伸びていきます。

最近は環境問題等もあり、一時的に不便になることもありますが、それは地球環境まで計算に入れた上で言えば、おそらく進歩しているということになる、一時的な退歩だということになるのだと思います。

ですから、進歩の方向が限られているので、排他権を認めるとかなり強大な権利になってしまいます。反面、効率性という尺度がありますので、進歩しているかどうかは、文化に比べると、その判断は難しくはありません。

ここで、文化というのは多様性の世界なので、いろいろな方向に発展していく可能性があります。

いろいろな方向に発展していくこと、それ自体が素晴らしいことだと述べましたが、これは先程の例で言えば、美瑛の丘を見て、詩を書くという方向があるとしましょう。仮にこれに排他権があるとします。すると、排他権は突破してはいけないものなので、こちらの方向には行ってはいけない、同じ表現をしてはいけない、ということになります。この人の権利があるので、それがなくなるまでは表現してはいけないけれども、残りの方向には、ここは権利がないので、皆が自由にさらに表現を伸ばしていくことができる、ということで

す。このように、ある方向に排他権があったとしても、ほかにまだ広がっていく方向があるので、それほど障害にはならないということになります。

ところが技術の世界というのは、発展していく方向が、限られてしまうのです。ある方向に発展しても、他は不便になる方向なので、そのような技術は誰も開発しません。例えば、携帯電話が黒電話になるような技術は、誰も使わないでしょう。そうすると必然的に、進歩するエリアが狭い範囲に限られてしまいます。

だとすると、簡単に、緩やかな基準である方向に排他権を作ってしまうと、もうここから先は他の誰も進めなくなってしまいます。残っている部分が、非常に狭くなってしまいます。したがって、仮に広く排他権として認められるとすれば、かなり強力な権利だということになりますから、これが過ぎると、かえって技術の発達を阻害することになってしまいます。この排他権を認められている範囲を突破できるのは特許権を持っている人だけなので、たくさんの人と競争しながら、切磋琢磨して技術を伸ばしていく、という場合に比べて、技術の進歩が遅くなってしまうと思います。

このように、特許権というのは、あくまで著作権と比べての話ですが、簡単に与えてしまうと強大な権利になりやすいのです。ですから、なるべく遠くに権利を設定するようにします。遠くに権利を設定すると、自由に技術開発できる範囲が広がります。だとすると、まだ、切磋琢磨して、技術がどんどん伸びていくということがあり得るのです。

これは比較の問題ですが、こういった理由で、文化、つまり著作権法の方は、創作性という緩やかな基準で排他権を認めています。他方、特許権というのは、進歩性という、創作性に比べれば厳しい基準で排他権を認めているということです。

教材 62 ページの一番下の方にあるように、存続期間にもそれが反映されていて、特許権の存続期間の方が、著作権よりも短くなっています。特許権というのは原則として、出願の日から 20 年で終わります。他方、著作権は原則、著作者が死んでから 50 年存続します。ですから、著作者の余命プラス 50 年です。余命が 30 年あれば、著作権の存続期間は 80 年になります。特許権と比べるとかなり長いです。

特許権というのは、やはりブロックしてしまうと技術の進歩に与える影響が大きいので、早めに排他権を切断する必要があります。あまり長すぎるとよくないのです。ありふれた技術について、いつまでたっても排他権がある、ということになってしまいます。他方、著作権の方は、表現の工夫の仕方は特許に比べればかなり広いので、権利の存続期間が比較的長くてもよいと考えられています。以上が、進歩性について、法律的な観点からお話をできるところです。

では、次に教材 63 ページの「6　先願」についてお話します。

先願というのは、出願が競合したときに、どちらに権利を与えるかという話です。先願というのは 39 条と 29 条の 2 つに分かれて規定されています。これは法改正の影響ですが、2 つ併せて先願のお話をします。

まず、39 条の方から話をします。出願が競合した場合に、日本の特許法がどのように権利を与えるかというと、最も早く特許庁に書類を提出した、つまり出願した人に特許を与えるという規定になっています。先に出願した人に権利を与えるので、「先願」、「先願主義」というように書かれています。

つまり、最初に特許庁に出願をした人に権利を与えると、2 番目以降は全員負け、というのが先願主義です。ごくまれに出願が同じ日になされることもありますが、同じ日に出願された場合は、時間の前後ではなく、協議で決めることにしています。協議で話し合いをして調わない場合は、どちらにも特許を与えない、という経緯になっています。

ここで、重複特許のことをダブルパテントと言います。これは、1 つの発明に 2 つ以上の排他権が付与されることを防止しているということですが、現在では、これは同じ人に 2 回特許を与えるのを防ぐ規定として機能することになります。

どうして同じ人に 2 回特許を与えてはいけないのかというと、特許の存続期間は出願から 20 年で、ある日に出願したらその日からで 20 年で終わりです。しかし、同じ人に対してもう 1 回特許を与えることができることになってしまうと、例えば 2 年程経ってから新たに与えると、存続期間が 2 年伸びてしまうので、20 年と決めた意味がなくなってしまいます。つまり、いつまでたっても繰り返し同じ技術に対して特許を取れることになってしまって、存続期間を決めた規定をどこかですり抜けることになってしまうので、これはやめさせなければいけないということで、1 つの発明について特許権は 1 個と決めたのです。

どこの国でも、1 つの発明に特許権は 1 個というのは当たり前ですが、競合した場合にどちらに与えるかということについては、先願主義と先発明主義の、2 つ考え方があります。

先発明主義というのは、教材には、最も先に発明した者に特許を付与すると書いてありますが、これでは少し言葉が足りません。これも、出願が競合した場合には、という話です。先に発明すれば自動的に特許を与えられるわけではなくて、出願が競合した場合に、最も先に発明した人に特許を与えるという制度です。これだけだと、発明しただけで特許を取れると誤解する人がいますが、そうではありません。あくまで、出願が競合したときにどうするかというのが、先発明主義や先願主義の問題です。早い者勝ちのルールを決めたとしても、その早い者というのが、発明したのが早いのかという考えと、書類を提出したのが早いのかという考えが 2 つあるのです。

先発明主義を採用しているのは今ではアメリカだけですが、この主義は感情論としては、受け入れやすいものだといえます。アメリカ以外はすべて先願主義ですが、先願主義の立場から言うと、先発明主義はやはり法的安定性が欠けているということができます。これは日にちの特定の問題です。出願日というのは役所がその書類を受理した日なので、確定するのはそれ程難しくありません。

他方、発明日を確定することは、かなり大変です。そもそも、どこまでいけば発明が完成したことになるのでしょうか。実験を繰り返して、終了したら発明が完成なのかというと、そうではありません。確認実験というのもありますから、発明日の確定は非常に難しいです。

また、立証も難しいです。証人が主になるのでしょう。実際にアメリカでは、ラボノートといって、エンジニアは、その日どんな実験をしてどのような結果が出たというのを必ずノートを付けるよう言われます。そのノートを頼りにして、発明日を特定していくことになるのですが、書き忘れたり、日にちをごまかしたり、ということもあり、立証に使用するのは、なかなか難しいといえます。

アメリカでは、これをどうにか死守しようとして、毎日上司がサインをしたり、サインは 2 人以上でなければいけないというルールを定めたり、ノートを飛ばしたりちぎったりしないように、日本で言うところの割り印のように、ページとページの間にかぶるようにサインをしたり、必ずページ数を入れて、そのページが飛んではいけないとしたり、非常に不毛なことをしています。このように、発明日を特定するのは、大変コストが掛かるのです。

そのような観点で、先願主義からは先発明主義を攻撃します。確かにそのような欠点はあると思います。しかし、他方で先発明主義の方から言うと、やはり一番偉いのは最初に思い付いた者だろうということになります。特許を取るために書類を提出しなければいけないというのは役所の都合なのであり、それによって、最初に発明した者がないがしろにされていいのか、という反論はおそらくあると思います。

ただ、先願主義というのは、理屈としては、決してそのような役所の都合で決めた制度ではありません。本当は先発明主義が理想なのだけれども、発明日の立証が難しいし法的安定性を欠くから仕方がなく先願主義にした、というような妥協の産物ではありません。このことは特許法の目的から導くことができます。

特許法というのは、新しい発明に権利を与えて発明を保護するというだけの制度ではありません。以前、公開代償説というお話をしたと思いますが、新しい技術を公衆に公開する、簡単にいうと、それまで知られていなかった技術を誰かが見つけ、それを世の中にお知らせするということ、それは世の中のためによいことだといえます。そして、よいことをした代わりに、一定期間の排他権という特許権を与えよう、というのが公開代償説、インセンティヴ論です。

ですので、私は公衆に新しい技術を公開いたしますと最初に宣言した人に排他権を与えるというのは、公開代償説からすると当然導かれるものです。出願するというのは、すなわちその技術を皆さんに公開するという一種の表明だとも取れます。

ですから、「私は皆さんに公開します、皆さんのためになることでしょうから、どうぞ私の技術を見てください」と最初に手を挙げた人に排他権を与えることにしておきます。そうすると、皆早く公開しようとして、ドライブが掛かります。そうして、発明者同士、出願人同士を競争させることができ、必然的に、新しい技術が公開されるのが早くなります。

以上のように、新しい技術というのは、少しでも早く公開された方が世の中のためになるので、そのようなドライブを掛けているのです。ですから先願主義というのは、公開代償説に立つと、決して妥協の産物ではないといえ、理論的に先願主義が導かれるということになります。

ですから、法的安定性に優れているというのは付随的な理由です。アメリカがいまだに先発明主義に固執しているのは、外交カードなのです。例えば、アメリカ大統領が、アメリカが先発明主義を撤廃する代わりに、アメリカにとって邪魔な日本法のそのような条項も撤廃してくれ、と日本に掛け合います。

日本がそのような条項を撤廃したとしても、アメリカでは、大統領が先発明主義を撤廃しようと言っても、議会が反対すれば通りません。このようにして、大統領は、確信犯で、アメリカに都合のいい法律を日本に通させてしまうのです。最近アメリカも先願主義に移行しようと、ようやく議会も動き出しています。ちなみに私は、先発明主義を撤廃すると言われて、もう 5 回ぐらい裏切られた経験があるので信じていません。これから皆さんも新聞報道に注目してください。

もう1つの先願主義というものがあります。これは拡大された先願とも言われていますが、29 条の 2 にあります。29 条の 2 を見ていただくと、もう見ただけで読む気がなくなるような難解な条文です。条文だけを読んで理解できる人というのは、おそらくいないと思います。たいていこの読み方が弁理士試験の第 1 の関門になります。

しかし、実際には、特別難しいことは書いていません。これは 39 条の先願主義ができた後に導入された条文ですので、同じ先願なのですが、条文が分かれてしまっている、ということです。

ですから、29 条の 2 というのは、39 条との対比で説明をすると少しは分かりやすくなると思います。ここで、本日配布した資料をご覧いただきたいと思います。39 条の先願主義というのは、出願が競合した場合に適用されると言いましたが、もう少し正確に言うと、クレイムが競合した場合です。資料の右と左はまったく同じ、ジンギスカン鍋の特許です。そして、今、皆さんが右側の後願の方の出願の審査をしているとすると、先願で同じものがないかを調べるというのが、先願の調査です。先に同じものがあるかどうかというのが先願主義です。

後願で比較の対象とされるものというのは常にクレイムですが、先願の対象になる部分は、条文によって違います。39 条はクレイム同士を比較して、それが同一だった場合には後願は特許を取れない、同一でなければ特許を取れるということですが、29 条の 2 はクレイムだけではなくて先願の明細書全体を見ます。図面があれば図面も含めて、明細書すべて、書類すべてに対して先願の効果があります。

ですから、後願の立場からしてみると、先願というのは、先願の明細書のクレイムに記載された部分だけではなくて、クレイム以外の詳細の説明という部分に書かれている発明についても特許を取れないということになります。

29 条の 2 というのは、39 条を含んでいます。細かい違いはありますが、範囲としては含んでいます。ですから 39 条は要らないだろうという考えもありますが、39 条の方が先に出来た条文で、29 条 2 の方が後に 10 年程経って出来た条文です。そのような影響もあって、重なる部分があるのですが、現在では、後で説明するような例外的な場合以外は、29 条 2 で処理することが可能です。

今皆さんは資料の右側の審査をしていただく立場です。先願のクレイムの部分に自分のクレイムの発明と同じものが書いてあると、39 条で取り消されてしまいます。同じでなければ残されます。29 条の 2 というのは、クレイムでなくても先願の明細書の詳細な説明の部分に書かれている発明については特許を取れないというような規定です。

詳細な説明については、配布資料にジンギスカンの鍋を詳しく説明する解説が書いてありますが、それ以外に派生的な発明や、簡単な改良発明を一緒に書いてあることがあります。今回の例では、鍋に突起を設けたというクレイムですが、取っ手を付けたとか、裏に熱がよく伝わるように溝を設けたとか、設けてもよいとか、そういった簡単な改良的な発明を詳細な説明のところに書いておく場合があります。むしろそうする方が多いです。そのような詳細な説明にしか書かれていない発明であっても、特許を取れないというのが、29 条の 2 です。

逆に、今度は先願の立場からするとどうなるかというと、明細書のどこかに書いてある発明については、後願を排除することができます。必ずしもクレイムに書いてある必要はありません。明細書のどこかに自分で先にした発明を書いておけば、同じ発明については後から出願できる人を排除することができます。これを後願排除効と言います。

39 条の後願排除効というのは自分のクレイムしかありません。29 条の 2 の後願排除効というのは明細書全体にあるので、明細書にいろいろな発明を書いておくと、それと同じものについては、後から出願した人に特許を取られることはないということです。

かつては 39 条しかなかったのですが、どうして 29 条 2 を作ったかというと、ここにはいろいろな問題がありましたが、ひとえに言うと、特許庁の審査を円滑に進めるためです。もう少し詳しく言うと、特許庁は非常に審査に時間がかかっています。1000 人以上の職員が、頑張って審査していますが、それ以上にやはり出願が多いのです。29 条の 2 が導入されたのは昭和 45 年ですが、この年ですでにもう出願ラッシュで、特許庁の審査は渋滞している状態でした。この渋滞をどうにか解消しようと 29 条 2 が作られました。

どうして 29 条の 2 を作ると渋滞が解消されるかというと、それまでは 39 条しかなく、後願排除効がクレイムにしかありませんでした。ですから、ライバルが特許を取るのを妨害したい、防衛したいという場合は、とにかく特許をたくさん出しておく必要があります。何しろクレイムに書いてある発明しか排除できないので、先ほど述べたように簡単な改良発明等もいちいちクレイムに書いて特許を取らないと、防衛できなかったのです。

そのため、むだな出願が増えたということが言えます。簡単な改良発明のようなものには、本来ならばコストを掛けてまで特許を取る必要はないのだけれど、ライバルには取られたくない。そうなると、クレイムアップしないと後願排除できないので、仕方がないから出願している、というような状態になっていました。そこで、これを解消するために 29 条の 2 によって発明の詳細な説明まで後願排除効を認めることになりました。それによって、むだな出願は減るだろう、クレイムアップしなくても後願排除できるので、少しは防衛のための出願が減るだろう、と考えられたのです。

今では違うのですが、昔は出願された特許出願はすべて審査をしていたので、特許庁としても防衛出願と分かりながら審査をしていました。そうするとやはり負担が大きく、大変です。ですから、その負担を少しでも減らそうということで、29 条の 2 を認めました。

29 条の 2 が作られた 2 つめの理由としては、補正による先願の処理待ち問題というのがあります。補正というのは、明細書の詳細な説明に簡単な改良発明を書くことがあると先ほど述べましたが、これを出願後にクレイムに書き加える手段をいいます。

だとすると、出願人はその手続きが進行している間は、昔はいつでも補正ができたのです。そのため、クレイムの範囲が頻繁に変わっていました。減らすこともちろんできます。先願のクレイムが頻繁に変わると、後願の審査ができません。先願の後願排除の範囲が固まるまでは、本当に排除されるかどうか分からないから、後願の審査をするために先願の処理を待っている必要があります。

だとすると、先願が通過しない限りは後願も通過できないことになりますので、やはりこれも渋滞の原因となっていました。

29 条の 2 が作られた理由の 3 つ目は、クレイムには書いていないけれども、詳細の説明に書いたということには、そのような技術については世の中に貢献することを意思表明したことになりますので、後願排除効を与えても別に構わないだろうということです。

以上のような特許庁の審査の渋滞解消のために、この 29 条の 2 という条文が設けられました。このようにしておくと、特許のクレイム以外の部分、明細書の詳細な説明の部分に書いてある発明でも後願を排除することができ、審査を円滑に進めることができます。

あとは細かい規定ですが、29 条の 2 の適用を受けるためには、出願公開される必要があります。29 条の 2 というのは先後願で出願人が同一の場合は適用除外になりますので、29 条の 2 はこのダブルパテントの問題は考えていません。39 条は同一出願人間でも適用があるので、出願人が同じだとしても、1 つの発明には 1 回しか特許を取ることができません。正確に言うと、1 回しか特許を取るチャンスは与えないということです。29 条の 2 は、その点については 39 条に任せているということです。

29 条の 2 の適用には出願公開される必要があると言いましたが、それは新規性の要件とどう違うのかという話をします。今、皆さんは後願で、審査を受ける立場であるとします。先願がこの日にされました。後願がこの日にされました。では、この後願は、29 条の 2 などと言わなくても、そもそも新規性がないのではないか、というような疑問が皆さんの中にあるかもしれません。

しかし、そうではないのです。この後に説明しますが、出願公開というのは特許庁によって強制公開される制度です。出願から 1 年 6 カ月経過後に出願公開されます。つまり、出願されたものがすぐ次の日に公開されるわけではなく、1 年 6 カ月のタイムラグがあります。

そうすると、今皆さんは後願の立場ですが、先願した人は違う人ですので、先願が出願公開されるまではこの先願の内容を知り得ません。ですから、それまでは、後願の立場から見ると自分の発明は新規なの

です。この人から言ったら後願ではなく、自分が先に発明したと思っています。実は先願の人がいるのだ、と気付くのは、先願から 1 年 6 カ月後です。

ですから、先願と後願の間が 1 年だとすると、後願から 6 カ月たって先願が出願公開されて、その出願公開の公報を見て初めて、後願した人が「1 年前に先に出願されていたのか」と気付くことになります。後願の人は出願の時点では気付いていないのです。これはある意味では仕方のないことです。

ですから、ここで先願が出願公開された後に、出願した場合は、これはもはや 29 条 1 項の新規性の問題になります。同時に 29 条の 2 も適用になりますが、普通は新規性で拒絶されます。しかし、先願の出願公開前は、新規性では拒絶できません。ですから、事実上は先願から 1 年 6 カ月の間に出された後願に対して、29 条の 2 は意味があるということになります。

29 条の 2 とこの出願公開制度というのは一緒に導入された法律です。ですからこのような関係になるのです。この新規性と 29 条の 2 は違うのだということを理解してください。これが先願の話です。

では、教材 64 ページにいきましょう。64 ページは特許のための要件の最後です。「7　冒認でないこと」という話が出ています。冒認でないことというのは、これは特許を受ける権利を有する者の出願であること、ということです。特許を受ける権利というのは、簡単に言うと特許権の卵のようなものです。特許を受ける権利があって、それに基づいて出願をし、それで本日までにお話した特許の要件をすべてクリアすると、めでたく特許権になるというようなものです。

日本では発明者主義というのが採用されていまして、発明者に特許を付与するという原則、特許を受ける権利を最初に発明者に与えるという原則があります。この特許を受ける権利は譲渡することが可能です。むしろ、譲渡可能にするために、特許を受ける権利というのを作ったのです。

ですから、通常の順序ですと、発明者に最初に特許を受ける権利が与えられて、原始取得して、会社やお金がある人に、その特許を受ける権利を売って、買った人が特許を出願して特許を取るということになります。もちろん自分で出願しても構いませんが、これが通常のスタイルです。

ただし、この特許を受ける権利を持っていない人がした出願は、冒認出願と呼ばれ、特許を取ることができません。ですから、冒認出願があり得るのが、発明者ではないのに特許を出願したり、あるいは発明者から特許を受ける権利を譲り受けていないのに出願をしたり、といった場合です。

例えば、発明の入ったディスクを盗んで、その中身を見て出願してしまったり、あるいは守秘義務を結んで発明者から発明の内容を聞き出して、守秘義務を破って出願をしてしまったり、というような場合をそのような冒認出願と言います。

このように話しているだけで、冒認出願には特許を与えるべきではない、というのは皆さんにも理解できると思います。その自然な理解は正しいです。特許を受ける権利を持っていない人がした出願は、拒絶の対象となるし、無効の対象になっています。

ただし、冒認出願をした人は特許を取れないというのはいいですが、問題は、発明を盗まれてしまった真の権利者がどのように保護されるのかという問題が、別にあります。

冒認出願に特許を与えないというのは、すなわちその真の発明者を保護するということにはなりません。冒認出願者を保護しないということを決めただけですので、真の発明者がどのように保護されるかというのは、また別な話になります。

よく言われるのが、冒認出願をしてしまったとして、それは審査をして初めて冒認だと、あるいは無効審判をして初めて冒認だということが分かるのであって、出願自体は冒認者のもとに残っています。

審査では、実は冒認というのはなかなか分からないので、そのまま特許になってしまうこともあります。厳密に言うとそれは過誤登録ですので、後で無効にされますが、そのような場合に、真の権利者としては、その冒認出願や冒認出願に掛かる特許権を、冒認者に対して返せと言うことができるかどうかという話なのです。

返せと言うのであれば楽です。冒認されたと分かった時点で、返すよう言い、それで返してくれるのであれば、真の権利者のところに特許や出願中の特許出願が戻ってくるので、そのまま引き継いでいけば、真の権利者のところに特許権が与えられるということになります。

これについては裁判例が 2 つあります。まず、生ゴミ処理装置事件（最判平成 13.6.12 民集 55 巻 4 号 793 頁［生ゴミ処理装置上告審］）は、真の権利者が出願したのだけれども、途中で譲渡証を偽造されて名義が書き換えられてしまって、そのまま特許を取られてしまったという場合には、取り戻し請求をすることができると言った裁判です。

ところが、東京地判（東京地判平成 14.7.17 判時 1799 号 155 頁［ブラジャーⅡ］）では、真の権利者が出願をしていない場合は、この生ゴミ処理装置の射程は及ばない、つまり取り戻しはできないと言われたのです。

この 2 つの事件はどのように違うかといいますと、生ゴミ処理装置の方は、出願は真の権利者が行いました。出願は行ったけれども、途中で偽の譲渡証があって、権利を奪われてしまった、名義を書き換えられてしまったということです。出願中というのは、かなり簡単に書き換えられてしまいます。

この後、それ以外の特許の要件はすべて満たしていたということですので、特許されました。このような場合にはその後の取り戻しは許される、というのが、生ゴミ処理装置の裁判でした。では、ブラジャー事件はどうだったかというと、これは、実は真の権利者は出願していません。冒認者が出願して、そのまま特許になりました。

このときは取り戻しができません、というのが、東京地判の判決です。地裁ですので、射程を限定したというところで、このブラジャー事件の方の射程がどこまであるのかというのは今後の議論が実はありますが、この場合にはできないとしたのが東京地判のケースです。

この違いは、どちらが出願したか、です。真の権利者が出願した場合は取り戻しができる、真の権利者が出願していない場合は取戻しができないという区別です。この東京地判には、冒認されているのに取り戻しできないのはかわいそうではないかという批判もありますが、この批判というのは当たらないと言われています。

それはどうしてかというと、先願主義のところでも言いましたが、特許というのは、別に発明をした人に権利を与えるだけの単純な制度ではないからです。公開代償説です。発明をした人が公開をするという意思を表明して、初めて特許を与えます。発明した、お前は偉いということで特許を与えるのではなくて、発明したのは確かに偉いが、それだけでは、排他権を与えるには足りない、ということです。

新しい技術を発明し、さらに、出願してそれを皆さんにお知らせする、そこまでして初めて特許を与えられる、特許権を与えるだけの価値がある、と考えられています。このように、公開していない人には特許を与えないということまで、公開代償説は含んでいます。

ブラジャー事件の真の権利者は出願していません。この人は、発明を皆さんに公開するという意思を表明していないのです。ですから、真の権利者といえども特許を取ることはできない、ここで言えば取り戻しをすることができないという判決だったのです。

私は、東京地判がいう通りだと思っていますが、ここでは学説も分かれていて、東京地判について支持と不支持が 7 対 3 ぐらいとなっています。

このように、生ゴミの事件とブラジャーの事件は場合が違って、ブラジャーの事件の方は特許を取り戻しできなくても、それは仕方がないのだという理屈を理解していただきたいと思います。

発明者の保護というのは、このようにあまり手厚くありません。 ジンギスカンの鍋の公報を見ても分かるように、フロントページに、発明者の名前を書く欄がありますが、発明者は、実は保護されるのはこれぐらいです。発明者なのに名前が入っていないという場合は、載せてくれという請求をすることはできますが、それ以上の保護というのはありません。

ですから特許制度というのは、発明者を保護する制度ではありません。出願人を保護する制度です。保護してほしければ出願までする必要があります。発明者として保護されるというのは、この名前が記載されるぐらいです。これはインセンティヴ論、公開代償説からきています。

ですから特許法は、発明者をあなたは偉いとして保護するわけではなくて、出願をする人こそ保護する価値があると思っている法律です。そこを理解していただきたいと思います。

冒認の事件は、進歩性の事件に比べると数は極めて少ないですが、このように法律的に話をすることができる分野ですので、学者が比較的好んで議論をするところです。

以上で特許を取るための要件の説明は終わりです。つぎは付与の手続きの話です。教材 64 ページの下の方です。どのような形式で出願をしなければならないのかというのは、36 条に書いてあります。

詳しくは、政令や経済産業省令などで決まっています。フォーマットもきっちり決まっています。どのような感じなのかというのは、教材 126 ページからの公報を見ていただければ分かりますが、このように、最初に特許の請求の範囲を書きなさい、最初の方に発明の名称も書きなさい、発明の詳細な説明も書きなさい、図面は説明の必要がある場合に付けなさい、といったことが法律と政令、省令で決まっています。

特許請求の範囲をクレイムと言っていますが、クレイムの範囲に排他権が発生します。ですから基本的にはこのクレイムが審査の対象になっています。新規性や、進歩性、先ほどお話しした先願についても、審査の対象というのは、このクレイム、特許請求の範囲です。127 ページの公報のサンプルで言うと、特許請求の範囲は 127 ページの左側の列の 13 行ぐらいまでです。ここが特許の心臓部分です。

特許請求の範囲は請求項 4 というところまでありますが、ここが審査の対象であり、排他権が発生する場所です。ここに書いてある発明しか排他権は発生しません。詳細な説明の方に、先ほど述べたように簡単な改良発明などを書いてある場合もありますが、クレイムに書いていない発明には、原則排他権は発生しません。

教材に多項制ということが書いてありますが、請求項 1 から 4 というのが書いてあります。これは、特許になれば、一つ一つが排他権です。つまり、一つ一つがそれぞれ独立した発明だと考えられています。

この請求項 1、2、3、4 というのは、このジンギスカン鍋の公報は、発明が全部で 4 つ書いてあり、4 つの発明について特許を取りたいと書いてある、というふうに読みます。請求項 1、2、3、4、それぞれが独立して、それぞれに排他権が発生します。

1 つの出願に複数の発明を書くことができます。商標ではいまだに、1 個の出願については 1 個のマークで、1 出願 1 商標ですが、現在の特許法では 1 出願多発明です。多発明を 1 出願でできます。昔は 1 個しかできなかったのですが、今はできます。

明細書については 127 ページだと 14 行目からです。発明の詳細な説明と書いてあると思います。ここ

は主に、このクレイムに書かれている発明はどのようなものなのかということを詳しく説明する部分です。クレイムを見ていただければ分かると思いますが、中央部が高く形成され、周辺部に油だまり部が形成され、調理部本体に周辺を隆起させたクレーター上の複数の支持口が配置された調理部、というように、かなり抽象的です。ここから排他権の発生の根拠になるので、なるべく抽象的に、いろいろな概念を含むようにクレイムというのは書かれがちですので、これだけではちょっとどのようなものなのかイメージできません。新しい発明を皆さんに公開するというには、クレイムだけでは少し不足があります。

ですから、ここをしっかりと説明するために、発明の詳細な説明という部分が上段に書かれています。次の 128 ページまでいっぱいに書いてあります。129 ページには図面がありますが、これは物の発明ですので、図面を見た方が分かるだろうということで書いてあります。図面はあくまで参照にすぎません。クレイムを説明するものにすぎないので、この図面に描いてあるこの鍋に排他権が発生しているわけではありません。それに気を付けてください。

例えば教材 126 ページに書いてあるこの代表図ですが、代表図はこのジンギスカン鍋ですので、丸く書いてありますが、請求項 1 を見ると、この調理具というものが円状であるということはどこにも書いていません。中央部が高く形成され、周辺部に油だまり部が形成された、というふうにしか書いていないので、別にこれは四角でも三角でも構わないのです。四角でも三角でも、中央部は観念できるし、周辺部も観念できます。ここには丸であることが必要であるとは書かれていないので、図面には丸になるように書いてありますが、このクレイムは特許になれば、四角い鍋にも権利が及びます。

クレイムというのは、このように抽象的です。もちろん、書いている人はこの丸だけを書いたら、楕円であれば抜けられてしまうのではないかと思うから、なるべく広くなるように抽象的に書きます。普通の人にはそのように書かれるとなかなか分かりづらいので、発明の詳細な説明や図面が必要なのです。

この詳細な説明ですが、ここはきちんと書いていないと特許を取ることができません。発明の詳細な説明は、分かりやすく説明する必要があって、条文ではそうは書いていませんが、簡単に言うと、クレイムに書いてある発明の説明が十分でないと、特許を取れないという規定になっています。

これは手続き的な理由ではありません。特許の実態的な理由です。特許庁の審査の都合上、書いていないと分からないから拒絶するという意味ではないのです。

繰り返しになりますが、新しい技術を皆さんにお知らせするのが特許制度なので、皆さんにお知らせして初めて特許が取れます。ですからこの公報を見たときに、これだけでは何の発明が書いてあるのか分からないというのでは、公衆に発明を説明したということになりません。発明者しか分からないような説明では役に立ちません。

皆さんがこの公報を見て、まったく分からないというのであれば、これからさらにこの公報で読んだ知識を利用した新しい発明をできません。それだと特許を与える資格はないということになります。皆さんに発明を見せれば足りるわけではない、どのような意味があるのか説明をしないとなりません。そこまでして初めて特許が取れます。ですから、この発明の詳細な説明をちゃんと書いてあるということは、特許の実態的な要件なのです。

では、特許の手続きの解説に入ります。90 ページの流れ図をご覧ください。黄色は出願人のする手続きです。緑は特許庁がやってくれる処理です。

上から下へ流れていきますが、一番上の黄色のところに出願 36 と書いてあります。36 と書いてあるのは、条文です。ここに書いてある手続きが決まっている条文です。ですから、最初に出願をする、その仕方が

36 条に書いてある、ということです。その後方式審査という、書類が調っているかどうかの審査がなされますが、ここはあまり重要ではありません。

その後 1 年 6 カ月経過後に右側の方にいって、出願公開がされます。この出願から出願公開の間には方式審査しか入っていませんので、これは強制公開です。必ず公開されます。ほっておいても公開されます。皆さんに新しい技術を説明するためには、公報を発行して皆さんにお知らせする必要があります。ですから、この出願公開というのも、大事な処理です。これは出願から 1 年 6 カ月経過した後です。1 年 6 カ月経過する前に出願が公開されることはありませんからこの間は秘密です。この間に先程述べたようにこの 29 条の 2 の状態が生じます。

その下にいきますと、審査請求するかどうかという判断があります。これは黄色なので、出願人の手続きになります。審査請求というのは出願から 3 年以内にしなくてはいけないことですが、これは特許の実体審査の請求です。ただ、出願しなければ、特許庁は審査をしてくれません。あらためて出願とは別の手続きとして請求するという出願審査請求をしなくてはいけません。

そうしないものは看做し取り下げということで、特許を取ることはできない、つまり放棄したと同じことになります。審査請求をしなければ、特許を取ることはできないのです。

ここで審査請求の手続きをすると、審査が始まります。昔は一緒だったのですが、出願の手続きと審査の手続きを分けました。先願主義の下では、皆発明したらとにかく出願してきます。ですから本当は、冷静に考えれば要らない出願、むだな出願というのはかなりあります。あるいは 29 条の先願の地位や、出願公開をすることで、ライバルの妨害をすると。つまりライバルが特許を取れないようにするというような、防衛出願という出願もあります。

そのような防衛出願など誤った出願は、別にお金を掛けて特許を取る必要はありません。ライバルを邪魔すればよいだけで、特許を取る必要はない、そのような出願は多く存在します。

ですから、ここで手続きを分けたのです。お金もかなり違って、出願のときは 1 万 6000 円ぐらいでいいですが、審査請求のときは 1 件 10 万円以上掛かります。ですから、ある程度ハードルを付けています。要らない特許はどんどん捨てるように仕向けています。

特許庁では、今も審査の渋滞が起こっています。特許庁としては、なるべく本当に必要な特許だけ審査請求して欲しいのです。審査請求したら、やはり特許庁としては審査をしなければならないので、特許庁は本当に必要な出願だけ審査請求をして欲しいのです。そこで、出願と審査請求を分けました。

審査請求をしますと審査が始まって、拒絶理由があるかどうかを審査官が審査をしてくれます。ほとんどの場合は拒絶理由があります。何らかの形で拒絶理由の通知が打たれます。それでこれは右側の流れに進みます。特許庁から拒絶理由通知が来ますが、これは反論の機会が与えられているということです。手続きをする人に不利な判断をする場合は、反論の機会を与えなくてはいけないという行政処分の原則です。そして下にいくと黄色になっています。意見書というのは、反論の書面です。このようなものを提出して、拒絶理由を解消しようと、審査官を説得しようとします。説得し拒絶理由が解消したら、左側に戻って、特許を取ることができます。特許査定です。

拒絶理由が解消しないのであれば、拒絶査定という審査の結論が出ます。特許査定、拒絶査定というのは、審査の結論です。拒絶査定を受けてしまった場合は、もう 1 度不服審判というのを特許庁の中の手続きで行うことができます。

ということなので、縦に見て左側の流れは、審査が順調にいった場合です。右側の流れは、途中で拒

絶理由が見つかった場合です。たいていの出願は拒絶理由があります。審査官側としても、確認の意味で拒絶理由を出すことがかなりあります。このような先行技術、新規性はないように私としては思うのだけれども、これはどのようなことなのかもう少し説明が欲しいという、出願人に説明を求めるような拒絶理由がかなり多いです。ですから、右側の流れにいくことは多いです。

このように、1 回右の方にいったけれども左の方に戻ってきた場合は、特許を受けることができて、所定の登録料を納めると、特許が与えられることになります。

このように、特許庁の審査官による審査主義というのが採用されています。無審査主義と比べると、権利の安定性に優れているというのは明白だと思います。

データの話をすると、出願の数は 2006 年で約 40 万 8000 件ありますが、審査請求の率というのは、約 68%だそうです。逆に言うと、3 割以上は審査請求しないで捨ててしまっています。ただ、会社というのは多くはそのように、取りあえず何か発明できたら出願しておいて、審査請求のときに考えよう、という傾向があります。そのうち要らないものも 3 割以上あるということです。

先ほどから審査の渋滞と言っていますが、皆さんは審査の期間というのは何カ月ぐらいかかっていると思いますか。現在、平均で 26 カ月かかっているようです。つまり、2 年以上かかっています。難しい発明だから理解するのに 2 年かかる、というわけではなく、26 カ月のうち 24 カ月ぐらいは審査待ちです。審査官の手が空くまで待たされているのです。

それぐらい審査というのは渋滞しています。理想としては、本当は 1 年です。特許庁としては何とか 2 年以内にしようと努めているようで、そのために様々な工夫がなされていますが、なかなか短くなりません。

どれぐらいの確率で特許が与えられるかというと、特許査定の率というのが、約 48.5%だそうです。ですから、半分は特許にならないということです。だめもとで出している出願もかなりあるし、審査請求はして 68%の中に入ったけれども、途中で会社の方針が変わって、途中で要らなくなったというのもかなりあるので、そのような場合も入っていますが、48%ぐらいです。最近は特許の審査が厳しくなっていると言われています。

48.5%なので、51.5%は拒絶されてしまうのですが、先ほど述べたように、不服がある人は不服審判というのを提起することができます。実際、拒絶されたうちの 20%ぐらいが、もう 1 回チャレンジしたいということで不服審判を提起しているようです。その不服審判の中で拒絶査定が覆ったというのは、だいたい 43%ぐらいです。半分弱は審査の結論が覆っています。数字的なデータはおよそこのような感じです。これで何となく特許の制度の大ざっぱなものをつかんでいただきたいと思います。

Ⅳ　特許権侵害の成否をめぐる攻防

前回で一応、特許はめでたく取ることができたということにいたします。本日からは、その特許を活用するというか、使う場面、あるいは他人に特許を取られてしまって、自分がその特許を侵害しないように製品を作ったり、売ったりしていく、という場面になります。そのように頭を切り替えてください。

66 ページの上から順にいきます。特許権は、登録により発生いたします。90 ページの流れ図の下の方に登録と書いてあります。もちろん特許査定を取ったものだけ、登録することになります。どのような権利かといいますと、68 条に書いてあります。業として特許発明を実施する権利を専有すると条文に書いてあります。

ここで 2)の方を先にお話します。特許発明の技術的範囲と均等論と書いてありますが、排他権の範囲は 70 条で決まっています。「特許発明の技術的範囲は願書に添付した明細書の特許請求の範囲の記載に基づいて定めなければならない」(70 条 1 項)と書いてあります。これが、どの範囲に排他権が発生するのかという根拠の規定です。何て書いてあるかというと、特許請求の範囲の記載に基づいて定めるということで、これはもうすでにお話をしておりますが、127 ページの公報の左上です。【特許請求の範囲】という、この部分に排他権が発生いたします。

逆に言うと、この範囲外には原則として排他権はありません。この特許請求の範囲の、クレイムの概念に含まれるものに排他権が発生するということになります。70 条には技術的範囲と書いてありますが、これは排他権の権利範囲と読み替えてくださって結構です。排他権の範囲について、なぜか技術的範囲という呼び方をしています。

請求項、クレイムはいくつかありますが、それぞれ独立して排他権が発生いたします。ですから、特許権侵害の訴訟の場合は何と何が対比されるかというと、原則として、原告のクレイムと被告の製品が対比されます。ここが不正競争防止法や著作権法と違うところです。不正競争防止法 2 条 1 項 1 号であれば、原告の商品等表示と被告の商品等表示です。著作権であれば、原告の著作物と被告の著作物になります。

しかし、特許というのはそうではなくて、抽象的な文章です。文章によって抽象的に概念を定めていて、それと被告の製品の比較ということになります。原告の製品と被告の製品を比べるわけではありません。ここが違うところであり、難しいところです。

このクレイムというのはどうしてできたかといいますと、排他権の範囲を明確化するために作られたものです。19 世紀に、アメリカで考えられた制度らしいですが、それまではクレイムというのはなくて、クレイム以外の詳細な説明や図面の部分に発明をずらずらと書いました。いざ侵害になったら、この明細書にはどのような発明が書いてあるかということを裁判所が判断して、それで相手方の製品と比較をしていたようです。

しかし、そうだとすると、第三者にとってはやはり分かりづらいでしょう。ですから、分かりやすくするためにクレイムというのを作ったのです。それが今まで続いているということです。もともと権利の範囲を明確にするための工夫だったのです。

このクレイムは非常に抽象的な文言ですので、多くの場合は弁理士さんが技術と経験に基づいて定めます。技術的なアイデアをこのような抽象的な言葉に変えて、クレイムを組むというのが、弁理士さんの第一の仕事です。しかし、慣れればできるわけで、エンジニアの中でも、教育の行き届いたエンジニアであれば、かなりしっかりしたクレイムを書ける人もいます。皆さんだって、勉強すればきっとクレイムを書けるよ

うになります。要は慣れですね。

クレイムと製品というのがどのように対比されるかという原則だけ最初にお話をします。これが分かっていないと、この先非常につらいと思います。クレイムが A、B、C という概念だといたします。127 ページのジンギスカンの鍋の発明であれば、ジンギスカン鍋であって、鍋の周縁部に溝が設けてあって、鍋の上には突起があるという発明だとしますと、ジンギスカンの鍋かつ、なんですね、クレイムというのは必ず、「かつ」、ですが、これで言えば、ジンギスカン鍋であって、かつ周縁部に溝があって、かつ表面に凹凸があるという 3 つの条件を備えたものが、権利の範囲に含まれると考えます。

係争対象物のことをイ号物件、イ号、イ号物などと言いますが、これからよく使うので覚えてください。被疑侵害物権、侵害と今疑われている物件をイ号物件、イ号と言います。2 つあったらイ号とロ号です。

イ号物件があり、イ号物件もジンギスカン鍋で、周縁部に溝があって、凹凸があるとします。これは侵害だなというのはおそらく分かっていただけると思います。

では、ロ号として、A、B、C に、さらに少し工夫したとします。ジンギスカン鍋で周縁部に溝が切ってあって、表面にでこぼこがあって、さらに取っ手が付いているとします。取っ手が付いていると持ち上げやすくなります。取っ手が付いているという場合は、ロ号とクレイムの判断はどうなるかといいますと、A、B、C をすべて備えていますので、これは侵害です。A、B、C の要件をすべて備えているものにさらに何かをくっつけたとしても、原則として侵害から免れることにはなりません。

では逆にどうすればいいかというと、C という要素を取り払う必要があります。クレイムの要件はすべて必要条件になりますので、C という要件がこのハ号に入っていない場合、ここで言えばジンギスカンの鍋の表面に凹凸を付けていないというものは、セーフ、非侵害になります。ですから、A、B、C という要件をすべて備えていれば、原則として侵害、1 個でも抜けている場合は、原則として非侵害になります。これが原則論です。

C はなくて B はあるという場合も非侵害です。クレイムに含まれるかどうかというのは、基本はこれによって判断します。A、B、C という要件があるクレイムであれば、すべて満たしていれば侵害、1 個でも満たしていなければ非侵害ということになります。このようなことをクレイム解釈と言います。クレイムはどのような発明になっている、というのをクレイム解釈と言いますが、基本中の基本です。これが分かっていないと、この先非常にさみしい思いをすることになります。

そこが教材 2)①の原則のところの話です。前に戻りまして、では特許権とは、どのような性質の権利なのかといいますと、昔から 2 つの説がありまして、1 つは他人の実施行為を禁止することができる排他権という考え、もう 1 つは、特許権者自ら発明を実施することができる専用権という考えです。排他権は禁止権と言われることもありますし、専用権は独占権と言われることもあります。同じことです。

すでに教材に○と×が付いておりますが、現在では上、他人の実施行為を禁止することができる排他権だと考えられています。自ら積極的に実施をすることができる権利ではないということです。ですから、このクレイム A、B、C という発明は、他人にこの A、B、C という発明を製造販売させない権利だということです。特許権者が A、B、C という発明について製造販売をすることができる権利ではないということです。

この話は、続けると 1 時間の講義になってしまうので、ここではごく簡単に、どうして排他権なのかというお話をいたします。これは、改良発明タイプのときに明らかになります。特許発明が他人の特許発明の上に成り立っている場合、教材に改良発明タイプと書いてありますが、これはどのような場合かといいますと、この甲という人間が頑張って取った特許というのは、A、B、C というような特許だといたします。

それで乙は甲の特許を見て、もう少し改良したジンギスカン鍋はないものかと考えました。そこで、乙はさらに取っ手を付けたジンギスカン鍋を発明しました。そうすると、このような発明を改良発明と言います。甲の基本発明に対する、乙の改良発明という言い方になります。このような発明で特許が取れることがあります。

例えば、甲の発明が公知になった後でも、ジンギスカン鍋に取っ手を付けた例がもしないとすれば、ジンギスカン鍋に取っ手を付けたというのは乙が初めて発明したものですから、これは新規性がある、進歩性もあるとして、特許が取れます。

この後、乙がめでたく特許を取ったので、乙が自分の特許発明を実施したい、売りたいということで、僕はめでたく特許を取れた、特許を取れたということは製造販売していいのだろうと考え、A、B、C、D という製品を売ろうとします。しかし、そうすると甲の特許に引っ掛かってしまいます。A、B、C をすべて備えていますよね。ですから、右の原則通り、これはできないのです。実施することができません。

つまり、乙の状態というのは、特許は取れるけれども実施はできないという状態です。本当にこれでいいのかというのは、説明するのに 1 時間ぐらいかかるので、本日はこれでいいことにしますが、実施できません。

ですから、特許は取れるのだけれども、実施ができない場合というのがあります。これはまさに排他権だからです。積極的にできるという権利であれば、乙はこの場合、できてよいはずです。しかし、特許の本質は排他権ですので、これはできないということになります。他方、甲は A、B、C という発明は実施できます。乙は D を要求しているわけで、A、B、C という発明である限りは、甲さんは実施をすることができます。

このようなときは、乙は甲に対してライセンス、実施許諾を得れば、実施をすることができますが、逆に言うとそれを取らなければいけないということになります。排他権だとこうなります。特許権を専用権だと言う人は、これは実施できると言いますが、それについては解説をしている時間がありません。もし興味がある人がいれば、論文を紹介いたします。

逆に言えば、他人の特許権を侵害しない限り、特許を持っていなくても発明を実施することはできます。というより、こちらの方がむしろ普通です。誰も特許を持っていない、あるいは、昔はあったけれども今は特許が切れたというもので企業活動をしている方がむしろ普通です。ですから、特許がなかったら製品を作ってはいけないというわけではありません。だとすると、やはり特許権は排他権であるということになります。

特許が取れるかどうかという判断と、製品を作ることができるかどうかという判断は、まったく違うということです。特許が取れるかどうかというのは、新規性や進歩性、先願の問題です。本日配った資料の中にも、これは先願の関係にはならないし、甲の発明を見て乙がやっても、これは新規性の問題はないということを書いておきました。

進歩性については議論がありますが、ある時もあるし、ない時もあります。ですから、特許を取れる場合もあります。特許を取れるという判断と製品を作れるかどうかという判断は、全く異なるということです。まずこれを理解しないと、お話になりません。これが、特許権が排他権であるということから導かれる現象です。

あと 1 つ、業として特許発明を実施する権利ですので、逆に言えば、業としての実施しか特許権侵害にはならないということです。つまり、家庭的な実施、個人的な実施について特許権は及ばないということです。営業目的でなくとも「業として」に当たる場合あり、と書いてありますね。繰り返しやっていれば業ですし、事業としてやっていれば業です。ただで配っていても、それは、業として、に該当する場合がありま

す。

実施の定義については2条3項に書いてあります。物の発明であれば、生産、使用、譲渡、貸渡し、輸入と書いてあります。一応、そこに決まっている行為が侵害になるということですが、そこに書いていない行為で問題になりそうな行為というのはあまりありませんから、さほど気にする必要はない規定です。

方法の発明の場合は、方法の発明を生産すると。例えば、石焼ビビンバの作り方は方法の発明になりますが、石焼ビビンバの作り方というのを生産する、譲渡するというのはよく分からないですね。普通は、方法の発明というのは使用しかあり得ないという言い方をいたします。

ここまでが原則論です。この後延々と例外論が出てくることになります。

まず、例外として均等論があります。均等論というのは何かといいますと、簡単に言うとクレイムの拡張解釈です。クレイムに含まれる発明に禁止権が当たり、クレイムに含まれない発明は非侵害だというのが原則論ですが、原則というのは、厳格に貫徹するとやはり齟齬が出てきます。やはり例外的にうまくいかない時があります。

特許でよく言われるのが、後出しじゃんけんの問題です。教材には侵害者と書いてありますが、被疑侵害者と言いますか、要するに特許権者のライバル企業です。ライバル企業は、クレイムを見てから製品を開発することができます。つまり、ライバルである特許権侵害をしてしまう人というのは、注意不足だということはあまりありません。会社同士の争いなので、特許を出す方も、あるいは特許を持っていなくて使う方も、やはりそれなりの調査をします。皆さんプロですので、わざわざ特許権侵害をするような製品は、普通は作りません。少なくとも主観的には、特許を入念に調査して、大丈夫だろうと思って製品をリリースします。

だとすると、そう簡単に特許権侵害など起こるわけがありません。それは、クレイムの、効力を明確化するという機能が効いて、A、B、C という範囲には入ってはいけませんよと書いてあるのだから、わざわざそこに入る人はいません。これを何とか、例えば A、B、D などにして、かわして製品をリリースします。

そうだとすると、特許権者側からすると、何か、罠を張っているはずですが、罠がばればれという状態です。そこで罠が仕掛けられていると知って、わざわざその真上を通る人はいないですね。必ず避けて通ろうとします。

だとすると、特許は効果がないのではないか、という話になります。相手方をわなに捕らえることができません。それは、やはりクレイムがきっちりしているせいで、誰もそのクレイムに踏み込む人はいないということになります。

発明は抽象的なアイデアです。アイデアが発明です、とも言われます。特許法というのはそのような抽象的なアイデアの宝庫です、とキャッチフレーズ的に言いますが、結局、そのクレイムの文言に縛られてしまいます。

そうだとすると、例えばここにクレイムがあり、こちらが技術が進歩していく方向です、僕のクレイムはここですから、ここは通ってはいけません、ライバルは通ってはいけません、といえます。この辺にライバルがいて、クレイムの範囲を迂回していってくれれば、きっとここまで行くのは遠いでしょう。特許権者というのは、こうやって自分の権利を通ることができるので、近道ができるから有利です。しかし、侵害者もやはりぎりぎりを通ろうとします。なるべく近づきたいと、ぎりぎりを通ろうとします。

だとすると、特許権者からするとそれほどメリットはありません。あまり距離は変わらないので、特許権があってもぎりぎりでかわされてしまって、おいしいところだけ使われてしまって、結局侵害にならない。特許

を出しただけ、かえってばかを見たということもあります。

そこで考え出されたのが均等論です。クレイムを文言通りに解釈した場合は、ぎりぎり逃げられてしまいそうな――でもこの辺はグレーゾーンですが、そのような発明であっても、場合によっては、少しこの辺にはみ出して解釈していい場合もあるのではないかというのが、均等論の考えです。クレイムというのは、さきほども言いましたが、昔から、特許制度が始まったときからあるものではありません。クレイムが特許というわけではありません。クレイムというのは、あくまで権利範囲を明確化するための手段になります。

ですから、権利範囲を明確化するというのは第三者のためですが、第三者に対するそのような保護といいますか、保証をあまりにも強くした結果、ぎりぎりのところでいつもかわされてしまうということでは、やはり特許権者のインセンティヴに足りない場合もあるだろうということになります。そこで、場合によっては少し広げて解釈してもいいのではないか、というのが均等論の考え方です。

ただ、この均等論は、やはりクレイムというものが厳然としてありますので、ごく最近までは敗者の理論だと言われました。要するに、均等論というのは、負けそうな者が唱える戯言だというふうに言われていました。どうしてかというと、均等論は拡張解釈だと言いましたが、逆に言うと、拡張解釈ということは、クレイムの文言には含まれないことを自ら認めているようなものだという言い方を昔はされたのです。

均等論で侵害になる場合のことを均等論侵害と言いますが、その反対で、クレイムにまともに引っ掛かってしまう侵害の形態のことを文言侵害と言います。文言侵害の方が原則です。特許権者が均等論侵害を主張するということは、そもそも、もう文言侵害ではないということを自ら認めているようなものです。自白といった意味ではなくて、自ら、文言侵害に当たらない、つまり、原則論では逃げられてしまっているということを認めてしまうようなものだと言われていました。

ですから、均等論の判決は、昔からごくわずかしかなかったのです。最高裁で表立って認められたのが平成 10 年（最判平 10.2.4 民集 52 巻 1 号 113 頁［ボールスプライン軸受］）です。ごく最近のことです。それまでは、やはりこの文言侵害の原則論が非常に強く機能していました。ですから、特許権侵害訴訟というのはたくさんあったのですが、特許権侵害と認められるのは、今までごく限られていました。

その 1 つが、この後出しじゃんけん問題です。確率の問題から言えば、均等論侵害を認めても、今でもそれほど変わってはいないのですが、それはともかく、特許権侵害を認められるのは非常に大変でした。敗者の理論と言われましたから。特に、私が弁理士に合格したのは平成 7 年で、要するに、合格したころは均等論がまだ敗者の理論だった時代です。弁理士同士の勉強会か何かで、私がこれからは均等論をもっとやっていくべきではないかと言うと、当時私は 25 歳か 26 歳だったのですが、ベテランの弁理士さんから叱られました。弁理士たるもの、いかなるライバル企業のあらゆる実施形態を想像してクレイムを書かなくてはいけないと。まだまだお前は若いな、修行が足らんと怒られます。その 2 年後ぐらいに、最高裁で均等論が認められました。

何が言いたいかというと、逃げられてしまうのはクレイムの書き方がへたくそだから、という考えがあるのです。やはり文言侵害が原則だ、均等論は敗者の理論だ、などと言われるのは、クレイムの書き方がへたくそだから逃げられてしまう、という考えです。

最後の方は余計ですが、クレイムの書き方が悪いのだという言い方も、確かに一理とは言いませんが半理ぐらいあります。ですから、昔から敗者の理論だと言われたのです。均等論などを認めたら、へたくそなクレイムが横行して、かえってクレイムの範囲が不明確になるではないかという心配がありました。

あとは、今までの日本というのは比較的アンチパテントと言いますか――アンチパテントというのは、特

許を制限する方向の政策のことで、反対の言葉はプロパテントです。プロパテントというのは、特許を強化する方向の政策なのですが、発展途上国は比較的アンチパテント、先進国は比較的プロパテントです。日本は、欧米の技術をキャッチアップして伸びてきたので、今までアンチパテントだったのですが、そのような意味もあって、均等論というのは敗者の理論だったのです。均等論というのはクレイムを拡張して解釈するので、プロパテントの一種です。そのような感じで、均等論はアンチパテントの下で敗者の理論と言われていました。

日本でも次第にプロパテントの方に政策が動いていっていますが、やはりこの後出しじゃんけんというのは、どうしても解消できません。あらゆるライバルの実施形態を想像して、すべて引っ掛かるようにクレイムを書いたとしても、どう考えても後から見てやる方が、かわし方はいくらでも考えられます。特許は 20 年間あるので、20 年先の実施形態を考えているわけにもいきません。ですから、やはり均等論は必要だろうということになります。他方、特許範囲が不明確になるというデメリットもあるので、その辺を調整していく必要はあるということになります。

ただ、拡張解釈ですが、均等論を認めるまでもなく、この文言解釈という中でも幅はあるということは確かです。均等論が表立って認められる前までは、文言侵害の幅を最大限に活用して、クレイムも解釈されていました。ですから、ある程度、均等論がなくても、この後出しじゃんけんの問題は今までどうにかなっていたのです。それが、この文言侵害の幅の問題です。

文言侵害の幅については、教科書を使って説明したいので、224 ページをお開けください。ここに、イオン歯ブラシという事件（東京地判平成 2.11.28 無体集 22 巻 3 号 760 頁［イオン歯ブラシ］）で使われた絵が描いてあります。左側の図①が原告の明細書に描いてある図面です。右側の図②が、被告の被疑侵害物です。本当はクレイムと対比しないといけないのですが、この図面を使って説明した方が早いので、説明いたします。

原告の特許は教材 67 ページにもありますが、ブラシヘッド部を柄から脱着可能とし、柄の方に導電剤を使用するというものです。ヘッド部に唾液を浸す液路を設け、唾液がブラシを濡らすと、それだけで電気が流れるように構成してあるということです。

左側の図①を見ていただきますと、このような歯ブラシです。ブラシの部分が着脱可能になっています。電気が通電するようになっています。歯ブラシを口に入れて磨くときに、片手で歯ブラシを持ちます。歯ブラシが電気を通すものだとすると、ここに電流が通るルートができます。そのように構成しておくと、歯に歯石が付きにくいらしいです。田村先生はこれを愛用されていますが、私はその歯石が付かないという効果を信じていないので、愛用していません。皆さんいかがでしょうか。おうちにこのような着脱可能になっている歯ブラシを持っている人もきっといらっしゃるのではないかと思いますが、健康器具になっている歯ブラシです。

このクレイムに沿って話をしますと、ブラシヘッド部を柄から脱着可能とし、というのは、この図①の上の図、ブラシの部と手に持つところが外れています。これがブラシヘッド部から脱着可能とし、という意味です。この柄の方に導電剤を使用します。導電剤はどれかというと、図①の下の方の、14 です。14 のところ、ブラシの柄に白い四角が張ってあります。これが金属板です。図①の上の方の 2、柄から細長く突き出しているもの、これも導電剤です。

ヘッドに唾液を浸す液路を設け、というのは、図①の上の、ブラシが付いている方の部材の 10 というところ、あるいは 6 というところです。これはどのような機能を持っているかというと、このブラシを柄の方にはめ

ると、10 と 6 は液体が流れる道が作ってあります。そうすると、2 の突き出している導電剤は、この内部にはまります。

はめた状態で歯ブラシを使用するとどうなるかというと、下の図を見てもらえば分かると思いますが、この 10 という溝は、ブラシの毛が生えている下の方まで入りこんでいます。唾液や、口をゆすぐ水がこの液路を通って 2 とつながります。10 や 6 が液体で満たされた状態になりますと、水というのは電子を通しますから、2 の導電剤のところまで電子の道ができます。このようにすると、歯石が付かない歯ブラシができるだろうということです。

ポイントは、この脱着可能にしたというところです。ブラシの毛先が開いてしまうと、捨てなくてはなりません。これを脱着可能にしておかないと、ブラシがだめになって、この導電剤の 2 や 14 はまだ使える状態なのに捨てなければいけないということになります。導電剤などがもったいないです。ですから、消耗するようなブラシの部分だけ外れるようにして、スペアのブラシを売っているので、毛が開いたらこのブラシのところだけ捨てて、新しいブラシをはめて再度使用できるというふうにしたのが特徴です。リサイクル可能といいますか、1 あるいは 2 の柄の部分はずっと使えるというのを公示にしたのです。

右側の被告の製品はどのようにしたかといいますと、図②を見てください。脱着可能にしたのは同じです。だから基本的な構成は、それほど変わっていません。問題は、この液路です。液路について、図②の被告の方はどのように構成したかというと、見づらいのですが 17 です。被告の図<2>のうちの 17 と書いてある部分を見てください。一番分かりやすいのは、このブラシが 3 本並んでいる真ん中の絵です。真ん中の歯ブラシには 17 と 3 と 4 という数字しかつながっていないと思いますが、この 17 です。第 3 図の方にいくと、ブラシを横から見た図になりますが、ここでも 17 というものが分かると思います。

被告の歯ブラシですと、この 7 が原告の歯ブラシの 2 に相当する導電剤です。被告の方の歯ブラシはどのようにして電子が流れるか、つまり唾液や口をゆすぐときの水が浸されるようになっているかというと、図 17 というのは小さい穴です。よく見ると、第 2 図の 17 の穴のところに、少しだけ導電剤の棒が頭をだしているでしょう。この 17 が液体で満たされると、この導電剤も液体が満たされて、電子の道ができて、電気が流れるというように構成したのです。

つまり、クレイムのほうは液路と書いてあって、イ号の方は穴です。あえてそのようにしたのです。クレイムは液路と書いてある、イ号は穴と構成したのですね。液路というからには道なので、ある程度長さがなければいけないはずですが、17 の穴は、基本的には長さはありません。なので、イ号の設けたこの 17 という穴は液路には当たらない、ここでは例えばこの構成要件 B がないということです。だから非侵害だと被告は主張しました。

長々と説明しましたが、きわどいということが分かっていただければいいです。クレイムの方は液路と書いてあります。しかし、路と言うからには、ある程度長さがあるはずでしょう。穴は長さがない、だから、このイ号で言う穴は液路ではない、すなわちこれは特許を侵害しないと被告は主張したのです。

ですが、裁判所の判断はどうしたかというと、教材に書いてあります。液路というのは、唾液等の液体で浸されて装着時の支軸とブラシ毛とを右液体を媒介として電気的に接続させる機能を有するものだ、液路とはそのような意味の言葉だ、と考えて、主軸挿入部を形成するとともに、ヘッド部の表面に開口する孔ないし溝を意味すると判断しました。

ですから、裁判所の考え方としては、ここで言う液路は、本件発明の内容から見ると、液体で満たされて導電剤を通して電気が流れるように構成されているものだと解釈して、このイ号をそう解釈すると、これは

穴状ではあるけれども、液体が満たされて電気の通り道ができるというためには、このイ号の穴はここで言う液路に該当すると言いました。含まれると判断したのです。結果的に、このイ号、被告は侵害という判断を受けました。

このように、日本語としては液路と書いてあるけれども、この発明からして、液路の意味はこのような意味だ、だとすれば、イ号に設けられた穴は、ここで言う液路というものに含まれる、と解釈しました。これはやはり、この液路という概念が、例えば広辞苑を引いて路とはどのようなものかと見るのではなくて、技術の内容を勘案しながら考慮することがあるということになりますから、やはりどうしても、文言上幅はあります。

ですから、文言侵害といってもまったく幅がないというわけではありません。このように文言侵害と均等論侵害と、境界はあいまいですが、文言を機能的に解釈することで、このような後出しじゃんけん状態を防ぐこともできないわけではないといえます。

今までは、この文言侵害の幅というところで、この後出しじゃんけん問題をある程度吸収していたと言うことができます。しかし、やはり限界はあります。限界はあるし、この文言にいくら幅があるからといっても、裁判所の方で自由自在に文言を解釈したのでは、やはり第三者の予測可能性が低下するということで、ここで均等論を表立って認めようということになりました。むしろこの均等論を認めた意味は、拡張解釈する場合の条件をはっきりさせようという意義があります。

このボールスプライン軸受という事件で、はっきりと均等論は日本でもあるのだと示されました。この裁判例は時間がないので読みませんが、大事なのは、(1)から(5)までの要件を満たした場合に均等論侵害を認められると判断したことです。テーマになったイ号物は、教科書 227 ページに書いてあります。ただ、この均等論を認めたと言われているボールスプライン軸受の事件ですが、均等論を認めたというよりも、もっと言って、均等論の条件を決めた裁判例だといえます。

今まで、やはりこのような権威ある裁判所が均等論を表立って認めることはなかったので、そもそも均等論侵害と認められる場合の条件がよく分からなかったのです。条件が分からない状態でみんな議論していました。アメリカは均等論の先進国で、多くの判決が出ているので、主にアメリカの議論になってしまっています。日本では、どのような条件を満たせば均等論を認められるかすら分かっていなかったので、やはり議論が建設的にならなかったのです。

この最高裁の意義は、均等論はどのような場合に認められるかという条件をはっきりさせたところにあると考えるのがよろしいかと思います。実際に、このボールスプライン軸受の事件の後で均等論侵害を認められた場合というのは、非常に少ないです。まだ 10 件もないと思います。やはり 1 年間に 1 件あるかないかです。

それでも、要件がまったくなかった時代よりは、やはり被告、原告ともやりやすくなっています。今までは、被告も原告も、どのように均等論を主張すれば認められるか、あるいは認められないのか、分かっていなかったのです。この事件のおかげで、どうすればいいのかという要件が明らかになりました。

その要件が、(1)非本質的部分と書いてありますが、これは置き換えられているものが非本質的部分であること、という意味です。クレイムが A、B、C という場合に、均等論侵害の場合のイ号物というのはどうなるかといいますと、A、B、これは同じで、C´になっています。ここが C であれば文言侵害ですが、きわどいという場合です。C のようだけれども、どうも違うような気もする、怪しいと。このようなものを C´といたします。問題は、均等論の発想は、この C と C´が均等か、という考えです。

まずここを見て、ここがクレイムにとって非本質的部分かどうかというのが(1)です。(2)が置換可能性、(3)

が置換容易性で、これは、C を C´に置き換えることが可能か、あるいは容易かという意味です。

(4)仮想的クレイムというのはどのような話かといいますと、このイ号物が含まれるようにクレイムを書いた場合、というのは結局 A、B、C´という意味ですが、A、B、C´という発明に特許性はあるのかという意味です。この包袋禁反言は省略して、2 回先ぐらいでお話をします。この 5 つを満たすとイ号物は均等論侵害になります。

227 ページに書いてあるこのボールスプライン軸受は、ロボットの肘とか関節に使われるものです。実際にこの最高裁判決では、均等論侵害を認めたわけではなくて、結局、均等論の要件を挙げたけれども、これは満たしていないので、非侵害だという判決です。いまだにこの均等論に反対している人がいて、このボールスプライン軸受の事件は、結局均等論侵害を否定したのでこれは傍論であると、いまだにそのように粘っています。ですが、それは主流ではなくて、この事件は均等論の条件を定めて、それを認めたものだと解されています。

時間があれば 227 ページの絵を紹介するところですが、あまり時間がなさそうなので、68 ページにいきます。この 5 つの要件についての解説になります。これは、5 つの要件はどうして必要なのかというのがもっぱらの説明になります。それが C、リポートというところです。(5)については本日はお話できなくて、少し先の話になります。

まず、クレイム制度の趣旨という観点から要件を定める必要があると。これは侵害訴訟の場合の話ですが、クレイムというのは、何度も言っていますが、競業者、ライバルに権利範囲を警告する機能、ここからこっちは入ってはだめだという柵のようなものです。こちら側に入ってはいけないという柵のようなものなので、明確である必要があります。禁止権の範囲を明確にするために作られたのがクレイムです。それはお話ししました。そのような機能があります。しかし、そうであれば、置換可能であることが当業者にとって明らかな場合には保護を及ぼしてもクレイム制度の存在意義を失わせない、と書いてあります。

これはどのようなことかと言いますと、ここで問題になっているのは、A、B と書いてあって、C を C´に置き換えることが可能かどうかという話です。確かにクレイムには A、B、C、ここからこっちには入ってはいけないよと書いてあります。それは当業者にとって警告機能で、警告を発します。

しかし、この C は常識で考えれば C´でも発明の用を成します、C は技術的に C´に置き換えることができます、ということをみんな分かっているのであれば、C´に替えられるということが当業者に明らかなのであれば、C´の権利を及ぼしても、警告機能は損なわれないだろうと考えます。

つまり、C を見れば C´というのはすぐ思い付くから、そこまで排他権を及ぼしても不意打ちにはならないと考えるのです。当業者であれば、C を C´に置き換えるということはすぐ分かる。当業者がすぐ分かるのであれば、要するに、ライバルはみんな分かります。だとしたら、ライバルがみんな分かるものに対して権利を及ぼしたとしても、みんな知っていますから、それは不意打ちにはなりません。

ですので、このⅰ)クレイム制度の趣旨というのは、(2)の要件、均等論の第 2 要件と言われますが、置換可能性が均等論の要件として存在する意味です。ⅰ)は、第 2 要件の説明です。置換可能であれば、警告機能は損なわれないという意味です。

もともとクレイムは、権利範囲を明確にするための手段にすぎません。そのクレイムを見れば誰しも、これは C´で同じ機能を果たすな、と分かるということであれば、その C´まで権利が及ぶのだ、均等論はあるのだ、としても、競業者の間でも判断がぶれることはないはずです。そうであれば、警告機能は損なわれないだろうと考えます。

次、ⅱ)のところに特許制度の趣旨と書いてあります。発明の奨励、①置換可能とするために新たな発明行為を要するような技術に保護を及ぼしてはならないと書いてあります。これは、均等論の第 3 要件の意味です。つまり、置換容易性を設けた意味です。

置換容易性というのは、当業者であればCをC´に置き換えることは誰でも思い付くということです。逆に言うと、C を何かに置き換えることは当業者が容易に思い付かない――当業者が容易に思い付かないということは 29 条 2 項にも書いてありますが、1 つの発明行為です。つまり、改良発明という言い方もできますが、新しい発明を 1 つ生み出す行為だと言うことができます。ということは、この A、B、C という発明をベースにはしているのかもしれませんが、それとは 1 つ違った新しい発明に該当するような行為まで特許権を及ぼしてはいけないはずだといえます。

誰しも思い付かない、イ号物を作った人でなければ思い付かなかったようなものにまで排他権を認める必要はないということです。ですから、C と C´の関係というのは、当業者であれば誰しも容易に置き換えることに思い至るというのがこの第 3 要件の意味です。だから、容易を超えるようなものに置き換えた場合はだめだと、均等論は成り立たないということになります。均等論の置換可能性と置換容易性というのは極めて近い関係ですので、今の説明とかぶったと思いますが、この要件は 1 つでもいいだろうと言う人もいます。

②にいきます。特許性を満たしていない技術には保護を及ぼしてはならない、公知技術や進歩性を欠く技術に特許権を与えることになるから、と言われています。これは、下のⅲ)審査制度の趣旨のところと関係しています。ⅲ)には何と書いてあるかと言いますと、審査をしていない技術に保護を与えていいのかということが書いてあります。

実は、私の実務家時代に均等論を否定する人が言っていたのはこれです。つまり、ここでやろうとしている行為は、A＋B＋C´という発明に排他権を認めるということです。これはどうしていけないかというと、これは審査していないと言われるのです。審査したのはA、B、Cだと。特許庁が審査して、確かに新規性はある、進歩性がある、とされたのはA、B、C です。A、B、C´については、特許庁は審査をしていません。ですから、審査をしていない発明に排他権を与えていいのか、いいはずがないというのが、この審査制度の趣旨という意味です。

これは確かにその通りです。特許庁は A、B、C というものに対して審査をしていて、A、B、C´というものは審査をしていません。審査の段階で A、B、C´について審査をするというのは不可能です。なぜなら、C´が出てきたのは侵害の時点だからです。審査の時点はこれよりもっと時間的に前です。ですから、審査の時点で、C は C´に置き換えられそうか、と思い付くのは、審査官にとってはかなり負担です。実際には審査はしていません。私は審査をするべきではない、と思いますけれども。

というわけで、このようなものに排他権を与えていいのかというのは、これは実は非常に強力な反論です。審査で、何だ、排他権を与える要件を満たしていないではないかというところをどうにか説明しなければいけません。そこをどのように説明したかというと、これは均等論第 4 要件です。仮想的クレイムという発想です。この A、B、C´、仮にこれがクレイムされていたら、特許性を満たすかどうかという判断を裁判所でやるということです。

特許庁ではベースの方の、文言侵害の A、B、C の方を判断しようかと。裁判所の方で A、B、C´の均等論を判断する場面でチェックをする必要があるます。ですから、(4)仮想的クレイム、これだけではちょっと分かりませんが、クレイムを仮想した場合に、特許性があるかどうか。なければ均等論侵害は成り立たない、

あれば均等論で保護をするという意味です。

ただ、さらにこの先に問題があります。それは、審査というのは特許庁がやるものだということです。特許庁はそのために技術系の優秀なスタッフをそろえています。だからこそ、先行技術と対比して、A、B、C で新規性はあるかな、進歩性はあるかなという判断ができます。では、裁判所でやっていいのか、裁判所はみんな文系だ、できるのかと。できたとしても、裁判所がやることになるのか、では、特許庁は要らないだろうといわれかねません。すべて無審査主義にして、裁判所に掛けて判断するような制度でいいではないかという反論もありえます。

昔特許庁が、特許性があるかどうかというのは特許庁の専権事項で、特許庁だけが判断できるのだというふうによく言っていました。

しかし別に縦割りということではなくて、まったく縄張り争いだけの話なのかというと、そのようなことはありません。やはり裁判官だって、できればやりたくないはずです。特許性については特許庁で判断する、裁判所のやることは侵害かどうかだけだというのが、特許庁と裁判所の機能分担、役割分担です。法がそのように役割分担をしなさいと決めています。そのような法が決めた役割分担を、均等論を認めるために覆していいのかどうかという判断です。

例えば、裁判所の方が、文系出身ということもあって、よく分からない状態で判断されて、均等論侵害だとか侵害ではないとか言っても、法的に安定していないだろうという批判はあります。だから、特許性を事後的にチェックするとした場合にも、そこを解決する必要があります。それは 69 ページのところでもう一度お話をします。ということで、このⅱ)②とⅲ)というのはこの仮想的クレイムが必要だという話です。さらにこの先の問題は、この右の方の引例になります。ちょっと置いておきます。

それから、D の方にいきます。第 3 要件の置換容易性です。これは第 2 要件と一緒という説もあります。この置換容易性は当業者が置換容易であるということです。置換容易であれば侵害ですし、置換容易でない、難しいということであれば非侵害になりますが、この判断基準時はいつなのかという問題があります。1 つは出願時、もう 1 つは侵害時という争いです。ボールスプライン軸受の判決が出る前は、この出願時説か侵害時説かというのが、1 つ大きな争いの種でした。

これはどちらの方が均等論の侵害の範囲が広くなるかというと、侵害時です。侵害時の方が、均等論侵害の範囲が広くなります。出願時と侵害時は、時系列上で言うと必ず侵害時の方が後になります。出願しなかったら権利がないので、特許権侵害というのはあり得ませんから、侵害時の方が必ず後になります。後の時点で判断をした方が、技術のベースは進歩しているはずなので、要するに侵害時の方が、当業者の皆さんは頭がよくなっています。だとすると、頭のいい人が置換容易だと言う距離と、頭のよくない人が置換容易だという距離は、頭のいい人の方が広いですね。ですから、侵害時の方が均等論の範囲が広くなります。

これについてはどちらとすべきかといいますと、判決では侵害時だと言っています。これはどのように考えていくかといいますと、クレイム制度の趣旨から考えると、これは比較的侵害時説になりやすいです。つまり、クレイムの保護範囲を警告する機能について注目すると、侵害時点で置換容易であれば十分なはずです。つまり、クレイムというのは保護範囲を警告する機能だと。保護範囲の警告機能が働くのは、第三者がこれから実施行為をしようとする場面です。それでクレイムを見て、これは大丈夫かな、これは危ないかな、と判断します。大丈夫だなと思って製品をリリースしますが、それは被疑侵害時に判断をしています。

クレイムの警告機能を考えてみれば、被疑侵害時点でCをC´に置き換えることが置換容易であれば十分なはずです。今実施しようと思っている人は当業者ですから、当業者に対して警告をしなければいけないということであれば、被疑侵害時点で置換容易であればいいはずです。

例えば、おもちゃの発明で、この部材とこの部材をのり付けするというクレイムがあって、のりはでんぷんのりだというクレイムだといたしますと、後で合成接着剤、セメダインなどが発明された場合は、これは均等を肯定してもいいはずです。つまり、おもちゃの発明にこの部材とこの部材をのり付けしますと書いてあって、出願した時点では、のりと言えばでんぷんのりしかなかったとします。

侵害時点では技術が進歩して、でんぷんのりではなくて、もっと強力な合成接着剤が発明されたということであれば、これから新しいこの玩具を作ろうという人は、でんぷんのりよりも合成接着剤で置き換えた方がよさそうだと考えます。合成接着剤はもうこの時点ではありふれているので、どうもこれは置き換えられそうだということであれば、わざわざ出願の時点にさかのぼって、置き換えられるかなと考える必要はありません。

この事例だと、出願時点で判断すると、これは置換容易でないということになります。つまり、出願の時点では合成接着剤は発明されていなかったので、世の中に存在しなかったものです。出願時点にさかのぼって判断すると、当時は合成接着剤がなかったので、これは置換することはできないということになりますが、そこまでする必要はありません。

特許制度の趣旨を考えますと、これは出願時説になりやすい考えです。どのようなことかといいますと、特許制度は発明を奨励します。どんどん新しい発明をしていただきたいというのが特許発明です。だとすると、逆を言いますと、発明者が発明していないものにまで特許を及ぼす必要はないということです。発明者が発明したものにだけ特許を与えればよいのです。 だとすると、そのようなものには事後的な保護を及ぼしてはいけないはずだということになります。どのようなことかといいますと、例として、今度は接着方法の発明、接着することに特徴がある発明の場合に、そこをのり付けするというクレイムだといたしましょう。その後にやはり合成接着剤が発明されたという場合は、ここでは接着方法それ自体が重要な発明の特徴になってきます。そこをのりでくっつけると書いてあります。すると、この、くっつけるものそれ自体が、発明にとって極めて大事なものだと言うことができます。

それを合成接着剤でもいいということにしてしまうと、まったく別の発明に保護を与えることになってしまいます。だとすると、それは均等を否定するべきだということになってしまいます。そうだとすると、発明によって、あるいは発明の部材の構成要件の重要度によって調整する、判断を変えていく必要がありそうだということになります。つまり、発明の特徴部分かどうかが違っているのです。

1 つ目の方だと、のり付けというのは発明の特徴部分ではありません。発明の特徴部分でないところについては、保護範囲を警告する機能に気を付けていれば、特許制度、クレイム制度の趣旨は守れそうだということで、特徴部分でない部分については侵害時で判断してよさそうだということになります。他方、2 つ目の発明の特徴部分については、簡単に認めてしまうと、まったく違う発明を保護することになってしまいそうだということになります。発明の特徴部分かどうかというのが違います。

なので、特徴部分かどうかということで判断を変えていく必要がありそうだということになります。そうだとすると、69 ページ、裁判所の方はどのようなふうに判断したかといいますと、基本的には置換容易性の判断基準時は一律に侵害時だとしました。どんな部材についても一律に侵害時だとした上で、新たに、67 ページの(1)の要件、相違点が本質的部分である場合は、均等論を否定することにしました。本質的部分

についてはいろいろ議論がありますが、それがある故に特許が付与されたところ、つまり発明の中の特徴部分です。

発明の中にも特徴的な部分とそうでもない部分があります。特許性がある、あるいはいい発明だといっても、特にいい部分、ポイントはここなのだというところがあるのです。そのような特徴部分が置き換えられている場合は、均等を否定してしまいます。特徴的でない部分が置き換えられていた場合は、侵害時点で判断して、置き換えることは容易かどうかというように判断したのです。

ですので、この流れを追っていくと、特徴的でない部分については侵害時点で判断する、特徴的な部分は出願時点で判断するべきだという結論が出てきそうですが、最高裁は、そうではなくて一律に侵害時と決めた上で、侵害時だとすると、発明の特徴部分が置き換えられていた場合にうまくいかないので、発明の特徴的な部分、すなわち本質的部分が置き換えられていた場合は、もうそれだけで均等論を否定しようというように、均等論の第一要件、非本質的部分の要件を作りました。

ですから、こちらの黒板で説明するとどうなるかというと、置き換えられている部分は C´ですので、順番にいくと、(1)非本質的部分かどうか、というところは、これはいろいろな考え方があって、私は自分が反対している考え方をこれから述べますが、クレイムの発明を見て、この A、B、C という発明の中で C が特徴的かどうかという判断をします。この C は特徴的だ、この発明の特徴は C であるというふうに判断されれば、それだけでもう均等論侵害は否定です。だからイ号物は非侵害です。

それで、特徴部分は A で、C が取っ手だといたしましょう。ジンギスカン鍋に取っ手を付けるというのは、先行技術の関係であまり特徴的ではないというのであれば、(1)の要件はクリアします。(2)と(3)の要件で、C を C´に置き換えることができるか、あるいは置き換えることを侵害時点で容易に思い付くかどうか。容易に思い付くのであれば侵害だとしました。容易でないとすれば非侵害になりますが、そのような判断になります。ですから、この 5 個のハードルをクリアする必要があります。1、2、3 のハードルについては、今言ったことになります。

その次に 69 ページの「e)　仮想的クレイム」、第 4 の要件のお話です。これは先ほども言ったように A、B、C´という発明は審査を受けていないではないかというお話です。裁判所限りで審査するとしても、そもそも裁判所というのはそのようなところではない、特許性があるかどうかというのは特許庁が判断する、それをやるためにわざわざ特許庁というお役所を作った、スタッフを集めた、金を掛けたのだ、ということです。

もちろんこれは、お役所の勝手で作ったわけではなくて、法律に基づいていることです。特許庁で審査をするというのは法律に基づいていることなので、それは縦割り行政なのかもしれませんが、法律の判断です。ですから、それをないがしろにするということは、立法論の問題になります。ですから、ここは解釈論なのだということをうまく説明をしなければいけません。

それをどのように説明しているかと言うと、この仮想的クレイムの話をしています。仮に、このイ号物件を請求の範囲とする出願がなされていたとすれば――ここで言えば A、B、C´が出願されていたとすれば、特許要件を満たしているかどうかというのを判断します。当然、判断基準時は出願時になります。しかし、実際には、もう特許庁が審査をすることは不可能ですので、均等論が主張されている裁判所で判断するしかありません。その場で判断するしかないのです。

ただ、これは特許庁の専権事項だというところで、調整しなければいけません。普通は特許庁で審査をする、あるいは審判で特許性を見ていただくというのが本筋です。これは、特許庁だけがやるということで、

審査を一元化、それから一本化、さらに専門化しています。専門家をたくさん集めて審査を 1 カ所で行います。そうすると、政府としてはかなり効率的ですし、判断が安定いたします。高い低いの問題はありますが、判断のぶれというのはかなり少なくなります。特許庁の方でも審査基準というマニュアルを作って、なるべく判断がぶれないように運用しています。そこで普段から審査をしていない裁判所が勝手なことをしたのでは、何のために審査を一元化しているのか、あるいは安定させているのか分からないということになります。ですから、個別の侵害訴訟と書いてありますが、均等論侵害の場でも完全な審査を行うべきではないといいますか、特許庁と同じような審査でいいということではないのです。

では、どうするかといいますと、明らかな場合という基準を作る必要があるだろうと言われています。つまり、裁判官というのは特許性の判断には慣れていませんので、ぶれる可能性があります。ですから、そのぶれを放っておくわけにはいかないので、もう少し安定する方向へ基準を持っていく必要があります。

つまり、A、B、C´という発明が明白に特許性を満たしているという場合、つまり誰が見ても明らかに新規性、進歩性があるという場合だけ、第 4 の要件を満たすと考えることにしたのです。つまり、裁判官が、これは難しい、どちらとも言えるな、という場合、例えば、新規性はいいでしょう、進歩性は、あるとも言えそうだし、ないとも言えそうだな、というときは、第 4 の要件を満たしていないので、均等論を否定するべきだと考えています。

これを普通の審査と同じように、裁判官が普通の心証で決めるという場合は、どちらかに決めるのでしょうが、それでは危ないです。明白に特許性があるという場合だけ、第 4 の要件をクリアするということにしました。明白な要件を課すと、怪しい物はすべて第 4 の要件を満たさないということにしますので、裁判官がする審査としては比較的安定する方向へいくのではないかと考えられます。

ただ、この明白基準を作るといっても、特許性があることが明白な場合は第 4 要件をクリアするという考えと、特許性がないのが明白な場合だけ均等論を否定するという、正反対な選択肢があるはずです。しかし、それは明白に特許性があるというように、特許権者の不利な方向に安定化させる理由はといいますと、やはりクレイムに入っていないから、文言侵害には掛かっていないから、ということになります。

そもそも均等論というのは例外ですので、本来はクレイムで勝負するべきです。クレイムに含まれない場合に、例外的に少し拡張解釈してあげると。均等論の救済というのは例外だと考えると、怪しいときは特許権者に不利に判断するしかないということになります。

これは立証責任のところである程度調整がされていまして、仮想的クレイムの立証責任というのは、特許権者側にあると言われています。特許権者側にあるということは民事訴訟法の証明責任のところで習ったと思いますが、真偽不明の場合は、立証責任を負っている方が負けです。ですから、特許性があるかどうか怪しい、五分五分だというときは特許権者の負けだということです。

ですから、均等論、この仮想的クレイム、ここで言うと A、B、C´という発明については、明々白々に特許性が認められる、新規性、進歩性があるという場合だけ、均等論が肯定されるということになります。これが第 4 の要件です。

第 1 の要件から第 3 の要件の立証責任も特許権者側ですので、67 ページに書いてある 5 つの要件のうち、(1)から(4)は、特許権者側が立証責任を負担しています。(5)は被疑侵害者側です。

(4)の仮想的クレイムの部分については説が分かれていて、立証責任は被疑侵害者側にあると言う人もいます。その人は、第 4 の要件を公知技術の抗弁の延長ととらえています。公知技術の抗弁については次々回にやりますので、メモしておいてほしいのですが、立証責任が被疑侵害者側にあると主張している

人は、第 4 の要件は公知技術の延長線であると考えています。ただ、ここではそうではないということです。立証責任は権利者側が負担しています。そもそも均等論の救済というのは例外的な救済で、本来はクレイムで勝負するべきなので、仮想的クレイムが明々白々に特許性を満たす場合だけ均等論が成立するということにしています。

不完全利用については簡単に話しておきますが、不完全利用というのは、簡単に言うとC´がないときです。本日の最初のところで、クレイムが A、B、C であれば、A、B というのは原則非侵害だと話しましたが、それは原則で、例えばこの C を取ってしまうことが均等かどうかという判断もあり得ます。ここに書いてある不完全利用というのは、均等論の一形態だと思ってください。C を C´ではなくてゼロに置き換えることが置換可能で置換容易で、しかも特許性があるのであれば、それは均等論と同じように認めても構わないのではないかということにすぎません。

このように C がまったくないというのを、不完全利用の形態と言うこともあります。これも均等論の延長線上の考えで処理をすることができるということになります。ですから、最初に言ったのも、原則 A、B というのは特許権を侵害しないと言いましたが、それも原則論だということです。

教材 70 ページ、間接侵害です。前回から、「Ⅳ　特許権侵害の正否をめぐる攻防」ということで、特許権侵害の場面の話をしてきています。前回は権利範囲の話と均等論ですので、主に特許権者側が主張することでした。間接侵害も、特許権者側が主張する法律構成になります。次回からは、被疑侵害者側がする主張になります。

間接侵害の条文は 101 条で、6 号まであります。このうち、本日お話する間接侵害というのは、1 号、2 号、4 号、5 号です。3 号と 6 号は、間接侵害ではありません。3 号と 6 号というのが新しく加わったのですが、これは、本当は間接侵害ではないのです。

研究者の間では、なぜ内閣法制局はこの条文を 3 号と 6 号に入れたのかさっぱり分からないと、批判されています。論文を書く時にも、以前は「間接侵害（101 条）」と書けばよかったのに、「間接侵害（101 条 1、2、4、5 号）」と書かなければいけなくなりました。

もともとは 1 号と 2 号しかありませんでした。もともとの 1 号と 2 号というのは、今の 1 号と 4 号です。次に今の 2 号と 5 号が加わりました。最後に今の 3 号と 6 号が加わったので、これは間に条文が徐々に入っていく歴史です。1 号から 3 号は物の発明に関する条文で、4 号から 6 号が方法の発明に関する条文となっています。

基本となる条文が、昔からある 1 号と 4 号になります。本日は、専ら 1 号と 4 号を念頭に置いてお話をすることになります。まず、柱書きに、「次に掲げる行為は、当該特許権又は専用実施権を侵害するものとみなす」と書いてありますので、1 号から 6 号に含まれる行為というのは、特許権侵害とみなされます。ですから、みなし侵害と言う人もいますが、間接侵害と言う人の方が多いです。いわゆる特許権侵害に係る大本の条文というのは 68 条と 70 条ですが、特許権侵害とみなされると、その通常の特許権侵害とまったく同じ救済を受けることができます。

101 条は間接侵害と言われているので、68 条と 70 条の、前回までお話した侵害のことを直接侵害と言います。前回、クレイムの文言そのままの侵害のことを文言侵害、文言解釈の範囲から少しはみ出した発明の侵害を均等論侵害と言いましたが、両方とも直接侵害というものです。その侵害が本来的な侵害です。

101 条は間接侵害になります。間接侵害というのは、部品の侵害です。つまり、直接侵害というのは完成品です。他方、完成品に対する部品の供給行為、特許権侵害を構成する完成品に対して、部品を供給する行為を禁止するのが間接侵害です。本当は、このように部品の供給だけならほかのパターンもあるのですが、講義ではこの部品のことを念頭に置いていただければよろしいかと思います。

ここで、ジンギスカン鍋の発明を例に挙げます。クレイムが A、B、C とあります。前回、このクレイムを文言侵害する直接侵害というのは、この A と B と C と――これがそれぞれ鍋で、凹凸で、取っ手ですが、これがすべてそろっているものを作ったり売ったりしたら侵害になる、ということを言いました。A、B、C、D がすべてそろって、初めて直接侵害が生じます。

この中で部品らしいのは C でしょうか。鍋と凹凸があって、そこに取っ手が付いているので、例えば供給形態としては、甲が鍋の本体を持っているとして、乙は取っ手だけを作っているとします。乙は取っ手を甲に売って、甲のところで最終的にジンギスカン鍋に取手を取り付けて、最終製品を販売します。このような供給形態が想定されます。乙は取っ手を作る業者、甲はジンギスカン鍋本体を作る業者。甲は乙から鍋の取っ手を買って、ジンギスカン鍋に合体させて、最終製品を作り上げるというのは、一般的な取引形態です。

このときに、甲については、最初から持っていたジンギスカン鍋に合体させておりますので、この製造、生産と販売が直接侵害です。A、B、C のクレイムの要件がすべてそろっています。これを製造する行為と販売する行為ですので、ここに直接侵害があって、甲は権利がなければ侵害だということになります。では、そのような人に C という部品を売っている乙はどうなるのか、というのが本日のテーマです。

まず、直接侵害を考えてみますと、このような状態ですので、A と B という要件がありません。ですから C それ自体を製造し販売する行為は、クレイムから見ますと、侵害行為とは言えそうもありません。直接侵害というのはクレイムの要件をすべて満たしている必要がありますが、乙がしている行為は C を作って売っているだけですので、すべてを満たしていることにはなりません。だとすると、これを直接侵害というのは無理だろうということになります。

しかし、特許権者としては、乙の行為はやはり行われると困る行為です。なぜなら、乙がいなければ、甲は取りあえず C を手に入れることができないので、乙を何とか取り締まることができれば、結局甲のこの完成品を作る行為をブロックできそうだからです。ほかに取っ手を作っているメーカーがいたらこうは言いきれませんが、今は仮に乙しかこの C を作っていないという状況を考えると、乙の行為を取り締まれば、自動的に甲の行為は取り締まれるのではないかと特許権者は考えそうですね。特許権者としては何とかしたいところです。

法律構成を考えますと、特許権侵害に対しては差止請求と損害賠償請求ができますが、損害賠償請求の方は、根拠条文は不法行為です。まずは 719 条です。不法行為者に対して部品を供給する行為ということで、可能性としては共同不法行為、教唆・幇助に該当すると考えることもできそうです。

共同不法行為を認めるには、意志の連絡などさまざまな要件があるにしても、ある人が特許権侵害という不法行為を行っていますので、その人に対して部品を供給する行為は、共同不法行為としうるようにも見えます。実際にこのようなケースであれば共同不法行為で止められると思います。

ですから、このような乙の部品の供給行為は、共同不法行為で対処するということも考えられそうです。しかし、共同不法行為に対処する場合には、限界があります。

1 つは、差止請求を認めることができません。719 条は、709 条を介して金銭賠償しか取れませんので、後追いになってしまいます。不法行為が生じてからしかお金を請求することができないので、差止請求がないというのが、民法の通説的解釈のようです。ですから、差止請求を認めることができません。それが 1 個目です。

もう 1 つ、製品が広く頒布されている場合には直接の侵害者を確定するのが困難です。どのような事例かというと、乙が C という取っ手を作っていて、甲が合体をするのですが、この完成品の製造を行っている人が複数いる場合、つまり甲 1,2,3,4 というようにがたくさん存在して、やっている行為は皆同じだとします。そうすると、あちこちで直接侵害が起こっていることになります。

甲は全員侵害ですが、それぞれ別の独立した事業者ですので、これだと特許権者は 4 人訴えなければならないことになります。しかし、キーとなっている行為をしているのは、乙です。つまり元を断つということです。この乙さえ C を供給しなければ、この甲 1、2、3、4 も C が手に入らないので、合体させることができないだろうということになります。そうすると、4 人をそれぞれ訴えるよりも、乙だけ訴えた方が、特許権者からしてみれば手っ取り早いですよね。乙さえ押さえれば、侵害の元を断つといいますか、一網打尽にできます。そのような場合には、乙に対して権利を行使したいでしょう。

そこで考え出されたのが、間接侵害制度です。101 条 1 号と 4 号です。間接侵害というのは、共同不法

行為には差し止めがないので、そこを補ってあげるという意味と、このように部品をばらまいている人を一網打尽にするという、2 つの狙いがあります。

C が甲に供給されれば、特許権侵害を生じるという関係になっていますから、乙が C を作ったり売ったりする行為は、特許権侵害の予備的行為と言うことができます。それを禁止するのが、間接侵害の狙いです。つまり、特許権侵害の予備的行為を禁止するのが、間接侵害の狙いです。

禁止の意味としては、損害賠償は 719 条でできますが、差し止めがないので、それをできるようにしてあげるということです。これが間接侵害の柱であり、趣旨のバックボーンになります。

ただ、この C という取っ手が特許権侵害の予備的行為であるとは必ずしも言えない場合があります。乙が、ジンギスカンの取っ手を作っていて、甲は凹凸があるジンギスカン鍋を持っていて、これに取っ手を付けて完成させるという行為をしています。

ところが丙がフライパンを作っていたとします。取手がなかったらフライパンではありませんが、D というのはジンギスカン鍋ではなくて、フライパンだと思ってください。そうしますと、今丙が行っているのは、フライパンの鍋に取っ手を付けて売るという製造販売行為ですが、右の方のクレイムには A、B、C とクレイムの要件が書いてありますので、甲は特許権侵害ですが、丙の D プラス C というのは侵害にはなりませんね。A と B という要件はないので、こちらはセーフ、非侵害になります。ですので、乙から甲へ売る行為は、どうも特許権侵害の予備的行為と言えそうですが、乙から丙に売る行為はそう言えそうもないということになりそうです。

つまり、今言っているのは、この C の取っ手というのが、特許権侵害にも使えるけれども、特許権侵害ではないものにも使える場合があり得ます。むしろこちらが普通だと思います。そのような場合がありますので、この場合に乙に対する権利の行使を認めてしまうと、本来特許権侵害とは無関係な行為まで禁止してしまうことにもなりかねません。ですから、ここはある程度要件に絞りを掛ける必要があります。

そこで考え出されたのが、1 号と 4 号に書いてある「にのみ」の要件と言います。1 号であれば、その物の生産にのみ用いる物。4 号であれば、その方法の使用にのみ用いる物、となっています。

「にのみ」というのはどのような意味を言っているかというと、C という部品が、特許発明の実施、要するにクレイムの要件がすべてそろっている物に対してしか使えない物だ、ということです。つまり C が、「にのみ」なのですが、C が特許発明の実施にしか使えない物のときに、C に対する権利行使を認めるというのが間接侵害です。

ですから、間接侵害ではこの「にのみ」という要件が極めて大事です。「にのみ」の関係があると売ってはいけない、ということではなくて、本来他には使えないのだということです。C という取手は特殊な形状をしていて、普通のフライパンには付かない。この甲が作っているジンギスカン鍋にしか付かない特殊な取っ手だという場合は、C を作る乙の行為は、「にのみ」の要件を満たし 100%甲のところに行きます。

したがって、C が作ったら 100%甲にいくという場合は、「にのみ」の関係があるということになります。「にのみ」の関係さえあるのであれば、乙に対して権利行使を認めることになり、乙に作るなと言うことは、すなわち甲に作るなと言っているのと同じことになります。

ですから、侵害行為に直結している行為、C という部品を 1 個作り、普通に取引をすれば、ここで必ず 1 個侵害品ができると。取っ手を 100 個作ったら、甲のところで 100 個ジンギスカン鍋が完成する。100 個作っても、甲に 50 個、丙に 50 個あげて、それぞれ侵害品、非侵害品ができるという関係のときは止められません。それは本来特許権侵害でない人に対する取引まで禁圧することになるので、ここで言う乙の行為と

いうのが、特許権侵害に直結する行為だという場合にのみ、間接侵害を認めているのです。

「にのみ」の要件を満たしていれば必ず直結しますので、丙のような人を考える必要がありません。C が、「にのみ」の要件を満たしていさえすればよいのです。それが 1 号と 4 号に書かれていることです。乙の C を作る行為と、甲の特許権侵害をする行為が、定型的といいますか、必然的に起こる関係にあるという場合は、乙に対する権利行使を認めようということです。これが間接侵害の具体的に想定している形態です。

ですから間接侵害というのは、乙が C を作っていても、特許権侵害とみなされるということになります。C を作っているだけですが、「にのみ」の要件を満たしていると、特許権侵害と見なされてしまうのです。C を作る行為はクレイムに含まれません。クレイムに含まれていない部品に対して権利を行使するということになります。

ですから、特許性というのは不要です。C に対して別に特許が取られているなどということは全く必要ありません。更に言ってしまえば、C は公知な物品でも構わないのです。C が特許性を満たしておらず、そのような取っ手とは従来からある、誰でも知っている、という公知の場合でも、この A、B、C の関係が、「にのみ」の関係でありさえすれば、間接侵害は成り立ちます。本当は、クレイムに含まれていない要素でも構わないと言われています。

このように、間接侵害が想定している場面というのをまず理解していただきたいです。間接侵害が想定しているのは、完成品に対して部品を供給する行為です。本当はこれだけではないのですが、本日はこの話に集約しますが、クレイムに対して部品を供給する行為です。これを抑えようというのが間接侵害、特にこの「にのみ」型侵害と言われる 1 号と 4 号の想定している場面になります。

ということで、70 ページの前半の説明が終わりました。次に、②「独立説と従属説」というタイトルが振ってある所です。これは、間接侵害が成立する条件の話です。

独立説というのは、直接侵害がなくとも間接侵害は成り立つという考えです。つまり、間接侵害が直接侵害の有無に影響されないという意味で、独立という言葉を使っています。

従属説というのはどのような説かといいますと、直接侵害でない場合は間接侵害はあり得ないというものです。ですから、間接侵害の成立に直接侵害の存在を要求するということになります。従属説というのは、直接侵害の存在に間接侵害の正否が従属している、それ次第だ、ということから、従属という言葉が使われています。直接侵害の未然防止、特許権侵害の予備的行為の禁止というように最初にお話しましたので、当然直接侵害がなかったら間接侵害などあり得ないのではないか、あるいは止めるべきではないのではないか、と思われると思いますが、そうではありません。これは類型的に考えていくと、なるほどということになります。

そこで、間接侵害の問題になるという類型を 1 から 5 まで掲げておきました。これを簡単に説明しますと、例の 1 は、家庭内で組み立てる特定のコンピュータにのみ使用する部品をバラ売りする行為、と書いてあります。最近は、コンピュータが好きな人は、部品を買ってきて自分の好きなコンピュータを組み立てるということがあります。器用な人であれば、一晩ぐらいかければ組み上がるそうです。

そのようにして、自分の趣味としてコンピュータを組み立てる人がいた場合に、それに使うハードディスクや CPU といった、ものをばらばらに売る行為はどうなるのか、ということです。

ここでポイントなのは、前回少しお話しましたが、日本の特許権侵害は、「業として」の要件が要求されています。前回、68 条を少し見たと思いますが、68 条の特許権の効力のところには、「特許権者は、業と

してその特許発明を実施する権利を専有する」と書いてありますので、業としての行為でなければ、侵害にはなりません。業としての行為というのは、事業としてということなのですが、趣味的な発明の実施、家庭内の実施、そのようなものは特許権侵害から外そうというのが、この「業として」の要件です。

だとすると、例の 1 というのは、このコンピュータに特許発明があった場合に、これは家庭内で趣味的に組み立てているので、はなから直接侵害はあり得ません。しかし、ここが難しい区別ですが、特許権侵害ではないけれど、特許発明の実施ではあります。実施という行為の方が、概念としては大きいです。この中に業としての実施が入っています。

発明の実施というのは、クレイムの要件をすべて満たす行為に加え、それを 2 条 3 項の定義にあるように、製造販売に係ることをすることを言いますが、実施の中には業としての実施と、業としてではない、つまり家庭内実施というのがあり得るので、実施という概念も広いです。

実施と言った場合は、業としてと、業としてではないと、両方含んでいるということになります。このうち業としての実施だけが特許権侵害になりますが、例 1 の場合は、コンピュータを組み立てているので、特許発明の実施はあります。ですが、家庭内の行為ですので、これは特許権侵害ではないということになります。ですので、直接侵害がなくとも間接侵害が成立するかどうかということについて、例 1 が一番分かりやすい話です。どうなるのかは後でお話します。

例 2 は、試験・研究の目的で特許製品を組み立てる者へ部品を供給する行為はどうなるか、ということです。当然、この部品というのも「にのみ」の部品です。

例 3、特許製品を組み立てるライセンシー、実施権者に部品を供給する行為と書いてあります。特許製品を組み立てるこのライセンシーというのは、つまり特許権者から特許製品を作ってよいという許諾をもらった人です。許諾をもらえばこれは非侵害になります。実施しても特許権侵害として追及されることはありませんが、そのような人に部品を供給する行為はどうなるか、ということです。例 3 も、特許発明の実施はあるのだけれども、直接侵害はない例です。

例 1、例 2、例 3 というのは全て、特許発明の実施はあるというケースです。発明の完成行為はあるのだけれども、さまざまな理由で特許権侵害には該当しないという行為です。ただし、理由が違います。例 1 は、この 68 条の「業として」の要件を満たしていない。例の 2 は 69 条です。69 条についてはまた後で話します。例の 3 というのは、許諾をもらっていますので、これも非侵害だということになります。

例 4、例 5 というのは、本日はちょっと解説することはできないのですが、このような例で、独立説、従属説が問題になるということで、例 4 というのは、修理の行為や、消耗品を供給する行為です。今では間接侵害から少し離れて議論されています。例 5 というのが、この完成品の製造行為が外国で行われている場合です。属地主義ですので、日本の特許権は日本の国内しか及びません。アメリカで製品を組み立てられるときに、日本で C を製造販売する行為はどうなのか、ということです。

ですから、例 1 から例 5 というのは、特許発明の実施はあるけれども、いろいろな理由で侵害ではないと言われている行為です。そのような人に対して部品を供給する行為は、間接侵害を認めるべきなのかというのが問題設定です。

独立説の立場としては、特許権というのは侵害に対して脆弱だと考えます。これは具体財産権すべてそうですが、物理的に専有するということができませんので、侵害に対して脆弱なのです。ですから、予備的行為についても広めに禁止した方がよいだろうと考えます。独立説のもう 1 つの根拠は、101 条を見ても特許権が侵害されている場合という文言はない、ということです。

従属説というのは、間接侵害制度はあくまで直接侵害を防止するための手段だと考えています。クレイムに含まれておらず審査も受けていない技術を保護することは慎重であるべきという主張です。普通 C には特許性を要求されないということは、先ほどお話しました。ですから、C はパブリック・ドメインでもよいのです。そのようなものに対して権利を行使するのは慎重であるべきだという見解もあります。

どちらがベースなのか、というと、日本では昔から独立説の方が有力に主張されていました。現在でも、どちらかというと有力といえます。従属説は日本では昔から少数説ですが、どうして従属説が残っているかというと、アメリカが従属説で固まっているからです。直接侵害なきところに間接侵害なしという最高裁判例があるので、アメリカは従属説です。ですから、日本でも従属説を主張する人が相当数いるのです。

ではどのようなに考えるかといいますと、例 1 から例 3 を例に取って説明することになりますが、行為の類型によって独立性と従属説を使い分けるべきだという説が、現在では有力だと言われています。どちらかではなく、場合によって使い分けるのだというのが、おそらくこれから主流になっていくであろうと思われる説です。

だいたい学説の流れというのはA説かB説があると、それで最初はどちらか一つを使って、研究が進んでいくと、どちらかだけではうまくいかないので折衷しようとするのが、よくあるパターンです。ここもよくあるパターンに陥りました。それぞれ個別的に解釈していった方がよいだろうということになりました。

例 1 から例 5 までは特許発明の実施はあるのだけれども、いろいろな理由で侵害とは言われない類型です、と先程言いましたが、その「いろいろな理由」を個別に考えていった方がいいだろうというのが、ここでの帰結です。原則的には実施に該当するにもかかわらず、特許権侵害にはならない旨定める各規定の趣旨を解釈して、個別に考えていくべき――個別というより、類型的に考えていくと言った方が正確です。

では、例に沿って考えてみましょう。例 1、家庭内で組み立てる特定のコンピュータにのみ使用する部品をバラ売りする行為はどうなのかといいますと、これは業としての実施ではないので、特許発明の実施はあるけれども侵害ではない例です。これは 68 条に、「業として」という要件がありますので、そのような帰結になります。

では、どうして「業として」という要件が入っているのかということを考えると、独立説か従属説かが分かるのではないか、というのがここでの考えです。

68 条は、業としての実施だけ特許権侵害にするということです。逆に言えば、家庭内実施は侵害としないという規定ですが、この趣旨は2つあると言われています。1つは家庭内実施というのは、その実施の規模としてはたかが知れているということです。1 人の人がコンピュータを組み上げるというのは、1 日から 2～3 日かかります。DELL や富士通がコンピュータを大量に組み立てて売っていることと比べれば、1 人が少し組み立てたぐらいは大した影響はないだろうということです。

もう 1 つは、家庭内における私的自由を確保と教材に書いてあります。難しく書いてありますが、要するに趣味の範囲で何かやる行為についてまで特許権者がうるさく言うと、皆快適な生活が送れないではないか、ということです。いちいちコンピュータを組み立てると侵害となったり、あるいは料理の方法というのも発明になりますから毎日ご飯をつくるのに特許庁のホームページを見て大丈夫かなと調べなければならなかったり、ということになればやっていられないと感じるでしょう。ですから、家庭内における実施というのは非侵害にしているのです。

68 条の「業として」の要件はそのような機能があります。では例の 1 の行為が家庭内実施にあたり、特許

発明が実施されていても非侵害だからこの部品をばら売りする行為もセーフにしようとするとどうなるかといいますと、家庭内で組み立て可能な製品というのは、すべてバラ売りされる可能性があります。

私の子供のころは、ラジオキットというものがおもちゃ屋さんで売られておりまして、ラジオの部品がパッケージになっていて、組み立ての説明書が付いていました。

このような感じで、家庭内で組み立てることができる製品というのは、すべてばら売りされてしまう可能性があります。つまり、ばらばらの部品になっています。A、B、C といった部品が、それぞれ合体していなくて、ばらばらで箱に入っていて、家で組み立ててくださいと説明書に書いてあります。完成していないから、非侵害ですね。A、B、C は合体していないので、まだ特許発明の実施はない、特許発明は生産されていないという状態です。それでバラ売りすると。

組み立てるのは家庭内ですから、家庭内実施に当たり非侵害だろうというふうにすると、特許権者に与える影響が軽微だとは言えなくなってくるということです。コンピュータの発明があった場合に、コンピュータの部品をすべてばら売りするのは、1 人が 1 日 1 台ぐらいしか組めないかもしれないですが、1 万人やれば、それぞれ 1 万台組めてしまいます。だとすると、その人に対してコンピュータを売りたいと思っていた特許権者の市場は浸食されてしまいます。だとすると、影響は軽微ではないと言えそうです。

ですから例 1 の類型のように、直接実施行為が家庭内で行われている場合に、その製品に対して部品をバラ売りする行為は、ここは独立説を採用して、101 条で侵害とすべきだろうというふうに言われています。

例 2 は試験・研究です。これについては、69 条に試験・研究のための実施は特許権侵害から外すということが書かれています。これは、次なる発明を創作するための試験・研究というのは奨励されてしかるべきだとして、技術を発展させる行為で、新しい発明を作り上げる行為ですので、これを禁止すると新しい技術革新が進まなくなるという理由で、非侵害にしています。

もう 1 つ理由があって、試験・研究それ自体というのは、市場に向けてその作ったものを販売するところまでは認められていません。試験・研究それ自体までしかセーフではありません。できたものを売ることは禁止されているというか、69 条の例外には入っていないのです。ですから、特許権者の市場を侵食しないだろうと言うこともできます。そのような場合に、試験・研究で使うような部品、試験・研究をするために使うような部品を供給する行為はどう考えるかといいますと、これは認めるべきで、非侵害にするべきだろうと言われています。

つまり、例えば C というのが、乙にしか作れないような特殊なものだとして、甲は、今まで持っていたジンギスカン鍋に取っ手を取り付けて、うまくいくのかどうか試験をしたい、とします。試験をしてうまくいけば特許権者からライセンスを受けようかなと思って、自分で作ってみたいというときに、C というのはかなり特殊ですので、乙から買うしか手段がない場合があります

その場合に、この乙の行為を禁止してしまうと、甲は 69 条に救済されるけれども乙はだめだというふうにしますと、結局甲もこの試験ができないことになってしまいます。なぜかというと、C というのは乙からしか買えません。甲は自分で C を作ることはできないので、試験・研究が結局できなくなることになってしまいます。そうだとすると、試験・研究を例外と定めた意味がなくなってしまいます。試験・研究が進まなくなります。

ですので、ここはこの乙の行為も、この試験・研究に用いられる限りにおいて、非侵害にするべきだろうと考えられています。だとすると、例 2 は従属説がいいだろうということになります。つまり直接侵害がない、

実施はあるけれども侵害にはなっていない場合には、その人に対して部品を供給する行為は非侵害にするべきだということになります。

例 3、実施権者のために実施に使用するものを販売する行為。これも同じです。甲は特許権者からライセンスを受けました。つまり、作っていいよと特許権者から許諾を受けたということです。許諾を受けたということは、この A、B、C という行為は非侵害です。侵害にはなりません。そのような甲がライセンシーになりますが、その人に対して乙が部品を供給する行為はどうなのかということです。

さきほど例 2 のところで言ったように、この C を甲は自分で作ることはできない、特殊なものですので、乙から買うしかないという状況もあります。その場合はどうなるかといいますと、これは実施契約の解釈次第だと言われています。普通は、部品を特許権者以外の者から購入してよいという許諾がない限り、101 条で侵害とすべきだと考えられています。ですから、ここは独立説です。

ですが、特許権者以外の人から買ってもよいという場合は非侵害になります。なぜなら、実施契約の方でオーケーと言っているからです。今言っているのは、このCという部品は、特許権者から供給される可能性もあるということです。例えば特許権者の方が、甲よりも、ライセンシーよりも小さい会社の場合は、最終製品を作る行為までできない可能性があります。それでも部品なら作れる、という場合があります。そのような場合は大きいところの実施先を見つけて、私は部品を作ってあなたに売り、ここで利益を上げますから、あなたは完成行為で利益を上げてくださいということになります。ですから、特許権者から、私から買ってくださいという契約がある場合は、普通はほかの人からは買えません。ほかの人から買ってもよいという契約があれば買えるということになります。

ただし、ここでは独占禁止法上の問題があると言われています。部品を特定の業者から購入するように義務付ける条項は、場合によっては独占禁止法に抵触する可能性がありますので、そのような場合はその条項は無効だということになることもあります。

ということで、例 1 は独立説、例 2 は従属説です。例 3 は場合によるということになります。これらは独立説を貫徹する場合でもないし、従属説を貫徹するということでもありません。

今では、従属説を貫徹する人は日本では 1 人だけです。おおむね、例 1 を出すと独立説、例 2 を出すと従属説と答えます。

71 ページ③の「にのみ」の話にいきます。最初に説明したように、「にのみ」の要件というのが 101 条にありますので、甲乙両方に使える場合は、原則として間接侵害は否定されます。

逆に言うと、甲はここで特許権侵害を行っているということを乙の方が分かっていても、条文上間接侵害を否定されます。あとは、特許権者は甲さんに対して直接権利行使をするしかありません。この「にのみ」の要件が満たされていないと、乙に対して権利を行使できません。

何しろ乙に対して権利を行使するということは、クレイムに含まれていないものに対して権利を行使することになりますので、この C ができたら、必ず特許権侵害がどこかで起こるという場合に限って、乙に対して権利行使を認めているのが間接侵害です。

ですから、C が汎用品だった場合、いろいろな用途に使えるという場合、あるいは、教材に書いてありますが、クレイムがソフトコンタクトレンズを洗浄する方法という場合には、ソフトコンタクトレンズと酸素透過性ハードコンタクトレンズの両方に使用できる洗浄剤の場合は、これは非侵害だということです。あとは、この直接侵害をしている人に、原則通り権利を行使するしかないということになります。

というのが、「にのみ」の原則ですが、これにも限度があります。「にのみ」ということは他の用途がないと

いうことですので、C について他の用途があるということは、「にのみ」ではないということになりますが、他の用途を観念的に想定することが不可能ではないとしても、それが実用化されていない場合は、「にのみ」の要件は否定するべきではないと考えられています。

冷静に考えてみると確かにそうなります。どうしてかというと、これは C の取っ手で、取っ手をジンギスカン鍋に合体させると直接侵害が生じるので、C を作る行為は間接侵害だということになり得ますが、取っ手というのはある程度重さがあります。C という部品は、本来は取っ手ですが、他の用途として、例えば 1 個では軽いかもしれないけど、5 個ぐらい集めて、たこ糸か何かで縛って重りに使えば、これは本来は確かに取っ手かもしれないけど、使おうと思えば漬物石として使えるではないかと言う人もいるでしょう。しかし、さすがにそれはおかしい、と思うでしょう。そもそも取っ手として使うのがベストに設計されたものを、わざわざ漬物石として使う人はいません。それは屁理屈だということは明らかです。

ですから、そのような言い逃れを防止するために、C の用途、他の用途というのが、実用化されている用途である必要があると解釈したのが、製砂機ハンマー事件（大阪地判平成 1.4.24 無体集 21 巻 1 号 279 頁）です。製砂機のハンマーというのは、石を砕いて砂に変えるマシンなのですが、そこに 1 つのパーツがありました。そのパーツというのは、この製砂機のハンマーの参考物件 1 に本来使うべきもので設計されていました。しかし、訴えを提起したときに、参考物件 2 という、1 とかなり似ているような製品についてもこのパーツははまりました。ですから、参考物件 1 は確かに特許権侵害を構成するので、間接侵害に当たりそうなのだけれども、参考物件 2 という特許権侵害には該当しないものにも使えるから、「にのみ」を満たさない、と主張したのですが、それはだめだと言われたのです。というのは、この参考物件 2 というものは、まだ実用化されていない試作段階だったのです。つまり、試作段階ということは、市場には流れていないのです。

ですから、この問題になったパーツは、普通に使えばみんな参考物件 1 にはめます。被告の方が出してきた参考物件 2 というのは、このハンマーにはめようと思えばはめられる、というような物件だったのです。もっと言えば、この「にのみ」をクリアするために、パーツがはまりそうな別のハンマーを考えたのです。それでうそ八百を並べて、これはこの参考物件 1 の次に製品化する予定で検討しているのだと言いました。

しかし、実用化されていないのであれば、さすがに「にのみ」の要件は否定されないとして間接侵害が肯定されました。「にのみ」の要件を否定するためには、他の用途があることを証明しなくてはいけないのですが、他の用途が実用化されていない場合は、それは他の用途とは見ないというのが、この製砂機ハンマー事件の言っていることです。

それは当然だろうということになります。つまり、この例で言えば、一応使おうと思えばフライパンにも付くけれども、この C の取っ手を買って使おうと思う人は、無理やりフライパンに付けるような人はいないということです。C の物品の特性からすれば、ジンギスカン鍋にはめるのが当たり前だと。可能性としてはフライパンにも無理やりはめられないことはないと言っても、合理的に行動すれば、皆ジンギスカン鍋にはめます。

ですから事実上ここはもう直結していると言うことができます。可能性としてはフライパンにはめることができるのだけれども、合理的にこの C を使おうと思えば、皆ジンギスカン鍋にはめるでしょうという程度の場合は、可能性としてフライパンに使えるとしても、まだ「にのみ」なのです。ですから間接侵害は肯定されるということになります。これが「にのみ」の解釈です。当たり前と言えば当たり前のような気もいたしますが、それをはっきりさせようとしたのが、製砂機のハンマー事件です。

これだけではそれほど重要な判決だと言われませんが、もう 1 個重要なことがあって、では、「にのみ」というのは、いつ「にのみ」であれば、権利行使、間接侵害が認められるのかという話です。つまり、今はこの取っ手はジンギスカン鍋にしか使えない。しかし、この取っ手は取っ手としてかなりよいものだから、これから新しい用途が開発される可能性があります。この取っ手はかなり握りやすいし、安定もするので、実はこの取っ手を使えそうなフライパンをちょっと考えてみるかなという可能性もあります。そうだとすると、そのフライパンが製品化された時点で「にのみ」ではなくなることになるので、「にのみ」というのは、そのうち「にのみ」ではなくなる可能性があります。その場合どうなるかといいますと、差し止めと損害賠償に分けて考える必要があります。

教材には基準時と書きましたが、基準時というのは、当該訴訟の口頭弁論終結時です。当該訴訟の、もっと正確に言えば事実審口頭弁論終結時です。判決というのはこの基準時で要件がそろっているかどうかを見る、というのが民事訴訟の原則です。この時点がポイントになります。差し止めというのは、現在から将来に向かっての救済ですので、この基準時の時点で「にのみ」であれば、間接侵害が認められます。

損害賠償請求は過去の救済ですので、例えばここまで「にのみ」でした、それでこの時点で新しい用途が開発されました。新しい用途が開発されているということは、フライパンにも使えるようになったので、この日は「にのみ」ではなくなった日ということになります。

そうだとすると、損害賠償が取れるのはここです。ここから「にのみ」でなくなったので、この白いところは損害賠償を取れません。では、このような状態のときに差し止めはどうなるかというと、差し止めは基準時で「にのみ」かどうかですので、「にのみ」ではないことになり、ここには差し止めは掛けられないことになります。

当該訴訟の事実審口頭弁論の終結時、いわゆる判決の基準時だとすると、この時点で「にのみ」を満たしているかどうかが差し止めの正否を分けることになります。

損害賠償は金銭で過去の侵害行為を清算する行為ですので、「にのみ」になるまでは損害賠償が取れます。「にのみ」から脱した、他の用途が実用化されたら、もう取れません。ですから、この赤い部分は間接侵害が成立していることになりますが、この「にのみ」より右側は、もう間接侵害が成り立っていないということになります。

ですから、「にのみ」でなくなったのがここだという場合、つまり基準時でまだ「にのみ」の状態であったという場合は、差し止めを取ることができるし、損害賠償は過去の分全てを取れることになります。ここが「にのみ」であれば、ここからここまですべて、間接侵害が成り立っていることになりますので、損害賠償は全期間で請求でき、現在の時点で「にのみ」の状態になっているので差し止めも請求できることになります。損害賠償請求の時効は別の問題です。別に時効で切られることはあります。

これが「にのみ」と差し止め、損害賠償の関係になります。差し止めというのは、現在から将来に向かっての救済ですので、現時点で、基準時で「にのみ」の状態でなければ、差し止めが認められることはありません。現時点、基準時で「にのみ」の状態であれば、差し止めをすることができます。損害賠償は全て取ることができます。

今は「にのみ」ではなくなってしまった、他の新しい用途が見つかってしまったという場合でも、「にのみ」の状態がある期間があるのであれば、そこは損害賠償を受けることができます。

これは、差止請求と損害賠償の性質の違いを理解しておく必要があります。民法では、普通は損害賠償請求しかないので、あまり差止請求のことを考える機会がないと思いますが、差し止めというのは現時

点から将来へ向かっての救済です。現時点を基準にして、2 つきれいに住み分けができています。問題を考えるときにも、この数直線のような時系列を使って考えてほしいと思います。ということで、「にのみ」の要件というのは、間接侵害が成立するかどうか、大きな決め手になる要件です。

かつてはこの「にのみ」型の間接侵害しかなかったのですが、昔はなかなか認められることがありませんでした。というのは、この「にのみ」の要件の判断が非常に厳しかったのです。製砂機ハンマー事件のところで、実用化されていれば他の用途がある、実用化されていなければ他の用途がないとは言いましたがが、何が実用的かということについて、やはりまだ解釈の余地があります。

昔はこの「にのみ」というのが非常に厳しく、少しでもほかの用途があると、これはもう「にのみ」ではないと言われ、間接侵害を否定されてしまっていたのです。その例がこの一眼レフカメラの事件（東京地判昭和 56.2.25 無体集 13 巻 1 号 139 頁［一眼レフレックス］）です。

これはどのような事件かというと、一眼レフのカメラに特許があったのですが、一眼レフのカメラというのはレンズが外れます。カメラ本体は 1 個ぐらい持っていて、場合によってレンズを使い分けて、いろいろな写真を撮るというのが、写真家のカメラの使い方です。

これは例です。レンズだけオリンパスです。このレンズはどのようなレンズだったかといいますと、この辺にフックのようなものがありました。これがこの判決で言う、プリセット絞レバーですが、このフックがあるのが特徴です。どうしてかというと、カメラ本体にこのフック、プリセット絞レバーを引っ掛けるところがあったのです。これを引っ掛けると、カメラのレンズとカメラ本体が連結されますので、機械的に発明の効果が発揮されるというのを狙ったものです。

カメラをやる人は知っていると思いますが、レンズとボディーというのは別のメーカーが作っていることがあります。同じメーカーが作っていることも多いですが、別のメーカーが作っていることもあって、キヤノンのカメラにニコンやミノルタのレンズをはめるということもあるようです。ですから、適宜取り換えて使うということになります。

この事件の発明は、このレンズの方のレバーと、ボディーの方の、レバーを受けるところが引っ掛かると、所定の機能が発揮されて、それが素晴らしいということになっていました。ですので、基本的にこのプリセット絞レバーが付いているレンズは、基本的にこのフックが引っ掛かるようなカメラに向けて予定されていたレンズです。

ところが、フックが引っ掛かるところがないカメラに対しても、一応はめることはできるのです。一応はめることはできて、レンズの役目を果たします。フックを引っ掛けるというのが本来想定していた使用態様で、ここが合体すると特許発明の実施になります。ところが、フックが引っ掛かるところのないカメラにも、はめることはできます。当然このフックが引っ掛かりませんので、発明の所定の効果を発揮することはできません。できないけれども、カメラとしては機能します。レンズの方がだめになってしまうわけではないので、写真を撮ることは問題なくできるのです。

原告は、何とかこのレンズに対して権利を行使したいと思い、「にのみ」だと言って、間接侵害で請求しました。被告は当然、特許権侵害になってしまうカメラにも使えるけれども、ならないものにだってはめることができて、写真を撮ることができるということで、こちらが他の用途だと言いました。他の用途はあります、しかも実用的に使えますという主張です。

特許権者の方は――発明の特徴はプリセット絞レバーだけれども、このカメラにはめた場合に、この部分は遊んでしまいます。発明の特徴部分が役に立ちません。ですから、この発明特徴部分のプリセット絞

レバーが遊んでしまうような態様というのは、他の用途とは言えない、と主張したのですが、残念ながら、裁判所は、これは他の用途だとしました。確かにプリセット絞レバーは遊んでしまうけれども、カメラのレンズとしては役に立つ、ということで、他の用途があるとされて、間接侵害を否定されてしまったのです。

これには、かなり批判をする人もいます。私もそうです。ここが特許発明のキーポイントなので、この発明に係る機能が果たされているか、果たされていないかで、本来見るべきなのではないかと思うのです。ただし、この裁判所の判断も、あながち間違ってもいません。それはどうしてかというと、先ほどお話しましたが、差し止めと損害賠償の 2 つの権利行使の仕方があって、片方はうまくいっても、片方はうまくいかないのです。

例えば、普通は発明の効果が発揮するようなカメラに使います。80%は本来の用途、つまり特許権侵害の用途に使います。しかし、20%の人は、特許権侵害の用途には使わない、このプリセット絞レバーは遊んでしまうけど他の用途に使うという場合に、8 割は侵害に向けられ、2 割は非侵害だというのであれば、特許権者がもし間接侵害を理由に 100 万円の損害賠償を払いなさいと言う場合は、これは 80%、つまり特許権侵害に向けられた分だけは取れてもいいはずです。

間接侵害といっても、特許権侵害でないものに対してまでそれを禁圧するつもりはないのですから、特許権侵害とは言えない利用方法は、ちゃんと確保しておく必要があります。しかし、何と言ってもこちらは侵害ですから、一蓮托生でこちらまで確保する必要はありません。損害賠償というのはお金での清算ですので、特許権侵害の向けられている分だけ損害賠償を取るということは、あり得そうです。

ところが、難しいのは差し止めです。差し止めというのは、普通はこのレンズを製造販売してはいけませんという差止め判決を出すことになります。ですので、差止め判決と言うのは、構造的に一連托生になってしまいます。このレンズを作ってはいけないと言ってしまいますと、確かに将来の侵害は確実に防ぐことができますが、侵害でない本来使ってもよいはずのカメラの方にも、これがまとめて使えなくなってしまうということになります。

先ほどの打撃板の例とは全く違います。打撃板は、事実上は非侵害がゼロでした。まともに使えばゼロだったのです。しかし、これはまともに使って 80%対 20%に分かれるような事例です。ですから、確実に 20%非侵害です。ですから、そのようなものに対してこのレンズを差し止めてしまうと、本来正当に、適法に使えるはずだったカメラとレンズの使用まで、一蓮托生で差し止めしてしまうことになります。ここが問題だと言われます。

損害賠償については、しょせんお金ですので、割ればよいことです。本来侵害に向けられた分だけ損害が発生すると。過去の損害の救済ですので、立証の問題はもちろんありますが、確かにこのレンズが侵害に 8 割方使われていたというのであれば、80%の限度で損害賠償を認めてもよさそうです。

ですが、差し止めというのは将来に対する救済で、レンズの製造販売それ自体を普通は差し止めをするので、この 20%の人たちの使用方法が禁圧されてしまいます。そこが問題ですというのが、この判決を批判する人に対する再批判です。それで、この判決は間接侵害を否定したのではないかと考えられています。この話は、現在では、新しくできた 101 条 2 号と 5 号に委ねられた問題です。

実用的な用途が複数あり、1 つは侵害の用途、それ以外は他の用途という場合は、このようなレンズのことを多機能品と言います。複数の用途に使うことができる機能を持っているという意味で、多機能品と呼ぶ場合があります。

73 ページの④ですが、現在では、2 号と 5 号が、このような多機能型の製品に対する間接侵害を決め

た条文だと言われています。これは前のページでも説明したように、昔はこの「にのみ」の要件の判断が非常に厳しかったので、間接侵害というのは、よく請求されるけれども、めったなことでは認められませんでした。均等論よりは認められていたのですが、なかなか「にのみ」の要件が厳しいために、結局非侵害の結論が出てしまって、機能していないと批判をされていました。そこで、プロパテント、特許権強化の流れもありまして、このような多機能品の場合にも間接侵害を機能させようではないかということで、この 2 号と 5 号という新しい条文を作ったのです。

2 号と 5 号は非常に長い条文になっているのですが、「にのみ」の要件が外されています。2 号を見ていくと、「特許が物の発明についてされている場合において、その物の生産に用いる物」とありますが、「その物」というのは、ここで言えば A、B、C です。「その物の生産に用いる物」というのは C です。「その物」というのは特許発明のことですので、これは完成品の話です。「用いる物」というのは、部品のことになります。1 号でもそうですが、「その物」というのは特許の完成品の話をしていて、「にのみ用いる物」、というのは部品の話をしています。

「その発明による課題の解決に不可欠なものにつき、その発明が特許発明であること及びその物が特許発明の実施に用いられることを知りながら、業として、その生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出をする行為」、と書いてあります。なかなか難しい条文です。他の機能があっても、場合によっては間接侵害を認めようという条文になっています。

このような状態であっても、確かにこの 20%の他の用途に使う人たちの行為を禁圧してはいけないのは確かですが、だからといって侵害を許してよい理由にはなりません。たまたまほかの用途に使っている人がいたので、幸運にも間接侵害は否定されたというだけの話ですので、やはり侵害用途に供されているという事実は動いていませんから、何とかここだけでも侵害にできないか。つまり、侵害と非侵害とをうまく分けられないかという趣旨で 2 号と 5 号が作られたのです。

特に現在では、カメラ付き携帯電話などもそうですが、多機能型製品が増えてきています。コンピュータ、あるいはコンピュータソフトもそうです。いろいろな機能を持っている製品が増えてきているという現実もあります。カメラ付き携帯電話で言えば、皆さんが持っているカメラ付き携帯電話は、電話の機能を使った通信方法の発明にも使うことができるし、写真を撮る方法にも使えます。

例えば、通信方法に特許がある場合に、そのようなカメラ付き携帯電話を差し止められないのか。これはカメラとしても使えますよと言っても、おそらく携帯電話で通信機能を使っている人もいるはずです。何とかそこだけでも止めように狙ったのが、2 号と 5 号です。

ですが、本日はこの条文は解説しません。2 号と 5 号というのは、あまりうまく運用されていない条文だと言われています。要するに、条文としては失敗作だと言われているのです。うまく狙ったように、上は侵害、下は非侵害というふうに使い分けられないと言われています。ここは今、学会で最先端の議論といいますか、かなり条文に批判が集まっています。これは 2002 年に改正されたのですが、改正のときにもう少し条文を練り込んだ方がよかったというふうに反省されている条文です。

ですから、このような条文を皆さんに解説することはいたしませんが、条文を作るときの狙いは、この「にのみ」が厳しすぎるので、どうにかこの侵害に向けられた部品の供給だけ何とか防げないかということです。

これは難しいことです。我々は勝手に批判していますが、きちんとここを区別して、法的効果として上だけ禁止できるような条文を作りたい。上だけ禁止できるような、というのが大事です。下がきちんと確保でき

るような条文を作りたいのだという気持ちがあったのです。その気持ちが反映されなかったという話なのですが、ここは学会でも議論があるところです。何とかこの条文をうまく使って切り分けようではないかという考えと、もう 1 回条文を直さなければならないというような流れもないわけではないです。

皆さんは「にのみ」の関連で、理解していただければよいです。このような場合は、本来は「にのみ」では止められないのだということ、いろいろ批判はあるけれども、特に差止請求の場合に問題があるのだということ、何とかしようという立法の動きもあるのだけれども、うまくいっていないという状況を把握していただければよろしいかと思います。

ということで、間接侵害の解説を終わります。次は間接侵害とは別の話です。

特許権の侵害というのは、前にも言いましたが、有体物の侵害ではありませんので、非常に侵害されやすいです。また、侵害の特定や立証は、非常に困難です。不動産であれば、誰かが自分の土地に勝手に入っているということは、見張っていればわかります。何と言っても自分の土地はそこにあるので、その土地にいて見張っていればよいのです。

ところが具体物ですので、自分の工場を見張っていても仕方がありません。侵害は相手の工場で行われていることです。相手の工場で勝手に見張れるかというと、そうはいきません。簡単には入れてくれませんし、本当にその工場でやっているかどうかも、中を見ないと分かりません。

ですので、侵害行為がどこかでされていたとしても、特定したり実証したりするのが非常に難しいというのが、知的財産権侵害の特徴です。特に特許です。特許権侵害の特徴です。ですから、法案も別に手をこまねいているわけではなくて、いろいろ考えました。

1 つ目が生産方法の推定という規定で、これは 104 条になります。これは物を生産する発明、特に一番多いのが新規化合物を生産する方法の発明ですが、そのようなものに特許があった場合で、その出願前に国内で公知でない新規物質を生産する方法の発明に関する特許の場合は、その新しい新規物質が世の中に売られていた場合は、その特許の方法によって生産されたものと推定するという規定です。

要するに、新しい化合物を誰かが作っているとしても、できたものは分析すれば分かります。しかし、どのような方法で作られたかというのは、やはり相手方の工場を見ないと分かりません。とはいえ、やはり相手方の工場を見張るわけにいかないので、新規化合物が出てきた場合、世の中の市場で売られていたことを発見したときは、特許権者の方法で生産されたものとして推定されます。つまり反証すれば覆すことができるということですが、推定されます。

ですから、この規定は現在ではほとんど使われていません。というのは、昔は化合物発明、化合物について特許を取ることができなかったので、その代わりに入れられた規定なのです。昔は、新しい化合物は生産方法の形でしか特許を取れませんでした。ですので、それだけだと生産方法の発明というのは立証が難しく、特許が機能しないだろうと言われましたので、それをフォローする 104 条を入れたのです。現在では化合物それ自体について特許を取れることになりましたので、この条文はあまり使われなくなりました。

次に②、またこれもまったく違う話です。104 条の 2 という規定がありまして、これは積極的否認義務だと言われています。特許権者から、あなたは侵害しているだろうと言われたときに、侵害していませんと言うのが否認です。積極的否認とはどのようなことかというと、私はこのような方法でやっているので、あなたの特許を侵害していません、というように、自分がどのようなものを作っているかとか、どのような方法を使っているかということを、つまり自分の態様を明らかにするということです。単純否認とは違う、積極的否認で

す。これをしなければいけないという規定が入りました。

ただ、違反した場合の効果が書いてありません。ですから、単純否認をした場合に何か損をするという規定がありませんので、これは努力義務の範囲内にとどまっています。民事訴訟法の規則 79 条にも同じような規定がありますが、裁判官の心証に影響するという程度です。条文で積極的に義務が定められているのに単純否認をしたということは、それだけ怪しいというように、裁判官に自由心証の方向性を与える程度の条文なのだろうと思われています。

③は文書提出義務というもので、これは頻繁に改正が繰り返されています。侵害行為を立証するためには文書を提出する必要がありますが、何しろこの侵害行為を立証する文書というのは、侵害の相手方が持っている場合がほとんどです。相手方の工場で作られているものですから、何を作っているのかということを立証する場合に、一番おいしいのは相手方の持っている製造記録です。

しかし、普通に考えれば、特許権侵害だと言われて、そのような営業秘密にかかわる製造記録か販売記録を、侵害だと言われている人が出すわけがありません。そのような問題もありましたので、民事訴訟法の方で文書提出命令という規定が 220 条に入ったと思います。それと似たような規定です。特許権侵害だと言われた人は、その侵害を立証するために必要だと言われている文書を提出する義務が課せられます。

その場合にさらに問題があって、やはり営業秘密だとその文書を出す必要はないと条文にも書かれています。しかし、普通は営業秘密です。製造記録とか、その特許権侵害を立証するための文書というのは、普通は営業秘密です。ですから普通にやっていたのでは、営業秘密だと言われて、永遠に出てきません。

それで条文の方は裁判所限りで出してくださいと規定しました。裁判所に出された記録、証拠を外に漏らさない形であれば、営業秘密でも出せるでしょうということで、この秘密保持命令という、105 条の 4 から 105 条の 7 の条文を新しく作ったのです。

これは特に、裁判所でこの営業秘密が提出されますと、裁判官は守秘義務を負っておりますので構わないのですが、相手方にばれてしまいます。相手方というのは特許権者ですが、特許権者もたいてい被疑侵害者のライバルですので、その営業秘密を使われたら、やはり損をします。ですから、この営業秘密は外へ漏らしてはいけませんという命令を、裁判所が相手方に掛けます。この営業秘密保持命令を破った場合は刑事罰を課すという規定を作ったのです。

そのような刑事罰の威嚇でもって秘密保持義務を担保するという形で、裁判所が相手方に秘密保持命令を掛けた上で、営業秘密も裁判の資料として提出しなさいという制度を作ったのです。これが文書提出義務プラス秘密保持命令です。

では、本日は 74 ページからです。前 2 回は特許権を行使する場合のお話をしていました。つまり、特許権者側の主張のお話をしました。本日から 3 回は、守る方のお話です。被疑侵害者、普通の訴訟で言うと Y に当たる人が主に主張している、抗弁系統のお話になります。そこで、74 ページの一番上のタイトルには、「特許権侵害の主張に対する防御方法」と書いてあります。

ひとつめとして、技術的範囲を減縮する抗弁ということで、①、②があります。技術的範囲というのはすなわち排他権の範囲でありまして、特許権の範囲です。排他的行為に及ぶ範囲のことです。技術的範囲という言葉は、特許法の 70 条に書いてあります。減縮する抗弁ですから、Y、被疑侵害者の方が、「あなたの権利はそれほど広くないだろう」と言う、ということです。

はじめに、①包袋禁反言というものが書いてあります。これは審査経過禁反言、出願経過禁反言などと言いまして、分けて使う人もいますが、同じことを指すと考えて構いません。

包袋というのはどうしてこのような字を書くかというと、要するにこれは、特許庁に所蔵してある書類のことです。特許を付与するときは、特許庁で審査をして、審査官がチェックをします。その過程で、出願人に拒絶理由通知を発したり、あるいは拒絶理由通知を受けて出願人が、「拒絶理由で引かれている引用例はそのように解釈するのではない」という反論の書類を送ったりすることがあります。特許庁と出願人の間で、何回かそのような書類のやり取りをすることが多いです。それを入れてある袋のことを包袋と言います。

今では電子化されたので、包袋というものは電子データになってしまったのですが、昔は、やり取りをした書類が袋に入っていました。そのおかげで包袋という言葉を使っています。ある意味、比喩的な表現です。内容としては、審査経過禁反言のことです。禁反言というからには、一度言ったことと違うことを言うことだろうと思います。

包袋禁反言、審査経過禁反言とはどのようなものかといいますと、今話したように、審査の過程では拒絶理由通知がかなり出ます。審査官としては、「先行技術と出願された発明とどこが違うのがよく分からないからきちんと説明してくれ」、「従来技術から簡単に考え付く発明ではありませんか」、などということで、かなり拒絶理由通知が出ます。

決して質の悪い発明だから出るということではありません。拒絶理由通知というのは、審査官としては先行技術との差を出願人にもう少し説明してほしい、というときに、かなり気軽に出すものです。そのような通知を出した後は、出願人から、意見書と言って反論の内容を述べた書類が提出されます。出願されて審査をしている発明のうち 8 割ぐらいは、何らかの形で拒絶理由通知が出ているのではないでしょうか。

131 ページの下の方に、審査記録という資料を付けておきました。このようにやり取りがあるというのを注目してほしいところに矢印を書いておきました。その過程で生じることがありまして、それが禁反言の内容になります。

出願人は、公知技術、先行技術との差異を審査官に説明するために意見書を出しますが、その意見書の中身が問題になります。もうお話してあると思いますが、特許の要件は新規性や進歩性などがありますので、先行技術と区別しないと特許を取れません。先行技術よりもよい発明だ、簡単には思い付かない発明だということを主張しなければいけません。

クレイムに含まれている発明について主張しなければいけないのですが、簡単に言うと、クレイムはあまり広いと審査は通りにくくなります。いろいろな先行技術があって、それを全部クリアしないといけないので、クレイムというのは広いと相対的に特許を取りにくいです。

ところが、特許になった後は、クレイムは排他権の範囲ですので、広い方が有利です。広い方がそれだけライバルを排斥できる範囲が広いということになりますので、クレイムというのは広いと特許は取りにくいのだけれども、取ったときに効果が大きいです。クレイムが狭い方が、特許は取りやすいのだけれども、クレイムが狭いとライバルにかわされてしまう可能性が高くなります。

クレイムの範囲というのは、そのようなジレンマの関係になります。クレイムのジレンマと言う人もいます。広い範囲で排他権を主張したければ、当然審査も厳しくなるのは、当たり前と言えば当たり前です。ところが、相手が違うという問題があります。つまり、審査というのは特許庁で審査官との 2 人の間でやり取りされます。クレイムが広い、狭い、先行技術に引っ掛かる、引っ掛からないといったやり取りです。他方、特許を取った後に侵害訴訟をしますと、もっぱら裁判所を挟んで、ライバルである第三者、競業者と争うことになります。そうすると、クレイムの文言を侵害訴訟などで解釈するというときに、出願人、すなわち特許権者は、二枚舌を使うことが可能です。

つまりどのようなことかといいますと、例えば、クレイムにばねという言葉が書いてあるとします。このばねというのはどのような意味なのかを解釈しないといけません。ばねといってもいろいろなばねがあります。例えば、一般的な渦巻き状のコイルばねもありますし、ガムを半分に折ったような、あるいは、これを繰り返してある程度幅のある板が蛇腹状になったものを板ばねと言います。

あるいは、ねじりばねというのがあります。F1 のサスペンションなどでよく使われています。

これはあくまで例ですが、ばねの中にもいろいろなばねがあるのです。コイルばねとか板ばねとか、あるいはねじりばね、トーションバーと言うのですが、いろいろあります。

そうすると、ばねと言っても、これを全部包含する概念なのか、あるいは、仮に 3 つとしますが、この 3 つのうちどれを言っているのかということが、解釈で争いになることがあり得ます。

審査というのは審査官との間で議論がされます。例えば、公知技術にコイルばねがあります。あなたはばねと書いてありますよね、コイルばねはばねに含まれますから、新規性はないのではありませんか、というように拒絶理由が来ます。コイルばねというのはばねに含まれ、コイルばねは公知の技術ですので、ばねについては特許を取れませんよと拒絶理由通知が来ます。

出願人の方は、このままだと特許が取れないので、何かここで言い返さなければいけません。そのような、言い返すときの書類を意見書と言うのですが、その中で何か反論をしなければいけません。そのときに、「審査官、あなたの見つけてきた引用例、先行技術は、コイルばねについてしか書かれてありません。私はばねとは書きましたが、私が書いたばねというのは板ばねという意味です。明細書の説明を読んでくれれば分かりますが、この機械では、普通、ばねと言ったら板ばねのことを指します。この機械には、このようなコイル状のばね（つる巻きばね）ははまりません。ですから使えません」などということがあります。

そうすると、審査官によっては、「なるほどそうか、このばねとは言っても、よく明細書を読んでみれば、確かに板ばねのことを指しているようにも読めるな」ということで、納得することがあるのです。そうだとすると、なるほど違うということが分かったので、この拒絶理由通知の取消しという手続はありませんが、事実上取り消したようなことにして、特許を与えます。板ばねであれば、公知技術とは違うから、特許を与えられるということがあり得ます。そうすると、このばねはめでたく特許を取れます。

ところが今度、ライバルに対して権利行使をするとき、実際には裁判所で行われるので、裁判官に対して主張をすることになりますが、ライバルがコイルばねを使っている場合があり得ます。

ライバルがコイルばねを使っていました。そのときにこの人に「クレイムにはばねと書いてあるではない

か。あなたの会社で使っているコイルばねは、ばねの概念の中に含まれるから侵害だ」、というふうに主張するのです。

審査の段階では、コイルばねは含まれない、と言っておきながら、裁判所では、あなたはコイルばねを使っていますよね、というふうに主張することがあります。何しろクレイムの文言から解釈しなければいけません。特許法 70 条に書いてあります。クレイムの文言には、ばねと書いてあるから、コイルばねを使ってはいけないだろう、というように言うことがあり得ます。

これは、普通の訴訟であればあり得ません。なぜかというと、通常の訴訟では、すべて裁判所で処理をいたしますので、裁判官に対して、ある日は、ばねというのは板ばねのことだと言っておきながら、後の日には、ばねというのはコイルばねだというふうに言っても、それは通りません。違うことを同じ人に言っても、通らないのです。ところが特許の場合は、審査は特許庁で、侵害訴訟は裁判所で扱うというように分かれていますので、このような主張をしようと思えばできてしまいます。

ただ、この主張を通してはいけないというのは、皆さんも説明を聞いているだけでもお分かりだと思います。一方で、コイルばねは含まれない、板ばねのことだと言ったのに、他方でコイルばねは含まれると言ったのでは、何のために審査をやっているか分かりません。何しろ、コイルばねというのは先行技術から容易に思い付くだろうと、審査官はここで言ったのです。

ですから、そのようなものに対して排他権が及んではいけないというのは、現在では当然だろうと言われています。このように、コイルばねは含まれませんと審査では言っているのにもかかわらず、侵害訴訟になった途端に言うことを翻して、コイルばねも含まれると言う、という二枚舌を許さないのが、審査経過禁反言という主張です。

ですから実際には、現実的にはこの侵害裁判所にいるライバルが、特許庁に対して反論します。あなたは審査の段階では、コイルばねは含まれない、板ばねだと言ったのに、急に言うことを翻してコイルばねも含まれると言うのはおかしいだろうというように矛盾をつくのが、審査経過禁反言という機能です。

ぱっと話を聞いただけだと、当たり前だろういう気もしますが、なぜこのような解釈が生まれたのかといいますと、特許の特殊性というのがあるからです。審査は特許庁で、侵害訴訟は裁判所でやると。これにはもちろん意味があります。特許性というのは、エンジニア、理系の知識を持った人でないと審査がなかなか難しいので、そのようなスペシャリストを特許庁に集めて、そこで争うと。侵害裁判所というのは法律の問題ですので、文言解釈の問題、あるいは文言に製品が含まれるかどうかという判断になります。意味があって分けたのですが、分けたためにうまくいかないときがあります。そのような、ねじれのようなものを解消する法理が、審査経過禁反言です。

今では審査経過禁反言という主張は当然に日本でも認められると言われていますが、10 年ないし 15 年ぐらい前までは、かなり争いがありました。

否定説の論拠については教材に書いてありますが、特許法の 70 条に、クレイムに基づいて文言を解釈すると書いています。クレイムにばねと書いてある以上、審査官と出願人の間の 2 人のやり取り、2 人の間の納得というのを、ある意味物権的な意味のある排他権の範囲、文言解釈に反映させるのはおかしいというのが否定説の論拠です。審査を通過した以上、ばねというのは誰に対しても物権的な効力が及ぶ、誰に対しても効力が及ぶものですので、この 2 人の間にある納得みたいなものを解釈に反映させてはいけないという解釈があったのです。

しかし、やはりそれはおかしいでしょう。2 人の間で審査をしたといっても、これを通してしまっては、審査

のすり抜けを認めるに等しくなります。審査官としては、先行技術にコイルばねがあるのですから、先行技術というのは要するにパブリックドメインなわけで、誰かに独占させてはいけないもので、特許を与えてはいけないと、いったんは拒絶理由を出しているのです。しかし、このように判断機関が 2 つに分かれていることを利用して、二枚舌を許したのでは、何のために審査しているか分かりません。

審査官は、つる巻きばねに特許を与えてはいけないと思ったから、拒絶理由を出したのです。このような場合とは違うと出願人が言ったという、いわば条件付きでこれをばねという概念として通したので、これに対してつる巻きばねがコイルばねに含まれたというのでは、審査官は何のために苦労して審査をしたのか、まったく分かりません。

これが包袋の中に記録されます。包袋というのは、誰でも閲覧できます。ですから、ライバルも、包袋を取り寄せれば、審査官と出願人の間でどのようなやり取りがされたのかということが分かります。ですから、公示の機能も損なわれていないだろうと考えられています。

このようなライバルは、邪魔になる特許を見付けたら、最初に包袋を取り寄せます。どのようなプロセスで特許になったのかをチェックします。ですから、どのようなやり取りがされたのかというのはライバルにも分かるので、予測可能性も担保されているだろうと現在では考えられています。

今の考えでは、どうしてこの包袋禁反言が解釈上の争いになるのか、私には分かりません。これは、それだけ昔は特許法の研究が進んでいなかったという象徴のような抗弁です。

ということで、ごく当たり前なのですが、審査の場面と侵害の場面と、判断機関が分かれているからといって、出願人の二枚舌を許すことはできないと、それが包袋禁反言という法理だと理解してください。

本当は、一番よいのは 1 つの機関で処理することです。しかし、それはなかなか難しいです。1 つの機関で処理すると、やはり審査が甘くなるか、裁判がうまくいかなくなるか、どちらかだろうという理由で 2 つに分けているので、2 つに分けたということには、積極的なよい意味もあるのですが、うまくいかないこともあります。そのような、うまくいかないところの欠点を補うといいますか、調整する法理、これが包袋禁反言です。

最後に少しだけ包袋禁反言について補足します。クレイムにはばねと書いてあるけれど板ばねのことだ、と言いましたが、実は、そのような主張というのはかなり苦しいのです。普通はどうなるかというと、このばねというのを板ばねに補正することになります。クレイムというのは、補正といって、出願した後に手を加えることが許されています。もちろん制限がありますが、審査を通すためという機能が大きいので、減縮補正をするというのは、ほぼ基本的には認められています。

審査の過程では、先ほど言ったように、広いと審査が通りにくい、狭いと審査が通りやすいので、最初は少し広めにクレイムを書いておいて、後で補正によってクレイムの範囲を小さくするということがかなり行われています。ですから、ばねという包括的な概念に対して、板ばねというのは限定的な概念ですので、ばねを板ばねにするというのは縮小補正に当たります。

普通は、このように板ばねを補正して、板ばねを補正すれば、コイルばねとははっきり区別ができます。ですから、区別した上で特許を取るというのが普通の作戦です。しかし、無理やり、板ばねの中にはコイルばねも含まれるのだという主張が通る可能性はあります。

それはどうしてかというと、前にお話しした均等論です。均等論というのは拡大解釈ですが、クレイムに板ばねと書いてあるけれども、均等論の 5 つの要件があったと思いますが、その要件を満たせば、板ばねとは書いてあるけれども、コイルばねまで権利が及ぶ可能性があります。それは均等論でそのような可能

性があります。

ですが、均等論を主張したからといって、やはり二枚舌を許すわけにいきません。こちらでコイルばねとは違うのだという理由で、板ばねに減縮補正をさせて特許を通したので、当然この板ばねという概念に対して、コイルばねまで均等論で権利を拡大していいわけがありません。ですから、均等論の場面でも、やはり包袋禁反言というのは必要なのです。

それが、前にお話しした均等論の第 5 要件です。74 ページの一番下に書いてあります。ばねという概念があって、そのうちの板ばねに権利の範囲を縮小したのです。

被疑侵害物はこのようなばねです。これはベン図ですけれども、ばねという概念の中に含まれる、板ばねという概念です。コイルばねは、板ばねには普通含まれないで、コイルばねはここに位置しています。ここからこちらは減縮補正したという理由です。

この減縮補正したプロセスが、包袋禁反言に引っ掛かるような主張だった場合には、均等論でこのように出っ張らせてはいけません。均等論というのは小さいクレイムだけれども、少し拡大解釈を許す議論ですが、包袋禁反言がある場合は、均等論で拡大することは、そのエレメントについては許されないというのが、均等論の第 5 要件です。均等論の第 5 要件は前々回にお話ししましたが、これも包袋禁反言の一種です。

75 ページは、②公知事実の抗弁と当然無効の抗弁ということで、これについては 3 ページを使って解説をします。これから解説するのは、クレイムに無効理由があった場合にどうするかというお話です。

簡単に言いますと、審査官がミスをして、無効理由、つまり本当は特許にしてはいけないはずなのに、特許にしてしまった場合、どのように解釈をするべきなのかということです。

特許要件を定めて、それをクリアしたものだけに排他権を認めるという制度です。排他権は、誰かに、その製品を売ってはいけないということをいえる非常に強い権利ですから、審査がとても大事です。誰かに、その技術を使わせないでよいかどうか、という判断になります。

しかし、最初の方に言いましたが、審査官も人間ですので、やはりミスはあります。かなりの数が無効になるのですが、そのような無効理由を内包している、無効理由を本当は持っているけれども、審査のときに分からなかったという特許権についてはどのように解釈するのか、排他権の行使を認めるのかどうかという問題です。

無効理由というのは、拒絶理由とほぼ同じです。無効理由があるということは、特許要件を満たしていないということ、もっと言えば、特許要件を満たしていない特許をされてしまったということを意味します。

審査の段階でだめだと言うのは、拒絶と言います。特許になった後に審査のミスを発見されて、特許権を取り上げられてしまうことを無効というように、言葉を使い分けています。法的効果はほぼ同じです。

つまり、いったん付与された特許権を消滅させるためには、特許庁のミスですので、ミスを改める制度というのを特許庁の中に持っています。それを無効審判と言います。これは特許庁の中の手続きです。

無効審判は、審判という名前が付いていますので、審査官ではなくて審判官という人が、3 人で裁判類似の手続で行っていきます。審査官のベテランといいますか、審査で経験を積んだベテランが審判官として任命されます。ですから、審査官よりは安定的な判断、厳密な判断ができるという意味が込められています。

特許庁の中の無効審判という制度で、無効の手続きが行われます。当然、無効審判を提起するのは、このようなライバルです。特許庁が自ら、無効審判をやるということはありません。ここは、利益なければ訴

えなしの処分原則主義のようなものが機能していますが、無効審判にはなり得ます。

無効審判というのは、本当に無効なのかどうかをチェックします。ライバルだから何でもかんでも無効と言うのは当たり前なので、本当に無効かどうかというのはきちんと判断しなければいけません。そのような手続きとして無効審判があります。本来、特許権というのはこの無効審判で無効とされるべきもの、逆に言えば、無効審判で無効にならない限りは、有効に存続すると解釈されていました。

ただ、何度も繰り返しますが、これはあくまでも特許庁の中の手続きですので、本来無効とされるべき特許権に基づいて侵害訴訟が提起されてしまうことがあり得ます。当たり前ですが、普通は特許権者の方は、無効だとは思っていません。きわどい理由があるかもしれないけれど、これは無効ではないと思って、ライバルに対して侵害訴訟を提起します。他方、ライバルの方としては、守る方ですから、これは無効だろうと思うでしょう。

このように、無効がきわどいという特許に対しても、侵害訴訟を提起され、他人に排他権を行使されてしまうということはあり得ます。その場合に、無効審判ではなくて裁判所、つまり侵害訴訟の場面で、Y、ライバルである被疑侵害者が、この特許は無効だと主張できるかどうかという問題です。

もちろん、被告という被疑侵害者の方は、このように裁判で訴えられた対抗手段として、別に無効審判を請求することはできますが、それはやはり特許庁の中の手続きになってしまいます。

ですから、ダブルトラック問題と書いておきましたが、裁判所では侵害訴訟がどんどん進行していて、他方で無効審判がどんどん進行しているとします。これは別の手続きです。こちらに裁判所、こちらに特許庁。当事者はともに特許権者と第三者、ライバルになります。ですので、このような複成の関係になってしまいます。同時進行になってしまいます。

同時進行になってしまうと、当然弊害はあります。例えば、侵害訴訟のほうが早い場合です。ここで例えば侵害という結論が出てしまう可能性があります。しかし、侵害という結論が出たあとに、審判で無効という結論が出ていることもあり得ます。

今までは、侵害訴訟で、この特許は無効だという主張はできないと言われていました。他方、無効審判の方は、特許が無効かどうかだけを争うので、被疑侵害物がふくまれるかどうかで判断をしません。無効審判は特許権と公知技術の関係になります。公知技術だけではありませんが、例えば公知技術の関係です。侵害訴訟は、特許権と被疑侵害物、製品の関係になります。

ですから、判断の相手方が違うので、お互いどちらが先になるかは分かりません。全く担保されていないので、侵害訴訟が先になってしまうことがあり得ます。ですから、侵害訴訟で先に侵害という結論が出たけれど、後で無効という結論が出る可能性があります。これは悲劇です。無効のはずの特許権に基づいて侵害と言われてしまったので、これはやはりおかしいということになります。

この侵害訴訟の方が上訴などに続いているのであれば、こちらの方が無効と確定すれば、そこから無効を主張すれば、当然非侵害ということになりますが、ともに確定だとしてしまうと、本来無効であるはずの特許に基づいて侵害が認められてしまったということになります。これでは、被告の方としてはたまったものではありません。

両方とも確定してしまっても、こちらは再審で救済されるしかないことになります。逆ももちろんあります。逆の場合、先に無効審判で無効という結論が出れば、先で無効審判が確定すれば、侵害訴訟で侵害という判断が出ることはありません。

ところが、例えば侵害訴訟の方で無効の主張を認めてしまうと、どのようなことが問題になるかといいま

すと、例えば、ここで無効という判断を許した場合に、無効のため非侵害という結論が出る可能性があります。

ところが、後に無効審判の方で、無効ではないという判決が出る可能性もあります。これは、実はもっと悲劇です。これは再審でも救済されない例です。侵害訴訟で無効だという理由で非侵害という結論が出た場合に、無効審判で無効ではないと判断されてしまう可能性もあります。ですので、ダブルトラック、つまり判断機関が分かれているということには、このような問題点もあります。

少し先走りの話をしましたが、今の例は忘れて、先ほどの例に戻ります。では、裁判所はどのように今まで処理してきたかといいますと、無効の疑いがある特許権に基づいて、無効の判断はできないからそれには触れず、侵害だ、というような判断は、実はあまりしていません。

さすがにそこまで縦割り行政ではありません。裁判所も、本来無効とされるべき特許権に基づいて権利行使がされてはいけないということは、もちろん分かっておりまして、ただ、裁判所で無効だという宣言ができないという縛りが、昔はあったのです。

ですので、どうにかする必要がありました。裁判官は、それをクレイム解釈に反映させるという手法を使って、本来無効とされるべき特許権に基づいて、侵害を認めてこなかったのです。それが、従前の裁判例というところに書いてある、公知技術除外説、実施例限定解釈です。

つまり、今あるクレイムを無効と宣言することは裁判所の権限を超えるため、できません。それは行政庁である特許庁の方でするべき判断だ、というので、無効だと言うことは裁判ではできないけれども、やはり本来無効とされるべき特許権に基づいて権利行使されるのはおかしいので、どうにか権利行使を否定したい、どうにか非侵害の結論を導きたいと考えます。それをクレイム解釈で反映させることにしたのです。

どのように判断していたかというと、先ほどの例を使いましょう。あのような審査プロセスを経たものではないことにしますが、クレイムの方でばねと書いてあるとします。これはどうも公知技術があり無効らしい。それで、これがコイルばねの公知技術だとします。コイルばねが公知になっているので、ばねという概念はすでに公知になっているので、特許を取ることはできません。ですが、いろいろ事情があって、審査では見過ごされてしまったといった場合に、被疑侵害物もやはりコイルばねだというときです。

赤い方は先行技術、こちらはイ号物です。被疑侵害物のことをイ号物と言ったりもします。このときに確かにこのままクレイム解釈して、クレイムにイ号が含まれれば侵害です。しかし、公知技術に同じくばねと書いてあるものがあります。このままでは公知技術に対して権利を行使されてしまうことになってしまって、おかしいというので、何をしたかというと、勝手に裁判官が板ばねという概念を作り出して、権利範囲を裁判官がクレイム解釈で板ばねに限定解釈するということが行われていたのです。

では、裁判官はどのような判断プロセスを経て、板ばねに減縮したのかというと、建前論を使うのです。ばねと書いてある、しかし、先行技術にはコイルばねがあることが明らかである。特許庁は優秀な役所である。まさか公知技術に対して権利を与えるようなことはしないだろう。ですから、公知技術でコイルばねというものがあるにもかかわらず、ばねに権利が与えられたということは、すなわちこのばねというものを特許庁は板ばねのつもりで解釈したに違いない。侵害訴訟ではばねと書いてあるけれども、審査官の頭の中では、これは板ばねの意味なのだ。板ばねとコイルばねは違うものである。よって、非侵害だ、という結論を出しているのです。このような方法を限定解釈と言います。クレイムの限定解釈です。あるいは、公知技術を外す形での限定解釈です。

このような建前を公知技術除外説と言います。つまり、赤のバツは公知技術ですので、クレイムがばね

と書いてあるけれども、公知技術を含むようなクレイムが特許になることはあり得ないので、公知技術を含まない形でクレイムを解釈するのです。そのようにすれば、公知技術に対して排他権が行使されることはあり得ません。そこを除外するようにクレイムを解釈するわけですから。そうすると、うまいこと非侵害の結論が出ます。

これは裁判所が考えました。本当によく考えると思いますが、無効と宣言しない、かつ排他権を行使させない技なのです。裁判所は、無効とは宣言できない。だからといって、公知のパブリック・ドメインに対して排他権が行使されるのは、やはりおかしい。これはその 2 つを両立させる解釈なのです。

しかし、やはりこれには無理があります。ばねと書いてありますし、禁反言の方は審査の過程で出願人が、これは板ばねですと主張したといった事情があるから、板ばねに限定解釈されても仕方がありませんが、この公知技術除外説は、そのような事情が一切ない場合もあり得ます。

このように、クレイムに公知技術が含まれるという事情 1 つを取って、裁判所がそれを除外するようにクレイム解釈をしていました。ですから、これはやはり無理です。ですが、裁判所は無理を承知でこれをやっていました。これはもう、妥当な結論を導くという、結論から入ってきていることは確かです。実施例限定解釈というのは、公知技術除外説よりもさらに無理がありますが、省略します。

あるいは、実はアメリカは、裁判所が無効宣言できます。日本はできないという事情がありましたので、アメリカからやはり批判されます。日本の裁判所は、勝手に裁判所がクレイムを限定解釈する。アメリカの企業の特許が、どうも日本の裁判所で勝手に限定解釈されているみたいで、それはおかしいだろうと言われました。

アメリカの方は、無効だと裁判所が宣言できてしまいます。そのような差はおそらくあまり意識されていなかったのか、あるいは、意識していたけれども、アメリカはあのような国ですので、知っていてそのようなことを言っていた可能性もありますが、やはり内外から批判はありました。

そこで、やはりこの限定解釈は無理があるので、やめようということで考え出されたのが、権利濫用論です。法律の世界で非常に便利な権利濫用論です。これは最高裁平成 12 年、半導体装置と書いてありますが、一般にはキルビー事件として有名です（最判平成 12.4.11 民集 54 巻 4 号 1368 頁［半導体装置］）。キルビーというのはノーベル賞を取った発明者です。半導体装置に関する事件ですが、キルビー特許、あるいはキルビー事件と言われているものです。

これは、全部公知の場合という、先ほどの例よりももっと広い例でした。このばねというのが、全部満遍なく公知だった場合の話です。そのような特許については、特許権を行使することは濫用であるとして、権利行使を認めないとしたのが平成 12 年のキルビー事件です。

無効理由があることが明らかで、無効審判が請求された場合には、無効とされることが確実に予見できる特許に基づく権利行使は、権利の濫用であるということで、権利行使を認めませんと言ったのが平成 12 年、今から 7 年前です。

逆に言うと、日本の裁判所はこの判決まで無効と言えなかった、あるいは権利濫用と言えませんでした。言っていた裁判所も実はあるのですが、おおっぴらには言えないと言われていました。これは、本当にごく最近です。

現在では、このキルビー事件が立法化されまして、特許法 104 条の 3 という条文があります。特許が無効審判により無効にされるべきものと認められるときは、権利を行使することができない、という条文ができまして、現在では、裁判所は 104 条の 3 を使うようになりました。無効理由があるので、権利を行使すること

はできないから、非侵害ですという結論が、日本の裁判所でようやく立てられるようになったのです。キルビー判決から 4 年間のタイムラグがありましたが、2004 年、平成 16 年に立法されましたただ、この 104 条の 3 は、裁判所の判決理由中の判断です。結論は非侵害ですから、判決理由中の判断です。ですから、既判力はありませんし、民事訴訟の相対効の原則がありますので、特許が無効だと宣言されたわけではないと考えられています。

ですから、104 条の 3 で非侵害という結論が出ても無効であるということとは少し違うということです。依然として特許は有効で、存続しています。無効審判のところでもう 1 回、この点をお話します。

問題は、無効審判制度が存置されていることとの制度的な整合性です。この 2004 年の法改正があった後でも、無効審判は存続しています。廃止論もありましたが、存続しています。したがって、裁判所で無効を理由として非侵害と言われた後でも、無効審判は行うことができます。その整合性を考える必要があるだろうと言われています。

無効審判はどうして設けられたかといいますと、2 つの理由があると言われています。無効審判も先行技術の対比が主になりますので、やはり技術的な問題があります。したがって、専門家を介在させる必要があるだろうということです。つまり、技術的な問題については、いきなり文系の裁判官に判断させるよりも、理系の知識を持っている審査官、審判官にいったんは判断させるべきだと考えられたのです。

無効審判は行政手続ですので最終決定ではありません。無効審判に不服がある人は、東京高裁、現在は知財高裁ですが、そこに審決取消し訴訟を提起することになります。審決取消し訴訟というのは、本日お配りした紙の右側のスキームになります。この下に無効審判があります。

このように、無効審判を作ったのは、やはり 1 回は技術の専門家に判断させる必要があるからです。それに不服のある者だけを裁判所に送るということです。裁判所の負担軽減、いったんは無効審判というところでスクリーニングといいますか、ろ過をして、さらに不服がある者だけ裁判所に回すために無効審判を作りました。無効審判で納得したり、あきらめたりする人もたくさんいます。

もう 1 つは、各地の裁判所でそれぞれ無効判断をさせると、日本中にはたくさん裁判所がありますから、やはり判断にぶれが生じます。アメリカではよく言われていますが、無効にしやすい裁判所と、無効にしにくい裁判所ができてしまいます。そうすると、やはり、無効にされやすい裁判所が狙われます。それは、特許の有効性が安定しませんので、一本化する意味がありました。

無効審判でしか無効にすることができないというのは、専門化と一元化ということです。スクリーニングの方は専門化、下のルートを一本化するという一元化ですね。有効、無効については特許庁で判断します。特許庁で専門家が一本化するという理由で、無効審判というのがあると言われています。

ですので、現在ではいろいろな裁判所で判決の理由としてではありますが、無効であるという判断を事実上しています。現在この無効審判制度の趣旨が若干揺らいできていると言うことができます。つまり、いろいろな地裁で、これは無効であるというような主張がされてきて、裁判官は無効かどうかをチェックしなければいけません。事実上の審査と同じです。

だとすると、この無効審判制度を作って判断を専門化、一元化した意味が、若干今薄れてきています。もしかしたら制度的な過渡期なのかもしれません。ですが、無効審判が今あるということは、やはり 104 条の 3 の解釈に影響を与えるべきだろうと考えられています。

76 ページと 77 ページに入りますが、77 ページの真ん中あたりに★が書いてあります。原稿 104 条の 3 の解釈上の論点です。無効審判により無効にされるべきものという要件は、キルビー裁判の明らか要件を

承継したものかどうかというところが論点です。

これはどのようなことかといいますと、75 ページに戻ってキルビー判決をよく見てください。判決の理由の 2 行目に、無効とされることが確実に予見できる特許と書いてあります。その上に「無効理由のあることが明らかで」、と書いてありますが、これは明白性の要件だと昔は言われていました。つまり、裁判所がどのような場合に無効だと判断できるのか。無効の理由として、権利乱用ないし特許権の行使を否定することができるのかというと、無効理由があるというだけで、権利行使を否定することはできないと考えられていました。

そうではなくて、無効理由があることが明らかな場合は、権利行使は認めないということです。ですから、裁判官の心証として、無効理由がありそうだけど、あまり自信がない、ありそうだけれども断言はできないなというときは、無効を理由として権利行使を否定してはいけないと考えられていました。ですから、逆に特許の権利行使を認めなければいけないと言われていたんです。それが明白性の要件、明らか要件などと言われているものです。

それは、やはり無効審判制度との整合性から来ています。つまり、どのようなことかといいますと、本来は無効審判でやるべきことだけれども、例外的に裁判所で無効理由を判断します。だとすれば、明らかであることが必要だろうということです。つまり、裁判所の判断の方が危ないと考えています。専門家ではないので、裁判所は間違える可能性があります。

これはあくまで相対的な意味ですが、特許庁の判断に比べて、裁判所の判断は、無効かどうかについては間違える可能性が、相対的に大きいです。ですから、間違えそうもない、誰が見ても、どの裁判官が判断しても、これは無効だというときに限り無効にできると、キルビーの地裁で言われていました。きわどい場合は全部権利行使を認めていたのです。

現在では104条の3ができましたので、その明白性の要件が引き継がれているかどうかというところが解釈上の論点になっています。この教材、あるいは田村先生の教科書では、明白性の要件は引き継がれていると考えています。実は少数派なのですが、引き継がれていると解釈しています。逆に言うと、現在でも明白でない場合は、裁判所は無効を理由に権利行使を否定してはいけないと考えています。

この無効の判断のことを、75 ページの下の方からイオン歯ブラシを題材にとって説明をしています。今までの説明の繰り返しになりますが、大事なところですので、このイオン歯ブラシを例にとった形で説明を続けていきます。

イオン歯ブラシは、以前、題材として使いました。教科書で言うと 224 ページの下の絵です。必ずしもこれとまったく同じ話をするわけではありませんが、イオン歯ブラシ自体は公知だとします。イオン歯ブラシの特徴は、ブラシヘッド部を上から脱着可能として、唾液を浸して導電可能とする液路を設けて、唾液がブラシをぬらすと、それだけで電子が流れるようにした構成だといたしましょう。

イオン歯ブラシ自体、あるいはブラシの部分と柄の部分とが脱着可能としたところが公知だと仮定します。液路を設けて導電可能としたところが特徴だと今お考えください。

76ページにいきます。被告が反論するとすれば、2つ考えられます。1つは、原告の特許は2つの公知事実を組み合わせた上で液路を設けたにすぎないから、進歩性を欠いているという反論です。それぐらいの工夫は僕でもできる、という主張です。

もう 1 つは、イ号物件、つまり被告側がやっているものは、公知技術に穴を開けたにすぎないので、公知技術を同視できるから特許権侵害ではない、という主張が考えられます。

この 2 つの主張はどこが違うかといいますと、76 ページの一番下の図をご覧ください。このように違います。被告側の a)の主張は、76 ページの一番下の図ですと、Ⅱの関係になります。つまり、クレイムと公知技術の関係になります。ここにクレイムと書いてあって、公知技術と書いてありますね。こちらがイ号です。a)の主張はⅡで、b)の主張はⅢです。

どのようなことかといいますと、a)の主張は原告のクレイムと公知技術を比べて、進歩性がないから無効ですと言っています。b)の主張は、イ号物件の方、つまり被告から見れば自分の製品は、公知技術と同視できる製品ですと主張しています。

この 2 つの主張は、どちらでもいいのですが、どちらかが成り立てば特許権の行使はできないことになります。どうしてかというと、a)の関係で、クレイムと公知技術が同じだと、あるいは公知技術から容易に推考できるということであれば、クレイムは当然無効です。無効ですので、無効なクレイムが行使されることはあり得ないということになります。

b)の関係はどうかといいますと、イ号物件と公知技術が同視できるという主張です。公知技術に特許権が行使されるわけがない、されてはいけない。よって、イ号物件は非侵害であるという主張です。この 2 つの主張の違いというのはこれです。A の主張はクレイムと公知技術の対比、B の主張はイ号物件と公知技術の対比だということに注意してください。

a)はクレイムと公知技術を比べるパターンですが、これは無効の主張ができるかどうかということです。本来であれば個別の侵害訴訟で判断させるべきではないということになります。つまり、A の主張は認めるべきではないと考えられています。

というのは、クレイム制度、あるいは無効審判制度との関係です。クレイムと公知技術の対比というのは、本来は審査でやることです。審査のところではクレイムと公知技術が対比されますよというのを説明してきたと思いますが、a)の主張は、本来は審査といいますか、特許庁でやることです。審査でやってくるべきものだし、審査にミスがあったからこうなっているのですが、審査にミスがあったのであれば、やはり特許庁の無効審判でやるべきことなのだと。そして、無効審判に不服がある人は、審決取消し訴訟、現在では知的財産高裁ですが、そこで争うべきであるということです。つまり、一元化と専門化という制度を作って、用意してあります。現在でも無効審判制度として残っています。

ですから、本来はそちらでするべきものだと。だけれども、クレイムと公知技術の対比をして、特許性がない、用件を満たしていないということが明らかであれば、裁判所でも判断してよいだろうということが、ここに書いてあります。つまりこの例で言えば、明らかに進歩性がないと。公知技術と対比した上で、新規性でもよいのですが、明らかに新規性がない、あるいは明らかに進歩性がないという場合は、判断がぶれません。どのような裁判所に持っていっても、無効だという結論が出ます。

明らかな場合は、専門家でなくても判断できるはずで、審査官に比べれば技術に疎い裁判官でも、判断はぶれないと考えます。技術に疎い人に判断させても、それほど判断を誤ることがないということであれば、どの裁判所に持っていっても、無効だという理由が出ます。その場合は a)の主張は認めてもよいだろうと、この 76 ページでは解釈しています。難しいことが書いてありますが。

つまり、ここでそのようなプロセスを経て、結論 a)が出ているというのは、やはりこの無効審判制度と 104 条の 3 が、今並立している以上は、並立していることに意味を見いだすべきだというように解釈しているからなのです。

無効審判制度が 104 条の 3 ができた後もまだ残っているということは、専門化と一元化の狙いというの

はまだ捨てられていない、専門化と一元化というのは、法の判断ですので、それをないがしろにしてはいけないと解釈しているといえます。この専門化と一元化を損なわない範囲で、裁判所でクレイムと公知技術を対比させるべきだということです。

ですから、両方の顔を立てる必要があります。制度が 2 つある以上は、意味があるはずで、それを見いだすべきだということです。

裁判所で何でもかんでもクレイムと公知技術を対比できるということは、無効審判を置いてある意味がなくなってしまいますので、それではいけません。ですから、明らかなときだけ裁判所は対比をしてよいと考えます。逆に言いますと、明らかでないときは、裁判所は、特許は無効ではない、つまり権利行使を認めるという方向で結論を出さなければいけないということが、ここに書いてあることです。

ですから、この明白性の要件を引き継いでいるという解釈は、特許権者有利の解釈です。つまり、明白性の要件を要求しているという解釈は、明白でないときは権利の行使を認めるという意味ですから、特許権者有利の解釈になります。特許権者有利の解釈というのは、きちんと意味があります。この無効審判制度がある以上は、そちらの顔も立てる必要があるだろうということです。

b)の関係、イ号物件と公知技術の対比の関係も同じことです。実は、私は b)の方の解釈を取っていません。ここもイ号物件と公知技術を同視できるかどうかというときは、明白に同視できると、同じだということが明らかな場合だけに限るべきだということになります。イ号物件が公知技術と明らかに同一だということになれば、公知技術に対して特許権が及ぶということはあり得ないのですから、非侵害の結論が出ます。

a)と b)は何が違うのかといいますと、b)の方は、クレイムは関係ありません。どのようなクレイムであっても、b)の関係が認められれば、これは非侵害になります。つまり、イ号と公知技術が一緒であれば、どのクレイムであっても公知技術に対して権利を行使できるということはあり得ませんから、クレイムがどのようなものかによらず、非侵害という結論が出るというのが b)の関係です。

a)の関係は反対側でして、a)の関係が認められる、つまりクレイムと公知技術が明白に同一だということは、クレイムももう無効という意味ですから、イ号物件がどのようなものであっても、侵害とは認められないという意味です。クレイムが無効であれば、イ号物件がどのようなものであっても非侵害の結論には変わりがありませんよね、というのが、A の結論と B の結論の違いです。

これだけでは分からないと思いますので、77 ページの図を使って説明しましょう。図を使っても難しいですけれども。この図は教科書ですと 252 ページから 254 ページの図と同じです。そこに少しでも分かりやすくなるように、私が補足を付けたものです。

この図はどのように読むかといいますと、説例 1 の方にいきましょう。クレイムは左から 3 番目の範囲です。公知技術は左から 2 番目の範囲になります。これは横に見ます。つまり、説例 1 のケース 1 は、クレイムが a です。公知技術も a です。イ号物件は、a というパターンと、a+b というパターンと、a+b+c というパターンです。

ここで前提は図の上に書いてありますが、a+b という発明は、a という要件と b という要件を合わせた発明は、進歩性が欠如している発明だという前提です。進歩性がないというのが前提ですが、進歩性がないということは明らかではないという例です。a+b+c は、進歩性がある、つまり特許の要件を満たしている発明だとお考えください。そのような前提です。

クレイムが a で、公知技術が a の場合はどうなるかといいますと、クレイムと公知技術は明らかに同じです。同じですので、イ号物件がどのようなものであっても、非侵害になります。ですから、これを横に見てい

くと、イ号物件が a でも a+b でも、a+b+c でも、これは全部非侵害の結論が出ます。ですから、緑色で囲ってあるパターン、公知技術とクレイムがまったく同じパターンは、イ号物件がどのようなものであっても、非侵害の結論が出ます。クレイム本体が無効ですので、無効の権利に基づいて権利の行使はできませんから、どのようなものであっても、非侵害の結論が出ます。ですから、クレイムと公知技術が同じ場合は、当然無効の抗弁、a のパターンというのが、Ⅱの関係がよく機能するパターンです。

青の方、公知技術の抗弁、つまり左側のページで言う結論 b です。左側のページの図で言うと、Ⅲの関係です。イ号物件と公知技術の関係です。イ号物件が a です。今度は縦に見ましょう。公知技術も全部 a だという事例ですので、公知技術とイ号物件がまったく同じだという場合は、クレイムがどのようなものであっても、非侵害の結論が出ます。ですから、この青で囲ってある部分も非侵害です。

これは、ケース 2 の場合は a+b、ケース 3 の場合は a+b+c がクレイムになっていますが、公知技術とイ号物件が同じ場合は、クレイムがどのようなものかという判断を飛ばしても、非侵害の結論が出ます。公知技術に対して権利が行使されるということはあり得ません。

ですから、このような抗弁のことを、公知技術の抗弁と言います。公知技術に対して権利を行使できないという抗弁です。ですから、76 ページの左側の一番下に書いてある図ですと、Ⅲの関係が公知技術の抗弁と呼ばれるものです。結論 b、Ⅲの関係が、公知技術の抗弁と呼ばれるものです。

Ⅱの関係、結論 a の関係は、緑の方です。当然無効の抗弁になります。つまり、当然無効の抗弁という意味は、クレイムが無効ですので、イ号物件がどのようなものであっても、権利は行使されないということです。

次に、残りのケースのイ号物件が a+b、あるいは a+b+c については、ケース 2 はどのように判断されるかといいますと、クレイムは a+b です。公知技術は a です。ですから、これはクレイムと公知技術が違いますので当然無効の抗弁は使えません。クレイムと公知技術がイコールの場合だけ、当然無効の抗弁が使えます。ケース 2 の真ん中、イ号物件が a+b との場合、公知技術は a で、これは違うものですので、公知技術の抗弁は使えません。ですから、ケース 2 の a+b は、当然無効の抗弁も公知技術の抗弁も使えない例です。a+b+c もそうですが、使えない例です。

ですが、a+b というのは、進歩性がないという前提でしたので、ここについては、無効審判で無効にすればセーフになります。ケース 2 のクレイムは a+b ですので、進歩性がありません。進歩性がないのだけれども、ないことが明らかではないので、当然無効の抗弁も公知技術の抗弁も使えませんから、無効審判へ行って無効にするしかありません。無効審判へ行って無効にすれば、イ号物件が a+b でも a+b+c でも、当然セーフになります。無効審判になっているからです。

ケース 3 の場合は、クレイムは a、b、c ですので、これは無効審判でも無効にはなりません。そもそも有効なのです。ですが、イ号物件が a+b の場合は、クレイムの要件をすべて満たしていませんので、クレイム解釈で非侵害になります。

この説例 1 のケースで侵害になるのは、一番右下のケースだけです。右下のケースは、ケース 3 はそもそもクレイムは無効ではありませんし、ほかの抗弁が使えませんので、右下の a+b+c だけが侵害という結論が出ます。そのほかの 8 つのマスは、全部非侵害の結論が出るものです。理由が違うということです。

1 回見て 1 回解説しただけでは、おそらく分からないと思いますが、教科書に説明が書いてあります。教科書の説明は、これだけだとかなり足りないところがありますので、教科書の説明と教材の説明を両方よく見て、理解していただきたいと思います。

説例 2 の方もさっとお話をしておきます。説例 2 は、x、塩酸と反応させるというのが公知技術だといたします。y、硝酸と反応させるというのは、公知技術と違う概念ですので、これは新規性があるということになります。z は、x や y の上位概念ですね。酸と反応させるという上位概念です。これは新規性がありません。下位概念が公知の場合は、上位概念には新規性がないということになります。それが通常の判断です。

説例 2 のケース 1 はどのように見るかといいますと、クレイムと公知技術が等しいです。ですから、ケース 1 の事例は、当然無効の抗弁がよく機能する例です。ですから、クレイムと公知技術がまったく一緒ですので、イ号物件はどのようなものであっても非侵害になります。ですから、x であっても y であっても非侵害になります。

ケース 2 の場合は、クレイムが酸と反応させる、z で、x や y の上位概念です。公知技術は x ですので、ここは本来は無効です。無効理由を内包しているということになります。無効理由を内包しているのですが、訂正をすれば生き残る可能性があります。つまり、x+y というクレイムになっていますから、x さえ切り落とせば、クレイムは y だけが残ります。公知技術は x ですので、生き残ります。ベストを尽くせば、生き残る可能性があります。ですから、必ず無効にはなりません。必ず無効になる場合だけ、当然無効が使えるので、ケース 2 は当然無効の抗弁は使えない場面です。

ですから、ケース 2 の場合のイ号物件が x と y のときは、当然無効の抗弁は使えません。使えるとすると、公知技術の抗弁になります。つまり、ケース 2 のイ号物件が X の場合は、公知技術と等しいですので、ここは公知技術の抗弁が使えます。ですから、縦に見ますと、この青の部分は、イ号物と公知技術がまったく等しいので、公知技術の抗弁が使えます。

右側の方で、イ号物が y のときは、この縦の関係は、公知技術の抗弁は使えない事例です。ケース 2 のイ号物が、Y、ここに書いてある小さな 2)は、ケース 2 のクレイムが無効審判に掛けられるとしても、ここは結局侵害になります。つまり、クレイムが x プラス y、公知技術が x ということは、クレイムから x の部分を切り落とせば、生き残ることができるはずです。その結果、y が残っているので、2)の部分の、y と等しいので、ここは侵害ということになります。

ケース 3 の方も、この y の部分は侵害になります。ケース 3 は、クレイムと公知技術は等しくありません。x イコール y ではなく、等しくありませんので、ここは当然無効の抗弁は使えません。イ号物件は x ですので、公知技術の抗弁は使えます。ですから青くなっています。

さらに右側、y の 3)と書いてあるところは、クレイムとイ号物件が等しいので侵害です。公知技術の抗弁も当然無効の抗弁も使えませんので、ここは抗弁が両方とも使えないので、侵害ということになります。

小さく 1) 2) 3) 4)などと書いてありますが、この括弧は教科書の括弧に対応しています。253 ページと 254 ページにはまったく同じ例が書いてありますが、この括弧は教科書の注と対応しています。ですから、この括弧の注の中もきちんと読んで、復習をしていただきたいと思います。

本日のポイントはこれです。a の関係は、こちらが当然無効の抗弁、こちらが公知技術の抗弁です。使える場合は両方とも同じです。明々白々にこの a の関係、b の関係が認められるときです。

本日は、まず 78 ページの特許権の効力が及ばない物に関する抗弁です。これについて、説明することはわずかです。これは用尽理論という話です。非侵害消尽理論とも書きます。

これに関する最高裁判決がありまして、最高裁判決が「消尽」という言葉を使ったので、今では教科書や学説は消尽という言葉の方が多いのですが、私は現象の意味からすると用尽の方が正しいと思っていますので、用尽という言葉を使っています。どちらも指している内容は同じです。

これは、特許製品が転々譲渡される場合の話です。特許法の条文の建前です。68 条と 2 条 3 項がありまして、特許発明の実施を専有するということで、実施とは何かということが、2 条 3 項に書いてあります。生産、使用、譲渡云々と書いてありますので、条文上は、生産、使用、譲渡、特に譲渡がされるたびに、特許権侵害が起こっているということになります。

つまり、A、B、C、D という人がいるとします。A のところに特許製品があります。それを B に販売します。販売は譲渡ですので、条文そのままの要件がそこにあり、それぞれ特許権侵害に当たります。A が販売するので、A は侵害者です。B も、特許製品を販売したので、独立して侵害者です。C も同様です。D は最後に製品を受け取る人ですので、D のところはおそらく使用になるでしょう。D も事業者と考えて下さい。

これはそれぞれ、独立して侵害です。ただし、用尽理論というのはどのような話かというと、この最初の人 A が特許権者、あるいはライセンシーでもよいですが、正当権限者である場合は、以降の販売はすべて非侵害にしますというのが、用尽理論です。特許権者 A は、最初の製品の販売で、以降の流通関係の対価をすべて受け取ることができます。すべて対価に上乗せしておけばよいので、受け取ったといえます。つまり、特許権という排他権を用いて、1 回市場から対価を回収する機会があったということで、正当化されます。

あとは、個別に B、C、D、この人たち全員が、いちいち、次の人に売ってよいですか、と特許権者に許諾を求めることにすると、取引が非常に重くなってしまいます。B はまだよいかもしれませんが、C は、B がどこから買ってきたのかよく分かりませんから、いちいち B に尋ねて A に許諾を取らなければいけないとすると、流通がやや重くなりすぎてしまうので、これは非侵害にしています。用尽理論の大事なところは、ここではありません。最初の侵害者の場合がむしろ問題です。B 以降の行為はすべて同じです。

用尽理論は、むしろ逆の場合の方によく作用して、最初の侵害者――この人は当然特許権侵害ですが、要するに侵害製品がどんどん流れていく限りは、この人はすべて侵害になります。この人たちは全員、独立して特許権侵害を構成します。

ですから、真正品である以上は、転売はすべて非侵害です。ただし、侵害品だとすると、転売はすべて侵害になります。これが消尽理論の意味です。何しろ、侵害品ですと、特許権者というのは 1 回も対価を得る機会がありませんので、特許権者保護のためには、全員に対して権利を行使することができると考えられています。

ここは民法と違うところだと思います。動産だと、B や、特に C などは、善意だと善意取得が成り立つでしょう。以降はすべて非侵害になるではありませんか。

絶対履行制度の相対的構成といったものがありますが、善意取得や取得時効が成り立つときもあります。しかし、善意取得や取得時効といったものは、あくまで有体物の所有権の話です。所有権の話ということは、特許権については善意取得や取得時効は及ばないのです。ですら、どこまでいっても特許権侵害は特許権侵害のままです。

皆さんも、買うときにいちいち確かめていませんよね。皆さんの場合は D に当たる場合が多いですが、いちいち、これは特許権者から流れてきたものなのかなと確認しないでしょう。いちいち確認しなくてもよい、というのが、この用尽理論です。ということで、ここは以上です。 次に、自己の実施態様を理由とする抗弁と書いてあります。これは 2 つあります。最初は、①先使用の抗弁です。その次が②試験・研究のための実施と書いてあります。

最初の先使用の抗弁の話ですが、これは条文ですと 79 条に書いてあります。79 条はやや長めの条文ですが、特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する、という内容が書いてあります。

通常実施権というのは次々回で話をしますが、これは特許権侵害には当たらない、特許権侵害とは言われない、という意味です。通常実施権と書いてありますが、79 条は被疑侵害者抗弁だと考えられています。この先使用の抗弁、あるいは先使用権と言う人もいますが、これはすでに商標法のところで出てきました。同じような条文ですが、作り趣旨はだいぶ違います。

どのような場合に非侵害になるのかといいますと、教材ですと真ん中のやや下あたりです。ただし、のところです。結論から言えば、条文そのままです。特許権者の特許出願の際に、その発明をすでに実施している人は、そのまま継続的に実施ができるという意味です。

これは商標と同じですが、先使用の抗弁というのは基本的には継続使用権です。「権」は括弧付きですが、継続使用できます。ですから、特許権者に対する抗弁になるだけで、自分が誰かに排他権を行使することはできないのです。そのため、抗弁というふうに言っています。

どのような趣旨でこのような条文ができたのかというところを説明しますと、基本的には特許法の目的から来ています。特許法の目的は 1 条に書いてあります。発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与する、ということで、発明の保護、利用を手段として、目的が発明の奨励と産業の発達です。

特許を取るということは、だいたいこの発明の保護に当たります。他方、発明の利用とは、実際に特許発明に係る製品を作って売るということです。

特許権者側からしてみると、まず発明の保護を求め、それで特許を取ります。その後、利用します。ですから、特許を取って、それを製造販売して、排他権のある中でお金を稼ぐ、先行投資を回収するということです。発明をするために行った先行投資を回収するところが特許制度です、ということは何度も言っていますが、そのような意味で、特許権者がその特許製品を製造販売するということが、発明の利用です。

ですが、その発明の利用というのは、別に特許権者だけが行うのではないといいますか、特許権者しかできないわけではありません。別に特許を取らなくても、発明を実施することはできます。

特にライセンス制度がそうですが、特許権者が発明を実施してはいけないというわけではありませんが、特に大学等は、特許を取った場合自分で製品を製造販売することができませんので、ほかの人に製造販売してもらいます。

そのように、発明行為そのものは、産業の発達には寄与しません。発明者がラボ・実験室で発明ができたというだけでは、世の中に何の役にも立ちません。新しい技術を導入した製品を世の中に流通させると、世の中の皆さんが使えるようにするというところまでいかないと、発明の利用、産業の発達までいかないのです。実験室の中でどれだけ技術が進歩しても、我々の生活が豊かになるわけではありません。我々の

生活が豊かになるためには、その発明を利用した製品が手に入る必要があります。

そうだとすると、特許を取るのは確かに大事ですが、それだけでは特許法の趣旨の 50％程度しか達成されません。実際に特許製品を作って、売って、皆さんが利用していただくというところまでが特許法の目的です。ですので、特許を取るということが強調はされるのですが、発明を実施する、発明を利用するということが、同じぐらい大事です。ですから、もう 1 つの柱と書いてあるのです。

だとしますと、特許権者がどこかにいます。ライバル発明者もどこかにいます。仮に、そのライバル発明者が――ライバル会社でもいいですが、特許権者の出願よりも先に特許発明を実施していた、要するに、たまたま 2 人とも同じ発明にたどり着いた場合です。そのような場合で、片方が特許を出して、特許を取り、もう片方は、特許は要らない、とします。というのは、特許にはお金も掛かりますし、特許の要件がありますから取れるかどうか分からないからです。

片方のライバル会社を A としまして、A は、良いものができたけれども、進歩性がなさそうだから、特許を出願するのはやめておこうと考えているとします。しかし、物自体は良いから、新製品として売り出そうじゃないかということは、往々にしてあります。

その場合に、特許を出願した片方のライバル、仮に B としますが、時間的に A が前に実施を開始したという場合は、B の特許権の設定登録から排他権が発生しますが、A は特許が発生しても、継続して実施してよい、ということにしたのです。

もう 1 回言います。もちろん特許侵害になるかどうかという場面ですので、発明は同じものと考えてほしいのですが、B の出願よりも先に A が実施を開始していたときは、たとえ B の出願が特許になったとしても、A はこの後、継続して使用することができます。これが先使用権、先使用の抗弁です。79 条の抗弁です。

このシチュエーションですと、A も B も偉いのです。B は特許を取ったということで、発明の保護を図ったので偉い。しかし、A も B に負けないぐらい偉いのです。なぜなら、発明を実施したからです。B が特許を取っただけで、A のように発明を実施しないと、皆さんが買うのは、このままだと A が作った製品になります。だとすると、A の方が、皆さんの生活が豊かになることに貢献していることになります。

ですので、この場合は A の実施も継続して認めましょうというのが、先使用権の趣旨です。もちろん B も実施していいのです。A は 79 条の抗弁を持っているだけですので、B に対する請求権を持っていません。79 条の抗弁というのは継続利用権ですので、第三者を排斥する権利はありません。ですから、この場合は、A と B の 2 人が正当に実施できることになります。

これは、見方によっては A の保護になっています。A は B の出願よりも早く発明を実施していました。実施というのは特許法の二本柱の 1 つですから、発明の保護と利用の「利用」に該当するので、A も十分に特許法で保護する価値がある人なのです。ですから、このように A は B からの請求権に属さないということで、保護をしています。

教材には書いてありませんが、ここで、本当は B の特許は無効ではないのか、という疑問が生じると思います。というのは、B の出願よりも先に A が実施をしていたということは、公の実施であれば、本当は B には新規性がありません。ですから、このシチュエーションは、もともと B にとって無効なのではないか、という質問が必ず出てきます。

実は、この関係はどちらでもいいと言われています。仮に新規性がないとすれば B の特許は無効ですので、前回言ったように A は無効の抗弁ができ、結局 A の継続実施は可能です。

ただし、いろいろなケースがありますが、この実施というのが公でない可能性があります。公な実施まで

は至っていないという可能性があります。秘密状態が破られた状態が公だと新規性のところで話しましたが、例えば、A は B より確かに実施が早かったけれども、それ程差がなくて、まだ工場で製品も作りためている段階だった、作りおきをしている段階だったという場合は、まだ公になっていません。

だとすると、B の特許にはまだ新規性はあります。公ではなく新規性があるので、B の特許は無効ではないという状態はあり得ます。その場合は、この 79 条の抗弁が効いてきます。無効ではないとすると、先に実施していましたという抗弁しか出せないということになります。だから、公ではない場合が、特許が有効であって、かつ先使用の意味がある場合になります。

公になってしまっていて、B の出願が無効な場合でも、もちろん、A は先使用の条件は満たしていますので、無効の抗弁を主張するか、先使用の抗弁を主張するか、それは A の選択ということになります。これが先使用の抗弁の骨子です。

先使用の抗弁が認められる場合というのは、A が実施をしている場合と書いてあります。実施というのは、生産、使用、譲渡ですが、すなわち製造販売です。製造販売しているときは、継続使用権ですので、同じ製品を製造販売し続けるということが、この 79 条の本体の方で認められているということです。これはまず非侵害だということですが、79 条の条文を見ると、事業の準備でもよいというように書いてあります。そこで、どこまでいったら事業の準備に該当するのかというのが、争点になります。準備というのは微妙な表現です。

この、事業の準備というのは最高裁判決がありまして、これがウォーキングビーム炉（最判昭和 61.10.3 民集 40 巻 6 号 1068 頁［ウォーキングビーム炉］）という事件です。これは問題になった特許製品が結構決め手になっていて、どのようなものかといいますと、鉄鋼所で使われる大きなプラントです。皆さんは、何か社会科の授業やニュース等で、溶鉱炉という、鉄鉱石を溶かして鉄に変える大きな窯があって、そこから真っ赤に熱せられた、液体になった鉄がじゃーっと流されている絵を見たことがあると思いますが、ウォーキングビーム炉というのは、そのような鉄鋼炉に備え付けて、鉄を延ばして鍛えるようなプラントです。ですから、非常に大きい物です。巨大な物で、その辺のコンビニで売っているような物とはわけが違います。コンビニは極端だけれども、例えば自動車等とも違う種類の製品です。

どのようなことかというと、ウォーキングビーム炉というのは、工場で作って売りに出すという製品ではありません。このような物はエンジニアリング製品と言うのですが、普通は受注生産です。つまり、新日鉄や川崎製鉄といった会社から、新しく工場を造りたいと受注します。ウォーキングビーム炉は自社では造れませんので、専門の会社に任せる、だから、あなたのところでウォーキングビーム炉を作ってくれ、というような、受注生産なのです。年に 1 個売れるか売れないかというような物で、売れた場合は何十億円という物でしょうが、そのような製品です。

そのような事情を前提に考えてほしいのですが、最高裁は何と言ったかといいますと、「いまだ事業の実施の段階には至らないものの、即時実施の意図を有しており、かつ、その即時実施の意図が客観的に認識される態様、程度において表明されていることを意味する」、と書いてありますが、これを読んだだけでは分かりません。

どのように解釈するかというと、大型プラントの受注生産の事例と言いましたが、実は、この受注契約が結構進行していたといいますか、結構煮詰まっていた段階でした。つまり、実際にこのウォーキングビーム炉というのは、建築が始まるところまではいっていなかったのだけれども、見積書や設計図のようなものが交わされていました。設計図というのはやはり大事です。鉄鋼炉はこの会社に頼んでいない場合がありま

す。鉄鋼炉はＡに頼み、ウォーキングビーム炉はＢに頼んだという場合は、実際にできている鉄鋼炉や鉄鋼炉の設計図を見せて、この鉄鋼炉にはまるようにウォーキングビーム炉を作ってくれということがあり得ます。

この事例もそのような状況でした。それでお互いに会議をして、だいたいこのような感じでウォーキングビーム炉を建設したらよいですね、という段階までいったのですが、およそそこまでは準備があったところで、ライバルに出願されてしまいました。A の準備というのは、だいたいその辺までで、その後 B に出願されてしまったのです。

最終的に、この受注契約はうまくいかなかったようです。ですが、最高裁は、それぐらいまでいっていれば、事業の実施に当たるとしました。実は、これは設計図を引くということで、それだけでも結構お金が掛かったようです。ちょっと想像してみれば分かると思いますが、大きな鉄鋼炉が備え付けてある工場に行って、寸法を測って、自分の設計した、特徴のあるウォーキングビーム炉を備え付けるということになれば、何度も工場に行かないといけないでしょうし、専門のスタッフに設計図を引かせないといけません。最初から設計図が用意されているような製品ではないのです。お客さんの鉄鋼炉の仕様に合わせて設計図を引かなければいけませんので、結構専門的ですし、人もお金も費やされたということが言えそうです。

だとすると、既に相当の費用が掛かっているというのであれば、もう保護に値するでしょう。実施の準備といっても、もうここで契約さえまとまれば、ウォーキングビーム炉の建設に入るので、そこまでいっていれば、事業の実施と言っていいでしょうというのが、この判決です。

ですから、このウォーキングビーム炉の判決は、ウォーキングビーム炉だったということが大事です。そのような受注生産品であって、準備の段階で結構お金が必要で、契約も結構まとまっていたと。オーケーさえ出ればもう、次の日からは建ちませんが、それぐらいの勢いで建設が始められるというところまでいっていたのです。

ですから、これはもう事業の準備に該当するので、この人は、結果的にはこの相手方との契約はうまくいきませんでしたが、特許を出されてしまっても、別のお客さんに対してウォーキングビーム炉を納入することはできるのです。そのような判決です。ですから、この事件は、ウォーキングビーム炉だということが大事です。これが事業の準備です。

他に、発明においての事業の範囲という問題があります。79 条には、この継続的に実施ができる範囲というのが、全範囲とは書いていません。その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、ということが書いてあります。

ですから、ここで問題となるのは、先使用の抗弁が認められる範囲です。継続使用権ですので、この実際に A が既に製造販売していたのと同じものを継続的に製造販売していく分には問題ありません。問題は、ここで作っていたものを、マイナーチェンジができるかということです。

車等もそうですが、お客さんに飽きられないように少しずつ仕様を変えることがあります。あるいは、売れ行きが思わしくなくて、少し製品を改良する可能性もあります。そのときに改良できるのかということが、ここでの問題になります。

実際には、この発明及び事業の範囲、要するに実施形式が変更できる範囲の問題です。A が実施形式を変更できる範囲というのは学説でも結構争いがありますし、実務でも悩むところです。

ですから、あまり詳しいことは言えません。私は、一応裁判例をあさって、論文を書いたつもりですが、非常に難しい問題です。しかし、あらゆる変更を認めない、絶対変更してはいけないということではありま

せん。それは、今言いましたが、このシチュエーションでは、特許法の下では、AもBも、両方とも保護する必要があります。A は、特許法の目的の 1 つである実施をしている。B も特許出願をしているということで、2 人とも保護してあげる必要があります。

B は特許を持っているから、発明の範囲では好きに実施できます。しかし、A はこの日、実施していた物と同じ物を永遠に作り続けなければいけないのか、少しでも変えたら特許権侵害と言われてしまうとすれば、やはり A と B は対等な立場とは言えません。B は、マイナーチェンジ、改良オーケー、A は一切だめ、というのでは、最初はいいかもしれませんが、A の方が、B と競争する上では不利だということは明らかなように思えます。

ですから、ある程度は認める必要があります。やはり A が B と競争ができる程度に変更を認めてあげないと、先使用権の意味がありません。同じ物を永遠に作り続けることなんて、実際のメーカーの活動にはあり得ないのだから、79 条は使えない、ということになったらやはり困ります。そのようになると、やはり A は弱い、先使用は弱いというので、やはり何でもかんでも出願しなければいけないということになってしまいます。それで、先願の争いになることになってしまいます。

A としては、これは特許を取れないだろうと思って、実施をするだけにとどめておいたのだけれども、79 条の抗弁というのは、あまりに弱くて使えないとします。すると、やはり実施するよりも先に特許を出さなければだめなのだということになって、やはり実施が進まなくなります。ですから、限度の問題ですが、ある程度の変更は認める必要があります。

ウォーキングビーム炉の方では、一応、変更も考慮に入れています。これも、ウォーキングビーム炉だということが結構影響しています。先ほど言ったように、これは受注生産で、お客さんの鉄鋼炉に合うような設計をしなければいけません。そうすると、物が一品一品違います。みんな同じ鉄鋼炉を持っているわけではありません。鉄鋼炉のサイズや仕様が全く違うこともあるし、工場の敷地の面積や、あるいはお客さんの持っているお金によって、どれぐらいのウォーキングビーム炉を造れるかというのはまちまちですので、マスプロジェクトではありません。ですら、一品一品すべて違います。それで変更を認めないと、特にウォーキングビーム炉のような事例では、79 条は事実上形骸化といいますか、骨抜きになってしまいます。

最高裁の方では何と言っているかというと、特許出願前に見積もり設計をしていた A 製品と――この A 製品というのは、契約がうまくいかなくて結局実施されなかったものですが、これと、侵害の正否が問題となっている、別のお客さんに造ったイ号製品の同一性が問題になっているということですが、いずれも本件特許発明の技術的範囲に属するものです。技術的範囲に属するということは、79 条の議論をする必要があるということですが、その基本的構造を同じくするものであるが、ウォーキングビームを駆動する偏心機の取り付け構造など 4 点において異なっていたという事件です。4 カ所違っていたようですが、実施または準備をしていた発明の範囲内で実施形式の変更をすることができるというように述べました。

範囲については触れていませんが、実際にはこのウォーキングビーム炉の事件は、特許発明が結構狭かったのです。特許権者の方も、実際に造ったウォーキングビーム炉の図面を、そのまま特許のクレイムに組み替えたというような、結構狭いクレイムだったので、結局このイ号製品は先使用権が認められて、非侵害になった事件です。

最高裁も、一切変更は許さないというわけではなくて、ある程度は変更を認めています。変更を認めなければいけない理由は、今言ったように、全く同じ製品を永遠に作り続けるということは普通のメーカーの活動ではあり得ませんので、A に多少の変更を認めなければ、先使用権が形骸化するというところに理由

が求められます。

このような感じで、先使用の発明はだいたい以上です。先使用のところでは、先使用権の趣旨と事業の準備のところをきちんと理解してほしいと思います。教材には書いていませんが、新規性との関係を整理しておいてください。このようなシチュエーションだとすると、B の出願は新規性がない場合もあるし、ある場合もあります。どちらもあるということです。そのときの条件は公ではありませんので、これは新規性の議論になります。この関係を整理しておいてほしいと思います。

この問題は去年の新司法試験に出題されました。もっと難しくしているのですが、このようなシチュエーションにしておいて、先ほど言ったように、先週説明した無効の抗弁と先使用の抗弁と、新規性を議論させるという問題が出たことがあります。

つぎに、②試験・研究のための実施という話をしたいと思います。これは先使用の抗弁とは全く別の話ですので頭を切り替えていただきたいです。

試験・研究の実施というのは 69 条に書いてあります。69 条はタイトルに特許権の効力が及ばない範囲と書いてあります。69 条というのは非侵害になるものの固まりです。

この中で一番使えるのが 1 項です。特許権の効力は、試験又は研究のためにする特許発明の実施には及ばないというものです。これは、業としての実施でも効力は及ばないという意味を含んでいます。

ですから、例えば A と B がいて、2 人がライバルだとします。A が特許を出願したというときに、B としては、本当に A の特許はいいのかどうか、本当に A の特許が製品になったら、これは強力なライバル製品なのかどうかというのが、最初に気になることです。

だとすると、特許というのは書類しか書かれていませんので、実際どんな製品かよく分かりません。ですから、まず作ってみる、まねをしてみるということになります。B はまず A の特許をやってみる、A の特許を作ってみる。それで、どのような性能があるのかというのを評価します。自分の事業のライバル製品になるのかどうかを確かめる必要があります。そのようなときは業としての実施になのですが、その場合の B さんの行為は試験・研究に当たると言われています。当たるということは非侵害だということです。

試験・研究はどうして非侵害にしているのかといいますと、教材に、積極的理由と消極的理由と書いてあります。積極的理由は特許発明の技術的内容を確認する行為を禁止してしまうと、発明を奨励し、これを公開、利用させることで技術の進歩を促そうとする特許法の趣旨に反するということです。

消極的理由は、試験・研究そのものは、特許権者の排他的な利用としては市場の外で行われる行為であり、特許権の効力外としても、特許権者の仕様を利用する機会を直接奪われるわけではないということです。

積極的理由の方は、分かりやすいと思います。技術の公開、利用ですので、これは本当に使えるものなのか、使った場合、どのような効果があるのかというのは、やはり第三者は試してみる必要がありそうです。特許権者としては、これはうまくいくよ、よい製品だよと言うのは当たり前ですが、本当にそうなのかというのは、やはり確かめてみる必要があります。その確かめるという行為は、発明の公開、利用、科学技術の進歩という特許の目的にかなう行為です。

消極的理由の方がやや分かりにくくなっていますが、これは、試験それ自体は市場の外で行われる行為だということを言っています。つまり、先ほど私が言った例ですと、取りあえずライバルの特許をテストしてみるのですが、テストした結果、物を誰かに売るということは認められていません。試験・研究の外だと言われています。逆に言うと、そこまで認めると、特許権者がこれから新しい製品を作って売って、先行投

資を回収しようというところで市場が奪われてしまって、先行投資の回収がうまくいかなくなる可能性があります。そこまでは認めないけれども、そこまでいかない行為であれば、非侵害にしても構わないだろうということです。

今言ったように、ライバルの製品を試験すること自体は、別に特許権者が予定していた市場から需要を奪っていません。試験を1回したからといって、特許権者の製品が1個売れなくなるわけではありません。ですので、そのような範囲であれば、非侵害にしてもいいだろうと言っています。それが消極的理由の意味です。

では、試験・研究というのは、条文には試験・研究としか書いていないけれども、具体的にはどのような行為か、どれぐらいであれば認められるのかをもう少し具体的にしたいと思います。それについては染野啓子先生が『AIPPI』という雑誌に論文を書いていまして、そこでは a、b、c と 3 つ程指摘されています。今ではこの 3 つの類型を目的にする場合は試験・研究に該当して、非侵害でいいだろうと言われています。

1 つ目は、特許発明の技術的効果を確認するための調査です。先ほど私が例に出したようなことです。ライバルとしては、本当によいものであれば、特許は先に出されてしまったので、その分野で競争をあきらめるか、あるいはそのライセンスをもらいに行くということがあります。よいものであれば、自分でも作ってみたい、とします。

断られるかもしれないけれども、ライセンスの交渉に値するかどうかをやはりチェックする必要があります。自分で何も試験しないでライセンス工場に行って、作っていいよと言われて作ったけれども、全く売れなかった、全く性能がよくないという物をライセンスでつかまされたのではたまりません。ですから自分でもチェックする必要があります。

b は、特許対象になっている技術が本当に特許を取るに値するのか否か、新規性や進歩性の要件を確認するために行われる調査ということで、これも一応ライバルを想定しているのですが、明細書では、これはうまくいく、このような効果が出て、これがよいのだ、というふうに書いてあるけれども、書類しかありませんので本当かどうか分かりません。本当にそのような効果が出ないものであれば、それは進歩性を満たしませんので特許を与えられるべきではないということになります。

だとすると、ライバルの方としては無効審判を提起しようとします。つぶしに行きます。ですから、ライバルがつぶしに行く場合にも、やはり試験・研究ができないとなりません。本当にこれが無効なのかどうか分からないといけません。特許庁の方では実験できませんから、これも試験・研究として認める必要があるだろうと言われています。

最後は c、特許発明を迂回し、特許権を侵害しないように技術を探索する行為や、発明の改良を遂げ、より優れた技術を開発するために行われる調査です。このような調査、特に、発明の改良、より優れた技術を開発するために行われる調査というのを、リバース・エンジニアリングと言います。

やはりライバルの製品、あるいは特許を分析して、その後の自分たちの研究に利用するというのは、基本的に特許法の目的からするとどんどん行ってほしい行為です。特許法の目的は、発明を公開させて科学技術を進歩させて、産業の発達に寄与するということですので、やはりライバルの発明というのは重要です。ライバルがどのような発明を作り出したのか。我々はそれを超える製品を作らなければいけない。このように切磋琢磨していくおかげで技術が伸びていきます。リバース・エンジニアリング、相手の製品をどんなものなのかの調査により、実際にどのような性能を発揮するのか、自分たちで試してみるということは、非常に大事なことです。

前にもお話したかもしれませんが、私はエンジンオイルの研究をしていました。ライバルではなかったのですが、新しいエンジンオイルが出ると、会社のお金ですべて買ってきて、買ってきたものをすべて、何が入っているか分析しろと言われます。新製品が出ると、必ず分析をします。

分析すれば、だいたい中に何が入っているかというのが分かるのですが、あの会社は新しいこのような添加剤を入れて性能をよくしたのだということが分かったら、それを超えるような発明をしていかなければいけません。そのような調査をリバース・エンジニアリングと言うのですが、技術を伸ばしていくためには非常に大事です。そのようなことは認める必要があるといえます。

特許発明を迂回する、技術を開発する行為というのもそれに似ています。侵害しないようにするためには、まず侵害になってしまうようなものを作っておく必要があります。そのレファレンスとして、比較の対象として作っておく必要があるのです。

今説明したような行為は、特許法の目的である発明の利用、産業の発達という面からすると、むしろどんどん行ってほしい行為です。ですから、これは非侵害にする必要があると言われています。

除草剤事件の裁判例（東京地判昭和 62.7.10 無体集 19 巻 2 号 231 頁［除草剤］）のように、中にはお役所に申請をしなければいけない製品というのがあります。農薬や薬がそうです。そのようなところに試験データを提出する場合に、試験・研究をしてよいのかということが問題になります。

この除草剤の事件は地方裁判所の判決ですが、農薬審査に必要な適正試験を公的機関に委託した行為が 69 条にいうこの試験・研究のための実施か、争いになったということです。判旨は、農薬の販売に必要な農薬登録を得るための試験は技術の進歩を目的とするものではなく、試験・研究には当たりませんので侵害であるとしました。

除草剤のような製品を売りたい場合は、安全性試験というのが必要です。草は殺すけれども、人間にも害を及ぼすというのでは困るので、人間には相対的に害がない、草や虫だけ殺す薬です、ということをお役所に届出をして、許可をもらわなければ売れません。そのための試験は侵害だと言われてしまいました。

これは技術の進歩を目的とするものではなくて、農薬を販売するために必要なのです。別に農薬を研究するためには必要ありません。販売するために必要な試験で、69 条に当たりませんので、侵害だと言われたのです。こういったように、特に販売目的の試験はたいてい侵害と言われてしまいます。侵害といいますか、69 条に含まれないと言われます。

ですから、試験販売などというのはだめだと言われます。ライバルが、特許権者の製品が売れるかどうかを試験し、売れるのであればライセンスをもらいに行こうということなのでしょうが、そのような試験販売はだめだと言われています。特許権者が投資を回収しようとした市場が奪われるということです。

また、2 番目によくごまかされるのが、試験管の発明の場合です。発明それ自体が試験・研究に用いられるもの、試験管や分析機器、大きな分析の機械、そのようなものを使うのはどうなのかという問題です。試験管というのは必ず試験・研究に使われるものです。分析機械もその通りですね。

試験管を使っていたら、すべて試験だからそれは非侵害だろうと言えるかというと、そうではありません。試験に使う器具や分析機器の使用がすべて非侵害になってしまいますから、さすがにそんなことはありません。

ここで問題になっているのは、試験管の試験です。試験管を使うことではありません。分析機器自体の試験です。この分析機器は、作ってみたけどちゃんと動くかなというような試験であって、試験の目的で使

われる物を使っているのは、試験・研究ではないのです。ややこしいですが、冷静に考えてみれば分かります。

試験管は試験に使われますが、では、試験管はすべて 69 条に該当するのかというと、全くそのようなことはなくて、例えば、この試験管はこのように作ったけど割れないだろうか、酸やアルカリを入れても溶けないだろうか、といった試験が、試験管自体の試験です。そこを混同しないようにしてください。「ただし」以下にやや難しいことが書いてありますが、ここは時間の関係で省略したいと思います。

ということで、たいてい、このような販売目的等の試験・研究は 69 条に該当しないというのが普通の解釈といいますか、従来の解釈だったのです。この後、少し間を置いて、また逆の話をするので、混同してほしくないのですが、ここではそのような説明にしておきます。以上が、試験・研究の例外の話です。

残りの時間で、本日の 4 つ目を説明しましょう。存続期間です。今までにもお話していると思いますが、特許権というのは存続期間が決められています。出願後 20 年たてば非侵害です。特許発明を利用しても非侵害です。ですから、争いになることはあまりありませんが、普通は被疑侵害者側が、あなたは特許権を行使しているけれども、出願後 20 年経過しているので、もう消滅しているのではありませんか、という言い方をします。

このように、知的財産法の中の創作法というのは、すべて存続期間が決まっています。標識法というのは無限、永遠の方が多いですが、創作法は存続期間が決まっているのです。これは、ある程度投資回収がなされた後は、もうパブリックドメインにして技術を開放した方が、産業の発達という特許法の目的にかなうと考えているからですね。それが、発明についてはだいたい 20 年ぐらいあれば、特許権者は先行投資をだいたい回収できるはずだと考えられています。

逆に、出願後 20 年その技術を使えないということは、例えば出願してから 19 年ぐらいたつと、20 年前に開発された陳腐化した技術が、まだ使えないということになります。技術が常識になっているのにまだ使えないという状態が起こってしまいます。

実は、技術というのは、陳腐な技術が使えないという方が困ります。最先端の技術は、使えなくても、その最先端の製品を買う人はさほど多くありません。だんだん増えてくるのでしょうが、最初は多くないです。陳腐な技術が使えないという方が、むしろ困りますから、20 年ぐらいたったら投資回収はもう十分したでしょう、あとは技術を開放した方が競争も促進されるので、利用も促進されるでしょう、ということで、一応、20 年というのを区切ったのです。67 条に書いてありますが、一律 20 年です。後でお話します薬の例外を除いては、どんな発明でも 20 年で終わりです。

本当は、高度な技術は多少存続期間を長めにして、投資回収の時間を長く与えるべきだともいえます。簡単な発明は投資も大したことはないでしょうから、投資回収の期間は短くてよいはずだということにもなります。本当は短くてもよいのですが、やはりそれを判断するのはなかなか難しいということで、一律にしてしまっています。

この発明は 18 年でよろしい、これは 3 年でよろしい、などという判断は難しいです。それで、一応 20 年と区切ったのですが、何もしていないわけではなくて、簡単な発明はなるべく早く特許を捨てるように、多少工夫もしています。

条文では 107 条ですが、特許料と書いてあります。特許料というだけではあまりよく分かりませんが、通称の方がよく分かります。107 条は、維持年金と言われています。

実は、特許は維持していくのにお金が必要です。特許を取りさえすれば、もうお金が要らないというわ

けではなくて、特許権を維持していくためには、お金を特許庁に払わなければいけません。

1 年目の最初は 1 件 2,600 円でいいのですが、これはだんだん高くなっていきます。10 年過ぎると、1 年間に 8 万 2,200 円払います。

だんだん高くしていくことで、使っていない特許や、特許権者にとってもう価値がなくなった、もう投資回収も十分済んだということであれば、特許権者の方で自主的に特許を捨てさせたいのです。維持年金を払わないと、特許は放棄したものと見なされるので、なくなってしまいます。

ですから、この維持年金をだんだん高くしていくのは、10 年目で 1 件 8 万 2,000 円というようにお金を掛けておけば、要らない特許権は自主的に特許権者が捨てるだろうというふうに仕向けているのです。

今では、10 年目から 25 年目までは、すべて一律で 8 万 2,200 円になっていましたが、昔は維持年金がもっと高かったのです。ですから、その機能が際立っていたのですが、今ではすべて低いところに金額を合わせてしまったので、自主的に特許権者に捨てさせるという機能が少し薄くなってしまいましたが、一応そのような機能は認められています。

維持年金は特許庁の貴重な運営資金になっていますが、1 件 8 万 2,000 円であれば、会社の方としても大したお金ではありません。ですが、会社は特許を何十万件も持っています。1,000 件だと 8,000 万円ですから、やはり会社としても、8,000 万円というお金はばかにできませんので、では、ある程度使っていない特許権は捨てようかということになります。維持年金にはそのような機能があります。

ほかの法律を見ますと、実用新案というのは出願後 10 年でおしまいです。結構短いです。これでも長くなったのですが、実用新案というのは、公案と言っていますが、簡単な発明のようなものですので、要するにあまりレベルが高いものではないのです。ですから、投資も大したことはないでしょう、であれば、特許の半分の期間で投資も回収できますよね、ということで 10 年にしています。年金も安いです。

意匠というのは製品のデザインに関する権利ですが、これは法律の改正があって、今は登録後 20 年になっています。ですので、これは実質的に特許より長いです。特許というのは、この図を使って説明しますが、出願からカウントスタートです。登録からではありません。ですから、実際に出願してその日に登録されることはありませんので、丸々20 年間排他権があるわけではないのです。排他権は登録されてからですので、出願から登録の期間が、例えば 5 年がおそらく平均だと思いますが、5 年かかれば、残りは 15 年です。

ですから、実際には、その排他権が享受できるのは、20 年マイナス登録までの期間です。他方、意匠というのは登録からカウントスタートです。ですから、実質的には特許より長いです。これは、特許発明に比較して、デザインというのは積み重ねの要素が少ないので、技術の弊害になることはないだろうということからきています。

81 ページ、著作権ですが、著作権は結構長いです。著作者が死んでから 50 年が原則です。職務著作等は公表後 50 年ですが、普通の著作物は、著作者の余命プラス 50 年です。ですから、著作者が 30 年生きたら、30 年プラス 50 年で 80 年です。特許に比べて非常に長いです。今は、長すぎるというのが問題になっているくらいです。

さすがに特許よりは長くてよいだろうということは言われています。その理由は、特許法は技術の世界ですが、著作権は文化の世界を規律しているということで、特許発明に比較して、やはり積み重ねの要素が少ないからです。

進歩性のところでお話ししたと思いますが、今ここが出発点だと考えた場合に、発明というのは、伸びて

いく方向が限定されます。携帯電話が 20 年かかって黒電話に戻っているなどということはあり得ません。技術は便利になる方向にしか進みません。

ですので、仮に特許権が基本的なところにあると、もうライバルがこの特許権をかわす余地がないのです。だとすると、独占の弊害が大きいというふうに言います。独占にはよいこともありますが、これは独占してしまう程度が強すぎるので、特許法というのはこの辺にバリアを作るものだと言いました。

著作権法はそうではなくて、あらゆる方向に表現が工夫されているという性質があるので、この辺に著作権があっても、残りがこれだけあるのでフリーの範囲が広くなります。ですから、権利があっても、回避できる範囲が相対的に大きいということです。ですから、特許よりも著作権の方が長くても弊害になる度合いは低いので、特許よりは長くてもいいだろうと言われています。ここは去年試験に出したところですので、さすがに今年は出ないと思いますが、存続期間というのはそのように説明がされます。

特許の存続期間の話で説明をしなくてはいけないのは、存続期間には延長制度という特例があります。これは 67 条 2 項に書いてありますが、医薬、農薬については、特例として延長することができます。最大で 5 年間延長することができます。医薬、農薬に限ります。ほかの発明は、どんなに優れた発明であっても、延長登録をすることはできません。

これは、先ほども少し言いましたが、許可制度が影響しています。医薬、農薬というのは安全性を確認しなければいけませんので、厚生労働省に届出をして安全であるということを証明しないといけません。そのためには、試験をして、そのデータを厚生労働省に届出をしなければいけません。そこで、確かに安全だという場合には、初めて許可申請が下ります。そこから初めて薬を作ったり売ったりすることができます。

薬については、発明ができたと出願をします。登録を受け、ここから排他権が発生しますので、ここから薬を売ってもうけて、発明するまでに掛かった投資を回収しようということになります。

今、薬品メーカーでは、1 個の薬を作るのに 100 億円、1,000 億円と掛かるようですので、薬品メーカーにとっては特許というのは非常に重要です。競争になったら、絶対に投資が回収できないということが分かっていますので、非常に重要です。

ここから 20 年で特許は終わりですと言いましたが、ここで審査に 10 年掛かったということにしますと、残り 10 年で薬をばんばん売って、投資を回収しようと作戦を立てます。

ところが、厚生労働省の許認可というのはやはり時間がかかります。あるいは、安全性試験をするためにも時間がかかります。だとすると、特許取得後に、薬事法で認可が下りましたということになると、この期間は、特許は持っているけれども、製品は売れないという状態です。特許は持っている、製造設備も準備できた、けれども厚生労働省から許可が下りませんので、薬を売ることができないという状態になります。

認可が下りたのが仮に登録から 2 年後だとしますと、特許の時間は本来 10 年あったはずなのに、ほかの法律との関係で、2 年間製品を販売できなかったということが起こります。薬の場合は、必ず厚生労働省の認可を得なければいけませんので、必ずこのようなプロセスが入ります。

そこで今言ったように、薬というのは非常に今開発にお金が掛かる状態ですので、ここが蝕まれてしまうのは、特許権者が十分に投資を回収する機会がなくなってしまうので、ここの 2 年間と同じ期間だけ延ばします、というのが 67 条 2 項です。大事なのは、この期間は同じだということです。最大 5 年ですが、同じ期間だけ延ばすということがポイントです。

ですから、薬であれば最大 5 年まで自由に延長できるというわけではないのです。認可の問題で、発明が実施できなかった期間を延長できるというだけの規定です。ですから、この期間が 1 日であれば、延長

できるのは 1 日になります。

薬品メーカーは非常に特許を大事にしていますので、実は 1 日でも延長します。1 日というのは見たことがありませんが、30 日や 57 日といった期間だけでも延ばします。これが、医薬、農薬に関する延長登録制度です。ほかの法律の影響で、投資回収の期間が実質目減りするのを補填するという制度です。

この平成 11 年前後で非常に問題になっていたのが、ここで使う試験の話と 69 条の試験・研究の話です。どのような話かというと、特許権者は延長登録制度があって、試験プラス厚生労働省の認可が 6 年程あると言われています。

特許権者はこれで補填されるということですが、問題は、ジェネリック医薬品です。ジェネリック医薬品というのは、要するに、セカンド・ランナーのことです。

このジェネリック医薬品は、どのような試験をしなければいけないかというと、大抵、試験は同等性試験です。これは薬事法の決まりですが、ファースト・ランナーは初めてその薬を作り出す人ですので、試験を慎重にやらなければいけません。臨床試験によって、薬を投与して人体に影響がないかどうか、人体実験をしなければいけないのです。試験には非常に長い時間がかかります。お金も掛かります。6 年はかかります。ところが、ジェネリック医薬品というのはセカンド・ランナーですので、厚生労働省では、ファースト・ランナーと薬の内容が同じですということを証明すればよいことになっています。

これは結構合理的で、例えばファースト・ランナーが 6 年間試験して、この薬が安全だということがわかったとします。であれば、セカンド・ランナーについては同じ試験をさせる必要はないでしょう。安全だと分かったものと同じだということを証明すれば、これも安全だということになります。3 人も 5 人も同じ臨床実験をする必要はありませんので、極めて合理的な制度だと思います。

これがおよそ 6 カ月で終わってしまうと言います。お金もさほど掛かりません。人体実験をして安全かどうかを調べる試験と、あの薬と同じかどうかを調べる試験では、やはり後者の同等性試験の方が楽でお金も掛からないし、期間が短いということは明らかだと思います。

このセカンド・ランナーたちは、ファースト・ランナーに比べて先行投資が非常に少なくて済みます。ですから、ファースト・ランナーたちにとってみれば、非常に目障りといいますか、いまいましい存在です。

特許というのは 20 年過ぎ、延長したらもう終わりですが、では、同等性試験をファースト・ランナーの特許が切れる前にすることが許されるでしょうか。これは試験・研究だから 69 条で非侵害ではないか、というのがジェネリック医薬品側の言い分です。

80 ページに書いてある除草剤事件を見ますと、認可申請のための試験・研究というのは、技術の進歩を目的とするものでありませんので、69 条には当たらないと書いてあります。ですので、その流れでこれを解釈したら、これもやはり侵害だといえます。

つまり、ジェネリック医薬品側は、ファースト・ランナーの存続期間が切れてからこの同等性試験をやれということになりそうですが、最高裁（最判平成 11.4.16 民集 53 巻 4 号 627 頁［フォイバン錠］）は、そうではないと言いました。つまりジェネリック医薬品側は、存続期間経過直後から製造販売を行いたい、1 日後から売りたいのですが、ただ、これは薬ですので、売るためには同等性試験が必要です。ですから、特許権が切れてからすぐに売りたい場合は、特許権が残っている間にこの同等性試験を済ませておかなければいけません。

これについて、最高裁はジェネリック医薬品側に有利な判決を出しました。存続期間経過後に販売をする場合には、存続期間内に行う試験は 69 条に該当するから非侵害ですと言ったのが、フォイバン錠事

件です。

薬というのは、売る前には必ず、特にジェネリックの方はこの同等性試験をしなければいけません。存続期間が切れた次の日から売るためには、まだファースト・ランナーの特許が生きているうちから試験をしなければいけません。それが 69 条に当たればできます。試験ができて、特許が切れたらすぐ売ることができます。

最高裁は、期間が切れてから売ることを目的とする試験、存続期間が切れてから販売を開始するために必要な試験に限って非侵害だとしました。

ですから、これは除草剤事件と違うことを言っています。最高裁ですから、おそらく今後はこちらの方を優先することになるのでしょうが、ここは違うことを言っています。

基本的には、この教材、あるいは田村先生の教科書では、これについては反対しています。間違えてほしくないのは、これは次の日から製造販売するための試験です。ですから、簡単に言うと、作りだめを許す判決ではありません。つまり、切れてから販売するために必要な試験で 69 条で非侵害だと言っているだけですので、例えば、次の日から販売をしたいからといって、存続期間が残っている間に作りだめをしておくということが許されるわけではありません。許されるのは、存続期間が切れてから販売するための試験だけです。

ここが問題なのですが、特許法の構造としては、製造と販売は別に区別はしておらず、1 つにまとめて実施と言っています。それで存続期間内の実施は、原則特許権侵害という条文の構造になっています。ですから、除草剤の事件からすれば、この同等性試験は技術の進歩のための試験ではありませんので、69 条の趣旨に反している試験だと言うことができそうです。

ですから、確かに、薬は特許の存続期間が切れてからすぐ売るためには必ず試験が必要だという点で特殊だけれども、それだけ例外を認める必要はないはずだというのが、教材に書いてあることです。

この試験・研究が認められているのは、あくまで存続期間が切れてから製造販売をするための試験という理由付きです。何でもかんでもこの同等性試験が許されるというわけではありません。存続期間が終了してから製造販売するための試験だという、ひも付きで許されているだけの行為ですので、これは 69 条の趣旨を 79 ページのように理解していくと、非常に合わない判決です。社会的な影響も大きかったのですが、教材あるいは教科書では、結論としては反対をしています。

とはいえ、最高裁ですので、当面はこれで流れていくと思いますが、大事なのは 81 ページの一番下に書いてある最判の射程です。この製造販売承認のための試験に限るので、例えば存続期間が切れる前に工場でじゃんじゃん作っておいて、存続期間が切れる夜中の 12 時をすぎたら一斉にトラックが走り出して、薬局にその薬を納めるということまでを許しているわけではありません。それは製造だということで、損害賠償の対象になります。

教材や教科書には書いていませんが、背景にはこのジェネリック医薬品の問題が控えています。今、非常に医療保険が苦しくなっていて、薬が高いです。ですから、政府としては、やはり保険を賄っていますので、ジェネリック医薬品の使用の割合を増やしてほしいのです。ですから、そのようなことがこの判決に影響したのではないかというのも、あながち無視はできないような気がします。フォイバン錠事件のところは、もう 1 回教科書を読み直してください。教科書ははっきりとは書いていませんが、結論に反対しています。

本日はまず、82 ページの最初に書いてある無効審判ですが、もう何度も名前自体はお話しています。特許庁の審査には、相当数のミスがあります。そのように、過誤登録で与えられた特許を事後的に無効にする制度が無効審判です。2005 年のデータによると、1 年間で 340 件ほど提起されています。審議の期間は約 10 カ月だそうです。

審決というのは審判における結論で、裁判の判決と同じ位置付けですが、2005 年の審決のうち、無効審決が 224 件、維持審決と言う、無効でないとする審決は 127 件でした。無効審判が提起されると、3 分の 2 は無効になっているようです。これは、3 分の 2 も審査ミスがあるということではなくて、有効性に疑いがある特許だけ無効審判をされるので、無効審決の方が多いというのは仕方がありません。無作為抽出して無効審判を行っているわけではないので、無効審決の方が多くなります。

無効審判の当事者適格については後で話しますが、特許庁が自動的に行うのではありません。ここも処分形式が機能していまして、審判請求があってから、初めて無効審判がスタートします。ですから特許庁が自主的に改めるということはないです。誰かが無効審判をしてくださいと言わないと始まらないものです。

無効審判の性質は特許を無効にするというものですが、2 回前の講義で、75 ページの当然無効の抗弁や、公知事実の抗弁と言って、現在では特許権侵害訴訟の中で無効の主張ができるようになったと話したと思います。それとの違いは、無効審判には対世効があるということです。教材ですと、上から 3 行目です。無効審決に確定すると、特許権は遡及的に消滅すると書いてあります。125 条ですが、始めから特許がなかったものと見なされるということが書いてあります。ですから、対世的に特許権が無効になります。

他方、75 ページの無効の抗弁や、現在の 104 条の 3 の抗弁は、民事訴訟の中で提起される抗弁にすぎませんので、対世効がありません。しかも、普通は特許権侵害という請求を棄却するという結論に対する判決理由中の判断にすぎませんので、判決効もないのです。そのような性質しかありません。ですからその場限りです。

他方、無効審判は対世的に無効になりますから、無効になった以上、特許権者は侵害訴訟を起こすことができないことになります。無効の抗弁の場合は、判決理由中の判断にすぎませんので、無効だと言われた特許権に基づいて、他の侵害者に対してもう一度権利を行使することは、理論上は可能です。そこが違うところです。ですから、実際の争いでは、被告は無効の主張もしますが、無効の主張をするのと並行して無効審判を提起することの方が多いようです。

ですから、もっと言えば、無効の抗弁が認められて、被疑侵害者側が裁判に勝ったとしても、無効審判を継続して行うということには意味があります。イ号物だ、と特許権者に文句を付けられた製品とは違う製品を、これから販売するかもしれないからです。そのときに侵害の客体が違えば、判決効は及びませんので、もう一度特許権者から侵害訴訟を起こされる可能性がないとは言えません。であれば、無効審判でつぶしておこうということは、合理的な行動です。そのようなことはよくあります。

無効審判は、審判官という審査官のベテランの人たちが 3 人ないし 5 人の合議体でやると決められています。昔は、手続きは書面が多かったのですが、現在では書面と口頭弁論とをミックスして行うことも多くなってきたと言われています。

無効審決が出ますと、特許は無効です。他方、無効ではないとすると、正式には無効審判請求不成立審決と言うのですが、特許維持審決が出ます。不服のある人は、審決取消訴訟というものを提起することになります。

審決取消訴訟については、教材 90 ページのフローチャートの右下の方です。右下の黄色い四角、審決取消訴訟提起 278 と書いてあります。ここから下が裁判手続きになります。ここから上は特許庁内の手続きです。

知財高裁のホームページにも書いてあると思います。審決に不服がある人は、現在では東京高裁の特別部である知的財産高等裁判所に専属管轄になっております。ですから、高裁は一緒なのです。高裁に不服があれば上告なので、2 審級で終わりです。審決取消訴訟という制度によって、行政処分が最終処分にならないように、司法のチェックを入れているのです。

審決取消訴訟については、83 ページでもう一度お話をします。無効審判について、無効だという理由は 123 条に書いてありますが、この無効理由というのは、今まで講義でお話をした拒絶の理由とほぼ同じです。微妙に違うところもありますが、皆さんの気にするところではありません。拒絶理由とほぼ同じだとお考えください。ですから、新規性、進歩性その他がないということが理由になります。これは審査のミスを正すという性格から、当然だということになります。

無効審判の被請求人についてですが、無効審判が請求される人ですから、これは当然特許権者になります。特許庁ではありません。ですから、無効審判の場合は、普通は競業者が無効審判を申し立てて、相手方は特許権者ということになります。特許庁でいわば裁判所のような話をします。

このような審判は、当事者対立構造を取っているので、当事者系の審判と言います。拒絶査定不服審判については、査定系の審判と言われます。拒絶査定不服審判というのは、特許庁の最初の審査に不服がある場合に提起される審判ですので、これは出願人対特許庁という構造になります。このような構造を査定系と言いますので、この場合は対審構造ではない、いわば被告と裁判所が一緒というような感じになっています。本日は無効審判の説明ですので、無効審判は対審構造を取っているということです。

請求人適格ですが、誰が無効審判を提起できるのかといいますと、現在では 123 条 2 項に請求人適格が書いてあります。現在では、特許無効審判は「何人も」請求することができるということが書いてあります。

昔はこの 2 項というのはありませんでした。ですから、請求人適格についてははっきりした条文がありませんでした。はっきりした条文がなかったので、昔は民事訴訟の、利益なければ訴えなしの処分形式が機能していまして、一定の利害関係が必要だという取り扱いがされていました。裁判例についても、塩化ビニルの事件（東京高判昭和 45.2.25 無体集 2 巻 1 号 44 頁［塩化ビニル樹脂配合用安定剤］）が教材に載っておりまして、当該審判請求について法律の正当な利益を有することを必要とするという、少し古い判決がありました。

ただ、現在の 123 条 2 項ができる前でも、この利害関係というのは、一応必要ですが、それ程うるさいことは言われていませんでした。どうしてかというと、特許権は基本的に排他権です。現実には、被疑侵害物を作っている人だけではなくて、これから作ろうかなという人、あるいは特許権者にライセンスを求めたいという人もいます。ライセンスを求めたいということは競業者に近いということですが、そのような人も利害関係があると考えられていたのです。ですから、一定規模の会社、あるいはそうでなくても、事業主がその分野に興味を示している会社であればたいてい認められていたので、ほとんど争いにはならなかったのです。

この塩化ビニルの事件は、弁理士が当事者となって提起をした無効審判だったようです。

このようなことはときどきあるのですが、どうしてかというと、無効審判を提起したということを特許権者に

知られたくない場合があるからです。例えば、ライセンスをもらいに行こうと考えている人です。ライセンスをもらいに行こうと考えている人が無効審判を請求するのはおかしいと思うかもしれませんが、そんなことはありません。特許が無効であれば、そもそもライセンスをもらいに行かなくても実施できるので、潜在的ライセンシー、つまり、ライセンスを欲しい、実施許諾をしてほしいと思っている人は、実施許諾について交渉をしながら、裏では特許をつぶしに行くということがあるのです。

もっと言うと、この特許は無効になりそうだという証拠をライセンシーの方がつかむと、それを取引の材料にすることもあります。特許権者のところに行って、このような証拠があるのだけど、僕がこのまま無効審判を請求したら無効になるよというふうに取引を持ち掛け、特許権者が、非常に安いライセンス料でライセンスを出してくれることがあります。その方が、特許権者としても、特許をつぶされるよりはよいです。どうしてかというと、特許権者とライセンシーだけで独占できるからです。

そのようなこともあって、無効審判を提起するということを特許権者に知られたくない場合というのは結構あります。ですが、無効審判というのは、昔はそのような提起を認めていませんでした。どうしてかというと、昔は異議申立制度という、簡易無効審判の制度が用意されていたからです。異議申立制度というのは何人も提起することができたので、つぶしに行っているということを特許権者に知られることがありませんでした。

ただ、異議申立制度は煩雑だということで無効審判制度と統合されました。統合するときに、異議申し立ては匿名で、といいますか、何人でも異議申し立てをすることができたので、それは今言ったように、実務上非常に大事だったということで、無効審判も原則何人もできるというふうにしましょうということになりました。ですから今では、2 項に、原則何人も無効審判を提起することができると書いてあります。無効審判を何人もできるというふうに書いてあるのは、そのようなプロセスがあるのです。何人もですので、皆さんもすることができます。私もすることができます。皆さんの実名ですることができます。匿名 X では提起できませんが。

原則は「何人も」ですが、例外はただし書きと括弧書きに書いてあります。ただし書きと括弧書きの内容は、これは冒認出願だった場合と共同出願違反だった場合という意味です。条文を掛けてくれれば分かると思いますが、そのような拒絶理由に限定して、利害関係人に限り請求することができるという条文の体裁になっているはずです。

冒認出願についてはすでに 64 ページのところでお話をしましたが、発明をしていないのに、例えば発明者から発明が書いてある DVD のディスクを盗み出してコピーをして、発明をしていない出願をして、特許を取ってしまったというようなケースです。共同出願違反というのは、共同発明の場合は共同発明者全員がそろって特許を出願しなければいけないのに、その中の何人かが抜け駆けをしたという場合です。

このように、誰が特許を出せるのか、ということに関する無効理由については、利害関係人に限ると 2 項に書いてあります。この利害関係人の解釈が、若干の争いを呼んでいます。利害関係人は、冒認された真の出願人に限られるかどうか、つまり、冒認というのは特許を受ける権利を有していない人がした出願ですから、特許を受ける権利を有する特許権の卵、基本的には発明者ですが、そのような人がどこかにいます。どこかにいるその人しか、この利害関係人に該当しないのか、というところで、若干の争いがあります。

立法者の立場は、基本的には、真の出願人に限るという考えのようです。これは、産業財産権については、法律の改正がありますと、通称、改正解説、改正本などと言われている薄い冊子が出ます。そこに立

法理由やその経緯、立法プロセス、あるいは立法者の◇……◇などが書いてあります。研究者にとっては必読の書です。

それを読んでいくと、明確には書いていないのですが、どうも真の出願人に限るという立場を採っているようだということは分かります。どうしてそのように書いたかというと、真の出願人に限るということは、発明を盗まれたような人に限るということですので、一般的な競業者は、冒認を理由として、お前、あの人の発明を盗んだだろうという理由で無効審判を提起することはできないということを意味します。

それはどうしてかというと、そのような発明は、新規性や進歩性といった実体的な要件は満たしているはずだからです。誰に特許権を与えるべきかというところを間違えただけで、発明自体は特許を与えるにふさわしい発明のはずです。そうであれば、当事者同士で争えば十分じゃないかという発想があります。

もう少し言うと、実は、冒認を理由とする権利返還請求というのは、現在の特許法の解釈ではできないと言われています。つまり、冒認出願が特許になった場合に、真の発明者が特許を返せ、移転をしろと言うことができないと言われているのです。ですから、当事者間の交渉でしか、それは達成することができません。

ですから、無効審判を梃子に、真の権利者、発明者、あるいは発明者から承継した人へ譲渡されることを期待して、このようにしたのではないか、ということです。つまり、冒認された人が無効審判を提起すれば、このままだと冒認を理由として特許がなくなってしまいます。しかし、冒認をした、盗んだ人が、盗んだものを盗まれた人に返せば、特許は生き残ります。

特許は生き残るので、冒認した人がされた人に返しますが、返すときの代償として、これからは継続的なライセンスをくださいということで、当時者間の解決が図られることを期待したのではないかと言われています。東京大学の中山先生はそのようなご説ですが、田村教授や私は、これに反対をしています。

反対説が教材に書いてあります。基本的な発想は、64 ページの冒認出願について説明をしたときと同じです。基本的に、冒認出願はもちろん拒絶理由になっています。審査官にはその冒認の事情が分かりにくいというだけで、拒絶理由になってはいるのです。冒認出願というのは、サンクションとして、先願の地位がないというふうに条文で決められています。これはサンクションですが、冒認出願は他の出願を排斥することはできないと言われています。

他方、真の権利者は、実は冒認された後に即座に特許を出願すれば、特許を取ることができたのです。どのようなことかといいますと、冒認出願が今出願されたとして、1 年 6 カ月後には、当然冒認出願も、出願公開の制度によって公開されます。

普通、真の発明者、権利者というのは、出願された段階では盗まれたことに気付かないことが多いと言われています。実際はそうでもありませんが、多いというふうに言われています。真の権利者が気付くのは、だいたいこの公開のときです。真の権利者は、その発明を価値がないと思って出願しなかったけれども、発明をしているときによく出入りしていた業者が出願している、どうも盗まれたらしい、あの業者にこの発明をする能力はないはずだ、と気付きます。この公開の段階で、自分のした発明が出願されていると気付きます。

そうしますと、ベストの選択は、この辺で出願すれば真の発明者は特許を取れるはずだというふうに、我々は説明します。それはどうしてかといいますと、まず、普通は、同じ発明ならば先願が勝つということになりますが、教材に書いてある通り、冒認出願には先願の地位はありません。

それから、この公開ですが、これは普通は 30 条 2 項の、意に反する公知だと言われます。真の出願人

は、要するに公開するつもりがなかったから出願しなかったのですが、出願していないのだから公開されるとも思っていませんでした。それなのに勝手に公開されてしまったということで、意に反する公知だと言われます。だとすると、30 条のところでお話したように、6 カ月以内に出願をすれば、30 条の例外適用を受けて、真の権利者は特許を取れたはずです。

ここは先後願の関係にはなりません。冒認出願というのは先願の地位がないからです。この公開では 30 条 2 項に該当しますので、この公開がされてから 6 カ月以内に出願をすれば、特許を取れたはずなのです。

特許法の設定というのはもう何度も話をしているつもりですが、発明しただけで特許を与えるという構造にはなっておりません。公開代償説ですので、発明プラス出願、出願ということはすなわち公開ですが、発明プラス出願をして、初めて特許権を与えるに値するものだと言われます。

そこで、仮に、真の発明者がこの出願をしないで、冒認出願が特許になった後にこれは無効だというとすれば、別に真の出願人に限られるべきことではないといいます。つまり、立法者が言っているように、真の発明者が出願していないとすれば、本当は特許を与えなくてよいはずです。出願していればよかったのですが、出さずに無効だけを主張するということはもちろん可能ですが、無効だと主張して、それを梃子に真の権利者に権利を戻すべきだという考えは誤っているというふうに言えます。

もともと出願していないのだから、最初から権利を与える必要はないということになりますので、別にこの無効を主張できる人は真の権利者に限る必要はないというのが、ここで書いてあることです。

冒認出願が拒絶されるのは、別に当事者の問題ではないと我々はとらえています。当事者間の問題ではなくて、制度上からきている要請だと我々は考えています。ですから、ここは、利害関係人というのは真の権利者だけではなくて、競業者まで含む、従来通りの概念だと考えるべきだということが、ここに書いてあることです。当事者適格で問題になっているのは、ここだけです。

83 ページには、審決取消訴訟ということが書いてあります。審決で負けた方は、審決取消訴訟を提起することができます。審決取消訴訟については、専属管轄、出訴期間が決められています。

審決取消訴訟で勝つということはどのようなことかといいますと、審判の審決を取り消すというだけです。審決取消訴訟というのは最終処分ではありません。ですから、審決取消訴訟で、この特許は無効であるとか、この特許は有効であるとかいう結論は出ません。審決取消訴訟というのは、審決が正しいかどうかの訴訟です。ですから、審決が正しいと思えば、審決はそのまま維持という判決が出ます。審決が間違っていると思えば、審決を取り消すといって、特許庁に届出人差し戻しになります。

行政法で勉強したと思いますが、羈束力が働くので、審決取消訴訟の理由に特許庁は反することができません。例えば、証拠文献 1 から見てこれは新規性がないという判断を特許庁がしたときに、審決取消訴訟では、その証拠から新規性はまだあるのだという判決が出ます。だとすると、特許庁の方では、その審決の理由に反する判断をできないと言われています。これが羈束力です。

ですので、その証拠 1 から新規性がないという理由で審決を維持することは、特許庁はできません。これは拘束されます。拘束した結果、普通は特許庁が、今の例で言えば、特許は無効ではないという審決を出すことになります。

ですから、審決取消訴訟というのはこのような意味を持ちます。審決を取り消すだけです。もちろん、審決が間違っていなければ維持しますが、審決を取り消しするだけの機能しかありません。上告された場合にもそれは同じです。90 ページの図を見てください。右下の方の黄色は、審決取消訴訟の提起と書いて

あって、その下の緑のひし形の中に、「審判の判断正しいか」とあります。これはあまりよい言い方ではないですね。審決が正しいか、ですね。審決が正しいかどうか、ということが判断されます。正しくないと思えば、右側の請求認容です。

請求認容判決というのは審決の取り消しの判決ですので、もう一度審判をやり直すことになります。当事者対立構造のときは、取り消し判決に不服がある反対当事者もいるはずなので、上告することもできます。そこで矢印が上下に分かれているのは、そのような理由です。審決が正しいと思えば、請求棄却が出ますので、審決はそのまま維持されます。それで不服がある人は上告をすることになります。

無効審判と判断されなかったら、新証拠を審決取消訴訟で主張することができるのかという話については、やや難しいです。本日は損害賠償の話をしたいので、ここは飛ばす方向でいきます。基本的に、無効審判と判断されなかった新証拠は、審決取消訴訟で提出できないと言われています。それは、1 回は特許庁の専門家に判断をさせるというところに、審判をやって審決取消訴訟というステップの意味があるからです。ですから、審判で判断されなかった証拠を、審決取消訴訟でいきなり出すということは、審判で 1 回は専門家に判断させるというステップを飛ばしてしまうことになりますので、基本的には、審決取消訴訟では新しい証拠は出せないということです。

ただ、補強的な証拠は出せるというのが、現在の判決です。どこまでいったら新しい証拠、どこまでいったら補強的な証拠なのかということは相変わらず難しい問題ですが、基本的な判断としては、そうなっています。最初に特許庁の専門家に 1 回判断させるというところに、審判、それから取り消し訴訟というステップを作った意味がありますので、いきなり審決取消訴訟で、審判官が判断した証拠を出されるのは、そのような制度を作った趣旨に反すると考えられています。

ということで、無効審判制度というのはこのようなものです。審決取消訴訟というのは、すべての審判に対して提起することができますので、無効審判だけではなくて、拒絶査定不服審判等もあり得ることです。以上が、被疑侵害者側が主張できるお話ということになります。

教材 83 ページの「3 特許権侵害の効果」です。今まで不正競争防止法でも商標法でも、侵害の救済についてはお話をしてきませんでしたが、ほぼここに集約されます。ほぼ同じです。特許が一番説明しやすいといいますか、典型的ですので、ここで話をするということにしています。

ざっと見ますと、概観についてはもうすでにお話をしてきました。大きく言えば、2 つの救済方法があります。損害賠償請求と差止請求です。損害賠償請求は過去の侵害行為の被害の回復です。ですから、金銭賠償です。条文は民法 709 条です。他方、差止請求というのは、現在から将来にわたっての救済、現在から将来の侵害行為の停止です。ですから、きちんと分かれています。差止は現在を基準にして将来、損害賠償は、現在を基準にして過去の救済になります。

損害賠償は、根拠条文自体は 709 条です。損害額の算定等の特則についてはこれからお話をします。その他の救済としては、民法 703 条の不当利得があります。これも金銭の返還ですし、類型論で言うと、侵害利得の類型です。

現実の経路としては、不当利得返還請求は損害賠償請求が時効にかかった後に意味があります。普通は損害賠償請求権というのは 3 年で消滅してしまいますが、不当利得返還請求権は 10 年ですので、損害賠償が時効で切れてしまった後に、不当利得の意味があります。

故意または過失を必要としないということもありますが、事実上、特許権侵害に対する損害賠償は無過失責任になっていますので、ここにあまりメリットはないです。後は刑事罰です。それが過去の侵害に対す

る被害の回復です。

差止請求については、特許法にオリジナルの条文があります。民法にはありませんので、特許法 100 条に置かれました。付随して、侵害製品の廃棄や、侵害製品を製造する機械の廃棄等も一緒に請求することができます。

ここもなかなか難しいですね。差止請求認容判決が確定した後で、敗訴被告が実施している製品を若干変更することで、差止判決を潜脱しようとすることに対して、どの程度まで執行手続きで対応できるか。これを読んだだけではさっぱり分からないと思いますが、例えば 2 条 1 項 1 号の請求で、「東鮨」の名前を使用してはならないという主文の差止請求認容判決が出ました。

この後で、「みその東鮨」という商号の商品等表示を差し止めることができるのかという問題があります。これは、「みその東鮨」に対してもう 1 回訴えを提起するという意味ではなくて、「東鮨」の名前を使用してはならないという主文の下で、「みその東鮨」について差止をかけることができるのかという問題です。

というのは、差止判決というのは将来に対する救済ですので、差止判決を受けてから、被告の方が侵害態様を変更する可能性があります。だけれども、「東鮨」と「みその東鮨」の場合は、「東鮨」はだめと言われて、「みその」を付ければよいのか、という問題があります。もう 1 回訴えを提起しようと思うと、やはり権利者である原告の負担が大きくなります。「東鮨」を使ってはいけないという判決の下で、「みその東鮨」も使えないというように執行がかけられた方がよいでしょう。

差止判決では、どうしてもそのように後追いになりがちです。何と言っても、差止判決を見てから、被告の方は新しい名前を考えることができるのですから。「モーニング娘。」ではないですが、「東鮨」の後ろに「。」を付けたらよいのかという話になります。さすがにそれはねと皆さん思うでしょう。

差止判決についてはそのような問題があります。ですから、ある程度幅を見た差止判決であるとか、執行の在り方が期待されるということだけ、ここではお話をしておきます。

今まで何故若干急ぎ足だったかといいますと、この後の損害賠償が、やはりなかなか難しいからです。損害賠償請求ですが、最初に、所有権侵害に基づく損害賠償と、特許権、知的財産権侵害に基づく損害賠償の性質は大きく違うところがあります。常々言っているように、保護の対象が無体物なのです。ですから知的財産の場合は、柵を作って、お前はこっちから入るな、とか、金庫に入れておいて大事にしまっておく、ということができません。最初に言いましたが、複数の人が同時に違うところで使用できるのが無体物です。ですから、有体物とそこが決定的に違います。有体物というのは、今ここにあるもの、これを奪われてしまうと、権利者の手元からなくなる物です。侵害者のところにその物が行ってしまいます。

ところが、特許というものは抽象的なアイデアですので、侵害された、つまりクレイムに書いてある製品を製造販売されたとしても、特許権者の手元から目に見えてなくなってしまうわけではありません。そこが非常に難しいところだと言われています。

このため、知的財産というのは侵害に対して脆弱であると言われます。簡単に言えば、他人にまねされやすいということです。かつ、物理的な防御方法を講じることも難しいです。柵を作っておいたり、金庫に入れたりすることができないので、それも難しいということになります。

ですから、サンクションとしての実効性を考えると、損害賠償が高い方がよいだろうということになります。損害賠償を一般的に高くしておけば、侵害者のリスクを考えた場合に、できれば手控えるということが起こりますので、高い方がよいだろうということになるので、アメリカでは 3 倍賠償です。特許権侵害があった場合は、賠償額は裁判所の裁量ですが、3 倍まで認めると。それも 1 つのアイデアではあります。

他方、当たり前ですが、サンクションも強すぎてもいけません。知的財産権は侵害に対して脆弱だということは確かですが、他方で、その範囲が不明確だということもよく言われます。著作権法や不正競争防止法だと、似ているかどうかで判断します。だいたいこのように判断するのだ、というのは今まで説明してきたと思いますが、最終的には似ているかどうかです。やはりあいまいです。

特許にしても、比較的シンプルだと思われるあのジンギスカンの公報でさえ、図面がなかったら、何を言っているかさっぱり分かりません。どこまでいくと侵害なのかが不明確で、サンクションが強すぎると、本当は、神様が見たらセーフですが、ちょっと危ないと思って競業者が実施を手控えることがあります。例えば、特許権侵害をしたら常に損害賠償額が 1 兆円だというふうに固定的にすると、さすがに皆さん特許に気を付けます。しかし、万が一判断を誤って特許権侵害をしてしまったら、1 兆円払わなければいけないということですと、やはりなるべくマージンを取ります。特許発明の範囲からできるだけ遠いところでやろうとします。あくまで確率論ですが、できるだけセーフティーのマージンを取ろうとするでしょう。

だとすると、本当は神様が見たらそこはセーフなので、競業者はどんどん実施してほしいところです。非侵害であるところはやはりどんどん競業者が入っていった方が、競争効果が生まれて世の中がよくなります。

ところが、サンクションを常に 1 兆円と決めたばかりに、本当は神様が見たらそこはセーフなのに、萎縮してそこまで実施がされないということになりますと、やはりそれもよくない、競争を阻害しすぎるということになります。ですから、当たり前ですが、賠償がある程度適正である必要があります。

特許法ではどのような手当てをしたかといいますと、本体の条文は 709 条です。その代わりに、損害賠償額の算定のところで特許権者を少し応援しようという作戦を取りました。特に、やはり損害賠償については、侵害されたということは被告側の製品を原告が買ってきて、これはクレイムの範囲に含まれているのではないかと言えば、それで足ります。ただし、被告の侵害行為によってどれだけ原告が損害を被ったかというのを算定するのは、容易なことではありません。

ですので、そのような損害額の算定を特許権者にとってなるべく楽にしようという制度を作りました。それが 102 条です。102 条は 1 項から 4 項までありますが、損害の推定額というタイトルが付いていると思いますが、特許権者の損害の算定の負担を少し軽減することで、適正な賠償額を算定させようというふうに仕組んだのです。

基本的に損害賠償請求は 709 条が根拠ですので、どのような範囲で損害賠償がされるかといいますと、侵害行為と因果関係がある範囲で、普通は逸失利益になります。つまり、侵害行為があったことで特許権者がどれぐらい利益を失ったかという逸失利益になります。

ただ、この逸失利益を特許権者が立証することは非常に難しいと言われています。それはどうしてかといいますと、簡単に言うと、例えば有体物であったら、ここに私の時計が 1 個あって、これが侵害されたということは、誰かに盗まれたということです。そうだとすると、盗まれたこの時計 1 個分の損害ということが明らかです。

ところが、特許というのは無体物ですので、複数の人が違うところで同時に実施をすることができます。もっと簡単な場面を想定すると、特許権者の製品が今、市場にあって、100 個売れたとします。そして、実は侵害者が隠れていて、侵害者もこそこそ売っていたとします。侵害者も 100 個売っていたというときに、特許権者の方は今 100 個売れているのですが、逸失利益の場面というのは、もし侵害者がいなかったら、つまり侵害がなかったら、侵害者が売った 100 個分を特許権者が売れたかどうかということを考えなけれ

ばいけないのです。

要するに、侵害者が侵害製品を 1 個売ったときに、もしこの侵害製品が 1 個売れなかったら、特許権者の製品が 1 個売れたかどうかというところが因果関係です。逸失利益というのは、つまり、侵害行為がなかったらどうだったのかということを仮想します。侵害者が 100 個売れた、特許権者も 100 個売れた。では、侵害者がいなかったら特許権者は 200 個売っていたか、というところが問題になるのです。

普通は、200 個売れたとは限らないだろうと言われます。それはどうしてかといいますと、製品というのは、特許があるから買うということだけではないはずです。侵害者の製品と特許権者の製品が横に並んで売られているとします。他の製品との関係で、特許があるから買うという人はいるかもしれませんが、例えば侵害者の製品の方が値段が安いから買ったという場合もあります。あるいは、侵害者のブランドの方が気に入ったということで買うこともあります。

あるいは、製品それ自体、全体が 1 個の特許権で覆われているということはむしろ少なくて、普通は製品の一部にしか特許はありません。ですから、侵害者の製品が 1 個売れたというのは、特許権者のまねをしたから売れたという場合もあるけれども、全部が全部そうではないでしょう。先ほどの例で言えば、100 個のうち 70 個ぐらいは、侵害があったおかげで特許権者が売れなかった、侵害者の製品を買ったのだけれども、100 個のうち 30 個は、別に特許は全く関係なしに侵害者が売ったものだということもあり得ます。

そうだとすると、侵害者の製品が特許を侵害したことでどれだけ売れたのか、100 個のうち特許を侵害したことで売れたのはどの分だったのかということを特許権者が立証するのは、非常に難しいと言われています。

もう少し具体的に考えてみます。本日の資料を見てほしいのですが、これは教材説例 2 と同じはずです。利益の方はパーセントで書いてありますが、パーセントを計算すればこうなるはずです。ここを一応、粗利益としておきます。粗利益というのは、製品のうちの原材料費を差し引いた額です。設備投資や人件費は入っていません。

このような品目だったといたしましょう。特許権者の製品は 1 万 2,000 円で 5,000 個売れました。利益は 1 個当たり 3,000 円でした。他方、侵害者は、単価は 1 万円で、3,000 個侵害製品を売り、粗利益は 2,000 円だったという例にいたしましょう。

では、逸失利益はどこなのかと考えますと、ここです。逸失利益と言うからには、侵害がなかったらいくら利益があったかということですので、侵害がなかったら、特許権者は 5,000 個に加えてもう何個かは売れていたはずですよね。3,000 個かもしれません。けれども、先ほど言ったようにこれは侵害者の製品の方が安いです。侵害者の方が安いから買ったという人もいるはずなので、仮にこの侵害者がいなくて、この特許権者だけの市場だったとしたら、1 万 2,000 円であればこの製品は買わないという人がいるはずです。

だとすると、3,000 個よりは少ないかもしれません。あるいは、侵害者がいない方が、もっと特許権者が売れることもあるかもしれません。ここは分からないです。仮に α 個としておきます。だいたい 2,000 個ぐらいか、あるいは 1,000 個ぐらいでしょうか。もしかすると 500 個かもしれません。

逸失利益というのはここです。侵害がなかったら、5,000 個に加えてもう少し売れていたはずだ、という分です。ですが、この α 個というのは、侵害と因果関係がある個数である必要があります。何度も言っている通り、侵害がなかったら特許権者の製品が何個売れたのかというのは、やはり極めて難しい問題です。つまり、特許権者が立証するのは非常に困難と言われています。

証明責任は特許権者にありますので、立証ができなければ、このまま損害賠償は取れないということに

なってしまいます。あるいは、例えば 1,000 個と主張したとしても、裁判官が、いや 1,000 個も売れなかっただろう、1,000 個売れたかどうかは怪しい、真偽不明だということになれば、証明責任のある方の負けですので、1,000 個売れたかどうか分からないという心証が形成されてしまうと、請求棄却になってしまいます。ですから、損害賠償を取れないということになってしまいます。

このように、因果関係の証明は非常に難しいと言われているので、102 条は、その因果関係の証明を緩和する規定です。どのように緩和したかといいますと、侵害者の販売個数と特許権者側の利益を掛け算することにしたのです。これが 1 項です。

どうしてこのようにしたかというと、侵害者と言うからには、特許権者のライバルです。特許権者のライバルということは、多少プラスマイナスはあるけれども、ほぼ同じような実力を備えているはずだと考えらえます。侵害者の 3,000 個というのは現実に販売した個数です。他方、この α というのは空想の個数です。侵害者がいなかったら何個売れたかというのは、やはり空想に過ぎません。ですが、侵害者が何個売ったかというのは現実です。

ですから、何個売ったかというのは、頑張れば特許権者は数えられます。数を確定することができます。α は、やはりどんなに頑張っても、裁判官にそれは本当かいと言われてしまったら、真偽不明なのでもうアウトです。

これは本当によく考えられていると思います。102 条というのは推定ですが、特許権者と侵害者はほぼ同じ実力を備えていると一応推定をします。3,000 個というのは現実に売った個数なので、これは頑張れば何とか証明可能でしょう。特許権者のこの利益は自分の利益なので、自分の台帳を見れば分かるはずです。特許権者は、自分たちの製品と同等の製品をいくらの利益で売っていたかというのは分かります。ですから、分かりやすい 2 つの数値を掛け合わせるとしたのが、102 条 1 項の機能です。

これですと、特許権者は大分楽です。自分たちの利益 3,000 円の方はすぐ分かるし、侵害者の販売した 3,000 個も頑張れば数えられます。取りあえずここを掛けて、これだと 900 万円になるはずですが、ここを掛けることで逸失利益の額を推定するということにしました。

ですから、推定を覆すような事情というのも、102 条 1 項の中に書かれています。例えばただし書き等です。譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者が販売することができないとする事情があるときは控除するというふうに書いてあったり、あるいは本文に、特許権者の実施の能力に応じた額を超えない限度においてという文言があったりしますので、一応最初は、侵害者が何個売ったかという個数と、特許権者側の粗利益を掛けるのですが、侵害者側にはもっと言いたいことがあるのです。特許権者だったら 3,000 個も売れなかっただろう、俺だから 3,000 個売れたのであって、特許権者に売らせたらせいぜい 2,000 個だ、といったことは特許権者側ではなくて侵害者側に証明させることにしたのです。

ですから、特許権者としては、基本的には侵害者が何個売ったかというのを調べてきて、その個数と自分の利益の額を掛ければよいです。3,000 個も売れなかっただろうというのは、侵害者側に証明をさせることにしました。

どちらが楽かというと、やはり、侵害者側の方が楽でしょう。この 3,000 個という個数は侵害者の個数ですから、このような特許権者の製品にはない特徴があるから売れたのだ、そこは特許と関係ないだろうということは、侵害者側に証明をさせることにしたのです。これが 102 条 1 項の規定です。

利益率の話もありますが、その話は一旦置いておきます。2 項もあります。2 項というのは、特許権者の逸失利益を侵害者側の利益と推定するという規定です。実は、昔は 102 条 1 項というのはありませんでし

た。昔は 2 項が 1 項だったのです。

現在の 102 条 2 項しかなかった時には、侵害者側の利益を特許権者が証明しなければいけないという問題がありました。侵害者が侵害製品をどれくらいの利益で売っていたかというのは、やはり分かりません。侵害製品の利益構造はどうなっているか、原価がいくらで、どこから原材料を買ってきて、どのように組み合わせて、原材料をいくらで仕入れてきているのか分からないのです。ですから、この証明が非常に難しいと言われていました。

ですから、1 項と 2 項の関係では、ここが問題にされます。やはり、個数は何とか分かります。実際に市場に出ているものなので、侵害製品が流れた個数を数えればよいのです。他方、利益の額を証明するのは困難です。1 項を見ていくと、これは楽です。これは自分の利益の額なので、証明それ自体は楽なはずです。

1 項と 2 項の対比で見ると、昔の 1 項が 2 項になって、新しい 1 項が導入されたのですが、これによって特許権者の負担が減りました。やはり、侵害者側の利益率を証明することは非常に難しかったのです。そのような事情で、1998 年に 1 項が新しく導入されました。現在では 1 項がよく使われています。

この利益をいくらで、どの辺で見るのかというのが、次の難しい問題です。本日配ったプリントの下に、特許権者が 500 万円の先行投資をしていた、先行投資を入れると利益の率は 1 個当たり 2,000 円になりますという仮想例を書いておきました。これはどのようなことかといいますと、特許権者が特許製品を販売するに当たって、500 万円掛けて新しい工場のラインを建設しました。その後、特許権者は 1 万 2,000 円で、粗利益は 3,000 円という製品を売ることにしました。

ですから、最初に 500 万円の投資をし、その後、1 個当たりの利益 3,000 円の製品を販売して、500 万円を回収して、さらにもうけようというのが特許権者の作戦でした。

ただ、この作戦は、侵害者が出てきたおかげで一部崩れてしまったのです。侵害者が出てきたおかげで、製品は 5,000 個しか売れなかったのです。侵害者がいなければ、もう少し売れたかもしれないというのが、今の状況です。

プリントの上から順番にいきます。特許権者は 1 万 2,000 円で 5,000 個売ったということで、現在売り上げは 6,000 万円です。売り上げが 6,000 万円で、利益が 1 個当たり 3,000 円ですので、3,000 円×5,000 個なので、粗利益は 1,500 万円です。特許権者は、先行投資としての 500 万円の借金があって、3,000 円の利益で 5,000 個売ったので、1,500 万円のうちから先行投資を回収して、現在 1,000 万円利益を得ているという状態です。

でも、現在のこの 1,000 万円の利益の状態は、侵害者がいた状態です。ですから、侵害者がいなかったらもっと利益を得られたはずだと考えられます。仮に侵害者がいなかったら 3,000 個売れたとしますと、特許権者の製品は全部で 8,000 個売れていたはずです。本来であれば、8,000 個×3,000 円で 2,400 万円の利益、そこから先行投資を回収して、1,900 万円利益が上がっていたはずです。

ですので、現在の利益は 1,000 万円だけれども、侵害者がいなかったら 1,900 万円の利益が得られていたはずだということで、侵害者がいなかった状態に戻すというのが逸失利益の賠償ですので、1,900 万円から 1,000 万円を引いて、900 万円の賠償を受ければ、侵害がなかった状態に回復します。それが損害賠償の機能です。

ところが、侵害者の方は何と言っているかというと、特許権者の利益率はもう少し低いだろうと、利益は純利益で考えるべきではないのかということを主張してきます。

純利益だと、2,000 円です。純利益とはどのようなことかといいますと、この 500 万円の先行投資をこれに割り付けているのです。そうすると、1 個当たり 1,000 円の先行投資が掛かっていますので、純利益は 2,000 円ということになります。

つまり、この 5,000 個というのは、この先行投資を割り付けるとすると、1 個当たり 1,000 円の先行投資の負担を振り分けられるのです。ですから、利益は、この粗利益、つまり原材料費を引いた額ではなくて、そこから先行投資の分も引いたこの額のはずだろうというのが侵害者の言い分です。そうすると侵害者が有利です。掛ける数が減っているので、600 万円の賠償ということになります。

これはどちらが正しいのかという話です。正しいのは明らかに粗利益です。それはもうプリントで説明した通りです。今 1,000 万円の利益を持っている。でも侵害者がいなかったら、1,900 万円利益を得ていたはずだと。ということは、侵害がなかった状態に戻すためには、900 万円損害賠償を受ければいいのです。900 万円の額はどのような額かというと、粗利益を基にした額です。純利益ではありません。純利益だと 600 万円の賠償になってしまうので、1,000 万円にさらに 600 万円の賠償を受けるということなので、1,600 万円です。

ところが、1,500 万円＋600 万円－500 万円という計算で、1,600 万円です。この金額は 600 万円になってしまいますね。ですから、1 項で言う利益というのは、純利益、つまり先行投資を含んだ利益ではなくて、原材料費だけの粗利益だと一般には言われています。

一般には粗利益だというのも、正確に言うと本当はそうではありません。もう少し正確に言うと、この先行投資の額が問題です。先行投資の額は、利益の算入には入れないというのが 1 項の利益になります。それは、粗利益の方が賠償の額が高くなるからという意味ではありません。今説明をしたように、先行投資の額を利益に割り付けてしまうと、賠償の額が不足を生じてしまいます。

特許権者は今、500 万円を借金していて、そこからもうけて、上がりを取ろうとしているのです。この 500 万円というのは、もうけの中から提示されるものです。ですから、1 個当たり割り付けるというのはおかしいです。8,000 個売れていたら、500 万円の先行投資を回収するためには 1 個当たり 1,000 円ではなくてもっと安くなるはずですから、先行投資の額を特許権者側の利益の計算には入れないということです。なぜなら、上げた利益で先行利益を回収するという作戦だからです。

いろいろ難しい理屈はありますが、基本的には粗利益だとお考えください。粗利益というのは、原材料費だけを差し引いた額です。設備投資などで先行投資として投じた額は、利益の計算には割り付けないということです。ですから、プリントでは、1 項の掛け算というのは侵害者の販売個数と特許権者側の粗利益を掛けます。900 万円ですので、侵害者の販売個数と特許権者側の純利益を掛ける 600 万円ではないということです。

ここは非常に難しいです。田村先生の助手論文というのはこのあたりがテーマですが、私も理解するのに 5 年かかりましたので、皆さんも本当に理解しようと思うと、3 年ぐらいかかると思います。

皆さんは今、先行投資を 500 万円してから、特許製品を売ってもうけを出そうという作戦だったのです。ですから、ゼロからスタートしたのではなくて、マイナス 500 万円からスタートしています。マイナス 500 万円からスタートして、利益を上げて、もうけを出そうという作戦です。そのような場合は、先行投資のマイナスの額というのは、利益の率に割り付けないと。簡単に言うと高い方ですが、1 項は粗利益の方で計算をするということになります。

ついでに 2 項の話をしておきます。2 項も粗利益か純利益かという争いはありますが、2 項の賠償額とい

うのは、ここだと 600 万円です。ですから、2 項の場合ですと、侵害の回復には足りません。この表だと、本当は 900 万円を賠償してあげないと、侵害がなかった状態に回復しません。しかし、2 項は、どんなに頑張っても 600 万円にしかなりません。これが 2 項の限界です。

ですから、原理論を言えば、2 項も 1 項も推定ですので、特許権者がこのαを証明できるというのであれば、そちらで全く構いません。これが 1 項ですと、最大では 8,000 個にしかなりませんし、2 項だと賠償の額が 600 万円にしかなりません。ですから特許権者は、どのような理由を使うか分からないけれども、侵害者がいなければ 4,000 個売れたはずだというのに自信があれば、まさしく 4,000 と 3,000 を掛けて、1,200 万円の賠償を求めても構わないのです。それは特許権者の選択になりますが、1 項と 2 項はあくまでも看做す規定です。

ですから、神様が見た場合、神様はα個が何個かというのは分かりますから、神様が見た場合の損害賠償額と、実際の 1 項と 2 項の計算額がずれるということがあります。もうそれは仕方がないことです。これはあくまで推定規定の限界なのです。

2 項だと、例えば侵害者の利益率の方が高かったらどうなるかという話もないわけではありませんが、そのときは特許権者の方が得になるでしょう。2 項を使うと、侵害者の方が商売がうまい場合は特許権者が得をしますが、そこはやや難しいお話になります。推定規定なので、その場合、侵害者は、特許権者の利益はそんなに高くないだろうと言って、減額を求めることになるのでしょう。

ということですので、1 項の損害賠償の算定の方法は、侵害者の侵害個数と特許権者側の利益を掛ける、たすき掛けです。2 項の方は、単に侵害者側の利益を算出するだけです。たすき掛けにする理由は、先ほど言った通りです。本当はαですが、たすき掛けで算定する場合はすごく多いと思います。

また、1 項の方が特許権者にとっては証明がかなり楽です。2 項より楽ですので、現在では 1 項が非常によく用いられています。2 項の方は、1 項ができたおかげで、使う人はあまりいなくなりました。やはり、侵害者側の利益の額と 1 個当たりの利益の額を証明するのが難しいという理由からです。使う人もいるのですが、現在では、1 項と 2 項の住み分けを図るべきなのではないかという難しい議論もあります。

ということで、1 項と 2 項の説明は以上とします。

残りは 102 条の 3 項です。この 3 項は昔からあります。3 項は何と書いてあるかというと、侵害した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、損害賠償の額として請求することができるということが書いてありまして、これは、一般には相当ライセンス料額と言われています。

つまり、仮に侵害者が実施許諾を特許権者のところに求めてきた場合に、特許権者はライセンス料としていくら請求するかを基準にします。当然これは特許権侵害の場面ですので、許諾など受けているわけはないです。でも、特許権者しか実施してはいけないと条文に書いてあるということは、侵害者としては、少なくともライセンス料額は払わなければいけないのではないかというのが、現在の 3 項の発想の源です。

ある意味、不当利得的ではあります。ライセンス料を払わなければ特許の発明を実施してはいけないので、侵害者は、本来払うべきだったライセンス料額を払わなければいけないはずで、特許権者からすれば、取れるはずだった金銭を取っていないということになると、不当利得的ではあります。

ライセンス料額というのは、たいてい侵害者の売り上げの額に掛けることになります。ライセンス料額は、なぜか 3%ぐらいが多いです。侵害者の売り上げは 3,000 万円ですので、ライセンス料の 3%はどうなるかというと、90 万円です。本来であれば 900 万円だったのですから、全然足りません。 ライセンス料額という

のは売り上げの 3%や 5%や 10%といった額が多いので、普通にライセンス料額を掛けると、やはり全然足りません。普通は、1 項 2 項の額より 3 項の額は少なくなります。ですから、特許権者にとってみれば、賠償が少ししか受けられないということになります。

その分、3 項というのは、計算自体は非常に楽です。侵害者がいくら売っていたか、1、2 項は利益でしたが、3 項のベースは売り上げなので、お店に行けば、侵害者の製品がいくらと書いてあるか分かりますよ。侵害者の売り上げを調べるということは、それ程難しいことではありません。実際に何個売っていたのかということと、いくらで売っていたのかということを調べれば済みます。利益とは違います。

ライセンス料額というのは、相場があって、10%、5%、3%などがありますが、3%であれば 90 万円になってしまいます。10%だとしても、300 万円です。本来受けるべきなのはおそらく 900 万円ですので、全然足りません。

ですから、3 項というのは、証明が簡単なのだけれども、かなり安くなってしまうということになります。ただし、裁判所の方は、3 項の額よりも低い額を損害賠償とすることは原則できないと言われています。ですから、3 項の額は、ざっくり言うと最低取れる損害賠償の額でもあります。

ところが、やはり基本的に侵害をしていいというわけではないので、やはりこれは損害賠償の額としても安すぎるという批判がありました。仮に 10%としても、300 万円ですから、安すぎるという批判があったのです。これはどうしてかというと、侵害のやり得になるからだと言われています。つまりどのようなことかというと、侵害者、これは競業者でもあるますが、競業者は、本当はライセンスを受けに行かなければいけないのですが、ライセンスをくださいと言っても、くれるとは限りません。断られるかもしれないのです。断られたら、やはりこの人は実施できません。

ライセンス交渉に行ったら断られるかもしれない。しかし、3 項の裁判例を見てみると、賠償額が普通の実施料だとわかれば、これは最初からライセンスを受けに行く人などいないです。どうしてかというと、侵害してもライセンス料額を払えば済むというのであれば、最初からライセンスを受けに行く人はいないでしょう。断られるかもしれないのであれば、勝手にやって、ばれたら払おう、ばれなかったらラッキーだ、ということになります。

だとすると、これは全然侵害の抑止になっていないだろうという批判があったのです。やはり、合理的に行動すればそうなると思います。ばれない確率がありますから。ばれない期待値が 2 分の 1 だとすると、期待値は 45 万円ですから、もっと侵害が横行するような気がします。

ですから、やはりこの額をもう少し高くしなければいけないと言われていたのです。現在ではもっと高くなっていますけれども。特に、この 3%や 5%という額は、事前に 2 人が交渉したら、これぐらいになると言われている額です。事前に交渉したら、3%ぐらいで妥結するだろう、という額になっていたのです。

ところが、この事前の実施料率と、今侵害が実際に起こってしまったときの計算で使う実施料率は違うはずだと言われています。そもそも、何でこの 3%という安い額で、普通はライセンスがされているのかというと、特許権者としては、自分の方にも弱みがある可能性があるからです。つまり、特許権者の方は事前にライセンス交渉に来られると、もしかしたら、自分の特許は無効かもしれないと、そのようなリスクといいますか、可能性があります。特許権者はそのような可能性を内在的に持っています。

無効にされたらライセンス料はゼロですから、取れません。先ほど言ったように、侵害者が何か無効理由になりそうな書類をちらつかせます。だとしたら、特許権者は、ライセンス料額は安くていいけど、事を荒立てないでくれということで、3%や 5%といった安い額でライセンスをしているのです。

ところが、今はもう侵害が起こってしまいました。侵害が起こって、損害賠償が取れるということは、これは特許権者の特許というのは万全です。無効理由がないから特許権侵害が認められたはずなので、特許権者には、もうそのようなリスクはありません。そのようなリスクがないのであれば、事後的に交渉するとすれば、もう少し高く要求していたはずです。特許権者は強気に出ていいはずです。無効理由があるかもしれないというリスク込みの 3%よりは、10%、15%といった額で許諾をするということになるはずです。

ですから、現在では、このような事前交渉のときのライセンス料の相場というのは、使ってはいけない、そうしたら侵害のやり得になってしまうから、もう少し高い額にするべきだと言われています。しかし、この額はまだいろいろな事情で動くこともあるのですが、10%、15%というのは、もう珍しくありません。昔に比べるとかなり高い額で、3 項の賠償額も取られています。高くするというのは、特許権者に手厚く報いるというよく分からない理屈ではなくて、今言ったようにきちんと理由があります。事前の交渉では、特許権者の方もリスクを抱えています。高い額で実施許諾すると言ったら、やめてしまうかもしれない。お互いが何か、いわゆるウィン・ウィンになるような関係の額を定めなければいけません。

しかし、侵害の場面というのは、もう特許権者の前面勝ちです。ですから、特許権者としてはもっと強気です。ウィン・ウィンの関係など求める必要はありません。ですから、事後的に交渉したら、特許権者はもっと強気に出るはずです。そのため、本当は、事後的なライセンス料額の方が、損害賠償の額として算定するにふさわしいと言われています。

ですから、例えば左側のページに、実施料の実例、相場が 5%、3%などと書いてあっても、普通はこれでは足りないというのが正解になります。もう少し高くするべきだというのが正解になります。去年の試験でも業界の相場が 5%であるというような問題を出したのですが、その正解としては、5%よりも高い額で認めるべきだというのが、3 項の問題の正解になります。大事なのは、事前交渉のときの実施料率は、特許権者側のリスク込みの実施料ですので、それでは安いということになります。

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。

第2章　著作権法

第 2 章、著作権法です。これは何の第 2 章かといいますと、教材 54 ページの第 2 編、インセンティヴ創設型の第 2 章です。著作権法は、この教材、あるいは田村先生の教科書では、インセンティヴ創設型の知的財産法であるという分類になっています。

インセンティヴ創設型というのは、商標法や不正競争防止法とは違うもので、放置しておくとうまくいかないタイプです。商標法や不正競争防止法は、放置しておいてもある程度何とかなりますが、インセンティヴ創設型は、法律を作らないとうまくいかない例です。特許では発明がその保護の対象でしたが、著作権法では表現が保護の対象になります。

著作権は、簡単に言うと複製権、すなわち、コピーを禁止する権利です。英語で言うとコピーライト、コピーをする、複製をする権利であり、正確に言うと、複製をさせない権利です。ですから、表現について複製をさせない権利というのが、著作権法のベースになるわけです。それを念頭に置きながら、これからの話を聞いていただければと思います。

最初に、どうして著作権というものが必要なのかが、教材 91 ページの上の方に書いてあります。皆さんが小説をノートに書いた、あるいは学校で何かを書いたとします。今は携帯小説などがはやっていますので、携帯電話でちょっとした小説を書くということもあるかもしれません。そのような場合、それに目を付けた出版社が来るかも分かりませんし、映画化されるかもしれません。

その人は、出版社に原稿を渡して、著作権料、版権などと言いますが、原稿料をいただくということでビジネスが成立するわけです。ですから、その対価がインセンティヴになっているわけです。

小説を書けば、誰かが買ってくれるということになれば、お金を掛けて小説を書いてみようかと思うでしょう。頭の中の妄想を書くだけだったらほとんど投資は要らないですが、例えば歴史小説を書いたり、ドキュメンタリーなどを書くと、やはり取材にお金が掛かるではないですか。それも立派な投資です。あるいは、インタビューで世界各国旅をしなければいけないかもしれません。そのように投資が掛かるわけです。ですから、その先行投資を出版社からの原稿料でペイするということで、先行投資回収の機能があるわけです。

ではどうやってその先行投資を回収するのかといいますと、教材の問 1 のところには、原稿を渡すところでストップを掛けると書いてあります。ですから、書いた原稿を渡す代わりに対価を請求するということです。同時履行の抗弁のように、対価を支払われない限り、完成した原稿を渡さなければ、出版社は出版することができないので、そこで禁止権のようなものが働くわけです。

それは著作権がなくても契約でできることですが、では著作権は必要ないのかというと、そんなことはありません。出版社と著作者の 2 人の間の問題だったら、この問 1 だけで十分ですが、やはり市場には A のライバルの B という出版社がいるわけです。この B はフリーライダーですが、A 出版社から本が出た後に、B 出版社は、あれは売れていると目を付けて、A の本を書店で買ってくるわけです。売られている以上、書店で買ってくることは合法です。書店で買ってきて、自分の会社のコピー機でコピーをし、OCR か何かで取り込んで、B 出版社からまったく同じものを出版するわけです。

そうすると、当然市場で競合するわけです。A は B のライバル、B は A のライバルなので、市場を食い合ってしまうわけです。教材には A の売り上げは 1,000 部プラス 2,500 部、B の売り上げは 2,500 部と書いてありますので、本来だったら、A が 5,000 部プラス 1,000 部、すなわち 6,000 部売れたはずなのに、B に

よって 2,500 部持っていかれてしまったというようなケースがあげられています。

A としては、この B を追い出したいというわけです。B を追い出せば、A のところに利益が入ってきて、その分著作者に高い対価を払うことができるわけです。そのために著作権が必要ということになります。ただし、ここの教材の A には一応、市場先行の利益はあるはずですということは書いてあります。ですから、著作権がなくても、市場先行の利益すなわち、小説がヒットするまでの利益は確保できます。B というのはたいてい、ヒットしたものに目を付けて海賊版を出すわけですから、ヒットするまでは A の事実上の独占になるわけです。

ですから、市場先行の利益のうちいくらかを著作者に対価として払うことができるわけです。逆に言うと、この市場先行の利益の額を超えることはないわけです。経済合理的に考えれば、著作者の対価というのは、この 1,000 部の利益を超えることはないわけです。

そうだとすると、やはり A に独占させた場合よりも対価が安くなるということですので、この程度しか対価がもらえないのであれば、小説なんか書いていられないということもあり得るわけです。ですから、著作者に十分な対価を払えば、それだけ頑張って創作をしてくれるでしょうから、それを狙って、著作権という排他権を設定したわけです。

ですから、このように著作権という排他権を設定しておくと、市場先行の利益だけではなく、もっとたくさん利益を得ることができ、その分著作者にお金を支払うことができるわけです。そのようなものが著作権法であるということになります。

今までの全部の知的財産法についてインセンティヴ論を説明していますので、今のお話のだいたいのストーリーは、もう何度目かになると思います。著作権法を含め、知的財産法には、どうして知的財産法が必要なのかという根拠付けの議論において、インセンティヴ論というものと自然権論というものが対立といいますか、大きく二つの説があると言われています。

田村先生はインセンティヴ論で貫徹されておりますので、不正競争防止法から著作権法まで、全部インセンティヴ論で説明をしています。この教材やこの授業もそうなっています。他方、自然権という考えもいまだに根強くて、最近はインセンティヴ論も昔よりもかなり数を増やしていますが、著作権法については、実は自然権論を採っている先生の方が、おそらく数としては多いのではないかと思います。

自然権論というのは非常に素朴な発想です。著作物のなかでも、芸術的なもの、例えば、ルーブル美術館に並んでいる絵や彫刻、あるいは音楽のようなものを念頭に置いてください。そのようなものは、著作者の才能によるところが非常に大きいということなので、著作者がいなければ、もうこの世に生まれなかっただろうということです。そうであれば、その著作物から生み出される経済的な利益や名誉感情などは、すべて著作権者に帰属するべきものだと考えるのです。

ですから、著作者がいなければ、そもそも利用ができないのだから、その著作物を第三者が利用することができなくなっても仕方ないというのが、自然権の根本です。自然権論者に言わせると、著作物というのは自分の分身といいますか、子供のようなイメージなのです。ですから、自分の子供をかわいがるというのに理論は必要ありませんので、著作者が保護してほしいと思えば、保護されるべきだというのが、自然権という発想です。

インセンティヴ論というのは、経済合理的に行動するときに、どうすればいいのかということを考えるわけです。この教材では、インセンティヴ論で著作権法を説明しています。どちらが間違いでどちらが正しいということではなく、理由付け、根拠付けの仕方が異なってくるということです。

I　著作物性

では 91 ページの下の方にいきましょう。著作物性のお話をします。

著作物性というのは非常に奇妙な言葉ですが、要するに、著作権法で保護の対象になるものという意味です。

要件の一つめが思想または感情の創作的表現、二つめが、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するもの、になっております。

2 条 1 項 1 号には、著作物とは何かという定義があります。著作権法の 2 条は 9 項までありますが、1 項だけで 23 号まであります。その第 1 号に著作物の定義があります。

「思想または感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するものを言う」という定義があります。これに含まれますと、著作権法の対象になるわけです。逆に言いますと、これに該当しないと著作物ではないということになりますので、著作権法の保護の対象から外れることになります。ですから、著作物でないということは、著作権を主張することができないという意味です。

まず思想または感情の創作的表現をみていきます。最初に要求されるのが、創作性という要件です。表現が創作的である必要があるわけです。

この「表現」というものですが、表現が何らかの媒体に固定される必要はないと言われています。ですから、例として、講義と書いてありますように、私がべらべらしゃべっていることも、IC レコーダーとカメラがなくても、表現に該当するのですね。表現されていればいいわけです。皆さんの心の中、頭の中で想像しているだけではだめですので、外に向かって表現される必要があるのですが、表現についてはそれ以上の要求はないわけです。

固定されていない表現もたくさんあります。芝居なんかはそうですよね。脚本などもありますが、振りなどは固定されるものでありません。他には、例えば都市伝説、あるいは平家物語などです。大昔、紙も墨も貴重だった時代には、琵琶法師の間で語り継がれていくというようなものもありましたが、あれも立派な表現です。ですから、固定される必要はありません。

その次に、創作性という要件が要求されます。これは学術的、芸術的に優れていることは不要であり、他人の著作物と異なるということで十分と書いてありますように、創作性というのは、他と異なっていればよいということです。ですから、芸術的評価が高いとか、格調高いとか、そのようなことは要求していません。ただ、ありふれているものは認められないのですが、ありふれているレベルを超えれば、もう創作性があると言われます。

これはどうしてかというと、ありふれているレベルを超えた状態の話ですが、例えば、芸術的評価の低い、あるいはまったくない絵だとしても、それに排他権を認めても、どうせ誰も使わないだろうから、弊害は特にありません。

92 ページにいきます。例えば、特許は、発明すれば保護されるというわけではなくて、新規性や進歩性のような要件を満たしたものだけに排他権が発生するというシステムでしたが、著作権法は国際条約の関係もありまして、著作権というのは誰かがその創作性を事前にチェックするような処理ができません。ですから、創作されただけで、即、著作権が発生し、著作物性があるかどうかというのを裁判所で判断するというようなシステムが採られています。

そうだとすると、例えば高度に学術的とか芸術的であるということを要求しますと、まず、それを評価するのが難しいということになります。特に裁判所で評価をしてもらうということになると、裁判所のような国家機

関が、これは芸術的であるとか、これは学術的であるとかということを決めることになります。そのようなことに対する嫌悪感があります。

特に、文化は多様性の世界で、特許のような、技術のような集約性、すなわち1つの目的に向かって技術が修練していくという性質はありません。表現というのはいろいろな方向に広がっていきます。何度も例に出して言いますが、発明は常に便利になる方向、優れた方向、性能がよくなる方向にしか進歩しません。携帯電話が黒電話になることはあり得ません。けれども、例えば芸術の世界では、何かレトロチックにした方が、物が売れたりすることがあります。あるいは、ファッションの世界というのは、私が見るとぐるぐる回っているだけだと思いますが、昔にはやったものの繰り返しが何度も波のように来るわけです。

ですから、文化というのは、目的や目標のものがあって、そちらに向かってまい進していくというようなものではなくて、いろいろな方向に広がっていくものです。ですから、これを超えたら保護の対象にすべきだとかいうことをなかなか定立しがたいのです。ですから、それを要件とすることはやめましょうということになりまして、ほかの著作物と異なっていれば十分だということにいたしました。

ただ、逆に言うと、ありふれているとだめなのです。ありふれているというレベルは超えている必要があります。ありふれているかどうかということは、裁判所の判断でもそれほど難しくはありません。ごく常識的な範囲で考えていけば済むわけです。

ですから、皆さんが、おはようとか、昨日何時に寝たとか、朝までカラオケを歌っていたとかいう会話をすると思いますが、そのような断片的な会話はごくありふれた会話ですので、そこには著作物性はないということです。ある程度長さといいますか、まとまりがありますと、著作物性がだんだん認められていく方向になるわけです。

2 番目としましては、アイデアと表現の区別ということが書いてあります。これは著作権法の世界では必ず言われます。これは自然権でもインセンティヴ論でも、両方ともあると言われている、アイデア・表現二分論の話です。

どのような内容かというと、別に難しいことではなくて、アイデアと表現のうち、著作権法で保護するのは表現だということです。逆に言うと、著作権法はアイデアを保護しないということです。このように、アイデアと表現を2つに分けて、表現だけ保護をして、アイデアは保護しませんよというのが二分論の内容です。これは、インセンティヴでも自然権でも異論がないところですが、著作物をどちらに分けるかというところに傾向が出てきます。

では、アイデアと表現はどこで分けるのかというと、これは非常に難しいですが、誤解を恐れずに言ってしまうと、抽象度が高くなるとアイデアであり、具体性が高くなると、表現です。ですから、具体的な表現を保護の対象、つまり排他権の対象にするという意味です。要するに、抽象的なアイデアを保護すると保護が広すぎるということです。具体的な表現を保護すると、保護の範囲は狭くなります。

例えば、誰が表現しても同様な表現になるようなものは創作性を欠くという例が教材にのっています。これはありふれていると言っても構いませんし、これぐらいではまだアイデアであると言っても同じです。

私は読んだことがありませんが、これは川端康成の小説の冒頭らしいです。川端康成の頭の中で――これは東京から新潟に向かうときのトンネルらしいですが、昔の汽車ぽっぽに乗って、山の中を長いトンネルを抜けていくという情景があったとします。冬に群馬から新潟に抜けるときというのは、関東地方の冬というのは常に晴れで、雨や雪が降ることはほとんどなくて、ものすごく乾燥しているのに対し、一歩新潟の方に入ると大雪なのです。雪の量からすると、新潟はきっと札幌より多いかもしれません。

ですから、トンネルを抜けると景色が一変します。ですから、晴れて乾燥した雪のないところを汽車が走っていて、トンネルを抜けると雪がどかどか降っていて、景色が一変してびっくりしたというようなことをイメージしながら、きっと川端康成はこの有名な冒頭の文章を書いたのだろうと思います。でも、それは川端康成の頭の中にあっただけで、川端康成のアイデアを表現するとこうなったということです。

ですから、トンネルを抜けると景色が一変したというだけでは、まだアイデアの段階に止まるということです。ですから、これをまねしても非侵害です。これをまねしても著作権侵害になることはないということです。

特に著作権侵害の正否の判断をする場合では、著作物がどのようなプロセスを経て、あるいは、誰の手によって著作されたのかということは考えません。客観的に分からないからです。確かに有名な小説の一文であり、ノーベル賞も取った有名な作家が書いた冒頭の一文ですが、そのようなことは捨象して、著作物だけから著作物性、あるいは侵害の正否を判断するということです。

もう少し例を出します。教科書 394 ページを見てください。ここにはラストメッセージ in 最終号という事件の図が載っています（東京地判平成 7.12.18 判時 1567 号 126 頁）。この『ラストメッセージ in 最終号』というのは、雑誌が廃刊になるときに、廃刊のあいさつというのがその廃刊になる雑誌の最後のページに載りますが、その廃刊メッセージを集めたものです。150 ページぐらいありますが、ひたすらこの 394 ページのようなラストメッセージがべたべた貼り付けられている本です。

この 394 ページのラストメッセージに目を通して、これはどこから著作物と言われたか、どこから保護するか、どこまで保護しないかと、線引きをしてほしいのです。①から⑨まで、だんだん文章が長く、あるいは複雑になる方向にいっています。雑誌は廃刊のあいさつですから、例えば図①のように、「本誌はこの号でおしまいです、長い間のご愛読に感謝します」というようなことは廃刊のあいさつですから、どんな人も必ず書くわけです。ですから、この最後のあいさつというだけに止まるのであれば、それはまだアイデアの領域を脱しない、あるいはありふれているということになって、保護を否定されます。

いかがでしょうか。皆さんはどのあたりから保護すべきだと思いますか。まず、ありふれているかどうかという観点があります。それから、著作権を認めるということは、排他権を認めるということですから、権利者以外の者はまねをできないというように、強力な権利を与えるわけです。さらに、もう 1 つの観点としては、この表現に排他権を認めた場合に、他の創作が制限されすぎないかという観点からも見てほしいわけです。

境界は⑦と⑧の間で、①から⑦までは著作物性はないと言われました。このうち著作物性があると認められたのは、⑧と⑨だけです。ですから、逆に言うと、⑥は結構長いですが、これをそっくりまねしても非侵害だということなのです。著作物性がないということは、そっくりまねをしても構わないということを意味します。

皆さん、いかがでしょうか。これには賛否両論がありまして、⑦と⑧の間には何があって区別されるのかということが問題になります。⑧が認められるなら、⑦も認められそうだなという人もいるわけです。今まで聞いた感じでは、⑨を認めないという人はいません。⑤くらいまでは、認めなくていいのではないか。すなわち、⑨は認める、⑤より上は認めないというのが大半で、悩むのが、⑥、⑦、⑧あたりです。ですから、⑥、⑦、⑧あたりで迷ったというのであれば、感覚としてはだいたいそんなにずれていません。

たまたまこの裁判官は、⑦と⑧の間で線を引きました。⑨は、表現にかなり工夫が見られます。東京地方の桜の開花が待たれる昨年 3 月 27 日、ニューシングルの人たちが云々、とあるので、特徴的な表現が

あるとともに、激励のはがきの内容を紹介しています。何より長いです。

長いということは選択の余地がたくさんあるということですから、それだけ選択の余地があるなかから1つを選択したということですので、表現に工夫がある、ありふれていないと言うことができます。図 9 について、著作物性を認めないという人は、今のところ私は聞いたことがありません。図 8 と図 7 の間が微妙です。著作物性というのは、だいたいこのあたりで線が引けます。

他の裁判例で、万年カレンダーという例もあります（大阪地判昭和 59.1.26 無体集 16 巻 1 号 13 頁［万年カレンダー］）。これはまさしくアイデアと表現が争われた例です。万年カレンダーは 396 ページに図が載っていますが、これはカラーのカレンダーなので、白黒だとよく分からないですね。

これは、アイデア自体は非常に優れています。カレンダーを月、日について七色の色を塗っていくと、永遠に使えるというものです。1 週間は 7 日ですから、カレンダーというのは全部で 7 パターンしかないらしいのです。ですから、その数だけカレンダーのパターンを作っておいて、この年はこの色のカレンダーを見てください、この年はこの色のカレンダーを見てくださいというふうにしておくと、永遠に使えるというようなものです。これをまねした人がいるわけです。

七色も使って見た目も結構きれいなカレンダーですが、それはまだアイデアに止まるというように裁判所で判断されました。これをまねしたのはアイデアをまねしたにすぎず、表現と言うには具体性が足りないとされたのが、この万年カレンダーの事件です。

アイデアと表現の二分論は、抽象的であればアイデアですし、具体的であれば表現です。線を引くのは、やはりなかなか難しいことです。この話は類似性のところでももう一度出てくる話ですので、類似性のところでもう一度お話をしたいと思います。

その次に編集著作物とコンピュータープログラムというのをあげています。編集著作物というのは、いろいろな著作物の寄せ集めです。編集著作物を保護するというのは、寄せ集めの仕方を保護するという意味です。

皆さんになじみのある編集著作物というと、判例百選がよく出てきます。いろいろな先生が評釈を書いた評釈集ですが、評釈一個一個にその評釈を書いた先生の著作権があるということは、皆さん分かると思います。でもそれだけではなくて、この 100 個の判例を集めてきたところには何か意味があるはずです。重要な判例なのかもしれない、いろいろな判例があるかもしれない。その 100 個集めてきたということに創作性を認めることがあるという意味です。

ですから、百選の 2〜3 個の解説をコピーしても、個々の解説の著作権を侵害するというのに止まるのですが、百選を 1 ページから 300 ページ、要するに全部コピーする場合には、個々の先生に許諾をいただくだけではなくて、編者の先生にも許諾をいただかなければいけないということです。

編者の先生は、たくさんある著作権の裁判例の中からこの 100 個を選びました。たくさんある中から選んだということは、それだけ工夫がある、意味があるということです。順番も、その順番に並べたというのは、大事だから、あるいは、このような説で著作権を考えていくためには、このような順番で並べなければいけない、ということであり、このような配列はありふれていないと言うに十分ですので、表現として保護の対象になることがあり得るわけです。

ただ、編集著作物は、どちらかというと保護されにくいタイプの著作物です。編集著作物を構成する個々の著作物が個別に保護されるということに疑いはないですが、例えば情報の単なる集積物、すなわち、学生名簿や、日本の全裁判例のデータベースというのは、名前や裁判例を全部集めますので、誰が

やっても全部は全部です。選ぶ場合は、何かの考えによって選んでいくわけなので、人それぞれ表現が異なることがあり得ますが、全部持ってきなさいというと、選びようがないわけです。そこに表現としての工夫があったと言うことができません。

現在これが、本当は保護したいけれども、著作権法という枠では保護できないものだと言われています。この集合型であるデータベースが、著作権法の枠組みでは保護が難しいと言われている例です。とにかく全部集めているというのでは、選択の余地がありません。選択の余地がないということは、著作物性がないということになってしまうのですが、データベースというものは、作ってもらうと、利用する人は非常に便利です。他方、データベースを構築するためにはとてもお金が掛かります。特にデータベースというのは、初期投資が大変大きなタイプの著作物です。完成させるのに時間もかかり、お金も掛かります。

しかし、全部集めてくるというタイプのデータベースは、工夫のしようがなく、頑張れば誰でもできるものです。これは「額に汗」と呼ばれます。

ですから、このようなデータベースタイプの編集著作物は、著作権法の枠組みでは保護が難しいので、どのような法律を作ったらいいのかと、今、国際的に困っています。ヨーロッパ、アメリカ、日本でいろいろな工夫がされていて、ヨーロッパは一部新しい立法がなされたようです。著作権法では保護できないので、ほかの法律、要するに独自立法として、新しい法律を作る必要があるのではないかと言われている領域です。

日本では不法行為を活用するしかないと言われています。裁判例が挙がっていますように、実際、このスーパーフロントマンという事件では、不法行為でデータベースの表複製を侵害としました（東京地判平成 13.5.25 判時 1774 号 132 頁［スーパーフロントマン］）。今は、データベースといってもコンピューターデータベースですから、複製はハードディスクさえ持っていけば容易にできます。非常に価値が高いのに、簡単に複製されてしまうというように、非常に脆弱です。ですから、不法行為で何とか保護してあげましょうということになっております。もしかしたら、今は過渡期なのかもしれません。

その次に、コンピュータープログラムですが、現在では、コンピュータープログラムは著作権法で保護されます。特許の方でも、今はコンピュータープログラムが保護されますが、この違いはまさにアイデア・表現の区別です。

特許法はアイデアを保護する法律です。アイデアをむやみに保護すると広くなりすぎるので、新規性や進歩性といったハイレベルの要件を課しています。そのため事前に審査をして、間違いがないということにするわけです。著作権法のほうは、事前に審査をして権利を設定することをせず、裁判所が判断をしますので、権利の要件に対して難しいことは言わず、取りあえず著作物性がありふれていなければいいということにしたわけです。

ですから、コンピュータープログラムについては、特許法では、いわゆるアルゴリズム、要するにフローチャートみたいなもののような処理の流れを保護します。それに対し、著作権法では、コンピュータープログラムといっても、もう少し具体的になった現実のソフト、ワードやエクセルやファイナルファンタジーといった、具体的なプログラムをまねしてはいけないというように、一応区別されています。ですから保護の範囲としては、特許の方が、抽象的なので広く、著作権法の方が、相対的には狭いということになります。

ただ、このコンピュータープログラムは 1985 年に著作権法に取り込まれたのですが、これについては非常に議論がありました。コンピュータープログラムは、一応著作権は保護するということになったのですが、どちらかというと、テクノロジーに関するものですので、本当は特許法のように、新規性、進歩性、あるいは

事前の審査を必要とする法制の方がなじむのではないかというような議論が、改正前は主流でした。

特にコンピュータープログラムは、やはり便利になる方向に収斂していくという性格のものですから、著作権を与えてしまうと、保護が強くなりすぎてしまうという問題があります。後で説明しますが、著作権法の保護というのは著作者の死後 50 年ですので、余命プラス 50 年です。コンピュータープログラムについては公表後 50 年ですが、特許の 20 年と比べると非常に長いです。長いということは、他人を制限する機会が大きくなるということですので、技術として収斂していくタイプのものを保護するためには、ちょっと長すぎるのではないかというような指摘がありました。

日本はその方向で、ではコンピュータープログラムについては独自立法をしましょうという方向で動いたのですが、著作権法に入ってしまったのは、ひとえにマイクロソフトが原因です。マイクロソフトが、著作権法での保護を要求し、アメリカ政府を動かしたわけです。基本的に日本はアメリカの属国なので、アメリカがやると言ったら、その方向でまとまるのですね。

マイクロソフトにとっては、コンピュータープログラムを著作権で保護した方が、非常に有利なわけです。特許で保護されれば 20 年ですが、著作権の保護であれば 50 年ですから。独自立法のときは、10 年で存続期間を切ろうとかいう議論もあったくらいですので、マイクロソフトにしてみればもっと長く保護してほしいということです。

アメリカは、国際条約に、コンピュータープログラムは著作権法で保護しなければならないという条文を強行に入れたわけです。そうすると、世界もその方向にいくわけです。そのようなことで、プログラムは著作権法で保護されるということになってしまったのです。

教材 93 ページで、そもそも著作権法にプログラムを混入させたことが誤りと、非常にダイレクトなことを田村先生が書いていらっしゃいますが、その通りなのですね。コンピュータープログラムを著作権法に入れたことで、著作権法がまたひとついびつになったと言われます。ですが、立法はこのようになっておりますので、ご理解ください。以上が著作物性の最初の、思想または感情の創作的表現のところのお話になります。

その次に、1 号の場面がもう 1 つありまして、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するもの、という要件が課されています。これを引き継ぐ形で 10 条 1 項という条文があり、1 号から 9 号まで、著作物というのはこのようなものが挙げられますということが書いてあります。法律に書いてある通り、おおむね次の通りであるそうなので、もちろんこれは限定立法ではないということです。

ですから、これに含まれない著作物も、いくらでもありえます。もっと言えば、著作物を 1 号から 9 号のどの著作物に分類するかという作業も、基本的には無用の作業です。ですから、これは脚本の著作物なのか、舞踊の著作物なのか――芝居やオペラなどはそうかもしれませんが――どちらなのかという議論は、法律的にはまったく無意味です。

ただ、例えば映画の著作物や、写真、プログラムは、条文によっては法的効果が違うことがありますので、どちらの著作物に該当するのかということに議論の価値があります。

2 つの類型に該当する場合ももちろんあります。オペラやミュージカルは、音楽の著作物でもあるし、舞踊も著作物でもあったりするわけです。建築の著作物にしても、芸術的な建築物であれば、建築の著作物であるし、4 号にその他の美術の著作物とありますので、美術の著作物であるということもあり得ます。ですから、この 2 つ、あるいは 3 つに該当する著作物というのもあり得ます。相互に排他的ではないわけです。

ですので、文芸、学術、美術、音楽の、どの概念に入るのかという議論も、これまた無用です。もちろん、複数兼ね備えてもいいのですが、どれかに入っていれば十分だということです。

さらに、どれにも入らないのかということも、あまり議論の価値がないと言われています。これから話すことを除いては、ほとんど意味のない要件というふうに考えられています。

法的に非常に大きな意味があるのは、実用品の問題です。基本的には、皆さんがこれから著作権法を勉強していく上でイメージしてほしいのは、どちらかというと芸術的なもの、彫刻や絵、写真、小説などを想像しながら勉強してほしいのですが、実際に問題になるのは実用品についてです。もっと言えば、工業製品です。要するに、工業製品も著作権法で保護されるのかどうかという話です。

最近は工業製品だからこそデザインに凝っている製品もたくさんあるというのは、常識です。携帯電話も、昔は小さく軽くなる方向だけでしたが、充電器がザクの頭になっている充電器もあるぐらいですから、非常に凝ったデザインもたくさんあります。そのようなものは保護されるのかどうかという問題です。

講義の前半に話したように、原則、ありふれていなければ著作物だというと、工業的なデザインについても、ありふれていなければ著作物だと考えていいように思われます。特に、ありふれていなければいいという基準を立てたのは、著作物が高度であるとか芸術的であるとかという判断を裁判所がするのは難しいし、裁判所にさせるのはなじまないということでしたので、工業製品についても、これが工業製品だという判断はなじまないと言うこともできるのかもしれません。

しかし、ここだけは、ありふれていなければ著作物だというテーゼが若干へこむところです。それはどうしてかというと、ほかの法律との住み分けの問題です。ほかの法律というのは意匠法です。意匠法は、基本的には、物品のデザイン、さらに言うと、工業製品のデザインのために作られた法律です。物品の形状、色彩、模様について保護をする法律で、日本の意匠法は特許型です。特許型というのは、出願、それから審査、登録を経て発生する排他権ということです。

もちろん要件としては、新規性や、あるいは今までの工業製品に比べ工夫されているといった要件が求められていますが、非常に特許に近いタイプの法律です。保護の期間は、教材には登録後 15 年と書いてありますが、条文の改正があって、現在では登録から 20 年になっています。このように、特許型で手続きを必要とする法律であり、登録から 20 年で保護が終わりとなります。

他方、著作権法の構造は、何度も説明しているように、権利の発生に手続きを必要としません。出願も要らない、審査もない、登録もない――登録をすることもできますが、してもしなくても、権利の範囲には影響はありません。要件としても、他と異なっていたり、ありふれていなければ保護が認められます。存続期間も著作者の死後 50 年です。余命プラス 50 年ですので、これから 30 年生きる人であれば 80 年です。

要するに、意匠と著作権法を比べると、意匠の方が、手間がかかるわりには保護期間が短いです。著作権法は、保護のための手続きは訴えるだけですから、簡単で、しかも存続期間も長く、基本的に維持のためのお金も掛かりません。意匠権は権利の維持のためにお金が掛かるわけです。

そのようなことなので、どちらも選べるとすると、みんな著作権法を選ぶことになります。特に出願が要らないというのが大きな理由です。まねされた、しまった、意匠出願していない、というときも、もし著作権法が選べるのであれば、著作権法は出願も登録も要りませんから、著作権を使うことができます。

意匠というのは、あらかじめ出願をしておかないと保護されません。紛争が起こるかどうか分からないけど、取りあえず出願しておくことが必要なのですが、著作権はそんなことは必要ないので、両方選べるとすると、著作権法ばかり選ばれます。これは、この 2 つの制度を作った趣旨に反するだろうということです。

工業的なデザインについて意匠法を作った以上は、基本的には実用品、工業製品については意匠法を利用してもらい、著作権法は、工業製品以外のものを保護の対象とするというのが、この「文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属すること」という条文の意味だと言われています。

教材では、文化の範囲に止まっているという価値判断の表れということが書いてありますが、解釈論として徹底すると、そのような説明になります。実際にその制度を設計した人がそれを意識していたかどうかということは、よく分かりません。もしかしたら、役所の縦割り行政が原因なのかもしれないですね。意匠法というのは産業財産権、昔の工業所有権で、管轄は経済産業省なのに対し、著作権法は文部省の外局の文化庁ですから、縦割り行政の影響という可能性も多々あります。

ですが、法律でこのように決まっていて、制度もこのように組まれている以上、制度が 2 つあるというところに意味を見いだすとすれば、このような説明になると言うのが、今までの話です。実際には分かりません

ですが、やはりそれだけで問題は解決しません。基本的には、工業的なデザインには意匠法を適用し、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属すれば著作権法を適用するとしても、重なってしまうところはどうしても残ってしまいます。

ですから、やはり調整をする必要があります。意匠法と著作権法の中間ぐらいにあるもののことを応用美術と言ったりします。実用品に応用される美術の意味です。応用美術が著作権で保護されるのかどうかというのは、意匠法との切り分けの話だと理解してください。彫刻が本立てになる、あるいは絵画がポスターとして用いられるということはたくさんありますが、このようなものの保護がどうなるのかということです。

教科書 403 ページをご覧ください。応用美術として、著作権法で保護されるのかどうかということが議論になったものです。左の上の図①は博多人形です（長崎地佐世保支判昭和 49.2.7 無体 5 巻 1 号 18 頁［博多人形赤とんぼ］）。右側の図②は、竜のような彫刻がされていますが、仏壇の彫刻です（神戸地姫路支判昭和 54.7.9 無体 11 巻 2 号 371 頁［仏壇彫刻］）。

図③は、T シャツのプリントです（東京地判昭和 56.4.20 無体集 13 巻 1 号 454 頁［アメリカ T シャツ］）。この絵が T シャツにプリントされています。サーファーがサーフィンをしている絵で、両サイドの絵がイルカですが、説明されないと分からない絵です。

図④は、木目化粧紙の事件です。木目化粧紙というのは、合板の上に木目のプリントを貼り付けるための模様です。このあたりが、応用美術として保護されるのか、著作権法で保護されるのかどうかというのが争いになった例です。

図①、図②、図③は、著作権法で保護する文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものだと言われ、図④はそれに入らないと言われました。図③と図④の間で線が引けるわけです。

図①、図②あたりで議論されたのは、量産性があれば、意匠の範囲なのではないかということだったのですが、図①、図②の事件では、量産品といえども、著作物と言えるとした裁判例です。博多人形はお土産で人気があるものでしょうから、量産されるのでしょう。仏壇もそうです。一品製作ということは考えにくいです。一品製作物であれば、それは文芸、学術、美術、または音楽に属すると言いやすいですよね。でも、量産品だからといって、直ちに著作物ではないということではないです。

では、著作物性はどこで決まっているのかといいますと、裁判例の規範では、純粋美術と同視し得るかどうかで判断すると述べています。すなわち、工業製品のデザインが、純粋美術と同視できるかどうかで判断していると言われています。これは現在でも踏襲されていると言われています。仏壇彫刻の事件やイルカ T シャツの事件でそのような判断がなされました。

純粋美術と同視できるかと考えると、403 ページの 4 つの例だけ見ると、分からなくはないという感じがいたします。木目化粧紙というのも、作っている方としては、いろいろ工夫があるようです。ある程度の長さしかありませんから、継ぎはぎしていっても、継ぎ目が見えないような工夫がされているらしいです。そのように、作った方としては頑張ったのでしょうけれども、やはりこれを純粋美術と言うのは、ちょっと難しいような気がいたします。

ですが、本当に裁判所が、純粋美術と同視し得るかという基準で判断しているかどうかというと、私はそうではないと思います。

純粋美術とは何かと裁判所で判断するということは、最初に言った、ありふれていればそれ以上の要件は問わないということとは矛盾しているわけです。しかし、意匠法と調整を図る必要がありますので、ここだけ矛盾せざるを得ないです。裁判所でそのようなことを判断するのは難しいし、なじまないから、判断しませんという説明がうまく通用しない部分です。

ただ、この純粋美術と同視し得るかどうかで判断という基準もよく分かりません。なぜかというと、ファービーという事件があります（山形地判平成 13.9.26 判時 1763 号 212 頁［ファービー一審］、仙台高判平成 14.7.9 平成 13 年（う）第 177 号［同控訴審］）。ファービーは、5 年ぐらい前にはやった、グレムリンをもう少しかわいくしたような縫いぐるみですが、あれをまねしたという事件がありました。その縫いぐるみが、文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものではないということで、山形、仙台で著作物性が否定された事件です。

ファービーが否定されて、博多人形が肯定されるというのは、なかなか説明が難しいですが、説明するとすれば、このファービーの事件は、実は刑事事件だったのです。刑事事件だったので、罪刑法定主義の観点から、この文芸、学術、美術、または音楽の範囲に属するものというのを厳格に解釈すると、ファービーは含まれないといった、例外的な事件だと理解するべきなのかもしれません。ですが、やはり純粋美術と同視し得るか否かという判断は、かなり微妙なものがあります。

まとめを兼ねて検討のところを説明していきます。まず、切り分けの観点として、製作者の意図がどこにあったのか、すなわち、工業製品向けのデザインだったのか、あるいは芸術家としての作品なのかということを判断すべきだという意見もないわけではありません。しかし、著作物それ自体から、著作者の意思を――何らかの芸術家の表現したいものを感じ取ることはあるとしても、量産目的であったのか、美の追求なのか、それを判別することは不可能です。

著作権というのは他人に対する排他権ですので、やはり第三者である利用者の予測可能性を、保護してあげる必要があります。例えば、量産品であるところ、意匠登録が利用できると考えていたら、実は製作者は美を追求していたとすると、第三者には分からない話です。ですから、このような製作者、著作者の主観的な意図という基準は採用できません。

また、創作された後の創作物の利用態様というのも考慮すべきではありません。つまり、最初は芸術品として作った後に、これはなかなかいいということで、ポスターや広告に利用されたということは、いくらでもあります。逆の場合もあるでしょう。工業製品として作られたのだけれども、アバンギャルドだと評価され、芸術的価値が認められるということもないわけではないです。

ですから、その後どのように利用されたか、芸術品として利用されたのか、工業製品として利用されたのかというところで区別することも、なかなか難しいだろうということになります。著作物それ自体から、どうにか判別できなくてはいけないわけです。

ですので、最初の方で、著作権法と意匠法で、2 つ制度がある以上は切り分けなければいけないと言いましたが、やはり競合領域、要するにダブルプロテクション、2 つの法律で同時に保護される場合というのは、認めなければいけないということです。

ですから、この博多人形や仏壇彫刻についても、もしかすると意匠出願がされていて、意匠権が取られているのかもしれません。だからといって、それで著作物性を否定されるということではありません。両方で保護されるということはあり得ます。逆に言うと、そうするしかないのです。今までは、著作物それ自体から分からなければいけないということで、第三者の予測可能性を話してきましたが、製作者、創作者の方の予測可能性も考えなくてはいけません。

例えば、判断が分かれるケースでは、特許庁は著作物と考えて登録時の出願を拒絶したとします。特に意匠法の方は、一品製作物であり、量産可能性がないと、保護を否定するという実務があります。他方、その後で著作権侵害で訴訟を提起した場合に、これは工業製品だから、著作権法の範疇ではないと言われてしまうと、両方で保護されないということもあり得ます。

本当は、やはり著作権法と意匠法の間で明確な調整規定があるべきでしょうが、ない状況では、創作者の方の予測可能性も保護してあげる必要があります。そのためには両方の法律で保護される領域を認めざるを得ないということになります。

ですから、創作物の外形、すなわち著作物それ自体から、一応言葉上は、純粋美術と同視し得るかという基準で判断をして、意匠法の領域である量産品や工業製品についても、ある程度保護を認めていくというような裁判所の基準は、まあよろしいのではないか、というのが教材 94 ページの結論になっています。

裁判例は、純粋美術と同視し得るか否かという基準で決めていますが、純粋美術が何かと決めるのは、なかなか難しいですね。ですから、創作者の保護のためには、迷ったら保護するという方向で考えていくしかないのではないかと考えられます。

本日の講義を通して大事なのは、著作権の保護というのは、特許庁を介さずに裁判所が行うので、ありふれていなければ保護するという基準を立てておき、ただし、工業製品の場面だけは意匠法の問題があるので、純粋美術と同視し得るかという判断基準が入ってきているというふうに理解していただきたいと思います。

II　著作権侵害の成否

前回の講義で、著作権の 1 条の説明を飛ばしてしまった気がいたします。著作権法の 1 条には目的が書いてありまして、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ、著作権者等の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とするということで、この講義は不正競争防止法から一貫してそのような話をしているつもりです。権利者を保護するという法律ですが、それ自体は目的ではありません。権利者の保護というのは手段にすぎなくて、権利者を保護することによって世の中の全ての人が豊かになるというところが知的財産法の狙いです。

著作権者を保護するということは、著作権は排他権ですので、著作権者しかその著作物を利用することができないことになってしまいます。ですから、権利が強すぎると、今度は第三者の著作物の利用が図られないので、あくまでも著作権者とそれ以外の人のバランスを図るというところに気を付けなくてはいけないということです。

特許はその色彩が強く、発明者、出願人の保護はある程度にとどめ、秘密にしたいような技術を公開させて、世の中の便宜の向上を目指すということですが、著作権については、前回もお話しした通り自然権の発想が強く、多少第三者、我々利用者を犠牲にしても、著作権者を守るべきだという色合いがないわけではありません。

95 ページに参ります。前回は、著作権法の対象になる著作物とは何かというお話をしました。創作性と実用品の問題がありましたが、本日は、そのような著作物についての侵害の成否というところになります。

教材に沿っていきます。総説に書いてある著作権侵害の 21 条から 28 条ですが、著作権の排他権というのは、21 条から 28 条に列挙されているものの束だと言われています。21 条には、著作者は、その著作物を複製する権利を専有すると書いてあります。22 条は上演、演奏、22 条の 2 は上映等、26 条は頒布や口述、26 条の 3 は貸与等、27 条は翻訳等、いろいろ書いてあります。著作権はこのような細かい権利の集合体だと言われています。各条に挙がっている権利のことを支分権と言います。

ですから、逆に言うと、この 21 条から 28 条に該当しない行為は著作物の利用行為になっていないということです。これは、次回の法定の利用行為のところでもう少し詳しく話をすることになります。

もっとも中心的な権利が 21 条の複製権です。著作者はその著作物を複製する権利を専有すると書いてあります。これは特許法も同じです。特許だと、特許権者は発明を実施する権利を専有すると 68 条に書いてあります。それとそっくり同じ条文です。特許でも問題にしたように、この複製する権利を専有するというのは、著作権者だけが著作物を複製することができるという権利なのか、それとも、著作権者以外の人が複製できないという権利なのかという疑問があるわけです。

著作権者しか複製できないという積極的な意味なのか、著作権者以外の人は複製できないという意味なのか。答えも特許のところと同じで、後者です。著作権者は、他人が著作物を複製することを禁止できる権利だというふうに考えられています。ですから、21 条は複製権と書いてありますが、正確に言うと複製禁止権です。複製する権利ではなくて、複製することをやめさせる権利です。

これは、どこが異なるのかという説明も、特許のときの繰り返しになります。他人の権利に抵触する場合は、自分が著作権者であっても、複製はできないということです。複製することができる権利ではなくて、他人の複製を禁止することができるので、お互い禁止し合う状態というのがあり得るということです。ですから、ある著作物について著作権を持っているということは、他人の著作権を侵害しないという保証にはならないのです。

何かについて著作権を持っている場合に、自分が著作権者だからそれを利用するというときでも、他人の著作権を侵害しないように気をつけなければいけません。著作権を持っているということは、他人の著作権を侵害しないという保証にはならないのです。この説明は、翻訳文のときの二次的著作物について説明されますが、本日はこの説明はいたしません。

教材の「(2) 依拠」から著作権侵害の要件に入ります。著作権侵害の要件は、3 つないし 4 つです。

教材に沿っていきますと、1 つ目が依拠、2 つ目が、類似性、それから、法定の利用行為です。この 3 つが著作権侵害の要件であり、この 3 つが満たされると著作権侵害であるということになるわけです。

ただ、これとは別に、私は 4 つ目の要件として著作物性というのを立てた方がいいと思っています。

依拠、類似性、法定の利用行為の 3 つで説明する場合、著作物性は類似性のところで考慮するということです。ですから、必要なものをどこで考慮するかの違いにすぎませんので、説によって要件が違うということではなくて、どのように説明するかの問題です。ですから、前回みました著作物性を満たしている必要があるわけです。これを別の要件で考えるのか、類似性で考えるのかというのは、それは説明の仕方次第ということになります。

この依拠、類似性、法定の利用行為の 3 つを満たしていれば著作権侵害ということで、ありふれた著作物についてまで著作権を主張できると誤解してしまう人が時々いますが、もちろんそうではありません。著作物性というのは、3 つの要件で説明する人も、前提として必要だと考えていることです。

具体論に入っていきます。1 つ目の依拠というのは、要するに誰かの著作物を模倣したという意味です。いわば被疑侵害者の主観を問うているわけです。権利者としては、自分の著作物が模倣をされたのだということを証明しなくてはいけないのです。

ですから、真実、神様の目から見て、偶然に同じ著作物が創作されてしまったという場合には、著作権侵害とはならないという意味です。もちろん、被疑侵害者が、たまたま同じになってしまった、と言うに決まっていますが、そのような意味ではなく、本当に偶然、著作物が同じになってしまったという場合は、非侵害だということです。

一字一句同じものがたまたま別のところで創作されるということは考えにくいですが、著作権は、完全に一緒ではなく、多少違っていても、類似性が認められれば侵害となるので、類似性の範囲内でたまたま同じような著作物ができてしまうということは、ないわけではありません。実際の訴訟でも、依拠が否定されて非侵害になった事例が複数存在します。

この依拠ですが、実は特許法の方では不要とされています。ですから、特許法の場合は、たまたま同じ発明を作ってしまった場合でも侵害になります。著作権の方は非侵害になりますから、この点では、被疑侵害者からすると、著作権法の方が有利、特許法の方が厳しいということになります。それを指して、特許の方は絶対的排他権で、著作権の方は相対的排他権だと書いてある教科書もあります。

これはどうして違うのかということを説明します。文化の世界は多様性で技術の世界は効率性です。一般に著作権法は文化の世界を規律する法律で、文化の世界は多様性の世界といわれます。文化というのは、いろいろなものがたくさんあることそれ自体が素晴らしく、それ自体が文化的だということです。

ですから、いろいろなものが創作されることそれ自体に価値があるということです。創作者としては、これは自分のオリジナルだと思って創作したにもかかわらず、たまたま他人の著作物と類似しているからといって著作権侵害になるというのでは、創作者に不測の損害を与えることになります。これが積極的理由です。

特許法でももちろん、オリジナルの発明だということがあり得ます。特許法は技術の世界ですので、効率性の世界です。ですから、ある程度幅はありますが、技術というのは必ず一方向に収斂していくという性格があります。これは、法律をどう決めるということではなくて、技術というものが持っているそもそもの性質です。どう考えても、20 年たったら携帯電話が黒電話に戻っているということはあり得ないでしょう。

でも、文化の方はそうではないですよね。ファッションなどもそうですが、レトロ調で昔のファッションが急に復活したり、あるいは映画だったら『ALWAYS 三丁目の夕日』のように、昭和 30 年代の時代を背景にした映画がヒットしたりします。文化というのは行ったり来たりするものです。ですから、たまたま同じになってしまうということは、非常に少ないわけです。

また、技術の世界は発展していく方向が収斂するために、狭いところでみんながせめぎ合っているところ、たまたま同じになったからといって非侵害にすると、特許権が弱くなりすぎてしまうということです。

もう 1 つは、消極的理由です。著作権の方は、たまたま同じになる確率は低いので、依拠を要件にしても、権利が弱くなるということがそれほどないということになります。

特許の方のもう 1 つの理由は、特許法は公示の制度があります。抽象的な文言ですので分かりにくいということはありますが、一応、公示の制度があります。特許が付与され、特許権が設定されると、特許公報が発行され、権利者が誰かということや、特許請求の範囲が公示されます。

ですから、依拠が要らないわけです。特許の方で、たまたま同じだったら非侵害にするよというとどうなるかというと、みんな特許公報を見ずに発明するようになります。見てしまうと模倣をしたということになりますので、なるべく特許公報を見ないで発明をするということになってしまうわけです。そうだとすると、何のために特許公法を発行しているのか、何のために権利の公示をしているか、さっぱり分からないことになってしまいます。ですから、公示の制度が特許法にはありますので、特許法の方では依拠を要件としていないことになります。

著作権の方が、排他権、物権的権利などに公示を要求していないというのは、1 つは国際条約の関係があります。もう 1 つは、表現ですので、頭の中で考えているだけでは著作物にはなり得ません。外に向かって表現して初めて著作物ですので、表現したということが公示の代わりのようなものです。ですから、著作権は物権的権利ですが、公示の制度がありません。

でも表現したといっても、それを聞いた人にしか、公示とのような効果がないわけです。そうだとすると、そんなのは聞いていないという人はどこかにいるわけで、では、その人は非侵害にしましょうということになります。特許ですと、きっちりした文書の形で発行されますので、これは見ていない方が悪いということになるわけです。

これが、著作権が依拠を要求する、あるいは特許の方でなぜ要求していないかということの説明になります。

問題は、依拠の証明です。被疑侵害者、つまり模倣をした人の主観を証明するということになりますので、かなり困難であるということが予想されます。

教材 96 ページにはワン・レイニーナイト・イン・トーキョーというかなり古い事件があります（最判昭和 53.9.7 民集 32 巻 6 号 1145 頁［ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー］）。依拠は、このワン・レイニーナイト・イン・トーキョー事件で最高裁が必要であると述べたために、今では侵害の要件だと言われています。ですから、条文で要求されている要件ではありません。判例法理ですが、反対する人はいません。

実際、この事件は、依拠が必要であると抽象論を述べた後に、実際に依拠が必要だということを事件に

当てはめ、依拠がなかったということで非侵害にしましたので、これは判決の ratio decidenti（傍論の反対）として、下級審を非常に強く拘束する効力があるということになります。

話をもとに戻します。依拠の証明ですが、実際に、模倣しただろうと問い詰めて、模倣しましたと裁判で言う人は、そうはいないわけです。ですので、今では、本当に模倣しただろうという証明が要求されるわけではなく、依拠の要件というのは、アクセス、プラス独自創作の抗弁だと言われます。

ですから、依拠というのは依拠それ自体を証明するのではなく――アクセスの方を請求原因として、権利者が証明する、すなわち、著作権者としては、侵害者が著作物に接したことがあるだろうというところを証明すればそれでいいと言われています。

独自創作の抗弁というのは、抗弁ですので被疑侵害者が出すものです。著作権者に、著作物にアクセスしたことがあるだろうと言われたら、自分は独自創作したということを被疑侵害者側に証明させると言われています。

今問題になっている著作物に接したことがあるかどうかというのは、主観的に模倣したのかどうかということよりは証明が楽だと思われます。つまり、例えば、有名な著作物であれば、その業界の人はだいたい接したことがあるはずだと裁判官は思うわけですし、あるいは、ある程度の部数が出版された出版物であれば、接したことがあって当然だということになります。

もちろん、接したことがあるけれども、独自創作だということはあり得ます。それはどのような場合かというと、被疑侵害物を独自創作してから、問題となった著作物にアクセスした場合です。つまり、今問題になっている著作物を知らずに、独自創作をした後に接したということです。問題になっている著作物をその後に知ったという場合は、アクセスはあるけれども、独自創作ですということになるでしょう？　ですから、その場合は、独自創作の抗弁が成り立つということで、非侵害になります。アクセスというのは、裁判所はわりと容易に認めますので、依拠の要件というのは、事実上は、独自創作の抗弁にすり変わっていると言うことができるのかもしれません

次に類似性です。類似性については最高裁判決がありまして、江差追分事件、あるいは北の波濤事件と言われます（最判平成 13.6.28 民集 55 巻 4 号 837 頁［江差追分］）。類似性というのは、著作物の創作性ある表現を再生していることというふうに考えられています。創作的表現の再生ですね。

これは何を言っているかと言いますと、抽象的なアイデアが似ているだけでは、類似性は満たされないという意味です。最初にアイデア・表現二分論、あるいは二分論というお話をしました。これも条文にはありませんが、著作権法は表現を保護する法律であって、抽象的なアイデアを保護する法律ではありませんと申し上げました。

類似性についての具体例を見てほしいと思います。本日配った資料を見てください。図 1、図 2、図 3、これらは実際の事件に取り上げられたものです。右側が著作権者のもので、左側が被疑侵害物です。ですから、左側のものが右側を模倣したか、あるいは似ているかどうかということです。

ではまず、図 1 の方からいきましょう。これはマグネシウムとカドミウムなどの結晶ですから、無機化学の論文です（大阪地判昭和 54.9.25 判タ 397 号 152 頁［発光ダイオード論文］）。原告の方は、結晶は褐色で、2 分の 1 は赤色であるとかいてあります。これらの結晶は、ラウエ写真では六方晶系と思われる対象性を示すが、粉末解説では立方晶系である。マグネシウム、カドミウム～3 は、白黄色結晶で、ラウエでは六方晶系の対象性を示す。へき開性は六方晶系に属するものである云々、とかいてあります。

左側の方を見てみますと、有機物の原子の構成が書いてありまして、その結晶がラウエ写真では六方

晶系と思われる対象を示すが、粉末解析では立法晶系である、云々と書いてあります。皆さん、これはいかがでしょうか。似ていると思いますか。

似ていると思うかどうかということと、著作権侵害に当たるかどうかということは、少し異なります。著作権侵害かどうかと考えるときは、およそ 2 つの観点から考えてくださいと言っています。1 つは、似ているところがありふれていないか。もう 1 つは、これを侵害としてしまうと、第三者が創作活動をするのが非常に困難になりすぎないかということです。

つまり、似ているところがありふれていなければ、侵害だということになりますし、左側のものが創作できないとしたときに、第三者は創作活動が著しく妨げられれば、それを非侵害にしなければいけないし、それほど妨げられないだろうと思えば、侵害にできるということです。

著作権というのは、あくまで著作権者を保護すればそれでいいということではなく、著作権者を保護することで世の中が豊かになるということを目指しています。著作権者を保護することは簡単ですが、著作権者を保護することで、かえって創作物が減ってしまえば、それは文化的に豊かにならないということですので、著作物の創作活動が著しく妨げられることになりはしないかということを気にしてほしいのです。

図 1 を見ますと、確かに表現それ自体はよく似ていると思います。ですが、文章の性質を考えますと、これは要するに理系の学術論文であり、実験のリポートです。ですから、事実をそのまま書かなくては、リポートになりません。実験でこのような結果が出たということは、事実を事実として書くしかないというものです。

あるいは、理系の学術論文というのは、比較的テクニカルタームが多いです。六方晶系の結晶は、六方晶系と書くしかないのです。このような結晶の形があったら、それは六方晶系であるという定義がありますので、そう書かなくてはいけないのです。

何が言いたいかといいますと、この文章の性質は、非常に自由度が狭い、表現の幅が狭い文章だと言うことができます。それは、その文章を書いた人がいいとか悪いとか、そのような問題ではないですね。特にこの図 1 のような文章というのは、実際に起こったことを他人に正確に伝えなくてはいけないわけです。表現の幅が狭い表現について幅広い著作権を認めてしまうと、これから同じような実験をやった人がリポートを書けないということになってしまいます。ですから、表現の幅が狭い分野は、著作権もまた狭いということになるわけです。

ですから、図 1 は、似ていないとして類似性が否定された判決です。これは類似性が否定される、著作権法的に言えば、似ていないという事例です。

では、図 2 にいきましょう。これは撃墜用列伝という、第二次世界大戦のときに零戦の有名なパイロットで撃墜王だった西沢中尉の伝記です。右も左もそうです。伝記と言うには少し短いですが、西沢中尉を紹介した文章です。太平洋戦争、日米両方を通じて、トップエースとして知られており、大正 9 年長野県に生まれ、このような学校を出て、予科練のポスターを見て応募し、何年何月に採用され、何年何月に配属になって、何年何月にどこそこで戦ったということが書いてあります。下の方のものは西沢中尉の評価です。非常に素晴らしいパイロットで、帰ってこない場合は司令官が待っていたというぐらい大事にされたパイロットだということです。

左側の文章を見てください。一般用語で言うところですが、これも非常によく似ている文章だと思われます。

これも、考え方は同じです。この右側の文章を見た人は、西沢中尉の伝記を書けるかどうかというところ

から考えてほしいわけです。図 1 と同じように、文章の性格を考えますと、伝記ですから、これも事実は事実として伝えなければいけない部分があるはずです。

当たり前ですが、右側の表現の西沢中尉が大正 9 年に生まれたというところを、模倣できないからといって、大正 10 年に生まれたことにはできないですね。西沢中尉の伝記を書こうと思えば、何年に生まれたということは必ず書かなくてはいけないはずです。それを勝手に変えることはできないわけです。勝手に変えたら、伝記ではなくなってしまいます。以下も同じです。何年何月に採用されて、どこそこで戦ったということは事実ですので、この通り書かなくてはいけないことです。

ただ、例えば、書く人によって、西沢中尉のどこを紹介したいのか、どこを評価したいのかということによって、紹介するプロフィルが若干変わってくるということはきっとあるでしょう。あるいは、例えば西沢中尉にまつわるエピソードというのは、ある程度選択の余地があるわけです。司令が彼の身を案じてずっと待っていて、帰ってきたからほっとしたというエピソードのほかにも、いろいろなエピソードがあったと思います。

そのエピソードのうちのどれを紹介するのかというところには、選択の幅があるわけです。ですから、図 1 の文章に比べると、図 2 の文章は、伝記という性格はありますが、少し表現の幅の広い文章だと言うことができそうです。しかし、実は、図 2 の事件も侵害が否定されています。つまり、著作権法的に言えば、これは似ていないと判断されたものです。

やはり伝記というところが大きいと思います。彼は、特に零戦のパイロットだったわけなので、注目するところは必然的に限られてきます。パイロットだった人がバナナを好きだったというようなことはあまり関係ないわけです。どのようなところでどのような戦果を挙げて、どのような最期を遂げたというところがポイントなわけです。あるいは、少し生い立ちを紹介してもいいのかもしれませんが、有名なエピソードは、どんな表現者としてもやはり紹介したいでしょうし、昔の人ですから、残っているエピソードがそんなに多くないのかもしれません。

このように、理系の実験リポートに比べれば、表現の幅は広いですが、まだこのぐらいでは似ているとは言えないわけです。これを似ていると言ってしまうと、西沢中尉の伝記を書く人がみんな著作権侵害になってしまいます。著作権は、特に、著作者の死後 50 年続く長い権利で、余命が 30 年あれば 80 年続きますから、それだけの保護を認めるためには、まだこれは表現の幅が狭いといえるでしょう。図 2 の文章は、もう少し似ていて、そっくりそのままコピーしたような文章でなければ、著作権侵害とは言えないのではないかと言えそうです。

では、図 3 に参ります。図 3 は、日照権についての記事です。右側が新聞記事で、左側が書籍です。住宅地の日照を高層化の推進とともに一方的に奪われていくような事態は、明治 29 年の民法の立法時は予想もしなかったことであり、学説や裁判例も、この新しい事態に即応して、実効的な解決を与えることはできなかった、云々とかかれています。

左側を見てみましょう。住宅地の日照が高層化の推進とともに一方的に奪われていくというような事態は、明治 29 年の民法の立法時は予想もしなかったことである。裁判例も、この新しい事態に必ずしも十分に即応して、実効的な解決を与えることはできなかった、とかかれています。これはかなり似ています。でも、これぐらいの似ている程度でしたら、図 1 も図 2 も似ている程度としては同じぐらいかもしれません。

ポイントは、やはり文章の性質にあります。表現の幅が広いかどうかということです。日照権というのはどのようなものであるかということを読者に伝えるためには、それなりに説明をしなければいけないとは思います。ですが、図 1 と図 2 を比較するとどうでしょう。図 1 は、事実をありのままに伝えなければいけない文

章です。図 2 の方も、事実をねじ曲げることはできません。

図 3 では、もう少し書きようがあると思いませんか。日照権紛争と環境権というテーマが同じだということは認めましょう。しかし、このテーマを読者に伝えるためには、この両者は似すぎているような気がしませんか。もう少し工夫のしようがあるような気がいたします。

実際、図 3 の事件は、似ているとして、著作権侵害であると言われた事件です。

ですから、図 1、図 2、図 3 の全部を通して言えることは、法律の言葉と離れて、似ているという尺度では、だいたい同じぐらいだというのが私の印象ですので、決め手になっているのは、文章の性質です。何を伝える文章なのかというところが分岐点になっているような気がいたします。

では、文章だけではつまらないので、『SLAM DUNK』の事件にいきましょう。これは世の中では事件になりましたが、裁判にはなっていません。3 年ほど前に、『SLAM DUNK』パクリ騒動というのがありまして、『SLAM DUNK』がパクられたという事件です。

末次由紀さんという少女漫画化が『SLAM DUNK』のシーンをたくさん模倣しているということを、いわゆる『SLAM DUNK』のファンがインターネットで騒ぎ始めたわけです。この資料は、『SLAM DUNK』のファンが、似ているだろうという部分を、並べて切り出してきたものです。

まず左側のページからいきますと、右側が模倣したと言われる漫画、左側が『SLAM DUNK』のシーンです。

まず左側の方からいきましょうか。11 番、流川くんのシュートシーンです。9 番、手前は沢北です。左側のページの左側、模倣したと言われる末次由紀さんの絵は、ウサギの耳が付いた帽子をかぶっている男の子が描かれており、これもバスケットのシーンです。ボールはないですけれども、手前側にバスケットのゴールがあり、そこに向かってシュートをしているシーンです。シュートのシーンというのは、バスケットの漫画の見せ場ですよね。これは裁判にはなっていないので、裁判所の判断は下っていないのですが、いかがでしょうか。

私は、左側のページは非侵害だと思っています。バスケット漫画を描くときは、バスケットのシュートシーンを省くわけにはいきません。右利きの選手がバスケットのシュートをするというシーンを描くとすると、だいたいこうなるのではないでしょうか。それ以外にどうやって描けと言うのでしょう。これはワンハンドシュートですが、ボースハンドのシュートもあります。では、『SLAM DUNK』の井上雄彦の絵以外はボースハンドで全部シュートを描かなければいけないのかというと、そんなことはないですよね。

また、着ているものは全然違いますね。シャツと、ユニホームですし、顔も全然違うわけです。背景も全然違います。他にも、ディフェンスの選手の格好も全然違うわけです。似ているのは、流川くんのシュートシーンだけです。これについては、私は、似ている部分はありふれている部分にすぎないと思います。

他方、この『SLAM DUNK』の流川くんのシュートシーンを 1 回見た人が、これからバスケットのシーンを描けないとすれば、井上雄彦が亡くなってから 50 年たつまで、バスケットの漫画は描けないことになってしまうわけです。これは保護し過ぎだろうと私は思います。

では、右側のページに参りましょう。これは『SLAM DUNK』の一番盛り上がっているシーンです。インターハイ 2 回戦、絶対勝てないと言われている山王工業高校を倒すシーンですが、手前の 7 番の選手、宮城リョータくんが、背面パスで流川にパスを通しているシーンです。流川の方は、若干右寄りに流れたボールを、多少体の向きを変えながらキャッチしているというシーンです。当然、ディフェンスの選手はそれに翻弄されているわけです。

右側のページを見てみますと、2 人ともウサギの耳が付いている帽子をかぶっていますが、構図がまったく同じです。この絵は先ほどの絵とは異なり、3 人とも全部構図が同じなのです。ディフェンスしてくる選手は、顔も似ているような気がしますが、パスを出している人、手の角度、あるいは視線、パスを受けている人の足、あるいはキャッチしている手などが、似すぎているような気がします。

パスのシーンも、バスケットの漫画で非常に大事なシーンですが、これはかなりトリッキーなパスです。この構図でこのような 3 人の 2 対 1 の場面のパスを出しているわけですが、背中からパスを通して、キャッチしている選手、あるいはディフェンスに来る選手という特徴的なシーンが、似すぎているような気がいたします。

他方で、これを模倣するとしても、例えば、パスをキャッチしている選手の角度を変える、あるいは、パスを出している選手の顔の角度を変える、あるいは、ディフェンスの立つ位置を変えてみるというように、避ける余地はかなり残されているような気がいたします。ですので、私は、この右側のページの方は侵害でいいだろうと思っています。

このように、似ているかどうかというのは間違い探しをするような感覚で似ているかどうかというのを判断するのではありません。似ている部分がありふれていないかどうか、あるいは、これを似ていると言ってしまうと、創作活動が著しく妨げられないかといった観点で説明していく必要があります。

例えば、文章の方に戻って、図 2 が非類似で図 3 が類似であるとされたことについて、類似性というのは判断が難しい、と評価する論文や評釈も少なくありません。しかし、裁判所には着眼点がありますので、それを見抜くのが我々の役目です。皆さんもそれを見抜く感覚を身に付けてほしいと思います。

最後に、図 4 のお話をしたいと思います。図 4 は『北の波濤に唄う』という事件で、右側が原著作物、左側が被疑侵害物です（最判平成 13.6.28 民集 55 巻 4 号 837 頁［江差追分］）。右側のページは、「昔ニシン漁で栄えたころの江差は、その漁期に当たる 4 月から 5 月にかけてが 1 年の華であり、江差の 5 月は江戸にもない、という有名な言葉が今に残っている」、という江差の雰囲気を表した文章です。

左側の方は、実は文章ではなく、テレビ番組のナレーションです。江差町を紹介した文章ですが、江差町や海岸に押し寄せる波などを撮影しながら、ナレーターが、「日本海に面した北海道の小さな港町、江差町」と言うと、ぱーんと波が砕け、「古くはニシン漁で栄え」と言うと、ニシン番屋が映って、という感じで想像してください。この 2 つが似ているかどうかということが問題になりました。これは最高裁まで争われ、一審では非侵害、二審では侵害となり、一審、二審の判断が分かれた事例です。

いかがでしょうか。この文章を読みながら、頭の中でその光景を思い描いください。ニシンの去った江差には昔日の面影はない。その江差が、9 月の 2 日間だけ突然幻のように華やかな 1 年の絶頂を迎える。江差追分全国大会が開かれるのだ。おそらく、江差追分を歌っているシーンが思い浮かぶのではないでしょうか。左側も同じです。江差追分で全国大会が開かれる、とありますので、江差追分全国大会の映像が流れているのでしょう。

この 2 つの文章を読んだときに読者が頭の中に描くイメージは、かなり重なっているような気がいたします。ですが、最高裁では、この 2 つは似ていないという判断が出ました。学説の評価としては、反対する人もいないわけではないですが、ほとんどの人が賛成しています。

この事件は、アイデア・表現二分論を明示した事件だと言われています。つまり、似ているのは抽象的なアイデアであり、表現自体は似ていないとした判断です。

確かに、文章それ自体はだいぶ異なっている気がします。頭の中に思い描くイメージはきっと同じだ

ろうと思いますが、そのようなものは抽象的なアイデアが似ているにすぎず、表現それ自体は似ていないということで、この判決は、非類似だという結論に至っています。

アイデアか表現かというのは、非常に分類が難しいですが、抽象度が高いものがアイデア、具体度が高いものが表現だと思ってください。文章対ナレーションですが、もう少し似ていなければ、著作権侵害とは言えないとした事件です。皆さんが読んで、頭の中に思い描くシーンが同じ、あるいは極めて似ているというだけでは、侵害にはならないということです。

この平成 13 年の最高裁判決がでるまでは、一部の学説には、部分的に抽象的なアイデアまで保護される、あるいは、似ている部分の抽象度がかなり高くても保護をした結果、ある程度アイデアが保護されても、著作権者の保護のためにはやむを得ないという考えも一部にはありましたが、それが否定された事件だというふうにとらえられています。これが、類似・非類似の問題です。

もう 1 つ、教材の 97 ページに戻りまして、コムライン・デイリーニュースという事件です（東京地判平成 6.2.18 知裁集 26 巻 1 号 114 頁［コムライン・デイリーニュース］）。これはどのような事件かといいますと、下の段が原著作物で、新聞です。上の段は、これを要約して、契約している会社にファクスで届けるというサービスです。このコムライン・ニュースサービスというのは、もちろん日経新聞だけでなく、ほかの産経新聞や日刊工業新聞など、30 社ぐらいの新聞を寄せ集めまして、そこで面白そうな記事をまとめて会社にファクスして流すというものです。アメリカの企業なので、本当は英語に翻訳して流しています。

記事の内容は、飛島建設の評価です。債務を抱えており、どこかから融資を受けているというような話が書かれているわけです。実際の事件では、著作権侵害は肯定されています。つまり、似ているという判決が出ています。

この記事は、裁判では似ていると類似性を肯定されてしまった事件ですが、本日配った資料の中では、図 2 の『撃墜王列伝』と同じ程度の表現の自由度でしょうか。理系の実験リポートよりは表現の自由度がありますが、内容がニュースですので、うそを書くことができないわけです。飛島建設が何億円債務を抱えていて、どこかから融資をされたということを伝えなければ、記事として成り立たちません。表現の自由度はかなり狭い方の部類に入ります。ですから、これは、本来であれば類似性が否定され、著作権侵害でないと言われていた事件であろうと考えられています。

ところが、どうして裁判所は著作権侵害を肯定したかというと、別の要素を考慮していたのではないかと考えられます。つまり、このコムライン・ニュースサービスというサービスは、かなりフリー・ライドの程度が強いサービスではないかということです。コムライン・ニュースサービスは、自分で取材はせず、たくさん新聞を取ってきて、その中から面白そうな記事を寄せ集め、会社にファクスしてお金をもうけるというサービスをしているわけです。

ですから、各新聞が取材に掛けている費用を節約することができるのです。面白そうな記事だけピックアップすればいいのですから。かかるコストは、新聞を買うお金とファクスで送信するお金だけです。そのようなフリー・ライドをして、サービスの契約者からお金を集めているものですので、これはどちらかといいますと、競業行為の問題です。表現を保護するかどうかということではなくて、ニュースを配信する間での競業の不正として、フリー・ライドあり・なし、という問題に近いわけです。それを著作権侵害の名を借りて、日経新聞が止めにいった事件だと理解するのが自然でしょう。

ですから、これは本来であれば、著作権侵害は否定し、あとは不法行為として、許すべきでないフリー・ライドであるか、すなわち、これを許してしまうと、過少投資につながるかを判断すべきであったでしょう。

要するに、新聞社がやっていけなくなる、新聞を出す人が少なくなってしまうといった悪影響があるのであれば、止めなければいけない、という判断の仕方をするべきではなかったのかというのが、教材 98 ページの上の方に書いてあることです。ですから本当は、著作権侵害は否定して、不法行為で損害賠償を認めるべきだったような気がいたします。

不法行為というのは便利な法律です。知的財産法というのは、フリー・ライドが生じたら、それを定型化して法律を作るということで、後追いにならざるを得ないのです。後追いになるということは、新しい法律ができるまでは、ある程度不法行為を活用して、そのような行為をやめさせるということをしていかなければならないと考えられています。

知的財産法のそれぞれの法律で禁止されていない行為を、どこまで不法行為でやめさせていいのかというところが、知的財産法における現在のホット・イシューです。

以上がコムライン・ニュースサービスです。最近、ヨミウリ・オンラインという、配信をインターネットにした、似たような事件が非常に学会を騒がせています（知財高判平成 17.10.6 平成 17（ネ）10049［ヨミウリ・オンライン］）。

最後はおまけになりますが、他人の小説を映画化する場合には、当然これは許諾が必要で、無許諾でやれば侵害となります。この『悪妻物語』事件は、本当は 2 時間ドラマですが、10 回か 11 回の連続ドラマを想定していただいて、ラストだけ差し替えたら非侵害なのか侵害なのかということです（東京地判平成 5.8.30 知裁集 25 巻 2 号 310 頁［悪妻物語？一審］、東京高判平成 8.4.16 判時 1571 号 98 頁［同控訴審］）。『悪妻物語』というのはテレビドラマで、原作は小説でした。原作は、夫婦が離婚してそれぞれの道を歩むという小説だったのですが、テレビ化したときは、離婚してそれぞれの道を歩むというのは悲しすぎるということで、やはりやり直して 2 人で頑張ろうというラストに変えたのです。そのラストに至るまでの道のりというのは、ほぼ同じでした。

それが問題になりまして、被疑侵害者としては、ラストが違うということは、視聴者に訴え掛けるメッセージも逆なはずですから、非侵害であると主張したのですが、裁判所は侵害の判決を下しました。

要するに、ラストだけを差し替えたら非侵害かというと、そのようなことはないわけです。皆さんよく考えてください。連続ドラマは全部で 11 回まであります。10 回まで同じで、11 回だけ差し替えれば非侵害という、こんなばかな話はないですよね。『悪妻物語』は、それが連続しているだけです。映画であっても、2 時間ぐらいのなかでラストの 10 分だけ逆の結論にすれば非侵害になるかといったら、そんなことはないでしょう？

要約しますと、著作権侵害であるものに何を付け足しても、著作権侵害です。これは特許でも同じですが、付け足しても侵害を逃れるわけではありません。著作権侵害を免れるためには、似ていると言われている部分から何かを取り除いた結果、両者の全体を対比して、似ていないということに至れば、非侵害ということになります。

どこかの名画にひげを描いたら、非侵害になるのかというと、そんなことはないでしょう？　モナリザは（権利が）切れているけれども、モナリザにひげを付けたような絵は自由だとは、誰も思わないでしょう？何かを取り除かないと、非侵害にはなりません。

他方で、他人の小説の続編は、少し話が違います。最近は同人誌が大変はやっておりまして、完結した小説の続編やサイドストーリーを、著者に無許諾で書いています。よくインターネットに流れています。有名なので、知っている人も多いと思いますが、本日、絵を紹介した『SLAM DUNK』の続きを、小説です

けれどもインターネットで公開しているサイトがあります。皆さん、これはいかがでしょうか。『SLAM DUNK』は、最後に山王工業と激戦を繰り広げて、突然のごとく終了してしまったのですが、やはり続きを読みたいという人はいるわけです。

この続編の問題については説が分かれていますが、私は非侵害の立場です。田村先生も非侵害ですが、侵害と言う人の方が多いです。続編の漫画、あるいは、サザエさんの研究書などとは話が違います。つまり、漫画の続編を書こうとすると、絵を模倣することになりますので、侵害になります。ただ、漫画の続編を小説で書く場合をよく考えてみてください。漫画の続編を小説で書くというのは、絵は模倣していないということになります。

では、ストーリーは模倣なのかというと、書いていないところを付け足すだけなので、模倣ではありません。模倣しているのは何かというと、いわゆるキャラクター設定や舞台設定と言われている部分です。ですから、漫画の続編を小説で書くというのは、キャラクター設定や舞台設定を模倣することになるのです。

問題は、キャラクター設定や舞台設定というのが、アイデアなのか、表現なのかということです。私は『SLAM DUNK』の続編を読みたいので非侵害の立場であり、キャラクター設定や舞台設定というのは、まだアイデアにすぎず、具体的な表現には至っていないと考えます。

確かに『SLAM DUNK』の後日ストーリーというのは、本にして出版すればかなり売れると思います。ですから、そうしてお金を稼いだということは、要するに『SLAM DUNK』のフリー・ライドに当たるわけです。でも、著作権侵害とは言えないだろうと私は思っています。

この場合、『SLAM DUNK』と『SLAM DUNK』の後日談の小説は、競合はしません。競合するということは、片方が売れたら、もう片方が売れなくなるということです。『SLAM DUNK』の後日談の小説が売れたからといって、『SLAM DUNK』の漫画を買う人が減るとは思えません。逆に増えると思います。そのような観点から考えてほしいと思います。

教材 99 ページの一番上には、「(4) 利用行為」とタイトルが書いてあります。前回お話をしましたように、著作権侵害だと言うためには 3 つないし 4 つの要件があって、4 つだとすれば、著作物性と類似性と依拠、それから法定の利用行為です。本日は法定の利用行為の話になります。法定されていなければ著作物の利用は侵害にはならないということです。

著作権法を開けていただきますと、21 条から 28 条まで各条に掲げられているのが法定の利用行為です。これは限定列挙ですので、113 条などを除き、これに該当しない限りは非侵害とお考えください。

21 条から 28 条のうち、21 条が複製禁止権であり、著作権がコピーライトと言われているゆえんです。複製権と書いてありますが、実態は複製禁止権だということは前回お話ししました。

22 条以下はすべて、行為の上に、「公に」という言葉が入っているはずです。例えば 26 条には「公に」という文言は入っていませんが、26 条の頒布については、2 条 1 項 19 号の「頒布」の定義規定のなかに、「公衆に」という言葉が入っています。ですから、22 条以下は、原則公である必要があります。公の利用、例えば上演なり、上映なり、口述なりは、公になされる必要があります。

法定の利用行為についてもう少し詳しく説明するとき、我々は、複製プラス公の利用が禁止されているという言い方をします。公の利用が禁止されているということは、私的に行う場合は非侵害ということです。

21 条については、公にという言葉が入っていないので、21 条だけを見ると、では私的利用、私的複製も禁止されるようにみえますが、30 条の方に別途例外規定が設けられていて、結果から言うと、私的複製も非侵害になります。

このように、21 条と 22 条以下では条文の体裁が違います。21 条は、公私を問わず侵害としたうえで、30 条で例外をつくっていますが、22 条以下は原則が公になっているというのが、条文の体裁になっています。

本日は、どうしてこのようになっているのかというお話をします。

21 条から 28 条に入っていない利用行為は非侵害だと申し上げましたように、例えば本を読む行為は、著作物を利用している行為だと言えるわけですが、読書という行為は、実は 21 条から 28 条には含まれていませんから、読書行為は著作権の問題はないということです。

声に出して公の口述をしますと、口述権という 24 条が問題になります。ですから、芝居、朗読の会のようなものは著作権侵害になりますので、権利者の許諾が必要になるわけです。他には、演奏行為も、公に演奏されない限り、著作権侵害とはなりませんので、私的に演奏する分には非侵害です。

このように、21 条から 28 条を眺めてみますと、21 条は複製禁止、22 条は上演および演奏ですので、コンサートや芝居です。22 条の 2 は上映ですから、映画の話です。23 条は公衆送信などと書いてありますが、公衆送信というのは、簡単に言いますとインターネット関係ですので、アップロードすると侵害になります。24 条は口述、25 条は展示ですので、絵画や写真です。26 条は頒布権で、映画についてのものです。

26 条の 2 は譲渡権ですので、著作物が具現化した有体物を譲渡することです。26 条の 3 は貸与権ですから、レンタル CD やレンタル DVD 店が問題になっています。

27 条は、翻訳、翻案です。翻訳というのは言語を換えることで、翻案というのは、変形することです。二次的創作は 28 条に規定されていますが、小説の映画化や、漫画のドラマ化といった二次的創作と思ってくだされば結構です。

これらが公の利用行為です。ですから、これらに含まれない行為は、基本的には非侵害ということにな

ります。

この体裁は、複製禁止権中心主義と言われています。21 条を見ると公私を問わず複製が禁止されていて、あとはその周りに公の利用行為がくっついているというイメージです。著作権が英語でコピーライトと言うのも、要するにコピーをする権利、コピーをさせない権利だというところから来ているように、基本的に日本著作権法の条文上の体裁も、複製禁止権中心主義になっています。複製行為を中心とし、それ以外は類型的に利用されそうな行為をピックアップして 22 条以下を作ったという立法思想になっています。

どうしてこのような複製禁止権中心主義になっているかというお話をこれからします。この授業では、基本的に、著作権法についてインセンティヴ論で説明をしています。著作物の利用行為に対し、対価が支払われないと、フリー・ライドが自由になり、著作物を作る意欲が失われます。あるいは、投資が必要な著作物については、著作がされなくなるということになります。そこで、著作権というものを与えて、創作者に対価が戻ってくるように権利を設けるというのが、インセンティヴ論でした。

そうだといたしますと、著作物のあらゆる利用行為に対して禁止権を働かせて、すべての利用行為から対価を徴収するようなシステムがいいのではないかということになりかねませんが、実際はそうはなっていません。複製を禁止して、あとは各号で列挙された行為に該当するものだけ侵害にするということになっています。

もし、この複製禁止権中心主義というのではなく、あらゆる利用から対価を取るということにするのであれば、21 条は、著作物の利用行為はこれを禁止するという条文を作っておいて、あらゆる利用を禁止したうえで、必要に応じて細かく非侵害にするという考えもないわけではありません。ですが、どうしてこうなっているかといいますと、沿革的理由が大きいと言われています。

著作権というのはもともと出版社の権利から発展したようです。ヨーロッパですと、グーテンベルクが活版印刷という歴史上の大発明をしまして、それまでは聖書も出版するためには手で写さなければいけなかったのですが、活版印刷ができたおかげで、ある程度大量印刷というのができるようになったわけです。

当時の活版印刷というのは、今で言うと最先端の技術だったわけです。そうだとすると、非常にお金が掛かるということなのかもしれません。お金が掛かるということは、つまりインセンティヴが必要だということです。その人たちに対してインセンティヴを与えなければいけない、対価が還元するようにしなければいけないということで、出版社の権利から発生したのが著作権であると言うことができそうです。

ですから、著作権というのは、もともとは著作者を守る権利ではなかったということです。著作物を流通させるための、業者のための権利だったわけです。1 つにはそのような歴史的な理由があります。

もう 1 つは、技術的な理由です。著作物の利用形態をよく考えてみると、やはり複製禁止権中心主義というのは、妥当、あるいは中庸なのではないかということです。例えば、最初に読書行為は著作権侵害ではないと言いましたが、読書するたびにお金を払えという立法をすればできないことはないわけです。読書するためのお金を払えということは、本屋さんで本を買ってきても、読むたびにあらためてお金を支払ったり許諾を取らなければならないという意味です。

著作権は物に対する権利ではなくて、行為を禁止している権利ですので、買ってきた物の利用だからといって、全て非侵害というわけではありません。買う行為は買う行為、読む行為は読む行為、売る行為は売る行為、それぞれ別に考えるのが原則です。そうだとすると、読むたびにお金を支払わせる法律もできないことはないわけです。

ですが、やはり無理ですね。皆さんが帝国をつくって、自分が皇帝で、今から法律をつくるというときに、我が国では読書をする場合は 1 回ごとにお金を支払えという制度を作ったといたしましょう。では、国民はどう行動するかといいますと、お金を払う人はたぶん少ないと思います。そもそも著作権者にはわかりませんから。

読書という行為はどこでもできるわけです。ベッドの中でも電車の中でもトイレの中でも読書はできます。いちいち見張っていることはやはり不可能です。非常にたくさん繰り返される行為ですから、例えばトイレに入って新聞を読むと、新聞社にお金を支払わなければならないのは、何かおかしいでしょう？

仮に無理矢理作ったとしても、権利侵害が横行するだけで、実効性は全く上がらないことになります。権利をまっとうに機能させるための社会的なコストを考えても、例えば読書を禁止する国において、読書を取り締まらなければいけないとなると、ばかばかしいでしょう？　警察官が 30 分ごとにパトロールする国なんて誰が住みたいと思いますか。益少なくして労多しという制度になるということです。

立法するときは、やはり無理な立法はせず、皆さんが守れるようなルールを作るというのが、意味のある法律です。特許制度と対比しますと、特許制度というのは、実は、権利侵害が横行することは少ないと言われています。どうしてかといいますと、特許の対象は発明ですので、それを私人が利用したいと思うことが少ないのです。だいたいは会社が行う行為ですから、利用者が限られています。また、例えば大きな機械の発明でしたら、大きな機械の発明を家で組み立てようという人は少ないし、クレーンがなければ組み立てられないとすると、技術的に無理なわけです。

そうだとすると、特許制度は利用者が非常に限られてきます。限られているのであれば、監視も容易です。一方で、著作物は、我々人間一人一人が簡単に利用できるものが多いです。そのようなところを区別する必要があります。

では、なぜ複製ということに注目したかといいますと、最近に至るまでは、複製をできる者が少数だったと言うことができます。この「最近」は、おそらく 25 年から 30 年ぐらいのことを指しています。

現在の著作権法は 1970 年にできました。その前から著作権はありましたが、当時から複製禁止権中心主義でした。1970 年というのは実は私が生まれた年ですが、コピー機はやはり非常に高価なもので、会社の事務所に 1 台しかなく、平のサラリーマンが使う場合は課長の承認印をもらわないと使えないというような、貴重なマシンだったのです。

非常に貴重なマシンで数が少なければ、そこに注目すれば権利の実効性が上がるだろうということで、複製禁止権中心主義を採ったわけです。つまり、複製できる人が少ないというわけではなくて、複製できる機械が限られているということだったのです。

今はコピー機が世の中にあふれていて、非常に役立っていると思いますが、昔はコピー機や印刷機は、特定の業者、あるいはもの大量に複製をする人のところにしかなかったのです。そうだとすると、侵害の把握が可能ですし、会社に 1 台や 2 台しかない貴重な機械であるとすれば、その人に対価を払ってもらえばいいわけです。

ですから、発明のように、利用者、ここで言えば複製者ないしは複製する場所が、非常に限られているので、権利の処理が簡便であり、複製行為に注目していれば、著作物の利用というのはおおかた対価を還流させられるだろうということで、複製禁止権を設けたのです。もちろん、別途公の利用行為がありますが、この 21 条から 28 条で、すべての著作物の利用行為を捕捉できるということは考えていないわけです。

漏れている細かいものまでいちいち気を配っているのでは、やはり実効性が上がらず、法律の運用の

コストも掛かりますので、おおむねこの辺の行為を禁止しておけばインセンティヴに不足がないぐらいの行為であろうというのが、21 条から 28 条に掲げられた行為です。立法者は非常に賢明だったと思います。無理な立法はしていません。著作者を守るというような教条的な理解はしていなかったと言うことができそうです。

教材 100 ページにいきまして、公の利用行為も同様です。公の利用ということは、ある程度人数が要ります。著作物を利用する人と、演劇や映画であればそれを見に行く人など、ある程度の規模があるということです。こちらもやはり、侵害の捕捉は規模が大きいものであれば分かるだろうと考えているので、公ということを要件としたのです。

細かい私的な利用についてはやはり捕捉することが難しいので、公に限ったと言うことができます。公になされる場合は主催者が利益を上げていることがありますので、その利益を少し著作権者に還流してもらうことはいいのではないかということです。

次に、複製禁止権の補完ということで、この複製禁止権だけでは、今の世の中、著作権者へのインセンティヴが足りない、すなわち十分に対価が還流しないと言われていることへの対策をお話します。

複製技術の発展が大きな理由です。一番には、富士ゼロックスやリコーなどのような紙のコピー機です。最近ではパソコンで、電子ファイルを一瞬で複製できます。あとはデジカメでしょうか。銀塩写真では、撮った写真をさらに複製することが難しいのですが、デジタルカメラであれば複製を経ることで劣化することもないので、現代は大量複製時代だと言われています。

ですから、昔のように、コピー機が会社に 1 台しかないという時代はもうとっくになくなっています。コンビニに 1 台、場合によっては 2〜3 台あります。

やはり各家庭で複製行為ができるということになると、複製を禁止しているだけでは無理だということになってきました。例えば、皆さんがレンタル CD 屋さんで CD を借りてきて、家のパソコンでコピーするというように、各家庭でコピーが簡単にできる時代が到来しています。このまま放置しておきますと、やはり複製禁止権の侵害が横行し、捕捉しきれない複製が大量に発生することになります。

では、取り締まりを強化しようということもあり得ますが、取り締まりをするためには、マンパワー、すなわち人間が必要です。著作権監視機構というのを作り、大量に人を採用して、G メンのように侵害のパトロールをさせるという発想は、やはり無理だろうと思われます。では、複製を禁止するために少し工夫をする必要があるだろうと考えてきたわけです。

最初の工夫が、教材 100 ページに書いてある貸与権です。この貸与権は、26 条の 3 に規定されています。枝番になっていることからわかるように、貸与権というのは、昔はなかった権利です。貸与権というのは、公の貸与は著作権侵害であるとして、許諾を取って行ってくださいという条文です。ですから、今のレンタル CD、レンタル DVD 店である TSUTAYA などは、きちんと権利処理をしています。著作権者に包括的な許諾を得ています。

逆に言うと、何と 1984 年までは公の貸与は非侵害だったのです。ですから、TSUTAYA も権利処理が不要だったのです。当時はレコードでした。

貸しレコード業は東京の中野の学生さんが発明したビジネスらしいのですが、非常に偉大なビジネスモデル発明だと私は思います。今で言えば学生の起業です。何をしたかというと、簡単な話です。その人がレコードを大量に買ってきて、貸しますよとお店に並べ、貸した人からお金を徴収するという、ただそれだけです。

当時はLPレコードと言って、アルバムは10曲から15曲ぐらい入っているレコードで、当時も今もあまり変わりませんが3,000円ぐらいで買えました。3,000円で買って、一度の貸与で300円稼げば、10人に貸せばペイします。あとは全部もうけになるわけです。

これが非常にヒットしました。また、当時から私的複製は30条の例外で規定されていました。レコードを借りてきて、当時はカセットテープに録音して、それを返すわけです。普段はカセットテープで聴くのです。いわゆるウォークマン、ヘッドホンステレオというも、この時代に発明されたものでした。貸しレコード屋さんでレコードを借りてきて、家でレコードからカセットテープにダビングをして、それをヘッドホンステレオで聴くというのが、当時の若者のスタイルだったのです。

そうするとどうなるかというと、レコードを買う人がいなくなり、レコードが全然売れなくなったのです。3,000円でアルバムを買うよりも、貸しレコード屋で300円でレンタルしてきてダビングして聴く方が安いですよね。ですから、当時は貸しレコと言っていましたが、貸しレコで借りてきて、返すと、10分の1のお金で済みます。

このようにレコードが全然売れなくなったので、著作権者に対して対価が還元しないという事態が起こったわけです。1枚3,000円で売れたレコードから100人がコピーすることができるとなると、その100人はレコードを買わなくなるわけです。レコード1枚の対価で100人分の需要が満たされてしまうわけです。そうすると、著作権者に還流する対価というのは、貸しレコード業ができるまでの100分の1になってしまいます。

これはいくら何でもインセンティヴとして足りないだろうということで、1984年に公衆に貸与する行為を禁止しました。ですから、この後は、レンタル用のレコード、ないしはレンタルレコード店から、非常に高いお金を徴収しています。ヒットしているレコードはたくさん借りられるでしょうし、ヒットしていないレコードはあまり借りられないので、平均値ということになるのでしょうが、さきほどの例で言えば、レンタル用のレコードは3,000円ではなくて300,000円で売るわけです。

実際には売っているのではなく、レンタル回数に応じた対価の徴収になっていると思いますが、例えばの話です。著作権者は300,000円でレンタル用のレコードを販売し、もちろん、一般の需要者に向けては同じように3,000円で売るわけです。

そうしておけば、レンタルを100回されても、それはレコードを買ってもらったのと同じということになります。このことは、私的複製を非侵害にしているという前提です。すなわち、貸しレコード店でレコードを借りた人は家庭でダビングをするだろう、ということが前提になっています。

ですから、貸しレコードに対しては、2つ手段があったわけです。貸しレコード店で借りてきたレコードをダビングする行為を禁止する方法と、貸しレコードそれ自体を禁止する方法です。

立法は後者を選びました。どうして後者を選んだかというと、複製禁止権のところでお話したのと同じです。各家庭で行っている行為に対して禁止権を働かせてもうまくいきません。そうであれば、元からお金を徴収するようにしようと考えたわけです。

これは最近の立法から見ると、非常に利口なやり方だったと思います。皆さんの各家庭のダビング行為を非侵害にしておくことで、レコードを聴いたりカセットを聴いたりという皆さんの日ごろの日常生活に害を及ぼさずに、かつ、著作権者にも対価を還流させることができますから。

今ではCDにかわりましたが、レコードがCD化されたのは私の大学生のころです。当時は、まだパソコンで音楽CDをコピーすることができませんでした。ですから、レコードがCDに置き換わっただけで、ダビ

ング先はカセットテープでした。それが長い間続いてきまして、CD から CD-R へ誰でも簡単にコピーができるようになったのは、ここ 10 年ぐらいです。

そのおかげで、現在では CD の売り上げが、昔に比べてかなり下がっていると言われます。デジタルからデジタルへのコピーが可能になったということです。CD からカセットテープというのはアナログのコピーですので、簡単に言うと、スピーカーとマイクを通じてダビングしているようなものですから、音質が非常に劣化するので、やはり音にこだわる人は CD を買っていました。

ですが、最近ではデジタルのコピーができるようになったので、CD の売り上げがかなり下がっていると言われていて、特にシングルではもういわゆるミリオンセラーが出ないだろうと言われているようです。

貸与権は 1984 年に作られ、かなり機能しました。今でも機能していますが、今度はデジタルコピーが入ってきましたので、音楽 CD の売り上げがまた一段落ちたと言われています。そこで対策の 2 番目といたしまして、デジタルコピーの複製機器に対して対価を徴収しようという動きがでてきました。次の 1992 年の改正です。

さきほど、会社にコピー機が 1 台しかない場合は、そのコピー機を見張っておけばいいと言いました。コピー機やダビングできる機械というのは、それなりのお金も掛かりますし、ダビングする機械を作ることは誰にでもできるわけではありません。ですから、そこから対価を徴収する、あるいは、DVD-R や CD-R を作ることができる人はやはり限られていますから、そこから対価を徴収するという作戦を考えたわけです。要するに、これも同じで、枝葉末節の我々一人一人から対価を少しずつ回収するよりは、まとめてメーカーから徴収する作戦です。

メーカーからまとめて対価を徴収すれば、複製機器や複製媒体の対価に転嫁されますから、流通を利用して、我々各利用者から対価を徴収するシステムを考えたわけです。30 条 2 や 104 条 2 から 104 条 11 というのは、私的録音録画補償金請求権と言われています。

補償金を請求できるのは著作権者です。我々の私的な録音録画に対して、著作権者が要するに対価を徴収できる権利を作ったわけです。

これはデジタルコピーに限られています。いろいろな事情がありますが、一応理由を付けるとすると、デジタル録音録画は劣化しないので、アナログのコピーに比べて、やはり、代替性が高いわけです。本物の完全なコピーが作れるわけでしょう？　アナログのコピーは、劣化しますので、オリジナルに比べると代替性があまり高くありません。一応、そのような正当化理由があります。デジタルコピーにのみ、著作権者は対価を請求できるという制度をつくりました。

補償金請求権と言うときに気を付けてほしいのは、著作権者の方から見て、差止めはできないということです。利用者の方から見て、差止めは食らわないということです。これをライアビリティルールと言います。逆に言うと、補償金請求権というのは、著作権者の方から見ると、お金を払われてしまうと利用を断ることはできないという意味です。ですから、差止め付きの権利よりも弱い、マイルドな処理の仕方ということになります。

ですから、デジタルコピーの複製機器や複製媒体について、著作権者は対価を徴収することができます。実際には、CD-R や MD などのメディアに対価が上乗せされています。CD-R や DVD が、データ用と音楽用と分かれているでしょう？　DVD-R でも CD-R でも、値段を見比べると音楽用の方が高いはずです。それは、この私的録音録画補償金請求権が上乗せされているからです。

ですから、そのような形で我々利用者から少しずつ対価を集めています。CD-R や DVD-R を作ってい

る会社は、管理協会というところにお金を納めまして、この管理協会が、各著作権者に配分をしています。各著作権者に正確な額を配分することは不可能ですが、サンプリング調査などをして、だいたいこれぐらいだろうという額を著作権者に還流させています。

一括徴収した補償金の 2 割以内を著作物の創作振興および普及に関する事業を実施するという条項もあります。

ただ、複製機器の方はうまくいっているとは限りません。DVD レコーダーなどは、基本的にテレビ番組や映画の録画にしか使われないものですので、ここで言うデジタル複製機器に該当すると思いますが、パソコンが難しいのです。パソコンは汎用機器なので、複製だけではなく、いろいろなことができます。複製ができるけれども、複製以外のこともできるので、パソコンに対して課金をすることが難しいのです。現在は実際、パソコンは複製機器ではないと言われています。

ですから、パソコンで複製をされてしまうと、やはり著作権者には対価が還流されません。ですから、やはりここも漏れが生じているというのが対策 2 のお話です。

さらに、対策 3 としては、パソコンでの漏れを防ぐ一端にもなるのかもしれませんが、コピーを禁止するという方法です。あるいはアクセスコントロールをするということもあります。WOWOW やケーブルテレビは、契約者しかテレビを見ることができないようにアクセスコントロールをしています。

コピープロテクションというのは、コピーしてはいけないとする契約の話ではなく、技術的にコピーをできないようにするという意味です。例えばゲームソフトの『ファイナルファンタジー』はコピーできません。今のパソコンには音楽 CD をコピーするソフトがプリインストールされていると思いますが、それを使って『ファイナルファンタジー』をコピーすることはできません。

あるいは、レンタル DVD はコピープロテクトがかかっていますから、DVD プレーヤーから DVD レコーダーやハードディスクレコーダーにダビングすることはできないはずです。VHS テープにもかかっているはずです。

あるいは、一時、コピーコントロール CD がありましたよね。コピーができない CD です。

このコピープロテクションというのは、いわば権利者側の自衛手段です。来週説明しますが、法律は私的複製を基本的には非侵害にしてありますので、これを自衛するためには技術的にコピーできないようにしようということです。

ですから、これは著作権を経由しないインセンティヴの対価の還流のさせ方です。コピーをできないようにしておけば、買うしかないだろうという意味です。

例えば、「これは友達に貸してはいけません」、あるいは、「友達にコピーを渡してはいけません」と、DVD や CD の説明書に書いてもむだですよね。

でも、物理的、技術的にコピーできないようにしておけば、買うしかないということになるわけです。友達に貸すことはできますが、コピーができなければ、貸している間は、持っている人は聴けません。借りている方は、返したら聴けないので、やはりずっと聴きたいと思えば買うしかないわけです。

法律の方は、この自衛手段を応援するような条文をつくりました。1999 年著作権法改正において、例えば権利管理情報の改変や削除行為を著作権侵害とみなす規定を作ったのです。これは著作権者の自衛手段を迂回する、フライパスする行為を侵害にすることによって、著作権者の自衛手段を応援する法律です。

ほかの応援手段というのは、技術的保護手段の回避に関しては、私的複製までを著作権侵害とすると

しました。私的複製はまだ原則非侵害を堅持していますが、技術的保護手段の回避、要するに、コピープロテクト破りで私的な複製をした場合は、例外規定の適用を受けられませんよという意味です。

最初から言いますと、21 条で私的複製が禁止されています。30 条で、私的複製の例外をつくり、私的複製を非侵害にしています。ですが、コピープロテクトを破って私的複製をする場合は、原則に戻って侵害にしますという条文です。

あとは、技術的制限手段の専用回避装置を公に譲渡、貸与、送信可能とした者に刑事罰が科されます。要するに、コピーガードキャンセラーと呼ばれているものです。送信可能化というのは、インターネット上でプログラムを配備するという意味です。例えば『ファイナルファンタジー』の DVD をコピーすることができるソフトなどのプログラムという意味です。そのようなものを譲渡、貸与、送信可能化した者に刑事罰を科すということですから、買うのは非侵害です。これはコピープロテクトを対象としています。

回避装置を用いた私人の回避行為自体を著作権侵害にしています。ですから、実は問題をはらんでいるとも言われています。それは著作権が切れた後の話です。著作権が切れた後、最近では生協や 100 円ショップで、昔のいわゆる名作と言われている映画を 500 円や 1,000 円といった、安い値段で売っているのは海賊版ではありません。著作権が切れてから、安い値段で売っているのです。著作権が切れたということは、コピーし放題ということですから、コピーのコストしか掛からないのです。

では、これからどんどん著作権は切れていくわけですが、全てコピープロテクトがかかっていたら、著作権が切れた後でコピーできないではないかという問題があります。もともと著作権が原則著作者の死後 50 年で切れるということにしたのは、切れた後はコピー自由で、皆さんどうぞ自由に見てくださいという趣旨だったはずなのに、このようなコピープロテクトができたおかげで、今後著作権が永久権になってしまうのではないのかという心配をする人がいます。実際に私は心配していますし、やはりおかしいと思います。

もちろん、映画会社は守ろうと言うに決まっています。そこから対価が回収できるわけですから。ですから、このコピープロテクトというのは、著作権が切れた著作物や、あるいは本来であれば、ありふれているから著作権がないはずの著作物に対してもガードをかけることができてしまいます。本当は自由にコピーできるはずなのに、それをガードしてしまうというので、問題もあるのではないかと言われたりします。

皆さんの生活の豊かさを考えてみても、昔の映画が 500 円で見られたらいいですよね。50 年前の映画まで対価を徴収しろというのも、少しやり過ぎという気もしますよね。

そうだとすると、やはり著作権が切れた映画や、CD も、利用自由になれば、皆さんは楽しいでしょう。50 年間も権利の期間があるのですから、その間に対価を回収できているはずです。対価が回収できたということは、あとは全部、著作権者のもうけになるはずです。そんなにもうけなくてもいいのではないかと思うのですよね。

知的財産権は全てそうですが、もともと著作権というのは、投資した分だけ回収させればいいだろうという考えです。実はもうけのことは考えていません。投資した分だけ回収させればとんとんだろうという発想で権利を与えています。当然、企業はもっともうけたいと思うかもしれませんが、法律は特定の企業のためにあるわけではなくて、皆さんのためにあるのです。最近で言えば「YouTube」や「ニコニコ動画」のストリーミングが、侵害になるのではないかという問題が今提起されていて、もうすぐ立法をされるため、業界でもめています。

もちろん私は「YouTube」賛成派です。私は CM が結構好きなのですが、昔の CM を「YouTube」でみるという私の楽しみが、今奪われようとしているわけです。私にとってはやはり大きな問題です。

以上のように、著作権法の方といたしましては、プロテクト破りの複製や、技術的制限手段の専用回避装置と、コピーガードキャンセラーなどを譲渡する行為を禁止しています。

また、民事責任の方は不正競争防止法の方で対応しています。不正競争防止法の方では、コピープロテクトだけではなくて、アクセスコントロールも対象になっています。例えば、ケーブルテレビや衛星放送、WOWOW、BS の専用チューナーというのは、契約者の ID を打ち込んだものしか使えなくて、それを通さないと映像が見られないというものですが、ID がなくても受信できてしまう機械を造ることはできるわけです。そのようなものも、不正競争防止法では対象としています。

102 条にいきます。実は、このコピープロテクト破りや、アクセルコントロール破りというものは、法律が不正競争防止法と著作権法に分かれてしまっています。これはひとえに、お役所の縦割り行政のおかげです。著作権法は文化庁、不正競争防止法は経済産業省というふうに担当官庁が分かれていますので、お互い引っ張り合いになっています。法律が 1 個できるということは、役人の権限が 1 個強まるということなので。縄張りがありまして、著作権法の方では、基本的には人の行為を禁止する形にしています。不正競争防止法の方では物に注目した形になっています。

一部、物に対する規制が著作権法の方にも入ってきていますが、このようにまた裂き状態になっています。ほかの国では、アクセスコントロール、コピーコントロールについて 1 つの法律が規制しています。国際的に見ると、この部分は非常に恥ずかしい法制になっているわけです。

まとめに入っていきます。このように、基本的にはコピーを防止する、あるいは、コピーを制限する形で、著作権者に対価を還流させるために法律ができているわけですが、でも、そもそも複製できるようになった、デジタルコピーができるようになったということは、いいことなのではないかという発想もあると思います。

コピーができるということは、確かに著作権者から見れば脅威ですが、著作物の普及という面からすれば、非常に大きな役割を果たしているわけです。コピーをするコストが下がるということは、誰でも安いコストでいろいろな著作物に触れることができるということです。著作権法の目的は、著作権者、著作者の保護だけではなくて、著作物の利用の普及です。みんながいろいろな著作物に触れて、人生や心が豊かになり、みんなハッピーになるというのが著作権法の目的でした。コピーが簡単に、コストが安くできるようになったということは、著作物の普及という面にとってみれば、非常にうれしいことのはずです。これは、ひとえに複製技術が進歩したからです。

複製技術が発達したように、世の中はどんどん変わってきているわけです。いまだにこの複製禁止を守っている著作権法も、もう限界なのではないでしょうか。若い皆さんであれば、非常に受け入れやすい結論だと思います。どこでも誰でも自由にコピーができる、あるいはブログやホームページを使って発信行為もできるのです。

昔は、公衆に対する情報の発信行為は、やはりマスコミが独占していました。ですが、もうその独占は崩れています。そのような意味で、私も、マスコミの権力はインターネットによって崩されていると思います。マスコミは、旧態依然とした昔の価値観を守ろうと必死になっているのです。しかし、やはり時代の流れは誰も止めることはできません。時代の流れに逆らうものは、必ず滅びます。

ですが、そのような人たちには、やはり昔のこの複製禁止権中心主義は非常に魅力的なのです。ですから、貸与権やデジタルコピー禁止、コピープロテクト禁止というのは、継ぎはぎでつくられた法制だなという印象がぬぐえないのです。昔の既得権益を守るために、取りあえず法律をつくっておくというように、

法律が継ぎはぎだらけになりかかっています。

ですから、若い皆さん、これから日本をしょって立つ皆さんには、考えを変えていってほしいのです。確かに著作権法では、著作物をコピーしてはいけないと書いてありますが、昔から決まっていたわけではありません。著作権法がなかった時代もあるわけです。これからの世の中、コピーしてはいけないというのが本当かどうか、本当にコピーをしてはいけないのかということを、常に自分の中で問い掛けてほしいのです。

確かに、フリーライダー問題がありますので、全部オーケーというわけにはいかないと思いますが、もっとうまいやり方はあるのではないかということを、皆さんに考えてほしいのです。貸与権というのは、上手なやり方だったと思います。皆さん自身の頭で考えてみてください。コピーがたくさんできるようになっている世の中というのは、いい世の中なのか、悪い世の中なのか、いい面も悪い面ももちろんあると思いますが、その悪い面をなくすためには、皆さんが家でコピーをしている行為を禁止するという手段で達成されるべきものなのかというところを考えてほしいのです。

コピー禁止の話は、だいたい以上になります。あとは、そのコピーされたものの流通に関するコントロールです。113 条の 1 項 1 号の海賊版というのは違法コピーのことです。現在では、違法コピーについて頒布目的で輸入する行為は禁止されています。要するに、第三国において無許諾でコピーされたものはたくさんありますが、それらが外国から入ってくる場合については禁止をするということになっています。

著作権法にも、複製物の譲渡禁止権という条文があり、譲渡についても、転売についても、原則著作権者の許諾が必要であるという条文が一応規定されています。しかし、正当購入したもの、すなわち著作権者から購入したもの、あるいは、著作権者から許諾を受けて購入したもの、要するに、普通にお金を払って買ったものであり、違法業者から買ったものについては転売自由という例外をつくっています。

原則、譲渡は禁止されますが、転売する場合は、一応禁止とした上で、海賊版以外は非侵害、ゆえに正当に入手したものは非侵害になるという条文になっています。もちろん、海賊版、すなわち違法にコピーされたものは、もちろん転売は禁止ということです。あるいは、善意取得者の保護ということで、善意に取得した、すなわち海賊版と知らないで手に入れたものは転売自由ということになっています。

もう1つ、映画の著作物については特別の規定として頒布禁止権というものがあります。これは、映画の著作物についての特則なので、映画の著作物以外には適用がされません。頒布禁止権というのは、再頒布禁止権です。ですから、映画を作った映画会社から買ったフィルムをほかの人に転売することはできないという法律です。

これは今でもそうですが、映画会社は非常に発言力が強いので、映画の業界から強いプッシュがあって、映画だけ特別扱いをしているわけです。通常であれば、譲渡禁止権プラス用尽ですので、正当に入手したものは転売自由ですが、映画の著作物についてだけは、転売も侵害になっています。これは、配給権という当時の映画の流通のさせ方を前提とした権利だと言われています。

映画の著作物を特別扱いしているために、映画の著作物とはどのようなものかというのを定義規定で定義しています。それが著作権法の2条3項です。それによれば、映画の著作物というのは、映画の効果に類似する視覚的または視聴覚的効果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を含むものとする、と書かれているので、実際にはこの映画の著作物というのは、映画館で上映されるいわゆる映画というものだけではなく、むしろ動画の著作物に近いです。動画であれば全部含まれるような広い規定文になっています。

1972 年当時は、いわゆる動画と呼ばれるものは映画フィルムしかなかったのですが、その後、映画をビデオ化したビデオが普及したり、ファミコンの普及に伴いゲームソフトがでてきたり、あるいは、今では一般の消費者用のビデオカメラ、あるいはデジカメの動画機能を使って誰でも手軽に動画を作成することができるようになったわけです。本来は、映画館で上映される映画だけを対象にして作られていたのですが、2 条 3 項の規定がいわゆる動画を含むような規定文になっているので、映画の規定がうまく働かない場面がでてきました。それが、この中古ゲームソフト事件です。ゲームソフトというのは動画が入っていますので、残念ながら 2 条 3 項に言う映画が含まれてしまいます。ゆえに、頒布禁止権に引っ掛かりまして、再頒布、つまり転売が禁止されることになってしまいます。どうなるかというと、中古ゲームソフトが問題になっているわけです。

皆さんがゲームを楽しんで、もう飽きた、もうこれはやらないよといったら、今ではブックオフや TSUTAYA に売ることができます。そしてブックオフや TSUTAYA が中古ソフトを再販売しているわけです。これが違法なのではないのかということが、中古ゲームソフト事件で、最高裁まで争われました（最判平成 14.4.25 民集 56 巻 4 号 808 頁［中古ソフト］）。

実はこの最高裁平成 14 年の判決では、ゲームソフトはこの頒布権の対象外だと言われたので、再頒布が肯定されました。中古を売っていいということになったのです。

これは、著作権法が時代の流れに取り残されているという表れの一つです。1970 年にはゲームソフトやファミコンというのは考えもつかなかったわけです。実際にはビデオソフトというのはありましたが、それは例えばテレビ局しか持っておらず、テレビ局で生放送したものを記録しておくために取っておくための特別な機械でしたので、家庭用のビデオレコーダーが現在のように普及するとは、1970 年当時は想定されていなかったわけです。ですから、ビデオソフトやゲームソフトというのは、著作権法、特に 26 条や 2 条 3 項の規定においては想定外だったのです。

最高裁はやはり頭がいいです。当時想定されていなかったゲームソフト等々については、この頒布禁止権の再頒布は禁止されないというような判決が出されたわけです。もちろん、禁止される可能性はありますが、それは立法論の問題になるだろうということです。

映画会社の利権というのは非常に大きいため、ゲームソフトやビデオソフトについてこの 26 条の改正がなかなか進まないということが言えると思います。

特に、最近は中古市場が非常に強くなりましたが、中古市場というのは著作権者に対価が還流しません。最初にゲームソフトを買うときはメーカーにお金を払うので、最終的には著作権者に対価が還流します。でも、それをブックオフに売ると、ブックオフは買ったものを売っているだけですので、再度著作権者にお金を払うシステムがありません。最高裁によれば頒布権は及ばないということですので、自由なわけです。そうすると、著作権者に対価が還流しません。ですから、レンタル CD のところでみたように、新品と中古で、1 本のソフトから 2 個の需要が満足されてしまいます。

コピーがなされたわけではないので、その 1 人目と 2 人目が同時にそのゲームソフトで遊べるわけではない点は違いますが、著作権者としては 1 回分しか対価をもらっていないのに、2 個分の需要が満足されてしまうという問題があるわけです。

これはもちろんゲームソフトに限らず、本についても新古書問題はあります。今でも、ブックオフなどに行くと、1 カ月前に新しく発売されたばかりの本が、定価の 7 割ぐらいの価格で並んでいます。本というのは基本的には独禁法の対象外ですので、新刊の場合は値段競争することができないのですが、中古と

新刊の値段競争になってしまっているのです。

そうすると、皆さんも、欲しい本があったら、まずブックオフに行って、なければ書店で買うというようになっているでしょう？そうすると、やはり新品の方が売れないのですね。著作権者というのは、新品の本を売るというビジネスモデルで長年対価を回収してきたわけです。

古書店というのは昔からありますが、ブックオフのように大々的に日本中に展開し、特に漫画を扱っている古書店というのは、昔はなかったと思います。CD もそうですよね。だんだん、新品から対価を徴収して著作権者に還流するというビジネスモデルがうまくいかなくなっているのです。うまくいかなくなっている場合は、やはり新しい立法で対処しなければいけません。そのようなことを想定していなかった著作権法を無理やり使って禁止するというのでは、どこかに無理を生じるわけです。

本日は教材 103 ページからです。103 ページの一番上には、公の使用行為と書いてあります。前回、法定の利用行為をやって、著作物の利用については、複製禁止プラス公の利用禁止というのが 21 条から 28 条の束です、というお話をしました。21 条については公私の区別はありませんが、22 条から 28 条までは、すべて公の利用行為に関する規定です。

このように、公私の別を問わない複製禁止、プラス公の利用禁止というのが、著作権侵害になるための最後の要件だということでした。本日は公の使用行為ということで、主にインターネット関係のお話になります。

インターネットというのは皆さんご自宅でも楽しく利用していると思いますし、自分のホームページを持っている人もいるでしょうし、最近では、ホームページよりもっと手軽なブログというのもあります。このように、私的な趣味、あるいは家庭の範囲と、公の範囲の区別がつきにくくなってきましたというお話をするために、インターネットに関するお話を、公の使用行為のところに入っています。

複製の問題を別にすれば、22 条から 28 条については原則として公の利用だけを侵害としていて、私的利用は非侵害にしているというのが著作権法の建前です。すでにお話をしましたが、どうして公の場合だけ禁止をするのかというと、1 つは、相対的にはモニタリング、つまり権利者の監視が容易なので、権利の実効性が高いという理由からです。

もう 1 つは、公になされるという場合、主催者はたいていその公の利用行為を聞きに来る人から対価を多少なりとも徴収することが通常ですので、主催者はその分の一部を著作権者に還元させてもいいのではないか、あるいは、著作物の利用でそれだけお金を集める魅力や価値があるのであれば、それは著作権者に帰属させるべきなのではないかというのが、公の使用行為に利用を限っている理由です。

ところが、10 年ぐらい前までは何とかその区別でうまくいっていた、あるいは何とか説明が成り立っていたのですが、ここ 10 年で、もうこのような説明がうまくいかなくなっているというのが、現代的な著作権法の問題です。

インターネットのお話の前に、まず、コンピュータ・プログラムの使用行為のお話をします。CD や DVD にプリントされているプログラム、例えばオフィスや一太郎、あるいは三国志のようなプログラムを購入してきて、皆さんが自宅のコンピュータに移送して楽しむという例を想定してください。コンピュータ・プログラムについては、違法複製品、すなわち海賊版を作るのが非常に容易ですので、取得時に悪意、すなわちそれが海賊版あるいは違法コピーだということを知っていれば、業としての使用が禁止されるという特別な条文があります。ただし、これは複製禁止権の補完的な意味がありますので、それほど強い意味がある条文ではありません。

問題はたくさんありますが、よく問題だと言われているのは、シュリンク・ラップ・ライセンスあるいは、クリック・オン・ライセンスと呼ばれるものです。これはどのようなことかといいますと、プログラムをインストールする際、最初にプログラム使用のための契約書が画面に表示されます。非常に長いので、ほとんどの人は読んだことがないと思いますが、いろいろなことが書いてあります。

許諾なくコピーしてはいけない、業務に利用する場合は連絡をすること、ライセンスは CD1 枚について 1 コンピュータだけだといったことが書いてあるようですが、ほとんどの人は読みません。ですが、そこには同意すると同意しないという選択があって、同意しないにすると、インストールできずにそこで終わってしまうのです。同意する、をクリックして、次に、を押すと、インストールを開始することができます。契約法的に言うとそれらはプログラム使用の条件ですので、同意するにマークをしてクリックをすると、その契約をみな

さんが承諾したということなので、その契約に縛られて、違法行為があれば契約違反ということで処理をされるというのが、法律的な言い方になります。

ですが、昔は、あるいは今でもあるかもしれませんが、シュリンク・ラップ・ライセンスというのがありました。コンピュータのプログラムを買ってくると、通常は CD とは異なり、箱に入って売っています。当時のコンピュータ・プログラムのライセンスは、箱を買ってきて開けると、中の契約書に、箱を開けた場合はこの契約書を承諾したものとみなすと書いてあるのですね。詐欺みたいでしょう？

お店で箱を開けたら店員に怒られますよね。ですから、購入時に契約を確認できません。中を確認してみたら、箱を開けた人はこの契約に縛られますと勝手に書いてあるのです。

買うときに確認できないのはひどいということで、プログラムの箱の方に契約の大事なところだけ書いてあることもありました。最近では、そのようなシュリンク・ラップ・ライセンスは、かなり減っています。

問題は、そのソフトを買うときに契約の内容を確認できないということです。たくさん売られるソフトについては、著作者あるいは会社が需要者人一人一人に対して契約を結ぶことはやはりコストが掛かって難しいといえます。ですから、買うときに契約の内容を確認してもらい、買うかどうかを選択できるのであれば、この契約に従いたくない人は買わなければいいということになります。そのため、最近では箱の方に内容を書いてありますので、その契約の内容を確認して買った以上は契約責任が発生するのではないかと言われています。

最近ではインターネット上でダウンロードしてきて使うソフトがたくさんあります。その場合は、クリックで同意するか同意しないかを選択できます。ですから、ダウンロードする前に選択ができる、契約書の内容を詳しく読めるということで、むしろ箱で売っているようなプログラムより、契約法という観点からはしっかりしているということも言えそうです。

ただ、契約の内容についてさらに進んだ問題があります。使う人のうち、99%は契約を読まないと思います。私も読んだことはありません。よほど興味を持っている人ぐらいしか読まないと思います。

例えば著作権法で例外として、著作権者の許諾を得なくても自由にできる行為がいくつかあります。例えば、30 条により私的複製は基本的には非侵害です。

ところが、制定法では著作権違反ではないと書いてあることを、契約で引っ繰り返すことがあります。基本的に強行規定に反しない限り、契約は自由ですので、意思の合致があれば、拘束する効力が発生します。この契約の効果を利用して、著作権法で非侵害だと言われているところに契約責任をかぶせてしまおうという契約がされることがあります。

簡単に言えば、例えば 30 条により私的複製は自由にできるのですが、クリック・オンの内容、あるいはソフトの箱に、私的複製はこれを禁止すると書いてあるわけです。

契約法だけを考えますと、私的複製を禁止すると書いてあるが、私的複製を禁止されたくない人はそれに同意しなければ契約の効果は発生じないのであるから、同意しない、つまり買わなければいいではないかと思われます。

著作権法 30 条で私的複製は著作権を侵害しませんと書いてあるにもかかわらず、私的複製をした人に対しても、著作権侵害ではなく契約責任を追及するということが、狙いです。

ただ、本当にそれでいいのかという問題があります。私的利用のほかに、一方にはバックアップやリバース・エンジニアリングという個別対応があります。

著作権法では、コンピュータ・プログラムのバックアップについては別の例外規定があります。その CD

を他人に譲渡したら、バックアップを解かなくてはなりませんし、もちろんバックアップとして大量に複製できるようにはなっていませんので、かなり厳しい例外規定です。

あるいはリバース・エンジニアリングがあります。リバース・エンジニアリングというのは、プログラム解析行為です。

あるいは、お友達にソフトを貸すことは認められていますので、そこで私的複製をしていただくことは問題ありません。皆さんが友達に CD を貸しても著作権侵害にならないのと同じです。

このような著作権法で認められているはずの行為を、契約で禁止する、オーバーライドすることを、ソフトメーカーが狙っていることがあります。

しかし、これは本当にいいのかという問題があります。例えば、田村善之『知的財産法』の裏に、学生であってもコピーを禁止すると小さい字で書いてあるとします。本当にそれでいいのかというと、この一文に効果があると考える人はあまりいませんね。

確かに字面だけ追えば、買ったということはその条件を承諾したことになるというと、理屈の上ではそうかもしれませんが、だまされたような気がします。そのような感覚というのは、私は間違っていないと思います。そのようなごく自然な感情としての違和感を、特に、弁護士になる人は大事にしていただきたいです。

著作権法 30 条で私的複製は自由であると書いてあります。著作権というものに対しての例外規定だととらえるのが通常ですが、そのようにとらえると、確かに契約で覆すことが自由なのかもしれません。けれども、逆に 30 条の知的複製自由ということに積極的な意味を見いだすとすると、強行規定に準ずるような法規であると解釈することもできないわけではありません。

家庭の中で、個人的に趣味的な範囲でやる行為について、いちいち著作権法を気にしなくてはいけないとしますと、わずらわしいですよね。コストばかり掛かっているわけです。

ですから、この 30 条の規定を、私的領域には著作権法という財産権は踏み込めないのだという範囲を定めた条文と解釈すると、この私的複製禁止のライセンスは強行規定に反しているので無効だと解釈する余地があるのです。

この問題は、北大の曽野裕夫先生が書いた論文の中で指摘されています。例えば、メーカーと消費者の間に、主に我々のような一私人が家庭で利用するようなソフトウエアについて私的複製を禁止しますというライセンスがあったとしても、私的領域に踏み込むことを許さないという 30 条を半ば強行規定と解釈して、民法 90 条で意思表示の合意があっても無効だと解釈して、私的複製を自由にするという見解が示されています。

他方で、企業が使うプログラムなどは、事前にソフトウエアのメーカーとそれを利用する企業の間で契約を重ねる時間があるはずです。やはり金額もかなり大きくなりますし、契約には慎重になると思いますので、お互いに相談をする時間というのがあるはずです。

その上で、契約を練り上げて双方が合意したのであれば、それは当然著作権法 30 条も基本的には関係ありませんし、著作権法のほかの条文を考慮した上でお互いが合意をしているということですので、契約の効果を認めてもいいのではないかというように、分けて考えるという見解がここで示されております。

要するに、ソフトウエアメーカーが自分の都合のいいように勝手に決めたルールに我々が従う意義なんて、少しもないではありませんか。したがって、私はこの見解に賛成という立場です。

進めていきます。次に、インターネットの著作権です。皆さんはホームページでもいいし、ブログでもいいですので、自分がインターネット・ワールドの中で発信をするスペースを持っていると想像してください。

その場合、皆さんはここで言うクライアントに当たるわけです。ホームページやブログを見てくれる人がユーザーです。もちろん、ユーザーもクライアントと入れ替わったりしているわけです。プロバイダーというのがホームページとかブログのスペースを提供している業者です。

他人の著作物をホームページやブログに書かれる場合にどのような問題があるかといいますと、まずクライアント、すなわちページを持っている人が、インターネットに流す目的でファイルを作成し、複製したり、サーバーで送信、アップロードする行為はどのように評価されるでしょうか。基本的にインターネットの世界というのは公の世界です。最近では、インターネット・ワールドの公私の区別が付かなくなってブログが炎上したりするわけですが、インターネットに流す目的がある以上、これは私的領域の複製とは言えないので、ファイル作成、すなわち複製の時点で、すでに複製権の侵害、あるいは修正を加えれば翻案権の侵害に該当いたします。

さらに、サーバーへ送信するということは、自分のローカルのパソコンの中にあるファイルを、インターネット上で閲覧可能にするという意味で送信可能化を行うということです。アップロードする時点で送信可能化権――すなわち、公衆送信権侵害に該当いたします。

教材には、さらに、プロバイダーなどがホームページを公衆送信した時点で、公衆送信権侵害の共同不法行為責任を負うと書いてありますが、最近ではもうこのようなことはなく、皆さんが直接プロバイダーが用意しているサーバーへアップロードすることができますので、基本的にはプロバイダーも、公衆送信のスペースを提供したという意味で共同不法行為責任を負うと言った方がいいのかもしれません。

昔はタイムラグがあったのです。ホームページも、プロバイダーの用意しているサーバーにアップロードしたからといって直ちにインターネットで流れるわけではなく、サーバーがもう1台のサーバーを介してインターネットにアップロードする場合は、1 日2回というような制限がありました。今はほとんどないと思いますし、ブログは書けばその場でアップロードされると思いますから、「さらにプロバイダーなどのホームページを公衆送信した時点で」、ということは、今ではかなり少ないということです。

次も同様です。教材にある「ファイルを受け取ったプロバイダーなどがサーバーにアップロードする行為」というのも、最近ではむしろプロバイダーは著作権侵害をするスペースを与えたという言い方の方がいいのかもしれません。そうだとしますと、著作権を守るためにはプロバイダー等に対する請求を認めるべきだと考えられています。

それはどうしてかといいますと、やはりこれも侵害行為とか著作物の利用行為が集中しているところに著作権者の請求を認めるべきだという考えです。前回お話ししたように、昔は紙のコピー機が会社に 1 台しかなかった時代がありましたので、その1台だけ見張っていれば著作権侵害が起こる場面はかなり防げました。それと発想は同じです。

著作権侵害が集中する場面というのがプロバイダーのサーバーです。本当は、違法複製を行っているのはそれぞれのクライアント、要するにホームページを作っている皆さんですが、個々人に請求を認めても、まず著作権者としては、その著作権侵害をしている人がどこにいるか分かりませんし、個人レベルでの著作権侵害は高が知れていますから、損害賠償請求をしても 1 万円程度となり、結局訴訟費用のためにコスト倒れになって訴訟は実際にはできないといったことがあります。

ですから、著作権侵害が集中しているところに対して権利行使を認めるというのは、発想としては優れています。侵害抑止のコストが掛かりませんし、権利行使のコストも掛かりません。プロバイダー業者としては、サーバーを立てているだけで、コピーしてアップロードする人が悪いのだろうということになるのですが。

ここでは、問題を差止請求と損害賠償請求に分けて考えるべきだということがよく言われます。

ここで言う差止請求というのは、具体的に言えば、著作権侵害に掛かるファイルをサーバーから削除するという意味です。差止請求は作為と不作為の両方とも求めることができるので、著作権侵害を構成しているものを削除するのが差止めであり、損害賠償請求というのは、それが複製されたことで得られた対価を取るという意味です。

損害賠償請求の方は、本来の条文である民法 709 条が故意過失を要求していますから、調整ができます。プロバイダーは、巨大なサーバーを持っていて、そこにアップロードされるファイルというのはもう何百万、何千万、へたをすると何億ですので、それらファイル一個一個を確認することなんかできませんから、過失であるというように調整をすることも可能です。

他方、差止請求というのは、現在から将来に関する請求ですので、昔の行為は不問です。ですから、権利侵害だということが判明した時点で、そのファイルを削除すればいいだけだということになります。プロバイダーの方からすると、差止請求の方は簡単です。裁判所に侵害だと言われたら、そのファイルを削除すればよく、削除すれば、お金は一銭も払う必要はないわけです。

差止請求というのは、差止請求に従わないと、間接強制という制度により、かなり高いお金を取られるという構造を持っていますので、差止請求に素直に従えば、基本的にはお金は掛かりません。特にファイルを削除する行為にもほとんどコストが掛かりません。損害賠償の場合は、時効の問題はありますが、著作権侵害が継続的に行われているとすると、損害がどんどん積み重なっていきますので、場合によってはとても高いお金を請求されることがあります。ですからプロバイダーとしては、冷静に考えると本当は損害賠償の方が怖いはずで、差止請求の方はそれほど怖くないのです。

基本的にインターネットプロバイダーというのは、我々とインターネット・ワールドをつなぐ重要なつなぎ役です。プロバイダー事業が発達しなかったら、我々はこれほど気軽にインターネットを利用できるようになりました。しかし、インターネット上では、著作権に限らず、人格権、パブリシティ権、場合によっては商標権侵害が起こったり、不正競争防止法などの商品等表示の問題ーダイリュージョンやポリューションも起こっています。

ですから、そのような権利侵害の場になっているところだけどうにか処理をしなければいけないということでできたのが、2001 年のプロバイダー責任制限法です。これは特別法で、対象は著作権法だけではありません。人格権や名誉権やパブリシティ権も全て含まれます。

この法律をプロバイダー責任法と呼ぶ人がいますが、そのような略し方は正確ではありません。逆です。プロバイダーの責任を軽減している法律です。免責している法律なので、プロバイダー責任制限法です。プロバイダー責任法ですと、プロバイダーに責任をかぶせる法律だと勘違いされてしまいます。

このプロバイダー責任制限法は、プロバイダーが損害償責任を追及されるときの特則が書いてあります。すごく読みにくい条文ですが、条文はそれほど多くありません。プロバイダー責任制限法が扱っているのは、1 つはプロバイダーと権利者の問題の処理、もう 1 つがプロバイダーと発信者の方の権利処理です。発信者というのは被疑侵害者、すなわち侵害をしているかもしれない人です。

この法は、基本的にプロバイダーが、権利侵害の情報の流通を知っている、要するに、権利侵害に掛かるファイルがアップされているということを認識しているか、認識しているに足りる相当の理由がある場合のみに損害賠償責任を限定しています。すなわち、権利侵害が起こっていることを知らなければ、損害賠償請求は受けずに、免責されるという意味です。こちらが対権利者のお話です。

対発信者の方は、権利者からクレーム、すなわち権利侵害をしているだろうという指摘を受けたら、プロバイダーは、発信者＝被疑侵害者、すなわち侵害しているかもしれない人に削除するから何か申し開きをしてくださいということを問い合わせ、7 日以内に不同意の申し入れを受け取らなかった場合、すなわち発信者の方が削除することに同意いたしませんということがない限り、そのファイルを削除しても発信者からの責任は追及されないということです。

どうして発信者が問題になるかと言うと、発信者とプロバイダーの間で契約関係が成立している可能性があるからです。つまり、プロバイダーは、例えば掲示板のような 1 つのスペースを提供しているわけですから、発信者に対しては、プロバイダーが勝手に削除しませんということが掲示板利用の約款のところに書いてある可能性があります。ですから、その場合に、同意がなく勝手に削除しているということはその契約に違反するということなので、損害賠償の問題を調整しなければいけないために、責任を免除しているわけです。

通常は、対権利者の方が問題になります。法律を作ったときは、対発信者の契約責任の方もかなり慎重に検討されたようですが、今では、主に対権利者に関して重要な事を決めた法律だと考えられています。

損害賠償請求については、このプロバイダー責任制限法のおかげで、あるいは過失の調整もあるために、かなりプロバイダーの責任は軽減されています。差止請求、削除要請については、著作権の問題であれば著作権法で、名誉の問題であれば、不法行為法と判例法の問題にというように、まだそれぞれの法律に委ねられています。

このように、皆さんの私的行為が、実際に著作権侵害の問題とダイレクトにぶつかり始めているというのが最近の流れです。それはどうしてかというと、権利者の権利の主張が強くなったという意味ではなく、むしろ外部的な効果に由来していると言われています。それが、立法論として教材に書いてある、著作権法の第 1 の波、第 2 の波、第 3 の波と言うものです。これは田村先生の用語です。

最初の第 1 の波というのは、著作権制度ができたころの話です。つまり、活版印刷という技術が普及するに従って、コピーをすることが徐々に営業として成り立つようになってきました。その場合には出版業者を保護してあげないと、フリーライドが生じるために、先行投資が回収できず、誰もそのような印刷技術を発表しないということになってしまいます。そこで、権利を与えて印刷技術を普及させようというところに著作権法の狙いがあったわけです。

それから何百年かたちまして、今度は印刷技術だけではなく、複製一般が非常に容易になってきました。これはひとえに技術の発達です。特にコンピューターに代表されるような、あるいは OA 機器に代表されるような、複製技術、複製機器の発達です。著作権それ自体が発達したわけでもありませんし、著作物の内容が素晴らしくなったわけでもないのです。あくまで外部的な影響です。

つまり、印刷も複製の 1 つですが、昔は複製をできる人が限られていた、あるいは技術が限られていた、あるいは機械が非常に高価だったということでした。しかし、現在では、10 円払えば誰でもコピーができる、あるいは、CD のコピーが 10 分ぐらいでできるようになりました。昔は専門の機械や専門の技術がなければできなかったことです。家庭内までこの複製技術が非常に発達して、簡単に複製ができるようになりましたと。ここで、著作権もいろいろ考えてやらなければいけないということで、前回お話した貸与権や、私的録音録画補償金請求権などができたのです。

でも、実は、著作権法はこの第 2 の波には完全に対応し切れていないと言われています。対応し切れ

ないうちに、第 3 の波ということでインターネット技術の普及がおこりました。第 3 の波は、複製だけではなくて、送信行為が誰でも簡単にできるようになったということです。昔は、我々私人は、マスコミから情報を受け取るだけ、すなわち読んだり買ったりするだけでした。ところが、今では、我々は誰でも簡単に情報を発信することができます。ホームページやブログを持っている人はもちろんそうですし、2 ちゃんねるに皆さんが意見を書き込むのも、十分発信行為です。世界中に発信しているわけです。日本語を読めるかどうかを別にすれば、世界中に発信しているわけです。

現在は携帯電話からでも、皆さんは今、この場から、世界に向けて発信行為ができるようになっているのです。大げさだと思うかもしれませんが、全く大げさではありません。実際に今、ブログ上の著作権侵害やホームページ上の著作権侵害がとてもたくさん起こっていますよね。

誰でも世界中に向けて公衆送信ができるようになったので、複製だけ禁止しておいてあとは公の利用だけ禁止するという、著作権の基礎が、完全に時代に対応しなくなっています。複製禁止というのは、複製ができる人の数が限られていたので、そこだけ監視しておけばよいという発想であり、公というのは、基本的には人をたくさん集めて行う行為なので見つけるのも簡単であり、かつお金もたくさん集まってくるという前提でした。けれども、ブログは基本的にはお金が集まらないでしょう？ ただですよね。また、皆さん一人一人やっているわけですので、どこで侵害しているのか発見することもかなり難しいのです。

本名でブログをやっている人というのは芸能人ぐらいで、皆さんブログをやっているときは基本的には本名を隠していると思います。それでは、侵害者がどこにいるのか全く分からないということになっています。やはり、複製禁止プラス公の使用禁止という著作権法のベースが、完全に時代にマッチしなくなっているといえます。著作権法というのは、本当は作り直す必要があると思います。

皆さんが家庭で CD をコピーするとき、これは大丈夫なのかなと思うこと自体が、本当はよくないことなのです。私的領域に財産権が勝手に踏み込んでいいとは私は思いません。むしろ、そのような行為は気軽にできるのだけれど、実は少しだけお金が上乗せされているというように、皆さんが権利を気にしないで自由に行動をすることができ、かつ、きちんと著作権者にも対価を還元しているというようなシステムを作るのが、本当は今大事なのではないかと言われています。

104 ページにいきまして、著作権侵害等の主張に対する防御方法の話に入りたいと思います。防御方法というのは、要するに利用者側の抗弁のお話です。今までは権利者側の権利主張の話をしていましたが、次は抗弁のお話です。

著作権法の抗弁、防御方法、侵害にならない方法等の条文は、何度も出てきていますが、30 条が代表例で、30 条から 50 条が、この利用者側の防御方法です。著作権法は、21 条から 28 条までが権利者側の権利の束、30 条から 50 条が利用者側の抗弁、すなわち例外の規定です。

日本の著作権法の特徴は、このように 30 条から 50 条まであるように、例外規定が非常に多いです。どうして例外規定が多いかというと、総括的な例外規定、包括的な制限規定がないからです。

つまり、個別の行為一個一個を規定している限定立法です。著作権が制限される場合というのを、限定的に定める立法になっています。

これは、立法の考え方の違いです。アメリカなどでは包括的な、フェアユースの条項というのがあります。アメリカはこの包括的条項プラス個別条項ですが、包括的条項として、例えば著作権者に営業上の損害を与えない著作物の利用行為はこれを非侵害とするという一文を書いて、あとは判例の発達に委ねる、あるいは個別に考えていくという立法のやり方です。これに対し、著作権を制限した方がよさそうな行為を想

像して、一個一個、条項を立てていくやり方があるわけです。日本は、後者を採ったということです。

最初が私的複製です。もう何度も説明している30条です。私的利用の場合は、権利者に与える影響は微々たるものであり、権利行使を認めたとしても、コストばかり掛かって、実際には権利として機能しないだろうということで、私的範囲での複製は非侵害にしているということはもうすでにお話をしました。

30 条が例外とすれば、30 条にはさらに例外の例外が多く設けられています。例えば、公衆の使用に供されている自動複製機器を用いて複製する場合には私的複製に該当しません。例えば TSUTAYA にダビング装置が備えてあって、その店でまずビデオを借り、すぐ横に備えてあるダビング装置で、借りたビデオを一番上に入れて、2 番目に生のテープを入れると、10 分ぐらいしてダビングができるというようなマシンです。DVD も同じです。そのような場合は公衆の使用に供されていますし、自動複製です。そのようなものを用いて複製する場合は私的複製には該当しません。

公衆の使用に供されていない複製機器であれば問題ありません。ですから、皆さんの家庭にあるパソコンは、通常は公衆の使用には供されていませんから、家庭のパソコンでやる分には非侵害だということです。

では、コンビニや生協に置いてあるコピー機はどうなのかというと、あれらは公衆の使用に供されていますね。かつ、自動複製機器ではありませんか。では、私的複製に当たらないのかというと、付則 5 条の 2 というのがあり、なぜか紙については非侵害になっています。

ですから、付則の 5 条 2 というのは、例外の例外の、そのまた例外です。30 条が例外、30 条 1 項 1 号が例外の例外、付則 5 条 2 が例外の例外の例外です。条文の構造をしっかり理解してください。このように、当分の間となっていますが、紙のコピー機は非侵害になります。ですから、コンビニに行くと確かに紙のコピー機は置いてあるけれども、DVD のコピー機はありませんね。

では次に引用の方にいきます。引用の条文は 32 条 1 項です。ある著作物を引用で使う分には非侵害だという条文です。日本の著作権法の著作権の制限規定、例外規定というのは、実はこの私的複製と引用ぐらいしか、使い道があまりないと言われています。あとは、例えばテストを作るときには著作権者の許諾は要らないとか、点字を作るときとか、あるいは新聞報道のときのことや、非常に細かい条文が多いです。いろいろな場面に適用できそうな条文は、実はこの 30 条と 32 条しかありません。これが問題だと言われています。個別の規定に当てるのはいいけれども、使い勝手が悪すぎるというのが、最近の問題です。

引用の発想というのは、ある著作物を作ろうと思う場合には、すでに成された著作物をある程度利用して創作される場合が多いということを考慮しています。例えば書評がありますね。あるいは漫画を批評することもあります。批評目的、あるいは研究目的で他人の著作物を利用したいと思うときがあるわけです。私も前々回に、スラムダンクのコピーを配りました。スラムダンクでシュートをしている場面やパスをしている場面を皆さんに説明するときに、あの絵を使わないで説明することができるかというと、使わないで説明することはほぼ不可能です。絵の著作物の類似性を評価しているわけなので、実際に絵を見せて皆さんに説明をしないと無理です。

私の講義というのは、1 つの著作物です。私はスラムダンクの著作者に許諾を求めていません。皆さんに配布をしましたから公衆に向けて頒布をしたわけですが、では私は著作権侵害なのかというと、やはりおかしいですよね。

このように、何か新しい著作物を創作するときには、他人の著作物を利用しなければ、著作自体ができないという場合があり得ます。ですから、それが一切合切だめだということになると、やはり新しい著作物が

作られなくなってしまい、結局、著作物が豊富にならないということなので、例外を定めたわけです。これが 32 条です。

ただ、引用というのは、許諾が要らない、お金も払わなくていいということですので、何でもかんでも引用だと言うと著作権が形骸化してしまいますから、ある程度条文に縛りを掛けています。32 条は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究、その他、引用の目的上正当な範囲で行われるものでなければならないと定めていますので、この範囲で行う著作物の利用は引用となり、32 条により非侵害になるわけです。

イメージが難しい場合は、私がスラムダンクのコピーを配った場面を想定してください。あれは引用です。私が講義という著作物を創作する場合に、あの絵がなければ皆さんに説明ができません。ですから必要ですね。引用の目的と正当な範囲になるということですので、私はスラムダンクの著作権者にお金を払っていませんが、非侵害ということです。

この引用については、パロディ第一次上告審という有名な最高裁判決があります（最判昭和 55.3.28 民集 34 巻 3 号 244 頁）。教科書の 446 ページに写真があります。例えば、このように田村先生が写真を載せる行為も引用です。この写真を撮ったカメラマンが著作権を持っているはずですが、カメラマンには無許諾のはずですが、これは引用です。これがなければ、パロディの事件を説明できないでしょう？ このような例が引用です。

446 ページの写真は、左側の写真が先に撮られ、左側の写真を右側の写真が引用したということです。左側の写真は、普通のスキーのシュプールを描いてきたところを撮った写真ですが、要するに右側の写真というのは、この写真にタイヤを付加したわけです。マッド・アマノという人がこのパロディ写真を作りました。当然、このマッド・アマノは、左側の写真の著作権者に許諾は取っていないわけです。

一応これはパロディ、すなわち批評目的らしいです。環境を破壊してスキー場を作った人々を、このタイヤがごろごろっと転げ落ちて踏みつぶすということで、環境破壊をしているスキーヤーを皮肉ったものだというような説明がなされるのですが、それを信じている人はあまりいません。面白いだろうということです。実際この CM は面白いですね。このようなセンスは、私は非常に素晴らしいと思います。

これが引用に当たるとすると、マッド・アマノは非侵害になります。引用ではないと言われると侵害になるわけです。最高裁は、ここで引用と言うためには 2 つの要件が必要ですと言っています。確かに、32 条はかなり包括的な規定ですので、条文だけでは具体的な基準としては難しいということなのかもしれません。

最高裁は、明瞭区別性と付従性という 2 つの性質があれば、32 条に該当しますといいました。明瞭区別性とは、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができるということ、付従性、あるいは主従性は、著作物の間で引用する方が主、引用されるほうが従という性質です。

実際には、最高裁は、これは引用に当たらないと言いました。ですから、この写真で説明すれば、右側の写真が主、左側の写真が従であるという関係がある必要があるとしました。もう 1 つは、左側の写真が右側の写真のどこに使われているのか、はっきり区別できなくてはいけないという基準を立てたのです。これははっきり区別できないでしょうね。はっきり区別できたら、パロディになりませんから。それで、これは引用の要件を満たしていないという結論に至ったということです。

ですが、この明瞭区別性と付従性について、本当にこれでうまくいくのかどうかというのが、現在の議論の対象です。特にパロディでは、この明瞭区別性が、類型的に認められにくいといえます。パロディという

のは、区別できればパロディになりませんよね。このようなパロディのような類型を、教材では取り込み目的型と書いてあります。誰かの著作物を取り込んで利用する場合は、やはり明瞭区別性を要求することが難しいといえます。

このマッド・アマノの写真を見ても、この 2 つの写真を並べれば、使っているというのは分かりますが、右側の写真だけ見ても区別できないでしょう？　普通は右側の写真しか見ませんから、右側の写真だけ見て区別するというのは無理です。ですから、このような、取り込み型、パロディ型というのは、明瞭区別性を認めることがかなり難しいと言われています。

ただし、このパロディというのは、例えば政治目的など、言論の自由や表現の自由を保障するときに使わざるを得ない場面があると言われています。例えば、どの新聞にも、政治欄に必ず風刺の漫画が一こま載っていますよね。あれは新聞社の伝統だと思いますが、例えば政治を批判する、茶化すような漫画があります。

あのような漫画を描くときにも逐一著作権侵害だと言われてしまうと、言論の自由を保障することが難しくなってしまうので、そのような表現をする場合は、多少引用の基準を緩めて考える必要もあるのではないかという指摘もあります。ですが、パロディでも純粋に面白がってやる場合はそこまで自由を認める必要もない気がいたしますので、その分著作権者を守ってもいいのかもしれません。

このようなパロディは、実は現在の著作権法では非常に非侵害にしにくい類型だと言われています。ただ、このマッド・アマノの写真は、私はとしては非侵害にしたい気がします。面白いじゃないですか。

一般に皆さんがパロディと言うものはもっと広いと思います。例えば著作権が発生していないようなありふれた表現でも、作品の中では特徴的な言葉があります。私は、「先生、バスケがしたいんです」、というのは、著作物性はないと思いますが、ほかのバスケット漫画でそのせりふが出ると、明らかにスラムダンクのパロディだなと皆さん思うでしょう。でも、そのパロディというのは、ここで言うパロディではありません。

著作物性がなければ、そもそも引用に当たらなくても非侵害です。ですから、逐一、引用に当たるか、明瞭区別性があるかと考える必要はないわけです。

ここは気を付けてほしいところです。最近のアニメの作品、あるいはドラマでも、昔のドラマの名言などをパロディ的に使っている場合がよくあります。『踊る大捜査線』は、パロディが盛りだくさんです。パロディはだめでオマージュはいい、オマージュはリスペクトしているからいい、といったよく分からない分類があるようですが、著作権法的に言うと、著作物性がない場合は、引用は自由です。著作物性がある場合は、引用に当たるかどうかという区別になります。そもそも著作物性がないのであれば、引用に当たろうが当たるまいが非侵害で、利用は自由です。

他方、批評・研究目的の引用の場合は、最高裁の明瞭区別性と付従性というのは一応うまく機能するのではないかと言われています。私が前回スラムダンクの絵を配ったのも批評・研究の目的に当たります。スラムダンクのコピーを配ったことは、私の講義とは明瞭に区別されています。私があの絵を描いたとは誰も思わないでしょう。資料として配っていて、講義は口述の形式でしているわけですから、区別はできています。あのときの講義は、スラムダンクの絵を鑑賞する授業ではなく、それを使って私が著作権法の説明をしたということなので、私の講義が主、あの漫画が従と言うことができると思います。

ですから、批評・研究目的で他人の著作物を使う場合は、明瞭区別性と付従性はうまく機能するだろうと言われています。

現在では、著作物の利用の仕方というのも多種多様です。多種多様であるということは基本的には非

常にいいことだと思いますが、多種多様になっておりますので、最高裁判決も、研究・批評目的ではうまくいくけれども、ほかの類型の引用の仕方ではうまく切り分けられないのではないかと言われていて、ここも今、著作権法が動いている、すなわち非常に盛んに研究されている分野の 1 つです。

ただ、批評・研究目的だったら何でもいいのかというと、もちろんそんなことはありません。教材にあるレオナール・フジタ事件は、レオナール・フジタという人の画集を許可なく出したという事案です（東京高判昭和 60.10.17 無体集 17 巻 3 号 462 頁［レオナール・フジタ絵画複製控訴審］）。画集の下の方に少し絵の説明が書いてあって、絵は大きく載っています。

画集ではなくて、日本の絵画集ですから、レオナール・フジタの絵だけではないのですが、その一部に無許諾でこの藤田画伯の絵が載っていたのです。印刷の画質もつやつやしていて、画集として利用することもできそうな感じです。ですから、明瞭に区別しておいて、あとは少し何かコメントしていてもすべて非侵害かというと、もちろんそんなことはないわけです。

インターネットのホームページに音楽を無許諾で載せることを考えても、インターネットのホームページの音楽なので、区別されていますね。音楽は BGM として使っているだけなので、ホームページの方が主であると言ってしまうと、完全に分かれていますから明瞭な区別もできていて、音楽は自由に利用できるのではないかと言えそうです。では、何を利用しても非侵害なのかというと、やはりそんなことはないわけです。

ですから今、批評・研究目的でも、複製技術を利用して簡単に皆さんが著作物を利用できるようになったので、明瞭区別性と付従性が、批評・研究目的でも少しずつうまくいかなくなっているとも言われています。

次に『ゴーマニズム宣言』の事件を取り上げます（東京地判平成 11.8.31 判時 1702 号 145 頁［脱ゴーマニズム宣言一審］、東京高判平成 12.4.25 判時 1724 号 124 頁［同控訴審］）。教材の 135 ページの資料の方にあります。『ゴーマニズム宣言』というのは小林よしのりの言論主張型漫画です。いわゆる非常に右寄りの主張をする人なので、やはり左の人からたたかれるわけです。教材 135 ページのカットに載っているのは、その小林よしのりの『ゴーマニズム宣言』の漫画を批評する本です。

例えば、右から 2 番目、「2―③ 被告書籍 46 ページより」という漫画には、手書きの文字で書き込みがあります。このように『ゴーマニズム宣言』のコピーを張って、さらにそこに書き込みをして、『ゴーマニズム宣言』の批判をしている本です。

この『ゴーマニズム宣言』の事件では、明瞭に区別されていて、付従性もあると判断されました。つまり、小林よしのりの漫画は区別されていて、そこに手書きの文字で書き込みをしているので、区別はできるということです。この後は小林よしのりの姿勢を批判する文章がたくさん付いていますから、そちらの文章の方が主であるので、付従性も満たしています。よって、引用については非侵害だという判決が出ています。

さきほども言いましたように、最近はこの最高裁の 2 要件がうまくいかなくなっていると言われていて、裁判の方でも新しい基準が模索されております。私は引用の必要性だけでいいような気もしています。

教材 106 ページ「(2) 著作権の存続期間」のお話をしようと思います。これもすでに出てきているお話ですが、基本的には著作者の死後 50 年、すなわち著作者の余命プラス 50 年です。非常に長いですね。80 年や 90 年になる著作物も、決して珍しくはありません。

著作者が死んだ日からきっかり 50 年後ということではなく、著作者が死亡した次の 1 月 1 日から、50 年

のカウントスタートです。厳密に言うと、50 年プラスアルファがあります。ですから、利用者としては、著作者が何年何月何日に死亡したまで覚える必要はなく、何年に死亡したかを知っていればいいのです。

余命プラス 50 年だとすると、ほぼ同世代の人は利用することができないことになります。法人名義の場合は、原則、公表後 50 年です。法人は死ぬということが基本的にはなく、永遠に生き続ける法人もありますので、法人の解散後 50 年とかはできないわけです。ですから、公表後 50 年に切っています。ですから、余命プラスの余命の部分がないので、法人名義だと、一般に自然人名義の著作物よりも著作権の存続期間が短くなってしまいます。映画の場合は、その短くなってしまうということをおもんばかって、70 年になっています。

存続期間が切れた後はコピーが自由です。前もお話ししましたが、100 円ショップに 500 円で昔の名画がずらっと並んでいます。あれらは違法映画ではなく、切れたものをプリントしているだけです。

特許の場合は出願後 20 年ですので、特許法との比較ということで説明をしたいと思います。著作権は余命プラス 50 年ですので非常に長く、特許の少なくとも 2.5 倍、あるいは 3 倍から 4 倍になることもあります。これだけ長く保護されると、私は長すぎだと思います。死後 10 年ぐらいでいいと思います。

積極的理由としては、技術や文化が積み重ねで発展するので、一定期間以降は自由とするとあります。対価回収のチャンス、機会を与える制度ですので、制度的に見ると、先行投資さえ回収させてしまえば、もうそこで存続期間は終わりと言ってもいいわけです。つまり、制度論から言えば、もうけさせる必要まではなく、とんとんになればそれでいいはずだという発想です。

ですが、発明や著作にいくらお金を掛けたということは計れませんし、お金を掛けた人が長く権利を享受できるとすると、やはりおかしなことになるので、ここは法律というルールの明確性の方を優先して、20 年や 50 年で切っていくのです。

次に消極的理由、すなわち、著作権を永久権にしない理由です。著作者というのは自分がオリジナルだと主張しますが、そうは言っても、初めから何の勉強もせずに著作物を作れたわけではありません。修業時代にいろいろな著作物に触れて、そこでその人の著作物観が作られます。例えば、いろいろな音楽を聴いて初めて、今までの音楽の上に上乗せするような形で作曲をしたり、絵でも同じで、画法などがありますし、流行もきっとあるでしょう。いろいろな画家から影響を受けて、自分の絵というものを創っていくというのが普通だと思います。自分の作ったものはオリジナルだと言っても、やはり昔の人の寄与を受や影響を受けています。

昔の人から影響を受けたのであれば、自分も後進のために影響を与える、後進のために自分の著作物もいつかは利用自由となるようにしなければいけないのではないかと考えられます。先人へお金を払って自分の画法を磨いたわけではありませんよね。勉強時代は基本的に、その著作者にお金を払うということはないはずです。ですから、そこはある種のフリーライドがあるわけです。フリーライドがあって、自分もいっぱしの著作者になったわけなので、これからはあなたも、これから出てくる人のためにフリーライドをされる立場になりなさいというのが、権利を一定期間に区切っている意味です。

創作法制には、必ずそのような側面がありますから、必ず存続期間があります。商標や不正競争防止法 2 条 1 項 1 号のように、標識法には基本的にはありません。積み重ねの要素がないからです。積み重ねの要素がある創作法では、権利の期間が必ず決まっています。

問題になるのは、どうして著作権の方が長いのかということです。著作権と特許の対比は、文化と技術の話です。技術というのは、ある程度 1 つの方向に向かって発展していくわけです。ですから、特許権とい

うのは、産業の発達のために必要ですが、1 つの方向に権利があると、ほかのライバルから見ると障害になりやすいのです。

文化の場合は、さまざまな方向に発展していきますので、そもそも方向というのがないのかもしれません。ですので、ある著作物を回避する形で、ほかの方法で著作物を作るということが、特許に比べれば簡単です。ゆえに、障害になりにくく、障害になりにくいということは、多少権利の期間が長くても、文化の発展にはそれほど制約をしないという意味です。

もう 1 つは、やはり同じような技術の分野の性格ですが、発明というのは、その発明者がいなくても、技術が進歩していく以上、誰かが発明しただろうといえます。その発明者がいるおかげで利用が可能になったのは10年ぐらい早くなったかもしれないけれども、もしその人がいなくても、10年たてば誰かがやっていただろうというものが、発明です。1 つの方向に向かって進化していきますので、いつかは誰かがやるだろうと言われているのです。

ところが、著作物というのは、1 つの方向に向かって進化していくものではありませんので、その人がいなかったらこの著作物はできなかっただろうというものが、発明に比べれば多いと言われています。ベートーベンもそうです。創作者の個性が、著作権の方が強く反映されるだろうということは、その人がいなかったら、もしかしたらこの先ずっとできなかったかもしれないということなので、その人に権利を帰属させる期間が長くても問題ないはずだという説明になります。これが、著作権の存続期間を特許と比べての説明になります。

ただ、この説明がうまくいかないのは、コンピュータ・プログラムです。日本ではプログラムそれ自体は著作権法で保護されますが、今言った説明はコンピュータ・プログラムに当てはまらないのです。どちらかというとコンピュータ・プログラムは技術に近いものですので、そのプログラマーがいなくても、いつかは誰かがやっていただろうということがあるはずです。本当は、やはりコンピュータ・プログラムというのは、もう少し権利の期間を短くするべきではないのかといえます。国際条約関係がありますが、そのような問題があると言われています。

III　著作者

本日は教材 107 ページ、著作者というところからです。今まで著作物とは何かということと、著作権侵害の条件というお話をしてきました。本日は著作者とはどのような人がなれるのか、というお話をすることになります。

著作者というのは、定義規定が 2 条 1 項 2 号にありまして、著作物を創作した人というのが著作者ですと規定されています。ここに言う著作物というのも、著作権法上の著作物という意味ですので、定義規定の 2 条 1 項 1 号に書いてあります。著作物の次に著作者が定義してあります。

著作物にしても著作者にしても、一般用語とは違う著作権法の独自の意味があるわけです。ありふれていたものについては、著作物性が認められず、いずれにせよ著作権法上の保護は及びませんので、著作者というものを観念する必要がないということです。

発明には発明者がどこかにいましたが、著作物がある以上は、通常はどこかに著作者という人がいます。その人はどのような恩恵を受けられるかということが、17 条、実質的には 18 条から書いてあります。

著作者であるということにどのような意味があるかといいますと、基本的に 2 種類の権利をもらえます。1 つが今までみてきた著作権、もう 1 つが著作者人格権というものです。この 2 つの権利は、かなり性質が違うものです。

著作者であるとなりますと、自然人が創作をした場合には、著作権法の保護を受けるためには申請や登録は要りませんので、創作した瞬間に著作権と著作者人格権を原始取得することができます。原始取得というのは、ない状態から、最初に、ある状態になるということです。映画については若干の例外規定があります。

著作権は、今まで 4 回にわたって話をしてきたものです。著作者人格権とはどのようなものかといいますと、18、19、20 条に書いてあるものが、著作者人格権の内容です。著作権は 21 条から 28 条までに規定される細かい権利の束だと言いましたが、人格権も、通常は権利の束とは言いませんが、18、19、20 条の 3 種類の内容を持っています。18 条が公表権、19 条が氏名表示権、20 条が同一性保持権という、3 つの定義を意味しています。

細かい話はまた次回にしますが、著作者人格権の特徴は、59 条に書いてある一身専属性です。要するに、譲渡ができない権利です。また、著作者が死亡すると終わりですので、相続の対象にはなりません。譲渡はできない、相続もできないというのが、一身専属の権利ということです。

著作者人格権は著作者だからこそ認められる権利ですので、譲渡することもできないし、相続することもできません。59 条は強行規定ですので、契約で著作者人格権をあなたに譲渡しますよという契約を結んで、両者の意思の合致があったとしても、それは強行規定に反して無効になります。

そのような著作者人格権というものがあるので、著作者になるということは、すなわち著作者人格権があるということです。この著作者人格権というのは、著作者にへばり付いて離れないものです。

著作者人格権に対して、今まで説明してきた複製権や翻案権や譲渡権を、通常は著作権と言いますが、対比の意味では著作財産権と言ったりします。

財産権というのは譲渡できるからこそ価値がどんどん高くなっていくものです。著作権はもちろん譲渡ができ、相続の対象にもなります。そのように、権利の内容はもちろんですが、権利の性質が異なります。

ですから、著作者を定めるわけです。何人かで集まって創作したけれども、これは誰が著作者なのだろうということが紛れるときがあります。そのときに、誰が著作者だと決めるということは、著作財産権の出発

点を決めるという意味と、著作者人格権者を決めるという 2 つの意味があります。

みんなでわいわいやってできたときに、では、面倒だからみんな著作者でいい、ということにしてしまうと、その場合は共有になるわけです。共有にした場合に、特に著作者人格権は、誰かに権利を集約しておいて、あとはライセンスでということができないのです。ですから、著作者であるということを決めるのは、そのような法律的な効果が発生するということを視野に入れながら決めるべきだという言い方になるのかもしれません。

以上が総説です。著作者については、この 2 つの権利が発生するということを分かっていないと、気軽に著作者だと決めることができないということです。

それでは、具体的にどのような者が著作者だということになるでしょうか。著作物というのは創作的な表現ですので、逆に言えば、それ以外は、一般用語で言う著作物だとしても、著作権法に含まれないということになるわけです。ですから、著作者というのは、創作的な表現をした者、表現を創作した者ですが、誤解を招きかねない定義です。表現なら何でもいいとは読まないでください。著作物を創作する者を言うのであり、この著作物というのは、創作性がある、ありふれていないという意味ですので、ありふれていない、創作性ある表現をした者ということになります。

どこが問題になることがあるかといいますと、この具体的な表現を創作したかどうか、その人が具体的な表現を創作したのかどうかというところが、争いになることがあるわけです。

最高裁平成 5 年『智恵子抄』という、わかりやすい事件がありますので、これをモデルに説明します（最判平成 5.3.30 判時 1461 号 5 頁［智恵子抄］）。有名な高村光太郎の詩集で『智恵子抄』というのがありまして、奥さんに関する詩を集めた詩集です。高村光太郎の詩は、奥さんの詩だけではなく、たくさんあるようですが、そのうち奥さんの智恵子さんに関する詩だけを集めた詩集が、有名な千恵子抄です。

『智恵子抄』の著作者が、高村光太郎なのか、それとも『智恵子抄』を最初に出版した出版社なのかということが争われたわけです。もちろん、『智恵子抄』というのは詩集ですから、いろいろな詩が集まっているものです。それぞれの詩については、高村光太郎だけが著作者だということに疑いはありません。問題は、この『智恵子抄』という詩集、本の状態になったものは、編集著作物ですので、『智恵子抄』の編集著作者が出版社なのかもしれないということが争いになったわけです。著作物をたくさん集めた著作物のことを編集著作物と言います。詩集や判例 100 選』のようなものを編集著作物と言います。

具体的には、光太郎の死後、被告が自己を編集著作者とする著作権登録をしたので、光太郎の著作権を相続した原告が訴えを提起するに至ったということです。光太郎はもう亡くなっていますが、著作財産権は相続ができますので、誰か相続した人がいるわけです。

この被告は出版社の方ですが、出版社が自分を著作者として著作権登録をしたと教材に書いてあります。著作権は登録をしないで発生する権利と言いましたが、登録をしたからといって、著作権が強くなったり弱くなったりすることはありません。もちろん公信力もありませんし、公示力もないのです。

ですから、著作権登録がなくても、著作者であるということはもちろんあり得るわけです。公示というのは、公示がなければ権利者ではないということですが、著作権はそうではありません。登録は一切関係ないという法制を取っています。

ですから実は、あまり致命的な争いではないのですが、やはり文化庁の著作権現場の方に著作権登録がされてあると、光太郎と出版社の間の問題はいいですが、第三者が著作権者かと思って許諾を求めに行く先が編集者になってしまう可能性があるわけです。そこで、著作権を相続した光太郎の遺族が、編

集著作権が光太郎の遺族の方にあるということの確認請求の訴えを提起したというのが、この事件のようです。

出版社の方が具体的に何をしたかというと、詩集を作って売っただけではなく、高村光太郎にこの『智恵子抄』という詩集を出しましょうと持ち掛けたという事情があったようです。つまり、高村光太郎としては、最初はその詩集を出す思い付きがなかったのですが、出版社の方で、奥さんの智恵子さんの詩を集めた詩集を出しませんかと持ち掛け、では、出すことにしようか、というようなやり取りがあったわけです。出版社としてはよくやる営業活動です。

ですから、出版社のその担当者がいなかったら、『智恵子抄』という詩集は世の中に出ていなかった可能性があるわけです。そのようなときに、では出版社、あるいは出版社の担当者は著作者になるのかということですが、判決は、そうはならないとして、また、高村光太郎と共同編集とも言えないと判断しました。

問題は、『智恵子抄』の詩を選んだ人は誰なのかということです。編集著作物というのは著作物の寄せ集めですが、たくさんある著作物の中でどのような著作物を集めたら 1 つの詩集になるかというときに、例えば、1 万個ぐらいの詩の中で、特にこのような観点で拾ってみたら面白いのではないかと 100 個ぐらい詩を抜いてきたときに、その抜き出し方に創作性があるかどうかという判断になるのです。

ですから、『判例 100 選』は、膨大な判例の中から重要だと思われるものを抜いてきて、しかも、体系別に並んでいますから、その選択、配列から著作物であると言われます。

ですから、この事件では、高村光太郎のたくさんの詩の中から抜いてきたことに著作物性があるかどうか、要するに抜き出し方がありふれていないかどうかというところが観点だったわけです。

このときに、その抜き出し方、持ち掛け方が、著作物たる創作的な表現であれば共同著作者になるということですが、高村光太郎の詩の中から奥さんの智恵子さんに関する詩だけを抜き出すという選択は、比較的ありふれているように思えます。

並べ方も、高村光太郎が発表した順番にただ並べただけのようです。そうだとしますと、そのような抜き出し方、選択のしかたはありふれていると考えたのかもしれません。これぐらいの関与では著作者とは言えませんとしたのが、この『智恵子抄』の事件です。高村光太郎だけが著作者だということになりました。ここではやはり、この編集者に著作財産権や著作者人格権を与えるほどの著作物に対する寄与があったかどうかという観点で、裁判所が考えていたのだろうと私は思います。

少し付け加えますと、共同著作者となると、64 条と 65 条により、ある程度権利の行使の仕方に制限が掛かります。64 条は著作者人格権法、65 条は著作財産権法です。65 条の 2 項には、共有著作権は、その共有者全員の合意によらなければ行使することができない、と書いてあります。この場合の 65 条 2 項の行使というのは、第三者に対する著作権の行使ではなく、著作権者が自ら著作物を利用する場合の内部関係です。

65 条 2 項というのは、共有ですから 2 人以上いる共有著作権者の間の内部関係を定めています。共有者全員の合意が得られなければ行使することができないということが書いてありますので、仮に高村光太郎と編集者・出版社が共有著作者で、著作権は共有となると、どちらかが嫌だと言えば、『智恵子抄』は出版できないということです。それでは弊害が大きいので、65 条 3 項には、その例外としての条文があり、事実上は原則が逆になっています。

ともかく、65 条 2 項で共有となると、誰か 1 人が断ると、共有著作権者であっても、自ら利用ができないことになります。ですから、共有は、お互いが縛り合う関係になります。

ですから、10 人でアイデアを持ち寄ってできたというものを、10 人の共有著作物と言ってしまうと、10 人のうち 1 人でも断ったら、その著作物は、著作権者が誰も利用できなくなります。当然、第三者も著作権侵害ですので利用できませんから、著作物の利用が進まなくなるという事情があります。

ですので、共有と言うのは簡単ですが、あまり簡単に共有としてしまいますと、著作物の利用が進まず、価値ある著作物で素晴らしい作品なのに、誰の目にも触れることがなくなってしまうというような弊害があります。裁判所は共有関係を考えるときに、必ずこのことを考えていると言われています。

このように、権利者が増えてしまうと、利用が進まないという問題があるということは、教材 108 ページの職務著作にも関係があります。次に、職務著作のお話をしていきます。

職務著作とは簡単に言うと、職務発明と同じく、法人内著作、会社の中で成した著作ということです。

職務著作を考える場合は新聞をイメージしてください。新聞というのは、瓦版でもない限り、新聞社が記者を雇って、みんなで記事を書いています。いろいろな人が記事を書いて、いくつもの新聞ができているわけですから、いろいろな人が新聞を書くということについて関与があります。そのときにどうなるかといいますと、15 条 1 項が適用になりまして、法人の発意に基づき、その法人の業務に従事する者が職務上作成する著作物で、その法人が、自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成時における契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人などとなります。使用者というのは新聞社のことで、新聞記者は仕事として記事を書くので、職務上作成する著作物になります。

主語と述語だけを抜き出すと、著作者はその法人とする、ということになりますので、この 15 条 1 項の要件を満たすと、新聞記者が実際に書いた記事であっても、著作者は新聞社になるということです。新聞社が著作権者になるという意味ではありません。著作者になるわけです。ですから、それぞれの新聞記者は、著作者ではなくなります。著作者でないということは、その著作物に関して権利は何もないということです。ですから、15 条 1 項は、新聞記者の方から見れば、実際には自分が記事を書いたのに、自分には何も残らず、全て新聞社に吸い上げられてしまうという法制になっています。

特許の場合は、原始的な特許を受ける権利が自然人である発明者に生じて、その後、会社に承継されるので、いったんは発明者が権利者になりますが、会社の方に権利を吸い上げられるという形になります。正確に言うと譲渡ではありませんが、そこには譲渡のようなものがあるわけです。

ところが、15 条 1 項の場合は譲渡がありません。なぜかというと、最初から会社ですから、権利が動いたということにはならないのです。本日最初にみたように、著作者だと言われるということは、著作財産権者プラス著作者人格権者になります。ですから、会社が著作者人格権の権利者になるということです。新聞記者の方には何も残りません。これが、15 条 1 項のシステムです。

この趣旨をどのように説明するかといいますと、従業員を手足として用いている法人の著作活動を認めた規定である、というような説明がありますが、実はこれはうまく説明ができていません。どうしてかといいますと、15 条 1 項は、使用者が自己の著作の名義の下に公表するものに限って、会社が著作者となるという規定です。法人等の自己の著作の名義の下に公表するものに限って、新聞社が著作者になるわけです。

新聞の中には記名記事と無記名記事があると思います。新聞記事の最後の方に、この記事を書いたのは誰それ記者ですと書いてあることがあるときも、ないときもありますね。ほとんどの記事はないと思いますが、解説欄などは、時々山口先生が写真入りで出ていて、山口二郎と書いてありますで、山口先生が著作者で、ここで言う職務著作ではないわけです。

山口先生は新聞社に雇われているわけではありませんので、もともと職務著作にはなりませんが、例えば、新聞社の解説委員が解説欄に名前入りで記事を書いてあることがあります。解説委員というのは新聞社のベテランの記者で、従業員ですが、名前が書いてある記者が著作者になります。ですから、名前が書いてあればその人、書いていなければ会社だとお考えください。

従業員を手足として使っているから法人に著作活動を認めてもいいというと、その記名か無記名かで、どちらが著作者かということを分けていることがうまく説明できません。ですから、職務著作の規定を説明するときは、第三者、すなわち新聞社の外の人に対して誰が権利を持っているのかをはっきりさせるためにあると言われています。それが教材 108 ページの積極的理由というところに書いてあることです。

基本的には、新聞社が大きな会社であるように、会社組織にしていないと、新聞のような大きな著作物、出版物というのをなかなか発行することができませんので、会社にインセンティブを与えなければいけないということは間違いありません。ですが、会社の中でなされる著作活動の実態はどのようになっているかというと、1 人の人が記事を書く場合はむしろまれです。何人かでチームを組んで、取材をする人やアイデアを出す人、実際に書く人がいます。会社の中の著作ですので、途中まで書いてあとはほかの人に任せたり、あらすじだけ上司が書いて、細かい事実関係を埋めていくのは部下にやらせたりといった分担作業が行われていると言われています。

特に、我々は組織にいますが、論文を別として、組織の中で行政文章を作ると、たいてい私が作った文章でそのまま最終版になることはあり得ません。必ず上司のチェックが入ります。ここが足りないとか、ここは余計だとか、ここを直せとか、このデータが足りないなどといろいろ言われるわけです。面倒ですから、上司が実際に手を入れることもあります。そのように文章が言ったり来たりするわけです。

大学は組織が簡単ですが、会社は、上に先輩がいて、その上に課長がいて、部長がいて、間に次長とかいう人がいたりして、何人もの手を経て、ようやく文章が完成していくわけです。

そうだとすると、どこからどこまでを自分が書いて、どこからどこまでを先輩が書いて、どこからどこまで課長が書いたというのは、もう分かりません。書いている本人も、実は分からないのです。著作物というのは、書いたらどうかという観点ではなく、創作的な表現を誰がしたかということになるわけですから、ますます分からなくなってくるわけです。

実際、内部の者がよく分からないのに、外部の人が分かるわけがありませんね。外部の人は、その著作物を利用したいと考えるときは、権利者のところに許諾を取りに行かなければいけないわけです。基本的に著作者が権利者になるわけですが、誰が著作者なのかよく分からない、区別もできない、切り分けもできないとしますと、誰に許諾を求めに行っていいのか分からない状態になります。そのような状態では著作物の利用が進みません。権利侵害をするか、著作物を利用しないか、どちらかの状態になってしまうわけです。

そのような場合の法制としては、権利を集めてしまうのです。何らかの手段を取って、誰か 1 人を権利者にして、あとは内部関係でやってくださいという形で処理するのが、法の条文を作るテクニックです。

職務著作というのは、そのようなテクニカルな作業をするものです。4～5 人で作った文章が、最終的には会社名義で公表されるのであれば、その会社を権利者としてしまいましょう、権利を集めましょうということにしたのが、この職務著作制度です。このようにしておくと、第三者で新聞記事を利用したい人は、その新聞社に許諾を求めれば、それで済むということになるわけです。このようにしておくと、記事を見て、誰それ記者が書いたものかどうかということを外部の人が調査して許諾を求めに行く必要はないということで

す。また、法人というのは存在が大きいから、連絡が取りやすいので、ますますうまくいくということになるわけです。

ですから、職務著作というのは、法人に著作活動のインセンティブを与えなければいけないことは確かですが、それだけではありません。法人の中で成される著作は法人の内部でも誰が著作者だかよく分からない場合が多いということになりますと、そのままにしておくと、よく分からないたくさんの人たちが著作権者になってしまうかもしれません。そうだとすると利用が進みませんので、法人に一元的に吸い上げるというのが、職務著作制度です。

ただ、これだけでは説明が貫徹していません。著作権、すなわち著作財産権だけ法人へ、人格権は従業員に残してあげようという法制もあり得なくはないのですが、著作者人格権は譲渡ができません。ですから、著作権は会社、著作者人格権は新聞記者というふうに分けてしまうと、会社の方が著作者人格権者になりたくてもなれなくなってしまいます。

したがって、例えば、新聞記者がその新聞社を辞めた後、その記者から新聞社が著作者人格権を行使される可能性があります。ですから、やはり著作者人格権も財産権と同じように、法人に集めなければ利用が進まないといえます。著作権の法制で著作人格権は譲渡ができない以上、法人を著作者と言うしかありません。

本日の講義の最初に言ったように、著作者だということは、著作権、著作財産権の出発点を決めるということと、著作者人格権者を決めるということですと申し上げましたが、ここでその話が効いてくるというわけです。

実は、財産権の方は、譲渡ができるので、特許のような法制を取ってもいいのですが、著作者人格権は、譲渡ができませんので、著作者人格権を集合させたいときは、著作者と言うしかありません。法人が著作者であるというふうに定めたのは、そのような事情があるわけです。これが職務著作の積極的な理由です。

次に消極的な理由です。確かに、新聞記者は、せっかく著作をしたのにもかかわらず、新聞社に権利を吸い上げられてしまうことになります。かわいそうにもみえますが、新聞記者はただ働きしているわけではありません。給料をもらっているのだから、その給料で我慢してください、というわけです。

仕事のときに作った文章というのは、愛着という意味では、普通の一般的な著作物よりは、それほど人格的利益が付着していないだろうということが、相対的には言えると思います。私も仕事で明細書を書いていましたが、別に愛着はわきません。今書いている論文の方が、愛着がわきます。そのような消極的理由、正当化理由を付け加えることができます。

問題は、会社の方は著作者人格権者になりますので、会社の人格権って何なのか？という話になるわけです。通常、人格権というと、自然人の固有の権利を指します。会社は法律上の人格を認めたから法人と言われるわけですが、会社の名誉というのは、結局営業上のイメージですよね。そうだとすると、全て営業に結び付いているだけではないでしょうか。

人間の場合は、自分の評判や名誉は、営業やお金とは無関係ですので、どんな人でも人格権というのはあるわけです。でも、会社というのは、名誉やイメージも最終的には利益に結び付くものですので、会社について人格権というのは、違和感があります。民法や人格権を研究していらっしゃる先生たちからは、法人の人格権というのは何だ、と言われることがおそらくあると思います。若干のそのような違和感というのは、この職務著作制度について言われているところです。

ですから、職務著作については、法人の著作者人格権については大幅に制限するべきだというような見解が示されることがあります。職務著作の要件の 1 つは、会社の名義の下に公表するもの、となっています。条文では、「公表したもの」と書いていません。「公表するもの」、という言葉遣いになっています。ここでの論点は、公表するつもりで文章を書いたけれども最終的には公表されなかったものはどうなるかという話です。

例えば、新聞記事でも、記事は書いたけれども、紙面の都合で没になったというようなことは、よくあると思います。その場合は著作者が、新聞社になるのか、新聞記者になるのか、どちらなのかという問題があります。これは、新聞社になります。結果的に公表されなかったからといって、新聞記者の方に権利が戻ってくるようなことはないということです。

もし公表されたとすれば、どちらの名義になるのかを考え、もし公表されたとすれば、法人の名義になるというのであれば、その著作者は法人になります。仮にそれを公表したかどうかでどちらなのかということが決まると、著作物を創作したときに権利者が決まらないということが生じます。

通常は著作物を創作した瞬間に著作権が発生しますが、その瞬間と公表の時点というのはずれますよね。つまり、著作をしたということは、外部に向かって表現をしたということですので、新聞記事で言えば文章を完成させたときです。それはまだ、外部に向かって表現はされましたが、新聞としてはまだ発行されていないわけです。あくまで印刷されて各家庭に配られた時点を公表と言いますので、タイムラグがあるわけです。

公表した時点でどちらが著作者であるのかを決めますと、著作物ができた瞬間は、まだどちらが著作者なのか分からないという状態になりますね。そこに不安定さが残ります。

教材に裁判例が出ています。東京公判昭和 60 年新潟鉄工事件（東京高判昭和 60.12.4 判時 1190 号 143 頁［新潟鉄工控訴審］）です。会社に保管されているプログラムに関するシステム設計書、仕様書等々を社員が複製のために社外に持ち出したという刑事事件で、業務上横領の正否の問題になっております。

これは変な事件です。被告人が設計書等々は法人名義で公表することを予定していなかったと主張しました。普通は、システム設計書というのは法人名義で公表しないといいますか、そもそも会社のトップシークレットですから、公表されるような性質の文書ではありません。そこで、公表することを予定していなかったのであるから、15 条 1 項は適用されませんので、著作者はこの会社員の方であり、複製するのは自由であると主張した事件です。

いろいろな意味でこれは間違っています。複製権は複製する権利ではなく、複製を禁止する権利ですので、当事者の主張は勘違いをされています。これはいろいろな意味で変な事件です。

裁判所の方は、公表が予定されていないものであっても、仮に公表されたとすれば、法人の名義だとすれば、法人が著作者になると判示をしたわけです。

そうですよね。社内の秘密文書というのは、そもそも公表されるたぐいのものではありませんので、公表したかどうかという結果論で職務著作になるかどうかということを考えると、いつまでたっても誰が著作者なのか決まらないということになってしまいます。社内の秘密文書というのは、普通は公表されないものですが、仮に公表するとすればどちらの名義なのかといいますと、普通は会社でしょう。その場合は法人が著作者となるとしたのが、この新潟鉄工事件です。

プログラムの著作物については 15 条 2 項に例外規定がありまして、この名義の要件が外されています。

ですから、法人の発意に基づいて職務上作成したプログラムであれば、名義の有無にかかわらず、会社に権利がいくという法制になっています。プログラムの著作物だけは例外があるということだけご理解ください。

以上が、職務著作制度の話です。職務著作制度については、著作者人格権が譲渡できないということと密接に関連していますので、ここをしっかり理解していただきたいと思います。

IV 著作者人格権

109 ページの下からは、著作者人格権のお話になります。

著作者人格権についての条文は、基本的には 18、19、20 条です。18、19、20 条が著作者人格権で、21 条から 28 条が著作権、30 条から 50 条が著作財産権の例外規定ということになっています。基本的には、18、19、20 条は、公表権、氏名表示権、同一性保持権です。そのほかに、名誉声望毀損行為に対する禁止権や、死後の人格的利益の保護が付随しています。

簡単に紹介をしておきますと、公表権というのは、公表する権利ではなくて公表しない権利です。著作者が公表の時期を選ぶ権利です。氏名表示権というのは、誰が著作者かということを著作物に付しなさいと要求する権利です。自分の著作物を利用する場合は、名前を書いてくださいという請求をする権利です。同一性保持権というのは著作物の同一性を守る権利ですので、改変を禁止する権利です。次回詳しく説明します。

著作者人格権等については、一般的な人格権との関係が語られることがあります。著作者人格権というのは一般的人格権とは違う別個のものなのか、あるいは著作物について特に一般的人格権を明確にした権利なのかということが、学説上争いになっています。教材 110 ページです。

どちらの説をとっても、解釈論上はあまり関係ありません。ですが、教材に書いてある斉藤博先生と半田正夫先生は、旧世代の著作権研究の大御所の 2 人です。半田先生は北海道大学出身です。このお 2 人は、旧世代の著作権法の第一人者の 2 人ということになるので、田村先生も尊重してここにお書きになっていると思います。

同一説は、著作者人格権の保護法域と言うのは著作物を通した著作者の人格的利益だととらえます。皆さんのなかにも、著作をする人もいると思いますが、自分の作った著作物というのはどことなく愛着があります。特に有名な歌手の作曲家であるとか漫画家に話を聞くと、単に自分の仕事の過程でできたものということではなくて、自分の子供、あるいは自分の分身のような愛着を持っている人がたくさんいると思います。

そのような感情は、金銭に置き換えられない、言葉で説明することが難しい感情ですよね。難しく言うと、自分の人格の一部であるというふうに言う人もいますが、要するに自分の子供みたいな愛着を持っている人が多いのです。

自分の子供への愛着のようなものは、いわば自分に対する自分の自己愛、自分の名誉だと言うこともできるので、著作物について特に明らかになっている自分の人格としてとらえるのが同一説です。ですから、一般的な人格権の延長線上ということです。そうだとすれば、一身専属ということももっともかもしれません。

異質説は半田先生により提唱されています。こちらはむしろ公益的な側面を強調することがあります。つまり、どこかでつくられた著作物は、後世のためにそのまま取っておかなければいけないものだという言

い方をするのです。モナリザやミロのビーナスや勝利の女神がルーブル美術館にありますが、あれらは昔描かれたものや作られたものがそっくりそのまま今まで維持されているからこそ、我々が見て感動するわけです。ですから、容易に変更されてはいけないものであるとか、きちんと取っておかなければいけないものであるという言い方をするわけです。

ですが、この異質説というのはうまくいかないと言われております。実は著作者人格権の氏名表示権や同一性保持権や公表権は、全て著作者の意思次第です。ですから、モナリザを描いたダビンチは、異質説からみると、いったんそのような素晴らしい著作をした以上、後世の表現者、あるいは鑑賞者のためにそのまま取っておかなければいけないということになるのかもしれませんが、ダビンチが、自分ではあれはうまく描けなかったと思い、取りあえずひげでも生やしておくか、とするのは、著作者の勝手だという著作人格権の法制になっています。そうだとすると、やはりそれは著作者の意思次第だということになるわけです。

自分で自分の恥をさらすのは自由です。この間こんな失敗しましたなどと、インタビューで公表するのは自由ですよね。でも、秘密にしておいた失敗を他人に勝手に公表されるのは、やはり名誉権の侵害になるわけです。それと同じです。ですから、普通は異質説というのは採用できないと考えられています。同一説で、一般的には人格権の延長線上にあるものが著作者人格権ですという言い方をするのが普通です。

同一説からの一般的な人格権の延長線上だということに対しては、法人著作の問題があります。普通は、法人には人格権はなく、法人にあるのは営業上の利益だけだという言い方をしますので、同一説を貫いていくと、職務著作制度というのは法人が著作者人格権者になりますので、それはおかしい、法人の人格権って何ですか、ということになるわけです。同一説からいきますと、そこが完全にはうまく説明できない部分であるわけです。

著作権法に限らず、法体系全体をとらえて説明する内容として説というのは、たいてい何かうまくいきません。全ての条文を一つの説で一貫して説明するのは無理なんです。どうしてかというと、立法者が、著作権法はインセンティブ論でとか、自然権でとか、同一説でと心に決めてから条文を書いていたわけではないからです。立法者というのは常に妥協的に条文を作っていくものですので、どんな法律でも、一つの説でうまく説明できない部分があるのは当たり前のことです。

以上が、異質説と同一説のお話です。もう 1 つ、著作者人格権と著作財産権の関係について、一元論と二元論という説が主張されています。一元論というのは、著作者人格権と著作財産権というのはもともと 1 つのところから発しているもので、後に 2 つに分かれたものだという考えです。二元論というのは、別個独立した意味で作られている権利だということです。

一元論は、半田正夫先生の説です。公表権というのは、公表する時期を選ぶ権利です。公表権と、例えば著作財産権の方の上映権や上演権や頒布権はよく似ています。勝手に頒布すれば頒布権侵害ですし、同時に、それが公表されていなければ公表権侵害になります。

ですから、著作権の譲渡がなく、著作者人格権と著作財産権の両方を持っているという状態のときは、公表前の著作物を勝手に頒布されると、頒布権侵害プラス公表権侵害という 2 つの権利を同時に侵害されたという言い方になります。

同一性保持権と翻案権もよく似ています。同一性保持権は、みだりにその表現を変える行為を禁止するというものですし、翻案権も同じです。翻案権というのは作り変える権利ですが、勝手に作り変えてはい

けないという権利ですので、重複します。ですから、権利者が同じ場合は、翻案権侵害があるときは、ほぼ間違いなく同一性保持権侵害も生じます。このようによく似ているということから、半田先生は一元論を『著作権法の研究』という本で主張していらっしゃるのです。

ですが、この説は無理だと言われています。現行の著作権法は、著作者人格権は譲渡できないけれども、著作財産権の方は譲渡自由という法制を取っています。ですから、分属することがあるわけです。存続期間も異なり、通常は著作者人格権の方が先になくなります。著作者人格権は、死亡したらそれで終わりですし、著作権の方は、死亡してから 50 年残りますので、著作者が死んだ後は、著作者人格権はなくなり、著作財産権だけは残るという状態になりますので、やはり通常はどうしても分かれてしまいます。

ですから、現在の日本の法制や条文を見ますと、別個の権利として観念されていますように、やはり一元論ではなく、二元論だということになるわけです。翻案権侵害を裁判で認められると、請求さえ立てておけば、ほぼ間違いなく同一性保持権侵害を認められます。では、損害の方はどうなるかというと、損害は別々に賠償されます。翻案権は財産的損害ですので、例えば侵害物が出回ったおかげで本物の方が売れなくなれば、売り上げ減退の分を遺失利益として賠償するということになります。

同一性保持権の方は、名誉感情の問題ですので、みだりに表現を変えられたということによる、慰謝料相当が賠償されます。慰謝料は、50 万円や 100 万円くらいの額が多いです。このように、損害賠償も別個に請求されて、裁判所は別個に認めています。ですから、別の権利だと考えるのが自然です。

実は半田先生も、この本を書いたときは一元論だと考えていたわけではないと言われています。どうして一元論を主張されるかというと、ドイツが一元論だからです。ドイツは、著作権の譲渡ができません。

大陸法の人に聞くと、著作権というのはそのようなものだと言われて終わりです。根本的に解釈が相容れません。利用したい人はライセンスでつないでいくのです。

利用者の方からみれば、日本では譲渡ができますから、利用したいときは、著作権を買うという選択肢とライセンスを受けるという 2 つの選択肢があるわけです。著作権の譲渡を受けると、さらに自分がほかの人にライセンスできます。ライセンスしかないとすると、普通はほかの人にライセンスをすることはできないわけです。でも、ドイツは、譲渡ができませんから、ライセンスだけでつなぐしかありませんが、譲渡ができないとなると、著作者人格権と著作財産権が分かれることがありえませんので、一元論がうまく説明できるのですね。

半田先生の時代は、ドイツを研究するというのが非常に重要視された時代でした。この『著作権法の研究』というのは、初めて書かれた著作権法に関する博士論文です。

本日は 111 ページからです。前回、著作者人格権という権利があるとお話ししました。今まで話してきたのは主に著作権で、人格権と対比する意味では著作財産権の方をお話ししてきましたが、それとは全く別個の権利として著作者人格権という権利があります。ですから、著作者になると、著作財産権と著作者人格権を原始的に取得しますが、著作財産権は移転可能ですので、著作者を決めるということは、著作権の基点を決めるという意味と、著作人格権者を決めるという 2 つの意味がありますとお話をしました。

著作者人格権というのは、譲渡ができませんので、張り付いて離れないわけです。著作者人格権者が譲渡したいと思っても譲渡ができないという一身専属の権利ですので、著作者を決めるということは、即著作者人格権者を決めて、決めたらもう二度と動かないということですと申し上げました。

著作者人格権の権利の内容としては 18、19、20 条に規定されています。18 条が公表権、19 条が氏名表示権で、20 条が同一性保持権です。この 3 つの権利が著作者人格権の内容になっています。

本日は、その 3 つの権利の簡単な解説をしますが、著作者人格権というのは、権利としては著作財産権と比べますと、非常に弱い権利です。

まず 1 つ目が 18 条の公表権です。公表権は、公表する権利というよりは公表しない権利です。もう少し言えば、公表していない著作物を公表する権利です。一度自ら公表してしまったら、その後は公表権を使えません。いったん公表されたものについて再度権利を行使させる意味はないわけです。

ほかの人が見ればもう完成しているかもしれませんが、著作者人格権者としては、まだこの著作物は完成していない、もう少し手を入れたいということで、著作者が納得したものを世に出したいと思っていることがあります。

世に出されるということは、評価の対象になったり、その作品を通してこの絵を描いた人や写真を撮った人はどのようなセンスを持っているかということが世に分かったりするので、やはり失敗作は世に出したくないわけです。そのような著作者の名誉感情、著作者としての納得というようなものを保護しているのが公表権です。ですから、まだ公表していないものを他人にみだりに公表されることがないための権利です。著作者が、もうこれでよいと言って公表してしまったら、もう公表権は二度と使うことができないということですから、非常に弱い権利です。

この公表権の独自の意味はどれだけあるのかということが、この教材にある問題です。普通は著作財産権と著作者人格権というのは、譲渡がない限りは同じ人が 2 個持っています。ですから、著作権と一緒に著作者人格権を持っている場合は、公表権というのはあまり意味がないと言われています。

それはどうしてかというと、著作財産権を持っていれば、公に頒布する権利や上演や上映や展示をする権利、他人に展示させない権利、他人に頒布させない権利というのは著作財産権の方でカバーされていますので、公表権を行使するという意味に乏しいのです。

意味がかろうじてあるのは、著作権が誰かに譲渡され、2 つの権利が分属した場合に、著作権者と著作者人格権者の意思が相反した場合です。

ただ、公表権については、18 条 2 項という別の規定があり、著作権が譲渡されると、反対の特約がない限り、著作権者に対しては公表権を行使できないという規定があります。譲渡があり、著作権と著作者人格権が分かれた場合は、著作財産権者が著作物を公表するときには、人格権者はそれを止められないという意味です。

ですから、著作権を譲渡するときに、これは著作者のしかるべき同意がなければ公表してはいけませんよという特約をしない限りは、著作権を譲渡してしまうと、公表権を行使する機会はほとんどなくなります。

ですから、公表権というのは独自性がほとんどないと言われています。

次に同一性保持権ですが、これもほとんど同じことが言えます。同一性保持権というのは20条に規定されている著作物をみだりに改変されない権利です。みだりに改変されない権利なので、そのままコピーしている場合は、同一性保持権は侵害されないことになります。もちろん、著作物の表現がなくなるくらいに改変されてしまえば、もともと著作権侵害もないわけですので、当然そのときは著作者人格権侵害もなくなります。

ですが、ここでも、著作財産権には翻案権というのがあります。著作権を持っている人は、他人に勝手に著作物を改変されない、翻案されない（翻案というのは改変や翻訳のことです）という権利が、著作財産権として27条に定められています。

ですから、やはり同じ人が著作権も持っている場合は、同一性保持権だけが機能するという局面はありません。こちらも、権利が分かれたときにかろうじて意味があるということになります。

ただ、損害賠償のときには別個の法益だと考えられているため、別々に損害賠償が受けられます。ですが、その損害賠償を別とすると、同一性保持権だけが独自に機能する場面は、やはり譲渡されたときだけです。

著作権と著作者人格権が分かれたときに、第三者に対してはそれぞれ権利を行使できるということでいいのですが、著作者人格権者から著作権者へ権利行使をする場合は、やはり少し考えなければいけないところがあります。

つまり、一般の市民が著作物を作った後に、小説化したりテレビ化したりして、世に広く公表したいときは、メディアが来て、著作権を売ってください、製品化して、その分の売り上げを著作者のあなたに還元します、ということはよくありそうです。そのときに、では、出版社のあなたに著作権を譲渡しましょうと言うと、その瞬間に著作財産権と著作者人格権が分かれるわけです。侵害者に対してはいいのですが、出版者が誤字を見つけて、逐一許可を取るのは面倒なので、勝手に直して出版しておきましたよという場合があります。

20条2項の規定を置いておくと、たとえ誤字だと思ったものであっても、勝手に直すことは同一性保持権を侵害する行為になります。ちょっとした誤字であっても、例えばこれを直すことは同一性保持権の侵害になると考えますと、著作者の方から出版社に対して同一性保持権を行使するということで、出版の差止め等を求めるという局面がありそうです。

あとは翻案です。例えば、小説がヒットしたのでテレビ化しますというときに、テレビ化は翻案ですし、文章が映像になり、表現が変わりますので、同一性も保持されていないわけです。ですから、許諾なく行うと同一性保持権侵害になります。ですが、その場合に、著作者の方から著作財産権者に対して同一性保持権を行使すると、著作物の利用が進まないのではないかという指摘があります。

著作者の方としては、改変をしてほしくないと思うときもないわけではありませんが、逐一著作者の意向を確認していると、やはり財産権者の方で利用が進まないということがあります。許諾を求めて、いいですよと言ってくれればいいですが、ごねたり、あるいは、譲渡した後に2人の関係が壊れたりというのはよくありそうです。そのときに財産権者の方が著作人格権者に服するとなると、著作物の利用が進まないという問題があります。

特に、このとき著作者は著作財産権を譲渡しているわけです。著作財産権を譲渡しているということは、両方とも何らかの経済的価値を認めたわけで、著作権を譲り受ける人が著作物を利用するということは、

著作者も当然考えてしかるべきだと思いませんか。自分でテレビ化なり映画化なりができるのであれば、別に譲渡する必要はないわけです。もっと利用してほしい、自己の著作物をもっといろいろな人の目に触れさせてほしいから譲渡しているわけです。ですから、通常は譲渡のところで、反対の特約がない限りは、この著作財産権者に対しては同一性保持権を行使しません、という黙示のライセンスがあると読み込んだ方が、著作物の利用が進むのではないでしょうか。

簡単に言うと、著作者人格権を強く認めすぎると、著作物の利用が進まないということがあり得ますので、この解釈では著作物の利用の方を優先させたということになるのだと思います。

また、強制執行等により、この 2 人の意思の合致によらない譲渡というのがまれにあるのですが、そのような場合は同一性保持権を緩める 20 条 2 項の規定に委ねればいいのではないかというのが、教材に書いてあることです。

この教材はインセンティヴ論に基づいていますから、著作物がたくさんの人に利用されるということに重きを置いている解釈になりがちです。

逆に、自然権のように、著作者の人格的利益は何を差し置いても守られなければならないという解釈をしますと、やはりこれはおかしいということになります。著作者がいなければ著作物はこの世に生まれなかったのだから、著作者というのは著作物の親のような感じです。ですから、著作財産権により勝手に翻案されてしまうことについて、著作人格権者はいつでもそれを引っ繰り返せるという解釈を主張する人も、いないわけではありません。この場合、著作物の利用よりも著作者の保護を重視している考えだということになるでしょう。

ただ、著作財産権者が映画化のために少しストーリーを短くしたときに、人格権者に逐一許諾を求めにいかなければならず、そしてそのたびごとに財産権者がお金を支払わなければならないということになりますと、やはり著作物の利用は進まなくなります。

いつ著作者から権利を行使されるか分からない、逐一許諾を求めに行かなければいけないとなると、大変ですよね。1 対 1 だけでなく、著作者が何人もいることもあり得ます。外国人かもしれません。そのような場合は、逐一許諾を求めに行かなければいけないとなると、交渉がまとまるとも限らないですから、そのコストもばかになりません。

このように、権利が分属したときも、譲渡のところで同一性保持権を行使しない、あるいは、改変の許諾があったと考えると、やはり、同一性保持権もかなり弱い権利であり、同一性保持権だけが独自に機能する場面は限られてくるということになります。

残るは、19 条の氏名表示権です。氏名表示権というのは、著作者の望む形で、著作者名を表示する、ないしはしない権利です。もちろん、ペンネームがよいという人もいるし、無名にしておいてというときは無名にしておくという権利です。

著作財産権に含まれない著作者人格権は、この 19 条の氏名表示権ぐらいだと言われています。氏名それ自体は著作物ではありませんので、著作財産権の方では氏名だけを独自に保護することはできません。もちろん、利用者に対して契約で縛ることはできますが、物権的な権利としては、この 19 条が唯一、著作財産権と似ていない、独自性のある権利だということになります。

氏名表示権といっても、2 項や 3 項などによる権利の緩和ありますので、公正な慣行に反しない形で、表示する、ないしはしないという権利です。ですから、例えば、スーパーで歌がかかっていても、作詞作曲を紹介しませんが、公正な慣行として省略されているわけです。

ですから、何でもかんでも名前を書けということではなく、通常、名前が書かれている著作物については名前を書いておいてくださいということです。本などは書いてありますが、特に BGM に使っている音楽などは表示がされないこともあります。

次の著作者人格権の処分可能性のお話ですが、譲渡ができないということは繰り返しお話をしています。相続もできません。人格的利益ですから、著作者が死亡したら、そこで切れるのが著作者人格権です。

譲渡ができないが、ライセンスはできるかどうかというのが、ここでの問題です。ライセンス、利用許諾というのは、通常、権利の不行使契約のことだと考えます。

ですから、著作者人格権のライセンス契約というのは、つまり著作者人格権の不行使契約、すなわち、あなたには私の持っている著作者人格権を行使しませんよ、という契約だと普通は考えます。教材には、これを否定してしまうと、相手方の著作物の利用に対する予測可能性を奪うと書いてあります。

譲渡のときに特約で、あなたには著作者人格権を私は行使しませんという契約を結ぶことは、契約自由です。ところが、昔の人は、著作者人格権を非常に重く見ていて、著作者人格権を特定の相手方に行使しませんという契約はできないという解釈もなかったわけではありません。

ですが、その人たちは著作者人格権をよく知らない普通の人による著作に、大きな会社が目を付け、だまして著作権を奪い取ってしまうというような場面を想定して、そのようにだまされた弱い著作者を守るのが著作者人格権である、と考えていたようです。

ところが、法の不知は守らない、救済しないということもありますので、そのようなばかなと思う人の方が多いと思います。公表権にしても、同一性保持権にしても、著作者の意思があれば公表権侵害にはならない、あるいは同一性保持権侵害にはならないでしょう。同一性保持権には、利用の態様を目的に照らし、やむを得ない場合は、著作者の意に反しても多少改変して構わないとされています。ですから、誤字脱字というのはこれに当たる場合が多いです。

そのように、条文に、著作者の意図があれば、公表権侵害、同一性保持権侵害は成り立ちませんという文言が入っていますので、ライセンスができないというのは、少し極端な考え方であり、採用できないというのが、おそらく現在の通説的な考えだと思います。

ただ、氏名表示権についてはある程度公益が関係しています。この著作物は誰が著作したものだということを示すのは、著作権の内容というより、どちらかというと商品表示、あるいは品質表示に近いのかも知れません。ですから、私益だけではなく公益的な側面もあります。

これは氏名表示権侵害ではありませんが、たとえ著作者が同意しても、ある著作物に著作者以外の名義を付すると、121 条により刑事罰の対象になります。ゴーストライターなど、本当に文章を書いた人と違う人が著作者の名前になっているということはしてはいけません。スポーツ選手や文化人は、どこかにゴーストライターがいて、編集部の人が書いて、名前だけ、例えば桑田真澄とする場合があると聞きますが、本当はそれはしてはいけないとするのが 121 条です。

ですから、氏名表示権は若干違いますが、基本的に、公表権、あるいは同一性保持権について、ライセンス契約によって同一性保持権を行使しない、要するに、改変しても構わないとする契約は有効だと考えています。

さきほどの例のように、著作者の方が法律をよく知らずに、半ばだまされて大企業に財産権を奪われてしまったという場合にしても、それは契約の有効性のところで調整をすればいいということです。著作権法

の方で、条文に反してまで著作者人格権を強く解釈する必要はないわけです。そこは契約法で処理するというのが、おそらく現在の通説的な解釈になっていると思います。

進んで、教材 112 ページの下にまいります。さらに著作者人格権の放棄まで認めるべきという説が、書いてあります。

著作者人格権というのは、譲渡できないということがネックになっていて、財産権者の方が著作物を利用するときにその利用を妨げるような権利になってしまっているのです。

著作物を大量に利用するという時代が今来ていますので、著作者人格権があるために著作財産権が利用できなくなる、ひいては著作物が利用できなくなるという状態は何とかするべきではないか、ということです。

昔の人で、著作者人格権を放棄できないとかたくなに唱えられている先生も、実際にはいます。

やはり、その先生は、法律をよく知らない著作者がだまされて、著作者人格権を放棄しますという契約に判を押させられてしまうことを恐れているのです。

ですが、職務著作制度のところでお話をしたように、職務著作が成立する場合は、会社が著作者になり、そもそも現実に創作をした人が、会社に権利を取り上げられてしまうという法制があります。特許と異なり、職務著作は、自然人、従業員を著作者とした上で権利を譲渡するという法制を取らなかったわけです。

表面上は自然人が行った著作であっても、著作者人格権が取り上げられてしまうという法制は、実際に日本の法が採用しているわけです。ですから、放棄を認めても法制において齟齬を来さないだろうということが教材 112 ページの下の方に書いてあることです。

ただ、放棄について、特許は登録制度がありますので、特許原簿に放棄と書き込めば、対世効が発生すると法律で決められていますが、著作権の場合は登録制度がないので、著作者人格権はどうすれば放棄できるかがよく分からないということがあります。

113 ページに著作者人格権の現代的課題と書いてあります。著作者人格権は、譲渡ができないという規定もありますし、ライセンス契約については争いがありますが、非常に煩わしいですね。もっと困っているのが、実は著作権法の 50 条です。

30 条から 50 条は、著作財産権に対する例外規定の集まりですが、その最後の 50 条に、この款の規定、すなわち第五款著作権の制限の規定は、著作者人格権に影響を及ぼすものと解釈してはならない、と書いてあります。つまり、30 条から 50 条の規定は、著作財産権の例外規定ではあるけれども、著作者人格権の例外規定ではないと言うべきです。

ですから、私的複製の 30 条の規定は著作財産権に対する例外規定ですが、著作者人格権に対する例外規定ではありません。著作財産権について私的複製は非侵害になりますが、著作者人格権については、実は非侵害になりません。

ただ、コピーをしている分には著作者人格権も問題にはならないですが、私的範囲での改変をするときが問題です。

30 条には複製しか書かれていませんが、43 条の方で、私的範囲では改変も認められるという規定になっています。私的範囲では、複製だけではなくて改変も財産権侵害の問題は生じませんが、実は著作者人格権についてはこの規定が適用になりませんので、私的範囲でも著作物を改変すると著作者人格権侵害に当たります。

113 ページに書いてある判決は、ときめきメモリアルスペシャル事件です（最判平成 13.2.13 民集 55 巻

1号87頁[ときメモスペシャル上告審])。いわゆる「萌えゲー」の発祥のゲームとも言えるのかもしれません。男の子が主人公で、美少女が出てくるゲームです。

いろいろな手練手管を使うと、卒業式の日に告白してくれるというゲームですが、なかなかラストまでたどり着けないようです。ですから、データを改ざんして、すぐラストが見られるようにしようという改変されたデータの収納されたメモリーカードを販売していたという行為が、ゲームのストーリーを勝手に改変するものだとして、同一性保持権侵害が争われた事件があります。

普通にゲームをやっていく分には、そのようなラストは訪れないようです。ヒロインは 8 人ぐらい出てくるのですが、人によって好みが違うわけです。その 8 人のうち、好きな子を選んで告白してもらうことができるというデータでした。普通はうまくいって告白してくれるのは 1 人か 2 人らしいので、どんなにゲームを頑張っても、改変されたデータによるようなラストはあり得ないので、ゲームのストーリーを改変するものだということで同一性保持権侵害が争われたのですが、同一性保持権侵害があったと言われ、損害賠償責任が肯定されています。

もちろん、ゲームというのは公の場でやるものではなくて、家庭でやるものです。私的範囲への行為が同一性保持権侵害とされ、それを幇助するとしてメモリーカードを売っていた業者が損害賠償請求をされたという事件です。

著作者人格権が障害になって著作物の利用が進まなくなるという局面は、私的範囲の改変は著作者人格権侵害に条文上当たってしまうという例に限られていません。特に問題になるのは同一性保持権ですが、同一性保持権には、2 項に同一性保持権の例外規定があります。それをもっと活用して、著作物の利用を妨げない範囲で著作者人格権を考えていこうというのが、インセンティヴ論からの提案になります。

次に、「6. 著作者の死後の人格的利益の保護」です。著作者人格権というのは死亡したら終わりといってきましたが、でも、生きている間は、結構排他的な権利があるのに、死んだら一切終わりというのは、あまりにも極端だろうということで、死んだ後も若干の人格的利益の保護の規定があります。もちろん本人は死亡しているので、遺族が請求するということになります。それが 60 条です。

60 条には、著作者が存しなくなった後において、要するに死亡後においても、著作者が生きているとしたならばその著作者人格権の侵害となるべき行為をしてはならないと書いてあります。ただし、ただし書きがあり、それでは著作者人格権を一身専属にした意味がないということですので、その行為の性質および程度、社会的事情の変動その他により当該著作者の意を害しないと認められる場合はこの限りではない、という緩める規定がついています。

もちろんこの条文は、著作者人格権を永遠のものにしようというわけではありません。それでは一身専属にした意味がなくなります。教材に書いてありますように、これは著作者が安心して死ぬ利益の保護です。

著作者人格権を永久権にしてはならないという趣旨の規定ではありませんので、事情によって、柔軟な解釈が求められるところです。例えば、死んでから 1 年や 2 年たった後、死んですぐに同一性を害され、勝手に改変されてしまうことに対しては、死亡してしまった著作者寄りに解釈するべきでしょう。でも、死亡してからもう 50 年もたっているというときは、非侵害の領域を広げるというように、柔軟に解釈することが求められているところです。

60 条の規定についてはそれほど裁判例の蓄積がありませんので、まだよく分かっていないところもたくさんありますが、保護の目的としては、安心して死ぬ利益の保護ですから、決して著作者人格権を永久権

にするという意味の規定ではないということです。

以上が著作者人格権の話です。著作者人格権は、インセンティヴ論でいくとかなり弱く解釈するべきところです。著作権の証券化というお話を聞いたことがあると思います。

著作権の証券化というのは、例えば作曲家でも作詞家でもいいですが、1 人のアーティストでたくさん著作をしている人が、その著作権を 1 つのいわばペーパーカンパニーに集めて、ペーパーカンパニーが株式を発行して、株主に買っていただくことで著作物の利用を進めようという権利です。そのようなことを考えて、ファイナンスや商法の領域でも、著作権の経済的価値に注目して、それを活用していこうという流れがありますが、必ず商法の学者から言われるのが、なぜ著作者人格権などというものがあるのだ、ということです。

著作権を集中的に集めて、それを運用していこうと考えるときには、やはり譲渡ができない著作者人格権というのは邪魔なのです。前もお話しましたように、著作者人格権は譲渡契約をしても、それは無効となりますので、著作者から引きはがせないものです。そうだとすると、証券化などにより著作物を活用しようと思う方からは、著作者人格権はいつ何時権利行使をされるか分からないリスクにしか見えません。ですから、そのような観点からも、著作者人格権というのは今後も結構解釈が動いていくところなのではないかなと私は考えています。

Ⅴ　著作物の経済的利用

次に、113 ページの最後のテーマである著作物の経済的理由にいきます。著作物を経済的に利用すると、どのように利用することになるのかということです。

まず、自ら排他的に著作物を利用することで市場からお金を集めることができます。

2 つ目はライセンス契約です。自然人がした著作はすぐにはお金に換えられませんので、出版社とライセンス契約をして、ライセンス料をいただくという規定もあります。著作権は譲渡することができますので、売ることで対価を得ることもできます。

もう1つ、著作権法に特有なのが、著作隣接権というものです。著作隣接権というのは、著作権（著作財産権）、著作者人格権とはまた別の種類の権利です。著作物を利用する、実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者にしか権利が与えられないものです。

どうしてこのような人たちに著作隣接権という権利が与えられているかというと、著作物は著作されただけでは公衆に利用可能にはなりませんので、その著作物を公衆の手元に届けることもかなり大事な仕事です。その人たちにも独自のインセンティヴを与える必要があります。例えば放送事業者であれば、アンテナを立ててテレビデオを構えてカメラで撮るにはお金が掛かります。そのような人たちの投資のインセンティヴとするためには、著作者とは別の、彼ら独自の権利が必要だと考えて、著作隣接権というものができたのです。

これももちろん排他的権利ですが、著作権とは違います。例えばレコード製作者でしたら、同じ楽曲であっても、エイベックスの音源であれば、その音源を違法コピーした者だけに適用があり、ソニーミュージックが別にアーティストに頼んで歌ってもらってその音源を収録したという場合には、ソニーミュージックの CD に対しては権利の行使はできません。作成したレコードに収録されている著作物にしか権利が及ばないわけですから、極めて限定的です。

歌手を例に取りますと、歌を歌う歌手というのは、実は著作権者ではありません。歌というのは作詞と作

曲の結合著作物だと言われていますが、その権利は作詞家と作曲家の権利です。実演家は、作詞家の通り、作曲家の通り、歌を歌っているだけなので、著作権者の方から見るとレコードプレーヤーと同じように見えるのです。ただし、その歌手が歌うことによって、初めて皆さんの耳にその詩や歌が届くので、アーティストや歌手の貢献というのは低くないだろうということで、彼らには著作隣接権というのが与えられたとお考えください。レコードやテレビも同じです。

話はそれますが、JASRAC というところが著作権を集中的に管理していて、著作権者にお金を分配しています。皆さんがカラオケで 1 曲歌を歌ったとすれば、JASRAC から著作権者にお金が入りますが、歌手のところにはお金は入っていません。お金が入るのは著作権者なので、作詞家と作曲家のところにしかお金が入りません。ですから、作詞や作曲をしていない歌手というのは、実は大してもうかっていないのです。

ただし、歌手の方でも独自に著作物性を満たす場合、例えば、歌い回しや、あるいはライブのときの曲の間奏の MC などについては、実演家が著作権者になります。しかし、普通は歌の部分は実演家には著作権があるとは言いません。

でも、そのような人たちも大事な使命を負っているわけです。やはり、曲は歌手が歌うことで命を吹き込まれるという言い方もしますように、権利としては、それが著作隣接権なのです。

ただ私は、レコード製作者や放送事業者や有線放送事業者だけしか権利がないのはおかしいのではないかと考えています。著作隣接権についての条文は、89 条からです。実演家、レコード製作者、放送事業者、有線放送事業者と、それぞれ別に権利が規定されていますが、限定的な列挙になっています。

著作物を公衆の元に届ける役割をするのは、この人たちだけではありません。よく言われるのが出版社です。出版社も、印刷機、あるいは販売網において、著作物を皆さんの手元に届けるために多大な投資をしていますが、彼らに著作隣接権は認められていません。これが教材 114 ページの下の方に書いてある、版面権論争というものです。

出版社は著作隣接権者に入っていません。どうしてかというと、レコード製作者、放送事業者という業界の圧力が強かったというだけの話です。著作物を公衆の手元に届けるという任務を負っている人はすべて著作隣接権の保護の対象とすべきというものの、現実の法はそうはなっていないのです。

レコード製作者などは、既得権益の固まりです。昔は、アーティストが歌を歌ったら、それをレコードに収録して売ることで初めて皆さんの手元に楽曲が届きましたが、今はインターネットがあります。自分で作詞作曲をしているアーティストであれば、レコードを作る必要は全くないわけです。アーティストの専用ホームページを立ち上げて、そこから音楽ファイルをダウンロードしてもらい、ダウンロードするときに課金するとすれば、著作権者のところにお金が入りますし、皆さんの手元にも楽曲が届くわけです。

そのようなことをすると、損をするのは間に入っているレコード製作者や、あるいはレコードを引き受けている流通業者、あるいは、CD を売っているお店です。いわば、昔よく言われた流通飛ばしは、宅配業ができたために、卸売業などの中間業者の仕事がなくなってしまっているということですが、楽曲についてもそのようなことがあり得ます。

このように楽曲のインターネット配信がされるようになると、今まであった仕事がなくなってしまい、レコード製作者たちが困ってしまうわけです。放送事業者も同じです。マスコミが情報を一手に引き受けていた時代は終わり、すでに文字情報はテレビ局を仲介させなくても、インターネット経由で皆さん一人一人による情報のやり取りができるようになっています。

「2 ちゃんねる」や最近はやっているニコニコ動画のように、動画についても皆さん自身が配信できる時代が来ています。そのような時代というのは、テレビ局やマスコミ、あるいはレコード製作者にとっては仕事が奪われてしまう危機です。ですから、彼らの政治的な主張というのは非常に強いわけです。

隣接権ができたのはもうずいぶん前ですが、そのような時代を見越してか、彼らが主張して、著作隣接権というのができました。ここも法律が制定された理屈と実態が合っていない、そのようなゆがんだ領域でもあります。以上が著作隣接権のお話です。趣旨は、著作物を届けるというのも大事な使命で、そこに相応の投資が必要であるために、その投資のインセンティヴになっているのが、この著作隣接権だということです。ただ、反面、著作隣接権というのは著作権法が抱えている業界団体の政治的主張や、あるいはマスコミの報道など絡んできて、ゆがんだ法律になっているというところを理解してほしいです。

著作権というのは、定型的に言えばマスコミが得をする権利です。それを報道する人もマスコミです。ですから、マスコミが流す著作権の報道というのは、権利を守らなければいけないという方向の報道が非常に強いです。最近は、マスコミの方も著作権を制限する方の報道も若干はするようになりましたが、バイアスが掛かっています。特にマスコミに直結している権利ですので、非常に敏感です。ですので、皆さんも著作権の報道を目にする、あるいは耳にするときは、そのようなバイアスを考慮に入れて情報を見ていただければと思います。

第３編　知的財産法の国際的側面

第 3 編　知的財産法の国際的側面

I　総論

教材 115 ページを開けてください。前回までで著作権法が終わりまして、本日は、今までお話ししてき知的財産権の国際的な問題を触りだけお話ししようと思います。

まず教材の総論 1 に、「知的財産法を設けた国がある」、と書いてあります。知的財産法というのは、理論的に言いますと、憲法とは違って必ず設けなくてはいけない法律だというわけではありません。原則フリー・ライドが自由だとすると、フリー・ライドが生じることで、新しい創作物を作ったり、新しい発明を作ったりする人が、やめてしまうことで過少投資になってしまうというときに、知的財産法を作るのです。

例えば国の規模や、あるいはその国の文化などの事情があって、特に知的財産法を設けなくても過少投資にはならないという国には、知的財産法は本来、要らないはずです。

例えば、モナコという国があります。フランスの南の方にある世界で 2 番目ぐらいに小さい国です。あそこではブランドショップがあるので商標権は要ると思いますが、世界で 2 番目に小さい人口 2 万人ぐらいの国で新しい発明がどんどんできるとは、私には思えませんので、特許権は要らないのではないかという気がします。

あるいは、南太平洋のトンガやサモアといった国は、発明をする人がいるのでしょうか。別に発明をしないからといって遅れた国だということではないですよね。魚を取って暮らせれば、それで十分です。そのような国は、知的財産法が本当は要らないのかもしれません。

ですから、日本のように、工業などの産業を発達させていくのだという国にはもちろん必要ですが、すべての国に必ずないと人間の基本的な生活や生存や尊厳が脅かされるというたぐいの法律ではないですね。

著作権法に関しては、自然権論、すなわち人間の精神的創作活動を保護するという立場に立ちますと、すべての国に必要だということになるのかもしれませんが、少なくともインセンティヴ論に立つとそうはなりません。

ところが、ある程度大きな国について、知的財産法を設ける国と設けない国に分かれるとしますと、実は知的財産法を設けた国の方が損をすると考えられています。仮に、東アジアの国を X、Y として、X の国には特許制度がある、Y の国にはないといたしましょう。そうすると、X では発明は 20 年間保護されて、新しい発明がどんどんできますが、その人の投資を守るために 20 年間は排他的な実施を認めることになります。Y の国ではフリー・ライド自由で、誰が模倣してもいい、特許を取ろうと思っても取れないとなります。

そうしますと、X の国では確かにいい発明がどんどんできるかもしれません。ですが、特許権を設けるということは、特許権者の方から見れば投資を回収する機会を与えられたということになりますが、逆に第三者の目から見ると、模倣ができないわけです。

第三者が模倣できないということは、社会全体でその発明者の投資を負担しているということになります。特許権は排他権ですから、結局、特許権者から多少投資回収分の費用が上乗せされた製品を売られて、私たちがそれを買うわけですから、広い目で見れば、社会全体でその発明者の投資を負担していることになります。そのように広く我々も少し負担をしているけれども、新しい発明の恩恵にあずかることができ、産業も発達するという好循環になるというストーリーです。ですから、特許制度があるということは、社会全体で、すなわちその国全体で、発明に掛かるコストを少しずつみんなが負担しているということになるわけ

です。

ところが、この X という国で作られた製品が Y の国に輸出されたといたします。輸出されてしまうと、この輸出先ではコピー自由です。この Y の国の人たちは、X の国の人たちのように発明に対する投資を負担していません。コピーすれば、セカンドランナーということになりますが、セカンドランナーは投資をほぼしていませんので、その分費用に上乗せされることがないわけです。ですから、Y の国の人たちは、X の国でできた発明に掛かった費用を負担していないということになります。

そうすると、X という国は、特許権があったばかりに、社会全体で新しい発明に関する投資を負担し、Y という国は、X という国でなされた発明に対する投資を負担せず、たまたま近くに特許制度がある国があったおかげで得をしていることになります。

したがって、特許制度を作ると、一つの国の中だけ見ればうまくいくけれども、ほかの国まで見ると、設けてある国と設けていない国では設けた方が損になると言われています。自国内で知的財産権が行使され、自国産業が知的財産権で利用が制約されるというコストや、特許庁を置いたり、裁判所で特許権の侵害かどうかを判断するための制度運用のコストが、投資の分として値段に上乗せされますから、知的財産法を作った方が損になります。

そうだとすると、今 2 つの国しか出していませんが、ほかに国があった場合、理論的には、どこか一国が知的財産法を作れば、ほかの国は知的財産法を作らなくても、そのおこぼれにあずかれるということになるわけです。

どこかの国が知的財産法を作れば、ほかの国は作らない方が得だとすると、ゼロの状態から一斉にスタートすると、誰も特許制度、知的財産制度を作らないということになってしまいます。そうすると、結局、どこの国でも産業が発達せず、みんな原始時代のままということになってしまいます。

ですから、ある程度産業が発達している国の間では、最低限の知的財産法を設けることを国際的な条約でお互いを縛り合っています。教材に書いてあるパリ条約やベルヌ条約です。パリ条約は、工業所有権（産業財産権）、すなわち特許庁関係の法律に関する条約です。ベルヌ条約というのは文化庁、文部科学省管轄であり、著作権に関する条約です。パリはフランスのパリです。ベルヌはスイスの首都で、普通は日本ではベルンと言いますが、なぜか条約のときだけベルヌと言います。

ちなみに、ベルヌ条約は 1886 年にできたもので、現在 154 カ国が加盟しているそうです。パリ条約は 1883 年ですので、ベルヌ条約より 3 年早く、現在 162 カ国が加盟しています。エッフェル塔はパリ万博のときにできましたが、パリ条約は、その前にできたものです。

ただ、最初にお話したように、知的財産法というのは必ずなければいけない法律だとは考えていません。ある程度産業が発達している国、市場規模の大きい国で知的財産制度が設けられれば、新しい発明なり新しい著作物なりが作られるわけですから、モナコやバチカン、キリバスなどには特許制度というのは要らないような気もします。このように、例えば人口が国全体で 20 万人しかいない国、島に車が 30 台しかないような小さい国では、特許制度を仮に作ったとしても、プラスになることはほぼありません。

他方で、特許制度がある国においては、その国の産業、その国の会社だけではなく、日本やアメリカなどの企業がその国で特許を取るということがあり得るわけです。特許があるということは模倣ができないということですから、その国の人は日本やアメリカの製品が欲しいとすれば、輸入品を買うしかないという状況になります。

特許がある国である会社が物を売っているということは、投資分の上乗せの費用が掛かっているはずで

すので、フリー・ライドがあった場合にも値段は高いわけです。そうだとすると、そのような小さい国にとっては、知的財産制度がある状態よりはむしろない状態の方がよく、先進国や産業が発達している国のおこぼれにあずかれれば十分ではないかというような考えもできるわけです。

ですから本当は、特にインセンティヴ論に立ちますと、知的財産制度はすべての国に必要ではないですし、条約あるいは文官外交で知的財産制度を押し付けるということは、本当はあってはならないことです。現在ではアメリカが強圧的にすべての国に知的財産制度を設けるようにと経済的、軍事的圧力を掛けておりますが、あれは現代の帝国主義です。

ほかの国に知的財産制度を拡張するということは、要するに、その国の会社が、国内だけでは投資が回収できないから、外国からも投資を回収しようと思っているということです。

日本では明治のころから外国の条約に入るということが 1 つのステータスだと思われてきていて、私が見るところでは今もその精神がぬぐえていません。ですから、条約があると、入った方がいいということになり、ほかの影響力を持っている国にも、入ったほうがよいとお勧めするわけです。

ですが、本当はそうではないということです。今では WTO の TRIPS 条約という、知的財産権に関する包括的で、かつ、パリ条約やベルヌ条約よりもう少し強い条約があります。旅行やパスポートに関する事柄を決めた条約ではありませんので、後ろに S が付いているという説もまことしやかにささやかれているのですが、最後の IP は Intellectual Property です。1994 年につくられ、現在 146 カ国加盟しているそうです。パリ条約やベルヌ条約に比べると、少し少ないですね。

TRIPS に入るということは、現代ではアメリカ帝国の属国になるということに等しいのですが、アメリカは、すべての国を TRIPS に入れることを目指して頑張っております。

TRIPS 条約に入りますと、自動的にパリ条約やベルヌ条約に入ったことになります。パリ条約とベルヌ条約を遵守せよという内容が TRIPS の条約として入っているので、あらためて入る必要はなくなります。ですから、今から知的財産に関する国際条約に入ろうという国は、たいていこの TRIPS 条約の方に入ります。

以上が総論としての、国際的な知的財産権に関する考え方です。日本は、国内産業を見ても、あるいは国際的な立場を考えてみても、当然条約には入らなければいけない立場ですし、ある意味、知的財産制度で世界を引っ張っていかなければいけない国です。

余談ですが、知的財産権の新聞報道を見ているときに、三極という言葉を聞くことがあるかもしれませんが、三極というのは、日本、アメリカ、ヨーロッパという意味です。知的財産のお話にしか三極という言葉は出てきませんが、ヨーロッパがひとくくりになっているのは、著作権を別として、特許や商標については、ヨーロッパ特許協力条約があり、ヨーロッパがほぼ一体化しているからです。権利行使は少し違いますが、少なくとも特許権、商標権を取得する場面では、比較的利害がそろっているので、ヨーロッパはほぼ 1 回の手続きで済みます。

II　属地主義

次に、属地主義についてです。知的財産権に関しては属地主義の原則が広く妥当すると一般には思われています。属地主義というのは、国際的な知的財産法の解釈について、日本における特許発明の実施行為が侵害になるかどうかは日本の法律が決める、ドイツにおける実施行為が侵害になるかどうかはドイツの特許法が決めるのだというのが、属地主義の原則です。法律の地理的効果から侵害になるかどう

かを考えていくというアプローチになります。

この属地主義というのは、現在では、本当にそれでいいのかということが非常に議論されているところです。これだけ国際取引が活発になり、あるいは、インターネットができたことで、情報の流通というのはほぼ国境がなくなったと言っても過言ではない状況で、この属地主義がどこまで通用するのかということが議論されています。

属地主義の源流というのは、実はよく分かっていないところがあります。教材には、内国民待遇から導く学説があるけれども、うまくいっていないということが参考までに書いてありますが、どうして属地主義になっているのかということについては、実はパリ条約にもベルヌ条約にも書いていません。

ただ、この教材、あるいは田村先生の教科書には、利用者の予測可能性にその根拠を求めるべきだと書いてあります。ここについて私自身は、説を考えていないところです。田村先生は、ある実施者がいるとして、そのいる国の法律が適用になるということが、一番予測可能性を害しないでしょうという、ごく当たり前のことを言っているわけです。

この利用者というのは第三者、つまり潜在的な被疑侵害者ということになるわけです。潜在的な被疑侵害者ですから、法律を守らなければいけない人ということです。法律を守らなければいけない場合に、法律を調べるときには、その人が今立っている国の法律が一番分かりやすいのではないかという、ごく簡単な分かりやすい説です。

知的財産法について、原則は、なくてうまくいくのであればない方がいいが、フリー・ライド問題があるので、必要最小限だけ作らなければいけないという立場をとると、やはりこのような理由付けになります。原則自由ですので、その原則が問題になる潜在的被疑侵害者、すなわち利用者の予測可能性は最大限担保されるべきだというところにあります。自然権を採用するか、あるいは権利者の方を重視すると考えれば、権利者が権利行使をしたい国の法律や、さらには権利者の本権所在地、住所地を基準とするような説もあるわけです。

ただ、その利用者がいる国の法律といっても、限界があるわけで、ある程度例外を認めていくべきではないのかというのが、属地主義の例外のところです。1 つ目が共同不法行為です。共同不法行為を簡単に言うと、侵害の教唆・幇助です。侵害の教唆・幇助を他の国で行っている場合は、自国の法律を適用すべき場合があるのではないかということが、教材に書いてあることです。

教材本文の説明には、日本の特許権侵害行為の教唆・幇助などが国外で行われた場合に、日本の特許権侵害に向けられたこれらの行為を日本法で規律しても予測可能性を奪わないと書いてあります。これはどのようなことかといいますと、日本で特許があって、この特許はA、B、Cという3つのパーツを合体させてできるものですという特許権だといたします。これがクレームだとすると、アメリカで A、B、C という 3 つの部品を作って、1 個の箱に入れて日本に輸出しますと、まだ合体していないので、特許権は侵害していないですね。A、B、C はともに間接侵害の要件を満たさない部品だとすれば、ばらばらに作って合体させない状態で輸出するという行為は、何ら問題がないわけです。

これが日本に入ってきて、例えばユーザーの手元で合体させると、私的実施になり、業としての実施ではありませんので、特許権の侵害になりません。すり抜けが起こってしまうわけです。ですが、このような行為は日本法を適用して特許権侵害とすべきではないか、というのが教材に書いてあることです。理由は、法例 11 条と書いてありますが、これは通則法 17 条に直してください。これについては後で話します。この解釈として日本法を適用すると書いてあります。

どうしてこのようになるのかというと、輸出する人の行為に注目しているわけです。パッケージ化して日本へ向けて輸出するという行為をしているので、この人は自分で日本へ輸出するということは当然分かっているわけです。日本に輸出するときには輸出先の法律に気を付けなさいと言っても、決して予測可能性を奪うことにはならないでしょう、ということです。

パッケージがアメリカの中で転々譲渡され、どこへ売られてしまうか分からないというときは当てはまらないかもしれませんが、パッケージして、直接に日本に輸出するという場合には、輸出先はもう分かっていますので、輸出先の法律に気を付けなさいと言うことは別に予測可能性を奪うことにならないでしょう、というのが教材に書いてあることです。

この法例改め法の適用に関する通則法（通則法）という法律は、いわゆる国際私法と言われているものです。国際私法というのは、日本では法の適用に関する通則法で、昔の名前は法例です。この法例の「例」は、命令の「令」ではないので、誤字ではありません。

国際私法、通則法を適用する場合というのは、一般的には渉外事件です。渉外的要素が絡んだ事件は、まず通則法を通しますというきまりになっています。論理的に言うと、渉外事件でなく、外国の問題でも通則法を通しています。

通則法は、どの国の法律を適用するかを決める法律です。ですから、このような権利がありますとか、このようなときはこのようなことはやってはいけませんといったことは書いていません。例えば、日本で日本の特許権者がアメリカ人に対して訴訟を起こすとします。アメリカから物が輸入されてくるので、日本人が日本国でアメリカの会社を相手取って、アメリカから物が入ってくるのでそれを止めたいというときはどうするかというと、いきなり日本の特許法で判断するべきだということにはならず、渉外事件なので、最初に通則法を裁判所が判断します。

通則法には、このような事件の場合は日本法を適用しなさいとか、このような事件の場合は訴えられている人の国の法律を適用しなさいということが書いてあります。最初にその点について判断をして、この事件は日本法を適用すると裁判所が決めたら、日本の特許法が適用になります。ここが最初のステップです。

ですから、日本で日本人が日本の特許権に基づいて訴訟を起こしたとしても、必ず日本法が適用になるわけではありません。アメリカ法が適用になる場合もあります。教材では、このように、アメリカ人が日本に向けて輸出をしているというときは、日本でも日本法が選ばれるべきではないのか、ということが書いてあります。

実は通則法の中には、知的財産権侵害の場合はどのように判断するかということが書いていません。改定のときに加えようかということが議論になったそうですが、結局見送られました。ですから、物権法や不法行為法についての規定から類推してくるしかないのです。

物権については通則法の 13 条で、どの国の法律が適用になるのかということが書いてあります。動産または不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利は、その目的物の所在地法による、というように書いてあります。

17 条は不法行為なので、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は加害行為の結果が発生した地の法律による、と書いてあります。「これこれの地の法による」ということについて、これがアメリカだということになれば、日本国で日本の裁判官がアメリカの法律を適用するということがあります。先ほどの例では、ここで通則法 17 条の解釈として日本法が適用されるべきだということになるわけです。

いったんこの通則法でどこの国の法律なのかということが決まった後は――決まった法律のことを実質法と呼びますが――、通常は実質法の地理的効力範囲というのは考えないというのが原則です。ですから、先の例で、日本国特許法が選ばれた後は、裁判官は、本当は日本国の特許法の地理的効力はどこまで及ぶかということは考えてはいけないというのが原則です。

国際私法について、2 つお話をしました。渉外的要素が絡む事件では、最初に実質法を判断するのではなくて、通則法という法律で振り分けをします。通則法というのは、どこの国の法律が日本の法廷で適用になるかという振り分けの法律です。最初に振り分けをした後、選ばれた国の法律を適用します。その国の法律を適用する場合は、その法律の地理的範囲は考えないというのが原則です。

ですから、もし日本の裁判所に日本法が選ばれたということになれば、日本国の特許法の効力の及ぶ範囲はどこまでかというのは考えてはいけないというのが原則です。

国際私法は、「私」の法律です。刑法については法律の方からのアプローチになりますから、民事関係の法律関係の場合だけの話です。

以上が国際私法のごく簡単な説明です。現在では、日本でもこの国際私法としての通則法を通して日本の知的財産法が判断されるという場面が増えてきています。教材 115 ページの一番下に書いてあるのが、カードリーダー事件（FM 信号復調装置事件）という事件ですが（最判平成 14.9.26 民集 56 巻 7 号 1551 頁［FM 信号復調装置（カード式リーダー）］）、この事件は先ほどの例と逆です。アメリカでアメリカ人が特許権を持っていて、日本でばらばらに売り、アメリカに輸出する行為です。それを日本の国でアメリカ法を適用して止めることができるのかというのが、ここで争われた事件です。訴えは日本で、特許はアメリカです。

この事件の原告としては、特許を持っているのはアメリカであり、アメリカ法を適用すれば、日本のばらばらの部品を作っている行為を侵害にできるので、日本でアメリカ法の適用を求めたわけです。

日本の特許権侵害の教唆・幇助などの合意が国外で行われた場合、侵害者の予測可能性を奪わない範囲で考えるべきだという考えを通すと、逆もまたしかりになるはずです。すなわち、日本人は、アメリカに輸出するのであれば、アメリカの法律に気を付けなさいと言うことができるので、アメリカ法を適用して、侵害を認めていいんだという判決になりそうですが、この最高裁はそうは言いませんでした。

準拠法というのは、適用する法律という意味です。裁判においては、法令 33 条（通則法の 42 条）によりアメリカ法が選ばれ、日本の裁判所で日本の裁判官がアメリカ法を適用してこの事件を裁くとされましたが、いったんはそう言っておきながら、損害賠償請求については法例 11 条 2 項（通則法 22 条）によって、アメリカ法はこの事件には適用できないとした判決です。

日本で外国の法律を適用するということはもちろんありますが、やはり外国の法律は何を決めているかは分かりません。アメリカ法なり日本法なり、選択する先の実質法がこの事件について何と決めているかを判断して適用法、準拠法を決めてはいけないというのがもう 1 つのルールです。「暗闇への跳躍」と言うものです。だから、準拠法を決定する段階では、これから選ぶ法律が適用されるとこの事件はどうなるのか、分からない状態で選ばなければいけないのです。

そうだとすると、恐ろしく無茶な結論が出る可能性があります。それはさすがに困るというので、この法例 33 条（通則法 42 条）、及び法例 22 条を、いわば日本の法定で外国法が適用になる場合の安全弁として機能させて、アメリカ法は適用できないので、この事件は非侵害という結論を出したのが、有名なカードリーダー事件（FM 信号復調装置事件）です。

この判決は、特に国際私法の学者からの評判が非常に悪い判決です。

裁判官もアメリカ法なんて勉強したくないでしょうから、実は私は国際私法、通則法は要らないという説です。通則法は本当に必要なのかどうかというのも、実は争いになっています。

116 ページにいきまして、属地主義のもう 1 つの例外です。最初の例外の共同不法行為の事件は、特許権者と侵害者の間のお話になります。知的財産権というのはそのような争いが多いですが、他方で、内部関係が問題になる場合もあります。職務発明を思い出してください。従業者発明、企業内発明の場合は、企業と発明者の間の争いになる場合があるわけです。

職務発明については、その対価を発明者が会社から受け取ることができる職務発明対価請求権があり、強行規定であるというお話をしましたが、そのような権利の譲渡に関する争いというのもないわけではありません。これは誰かが誰かの権利を侵害するという話ではなく、権利者はどちらなのか、あるいは、この 2 人の間で対価をいくら払わなければいけないのかという争いです。

その場合は、使用者と従業者の間の労働関係に適用される法律で考えるべきだということが教材に書いてあります。例えば、日本でいい発明をして、その会社が日本とドイツも含めて世界中に特許を出したとします。売れれば職務発明に関する対価請求権をもらえるはずです。けれども、その算定をするときに、日本国内だけの売り上げをベースに算定するのか、あるいは、日本とドイツの合計の売上額をベースに算定するべきなのか、ということが争いになることがあります。

特許は基本的には属地主義ですので、日本で特許権を行使したければ日本で特許を取る、ドイツで特許権を行使したければドイツで特許を取るというように、1 個ずつ権利を取っていかなければいけないわけです。ですから、一見すると権利は分かれているわけです。特許発明行為といっても、日本で行う行為は日本国法が適用になっているから、独占的な実施ができ、ドイツはドイツの特許法でもそうなっているから、ドイツでも売れるということです。

対価請求権というのは、日本にしかありません。日本の法律で対価を請求したいという場合には、会社の方から言えば、日本の特許権に基づいた対価請求権だから、日本の売り上げだけを考慮すべきと主張し、他方、従業者の方としては 1 銭でも多くほしいですから、合計することを主張することになるわけです。

侵害の場面ではないので、予測可能性という話にはなりません。職務発明の場合、多くの場合は労働契約であるとか、会社の発明規定に左右されますので、彼らがその契約なり規定を作った前提の国の法律で考えればよろしい、というのが教材に書いてあることです。

対価請求権の算定ベースが世界中の売り上げになるので、会社にとっては不利な解釈です。日立の事件の最高裁判決も、ドイツの売り上げも含めるとしました（最判平成 18.11.17 民集 60 巻 8 号 2353 頁［光学的情報処理装置（日立）］）。

今までの話、あるいは日本の通則法の適用の前提においても、インターネットについてあまり考慮していません。物が行き来するときには、土地、地面を経由しなければいけないというのを原則に考えられているわけですが、インターネットというのは、そうではないですよね。カナダにサーバーが置いてあって、会社の所在地はなぜかニューギニアであり、なぜかホームページは日本語だというようなサイトがたくさんあるはずです。あるいは、自分は日本のプロバイダーと契約して日本でやっているつもりだけれども、プロバイダーの都合で、実はサーバーはメキシコにあるということもありえます。インターネットの世界ですとそのようなことがありますから、もはや属地主義といって切り分けていられません。

ではどのように考えるかというと、日本人は実は簡単に考えることができます。日本語というのはほぼ日

本国でしか通用しないですね。ですから、日本語で提供されているサービスについては、準拠法はすべて日本国法でいいだろうというふうに考えているわけです。送信国はメキシコかもしれませんが、知的財産権を侵害されるのは、結局日本の権利者です。例えば日本文学、日本語で書かれた小説は、ほぼ日本人しか読めないわけですから、日本国法を適用していいだろうと考えられます。適用される方にしても、日本語でサービスを提供していて、日本語を読める人はほとんど日本人なのだから、その国の法律に気を付けなさいということはできるでしょう。

ただ、これは日本語、あるいはハングル語のような特殊な言語についてしか言えないことです。英語やスペイン語については、この解釈はうまくあてはまりません。以上が国際的な属地主義のお話です。

III 並行輸入

もう 1 つの国際的な問題が並行輸入についてのお話です。

並行輸入の話は、実はもうすでに商標と特許のところで 1 回ずつお話をしました。

日常用語でも並行輸入という言葉を聞いたことがあると思います。何となく悪そうだな、という感じを受ける人もいるかもしれませんが、並行輸入というのは、実は、決して海賊版ではないのです。例えば、特許権の権利者 A さんがいて、アメリカと日本の両方での権利を持っているとします。日本でも特許のある車を売っていて、アメリカでも同じ特許権を持って同じ車を売っているという場合に、アメリカでは 100 万円で、日本では 200 万円で売っているという場合があります。これが内外価格差です。

並行輸入というのは、アメリカで 100 万円で A さんから車を買った B さんが、日本に 150 万円で輸出をするという話です。B さんはアメリカの権利者から正当に 100 万円で買ってうます。ですから、コピーを作ったわけではありません。A さんから 100 万円で買った車を 150 万円で売ることにより、マージンの 50 万円を稼ぐわけです。

日本では同じ車が 200 万円で売られているので、この並行輸入品を皆さん買いますよね。そうすると、日本で車を 200 万円で売っている A さんが困る、というのが並行輸入のお話です。

並行輸入されている物は正規品なのです。ですが、日本の権利者は面白くないわけです。日本では 200 万円で売り、アメリカでは 100 万円で売るというマーケティング戦略が、並行輸入を認めてしまうと崩れてしまうわけです。ですので、権利者としてはこれを止めたい思考します。

アメリカで例を出しましたが、中国の例を考えてみてください。中国の物価は、物にもよりますが日本の 2 分の 1 から 3 分の 1 です。日本と同じ値段で同じものを売っていたのでは、中国では売れません。ですから、現地の価格を考慮して価格を決めることになるのです。それが内外価格差です。

並行輸入が全部よいということになると、メーカーが一番損をします。一番安い国の価格が、事実上市場価格になってしまうわけです。そうすると、購買力がある、あるいは同じものについて高いお金を払ってくれる国でも、結局安いお金しか回収できないということになってしまいます。これをブロックするために知的財産権が使われることがあります。特に特許権です。

1 つの国でこのような行為が行われているとした場合は、非侵害になります。すでに特許のところでお話をした、用尽法理です。

特許の用尽のお話は、教材の 78 ページです。いったん特許権者が販売した真正品については、以後の転々譲渡や使用はすべて非侵害だというのが用尽法理だということはお話をしました。特許権者としては、最初の販売のところで以降の対価をすべて回収するべきだということになります。いつまでたっても特

許権者が B さんに対しても C さんに対しても権利行使ができるとすると、流通の自由を妨げますので、1 回 A さんの特許権の行使のチャンスがあれば、後は全部非侵害というのが用尽法理でした。用尽法理があることで、転々譲渡がすべて非侵害になったのです。

並行輸入も、国境をまたいでいるけれども、転々譲渡です。B さんが A さんから真正品を買って、B さんが C さんに売るということです。ですので、この行為が国内で完結しているとすると、用尽法理で非侵害になるはずの行為です。

これを国際用尽、あるいは国際的用尽の問題と言いますが、国際用尽を認めるべきかどうかについては、昔から争いがありました。産業側は、内外価格差を維持できないから、国際用尽が認められてはたまったものではありません。特許権者の方としては、国内用尽について争う人はいませんが、国際用尽については認めないでくれと主張するわけです。輸入を差し止めたい、もう一度権利行使をさせてくれという言い方になるわけです。

流通の自由を重視する人は、たまたま間に国境線が引かれていただけであり、買っているのは A さんからであり同じものだから、用尽というのは国際、国内問わず非侵害にするべきだと主張していました。

従来は、用尽は国内だけで、国際的な用尽はないと考えられていました。ですが、最高裁平成 9 年の BBS の事件がありました（最判平成 9.7.1 民集 51 巻 6 号 2299 頁［BBS 特許上告審］）。ドイツの自動車のホイールなので、BBS ではなくて「ベーベーエス」と呼んでいます。結論は引っ繰り返していないのですが、理論は引っ繰り返したのです。地裁からは二転三転しています。地裁は、国際用尽をしない、だから権利を再行使できると言ったのですが、高裁は、国際用尽をするので再行使できない、並行輸入は止められないとしましたので、地裁と高裁で判断が分かれたのです。

最高裁の判断が待たれたわけですが、最高裁は、結論としては権利再行使できないとしました。けれども、原則としては国際的な用尽はないとしています。原則として消尽はないけれども、今回の事件では、商品に並行輸入してはいけないと書いていなかったため、書いていない場合は、流通の自由が優先すると思った並行輸入をする人の予測可能性が守られると言って、結論的には再行使は認めませんでした。すなわち、輸入を止めなかったのです。

やはり最高裁判決なので、非常に玉虫色の判決です。私や田村先生のように国際的な用尽を否定したい人は、最高裁の理屈は素晴らしいとして、今回はたまたまであり、原則はだめなのだと言うし、国際用尽を肯定する人、すなわち再行使を否定し、並行輸入を肯定する人は、この判決は原則を守りつつ、非常に大きな例外を開けたのだから、事実上、原則並行輸入はよいとしたと主張します。

いまひとつどちらかよく分かりません。私は、理論的にはどちらにでもなると思っていますが、やはりメーカーにいた立場としては、これを認めてしまうと、産業の空洞化というのが起こると思います。どうして日本では 200 万円で売るのかということを考えると、200 万円で買う人がいるから売っているというのも 1 つの理屈ですが、実は日本の工場で造るから 200 万円になってしまうのです。つまり、日本よりも中国は人件費が安いので、同じものを作っていてもコストが同じではなく、日本で作る場合、よりコストが掛かります。

でも、だからといって、コストの安い国に工場を全部移してしまうと、やはり産業の空洞化がおこり、工場が日本からなくなってしまいます。皆さんは、工場と言うと、煤煙を噴き上げている公害のもとというような印象を持たれるかもしれませんが、実際会社に入ってみると、工場というのは、地元の雇用を確保するという意味で非常に大きな役割を果たしています。工場のある土地の高卒の人たちがそこで働いているわけです。工場は、そのように若い人たちに職を与えていますし、あるいは工場があれば固定資産税がそ

の市町村に入りますから、地域を支えているという言い方もできます。また、製造技術というのは、やはり工場がないと維持できないものなのです。

特許権の再行使を認めないと、やはり日本の産業は空洞化するだろうと思っているので、私は反対の立場ですが、空洞化してもいいだろうということになれば、それは理由がなくなるので、理論的にはどちらにもなるのだろうと私は思っています。

教材 117 ページに書いてあるのは、1 つの理屈です。国際用尽を認めてしまう、つまり、権利が再行使できないとすると、特許制度の意味がなくなるという 1 つの理屈です。順に説明していきましょう。

まず、例 1 です。日本の特許権者が、特許制度のない国 A で製造販売している製品が日本国内に並行輸入されたときどうなるか。日本国では特許があります。例えば、アメリカでは特許がない状態で売っていて、日本は特許があるという状態だといたしましょう。そのときどうなるかというと、そのときは権利行使できるべきであり、日本人は輸入を止めることができるべきだと考えられています。

それはなぜかというと、この例 1 はアメリカで特許がなかったという例なので、特許権はまだ 1 回も行使されていません。用尽を認めるべき理由は、1 回特許権が行使されているからです。

でも、アメリカで特許を取っていなくて、日本でしか取っていなかったとすると、アメリカでの販売行為は特許の実施ではないわけです。特許権は 1 回も行使されていません。ですから、1 回も権利行使されていない製品が日本に入ってきてしまったら特許の意味がなく、輸入を止めるという行為はまだ 1 回目の特許権の権利行使だから、この場合は国際用尽しない、そもそも用尽ではないと言うわけです。そうすると、アメリカで特許を持っていなくて、日本で持っているという場合は、日本に入ってくる行為を止めることができるはずだということになります。

例 2 を飛ばして例 3 にいきます。では、アメリカで特許を持っていた場合は、最初の販売が 1 回目の権利行使なので、並行輸入は 2 回目だから権利行使できないという話になりますと、特許を持っている A さんから見ると、アメリカで特許を取ると損をすることになります。

すなわち、日本だけで特許を取って、アメリカでは特許を取らない方がいいのかという話になると思いますが、やはりそれはおかしいでしょう？　逆のことだって起こるわけです。アメリカで特許を取っていて、日本で特許を取らない方がいいということにもなるわけです。

そうすると、特許を出願する人がいなくなってしまうだろうというのが、ここでの矛盾になるわけです。その国に特許が出願されなければ、その国で新しい技術の情報が公開されないわけですので、その国の産業の発達は、特許を出願された場合よりも遅くなります。

これでは、アメリカも日本もお互い損をするだろうということになってしまうわけです。ですから、特許を取らない方が有利になるという結論はおかしいということで、この問題については、特許を取った場合でも、日本の輸入を止めるべきなのではないかということが教材に書いてあることです。

例 2 は、特許制度があるけれども、何らかの理由で取れなかった場合の話ですが、例 1 と例 3 が理解できていればよろしいです。この場合も、特許を取った方が損をすることになってしまい、やはりそれはおかしいので、権利の再行使は認められるべきだと書いてあります。

ただ、並行輸入について考えるとき、内外価格差が現実には存在しますが、世界が世界統一市場であれば問題ありません。世界の市場が統一されていて、皆さんがコンビニでお弁当を買うがごとく、インド人が日本車を買えるというような状態になっていれば――何百年かすると、もしかしたらそうなっているかもしれませんが――、つまり、世界が 1 つの市場だと考えられるのであれば、国際用尽が認められてもいいと

思います。そのときにはもう国際という言葉はなくなっているかもしれませんが。

ですが、内外価格差が現実に存在していて、世界の市場が統一されているとはとうてい思えませんので、やはり再行使を認めていかなければ、産業の空洞化、内外価格差の崩壊ということになると考えるのが、実質的な根拠だろうと思えます。変わっていく可能性はあると思います。でも、私はやはり会社にいた立場から、日本の産業を守るという考えからも、国際用尽には否定的です。

国際用尽を認めるべきと主張している人は、私から言わせると、どこか夢を見ているところがあるのです。国際私法もそうです。国際私法というのは18世紀後半から19世紀のフランス革命の時代、民主主義が発達し始めたころに想定されたことです。公法関係は仕方ないとしても、私法関係についてたまたま間に国境があるおかげで国の法律が違っているのはおかしいとして、本当は、公法はともかく民法みたいなものは、世界で統一するべきであり、その過渡期のものとして、国際私法を抵触法規と考えているのです。

並行輸入も同じです。世界の市場は 1 つなのだから、国際用尽を認めるべきだというような、理念先行のところが感じられます。市場が 1 つだといっても、それは夢にすぎません。実際には世界の市場は統一されていないのだから、統一されるまでは国際用尽は認めない方がいいというのが私の考えです。

教材 118 ページにいきましょう。田村先生もこの教科書も国際用尽には否定的ですが、例外的な場合はあるだろうというのが、ここに書いてあるただし書きです。例えば、特許権の再行使とはいっても、製品のごくわずかな部分、例えば自動車でしたら、自動車全体はほとんど特許権フリーで、特許権の掛かっているのは自動車のエンジンとプラグの先端だけだという場合に、その自動車にはエンジンが載っていて、そのエンジンにはプラグが載っていて、そのプラグの先端には特許が使われているからその自動車の輸入を禁止するというのは、特許権の濫用でしょうというのが、(1)に書いてあることです。

製品のごくわずかな部分に特許権が引っ掛かっているということを理由に、製品全体の差止めを認めるのはやり過ぎだということです。その場合は、すでにほとんどはアメリカで特許料上乗せ分を回収しているはずだということになります。

(2)は、製品を輸入することによって市場を独占されてしまうような場合です。その場合は独禁法などを考慮に入れながら並行輸入を認めていく余地がある、ということが書いてあります。

(1)についても(2)についても、国境をまたいでいるということは考慮しています。ですから、純粋に国内行為だった場合には、自動車のエンジンのプラグの先端に特許がある場合に、ほんの小さい部分に特許がついているからといって、通常日本ではそれを権利濫用とは言いません。やはり自動車全体が差止めになる場合もあります。

ここで、そのような小さい特許がかかわっているにすぎない場合は、国際用尽を認めるべきであり、並行輸入してもよい、と書いてあるのは、もうすでにアメリカの方で特許権を1回行使しているからというところが考慮に入っています。(2)も同じです。ほかの国で 1 回特許権の権利を行使しているからということが理由になっています。純粋に国内行為であれば、簡単にはこうはいきません。以上が特許権のお話です。

次に、著作権のお話ですが、実は、国境をまたいでいるということは、特許権と著作権の場合は少し事情が異なります。権利が国ごとに分かれているということは同じですが、著作権は条約の関係で無法式主義が採用されています。

著作権の発生については何らかの方式や手続きを必要としないとベルヌ条約で決まっておりますので、日本で創作をすると、ベルヌ条約、及び TRIPS 条約の同盟国に限られますが、世界中の著作権を取得することができます。

ですから、アメリカで特許を持っている場合と持っていない場合というのが、著作権の場合はあり得ないのです。日本で創作が完成すれば、同時にアメリカでもドイツでもイギリスでも、権利の内容は若干違いますが、著作権を取得します。

ですので、実は著作権については 26 条 2 の第 2 項第 4 号で、明示的に国際用尽にすると書いてあります。国際用尽にするということは、並行輸入が認められるということです。

商標権につきましては、すでにこの話を 1 度したと思います。商標権の場合も並行輸入と現象は同じです。車のマークにホンダと書いてあって、車の方には特許権は何もないけれども、商標権があるという場合があり得ます。その場合、転々譲渡はどうなるのかというお話です。

一般用語で並行輸入と言う場合は、むしろ商標権のブランドについての方が多いです。私も 2 年前にリモアという銀色のスーツケースをドイツから 1 個並行輸入してきました。並行輸入してきたというか、買って帰ってきただけですが。銀色の無骨なスーツケースです。

実は、このリモアのスーツケースは、日本で買うと 15 万円ぐらいします。私はドイツのミュンヘンで買ったのですが、そこでは 7 万円です。これが内外価格差です。もちろん、リモア本店で買ってきましたので、本物です。もちろん、日本に入ってきているものも本物です。

通常は、スーツケースそれ自体には特許権はなく、リモアという商標に商標権があるということで、2 回目も権利を行使できるのかという同じ現象が起こります。商標権についても日本では同じく、真正品であれば以後の転々流通は自由ですが、商標の場合は用尽とは言いません。用尽と言っている人もいますが、明らかに理解力不足だと思われます。なぜなら、権利を用い尽くされたから転々譲渡が自由だと考えるわけではないからです。

商標権の場合に真正品の転々流通が許されるのは、出所表示機能が害されていないからです。真正品である以上は、リモアの製品には「リモア」と付いているので、どこの卸売り、小売りに行っても、需要者は誰しもリモアのマークを見ると、これをリモアが作ったものだと思います。大丸にリモアのスーツケースが売っているからといって、大丸がリモアを模倣したと思う人はいないと思います。大丸がリモアから仕入れてきたと思うわけです。

だから、需要者がリモアを見て、リモアが作った本物だと思って、事実その通りだというのであれば、出所表示機能は害されていません。需要者が「リモア」というマークを見て正確に出所を判断しているわけです。

商標権の並行輸入については、実は特許よりも昔から、パーカー万年筆の事件について下級審裁判例があり、昔から非侵害だと言われています。

私のリモアの並行輸入も適法です。どこの会社も、並行輸入はやはり基本的にはやってほしくないことなのです。業者の方としては、あらゆる手を使って並行輸入をブロックしようとしています。私は、発明については並行輸入を問題だと思いますが、商標については問題ないと思います。

並行輸入の問題は、独禁法などもかなり関係するところです。知財の方では、基本的には特許はだめ、商標と著作権はオーケーという振り分けになっているということをお知らせしておきます。

北海道大学大学院法学研究科

田村　善之　（知的財産法総論、不正競争防止法）
吉田　広志　（商標法、特許法、著作権法、知的財産法の国際的側面）

HOKKAIDO UNIVERSITY
FOUNDED 1876