

特許權の效力規定について

内 田 修

ここに特許權の效力規定についてと題して論じようとすることは、法の效力の態様において、いわゆる效力規定 *Mussvorschrift* と觀念せられてゐる法の性質上の區別からみた種別についてのものではなく、特許權の内容をなすところの、工業的發明についての獨占的利用權 *Monopolverwertungsrecht* に關して、わが特許法が規定する特許權の效力の限界その他これ等の理解についての若干の問題に關するものである。

特許權の内容従つて效力に關しては、特許法は第三十五條第一項において、「特許權者ハ物ノ特許發明ニ在リテハ其ノ物ヲ製作、使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有シ方法ノ特許發明ニアリテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス」と規定して、特許權者の有すべき獨占的權利の如何なるものであるかを規定している。然しながらこの規定からする特許權の本質、内容の理解に關しては、從來諸家が特許權の内容乃至は效力を定める規定であると理解し、特許權者はこの規定により特許物の製作、使用、販賣又は擴布の權利若くは特許方法の使用權及びその方法に依りて製作した物の使用、販賣、擴布の權利をそれぞれ專有するものとし、前

特許權の效力規定について

二七

記の諸権利が更に獨占的權利であるが故に對世的な效力 dingliche Wirkung を肯定されることは特許権により發明という無形貨物 unkörperliche Güter を排他的に完全に支配すること即ち當該の特許發明を使用、收益、處分する等一切の利用の仕方 alle Benutzungsarten に於て利用することを保護する必要があることに因るのであつて、特許法において、これが利用の各方法を排他的支配の内容として規定し、以つて特許権者に夫々の權利(專用權)を付與することによつて、より完全に特許権者を保護し得る所以であると理解している。また、その故にこそ、このような特許發明の保護——特許権者の保護——をまつたからしめようとする保護法規の規定は、本來あらゆる態様における特許發明の利用を網羅すべきであることは當然であるとし、特許法第三十五條第一項が規定する、特許物の製作、使用、販賣、擴布及び特許方法の使用並にこの方法の使用により製作されたものを使用、販賣、擴布することは、特許發明利用の態様を例示したものに過ぎないのであつて、可能なあらゆる特許發明利用の手段は總て保護されるべきものとせられている¹⁾。然しながら特許法第三十五條第一項の規定をこのように理解することについては重大な異説があり、これに關しては拙稿で二回に亙り詳細な吟味を行つたが²⁾、これは要するに特許権の本質は、物の特許發明にあつては特許物の製作權であり、方法の特許發明にあつては、その特許方法の利用權のみであり、前記の如き特許物の使用、販賣、擴布又は特許方法による製作物の使用、販賣、擴布は權利侵害の態様ではあるが特許権の本質的な内容をなすものではないとするものである。然し本稿はこの異説について重ねて論評することを目的とするものではないのであつて、特許法に定める獨占排他的效力に關する限界及び、この獨占權に特有な效力に關する諸點を概觀し、併せて前記效力規定について通説の理解するところを前提として、二、三の問題點に觸れてみようとするものである。

特許権の効力は前項で示されたように發明の對象 *Gegenstand der Erfindung* を他人の支配を排して自己のみが利用する効力即ちいわゆる獨占的利用權であることは間違いないところであるが、斯く稱するときは、特許權は特許權者の利用權即ち特許權者が自己の特許發明を自ら積極的に利用することのみに關する權利であるかの如き印象を受けるけれども、他の一般の權利と同様に（殊に物權と同様に）消極的な權利即ち自己の利用權を他人によつて擅に侵されることのないように、その不法な妨害を排除するための權利としての反面をも有すべきことは多言を俟たない。換言すれば第三者が若し違法に特許權者等の特許發明の利用を妨害するときはこれに對し妨害の豫防並に排除と妨害結果の除去及び損害賠償の請求權をも有するものであつて、國家もまたこれ等の違法な行爲に對しては、親告罪としてではあるが刑罰制裁を科してこれを禁遏することにより特許權を厚く保護することとしている。また、特許權は、前記のようにならざる對世的な權利であつて、物權に準ずる權利として取扱われるものであり、その侵害の救済に對しては、侵害の豫防、停止並に侵害結果の除去（損害賠償の請求は含まれない）に關する限りは故意過失を必要とせず、いやしくもその侵害が客觀的に違法 *objektive Widerrechtlichkeit* なものである限り、特許權者の權能に屬する行爲を正當の理由によることなく實現した場合は侵害責任を免れ得ないものである點において、不法行爲その他の債權關係が過失責任主義 *Verschuldungsprinzip* を採ることを原則としてゐることと一部異なる點のあることはわが國においても理論的に肯定されてゐるものであつて、異説をみない點である。

さてこのような積極的並に消極的な効力を有する獨占排他的な權利であるところの特許權はいわゆる絶對的な權利

であつて前記の権利内容は如何なる場合においても制限され得ないものであるかと云えば、財産権に屬するこの特許権は公共の福祉に適合する如き内容のものとしてのみ設定並に容認されるべきものであることは當然であり、公共の利益のため、または、特定の私人を保護するために他の権利又は他人との關係において各種の制限に服すべきものであることが定められている。これはいわゆる特許権の外延的限界と稱すべきものであつて、この特許権の效力の外延は次の各場合に限界付けられる。

- (一) 特許法第三十五條第三項が定める場合。この場合は、特許権が他人の實用新案権によつて制限される場合であつて、法は「特許権カ其ノ出願ノ日前ノ出願ニ係ル實用新案權ト低觸スル場合又ハ特許發明カ其ノ出願ノ日前ノ出願ニ係ル登録實用新案ヲ利用スルモノナル場合ニ於テハ特許權者ハ實用新案權者ノ實施許諾アルニ非サレハ其ノ特許發明ヲ實施スルコトヲ得ス」と規定するものである。而してこの場合において利用關係にある場合に(特許權者(四九)條一項參照)實用新案權者が利用發明の特許權者より實施の許諾を求められたにも拘らず正當の理由なくしてこれを許諾しない場合には特許權者は特許法第四十九條の定める條件に従つて強制實施許諾請求の審判を請求し強制的手續によつて實施することができ^りるから、このような場合においてはその限りに於いて特許権に對する制限は解除されることとなる。
- (二) 低觸特許権による特許権の制限は獨占的利用權としての特許權本來の機能が制限せられる點においては矢張り權利の外延を限界づけるものと考えなければならぬであらう。然し前記(一)の場合の如く特許權者の特許發明に對する自らの利用を絶對的に制限するものでない場合においては本來的な意味における制限とは著しく異なる點もまた否定でき^ない。

(三) 公益を理由とする特許権の限界としては、特許法第三十六條並に第二百二十五條の定めにおいて、(イ)、研究又は

試験の爲めのみ特許發明を實施する場合、(ロ)、單に國內を通過するに過ぎない運輸具又はその裝置及び、(ハ)、特許出願の際より國內に存在する物(以上第三十條に規定)並に(ニ)、無効となつた特許權が再審によつて回復したとき又は特許權の範圍に屬さない旨の審決が確定するか判決があつた場合に再審によりこれと反する審決が確定しまたは判決があつた場合において、前記のような審決が確定しまたは判決があつた後、再審請求の登録前善意で日本國へ輸入しまたは日本國において製作し若くは取得した物等については特許權の效力は及ばないものと規定している。而して以上の各場合又は物件は、何れも特許權の發生前から存在するかまたはこれと同視すべき事情の下で製作乃至取得されたものであつて、本來特許權者の獨占的利用行爲を妨げる結果とならず若くは技術の進歩向上を期する上で必要であるとして制限されるものであり何れも公益確保の目的を達するための已むを得ない制限として承認されるべきものである。

三

特許權の效力を制限するその他の規定としては、前記の特許法第四十九條による強制實施權並に特許權者の自由意思による許諾實施權に關するもの外に、法がなお一般公益上の理由から特に特許權に對する制限として、國又は第三者において當該特許發明を實施し得ることを定めた數個の場合があり、このように他人が特許發明を、法の規定によつて實施し得る權利を法定實施權 *gesetzliches Benutzungsrecht* と稱するが、これには次の各種があり、何れも特許權の效力に對する制限規定である。

(一) 特許發明が公益上必要であるときは、國家は特許權を制限しまたは國家自らが當該特許發明を實施することができる(四〇條參照)のであつて、この場合は國家から特許權者に相當の補償金が支拂われなければならない(四〇條三項、憲法二九條三

項參照)。

(二) 利害關係人の請求によつて特許廳長官がなす實施權の許與處分により、第三者に對して實施權が設定せられ得るものであるが、此の場合は、特許後引續き三年以上正當の理由なくして當該特許發明が國內において適當に實施されない場合であることを要し而もこれを何人によつても適當に實施されることが公益上必要である場合に限り得る(四一條一)。(項參照)

(三) 以上の外においても法定實施權の認められる場合としては次のようなものがある。

(1) 被用者、法人の役員又は公務員(以下單に被用者)がその勤務に關して爲した發明であつて、しかもその發明の性質上使用者、法人又は職務を執行させる者(以下單に使用者)の業務範圍内のものであり且つその發明を爲すに至つた行爲が被用者等の任務に屬するものについて被用者等が發明を爲した場合(いわゆる勤務者發明又は任務發明と云われる場合)であつて、その發明前に豫め定められた勤務規定又は契約によつて、特許を受ける權利 *Recht auf das Patent* 又は特許權の承繼が定められていなかつたために、被用者等自ら又はそれ等の承繼人が特許權を得た場合には、衡平の立場から研究費又は設備等を提供して發明完成のために貢獻した使用者等に當該特許發明を無償且つ無條件に實施することを認めて(四條二)の項參照)であつて、この使用者等による特許發明の實施によつて當該特許發明に對する特許權者の獨占的利用 *ausschliessliches Verwertungsrecht* は制限せられることとなる。以下に記載する法定實施權が第三者に認められる場合は同様に獨占的利用が妨げられるが、これ等の場合においても特許權者自身の實施權能が失われるのではなく、ただ特許發明の獨占排他的支配、自由意思による獨占的利潤の追求が他人の實施によつて完全には満足し得られないこととなるに過ぎないものである。

(2) 特許出願の際善意で国内において當該發明を實施する事業を爲していたか又は少くともその事業設備を有した者は、他人が當該同一の發明について特許權を得た場合でもその特許權によつて、何等、從來の事業乃至は前記の設備を以てする發明の實施を妨げられることなく、その實施してゐた發明範圍内または前記の保有してゐた設備によつて行ふ實施意圖を有してゐた事業の目的である發明範圍内における限りは、特許發明を實施し得るいわゆる先使用權 Vorbenutzungsrecht が認められてゐる(三七條一)から特許權はこの限りにおいて制限を受けるものである。

(3) 特許發明實施の事業を爲してゐたか又は特許發明を實施するための設備を有してゐた者が、善意であつた場合は、當該の特許發明が後日無効となり重複した他の特許權のみが残存し、または同一の發明が他人に更めて特許された場合でも、前記の事業の目的たる發明範圍内での後の特許發明を實施することができるのであつて、その各場合に於いて特許法第三十八條第一項は第一乃至第三號で詳細に規定してゐる。

(4) 一旦發生した特許權について、これを無効とする審決が確定しまたは判決があるか若くは特定の物又は方法が或る特許權の範圍に屬さないとする審決が確定するか判決があつたため、自己の事業は特許權を侵すものでないとし、善意で国内において製作又は取得し又は輸入した物がある場合において、後に再審によつてさきに無効とせられた特許權が回復せられまたは前記と異なる再審の審決が確定しまたは判決があつた場合でも、これ等の物に對しては特許權の効力は及ばない(一二條)からこの限りに於いて特許權の効力は制限される結果となる。

(5) 右の(4)の場合のように即ち、(イ)一旦無効となつた特許權が再審によつて回復した場合、(ロ)特許權の範圍に屬しないとの審決が確定しまたは判決があつた場合に、それぞれ再審によつてこれと異なる審決が確定し又は判決があつた場合に、再審請求の登録前善意で国内に於て、その發明實施の事業を爲すか又は事業設備を有した者はその特許發明

について事業の目的である發明範圍内で實施權を有するものであり、この實施權は登録が無い場合でも第三者に對抗することができるものである(一二六條參照)が、また實施權取得の審決が確定した後において、再審により前記取得の審決と反對の審決があつて確定した場合は判決があつた場合に於ても再審請求の登録前にさきの實施權者が善意で國內において、發明實施の事業を爲していたか又は事業設備を有したときはその特許發明について、さきに有していた實施權の範圍内において實施權を有するものであり、その對抗力については前記の通りであるが、この場合は特許權者に對し實施料を支拂わなければならないのであり、右兩者の場合もまた特許權は實施權によつて制限されることとなる(一二七條參照)。

(6) 特許出願の日前又はこれと同日の出願であつて特許權と抵觸する實用新案權が存在する場合において、その實用新案權が存續期間の満了によつて消滅した場合と雖も原實用新案權者は、自己の有した實用新案權と抵觸する同日の出願又は後願 *Nachanmeldung* に係る特許發明を無償で實施することができるし(三九條)右の存續期間満了によつて消滅した實用新案權について、登録したまたは登録しなくても第三者對抗力を有する實施權を有する者は、原實施權の範圍内で前記特許發明を、相當の補償金を支拂うことを條件として實施することができる(三八條二)からこれ等の法定實施權によつてもまた特許權は制限される結果となるものである。

四

特許權はいわゆる無體財産權 *Immaterialgüterrecht* であつて、新規な工業的技術思想であるところの發明の保護のために國家によつて付與されるものであり、このような特許の付與は國の技術、産業を助長獎勵するための政

策として、公益目的のために發明者又はその承繼人に與えられる權利であることは多言を俟たない。従つて若し發明者の保護に著しく傾くとすれば、その反面、第三者の産業上の技術手段を不當に制限することとなつて、技術の進歩をばばみ一般公益目的を阻害する結果をも招來することとなるため、發明者等に付與する特許權は公益上の見地から、これを適當に制限する必要を生ずるものであつて(Vgl. W. Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, S. 142)。前各項に擧げた諸多の實施權乃至は國の處分による制限權能の付與(實施許與處分又は審判による實施の許諾強制)手段が法定されているわけであるが、この外においても、前記の如き政策的設權處分に係る特許權は(イ)、有限的なものとして各國共に適當な年限間のみ付與されるものとし、わが特許法は出願公告の日から十五年間存續すべきものと定め(四三條) 特別な事情の下においてのみ且つ慎重な審議を経て三年以上十年以下の年限間で存續期間の延長が許可されるものとせられ(四三條五項。このように權利が有限とせられることは、他の工業所有權即ち實用新案權、意匠權、商標權に法第一二條一項、著作權法三條一、二項、但し商標權については、權利の存續期間を) また相續人曠缺の場合においては權利一應登録の日より二十年と定め更新登録を許している。(商標法一〇條一一條參照) 更に相續人曠缺の場合においては權利の消滅すべきものとし(五九條) 民法の定め(民法九五一條) の如く一定期間の公告手續の後國庫に歸屬せしめる等、可能な限り財産の歸屬主體を定めて相續させようとし又は終局的には國の財産とする等の定めを爲すことなく、「特許權ハ相續人無キトキハ消滅ス」と定めることにより絕對的に消滅せしめ當該の發明を何人にも利用可能なものとして産業の發展向上に役立たせようとするものであることは一般財産權に對する取扱とは著しく異なるものである。即ち特許權はその設定による發明保護の反面において他人の本來自由であるべき産業技術的營爲を制限する權能として機能するものであるが故にこれは寧ろ、相續人の缺けたときは、權利そのものを根本的に消滅させて、一般の利用に開放することがより公共の利益であると考えたが爲めであり、效力規定としては特異なものである(このように相續人の缺けたときは權利の消滅すること

を定めたものとしては、實用新案法、意匠法において特許法第五十九條を準用するから同一であり、著作権については著作権法一〇條があり、同じく無體財産權法である商標法においてこのような規定を缺くのは別に「商標權ハ商標權者カ其ノ營業ヲ廢止シタル場合ニ於テハ消滅ス」という規定を第十三條において、相續人曠缺の場合はこの規定の結果商標（既に示したように、特許權は消滅に歸するので前記特許法第五十九條を準用する必要のなかつたことによるものである）を付與して發明者又はその承繼人を保護することは、發明を完成するに至つた發明者等の勞に報ゆるために一定年限間の獨占的實施による經濟的利益を保障しまたその名譽感情をも適度に満足させると共にこのような手段によつて發明を保護獎勵することを通して國內の産業技術を向上増進させようとする産業經濟政策の目的、換言すればこれ等の公益目的を達成するためのいわゆる化育乃至福利助長行政的な保護政策によつて特許權は與えられ、また前記政策目的をより一層よく實現させるためにこそ特許權は付與せられ、且つ活用せらるべきであるとし、公益目的の實現こそ先ず第一に考慮されるべきことであるとせられる。この點に關して故末弘博士も夙に「特許權にとつて根本問題はそれが國家産業の發展に如何に貢獻し得るかということである。一面發明者に特許權を許與することによつて發明を獎勵しつつ、他面それを國家産業に役立たしめようとする所に特許制度の使命がある。發明者の個人的保護は手段であつて目的ではない¹⁰⁾」と云われているのであつて、特許權の付與は直接に、とりわけ公益に關する深い顧慮なくしては行われ得ないものである。従つて公益にかなうものとして發明者に與えられた特許權も、國內において引續き三年以上正當の理由なく適當に實施されない場合において公益上必要のあるときは、特許廳長官は利害關係人の請求によりその者に實施權を與えることができ、この最初の實施權者がその後引續き二年以上、正當の理由なく國內で適當にその發明を實施しない場合において公益上必要のあるときは利害關係人の請求又は職權で當該特許權を取消すことができるものとし（^{四二}二項）右の場合は特許權は制限せられたまたはその效力を失ふこととなるのであつて、この規定からみるときは特許發明は公益的見地より實施義務を有する權利である（商標權も第三者の商標の選擇使用を妨げないために登録した者には實施義務があるとして、その使用を要求する

(一四條)もので結局公益的立場からこの義務を肯定するものである。點において、一般に私權には行使の義務がなく、また實用新案權及び意匠權には實施義務の存在しない點は注意を要する。所有權は不行使を原因としては時効にかからず、またこれ以外の權利は不行使の場合に消滅時効にかかるのみ(民法一六七條參照)であつて何等行使の義務が存在しないのとは著しく異なる點である。この點において權利の制限及び取消による效力の消滅を權利の不行使を原因として定める特許法の當該規定は特異なものであると云わなければならない。

また特許權は、その保護を受けるためには國に對して専用料を支拂うことを要するものであり、若し特許權者がこの専用料(特許料)を納付しないときは失効することは當然であるが、第四年以降の特許料については特許料を納付すべき期限を經過しても直ちに失効させることなく、なお六ヶ月間の追納期間内に限り所定料金額の倍額を納付することによつて納付期間懈怠の制裁を免除し若し右の猶豫期間内に追納をなさないときは追納期間經過の時に遡つて、特許權が消滅するものとしている點も失効に關する特則と云えるであらう。またこのような權利の效力に關する遡及は、次の如く、その始期及び終期に關して定められている。但し後記のいわゆる假保護 einstweiliger Schutz に關する效力即ち特許の登録前に特許權の效力を生じたものと看做された場合の效力は解除條件附に與えられたものであり、一定の場合において遡及的に消滅するものであるから注意を要する點である。

(1)、特許の出願がなされた發明について、特許廳審査官が拒絶の理由がないものとしてなした出願公告の決定に基き出願公告が爲される(公告主義 Aufgebotsystem)と出願公告の時より、その出願に係る發明につき特許權の效力が生じたものと看做される(七〇條七三條一)が、この出願公告のなされた後、出願人が出願の抛棄、取下を爲し、若くは出願について無効處分がなされ、又は拒絶の査定若くは審決が確定したとき及び特許が無効となつたときは、原則として前記假保護の效力は初めより生じなかつたものと看做され遡及的に消滅するものである(八七條參照)から、實質的

には特許権の始期についての特則と稱さなければならぬ。また

(2)、前記(1)項の假保護 *einstweiliger Schutz* の效力の適及的消滅原因として示されているのと同様に、一旦付與された特許が特許法第五十七條第一項各號に定める原因によつて審判により無効とされるとき及び第五十三條所定の特許権の分割又は訂正の許可が第五十七條第二、第三項によつて無効とせられたときは、特許権は原則として(第七條第一項第五號の規定により無)假保護期間の初めより存在しなかつたものとして適及的にその效力が否定せられ、また第五十三條の許可が無効とされたときは初めから許可がなかつたものとして適及的に許可の效力は否定されるものであるから特許権の内容は當初の、許可のなかつた初めに復原せられる(五八條一)ものである。なお附言しなければならぬことは特許法第三百一十一條の規定である。この法條は「第二百二十九條第一項ニ掲クル行爲ヲ組成シタル物又ハ其ノ行爲ヨリ生シタル物ニシテ刑法第十九條ノ規定ニ依リ沒收スルコトヲ得ヘキモノニ付判決言渡前被害者ノ請求アリタルトキハ其ノ物ヲ沒收シ之ヲ被害者ニ交付スルノ言渡ヲ爲スヘシ(第一)」。被害者ハ前項ノ規定ニ依ル物ノ交付ヲ受ケタル場合ニ於テハ其ノ物ノ價格ヲ超過スル損害ノ額ニ限り賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得(第二)」。る旨規定し一般の民事法的原則に反し實際の損害額發生以上の金額又は利益を損害賠償として特許権者に與えるものであり、全く特許法の定める特異な效力規定と云わなければならぬ。何故にこのような規定が存在するかということは、特許権者の意思に反する侵害物件の處分は、國家と雖も爲し得ないし、有用なものを廢棄するよりは特許権者に交付することが國民經濟の目的に適合するものとして便宜的に定めたものと解するの外はない規定である。¹¹⁾

また特許権の效力の内包的範圍は即ちいわゆる特許権の本來有する效力範圍であつて、これは當該特許發明の明細書 *specification* 中「特許請求の範圍」の項の記載によつて判斷すべきものではあるが、これはかりで判然としな

いときは明細書の他の部分の記載及び圖面記載の全趣旨を斟酌して決定すべきものであり、技術的判断の結果、當該の發明と同一性 *Identität der Erfindung* のある限りその對比物又は方法若くは對比考案は特許權の範圍に屬するものである。これ蓋し産業上の技術的創作 *technische Schöpfung* を保護するための特許權としては、特定の技術的課題の解決に向けられた當該發明思想に、客觀的に包含されると考えられる産業的技術に對してその效力を及ぼし得るものとしなければならぬからである。

五

特許法は特許權の效力を定めた第三十五條第一項において本稿第一項のはじめに摘録したように、特許權者の有すべき、いわゆる專用權能について規定しているが、ここでは發明を物に關する發明 *Erzeugniserfindung* と方法に關する發明 *Verfahrenserfindung* に區別し、前者についての特許權の效力としては「特許權者ハ物ノ發明ニ在リテハ其ノ物ヲ製作、使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有」する旨を規定して居り、これについては既に述べた通説のような理解の外では「擴布」の意義について多少疑義が提出されているに止まるのであるが、方法の特許發明の效力について同條第一項後段に定める「特許權者ハ………方法ノ特許發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ專有ス」との規定並に第二項の「新規ナル同一ノ物ハ同一ノ方法ニ依リテ製作シタルモノト推定ス」という規定の解釋に關しては、從來異説の存するところであつた。殊に前者即ち方法に關する特許權の效力に關しては、前示の擴布の意義を中心として、全體としての效力規定の規範的意味が判然としない點があり、一應疑義のないものとして理解されていたと考えられるにも拘らず、これを全體として理論的

に検討すれば、その文理解釋からする一應の理解の如くには必ずしも解し得られない諸點が存在することが認められ、わたくしの理解においてもまた特許法第三十五條第一項後段の規範的意味としては、從來の理解と可成り隔つたものとならざるを得ないので以下に簡単に觸れてみたい。前述の如く特許法第三十五條第一項後段は「方法ノ特許發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利」を特許權者が専有すべき旨が定められているが、この法文の「擴布」という文言中には外國で特許方法と同一の方法により製作した物の輸入が含まれるか否かが前段に於ける同様の文言と共に争われている。多數説は右の「擴布」の中には當然に輸入行為が包含されるとし、少數説はこの場合「擴布」とは特許物又は特許方法に依つて製作された物の第三者への交付(引渡)を要素とするものでなければならぬと解すべきものとするが、要するにその何れの場合においても特許權の保護に向けられた法的禁止 *gesetzliches Verbot* として輸入が第百二十九條第一項第二號又は第四號の規定によつて定められているから、特許物たる¹³⁾と又は特許方法の利用から生産されたものであるとを問わず、外國で製造したこれ等の物を輸入する行為は特許權の侵害であると理解していたことに於ては變りがなかつたのである。前記の論争は要するに特許權者が特許權を付與された日本國內において特許物の製作又は特許方法の使用によつて物を製作することなく、外國で製造されたこれ等のものを専ら輸入することは、特許權者の專用權の内容たる擴布の中に包含せられるべきであるかどうかという問題を前提とし、若しこれが包含されるとすれば、特許權者が右の如き特許物等を専ら外國から輸入して國內では何等製作することなく、輸入品を販賣、使用、擴布することだけで前述の實施義務が履行せられたこととなり、第四十一條所定の不利益處分たる第三者に對する實施權の付與又は取消處分を免れ得るかという點において論議の實益があつたのである。然しながら若し輸入が擴布であると認められるとしても、特許權者又は實施權者が

日本國內で當該の特許發明を利用することにより特許物又は特許方法によつて製作された所産物を提供し、使用又は販賣、擴布するのまなければ輸入のみに俟つ特許發明の實施は特許權付與の前記國家目的に反することは明らかである。¹⁴⁾即ち假に輸入は擴布行爲として專用權のうちに包含されるとしても、そのみを専ら行うことにより、國內では何等の生産行爲をもなすことなく、その他の實施形態である使用、販賣又は外の擴布行爲を爲すということは、到底國內で特許發明が適當に實施されたとは云い難いものと解するが故に、特許法第四十一條の他の條件に適合する限りは、なお同條所定の各處分を免れ得ないものと云わなければならないであろう(吉原隆次氏訂特許法詳論一三二頁、)。わたくしの見解によれば、寧ろここで問題になるのは「特許權ヲ侵害スヘキ物」の輸入を、制裁を科して禁止している特許法第二百二十九條第一項第二號及び第四號並に特定物に對する特許を禁じている特許法第三條と特許權の内容及び效力を定めている第三十五條との關聯に於て、第三十五條第一項後段にいわゆる方法の特許發明に關する特許權の效力就中、その消極的效力(禁止權 Verbotungsrecht od. Untersagungsrecht)が、特許發明に屬する發明方法による製作行爲の總てを外國で完了した物(内國にはその物自體に特許權)の存在しない場合に關する)を輸入し、且つその物を使用、販賣又は擴布する行爲にまで及び得るか否かということがらである。而して斯くの如き問題がいまさら提示されたことについては或は奇異の念をいだく向が寧ろ多いかとも考えられる程に、判然とした事實であると諒解されていた點¹⁵⁾に實は問題が存在するものと云わなければならないのである。然しここでわたくしが聊か試みようとするのは、特許制度の存在目的乃至は一國の産業政策のあり方として、この問題についての前記のような理解の仕方をあながち非難しようとするものではなく、現行特許法の當該法條の有する規範的意味を純粹に検討してみようとするものである。換言すれば、この問題の解決に關し據るべきところとなるべき、特許法の當該規定が有するその立法構造からみた場合、純理論的

な立場から、はたして従来通りの理解の仕方が論理必然的なものとして承認されるべきものであるか否かという點について省察を加えることを通して今後の立法への資料を提供してみたいと考えるものである。

六

特許法第三條第一乃至第三號はいわゆる特許能力のない物として、(一)、飲食物又は嗜好物 (二)、醫藥又は其の調合法 (三)、化學方法に依りて製造すべき物質(第四號 省略)を掲げ、これ等の物自體は特許されな¹⁰ことを明定している。而してこれ等の物の製造方法が特許されるべきであるか否かについては何等の規定も存在しないが、一般的に方法の發明 *Verfahrenserfindung* を特許し得ることを前提とした第三十五條第一、第二項の規定の趣旨並に前記第三條が特定の物を特許しないことを定めた立法趣旨に鑑み、これ等の物自體を特許することを禁じたとしても、これ等のものの特定の製造方法の特許を禁ずるものでないこと、またこれ等の特許禁止物中第一號及び第二號の物は、直接人間が用いる物以外には禁止されないと理解されていることについて異説はないのであるが、現行ドイツ連邦共和国 *Bundesrepublik Deutschland* (以下單に西ドイツ國と略稱する)の特許法 *(Patentgesetz; Vom 5. Mai 1936 (RGBl. II 117) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Juli 1953 (BGBl. I 623))* 第一條第二項但書に於ては次のように規定し
 15. 10。

§1. (1) Patente werden erteilt für neue Erfindungen, die eine gewerbliche Verwertung gestatten.

(2) Ausgenommen sind:

1. (Kürzung)

2. Erfindungen von Nahrungs-, Genuss- und Arzneimitteln sowie von Stoffen, die auf chemischen Wege hergestellt werden, soweit die Erfindungen nicht ein bestimmtes Verfahren zur Herstellung der Gegenstände betreffen.

右のように、飲食物、嗜好品、醫藥品及び化學的な方法によつて製作すべき物質の發明については前記第一項との關係では除外し、特許しなからず(Ausgenommen sind)として第二號で定めるが、その但書として「これ等の物を製作するための一定の方法に關する發明は此の限りでない」旨を明確に規定することは後に示す如く正しい解釋に資する上で立法技術上極めて優れているといふべきであらう。

前述のようにわが特許法第三十五條第一項は特許權の效力を具體的に定めており、これ等の專用權に屬する行爲を他人が正當の權利なくして爲すことは、當該特許權の侵害であるとされることは當然であるが、この當然とされる違法な行爲であるが故に法が罰則を設けて一般に禁ずることもまた明白な道理である。

さて翻つて再び特許法第三十五條第一項後段をみると「方法ノ特許發明ニ在リテハ其ノ方法ヲ使用シ及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物ヲ使用、販賣又ハ擴布スルノ權利ヲ専有ス」と規定している。これを特許權者に與えられた專用權と解する當然の事理から推考すれば右の法文において「其ノ方法ヲ使用シ」というのは、日本國內で特許方法を使用する權利を定めたものであることは一點疑う餘地のないことは特許權獨立の原則 Principe de l'indépendance des brevets から明らかである。而して次に「及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物」という文言の意味も當然前者と統一的、論理的に解すべきものであるから、これは「日本國內で專用すべき權利としての」「特許方法の使用によつて製作した物」を使用、販賣、擴布する行爲が、とりもなおさず專用權の内容と定められているものと解すべきである。故

にこの特許権者の専用権を害すべき第三者の行爲は、違法に日本國內において、特許方法を使用して物を製作する行爲、並にその違法製作物を日本國內において使用、販賣、擴布することであり、また特許権に基く適法な製作物であるとしても、特許権者の意に反する違法な原因乃至態様の下で正當の理由によることなく使用、販賣又は擴布するときは違法な行爲として侵害となるものであることは準物權的、獨占的利用權たる特許権の本質上容易に首肯されることであり、以上のことがらを除いては特許法第三十五條第一項の規定からは、方法の特許發明に關する特許権の侵害となる場合を理論的に考えることはでき難いものである。方法に關する特許権においてこれを完全に保護しようとするれば、當該發明方法の使用の外に、その方法利用の所産物又は結果に對し何等かの效力を及ぼし得るように方法の發明に關する特許権本來の效力を擴張して規定する必要があることは肯定されなければならないが、その規定の態様如何によつては特許権者の専用權の範圍が、必ずしも立法者の意圖した範圍と同一となるとは云い得ないこととなるのである。¹⁷⁾特許法第三十五條第一項の方法特許権者の専用權に關するこの規定は、正に擴張された形式的文理解釋としては、その特許された方法が、日本國內で用いられたものであると、外國で用いられたものであるとを問わず苟くも同一の方法である限りはその方法の實施から得られた物を、日本國內に輸入すること並にその輸入せられた物を日本國內で使用、販賣、擴布することは、特許権者の有する専用權を侵害するものとなされ得るものであり、¹⁸⁾また國內の發明保護の政策としては斯くあることが望ましいこともまた充分に理解されることからである。然しながら、わが特許法第三十五條第一項後段の規定における「其ノ方法ヲ使用シ」「及其ノ方法ニ依リテ製作シタル物」との意味は、方法の使用が専用權として保護された特許付與國たる、日本國の法令の效力が及び得る地域的限界たる法域内、即ち日本國內において「其ノ方法ヲ使用」すること並に「其ノ方法ニ依リテ製作シタル物」の利用行爲を専用させるもので

あるから、當該特許方法における權利の範圍に關しては、既に吟味された如く特許法の法域¹⁹⁾を越えた外國における、同一方法の使用及びこれから生じた製作物たる自由物 *Patentfreie* を輸入する行爲及び爾後これを利用する行爲が共に方法特許權の權利範圍にあるものとみることが極めて無理なことといわなければならぬ。

七

前項のような考え方に對しては、物の特許發明の場合において、その特許物を輸入する行爲並にその輸入された物を使用、販賣、擴布する行爲が特許權の侵害であることと均衡を失するといふ反論が豫想されるけれども、物の發明におけるいわゆる特許物は、それが如何なる方法、如何なる所で製作されたにもせよ、すべて内國においては内國の特許權の效力の及ぶ對象となるものであり、特定の物件それ自體が國內に輸入され利用されるべきことそれ自體が物の發明に關する特許權の侵害となるのであつて、輸入行爲はそのこと自體が多數說によつて擴布と考えられ且つ、使用、販賣又は擴布という如き何等かの利用目的に供するためにこそ輸入されるものであるが故に、その物自體に對し物に關する特許權の效力を及ぼし得るものであり、その製作行爲の爲された場所の内國たると外國たるを區別する必要の存在しないことは、直接に物の實質それ自體を對象とする物の特許發明 *Erzeugnisfindung* の保護の手段としては極めて當然のことからである。然るに方法の特許發明に對して付與された方法特許權 *Verfahrenspatent* は、當該の方法の施用から生じた物それ自體に對して本來はその效力を及ぼし得ないものであり、法の特別の規定を俟つて初めて當該方法特許權の效力範圍 *Wirkungsbereich od. Schutzzumfang* が擴張されるものであることは前述の如くであるのみならず、方法の發明に關する特許權者の有する專用權はまた特許法の法域である日本國內で適

法に製作された物の違法な利用行爲と、日本國內で違法に當該特許の方法を使用すること及びその結果として製作された物の利用行爲に對して對抗し得るに過ぎないものとすることは理論的に正しい觀方であるとしなければならぬのである。このように、特許權の效力の及び得ない、特許付與國の法域外で爲された同一方法の利用行爲によつて製作されたところの、「物それ自體」に對して方法特許權の效力が及ぶものと考へ得る餘地は、わが特許法の理論的な解釋の上では生じてこないものである。何故に然るかといへば、特許法第三條ではその第一乃至第三號の物に關する限りは現在これを特許しないことに付き相當な理由があつて、物件乃至物質それ自體に對する特許を禁じているのであるから、假令方法特許に係る方法と同一の方法で製作された物が存在するとしても、その方法の施用が外國で完了した所產物それ自體に對しては、方法に關する特許權は、その效力を及ぼし得ないことは論理的歸結であると云わなければならぬからである。これについてなお少しく敷衍すれば方法に關する發明は、前示の特許能力 *Patentfähigkeit* のない物の製法のみに限られない（物の製造以外の方法に關するものもあるがこゝでは關係がないから觸れないことにする）のであつて、法上特許されるべき物（いわゆる特許能力）の製造方法に關する場合もまた枚擧に遑がないのである。例えば家畜の飼料（食料）、専ら動物に用ゐる醫藥品その他第三條第一乃至第三號に記載する以外の物の製造法が發明された場合、その製造された物自體が新規な工業的發明であるとすれば、その物の發明もまた、いわゆる物の發明 *Erzeugnisfindung* として特許されるべきことは當然である。而して發明者は自己のなした發明について特許の出願を爲すべき義務はないのであるから、若し自己が當該の特許能力ある物自體についても保護を受けようと思ふならば特許又は實用新案の登録を受けるべきであり、若しこのようにしなければ當該發明又は考案は保護を受け得られぬ（*Patentanmeldungsprinzip*）ことも自明であつて、これ一に發明者自らの自由意思によつて決せられるべきことがらである。

従つて假に、その發明内容が物及び方法の發明として共に特許可能(特許能力の外に新規要件その他特許要件を充足する必要のあることは勿論である)のものであるとした場合、發明者が發明物それ自體をも效果的に保護されようと望むときは、右の兩者について特許を受けなければならぬであろう。更に假定すれば發明者が若しこのような場合に方法についてだけ特許を受け、方法の特許はその方法によつて製作した物の使用、販賣または擴布(製作物の利用)に對し効力が及ぶが故に物自體が特許される必要なしといふのであればこれは誤解であることは明らかである。何故ならば方法の發明に對して付與される特許權(Verfahrenspatent)は、當該特定の特許方法によつて製作された物のみにしか及び得ないのであつて、如何なる場所、如何なる方法によつて製作された同一の物にも及ぶといふ効力を有するものではないからである。又若し右の如き特定範圍にしか及び得ないのであるとしても、恰も物の發明と全く同様に、同一の方法に依る製作物に對して効力を及ぼすとすれば、その同一の方法を施用した製作物に關する限りは、物の發明としての特許はなし得ないことになることは一發明一特許 *ein Erfindung ein Patentierung, Nur einmalige Patentierung einer Erfindung* の原則から容易に肯定されるべきことである。蓋し前記の如き關係においては、當該の物に關して與えられた特許權と、當該同一物の特定製法に關して與えられた特許權の内容は抵觸することを免れ得ないが故である。然るに同一の物に關する物の發明と方法の發明は共に兩立すべきものとし、それぞれ特許されていることは、兩發明はその對象を別異とし、これ等に對し付與された特許權もまた別個のものと考えられること即ち權利の内容において異なるものと考えられるからであつて、わが國においても嘗ては一出願により兩者が特許せられたことさえあつた事實並にこれが許されなくなつて別個の出願としてなされなければならなくなつた點等21)からみても、物の發明に對して與えられる特許權と方法の發明に對して付與されるべき特許權とは異なる權利内容を有する別個の權利であることに因る

ものである。²²⁾このような誤りのない且つ明白な事理に鑑みれば、物の製造方法に對して與えられた特許権の機能すべき限界は自から明らかであつて、法域を異にする外國の領域で同一の方法で製作された物が輸入されたとしても、その物に専用權の效力を及ぼし得ないものと解しなければならぬであらう。何故ならば現行法上はこの場合當該製作物の輸入行為や爾後の利用行為を禁止するためには、その物自體に效力を及ぼし得べき物の發明それ自身を保護の對象とする特許権即ちいわゆる物の發明に對する特許権を得ておかなければならないからである。

八

前項のことは、「特許權ヲ侵害スヘキ物」又は「權利ヲ侵害スヘキ物」の輸入を禁じている特別刑法たる特許法第百二十九條第一項第二號及び第四號についてみて、そこにいう「特許權ヲ侵害スヘキ物」(以下同條第四號の「權利ヲ侵害スヘキ物」の表示で)がいわゆる特許物及び特許方法に依つて製作された物の兩者を包含するものとは一義的に解釋することはできないのであつて、この故にこそ、既述の如く「擴布」という文言中に輸入が含まれるか否かという論議が繰返されているのである。またこのことは前記法條各號において「特許權を侵害すべき物」とは單純に「特許品」若くは「特許物」であるといひ、²³⁾特許方法によつて生産された物を含むものとは明確に示されてはいない點からみて、このことは容易に諒解されるであらう。

またそれのみならず、論者中方法の輸入なるものは考えることができないから、いわゆる方法特許に係る當該の特許方法で製作した物の輸入が禁ぜられたものと解すべきであると説明する場合があるかも知れないが、²⁴⁾前記の罰條における「特許權ヲ侵害スヘキ物」が「特許物」以外の特許方法に依つて製作された物までも包含すると解すること

は當を得たものと解することはできないのである。またこれ等の點を外國の事實に徴してみても、西ドイツ國現行特許法第六條の改正前においては、ドイツ國に、方法の發明に關する特許權が存在するにも拘らず、スイス國の製藥業者がドイツの方法特許と同一の方法で製造した醫藥品をドイツ國內へ輸入し、且つ同國內で販賣することを禁遏できなかつた苦い經驗に基づいて一八九一年に改正せられ、その後段 (§6 Satz 2 PG.) は Ist das Patent für ein Verfahren erteilt, so erstreckt sich die Wirkung auch auf die durch das Verfahren unmittelbar hergestellten Erzeugnisse. (方法に對して特許が付與されたときは、その方法に依つて直接に製作された物に對してもまたその効力が及ぶ²⁵⁾) (Vgl. Patengesetz für die Demokratische Republik (1950) §1 (4)) と規定せられる (Vgl. W. Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, (1957), S. 254) に至つて、ようやく前記の不利を除き得たものであり、またこの問題に關する争はその後に至つてもドイツ大審院の法廷にまで持ち込まれ、その裁斷の結果、漸く終止付が打たれるに至つたのである。²⁶⁾ 同國の碩學コーラーも右の改正法の後に同趣旨の説明をしているのであつて、立法言としては、わが國法に比し極めて優れてゐると考えられるドイツ法の下においてさえも激しい論争が久しき後にまで展開された斯る問題については、前掲の如き不適當な、わが國法の立法言によつては、明確な判斷を下すことは不可能であり、理論的な吟味の下では却つて從來の理解と反對の結論が導かれることとなるのである。わたくしは、ここでドイツ法の立法言に觸れたが西ドイツ國現行特許法の下では、特許無能力を定める條下に前記の如き但書が設けられており、この故に西ドイツ國ではこれ等の物が條件附で特許されるとの説さえ生ずる程に有用な言句と考えられ、また第六條後段には前掲のような明確な效力規定が存在するために、それは恰も特許に係る方法と同一の方法に依つて製作された物に對してはそれが、その法域たる西ドイツ國內に流入するや、直ちに且つ直接に西ドイツ國

の方法に關する特許權が效力を及ぼすものであるために、その物が特許方法と同一の方法で製作された以上は、當該方法の實施地が國の外たると内たるとを問わず、いやしくも西ドイツ國內に、その實施行爲の所産物を輸入し又は爾後に利用することが方法に關する特許權を侵害することとなるものであり、その物の爾後の利用行爲も勿論同様に侵害であるとされること即ちその獨占權の效力範圍内にあるものとして律せられることとなることは一見極めて明らかである。²⁷⁾わが國近時の状態としては、以上の如き法文の曖昧さを除くべく、さきに特許廳から發表された特許法改正案第二條第一項第二、第三號においては、特許權の内容として次に示すように規定し、その效力範圍を明確化しようとしてゐるのである。即ち同條第一項に於て『この法律で「特許權」とは、次に掲げる權利をいう』とし、第二號として「特許發明が方法の發明として特許を受けてゐるものであるときは、その方法を業として排他的に使用し、並びにその方法を實施するためのみに使用される物、材料、機械及び裝置を業として排他的に製作し、使用し、販賣し、及び輸入する權利」とし、第三號では「特許發明が物を製作する方法の發明として特許を受けてゐるものであるときは、前號に掲げる權利のほか、その方法によつて製作した物を業として排他的に使用し、販賣し、及び輸入する權利」であるとそれぞれ規定してゐる。

而して右の法文の明確化と照應して侵害罪の規定はこれを、「特許權を侵害した者」(同法案一九三(條一項參照))と單純化してゐるのであつて、これは本問題に關して抜本的解決を計つた點で特許發明保護の手段としては正に竿頭一步を進めたものとして大いに歡迎されて然るべきものと云わなければならぬ。然しながら「擴布」とは獨立して特許權者の專用權能中に「輸入」を明定したことは、専ら特許物又は特許方法の利用によつて製作された物等を外國から輸入し、國內で何等の生産をも行わない特許權者又は實施權者の非國策的營爲を正當化する結果となる不合理をも同時に包藏

するものであることは十分に注意しなければならない點である。従つてわたくしは、特許物等の「輸入」を特許權を侵すべきものとして禁止することは、内國特許權保護の國家的立場として、禁ずべき行爲を明確にして禁止すれば足り、特許權者の專用的權能としては規定しないことが、より望ましく、また方法特許權の專用的效力に關する規定は西ドイツ國特許法第六條後段又は東ドイツ國特許法第一條第四項及びスイス國特許法第七條第三項の如く、「方法に對して特許が付與されたときは、(その特許權の效力は)當該の方法に依つて直接に製作された物に對しても亦及ぶものとす」る旨規定することが、前記の西ドイツ國特許法第一條第二項第二號但書の如き規定は若しこれを望み得ないとしても、規定内容が明確なものと成り、立法技術上遙かに優つてゐるものであると思料するものである。なお今回の改正法案は以上の點に關連して「特許方法に依つて製作された物」を明確に「物を製作する方法の特許發明におけるその方法により製作した物」と表現し、また「特許物」についても「物の特許發明におけるその物」と規定し、特にその兩者を包含させるためにも、殊更に『「特許に係る物」という』と周到な規定の仕方を探り、また物を製作する方法以外の方法の保護されるべきことについては既に述べた如く、「特許發明が方法の發明として特許を受けてゐるものであるときは云々」と定めてゐる點において、特許權の效力規定に關する現行法の改正規定としては、著しく進歩した優れた點が認められるものである。

以上の諸點は前記の如く、わが特許法の解釋上、從來一般には疑義のないものとして理解されたものと考えられており、わたくしの考においてもまた、一國の特許政策的考慮からすれば正にその如くでなければならず、かつまた特許權者保護の立場上からもその必要性は十分に諒解されるにも拘らず、當該法文の構成上將又文言の用い方から反對

説の生ずる餘地が存在し、また結論的には異説もあつたが、この問題についての詳しい検討は未だなされていなかつた現状に鑑み、また、程なく特許法改正の時機を迎えようとするに當り、特許權に關する效力規定一般と共に併せて前記諸點のような論點について省察を加え、ここに、より完全な立法への資料を提供する所以である。

註(1) 末弘博士、工業所有權法五七頁參照。

Vgl. Danne und Lutter, Das Deutsche Patentrecht, 3. Aufl., S. 469.

(2) 粵優美氏條解工業所有權法一一〇頁以下、同氏工業所有權法九八頁以下。

(3) 拙稿、法學論集關西大學創立七〇周年記念特輯號、一〇一頁以下。

拙稿、事業者工業所有權協會關西特許法研究會資料第二號論文並に第三號論文各參照。

(4) H. Jsay, Patengesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 3. Aufl., (1920) S. 206.

(5) W. Bernhardt, Lehrbuch des Deutschen Patentrechts, (1957) S. 109.

(6) H. Jsay, a. a. O., S. 225, 237 ff.

(7) W. Bernhardt, a. a. O., S. 229 ff.

Patengesetz 1936 (Bundesrepublik Deutschland), §47, I, §15, I.

わが國現行特許法等に於てはこの點について何等規定してゐないが、工業所有權の特質から肯定される。なお改正特許法案(昭和三二年八月一六日特許廳發表)はその第一章第一八五條乃至第一八八條に互りこれ等の請求權及び過失の推定について規定してゐる。

Cf. The Code of the Laws of the U. S. A., title 35 (Patent Law) §70, II, §283 (Injunction, 1953).

Vgl. J. Kohler, Lehrbuch des Patentrechts, S. 540, 542.

W. Bernhardt, a. a. O., S. 229, 235 ff.

H. Jsay, a. a. O., S. 131.

Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, S. 425.

侵害は客觀的の違法 objective Widerrechtlichkeit であれば足り、責任條件たる故意過失及び責任能力の存在することを

要しない。特許権者に留保された獨占的權能を違法に實現するときは、これ等の請求權の對抗を受けなければならない。

なお拙稿法學論集三卷一號一六一頁の註(33)、(34)参照。

(7) 強制的手續によつても實施できない場合については、拙稿、事業者工業所有權協會關西特許法研究會資料第五號論文第三項末尾参照。

(8) 拙稿、前掲論文第五項末参照。

(9) H. Jay によれば發明者榮譽權 *Recht an der Erfinderehre* は、發明者自身が發明者として正しく表示されることに關する人格權であるところ(H. Jay, a. a. O., S. 131)。またソヴィエト社會主義共和國連邦一九四一年三月五日の「發明及び技術的改良に關する命令」に依れば同國では通常の特許の外に「發明者證」及び「技術的改良者證」を付與し、その名譽を表彰する制度を採つてゐる。

(10) 末弘殿太郎博士法律時報一三卷七號六一頁。

(11) 特許法第一三一條に關する詳細な論評については、拙稿法學論集三卷一號所收、特許制度と裁判所(一六一頁)中の詳註(34)参照。

(12) 特許管理一九五七年一〇號二〇頁(通卷四四九頁)。

(13) 永田菊四郎博士工業所有權論二八六頁。井藁正一氏特許法概論一四二頁。

Vgl. J. Kohler, a. a. O., S. 126.

W. Bernhardt, a. a. O., S. 112.

Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, S. 170.

Damme und Lutter, a. a. O., S. 474.

(14) 拙稿、法學論集二卷二號四六頁、同五七頁註(20)参照。

(15) 昭和三二年六月三日、日本經濟新聞・參照。發明一九五六年度二號一一頁、松井文二郎氏審判における諸問題參照。

(16) 化學物質全體を特許しない日本國以外の國は、東、西兩ドイツ、スイス、オランダ、スエーデン、オーストリー、ノルウェー、フィンランド、ポーランド、チエコスロヴァキア、ユーゴスラビヤ、ポルトガル、ルクセンブルク等であり、これに反し化學物質それ全體をも特許する國は、アメリカ合衆國、イギリス、カナダ、イタリー、フランス、ルーマニア、スペイン、ベ

特許權の效力規定について

五三

ルギー、デンマーク、アルゼンチン等である。

また醫藥品自體について特許を認めない日本以外の國は、東、西兩ドイツ、フランス、オーストリー、ベルギー、スペイン、デンマーク、ルーマニア、チェコスロヴァキア、オランダ、スイス、フィンランド、スエーデン、ノルウェー、ポーランド、ユーゴスラビヤ、ポルトガル、アルゼンチン等であり、殊にイタリーは醫藥品についてはその製造方法の特許さえも認めていない。これに反し、アメリカ、カナダ、イギリス、スペイン等は醫藥品自體の特許を認めている。

(17) 拙稿、事業者工業所有權協會關西特許法研究會資料第二號論文一一頁參照。

(18) 村山小次郎氏特許實用新案意匠商標四法要義二一八頁、田中清明氏特許實用新案意匠商標法論一六六頁、但し前者に關しての專氏編學說判決工業所有權法總覽八二二頁、八二三頁の引用箇所のみでは反對に解釋されることとなる。

(19) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 75, 128.

Becksche, Krutz = Kommentare Band 4 (Patentgesetz), S. 99.
Isay, a. a. O., S. 229, 231.

Convention d'Union pour la protection de propriété industrielle, § 4, II, (1) (2).

Kohler a. a. O., S. 17.

(20) 竹内賀久治博士特許法七三二頁及び二六五頁は、方法特許に係る方法によつて製作された物であつても、それが公知物であるときは、その物は本來自由物 *Patentfrei* であるが故に方法特許権の效力はその製作物には及ばない。従つてこの場合は特許権の侵害にならないといわれる。これは本稿の理解に關して重要な參考資料となるであらう。

(21) 村山敏三氏、專賣特許とは最新特許法實用新案法四二頁、四三頁、二五八頁參照。なお實例として特許第三九六七九號、特許第一七三六五號と同第一七三六六號、特許第一一七七九九號と登録實用新案第二三五二七八號、特許第一三二二九五號と登録實用新案第三〇四四五〇號との關係各參照。

(22) 非新規な物品が先行特許権によつて保護されている場合は、特定の製造方法について方法の特許を得たとしても、物に關する先行特許権者の實施許諾を得なければ實施することはできない。

(23) 清瀬博士特許法原理一二二頁、竹内博士、前掲七三三頁、特許と商標一卷三號二八頁、二九頁、松本靜史氏改正特許法要論二一五頁各參照。

②4 井藤正一氏特許法概論一四一頁末尾の記載は此の立論の仕方の参考となるであろう。

②5 W. Bernhardt, a. a. O., S. 127.

②6 Benard, Patengesetz Gebrauchsmustergesetz Patentanwaltesgesetz, 3. Aufl., (1954) S. 99~100, S. 453.

Markenschutz und Wettbewerb, 38, 80 (82).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, 77, 248.

W. Bernhardt, a. a. O., S. 112.

②7 西ドイツ特許法第一條第二項第二號には特に但書を置いて第二條本文に定める特許能力のない物についても、その新規な一定の製作方法はこれを特許する旨を規定している（東ドイツ特許法は第一條第三項において、同様に特許能力のない物は一定の製作方法に關してのみ特許される旨を規定している）——Patengesetz für die Deutsche Demokratische Republik——von 6. September 1950.——Vgl. G. Benard, a. a. O., S. 769.）ので、實質的には、當該一定の新規な方法によつて製作された物は、例外的に保護されるべき趣旨が諒解せられ、この規定と第六條後段の規定（東ドイツ特許法では第一條第四項後段に同一の規定がある）とを關聯的に考慮すれば、方法特許権の効力が、その方法によつて製作された物に及ぶこと並にその結果として、一定の製作方法 bestimmte Herstellungsverfahrenとして特許された當該方法から生産された物自體が、保護の對象となるものであることは、疑のないところである。従つて外國から、同國の特許に係る方法と同一の方法で製作した物を輸入する行爲は明らかに違法であり、爾後のその物の西ドイツ國內での利用が特許権の侵害となることもまた極めて明瞭である（Vgl. G. Benard, a. a. O., S. 99~100）。

なお以上の如く特許方法に依る製作物の輸入行爲の侵害性が特許法上明確であるにも拘らず、西ドイツ國ではこの輸入を禁遏するために特別法を以て規定しているとのことであるが（特許管理一九五七年一〇號二〇頁）同國では寧ろ直接に特許法の規定それ自身によつて禁遏取締が可能であり、わが特許法の下においてこそ特別の法的措置を要するものとしなければならぬであろう。（村山氏前掲四法要義二一九頁においては「外國に於て特許發明を侵害すべき物を製作、使用、販賣、擴布するも何等不法あるにあらず、此の如く正當に製作せられたるものを輸入又は移入するを罰せんとするには第一號以外に特別の明文を要するものとす」といわれている）。前示の理論をここで推究すれば、特許法第一二九條第一項第二號、第四號はこの場合單なる「いわゆる取締規定 Sollvorschrift」としての意味を持つものと考えられないことはなく、殊に第一號及び第三號等と

特許権の效力規定について

五五

の關聯並に特許法全體の構成から考覈すれば、この第二號及び第四號の規定するところは通説の理解するように念のために重複して規定したというよりも寧ろ第一號及び第三號とは別個の取締規定に屬するものとみられないこともないであろう。

また以上の點を更に敷衍すれば、特許法第三十五條第一項の「擴布」の中に輸入が含まれるか否かの問題について、これを立法的に解決しようとする今次の特許法改正法案（昭和三二年八月一六日特許廳發表）第二條第一項は好ましいものと一應認め得られること既に本文に述べた如くである。第一二九條第一項第二號、第四號において、「特許權ヲ侵害スヘキ物ヲ輸入シタル者」を處罰することは特許權保護の目的で定められたものであることは勿論ではあるが、この罰條の定める犯罪構成要件としては、輸入の對象となる物として特許物のみを指すものと解すべきものであるか否か（本稿四八頁及び註②参照）ということ並にまたこの罰條は單なる取締規定 *Solvorschrift* と考えるべきか否かということ、可成り困難な問題である。假に特許法第一二九號第一項第二號及び第四號の規定において、方法の特許發明に係るその一定の方法によつて製作された物の輸入行爲が可罰的なものであるとしても、これから直ちに、特許權の及ぶ效力範圍の如何をも速斷し得るものではなく、それは根本的に、特許權の效力を直接に定めた規定、即ち特許法第三十五條第一項の「效力を定める規定」を理論的に検討把握すること（勿論その他の法條例えば特許法第三條等との理論的構成、關聯を無視するべきではない）によつて、正しい理解に到達するようにされなければならない。この點において前記改正法案第二條第一項、殊にその第三號が方法の特許に係る「その方法によつて製作した物」を「業として……輸入する權利」をもまた專用權として定めることの必要を認めたことは、右の物の輸入行爲並に輸入せられた當該物件の爾後における使用、販賣、擴布等の利用行爲が專用權を侵すものとして禁ぜられるべきことを明らかに定めたものとしては極めて優れた改正案であるといえるであらう。

(以上)