

工業所有權侵害論に關する序章についての再論

内 田 修

ま え が き

この問題については、さきに、法學論集・關西大學創立七〇周年記念特輯號のなかで概論したが、そこでは主として、法解釋論の立場から特許法第三十五條第一項に規定する、特許權者の專用權能について——特に特許權の本質についての吟味を通じて——從來理解せられていた通説と著しく異なるものとして、萼優美氏の新説との對照において研究し、これについては、併せて數種の資料によつて、わたくしの立場を實證的に檢討するという方法が採られている。而してこれには極めてむづかしい多くの問題を含んでいるばかりでなく、前記の法學論集においては、制限紙數内で概言するという已むない事情のために、充分な論及ができなかつた憾もあるので、なお少しこの問題を検討し、でき得る限り疑問點の理解に役立つようにすると共に、なお生じ得るであろう誤解を避けつつ併せて、更に二、三の點についての疑問を提起してみようと思ふのである。

一

既に公表された前記拙稿「工業所有權侵害論に關する序章」においては、工業所有權殊に特許權の本質について、

研究する便宜上、從來の通説が特許權者に許與された專用的權能として理解している、特許權の内容について、二、三の異説のあること殊に粵氏がその著、條解工業所有權法及び舊著、工業所有權法において、特許法第三十五條第一項の解釋につき、同氏の解するところを、新説として、法文の形で示すといわれ、特許權の本質的内容として、その示されるところは、わが現行特許法の示すところを全く改變された結果となつてゐる。²⁾ その故に、わたくしは、前記論稿において、このような解釋の仕方は、法超越的な立場乃至自由法論的解釋の立場または立法政策論としては諒解できるとしても、經驗的所與 *empirische Gegebenheit* たる實定法の解釋論としては肯定でき難い所以について述べたのであるが、前記論稿を讀まないで、この問題を理解されようとする讀者のために、問題の所在のみについて、その概要を再録し、この再論を示すことについて御諒恕を願つておく。

わが特許法は第三十五條第一項において、特許權の效力乃至内容に關し「特許權者ハ物ノ特許發明ニ在リテハ其ノ物ヲ製作、使用、販賣又は擴布スルノ權利ヲ專有シ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、販賣又は擴布スルノ權利ヲ專有ス」と規定しており、諸學者はこれを、その法文の示す通りに、特許權者は獨占排他的に、物の發明 *Erzeugnisserfindung* にあつてはその物を製作し、使用し、販賣し、または擴布する權利を與えられ、又方法の發明 *Verfahrenserfindung* についての特許權者は、その方法の使用權及びその方法の使用によつて生産した物を使用し、販賣し、又は擴布する專用的權利を與えられており、従つて他人が違法に、この特許權者の專用的權利内容に屬する諸行爲を爲すときは、特許權の効果として、その侵害行爲に對して適切な救済を求め得べきものと理解してきたのである。然るところ粵氏は、條解工業所有權法一一〇頁以下(舊著工業所有權法では九八頁以下、以後は條解工業所有權法のみを引用)において、右のように、通説が特許權の内容を、物の發明においては、その特許物を製作、使用、

販賣又は擴布する權利、方法の發明においては、その特許方法の使用權および爾後その所産たる生産物を使用、販賣又は擴布する權利と夫々理解することは間違であつて、物についての特許權の本質的内容は當該特許物の製作權であり、方法の發明についてのそれは當該發明方法の使用權それ自體であつて、その他の前記種々の利用に關する權利とせられるものは、實は權利ではなく、特許權者の前記本質的權利から當然に派生する權能に過ぎないと云われ、その理解するところを法文の型で示すとして次のように掲げている。⁵⁾

「特許權者は物の特許發明にあつてはその物を製作する權利を、方法の特許發明にあつてはその方法を使用する權利を專有する。

正當の理由がないのに特許物を製作、使用販賣若しくは擴布しまたは特許方法を使用し、若しくは特許方法に依る製作物を使用、販賣若しくは擴布する者に對しては、特許權者はその行爲の禁止並にその特許物または特許方法に依る製作物の發明部分の廢棄を請求することができる。

前項の規定は特許權者が民法の規定に依り損害賠償の請求を爲すことを妨げない」と。

以上に示されるところ、殊にその第一項を讀む人は何人も、それが、わが特許法第三十五條第一項の法文との對比において、後者における「其ノ物ヲ製作、使用、販賣又は擴布スルノ權利ヲ專有シ」という物の特許發明について特許權者に認められた専用の權利及び方法の發明について「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」として方法發明の特許權者に與えられた専用の權利の内容が前者においては單に「その物を製作する權利」、後者においては「その方法を使用する權利」だけに、それぞれことさらに限定されていることを一點の疑もなく、直ちに理解されるであらう。

而して以上のことは、萼氏の示された法文の第二項について、検討してみても何等の影響を受けるものでないことも明らかである。何故ならば「専有する権利」として第一項で明記された夫々の行為の外に、第三者に對するいわゆる禁止權能としての作用をうけるべき他人の行為をそこでは規定しているからである（もつともこのような規定の仕方それ等については別項で）。要するに、わが特許法第三十五條第一項の規定を以上に示すように、解釋しようとすることが常に不合理であるのみならず、假にこれが許されるところの場合においても、法關係 *Rechtsverhältnis* を合理的に規整しようとする法の原初的な目的からみても到底承認され得ないことについての概言が、わたくしの、さきに公表した論文の内容であるが、以下においては、前記の既刊論稿では全く、又はあまり觸れられていない諸點について再論することにした。

二

萼氏が法文の形式で示された前記のもの（以下單に萼氏法（文と略稱する））のうち第一項及び第三項については、その意味内容を理解することに關する限りは疑義がない。然し第二項については、表現形式上も、又表明されようとする理論についても多くの疑問點を含むものであるから、先ずこれを解明するのでなければ正鵠を得た研究結果は得られないであろう。従つてわたくしは萼氏法文について、次のように疑問點を指摘したい。

萼氏法文第二項は、その第一項との關聯においてみるときは、後に詳しく觸れるであろうように、殊に前段において不明確であるが、わたくしは、萼氏の前掲著書一一五頁並に日本發明新聞第一一四號（昭和三十一年七月十五日發行）（工業所有權法講座第二十一回）における「侵害の結果具體的現象として現われるのは特許物または特許方法による製作物の使用、販賣または擴布

の行爲であることを通例とするのである。使用、販賣または擴布の現象はこれを追究するときは必ず特許物の製作または特許方法の使用にまで遡ることが出来る。しかしこの源に遡るのは恰も犯罪の根源を捉えるのと同様に甚だ困難であつて殊にその源が外國にあるときは益々至難である。故に源を押えるよりはその流である使用、販賣、擴布を押えることが特許發明を保護するについて策を得たものと言わねばならない。この故に特許物または特許方法による製作物の使用、販賣または擴布は、特許権の内容ではないのであつて特許權侵害の態様であるに過ぎないのである」との記載からみて、一應次のように解し得られるかと考へるのである。即ち、特許権者が有する専用的權利は萼氏法文第一項に明記するように、特許物の製作權及び特許方法の使用權であつて、第二項に示された諸行爲のうち、「特許物の製作」及び「特許方法の使用」以外のものは、特許権者の、右權利行爲を前提として、當然に爲し得る行爲であると共に、いわゆる第三者に對する禁止權として作用する、前記本質的權利から派生する消極的效力と考へられるものである。ここでは正當の理由がないのに前記の諸行爲を爲すことが特許権者の實質的權利を侵すが故に禁ぜられるべきものとせられると共に、そのことは、對世的な特許權本來の效力として、いわゆる準物權的效力を有するものであることを前提として當該侵害結果の除去をも要求し得る旨を示されたものであり、その結果は、當然に、準物權的效力からみて客觀的に違法 objektive Widerrechtlichkeit な侵害である限り、主觀的違法要素たる責任條件を缺く場合においても亦侵害としての責任を問ひ得べきことを明示しようとするものと考へられる。而してこの第二項において、「正當の理由がないのに特許物を製作」するとは法律上正當の理由がないこと、即ち違法に、特許物を權限なくして製作(模造・偽作)することの意味することは明らかであるが、それに續く前段の文言「特許物を……使用、販賣若しくは擴布し」(第一一四頁の末行及び日本發明新聞第一一四號)ということは、全くその意味が不明であるというの外はない。⁸⁾然しこの表現

を第一項との關聯において統一的に理解しようとすれば、恐らくは特許權者の權利行爲として製作した特許物を違法に、使用、販賣または擴布する行爲を禁ずる趣旨と解すべきであり、又後段においても特許方法を權利なくして違法に使用する行爲と共に特許方法を用いて、特許權者が正當に製作した物を違法に使用、販賣または擴布する行爲を禁じ且つその禁を犯した結果を除去しようとすることを意味するものではなからうか（第二項のみを、第一項と無關係に解ず、むしろ必然的に、わが特許法第三十五條第一項において通常理解せられているような解釋となるであらう）。若しそうでないとすれば、萼氏が前掲書第一一六頁末行において、殊更に「既往の學者は、行爲の違法性の問題としてこれを取扱うことを知らないで、侵害行爲の構成要件として取扱つた爲めに遂に救いがたい迷妄に陥つたのである」との前提のもとに、行爲の違法性の問題として侵害の成否を説明する（後記本稿六頁参照）立場において設例し、ここにおいて侵害成立の法理を明らかにし得るといふ次の記載内容を理解することができないからである。即ち萼氏は盜犯者等の不法行爲によつて特許權者の手を離れた特許物を使用、販賣又は擴布する行爲の侵害性を説明するとして「また特許權者の手から出たとしても、強盜又は竊盜その他の不法行爲に因り獲得せられた特許物を、使用、販賣または擴布する行爲は、特許權侵害となる理も明らかにすることができるのである。」とされ、この點においても「特許權の内容を製作權または（方法の）使用權と爲すときはすべての點において既往の學說のように苦しい説明をしないで」¹⁰⁾「解明可能のものであるといわれているのである。然し乍ら一般に法上の觀念として權利侵害 *Rechtsverletzung* というものは、特定の權利者に與えられた權利乃至は權利者に許容せられた權利行爲を「違法に」侵す場合に認められるものであつて、特定人の有する權利又は法上の利益を前提としない場合は認められ得ないものである（この點、不法行爲責任においては法上保護すべき必要のある限り、廣く人が生活上享この理論を、わが特許法が現實に明定している特許權の内容に制限を加えた上で、その除外された内容についての第三者^{11) 12)}もつこの行爲を法禁することに關して應用しようとすることは特殊の意圖によるにもせよ不合理であることは以下の通りである）

も、工業所有權論上いわゆる禁止權乃至消極的效力または不可侵性ある行爲(拙稿、法學論集五卷四)としてゐるものは、工業所有權を有する者の行爲としては權利行爲ではないが、他人がこれを行うときは、權利者の享受利益乃至享益行爲 *Genusshandlung* を實質的に侵害することとなる場合において、權利者の完全保護のために保護法規乃至命令的規定として當該の行爲を禁ずるのであつて、これは全く法の反射たる利益 *Reflexionsinteresse* であるに過ぎないものである。従つて、以上の理由によつて認められる、いわゆる禁止權(工業所有權は第三者に對しては本來廣義において、禁止權能として作用するが、ここにいう禁止權 *Untersagungsrecht* od. *Verbotungsrecht* とは前示の消極的效力又は不可侵性を指稱するものと理解され度)は權利範圍の比較的狭い、實用新案權、意匠權、商標權の保護手段として、權利者に對しては、權利行爲として許容せられない行爲であるが、他人のこれを爲すことを禁ずることとしたものである。¹³⁾

即ちこれは法の理念乃至立法技術上の制約があり、特定人に對する權利行爲として許容し得ないか又は規定し得ない場合であるが故に許容的法規が存在しないときにおいて、なお當該の特定人の保護のために必要と考えられ、若しくは一般に法秩序を維持するための手段として必要があると考えられる限度において、その法目的に適合して社會秩序を形成するために命令的規定を定めて人の行爲を規制しようとする特別の必要に基いてのみ許容的法規(規範)を離れ——特定人に付與せられた權利を離れ——獨自在法的禁止 *gesetzliches Verbot* を定め得るのである。この場合もとより、前記權利の保護の爲めには、これを必要と認め得るが、保護せられる者に對し權利として許容することが、法の立場からは合理性を見出し得ない場合(拙稿、法學論集五卷四號)には、法は、他人に對してのみ、結果的利益の享受者の有する或る種の權利とは無關係に法上の禁止を、民事的又は刑事的に規定し得るものであつて、その規定をおき得る場合は一に、前記の必要性の特に明確な場合に限定されるべきであるが、又他方においてこの場合の法禁は、維持しなければならぬ法秩序一般から考へて他人の行爲に對して違法であると評價しなければならぬ場合に限られる

べきことは多言を俟たない。然るに、萼氏は、法文第二項において、違法に「正當の理由がないのに」と表現し「特許物を製作、使用、販賣若しくは擴布したまたは特許方法を使用し、若しくは特許方法に依る製作物を使用、販賣若しくは擴布する者」に對しては「特許權者は」その行爲の禁止並にその特許物または特許方法に依る製作物の發明部分の廢棄」を「請求することができる」と規定するのであるから、その意味するところが甚だしく不明であること（第一項との關聯）は別としても、「請求の許容規範」（請求權肯定規範）を第二項におきつつ第一項でその權利性を否定しようとするものであるから規範的論理性を缺くのみならず、更に卒爾として第二項において、行爲の違法性を強調すること（特許權侵害行爲を行爲の違法性の側面から把握しようとしなかつた從來の學說の不備を萼氏は強調されるが、特許權侵害という違法行爲は不法行爲としての責任の有無に拘らず一般に「違法性」のある場合にのみ肯定される概念である。殊に不法行爲において、權利侵害を以て違法な行爲の徵表とみる近來の學說判例の一般的傾向からみても、特許權の侵害についてだけ、侵害成立要件としての違法性が看過されていたとはいえないのであつて、萼氏の説示を俟つまでもなく、「法律の規定に依る場合、權利行爲である場合、特許權者の承諾ある場合、または緊急避難その他、社會的評價により、使用、販賣または擴布が正當の事由により爲されたものと認められるとき」は違法性のないものとせられること（萼氏、前掲條解工業所有權法一一六頁參照）は不法行爲論に關する著述中枚舉に違のない法理論である。例えばこのことは末川博士、權利侵害論（昭和五年刊が初版）において、「權利の侵害はそれ自體違法である」と評價されるのである」といわれ、また、「正當防衛、緊急避難、事務管理乃至被害者の承諾というような所謂違法阻却の事由が存在する場合には、いかに明白な權利侵害があろうとも不法行爲の成立を認める者はあるまい。かかる場合に不法行爲の成立が否認されるのは、不法行爲の要件としては、權利侵害自體が本質的なものではなくて、その背後に存する違法性が本質的なものであることを示すに充分である」（同書法學叢書版、三〇四頁參照）と論ぜられるところからも明らかであり、又從來法學者の用いる「社會通念」

なる法的價値の評價標準は、粵氏のいわゆる社會的評價と同一のものであつてこの違法性阻却の規準である）についても理論上の矛盾を犯していることは後述の通りである。今これを更に具體的に述べてみれば、粵氏は或はこのような特許權者の有すると一般に考えられる禁止權能が特許物製作者としての特許權者又は特許方法使用者としての特許權者の本來有する權利（特許物製作權、又）から當然に流出するものと考えられたか、又は前記行爲を爲す權利を法によつて與えられた特許權者の當然になし得ることであるから、他人には禁ぜられると單純に考えられ、従つて、これを正當の理由なくして行ふときは違法性あるものとされるのであらう。然しこれは前記の意味における狹義の禁止權とは異なる概念のものであつて、啻に妥當性がなければならず、一の權利を有する者が當然になし得ることは他人がなし得ないという普遍性の認め難いことを前提とする獨自の理由付けから陥つた、不當な解釋であるといわなければならぬであらう。例えば粵氏自らの理論において、同氏の指定する特許權者の有する特許權の機能からみて、特許物を輸入する行爲は特許發明の實施ではない（三一頁）のであるから、當該權利者の當然になし得べきことがらではないが（通説は輸入も擴り、實施の一類型であるとする。なお日本發明新聞第一一四號、粵工業所有權研究所擔當の講座二一回においては工業所有權保護同盟條約第五條甲類第一號は輸入を以て特許權の實施（特許發明の實施）と認めていないことは明らかであるとせられる）、特許法はこれを第三者に關し法定して禁じている（特許法一二九條一項二號・四號）のであつて、いわゆる法禁 *gesetzliches Verbot* と權利者に對する許容は必ずしも一致するものではなく、法禁範圍が權利者への許容範圍に比し擴大される場合は法の一般的功能として肯定される。又權利者の爲し得ることと第三者も亦なし得ることも、法關係においては、枚擧に違がないから或る權利者の當然になし得ることは、則ち第三者に禁ぜられるということは普遍性ある妥當な理論とは稱し得ないのみならず粵氏法文第一項の限定的權利を侵さないにも拘らず權利侵害を構成するという理論が引出されるためには、他にこれを合理的に理由付けるに足る根據を要することは前詳述のところから明らかである。それにも拘らず

實定法が權利行爲(許容範圍)として現實に規定しているものを殊更に除外したのみで、その他において權利者への許容範圍を何處にも明定することなく、ただ漫然と權利者の有する特定權利から當然派生する權能に屬する行爲であるから、第三者はこれを爲し得ないとすることは、權利保護の範圍を不明確にこそすれ、法理論の新しい形成のためには寧ろ歡迎されるべきことではないと考えられる。¹⁵⁾

三

專氏法文第二項は一應全體として解釋すれば前項(頁五六)のように、理解せられるのであつて、その前段の文言において、「正當の理由がないのに特許物を製作、使用、販賣若しくは擴布」する者の、それ等の行爲が禁止せられ、又當該製作物の發明部分の廢棄が請求されることを規定し、その後段において「正當の理由がないのに」「特許方法を使用」する者及び「正當の理由がないのに」「特許方法による製作物を使用、販賣若しくは擴布する者」に對し當該「行爲の禁止並にその特許物又は特許方法に依る製作物の發明部分の廢棄を請求することができる」と規定しているので、方法特許の侵害に關し、違法に特許方法を使用する者即ち權限なくして當該特許に係る方法を使用する者及び、特許權者自らがその方法特許によつて製造した物を違法に使用、販賣若しくは擴布する者に對し前記停止請求 Unterlassungsanspruch 乃至除却請求 Ablassungs- od. Beseitigungsanspruch ができる旨を規定するものと解することが、前項に示したように第一項と統一的に行われる解釋の仕方であると考へられる。ただこの後段の言句は、むしろこれを、「違法に特許方法を使用することによつて特許權を侵害した者及び、その侵害の結果として製作された物を使用、販賣または擴布した者に對し」禁止及び除却請求ができるものとして解釋する方が合理的であると考へられる。¹⁶⁾

(特許物の使用、販賣若しくは擴布についても同じように考へる)が、斯く解するとき、前段の解釋との間に不統一を生ずるのである。然し乍ら表現の仕方が「特許方法を使用し、若しくは特許方法に依る製作物を使用、販賣若しくは擴布する者」というように極めて不明確である(特許法第三十五條第一項の解釋としては疑義を生ずる餘地はないが、)から、これは「特許方法を違法に使用して特許権を侵害する者」と「正當權利者が特許方法の使用によつて製造した物を、違法に使用、販賣若しくは擴布する者」の兩者に對して前記の請求權を有する旨を規定するものとも解し得られるのであつて、右の意味が、はたしてその何れであるかは、專氏法文自體又はその説明によつても到底斷定できないというの外はない(但し本稿五頁冒頭明により強いていへば、次の私の理解のようになるであらう)。若しも製作行爲又は方法の使用行爲以外の、特許物又は方法の使用により製作された物の、使用、販賣または擴布の各行爲が、當該の違法製作物(模造品)の使用、販賣、若しくは擴布であり、また方法の侵害による製作物の使用、販賣若しくは擴布であるとするならば、これは、專氏の法文第一項の立前のように、「違法な」物の製作又は方法の使用から當然に派生する侵害結果と考へられ、これに對して禁止權 Verbotungsrecht乃至破毀又は除却請求權 Vernichtungs- od. Beseitigungsanspruchを機能させることは合理的であると考へられる。はたしてそうであるとすれば、專氏の法文は表現上極めて曖昧であるとの譏を免れ得ないのみならず且つ又以上の趣旨に表現を改める場合は同氏前掲著書中の前項引用部分即ち「特許權者の手から出たとしても」違法状態において、使用、販賣若しくは擴布が行われた場合の侵害性が説明できないこととなり、斯くては折角、侵害の成否を行爲の違法性の問題として把握したといわれる同氏の立場は貫徹なくなるであらう。それはともあれ、萬一專氏のいわれる趣旨がわたくしの假定する後者のようなものであるとするならば、專氏法文第二項は、次のようなものとされなければ意味が明確とはならないのである。今これを合理的且つ簡明に書き改めるべき二つの態様を私案として示せば、「前項の

權利を侵害する者及び侵害行爲を組成する物又は侵害行爲から生じた物を使用、販賣若しくは擴布する者に對しては、特許權者はその行爲の禁止並にその物の發明部分の廢棄を請求することができる」若しくは「正當の理由がないのに特許物を製作する者又は特許方法を使用する者若しくはこれ等の侵害行爲から生じた物を、使用、販賣または擴布する者に對しては、特許權者はその行爲の禁止並にその侵害物に含まれる發明部分の廢棄を請求することができる」というようなものとなるであろう。右の如く表現すれば禁止請求（行爲禁止の請求——不作爲義務履行請求）及び除却請求の對象となる第三者の行爲は、特許權の侵害行爲及びその侵害行爲から生じた物（侵害組成物又は侵害生成物）の使用、販賣または擴布であるということが判然とするのではあるけれども、特許權者の手から出た製作物を正當の理由なくして使用、販賣または擴布する行爲を差止める等するためには、不適當であることは、たとえ萼氏法文第一項が「特許權者は物の特許發明にあつてはその物を製作する權利を、方法の特許發明にあつてはその方法を使用する權利を專有する」と前提し、特許權者のなす使用、販賣、擴布は右の權能から當然に肯定されるといつてみても第三者の行爲の禁止には及ばない點では同一であつて、この不合理を生ずる原因は一にかかつて、特許權の内容を「物の製作權」と「方法の使用權」に限定したところにあるといわなければならないであろう。この場合に、特許權は特許發明の排他的直接支配をなす權利即ち對世的權利として、物權に準ずべき權利であるが故に準物權的效力（人によつては單に物權的效力とも解せられる）の結果として、何人に對しても、禁止權等は認められると主張する者もあるであろう。然し乍らこれ等の禁止權が物上請求權に準ずべきものとして第三者に對抗力を具有することは、それが當該の物の直接支配に關し、權利者に與えられた權利内容を侵すが故に、これを圓滿な、權利が侵される以前の狀態にまで回復させる *Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* 手段として、權利者に與えられた追及權であつて、その背後には必ず、權利者に許與せられ

た——他人によつて侵されることのあるべき——支配権が存在することが前提されているのである。¹⁷⁾これによつても明らかのように、物の發明又は方法の發明に對して付與された特許權の内容即ち特許發明を支配するための權利として與えられた權利が、その支配形態の豫見し得る總てに及ぶとする立法言を採らないで、確定的解釋を有するものと異り、¹⁸⁾これを殊更に狭く解しようとする萼氏の表明する立場は、特許權者にとつては專用權のない諸行爲についても、保護せられるべき權利の根據なくして、一方において廣範な法による禁止を定めるものであり、又この場合その保護利益を法の反射たる利益 Reflexionsinteresse と觀念することは、同氏法文第二項が權利的表現を明らかに示しているところから、これまた極めて不合理な結果を齎らすものである。さて萼氏による、以上の立法的形式を採る權利本質の表明が、前記の諸點において著しく明確さを欠いていることは別として、強いて萼氏の法文形態による理論構成の啓發的意味を求めるとすれば、特許發明の實施における權利者の諸行爲——特定の目的を達成するための合理的配慮に伴う諸行爲——が段階的顯現相として現われるその第一段階においては、特許物の作出があり、これは、その物を用法に従つて、使用しようとし、又はその使用を他人に行わせる手段として販賣し又は擴布する等の有償又は無償の讓渡其の他の處分による所有又は占有の移轉によつて、當該特許物又は特許方法に依る生成品の法的な若しくは正當な事實的支配の下における各種態様による現實的利用を達成させるための、特許權者又は實施權者による原初の營爲であつて、その意味において特許權における動的機能の中心をなすものは正に特許物の製作又は特許方法の使用であり、換言すれば、これ等の行爲を起點として、特許發明の實施關係が形成されることを強調している點である。とはいへ、これ等のことが從來、特許法學者により看過されたが故に、萼氏のような様な迷妄に陥つたものであるかといへば、こういう見方は決して正鵠を得た論とはいえず、既往の學者もこの理を解すればこそ實施權論において、

實施權者は、特約による制限のない限り、特許品の製作をなし(特許方法の使用)、其の他これを欲するところに従つて使用、販賣または擴布することができると説いているのみならず特許法第三十五條第一項の規定の仕方からみて、特許權者は特許物を製作する權利の外に、自己において製作した物たるを否とに拘らず特許發明が具體的に表現された物即ち特許物を使用、販賣又は擴布する權利をも夫々獨占すること並に方法の特許權者にあつては、その方法を使用する權利の外に更に自己がその方法を自ら使用して製造したと否とに拘らず苟も當該特許方法を用いて作出されたものである限り、これ等を獨占的に使用、販賣、擴布する各專用權をも有するものであることが明らかに理解されるのである。²⁰⁾従つて特許權の内容はただ、20) 芻氏の解せられるような特許物の製作權又は特許方法の使用權のみに止まるものではなく、およそ特許發明の利用上普通に行われる利用態様と思考される方法である特許物の製作、特許方法の使用並にその製作物の使用、販賣または擴布等はこれを明確に權利支配の方法として法定し、その各々に獨立的な行使權を認めることが獨占權の保護手段としては、その完全を期するために必要であるとの考えに基いているものと解釋しなければならぬことは既に述べた通りであり、寧ろかくの如き趣旨の個別性ある權利の許容乃至肯定が考えられない限り、準物權的請求權たる禁止權等(侵害行爲の差止乃至侵奪部分の廢棄請求權等)を肯定することは不可能であることも前記の通りである(なお後記註(7)において別に説明する)。

四

芻氏の理解せられるところによれば、特許權の本質は、既刊の拙稿及びこの再論において既に明らかなように、「物の特許發明にあつてはその物の製作權、方法の特許發明にあつてはその方法の使用權」のみであつて、特許物又は特

許方法による生成物を使用、販賣又は擴布する行爲は、毫も特許權の内容に屬するものではないといわれる。こうした立場が必然的に實施權乃至制限附移轉の特許權の内容についても重大な影響を及ぼすことは自明であるが、同氏は寧ろその關係の故にこそ、特許權の内容を前記のように特に限定するの でなければ、特許發明の實施及び特許權の制限附移轉に關する法律關係を複雑化すること並に種々の不合理を生ずること等の弊害を除去し得られないと考えられたのではなからうか。これ等については既に前掲拙稿(一一四・一五頁)において觸れているので、以下にはそれ以外の二、三點について論及するにとどめるであらう。

(一)、先ず蓍氏の所説において、特許權者の有する權利は前記の製作權及び方法の使用權に過ぎないので、他人が特許物又は特許方法による生成物を輸入する行爲又は外國で製造された物を外國で取得しこれを國內に携行搬入する行爲を禁止又は處罰するためには、これ等の行爲の違法性を前提としなければならぬが、確立された、特許權獨立の原則 *Principe de l'indépendance des brevets* に従えば、これは或は諺として、*so viele Länder, so viele Patente*、²²⁾といわれるように、特許權は當該付與國の版圖内限りの效力しかもたないのであるから、特許權者の權利内容に屬する特許物の製作及び特許方法による物の製作行爲は、それが國外において行われる限り全く自由 *Patentfrei* であることは明らかである。従つてこれが特許付與國へ輸入(携行搬入を含む、以下同じ)された場合においても、蓍氏の所説(蓍氏法文)による特許權者の權利を侵害する行爲は専ら國外において、當該特定國の付與した特許權とは全然無關係に、全く適法に行われていることは明らかであるから、特定の内國特許權者の權利を侵害することにはならないというの外はないであらう。特許物又は特許方法に依つて製作した物(特許權を侵害すべき物)の輸入行爲について學者は、或は蓍氏のように實施行爲ではないと考へ、或はまた、擴布行爲の一類型であつて當然、實施の内容をなすものとするこ

を前提として、それぞれ、前者の説においては特許法第一二九條第一項第二、第四號は内國特許權者保護のために、特にこれを侵害罪として處罰することを定めるとし、²³⁾後者の説を採る者は、當然に侵害罪の成立を肯定し得るから同條同項第一號の「特許權ヲ侵害シタル者」の中に入るが、生じ得べき疑義を一掃するために別に特記するものであると解している。²⁴⁾ともあれ、わが特許法第三十五條第一項はその規定の仕方において、敍上述べ來つたように特許權者の行方、通常考え得られる利用手段を夫々權利として明定することにより、その可能な最大限度に於ける營爲を權利内容として保護しようとしていることは明らかであるが、そのうちの「擴布」なる利用手段で、他の利用手段^(製作、使用、販賣)以外のものを包括的に權利行爲としようとしてもなお且つ輸入行爲が、この實施形態としての「擴布」中に包含せられるか否かについては、異論を生じていることは諸學者の著書²⁵⁾においてはもとより、萇氏自身においてもまた、これについては、——かくべつ取立てるほどのことでもないが——前掲著書中で矛盾に陥られている。即ち同氏は條解工業所有權法二二八頁中で「擴布」の解釋として「輸入等も擴布の一態様とせられる」と説明され^(三三三頁も同様)乍ら、一一五頁、一六三頁、及び一六四頁においては夫々「輸入」と「擴布」とは別個の行爲と解せられるものの如く、殊に一一五頁においては「擴布しまたは輸入するが如き行爲は特許發明の實施ではないのである。」として全然別個の行爲として説明していられる。さて、ここでは「輸入」は特許發明の實施とせられ得るか否かの問題は姑く措き、特許制度の基礎としての、一國における産業政策からみた場合、特許物等の輸入は特許權者がこれを行う場合と雖も實施でないとしても、第三者によつて行われる場合に、これに刑事制裁を附して禁ずることの結果は、特許權者において法の反射たる利益を受けることとなり、これが本來の意味における狹義の禁止權 Verbotungsrecht と考えられるのであつて、このようないわゆる狹義の禁止權による、特殊な必要のためにする保護目的を達成しようとして

特則的に定めた規定を一般化しようとするような専氏法文第二項は不可避免的に幾多の矛盾を藏する結果となることは明らかである。由來「特許權の侵害」を概念づける表現としては概ね「權利なくして、特許權の内容に屬する行爲を實現すること」或は「違法に特許權者の獨占權を侵すこと」²⁶⁾とせられるのを常とすることから推しても、侵害されるべき特許權者の權利なくして權利保護(民事上並に刑)を認めること——結果的にその利益が保護せられる前記例外的な場合は別として——は一般理論としては肯定できないことは明らかであろう。

(二)、右の點に關し専氏は同氏法文第二項に定めることがらには同第一項の專用權を有する特許權者の當然になし得る行爲であるが故に、これを、正當の理由なくして行うことは禁止せられ、その禁止に違反して爲された結果は取り除かれなければならないと云われるのではあるうけれども、第一項において特許權者の權利を一定範圍のものに限定しておきながら、第二項において、その權利行爲以外の行爲に對する行爲禁止(差止)等の請求權があるとすることは、たとえ特許權者にとつて好ましからぬ他人の行爲であるから、これを違法性の側面から把握しようとするとしても甚だしい矛盾である。假にその手法が許され得るものとしても、後にも觸れるであろうように、理論構成は素より規定の立て方それ自體においても著しい飛躍があるばかりでなく、その結果は表現技術の問題として本論冒頭(五四頁)に揭示した様に、多くの疑義を生ずるものである。殊に専氏法文第一項の權利を有する特許權者の當然になし得る派生的權能であるから第三者の行爲は禁ぜられなければならないとの考え方は、特許發明の具體化によつて得られた物の權能(特許物及び、方法發明の利)に對し、特許權者は、如何なる場合においても所有權を取得するから、所有者の有する權能(用によつて作出された物)として、特許權者は、如何なる場合においても所有權を取得するから、所有者の有する權能として、その所有物たる前記の物を支配する權能(民法二〇)を侵されたものとして、求め得る救済であるとの理論構成をすること即ち所有權理論の介入なくしては専氏の理論は或る程度の正當性をさえも肯定できないものであると考

えられるのである。

以上の反論の妥當性を萼氏の著書に説示する二、三の點に關して敷衍してみれば次のことがらが考えられる。即ち萼氏の著書中、さきに引用したことであるが再録すれば、その一一六頁において「特許權者の手から出たとしても、強盜または窃盜その他の不法行爲に因り獲得せられた特許物を使用、販賣、または擴布する行爲は、特許權侵害となる理も明らかにすることができるのである」といわれるが、萼氏法文第一項に於ては、特許權者の權利として爲し得ることを、特許物の製作權、特許方法の使用權に限定しているのであるから、正當の特許權者の手から出ている以上は爾後において前記第一項の特許權者の權利は侵されようがないのではなからうか。本來、特許權の帶有する準物權的請求權の效力として、特許權者に獨占的に留保された權利内容を正當の理由なくして實現する者に對しては、その善意惡意を問わず、行爲の停止及び侵害結果の除去を求め得ることが認められているが、假に特許權者の獨占的權能を萼氏法文第一項のように規定するとすれば、たとえ第二項があるとしても、この準物權的效力を認めることが理論的に不可能となるであろう。何故ならば特許權者の特許發明に對する排他的支配權能は萼氏法文第一項に掲げられたことに盡き、盜犯其の他不法行爲の下に特許權者の占有を離脱した物件(特許物又は特許方法によつて作出された物)はその離脱前に既に、特許權者の有する特許權の效用(萼氏法文第一項の規定する效用)の總てを完了したものであるから、爾後はこれ等の物が如何ように、第三者によつて利用されたとしても、それは特許權者が直接、不法奪取行爲等についての被害者たる立場以上には民刑事法上の保護を受け得られないとしなければならない。況んやこれ等の奪取物等を善意で取得し、特別の事情の下に、場合によつては私法上その所有及び利用が保護せられ得る要件をみたす第三者に對しては、當該物件に對する窮極的歸屬は當該私法秩序の下においてのみ整序されるべきであり萼氏はその法文第二項においては可能とせられている

が、この同氏法文によつては法理上、特許權の帶有する準物權的效力による解決を求め得ないことは、同氏の説かれる權利本質の立場からする限りは自明であろう。更に論及すれば、特許權者によつて製作された特許物又は特許權者によつて、方法の特許發明から生成された物件を盜取する行爲はそれ自體では直ちに特許權の侵害にはならないが、それを使用、販賣または擴布するに至つたときは、これ等の爾後の盜犯者の利用行爲が、特許權の侵害を構成するものである。即ちこの場合、單に盜取する行爲並にこれを單に所持するだけであるときは、特許權者の本來具有する權能は毫も侵されていないが故である。而してこのような爾後の利用行爲が行われるときは、それが盜犯者自身の行爲であれ、第三者の行爲であれ、更には第三取得者が全く善意であつたとしても、準物權的請求權たる效力を有する特許權の侵害は、その客觀的違法狀態さえあれば成立するとするものが、内外の特許法及び特許法理の均しく認めるところである。然るに、專氏の所説によれば——殊にその法文第一項によれば——前記(本稿六)の二頁)のところからして、この對抗力は認め難いのみでなく、また違法に(特許權者の意思に反し)利用する者に對しても、侵された權利又は利益の無き故を以つて、不法行爲責任をさえも問ひ得ない不合理をさえ包藏することを認めなければならないであらう。

(三)、要するに專氏の法文第一項によれば、特許權者によつて正當に製作された物を使用、販賣または擴布することは、特許權者において自由であるのみならず、特許權の内容を同氏のように規定する限りは、製作行爲以外の利用方法は、何人がこれを爲すとしても、それは理論上何人に對しても自由であるといわなければならず、假にその製作された物の取得乃至利用について問題があるとしても、それは一般私法的原理によつて解決されるべきものであることは前に一部觸れた通りである。何故ならば、製作以外の爾餘の行爲は、たとえ特許權者の自由になし得ることがあつたとしても、專氏の理論の下では、これは特許權行使(專氏の理論によ)の結果についての、支配形態であつて、私法的

原理によつて、その使用、収益、處分が認められるに過ぎないものといわねばならない。従つてここでは、製作行爲（特許物の製作行爲又は特許方法の）によつて既に利用し盡された特許權者の權利の外において、特許權者により特許法上の權利によつて物を製作する行爲）によつて既に利用し盡された特許權者の權利の外において、特許權者により特許法上の權利の對抗を受けるべき法律關係は理論上もはや毫も存在し得ないものというの外なく、侵害に關する刑罰關係を除き爾後の法關係に規制力を及ぼし得る法は則ち、私的財産關係の法としての民商法以外には考えることはできないのである。換言すれば、特許權者における權利實現の所産たる特許物又は生成物の爾後における利用關係はその正當なものであれ、又は不正當なものであれ、特許權による直接支配として、專氏法文第一項が、當該產出物の物權の支配權を權利として定めない以上、有體物について、財産法が普遍的理論として肯定する物權の請求權——物上請求權——乃至これに準ずる諸權利を、特許權による直接支配として肯定することは不可能であり、前記のように、たとえ專氏法文第二項があるとしても、これを肯定し得るとすることは、非論理的であり法體系を混亂させるだけであつて、その他の合理的肯定理由は發見し難く、ただ辛うじて、特許權者の權利内容に屬すると考えられる行爲即ち權利の本質的内容を實現する行爲とみられ得るが故に、それが製作概念 *Herstellungs- od. Produktionsbegriff* に含まれると解し得られるような重要部分（物の本質的部分）の修繕行爲の外においては、特許權侵害の問題は考え得られないといわなければならない。

五

更に、專氏の解釋に従うとすれば以上の外にも次のような種々の不合理を生ずるであらう。

(一)、特許權侵害罪を規定する特許法第一二九條第一項第一號の「特許權ヲ侵害シタル者」及び同第三號の「特許アリタル場合ニ於テ第七十三條第三項ニ規定スル權利ヲ特許前ニ侵害シタル者」という規定の内容は「正當の理由なく

特許發明に係る物を製作したる者」及び「正當の理由なく特許方法を使用したる者」並に「特許ありたる場合に、出願公告後特許前に以上の行爲を爲すことによつて特許權を侵害したる者」を夫々處罰する旨の規定に變更するのでなければ、いわれなく刑罰を科することとなるべく、斯くの如きことは當に現行特許法の刑罰體系を攪亂するのみならず、結局特許權者の擁護されなければならない獨占的利益の保障を不當に奪う結果を招來するであろう。假に若し現行法の如く侵害者を處罰することによつて、正當の理由のない特許物等の使用、販賣または擴布をなす諸行爲を禁止しようとするならば、首肯し得るに足る理由のある特別の場合として更に特別に且つ明確に規定をおくべきであることも前各項の記載から贅言を要しないところである。

(二)、専氏は特許權の内容が當然に實施權の内容及び制限附移轉の特許權に影響を及ぼすとして、その夫々について同氏の理解によつて構成せられる權利内容を説明されていることについては前掲拙稿において、その大綱に觸れたので以下においては簡明に説明するにとどめるが、³³⁾ 専氏はこれに關し『更に實施權設定について「販賣ノミノ實施權」「使用ノミノ實施權」または「擴布ノミノ實施權」が成立するとすればどんな結果を生ずるであろうか。かような實施權をもつたとしても、實施權者は自ら特許物を製作することもできないし自ら特許方法を使用することもできないから、特許權者が特許物を供給しないときは空權を擁するに過ぎないこととなる（³⁴⁾ 専氏前掲一三頁、日本發明新聞一）³³⁾。かかる場合實施權者は、その實施權の效力として特許物供給請求權を有するものとは認め難いからこの種實施權はこれを指して權利とはいひ難く、ただ僅かに特許權者の承繼人に對抗し得る效力を有するに過ぎないものである。』³⁴⁾（一六一頁參照）とせられる。専氏は設例の場合において、此の種實施權の設定は「特許權者との間の特許物使用契約又は特許物卸賣契約とその效果において異なるところがない」とするが、これはそういうものではなく、殊に、このような使用

又は販賣の實施權を設定する當事者の意思は、此の場合、特許物の製作權ある特許權者又はその承繼人が當該實施權設定契約の本旨に従つて、當事者の期待する態様における特許物の使用または販賣の可能な程度に於て、當該の特許物等を供給すべきことを要旨として締結せられるものであることは多言を俟たない。而してこれ等契約當事者の一方たる實施權者は、概ねいわゆる收益目的を達成するための手段として當該の實施契約を締結するものであるから、この目的を達成するために合理的に必要とせられる特許物等の供給請求權を、その製作を法的に獨占する特許權者に對して、有するとしなければならず、又特許權者はこれに應じ供給義務を有するるのでなければ法關係を貫く合理的規整としての信義誠實 *Treu und Glauben* の原則は、近代法の下における斯かる契約關係の衡平を實現し得ないであろう。³⁵⁾ 粵氏はまた他方において（同氏が実施と考えられるものについてではあるが）「實施權の設定があつたときは、實施權者は特許權者に對して明細書及び圖面の解釋を求め特許發明の實施に必要な方法、技術の傳授を請求することを得るが如くである」として、實施權者は特許權者に對してこのような積極的權能を有するものとし、更に「特許發明の實施を爲すについて一般に必要なりとせられる一切の行爲をなすべきことを請求する權利を有するのである」（一一一頁）といひ、又先用權 *Vorbenutzungsrecht* に關する保存登録に關して「特許權者において本條による實施權者の存在を承認し登録申請書に連署することを要する。若し特許權者が連署を承認しないときはこれを相手取り民事訴訟を提起し、實施權の存在を確認し且つ登録手續を爲すべきことを命ずる判決を得てこれによつて實施權者のみで保存登録の申請を爲すのである。」（一二五頁）として特許權者には、兩者の場合に實施權者に對する、いわゆる協力義務 *Mitwirkungspflicht* のあることを肯定しているのである。果してこれ等が正しいとすれば、前記設例の場合において、何故に實施權は「空權」であり、甚だしきに至つては「この種實施權はこれを指して權利とは言い難く」（一二一頁）と極論されるのである。

か、われわれの大意に諒解に苦しむところである。本例の場合の屬する特許權に關する契約關係は、財産權たる獨占的利用權 *Monopolverwertungsrecht*, *Monopolbenutzungsrecht* と考えられる私權に關する法律關係であることは明らかであり、その故に前記信義則の支配する領域の外に存し得るものとは考え得られないのである。従つて特許權者又はその承繼人から特許物等の供給を受けるのでなければ、達成し得ない契約目的の實現のために必要とせられる限り、當該實施權設定契約において引渡請求權等を明定しなくても、實施權者は特許權者に對し特許物等の製作引渡を求め得べく、若し正當の理由なくして特許權者がこれに應じない場合において損害が生じたとすればその賠償義務を負うべきことは明らかである。のみならずこの賠償範圍についても單に通常生ずべき損害にとどまらず消極的損害 *negativer Schaden* 即ち得べかりし利益の喪失についても亦賠償の責に任ずべきであり、場合によつては特別事情による、豫見可能の賠償についても亦その責を問われるべきであると考えられる。³⁶⁾ 蓋し實施契約當事者の普遍的意圖は當該實施權の活用により法的な獨占又は準獨占的機能の發揮を享益行爲 *Genusshandlung* において實現し、これを手段としていわゆる獨占的利潤を獲得せんとしていることを本則とし、この具體的計畫内容は通常特許權者との當該實施契約上概ね明示されているか又は認識可能な状態におかれていることを常態としているからである。

(三) 以上のように、專氏は自らの新説として、法文の體裁によつて表現したものの第一項において、特許權の本質的内容は物の發明にあつては、その物の製作權、又方法の發明にあつては、當該發明方法の使用權であつて、それ以外何のものでもないと限定する立場をとり(五頁)これによれば、實施權及び制限附移轉の特許權の關係においても、權利關係の複雑化を防ぎ、權利關係の混沌として把握し難い弊害を除去し得るとせられる。しかし、これ等が必ずしも正鵠を得たものでないことは、前掲拙稿において指摘したところであるが、なお極めて看易い背理は次のような點

にも見出され得るのである。例えば右の専氏の所説による結果は、實施權の設定に當つては、「實施權を行使すべき地域を限定することがある」(専氏前掲一六) (五・一六六頁) が、この場合「特許發明の實施はその地域においてのみこれを爲すことを要する」ことは當然であるとしても、前記のように「特許權の内容」を限定した結果は必然に「その地域内において製作したものである以上その製作物をその地域外において販賣または擴布するのは、實施權の當然の效力であるから特許權の侵害とはならない」(一六) (六頁) と結論せざるを得ないであろう。然し、これは果して妥當であろうか、この場合において、當該實施權者がその實施を許諾された地域において特許物を製作し又は特許方法を使用して生産した物を積極的に、その地域外に販賣擴布する場合は、當該の實施許諾についての地域の限定は只單に、専氏の所説による前記特許權——引いては實施權——の内容を實現する行爲を爲すべき地域として制限せられるに過ぎないものとなることは明らかである。抑も特許權の效用殊にその實踐的效用は或る意味においては専氏も認められるように、その具體的現象面に表われるものとして、特許物又は特許方法の所産物における利用價值にこれを求めなければならないのであつて、これはとりもなおさず、「特許物または特許方法による製作物の使用、販賣または擴布の行爲」(専氏前掲一)を通じて初めて認識することが可能なのである(専氏の主宰する専工業所有權研究所擔當の講座二〇回(日本發明新聞一—三)として特許發明の實施過程と收益過程とに分ち、前者においては物の發明にあつては物の製作、方法の發明にあつては方法の使用から觀察する權利であり、後者の場合にあつては、特許發明品の使用販賣を支配する權利であると説明する。しかしこの説も特許權の支配關係が、實施と收益過程關係とに區分されることを明らかにしたただけであつて、結果において通説と異なる所はないようである。これ等の諸説の不當であることは特許權侵害の問題について考えれば、ただちに明瞭となるのである。』(としい、兼子一、染野義信兩氏共著、特許・商標、一〇四頁以下)。

これから考覈すれば、特許權の利用——活用——としては物の製作行爲(方法の使用)所説及び通説を共に批難している)。これが原初的には重大であるとしても、その物の利用を目的としない單なる製作行爲は概ね無意味であり、特許權の活用乃至實踐的であるべき特許權の價值效用の發現形態と認識せられるべき目的的諸行爲たる使用、販賣または擴布の行

われる地域と無關係に製作行爲という實施行爲が行われてよいと理解することは極めて冒險であり、理論的にも合理性のあるものと理解することは到底不可能である。蓋し、若し、このような理論が採られるとするならば、他に、一定の地域について他人に更に實施權を設定しない旨の特約のある實施契約を締結した者(假に地域的な獨占的實施權者という、以下同じ)が存在する場合において、この實施權 (Bezirksausschliessliche Lizenz) を有する者は、特許權者が當該契約の趣旨によつて、他人に實施權を設定しない(その限りにおいて契約の不履行はない)としても、前記のような他地域の實施權者によつて、この契約利益が、完全に侵されることは一見明瞭である。このような結果は、前記の特約ある特定内容を有する鞏固な實施權の設定を希望して地域的な獨占的實施權 Bezirksausschliessliche Lizenz を取得した當事者の意思に甚だしく反するのみならず又このような實施權者の保護として果して適切妥當であるといひ得られるであろうか、又當該の實施權設定について對價を得または得るであろう特許權者の假に關知しないところであるとしても、それは正義を實現することを目的とする法の下における衡平乃至信義則に適合する結果を得られたものと稱し得るであろうか、またそればかりでなく、假に百歩を譲り、若しこのような結果が實施權の本質上可能であるとしても、實施權設定地域内で一の實施權者によつて製作された物が、その實施權者の意思によつて、他の實施權者(地域的な獨占的實施權者)の地域に無制限に流入するとき(營業的買受人が實施權者の實施地域外に販賣擴布すること、殊にその販賣擴布が行われる地域には他に地域的な獨占的實施權者があることをも知悉して賣渡すことを含むが、非營業人たる個々の個人が業としないで、この地域に於て擴布し又は使用する行爲は含まれ)は、他の實施權者の實施權はその本來の設定目的を達成し得ないことは明らかであり、これ等の權利そのものも本來の機能を發揮し得ない結果となるのみならず實施者について地域を限定するといふことは——或る一定の地域で製作することが採算上の有利性又は自然的合理性のない限り——無意味となるであろう。又實施契約において特許權者自らも國內又は一定地域においては實施しないといふ特約がある場合、いわゆる本來の獨占的實

施權の設定の場合は、たとえ實施權の設定は特許權の讓渡ではないとしても、特許權者は爾後自らも當該特許發明をその地域においては、實施できないことは契約法上明らかであつて、誤解の餘地はないのである。

六

萼氏はここで特許權から發現する侵害行爲禁止請求權等は、無體財産權から流出放射するところの效力（物權的請求權）であることを前提として同氏法文第二項は當然肯定されるといわれるであらうけれども（萼氏前掲一一七頁・日（昭和二十一年八月一日附）各參照）、これは同法文第一項との關係においては明らかに矛盾であり（本論稿五五頁及び後記註(7)各參照）又假にこのような矛盾は論外とするとしても、われわれにとつて甚だしく理解し難い飛躍があるとしなければならぬことも既に指摘したところである（本稿五九〇・六七頁）。若しこのような理論が正しいとすれば、萼氏自らが嘗てなされた大審院判決に對する批難（二頁）は全く意味をなさなくなるといわなければならない。蓋し、何故に特許品の買受人がその買受けた物を合法的に利用可能であるかという理由の説明として大審院が「所有權ノ效力ニ照シ疑ヲ容レス」と判示したことは、さきにも一應觸れてあるように、萼氏の所説においては、特許物の製作權及び特許方法の使用權が特許權者に屬しその當然の歸結として、當該製作物を使用販賣、又は擴布する權能が特許權者にあるという考え方の基礎には、寧ろ、特許權者はその權利の行使手段としての製作行爲の結果、その製作物に對する所有權を取得するものとし、この所有權當然の結果として製作物に對する直接支配が肯定せられ、その結果いわゆる物權的請求權——物上請求權——に準ずる權利（特許權者から侵害者に對する對抗力）としての侵害行爲禁止請求權等が生ずるものと逆説的に説明する立場から、承認されるのではないかとの疑念の生ずることを禁じ得ないのである。然るに、一方萼氏は或る物の上に特許權と所有權とが競合し

て存在する場合に所有権の効力は、これによつて制限せられるという無體財産權の特質を認める一般理論をも肯定され(二頁)乍ら、⁴⁰⁾その肯定の根據となつているところの、無體財産權たる特許權における發明對象 Gegenstand der Erfindung の一般的支配權能を同氏法文第一項においては否定される矛盾を犯しているために、同氏の眞摯な研究と提案意圖にも拘らず、その理論は、われわれの充分に理解する結果を得ないことは前詳述の通りであり誠に遺憾に耐えないものである。

最後に、わたくしが萼氏の所説について更に考えることは次の諸點である。特許物の製作行爲又は特許方法の使用行爲を除き、爾餘の特許物又は特許方法による產出物を使用、販賣又は擴布する行爲も、それが正當の理由なくして行われること即ち他人によつて違法に行われる場合には、特許權者が救濟されなければならないことは萼氏法文第二項の意味するところである。おもうに、前記の諸行爲が、何故に特許權から流出するという準物權の効力によつて、故意過失の有無に拘らず、苟も客觀的に違法 objektive Widerrechtlichkeit である限り、差止められなければならないかといふことは、獨占排他的な權利である特許權の内容に屬する諸行爲が自らか又は自らの欲する第三者によつて、その希望する條件の下で實現されることを通じて收益しようとする特許權者の意思に反して第三者により、行われた場合には特許權者のかかる利益が侵されるからである。而してこの場合前記の權利内容に相當する諸行爲が行われた場合において、それ等の行爲を正當視するに足る法定の理由のないこと、即ち「正當の理由がなく」、結局、違法な状態の下で行うことが、發明という無形の獨創的技術思想を直接且つ排他的に支配することを内容とするために、いわゆる物權に準すべき權利と考えられる無體財産權の、當該權利者による完全な支配状態を違法に侵すものとされるのであつて、これ等はもとより許されるべきものではないから、この場合その排他的支配權の特質にかんがみ、特許發明に對

する圓滿な支配状態を常に維持させようとする必要に基いて禁ぜられることとなるのである。従つて侵害行為の停止又は侵害部分の廢棄を求め得る場合は、特許權者の意思に反して違法に特許發明の支配が侵された場合であつて、その支配を侵す形態の如何により、救済の手段と程度が考慮せられるべきである⁴¹⁾といふことは、實は、その支配の態様が、單に、特許發明に係るものの製作及び特許方法の使用のみにとどまるものでなく、その他、特許權者の支配意思に基く通常の營爲と考えられる、前記の製作、方法の使用以外においても、これ等の行為の結果たる生産物の使用(収益的又は非収益的な)、販賣または擴布というそれぞれの諸行為が、當該特許發明の意欲的支配内容として、それぞれの完全な支配——主としていわゆる獨り享益 *alleiniger Genuss* ——を實現するために、その必要の程度に應じて保護されなければならぬことを意味するものであると云い得られよう。また、これ等それぞれの利用方法の保護を要求するところが許されるのでなければ獨占的利用權 *Monopolbenutzungsrecht* たる特許權の満足は到底得られないものであり、これが保護される必要のあることは專氏法文第二項の文言の趣旨からも亦明瞭に看取される。而して此の場合において、前記の特許權の完全な支配を妨げる諸行為からの保護を訴訟上要求し得るといふことは、これを反面からみれば私權たる特許權の救済が要求された場合、當該の要求が、訴訟上の權利保護要件を充すものとして、廣義の訴訟要件の存在を肯定される結果であつて、このことはとりもなおさず、この要求(例えば侵害行為の停止を求めることは、特定の務の履行を求める場合であり、それは既に義務違反が存在し、且つ將來もこの不作爲義務)が不作爲義務の履行及び義務違反の(不可侵義務)に違反する危険がある限り權利保護の必要があり、この要求は肯認される)が不作爲義務の履行及び義務違反の結果の除去を訴求する權利行為として爲されることを前提とするものであることは容易に判然とするであろう。このように、特許權に對する侵害についての救済を求める訴訟要求を、正當なものとして肯定することは窮極的には、矢張り、特許權者の欲するところに従い、當該の發明の對象 *Gegenstand der Erfindung* を可能な利用態様において—⁴²⁾

—あえて、特許物の製作や特許方法の使用に止まることなく——現實に利用（現行法の表現に従えば、製作・使用・販賣・擴布すること）し、または利用させる権利を獨占的利用權 Monopolbenutzungsrecht (Monopolverwertungsrecht) の内容として肯定する立場を容認しなければ不可能であると考えられる。結局、以上と反する見解に立ち、その理論の展開基點を法文の形態において示される専氏の所説——特に同氏法文第二項——は、その第一項において權利内容を殊更に限定している限り、ここにおいても、われわれの理解し難い疑問點を藏しているものというの外なく、又その他においても、本稿第一項及び第三項前半において摘示したような、不明確な諸點の存在することに基因して幾多の疑義をいだかせる結果となつたことは明らかである。従つてこれ等の點は本論及びこの再論で取扱つた諸問題に關する、より精緻な理論の前進のために充分に留意されるべきものと考ふる次第である。

註(1)

清瀬一郎博士特許法原理二二九、一九八、一九九、二〇四、四七四頁・吉原隆次氏全訂特許法詳論一〇一頁・村山小次郎氏特許新案意匠商標四法要義七九頁以下・田中清明氏特許實用新案意匠商標法論七三頁以下・井藥正一氏特許法概論一四〇頁・

飯塚半兵衛博士無體財産法論一三四頁。

(2) 拙稿「工業所有權侵害論に關する序章」法學論集關西大學創立七〇周年記念特輯號所載一〇四頁。

(3) 拙稿前掲一〇八頁參照。

(4) 前掲註(1)參照。

Vgl. G. Benkart, Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz Patentanwaltschaft, 3. Aufl., 1954, S. 103.

(5) 萼優美氏條解工業所有權法一一頁乃至一一四頁・日本發明新聞一一四號(昭和三年七月一日發行)所載萼工業所有權研究所擔當、工業所有權法講座二十一回各參照、ここでは『諸問題を矛盾なく解決するためには從來の學說からは到底不可能であるから、これ等一切を一應御破算にして、一個の新學說を樹立せねばならないのである。特許權の本質として筆者の提唱する新學說とは次の如きものである』と前提する。

(6) 永田菊四郎博士工業所有權論三二九頁・田中清明氏前掲四〇五頁參照、その他に、末弘嚴太郎博士工業所有權法五八頁・村

山氏前掲三八五頁・俵靜夫教授ドイツ工業所有權法四二四頁・安達祥三氏實用新案法一八頁・粵氏前掲四七八頁各參照。

(7) 特許權（工業所有權）が無體財產權 *Immaterialgüterrecht* として物權的效力に準じて對世的な效力 *dingliche Wirkung* を肯定されるのは特許權の支配に關し必要な、發明といふ無形貨物 *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、以つて特許權者に夫の權利（專用權）を付與することによつてのみ、排他的——獨占的——權利が特許權者に屬するものとなる。而してこの故にこそ、特許權という權利（工業所有權・無體財產權）が物に對する排他的直接支配權たる物權に相當する效力たる準物權的效力を有するものとせられるのであつて、若しこれが、前記のような、物の完全な直接支配に必要とせられる物權と同様の廣範圍且つ強力な支配の内容を持たない權利（粵氏法文第一項の限定によれば特許權の權利内容は發明の完全支配が不可能なように限定される）であるとすれば、それはもはや、物權に準ずる效力を有する權利即ち準物權的權利——無體財產たる特許發明の完全な支配權——たるの資質を有するものとなし得ないに至るのである。従つて粵氏が特許權は發明の排他的支配を内容とすることを前提とされながら、その範圍を、特許物製作權と發明方法の使用權のみに限定されるのは矛盾である。またこの限定のもとにおいて、「無體財產權たる特許權」は前記のような意味において、無形の財產たる發明を對象として、物權と同様の完全支配形態が認められる權利であるから各種の追及權——完全な排他的支配を侵す如き行爲の禁止及び侵害結果の除去、豫防並に損害賠償の各請求權——があるとすることは、如何なる内容を持つた權利が、恰も物權と同様の機能を有し、また、物權と同様な效力を有するものとして保護されるべきものであるかについての考へ方において根本的矛盾に陥られたものであり、このような矛盾の下で、更に前記のような專用權の限定が行われたにも拘らず同氏法文第二項の救済の特許權者が求め得るとすることは、二重の過誤を犯しているものと思われる。以上のところから明らかな如く、特許權等の工業所有權が完全支配權たる財產權 *Vermögensrecht* として準物權的效力を有するものとせられる所以が、權利内容をそのような完全支配の可能な如く法定したことに據ることを看過せられた粵氏が、前記のことは、何等の法定を要せず、特許權または特許權者の權利という名稱さえ付けば、當然に完全支配の權利が認められるものと誤解されたのであろうかとも考えられるが、ともあれ、このような權利の完全支配性を法の根據なくして漫然と前提されること自体が肯定し難いのである。

尤もイギリス法のように、特許權の内容を全然規定しないで理論によつて肯定する立場をとるとすれば問題は全く別となる

であらう。従つて専氏法文の第一項が無いとすれば本稿及び前掲論稿は不要に歸するのである。

- (8) 特許法第三十五條第一項の解釋としては、特許権者が特許物を製作、使用、販賣または擴布する権利を専有し、若しくは、方法の發明においては方法の使用及びその方法によつて製作した物を使用、販賣又は擴布する権利を専有するのであつて、これを侵す行爲は敢て特許物の模造(偽作)若しくは方法の使用及びこれから違法に生産された物の並に前記の物の使用、販賣、擴布のみならず、特許権者の權利行爲によつて正當に生産された物の違法な使用、販賣、擴布をも含むものと解されて居り、一般に特許權の侵害 *Verletzung des Patents, Infringement of patented invention* は正當の權限に基かない違法な状態の下における特許権者の有する專用權能の行使であると説明される。

Vgl. H. Jsay, *Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern*, 3. Aufl., 1920, S. 225.

Chester H. Biesterfeld, *Patent Law*, 1949, p. 149.

- (9) 専氏前掲一一六頁中央左寄文章中單に「使用權」とあるのは意味を不明確にするので「(方法の)」なる三字は筆者が補筆したものである。

- (10) 末弘嚴太郎博士民法講話上卷一一二頁以下・我妻教授、新法學全集集中、事務管理・不當利得・不法行爲・一一〇頁以下參照 cf. C. H. Biesterfeld, *op. cit.*, p. 149.

Vgl. G. Benkart, a. a. O., S. 146.

- (11) 大審院大正一四年一月二八日の判決(大審院民事判例集四卷六七〇頁以下)は、權利侵害が行われたものとせられて保護されるべき對象の說示において「所有權、地上權、無體財產權、名譽權等所謂一ノ具體的權利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ嚴密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ權利ヲ以テスヘカラルモ而モ法律上保護セラルル一ノ利益」であるときは權利侵害の保護の對象となる旨を判示しているが、右にいう「無體財產權」に屬する特許權において、具體的權利として法上認められてゐるものは、特許法第三十五條第一項の定める各權利を指稱することは自明である。このように法によつて現實に、具體的權利として認められてゐるものを、殊更に除外した上でその除外された權利に關する行爲を特許權者として「法律上保護せられる——保護の必要のある——一の利益」であるから救済を與えることを必要とするということは論理上肯定できない。なおこの點に關し本稿前註(7)及び本稿五項參照。

- (12) 末川博士權利侵害論三五〇頁以下殊に法學叢書(11)版三〇三頁及び三一五頁參照。

工業所有權侵害論に關する序章についての再論

- (13) 拙稿「商標法第三四條第一號の罰と商品の類別」法學論集五卷四號七七頁以下參照。
- (14) 特許法第三十五條第一項の下において法理上考えられる。なお前記註(7)及び後記註(29)各參照。
- (15) 拙稿、法學論集、關西大學創立七〇周年記念特輯號一一五頁以下。
- なお、拙稿前掲一二二頁註(2)における「粵氏假設法文第二・三項は寧ろ當然のことがらを擧げてあるに過ぎないが」という言句は、特許法第三十五條第一項が本稿註(8)の如き法意であることを前提としてのものであり、同氏法文全體中に位置する第一項の正當性を肯定してゐるものでないことに注意をされたい。
- (16) 前記註(8)參照。
- (17) 前記註(7)參照、なお本文中五九・六七頁參照。
- (18) Vgl. G. Benkart, a. a. O., S. 103.
H. Jay, a. a. O., S. 216 ff.
- (19) 俵教授前掲五五頁・田中氏前掲八九・九〇頁・村山氏前掲一〇九頁・吉原氏前掲一五九頁・拙稿前掲一二三頁中註(26)參照。
- (20) 拙稿前掲一〇六頁・前註(8)、なお、これと關聯して實施權の内容について、前註(19)及び大審院昭和十三年(判)第一九三號同年八月二七日判決各參照。
- (21) 拙稿前掲一一〇頁。
Vgl. G. Benkart, a. a. O., S. 201.
- Hier ist die wissenschaftliche Ansicht. Er sagt, "Lizenz. Die Uebertragung zu Teilrecht verschafft dem Erwerber ein Recht auf Ausübung einzelner Befugnisse aus dem Pat."
- Diesem Punkte sei besondere Beachtung geschenkt.
- (22) Kohler, Lehrbuch des Patentrechts, S. 17.
- (23) 村山氏前掲二一九頁。
- (24) 吉原氏前掲三三五頁・田中氏前掲一六六頁・末弘博士工業所有權法八一頁・清瀨博士前掲一二三頁。
- (25) 井薺氏前掲一四六頁・前註(24)。
- (26) 清瀨博士前掲四七四頁・末弘博士民法講話上卷一一二頁(戒能通孝教授改訂版一〇一頁)各參照。

cf. C. H. Biesterfeld, op. cit., p. 149.

㉗ 技術的創作 technische Schöpfung と云ふ發明は一の創造的觀念 schöpferische Idee であるが、これが物又は方法として具現されたとき、即ち、これを利用することに關する權利の行使として、或る物が製作された場合においては、たとえ、この製作のために供された素材が他人の物であつたとしても、民法の一般法理(民法第二四六條參照)に従つて完全な所有權が、その加工素材の所有者に歸するものではなく、又このことは、民法第二四三條及び第二四四條または、稀な場合であるが第二四二條の各附合の場合においても同様である。何故ならば物の上に特許發明が化體されているときは、その物の所有權は特許權によつて制限を受けるに至るのであつて、特許權者の許諾または法上正當の理由のない限り所有者と雖も當該物件を使用し收益に供しまたは處分することはできないのであつて、この場合所有權は強大な制限を受ける結果となるからである。

㉘ H. Jsay, a. a. O., S. 225.

㉙ Patengesetz 1936, § 47. I, § 15. I. (Bundesrepublik Deutschland ; Patengesetz 1936, in der Fassung des fünften Gesetzes zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes vom 18. Juli 1953.)

わが國の特許法等工業所有權法にはこの點について何等規定してはいないけれども、前註(7)後段に述べた工業所有權の特質から肯定される。

東京地方裁判所昭和二九年(㉑)第九八八五號・同第九八八六號に關する昭和三〇年二月二四日判決參照。なお、舊ドイツ特許法の下にもつても同國民法第一〇〇四條及び第八二三條を根據としてこれを肯定してゐた。

Vgl. Kohler, a. a. O., S. 540.

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

㉚ Vgl. Kohler, a. a. O., S. 542.

㉛ 侵害は客觀的に違法 objektive Wiederrechtlichkeit 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。特許權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。俵教授前掲七八・八〇頁。

Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, S. 425.

(32) 民法第一九二條乃至第一九四條・第二〇一條本文並に二項各參照。

(33) cf. C. H. Bieserfeld, *op. cit.*, p. 174.

(34) 拙稿前掲一二三頁參照、なおドイツの學說について拙稿前掲一二五頁參照。

美濃部達吉博士、行政法撮要下卷五三四頁。

飯塚半兵衛博士、無體財産法論一六〇頁。

Vgl. Kohler, a. a. O., S. 508.

Kohler, *Lehrbuch des Patentrechts*, S. 185.

Kisch, a. a. O., S. 215 ff.

大審院昭和十三年(甲)一九三號同年八月二七日判決・東京控訴院昭和十三年(第)第九〇一號昭和十七年七月二三日判決・東京地方裁判所昭和二十九年(日)第九八八五號同年第九八八六號昭和三十年一月二四日判決各參照。

(35) 特許權者の製作物引渡義務の不履行がある場合(粵氏によれば、この義務さえ否定されるのであるが)實施權者は單にこの義務違反を理由として實施契約を解除すること及び、當該の實施契約が雙務契約(有償實施許諾)である場合において單に反對給付たる實施料の支拂を免れ得るだけの立場より持ち得ないとすることは、私法の原則(民法第四一六條殊に本稿に關してみれば同條第二項)に徴し明らかに不當であることはいうまでもないであろう。

(36) 民法第四一五條・第四一六條、前註(35)參照。

(37) 直接實施權に付て論じてはいないが、制限附移轉の特許權に關して安達祥三氏特許法一一六頁は左のように述べている。

「茲に甚だ困難なる問題がある。甲特許權者より乙が丙地に制限せる制限附移轉の特許權の設定を受け、丁が乙より特許品を買受けて丙以外の土地に於て之を使用する場合を假定するに、丁の行爲は特許權の侵害となるであろうか。乙の權利は甲の特許權より流出でたるものなるが故に、之を以て特許權の侵害なりとするは、稍法律常識に反するの感がないでもない。然し乍ら之を特許權の侵害に非ずとすれば、乙の權利を丙地に制限したることが没却せらるる處がある。」

(38) 東京地方裁判所昭和十一年(日)第一八八四號同一二年七月二二日判決參照。

(39) 粵氏前掲一一二頁『大審院はこの場合「特許權ハ既ニ存在セス」と結論しなければならぬところを、これに到達する理由を發見できない爲めに「所有權ノ效力ニ照シ疑ヲ容レス」と判示したのである。』なお、この判例は明治四五年(乙)二號大正

元年一〇月九日大審院判決民事判決録一八輯八二七頁のものである。

(40) 専氏前掲一一二頁「特許物の上の特許権と所有権とは競合して存在するのである。而して、特許権存在するときは所有権の効力はこれによつて制限せられるのである。」

(41) Vgl. G. Benkart, a. a. O., S. 103.

(42) H. Jsay, a. a. O., S. 216.

本論註(1)に關し念のため

a' 一九四八年一月一日改正施行された The Code of the Laws of the United States of the America. (U. S. C.) Title 35, Sec. 40. に於ての特許の點は變りがなかつた。

a' 一九四九年二月十六日の Patents Act, 1949, § 57, I の文に於て Patents and Designs Act, 1932, Article 27, II, III から理解せられたものと同様である。

T. A. Blanco White, Patents for Inventions, 1955, p. 78, 388, 389, 393.

cf. Patents Act, 1949, § 66.

Power of court to make declaration as to non-infringement : — "A declaration that the use by any person of any process, or the making or use or sale by any person of any article,"...

(本稿要旨の一部は昭和三十一年二月一七日及び三月二三日、大阪市立労働會館で開催された事業者工業所有權協會關西特許法研究會において發表されたものである。)