

# 特許権の本質は実施権と専権の両立

—東京地裁の「フック装置」判決, 「生体高分子」判決,  
「青色発光ダイオード」判決を中心として—



会員 田辺 徹

## 目次

1. まえがき
2. 権利の専有
  - 2.1 専有の文字解釈
  - 2.2 「権利を専有」の文理解釈
  - 2.3 専権の意味
  - 2.4 専権と実施権の関係
3. トリップス協定
  - 3.1 「exclusive right」の訳語
  - 3.2 「特許権者」への専権付与
  - 3.3 旧来の専用権説の問題点
  - 3.4 野一色教授の的確な指摘
  - 3.5 排他権説でもトリップス協定違反
  - 3.6 専権説とトリップス協定
4. 判決例
  - 4.1 東京地裁の2判決
    - 4.1.1 東京地裁の「フック装置」判決
    - 4.1.2 東京地裁の「生体高分子」判決
  - 4.2 東京高裁の「生体高分子」判決
  - 4.3 平成16年1月30日の「青色発光ダイオード」判決
    - 4.3.1 中村教授とエジソンやマルコーニとの対比
    - 4.3.2 本件の概要
    - 4.3.3 専権説による特許法35条の解釈
    - 4.3.4 権利承継後の発明者の権利
    - 4.3.5 特許権者による発明未完成の主張
    - 4.3.6 ノウハウの評価
    - 4.3.7 ノウハウと特許出願
    - 4.3.8 改良発明の解釈
    - 4.3.9 特許解釈が侵害訴訟と職務発明の対価請求訴訟で相違
    - 4.3.10 「独占の利益」の「独占」の意味
    - 4.3.11 「実施」の独占と「事業」の独占
    - 4.3.12 仮想の数値と現実の数値
    - 4.3.13 知財取引信用度
5. 専権説
  - 5.1 専権説の「特許権の本質」
  - 5.2 専用実施権
  - 5.3 独占的通常実施権
  - 5.4 通常実施権
  - 5.5 基本特許権と利用特許権
  - 5.6 利用発明の裁定実施権

6. 日米の条文の対比
  - 6.1 アメリカ特許法
  - 6.2 アメリカ商標法
  - 6.3 アメリカ著作権法
  - 6.4 アメリカ半導体集積回路法
7. あとがき

## 1. まえがき

わが国の現行特許法において、特許権の本質は、実施権と専権の両立である。この考え方を、これまで本来の専用権説と呼んでいたが<sup>(1)</sup>、その特長を鮮明にするために、今後は、専権説と呼ぶことにする。

本稿は、東京地裁の3判決を中心にして、専権説を詳細に論じるものである。

平成14～15年に、東京地裁は、特許権の本質に関係する2つの判決、すなわち「フック装置」判決と「生体高分子」判決を下している。

これらの判決においては、特許権について専用実施権が設定された場合には、当該特許権を侵害する第三者に対して差止請求権を行使することができるのは専用実施権者のみであって、特許権者が差止請求権を行使することはできない、と解されている。

このような解釈は、後述するように、トリップス協定違反の可能性が高い。トリップス協定28条に「特許権者に次の排他的権利(exclusive right)を与える」と規定されているからである。

また、平成16年1月30日に、東京地裁は、職務発明の「相当の対価」にかんして、「青色発光ダイオード」判決を下した。この判決も、特許権の本質に関するものである。

## 2. 権利の専有

### 2.1 専有の文字解釈

権利の「専有」とは、いかなる意味か。

「専」は、国語辞典<sup>(2)</sup>に次のとおり説明されている。

- ① 一つのこと集中する。もっぱら。ひたすら。「専一・専科・専業・専攻・専修・専心・専属・専任・専念・専門・独専」
- ② 自分の思うままにする。「専横・専行・専制・専売・専有・専用」

この国語辞典の説明からも分かるように、「専」には、「1つのこと集中する」という意味もあるが、「専有」の用法においては、「専」は、「思うままにする」という意味が重要である。

「専」の訳語は、「sole」「exclusive」「sole and exclusive」がありうる。「sole」は、前述の①の意味をもち、「exclusive」は、②の意味をもつ。①と②の組合せが「sole and exclusive」である<sup>(3)</sup>。

現行特許法で使用されている「専用」および「専有」の「専」の意味を考えると、支配や排他性を忘れてはならない。

「専有」と同じ用法として、「専横」や「専制」をあげることができる。いずれも、この用法では、「専」は、排他性をもち、権力を思うままにふるって他人を支配する、というイメージが思い浮かぶ。

## 2.2 「権利を専有」の文理解釈

「権利を専有する」とは、いかなる意味か。

「権利を専有する」(exclusively have a right)は、「専権を有する」(have an exclusive right)と言い換えることができる。両者は同義といえる。

## 2.3 専権の意味

「専権」とは何か。

専権は、排他的権利(exclusive right)と同義である。

たとえば、「専売」は排他的な独占販売を意味している。「専売」は販売のみに集中することではない。

このような「専」の解釈は、「専」の付いた専用実施権に差止請求権が認められ、「専」の付かない通常実施権に差止請求権が認められないことから、特許法の条文で裏付けられている。

## 2.4 専権と実施権の関係

専権説では、実施権と専権(排他的権利)とが両立すると考える。これは、実施権を「right to work」と英訳し、専権を「exclusive right」と英訳すると、よく分かるであろう。両者を合わせると、「exclusive right

to work」となる。

図表1は、そのような専権と実施権の関係を図解して示している。

図表1 専権と実施権の関係

実施権		
実施をする	権利	を専有する
専権を有する		

専権		
exclusive	right	to work
実施権		

図表1からも分かるように、「特許発明の実施をする権利を専有する」(exclusively have the right to work the patented invention)とは、「特許発明の実施の専権(つまり排他的権利)を有する」(have the exclusive right to work the patented invention)を意味する。

現行の日本特許法においては、差止請求権(100条)が、専権(排他的権利, exclusive right)の具体的手段として規定されている。

## 3. トリップス協定

アメリカのペリーは、わが国に対し、主として自国の捕鯨産業のために砲艦外交をした。このことは、当時の米国の新聞記事をよむと、よく分かる<sup>(4)</sup>。

1858年(安政5年)に締結された「日米修好通商条約」は、不平等条約であった。このような不平等条約は、アメリカ以外の国とも締結された。この不平等条約の改正こそ、当時の日本にとって最大の外交課題であった。

不平等条約の改正が実現したのは、1894年(明治27年)である。不平等条約の改正を実現可能にしたのが、外国人への特許付与である。特許権は、それほど価値のある武器であった。

アメリカは、今、トリップス協定を武器にしている。

アメリカは、1980年代から、自国の産業競争力を回復するために、他国に知財や知財権の保護強化を強要するようになった。条約に違反しても合法的な制限措置のとれないWIPOでの交渉に満足せず、物品(有体物)本位のGATTで、無体の知財や知財権を交渉項目の重要な一つとして加えて取り扱うようにした。これ

は、アメリカにおいて、「property」<sup>(5)</sup>の重点が、有体物から無体のものへと大きく転換したからである。

トリップス協定28条の「排他的権利」(exclusive right)の規定は、前述のような背景のもとに設けられた。これは、ほとんど政治的な産物といえるもので、けっして純粋に学問的な産物ではない。

アメリカは、世界の技術覇権国としての自信をもっているかぎり、おそらく他国に排他権説の尊重を訴えつづけるであろう。

### 3.1 「exclusive right」の訳語

トリップス協定28条には、特許権者に排他的権利を与える旨が規定されている。

「排他的権利」は「exclusive right」の訳語である。

希望をいえば、「exclusive right」は、「専権」と訳してほしかった。そうすれば、特許法68条の「権利を専有」と、トリップス協定28条の「exclusive right」との関係が、文言上明らかになったはずである。

「排他的権利」の代わりに「専権」の訳語を用いていれば、おそらく「exclusive right」が「排他権」(right to exclude)と混同されることもなかったであろう<sup>(6)</sup>。

### 3.2 「特許権者」への専権付与

また、トリップス協定28条は、「特許権者」への専権付与を規定している。

特許権者「のみ」に付与するとまでは規定されていないので、特許権者に加えて、それ以外の者(専用実施権者)に専権を付与しても、協定違反とはならないであろう。

トリップス協定によれば、特許権者には、必ず専権(exclusive right)を与えなければならない。専用実施権者に専権を与えて、特許権者には専権を与えないと、協定違反になると解される。

仮に専用実施権の設定範囲がごく限られたものであるとしても、その設定範囲について特許権者に専権(exclusive right)が付与されなければ、トリップス協定違反と解さざるをえないのではなかろうか。

### 3.3 旧来の専用権説の問題点

旧来の専用権説においては、「実施をする権利を専有する」という特許法68条の明文規定が、「実施をする権利を専ら有する」、「solely have a right」、「have a sole

right」と同義に解され、特許法100条の差止請求権の排他的効力は、「実施をする権利」の積極的効力の反射効果として認められる。

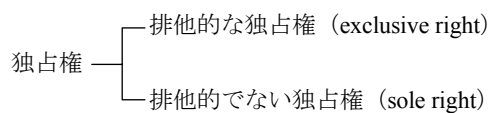
そのような解釈は、トリップス協定28条に違反している可能性が高い。

トリップス協定28条によれば、特許権が特許権者に与える権利は、排他性のない独占権つまり「sole right」ではならず、必ず排他性のある「独占権」すなわち「専権」「exclusive right」(排他的権利)でなければならない。

「sole right」と「exclusive right」は、いずれも「独占権」と訳せるが、**図表2**に示すように、前者は排他的な独占権ではないのに対し、後者は排他的な独占権である。

トリップス協定28条でいう「exclusive right」は、排他的効力を必須としている。

図表2 独占権の種類



### 3.4 野一色教授の的確な指摘

野一色教授がトリップス協定28条について次のように指摘されたことは、注目に値する。

「専用権説では、TRIPs協定28条に定める特許権の効力が損なわれることになる。」<sup>(7)</sup>

野一色教授が的確に指摘されたように、特許権の効力を損なう困った事態が発生した。

東京地裁の「生体高分子」判決と「フック装置」判決においては、旧来の専用権説を用いたため<sup>(8)</sup>、後述するように、トリップス協定28条に定める特許権の効力が損なわれたのである。

### 3.5 排他権説でもトリップス協定違反

排他権説によっても、現行の特許法では、困った事態の発生を回避できない。排他権説でも、トリップス協定28条に定める特許権の効力が損なわれることになる。

特許法の条文を改めないかぎり、「生体高分子」判決や「フック装置」判決のような事案において、排他権

説でも、トリップス協定に定める特許権の効力を損なうような結論を出さざるをえない。

### 3.6 専権説とトリップス協定

後述するように、専権説によれば、特許法68条で定める「権利を専有する」を「専権を有する」つまり「排他的権利を有する」と解するので、現行特許法の条文を改廃しなくても、トリップス協定違反にならない。

## 4. 判決例

専用実施権の設定後に、特許権が空虚な権利になるのか否か、さらに具体的にいえば、特許権者に差止請求権があるのか否かに関して、これまでは、多数説も、判例も、特許権者の差止請求権を認めてきた<sup>(9)</sup>。

### 4.1 東京地裁の2判決

ところが、東京地裁は、以下に説明する2つの判決において、特許権者の差止請求権を否定した。

#### 4.1.1 東京地裁の「フック装置」判決

平成14年4月16日に、東京地裁は、「フック装置」判決（平成12年（ワ）8456号）を下した。

特許法68条の規定と、同法77条2項の規定に照らし、裁判所は、次のように判示している。

『特許権について専用実施権が設定された場合には、当該特許権を侵害する第三者に対して差止請求権を行使することはできないと解するのが相当である。』

本件においては、特許権につき範囲を限定しないで専用実施権が設定されているから、設定時以降においては、差止請求権を行使し得る者は、専用実施権者のみであると判示されているが、その理由が明らかにされていない。

想像するに、実施権のない者は、たとえ特許権者であっても、差止請求権がない、と解しているのであろう。

旧来の専用権説の場合、範囲を限定せずに専用実施権が設定されていれば、実施権の反射効果が全く得られないから、特許権者に排他的権利を与える余地がない。

ところが、不思議なことに、この判決では、別のところで、「排他的独占権」が特許権の本質であると明言している。これについて理由付けが示されていないので、よく理解できないが、特許権の本質を「排他的独占権」(exclusive right) というのであれば、特許権者

は、実施権を有していなくても、排他的権利の具体的手段である差止請求権を有すると解すべきであった。

本件は、東京高裁に控訴され、平成14年（ネ）第2856号として審理中である。

#### 4.1.2 東京地裁の「生体高分子」判決

平成15年2月6日に、東京地裁は、「生体高分子」判決（平成13年（ワ）21278号）を下した。

東京地裁は、まず、専用実施権が設定されている場合の、特許権者による差止請求の可能性について判断し、特許法77条2項と68条の規定を引用し、次のように判示している。

『特許権に専用実施権が設定されている場合には、設定行為により専用実施権者がその特許発明の実施をする権利を専有する範囲については、差止請求権を行使することができるのは専用実施権者に限られ、特許権者は差止請求権を行使することができないと解するのが相当である。』

つづいて、差止請求権の存在理由が説明されている。すなわち、

『特許法の規定する差止請求権（同法100条）は、特許発明を独占的に実施する権利を全うさせるために認められたものというべきであって、第三者の請求する特許無効審判の相手方となり、無効審決に対して取消訴訟を提起するなどの特許権の保存行為とは異なり、特許権者といえども、特許発明の実施権を有しない者がその行使をすることはできず、また、行使を認めるべき実益も存しないからである。』

この判決で注目したいのは、特許権者といえども、特許発明の実施権を有しない者が差止請求権の行使をすることができない、と明言した点である。

この判決によれば、実施権の存否が差止請求権の有無を決する。

旧来の専用権説では、特許法68条に排他的効力（消極的効力）が明文で規定されておらず、単に実施権の積極的効力の反射効果として、消極的効力（排他的効力）が認められるにすぎないと解するので<sup>(10)</sup>、特許権者といえども、実施権がなければ、その反射効果もなく、「実施権を有しない者が差止請求権の行使をすることができない」と結論するのは、理論を重視すれば、やむをえないことである。

特許法68条と77条2項の規定に照らせば、専用実施権の設定範囲で特許権者が実施権を有すると解釈で

きる余地はない。

さらに注目したいのは、差止請求権は特許発明を独占的に実施する権利を全うさせるために認められたものである。と解釈した点である。

このような解釈のしかたは、専権説と旧来の専用権説に共通している。これは、両説にとって重要なことである。

しかし、両説の結論は全く逆になる。

旧来の専用権説では、実施権を有さない特許権者は、差止請求権を行使できない。

これに対し、専権説では、特許権者は、実施権を有さないが、専権（排他的権利）を有するので、差止請求権を行使できる。

他方、排他権説も、旧来の専用権説と同様に、専用実施権が設定されると、その設定範囲で特許権者に排他権が与えられず、その結果、排他権を有さない特許権者は、差止請求権を行使できない。

その範囲がどのように狭くても、その設定範囲内では、特許権者は、排他権説では排他権を有さず、旧来の専用権説では実施権を有さず、いずれの説によっても、結局、空虚な権利になってしまう<sup>(11)</sup>。

それゆえ、本件のような事例で、排他権説と旧来の専用権説のいずれの説を適用しても、結論は、トリップス協定違反になってしまう。

## 4.2 東京高裁の「生体高分子」判決

東京高裁は、平成16年2月27日に、前述の東京地裁の「生体高分子」判決を取り消す平成15年（ネ）1223号判決を下した。

東京高裁は、特許権について、範囲を全部、地域を日本全国、期間を特許権の存続期間全部とする専用実施権を設定している場合であっても、特許権者は差止請求権を有すると解し、次のとおり判示した。

『特許法100条は、明文をもって「特許権者又は専用実施権者は、自己の特許権又は専用実施権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定している。しかも、専用実施権を設定した特許権者にも、次のとおり、上記権利を行使する必要が生じ得るのであり、上記権利の行使を認めないとすると、不都合な事態も生じ得る。これらのことからすれば、専用実施権を設定した特許権者も、特許法100条にいう侵害の停

止又は予防を請求する権利を有すると解すべきである。

専用実施権を設定した特許権者といえども、その実施料を専用実施権者の売上げを基準として得ている場合には、自ら侵害行為を排除して、専用実施権者の売上げの減少に伴う実施料の減少を防ぐ必要があることは明らかである。特許権者が専用実施権設定契約により侵害行為を排除すべき義務を負っている場合に、特許権者に上記権利の行使をする必要が生じることは当然である。特許権者がそのような義務を負わない場合でも、専用実施権設定契約が特許権存続期間中に何らかの理由により解約される可能性があること、あるいは、専用実施権が放棄される可能性も全くないわけではないことからすれば、そのときに備えて侵害行為を排除すべき利益がある。そうだとすると、専用実施権を設定した特許権者についても、一般的に自己の財産権を侵害する行為の停止又は予防を求める権利を認める必要性がある、というべきである。』

このような東京高裁の解釈は、専権説に適合するだけであり、けっして旧来の専用権説や排他権説には適合しないものである。

## 4.3 平成16年1月30日の「青色発光ダイオード」判決

東京地裁が、平成16年1月30日に下した「青色発光ダイオード」判決<sup>(12)</sup>は、200億円にのぼる巨額の対価を支払うように命じたことで、産業界に大きな衝撃を与えた。

### 4.3.1 中村教授とエジソンやマルコーニとの対比

本件の原告である中村教授は、エジソンやマルコーニに似た点が多い。

#### (a) 「表層思考」よりも「深層思考」を重視

エジソンも中村教授も、知識をつめ込む暗記教育を批判し、「表層思考」よりも「深層思考」<sup>(13)</sup>を重視して、実用的な大発明を実現した。

#### (b) 裁判で戦う

中村教授は、エジソンと同様に、特許裁判で徹底的に戦い、少なくとも地裁では勝った。

#### (c) 独創発明者としてのマスコミ報道

エジソン以前の電球発明者は23名もいた、と文献<sup>(14)</sup>に記されているが、今日、白熱電球の発明者といえば、エジソンである。

無線通信の発明者として知られるマルコーニも、実

用的な大発明に成功して歴史に名を残しているが、無線技術の学術的な貢献度からみて、無線通信の他の発明者と比べて格別な独創性があったとはいえない。

エジソンも、マルコーニも、多くの独創的な発明者の一人であり、白熱電球と無線通信の改良発明をなしたにすぎないが、歴史に名を残している。

青色発光ダイオードに挑んで独創的な発明に成功したのは中村教授だけではない。日本だけをみても数多い<sup>(15)</sup>。

しかし、エジソンやマルコーニと同様に、マスコミ報道では、ほとんど、中村教授だけが青色発光ダイオードの独創発明者とされている。

#### (d) ツーフロー方式

青色発光ダイオードの製造に関する主な技術として、バッファ層、ドーパ、熱処理（アニール）、ダブルヘテロ構造、ガスのツーフロー方式などを挙げるができる。

ツーフロー方式の結晶成長装置は、中村教授のパイオニア発明という見方が多い。

しかし、それは間違った見方である。たとえば、平成8年8月22日付の拒絶理由通知書で「Journal of Electronic Materials, 14 [5] (1985)」が引用された。この公知文献の第5図に記載されたツーフロー方式では、ツーフローの両方とも反応ガスを噴射するのに対し、中村教授の発明では、反応ガスを含まない不活性ガスを押圧ガスとして供給する。この相違点を明確にするために、特許請求の範囲が補正された。

このことから分かるように、本件特許発明は、ツーフロー方式の改良発明であり、パイオニア発明ではない。

ただし、本件発明は、改良発明ではあったが、実用的な面でブレークスルーとなる発明であった。

中村教授は、『被告会社が市場において圧倒的な競争力を誇る高輝度のLED及びLDについては、本件特許権の貢献度が100%であり、その他の技術の貢献度はゼロというべきである』と主張している。

#### (e) 中村教授とエジソンやマルコーニとの相違点

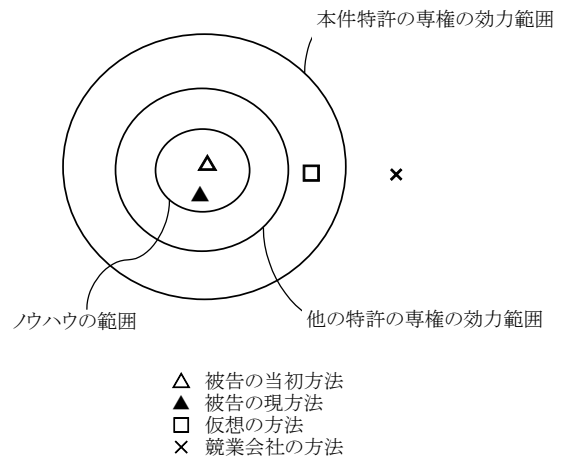
エジソンやマルコーニと、中村教授には、大きな相違点がある。

それは、エジソンやマルコーニが使用者（起業家）であったのに対し、中村教授が従業者であった点である。

### 4.3.2 本件の概要

裁判所の判断に沿って事案を図解した図表3を参照して、専権説の立場から、本件の概要を説明する。念のためにいえば、中村教授と被告会社の主張は、これと一致していない。

図表3 事案の図解



本件特許発明の完成前に、中村教授と被告会社との間で、職務発明について被告会社が特許を受ける権利を承継する旨の黙示の合意が成立していた。

被告会社は、本件特許発明の完成後、本件特許発明に不活性ガスの所定圧力に関するノウハウを付加した被告当初方法により青色LEDの製品化を行った。その後、被告当初方法から被告現方法への切り替えを進めた。平成9年4月15日以後は、被告現方法を実施して、高輝度青色LED及びLDを製造している。

被告会社は、他社に本件特許発明の実施を許諾していない。本件特許権により競業他社に対して本件特許発明の実施を禁止していることにより、被告会社が、高輝度青色LED及びLDの製造販売において、市場において優位な立場を獲得し、これによる超過売上高を得ているかどうか問題となった。

これを判断するために、本件特許発明と被告現方法との関係、高輝度青色LED及びLDの製造に当たって本件特許発明が果たした役割等が検討された。

被告会社は、被告当初方法については、本件特許発明に不活性ガスの所定圧力に関するノウハウを付加したものであって、本件特許発明の改良発明にすぎず、本件特許発明の技術的範囲に属することを争わなかったが、被告現方法については、本件特許発明とは別個の技術思想に基づく発明であるとして、本件特許発明

の技術的範囲に属することについて争った。

裁判所は、被告現方法は本件特許発明の構成要件をすべて充足し、技術的範囲に属すると判断した。

#### 4.3.3 専権説による特許法 35 条の解釈

図表 4 に示すように、従業者（発明者）は、権利承継後は、無権原となる（35条2項）。対価は、無権原の従業者に支払うものである（35条3項）。しかも、使用者は、すでに無償の通常実施権を有している（35条1項）。

図表 4 専権説による特許法 35 条の解釈

35条	使用者の権利	従業者の権利
1項	無償の通常実施権	特許権（実施権と専権）
3項	特許権（実施権と専権）	権原なし（注） 対価の支払を受ける権利
	専用実施権（実施権と専権）	特許権（専権のみ、実施権なし） 対価の支払を受ける権利

（注）特許を受ける権利、実施権、専権は、いずれもない。発明者には人格権のみが残る。

特許法 35 条は、権利承継の時点で予想される利益の額と、発明完成までの使用者等の貢献の程度とを考慮することを規定している。予約承継の場合、対価の額は発明完成の時点で定めるべきものである。

しかし、この算定が困難であるためかどうかは知らないが、権利承継後の実績だけならまだしも、裁判時点で予想される将来の利益の額までも考慮するように、判決例は最近大きく変化した。

権利の承継でなく、専用実施権を設定した場合は、どうか。

使用者が専用実施権を有する一方で、従業者は、専権のみで実施権なしの特許権を有する（35条3項）。この場合、従業者は、専権の消極的（排他的）効力を有する。

#### 4.3.4 権利承継後の発明者の権利

権利承継後に、発明者に残るのは、人格権だけである。しかも、著作権法の創作者と違って、発明者には、特許書類の表現について同一性保持権がない<sup>(16)</sup>。

使用者は、権利承継後に、専権の取得と内容について全権を有している。

特許権や、特許を受ける権利は、専ら使用者が有する。たとえば、使用者は、出願をするか否か、出願を取り下げるか否か、特許書類の内容をどうするかを、

自由に決めることができる<sup>(17)</sup>。

本件においては、平成 5 年夏ころ、中村教授の発明に係る 200 以上の特許出願があったが、公開前の方法の特許出願はすべて取り下げるように被告会社に命じられた、と中村教授は主張している。

そのような特殊事情はあったものの、被告会社の特許部の尽力により、拒絶理由通知及び特許異議申立に対して適切な対応がなされ、本件特許権が成立した。

#### 4.3.5 特許権者による発明未完成の主張

被告会社は、特許権者でありながら、発明未完成を主張した。すなわち、

『不活性ガスを所定の圧力に基づき供給することを必須の要件とするものであったが、特許請求の範囲にはこの点に関する要件が開示されておらず、明細書の記載だけをみると、未完成発明というべきものであった。』

これに対し、裁判所の判断は次のとおりである。

『特許権者である被告自身が、本件特許発明を未完成発明であるとして、本件特許の有効性を疑問視するような主張をする真意は必ずしも明らかでない』

『本件特許発明が未完成発明ということはできないし、本件明細書の記載に不備があるとも認められない。』

わが国の特許法には、ベストモード要件が規定されていないので、本件では争点にならなかったが、アメリカであれば、ベストモードの記載不備が争点になったに違いない。

#### 4.3.6 ノウハウの評価

本件発明は、前述のように、従来のツーフロー方式を改良したものであり、その点だけをみれば、パイオニア発明や独創発明とは言いがたいが、青色発光ダイオードの発展史からみれば、ブレークスルーとなる発明であり、実用化へ大きく前進させる発明であったと言える。

中村教授が青色発光ダイオードの実用化に成功した主な理由は、下積み時代に根負けせずに職人仕事をこなして身につけた職人としての能力をうまく活用して、自分のノウハウが詰まった装置を駆使することにより他の発明者と違った形で独創力を発揮できたことである<sup>(18)</sup>。

中村教授のツーフロー方式は、最適化条件が最大のポイントになっている。これは、2 方向のガスの微妙

なバランスの上に成り立つ技術であるため、最適の条件を安定的に維持することが重要である。とくに高品質のものを大量生産するときに肝要となる。

中村教授は、本件において次のように主張している。

『MOCVD（有機金属気相成長法）自体が、ほんのわずかな実験条件の違いによって結晶膜の成長が左右される非常に精密な技術であり、市販のMOCVD装置を使って、製品化できるレベルの結晶膜を成長させる場合においても、その調整のために数年程度の月日を要することが珍しくない。ましてや、原告は、試行錯誤を重ねて、市販装置の反応装置部分を本件特許権を実施したいいわゆるツーフロー方式に改造しており、MOCVD装置の心臓部というべき反応装置部分は、各種の配管等が入り組んだ非常に複雑な構成となっている。このようにして得られたMOCVD装置の構造及び結晶膜成長のための最適化条件こそが、高品質な窒化ガリウム系結晶膜を得るための最大のポイントであり、市場を席卷する被告会社の高輝度LED及びLDの競争力の源泉である。』

被告会社も、「所定の圧力」の最適化条件を重要なノウハウとして強調している。そうでなければ、特許権者であるのに「発明未完成」を主張することはなかったであろう。

ところが、なぜか裁判所はそのようなノウハウの価値を高く評価しない。

この点にかんして、裁判所は、次のように判示している。

『本件特許発明を産業的に実施して高輝度青色LED及びLDを製品化するためには、本件明細書に直接開示された以外のいわゆるノウハウに属する部分が、少なからぬ役割を果たしていることが推測されないではない。しかしながら、これらのノウハウは、本件特許発明の技術的原理を前提として、その作用効果を高めるために実施態様を工夫したものか、せいぜい改良発明としての意味を持つものでしかなく、本件特許発明が存在しないかぎり意味を持たない。』

裁判所は、原告と被告の双方のノウハウ重視の主張にもかかわらず、ノウハウの重要性を過小評価しすぎではないだろうか。

本件発明を産業的に実施するために本件明細書に開示されていないノウハウが重要であることは、原告と被告に共通の認識である。

競業他社は、被告会社が保有しているツーフロー方式のノウハウを有していない可能性が大である。その場合、仮に専権の解除（つまり本件特許発明の実施許諾）をしたとしても、被告会社のノウハウを入手しなければ、競業他社は高品質の製品を製造できないはずである。

#### 4.3.7 ノウハウと特許出願

特許出願をして自社の発明を公開するか、特許出願をしないでノウハウとして秘密にしておくかを決める際に、今後、本判決は、悪い影響を及ぼす可能性があるのではないかと心配になる。

中村教授の主張によれば、被告会社の経営陣は、同社のような小規模な地方企業が特許出願しても、公開等を通じて大手企業に技術が流出するだけであるという考えを持っていた。

#### 4.3.8 改良発明の解釈

被告会社は、ノウハウに係る部分の構成が付加されているから、被告現方法は、本件特許発明とは技術思想を異にする全く別個の発明であると強く主張している。

これに対し、裁判所は、次のように言う。

『被告現方法は、本件特許発明の技術的原理を前提として、その作用効果を高めるために実施態様を工夫したか、せいぜい改良発明としての意味を持つものでしかない。被告の主張は、採用できない。』

なぜ「全く別個の発明」であると、技術的範囲に属さないとと言えるのであろうか。

また、なぜ「改良発明」だと、技術的範囲に属するといえるのであろうか。

判決文からは理解しがたいが、いわゆる「穴あき説」や「そっくりそのまま説」を想定して論じているのであろうか。

専権説によれば、被告現方法が「全く別個の発明」や「改良発明」であったとしても、そのことが技術的範囲の属否の結論に直接影響することはない。

#### 4.3.9 特許解釈が侵害訴訟と職務発明の対価請求訴訟で相違

本判決で最も注目したいのは、特許発明の技術的範囲の解釈のしかたが、侵害訴訟と職務発明の対価請求訴訟で相違することを明言していることである。

この点について、裁判所は、次のように判示する。

『仮に、本件特許発明の各構成要件の文言を狭義に



解釈して、被告現方法は文言上本件特許発明の技術的範囲に属しないとし、また、被告現方法と本件特許発明の相違部分につき当業者が容易に想到することができないとして均等の成立も否定する立場をとるとして、別紙「被告現方法についての当裁判所の判断」記載の理由によれば、被告現方法が本件特許発明を基本的原理として利用した技術であることは明らかである。』

本判決において、技術的範囲の解釈方法は、具体的に示されていないが、侵害訴訟でのクレーム解釈に比較して、かなり柔軟なクレーム解釈がなされているようである<sup>(19)</sup>。

さらに、裁判所は、次のように驚くべきことを判示している。

『仮に被告現方法が厳密には本件特許発明の技術的範囲に属しないとしても、被告会社が高輝度青色LED及びLDの市場における立場を通じて得ている超過売上高は、いずれにせよ、本件特許権の取得により本件特許発明を実施する権利を独占することによって得られる利益（独占の利益）と認定すべきものだからである。』

専権説では、このような理由付けはありえない。

被告現方法が本件特許発明の技術的範囲に属さなければ、当然、被告現方法には排他的効力が及ばず、それについて実施許諾をすることは不可能である。排他的効力が及ばない方法について、本件特許により独占の利益を得ることはできない。

専権説においては、特許発明の実施許諾は専権の排他的効力により可能になると考えるので、仮想の方法（図表3の□印）の実施料を算定する場合、専権の効力範囲を侵害訴訟と全く同一のクレーム解釈原理により定める。

#### 4.3.10 「独占の利益」の「独占」の意味

本判決でいう「独占の利益」の「独占」は、排他的（exclusive）な独占と、非排他的（sole）な独占のいずれであろうか。

これが、専権説論者としては、大いに気になるところである。

一方では、特許発明の技術的範囲の解釈が侵害訴訟のものとは違うと言っているのが、非排他的な独占（sole）の可能性もある。他方では、競業他社への実施許諾を想定して実施料収入を算定しているので、排

他的な独占（exclusive）の可能性もある。

仮に本件特許（とくにその専権）がなくても、ノウハウが秘密に管理されるかぎり、非排他的な独占は確保できる。

独占の利益は、本件特許が取得されていなくても、程度に差があるものの、過去に得られたはずであるし、将来も得られるはずである。

#### 4.3.11 「実施」の独占と「事業」の独占

専権説によれば、特許権は、特許発明の「実施」の独占権であって、けっして特許発明の「事業」の独占権ではない。

専権説では、「実施」の独占と「事業」の独占を明確に区別している。

#### 4.3.12 仮想の数値と現実の数値

被告会社は、自社保有の特許権について有効性や専権の効力を否定するような異例の主張をしているが、それくらいなら、むしろ、本件特許を開放した方がよかったのではなかろうか。そうすれば、被告会社は、仮想の数値に代えて現実の数値を示すことができる。なにか特別な事情があつて、そうしなかったのであろうか。いろいろと想像してみても、よく分らない。

本判決の算定方法には、仮想の概念や仮想の数値が多く使用されているので、現実の数値や方法等を示すことができれば、結論は大きく変化しうる。

被告会社は、2002年頃までは、他社への実施許諾を一切拒否して、多くの訴訟を起こしていたが、途中で特許戦略を転換して、ライセンスをするようになったと報じられている。

そうであるならば、本件特許については他の特許とは分離した形で、しかもノウハウ（営業秘密）を一切教示せず、単に本件特許発明のみを実施許諾する形で、ライセンス交渉を開始すれば、他社は、それを望まないか、望むのであれば、具体的な数値を提示するはずであるから、その時点で現実の数値や方法等が明らかになるかもしれない。

#### 4.3.13 知財取引信用度<sup>(20)</sup>

21世紀は知財の時代である。そのことを前提にして、わが国は、知財立国を目指している。

知財立国の実現のために最も大切なことは、国内の知財取引信用度を高めることである。

同じことは、もっと小さな集団についても当てはまる。たとえば、企業内や大学内の知財取引信用度を高

めることこそが、知財の時代には、最も大切である。

集団内の知財取引信用度が高ければ、優れた知財がその集団に外部から集まってくるし、集団内での創造も活発になる。

たとえば、アメリカを例にとれば、ハイテクにかんして、カリフォルニア州のシリコンバレー集団が伝統的なマサチューセッツ州のボストン集団に対して技術発展の点で優位であったのは、両者の知財取引信用度の差であり、その差は、主として従業者の流動性と営業秘密（トレードシークレット）の保護とのバランスをハイテクの進化にとって最適にしたか否かにより生じた、と考えられる。

カリフォルニア州は、競争禁止条項（non-competition clause）を従業者に有利に解釈するため、優秀な従業者の流動性の点で他の州に対して優位であると言われている<sup>(21)</sup>。

中村教授は、そのように優秀な研究者にとって最適の場所といわれているカリフォルニア州に移り、研究に専念できるようになった。ところが、不思議なことに、その後、中村教授によって独創的な研究成果が発表されていない、と言われている<sup>(22)</sup>。

一方、わが国では、優秀な技術者の流動性は、本件と同類の裁判例をみてもわかるように、アメリカに比較して格段に低い。それにもかかわらず、退社後の競争禁止は、営業秘密の保護強化からも分かるように、むしろ強くなる傾向にある。これでは、優秀な技術者の流動性は抑制されることになる。

営業秘密の保護強化と優秀な技術者の流動性との日本流のバランスの最適化が、知財立国や科学技術立国にとって極めて重要である。風土が相違するので、アメリカとは違った形で、最適化をはかる必要がある。

わが国でも、日本人による創造知財を重視すべきことは強く呼ばれているが、それは、ほとんど『稲作型』の創造知財に対するもので、『開拓型』の独創知財に対するものではない。前者は比較的高く評価されてきたが、後者の評価は、残念ながら、外国で高い評価を得るまでは、日本国内では不当に低いことが多かった。本来ならば、まず自分の集団内で独創知財を高く評価し、それを他の集団に求めるべきであろう。

21世紀の日本にとって肝要なのは、自分たちの集団（とくに日本人）により創造される『開拓型』の独創知財の取引信用度を自分たちの集団内で高めることである。

中村教授と被告会社との関係を見ると、当初は、自由な研究環境を与えられ、企業内の知財取引信用度が非常に高かったようだが、途中から急激に低下した。

バイタリティーにあふれる中村教授が企業内の知財取引信用度の急降下後に被告会社を去らなかったのは、なぜか。会社を去ってから訴訟を起こしたのは、なぜか。

本当は、対価の額よりも、それこそが、現在および将来の日本にとって最大の課題なのではなからうか。

本判決で用いられた「相当の対価」の算定方法が一般化する場合、日本の風土を考えると、企業内の知財取引信用度が、かなり低下してしまうのではないかと心配である。

裁判所は、発明者へのインセンティブを高めるために高額の対価の支払を命じたのであろうが、使用者へのインセンティブを著しく低下させてしまう。

インセンティブには各種のものがあ、り、その中には、互いに対立するものがある。いろいろなインセンティブの総合的なバランスを欠くと、たとえば、発明者へのインセンティブと企業へのインセンティブとのバランスや、特定の発明者へのインセンティブと他の発明者や協力者へのインセンティブとのバランスが良くないと、集団内の知財取引信用度は低下してしまう。インセンティブ論で注意すべきは、まさに、この点である。

## 5. 専権説

専権説では、特許法68条の「実施をする権利を専有する」という明文規定に照らして、特許権者は、実施権と専権（つまり排他的権利、その具体的手段としての差止請求権）の両方を有すると解する。

専権説では、特許法68条は、積極的効力をもつ実施権（right to work）と消極的効力つまり排他的効力をもつ専権（exclusive right）の両方を明文で規定している、と解するのである。

### 5.1 専権説の「特許権の本質」

図表5は、専権説を図解して示したものである。

特許権は、特許発明の実施をする権利（実施権）と、専権（排他的権利）からなる。

積極的効力を有する実施権と、消極的効力を有する専権は、互いに両立する。この点に特許権の本質が存在する。

図表 5 専権説の「特許権の本質」

	種類	効力	内容	対象
本来の 専用権	実施権	積極的	実施	特許発明
	専権	消極的	排他	特許発明の実施

実施権の積極的効力は、自己の特許発明の実施を本質的内容とする。これに対し、専権の消極的効力は、他人による自己の特許発明の実施の排除(つまり排他)を本質的内容とする。

専権説は、日食にたとえることができる<sup>(23)</sup>。専権の排他的効力が太陽の引力に対応し、実施権の積極的効力が太陽の光線に対応する。両者は両立していて、日食(専用実施権の設定)のとき、光線(実施権の積極的効力)はなくても、引力(専権の排他的効力)は作用している。

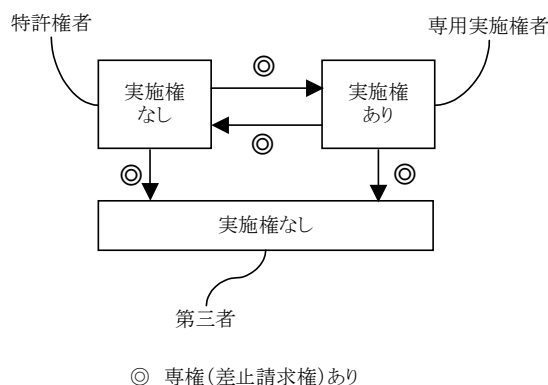
## 5.2 専用実施権

図表 6 に示すように、専権説によれば、専用実施権が設定された場合、特許権者は実施権を有さず、特許権の積極的効力は空虚なものとなるが、専権を有するので、消極的効力(排他的効力)がある。特許権者は、積極的効力(実施権)を失っても、消極的効力(その具体的手段である差止請求権)は失わない。

専用実施権が設定された場合でも、特許権者は、別途、専用実施権者から実施の許諾を受けた場合は、実施権を有し、実施可能となる。

専用実施権者といえども、特許権者の承諾を得ないかぎり、他人に実施を許諾することはできない(77条4項)。特許権者の承諾を得ない場合、専用実施権者から実施の許諾を受けた者が特許発明を実施すると、特許権者は、専権を有しているので、その者に対して

図表 6 専用実施権



差止請求権を行使できる。

## 5.3 独占的通常実施権

専用実施権に似た実施権として、独占的通常実施権をあげることができる。

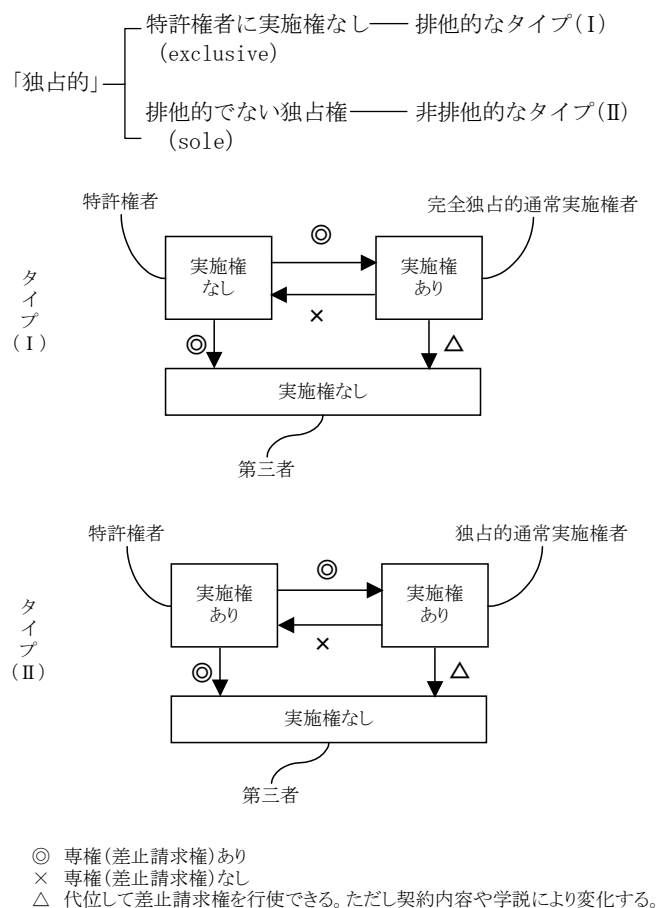
図表 7 に示すように、独占的通常実施権には、排他的なタイプ(I)と非排他的なタイプ(II)がある。いずれも、特許法上は通常実施権であるが、契約内容により、独占性が付与されると、独占的通常実施権と称される。

タイプ(I)は、特許権者に実施権のない独占的(exclusive)な実施権である。タイプ(II)は、特許権者に実施権のある独占的(sole)な実施権である。

特許権者が実施権を留保しないタイプ(I)の完全独占的通常実施権の場合、特許権者は、実施権を有さないが、専権を有するため、差止請求権を行使できる。独占的通常実施権者は、特許権者を代位して差止請求権を行使できる。

特許権者が実施権を留保するタイプ(II)の場合、特許権者は、実施権と専権の両方を有し、差止請求権を行使できる。タイプ(II)の独占的通常実施権者も、特

図表 7 独占的通常実施権



許権者を代位して差止請求権を行使できる。

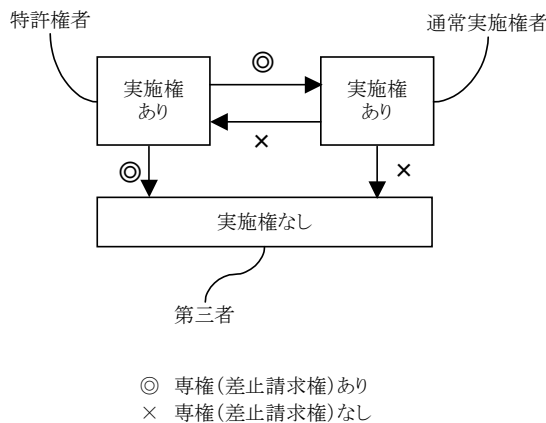
ただし、独占的通常実施権者が差止請求権を行使できるか否かについては、契約内容や学説により結論が変化しうる。

### 5.4 通常実施権

図表8に示すように、通常実施権の場合、特許権者は実施権と専権を有している。通常実施権者は、実施権を有し、専権を有していない。

通常実施権者は、実施権の権原を有しているのに、特許発明を実施しても、特許権を侵害しないのに対し、第三者は、実施権の権原を有さずに特許発明を実施することになるので、特許権を侵害する。

図表8 通常実施権



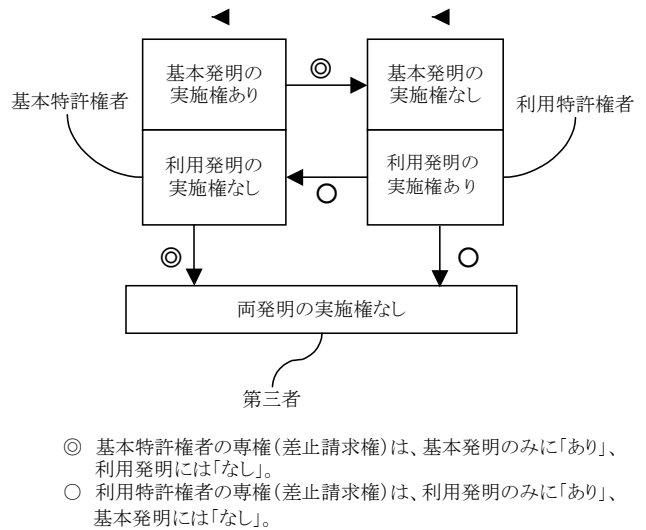
### 5.5 基本特許権と利用特許権

図表9に示すように、基本発明の特許権者は、その基本発明についてのみ実施権と専権を有し、利用発明の特許権者は、その利用発明についてのみ実施権と専権を有する。

換言すれば、基本発明の特許権者は利用発明については実施権を有しておらず、利用発明の特許権者は基本発明については実施権を有していない。

それゆえ、仮に特許法72条の規定がないとしても、専権説によれば、基本発明の特許権者が利用発明を実施すれば、利用発明の特許を侵害することになり、他方、利用発明の特許権者が基本発明を実施すれば、やはり基本発明の特許を侵害することになる。

図表9 基本特許権と利用特許権



### 5.6 利用発明の裁定実施権

特許法72条に規定する利用発明の特許権者は、他人の特許発明を実施するために、自己の特許権の積極的効力によって裁定を請求することができる(92条)。

利用発明の特許権者と専用実施権者は、基本発明の特許権に対して裁定を請求できるが、これは、利用発明の「実施権」の効力(積極的効力)によるものであって、決して「専権」の効力(消極的効力)によるものではない。

基本発明の特許権者も、裁定請求に対する対抗手段としてクロスライセンスを請求できるが(92条2項)、これも、基本発明の「実施権」の効力(積極的効力)によるものである。

利用発明の裁定実施権については、利用特許の実施権の積極的効力を強調するべきであるのに、なぜか、旧来の専用権説の立場の文献においてさえ、基本特許の消極的効力を制限するものとして説明されていることがある。残念でならない。

また、裁定請求におけるクレーム解釈は、侵害訴訟におけるクレーム解釈と相違してもよい。

特許発明の利用関係にかんするクレーム解釈は、「無体の知財」間で判断するものであるのに対し、特許の侵害にかんするクレーム解釈は、「無体の知財」と「有体の知財」との間で判断するものである。両者は本質的に相違するクレーム解釈である。

それゆえ、両者が互に異なる解釈原理に基づくものであってもよい。

## 6. 日米の条文の対比

わが国で「権利を専有」の語が最初に使用されたのは、明治20年の著作権条例であり、それ以降、知財法の全てで「権利を専有」という規定が採用された<sup>(24)</sup>。

専権説は、わが国の知財法のすべてに適合する<sup>(25)</sup>。

アメリカでも、知財法は、原則として、知財権の本質として「専権」(exclusive right)を規定している。

専権説の立場でみると、アメリカの著作権法と半導体集積回路法<sup>(26)</sup>は、権利の本質について、日本と酷似した規定を設けている。すなわち、「～する専権を有する」つまり「～する権利を専有する」という規定ぶりになっている。

後述するように、アメリカの著作権法と半導体集積回路法では、「許諾する専権を有する」つまり「許諾する権利を専有する」という文言が追加されている。

アメリカの現行特許法は、特許権の本質として、実施権のない排他権(right to exclude)を定めているが、アメリカの特許法の歴史をみれば、これは例外的な規定で、きわめて特殊なものといえる。

1950年代に、アメリカは世界の主な技術分野で技術覇権を確立したと言われている。その当時、アメリカが排他権説を採用したのは偶然ではないと思われる。

### 6.1 アメリカ特許法

特許権の本質にかんする米国の過去の主な連邦特許法(制定法)の規定の関連部分を列挙し、その際、「exclusive right」をトリップス協定の訳文のように「排他的権利」と訳さず、「専権」と訳し、さらに、日本の規定ぶりに合わせた意識と並べて示すと、次のとおりである。

#### ① 1790年(寛政2年)の特許法

「the sole and exclusive right and liberty of making, constructing, using and vending」

意識(1)「実施をする専権および自由」

意識(2)「実施をする権利と自由を専有」

#### ② 1793年(寛政5)の特許法

「the full and exclusive right and liberty of making, constructing, using and vending」

意識(1)「実施をする最大限の専権および自由」

意識(2)「実施をする最大限の権利と自由を専有」

#### ③ 1836年(天保7)の特許法

「the full and exclusive right and liberty of making,

using and vending」

意識(1)「実施をする最大限の専権および自由」

意識(2)「実施をする最大限の権利と自由を専有」

#### ④ 1870年(明治3)の特許法

「the exclusive right to make, use and vend」

意識(1)「実施をする専権」

意識(2)「実施をする権利を専有」

#### ⑤ 1952年(昭和27年)の特許法

「the right to exclude others from making, using or selling the invention」(他人が発明を実施することを排除する権利)

このように、現行の1952年特許法を除いて、アメリカの全ての特許法が専権説に適合している。

### 6.2 アメリカ商標法

アメリカ連邦商標法1115条には、商標権の本質が、次のように示唆されている。

原文 「exclusive right to use mark」

意識(1)「商標を使用する専権」

意識(2)「商標の使用をする権利を専有」

### 6.3 アメリカ著作権法

アメリカ著作権法106条には、著作権の本質が、次のように規定されている。

原文 「has the exclusive right to do and to authorize any of the following」

意識(1)「次のことを行い、又は許諾する専権を有する」

意識(2)「次のことを行い、又は許諾する権利を専有する」

### 6.4 アメリカ半導体集積回路法

アメリカの半導体集積回路法905条には、次のように、マスクワークの権利の本質が規定されている。

条文 「has the exclusive right to do and to authorize any of the following」

意識(1)「これを行い、又は許諾する専権を有する」

意識(2)「次のことを行い、又は許諾する権利を専有する」

## 7. あとがき

弁理士試験に合格したころ、私は、旧来の専用権説

を信じて疑わなかった。そのとき、まだ大学3年生で、理系（とくに精密工学）の授業を受けただけだった。法律課目については、弁理士試験用の通信教育を受けて学んだにすぎない。卒業論文<sup>(27)</sup>も、精密工学に関するものであった。

大学卒業後、特許実務につくと、なぜか法律を学ぶことに興味をもつようになった。その延長線上で、アメリカ特許法を学ぶようになると、旧来の専用権説に疑問を感じるようになった。やがて、排他権説への思いが強くなっていった。

しかし、排他権説論者になりきれない。この状態が長く続いた。

最近になって、やっと思いついたのが、専権説（本来の専用権説）である。

弁証法でいえば、私にとって、旧来の専用権説は「正」で、排他権説が「反」、専権説は、まさに「合」である。

正→反→合に到る道のりは長く、三十数年を要した<sup>(28)</sup>。

## 注

- (1) 拙著「特許権の本質」パテント Vol.56 No.10
- (2) 集英社「国語辞典」第二版
- (3) 産業財産権と育成者権の場合には、一知財一権利が原則であるので、「専権」の「専」は、「排他的」(exclusive)の意味に加えて、唯一や単独(sole)の意味を含むように解しうる。  
本稿では、「専権」は、「排他的権利」(exclusive right)と同義の用語として用いている。  
このため、同一発明に対して複数の特許権が付与されることも、一応、理論的に可能である。先願主義や先発明主義がそれに対する制限であると考えられることができる。  
著作権と回路配置利用権の場合は、各独自創作者は、専権を有するので、「専権」は、唯一や単独(sole)の意味を含まない。
- (4) 皆村武一『「ザ・タイムズ」にみる幕末維新』中央公論社の「第2章日本に開国を迫る欧米諸国」において、1852年3月26日付の「ザ・タイムズ」の次の記事が引用されている。

『世界の海岸の一部を占有しているどの国も、他の国とあらゆる通商関係を拒否する権利は有しない。このような権利を侵害する野蛮国を排撃することは、文明国およびキリスト教の任務である。日本はこのような権利を否定している国である。アメリカの多くの捕鯨業者がその犠牲になっている。アメリカ政府はヒューマニティの立場からも日本のこの態度を改めさせるべきである』

(16～17頁)

これは、捕鯨反対を主張する今のアメリカからは想像しがたい主張である。

なぜ、これほどまでに自国の捕鯨業者の安全と利益を守ろうとしたのであろうか。皆村氏は、次のように説明している。

『アメリカにとって捕鯨業（捕鯨業は、アメリカ東部で勃興しつつあった産業資本が24時間操業するための燃料用の捕鯨油を得ることが目的であった）は非常に重要である。』(17頁)

- (5) 日本には、明治時代に、いわゆる「近代的所有権」の概念が導入された。その当時は、「property」の訳語として、「所有権」が用いられた。「工業所有権」の訳は、その一例である。

最近、有体の物財本位から無体の知財本位に世の中が変化してきたこともあって、「property」の訳語が問題になってきた。

トリップス協定の訳文では、旧来の「所有権」という語を用いて、たとえば「Intellectual Property Right」(IPR)と「Intellectual Property」(IP)に対し、同じ「知的所有権」の訳語を使用している。

これだと、日本語の訳文だけでは、トリップス協定の中で、知財と知財権を区別することができない。

日本では権利が付与されない営業秘密のような知財、すなわち「Intellectual Property」が、「知的所有権」と訳されている。

日本では、現行民法で「所有権」の対象が有体物に限られているため、特許権者は、特許権を「所有」せず、特許権の「所有者」ではない。

中山信弘「工業所有権法上」（第二版増補版）弘文堂には、「特許を所有するとか、発明を所有する、はなはだしきは営業秘密を所有するという語が用いられることもしばしば見受けられるが、これも正確には民法でいう所有権概念とは異なったものである」（5頁）と述べられ、「所有」という語は有体物のみ限定して使用すべきことが強調されている。

これに対し、森村進「財産権の理論」弘文堂には、広い視野から、主として「リベラルな所有権」が論じられている。

アメリカでは、特許法261～262条に明文で規定されているように、特許権者は、「所有者」や「所有権者」(owner, ownership)と称されている。

- (6) 一般論として、「exclusive right」を「排他権」と訳しうることを否定するものではない。「専権」と同じ意味をもたせて、「実施権」(right to work)がある場合でも、「排他権」という表現を用いることも可能である。

しかし、排他権説のように、特許権の本質に実施権を含めない場合、専用権と排他権は相容れず、対立する。

混乱を避けるために、本稿では、便宜上、「専権」と「排他的権利」は、実施権との両立が可能であると考え、「排

- 他権」と「禁止権」は、実施権との両立が不可であると考える。
- (7) 野一色勲「特許権の本質と『専有』の用語の歴史」、小野昌延先生古希記念論文集「知的財産法の系譜」（青林書院）。120頁。
- (8) 判決の中で「専用権説」と表現されているわけではない。
- (9) 外川英明「特許権者の差止請求権と専用実施権の設定について」（知財管理 vol.54 No.1, 59～68頁）においては、多くの学説と判決例が的確に説明されている。とくに、東京地裁の「フック装置」判決と「生体高分子」判決を批判して、専用実施権が設定されている場合にも、特許権者には依然として差止請求権があると考えらるべきである旨が強張されている。一読に値する。
- (10) 旧来の専用権説では、特許法68条の「権利を専有」の規定が的確に文理解釈されず、専権が明文で規定されているとは解されない。
- (11) 本稿で述べている「専用権説」と「排他権説」は、私の過去の考え方を基にまとめたものであり、必ずしも文献記載の説を意味するものではない。
- (12) 東京地裁の平成13年（ワ）第17772号判決
- (13) 拙著「知財進化論序説」パテント Vol.56 No.8の注(35)を参照。
- (14) 同上
- (15) 中島彰著『「青色」に挑んだ男たち』日本経済新聞社に紹介されている主な日本の発明者を示すと、次のとおりである。
- 赤崎勇（名城大学教授、名古屋大学名誉教授）、天野浩（名城大学教授）、松岡隆志（NTT 物性科学基礎研究所主幹研究員）、秋本克洋（筑波大学教授）、河合弘治（パウデック代表取締役社長）、大場康夫（東芝研究開発センター・個別半導体基盤技術ラボラトリー研究主幹）。
- (16) 弁理士は、権利強化のために、発明の内容を改変することを主な仕事としている。たとえば、発明者の作成した提案書の内容を形式的に修正する程度の仕事は低く評価され、普通、同一性保持を無視して、大幅に内容も表現も改変する方が高く評価される。
- (17) アメリカでは、職務発明でも、発明者が出願人となり、出願時に、自己の発明がクレームされていることを宣言し、出願後にも、必要に応じて改めて宣言をする。宣言違反は特許無効の原因になりうる。
- (18) 中村修二「考える力、やり抜く力、私の方法」三笠書房、160頁
- (19) 職務発明の対価の請求や利用発明の通常実施権の裁定における「実施権」の積極的効力のクレーム解釈は、侵害訴訟における「専権」の排他的効力のクレーム解釈と違って、柔軟にしてもよい。
- ただし、本判決では、「実施権」の積極的効力の解釈と「専権」の排他的効力の解釈が区別されていない。
- (20) 知財取引信用度は、知財進化論のキーワードである。こ

の場合、「知財」（intellectual property）は、「知財権」（intellectual property right）を含まない最狭義の知財を意味している。詳細は、拙著「知財進化論序説」パテント、Vol.56 No.8を参照。

- (21) Barner & Wegner, The Employed Invention in Japan and California. 2004年3月11日の Foley & Lardner Tokyo Intellectual Property Litigation Group Patent Roundtable のための論文。
- (22) 同上。とくに28～31頁。
- (23) 図表10は、たとえ話として、月が太陽と地球との間にきて太陽光線をさえぎる日食をあげ、日食と専権説を対比して示したものである。排他権説では、太陽からの光線がない。

図表10 日食と専権説の対比

日 食	専 権 説
太 陽	特 許 法
地 球	特 許 権
月	専用実施権
人工衛星	侵 害 品
太陽の光線	実施権の効力
太陽の引力	専権の効力

- (24) 注(7)で引用した野一色教授の論文に、次のようにまとめられているので、参考にさせていただいた。

『「専有」の語がそれぞれの法律でいつ採用されたかを見れば次の通りである。

1887年（明治20年）著作権条例

「出版シテ其利益ヲ専有スルノ権」

1899年（明治32年）著作権法

「複製スルノ権利ヲ専有ス」

1905年（明治38年）実用新案法

「製作、…又ハ使用スルノ権利ヲ専有ス」

1909年（明治42年）特許法

「使用、…又ハ拡布スルノ権利ヲ専有ス」

1909年（明治42年）意匠法

「販売若ハ拡布スルノ権利ヲ専有ス」

1959年（昭和34年）商標法

「使用をする権利を専有する」

1959年の商標法を以って知的財産法の全てが「専有」の語を採用することとなった。』（94頁）

- (25) 消極的な専権は全知財法で共通しているが、積極的な権利は、実施権でなく、使用权や利用権であってもよい。

日本の半導体集積回路法11条は、「回路配置利用権者は…を利用する権利を専有する」と規定している。

日本の著作権法21～28条は、著作権に含まれる具体的な権利の種類を規定し、各権利（支分離）について著作者が「……する権利を専有する」と定めている。

専権説によれば、著作権者は、複製権等（支分離）の積

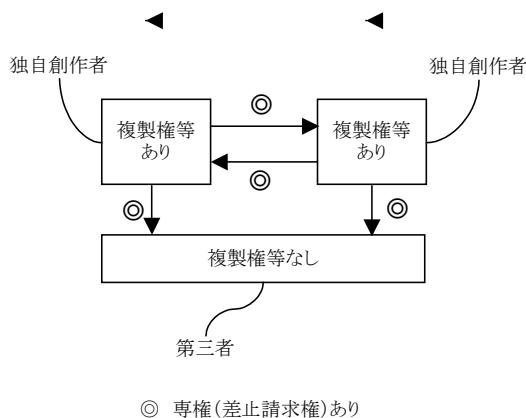
極的権利と消極的権利である専権を有する、と解される。

最高裁は、独自創作にかんする「ワン・レイニ・ナイト・トーキョー」判決（最判昭和53.9.7民集32巻6号）において、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはあたらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はない」と判示している。

多くの文献では、この最高裁判決を引用して、独自創作物の利用は、既存の著作物に「依拠」していないので、著作権侵害にならない、と説明している。

これと結論は同じであるが、専権説では、「依拠」の用語を使わず、次のように説明することができる。

図表 11 著作権



図表 11 に示すように、専権説によれば、独自創作者は、自己の著作物の積極的権利である複製権等を有するから、他の独自創作者の複製禁止権等を侵害しない、と説明できる。

では、第三者が一方の独自創作者の著作物だけに依拠し、他方には依拠しなかった場合は、どうか。専権説と依拠説の結論に差が出そうである。

(26) アメリカの半導体集積回路法と著作権法は、Jeffrey M. Samuels 「Patent, Trademark and Copyright Laws」 BNA Books を参照した。

(27) 拙著「特許から見た各特殊加工法の動向」は、「発明の早期公開が実際に行われるようになった際、かなり有用になるのではないかと考え、先鞭をつける意味で、一種の技術予測として各特殊加工法の動向を取り扱ったもので」（61頁）、技術専門誌「機械と工具」15巻9号（61～68頁）に掲載された。

(28) 専用権説と排他権説の対立について、実益のある議論と思えないという説もある。

しかし、私にとっては、特許権の本質は、特許制度の「根幹」であり、けっして問題点ごとに決してよいような「枝葉」ではない。

各判決で具体的妥当性を重視することは大切であるが、理論を徹底的に追求せず、理論をあいまいにしたまま、事件ごとに具体的妥当性を求めていると、問題が国際化したとき、日本よりも国力の大きい国に対して説得力のある主張ができない。その場合、日本に有利な理論武装をしていなければ、国力の差で戦いにやぶれてしまう。

コンピュータ・ソフトの法的保護に関する日米の戦いは、その典型例であった。

（原稿受領 2004. 3. 3）