

## 「知財」の独占と「競争」の自由

小 島 庸 和

### 一、はじめに

優秀な発明品、便利な実用品、趣味の良い商品、有名なマーク（ブランド）を付した商品やサービス、心豊かにする芸術品（絵画・小説・映画・レコード等）は、日常生活に溢れている。これらは、製品や商品といった物（有体物）であると共に、創作や標識といった、「知的産物」、いわゆる、創造である。したがって、物に対する所有権と知的産物に対する権利が並存し、それぞれ別個の法体系に属する。

知的産物は、社会・経済生活において、競争の手段として機能すると、超過収益を生み出し、財産的な価値を帯有する。その結果、「無体財産」（immaterialgüter）として、取引（譲渡・許諾等）の対象となり、または、不正競争（模倣・盗用等）の対象となる。そこで、わが国の法制は、無体財産に対し、「独占権」（droit privative）と「禁止権」（sanction de devoir）による保護を与える。これらの権利を「無体財産権」（Immateri-algüterrecht）、また、これらを保護する法規を「無体財産法」という。

本来、知的産物は、様々な態様を示し、しかも、絶えず生成・発展する。最近、経済発展に伴って、新しい知的産物が誕生したので、わが国の法制は、これらを保護するための対応に迫られている。新しい知的財産と法的保護の媒介装置として、従来の「無体財産」・「無体財産権」の概念に代わり、最近、「知的財産」・「知的財産権・知的所有権」（intellectual property）、略称して「知財」とい

う新しい観念が登場した。これは、経済社会のみならず、巷間にも浸透し、いわゆる、「知財現象」を呈し、2,003年の「知的財産基本法」に基づいて、「技術立国」から「知財立国」へとわが国も変動する。

この事情を背景とし、特許権・商標権等の独占権において、一方で、創作者や営業者（従って、権利者）の利益のために、新しい知的産物を保護し、他方で、創作者や営業者の利益を強調する余り、これによって影響を受ける公衆（競争者・消費者等）の利益を軽視するに至る。そこで、創作者や営業者の利益と公衆の利益を調整する必要を生ずる。

本来、「独占権」（monopoly）と「自由競争」（free competition）とは衝突・対立の関係にあり、これらの利益を調整するのは、知的財産を保護する法制、従って、「知的財産法」である。これは、時代や国家によって、その在り方を異にする。わが国の法制は、一方で、創作者や営業者の利益を保護するために、「独占権」を認め、他方で、公衆の利益を図るために、その効力を制約（内容的・時間的・地域的な範囲）しかつ義務（実施・使用の義務）を課する。ところが、最近、独占権について、創作者や営業者と公衆との利益の対立が顕在化したので、「効力の拡大」、あるいは、「効力の縮減」をする法解釈をもって、これらの利益調整の適正化を図る。これは、いわゆる、「権利の流動化」という。

これは、特許権・商標権等の独占権の本質を総合的に再検討すべき時期の到来を意味する。これ

らの独占権は、創作者や営業者、従って、権利者の「固有の権利」である、という既成の観念そのものを俎上にあげる。これらの独占権に対する固定的な思考を反省した上で、これらの権利を形式と実質に分析し、形式的には、権利者に帰属するけれども、実質的には、公衆に帰属する、という弾力的な思考を試みたい。

本稿は、知的財産の保護は創作者や営業者の利益と公衆の利益を適正に調整すべきである、という本源的な観点から、知的財産の保護について、わが国の法制の歴史を発展的に辿り、また、保護の現状及び本質を明らかにし、いくつかの現在する問題点を指摘した後、時代に即応し、知的財産を保護する独占権の本質を再検討し、新しい試みを提示する<sup>1)</sup>。

## 二、法の歴史

いずれの時代や社会でも、何らかの知的財産の存在を認識できる。これに対し、知的財産を一般的に保護する法制の確立は、近代社会の誕生からである。わが国の法制は、明治に至り、欧米の法制を継受し、知的産物の保護を始めたので、わずか100年余りの歴史を有するにすぎない。しかし、この短い間にも、産業経済の発展に伴って、様々な問題が集約的に発生し、法規の制定及び改廃があり、いろいろな法理論的な変遷を重ねている。そこで、わが国の法制の歴史を考察する価値がある。

ところが、わが国の法制を考察するにあたり、従来、知的財産の態様に応じて、それぞれ別個の歴史を語り、しかも、法令の制定及び改廃に基づいて、立法の動向をみる傾向にあった。しかし、このような考察は余り理論的ではない。それは、知的財産を理論的かつ統一的に探求し、また、法規に限らず、判審決及び学説、法思想等も考慮する必要を有するからである。したがって、知的財産の全体に渡って、総合的に歴史を語り、しかも、法理論の変遷に基づいて、立法の動向のみならず、

判審決や学説の動向をみるべきである。

そうすると、このような考察に基づいて、「創始期」・「形式期」・「実質期」・「現代期」に区分して歴史的な発展を眺め、しかも、創作者や営業者の利益と公衆との利益がどのように調整されて来たか、という経緯を明らかにする<sup>2)</sup>。

### 1、創成期

これは、わが国で、理論的かつ实际的に、知的産物の法的な保護が要請され、それに伴って、欧米の法制を導入する準備をした時期を意味する。「営業自由」の原理の導入から始まり、明治17年の「商標条例」及び同21年の「特許条例」の制定により終わる。

わが国の法制は、近代（明治維新）に至り、「営業自由」の原理（いわゆる、乱株の原理）を承認する。これは、産業経済の発展をもたらし、新しい技術の開発や営業取引を促進した。しかし、それに伴って、知的産物の不正利用（例えば、発明や商標の模倣・盗用等）といった弊害を生み出した。これを放置すると、発明者や営業者の私的な利益を害するのみならず、国家産業の発展（特に、通商貿易の発展）にとっても障碍（特に、対外信用の失墜）となることが認識された。

そこで、不正利用から知的産物を法的に保護すべき要請が起こる。しかし、当時、行政庁や裁判所に期待することはできなかった。それは、民法典の制定もなく、慣習法の発展もなかったので、仏法や英米法のように、不法行為に基づいて、不正競争訴訟を展開させることができないからである。そうすると、独法に倣って、特別法の制定という解決を必要とする。

### 2、形式期

これは、公共政策（産業の育成・文化の発達）の観点から、欧米の法制を導入し、わが国の法制の基盤を形式的に確立した時期を意味する。明治17年の「商標条例」及び同21年の「特許条例」の制定から始まり、同32年の「商標法」及び

「特許法」の制定と同42年の改正を経て、大正10年の改正により終わる。

一つは、「産業の育成政策」（殖産興業・富国強兵）という観点から、特許権・実用新案権・意匠権・商標権を個別的に設定する法制度がそれぞれ確立される。明治32年の「特許法」・「意匠法」・「商標法」の制定及び同38年の「実用新案法」の制定である。これらの権利は、「工業所有権」と総称され、特許局の管理を受ける。

他は、「文化の発展政策」（学芸・美術の発達、良書秀作等の奨励）という観点から、著作権の成立を認める法制度が確立される。明治32年の「著作権法」の制定である。

これらの法制は、一方、中世的な特権や義務ではなく、近代的な意味の権利であり、権利の法制となるが、他方、国家の産業文化政策に立脚した立法であり、創作者や営業者の利益よりも、公益を優位に解する。この意味で、公共政策からの制約を色濃く受ける権利である。

そうすると、これらの権利を国家の公共政策の手段として位置づけ、そこから、形式的かつ論理的に、これらの法制を解釈し運用する傾向になった。これらの権利の対象とならない限り、何らの保護も与えられない。例えば、発明者や営業者は、特許・登録の前に、発明や商標を実施・使用する権利を有しない<sup>3)</sup>。

### 3、実質期

これは、わが国において、欧米の法制を基盤とする法制をわが国の実情と調整を図り、知的財産の保護を実質的に確立した時期を意味する。明治31年、「民法典」の施行頃から始まり、大正9年の「不正競争防止法」、大正10年の「特許法」及び「商標法」の改正の頃を最盛期とし、昭和34年の「特許法」及び「商標法」の改正により終わる。

わが国の法制は、知的財産の保護について、民法や商法といった一般法、また、不正競争防止法との関係をめぐり、理論的な整合性を必要とする

に至る。すなわち、民法は、所有権の対象を物（有体物）に限り、知的財産を除外するが（民法206条・85条）、不法行為による保護を可能にする（民法709条）。しかし、これは、保護の方法としては不十分である。それは、権利の侵害を要件とし、かつ、その救済を損害賠償請求権に限るからである（民法709条）。もっとも、特定の権利の侵害から違法性へと解釈も変わり（違法正論）、しかも、昭和9年の「不正競争防止法」の制定へと結実する。また、商法は、商号の保護、従って商号権を定め（商法16条以下）、しかも、不正競争防止法は、不正競争の禁止の結果として、いろいろな営業標識の保護を定める。

その結果、工業所有権及び著作権の本質を究明する必要が起り、欧米の理論をそのまま導入したので、わが国でも、いろいろな論議がなされる。かつて、「精神的所有権説」・「人格権説」という伝統的な私権とみる見解もあったが、その後、無体財産（知的財産）に対する全く新しい権利とみる「無体財産権説」が支配的となり、今日に至る。また、知的財産の保護は、特許権・実用新案権・意匠権・商標権及び著作権に限らず、商法による商号権、また、不正競争防止法による営業標識の保護にも及び、これらを無体財産権として総称するに至った。

これらの権利の根底には、「自然法理論」に基づいて、創作者や営業者が先天的又は先験的な権利を有するとみる「私的財産論」がある。そうすると、知的財産の保護を純粋な私的財産権として構築し、これに基づいて、実質的かつ弾力的に、法制を解釈し運用する傾向となった。これらの権利の対象とならなくとも、可能な保護を与える。例えば、発明者や営業者は、発明や商標を実施・使用する権利を有し、特許・登録はこれを確認するだけである<sup>4)</sup>。

### 4、現代期

これは、社会変革に伴って、新しい事態が発生し、知的産物の保護に限界が意識されたので、わ

が国の法制もこれに適應する時期を意味する。昭和25年の不正競争防止法の改正から始まり、昭和34年の特許法等の工業所有権法及び昭和45年の著作権法の改正を経て、現在に至っている。

第二次大戦後の社会経済の著しい発展を背景とし、「競争の自由」及び「消費者の保護」を求め思想が高揚し、昭和22年、いわゆる「独占禁止法」（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）の制定として結実する。これに伴って、不正競争防止法も、昭和25年の改正により、「営業者保護法」（事業者間の利益を調整する法）から「市場関係法」（個々の営業者のみならず、営業者の全体及び公衆を含めた利益を調整する法）へと進化し、また、昭和34年の特許法等の工業所有権法及び昭和45年の著作権法の改正によって、「産業の発達」及び「文化の発達」を法目的として明示し、公益的な性格を強めた。その結果、特許権等の工業所有権の効力を制約するための理論構成、例えば、「権利濫用論」等が進化する。

これに対し、最近、急速な技術革新及び経済のソフト・サービス化、いわゆる「新産業革命」の進展に伴って、新しい知的財産が出現し、これらの保護の要請が高まり、特別法の制定又は改正が行われる。細胞・微生物・植物といった「成長する物体」の発明について、昭和53年（1985）、「種苗法」の制定により、植物の新品種を保護する。また、電子機器に係わる知的産物について、昭和60年（1985）、「半導体集積回路の配置に関する法律」の制定により、「半導体集積回路の配置」を保護し、また、著作権法の改正により、「コンピュータプログラム」・「データベース」を著作物として保護する。更に、平成2年の不正競争防止法の改正により、「営業秘密」及び「商品の形態」を保護する。このような事情を背景とし、新しい知的産物を法的保護するための媒介装置として、「知的財産権」という観念が欧米より導入され、かなり巷にも浸透し、いわゆる「知財現象」が出現し、わが国の国是も、「技術立国」から「知財立国」へと変動するに至る。

### 三、法の現状

知的財産の保護について、比較法的にみると、二つの法制に大別される。一つは、民法や慣習法に基づいて、不法行為、特に、不正競争訴訟による方法である。他は、特別法に基づいて、知的財産を個別的に独占権の対象とし、これに適應した規律（例えば、登録・登記）をする方法である<sup>5)</sup>。現実の法制は、いずれかの方法を主とし、これを他の方法で補充する。

それでは、わが国の法制は、知的財産について、現在、いかなる法的な保護をなし、また、いかなる本質を与えるのか、という検討をし、創作者や営業者と公衆の利益調整を明らかにした後に、そこから生ずるいくつかの問題に言及する。

#### 1、知的財産法

「知的財産法」は、知的財産を不正競争から保護するための法領域をいう。わが法制では、知的財産法という一つの法律はなく、多数の法規がこれに属する。これらの法規は、知的財産の態様に応じて、個々別々であり、しかも、それぞれ、特別の必要を受けて制定される。そこで、これらの法規を統一した法原理に基づいて、知的財産法という法領域を確立する必要がある。そのために、これらの法規における保護の対象・方法・目的を明らかにする。

第一に、この法の対象となるのは、「知的財産」である。これは、知的産物（人間の精神活動による創造）であって、財産的な価値を有するものを意味する。それは、産業社会において、競争の手段として機能し、超過収益を生み出すからである。知的財産は、大別すると、「創作」（creation）と「標識」（mark）である<sup>6)</sup>。

創作とは、新しく創出したものをいう。「発明」（invention）と「実用新案」（utility model）は、いずれも、考案（技術的思想の創作）である。しかし、前者は、高度の考案（特許2条①）、いわゆる、大発明であるのに対し、後者は、物品に係

る考案、いわゆる、小発明である（実用2条①）。また、「意匠」（design）と「著作物」（works）は、いずれも、創作である。しかし、前者は、物品の外観に係る審美的な創作であるのに対し（意匠2条①）、後者は、思想・感情の創作的な表現である（著作2条）。更に、半導体集積回路（IC）における回路配置（レイアウト）（半導2条②）と植物新品種（農林水産物の新品種）（種苗1条ノ2）もある。

標識とは、識別力を通して、営業上の信用（Goodwill）を化体して価値を生ずるものをいう。「商標」（trade mark）は、商品・役務に使用する標章であり（商標2条①）、商品商標（goods mark）と役務商標（service mark）に区分される。また、「商号」（trade name）は、商人の営業上の名称である（商法11条・会社6条）。更に、「商品等表示」（不競2条①1号括弧書）と「商品役務の取引表示」（不競2条①10号）もある。

これらの創作や標識の中間に属するのは、「商品の形態」（configuration of goods）と「営業秘密」（trade secret）である。前者は、商品の外観（形状・模様・図柄・色彩・質感・光沢等）である（不競2条①3号）。後者は、事業活動（生産方法・販売方法等）に係る技術上又は営業上の情報であり、技術情報と営業情報に区分される（不競2条④項）。

第二に、知的財産を保護する方法は、「独占権」と「禁止権」に大別される。これらの権利を総称して「知的財産権」という<sup>7)</sup>。

一つは、独占権による保護であり、創作によって発生する著作権と登録や登記によって発生するその他の権利に区分される。

発明・実用新案・意匠・商標は、特許庁における出願・審査の手続を経て登録を受けた後、「特許権」（patentright）・「実用新案権」（utility model right）・「意匠権」（design right）・「商標権」（trademark right）として保護される。これらの権利は、狭義の「産業財産権・工業所有権」（industrial property）といい、業として、特許

発明・登録実用新案・登録意匠及びこれに類似した意匠を実施する専有権（特許68条・実用16条・意匠23条）、または、登録商標を指定商品・役務に使用する専有権である（商標25条）。

商号は、登記所における申請・審査の手続を経て登記を受けた後、「商号権」として保護される。この権利は、登記商号を独占排他的に使用する権利である（商法12条・8条）。また、回路配置・植物新品種も、登録の後、「回路配置権」という専有権、「植物新品種権」という独占権として保護される（回路11条、種苗12条の5①）。

これに対し、著作物は、創作によって、「著作人格権」（moral right of author）及び「著作権」（copyright）として保護される（著作17条①）。前者は、人格的な利益を独占する権利であり（著作18条・19条・20条）、後者は、その複製等の利用を独占する権利である（著作21条～28条）。著作物の実演について、実演家・レコード製作者・放送業者の「著作隣接権」として保護される（著作89条⑤）。

そうすると、これらの権利は、それぞれの対象を独占排他的に利用する効力（積極的効力）を有し、その帰結として、これを第三者に禁止する効力（消極的効力）を有する。したがって、第三者がこれらの対象を違法に利用すると、権利の侵害となり、侵害者に対し、差止請求権・損害賠償請求権等の民事的な制裁の外に<sup>8)</sup>、刑事的な制裁を加えることができる。しかし、これらの権利は、それぞれの対象の特質及び権利の公共性を有するために、その効力について、内容的・時間的・地域的な制約を受けているし、また、実施・使用等の義務を課される<sup>8)</sup>。

他は、禁止権による保護である。不正競争防止法は、営業標識・商品の形態・営業秘密を不正に利用することを「不正競争行為」として禁止する。この義務に違反すると、不正競争行為者に対し、差止請求権・損害賠償請求権等の民事的な制裁の外に、刑事的な制裁を加えることができる（不競3・6条、13条）。

第三に、知的財産を保護する法目的である。これは、知的財産の「存在理由」(raison d'être)をいい、知的財産の態様に応じて異なる。大別すると、産業財産権と著作権である。

一つは、産業財産権を保護する目的である。この究極的な目的は、「産業の発達」にあり、これを実現する直接的な目的については、創作と標識に応じて異なる。

創作の保護理由として、従来、「創作者の権利の保護」(自然権説)、「創作者に対する報酬」(報酬説)、「創作活動に対する刺激」(刺激説)、「社会に対する公開の効用」(公開説)があげられる。これらのうち、前二つは、「私的財産論」を意味し、創作者の私的利益(私益)の保護を目的とし、後二つは、「公共政策論」を意味し、国家の産業の発達(公益)を目的とする。わが国の法制は、発明・実用新案・意匠の保護を通して、それらを奨励し、かつ、その公開の代償として、産業の発展に寄与する(特許1条・実用1条・意匠1条)。これは、私益よりも、公益を優位に解する<sup>10)</sup>。

標識の保護理由として、従来、「営業者の業務上の信用の維持」、「不正競争の防止」、「公正な競争秩序の維持」、「需要者の利益の保護」があげられる。これらのうち、前二つは、「私的財産論」を意味し、私益の保護を目的とし、後二つは、「公共政策論」を意味し、公益を目的とする。わが国の法制は、標識の保護を通して、不正競争を防止し、営業者の利益を保護し、かつ、競争秩序を維持し、需要者の利益をも保護する(商標1条・不競1条)<sup>11)</sup>。

他は、著作権を保護する目的である。この究極的な目的は、「文化の発展」にある。これを実現する直接的な目的について、わが法制は、著作物・実演の保護を通して、不正な模倣を禁止し、著作者の利益を保護し、かつ、著作物を奨励する(著作1条)。これは、著作者の個人的な利益を基本にしながらも、利用者の利益との調整を図る。

## 2、知的財産権の本質

知的財産権は、独占権又は禁止権をもって、従って、排他的に、知的財産を保護し、また、「産業財産権」と「著作権」に大別される。この権利の本質について、内外の学説は、従来、いろいろな論議を重ねて来た。そこで、独占権と禁止権を区別し、従来の学説の論議を整理した後に、一応の結論を試みたい<sup>12)</sup>。

第一に、独占権の本質に関する論議の対立である。

一つは、かつて、所有権・人格権といった伝統的な権利の観念に基づいたものであり、「人格権説」と「精神的所有権説」があった。前者は、知的産物の発生を主観的に観察し、それを創作者の人格の延長とみて、「人格権」(Persönlichkeitsrecht)と解する。しかし、これは、創作者の人格から離脱した財産として取引される実情に合わない、という批判を受ける。後者は、知的産物の客観的な存在を認め、その支配関係を所有権に準拠して、「精神的所有権」(propriété intellectuelle)と解する。しかし、これは、権利の客体が無体物であることに伴う相違を抹殺することになる、という批判を受ける。

他は、新しい権利の観念に基づいたものであり、「無体財産権説」と「精神財競争権説」が登場し、前者が支配的となっている。前者は、知的産物が無体財産として社会に現存することを認め、それに対する権利を全く新しい特殊な権利とみて、「無体財産権」(immaterialgüterrecht)と解する。しかし、権利の客体を明らかにすることになったが、その支配の性質を軽視している、という批判を受けている。後者は、知的産物は、人格的な要素を核心とし、創作の段階では、人格権の保護を受け、それが(Welt des gewerblichen Wettbewerbs)に入ると、無体財産として、財産権の保護を受ける、と解する。これは、知的産物の人格的要素と財産的要素を競争的要素をもって統一することになったが、競争的要素は、保護のために必要であっても、本質論的には不要であり、しか

も、人格的要素を強調しすぎる、という批判を受ける。

第三に、禁止権の本質に関する論議の対立、従って、不正競争防止法の保護法益論である。

一つは、独占権の構成をとる見解であり、「人格権説」と「企業権説」がある。前者は、営業活動について人格権を認め、これに対する不正競争を人格権の侵害と解する。後者は、企業を法的に一体として把握し、その上に企業権を認め、不正競争は、この権利を侵害すると解する。しかし、これらは、独占権を認めると、不当に営業の自由を制限することになる、という批判を受ける。

他は、法の保護に値するような事実上の関係・利益の構成をとる見解であり、「得意先又は顧客」の概念がある。「顧客獲得可能性」という不確定な利益とみて、禁止権の根拠を侵害行為又は侵害された状態の違法性に求める。

これらの見解は、競争者の権利又は利益の保護を内容とするので、現在の不正競争防止法の考え方からみると、不十分である、という批判を受ける。それは、不正競争防止法は、「営業者保護法」から「市場関係法」へと変化しているからである。

第三に、わが国の現行法制において、知的財産権の本質を明らかにするためには、保護の対象・方法・目的という観点から接近するのが適当である。

先ず、知的財産権は、知的財産を対象とする特殊な権利である。知的財産は、財産的な価値を有するけれども、有体財産（例えば、不動産・動産）とは異なり、無形財産に属する。しかし、これは、知的な産物であるから、それ以外の無形財産（例えば、電気・光・熱等のエネルギー及び諸種の権利）とも異なる。この意味で、知的財産権は、人格権ではなく、財産権に属し、また、所有権とも異なり、全く新しい特殊な権利である。

次に、知的財産権は、知的財産に対する独占権又は禁止権であり、いずれにしても、排他権である。独占権は、知的財産を独占排他的に利用する権利であり、しかも、その侵害に対する差止請求

権を認められる。また、禁止権は、不正競争行為の禁止義務の違反に対する制裁として、差止請求権を認められる。この意味で、知的財産権は、所有権に類似する効力を有する。

最後に、知的財産権は、公共的な制約を受ける私権である。この権利は、一方で、権利者の私的な利益の追求を認められるので、私権であり、他方で、産業や文化の発達を目的とするので、個人的な利益に限らず、公共の利益をも考慮する必要がある。この意味で、知的財産権は、公共的な制約を受ける。この権利は、所有権とは異なり、その存続は有限であり、かつ、その行使にあたり大きな制限を受け、実施・使用の義務を課される。

### 3、保護の問題

知的財産に関する独占権について、発明者や営業者の利益と公衆の利益との対立が顕在化し、これらの利益の調整が困難となり、現在、いろいろな問題が生じている。これは、いわゆる「権利の流動化」の問題である<sup>13)</sup>。

第一に、独占権という枠組を超えても、知的財産という実体が存在する限り、発明者や営業者の利益を保護するために、これに対応して、知的産物の保護を拡張する必要が生ずる。このような傾向は、いわゆる「保護の拡張」という<sup>14)</sup>。

新しい知的財産の出現である。知的財産は、絶えず生成・発展するので、有益なものが新しく生み出される。最近、産業技術の発展及び経済のソフト・サービス化、いわゆる、「新産業革命」に対応して、例えば、細胞・微生物・植物といった成長する物体の発明、半導体集積回路の配置、コンピュータ・プログラム、データベース、営業秘密、タイプフェイス、キャラクター等、新しい知的財産が出現し、これらの保護の要請が高まる。これに対して、特別法の制定や改正をなし、また、特許権・商標権等の独占権の対象である発明・商標等の観念を拡張して解釈する。

これに対し、独占権の侵害に対し、効力の範囲を実質的に解釈し、知的財産の価値に応じて、そ

の保護を拡張する方向である。特許権の請求範囲について、例えば、特許発明と均等な技術を含めたり（均等論）、また、付加しあるいは欠如した部分も含める（不完全利用論）。

第二に、独占権という枠組の中であっても、知的財産の価値が存在する限り、公衆の利益を保護するために、これに対応して、独占権の効力を制約する必要が生ずる。このような傾向は、いわゆる「保護の縮減」である<sup>15)</sup>。

独占権の効力を制約するために、権利消耗と権利濫用の理論がある。特許権・商標権は、適法に販売された商品を取得した者の利用や販売に対する効力を消耗し、従って、特許権・商標権の侵害とはならない。これを、「権利の消耗」という。また、一方で、不実施・不使用の永続によって、権利の行使が認められなくなる、という「権利失効論」をいい、他方で、権利の行使そのものが権利の濫用となり、その行使を禁止されることをいう。前者は、権利に内在する問題であるのに対し、後者は、権利に外在する問題である。

これに対し、独占権の侵害に対して、効力の範囲を実質的に解釈し、知的財産の価値に応じて、その保護を縮減する方向である。特許権の請求範囲について、例えば、出願の経過を参酌して限定し、また、公知事実を参酌し除外する。

## 四、法の理解

わが国の法制においても、特許権・商標権等の独占権は、創作者・営業者等の権利者とこれによって制約を受ける公衆との利益を調整するものである。そこで、この独占権の法的な構成について、権利者側と公衆側に分けて、それぞれの利益を比較・検討したうえで、総合的に考察を施し、新しい独占権に対する考え方を提示してみたい<sup>14)</sup>。

### 1、権利者の視点

権利者の観点からみると、特許権・商標権等の独占権は、いかなる内容や性格を有するのかを明

らかにする。

発明者や営業者は、特許・登録の有無を問わず、発明や商標の実施・使用（以下、利用とする）をする権利、つまり、「利用権」を有する。これによって、経済的な利益を享受することができる。すなわち、発明者や営業者は、発明を具体化した製品を販売し、あるいは、商標を付した商品・サービスを販売・提供して、あるいは、発明や商標の利用を第三者に許諾し、その対価を取得する。

ところが、第三者が、同じ発明や商標を創作・選定して利用し、あるいは、不正に発明や商標を利用するとき、このような利益の享受は不確実となる。発明者や営業者は、発明のために努力と出費をなし、あるいは、営業上の信用（Goodwill）を商標に化体したにもかかわらず、競争上不利な地位となり、経済的な損失を受けるからである。

そこで、わが国の法制は、発明者や営業者による利益の享受を確実にするために、特許・登録の後に、発明や商標の利用を他人に禁止する権利、つまり、「禁止権」を与えている。そうすると、発明者や営業者の地位は、一面で、「利用権」という実質的な権利であり、他面で、「禁止権」という形式的な権利である。この意味で、特許権・商標権等の独占権は、利用権を確保するための禁止権であり、発明者や営業者の、いわゆる、資格である。

### 2、公衆の視点

公衆の観点からみると、特許権・商標権等の独占権は、いかなる内容や性格を有するのかを明らかにする。

公衆は、「公衆の領域」（public domain）に属する技術や標識に基づいて、発明や商標を自由に利用し、他人と競争することができる。発明者や営業者は、それぞれ、「利用権」を有するので、独占権のような制約を受けることはない。この意味で、発明者や営業者と公衆の利益は適正に調整される。これに対し、発明者や営業者は、「禁止権」、従って、独占権を有するので、公衆は、自



由競争を制約され、競争の利益を犠牲にする。これは、発明者や営業者の利益となり、公衆には不利益となるので、両者の利益を適正に調整するものではない。

それでは、独占権を認めて、公衆の利用を禁止する理由を明らかにする必要がある。これは、必ずしも、明らかではない。一般的には、公共政策の観点から根拠付ける外ない。より正確には、独占権は、発明や商標の利用を交換条件として付与されると解する。そうすると、発明や商標の利用によって、発明者や営業者は利益を享受し、かつ、公衆は、福利を受ける、という両者の妥協を基礎として成立する。そうすると、発明者や営業者と公衆の利益は適正に調整されることになる。この意味で、特許権・商標権等の独占権は、発明者や営業者と公衆の妥協であり、いわゆる、同意を要素とする。

### 3、総合的な視点

発明者や営業者と公衆の観点を総合すると、特許権・商標権等の独占権は、それぞれ、いかなる内容や性格を有するのかを明らかにする。

わが国の法制は、発明や商標の利用によって、発明者や営業者と公衆の利益を調整する、という妥協・合意を基礎として成立するので、発明者や営業者、従って、権利者に対して、これらの利用を義務付けている。しかも、発明や商標の公開によって、公衆は、発明や商標の利用を制約されるので、この制約に対する妥協・同意を求める。この意味で、発明者や営業者と公衆の利益を調整するために、発明者や営業者と公衆の間には、一つの契約が締結されると解する。

また、発明者や営業者に限らず、公衆も、本来、発明や商標を利用する「利用権」を有する。しかも、発明者や営業者は、特許権の付与によって、公衆の実施を制約する「禁止権」を有する。そうすると、公衆は、利用権を留保し、かつ、発明者に禁止権を与える。この意味で、特許権は、公衆から、いわゆる、信託を受けた発明者の権利と解

すべきである。

このような観点から、特許権・商標権にかかわる法律関係は明らかとなる。すなわち、公衆は、発明者に対し発明を実施しないという「不可侵義務」を負担する。この義務の違反があるとき、権利の侵害となる。このような義務の結果、発明者は、公衆に対し発明の実施を禁止する「禁止権」を有する。これに対し、発明者は、発明の実施により、公衆に福利を帰属させる実施義務を負担する。この義務の違反があるとき、公衆は、強制実施権の設定をもって対抗できる。

## 五、おわりに

知的財産権は、知的財産に対し、独占権又は禁止権をもって保護する。これを保護する法制は、創作者や営業者と公衆の利益を調整する。最近、特に、独占権について、保護の拡大と縮減の問題が起こり、この利益の対立が顕在化する。そこで、わが国法制の歴史と現状を明らかにした後、問題点を指摘し、独占権について、実質的には、公衆の権利であるのに対し、形式的には、権利者のものである、という理論構成をする。

### 注

- 1) 「知的財産権」の語の登場は、現象的にみると、欧米諸国の展開する国際戦略の展開に起因しているが、理論的にみると、新しい知的財産に対する保護の要請の結果である。この根底には、「知的財産に対する当然の所有権」という考え方がある。これは、「私的財産論」、しかも、「精神的所有権説」を同根とするものである。ところが、私的財産論は、欧米、特に米国の論理であり、この論理の国際的な展開については、拙稿「パリ条約の背景」特許管理 37 巻 4 号 (1987) 421 頁及び同「国際特許法における『私的財産』論」高千穂論叢昭和 62 年 3 号 (1987) 33 頁において明らかにしている。また、精神的所有権説は、「無体財産権説」により、既に放逐されている。

そうすると、知的財産権という語は、精神的所有権の焼き直しにすぎないものであるのか、あるいは、新しい観念に基づく権利であるのか、という検討を経ずに、無批判的に使用すべきではない、と考える。本稿では、知的財産権という語を無体財産権と同義に使用し、単なる用語の問題であると解する。拙稿「知的所有権問題の解明」京浜文化 35 卷 1 号 (1993) 1 頁及び拙著「無体財産権・知的所有権の知識」(創成社・1998 年 6 月 25 日) は、このような観点から知的財産あるいは知的財産権を解する。

本稿は、知的財産の保護について、「独占と競争」を問題とする。「独占と競争」という意味では、古くて新しい問題である。それは、特許権・商標権等の独占権においては、創作者や営業者と公衆の利益の対立があり、この問題が絶えず付き纏うからである。したがって、本稿でこの問題を取上げるのは、現在の経済変動によって、知的財産に対する法制が、創作者や営業者と公衆との利益調整を適正に果たすことができなくなったことにある。また、「権利の再構成」という意味では、全く新しい問題である。すなわち、従来、知的財産権を保護する理由とその保護の本質を別々に論じていた。前者は、国家が法規をもって創作者や営業者の知的財産をなぜ保護するか、という問題であり、創作者や営業者と国家との関係である。後者は、第三者の不正競争から創作者や営業者をなぜ保護するか、という問題であり、創作者や営業者と第三者との関係である。しかしながら、創作者や営業者と国家と公衆の関係は総合的に論議すべき問題である。その結果、特許権・商標権等の独占権について、権利を形式と実質に分け、創作者や営業者と公衆との分有を提示した。

この「独占と競争」の論題は、「商標と競争」として、昭和 60 年 (1985) 5 月の工業所有権学会の個別報告で取り上げ、拙稿「商標と競争—商標権の再構成の試み—」工業所有権学会年報 9 号 (1986) 33 頁以下及び拙著「工業所有権と差止請求権」(法学書院・昭和 1986 年 11 月) 191 頁以下に

これを記した。また、拙稿「特許と競争」高千穂論叢 24 卷 1 号 (1989 年 6 月発行) 1 頁及び拙著「特許権消耗の法理」(五弦舎・2002 年 8 月 5 日) 158 頁以下で取りあげている。

- 2) 豊崎光衛「工業所有権法・新版」有斐閣・1975 年 3 月の「工業所有権法の沿革」17 頁は、清瀬博士が、特許法について、特に、歴史的観察と比較法的研究を重視したが、これは、実用新案法・意匠法・商標法・不正競争防止法にも該当するとし、また、工業所有権法の沿革を総合的或いは個別的に研究する必要があると指摘している。

商標について、拙稿「商標と競争」34 頁以下の「法の発達」において、また、特許について、拙稿「特許と競争」2 頁以下の「法の発展」において、更に、知的財産一般について、拙稿「知的所有権の解明」2 頁以下の「保護の発達」及び拙著「無体財産権・知的所有権の知識」9 頁以下の「保護の展開」において、法理論的な観点に基づいて、歴史的な区分をなしている。これらの歴史区分の境界は、画一的なものではなく、実際には、この区分の交錯もみられる。

- 3) 拙稿「特許前における発明者の法的地位」高千穂論叢 33 卷 2 号 (1998 年 10 月) 12~3 頁は、「発明者が国家に対して特許の付与を請求する権利」、いわゆる特許請求権という公権のみを認め、発明権という私権の存在を否定する見解(特許請求権説)は、制定法を根拠とするものであることを指摘する。
- 4) 拙稿「特許前における発明者の法的地位」12~3 頁は、「発明の支配を目的とする実体上の権利」、いわゆる「発明権」という私権を認める見解(発明権説)は、一般に、権利主義に立脚し、しかも、その根底に、自然法論があることを指摘している。
- 5) これは、豊崎光衛「工業所有権法(新版)」2~3 頁において、無体財産を保護する方法としてとりあげられている。
- 6) 清瀬・小島・盛岡編著「工業所有権法演習」(法学書院・1978 年)及び拙著「工業所有権」(法律文化社・1981 年 9 月)は、「工業所有権」を産業的創作

や標識を広く保護するための権利と解して、それぞれの対象を解説する。また、拙稿「無体財産の対象」高千穂論叢 27 卷 3 号（1992 年 12 月）及び拙著「無体財産権・知的所有権の知識」13 頁以下は、独占権と禁止権に大別し、それぞれの対象を解説する。

知的財産基本法によると、知的財産は、①発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物、その他の人間の創造活動により生み出されるもの（発見又は解明がされた自然の法則又は現象であって、産業上の利用可能性があるものを含む）、②商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの、③営業秘密、その他の事業活動に有用な技術又は営業上の情報である。

- 7) 拙稿「工業所有権と差止請求権」法律時報 47 卷 4 号（1975）41 頁以下及び拙著「工業所有権と差止請求権」15 頁以下は、独占権と禁止権に対応して、差止請求権の根拠を明らかにし、いろいろな問題を解決しようとする。
- 8) 拙著「無体財産権・知的所有権の知識」72 頁は、独占権としての知的財産権は、その効力について、「内容的な範囲」・「時間的な範囲」・「地域的な範囲」による制約を受けるとし、これらを順次説明する。
- 9) 拙稿「パリ条約の背景」421 頁以下及び「国際特許法における私的財産論」33 頁以下は、パリ条約の成立過程において、特許論争、即ち、「私的財産論」と「公共政策論」との対立があり、結局、米国の提案した私的財産論に基づいて、特許の保護を承認し、その保護を国際的に延長しよう、というようになったことを明らかにしている。
- 10) これは、拙稿「商標と競争」40 頁及び拙著「工業所有権と差止請求権」200 頁において述べられている。
- 11) これは、拙稿「知的所有権の解明」の「保護の本質」10 頁以下でとりあげている。これらの本質論については、飯塚半衛「無体財産法論」（巖松堂 1940）79 頁以下、豊崎光衛「工業所有権法」100 頁以下がある。
- 12) これは、特許権について、拙稿「特許と競争」11～2 頁及び拙著「特許権消耗の法理」177～9 頁、また、商標権について、拙稿「商標と競争」41～2 頁において取り上げている。
- 13) 独占権の対象とはならない知的財産の保護について、次のような問題を取り上げている。企業秘密について、拙稿「企業秘密の法的処理」杉林記念論文集（知的所有権論攷）（1985）所収及び同「企業秘密の商法的考察」高千穂論叢 33 卷 3 号（1999）がある。隷属的模倣について、1976 年 5 月、日本工業所有権法学会のシンポジウムにおいて取り上げた「スレーヴィッシュ・イミテーション」、また、拙稿「隷属的模倣の法的処理」田中記念論文集「現代商事法の重要問題」（1984）所収がある。サービスマークについて、拙稿「『サービス標』保護の現状と展望」特許管理 34 卷 11 号（1984）及び同「サービス標の国際的保護」同 36 卷 8 号（1986）がある。請求範囲の解釈について、拙稿「実用新案の技術的範囲」金融商事判例 493 号（1976）がある。
- 14) 独占権の効力を制約する理論のうち、権利の消耗については、注 15 の資料がある。請求範囲について、拙稿「全部公知の考案にあたり、実用新案の侵害を否認すべきであるか」内田記念論文集「判例特許侵害法Ⅱ」（1996）所収がある。
- 15) 商標権の消耗と属地主義との関係について、拙稿「商標権の属地性と並行輸入」高千穂論叢昭和 47 年 1 号（1973）及び同「商標権の消耗と属地主義」高千穂論叢昭和 62 年 2 号（1987）があり、また、特許権の消耗について、拙稿「特許権消耗の原則」滝野記念論文集「国際工業所有権法」（1978）所収及び同「特許権消耗の法理」田中記念論文集「企業の社会的な役割と商事法」（1995）所収と拙著「特許権消耗の法理」がある。