

# 知的財産に関する法的枠組み

---

## 1 総論

### 1.1 知的財産権の意義

今日、知的財産権と呼ばれているものは、工業所有権と呼ばれているもの（特許権、実用新案権、商標権および意匠権）のほかに、著作権法や種苗法上の権利も含まれる。知的財産権は、無体財産権と呼ばれることもある。

#### 第1図

知的財産権（無体財産権）	
工業所有権	特許権 実用新案権 意匠権 商標権
その他の権利	著作権 回路配置利用権 植物新品種権 不正競争防止法上の権利

### 1.2 知的財産権制度の目的

#### （1）コピー自由の原則

資本主義社会においては、自由競争を認め、他人を害しない限り何事も自由に行うことができるのを原則（自由主義）とする。ところで、例

例えば、ある人Xの土地を別の人Yが使用すれば、その間Xはその土地を使用できなくなる。それゆえ、YはXの土地を自由に使用することは許されない。他方、知的創作物の場合、例えばある人Xが発明した技術は、別の人Yが使用しても、Xがその技術を同時に使用することに支障を生じない。（このように知的創作物の場合には、一人の作ったものを万人が同時に使用することができる。）したがって、ある人の知的創作物を他の人が模倣して使用することは自由にできるのが原則である。そこで、競争社会においては、コピー自由の原則が認められる。

我々の文化活動全てが、先人の創作活動の積み重ね・蓄積の上に成り立っている。教育は先人の創作活動の成果を組織的・効率的にコピーする行為である。いかに独創的創作、例えばニュートンの諸発見であっても、先人の創作活動の成果の上に成り立っている。すなわち、文化はコピー自由の原則なくしては、一日も発展しない。近年、知的財産権の保護が強調され、コピーすること自体が悪であるかのように考えられがちであるが、これは誤りである。それだけに、いまこそコピー自由の原則が強調されて、強調されすぎるということはない。知的財産権の制度は、それぞれの目的から、コピー自由の原則の限界として設けられているものである。各知的財産権の制度は、いかなる根拠によりコピー自由の原則の限界として認められるのか、これを理解することにより、知的財産権全体がよく見えてくる。

## (2) コピーの自由を制限する根拠

知的財産権と呼ばれているものは、その制度目的により第2図のように分類することができる。

第2図

制度目的	保護対象		保護法
競争の成立	競争客体標識	商標	商法
		商品表示	不正競争防止法
	競争主体標識	商号	商法
		営業表示	不正競争防止法
競争行為の自由	知的創作	営業秘密	不正競争防止法
	開示の自由		
競争市場の創設	アイデアの創作	特許発明	特許法
		実用新案	実用新案法
		植物新品種	種苗法
	表現の創作	著作物	著作権法

回路配置	半導体チップ保護法
意匠	意匠法
商品形態	不正競争防止法

市場における自由競争が成り立つためには、競争の対象であるどの商品がどの競争企業のものであるか明らかでなければならない。こうして、商品の識別標章である「商標」ないしは「商品表示」と企業の識別標章である「商号」ないしは「営業表示」の模倣が禁止される。

市場において企業はより良い商品を作り出すために商品開発に努力する。この努力の成果を他人に開示するかどうかは本人の自由である。これは競争行為の自由の問題である。法律で開示を強要したら商品開発の努力さえしなくなる。こうして、「営業秘密」開示の自由が保護される。

さらに、商品開発の努力に対して何らかの見返りを与えることによって、それだけ商品開発に向けられる投資が増大する。新しい商品の開発は新しい市場を創出する。このような新しい市場を創出する新しい技術に対して、市場独占権を与えても、既存市場の競争の制限にはならない。市場独占権を与える代わりに技術を公開させ、一定年限後に市場独占権が終了することとすれば、結果的に競争市場が増大する。こうして、新しい市場を創出する新しい技術に対して、一定年限の市場独占権を与える「特許権」や「著作権」の制度が政策的に設けられる。

### (3) 自由市場主義と封建的市場主義

上記の理論はコピーの自由を原則とする「自由市場制度」と矛盾しないものである。ところが、このほか、知的財産権を根拠づける理論として、人格権説(personality theory)、労働投下説(labor theory)、只乗り禁止説(free ride theory)があるが、これらの理論は、いわば「市場封建制度」の思想である。人格権説は、知的創作物は創作者の人格の現れであるから他人による使用を排除できるという考え方であり、労働投下説は、知的創作物に対する労働の投下によって所有権が発生するという考え方であり、只乗り禁止説は、他人が労力と資金をかけて開発した知的創作物を他人が只で利用するのは不公正であるという考え方である。これらの理論はいずれも、現在の知的財産制度を説明しきれないだけでなく、市場封建制度につながる思想である。

すなわち、これらの説ではいずれも、知的創作物に対する無期限の独占権を許すことができる。この結論は、特許権や著作権が一定期限内しか独占が認められないことと相容れない。さらに、人格権説についていえば、創作者本人が外部に公開することや、創作者の名誉声望を害する

使用方法には人格的利益があるとは言えても、創作物が他人の脳裏に刻み込まれたものにまで創作者の人格的支配権が及ぶとはいえないので、模倣一般を禁止する根拠とはならない。労働投下説についていえば、労働投下説は、アメリカ大陸において先住民であるインディアンの土地所有権を否定し、植民者に土地収奪の正当性を与える基になったジョン・ロックの思想であるが、そもそも目的物自体に排他性のある土地などの有体物に対する排他的支配権を認める理論を演繹しても、目的物自体に排他性のない無体物である知的創作物を自分が他人のじゃまを受けずに使用できる権利の根拠とはなっても、他人による利用まで排除できる権利の根拠とはならない。すなわち、労働投下説では、自分の開発した営業秘密に対する保有や独自創作に対する権利を説明できても、他人による独自創作を認めない特許権の制度を説明できない。また、只乗り禁止説についていえば、「不公正」の視点が問題である。人が作ったものを他人がただで利用するのは、不公正であるとよく言われる。これは、財の外部効果一般の問題である。ある人が大きな庭に木を植え美しい池を作った場合に、木が作り出す酸素や美しい眺望という恩恵を周辺住民が何らの対価を支払わずに享受できるのと同じ問題である。ただ乗りされる知的創作をした創作者は、ただ乗りされることがあっても自分においては採算が合うからこれを行うのである。他人がその恩恵に浴したからといって、他人が不公正とは言えない。不公正だから塀を作ってこれを禁止すべきだという問題ではない（このような禁止は社会的効用を減少させるだけ）。ここでの問題は、恩恵に浴する人にも費用を負担させるシステムを作れば、このような財の供給が増え社会的効用を極大化できるという政策的考慮の問題である。

また、知的創作物を創作したというだけでこれに対する無期限の市場独占権ないしは排他権が生まれることを承認するならば、文化の発達は小さな創作物の積み重ねであるが、市場はそれぞれの創作物の「領主」に分割された封建制度さながらの状態になり、市場における自由取引などは存在しなくなる。

---

## 2 営業主體・商品の標識に対する法規制

自由競争は、営業主體や商品に対する消費者の信用の存在を前提とし、競争主體および競争商品の識別が在って初めて成り立つ。資本主義社会

においては、企業が商品を市場で自由に販売し競争するが、競争主体である企業の標識（すなわち「商号」ないしは「営業表示」）、また、競争の客体である商品の標識（すなわち「商標」ないしは「商品表示」）が市場において識別できなければ、競争は成り立たない。そこで、国家は企業主体や商品に対する識別標章のコピーを禁止する。これが商法の定める商号権や商標法および不正競争防止法の定める商標権である。

商標は、資本主義の発生とともに始まった。ヨーロッパ中世封建時代においては、自給自足の農業経済であったが、1096年に始まる十字軍遠征とともに、人と物の流れが次第に活発となり、イタリアの都市国家がその中心的役割を担った。ベニスやジェノバといった都市国家は、アジアから絹織物や香料などをヨーロッパ各地で販売し、ヨーロッパの金や毛織物などをアジアに運んで商売した。都市国家の商人は、ギルドの統制下であり、ギルド単位で他の都市国家と競争した。商品に付けられたギルドのマークであった物が最初の商標である。次第に、競争の主体はギルドから各商人に移っていった。また、商品に対する信用から企業自体に対する信用に発展していった。こうして、商号が競争において重要になっていった。

第3図

	法律	権利の客体	権利取得手続き	権利の期間
競争客体	商標法	商標	審査・登録	
	不競法	商品表示		
競争主体	商法	商号	審査・登記	
	不競法	営業表示		

## 2.1 商号権

### (1) 商法による規制

商法は、営業主体の表示たる「商号」について登記制度を設け、その排他的使用権を認めている。

一つの市区町村においては、他人の登記した商号と同一または類似の商号を同一の営業のために重ねて登記することができない（19条）。そして、登記した商号は、他人が「不正競争の目的」で同一の営業のために同一または類似の商号を使用することを排除できる（20条、22条）。「不正競争の目的」は、同一の市区町村の場合においては、その存在が推定される。違反に対しては、差止請求権のほか、損害賠償請求権および刑事制裁がある。

また、商号の使用者は、登記の有無を問わず、他人が「不正の目的」で同一または類似の営業のために同一または類似の商号を使用する場合には、これを排除できる（21条）。

しかし、この商号制度は、会社にあつては複数の営業を行っていても一つの商号の登記しか許されない点において、企業活動が一つの営業にとどまることがむしろ稀である現在の経済状態には対応していない。

## （2）不正競争防止法による規制

不正競争防止法は、営業主体の表示たる名称、マーク、商品形態などについて、消費者に営業主体を誤認させるような行為を「不正競争行為」として禁止している。すなわち、他人の営業の表示であつて消費者に周知の名称、マーク、商品形態などと類似するものを使用して、消費者に営業主体の誤認混同を生じさせる行為（2条1項1号）、並びに、他人の営業の表示であつて消費者に著名な名称、マーク、商品形態などと類似するものを使用する行為（2条1項2号）が禁止されている。違反に対しては、差止請求権、損害賠償請求権および謝罪広告請求権が認められている（3条、4条、7条）。

この制度は、商法の商号登記制度の不備を補う重要な機能を果している。しかし、周知または著名な表示に限られている点において不十分である。周知または著名でなくても、消費者に営業主体の誤認混同を生じさせる場合には、規制の必要性があるからである。

## 2.2 商標権

### （1）商標法による規制

商標法は、営業商品の表示たる「商標」について登録制度を設け、その排他的使用権を認めている。

すなわち、商標出願は、使用する商標を使用する商品を指定して特許庁に対して、登録を申請する（5条）。登録された商標は、他人が同一または類似の商標を指定した商品またはこれに類似する商品に使用することを排除できる（37条）。登録商標は登録から10年間存続し、使用の実績がある場合にはさらに10年毎に更新できる（19条）。違反に対しては、差止請求権、損害賠償請求権および謝罪広告請求権が認められている（36条、39条）。

いかなる名称やマークであっても、商標として登録できるわけではない（3条、4条）。たとえば、私がキャンディについて「キャンディ」という商標登録をすることは商品の中身の表示にすぎないので、許されない。なぜなら、このような商標に商標権の成立を認めると、他の製菓会社は、キャンディを「キャンディ」として販売できなくなってしまうからである。また、「スイート」という商標を登録することも商品の属性の表示にすぎないので、許されない。キャンディに「キャンディ」や「スイート」と言う言葉を使うのは当然であり、誰でも自由にできるべきである。すなわち、誰でも付けるようなものでない名称やマーク、すなわち「識別性」のある名称やマークでなければ、商標の取得は許されないのである。

## （2）不正競争防止法による規制

不正競争防止法は、商品の表示たる名称、マーク、商品形態などについて、消費者に商品を誤認させるような行為を「不正競争行為」として禁止している。すなわち、他人の商品の表示であって消費者に周知の名称、マーク、商品形態などと類似するものを使用して、消費者に営業商品の誤認混同を生じさせる行為（2条1項1号）、並びに、他人の商品の表示であって消費者に著名な名称、マーク、商品形態などと類似するものを使用する行為（2条1項2号）が禁止されている。違反に対しては、差止請求権、損害賠償請求権および謝罪広告請求権が認められている（3条、4条、7条）。

この制度は、商標法の商標登録制度を補完する機能を果している。商標法は商品の誤認混同を要件としていない点において保護が広いが、登録が無ければ保護されない。他方、不正競争防止法は、登録を要件としないという点において保護範囲が広い。しかし、不正競争防止法による商標の保護は、周知または著名な表示に限られている点において不十分である。周知または著名でなくても、消費者に営業主体の誤認混同を生じさせる場合には、規制の必要性があるからである。

---

### 3 秘密開示の自由

トレードシークレットは、実は、コピー自由の原則の裏返しである。すなわち、開示されている知的創作物についてコピーの自由があるが、開示するかしないかを定めることは知的創作物を持っている者の自由である。このような知的創作物を開示する自由・開示しない自由が、トレードシークレットの本質である。法律（不正競争防止法）は特に、一定の要件を満たす知的創作物について、特別に差止請求権を認めて強い保護を与えている。（他方、実は、知的創作物が万人の共有財産となりうるという性格を強調すれば、知的創作物の持主に開示しない自由を認めないという制度を取ることも理論上は可能である。しかし、いずれの国においても、知的創作物を開示しない自由を認めつつ、開示することに特許権のような特権を与えることによって、自主的に開示するように仕向けるという制度を取っている。）

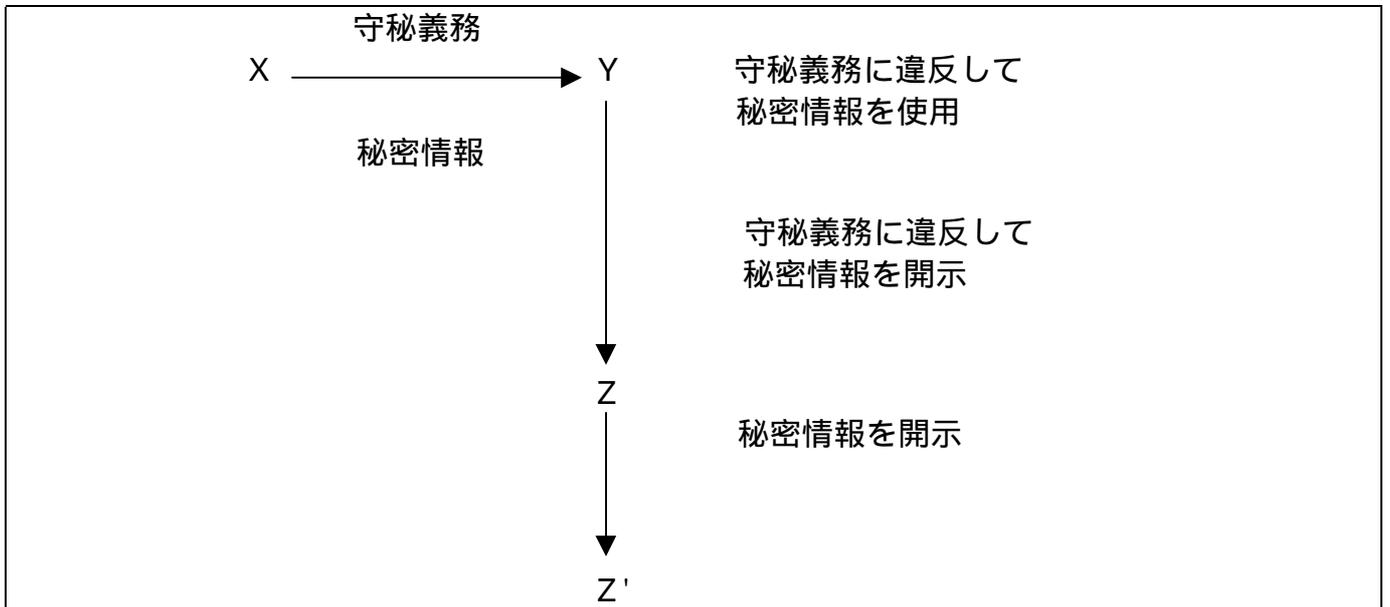
#### 3.1 守秘契約の自由

##### (1) 契約法と不正競争防止法

秘密情報を持っている者Xが、これを他の者Yに開示するに当って、Yとの契約において、一定の目的にのみ使用することや第三者には開示漏洩しないことを義務づけることは、原則として自由にできる。Yがかかる契約条項に違反すれば、XはYに対して債務不履行として損害賠償を求めることができる。しかし、Xは、Yによる契約違反行為を差止めることはできない。また、Xは、Yの契約違反によってXの秘密情報を入手した第三者Zに対しては、原則として何の権利も持たない。

ところが、不正競争防止法は、さらに一歩進めて、一定の秘密情報（「営業秘密」と定義されるもの）に関して、YやZに対する損害賠償請求権のみならず差止請求権をも認めることとしている。経済的価値のある秘密情報は、一旦外部に広く流出すると損害賠償によっては回復されない損害を発生させるので、差止請求権を認める法制を取っているのである。

第4図



## (2) 営業秘密

不正競争防止法が保護するのは、「営業秘密」であり、「秘密として管理されている生産方法、販売方法、その他の事業活動に有用な技術上または営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう」と定義されている(2条4項)。すなわち、有用性、秘密管理努力、非公然性の3要件を満たす技術上または営業上の情報(製品の製造方法や顧客情報など)が権利の対象となる。

有用性というのは、積極的に価値のある情報であっても、消極的に価値のある情報であってもよい。例えば、実験データは、いい結果の出た実験結果が有用であるのはもちろんであるが、失敗した実験結果であっても有用性が認められる。というのは、この実験結果を入手すれば、失敗した実験を繰り返す手間と経費が節約できるからである。

秘密管理というのは、だれでも知ることができないように秘密の管理がなされていることをいう。したがって、秘密情報の保有者が任意に開示する場合においては、開示を受ける者が開示者との間において就業規則または契約上秘密保持を義務づけられていることが秘密管理として必要である。

非公然性とは、当該情報が広く世間には知られていないということである。たとえ当該情報の保有者がこれを秘密として保持していても実は業界においてだれでもが知っているようなものである場合には、開示された者が秘密保持契約に違反して第三者に開示しても、契約違反として損害賠償義務を生ずることはあっても、差止請求権という強い保護を与える必要はないからである。

### (3) 違法行為

秘密保持義務を負って営業秘密の開示を受けた者Yが、不正の目的で秘密保持義務に違反して、当該秘密情報を自分で使用し、または第三者Zに開示することは、違法である（不正競争防止法2条1項7号、11条1項6号）。

また、かかる第三者Zが、Yから当該営業秘密の開示を受けた時、Yの違法行為を知っていたかまたは重大な過失によって知らなかった場合には、Zによる当該営業秘密の取得、またはYから許諾された範囲を越える使用もしくは別の第三者への開示は、違法である（同2条1項8号、11条1項6号）。Zから開示を受けた別の第三者Z'についても、同様である。

さらに、Zが、Yから当該営業秘密の開示を受けた時、Yの違法行為を知らずまた知らないことに重大な過失がない場合であっても、その後にYの違法行為を知ったかまたは重大な過失によって知らなかったときには、その後において当該営業秘密をYから許諾された範囲を越えて使用または別の第三者へ開示することは、違法である（同2条1項9号、11条1項6号）。Zから開示を受けた別の第三者Z'についても、同様である。

当該営業秘密の保有者は、上記の違法行為を行った者に対して、損害賠償請求権（同4条）、差止請求権（同3条）、謝罪広告請求権（同7条）を与えられる。

## 3.2 守秘行為の自由

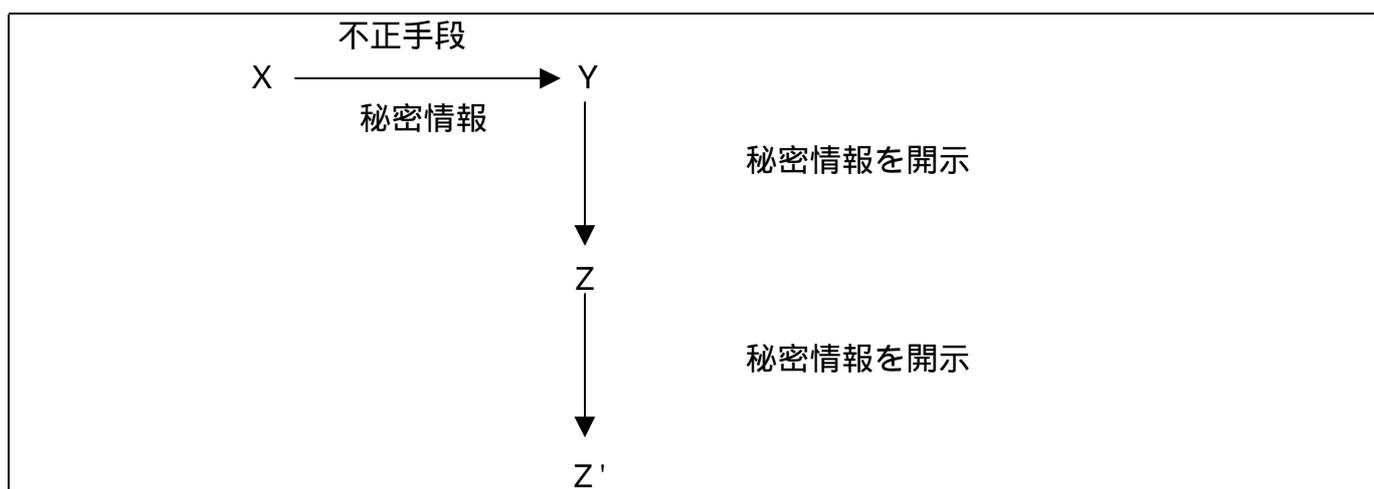
### (1) 不法行為法と不正競争防止法

秘密情報を持っている者Xが他人にこれを他人Yに知られないようにすることは、Xの自由である。Xが秘密の製法を記した書類を金庫にしまっておくことも、秘密の製法を体現した製造設備を工場に鍵をかけて

他人の立入を禁止することもXの自由である。Yがこれを入手しようとしてXの金庫を盗み出したり、Xの工場に忍び込んだりすれば、Yの行為は犯罪になると共に、民事上は不法行為として違法である。Yには情報収集の自由があるが、他人の自由を侵害する自由までではないからである。この場合、XはYに対して不法行為として損害賠償請求権を持つ。しかし、Yに対して差止請求権を持たないし、Yから情報を入手した第三者Zに対しては、原則として何の権利も持たない。

ところが、不正競争防止法は、さらに一步進めて、前述のとおり、「営業秘密」に関して、YやZに対する損害賠償請求権のみならず差止請求権をも認めることとしている。

第5図



## (2) 営業秘密

営業秘密の意義は前述したとおりであり、秘密管理という要件は、だれでも知ることができないように秘密の管理がなされていることをいうが、「覗き見からの自由」の文脈においては守秘の自由と情報収集の自由との兼合いの問題である。

Xが秘密の製法を記した書類を金庫にしまっておくことも、秘密の製法を体現した製造設備を工場に鍵をかけて他人の立入を禁止することもXの自由である。他方、Yには情報収集の自由がある。たとえば、Xが誤って秘密情報をパンフレットに記載してしまったのをYが入手した場合やXが工場の扉を開けっ放しにして放置している時に製造設備をYが公道から眺めることは、Yに何ら違法行為はない。Yの情報収集行為に

は、Xの自由を侵害する行為はないからである。同様に、Xが秘密の製法で作った製品をYが購入して分解分析してXの製法を発見すること（いわゆるリバースエンジニアリング）も、（購入契約上禁止されていない限り）違法ではない。Yは購入した当該製品の所有権を保有しており、これを自由に処分する自由があるからである。

要は、ここではXの守秘の自由とYの情報収集の自由との兼合いの問題である。これが微妙になるのは、たとえば次のような場合である。Xが秘密の製法を実施するプラントを建設し、公道からは覗けないように高さ3メートルの塀で囲み、部外者の立入を厳重に管理していたが、Yが飛行機を使って上空からプラントの写真を撮り情報収集した場合である。これは実際に米国で争われた事件であるが、裁判所は、Xとしては守秘の方法としてYの通常の方法による情報収集にのみ対処しておればよく、Yによる通常でない情報収集方法は違法であると判断した。

### （3）違法行為

窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段によって営業秘密を入手すること、これを自分で使用すること、または第三者Zに開示することは、違法である（不正競争防止法2条1項4号）。

また、かかる第三者Zが、不正入手者Yから当該営業秘密の開示を受けた時、Yの違法行為を知っていたかまたは重大な過失によって知らなかった場合には、Zによる当該営業秘密の取得、またはYから許諾された範囲を越える使用もしくは別の第三者への開示は、違法である（同2条1項5号、11条1項6号）。Zから開示を受けた別の第三者Z'についても、同様である。

さらに、Zが、Yから当該営業秘密の開示を受けた時、Yの違法行為を知らずまた知らないことに重大な過失がない場合であっても、その後にYの違法行為を知ったかまたは重大な過失によって知らなかったときには、その後において当該営業秘密をYから許諾された範囲を越えて使用または別の第三者へ開示することは、違法である（同2条1項6号、11条1項6号）。Zから開示を受けた別の第三者Z'についても、同様である。

当該営業秘密の保有者は、上記の違法行為を行った者に対して、損害賠償請求権（同4条）、差止請求権（同3条）、謝罪広告請求権（同7条）を与えられる。

## 4 知的創作活動に対する特権付与

特許法、実用新案法、種苗法、著作権法、意匠法および半導体チップ保護法は、対象となる知的創作物の種類に差異があるものの、いずれも開示された知的創作物に対して一定期間の市場独占権を与える制度である。市場独占権を与えることは、コピー自由の原則と矛盾するように見える。しかし、市場独占権の与えられる知的創作物が新しいものであり、与えられる市場独占権の期間が一定期間に限定されていることによって、コピー自由の原則の前提である資本主義社会にかえって貢献する。すなわち、与えられる市場独占権によって知的創作活動への投資活動が促進され、開示された知的創作物が一定期間後は万人の共有財産となるので、このような特権を与えない場合よりもかえって万人のコピーできる知的創作物が豊かになる。このようにして、特許法、実用新案法、種苗法、著作権法、意匠法および半導体チップ保護法には、一定期間の市場独占権が認められている。

知的創作物開示の対価としての市場独占権付与の制度には、大きく分けて2種類ある。一つは、アイデアという知的創作物を対象とする権利であり、これには特許権、実用新案権、種苗法上の権利が含まれる。他の一つは、表現という知的創作物を対象とする権利であり、これには著作権、半導体チップ保護法に基づく回路配置利用権、意匠権が含まれる。

第6図

	権利の客体	権利の主体	権利取得手続	権利期間
特許法	発明	発明者	審査・登録	20年
実用新案権	考案	考案者	登録	6年
植物新品種権	植物新品種	育成者	審査・登録	15年

著作権	著作物	著作者		死後50年
意匠権	意匠	創作者	審査・登録	15年
回路配置利用権	回路配置	創作者	登録	10年
商品形態模倣禁止	商品形態	使用者		3年

#### 4.1 特許権

##### (1) 特許制度の趣旨

特許制度は、知的創作物のうち、技術上の発明（アイデア）に市場独占権を与える制度として発達した。

特許制度においては、発明者に発明を公開させ、一定期間後にはだれでもそれを使えるようにする代わりに、発明者には一定期間発明を独占的に実施する特権を認める制度である。資本主義社会では自由競争を認め、市場に対する独占を排除するが、発明者が当該発明を公開しなければそもそも独占せられるべき市場が存在しないのであるから、発明者に独占権を与えてでも新たな市場を創設することができる。また、特許終了後は当該市場は自由市場になる。これゆえに、新技術に対して一定期間の独占権を与える特許制度は自由競争の原理に矛盾しないのである（incentive theory）。

しかし、特許の分野では labor theory や personality theory 等の自然権思想が入り込んでおり、特許権制度の内容を複雑なものにしている。たとえば、アメリカの特許法では日本などの先願主義に対して先発明主義を取っている。またアメリカでは均等論という理論を広く認めている。これは、米国では発明者が発明を公開したから保護されるという思想よりも、発明に労働を投下したから保護されるという labor theory の思想を色濃く反映しているものである。

##### (2) 特許を受けられる発明

特許を受けられるのは、新規かつ進歩性のある発明であって、産業上利用可能性のあるものである（特許法29条）。

まず第1に、「発明」でなければならない。発明とは、「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう」と定義されている

( 2 条 1 項 )。経費削減、時間節約、軽量化、耐久性など性能を向上させる製造機械や製造方法や製品がこれに当る。販売方法や会計処理方法についての発明は、自然法則を利用していないので、ここでいう発明には当らない。本来的には特許法の保護の対象から外す必要はないと思われるが、歴史的な理由から特許の対象となっていない。

次に、「新規性」のある発明でなければならない。たとえば、塩やたばこの専売は、特許制度と同じく市場独占権である。古くは両者の間に差異は認められていなかった。16世紀後半のイギリスに君臨したエリザベス女王は、課税するには議会の承認が必要であるので、王室財政を賄うためにいろいろなものに専売権を設定して代りに上納金を徴取した。当初は新しい技術に対して専売権を与えたので、これがイギリスにおける特許権の端緒となった。しかし、古い技術にも専売権が与えられた。これが塩やたばこの専売権と同じものであって、日本でもつい最近まで存続していた。しかし、イギリスでは、1602年、裁判所が、古い技術に専売権を設定することは自由競争を不当に制限するものであるとして、エリザベス女王の与えた特許状に対する専売権を無効とした。新しい技術は新しい市場を産み出すが、古い技術は新たな市場をもたらさないからである。

また、「進歩性」のある発明でなければならない。既存の技術を類推して産み出される新しい技術は、市場独占権という特権を与えなくとも、必要があれば市場に提供されるものだからである。

最後に、発明は「産業上の利用可能性」がなければならない。技術上のアイデアには、ニュートンの万有引力の発見のように抽象度が高く利用範囲は広いが市場を産み出す具体性を持っていないものと、利用範囲は狭くても市場を産み出す具体性を持っているものがある。市場の創出に役立つのは後者であるので、後者が特許の対象となる。産業上の利用可能性は、このような趣旨の要件である。

### ( 3 ) 特許を受けられる者

発明について特許を受けられる者は、発明者である( 19条1項)。発明者の特許を受ける権利は、譲渡することができ( 33条)、従業員がした発明は契約によって会社が特許を受ける権利を取得できる( 35条)。

偶然同じ発明をした者が二人以上いる場合、だれが特許を受けることができるか。たとえば、アメリカでは最初の発明者が特許を受けることができる(先発明主義)としているが、日本では最初に特許出願した者が特許を受けることができる(先願主義)としている( 29条の2)。

特許制度は、発明の公開に対する対価としての特権の付与であるから、発明の先後ではなく公開に向けた行為である出願の先後を基準とする先願主義が妥当である。

#### (4) 特許を受ける手続

特許を受けるには、まず特許出願を特許庁に出願手数料（現在1件21,000円）を添えて提出しなければならない。特許出願は、18ヶ月後には自動的に特許公開公報に掲載されて、公開される。

特許出願人は、特許出願から7年以内に、特許庁に対して特許の審査を請求しなければ、特許出願は取下げたものとみなされる（48条の3）。審査請求があると、特許庁の審査官が特許を受けることのできる発明に当るかを審査し、当ると判断すれば特許権設定の登録をする。当らないと判断すれば、出願人に反論の機会を与えたのち、拒絶査定をする（49条、50条）。出願人は、拒絶査定について特許庁に審判を申立てこれを争うことができる。

特許権設定の登録があると、第三者は、特許庁に特許異議申立てまたは無効審判を申立てて、これを争うことができる。特許庁の審判に対しては、東京高等裁判所に審決取消訴訟を提起して、争うことができる（178条）。

#### (5) 特許権の効力

特許権者は、特許権設定の登録後、特許出願の日から20年を経過するまで（67条）、特許発明を実施する権利を専有する（68条）。侵害者に対して侵害の差止（100条）、損害の賠償および信用回復のために謝罪広告（106条）を請求することができる。

問題は、特許発明として特許権が及ぶ技術的範囲と侵害とみなされる実施行為の態様である。

特許発明として特許権が及ぶ技術的範囲は、特許出願書に記載された「特許請求の範囲」に限られる（70条）。しかし、たとえば「特許請求の範囲」に記載された範囲に属していても、出願人が敢えて除外したものには特許権が及ばない。他方、特許権が、「特許請求の範囲」に記載されていないが技術的にこれと同等と見られるものにまで広げられるかについては議論がある。アメリカはこれを広く認めるが日本ではこれには一般的に否定的である。これは、アメリカでは発明者が労働を投下して開発した「発明」自体が本来的に保護されるべきものと考え

(labor theory)のに対して、日本等では「公開」された発明が本来的に保護されるものとする (incentive theory) からである。

特許侵害となる「実施行為」とは、物の発明にあつては、その物またはその物の生産にのみ使用する物を、生産し、使用し、譲渡し、貸し渡し、譲渡・貸渡のために展示し、または、譲渡・貸渡のために輸入することである (2条3項1号、101条1号)。実施行為とは、方法の発明にあつては、その方法を使用すること、その方法によって生産された物を生産し、使用し、譲渡し、貸し渡し、譲渡・貸渡のために展示し、もしくは譲渡・貸渡のために輸入すること、または、その方法の使用にのみ使用する物を生産し、使用し、譲渡し、貸し渡し、譲渡・貸渡のために展示し、もしくは譲渡・貸渡のために輸入することである (2条3項2、3号、101条2号)。

#### 4.2 特許権に類する制度

##### (1) 実用新案権

実用新案権は、特許権と同じく技術上の発明 (アイデア) に市場独占権を与える制度であるが、対象と手続と効果において多少の差異が与えられている。すなわち、特許の対象は「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」たる「発明」であるが、実用新案権の対象は「自然法則を利用した技術的思想の創作」たる「考案」であつて「物品の形状、構造または組合わせ」に係るものである。すなわち、考案においては、創作の高度性は必要ないが、方法の考案ではなく物の考案に限られている。特許も実用新案も特許庁の審査を経て特許庁に設定登録されて権利が成立する。ところが、特許の手続は、特許庁で実体審査されるが、実用新案の手続では特許庁で形式だけで実体審査は省略されている。また、特許権の効力は、出願から20年で終了するが、実用新案権の効力は出願から6年で終了する。

##### (2) 新品種権

種苗法が定める新品種権は、特許権と同じく (農業) 技術上の発明 (アイデア) に市場独占権を与える制度であるが、対象と手続と効果において差異がある。

特許権は、発明を対象とするが、新品種権は、植物新品種を保護の対象とする。新品種を発見または開発してその特性を固定または検定した

者に、新品種登録出願権がある（7条1項）。新規な品種であることを要するが、当該品種を登録前に日本において（外国においては登録の4年以上前に）販売すれば新規性はない（10条2項）。

新品種登録出願は、願書に、説明書、当該品種の特性が判別できる出願品種の写真、および、種子または種菌についてはサンプルを添えて農林水産大臣に提出しなければならない（7条2項、規則6条）。審査は、現地調査または栽培試験によって行われる（12条の3）。

新品種権は、登録後15年間（指定永年性植物については18年間）存続する（12条の4）。新品種権者は、登録品種を販売し、販売申出し、または販売目的で生産もしくは輸入する権利を専有する（12条の5）。侵害に対しては、差止請求権および損害賠償請求権がある。

#### 4.3 著作権

##### （1）著作権制度の趣旨

著作権制度は、知的創作物のうち、アイデアや事実自体ではなく、アイデアや事実の「表現」に市場独占権を与える制度である。特許制度と同様に、著作者に表現活動を公開させ、一定期間後にはだれでもそれを使えるようにする代りに、著作者には一定期間当該表現を独占的に実施する特権を認める制度である（incentive theory）。

しかし、著作権の分野でも labor theory や personality theory 等の自然権思想が入り込んでおり、著作権制度の内容を複雑なものにしている。この点、アメリカ法は、著作権法に incentive theory を貫徹しているが、日本法や独仏の大陸法系では personality theory の理論が随所に現れている。たとえば、日本法では著作者に無限に存続しうる著作者人格権を認めている。personality theory は、著作物に法的保護を与えるのは著作物が著作者の人格の表れであり著作者にプライバシーと同様な支配権があるからであると考えられる。しかし、一旦著作者本人が外部に著作物を公表したものにまで著作者に人格的支配権が及ぶというのは不当である。公表され、第三者もこれに心を惹かれるのは第三者の人格的営みであり、第三者の心に当該著作物がプリントされたものに、著作者の人格的支配権が及ぶとすれば第三者の人格を侵害することになる。このような著作権についての personality theory は、人格権の観念を不当に拡大するものであって、著作権を正しく位置付けるにはふさわしくない。

## ( 2 ) 著作権を受けられる著作物

著作権は、「著作物」に対して与えられる。著作物とは、「思想または感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するもの」をいう。この定義は、伝統的な著作物、すなわち書籍、絵画、音楽、演劇、映画、写真などを念頭に置いている。そこで、コンピュータプログラムが問題になったが、現在では学術の範囲に属するものとして著作物性が認められている。また、アーティストによる実演、レコード製作者によるレコード製作および放送事業者による放送は、アメリカなどでは、著作物に含められているが、日本や独仏では著作隣接物として著作権類似の保護（著作隣接権）を与えられているが、著作権とは別に扱われている。

著作物と認められるか否かの問題においてもっとも重要なのは、「創作性」の要件である。創作性とは、独創性でも、新規性でも、芸術性でもない。著作者が自分の手で創作したものであればよい。特許発明には新規性が要件となっているのに対して、なぜ著作物では創作性が要件とされているのか。これは、特許権が独自発明を認めない絶対的な権利であるのに、著作権が独自創作を認める相対的な権利であることと関係している。表現の対象は事実やアイデアであるが、事実は最も公共性が高く、何人にも独占は許されない。アイデアは、事実に次いで公共性が高く、特許法により新規なものについてのみ独占が許されている（アイデア自由の原則）。このように公共性の高い事実やアイデアを公衆が使用できる道を残すために、他人による事実やアイデアの表現方法を模倣しない限り、事実やアイデアを自由に使用・表現する道を開いたものである。すなわち、事実やアイデアに直接アクセスし、その結果、たまたま他人による表現方法と同一となっても他人の著作権を侵害しないのである。

## ( 3 ) 著作権を受けられる者

著作権を受けられる者は、著作物の創作者である（ 21 条）。ただし、従業員が業務上作成した著作物（職務著作物）は、使用者が著作物の創作者と認められる（ 15 条）。

## ( 4 ) 著作権を受ける手続

著作権は、著作物の作成によって自動的に発生し、申請や登録等の手続を必要としない（ 17 条 2 項）。

著作権について、「登録」の制度があるが、著作権の取得のために必要なものではなく、譲渡や質権設定の対抗要件または一定の登録事項について事実推定を与える制度である。

なお、日本と違い、アメリカでは、著作権表示や著作権登録といった制度がある。著作権表示は、1989年3月までは著作物の保護要件であり、発行著作物について著作権表示をしなければ著作権を喪失する強力な効果を持つ制度であった。1989年3月以降も著作権表示制度が残っているが、著作権表示のある著作物を侵害した場合に、故意による侵害とみなす効果が与えられているに止まっている。著作権登録は、著作権侵害訴訟を起すための訴訟要件であるとともに、一定期間内に著作権登録をすれば弁護士報酬請求権が認められるなどの特典が与えられている。

#### (5) 著作権の効力

著作権法は、著作物に対して狭義の著作権と著作者人格権を与えている。

狭義の著作権は、複製権、改作権、頒布権、実演権および展示権の5種類に分類できる様々な権利が与えられている(21条ないし28条)。複製権とは、著作物のコピーを作成する権利である。改作権とは、著作物をそのままではなく変更を加えながらコピーする権利である。頒布権とは、著作物のオリジナルまたはコピーを譲渡・貸与する権利である。実演権とは、著作物を公に上演、演奏、放送、口述等実演する行為である。展示権とは、著作物を公に展示する権利である。日本では、著作物の種類毎に与えられる権利の内容が区々に別れている。これがマルチメディア時代に、いろいろな問題を生じさせている原因の一つである。

著作者人格権とは、著作物を公表する権利、著作物に著作者名を表示する権利、および著作物の変更を禁止する権利である。著作者人格権は、狭義の著作権と異なり、一身専属的であって、他人に譲渡することができない。著作者人格権は、著作権の転々流通を妨げ、マルチメディア的利用にいろいろな問題を生じさせている原因の一つとなっている。

狭義の著作権は、原則として著作者の死後50年を経過するまで存続する。ただし、職務著作物では法人に死亡は考えられないし、無名・変名の著作物では著作者が必ずしも確認できないので、公表後または作成後50年を経過するまで存続することとされている。他方、著作者人格権は、原則として、無期限である。

狭義の著作権の侵害に対して、著作権者は、差止請求権(112条)および損害賠償請求権を持つ。著作者人格権の侵害に対しては、著作者

は、差止請求権（112条）、損害賠償請求権および謝罪広告請求権を持つ。

#### 4.4 著作権に類する制度

##### (1) 意匠権

意匠権は、著作権と同じく、表現に対して特権を与える制度である。著作権は表現一般を保護する制度であるのに対して、意匠権は工業的デザインに限定して表現を保護する制度である。その結果いくつかの点において重要な違いがある。

著作権の保護の対象は表現であり、その保護は表現されているアイデアや事実には及ばない。公衆によるアイデアや事実の自由な使用のためには、表現でさえ保護が否定される場合がある（マージ理論）。したがって、著作権法上は、工業的デザインという表現はその機能（アイデアに属する）とマージして保護の対象とならない場合がある。他方、意匠権は、このような場合であっても保護の対象としつつ（すなわち、アイデアに対する支配権を認めるかわりに）、他人による独自創作を認めない絶対的権利とするが、「新規性」が要件とされ特許庁によって審査されるとともに、権利期間を登録後15年と短くしている。

##### (2) 回路配置利用権

回路配置利用権は、著作権と同じく、表現に対して特権を与える制度である。著作権は表現一般を保護する制度であるのに対して、回路配置利用権は半導体集積回路における回路配置に限定して表現を保護する制度である。その結果いくつかの点において重要な違いがある。

著作権の保護の対象は表現であり、その保護は表現されているアイデアや事実には及ばない。公衆によるアイデアや事実の自由な使用のためには、表現でさえ保護が否定される場合がある（マージ理論）。したがって、著作権法上は、回路配置という表現は回路の機能（アイデアに属する）とマージして保護の対象とならない場合がある。他方、回路配置利用権は、このような場合であっても保護の対象としつつ（すなわち、アイデアに対する支配権を認めるかわりに）、他人による独自創作を排除できない相対的権利にとどめるとともに、権利期間を登録後10年と短くしている。

### (3) 商品形態模倣禁止

不正競争防止法は、商品形態の模倣を禁止している。この法規制は、アメリカ法の「トレード・ドレス」(trade dress)の模倣禁止よりも、「ミスアプロプリエーション」(misappropriation)の禁止に近い。というのは、トレード・ドレスは、商標と同じく出所の同一性の標章としての商品形態の模倣の禁止であり、ミスアプロプリエーションは、商品形態の標章機能を問題とせず模倣行為自体を違法とする。したがって、商品形態の模倣禁止は商品形態という「表現」を保護する制度となっている。また、機能上通常の状態については保護を否定しており、著作権法のマージ理論と同じ構造を取っている。

なお、アメリカ法においては、ミスアプロプリエーションの法理がかつて認められたものの、著作権による以上の保護を与えることは連邦法である著作権の違反として効力が否定されつつある。しかし、ミスアプロプリエーションの法理に範をとる不正競争防止法の商品形態模倣禁止は、日本法上は日本著作権法の不備を補う機能を果している。すなわち、米国では商品形態のような実用品であっても著作権の対象となりうるが、日本法上はこのような物は著作権法の対象とならないので、その差を不正競争防止法上の商品形態模倣禁止規定が埋める形となっている。