

ドイツにおける先使用権制度の主体的範囲

日本学術振興会特別研究員 (PD)
中央大学理工学部兼任講師

麻生 典

要 約

今日、先使用権制度の有する重要性に争いはない。これまでの我が国の議論においては先使用権の客体的範囲に目が向けられることが多く、主体的範囲が意識されることは少なかった。しかし、日本の産業構造においては、先使用権が発注者に発生するのか、あるいは、受注者たる下請会社・系列会社に発生するのか、それらを決することは重要な問題である。また、先使用権発生後の主体的範囲の判断においては、先使用権者の補助者や下請会社等もその主体的範囲に含まれるのか、そして、先使用者から買い受けている販売業者はその範囲に含まれないのか。以上のような問題が明確でなければ先使用権制度の活用を促すことはできない。本稿は我が国の先使用権制度に大きな影響を与えたドイツ法がこれらの論点をどう考えているのか、すなわち、ドイツ法の下で先使用権がどのような者に発生し、また、先使用権発生後においてその主体的範囲を拡張できるのか、について明らかにしようとするものである。

目次

1. はじめに
2. 実施者 (Benutzer)
 - (1) 主体
 - (2) グループ会社
3. 発明占有 (Erfindungsbesitz)
 - (1) 発明占有の成立
 - (2) 発明占有の独立性
4. 誠実性 (Redlichkeit)
 - (1) 発明占有獲得の際の誠実性
 - (2) 発明占有の実行 (Betätigung) における誠実性
 - (3) 小括
5. 実施概念
 - (1) 原則論
 - (2) 従業員による実施
 - (3) 委任／請負契約 (Auftragsvertrag / Werkvertrag)
6. 先使用権の及ぶ範囲
 - (1) 上流
 - (2) 下流
 - (3) 先使用権の移転 (Übertragung)
7. 間接侵害の場合
8. 衡平考慮について
9. その他の要件
 - (1) 領域性
 - (2) 時期的要件
10. おわりに

すなわち、ドイツ法の下で先使用権がどのような者に発生するのか、また、先使用権発生後においてその主体的範囲を拡張できるのか、について明らかにしようとするものである⁽¹⁾。

我が国の先使用権の議論においてはこれまでその客体的範囲、すなわち実施形式の変更の可否や量的拡大の可否に目が向けられることが多く、その主体的範囲が意識されることは少なかった。しかし、先使用権が特許権に対する有力な抗弁権となることからその客体的範囲が議論の対象とされたことに鑑みれば、その主体的範囲もまた議論の対象とされるべきであろう。

特に我が国の産業構造の下では、下請会社などの存在により、先使用権が発注者に発生するのか、あるいは下請会社に発生するのか、さらに先使用権発生後においては下請会社を利用することができるのかという問題が生ずることが考えられ、それらの問題を決することは極めて重要である。それにもかかわらず、我が国の学説・判例ではいまだその議論は十分になされてはいない⁽²⁾。

例えば、先使用権の発生主体について大判昭13年2月4日は⁽³⁾、考案の製作の注文を受けてその製作・納入をしていた者が先使用権を取得するとした。一方で、最判昭44年10月17日は⁽⁴⁾、いわゆる受注者ではなく発注者に先使用権の発生を認めている。当該最高裁判決では、先使用権を主張する者が単に自己の有す

1. はじめに

本稿はドイツにおける先使用権制度の主体的範囲、

る事業設備を使用し自ら直接に物品の製造販売の事業をする場合だけが先使用権の要件たる実施の事業要件を満たすものではなく、「自己のため、自己の計算において」という基準を満たせば自己実施の事業と評価できるとして発注者に先使用権を認めた。しかし、このような基準も確定的なものではなく、発注者のみに先使用権の発生を限定しているとまでは言えないと評価されている⁽⁵⁾。このように、先使用権の発生主体については明確な基準がなく⁽⁶⁾、事例ごとに判断されているのが現状である。

また、先使用権発生後においてその主体的範囲をどこまで拡大解釈できるのか、つまり、先使用権者から依頼を受けた下請会社等がなす実施行為は特許権の侵害を構成するのかどうかという問題も不明確なままである。例えば最判昭 44 年 10 月 17 日は⁽⁷⁾、先使用権者と「機関的な関係」にあれば他人に実施させることができるとしているが、先使用権者とどのような関係にあれば機関的な関係と言えるのかは明確にはされていない。

さらに、この最判昭和 44 年 10 月 17 日は⁽⁸⁾、先使用権の主体的範囲の判断において、先使用権発生前には「自己のため、自己の計算において」という基準を用い、先使用権発生後には「機関的な関係」という基準を用いているが、これらの 2 つの要件がどのように関わっているのか、両者は同義であるのかどうかは明らかではない。

ところで、我が国の特許法 79 条では「特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して」と規定されており、先使用権の発生要件として、実施している発明の経路が問題とされている。条文の素直な文言解釈からは特許出願に係る発明と先使用者の発明とは知得ルートが異なることが必要であり、知得ルートが同一の場合には先使用権は発生しないこととなる。

本要件は、旧法（大正 10 年法律第 96 号）下の「善意」の解釈において様々な解釈が提示されており⁽⁹⁾、「既に事業設備をもって実施中の者が第三者の出願前に第三者の出願を知った場合又、前に発明をした者が第三者の出願を知ってから事業設備を作って発明を実施した場合はどうなるかはっきりしない」とされたことから⁽¹⁰⁾、その文言を明確化することを目的として改正されたものである⁽¹¹⁾。

そのため、知得ルートの正当性を要求する現行法の規定は、単に知得の正・不正の判断のメルクマールとして創作者を基準としているのであって、善意と評価される典型的な場合を一般的に規定したにすぎないと解釈されている⁽¹²⁾。よって、発明者が自己の発明を第三者に冒認された場合において、その冒認者がその発明について特許を受けたときは、知得ルートが同一であるにもかかわらず、一般に先使用権の発生が認められている⁽¹³⁾。

このように、大正 10 年法を改正して善意要件を明確にしようとしたにもかかわらず、解釈論において本要件を善意の一例に過ぎないと解釈するのであれば、結局のところその明確性が図られたとは言い難い。実際、冒認ではないが知得ルートが同一の場合、例えば特許を受ける権利を他人に譲渡した発明者が先使用権を有するか等の問題については、見解が割れているのである⁽¹⁴⁾。

さらに、我が国では、間接侵害行為の対象となるいわゆる「のみ品」（特許法 101 条 1 号）や「発明の課題の解決に不可欠なもの」（同 101 条 2 号）のような、高度技術を要する製品の一部のみを生産する企業も多数存在するため、そのような間接侵害品を生産し供給する企業に先使用権を類推適用することが可能かという問題も存在する。

我が国においては、いわゆる間接侵害（特許法 101 条）の場合には、先使用権の条文上の要件たる「その発明〔筆者注：特許出願に係る発明〕」の実施がないことから先使用権は発生しないこととなる。ただし、間接侵害にあたる行為を行っている場合には、特許発明の実施は行っていないものの、その発明の実施である事業の準備をしていると解されることもあると考えられ、この場合に先使用権が発生することには疑いがない⁽¹⁵⁾。しかし、その発明の実施についての事業の準備と判断されるに至らない段階においては⁽¹⁶⁾、特許発明についての先使用権は発生しない。

また、間接侵害者が製造したものをを用いて特許発明を実施している者に先使用権が発生する場合には、当該間接侵害者は自己の間接侵害行為につきその先使用権者の有する先使用権を援用できると考えられる⁽¹⁷⁾。しかし、間接侵害品を含む特許発明全体の実施行為に対し先使用権が発生しない場合、間接侵害品を製造する者自身に先使用権を認められるのかということが問題となる。我が国ではこの場合には先使用権の発生を

その者に（類推）適用すべきという考え方があるが⁽¹⁸⁾、学説ではほとんど意識されていないという状況にある。

ところで、先使用権制度の主体的範囲はドイツではどのように理解されているのだろうか。我が国特許法はドイツ法の影響を大きく受けており、先使用権制度の主体的範囲のドイツ法における検討は我が国の解釈論においても大いに参照に値すると思われる⁽¹⁹⁾。

そこで、本稿はドイツにおける先使用権制度の主体的範囲を明らかにすることを目的とする。

なお、ここで取り上げて検討する要件はあくまで先使用権の主体的範囲に関するもののみであり、客体的範囲に関するものは検討の対象外としたい。

ドイツ特許法 12 条は以下のように規定されている。「特許の効力は、出願時に既に国内でその発明を実施していた者又は実施のために必要な準備をしていた者に対しては効力を有さない。その者は、その者自身の事業の必要のために自身又は他人の工場若しくは作業場においてその発明を使用する権限を有する。この権限は、事業とともにする場合にのみ、相続又は譲渡することができる。出願人又はその前権利者が特許出願前にその発明を他人に開示し、かつ、特許が付与された場合の自己の権利を留保した場合には、当該開示によってその発明を知得した者は、その開示後 6 月以内の第 1 文の規定による措置を主張することはできない。」⁽²⁰⁾

以下、ドイツにおける先使用権制度の主体的範囲を検討する。

2. 実施者 (Benutzer)

(1) 主体

条文上、この実施者について何等の制限もなされていないことから、自然人であると法人であると問わず、また、国家であっても先使用権の受益者となり得る⁽²¹⁾。また、実施者の国籍も問わない⁽²²⁾。複数の者が先使用権の発生要件を満たす場合にあっては、各人が先使用権を有することができる⁽²³⁾。また条文上明らかかなように、先使用者は発明者である必要はない。

(i) 共同関係

先使用権者となりうる者については、いわゆる共同関係 (Gemeinschaft) が存在する場合がある。例えば、共同発明につき共同発明者が分担して発明の実施

をしていた場合や⁽²⁴⁾、複数人が契約関係等の法律関係に基づき発明を共同で実施していた場合⁽²⁵⁾等である。先使用権が共有に係る状態になった場合においては、共有者の各人が当該先使用権に基づいて実施の継続が可能である⁽²⁶⁾。学説においては、共同発明者の一人が後に特許権を取得した場合には、特許権を取得しなかった共同発明者が先使用権を取得できるという見解がある⁽²⁷⁾。

その他、複数人が問題となる場合については、共同相続関係 (Erbengemeinschaft) や財産共同制 (Gütergemeinschaft) も考えられる⁽²⁸⁾。

(ii) 冒認出願

冒認により特許権を取得した者に対して、冒認された発明者は先使用権を主張することが可能であるとされている⁽²⁹⁾。

(iii) 発明の譲渡

契約により発明を譲渡した者が先使用権を有する可能性があるのか。

この点につき、当事者の意思解釈からして発明の売買契約の際に特に先使用権が排除されていない場合には、発明を売却した売主は買主である後の特許権者に対して先使用権を主張できるという見解がある⁽³⁰⁾。しかし、ドイツにおいては、売主は先使用権を主張できないとする反対説が有力である⁽³¹⁾。ただし、肯定説、否定説共にその理由は示されていない。

(iv) ライセンス許諾

さらに問題となるのは、特許出願前にライセンスが許諾されていた場合である。この場合はさらに 2 つの場合に分けられる。すなわち、ライセンス許諾者が後に特許権者となる場合と、全く関係のない第三者が特許権者となる場合である。

前者の場合には、ライセンス許諾者が後に特許権を取得したとしても、ライセンス受諾者は先使用権を有することから継続実施を妨げられないとする見解が存在している⁽³²⁾。

一方、後者の場合には、ライセンス受諾者は先使用権を有するとする見解が一般的である⁽³³⁾。そして、ライセンス許諾者が実施していない場合にライセンス許諾者にも先使用権が発生するとする見解と⁽³⁴⁾、許諾者には発生しないとする見解が対立している⁽³⁵⁾。

(v) 委任／請負契約

我が国で検討される委任／請負契約と先使用権の問題は、通常、発注者が自己の発明につき第三者にその製造をさせる場合が念頭におかれている。それゆえ、我が国ではこの問題は「実施である事業」の問題として検討されている。

しかし、ドイツで委任／請負契約が問題とされるのは、その委任／請負契約の実行の際に受注者が発明をなした場合であり、その場合に発注者が先使用権を有するののかという問題である⁽³⁶⁾。すなわち、我が国のように、既に発注者によって発明がなされているという場合が必ずしも念頭におかれているわけではない⁽³⁷⁾。それゆえ、ドイツでは発注者によって発明がなされている場合については、発明の「実施」概念の中で先使用権の発生主体が検討されることになる⁽³⁸⁾。

ドイツで問題とされる委任／請負契約の実行の際に受注者が発明をなした場合には、製造委託契約の範囲を超える場合や発注者の許可を超えた事務管理者として行動した場合のみ受注者が先使用権を有し、その他の場合には全て発注者に先使用権を認めるという見解がある⁽³⁹⁾。しかし、この見解に対しては発注者の先使用権をあまりにも拡張するものであり妥当ではないという批判がある⁽⁴⁰⁾。

そのため、委託対象物の生産行為について発注者からいかなる決定的指示も受けておらず、受注者によって制作された供給物について受注者独自の発明として獲得したのであれば、その他の先使用権の発生要件具備を条件として先使用権は受注者に帰属するとするのが多数説である⁽⁴¹⁾。

その他、委任／請負契約の際に先使用権が発生する主体については具体的な事情によって判断しようというもの⁽⁴²⁾、報酬の程度によって判断しようとする見解も存在している⁽⁴³⁾。

(vi) 契約関係により得た発明

上記の委任／請負契約に関連して、実施者と発明者とが契約関係にあり発明占有がその契約の履行に関連して獲得された場合には先使用権は排除されるとする判例があるが⁽⁴⁴⁾、この判例は、結局、誠実性の一類型としてその事実を取り扱っているにすぎないと捉えられる⁽⁴⁵⁾。

(vii) その他

なお、出願前から発明を秘密裡に実施していた特許権者が特許権を他人に譲渡した場合においては、その前特許権者に先使用権が発生することはないとされている⁽⁴⁶⁾。

(2) グループ会社

グループ会社の場合にどのように考えられるかはドイツにおいては検討されていない。

3. 発明占有 (Erfindungsbesitz)

(1) 発明占有の成立

先使用権が発生するためには、完成された発明に対する発明占有 (Erfindungsbesitz) の成立が必要となる⁽⁴⁷⁾。具体的には、発明に対する認識 (Kenntnis) を有する⁽⁴⁸⁾、すなわち、その発明に関する図面 (Zeichnung)、記述 (Beschreibung)、又は雛形 (Modell) 等を有している状態にあることが必要とされる⁽⁴⁹⁾。

この発明占有は発明者自身による発明占有の場合であっても、他人から伝達された発明占有の場合であっても認められる⁽⁵⁰⁾。また、外国で受けた委任を国内で実施した場合にも、国内における発明占有が認められる⁽⁵¹⁾。

なお、1877年ドイツ特許法制定当時の学説・判例においては先使用権の発生要件として二重発明が要求されていたが、その後学説・判例ともに二重発明の要求を否定するに至っている⁽⁵²⁾。それゆえ、発明占有は発明が同一の起源を有するものであっても適法なものとして成立することとされている⁽⁵³⁾。

(2) 発明占有の独立性

かつては、この先使用権に関する発明占有の成立について、先使用者が特許権者から発明占有を取得した場合又は逆に特許権者が先使用者から発明占有を取得した場合には、発明占有は成立しないという見解が存在していた⁽⁵⁴⁾。これらの見解は二重発明の要求を否定しつつも発明占有に独立性を求める見解である。

このような見解を主張していたのはイザイとピーツカーである。その理由をイザイは発明の実施を通じて経済的価値を犠牲にした誠実な発明占有者の保護が先使用権の法的思考であるからと説明する⁽⁵⁵⁾。この見解はピーツカーによっても支持された⁽⁵⁶⁾。発明占有

の独立性が認められない場合については先使用権が問題となるのではなく、イザイによれば特許権者との法律関係に基づく契約解釈の問題となり⁽⁵⁷⁾、ピーツカーによれば契約による一般的な実施権の存在が問題となる⁽⁵⁸⁾。

しかし、現在では発明占有に関するこのような見解は支持を得ていない⁽⁵⁹⁾。その理由は、この見解を採用すると契約に基づく実施権を、第三者、すなわちその特許権を譲渡等によって取得した第三者に対して対抗できないという問題が存在するからであり⁽⁶⁰⁾、また、発明占有の独立性が特に問題となる冒認や委任／請負契約の問題については、契約解釈、実施概念、そして誠実性 (Redlichkeit) の解釈において検討すれば足りるからである⁽⁶¹⁾。

その結果、ドイツにおいては、発明占有が特許権者から独立していないような場合については、先使用権の発生要件としての発明占有の独立性の問題として取り扱われるのではなく、契約解釈、実施概念又は誠実性の問題として検討されるのが一般的である⁽⁶²⁾。

一方で、1936年のドイツ特許法の改正の際には、第7条第4文として「出願人又はその前権利者が特許出願前にその発明を他人に開示し、かつ、特許が付与された場合の自己の権利を留保した場合には、当該開示によってその発明を知得した者は、その開示後6月以内の第1文の規定による措置を主張することはできない」という一文が加えられた。この条文により、先使用者の発明占有は後の特許権者から導かれたものであってもよく、それゆえ、現在は発明占有の独立性という要件は求められていないことが明確化されている⁽⁶³⁾。

4. 誠実性 (Redlichkeit)

発明占有概念に続いて先使用権の発生要件として問題となるのが、いわゆる誠実性 (Redlichkeit) 要件である。条文上この点については何ら規定されていないが、先使用権の発生のためには先使用者が誠実であることが必要であるという点に争いはない。なお、表現としては善意 (Gutgläubigkeit) という用語が用いられることもあるが、先使用権の解釈については誠実性と善意の概念は区別されずに用いられているようである⁽⁶⁴⁾。それゆえ、両者は結局のところ、違法な発明占有を排除するものであるとも評される⁽⁶⁵⁾。ただし、善意という用語を用いる文献は多くないことから、ここ

では誠実性という文言に統一して検討を進める。誠実性が欠けているか否かは、事案に応じて検討されることとなる⁽⁶⁶⁾。

なお、誠実性の解釈は二重発明の概念と深い関わりがある。特に、二重発明を先使用権の発生の前提とする見解においては⁽⁶⁷⁾、そもそも先使用者と特許権者の発明占有は別個に存在することが要求されるから、発明占有獲得の誠実性は問題とされない傾向が強い⁽⁶⁸⁾。それゆえ誠実性の問題については、各論者がどのような前提に立っているかに注意しつつ検討する必要がある。

また、誠実性は発明占有の獲得の際と、発明占有に基づいて行う発明の実施の際に問題となるとされている。しかし、発明の実施の際の誠実性が具体的に意識されるに至るまでには、1877年ドイツ特許法の制定から50年ほど待たねばならず、誠実性の議論が活発になされた1900年頃には発明占有の獲得の際の誠実性がその検討対象となっているにすぎない⁽⁶⁹⁾。それゆえ、この誠実性に関する議論の大枠は発明占有の獲得の際の誠実性の問題として提示される。

本稿では、まず発明占有の獲得の際の誠実性について検討する。そこでは直接的冒認と間接的冒認とに区別することとする⁽⁷⁰⁾。その後、発明占有に基づいて行う発明の実施の際の誠実性について検討する。

(1) 発明占有獲得の際の誠実性

(i) 直接的冒認

直接的冒認とは、先使用者が後の特許権者又は第三者に対して直接的に違法と評価される行為 (契約違反的行為も含む) を行った場合を想定するものである。具体的には後に特許権者となる者から発明を冒認した場合、そして、その他の第三者から発明を冒認したような場合である。

(a) 学説

この直接的冒認については、学説の見解に歴史的変遷が見られることから、その歴史的変遷を明らかにしておきたい。

① 誠実性を不要とする見解

1877年ドイツ特許法の制定当時は、先使用権の取得に際して先使用者の誠実性は何ら問題とならないという見解が有力であった。

例えば、ガライスは「占有の権利は不誠実な発明占有者にも帰属する」とするとし、その例として、雇用

者の許可なく製造秘密 (Fabrikationsgeheimnis) を実施していた従業員であっても先使用権を有するとしている⁽⁷¹⁾。この見解は 1877 年ドイツ特許法制定時には比較的的支持を受けていた⁽⁷²⁾。

このような見解を採用する理由はあまり明確ではないものの、公正な方法による取得を要求するのであれば、そのような要件を条文に規定すべきであると説明するものが存在している⁽⁷³⁾。

② 特許権者のみに対する誠実性を必要とする見解一方で、反対説が存在しなかったわけではない⁽⁷⁴⁾。誠実性を不要とする見解に対して、第三者に対して違法な行為を行っても問題とならないが、特許権者に対して違法な行為を行った場合には先使用権を取得することができないという見解が登場することになる。

この特許権者のみに対する誠実性を要求する見解は次第に学界を席卷し、20 世紀初頭には誠実性を不要とする見解に変わる多数説という状況になった⁽⁷⁵⁾。

このような見解を採用する理由としては、1877 年ドイツ特許法の起草理由書において「正当な占有状態」と記載されている点や、第 7 委員会の報告書において「誠実な事業者」と記載されている点を根拠とするもの⁽⁷⁶⁾、また、より一般的な理由として、いかなる者もその被害者に対し違法な行為によっては権利を主張しえないとするものがある⁽⁷⁷⁾。なお、1928 年判決以降では⁽⁷⁸⁾、衡平考慮に基づいて先使用権が認められるからこそ誠実性が求められるとするものがある⁽⁷⁹⁾。

この理は先使用権制度を占有理論から把握するコーラーにおいても同様であった。コーラーが先使用権制度に占有理論を持ち込むことは既に紹介しているが⁽⁸⁰⁾、それに基づきコーラーは第三者に対しては善意の先使用者である必要はないとする⁽⁸¹⁾。冒認された第三者に対する占有獲得の瑕疵 (Mangel) は存在しているが、それは特許権者に対するものではなく、あくまでその第三者に対する瑕疵という意味で相関的な瑕疵であり、発明占有獲得の瑕疵というのは特許権者に対しては存在しないとその理由を説明している⁽⁸²⁾。

③ 誠実性を絶対的に要求する見解

一方で、より厳格な見解として、特許権者以外の者に対して違法な行為を行った場合においても、誠実性が欠けるとして先使用権の発生を否定する見解も存在した。例えばシャンツェは違法な行為を行った先使用者を保護する理由はないとする⁽⁸³⁾。この見解は 20 世紀前半においては少数説であったが、現在では通説と

言える支持を受けている⁽⁸⁴⁾。

このような見解を支持する理由としては、不法な行為は他人の発明者権を侵害するとするものや⁽⁸⁵⁾、違法な行為に基づいて権利を基礎付けるとすれば法原理に反すると説明するものがある⁽⁸⁶⁾。また、より具体的な利益衡量として、特許権者から冒認した者には先使用権が制限されるのに、なぜ特許権者でない者から冒認した者には先使用権を認め、正当な特許権者の権利が制限されなければならないのかという疑問を提示するものがある⁽⁸⁷⁾。

(b) 裁判例

一方、裁判例はどのように解していたのか。

1885 年 5 月 1 日のライヒ裁判所判決では、「[条文の] 文言と 1877 年 5 月 25 日の特許法の起草理由書によって、5 条 1 項の目的は先使用者の正当な占有状態を保護することにある」としている⁽⁸⁸⁾。ここでは単に先使用権制度の趣旨として「正当な」と述べられているに過ぎず、発明占有の誠実性自体が要求されているかは明確ではない。

誠実性を求めるような見解は 1895 年 11 月 28 日判決で示されることとなる⁽⁸⁹⁾。ライヒ裁判所は「特許事件のためにも有効である一般的な諸法律原理に従って、その諸原理が特に特許法の規定によって排除されていない範囲において・・・誰も不法行為 (unerlaubte Handlung) によっては権利を取得しえない、ということが考慮されうる」⁽⁹⁰⁾と判示した。

この判示を一般論として見ると特許権者に対する不法行為が第三者に対する不法行為かにかかわらず、不法行為さえあれば誠実性要件を満たさず先使用権が発生しないとも考えられる。しかし、本事案では発明者が後に特許権者となっていることから、本判決が特許権者以外の第三者に対する誠実性の要求をも念頭に置いているか明らかではない。そして、その後の判決では誠実性を有しないとされる対象として「特許権者」が強く意識されることとなる。

1896 年 4 月 11 日判決では、先使用権の発生は二重発明を前提としているという文脈において⁽⁹¹⁾、「第 5 条は、特許出願せず特許を取得しなかった第三者が発明の占有状態にあった、すなわち、後の特許権者から独立した、自身のために又は利用のための同意と共に獲得された [占有状態にあった] ということ、前提としている」と述べている⁽⁹²⁾。この判示は先使用権の発生に二重発明を前提とすることを言い換えたものと

して発明占有の要件を述べているに過ぎないとも評価できるが、誠実性の要件を述べていると評価することも可能であると思われる⁽⁹³⁾。

その後の1908年11月14日判決においては⁽⁹⁴⁾、「発明を違法に特許権者の手法から導き出していた者は先使用権を要求することができない」と判示された⁽⁹⁵⁾。ここでは誠実性の要件として特許権者に対する違法な行為そのものが問題とされている⁽⁹⁶⁾。

一方で、二重発明の存在は先使用権の発生の前提として必要ではないとした1926年7月7日判決において⁽⁹⁷⁾、ライヒ裁判所はより厳格な見解を提示するに至る。「実施者が実施の誠実な占有状態にあるかどうか、実際にはそれだけでも決定的なものでありうる。なぜなら、正当な利益として適当な事業の開始を通じて獲得された占有状態を保護したい特許法5条の文言と目的に従って、既に発明を誠実に実施していた者が保護されている」として、「誠実に」という文言をより一般的に使用したのである。その意味では、1895年判決のような表現に回帰したと言え、特許権者に対する誠実性だけでなく、第三者に対する誠実性までも含むような表現となった。本判決によって二重発明の存在と誠実性の問題が切り離された。これまでは、ともすれば発明占有の誠実性というのは二重発明の言い換えに過ぎないと捉えられる状況が存在したが、それは払拭されるに至った。そして、1896年4月11日判決を引用しつつも⁽⁹⁸⁾、上記のように判示することにより、絶対的な誠実性を要求するに至ったのである。ただし、この判決における文言としては「誠実に実施」という表現となっており、発明占有の獲得の際の誠実性とは明言されていない。事案が発明占有に基づく発明の実施にかかるものであったからこのような表現になったと思われるが、そのことによって、この判決の文言には若干の不明確性が残されている⁽⁹⁹⁾。

しかし、その直後の1928年12月15日判決においては⁽¹⁰⁰⁾、「広く普及した見解とは異なり、RGZ Bd.114 S.250〔筆者注：1926年7月7日判決のこと〕においてその裁判所の部が採択したように、占有は誠実になさなければならない」と判示された。ここでは先の1926年判決を引用しつつ、「占有が誠実」でなければならないとしていることから、1926年判決は特に占有の行使についての誠実性のみを述べた判決ではなく、発明占有の獲得の際の誠実性の解釈も含んだ判決と解釈したのである。ここで裁判所は発明占有の獲得の際

に誠実性の絶対性を要件とするに至った。なお、この判決は発明占有の誠実性に基いてではなく、あくまで「衡平考慮」という観点から先使用権の発生を否定した事例である点には注意が必要である⁽¹⁰¹⁾。

上記のような変遷を経た後、裁判所は占有の獲得について絶対的な誠実性を要求する立場を採用することとなり⁽¹⁰²⁾、ドイツ連邦最高裁判所1964年3月17日判決でも、1926年判決を引用しつつ「誠実な方法で発明の占有を得ること」が必要であると述べられている⁽¹⁰³⁾。

(ii) 間接的冒認

間接的冒認とは、先使用者が後の特許権者又は第三者に対して違法と評価される行為を行った者から、発明占有を得た場合を想定するものである⁽¹⁰⁴⁾。具体的には、発明を冒認した者から発明を知得したような場合である。

この場合において、先使用者が善意で発明を知得した場合に先使用権を有することができるとする見解⁽¹⁰⁵⁾と、それを否定する見解が対立していた⁽¹⁰⁶⁾。

現在の判例においては⁽¹⁰⁷⁾、先使用者がその不誠実性を知っていた又は重過失により知らない場合には不誠実と判断され、先使用権の発生は認められていない⁽¹⁰⁸⁾。

(2) 発明占有の実行(Betätigung)における誠実性

発明占有の獲得について誠実性が必要か否かという問題は古くから意識されている問題であるが、1926年判決においては占有に係る発明の実施の際、すなわち発明占有の実行の際に誠実性が必要であるかのような記載がなされていた。しかし、本判決を受けても、発明占有の実行の際の誠実性が意識されるようになるのは第2次世界大戦後のことである。

この点を明確にしたのはライマーである。ライマーは、占有の獲得が誠実であるだけでなく、占有の行使も誠実でなければならないと述べている。そして、占有の行使の誠実性が問題となるものの例として1928年判決の事案を挙げ、後に特許権者となる者から注文を受けて製造していた者が、その者の意に反して自己の利益のためにする製造行為は誠実性を有しないと説明する⁽¹⁰⁹⁾。発明占有を獲得した時点では誠実であっても、その行使の際には不誠実となる場面があるということである。そして、そのような場合にも先使用権

の取得は排除されるとライマーは主張するのである。

この理論は裁判所でも採用されるに至り、ドイツ連邦最高裁判所の1964年6月30日判決では一般論として「発明占有の獲得 (Erwerb) 及び行使 (Ausübung) の際に不誠実」でないことが求められると判示された⁽¹¹⁰⁾。

ライマー及びドイツ連邦最高裁判所の見解においては、発明占有が獲得時点で不誠実であっても、後に発明占有の実行について許諾を得た場合に誠実性の要件を満たすのか否かは明確ではない。この点については、実行の時点で許諾を得ていれば誠実性要件を満たし、先使用権を有することができるという見解も存在していた⁽¹¹¹⁾。ベンカードのコンメンタールでは、発明の占有の獲得「及び (und) /又は (oder)」占有の行使について誠実性が必要としている⁽¹¹²⁾。そこには占有の獲得に誠実性が欠けている場合であっても先使用権が認められるとの記載はない。この点、「又は (oder)」という文言からは、占有実行の際に誠実性があれば占有獲得の際の誠実性は問題とならないということの意味するものとも捉えられるが、明確ではない。ドイツにおいてはこの点は不明確なままであると評価できよう。

(3) 小括

このように不明確な部分は残るにせよ、現在のドイツ法においては発明占有の獲得の際に、そして、発明占有の行使の際に誠実性が求められていると評価できるように思われる⁽¹¹³⁾。

5. 実施概念

(1) 原則論

先使用権が先使用者自身による実施によって取得されることは明らかであるが、自己の発明占有に基づいてその実施を他人に行わせた場合にも先使用権が発生する可能性があるのか。我が国では下請会社が多く存在することから、下請会社に実施をさせた場合に先使用権が元請会社に発生するのか、それとも下請会社に発生するのが議論の対象となっていた。この問題についてはドイツではどのように解釈されているのか。

ドイツにおいて、先使用権の発生のための実施というのは「自己の目的 (eigener Zweck)」のために、そして、「自己の利益 (eigenes Interesse)」においてなされなければならないとされている⁽¹¹⁴⁾。これを自己

の名 (im eigenen Namen) においてなされなければならないと表現するものもある⁽¹¹⁵⁾。このような要件が要求される理由は、出願の前に発明を独自の事業の権限のために実行に移した者が保護されるべきだからであるとされる⁽¹¹⁶⁾。それゆえ、実施のメルクマールは、発明者権が誰に帰属するのかわけなく、その実施が誰のために行われているかである⁽¹¹⁷⁾。例えば、破産管財人 (Konkursverwalter)、受託者 (Treuhandler)、遺言執行者 (Testamentsvollstrecker)、そして代理人 (Stellvertreter) 等は自己のために実施を行っているとは言えず、これらの者に先使用権が発生することはない⁽¹¹⁸⁾。

では、第三者を介して実施が行われる場合において、実施が「自己の目的」のために、「自己の利益」において実施がなされたと言えるのはどのような場面か。これに対しては、少なくともその利用行為を行う者のために行われ、経済的にその者に責任ありとされるほどにその者の領域に属している必要があるという見解がある⁽¹¹⁹⁾。また、第三者が実施者の産業的機関 (industrielles Organ) として機能するのであれば実施者の実施であると言えるという見解があり⁽¹²⁰⁾、同様の見解として実施者の実行機関 (Ausführungsorgan) という表現も見受けられる⁽¹²¹⁾。なお、先使用権発生後はその先使用権の実行として他人の工場での実施が可能であるが、そこで用いられる基準、すなわち先使用権の範囲内と認められる範囲と自己の実施と解釈できる範囲とを同一視する見解が存在している⁽¹²²⁾。

このような実施要件において問題となるのは、従業員による実施の場合と、委任／請負契約による他人の実施の場合である。このような場合には誰の実施と評価されるのか。

(2) 従業員による実施⁽¹²³⁾

ここでは雇用者の下で従業員が職務発明を行い、その従業員がその発明を実施していたという場合が想定されている。この場合、その実施が雇用者のために行われている場合には、先使用権は雇用者のみに発生するとされている⁽¹²⁴⁾。一方で、その実施が権限を有しない従業員 (unberufener Angestellte) の独断で行われている場合には、雇用者の先使用権を基礎づけることはないとされる⁽¹²⁵⁾。また、雇用者がその発明を従業員に譲渡した上で、従業員が自己の利用のためにその発明を実施することを許可している場合には、それ

が雇用者の事業においてなされていたとしても、事業者ではなく従業員が先使用権を有するとされる⁽¹²⁶⁾。

なお、職務発明の事例の多くは、第三者が特許権を取得した場合を念頭においているようであるが、第三者ではなく雇用者自身が後に特許権を取得した場合には、従業員が先使用権を有することはないという見解がある⁽¹²⁷⁾。一方で職務発明の場合においては発明者権を有する者が先使用権を有するとする見解も存在している⁽¹²⁸⁾。

(3) 委任 / 請負契約 (Auftragsvertrag / Werkvertrag)

実施を他人に依頼する場合には、少なくともそれを依頼する者と依頼される者との間において何らかの契約があるのが通例であると思われる。そうであるとすると、そもそも第三者による実施が問題とされる場面においては、その前提として当事者間に何らかの委任 / 請負契約が存在することとなろう。その意味で、実施概念の解釈においてわざわざ委任 / 請負契約を特殊な場合として検討する必要性は薄いと思われるが、我が国の議論と対比するために、あえて別項目として取り上げておく。

製品の製造委託契約に基づき受注者が発明の実施をしている場合において、その受注者の実施をもって発注者が先使用権を主張できるのか⁽¹²⁹⁾。ここでは、発明の実施を第三者に委託した場合に発注者の独自の実施と言えるのか⁽¹³⁰⁾、すなわち、発注者が単に自己の実施のために他人の工場を用いていると捉えるのか、あるいは、受注者が独立してその発明を自己の利益のために実施していると捉えるのが問題となる⁽¹³¹⁾。

ドイツにおいては、前者の場合には発注者に先使用権が帰属し、後者の場合には受注者に先使用権が帰属すると解されている⁽¹³²⁾。前者の場合、受注者は自身のために発明を実施するのではなく発注者のために実施するのであり、それを他人のためにのみ実施していることを認識していることから、受注者はその者自身の自己の計算 (für eigene Rechnung) においてそれを実施することはできず、受注者に対して独自の先使用権を認める理由もないと説明される⁽¹³³⁾。

その一方で、発注者の独自の実施と言えるためには、より具体的に、発注者が受注者に単に製品の製造を委託したのみでは足りず、その製造に関する指示等が詳細に行われている必要があるとする見解があ

る⁽¹³⁴⁾。発注者が受注者に一般的な指示を与えるだけで、その実行は実務的に重要な様式において受注者に委ねられるのであれば、先使用者としては工場経営者 (受注者) のみが問題とする見解もある⁽¹³⁵⁾。

なお、発注者と受注者とが先使用の対象物を共同で実施している場合は、契約に別の定めがなければ、両者は共同して (gemeinsam) 先使用権を取得するという見解もある⁽¹³⁶⁾。

ところで、製品の製造委託契約の問題について、発注者が後に特許権者となった場合には受注者が先使用権を有するのか、また、発注者及び受注者以外の第三者が特許権者となった場合には誰が先使用権を有するのか、この二つを区別して検討すべきであるとする見解がある⁽¹³⁷⁾。この見解によると、前者の場合には受注者は先使用権を有しないという⁽¹³⁸⁾。一方、後者の場合には、独立した工場経営者が独自の発明的付加 (erfinderische Zutat) をしていなければ発注者が先使用権を有するとされている⁽¹³⁹⁾。しかしながら、これは実際には次元の異なる問題を同時に取り扱った理ゆげであるように思われる。すなわち、受注者による発明的付加がある場合には、受注者の発明占有があるのか否かがまず問題となるはずであり、実施概念の検討はその後に行われるべきものだからである⁽¹⁴⁰⁾。

6. 先使用権の及ぶ範囲

先使用権の及ぶ範囲を検討するにあたっては、便宜上、その対象となる製品の製造等を行う場合に関する上流の問題と、その製品等の流通に関する下流の問題とに分けて検討する。なお、先使用権の移転の問題はその後に検討する。

(1) 上流

ここでは、特許製品等を製造する場合に、自身による実施だけでなく、いわゆる下請等に出すことができるかという問題を取り扱う。

(i) 学説

これまでは先使用権の発生要件としてその主体的範囲を検討してきたが、先使用権発生後においても主体的範囲が問題となる。それが他人の工場における発明の実施である。

ドイツでは我が国と異なり、明文において他人の工場においてもその発明を自己の事業の必要のために実

施することができる」と規定している⁽¹⁴¹⁾。

この先使用権の範囲内の実施と認められるためには、他人の工場において生産された製品の製造及び事業の、範囲及び行為 (Art) に関して先使用権者の決定的かつ経済的な影響があるかどうかの問題となると解されている⁽¹⁴²⁾。その影響下にある限りは、他人の工場で行われる実施であっても先使用権の範囲内にあると評価されるのである。

具体的には、先使用者の事業の必要のために⁽¹⁴³⁾事業の目的⁽¹⁴⁴⁾を有するものが先使用権の範囲内となり、例えばアルフェルドは先使用権者が発明製品の一部や半製品を他人の工場で製造する場合はもちろん、先使用権者自身が発明を支配しかつこれに関する指示を与えているのであれば、発明の完成品の製造若しくは保護された方法の他人の工場における実施も先使用権の範囲内となるとしている⁽¹⁴⁵⁾。

また、先使用権の範囲内と認められるための基準としては先使用者の事業活動 (Betriebsart) による利用の範囲を超えてはならないという見解がある⁽¹⁴⁶⁾。さらに、より厳しい見解として、他人の工場は独立した事業者であってはならず、単なる補助者 (Gehilfe) でなければならないとする見解もある⁽¹⁴⁷⁾。より具体的に、特許の対象となっている製品が先使用権者にのみ引き渡され、その他の者に引き渡されていない場合は当該他人の工場での実施が許容されるとする学説もある⁽¹⁴⁸⁾。

以上は先使用権者の側からみた基準であるが、学説においては製造を実際に行う者の側から理由づけするものも存在する。先使用権者の同意を得て第三者が自己の計算と危険の下に先使用権に係る発明の実施を行う場合には、その第三者は先使用権者の有する先使用権を援用することはできないとする見解がそれである⁽¹⁴⁹⁾。そして、先使用権者から製造等を依頼された場合には、その製造を依頼された者は先使用権者の決定的で経済的な影響下にある限り、特許権者に対して先使用権を主張することができる⁽¹⁵⁰⁾。

結局のところ、これらは先使用権の及ぶ範囲について先使用権者及び実施を依頼された者の双方向から同じ意義を述べているにすぎない⁽¹⁵¹⁾。例えば、コーラーは先使用権者の計算による生産であれば他人を使用することは先使用権の範囲内の行為であるとする⁽¹⁵²⁾。コーラーは先使用権者の側から見た先使用権の範囲内と認められる要件として述べているが、「計

算」という上述の製造者の側から見た要件と非常に似た要件が述べられていることが確認できる。

(ii) 裁判例

この問題に関する典型例がライヒ裁判所の 1937 年 1 月 4 日判決である。先使用権を有している A 工場との契約に基づいて Y が部品等を A 工場に納入し、A 工場が完成品に組み立て、それを Y の顧客に納入していたという事例である。ライヒ裁判所は、「先使用権者が第三者にその第三者の単独の計算と危険における発明の実施を委ねる場合には、特許法 5 条による先使用権により許された利用であるとはもはや言えない。実際、先使用者から [提供された] 発明がいまだに先使用者の権利の範囲内であり、自己の事業の権限のために他人の工場が利用されていると今なお言えるかどうかという疑問のためには、・・・生産及び事業の、行為及び範囲に関する決定的で、先使用権者のために経済的に生じる影響を、先使用権者がいまだに有しているかどうか重要である」と判示したのである⁽¹⁵³⁾。

なお、この上流に関する基準が、先使用権の発生要件としての実施概念における基準とどのような関係にたっているかは明らかではない。

(2) 下流

ここでは先使用権者が譲渡した製品の流通を取り扱う。

(i) 学説

一方で、先使用権者から製品を買い受けた者が当該製品の販売を継続することができるのか。この問題についてはドイツでは一般的に肯定されている⁽¹⁵⁴⁾。これを正当化する理由については、自由な流通の対象 (Gegenstände des freien Verkehrs) であるという見解が見られ⁽¹⁵⁵⁾、また、先使用者の製品はパテントフライ (patentfrei) であるという見解も存在する⁽¹⁵⁶⁾。ここには、先使用権者によって製造された製品には中間製品や製造方法の発明の実施の際に製造される製品も含まれる⁽¹⁵⁷⁾。

かつては、先使用権者によって製造された製品を善意で取得した場合でなければ特許権侵害を構成するという説と、善意でなくても侵害を構成しないとする説が対立していた⁽¹⁵⁸⁾。ただし、現在ではこの点について検討する文献は見られないことから、善意であるか

どうかを問うことはないようである。

(ii) 裁判例

判例においても、先使用権者の製品は自由な流通 (freier Verkehr)、自由処分権 (freie Verfügungsgewalt) の下にあると述べられるが⁽¹⁵⁹⁾、先使用権者から製品を買い受けた者が当該製品の販売を継続することができる理由を示さないものも多い⁽¹⁶⁰⁾。

(3) 先使用権の移転 (Übertragung)

次に問題となるのは先使用権の移転の問題である。先使用権が移転できるかどうかは 1877 年ドイツ特許法制定時には明確ではなかった。

そのため、1877 年ドイツ特許法の立法過程では、先使用権の移転が可能か否かが問題となった。ベール (Bähr) 博士は帝国議会の本会議において先使用権は人的権利であるから移転はできないという主張をなしたが⁽¹⁶¹⁾、その後撤回し、結果として 1877 年ドイツ特許法はこの点に関して規定を置かなかった。こうした立法過程から、先使用権の移転は可能であると捉えられていたが、事業とともにではなくとも先使用権が移転できるという説と、事業とともにでなければ移転できないという説が対立し、学説の見解は割れていた⁽¹⁶²⁾。

そのため、1891 年改正法において、先使用権は事業とともにでなければ移転できないと明文化された。この規定は 1891 年改正草案の段階では存在していなかったが⁽¹⁶³⁾、第 11 委員会によって追加されたものである。第 11 委員会の報告書はその理由を「第二読会において、委員会は発明占有権 [先使用権] は人ではなく事業と調和するという思考に、より明確な表現を与えた」と説明する⁽¹⁶⁴⁾。

この制限は現行法でも受け継がれ、先使用権は相続又は移転について、その事業とともにしか移転できないと規定されている (12 条 1 項第 3 文)。その理由としては、先使用権の複製 (Vervielfältigung) を避けるために、事業とともに移転させるべきであると説明されている⁽¹⁶⁵⁾。その意味で、この先使用権は事業の従物 (Zubehör) とも評される⁽¹⁶⁶⁾。事業が存在しない場合には事業と同時の移転でなくとも先使用権の移転が可能であるとされていたが⁽¹⁶⁷⁾、現在では事業が存在しなければそもそも先使用権も発生しないという説が

有力である⁽¹⁶⁸⁾。

複数人に先使用権が移転された場合には先使用権は共有のものとして帰属し⁽¹⁶⁹⁾、共同で相続する場合には先使用権は共有として帰属することになる⁽¹⁷⁰⁾。

なお、先使用権に基づきライセンスを許諾することはできず⁽¹⁷¹⁾、先使用権を移転する場合にはその後の実施を留保することはできない⁽¹⁷²⁾。なお、先使用権は明示であっても黙示であっても譲渡されうる⁽¹⁷³⁾。

(i) 事業の観念

ドイツにおいては事業そのものの概念について詳細な検討はなされず、簡単に定義づけされているだけである。ライマーによれば、事業というのは、技術的目的を通じて結びつけられた組織的な統一である (eine durch technische Zweck zusammengehaltene organisatorische Einheit)⁽¹⁷⁴⁾。それゆえ、事業 (Betrieb) と企業 (Unternehmen) とは概念を異にするものであり、企業の方が事業よりも概念的に広い⁽¹⁷⁵⁾。

以上のような事業の定義から、個々の機械や模型が移転されただけでは事業の移転としては不十分であるとされている⁽¹⁷⁶⁾。

(ii) 全体的譲渡

事業の合併等によるときは、先使用権の移転が認められる⁽¹⁷⁷⁾。

(iii) 部分的譲渡

事業の部分的譲渡の場合であっても、その事業の部分に関して先使用権が認められているのであれば、その事業の部分とともにする先使用権の移転が認められる⁽¹⁷⁸⁾。なお、残りの事業には先使用権は残存しない⁽¹⁷⁹⁾。

また、会社が分割されたとしても、それに応じて先使用権は倍増 (Verdoppelung) するわけではなく、その先使用権に係る事業を有する者のみに先使用権が帰属することとなる⁽¹⁸⁰⁾。先使用権自体の分割も認められない⁽¹⁸¹⁾。ただし、先使用権者が複数の事業を有し、各事業に先使用権が発生しているような場合には各事業とともに移転されうる⁽¹⁸²⁾。

中心事業 (Hauptbetrieb) と支部 (Filiale) を有する企業によって発明が実施されている場合に、支部事業が譲渡されたときは、支部の取得者も中心事業の持ち主としての譲渡人も先使用権を有するという見解があ

る⁽¹⁸³⁾。しかし、支部の譲渡については先使用権が移転されないという見解も根強い⁽¹⁸⁴⁾。そもそも事業が二つ存在するというのであれば、中心事業と支部の両者に先使用権が帰属することとなる⁽¹⁸⁵⁾。

7. 間接侵害の場合

ドイツ特許法においてもいわゆる間接侵害の規定がある(10条)。我が国では、そもそも特許発明を実施しているわけではないことから、間接侵害者が先使用権を有するかどうか問題とされているが、ドイツでは特にこの点に拘ることなく発明占有を前提にして⁽¹⁸⁶⁾、「10条に該当する実施」であっても先使用権の対象となるとされている⁽¹⁸⁷⁾。

キューネン⁽¹⁸⁸⁾は3つの場合に分けて検討を行っている。

第一に、間接的使用者(mittelbare Benutzer)とその顧客(Abnehmer)がともに先使用権の発生要件を満たしている場合には、両者に先使用権が帰属するとする⁽¹⁸⁸⁾。

第二に、顧客のみが先使用権の発生要件を満たす場合には、顧客のみが先使用権を有するが、その先使用権に基づき間接侵害行為も適法となる⁽¹⁸⁹⁾。

第三に、間接的使用者のみが先使用権の要件を満たす場合には、間接的使用者は自己の先使用権に基づきその対象物を顧客に供給し続けることができることに争いはないが、供給がその顧客のみに限られるかという点では争いが存在するとする。先使用権の移転に制限があることとの平仄からその顧客のみに継続可能とする見解と⁽¹⁹⁰⁾、その顧客以外の者に対しても製品の供給が可能とする見解が存在している⁽¹⁹¹⁾。なお、間接的使用者の先使用権に基づいて、顧客にどのような使用権限が生じるかには争いがある⁽¹⁹²⁾。

8. 衡平考慮について

衡平考慮の位置づけについても、念のため触れておくことが便宜であろう。衡平考慮は1928年判決⁽¹⁹³⁾ではまるで先使用権発生のための独立の要件かのように用いられたが、その後それは否定されるに至り、現在では先使用権の発生を否定する独立した要件として衡平考慮という概念が用いられることはない⁽¹⁹⁴⁾。

9. その他の要件

先使用権の主体的範囲の検討には直接影響しないが、先使用権の発生主体となりうるためには以下の要

件も満たす必要がある。

(1) 領域性

条文で規定されているように、先使用権はドイツ国内の実施でなければ発生しない。かつては、国家自体の領域が戦争により変わる場合もあり、領域性に関する議論も存在していたが⁽¹⁹⁵⁾、現在では検討する必要性は乏しいと言えよう。

(2) 時期的要件

先使用権発生のための時期的要件は条文上、出願の際と規定されている。この例外は2つ存在する⁽¹⁹⁶⁾。まず、12条1項第4文で規定する発明の通知がなされたような場合であり、この場合には実質的に先使用権発生判断基準時が6ヶ月ずれる。また、その特許出願がパリ条約上の優先権主張を伴う場合も同様であり、優先日が基準時とされる(12条2項)⁽¹⁹⁷⁾。

なお、出願時までには実施が廃止された場合(Benutzungsaufgabe)には先使用権は発生しないが、実施が中断に留まる場合(Benutzungsunterbrechung)には先使用権は発生する⁽¹⁹⁸⁾。

10. おわりに

このように、ドイツにおいては、先使用権の主体的範囲について非常に詳細な検討がなされている。発明占有について独立性は求められず、我が国で問題とされる冒認出願の場合などは問題とされていなかった。また、その他にも発明の譲渡、ライセンス契約等様々な場面が想定され議論がされていた。

一方、誠実性要件については、占有獲得の際の誠実性と占有の実行の際の誠実性が要求されている。占有獲得の際の誠実性は、直接的冒認と間接的冒認に分けて検討され、前者の場合には誠実性の絶対性が求められ、後者の場合には、不正行為が介在したことを知っている又は重過失により知らない場合には誠実性を満たさないとされていた。ドイツにおける誠実性の判断枠組みは我が国とは異なるものであった。

さらに、実施概念については、一般論として「自己の目的」のため、「自己の利益」のために実施している場合には自己の実施とみなされるとされていた。

先使用権の及ぶ範囲の上流についてはドイツ法において明文規定が存在する。そして、そこでの基準は先使用権者がその製造等に関して決定的かつ経済的な影

響を有しているかが問題とされていた。ただし、この見解が先使用権の発生要件としての実施概念とどのような関係にあるかは明らかではなかった。

一方、下流については、先使用権者から製品を買った者が販売等できるとされ、その理由としては自由な流通の対象であるからと説明されていた。

また、先使用権の移転についても事業の観念が検討され、具体的事例も検討されていた。

そして、ドイツにおいては間接侵害者にも先使用権が認められており、間接侵害と先使用権に関する検討は、間接侵害者がその対象物をこれまでの顧客にのみ提供できるのか、及び、その顧客の使用権限がどのようなものかという点が対象とされていた。

このように、ドイツにおいては非常に詳細な議論が展開されており、我が国で参照できる部分が多いように思われる。ドイツ法の検討を踏まえて、またフランス法の状況を考慮しつつ、我が国の先使用権制度の主体的範囲はどのように捉えるべきか。それを検討するのが次稿の課題である。

注

- (1) 本稿は筆者が慶應義塾大学に提出した課程博士論文の一部に加筆・修正したものである。
- (2) 学説で十分意識されているという状況ではないであろう。意識する点がかがえるものとして、最近では、愛知靖之「判批」判例評論 572 号 (判時 1937 号) 44 頁 (2006 年)、村井麻衣子「判批」知的財産法政策学 13 号 213 頁 (2006 年)、田村善之=増井和夫『特許判例ガイド』235 頁以下 [田村執筆] (有斐閣, 第 4 版, 2012 年) 等。工業所有権と下請について、耳野皓三「下請関係における工業所有権の問題」企業法研究 178 輯 4 頁 (1970 年) を参照。日本の産業構造とその下請比率については、中小企業白書 [2003 年度版] 第 2 部第 4 章第 1 節、中小企業庁ウェブサイト <http://www.chusho.meti.go.jp/pamflet/hakusyo/h15/html/15241100.html> を参照 (最終確認 2012 年 10 月 24 日)。
- (3) 大民集 17 卷 1 号 37 頁。
- (4) 民集 23 卷 10 号 1777 頁。
- (5) 奥村長生「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和 44 年度 663 頁 (1972 年)。
- (6) 学説においても発生主体を明確に決定し得る基準は提示されていないという状況であろう (古くは平田慶吉「工業所有権法における先使用権について」民商法雑誌 11 卷 2 号 200 頁 (1930 年) 以下から指摘されている問題点である。その他、本文記載の大判昭 13 年 2 月 4 日大民集 17 卷 1 号 37 頁及び最判昭 44 年 10 月 17 日民集 23 卷 10 号 1777 頁の評釈類を参照されたい)。また、特許庁編『先使用権制度の円滑な活用に向けて-戦略的なノウハウ管理のために-』23 頁 (商事法務, 2006 年) 以下でも適当な基準は提示されていない。
- (7) 民集 23 卷 10 号 1777 頁。
- (8) 民集 23 卷 10 号 1777 頁。
- (9) 松尾和子「判批」判タ 244 号 93 頁 (1970 年)。
- (10) 荒玉義人文庫九 (工業所有権制度改正に関する措置事項の一三四)。
- (11) この答申を受けて現行法のように改正された (特許庁編『工業所有権制度改正審議会答申説明書』29 頁 (発明協会, 1957 年))。
- (12) 松尾・前掲注 (9) 93 頁。吉藤幸朔著・熊谷健一補訂『特許法概説』579 頁 (有斐閣, 第 13 版, 1998 年)。
- (13) 中山信弘「判批」ジュリ 447 号 139 頁 (1970 年)、豊崎光衛『工業所有権法』256 頁 (有斐閣, 新版増補, 1980 年)、盛岡一夫「先使用権の要件と範囲」東洋法学第 30 卷第 1・2 合併号 208 頁 (1987 年)、同「先使用権とノウ・ハウ」染野古稀記念『工業所有権-中心課題の解明』178 頁 (勁草書房, 1989 年)、吉藤・前掲注 (12) 579 頁、仙元隆一郎『特許法講義』210 頁 (悠々社, 第 4 版, 2003 年)。条文を限定的に捉えるものとして織田季明=石川義雄『新特許法詳解』292 頁 (日本発明新聞社, 1972 年)、竹田和彦『特許の知識』469 頁 (ダイヤモンド社, 第 8 版, 2006 年)、村井・前掲注 (2) 234 頁、中山信弘『特許法』(弘文堂, 第 2 版, 2012 年) 491 頁。当該立法に疑問を提示しつつ松本重敏「先願主義と先使用権」原退官記念『工業所有権の基本的課題』483 頁 (有斐閣, 1971 年)、中山信弘編『注解特許法 (上巻)』846 頁以下 [松本=美勢執筆] (青林書院, 第 3 版, 2000 年)、中山信弘=小泉直樹編『新・注解特許法 (上巻)』1250 頁 [森崎=岡田執筆] (青林書院, 2011 年)。
- (14) 肯定説として、中山・前掲注 (13) ジュリ 139 頁。吉藤・前掲注 (12) 580 頁。否定説として田村善之『知的財産法』288 頁 (有斐閣, 第 5 版, 2010 年)。
- (15) 渋谷達紀『知的財産法講義 I』347 頁 (有斐閣, 第 2 版, 2006 年)。
- (16) ただし、間接侵害にあたるような行為が既に行われている場合には、発明の即時実施の意図があると考えられる場合もあると思われる。「準備」の解釈については最判昭和 61 年 10 月 3 日民集 40 卷 6 号 1068 頁を参照。
- (17) 森林稔「特許法における先使用権の効力」企業法研究第 198 輯 27 頁 (1971 年)、松本司「判批」知財管理 56 卷 1 号 120 頁 (2006 年)。
- (18) 松本・前掲注 (17) 120 頁。
- (19) フランス法については、既に拙著『先使用権の主体的範囲-フランス法と日本法との比較-』特許庁委託平成 21 年度産業財産権研究推進事業 (平成 21~23 年度) 報告書 (一般財団法人知的財産研究所, 2011 年) で公表している。
- (20) 邦訳については、日本特許庁ウェブサイトにある外国産業財産権制度情報も参考にした (日本特許庁ウェブサイト http://www.jpo.go.jp/shiryou/s_sonota/fips/mokuji.htm 最終確認 2012 年 10 月 24 日)。2 項は優先日及び相互主義に関する規定であるので省略する。なお、引用中「」は原文を引用し、「」中の・・・は省略箇所である。[] は筆者が補った箇所である。

- ある。以下本稿では同様の方法で引用等を示すこととする。
- (21) Josef KOHLER, Handbuch des Deutschen Patentrechts, Mannheim 1900, S.476, Carl=Gerd BUNGARD, Das vorbenutzungsrecht in § 5 Abs.1 des Patentgesetzes, Diss. Köln 1934, S.49, Heinz-Richard SATTLER, Das Vorbenutzungsrecht § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes, Diss. Köln 1936, S.40.
- (22) Osker PROSKAUER, Voraussetzungen, Art und Umfang des gewerblichen Fortbenutzungsrechtes im Deutschen Patentgesetz, Diss. Striegau, 1910, S.2, C=G.BUNGARD, a.a.O.(Fn.21), S.48.
- (23) H-R.SATTLER, a.a.O.(Fn.21), S.40.
- (24) J.KOHLER, a.a.O.(Fn.21), S.475 und S.482. コーラーによれば両者が占有者となりうるとする (S.475)。
- (25) Paul KENT, Das Patentgesetz, 1.Bd., Berlin 1906, § 5 Rn.33, S.550.
- (26) 古くは O.ZELLER, Wer ist Vorbenutzer nach § 5 Abs.Pat.Ges. ?, GRUR, 1924, S.199. 最近では Georg BENKARD, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 10., neubearbeitete Aufl., München 2006, § 12 Rn.6, S.464 [Rüdiger ROGGE]。判例として RG, Urt.v.17 Juni 1942, RGZ 169, 289(294)がある。
- (27) C=G BUNGARD, a.a.O.(Fn.21), S.54. いわゆる誠実性要件が問題とされることは別論である。
- (28) O.ZELLER, a.a.O.(Fn.26), S.199. C=G.BUNGARD, a.a.O.(Fn.21), S.49f., H-R.SATTLER, a.a.O.(Fn.21), S.40.
- (29) Julius L.SELIGSOHN, Geheimnis und Erfindungsbesitz, Berlin und Leipzig, 1921, S.83.
- (30) *ibid.*
- (31) Heinlich ROBOLSKI, Das Patentgesetz, 3.Aufl., Berlin 1908, S.44, Arnold SELIGSOHN, Patentgesetz und gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 7 aufl., Berlin 1932, S.180, RG,Urt.v.9.November 1882, Gareis'sche Sammlung Bd.IV, S.120.
- (32) J.L.SELIGSOHN, a.a.O.(Fn.29), S.83.
- (33) O.ZELLER, a.a.O.(Fn.26), S.200, A.SELIGSOHN, a.a.O.(Fn.31), S.181. C=G BUNGARD, a.a.O.(Fn.21), S.54, G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.6, S.464.
- (34) M.STARCK, Patentrechtliche Streit- und Zweifelsfragen, GRUR 1919, S.88. ただし, スタルクはライセンス受諾者の先使用権はライセンス契約を通じて得られたものであるから, その契約内容の影響を受け, ライセンス契約の条件に従属するとする (S.88)。また, Eduard PIETZCKER, Patentgesetz und Gebrauchsmusterschutzgesetz, Berlin & Leipzig 1929, 1.Bd., § 5 Anm.10, S.329 も参照。
- (35) G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.6, S.464. そこでは A.STARCK, Mitt., 30,112 が引用されており, 当該文献入手を慶應大学図書館に依頼したが該当文献なしとの返答をうけている。
- (36) BURLAGE, Werkvertag und Erfindungserwerb, M.u.W. 1917, S.40.
- (37) 論者によってはその前提が曖昧なものも存在しており, 先使用権と請負契約の関係の検討については各論者の前提について注意が必要である。
- (38) 1895 年判決 (RG, Urt.v.25.Februar.1895, RGSt 27, 51, Bl.1895, 147.) の事例においても, 委任/請負契約に関連して発明の帰属を決定した後に, 実施主体の検討を行っている。
- (39) M.STARCK, Zwai Fragen aus dem Patentrecht, GRUR 1919, S.202.
- (40) Richard NEUMANN, Zur Frage des Vorbenutzungsrechtes des Auftraggebers, GRUR 1920, S.32.
- (41) BURLAGE, a.a.O.(Fn.36), S.40, R.NEUMANN, a.a.O.(Fn.40), S.32f. H-R.SATTLER, a.a.O.(Fn.21), S.44, Philipp ALLFELD, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das Gewerbliche Urheberrecht, München 1904, S.109 もここに属しよう。
- (42) A.SELIGSOHN, a.a.O.(Fn.31), S.181.
- (43) BURLAGE, a.a.O.(Fn.36), S.41.
- (44) BGH, Urt.v.10.September.2009, GRUR 2010, Heft1, 47.
- (45) この判示が誠実性に関する文脈で述べられていることからそれが伺える (BGH, Urt.v.10.September.2009, GRUR 2010, Heft1, 47)。
- (46) G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.6, S.464, RG, Urt.v.5 März 1915, RGSt 49, 202(207)。
- (47) あらゆる文献に記載されている。発明占有が必要でないとする見解は存在しない。
- (48) 発明を認識していない場合には先使用権は発生しない (G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.5, S.463. 裁判例として RG, Urt.v.7 Juni 1940, GRUR 1940, 434 (435f.), BGH, Urt.v.30 April 1964, GRUR 1964, 496(497)。
- (49) Hermann JSAY, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 5.aufl., Berlin 1931, § 5 Anm.3, S.123, Dietrich KURLBAUM, Das Vorbenutzungsrecht, Diss. Potsdam, 1933, S.10. なお, この発明占有なる概念はドイツ民法における物質的支配を意味する占有とは異なるものともされる (D.KURLBAUM, S.10)。邦語文献でドイツ法における発明占有について述べるものとして玉井克哉「特許法における発明者主義 (二)」法学協会雑誌 111 卷 12 号 1845 頁 (1994 年)。
- (50) D.KURLBAUM, a.a.O.(Fn.49), S.10f.
- (51) Helmut EICHMANN, Kritische Überlegungen zum Vor- und Weiterbenutzungsrecht, GRUR 1993, Heft2, 73. 判例として RG, Urt.v.25 Januar 1908, Bl.1908, 188, JW 1908, 247。
- (52) 拙稿「先使用権の発生主体-発明者権との関係-」法学政治学論究 77 号 161 頁以下 (2008 年)。
- (53) D.KURLBAUM, a.a.O.(Fn.49), S.11, J.L.SELIGSOHN, a.a.O.(Fn.29), S.83.
- (54) H.JSAY, a.a.O.(Fn.49), § 5 Anm.5, S.302.
- (55) H.JSAY, a.a.O.(Fn.49), § 5 Anm.5, S.303.
- (56) E.PIETZCKER, a.a.O.(Fn.34), § 5 Anm.5, S.326.
- (57) H.JSAY, a.a.O.(Fn.49), § 5 Anm.5, S.303.

- (58) E.PIETZCKER, a.a.O. (Fn.34), § 5 Anm.5, S.326. そのため、先使用権の発生主体についてイザイトとピーツカーの見解は発明占有の取得に関する解釈が独特のものであることを前提に理解する必要がある。
- (59) 現在でも、発明占有の独立性 (Selbständigkeit des Erfindungsbesitzes) という表現が見られるが (Peter MES, Patentgesetz, 3., neubearbeitete Aufl., München 2011, § 12 Rn.2, S.203, und Rn.5, S.204.), それは発明占有が誠実に獲得され誠実に実行されることを意味しているに過ぎず (§ 12 Rn.2, S.203), 当時の議論とは場面が異なっていることに注意を要する。
- (60) D.KURLBAUM, a.a.O. (Fn.49), S.16. これはドイツにおける当然対抗制度導入以前の文献による理由づけである。我が国でも特許権が譲渡等された場合の通常実施権の対抗について、特許法の平成 23 年度改正によって一応の解決を見ている。もちろん通常実施権が対抗できるからといって先使用権の発生を否定するという結論が直接的に導かれるわけではない。
- (61) Richard DEUTSCHENBAUR, Wann und inwieweit räumt § 5, Abs. I des deutsche Patentgesetzes dem Vorbenutzer ein Weiterbenutzungsrecht ein ?, Diss Augsburg, 1926, S.19.
- (62) Rudolf KRABER, Patentrecht, München 2004, S.850. 現在でも二重発明を要求する見解では (Jan BUSCHE, Das Vorbenutzungsrecht im Rahmen des deutschen und europäischen Patentrechts, GRUR 1999, Heft8-9, 646f.), 発明占有は原則として特許権者からは独立していなければならず、特許権者が契約違反的に (vertragswidrig) 又は矛盾して (widersprüchlich) 行動している場合のみ独立してなくてもよいとする。
- (63) 当時の第 4 文の解説として、Hans MÖLLER, Kommentar zum Patentgesetz, Berlin, 1936, S.11, Gustav WILKE, Gewerblicher Rechtsschutz, Berlin, 1936, S.28. 両文献は記載が全く同一である。その他、Georg KLAUER/Philipp MÖHRING, Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Berlin 1937, § 7 Anm.3, S.195. なお、現在の判例でもそれは明確にされている (BGH, Urt.v.10.September.2009, GRUR 2010, Heft1, 47)。
- (64) Heinrich TETZNER, Kommentar zum Patentgesetz, § 7 Rn.10. Köln 1941, S.282. ライマーも区別していない (Eduard REIMER, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. neubearb. und erw. Aufl., München 1958, § 7 Rn.8, S.310)。
- (65) Perter DILGER, Die Abgrenzung des Vorbenutzungsrechts vom Patentrecht bezüglich Voraussetzungen und Wirkungen, Diss. Gallen 1971, S.97.
- (66) Alfred WALCHSHÖFER, Der Besitz im gewerblichen Rechtsschutz, Diss. Nürnberg 1962, S.70.
- (67) 拙稿・前掲注(52)を参照。
- (68) Oscar SCHANZE, Die Befugniss des Vorbenutzers zur Fortbenutzung, GRUR 1896, Nr.5, S.167. 特許権者ではなく第三者に対する誠実性という意味では検討する余地があるように思われるが、本稿で検討するように、第三者に対する誠実性が問題とされるようになったのは 20 世紀前半頃からであり、特許権者に対する誠実性ということしか意識されていない時代においては、二重発明を前提とすれば誠実性の問題はほとんど考慮されないというのは自然であると評価できよう。
- (69) 占有獲得の際の誠実性がなければ、原則として占有の行使にも誠実性はないのであるから、その問題が意識されなかったという側面もあろう。
- (70) この分類は H.EICHMANN, a.a.O. (Fn.51), S.81 による。
- (71) Carl GAREIS, Das Deutsche Patentgesetz vom 25. Mai 1877, Berlin 1877, S.102ff.
- (72) Otto STOBBE, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Aufl., 3. Bd., Berlin 1885, S.43, M.STENGLEIN/H.APPELIUS/ G.KLEINFELLER, Die strafrechtlichen Nebengesetze des deutschen Reiches, Berlin 1893, S.129 [H.APPELIUS], R.STEPHAN und Paul SCHMID, Der Schutz der gewerblichen Urheberrechte des In- und Auslandes, Leipzig, 1899, S.47. また時代は遅れるが、Heinrich KRAUSSE, Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Berlin 1944, S.183.
- (73) Paul Alexander-KATZ, Die Kollision des Patentrechts mit dem ältern Gewerbebetriebe, PBl.1879, S.369f.
- (74) J.ROSENTHAL, Das deutsche Patentgesetz, Erlangen 1881, S.133 は誠実性を要求するが、特許権者に対する誠実性を求めるのか、絶対的な誠実性まで求めるのかは不明である。
- (75) Heinrich ROBOLSKI, Theorie und Praxis des deutschen Patentrechts, Berlin 1890, S.224, Josef LANDGRAF, Das Deutsche Reichsgesetz, betreffend den Schutz von Erfindungen und von Gebrauchsmustern, Berlin 1892, S.49, Otto GIERKE, Deutsches Privatrecht, 1. Bd., Leipzig 1895, S.884, P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 5 Rn.13, S.542, Joseph KAISER, Das Deutsche Patentgesetz vom 7. April 1891, Leipzig 1907, S.145, H.ROBOLSKI, a.a.O. (Fn.31), S.44, Carl CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Bd., Tübingen 1908, S.100, Heinrich STERN = Josef OPPENHEIMER, Kommentar zum Patent-Gesetz, 1919, § 5 Anm.4, S.125, J.L.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.29), S.84, Wilhelm KISCH, Handbücher des Gewerblichen Rechtsschutzes, 1. Bd., Mannheim 1923, S.194, E.PIETZCKER a.a.O. (Fn.34), § 5 Anm.6, S.326f., H.JSAY, a.a.O. (Fn.49), § 5 Anm.15, S.310f., A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.179, Fritz WALTER, Das Vorbenutzungsrecht, Berlin 1934, S.28, Richard LUTTER, Das Patentgesetz vom 5. Mai 1936, 10. Aufl., Berlin 1936, S.151, PETZOLD, Die Vorbenutzung im neuen pntrecht, GRUR 1937, S.584, Rudolf BUSSE, Die Patentgesetz vom 5. Mai 1936 und Gebrauchsmustergesetz vom 5. Mai 1936 Patentgesetz, Berlin 1937, S.153, Hugo WILCKEN, Das Patentgesetz, vom 5. Mai 1936, Berlin 1937, S.182, H.TETZNER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.10, S.282. E.REIMER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.8, S.310,

- Wolfgang BERNHARDT, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2.Aufl., München und Berlin 1963, S.161.
- (76) Hans RAFF, Erfindungsbesitz und Erfindungsvorbenutzung, Diss. München 1932, S.24.
- (77) P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 7 Rn.33, S.542, R.LUTTER, a.a.O. (Fn.75), S.151.
- (78) RG, Urt.v.15.Dezember 1928, RGZ123,58.
- (79) E.REIMER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.8, S.310.
- (80) 拙稿「ドイツにおける先使用権制度の趣旨と衡平 (Billigkeit) の有する意味」法学政治学論究 76 号 515 頁以下 (2008 年) 及び拙稿・前掲注(52)を参照。
- (81) コーラーが先使用権制度に占有理論を持ち込むことに対しては批判がある (R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.21)。
- (82) J.KOHLER, a.a.O. (Fn.21), S.471f. 当然ながら特許権者に対しては瑕疵が存在することになる (S.472)。
- (83) O.SCHANZE, a.a.O. (Fn.68), S.168, Patentrechtliche Untersuchungen, 1901, S.231.
- (84) Emanuel ADLER, Civilrechtliche Erörterungen zum Patentregister, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, 27.Bd., Wien 1900, S.584. P.ALLFELD, a.a.O. (Fn.41), S.103, A.OSTERRIETH, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig, 1908, S.106f., Dunkhase WILHELM, Beiträge zum Patentrecht, 1913/1914, IV S.78f., R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.20ff., H.RAFF, a.a.O. (Fn.76), S.25. C=G.BUNGARD, a.a.O. (Fn.21), S.47, A.WALCHSHÖFER, a.a.O. (Fn.66), S.70, Rainer SCHULTE, Patentgesetz, 8., neubearbeitete und erw. Aufl., Köln 2008, § 12 Rn.21, S.373 [Thomas KÜHNEN], G.KLAUER/P.MÖHRING, a.a.O. (Fn.63), 1937, § 7 Anm.3, S.193 は明確には記載していないが, 判例に基づくとしていることからここに分類されよう。E.REIMER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.8, S.311 も特許権者に対する誠実性の例を多くあげるが, ライマーの記述を総合的に見ると結局は第三者に対する誠実性も要求する趣旨のようである。
- (85) H.RAFF, a.a.O. (Fn.76), S.25.
- (86) H.RAFF, a.a.O. (Fn.76), S.25. C=G.BUNGARD, a.a.O. (Fn.21), S.45.
- (87) R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.22.
- (88) RG, Urt.v.1.Mai 1885, Gareis'sche Sammlung Bd.V, S.161 (163).
- (89) 発明者が同居人に自己の発明を秘密裡に開示した場合において, その同居人から発明を知得した者がその事情を知りながらその発明を実施していたという事例であることから, 事例としては間接的冒認の事例である。判示内容が一般的内容であるからここに分類する。
- (90) RG, Urt.v.28.November 1895, RGSt28,27(30).
- (91) 当時は二重発明が先使用権の前提であるという見解が一般的であった。この点については, 拙稿・前掲注(52)を参照。
- (92) RG, Urt.v.11.April 1896, RGZ37,41(44).
- (93) 実際 D.KURLBAUM, a.a.O. (Fn.49), S.20 では誠実性要件を判示したものと評価されている。
- (94) RG, Urt.v.14 November 1908, LZ 1909, S.235.
- (95) また, 1912 年 3 月 12 日判決 (RG, Urt.v.12 März 1912, RGZ 78, 468, MuW 1912, S.541, JW1912, 697.) も同様である。なお, 1912 年判決は JW では 3 月 22 日と記載されているが, 公式判例集 (RGZ) 及び MuW では 3 月 12 日と記載されているので, 3 月 12 日が正しいものと思われる。事例としては特許権者の下で働いていた者の先使用権の発生の有無である。
- (96) とはいえ, この時代に全ての判決が誠実性を要求しているかということそれは断言できない。例えば 1908 年 1 月 25 日判決 (RG, Urt.v.25 Januar 1908, Bl.1908, 188, JW 1908, 247.) では「発明占有が善意であったかどうか」は重要ではないとしている。ただし, 事案としては特許権者に対する善意が問題となった事例ではないことから, 特許権者への誠実性を問題としてないとは言い切れない事案である。
- (97) アメリカにおける特許出願を基礎としてパリ優先権主張を伴う特許出願をなしドイツで登録を受けた原告が, 原告の発明をドイツの出願日前に実施していた F 社等から製品を買い受けていた被告に権利行使した。被告はこの F 社等が持つ先使用権の援用を主張したという事案である。
- (98) RG, Urt.v.7 Juli 1926, RGZ 114, 246 (249), Bl. 1927,28, GRUR 1926, 478, JW 1927, 1557.
- (99) 当時は後の特許権者に対する誠実性が問題とされていたことから, この判決の「誠実に実施」という文言の不明確性が指摘されていた (W.KISCH, JW1927, S.1558)。
- (100) RG, Urt.v.15.Dezember 1928, RGZ123,58 (61). 発明者 W が自己の工場等を有していなかったために自ら製品を製造することができず, 工場を有する F にその製造を依頼し, その製品を W が設立した会社に納入するという契約を F との間で締結した。そして, この契約に基づき, F はその製品の製造を開始した。その後 W はその発明につき特許出願を行った。かかる状況下で, F から製品を購入していた被告に対し特許権者 (W であるかは不明) が権利行使した。そこで, 被告は F が先使用権を有することから自己の行為は特許権の侵害ではないと主張したという事案である。
- (101) 衡平考慮という概念が引き起こした問題は拙稿・前掲注(80)を参照。
- (102) RG, Urt.v.6 September 1941, MuW 1941, 219, Bl.1942, 88, GRUR 1942, 34.
- (103) BGH, Urt.v.17 März 1964 GRUR 1964, 491(494).
- (104) RG, Urt.v.28.November 1895, RGSt28,27 は秘密裡に教えられていたものを他人に知得させたものであるから, 違法な行為というよりは債務不履行的な事例であり, 間接的冒認にはそのような場合も含まれる。
- (105) A.OSTERRIETH, a.a.O. (Fn.84), S.106ff., R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.23, A.WALCHSHÖFER, a.a.O. (Fn.66), 1962, S.70, W.BERNHARDT, a.a.O. (Fn.75), S.161. RG, Urt.v.26 April 1933, MuW 1933, 362, JW 1933, 2517, Mitt.1933, 174.
- (106) J.KOHLER, a.a.O. (Fn.21), S.472, H.JSAY, a.a.O. (Fn.49),

- § 5 Anm.15, S.311. また Albert OHL, Die Vorbenutzung einer Doppelerfindung als Voraussetzung des Vorbenutzungsrechts-im künftigen deutschen und europäischen Patentrecht, GRUR Int 1968, Heft2, 39ff. コーラーもイザイも発明を冒認された者は善意の第三者からでも発明を取戻可能であるということを根拠においている (J.KOHLER, aa.O. (Fn.21), S.472, H.JSAY, aa.O. (Fn.49), § 5 Anm.15, S.311)。なお, コーラーがここで持ち出すのは秘密保持権 (Geheimnissrecht) の侵害に基づく請求であることに留意が必要である (S.252)。一方, イザイは発明占有概念に基づき善意の第三者に対する発明の取戻しを肯定していた (S.145)。
- (107) RG, Urt.v.29 oktober 1930, Bl.1930, 300, BGH, Urt.v.30 Juni 1964, GRUR 1964, 673.
- (108) Fritz LINDENMAIER/WEISS, Das Patentgesetz, 6.Aufl., Köln 1973, § 7Anm.3, S.297.
- (109) E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.8, S.310.
- (110) BGH, Urt.v.30 Juni 1964, GRUR 1964, 673.
- (111) C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.55.
- (112) G.BENKARD, aa.O. (Fn.26), § 12 Rn.8, S.465.
- (113) R.KRABER, aa.O. (Fn.62), S.850f. AIPPI 報告書 (AIPPI Annuaire 1988/V) 15 頁以下。
- (114) H.APPELIUS, aa.O. (Fn.72), S.130, J.KOHLER, aa.O. (Fn.21), S.475, P.ALLFELD, aa.O. (Fn.41), S.103 und S.105, P.KENT aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.38, S.551, O.ZELLER, aa.O. (Fn.26), S.200, A.SELIGSOHN, aa.O. (Fn.31), S.180, R.LUTTER, aa.O. (Fn.75), S.154. R.BUSSE, aa.O. (Fn.75), S.154, C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.52. PETZOLD, aa.O. (Fn.75), S.586, G.KLAUER/P.MÖHRING, aa.O. (Fn.63), § 7 Anm.2, S.191, H.KRAUSSE, aa.O. (Fn.72), S.187, E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.15, S.314, W.BERNHARDT, aa.O. (Fn.75), S.161, G.KLAUER/P.MÖHRING, Patentrechtskommentar, 3., völlig neu bearb. Aufl, München 1971, S.404, F.LINDENMAIER/WEISS, aa.O. (Fn.108), S.301. H.TETZNER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.10, S.282 では利益という言葉のみが使用されている。R.KRABER, aa.O. (Fn.62), S.851, G.BENKARD, aa.O. (Fn.26), § 12 Rn.9, S.466 では独立した行為と自己の利益という表現が見られる。意思活動 (Willensbetätigung) に基づくという表現も見られる (A.OSTERRIETH, aa.O. (Fn.84), S.107)。AIPPI の報告書では利益という表現が用いられる (AIPPI・前掲注 (113) 12 頁)。裁判例として, RG, Urt.v.25.Februar.1895, RGSt 27, 51, Bl.1895, 147 (他人から示された発明を実施していた場合), RG, Urt.v.28 Juni 1902, RGZ 52, 90 (他人の工場でその他人のために実施していた事例), RG, Urt.v.25 Januar 1908, Bl.1908, 188, JW 1908, 247 (発注者によって知らされた発明の実施が自己の実施とされた事例), OLG. Düsseldorf, Urt.v.13 Juni 1943, GRUR 1943, 286 (他人のために実施していたと認定された事例)。発注者ではなく受注者の独自の実施 (正確には準備) を認めた 1908 年 1 月 25 日判決 (RG, Urt.v.25 Januar 1908, Bl.1908, 188, JW 1908, 247) は, 「明らかな事情に従って」と述べるのみで具体的にどの事情から受注者の自己の実施と認定しているのかは不明である。
- (115) P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.35, S.550.
- (116) 注 114 の各文献参照。
- (117) R.LUTTER aa.O. (Fn.75), S.154f.
- (118) O.ZELLER, aa.O. (Fn.26), S.200, C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.54. その他, 用役権 (Nießbrauch) と抵当権 (Pfandrecht) の場合もツェラーは検討している (S.200f.)
- (119) W.KISCH, aa.O. (Fn.75), S.193.
- (120) A.SELIGSOHN, aa.O. (Fn.31), S.180.
- (121) G.BENKARD, aa.O. (Fn.26), § 12 Rn.9, S.466, RG, Urt.v.25 Januar 1908, Bl.1908, 188 (190 recht), JW 1908, 247.
- (122) G.KLAUER/P.MÖHRING, aa.O. (Fn.114), S.404f.
- (123) かつては, 職務発明に関連して経営発明 (Betriebserfindung) という概念が存在しており, 先使用権の発生主体についてもこの概念の存在を前提に検討されることがあったが, 現在では経営発明という概念については支持されていないことからその検討は本稿では行わない (H-R.SATTTLER, aa.O. (Fn.21), S.42f.)。また, 職務発明概念を検討するものではないことから, 現行制度以前の職務発明に関する先使用権の発生について本稿で取り扱うこともしない (この点を検討するものとして, H-R.SATTTLER, aa.O. (Fn.21), S.43f., C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.51f.)。
- (124) J.KOHLER, aa.O. (Fn.21), S.472 und S.475, P.ALLFELD, aa.O. (Fn.41), S.103, P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.36, S.550, H.ROBOLSKI, aa.O. (Fn.31), S.44, A.OSTERRIETH, aa.O. (Fn.84), S.107, O.PROSKAUER, aa.O. (Fn.22), S.4, H.STERN = J.OPPENHEIMER, aa.O. (Fn.75), S.127, W.KISCH, aa.O. (Fn.75), S.193, R.DEUTSCHENBAUR, aa.O. (Fn.61), S.25, Hans SCHANCK, Fragen des Vorbenutzungsrechts, GRUR 1929, S.633, E.PIETZCKER, aa.O. (Fn.34), § 5 Anm.9, S.328f., H.JSAY aa.O. (Fn.49), § 5 Anm.8, S.305f., D.KURLBAUM, aa.O. (Fn.49), S.40, C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.50f., R.LUTTER aa.O. (Fn.75), S.154, E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.4, S.308, G.KLAUER/P.MÖHRING, aa.O. (Fn.114), S.398f., R.KRABER, aa.O. (Fn.62), S.851, G.BENKARD, aa.O. (Fn.26), § 12 Rn.9, S.466. A.SELIGSOHN, aa.O. (Fn.31), S.180 では工場主が従業員による実施を知らなくても良いとされる。RG, Urt.v.12 März 1912, RGZ 78, 436, MuW 1912 S.541, JW1912 697.
- (125) R.LUTTER aa.O. (Fn.75), S.154.
- (126) W.KISCH, aa.O. (Fn.75), S.193, H.SCHACK, aa.O. (Fn.124), S.633, C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.50f., R.LUTTER aa.O. (Fn.75), S.154, E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.8, S.308, RG, Urt.v.14 Dezember 1903, RGZ 56, 223, Bl.1904, 362, GRUR 1904, 302.
- (127) H.ROBOLSKI, aa.O. (Fn.31), S.44, aa.O. (Fn.75), S.224. このような見解に立つと発明占有をどのように考えるかが問題となるように思われるが, ロボルスキはそもそも二重発明を

- 要求する見解に立つので、発明占有についての問題は意識されていないとも考えられる。
- (128) O.ZELLER, a.a.O. (Fn.26), S.200. ツェラーは請負契約においてもそのように解しているようである (S.200.)。
- (129) R.NEUMANN, a.a.O. (Fn.40), S.32.
- (130) PETZOLD, a.a.O. (Fn.75), S.587.
- (131) なお、コーラーは占有理論を基礎におくことから、この問題を直接占有と間接占有とに分けて検討している。すなわち、発注者が商品の一部を他人の工場で実施させる場合には間接占有に過ぎないとしている。
- (132) H.STERN = J.OPPENHEIMER, a.a.O. (Fn.75), S.127, E.PIETZCKER, a.a.O. (Fn.34), § 7 Anm.9, S.329, A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.181, H-R.SATTler, a.a.O. (Fn.21), S.45, R.LUTTER a.a.O. (Fn.75), S.154.
- (133) P.ALLFELD, a.a.O. (Fn.41), S.105, D.KURLBAUM, a.a.O. (Fn.49), S.40f.
- (134) P.ALLFELD, a.a.O. (Fn.41), S.105 und S.108.
- (135) H-R.SATTler, a.a.O. (Fn.21), S.44f., H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.187.
- (136) H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.188.
- (137) H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.187. なお, R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.26 は、発注者が出願した発明に対する先使用権を有するかも問題となるとしている。このような分類をすることに反対するものとして PETZOLD, a.a.O. (Fn.75), S.587。ペットツォルトは発注者と後の特許権者が同一の場合には、誠実性要件で判断すれば足りるとする (S.587.)。
- (138) H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.187.
- (139) P.ALLFELD, a.a.O. (Fn.41), S.105 und S.109, W.KISCH, a.a.O. (Fn.75), S.193, R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.27, R.NEUMANN, a.a.O. (Fn.40), S.31, A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.180, R.LUTTER, a.a.O. (Fn.75), S.155, H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.187, F.LINDENMAIER/WEISS, a.a.O. (Fn.108), S.301f.
- (140) それゆえこの点は既に検討した。
- (141) 他人の工場においても実施は可能であるとする条文は 1891 年法改正の際に挿入された文言であるが、1891 年法は先使用権の範囲を明確化することを目的としたと述べられるにすぎず、他人の工場において実施できるという文言を入れた理由は明確ではない (Entwurf eines Patentgesetzes, Bundesrath-Drucksache, 3.Legislatur=Periode, I. Session 1890/91, Nr.152, S.16f., Bericht der XI. Kommission, über den derselben zur Vorberathung überwiesenen Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung des Patentgesetz-Nr.152 der Drucksache-, Bundesrath-Drucksache, 8.Legislatur=Periode, I. Session 1890/91, S.11f.)。
- (142) H.TETZNER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.41, S.298, G.BENKARD, a.a.O. (Fn.26), § 12 Rn.24, S.474.
- (143) A.OSTERRIETH, a.a.O. (Fn.84), S.107, H.STERN = J.OPPENHEIMER, a.a.O. (Fn.75), S.129, W.KISCH, a.a.O. (Fn.75), S.197, A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.183.
- (144) P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 7 Rn.78, S.564f.
- (145) P.ALLFELD, a.a.O. (Fn.41), S.108.
- (146) J.KAISER, a.a.O. (Fn.75), S.148, H.JSAY a.a.O. (Fn.49), § 7 Anm.20, S.315.
- (147) O.SCHANZE, a.a.O. (Fn.68), S.198.
- (148) P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 7 Rn.78, S.564f. これはあくまで例示である。
- (149) H.KRAUSSE, a.a.O. (Fn.72), S.193.
- (150) P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 5 Rn.81, S.565, R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.64 note 41 und S.66, H.STERN = J.OPPENHEIMER, a.a.O. (Fn.75), S.129, G.BENKARD, a.a.O. (Fn.26), § 12 Rn.24, S.474.
- (151) Peter MES, a.a.O. (Fn.59), § 12 Rn.19, S.207.
- (152) J.KOHLER, a.a.O. (Fn.21), S.483. E.REIMER, a.a.O. (Fn.64), § 7 Rn.38, S.326.
- (153) RG, Urt.v.4 Januar 1937, RGZ 153, 321, MuW 1937, 166, Bl.1937 116, GRUR1937, 367, JW1937, 1149, Mitt.1937, 79.
- (154) A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.184, SCHLICHTING, Erwirbt der ausländische Importeur ein Vorbenutungsrecht, GRUR 1911, S.234f.
- (155) P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 5 Rn.98, S.571. Oscar SCHANZE, Patentrechtliche Untersuchungen, Jena 1901, S.262.
- (156) R.DEUTSCHENBAUR, a.a.O. (Fn.61), S.66.
- (157) A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.184. なお、ゼリグゾーンはある器具 (Apparat) とそれを使用して実行される方法の両者について特許を有している場合に、器具を取得した場合にどうなるかを検討しているが、それは先使用権の主体的範囲そのものの検討ではないためここでは検討しない (A.SELIGSOHN, a.a.O. (Fn.31), S.184)。
- (158) 善意を要求するものとして, H.APPELIUS, a.a.O. (Fn.72), S.130 Fußnote 14, P.KENT, a.a.O. (Fn.25), § 7 Rn.99, S.571。善意を要求しないものとして, O.SCHANZE, a.a.O. (Fn.68), S.196f., Untersuchungen, S.263, J.KOHLER, a.a.O. (Fn.21), S.453, H.JSAY, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin 1903, § 5 Anm.34, S.177, a.a.O. (Fn.49), § 5 Anm.19, S.315。A.SELIGSOHN, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Berlin, 1892, S.68, 2.Aufl., 1901, S.116 では善意を要求していないが、その記載は 6.Aufl., 1920, S.162 では見られなくなっている。RG, Urt.v.16 Februar 1882, RGSt 6, 13 は善意を要求しているかのようにも読める判決である (O.SCHANZE, a.a.O. (Fn.68), S.196, und a.a.O. (Fn.155), S.263)。
- (159) RG, Urt.v.16 Februar 1882, RGSt 6, 10. RG, Urt.v.20 September 1902, Bl.1902, S.246 では流通自由 (Verkehrsfreiheit) という用語が使用される。
- (160) RG, Urt.v.16 März 1882, RGSt 6, 107, RG, Urt.v.7 Juni 1940, GRUR 1940, 434.
- (161) 34 Sitzung am Dienstag, den 1. Mai 1877,

- Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags des Reichstags-Drucksache, 3.Legislatur= Periode, I.Session 1877, S.926f.
- (162) 事業とともに移転すべきという説として, C.GAREIS, aa.O. (Fn.71), S.104, Rudolf KLOSTERMANN, Das Patentgesetz für das deutsche Reich vom 25.Mai 1877, Berlin 1877, S.153. 自由に移転できるとする説として, Josef KOHLER, Deutsches Patentrecht, Mannheim 1878 (ND, Aalen 1984), S.139, O.DAMBACH, Das Patentgesetz für das Deutsche Reich, Berlin 1877, S.22, H.ROBOLSKI, aa.O. (Fn.75), S.226, P.A-KATZ, aa.O.(Fn.73), S.373.
- (163) Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Abänderung des Patentgesetzes, aa.O.(Fn.141), S.3.
- (164) Bericht der XI.Kommission, aa.O.(Fn.141), S.12.
- (165) P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.86, S.567, R.SCHULTE, aa.O.(Fn.84), § 12 Rn.25, S.374.
- (166) E.REIMER, aa.O.(Fn.64), § 7 Rn.43, S.329.
- (167) E.PIETZCKER, aa.O. (Fn.34), § 5 Anm.20, S.334. H.JSAY, aa.O. (Fn.49), § 5 Anm.21, S.316. H.WILCKEN, aa.O. (Fn.75), S.186. 反対説として P.ALLFELD, aa.O. (Fn.41), S.110, O.PROSKAUER, aa.O. (Fn.22), S.67, J.KAISER, aa.O.(Fn.75), S.150f.
- (168) この問題は特に, 先使用権の発生要件として実施が事業として行われる必要があるのか, それとも実施が私的な目的のためであってもよいのか, とリンクする問題である。この点がかつて学説では議論の対象となっており (私的目的でもよいとするものとして, H.ROBOLSKI, aa.O.(Fn.75), S.223 und S.225, A.SELIGSOHN, aa.O. (Fn.158), 1.Aufl., S.67, O.GIERKE, aa.O.(Fn.75), S.884, H.APPELIUS, aa.O.(Fn.72), § 5 Anm.6, S.128, P.ALLFELD, aa.O. (Fn.41), S.106, W.KISCH, aa.O. (Fn.75), S.194, H.JSAY, aa.O. (Fn.49), § 5 Anm.10, S.308, Julius EPHRAIM, Deutsches Patentrecht für Chemiker, Halle. a.S. 1907, S.436, Melchior STENGLEIN, Die Reichsgesetze zum Schutz des geistigen und gewerblichen Eigentums 3., neu bearb. und verm. Aufl. 1902, S.60, 反対説として, J.KOHLER, aa.O. (Fn.21), S.473f., H.JSAY, aa.O. (Fn.158), § 5 Anm.10, S.169f., H.ROBOLSKI, aa.O. (Fn.31), S.43, P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.47, S.554ff. A.OSTERRIETH, aa.O. (Fn.84), S.105, O.PROSKAUER, aa.O.(Fn.22), S.20ff.), 判例は私的目的でもよいとしていた (RG, Urt.v.20 September 1902, Bl.1902, S.246)。現在でも対立が見られるが, 事業領域においてなされる必要があるとするのが有力である (事業性を要求するものとして E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.12, S.313, R.KRABER, aa.O.(Fn.62), S.853, R.SCHULTE, aa.O.(Fn.84), § 12 Rn.16, S.372, G.BENKARD, aa.O.(Fn.26), § 12 Rn.10, S.466, AIPPI 報告書では事業的になされることを要求している (AIPPI・前掲注 (113) 14 頁), 私的目的でもよいとするものとして P.MES, 2., neubearbeitete Aufl., München 2005, § 12 Rn.13, S.150 があるが, その第 3 版では事業性が要求されるに至っている (P.MES, aa.O.(Fn.59), § 12 Rn.15, S.206))。それゆえ, 事業がなくとも移転できるとする学説がどのような前提に基づいて述べているかを念頭においておく必要がある。また, 先使用権をどのような性質の権利と捉えるかという点も事業と共にする移転の可否に影響を与えることも念頭においておく必要がある。
- (169) P.KENT, aa.O.(Fn.25), § 5 Rn.84, S.566.
- (170) P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.84, S.566, H.TETZNER, aa.O.(Fn.64), § 7 Rn.41, S.298.
- (171) P.A-KATZ, aa.O. (Fn.73), S.374, O.PROSKAUER, aa.O. (Fn.22), S.67, E.PIETZCKER, aa.O. (Fn.34), § 5 Anm.20, S.334, P.MES, aa.O. (Fn.59), § 12 Rn.20, S.207, BGH, Urt.v.18 Februar 1992, GRUR 1992, 432.
- (172) P.KENT, aa.O. (Fn.25), § 5 Rn.83, S.566, E.PIETZCKER, aa.O.(Fn.34), § 5 Anm.20, S.334.
- (173) E.REIMER, aa.O.(Fn.64), § 7 Rn.43, S.329.
- (174) E.REIMER, aa.O.(Fn.64), § 7 Rn.43, S.328.
- (175) *ibid.*
- (176) E.REIMER, aa.O.(Fn.64), § 7 Rn.43, S.328f.
- (177) C=G.BUNGARD, aa.O. (Fn.21), S.68., BGH, Urt.v.16 Februar 1971, X ZR 253/63.
- (178) P.KENT, aa.O.(Fn.25), § 5 Rn.89, S.568, E.PIETZCKER aa.O.(Fn.34), § 5 Anm.20, S.334, H.JSAY, aa.O.(Fn.49), § 5 Anm.21, S.316, H.TETZNER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.39, S.297. F.LINDENMAIER/WEISS, aa.O. (Fn.108), S.307, G.BENKARD, aa.O.(Fn.26), § 12 Rn.25, S.475, BGH, Urt.v.7 Oktober 1965, GRUR 1966, 370.
- (179) G.KLAUER/P.MÖHRING, aa.O. (Fn.63), S.199 では自動車会社と修理工場の例が挙げられている。
- (180) H.JSAY, aa.O.(Fn.49), § 5 Anm.21, S.316. H.TETZNER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.39, S.297, RG, Urt.v.19 Dezember 1925, RGZ 112,242, BGH, Urt.v.7 Oktober 1965, GRUR 1966, 370.
- (181) P.KENT, aa.O.(Fn.25), § 5 Rn.83, S.566. E.PIETZCKER aa.O. (Fn.34), § 5 Anm.20, S.334, G.BENKARD, aa.O. (Fn.26), § 12 Rn.25, S.474, RG, Urt.v.19 Dezember 1925, 112,242.
- (182) P.ALLFELD, aa.O.(Fn.41), S.111, P.KENT, aa.O.(Fn.25), § 5 Rn.86, S.567, A.OSTERRIETH, aa.O.(Fn.84), S.108.
- (183) H.TETZNER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.41, S.297f. E.REIMER, aa.O. (Fn.64), § 7 Rn.43, S.329. M.STARCK, Mitt.1922, S.4 は発明占有が部分的 (teilbar) でありえることから, 部分事業 (Teilbetreib) のためにも発明占有が存在することを根拠におく。
- (184) H.JSAY, aa.O. (Fn.49), § 5 Anm.21, S.316. A.SELIGSOHN, aa.O.(Fn.158), 2.Aufl., S.118 はむしろ契約に基づいてどちらに帰属するかを判断すべきという。また, W.KISCH, aa.O.(Fn.75), S.198 も参照。
- (185) P.ALLFELD, aa.O.(Fn.41), S.111, P.KENT, aa.O.(Fn.25), § 5 Rn.86, S.567, C=G.BUNGARD, aa.O.(Fn.21), S.66f.
- (186) Thomas KÜHNEN, Handbuch der Patentverletzung, 5.aufl., Köln 2011, Rn.1322, S.421.

- (187) E.REIMER, a.a.O.(Fn.64), § 7 Rn10, S.312.
(188) T. KÜHNEN, a.a.O.(Fn.186), Rn.1323, S.421.
(189) T. KÜHNEN, a.a.O.(Fn.186), Rn.1324, S.421.
(190) G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.25, S.475.
(191) T. KÜHNEN, a.a.O.(Fn.186), Rn.1327, S.422.
(192) T. KÜHNEN, a.a.O.(Fn.186), Rn.1329, S.422.
(193) RG, Urt.v.15.Dezember 1928, RGZ123,58.
(194) BGH, Urt.v.10.September.2009, GRUR 2010, Heft1, 47.
(195) E.REIMER, a.a.O.(Fn.64), § 7 Rn.19, S.317f.
- (196) G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.17, S.470 の分類による。
(197) R.KRAßER, a.a.O.(Fn.62), S.848, P.MES, a.a.O.(Fn.59), § 12 Rn.13 u.14, S.205f., R.SCHULTE, a.a.O.(Fn.84), § 12 Rn.17., S.372, G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.18, S.471.
(198) E.REIMER, a.a.O.(Fn.64), § 7 Rn.16, S.315, G.BENKARD, a.a.O.(Fn.26), § 12 Rn.20 und 21, S.472.
(原稿受領 2012. 10. 31)
-

読者の声

投稿のお願い

本誌における情報、言論の流れはとかく一方通行に終わりがちであり、編集に携わる会誌編集部としては本誌が読者に如何に読まれているか一寸気になります。

「読者の声」欄に、筆者への反論、編集者への注文などを E メールにてお寄せください。

- あて先：日本弁理士会 広報・支援・評価室「読者の声」係
TEL：(03)3519-2361 FAX：(03)3519-2706
投稿原稿はこちら…patent-bosyuu@jpaa.or.jp

※500字程度で、氏名・年齢・職業・連絡先を明記の上、投稿ください。

※掲載の都合上一部を手直しすることがありますので予めご了承ください。