慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	先使用権制度の趣旨
Sub Title	Purpose of prior user rights
Author	麻生, 典(Aso, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.29 (2014. 4) ,p.233- 269
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140423-0233

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

先使用権制度の趣旨

麻　生　　典

一　はじめに
二　外国法との比較
三　従来の学説・判例の理論的検討
四　特許制度と先使用権
五　先使用権制度の趣旨
六　おわりに

一　はじめに

本稿は、我が国の特許法における先使用権制度（特許法79条）の趣旨を明らかにしようとするものである。

従来より、実務界では特許権に対する有力な抗弁権となることから、先使用権制度についての関心が高い。最近では、出願公開による諸外国への情報流出防止の観点から、発明を営業秘密として保護し先使用権制度の活用を促す動きも活発化している[1)]。

先使用権制度の趣旨については主に、経済的価値の破壊防止を目的とする経済説と、特許権者と先使用者との公平を図ることを目的とする公平説とが主張されてきた[2)]。また、沿革的には経済説から公平説に移行し、現在では公平説が通説であるとされている[3)]。最高裁判決においても「先使用権制度の趣

1）日本経済新聞2006年６月16日朝刊５頁。また、特許庁編『先使用権制度の円滑な活用に向けて―戦略的なノウハウの管理のために―』別冊NBL111号（商事法務、2006年）も参照。

旨が、主として特許権者と先使用権者との公平を図ることにあることに照らせば」と述べられるところである[4)]。そして、かかる公平説に基づき先使用権の客体的範囲、すなわち実施形式の変更、実施規模の拡大等の是非の解釈が行われている。

しかし、その両者の公平を図った結果としてなぜ先使用権制度が存在するのかは明らかではない[5)]。

例えば、公平説に立った場合、特許制度の存在理由との関係はどのように説明されるのであろうか。我が国では特許制度の存在理由につき、公開代償説や

2）公平説でも公平の根拠は論者により異なるが（その差異については水野武「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和61年度（法曹会、1989年）408頁等を参照）、特許権者と先使用者との公平に根拠を置く者が多数という状況であろう（森林稔「特許法における先使用権の成立要件」企業法研究175輯（1969年）13頁、播磨良承『工業所有権法Ⅰ』（法学書院、第３版、1975年）286、290頁、杉林信義「熔融アルミナ特許侵害排除と先使用権の成立要件」馬瀬古稀記念『判例特許侵害法』（発明協会、1983年）655頁以下、松尾和子「先使用による実施権の認められる範囲」馬瀬古稀記念『判例特許侵害法』（発明協会、1983年）671頁、飯田秀郷「先使用権(1)―発生要件事実」牧野利秋編『工業所有権法』［裁判実務大系九］（青林書院、1985年）302頁、紋谷暢男編『注釈特許法』（有斐閣、1986年）212頁［耳野皓三］、牧野利秋『知的財産権訴訟寸考』（東京布井出版、2002年）189頁（初出「特許法七九条にいう発明の実施である事業の準備の意義と先使用による通常実施権の範囲」内田傘壽記念『判例特許侵害法』（発明協会、1996年））、仙元隆一郎『特許法講義』（悠々社、第４版、2003年）208頁、経済的側面も併せ述べるものとして光石士郎『特許法詳説』（帝国地方行政学会、1967年）310頁、占有状態に先使用権の存在理由があるとしながら両者の公平を図るとするものとして盛岡一夫「先使用権の要件と範囲」東洋法学第30巻第１・２合併号（1987年）206頁等、両者の公平を図るのが我が国の有力説であると評価するものとして、富岡健一「先使用権の要件としての事業の準備について」特許管理36巻４号（1986年）426頁、吉田広志「先使用権の範囲に関する一考察」パテント56巻６号（2003年）62頁、村井麻衣子「判批」知的財産法政策学研究13号（2006年）222頁。

3）中山信弘編『注解特許法（上）』（青林書院、第３版、2000年）845頁［松本重敏＝美勢克彦］、美勢克彦「判批」特許判例百選（有斐閣、第３版、2004年）178頁、中山信弘＝小泉直樹編『新・注解特許法（上）』（青林書院、2011年）1248頁［森崎博之＝岡田誠］。経済説と公平説の区別の不適切性については、中山信弘『特許法』（弘文堂、第２版、2012年）491頁、拙稿「先使用権制度における経済説と公平説―経済説と公平説の区別の妥当性―」法学政治学論究81号（2009年）159頁以下。

発明奨励説が有力であるとされるが[6)7)]、新規発明公開の代償として特許権を与えるという公開代償説を採るとすれば、なぜ公開しない先使用者に権利を認めなければならないのか原理的な説明がなされなければならない[8)]。この立場からは、秘密裡の実施まで先使用権として保護することは好ましくないはずである。もちろん、公開代償説に立つとしても、秘密実施する者を保護しな

なお、我が国では、先使用権制度の趣旨につき、「公平」という表現と「衡平」という表現が混在して用いられている。しかし、それらの用語は概念的に異なるものである。例えば、「衡平」という観念は「個別化的正義」にほかならないとされ、「法はなによりもまず公平でなければならないから、一般化的正義をどこまでも原則としながら、ただ個別化的正義によってこれを補充するという形をとる」と説明される（団藤重光『法学の基礎』（有斐閣、第２版、2007年）227頁）。我が国の先使用権制度の趣旨においては、どのような意味で「公平」及び「衡平」という用語が使用されているのか、学説及び裁判例の記述では不明確な場合も多い。そこで、本稿では、学説及び裁判例の引用及び紹介においては、各学説及び裁判例で使用されている原語をそのまま使用することとする。なお、先使用権に関する我が国の裁判例で「衡平」という用語を用いているものはない。

一方、本稿でドイツ法及びフランス法の検討、そして私見として日本法における先使用権制度の趣旨検討を行う際には「衡平」という用語を使用する。なぜなら、ドイツ法で述べられる「Billigkeit」もフランス法で述べられる「équité」も法律用語としては「衡平」と訳されるものであり（我妻栄編『新法律学辞典』（有斐閣、新版、1977年）376頁、山口俊夫『フランス法辞典』（東京大学出版会、2003年）207頁）、それらの外国法の影響を受けた我が国でも本来的には「衡平」という表現を使用すべきであると考えられるからである。

ところで、我が国の知的財産法に関する判例においても、両用語の使用を見ることができる。例えば先使用権制度の趣旨における最高裁判決においては「特許権者と先使用権者との公平」（下線筆者）を図ることに先使用権制度の趣旨があるとされ（最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁）、均等論に関する最高裁判決では「特許出願の際に将来のあらゆる侵害態様を予想して明細書の特許請求の範囲を記載することは極めて困難であり、相手方において特許請求の範囲に記載された構成の一部を特許出願後に明らかとなった物質・技術等に置き換えることによって、特許権者による差止め等の権利行使を容易に免れることができるとすれば、社会一般の発明への意欲を減殺することとなり、発明の保護、奨励を通じて産業の発達に寄与するという特許法の目的に反するばかりでなく、社会正義に反し、衡平の理念にもとる結果となるのであって」（下線筆者）とされている（最判平成10年２月24日民集52巻１号113頁）。

最高裁で両用語の相違がどの程度意識されているかは明らかではない。両用語の使用法については知的財産法に関する判例のみならず、これまでのあらゆる最高裁判決を検討する必要があることから、ここでは指摘に留める。

いとまでは言い切れないが、特許制度が存在するにもかかわらず、それを利用することなく秘密実施していた者を先使用権者として保護しなければならないのか。そこで図られる特許権者と先使用者との公平とは何か。

一方で、特許権付与により投下資本の回収機会として独占利益を与え、これにより発明を動機づけ奨励するという発明奨励説に拠ると、発明者又はその承継人が独占排他権を得うる特許制度に魅力を感じなければ出願はしない。発明

4）最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁。この表現は先使用権の制度趣旨を述べているにもかかわらず「特許権者と先使用権者」となっている。先使用権制度の趣旨を述べるにあたり「先使用権者」としてしまっては、トートロジーの感を免れない。正確には「特許権者と先使用者」と表現すべきであったと思われる。そのため、本稿では本最高裁判決を直接引用する場合以外は、先使用者という用語を使用する。

5）三宅正雄『改正特許法雑感』（蕚工業所有権研究所出版部、1971年）301頁、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』（有斐閣、1971年）486頁、松尾・前掲注2）670頁、松本武彦「先使用権―特に『事業の準備』について―」知財管理50巻12号（2000年）1840頁、土肥一史「特許法における先使用権制度」日本工業所有権法学会年報26号（有斐閣、2002年）163頁。

6）渋谷達紀『特許法』（発明推進協会、2013年）９頁以下。

7）特許制度の存在理由についてはFritz Machlup and Edith Penrose, The Patent Controversy in the Nineteeth Century, The Journal of Economic History Vol. X, No. 1, May 1950, p. 1., F. Machlup, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, GRUR Ausl. 1961, 373ff., 473ff., 524ff., D. A. Was, Daseinsberechtigung und territoriale Wirkung des Patentschutzes, GRUR Ausl. 1965, 609ff., Wolf Müller, Ziele und Wege des Patentschutzes in Vergangenheit und Zukunft, GRUR 1965, 450ff., Friedrich-Karl Beier, Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und die sozialistische Konzeption des Erfinderrechts, GRUR Int. 1970 1 ff. 邦語文献として清水賢一郎「特許法を論ず」法学協会雑誌22巻６号（1904年）869頁、渋谷達紀「特許制度の経済的機能」石井先生追悼『商事法の諸問題』（有斐閣、1974年）201頁、播磨良承「―研究ノート―特許法の存在理由に関する研究」比較法政４号（1974年）73頁等を参照。

8）土肥・前掲注5）170頁。この点、公開代償説に立つとしても「発明をなした者にすべからく出願を強制する結果も好ましくない」と述べるものもあるが（中山・前掲注3）457頁）、出願した者に特許権を付与するという法制を採用した以上、「好ましくない」というだけで特許権者の利益を排してまで先使用権を認める必要性はないように思われる（このような疑問は、Gilles Chauveau, La copropriété des inventions brevetées en droit français, Thèse de Doctorat ; Université Panthéon-Assas (Paris 2), 1984, p. 94でも提示される）。

者又はその承継人の自由意思により出願した場合にだけ特許権が与えられる。とはいえ、先使用権は特許権に対する抗弁権として機能し、特許権者であっても発明から生じる利益を完全には享受できないこととなるのであるから、先使用権を認めることは発明の動機づけを促さない方向に働くであろう。そこで図られる特許権者と先使用者との公平とは何か。

このように特許制度の存在理由を公開代償説や発明奨励説に求めつつ、それでもなお先使用権制度を採用するというのであれば、先使用権の及ぶ範囲はより制限的に解釈されなければならないはずである[9)]。しかしながら、我が国ではその公平という観点を先使用権の範囲の拡大という場面に持ち込んでいる。公平説に立つことから先使用権者は実施規模を拡大しうるし[10)]、実施形式の変更も可能であると解されているのである[11)]。

特許制度の存在理由との整合性を抜きにしても、特許権者と先使用者との公平という概念はそれ自体曖昧さを含んでいる[12)]。例えば、先使用権は移転することができる（特許法94条１項）ため、当該先使用権が大企業に移転される可能性もありうる。この場合、大企業が中小企業の特許権に対して先使用権を有することとなり、自己の資本、ブランド力を通して生産ラインを拡大し、実質的には中小企業の特許権の効力を無に帰するおそれがある。このような場合でも特許権者と先使用者との公平が図られると言えるのであろうか[13)]。同様

9）Peter Dilger, Die Abgrenzung des Vorbenutzungsrechts vom Patentrecht bezüglich Voraussetzungen und Wirkungen, Diss. Gallen 1971, S. 24.

10）例えば、東京高判昭和41年９月29日民集23巻10号1796頁は「先使用権の制度は、……先願者と先考案者との保護の均衡等を計らんとして設けられたものであり、従って……その事業の範囲内においては、その事業の拡大強化等は当然にこれを為し得るものと解するのが相当」とする。学説でもこの判決は支持されている（吉藤幸朔著・熊谷健一補訂『特許法概説』（有斐閣、第13版、1998年）580頁、渋谷達紀『知的財産法講義Ⅰ』（有斐閣、第２版、2006年）345頁以下）。

11）最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁。

12）そもそも公平など考える余地もないとするものもある（三宅・前掲注5）302頁）。

13）そのような点を指摘するものとして、第一小委員会「企業経済活動の変化等と先使用権に関する考察」知財管理56巻７号（2006年）1019頁。

に実施形式の変更についても公平という観点を基にしては、その判断が曖昧になりかねない[14)]。

このように、特許権者と先使用者間の公平という観点から先使用権の及ぶ範囲が決せられることとなれば[15)]、先使用権制度の存在自体にも疑義が生じ兼ねないであろう。

既に、我が国特許法の母法であるドイツ法[16)]、ドイツ法に影響を与えていたフランス法[17)]、そして日本法において展開されてきた先使用権制度の趣旨[18)]を明らかにしてきた。その検討からは、各国における先使用権制度の趣旨説明が日本法におけるそれとは異なっていることが判明している。そして、我が国における経済説と公平説という区別が妥当ではないということも既に明らかとなっている[19)]。

そこで、そのような検討をふまえ、我が国の先使用権制度の趣旨をどのように捉えるべきか。外国法と比較検討を行い、特許制度の存在理由との関係をどのように捉え、現代的な先使用権制度をどう考えるべきか。それを検討するの

14）水野・前掲注2）407頁では、実施形式の変更は、経済説であれば認められにくく、公平説に立てば発明思想の範囲まで可能であるという考えに結びつきやすい旨が指摘されている。また、古くは廣瀬基『特許法実用解説』（共立社、1934年）76頁。裁判例においては「現に実施してきた形式ないし態様の範囲に限る趣旨であると解すべきであ」り、その理由を「両者相互の公平にも適合しないものというべきであるからである」（東京地判昭和49年４月８日無体集６巻１号104頁）として実施形式の変更を認めないとするものがある一方、実施形式の変更を認めないと「先使用者にとってあまりにも酷な結果を招来し、実用新案権者と先使用者との間の公平を欠くものといわなければならない」とするものもある（東京高判昭和50年５月27日判タ329号152頁）。

15）例えば、両者の公平（土肥教授は「衡平」という用語を使用しているが、「特許権者と先使用権との衡平」としていることからすると、「公平」の意味で「衡平」を使用しているようにも思われる）を多用するものとして土肥・前掲注5）159頁以下。

16）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（2008年）515頁以下。

17）拙稿「フランスにおける先使用権制度の趣旨」法学政治学論究79号（2008年）99頁以下。

18）拙稿「先使用権制度における経済説と公平説―経済説と公平説の区別の妥当性―」法学政治学論究81号（2009年）159頁以下。

19）同上。

が本稿の目的である。

二　外国法との比較

㈠　ドイツ法との比較

我が国の先使用権制度がドイツ法の影響を受けていることから、我が国の先使用権制度の趣旨の変遷及びドイツ法との比較については既に検討を行っている[20)]。しかし、我が国における先使用権制度の趣旨を明らかにするために、再度簡単に比較検討することが有用であろう。

1　ドイツにおける先使用権制度の趣旨[21)]

1877年ドイツ特許法の起草理由書と第七委員会報告書で示された先使用権制度の趣旨は、「正当な占有状態の保護」と、「誠実な事業者」及び「誠実な発明者」の「占有及び諸権利」の保護というものであり、当時の学説はそれを前提として先使用権制度を理解していた。そして、それらを保護する理由は、そのような権利を認めなければ先使用者に衡平でないからと説明された[22)]。

一方、ライヒ裁判所は当初先使用権制度を発明者保護の制度であると認識していたが[23)]、その後フランス法の影響を受けたコーラーの提唱した占有思想にその根拠を置き[24)]、1911年判決でそれを明確化した[25)]。その後、1928年判

20）同174頁以下。

21）詳しくは拙稿・前掲注16）515頁以下。

22）Motive eines Patentgesetzes, Bundesrath-Drucksache, 1877, Nr. 14, S. 21, Reichstag-Drucksache, 3. Legislateur=Periode, I. Session 1877, Nr. 8, S. 21, Bericht der Ⅶ. Kommission, betreffend den derselben zur Vorberathung überwiesenen Entwurf eines Patentgesetzes-Nr. 8. der Drucksachen-, Deutscher Reichstag Aktenstück Nr. 144, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 3. Legislatur=Periode, I. Session 1877, S. 401.

23）RG, Urt. v. 17/24. Oktober 1887, RGSt16, 414（415), RG, Urt. v. 11. Juni 1890, RGZ26, 64（65).

24）J. Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, Mannheim 1900, S. 470.

25）RG, Urt. v. 25. Februar 1911, RGZ75, 317.

決で「衡平原理」と「衡平考慮」という用語を用いて衡平理論が唱えられるも、衡平という法律要件としては存在しない概念を用いて先使用権の発生を抑制することには批判が加えられた[26)]。

1928年判決が示した「衡平原理」はライマーにより先使用権制度の趣旨に組み入れられた[27)]。その他にも、衡平原理という用語を先使用権の趣旨として組み込む学説が登場し、衡平原理は先使用権の趣旨として述べられるようになった。

しかし、現在の学説・判例はともに「衡平原理」という用語を用いつつ先使用権制度の趣旨を説明しているものの、その根幹にあるのは1911年判決で示された「先使用者の産業的占有状態の保護」であると評価できる[28)]。

26）RG, Urt. v. 15. Dezember 1928, RGZ123, 58. W. Kisch, JW1929, S. 1190, Arnold Seligsohn, Patentgesetz und gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 7. aufl., Berlin und Leipzig 1932, S. 175, H. Jsay, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 5. aufl., Berlin 1931, S. 300, Hans Schack, Fragen des Vorbenutzungsrechts, GRUR 1929, S. 636, Heinz-Richard Sattler, Das Vorbenutzungsrecht § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes, Diss. Köln 1936, S. 6, Dietrich Kurlbaum, Das Vorvenutzungsrecht, Diss., Borna-Leipzig 1933, S. 6, Carl=Gerd Bungard, Das vorbenutzungsrecht in § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes, Diss. Köln 1934, S. 11

27）Eduard Reimer, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 1.Bd., Berlin 1949, S. 330.

28）なお、ドイツにおいては2009年判決（BGH, Urt. v. 10. September. 2009, GRUR 2010, Heft3, 47, Rdn. 16.）においても、1963年判決（BGH, Urt. v. 21. Mai. 1963, BGHZ39, 389.）や1968年判決（BGH, Urt. v. 28. Mai. 1968, GRUR 1969, Heft1, 35.）、そして2001年判決（BGH, Urt. v. 13. November. 2001, GRUR 2002, Heft3, 231）を引用して先使用権制度の趣旨が述べられている（BGH, Urt. v. 10. September. 2009, GRUR 2010, Heft3, 47, Rdn. 16.）。これらを総合して衡平原理が先使用権の趣旨であるかのような記載をするものもあるが（Mes Peter, Patentgesetz, 3., neu bearbeitete Aufl., München 2011, §12 Rn. 1, S. 203, und Rn. 2, S. 203）、2009年判決も上記の判決を引用していることから、従来までの流れを受け継ぐものと考えられる。また、2009年判決においては少なくとも占有状態というのは衡平考慮（ここではBilligkeiterwägungという表現が用いられており、Billigkeitgründeという表現にはなっていないが、文脈からしてBilligkeiterwagungとBilligkeitgrundeは同義に用いられているようである）とが並列に扱われており、2009年判決が衡平原理を根拠としていると判断することは難しいと思われる。

2　衡平概念の継受

まず検討しなければならないのは、我が国の公平説の誕生におけるドイツ法の継受である。そもそも衡平という概念を我が国に輸入しようとした理由は、実施形式の変更等を認め先使用権制度の実効性を図るという点にあった[29)]。これは、設備の廃絶を防ぐという経済的観点のみ考慮すると、出願時の実施形式のみ保護すればよいという理論的帰結が導かれてしまうという不都合[30)]を解決するためであった。

我が国で最初に公平説を提唱したのは紋谷教授であるが、この説はドイツ法の影響を受けていた。ただし、ドイツにおいて述べられる「衡平」はあくまで先使用権の発生を否定するという観点から組み入れられた文言であり、先使用権の趣旨として通用しているのは1911年判決の法理であった[31)]。よって、ドイツにおいては衡平原理と述べてはいてもそれを趣旨段階に留め、先使用権の範囲を拡大するような客体的要件の判断には用いていない[32)]。紋谷教授はドイツ法を完全に模範としたわけではないであろうが、ドイツ学説・判例の流れ及び学説におけるライマーの位置づけを明確に意識して引用してはいないと思われる。もちろん、そこには「占有」という概念を無体物に用いるという構成を我が国で観念することへの躊躇があったのかもしれない[33)]。しかし、いずれにしても実体的要件の判断で先使用権の範囲が拡大するような場合にまで衡平概念を用いていることからすると、ドイツ法を完全に模範としたわけではないのであろう[34)]。

29）経済説では実施規模の拡大等は認められないという結論に至る可能性が高い（廣瀬・前掲注14）76頁）。

30）中山・前掲注3）『特許法』495頁。

31）RG, Urt. v. 25. Februar 1911, RGZ75, 317.また、注17）の拙稿参照。

32）E. Reimer, *supra note* 27, S. 314, Rudolf Busse, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz in der Fassung v. 18. 7. 1953, 2. Aufl., Berlin 1956, S. 179も衡平原理から解釈はしていない。

33）民法上の占有と異なる概念で知的財産への占有概念を構築するにしても、その是認には検討すべき点が多い。フランスの議論は我が国においても参考になろう（拙稿「フランスにおける知的財産と占有」法学研究86巻６号（2013年）103頁以下）。

そして、かかる学説を端緒として我が国の学説・判例は公平という観点から先使用権を説明するようになった。この衡平原理は充分な検討を欠いたまま我が国に紹介され、我が国はそれを基に公平とは何かについて検討を重ねてきたのである。

3　ドイツ法における先使用者の産業的占有状態の保護

(1)　我が国の経済的破壊防止のみに焦点を当てる経済説との比較

一方、経済的側面に焦点を当てる学説はドイツにおいても存在しており、また、我が国の学説もそれをほぼそのままの形で継受していた。ただし、ドイツでは単純に既に存在している経済的価値の破壊という側面にのみ着目するのでなく、先使用者を保護しないと衡平でない又は不当であると説明されていたが[35)]、我が国ではその面を意識してない学説も多く見られ、その意味ではドイツ法からの正当な継受又は完全な継受はなされていなかった[36)]。

この「先使用者の産業的占有状態の保護」という点に鑑みると、我が国における経済的破壊防止を目的とする経済説に近いようにも捉えられ、実際我が国の経済説と同様であると判断する者もいる[37)]。確かに、ドイツにおいて先使用者の産業的占有状態の保護は経済的側面を保護するものではある[38)]。

しかし、ドイツにおける先使用権制度の趣旨はあくまで産業的占有状態の保護であって、それによって間接的に経済的価値の保護が図られるにすぎない。1877年のライヒ特許法の起草理由書の「正当な占有状態の保護」という表現

34）拙稿・前掲注16）の文献を参照。2009年の判決においては「特許法12条の趣旨は個々の構成要件の特質（Tatbestandsmerkmale）の解釈の際に考慮されるべきものである」（BGH, Urt. v. 10. September. 2009, GRUR 2010, Heft3, 47, Rdn. 16.）とされるが、事案の当てはめにおいて衡平という観点から要件解釈を行っているわけではない。

35）拙稿・前掲注17）の文献を参照。

36）拙稿・前掲注18）177頁以下。

37）土肥・前掲注5）161頁。フランスではドイツの先使用権制度の趣旨を以前からの実施者が実施のために消費をなしたからと説明するものもある（François Magnin, Know-How et propriété industrielle, Libraires thecniques, 1974, n° 345, p. 190）。

38）例えば、RG, Urt. v. 25. Februar 1911, RGZ75, 317.

と、第七委員会報告書の「誠実な事業者」及び「誠実な発明者」の「占有及び諸権利」の保護という表現からすると[39]、そこに経済的価値の破壊防止は直接的には含まれていない。また、1911年のライヒ裁判所の判決及び2001年のドイツ連邦最高裁判所の判決[40] でも、産業的占有状態の保護と経済的価値の破壊防止の観点は別個に述べられている。よって、ドイツの先使用権制度の趣旨説明は、単純に我が国の経済的破壊防止を直接的に目的とする経済説と同義とは評価できないと思われる。

⑵　我が国で占有（状態）という文言を使用する学説との比較

一方で、経済的破壊防止のみに焦点を当てるわけではなく、占有という概念を用いて説明する学説・判例も我が国では存在していた。そのような学説は、古くは清瀬博士の学説に始まり[41]、我が国で経済説と評価される大審院の判決においても[42]、公平説と評価される学説[43]・裁判例[44] においても見受けられた[45]。これらはドイツ法における占有という概念又は占有状態の保護という概念を用いて検討していることから、ドイツ法の「先使用者の産業的占有状態の保護」に近い概念であると評価しうる。

ただし、経済的破壊防止に焦点を当てつつ占有状態の保護という理由を併せて述べる大審院判決もあれば[46]、国民経済保護と事業者保護の範囲内に占有状態保護という観念も含まれるとする学説[47]、公平説を前提に占有状態の保

39）Motive eines Patentgesetzes, *supra note* 22, S. 21, Bericht der Ⅶ. Kommission, *supra note* 22, S. 401.

40）RG, Urt. v. 25. Februar 1911, RGZ75, 317（318f.), BGH, Urt. v. 13. November. 2001, GRUR 2002, Heft3, 231（233).

41）清瀬一郎『工業所有権概論』（三書楼、1911年）74頁、同『特許法原理』（巌松堂、改訂再版、1929年）141、142頁。

42）大判昭和13年２月４日大民集17巻37頁。

43）森林・前掲注2）13頁、同「先使用権制度の存在理由」石黒・馬瀬還暦記念『工業所有権法の諸問題』（法律文化社、1972年）181頁。

44）大阪地判昭和42年７月10日下民集18巻７・８号789頁。

45）細かなニュアンスの違いは拙稿・前掲注18）159頁以下。

46）大判昭和13年２月４日大民集17巻37頁。

護と捉える学説も存在する[48]。その意味で、それぞれの占有状態の保護の位置づけには相違があり、ドイツ法と完全に同義と言えるものは存在していないと評価できるように思われる。

4　我が国の公平説とドイツ法における「衡平」の意味

2001年のドイツ連邦最高裁判所の判決では「法律は衡平原理に基づき、存在し又は既に作られた先使用権者の産業的占有状態を保護し、それと共に、特に法的に問題のない許容しうる方法において、創出された価値の衡平でない破壊を防ぎたいのである」と述べられている[49]。ここで「衡平」という用語が用いられているとはいえ、やはりここで述べられているのは衡平原理に基づいた「先使用者の産業的占有状態の保護」なのである。この判決における衡平原理が何を意味するものかは詳らかではないが、歴史的展開からすれば、ドイツにおいては衡平の観点よりも先使用者の産業的占有状態の保護という点に重きが置かれていると評価される[50]。

一方、我が国では公平の内容を探究しようという流れも見られることから[51]、その意味をドイツ法と比較検討しておく必要があろう。ドイツにおいて、衡平という文言は、基本的に[52]、先使用権を認めないと先使用者に対して「衡平でない」という文脈で用いられている[53]。その意味で、先使用権者と特許権者との公平という観点はドイツにおいては存在していない[54]。逆に、先使用者に対して公正を缺く又は公平でないとしてドイツ法同様の観点を掲げる学説も我が国では存在している[55]。その点では、我が国の一部の学説においては

47）平田慶吉「工業所有権における先使用権について」民商法雑誌11巻２号（1940年）198頁。

48）森林・前掲注2）13頁。

49）BGH, Urt. v. 13. November. 2001, GRUR 2002, Heft3, 231（233）.

50）拙稿・前掲注16）530頁以下。

51）拙稿・前掲注18）168頁以下。

52）ドイツ連邦最高裁の2001年判決では、占有状態の保護と経済的破壊を別意に捉えているようにも読め、衡平の観点は先使用者というよりも一般的な創出された価値に向けられているようにも読める（BGH, Urt. v. 13. November. 2001, GRUR 2002, Heft3, 231（233））。

ドイツ法における衡平観念が取り入れられていると評価できる。

5　小括

ドイツ法との比較からは、その趣旨について部分的に共通する観念を見いだすことはできるが、我が国においてはドイツ法と完全に一致した説明はなされていないと言えよう。

㈡　フランス法との比較

一方で、フランス法におけるいわゆる先使用権（人的先占有権）制度との関係では、我が国の先使用権制度の趣旨はどのように解されるのか。

1　フランスにおける先使用権（人的先占有権）制度の趣旨[56)]

フランス法における先使用権制度は19世紀前半からの破毀院によって確立されてきたが、フランスで先使用権制度の基礎とされる1849年破毀院判決[57)]で述べられた先使用権制度の存在理由は既得権の保護であった。それは学説でも踏襲され、学説においては衡平（équité）という説明も見受けられた。

しかし、学説では「既得権」「衡平」という用語を用いつつも先使用権制度の存在理由に対しては２つの理解があった。その１つが発明者保護であり、そ

53）Bericht der Ⅶ. Kommission, *supra note* 22, S. 401, Hermann Jsay, Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, Brelin 1903, S. 167, Paul Kent, Das Patentgesetz, 1. Bd., Berlin 1906, S. 539, Albert Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908, S. 104, Georg Klauer/Philipp Möhring, Patentgesetz vom 5. Mai 1936, Berlin 1937, S. 189, Wolfgang Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2. Aufl., München und Berlin 1963, S. 159f.

54）最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁。

55）平田・前掲注47）198頁、紋谷暢男「判批」ジュリスト323号（1965年）125頁。ただし、紋谷教授は「工業所有権者と先使用権者との公平」とも述べており（同126頁）、その公平概念は明確ではない。

56）詳しくは拙稿・前掲注17）99頁以下。

57）Cass., crim., 30 mars 1849, S. 1850. 1. 70.

の発想の根本にあったと思われるのが精神的所有権という観念である。その観念は先使用権制度に影響を与え、第一義的に発明を占有することとなる発明者は発明者の権利として先使用権という既得権を有するという発想がなされた。そして、このような発想は1968年の立法化の経緯からさらに強く主張された。

しかし、知的財産法典L.613条の７の文言上、発明者以外にも先使用権が認められるのであるから、このような説明だけでは完全には説明がつかない。そこで、有力説は発明者ではなく占有者の既得権という概念を用いて先使用権制度の趣旨を説明しているのである。なお、最近では人的先占有権は占有概念の発現であるとして民事的占有の観念の転用も検討されているが[58]、この検討は先使用権制度の趣旨としてはフランスにおいて充分な支持を得ているとは言い難い[59]。

このようにフランスでは先使用権制度の趣旨に既得権の保護という表現を用いつつもその見解に差異が存在している。そして、いずれの見解でも衡平の内容については明らかにされていない。

２　我が国の学説・判例とフランス法との比較

(1)　既得権の保護

このように、フランス法の発想は「ある者の既得権」に着目する発想である。そのような「人」に着目するという見解は、フランスの先使用権制度の原語たる人的先占有権（la possession personnelle antérieure）の「人的（personnelle）」という用語にも現れている。その意味で、フランスでは経済的価値の破壊防止という目的はほとんど考慮されていない[60]。

58）Anne Pelissier, Possession et meubles incorporels, Dalloz, 2001, nos 563 et s., p. 295 et s., Nicolas Binctin, Le capital intellectuel, Litec, 2007, nos 25 et s., pp. 34 et s., même auteur, Droit de la propriété intellectuelle, L.G.D.J., 2. édit., 2012, nos 568 et s., pp. 394 et s.

59）例えば、Frédéric Pollaud-Dulian, La propriété industrielle, Economica, 2011, n° 604, p. 329.

60）F. Magnin, *supra note* 37, n° 347, p. 192.

一方、我が国でも先使用権は既得権を認めるものであるという学説が存在した。明治42年法（明治42年法律第23号）下で既得権を認めるという学説は[61]、当時のドイツにそのような学説が存在しないことから、フランス法の影響を受けていると思われる。ただし、この見解は単に既得権の保護とするだけで、「人」に着目しているか明らかではない。

その意味でこの見解がフランス法と同一の見解であると評価することはできない。

⑵　発明者保護の観点

一方、我が国でも発明者に注目した学説[62]、発明者保護を趣旨とするような裁判例があった[63]。我が国で述べられる発明者に着目する見解は発明者の有する権利と捉えるのではなく[64]、発明には社会的価値があることから、それをなした発明者を保護するという視点である[65]。その意味でフランス法と同一と言える見解があるとまでは言えないであろう。

⑶　衡平の観点

フランスでは「衡平」の内容は詳らかではないため、日本法との比較は困難である。フランスにおいて、我が国で通説と評価される特許権者と先使用者との公平という観点は存在していない。

3　小括

フランス法との比較から、我が国ではフランス法の影響はドイツ法の影響よりも少ないとは言えよう。そしてドイツ法同様、フランス法と完全に同一と評価しうる学説・判例は我が国では見受けられない。

61）松本靜史『改正特許法要論』（三書楼、1911年）107頁。

62）服部敏夫『特許法要説』（技報堂、1966年）134頁、松本重敏・前掲注5）478頁、牧野・前掲注2）191頁。

63）東京高判昭和41年９月29日民集23巻10号1796頁。

64）これを発明者権と称するかは慎重な検討を要するであろう。

65）牧野・前掲注2）191頁。

㈢　小括

以上から明らかなように、我が国の先使用権制度の趣旨説明は外国法の影響を受けているにもかかわらず、ドイツ法・フランス法と比較して完全に同一の理論は見いだされない。さらに、我が国の特許権者と先使用者との公平を図るという観点は、ドイツ法・フランス法には存在していない。

では、我が国の先使用権制度の趣旨はどのように捉えるべきなのか。理論的課題の解決に加え、最近では我が国の技術流出防止という観点から先使用権制度を活用しようという動きもある。それゆえ、先使用権制度の趣旨を明確にするためには、それらの状況も踏まえた上で先使用権制度の存在意義を考えるべきであろう。

一方で、我が国の先使用権制度の趣旨に関する見解は混沌としている。そこで、まず従来まで検討されてきた先使用権制度の趣旨が抱える理論的問題の検討を行う。

三　従来の学説・判例の理論的検討

㈠　経済的側面

先使用権制度の趣旨として経済的設備等の荒廃防止が挙げられるが、現在我が国で経済的側面のみに焦点を当て先使用権制度の趣旨を説明するものはないようである。経済的価値の保護という側面のみでは先使用権制度の趣旨とならないことにつき、学説は大要以下のように述べている。

1　経済説側面強調への批判

①「特許法が直接国民経済的損失を防ぐ見地から事業或は事業設備の廃絶閉止を避けようとするのであれば、出願の際の事業者または事業の準備者だけを先使用権者として保護するばかりでなく……出願後出願公告前に実施の事業または事業の準備が始めて行なわれた場合にも何らかの保護の手段を講ずる筈のものである」[66) 67)]。

② 先使用権を国民経済的立場から見て好ましくない結果を引き起こさないために認めるというのであれば、対価を要求する中用権（特許法80条）との均衡を失する[68]。

③「先使用権制度を経済的必要性から論じるなら、先使用者の有する人的・物的事業設備の多寡、規模の大小が、先使用者に対する保護の有無を決定する要素とならざるを得ないが、発明には大小の程度の違い、性質の違い、実施のための設備の相違があるほか、先使用者が従前保有する、転用可能な設備の多少もありうる」としつつ、大審院判決が占有状態保護としたのは経済的側面だけでは解決できないことを示しているという批判がある[69]。

2 検討

果たして、これらの経済的側面にのみ焦点を当てることへの批判は妥当なものであろうか。

確かに出願後の実施等は先使用権では保護されず、そこで創出された経済的価値は破壊される。その意味で、現行法が出願時を基準としている以上、①の批判には理由がある。

一方、中用権との均衡を失するという②の理由はあまり的を射ていないと思われる。一般に、中用権が有償なのは先使用権と異なり公平の観点がないからであると説明される[70]。法定実施権のうち先使用権以外で無償であるものは、職務発明に基づく実施権（特許法35条）、存続期間満了後の抵触意匠の実施権（同81条）、いわゆる後用権（同176条）の３つである。

66）森林・前掲注43）176頁。

67）その他、播磨・前掲注2）286、290頁、田倉整ほか『特許侵害訴訟の実務―新工業所有権読本―』（通商産業調査会、1970年）88頁。

68）織田季明＝石川義雄『新特許法詳解』（日本発明新聞社、1972年）290頁。

69）杉林・前掲注2）656頁、松尾・前掲注2）668頁、木棚照一「判批」特許判例百選（有斐閣、第２版、1985年）175頁。

70）特許庁編『工業所有権法逐条解説』（発明協会、第19版、2008年）259頁、中山編・前掲注3）『注解特許法（上）』864頁［中山信弘］。

まず、職務発明の場合は、法政策上無償とされているにすぎないのであって[71]、公平の観点から無償とされているわけではない。一方、存続期間満了後の抵触意匠の実施権については、本来自由実施可能であったものであることから無償とされている[72]。そして、後用権の場合には、後用権が公平の見地から認められ、その趣旨が先使用権と類似していることから対価は無償とされている[73]。

しかし、そもそも、対価の有償、無償というのは果たして公平の観点から説明されるべきものであろうか。例えば、後用権が無効審判の結論を信じた者を保護するというのであれば、中用権であっても行政庁による処分を信じたという点では同じであろう。そこには、特許権が存在したことを信じたのか、特許権が存在しなかったことを信じたのかの差異しかない。

中用権は、本来存在しなかった権利に基づいてなした実施であり、そのような実施を継続するためには本来支払うべきであった実施料を支払うという観点から有償であると規定されているとも考えられようが、そうであるならば、後用権であっても本来は実施料を支払うはずであったのに無償とされている。本稿は、中用権、後用権の制度を探求するものではないことからこれ以上の検討は控えるが、結局有償、無償というのは公平を基準にしているわけではなく、職務発明の場合の通常実施権と同様、個別具体的な政策的観点に基づいているのではあるまいか。

以上より先使用権が経済的保護のみを目的とするものであれば先使用権が無償であることが中用権との均衡を失するというのは、的を射た批判とはならないように思われる。

さらに、③の批判は肯定し難い。経済的設備等を保護するのはその設備等を無駄にしないという趣旨からでるものであって、その設備等の大小は関係な

71）中山編・前掲注3）『注解特許法（上）』342頁［中山信弘］。

72）中山編・前掲注3）『注解特許法（上）』869頁［中山信弘］。

73）特許庁編・前掲注70）259、482頁。また、中山信弘編『注解特許法（下）』（青林書院、第3版、2000年）1666頁［青木康］。

い。その規模が小さくとも保護できればいいのであって、程度によっては保護しなくてもよいという判断にはならないはずである[74)]。

このように、経済的側面のみを先使用権の趣旨とすることに対する批判が存在しているが、現行法における説得的な理由づけとしては、①に掲げられる理由のみであろう。

一方で、経済的価値を先使用権制度が全く保護していないと評価することもできない。例えば、我が国の先使用権はその成立に実施を要求する。創出された経済的価値とは無関係に先使用権を認めるのであれば、究極的には、フランスの多数説のようにその成立要件として発明の実施等を求めなくともよいはずである[75)]。さらに、先使用権の移転には実施の事業とともにでなければ移転できないという制限も存在している。もちろん、先使用権制度が直接的に経済的価値を保護しようとする制度なのか、それとも、間接的に保護するにすぎない制度であるのかは検討する必要があろう。

3　我が国の経済説固有の問題点

ところで、我が国の経済的破壊防止を目的とするという経済説には、そもそも固有の問題が内在していると思われる。それは、「既存の」設備等の破壊防止という観点を重視しすぎている点である。このような解釈は既に存在する設備等さえ保護できれば先使用権制度の目的が達成されることから、その客体的範囲について発明範囲説ではなく実施形式説を採用するという結論に達する[76)]。しかし、我が国の経済説が影響を受けたドイツ法で述べられていた「先使用者の産業的占有状態の保護」という趣旨は、既存の、そこにある設備等だけを保

74）松本重敏・前掲注5）486頁。

75）森林・前掲注43）183頁では、準備等に「至らないものは果たして発明の占有者であるか明らかでないばかりでなく、これを保護することはいたずらに特許制度に混乱を招くことになる」とするが、前者は発明の占有概念をどのように捉えるかの検討が不可欠であり、後者の特許制度に混乱を招くという理由は何をもって混乱すると考えるのか不明である。

76）中山・前掲注3）『特許法』461頁。

護することを目的としているわけではない。そこに、そこから生じる将来的な事業は保護しないという意味が含まれているとは考えられないのである。そのため、既に存在している事業及び設備だけを保護すれば足りるという視点は、そもそも狭きに失した解釈であると評価できよう。

㈡　公平の観点

我が国では、公平を先使用権の根拠として用いる学説・判例が有力である。では、このような公平という概念から先使用権制度を説明する必要があるのか。そして、それを実体的要件に反映してよいのか。

1　公平概念自体の理論的脆弱性

公平という概念はそれ自体非常に曖昧なベールに包まれている。先使用権制度の趣旨で述べられる公平概念について、学説ではその説明を試みるものの、各論者により様々な差異が生じている。これは皮肉にも公平という観念が曖昧なものであることを示すものである[77]。まずは特許権者との利益調整という場面で語られる公平について検討する。

2　特許権者と発明者との公平

まずは特許権者と発明者との公平の観点である。この観点には、発明者は尊重されるべきという発想が根本にある[78]。確かに、特許法が発明者を保護するというのであれば、先使用権制度を発明者との公平という観点から説明することもできよう。しかし、我が国特許法１条の目的はあくまで「発明」の保護と利用が目的とされているのであって、発明者の保護は間接的に図られている

77）注14）の裁判例も参照。

78）この発想はドイツ法でも見受けられ（拙稿・前掲注18）522頁以下）、ダンメによる国民教師説（教示不要説）も発明者に着目するという点では同様であろう（Felix Damme, Das Wesen der Priorität im Patent- und Gebrauchsmusterrecht, das sog. Vorbenuzungsrecht und Artikel 4 des Unionsvertrages, GRUR 1904, S. 109., F. Damme und Richard Lutter, Das Deutsche Patentrecht, Berlin 1925, S. 416.）。

にすぎない。そして、我が国の先使用権制度の条文上、先使用権者となるためには発明者であることは要件とされていないのであるから、発明者以外の者が何故先使用権者として保護されるのかは説明できない[79)]。さらに、理論的帰結として、発明者保護のみが問題であれば、フランス法で検討されるように発明の実施要件は本来不要となるはずである[80)]。

一方、先使用権を発明者権の発現と捉えて先使用権制度の根拠としようと試みる学説も存在していたが[81)]、発明者権の発現と先使用権を捉えることは先使用権の発生が二重発明の場合に限定されるという解釈を前提とする必要があり[82)]、そのような解釈は我が国では採用困難であろう[83)]。

3　特許権者と先使用者との公平

特許権者と先使用者との公平を図るというのが我が国での多数説かつ判例の立場であった。このような概念を基礎に置いた解釈及び特許制度の存在理由との整合性との問題点については既に「一　はじめに」で指摘したところである。そのような理論的課題を目の当たりにすると、特許権者と先使用者との公平という概念は採用し難い。

なお、両者の公平が語られる場面では先使用者が保護されるのが公平である

79）古くは角田好太郎「特許発明の先使用に依る實施權に就て」特許と商標８巻12号（1939年）４頁。仙元隆一郎「判批」民商法雑誌61巻６号（1971年）964頁、滝井朋子「先使用権の範囲」企業法研究第238輯（1975年）15頁。松尾・前掲注2）670頁。

80）Paul Mathély, Le nouveau droit français des brevets d'invention, JNA, 1991, p. 299.

81）木棚照一「判批」判例評論312号（1985年）204頁、同「判批」発明84巻２号（1987年）88頁。

82）拙稿「先使用権の発生主体」法学政治学論究77号（2008年）161頁以下。

83）我が国特許法79条は二重発明を前提しているように読める。しかし、これは旧法（大正10年法）における「善意」要件を具体化したものであり、旧法と現行法に実質的な差異はなく（中山信弘「判批」法学協会雑誌87巻11・12号（1970年）1092頁以下等）、いわゆる冒認の場合にも先使用権は認められると解釈されている（中山・前掲注3）『特許法』491頁）。二重発明が典型例として想定されているとしても二重発明は要求されていないと解すべきである。

とはされるが、特許制度を利用した特許権者の保護が減じられることがなぜ公平であるのかまで語られることは少ない。この点、公然実施等の場合を考えれば特許権者が当然に先使用者の優位に立つとは言えないとした上で「先使用権制度は、他人の特許権が成立しなければ、当該技術思想（発明）を平穏に継続使用できた筈のものと、発明の公開を代償として独占権を取得したものとの利益を調整しているのであって、前述のとおり、特許権者側を先使用者に優先させて保護すべき理由がない以上、その指導理念が公平にあること自体は肯定せざるを得ないものと思われる」とする学説がある[84)]。

しかし、この見解では、結局、特許制度を利用した特許権者の保護がなぜ減ぜられるのか明らかでない。公然実施があれば特許権はそもそも取得できないのであるから、その場合には特許権者が優位に立つことはありえない。問題は秘密実施又は準備段階の場合であり、本学説が自ら「発明の公開の代償として独占権」を特許権者に与えるとしていることからすれば、秘密のまま保持し続けている先使用者に対して、特許権を得るために公開した者の利益が減じられる理由はないはずである。この点、当該論者は「発明につき特許出願しないことは非難に直結しない」と反論するかもしれないが、先使用者が非難されないからといって、特許権者にも同じく非難されるいわれはなく、公平の観点から特許権者の保護が減じられる理由ともならない[85)]。

4　先使用者に対する公平

これは出願者よりも前に同一の発明ないし考案をなし、又は他の公正な方法によってそれを知り、かつそのために工夫或は労力ないし資本を費やしてその事業又は事業設備を有している者を、他人に登録があった故を以て一朝にして

84）松尾・前掲注2）670頁。

85）スイスでは「戦争不安のような発明の有害な効果や濫用に関する危惧、又は発明を完全なものにする目的で故意に秘密保持する等の場合には」排他権を及ぼすことは「受け入れられないであろう」と述べる者もある（Rudolf E. Blum und Mario M. Pedrazzini, Das schweizerische Patentrecht, 2. Bd. 1959, Bern, S. 531）。当該論者は特許権者と先使用者の正当な利害調整の結果が先使用権だとする（S. 532）。

その出資を無益にさせることは「公平の原理」に反すると説明する説である[86]。特許権者の利益等について触れることなく、先使用者に先使用権を認めないと公平でないという文脈で公平概念を使用しており[87]、ドイツ法の影響を受けたものである。特許制度を利用しなかったとしても、いわゆる善意の先使用者からあらゆる権利を奪うことまでは公平でないという意味であろう[88]。

しかし、善意の先使用者からあらゆる権利を奪うことまでがなぜ公平でないのかは明らかではない。

5　占有状態の保護と公平

一方、我が国の公平説には、先使用者の占有状態を保護すべきだからと述べるものがあった。そこで述べられる占有状態保護の根拠は、「その発明の占有状態は、出願に係る発明からは何らの寄与も受けていないのであり、すでに生じている占有者の持つ発明の占有を後に特許権者が奪って自己の独占にしてしまことも許されないと考えられるから、特許発明の保護は右の他人による発明の占有状態によって制限をうけるべきである」というものである[89]。当該論者は別発明であることを前提としているが、同説の述べるところは別発明に限らず適用できるものであろう。

ただし、当該学説は、前提としては公平説に立つとしながら上述の引用部分では公平という用語は使用していない。それゆえ、当該論者は公平説に立つも、占有状態の保護と公平がどのような関係に立つのかは明らかでなく、ここに公平という観点を導入する意義があるかどうかは明らかではない。

86）紋谷・前掲注55）125頁。

87）盛岡一夫「先使用権とノウハウ」染野古稀『工業所有権―中心課題の解明』（勁草書房、1989年）175、176頁も公平を同じ意味で使用していると思われる。

88）既存の制度を利用しないからといって、あらゆる保護が否定されるわけではない。例えば、特許制度を利用しなくとも営業秘密として保護される可能性もあるし、婚姻という形式を選択しなくとも内縁法理によって一定の保護が受けられる。

89）森林・前掲注43）181頁。

6　考えられる公平概念

このように見てくると、特許権者との関係において述べられる公平概念（上記２、３）には理論的な問題が存在し、占有状態との関係（上記５）で述べられる公平概念は明確ではない。また、先使用者に権利行使を認めることは公平でないという観念（上記４）も、なぜそれが公平でないのかは明確ではない。

その意味で、公平という概念を前面に押し出して先使用権制度の趣旨を述べる必要があるかは疑問である。そして、そのような曖昧な概念を先使用権の範囲等の解釈まで及ぼすのは妥当でないように思われる。

㈢　不遡及原則

先使用権制度を不遡及原則の現れと捉える説がある[90)]。諸外国においても、その表現のいかんは別にして不遡及原則と同様の内容が述べられている[91)]。ただし、当該学説には、先使用権の範囲等をどのように解すればいいのか不明確であるという問題が残りうる[92)]。当該説では不遡及原則という観点だけでなく、外部的客観的事実の存在することをも考慮するとするが、これは逆に不遡及原則という観点のみでは先使用権制度を説明できないことを示しているように思われる。

㈣　先発明主義と先願主義（調和説）

調和説は、先使用権制度は先発明主義と先願主義との調和を図るものと考える説である。そもそも調和説では、なぜ両主義の調和を図る必要があるのかが明確でない。そもそも、先使用権制度は先願主義特有のものであろうか。先使用権の判断基準時も含めてここで検討する。

90）滝井・前掲注79）18頁。

91）Ferdinand Mainié, Nouveau traité des brevets d'invention, t. 1, Chevalier-Marescq, 1896, n° 1778, p. 750, Oscar Schanze, Die Befugniss des Vorbenutzers zur Fortbenutzung, GRUR 1896, S. 158.

92）滝井・前掲注79）19頁。

1　問題の所在

先使用権制度は、先願主義と先発明主義を採用していることと関係があるのであろうか。この点、内外問わず、アメリカの従来までの先発明主義と対比して、先願主義を採用するからこそ先使用権制度が存在するのであると説く文献が多い[93)]。最初に出願した者が権利を有するという状況が先願主義を採用すると生じることから、その是正のために先使用権が存在するとの説明がなされるのである。

しかし、我が国においては先使用権制度は先願主義特有のものではないという指摘が従来からなされてきた[94)]。その根拠としては、先発明主義を採用していた明治42年法の下でも先使用権制度が存在していたことや、先使用権制度の趣旨の捉え方によっては先発明主義の下でも先使用権制度が存在しうることによる[95)]。

2　先使用権成立のための基準時

権利帰属の基準時を発明時に置くのが先発明主義、出願時に置くのが先願主義である。では、これらの主義の下、先使用権発生の基準時をどこに置くのか。言い換えれば、先使用権発生の基準時を特許権の帰属と同じように、先願主義ならば出願時で、先発明主義ならば発明時で判断するか、という問題である。しかし、先発明主義を採用したからといって、必ずしも先使用権発生基準時を発明時と確定する必要はない[96)]。

アメリカでは、発明者主義を採用していた1839年の特許法７条において、出

93）F. Magnin, *supra note* 37, n° 344, p. 190, Jan Busche, Das Vorbenutzungsrecht im Rahmen des deutschen und europäischen Patentrechts, GRUR 1999, Heft8-9, 645, 松本重敏・前掲注5）482頁。

94）第二五回帝国議會衆議院特許法改正法律案外三件委員會第二回（明治42年３月９日）議録４頁、森林・前掲注43）180頁。

95）飯田・前掲注2）303頁、泉克幸「先発明者主義と先使用の抗弁」日本工業所有権法学会年報26号（有斐閣、2002年）177頁以下参照。

96）森林・前掲注43）177頁以下。

願時を基準として先使用権制度が規定されていた[97]。そして、1952年法でその規定が削除されて以来、先の発明者がトレードシークレットとして発明を使用していた場合に、後に他の発明者に特許権が発生したという状況で先使用権が発生するかが議論の対象となってきたのである[98]。また、1952年以降の議論から窺えるのは、アメリカにおいて先使用権の議論の対象となっている時点が、後の権利の成立時であることである[99]。一方、1999年の発明者保護法により先発明主義を維持しつつも、ステートストリートバンク判決[100]によってビジネスモデルが特許の対象となるとされたことにより、ビジネスモデルについて先使用権が認められた[101]。そこでは、先使用権発生の判断基準時は出願時とされている[102]。

97）そこでは、発明者が出願する前に新たに発明された機械等を生産していた者は発明者に対する責任を有することなく使用等する権利を有すると規定されていた（アメリカの先使用権制度の歴史については簡潔であるがKyla Harriel, Prior User Rights in a First-to-Invent Patent System: Why Not?, 36 IDEA 543, 547-50（1996）。条文については、同論文の注29を参照）。

98）例えば、先使用権を認めるべきでないとする論文としてFrank E. Robbins, The Rights of The First Inventor-Trade Secret User as Against Those of The Second Inventor-Patentee（Part. Ⅰ）61 J Pat.Off.Soc'y574（1979）。先使用権を認めるべきとするものとして、Karl F. Jorda, The Rights of The First Inventor-Trade Secret User as Against Those of The Second Inventor-Patentee（Part. Ⅱ）61 J Pat.Off.Soc'y574（1979）がある。なお、1976 Committee Reports of ABA Section of Patent, Trademark and Copyright Law 217-218では先使用権が認められるかが検討されていた。邦語文献として茶園成樹「米国における特許とトレード・シークレットの抵触について(1)」阪大法学40巻２号（1991年）47頁。最近の研究として武生昌士『先使用権の根拠論に関する比較法研究（英米法を中心に）』産業財産権研究推進事業（平成22-24年度）報告書；平成22年度（知的財産研究所、2012年）がある。

99）飯田・前掲注2）303頁。

100）State Street Bank and Trust v. Signature Financial Group. 149 F. 3d 1368（Fed. Cir. 1998）.

101）American Inventors Protection Act of 1999（Public Law 106-113, 113 Stat. 1501）.

102）現在では、出願日又は§102(b)の例外に該当する公表より１年以上前に商業的実施がなされている必要がある（35 USC,§273.(b)）。時期的要件だけに限れば、米国の先使用権の発生は我が国よりも制限されている。

そして、我が国でも明治42年法での先発明主義の下、「特許出願ノ際現ニ善意ニ帝国内ニ於テ其ノ発明ノ實施ノ事業ヲ為シ若ハ設備ヲ有スル者又ハ其ノ承継人ノ特許発明ノ實施」と規定し、出願時を先使用権の判断基準時としていたのである。

3　先使用権制度の存在可能性

このように先使用権制度は必ずしも先願主義特有の制度とは言えない。そもそも、特許権が帰属するための基準時と、先使用権が発生するための基準時は必ずしも同一である必要はない。例えば、先願主義を採用し公開時を基準として先使用権の帰属を判断しても問題なく[103]、あくまでそれは特許権の効力をどの程度減じるかという政策的判断である。

4　小括

以上の検討から、どちらの主義でも先使用権を構築しうるのであるから、両主義の調和を図ったのが先使用権であるという説明は成り立たないことになろう[104]。よって、調和説には理由がない。

㈤　その他の学説

1　既得権の保護

先使用権制度を既得権の保護と捉える学説は、明治42年法下において主張されていた学説であった[105]。しかし、その学説はフランス法と同じものであるとは判断できなかった。

このような見解には、本来、先使用権を人的権利と捉える色彩が色濃く残らざるをえない。すなわち、先使用権を既得権と構成する理論は先使用権を「ある者」の既得権として認めるという説明であり、その「人」に着目する側面が

103）中山・前掲注3）『特許法』458頁。
104）森林・前掲注43）180頁。木棚・前掲注69）175頁。
105）松本・前掲注61）107頁。

強い見解と評価できる。そして、このような見解は、出所表示機能等と有する商標についてはある程度妥当するように思われるが[106]、不遡及原則と同様に、その先使用権の範囲をどのように解すればいいのかという疑問が残る。また、条文上実施形式等になんらの制限もないフランス法においては単に既得権の保護と説明してしまうことも可能であるように思われるが、制限が存在する我が国では単に既得権の保護とするだけでは先使用権制度の趣旨としては充分ではないように思われる。

2　占有（状態）の保護

一方、占有状態の保護という理論は明治42年法下においても[107]、経済説と評される大審院判決においても[108]、公平説と評される裁判例・学説においても[109]、提唱されていた。このような見解には、果たしてこのような占有／占有状態という概念をそもそも我が国で採用することができるのか、さらに、採用することができたとして、どのようにその意味を解釈すべきであるかという問題が残っている。さらに、この概念を経済的側面、公平的側面との関係でどのように位置づけるかという問題も残存している。

3　発明の実施の促進

一方、先使用権制度を発明の実施の促進と捉える学説も存在する。この学説は、発明の公開と実施を特許制度の二本柱と捉え、公開した者（特許権者）だけでなく実施をしている者に一切保護を与えないとするとバランスに欠けるとするのである[110]。しかし、先使用権が実施を保護するとは言えても、実施を促進するとまで言えるかは疑問である[111]。そして、このような見解では、何

106）特許庁編・前掲注70）1392頁。
107）清瀬・前掲注41）『工業所有権概論』74頁。
108）大判昭和13年２月４日大民集17巻37頁。
109）大阪地判昭和42年７月10日下民集18巻７・８号789頁、森林・前掲注2）13頁。
110）吉田・前掲注2）61頁。
111）村井・前掲注2）225頁。

故先使用権にいわゆる善意要件が要求されるのかが説明できない。実施の促進が目的というのであれば、悪意の実施者による実施も産業の発達に資する可能性があるからである。

4　先使用者の保護

先使用権制度の趣旨を「産業の発達という公益に資する活動をしてきた先使用者」の保護と捉える学説もある[112)]。しかし、そのように解するとその先使用者のみを保護すれば足り、その権利の事業とともにする移転を認める理由を充分に説明できない。先使用権は事業と調和するものであって、先使用者を直接的に保護する制度ではない。

5　その他

その他、「特許出願前に善意の先使用者が形成していた既成事実や、その既成事実の自然の推移を将来にわたって保護することを目的としたもの」と端的に述べるものがある[113)]。これに対しては「既成事実」の保護という観点のみで特許権の効力の制限を十分に正当化できるのかは疑問であるという批判がある[114)]。先使用権という実施権の付与による特許権の制限は非常に重大なものであるため、特許法69条２項２号のような既成事実の保護という理由だけでは不十分である。また、先使用権の範囲が発明思想の範囲まで及ぶことに関しても、既成事実の自然の推移ということだけでは正当化できない。その意味で、当該理由のみでは趣旨説明としては不十分であろう。

112）鈴木英明「先使用権制度における公平説再考」日本知財学会誌８巻３号（2012年）95、99頁。

113）渋谷・前掲注10）342頁。ただし、同・前掲注6）『特許法』597頁以下においてはこのような記述はなく、改説した可能性もある。

114）愛知靖之「判批」判例評論572号（2006年）45頁。

㈥　小括

このように、我が国で提唱されてきた先使用権制度の趣旨については、それぞれ理論的課題を抱えている。それでは、我が国では先使用権制度の趣旨はどう考えるべきか。それを検討する前に、まず、先使用権と特許制度との関係に踏み込んでおこう。特許制度を利用しなかった先使用者をなぜ保護しなければならないのか。特許制度の存在理由と先使用権制度の目的は合目的的に解釈されなければならないはずだからである。

四　特許制度と先使用権

㈠　特許制度の存在理由

特許制度の存在理由に関しては従来から様々な議論がなされている。本稿はその存在理由を追究するものではないので、現在まで主張されてきた説と各説から見た先使用権制度の位置づけについて検討しておきたい。なお、先使用権制度についてはドイツ法及びフランス法を比較対象としていることから、それらを基礎に検討することとする[115)]。

これまで主張されてきた代表的な説を挙げれば、ⅰ）自然権説（Naturrechtstheorie / jusnaturalisme）又は所有権説（Eigentumstheorie）、ⅱ）報酬説（Belohnungstheorie /doctrine de la récompense）、ⅲ）奨励説（Anspornungstheorie）、ⅳ）契約説（Vertragstheorie）又は公開説（Offenbarungstheorie）である[116)]。まずは、これらの説を敷衍しておこう。

自然権説は発明者に彼の創造的な成果を帰属させるという説である。よって発明者の許可なきその思想の利用は「窃盗」となりうる[117)]。報酬説は発明者にその発明を公開することに対して、時間的に制限された排他的保護権を報酬

115）ただし、フランスにおいては先使用権制度と特許制度との関係について考慮している文献は見当たらない。ドイツについては、P. Dilger, *supra note* 9, S. 24を参照。

116）注7）の各文献参照。

117）W. Bernhardt, *supra note* 53, S. 1.

として認めるというものである。この2説は道徳的観点から検討される説である[118)]。一方、奨励説は発明者に特許という権利を与えて、発明から生じる利益を保持することによって、発明を奨励し、全体として技術の発達を促すという説である。公開説は特許化は発明者と一般公衆の代理人たる国の間の契約を意味し、発明者は時間的に制限された排他権を受領するが、発明を公開しなければならず、保護期間満了後は自由な使用を社会に許す義務を負うとする説である。我が国では公開代償説とも称されている。これらの説は上記2説に比べると、政策的な観点が強調されることになろう[119)]。

㈡　特許制度の存在理由と先使用権制度

では、これらの説と先使用権制度はどのような関係に立つのか。我が国の学説で特許制度の存在理由との関係で先使用権の存在理由を検討したものは見当たらない。先使用権の成立には公開を伴わないことから、報酬説と公開説の論者は、先使用者の利用を可能な限り制限するのに対して、自然権説の論者は、先使用者に可能な限り無制限の利用を認めるという方向となろう[120)]。

我が国では奨励説と公開説が有力である。この点については、我が国の先使用権者と特許権者との公平とする説との関係では「一　はじめに」で検討していたような問題が内在している。

一方、先使用権制度の趣旨としては様々なものが存在しているのであるから、それらと特許制度の存在理由を検討しておく必要があろう。

いわゆる経済説については、既存の設備等の廃絶防止を問題とするものであるから、その範囲の保護のみが問題とされ、特許権者の利益が害される範囲は限定されている。その意味で、特許権者に対してある程度の弊害は存在しても、奨励説・公開説ともに、先使用権制度と特許制度の存在理由との整合性は図られていると言えよう。

118）播磨・前掲注7）81、82頁。

119）播磨・前掲注7）82頁。

120）P. Dilger, *supra note* 9, S. 22.

一方、先使用者に公平でないという立場では、公開説に対しては秘密実施者からあらゆる権利を奪うことは公平でないとして、奨励説に対しては特許権の取得に対する動機づけは若干阻害されるとしても実施者からあらゆる権利を奪うのは公平ではないということとなろう。

そして、占有状態の保護という立場では、公開説、奨励説に立とうとも、特許権とは別個に産業的占有状態保護を保護すべきものとして先使用権制度を採用したということになろう。

他方で、法の一般原則に訴えかける理論、例えば、不遡及原則説、既得権説等では、奨励説、公開説のどちらの立場に立っても先使用権制度を説明することができよう。法の一般原則は、特許制度の存在とは別個に考慮すべき、法そのものに内在する利益であるからである。

このように、特許権者と先使用者との公平を図るという説以外は特許制度の存在理由との齟齬は生じない。

五　先使用権制度の趣旨

㈠　考慮すべき事項

以上のような検討を踏まえると、そもそも経済的価値の破壊防止を目的とする解釈は適切ではなく、公平という概念の使用も適切ではない。また、その他諸説もそれぞれ解決すべき理論的課題を抱えている。さらに、先使用権制度の趣旨を考える上では以下の点の考慮が必要である。

まず、経済的価値破壊の防止については、そもそも特許制度は経済的価値を破壊する可能性を包含するものであることを考慮に入れる必要がある。法が特許制度を採用した以上、たとえそこに経済的価値が構築されていたとしても、第一義的には特許制度を利用した産業の発達が優先される。それは、多大な経済的価値が生じていたとしても、差止請求権及びそれに伴う廃棄請求権（100条）が認められることからも明らかである。それゆえ、ただ経済的価値破壊を防止するというだけでは、特許制度の例外として保護するには至らない。先使

用権制度の採用によって間接的に経済的価値が保護されることはあっても、先使用権制度は経済的価値を直接的に保護するための制度ではない。

また、先使用者という「人」に着目する見解も妥当ではない。そのように解すると、究極的には、その先使用者のみを保護すれば足りることとなり、わざわざ権利として先使用権の成立を認めた上で、その権利の移転を事業とともに認める理由（特94条１項等）を充分に説明できない。先使用権制度は人と調和する制度ではなく事業と調和するものであって、先使用者を直接的に保護する制度ではない[121)]。

そして、先使用権制度においてはいわゆる善意要件が課されている。たとえ悪意の先使用者の実施であっても、その実施は産業の発達に資するという解釈も不可能ではないにもかかわらず、先使用者が善意であることが要求されていることには考慮が必要である。先使用権を「先使用者を保護しないと公平でない」と捉える立場からは、善意でない先使用者には対しては公平の観点から配慮する必要はないと説明することになる。しかし、先に述べたように、そもそも先使用権制度は直接的に「人」を保護する制度ではない。それゆえ、善意要件は「善意の先使用者」を保護しないと公平ではないという趣旨から導かれる要件ではないと解される。そうであるとすると、「善意」要件の説明としては、違法な行為（契約違反的なものも含む）や不正な意図に先使用権制度が助力する理由はなく、さらに、先使用権は発明に関する権限の譲渡すら必要とせずに発明の知得のみで発生するのであるから、いわゆる善意要件を求めないこととすれば、先使用権が乱立することにもなりかねない。いくら発明の実施が産業の発達に資すると言っても、そのような不正行為を先使用権制度が認めるならば、特許出願への意欲をも削ぐこととなり、結局は産業の発達に資さないこととなると説明することとなろう[122)]。

121）その意味で「人」に着目するアプローチはそもそも採用し難い。我が国の「特許権者と先使用権者の公平」という概念もそもそも「人」に着目するアプローチであり、採用することは困難である。

122）不正競争防止法２条１項４号以下においても、営業秘密の不正取得行為は禁止される。

以上の考慮を踏まえた上で、先使用権制度の趣旨はどのように捉えるべきか。

㈡　正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護

これまで検討してきた諸説についてはそれぞれ理論的課題が存在している旨を指摘したが、この点、先使用権制度の趣旨を「占有状態の保護」と捉える説に対する課題は下記のように解釈することでその理論的課題を解決できるように思われる。

すなわち、この占有状態とは、先使用者が発明の実施等を行っている状態を示すものであって、発明という無体物を占有しているといういわゆる発明占有なる概念とは異なる[123)]。さらに、占有状態の保護という概念は、先使用者が発明の実施等を行っている状態の保護を意味するものであって、経済説や公平説とは異なるものである。このように解釈すれば、上で指摘したような占有状態の保護という説明への理論的課題は克服できる。

そして、さらに、占有状態の保護という考えを先使用権制度の趣旨と考えることが、むしろ適切であると考えられる。

特許法が達成しようとする目的は、「産業の発達」（特許法１条）であり、先使用権制度もその目的に資するものとして規定されている。法は「占有状態の保護」を目的として先使用権制度の創設を認め、特許権と両立する形で産業の発達に資そうというのである[124)]。先使用者は確かに特許出願をして発明を公開するという選択をしなかったが、特許出願人が特許制度を利用する意思を示したと擬制される特許出願の際には既に発明の実施という「発明の利用」を通じて[125)]、特許法が目的とする「産業の発達」に資していた。つまり、このような状態を保護することによって、発明の保護及び利用を通じた産業の発達を特許

123）無体物の占有概念を持ち込むことに対して批判的見解として吉田・前掲注2）62頁。とはいえ、なぜ有体物に占有概念が限定されなければならないのかという原理的な説明はない。本稿は無体物の占有概念を否定するものではない（拙稿・前掲注33）103頁以下の議論も参照）。

124）先使用権制度も実施を通じて特許法の目的である産業の発達の一部に資するものである（蘆立順美「判批」法学63巻３号（1999年）166頁）。

権と先使用権の双方から指向する制度が、特許制度であると考えるべきである。

ただし、「占有状態の保護」というのは趣旨説明の用語としては不十分である。先使用権の成立には少なくとも実施の準備が必要であり、先使用権制度は個人的家庭的な実施ではない「産業的な」実施である事業によって生じている状態を保護するものである[126]。また、いわゆる善意要件が課されることから、その実施等は「正当な先使用者」によってなされる必要がある。以上のような観点に基づくと、我が国の先使用権制度の趣旨は「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護」であると解するのが適切であると考えられる[127][128]。特許法はその状態を保護することによって、「政策的に[129]」事業を継続せしめ、もって産業の発達に資することを目的としているのである[130]。

先使用権制度の趣旨を「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護」と捉えると、公開代償説や発明奨励説との関係についてもこれまで主張されてきた我が国の公平説より説明がつきやすい[131]。なぜなら、「正当な先

125）経済的破壊防止は、あくまで発明の保護及び利用を図ることにより、それを「媒介として」（傍点原文）なされる（森林稔「特許法における中用権制度の存在理由」企業法研究147輯（1967年）26頁）。なお、特許法１条が「特許発明の保護及び利用を図ることにより」とせず、単に「発明の保護及び利用を図ることにより」としていることからも、特許発明のみが産業の発達に資するわけではないことが想定されている。

126）すなわち、ドイツ同様（拙稿「ドイツにおける先使用権制度の主体的範囲」パテント66巻４号（2013年）80頁注168参照）、個人的家庭的実施では保護されない。

127）ドイツ法の先使用権制度の趣旨を衡平概念を除いた形で用い、より正確に表現したものである。

128）このような思考は、いわゆる中用権（特許法83条）、後用権（特許法176条）にも通じる。本文で述べたように対価の有無の相違は各制度の趣旨には影響がない。両制度共に「特許庁による行政処分を信頼した者によって創出された産業的占有状態の保護」と捉えることができよう。

なお、先使用権制度を、中用権制度、後用権制度と同じ視点から捉えることは珍しいことではない（清瀬・前掲注41）『特許法原理』141、142頁、安達祥三『特許法』［現代法學全集第32巻］（日本評論社、1920年）395頁）。また、フランスにおいてもいわゆる後用権が規定されていたが、現行法においては削除されている。そこでも、この規定は人的先占有権の一種とされていた（Christian Le Stanc, JCB, fasc.4620, n° 50.）。

129）播磨「判批」企業法研究180輯（1970年）39頁。

使用者によって創出された産業的占有状態の保護」という目的は、公開代償説に立脚しようと発明奨励説に立脚しようと両立しうるものであるからである。新規発明公開の代償として特許を付与するという立場において、特許制度を利用しなかった秘密実施者を保護することとなったとしても、それは特許権者と先使用者との公平を図ったものではないから、たとえ秘密裡であっても既に存在する事実状態を保護すべきものとして先使用権制度を採用したと説明することができる。また、発明奨励説に立った場合において、特許制度を利用しなかった秘密実施者を保護することとなったとしても、特許権者と先使用者との公平を図ったものではないため、特許権とは別個に産業的占有状態を保護すべきものとして先使用権制度が設けられたと説明できる。

また、特許権者と先使用者との公平の観点からは説明に窮する実施規模の拡大についても、特許権者の利益を考慮するわけではなく、産業的占有状態の保護が実施規模の拡大を阻害すると解釈する理由はないことから、実施規模の拡大は可能であると解釈できる。そして、実施形式の変更についても、実施形式の変更を認めないとする我が国の経済説の帰結は回避される[132)]。というのは、産業的占有状態の保護とは、産業的占有状態によって保持されている事業の将来的な実施形式の変更も含むものであると解することができるからである。そして、そのような客観的事実の存在は先使用権の範囲を確定するためにも有用なものであるといえる。

一方、先使用権発生の判断基準時は、特許権の効力をどの程度減じるかという問題であり、これは「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の

130）なお、このような先使用権制度の趣旨によっても先使用権の立証手法は従来と変わらない。「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護」は、実施や実施の準備という要件の解釈を変更するものではないからである。よって、準備の解釈の判断についても、これまでのように即時実施の意図が客観的に判断できれば足りる（最判昭和61年10月３日民集40巻６号1068頁）。

131）あくまで特許制度の存在理由との齟齬はないという意味であって、本稿は先使用権制度の趣旨を特許制度の存在理由から導こうとするものではない。

132）どの範囲で実施形式の変更を認めるかという問題はまた別の問題である。

保護」という趣旨から直接的に導かれるものではない。

そして、近年、他国への情報流出から知的財産を保護するために先使用権制度の活用を促す動きがある。このような状況は、先使用権制度が創設された段階では想定されていなかったが、そうした近年の先使用権制度の利用状況は、「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護」であると捉えれば、このような先使用権制度の活用方法はその趣旨に反するものではない。

六　おわりに

本稿の検討から導かれたことは以下の通りである。

我が国の先使用権制度の趣旨説明について、我が国の学説・判例はドイツ法の影響を受けていたにもかかわらずドイツ法と完全に同一の説明はなされず、フランス法の影響を受けていると思われる学説もあるが、それとも完全に同一な説明はなされていなかった。

そして、我が国がこれまでに提唱してきた学説を検討すると、各説ともに理論的に充分な説明はできず、先使用権制度の趣旨としては採用し難い。また、特許制度の存在理由との関係でも説明に窮する場面が存在する。それゆえ、我が国の先使用権制度の趣旨としては「正当な先使用者によって創出された産業的占有状態の保護」と解すべきである。このような趣旨説明を採用することにより、特許権者と先使用者との公平を図るとする公平説が抱える理論的問題も解決でき、特許制度との存在理由も矛盾なく説明することができる。

では、このような理解を前提とした上で、この趣旨が先使用権の各要件にどのように反映されるのか。先使用権制度の客体的範囲、主体的範囲を個別に検討していくことが今後の課題となる。