

ようこそ知的財産の世界へ

2011(平成 23)年 8 月作成

弁護士 武 部 悟

本稿は、筆者が長年北海道情報大学(非法学系大学)において講義してきた、知的財産入門のためのレジюмеに手を加え、当事務所 HP を訪問された皆様に知的財産の世界にご案内し、皆様及び企業の知的財産制度活用の資となることを目的とするものです。

知的財産権総論

1 知的財産権の基本原則

知的財産権とは，社会生活の文化的分野や産業上有用な情報をいうが，その有用性は，当該時代の文化生活や産業に大きく依存する。

(1) 日本の産業の変遷をみる

1970年代 鉄鋼

1980年代 半導体，ハイテク製品

現在 ものから情報へ

現在の我が国の競争力製品 アニメ，ゲームソフト

こうして現在では，技術，デザイン，ブランド，コンテンツ(音楽や映画)などの知的財産といわれる情報を本体とする分野の競争力強化が叫ばれることとなった。

(2) 「情報」と「もの」との違い

情報は，一度創作されたものの複製が容易であり，そのままでは稀少性(経済財の本質)を欠く。一方，有用な情報は，その成果開発には莫大な人的，物的，金銭的資源の投入をもってなされるが，そのままでは容易に複製されるため，これまでの所有権秩序(所有権によって支配される「もの」に関する市場法則)によっては，再生産のための資金回収が実現しないため，知的財産情報の再生産が確保されないことになる。知的財産の成果開発を促進するためのこれまでの「もの」に関するのとは異なる法的保護政策が必要となる。これに応えるのが知的財産法である。

(3) 知的財産権 情報の権利化

権利 人々の社会形成の関係は，法の世界では，権利と義務との関係として人々を結合する。

権利 一定の理由によって発生する個人の保護される利益

【例】生まれることにより発生 基本的人権

一定の行為や事実により発生する権利 民事上の権利

知的財産権(民事上の権利の一つ)

創作等の行為 著作権，不正競争防止法上の権利

発明・考案&特許庁への登録 特許権，実用新案権

デザイン等の創作&特許庁への登録 意匠権，商標権

(4) 特許庁 経済産業省の外局，産業財産権の登録その他知的財産関係の事務をつかさどる役所

(5) 知的財産法の基本原則

有意義な情報のコピーや模倣は，本来知的生物たる人間が文化リソースを享

有すべき「自由権」に属するはず。しかしすべての情報を模倣自由としたら技術の開発等の成果の回収が困難となり、技術等の開発自体が阻害される。このため、他人の模倣を許さず、これを権利として保護する必要が認められることは、上述のとおり。こうして、知識や情報が模倣自由な知識・情報と、法によって保護され、知識・模倣が禁止される情報とに分けられる。

2 我が国の知的財産制度の発展

(1) 江戸時代 鎖国と単純再生産による社会秩序の維持

新しい開発は、それ自体社会の平穩を乱すという考え方。

新技術禁止政策をとり、**流**とか **秘伝**などとして技術や方法が秘匿され、**拡布**されることを回避していた。広い道路を作らず、**橋**を架けさせず、人々の情報交換を遮断した。

【徳川吉宗 新規御法度】

一 呉服物、諸道具、書物は申すに及ばず、諸商売物、菓子類にても、新規に巧出し候事自今以降堅く停止たり。よん扱なき仔細これある者は訴出、ゆるしを受け仕出す可き事。

二 諸商物の内、古来の通りにて事済み候処、近年色品を替え、物数奇に仕出し候類は、追て吟味を遂げて停止申し付くべく候間、兼其旨心得べき事

(2) 明治維新

諸国の特許制度の紹介 福沢諭吉 「西洋事情」1867(慶応3)年

神田孝平 「西洋雑誌」1868(慶応4)年

立法 高橋是清 専売特許条例 1885(明治18)年公布

実用新案法 1905(明治38)年制定

意匠条例 1888(明治21)年公布

商標条例 1884(明治17)年制定

不正競争防止法 1934(昭和9)年制定

パリ条約批准の条件として市場の秩序維持が求められた

著作権 出版条例 1869(明治2)年、旧著作権法 1899(明治32)年制定、現行著作権法 1970(昭和45)年全面改定

3 知的財産権の概要

【特許権】

(1) 特許：自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なもの(特§2)

自然法則

- a 自然法則：万有引力，電磁力，熱，波動，物性，生物，微生物，自然の諸現象，etc
- b 自然法則でないもの：数学法則，人々の取り決め，社会慣行，因襲，etc
- c 特許となり得ないもの：自然法則自体(発見の対象)，自然法則の利用のない

もの ゲームの方法

- d 特許とすることに問題の多いもの：カーマーカー特許(数学法則自体?)，
ビジネスモデル特許(自然法則の利用といえるか?)，コンピュータプログラム
(自然法則の利用といえるか?)

技術的思想

課題解決のための合理的手段であって，反復可能性あること

創作

思想に独創性あること，創作であるから，自然法則自体の発見は特許となり得ない。

(2) 発明のカテゴリー

物の発明

方法の発明

物を生産する方法の発明(出発物質 処理 目的物質という経時的要素を含む)

(3) 登録される発明

産業上の利用可能性

産業的利用可能性あることで，単に芸術，学術的実験のみのものは含まない
人道上産業上の利用という価値判断から特許禁止とされるものとして医療
方法

キュリー夫人が拒絶査定を受けた発明として制御不完全な原子炉(不完全発
明，ブレーキのない自動車とどう違う?)

新規性と進歩性

a 新規性：同一性ある発明が社会に存在しないこと，すなわち公知(当該発明
の秘密を守るものを除く不特定人に知られていないこと，発明実施品同等の
ものが公知となっていて必ずしも公知性を失わない)，公用(一般人に知られ
うる状態で使用されていること)，刊行物記載のないこと

b 進歩性：当業者(one skilled at the art)において公知の技術から容易に想到
できないこと

(4) 先願主義と先発明主義

アメリカは永らく先発明主義を採っていたが，今般先願主義に変更し，主要
技術国において先発明主義は存在しなくなった。

(5) 自然権説とインセンティブ(incentive)論

万人の共有すべき自然法則の利用物が何故特許権として，特定人に独占させ
るのか?

- ・自然権説：全て新規なる思想にして，その発表が社会に有用なものを考案し
たものに原始的に帰属することは，人権の本質に由来する
- ・インセンティブ論：通常の技術水準より飛躍的に発展した成果物を公開した

代償として、社会がその水準に達するまでの期間、その独占権を認めることによって、成果開発のインセンティブを創出する立法技術に由来する権利

(6) 特許を受ける権利

発明者並びに発明者から特許を受ける権利を承継した者

職務発明(特許 § 35)

従業者等(使用者等の実質的指揮命令に従う者)がその性質上使用者等の業務に属し、その発明行為が、従業者等の現在又は過去の職務に属する発明

職務発明をした場合、特許を受ける権利は、発明者にあるが、使用者等は、発明に先立って、その出願をする権利を承継する契約ができる。職務発明で、使用者等がその特許を受けないときは、通常実施権を得る。

使用者等が職務発明に係る特許権を得たときは、発明者に相当の対価を払わなければならない。

【実用新案権】

(1) 実用新案：技術的創作のうち物品の形状、構造、組み合わせに係る考案（実 § 2, § 3）

(2) 特許庁の審査無く登録されるが、侵害差し止め請求などの権利行使をするには、特許庁の技術査定書の添付を要する

【意匠権】

物品の形状、模様もしくは色彩又はこれらの結合で、視覚を通じて美観を起こさせるもの（意 § 2）、デザイン

意匠権とは、技術的アイデア（特許、実用新案）と商標との中間的性格をもつ

【商標権】

(1) 商標：業として商品を生産、証明、譲渡する者がその商品、役務及び広告について使用するもの（商 § 2）

(2) 本質：指定商品・サービス(以下「商品等」という)に使用する出所識別標識市場に同種商品が多数存在する発展した市場の存在を前提とする権利

企業努力によった成果物（商品）を他商品と識別することにより出所表示機能、品質保証機能、広告的機能をもつ

出所表示機能 顧客吸引力(Good will)

品質保証機能 同一商標同一品質(顧客信頼度)

広告機能 商品・サービスの連想

このため法は、慣用や品質、産地、数量やありふれた氏名のほか、それ自体出所識別能力を欠く商標は登録できないものとしたうえ、慣用など上に掲げた商標も使用により出所識別能力を得たときは登録できることを定めている（ §

3 ,)

【不正競争防止法上の権利(市場の秩序維持)】

我が国では、職業選択の自由(憲法 § 22)を保障し、競争市場を確保する、すなわち、A の営業努力の結果、B 社の製品が売れなくなり、その結果 B 社の社員 C が失業したということは、何ら問題にならないというのが社会経済生活を行う基本原理とされる。

しかし、他人が営業努力によって取得した商品やサービスの標章の冒用、著名標章のただ乗りや汚染、売れ筋商品の形態の模倣、商品原産地や品質の偽表示、他人の顧客名簿などの営業秘密の不正取得・利用などを不正競争行為とし、これらの不正競争行為を、営業努力により顧客吸引力を取得した事業者のみならず、情報を誤らせ不当需要に陥らされた需用者にも被害を及ぼすものとして禁止する。これを逆に被侵害者の側から見ると、他人に行使されない権利と観念され、知的財産権となる。

【著作権】

(1) 著作物

思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属すもの(著作 § 2)

(2) 著作物の例

言語の著作物：小説，脚本，詩歌，俳句，講演，論文

音楽の著作物：楽曲，楽曲を伴う歌詞

舞踏，無言劇の著作物：舞踏，バレエ，ダンスの振り付け，

美術の著作物：絵画，版画，彫刻，舞台装置，美術工芸品，漫画

建築の著作物：美観を伴う建造物

地図，図形の著作物：地図，学術的図面，図表，模型

映画の著作物：映画，テレビ用映画，ビデオ・DVD ソフト，ゲームソフト

写真の著作物：写真，グラフィック

プログラムの著作物：コンピュータプログラム

(3) 著作権の保護の対象

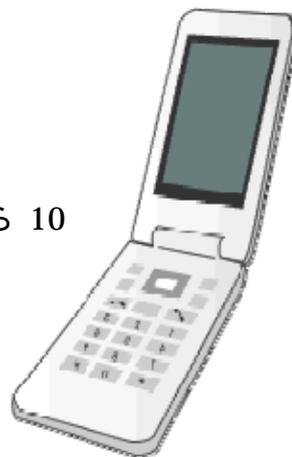
著作権は、表現を保護するものであって、その表現の背景をなすアイデアは保護しない。

【産業財産権の具体例】

従来工業所有権と概括呼称されていた特許権，実用新案権，意匠権，商標権は，Industrial property Law の訳語として正確を期すべきこと，産業は工業を含む広い生産活動をいい，その中心は工業から情報産業などの分野に移動している現実から「産業財産権」に呼称を変更した。

携帯電話を見ても，その背後には次のような産業財産権の存在が伺える。

液晶技術 特許権(出願から 20 年)
電話全体のデザイン 意匠権(登録から 15 年)
操作画面 部分意匠権
折り曲げ構造 実用新案権(出願から 10 年)
電話会社名, ハード制作社名 商標権(登録から 10
年・更新可)
着メロ 著作権(死後 50 年)



知的財産権侵害に対する損害論の構成

0 民法 § 709

(1) 原則 填補賠償

喪失利益と逸失利益

(2) 損害の範囲 相当因果関係論

「侵害が無ければ権利者が得たであろう」という相当因果関係のあるもの

(3) 立証責任は損害を主張する者にある

知的財産権の侵害を受けた者の被る損害の大半は得べかりし利益の喪失である。しかし、得べかりし利益の立証には困難が伴う、このため法は、知的財産権の侵害に対しての独自の推定規定を置いている。

1 主観的要件

特許権侵害行為に過失を推定 特許 § 103

軽過失については裁量減輕 § 102

（意匠，商標，新案，著作，不正競争防止）

2 特許 § 102 の損害額の算定に関する推定(1998年改正)

(1) § 102 の推定

(侵害組成物の譲渡個数) × (権利者の単位数量当たりの利益) を権利者の実質能力を超えない限度で損害と推定

譲渡数量に権利者が販売できないとする理由あるときは、これを控除する

(2) 侵害組成物の譲渡個数

特許 § 105 (書類の提出等)

(3) 単位数量当たりの利益

純利益説：利益 = 販売価額 - 売上原価 - 般管理費(設備，人件費，etc，ただし投下済みのものは控除しない 粗利益説)

粗利益説：利益 = 販売価格 - 売上原価(既に投下済みのものは控除しない
限界利益)

限界利益説：利益 = 販売価格

3 侵害利益額の推定 特許 § 102

(1) 侵害行為により得た利益を損害額と推定

1998年の法改正以前の判例傾向

特許権者が特許発明を実施していないときは、この推定は働かない

権利者が実施さえしていれば、この推定は殆ど覆されることはない(看做

規程の実質をもつ)

- (2) 侵害者が得た利益に関しても、純利益説(販売高 - 原価 - 一般管理費)、粗利益説(販売高 - 売上原価)、限界利益説(販売価格)が考えられる。

この場合は、権利者が侵害者の損益構造を立証することは困難 立証の緩和規定 限界利益説

権利者が最大限逸失する可能性のある粗利益が「利益」に当たり、その主張立証により権利者は同条1項の推定を受ける(権利者側の限界利益説)

権利者の逸失利益額の推定は専ら同条1項の問題。2項は侵害者の利益を掃き出させる規定 侵害者に必要な追加的費用は控除する(侵害者側の限界利益説)

権利者側の限界利益で推定する(項)か、侵害者側の限界利益で推定する(項)かは、2項推定の要件としても、権利者の実施を必要とする。

4 相当な対価額の賠償 §102

その特許発明の実施に対し、受くべき金銭の額に相当する額の金銭を損害額とする。

権利者の実施を要件としない規定

権利者の市場支配権を保全する規定(規範的規定)

1998年法改正は、それまでの「通常の」実施に対して...の「通常」を削除した賠償額を定めるに、必ずしも「相場」に拘束されないとの趣旨である。

知的財産権の利用・知財戦略という考え方

知的財産権の力：禁止権 差し止め請求権，損害賠償請求権

考えるべきことは，産業を活発化するための権利行使，これを知的財産戦略という

1 フリー討論 こんな相談を受けたなら？



『札幌ドーム外観の写真、販売中止に 業者側は反発』(北海道新聞より)

札幌の写真撮影会社が札幌ドーム(札幌市豊平区)の外観を撮影し、カードやはがきにして販売したところ、ドーム側から「著作権を侵害する」とクレームが付き、事実上、販売中止に追い込まれたとの報道があった。会社側は「旧道庁や時計台の外観写真の利用は自由なのに、納得できない」とし、撮影についてルールづくりを求めてゆく構えだ。

この会社が2001年9月、ドームを上空から撮影した写真を、卸売業者がはがきや立体3Dカードに加工、豊平区内のスーパー内で販売した。

9月末にドーム側から「相談なしに売るのはいかがか」と指摘があり、卸業者は、その日のうちに回収。納得いかない同社はドームと話し合ったが、物別れに終わった。

同社は「公共施設とも言えるドームの外観がなぜ著作権保護の対象となるのか。もし、著作権を主張するなら、写真撮影の対象範囲や著作権利用料についてきちんとした基準を設けるべきだ」と話す。

これに対し、ドーム側は「細かい規定がないのは事実。ただ、市と設計者にはドームに建築物としての著作権があると認識しており、勝手に商業利用するのは問題。遠景ならともかく、ドームが中心になっており看過できない」(札幌ドーム総務部長)と譲らない。

外観の写真撮影について、許可や使用料を取り決めている施設もあるが、東京ディズニーランドなど民間が大半。札幌ドームと同様に第三セクターが運営する大阪ドームは、「準公共施設なので著作権はない」と外観の写真撮影や販売について規制していない。

日本弁護士連合会知的所有権委員会の寒河江孝允委員長(東京)は「建物の著作権については判例も少なく、見解が分かれるところ。大阪万博の太陽の塔のように高度な美術的価値がある場合は著作権の対象になるが、札幌ドームがそれに該当するか一概に言えない。営業目的で写真を利用した場合の互いの利害を明らかにして、当事者同士で解決するのが現実的ではないか」と話している。
(北海道新聞 2001年12月28日朝刊)

(1) 建築の著作物の複製と言えるか

- (2) 専ら札幌ドームの写真をドームとは無関係の者が営利目的で絵はがきにしてもよいか(フリーライド)
- (3) 最も良い解決方法は?

2 立法戦略 (国際用尽の例外)

我が国内制作のCDについて, 譲渡権の国際消尽を部分的に廃止した立法政策として, 著作権法 § 113 (cf § 26 の 2 iv)

結果として内国民に高いCDを買わせることとなることを可とする立法事実は存在したか?

(注) 国際用尽の例外 (§ 113 V)

国内において頒布することを目的とする商業用レコードと同一商業用レコードであって, 専ら国外において頒布することを目的とする商業用レコードを事情を知らずながら国内頒布の目的で輸入, 頒布, 所持すること。

権利者の利益
 $P_j \times X_j + P_f \times X_f$ (国際用尽しない)
 $P \times X_j + P_f \times X_f$ (国際用尽する)
 $(P_j - P) \times X_j$ の損失

Fig7

不正競争防止法上の権利

1 商品等主体混同行為の禁止(不競 § 2)

(1) 周知表示の保護

周知性ある他人の商品等表示(商号, 商標, 標章, 商品の容器・包装その他の商品・営業を表示するもの)として需要者の間に広く認識されているものと同一若しくは類似の商品等表示を使用し、又はその商品等表示を使用した商品を譲渡, 引き渡し, 譲渡若しくは引き渡しのための展示, 輸出, 輸入, 電気通信回線を通じて提供し, 他人の商品又は営業と混同を生じさせる行為

周知性の範囲と程度: 競争関係にある相対的範囲

混同のおそれ: その商品等の出所に関する狭義の混同

適用除外: 普通名称・慣用表示, 先使用(周知となる以前よりの使用)

(2) 他人の著名な商品等表示(不競 § 2)

自己の商品等表示として他人の著名な商品等表示と同一若しくは類似のものを使用し, 又はその商品等表示を使用した商品を譲渡, 引き渡し, 譲渡若しくは引き渡しのための展示, 輸出, 輸入, 電気通信回線を通じて提供する行為

著名性の範囲: 全国的 or 認識の程度の高い地域的範囲

混同のおそれ: 広義混同(ダイリューション, ポリューションの防止)

2 市場先行利益の保護

他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡, 引き渡し, 譲渡若しくは引き渡しのための展示, 輸出, 輸入する行為(不競 § 2)

法の趣旨: 商品形態デッドコピーの禁止

適用除外: 商品の機能を確保するために不可欠な形態(不競 § 2), 善意・無重過失で取得, 善意・無重過失者からの取得物(不競 § 19 口), 市場におかれて3年経過(不競 § 19 イ)している

3 ノウハウとトレードシークレット(不競 § 2 ~)

【用語】a ノウハウ: 単独又は結合して, 工業目的に役立つある種の技術を完成し, またそれを実際に応用するために必要な秘密の技術的知識と経験, またはそれらの集積をいう(国際商業会議所, 1960年)

b トレードシークレット: 技術的知識であるノウハウの他に顧客名簿などの営業上の秘密も併せた概念

(1) 営業秘密の要件

秘密として管理されていること

秘密の認識可能性 + 管理者の配置, 施錠, パスワード等によるアクセス排

除，営業秘密保持契約締結したのみでは不十分

生産方法，販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の有用な情報であること

「有用な」とは，失敗したデータなど(次の開発等のための資料として重要である)ではなく，法的保護に値しない不法・不正な情報(例えば内部告発の対象)でないことをいう

公然と知られていないこと

一般的，容易な方法では入手できないこと

(2) 不正取得行為

窃取，詐取，脅迫その他不正手段により営業秘密を取得する行為(以下「不正取得行為」という)，不正取得した営業秘密を使用，開示する行為(不競 § 2)

不正取得の介在に関して悪意又は重過失により，その営業秘密を取得，使用，開示する行為(不競 § 2)

取得後，不正取得の介在に関して悪意・重過失となった後のその営業秘密を使用，開示する行為(不競 § 2)

営業秘密を保有する事業者(保有者)からその営業秘密を示された場合において，不正の利益を得る又は保有者に損害を加える目的(以下「図利加害目的」という)で，その営業秘密を使用し，又は開示する行為(不競 § 2)

不正開示行為(適法に開示された営業秘密の図利加害目的での開示，守秘義務に違反した開示)であること若しくは不正開示行為が介在したことに関して悪意重過失をもって，その営業秘密を取得，又は取得した営業秘密の使用・開示行為(不競 § 2)

取得後，不正開示行為の介在に関して悪意重過失となった後のその営業秘密を使用，開示する行為(不競 § 2)

(3) 適用除外

ノウハウ開示前からもっていた情報

一般的に知られるにいたった情報

不正取得・不正開示に関する善意・無重過失にて取得した情報，善意・無重過失者からの取得(§ 191)

(2) ， の場合における取得行為によって得られた権原内の行為

(4) 営業秘密保有者から適法に開示を受けた者の上記(3) の秘密保持義務(不競 § 2)が適用されるのは，雇用契約上の職務精励義務を負う従業員，競業禁止義務とか法令・契約等によって退職後の秘密保持義務を負う場合のみに適用される規定(退職後の従業員，退職後の役員等の職業選択の自由との調和による制限)

(5) 営業秘密契約

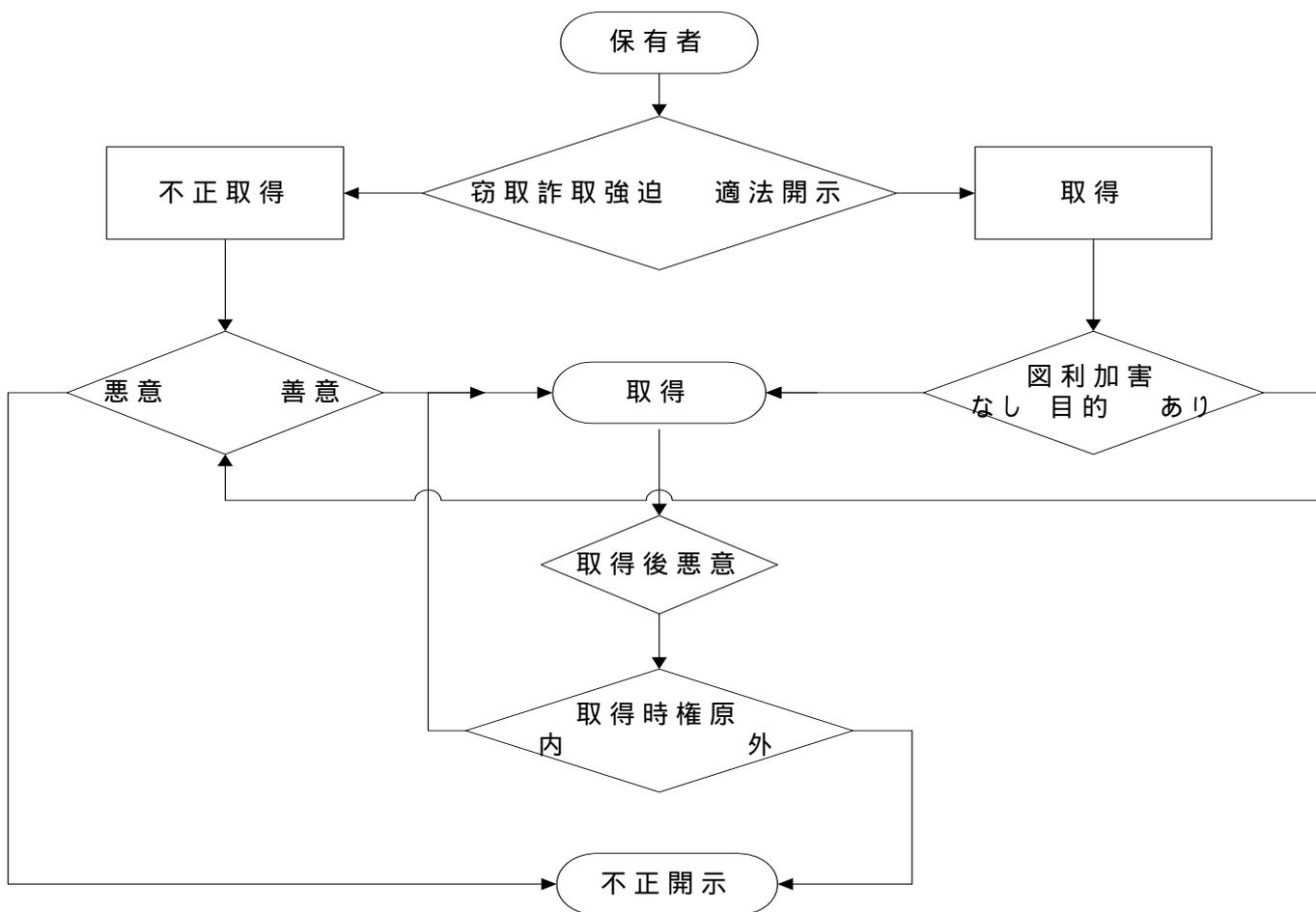
ノウハウの帰属，業務提携契約終了後の使用・開示の禁止，ノウハウ開示前からもっていた情報等に関する契約

4 営業秘密取得のフローチャート

不正競争防止法 § 2 ~ , § 19 適用フローチャート

(注) 不正取得行為は，窃取・詐取・強迫その他不正な手段による取得をいう

善意は，不正取得及び図利加害目的の存在に関する善意・無重過失をいい，悪意は，同事項に関する悪意・重過失善意をいう



5 その他不正競争行為

(1) 技術的制限手段の無効化(不競 § 2 ,)

他人が営業上の技術的手段により制限している映像，音，プログラムの視聴，実行，記録を可能とする装置等の譲渡等の行為

他人が特定人以外の視聴等を禁止している場合は，その特定人以外者への譲渡

等

- (2) ドメイン名の不正取得(同 § 2)
 図利加害の目的で他人の商品・役務を表示する商品等表示と同一・類似のドメイン名を取得，保有，使用する行為
- (3) 原産地等誤認惹起行為(同 § 2)
 商品・役務に用いる広告，取引書類，通信にその商品等の原産地，品質，内容，製造方法，用途，数量について誤認させるような表示，表示商品の譲渡等の行為
- (4) 営業信用毀損行為(同 § 2)
 競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知，流布する行為

著 作 権

- 1 著作権の取得 創作により当然権利を取得する
 - (1) ベルヌ条約 同盟国に所属する者は自国民と同等の待遇を受ける。
無方式主義
方式主義(アメリカ, 南米諸国)
 - (2) 万国著作権条約(Universal Copyright Convention): 著作物に©マーク, 発行年度, 著作者名を表示することで方式主義国の著作権を取得する。
- 2 著作物(§2) 思想又は感情を創作的に表現したものであって, 文芸, 学術, 美術又は音楽の範囲に属するもの
 - (1) 思想又は感情
事実のデータ (Feist 事件 Sweat of the brow 理論の否定)
思想感情といえないもの 船符証券事件 手形のフォーム
 - (2) 創作 他人の著作物に依拠しないこと(表現の部分に創作性が認められること)
 - (3) 表現 保護の対象は表現であってその背景をなすアイデアに及ばない。
 - (4) 文芸, 学術, 美術, 音楽 文化的創作であることの例示(cf 意匠 §3 工業上利用することができるデザイン)
- 3 著作物性が問題となる著作物
 - (1) 美術工芸品(§2), 応用美術品(量産される生産品の図案等美術上の技法やセンスを応用したもの)
社会通念上美術的創作としての性質が認められるか否かが意匠(デザイン)との境界
 - (2) 建築の著作物(§10 , §46)
間取りその他機能から派生する形 アイデアあるいは思想・感情の創作のカテゴリー外 建物の著作物は, その実用的機能を超えた美術的建築物ということになる。
 - (3) プログラムの著作物
アイデアと表現 リバースエンジニアリング(アイデアの借用であり, 思想感情の創作とはならない, 日米摩擦)
 - (4) キャラクター
キャラクターの模写は, 画風とか傾向とかのアイデアの借用にしかたならないのではないかと疑問もあるが, 判例は, 原画と複製物との完全な一致がなくとも一見して原画に表現された容貌, 姿態, 性格等の本質的特徴が表現されておれば著作物の複製となる, と解している。

- (5) 2次的著作物 (§ 2) 翻訳, 翻案, 編曲, 変形
 原著物に依拠して, 創作された派生的著作物
 「ロミオとジュリエット」と「ウエストサイドストーリー」, 「リヤ王」と「乱」,
 「7人の侍」と「荒野の7人」は, 複製か翻案か完全な創作か境界事例
- (6) 編集著作物 (§ 12) 素材の選択又は配列に創作性を有するもの
 先発者の編集著作物の選択・配列を侵害しない限り, 競合商品を作るため,
 先行者の編集著作物から事実を取り出すことは自由
 Sweat of the brow の理論の否定 Feist 事件判決(1991年), しかしその理論の重要性が指摘されている

4 著作者

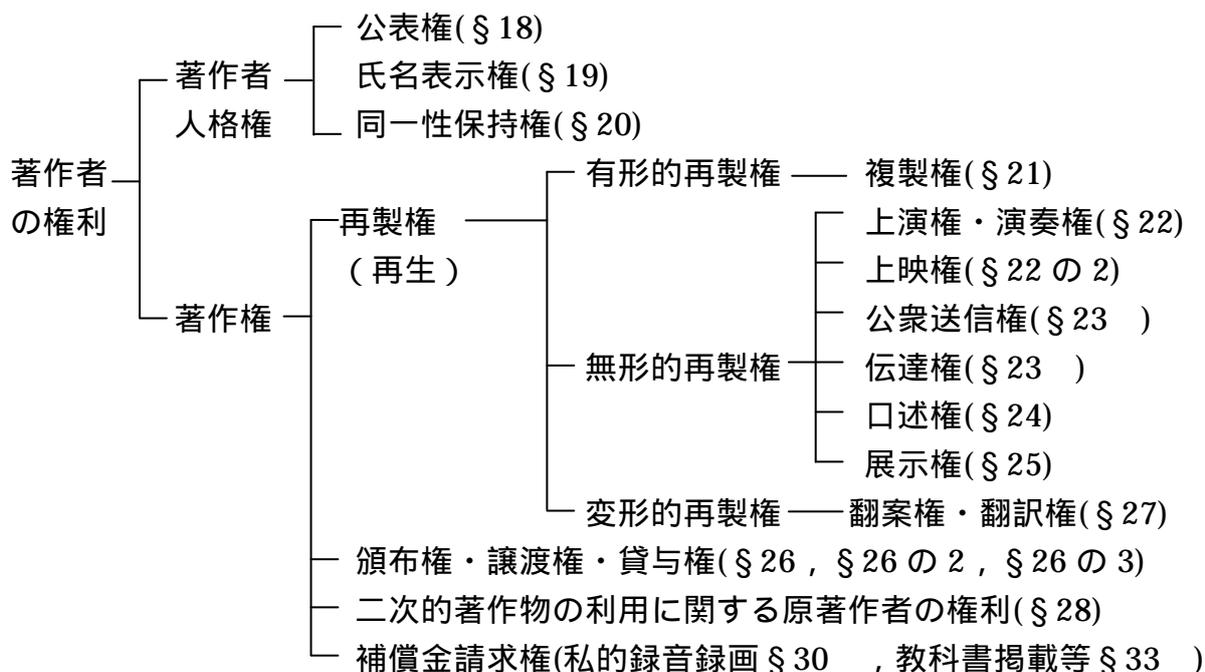
創作をした者: 例 ゴーストライター, 未公開著作の著作者

法人著作: 就業規則等に定めなし, 法人の発案, その業務に従事, 職務上の作成,
法人名で公表 (プログラム著作物については法人名公表不要) 法人著作

映画の著作物(二次的著作物, § 16): 映画制作に参加契約あるときは映画制作者が著作権者

Cf 特許権: 発明をした者が特許を受ける権利を取得する (特許 § 29)
従業者の発明: 職務発明以外の発明に関し, 予め特許を受ける権利を法人等が承継する旨の契約, 規則等は無効

5 著作権の種類 (土肥一史「知的財産法入門」平成 18年 256頁)



(1) 複製権 (§ 21)

原著物に依拠して実質的に同一な著作物を作成すること（写真，複写，録音，録画，模型，etc）

演劇用著作物の上演を録画録音すること，放送物を録画録音することも複製に当たる

建築の著作物を図面に従って建築物を完成することも複製（§2 ㊦）

〔注〕以下(2)～(9)の行為は公衆(不特定または多数)に対して行う場合に限る

(2) 上演権・演奏権（§22）

著作物を公衆に直接見せたり聞かせたりするため上演したり演奏すること，上演や演奏を録音録画したものを再生することも含む（§2 ㊦）

(3) 上映権（§22の2）

著作物を公にスクリーンやディスプレイ画面上に映写すること

(4) 公衆送信権・送信可能化権・伝達権（§23）

著作物を公衆送信（可能化を含む）すること及び公衆送信される著作物を受信装置を用いて公に伝達すること

(5) 口述権（§24）

言語の著作物を口頭で伝達する権利

録音録画されたものを再生することを含む

(6) 展示権（§25）

美術の著作物，未だ発行されていない写真の著作物を，これらの原作品によって公に展示する権利

(7) 頒布権（§26）

A 映画の著作物をその複製物により公衆に頒布（公衆に譲渡又は貸与）する権利

映画の著作物を公衆に提示することを目的として，その複製物を譲渡，貸与する権利（§26 ㊦）

映画の著作物において複製されているその著作物を当該映画の著作物の複製物により頒布する権利（§26 ㊦）（例）サウンドトラック版レコード

B 中古ゲームと頒布権（権利用尽論）

映画の著作物と用尽論 §26の2(用尽)の適用無し。

映画の著作物の配給権の確保 映画の著作物の複製著作物については，これらの著作物を公衆に提示することを目的とした譲渡又は貸与(§2 xix)を含む

C 中古ゲームソフトの販売は禁止されるか？

最判平成14・4・25 公衆に提示することを目的としない家庭用テレビゲーム機に用いられる映画の著作物の複製物の譲渡に関する権利は，…消尽し…

(8) 譲渡権（§26の2）

映画の著作物以外の著作物をその原作品又は複製物の譲渡により公衆に提供する権利（§26の2）

適法に市場におかれた複製物等は権利が用尽する（§26の2～）。

外国で適法に市場に置かれた複製物等はその複製物が我が国に輸入され、国内で公衆に譲渡されても、譲渡権は及ばない（国際用尽，§26の2）。

用尽していない著作物の複製等の譲渡を受けた者が善意無過失のときはその後の譲渡にも用尽する（§113の2）。

(9) 貸与権（§26の3）

映画の著作物を除く他の著作物を、その複製物の貸与により公衆に提供する権利

権利用尽しない

実演家、レコード複製者の権利は最初に販売された日から1年以内は貸与権、それ以降は報酬請求権となる（§95の2，§97の2）

貸本業

(10) 翻訳・翻案権（§27）

A 著作物を翻訳，編曲，変形，脚色，映画化，その他翻案（変形的複製）する権利

翻案とは、既存の著作物に依拠し、且つ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たな思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作すること（最判平成13年6月28日江差追分事件）

B アイデアの利用との境界

要約（ダイジェスト）か抄録（アブストラクト）か - 原著作物の感得可能性の存否によって区別する。

〔注〕使用権 著作権法は、著作物の使用に関する制限はしない。しかし、プログラムの著作物に関しては、次のような使用に関する規制を設けている。

著作権を侵害して作成されたプログラムの著作物を業務上電子計算機に使用する行為は、使用する権限を取得した時に事情を知っていた場合は侵害とみなす（§113）

6 著作権の制限

文化的所産の公正な利用を阻害し、文化の発展に著しく反する場合を考慮して著作者と利用者との利益調整をはかる必要がある。

ベルヌ条約による著作権の制限

著作物の通常の利用を妨げないこと，権利者の正当な利益を不当に害しないこと，特別の場合であることの3条件を満たす必要がある。

この趣旨にのっとり，法は次の行為には著作権が及ばない（制限）ものとする（限定列举）。

(1) 建築の著作物の複製権 建築の方法による複製以外の複製（§ 46）

(2) 所有権との調整 美術の著作物の展示権

所有者の展示(屋外に恒常的に設置する場合を除く，§ 45 ， § 46)

(3) 公表された著作物の非営利且つ無償での再生等

上演，演奏，上映，口述(§ 38)

放送された著作物の有線による再放送，伝達(§ 38)

伝達権（家庭用受信装置を用いて伝達するときは，営利，有償でもよい(§ 38)

複製物による貸与(§ 38)

映画の著作物は政令で定める非営利目的の視聴覚教育施設であって，料金を徴収しない場合に，相当額の補償金を支払うことによって自由に貸与できる(§ 38)。

(4) 私的利用

但しデジタル方式による複製をする者に対する相当な額の補償金(§ 30)

公衆の使用に供することを目的とする機器による複製(文献複写については適用除外(附則 § 5 の 2))

技術的保護手段を回避した複製をその事実を知りながら行うこと(§ 30)

(5) 図書館における複製

国会図書館，学校他地方公共団体の設置する図書館

利用者の求めに応じ調査研究のため複製物を提供する場合(§ 31)

図書資料の保存上必要な場合(§ 31)

他の図書館の求めに応じ入手困難な図書資料を提供する場合(§ 31)

(6) 引用(§ 32)

・ 公表された著作物

・ 公正な慣行に合致：被引用著作物の出所を合理的と認められる方法で明示

・ 報道，批評，研究その他引用の目的上正当と認められる範囲：〔最判昭和55・3・28〕引用とは，紹介，参照，論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則一部を採録することを言う...，引用に当たるというためには，引用して利用する著作物と引用されて利用される著作物とを明瞭に区別して認識することができ，且つ両著作物間に前者が主，後者が従の関係がある場合でなければならない...

(7) 教育目的

学校教育の必要性又は試験問題として使用する場合

教科用図書(下級学校教科用の図書で、文科大臣の検定を経たもの)に掲載するための複製(§ 33, 補, 出所, 著作者通)

教科用拡大図書(の教科用図書に掲載された著作物の拡大図書)作成のための複製(§ 33 の 2, 補, 出所, 著作者通)

学校教育(下級学校を意味し、大学を含まない)のための学校向けの放送又は有線放送とそのための複製又は再生(§ 34, 補, 出所, 著作者通)

授業過程(あくまでもその教育を担当するものの必要性によって、下級学校ばかりでなく大学も含む)で必要となる場合の複製・複製物の譲渡、公衆送信(§ 35, 慣行により出所)

入学試験問題(§ 36, 補, 出所)

(8) 屋外設置物の利用は次の場合を除いて自由である(§ 46)。

彫刻の増製と増製物の譲渡により公衆に提供

建築の著作物を建築により複製, 複製物の公衆への譲渡

美術の著作物を公衆の見やすい屋外に恒常的に展示すること。

専ら美術の著作物の複製物の販売を目的とした複製と複製物の販売

7 著作物性と著作権制限(利用が開放されている)一覧

著作物か否か	思想・感情(事実のデータではない) 表現(アイデアでない) 創作(他の著作物に依拠なし)
著作権の種類	権利の制限
複製権	私的利用 引用 建築の著作物 屋外設置の著作物 図書館複製 教育目的複製 当分の間除外される自動複製機器
上演・演奏, 上映, 口述権	私的利用 非営利・無償 教育目的
公衆送信権・送信可能化権・伝達権	私的利用 非営利無償の有線再放送, 非営利無償伝達, 家庭用機器による伝達, 教育目的
展示権 (7-5)	所有権による制限
頒布・譲渡・貸与権 (7-6)	権利用尽 複製物の非営利・無償の貸与 政令による無償視聴覚教育(§ 38)

来の使用準備のための出願でよい(継続して3年以上使用されていない商標は、不使用取り消し審判を請求される(§50) ,

先願性 同一又は類似の商品又は役務について使用する同一又は類似の他人の先願がないこと(§8)

自他商品識別性があること(§3 ,)

公益, 私益を害さないこと

- (3) 登録 出願から18ヶ月以内に拒絶理由が発見されないときは登録すべき旨の査定がなされ, 出願者は, 10年分の登録料を納付することによって商標登録を受ける。

4 登録阻却要件

- (1) §3 各号の類型(自他商品・役務の識別能力を欠くもの)

特定人の商品・役務(以下「商品等」という)を示す商標として機能しない一般的にその使用を認めるべきであり, 特定人に独占させるべきでないその商品・役務の普通名称を普通に用いる方法で表示する標章のみのも
の

その商品・役務の慣用商標(お酒の「男山」, 「温泉ホテル」, etc)

その商品・役務の品質, 効能, 用途, 産地, 提供方法などを普通に用いられる方法で表示する標章のみのも

ありふれた氏名又は名称を普通に用いられる方法で表示する標章のみのも

極めて簡単, かつ, ありふれた標章のみのも(, , , etc)

上記 ~ に掲げるもののほか, 需要者が何人の業務に係るか認識できないもの

ただし法は, 上記 ~ に掲げるものでも, 使用された結果, 需要者が何人かの業務に係るものと認識できるものは商標登録ができるとする(§3)

この結果§3は, 商品等の出所識別機能ない標章は商標登録できないという大原則を定めていることがわかる。

- (2) 出所混同を起こすおそれある商標

§4 (広知表示類似) 他人の業務にかかる商品等を表示するものとして需要者の間に広く認識されている表示

東京高判昭和58・6・18 隣接数件の相当範囲の地域にわたり, 少なくともその同種取扱業者の半ばに達する程度の層に認識されていることを要す(UCC コーヒー vs DCC コーヒー)

§4 (出所混同商標) 他人の業務にかかる商品等と混同を生じるおそれがある商標

最判平成 12・7・11 混同のおそれは広義混同

混同の原因となる他人の商品等の認知度， 号と同じ広知性

§ 4 (周知著名表示の不正出願) 他人の業務にかかる商品等を表示するものとして日本国内又は外国における需要者の間に広く認識されている商標と同一又は類似の商標であって，不正の目的を持って使用

§ 4 (先願類似) 他人の先願登録商標に類似する商標をその指定商品等に使用するものとして出願，先願主義を類似商標の範囲まで拡張

(3) 公益，私益を害する商標

国旗と類似商標，地方公共団体や公益事業を表示する著名な標章と類似商標，公序良俗違反商標，商品等の質に消費者誤認を生じさせる恐れある商標，他人の肖像や他人の著名な略称を含む商標

5 価値の大きな商標で注意すること

(1) 使用された結果需要者が何人かの業務に係る商品又は役務であることを認識できる商標(§ 3)

(2) 他人の使用が一般化 名詞化により商標権喪失

6 地域団体商標 § 7 の 2 (自他商品識別能力のない商標)

従来は， § 3 の要件(使用された結果需要者が何人かの業務にかかる商品等であるかがわかる場合)が必要であった。

地域名 + ふつう名称を商標として認める

出所識別能力という商標プロパーの能力のない商標

不競 § 2 の権利(商品の原産地，品質，内容，製造方法，用途若しくは数量若しくはその役務の質，内容，用途若しくは数量について誤認させるような表示をし，又はその表示をした商品を譲渡等する行為を禁止する)を定型化して権利行使を容易にした。

7 商標権

(1) 指定商品・役務について，登録商標を独占的に使用(cf p9-2(3))する権利(専有権)と商品・役務と商標の類似の範囲において他人が使用することを禁止する権利(禁止権)

権利は，登録より 10 年間，更新できる

権利は，我が国の中でのみ効力を有する(属地主義)

(2) 使用権の設定

(3) 差し止め請求権と損害賠償請求権

8 商標権の制限

公益，公平等の理由から独占排他権を設定することになじまない事項として，下記商標権（差止め，損害賠償請求）は行使できない

- (1) 自己の肖像，氏名，著名な雅号・芸名・筆名・略称をふつうに用いられる方法で表示する商標，不正競争の目的で用いるときは除く（§ 26 ， ）

著名性の範囲：商標侵害が問われている地域で知られていること

- (2) 取引の便宜，市場機能維持，競争の確保等から見て，商標登録があるからといって使用が妨げられるべきではない事項

指定商品等若しくは類似商品等又はこれに類似する商品等の普通名称，産地，販売値，原材料，効能，用途，数量，形状，価格若しくは生産若しくは使用の方法若しくは時期若しくは提供の方法を普通に用いられる方法で表示する商標（§ 26 ， ）

指定商品等又は類似する商品等について慣用されている商標（§ 26 ）

商品又は商品の包装の機能を確保するために不可欠な立体的形状のみからなる商標（§ 36 ）

- (3) § 32（先使用権）出願当時商品等を示すものとして「需要者の間に広く認識されている」場合

需要者の間に広く認識されている」の範囲：商標 § 4（広知性）が必要か不競争 § 2（周知性）でたりるか

- (4) 1991年改正付則 § 3 ・ （継続使用権）

改正法施行日より6月経過する（1992・10・1）前から役務につき不正競争の目的なく類似商標を使用していたもの

9 並行輸入（商標機能論と権利消尽論，適法輸入の要件）

- (1) 権利の属地主義

権利は，当該法律が制定された国家の領域内において効力を持つ（国際私法上の原則）

- (2) 並行輸入（外国で適法に販売された商標商品が予定外の者によって我が国に輸入された）

外国と我が国での両国で商標を有するものが，外国でその商標を付した商品を拡布したとき，外国で適法にその商品を取得した者がそれを我が国に輸入した場合，我が国の商標権はその輸入品に及ぶかについて，次のような考え方がある。

真性商品が転々流通しても正しい商標権者を識別しているのだから権利侵害はない（商標機能論）。

商標権を行使して一度市場に置かれた商品等については，商標権が用い尽

くされて消尽する(権利消尽論)。

判例は、我が国での商標と同一の商標を付した商品を輸入することは、我が国の商標権を侵害する(消尽しない)ことを原則とするも、この場合次の要件あるときは、実質的違法性を欠くものとして非侵害とした(最判平成 15 年 2 月 27 日{フレッドペリー事件判決})

《判旨》 商標権者以外の者が我が国での登録商標と同一の商標を付したものを輸入する行為は商標権を侵害するが、次の場合は真正商品の並行輸入として、実質的違法性を欠く。

- ア 商標が外国における商標権者又は商標権者から使用許諾を受けた者より適法に付されたものであること
- イ 外国における商標権者と我が国における商標権者とが同一人であるか又は法律的若しくは経済的に同視しうるような関係があることにより、当該商標が我が国の登録商標と同一の出所を表示するものであること（出所表示機能）
- ウ 我が国の商標権者が直接又は間接的に当該商品の品質管理を行い得る立場にあることから、当該商品と我が国の商標権者が登録商標を付した商品とが当該登録商標の保証する品質において実質的に差異がないと評価されること（品質保証機能）

10 商標・指定商品等の類似性

- (1) 商標，商品の類似性は，先願の範囲，先登録商標の範囲，出所識別能力の判断のほか，商標権(禁止権)の範囲を画する，商標権侵害の最も重要な概念である。一般的判断基準は以下のとおりである。

A 商標の類似性

外観，称呼，観念の総合評価によって出所混同をもたらすおそれあること，上記 3 要素のみでなく，その商標の使用態様，知名度等を総合して，当該商品等に付した場合，需要者において商品等の出所混同をもたらす恐れあるかどうかによって判断する。

一般的には，観念共通のみでは「類似」方向には評価されない。外観，称呼で類似，観念非類似によって外観称呼の別が容易化する場合非類似となる。

B 商品の類似性

商品の属性による商品自体の類否ではなく，取引上一般購入者が出所を混同するおそれの有無による。すなわち，それらの商品に同一又は類似の商標を使用するときは，同一営業主の商品と誤認混同されるおそれがあるとき（最判昭和 43 年 11 月 15 日）。

(2) 商標・商品類否の具体例(山口大学知的財産本部「知的財産教本」2006年)

- 1 観念類似の例

キング = 王

鈴 = BELL

MERCURY = 水星

ブーケ = 花束

Tiger = 虎

SPRING = 春

ORIENTAL = 東洋

MADAM / マダム = 奥様

大洋 = OCEAN / オーシャン

バラ = ローズ

- 2 観念非類似の例

午後のタルト × 午後のケーキ

ベガ / VEGA × おり姫様

七福神まいり × 七福神めぐり

おはようございます × OHAYO

果実の国 × 果実の樂園

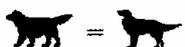
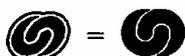
水先案内人 × パイロット

十二支 × 干支

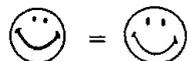
素髪 × 髪素

- 1 外観類似の例

Libbys = LiLys



テイオン = ライオン



- 2 外観非類似の例

美の友 × 美の母



A・R・C × R・C・A



- 1 称類似の例

スチッパー = skipper

CENTRUM = CENTRAL / セントラル

FINGER / フィンガー = SINGER

VANCOGIN / バンコシン = BUNCOMIN / バンコミン

GRICU = グリコ

ハツビタン = 蜂美丹 / ハチビタン

COPAN = 小判

スポーツ = SPORT / スポーツ

急効新 = 救王心

NIKE = NAIKI

Proton / プロトン = プラトン

栄化 = 栄華

アルコン / ALCON = ALCO / アルコ

POP = POPS	ラドン / RADON = RADO
立華 / りっか = リッカー	Car boy = Cowboy
ELLE = エール / yell	じゅりん / 樹林 = ジュリー
JEN = 善	愛 = EYE
母の友 = 母の素	IZUMI = 衣都美
紅星 = KOSE	ULTIMID = アルテミット
BOBOLI = BOBLEE	dtk = TDK

- 2 称呼非類似の例

Solar = Polar	ソルティエ / SOLTIER × ソルティナ
STESIN × STEPIN	ミルバー / MIRUBA × MILMA
一発 / イッパツ × 一八 / イッパチ	セタゾン × セパゾン
MYBABY / マイベイビー × ママベビー / MAMMABABY	
TEX × テック	エリザス / ELIZATH × エリザベス / Elizabeth
リモコン × LIPOKOM	Dogders × ロジャース
ダック × DUCK / ダック	ゴーガン × コーカン
ポルカ / POLKA × VOLGA	セリナ × SERENE
カロリーメイク × カロリーメイト	GINA / ジーナ × NINA
まいしんぐ × MUNSING	TBS × CBS

【資料】 商品及び役務の区分

商 品		役 務	
第1類	工業用，科学用または農業用の化学品	第23類	織物用の糸
第2類	塗料，着色料及び腐食の防止用の調整品	第24類	織物及び家庭用の織物製カバー
第3類	洗浄剤及び化粧品	第25類	被服及び履物
第4類	工業用油，工業用油脂，燃料及び光財	第26類	裁縫用品
第5類	薬剤	第27類	床敷物及び織物製でない壁掛け
第6類	卑金属及びその製品	第28類	がん具，遊戯用具及び運動用具
第7類	加工機械，原動機（陸上の乗物用のものを除く。）その他の機械	第29類	動物性の食品及び加工した野菜その他の食用園芸作物
第8類	手動工具	第30類	加工した植物性の食品（他の類に属するものを除く。）及び調味料
第9類	科学用，航海用，測量用，写真用，音響用，映像用，計量用，信号用，検査用，救命用，教育用，計算用又は情報処理用の機械器具，光学式の機械器具及び電気伝導用，電気回路の開閉用，変圧用，蓄電用，電圧調整用又は電気制御用の機械器具	第31類	加工していない陸産物，生きている動植物及び飼料
第10類	医療用機械器具及び医療用品	第32類	アルコールを含有しない飲料及びビール
第11類	照明用，加熱用，蒸気発生用，調理用，冷却用，乾燥用，換気用，給水用又は衛生用の装置	第33類	ビールを除くアルコール飲料
第12類	乗物その他移動用の装置	第34類	たばこ，喫煙用具及びマッチ
第13類	火器及び火工品	役 務	
第14類	貴金属，貴金属製品，宝飾品及び時計	第35類	広告，事業の管理又は運営及び事務処理
第15類	楽器	第36類	金融，保険及び不動産の取引
第16類	紙，紙製品及び事務商品	第37類	建築，設置工事及び修理
第17類	電気絶縁用，断熱用又は防音用の材料及び材料用のプラスチック	第38類	電気通信
第18類	皮及びその模造品，旅行用品並びに馬具	第39類	輸送，こん包及び保管並びに旅行の手配
第19類	金属製でない建築材料	第40類	物品の加工その他の処理
第20類	家具及びプラスチック製品であって他に類に属さないもの	第41類	教育，訓練，娯楽，スポーツ及び文化活動
第21類	家庭用又は台所用の手動式の器具，化粧用具，ガラス製品及び磁器製品	第42類	科学技術又は産業に関する調査研究及び設計，電子計算機又はソフトウェアの設計及び開発並びに法律事務
第22類	ロープ製品，帆布製品，詰物用の材料及び織物用の原料繊維	第43類	飲食物の提供および宿泊施設の提供
		第44類	医療，動物の治療，人又は動物に関する衛生及び美容並びに農業，園芸又は林業に係る役務
		第45類	冠婚葬祭に係る役務その他の個人の需要に応じて提供する役務（他の類に属するものを除く。）及び警備

特 許

1 特許制度と産業財産権

(1) 特許権のおこり

BC300 古代ギリシャ 優れた料理人に1年間に限りその料理製造の独占権

AD1500 ヴェネチア共和国 10年間の特許権
ガリレオ 揚水装置に特許権を得た

AD1700 英国エリザベス女王時代 専売条例
「新規な製造物の最先且つ真正な発明者」に専売権
これを近代特許制度の端緒とみる

(2) 日本の特許制度

織田信長 楽市楽座制 古い業者間の特権を排し，市場活性化
明治政府 1885年 「専売特許条例」
(高橋是清の起草)
「発明者他人をして其発明を妄に施用せしめず」

2 特許発明の基礎

(1) 特許制度の基礎原理

発明者を保護してなお社会的利益を向上させる

社会的利益 新技術の公開 (patent = open)

発明者の利益 実施を独占する

公衆の利益を奪うものではない 保護される技術はそれまで存在しなかつたものであって公衆が失うものはない

社会の受益と発明者の独占とがバランスすること

(2) 各国の「発明」の範囲

日 本 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

アメリカ The term "invention" means invention or discovery.
自然法則，自然現象，抽象的アイデアの3つのカテゴリーのみが特許の対象から除外される。

EU 発見，科学的理論，数学的方法，審美的創作，精神的な行為，ゲーム又はビジネスを行うための計画，規則及び方法，コンピュータプログラム，単なる情報の提示は発明としない。

(3) ビジネス方法 (methods) 特許

'98.7 ステート・ストリート・バンク事件

CAFC 金融業務に関するビジネス方法につき，「有用な具体的実体の

ある結果があるので数学的アルゴリズムではない」
ビジネス方法は特許の対象外でない

我が国のビジネス方法特許の取扱い

法律要件としての「科学法則の利用」

アメリカで特許される

の点は「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」の運用指針に従って審査を行う。

特許されるためには「ハードウェア資源の利用による処理を含んでいることが条件。人為的取り決め等のみのものは特許しない。*

* ネットワーク配信記事保存方法の例

【発明に該当しない】

- ・受信手段が、通信ネットワークを介して配信される記事を受信するステップ
- ・表示手段が、受信した記事を表示するステップ
- ・ユーザが、該記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した場合に保存命令を記事保存実行手段に加えるステップ
- ・前記記事保存実行手段が、保存指令が与えられた記事を記事記憶手段に記憶するステップから構成されるネットワーク配信記事保存方法。

【発明に該当する】

- ・受信手段が、通信ネットワークを介して配信される記事を受信するステップ
- ・表示手段が、受信した記事を表示するステップ
- ・記事保存判断手段が、該記事の文章中に所定のキーワードが存在するか否かを判断し、存在した場合に保存命令を記事保存実行手段に加えるステップ
- ・前記記事保存実行手段が、保存指令が与えられた記事を記事記憶手段に記憶するステップから構成されるネットワーク配信記事保存方法。

竹田和彦「特許の知識」ダイヤモンド社 2006年 P37

3 我が国の特許発明

(1) 自然法則(1)

数学 数量，空間，ロジックを対象とする分野で自然法則や社会現象等を記述して表現する道具でもある抽象的且つ汎用的価値は特許不適

アルゴリズム（計算手順）の問題

数学理論， アルゴリズムの構築， ソフトウェア装着

我が国の特許制度は， は特許非対象， は著作権の対象， は数学的アルゴリズムと非数学的アルゴリズムに分け，後者を特許対象とするが，疑問。

cf：カーマーカー特許の混乱

(2) 自然法則

プログラムは，ハードウェア制御と処理を目的とした論理，ソフト・ハードの物理的，技術的性質に基づいた情報処理部分は発明となる。

現在は，プログラムそのものを「物の発明」として，特許対象としている（特§2）。

(3) 利用

自然法則を目的に従った効果を生むように作用させること。

自然法則自体の認識，発見は特許されない。

用途発明として特許となることもある。

(4) 技術的思想

一定の目的を達成させる手段の合理的構成をいう

反復可能 }
実施可能 } がメルクマール

秘伝秘技（特定の個人のみが目的を達成できるもの）と異なる

効果発生メカニズムまで明らかである必要はない

キュリーの原子炉 制御できず未完成

植物新品種 育種過程又は増殖過程が再現性をもてば特許可能

(5 - 1) 創作

それ以前には存在しなかったこと

法則や原理の発見のみでは特許されない。法則や原理を応用したアイデアが特許の対象。

新しく発見した法則や原理に基づく特許は価値が大きい（パイオニア特許）

(5 - 2) 創作例

ペニシリン，青色発光ダイオード，キルビー特許，遺伝子組み換えに関する基本特許，錦鯉（顕色効果を高める給餌）

(6) 高度なもの

実用新案との区別する類型をいう

類似概念 進歩性とは異なるカテゴリー

4 特許発明のカテゴリー

(1) 物の発明と方法の発明（§2）

物の発明 実施例に示される製造工程に限定されない

方法の発明 逐次性，製造工程にかかわる効果が認められるもの

物を生産する方法の発明 その方法により生産した物にまで特許が及ぶ（§2 参照）

(2) 禁止権(保護)の範囲

物の発明 生産の方法を問わずその物に及ぶ

方法の発明 生産の方法のみ，それによって生産された物には及ばない

物の生産の方法の発明 その方法とその方法によって生産された物に及ぶ

(3) 用途発明

法定されていないが解釈上認められる

物の未知の属性を発見し、これを一定の用途に使うという創作的要素が加わったもの

DDT (dichloro-diphenyl-trichloethane) という物質の殺虫効果の発見が用途発明のはしり

クレームの例 「疾病Xの治療剤製造のため化合物Yの使用」

(4) 利用発明

「'76年1月物質特許制採用」

物質特許 (特に化学物質) の保護範囲が大きい

利用発明 (§ 72) 後願特許の実施が必然的に他人の先願特許の侵害となる発明

権利の調整 協議, 裁定による通常実施権の設定 (§ 92)

5 特許を受ける権利

(1) 発明者主義

産業上利用できる発明をした者は、その発明について特許を受けることができる (§ 29 柱書)

発明することにより当然に特許を受ける権利を取得

特許を受ける権利は法律行為により他人に移転できる

(2) 職務発明の帰属 (§ 35)

従業者関係の発明

	従業者	企業の業務 範囲	発明者の職務
職務発明			
業務発明			×
自由発明		×	×

職務発明以外の従業者発明にあらかじめ使用者と従業者との間の特許を受ける権利の承継を契約することは禁じられる (§ 35)

発明の対価 (§ 35) 特許を受ける権利を使用者が承継する場合は相当の対価を支払う

対価の策定 (§ 35) 従業者と使用者の協議の状況

額を定めるときの従業者からの意見聴取の状況

不当な対価の策定 (§ 35) 発明により使用者が受ける利益の額と使用者が行う負担, 貢献及び従業者の処遇を考慮して定める

特許権を使用者が承継しないとき 使用者に通常実施権 (§ 35)

6 特許要件(§29)

(1) 産業上の利用可能性

消極的意味「産業上でないことのみ利用される発明を除く」という趣旨
特許庁の審査基準は産業上の利用でないものとして次のものを除く

人間の手術, 治療, 診断の方法

その発明が業として利用できない発明

實際上明らかに利用できない発明

(2 - 1) 新規性(§29)

特許出願日において日本国内外において, 公然知られていない, 公然実施されていない, 頒布された刊行物に記載, 電気通信回路を通じて公衆に利用可能となっていない発明であること

公知 秘密を保持する特定者以外に知られていないこと

公用 発明の内容が公衆に知られて, 又は知られる状況で実施されること
刊行物記載 刊行物 印刷物の他, CD-ROM 等も含む

頒布 公衆が見得る状態におかれること

(2 - 2) 新規性喪失と回復(§30)

発明は自分で公表しても新規性を失う(自殺発明)

次の場合, 新規性喪失の日から6ヶ月以内に, 本条の適用を受ける発明であることを証明する書面を提出して(次の場合は不要), 出願することにより新規性喪失を免れる。

特許を受ける権利を有する者が, 試験を行い, 刊行物に発表し, 電気通信回線を通じて, 特許庁長官の指定する学术団体の研究集会で発表し, その意に反して, 政府等の開設する博覧会に出品して新規性を失った場合

(2 - 3) 但し新規性喪失の救済は完全でない

Aが～により新規性喪失し, 6ヶ月以内に特許出願したが, Bが4ヶ月目に同じ発明を特許出願していた。

AはBの先願(§39)により特許を受けられず, BはAの発表による公知化により特許を受けられない。

(3 - 1) 進歩性(29)

当業者(その発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者)が公知技術(公知・公用・刊行物記載の技術)に基づいて容易に発明することができる(容易推考性)ものでない発明

新規性 公知技術の1つと同一性があるかどうかの問題

進歩性 公知技術から当業者が容易に推考できるかどうかの問題

(3 - 2) 進歩性の判断

創作の困難性を主要事実とし, 作用・効果(function-way-result)が間接事実

- 寄せ集め A, B を A + B とする A と B の効果の合計に過ぎない
- 結合 A と B を A + B とすることで予期しない効果
- 置換 A + B + C A + B + D
- 転用 ぶどう搾り機を印刷機に転用するなど
- 限定発明 公知技術のうち限定範囲で顕著な作用・効果を得る
- 選択発明 公知技術中に具体的に示されない下位概念に顕著な作用効果

(4) 先願に記載されていないこと (§ 29 の 2)

先願の明細書，図面いずれかに記載ある発明は，そのクレームに記載がなくとも，その特許公報等が発行された後の同一発明の後願は排除される。

先願のクレームに記載ある発明は，特許公報が発行されなくとも，先願主義 (§ 39)により排除される。

(5) 最先の出願であること (§ 39)

同一の発明について異なった日に 2 つ以上の出願があったときは，最先の出願人のみが特許を受けることができる。

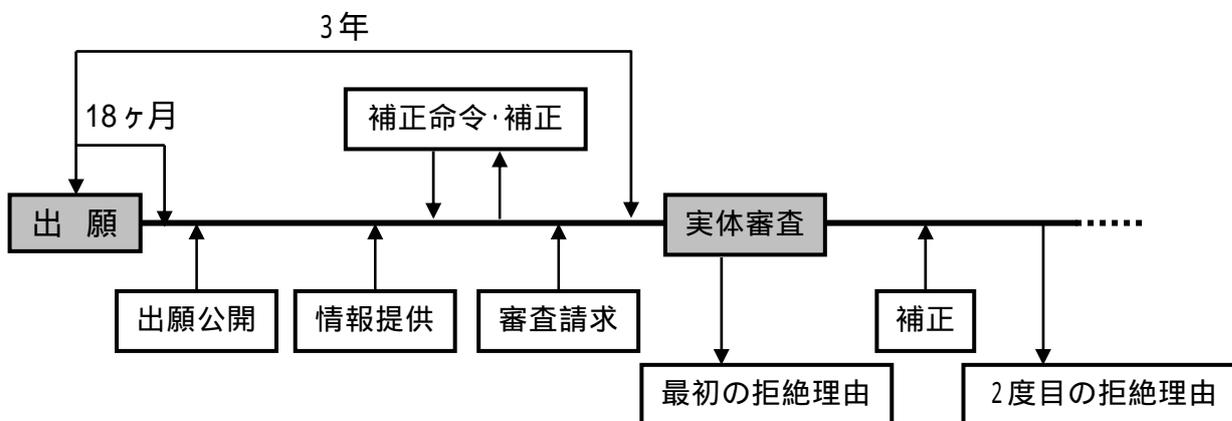
- 出願の却下
 - 出願の取下げ，放棄
 - 冒認出願
- } 先願は当初からなかったものと見なされる

7 特許出願の手続

(1) 特許出願は，所定の願書を特許庁長官に提出して行う (§ 36)。

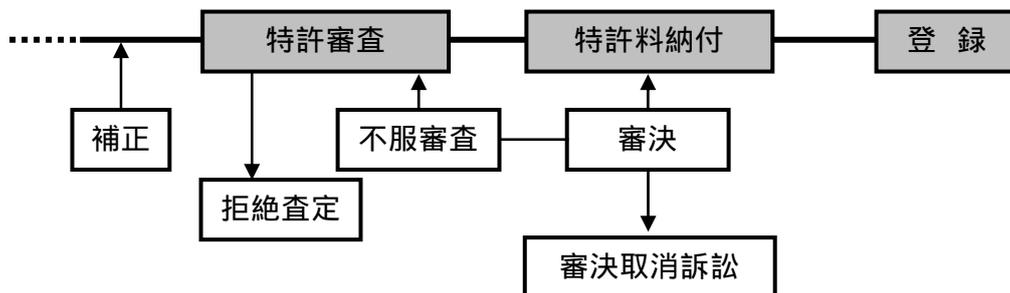
- 特許願書 発明の名称，請求項の数，発明者，特許出願人
- 明細書 発明の名称，発明の詳細な説明(目的，構成，効果 etc)
- 特許請求の範囲 1 請求項，2 請求項，3 請求項，4 請求項

(2) 特許出願から登録までの流れ



(次頁へ続く)

（前頁より）



(3) 特許出願の効果

（同一発明者を除き）後願（後の日の出願）を排除する（§ 39 ，先願主義）
先願の特許請求の範囲記載されていないが，発明の詳細な説明に記載されている事項についても，後願（同一発明者を除き）を排除する（§ 29 の 2）。即ち，出願公開前に出願された後願に対しては，特許請求の範囲，発明の詳細な説明，図面いずれかに記載あるものは全て排除される（出願公開後は，新規性 § 29 により処理される）。

(4) 同じ日の出願

当事者の協議によって決まった者のみが特許を受ける。協議が整わなければ双方とも特許を受けられない。

8 優先権主張を伴う特許出願

(1) 属地主義

それぞれの国の特許権は，他の国の権利とは独立し，他の国の権利の変動には影響を受けない。各国の特許権の内容及び権利の変動は，その国の法制度により決定される。

外国で特許を受けるには，その国で出願しなければならない。外国への出願は，長時間と大きな費用を要する。そのときには既に当該国での新規性を喪失している可能性もある 優先権主張

(2) 外国優先権

（要件）

優先権主張の意思，第一国の出願をした（最初の出願とパリ条約 A(4)によりみなされ，又は A(2)により認められるものを含む）パリ条約同盟国の国名及び出願の日付を明示して，優先権を主張する出願と同時に申立をする。優先権主張の日から 1 年 4 ヶ月以内に，最初の出願の同盟国の認証ある日付を記載した書面及びその出願書類を提出する

（効果）

優先権主張の出願日（最初の出願日から 12 ヶ月以内に出願）を最初の出願日

とみなして特許要件（特許期間等を除く）を適用する。

(3) 国内優先権

国際優先権では、最初の出願の発明に取り込まれた発明を、後日(優先権主張出願日、1年以内出願)により完全化した(改良発明)出願に変更できることになる。

(手続)

優先主張の意思表示、先の出願の日付、出願番号を記載した書面の提出。

(効果)

先の出願は、優先権主張の日から13ヶ月後に取り下げたものとみなされる。

9 審査と補正

(1) 特許の目的 発明に対する的確な特許付与による保護

出願課程に誤りがある場合公衆の利益を害しない範囲で、補正手続きによって出願手続きの瑕疵を除去することが合理的

(2) 方式の補正 手続き資格、法令に定められた方式違反、手数料不納付(§17)

(3-1) 明細書と図面の補正

出願当初の明細書、特許請求の範囲又は図面の記載内容の範囲内の補正(§17の2)が許される。これらに記載のない新規事項の追加は、拒絶事由又は無効事由となる。

補正の範囲(§17条の2)

請求項の削除
特許請求の範囲の減縮
誤記の訂正
明瞭でない記載の釈明

(3-2) 最初の補正と最後の補正

最初の補正 拒絶理由通知に回答する全般に渡って補正

最後の補正 最初の拒絶通知に回答する補正によって、通知することが必要になった拒絶理由のみが通知され、これに回答する補正を言う。

(3-3) 要約書の補正 出願から1年3ヶ月の間は審査請求があるまで可能

10 査定と不服申立

(1) 特許査定

拒絶の理由(§49)を発見しないという審査の最終判断(§51)

(2) 不服申立

拒絶査定不服審判(査定謄本送達の日から30日以内申立)

特許無効審判(申立期限に制限はない)

訂正審判（無効審判が継続してから審決が確定するまでの間は提起できない。ただし審決取消訴訟提起から90日間は可能（§126））訂正の範囲は、特許請求の範囲の減縮，誤記・誤訳の訂正・明瞭でない記載の釈明に限られる（同条）

- (3) 審決取消訴訟（狭義の特許訴訟）査定系 ， 当事者系
訴訟物 審決の違法性
特許発明の要旨認定の誤り
引用例の認定内容の誤り
特許発明が引用例から容易に想到できたかどうかの認定の誤り

1 1 特許権

(1) 通常実施権

通常実施権者は、この法律の規定により又は設定行為で定めた範囲において、業としてその特許発明の実施をする権利を有する（§78）

独占的通常実施権と非独占的通常実施権

最惠実施権者待遇条項 第三者に有利な実施権を与えたときは、自分も同等の条件に切り替わる

登録により、特許権を譲受した者、専用実施権を得た者に対抗できる（§99）。

(2) 専用実施権

専用実施権者は、設定行為で定められた範囲内において、業として特許発明を実施する権利を専有する（§77），特許権者は、その範囲において特許発明を実施する権利を失う（§68） 専用実施権はその範囲で排他的権利となる

専用実施権は、登録が成立要件である（§98）

(3) 先使用权（§79）

特許出願の発明を知らないで自分で発明又は発明した者から知得し

相手方発明の特許出願時、日本において現に自分の発明を事業化又は事業化の準備をしている者

その実施又は準備をしている範囲で通常実施権を得る。

(4) 裁定実施権

不実施の場合の通常実施権（§83）

特許発明が継続して3年以上日本国内において適当にされていないとき

利用発明を実施する場合の通常実施権（§92）

公共の利益のための通常実施権（§93）

特許発明が公共の利益のため特に必要なとき

(5) 実施と下請け

共有者や実施権者が特許権を第三者に下請け実施させようとするとき、これを実施権の許諾と見られるときは他方の許諾を要するが、下請けと見られるときは自由にできる。下請と実施許諾との境界は微妙である。

権利者との工賃支払い契約，原料購入や品質に関する権利者の監督，製品全部の権利者への納入の三要素を持って下請けとする説
権利者の計算で行われるときは下請けとする説
製品の全部を権利者に納入するときは下請けとする説

1 2 特許侵害訴訟 A (特許権の効力)

(1) 排他権

他人が業として特許発明を実施(物の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等(譲渡及び貸渡し)若しくは輸入又は譲渡等の申し出、方法の発明にあつては、その方法の使用、物を生産する方法の発明にあつては、上記の他その方法によって生産した物の使用、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申し出)することを禁止する権利

(2) 差止等請求権（§ 100）

差止請求権（同条 1 項）

上記排他権に反する行為の差止を請求できる。

侵害物廃棄請求権（同条 2 項）

侵害行為を組成した物の廃棄，侵害行為に供した設備の除去その他侵害の予防に必要な行為を請求することができる。

(3) 損害賠償請求権

(4) 間接侵害（§ 101）

物の発明について，その物の生産のみに用い，方法の発明について，その方法の使用のみに用いる物を業として生産，譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申し出をする行為(同条 1，3 項)

物の発明について，その物の生産に用い，方法の発明について，その方法の使用に用いる物(日本国内において広く流通しているものを除く)であつて，その発明による課題解決に不可欠なものにつき，その発明が特許発明であること及びその物がその発明の実施に用いられることを知りながら，業としてその生産，譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申し入れをする行為(同条 2，4 項)

(5 - 1) 文言侵害

特許発明の技術的範囲 願書に添付した「特許請求の範囲の記載（クレームという）」によって定められる(§ 70)

中心限定主義(central definition system)と周辺限定主義(peripheral

definition system)

文言侵害 イ号が特許発明の権利範囲に含まれるかどうかを文言解釈によって判断するケースをいう

(注) イ号：被疑侵害製品・方法

(5 - 2) 文言侵害例（東京地判 s41/11/22）

特許発明 磁気録音用機用ヘッド

イ号製品 ビデオテープレコーダー用ヘッド

両者は電気信号を磁力線の変化に変えて磁氣的に記録しうる性質を有することに着目して開発されたもので、基本的な原理において相共通する。

後日ビデオレコーダが開発された時期においては、磁気録音用ヘッドをそのままビデオテープレコーダ用ヘッドに使用し、その効果を上げうることに当業者(one skilled at the art)なら気づくのは疑いの余地はない。

1 3 特許侵害訴訟 B (被告の防御)

(1) 特許権の効力の及ばない範囲 (§ 69)

試験・研究のための実施

試験又は研究自体を目的とするもの、第三者に示して販売を促進するようなものは当たらない、必ずしも技術の進歩を目的とするもののみ限定されるわけではない

単に日本国内を通過する船舶若しくは航空機又はこれらに使用する機械等
医師又は歯科医師の調剤処方

(2) 先使用权 (11-(3)), 裁定実施権 (11-(4))

(3 - 1) 特許権の消耗

特許製品を一度譲渡等すれば、当該製品に関しその後特許権を主張できない (first selling doctrine)。

権利用尽論と黙示の実施権許諾説

(3 - 2) 権利用尽のケース研究

並行輸入

この問題につき、最高裁は、特許製品の販売先ないし使用地域から特定国を除外する事も認め、その旨を明確に表示したとき当該国での特許権は消尽しない旨を判示した。

《最判平成9年7月1日》

特許権者が国外での特許製品の譲渡に当たって我が国における特許権行使の権利を留保することは許される。

国外において特許製品を譲渡した場合においては、当該製品について販売

先ないし使用地域から我が国を除外する旨を譲受人から特許製品を譲り受けた第三者及びその後の取得者に対しては、...特許製品にこれを明確に表示した場合を除いて我が国において特許権を行使することはできない

レンズ付きフィルムケースのリサイクル（修繕か再生か）

(4) 被告の抗弁

公知事項除外 公知なものを全て取り除き残ったものが特許技術

自由技術 特許権は無効審決確定までは一応有効と取り扱われるが、公知公用の技術商品を販売しているものに対し禁止権行使はできない。

当然無効 裁判所は、特許無効審決確定以前でも特許の有効性について判断することができる。特許に無効理由が存在することが明らかで、...無効審判の確定により当該特許が無効とされることが確実に予見される場合に権利行使を認めることは相当でない（最判 H12・4・11，キルビー事件判決）。

1 4 均等論

(1) 意義

特許発明 発明の成果である「技術的範囲」を「クレーム」という言語で表現した権利範囲を設定して、これを公衆の使用から保護する制度。

特許発明は、時には発明の技術的範囲とクレームに記載された権利範囲に食い違いが発生し、クレームを機械的に解釈すると不公平となる。この場合クレームには直接記載は無いが、一定の範囲で特許発明と均等なものとして発明を保護する方策が考えられる。

(2) 均等論 均等が問題となった例

マジックテープのキノコ型小片とカギ

（大阪高判 S47・6・26，均等否定）

光ファイバー事件

（CAFC 均等肯定）

(3) ボールスプライン軸受事件判決(最判平成 10・2・24)

特許請求の範囲に記載された構成中に対象製品等と異なる部分が存在する場合であっても

右部分が特許発明の本質的部分でなく(非本質的部分)

右部分を対象製品等におけるものと置き換えても、特許発明の目的を達成することができ、同一の作用効果を奏するものであって(置換可能性)

右のように置き換えることに、当該発明の属する技術分野における通常の知識を有するもの(当業者)が、対象製品等の製造等の時点において容易に想到することができた(容易想到性)ものであり

対象製品等が、特許発明の特許出願時における公知技術と同一又は当業者

がこれから右出願時に容易に推考できたものでなく（容易推考性）

対象製品等が特許発明の特許出願手続において特許発明の範囲から意識的に除外されたものに当たるなどの特段の事情もないとき（審査経過禁反言）右対象製品等は、特許請求の範囲に記載された構成と均等なものとして、特許発明の技術的範囲に属する。

意 匠

1 意匠

目的：意匠の創作を奨励し，産業の発展を図る(意匠 § 1)

意匠：DESIGN の邦訳だが，意匠法上の意匠は，物品（物品の部分を含む）の形状，模様，色彩又はこれらの結合であって，視覚を通じて美観を起こさせるもの、物品の操作の用に供される画像でその物品またはこれと一体として用いられる物品に表示されるもの(同 § 2)とされる。

形状：具体的な形をいい，技術的思想である特許や実用新案との差違を示す

美観：機能美などバランス，ハーモニー，リズム等の感覚からのもの

物品：工業的に生産される取引の対象とされる定形性を有するもの，意匠とは，物品にかかるデザインをいい著作権(絵画や図面)との差違を示す

物品の部品：付属部物，単一体，集合物，物品の部分(部分意匠)，物品の操作画面(部分意匠)

2 意匠登録の要件

(1) 意匠登録出願権者

意匠を創作したもの，意匠創作者から意匠登録出願権を譲り受けた者

(2) 登録出願の要件

工業的に利用できる意匠 ある程度量産でき産業上役立つこと(§ 3)

新規性，進歩性ある意匠

新規性：出願前に日本国内外において公然と知られていない意匠(§ 3)

日本国内外に頒布された刊行物に記載された意匠，電気通信回路を通じて公衆に利用可能になった意匠でないこと(§ 3)

公知意匠に類似した意匠でないこと(同)

先願の意匠公報に掲載されたもの，願書の記載及び願書に添付された図面，写真，ひな型，見本に表された意匠の一部と同一又は類似のもの(§ 3 の 2)でないこと

創作困難性：当業者が公知意匠に基づいて容易に創作できる意匠でないこと
(同)

登録を受けることができない意匠(§ 5)でないこと

公序良俗に反する意匠

他人の業務に係る物品と混同を不用おそれがある意匠 他人の著名な商標を含む意匠など

物品の機能を確保するために不可欠な形状のみからなる意匠

先願主義 同一又は類似に意匠が異なった日に出願されたときは，最先の出

願者のみが意匠登録を受ける，同一日に2以上の同一又は類似の意匠登録出願があったときは，出願人の協議によって定めた1人のみが意匠登録を受ける(§9)

3 意匠登録出願手続

(1) 願書

意匠に係る物品の名称

創作者

出願人・代理人

提出物件目録

意匠に係る物品の説明

意匠の説明

(2) 図面

登録を求める意匠の表現は，原則説明文ではなく図面で行う，図面で表せない場合は，写真，薄いものでは見本，ひな形を提出することも可(§6)

(3) 特徴記載書

創作の特徴を表示したいときに提出する。記載内容は，意匠権の範囲には影響しない。

4 審査

(1) 出願全てにつき審査する

(2) 出願公開制度は採用されていない

意匠登録出願が放棄，取り下げ，却下，拒絶査定確定があったときは，先願の関係では，始めから意匠登録出願がなかったものと見なされる(§9)，また，冒認出願は，先願の関係では，意匠登録出願ではないものとする(同)

(3) 創作困難性(§3)

類似性(§3)とは異なる概念とする説

類似性は，類似物品間における，需用者からの創作価値(美観又は混同の可能性の差異の大きさ)であるのに対し，創作困難性は，物品の形状を問わず、公知の形状，模様，色彩又はこれらの結合の面から当業者の創作困難性をいう

類似性と創作困難性の類似概念は同義とする説

§3の類似性は，同一又は類似物品間での公知意匠からの創作困難性，同条の創作困難性は，異なる物品間の公知意匠からの創作困難性をいう

5 意匠の類似性の判断基準

まず、物品間の同一・類似性を判断し、看者(創作者、需用者)の注意を引きつける部分とその意匠の要部として、両意匠が要部を共通にするか否か(要部共通性)を判断基準とする。

要部共通性の判断：需用者の視覚を通じて起こる美観に基づいて行う(§ 24 , 最判 s 49・3・19)

【全体意匠 類似の例 「戸車用レール」】



【全体意匠 類似の例 「ノート型パーソナルコンピュータ載置く台」】



【全体意匠 非類似の例 「建物用扉の把手」】



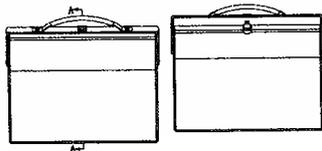
【全体意匠 非類似の例 「建物用扉の把手」】



【部分意匠 類似の例 「小物収納ケース」】

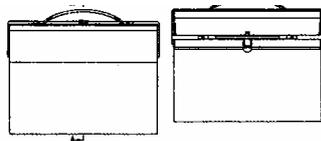
【正面図】

【背面図】



【正面図】

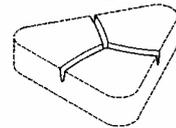
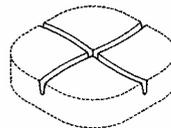
【背面図】



【部分意匠 非類似の例 「固形入浴剤」】

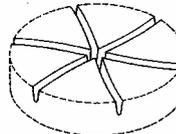
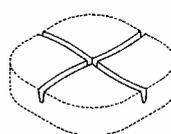
【斜視図】

【斜視図】



【斜視図】

【斜視図】



【意匠の類似，非類似の例 山口大学知的持参本部「知的財産教本」2006年206頁】