

ヨーロッパ経済共同体域内における 特許権の行使と消尽について

——共同体特許権における単一性の原則とその限界（二）——

佐藤 義彦

目次

はじめに

第一節 共同体特許権の行使と消尽

- 一 共同体特許権者による実施
 - 二 許諾実施権者による実施
 - 三 実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による実施
 - 四 先使用権者による実施
 - 五 強制実施権者による実施
 - 六 冒認確定前の実施に基づく実施権者による実施
 - 七 翻訳提出前の実施に基づく実施権者による実施
- ### 第二節 国内特許権の行使と消尽
- 一 特許権者による実施
 - 二 経済的結合関係にある他の特許権者による実施
 - 三 実施権者による実施
- むすびに代えて

はじめに

一九七五年一月一日にルクセンブルグにおいて、「共同市場のためのヨーロッパ特許に関する条約（共同体特許条約）」⁽¹⁾—いわゆる第二条約—が調印され、一九七六年一月二六日に公刊された。この条約は、一九七三年一〇月五日にミュンヘンで調印された「ヨーロッパ特許の付与に関する条約（ヨーロッパ特許条約）」⁽²⁾—いわゆる第一条約—によりヨーロッパ経済共同体に加盟する国家を指定国として付与されたヨーロッパ特許について、ヨーロッパ経済共同体を構成する全国家内において統一的な効力を付与することを主たる目的とするものである。

この条約—共同体特許条約—の基本的出発点は、ヨーロッパ経済共同体に所属する国家を指定国とするヨーロッパ特許（共同体特許）は単一性を有するとされている点にあり、共同体特許はヨーロッパ経済共同体に属する全国家内において同一の効力を有するとともに、その全主権領域に対する関係でのみ譲渡することができ、かつ、消滅することになっている。⁽³⁾

ところで、工業所有権の保護に関するパリ条約第四条の二第一項は、「同盟国の国民が各同盟国において出願した特許は、他の国（同盟国であるかどうかを問わない。）において同一の発明について取得した特許から独立したものである。」と規定し、いわゆる「各国の特許の独立の原則」を謳っている。それゆえ、同一の法人格者（甲）が、同一発明について、A国およびB国でそれぞれの国家から特許を得ている場合には、甲がA国において販売・拡布した特許製品がたまたまB国の領域内へ輸入されて、同国において第三者（乙）によって販売・拡布されるときは、甲はB国における自己の特許権に基づき、B国内における販売・拡布の差止めおよび（または）損害賠償を乙に求めるこ

とができる。右の例において、A国における特許製品の販売・拡布が、甲自身によってなされたのではなく、甲から実施権を与えられている丙によってなされている場合にもまったく同様の結果となる。いわんや、同一発明に対する特許権者がそれぞれの国家において別個の法人格を有しているときは、それぞれの特許権者が同一系列に属しているときといえども、各特許権者は、それぞれの国家領域内で、自己の特許権を主張することができるわけである。いわゆる多国籍企業が、特許権（およびその他の工業所有権）に承認されているこのような「各国の特許の独立の原則」を一つの武器として、国際取引に臨んでいることは広く知られているところであり、かつ、各国の国内裁判所（およびその他の国内官庁）やヨーロッパ共同体裁判所をはじめとする国際諸機関が、徐々にではあるが、右のような各国特許独立の原則を制限する方向へ向いつつあることも、周知のとおりである。

共同体特許条約は、右のような意味における「各国の特許の独立の原則」を、ヨーロッパ経済共同体内部に関するかぎりでは、原則としてこれを否定しているという点に際立った特色を有している。同条約中において「共同体特許権」という語は、ヨーロッパ経済共同体に所属する全国家があたかも一国家を形成しているかのように、一個の特許権を表現するものとして使用されているのであって、ヨーロッパ経済共同体を構成する九カ国のそれぞれにおいてその権利内容を同じくする九個の国内特許の「束」という意味で使用されているのではない。この点において、共同体特許権はなお属地的効力を有しているノルディック特許権とも、その本質を異にするものであり、特許権の統一運動に注目すべき第一歩を踏み出したものであると評価することができ（もっとも、ヨーロッパ経済共同体と第三国との関係では、当然のことながら、共同体特許権の独立性あるいは属地性が承認される）。

ところが、他方において、共同体特許条約は、複雑な利害の錯綜する国家間における「条約」の形をとっている。

そこでは、法論理的要請からくる体系整合性を唯一の拠り所とした立法をすることは不可能である。共同体特許条約は、非常に多くの点において、右に述べた単一性の原則に対する例外をも同時に定めざるをえなかったのである。その結果、共同体特許権は、一面においてヨーロッパ経済共同体の全域にわたる一個の特許権でありながら、他面において、その各加盟国ごとに異なった権利内容を持つことがありうるという複雑な構成となっている。

本稿は、特許権者あるいは実施権者が特許に係る製品を販売・拡布した場合における特許権の消尽の問題について共同体特許権における単一性の原則はどの範囲に及ぶのかを概観することを通じて、共同体特許権における単一性の原則とその限界を明らかにするための一資料を提供しようとするものである。

ところで、共同体特許権の消尽に関する第三二条⁽⁴⁾は、「共同体特許により保護を受けている産物が、特許権者によりまたは特許権者の明示の同意を得て、当条約締結国のいずれか一国内において拡布されたときは、共同体特許権は、爾後その産物に関し当条約の締結諸国の主権領域内で行なわれる行為には及ばない、ただし、共同体法の定めるところにより共同体特許権がかかる行為に及ぶことを正当とする理由があるときは、このかぎりでない。」と定めている。この条項は、一九七四年五月六日からルクセンブルグで開催される予定であったヨーロッパ共同体構成国会議のために準備された「共同市場のためのヨーロッパ特許に関する条約草案」⁽⁵⁾（以下では単に「草案」という）第三二条を受けたものであるが、同条は、「共同体特許権者が、特許保護を受けている産物を、当条約締結国の一国内において拡布したときは、共同体特許権は、爾後その産物に関し当条約の締結諸国の主権領域内で行なわれる行為には及ばない（第一項）。第一項の規定は、契約による実施権者または第四四条による実施権者（引用者注・後述する実施特許諾用の宣言に基づく実施権者を指している）が、共同体特許権を侵害することなしに拡布した産物についても、これを

適用する（第二項）。」と規定していた。さらに、草案第三二条は、一九七〇年四月に公表された「共同市場のためのヨーロッパ特許に関する条約第一予備草案」⁽⁶⁾（以下では単に「第一予備草案」という）および一九七一年一〇月に公表された「共同市場のためのヨーロッパ特許に関する条約第二予備草案」⁽⁷⁾（以下では単に「第二予備草案」という）を受けたものであるが、それらの第一条第一項は草案第三二条第一項と同一の規定を置いており、また、第一および第二予備草案第二三条第一項および第二項は、「共同体特許は、共同体特許が効力を有する領域の全部または一部について、実施許諾の対象とすることができる（第一項）。第一条第一項は、実施権者が適法に拡布した産物について、これを適用する（第二項）。」と定めていた。それゆえ、共同体特許権の消尽は、共同体特許権者による販売・拡布の場合のほか、許諾実施権者および実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による販売・拡布の場合に問題となるわけであるが、共同体特許条約は、右に掲げた者のほか、先使用権者や強制実施権者およびその他若干の者も、共同体特許権者からの差止めを受けることなく、適法に特許製品を販売・拡布できる旨を定めている。それゆえ、これらの者が販売・拡布した場合にも消尽の問題が生ずるか否か、および消尽が生ずる場合にはその範囲についても検討しなければならない。また、それらの権利の成立要件および内容の理解が右の問題を検討する際の前提になると思われるので、本稿では、それらについての説明をやや詳細にさせていただきたく思う。

なお、共同体特許条約は、ヨーロッパ経済共同体加盟国を指定国として付与されたヨーロッパ特許（共同体特許）についての法体系を創設するものではある（一条、二条一項）が、同条約の締結国がそれぞれの国内立法権に基づき国内特許法を制定しかつこれを存続さす権利までも否定しているわけではない（六条）。共同体特許条約の各締結国は、従来どおり、それぞれ固有の特許法に基づいて特許権を付与し、その特許権から生ずる諸効果を当該国家の主権

領域内において承認することができる。⁽⁸⁾

それゆえ、発明をした者は、その発明について共同体特許権を取得せずに、従来どおり、各国家ごとにその国内特許権を取得することもできるわけである。ところが、同一発明につきたたとえばフランスとドイツでそれぞれフランス特許とドイツ特許とを有している者が、フランスでその特許に係る製品を適法に販売した後でも、その製品がドイツへ輸入されたときは、「各国の特許の独立の原則」に基づきドイツ特許権を援用して右製品のドイツでの販売を禁止することができるということになる。発明者にとっては、共同体特許権を取得するよりもそれぞれの国家においてそれぞれの国内特許権を取得するほうが有利になり、また、かくては共同体特許条約を制定した意味がなくなるのである。このようなことを防ぐとともに、共同市場内での商品流通をより円滑にする目的で、第八条第一項は、「当条約締結国の国内特許権は、その特許によって保護されている産物が、特許権者によりもしくは特許権者の明示の同意を得て、当条約締結国のいずれか一国内において拡布された後は、爾後その産物に関し右国内特許権が付与された国家の主権領域内で行なわれる行為には及ばない、ただし、共同体法の定めるところにより国内特許権がかかる行為に及ぶことを正当とする理由があるときは、このかぎりでない。」と定めている。だから、ヨーロッパ経済共同体内部における特許権の消尽の問題を考察する際には、国内特許権やその実施権者などが販売・拡布した場合についても検討しなければならないのである。共同体特許権の単一性の問題とは直接には関係しないが、ヨーロッパ経済共同体域内における特許権の消尽について興味深い規定を置いているので、ここで同時に取り扱い、参考に供したい。⁽⁹⁾

(一) Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt (Gemeinschaftspatentübereinkommen); Convention for the European patent for the common market (Community Patent Convention); Convention relative

au brevet européen pour le marché commun (Convention sur le brevet communautaire) (76/76 EWG), Amtsbl. Eur. Gem. Nr. L 17/1 vom 26. Januar 1976; GRUR Int. 1976 Heft 5, 231.

(2) Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente (Europäisches Patentübereinkommen); Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention); Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen).

ヨーロッパ特許条約については、佐藤義彦著・ヨーロッパ特許条約の解説(第一条約)(昭49)を参照されたい。

(3) 共同体特許条約第二条第二項第一文および第二文は、「共同体特許は単一性を有する。共同体特許はこの条約の適用される全主権領域内で同一の効力を有し、かつ、右の全主権領域に対する関係でのみこれを付与し、譲渡し、無効の宣告をしまたは消滅させることができる。」と定めている。

(4) 特に断らないかぎり、条文は共同体特許条約のそれを意味するものとする。

(5) Entwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt; Draft Convention for the European patent for the common market; Projet de Convention relative au brevet européen pour le marché commun.

この草案は、デンマーク語、ドイツ語、英語、フランス語、アイルランド語、イタリア語およびオランダ語をいずれも正文とするものであり、ヨーロッパ共同体公報局 Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften; Office for Official Publications of the European Communities; Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg から公刊されている。

この草案については、その概略の説明が W. Cohausz 著・江崎光史訳「ヨーロッパ特許条約について(一)」A I P P I 一九卷二号(昭49)六三頁以下になされているほか、条文の訳出が、佐藤義彦「ヨーロッパ共同体特許法」同志社法学二三八号(昭50)九四頁以下になされている。

(6) Erster Vorentwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt; Premier Avant-projet de Convention relative au brevet européen pour le marché commun.

この草案は、ドイツ語、フランス語、イタリア語およびオランダ語をいずれも正文とするものであり、ヨーロッパ共同体公

報局から、その報告書とともに公刊されたほか、ドイツ語テキストは、GRUR Int. 1970 Heft 4, S. 125 ff. にも掲載されている。非公式の英語訳は、1 IIC (1970), 340 になされている。

この草案については、佐藤義彦「ヨーロッパ特許法の新草案」特許管理二〇巻一一号(昭45)一一〇四頁以下にその紹介があるほか、条文の訳出が、「(EEC) 共同市場についてのヨーロッパ特許権に関する協定—第一次草案—」A I P P I 一五巻一一号(昭45)三五九頁以下、布井要太郎訳「共同市場のためのヨーロッパ特許に関する協定の第一予備草案(仮訳)」特許管理二二巻八号(昭46)七五一頁以下になされている。

(7) Zweiter Vorentwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt; Second Avant-projet de Convention relative au brevet européen pour le marché commun.

この草案も、ドイツ語、フランス語、イタリア語およびオランダ語をいずれも正文とするものであり、ヨーロッパ共同体公報局から、その報告書とともに公刊された。

この草案についての紹介と条文の訳出は、佐藤義彦「ヨーロッパ特許条約の草案について」同志社法学一二四号(昭47)一二九頁以下になされている。

(8) もっとも、同一の発明者による同一の発明について、共同体特許と国内特許の二個の特許により保護が与えられることはない(八〇条)。

(9) なお、経過期間内は、ヨーロッパ経済共同体加盟国を指定してヨーロッパ特許出願をした者は、その特許出願中において共同体特許権の取得を欲しない旨の意思を表示することができる。右の表示がなされたときは、各指定国につきそれぞれの国内特許権と同一内容を有するヨーロッパ特許権が付与される(八六条)。それゆえ、ヨーロッパ経済共同体域内における特許権の行使と消尽の問題について考察する際には、経過期間内は、右の意味におけるヨーロッパ特許権が取得された場合についても検討しなければならないのであるが、右の意味におけるヨーロッパ特許権は実質的には各国内特許権と同一であるので、第二節に述べるところと同じ結果となり、別個の取扱いをする必要はない。

第一節 共同体特許権の行使と消尽

一 共同体特許権者による実施

1 原則

第三二条本文は、前述したように、「共同体特許により保護を受けている産物が、特許権者により、……当条約締結国のいずれか一国内において拡布されたときは、共同体特許権は、爾後その産物に関し当条約の締結諸国の主権領域内で行なわれる行為には及ばない」と規定し、共同体特許権者自身によりヨーロッパ経済共同体内部においてなされた特許製品の販売・拡布後は、共同体特許権は消尽する旨を明らかにしている。

ところで、オランダ特許法第三〇条第二項は、「(a)または(b)（引用者注・特許権者に与えられている独占権の内容が、同条第一項中に、(a)、(b)として列挙されている）に掲げる製品または物質が適法に市場に置かれた場合には、その取得者およびその後の所持者は、その業務の執行または業務のためにその製品を販売し、賃貸し、供給しまたはそのような目的のために貯蔵しまたは使用しても、特許権の侵害とはならない。⁽¹⁾」と規定して、特許権者が適法に販売・拡布した特許製品については、特許権が消尽する旨を明定している。

さらに、フランス特許法第五一条第二項は、同条第一項において特許侵害となる場合について規定したあとを受けて、「ただし、侵害品の製造者以外の者が侵害品を使用し、販売し、または取引に用い、使用もしくは取引に用いるために所持することまたは特許発明を実施する目的でその方法を取引することは、事情を知って行なった場合でなければ、侵害を構成しないものとする。」と定め、また、デンマーク特許法第三条第三項は、特許権の効力につき、

「独占権は、国内において、その独占権に違反して小売店においてまたはその他同様な方法で販売された製品について購入者が購入の際、独占権を侵害していることを知らないときまたは知ることを期待できなかったときは、その製品の実施には及ばない。」と定めているが、これらの条文は、特許権者が適法に販売・拡布した製品については特許権が消尽することを当然の前提としていふと考えるのでなければ、とうてい理解できない規定である。

これに反し、ドイツ特許法中には、右に掲げたような特許権の消尽に直接あるいは間接に關係する規定は見当らない。しかしながら、特許権者自身による特許製品の販売・拡布後はドイツ特許権は当該製品については及ばなくなる⁽²⁾ことが、理論構成の点では差異があるにせよ、その結論においては学説・判例によって一般的に肯定されており、異論を見ない状態である。

このように、国内特許権は、特許権者による特許製品の販売・拡布によって消尽することが、ヨーロッパ経済共同体を構成する各国の特許法によってほぼ承認されているといえる。とすれば、共同体特許権がヨーロッパ経済共同体全域にわたって効力を有する一個の特許権であるとして構成される以上、ヨーロッパ経済共同体域内の共同体特許権者自身による販売・拡布後は、共同体特許権は消尽するのが当然であり、共同体特許条約は理論的には自明のことをいわば確認したにすぎないと評価することもできるかもしれない。しかし、共同体特許権の消尽を明文で宣言したこの規定は、特許の手助けを用いて共同市場を分割しようとする試みを防止し、共同市場内における通商の自由をより一層進めようとする共同体特許条約の目的に合致するものであることは疑いのないところであり、その意義は大きいと評価することもできるであらう。⁽³⁾

2 特 則

問題は経過規定のうちに存在している。一般的に、共同体特許権の無効は、第五七条中に列挙されている無効原因が存在する場合に、利害関係人の申立てに基づき、ヨーロッパ特許庁内に設置される無効部において審理され宣告される(五六条以下)。無効宣告がなされたときは、ヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係で、共同体特許権は効力を失う(二条二項二文)。他方、共同体特許に関する侵害訴訟は共同体特許条約締結国の国内裁判所の管轄とされており(六九条)、かかる侵害訴訟の係属している国内裁判所は、係争の共同体特許を有効なものとして取り扱わなければならない(七六条)。無効手続が同時にヨーロッパ特許庁に係属している場合には、侵害訴訟の係属している国内裁判所は侵害手続の中止をすることができるとどまる(七七条二項⁽⁵⁾)。

ところが、経過期間(共同体特許条約発効後最大限一五年)内にかぎり、侵害手続において共同体特許権の有効性についても判断することができるということにされたのである。国内特許についての侵害手続においてその特許権の有効性についても判断でき、場合によっては、特許無効の宣告をすることもできるとする立法例を有している国家(たとえばイギリス)には、共同体特許について侵害訴訟が係属している自国の裁判所が当該国家領域内における共同体特許の有効性に関して判断することのできる権利を留保することが許されている(九〇条一項)。かかる留保をした国家にあっても、無効の宣告は、第五七条中に列挙されている無効原因が存在するときにかぎって許されるのであり、そのかぎりにおいては不統一は少ないといえるが、いずれにしても、同一の共同体特許権がある国家領域内では有効で、他の国家領域内では無効という取扱いとなることを避けることはできない。

その結果、共同体特許権の消尽についても困難な問題が発生する。たとえば、共同体特許権者甲が、イギリスである発明を実施している乙を相手方として、共同体特許権の侵害を理由として、イギリスの裁判所に対し、損害賠償を⁽⁶⁾

求める訴えを提起したという事例において、そのイギリスの裁判所が共同体特許権の無効を宣告して甲が敗訴したという場合を例にして考えてみる。当該共同体特許権はイギリスにおいては無効である（九〇条二項）が、この無効は他の国家（たとえば、フランス）には及ばないから、フランスではなお当該共同体特許権は有効なものとして取り扱われる。それゆえ、乙がイギリスで適法に販売・拡布した製品がフランスへ輸入され、同地で販売されたときは、甲はフランスではこれらの輸入・販売行為を差し止めることができることになる。⁽⁷⁾問題は、イギリスで甲が販売・拡布した特許製品がフランスへ輸入された場合にも同一の結論となるか否かである。イギリスでは共同体特許権が無効の取扱いを受けている結果、*Patent frei* の状態であり、ここでは、甲は、乙という競業者が存在するため、共同体特許権が有効である場合に比しより廉価で販売しなければならないこともあろう。このような事情を考慮するときはイギリスで第三者に販売した製品がフランスへ輸入され、同地で甲が販売しているよりもお廉価で転売されるといった場合に、甲に差止め請求を認める正当な理由があるとも考えられる。しかし、共同体特許権の消尽に関する第三二条は、共同体特許権者による販売・拡布が共同体特許の有効とされている地においてなされたことを明示的に要件とはしていないこと、ならびに、後述する第二節一の場合との均衡上も、否定的に解すべきものと考え（なお七二参照）。

二 許諾実施権者による実施

1 許諾実施権の成立

共同体特許は、その全部または一部につき、ヨーロッパ経済共同体の全域についてまたはその一地域に限定して、実施許諾契約の対象とすることができる（四三条一項一文）。

実施許諾契約は、共同体特許権の譲渡契約の場合（四〇条一項参照）と異なり、共同体特許条約上は、必ずしも書面によってこれを行なう必要はない（四三条三項参照）。また、共同体特許記録簿への登録も許諾実施権の効力発生要件ではない。その意味において、共同体特許権についての実施許諾契約は、原則的には、無方式の諾成契約であるということができる。

もつとも、財産権の対象としての共同体特許権は、特段の定めのないかぎり、ヨーロッパ特許出願人がヨーロッパ特許出願日にヨーロッパ経済共同体内に住所もしくは本店または営業所を有していたことがヨーロッパ特許記録簿上明らかであるときはその住所もしくは本店、これらがなくときは営業所の所在する地の特許権として取り扱われ、また、ヨーロッパ特許出願人がヨーロッパ特許出願日にヨーロッパ経済共同体内に住所、本店および営業所を有していなかったときは、ヨーロッパ特許出願人の代理人（第一條約一三三条二項参照）のうちヨーロッパ特許記録簿中で筆頭に登録されている代理人がその登録の日に有していた営業所が所在する地の国内特許権として、ヨーロッパ経済共同体の全域にわたって、取り扱われることになっている（三九条）。それゆえ、当該国家の国内特許法によれば、実施許諾契約は書面によってする旨が定められているとき（たとえば、フランス特許法四三条）は、書面によってすることを要し、また、許諾実施権は国内の特許記録簿への登録を必要とする旨が規定されているとき（たとえば、デンマーク特許法四四条）は、共同体特許記録簿への登録を必要とする（三九条四項）。

2 許諾実施権の登録

許諾実施権は、その登録が成立要件あるいは効力発生要件とされていない場合であっても、共同体特許記録簿へ登録することができ、登録を受けた許諾実施権は、登録以後にその共同体特許権について権利を取得した者（たとえば

共同体特許権の譲受人) に対しても、対抗力を有する。登録を受けない許諾実施権は、許諾後に共同体特許権について権利を取得した善意の第三者には、対抗することができない(四三条三項、四〇条三項)。

許諾実施権の共同体特許記録簿への登録は、許諾実施権の付与がなされたことを明らかにする実施許諾契約書もしくは公正証書の原本もしくは認証謄本または実施許諾のなされたことを示すに十分なその他の契約書もしくは公正証書の抄本を添付して、当事者の一方がヨーロッパ特許庁に申し立てることによってこれを行なう(施行規則⁽⁸⁾一〇条、第一条約施行規則⁽⁹⁾二二条二項、二〇条一項、二項)。

3 排他的実施権

共同体特許権に対する実施権は、排他的に許諾することもできる(四三条一項二文、施行規則一〇条、第一条約施行規則二二条一項)。

排他的実施権 *ausschließliche Lizenz; exclusive licence; licence exclusive* の内容、効力などに関しては、共同体特許条約中になんらの規定も存在しておらず、もっぱら各国の国内特許法の定めるところにまかされている。つまり、ヨーロッパ特許出願人がヨーロッパ特許出願時にパリに住所を有していたときはフランス特許法が、ローマに本店を有していたときはイタリア特許法が、東京に本店を有しているヨーロッパ特許出願人がミュンヘンに営業所を開設している弁理士を代理人としてヨーロッパ特許記録簿中に登録していたときはドイツ特許法が、それぞれ規定している内容の排他的実施権として、ヨーロッパ経済共同体の全域にわたって取り扱われることになる。もっとも、実施許諾用意の宣言(三参照)は、排他的実施権の登録がなされているときまたはその登録申立てがなされているときは、これを行うことができないことになっている(四四条三項)。

なお、言うまでもないことであるが、排他的実施権の付与は共同体特許条約上これが可能であるというにすぎず、ヨーロッパ経済共同体条約をはじめとする競業法の観点から、排他的実施権の付与が制限されることは当然予定しなければならぬ⁽¹⁰⁾。

4 再実施権

共同体特許記録簿中に実施権者として登録されている者が付与した許諾実施権を登録するときは、再実施権として登録される（施行規則一〇条一項、第一条約施行規則二二条二項）。

再実施権 *Unterlizenz; sub-licence; sous-licence* を付与することができるのはだれか、また、付与された再実施権の持つ内容や効力についても、共同体特許条約中にはなんらの規定も存在しておらず、排他的実施権の場合と同じく、ヨーロッパ特許出願人がヨーロッパ特許出願日に有していた住所地などの国内特許法が定めるところにもっぱら委ねられている（3参照）。

5 許諾実施権の消滅

許諾による実施権は、実施許諾契約中に定める事由の発生によって消滅するほか、共同体特許権が消滅したとき、および、冒認がなされていた場合において正当な出願権利者に共同体特許権が移転されたときにも、消滅する。

共同体特許権は、ヨーロッパ特許出願日から起算して二〇年の存続期間の満了によって消滅する（第一条約六三条一項）ほか、共同体特許権者による共同体特許権の放棄または特許料の不払によっても消滅する（五一条一項）。それゆえ、共同体特許権を放棄するには、登録を受けた実施権者があるときはその者に前以って放棄の意思を通知しなければならぬ⁽¹¹⁾（五〇条三項二文）。特許料については、その支払義務者は共同体特許権者に限定されてはいない

（四九条、施行規則一二条参照）ので、許諾実施権者が代って納入することもできると考えられる。

共同体特許権について無効の宣告がなされたときは、共同体特許権は当初から発生しなかったものとみなされる（三五条一項）。したがって、無効宣告を受けた共同体特許権について実施許諾契約がなされていたときは、不存在の特許権について実施許諾がなされた、つまり、その実施許諾契約は当初から無効であったということになり、既払実施料の返還や未払実施料の支払をめぐって困難な問題の発生する余地が生じる。しかし、共同体特許条約は、この点について、共同体特許権の無効の遡及効は無効宣告前に締結された契約のうち無効宣告前に履行されたものには原則として及ばないと規定して（三五条二項）、既払実施料の返還請求はできないこと、ならびに、未払実施料は、無効宣告前に履行期の到来したものを含めて、もはや支払う義務はないことを明らかにした。もっとも、既払実施料については、「周囲の事情から正当とされる限度においては」、「公平の観点から」その返還を請求することができる旨が付加されている⁽¹²⁾。

共同体特許が、異議手続（第一条約九九条以下）において撤回されたときも、無効宣告がなされた場合と同一に取り扱われる（三五条二項）。

共同体特許権を取得する権利を有しない者に共同体特許権が付与されている場合には、正当な権利者は、共同体特許権の自己への移転を請求することができる（二七条）。この場合において、移転の請求がなされる前にその当時の共同体特許権者が実施許諾していたときは、その許諾実施権は、共同体特許権の正当な権利者への移転とともに、消滅する（二八条一項。六参照）。

6 許諾実施権者による販売と共同体特許権の消尽

第三二条本文は、「共同体特許により保護を受けている産物が、……特許権者の明示の同意を得て、当条約締結国のいずれか一国内において拡布されたときは、共同体特許権は、爾後その産物に關し当条約の締結諸国の主権領域内で行なわれる行為には及ばない」と規定し、許諾実施権者による特許製品の販売・拡布によっても、共同体特許権は消尽することが明らかにされている。

この条文が定めている内容は、典型的には、たとえば、共同体特許により保護を受けている製品を、フランス国内における製造・販売について許諾を受けている実施権者が、フランスにおいて第三者に売却した後は、その製品がその第三者またはその他の者によってドイツへ輸入されても、共同体特許権者およびドイツにおける製造・販売について許諾を受けている実施権者は、ドイツにおける自己の権利を主張して、その輸入（および輸入後におけるドイツ国内での販売）を差し止めることはできない、というにある。

一般に、国内特許権は、当該国家領域内において特許に係る製品が許諾実施権者（排他的実施権者であると非排他的実施権者であるかを問わない）により適法に販売・拡布されたときは、明文規定の有無を問わず、消尽するとされている。共同体特許権がヨーロッパ経済共同体の全域にわたる一個の特許権であるとして構成されている（二条二項）以上、ヨーロッパ経済共同体内において許諾実施権者が販売・拡布した製品については共同体特許権はヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係において消尽するのが論理的であり、その意味では、共同体特許権者自身による拡布の場合と同じく（一・一参照）、当然のことを規定したといふことができる。

解釈上問題になると思われるのは、右の例において、フランスにおける販売が再実施権者によってなされている場合にも共同体特許権は消尽するかの点である。

条文は、「共同体特許権者の明示の同意を得て」販売・拡布された場合に共同体特許権が消尽すると述べているので、再実施権者による販売・拡布によっては消尽しないと解される余地もある。しかし、本条の前身である草案第三条第二項（ならびに第一および第二予備草案第二三条第二項）は許諾実施権者による販売・拡布によって共同体特許権が消尽する旨を定めているところ、ここでの許諾実施権者には再実施権者をも当然に含んでいると考えられるので、適法に再実施権を取得した者による販売・拡布によっても、共同体特許権は消尽すると理解すべきであろう。

次に問題としなければならない点は、同じく右の例において、フランスの実施権者が地域制限を無視したまたはこれに違反してドイツで販売したまたは製造・販売した場合、あるいは、実施許諾契約中に約定されていた数量制限を越えて許諾実施権者が販売・拡布した場合、さらには、特許製品の輸入・販売について実施権を有する者が製造・販売した場合などにも、共同体特許権は消尽するかについてである。

共同体特許条約中の文言は、「特許権者の明示の同意を得て mit seiner (=Patentinhaber) ausdrücklichen Zustimmung; with his (=the proprietor of the patent) express consent; avec son (=le titulaire du brevet) consentement exprès」販売・拡布された産物について共同体特許権が消尽すると述べており（三二条）、

また、実施許諾契約中において付された制限に違反して行為する許諾実施権者に対して共同体特許権者は特許権侵害を主張することができる旨の規定も存在する（四三条二項）⁽¹⁴⁾ので、これらを併せ考えると、右の例のような場合には共同体特許権は消尽しないというふうに理解すべきであろう。ただし、実施権者による販売・拡布と共同体特許権の消尽の問題につき、草案第三二条第二項は、「共同体特許権を侵害することなしに ohne Verletzung des Gemeinschaftspatents; without infringement of the Community patent; sans qu'il soit porté atteinte aux droits

attachés au brevet communautaire」販売・拡布された場合に消尽すると述べていたので、第一次的には、右の行為が単なる契約（実施契約）違反にすぎないのかそれとも特許権の侵害になるのかの解釈にかかってくるものと思われるが、最終的には、これらの行為も特許権侵害を構成すると明文で定められるに至ったからである。

なお、この点の検討に際して忘れてならないのは、第一および第二予備草案第二三条第二項中では、この部分がいずれも「適法に rechtmäßig; licitement」販売・拡布された場合に消尽するとされていたこと、および、第一予備草案の報告書中では、「合法的な契約による制限がある場合を除き⁽¹⁶⁾ vorbehaltlich zulässiger vertraglicher Einschränkungen; sous réserve des limitations contractuelles licites」同条項によって共同市場内における特許製品の自由な流通が確保される旨の説明がなされていたことである。「適法に」という概念を使用する場合には「特許権を侵害する」という場合のほか、「特許権侵害にはならないが契約上の債務不履行にはなる」場合にも特許権は消尽しないと考えられるところ、草案は「特許権を侵害する」場合には特許権は消尽しないが、「特許権侵害にならない以上は、債務不履行となる場合であっても」共同体特許権は消尽し、あとの問題は実施許諾契約当事者間の解決に委ねる方針を採ったのであるが、最終的には、実施許諾契約中に定められた制限の違反は特許権侵害とみなすという構成を採って、再び元に戻したわけである。

もっとも、実施許諾契約中における地域制限・数量制限などが競争法上違法と判断される場合において、それらの制限に違反した実施も特許権侵害となりうるのか、仮に特許権侵害になるとしても、販売・拡布された特許製品につき特許権侵害を理由として差止め請求をすることはヨーロッパ経済共同体条約第三〇条以下の規定とどのような関係に立つのかなどの問題はなお残されており、ヨーロッパ共同体裁判所の判断が興味深くまたれるところである。

三 実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による実施

1 意義

共同体特許権者は、共同体特許記録簿中に排他的実施権の登録がなされているときまたはヨーロッパ特許庁に対して排他的実施権の登録申立てがなされているときのほかいつでも(二三参照)、ヨーロッパ特許庁に対し、適当な対価(実施料)でだれに対しても発明の実施を許諾する用意がある旨、宣言することができる(実施許諾用意の宣言 *Lizenzbereitschaft; Licences of right; Licences de droit*) (四四条一項、三項)。実施許諾用意の宣言がなされたときは、その宣言後当該共同体特許権について履行期の到来する特許料が減額される(四四条一項)。ただし、実施許諾用意の宣言をした後は、共同体特許記録簿への排他的実施権の登録を申し立てることはできなくなる(四四条六項)。

実施許諾用意の宣言がなされている場合には、その特許発明を実施したい旨を書留の手紙によって共同体特許権者に通知した者はだれでも、その通知の発信後一週間経過するとともに、実施権者となる(四四条四項二文、施行規則 一一條)。

実施料の額は、当事者の一方の申立てに基づき、無効部が定めることになっている(四四条五項、九条一項)⁽¹⁷⁾。無効部による実施料額の確定後一年以上経過した場合において実施料額が明らかに不相当となる事情が発生したときまたはその事情の存在が明らかとなったときは、当事者の一方は、無効部に対し、実施料額の変更を申し立てることができる(四四条五項、施行規則 一一條四項)。

2 実施許諾用意の宣言に基づく実施権の権利内容

実施許諾用意の宣言に基づく実施権には、地域的制限および（または）その他発明の実施についての制限を付することができる。この制限は、実施権を得たいと考える者が実施許諾用意の宣言をした共同体特許権者に対してする通知（1参照）中に記載することによって、これを行なう（四四四条四項、四三三条一項、施行規則一一条二項）。

実施許諾用意の宣言に基づく実施権は許諾実施権として取り扱われる（四四四条四項二文）。もっとも、実施許諾用意に基づく実施権はつねに非排他的実施権であり、排他的実施権は存在しない。この点に関しては、必ずしも明文の規定があるわけではないが、実施許諾用意の宣言が「適当な報酬と引き換えにだれに対しても」発明の実施を許諾するという内容をすること（四四四条一項）および実施権を得ようとする者の单独の意思表示で実施権が発生すること（四四四条四項）、ならびに、実施許諾用意の宣言をした後はもはや排他的実施権の登録申立てをすることが許されなくなること（四四四条六項）などから明らかであろう。

実施許諾用意の宣言に基づく実施権は、許諾実施権と同一の事由によって、消滅する（二五五参照）。

3 実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による販売と共同体特許権の消尽

実施許諾用意の宣言に基づいて実施権を得た者が、共同体特許により保護を受けている製品を、その実施権の範囲内で販売・拡布したときは、共同体特許権は爾後その製品に関してヨーロッパ経済共同体内で行なわれる行為には及ばなくなる。この点について共同体特許条約中に明文の規定が存在しているわけではないが、実施許諾用意の宣言に基づく実施権は許諾実施権として取り扱われる（四四四条四項二文）こと、共同体特許権の消尽に関する草案第三二条第二項は実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による販売・拡布を消尽事由として明定していたことなどから当然にこのように解さなければならない。

四 先使用権者による実施

1 先使用権の成立

共同体特許（ヨーロッパ特許）を取得する権利は、発明者（またはその権利承継人）に与えられる（第一条約六〇条一項）。しかしながら、たまたま二人以上の者が同一の発明を相互に独立してなしたときは、共同体特許権は、ヨーロッパ経済共同体加盟国を指定国として最先にヨーロッパ特許出願をした発明者のみに与えられる（第一条約六〇条二項）。それゆえ、共同体特許権者は、場合によっては、他の発明者に対しても、当該発明の実施の差止めを求めあるいは、損害賠償の請求をすることもできることになる（二九条、三〇条参照）。

ところが、他方において、ドイツ特許法第七条、フランス特許法第三一条、オランダ特許法第三二条、デンマーク特許法第四条などには、先使用権に関する定めがなされているので、たとえば、ある発明者がヨーロッパ経済共同体の各加盟国についてそれぞれの国内特許権を得た場合には、右諸国においては、それぞれの先使用権によってその国内特許権の効力に制限を受けることがある。それゆえ、共同体特許条約は、その第三八条第一項において、「当条約締結国の一国においてある発明に対して国内特許が付与されておればその発明につき先使用権または人的占有権を有すべきであった者は、その発明を対象とする共同体特許に対しても、当該国家において、右と同一の権利を有する。」と規定し、共同体特許権を取得した場合と各国内特許権を取得した場合とで異なった結果になることを防止しようとしている。

2 先使用権の要件・内容

ここで注意しなければならないのは、先使用権の要件および効果が各国内法によって異なっていること、ならび

に、それぞれの権利の地域的効力範囲はそれぞれの国家領域内に限定されていることの二点である。

要件についてこれを見てみると、たとえばフランスにおいては、先使用権は「出願または特許の優先の日に、この法律の適用を受ける地域において善意で、特許の対象である発明を所有していた者」に与えられる（フランス特許法三一条一項）のに対して、ドイツにおいては、「出願の時に既に国内においてその発明を実施しまたは実施のため必要な準備をしていた者」に先使用権が与えられ（ドイツ特許法七条一項）、デンマークにおいては、「特許出願のときに、国内においてその発明を業として実施していた者」、および、「国内において業としてその発明を実施するための実質的準備をしていた者」に先使用権が与えられる（デンマーク特許法四条一項）。

権利内容も、フランスでは、「自己の名において、その発明を実施する権利」である（フランス特許法三一条一項）のに対し、ドイツでは、「自己の営業の必要のため自己または他人の工場においてその発明を実施する権利」（ドイツ特許法七条一項）であるとされ、デンマークでは、先使用権者は、「その実施の一般的性格を保持しつつ、継続してその発明を実施することができる」（デンマーク特許法四条一項）ことになっている。

先使用権の地域的効力範囲は、それぞれの国家の主権領域内に限定される。それゆえ、たとえば、A国においてA国特許法の定める先使用権の要件を満たしている者であっても、B国特許法の定める要件を満たしていないときは、B国における実施は共同体特許権の侵害となる。また、A・B両国においてそれぞれの特許法が定めている要件を満たしている場合であっても、A国特許法によって権利内容とされているがB国特許法によれば権利内容とされていない行為を先使用権者が行なったときは、B国においては、共同体特許権の侵害となる。⁽¹⁸⁾

3 先使用権者による販売と共同体特許権の消尽

先使用权者が、共同体特許により保護を受けている製品を、先使用权の認められている国家領域内において適法に販売したときは、共同体特許権は、爾後その製品に関し共同体特許条約締結国の全主権領域内で行なわれる行為に対して及ばなくなるであろうか。

共同体特許権の消尽に関する草案第三二条第二項は、許諾実施権者および実施許諾用意の宣言に基づく実施権者を明らかに限定的に列举していたこと、⁽¹⁹⁾先使用权は、当該共同体特許権が国内特許権であったとすれば認められていた同一の権利内容を有するにすぎないものであること（草案三四条）⁽²⁰⁾を併せ考えるときは、当該先使用权の承認された国家領域内では共同体特許権は消尽したと同じ取扱いを受けるが、他の国家領域内では消尽していないという取扱いになるのではないかと思われた。⁽²¹⁾

共同体特許条約第三八条第二項は、この点につき、「共同体特許により保護を受けている産物が先使用权者によって当該国家内で販売・拡布された後は、共同体特許権は、その産物に関し当該国家領域内でなされる行為には及ばない、ただし、当該国家法が国内特許権につきその旨を定めている場合に限る。」と明定し、疑問の生ずる余地を封じた。しかし、このような結論と共同市場内における通商の自由化という命題とをどのように調和さすかは、なお今後の課題として残されているということができよう。

五 強制実施権者による実施

1 強制実施権の成立・内容

共同体特許条約加盟国の国内特許法のうちで強制実施権に関する諸規定は、当該国家の主権領域内においては、共同体特許権についても、原則としてそのまま、適用されることになっている（四六条一項）。

それゆえ、ドイツ国内にあつては、公共の福祉のための強制実施権および国防のための強制実施権は主務大臣の決定によつて発生し（ドイツ特許法八条）、公共の利益のための強制実施権は、第三者が相当な補償金を支払ひまたは担保を提供して発明の実施を申し出た場合において特許権者がその申出を拒絶したときに、その第三者の訴えに基づき特許裁判所によつて付与される（特許権付与後の不実施期間は要件となっていない）（ドイツ特許法一五条、三七条）。

フランス国内にあつては、不実施の場合の強制実施権は、出願後四年もしくは特許後三年を経過した場合において未だ現実かつ真正な実施がなされずまたは三年以上継続して特許の実施がなされていないときに、申立てに基づく地方裁判所の決定によつて、付与される（フランス特許法三二条、三三条）。公衆衛生上必要がある場合における医薬または医薬の製造方法についての特許に対する強制実施権は、その特許にかかる医薬が、数量もしくは品質において公衆の利用に不十分である場合または価格が異常に高価である場合において、公衆衛生主務大臣の請求に基づく工業所有権主務大臣の命令により職権実施権の制度の適用を受けることとされた後、請求に基づき工業所有権主務大臣が発する命令によつて付与される（フランス特許法三七条、三八条）。国民経済上の強制実施権は、医薬以外の特許についてその実施が数量もしくは品質において不十分であり、経済的發展および公益に重大な害を及ぼす場合において、工業所有権主務大臣が特許権者に国民経済の必要を満たすような方法でその特許を実施するように催告をするも、その催告が一年以内に実効を収めないときに、請求に基づき工業所有権主務大臣がする命令によつて付与される（フランス特許法三九条）。国防のための強制実施権は、国防上の必要がある場合に、国防主務大臣の請求に基づき工業所有権主務大臣の命令によつて付与される（フランス特許法四〇条）。

オランダ国内にあっては、公益のための強制実施権は、産業の利益または他の公益的理由から有益である場合において特許の日から三年を経過したときに、請求に基づき特許庁によって付与され（オランダ特許法三四条一項）、不実施の場合の強制実施権は、正当な理由がないにかかわらず特許の日から三年間、誠実にかつ十分な規模において特許にかかる製品を生産せずまたは特許にかかる方法もしくは改良を用いる実施の事業を行っていないときに、請求に基づく特許庁の決定によって付与され（オランダ特許法三四条二項）、国防のための強制実施権は、防衛上必要と認められるときに、命令によって付与される（オランダ特許法三四条A）。

デンマーク国内にあっては、不実施の場合の強制実施権は、正当な理由がないにかかわらず、特許の付与後三年、特許出願後四年を経過しても、国内においてその発明が十分な規模で実施されていないときに、コペンハーゲン海事・商事裁判所の決定によって付与され（デンマーク特許法四五条、五〇条）、公益のための強制実施権は、公益上重要な必要があるときに、コペンハーゲン海事・商事裁判所の決定によって付与される（デンマーク特許法四七条、五〇条）。

もっとも、不実施または不十分な実施を理由とする強制実施権は、共同体特許権により保護されている産物がヨーロッパ経済共同体に属する国家の領域内で製造されており、かつ、強制実施権付与の申立てがなされている国家の領域内での需要に十分な程度販売・拡布されているときは、当該国家内で十分な製造がなされていないときといえどもこれを付与することはできない⁽²²⁾（四七条）。それゆえ、共同体特許権により保護されている製品がもっぱらドイツで生産されている場合において、その製品がオランダへ輸出されオランダでの需要に十分応じているときは、オランダ特許法第三四条第二項の規定にかかわらず、不実施を理由とする強制実施権を付与することはできないことになる。

2 利用特許のための強制実施権

共同体特許相互間または共同体特許と共同体特許条約加盟国の国内特許との間に利用関係が存在する場合に、後願の利用特許権者が実施権を有するかの問題についても、共同体特許条約は各国内法の定めるところに委ねている（四八条）。

それゆえ、ドイツ国内にあっては、公共の利益のための強制実施権に関する規定（ドイツ特許法一五条）の適用が問題となりうるだけである。

フランス国内にあっては、改良特許権者は、改良特許の対象である発明が基本特許に比して重要な技術的進歩を示しているときにかぎり、基本特許が付与されてから三年または基本特許の出願から四年経過後、地方裁判所に強制実施権の付与を申し立てることができる。この場合には、基本特許権者も、改良特許についての強制実施権の付与を地方裁判所に申し立てることができる（フランス特許法三六条）。

オランダ国内では、後願の特許発明を実施するために先願の特許発明を実施する必要があるときは、先願の特許権者はいつでも、後願の特許権者に実施権を許諾しなければならないことになっており、先願の特許権者がこれを拒絶したときは、特許庁によって強制実施権が付与される。なお、後願の特許権者も、先願の特許権者に、実施権を許諾する義務を負っている（オランダ特許法三四条三項、四項）。

デンマーク国内では、利用特許権者は、その利用特許の重要性またはその他特別の理由により十分な根拠があるときは、コペンハーゲン海事・商事裁判所に対し、強制実施権の付与を申し立てることができる。もっとも、利用特許権者も、先願の特許権者に実施権を与える義務を負担する（デンマーク特許法四六条、五〇条⁽²³⁾）。

3 強制実施権者による販売と共同体特許権の消尽

強制実施権者による特許製品の販売・拡布の場合には、共同体特許権の消尽を規定した第三二条は適用されない(四六条一項二文)。草案中にはかかる明文の規定は存在しなかったが、解釈上、先使用権者による販売・拡布の場合(四三参照)とまったく同じ理由により、強制実施権者による販売・拡布によって当該強制実施権を付与した国家の領域内では共同体特許権は消尽したと同一の取扱いを受けるが、その他の国家領域内ではなお消尽していない取扱いになるものと思われる⁽²⁴⁾。ただし、共同体特許権の消尽に関する草案第三二条は強制実施権者を列挙していない⁽²⁵⁾。うえ、草案第四六条第一項は強制実施権の効果を当該強制実施権を付与した国家の主権領域内に限定していたからである。

なお、強制実施権の付与された国家領域内においては共同体特許権が消尽するかについては、先使用権の場合におけるような明文の規定は存在しないが(三八条二項参照)、これを別異に理解すべき合理的根拠は見出せない。

六 冒認確定前の実施に基づく実施権者による実施

共同体特許(ヨーロッパ特許)を取得する権利は、発明者またはその権利承継人がこれを有している。発明者が被用者であるときは、その主たる勤務地の国内立法によって、共同体特許を取得する権利を有する者を確定する。被用者の主たる勤務地を定めることができないときは、使用者が当該企業を保有する地の国内立法によって定める(第一條約六〇条一項)。

共同体特許が共同体特許(ヨーロッパ特許)を取得する権利を有しない者に付与された場合には、正当な共同体特許取得権者は、共同体特許の自己への移転を求める訴えを提起することができる(二七条一項)。提訴期間は、共同

体特許の付与を受けた者が善意であったときは、ヨーロッパ特許付与の公告の日から二年であり、悪意であったときは、制限がない（二七条三項）。共同体特許権の移転を求める裁判手続が係属したときは、事件が係属している裁判所の嘱託によりまたは原告もしくはその他の利害関係人の申立てに基づき、共同体特許記録簿中にその旨の記載がなされる（二七条四項、施行規則七条）。共同体特許記録簿への登録後は、共同体特許の放棄には登録を受けている者の同意が必要となる（五〇条三項一文）。共同体特許の移転を求める裁判が確定したときは、その旨が共同体特許記録簿へ登録される（二七条四項）。

共同体特許記録簿への共同体特許移転の登録が完了したときは、従来共同体特許権者として登録されていた者が許諾した実施権は消滅し（二八条一項、二五参照）、従来共同体特許権者としての登録を受けていた者が実施許諾用意の宣言をしていたときは、その実施許諾用意の宣言は撤回されたものとみなされる（四四条一項二文）。

正当な権利者への移転登録が完了した場合において、従来共同体特許権者として登録を受けていた者ならびにこの者から許諾を受けていた実施権者が、共同体特許権の移転を求める裁判手続の開始前にヨーロッパ経済共同体の加盟国内でその発明を実施しまたは実施のための実効的にかつ真剣な準備をしていたときは、これらの者は、発明実施の時または実施の準備を始めた時に善意であった場合にかぎり、新たな共同体特許権者に非排他的実施権の付与を申し立てることができる（二八条二項、三項）。

実施権付与の申立ては、共同体特許権者移転の登録がなされた旨の通知を受領した後二月（かつての共同体特許権者の場合）ないし四月（かつての実施権者の場合）以内になされなければならない（二八条二項、施行規則一〇条二項）。実施料の額や実施権の範囲・存続期間などの条件について一致しない場合の取扱い、あるいは、付与された実

施権の性質などについては、規定が見当らず、つまびらかでない。

冒認確定前の実施に基づく実施権者による販売・拡布によって共同体特許権が消尽するかどうかおよび消尽する場合におけるその範囲についても明文の規定がない。おそらくは許諾実施権の場合と同じ取扱いになるものと想像されるが、第三二条は特許権者の「明示の」同意を消尽の要件としており、この文言との調和も問題となろう。

七 翻訳提出前の実施に基づく実施権者による実施

1 意義

ヨーロッパ特許条約第六五条によれば、同条約の各締結国は、自国を指定国として付与されたヨーロッパ特許の明細書が自国の公用語で書かれていないときは、当該ヨーロッパ特許の自国の公用語への翻訳を提出すべき旨定める権能を留保しているが、共同体特許条約第十四条第九項は、同条約の各締結国は右ヨーロッパ特許条約第六五条によって承認されている権能を行使しない旨申し合わせている。ところが、経過期間内にかぎり、共同体特許条約の各締結国は共同体特許明細書の自国の公用語への翻訳を提出すべき旨定める権能を留保することができることとなっている（八八条一項）。

右の権能を留保した国家（イタリアが留保権を行使するものと考えられている）に対する関係では、共同体特許権は、翻訳が特許付与の公告の日から三月以内に提出されたときは特許付与の公告の日から、それ以後に提出されたときはその提出の日から、これを主張することができる（八八条二項、三項）。

ところが、ヨーロッパ特許付与についての異議申立期間（ヨーロッパ特許付与公告の日から九カ月）の満了後三年以上経過して翻訳が提出された場合には、その提出以前に当該国家領域内でその特許発明を実施していた者または実

施のための実効的であつ真剣な準備をしていた者は、⁽²⁶⁾ 適当な条件の下に、その発明の実施を継続することができる
(八八条四項)。

こうして認められた実施権がいかなる性質を有するものか、また、その条件の確定はどの機関によって行なうのかなどについては、規定が存在しておらず不明である。

2 消尽の有無・程度

共同体特許明細書の自国の公用語への翻訳を提出すべき旨定めている締結国において、異議申立期間満了後三年以上経過して翻訳が提出された場合に認められる実施権に基づき販売・拡布された特許製品に、共同体特許権の効力は及ぶであろうか。

考えるに、翻訳が提出される以前にあつては、右国家領域内ではあたかも Patent frei の状態となつていたので、だれでも共同体特許の対象である発明を実施することができる。共同体特許権自身が特許製品を販売・拡布したときは、その販売・拡布とともに、共同体特許権はヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係で消尽したとみるべきであろう。共同体特許権の消尽に関する第三二条はかかる場合を除外しているとはみられないうえ、後述するように国内特許権を有している者がヨーロッパ経済共同体加盟国の一国内で特許製品を販売・拡布したときは、販売地において特許権を有していたか否かを問わず、ヨーロッパ経済共同体内のすべての国内特許権は消尽するのであるから、均衡上もこのように解さざるをえない(なお、一2参照)。他方、共同体特許権者以外の者によって販売・拡布されたときは、翻訳が未提出であるがゆえに、共同体特許権者はこれを差し止めることはできない。しかし、これは共同体特許権が消尽したからではなく、販売地において Patent frei の状態となつてゐるからにすぎない。それゆえ、販売

された製品が共同体特許権の効力が認められている国家領域内へ輸入されるときは、共同体特許権者は自己の権利に基づきその輸入の差止めをすることができるということになる。ところで、三年経過後に翻訳が提出されたときは、従来販売・拡布していた者はそのままその実施を継続できるというのであるから、結局、共同体特許権は当該国家内では消尽したと同一の取扱いを受けるが、その他の国家領域では消尽しないということになるものと思われる。

- (1) 外国特許法の条文訳は、後藤晴男著・欧州諸国の改正特許法(昭44)による。以下同じ。
- (2) Vgl. Karl Naselski, in: Eduard Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 3. Aufl. 1968, S. 373 ff.
- (3) Vgl. Kurt Haertel, Die Entwürfe der Übereinkommen über ein europäisches System der Erteilung von Patenten und über ein Patent für den Gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1970 Heft 4, S. 101.
- (4) 例外はある。ヨーロッパ特許出願目前にヨーロッパ経済共同体内の一締結国でなされた国内特許出願でヨーロッパ特許出願日にもしくはその日後に出願公開されたものがあるときは、その国内特許出願は、当該締結国内においては、ヨーロッパ特許出願に対し先願の地位に立つ(三七条一項。第一條約一三九条参照)。それゆえ、このような後願のヨーロッパ特許出願に基づいて付与された共同体特許権については無効の宣告をすることができる(五七条二項(カ)。第一條約一三八条参照)。ところが、こうしてなされた無効宣告の効果は、右の締結国の主権領域内に限定されている(五七条三項)。その結果、たとえばドイツにおいては効力を有しない(つまり無効である)がその他の国家では有効な共同体特許権が発生するわけである。
- (5) このように、侵害手続と無効宣告手続の管轄が分離していることから生ずる不都合を除去するための方策を見出すための作業を速やかに開始し、できれば共同体特許条約の調印後一〇年以内になんらかの成果を得たい旨が、「共同体特許権の争訟に関する意見の表明 Entschliessung über Streitfälle bei Gemeinschaftspatenten」中で述べられている。なお、Albrecht Krieger, Das Luxemburger Übereinkommen über das Gemeinschaftspatent, Ein Beitrag zum europäischen Einigungswerk, BB 1976 Heft 15, S. 675. によれば、右の作業目標のうちには、侵害手続の集中化も含まれているとのことである。
- (6) 侵害訴訟の管轄裁判所は、被告がヨーロッパ経済共同体内に住所または、住所が存しないときは、営業所を有しているときは、その住所または営業所の所在する国家の裁判所である。被告がヨーロッパ経済共同体内に住所も営業所も有していな

い場合において、原告がこれらを有しているときはその住所または営業所の所在する国家の裁判所が管轄を有し、原告も域内に住所および営業所を有していないときは、ドイツの裁判所が管轄を有する（六九条一項）。侵害訴訟は、さらに、原告の住所・営業所の所在地にかかわらず、共同体特許権の侵害がなされた国家の裁判所に提起することもできるが、この場合には、裁判所は当該国家領域内における侵害行為についてだけしか管轄権がない（六九条二項）。

(7) この場合には、フランス特許法第五一条第二項は適用（ないし類推適用）されないと考えるべきであろう。ただし、ここではフランス特許の侵害が問題となっていないのではなく、共同体特許の侵害が問題となっているからである。もっとも、フランスへの輸入についてだけ右のことが妥当し、輸入後の販売などについては、フランス特許法第五一条第二項の適用（ないし類推適用）があると解することも可能かもしれない。しかし、いずれにしても、これはフランス特許法の解釈の問題であり、共同体特許条約の解釈の問題ではない。

(8) *Ausführungsordnung zum Übereinkommen über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt; Implementing regulations to the Convention for the European patent for the common market; Règlement d'exécution de la convention relative au brevet européen pour le marché commun* (76/76/EWG), *Amtsbl. Eur. Gem.* Nr. L 17/29 vom 26. Januar 1976.

(9) *Ausführungsordnung zum Übereinkommen über die Erteilung europäischer Patente; Implementing regulations to the Convention on the grant of European patents; Règlement d'exécution de la convention sur la délivrance de brevets européens.*

(10) F. Savignon 著・事務局訳「EC（共同体特許）条約のルクセンブルグ会議——一九七五年十二月一日——」A I P P I 二巻七号（昭51）三三〇頁、Krieger, a. a. O., S. 674.

なお、排他的実施権を許諾できる旨の明文規定を設けることについては、ルクセンブルグの会議においてヨーロッパ共同体委員会から異議が出された。排他的実施許諾はヨーロッパ経済共同体条約第八五条により原則として許されない、⁴⁸ というのである。⁴⁹ たとえば *Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Juni 1972, Amtsbl. Eur. Gem.* 1972, Nr. L 143/39 (GRUR Int. 1972 Hft 10, 374) は、「実施許諾者がその排他的権利の利用を一領域についてただ一つの企業に制限する義務を負担するときで、かつ、そのただ一つの企業に対し当該工業所有権を実施しかつ他の企業がこ

れを実施することを防止することのできる権利を譲渡するときは、実施許諾者は爾後他の希望者と実施許諾契約を締結することができなくなる。それゆえ、ある場合には、排他的実施許諾は第八五条第一項の禁止に触れる競争制限となることがある。」と判示している(もっとも、結論的には、本件で排他的実施権の許諾を受けているのは日本のメーカーであること、排他的実施許諾契約の対象が自動車部品の接着剤であることなどが考慮された結果、本件排他的実施権の付与は共同市場内における競争関係に影響を与えない、と判断されている)。しかしながら、排他的実施許諾が特許法上認められるべきことは疑いの余地のないこと、および、これを明文で認めることは競争法上も許されるということを意味しないことを理由として、本文のように定められた(Kurt Haetel u. a., Die Luxemburger Konferenz über das Gemeinschaftspatent, Bericht der deutschen Delegation, GRUR Int. 1976 Heft 5, S. 213)。

(11) この部分は、草案中では、「共同体特許記録簿中に共同体特許に対する排他的実施権または物的権利を有する者の登録がなされているときは、その排他的実施権者または物的権利者の同意があるときにかぎり、放棄の登録を行なう。共同体特許記録簿中にその他の実施権が登録されているときは、特許権者がその実施権者に前以って放棄の意思を通知していた旨疎明したときにかぎり、放棄の登録を行なう。」と規定されていた(草案五〇条三項)。ところが、最終的には、「共同体特許記録簿中に物的権利を有する者の登録がなされているとき……は、その者の同意があるときにかぎり、放棄の登録を行なう。共同体特許記録簿中に実施権が登録されているときは、特許権者が実施権者に前以って放棄の意思を通知していた旨疎明したときにかぎり、放棄の登録を行なう……」と定められるに至った(五〇条三項)。排他的実施権が「物的権利 dingliches Recht; right in rem; droit réel」であると理解したときは、共同体特許権の放棄には排他的実施権者の同意を必要とすることになるが、第五〇条第三項における「実施権」には、「登録されている」ということ以外には、何の制限も付されていないので、排他的実施権が物的権利であるか否かを問題とせず、排他的実施権者には放棄の意思を通知するだけで、有効に共同体特許権を放棄することができるものとする。

(12) この付加部分は、草案中には存在しなかったものである(草案三七条二項参照)。しかし、最終的には、この部分が付加されたため、無効宣告後における既払実施料の返還請求の可能性が明定されたことになり、かえって紛糾をきたすことになったのではないかと思われる。ただし、「周囲の事情から正当とされるか否か」、「返還をすることが公平であるか否か」は、結局は、裁判所の判断にまたねばならず、既払実施権者からする返還請求の訴訟が頻発することも想像されるからである。

なお、無効宣告の遡及効の制限は、第一予備草案中では規定されていなかったが（第一予備草案五八条一項参照）、その報告書（Savignon, Bericht über den ersten Vorentwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt—以下では「Bericht über den ersten Vorentwurf」と略する—）中においては、「無効の遡及効を制限するか否かについて、第一予備草案公表後に再度検討することが、オランダ代表の提案に基づき、決議されている」旨が表明されていた（Bericht über den ersten Vorentwurf, 16）。第二予備草案第五八条第二項は、「無効宣告前に締結された契約のうち無効宣告前に履行されたもの」には無効宣告の遡及効は及ばないと定め、草案第三七条第二項はこれをそのまま踏襲したのであったが、最終的には、右文言のあとに、「ただし、契約の履行として支払われた金額は、周囲の事情から正当とされる限度において、公平の観点からその返還を請求することができる」というただし書きが付加されたものである。

(13) 明文規定の例としては、オランダ特許法第三〇条第二項がある（なお、後藤・前掲書九頁参照）。明文規定のない場合に於いて、たとえば、Nastelski, a. a. O., S. 343 参照。

(14) もっとも、実施許諾契約中で定められている制限に違反して行為する実施権者は特許権侵害を主張することができるといふ一事から、かかる違反行為によって販売・拡布された特許製品については特許権は消尽しないという結論を論理必然的に導き出すことができるわけではない。消尽の根拠とも関係するが、たとえばデンマーク特許法第三条第三項が「独占権は、国内において、その独占権に違反して小売店においてまたはその他同様な方法で販売された製品について購入者が購入の際、独占権を侵害していることを知らないときまたは知ることを期待できなかったときは、その製品の実施には及ばない。」と定めていることから知られるように、結局は立法政策の問題に帰着するからである。

(15) 佐藤義彦「ヨーロッパ共同体特許法における実施権」特許管理二六巻六号（昭51）五五三頁参照。

(16) Bericht über den ersten Vorentwurf, 25.

もっとも、「(EEC) 共同市場についてのヨーロッパ特許権に関する協定第一次草案（仮訳）」A I P P I 一五巻一一号（昭45）三五七頁によれば、この部分は、「条約による制限が可能であることを別にすれば」と訳出されている。

(17) R. Singer, 「共同市場のための欧州特許に関する条約（共同体特許条約）」A I P P I 二二巻四号（昭51）一七五頁によれば、「特許権者と発明の使用を希望する者との間で適切な報酬に関し合意が得られない場合には」無効部が実施料の額を定める、つまり、当事者間の協議が優先すると述べられている。

- (18) このような煩雑さを避け、共同体特許権に対する先使用権の調和をはかるため、共同体特許条約の加盟国間で、次のような「先使用または先占有に関する決意の表明 *Entschliessung über Vorbenutzung oder Vorbesitz; Resolution concerning prior use or possession; Résolution relative à l'utilisation ou à la possession antérieures*」がなわれている。

「ヨーロッパ経済共同体加盟国政府は、

共同体特許条約の調印に際し、

共同体特許の対象である発明をその特許の出願日前にまたは優先権主張がなされているときは優先日前に実施しまたは占有していた者に対し、その実施または占有に基づく権利を、統一的要件の下で、当条約の全加盟国の主権領域内において承認すべきであることを望み、

しかして、この目的の実現には当条約第三八条の改正が不可欠であることを認識し、

共同体特許の対象である発明の先使用または先占有に基づく権利であって当条約の全加盟国の主権領域内において一体的効果を有する権利を創設するため、当条約の改正手続を適当な時期に開始すること、を決意する。」

- (19) ちなみに、草案第三二条第二項は、第一および第二予備草案第二三条第二項に由来するものであるが、予備草案第二三条の標題は、「共同体特許に対する契約上の実施権 *Vertragliche Lizenzen am Gemeinschaftspatent; Licences contractuelles du brevet communautaire*」となっている。

- (20) ドイツ特許法上の先使用権者による販売・拡布によってドイツ特許権が消尽することについては、*Rudolf Neumar, in; Reimer, a. a. O., S. 432, 433. 参照。*

- (21) 佐藤・前掲特許管理五五七頁。

- (22) ただし、経過規定によれば、共同体特許条約の各加盟国は、同条約発効後一〇年間はこの条項の適用を留保する権限を有している（八九条一項）。

- (23) 強制実施権について、加盟国ごとに本文で述べたような異なった取扱いを認めることが、自由な商品流通と歪みのない競争秩序にとって、重大な影響を与えることは明らかである。しかしながら、他方において、自国内で効力を有している（共同体）特許権について、国益（とくに国防）上の観点から強制実施権を付与することのできる権能を直ちに否定してしまうことも、現実の問題としては、かなり困難である。これら二つの矛盾を調和させあるいは解決するための方途を見出すための作業

を続行し、場合によっては、共同体特許条約を将来改正することもありうる旨が、以下のような「共同体特許に対する強制実施権の付与についての共通規定に関する決意の表明 *Entschliessung über eine gemeinsame Regelung für die Erteilung von Zwangslizenzen an Gemeinschaftspatenten*; *Resolution on common rules on the granting of compulsory licences in respect of Community patents*; *Résolution relative à une réglementation commune de la concession de licences obligatoires sur un brevet communautaire*」の形で示されている。

「ヨーロッパ経済共同体加盟国政府は、

共同体特許条約の調印に際し、

共同体特許に対し共同の基準に基づく強制実施権を共同の機関によって付与することを定める規定を制定することにより、共同体特許の統一的性格を強化することを望み、

しかして、共同体特許につき、公益上の理由から、たとえば国防のため、当条約第四六条第四項の意味における強制実施権を付与できることは当条約の各締結国にとって不可欠であることを認識し、

かかる留保を付したうえで、立法上の基本的な相異は特許保護にかかる産物の自由な通商の確立と不正な競争の除去に重大な影響を及ぼすがゆえに、国内官庁に共同体特許への強制実施権の付与の権能を保持させるのは短期の経過期間内に限定されるべきであることを考慮し、

当条約の発効後可及的速やかに、共同体特許への強制実施権の付与に関する共通の規定を制定することによって当条約を完成させるため、必要な作業を開始することを決意する。」

(24) 佐藤・前掲特許管理五五九頁。

(25) もっとも、強制実施権の効果が当該強制実施権を付与した国家の主権領域内に限定されているということと、共同体特許権の消尽が右国家領域内に限定されるということとは、必ずしも結びつくものではないということができるかもしれない。ただし、地域限定をした特許実施権も、共同体特許法上は可能である(四三条一項)が、かかる地域限定を受けた特許実施権者がその制限内において特許製品を販売・拡布したときにも、共同体特許権はヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係で消尽する(三二条)からである。それゆえ、強制実施権者による販売・拡布によっては共同体特許権は必ずしも消尽しないとする結論は、極めて政策的考慮によるものである。

(26) ここに「適当な条件」とは、実施料の額のみならず、他の条件、たとえば発明の使用の方法・範囲などに関する条件も含まれている (F. Savignon, 前掲三二四頁, Haertel u. a., a. a. O., S. 205).

第二節 国内特許権の行使と消尽

一 特許権者による実施

共同体特許条約締結国において付与された国内特許権は、その特許により保護されている製品を特許権者が同条約締結国のいずれか一国（右国内特許権を付与した国家とは限らない）内において販売・拡布した後は、消尽する（八一条一項）。

たとえば、同一発明についてフランスとドイツでそれぞれの国内特許権を有している者（甲）が、フランスにおいて、その特許に係る製品を販売・拡布したときは、当該製品がドイツへ輸入されてドイツ国内で流通に置かれても、甲はドイツ特許権を援用してその輸入およびドイツ国内での販売を差し止めることはできない⁽¹⁾、とするのである。「各国の特許の独立の原則」を、ヨーロッパ経済共同体内においては、否認することにより、共同市場内における特許製品の自由な流通の実現を目ざしたものであり、注目すべき規定である⁽²⁾。

問題となるのは、右の例において、フランスでは特許権が付与されていなかった場合である。このような場合において、甲がフランスにおいて販売した製品がドイツへ輸入され、同地で販売されるときにも、甲はこれを差し止めることができないとするときは、場合によって、甲に酷な結果となることがありうる。ただし、甲は、特許保護が与えられていないフランスでは、競業者が販売する製品の価格を考慮して、特許保護が与えられていた場合よりは低い価

格で販売しなければならないこともあり、かような場合にも、ドイツで輸入を差し止めることができないとするならば、特許権者甲は結局その発明に対する正当な報酬を受けられないのではないか、との疑問が生ずるからである。

しかしながら、条文の文言は、最初の販売がなされた国家において特許保護が与えられていることを要件としていないので、右の事例では、甲は差止め請求権を有しない、ということになる。この結論は、また、特許法が特許権者に保証しているのは当該発明の対象を第三者が実施することを禁止できるという内容の排他権なのであって、市場価格を越える収益ではない（特許製品の販売によって特許権者が付加的な利益を得るか否かはもっぱら市場の状態にかかっている）という方向からも、正当化される⁽³⁾。

もっとも、右の例において、フランスにおける販売が甲以外の者によってなされているときは、二および三の場合を除き、ドイツへの輸入は、原則として、ドイツ特許権の侵害となる（なお、デンマーク特許法三条三項参照）。

二 経済的結合関係にある他の特許権者による実施

同一発明に対する国内特許権が共同体特許条約に加盟する数カ国においてそれぞれ相異なる数人の者に付与されている場合において、これら数人の特許権者が相互に経済的結合関係にあるときは、それらの特許権者のうちの一人が適法に販売・拡布した特許製品については、他の特許権者も自己の特許権を主張できなくなる（八一条二項一文）。たとえば、同一発明について、フランスでは甲が、ドイツでは乙が、それぞれフランス特許権、ドイツ特許権を有している場合において、甲・乙が相互に経済的結合関係にあるときは、甲がフランスにおいてその特許に係る製品を販売した以上、当該製品がドイツへ輸入されても、乙はドイツ特許権を援用して、その輸入の差止めを求めることはできないのである。

右の例において、甲・乙が同一の法人格者である場合には、前述したとおり（一参照）、フランスにおけるフランス特許の消尽とともにドイツにおけるドイツ特許も消尽するのであるが、甲・乙が別人格者であっても相互に経済的結合関係にあるときは、国内特許権の消尽に関するかぎり、これと同一に取り扱おうとするのである。

ここでの最大の問題は、いかなる場合に「経済的結合関係 *wirtschaftlich verbunden* ; *economic connections* ; *économiquement lié*」があると判断されるのかである。

条文は、「特許の利用に關し一方が他方に対して直接的もしくは間接的に決定的な影響力を行使することのできるとき、または、第三者が二者に対し右と同様の影響力を行使することのできるときは、この二者は、本項において、経済的な結合関係にあるものとみなす。」と述べている（八一条二項二文）ので、これが参考になる。

一方が他方に対し影響力を行使することのできるときの典型は、いわゆる親子会社相互間の場合であるが、かかる親子会社相互間に「経済的結合関係」が存するとみられるのは当然である。⁽⁴⁾しかし、親子会社の関係にない場合（株式支配のない場合）であっても、「特許の利用に關し」、「直接的もしくは間接的に」影響力の行使が可能であるときは、「経済的結合関係」がある⁽⁵⁾とみなされるのであり、その意味においては、特許権の消尽に関するかぎり、「経済的結合関係」は会社の親子関係よりその範囲において広いといえることができる。

もっとも、特許権の消尽が発生するためには、「経済的結合関係」が存在しなければならないから、先程からの例で、たとえば、甲の特許権は乙から譲渡を受けたものであるが、甲・乙間には経済的結合関係はなんら存していないといった場合には、甲による販売・拡布によっては乙の特許権は消尽しないということになる。後述するように（三参照）、他国における実施権者による販売・拡布によっても国内特許権は消尽する（たとえば、フランス特許とドイ

ツ特許とを有する乙から甲がフランスにおける実施権を得ている場合には、フランスにおける甲の販売・拡布によってドイツにおける乙の特許権も消尽する」との均衡を失しているという批判も出されている。⁽⁵⁾

他のもう一つの問題は、相互に経済的結合関係にある二特許権者のうち一者が、ヨーロッパ経済共同体内の特許保護の与えられていない国家において拡布した製品についても、特許権は消尽するかの点について存在する。たとえば相互に経済的結合関係にある甲はフランス特許権者、乙はドイツ特許権者である場合において、特許保護が与えられていないオランダで甲が販売した特許製品について乙のドイツ特許権は消尽するかの問題である。この例において、甲のフランス特許権は消尽するという結論を採る以上（一参照）、乙のドイツ特許権も消尽しなければならないであろうと思われる。

三 実施権者による実施

特許権者による販売・拡布の場合における国内特許権消尽に関する規定は、特許権者の明示の同意を得て販売・拡布された製品についても、そのまま適用される（八一条一項）。たとえば、同一発明についてフランスとドイツでそれぞれの国内特許権を有している乙がフランスにおいて甲に実施許諾している場合には、甲がフランスにおいて適法に販売・拡布した特許製品がドイツへ輸入されても、乙はこれを差し止めることはできない。

問題となるのは、相互に経済的結合関係にある甲および乙が、それぞれフランスおよびドイツにおける同一発明に対する国内特許権者である場合において、甲から許諾を受けた実施権者丙がフランスにおいて適法に販売・拡布した特許製品がドイツへ輸入されたときには、ドイツ特許権者である乙はこれを差し止めることができるかである。草案によれば、経済的結合関係にある他の特許権者による実施によって国内特許権が消尽する旨の規定（草案七八条二項）

が許諾実施権者（および実施許諾用意の宣言に基づく実施権者）による実施の場合に準用されることになっていた（草案七八条三項）ので疑問はなかったが、最終的に確定した条約文によれば、特許権者の明示の同意を得て販売・拡布された製品については、その同意を与えた特許権者の特許権が及ばなくなること（八一条一項）、および、経済的結合関係にある他の特許権者により販売・拡布された製品についても同様とする旨（八一条二項）が定められているだけであり、このような文言を考慮するときは、消極的に解すべきかとも思われるが、国内特許権の消尽に関する第~~八~~一条第一項、第二項の規定は、強制実施権者による販売・拡布の場合には適用しない旨の同条第三項を反対解釈して、積極的に解しておきたいと思う。フランスにおける販売が特許権者である甲自身によって行なわれる場合には乙のドイツ特許権も消尽するのであり、特許権者自身による販売と許諾実施権者による販売とによって結論を異にする合理的根拠が見出せないからである。

次に問題となりうるのは、実施許諾契約中に定められている制限に違反して許諾実施権者が販売・拡布した場合の取扱いである。共同体特許権に対する実施許諾の場合におけるように、実施許諾契約中における制限の違反が特許権侵害となる旨の規定は存在しない（四三条二項参照。第一節二六参照）ので、結局、それぞれの国内法によって判断されることにならざるをえないであろう。

なお、特許権者と許諾実施権者との間には、「経済的結合関係」は必要でない。もっとも、現実の多くの事例においては、これら両者間には「特許の利用に関し一方が他方に対して直接的もしくは間接的に決定的な影響力を行使することのできる」関係が存在しているか、あるいは、「第三者がこれら両者に対し右と同様の影響力を行使することのできる」関係にあるだろうけれども（八一条二項二文参照）、この事実、国内特許権消尽の要件とはなっていない

い。他方、他人である特許権者による販売・拡布によって自己の特許権が消尽するのは、その他人と自己との間に経済的結合関係が存する場合に限られている（二参照）。それゆえ、特許権者側からすれば、自己と経済的結合関係にない他人に（排他的）実施権を付与するよりは、特許権を譲渡してしまうほうが有利ということになる⁽⁶⁾。

先使用権者による販売・拡布によって他国の特許権が消尽するかに關しては、なんら規定がない。しかしながら、共同体特許権が付与されている場合には、先使用権者による販売・拡布によって共同体特許権は当該国家領域内においてのみ消尽すること（三八条二項。第一節四三参照）および強制実施権者による販売・拡布によっては他国の国内特許権は消尽しないこと（八一条三項）との均衡上、否定的に解すべきであろう。

(1) Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Entwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt vom 4. April 1974 (74/209 EWG), Amtsbl. Eur. Gem. Nr. L 101/34 vom 23. 4. 74 (GRUR Int. 1974 Heft 5, 224) (以下「第1次報告」) Stellungnahme der Kommission der EG vom 4. 4. 1974 (第2次報告), I 4.

(2) Bericht über den ersten Vorentwurf, 25.

(3) Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 26. September 1975 betreffend den Entwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt (75/597/EWG), Amtsbl. Eur. Gem. Nr. L 261/26 vom 9. 10. 1975 (GRUR Int. 1975 Heft 11, 392) (以下「第2次報告」) Stellungnahme der Kommission der EG vom 26. 9. 1975 (第3次報告), II 6. 以下 F. Savignon, 前掲 三二〇頁参照。

(4) Stellungnahme der Kommission der EG vom 26. 9. 1975, II 13.

(5) Stellungnahme der Kommission der EG vom 26. 9. 1975, II 14.

(6) Vgl. Stellungnahme der Kommission der EG vom 26. 9. 1975, II 14.

むすびに代えて

上述してきたように、共同体特許条約によれば、ヨーロッパ経済共同体域内において特許権を有する者は、その特許権が共同体特許権である場合であれ各国内の国内特許権である場合であれ、特許製品をヨーロッパ経済共同体域内において一度び販売・拡布した以上、その製品がその後経済共同体のどの国家内へ輸入されても、もはや当該製品について自己の特許権を主張することができなくなる。特許製品の最初の販売・拡布が特許権者自身によってなされた場合のみならず、特許権者と経済的結合関係にある者が販売・拡布した場合ならびに許諾実施権者および実施許諾用意の宣言に基づく実施権者が販売・拡布した場合についても、同様である。

ところが、共同体特許権の消尽について規定した第三二条は、但し書の形式で、「ただし、共同体法⁽¹⁾の定めるところにより共同体特許権がかかる行為（引用者注・共同体特許権者による販売・拡布後当該特許製品についてなされる輸入・販売などの行為）に及ぶことを正当とする理由があるときは、このかぎりでない。」と適用除外を定めており、国内特許権の消尽について規定した第八一条第一項にも同旨の但し書が置かれている。

これらの但し書は、草案以前には存在しておらず、最後の段階になって挿入されたものであり、その具体的に意味している法内容の確定は、今後のヨーロッパ共同体裁判所やヨーロッパ共同体委員会の活動にまつほかないが、これらの但し書の沿革を知っておくことは、ヨーロッパ共同体裁判所やヨーロッパ共同体委員会の今後の活動を予測するうえに好都合と思われるので、簡単に紹介しておきたい。

一九七三年に草案が公表された段階においては、共同体特許条約の調印と同時に、特許権の消尽について規定した

草案第三二条および同第七八条の適用を延期する内容を持つ「共同体特許権および国内特許権の消尽に関する諸規定の適用延期についての議定書」が調印されるべく予定されていた。同議定書第一条は次のように規定していたのである。

「(1) 経過期間⁽²⁾内は、共同体特許権に対し、共同体特許条約第三二条に代え、国内法の当該規定が適用されるべきものとする、右目的のため、共同体特許権は、各締結国において、その国内特許権とみなす。

(2) 第一項中に掲げられている経過期間内は、国内特許権に対し、共同体特許条約第七八条に代え、国内法の当該規定が適用されるべきものとする。」

議定書第一条は、共同体特許条約の第一および第二予備草案第九九条第一項を引き継いだものであるが、同条項は次のように規定していた。

「経過期間内は、第一条第一項⁽³⁾および第二三条第二項⁽⁴⁾の規定にかかわらず、共同体特許権者は、同特許により保護されている産物で当条約の一締結国の主権領域内で拡布されたものが当条約の他の締結国の主権領域内へ輸入されることに對し、異議を述べることができる、特許権者の意思に反して輸入された産物に関して行なわれる行為についても同様である。」

予備草案中に右のような経過規定が挿入されたことの理由は、第一予備草案の報告書によれば、第一に、共同市場はなお完全には実現していないこと、第二に、共同体特許条約の発効と同時に国内特許法の諸効果をも変更することはいたずらに共同体特許条約の批准を遅らすことになるので、従来どおりの国内特許法の存続は止むをえないところ、国内特許権を取得したほうが共同体特許権を取得するより有利であるということになると、共同体特許条約を制定し

た意味がなくなること、の二点に求められていた。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

しかしながら、ヨーロッパ経済共同体を構成する一国において特許権者（もしくはその他の工業所有権・著作権保持者）またはその許諾実施権者が特許製品を販売・拡布した後は、当該製品が他の加盟国へ輸入されても、特許権者はその輸入の差止めをすることができないことは、すでにヨーロッパ共同体裁判所がしばしば言明し続けていたところである。これらの判例に関しては、わが国でもその紹介や分析を試みたものは少なくないので、ここで再説する必要はないであろう。⁽⁷⁾ 結論的に言えば、一九六六年七月一二日の *Grundig/Consten* 判決以来、工業所有権保持者（またはその許諾を受けた者）による販売・拡布によって、ヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係において、権利は消尽したと同一の取扱いを受けているのである。⁽⁸⁾

ヨーロッパ共同体委員会も、一九七一年六月六日のポルドール判決は、「疑いもなく」すべての産業的および商業的排他権に関するものであると理解したうえ、この判決から明らかなように、特許権者自身によりまたは特許権者の同意を得た者によりヨーロッパ経済共同体内の一国において特許製品が販売・拡布されたときは、その製品が共同市場内の他の国家へ輸入されることを防ぐために特許権の排他権能を利用することは、共同体法により禁止されていると論結する。それゆえ、「共同体特許権および国内特許権の消尽に関する諸規定の適用延期についての議定書」に調印することは、「EEC条約の目的の実現を危うくするおそれのある」いかなる措置をも採らないことを全加盟国に義務づけたヨーロッパ経済共同体条約第五条と明らかに一致せず、条約違反になると述べ、同条約第一五五条に基づく意見の表明中において右議定書の採択に反対の意見を表明していた。⁽⁹⁾

ところで、一般に国内特許権は、明文規定の有無にかかわらず、特許権者または実施権者（許諾実施権者のみなら

ず強制実施権者、先使用権者を含む）による最初の販売・拡布によって消尽する。これは特許法上の確定した原則になっているといつてよい。この原則を承認する以上、ヨーロッパ経済共同体の全域にわたる一個の特許権である共同体特許権が、特許権者または許諾実施権者もしくは実施許諾用意の宣言に基づく実施権者による販売・拡布によって消尽することは、むしろ当然のことであり、あえて明文の規定を置く必要はなかったと思われる。共同体特許権単一性の原則からすれば、強制実施権者および先使用権者による販売・拡布によつても、共同体特許権は、ヨーロッパ経済共同体の全域に対する関係で消尽しなければならないところ、これが各構成国の領域内に限定されていることに今後の問題が残されているように思われる。

いわゆる「並行特許」の場合には、競業法上の考慮から、法人格の同一性の有無を問わず、実質的に同一人格者とみられる者の販売・拡布により、他の国家における国内特許権も消尽するとされることは、ヨーロッパ共同体裁判所の判例上、まず確定したといつてよい。共同体特許条約は、結果的には、判例上認められるに至った原則を明文化する⁽¹⁰⁾とともに、共同体特許権が取得された場合との均衡を保つことを意図しているといえる。

このように考えてみると、消尽に関する規定の適用延期のための議定書は、理論的・実際的意義をほとんど持ちえなかったと評価することができ。議定書に代って登場した第三二条但し書および第八一条但し書がどのように適用されてゆくかについては一面において興味があるが、いずれにしても結論は同じになるのである。とすれば、今後の問題は、強制実施権者または先使用権者による特許製品の販売・拡布と共同体特許権消尽の程度をめぐって、共同体特許権における単一性の原則がどこまで実現するか点にある、ということが出来る。

(一九七六・七・二五)

- (1) ここに「共同体法」とは、ヨーロッパ経済共同体条約の規定およびその他の共同体法上の諸規定以外に、ヨーロッパ共同体を構成する九カ国の国内法に共通な一般法原則、たとえば、信義誠実、権利濫用の禁止、「契約は守られなければならない」という原則など、を含む (Krieger, a. a. O., S. 674, F. Savignon, 前掲三二五頁、三二〇頁)。
- (2) 同議定書第二条によれば、この経過期間は共同体特許条約発効の日から五年であるが、最大限一〇年まで延長することができることになっていた。
- (3) 草案第三二条第一項に該当する。
- (4) 草案第三二条第二項に該当する。
- (5) Bericht über den ersten Vorentwurf, 26.
- (6) なお、Generalbericht über den zweiten Vorentwurf eines Übereinkommens über das europäische Patent für den Gemeinsamen Markt (Berichterstatter, F. Savignon); Rapport général sur le second avant-projet de Convention relative au brevet européen pour le marché commun, 36 によれば、「ヨーロッパ共同体裁判所の最新の判例 (引用者注・一九七一年六月八日になされたいわゆるポリドール判決を指していると考えられる。ちなみに、第二予備草案の採択は、一九七一年六月九日から一八日にかけて開催された専門家グループ「共同体特許」第六回総会においてなされている) は、慎重に検討すべき問題を提起していることを認めるが、経過期間における特許権の非消尽に関する規定の作成に際しては、専門家グループは右判例から何の結論も引き出してはいない。」とのことである。
- (7) 最近のものとして、桑田三郎「EC裁判所における並行輸入法理の展開—いわゆる『並行特許』の問題—」法学新報八一卷三号 (昭49) 一頁以下、木棚照一『並行特許』に関する一考察—EC裁判所の判決を中心に—立命館法学一二二～一二四合併号 (昭50) 三二六頁以下がくわしい。
- (8) もっとも、法的構成の面からみれば、ヨーロッパ経済共同体条約第八五条違反という構成を採るもの、同条約第三六条で定めていると考えられる「工業所有権の特有な対象」にあたらないう構成を採るものなどがあり、同一ではない。詳細は、桑田・前掲八頁以下、木棚・前掲三三五頁以下参照。
- (9) Stellungnahme der Kommission der EC vom 4. 4. 1974, III 9 ff., IV 14.
- (10) F. Savignon, 前掲三二五頁参照。