

工業所有権四法の実施権・使用権制度の比較

中 所 昌 司*

抄 録 工業所有権四法（特許法・実用新案法・意匠法・商標法）は、相互に共通している点も多いが、異なっている点も多くある。例えば、平成23年法改正によって、特許法・実用新案法・意匠法の通常実施権については当然対抗制度が導入されたが、商標法の通常使用権については登録対抗制度が維持されている。実務上、これらの相違を正確に理解していないと、思わぬ不利益を受ける場合があり得る。

そこで本稿では、工業所有権四法の実施権・使用権制度の相違点を概説する。

目 次

1. はじめに
2. 仮専用実施権・仮通常実施権
 2. 1 仮専用実施権
 2. 2 仮通常実施権
3. 専用実施権・専用使用権
 3. 1 専用実施権・専用使用権の設定
 3. 2 専用実施権・専用使用権の移転
4. 通常実施権・通常使用権
 4. 1 許諾による通常実施権・通常使用権
 4. 2 法定通常実施権・商標の使用をする権利
 4. 3 裁定通常実施権
 4. 4 通常実施権・通常使用権の移転
 4. 5 商標登録取消審判
 4. 6 団体商標・地域団体商標についての構成員の権利
 4. 7 通常実施権・通常使用権の対抗要件
5. おわりに

1. はじめに

工業所有権四法（特許法・実用新案法・意匠法・商標法）は、相互に共通している点も多いが、異なっている点も多くある。相違点を正確に理解せず、何となく同じようなものだと思っていると、思わぬ不利益を受ける場合があり得る。

そこで本稿では、工業所有権四法の実施権・

使用権制度の相違点をまとめ、概説する。

なお、四法の実施権・使用権制度を本文に記載の順にまとめた一覧表を本稿末尾に添付したので、併せて御参照頂きたい。

2. 仮専用実施権・仮通常実施権

2. 1 仮専用実施権

特許を受ける権利を有する者は、その特許を受ける権利に基づいて取得すべき特許権について、仮専用実施権を設定することができる（特許法34条の2第1項）。仮専用実施権に係る特許出願について特許権の設定の登録があったときは、専用実施権が設定されたものとみなされる（同条2項）。

仮専用実施権の設定は、登録により効力を生じ、その後は第三者にも対抗できることになるため、特許成立前のライセンシーが保護される（特許法34条の4第1項）。

これに対し、実用新案法・意匠法・商標法では、仮専用実施権に相当する制度は導入されていない。

* 弁護士 Masashi CHUSHO

2. 2 仮通常実施権

特許を受ける権利を有する者は、その特許を受ける権利に基づいて取得すべき特許権について、仮通常実施権を許諾することができる（特許法34条の3第1項）。仮通常実施権に係る特許出願について特許権の設定の登録があったときは、通常実施権が許諾されたものとみなされる（同条2項）。

平成23年法改正により、実用新案法・意匠法においても、仮通常実施権制度が導入された（実用新案法4条の2、意匠法5条の2）。

他方、商標法では、仮通常実施権に相当する制度は導入されていない^{1), 2)}。

また、特許法・実用新案法・意匠法の仮通常実施権については、平成23年法改正により、当然対抗制度が導入された（特許法34条の5等）。

3. 専用実施権・専用使用権

3. 1 専用実施権・専用使用権の設定

特許権者は、その特許権について専用実施権を設定ことができ、専用実施権者は、業としてその特許発明の実施をする権利を専有する（特許法77条1項2項）。専用実施権の設定は、登録が効力発生要件とされている（特許法98条1項2号）。

実用新案法・意匠法の専用実施権及び商標法の専用使用権も同様である。

ただし、意匠法においては、本意匠又は関連意匠の意匠権についての専用実施権は、本意匠及びすべての関連意匠の意匠権について、同一の者に対して同時に設定する場合に限り、設定することができる（意匠法27条1項ただし書、同条3項）。専用実施権者は、登録意匠のみならずこれに類似する意匠についても独占排他権を有するので（同条2項）、専用実施権の重複部分について二以上の者に排他権

が成立することを避けるためである³⁾。

また、商標法においては、4条2項の商標権（国・地方公共団体や公益団体等が自らを表示する標章等について出願した場合）及び地域団体商標に係る商標権については、専用使用権を設定することができない（商標法30条1項）。

なお、特許法・実用新案法・意匠法では、「発明の実施」（特許法2条3項）、「考案の実施」（実用新案法2条3項）、「意匠の実施」（意匠法2条3項）という用語が定義されて用いられることに対応して、「専用実施権」・「通常実施権」という用語が用いられている。これに対して、商標法では、「標章の使用」（商標法2条3項）という用語が定義されて用いられることに対応して、「専用使用権」・「通常使用権」という用語が用いられている。

3. 2 専用実施権・専用使用権の移転

特許法では、専用実施権は、①実施の事業とともにする場合、②特許権者の承諾を得た場合及び③相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる（特許法77条3項）。実用新案法・意匠法においても同様である。

これに対し、商標法では、専用使用権は、①商標権者の承諾を得た場合及び②相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる（商標法30条3項）。特許法等と異なって、「実施の事業とともにする場合」が含まれないのは、商標の使用については、既存設備の荒廃の防止という趣旨があてはまらないからであるとされている^{4), 5)}。

4. 通常実施権・通常使用権

4. 1 許諾による通常実施権・通常使用権

特許権者は、その特許権について他人に通常実施権を許諾ことができ、通常実施権者は、

業としてその特許発明の実施をする権利を有する（特許法78条）。また、専用実施権者も、特許権者の承諾を得れば、その専用実施権について他人に通常実施権を許諾することができる（特許法77条4項）。特許法の通常実施権のうち、上記のものを、許諾による通常実施権という。実用新案法・意匠法においても同様である。

商標法の通常使用権も、特許権等の許諾による通常実施権と概ね同様に認められている（商標法31条1項、商標法30条4項で準用する特許法77条4項）。ただし、商標法4条2項の国・地方公共団体等の商標権については、専用使用権の場合と同様に、通常使用権も許諾することができない（商標法31条1項ただし書）。

なお、商標法においては、後に述べる先使用権（商標法32条・32条の2）等は、「商標の使用をする権利」であって、「通常使用権」とは異なるものとされているので、商標法で「通常使用権」とは、上記の許諾によるものに限られる。

4. 2 法定通常実施権・商標の使用をする権利

(1) 職務発明の場合の通常実施権

特許法においては、使用者等は、従業者等の職務発明に係る特許権について通常実施権を有するとされている（特許法35条1項）。実用新案法・意匠法でも同様である。

これに対し、商標法においては、対応する使用権の制度は定められていない。

(2) 先使用による通常実施権・先使用による商標の使用をする権利

特許法においては、特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、通常実

施権を有するとされている（特許法79条）。

実用新案法・意匠法においても同様に先使用による通常実施権が認められている。ただし、意匠法では、要旨変更補正により出願日が繰り下がる場合（意匠法9条の2）及び補正却下後の新出願の場合（意匠法17条の3）には、もとの意匠登録出願の時点又は手続補正書を提出した時点で、実施又は準備をしていればよいとされている（意匠法29条）。

商標法においても、これらに対応する先使用による商標の使用をする権利が認められている（商標法32条）。もっとも、商標法では、特許法等の場合と異なり、①不正競争の目的でなく商標を使用していた結果、②他人の出願時に周知性を獲得しており、③他人の出願時から継続して使用する場合であること、という要件が加わっている⁶⁾。ただし、地域団体商標に係る商標権の場合は、利益の衡平の見地から、周知性は要件とされていない（商標法32条の2）。

また、特許法等の場合と異なり、商標権者は、先使用権を有する者に対し、混同防止表示請求をすることができる（商標法32条2項、商標法32条の2第2項）。

先使用権は、実務上、比較的頻繁に問題となるが、上記のとおり、商標法においては、単に出願前に使用していただいただけでは足りず、主観要件（不正競争の目的でないこと）や、周知性の要件などが課されることに、留意する必要がある。また、仮に商標の先使用権が認められた場合であっても、商標権者から混同防止表示請求を受けることにより、使用に制限が課されてしまう可能性がある。特許権については、実務上、他社による侵害を発見することが困難な発明を秘密にしておくために、特許出願はせず、公証制度の利用等により先使用権の成立を立証し得る証拠を確保した上で、自社工場内等限られた範囲内で、ノウハウとして実施をすることがあるが、商標権の場合には、秘密に保つ必要性が

ないことや、上記のような相違点があることから、使用をする商標については遅滞なく出願しておくことが重要である。なお、商標法上は、「商標登録を受ける権利」なる権利は定められていない。商標は選択物であり、また、日本の商標法が使用主義ではなく登録主義を採用しているからである²⁾。それ故、商標法には、特許法の冒認出願と同一の規定が存在しないため、自社が創作した商標について、他人が無断で出願した場合であっても、商標登録要件を満たせば、当該他人が商標登録を受け得る。このような剽窃的な出願に係る商標が、公序良俗違反（商標法4条1項7号）に該当するとした判例もあるが、この解釈に反対する見解の判例もあるため⁷⁾、この点からも、使用をする商標については遅滞なく出願をするべきであろう⁸⁾。

なお、前述のように、商標法では、先使用权（商標法32条・32条の2）等は、「商標の使用をする権利」であって、「通常使用权」（商標法31条）とは異なるものとされている。例えば、商標権者が通常使用权を設定できるのは、その専用権の範囲（商標法25条本文）に限られ、その禁止権の範囲（商標法37条1号）には、設定することができないが、他方、先使用权等の商標の使用をする権利は、商標権の禁止権の範囲にも、発生し得る。

なお、特許法・実用新案法・意匠法においては、「特許発明の技術的範囲については、……判定を求めることができる。」（特許法71条1項）等と規定されていることから、先使用权の有無について特許庁に判定を求めることはできないが、商標法においては、「商標権の効力については、……判定を求めることができる。」（商標法28条1項）と規定されていることから、文理上は、先使用权の有無についても判定を求めることができるとされている⁹⁾。しかしながら、これに対しては、「当事者の主張や提出される証拠のいかんによって判断が左右されるような

事項であって、むしろ裁判所により民事訴訟上の手続を通じてのみ公正な判断がなされ得るようなものについてまで判定することは、手続上、証拠調べの強制権がないこと等とも関連し、いたずらに判定の権威を失墜させる危険を伴うのみであると思われる。この意味において、不正競争の意思の有無、善意か悪意か等の判断いかんによって、商標権の効力の及ぶ範囲が左右されるような先使用权・中使用权に関する判断はそのサービスを拒否することが望ましい。」¹⁰⁾との見解がある。実際上も、当事者が先使用权の有無について、法的な拘束力を有しない判定を求める必要性は、ほとんどないと思われる¹¹⁾。

(3) 先出願による通常実施権

意匠法においては、先使用による通常実施権が認められない場合であっても、善意で他人の意匠登録出願の日前に自ら意匠登録出願をしたものの、客観的に意匠法3条1項各号の一に該当する場合であって、その意匠登録出願が拒絶されたときには、他人の意匠権の設定の登録の時点で実施又は準備をしていれば、先出願による通常実施権を有するとされている（意匠法29条の2）。

この先出願による通常実施権は、意匠法においてのみ規定されているものであって、特許法・実用新案法・商標法には対応するものはない。

(4) 移転の登録前の実施による通常実施権

平成23年法改正によって、特許法・実用新案法・意匠法において、共同出願違反の出願及び冒認出願の場合に、真の権利者による特許権等の移転請求権が認められるようになった（特許法74条等）。

この特許権等の移転が認められる場合に、冒認等について善意で実施のために一定の投資をした、特許権等の譲受人や実施権者を保護するために、これらの者に通常実施権が認められ得

ることとされた（特許法79条の2等¹²⁾。

商標法では移転請求権が導入されず、したがって、上記の通常実施権に対応する規定も設けられなかった。

(5) 無効審判の請求登録前の実施による通常実施権等

特許法では、付与された特許に無効理由があることを知らないで、その発明の実施の事業又は事業の準備をしている者を保護するための通常実施権（いわゆる中用権）が規定されている（特許法80条）。

実用新案法・意匠法・商標法にも同様の規定があるが、実用新案権は無審査で登録されるため（実用新案法14条2項）、無効理由を有していた実用新案権の権利者には通常実施権は認められず、特許が無効となった場合の原特許権者が、残存する実用新案権についての通常実施権を有し得ることが規定されているにすぎない（実用新案法20条）。商標法においては、先使用権の場合と同様に、周知性・継続使用が要件となっており、また、商標権者による混同防止表示請求が認められている。さらに、4.7節で説明するように、商標法では通常使用権の登録対抗制度が維持されているので、無効とされた商標登録に係る商標権についての通常使用権者が中用権を有するためには、登録が要件となっている（商標法33条1項3号）。

(6) 意匠権等の存続期間満了後の通常実施権等

特許法では、特許出願の日前又はこれと同日の意匠登録出願に係る意匠権がその特許出願に係る特許権と抵触する場合において、その意匠権の存続期間が満了したときは、その原意匠権者及びその原意匠権について専用実施権又は通常実施権を有していた者は、残存する特許権についての通常実施権を有する旨、規定されてい

る（特許法81条・82条）。他方、先願又は同日出願の商標権が存続期間満了により消滅した場合に、残存する特許権についての通常実施権が認められることとはなっていないが、これは、商標権はその存続期間を更新しようと思えば商標権者の意思で更新できるのであるから、自らの意思で更新をせず商標権を消滅させた場合にまで、その商標権者等に対して、その消滅した商標権に係る登録商標の使用を確保する必要性はないという理由に基づくものである¹³⁾。

実用新案法でも、同様である（実用新案法26条で準用する特許法81条・82条）。

意匠法でも同様であるが、先願又は同日出願の特許権・実用新案権の存続期間が満了したときのみならず（意匠法31条2項・32条2項）、先願又は同日出願の意匠権のうち登録意匠に類似する意匠に係る部分が後願の意匠権と抵触する場合にも、法定通常実施権が発生する（意匠法31条1項・32条1項）。

商標法でも同様に、先願又は同日出願の特許権・実用新案権・意匠権の存続期間が満了したときに、商標の使用をする権利が発生するが（商標法33条の2第1項本文・33条の3第1項本文）、商標の使用が不正競争の目的でされない場合に限られている（商標法33条の2第1項ただし書・33条の3第1項ただし書）。また、商標権者による混同防止表示請求が認められている（商標法33条の2第2項・33条の3第2項）。

(7) 再審により回復した特許権についての通常実施権等

特許法では、無効にした特許に係る特許権等が再審により回復したときなどに、再審の請求の登録前に善意に日本国内において当該発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、その特許権について通常実施権を有する旨規定されている（特許法176条）。

実用新案法・意匠法・商標法においても同様

の規定があるが、商標法においては、周知性・継続使用が要件となっており、また、商標権者による混同防止表示請求が認められている（商標法60条）。

4. 3 裁定通常実施権¹⁴⁾

(1) 不実施の場合の裁定通常実施権

特許法では、特許発明の実施が継続して3年以上日本国内において適当にされていないときは、その特許発明の実施をしようとする者は、特許権者又は専用実施権者に対し通常実施権の許諾について協議を求めることができ、協議が成立せず、又は協議をすることができないときは、特許庁長官の裁定を請求することができる（特許法83条）。

実用新案法でも同様の裁定請求が認められているが、意匠法・商標法には対応する制度はない。

(2) 利用・抵触関係の場合の裁定通常実施権

特許法では、特許権者又は専用実施権者は、その特許発明が特許法72条に規定する場合（利用・抵触関係）に該当するときは、同条の他人に対しその特許発明の実施をするための通常実施権又は実用新案権若しくは意匠権についての通常実施権の許諾について協議を求めることができ、協議が成立せず、又は協議をすることができないときは、特許庁長官の裁定を請求することができる（特許法92条）。これに対して、特許法72条の他人は、クロスライセンスについての裁定の請求をすることができる（特許法92条4項）。

実用新案法・意匠法でも同様の裁定請求が認められているが、商標法には対応する制度はない。

(3) 公共の利益のための裁定通常実施権

特許法では、特許発明の実施が公共の利益の

ため特に必要であるときは、その特許発明の実施をしようとする者は、特許権者又は専用実施権者に対し通常実施権の許諾について協議を求めることができ、協議が成立せず、又は協議をすることができないときは、経済産業大臣の裁定を請求することができる（特許法93条）。

実用新案法でも同様の裁定請求が認められているが、意匠法・商標法には対応する制度はない。

4. 4 通常実施権・通常使用権の移転

特許法では、許諾による通常実施権と法定通常実施権は、①実施の事業とともにする場合、②特許権者（専用実施権についての通常実施権にあつては、特許権者及び専用実施権者）の承諾を得た場合及び③相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる（特許法94条1項）。実用新案法・意匠法でも同様である。

商標法では、通常使用権は、①商標権者（専用使用権についての通常使用権にあつては、商標権者及び専用使用権者）の承諾を得た場合及び②相続その他の一般承継の場合に限り、移転することができる（商標法31条3項）¹⁵⁾。また、商標法の先使用権等については、上記①及び②の場合の権利の移転の規定は適用されないが、先使用権等の要件を満たす者から業務を承継した者に、商標の使用をする権利が認められることとされている（商標法32条1項後段等）。

4. 5 商標登録取消審判

商標法では、不使用や不正使用の場合等に商標登録を取り消す審判の制度が設けられている（商標法50～53条の2）。

そのうち、不使用取消審判（商標法50条）は、継続して3年以上日本国内において商標権者、

専用使用権者又は通常使用権者のいずれもが登録商標の使用をしていないときに認められる取消審判である。商標権者が自ら使用をしていない場合であっても、その審判の請求の登録前3年以内に日本国内において専用使用権者又は通常使用権者がその請求に係る指定商品又は指定役務のいずれかについての登録商標の使用をしていれば、商標権者は、取消しを免れることができる（商標法50条2項）。

また、商標法53条の取消審判は、専用使用権者又は通常使用権者が品質誤認又は混同を生ずる使用をしたときに認められるものである。商標権者が誤認混同行為を知らなかった場合において、相当の注意をしていたときは、取消しを免れることができるが（商標法53条1項ただし書）、本条により、商標権者は、専用使用権者又は通常使用権者に対し監督の責任を負うことになる。

4. 6 団体商標・地域団体商標についての構成員の権利

商標法において、団体構成員・地域団体構成員は、法人又は組合等の定めるところにより、団体商標・地域団体商標に係る登録商標の使用をする権利を有し、一定の規定の適用においては通常使用権者とみなされる旨、規定されている（商標法31条の2）。

この団体構成員・地域団体構成員の権利は、相続等の一般承継による場合を含めて移転することができない（同条2項）。これは、当該権利が構成員であることの地位に連動して発生し、構成員の身分と切り離すことができないものであるためである¹⁶⁾。

4. 7 通常実施権・通常使用権の対抗要件¹⁷⁾

平成23年法改正によって、特許法・実用新案法・意匠法の通常実施権については、当然対抗制度が導入された。すなわち、「通常実施権は、

その発生後にその特許権若しくは専用実施権又はその特許権についての専用実施権を取得した者に対しても、その効力を有する。」（特許法99条）と規定され、登録その他何らの要件を備えなくても、その発生後に特許権や専用実施権を譲り受けた者や、専用実施権の設定を受けた者に対して対抗することができることとなった¹⁸⁾。

これに対して、商標法の通常使用権については、登録対抗制度が維持されることとなった（商標法31条4項5項）。商標においては、特許と異なり、一つの製品について多数の商標ライセンス契約が締結されて通常使用権が登録できないといった事情が考えられないこと、また、第三者（譲受人）が意に反して通常使用権の付いた商標権を取得してしまった場合、当該商標が出所識別機能や品質保証機能等を発揮できなくなるおそれがあること等、通常使用権の商標権に対する制約は、特許権の場合と比較してはるかに大きいためであるとされている。

この点、実務上、特許権について通常実施権を許諾する際、同時に、関連する商標権についても、通常使用権を許諾することがある。例えば、物の発明に係る特許権と、当該発明の実施品の名称の商標権について、同時にライセンスする場合や、方法の発明に係る特許権と、当該方法の名称の商標権について、同時にライセンスするような場合である。このような場合には、平成23年法改正後は、特許権についての通常実施権に関しては登録を要することなく当然に第三者に対抗することができるようになったが、商標権についての通常使用権に関しては、登録をしなければ第三者に対抗することができないので、注意が必要である。

ライセンサーである商標権者や当該商標権の譲受人に、殊更ライセンシーを害する意図や、不当な利益を得る意図があるような場合はそれほど多くはないと思われるが、第三者が通常使用権の存在について知らずに商標権を譲り受

ける場合や、商標権者が破産して、破産管財人が当該ライセンス契約を解除すべきと判断するような場合が発生する可能性は、十分に想定することができる。このような場合にもライセンスを維持するために、事業上重要な通常使用権については、登録をしておくべきであろう¹⁹⁾。

なお、特許行政年次報告書2012年版（統計・資料編）83ページによると、商標権についての通常使用権の設定の登録は、各年約100～350件の間で推移している。各年に登録される商標権が約10万件であることに鑑みると、実際に許諾されている通常使用権のうち、登録されているのはごく一部に過ぎないと推察されるが、それでも、登録制度は、一定程度は利用されているということもできる。

なお、前述のとおり、商標法上の先使用権・中用権等は「商標の使用をする権利」であって、「通常使用権」とは異なるものであるので、登録による第三者対抗要件に関する上記の商標法31条4項は適用されない。しかしながら、「これらの権利は法によって与えられたものであるから、その効力は登録がなくても、それを第三者に対して主張することができる²⁰⁾」とされている。

5. おわりに

以上、工業所有権四法の実施権・使用権制度について概説した。

読者諸兄の実務のお役に立てて頂ければ幸いです。

注 記

- 1) もっとも、登録商標以外の商標（すなわち、商標登録を受けていない商標）についても、実務上は、ライセンス契約が行われている。そして、このようなライセンス契約は、少なくとも当事者間においては、有効であると解される。このようなライセンス契約の実益としては、ライセンサーは、ライセンサーから、設定の登録前の

金銭的請求権（商標法13条の2）や不正競争防止法上の権利の行使を受けないこと、ライセンス期間中にライセンサーが商標登録を受けた場合でも、当該商標権の行使を受けないこと等が挙げられる。

- 2) なお、特許法・実用新案法・意匠法と、商標法とでは、設定の登録前の権利について、次のような相違点がある。

すなわち、特許法では、発明者は、発明をすることによって、「特許を受ける権利」を取得する。「特許を受ける権利」という用語は、条文上、例えば、特許法30条（発明の新規性喪失の例外）、33条及び34条（特許を受ける権利の移転等）、34条の2（仮専用実施権）、34条の3（仮通常実施権）、38条（共同出願）、74条（移転請求権）、49条7号及び123条1項6号（冒認出願）などに規定されている。実用新案法・意匠法においても、同様に、「実用新案登録を受ける権利」・「意匠登録を受ける権利」なる権利が認められている。

これに対して、商標法上は、「商標登録を受ける権利」なる権利は定められていない。商標は選択物であること及び日本の商標法が使用主義ではなく登録主義を採用していることがその理由とされている（後掲注10）の文献の701～704ページ参照）。

もっとも、商標登録出願後は、「商標登録出願により生じた権利」なる権利が発生する。「商標登録出願により生じた権利」の承継等については、特許法の「特許を受ける権利」に関する規定が準用されている（商標法13条2項）。また、「商標登録出願により生じた権利」を承継しない者に対して商標登録がなされたことは、商標登録の無効理由となる（商標法46条1項3号）。

なお、上記のように、商標登録出願前には、「商標登録を受ける権利」なるものは定められてはいないが、使用により事実上識別力が生じ、経済的価値を有することあるので、このような場合には、商標法上、他人による同一・類似商標の登録の排除（商標法4条1項10号）や先使用権の成立による保護が認められることがあり、また、不正競争防止法上も、保護される可能性がある（不正競争防止法2条1項1号・2号・12号）。また、特許法の冒認出願（特許を受ける権利を有しない者による特許出願）と同一の規定は、商標法にはないが、他人が創作等した商

- 標について剽窃的に出願した場合には、商標法4条1項7号（公序良俗を害するおそれがある商標）に該当するとして、拒絶理由等になることがある（後掲注7）の文献参照）。
- 3) 特許庁，工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第18版），p.1064（2010），発明協会
 - 4) 特許庁，工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第18版），p.1308（2010），発明協会
 - 5) したがって，商標権の専用使用権者から事業の譲渡を受ける場合（一般承継の場合を除く。）には，専用使用権の譲渡について，商標権者の承諾を得ておくべきであることに，注意する必要がある。また，特許権等の専用実施権者から事業の譲渡を受ける場合には，特許法77条3項によれば専用実施権も譲り受けることができるのが原則であるが，特許権者・専用実施権者間のライセンス契約中の，いわゆるチェンジ・オブ・コントロール条項などにより，専用実施権の移転が妨げられる可能性もあるので，実務上は，当該ライセンス契約の確認等のデューデリジェンスを行うことや，特許権者の承諾を得ることが必要である。
 - 6) 周知性の要件を満たさないことを理由として先使用権の成立が否定された判例として，広島地裁福山支部昭和57年9月30日判決，大阪地裁平成9年12月9日判決がある。また，継続使用の要件を満たさないことを理由として先使用権の成立が否定された判例として，東京高裁平成13年1月30日判決がある。
 - 7) 近時の判例である知財高裁平成24年8月27日判決についての評釈として，生田哲郎・中所昌司，「剽窃的な出願に係る商標が，公序良俗違反（商標法4条1項7号）に該当するとされた事例」，『発明』，2012，No.11，pp.41～43
 - 8) なお，商標権の存続期間は設定の登録の日から10年（更新可能）で，その10年分の登録料を登録査定・審決の送達日から30日以内（更新の場合は更新登録の申請と同時）に一括で納付するのが原則だが，これを前半5年と後半5年に分けて支払う分割納付の制度もある。したがって，長期的に使用するか否かが確実ではない商標については，この分割納付制度を利用して，より低廉な料金で登録（又は更新）をすることができる。
 - 9) 特許庁，工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第18版），p.1316（2010），発明協会
 - 10) 網野誠，商標（第6版），p.797（2002）有斐閣
 - 11) なお，先使用権の有無自体が判定請求の趣旨であったわけではないが，判定の理由中で先使用権の有無について判断された比較的近時の事例としては，判定2009-600002号がある。この事件では，商標権者が，役務について使用するイ号標章が商標権の効力の範囲に属する，との判定を求め，被請求人が先使用権の抗弁を提出したところ，審判官は，「発行部数が1万部強程度の雑誌において本件サイトの紹介を行った程度では，イ号標章が，被請求人の業務に係る役務を表示するものとして，本件商標の登録出願の際に，需要者の間に広く認識されていると認めることはできない。」として，この主張を認めない判断をした。
 - 12) 特許庁工業所有権制度改正審議室，平成23年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説，第2章，（2011），発明協会
 - 13) 特許庁，工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第18版），p.1323（2010），発明協会
 - 14) なお，「これまで特許権，実用新案権及び意匠権を合わせ計23件（不実施9件，利用関係14件）の裁定請求が行われているが，いずれも裁定に至る前に取り下げられており，裁定により通常実施権が設定された事例はない。」（産業構造審議会知的財産政策部会特許制度小委員会第7回特許戦略計画関連問題ワーキンググループ平成16年3月3日資料5）
 - 15) したがって，前掲注5）と同様の注意が必要である。
 - 16) 特許庁，工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（第18版），p.1313（2010），発明協会
 - 17) 特許庁工業所有権制度改正審議室，平成23年特許法等の一部改正 産業財産権法の解説，第1章，（2011），発明協会
 - 18) したがって，特許権等を譲り受けようとする場合には，登録対抗制度が採用されていた従前以上に，譲渡人からの情報開示を受けて入念なデューデリジェンスを行うと共に，特許権譲渡契約書中の保証条項の記載などによるリスク対応を行うことが必要である。
 - 19) なお，商標権についての通常使用権の設定の登録に必要な登録免許税は，現在，通常使用権の件数1件につき3万円である。
 - 20) 網野誠，商標（第6版），p.838（2002）有斐閣

別表 工業所有権四法の実施権・使用権制度

本稿の章節	特許法	実用新案法	意匠法	商標法
2	2.1	制度なし 仮専用実施権(34条の2) 登録が効力発生要件	制度なし 仮通常実施権(4条の2) 当然対抗	制度なし
	2.2	制度なし 仮通常実施権(34条の3)	制度なし 専有実施権(18条) 登録が効力発生要件	制度なし 専有実施権(30条) (ただし、第2項の商標権及び地域団体商標に係る商標権に ついては設定不可) 登録が効力発生要件
3	3.1	制度なし 専用実施権(77条) 登録が効力発生要件	制度なし 専用実施権(27条) (ただし、関連意匠の場合には制限あり) 登録が効力発生要件	制度なし 専用実施権の移転の制限(30条3項) (①承諾を得て、又は②一般承継の場合のみ)
	3.2	制度なし 専用実施権の移転の制限(77条3項) (①実施の事業とともに、②承諾を得て、又は③一般承継の場合のみ)	制度なし 専用実施権の移転の制限(準特77条3項) (①実施の事業とともに、②承諾を得て、又は③一般承継の場合のみ)	制度なし 通常実施権(31条) (ただし、4条2項の商標権については設定不可)
4	4.1	許諾による通常実施権(78条)	許諾による通常実施権(19条)	許諾による通常実施権(28条)
	(1)	職務発明(35条1項)	職務考案(準特35条1項)	職務創作(準特35条1項)
	(2)	先使用権(79条)	先使用権(準特79条)	先使用権(29条)
	(3)	制度なし	制度なし	先出願(29条の2)
	(4)	移転の登録前の実施(79条の2)	移転の登録前の実施(準特79条の2)	移転の登録前の実施(29条の3)
	(5)	法定通常実施権 無効審判の請求の登録前の実施(80条)	法定通常実施権 無効審判の請求の登録前の実施(20条) (特許無効審判により特許が無効となった場 合の規定)	法定通常実施権 無効審判の請求の登録前の実施 (30条)
	(6)	意匠権の存続期間満了後(81条、82条)	意匠権の存続期間満了後(準特81条、82条)	意匠権・特許権・実用新案権の 存続期間満了後(33条の2、33条の3) (不正競争の目的でないことが要件)
(7)	特許権が再審により回復した場合等 (176条)	実用新案権が再審により回復した場合等 (準特176条)	意匠権が再審により回復した場合等 (56条)	
4.3	(1)	不実施の場合(83条)	不実施の場合(21条)	制度なし
	(2)	利用抵触関係(82条)	利用抵触関係(22条)	裁定通常実施権 利用抵触関係(33条)
	(3)	公共の利益のため(93条)	公共の利益のため(23条)	制度なし
4.4	許諾による通常実施権・法定通常実施権は、 ①実施の事業とともにする場合、②特許権者の承諾を得た場合及 び③相続その他の一般承継の場合に限り、移転可(94条1項)	許諾による通常実施権・法定通常実施権は、 ①実施の事業とともにする場合、②特許権者の承諾を得た場合 及び③相続その他の一般承継の場合に限り、移転可(24条1項)	許諾による通常実施権・法定通常実施権は、 ①実施の事業とともにする場合、②意匠権者の承諾を得た場 合及び③相続その他の一般承継の場合に限り、移転可(34条 1項)	通常使用権は、①商標権者の承諾を得た場合及び②相続そ の他の一般承継の場合に限り、移転可(31条3項)。 先使用権等については、業務を承継した者に、商標の使用を する権利が認められる(32条1項後段)。
4.5	制度なし	制度なし	制度なし	専用実施権者又は通常実施権者が使用をしていれば、不使 用取消を免れる(60条)。専用実施権者が不正使用をした場合に は、商標登録を取り消され得る(63条)。
4.6	制度なし	制度なし	制度なし	団体構成員・地域団体構成員は、団体商標・地域団体商標に 係る登録商標の使用をする権利を有する(31条の2)。
4.7	通常実施権について、当然対抗制度(99条)	通常実施権について、当然対抗制度(準特99条)	通常実施権について、当然対抗制度(準特99条)	通常使用権について、登録対抗制度(31条4項5項)

*特許法と相違する項目については、網かけとした。

(原稿受領日 2012年10月26日)