
知的財産権講義（11）

主として特許法の理解のために

池田 博一
高エネルギー加速器研究機構 素粒子原子核研究所

平成16年3月2日

概要

本講義は、知的財産権に関する理解を深めるため、特許法を中心としてその法目的、保護対象、さらには保護のための法制度について議論するものです。第十一回目は、許諾による通常実施権、専用実施権、さらに許諾によらない実施権として、法定通常実施権、および裁定による通常実施権について議論します。判例研究には、「一機関としての実施」の事例と、先使用による通常実施権の事例を採り上げました。

目次

1 設問	265
2 許諾による実施制度	266
2.1 専用実施権	266
2.2 許諾による通常実施権	266
2.3 独占的通常実施権	267
3 許諾によらない実施制度	268
3.1 法定通常実施権	268
3.1.1 職務発明による通常実施権	268
3.1.2 先使用による通常実施権	269
3.1.3 無効審判の請求登録前の実施による通常実施権	270
3.1.4 意匠権存続期間満了後の通常実施権	270
3.1.5 再審による特許権の回復前の実施等による通常実施権	271
3.2 裁定による通常実施権	271
3.2.1 不実施の場合の通常実施権の設定の裁定	271
3.2.2 自己の特許発明を実施するための通常実施権	272
3.2.3 公共の利益のための通常実施権の設定の裁定	272
3.2.4 裁定の手続き	273
3.3 一機関としての実施	273

1 設問

以下の設問の正誤を判定して下さい。

- (1) 特許権者は、専用実施権を許諾したからといって、その設定範囲においても自己の実施が制約されることはない。
- (2) 職務発明による通常実施権は登録しなければその効力を有しない。
- (3) 先使用による通常実施権は登録しなくても転得者に対して対抗することができる。
- (4) 特許権者から通常実施権の許諾を受けた者は、当該特許を譲り受けた者に対しても登録なくして対抗することができる。
- (5) 職務発明による通常実施権を有する者は、当該特許を譲り受けた者に対しても登録なくして対抗することができる。
- (6) 許諾による通常実施権を有する者は、特許権者に無断で通常実施権を譲渡することができる場合がある。
- (7) 通常実施権の二重譲渡があった場合、先に登録を経た者が他の者に優先する。
- (8) 裁定による通常実施権の設定は行われたことがない。
- (9) 独占的通常実施権を有する者は、特許権の侵害に対してその差し止めを求めることができる。
- (10) 実施権者からの下請けで特許発明にかかる製品を製造すると特許権侵害となることがある。

設問は以上。

2 許諾による実施制度

実施許諾制度とは、特許権者が第三者に特許発明の業としての実施権能を与えることができる制度をいいます（77条、78条）。

具体的には、専用実施権、及び許諾による通常実施権の制度が設けられています（77条、78条）。

2.1 専用実施権

専用実施権とは、設定行為で定めた範囲において、業として特許発明（2条2項）を独占排他的に実施し得る権利をいいます（77条2項）。

特許権は、特許発明を業として独占排他的に実施し得る権利であり（68条）、その効力の範囲では原則として第三者の業としての実施は制限されます。

しかし、種々の事情から、特許権者において特許発明を他人に実施させたい場合があります。また、第三者においても特許発明の独占的な実施を希望する場合があります。かかる場合に、特許権の移転を伴わずに第三者が独占排他的に実施できる手段が社会的に要求されます。

そこで特許法は、77条1項において専用実施権を認める旨を規定しました。

2.2 許諾による通常実施権

許諾による通常実施権とは、設定行為で定めた範囲で特許発明を業として実施し得る権利をいいます（78条）。

特許法は、専用実施権の制度を設け（77条）、特許権の移転を伴わずに第三者が実施し得る制度を設けています。

しかし、専用実施権を設定すると、その設定範囲においては、被設定者以外の第三者のみならず、特許権者自身の実施が妨げられます（68条但書）。したがって、特許権者自身の実施を確保した上で、必要であれば複数の第三者にも実施権を許諾することができるような手段が社会的に要請されます。

そこで、特許法は、許諾による通常実施権を認め（78条1項）、その効力を明確に定めています（78条2項等）。

通常実施権と専用実施権との相違は、主として通常実施権が債権的効力（自己の実施を妨げられない）に留まるのに対して、専用実施権が物権的効力（他者の実施を排斥し得る）を有することによります。

一般に、物権¹は物を直接支配する権利であって、すべての人に対して主張し得る権利であるのに対し、債権は特定の人に対してある行為を要求する権利であって、原則として第三者に権利を主張することはできません。

かかる性質を明確に提示するために、表1に、専用実施権と通常実施権を比較して整理しました。

表1において、「第三者対抗要件」とは、ある法律関係の効力を当事者以外の第三者に及ぼすことをいいます。たとえば、不動産の二重譲渡があった場合には、当該不動産について先に登記を備えた者が「対抗力」を有することになります。

¹なお、民法は物権法定主義（民175条）のもと、民法その他の法律に定めるものに限定され、創設することはできないとしています。ちなみに、民法に規定される物権は、所有権、地上権、永小作権、地役権、入会権、抵当権、質権、留置権、先取特権となっています。

表 1: 専用実施権と通常実施権

	専用実施権 (77 条)	通常実施権 (78 条)
権利の性質	物権的性質 同一範囲内では重複設定不可	債権的性質 同一範囲内でも重複設定可
権利の主体	設定登録を受けた者	許諾を受けた者等
権利の客体	特許発明 (2 条 2 項) (特許を受けている発明)	特許発明 (特許を受けている発明)
権利の発生	特許権者の設定行為に基づいて 登録が効力発生要件 (98 条 1 項 2 号)	特許権者の許諾等により発生 登録は転得者対抗要件 (99 条 1 項) 例外 (99 条 2 項)
権利の効力	設定行為で定められた範囲で 独占排他的実施が可能 (77 条 2 項) 自己の権利に基づいて侵害排除 通常実施権の許諾可 質権 (民 362 条) の設定可 共有者は同意なしで実施可 (77 条 5 項)	設定行為で定められた範囲で 実施を阻止されることがない) (78 条 2 項) 侵害排除不可 通常実施権の許諾不可 質権の設定可 共有者は同意がなければ実施不可
権利主体の変更	実施の事業とともにする場合 特許権者の承諾を得た場合 相続その他の一般承継の場合 (77 条 3 項) 登録が効力発生要件 (98 条 1 項 2 号)	実施の事業とともにする場合 特許権者の承諾を得た場合 専用実施権者の承諾を得た場合 相続その他の一般承継の場合 (94 条 1 項) 登録は第三者対抗要件 (99 条 3 項)
権利客体の変更	訂正の確定 設定契約の変更	訂正の確定 設定契約の変更
権利の消滅	特許権の消滅 設定契約解除 独禁法 100 条 権利の混同 放棄 (97 条 2 項) 登録が効力発生要件 (99 条 1 項 2 号)	特許権の消滅 設定契約解除 独禁法 100 条 権利の混同 放棄 (97 条 3 項) 登録は第三者対抗要件 (99 条 3 項)

2.3 独占的通常実施権

なお、専用実施権と通常実施権の中間の形態として、独占的通常実施権²というものがあります。自己の実施を維持しながら第三者の独占的利益を確保する場合、及び通常実施権の再実施許諾権を付与する場合等に用いられます。

契約の相手方以外には実施権を許諾しない旨の特約を伴ってはいますが、その効力は通常実施権と同質であって、専用実施権の効力はありません。

したがって、特許権の侵害 (68 条、101 条) に際して、差し止め請求 (100 条) をすることは認められません。ただし、設定契約において侵害を排除する義

²特許法上、明文の規定のある制度ではありませんが、実務上定着しています。

務が課せられている場合には、債権者代位（民 423 条）が可能であると解されています。一方、損害賠償請求については、独占的实施権により市場を独占することができるという法的地位が侵害されている以上、その侵害によって被った損害について不法行為法の規定（民 709 条）によって損害賠償の請求の訴えを提起することが可能です。

なお、独占的通常実施件に基づく侵害罪の告訴（196 条、刑訴 230 条³）は、法に規定が無い以上することができませんが、告発（刑訴 239 条 1 項⁴）をすることは可能であると考えられます。

3 許諾によらない実施制度

3.1 法定通常実施権

3.1.1 職務発明による通常実施権

職務発明による通常実施権⁵とは、従業者等のした職務発明に係る特許権について使用者等が取得できる無償の法定通常実施権をいいます（35 条 1 項）。

特許法は、発明者主義を採用し、職務発明についての特許を受ける権利を従業者等に帰属させています（29 条 1 項柱書、35 条 1 項）。

しかし、職務発明の完成にあたっては、使用者等も設備、費用の提供等により多大な貢献をしており、使用者等に何らの保護も与えなければ従業者等との公平が図れません。

そこで、特許法は、従業者等との公平の観点から、使用者等に無償の法定実施権を与えることにしています（35 条 1 項）。

職務発明による通常実施権の発生要件について議論しておきます。

- 従業員等がした発明であること（35 条 1 項）
- その性質上使用者等の業務範囲に属する発明であること（35 条 1 項）
- 発明をするに至った行為が、その使用者等における従業者等の現在又は過去の職務に属する発明であること（35 条 1 項）

職務発明による通常実施権の内容は、

- 権利の性質： 債権的な法定通常実施権
- 権利の発生： 特許権の設定の登録により発生します。通常実施権についての登録は不要です。なお、設定登録前には、通常実施権は認められませんが、補償金請求権（65 条）には対抗できる地位があると解されています。
- 権利の主体： 従業者等に対する使用者等。
- 権利の客体： 特許発明。

となっています。

権利の効力としては、

³犯罪により害を被った者は、告訴をすることができる。

⁴何人でも、犯罪があると思料するときは、告発をすることができる。

⁵第二回目の講義では、権利の帰属という観点から職務発明について議論しましたがここでは、それに伴う通常実施権について議論します。

- 特許発明を業として実施する権利を有すること（35条1項、78条2項）。
- 特許権の放棄、訂正審判、訂正の請求の際には承諾権を有すること（97条1項）。
- 登録をしなくても転得者対抗要件が認められます（99条2項）。
- 主体の変更は、実施の事業と共にする場合等に制限されます（94条1項）。
- 質権を設定することができます（94条2項）。
- 第三者対抗要件として登録が要求されることがあります（99条3項）。

を掲げることができます。

なお、職務発明による通常実施権は、特許権の消滅、放棄、混同によって消滅しますが、登録が第三者対抗要件となっています（99条3項）。しかし、消滅を対抗させる具体例として、どのようなものがあるのか不明です。

その他、職務発明に関しては、第二回目の講義で議論したところを参照して下さい。

3.1.2 先使用による通常実施権

先使用による通常実施権とは、特許発明と同一の発明をその出願前からいわゆる善意で実施等している者に対し、一定条件のもとに認められる無償の法定通常実施権をいいます（79条）。

特許法は、先願主義（39条）のもと、発明保護のために独占排他権たる特許権（68条）を付与しています。したがって、権原なき第三者の実施は特許権の侵害となるのが原則です。

しかし、その出願前から当該発明と同一発明を善意⁶で実施している者がその実施を継続することができなくなるとすれば、それは著しく公平の観念に反します。また、実施を全く認めないとすれば、事業設備の荒廃をきたし、国家経済的見地からも好ましくありません。

そこで特許法は、先使用者の実施の継続を確保すべく、先使用権を認めることとしています（79条）。

まず例によって発生要件から議論したいと思います。

- 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たこと（79条前段）
 - － 発明知得の経路が出願人と異なることを要件としています。
 - － ただし、出願が冒認の場合の真の発明者については、知得の経路は正当と解されます。
 - － 共同研究の場合には、どの段階まで共同していたかで知得の経路の異同を判断するものとされています。
- 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又はその事業の準備をしていること（79条中段）
 - － 日本国内： 特許権の効力が及ぶ範囲に対応しています。
 - － 事業： 営利目的は不問ですが、名目的なものは認められません。

⁶善意：ある事情を知らないことをいいます。一方、その事情を知っていることを悪意といいます。

- － 事業の準備： 工場建設、設備の発注等の具体性と客観性が必要とされています。単に頭の中で考えたり、試作、研究をただけでは準備に該当しません。一方、設計図面の作成等の事実から、事業として実施の意思決定が認められれば準備に該当するものとされています。

以下、権利の性質について列挙しておきます。

- 権利の発生時期： 特許権の成立と同時に発生します。特許権に対する抗弁権だからです。なお、権利の発生につき登録は要求されていません。法定事由で発生するものだからです。また、対価は不要です。
- 権利主体： 発生要件を具備する善意の先使用者が権利主体となります。
- 権利の客体： 実施又はその準備をしている発明です。
- 権利の効力： 実施又は準備をしている発明及び事業目的の範囲内で実施することができます。
- 権利の変更： 実施の事業と共にする場合、特許権者の承諾がある場合、相続等の場合に移転が可能です。なお、登録が無くても転得者に対抗することができます（99条2項）。
- 権利の消滅： 特許権の消滅、事業の廃止、混同、放棄によって消滅します。

3.1.3 無効審判の請求登録前の実施による通常実施権

無効審判の請求登録前の実施による通常実施権とは、無効にされた特許の原権利者に一定の要件のもとで通常実施権を付与するものです（80条）。

特許権は、独占排他権（76条）であり、審査の瑕疵によりダブルパテントや先願があるにも関わらず特許されたものは、特許権が付与されたとしても他人の特許権の侵害となります。

しかし、それでは、特許権の存在を信じて善意で特許の実施の事業をし、またはその事業の準備をしている者は、その実施又は準備を中止しなければならず、特許発明の利用を図るといふ法の趣旨（1条）に反してそれが抑制されることになりかねません。

そこで、法は、特許の実施化を促すべく、一旦付与された特許の有効性を信頼して一定の投資をなした者を一定程度保護すべく無効審判の請求登録前の実施による通常実施権の制度を設けました（80条）。

なお、無効審判の請求登録前の実施による通常実施権は、国民経済的な意義において先使用権とその存在理由が類似していますが、両当事者の衡平という観点からは一步後退しているため、有償の通常実施権とされています（80条2項）。

3.1.4 意匠権存続期間満了後の通常実施権

意匠権存続期間満了後の通常実施権とは、特許に対抗することのできる意匠権等を有していた者について、当該意匠権の満了後に付与される法定通常実施権をいいます（81条、82条）。

特許権と意匠権はその保護対象を異にしていることから両出願の間では先後願の審査がなされません。そうはいつても、現実には両者が抵触するにも関わらず、ともに権利が付与されることがあり得ます。意匠出願の方が特許出願より先

か、あるいは同日であれば、意匠権者は、その意匠権が存続する限り当該特許権の制約を受けることはありません（意 26 条）。

ところが、意匠権の期間が満了した後にその意匠権と抵触する特許権が存続している場合、それまで合法的に実施をしていた意匠権者は、その実施を中止しなければならないことになり、不合理な結果を招来します。そもそも、意匠権の消滅後は、何人でもその意匠を実施することができるはずです。

そこで、法は、特許権に対抗することのできる意匠権にかかる意匠権者、その専用実施権者、登録した権利を有する通常実施権者（意 35 条、特 99 条 3 項）に、意匠権の満了後も原権利の範囲内において通常実施権を認めることにしています（81 条、82 条）。

なお、原意匠権者については、無償の通常実施権とされていますが、原権利について専用実施権者、及び登録した通常実施権（99 条 1 項）を有していた者については有償の通常実施権とされていることに注意して下さい（82 条 2 項）。

また、「満了」とありますので、放棄等の場合には適用がないことにも注意して下さい。

3.1.5 再審による特許権の回復前の実施等による通常実施権

再審による特許権の回復前の実施等による通常実施権とは、無効審判の確定等によって一旦消滅した特許権が、再審によって回復した場合に、その特許が自由利用可能であると信じてその実施等を開始した者に付与される法定通常実施権です（167 条）。

法は、無効審判の制度（123 条）を設けて、瑕疵ある特許権を事後的に消滅させ、特許に関する信頼を高めるようにしています。そして、無効審判の結果無効との審決が確定すれば当該特許権は遡及的に無効（125 条）となり、当該発明の自由実施が可能となるはずです。

しかし、法は、審判手続きの重大な瑕疵等、一定の事由がある場合には、民事訴訟法（民訴 338 条等）に倣（ナラ）い再審を認めています（171 条等）。したがって、一度確定した審決が覆されることがあり得ます。

このような場合に、自由実施が可能になったことを信頼して実施等を開始した者が当該特許権を侵害することを理由としてその実施を継続することができないとすると、その者に対して酷にすぎ、また国民経済の維持発展の見地からも妥当ではありません。

そこで法は、一定の要件のもとに、再審による特許権の回復前の実施等による通常実施権を認めています（176 条）。

3.2 裁定による通常実施権

3.2.1 不実施の場合の通常実施権の設定の裁定

不実施による裁定制度とは、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場合に特許庁長官の裁定により強制的に通常実施権を設定する制度をいいます（83 条）。

特許法は、産業の発達に寄与することを目的として、特許権の付与により発明を保護する一方、発明の利用を図っています（1 条）。

しかし、発明は現実に実施されてこそ産業の発達に直接貢献するものである

ため、特許権者等が実施せず、文献的利用に供するのみでは、真の産業の発達は図れません。

そこで特許法は、特許発明の十分な実施を確保すべく、不実施に対する制裁として強制的に実施権を設定する本制度を採用しました（83条）。

なお、不実施による制裁制度は、不実施に対する措置について規定するパリ条約5条Aの趣旨に沿うものです。

3.2.2 自己の特許発明を実施するための通常実施権

自己の特許発明を実施するための裁定制度とは、72条の利用抵触関係にある先後願権利者に特許庁長官の裁定により強制的に通常実施権を設定する制度をいいます（92条）。

新規発明公開の代償として付与される特許権は、独占排他権ではありますが、利用抵触関係にある後願権利者は、先願優位の原則により業としての実施が制限されます（72条）。

しかし、この原則を徹底すると、有用な改良、追加発明の実施ができず、発明の現実の実施による産業の発達が図れません。

そこで、特許法は、このような有用な発明の実施を確保すべく、強制的に実施権を設定する裁定制度を採用しました（92条）。

裁定の請求の要件は、

- 後願権利者からの請求
 - － 請求人： 特許権者又は専用実施権者
 - － 客体： 72条の利用抵触関係にある発明
- 先願権利者からの請求
 - － 請求人： 協議を求められた他人
 - － 客体： 後願権利者が許諾を受けて実施しようとする特許発明の範囲

のようになっています。このような形態の利用許諾を、一般には「クロスライセンス」といいます。当事者同士が一定の合意に達すれば裁定という手続きを踏むことなしに締結をすることもできます。むしろ、裁定を経ないクロスライセンスが通常の形態です。例えば侵害訴訟における和解の過程において、又は実施許諾における実施料の交渉過程において、相互の保有する関連技術を有効に利用することができるようにするために締結される契約の形態です。

3.2.3 公共の利益のための通常実施権の設定の裁定

公共の利益のための通常実施権の設定の裁定とは、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、特許権者の意思にかかわらず経済産業大臣⁷の裁定により強制的に第三者に通常実施権を設定する制度をいいます（93条）。

特許権は独占排他権（68条）であり、特許発明の実施は本来特許権者の自由意思に委ねられています。

しかし、特許権はこのような強い力のために、時にはその特許権の存在が公共の利益を害することもあり得ます。例えば特定の伝染病に対する特効薬の特許

⁷83条及び92条の裁定は、特許庁長官により為されます。

の存在が障害となって、当該薬の生産が制限されるような事態を想定することができます。

そこで、法は、公共の利益を守るための最低限必要な措置として、公共の利益のための通常実施権の設定の裁定の制度を設けました（93条）。

上記通常実施権の裁定は、下記日本国憲法の規定のひとつの現れと解することもできます。

第二十九条 財産権は、これを侵してはならない。

2 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

3 私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

また、以下の民法の規定にも注目して下さい。

第一条 私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ

2 権利ノ行使及ヒ義務ノ履行ハ信義ニ従ヒ誠実ニ之ヲ為スコトヲ要ス

3 権利ノ濫用ハ之ヲ許サス

3.2.4 裁定の手続き

裁定の手続きは、裁定請求書を特許庁長官（83条2項、92条3項4項）又は経済産業大臣（93条2項）に提出するところから始まります。

裁定請求書が提出されると、相手方には、その弁明として答弁書提出の機会が与えられます（84条）。

その結果、「正当事由」が認められる場合（85条2項）、「相手方の利益を不当に害する」こととなる場合（92条5項、6項）であると認められた場合には、通常実施権を設定すべき旨の裁定をすることはできません。

また、通常実施権を設定すべき旨の裁定をするをしようとするときには、一定の審議会⁸の意見を聴取すべきものとされています（85条1項）。

さらに、裁定をしたときは、

- その理由を付し、
- 通常実施権を設定すべき範囲を定め、
- 対価の額並びにその支払いの方法及び時期を定め

た裁定文書の謄本を当事者と、その特許に関して登録した権利を有する者に送達することになっています（86条、87条）。

なお、裁定に対する不服申し立ては、裁定自体に対するものは、行政不服審査法に基づく異議申し立てにより（91条の2）、対価の額に対する不服は、「対価の額に対する訴え」（183条）により行うことができます。

裁定による通常実施権は、「対価の不払い」、「裁定理由の消滅」、「特許発明の不実施」等を理由として、失効、取り消しとなることがあります（89条、90条）。

3.3 一機関としての実施

「一機関としての実施」とは、無権利者が実施権者の一機関（一定の要件を満たす下請け）として特許発明を実施することをいいます。

⁸工業所有権審議会（施令13条の3）

特許法が、法定通常実施権等の制度を設けたのは、既存製造設備の有効利用等により、国民経済の維持発展を目的としてからに他なりません。したがって、このような通常実施権者が他の者にも製造等を依頼することができるとするその保護が過剰となり、かえって産業の発達を阻害することになりかねません。

しかし、法定通常実施権者等は、自己の社内の製造部門の特許製品の製造を依頼することができる以上、外部の法人にその下請けをさせることも可能であるように思えます。

そこで、判例（「判例研究 A」を参照のこと）は、特許権者の権利を害しない範囲で「機関的实施」を認めています。そこでは具体的要件として、

- 実施権者との間に工賃を払って製作させる契約の存在
- 製作について原料の購入等について実施権者の指揮監督があること、（特に、実施権者の計算においてこれらの行為が行われること、）
- 製品を全部実施権者に引渡し、他へ売渡していないこと

が掲げられました。

なお、特許権者の許諾を得ることが可能な場合にはいわゆる「have-made」許諾契約⁹を締結することが無用の紛争を防止するための最善の措置です。このような判例があるからといって、実際の裁判で勝訴できるとは限りませんので留意しておく必要があります。

A 判例研究 A

S47. 2. 7 秋田地裁 昭和 46(ワ)163 実用新案権 民事訴訟事件

主 文

被告は、別紙物件目録記載の物件を製造販売してはならない。

被告は、その営業所および工場に存する前項の物件（完成品）並びに同物件の製造に必要な金型を廃棄せよ。

被告は、原告に対し、二五四万一、三六三円およびこれに対する昭和四六年五月二八日から完済に至るまで年五分の割合による金員を支払え。

訴訟費用は被告の負担とする。

この判決は仮に執行することができる。

事 実

第一 当事者の求める裁判

一 原告

主文同旨。

二 被告

1 原告の請求を棄却する。

2 訴訟費用は、原告の負担とする。

第二 当事者双方の主張

⁹ 「have-made」許諾契約も、特許法上の許諾制度ではありませんが、実務上定着しているようです。「have-made」権とは、製造手段を持たない事業者等が自らの事業のために開示を受けた研究成果を用いて、第三者に製品の製造を行わせることができる権利をいいます。

一 請求原因

1 原告は、訴外Aと左記の実用新案権を共同考案して共有登録し、右実用新案権の実施品である蹄鉄を製造して、日本国内はもちろん、アメリカ、カナダにも多量に輸出している蹄鉄製造販売業者である。

考案の名称 蹄鉄

登録 昭和四一年五月二七日

登録番号 第八〇三一九九号

2 本件登録実用新案の技術範囲は、「両端末の下面を内方に向つて削切して傾斜面を形成した蹄鉄」である。

3 本件登録実用新案の構造上並びに作用上の特徴は、次のとおりである。

馬は両脚を大きく開き交互に地面をけつて疾走するものであるが、その際に前後または左右の各脚の蹄鉄の隅角が互に接触し、釘着したものが弛んで剥脱することがあり、また、一方の脚の脛を他方の脚の蹄鉄下面の隅角で擦過して負傷することが往々にしてあり、これがため不測の事故をひき起す危険があるので、本件考案の蹄鉄は両端末の下面が内方に向つて傾斜面となつているため、蹄鉄が接触しても傾斜面で滑つてこれを剥脱することがない。また、隅角がないので、脛に擦過傷を負わせることなく、安心して全力疾走させることができるなどの効果がある。

4 被告は、別紙物件目録記載の図面および説明書に示すと通りの構造を有する蹄鉄（以下本件蹄鉄という）を昭和四二年四月頃から製造販売しているが、その構造並びに作用効果上の特徴は本件登録実用新案の技術範囲と全く一致する。

5 被告は、本件蹄鉄を、カーボーイ型、カーボーイ細型、溝型と称して昭和四二年八月から昭和四三年三月三十一日までは四万四、〇〇〇ポンド、同年四月一日から昭和四四年三月三十一日までは三三万四、二五〇ポンド、同年四月一日から昭和四五年三月三十一日までは五四万九、五〇〇ポンド、同年四月一日から昭和四六年三月三十一日までは七四万八、〇〇〇ポンド、同年四月一日から同年六月二六日までは一〇万一、〇〇〇ポンド合計一七七万六、七五〇ポンドを製造し、これを訴外有限会社日本マルティプロダクツ商会に販売していたもので、その総売上げ高は一億一六五万四、五五〇円となる。

6 被告は、本件蹄鉄が本件実用新案権に係る製品であることを熟知していたのに、原告に無断でこれを製造し、右実用新案権を侵害して右売上げによる利益を得ているものである。

そこで、原告は被告に対し、実用新案法二九条二項により、本件実用新案権の実施に対し通常受くべき実施料相当額を右侵害によつて生じた損害の賠償として請求するものであるが、本件実用新案権の実施に対し通常受けるべき実施料相当額は、右売上げ高の約五パーセントに当る五〇八万二、七二七円であり、原告は本件実用新案権を訴外Aと共有しているため、結局、右金額の二分の一である二五四万一、三六三円が右侵害によつて生じた損害となる。

7 よつて、原告は、被告に対し、請求の趣旨のとおり、本件蹄鉄の製造販売を差止め、その金型等の廃棄並びに二五四万一、三六三円およびこれに対する本件訴状送達の日である昭和四六年五月二八日から完済に至るまで年五分の割合による遅延損害金の支払を求める。

二 請求原因に対する答弁

1 第1項中、原告が本件登録実用新案権を訴外Aと共有していること、右実用新案権の実施品である蹄鉄を製造していることは認めるが、その余は否認。

2 第2、3項は認める。

3 第4項中、被告が本件蹄鉄を販売していることは否認、その余は認める。

4 第5項中、被告の製造数量を争い、その余は否認。

5 第6項は否認。

三 抗弁

被告は、本件実用新案権の共有権者である訴外 A の依頼により、同人の機関として、製品の材料、数量、マーク等一切についていちいち具体的指示を受け、また、製品の出来上りおよび技術面につき厳密な指導監督を受けて製造し、その製品も一切同人に納入しているので、被告の製造行為は、右訴外人の本件共有実用新案権の正当な実施の範囲に属し、原告の権利の侵害に当たらない。

四 抗弁に対する答弁

否認。

第三 証拠（省略）

理 由

一 原告が、本件登録実用新案権を訴外 A と共有し、その実施品である蹄鉄を製造していること、被告が、構造および作用効果上の特徴が右実用新案権の技術範囲に全く一致する本件蹄鉄を製造していることについては、当事者間に争いが無い。

二 被告は、本件蹄鉄を A の機関として、同人の指揮監督のもとで製造しているにすぎず、その製造行為は同人の実用新案権の正当な実施の範囲に属する旨主張するので、この点につき検討する。

成立に争いのない甲第四号証、第五号証の一の一ないし四、同号証の二の一ないし九、同号証の三の一ないし一〇、同号証の四の一ないし一〇、同号証の五の一ないし一三、乙第一六号証、証人 A の証言により真正に成立したものと認める乙第二ないし第一五号証、証人 A の証言、原告および被告代表者 B の各本人尋問の結果によれば、次の事実が認められる。すなわち、被告は、馬具等を中心とする機械工具の製造販売を業とする会社であるが、昭和四二年初め頃、A から本件実用新案権に係る本件蹄鉄の製造の依頼を受け、以後、本件蹄鉄を製造し、A の指示に従って、専ら同人の経営する有限会社日本マルテiproダクツ商会に納入しており、他に右製品を販売したことは全くない。また、右製造に当っては、A 自身が蹄鉄の金型の原型を作出し、蹄鉄の釘穴、溝等の構造に関する詳細な技術指導、材料の品質、製造機械の性能等に関する具体的な指示をし、製品につき綿密な検査もしており、製造量および製品の単価も終局的には同人が決定し、被告はその範囲内において製造しているにすぎない。そして、製品の包装には、A の指示により「マルテiproダクツ」の商標が記され、被告の製造であることも示すようなものは、製品およびその包装にも全く記されていない。他方、被告は、A または前記日本マルテiproダクツ商会との間に何らの資本的つながりもなく、本件蹄鉄製造のための金型を所有し、その他の機械設備は、従来被告が所有していたもののほか、大部分を被告自身の負担において新たに購入して備え付けたものであり、また、材料も被告自身の負担で調達しており、これらについて A から何らの資金的援助も受けていない。したがって、被告は、前記のとおり A から指定される単価の範囲内において製造工程の合理化等により利潤を上げることが可能な一方、材料費等のコスト上昇や不良製品による損失は被告の危険負担に帰せられている。そして、被告の本件蹄鉄製造による利益は、帳簿上「売上」として処理されている。以上の事実が認められ、右認定を覆すに足りる証拠はない。

右認定事実によれば、被告と A との関係は、請負契約的要素を含むいわゆる製作物供給契約といふことができ、被告の本件蹄鉄製造は、A のかなり綿密な指示のもとに行なわれてはいるが、被告が製造のための機械設備等を所有し、自己の計算において材料を調達し、利潤を上げている以上、単に A のために、その機関として、工賃を得て製造しているにすぎないものとは認め難く、被告が、自己のため独立の事業として製造しているものであると認められる。したがって、被告は、A から本件実用新案権の通常実施権の許諾を受けて、自己のため独立の事業としてその実施をしているものといわなければならない。右実施権の許諾につき、本件実用新案権の共有者である原告の同意がある

ことについては、被告の主張立証がないので、被告の本件蹄鉄製造は、原告の実用新案権を侵害するものといわなければならない。また、前記証人Aの証言および被告代表者本人尋問の結果によれば、被告代表者Bは、Aとの間の前記契約を締結する当時、同人から原告が本件実用新案権を共有している事実を知らされていたことが明らかであるから、特段の事情の認められない本件においては右侵害について故意があるものというべきである。

三 そして前掲甲第五号証の各証、成立に争いのない甲第六号証および証人Cの証言によれば、本件実用新案権の実施料は昭和四二年八月から昭和四六年六月二六日までの被告の本件蹄鉄の総売上げ高、売上げ利益率および取引上通常採用されている実用新案権の製品販売価額に対する実施料率等を総合考慮し、右総売上げ高の五パーセントを下回することはなく、したがって、昭和四二年八月から昭和四六年六月二六日までの右実施料相当額は、少なくとも五〇八万二、七二七円を下ることはない認められ、右認定を覆すに足る証拠はない。そうとすれば、本件実用新案権は原告とAとが共有しているのであるから、右金額の二分の一である二五四万一、三六三円が、原告の通常受けるべき実施料相当額である。

四 そうすると、原告の本訴請求はいずれも理由があるので認容することとし、訴訟費用の負担につき民法八九条を、仮執行宣言につき同法一九六条を各適用して、主文のとおり判決する。

(裁判官 篠原昭雄 石井健吾 多田元)

B 判例研究 B

件名 先使用権確認等請求本訴、特許権・専用実施権に基づく差止・損害賠償請求
反訴 (最高裁判所 昭和61(オ)454 第二小法廷・判決 棄却)
原審 S60.12.24 名古屋高等裁判所

主 文

本件上告を棄却する。
上告費用は上告人らの負担とする。

理 由

上告代理人村林隆一の上告理由第壹点について

所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ、その過程に所論の違法はない。論旨は、ひつきよう、原審の専権に属する証拠の取捨判断、事実の認定を非難するものにすぎず、採用することができない。

同第貳点及び第参点について

一 原審の適法に確定した事実関係は、おおむね、次のとおりである。

1 上告人ミッドランド・ロス・コーポレーションは、「動桁炉」という名称の本件特許発明につき、一九六八年(昭和四三年)二月二六日米国においてした特許出願を基礎とするパリ条約による優先権を主張して(優先権主張の基礎たる米国における特許出願の出願日を、以下「優先権主張日」という。)同年八月二六日特許出願をし、昭和

四六年一〇月一二日の出願公告後、昭和五五年五月三〇日特許権の設定登録を受けたものである（登録番号九九九九三一号）。本件特許発明の願書に添付した明細書（補正後のもの）の特許請求の範囲の記載は、次のとおりである。

「工作物を交互に支持するための少なくとも二組のコンベアレーンと、該コンベアレーンのうちの少なくとも一組を他方のコンベアレーンに対して相対的に移動させるためのキヤリッジとを包含し、前記コンベアレーンの各々が複数個の工作物支持パッドを有し、さらに前記キヤリッジの下側に沿って延在する一対の平行桁と、該平行桁の下側に配設され該平行桁及び前記キヤリッジを支持しかつ鉛直方向に往復動させるための少なくとも四個の回転偏心輪と、該回転偏心輪による鉛直運動より独立して前記キヤリッジを水平方向に往復運動させるための水平駆動装置とを包含し、前記偏心輪のそれぞれが前記平行桁の下側の個所を支持するための回転自在な外周環を有していることを特徴とする炉の耐火室を通して工作物を搬送する動桁型コンベア。」

そして、本件特許発明の奏する作用効果は、次の（１）ないし（６）のとおりである。

（１） 一度に複数の大きな鋼のスラブ、ブルーム又はビレットを加熱して運搬し、それによつて工作物の一つ一つを全体にわたつて均一な温度に加熱することができる。

（２） 細長い工作物を、たとえそれが歪んでいても、炉の中を有効に運ぶことができる。

（３） 別々にも同時に、垂直方向及び水平方向に往復運動をさせることができる。

（４） 炉内の熱に対しスラブの全表面積の有効な露呈が可能である。

（５） スラブ・サポートとの接触によつて起こされる加熱されたスラブ表面傷やチル点を実際上除去し、縮小することができる。

（６） 一五〇万ポンドの総負荷を能率的に処理し、かつ、操作・整備の容易である単純で堅牢な装置を提供するものである。

上告人中外炉工業株式会社（以下「上告人中外炉」という。）は、本件特許権につき昭和五六年三月六日専用実施権の設定を受け、同年八月二日その登録を受けたものである。

2 被上告会社は、昭和四一年五月二〇日頃、富士製鉄株式会社（以下「富士製鉄」という。）から、同社広畑製鉄所用の加熱炉の引合い（入札への参加の要請とこれに伴う見積りの依頼）を受け、当初は、処理能力毎時一〇〇トンの在来のプツシャー式加熱炉の見積設計を行つたが、同年七月からは、富士製鉄の意向を受けて、上下駆動装置を電動式とする処理能力毎時一二〇トンのウオーキングビーム式加熱炉の見積設計作業に入り、同年八月一〇日頃、富士製鉄から右電動式のウオーキングビーム式加熱炉の引合いを受けたため、全力を注いで完成させ、同月三一日頃、富士製鉄に対し、その見積仕様書（甲第六号証の四九）及び設計図（同号証の一〇九ないし一一二）を提出した。

3 その後、被上告会社では、右電動式のウオーキングビーム式加熱炉のウオーキングビーム機構等の説明資料を作成して広畑製鉄所に説明のために赴いたり、受注に備えて、右電動式の上下駆動装置に用いられる偏心カムを含む駆動部分の図面を株式会社大同機械製作所に示して見積りを依頼するなど下請会社に各装置部分の見積りを依頼したりしたが、同年九月二〇日、富士製鉄から、上下駆動装置を電動式から油圧式に変更することのほか、数点につき再検討の要請を受けたので、同月二七日、油圧式のウオーキングビーム式加熱炉の設計図等を富士製鉄に提出した。

4 結局、同年十一月一九日頃には、富士製鉄から受注できないことが判明したが、被上告会社は、富士製鉄から引合いを受けた際に作成した見積仕様書等を整備保存したうえ、その後も毎年、製鉄会社等からのウオーキングビーム式加熱炉の引合いに応じて入札に参加し、昭和四二年及び四三年に油圧式（上下駆動装置についていう。以下同様。）各二件、昭和四四年に電動式二件、油圧式四件、昭和四五年に電動式三件、油圧式四件、昭和四六年に油圧式二件の各見積設計を行い、昭和四二年及び四四年に油圧式

各一件、昭和四五年に電動式二件、油圧式一件、昭和四八年に油圧式二件、昭和五一年及び五二年に電動式各一件の受注に成功した。

なお、ウオーキングビーム式加熱炉において、上下駆動装置を偏心カムを用いる電動式とするか油圧式とするかは、ユーザーの好みによるところが大きい。

5 被上告会社が昭和四一年八月三日頃に前記見積仕様書等を富士製鉄に提出して販売しようとした電動式のウオーキングビーム式加熱炉は、第一審判決添付第二目録記載のA製品であり、被上告会社は、前示のとおりその受注に成功しなかつたものの、もし富士製鉄から受注した場合には、右見積仕様書等を基に同社広畑製鉄所との間で細部の打合せを行って最終的な仕様を確定し、それに伴い最終製作図（工作設計図）を作成して、それに従って加熱炉を築造する予定であつた。

6 被上告会社は、昭和四六年五月に新日本製鉄株式会社（以下「新日鉄」という。）釜石製鉄所に納品して以来現在まで、第一審判決添付第一目録記載のウオーキングビーム式加熱炉すなわちイ号製品を製造販売しているところ、イ号製品は、その基本的構造においてA製品と同一であつて、A製品ともども本件特許発明の技術的範囲に属するものであるが、ただ、ウオーキングビームを駆動する偏心輪と偏心軸の取付構造、偏心輪のベアリング構造、ウオーキングビーム支持平行桁の横振れ防止構造及び偏心軸駆動方法の四点において、同第一目録二の1ないし4記載の具体的構造を有するものであり、この点に関して同第二目録の1ないし4記載の具体的構造を有するA製品と異なるものである。

二 ところで、発明とは、自然法則を利用した技術的思想の創作であり（特許法二条一項）一定の技術的課題（目的）の設定、その課題を解決するための技術的手段の採用及びその技術的手段により所期の目的を達成しようという効果の確認という段階を経て完成されるものであるが、発明が完成したというためには、その技術的手段が、当該技術分野における通常の知識を有する者が反復実施して目的とする効果を挙げることができる程度にまで具体的・客観的なものとして構成されていることを要し、またこれをもつて足りるものと解するのが相当である（最高裁昭和四九年（行ツ）第一〇七号同五二年一〇月一三日第一小法廷判決・民集三一巻六号八〇五頁参照）。したがつて、物の発明については、その物が現実に製造されあるいはその物を製造するための最終的な製作図面が作成されていることまでは必ずしも必要でなく、その物の具体的構成が設計図等によつて示され、当該技術分野における通常の知識を有する者がこれに基づいて最終的な製作図面を作成しその物を製造することが可能な状態になつていれば、発明としては完成しているというべきである。

また、同法七九条にいう発明の実施である「事業の準備」とは、特許出願に係る発明の内容を知らないでこれと同じ内容の発明をした者又はこの者から知得した者が、その発明につき、いまだ事業の実施の段階には至らないものの、即時実施の意図を有しており、かつ、その即時実施の意図が客観的に認識される態様、程度において表明されていることを意味すると解するのが相当である。

三 本件について検討する。

1 本件特許発明の前示特許請求の範囲の記載及び作用効果によれば、本件特許発明は、要するに、（一） 炉の耐火室を通して工作物を搬送する動桁型コンベアにおいて、一度に複数のスラブ等の大形の鋼片を、表面に傷をつけることなく、その全表面積を炉内に露呈させて全体にわたつて均一に加熱することができ、しかもその鋼片に歪みがあつても搬送が可能であり、併せて垂直方向及び水平方向に別々にも同時に往復運動が可能であるような、単純堅牢な構造のものを提供することを課題（目的）とし、（二） その課題解決のために、ウオーキングビーム機構を採用し、固定ビームと移動ビーム（二組のコンベアレール）には複数個の工作物支持パッドを備え、移動ビーム（より正確には、移動ビームを移動させるためのキヤリツジと更にその下側に沿つて延在する平行桁）を上下に往復運動させるための少なくとも四個の回転偏心輪（偏心力

ム)と、この上下運動とは独立して水平方向に往復運動させるための水平駆動装置とを設け、右各回転偏心輪には右平行桁の下側を支持するための回転自在な外周環を設けるという構成を採つたものであり、これによつて前記所期の目的を達成するという作用効果を奏するものである、ということができる。

一方、A製品について、被上告会社が昭和四一年八月三一日頃富士製鉄に提出した前記見積仕様書に、(1) ウォーキングビーム機構を採用すること、(2) 移動ビームの上下運動は電動式とし、上下運動は偏心板の回転によつて行い、鋼片は、一サイクルの半分の間固定ビーム又は移動ビーム上にあり、再加熱と温度均一化が行われること、(3) したがつて、鋼片が水平ストロークによつて進まない場合でも、移動ビームの上下方向に対する駆動は連続して動いていること、(4) 移動ビームの水平運動は一本の油圧シリンダにて行うこと、(5) 各ビームの上には鋼片受けレールを設けること、(6) 上下駆動装置について、架台は八点で支持し、二台の電動機により減速機を介し歯車減速機構を経て偏心カム(偏心板)を駆動し上下運動を行わせること、(7)

偏心カムの外周には、リング状円形ローラを設け、滑動可能な構造であることが記載されていることに照らすと、当該技術分野における通常の知識を有する者であれば、右見積仕様書等から、当時被上告会社が解決せんとしていた技術的課題とその技術的課題を解決すべき具体的製品の基本的核心部分の構造がいかなるものであるかを読み取ることができるものとした原審の認定は、正当として是認することができる。そして、現に、右見積仕様書等とその基礎となつた計算書、図面を合わせれば、被上告会社が当時製造販売しようとしていたA製品の製造が可能であることは、原審の適法に確定するところであるから、右見積仕様書等には、A製品における技術的課題の解決のために採用された技術的手段が、当該技術分野における通常の知識を有する者が反復実施して目的とする効果を挙げることができる程度にまで具体的・客観的なものとして示されているということができ、被上告会社は、右見積仕様書等を富士製鉄に提出した頃には、既にA製品に係る発明を完成していたものと解するのが相当である。

もつとも、現実にA製品を製造するためには、更に相当多数の図面等を作成しなければならず、そのためにかなりの日時を要するとの事実も、原審の適法に確定するところであるが、右事實は、前記判示したところに照らし、右判断の妨げとなるものではない。

2 また、前記事実関係によれば、被上告会社は、富士製鉄からの広畑製鉄所用加熱炉の引合いに応じ、当初プツシャー式加熱炉の見積設計を行い、次いで電動式のウォーキングビーム式加熱炉の見積設計を行つてA製品に係る発明を完成させたいと、本件特許発明の優先権主張日前である昭和四一年八月三一日頃、富士製鉄に対しA製品に関する前記見積仕様書及び設計図を提出し、富士製鉄から受注することができなかつたため最終製作図は作成していなかつたものの、同社から受注すれば広畑製鉄所との間で細部の打合せを行つて最終製作図を作成し、それに従つて加熱炉を築造する予定であつて、受注に備えて各装置部分について下請会社に見積りを依頼したりしていたのであり、その後も毎年ウォーキングビーム式加熱炉の入札に参加したというのである。

そして、ウォーキングビーム式加熱炉は、引合いから受注、納品に至るまで相当の期間を要し、しかも大量生産品ではなく個別的注文を得て初めて生産にとりかかるものであつて、予め部品等を買ひ備えるものではないことも、原審の適法に確定するところであり、かかる工業用加熱炉の特殊事情も併せ考えると、被上告会社はA製品に係る発明につき即時実施の意図を有していたというべきであり、かつ、その即時実施の意図は、富士製鉄に対する前記見積仕様書等の提出という行為により客観的に認識されうる態様、程度において表明されていたものというべきである。したがつて、被上告会社は、本件特許発明の優先権主張日において、A製品に係る発明につき現に実施の事業の準備をしていたものと解するのが相当である。

3 以上と同旨の原審の判断は、正当として是認することができる。原判決に所論の

違法はなく、論旨は、右と異なる見解に立ち、又は原審の認定にそわない事実に基づき原判決の違法をいうものであつて、採用することができない。

同第四点の冒頭部分及び(一)ないし(三)について

特許法七九条所定のいわゆる先使用権者は、「その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において」特許権につき通常実施権を有するものとされるが、ここにいう「実施又は準備をしている発明の範囲」とは、特許発明の特許出願の際(優先権主張日)に先使用権者が現に日本国内において実施又は準備をしていた実施形式に限定されるものではなく、その実施形式に具現されている技術的思想すなわち発明の範囲をいうものであり、したがつて、先使用権の効力は、特許出願の際(優先権主張日)に先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式だけでなく、これに具現された発明と同一性を失わない範囲内において変更した実施形式にも及ぶものと解するのが相当である。けだし、先使用権制度の趣旨が、主として特許権者と先使用権者との公平を図ることにあることに照らせば、特許出願の際(優先権主張日)に先使用権者が現に実施又は準備をしていた実施形式以外に変更することを一切認めないのは、先使用権者にとつて酷であつて、相当ではなく、先使用権者が自己のものとして支配していた発明の範囲において先使用権を認めることが、同条の文理にもそうからである。そして、その実施形式に具現された発明が特許発明の一部にしか相当しないときは、先使用権の効力は当該特許発明の当該一部にしか及ばないのはもちろんであるが、右発明の範囲が特許発明の範囲と一致するときは、先使用権の効力は当該特許発明の全範囲に及ぶものというべきである。

これを本件についてみるに、A製品は前記四つの点において第一審判決添付第二目録の1ないし4記載の具体的構造を有するものではあるが、原審の適法に確定した本件特許発明の特許出願当時(優先権主張日当時)の技術水準、その他前示のような本件事実関係のもとにおいては、A製品に具現されている発明は、右のような細部の具体的構造に格別の技術的意義を見出したものではなく、本件特許発明と同じより抽象的な技術的思想をその内容としているものとして、その範囲は本件特許発明の範囲と一致するといふべきであるから、被上告会社がA製品に係る発明の実施である事業の準備をしていたことに基づく先使用権の効力は、本件特許発明の全範囲に及ぶものであり、したがつてイ号製品にも及ぶものであるとした原審の判断は、正当といふべきである。

論旨は、右と異なる見解に立つて原判決を論難するものであつて、採用することができない。

同第四点の(四)について

所論は、要するに、被上告会社が本件特許出願についての出願公告より前の昭和四六年五月に新日鉄釜石製鉄所に納品したイ号製品において、A製品における前記四点の具体的構造を変更したことについて、本件特許出願の優先権主張の基礎たる米国における特許出願の明細書が昭和四五年一月一四日にわが国特許庁資料館に受け入れられ、また、被上告会社は同年三月から五月の間に東海製鉄株式会社(現新日鉄名古屋製鉄所)の工場で上告人中外炉の製品を見学したものであつて、被上告会社は右明細書ないし上告人中外炉の製品を見たうえで右のような具体的構造の変更をしたものであるとの事実を前提として、先使用権者は、当該特許発明の特許出願の際(優先権主張日)に実施又は準備をしていた実施形式を変更するに当たり、当該特許発明の特許公報(明細書)や実施品を知見したうえでその実施例そのものに変更した製品については、先使用権を主張することは許されないといふのであるが、右所論の前提事実は、原審の認定しないところである。なお、右のイ号製品を被上告会社に発注するに当たり、富士製鉄(現新日鉄)釜石製鉄所の従業員であるaが、右東海製鉄株式会社の工場で上告人中外炉の製品を見学し、参考にしたことは、原審の適法に確定するところであるが、右事実のみから、被上告会社が上告人中外炉の製品を見たうえでA製品からイ号製品に実施形式を変更したとの事実を推認すべきものといふことはできない。

論旨は、原審の認定しない事実を前提とする点において既に失当であり、所論の当否について判断するまでもなく、採用することができない。

よつて、民訴法四〇一条、九五条、八九条、九三条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官	牧		圭	次
裁判官	藤	島		昭
裁判官	香	川	保	一
裁判官	林		藤	之 輔

以上