

紹 介

特許用語「冒認」の語源雑考と、 この用語の商標法分野への 流用不適切について

元法科大学院教授 久保 次三

第1 はじめに

1 2023年4月12日～6月14日の毎週水曜日の夜に、TVドラマ『それってパクリじゃないですか？～新米知的財産部員のお仕事～』（略称「それパク」）が、計10回放映された。⁽¹⁾

企業内で勤務する社内弁理士と新米知的財産部員が、主人公として登場するという今までにはなかった「知的財産エンタメドラマ」（以下、「知財ドラマ」という）であった。

日頃はあまりスポットライトが当たらない種々様々な知財関係業務の実務運用処理に関する課題・訴訟問題等が取り上げられ、企業・知財事務所等の多くの知財実務従事者の関心を集めたものと思われる。特許庁も、このTVドラマの庁内撮影に前向きに協力したと報じられている。

今回のこの知財ドラマは基本的に各回完結型であったが、第1回と最終回はともに、一般視聴者には聴き慣れない特殊な特許専門用語である**冒認出願**が主テーマとして取り上げられた。その意味は、今様に俗っぽく言えば、他人が成した発明の**パクリ出願**ということになるのだが、特許専門用語「**冒認**」が一躍脚光を浴びることになった。なお、俗語として会話等で使用されているこの「**パクリ**」の意味は、「掠め取る（かすめとる）」⁽²⁾「盗用する」の意味であり（「**ばくる**」⁽³⁾の名詞形）、古くは**明治時代**から使われている言葉である。

2 他方、「**冒認**」という言葉は、市販の各種卓上漢和・国語辞典はもとより大型辞典の『広辞苑・第七版』『大辞林・第三版』等にも全く掲載・搭載されていない極めて特殊な古語熟語である。

創作保護を目的とする特許法・実用新案法・意匠法（以下、便宜上これら3法をあわせて「特許法」という）という限られた法分野において、今は講学用語・法律用語としてのみ使われている特殊な特許専門用語である。

このような特許専門用語「冒認」が、近年、特許法という限られた法分野を離れて、近接する商標法分野での使用も散見されるようになり、何かしら一人歩きしている不安・懸念がある。

この特許専門用語「冒認」の語源、及びこの用語が特許法で採択されるまでの由来・歴史・経緯等を探り、その正しい使用範囲が改めて理解・再認識されることを願って、本稿の筆を取った。

第2 そもそも「冒認」とは何か？

1 冒認の語感

冒認という言葉を知ると、この2字目が「認」ということもあり、その「認める」という現在の意味から推して、何かしら肯定的な意味の用語と捉える人がいるかもしれない。

また、刑事訴訟等に通じている人は、「冒頭陳述」（略して「冒陳」）の「冒（“被る”ことから転じて“最初”の意味）」の意味から、特に否定的な意味ではないと感じる人もいるかもしれない。

他方、「冒険」の“危険を冒（おか）す”や、「感冒」（かんぼう、呼吸器系疾患の総称）等の使用例を踏まえ、または、「冒す」が「犯す、侵す」に通じることから、否定的な意味の言葉として捉える人もいるだろう。

白川静『字通』⁽⁴⁾には、冒頭に「冒」がくる二文字熟語として、「冒頭」「冒険」「冒名」「冒称」「冒取」「冒窃」等の51語が列挙されているが、何とそこにもこの「冒認」は掲載されておらず、極めて特殊な熟語であると理解できる。また、2字目に「冒」がくる熟語として24語も列挙されている。

2 冒認の語源

冒認は、古く西暦1300年代に中国を統一した明の時代の律（明律、犯罪者を罰する掟）にまで遡る古語熟語である。この明律における当初の綴りは「妄認」であった。その意味は他人の物をわが物とすること、すなわち現在の横領に相応する言葉である。⁽⁵⁾この横領とはご承知のとおり「他人の財をこっそりと違法な方法で自分の所有にする」⁽⁶⁾との意味である。

明朝が滅亡した後の清朝時代の清律も、この明律を基礎として作られており、用語「冒認」の使用も引き継がれた。しかしながら、その「冒認」には「他人田宅作自己者」との注釈が付け加えられていた。この「他人田宅作自己者」とは「持ち主の留守を目掛けて己の扶持であると主張する類のこと」の意味である（詳しくは、後述の第4の4を参照方）。すなわち、清朝時代において、既に用語「冒認」は汎用語・一般語ではなく、このような注釈が必要だったものと思われる⁽⁷⁾。

漢字の「冒」は、もともと頭に深く帽子を被（かぶ）り、目だけを出している形に由来し、転じて「犯す、侵す」という意味にもなった⁽⁸⁾。「認」は、もともとは「所有権を主張する」という意味で使われていた漢字である。「冒認」の本来の意味は「他人の権利を犯して（侵して）、その所有権を主張すること」であり、現在も特許専門用語として、この意味で使用されている。

なお、「認」はその後、現在のように「その主張をみとめる（認める）」の意味に転じている⁽⁹⁾。例えば、現在よく使用されている二字熟語の「認識」は「物事をはっきりと見分け、判断すること」の意味であるが、古くは全く異なり、「認識」とは「旧所有者が遺失の物を発見し、その所有権を主張し立証すること」を意味していた⁽¹¹⁾。

3 古語熟語「冒認」が日本の法令用語として初めて登場したのはいつ頃か？

このような古語熟語である「冒認」が、日本の法令用語として初めて登場したのは、六法の一つである刑法が最初である。

明治維新政府のもとで公布された最初の刑法典である新律綱領（明治3〔1870〕年12月20日布告第944号）の卷三・賊盜律（ぞくとうりつ）の盜賣田宅に「凡他人ノ田宅ヲ。盜賣。換易。冒認。典賣。スル者ハ。……」（<https://dl.ndl.go.jp/pid/1366244/1/84>）とあり、「冒認」という語が使用されていた。「カスメトリ」というカナがふられており、「冒認」は「かすめとり」と読まれていたようである⁽⁵⁾。漢字で書くと「掠め取り」（“さっと盗み取る”の意）となる⁽⁷⁾。

この我が国の新律綱領は、中国の明律と清律を基礎として、日本で757年に施行された養老律令と江戸時代の御定書を参酌して法制化されたものである。

さらに、10年後の明治13（1880）年に制定された旧刑法（明治13年7月17日太政官布告第36号。施行年に基づき「明治15年刑法」とも称される）の393条1項においても、「……他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ……」という表現で引き続き、用語「冒認」が使用された。

しかしながら、明治40（1907）年4月24日に公布（法律第45号）された現行刑法

以降は、それまでの法令用語としての「冒認」の使用が廃止された。さらには、刑法分野の講学上でもこの用語「冒認」は使用されることなく、約100年有余を経過した現在、「冒認=横領」という理解も完全に消え失せている。そもそも、市販の一般漢和・国語辞典で「冒認」を掲載・搭載している辞書は皆無である。

4 特許法に古語熟語「冒認」が法令用語として初めて登場したのはいつ頃か？

我が国の特許法は、約100年前の大正10(1921)年特許法において、従前の先発明主義(「最先発明主義」ともいう)から現在のような先願主義(「最先出願主義」ともいう)に移行するという大転換が行われた。

この大改正に伴い、大正10(1921)年特許法の10条、11条及び57条1項2号において、「……特許ヲ受クルノ権利ヲ冒認シタル者……」という表現で、用語「冒認」が特許法の法令用語として初めて採択された。その後、太平洋戦争を挟み約40年間、法令用語として「冒認」の使用が継続した。

しかしながら、昭和34(1959)年特許法(昭和34年4月13日法律第121号。戦後始めての特許法の大改正。現行特許法)以降は、特許法の条文中からこの「冒認」という用語が消え去り、代わって、その49条6号において「その特許出願人が発明者でない場合において、その発明について特許を受ける権利を承継していないとき。」という平易な表現に置き換えられた。

ところが、この用語「冒認」は特許法の講学用語(法律用語)として、しっかりと受け継がれ、冒認・冒認者・冒認出願という熟語で、現在でも特許法の書籍・テキストや判決等で大いに使用されている。現在市販されている各種の『法律用語辞典』『知的財産用語辞典』においては、この特許専門用語としての「冒認」が搭載・掲載されている。今では、用語「冒認」は特許法に特化した特殊な記号的熟語となっている。

今回の知財ドラマでも、このような特殊な特許専門用語「冒認」がその初回冒頭から登場したこともあって、多少なりとも一般人に対するこの特許専門用語の認知度が向上したものと思われる。今後とも、特許法の分野では衰えることのない貴重な講学用語・法律用語として、使用が継続していくものと推測され、大切にしたいものである。

5 特許用語「冒認」が安易に商標法分野で流用・使用されていることへの懸念

ところが、「第1 はじめ」でも述べたように、近年、このような特殊な特許専門用語「冒認」が特許法に隣接する商標法分野に登場し、流用されている事例(後述の「第5の2」を参照方)が散見されるようになった。すなわち、「剽窃的な商標

の抜け駆け出願（登録）」のことを「冒認出願」「冒認登録」と称して使用されているのである。

『三省堂知的財産権辞典』（北川善太郎・齋藤博監修，三省堂，2001年，544頁）は，丁寧にも使用不適切な例として「冒認出願商標」という項目を掲載して，「冒認出願とは権利の承継者でない者による出願のことであるが，商標法では，…出願前に権利は発生せず，冒認出願は問題とならない」と明確に指摘し，注意を喚起してきた。さらには，識者からも「商標法においては，冒認事例が生ずる余地がないことは明らかで……，冒認の語は現行特許法では使われていない上に，辞書への登載もなく，極狭い分野で通ずる専門用語である。分かり易さを求めたとも言えなくもないだろうが，安易な転用は，混乱を生ずる前に見直すべきである⁽¹²⁾」（2019年）と指摘され，大いに懸念されていた。

しかしながら，今でも一向に改善のきざしが見受けられない。不安が募るのみである。

第3 冒認出願とは

1 新しい**発明・考案・意匠**（以下，便宜上併せて「**発明**」と総称する）を成した者は，特許庁に先に出願した者がその権利を取得することができる（**先願主義**という大原則）。しかしながら，自らは発明を成していない者が，他人が先に成した新しい発明をコソソリと盗み出したり，聞き出したりして，先に特許庁に駆け込んで特許出願した場合には，いくら先願主義とは言えこれを認めることは全く特許制度の趣旨に合致しない。そこでまず，そもそも特許権等を取得しうる者は発明者及びその承継人に限るとする**発明者主義**が特許制度の当初から大前提として採択されている（我が国最初の特許法である明治4〔1871〕年の「専売略規則」以来）。

なお，現行特許法の29条1項は，「発明をした者は，……特許を受けることができる」と規定しているのみであり，これ以外には，特にこの発明者主義を正面から規定した条文は存在していない⁽¹³⁾。

2 冒認出願に対する対抗策・救済策について（①～⑧）

冒認出願がなされた場合には（冒認者による特許出願），①拒絶理由があるとされ（特許法49条7号），**拒絶査定**を受ける。②また，発明者であるとしても，それが共同発明であるのに，他の共同発明者を差し置いて単独で特許出願された場合等には，これも発明者主義に反することなので，**共同出願違反**（同49条2号）とし

て拒絶査定を受ける（共同発明の場合には、過不足なく共同発明者全員が揃って出願等を行わなければならない）。

次に、真の権利者は、③新規性喪失の例外規定（同30条1項）を利用して、他人による冒認出願が公開等された場合には、それから1年以内に自ら特許出願をすることで特許権を取得できる可能性がある。

さらに、冒認出願が誤って設定登録された場合には、真の権利者は、以下の対抗策（救済策）を講ずることができる。

④特許無効審判請求（同123条1項2号及び6号）。なお、冒認出願は、特許異議申立における異議理由には該当しない（同113条。∵権利帰属に関する問題は、当事者間の紛争解決を主目的とする無効審判に委ねられている）。

⑤特許権の移転請求（同74条。平成23年の特許法等の一部改正〔平成23年法律第63号〕で新設）。真の権利者が自ら出願していたか否かにかかわらず、真の権利者が、冒認出願に基づく当該特許権の特許権者〔冒認者等〕に対して、その特許権〔共同出願違反の場合には、その持分〕の移転を請求することができる。

⑥上記の移転請求が認められた場合には、補償金請求権（同65条1項又は184条の10第1項）についても通常の特許権と同様に扱われる。

⑦なお、真の権利者は、当該特許権設定登録前であっても、特許を受ける権利を有することの確認訴訟の確定判決を裁判所から得ることにより、単独で冒認出願等の出願人名義を変更することが認められている。特許庁『方式審査便覧』45.25の“確認判決書を添付した出願人名義変更届の取り扱い”を参照方）。

⑧損害賠償請求（民法709条）。

3 もし商標法分野で用語「冒認」が使用されたならば……

(1) 以上述べてきた冒認出願に対する救済策は、発明を成した発明者（自然人）に原始的に権利が帰属するという発明者主義という前提・大原則に依拠しており、用語「冒認」には発明者主義という原則が奥深く内包・含意されている。すなわち、「冒認（発明者主義）」として一体的に理解・使用されている。この冒認出願は、特許法のみならず、考案者・意匠創作者が関係する実用新案法及び意匠法にも同様に適用されている。

しかしながら、このような創作保護を旨とせず、ただ単純な先願主義が採択されている商標法（標識法という分野に属する法律）においては、縷々上述してきたような特許法における冒認出願や共同出願違反を全く想定することができない。

したがって、このような**発明者主義**という概念自体を内包して理解・運用されている特殊な特許専門用語である「冒認」を、そのような背景が全く存在しない商標法分野に外延させ援用・流用することは極めて不適切なことであり、使用されると余計な誤解を招くもとなる（後述する**第6の1のセラール事件**判決等を参照方）。

(2) この違いを端的に認識するには、①特許公報・実用新案公報・意匠公報と、②商標公報を見比べてみれば、一目瞭然である。

商標出願の願書や商標公報にはその商標を創案・案出した個人（自然人）の名称や、その商標を業として使用している個人や組織名の記載等は何ら求められておらず、掲載もされていない。

すなわち、商標法においては、特許法の「発明者主義」に相当する原則が何ら存在せず、特許用語「冒認出願」等が使用され得る前提の場面が全く想起されないのである。

誤解を恐れずに簡潔に言えば、特許制度（実用新案・意匠を含めて）は発明者を起点としてその創作である発明を保護する制度である。これに対して、**商標制度**は当該標章を創案・案出した個人（自然人）や、当該標章を業として最初に使用した個人・企業等を優先して保護登録する制度としては何ら設計されておらず、とにかく特許庁に当該標章を“**使用する意思のある最初に出願した個人・企業等**”のみに商標権を付与する制度となっている（**極めて単純な先願主義**）。

このように両制度には大きな違いがあるから、もし商標法分野で特許専門用語「**冒認（発明者主義）**」が流用されたならば、「何ら商標出願を行っていない当該商標の創案・案出者（自然人）や最初に使用した個人・企業等も商標法で保護されるのか？」との誤解を招くおそれがある（後述する**第6の1のセラール事件**、**同3のジェロビタル事件**判決等を参照方）。

また、商標法分野で用語「冒認」の使用が定着すると、逆に特許法で使用されている用語「冒認」の本来の使用・解釈に要らぬ「逆の誤解（発明者主義の否定）」を生じさせ得るおそれもある。

(3) 日本では発明・考案・意匠・商標に係る4法を**特許庁**が一括して管轄していることもあり、得てして知財初心者はこの4法を「一緒くた」に理解して取り扱い、混同するという失敗事例が往々にして生じている。

ご参考までに、米国では**特許商標庁**（The United States Patent and Trademark Office, 略称：USPTO）と並列して称されているように、その名称からして特許と商標が峻別されて理解されている。さらに言うと、米国では考案は特許（発明）

に含まれており、意匠も英語では design patent と称されているように、これまた特許に属する位置付けとなっており、商標法と特許法はその法的性質が異なる全く別物の法律であると理解されている。特許商標庁という並立名称にも、このような深い理解が如実に反映されているのである。

すなわち、特許法は創作保護法であり、商標法は標識法であるとして、峻別して理解・運用されなければならない（簡潔に云えば、特許・実用新案・意匠と商標に関するこれら4法は外形的には、特許庁に対する出願・登録が伴うという点についてのみ共通している）。

第4 日本において特殊な特許専門用語「冒認」が登場するまでの詳細な経緯

以上、特殊な特許専門用語である「冒認（発明者主義）」の意味するところ等を簡略に説明してきたが、さらにこの用語「冒認」の理解をより深めるために、以下、この用語が日本の特許法に登場するまでの詳細な経緯・顛末を、紹介したい。

1 明治期の特許法

日本における最初の特許法は、明治4（1871）年4月7日に布告された「専売略規則」（太政官布告第175号）である。しかし、技術開発等の発達や出願審査の能力等で時期尚早だったために、何ら特許制度として機能することなく（施行されないままに）わずか1年足らずで、この専売略規則は廃止された（明治5〔1872〕年3月29日太政官布告第105号）。事実上の停止であり、この間の出願が何件だったかは不明だが、判明しているのはわずか2件⁽¹⁴⁾だけである）。

このような経緯もあって、続いて明治18（1885）年4月18日に布告された「専売特許条例」（太政官布告第7号）が、日本における実質上の特許法の始まりと理解されている⁽¹³⁾。なお、この制定作業の主任となったのが米国等の特許事情に通じていた高橋是清（後の初代特許局局长、第20代内閣総理大臣）である。

この専売特許条例は米国特許法を手本にしたこともあり、先発明主義及び審査主義が採択されていた。したがって、「他人が先に成していた発明をコッソリと盗み出して、先に特許庁に出願して特許権を得る」という事態が想定されないので、冒認出願という概念が必要とされず、当時の特許法の法令や講学上で「冒認」に相当する意味の用語は採択・使用されていない（∴特許庁への出願時点の先後ではなく、発明の実際の完成時点で先後を判断する仕組みが採用されていた）。

この先発明主義の採用は、①明治21(1888)年12月18日勅令第84号の「特許条例」、②明治32(1899)年3月1日法律第36号の「明治32年特許法」、及び③明治42(1909)年4月2日法律第23号の「明治42年特許法」まで、そのまま継続して維持された。

2 大正10(1921)年特許法——特許法の法令用語として初めて用語「冒認」が登場

ところが、「専売特許条例」の施行から約40年近くを経た大正時代に入り、明治時代から続いていた先発明主義の弊害が指摘されるようになった。その理由として、「統計的にみると、同一発明の出願100件中、最先発明の原則に従って特許付与されたものはわずか18件に止まり、その発明完成時期が不明のために、例外とされている先願という理由によって特許付与されたものが82件である。

換言すれば、現行特許法〔筆者註：明治42年特許法のこと〕第九条の先発明の原則の適用がある場合が僅少で、先願という例外適用を見る場合が普通となっている。

すなわち、実際上は、例外たる先願主義が原則であって、原則たる先発明主義が例外たる奇観を呈しているのである。又、発明完成の時期を定めるには複雑な手続を要し、従って、永く権利の帰属を不確定な状態に置き、多くの不便不利を伴っている」

という問題点が指摘された⁽¹⁵⁾のである。

そこで、当時のドイツ特許法に見倣って、日本も先願主義に移行するという大転換・大改革が図られることになり、「大正10(1921)年特許法」(大正10〔1921〕年4月30日法律第96号)が制定・施行されることになった。

この先発明主義から先願主義への移行に伴い、発明者主義に基づく救済措置として、冒認出願対策の条項が整備された(大正10〔1921〕年特許法10条・11条・57条1項2号)。すなわち、専門用語「冒認」が始めて特許法における法令用語として正規に採択されたのである。今から約100年前のことである。第2の4で述べた「……特許ヲ受クルノ権利ヲ冒認シタル者……」という表現である(該当するこれら3箇条で同一の表現)。

ドイツ特許法に見倣ってと述べたが、1877(明治10)年のドイツ帝国特許法(ライヒ・ドイツ特許法)では、widerrechtliche Entnahme(“不法な採血”，すなわち他人の発明の不正借用・盗用の意)の場合には、特許権は存在しないとされていた。このドイツ語のwiderrechtliche Entnahmeに対応する日本語として、明治

時代の刑法での使用実績があった用語「冒認」（ただし、前述したように明治40〔1907〕年の現行刑法の制定時には既に使用廃止済）が転用され、法令用語として採択された。

すなわち、旧刑法の法令用語「冒認」が、大正10年特許法（今から約100年前）の法令用語として蘇り、特許法に特化した特殊な専門用語として再登場することになったのである。⁽⁷⁾

3 大正10（1921）年特許法の国会審議における質疑応答

このときの大正10年特許法の国会審議において、非常に興味のあるやりとりが行われている。

福沢諭吉・高橋是清とともに日本特許法の父と並び称せられている清瀬一郎（当時36歳。衆議院議員。工業所有権4法の審議に衆議院特別委員として参与。後に、法学博士〔1922年〕・衆議院議長〔1960年〕）は、

「第10条及第11条に『冒認』の二字あり。此は如何なる意義なりや。多分旧刑法に此文字ありしゆえ使用されしものと思惟するも意義を忘却せり。御説明を望む」

と質問している。⁽⁷⁾これに対して、当時の特許局長・宮内国太郎は

「単に他人の権利を剥奪（筆者註：読みは「はくせつ」。2字ともに“奪い取る”，“盗む”の意）したる者或は自から発明者に非らずして権利を主張する者を『冒認したる者』と云う意なり」

と回答したが、清瀬一郎は、

「然らば今御答への如き言葉を以て之に改められては如何。今日斯る文字は専門家と雖も忘却して其の意を解する能わず。況んや一般普通人に於てをや」

と、特殊な用語「冒認」の使用に対して、反対意見を表明している。⁽⁷⁾

しかしながら、このような反対意見にも拘わらず、結局、大正10年特許法において、とても一般人には難解と思われる『冒認』という特殊な古語熟語が初めて、特許法の条文中に転用・採用されることになったのである。具体的には、10条・11条・57条1項2号における「……特許ヲ受クルノ権利ヲ冒認シタル者……」という表現である。

4 清瀬一郎による特許用語「冒認」の注釈

清瀬一郎が著した書籍『特許法原理・初版』⁽¹⁶⁾（中央書店、大正11〔1922〕年発行、大正10年特許法の解説書。昭和60〔1985〕年6月に復刻版刊行〔東京俊光社・非売品〕）は、用語「冒認」について、次のように説明している（同書125頁より。以下、

筆者が読み易くするために、原文を平仮名文に変更し、漢字は現代書体に変更。強調等は筆者による)。

〔註： 冒認の文字は旧刑法（明治13年布告）第393条に在り、旧刑法は之を新律綱領に採る者なり。而して新律綱領の冒認の文字は支那刑法より承継する所なり。唐律に於ては妄認と書し、清律に於ては冒認と書し「他人田宅作自己者」と註せり。即ち自己に権利なきに拘らず、自ら其権利者なりと主張するを謂うと解すへし。〕

この註書中にある「他人田宅作自己者」とは、明治7（1874）年に出版された近藤圭造著『新律綱領・改定律例合巻註釈巻3』の「冒認」のところで、「持ち主の留守を目掛けて己の扶持であると主張する類のこと」と説明されている⁽⁷⁾。

5 昭和34（1959）年特許法——法令用語としての「冒認」の退場

ところが、その後これまた40年近くが経過して、この「冒認」の語は、清瀬一郎（当時74歳）が工業所有権法調査委員長として参画したこともあってか、昭和34年特許法（戦後始めての特許法の大改正）では、この用語「冒認」の法令用語としての使用継続が見送られ（廃止され）、現在に至っている。

すなわち、従前の「……特許ヲ受クルノ権利ヲ冒認シタル者……」という法令表現が、昭和34年特許法の49条（拒絶理由を定めた規定）の6号では、

「その特許出願人が発明者でない場合において、その発明について特許を受ける権利を承継していないとき。」

という極めて平易な表現に置き換えられた。しかしながら用語「冒認」は、引き続き特許法における講学用語・法律用語として、今に至るまで使用継続され、健在という状況になっている。

このように理解し易い、分かり易い日本語を用いて法律を作成するということは、国民一般に法律を身近に感じさせるためにも極めて大切・重要なことであり、筆者としてもこのような取り組みには大いに共感を覚える。しかしながら、特許法を講義・著述する際には、簡潔さも求められることから「冒認」が引き続き講学用語・法律用語として用いられていることは是認せざるを得ない。

なお、前述したような平易な表現であっても、これを文言通りに解すると、真の発明者であれば、特許を受ける権利を第三者に譲渡した後に、自らが特許出願した場合であっても、この6号には該当しないと解釈されるおそれがあるとの指摘がなされ、「承継して」の部分が「有して」に置き換えられている（平成23〔2011〕年の特許法一部改正、平成23年法律第63号）。

よって、現在の特許法49条7号は「その特許出願人が発明者でない場合において、その発明について特許を受ける権利を有していないとき。」となっている（なお、平成14〔2002〕年の一部改正で5号が新設されたので、当初の6号が7号に順送りされている）。これが用語「冒認」の現在の意味である。したがって、用語「冒認」の意味を問われれば、「**冒認とは、特許出願人が発明者でない場合に、その発明について特許を受ける権利を有していない者が特許出願すること**」と答えるのが正解となる。

ちなみに、特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説・第22版』（発明推進協会、2022年）では、特許法・実用新案法・意匠法の3法について、「冒認」の用語を使って解説がなされている。しかしながら、商標法の解説部分では、当然のことながら、用語「冒認」等は一切登場していない。

さらに、商標法に関する市販書籍・テキスト等にも、用語「冒認」等は使用されていない⁽¹⁷⁾。特許法とその法的性質が全く異なる商標法分野において、このような特殊な概念・定義を内包している特殊な特許専門用語「冒認」を借用・転用する場面が想定されないという理解に基づくものである。

第5 商標法分野における用語「冒認」の懸念すべき使用例について

1 特許庁のHP

特許庁HPの冒頭にあるGoogle検索サイトで「冒認」を入力して検索すると、ヒットした上位20件のうち、何と商標法に関するものが15件も検索された。本来の特許法に関するものはわずか5件に止まっていた（2023年7月20日検索）。

このような、商標法に関して用語「冒認」が使われている多くの使用事例の背景にあるのは、日本企業が国内販売等で使用している商標を付した商品を、そのまま中国等の東南アジア各国等に輸出しようとする段になって、当該商標が現地企業・個人等により当該輸出予定国で先回り（抜け駆け、横取り）して商標出願・登録されていることが判明し、当該商標が使用できないという事例への対応策を説明するときに、あるいはこの逆のケースで、外国企業の海外での使用商標を、日本への当該商品の輸入開始前に日本の個人等が日本特許庁に先回り（抜け駆け）して商標出願・登録する事例対応において、特許専門用語である「冒認」の用語が頻繁に流用されているようである。

特許庁のサイト「<https://www/jpo.go.jp/news/kokusai/bonin/index.html>、海外に

における商標の抜け駆け出願（冒認商標）対策〔更新日2023年3月20日〕を参照方。

2 ネット検索で見つけた商標法関係での用語「冒認」の不適切使用例（順不同）

- ・海外において、正当な権利を有しない他者によって商標が出願・登録される事例（冒認商標）
- ・海外における商標の抜け駆け出願（冒認商標）対策
- ・中国商標権冒認出願対策マニュアル
- ・ASEAN主要国における冒認商標出願についての審査基準
- ・著名商標についての悪意による冒認登録に該当する場合
- ・冒認出願への対策としては自らの商標を早期に出願することが重要
- ・インドネシア商標制度，冒認出願対策リーフレット
- ・韓国冒認商標対応マニュアル
- ・冒認商標を消滅させなければならず
- ・弁理士及び弁理士法人に対する経済産業大臣による懲戒処分に関する運用基準での「冒認出願への関与」（筆者註：商標案件をも含めての冒認出願だろうか？もしそうならば、法的には不正確な使用例とならないか？ そうでなければOKだが！）
- ・商標権の冒認出願（抜け駆け登録）問題
- ・冒認商標を取り消すための異議申立
- ・冒認出願対策の商標出願を含む外国出願に要する費用を補助
- ・ASEAN主要国における冒認商標出願の実態調査
- ・台湾商標制度：冒認出願の取り消し，登録異議の申し立て，無効審判を請求する際の留意点
- ・商標冒認出願
- ・冒認商標（横取り商標）
- ・外国の著名商標，著名な外国人の名称を冒認出願する
- ・本件商標のように誰が見ても冒認や剽窃的な出願
- ・本件商標の採択は冒認行為（フリーライド）である

第6 商標事案の訴訟例における判決文での特許用語「冒認」の使用状況

それでは次に、商標事案に関する判決文において、このような特殊な特許専門用語「冒認」がどのように使用されているのか、以下5件の判決例を紹介したい。

これらの判決はいずれも、商標事案において特許専門用語「冒認」を流用して議論・主張することを戒めている。なお、強調等は筆者によるものであり、理解を助けることを優先して、条文数は相応する現行法のものに適宜置き換えている。

1 大阪地判平成12(2000)年2月8日(平8(ワ)9425, 不正競争差止等請求事件, 民事訴訟)

この商標事案(セラール事件)は、商標権者である原告が、本件商標を使用している被告に対して、差止め及び損害賠償等を求めたところ(本訴請求)、本件商標を先に創案し使用していた被告が、本件商標権者である原告に対して、冒用して取得された商標権であるとして被告への移転登録を求めた事案(反訴請求)である。この用語「冒用」はこの反訴請求で被告が持ち出したものである。

「本件の反訴における被告の主張の趣旨は、原告商標を案出して商品化したのが被告であることから、被告こそが原告商標の商標登録請求権(商標登録を受ける権利)を有する者であるということを前提に、原告商標権は原告が被告の有する商標登録請求権を冒用して得たものであるから、その真の商標権者は被告であるとして、右商標権に基づき、原告に対して原告商標の移転登録手続請求権が発生するというものであるものと解される。

原告は、反訴は訴えの利益を欠く旨主張するが、反訴は、被告が右のような主張に基づいて原告に対し原告商標の移転登録手続を求めるものであるから、紛争解決の必要性があるものというべきであり、訴えの利益の存在自体は肯定できる。原告主張のように、反訴請求が法律上存しない権利を基礎とする請求であるか否かは、本案判決において判断されるべき事柄である。

そこで反訴請求の当否について検討するに、まず、特許法が「産業上利用することができる発明をした者」に対して「その発明について特許を受けることができる。」としている(特許法29条1項……)のとは異なり、商標法では「自己の業務に係る商品又は役務について使用をする商標については、……商標登録を受けることができる。」としており(商標法3条1項)、自己の業務に係る商品又は役務について当該商標を使用する意思があれば、何人がその商標を案出したかにかかわらず商標登録を受けることができるとされている。これは、特許法が、新規で進歩性のある発明を保護し、その創作を奨励する(特許法1条等)ことから、その登録の前提条件としての発明の創作を必要とするのとは異なり、商標法では、出所識別標識としての商標を保護し、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図ることを目的としており(商標法1条)、人間の創作活動の成果

の経済的価値を保護するものではなく、したがって何人にも任意に選択採用され得るものであるという相違に基づくものであると解される。このような相違からすれば、商標権については、特許権とは異なり、商標登録出願以前に商標登録請求権（ないし商標登録を受ける権利）というものは法律上予定されていないと解するのが相当であり、この点は、特許法等においてはいわゆる冒認出願に関する規定が設けられている（特許法49条7号、123条1項6号……）のに対し、商標法ではそのような規定が設けられていないことから窺われるところである。

また、仮に被告が主張するような商標登録請求権（商標登録を受ける権利）なるものが商標上認められるとしても、商標権は設定登録という行政処分によって発生するものであるから（商標法18条1項）、商標登録請求権の冒用の有無にかかわらず、その権利は右処分の名宛人に対して付与されるのであり、仮に被告が商標登録請求権なるものを有していたとしても、被告が原告商標権の権利者となることはあり得ない。

そうとすれば、被告の反訴請求は主張自体失当であるから、棄却すべきものである。

なお、念のために付言すると、前記三2で述べたところからすれば、原告商標について本来商標権を取得すべき者は被告であるとはいえないことは明らかである。」

【筆者コメント】

本件事案を簡略にまとめれば、本件商標の創案・案出者かつ先使用者であると自認する被告が、本件商標権の権利者となっている原告に対して、冒用して得られた商標権であるとしてその権利移転を求めたものである。大阪地裁は「商標法は特許法とは全く異なるものである」として、被告の主張を一蹴した。

被告は用語「冒認」ではなく、「冒用」を使って反論しているが、大阪地裁は、用語「冒用」を使って、特許法の概念である「冒認（発明者主義）」を商標法に取り込み議論・主張することは許されないと断じていることになる。特許専門用語「冒認」の意味するところ、及び特許法と商標法の原則の違いを簡潔・的確に判示している判決文である。

2 大阪地判昭和55（1980）年11月28日（昭52（ワ）4414，商標権・民事訴訟）

この商標事案（トロイ事件）は、本件商標の創案者（米国トロイ社，衣料品会社）と先使用者（日本企業：T社，国内で商標「トロイ・ブロス」等を使用）が本件ラ

イセンス契約の当事者であって、それぞれが本件訴えの原告・被告となっている事案である。なお、この判決は前述した1の判決の20年前のものである。

「わが国の商標法はすでに述べたとおり登録主義を採用し登録によってのみ商標権が発生し、その帰属者が定まるものとしているほか、出願前の標章の創案者や使用者には特段の保護を与えていない。また、それがゆえにいわゆる冒認出願の概念を有していない（特許法が特許を受けることができる者を原則として発明者に限定し、出願前といえども発明者に一定の保護を与える発明者主義を採用している点参照。特許法29条1項……）。換言すると、わが国では当該標章が誰によって創案され、使用されていたかとは無関係に、要するに当該標章を先願したものに右標章にかかる商標権を付与する建前をとつている。

したがって、商標権（または商標登録出願により生じた権利）の帰属者をあたかも出願前における当該商標の創案者または使用者と解するような前示の説示は一見わが国の商標法制度にもとるかのようと思われる。

しかし、ことを本件ライセンス契約の当事者の意思に限つてみると、原告と被告会社は出願前の標章をすでに一種の財産権の対象たりうべきものとみたうえ、右財産権（それは将来商標権を取得しうるという一種の期待権とみることもできる）の帰属者が即右標章について将来生ずる商標権（または商標登録出願により生じた権利）の帰属者たるべきものであることを当然の前提としてその信託関係等を定め、本件ライセンス契約締結に及んでいると解されるのであって、このような合意が許容されることは契約自由の原則に照らしても明らかである。かえつて、本件各商標のように、常にそのナウな感じ（斬新な感じ）を維持し顧客を吸引し続けることが必要な標章の場合には、その創出にさいし、そのような要請にこたえるために相応のセンスや独創力が必要であるから、当該標章の創案者について特許権における発明者、著作権における著作者に近い評価を与え、またそれゆえこれに関連してその先使用者にも一定の評価を与えるような解釈を施すことはむしろ条理にも適い合理的であり、当事者の意思の正当な理解の仕方であると考えられる。

七 してみると、原告の本訴請求中、被告会社に対し本件ライセンス契約の終了に基き、本件（一）および（四）の商標につきその所有登録名義の移転登録手続きを求め、被告会社との間で同（三）の商標の登録出願により生じた権利が原告に帰属すべきものであることの確認を求め、かつ右（一）（三）（四）の商標につき請求の趣旨三、四項記載の態様による使用の差止め（不作為請求）を求める部

分は理由があるが、その余の請求および被告に対する請求は失当である……。」

【筆者コメント】

本件事案で大阪地裁は、まず、**商標法は特許法における冒認出願の概念を有していないと明確に断じた上で**、当該商標の創案者（米国トロイ社、衣料品会社）と先使用者（日本企業：T社、国内で商標「トロイ・ブロス」等を使用）が**本件ライセンス契約の当事者**であって、それぞれが本件訴えの原告・被告となっている場合には、原告（創案者）に特許権における発明者、著作権における著作者に近い評価を与え、被告には先使用者として一定の評価を与えるような解釈を施すことは条理にも適い合理的であることを、**極めて例外的に判示した事案**である。

3 東京地判平成17（2005）年10月11日（平15（ワ）16505・平16（ワ）10154、商標権・民事訴訟）

この商標事案（**ジェロビタル事件**）は、原告が輸入販売する商品に本件商標を付して国内販売しているところ、原告が、本件商標に係る国内商標権を有する被告に対して、「本件商標権を侵害する旨の告知・流布をしてはならない」として提訴した事件である。

原告は、

「本件商標が、老化予防・治療薬及びその効果的な施術法並びに化粧品についてのルーマニアを始めとする世界各国において著名であることを十分知悉していたにもかかわらず、被告は商標権を保有するルーマニア国家機関の承諾を得ることなく、しかも虚偽の主張をして、本件商標の下で自己のみが化粧品を独占的に輸入、販売することを確保するため、本件各商標の登録出願及び商標権の取得をしたものであり、他方、ルーマニアのために登録出願等をしたことを推認させる証拠も合理性も何ら存しない。このように、被告の行為は、**外国著名商標の冒認行為**にほかならず、国際秩序を害し、国際的商業道徳にもとる。したがって、本件各商標登録は、商標法4条1項7号（**筆者註：公序良俗違反**）に当たる。」旨を主張した。原告はさらに、

「先願主義の下でも、商標は本来使用されるべきであり、かつ、使用により商標の機能を実現していくから、商標が既に使用されている場合には、商標を使用して、これにグッドウィルを結晶させた者を保護することを基本とすべきであり、この者に商標権を取得させるのが筋である。すなわち、当該商標の下で商品を製造、販売等し、当該商品等の品質を保証できる立場にある者が商標の真の権利者

であり、当該商標を無権限で自己名義によって取得する者があるなら、その者は**商標権を冒認し、侵奪し又は横領する者**であって、かかる真の権利者との関係では本人による商標登録の意思が欠如している者である。」と主張した。

東京地裁は次のように判示して、原告によるこれらの主張を退けた。「原告は、被告が真の権利者であるルーマニアの国家機関の承諾を得ることなく本件商標登録出願を行ったもので、**冒認出願**である旨を主張する。しかし、商標登録出願に他人の許諾ないし承諾が必要な場合は法定されており（商標法4条1項8号かつこ書参照）、その余については同項各号で禁じられるほかは**出願人の商標選択の自由**があり、**他人の許諾ないし承諾を要しないと解すべきである。**」

【筆者コメント】

以上、3件の判決からも分かるように、特殊な特許専門用語である「**冒認**」及びその概念を商標法に持ち込むことは論外なことであり、不要な誤解を招くもととなることから、厳に慎まなければならない。

また、いわゆる「**パクリ商標出願**」のことを、法律用語的にもっともらしく表現するために、特許法で長年にわたり使用されている特殊な特許専門用語「**冒認出願**」を流用すると、商標の創案・案出者等にも何かしらの商標法上の権利が帰属するとの誤解を生じさせ得ることにつながり、揚げ足を取られることにもなりかねない。用語「**冒認**」の流用は厳に避けなければならない（訴訟実務上のアドバイス）。続けて、以下に紹介する知財高裁事件2件も参照方。

4 知財高裁における商標法事件で、その判決文中に用語「**冒認**」が使用されている判例2件の紹介

(1) 知財高判令和5（2023）年1月19日（令4（行ケ）10073、無効審決取消請求事件）

原告は商標権の譲渡対価の取得等を目的として、他社使用商標を大量に無断出願・登録しており、本件商標登録第6256358号もその1件である。審査段階では**拒絶査定**を受けたものの、**不服審判請求**で登録が認められた。ところが、その登録後に今度は被告が**無効審判**を請求したところ、その請求が認められ「**無効とする**」**審決**が下された。商標権者である原告はこの無効審決を不服として、**審決取消**を求めて**知財高裁に出訴**したところ、**請求棄却**との判決が下された事件である（原告敗訴）。

「原告が、先願主義に名を借りて、商標権が本来持つべき出所識別機能とは関係

なく、剽窃的な商標出願を大量にした上、金銭的利益を得ることを業とするという事案であって、単なる特定の当事者間の私的な問題に止まるものではなく、公正な取引秩序そのものに関わる重大な違反があると認められるものであるから、商標法が先願主義を採り、また、冒認者による出願が登録拒絶理由として定められていないことを考慮しても、その登録が公序良俗（筆者註：商標法4条1項7号）に反することは明らかといわざるを得ない。」

(2) 知財高判平成31(2019)年2月27日(平30(ネ)10074, 不正競争行為差止等事件)

第一審被告は、同原告からパーソナルトレーニングに関する事業の営業譲渡を受けた後、新たに「3件の商標権」を得た。ところがその後、原告の営業譲渡解除の意志表示により本件営業譲渡契約が解除され、譲渡契約に基づき被告に譲渡されていた「複数の登録商標」(前述した「3件の商標権」とは類似関係にある)について、被告への移転登録が抹消された。

そこで、原告はさらに、さらなる現状回復措置として「3件の商標権」の原告への移転登録手続等を求めた事件である。原判決(東京地判平成30年8月24日, 平27(ワ)34338・平28(ワ)17767)は、3件の商標権は原状回復の対象となり得ないなどとして、原告(控訴人)の請求を棄却した。

知財高裁は、次のように述べ、原告による本件控訴を棄却した。

「被控訴人は商標権3を有するところ、今後、控訴人が商標権7を回復することができれば、類似商標が控訴人と被控訴人との間で分離して存続する状態になるということはできる。しかし、控訴人が現時点において商標権7を有していないことを措くとしても、冒認による移転登録を認める特許法74条に類する規定のない商標法において、実体法上の根拠なく、類似商標が分離して存続する状態を除去するための手段として、それらを同一人に帰属させるために移転登録請求を認めるべきであるということとはできない。」

【筆者コメント】

これら2件の判決文はいずれも、商標法の分野において、特許法における「冒認」「冒認出願」の用語・概念を使って論ずる場面が想定されないことを明確に判示しており、特許専門用語「冒認」を持ち出して請求することを明確に否定している。なお、商標法において、剽窃的な出願、剽窃出願、剽窃的な登録、剽窃登録が存在することは言うまでもない。

第7 商標法・不正競争防止法分野における用語「冒用」の使用について

1 第6の1で引用したセラルール事件の判決文中に用語「冒用」が使用されていたが、続いて、この法律用語「冒用」についても触れてみたい。

民事訴訟法分野でも、他人が勝手に名乗って訴訟に参加していた事件を「**氏名冒用訴訟**」と名付けて使用されている。⁽¹⁸⁾ところが不思議なことに、このような用語「冒用」についても、「**冒認**」同様に『字通』はもとより、市販の一般卓上漢和・国語辞典等にも全く搭載・掲載されていない。

しかしながら、大型辞書である『広辞苑（第七版，岩波書店，2018年）』『大辞林（第三版，三省堂，2006年）』にはかろうじて搭載されており、**冒用**は**冒認**よりも認知度が高いようである。なお、これら両辞書はそれぞれ「冒用」を「無断で不正に使用すること。『名義冒用』，「当事者の知らないうちに，名義・名称を不正に使うこと。『名義冒用』」と説明しており、**冒用**の語感は「**不正使用**」に近い。

2 ネット検索したところ、『大漢和辞典』（漢和辞典の最高峰と称されている辞典，全15巻構成，1960年初版刊行）を発行している**大修館書店**が運営している情報サイトに⁽¹⁹⁾、次のようなQ&Aが掲載されている。漢字「冒」について過不足なく簡潔に説明されており、貴重な応答内容なので、全文を以下に再掲する。なお、強調等はすべて筆者による。

「以前の漢字文化資料館で掲載していた記事です。2008年以前の古い記事のため、ご注意ください。

Q0120： 法律関係では「**冒用**」という熟語があるのですが、国語辞典や漢和辞典には出ていません。これは特殊な用語なのでしょうか？

A： 初めて聞く熟語ですね。たしかに『大漢和辞典』にも出ていませんし、小学館『日本国語大辞典』にも出ていません。しかし、試みにインターネットで検索しますと、「**名義冒用**」などの形で、意外なほど多くの数のヒットがありました。**全て法律関係のサイト**のようですが、たしかに、現在でも生きている熟語なのでしょう。

「冒」という漢字は、訓読みでは「おかす」ですが、この「おかす」には2種類あるように思われます。1つは、(1) **危険をかえりみずに何かをする**，という意味、「**冒険**」がその代表例です。もう1つは、(2) **神聖な領域や他人の領域に乱暴に踏み込む**，という意味で、「**冒涇**」（ボウトク。「涇」の正字がパソコンでは出ないのはご勘弁を）がその代表です。

『大漢和辞典』を眺めていると、この後者の意味がさらに発展して、(3) 他人のものを自分のものにするというような意味で「冒」が用いられている熟語が目につきました。「冒取」は他人のものをいつわって取る、「冒認」は他人のものをいつわって自分のものだと思認める、「冒名」は他人の名をかたる、「冒領」は他人のものをいつわって受け取る、などなどです。

おそらく「冒用」も、こういった一連の熟語と同じような「冒」の使われ方から生まれた熟語なのでしょう。そういう意味では、それほど特殊な熟語ではないのかもしれませんが。

でも待ってください。今、「冒認」をインターネットで検索してみました、こっちは「冒認出願」の形で、法律関係のサイトばかりです。やっぱり、法律の世界でのみ生きていることばなんですよね……。」

【筆者コメント】

この大修館書店の「答え」にあるように「冒」が冒頭にくる二字熟語は、冒頭や冒険のような小数例を除き、その多くが法律用語として使用されているとの指摘は、筆者も同感するところである。なお、「冒認」について、「他人のものをいつわって自分のものだと思認める」と字句とおりに現代的に説明されているが、これではその意味がよく通じないが、詳しくは第2の2及び第4の4で述べたとおりである。

3 知的財産法を形成している法律の一つである不正競争防止法（不競法）に関する多くの書籍・テキストは、その2条1項⁽²⁰⁾に関して、周知表示混同惹起行為（同1号）、著名表示冒用行為（同2号）、ドメイン名不正登録行為（同19号）、代理人等商標冒用行為（同22号）という用語を使って説明している（不競法は、商標権付与による商標保護を図っている商標法と表裏一帯の関係にあり、他人による不正な商標使用行為を不正競争として規制している）。また、この不正競争防止法を所管している経済産業省本省も、用語「冒用」⁽²¹⁾を使って説明している。

なお、「冒用」を使わずに「無断使用」を使い「著名商品等表示の無断使用行為」のように表現しているテキスト⁽²²⁾もあり、識者間で異なっている。

第8 中国・台湾における日本の特許専門用語「冒認」に対応する用語について

1 まず、特許専門用語である冒認出願に対応する英語について触れておきたい。

(1) misappropriated applicationが多用されている。⁽²³⁾ 名詞 misappropriationの意味は「不正目的使用」であり、他人の氏名、写真、名声などを利用して利益を収める目的で、他人の財産などを取得し使用する⁽²⁴⁾ことである。普通は「**着服**」「**横領**」「**不正流用**」等と訳されている英単語である（なお、名詞 appropriation 自体にも「盗用、着服、横領、私物化、窃盗」の意味がある）。

(2) 他にも、**横領**に対応する英語として embezzlement という単語が充てられることもある（この意味は、“制定法による犯罪で、その定義は法域により異なる。一般に、他人の財産をすでに適法に占有する者が、それを不法に領得することがその成立要件とされている⁽²⁵⁾”）。

(3) さらに、**冒認発明**を usurped invention と訳している例もある。⁽²⁶⁾ 名詞 usurpationの意味は「不法使用」の意味であり、他者に帰属する地位、権限、財産等を不法にわがものとし、それを行使・使用する⁽²⁷⁾ことの意である。

2 台湾・中国における「冒認」に対応する語について

(1) 用語「**冒認**」は、台湾・中国においては、すでに死語となっており、日本と同様に、法令用語としての使用例は皆無であり、講学・テキスト用語としての使用例も見られない。

(2) 日本の特許法における講学用語「**冒認**」に対応する台湾・専利法（特許法）での講学用語としては、「**冒替**」（「冒名頂替」の略で“詐欺師”の意味）、又は「**仿冒**」（「模倣」の意味。「仿」は“真似る”を意味する漢字）の2つの用語が使用されている（なお、台湾・専利法の35条等の日本語訳では、「**冒認**」が使用されているが、これは日本人の理解を助けるための便宜によるものである）。

これら「**冒替**」「**仿冒**」は法令用語としては使用されておらず、この点は日本と同じである。次に、これらの特許用語「**冒替**」「**仿冒**」が、商標法分野に及んで流用・使用されている事実もない。

(3) 台湾商標法30条1項12号は「**悪意の出願**」を規定しているが、そこでは法令用語として「**仿襲**」が使用されている（日本語訳では「模倣」と訳出されている）。

(4) 次に、中国・専利法（特許法）では、日本の「**冒認**」に対応する講学用語として「**假冒**」⁽²⁶⁾が使用されている（「詐称する」という意味。「假」は「仮」の旧字で「真に非ざる」の意）。

(5) 以上、今では死語となっている明律・清律の古語熟語「**妄認・冒認**」に由来する日本の特許専門用語「**冒認**」は、現在では“漢字使用国である日中台”の中でも、日本でのみ使われている言葉であり、約100年間にわたり**日本固有の特殊な特**

許専門用語に特化して使用されてきたことになる。

第9 日本の特許法における「悪意の出願」という括りについて (特許庁HPより)

特許庁HPに「日本における**悪意**の商標出願事例」という特許庁担当官によるセミナー資料が掲載・公表されている⁽²⁸⁾ (2016年3月1日付)。なお、ここで「悪意の出願」と表現されているのは、2014年12月3～5日にかけて東京で開催された「悪意の商標出願に関する日米欧中韓による商標担当五庁(TM5)による第3回TM5年次会合」報告書の英語原文である「Bad-faith Trademark Filings」に相応している。さらに、このセミナー資料の30頁でこの「**悪意の出願**」の別の表現として「**冒認出願**」が使用されている。

1 「悪意の出願」について

商標法では、当該商標の創案・案出者やその使用者でなくとも、商標出願を行うことは全く自由である(ただし、出願時に**使用する意思**のみが求められる)。すなわち、商標の創案・案出者、その使用者及びその他の第三者一般が優劣なく横一線に並び、とにかく最初に特許庁に出願した者にのみ商標権が付与されるという仕組みである(**単純先願主義**。特許法の発明者主義・先願主義とは全く異なる)。

しかし、次のような場合には、いくら単純先願主義が採用されているとしても、以下のような商標出願は登録を拒絶される(本件セミナー資料中に掲載されている該当条項号。以下に列挙するこれら7つをまとめて、特許庁は「**悪意の出願**」と総称している)。

(1) 商標法4条1項8号

他人の肖像、氏名、名称、著名な雅号・芸名・筆名(これらの著名な略称を含む)を含む出願(なお、当該他人の**承諾**を得ておれば登録可)。

(2) 同10号

他人の周知商標と同一・類似の出願。

(3) 同15号

他人の業務に係る商品・役務と出所の混同を生ずるおそれがある出願。

(4) 同19号

他人の周知商標と同一又は類似で**不正の目的**をもって使用をする出願。例えば、高額で買い取らせる、国内参入を阻止する、あるいは代理店契約を強制す

る目的とか、出所表示機能を希釈化させるとか、その名声を毀損させるための出願。

(5) 同7号

公序良俗を害するおそれがある出願。商標出願の経緯に不正がある等により、社会公共の利益に反し又は社会の一般的道徳観念に反するもの、あるいは国際信義に反する出願（「公」に他人が含意されている）。

(6) 商標法3条1項柱書き

(1)～(5)に該当しなくとも、そもそも商標使用の意志がない出願。

(7) 商標法53条の2

総代理店等の代理人等による不正登録の取消。

なお、不登録事由を列挙している商標法4条1項各号（1～19号）の条文中に用語「他人」を含むものには、上記で列挙した8号、10号、15号、19号以外に、11号の「他人の先願登録商標」及び12号の「他人の登録防護標章と同一の商標」の2つもあるが、いずれも特許庁が掌握管理している先願登録なので、割愛されているものか。

2 「悪意の商標出願」よりもインパクトのある命名が必要か？

日本における法律用語としての「悪意」の意味は、通常は単に「ある事情、事実を知っていること」を意味しており、原則として、道徳的、倫理的な意味を持たない。例外的に「他人を害する意思（害意）」の意味で使われることもある⁽²⁹⁾。

しかし、ここでの「悪意」が英語の「Bad-faith」に相応していることから、「誠意がないこと」「悪意：ある事情を知っていること」「害意：他人を害する意思、他人を欺罔する意思、またはこのような意思に基づき行為すること⁽³⁰⁾」を意味しているものと解される。

ところが、前述したように、「悪意」は日本国内で使用する法律用語としては、単に「知っていること」を意味し、インパクトに欠けるきらいがある。この点「害意」の採択もありうるが、インパクトとしては「悪意」と同程度か。このような背景もあって、もっとダイレクトに訴求力を求めて、「冒認」「冒用」「剽窃」等が採択されているものと推測される。

筆者としては、インパクトのある用語を求める背景を全く否定するものではない。しかし、前述してきたように、特殊な特許専門用語「冒認」の商標法分野への流用だけは、縷々述べてきたように大きな誤認・誤解を招くもとなるので、「転用されるべきではない」と考えている。

3 商標法分野における「冒認」の代案候補について

(A) 冒用

商標事案で「冒用」が使用されている訴訟事例も多いが、筆者としては、不正競争防止法分野での講義・テキスト用語として定着している⁽²⁰⁾ことから、混同を避けるためにも商標法分野での使用は出来得る限り、避けるのが賢明ではないか。

(B) 冒取

法律用語らしく「冒」にこだわるならば、商標法においては「冒取」(ほうしゅ、「だまし取る」の意)⁽⁴⁾も選択肢の一つである。「冒用」よりもインパクトがありそうだ。「冒取出願」「冒取者」の熟語も特に違和感がなさそうだ(他に、似たような用語としては「冒窃」「冒領」もある)。

特許法では「冒認」、不正競争防止法では「冒用」、商標法では「冒取」と、「冒」を筆頭文字とする熟語による棲み分けも可能となる。難点としては、書籍・テキスト・判決文等での過去の使用例がないことが挙げられる。

(C) 剽窃

端的に一般人にも容易に通じる明解なインパクトのある用語を求めるとすれば、卓上辞書にも搭載されている一般用語「剽窃」が薦められる。「剽窃」の意味は「他人の文章・語句・説などをぬすんで使うこと」⁽³¹⁾であり、商標事案の判決文でも「剽窃」「剽窃的」という先使用例が数多く確認されている⁽³²⁾。「剽窃出願」「剽窃者」という熟語も通用しやすい。なお、強いて欠点を挙げれば、漢字「剽」が常用漢字表に含まれていない点が指摘されようか。

以上、「冒認」に変わる代案3案について述べたが、現下での筆者の一押しは、一般人に対する明解度において優れている「剽窃」である。

第10 まとめ

1 用語「冒認」は、古の1300年代以降、明律・清律で使用されていた古語熟語である。その元来の意味は「他人の権利を犯して(侵して)、その所有権を主張すること」であった。「冒認」が日本で初めて法令用語に登場したのは、明治維新政府による最初の刑法典である(今から約150年前の明治3〔1870〕年に制定)。現在の刑法の「横領」に相当する用語として採択された。

その使用は現行刑法が採択される明治40(1907)年まで続いたが、以後はその使

用が廃止された（約40年近くにわたる使用期間に止まった）。

2 ところが、今から約100年前の**大正10（1921）年特許法**において、日本の特許制度は従前の**先発明主義**から現在の**先願主義**に移行するという大転換が図られた。この大改正により、**発明者主義**の裏をかいて、他人が成した発明をコソソリと盗み出して、先に特許庁に出願するという**パクリ出願対策**が求められることになった。そこで、既に刑法分野での使用が廃止されていた休眠用語「冒認」が転用されることになり、特許法の法令用語として蘇った。

3 その後、用語「冒認」は、特許法の法令用語としては昭和34（1959）年の現行特許法の制定を機に廃止されたものの、特許法の講学用語・法律用語として、引き続き現在に至るまで衰えることなく使用継続されてきた（約100年間にわたる使用実績あり）。

このような特殊な特許専門用語「冒認」には、特許法における**発明者主義**という概念が色濃く内在し染み込んでいる。すなわち「発明した者のみが特許を受けることができる」という基本原則を踏まえたものであり、特許を受ける権利が発明者のみ留保されているのである（自ら権利化を望まないケースも含めて）。

すなわち、**大正10（1921）年特許法**の制定以来、「特許を受ける権利」が第三者により侵されて先に出願される場合が有り得るので、「他人が有する権利を侵して、我がものにする」ということ、その意味を有する古語熟語「冒認」が転用され、特殊な特許専門用語「冒認」が誕生したという経緯である。

4 ところが、**単純先願主義**という大原則を踏まえている**商標法**に於いては、その商標出願前に他の誰かが「その商標出願をする権利」「その商標権を取得する権利」等を有しているという場面が全く想定されない。すなわち、特許専門用語「冒認」に相応する局面が存在しないので、商標法において特許専門用語「冒認」を流用する場面が全く想起できない。逆に、商標法分野に流用して使われると、**セラー事件**のように「何ら先願の立場にない商標の創案者・案出者や先行使用者に商標権が移転・帰属することがあり得る」という誤解を、今後とも再来させるおそれがある。この点、**トロイ事件**判決は、明確に「**商標法は特許法における冒認出願の概念を有していない**」と断じている。

他に代案がなければ致し方なしとは思うが、多くの代案候補があるなかで、よりによって**明律・清律**に由来する古語熟語故にその意味をダイレクトに解することが最早不能となっている現在において、**100年以上の長きにわたり特許法に特化して使用されてきた特殊な法律用語である「冒認」**を、今さら、原理原則が異なる商標

法分野に転用・流用することは、上述してきたように、誤解を招来させるおそれが大であり、厳に避けられなければならない。

5 第6で紹介した各判決例が示すように、商標訴訟事案で、当事者が用語「冒認」を使って主張・請求すると、必然的に裁判官に対して特許法における用語「冒認」の意味を想起・留意させることになり、概して用語「冒認」を持ち出す当事者に対して、良い結果を招かない結末となっている。

商標訴訟の実務上のアドバイスとして、差別化を図るためにも用語「冒認」を使用せずに、端的・素直に商標訴訟事案における使用例も多い「剽窃」「剽窃的」を使うのが良策・ベストと思われる。

6 以上のような視点から、本稿をまとめたが、講義・セミナー・著作・事件処理等に携わっている特許庁及び特許庁関係団体の担当者、諸先生方、法廷関係者等による今後の用語選択・採択の検討の一助になれば幸いである。

以上

(2023年8月28日脱稿)

【註】

- (1) <https://www.ntv.co.jp/sorepaku/>
- (2) weblio 辞書, <https://weblio.jp/content/パクリ>
- (3) 『岩波国語辞典・第八版』(岩波書店, 2019年) 1233～4頁。
- (4) 白川静『字通』(平凡社, 1996年) 1467頁。
- (5) 中山信弘『特許法・第四版』(弘文堂, 2019年) 49頁。
- (6) 『角川新字源・改訂新版』(株KADOKAWA, 2017年) 691頁。
- (7) <https://mbp-japan.com/aomori/soh-vehe/column/5047207/>
2020年公開。弁理士・鈴木壯兵衛(工学博士, IEEE Life member)による特許制度に関するコラム。
- (8) 白川静『常用字解』(平凡社, 2003年) 590頁。
- (9) 白川静『常用字解』(平凡社, 2003年) 502頁。
- (10) 『岩波国語辞典・第八版』(岩波書店, 2019年) 1180頁。
- (11) 白川静『字通』(平凡社, 1996年) 1247頁。
- (12) <https://tmfesta.com/2019/05/冒認商標出願について> = 専門用語は正確に = - - - 工/
2019年公開。弁理士・工藤莞司(元・特許庁商標課長, 元・東京都立大学法科大学院教授)によるコラム。
- (13) 中山信弘『特許法・第四版』(弘文堂, 2019年) 44～45頁。
- (14) 特許庁編『工業所有権制度百年史・上巻』(社団法人発明協会, 1984年) 18頁。
- (15) 特許庁編『工業所有権制度百年史・上巻』(社団法人発明協会, 1984年) 421～422頁。
- (16) 清瀬一郎はこの『特許法原理』に先立ち、明治44(1911)年に『工業所有権概論』(巖松堂, 全342頁。復刻版が2002年に(株)学術選書から発行されている)を著わしているが、当時、最

先出願主義を採択していたドイツ特許法について、「普通の場合に於いては、最先に発明したる者は多くは最先に出願するの順序と為るが故に、通常は大なる不当はなかるべし」との評価を既に下している（同書66頁）。なお、2011年の弁理士石井正『冒認出願への制度対応の歴史』（<https://www.fukamipat.gr.jp/discusses/790/>）をも参照方。

- (17) 代表的なテキストとして、平尾正樹『商標法・第3次改訂版』（学陽書房、2022年）、茶園成樹『商標法・第2版』（有斐閣、2018年）。
- (18) 野村秀敏・佐野裕志等『民事訴訟法』（北樹出版、2018年）87頁。
- (19) <https://kanjibunka.com/kanji-faq/,mean/q0120/>
- (20) 工業所有権法研究グループ（工藤莞司等）『知っておきたい特許法・14訂版』（国立印刷局、2004年）238頁、平嶋竜太・宮脇正晴・蘆立順美『入門知的財産法・初版』（有斐閣、2016年）286頁、角田政芳・辰巳直彦『知的財産法・第8版』（有斐閣アルマ、2017年）297頁、茶園成樹『知的財産法入門・第2版』（有斐閣、2017年）260頁、小泉直樹『知的財産法』（弘文堂、2018年）382頁、愛知靖之・前田健・金子敏哉・青木大也『知的財産法』（有斐閣、2018年）421頁。
- (21) https://www.meti.go.jp/policy/economy/chizai/chiteki/unfaircompetition_new/html 不正競争防止法の概要（METI/経済産業省）。
- (22) 土肥一史『知的財産法入門・第10版』（中央経済社、2007年）13頁、木棚照一編『実践知的財産法—制度と戦略入門』（法律文化社、2017年）124頁。
- (23) 茶園成樹編『Intellectual Property Law in Japan（日本知的財産法）』（発明推進協会、2017年）53頁等、中山信弘『Patent Law, 3rd ed.』（前掲註（5）の英訳版、ただし第3版対応。著者の許可を得て無料公開されている。<https://www.iip.or.jp/translation/pdf/nakayama3rd.pdf>）47頁等。
- (24) 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）559頁。
- (25) 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）292頁。
- (26) 倉内義朗編著『日中英・知的財産用語用例集』（特許業務法人プロウイン特許商標事務所、2013年）198頁。
- (27) 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）887～8頁。
- (28) https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/tm5/document/bad_faith_seminar3/jpo.pdf
この資料は2014年12月3～5日にかけて東京で開催された『悪意の商標出願に関する日米欧中韓による商標担当五庁〔TM5〕による第3回TM5年次会合』報告書（経済産業省・特許庁、2015年作成、https://www.jpo.go.jp/news/kokusai/tm5/bad_faith_report.html）の内容に沿ったものである。
- (29) 『コンサイス法律学用語辞典・初版』（三省堂、2003年）5頁、『有斐閣法律用語辞典・第4版』（有斐閣、2012年）2頁。
- (30) 田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）83～4頁。
- (31) 『岩波国語辞典・第八版』（岩波書店、2019年）1326頁。
- (32) 例えば、東京高判平成14（2002）年7月16日（平14（行ケ）94、無効審決取消請求事件、野外科学KJ法事件）、知財高判平成24（2012）年8月27日（平23（行ケ）10386、異議決定取消請求事件、激馬かなぎカレー事件）等。両事件とも、剽窃的な商標出願が公序良俗違反（商標法4条1項7号）に該当すると判示した事案。