

寄稿 2

発明の成立性と特許制度の正当化理由についての一考察

特許審査第一部 アミューズメント 審査監理官 杉浦 淳
事務機器 審査官 門 良成

1. 序

ある日のこと、審査の焦点になった発明の成立性について同僚と協議をしていると、ふと、彼は「神のものは神に、カエサルのはカエサルに」と呟いた。彼からは特許制度の基礎となる思想の一端を教えていただき、私自身も、自分なりに、日々の仕事であるこの制度を形作る思想を得たいと考えるようになった。

人類は所有をめぐる長い思索の歴史を持つ。神のものとは何か、カエサルのものとは何か。主体としての「神」あるいは「カエサル=人」に対する客体としての「もの」の帰属は何により定まるのか。

特許の世界における「もの」は発明である。それでは発明とは何か。この問いに答えることは、特許が対象とする客体を決める作業であり、このような発明概念の考察は、何故に発明に特許権が与えられるのかという問いに行き着く。

特許法は発明の定義規定を第2条第1項に置く。この規定は、発明の成立性の要件として最新の科学あるいは技術と常に摩擦を生じる宿命を持つ。コンピュータ・ソフトウェア関連発明、暗号技術、数値解析、生物関連発明、ゲノム技術等への特許の適用性についての考証は不可決であった。

本稿では、このような宿命を負った発明の成立性要件、とりわけその中心的役割を果たす「自然法則利用の要件」の意義について考察する。各種の学説を紐解くと共に、これまでの重要判例の変遷を俯瞰した後に、その現代的意義について考えを進める。

本稿では、特許制度の成立経緯、正当化理由、そして理論の礎を構築してきたジョン・ロック等の先人の足跡を紹介している。読んで下さった方々が、改めて特許の世界の楽しさを味わっていただけたのであれば幸いである。なお、今春にパテントファミリーに加わった新人諸氏への関連書籍の紹介にも心がけた。

John Locke



ジョン・ロック (1632年8月29日～1704年10月28日) はイギリスの哲学者、社会契約論者、ピューリタン信仰者で、医者でもあった。彼の著作の大部分は1687年から1693年の間に刊行されている。アメリカ独立宣言、フランス人権宣言に大きな影響を与えた。(肖像、経歴はウイキペディアから引用、以下同様)

2. 発明の定義規定の意義と問題の所在

「自然法則利用の要件」の考察にあたり、特許法における、発明の定義規定の導入の経緯、一般的解釈及びその淵源を概観し、問題の所在を明らかにする。

2.1 発明の定義規定の意義と解釈

(1) 特許法の目的は何か。法は、第1条に目的を示す規定を置き、「発明を奨励し、もって産業の発展に寄与すること」であるとする。

それではここに規定された「発明」とは何か。法は、第2条第1項に定義規定を置き、「発明」とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のものをいう。」とする。

特許庁編の工業所有権法逐条解説¹⁾は、本条項が昭和34年法の改正で導入された経緯²⁾を踏まえ、本規定の設置の趣旨を次のように解説する。

「法律に用いられる主要な用語の意義をあらかじめ明確に定めておくことは法律をわかりやすくし、解釈上の疑義を少なくするという上できわめて重要なことである。戦後に制定された法律においてはこのことに着目し、一カ条特別に定義に関する条項を設けて、あるいは法文中随所で必要に応じ、そこで用いられる用語の定義をすることを慣例としている。本条の規定もこのような趣旨から設けられたものである。」

「発明の定義をすることのむずかしさは、各国の特許法学者が指摘しているところであるが、その定義の内容如何が特許法における基本問題に係わるものであることも争い得ない事実である。」

「現行法においては、今後も学説判例にゆだねざるを得ない面も少なくないが、幾分でも法文上明瞭なものとして争いを少なくしようという趣旨から、このような定義規定を設けた。」

すなわち、本定義規定の導入は、特許法の基本問題に係る困難性を有していたものの、戦後の立法例に倣い、特許法の基本概念である「発明」を明瞭にするために設けられたものであることを明らかにしている。

(2) それでは、本規定はどのような解釈を定めているか。

中山教授³⁾は本規定を、「権利の客体の定義についての規定」として、次のように説明する⁴⁾。

「発明であるために、まず「自然法則」を利用したものでなければならない(第2条第1項)。自然法則それ自体(たとえば万有引力の法則)は、自然法則の利用とは言えないから、発明ではない。また、ここでいう自然法則とは、単なる精神活動(例えば、記憶術、商品の陳列方法や販売方法)、純然たる学問上の法則(例えば、ピ

タゴラスの定理のような数学上の法則、経済学上の法則、法学上の法則等)、人為的な取決め(例えば、スポーツやゲームのルール、暗号表等)は除外されるということの意味しているに過ぎないと解すべきである。」

さらに、本規定に対する見解として、次の二点を提示する。

「人の精神的活動の成果のすべてに法的保護を与えることはできない。だが、ある種の成果については法的保護を与えない限り研究開発へのインセンティブは失われる。そこで、特許法においても保護されるべき成果と保護されてはならない成果との間で一線を画す必要がある。その方法の一環として、産業上の利用可能性と自然法則の利用という要件が採用されたものと考えられる。しかし、それでは、何ゆえ自然法則の利用という要件が必要なのか、実質的な理由は必ずしも明らかではない。」

「しかし現在では、実質的にはコンピュータ・ソフトウェアそのものであっても、クレームの記載方法によっては発明とされる傾向にあり、自然法則の利用の意義の再考が迫られている。技術的思想の創作で自然法則を利用していないものは、本当にすべて保護の必要がないのであろうか。そろそろ、この自然法則の利用という要件に代わる要件を捜し求める必要が出てきているようにも考えられるが、まだこれに代わる要件を我々は持ち合わせていない。当面の間は、自然法則の利用という要件を緩やかに解釈し、社会的要請の強いものについては、特許法の中に取り込む必要があろう。」

すなわち、本規定には、特許法の一定の保護対象を決める機能が期待されているものの、それを何ゆえに「自然法則の利用という要件」に担わせたのか「実質的な理由は必ずしも明らかではない」とした上で、「自然法則の利用という要件を緩やかに解釈」しつつもコンピュータ・ソフトウェア等の新技術の出現に対峙し「自然法則の利用の意義の再考が迫られている」ことを提言する。

2.2 発明の定義規定の淵源 コーラー博士の学説

(1) それでは、発明の定義規定の淵源はどこにあるのか。

1) 総務課工業所有権制度改正審議室が執筆。昭和34年に初版が発行された後、17版に到る。通称「青本」。基本書の一つ。

2) 本条項が導入される以前、発明の定義は「新規ナル工業的發明ヲ成シタル者ハ其ノ發明ニ付特許ヲ受クルコトヲ得」(特許法第1条(大正10年法))における「工業的發明」の解釈に委ねられていた。

3) 東京大学名誉教授。明治大学 研究・知財戦略機構特任教授。(財)知的財産研究所 会長・理事長。日本における知的財産法学の第一人者と評される。

4) 中山信弘『工業所有権法(上)』(第二版増補版2000年・弘文堂)96～105頁。

19世紀から20世紀にかけて主張された学説を引き継いだとされており⁵⁾、田村教授が述べるように⁶⁾、コーラー博士の説にその基礎を置くとするのが通説であろう。

コーラー博士は、「特許法原論」において、発明について次の二点を述べている⁷⁾ (下線は筆者)。

一、発明トハ技術的ニ言ヒ表ハサレタル人間思想ノ産物ナリ自然ヲ征服シ自然ノ勢力ヲ利用シテ一定ノ作用アル結果ヲ生ゼシメ之レニ困リテ人類ノ要求ヲ充タスニ足ルベキ人智ノ創造物ヲ技術的言葉ヲ以テ言ヒ表セルモノトス、

二、発明トハ人智ノ創造物ナレバモトヨリ無形ノ者(モノ)タルベク從ッテ又発明權トハ斯クノ如キ無形物上ノ權利タリ無形貨物權トハ即チ此ノ種ノ權利ヲ指稱スルモノトス、

(2) 第一項は、「発明」とは、「技術的」に言い表された人間思想ノ産物であるとして、「自然」を「征服」し「自然の勢力を利用」した「創造物」であるとしており、我が国の発明の定義規定の要件は、ほぼ、ここに述べられた発明の要件を踏襲していることがわかる。

第二項は、博士の提唱した有名な「無体財産権説」について述べている。「発明」とは「無形のもの」であるとして、これに与えられる権利としての「発明権」は「無形物上の権利」、すなわち「無形貨物権」であるとしている。

(3) それでは、コーラー博士は、何ゆえに特許の客体としての「発明」にこの第一項の要件をおいたのか。「特許法原論」では、その理由は明らかではないが、博士が、特許制度及びその成立した時代の背景を次のように述べていることに博士の思想の一端を知ることができる⁸⁾。

「特許法ナルモノハ手工時代ノ産物ニアラズシテ人間ガ自然力ヲ支配シ自然力ヲシテ自ラ任意ニ活動セシムルガ如キ発達ヲ遂ゲタル時代ノ賜物ナリトス」、

「批ノ如キ時代ニ於イテハ人間ガ自然ヲ拘束シ自然ハ

無条件ニ人間ノ意志ニ服従スルニ到ルモノトス」、

「(そして、重力、風力、水力の利用だけが利用されていた時代から、蒸気の力を利用する時代になって、)初メテ工業上ノ一新時機ヲ画スルノ時代ニ到達セリ 其ノ後幾多の変遷ヲ経タル今日ノ時代ニ於テハ各種ノ複雑ナル組織ト各種ノ継続的作用トニヨリ自然力ノ中ニ包含セラル凡百ナル活動ヲ誘出セシムルコトヲ得可キ時代ニ到達セルモノトス」

すなわち、特許制度は「手工業」の時代の制度ではなく「工業」の時代の制度であるとして特許制度の対象を「工業」とした上で、「工業」の本質を人間が「自然力」を「支配」し「利用」するものであると捉え、これを発明の定義に用いたのではないかと思われる。

(3) さらに、コーラー博士は、特許権の性質論について、いわゆる精神的所有権説に関する学説の上に、第二項に示す「無体財産権説」を提唱している。

これに対して、田村教授は、コーラー博士の無体財産権説は、発明者の自然権的権利⁹⁾を基礎にしており、それ故に、コーラー博士にあっては、人間が創造したもののみが発明となるのであって、「自然」は人間が創造したものでない以上、特許の対象にはなり得ないと理解されることから、コーラー博士が「無体財産権説」の前提にしている発明者の自然権的権利の肯定は現行特許法に適合しないことを述べている¹⁰⁾。

確かに、コーラー博士は、「特許法原論」において、特許制度の成立の過程において、従前の王の特権に基づく「付与権」は、自然法より当然発生する独創者(発明者)の権利の確認に過ぎないものとなり、発明とその他の目的物を明確に区別するに伴って「発明権」が発生するに到ったこと¹¹⁾、ドイツにおいて、1850年以後の自由商業派の台頭は「発明権」の発達を妨害し人間精神上の産物は無条件に人類団体に帰属すべきものとされたものの、その反動として1870年には従前の健全たる状態に回復し、1877年には特許法が制定されるに到ったこと

5) 中山・前掲注(4) 99頁

6) 田村善之「特許発明の定義—自然法則の利用の要件の定義—」法学教室252号13～18頁。

7) コーラー(小西眞雄訳)『特許法原論』(1916年・巖松堂書店) 24頁

8) コーラー・前掲注(7) 2～3頁

9) 自然権(ius naturale/jus naturale)とは、国家形成の自然状態の段階より人間が生まれながらに持つ不可譲の権利。人権はその代表的なものとされている。

10) 田村善之・前掲注(6)

11) コーラー・前掲注(7) 5～6頁

を述べており¹²⁾、特許制度の基礎として、自然法に基づく「発明権」としての自然権的権利の存在を一貫して肯定していることがわかる。

事実、コーラー博士は、新規なる有機体やバクテリア、化学的産出物は特許されるべきでないことを例示し、その理由は、これらのものは自然の創造の範疇を出ない(人間の創造ではない) ことにあるとしている。

そして、さらに、興味深いのは、それ故に、これらの「もの」は特許されるべきではないとする根本的な理由である。コーラー博士はこれについて「自然ハ甚ダ嫉妬心ヲ有スルモノナレバ、我々人類ヲシテ自然ノ神聖ヲ汚サシムルコトヲ許ササルモノナリ即チ自然ハ人類ヲシテ時勢ノ範囲ヲ侵サシムル事ヲ甚ダ厭ウモトス」と述べており、発明の範囲の決定に宗教的な観念を用いていることである¹³⁾。

このように博士の発明思想をたどってみると、発明の客体の決定には、発明には何ゆえに特許が与えられるのかという特許制度の正当化理由(コーラー博士は自然権的権利を正当化理由の基礎としている)が影響しており、自然法則利用要件の考察にあたっては、このような特許制度の本質論の考察が不可避であることがわかる。

以上を踏まえ、田村教授は、特許発明の定義についての考察を特許制度の正当化理由を基に展開しており、併せて、特許制度の正当化理由について発展的な展開を試みている¹⁴⁾。本稿では、田村教授のとったこの道筋に従い考察を進める。

Kohler



コーラー [1849~1919] は、ベルリン大学の教授で何でもコーラー(Aller Kohler)といわれたほどの法学の全領域にわたって研究し、何れの領域においても数多くの業績を残している。(吉藤幸朔著¹⁵⁾(熊谷健一補訂)『特許法概説』13版・1998年・有斐閣) 51頁参照

写真は http://en.wikipedia.org/wiki/Josef_Kohlerより引用。

2.3 発明の定義規定の意義の検証(問題の所在)

発明の定義規定が昭和34年法の改正で導入されてから、約半世紀が経過している。

本規定については、導入当時から、発明の定義をすることの困難性が指摘されていた。

この困難性の要因には次の二点があると思う。

第一点は、特許法中に発明の定義を規定すれば、その限りで発明概念は明確になり、特許法の適用範囲を確定しやすくなるものの、その規定如何では発明の概念が固定されてしまい、特許制度が、新しい時代の要請に応えにくくなるおそれがあること、

第二点は、発明概念の規定は、特許として独占権を得るべき客体を規定することになることから、定義規定の明定化にあたっては、独占にふさわしい客体とは何か、客体としての発明には何ゆえに特許による独占権が与えられるのかという特許制度の本質に係わる問題(特許制度の正当化理由)の考証が不可欠であること、である。

以下、本規定が問題となった判例を題材に、実際の事件の検証を通じて、発明の定義規定の果たしてきた役割を考察すると共に、発明には何ゆえに特許による独占権が与えられるのかという問題についての考察を進める。

3. 判例の変遷

3.1 判例の変遷

これまで「発明」の定義規定は、どのように解釈、判断されてきたか、判例の変遷を見る。

(1) 従前の判例解釈

最判昭28.4.30、東京高判昭25.2.28「欧文字単一電報隠語作成方法」事件において、

・「原判決は、その争点に関し、先ず、特許に値すべき発明の本体は自然法則の利用によって一定の文化目

12) コーラー・前掲注(7) 18~22頁

13) コーラー・前掲注(7) 46頁

14) 田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究Vol.20(2008年)

15) 吉藤 幸朔(よしふじ こうさく、1909年~1995年3月) 1933年~特許局(後の特許庁)に入る。以後、特許庁審判部長、審査第二部長(現在の特許技監(筆者注))などを歴任。退官後、東京大学講師、弁理士審査会会長、工業所有権審議会委員などを歴任。吉藤の主要著作である『特許法概説』は、1968年に初版が発行されたもので、実務に重点を置き、通常法律書とやや異なる構成を採るものの、日本の特許法についての基本書とされる。以後、改訂を加えて1994年12月には第10版に達し、吉藤の没後も、熊谷健一の補訂により1998年11月発行の第13版まで刊行が続けられた。

的を達するに適する技術的考案ということにあって、特許法第一条にいわゆる工業的発明とはあらゆる産業に利用されうるものであるが技術産業的特質をもった発明に限る趣旨と解した上、原告等の本願発明は結局何等装置を用いず、又、自然力を利用した手段を施していないから、特許に値する工業的発明¹⁶⁾であるとはいえないと説示してその特許能力を否定したものである。」(最判昭28.4.30)

・「たとえ産業上殊に商取引において貢献するところが大きであり、又、その作成方法が科学的に精ちを極めているとしても、その間何等装置を用いず、又、自然力を利用した手段を施していないのであるから、これを暗号による通信方法であると解しても、暗号による思想表現の方法であるというの外なく、(中略)到底特許に値する工業的発明であると言うことはできないのである。」(東京高判昭25.2.28)

と判示された。

本願発明は、欧文字、数字、記号等を適当に組み合わせで電報用の暗号を作成する方法である。この方法が、装置を用いていないこと、自然法則を利用した手段を施していないことにより「特許に値する工業的発明ではない」と判示されているが、仮に装置を用いていたとしたら、「特許に値する工業的発明」であったのかという疑問が残る。

この疑問に対して、東京高判昭31.12.25「電柱広告方法」事件¹⁷⁾において、「右広告板の移動順回には少しも自然力を利用せず、この点では特許法第一条にいわゆる工業的発明を構成するものということができない。仮りに右広告板拘止具装置として新規な工業的発明であったとしても、それによつては装置そのものが新規な工業的発明を構成するに過ぎず、広告方法としては、それがために工業的方法を構成するに至るものとは解することができない」と判示した。

同様に、東京高判昭61.12.12「電子鏡及び姿見」事件¹⁸⁾でも、「[「電子鏡台及び姿見」として物の発明とされているが、その実質は、(中略)被写体である人物とビデオカメラ又はテレビカメラとテレビとの配置位置を定めたものに過ぎず、このビデオカメラ又はテレビカメラ自体及びテレ

ビ自体について格別の工夫がされているものではないことが認められる。(中略)すなわち、原告が本願発明において発明として提案する内容は、テレビジョン装置の本来の機能の一利用形態に過ぎない配置方法に尽き、この配置方法自体は何ら自然法則を利用するための技術手段を伴うものでないから、これを以て「技術的思想の創作」ということはできず、また、テレビジョン装置の新たな利用形態の発見に基づく用途発明と評価できるものでもないといわなければならない。」と判示されている。

同様に、知財高判平20.2.29「ビットの集まりの短縮表現を生成する方法」事件でも、

・「上記数学的課題の解法ないし数学的な計算手順アルゴリズムそのものは、純然たる学問上の法則であつて、何ら自然法則を利用するものではないから、これを法2条1項にいう発明ということができないことは明らかである。また、既存の演算装置を用いて数式を演算することは、上記数学的課題の解法ないし数学的な計算手順を実現するものにほかならないから、これにより自然法則を利用した技術的思想が付加されるものではない。したがつて、本願発明のような数式を演算する装置は、当該装置自体に何らかの技術的思想に基づく創作が認められない限り、発明となり得るものではない(仮にこれが発明とされるならば、すべての数式が発明となり得べきこととなる。)

・「本願発明は既存の演算装置に新たな創作を付加するものではなく、その実質は数学的なアルゴリズムそのものというほかないから、これをもって、法2条1項の定める「発明」に該当するということはいできない。」と判示されている。

これまでは、装置とその装置が実行するアルゴリズム(ルール)を分けて考え、アルゴリズム(ルール)が自然法則を利用していなければ「発明」とはならないという判断がなされていた。

(2) 判断手法の変化

しかし、知財高裁判平20.8.26「音素索引多要素行列構造の英語と他言語の対訳辞書」事件から、その判断手

16) 前掲注(2)大正10年法参照。

17) 【請求項】「予め任意数の電柱を以てA組とし、同様に同数の電柱より成るB組、C組、D組等所要数の組を作り、これらの電柱にそれぞれ同様の拘止具を取り付けて広告板を掲示し得る如くなし、各組毎に一定期間宛順次に広告板を交互に移動掲示することを特徴とする電柱広告方法。」

18) 【請求項】「被写体である人物1の場所の背後側にビデオカメラ又はテレビカメラ2が配置され、その前側には回路の接続されているテレビ3も見易い場所と角度に調整して配置されていることを特徴とする電子鏡台及び姿見。」

法が変化している。

「出願に係る特許請求の範囲に記載された技術的思想の創作が自然法則を利用した発明であるといえるか否かを判断するに当たっては、出願に係る発明の構成ごとに個々別々に判断すべきではなく、特許請求の範囲の記載全体を考察すべきである（明細書及び図面が参酌される場合のあることはいうまでもない。）。そして、この場合、課題解決を目的とした技術的思想の創作の全体の構成中に、自然法則の利用が主要な手段として示されているか否かによって、特許法2条1項所定の「発明」に当たるかを判断すべきであって、課題解決を目的とした技術的思想の創作からなる全体の構成中に、人の精神活動、意思決定又は行動態様からなる構成が含まれていたり、人の精神活動等と密接な関連性を有する構成が含まれていたからといって、そのことのみを理由として、同項所定の「発明」であることを否定すべきではない。」と判示され、また、知財高裁判平21.6.16「遊技機」事件では、「本件訂正発明1～5は、前記のようにスロットマシン等の遊技機に関する発明であって、そこに含まれるゲームのルール自体は自然法則を利用したものといえないものの、同発明は、ゲームのルールを遊技機という機器に搭載し、そこにおいて生じる一定の技術的課題を解決しようとしたものであるから、それが全体として一定の技術的意義を有するのであれば、同発明は自然法則を利用した発明であり、かつ技術的思想の創作となる発明である、と解することができる。（中略）本件訂正発明1～5は「遊技機」という機器に関する発明であり、上記ゲームのルールを機器に定着させたもの（例えば、実施例として「ゲームを実行するための予め設定されたプログラムに従って制御動作を行うCPU（クロックパルス発生回路、乱数発生器を含む。）、（中略）ROMを含むマイクロコンピュータを主たる構成要素とする制御回路を用いて遊技処理動作を制御する技術を用いる」もの）である

から（中略）全体として本件訂正発明1～5は、自然法則を利用した発明であり、かつ技術的思想の創作となる発明であるというべきである。」と判示されている。

これら2件の判決では、全体として自然法則を利用しているか否かを判断するようになっている。

3.2 判例における自然法則利用要件の緩和と変遷

以上見てきたように、装置と、ルールやアルゴリズムといった発明の本質的部分に分け、発明の本質的部分が自然法則を利用していなければ「発明」ではないとする従来の判断から、現在では発明の本質的部分自体が自然法則を利用していなくとも、全体として自然法則を利用していれば「発明」に該当するようになるように、自然法則利用要件の解釈は、事実上、緩和されてきているといえる。

大きな流れとして、自然法則利用要件は緩和されてきているといえるものの、自然法則利用要件の判断にバラツキがでてきているとも考えられる。例えば、同時期の判決である「ビットの集まりの短縮表現を生成する方法」事件と「遊技機」事件はともに、既存の演算装置を用いて自然法則を利用していない数式、ルールを実現しているものであるが、「発明」に該当するかについての判断が異なっている。自然法則利用要件が存在する以上、判断のバラツキは回避できないであろう。

上記したように、自然法則利用要件の解釈は緩和される傾向にあること、自然法則利用要件の存在により発明該当性の判断にバラツキが生じたことを考慮すると、自然法則利用要件の意義の現代的解釈を考察することは有益であろう。

4. 欧米における発明概念と我が国との比較

初めに、欧米における特許制度における発明の概念について整理する¹⁹⁾。

4.1 米国における発明概念

(1) 発明の定義

米国特許法では、第100条(a)項に「発明」とは、発

事件	自然法則利用
欧文文字単一電報隠語作成方法	×
電柱広告方法	×
電子鏡及び姿見	×
ビットの集まりの短縮表現を生成する方法	×
音素索引多要素行列構造の英語と他言語の対訳辞書	○(全体として)
遊技機	○(全体として)

19) 欧米の発明の概念については、平成22年3月に取りまとめられた「コンピュータ・ソフトウェア関連およびビジネス分野等における保護の在り方に関する調査研究報告書」((社)日本国際知的財産保護協会) (以下調査研究報告書という) に詳しく網羅的に記載されており、本稿ではこの報告書を参照した。ただし、本稿では、欧米制度における発明の概念の概要を示すにとどめることとする。

明又は発見をいう」と規定されているが²⁰⁾、この発明及び発見について更なる明文上の定義はなされていない。しかし、特許を受けることができる発明の属するカテゴリーとして、同法第101条に、新規かつ有用な方法、機械、製品、組成物の4つが挙げられている。そして、上記第101条の定義の解釈は、過去の合衆国最高裁判所、CAFC²¹⁾及びCCPA²²⁾による判例法の積み重ねがあり、時代を追って変遷を遂げている。

(2) 最近の判例

1970年代までは、コンピュータ・ソフトウェア (CS) などの発明性は否定されてきたが、1980年代に入り、保護の適格性についての解釈が大きく変化した。最高裁は、1981年、人工微生物の保護の適格性が争われた Chakrabarty 判決²³⁾において、特許の保護対象は、人間が創作した地上のあらゆるもの²⁴⁾との広い解釈を示した。そして、同年にCSについても、Diehr 判決²⁵⁾において、上記 Chakrabarty 判決による上記解釈を確認し、保護対象から除外されるものは、自然法則、自然現象及び抽象的アイデアの3つである、と述べた。

さらに、CAFCは、1994年の Alappat 判決²⁶⁾において、「有用、具体的かつ明確な結果²⁷⁾」を生み出す数学的アルゴリズムの実際的应用について、特許の適格性が認められることを示した。そして、上記判断基準は、CAFCの1998年の State Street 判決²⁸⁾と1999年の AT&T 判決²⁹⁾においても適用され、米国特許制度において定着していった。

しかし、2008年10月30日に、CAFCは Bilski 判決³⁰⁾において、上記「有用、具体的かつ明確な結果」テスト

は不適切であるとして破棄し、方法クレームの保護適格性は、“machine-or-transformation” テスト (MOTテスト) に基づいて判断すべきことを示した。上記MOTテストは、クレームされた方法が特許法第101条の保護適格性を満たすためには、(1) その方法が特定の機械または装置と結びつけられている、または、(2) その方法が特定の物または物質を異なる状態または物に変換するか、のいずれかの条件を満たす必要がある、というものであった。

4.2 欧州における発明概念

(1) 発明の定義

EPC³¹⁾ 第52条には、特許可能な発明が規定されているが、発明の積極的定義はなく、同条(2)項に除外事項のみが列挙されている。排除されている事項は、(a) 発見、科学の理論及び数学的方法、(b) 美的創造物、(c) 精神的行為、遊戯又は事業活動の遂行に関する計画、法則又は方法、並びにCS、そして(d) 情報の提示である。ただし、同条(3)項において、上記(2)項に規定する対象又は行為それ自体に関係している範囲においてのみ、当該主題又は行為の特許性を排除することとされている。要するに、例えばCSであっても、「クレームされた主題が技術的性質を含むものであれば、第52条(2)及び(3)の規定によって特許性を排除されない」³²⁾とされ、特許可能な発明として認められ得ることになる³³⁾。

(2) 最近の審決

欧州特許庁においては、審判部が最終審であり、審決の

20) 本稿における欧米特許法の和訳は、特許庁HPに掲載されているものを引用した。http://www.jpo.go.jp/cgi/link.cgi?url=/shiryou/s_sonota/fips/mokuji.htm

21) 連邦巡回控訴裁判所 (Court of Appeals for the Federal Circuit)

22) 米国関税特許控訴裁判所 (Court of Customs and Patent Appeals)

23) Diamond v. Chakrabarty, 447 US 303 (1980)

24) 原文は“anything under the sun that is made by man”。

25) Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175, 185 (1981)

26) In re Alappat, 33 F.3d 1526, 1543-44 (Fed. Cir. 1994)

27) 原文は“useful, concrete and tangible results”。

28) State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group Inc., 149 F. 3d 1368, 47 USPQ2d 1596 (Fed. Cir. 1998)

29) AT&T Corp. v. Excel Communications, Inc., 172 F.3d 1352, 50 USPQ2d 1447 (Fed. Cir. 1999)

30) In re Bilski, 545 F.3d 943, 88 USPQ2d 1385 (Fed. Cir. 2008)。本事件については、最高裁への上告が受理され、2010年3月現在、最高裁の判決が待たれている。本判決については、南宏輔「特許適格性が争われた連邦控訴裁判所大法廷判決について」知財研フォーラム Vol.76 (2009年) が詳しい。

31) ヨーロッパ特許の付与に関する条約 (European Patent Convention)

32) ガイドライン Part C 第IV章 2.3.6

33) 調査研究報告書・前掲注(15)・EPO・EUにおけるCS関連発明及びBM関連発明1.3参照

積み重ねによって実務が確立されている。そこで、本稿では、審決を概観することにする。

従来、先行技術に対して技術的貢献を与える場合は特許適格性を有するといういわゆる貢献アプローチが採られていた。しかし、1998年、T1173/97において、上記貢献アプローチが否定されて、特許適格性は、技術的性質の有無で判断されるべきであるとされ、この判示は、2000年のT931/95において確認された。また、上記T931/95において、「純粋に技術的でない目的のためおよび/または純粋に技術的でない情報の処理のための技術的手段の使用に関する特徴を有する場合であっても、必ずしもその方法が技術的性質を有することにはならない」とされ、技術的手段を使用する方法の特許適格性が必ずしも認められないとされた。

2004年、T258/03において、特許適格性についてのT931/95の判示が一部否定され、装置のみならず、技術的手段を含む方法にも特許適格性が認められた。また、上記T258/03では、非発明の概念の範囲に該当する活動は、通常、技術的な示唆のない純粋に抽象的な概念を表すことが示された。

4.3 発明概念の日米欧比較

日本	<ul style="list-style-type: none"> ・発明について、特許法第2条第1項に、「この法律で「発明」とは、自然法則を利用した技術的思想の創作のうちの高次のものをいう」と定義されている。
米国	<ul style="list-style-type: none"> ・発明の具体的定義はない。 ・特許を受けることができる対象は、特許法第101条に、「新規かつ有用な方法、機械、製造物若しくは組成物、又はそれについての新規かつ有用な改良を発明又は発見した者は、本法の定める条件及び要件に従って、それについての特許を取得することができる。」(特許法第101条)と規定されている。
欧州	<ul style="list-style-type: none"> ・発明の具体的定義はない。 ・特許を受けることができる対象は、欧州特許付与に関する条約第52条に、以下のとおり規定されている。 <ol style="list-style-type: none"> (1) 欧州特許は、産業上利用することができ、新規であり、かつ、進歩性を有するすべての技術分野におけるあらゆる発明に対して付与される。 (2) 次のものは、特に、(1)にいう発明とはみなされない。 <ol style="list-style-type: none"> (a) 発見、科学の理論及び数学的方法 (b) 美的創造物 (c) 精神的な行為、遊戯又は事業活動の遂行に関する計画、法則又は方法、並びにコンピュータ・プログラム (d) 情報の提示 (3) (2)の規定は、欧州特許出願又は欧州特許が同項に規定する対象又は行為それ自体に関係している範囲内においてのみ、当該対象又は行為の特許性を排除する。

5. 自然法則利用要件の再考

5.1 インセンティブ論に基づく自然法則利用概念の現代的解釈

(1) 田村教授は、コーラーの発明概念は、創作者の自然的な権利を肯定しており、微生物や化学物質はそれが新規なものであったとしても特許の対象にはならないとしていることから、物質特許が認容されている現代には、このような発明概念は適合しないとして、新たな解釈を加える必要性を提唱している³⁴⁾。

(2) そして、特許制度の正当化理由としてコーラーの自然権論に基づく考え方に代わり、インセンティブ論を提示し、これに基づき、「自然法則の利用」要件の現代的解釈を試みている。

判断の視点として①市場と法の役割分担、②法的判断主体間の役割分担、③私人の自由の確保を掲げている。

自然法則の利用という要件は、先ずは、自然法則と係わらないものを発明から除外する要件であると理解すべきであるとして、①については、自然法則の利用に係わるアイディアは市場先行の利益や信用といったインセンティブだけではインセンティブに不足が生じることが多く特許制度の客体として肯定すべきこと、②については、抽象的な自然法則等の用途が限定されていない抽象的アイディアについては技術専門性を有する特許庁の審査により特許の保護を拒絶すべきこと、③については人間の行動の自由を過度に制約することを回避すること、にあるとしている。

(3) さらに、自然法則の発見と自然法則を利用した発明との境界線の引き方は困難になっているとして、自然法則の用途が限定されていないものは、産業上の利用可能性を問題として特許保護を否定することを提案している。

また、プログラム・ネットワーク関連発明については、プログラムといえども電子の流れを利用してコンピュータを制御するものであるから、自然法則を利用するものであることに変わりはなく、むしろ、問題はその先の新規性や進歩性にあるとしている。

34) 田村善之・前掲注(6)

5.2 ドイツにおける自然力の概念の現代的解釈（自然権的発明概念の承継）

(1) これに対して玉井教授は、自然力の概念の現代的解釈として、ドイツにおける発明概念を紹介している³⁵⁾。

(2) ドイツではコーラーの影響の下に、判例は、早くから発明は「技術」でなければならないとして、現在においても「ドイツでは「技術」の領域に属するもののみが「発明」たりうるとすることに異論はない」とし、「ドイツの判例上、「技術」というのが「自然力の利用」とほぼ同義語に用いられている」としている。

そして、この「自然力の利用」の今日の代表的な学説として、「われわれの接する世界は、目に見え手で触れることができるような物の世界 (Welt der Dinge) と、ただ単に人の脳裡にある観念や意識の世界 (Welt der Vorstellung und Bewusstseinsinhalte) に区分される。「自然力を用いて」というのは、技術の領域というがこの前者に関わるということを示す。」ことを紹介し、さらに、「自然力」の概念は、「自然法則に従って現象が生起することを含意している。科学の進歩に伴い、人間はそのような法則的認識を深めてきた。それを反映して「技術」の概念は拡大し、したがって「発明」の範囲も拡張を続けてきた。」「今日の学説は、発明概念が「動的」でなければならない」として、ドイツの判例は一貫して「その時点での科学的知識に基づいた「自然法則を利用」することこそ「発明」にとって本質的だという態度を表明している。」と述べている。

そして、「技術と非技術が混合する出願対象については、それが「発明」であることを基礎づける部分、即ち自然法則を利用した「技術」の部分のみが進歩性の判断の対象となる」とし、発明概念の役割を「進歩性判断の対象を規定すること」にあるとしている。

(3) 玉井教授の紹介によれば、ドイツにおいては、「自

然力」について、科学の進歩に応じた解釈をなすことにより、コーラー博士の自然権論的な発明概念が承継されているように思える。

5.3 特許制度と自然権論

両者の説は、何れも我が国の現行の発明の定義規定を否定するものではない。しかしながら、発明を定義する「自然法則の利用性」要件の解釈において、その基礎として、発明に対する創作者の権利を自然権的な権利として肯定するか否かにおいて根本的に相違する。

そこで、以下では、特許制度の基本的な原理（正当化理由）の一つの柱である創作者の権利の自然権的な扱いについて、特許制度発生の歴史的経緯を踏まえて考察を進める。

6. 特許制度の発生と正当化理由の変遷

6.1 特許制度の成立と我が国への導入

6.1.1 英国における特許制度の発生

—特許は王権に基づく特権—

近代特許制度の成立の萌芽を英国に見る³⁶⁾。

英国では³⁷⁾、事業の実施における独占権は、国王大権 (prerogative) を根拠として、Letters Patent (lliterae patentes) 「開キタル文書」の形式で、特定の個人に与えられていた³⁸⁾。当時の英国は工業については後進国であったことから、先進技術を有する他国の職人を誘致する殖産興業政策として、国王の大権が発令されていたが、同時に王室の財政源としてもこの特権が利用されていた。

Letters Patentによる独占権の付与はPrerogativeという法的な根拠に基づくが、他方、この独占権は、マグナ・カルタ及びコモンローに基づく臣民の権利に抵触するとして1602年に提起された裁判がDarcy vs. Allin事件である³⁹⁾。

35) 玉井克哉「「発明」の概念—特に進歩性との関連について—」紋谷暢男教授還暦記念論文集刊行会編『紋谷暢男教授還暦記念 知的財産権法の現代的課題』139～166頁 (2006年)

36) 石井正『歴史のなかの特許』(2009年・晃洋書房) 21～35頁

なお、石井正元特許技監は、本書において、特許制度の発生から現在に到るまでの歴史をその背景となる社会状況の変遷と合わせて、詳細に紹介している。

37) 世界最古の特許法は1474年のベネチアにおけるものとされているが、英国での特許制度成立はその法的背景が明らかにされているので、ここでは英国の例を紹介する。

38) 清瀬一郎『特許法原理』(1998年・株式会社学術選書) 22～23頁

39) PETER DRAHOS, A PHILOSOPHY OF INTELLECTUAL PROPERTY, 29～32 (1996)

主要な論点の第一は、カルタの製造、販売事業に対する独占権は、臣民の営業の自由への侵害になるとして無効であるかどうかであり、また、第二は、人の労働は神の意志に基づくものであり、労働への制約は神の意志に反するものであるかどうかであった。

本事件の判決に基づき、後世の特許制度の根本観念となった、①特許が与えられるべきは、新規事業に限ること、②新規なことは内国においてで足りること (bring any new trade into the Realm)、③特許の有効な期間は有限であるべきこと (for some reasonable time, until the subjects may learn the some)、④特許が与えられた者が新事業を興してこれを内地に知らしめ内地人の職業を増す報酬であること (in consideration of the good that he doth bring by his invention to the Commonwealth)、との四つの原則が打ち立てられた⁴⁰⁾。

ジョン・ロックが統治論を問うたのは1690年、合衆国憲法成立1788年、フランス革命の人権宣言1789年であり、発明に自然権的な権利を認めるべきとの発想がなされたのは、この事件よりおよそ100年以上を経た後のことであり、特許は国王の特権(王権)の一つとして成立したものであることがわかる。

6.1.2 米国・フランスにおける特許制度の導入

ー特許制度への自然権思想の反映ー

(1) ジャック・アタリ氏⁴¹⁾は、「所有の歴史」のなかで、米国の独立、仏の革命の過程において、著作物や発明に対して自然権思想に基づいて所有権としての権利が与えられることになる時代の情景を生き生と記述している⁴²⁾。

「1787年9月17日にアメリカ合州国憲法は、所有権の保護、とりわけ「作者や発明者に一定期間、その著作や発見の独占権を保証することで、科学や芸術の発展を促進させる」配慮を、議会に付託する。

その背景として、憲法の主たる二人の起草者、ジェームズ・マディソンとアレクサンダー・ハミルトンは「国家分離運動の危険を減少させるために、所有と自由を保証する強力な連邦権力を樹立しようとした。ロックのように、各市民が政府に物質的関心をもてば、政府を擁護

するだろう、と考えたのである。また、アダム・スミス同様に、「よき」政府とは、各人がその利害を守るのに専念し、私的所有を保護するのを援助するだけに限られるべきであり、こうして市民は自分の財産に何の不安もなく意見を表明できるだろう、と考えたわけである。」

その後、フランスにおいて国王の特権への攻撃の始まりとして、発明者保護の運動が始まる。

「フランスでは王自身に属する特権に革命もまだ手をつけていなかったが、やがてアイディアの所有権をつうじて、それへの攻撃が開始された。」

「代議士M・ド・ブーフレは、議会への報告書のなかで、発明家とその発明の所有者であることを認めるよう提案する。「畑に生えた木がその畑の主人のものであることは異論の余地がないように、ある人の精神にめばえたアイディアはその作者に帰属する。技芸の源泉である発明は、さらに所有の源泉であり、これこそが本源的な所有権であって、他の一切は単なる約束事にすぎない。」イギリス人と《賢明なアメリカ人》——「彼らの新しい基本法では、産業の自由独立と繁栄を確実にする最も確かな手段としてイギリスの法が採用されて」——をまねるよう示唆した彼は、多くの賛同をえた。1791年1月7日に「有用な発見の作者であると認定された人々に、その所有権を保証する手段に関する法」が票決されたからである。ここにはじめてフランス法で、「所有権」という名のもとに、発明者ないし商標の占有者の権利が明記されたわけである。(下線は筆者による)」

革命を通じて、発明者の発明に対する関係は、「本源的な所有権」として権利の認知を受けたことがわかる。

(2) ただし、特許権が自然権的発想により権利としての地位を得たとしても、特許制度には現実的な要請から修正が加えられた。

米国では1790年の米国特許法において、審査制度が導入された。これはトーマス・ジェファーソンの反独占主義者としての思想が反映されたものである⁴³⁾。なお、ジェファーソンは、国務長官、国防長官、司法長官からなる特許審査委員会において、国務長官として自ら審査

40) 清瀬一郎『発明特許制度ノ起源及発達』(1997年・株式会社学術選書) 42～44頁

41) ジャック・アタリ(仏: Jacques Attali, 1943年11月1日～)は、フランスの経済学者、思想家、作家。パリ政治学院卒業。経済学国家博士。初代欧州復興開発銀行総裁。フランソワ・ミッテランの側近中の側近で81年から91年まで大統領補佐官。91年から93年まで初代欧州復興開発銀行総裁。

42) ジャック・アタリ『所有の歴史 本義にも転義にも』(2003年第3刷・法制大学出版局)

43) 石井正・前掲注(36) 82～96頁

にあっている。反独占主義者としての立場を超えて、特許制度の重要性を認識し、自らの信念を行動に移したのではないのだろうか。

また、フランスの特許制度についても、

「1789年の人権宣言に基づくものであるが、機械的・技術的発明と同じく、経済的・社会的発明（課税方式、クレジット計画、抵当方式、銀行方式）をも対象とした。そのため、その後についてはこの種の出願の殺到が明らかとなったため、翌年国民議会は、経済的発明等につき特許を付与することを中止し、すでに付与した特許の効力を無効とする（counteract）よう執行機関に命じた。」⁴⁴⁾との修正がなされている。

James Madison



ジェームズ・マディソン（1751年～1836年）、第4代アメリカ合衆国大統領。彼はジョン・ジェイおよびアレクサンダー・ハミルトンと共にフェデラリスト・ペーパーズを共同執筆し「アメリカ合衆国憲法の父」と見られる。

Thomas Jefferson



トーマス・ジェファソン（1743年～1826年）、第3代アメリカ合衆国大統領。アメリカ独立宣言（1776年）の主要な作者であり、アメリカ合衆国の共和制の理想を追求したことで最も影響力のあったアメリカ合衆国建国の父の一人とされている。

6.1.3 我が国特許法の採用原理

(1) それでは、我が国特許法には何れの説が該当するのか。清瀬一郎⁴⁵⁾は、特許権成立の原理には、二つの潮流

があるとして、第一のものを「恩恵主義」、第二のものを「権利主義」と呼んでいる⁴⁶⁾。前者は英国における特許制度の原理であり国王（又は国家）が発明者のために恩典として権利を付与するものであり、後者は発明は発明者の精神上的の労力の成果であり「発明」という無形貨物は「発明者の権利」に属するとするものであり、仏、独の大陸法系がこの説により、米国もこの説によるとしている。

(2) それでは、我が国の特許法は何れの原理に属するのか。我が国の法文は、各国からとられており、恩恵主義に基づくもの又は権利主義に基づくもの簡明なる断定は困難としつつも、我が国特許法は、特許を受ける権利を認めていること、特許付与手続きに対して出訴を許していることを挙げ、我が国特許法は権利主義を採用していると結論付けている⁴⁷⁾。

(3) 清瀬は、さらに、特許の問題は憲法問題であるとして以下のことを述べている⁴⁸⁾。

欧州における憲法制度発達の歴史は王権の濫用に対する民権の抗争の歴史である。憲政のための争議の一点は王権による特権の制限・撲滅にあり、発明に対する特許もこの特権と同じく特権撲滅運動の流れの中におかれたが、時の法律家並びに為政者は、特権に属するものといえども、発明者に対する特権はその実質において他の特権と異なる点があることを発見して、発明者に対してのみは発明専用の特権を付与したのが英国における特許制度の初期の経緯であり、それ自身憲法争議に他ならないとする。下って、特許制度が米国並びに仏国に採用されるに及んでは発明者が発明の上に権利を有することを認め、この権利は労働者がその製作物の上に権利を有すると同一の理に基づく原始的なものだが、国家は当然に之を保護し、発明者は当然其の保護を求めることを得ることができるとの思想に基づくものであり、一種の民権論であり、所有権の不可侵と同一の議論である。特許制度

44) 吉藤幸朔「特許法概説」(1991年第13版・有斐閣) 17頁。

45) 清瀬 一郎 (1884年7月5日～1967年6月27日) は大正、昭和時代の日本の弁護士、政治家。弁護士としては極東国際軍事裁判で東條英機の弁護人などを務め、また政治家としては文部大臣、衆議院議長を歴任。学位は法学博士。東京弁護士会会長。従二位勲一等旭日桐花大綬章。

46) 清瀬一郎 前掲注(38) 1～14頁

47) この点について、清瀬は戦前の法体系の中での検討を行っている。厳密な論証を行うならば、現代においては新憲法、現行特許法(昭和34年法) についての検証が必要である。

48) 清瀬一郎 前掲注(40) 12～14頁

は民権（人権（：筆者注）（droite de l'homme）の範囲に関する憲法上の権利であると述べる。

6.2 憲法における自然権思想の位置づけ

(1) 芦部教授は、「憲法判例を読む」⁴⁹⁾において、人権⁵⁰⁾や自然権思想に対する憲法上の扱いの変化を次のように説明している。

米国の場合には建国以来「人間は生まれながらにして自由かつ平等である」という考え方が「独立宣言」はじめ、1787年の米国合衆国憲法を支配していた考え方である。

他方、ヨーロッパ大陸諸国においても1789年のフランス「人権宣言」では、やはり米国と同じように「人間は生まれながらにして自由であり平等である」という観念が基本になっていたが、そういう自然権思想は19世紀になるとだんだん衰退し、それに代わって人権をドイツであればドイツ国民の権利、フランスであればフランス国民の権利というように捉える考えが支配的になり、フランスの「人権宣言」に謳われたような人間の権利という考え方は捨てられて、権利は憲法によって与えられた国民の権利であると考えられるようになった。

(2) しかしながら、第二次大戦後になって、戦時中のファシズムによる人権侵害に対する深刻な反省から、戦前の憲法思想を見直す動きがヨーロッパ諸国に起こり、憲法自体のなかにも自然権の考え方を具体化する条項が西ドイツの憲法、イタリアの憲法等で新しく設けられることになった。すなわち戦前の人権は自然権的なたちでとらえられず、法実証主義的に、法律によって保障される権利という観点からとらえられていたが、戦後は根本的に変わって、人間は生まれながらにして自由であり平等であるという自然権を基底において各規定が定められ、その結果、例えば、西ドイツ憲法に見られるように、憲法で定められた基本的人権は、立法、行政、裁判の三権を拘束するという趣旨の明文の規定（1条3項）もおかれ

るようになった。これは、人権は法律から保障されなければならないという考え方である⁵¹⁾。

6.3 財産権の自然権思想からの再考

(1) それでは、無体財産権としての知的財産権には、財産権として自然権的な権利として認知が与えられるのか。

森村進氏は、「財産権の理論」⁵²⁾において、財産権はあらゆる権利のうちで最も古くから認められている、ある意味では最も自然な権利の一つであるものの、日本においてこれまで総合的な理論の構築が試みられてこなかったとして、財産権についての総合的な理論の提供を試みられておられる。

森村氏の財産権の理論の基本的発想は、ジョン・ロックが統治論（1690年）第二篇で述べた「自由と所有権の自然権としての性質」に基づく。

ロックは〈各人は等しく独立に自分の身体や生命や自由への権利を持つ〉という、今日「自己所有権」（self-ownership）と呼ばれている思想を利用して、統治論の第5章「所有について」では、自然の産物や土地を含む天然資源の個人による専有（appropriation原始取得）を正当化した。

この自己所有権テーゼは、現代に到ってロバート・ノージックの「アナーキー・国家・ユートピア」（1974年）によって再生された。ノージックは自己所有権の観念に訴えかけ、リバタリアニズム（libertarianism、「自由尊重主義」、「完全自由主義」、「極端自由主義」と訳される）の正義論を唱えた。

(2) 森村氏の基本的発想において、特に次の点は同氏の理論を知的財産権に適用するにあたり重要と考える。

(i) 所有や財産権の制度の根拠は、それが対象とするものとそれが機能する状況によって、違いがあっても差し支えない。例えば、土地と動産と無体

49) 芦部信喜『憲法判例を読む 岩波セミナーブックス』（2001年・岩波書店）9～15頁

50) 芦部信喜『憲法』（新版・補訂版2001年・岩波書店）6,74頁

「人権の思想が歴史的に最も早く登場したのはイギリスであった。1215年のマグナ・カルタ、1628年の権利請願、1689年の権利章典は、近代的人権宣言の前史において大きな意義を有する。そして、これらの「国民権」が近代的・個人主義的な人権へ成長するには、ロック、ルソーなどの説いた近代自然法ないし自然権の思想によって新たに基礎付けがなければならなかった。」

51) 日本国憲法は、第29条に【財産権】を規定しており、第二項に「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。」と定める。特許権の財産権該当性については改めて考察の機会を得たい。財産権の自然権性については次の6.3で紹介する。

52) 森村進『財産権の理論』（2000年・弘文堂）

財産（権）とではその所有の根拠が同じではないということは不思議ではない。財産権というきわめて広汎な制度の唯一の正当化原理を求めることは的外れだろう、

(ii) 自己所有権テーゼが財産権論に対して持つ意義について、第一に自己所有権の観念は個人の身体や自由への自己支配の権限を重視し、その権限が財産権と同様の性質—物体への支配権—を持っていることに気づかせる、第二にそれは財産権（の一部）をある意味で自己所有権の延長あるいは類似物とみなす。この二つの考え方はお互いに補強しあって、財産権と人格権的権利とを全く異質な権利であるかのうように考えがちな、今日有力な権利観に異議を唱える。

(3) 著作権制度の正当化議論に関して、次の意見が述べられている⁵³⁾。著作権の正当化根拠としては〈価値の創造からの議論〉が最も有望である。この見解は特許権についても当てはまる。しかし著作権は—そして他の無体財産権も—無体物（排他的に管理支配できるものではない）でありながら、法律によって人工的な排他性が与えられており、権利への侵害に対しては差止請求や損害賠償請求権のほか刑事罰まで規定されている。これは自己所有権テーゼのもう一つの要素だった〈自由からの議論〉がそれを支持するかどうか疑わしい。として現行の著作権制度の自然権論からの正当化について疑義を呈している。

6.4 自然権論とインセンティブ論

(1) 田村教授は、特許制度の正当化根拠を、対極的に自然権論とインセンティブ論に分けて説明しておられる⁵⁴⁾。

自然権論は自ら創作したものに当然に権利を持つという考え方であるとして、ロックの労働所有論、ヘーゲルの精神的所有権論を紹介しており、知的財産権が人の自由を制約する規則である以上、これらの労働所有論や人格権といった自然権論により特許制度の存在意義を正当

化することは困難であり、インセンティブ論にその根拠を求めざるを得ないとしている。

すなわち、知的財産権の正当化根拠は、それが一人権利者自身の利益ではなく、より広く多数の者の利益に資するという観点を入れざるを得ないとして、フリーライドをある程度防がないと、知的財産を創出しようとする者が過度に減少し、一般公衆が不利益を被るという厚生ないし効率性の観点をもち出さざるを得ないとする。人が何かを創作したという命題は、知的財産権によって他人の自由を制約することを正当化する消極的根拠となるにとどまると思われるとしている。

(2) ただし、知的財産制度の積極的な根拠を効率性の観点に求めるとすると、効率性の検証は困難であり、知的財産制度の正当化理由は、そのような制度を採択するプロセスの正当性にも求めざるを得ないとして、知的財産法政策学の構想を提示した。

なお、知的財産制度の効率性の検証が困難であることの証左として先の森村氏は、ハイエク⁵⁵⁾の次の言葉を引用している。

「発明の特許が得られると新しい技術的な知識のフローが実際に向上するという立証されていない。むしろその結果として、次のような問題に研究が無駄に集中されるのである。それは、近い将来に解決されることが予測でき、そして二番手よりも一瞬先に解決にぶつかった者なら誰でも特許権法の結果として長期にわたってその排他的使用への権利を得る、そういう問題である。」

(3) 知的財産法政策学は、市場指向・機能的・自由統御という視点から知的財産法を眺め、市場、立法、行政、司法の役割分担により、効率的な制度を実現するとともに、自由を確保するものであり、プロセス志向という発想を内に抱えるものである。そして、どのような制度が効率性を改善する制度であり、どのような制度がそうではないのかということ、可能な限り明確にしておき、非効率な政策決定がなされないような枠を嵌めることが望まれるとして帰結主義的なアプローチによるプロセス

53) 森村進・前掲注(52) 166～183頁

54) 田村善之・前掲注(14)

55) フリードリヒ・アウグスト・フォン・ハイエク (Friedrich August von Hayek 1899年5月8日～1992年3月23日) は、オーストリア生まれの経済学者、哲学者。オーストリア学派の代表的学者の一人であり、経済学、政治哲学、法哲学、さらに心理学にまで渡る多岐な業績を残した。20世紀を代表するリバタリアニズム思想家。ノーベル経済学賞受賞。

の統御を行うべきとする理論として、Dan L. Burk と Mark A. Lemley が提唱した「特許政策の舵取り (Policy Levers)」の理論を紹介している。

7. 総括

(1) 特許制度の客体の問題は、特許制度の正当化理由に行き着くとして、その考察を進めてきた。これまでの議論を総括する。

(2) 我が国において、発明の定義規定が昭和34年法の改正で導入されてから約半世紀がたち、自然法則利用要件の解釈は変遷しており緩和の方向にあると共に、その解釈にはバラツキが生じてきている。

中山教授が述べられた、自然法則利用要件を緩やかに解釈し、社会的要請の強いものについては、特許法の中に取り込む必要があるであろうということが現実のものになってきている。

(3) 自然法則利用要件の是非の再考は、特許制度の正当化理由の2本柱となる、自然権論とインセンティブ論に行き着く。両原理の理解を深めるために、特許制度発生歴史的考察を行うと共に両原理の検討状況を追った。

(4) 特許制度の成立は、それがベネチアであれ、イギリスであれ、元老院あるいは国王等のある権威の下に与えられた特権、いわゆる patent である。15世紀末から17世紀始めにかけてのことである。

その後、18世紀から19世紀にかけて、科学技術の発展、産業の発展に伴い「個」＝「市民」が力を持つ時代が到来すると、個の権利を保障する自然権思想がロックやソールにより提唱された。その集大成として、米州の独立、フランス革命がおき、自然権思想をメルクマールとする政府が作られた。そして、これらの政府では、発明という思想は、自然権に基礎をおく「特許+権」として認知されるに到る。

そして、19世紀の終わりに、特許権は、思想という抽象的なものを対象にすることの特性から「所有権」とは別の権利であるとして「無体財産権」であることがコーラー博士等により提唱され、現在に到る。

(5) しかしながら、科学技術の進歩に伴い「発明」と「発見」との区別がつかなくなってきていることを最大の理由として、人間の創造に根拠をおくとしてきた「無体財産権」の自然権に基づく正当化理由には疑問が呈されている。

(6) これを受けて田村教授は果敢に特許制度の正当化理由としてインセンティブ論を展開しているが、特許制度のインセンティブ機能による効率性の測定は困難であるという弱点を有する。また、森村氏により、財産権論に基づく自然権的な意味づけについても、知的財産権が人の自由を制約する規則であることを理由として、否定的な見解が(著作権制度についてであるが)提示されている。ただし、特許制度の財産権論に基づく自然権的な意味づけについては更なる検証が必要であると思う⁵⁶⁾。

(7) それでは、知的財産の正当化理由はどこに求めるべきか。次の二点を提案したい。

第一は、「知とは何か。そしてどのように生まれのか」という問いに正面から向かうことである。

ニュートンの言葉に「私がさらに遠くを見ることができたとしたら、それは単に私が巨人の肩に乗っていたからである。」というものがある。様々な解釈があると思うが、筆者は、知とは、「私」が生み出すものであること、そして、その「承継」を通じて新たな知を生み出す、ダイナミックな循環の産物であることを語っていると思う。特許制度は、巨人の肩に乗る勇気を「私」に与え、生んだ知を改めて巨人に承継する制度として、知の循環を生み出すダイナミックな制度であるべきことを忘れてはならない。

その上で、知の権利化にあたっては、知の抽象性及び共有性⁵⁷⁾を踏まえての、更なる検討が必要である。

56) 「知的財産」の正当化事由の法的・歴史的・哲学的考察については、山口いつ子「知的財産権と自由な情報流通との調整の在り方をめぐる憲法学的考察—情報技術に関する法における基本原理の探求—」(財団法人知的財産研究所)(2008年3月)が詳しい。

57) PETER DRAHOS, 前掲注(39), 13-39

DRAHOSは、本書において、無体なもの(res incorporales)の権利化は、ストイシズム(Stoicism)を源とし、古代ローマ法(法学提要(The institutes of Gaius))、現代英国法の債権的財産(chose in action)に引き継がれたとする。併せて、ロックの自然権思想、ヘーゲルの精神的所有権論、マルクスの国家と財産に関する思想を基に知的財産の正当化理由について論じており、大変興味深い。ただし、ロック及びヘーゲルの紹介については独自の解釈がなされている点に注意を要する。

第二は、発明における精神性の再評価である。

特許権の財産的価値に基づく経済的インセンティブとしての効果に異論はないが、人が発明をなす意味は経済的利益にのみあるのではない。

発明は、発明者自身に対しては、発明を成したことによる達成感や人類への貢献ができたことの充足感、あるいは、自己存在の証としての発明に対する愛や名誉感をもたらす、他方、第三者に対しては、更なる発明をなす競争意欲や発明者の偉業に対する尊敬の念をもたらす。そして、これらの精神的作用は特許権が認められことにより国家の認知を得たとして確固たるものになるが、国家の介入以前に、人間の社会に生じているものである。

これらの精神的作用は、発明のもたらす財産的価値取得による経済的インセンティブに加えて発明をなすことへの強力なインセンティブを形成している。そして、併せて重要なことは、発明がもたらすこれらの精神的作用は、社会が尊重すべき人の尊厳の一部を形成していると考えられることから、発明に係るこれらの精神性の権利としての再考にも意義があると思う⁵⁸⁾。

インセンティブ論並びに知的財産及び精神権論、これら両「論」の我が国における更なる深化が期待される。

8. 結び

(1) 特許制度は、歴史、哲学、経済学等の広大な裾野を有することに加え、現代的であり動的であり高度。中山教授の言葉をお借りすれば医学で例えれば脳外科というところであろうか。森を外から眺めることも時には必要。こんなに面白い世界はない。

(2) 特許権はいかなる権利なのか。わかりやすい一般的で根源的な説明を得たい。この権利が我が国において、一層の認知を得て定着するためには簡明な理由が不可欠と考える。

(3) 本稿執筆の機会を与えていただいた編集部の方々に感謝申し上げると共に、本稿の基礎となった判例解釈のご議論をいただいた清永研究会の方々、国際制度の比較、各種資料の提供並びに多くのご示唆をいただき

た審査官・審判官諸氏、そして、審査官はもっといろいろ勉強すべきと激励いただいた知的財産研究所大森専務理事、最後になるが、日々の審査での議論を通じて刺激を与えていただいている室員の皆様に心より感謝を申し上げます。

profile

杉浦 淳 (すぎうら じゅん)

昭和62年4月 特許庁入庁

平成3年4月 審査官昇任

在モロッコ日本国大使館、(財)知的財産研究所を経て、平成21年10月より現職

profile

門 良成 (かどりょうせい)

平成11年4月 特許庁入庁

平成15年4月 審査官昇任

58) 松本重敏「特許発明の保護範囲」(1982年第2刷・有斐閣、7～19頁、209～279頁)は、精神権の所有権説、人格権説、無体財産権説を総括し、それを基に特許発明の保護範囲の一般理論の構築を試みている。