

第1章 特許法

I 特許制度の意義

教材 54 ページの、特許法の第1章と書かれた上に、第2編「インセンティブ創設型」というタイトルが入っています。第1編は「インセンティブ支援型」でした。一般的な言葉に置き換えると、インセンティブ支援型とは主に標識法を、インセンティブ創設型というのは、創作法を指します。特許と著作権がそれにあたります。

今まで学習してきたインセンティブ支援型は、放っておいても、ある程度のインセンティブはあるという類型でした。例えば、商品等表示というのは誰が考えたわけでもありませんが、事実として市場にインセンティブが存在しました。つまり、屋号の、あるいはブランドネームの名の下に良い製品、良いサービスを提供すれば、そこに信用が蓄積して、消費者がブランドを目掛けて商品・サービスを受けに来ますから、頑張ってブランド形成をする、というのが、市場に現に存在するインセンティブです。そのブランド形成をしやすくするため、あるいはブランド形成を破壊する人を排除するために法律を作る、という発想です。

本日から勉強するインセンティブ創設型というのはそうではなく、放っておくと市場にはインセンティブが生じない類型です。つまり、市場が市場として機能している限りは、インセンティブが働かなくなってしまうので、法律でインセンティブを作らなければならないという類型です。それが特許と著作権です。

特許も商標と同じように、特許庁に書類を提出して、権利を取得してから権利行使するというタイプですので、不正競争防止法のようにいきなり裁判所に訴え出ることはできません。時系列的に順を追って、最初に特許を取るための話、それから取った後の話をしていこうと思います。

まず、特許法の意義について簡単にお話をいたします。まず、発明には、先行投資が必要です。つまり、実験設備、あるいは工場を建てる、あるいはエンジニアを雇うが必要になります。他方、商標は、例えば「吉田特許事務所」といった屋号を選ぼうとすれば、一瞬で選ぶことができ、そこにコストはほとんど掛かりません。良いブランドネームを考えようとしますと、いろいろお金が掛かるのかもしれませんが、発明に比べると相対的にはお金は掛からないといえます。発明の方は、やはり大きなラボを建てなければいけないので、お金が掛かります。

したがって、何か新しいものを作り出したいときには、先行投資が必要です。この「先行」というところが大事で、例えば、先に1億円を投資して、後で10億円儲ける、というのが普通のビジネスプランです。そういった場合は利益率が90%になりますが、先に1億円が必要になります。マイナス1億円からスタートして、10億円稼ぐ、あるいは100億円稼ぐというのが、発明のビジネスモデルになります。

ですが、ここで、フリーライドを許してしまう、フリーライドはいつまでも自由としてしまうと、ファーストランナーは先行投資が回収できなくなる、という問題が生じます。

セカンドランナーは非常に有利です。ファーストランナーは、まずリスクを負っています。1億円投資して10億円儲けるというビジネスプランを先ほど例に挙げましたが、ほとんどのプロジェクトは、1億円を投資した段階で失敗してしまうのです。

新聞やビジネス雑誌では、30歳で社長になった人や、40歳で会社の資産が1兆円になった人、そのような人を紹介していますが、そのような人たちは少ないからこそ有名になるのです。まず成功例だけが取り上げられるから有名になるのです。

よって、ファーストランナーは大きなリスクを負っています。ファーストランナーが10人いたら、おそらく9

人は失敗します。そして、1 人のファーストランナーがたまたま成功します。

他方、セカンドランナーは、ファーストランナーが成功するまでじっと待っていればいいのです。つまり、セカンドランナーは成功したファーストランナーのまねだけすればいいということです。そうすると必ず成功します。ファーストランナーにはリードタイムの利益があって、セカンドランナーはファーストランナーほど儲かるかどうかは分かりませんが、そのような失敗のリスクはかなり小さくすることができます。それがセカンドランナーの利点です。

ですから、ファーストランナーはリスクが大きいので、大きな会社は手を出しにくいのです。ベンチャー企業のようなところにやらせておいて、スクラップアンドビルドで、失敗したものはスクラップ、成功したモデルだけ、大企業がビルド、つまり買ってしまふ。そうするとリスク霧散にはなるのですが、やはりファーストランナーとしてはやる気がなくなってしまいます。

簡単に言うと、ファーストランナーとしては、セカンドランナーにおいしいところだけを持っていかれ、「俺たちばかりリスクを背負わされる。」と感じるでしょう。そうすると、やはり「やってられないよ」と思うのが正直なところだと思います。今のようなことだとすると、相当なリスクテーカーでなければ、ファーストランナーになろうとは思わないでしょう。だとすると、相当なギャングラーかリスクを好む人が出てこない限りは、技術が前に進まないことになってしまいますから、やはり放っておくことはできません。

そこで、人工的に排他権を作って、ある程度の制限はありつつも、ファーストランナーに一定期間市場を排他的に利用できるようにすると、その 1 億円の投資が回収できる可能性が高まります。そこにはファーストランナーしか入れなくて、セカンドランナーは入れません。

特許制度というのは今言ったように、教材には「①発明に対する過少投資のおそれ」と書いてあります。過少投資というのは、誰も投資をしなくなる、投資が少なくなる、という意味です。

次に、「②過度に技術の秘匿化が行われる」と書かれています。ファーストランナーがセカンドランナーに追い抜かれてしまうのを防止しようとした場合にどうするかというと、1 つは、やってられないのでやらないというのが①です。②は、技術をばらさない、ばれないようにする。ばれないようにすれば、まねはできないのですから、少なくともまねされるのを遅らせることができます。

ですが、この技術の秘匿化というのはなかなか難しいです。製品がリリースされてしまうと、リバースエンジニアリング、つまり、分析をされてしまって、すぐ中身がばれてしまうのです。そうすると、やはりジレンマに陥るし、無理やり秘匿化を進めようすると、非常につまらないコストが掛かることになってしまいます。

技術は、先行者のまねをして進歩していくという側面があります。日本語の「学ぶ」という言葉は「まねる」という言葉の変形だといういわれがあるようですが、それは置いておくとしても、まねというのは技術の進歩にはどうしても必要なものです。

つまり、まねそれ自体は必ずしも悪いことではなく、悪い部分がある、ということです。過小投資を引き起こすような悪い部分があるのだけれども、他方でよい部分はあるのです。皆、まねをしながら製品を開発してきたのです。今や必須アイテムになっている携帯電話も、そもそもアメリカのベルが電話を発明しなかったら、手に入っていません。

極端なことを言えば、ベルやエジソンといった人物の技術をまねしながらも、それをレベルアップさせていくというようなことを皆がしています。そこで、法律でうまくこのバランスを取る必要があります。それが特許法の発想になっています。

どうして特許を与えられるのかということについて、公開代償説という非常に分かりやすい説明の仕方

があります。なお、説と言っても、これに対するほかの説があるわけではありません。

特許法というのは、新しい技術をそのファーストランナーに公開させます。そして、その代わりに一定期間の排他権を与える、というのが公開代償説の考えですが、これが非常によく説明ができています。

技術というのは、先ほども言いましたように、まねをされることで発展していくという性質があります。ですから、ファーストランナーの技術というのは非常に公益性が高いといえます。つまり、ファーストランナーのものだけにしておくと、かえって技術の進歩が後れます。技術の進歩の切磋琢磨を促した方が、公衆には有利になります。

例えば、携帯電話でいうと、キャリアや通信会社が熾烈な競争をしたからこそ、これほどに小さくなったといえるでしょう。そのような技術競争というのが、必ずどこかで必要です。そのためにはその技術を公開していただかないことには、競争にはなりません。

新しい技術なのだから、本当は秘密にしたいところです。営業秘密と同様で、秘密にしている限りは有利です。しかし、そのような技術というのは、公衆に公にさせた方がどんどん進歩するという性質を持っているので、大きな目から言えば、公開を奨励したいところです。

だからといって、何も代償がなくてどんどん公開してしまうと、セカンドランナーのまねの問題がありますので、公開の代償、つまり秘密を失った代償として排他権を与える、というのが、特許法のシステムになっています。

代償というのは、一定期間の排他権です。つまり、市場を排他的に利用できます。ライバルがいないので、携帯電話を買いたかったらそこへ行くしかない状況であれば、ビジネスとしてはかなり有利になります。だとすると、先行投資は回収できそうだとということになります。

ですから特許というのは、公開をさせることが非常に大事です。インセンティブの説明で言うと、排他権というインセンティブ、つまり餌をちらつかせることによって、新しい技術を公開させるという発想に、特許法は立っているのです。これが、公開代償説です。

特許制度がなくても、まったく新しい発明がなされないかという、必ずしもそうではありません。放っておいても、純粋に技術に興味がある人は、どんどん技術の真理の探究に走りますから、まったく新しい発明がなされないかという、そうではありません。

ガリレオの時代には特許制度はありませんでしたが、彼は望遠鏡等いろいろなものを発明しました。ガリレオではないけれど、羅針盤や活版印刷、火薬といったものは皆、特許制度がなかった時代に発明されたものですので、別に特許制度がなくても、発明はなされないかという、そうではないといえます。

ですから、最初に放っておくとうまくいかないということを言いましたが、まったくうまくいかないかという、そうではありません。多少は市場にもインセンティブが存在するので、排他権といっても無制限の排他権ではなく、ある程度の制限を掛けます。

以上のように、本当は会社としては秘密にしておきたい新しい技術を、排他権という餌を使って公開させるのが、公開代償説の考えです。公開代償説というのは、インセンティブ論に立っている説です。これが特許法制度の理想的なストーリーです。この理想を条文に落とし込む作業をするのはなかなか難しいのですが、そのような条文の話をこれからしていこうと思います。

II 特許が認められるための要件

まず、「1) 発明であること」と書いてありますが、この要件は「発明性」と言われる場合もあります。ある

いは 57 ページの「2) 産業上の利用可能性」に発明であることを含める教科書もあります。これは教科書の書き方の問題ですので、見解が違うということではありません。説明の便宜としてここで分けているにすぎません。特許が認められるための要件は、29 条に書かれています。ちなみに、29 条 1 項、2 項は特許法で一番大事な条文です。

29 条の柱書きには、「産業上利用することができる発明をした者は、次に掲げる発明を除き、その発明について特許を受けることができる」と書いてあります。ですから、発明であることを前提にしています。

この発明の定義は 2 条 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高度のものをいう。」と書かれています。

少し話が前後しますが、特許の認められるための要件は、商標と同じように、特許庁の審査官による事前審査の対象になります。特許庁の審査官がこれらの要件を審査して、クリアしたものだけが特許になります。ちなみに、2005 年の統計ですと、特許の出願は 1 年間で 42 万 7,000 件あり、登録になったのは 12 万 2,000 件だそうです。

登録までタイムラグがあるので、この 42 万件のうち 12 万件というわけではありませんが、だいたいの規模として、これぐらいです。多い会社では、1 年間に 1 万件出願する会社もあります。北大ですと、200 件か 300 件程でしょうか。

それは少し余談ですが、発明であることという要件は、条文の解釈というよりは、どちらかというと、ほとんど政策に近いといえます。どのような発明を特許の対象にするか、という政策的な色彩が非常に強い条項です。

つまり発明でなければ、特許を取ることははなからできないので、どのようなものに特許を与えるかはそれぞれの国の政策の考え方です。ですから、定義規定の解釈や、言葉の意味からは直ちに導けないようなことが非常に多いといえます。

自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なものかどうか、つまり発明かどうかを分類しろ、というのは無理な話です。実は発明の定義規定を定めている国の方が少ないのです。日本は、その少数派です。多くの国では、この、発明とは何か、という定義は定めていません。定めてもむだからです。

発明かどうか、自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なものかどうかについて、裁判例で争われることは、実は極めて少ないです。これについては、審査基準が特許庁で定まっています。審査基準は、もちろん法律的効果を発揮するものではありません。法律ではなく、あくまで特許庁という行政庁の運用マニュアルです。したがって、法的拘束力はまったくないのですが、今言ったようにほとんど裁判で争われることがないものですから、この審査基準の解釈が、事実上かなり大きなウエートを占めています。

この審査基準は特許庁がいわば勝手に定めたものですので、稀に裁判例で真っ向から否定されることがあります。そのような場合は、特許庁はかなり柔軟に対応し、裁判例に従ってそのマニュアルを改訂する作業をしています。

ここでは定義を分解して、自然法則を利用したものであること、技術的思想であること、高度な創作であること、と 3 つに分けてお話をします。

まず、自然法則を利用したもの、ということですが、もともとはドイツのヨセフ・コーラーという哲学者であり法律家が考えたものです。昔は哲学者や数学者や医者はすべて一緒だったようですから、自然法則それ自体とその利用を区別しようという発想がありました。

自然法則を利用したもの、ということは自然法則自体には特許を与えない前提です。それはどうしてか

というと、自然法則それ自体は、地球が出来上がったときにもう定まったものです。万有引力の法則や質量保存の法則というのは、人間がいろいろいまいが、この世に定まっている物理的、化学的法則です。万有引力の法則はニュートンが見つけたが、それはニュートンが万有引力の法則を作り出したわけではなくて、そのような事象があることを説明した、つまり発見しただけなのです。

そうだとすると、万有引力の法則や質量保存の法則には、人の手は加わっていません。人が観察して見つけた、理論化したということであって、ニュートンが頑張っリンゴが落ちるようにしたわけではありません。ニュートンはまったく手を加えていないのです。

つまり、ただ見つただけで、自分が何か作り上げたり、関与したりしていない場合には、その人に権利を与えるのはおかしい、という考えです。

逆に、何かを作り出したのであれば、人の手が加わっていますので、その人に特許を与えることが正当化できると、コーラー氏は考えました。そこで、法則それ自体と、それを利用した何ものかというのは、分ける意味があるだろうと考えられていたのです。

コーラー氏はそこで例を出しています。例えば、新しい微生物は、その辺の土を掘って顕微鏡で見たらいるものですから、それは発明ではなく、発見にすぎない。発見には特許を与えないので、微生物や新規の化合物というのは特許の対象にならない代表例だと考えたのです。

ところが現在の日本、あるいは世界の特許法では、この新規の化合物や微生物は、特許の対象になっています。日本では 1975 年に物質特許、つまり化合物それ自体を特許とするように法律が改正されましたし、昔は対象となるか微妙だった微生物や遺伝子配列ものが、審査基準を改定する形で特許の対象になりました。

化合物は置いておくとしても、微生物や、あるいは我々人の遺伝子配列は、いわば昔からあるものです。人の手を加えて微生物ができたわけではなくて、人がその辺の土を掘ってふるいに掛けて、顕微鏡でのぞいたから、微生物がいると発見できました。このような現在では、人の手が加わっていないから特許の対象としない、という発想は、すでに過去のものになってしまいました。

ですから、現在では、このコーラーの、自然法則それ自体とその利用を分けることには、あまり意味がなくなっています。それはどうしてかといいますと、インセンティブ論に基づいているからです。

確かに、大まかに言えば、自然法則それ自体とその利用、それを技術化するというところでは、手が掛かるのはやはりその利用です。新しいものを作り上げる方が、手は掛かります。そこにお金も掛かります。その最たるものがこの微生物だと言われています。最近では DNA になりました。

微生物は、確かに、土を掘って顕微鏡でのぞいたらそこにいたと言いましたが、そうして見つかる微生物が、必ずしも有用なものとは限りません。ですから、人の役に立つ有用な微生物を探すことは、非常に大変です。世界中の土を掘り返して、微生物を分けて、その微生物にどのような機能があるか、求めている機能があるかを調べなければいけません。ですから、コーラー氏が思っているよりも大変な手間がかかります。

確かに、発見なのか発明なのか、言葉の語感だけから分けることは難しいと思いますが、微生物を産業の役に立つように見つけたり、区別したり、あるいは増やしたり、そのようなことは非常にお金がかかります。

だとすると、コーラー氏に言わせれば、自然法則それ自体や、人の手が加わっていないものなのかもしれませんが、先行投資としてのお金はやはりかかっています。お金をかければ、有用なものはできます。

そうだとすると、やはりそこには排他権というインセンティブが必要だろうということになります。

ですから、今の特許制度では、化合物や微生物、あるいは DNA 配列に特許を与えている、つまり特許の対象にしています。これは今の特許法が、インセンティブ論に基づいているからだと言われています。

インセンティブ説に対置する考えとしては、自然権、あるいは自然権論と言われるものがあります。対比の意味で少し自然権のお話をしておきます。コーラー氏はもともと自然権に立脚していたのですが、自然権というのは、人が作り出したものは、作り出したその人のものだという発想です。これは、非常に素朴な考えであり、かつ我々には親和性は高い考えだと思います。コーラー氏も含め、ドイツやフランスではそのような自然権的な立場を採る人が多いです。おそらく歴史的な事情もあるのでしょう。

しかし、特許法は自然権論に基づいてはいないと考えられます。著作権法についてはインセンティブ論と自然権論が二分されて、非常に激しい論争が繰り広げられていますが、特許の世界で自然権と言う人はあまりいません。それは今述べたように、特許法には自然権ではやはり説明がつかない規定が多すぎるからです。先の、発明の対象についてもそうです。

人が作り出したものがその人のものになるのだ、としますと、人が作り出していないものは誰のものにもならないという結論になりそうですが、微生物についてはそうではありません。逆に、僕が作り出したから僕のものなのだ、というように特許制度がなっているかという、実はそうではありません。僕が作り出したものと同じものを、どこかの誰かが作っている可能性があるのです。偶然同じものを作る、同じ発明をする、ということがあり得ます。

特許法では、そのような場合、先に出願した人のものになります。これは先願と言います。ですので、逆に言うと出願が遅れてしまうと、あとは、所定の要件を満たし先使用があったといえなければ、自分が作り出した発明であっても利用可能でなくなる場合があります。自分が作り出したものであっても、ほかの人、ライバルに先に権利を取られてしまうと、作り出した人といえども利用ができなくなります。つまり、僕が作り出したけれども、僕が使えないということが特許法の世界にはあります。

自然権だとすると、やはりそれは不当です。自分とはいっさい関係ないほかの人が、偶然同じものを作っていたからといって、僕の権利が取り上げられるのは自然権からすると不当です。そうすると、やはり今の特許法はインセンティブ論で説明するしかないだろうと言われています。以上は概要的な話でした。

ただ、まったく人為的な関与がないものについて特許が与えられるかという、そうではありません。オーロラを見つけましたとか、深海に潜ったら変な深海魚がいましたとか、そのようなものは特許の対象にはならないのです。

ですので、それはコーラー氏の発想の名残があって、まったく人の手が加わっていないものというのは、発見に投資が必要であっても、排他権を認めていません。だから、現在新しいそのような物理法則を発見したとしても、その法則それ自体が特許になることはありません。

この辺は極めて微妙な問題です。今私の話を聞いても、どちらがどちらなのかよく分からないという感想を持ったと思いますが、実はそれはその通りです。どのようなものを特許の対象にするのかというのは、最初にも言いましたが政策的な色彩が強いので、もう理屈抜きでこうだと定める場合が多いです。それが化合物であり、微生物であり、DNA 配列です。

ですので、もうここはそのようなものなのだと考えるしかありません。今言ったようなインセンティブの説明やコーラー氏の説明は、学者がこのような現象を整合的に説明するにはどうしたらいいかと考え出された理論にすぎないのです。

特許権の対象が発明であるということは、今述べたように、インセンティブが必要なものを政策的な保護の対象にしているということです。それが変遷してきた歴史があることだけ理解できれば、私はそれで十分だと思っています。いくら理屈を付けても、ここは理論的に解明ができません。

これで「発明であること」の意義は終わったことにいたしまして、次は、55 ページの「自然法則と関わるものであること」、自然法則の利用についての話です。発明であることの引き続きになりますが、自然法則とその利用を区別することの意義がここに書いてあります。

ここには DDT というものが例として挙げられています。これは、私の親の世代では有名な、人の髪の毛に寄生するシラミを殺す薬です。戦後間もない時代には、衛生状態が悪かったため、子供の髪の毛にシラミが寄生しやすく、学校でシラミがまん延してしまうのを防止しなければいけないということで、白い粉状の DDT を頭から浴びせられたそうです。

今ではシラミも少なくなったし、DDT は燃やすとダイオキシンが発生する非常に毒性の強い化合物ですので、現在は使われていませんが、特許の教科書を見ると必ず紹介されます。それは、DDT に関する争いがあったからです。

DDT に殺虫効果があることの発見は自然法則それ自体であるから、特許の対象にはならない、他方、DDT を利用した殺虫剤は自然法則を利用したものであるから特許の対象になるというように、いろいろな教科書に書かれています。

ですが、これは非常に区別が困難で、表現の仕方しだい、あるいは DDT の効果のとらえ方しだいでもうにでもなることだといえます。DDT それ自体に殺虫効果がある、と特許の出願書類に書いたら、特許にならずに、DDT を利用した殺虫剤を作りましたと書くと、特許になるというのは、理論的ではありません。表現の仕方が違うだけで、同じことを言っているのです。

ですので、このように自然法則とその利用それ自体を区別することは、非常にナンセンスです。意味があると書いてある教科書も少なくありませんが、意味がないことです。

実際、取り扱いはこうなっているのですが、これは、ある程度技術として具体的にしておくことの要求だと言われます。産業上の用途が不明なまま技術法則に特許を認めてしまうと、保護が広範になり過ぎる、ということが教材に書いてありますが、やはりこの識別は困難です。ですから、発明かどうかで議論するよりは、産業上利用可能性の要件のところで議論をするべきだと言われています。もう少し具体的な内容を見て考えようということです。自然法則は特許にならずに、それを利用すれば特許になるという区別は、あまり厳密にしても意味がないことになります。

次に自然法則の利用ですが、どのようなこれには、自然法則にかかわりがない、あるいは自然法則に反するような発明を排除するという意味があります。

どのような意味か、具体的に言いますと、教材にはいろいろな例書いてありますが、私鉄の経営発明、あるいは保険、単純ビジネスモデルは、実は特許の対象にはなりません。

これはどのようなことかと言いますと、例えば保険はイギリス人が考えたそうですが、ギャンブルの応用です。保険なくしては今の世の中は成り立ちませんが、あれは、例えば事故に遭う確率が 1%という計算をして、多くの人から 1 万円を集め、たまたま事故を起こした人に、補償として 1,000 万円差し上げるシステムを考えました。

多くの人はその補償を受ける立場にはなりませんが、1%の確率に自分が当たってしまった場合に、今まで払っていた保険料より大きい補償を受けることができるシステムです。このシステムそれ自体は、ギャ

ンブルの確率を応用した取り決めにすぎません。何ら新しい技術を発見して、それを利用可能にしたわけではありません。

あるいは、私鉄の経営発明というのは阪急の社長が考えたそうですが、単に鉄道を敷いただけでは、お客さんは乗らないので、お客さんにたくさん鉄道に乗ってもらうために、私鉄の沿線に土地を買って、そこに家を建てたのです。そうするとその家に住んでいる人は、その鉄道に乗ってくれるだろうという考えです。

これを応用していくと、あまり都心に近いところに作っても私鉄に乗ってくれないわけだから、意味がありませんから、ある程度都心から離れたところに住宅を新しく作ります。田園調布は昔、戦後すぐのころは本当に田園だったのですが、東急が土地を買って、そこに鉄道を敷いて、家を分譲したそうです。

東急というのは渋谷から横浜まで走っていますが、東急は、渋谷の近くに家を買いませんでした。渋谷の近くに家を買ったら、鉄道に1区間しか乗ってくれないが、少し離れたところを買えば、たくさん乗ってくれるだろう、という発想だったのです。

また、駅に近いところにも家を作りません。ちょっと離れたところを作って、駅までは東急バスを走らせます。そうするとバスに乗ってくれます。街中にはスーパーマーケットを作らないで、駅に東急ストアを作るのです。そうすると休みの日でも、東急バスあるいは東急の鉄道に乗ってくれます。

また、西武は池袋と所沢の間を結んでいるのですが、池袋の方は都心ですので、平日は皆鉄道に乗ってくれますが、休みの日は乗りません。そこで、反対側に西武ライオンズ球場を作りました。そうすると休みの日は野球を見に行くだろうというので、逆方向にも走るような需要を作ったのです。あるいは、豊島園もそうして作られたといえます。

このように、鉄道を敷いただけではもうからないので、乗る人を誘致してくればよい、というのが私鉄の経営発明で、これは経営上の大発明だと言われていますし、保険のビジネスモデルとしては大発明です。

あるいは、民間放送システムもそうです。皆さんは、NHK 以外は無料で見っていますが、なぜ無料でテレビ放送を見られるのかというと、スポンサーが付いているからです。無料でテレビが見られることはもう当たり前のようになっていますが、画期的な発明だといえます。ビジネス上の大発明ですが、これも特許の対象になっていません。

少し話が長くなりましたが、これらの発明は特許の対象にはなっていません。このような発明は、着想だけで解決ができるからです。天才的な着想なのかもしれませんが、頭の中だけで、このようなふうにしたら良いビジネスモデルになるなど考えればできるものです。つまり、実験が要らないということです。

一般的に言われている携帯電話の発明やコンピューターの発明はトライ・アンド・エラーですので、大きな設備を作り実験システムを作って、実際に機械を作ってみて、試してみる、それで失敗をする。そうして、何回か失敗して、成功例を取り上げて製品化するので、お金が非常に掛かります。莫大な投資が必要です。ですから、そこがビジネス上の発明とは違うところだと言われています。

保険にしても、私鉄の経営発明にしても、保険や私鉄を経営することそれ自体にはお金が掛かりますが、経営方法、あるいは保険の方法を考えることについてはお金が掛かりません。それは、投資を保護する特許法の保護対象からは外してよいということなのです。ですが、発明のところでも言いましたが、これも必ずそうだと言えるかというと、そうでもない、微妙なところがあります。理論的に説明するとしたらこうなる、というだけの話です。

さらに、コンピュータ・プログラムについてはどう考えるかという問題があります。これについては、最初は自然法則かどうか、問題になっていました。自然法則ではない、人の取り決めだと考えることもできないのです。コンピューターは究極的に言うと、停止信号のオンとオフを繰り返して、このようなパターンでオンとオフがつながったらこのような処理をする、というのを人間が取り決めて作られたものです。よって、これは自然法則を利用したものではないのではないかと最初は言われました。

したがって、コンピュータ・プログラムそれ自体は、昔は特許になりませんでした。しかし、コンピュータ・プログラムが次第に進化をしてくる、ある程度投資も必要になってきました。今では莫大な投資がなされていますが、そのようにして、特許法で保護する必要が出てきたのです。

そこで、どうなったのでしょうか。例えば、昔はマイコン制御の全自動洗濯機というのはハイテク中のハイテクの洗濯機だったのですが、そのようなものを念頭に置いて、コンピュータ・プログラムそれ自体は自然法則を利用していないのだけれども、洗濯機全体としては自然法則を利用しているから保護の対象としてよい、ということにしました。

ですが、それも時代が進んでいくに従ってうまくいなくなってきました。コンピュータの発展とともに、ソフトウェアとハードウェアが分離されてきたためです。その頃、発明された製品で、私が衝撃的を受けたのがファミコンです。

何が衝撃的だったかといいますと、カートリッジ着脱式にしたところなんです。昔は、電子ゲームは1台で1個のゲームしかできなかったのです。それで5,000円程したので、お小遣いをためて買っていたのですが、1個のゲームしかできませんでした。それでも面白かったのですが、ファミコンのすごいところは、本体とカートリッジを別にしたところなんです。

カートリッジを外すと、本体は確か1万円程でしたが、カートリッジは5,000円程度で買えます。カートリッジを取り換えるだけでいろいろなゲームができることに、私は子供のころ大きな衝撃を受けました。

そのようにハードウェアとソフトウェアが分離してきたのです。

それで、プログラムそれ自体に多大な投資が必要になってきました。今まではマイコン制御自動洗濯機だとマイコンの部分は出したことはない、基本的には洗濯機の発明だったのです。ですから投資も、洗濯機の方にたくさんかかっていたのですが、次第に精密な制御が必要になるにつれて、プログラムとハードウェアが分離してきて、プログラムそれ自体が取引の対象になってきた、あるいは投資が掛かるようになってきたのです。ですから、保護の必要性が高くなってきました。

そこで、2002年によく、プログラムそれ自体を、物の発明だと定義しまして、直接保護をするようになりました。今まではこの審査基準の運用でどうにかしてきたのです。ただ、プログラムそれ自体も、純粹にそのアルゴリズムを保護するのではなくて、ハードウェアと何らかの関連をさせることは依然として要求されています。このように、プログラムは、保護の必要性が高くなっていくにつれて、徐々に保護の対象になってきた、という変遷をたどってきているのです。

ですから、この辺からも分かるように、産業的に保護の必要性があると高まってきたものを順次保護の対象にしていくという流れになってきています。ですからこのコンピュータ・プログラムについても、これが自然法則の利用なのか、あるいは人間の人為的な取り決めなのか、それを識別することはできないし、あまり生産的ではありません。保護の必要性があるか、あるいは保護した場合に保護が強くなり過ぎないか、という観点から、自主的に決めていると言うことができます。

コンピュータ・プログラムについてもう少しお話をしますと、基本的には、プログラムそれ自体は著作権

で保護をしています。特許法の方が、プログラムというよりはアルゴリズムや処理の方法といった少し抽象的な部分を保護することになっています。

ですから、比喩的にいえば、本の中身それ自体を著作権法で保護して、小説に込められているテーマやプロット、ストーリーといわれるものを特許法で保護していることになります。

それから、この自然法則関係について、いまだにビジネスモデル発明、あるいはビジネスモデル特許、BM 特許などと呼ばれるものの問題もあります。このビジネスモデル発明といったものは 5 年ぐらい前に大流行しました。

これについては、アメリカの有名な最高裁判決が出て、それで日本でもビジネスモデルが保護されるのではないかと思った人たちが一斉に殺到したのですが、実は今、日本ではどうなっているかというと、ビジネスモデルそれ自体は、特許の対象とはしていません。コンピュータ・プログラムと関連させれば、コンピュータ・プログラムの発明として保護をするのが現在の取り扱いです。ですから、ビジネスモデルそれ自体は、特許の対象にはなりません。

教材 56 ページにはだめな例として富山の薬売り発明と書いてあります。これもビジネス上の大発明だと思いますが、これは、絆創膏や腹痛の薬、頭痛の薬といった、簡単な家庭用の薬がすべてそろっている薬箱をセットにして各家庭に置いておき、必要がある薬だけそこから出して使います。そうすると、半年後ぐらいに富山の人がその家を回ってきて、薬を使った分だけお金を徴収する、減った分の薬を補充して帰っていくというものです。

いつどのような病気になるか分かりませんから、家にそのようなワンセットになった薬箱が置いてあると、非常に安心です。でも、買う側としては、一度に全部は買えません。そこで、その富山の人が、使った分だけお金をもらって、補充してまた帰っていくのを繰り返すことを考えました。これもビジネス上の発明といえます。

ですが、これは自然法則を利用していないので、それ自体は特許にはなりません。富山の薬売りについてコンピュータを関与させるのは、難しいでしょうが、コンピュータあるいはプログラムを関与させれば、プログラムの発明として保護しているのが、現在の審査基準です。

これも、現在の審査基準であるだけで、この先どうなるかは分かりません。ただ、ビジネスモデル発明については、保護をしてしまうと保護の範囲が広すぎるので、かえってその産業の発達を阻害するという懸念がなされています。

自然法則については以上です。

次に、教材 56 ページの「反復可能性」についてですが、これは技術的思想と言い換えられることもあります。これは、職人のコツのようなもの、つまりセカンドランナーがまねしようもないものは、保護の対象としないということです。例えばフォークボールの投法や格闘技の関節技の発明は、現在の審査実務では、技術的思想ではない、反復可能性がないという理由で特許の対象にはしていません。

つまり、フォークボールが有名なのは最近ではジャイアンツの上原選手ですが、昔は大魔神佐々木という人もいましたし、松坂選手ならスライダーです。上原選手のフォークボールは、彼の筋力あるいは骨格でしか投げることができないもので、ほかの人はまったく同じものを投げることはできないそうなので、仮に上原選手のフォークボールに特許を与えたとしても、結局まねをする人がいないので、それを保護する意味がない、というのが審査基準の発想です。

あるいは、私人の自由な領域を確保するべきだという考えで反復可能性を要求しているということもで

きますが、ここも、理論的にそう言い切れるかというと、そうではないところがあります。ジャイアンツの上原選手はアマチュアの選手ではなくてプロとして投げていますから、上原選手のフォークボールを特許の対象とすれば、ライバルの阪神の藤川選手はフォークボールを投げることができなくなるかもしれません。だとすると、産業上の利用の可能性がありそうです。ですから、ここも理論では説明のつきづらいところです。人が一挙手一投足でやる動作というものは、一応は特許の対象にはならない、という考えでしかありません。

むしろ問題なのは、植物関連発明についてです。現在では植物関連発明は特許の対象になっていますが、最高裁では、桃の育種増殖方法というものが特許になるのかが争いになりました(最判平成12.2.29 判時1706号112頁[桃の新品種黄桃の育種増殖方法])。これはどのような皆さんが食べている桃は、もともと昔からある桃ではなく、人間が食べやすいように品種改良された桃です。そして原始の桃というのが、今も、少ないながら存在するのですが、そのような原始の桃の枝を切って、そこに品種改良された桃を接ぎ木しておいしい桃をつくる発明の特許についての裁判例です。

この技術によれば、非常に確率は低く、滅多にできないけれども、たまに、とてもおいしい桃ができるという発明だったのです。

そのような発明は特許になるのか。これに対し最高裁は、反復可能性を認める判断をしました。

今言ったように、めったにできないけれども、例えばその確率が1%だとすると、逆に、1%は必ずできるということです。たまたまできたわけではありません。1%の確率、あるいは0.1%かもしれませんが、その確率では確実にできるのです。技術とはそのようなものですから、数値としては小さいけれども、反復可能性はあるのだ、という考えです。

この産業上の利用性との関連でも、0.1%しか成らないテクノロジーであれば誰も使わないだろう、という考えもありますが、しかし使うかどうかは、特許庁が判断すべきことではありません。可能性が低くても、それだけおいしい桃ができるのであればビジネスとしては十分成り立つと判断する人はいるかもしれないし、いないかもしれない。それは、ほかの状況によっても変わってきます。

例えば、桃が美容に良い、桃を食べるとがんにならない、などという情報が広まって、桃が爆発的に売れるようになったりすると、0.1%しかおいしい桃ができなくても、高い価値がつくかもしれません。将来のことは分からないのです。

特許法の審査は、発明それ自体に特許性があるかどうかが決まった時点で判断しなくてはいけなくて、この特許がこの後どのようにビジネス展開されるのかを考えるのは無理です。

だとすれば、それは市場の決定に委ねておいたほうがよいのです。少ない確率であっても確実にできるのであれば、反復可能性はあると考えて、後は市場の決定に委ねるべきだというのが、この最高裁判決の解釈になります。

次は高度な創作性の要件についてですが、実はこの高度性というのは、あまり意味がないと言われていました。どうして高度という言葉をつけたかといいますと、これは実用新案法との区別のためだと言われます。実用新案の対象は発明に対して考案ですが、定義にどのように書いてあるかというと、この「高度」を取ったもの、つまり、自然法則を利用した技術的思想の創作であると書かれています。

ところで、実用新案制度というのはどのような制度かといいますと、今述べたように、高度ではない発明のようなものを保護する制度です。だから日常のちょっとした工夫、小さい発明を保護する制度です。

ですがこの制度は、作られた当初から、意味がないのではないかと散々言われてきています。つまり、

すべて特許制度で処理すれば済むだろうと言われてきています。このように、存在意義を見つけるのがなかなか難しい制度ですが、しかし、かつてはかなり使われていました。かなり出願等にかかる費用が安いことも理由の1つです。特許制度に比べて半額ぐらいで出願をしたり意匠をしたりすることができるので、高度成長の時代、逆に言えば、まだまだ日本がアメリカの技術に追い付いていなかった時代には、よく使われていたのです。日本の企業は実用新案、アメリカを始めとする外国の企業は特許制度、というような住み分けが、かつてはかなりできていました。

つまり、当時は日本の技術がまだ世界に及んでいなかったのも、特許のレベルで審査をしてみると、皆拒絶されてしまいます。しかし、そうだとすると日本の国内産業が育たないので、もう少し特許の要件を引き下げた制度が別に必要だろうと考えられたのです。今では日本の技術というと、もう諸外国に肩を並べる、あるいはある意味では追い抜いていますので、実用新案制度は、今は中小企業を相手にした制度になっているといえます。

ですから、制度的に特許制度と離れる形で組み換える必要があるだろうということで、現在では少し変えられています。現在では無審査登録主義が、実用新案法では採られています。つまりこれは、登録のために審査をしない制度です。

特許では新規性や進歩性等について事前に審査して登録する制度ですが、実用新案法は、事前には審査しません。

しかし、事前に審査をしないということは、無要件主義とは違います。要件がないわけではありません。紛争が起こったときに、起こったものだけを審査する制度なのです。ですから、要件はちゃんとあります。ただ、それを事前に審査しないだけです。

保護の期間は出願から10年で、特許の半分です。実用新案制度を組み替えたときは6年でした。6年だと短すぎて誰も使わなくなってしまったので、また4年延ばしました。

このように、実用新案制度は、その存在意義や活用のされ方について、現在も試行錯誤、模索されています。ドイツでは同様の制度がありますが、アメリカではこのような制度はありません。すべて特許で処理しています。日本では高度成長の時代、昭和30年代から40年代ではある程度意味があった制度ですが、現在ではその制度的な使命を終えたのではないとも言われています。

さて、次に、57ページの「2 産業上の利用可能性」にいきます。発明には、一応産業上の利用可能性が必要で、産業上利用できないものは特許しませんよということが書いてあります。産業の発達の特許法の目的ですので、それに寄与しないものは保護しないということが条文で明らかにしています。

先ほどの桃の裁判例を紹介した際も述べましたが、どのような発明が産業に寄与するかは、判断が難しいです。教材にはこの要件を満たさないものとして、太平洋をコンクリートで埋め尽くす台風の発生防止方法という例が出ています。確かに、台風は、赤道のあたりで温められた海水が上昇気流で巻き上げられてできたものなので、コンクリートで埋めてしまえば発生しないだろうといえます。しかし、これを実際に行うのは不可能です。

このように、確かに発明かもしれないけれどそれは不可能だ、というのは、産業上利用可能性の要件で落としています。しかし、今挙げたのは極端な例で、基本的には、経済的な価値すなわち実用レベルでこれを使う者がいるのかどうかは判断していません。一応使えそうであればこの要件をクリアするという取り扱いです。

先ほども述べましたが、現実的に実用性、あるいは製品化されるかどうかは、市場の状況によってまっ

たく違いますし、予想もできないものです。予想できないものを特許庁で判断するというのは無理です。無理なことはやらない方がよい、ということで、本当に産業に利用できるかどうかということには深くは立ち入りません。

ですが、ここで1つだけ意味があるのは、医療の問題です。医療、つまり病気の治療方法や、あるいはがんの手術方法といったものは特許の対象になるかどうか議論の対象になっています。

結論から言いますと、医療は産業ではない、という解釈に基づいて、医療については産業上利用可能性がないということで特許の対象にはしていません

ですが、この、医療は産業ではない、という解釈には疑問を抱かざるを得ません。なぜ医療が産業ではないのでしょうか。これは明らかに結論ありきの議論です。医療を特許しないという結論が先にあって、その理由として、産業ではないということが持ち出されているにすぎません。医療は立派な産業です。

もちろん、医療関係の発明を特許しないことには意味があります。それは、特許権というのは財産権ですので、財産権のために医療が妨げられてはならない、つまり患者の生命や身体が脅かされてはならない、というのが、医療を特許の対象にしない趣旨です。

これは分かりやすいお話だと思います。例えば、今、交通事故で運ばれてきた患者をすぐに手術しなければ死んでしまう、だから手術をしたいという状況があったとします。しかし、その手術の方法が特許になっていたとしたら、「特許権を侵害するのは嫌だな」と医者は思うでしょう。そして、特許権について調べている間にその患者は死んでしまいます。このような場面では、特許があったためにその患者が死んでしまったことになります。

今の例は極端な例ですが、財産権と人の生命や身体の安全を考えれば、後者が優先するのは明らかに思います。特に手術の方法、あるいは治療方法が用いられる際には、緊急性が要求されています。そのような場面で医者に特許を調べろ、あるいはあらかじめ調べておけというのは無理な話です。

ですが、実は、薬については特許の対象になっています。薬も医療にかかわっていないわけではありませんが、特許の対象になっています。これは、薬は治療方法に比べれば、緊急性が相対的に低いということで説明できます。つまり、薬は工場で作らなければいけないので、どちらにしても工場で作る時間が必要です。ですから、工場からその患者のところに薬を届けるといった時間はどうしても必要ですので、緊急性は治療方法に比べれば相対的に低いと言うことができます。また、医薬の製造は非常にコストが掛かる産業ですから、やはり特許の対象にするべきだ、という判断が働いています。

ただ現在では、例えば手術をサポートする機械といったものは設備に関係し、先行投資が掛かりますので、保護の必要性があるのではないかという議論もあります。こういった発明を医工連携発明と言います。医学と工学の連携の発明は、北大でも相当数行われています。そのようなものはお金が掛かりますので、改正の必要もあるのではないかという議論はされています。

教材に挙げられている判決(東京高判平成 14.4.11 判時 1828 号 99 頁)は、現在の法律では、まだ医療、あるいは医工連携発明も特許しない、という内容の判決ですが、注目すべきは、立法的に手当をすれば保護してもよいのではないか、という見解を示している点で、学会に議論を投げ掛けてきました。

アメリカなどでは、治療方法は特許になっています。今述べたように、医者が特許権を侵害するからと手術を躊躇しないように、何らかの手当をする条文が用意されています。

ですから、医療は産業ではないとしたり、医療を特許の対象から外したりしているのは、後の時代から見れば、過誤的な処理の方法なのかもしれません。私はむしろ医療も特許の対象にするべきだと考えて

いますが、これから変わっていくかもしれません。

話を戻しますと、伝染病の特効薬のように、薬の中でも緊急性を要するものについては、最低許諾制度というのが用意されておりまして、もちろん対価は払わないといけませんが、緊急の場合は国家が、その発明を使ってよいという判断をすることがあります。そのようなところで、医薬が緊急に必要な場合の手当をしています。

それから人由来の再生医療、例えば人造皮膚の製造方法、あるいは髪の毛をつかった技術などは認める方向で実務が動いていて、今後変わる可能性は大きいと思います。

それから人の遺伝子、DNA 配列に関する特許ですが、人の遺伝子というのは、現在はすべて解明されました。エンジニアの話を聞くと、遺伝子を解明しても、それだけでは何も分からないことが分かった、と言われます。つまり、人の遺伝子配列は生命科学の到達点かと思ったら出発点にすぎなかったということです。そのようなことを言っている人もいますが、DNA の配列自体は完璧に解明されて、もう今はデータベースにアクセスすれば載っています。

塩基配列というのはタンパク質を合成する設計図ですが、今ではそのタンパク質が人体の中でどのような働きをしているのかが、研究のテーマになっています。ですから、人の遺伝子配列の断片について特許を取ってしまうということは、ある意味、そのタンパク質の設計図を押さえてしまうということです。

現在ではまだ、タンパク質が人の体の中でどのような機能を負っているのか、あるいは例えば薬などにどのように利用できるのかは、分かっていません。この段階で王道の DNA に特許を与えてしまうと、あまりに広い、あるいは強すぎる特許が発生してしまう可能性があります。例えば、肝臓病にも、腎臓病にも、目の病気にも効くし、それからはげにも効くというようなタンパク質があったのかもしれない、それを保護するには広すぎるでしょう。かえって産業の発達を阻害する、競争がなくなってしまう、ということが心配されています。

タンパク質の利用方法がはっきり分かっているのであれば、DNA を特定する形でタンパク質を特定することはあり得るでしょうから、その、利用可能性そのものは認めて、あまり強すぎる特許ができないように、ほかの要件で絞りを掛けよう、というのが、現在の運用になっています。

最後に3「不特許事由」についてお話します。32条には不特許事由として、公の秩序、善良の風俗または公衆の衛生を害するおそれがある発明については特許しないという当たり前のことが書いてあります。

今はこのような短い条文ですが、かつては1号から5号までありました。化合物それ自体もそこに含まれていたのですが、32条の対象が歴史的にどんどん減っていつています。最後に残ったのが、今規定されているものである、という形です。

新規化合物については、かつては化合物を生産する方法の発明としてしか特許を取れませんでした。現在では、化合物は構造主義それ自体を変えて、端的に、強力な特許を得ることができます。

発展途上国では、このような特許をしない発明がかなり多いといえます。要するに難しい発明なのです。難しい発明を特許できるようにしておくと、そのような難しい発明は有用な発明が多いですから、発展途上国は先進国の企業に全て取られてしまうおそれがあります。そうすると国内の産業が育たなくて、相対的にいつまでもたっても植民地のように扱われることになってしまいます。ですから、比較的発展途上国ではそのような特許の対象を絞っていることが多いです。

現在はアメリカの意向で、何でも特許をする方向に国際条約が動いてしまっていますが、少し昔ですと、日本も例えば食料品は特許しない、遺伝子核変換物質は特許しない、といった条文が相当数ありました。

しかし、現在、不特許事由としては、このような当たり前のことしか書いてありません。

公序良俗条項ですので、わいせつ物の発明や、あるいは例えば殺人方法の発明、拷問方法の発明といったものは発明にはならないと言われていますが、それは当たり前という感じがします。「殺人に利用可能なナイフ」と書いたら特許は取れませんが、「ナイフ」と書いたら特許が取れます。ですから結局それは作り方しだい、特許の書き方しだいです。

銃は人を殺さない、人を殺すのは人である、というようなことがいわれますが、その特許になったものがどう使われるかと、発明それ自体をリンクさせて考えるのはなかなか難しいといえます。ですから、戦車やミサイルも、すべて特許の対象になっています。戦車も、民衆を弾圧する目的や侵略目的に使われれば、それは公序良俗を害することになるのかもしれませんが、無法者から身を守るために兵器が必要ならば、それは我々の生命や財産を守る大事なものだということになります。ですから、兵器や武器も、実は昔から特許の対象になっています。

本日はどのようなものが特許の対象になるのかという話でした。理論についていろいろお話をしましたが、これは明らかに事実の先行です。事実の先行で、理論が後で付いていっているだけです。ですから、投資の保護の必要性のあるところを特許はどのような保護をしているか、ということが分かっていたければ、よいと思います。