

情報化社会に伴う特許法のパラダイム・シフトと情報保護法としての新たな制度設計¹⁾

酒 井 宏 明*
井 口 泰 孝**
曹 勇***

抄 録 特許法は、財産的価値を有する技術情報を保護するための技術情報財保護法である。その存在意義は、技術情報を適切に保護すべく制度設計され、時代に応じて、経済システムとして産業の発展に寄与することにある。ところで、「情報」自体はあくまで無体物であり、有体物とは異なり消費の排他性がなく、無体物たる情報を保護するためには、まず保護すべき情報の領域画定と、保護のための方策を明確にする必要があった。昭和34年特許法では「自然法則を利用する技術的思想」と発明概念の外枠を画定し、また、旧法より継続して、発明の「実施」の態様を明確にし、効力範囲をあらかじめ画定するための方策として「カテゴリー」という概念を用いた。これらの、特許法の中における、ある意味パラダイムは、果たして情報化時代と呼ばれる現代においても、社会において特許法の存在意義を担保するために有効に機能しているであろうか。本稿では、パラダイム・シフトを前提に情報化社会に適応するように、特許法の構造を再構築する必要性につき考察する。

目 次

1. はじめにーパラダイム・シフトの必要性ー
2. 定義規定の必要性ー自然法則の利用性と発明概念ー
 2. 1 保護対象の拡大傾向
 2. 2 定義規定廃止論
3. カテゴリーの必要性ー効力範囲画定の方法ー
 3. 1 カテゴリーによる発明分類の意義
 3. 2 カテゴリー・パラダイム
4. 特許制度の必要性ー社会における特許制度の存在意義ー
 4. 1 特許制度の役割
 4. 2 社会構造の変化に伴う特許制度の軋み
 4. 3 情報保護法としての新たな制度設計
5. おわりにー現行特許法が提起する今後の課題ー

1. はじめにーパラダイム・シフトの必要性ー

特許法は、所定の条件を備えた発明を保護す

るための法律である。発明とは技術情報にほかならない。その中でも、特許法により保護される情報は財産的価値を有する技術情報財である。財産的価値を有するが故に、その内容を開示することにより産業の振興を実現することが可能となる。産業振興達成の見返りとして、当該技術情報財にかかる「情報」を創造した者に対し、公開の代償としての独占排他権たる特許権を所定期間のみ付与し、該“情報”を国が保護するというのが特許制度の基幹コンセプトである。以上からもわかるとおり、特許制度における特許法は、所定の情報を保護する「情報保

* 金沢工業大学大学院工学研究科教授 Hiroaki SAKAI

** 東北大学大学院工学研究科教授 Yasutaka IGUCHI

*** 東北大学大学院工学研究科助教授 Yong CAO

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

護法」としての役割を担うものであり²⁾、この役割は情報化社会以前から存在していた。具体的には、明治4年(1871年)の太政官布告第175号「専売略規則」から現在の特許法に至るまで脈々と引き継がれる特許法の基本思想である。

しかしながら、発明は“情報”という“無体物”であり、その実体を正確に把握することは容易ではない。有体物と比較すればその困難性は明白となろう。そこで、特許法の中に、保護対象である「発明」の実体の把握を容易にし、効力範囲を予見できるようにいろいろな規定が置かれた。その一つが発明の定義規定(特許法2条1項)であり、そしてカテゴリーとその実施(効力)範囲の規定(特許法2条3項)である。その中でも、カテゴリーに関しては、長い歴史によって「物の発明」と「方法の発明」の二つを保護対象としており、発明の種類はあたかも「物」と「方法」の二つしかないような錯覚に陥っている現状がある。特許法が施行された時代は製造業が中心であり、このような分類方法を前提としても、特許法が十分に機能を果たしていたという事実も、発明の二分化に拍車をかけた要因であろう。そのようなことを背景として、特許法は情報保護法であるという本質を見失い、単に、情報が特化した「物」あるいは情報を利用した「方法」を保護する法律であるかのように思われ続けていた³⁾。

20世紀後半より現在に至り、コンピュータ・プログラム、ビジネス方法という「物」あるいは「方法」という型(カテゴリー)に必ずしも当てはめる必要がない、若しくは当てはめることが困難な、新たな「情報」の出現によって、あらためて特許法が「物の発明」と「方法の発明」を含めて、その実体はあくまで“情報”自体を保護する法律であるということを再認識させられたというのが事実であろう。現行特許法において、コンピュータ・プログラムの法的保

護が一応達成され、ある意味で「物」あるいは「方法」に必ずしも拘泥する必要がない「情報」の保護が達成された⁴⁾。しかしながら、その保護態様は、いまだ従来のパラダイムの中に在り、コンピュータ・プログラム関連発明にとってはまだまだ不十分な保護でしかない。本来特許法が維持しなければならない情報保護法としての本質を時代背景に適應させながら、解釈論のみならず立法論を射程に入れて整備していくところ、進化をしつづけなければならない情報保護法としての特許法の使命であろう。創作された「もの」を適切に保護する体制が整備されなければ、創作された「もの」は歪な形でしか保護されず、このような保護態様では特許法が意図する産業振興への道も徐々に狭まっていくおそれがある。21世紀に入り、情報がエネルギーと並んで、あるいはエネルギーを凌いだ価値を有する時代であればこそ、その時代背景に応じて情報保護法としての役割を担う特許法は保護すべきものと保護すべきでないものを明確に区別する柔軟なシステムを採用すべきである。一旦、産業政策上、かつ法解釈上保護対象にすべしと判断した場合には、当該保護対象をあくまで産業振興に寄与する形態にて保護ができるよう、現行特許法のパラダイムを転換し、特許法のシステム自体を柔軟に変容させることこそ重要である。

2. 定義規定の必要性—自然法則の利用性と発明概念—

2.1 保護対象の拡大傾向

特許法における保護対象は現在、拡大傾向にある。保護対象の拡大は時代に応じた産業政策的な意味合いが強く、実際過去には保護対象にあらずとして保護を否定され続けてきたものが、今日特許法により保護されているという現状がある⁵⁾。コンピュータ・プログラムもその

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

一つであろう。したがって、情報化社会が進み、情報の価値がますます重要となればなるほど、いろいろな形態の、あるいはいろいろな種類の情報が出現し、必然的に保護対象が拡大傾向に向かうことになる。保護対象の拡大に伴い、当然保護対象に応じた保護態様というものが要求される。解釈論および立法論を駆使して、それに適した保護を実践することこそが情報保護法としての特許法に要求される。

現在、わが国特許法2条1項で、発明を明確に「自然法則を利用した技術的思想の創作」と定義している。明確な条文をもってこのような規定を設けている国は極めて稀である。現在のところ、わが国の現行特許法の解釈によって、自然法則の利用という要件には、特に大きな障壁性はない。すなわち、現在問題として提起されているコンピュータ・プログラムの保護についても「自然法則の利用性」の要件との関係で調和のとれた解釈論を展開しており、特に違和感はない。反対に自然法則の利用性を要件として必要としないとする解釈を採用するならば、保護対象が不用意に拡大し、特許制度そのものの存在意義を喪失せしめるおそれが出てくる。「自然法則の利用性」のメルクマールは、情報化社会にあっても、十分に機能している。したがって、現在においても保護対象の拡大傾向は少しずつ進行してはいるが、無闇に拡大させるのではなく、常に“自然法則の利用性”という要件を念頭に置き、特許法の存在意義を勘案しつつ境界線を判断していく必要がある。保護対象の拡大といえども無制限に広げることはいできない。特許法の存在理由からも、限界領域は明らかに存在する。何の施策もないままこのような拡大傾向を続けていくと産業振興という特許法の目的自体が達成できなくなり、特許制度自体が社会・文明の進化を停滞させる阻害要因となる可能性が出てくる⁶⁾。それほど「自然法則の利用性」という概念は、特許法において重要

なものである。この概念は、特許法の保護領域、換言すれば発明概念を画定するためのきわめて効率の良い政策的な要素となり得ているものであり、ひいては、特許制度の存在意義さえも左右しかねないメルクマールである。換言すると、たとえば自然法則の利用性がない「純粋なビジネス方法」を取り込むまでに保護対象を拡大することが、果たして産業振興という目的に合致するかということである⁷⁾。特許制度の制度疲労を招来することなく、情報化社会にあっても常に健全に社会において特許制度が機能するよう、産業振興に寄与するよう、パラダイム・シフトを行うことが必要となる。さらに情報保護法として特許法を進化させる場合、「自然法則の利用性」概念をどのような形で保護対象画定の要素として用いればよいか、あるいは将来、たとえば自然法則の利用性がない「純粋なビジネス方法」までをも取り込み、制度疲労の可能性を考慮しながらも、それに代わる概念の創出に基づき、「自然法則の利用性」概念を排除する制度的枠組みとはどのような形態が望ましいものであるかについて十分に検討する必要がある。

2. 2 定義規定廃止論

定義規定より「自然法則の利用性」にかかる文言を削除すべしとする廃止論も存在するが、その考え方の根底にあるのは「自然法則の利用性」にかかる要件が、今後出現するであろう新技術分野における「自然法則を利用しない技術的思想」の保護を否定する根拠となるということである。現代における新技術分野の代表とされるコンピュータ・プログラム自体も、厳密には「自然法則を利用しない技術的思想」に該当する。しかしながらこの技術については、解釈論の範疇において十分対処することも可能であり、この技術のみについていえば「自然法則の利用性」を定義規定より削除する必要性は少な

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

い。さらに、コンピュータ・プログラム以外の新規な技術が出現したとしても、目的において「ハードウェア資源」に対して用いることが明らかである場合には、コンピュータ・プログラムに対するものと同じ解釈論を適用することが可能であろう。

解釈論では、自然法則を利用しているという判断ができないような「技術」が登場した場合に問題となろうが、特許法の目的を考慮するならば、少なくとも発明の一部に、あるいは最低限でも、使用目的自体に何らかの「ハードウェア資源」が絡まないものにまで、将来保護対象とすべき状況が生まれるであろうか。そのような“技術”に対する、特許法による保護自体は、特許制度の目的、すなわち権利者と社会全般の利益の均衡を図り、結果として産業の発展を図るということに合致するものとはいえない。そのようなものに対してまで、特許法上の「発明」のタイトルを付与する必要性は少ない。反対に、当該規定を削除することにより、弊害が生じるおそれもある。すなわち、保護することが明らかに特許制度の目的に合致しないような、自然法則以外の法則、人為的な取り決め、数学上の公式、人間の精神活動にかかる創作された「もの」に対してまで、特許法による保護が与えられる可能性がでてくる⁸⁾。その結果、適正な審査のために、産業上の利用可能性、新規性、進歩性等の実質的特許要件に必要以上の負荷がかかり、経済上好ましからざる状況を招来するおそれがある⁹⁾。また特許制度のユーザに対し、先の如き対象物が、あたかも特許法による保護の対象となるという誤解を生ぜしめる可能性もある。したがって、現在のところ、「自然法則の利用性」を削除しなければならない要因は少なく、削除したことにより招来される問題が比較的大きいと考えられる以上「自然法則の利用性」という文言を特許法2条1項から削除することは時期尚早の感をぬぐいきれない¹⁰⁾。

また、「自然法則の利用性」にかかる文言のみならず、それを含む定義規定自体を削除すべきであるとする考え方もある。その理由は、特許法中に定義規定を設けることは「発明」概念自体が固定化され、法の運用、そして適用が硬直化し、社会変化に応じた柔軟な対応を阻害する¹¹⁾、というものである。昭和34年法において定義規定を創設する際にも同様の議論が多くなされ、定義規定の挿入に対して問題点を指摘する意見も散見された¹²⁾。ただし、この考え方はすべての創作された「もの」に対して特許の保護を与え、後は実質的特許要件により絞りをかければ足りる、という極論を述べているものではない。すなわち、「発明」概念自体を学説・判例に委ね、定義規定のような硬直化した基準を避けることを意図しているものである。この考え方も理にかなっているが、現在の特許法2条1項の文言は、解釈論を駆使することにより十分現状に対応しており、定義規定の存在自体が現在避け難い問題を露呈しているわけでもないことを考慮する必要がある¹³⁾。反対に、「発明」概念の解釈を学説・判例に委ねることにより解釈自体が多様化し、解釈の方向性がいくつにも分かれた場合には、法の運用に、そして実務に支障をきたす可能性がある。「自然法則の利用性」を削除する考え方に対するものと同様、現状で特に問題はなく、将来予想されるきわめて深刻な問題も推測できない以上、定義規定を削除することの不利益を考慮するならば、定義規定自体を削除する考え方に傾くことは同様に時期尚早であるとの結論を出さざるを得ない。

一方、定義規定を削除すべしとする意見の中には、特許法で発明成立性を判断せずに、すべての創作された「もの」を「発明」と認定し、後は、産業上の利用可能性等の実質的特許要件にて特許性を判断すればよい、とする考え方もある。しかしながら、実質的特許要件と発明成

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

立性要件は、全く性質の異なる要件であり、実質の特許要件に発明成立性要件の機能をすべて肩代わりさせることは難しいといわざるを得ない。解釈論の幅を広げたとしても、到底自然法則を利用したと考えることができないもの、たとえば、自然法則に反するもの、自然法則以外の法則（たとえば経済法則）、人為的な取り決め（たとえばゲームのルール）、人間の精神活動などを、きっちり、実質的特許要件を見る前提段階でチェックし、排除する機能を特許法に明確に持たせることが制度設計上好ましい。換言すれば、特許法は創作者に対して物権類似のきわめて排他性の強い権利を与え、社会一般に対して絶大な影響力を与えるものであることを考えると、権利を付与することにより、特許法の目的に反し産業の発達を阻害するおそれのあるものには、産業上の利用可能性や進歩性と言った他の特許要件を考慮することなく、政策的な特許要件により機械的に発明性を否定し、いわゆる「門前払い」を実行する機能を特許法に持たせるべきである。定義規定にこのような役割を担わせることは、他の特許要件に対する過度な負荷を軽減できると共に、無理なく特許法の意図する保護対象を、効率的に選別することができよう。

以上のように、現時点においては、「自然法則の利用性」概念の重要性、および、保護対象の拡大傾向のレベルに対応しているので、そのまま特許法の中に定義規定を残しておくことが望ましい。

しかしながら、このまま情報化社会が進展し、さらに情報の価値が加速度的に高まり、あらゆる情報をより積極的に保護しなければならないような状況が発生しないとは限らない。このために特許法が情報保護法としての役割をより純化しなければならない場合には、定義規定の廃止についても再び議論しなければならない。現在、幅広い解釈論を駆使しているとはいえ、定

義規定の存在が解釈の柔軟性を奪うことは事実である。とするならば、さらに進化した特許法にあっては、定義規定の存在は不要とすべきであろうか。財産的な価値を具備した技術情報の法的保護を迅速・適格に実践するためには、発明の成立性を判断するに際し、創作された「もの」が柔軟性のない定義規定の解釈の範疇に含まれるか否かを、招来される多くの議論の海を泳ぎながら判断するよりは、その時代背景を色濃く反映する学説・判例に定義規定の役割を担わせるべきであろうか¹⁴⁾。定義規定を削除し、発明概念の解釈を学説・判例に完全に依存させるまでには数年を要しよう。がそれまでの間に、学説・判例が、特許法の存在意義を射程に入れ、社会において特許法が産業振興の阻害要因にならないレベルの柔軟な発明概念を、ある意味で確立することに成功する可能性は低くはない¹⁵⁾。

そのような意味では、その多くを判例に依存するアメリカ法¹⁶⁾、また「技術的性質」という一般概念に依存するヨーロッパ法¹⁷⁾は、それぞれ特許法を情報保護法として、より純化し易い環境にあるといえよう。したがって、わが国より、特に保護対象の画定に関しては、進化した特許法制を構築しているものといえる。定義規定の廃止は、決して絶対的に不合理なものではなく、環境さえ整えば、反対に特許法の情報保護法としての地位の強化に貢献する。但し、現在の定義規定の中にある「自然法則の利用性」という要件が、社会において現在の特許制度の存在意義を担保する重要概念となっている点を忘れてはならない。それが事件毎の判例において参酌されようが、あるいはヨーロッパ法の如く、一般概念として用いられる「技術的性質」の中に潜在的に盛り込まれようが、特許制度の本質を離れた発明概念の拡張的な解釈は特許制度自体の意義を失わせるおそれがある。自然法則の利用性にかかる関与をなくしてしまうような、たとえば純粋なビジネス方法等を、保護対

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

象の範疇に入れるのであれば「自然法則の利用性」に代わる発明概念を画定するための、さらにいえば特許制度の社会における存在意義を担保するための代替概念、あるいはメルクマールを慎重に検討しなければならない。これは今後の知的財産法研究の大きな柱となるべきものである。

3. カテゴリーの必要性—効力範囲画定の方法—

3.1 カテゴリーによる発明分類の意義

特許法において、発明を「物の発明」と「方法の発明」に分類する手法は、明治から脈々とつづいている。しかしながら、このカテゴリーは発明の本質について分類するものではなく、単に特許権の効力範囲の予見性を担保するために便法として用いられているにすぎないはずのものである。現時点においては、あたかも発明の本質が「物の発明」と「方法の発明」に分類され、発明の分類に応じて実施行為がそれぞれ厳格に規定されて、特許権の効力範囲を画定するということが一つのパラダイムとして認識されている感がある。特許権等の知的財産権はその客体を掌握する困難性より、どこまでがその効力範囲であるかを予見することが難しく、法的安定性を阻害するおそれがあるため、発明の本質とは異なるカテゴリーと該カテゴリーに応じて規定した実施行為により、厳格なまでに画定された効力範囲を予め提示しているにすぎない。したがって「物の発明」と「方法の発明」に分類することが難しい情報が出現した場合には、便法としての二つのカテゴリーにあてはめることなく、その発明の客体の特質に合ったカテゴリーを創設すべきであろう。また、将来、特許権の効力範囲画定のための合理的な基準が出現し、具体的な実施行為を介したカテゴリーごとの効力範囲の画定手法による法的安定性を

担保する必要性がなくなるような状況になった場合には、カテゴリーによる分類を排除し「技術思想」、「技術情報」というような概念のみで発明自体およびその効力範囲を画定することも考慮すべきである。これは、保護すべき新しい情報の出現のたびに、どのカテゴリーに属するかを議論するカテゴリー論争を排除するためにも必要である。

3.2 カテゴリー・パラダイム

特許法を情報保護法としてより一層進化させる場合には、果たしてカテゴリー、すなわち、発明の分類という概念が必要なのであろうか。確かに、わが国以外でもヨーロッパ諸国では、「物の発明」と「方法の発明」に分類したうえで実施行為を規定している¹⁸⁾。しかしながら、アメリカのように「特許された発明」として法律上ではあるが、カテゴリーによる分類をしていない国もある¹⁹⁾。ここで考慮しなければならないのは、カテゴリーによる分類がその発明を把握するための、あくまで便法であって発明の本質ではないことである。換言すると発明の属性ではないのである。したがってカテゴリーによる発明を分類することのメリットは特許権の効力範囲の明確化であるが、このようなカテゴリーによる分類よりも合理的なものが現れ、効力範囲の予見性につき、十分に担保することができるのであれば、カテゴリー・パラダイムの役割は終わり、新たな基準をもって発明の実体を画定する新システムに移行させることが好ましい。判例の蓄積がなされ、裁判所における迅速な判断に合理性が担保された段階でカテゴリーによる分類とカテゴリーに応じた実施行為の規定を媒介とする効力範囲の画定は、特許法上の詳細な規定から、より判断に柔軟性を確保することができる裁判所の判断へと移行させるべきであろう。多くのカテゴリー論争を招来することもなく、また現在規定されている実施行為以

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

外の実施行為に対しても、必要があれば効力範囲内として侵害行為と認定できるような柔軟性を確保するという方向性を模索することこそ、より先進的な知的財産政策の推進には必要なことであろう。

現状において、特許法によるコンピュータ・プログラムの保護は、わが国、アメリカ、ヨーロッパにおいて、多少の差はあれ、実質的に同じレベルの保護を実践しているといえよう。わが国を見ると、発明をカテゴリーにより分類し、カテゴリーに応じたより具体的な実施行為を規定し、その行為規定の解釈の幅が比較的狭いのが特徴である。より予見性を高め、法的安定性を重視した結果であろう。これに対して、ヨーロッパ法においては同様に、「物の発明」と「方法の発明」にカテゴリー分類してはいるが、そのカテゴリーに対応する実施行為は、より広い概念として規定されている²⁰⁾。さらに、アメリカ法においては、潜在的にカテゴリーを発明の分類に利用してはいるが、顕在的には、「特許された発明」ということでカテゴリーを利用していない²¹⁾。加えて包括的な実施行為を規定し、より広い解釈領域を確保しているように見える²²⁾。このように各国の規定を見ると、情報保護法としてより純化された特許法としては、わが国特許法よりヨーロッパ法、そしてアメリカ法が勝っている感がある。このアメリカ法の保護形態を越えて、さらに、アメリカ法の如き潜在的なカテゴリー分類についてまで、環境が整備された段階で廃止し、あくまで技術情報としての発明の本質を見つめ、効力範囲の画定を行うことこそ、より情報化時代に適合した特許法の真の姿であるように思われる。この点についても将来の知的財産法における重要な研究課題の一つである。

4. 特許制度の必要性—社会における特許制度の存在意義—

4. 1 特許制度の役割

発明概念の研究は、特許制度全体の方向性を左右しかねない大きな課題である。保護対象の領域を、時代とともにどのように変遷させて行くのか、その変遷の形態によっては、当然特許制度自体の存在意義にまで議論が到達する。特許制度の目的は、発明者に対して一定期間の独占排他権を付与することによる産業振興である。一定期間の独占排他権は、当該発明者が早期に「発明」を一般公開することに対する代償である。発明者（権利者）は、付与された独占権を活用し利益を得る。利益を得るから技術の早期公開に同意する。加えて、独占権を付与するということが、さらなる技術開発（情報生産²³⁾）に拍車をかける。社会は、早期に公開された技術を社会一般の技術レベルに上乘せし、利用することにより社会全体の技術レベルを向上させる。その結果、総体的に産業の発達が実現する。この経済サイクル²⁴⁾が成立してこそ特許制度の社会における存在意義があるといえよう²⁵⁾。

特許制度とは、以上のようなサイクルが機能することにより、究極的に一国の産業の振興を図ることができるものであり、きわめて完成度の高いシステムといえる²⁶⁾。わが国は、特許制度を産業振興の柱の一つとして戦後の復興を果たし、さらに世界的にみても技術レベルの高い技術立国としての地位を得た。さらに高い技術立国としての地位を得ることにより、ますます特許制度の重要性が再認識されてきた²⁷⁾。特許制度というものは、基本的に「発明者（権利者）」と「社会」の利益構造の均衡を常に保たなければならない²⁸⁾。たとえば、発明者への還元ばかりが高まり、社会に対する還元が少なくなれば、独占による弊害が生じ、産業発展の妨げとなり、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

産業振興という特許法の目的は果たされない。反対に、発明者への還元が少なくなる場合には、発明創作のインセンティブが失われ、創造サイクルが成立しなくなる。特許制度はこのようなサイクル構造を持っているわけであるが、このサイクル構造は、産業の構造自体が変化したとしても、換言すれば「物の時代」から「情報の時代」に移行したとしても同じように機能するものでなければならない。特許法による保護対象というものは、このサイクル構造にきわめて大きな影響力を及ぼすことは論を待たないが、保護対象の変化は、デジタル時代に即応するかのように劇的な変化を遂げている。

ここで考慮しなければならない点は、公開される技術が産業振興に役立つものであるか否かということ判断するメルクマールである。具体的には、早期に公開された技術が、社会の技術レベルに上乘せされることにより、社会全体の技術レベルを向上させることができ、その結果、産業の発達に寄与するか否かということである。昭和34年法においては、発明の定義を「自然法則を利用する技術的思想の創作」と限定し、自然法則を利用しないものは、発明とは認めなかった。これは裏を返せば、自然法則を利用しないものは保護したとしても産業振興に役立つことがなく、特許制度のサイクル構造に寄与しないばかりか、サイクルの回転速度を低下させるおそれがあると判断したからにほかならない。サイクルの回転が停止した場合には、特許制度自体の存在意義が失われることを意味する。

4.2 社会構造の変化に伴う特許制度の軋み

特許制度の、産業振興のためのサイクルの回転速度が、時代が進むにつれ減速され、最後には停止するおそれがあるという指摘もある²⁹⁾。産業を発達させるために機能し、そのために役に立ってきた特許制度も保護対象を拡大するに

つれ、機能を十分に発揮できなくなる可能性もありうる。たとえば自然法則を利用しない「純粋なビジネス方法」を保護することを想定した場合、これは、「発明者（権利者）」と「社会」の利益構造の均衡が保たれないおそれがある。発明者への還元ばかりが高まり、社会に対する還元が少なくなれば、産業構造の空洞化を促進し、産業振興という目的を果せない状態に陥る。

物質中心主義より情報中心主義へと社会構造が移行するに伴い、情報の財産化が進む。この情報の財産化（資産化）が進めば進む程、特許法は情報保護法としての重責を担うことになるわけであるが、この重責を果たすためには“産業の振興”という特許法の目的を常に想定した上で従来のパラダイムからの脱却を図り、特許法の制度的枠組み全体においてパラダイム・シフトを実現しなければならない。

本稿にて論じた定義規定およびカテゴリーにかかる問題は、社会が情報化時代へと移行しつつある過程において当然発生すべき社会構造の変化に伴う特許制度の軋みともいえるものであろう。時代の変遷速度にそぐわない特許法の制度的枠組みは、特許制度それ自体を産業、文明の発達を阻害する毒薬へと変質させ、社会が特許制度の存在自体を不必要なもの判断した場合には、特許制度は終焉を迎えることになる。特許制度の存在意義を常に考慮した状態でのパラダイム・シフトという解毒剤を服用しないかぎり、社会において特許制度は遅効性あるいは即効性の毒薬となって、その存在を崩壊へと導くことになる。

以上、説明したとおり、特許制度自体が、社会の情報化時代への移行とともに、遅効性の甘い毒薬と化し、産業発達の阻害要因となる可能性もある。このことは常に考慮しなければならない。したがって、情報化時代への移行によって露呈してきた、既存のパラダイムの軋みとも

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

いえる、保護対象画定のための定義規定の存廃、また、発明の分類にかかわるカテゴリーについて、特許法の目的たる“産業振興”に寄与できるか否かを考慮しつつ、政策的な要因の考慮とともに新たな制度的枠組みを再構築する必要がある。先行する課題を解決する方向性が、特許制度全体に派生的に影響を及ぼし得ることは容易に想像がつく。時間の流れにより、未来において経済政策的³⁰⁾に特許制度自体が必要なくなることも自体の可能性は否定できないが、経済政策的に機能するはずの特許法を、常に後手に回る法政策により不用意に廃止に追い込むのは避けなければならない。

4. 3 情報保護法としての新たな制度設計

社会構造が、物づくりの時代から情報化時代へと変遷し、従来のパラダイムが社会構造の変化により機能しなくなっている現状がある。社会全体の情報化という流れは、今後も止まることなく、いままで以上の加速度で進展し続けていくであろうことは容易に想像がつく。当然、その本質が“情報”を保護する情報保護法である特許法にあっては、何よりも先にこの情報化時代に対応する機能を備えなければならない。しかしながら、現行特許法は、歴史的な所産として、情報化時代に適さないパラダイムを有する。特許法のパラダイムと情報化時代に対応した保護客体を要望する社会との間に乖離が発生する。その溝をどのように埋めるかということが、今後情報化時代において情報保護法として機能しなければならない特許法の重要な使命となろう。そういう意味で、保護対象の問題と、カテゴリーの問題は、情報化時代が特許法に課した最初の課題であるのかもしれない。また、本課題は特許制度の根幹にもかかわる重要なものである。したがって、この段階で対応を誤るわけにはいかない。情報保護法としての新たな制度設計を試みる場合にあって、常に特許法

(特許制度)の使命を損なわないことを前提とした制度設計をしなければならず、かつさらに進化を続ける情報化時代に対応するように、未来を見越した柔軟性を有する制度設計をしなければならない。

5. おわりに—現行特許法が提起する今後の課題—

現在、発明概念の再構成により、コンピュータ・プログラムを「発明」と認定し、特許要件を具備するコンピュータ・プログラムの発明を、他の技術に関連する発明と同様に特許権として成立させ、特許法により保護を与えている。ただし、このような状況下においても発明の定義規定における「自然法則の利用性」は現時点ではそのまま残しており、今後、その存在意義をいろいろな角度から再評価する作業が必要となろう。

また特許法は、現在にあって当然情報保護法ではあるが、現在は「物」あるいは「方法」という2つのカテゴリーに分類されて発明(情報)を保護している。情報を情報として、何ら不純物のない形で保護するには、情報を保護するための新たなカテゴリーの創設が必要であり、カテゴリーおよびカテゴリーより派生する実施概念の再構成が必要となろう。新たなカテゴリーの創設により、情報が「物」あるいは「方法」に化体しない状態で保護されるようになると、純粋な無体物であるが故に当然に「物」あるいは「方法」の実施概念とは異なる実施概念がそこから発生してくる。したがって、新たなカテゴリーを用いて情報を純粋な情報として保護することに伴い、情報にかかる実施形態の概念をも再構築する必要がある。

今後、さらに継続して議論していかねばならない点は、まず、発明の定義に「自然法則の利用性」を将来にわたり、そのまま定義規定の中に残しておくことができるか、さらには定

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

義規定自体が特許法の中に必要か、といった問題である。たとえば、何らハードウェアを用いず、また単なるメンタル・ステップにかかる創作物を発明の範疇に含ませなければならない状況が到来することなどが想定されよう。このような創作物は、現時点では特許法の目的から産業の発達を阻害すると考えられ、定義規定により発明概念より排除されてはいるが、メンタル・ステップであるとして長い間にわたり排除され続けたコンピュータ・プログラム³¹⁾が、発明として再構成された現在、コンピュータ・プログラム以外のメンタル・ステップが発明として再構成される可能性がないとはいえない。そのような時代が到来した際には、定義規定の改正および定義規定の廃止という議論が再び浮上することになる。

つぎに、コンピュータ・プログラム以外に純粋な「情報」として保護すべき保護対象（発明）が出てきた場合³²⁾にどのように対応するか、という問題である。換言すると、そのような新たな「情報」が出現するたびに、新たなカテゴリーと、カテゴリーに適應する実施形態を特許法に追加していくべきであるか否か、という問題である。この問題に対して、具体的な展望を現時点において展開することは難しい。将来的には、従来「物」あるいは「方法」のカテゴリーに分けて表現されていた発明も、発明の中から発明の本質部分、アイデア部分、換言すれば純粋な情報にかかる部分のみを抽出し、カテゴリーに依存するのではなく、すべて純粋な裸の情報として保護できるような制度的枠組みの実現が望ましい。そのためには特許出願の明細書、特にその中の特許請求の範囲の表現方法³³⁾まで詳細に議論する必要が出てくるのはもとより、発明概念の根底からのさらなる見直しとともに、特許法の全般的な整備が必要となってくるであろう。

以上より、定義規定を介しての発明概念の再

構成、およびそれに伴う実施概念の再構築を行うことが、まず、特許法のパラダイム・シフトの第一歩であり、換言すれば特許法の技術情報財保護法としての本来の姿への純化の課程を進める第一歩となるべきものである。これらの再構成自体が、従来のパラダイムから純化した情報保護法のパラダイムへと、特許法を導く一つの道標となるべきものである。

注 記

- 1) 本稿は、現在研究対象としているものの中から論点の一つを抜粋したものである。本稿を含む現在継続中の研究については、東京大学大学院法学政治学研究科（知的財産法）教授の中山信弘先生より多くの有益なるご指導を頂戴した。
- 2) 中山信弘，工業所有権法 上 特許法（第2版増補版），7～11頁（1998）弘文堂では、上位概念の知的財産法として、情報の保護について、単なる情報の不当利用の禁圧から、次第に情報の資産化へと移行するようになり、この資産化された部分が知的財産の核であることは間違いないが、知的財産法には競争秩序維持的な機能も含まれており、その性格は所有権のような純粋な財産法というわけではない、旨を指摘する。
- 3) 平嶋竜太，特技懇215巻7頁（2000）では、特許法は情報財保護法であるが、実際には、物質や装置、媒体といった有体物の上に発明という技術思想を具現化されることを前提としており、この点について意識されにくかった、ということを指摘する。
- 4) IT技術の急速な進展を背景として平成12年12月に提示された審査基準により、平成13年1月10日以降、プログラムやデータ等の無体物であっても、その発明の果たす複数の機能によって表現できる場合には、それらの機能により特定された“物”の発明として請求項に記載することができるようになり、さらに、平成14年改正により特許法2条3項において、物に“プログラム”が含まれることを明文化し、さらに、譲渡等に関して物がプログラム等である場合には、“電気通信回線を通じた提供”を含むとした。加えて特許法2条4項が新設され、プログラム等の解釈が明確に示された。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 5) 保護対象が縮小したという歴史的な事例は少ない(例外として、原子核変換物質は、かつては特許対象であったが、昭和34年で不特許となり、平成6年改正でまた特許対象となった事実がある)。発明概念の解釈にあっても、多くの議論を招来しはするが、いろいろな客体を取り込む方向に特許法は進化している。また、特許法32条の「特許を受けることができない発明」についても同様に産業政策な観点から、国の技術水準レベルに応じて決定されるものであるが、わが国の技術レベルの上昇に伴い、保護対象の領域は常に拡大している。特許法32条に関する保護対象の変遷については、中山・前掲注2) 141～158頁参照。
- 6) 相澤英孝, 石井正, 中山信弘, 鳴戸道郎 ジュリスト1189号22頁(2000), 鳴戸発言では、19世紀的な特許制度は人類の進歩の妨げになる旨を指摘する。
- 7) 相澤・石井・中山・鳴戸・前掲注6) 22頁, 石井発言では、特許制度は、新しいマーケットを開発すること、新しい技術だけではなく、新しいビジネスの手法とか市場の発見によって産業というのは、さらに前に進む、と指摘する。
- 8) 清川寛, 特許研究31巻22～23頁(2001)では、現在の特許法は、ハードウェア資源を使用すれば、自然法則の利用性を満足するようになったので、結果として自然法則利用性は意味のない要件となった、しかしながら、比較法的に自然法則利用性は、わが国独自の基準ではあるが、従前は各国ともこの要件の有無に関わらず、同様の実務を行っており、この点からも安易に有名無実化するのではなく、立法時の意義を考慮すべき、との提案をしている。具体的には、自然法則の利用性の要件を特許化すべきでないものとの一線を画する概念とすべきとの指摘がなされている。加えて、ここでは自然法則利用性の要件とともに、他の実質的な特許要件についての活用を説き、競争政策との緊張を回避すべきである、としている。
- 9) 特許法2条1項のごとき政策的特許要件がない場合、必要以上に多くの創作されたものが、特許法上の発明として認められる。その結果、政策的(本来的)に発明足り得ないものまで出願され、出願件数がいきおい増大することが予想される。さらに、審査官は、すべての出願に対し、調査に基づき発見された先行技術との比較において、各出願の進歩性等実質的特許要件をそれぞれ判断しなければならない、審査の負担は計り知れない。
- 10) 同旨の意見として、帖佐隆, パテント55巻2号34～35頁(2002)がある。この中で同氏は、自然法則の利用性を削除すべきではないとし、純粹ビジネス(人為的取決め)等の「自然法則を利用しないもの」を特許法の保護対象に加えることは、累積的に進歩しないものを保護することに帰着する、としている。
- 11) 瀧野文三, 法学新報74号56～57頁(1967)には、特許制度の国際的統一の進展という観点から特許法2条1項を説いている。平成13年10月12日・産業構造審議会知的財産政策部会第7回法制小委員会(<http://www.jpo.go.jp/shiryou/toushin/shingikai/1310-045.htm> 参照日2005.6.17)・資料1・産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員会報告書(案)・第2章第1節“1. ソフトウェア関連発明の拡大と発明の定義”(5) 制度改正の是非・方向性 ①制度改正に積極的な見解, 参照。
- 12) 代表するものとして、内田護文, 兼子一他「発明—特許法セミナー(1)」ジュリスト選書7頁(1970)有斐閣の原発言参照, その他、三宅正雄「特許法雑考(その1)」特許管理17巻7号(1967)参照。
- 13) 産業構造審議会・前掲注11) 第2章第1節“1. ソフトウェア関連発明の拡大と発明の定義”枠内(1) ソフトウェア関連発明と発明の定義, (2) 純粹ビジネス方法発明と発明の定義, 参照。
- 14) 中山・前掲注2) 95頁には、近年のような技術革新の激しい時代にあっては、古典的な意味での発明概念には馴染まない新技術も出現しているため、そのような要請に機敏に対処するため発明の定義は学説・判例に委ねた方がよいとも言える、と述べている。同旨のものとして、秋山武, 特許管理12巻1号12頁等参照。
- 15) 定義規定を、特許法の中に設けていること自体が、国際的にも珍しく、殆どの国では、学説・判例に依存している場合が多いことを考えれば、定義規定を特許法の中におくことは、国際的な傾向からははずれており、主流ではないことは確かである。
- 16) アメリカ法では、特許法100条によって発明は、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

発明又は発見を意味すると規定されているが、より具体的な定義は設けられていない。特許法101条により特許を受けることができる発明が具体的に列挙されているほか、多くの判例の蓄積により、自然法則そのもの、物理的現象、抽象的アイデアに該当するものは、特許法の保護対象の範疇に入らないとされている。

- 17) EPC（欧州特許条約）では、発明についての定義規定はなく、ネガティブ・リストにより、コンピュータ・プログラム等が特許法の保護対象の範疇外であるとされている。なお、ネガティブ・リストに列挙されているコンピュータ・プログラムといえども、具体的かつ技術的性質を持つことにより発明として成立する。
- 18) ドイツ特許法9条，フランス特許法29条，TRIPS28条，共同体特許条約25条参照。
- 19) アメリカ特許法271条参照。
- 20) 「提供」，「拡布」，「販売」等の広い概念を用いている。
- 21) アメリカ特許法271条(g)項参照。
- 22) 「製造」，「使用」，「販売」等の広い概念を用いている。
- 23) 特許制度と情報生産の関係については，K.J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resource for Invention*, pp.104 (1962) PRODUCTION AND CAPITAL, 参照。
- 24) 特許制度の経済的分析に関しては，渋谷達紀「特許制度の経済的機能」石井照久先生追悼論文集，商事法の諸問題（1974）有斐閣，今井賢一，発明74巻1号（12頁～），2号（10頁～）（1977），斉藤優，発明75巻3号2頁，4号2頁（1978），長岡貞男，特許研究25号11頁（1998），Mark Schankerman, *How Valuable is Patent Protection? Estimates by Technology Field*, 29 *Rand Journal of Economics* 77 (1988)，Kenneth W. Dam, *The Economics Underpinnings of Patent Law*, 27 *Intellectual Property L. Rev.* 3 (1995)，Steve P. Calandrillo, *An Economic Analysis of Property Right in Information: Justifications and Problems of Exclusive Right, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System*, 9 *Fordham Intell. Prop., Media & Ent. L. J.* 301 (1998) をそれぞれ参照。
- 25) 社会における特許制度の存在が，果たして意義

があるのか，あるいは弊害でしかないのかという議論は，歴史的にみても数多くなされてきた。現在，特許法をはじめとする知的財産法が存続している根拠は，特許法を例にとるならば，独占権を付与することにより発明創作のインセンティブを確保することが産業振興という目的から意義があるものとの判断である。このことに関する実証的な論証は，複数の考慮要素の存在が，きわめて困難にしているといえよう。特許制度自体が経済発展の阻害要因であるという発想から，1869年オランダは特許制度を一時的に廃止した。これは技術の独占ではなく，自由な技術の交流こそが経済の発展に寄与するものであるという考え方に基づくものであった。

- 26) 中山・前掲注2) 10頁脚注7では，特許制度を壮大な「装置」と表現している。そして，「装置」の維持には莫大なコストがかかるが，「装置」はコストをかけてもなお社会において有益であることを前提として成立しており，世界の主要国のすべてを含む殆どの国で特許制度が存在し，存在を前提として経済が成り立っている以上，現実問題として廃止することはありえず，現在において残されている選択肢は，所与の前提として「装置」を改善することである，と指摘する。
- 27) 中山・前掲注2) はしがきには，わが国の技術水準が欧米に追いつき，これから独自技術の開発が国家的課題となる，そして，その目的のためにも特許法の強化が叫ばれている旨の指摘がある。その結果，プロパテント時代には，革新的な技術こそが企業の生き残りをかけた重要な鍵となり，そのような技術をどのように資産化し，活用するかが重要課題となるのであって，21世紀にはビジネスローの中でも特許法がますます重要度を増すであろうこと，が指摘されている。
- 28) 中山・前掲注2) 8頁には，同旨の記載として，以下のような記載がある。「情報の自由利用と独占との間のバランスをとることが重要であり，知的財産制度を強化すればするほど社会にとってプラスになるというものではない。したがって，知的財産法の内容，たとえば保護対象，保護期間，保護範囲等につきマイナス面を最小にし，法の目的を最大限実現するように制度設計し，また解釈しなければならぬことになる」

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 29) 本間忠良, 特許ニュース9886号, 3頁(1998)で, 同氏は, 「知的財産権は, 遅効性の甘い毒薬である」と評している。相澤・石井・中山・鳴戸・前掲注6) 22頁, 鳴戸発言では, 特許は, 21世紀には産業, 文明の発達の阻害になる。20年~25年程度先には特許制度が進歩の桎梏になる。物から情報の時代になったとき, このまま存在することは無理であり, 19世紀的な特許制度は人類の進歩の妨げになる, 旨を指摘する。
- 30) 知的財産研究所「特許経済モデル(特許経済学)に関する調査研究報告書」平成12年3月と, 同「特許制度が経済に及ぼす影響に関する調査研究報告書」平成13年3月も併せて参照。
- 31) 昭和50年特許法改正により, 化学物質, 飲食品または嗜好物, 医薬またはその混合方法について不特許発明から外され, さらに, 平成6年特許法改正により原子核変換の方法によって製造されるべき物質について不特許発明から外されている。時代背景に基づく政策により特許法の
- 保護対象の範囲は常に変遷を繰り返しているという事実がある。また, 変遷に関連して昭和28年に弁理士会が新規物質(化学方法ニヨリ製造すべき物質)を特許として保護の対象にしようとする特許法の改正案に反対する詳細な理由(パテント6巻10号13頁(1953))が興味深い。
- 32) 現在, 想定できるものとして, ゲノム関連の解析成果物である遺伝物質の塩基配列にかかる遺伝情報がある。
- 33) 現在は, 特許出願の明細書にかかる「特許請求の範囲」において, 「発明」を文章で表現しているが, 文章ではなく「発明」にかかる抽象的な「技術的思想」を視覚的なものを含め, 表現形態の変更までを考慮しなければならなくなる。このことに関して「次世代明細書のあり方に関する調査研究報告書」知的財産研究所(平成11年度 特許庁工業所有権制度問題調査報告書)を参照。

(原稿受領日 2005年8月10日)

