



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	コメント
Author(s)	田村, 善之; TAMURA, Yoshiyuki
Citation	北大法学論集, 54(2), 28-32
Issue Date	2003-05-22
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15211">https://hdl.handle.net/2115/15211</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	54(2)_p28-32.pdf



## コメント

総合デイスカッションに向けて重要と思われる観点をいくつかお話ししたいと思います。お二人の先生の話から、議論には三つの大きな問題があるかと思えます。

## 一 概念上の問題

まず、大きな一つ目の柱は、概念上の問題です。隅藏先生、名和先生両方のご報告に出てきましたが、概念上の問題とは、発明と発見の区別という問題です。日本の条文上では、発明の定義規定が特許法二条一項一号にあります。そこには、簡単にいうと、自然法則の利用について特許を与えると書いているだけです。従来 of 学説では、これを「自然法則自体は発見なので

## 田村善之

特許は与えられない、が、自然法則を利用したものは発明なので、特許を与える」と解釈しています。発見と発明を区別し、発見には特許を与えられないが、発明には与えられるということが概念上規定されていると理解していますし、沿革的にもその理解は正しいといえます。

それではいかに考えるかということですが、議論を生産的なものにするためには、なぜ区別が必要なのかを明らかにする必要があります。もともと沿革をたどっていきますと、二〇世紀の最初のドイツの学者コーラーの著作に行き着きます。なぜコーラーが、「発見は特許を与えられないが、発明には与えられる」といったのか、あるいは「自然法則は特許がとれないがその利用はいい」といったのが問題となります。コーラー、

あるいは当時主流の学説は、特許の存在理由について自然権理論という理論をとっていました。自然権理論というのは、人は創作した以上、発明したものは創作したものに権利が得られるという考え方です。大要素朴なのですが、今でも充分説得力のある考え方で、私自身はこの考え方をとっていませんが、アンケートをとると意外と一位になるような気がします。その考え方によると、自然に存在するものは人が作ったものではないから、見つけただけであって特許は与えられない。けれども、人が創作したものは創作物なのだから特許は与えられる、ということになります。

ところが、そのようなコーラーの前提をとりますと、現在では特許がとれると思われる多くのものについて特許がとれないことになってしまいます。実際、コーラーの本には、化学物質は見つけただけでは特許はとれない、微生物の特許はとれないと書いてあります。これは現在の世界各国の特許法とは理解が異なっており、そういった自然権で説明する考え方は、現在では成り立たなくなっていると思います。

なぜ自然権理論がとれないのかという細かなことは省略しますが、基本的には、お二方とも書いていたように、今の特許制度の趣旨は、自然権よりも、インセンティブ理論と私が呼んで

いるもので説明する方が普通です。発明とその公開を促すためには、フリーライドを防ぐ必要から特許権を与えておく必要がある、要するに、発明の奨励とその公開の奨励のために特許権があるという理論による説明です。

そのように説明すると、創作したかどうかよりは、投資を促すために特許が必要かどうかという観点が必要になってきます。自然界にあるものを分離・参入する行為についても、一定の投資が必要になるのなら保護すべきとされ、そのような産業界のニーズに従って世界各国の特許が動き、化学物質特許、微生物特許などが当然のように広がってきたという流れがあります。そしてその延長線上に本日の問題があるといえます。

この話は、私の知的財産法の教科書の該当箇所や『法学教室』二〇〇一年九月号にも書いております。

## 二 一 経済政策の問題

二つ目の柱は、隅藏先生のお話にも出てきた経済政策の問題です。例えば、遺伝子情報がわかったとき、その用途を探っていきませんが、用途がどの程度特定された段階で特許が認められるのかという問題です。

これは日本の条文上は、二つ説があります。

一つは、自然法則の利用という発明の定義規定で、どの程度まで具体化すると利用といえるのかを議論する方がおります。ただ、私は、発明の定義規定で勝負するべきだと思っておりますので、この考え方は採用しません。

もう一つは、特許法二九条一項柱書きに、産業上の利用可能性がなければいけない、という条文があり、むしろこちらの問題だと思えます。特に自動車が典型ですが、そういった従来型の機械製品を考えますと、基本的には、なるべく具体化したところで初めて特許を認めるようにした方がいいという考え方が成り立つと思われず。言い換えれば、あまりにも早い段階で特許を認めてしまうと、それ以降の研究開発の阻害要因になる、むしろ製品化に使用できるニーズのような最終目標までいけば特許を与えられるとする方が、研究開発競争が刺激されるという考え方です。これはたしか隅藏先生も引いていたとおり、レベッカ・アイゼンバーグが、十年ほど前アメリカで論文を書いています。

ところが、問題は、遺伝子の場合にはそれが通用しなくなっているということです。どういふことかと申しますと、たとえばアメリカでは、ベンチャー企業が遺伝子情報がある程度まで

発見しますが、得た情報から数字を作るのは大手がするという形で、分業が進んでいます。なぜ分業が進んでいるかについては、リスクプレファランスの関係や、細かい経済学の話など興味ある分析がありますが。つまり、一つの会社が最後まで製品化するのではなく、ある一定の段階で情報を他社に渡すという作業が行われているということです。そのときに、従来型のうに後ろの方で特許を認めるという制度では、大手には問題ありませんが、前の方のベンチャーにとっては保護がないことになりません。営業秘密、あるいは契約で守ることになるでしょうが、大手の方が特許化に失敗したときに、自分の契約相手ではないところが特許を取ってしまいベンチャー側は無権利になってしまふという問題が起るおそれがあり、前の方にも権利を割り振った方がいいという発想にもなってきます。

基本的にはこのように、市場では様々な仕組みができていますので、それを特許制度が乱してはならない、なるべく影響を与えないところで分岐点を探るべきだ、というのが私の考え方であり、アイゼンバーグが最近の論文にも書いています。

## 二二 公序良俗の問題

公序良俗の問題は、三つの観点に分けて議論すべきだと思います。実施を奨励してはならないからというのは理屈になりません。細かいことは省略いたしますが、特許権とは、実施に対するお墨付きを与える権利ではありません。自分で特許権を保持していても、他人の特許権を侵害していたり他人のノウハウを侵害していれば、止められてしまいます。特許権とは、正確には他者の実施を止める権利、禁止権といえるでしょう。乱暴な議論としては、特許を与えれば実施を禁止できるので、特許を与えていい、規制に役立つのではないか、という議論があります。しかし、きちんと議論すべきだと思います。これから三つの理由をあげます。

一つ目は、公開してはいけないものについては特許を与えるべきではない、特許を与えるときには必ず登録公報に権利内容を載せなければならない、そのときに載せられないものに特許を与えるわけにはいかないという理由です。これは、最初に思いつくことですが実はあまり理由になっていないといえます。この例で特許の対象にならないのが猥褻物です。猥褻物には他の理由もありますが、主たる理由は「公開してはならない」という理由です。

二番目は、発明をあえて奨励すべきでないものには特許を与

えなくていいという理由です。古い例では、麻薬吸引機があります。他に用途があれば別ですが、麻薬専用の吸引機をどんな発明されても問題であり、そうした発明の特許権を促す必要はないといえます。もちろん実施されても困りますが、実施されることについては特許権が与えられようが与えられまいが関係ありません。特許権はあつてもなくても発明はされるでしょうが、あつた方が発明が促進されるかも知れません。少なくとも、そのような発明が願われても、その新規性進歩性を調べる必要は全くなく、そんな無駄な作業の特許庁がする必要はない、麻薬吸引機で仮に新規性進歩性を満たしていても、特許を与えないし、与えるべきではない、審査を打ち切るべきだという理由です。

ともあれ、発明の奨励を抑止した方がいいという観点から、公序良俗にあたらなさとされているものもあるだろうといえます。今日の議論ではオンコマウスの例がこれにあたります。そもそも公序良俗にあたるかどうか議論されるべきですが、それは留保いたします。要するに、仮に動物愛護の精神から、マウスに癌を植え付けるとは何事か、そういう形の発明を奨励すべきでないという観点に立てば、公序良俗を害するおそれがあると判断されることになるかもしれないことはいえま

す。

そして、実はこの二番目の理由と渾然一体となっていたものとして、別の観点があるかと思われます。それは、発明を奨励するという問題とは別の、財産権を設定する事に対する倫理的な問題です。たとえば、ヒトの遺伝情報はこれにあたります。なぜオンコマウスの例と区別するかといいますと、特許を与えらるかとは別ですが、遺伝子情報は発明・発見してもらい、研究を進め、具体的な産業の利用可能性を明らかにしてもらった方が、医学や医療の進歩につながるからです。また、クローンはオンコマウスと同じような例で、発明の奨励抑止という観点から特許は禁止すべきものかも知れません。それに対して遺伝子情報の問題は、この三番目の観点が問題になります。発明は進めた方がいいが、そもそも人が体内に持っている情報について、それを財産権として取引することが問題となるわけです。それはちょうど臓器移植や血液の売買と同じ問題です。ただこの点は倫理的な問題で、「経済的に特許を与えるところという被害が起きるから問題」というのではなく、それが取り引きされていることに対して我々が持つ感情をどう理解するかという問題になります。

以上で私のコメントを終わります。