HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	日本、中国、ドイツ、EPO及び米国における進歩性に関する裁判例の統計分析及び若干の理論上の問題について（9･完）
Author(s)	時井，真
Citation	知的財産法政策学研究，65，131-194
Issue Date	2022-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/87437
Type	departmental bulletin paper
File Information	65_04_Tokii.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

日本、中国、ドイツ、EPO及び米国における進歩性に関する裁判例の統計分析及び若干の理論上の問題について(9・完)

時井　真

序　論
第Ⅰ部　進歩性に関する若干の理論上の問題～進歩性の判断において、量的コントロール及び質的コントロールの要件を満たす唯一の理論というのは存在するであろうか？～
第１章　知的財産法の基礎理論と進歩性要件を結び付けて論じる機運の到来
第２章　具体的手法～二つの論点～
第３章　論点Ⅰ　発明者が実際には参照していない引用例の問題
第１節　文理解釈
第２節　法と経済学からの検討（以上54号）
第３節　自然権論からの検討（以上55号）
第４章　論点Ⅱ　有限的試験の概念（以上56号）
第Ⅱ部　進歩性に関する裁判例の統計的分析
第１章　米国（以上59号）
第２章　日本（以上60号及び61号）
第３章　ドイツ及びEPO（以上62号及び63号）
第４章　中国
第１節　はじめに－若干の従来の学説の確認と共に－
第２節　前提となる議論について
第３節　中国の人民法院における創造性判断の現況－統計による分析－
第４節　中国の人民法院における創造性判断の現況－三歩法からみた分析－
第５節　技術的貢献説との関係
第６節　結びに代えて－中国の創造性判断における若干の将来的展望と共に－
第Ⅲ部　最終結論及び若干の将来への課題
第１章　進歩性に関する裁判例の統計的分析による第Ⅰ部の仮説の立証
第２章　技術的貢献説の適用領域など（以上本号）

第Ⅱ部　進歩性に関する裁判例の統計的分析

第４章　中国

第１節　はじめに－若干の従来の学説の確認と共に－[1]

本章の目的の一つは、中国の人民法院における創造性[2]（日本の進歩性（非容易推考性）にほぼ相当）判断の現況を正確かつ多角的に把握することにある。創造性の条文上の根拠は、中国特許法22条３項（創造性とは、既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴及び顕著な進歩があり、当該実用新案に実質的特徴及び進歩があることを指す）である。そして、中国の審査指南は、日本の審査基準とは法的位置付けが異なり、裁判所（人民法院）の審理に対する法的拘束力を有している。すなわち、中華人民共和国行政法52条１項によれば、「人民法院における行政事件の審理は、法律及び行政法規、地方法規に基づく」と規定され[3]、さらに同法53条１項によれば、人民法院における行政事件の審理は、国務院の部及び委員会が法律及び国務院の行政規定、決定、命令に基づいて制定、発布された規章等を参照すると規定されている[4]。そして、中国の審査指

[1] 本稿の一部は、「中国における創造性判断の現況－米中における近時の進歩性判断の傾向と若干の将来的展望と共に－」AIPPI65巻10号14-29頁（2020年）として公刊したものであり、本稿は、その完全版である。

[2] 創造性の趣旨として代表的なものとしては、「創造性の適用には広狭様々なものが考えられ、厳格に運用すると優れた発明に特許を与えない結果となり、緩やかに運用すると大量の特許を生み出すことになる」（宋献涛「运用‘三步法’判断创造性的若干法律问题探讨－兼谈判断创造性的‘三大纪律八项注意’」中华全国专利代理人协会编「《专利法》第22条·创造性理论与实践：2011年专利审查与专利代理高端学术研讨会论文选编」（2012年、知识产权出版社）52頁）。こうした理念のレベルでは他国とあまり違いはない。

[3] 第五十二条　人民法院审理行政案件、以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。

[4] 第五十三条　人民法院审理行政案件、参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。

南は、国務院特許行政部門である国家知識産権局が制定した規章に該当する。そのために、人民法院は、その判断において審査指南を参照する義務が生じるのである。

そうであれば、中国の人民法院の創造性判断の現況を正確に把握するという本稿の目的を達する上で第一に参考とすべきものは、中国の審査指南において創造性がどのように規定されているかということになるだろう（専利審査指南第2部分第4章創造性。なお、現在の中国の審査指南（2019）の大枠を定めたのは、中国特許法の第三次改正（2009年10月1日施行）に伴い「専利審査指南2010」[5]として新たに公布され、2010年2月1日より施行された2010年の審査指南である。そこで本稿において単に審査指南と表記するときは、この2010年施行の審査指南をいう[6]）。そのような視点で審査指南を改めて概観すると、創造性の項目においては、数種類の判断手法が規定されているものの、専利審査指南第2部分第4章の冒頭（3.1 審査の原則 3.2.1.1）（下線は筆者で追加）において「3.2.1.1 判断手法」として記載されているのは、いわゆる三歩法である。ここで三歩法とは、概略としては、①最も近い先行技術を確定し、②発明の区別される特徴及び発明で実際に解決する技術的課題を確定する、③保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断するという判断手法であり（以下、「三歩法の一般論」という）[7]、文面上はEPOの定める課題解決アプローチに類似した判断基準である[8]。さらに、審査指南では三歩法につき「一般的な判断手法」（3.2 審査の基準）あるいは「通常は以下に挙げられる3つの手順に沿ってよいとする」（3.2.1.1 判断手

[5] 刊行物として、中華人民共和国国家知識産権局編「専利審査指南2010」（2014年、知识产权出版社）。また、本稿による審査指南の翻訳は、この「専利審査指南2010」による。

[6] 河野英仁『中国特許法と実務』（2014年、経済産業調査会）6頁。

[7] 中華人民共和国国家知識産権局編・前掲注5）192-193頁。

[8] 特に三歩法の第一ステップ（最も近い先行技術を確定）について、中国と欧州の違いを指摘する文献として、杨秀娟「发明创造性的审查原则与基准“判断创造性时存在的问题”」中华全国专利代理人协会编・前掲注2）334頁がある。最も近い先行技術の確定にあっては、中国は、技術領域をより重視し、欧州は技術効果をより重視する傾向があると指摘されている。

法）と表記しており、それ以外の判断手法については後に項目を改めて「4.いくつかの異なる類型の発明の進歩性判断」と定められている。こうした規定や表現に鑑みると、少なくとも審査指南の上では、三歩法が創造性判断の原則的手法として位置付けられているといえる。さらにここで、上述したように、中国では審査指南に裁判所に対する法的拘束力があることを考え合わせると、法文上は、中国の人民法院の創造性判断手法は目下、原則として三歩法であると判断してよいようにもみえる。

しかしその一方で、国家知識産権局が制定した規章である審査指南については、法律や行政法規のように人民法院の審理において「基づく」（同法52条１項）という規定ではなく、「参照する」（53条１項）と、敢えて一段階下がった表現が使われている。こうした中国の行政訴訟法の条文の規定ぶりを注視すると、人民法院における審決取消訴訟では、三歩法を参照する義務は生じても、審理の結果、三歩法とは異なる創造性の判断手法、ひいては審査指南に全く記載のない判断手法を用いてもよいということになる。現に中国の学説においても、三歩法は審査指南に規定されているものの、人民法院の創造性の判断は、三歩法とは異なること[9]、あるいは、厳密に三歩法に依拠しているわけではないといった趣旨の指摘が複数見受けられた[10]。

そうだとすると、中国の人民法院の創造性判断の現況を正確に把握するという本稿の主目的を達成するためには、各法令及び審査指南の規定、文言を分析するだけでは不十分であり、次の作業としてまずなすべき課題は、創造性に関する近時の裁判例を有意といえる件数だけ収集し、実際に各裁判例においてどのような創造性の判断手法が用いられているの

---

[9] 朱文广「发明创造性判断中的几个概念」中华全国专利代理人协会编・前掲注２）165頁。

[10] 石必胜『专利创造性判断研究』(2012年、知识产权出版社) 266頁。また、例えば、請求項発明がＡ＋Ｂ＋Ｃ＋Ｄ＋Ｅの組合せであるにもかかわらず、引用例がＤ1（Ａ＋Ｂ＋Ｃ）及びＤ2（Ｄ）であり、したがって引用例Ｄ1及びＤ2を組み合わせても請求項発明の特徴であるＥが出現しないときは三歩法に依らずに直ちに進歩性を否定してよいし、また、単なる数値の最適化であって予想外の効果がないときも三歩法を用いることなく進歩性を否定してよく、したがって三歩法は唯一の創造性の判断基準ではないという指摘がある（朱・前掲注９）165頁）。

か、逐一いくつかの類型に分類して、各類型ごとにその具体的数値を明らかにすることになろう。本稿は、このような問題意識に基づいて作成されたものである。併せて、第Ⅱ章全体を貫く問題意識である非容易推考説と技術的貢献説の対立軸についても、中国の人民法院の裁判例に即して概観してみたいと思う。

第２節　前提となる議論について

統計的分析に入る前に、中国では近時、創造性に関する議論が多数あることに鑑みて前提となる議論について確認しておきたい。中国では、特に2012年頃から、創造性に関する論考の公表が急増している。創造性に関する単行本のみならず、2012年及び2016年に公刊された、知識産権局の審査官や専利代理人（弁理士）を筆者とした創造性の論考集[11]では、合計で200本近い創造性に関する論考が収録されている。

そこで本節では、これらの論考をもとにして、創造性を構成する各条文上の文言や創造性の背景について若干の紹介をしておきたいと思う。

第１款　創造性という名称をめぐる議論

特許の有効性を判断する際、無効判断の対象としている発明（以下、出願中の発明も含めて「対象発明」あるいは「請求項発明」ということがある）に最も近い現有技術と差異があれば、当該対象発明には新規性があるとされる。このように対象発明と現有技術の間に相違点がある場合、名称は様々であるもののそれでもなお対象発明を無効とするか、引き続き第二の要件を検討する点においては、各国でほぼ同様の状況であり、第二の要件については、中国では「創造性」の判断と呼ばれている。しかし、中国特許法22条３項は、「創造性とは、既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴及び顕著な進歩があり、当該実用新案に実質的特徴及び進歩があることを指す」と規定している。多くの国では、第

[11] 中华全国专利代理人协会编・前掲注２）及び同編『《专利法》第22条和第23条的适用：2015年专利代理学术研讨会优秀论文集』(2016年、知识产权出版社)。

二の要件を価値中立的な言葉で「自明性」(obvious)と呼んでいるが、中国では1984年の特許法制定以来、一貫して[12]「創造性」と呼んでおり、第二の要件をより積極的に意味付けしている。これが中国の特許法の特徴の一つである。すなわち、「創造性」という名称には、その文言自体に優れた発明という意味を包含し、少なくとも文言上は、他国の自明性というより積極的な意味が込められている[13][14]。さらに、創造性という名称を選択した理由には、研究者を社会にとって有益である、すなわち有益な効果を生み出すという視点から出発して科学技術を発展させ、同時に、このような規定は、対象発明が特許権を付与されるのに十分なものであるか評価するためにも用いられうるとされている[15]。

もっとも近時、多くの論文では、「創造性」という名称を改正する必要がある旨が指摘されている。すなわち、例えば、現代中国語辞典では、創造性の「創造」は、新しい方法を思い付く、新しい理論を構築する、新しい成果や物を作ることと注釈している。ここで「性」とは、「人や物が持っている形質、能力、効果」を意味する。ちなみに「新規」とは「新しくて特徴的な」という意味である。これらの文字通りの解釈によれば、「創造性」の意味が新規性と区別されず、いずれも（優れたものという）同一方向性にある意味を持っていることになる。そうすると、現在の特許法の創造性という名称自体が不適切であり、その名称を「非自明

[12]「中国特許法は、1984年の制定以来３回の改正を経ているものの、創造性に関する文言については、一貫して変更されていない。もっとも、『専利審査指南2010』では、創造性に関する審査について何か所も改正を加えている」（徐方明＝傅暁亮「非显而易见性的含义及其判断标准的演变」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)517頁。

[13] 黄道许「网眼的尺寸－多角度探究《专利法》第二十二条第三款的立法宗旨」中华全国专利代理人协会编・前掲注２) 420-421頁。

[14]「すなわち、創造性の条項については、中国の立法者は、他国に比して高いレベルを要求しているといえる。すなわち、創造性という用語には、他国のように単に自明性を求めるのみならず、中国特有の有益な効果を備える必要があるという意味が込められている。すなわち、対象発明に優れた点が全くない場合は、かえって特許の存在は障害になるので、創造性がないことを理由に申請を却下すべきである」（黄・前掲注13)420～421頁)。

[15] 黄・前掲注13)420～421頁。

性」に改正することを提案する論考もある[16]。さらに、「創造」という文字通りの意味に該当しない発明の実態は、22条4項の実用性も具備していないことが多い。このことから、議論の中心は、単に「創造性」という名称の変更の適否のみならず、「本件発明は、顕著な実体的特徴を有し、かつ、顕著な進歩性を有する」という条文の文言を具体的にどのような方法で判断すべきかにも焦点があてられているように思われる。この点の詳細は、後述する。

第2款　創造性の趣旨について[17]

特許制度の目的について、代表的な論文では、「近代特許制度は、他の

---

[16] 唐晓峰「浅评中国发明创造性的判断方法以及对《专利法》第22条第3款的修改启示」中华全国专利代理人协会编・前掲注2)796～797頁。

[17] 前提として、新規性の判断の後の第二の判断として、創造性(進歩性)の判断を行うことは日中で共通している。もし対象発明に新規性がないようであれば、創造性(進歩性)を判断する必要はない。(2014)高行(知)終字第2588号は、このような趣旨を明らかにしている。当該裁判例では、「本院の判断によれば、本件の問題の核心は、請求項発明1が新規性を具備しているかどうかである。特許法22条2項に規定されている新規性は、当該発明又は実用新案が既存の技術に属さないこと、いかなる部門又は個人も同様の発明又は実用新案について、出願日以前に国務院専利行政部門に出願しておらず、かつ出願日以降に公開された特許出願文書又は公告の特許文書において記載されていないことを指す。対象特許の出願日より前に同様の発明や実用新案がなかったことや、国内外の出版物に発明が公表されていなかったことを意味する。もし引用例が本発明の技術的解決策を開示しており、引用例が本発明と同一の技術的課題を客観的に解決し、本発明と同一の技術的効果を客観的に達成している場合には、本発明は新規性を有しない。本願の請求項1は、引用例1に開示されているデュアルスロットル空気調和機の保護を主張するものであり、凝縮器と蒸発器との間の管上の引用例1のキャピラリ管6、7は、凝縮器と蒸発器との間の送達管上の本願の請求項1の第1のスロットル装置4、第2のスロットル装置5に相当するものであり、凝縮器と蒸発器との間の送達管上の引用例1のキャピラリ管6、7は、凝縮器と蒸発器との間の送達管上の第1のスロットル装置4、第2のスロットル装置5に相当する。本願明細書1ページの最後の段落3には、『第1のスロットリング装置は、凝縮器と第2のスロ

当業者が解決できない技術的な問題を解決した者に一定期間の独占権を与えることで、発明や創作を奨励し、利益を得ることで、より多くの人々の発明や創作を奨励し、社会の発展を促進するために創設された。また、創造性については、相対的な概念であり、厳格にすぎる基準は、優良な発明の特許化を阻害する一方で、緩やかな基準は、必然的に問題を含む特許を大量に生産する。」と述べられている[18] [19]。

ットリング装置との間の送達管の任意の位置に設けられてもよく、第2のスロットリング装置はまた、第1のスロットリング装置と蒸発器との間の送達管の任意の位置に設けられてもよい』と記録されており、明細書4ページの段落3には、『第1のスロットリング装置4は、凝縮器3と第2のスロットリング装置5との間のパイプライン上の任意の位置に設けられてもよい』と記載されており、明細書の4ページ4段落目には、『第2のスロットリング装置……も、第1のスロットリング装置と蒸発器との間のパイプライン上に設けられてもよい』と記載されている。以上のことから、第1のスロットリング装置と第2のスロットリング装置との間の距離とは無関係に、第1のスロットリング装置と第2のスロットリング装置とを設定することにより、技術的課題(遊技機の消費電力を低減し、エネルギー効率率を向上させること)を解決することができることが明らかである。

また、比較文献1における遮断弁5が閉じられているとき(すなわち、冷蔵時)には、空気調和機における凝縮器と蒸発器との間の管路には、2つの毛細管6、7が設けられており、この2つの毛細管が設けられているため、引用例1における冷却時に凝縮器から出てくる冷媒も、凝縮器と蒸発器との間の管路に液状のままであるため、圧縮機によって排出される気体状の冷媒も、より多くの空間を有することになる。まとめると、引用例1には、請求項1の技術的特徴が全て開示されており、同一技術分野の技術的課題、すなわちエネルギー効率率の向上を解決することができ、同様の所望の効果を得ることができる。原判決及び第57896号決定は正しく、法に基づいて当裁判所は支持する。恒兆公司は、本件特許請求項1が新規性を有しないとの前提の下では、他の従属項も新規性や創造性を備えないものと認めており、本院もその見解に異議はない」としている。

[18] 田宁「创造性判断中的整体把握因素」中华全国专利代理人协会编・前掲注2)29頁。黄・前掲注13)419頁もほぼ同様の指摘をしている。これらの文献は、「付与の閾値が低すぎると、問題のある特許が多数発生し、『科学技術の進歩と経済発展の促進』に反する」と指摘している。

[19]「対象発明と引用例がどの程度違えば創造性があるのかという判断も主観的な要因の影響を受けやすいため、発明性の判断には広い評価の余地があり、厳格すぎ

第３款　創造性の判断の順序

筆者の経験によれば、創造性の判断の難易と同様に、引用発明と対象発明の一致点・相違点の判断もまた難しい判断である。また、相違点が多くなればなるほど創造性が問題となり、各相違点で創造性のハードルを越えなければ特許権を取得できないことになる。その意味では、一致点・相違点の認定は、特許権の付与率・有効率にも影響を与えうるものである。したがって、一致点・相違点の認定は、実務上、一大争点の一つであると考えられる。

創造性の判断の基礎になりうる引用例は、一般的には三種類であり、中国国内あるいは国外における特許文献、あるいは非特許文献であって、実際は、中国国内の特許文献であることが多い。

もっとも、産業分野によっては、中国国内の特許文献だけでは問題がある場合がある。代表的なものはビジネス方法に関するソフトウェアである。ビジネス方法に関するソフトウェアについては、中国はかつて国内産業の保護主義を採用しており、国内で公開されている特許文献が非常に少ない。そのため、「以前からビジネス方法ソフトウェアの保護を中国は排除する傾向があり、その結果、特許文献が非常に少ないため、特許文献の検索だけでは、この分野の先行技術の状況を正確に反映することができない。非特許技術文献は非常に重要であり、既存のビジネス方法文献の多くは技術文献には記録されていないため、ビジネス方法に関する先行技術の正確な検索は、技術文献だけでなく、金融文献やビジネス文献も検索することを要する」[20]という指摘もある。インターネット技術やソフトウェア技術の発展に伴い、これらの技術を利用した発明に特許を付与すべきかどうかという問題が世界的に重要な争点の一つになっていることは注目に値する[21]。例えば、消費者が実店舗のショッピングカートに商品を入れてレジで購入

る創造性の運用は優れた発明の特許化を阻害し、緩やかすぎる創造性の運用は、問題のある特許の大量取得に繋がる」。宋・前掲注２)52頁。

[20] 张平「论商业方法软件专利保护的创造性标准－美、日、欧三方专利审查之比较」知识产权第十三卷总第七十三期28頁(2003年)。

[21] 来栖和則「日本における発明の定義規定の解釈の変遷と現在の運用」パテント62巻１号38頁(2009年)。

するビジネスモデルは、よくみられるものであるが、これをインターネット上に移行しただけのビジネスモデル、すなわち、消費者がウェブサイト上の商品を選択してクリックしてショッピングカートに入れ、クレジットカードで支払うという従来のビジネスモデルの再現には特許性がないように思われる[22]。同様の指摘は、アメリカのBilski事件でもなされている。本件は、厳密には、103条（自明性）ではなく、101条の事件であり、本判決では対象発明が抽象的なアイデアであることを理由に101条[23]に該当しないと判示し[24] [25]特許性を否定している。対象発明のクレームで

[22] 西美友加「抽象的なアイディアゆえ､特許の対象とならないと判断した連邦最高裁判所Bilski判決」知財管理60巻11号1885頁（2010年）では、連邦最高裁のビジネスモデルの特許性を判断するためのガイドラインの一つに、抽象的なアイデアが特定の技術分野に限定されていても、あるいはその代わりに、問題の解決に名目的な要素が付加されていても、それは特許の対象にはなりえないと指摘している。

[23] 35 U.S.C. 101：特許を受けることができる発明。

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。

[24] 判決では以下のように指摘している。「裁判所は、最高裁の過去の判決は、抽象性と具体性の両極のケースを表すものであるため、指針としての有用性は限定的であると結論付けた。しかし、それにもかかわらず、法的な審査基準は、それらから抽出することができた。クレームされたプロセスは、以下の場合には、確実に101条の下で特許適格性がある。(1)それが特定の機械や装置に結び付けられている場合、又は(2)それが特定の物品を別の状態や物に変容させる場合である。特許適格性三大事件（Benson、Flook、Diehr）がこの基準を支持していただけでなく、裁判所は、19世紀に遡る初期の最高裁判例もこの基準を支持していたと説明した。」(In re Bilski, 545 F.3d 943 (Fed. Cir. 2008) (en banc)).

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－In re Bilski, 545 F.3d 943 (Fed. Cir. 2008) (en banc)」知財権フォーラム76号５頁（2009年）は、本判決の評釈である。そこでは、原理が基本的かどうかといった抽象的な判断については、本事例では機械・変換テストを用いているが、その「デバイスとの関係」の範囲、「意味のある過程」の範囲、「変換」の対象の範囲などは、新たな議論の課題を提起していると指摘している。

機械・変換テストの基準は、本研究における中国のソフトウェア関連発明を検討する際の基準と類似している可能性があり、ソフトウェアによる情報処理はハ

は、経済学の初期段階でも説明されている、長く親しまれてきた経済学の基礎的な手法である「ヘッジ」という概念を用いている[26]。本文脈との関係で注目すべきは、Mayer判事の反対意見であり、「ビジネス方法特許を悩ませているもう一つの重要な問題は、全体的に質が低い傾向にあることである。ビジネス方法特許の質の低さの理由の一つは、容易に入手可能な先行技術比較資料の不足にある。ステートストリート以前はビジネス方法は特許にならなかったため、現在では審査官が利用できる特許関連の先行技術（引用例）はほとんどない」と指摘されている。この問題が101条の下で検討されるのか、自明性の下で検討されるのかは議論があるが、単純なビジネスモデル特許の付与を妨げるような適切な引用例は数少ないという問題は米中で共通しているように思われる[27]。

第4款　突出した実質的特徴及び顕著な進歩の要件について

前述のように、中国特許法22条3項では、「創造性とは、既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴及び顕著な進歩があり、当該実用新案に実質的特徴及び進歩があることを指す。」とされている。ここで最

ードウェア資源で具体的に実施されるものであればソフトウェアは「発明」とされる点である。ほかに装置変換テストに関する文献として、竹中俊子「米国特許法における診断方法に対するクレームの特許保護適格性：Bilski大法廷判決の影響と実務的対策」AIPPI55巻4号（2010年）。

[25] 35 U.S.C. 101

"Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefor, subject to the conditions and requirements of this title."

[26] 河野英仁「Bilski最高裁判決後の保護適格性判断～記録媒体クレームに対する判断～米国特許裁判例紹介（第52回）Cybersource Corp. v Retail Decisions, Inc.」知財ぷりずむ110号98頁（2011年）。同旨・同「Bilski最高裁判決後の保護適格性判断手法」AIPP57巻1号45頁（2012年）。

[27] Bilski判決以降のビジネス方法特許モデルの特許適格性を詳細に解説するものとして、小宮山展隆＝小栗久典「Bilski vs. Kappos 連邦最高裁判決について」知財研フォーラム84号22頁以下（2011年）がある。

も重要な判断の要素は、既存の技術と比べて当該発明の突出した実質的特徴及び顕著な進歩の内容である。

“突出”か“顕著”かは、程度の問題でしかない。すなわち、「『突出』という言葉は、発明特許と実用新案特許に要求される重要性の程度の違いを示しており、『顕著』という言葉は、発明特許と実用新案特許に要求される進歩性の程度の違いを示している」ということである[28]。

1 「突出した実質的特徴」の要件について

三歩法は、中国特許法における発明性の判断方法として最もよく知られている方法である。三歩法は、審査指南では、第2部分第4章3.2.1で、「既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴」と判断するための具体的な方法であると規定されている（審査指南では、三歩法は「顕著な進歩」の具体的な要素ではなく、「既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴」の下位基準であることに留意すべきである)。一方、「顕著な進歩」の要件の詳細な基準は、3.2.2（後述）に定められている。

三歩法は、中国の創造性判断の最も代表的な手法であるから、項を改めて後述する。

2 「顕著な進歩」の要件について

前述したように、中国特許法22条3項では、「創造性とは、既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴及び顕著な進歩があり、当該実用新案に実質的特徴及び進歩があることを指す」と規定されている。

審査指南第2部分第4章3.2.2によれば、「顕著な進歩」があるかどうかの判断基準は、発明に有益な技術的効果があるかどうかが主な基準とされており、審査指南では、技術的効果がある場合を四つ挙げている[29]。

---

[28] 尹新天『中国专利法详解(缩编版)』(2012年・知识产权出版社)19頁。

[29] 専利審査指南第2部分第4章3.2.2 顕著な進歩の判断
特許ガイド 3.2.2 著しい改善の判断

もっとも、裁判例では、有益な技術的効果は、実際には「突出した実質的特徴」の要件で検討されており、「顕著な進歩」の要件は実質的に機能していないことを理由に立法から削除すべきであるという議論も見受けられる[30]（しかし、本研究の結果によれば、ドイツで1978年の技術革新要

(1) 本発明が、先行技術と比較して、より優れた技術的効果、例えば、品質の向上、歩留まりの向上、省エネルギー、環境汚染の防止等を有する場合。
(2) 本発明が、先行技術の水準に実質的に達することができる別の技術的観念の技術的解決策を提供するものであり、その技術的効果は、先行技術の水準に実質的に達することができるものである場合。
(3) 本発明が、新たな技術動向を示すものである場合。
(4) 本発明が、いくつかの側面では否定的な効果を有するが、他の側面では明らかに肯定的な技術的効果を有する場合。

[30]「筆者の見解では、特許法22条の『著しい進歩』の要件は不要である。専利審査指南2010に記載されている発明性の判断のための三歩法によれば、発明が『突出した実質的特徴』を有するかどうかを判断するための前提条件は、先行技術との関係で『有益な技術的効果』を有することである。つまり、『顕著な進歩』の判断は、既に専利審査指南の『突出した実質的特徴』の要件の対象となっている（曹瑾「中、美、欧創造性判断之比較与思考」中华全国专利代理人协会编・前掲注２）507頁)」。

「専利審査指南2010では、『発明の顕著な進歩』の要件が希薄化され、先行技術に対する実質的な進歩を必要としなくなったが、再解釈された『先行技術と比較して有益な技術的効果をもたらすことができる発明』という概念は、文字通りの『顕著な進歩』の意味とは全く異なるものとなり、進歩性の必要条件としての意味を失っている。『突出した実質的特徴』が創造性によって判断されるのであれば、『顕著な進歩性』はもはや審査実務において意味をなさない。最後に、本研究における中国特許法における発明性の定義の起源は、主にドイツの経験に基づいている。ドイツ語で発明性を表す言葉はErfindungshöheであり、それ自体が『高い』という意味を持っており、本研究の時点での中国の一定の発明性の理解と一致している。我々の先駆者によれば、当時、知識産権局は立法案で非自明性の基準を採用することを提案したが、全国人民代表大会常務委員会では採用されなかった。しかし、長年の特許実務を経て、現在では、中国人は非自明性の意味を非常に明確に理解しており、改正の時期が熟している（唐・前掲注16)800-801頁)」。「特許審査や特許審判の実務では、多くの判決は、顕著な進歩の有無ではなく、進歩性判断に『突出した実質的特徴』があるかどうかだけを分析している（石・前掲注

件が廃止された後も、ドイツ特許庁や欧州特許庁の判決には技術的貢献度の判断があることがある。詳細は、前号（63号）と前々号（62号）の「第３章ドイツ及びEPO」編で紹介したとおりである)。

第３節　中国の人民法院における創造性判断の現況－統計による分析－

第１款　研究手法及び裁判例の分類手法について

１　検討年度の選択理由について

筆者は、2004年、2014年及び2017年の３か年を選択し、日独米中及びEPOの進歩性判断の比較研究を進めている(注釈に、この３か年の選択理

---

10)48頁)」。

「外国の立法をみると、ほとんどの国では技術的進歩性を発明性の必要条件としていないようであり、欧州特許条約56条の発明性の定義は、技術進歩を特許性の条件としていない。このように、市場に出回っている製品に関する技術的進歩は創造性の根拠になるかもしれないが、最も近い先行技術に基づく創造性の分析に代わるものではない。米国特許法103条における特許発明性の条件は非自明性であり、米国の非自明性の判断方法は技術的進歩性の有無を別途規定していない。日本の審査基準は、有用な技術的効果がある場合には、発明の判断において考慮すべきであると規定している。しかし、有益な技術的効果にかかわらず、当業者が容易に発明出願を行うことができる場合には、引用発明にかかる発明出願の有益な技術的効果が、当業者が先行技術に基づいて予想することができないほど顕著である場合を除き、発明性がないと認められるべきである。また、中華人民共和国特許法22条１項によれば、発明及び実用新案は、新規性、進歩性及び実用性をもって付与されなければならず、実用性とは、発明又は実用新案出願の主題が産業界で製造又は使用することができ、プラスの効果をもたらすことができることを意味し、プラスの効果が特許の実用条件に既に規定されている場合には、発明条件に『進歩』又は『顕著な進歩』の要素を規定する必要はないと考えられる(石・前掲注10)48-51頁)。本研究の知見は、いくつかの示唆に富んだ内容で簡潔にまとめることができる。

立法府にとっての主な示唆は、まず、特許法を改正して、発明の進歩性の要件から『顕著な進歩』を削除することである(石・前掲注10)360頁)」。

由を記載する)[31]ところ、上記のように、2019年施行の新しい審査指南の大枠を定めた審査指南は、中国特許法の第三次改正（2009年10月１日施行）に伴い「専利審査指南2010」として新たに公布され、2010年２月１日より施行されたものである。そこで今回は、2010年施行後の裁判例である2014年と2017年を主に統計分析の対象としたい。この２か年に限っても、分析を加えた中国の人民法院の裁判例数は、300件を超えることから、統計的にも有意義な数量と考えた。なお、参考値として2004年のデータも掲載する。

裁判例の抽出には北大法宝[32]のデータベースを使用し、キーワードを“显而易见”（容易想到）として検索された裁判例を分析対象とした。

2　裁判例分類の方針（各類型の定義）

上記のような方法で検討の対象とする裁判例を選び出した上で、当該事件で複数の請求項発明の有効性が検討され、その一部のみを有効としその他の部分を無効としているものについては、以下の方針で分類した。まず、多数項従属クレームで構成される事件については原則として先頭の独立クレームの判断手法と結論を事件全体の結論とする方針とし、クレーム間に優劣がないと認められる事件については複数のクレームに共通する判断手法と結論を事件全体の結論として扱うことにした。それ以外の事件については、判決で最も分量を割いているクレームや創造性に対する当該裁判所の考え方が明確なクレームにおける判決の判断手法と結論を当該事件全体の判断とした。

---

[31] 当初、1994年、2004年及び2014年の10年周期で各司法管轄区域の進歩性に関する裁判例を分析する予定であったが、1994年の中国の特許訴訟に関する裁判例は、一般公開に制限があり、他の司法管轄領域に比して、統計上有意といえるだけの数を通常の方法では収集できなかったこと及び直近のデータを分析する目的により、1994年に代えて2017年を分析することにした（時井真「米国特許法におけるObvious to tryの概念－中国特許法における有限的試験の概念との連続性と共に－」AIPPI65巻２号27頁（2020年））。

[32] http://www.pkulaw.cn/（2019年８月23日アクセス）。

3　裁判例の分類方法について

上記のような方法で裁判例を抽出したのち、各裁判例を、以下の説明により定義される各類型ごとに分類した。

(1) 第1類型の定義－三歩法とほぼ一致する判断手法

上記のように三歩法とは、概略としては、①最も近い先行技術を確定し、②発明の区別される特徴及び発明で実際に解決する技術的課題を確定する、③保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断するという判断手法であることから、判決文の規範の部分（一般論）において、三歩法の一般論をそのまま引用する裁判例は、あてはめの仕方の如何を問わず、全て三歩法とほぼ一致する判断手法と分類することにした。逆に、裁判例の規範の部分において、そのような三歩法の一般論の記載がない裁判例は全て、第2類型以下と分類することにした。このことは、第2類型以下の全ての類型に共通する定義であることから、以下の類型では逐一の説明を省略したい。

(2) 第2類型（従来型）及び第3類型（論理型）の定義

日本においては、その当時においても必ずしも全ての裁判例が以下のような手法を採用していたわけではないものの[33]、知財高裁発足直後の2004年から2006年にかけては特に、主引用例を認定し、主引用例と請求項発明との相違点を埋める副引用例等（技術常識を含む）を認定し、この両者を組み合わせることによって請求項発明の構成要件要素が各引用例に開示されていることのみをもって直ちに容易想到と結論付ける裁判例が多数を占めていた[34]。換言すれば、これらの各引用例を組み合わせる動機をほとんど検討せずに請求項発明の各構成要素が主引用例や各副引用例等に

[33] 清水節「裁判官から見た進歩性」飯村敏明先生退官記念『現代知的財産法』(2015年、発明推進協会) 390頁。

[34] 時井真「進歩性(1)－引用文献における示唆等の必要性［回路用接続部材事件］」『特許判例百選［第5版］』(2019年、有斐閣) 133頁。

開示されていることのみをもって進歩性なしとする判断手法である。そこで、人民法院の裁判例でもほとんど動機付けを検討せずに創造性なしとの結論を導く判決を、「従来型」と表記し、もって第2類型の定義とした。

一方、日本では、2009年の知財高判平成21.1.28平成20(行ケ)10096［回路用接続部材］を代表的な判決として、従来のように、単に請求項発明の構成要素が各引用例に開示されていることのみならず、それらを結び付ける動機付けの論理まで厳格に検討する判決が増加し[35]、従来型を追い越して進歩性判断の主役となったこと[36]から、こうした判決の特徴を捉えて動機付けを重視する判決を論理型（第3類型の定義）と命名した[37]。そこで人民法院の裁判例でも、三歩法の一般論を記載せずに動機付けを詳細に検討している裁判例を第3類型に分類した。

(3) 第4類型　その他（設計的事項等)、第5類型　発明要旨認定の誤り、第6類型　その他の定義

「第4類型　その他（設計的事項等)」とは、上記方法で検索された人民法院の裁判例の具体的な事例の解決（あてはめ）の部分の判断手法が、日本の審査基準第Ⅲ部第2章第2節 進歩性 3.1.2 動機付け以外に進歩性

[35] 平成21年の回路用接続部材判決より前の2006年に東京地裁及び大阪地裁において特許権非侵害とした判決のうち、特許無効を理由とする判決の85％が進歩性欠如によるものであったため、米国のTSMテスト等を例に進歩性判断の後知恵防止の必要性が強調されており、特許無効率の引下げの必要性が謳われていた(飯村敏明「特許訴訟における進歩性の判断について」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『特許法の日米比較』(2009年、商事法務) 192-193頁、その評価として田村善之「考察・知財高裁」『現代知的財産法』(2015年、発明推進協会) 33頁)。

[36] 時井真「進歩性判断の現況とその応用可能性(2・完)」知的財産法政策学研究42号217頁 (2013年)。

[37] 従来型を前提とした上で、さらにもう1ステップ加重し、「実際の発明過程とは無関係に、主引用例から出発して対象発明までの到達する思考回路として仮想的に呈示された動機付けの論証が合理的か、自明といえるような点以外は証拠によって認定できるか」といった視点をも重視して進歩性の有無を判断する進歩性の判断手法をいう(時井・前掲注36)211頁)。

が否定される方向に働く要素「(1)設計変更等」[38]に該当するものをいう。なお付言するに、裁判例の規範の部分について三歩法の一般論を記載せず、一方で、具体の事案の解決（あてはめ）の部分で、第2類型（従来型）あるいは第3類型（論理型）で創造性を否定しかつ第4類型（設計的事項）でも創造性を否定するという判決があった場合、いずれの類型に分類するかという論点が生じうるが、こと上記方法で検索された人民法院の裁判例の限りではそのような判決は見受けられなかったため、各類型への分類は客観性が担保されているものと考えた。

その他、「第5類型　発明要旨認定の誤り」とは、具体的な創造性の判断に入る以前に、請求項発明のクレーム解釈（発明の要旨認定）に誤りがあることを理由に原審を破棄した判決を指し、「第6類型　その他」とは、上記第1類型から第5類型のいずれにも分類されない裁判例をいう。

4　中国の人民法院における創造性判断の現況－統計による分析－

以上の研究手法及び各類型の定義に従って、人民法院の裁判例を整理するとその結果は、下記のとおりであった。

【図表1】中国の人民法院における創造性判断の現況

裁判例の類型	2017年	2014年	2004年（参考値）
第1類型　三歩法とほぼ一致する判断手法	90[59.6%]	95[63.0%]	1
第2類型　引用例で開示されている技術的事項のみを組み合わせて容易想到とするもの（従来型）	10	8	3
第3類型　従来型に加えて請求項発明に至る論理が検討されている裁判例（論理型）	21[13.9%]	32[21.2%]	6
第4類型　その他（設計的事項等）	5	12	3
第5類型　発明要旨認定の誤り	16	4	4
第6類型　その他	9	0	0
総計	151	151	17

[38] 具体的には「(ⅰ)一定の課題を解決するための公知材料の中からの最適材料の選択」「(ⅱ)一定の課題を解決するための数値範囲の最適化又は好適化」「(ⅲ)一定の課題を解決するための均等物による置換」「(ⅳ)一定の課題を解決するための技術の具体的適用に伴う設計変更や設計的事項の採用」をいう。

図表によれば、2014年も2017年も、人民法院の裁判例における創造性判断手法の首位は、いずれの年も、「第１類型　三歩法とほぼ一致する判断手法」であり、具体的には、第１類型の割合は、2017年で全体の59.6%であり、2014年で全体の63.0%であった。

「第１類型　三歩法とほぼ一致する判断手法」が両年で約６割という数値は、「第１節　はじめに」で紹介した、人民法院の創造性の判断手法は、厳密に三歩法に依拠しているわけではないといった趣旨の中国の学説[39]を実証分析により裏付けるものといえよう。

しかしその一方で、「第１類型　三歩法とほぼ一致する判断手法」は、2014年においても2017年においても、数値の上では各年の次位の第３類型とは拮抗しておらず、裁判例全体からみたときに、次位以下に大差を付けた首位を占める判断手法である。したがって、三歩法は、中国の創造性判断の現況を明らかにする上で必ず言及し、分析すべき判断手法といえよう[40]。

---

[39] 石・前掲注10)266頁。また例えば、請求項発明がＡ＋Ｂ＋Ｃ＋Ｄ＋Ｅの組合せであるにもかかわらず、引用例がＤ1（Ａ＋Ｂ＋Ｃ）及びＤ2（Ｄ）であり、したがって引用例Ｄ1及びＤ2を組み合わせても請求項発明の特徴であるＥが出現しないときは三歩法に依らずに直ちに進歩性を否定してよいし、また、単なる数値の最適化であって予想外の効果がないときも三歩法を用いることなく進歩性を否定してよく、したがって三歩法は唯一の創造性の判断基準ではないという指摘がある（朱・前掲注９）165頁)。

[40] 裁判例においては、規範として三歩法の規範を引用する事案が多い。例えば、2014年の判決に限っても以下のような裁判例がある（(2014)高行終字第1536号、(2014)高行終字第1667号、(2014)高行(知)終字第3634号、(2014)知行字第97号、(2014)高行終字第1525号、(2014)高行終字第1522号、(2014)高行(知)終字第2934号、(2014)高行(知)終字第3397号、(2014)高行終字第2086号、(2014)高行終字第1794号、(2014)高行終字第1417号、(2014)高行終字第1954号、(2014)高行終字第1213号、(2014)高行終字第1207号、(2014)高行終字第373号、(2014)高行終字第1293号、(2014)高行終字第1406号、(2014)高行終字第452号、(2014)高行終字第496号、(2014)高行終字第1411号、(2014)高行終字第1277号、(2014)高行終字第427号、(2014)高行終字第1274号、(2014)高行終字第966号、(2014)高行終字第1121号、(2014)高行終字第970号、(2014)高行終字第369号、(2014)高行終字第145号、(2014)高行終字第436号、(2014)高行終字第56号、(2013)一中知行初字第3173号、(2014)知

行字第６号、(2014)高行(知)終字第3466号、(2014)高行終字第1903号、(2014)高行終字第1757号、(2014)高行終字第1474号、(2014)高行終字第1959号、(2014)高行終字第1234号、(2014)高行終字第1047号、(2014)高行終字第806号、(2014)高行終字第1209号、(2014)高行終字第1046号、(2014)高行終字第354号、(2012)高行終字第1909号、(2014)高行(知)終字第2704号)。例えば、(2014)高行終字第1536号は最も典型的な事案であり、三歩法とほぼ同じ規範を裁判例で引用する。具体的には、①最も近い先行技術を確定し、②発明の区別される特徴及び発明で実際に解決する技術的課題を確定する、③保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断するという判断手法である。「本発明によって実際に解決された技術的課題」は、必ずしも「明細書に記載された技術的課題」と同じではなく、通常、明細書に記録された技術的特徴の結果として本発明によって達成された技術的効果に基づいて決定されるものであり、本発明によって実際に解決された技術的課題は、明細書に記載された技術的課題とは異なる。なお、最高人民法院は、「中華人民共和国特許法(以下『特許法』という)22条１項の規定により、特許出願された発明及び実用新案の創造性が特許権付与の必要条件の一つとされている。保護のために請求された発明が創造性を有するかどうかを判断することは、先行技術との関連で当業者にとって自明であるかどうかを判断することである。この判断では、記載された技術的問題に直面したときに、当業者であれば、最も近い先行技術を改良し、保護のために請求された発明を得ることを動機付けるような、先行技術全体に何らかの示唆があるかどうかが判断される。先行技術にそのような技術的示唆が存在しない場合、本発明は非自明であり、容易に想到できる。すなわち進歩的である」(行政裁定書(2014)知行字第６号)としている。

(注：当該最高裁判決のように、特許法22条３項の創造性の目的を記載し、その上で現有技術に、技術的問題を解決する示唆があるかどうかを審理する裁判例は多い。例えば、(2014)高行終字第1522号では以下のように述べている。「2001年の特許法22条３項では、『発明の創造性とは、出願日以前に存在した技術と比較して、発明に突出した実質的特徴と顕著な進歩があり、実用新案に実質的特徴と進歩を有することをいう』と規定されている。本発明又は実用新案が当業者にとって自明であるかどうかを判断するためには、先行技術全体に何らかの技術的示唆があるかどうか、すなわち、先行技術が、本発明又は実用新案の技術的特徴を最も近い先行技術に与えているかどうかを判断する必要がある。先行技術全体に何らかの技術的示唆があるかどうか、すなわち、その技術的問題を解決するために本発明又は実用新案の区別される特徴を最も近い先行技術に適用するための示唆が先行技術にあるかどうかという問題であり、その示唆によって当業者が対応する技術的問題に直面したときに、最も近い先行技術を改良して特許発明又は実用新案

そこで本稿は、次なる課題として、中国の代表的な注釈書や裁判例、学説等を参照しつつ、改めて三歩法とは具体的にどのような判断手法であるのかを紹介し(以下の第4節第1款)、その上で実際の三歩法の適用事例はどのようなものであるか(以下の第4節第2-4款)、さらに目下、中国では三歩法についてどのような議論がなされているのか(以下の第4節第5款)等について順次紹介、分析するという作業が中国の創造性判断の現況を明らかにする上で必須の作業と考えた。以上の理由により、次節以下では、首位の判断手法である三歩法に焦点をあてて論じていくことにしたい。

第4節　中国の人民法院における創造性判断の現況－三歩法からみた分析－

第1款　三歩法の紹介－代表的な中国の注釈書や裁判例から－

前述のように、創造性の条文上の根拠は、中国特許法22条3項である

を取得しようとする動機付けとなったかどうかという問題である」)。

また、三歩法は、規定は簡単であるが、その適用方法が機械的すぎる場合があることを指摘する論文もある(周淑娟「谈现有技术的启示在创造性判断过程中的作用」中华全国专利代理人协会编・前掲注2)217頁によれば、「しかし、目下の審査意見通知書からみる、審査員の三歩法に対する運用は機械的すぎることがある。無視できない問題は、異なる引用例の組合せによって対象発明の構成が確かにカバーされているものの、当業者にとって現有技術中にこのような組合せを形成する示唆があり、それによって対象発明が実際に解決する技術的問題を解決する示唆があるかどうかということである」と指摘されている)。さらに三歩法については、判断者によって異なる適用になりやすい旨も指摘されている(王新力「由几个典型案例浅析评价发明专利申请创造性时的判断标准」中华全国专利代理人协会编・前掲注2)131頁、田・前掲注18)29頁、李向冈「也谈用“三步法”判断创造性时存在的问题」中华全国专利代理人协会编・前掲注2)770頁)。三歩法を用いた事例を詳細に分析すると、規範定立の部分においては三歩法のステップを明示するものの、事案の判断(あてはめ)の部分では、全く課題を認定せずに創造性の有無に関する結論に到達しているものもある。

本節第2款において詳述するが、事案の判断(あてはめ)でも、課題を認定し三歩法に忠実に従っている事案(狭義の三歩法)と、規範定立では三歩法を定立するものの事案の判断(あてはめ)では課題を認定せずに結論に至る事案がある。

が、三歩法は、同項の「既存の技術と比べて当該発明に突出した実質的特徴」に関する基準であると考えられる[41]。三歩法の標準的なステップは、以下のとおりである。

1　最も近い先行技術を確定する[第1ステップ]

最も近い先行技術の確定については、その一般論を述べた最高人民法院の裁判例がある（(2014) 知行字第84号)。当該裁判例では、第1ステップを一般論として以下のように述べている。「従来技術を（請求項発明と）最も近い引用例として使用できるかどうかについては、その従来技術が属する分野、解決すべき課題、技術的効果あるいは用途、当該従来技術が（請求項発明の）効果を実現できるかどうか、そして請求項発明の技術的特徴をどの程度公開しているかといった点から判断される。もし当該従来技術と請求項発明の技術分野が同一であり、請求項発明の技術的特徴を最も多く併有している場合、あるいは、当該従来技術と請求項発明の技術分野は違うものの、当該従来技術が請求項発明の効果を実現しておりかつ請求項発明の技術的特徴を最も多く併有している場合は、いずれも最も近い従来技術として請求項発明の創造性判断の基礎としうる。また、技術分野の確定にあたっては、クレームによって限定される内容を判断の基礎とした上で、一般的には発明の名称や当該発明が実現する技術的効果、用途を加味して判断すべきである」としている。

2　発明の区別される技術的特徴及び発明で実際に解決する技術的課題を確定する[第2ステップ]

審査指南[42]によれば、第2ステップについては、凡そ以下のように規定されている。すなわちまず、請求項発明及び当該発明と最も近い従来技術の相違点を分析し、その後、当該相違点によって達成された技術効果

[41] 中国特許法22条3項のうち、「顕著な進歩」の要件は実際上機能していないことから、これを廃止する意見が多数を占める（曹・前掲注30)506頁、唐・前掲注16)800頁。ほぼ同趣旨として、石・前掲注10)360頁)。

[42] 審査指南第2部分第4章3.2.1.1判断方法。

に基づいて当該発明が実際に解決した技術的問題を確定すべきである。このような意味において、発明が実際に解決した技術的問題とは、さらによい技術的効果を得るための効果であってかつ、最も近い従来技術を改良した技術的課題である必要がある。続けて、審査指南では、請求項発明が実際に解決した課題は、出願者が記載した課題とは異なり、最も近い従来技術との関係で請求項発明が実際に解決した課題である趣旨が記されている。

3　保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断する[第3ステップ]

審査指南[43]によれば、第3ステップは、最も近い従来技術及び発明が実際に解決した技術的課題から出発して、請求項発明が当業者にとって容易想到であるかを判断するというものである。そして、審査指南では、「判断の過程において確定すべきは、先行技術が全体としてある技術的示唆が存在するかということ、つまり先行技術の中から、前述の区別される特徴をその最も近い先行技術に運用することによりそこに存在する技術的課題（すなわち、発明で実際に解決する技術的課題）を解決するための示唆が示されているかということである。」とされている。ここで、区別される特徴とは、主引用例と請求項発明との相違点を指しており、例えば請求項発明がA＋Bからなる発明でAが主引用例である事例では、Bが主引用例と請求項発明との相違点、すなわち、区別される特徴である。したがって、上記審査指南の文章はやや分かりにくいが、「前述の区別される特徴」（＝副引用例）を「その最も近い先行技術」（＝主引用例）に運用する（＝組み合わせる）ことによりそこに存在する技術的課題…を解決するための示唆」という意味であり、第3ステップは主引用例と副引用例を組み合わせる示唆の有無を検討するステップであるというものである。中国特許法の最も代表的な注釈書である尹新天『中国専利法詳解（縮編版）』(2012年、知識産権出版社）198頁及びその完全版である尹新天『中国専利法詳解（上巻）』(2011年、知識産権出版社）265頁では、

[43] 審査指南第2部分第4章3.2.1.1判断方法。

このことをより明確に解説しており、従来技術に、主引用例とその他の従来技術（＝副引用例）や技術常識を結び付ける教示ないし示唆があるかどうかをいかにして判断し、それによって当業者が請求項発明を想到する動機があるかどうかを判断するのが第3ステップである（ために第3ステップには主観的判断が入りやすい）と述べられている。

以上詳説したように、第3ステップは、より具体的には、審査指南では主引用例と副引用例を組み合わせる示唆等の有無を検討し動機付けを検討するステップを主として念頭に置いているといえる。

さらに、審査指南第2部分第4章3.2.1.1判断手法の最後においては、第3ステップにおいて通常、技術的示唆があると認められるとされる事例3例が詳細に規定されている。すなわちまず、第1事例では、副引用例が周知性の高い技術常識である場合、その周知性の高さが当該技術常識を主引用例と組み合わせる技術的示唆になる趣旨が述べられている。さらに、第2事例では、副引用例の作用と請求項発明の作用が共通する場合、主引用例と副引用例を組み合わせる教示があると認めてよいとする趣旨が述べられている。最後に第3事例では、主引用例と副引用例の課題が共通しており、さらに副引用例と請求項発明の作用が共通する場合、当業者には主引用例と副引用例を組み合わせて請求項発明にする動機があると考えられるため、この場合も技術的示唆事例を用いて「技術的示唆」があるとしてよい趣旨が述べられている。もっとも、中国の学説においては、この3例は限定列挙ではなく、主引用例と副引用例（技術常識を含む）を結び付ける示唆は、上記審査指南の3例に限られないとする趣旨の指摘が多数見受けられた[44]。

---

[44] 三歩法の運用における近時の専利代理人（弁理士）の実務の紹介（张政权＝刘佳＝张欣「对于创造性判断中三步骤用法的探讨－关于《专利法》第22条第3款的思考」中华全国专利代理人协会编・前掲注2）605頁）では、三歩法の第三ステップにいう「示唆」は、上記三例にすら限られるものではなく、審査指南にいう示唆（「启示」）は、「（請求項発明に）最も近い従来技術を改良して請求項発明を獲得するための動機を与えるものを（広く）指す」との理解で実務を進めている旨が指摘されている。

その他同趣旨をいうものとして、许洪岩=曲佳芳「浅谈创造性评述中对技术启示

第２款　三歩法の紹介－実際の三歩法の適用事例から－

前節では、第１類型「三歩法とほぼ一致する判断手法」は検討対象の裁判例のうち約６割と分析されたが、第１類型を子細に分析すると、当該類型はさらに二つのタイプに分類できるように思われる。その一は、規範定立でも事案の具体的検討（以下、「あてはめ」という）でも三歩法を用いる狭義の三歩法である。もう一つは、規範定立において三歩法の一般論を掲げることにより三歩法を採用する形式を採用しているようにみえるが、あてはめでは、発明の区別される技術的特徴及び発明で実際に解決する技術的課題とは別の判断手法により結論を導く裁判例の一群である（広義の三歩法)。このように規範とあてはめが一致していないようにみえる裁判例の一群（広義の三歩法）が存在する理由は必ずしも定かではない。しかし、三歩法に従っていないという一事のみでは取消事由にならないとする裁判例（(2013)高行終字第2292号[45]［YKK株式会社等

的理解和运用」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)417頁、张ほか・前掲605頁、周明飞「我国创造性判断标准未来发展趋势研究」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)730頁がある。

[45] (2013) 高行終字第2292号［YKK株式会社等诉中华人民共和国国家知识产权局专利復审委员会因发明专利权无效行政纠纷案］は、三歩法が唯一の創造性の判断基準ではないことを明示的に示した重要な判決である。同事件は、発明の特許権の無効化をめぐる行政紛争事件である。本件は、日本のYKK株式会社が有するファスナーとの名称の特許について、新丽华公司が復審委員会に無効審判請求を請求した事案である。復審委員会は、本件特許は無効であると判断した。また、中級人民法院は、副引用例が、主引用例と対象発明との相違点を開示していることから、最も近い先行技術と副引用例については、「本特許の請求項１は、別紙４と７の組合せに関連して、突出した実体的特徴と顕著な進歩性を有しておらず、創造性がない」とし復審委員会の結論を肯定した。中級人民法院の判断は、三歩法の最大の特徴である第２段階の課題認定を怠っており、この点のみにおいて、YKKの主張は、中級人民法院の判決について、高級人民法院に不服を申し立て、以下のように主張した。「一審及び復審委員会は創造性の判断を行う際、三歩法に従って解決されるべき課題が自明かどうか判断しておらず、間違った創造性の判断手法を使用しており、主観的判断を行っているため、誤った創造性の結論に到達している。そのため、判決は是正されなければならない」。高級人民法院はまず、「法律

と行政法規には、創造性の判断方法とステップに関する強制的な規定はなく、創造性の判断方法とステップとして、特許の技術的解決策が先行技術との関連で当業者にとって自明であるかどうかを判断すべきである」と指摘し、判決の前提を示した。さらに、高級人民法院は、三歩法を肯定的に評価しつつもその一方で、三歩法以外の判断基準を条件付きで認めた。つまり、当該裁判所は、「創造性を客観的に判断するためには、創造性の判断方法を統一し、標準化する必要がある」としている。一般的に、創造性判断は、最初に最も近い先行技術を認定し、次に、対象発明の特徴と対象発明によって実際に解決された技術的課題を判定し、最後に、その特許が当業者にとって自明であるかどうかを判定するというステップに従って実施される。しかし、他の方法やステップが、先行技術との関連で特許が自明であるかどうかをより判断できることもあり、他の創造性判断の方法やステップのほうが創造性の判断方法や判断ステップを柔軟に運用できることもある（この場合、復審委員会と第一審裁判所が、対象発明の技術的解決策が先行技術に関連して当業者にとって自明であるかどうかを明確に述べ、特許が進歩的であると正しく判断したかどうかが、創造性の判断方法が誤っていたかどうかを判断する鍵となる）。その上で、当該裁判所は、「三歩法に厳密に従わなかったからといって、その進歩性の判断方法や結論が誤っていたという結論を出すことはできない」とし、原判決が三歩法を採用していなかったとするYKKの主張を退けた。しかし、判決の内容を判断する際には、その内容が結論に至るために必要なものなのか、それとも付随する意見（オビタディクタム）なのかを検討する必要がある。判決は、復審委員会や中級人民法院が三歩法に従わなかったとするYKKの主張を一部否定したが、同時に高級人民法院は、請求項発明と引用例との間に新たな相違点があったこと、中級人民法院や復審委員会が相違点について議論しなかったことなど、他の控訴人らの控訴理由を認め、創造性の判断では、その違いが見落とされていたことを理由に原審を破棄した。同判決では、原判決がその一致点・相違点を無視しており、三歩法の評価が附帯意見（オビタディクタム）であったことから、逆転に直結したものといえる。

(2010)一中知行初字第2930号は2004年の判例、2014年の裁判例ではないが、三歩法については、保護を主張する技術的解決策が先行技術との関係で自明であるかどうかの判断は、通常、最も近い先行技術を判断し、特徴的な特徴と実際に解決された技術的問題を判断し、自明であるかどうかを判断するという三段階で行うことができると指摘している。しかし、本件においても、相違点1ないし5の発明の進歩性、すなわち本件発明の創造性について詳細に検討することから始まる。したがって、この判決では、三歩法は、オビタディクタムであるといえる。

诉中华人民共和国国家知识产权局专利复审委员会因发明专利权无效行政纠纷案]）や学説[46]があるにせよ、三歩法が審査指南の上では創造性判断の原則形態と定められている以上（「本章第１節　はじめに」参照)、判決の形式の上では三歩法を踏襲することにより当該判決が三歩法に従っていないという上訴理由を回避するためであるとも考えられる。

ここでは、三歩法に最も忠実な裁判例の一群（狭義の三歩法）について、その具体的な適用例を紹介して三歩法の実像に迫ると共に、若干の公式化を試みてみたい。

第３款　最も審査指南に忠実な三歩法の運用例

１　肯定例

例えば、(2014)高行終字第966号が典型的な肯定例である。当該事案ではまず、三歩法の［第１ステップ］～［第３ステップ］に近い一般論を提示する。そして、あてはめにおいても、請求項発明において実際に解決しようとする課題は「節水」であるとする一方、主引用例の発明の課題は、温度変化の発生を防ぎ、一定の温度を確保することであって、実際に当該引用例は、水が戻り水出口に戻ることによって水が循環するという機能も開示していないとして、請求項発明と主引用例の課題の相違を指摘する［第２ステップ］。続いて、主引用例も副引用例も、電気調整弁を使

[46] 本稿の趣旨からすると、特に2012年頃から中国では創造性に関する論文が多く発表されていることに注目したい。このような数ある論文の中で、最も注目されているのは、三歩法の適用における注目点と問題点である。前述のように、三歩法は審査指南に根拠がある。しかし、三歩法に従っていないというだけでは判決の取消事由にはならない。この趣旨を指摘するものとして以下の記載がある。「専利審査指南2010年版第２部分第４章3.2.1項では、三歩法について記載されており、通常、自明性は三歩法に基づくことができると記載されている。すなわち三歩法は、創造性を判断するための一つの方法にすぎず、それだけではないことが分かる。また、意図しない技術的効果がなければ、通常は非自明であると考えられる。したがって、三歩法について考えるとき、三歩法を絶対的かつ唯一のものにしてはならない」（朱・前掲注９）165頁。石・前掲注10)266頁)。

用できるという技術を記載するものの、調整弁を使用して水を戻すという請求項発明の課題解決方法に対する具体的開示が引用例にないことも理由として、当業者は、主引用例と副引用例を組み合わせて請求項発明に至る示唆がなく、したがって、請求項発明は、当該引用例に対し創造性を有すると認定している［第3ステップ］。

2　否定例

例えば、(2017)京行終第218号が典型的な否定例である。本事案も22条3項の条文を引いた後、ほぼ三歩法の［第1ステップ］～［第3ステップ］に近い一般論を判示する（特に、請求項発明が実際に解決している技術問題の確定にあたっては、請求項発明及び当該発明と最も近い従来技術の相違点に基づいて当業者が当該請求項発明の明細書を閲読したのち、当該相違点によって生じる作用、機能及び技術的効果によって確定されるとしている)。そして、あてはめにおいては、請求項発明と主引用例との相違点を難治性黄斑浮腫治療のためジフルプレドナートを単独の有効成分とする液体組成物を使用することにあるとし、したがって、請求項発明が実際に解決した課題について、ジフルプレドナート液体組成物の新しい用途を提供することにあるとする［第2ステップ］。続いて難治性黄斑浮腫は、従来の治療では十分に治療できない黄斑浮腫を指すにもかかわらず、黄斑浮腫を治療する従来の治療方法であった主引用例を基礎として難治性黄斑浮腫を治療するという課題を解決するためには、そもそも他の引用例をさらに組み合わせることが必要である旨を指摘する。そうした面からみると、グルココルチコイド（ジフルプレドナートを含む）を単独で黄斑浮腫の治療に使用できることを開示し、さらに、黄斑浮腫の治療又は予防のためのグルココルチコイドを局所投与することができ、局所投与の方法にも何ら限定がなかった副引用例の記載は、副引用例を主引用例と結び付けて課題を解決する示唆になる趣旨を認定し、請求項発明の創造性を否定した［第3ステップ］。

第4款　狭義の三歩法における下位規範の発達

以上では、狭義の三歩法の具体的な適用例を紹介したが、以下ではその他の狭義の三歩法の事例もその事案を検討し、事案を一段抽象化すると以下のような傾向が読み取れた。

結論から概観すると、人民法院が用いる狭義の三歩法は、(審査指南の第3ステップに最も忠実に従い、直接に示唆という表現を明記するかどうかは措くとして)引用例発明や請求項発明の課題解決原理が基本的に共通しているかどうかの検討に焦点をあてるところに特色がある。すなわち、

(a) 請求項発明の解決すべき課題との関係で認定された課題解決原理と基本的に同一の課題解決原理が引用例発明に開示されている場合は、請求項発明に創造性がないとされることが多い[47]。また、請求項発明が採用する課題解決原理と引用例が開示する課題解決原理に若干の相違がある場合も、当該相違に技術的意義がない場合や同一技術分野における転用の場合[48]、

---

[47] このタイプの裁判例は、多数見受けられた。例えば、(2014)高行終字第1213号、(2017)京行終第3966号、(2017)京行終第1970号、(2016)京行終第3452号、(2014)高行終字第436号、(2014)高行終字第619号がある。逆に、引用例発明と請求項発明の課題解決手段は異なると判示するものとして、(2013)高行終字第1494号がある。

[48] また、同一技術分野における転用の場合には、引用例が同一の解決原理を開示していると認定される重要な要素になるとも考えうる。(2014)高行終字第1732号はそのような趣旨を示している。本件は、引用例3の限界位置は、両方向位置決めピボットではなくスクリーンによって達成されるが、引用例3は、本特許及び引用例2と同じ技術分野に属する停止可能な位置決めピボット構造を開示しており、したがって、当業者は、本特許が解決しようとする技術的課題に遭遇したときに、引用例3に開示された技術的解決策を改善する可能性があると指摘するものである。(2014)知行字第44号も同じ技術分野での転用であり、引用例は、同じ解決の原理を開示していると認めた事例である。すなわち、本判決によれば、「処理制御部とガス給湯器本体のガス検知部との双方向通信接続に限定しないという前提のもと、対象発明が解決しようとする技術的課題は、有害ガス検知警報機能、特にガス漏れ及び／又はコーガス漏れ検知警報機能を有するガス給湯器を提供することであり、ガス検知部を設置場所から切り離すことにより、所望の監視対象

あるいは原理の違いが公知常識に属する場合[49]は、主引用例と副引用例を

となる部屋に設置することができる。ガス検知ユニットは別置きのため、必要に応じて監視する部屋に設置することができる。また、引用例１は、対象発明と同様の技術的課題も解決するためのものである。本件特許の請求項１の技術的解決策(イ)と、引用例１に開示された技術的解決策(イ)を比較すると、本件特許の請求項１の主制御回路を有する給湯器と、検出部を含む補助機能を有する給湯器が、それぞれガス給湯器本体とガス検出部とを分離したものに相当し、検出部を含む補助回路には、ガスセンサと警報部も含まれていることが分かる。争点１で裁判所が述べたように、ガス給湯器本体のガス検知部と処理制御部との間の通信接続により送信される信号の方向及び内容は、特許請求項１において限定されるものではなく、相対的に優れた性質を有するものである。したがって、本件特許の請求項１に定義された技術的解決策(イ)は、引用例１に開示された技術的解決策と実質的に同一であり、同一の技術分野に適用でき、同一の技術的課題を解決でき、同一の意図された効果を有するものであるから、これらは同一の発明である」としている。すなわち、本件は、請求項発明と比較文献が同一の技術分野にあることを理由に、両発明を同一と認めている。もっとも、(2014)高行(知)終字第2662号は、本発明の効果、特に医薬品や化学物質等の効果が予め知られている場合に限り、請求項の発明と引用例は同一分野のものといえるものと捉えている可能性がある。

本件では、「さらに、引用例１の明細書には、『ペストウイルス及びフラビウイルスは、Ｃ型肝炎ウイルスと同様にフラビウイルス科に属する』ことが明確に記載されており、ペストウイルス及びフラビウイルスがＣ型肝炎ウイルスと同様にフラビウイルス科に属し、フラビウイルス科の中では、ペストウイルスとＣ型肝炎ウイルスが密接に関連したウイルス群であることは、当業者には周知である。

また、前記化合物がペストウイルスやフラビウイルスに使用できることが引用例１に明確に記載されている場合、当業者であれば、引用例１の化合物がＣ型肝炎ウイルスにも使用できることを予想することができたであろう。したがって、請求項１の技術的解決策は、引用例１の開示に基づいて、当業者が従来の技術的手段と組み合わせて得たものであることは明らかである」。

[49] 仮に、請求項発明が採用した技術的課題を解決する原理と比較文献に開示された技術的課題を解決する原理との間に若干の技術的差異があるとしても、その技術的差異が開示された公知技術と同等である場合には、引用例には同一の技術的課題を解決する原理が開示されていると認めることができる。(2017)京行終第2893号はこのタイプのケースである。本事例は、請求項発明に到達するために、開示された常識と同様に引用例を組み合わせることを重要視しており、創造性は

組み合わせる示唆があるために請求項発明と同一の解決原理が各引用例の組合せに開示されており、よって請求項発明の創造性を否定してよい[50]。

否定されると結論付けている。

すなわち、「引用例1には、本願発明が保護しようとする技術的課題が砂粒及びセラミック粒の含有量を調整することによって解決しようとするものであることが明示的に記録されていないが、砂粒及びセラミック粒が当該分野の建築用パネルの一般的な原料であることを考慮すると、砂粒及びセラミック粒自体の性能及びその比率の違いがパネルの性能に影響を与えることは当業者であれば理解するところであり、したがって、当業者は、引用例1に開示されている内容に基づいてコンクリートスラブを準備する際に、同様に、スラブの性能を向上させるために必要に応じて砂、セラミック粒子及び水の含有量を決定する、すなわち、引用例1に基づいて、本願が解決しようとする技術的課題を解決するために、所望のスラブの強度及び品質に応じてコンクリートスラブを準備する際に、コンクリートスラブ内の砂、セラミック粒子及び水の含有量を調整しようとする動機付けがない。」とされる。

同様の裁判例として、(2017)京行終第4032号、(2017)京行終第386号、(2017)京行終第3784号、(2017)京行終第2927号、(2017)京行終第2175号、(2016)京行終第4800号がある。例えば、(2016)京行終第4800号は以下のように指摘している。本件で問題となっている特許は、先行技術の問題点を解決するものであり、所望の解決策は「水の浸透を回避すること」である。(主引用例と対象発明の相違点について)引用例2には、2つの突合せ部の間の空洞部には、貫通片の上部に設けられた耐候性のあるゴムブロックが充填されており、水の浸入を防止する役割も果たしていることが開示されている。有孔ストリップに取り付けるか、有孔ストリップの上部に配置するかは、当業者であれば従来から選択されていることであり、技術的効果が期待できる。請求項1の技術的解決手段は、比較文献2と公知の組合せに比べて、特許法22条3項に規定する創造性を有していない。

[50] 同様の裁判例として、(2014)高行終字第427号、(2013)一中知行初字第183号、(2014)高行終字第1406号がある。

(2014)高行終字第1406号は以下のように指摘している。「区別される特徴(B)については、平行接続後の巻線も平行接続前と同数の極数を有することが必要であるから、極数に連動して1相あたりの巻線部数を設定することも当業者であれば採用すべき技術的手段である」。一方、引用例1の明細書では、「他の様々な組合せや条件で使用されることが可能である。例えば、固定子のコア要素巻線を異なる数のセクションに分割することができ、限られた数の遷移点で対応する副速度範囲のために他の回路配置を再構成するように設計することができる。ここで、

なお、引用例発明に「解決できる」との抽象的記載があるだけでは、具体的な解決原理の開示があるとは認められず、結果として請求項発明に

引用例１には、実際には、固定子巻線を４セクションに分割する開示された方法に限定されるものではないが、限られた数の巻線のセクションの直列接続と並列接続の間の回路接続を変換することが実際に可能である限り、コア要素巻線を異なる数のセクションに分割することが可能であり、これは、引用例１の技術的解決策の設計の本質である」と述べた上で、さらに区別される特徴（Ｂ）について当業者にとっては、数に応じたセグメントの数を決定することも、解決策を実現するための技術常識である旨を補足し、引用例１と対象発明の、基本的な技術的な解決策が同じであるとした。

あるいは、(2014)高行終字第373号も同様の立場に分類できる。請求項１について、本件では、まず、「請求項１によって実際に解決された技術的課題は、建築物の軒先線の美観の充足であると判断することができる」とし、「建築物の軒先線を一定の突出した輪郭又はパターンを有するようにするために、金型本体の表面に凹部を設けることは、当業者であれば容易に想到することができる」とし、「凹部を四角形等の形状に設けるかどうかは、パターン又は形状を得たい当業者であるかどうかにかかっている」としている。さらに本判決は、「凹部を四角形や他の形状に設定するかどうかは、当業者が所望するパターンや輪郭の形状に依存し、対応する技術的手段の導入は、創造的な作業を必要とせず、技術的効果は予測可能である」とする。「また、当該技術分野の慣用技術やや当該分野の常識については、必ずしも書面証拠を提出して技術的手段や当該分野の常識を証明する必要はなく、復審委員会や人民法院が職権で判断することができるところ、本件特許では、横方向に設定された板状部材である横側板は、鋳型自体の強度を高める役割を果たすことができるものであり、両側に配置された横側板は、隣接する鋳型同士の連結にも利用できるものである。一方、引用例12では、パネル１の両側に横リブ５が板状で横リブと平行に設けられている（添付図２、３参照）ので、横リブ５は、特許鋳型本体の両側に配置された横側板と同様の形状を有し、同様の機能を有する横側板、すなわち、隣接する鋳型同士の連結や鋳型自体の強度を高める役割を果たすことができるものとなっている。したがって、本件特許の請求項１の技術的解決策は、引用例12に基づき、当該分野で一般的に使用されている技術的手段を組み合わせたものであり、当業者にとって自明であり、請求項１は実質的な特徴を有しない」、すなわち、本件は、相違点が当業者による純粋な最適化にすぎず（当業者が所望するパターン又は輪郭形状に応じて）、二つの発明主体が本質的に同じ原理を解決するものであることから、進歩性を否定した裁判例といえる。

創造性があるとされる[51]。

(b) さらに、請求項発明の解決すべき課題との関係で認定された課題解決原理と基本的に同一の課題解決原理が引用例発明に開示されていない場合であっても、副引用例等に(主)引用例発明が採用する課題解決原理の改変方法が記載されている場合は、請求項発明に創造性はないものとされる[52]。なお、主引用例と、改変方法が書かれた副引用例を結び付けて応用することの示唆の要否についても問題になりうるものと思われるが、創造性肯定の裁判例では、当該示唆がないことと併せて、同時にそもそも副引用例に改変の具体的方法の記載があるとも断定できない旨も併せて認定している裁判例の一群が注目される[53]。

---

[51] そのような裁判例として、前述(2014)高行終字第966号があり、裁判所は、「本特許が解決しようとする課題は、節水である」とする。そして、副引用例には、ただ単に文字で「節水できる」とだけ記載されており、「節水」という請求項発明の課題を解決する方法である具体的な節水方法は一切開示されていない旨を判示し、「当業者は、証拠1と証拠2を結び付けて本件特許請求1の技術的解決策に到達する動機がないから、本件特許請求1は、証拠1及び2に対して創造性がある」と結論付けている。これは、「できる」との抽象的記載のみでは具体的な解決手段の開示ではないことを判示した判決に位置付けられる。

[52] (2014)高行終字第565号、(2014)高行終字第1177号。

[53] 例えば、(2014)高行終字第1600号がある。同事例では、主引用例は、対比文献2、副引用例は対比文献1である。判決では、「また、請求項10を得るために、上記の(請求項発明と主引用例の)相違点を副引用例に適用するという示唆もない。上記の相違点である接続関係が、当技術分野の常識に属するという他の証拠はない。この特許による上記のデバイスと上記の接続構造の改善により、この特許の請求項10の技術的解決策は、複数の動作モードの構成を実現でき、比較回路が統合されたマイクロプロセッサチップを提供するという問題を客観的に解決でき、したがって、優れたスケーラビリティと移植性を同時に備えているといえる。したがって、この特許の請求項は、主引用例と技術の一般的な知識と比較して進歩性がある」として、副引用例を主引用例に組み合わせる示唆がないとする。しかし、示唆の有無のみにより創造性の最終結論を導くのではなく、同判決では続いて、「副引用例は、(主引用例と請求項発明の)相違点も開示していない」と判示する箇所が注目される。同様の位置付けが可能な判決として、(2014)高行(知)終字第3397号がある。

(c) また、副引用例等の課題と請求項発明の課題が共通している場合は、改変部分が記載されている副引用例を主引用例に適用することによって、請求項発明の課題解決手段を容易に想到できることを肯定する一要素となりうるし（＝創造性を否定）[54]、請求項発明の課題を客観的に最も近い技術との関係で捉え直すことも可能である[55] [56]。その一方で、副引用例の課題と請求項発明の課題が異なる場合は、副引用例に改変方法が記載されていても、請求項発明の課題解決手段を容易に想到できることを否定する（＝創造性を肯定する）一要素としてよい[57]。

このようにしてみると、狭義の三歩法については、その下記規範が詳細な発展を遂げているといえよう。

第５款　三歩法の紹介－三歩法に関する近時の中国の学説からの示唆

中国では目下、創造性に関する多数の論考が公表されており、こうした論考の中心になるのは、前述のように、2012年及び2016年に公刊され

---

[54] (2014)高行終字第1307号、(2014)高行終字第496号。

例えば、(2014)高行終字第1307号では、以下のように述べている。

(2014)高行終字第1307号は、「しかしながら、証拠2.9には、既存の平板フローリングの繊維板基材の上面の縁部に下向きに傾斜した開先を形成すると共に、繊維板基材の上面を元々覆っていた最上層を繊維板基材の上面に、その縁部の開先を全体として連続的に被覆することができる」と記載されており、「本特許と同様の技術的課題を解決するものである」と記載されている。さらに、対象発明と第二引用例の課題が同一であることを理由に、対象発明は容易推考であるとした。また、(2014)高行終字第496号も同様の位置付けが可能である。

本件では、「引用例文献１が解決すべき技術的課題は請求項１と同じであるから、比較文献１は、その技術的課題を解決するために比較文献２に適用する技術的示唆を与えている」とされている。

[55] (2014)高行終字第1293号。

[56] 一般論としてこのことを明らかにする裁判例として、(2014)知行字第６号があり、「発明によって実際に解決される技術的問題の決定は、その背景技術の記録に基づくのではなく、最も近い従来技術と比較することによって得られるため、上記の当事者の主張には理由がない」と判示している。

[57] (2013)高行終字第2278号。

た、知識産権局の審査官や専利代理人（弁理士）を筆者とした創造性の論考集[58]である。「本章第１節　はじめに」で紹介した各学説もこれらに掲載されたものである。

そして、これらの論考集では、こと本節の主題である三歩法との関係では、その運用方法の解説も一定数あるものの、問題点を指摘する論考が多く、特に、三歩法の判断手法は、上記のように３ステップで容易だが、特に第２ステップ及び第３ステップの適用方法が人によって区々になりがちであり、その結果、創造性の結果も判断者によって異なりやすいとした趣旨の指摘が複数の論文でみられた[59]。

１　第２ステップにおける学説上の議論

三歩法の第２ステップ（発明の区別される技術的特徴及び発明で実際に解決する技術的課題を確定する）については、請求項発明の課題や主引用例と比較した場合の請求項発明の区別される技術的特徴を何と捉えるかによって、第３ステップ（保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断する）の判断結果も変わるのであるから、第２ステップの判断は重要である。しかし、第２ステップについては、請求項発明の効果が、実際に請求項発明に特有の課題解決手段、すなわち技術的特徴によるものなのか、その判断を誤る危険性が指摘されていた。例えば、論考の一つ[60]では、田忌賽馬の故事（上等、中等、下等のそれぞれ３頭の馬からなる二つのチームが競争するにあたり、田忌（人名）は、上等の

58　中华全国专利代理人协会编・前掲注２）及び同編・前掲注11)。

59　王・前掲注40)131頁、田・前掲注18)27頁以下、刘丽伟＝穆丽娟「创造性判断之三步法的解读与完善」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)762頁、袁龙飞「论发明专利创造性的判断－以补交对比实验数据为例」(西南政法大学法律硕士论文专业学位论文)17頁(2014年)。

60　宋・前掲注２)59頁では、本文以外に陥りやすい誤りとして、(1)技術的な限定語句の見落とし(例では、PH値や温度に関する数値限定が使われている)、(2)技術的解決方法は、複数の技術的特徴の集積であるにもかかわらず、それを全体で一つのパッケージとして扱って、引用文献の一つの特徴と対比してしまうことが挙げられている。

馬を相手方の中等の馬に、中等の馬を相手方の下等の馬に、下等の馬を相手方の上等の馬に、それぞれ対抗して出走させることにより、2勝1敗で勝利したという故事）を用いて第2ステップの判断の誤りの例を指摘する。すなわち、この故事を仮に発明としてみた場合に、同じく2チームが上等、中等、下等の馬というように全く同等の組合せの3頭の馬を有しているにもかかわらずチーム戦で相手チームに勝利できるという課題を解決した請求項発明の重要な技術的特徴は、各馬の出走の順序を変えたことにあると捉えなければならない。それにもかかわらず、従来技術と区別される本発明の課題解決手段を自己の各馬を各々の能力より速く走らせる方法によるものなどと捉えてしまうと、請求項発明に関する発明の区別される重要な技術的特徴［第2ステップ］を見誤った結果、それが次の第3ステップの判断にも影響し、最終的な創造性判断の結論の誤りに繋がる旨を指摘している。

2　第3ステップにおける学説上の議論

三歩法は、第3ステップ（保護を請求する発明が当業者にとって自明であるかを判断する）において、判断者の判断が分かれやすい旨の指摘も見受けられた。論考の一つでは[61]、主引用例に副引用例を結び付ける技術的示唆が従来技術にあるために請求項発明の技術的特徴に到達することが当業者に自明であるという結論とするかどうか、示唆の有無をめぐって上級審と下級審で判断が分かれた事例を例に、第3ステップの判断の難しさを指摘している。具体的には、原審では、主引用例には当該吸気剤が蛍光灯のみに使用できるとは限定されておらず「ランプ一般に適用できること」という記載があること重視して、主引用例を高圧ガス水銀蒸気放電ランプを開示している副引用例に結び付ける技術的示唆があり、よって請求項発明は容易想到とされた。しかし、上級審では、副引用例の吸気のための合金は比較的低い温度で作動するものであって、請

[61] 汤锷＝王晓端「论专利申请创造性评价中的技术启示」中华全国专利代理人协会编・前掲注2）145-148頁。なお、この事例の事件番号では、同145頁では、某事案とされている。

求項発明のような高温下では作動しないことを重視し、よって主引用例の「ランプ一般に適用できること」という定性的記載では、副引用例と主引用例を結び付ける技術的示唆に該当しないと認定した事例が紹介されている。

3　三歩法全体を貫く学説上の議論

近時の中国の発明性に関する論文は、審査官や弁理士が執筆したものが多く、特に、三歩法の機械的適用による欠点を指摘する文献は多い。このような議論には、とりわけ、引用例の分割における技術的意義の軽視や、動機の論証における問題点が含まれる。前者（技術的意義を無視した引用例の分割）については、第２引用例ではＣとＤが不可分に関連する特徴であるにもかかわらず、Ｃのみを選択し、最も近い先行技術であるＡ＋Ｂを組み合わせて、対象発明の構成（Ａ＋Ｂ＋Ｃ）が開示されているとした例もある[62]。もちろん、引用文献の組合せに基づいて創造性の判断を行う点は、三歩法に限定されるものではなく、他の判断手法を使用した場合も同様の問題が生じると思われる。

三歩法の機械的な運用によって生じる動機付けの論証の甘さを指摘する文献もある。例えば、主引用例と対象発明の区別される特徴が、副引用例に記載されており、当該技術手段が引用例において果たす役割と、当該区別される特徴が対象発明において再認定された技術的課題を解決するために果たす役割が同じ場合は、創造性がないという結論になりそうである。しかし、「副引用例２には、ニッケル基合金Ｂが極めて過酷な腐食環境や高温影響に対する耐性に優れているとのニッケル基合金材料に関する技術的内容が開示されているにもかかわらず、このニッケル基合金Ｂがエンジンに使用できるかどうかについての情報は何も記載されていない。そうなると、上記結論は、筆者の見解では、推測に値するものである。すなわち、ニッケル基合金Ｂをエンジンの排気弁に使用できるかどうかについては、先行技術にさらなる情報（示唆）を求める必要があり、先

[62] 韩雪「浅议创造性判断方法－关于多篇对比文件判断创造性」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)224頁以下。

行技術にそのような情報がない場合には、内燃機関の排気弁のバルブヘッド部にニッケル基合金Ｂを使用することは、発明者の創作的な労力の結果として発見される可能性が高く、主引用例及び副引用例と比較して発明に創造性がないと判断することはできない。」と指摘されている[63]。

以下の指摘も同様であると思われる。すなわち、例えば、マイクロサイクロンによる脱固化を利用していることが対象発明と主引用例の相違点であるが、その技術は公知であるこのような場合、主引用例も副引用例も公知であることから、進歩性がないようにもみえる。しかし、主引用例を詳細に検討すると、主引用例については、非連結化が全く必要ないという事案である。

つまり、「筆者は、本発明者と協議した結果、主引用例１では脱固体化処理が全く必要ないこと、すなわち、マイクロサイクロン脱固体化を用いることについては、主引用例１には技術的な啓示がなく、また、水素ガス混合物と液体とを同時にマイクロサイクロン脱固体化することについては、先行技術には技術的な啓示はないことを前提として、当該発明者は発明を完成させたことが分かった。そうすると、対象発明は創造的思考を取り入れたものであることは明らかであり、創造性があるというべきである。」と指摘されている[64]。

また、三歩法は単純にみえるが、実際のところ人によって解釈が違ったり[65]、各裁判官が様々な判断をしていると指摘する論文もある[66] [67]。この

---

[63] 项丹「浅谈在创造性判断中如何避免事后诸葛亮“论专利申请创造性评价中的技术启示”」中华全国专利代理人协会编・前掲注２)814-815頁。

[64] 项・前掲注63)815頁。

[65] 王・前掲注40)131頁。「審査指南2010では、発明が創造性を有するかどうかを判断するために『三歩法』が与えられている：まず最初に、最も近い先行技術、次に、主引用例と区別される対象発明の特徴と、発明が実際に解決する技術的課題、そして最後に、対象発明が当業者にとって自明であるかどうかである。この判断方法は単純なようだが、実際には人それぞれの解釈の違いによる逸脱が多く、特許付与の見込みがあるか否かにかかわらず、審査官が創造性推論の問題を十分に把握していないためだけによっていくつかの不必要な手続に繋がり、その結果、人的、財政的、行政的資源の浪費に繋がり、出願人の利益を害することになりかねない。したがって、創造性審査基準の策定には、創造性審査基準、適切な推論、

ような論文の抜粋によれば、三歩法は、判断の方向性を一般的に示すものにすぎないと考えるようである。実際中国における創造性を判断する上で最も重要なことは、各引用例の技術的意義を理解した上で、当業者が主引用例から対象発明までに至るプロセスを合理的に説明できることであるとされる。この意味では、動機付けを重視する現在の日本の進歩性の実務と三歩法の正しい運用法（機械的ではない適用方法）は、表現や言い回しに違いはあるものの、実務的な意味では非常に近いものであることを示しているといえる[68]。

第6款　三歩法の分析－三歩法は他の判断手法に比して判断者によって創造性の判断結果が区々になりやすい基準であろうか－

上記の各学説では、三歩法の判断手法は、上記のように3ステップで容易だが、特に第2ステップ及び第3ステップの適用方法が人によって区々になりがちであり、その結果、創造性の結果も判断者によって異なりやすい旨の指摘がなされていた。そこで本節では、高級人民法院において三歩法が用いられた中国の裁判例について、検討対象の請求項発明につき、創造性の有無が上級審と下級審で分かれた割合を実際に統計的に分析し、三歩法は人によって判断が異なりやすい判断手法か実証分析してみたいと思う。

技術についての詳細かつ包括的かつ体系的な研究が不可欠である。よって、創造性審査基準、適切な推論と技術、進歩性審査戦略を徹底的に、包括的かつ体系的に研究することは、当庁の審査の質と効率を向上させるために非常に重要である」。

66 田・前掲注18)27頁。

67 刘＝穆・前掲注59)762頁。

68 日本では、2009年の前掲知財高判［回路用接続部材］を代表的な判決として、従来のように、単に請求項発明の構成要素が各引用例に開示されていることのみならず、それらを結び付ける動機付けの論理まで厳格に検討する判決が増加し、従来型を追い越して進歩性判断の主役となったことについて、本章第3節第1款3(2)参照。

1　裁判例の分類方法について

中国の特許訴訟は、日本のようにいわゆるダブルトラックではなく、侵害訴訟における無効の抗弁の規定がないため、特許の有効性については、原則として、復審委員会（日本の特許庁審判部に相当）→中級人民法院→高級人民法院のルートのみで判断される。そこで、上記方法により北大法宝で分類された裁判例につき、ここでは以下の基準に従い分類を行った。まず、事実上の最終審である高級人民法院の判決において、裁判例の規範の部分において三歩法の一般論が記載されている裁判例をＡ類型と定義した。その一方で、高級人民法院の判決において、裁判例の規範において三歩法の一般論が記載されていない裁判例をＢ類型と定義した。なお、【図表１】は、全ての審級の人民法院の判決のみを対象にして裁判例の規範において三歩法の一般論が記載されている裁判例を第１類型としているが、以下の【図表２】においては、上記の理由により高級人民法院の裁判例のみに限定して裁判例の規範において三歩法の一般論が記載されている裁判例をＡ類型としている。そのため、第１類型とＡ類型の総数は異なる（以下【図表１】における第２類型から第６類型までの総数とＢ類型の総数が異なる点も理由は同じである）。

【図表２】高級人民法院において三歩法を用いた事例について、復審委員会、中級人民法院、高級人民法院の各段階の判断がどの程度、判断者ごとに区々となっているのか（異なっているのか）

裁判例の調査年 （高級人民法院）	2017年	2014年	2004年 （参考値）
三歩法とほぼ一致する 判断手法（A類型）			
三院一致	71(82.6%)	62(69.7%)	1
取消一回	8（9.3%）	22(24.7%)	
取消二回	7（8.1%）	5（5.6%）	
統一率(スコア)	2.7	2.7	3
三歩法を採用しない 判断類型（B類型）			
三院一致	36(75.0%)	36(76.6%)	8(66.7%)
取消一回	11(22.9%)	10(21.3%)	2(16.7%)
取消二回	1（2.1%）	1（2.1%）	2(16.7%)
統一率(スコア)	2.5	2.7	2.5

2　分析

上記の結果を概観すると、高級人民法院の2017年の裁判例においては、創造性判断の三院統一率（創造性判断について、復審委員会と中級人民法院、高級人民法院が全て同じ結論であること）は、三歩法採用事件では、82.6％であり、三歩法非採用事件では、75.0％であった。また、高級人民法院の2014年の裁判例においては、創造性判断の統一率は、三歩法採用事件では、71.8％であり、三歩法非採用事件では、72.3％であった。この結果より、2014年に比して2017年では三歩法採用事件では、三歩法非採用事件に比してその三院統一率をより高めているものといえる。このことは別の角度からみても同じであろう。すなわち、復審委員会、中級人民法院、高級人民法院が全て創造性につき同一の結論に到達している事件には３点、取消しが一度ある場合には２点（例えば、復審委員会と中級人民法院が同一の結論でそれを高級人民法院が取り消しているとき)、取消しが二度ある場合には１点（中級人民法院が復審委員会の決定を取り消し、高級人員法院が中級人員法院の判決を取り消しているとき）を与える方法により、三歩法採用事件と三歩法非採用事件の創造性に関するより正確な判断統一率を算出した。この場合、2014年は、三歩法採用事件で平均2.7点、三歩法非採用事件で2.7点であり両者に有意な差がなかったのに対して、2017年では、三歩法採用事件で平均2.7点、三歩法非採用事件で平均2.5点であり、両者に差が認められる。

以上のような分析によれば、三歩法は規定は簡単だが、判断結果が人によって異なりやすいという複数の指摘は、あたらないものといえよう。その一因としては、本節第４款「狭義の三歩法における下位規範の発達」を含みこれに限らない形で三歩法の実務的な下位規範が形成され、創造性判断の安定性を支えていることによるのかもしれない。

第７款　三歩法の分析－三歩法と非三歩法のいずれが、より創造性肯定との結論を導く傾向があるだろうか－

より多角的に人民法院が運用する三歩法の現況を分析するため、本稿ではさらに、三歩法とそれ以外の創造性の基準（非三歩法）のいずれが、

請求項発明につき創造性肯定との結論を導く傾向がより強いかという側面からも併せて分析した。

1　裁判例の分類方法について

本項目では、裁判例を以下の方針で分類した。まず、分析の基礎とする裁判例については基本的に、【図表２】（高級人民法院ベース）ではなく【図表１】（「容易想到」で検索された全審級の人民法院が基準）の各類型への分類を基礎としている（その証左として、【図表１】及び【図表３】の総裁判例分析数（2017年151件、2014年151件、2004年17件）が完全に一致している）。

【図表３】三歩法と非三歩法のいずれが、より創造性肯定との結論を導く傾向があるか

裁判例の類型	2017年	2014年	2004年(参考値)
三歩法とほぼ一致する判断手法（第１類型）	90	90	1
創造性を肯定する裁判例の割合（全請求項のほか多項制の一部に創造性ありとされた事例を含む）	20(22.2%)	30(33.3%)	
全請求項につき創造性を否定	70(77.8%)	60(66.7%)	1(100.0)
三歩法を採用しない判断類型（第２類型から第６類型の総数）	61	53	16
創造性を肯定する裁判例の割合（全請求項のほか多項制の一部に創造性ありとされた事例を含む）	19(31.1%)	14(26.4%)	7
全請求項につき創造性を否定	42(68.9%)	39(73.6%)	9

上記の結果を概観すると、2014年では創造性を肯定する裁判例の割合について、三歩法採用事件では33.3%、三歩法非採用事件では26.4%であって、三歩法採用事案が三歩法非採用事案を上回る結果となり、逆に2017年では、創造性を肯定する裁判例の割合について、三歩法採用事件では22.2%、三歩法非採用事件では31.1%と、三歩法非採用事件が上回る結果となった。両年共に、三歩法採用事案と三歩法非採用事案におけ

る創造性を肯定する裁判例の割合の差が10%以下であることからすると、調査年度のデータによる限り、三歩法は特に、三歩法非採用事案に比して、請求項発明の創造性を肯定する傾向が強いとも弱いとも断定できない基準であるといえるだろう。

第５節　技術的貢献説との関係

本節では、本稿全体を貫く問題意識である非容易推考説と技術的貢献説の対立軸を中国について俯瞰してみたいと思う。

技術的貢献説（ないしそれに親和的な立場も含む）と非容易推考説について、その結果をまとめたのが下記表である。

本論文で研究した人民法院の事件の多くは、非容易推考説に基づいているといえる。下記表に示すように、特に、2014年と2017年では、９割以上の事例が非容易推考説に基づくものであったといえる。

また、(2017)京行終第2470号は、中国における創造性の判断基準は、技術的貢献の理論よりも非容易推考の理論が基本であるとしている。判決では自明性を証明することができる証拠が存在する場合には、予期せぬ効果の概念は、創造性を肯定するために使用することはできないと述べている。一方、Ⅰ型、Ⅱ型、Ⅲ型の場合は非容易推考説と近似しており、Ⅳ型の場合は技術的貢献説と近似している。ただし、2017年の第一種に属する事例の中には、技術的貢献説に基づくものもあった[69]。以下の表は、再度、技術的貢献説と非容易推考説の観点から、人民法院の判決を分析したものである。

[69] “通常情况下，当发明具有预料不到的技术效果时，我们不必怀疑发明的创造性，但是，当有充分的证据足以认定发明的技术方案显而易见时，就不能因为其取得了预料不到的技术效果而认定其具有创造性”。注意的是，该案例在具体案件讨论中指出，很多充分证据证明显而易见性，另一方面，关于显著的效果，“在此情况下,即使涉案专利申请相对于对比文件１具有预料不到的技术效果，涉案专利申请权利要求1的技术方案也不具备创造性”。该指出意味着该案例实际上没有讨论是否满足显著的效果要件为了到达否定创造性的结论。

中国　非容易推考説 VS 技術的貢献説

（単位：件）

案件的類型	2017年	2014年	2004年(参考値)
非容易推考説 ※基本的に第一類型は、ほぼ三歩法と一致する理論であり、第二類型は従来型と一致し、第三類型は、論理型と一致する判断である。	119(94.4%)	125(91.2%)	10
技術的貢献説 基本的に第四類型の設計事項等を技術的貢献説に分類している。	7（5.6%）	12（8.8%）	0
合計			

本稿では、第四類型の設計的事項を技術的貢献説に位置付けた。同説は、対象発明と主引用例の間に技術的意義がないことを理由に創造性を否定するものであるからである。もっとも、第一類型に分類された裁判例の中にも技術的貢献説に近いと思われる2017年の判決がある。ここでは、そのような代表的な判決を紹介しよう。

なお、技術的貢献説の定義については、欧州編第Ⅱ部第3章第3節第2款「技術的貢献説の実像」における、「BGH及びEPOの技術的貢献説を重視する判決の一般的傾向」[70]に従った。すなわち、以下のとおりである。

(1) 請求項発明提案の方法が請求項の課題を実際に解決しているかどうかが進歩性判断の重要な分水嶺になる。すなわち、請求項発明提案の課題解決方法で出願人記載の課題を解決していない場合は進歩性を否定する有力な一事情となるし、請求項発明提案の方法で当該課題を解決しており、当該課題解決方法に対する示唆が従来技術にない場合は進歩性も肯定されることが多い。
(2) (課題を解決していても) 示唆等がある場合は進歩性は否定される。

[70] 時井真「日本、中国、ドイツ、EPO及び米国における進歩性に関する裁判例の統計分析及び若干の理論上の問題について(8)」知的財産法政策学研究63号99頁以下(2022年)。本文中の(1)～(3)に該当する具体的なBGH、EPOの裁判例は、同号を参照されたい。

一方で、たとえ請求項発明提案の課題解決方法が請求項発明記載の課題を解決していると認められる場合であっても、以下のような場合は、進歩性は否定される傾向にある。

① 請求項発明に記載された課題は確かに解決されているが、その解決方法が従来技術によって示唆されている場合（EPO 2004, EPO 2014, EPO 2017)。

② 請求項発明提案の課題解決方法が従来技術の枠内にある場合、例えば、請求項発明の課題解決にあたり、請求項発明が従来技術で開示されている課題解決手段を超えるような技術的情報を開示していないような場合（BGH 2014)、進歩性は否定される。

なお、請求項発明記載の課題が従来技術の既知の課題解決方法によって解決されている場合、そうした事情は、進歩性を否定する事情の一つになる。その一方、従来技術では請求項発明の課題を解決できないという事実は、引用例には請求項発明に到達する示唆はなく、進歩性を肯定する事情の一つになりうる(BGH 2014[71], EPO 2014[72])。

(3) その他、進歩性が否定される事例

以下の場合は、進歩性が否定される。こうした事例は、技術的貢献の視点を、進歩性を否定する方向で用いている点に特徴がある。

① 請求項発明で提案された課題解決方法あるいは課題が、技術的なものではない場合（BGH 2014, BGH 2017, EPO 2017)。

② 請求項発明が従来の技術的常識とは異なる前提に立っているにもかかわらず、実験によってそれが立証されていない場合（EPO 2004)。

③ 主引用例と請求項発明の間の相違点が単なる最適化である場合(EPO 2004)。

④ 請求項発明と引用例の相違点が技術上のものでない限り、進歩性は否定される（EPO 2014)。

⑤ 請求項発明記載の課題が、請求項発明提案の課題解決方法で解決されているとされていないとを問わず、その相違点が単なる設計的事項である場合は、進歩性は否定される（EPO 2017)。

---

[71] X. Zivilsenat 6.5.2014 X ZR 61/11.

[72] T 0977/11 () of 7.10.2014.

(4) その他の事例

たとえ請求項発明を構成する各要素が既知のものであっても、単なる特徴の集積を超える効果がある場合は、進歩性が肯定される(BGH 2014)。一方、請求項発明の効果が従来技術に照らして予見可能であるときは、進歩性は否定される（EPO 2014)。

上記(2)②に合致する人員法院の判決として、(2017)京行終第3815号がある。まず、本件において裁判所に認定された請求項発明が解決しようとする実際の技術的課題は、「異なる距離で塵埃を取り扱うポール型掃除機であって、掃除機ヘッドを地面にフィットさせること」である。その場合、引用例が請求項発明の技術的課題を解決していることは、進歩性を否定する主な理由の一つになりうる。すなわち、「別紙10は、自己完結型の連結部材1500（メカニカルカプラ）によってノズル本体1000（真空ヘッド）に連結される連結管400を有する電気掃除機を開示している。別紙10には、握り部を捻ることでノズル本体を広い範囲で回転させることができることが開示されており、床掃除の際に掃除機ヘッドを床にフィットさせるという問題を解決している。当業者であれば、別紙４と別紙10を組み合わせて、創造的な労力をかけずに請求項１の技術的解決策を得ようとする動機があるだろう。したがって、別紙４と別紙10の組合せに基づいて、本件特許の請求項１は創造性がない」としている。

また、(2017)京行終第3090号も参考になる。その判断方法は(2017)京行終第3815号と本質的には同じであるが、本件では、引用例がなぜ請求項の発明の技術的課題を解決できるのかを詳細に分析している。関連部分は次のとおりである。「本願発明は、一般的な金属腐食を有する酸性酸化電位殺菌水の先行技術の課題を解決するための低腐食性酸化電位殺菌水及びその調製方法を提供することを目的とする。主引用例の明細書には、本発明の目的は、酸性酸化電位殺菌水の金属に対する腐食性を、例えばpH値３から７に低下させて、有効塩素の濃度を確保するために種々の形態の有効塩素を形成することが困難であるという先行技術の問題点を解決するための弱酸性酸化電位殺菌水及びその調製方法を提供することにあることが記録されている。このように、引用例１は、対象発明と

同様に、酸化電位殺菌水の金属に対する腐食性の問題を解決することを目的としている」。

以上のように、中国の裁判例も全てが非容易推考説で運用されているのではなく、欧州の技術的貢献説と同様、請求項発明記載の課題が従来技術の既知の課題解決方法によって解決されていることを進歩性否定の有力な事情とする人民法院の裁判例があることも特記に値するだろう。その意味では、中国でも非容易推考説と技術的貢献説が根強く共存しているといってよいだろう。

第6節　結びに代えて－中国の創造性判断における若干の将来的展望と共に－

以上のように、本稿では、中国の人民法院における創造性判断の現況を正確かつ多角的に把握するという論考の目的を達成すべく、「第1節はじめに」では、法令の面から、「第3節・第4節　中国の人民法院における創造性判断の現況」では、統計分析の側面から、多面的にアプローチすることに努めてきた。

【図表3】では、第1類型と、第2類型から第6類型を区別して記載することにより、三歩法の判断傾向を探ったが、本稿の最後に、【図表4】として、【図表3】を多少加工し、第1類型から第6類型の総数の合計を記載することにより、中国の人民法院における創造性の判断傾向全体を探ることにした。以下にその結果を記載したい。

【図表4】中国の人民法院における創造性の判断傾向

総数(第1類型から第6類型)	151	151	17
創造性を肯定する裁判例の割合（全請求項のほか多項制の一部に創造性ありとされた事例を含む)	39(25.8%)	45(29.8%)	0
全請求項につき創造性を否定	112(74.2%)	106(70.2%)	10

【図表4】によれば、2014年には、調査対象の全151件中106件（70.2%)、2017年には調査対象の全151件中112件（74.2%）の裁判例が全請求項に

つき創造性なしとの結論を導いていた。その意味では、三歩法採用事案及び三歩法非採用事案を併せた中国の人民法院の創造性判断の近時の全体的な傾向として、中国は目下、強いアンチパテント傾向にあるといえるだろう。

2000年代には、（主にソフトウェア特許の分野を念頭に）中国は自国の産業保護のために特許権の総数を抑制してきた[73]。仮に内外平等という中国の審査の建前通りに審査され、中国企業が中国で取得できる特許権の総数が抑制されてしまっても、特許権は排他権であるから、外国の有力企業が中国で取得できる特許の総数も同等に抑制されていれば、中国企業は自国で自由に研究開発、販売可能であり、その間に他国からの技術導入等によって自国産業の技術水準の引上げを図ることができるからである。

しかし近時、創造性に関する中国の各種シンポジウムに出席すると、上記論文の筆者（張平教授）も含めて、既に中国は国際的に十分競争しうる科学技術力を付けたと認識しており、今後は創造性のハードルを下げて内外の企業(単位）に特許取得を競わせることによって自国の科学技術レベルを引き上げるという論調も強い。また、2019年11月から施行されている新しい審査指南[74] [75]も、請求項発明と主引用例発明の相違点（両発明の課題解決原理上の相違点を含むと思われる）が公知常識に属すると認定する場合は十分な証拠の裏付けを求めるなど、厳格な進歩性判断を求めている。こうしたことに鑑みると今後は、中国の人民法院における創造性判断は次第にプロパテント傾向に変化していく可能性があるといえるだろう。

---

[73] 張平「ビジネス方法ソフトウェアの特許性をめぐって」知財研フォーラム49号19頁 (2002年)。

[74] https://www.rouse.com/magazine/news/china-s-new-guidelines-for-patent-examination-from-november-1-2019/（2020年４月22日アクセス)。

[75] 大友信秀金沢大学教授よりご示唆を賜った。記して御礼を申し上げる。

第Ⅲ部　最終結論及び若干の将来への課題

第１章　進歩性に関する裁判例の統計的分析による第Ⅰ部の仮説の立証

本稿の第Ⅱ部においては、進歩性に求められる第三の要件（すなわち特許庁や裁判所における運用に耐えうる詳細な規範を導くこと）を満たすことができるかどうかを検討した。

必ずしも論理的に関連しているわけではないが、進歩性について、自然権論は技術的貢献説と密接に関連しており、法と経済学は非容易推考説と密接に関連している。そこで本稿では、EPO、BGH、中国、日本、米国の2,000件の進歩性事例を分析し、技術的貢献説と非容易推考説の観点から分類した。

その結果は、以下のとおりである。本稿では、中国、日本、欧州（BGH、EPO）、米国の裁判例を統計的に分類した。それによると、いずれの司法管轄区域裁判においても、技術的貢献説よりも非容易推考説に基づく裁判例のほうが多く見受けられた。しかしその中でも、欧州では技術的貢献説に基づく裁判例が比較的多く、中国、日本、米国では技術的貢献説に基づく裁判例は少なかった。

さらに本稿の第Ⅱ部の各地域研究の結果、中国、日本、米国、欧州のいずれにおいても、非容易推考説と技術的貢献説が詳細な進歩性の下位規範を形成していることが判明した。このことは、前述のように自然権論は技術的貢献説と密接に関連しており、法と経済学は非容易推考説と密接に関連していることに鑑みると、自然権論が技術的貢献説を通して、法と経済学が非容易推考説を通じて、それぞれ共存しつつも融合しない形で進歩性に求められる第三の要請（すなわち特許庁や裁判所における運用に耐えうる詳細な規範を導くこと）を充足していた。このことは、第Ⅰ部第４章第５節「第Ⅰ部のまとめ－仮説の設定と共に－」における仮説[76]、すなわち、技術的貢献説と非容易推考説の双方が進歩性の背景にあるという仮説を裏付けるものである。

---

[76] 時井真「日本、中国、ドイツ、EPO及び米国における進歩性に関する裁判例の統計分析及び若干の理論上の問題について(3)」知的財産法政策学研究56号121頁

これが本稿の第一の結論である。

第２章　技術的貢献説の適用領域など

前述したように、中国は特許法を制定する際、ドイツ法の影響を色濃く残している。このような歴史的背景から、中国特許法の規定（中国特許法22条３項）における「創造性」という用語は、技術的貢献という意味合いを持っている。他方、ほぼ全ての審級の人民法院（最高人民法院、高等人民法院、中級人民法院）での運用は、主に非容易推考説による運用である。その結果、「著しい進歩（中国特許法22条３項）」という表現はもとより、「創造性」という条項の名称も「非容易推考性」などの他の表現に改正すべきかどうかについて、学術的な議論が盛んに行われてきた。

この意見は、①技術的貢献説はドイツではもはや使われていない過去の判断方法であること、②人民法院の事件のほとんどが非容易推考説に基づくものであることを主眼とするものである。しかし、本研究の結果によれば、②は正しいが、今でも欧州を含む各司法管轄領域（日本、米国、中国）で、少数ながらも技術的貢献説からの判示が見受けられる（第Ⅱ部参照）ので、世界各国で技術的貢献説が未だに存在しており、適切な改正の論拠とはいえない。そうすると、必ずしも中国は、「創造性」という条項のタイトルを変更する必要があるとまではいえないように思われる。

また、少なくとも今後、非容易推考説の機械的な運用はAI（人工知能）の発展による第四次産業革命の発展[77]と科学技術の発展によって、問題を

(2020年)。

[77] 現在、ピリミジン大合議判決の匿名解説においても、「近い将来、AIの活用等により、多種多様な化学物を大量につくり、その効果を検査して、有益なものを選択することにより、発明を行うといった手法が一般化すれば、…判断枠組みの再検討が必要になることが予測される」とされている（ピリミジン大合議判決の無記名解説として、L&T 80号96-97頁（2018年））。また、AIの利用が一般化した時点においては、当業者によるAI利用可能性を考慮して進歩性を判断すべきであり、そ

抱えるように思われる。すなわち、示唆あるいは逆示唆の有無にかかわらず、容易にAIによる実験ができるために、当業者の創造能力が以前と異なっており、示唆あるいは逆示唆の有無で進歩性を決定するという従来の方法では必ずしも創造性を切り分けにくい面がある。すなわち、AIの活用により非容易推考説の下では、主引用例から出発して請求項発明まで到達することが容易になることが予想される。そして、最近では、意図的に複雑にして誰も思い付かないような発明が増えてきているが、これらの発明が実用的な価値を持つかどうかは疑わしい（例えば、パラメータ発明やビジネス方法の特許など)。特許法の目的は産業の発展に寄与することであり、これらの発明は特許法の趣旨に反するものであるから、その進歩性が問われるべきである。しかし、非容易推考説の下では、同説を純粋に適用する限りはこれらの発明の進歩性の否定は難しい。し

の際は、進歩性の水準は引き上げられるべきであるとも指摘されている(中山一郎「AIと進歩性」パテント72巻12号193頁(2019年))。

第四次産業革命は、人工知能の利用に新たな問題をもたらした。すなわち、例えば、引用例に「物質X」が開示されているが、これは出願人の単なる思い付きであり、物質Xの製造方法が不明であるため、別の出願人が物質Xの製造方法を研究開発し、後の出願で物質Xの製造方法を獲得し、その出願人が「物質X」と同一の発明を出願した場合である。この事例の場合、新規性・進歩性を肯定するためには、進歩性を再解釈する必要がある。この場合は、既存の文献に物質Xの構成が開示されているが、これは単なる思い付きであり、物質Xを製造するための製造方法が不明である場合を前提としており、この場合には、同一の物質Xが出願され、物質Xの製造方法が開示されていても、産業の発展という特許法の趣旨から、物質Xの進歩性が肯定されるべきであるとしている。そしてその理論構成として、進歩性とは、(ⅰ)発明を構成することが容易であることだけでなく、(ⅱ)当該構成を実施することが容易であったことも必要であるとすることが提唱されている(大谷寛「進歩性要件の再解釈」パテント68巻11号105頁以下(2015年))。

また欧州弁理士の長谷川寛氏は、この問題(化学式の開示だけなされていて、その製法が分からない状況)として、現在は、コンピュータなどを使ってありとあらゆる化学式の組合せが可能になったことを挙げている。この場合、製造方法が記載されていない主引用例は、引用例適格がないと主張することも可能であるし、上記大谷説のように、非容易推考説に修正を加えて新たな付加要件(上記であれば、(ⅱ)当該構成を実施することが容易であったこと)を加えるという解釈も可能であろう。

かし、技術的貢献説下では、そのような発明の進歩性は、技術的裏付けのない出願として容易に進歩性を否定しうる。したがって、今後の特許法の実務においては、従来の非容易推考説に加えて、技術的貢献説の枠組みも重視すべきである。これが本稿の第二の結論である。

中国特許実務への提言－技術的貢献説の視点を用いて－

以上の分析を踏まえると、技術的貢献説は以下のような意味で有用な概念であり続けていると結論付けることができる。すなわち、対象発明にどの程度寄与しているかを判断することは困難であるため、従来は技術的貢献説が発明の進歩性を判断するための手段として主役となることはなかった。また、仮に貢献の程度を計測することができたとしてもどの程度の貢献があれば、進歩性があるといえるのか、その線引きが難しかった。

これに対して、今日のBGH判決やEPO審決のように、対象発明が先行技術に寄与しないという意味での技術的貢献説を否定方向に用いるのであれば、上記のような問題は生じない。技術的貢献説については、欧州編第Ⅱ部第3章第3節第2款「技術的貢献説の実像」における、「BGH及びEPOの技術的貢献説を重視する判決の一般的傾向」を含むがこれに限らない形で、特に進歩性を否定する論理として有効である。

一方、技術的貢献説を創造性の肯定方向で使用する場合としては、

(1) 例えばビジネスモデル特許において、発明全体の中から保護を主張する発明の特許可能な部分を検索する場合
(2) 失われた技術の再生に向けた取組みなど、特許法の制定時においてこれまで議論されていなかった点を、技術的貢献説を通じて発見すること

といったものが考えられる。

また、技術的貢献説については、創造性を肯定するためにさらに積極的に利用されることがある。すなわち、対象発明が実際に問題を解決し

た場合（すなわち、対象発明が実際に問題を解決したことが技術的貢献と考えられる場合）であってかつ、先行技術が問題を解決するための示唆等を提供していない場合、同説によれば創造性を肯定する有力な一事情となる（欧州編第Ⅱ部第3章第3節第2款「技術的貢献説の実像」における、「BGH及びEPOの技術的貢献説を重視する判決の一般的傾向」）。

さらには、非容易推考説と技術的貢献説の組合せ方によっては、創造性のハードルを上げ下げできることがある。例えば、EPOに比べるとドイツ特許庁のOAでは、非容易推考であることは分かったが技術的貢献もあるか立証を求められることも多い[78]。このことは、非容易推考説と技術的貢献説（例えば、「顕著な効果」の立証があって初めて技術的貢献があったと認めるなど）の関係を、ANDで繋ぐことにより、進歩性のハードルをより厳格にすることができることを意味している。これに対して、非容易推考説と技術的貢献説をORで繋ぐと、いずれかが認められれば創造性が肯定されるわけであるから、ANDの場合に比べて進歩性のハードルを下げることができる。少なくとも、進歩性の判断において非容易推考説のみならず、技術的貢献説があることを意識することによって、特許法の様々な論点に新しい示唆を与えることができるだろう。

巻末資料（表に対応した中国の裁判例）

【図表1】について、根拠となった裁判例は以下のとおりである。2014年第1類型[79] 第2類型[80] 第3類型[81] 第4類型[82] 第5類型[83]。2017年第1類

[78] 長谷川寛氏からご教示を賜った。記して御礼を申し上げる。

[79] **[2004年]**
(2003)一中行初字第858号。
[2014年]第1類型：95
(2014)高行終字第434号、(2014)高行終字第265号、(2014)高行終字第1929号、(2013)高行終字第1494号、(2014)高行終字第1271号、(2014)高行終字第1744号、(2014)高行終字第1536号、(2014)知行字第57号、(2014)高行終字第1667号、(2014)高行(知)終字第3634号、(2014)知行字第97号、(2014)高行終字第1177号、(2014)高行終字第1823号、(2014)高行終字第1902号、(2014)高行終字第1645号、(2014)高行終字第1601号、(2014)高行終字第1600号、(2014)高行終字第1527号、(2014)高行終

字第1525号、(2014)高行終字第1522号、(2014)高行(知)終字第2934号、(2014)高行(知)終字第3397号、(2014)高行終字第2086号、(2014)高行(知)終字第2236号、(2014)高行終字第619号、(2014)高行終字第619号、(2014)高行(知)終字第2662号、(2014)高行終字第1599号、(2014)高行(知)終字第2295号、(2014)高行終字第2717号、(2014)高行終字第887号、(2014)知行字第55号、(2014)高行(知)終字第2606号、(2014)高行終字第1847号、(2014)高行終字第114号、(2014)高行終字第1758号、(2014)高行終字第1824号、(2014)高行終字第1794号、(2014)高行終字第1417号、(2014)高行終字第1954号、(2013)高行終字第2377号、(2013)高行終字第2366号、(2013)高行終字第2289号、(2014)高行終字第1370号、(2014)高行終字第1820号、(2014)高行終字第1213号、(2014)高行終字第1207号、(2014)高行終字第373号、(2014)高行終字第1293号、(2014)高行終字第1454号、(2014)高行終字第1406号、(2014)高行終字第267号、(2014)高行終字第452号、(2014)高行終字第496号、(2014)高行終字第1411号、(2014)高行終字第1277号、(2014)高行終字第427号、(2014)高行終字第1274号、(2014)高行終字第966号、(2014)高行終字第1121号、(2014)高行終字第970号、(2014)高行終字第465号、(2014)高行終字第369号、(2014)高行終字第145号、(2013)高行終字第2386号、(2014)高行終字第91号、(2014)高行終字第436号、(2013)高行終字第2278号、(2013)高行終字第1708号、(2014)高行終字第56号、(2013)高行終字第2392号、(2013)一中知行初字第3173号、(2014)高行終字第46号、(2013)一中知行初字第183号、(2013)高行終字第1732号、(2014)知行字第84号、(2014)知行字第6号、(2014)高行(知)終字第3466号、(2014)高行終字第1903号、(2014)高行終字第1757号、(2014)高行終字第1474号、(2014)高行終字第1959号、(2014)高行終字第1234号、(2014)高行終字第1047号、(2014)高行終字第806号、(2014)高行終字第1209号、(2014)高行終字第1046号、(2014)高行終字第354号、(2012)高行終字第1909号、(2014)高行(知)終字第2704号、(2014)高行終字第1593号、(2014)高行終字第1194号、(2014)高行終字第1140号、(2013)高行終字第1824号、(2014)高行終字第1923号、(2014)高行終字第1162号。

[80] **[2004年]**

(2004)高行終字第151号、(2005)一中行初字第194号、(2004)一中行初字第379号。

[2014年]第2類型：8

(2014)高行終字第1198号、(2014)高行(知)終字第3280号、(2014)高行(知)終字第3118号、(2014)高行(知)終字第2297号、(2014)高行(知)終字第2418号、(2014)高行終字第1816号、(2013)高行終字第2170号、(2014)高行終字第74号。

[81] **[2004年]**

(2003)高行終字第16号、(2004)高行終字第13号、(2004)高行終字第69号、(2003)一

型[84] 第2類型[85] 第3類型[86] 第4類型[87] 第5類型[88] 第6類型[89]。

中行初字第202号、(2003)一中行初字第507号、(2003)一中行初字第332号。

[2014年]第3類型：32

(2013)高行終字第596号、(2014)高行終字第364号、(2014)高行終字第240号、(2011)高行再終字第19号、(2013)高行終字第2165号、(2013)高行終字第2292号、(2014)高行(知)終字第3118号、(2014)高行(知)終字第3031号、(2014)高行終字第1661号、(2014)高行終字第656号、(2014)高行終字第494号、(2014)高行終字第1675号、(2014)高行終字第1674号、(2014)高行終字第1184号、(2014)高行終字第1455号、(2013)知行字第11号、(2013)高行終字第2325号、(2014)高行終字第86号、(2014)高行終字第862号、(2014)高行終字第805号、(2014)高行終字第508号、(2014)高行終字第1163号、(2014)高行終字第1209号、(2013)高行終字第126号、(2013)高行終字第126号、(2013)高行終字第2380号、(2014)高行終字第1046号、(2014)高行終字第354号、(2014)高行終字第232号、(2013)高行終字第2322号、(2013)高行終字第2315号、(2013)高行終字第648号、(2014)高行終字第1747号、(2014)高行終字第1546号、(2014)高行終字第1732号、(2014)知行字第1号、(2013)高行終字第1721号、

[82] **[2004年]**

(2004)高行終字第20号、(2005)一中行初字第194号、(2004)高行終字第147号、(2004)高行終字第4号。

[2014年]第4類型：12

(2014)知行字第38号、(2014)高行終字第1845号、(2014)高行終字第888号、(2014)高行終字第1231号、(2014)高行終字第685号、(2014)高行終字第1038号、(2014)一中知行初字第1405号、(2014)高行終字第962号、(2014)高行終字第457号、(2013)高行終字第1006号、(2012)高行終字第1469号、(2013)高行終字第1961号。

[83] **[2004年]**

(2004)高行終字第262号、(2004)一中初字第152号、(2003)一中行初字第623号。

[2014年]第5類型：4

(2014)高行(知)終字第2413号、(2014)知行字第92号、(2014)高行終字第969号、(2014)高行終字第802号。

[84] **[2017年]第1類型：90**

(2017)最高法行申第7393号、(2017)京行終第738号、(2017)最高法行申第8584号、(2016)京行終第4365号、(2016)京行終第4366号、(2017)京行終第1401号、(2017)京行終第602号、(2017)京行終第1201号、(2015)京知行初字第4621号、(2017)京行終第2882号、(2016)京行終第5773号、(2016)京行終第4799号、(2016)京行終第5771号、(2017)京行終第412号、(2017)京行終第2924号、(2017)京行終第2260号、(2017)京行終第2334号、(2017)京行終第1806号、(2016)京行終第3923号、(2017)京行終第5452

号、(2017)京行終第3966号、(2016)京行終第1635号、(2017)京行終第4032号、(2017)京行終第4903号、(2015)京知行初字第3524号、(2017)京行終第2095号、(2017)京行終第2552号、(2017)最高法行申第1058号、(2017)京行終第3677号、(2017)京行終第2519号、(2015)京知行初字第5813号、(2017)京行終第3877号、(2017)京行終第3841号、(2017)京行終第1066号、(2017)京行終第2893号、(2017)京行終第3815号、(2017)京行終第386号、(2017)京行終第1385号、(2017)京行終第4486号、(2017)京行終第3784号、(2017)京行終第4245号、(2015)京知行初字第3889号、(2017)京行終第222号、(2017)京行終第980号、(2017)京行終第2927号、(2017)京行終第2527号、(2017)京行終第403号、(2017)京行終第2175号、(2017)京行終第218号、(2016)京行終第4161号、(2017)京行終第249号、(2016)京行終第4996号、(2017)京行終第2535号、(2017)京行終第2532号、(2017)最高法行申第3550号、(2017)京行終第967号、(2017)京行終第3090号、(2017)京行終第3094号、(2017)京行終第3093号、(2017)京行終第3092号、(2017)京行終第3091号、(2017)京行終第3089号、(2017)京行終第755号、(2017)京行終第3556号、(2017)京行終第2917号、(2017)京行終第1970号、(2017)京行終第1583号、(2016)京行終第3452号、(2017)京行終第1050号、(2017)京行終第1555号、(2017)京行終第1556号、(2017)京行終第1554号、(2016)京行終第872号、(2017)京行終第985号、(2016)京行終第4800号、(2016)京行終第5744号、(2017)京行終第1801号、(2017)京行終第845号、(2017)京行終第1134号、(2017)京行終第1215号、(2017)京行終第3706号、(2017)京行終第1907号、(2017)京行終第1779号、(2017)京行終第3542号、(2016)京行終第4440号、(2017)京行終第1820号、(2016)京行終第4492号、(2017)京行終第1722号、(2017)京行終第2422号、(2017)京行終第2400号。

[85] **［2017年］第２類型：10**

(2015)京知行初字第3781号、(2017)京行終第3674号、(2017)京行終第3864号、(2015)京知行初字第3890号、(2017)京行終第4476号、(2017)京行終第3608号、(2017)京行終第1741号、(2017)京行終第1710号、(2017)京行終第81号、(2017)京行終第2420号。

[86] **［2017年］第３類型：21**

(2015)京知行初字第2478号、(2017)最高法行申第5053号、(2017)最高法行申第8474号、(2016)京行終第5602号、(2017)京行終第1928号、(2017)最高法行申第6004号、(2017)最高法行申第5072号、(2016)京行終第5572号、(2015)京知行初字第5678号、(2017)京行終第3902号、(2017)京行終第2470号、(2017)京行終第3552号、(2017)京行終第526号、(2017)京行終第3885号、(2017)京行終第3873号、(2017)京行終第2517号、(2016)京行終第5626号、(2017)京行終第1715号、(2017)京行終第2454号、(2017)京行終第2673号、(2017)京行終第2289号。

[87] **［2017年］第４類型：5**

(2015)京知行初字第2008号、(2017)京行終第2325号、(2017)京行終第4283号、(2017)最高法行申第3258号、(2017)京行終第1838号。

【図表２】について、統計の根拠は以下のとおりである[90]。

---

[88] **［2017年］第５類型：16**

(2016)京行終第2040号、(2016)京行終第1639号、(2017)京行終第3201号、(2017)最高法行申第6017号、(2015)京知行初字第4689号、(2017)京行終第3545号、(2016)京行終第1527号、(2017)京行終第2263号、(2017)最高法行申第1025号、(2017)最高法行申第2988号、(2017)京行終第3521号、(2017)京行終第878号、(2017)京行終第1752号、(2017)京行終第1837号、(2017)京行終第2218号、(2017)京行終第1538号。

[89] **［2017年］第６類型：9**

(2017)京行終第4242号、(2017)京行終第1711号、(2017)京行終第3878号、(2017)京行終第3668号、(2017)京行終第1309号、(2017)京行終第1812号、(2017)京行終第2926号、(2017)京行終第1409号、(2017)京行終第1418号。

[90] **［2017年］**

三歩法の裁判例（第１類型）は以下のとおりである。

三院一致：71

(2017)最高法行申第7393号、(2017)京行終第738号、(2017)最高法行申第8584号、(2017)京行終第1201号、(2015)京知行初字第4621号、(2017)京行終第2882号、(2016)京行終第5773号、(2016)京行終第4799号、(2016)京行終第5771号、(2017)京行終第412号、(2017)京行終第2924号、(2016)京行終第3923号、(2017)京行終第5452号、(2017)京行終第3966号、(2016)京行終第1635号、(2017)京行終第4032号、(2017)京行終第4903号、(2015)京知行初字第3524号、(2017)京行終第2095号、(2017)京行終第2552号、(2017)京行終第2519号、(2017)京行終第3877号、(2017)京行終第3841号、(2017)京行終第1066号、(2017)京行終第2893号、(2017)京行終第3815号、(2017)京行終第386号、(2017)京行終第1385号、(2017)京行終第4486号、(2017)京行終第3784号、(2017)京行終第4245号、(2015)京知行初字第3889号、(2017)京行終第222号、(2017)京行終第980号、(2017)京行終第2927号、(2017)京行終第2527号、(2017)京行終第403号、(2017)京行終第2175号、(2017)京行終第218号、(2016)京行終第4161号、(2017)京行終第249号、(2016)京行終第4996号、(2017)京行終第2532号、(2017)京行終第967号、(2017)京行終第3090号、(2017)京行終第3093号、(2017)京行終第3092号、(2017)京行終第3091号、(2017)京行終第3089号、(2017)京行終第3556号、(2017)京行終第2917号、(2017)京行終第1050号、(2017)京行終第1555号、(2017)京行終第1556号、(2017)京行終第1554号、(2016)京行終第872号、(2017)京行終第985号、(2016)京行終第4800号、(2016)京行終第5744号、(2017)京行終第845号、(2017)京行終第1134号、(2017)京行終第1215号、(2017)京行終第3706号、(2017)京行終第1907号、(2017)京行終第1779号、(2017)京行終第3542号、(2016)京行終第4440号、(2016)京行終第4492号、(2017)京行終第1722号、(2017)京行終第2422号、(2017)京行終第

2400号。

取消一回：8

(2017)京行終第1401号、(2017)京行終第2260号、(2017)京行終第2334号、(2017)京行終第2535号、(2017)京行終第1970号、(2017)京行終第1970号、(2017)京行終第1801号、(2017)京行終第1820号。

取消二回：7

(2016)京行終第4365号、(2016)京行終第4366号、(2017)京行終第602号、(2017)京行終第1806号、(2017)京行終第3677号、(2017)京行終第755号、(2016)京行終第3452号。

三歩法を用いていない裁判例(第2類型－第5類型)は以下のとおりである。

三院一致：36

(2017)京行終第3674号、(2017)京行終第4476号、(2017)京行終第3608号、(2017)京行終第1741号、(2017)京行終第1710号、(2017)京行終第81号、(2017)京行終第2420号、(2017)最高法行申第5053号、(2017)最高法行申第8474号、(2016)京行終第5602号、(2017)京行終第1928号、(2016)京行終第5572号、(2015)京知行初字第5678号、(2017)京行終第3902号、(2017)京行終第3552号、(2017)京行終第526号、(2017)京行終第3885号、(2017)京行終第3873号、(2017)京行終第2517号、(2017)京行終第1715号、(2017)京行終第2454号、(2017)京行終第2289号、(2017)京行終第4283号、(2017)京行終第1838号、(2017)京行終第3201号、(2017)京行終第2263号、(2017)京行終第3521号、(2017)京行終第1752号、(2017)京行終第1837号、(2017)京行終第1538号、(2017)京行終第4242号、(2017)京行終第3878号、(2017)京行終第3668号、(2017)京行終第1309号、(2017)京行終第1812号、(2017)京行終第2926号。

取消一回：11

(2016)京行終第5626号、(2017)京行終第2673号、(2017)京行終第2325号、(2016)京行終第2040号、(2016)京行終第1639号、(2017)京行終第3545号、(2016)京行終第1527号、(2017)京行終第878号、(2017)京行終第2218号、(2017)京行終第1409号、(2017)京行終第1418号。

取消二回：1

(2017)京行終第1711号。

[2014年]

三歩法の裁判例(第1類型)は以下のとおりである。

三院一致：62

(2014)高行終字第1177号、(2014)高行終字第1823号、(2014)高行終字第1902号、(2014)高行終字第1645号、(2014)高行終字第1522号、(2014)高行(知)終字第2934号、(2014)高行終字第1903号、(2014)高行終字第3397号、(2014)高行終字第2086号、

(2014)高行終字第2236号、(2014)高行終字第619号、(2014)高行終字第2662号、(2014)高行終字第1599号、(2014)高行終字第2295号、(2014)高行終字第2717号、(2014)知行字第44号、(2014)高行終字第1847号、(2014)高行終字第1758号、(2014)高行終字第1824号、(2014)高行終字第1794号、(2014)高行終字第1954号、(2014)高行終字第1474号、(2014)高行終字第1816号、(2013)高行終字第2377号、(2013)高行終字第2366号、(2014)高行終字第1923号、(2014)高行終字第1370号、(2014)高行終字第1820号、(2014)高行終字第1234号、(2014)高行終字第1207号、(2014)高行終字第373号、(2014)高行終字第1454号、(2014)高行終字第1047号、(2014)高行終字第1406号、(2014)高行終字第267号、(2014)高行終字第452号、(2014)高行終字第1162号、(2014)高行終字第496号、(2014)高行終字第1411号、(2014)高行終字第1209号、(2014)高行終字第1277号、(2014)高行終字第427号、(2014)高行終字第1274号、(2014)高行終字第966号、(2014)高行終字第1194号、(2014)高行終字第1046号、(2014)高行終字第1121号、(2014)高行終字第970号、(2014)高行終字第465号、(2014)高行終字第369号、(2014)高行終字第145号、(2014)高行終字第354号、(2014)高行終字第2386号、(2014)高行終字第91号、(2014)高行終字第436号、(2013)高行終字第2278号、(2013)高行終字第1006号、(2014)高行終字第56号、(2013)高行終字第2392号、(2013)一中行知初字第3137号、(2014)高知(知)終字第2704号、(2013)高行終字第1732号。

取消一回：22

(2014)高行終字第434号、(2014)高行終字第1271号、(2014)高行終字第1536号、(2014)高行終字第1667号、(2014)高行(知)終字第3634号、(2014)高行終字第3466号、(2014)高行終字第3398号、(2014)高行終字第1601号、(2014)高行終字第1601号、(2014)高行終字第1600号、(2014)高行終字第1527号、(2014)高行終字第1525号、(2014)高行終字第1593号、(2014)高行終字第1417号、(2014)高行終字第1959号、(2013)高行終字第2289号、(2014)高行終字第1213号、(2014)高行終字第1293号、(2014)高行終字第1140号、(2014)高行終字第232号、(2012)高行終字第1909号、(2014)高行終字第46号。

取消二回：5

(2014)高行終字第265号、(2014)高行終字第1929号、(2014)高行終字第1494号、(2014)高行終字第494号、(2013)高行終字第1708号。

三歩法を用いていない裁判例(第2類型－第5類型)は以下のとおりである。

三院一致：36

(2013)高行終字第596号、(2014)高行終字第1747号、(2011)高行再終字第19号、(2013)高行終字第2165号、(2014)高行終字第1744号、(2014)高行終字第1546号、(2014)高行終字第3118号、(2014)高行終字第1732号、(2014)高行終字第3031号、

【図表３】について、根拠となった裁判例は以下のとおりである[91]。

(2014)高行終字第1661号、(2014)高行終字第656号、(2014)高行終字第969号、(2014)高行終字第2418号、(2014)高行終字第1845号、(2014)高行終字第1674号、(2014)高行終字第1184号、(2014)高行終字第888号、(2014)高行終字第1231号、(2014)高行終字第1455号、(2013)高行終字第2170号、(2013)高行終字第2325号、(2014)高行終字第86号、(2014)高行終字第806号、(2013)高行終字第1721号、(2013)高行終字第174号、(2014)高行終字第508号、(2014)高行終字第1163号、(2013)高行終字第126号、(2013)高行終字第2380号、(2014)高行終字第962号、(2014)高行終字第457号、(2013)高行終字第648号、(2012)高行終字第1469号、(2013)高行終字第1824号、(2013)高行終字第1961号、(2013)高行終字第2315号。

取消一回：10

(2014)高行終字第364号、(2014)高行(知)終字第3280号、(2013)高行終字第2292号、(2014)高行終字第2297号、(2014)高行終字第887号、(2014)高行終字第494号、(2014)高行終字第1038号、(2014)高行終字第862号、(2014)高行終字第805号、(2013)高行終字第2322号。

取消二回：1

(2014)高行終字第1198号

[2004年]

三歩法の裁判例（第１類型）は以下のとおりである。

三院一致：1

(2003)一中行初字第858号

取消一回：0

取消二回：0

三歩法を用いていない裁判例（第２類型－第５類型）は以下のとおりである。

三院一致：8

(2004)高行終字第151号、(2003)高行終字第16号、(2005)一中行初字第194号、(2004)高行終字第13号、(2003)一中行初字第623号、(2004)高行終字第147号、(2004)高行終字第69号、(2003)一中行初字第202号。

取消一回：2

(2004)高行終字第４号、(2003)一中行初字第507号。

取消二回：2

(2004)高行終字第262号、(2004)高行終字第20号。

[91] **[2014年]**

三歩法の裁判例（第１類型）は以下のとおりである。

特許権者等に有利な事例：18

(2013)高行終字第1494号、(2014)高行(知)終字第3397号、(2014)高行終字第114号、(2014)高行終字第1417号、(2014)高行終字第1293号、(2014)高行終字第1274号、(2014)高行終字第966号、(2013)高行終字第2278号、(2014)高行終字第434号、(2014)高行終字第1667号、(2014)高行終字第1046号、(2012)高行終字第1909号(2014)高行終字第1194号、(2014)高行終字第1140号、(2014)高行終字第1708号、(2014)高行終字第1522号、(2014)高行終字第1758号、(2013)高行終字第2289号。

一部有利：12

(2014)高行終字第1645号、(2014)高行終字第2086号、(2014)高行終字第1370号、(2014)高行終字第427号、(2014)高行終字第1121号、(2014)高行終字第970号、(2014)高行終字第145号、(2014)高行終字第1823号、(2014)高行終字第1474号、(2014)高行終字第1234号、(2013)高行終字第2377号、(2014)高行終字第1293号。

不利：60

(2014)高行終字第1536号、(2014)知行字第97号、(2014)高行終字第1177号、(2014)高行終字第1600号、(2014)高行終字第619号、(2014)高行(知)終字第2662号、(2014)高行(知)終字第2295号、(2014)知行字第44号、(2014)知行字第55号、(2014)高行(知)終字第2606号、(2014)高行終字第1847号、(2014)高行終字第1794号、(2014)高行終字第1954号、(2014)高行終字第1213号、(2014)高行終字第1207号、(2014)高行終字第373号、(2014)高行終字第1406号、(2014)高行終字第452号、(2014)高行終字第496号、(2014)高行終字第1277号、(2013)高行終字第2386号、(2014)高行終字第436号、(2014)高行終字第56号、(2014)高行終字第46号、(2013)一中知行初字第183号、(2013)高行終字第1732号、(2014)高行終字第265号、(2014)高行終字第1929号、(2014)高行終字第1271号、(2014)高行(知)終字第3634号、(2014)高行終字第902号、(2014)高行(知)終字2934号、(2014)高行終字第1903号、(2014)高行終字第1599号、(2014)高行終字第1757号、(2014)高行終字第1959号、(2014)高行終字第1047号、(2014)高行終字第806号、(2014)高行終字第1209号、(2014)高行終字第369号、(2014)高行終字第354号、(2014)高行終字第91号、(2014)高行(知)終字第2704号、(2014)高行終字第1744号、(2014)高行終字第3398号、(2014)高行終字第1601号、(2014)高行終字第1525号、(2014)高行終字第1593号、(2014)高行終字第2236号、(2014)高行終字第2717号、(2014)高行終字第1824号、(2013)高行終字第2377号、(2013)高行終字第2366号、(2014)高行終字第1923号、(2014)高行終字第1820号、(2014)高行終字第267号、(2014)高行終字第1411号、(2013)高行終字第1824号、(2013)一中行知初字第3137号、(2013)高行終字第2392号。

[2017年]

Ⅰ　三歩法の裁判例(第1類型)は以下のとおりである。

特許権者等に有利な事例：14

(2016)京行終第4365号、(2017)京行終第2924号、(2017)京行終第3966号、(2017)京行終第2552号、(2017)京行終第3877号、(2017)京行終第3841号、(2017)京行終第2927号、(2017)京行終第403号、(2017)京行終第2535号、(2017)京行終第755号、(2017)京行終第2917号、(2017)京行終第1970号、(2016)京行終第3452号、(2017)京行終第985号。

一部有利：6

(2016)京行終第4366号、(2017)京行終第1401号、(2016)京行終第5773号、(2017)京行終第2260号、(2017)京行終第1806号、(2017)京行終第2175号。

不利：70

(2017)最高法行申第7393号、(2017)京行終第738号、(2017)最高法行申第8584号、(2017)京行終第602号、(2017)京行終第1201号、(2015)京知行初字第4621号、(2017)京行終第2882号、(2016)京行終第4799号、(2016)京行終第5771号、(2017)京行終第412号、(2017)京行終第2334号、(2016)京行終第3923号、(2017)京行終第5452号、(2016)京行終第1635号、(2017)京行終第4032号、(2017)京行終第4903号、(2015)京知行初字第3524号、(2017)京行終第2095号、(2017)最高法行申第1058号、(2017)京行終第3677号、(2017)京行終第2519号、(2015)京知行初字第5813号、(2017)京行終第1066号、(2017)京行終第2893号、(2017)京行終第3815号、(2017)京行終第386号、(2017)京行終第1385号、(2017)京行終第4486号、(2017)京行終第3784号、(2017)京行終第4245号、(2015)京知行初字第3889号、(2017)京行終第222号、(2017)京行終第980号、(2017)京行終第2527号、(2017)京行終第218号、(2016)京行終第4161号、(2017)京行終第249号、(2016)京行終第4996号、(2017)京行終第2532号、(2017)最高法行申第3550号、(2017)京行終第967号、(2017)京行終第3090号、(2017)京行終3094号、(2017)京行終第3093号、(2017)京行終第3092号、(2017)京行終第3091号、(2017)京行終第3089号、(2017)京行終第3556号、(2017)京行終第1583号、(2017)京行終第1050号、(2017)京行終第1555号、(2017)京行終第1556号、(2017)京行終第1554号、(2016)京行終第872号、(2016)京行終第4800号、(2016)京行終第5744号、(2017)京行終第1801号、(2017)京行終第845号、(2017)京行終第1134号、(2017)京行終第1215号、(2017)京行終第3706号、(2017)京行終第1907号、(2017)京行終第1779号、(2017)京行終第3542号、(2016)京行終第4440号、(2017)京行終第1820号、(2016)京行終第4492号、(2017)京行終第1722号、(2017)京行終第2422号、(2017)京行終第2400号。

Ⅱ　三歩法を用いていない裁判例(第2類型－第5類型)は以下のとおりである。

[2004年]

特許権者等に有利な事例：6

(2004)高行終字第262号、(2004)高行終字第20号、(2004)一中行初字第379号、(2004)

高行終字第13号、(2004)高行終字第 4 号、(2003)一中行初字第332号。

一部有利：1

(2004)高行終字第147号。

不利：9

(2004)高行終字第151号、(2004)一中行初字第152号、(2003)高行終字第16号、(2005)一中行初字第194号、(2003)一中行初字第623号、(2003)一中行初字第858号、(2004)高行終字第69号、(2003)一中行初字第202号、(2003)一中行初字第507号。

[2014年]

有利：10

(2014)高行終字第364号、(2014)高行(知)終字3280号、(2013)高行終字第2292号、(2014)高行終字第656号、(2014)高行終字第887号、(2014)知行学字第38号、(2014)高行終字第1674号、(2014)高行終字第1455号、 (2013)高行終字第1006号、(2013)高行終字第2322号。

一部有利：4

(2014)高行終字第1546号、(2014)高行終字第86号、(2013)高行終字第2380号、(2013)高行終字第2315号。

不利：39

(2013)高行終字第596号、(2014)高行終字第1198号、(2014)高行終字第1747号、(2011)高行再終字19号、(2013)高行終字第2165号、(2014)高行終字第1546号、(2014)高行終字第3118号、(2014)高行終字第1732号、(2014)高行終字第3031号、(2014)高行終字第1661号、(2014)高行終字第2297号、(2014)高行終字第887号、(2014)高行終字第969号、(2014)高行終字第2418号、(2014)高行終字第1845号、(2014)高行終字第494号、(2014)高行終字第1675号、(2014)高行終字第1184号、(2014)高行終字第888号、(2014)高行終字第1231号、(2013)高行終字第2170号、(2014)高行終字第1038号、(2014)一中知行初字1405号、(2013)高行終字第2325号、(2014)高行終字第862号、(2014)高行終字第805号、(2013)高行終字第1721号、(2013)高行終字第174号、(2014)高行終字第508号、(2014)高行終字第1163号、(2013)高行終字第126号、(2014)高行終字第962号、(2014)高行終字第457号、(2013)高行終字第648号、(2014)高行終字第232号、(2013)高行終字第1006号、(2013)高行終字第2322号、(2012)高行終字第1469号、(2013)高行終字第1961号。

[2017年]

特許権者等に有利な事例：15

(2015)京知行初字第3781号、(2017)京行終第3902号、(2017)京行終第2673号、(2016)京行終第1639号、(2017)京行終第3201号、(2017)京行終第3545号、(2016)京行終第1527号、(2017)京行終第878号、(2017)京行終第2218号、(2017)京行終第4242号、

【謝辞】

本稿の執筆にあたり、北京大学の指導教官であった張平教授、また北海道大学時代の恩師である田村善之東京大学教授には、全編にわたって懇切丁寧なご指導を頂いた。また、特に欧州編では、Max Planck Institute for Innovation and CompetitionのReto Hilty氏、Roberto Romandini氏、欧州弁理士・ドイツ弁理士・日本弁理士の長谷川寛氏には多々有益なご示唆を賜った。さらに、本稿前半の法哲学を用いた考察及び米国編の作成には、山根崇邦同志社大学教授に、法と経済学を用いた考察には、松尾剛行弁護士に、それぞれ数々のご指導を頂いた。また、本誌編集担当の髙橋直子氏には、最後まで辛抱強く多数の箇所を校正して頂いた。本稿は長編であり、多言語も入り乱れる中での多数の校正であって、多々の労苦にお詫び申し上げると共に、本稿はいわば国際協力のもとに出来上がった論考であり、謝辞に書ききれない、各エリアで支援して下さった皆様にも深く御礼を申し上げる。

(2017)京行終第3878号、(2017)京行終第1309号、(2017)京行終第1812号、(2017)京行終第1409号、(2017)京行終第1418号。

一部有利：4

(2017)京行終第4476号、(2017)京行終第2325号、(2017)京行終第1711号、(2017)京行終第2926号。

不利：42

(2017)京行終第3674号、(2017)京行終第3864号、(2015)京知行初字第3890号、(2017)京行終第3608号、(2017)京行終第1741号、(2017)京行終第1710号、(2017)京行終第81号、(2017)京行終第2420号、(2015)京知行初字第2478号、2017)最高法行申第5053号、(2017)最高法行申第8474号、(2016)京行終第5602号、(2017)京行終第1928号、(2017)最高法行申第6004号、(2017)最高法行申第5072号、(2016)京行終第5572号、(2015)京知行初字第5678号、(2017)京行終第2470号、(2017)京行終第3552号、(2017)京行終第526号、(2017)京行終第3885号、(2017)京行終第3873号、(2017)京行終第2517号、(2016)京行終第5626号、(2017)京行終第1715号、(2017)京行終第2454号、(2017)京行終第2289号、(2015)京知行初字第2008号、(2017)京行終第4283号、(2017)最高法行申第3258号、(2017)京行終第1838号、(2016)京行終第2040号、(2017)最高法行申第6017号、(2015)京知行初字第4689号、(2017)京行終第2263号、(2017)最高法行申第1025号、(2017)最高法行申第2988号、(2017)京行終第3521号、(2017)京行終第1752号、(2017)京行終第1837号、(2017)京行終第1538号、(2017)京行終第3668号。