

# 三度目の敗戦

～憲法改正に向けて～

会員 川北 武長



## 要 約

今年、トランプ大統領の出現で世界が荒れている中、日米の賢人の年頭の所感は全く逆であった。米国のバフェット氏（オマハの賢人）は「今日、この国で生まれた子供たちは、歴史上最もラッキーだ。」と述べ、一方、我が国の堺屋太一氏は「戦後復興のモデルが崩れ、立ちいかなくなっている現在は日本の三回目の敗戦だ。」と述べられた。バフェット氏が、その理由として、「第一に今から240年前からの国民の創意工夫」を挙げているのに触発され、筆者は、長年の謎であった米国憲法の知的財産条文の成り立ちを探ってみることにした。

その結果、この条文の起草者のマジソンとジェファーソンは、(1) 天才（発明者）は特許制度により、本人のみならず、国にも利益をもたらす、社会に恩恵を与える、(2) 国はその天才の権利を更に憲法で保障することにより、世界から広く天才を集め、国の繁栄に繋げることができる、という知見を得、用意周到にこの条文を作り上げたことが分かった。

日本の特許制度は、ジェファーソンが起草した米国の特許法を手本とし、高橋是清によって創設されたが、審査請求制度を温存する、現在の昭和45年特許法は、ジェファーソンや高橋是清の特許制度創設の精神から逸脱し、この47年の間に国の活力を徐々に奪ってきたように思われ、敢えて米国に倣った憲法の改正に言及するに至った。

## 目次

1. はじめに
2. 合衆国憲法第一章第8条第8項の謎を解く
3. 日本の三度目の敗戦
4. 憲法改正に向けて

### 1. はじめに

手元に金沢の写真館で撮った古い一枚の写真がある。軍服姿で軍刀を待った兄の傍らに、幼稚園の名札を付けた私がいる。不意に写真館に連れてこられたので、少し不機嫌な顔をしている。その時、兄は、陸軍士官学校を出て戦地へ赴任する前で、再び家に戻ってこられないかもしれないからか、帝国軍人らしい、厳肅な表情をしている。

幸いにその後、間もなく敗戦、兄は無事帰還し、税理士の父の死を契機に一家は東京に移り、兄は公認会計士になり、東京で開業、私は、大学の工学部から化学会社に入り、化学繊維の研究開発などを経たあと、34歳で弁理士になった。その後、大学法学部、米国特許商標庁での3カ月の研修を経て独立開業し、40年近くになるが、いつも心の底で意識していたのは、この

幼少時の敗戦体験と、戦時中の「鬼畜米英」とは全く異なる「自由の女神」の米国である。

弁理士になったきっかけは、化学会社時代の経験にある。米国から技術導入された合成繊維のパイロットプラントの工場では、使いにくい米国製の装置や部品を、北朝鮮の工場から引き揚げてきた腕利きの社員たちが次々と改良し、使い勝手の良い「日本製」に変えてしまったことがあったが、何年か後の本プラントの契約交渉の際、その繊維の基本特許を持つ米国の会社から、「この繊維を最初に作ったのは誰だ」と一喝され、改良された「日本製」による契約料の値下げには応じてくれなかった。その後、日本は高度成長期に入り、ジャパン・アズ・ナンバー・ワン（1979年）と言われた時代があったが、化学産業の分野では、欧米の基本技術にそんなに早く追い付ける筈がないと思っていた。

合成繊維の研究開発の現場で何件かの発明をしたが、オイルショックのために原料が高騰し、実用化に到ったものはなかった。しかし、自然界にはない有用な合成物や、自然界の有用な現象を、再現性良く、自分で作り出すことができた体験は、まさに天からの授

かりもので、ぞくぞくするような感激を味わうものである。多くのノーベル賞受賞者が語るように、大発明は、一寸した実験の失敗や錯誤から、偶然に生まれることが多く、懸命な発明者の努力を、神様が見るに見かねて、助けてくれたように思われる。大発明は稀有にしか生まれませんが、小さな発明でも、発明者は、特許出願により、その発明が早く審査されて特許（無体財産）になり、早く世の中の役に立つことを願うものである。

## 2. 合衆国憲法第一章第8条第8項の謎を解く

今年（2017年）、米国は、トランプ旋風が吹き荒れて混乱しているが、国の財政を支える米国経済に関し、米国の著名な投資家のウォーレン・バフェット氏は、年頭の「株主への手紙」の中で、「過去に何度も言ってきたが、今日、この国で生まれた子供は歴史上で最も幸運（ラッキー）だ」と語り、米国経済の強みに関し、「今から240年前から、人々の創意工夫、市場経済、才能豊かな移民と、法の支配がこの奇跡的な豊かさをもたらして来た」と述べている（2017. 2. 26の日経）。

米国経済がこのように「奇跡的に」豊かなのは何故か。バフェット氏が「今から240年前から」と強調するのは、その頃（1788年）に発効した米国憲法において、世界で初めて発明と著作物（知的財産）に「期間を限定した独占的権利」を保障する条項が設けられたことを指していると思う。

### 合衆国憲法第1章第8条第8項<sup>(1)</sup>

議会は、著作者と発明者に対し、一定期間その著作および発明に対する独占的権利を保障することにより、学術と有益な技芸の進歩を促進する権限を有する。

驚きなのは、現在のグローバルスタンダードとなっている「発明者と著作者に一定期間、独占的権利を与える」という知的財産保護の基本原則が、今から200年以上も前に、どうして合衆国憲法で規定されたのかということである。その規定ぶりも、陸、海軍の創設など、他の大事な項目と比べ、保護の対象、独占権付与、その期間、目的まで記載され、長文で異様である。まるで現代のビジネスモデル特許のクレーム（請求の範囲）のようである。

筆者は、以前からこれを不思議に思い、何時かその謎を解きたいと思っていた。ちなみに、その頃の日本は、新規な物作りは、世の秩序を乱すという理由で罪

（新規ご法度）になった時代である。

近代の特許制度の始まりは、1624年に英本国でジェームズ一世が制定した専売条例（Statute of Monopolies）と言われているが、これは基本的に製造物の独占販売を禁止するもので、例外的に新規な製造物に限って、14年間の独占販売を認めたものであった。この14年間については、当時の徒弟制度で、職人が一人前になるまでの修業期間が7年であり、一人の親方について徒弟が2人、一人前になるまでの期間（7年の2倍）を目安にしたものと言われている。<sup>(2)</sup>

新規な製造物にのみ独占販売を認めると言っても、当時の社会は、一般に独占（モノポリー）は悪と考えられていたから、例えば産業革命の口火を切った織機の「飛び杼」などの発明者のジョン・ケイは、綿織物の生産量が飛躍的に上がって失業した織物業者たちから訴訟や暴力事件を起こされ、フランスに逃げざるを得なかった。<sup>(3)</sup>

また当時は、英国の産業革命（1770年代）、合衆国の独立（1776年）、およびフランス革命（1789年）が重なった、波乱の時代で、合衆国は、英国からの独立に際してフランスの支持を得ようと、後に建国の父と言われるベンジャミン・フランクリンが交渉代表、トマス・ジェファーソン（独立宣言の起草者で、後の第3代大統領）が駐仏公使としてパリに駐在し（1785 - 1789年）、一方、後に合衆国憲法の起草者となるジェームズ・マジソン（後の第4代大統領）は米国において、憲法の起草に当たって、マジソンとパリにいるジェファーソンとの間で膨大な量の往復書簡<sup>(6)</sup>が交わされていた。これらの書簡は、スパイ行為に備えた暗号文などを含むので難解であるが、研究者等の論文や解説によれば、知的財産に関する往復書簡の概要は以下のようである。<sup>(4)(6)(7)</sup>

当時の駐仏公使だったジェファーソンは、当初、独占（モノポリー）は悪であると考え、英本国の特許制度には批判的であり、憲法に規定することは考えていなかった。ちなみに、ジェファーソンの上司で、先の駐仏公使だったフランクリンは、物理学者で避雷針など、著名な発明家であったが、発明は社会に還元すべきとして、特許はとらなかった。

独占は悪と考えるジェファーソンに対し、マジソンは「独占」と著作物や発明との関係について、以下のよう述べている。

「独占（モノポリー）は政府内では最も悪いものにク

ラス分けされているが、著作物や独創的な発見の奨励のために、独占をすべて放棄するのは余りにも惜しくはないだろうか？・・・(中略)・・・、独占は少数者に対して多数者を犠牲にする。もし権力が少数者の側にあれば、彼らが多数者を犠牲にし、不公平と腐敗を生むことは自然の成り行きである。しかし、権力が、少数者の側ではなく、多数者の側にあり、我々（議会）と共にあれば、少数者が優遇されて起こる危険性はあまり大きくないのではないかと。むしろ少数者が、不必要に多数者の犠牲になることを、より恐れるべきではないだろうか。」(1788年10月17日のマジソンからジェファーソンへの書簡から抜粋)。

この場合の少数者は、国王ではなく、著作者や発明者を指している。多数派の国民が、権力者の議会と共にあれば、昔の国王のように専売特許を濫発して政治の腐敗を招く危険性は少なく、むしろ少数者の発明者や著作者が、独占権を得られず、不必要に犠牲になることを恐れるべきではないかとマジソンは述べている。

このようなマジソンの助言によって、ジェファーソンは「独占」についての考えを改めるのであるが、ある解説記事<sup>(6)</sup>では、マジソンが、西欧の新しい技術を持った、野心的な若者を新生合衆国に呼び寄せるために、憲法で発明者に限定された独占権を与えて保護するのは良いアイデアではないかと、ジェファーソンを説得したということである。ともあれ、マジソンは、憲法制定後に西欧のみならず、世界中から才能のある野心的な若者が米国に集まり、将来に200人以上のノーベル賞受賞者を生み出すとは想像もできなかったに違いない。

ジェファーソンは1789年に任期を終え、米国に帰国するが、後のジェファーソンの書簡の中に、アイデア（発明）の特質（保護の必要性）について、以下のように述べている。

「ある人が火芯（原文では taper, 小ローソク）のアイデアを考えついたとしよう。そのアイデアは、彼自身が秘密にしていれば、それ自体に価値はないが、隣人にそのアイデアを話したり、盗まれたりすると、価値が生まれる。そして、その火芯のアイデアを隣人に話しても、自分のアイデアは減ることはなく、むしろ隣人の火芯の火によって自分も明るくなり、その明かりが周りに波及して、皆（地球全体）が明るくなる。」（1813年8月13日、ジェファーソンか

らアイザック・マクファーレンへの書簡から抜粋)。

注：有体物（例えばパン）の場合、隣人にそのパンの半分を与えると、自分のパンは半分減ってしまうが、火芯のアイデアの場合は減ることはなく、逆に付加価値が波及的に増えていくことを述べている。

すなわち、ジェファーソンは、マジソンの助言により、上述のようにアイデア（発明）の特質を明らかにし、当時、「悪」と考えられていた独占権を、期間限定で発明者に与えることにより、発明者や、その回りの利益のみならず、国家の利益にもなることを予見したに違いない。その証拠に、ジェファーソンは、憲法制定後すぐに特許法の起草者となり、憲法に基づく具体的な法文を整備し、自ら最初の審査官となって、初期の特許出願の審査に当たった。

以後、米国は、1860年代に南北戦争で勝利した北軍のリンカーンが大統領になり、「特許制度は、天才の発明の炎に情熱という油を注いだ」という名言を残し、北軍の勝利で合衆国北部の工業が繁栄し、また近代文明が必要とする多くの発明を生み、当時の特許出願数世界一の近代国家になった（現在は世界第2位）。そして2006年の大統領経済報告書では、米国の知的財産の価値（推定額）は、GDPの4割を超す5兆億ドル強（500兆円）と報告されている。<sup>(15)</sup>

歴史にイフ (If) はないが、産業革命とフランス革命が進行中で、若しジェファーソンがフランスに駐在していなかったら、マジソンとジェファーソンとの往復書簡や、独占による知的財産保護のアイデアも生まれず、憲法第1章第8条第8項はなかったのではないかと、そうするとその後の米国の近代化は遅れて、現在のシリコンバレーの繁栄はなかったのではないかと。そのように考えると、確かにバフェット氏が述べるように、米国経済は「奇跡的」である。

### 3. 日本の三度目の敗戦

さて今年（2017年）、歴史への洞察で知られる堺屋太一氏は、トランプ旋風と北朝鮮で揺れ、先の見えない閉塞感のただよふ現在の日本について、「日本はほぼ75周年周期で三つの敗戦を経験した。一回目は黒船が到来した江戸幕府の敗戦、二回目が第二次世界大戦の敗戦、そして三回目が戦後復興のモデルが崩れ、立ちいかなくなっている現在である」と述べ、その打開策として、「官僚主導の統治の改革」を挙げている（2017年2月19日付け日経）。



堺屋氏が上記のパフェット氏の発言を意識して、日本の「第三回目の敗戦」を想起されたのかどうかは分からないが、「官僚主導の統治の改革」は、大変に重い課題である。

日本の特許制度は、明治18年(1886年)に始まり、最初の専売特許所長になった高橋是清は、約3カ月の米国の特許制度の調査の後、ヨーロッパに渡り、英仏独の特許制度を調べて帰国したが、米国と比べると、他国の特許制度は大分遅れていて、ほとんど学ぶべきものはなかったと述べている。<sup>(9)</sup>

高橋は帰国後、すぐに米国をモデルにした新しい特許条例などを起草し、同時に当時、農商務省に属していた特許局の独立の運動を始め、明治20年に農商務省から完全独立した特許局を創設した。これは、ジェファソンがフランスから帰国後、すぐに特許法をつくり、最初の特許庁長官となり、特許の審査に当たったのとよく似ている。これは、両者ともに、特許(Patents)は国益に結びつくことを直感したため、実施を急いだものと筆者は推測する。

何故、高橋是清は特許局の「完全独立」にこだわったのか。明治19年に米国の特許院で聞いた話を、高橋は次のように述べている。この時、特許院は憲法発効から既に約100年経っていた。

「当時の特許院では約80万ドルの剰余金があった。こんな剰余金はどうしてできたかといえば、元来、特許料や登録料は、政府の歳入を目的として設けられたものでないから、一般会計とは区別して、特別会計となっていた。それが、経費を払って残った金が積みも積もって80万ドルにもなっていたのである。それで当局者の意見では、この剰余金の用途については、発明特許や商標登録の方から上がってきた収入であるから、できるだけ発明者や商人の利益になるように使わねばならない。まず発明の陳列館を拡張し、さらに余剰があれば、特許料や商標料の値下げをなすべきもので、決して一般会計と混同せしめてはならない。また発明の審査や登録の手続きが迅速に行くように、内部の充実を図らなければならぬということで、私も、これは極めて道理であることと思った」(高橋是清自伝上264-265頁)。

完全な独立官庁にすれば、国民の発明意欲向上に応じて出願や特許も増えるから、上記の剰余金の例のように、特許庁の収入も増え、それに応じて、現在の我が国のように国家公務員総定員法に縛られることな

く、自由に審査官を増員し、発明者が最も望む「迅速な審査」ができるようになる。またこのようなサイクルが健全に回るように、発明者が負担する特許料金を決めれば良いという話になる。ちなみに、2011年に、米国の特許商標庁は、特許出願数が中国に抜かれたことから、個人の特許費用を、大企業の特許費用の半額から四分の一減額したことがあったが、その減額分は、余裕のある大企業が負担し、会計上のバランスをとったようである。<sup>(10)(11)</sup>

上記のように合理的な財政運営と、「ユザーズ・フレンドリー」な、言い換えれば発明者(特に個人)に寄り添った米国の特許行政は、憲法で規定する発明者尊重の精神が、高橋是清の訪問当時から現在に至るまで、変わらずに受け継がれていることは驚くべきことである。国益につながる大発明も、基本的には個人の頭脳から生まれ、その発明は生まれた当時は世間に理解されず、発明者は不遇である。合衆国憲法の精神は、このように不遇な天才を保護することにあると改めて思う。

日本の特許制度で、筆者が最も問題に思うのは、米国にはない審査請求制度の存在である。

米国では、国内法で特許出願の「全数審査」を規定しているが(35U.S.C.131)、日本では、特許出願をしても、さらに出願の審査請求をしないと、3年間で消滅してしまう。その出願は、発明を公開しただけで、その代償(独占権)を得られないまま、消滅することになる。消滅した発明の中には、審査すれば国益につながるような大発明も含まれている。これはマジソンが述べるように、少数者(発明者)が不必要に多数者(国民や権力)の犠牲になっている恐るべき状態ではないだろうか。また、ジェファソンが述べるように、アイデア(発明)は、人から人へ波及して、付加価値を生み、結局は国家の財産になるから、国家の利益も損なっているのではないだろうか。我が国では、この状態が何と47年も続いているのである。

なお、米国の特許出願の「全数審査」は、憲法で発明者の権利を保障する以上、国内法で規定する必要があると思われるが、近年の膨大な出願に対応するため、審査請求制度を取らなかった理由としては、先ず上記の国内法の改正が困難であること、膨大な権利未確認出願の出現により、革新的な製品サービスの市場への導入にブレーキがかかり、そのビジネス展開が阻害されること、係属期間の長期化などが挙げられてい

る。<sup>(16)</sup>

日本政府は、2002年に知的財産基本法を成立させ、知的財産の創造、保護および活用による付加価値の創出を基軸とする、活力ある社会の実現を目指しているが、この15年間、どのような成果が得られたのであろうか。研究開発投資が増えず、有識者の中からは、「失われた10年」が20年になるのではないかという指摘もなされている。<sup>(14)</sup>特に懸念されるのは国内出願数の減少に歯止めがかからないことである。審査請求制度により無駄な出願が減ったというが、それで付加価値を生み、社会が活性化したといえるだろうか。「全数審査」を行わないことを是とする現行法下では、今後とも、知的財産基本法の目的は達成できないのではないかと憂える。

特許行政では、日本の特許庁長官は、いわゆるキャリア出身の長官で1-2年ごとに交代し、行政を動かしている顔がよく見えないが、米国の特許商標庁 (USPTO) 長官は、特許法または商標法についての専門的経歴および経験を有する者でなければならず（合衆国法典第35巻第3(a)条）、ジェファーソンのように審査官出身の長官も過去にあり、任期は5年、上、下両院の承認が必要で、適任者がいないときは副長官が代行するという、血の通った行政が行われている。<sup>(5)</sup> 去年就任したUSPTO長官の年次報告に掲載された言葉を以下に紹介する。<sup>(12)</sup>

「私は、イノベーション（技術革新）の本当の力は、知的財産システムによって出せると信じており、その信念が私にUSPTO長官就任を決意させた。私が長官として経験した出来事は、この信念を強くさせるものばかりであった。」

#### 4. 憲法改正に向けて

さて今年（2017年）の秋から、国会で憲法改正の論議が本格的に始まるが、米国憲法のように、これから200年も先のグローバルスタンダードとなるような国家的なビジネスモデルを構想し、その頃、生まれてくる子供たちが、ラッキーと思えるような日本国憲法を考えられるだろうか。

戦後、新憲法発布後に配布された「あたらしい憲法のはなし」（昭和22年8月、文部省の副教材）には、戦争を放棄した日本の平和主義について、「新憲法ですべての軍備を自らふりすてた日本は、もう戦争をしないと誓うばかりでは足りない。進んで芸術や科学や

平和産業などによって、文化国家として世界の一等国になるようにつとめなければならない。それが私達国民の持つ大きな義務であり、心からの希望である。」（積極的平和主義）と書かれている。

しかし、その大きな義務を果たすために必要な発明者等の権利、つまり国民に知恵を出せというだけで、その原動力となる発明者等の権利について、国は憲法で何も保障していないのである。具体的には、日本国憲法には、個人の尊重（第13条）、思想の自由（第19条）などがあるが、米国のように、個人の英知（アイデア）を尊重し、これに国が一定期間、独占権を与えて、保障する規定はないのである。

歴史に若し（If）があるとして、戦後の新憲法の制定時に、高橋是清翁が御年92歳で生きておられ、米国との交渉に臨まれたとしたら、米国の知財システムを熟知しておられる翁は、次のように述べたに違いない。

「我が国は、資源もなく、生き残った人的資源だけが財産であり、戦争の永久放棄により平和国家を目指すのであるから、その基盤として、是非、貴国の憲法第1章第8条第8項の規定を拝借できないだろうか。」

この提案にマッカーサーGHQ最高司令官は、勿論、反対する理由がなく、大きなハグをもって賛成したに違いない。そうすれば、二度目の敗戦後の日本は、米国に勝るとも劣らないイノベーション（技術革新）国家になっていた筈であり、パフェット氏が述べるように、今年、我が国に生まれてくる子供たちは、世界で最もラッキーな、しかも幸せな国になっていたに違いない。

なお、高橋是清翁は、2006年にジェファーソンやマジソンと共に表彰され、米国の「知的財産の殿堂」入りを果たしている。そのコメントの中で高橋是清の生の言葉が紹介されている。<sup>(13)</sup>

「合衆国をこのような偉大な国家にしたのは何だと尋ねたら、それは特許であることが分かった。だから、我々も特許を持とう（and so we will have patents）。」そして彼は、1885年4月18日に専売特許条例を公布し、日本初の特許システムを導入した。高橋是清は、特許庁ではなくて「特許 (Patents)」を持とうと決意したのである。彼は、今風にいえば「発明者ファースト」、明治でいえば「発明は国の宝」の精神を米国から学んだといえよう。

最後に、我が国の憲法改正条文（財産権）のたたき台として、米国モデルを借用した下記の案文を提案さ

せて頂く。蛇足ながら、この借用については、今や同盟国である米国に断るまでもあるまい。

「国は、発明者と著作者とに対し、一定期間その発明および著作に対する独占的権利を保障することにより、科学技術と有益な技芸の進歩を促進しなければならない。」

**(参照文献)**

- (1) 米国大使館, American Center Japan, アメリカ合衆国憲法 第1章第8条第8項
- (2) tokugikon, p.62, no.260, 2011.1.28
- (3) Wikipedia, ジョン・ケイ「飛び杼」
- (4) Robert Thibadeau, Ph.D, Thomas Jefferson and Intellectual Property including Copyrights and Patents , August 28, 2004
- (5) 「米国特許商標庁の評価に関する調査報告書」, (株) 三菱UFJ リサーチ & コンサルティング, 平成19年12月
- (6) Founders Online, To James Madison from Thomas

Jefferson, 31 July 1788

- (7) Founders Online, From James Madison to Thomas Jefferson, 17 October 1788
- (8) IPWatchdog, The Day that Changed the World: April 10, 1790 by John Whight, April 9, 2015
- (9) 高橋是清自伝 (上), 中央公論社, Ps. 233 - 250, 1976
- (10) 産業財産権に係る料金施策の在り方に関する調査研究報告書, Ps. 127 - 128, (財) 知的財産研究所, 平成21年3月
- (11) tokugikon, ps.98-99, no.232, 2004.3.30
- (12) JETRO 知財部, 2017年1月17日の「米国特許商標庁2016年度版の年報を公表」の記事
- (13) IP Hall of Fame inductee in 006
- (14) tokugikon, p.92, no.283, 2016. 11.15
- (15) tokugikon, p.18, no.259, 2010.11.24
- (16) 日本技術貿易(株)のホームページの「アメリカ特許庁はなぜ審査請求制度を採用しない?」に対する米国特許弁護士の回答 (2006. 10. 13)

以上

(原稿受領 2017. 7. 6)

## パンフレット「弁理士Info」のご案内

### 内容

知的財産権制度と弁理士の業務について、イラストや図を使ってわかりやすく解説しています。  
一般向き。A4判30頁。

### 価格

一般の方は原則として無料です。  
(送料は当会で負担します。)

### 問い合わせ/申込先

日本弁理士会 広報室  
e-mail: panf@jpaa.or.jp  
〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2  
電話: 03(3519)2361(直)  
FAX: 03(3519)2706

