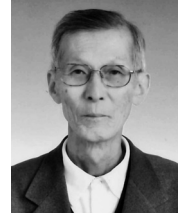


憲法に知財法の原理条項を加える意義



会員 川北 武長

要 約

1970年（昭和45年）に、特許出願数の急激な増大に耐え切れず、産業の発達を名目に、公開による発明の自由利用を優先し、また審査官数の制限を理由に、発明者の権利を犠牲にする早期公開、審査請求制度が導入された。その結果、少なくとも約30%強の特許出願（知的財産）が、発明公開の代償を得られず、保護されない状態が続いている。

かつて我が国は、経済成長力でジャパンアズナンバーワン（1979年）と言われたことがあったが、実は、それは明治以来、発明者尊重の知的財産立国による特許技術の蓄積の成果が基盤となっていたことを忘れ、48年間も発明者の権利を損ね、海外へのノウハウ流出を許す現行制度の上に安住してきたことが、今日の日本の技術革新や経済成長の停滞の原因になっていると筆者は推測する。

一方、米国では、230年前に憲法に知的財産条項を設けて以来、特許出願の全数を審査する、伝統的な発明者ファーストの特許制度を維持し、2006年の大統領経済諮問委員会の年次報告書では、米国の建国の父たちが考え出した「知的財産法の原理条項」によるシステムが経済的に再評価され、新たな産業、技術革新の進展により益々自信を深めている。

憲法に「知的財産法の原理条項」を加える意義は、現在および将来にわたって、上記のような発明者の権利を損ねる立法、施政が行われないように、発明者の権利を尊重する、真の知的財産立国を確立することにある。

【討論対象となることを希望する論点】^(注8)

1. 産業の発達や公共の福祉のため、特許出願の全数を早期公開して発明を自由利用させ、無審査のまま、発明者の特許を受ける権利（特許法第29条）を脱落させる現行特許制度（昭和45年法）を是認するか否か。
2. 特許法第29条の発明者の権利（特許を受けることができる権利）は、審査請求がなかったときは、特許法第48条の三第4項の規定で見なし取り下げとなるが、この規定は、憲法第29条（財産権）または憲法第13条（個人の尊重）に違背するか否か。
3. 憲法第29条（財産権）の規定に、「知的財産法の原理条項」を加えることの是非。

目次

1. はじめに
2. 米国憲法における発明者等の権利の保護
3. 日本国憲法における発明者等の権利の保護
4. 憲法に知的財産条項を設ける必要性
(国会資料, 衆憲資第94号の検討)
5. 憲法に「知的財産法の原理条項」を加える意義
6. 結びにかえて
7. 参考文献

1. はじめに

以前に「生まれる発明, 育てる弁理士」という標語があった。発明者にとって、弁理士の名前は忘れて

も、自分の発明はまさに自身の産物であり、その出生から育ちまで全て記憶に残るものである。旧法（昭和34年特許法）の基本書には、「技術は頼りになる強力な夫であり、法律はあちらも立て、こちらも立てる円満公平な妻であり、特許発明は可愛い子供である。強力な技術が、法律という公平な衣を着て、独占権となって、産業の発達の基となり、人類の幸福をもたらす」という記述があった（吉原隆次著、特許法説義、第28頁）。

しかし、その後、現在の昭和45年法に変わり、出願公開、審査請求制度が導入され、今度は円満な夫妻から生まれた可愛い子供を、人前に立たせて（早期公

開), 特許になり, 役に立ちそうな子供を, 審査請求期間の三年以内に選ばなければならなくなった。子供にはそれぞれ特徴があり, 特異な才能の子, 大器晩成型の子もいる。発明の価値は, 公開後の市場の評価で決まるので, わずか三年以内に, その後の市場価値を判断するのは, 土台無理な話である。そこで親としては, 苦しい決断を迫られることになる。

国(現行制度)は, そのような難しい判断を出願人と第三者に委ね, 審査請求のなかった出願を無審査のまま取り下げとみなすことにより(特許法第48条の三第4項), 結果的に, 審査する出願の数を約70%弱に減らし, 所定の審査官の定員数で審査できるようになった。しかし, 無審査のまま取り下げになった出願(30%強)は, たとえ特許性があり, 社会に貢献できる発明であっても, 発明公開の代償を得られないまま取り下げられてしまう。特に異端の発明や大器晩成型の発明などは, 選ばれない確率が高いのである。無審査主義⁽¹⁰⁾であれば, 方式審査だけで特許になり, 後に裁判所で有効性を争うことができるが, 取り下げられてしまえば, それも出来なくなる。

これに対して米国では, 憲法第1章第8条第8項で発明者の権利を保障しているので, 200年以上に亘って特許出願の全数を審査し, 出願数の増大に応じて, 適宜, 審査官の数を増やし,^(注1) 新規かつ有用な発明に対する特許権を早く付与するという伝統的な特許制度の原則を貫いている。国内出願は, 特許にならなければ公開されないので, ノウハウの流出を防ぎ, また新たな改良発明の出願に結びつけることができる, 我が国も, 昭和45年法に変わる前は, 全数審査で, 米国と同じ伝統的な特許制度の秩序が維持され, 上述のように審査の請求がなければ, 取り下げになることはなかった。^(注2)

「人間は, 自然の中でもっとも弱い一茎の葦にすぎない。だが, それは考える葦である」とフランスの哲学者パスカルは述べた。その「考える人間」の中でも, 天才的な芸術家や発明家は, 人類に限りない恩恵を与えるので, 最も尊敬されるべき人間である。前掲の旧法の基本書には, 「発明は芸術である。人の内在的な思想が, 技術に現れて発明となる。・・(中略)・・フランス国においては第一の天才的の人は芸術家, 発明家となり, 第二級の人が優れた法律家となり, 弁護士となり, 政治家となる・・」の記述があり, 昭和34年法には「発明者に対する畏敬の念」が底流にあったが,

昭和45年法で出願の早期公開, 審査請求制度が導入されて以来, それがすっかり失われ, 審査請求せずに出願が取り下げられても, 惜しいとも何とも思わなくなり, この47年の間に, 我が国本来の, 雄大なイノベーションの活力が徐々に奪われてきたように思われる。角を矯めて牛を殺すように。これは, どうしてもおかしい・・と考える弁理士も少ないのである。

そこで筆者は, 発明者の基本的人権の面から, 我が国の憲法と米国憲法において, 発明者等の権利がどのように保護されてきたかを歴史的に辿り, その権利の保護について, 憲法改正のあるべき姿を探ってみた。本稿で発明者等の権利とは, 発明者の特許を受けることができる権利(特許法第29条), または著作者の著作物に対する権利をいうものとする。

2. 米国憲法における発明者等の権利の保護

昨年の特許誌9月号⁽¹¹⁾で, 筆者は, トラUMP旋風が荒れる中, 米国の著名な投資家のウォーレン・バフェット氏が, 「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もっともラッキーだ」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きた」と述べたことに触れた。筆者は, この記事により, 米国憲法(1788年)の知的財産条項を連想したのだが, 正確には, それより12年前の独立宣言をバフェット氏は指していたのであった。

この独立宣言で, 起草者のトマス・ジェファーソン(後の第3代大統領)は, 「すべての人間は生まれながらにして平等であり, その創造主によって, 生命, 自由, および幸福の追求を含む不可譲(Unalienable)の権利が与えられ, このような権利を確保するために, 人々の間に政府が樹立され・・・」と述べている。

バフェット氏が述べる「240年前から, 人々の創意工夫・・」は, この独立宣言の「幸福追求を含む不可譲の権利」を指していたのである。この幸福追求の権利は, 元々, 英国のジョン・ロックの自然権思想に基づく「生命, 自由および財産(Property)」からきたものであり, 一説には, 起草者のジェファーソンは, ロックの財産(Property)は英国の中産階級のそれを指したものであり, 当時の合衆国には, まだ中産階級が育っておらず, 財産(Property)の代わりに, その頃, 国民に親しまれていた「幸福の追求(Pursuit of

Happiness)」という言葉を用いたものといわれている。なお、この言葉は、後述のように90年後に福沢諭吉によって我が国に紹介されているが、現代にいたるまで、未だ「アメリカンドリーム」のような馴染みのある言葉にはなっていない。通説では、ロックのPropertyには、土地や家屋など、実体的な財産を意味する「狭義のProperty」と、人間の知能による「労働の果実」のような非実体的な財産も含む「広義のProperty」とがあり、「幸福追求の権利」は、ロックの「広義のProperty」と同等のものといわれている。⁽²⁾⁻⁽⁴⁾

当時は「知的財産 (Intellectual Property)」という言葉は知られていなかったが、米国憲法の主な起草者であるジェームス・マジソン(後の第4代大統領)は、人間の知能による「労働の果実」について、ロックの言う「広義のProperty」ほど、ぴったり当てはまる非実体物の財産(知的財産)を表す言葉はないと述べている。⁽⁵⁾なお、その後、制定された憲法第5章の修正第5条には、何人も、法の適正な手続きによらずに、生命、自由、財産を奪われることはない。何人も、正当な保障なしに、私有財産を公共の用のために収用されることはないと規定され、この財産には「知的財産」も含まれるとされている。⁽¹²⁾

また独立宣言で「幸福の追求」という言葉を用いたジェファソンは、発明家であり、かつ特許の実務家(後の特許法の起草者)であったから、バフェット氏の語る「人々の創意工夫」は、人間が本来有する自然権として、240年前から米国の人々に「幸福追求の権利」、すなわち「知的財産」として広く認められていたが、後述するように、我が国では必ずしもそうではなかった。

そしてこの「知的財産」は、土地、家屋、鉱物資源などの実体物(または有体物)と全く異なる無体物であり、その消費(実施または使用)の非競合性、非排他性という特質⁽⁷⁾を有するため、盗まれたり、真似され易く、個人の自然権のままでは、極めて弱い、不安定な権利である。そこでマジソンらは、その自然権を強化し、有体財産と同じく、確実に保護するために、著作者と発明者に、その著作及び発明に対し一定期間、排他的権利を与えるという、現代でいう「知的財産法の原理」を憲法で規定することを考え出した。⁽⁵⁾

米国憲法第1章第8条第8項

議会は、著作者と発明者とに対し、一定期間その著

作および発明に対する排他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ぬ。

ジェファソンは、広義のPropertyは、個人の自然力によってそれを行使するには不完全な権利であるから、政府と発明者らとの社会契約(換言すれば憲法の知的財産条項)によってそれを市民権とすることにより、強力に保護することができ、このように強化された権利は、社会法の贈り物 (Gift of Social law)であり、市民社会の進歩によってもたらされると述べている。⁽⁶⁾

いずれにしても、当時、国王の特権として「悪」と考えられていた独占権を「逆転の発想」で発明者等の権利とし、現代でいう「知的財産法の原理」を憲法で規定した建国の父たちの英知と、先見の明には驚嘆せざるを得ない。

近年、この米国憲法の知的財産条項が、経済の面から再評価され、2006年の大統領経済諮問委員会の年次報告書は、以下のように述べている⁽⁷⁾。

「より明確でより強化された知的財産権は、米国経済の重要な構成要素をなし、持続的な経済成長を促すものである。知的財産は、少なくとも二つの重要な特性、すなわち消費の非競合性と非排他性の点で、他の多くの有形資産とは異なるものである。知的財産制度は、排他的な独占権を一定期間付与することにより、新たな発明をなした開発者に恩恵を与え、これによりイノベーションを促すことになる。このようにして、発明者は、そのイノベーションから財政的な利益を得ることができる。経済分析によれば、建国の父たちが示した、明確に定義された知的財産システムが、発明者のイノベーションに報い、経済成長を促すという結論が支持される。米国の知的財産法は、経済や技術の変化に絶えず応えることにより、引き続き米国、引いては世界の経済成長を促すこととなろう。」(同報告書第10章(経済における知的財産の役割)の結語より)

今から200余年前と言え、我が国は、松平定信が「寛政の改革」(天明の飢饉などで疲弊した幕府の財政改革)を行い、また稀代の発明家、平賀源内が不遇のうち獄死した時代である。そのような遠い昔に、「明確に定義された知的財産システム」を、憲法で規定し、その後、230年に亘ってその伝統的な知的財産システムを維持し、これからも更に発展させようと米国

の強い信念が窺える。

3. 日本国憲法における発明者等の権利の保護

3-1) 我が国の憲法において、知的財産は、憲法第29条(財産権)に規定される一般財産権に含まれるとされる。⁽¹¹⁾

憲法第29条(財産権)

- (1) 財産権は、これを侵してはならない。
- (2) 財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。
- (3) 私有財産は、正当な保障の下に、これを公共のために用いることができる。

(上記第一項は、明治憲法第23条の規定と実質的に同じである。)

また発明者の権利については、具体的に、「特許を受ける権利」として、民法の特別法(産業法)である特許法に、発明の保護と利用、発明の奨励と産業の発達(第1条)、特許を受けることができる権利(同第29条、審査官による審査(同47条)、特許権(同66条以下)等と共に規定されている。

発明者等の人権については、人格権または人格的利益に対する権利として、米国の独立宣言に由来する憲法第13条(個人の尊重)に規定されている。

憲法第13条(個人の尊重)

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福の追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

なお、上記の「生命、自由、および幸福追求の権利」については、明治初期のベストセラーとなった福沢諭吉の「西洋事情」(慶応2年、1866年)に紹介されている⁽¹²⁾。また、明治憲法第9条には「臣民の幸福を増進する施策を講じなければならない」とする条文が見られる。

3-2) 上記の憲法13条の元となったGHQ草案は、「日本国の封建制度は終止しなければならない。すべて国民は、個人として尊重される。個人の生命、自由、および幸福の追求に対する権利は、・・・最高の考慮を必要とする」となっており、⁽⁹⁾いわゆるマッカーサーの三原則(天皇制の維持、戦争放棄、および封建制度の廃止)の内、三番目の「封建制度の廃止」を受けたもので、江戸時代の士農工商などの身分制度を廃止

し、個人の生命、自由と幸福追求に対する権利の最大の尊重を宣明したものであった。

しかし、この「幸福追求に対する国民の権利」は、米国では、前述のように発明者等の「知的労働の果実」である知的財産を含むが、我が国では、後述するように、「抽象的な包括的人権」として理解され、必ずしも知的財産権を含むものではなかった。

3-3) 戦前の我が国は、封建制度の色濃い明治憲法であったが、1890年、初代特許庁長官の高橋是清によって制定された我が国の特許制度は、米国の伝統的な審査主義を受け継いだ特許制度であり、例えば1890年から1922年(大正11年)までの32年間は米国と同じ先発明主義が採用されていた。また明治から昭和初期の時代にかけては、いわゆる大正デモクラシーの時代で、憲法に特別な条項を設けなくても発明者は尊重され、我が国独自の職務発明制度が生まれ、発明者の「当世百番付」(金森春水編、大正7年)が発表されたりした。日本の近代の十大発明(1891年~1932年)もこの時代に生まれている。その後、先願主義に修正されたものの、特許出願の全数審査は80年間維持され、伝統的な特許制度の秩序は、昭和45年特許法改正の前まで守られていた。

このように、発明者を尊重する伝統的な特許制度の秩序は、現行特許法の旧法である大正10年法、および昭和34年法まで保たれていたが、昭和45年特許法(現行法)で、出願の早期公開、審査請求制度が導入されて以来、発明の保護、奨励よりも、発明の利用を優先し、産業の発達のために発明の自由利用を許す制度となり、発明者の権利、あるいは人格的利益が軽視されるようになった⁽¹⁴⁾。

4. 憲法に知的財産条項を設ける必要性

4-1) 2017年、衆議院憲法審査会(平成29年)の資料(衆憲資第94号、「新しい人権等」に関する資料、平成29年5月、衆議院憲法審査会事務局)には、憲法の保護対象として検討する「新しい人権等」として、プライバシー権、情報権などと共に、幸福追求権(憲法第13条)、知的財産権(同第29条)が取り上げられている。⁽¹¹⁾これらの内、知的財産権については、憲法第29条(財産権)で規定される財産権に含まれるとされる。

幸福追求権については、幸福追求の用語が米国の独立宣言に由来し、米国では、知的財産を含むことは前に述べたが、我が国では、「抽象的な包括的人権」と解され、学説としては、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体を言う人格的利益説が通説的見解である。そして、憲法と個別の人権を保障する条項との関係は、一般法と特別法との関係にあるので、個別の人権が妥当しない場合に限って憲法第13条が適用される（補充的保障説）⁽¹¹⁾と説明されている。

したがって発明者の権利（人格的利益）が、特許法のような特別法により、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利として保障されていれば、憲法第13条は妥当されないが、個別の人権が妥当しない場合に限って憲法第13条が適用されることになる。

4-2) ところで上記の衆議院憲法審査会の資料⁽¹¹⁾には、特許庁のHPから引用した知的財産制度の考え方が示されている。

「知的財産の特徴の一つとして、「もの」とは異なり「財産的価値を有する情報」であることが挙げられます。情報は、容易に模倣されるという特質をもっており、しかも利用されることにより消費されるということがないため、多くの者が同時に利用することができます。こうしたことから、知的財産権制度は、創作者の権利を保護するため、元来自由利用できる情報を、社会が必要とする限度で自由を制限する制度ということができます。」⁽¹⁴⁾

知的財産制度に対するこのような考え方は、現行法の出願の早期公開、審査請求制度を是認するものと考えられるが、審査主義を基本とする伝統的な特許制度には馴染まない。すなわち、個人が秘匿している発明は、秘匿の状態にあるため、元来自由利用できるものではなく、公開されてはじめて自由利用できるものとなる。また発明は、人格的利益を有する情報（アイデア）であり、単なる情報とは異なる。このように、発明の自由利用を優先し、発明者の権利を制限する考え方は、無審査主義⁽¹⁰⁾を前提とすると思われるが、米国の建国の父たちが、240年前に、発明（価値ある情報）は、模倣されやすく、個人の自然権のままでは、極めて弱い、不完全な権利であるから、これを強化するために、憲法に知的財産条項を設けた考え方とは「真逆の発想」⁽¹⁷⁾である。

4-3) 現行特許制度（昭和45年法）は、前述のように出願の早期公開、審査請求制度を採用している点で、以下に詳述するように、憲法第29条の規定に違背すると共に、発明者等の権利を基本的に尊重する、知的財産立国の精神から外れたものとなっている。

i) 特許法第29条（柱書）の「産業上利用することができる発明をした者は、・・・その発明について特許を受けることができる」の規定は、昭和45年改正法で追加された同法第48条の二および三（特許出願の審査、審査の請求、および出願のみなし取り下げ）の規定によって空文化しており⁽¹²⁾、一部の特許出願は、何ら発明公開の代償を得られずに、みなし取り下げとされるから、特許法第29条の規定が妥当しなくなっており、前述の人格的利益説において、「特別法（特許法）で個別の人権が妥当しない場合」に該当し、憲法第13条が適用されるべきである。よって同法第48条の三第4項（取り下げ擬制）は憲法第13条（個人の尊重）に対して違憲状態にあると筆者は考える。

ii) また憲法第29条（財産権）⁽¹⁶⁾の規定から見ても、第1項の「財産権はこれを侵してはならない」の規定の制限として、第2項は「公共の福祉に適合するように」その内容を定める、第3項は、個別の財産について、「正当な保障の下に、これを公共のために用いることができる」と規定するが、いずれの場合も、その財産権をはく奪またははく奪と同視されるような制限（参照文献12, 206-207頁）、たとえば上述のように何ら発明の代償を与えずに「出願の取り下げ擬制」により、その権利をはく奪と同視されるような状態にすることは、憲法第29条に違背するものと考えられる。

iii) さらに又、このような自由利用を前提とする考え方は、発明者の権利を蔑ろにするのみならず、発明の付加価値（経済価値）や、発明の国家に対する貢献等を見做すもので、国民の創意工夫の尊重を基本とする、本来の知的財産制度や、知的財産立国の精神から外れるものと言わざるを得ない。

iv) 更に現行制度は、特許出願に記載されたノウハウを含む全てのアイデアを早期公開し、共通の知識としてしまうため、個人のイノベーションの意欲を

減退させる。また秘匿されたアイデア（ノウハウ）を、無審査のまま公開する現行制度は、ノウハウ等や貴重な情報の海外流出にも繋がり、国家の利益を損なうものである。

今から230年前に米国の建国の父たちは、後世に亘って米国の施政者が上述のような立法や施政を行わないように、「発明者等の権利」を最大に尊重する「知的財産法の原理」を憲法に導入したと考えられる。

5. 憲法に「知的財産法の原理条項」を加える意義

そこで、現在の憲法第29条（財産権）^(注6)に、第4項として発明者等の権利を保障する「知的財産法の原理条項」、たとえば、

「知的財産権については、国は創作者に対し、一定期間、その創作に対する排他的権利を保障することにより、科学技術と文化の発展を図らなければならない。」^(注3)

とする付加条項を設け、発明者等の権利を憲法で明確に保障し、知的財産立国の立場を明確にすることは、我が国の国家100年の大計を考えれば、決して遅きに失するものではないと筆者は考える。その理由は以下のとおりである。

1) 知的財産立国による国家のビジネスモデルを確立すること

筆者は、前掲の拙稿⁽¹⁾で、戦後の新憲法の制定時に、初代の特許庁長官であった高橋是清翁が御年92歳まで生きておられ、米国との交渉に臨まれたとしたら、米国の特許システムを熟知しておられる翁は、我が国の憲法に米国憲法第1章第8条第8項に相当する知的財産条項を加えるように提案したに違いないと述べた。

高橋是清は、1886年に初代特許庁長官に就任後、約3カ月間、米国の特許制度を調査したが、その時の彼の生の声が報道されている。⁽⁶⁾「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（複数）を持つ（We will have Patents）」その後、彼はヨーロッパで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。

高橋は帰国後、すぐに米国をモデルにした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

の完全独立した特許局を創設した。これは、高橋是清が、訪問したときに米国の特許庁はすでに100年以上の歴史があり、当時の金額で80万ドルの巨額の剰余金があったからと思われるが、高橋の迅速な行動は、駐仏米国大使だったジェファー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。両者ともに、特許制度は国家のビジネスモデルとして莫大な利益を生むことを確信したため、実施を急いだものと筆者は推測する。そして、上記の剰余金は、発明者等の利益を考え、審査体制の充実や特許料等の値下げなどに使われると聞いた高橋は「それは極めて道理であると思った」と述べている。⁽¹³⁾

我が国の憲法第13条（個人の尊重）に、憲法第29条（財産権）の付加条項として「知的財産法の原理条項」が加われば、後世に亘って、我が国の施政者が、前述のような憲法の規定に外れるような立法や施政を行わないようにすると共に、「発明者等の権利」が憲法で保障された、真の「知的財産立国」の体制が整うことになる。そして、伝統的な特許制度が復活すれば、2003年に制定された知的財産基本法の「創造、保護および活用」のサイクルも、強力なエンジンを得て順調に回り出し、特許出願数も回復するに違いない。近年、米中との特許出願の格差が増大しているなか、我々も高橋是清翁の言葉を借りて「And so We will have patents.」と言いたい。

2) イノベーションを目指す人々の「希望の光」となること

憲法に知的財産法の原理条項が設けられれば、それは、イノベーションを目指す人々にとって、常に「希望の光」になるに違いない。時代が変わり、政治が混乱しても、バフェット氏が述べるように「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」と言えるようになることである。戦後、ほとんどの財産を失っても、生命と自由と、「希望の光」があれば、それで「生きる活力」が生まれ、少なくとも堺屋太一氏が述べるような「三度目の敗戦」⁽¹¹⁾にはなり得ないと思うのである^(注5)。また世界が混乱しても、イノベーションを目指す若い英知が我が国に集まってくるのではないだろうか。

3) 知的財産により我が国の平和主義を積極的に押し進めること

戦後、新憲法発布後に配布された「新しい憲法、明るい生活」、憲法普及会編（昭和22年）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。」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、つまり優れた発明や芸術作品を生み出す原動力となる発明者等の権利について、これまで国は憲法で明確に保障してこなかったのである。したがって我が国の平和主義を積極的に進めるためにも、憲法に、発明者等の権利を保障する「知的財産法の原理条項」を加える意義があると言える。

6. 結びにかえて

1981年、米国のレーガン政権は、ジャパンアズナバーワン（1979年）に対抗するため、真っ先に審査官を1000人規模で大増員し、特許出願の審査の促進を図り、意欲のある発明家の新規事業に迅速に対応できるようにした。いわゆるサブマリン特許の弊害などは問題にもされず、その後、現在に到るまで、出願数に応じて審査官を増員し、発明の迅速な権利化を図り、特許数の増大と共に、経済を成長させ、国富を増大させている。また、全数審査で、特許以外の技術の漏洩や海外流出を防いでいる。これらは、全て建国以来の発明者尊重の精神からくるものである。

現行制度に慣れきった我が国の現状を変えるのは容易なことではないが、憲法改正の機会に、この国にジェファーソンや高橋是清翁のような、知的財産に対する深い理解と決断力を持った指導者が現れることを期待したい。以上

注釈：

注1) 米国の審査官数は2004年の約3700人から10年間で約8500人(2014年)に増加したが、我が国の審査官数は、その間、1400人から1700人でほぼ一定である(特許庁資料より)。

注2) 米国では、合衆国憲法第1章第8条第8項で、発明者に排他的権利を保障しているので、特許法第131条で「長官は、

出願および新規と主張される発明に関し、審査を行わせなければならない。審査の結果、出願人が、法の下で、特許を受ける権利を有するものと認められたとき、長官は特許を付与しなければならない」と規定している。これに対し、我が国の特許庁長官は、「審査官に特許出願の審査をさせなければならない」(特許法第47条)としながら、「特許出願の審査は、出願審査の請求をまっとうする」(同第48条の二)とし、審査請求のなかった出願は、無審査のまま、取り下げたものとみなされる(同第48条の三)から、特許法第29条(柱書)および同第47条(審査主義)の規定が、同48条の二および三の規定により、事実上、空文化している。その結果、48年間、少なくとも30%強(250件以上/日)の特許出願が審査を受けずに取り下げられている。

注3) 米国憲法第1章第8条第8項に相当する条項の「議会」を「国」に、「著作と発明」を「創作」に、「科学と有用な技芸の進歩を促進」を「科学技術と文化の発展を図る」に夫々変更したものであり、現代でいう知的財産法(主に特許法と著作権法)の原理を規定したものと考えられるから、本稿では「知的財産法の原理条項」とした。

注4) 「天の人を生ずるは億兆皆同一にて、之に付与するに動かすべからざるの通義を以てす。即ち、その通義とは人の自ら生命を保ち自由を求め幸福を祈るの類にて、他よりこれを如何ともすべからざるものなり。世間に政府を立てる所以は、この通義を固くするための趣旨にて、政府たらんものはその臣民に満足を得せしめ初めて真に権威あるというべし。」(文中の「通義」は「権利」の意味)。西洋事情には、「発明の免許」と題して欧米の特許制度が紹介されているが、米国憲法の知的財産条項についての記述はない。

注5) 堺屋太一氏は、そのような状態を打開するためには、我が国の「公務員主導の統治」を変えなければならないと言われるが、憲法に上述の知的財産法の原理条項があれば、昭和45年法のような発明者の権利を制約する、国家公務員総定員法に縛られた審査官の定員制限や、早期公開、審査請求制度はなかったものと推測される。

注6) 憲法第29条(財産権)

- 1) 財産権は、これを侵してはならない。
- 2) 財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。
- 3) 私所有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる。

注7) 公共の福祉等のため、発明者の権利を制限し、発明の利用を優先する考え方としては、「知財管理」Vol.52, No.6(2002)には、「21世紀の知的財産制度のあるべき姿の提言」として、不透明さを払拭し、知的財産を取引対象とするため、権利価値の評価基準を制定し、対価請求権のみとすること、人類全体への配慮として、環境保護・人命救済・社会インフラ使用などには対する裁定や低料率の設定、があげられている。また中山信弘「工業所有権法(上)」第二版増補版第330頁には、「特許権には、絶対的な独占権が認められているが、それはあくまでも現行法上のことであり、理念的には、排他権はなく報酬請求権のみが認められる特許権というものが存在し

でも背理ということはない。それは、純粋に立法政策の問題である。」の記述が見られる⁽¹⁵⁾。

注8) 論点1、2および3については、知的財産を専門とする弁理士（実務経験一定以上）のアンケート調査を行い、日本弁理士会としての意見の集約が図られることを期待したい。

7. 参考文献

- (1) パテント, Vol.70, No.9, (2017) (三度目の敗戦～憲法改正に向けて～)
- (2) 円谷勝男「個人の尊厳と幸福追求権」, 東洋法学, NII-Electronic Library 65 頁
- (3) 種谷春洋「幸福追求の権利の一史的考察」ジュリスト, 277号, 72 頁,
- (4) 酒井吉栄「日本国憲法 13 条の思想的背景」ジュリスト, 274号, 40 頁
- (5) Randolph J. May & Seth L. Cooper, The Constitutional Foundations of Intellectual Property, P.26-28. 2015
- (6) Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson, Monticello, August 13, 1813
- (7) 沢井智毅「米国発明法とその背景」(財) 経済産業調査会, 第 70-71 頁, 2012
- (8) IP Hall of Fame inductee in 2006
- (9) 「日本国憲法の制定過程」に関する資料, 衆議院憲法審議会事務局, 平成 28 年
- (10) 吉藤幸朔, 特許法概説, 第 11 版, 第 16 頁, 319-324 頁, 1996
- (11) 「新しい人権等」に関する資料, 衆議院憲法審査会事務局, 平成 29 年 5 月
- (12) 淵 麻依子「知的財産権は合衆国憲法第 5 修正にいう「財産 (property) か?」同志社法学 68 巻第 2 号, 191-207 頁, 2016 年
- (13) 高橋是清自伝(上), 中央公論社, 223-250 頁, 1976 年
- (14) 特許庁のホームページの「知的財産権について, (1) 知的財産権とは」のコラム (2017)
- (15) パテント, Vol.56, No.10, p.71-73 (2003)
(原稿受領 2017. 12. 17)