

規範的要件事実としての容易想到性 （進歩性）の主要事実、その決定基準 について

— 間接反証が成立した事例の検討を通じて —

会員 花田 健史

要 約

特許法 29 条 2 項に規定する容易想到性（進歩性）を規範的要件事実とした上で、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実とする主要事実説を採用した場合において、どの程度の抽象性／具体性を有する具体的事実をもって主要事実とすべきか、必ずしも明らかとはいえない。

そこで、本稿は、法律事実一般、規範的要件事実一般、容易想到性における主要事実及びその周辺の議論を参照した上で、間接反証が成立した事例とされる動脈硬化予防剤事件判決の具体的な検討を通じて、容易想到性の主要事実を決定する基準について、一つの仮説を立てることを目的とする。

本稿における検討の結果として、容易想到性の主要事実とは、第一に、証明の枠組みによって直ちに決まるものではなく、第二に、具体的事実の具体性／抽象性の程度によって直ちに決まるものでもなく、第三に、論証の枠組みに応じて決まるものである、との仮説を立て、一応の結論とした。

目次

1. はじめに
2. 検討の前提となる一般的事項の確認
 2. 1 法律事実一般における主要事実及びその周辺
 - (1) 主要事実
 - (2) 主要事実の証明、特に間接証明及び間接反証
 - (3) 主要事実の立証責任
 2. 2 規範的要件事実一般における主要事実及びその周辺
 - (1) 規範的要件事実
 - (2) 規範的要件事実の主要事実：問題の所在
 - (3) 規範的要件事実の主要事実の証明、特に間接証明及び間接反証
 - (4) 規範的要件事実の主要事実の立証責任
 - (5) 小括
 2. 3 容易想到性（進歩性）における主要事実及びその周辺
 - (1) 規範的要件事実としての容易想到性とその主要事実
 - (2) 大合議判決 [ピリミジン誘導體]
 - (3) 大合議判決の匿名解説
 - (4) 小括：問題の所在
3. 動脈硬化予防剤事件判決の検討
 3. 1 事件の概要
 - (1) 補正発明
 - (2) 引用発明
 - (3) 一致点及び相違点
 - (4) 審決の認定判断
 - (5) 原告の主張
 - (6) 判決の認定判断

- 3. 2 事件の検討
 - (1) 裁判長裁判官による紹介
 - (2) 論証の枠組みとその成否
- 3. 3 一応の結論
 - (1) 第一の点（証明の枠組みとの関係）
 - (2) 第二の点（具体性／抽象性の程度との関係）・第三の点（論証の枠組みとの関係）
- 4. おわりに

1. はじめに

特許法 29 条 2 項に規定する容易想到性（進歩性）を規範的要件事実とした上で、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実とする主要事実説を採用した場合において、どの程度の抽象性／具体性を有する具体的事実をもって主要事実とすべきか、必ずしも明らかとはいえない。

そこで、本稿は、法律事実一般、規範的要件事実一般、容易想到性における主要事実及びその周辺の議論を参照した上で、間接反証が成立した事例とされる動脈硬化予防剤事件判決の具体的な検討を通じて、容易想到性の主要事実を決定する基準について、一つの仮説を立てることを目的とする。

2. 検討の前提となる一般的事項の確認

具体的な検討に先立ち、その前提となる一般的な事項について確認する。すなわち、法律事実一般、規範的要件事実一般、容易想到性、それぞれにおける主要事実及びその周辺の議論について、である。

2. 1 法律事実一般における主要事実及びその周辺

まず、法律事実一般における主要事実に関する議論を参照した上で、本稿における主要事実を定義する。次に、主要事実の証明、特に間接証明及び間接反証に関する議論を参照する。また、立証責任に関する議論も必要な範囲において参照する。ただし、立証責任の分配に関する議論には、可能な限り、立ち入らない。

(1) 主要事実

本稿にいう「主要事実」とは、法律要件・を構成する法律事実・に該当する具体的事実・をいう。その理由は、こうである。

1) 判決三段論法

裁判は、法規を大前提とし、確定された事実を小前提とした判決三段論法の結論である、とされる。すなわち、裁判は、実体法に規定された法律要件・を構成する法律事実・に該当する具体的事実・に法規を適用し、その法規が定める法律効果の存否を判断することにより行われる⁽¹⁾。より詳しくいうと、こうである。

1. 1) [大前提]

実体法には、ある法律要件 [T] があれば、ある法律効果 [R] が発生することが規定されている⁽²⁾。

法律要件 [T] は、単一の法律事実⁽³⁾ [t₁] から構成される場合もあれば、二以上の法律事実 [t₁, t₂, …, t_n] から構成される場合もある⁽⁴⁾。本稿では、これらを併せて単に「法律事実 [t_n]」という。法律要件 [T] が単一の法律事実 [T₁] から構成される場合にあっては、これに対応する具体的事実 [f₁] が想定され、二以上の法律事実 [t₁, t₂, …, t_n] から構成される場合にあっては、それぞれに対応する具体的事実 [f₁, f₂, …, f_n] が想定される。本稿では、これらを併せて単に「具体的事実 [f_n]」という。

法律効果 [R] として、例えば、権利の発生・変更・消滅等のほか⁽⁵⁾、行政庁の処分又は不作為が法律に基づくことを挙げることができる⁽⁶⁾。ここでいう「行政庁の処分」として、例えば、特許出願に係る拒絶査定不服審判の請求は成り立たない旨の審決を挙げることができるほか⁽⁷⁾、特許出願について拒絶をすべき旨の査定を挙げることができよう⁽⁸⁾。

1. 2) [小前提]

以上を大前提として、まず、具体的事実 $[f_n]$ を確定させ、次に、確定された具体的事実 $[f_n]$ が法律要件 $[T]$ を構成する法律事実 $[t_n]$ に包摂されるか否か、を判断する⁽⁹⁾。この判断を「**具体的法律判断**」、あるいは「**あてはめ**」という⁽¹⁰⁾。

このとき、法律要件 $[T]$ を構成する法律事実 $[t_n]$ に該当する具体的事実 $[f_n]$ を、特に「**直接事実**」又は「**主要事実**」という⁽¹¹⁾。以下、本稿において「**主要事実 $[s_n]$** 」という。

もっとも、弁論主義（第一テーゼ及び第二テーゼをいい、第三テーゼを除く。以下同じ。）が適用される場合にあっては、仮に法律事実 $[t_n]$ に包摂される具体的事実 $[f_n]$ であっても、当事者によって主張されないものを判決の基礎とすることはできず、法律事実 $[t_n]$ に包摂されない具体的事実 $[f_n]$ が当事者によって主張されたとしても、これについて証拠調べを行うことが効率的な審理の在り方ともいえない⁽¹²⁾。

したがって、法律事実 $[t_n]$ に包摂される具体的事実 $[f_n]$ としての主要事実 $[s_n]$ が、第一に、当事者によって主張されているか否か（第一テーゼの適否）、第二に、当事者によって争われているか否か（第二テーゼの適否）、第三に、証拠調べの結果によって認定することができるか否か（顕著な事実⁽¹³⁾に該当する場合を除く。）、との順で審理が進められるものと考えられる。弁論主義が適用される対象が主要事実に限られるとするならば⁽¹³⁾、当事者によって主張された具体的事実 $[f_n]$ が法律事実 $[t_n]$ に包摂されるか否かを判断すること、すなわち、具体的法律判断を、弁論主義の適用及び証拠調べに先行させて行うことに合理性があることによる⁽¹⁴⁾。

これに対し、職権探知主義が適用される場合には、弁論主義が適用されないため、上記第一から第三までの審理過程のうち、第三の証拠調べ（職権証拠調べを含む。）による事実認定のみが行われる。したがって、弁論主義が適用される場合と異なり、具体的事実 $[f_n]$ の認定を、具体的法律判断に先行させて行わなければならない⁽¹⁵⁾。

なお、特許出願の拒絶査定不服審判においては、弁論主義が適用されず、職権探知主義が適用される⁽¹⁶⁾、特許出願の審査においても同様であろう。

1. 3) [結論]

以上のように、確定された具体的事実 $[f_n]$ から、法律要件 $[T]$ を構成する法律事実 $[t_n]$ を媒概念とし、法律要件 $[T]$ に対応する法律効果 $[R]$ が発生するか否か、が判断され、結論とされる。すなわち、確定された具体的事実 $[f_n]$ から法律効果 $[R]$ が発生するか否か、が審理の対象となる⁽¹⁷⁾。

法律要件 $[T]$ が、例えば、二個の法律事実 $[t_1, t_2]$ から構成される場合にあっては、法律事実 $[t_1]$ に該当する具体的事実 $[f_1]$ である主要事実 $[s_1]$ と、法律事実 $[t_2]$ に該当する具体的事実 $[f_2]$ である主要事実 $[s_2]$ とが、それぞれ想定されることになる。この場合において、主要事実 $[s_1]$ の存在が確定し、かつ、主要事実 $[s_2]$ の存在が確定したとき、法律要件 $[T]$ に対応する法律効果 $[R]$ が発生する。

さらに、ある権利を発生させる法律効果 $[R^+]$ が最終的に発生するか否かは、その発生を障害する法律効果 $[R^-]$ が発生するか否かとの関係において判断される場合もある、とされる⁽¹⁸⁾。

例えば、特許法 29 条 1 項各号列記以外の部分及び同項 1 号の規定について、「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。」旨を規定する権利根拠規定（特許発生規定）と、「ただし、その発明が特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明に該当するに至ったときは、この限りでない。」旨を規定する権利障害規定（特許障害規定）との組合わせとして仮に解すると、「産業上利用することができる発明をした者であること」との法律要件 $[T^+]$ があれば、「その発明について特許を受けることができる」との法律効果 $[R^+]$ が発生しそうであるところ、「その発明が特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明に該当するに至ったこと」との法律要件 $[T^-]$ があれば、その法律効果 $[R^+]$ が発生することを障害する法律効果、すなわち、「その発明について特許を受けることができない」との法律効果 $[R^-]$ が発生する⁽¹⁹⁾。

なお、この法律要件 $[T^-]$ は、「その発明に含まれる発明であって、特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明が存在すること」との法律事実 $[t^-_1]$ から構成されるものとして、実務上、解されている⁽²⁰⁾。例えば、次のとおりである。

まず、「特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明」を具体的事実 $[f^-_1]$ として特定し、これを

認定した上で（特定の公知事実 $[f^{-}_1]$ ）、次に、特定の公知事実 $[f^{-}_1]$ が「その発明」に包摂されるか否かが判断される。特定の公知事実 $[f^{-}_1]$ は、「その発明」に包摂されると判断されると、法律事実 $[t^{-}_1]$ に該当する具体的事実 $[f^{-}_1]$ 、すなわち、主要事実 $[s^{-}_1]$ となる。このとき、「法解釈」に準ずるものとしての発明の要旨認定と、「具体的法律判断」に準ずるものとしての一致点及び相違点の認定並びに相違点の実質的なものであるか否かの評価とを必要とする限りにおいて、新規性もまた、後述する規範的要件事実（評価的要件事実）となる⁽²¹⁾。

2) 小括

以上のとおり、本稿にいう「主要事実」とは、法律要件・を構成する法律事実・に該当する具体的事実をいう。

ただし、本稿のような定義のほか、「法律要件」と「法律事実」とを区別することなく、いずれも「要件事実」とした上で⁽²²⁾、これに該当する具体的事実を「主要事実（直接事実）」とする定義⁽²³⁾、「主要事実（直接事実）」と「要件事実」とを同義とする定義もあり⁽²⁴⁾、それぞれ留意を要する⁽²⁵⁾。

(2) 主要事実の証明、特に間接証明及び間接反証

主要事実は、弁論主義が適用される場合にあっては、当事者間に争いがあり、かつ、顕著な事実ではないとき、職権探知主義が適用される場合にあっては、顕著な事実ではない限り、証拠により証明されなければならない⁽²⁶⁾。

1) 間接証明

訴訟上の証明は、「論理的証明」ではなく「歴史的証明」であり⁽²⁷⁾、「高度の蓋然性」を証明することで足り、民事訴訟における場合⁽²⁸⁾も行政訴訟⁽²⁹⁾における場合も異なるものではない、とされる。

訴訟上の証明は歴史的証明で足りることから、主要事実は、直接証拠によって証明される場合のほか、間接事実（徴憑）を小前提とし、経験則を大前提とする三段論法の適用による推理を通じて、証明される場合がある⁽³⁰⁾。

ここで、「経験則」とは、「個別的経験から帰納的に得られた因果の関係や事物の性状等について、仮言的判断の形式であらわされた命題であって、専門科学上の法則から日常の常識に属するものに至るまでを含〔む〕」ものとされ、「その仮言的判断の前件と後件との関係は、必ずしも常に必然的（『甲があれば必ず乙がある』）ないし蓋然的（『甲があれば通常乙がある』）であるとは限らず、単に可能性があるに過ぎない場合（『甲があれば乙があることもある』）もある。そして蓋然的とか可能的といつても、個々の経験法則によつてそれぞれの確実性の程度を異にしている。」とされる⁽³¹⁾。

例えば、「a かつ b があれば、通常、 f_2 がある」との経験則が存在する場合において、a と b とが立証されたときは、この経験則を大前提とし、a かつ b を小前提として、 f_2 がある、と推理される⁽³²⁾。

ここで、 f_2 が法律事実 $[t_2]$ に該当する具体的事実 $[f_2]$ に相当する場合において、a、b を立証する証拠を「間接証拠」と、a と b とを総合して f_2 を推理して認定することを「推認」と、「間接証拠による間接事実の認定」と「間接事実を総合しての主要事実の推認」との二段階を経る証明を「間接証明」と、それぞれいう⁽³³⁾。

2) 間接反証

上記のとおり、訴訟上の証明は、歴史的証明であり、高度の蓋然性の証明で足りるとされていることから、常に反証の余地が残されている⁽³⁴⁾。

そこで、間接事実による主要事実の推認を妨げようとする者は、例えば、主要事実を推認させる間接事実（間接本証事実）と両立し、かつ、主要事実の推認を妨げる他の間接事実（間接反証事実）を証明することにより、主要事実が推認されることを妨げることができる場合がある。例えば、「a かつ b であれば、通常、 f_2 がある」との経験則がある場合において、間接事実 a と b とが立証され、主要事実 $[s_2]$ が推認されそうなきであっても、間接事実 a、b と両立する他の間接事実 c を証明し、もって主要事実 $[s_2]$ の推認を動揺させようとするを「間接反証」という⁽³⁵⁾。

ところで、間接反証事実は、経験則の例外を示すものとして、判決文において「特段の事情」として表現されることが多いところ⁽³⁶⁾、経験則とその例外との間の関係は、法条における本文とただし書との間の関係に類比されることもあり、例えば、「甲事実があれば、通常、乙事実があるであろう。ただし、丙事実がある場合は、この限りでない。」との形式において把握されることもある⁽³⁷⁾。

3) 小括

以上をまとめると、例えば、図1のとおりである⁽³⁸⁾。

大前提	T (t ₁ かつt ₂)ならばRである				法規範
小前提	直接証明	間接証明			事実認定
	f ₁ がある	大前提	aかつbがあればf ₂ がある	経験則	
		小前提	aがある	bがある	
		結論	f ₂ がある		推認
f ₁ はt ₁ である (s ₁ がある)	f ₂ はt ₂ である (s ₂ がある)			具体的法律判断	
結論	故にf ₁ かつf ₂ はRである				法適用

図1 証明の枠組み

また、間接反証が成立したときについては、例えば、図2のとおりである。

小前提	間接証明			
	大前提	aかつbがあればf ₂ がある		経験則
		ただし、cがあるときは、この限りでない		特段の事情
	小前提	aがある	bがある	間接本証事実の認定
		cがある		間接反証事実の認定
結論	f ₂ があるといえない		推認の覆滅	

図2 間接反証の枠組み

(3) 主要事実の立証責任

証拠調べの結果、主要事実が存在することが証明された場合には、法律効果が発生する。また、主要事実が存在しないことが証明された場合には、法律効果が発生しない。以上の場合に対し、証拠調べの結果、主要事実が存在するとも、又は存在しないとも、そのいずれも認定することができず、その存否が不明となった場合であっても、裁判は、行われなければならない⁽³⁹⁾。また、行政庁の処分又は不作為についても同様であろう。

そこで、主要事実の存否が不明となった場合であっても、法律効果が発生するか、又は発生しないかについて、いずれかの結論を導き出すために必要とされるのが、立証責任（客観的立証責任、証明責任、挙証責任）である。すなわち、立証責任とは、例えば、「訴訟上一定の事実の存否が確定されない場合（とき）に、不利な法律判断を受けるように定められている当事者の一方の危険又は不利益」とされる⁽⁴⁰⁾。

そして、以上のような観点によれば、立証責任について、少なくとも以下の二点を導くことができる。

第一に、ある主要事実についての立証責任は、当事者の一方が負う⁽⁴¹⁾。すなわち、ある主要事実の存在について当事者の一方が立証責任を負うとき、この主要事実の不存在について当事者の他方が立証責任を負うことはない。

第二に、立証責任は、主要事実の存否不明について適用される⁽⁴²⁾。すなわち、立証責任は、間接事実の存否不明については適用されない⁽⁴³⁾。主要事実の存否不明について立証責任を適用すれば、足りることによる。

2. 2 規範的要件事実一般における主要事実及びその周辺

法律要件を構成する法律事実の中には、規範的要件事実とされるものがある。ここでは、規範的要件事実一般における主要事実及びその周辺についての議論を参照する。

（１） 規範的要件事実

規範的要件事実とは、法律要件を構成する法律事実のうち、例えば、民法 709 条の「過失」、借地借家法 28 条の「正当の事由」のように、「不確定概念⁽⁴⁴⁾」あるいは「不特定概念⁽⁴⁵⁾」によって示されるものをいう⁽⁴⁶⁾。

さらに、規範的要件事実とは、これに該当すると評価される具体的事実が、「過失」のように「多様性」を有するもの（「択一判断型」）と、「正当の事由」のように「複合性」を有するもの（「総合判断型」）と、に分類することができる、ともされる⁽⁴⁷⁾。

（２） 規範的要件事実の主要事実：問題の所在

規範的要件事実について何をもって主要事実とするか、説が分かれている。すなわち、規範的要件事実そのものを主要事実とし、これを推認させる具体的事実を間接事実とする「間接事実説⁽⁴⁸⁾」と、規範的要件事実そのものではなく、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実とする「主要事実説⁽⁴⁹⁾」と、がある。また、これらのほか、規範的要件事実そのものを主要事実とするものの、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実と準ずるものとして取り扱うべきとする「準主要事実説⁽⁵⁰⁾」がある。

以上の説のうち、主要事実説が通説とされる⁽⁵¹⁾、仮に主要事実説を採用したとしても、次のような問題がある。すなわち、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実とするに当たっても、個々の具体的事実の有する具体性／抽象性の程度には幅があるため、どの程度の具体性／抽象性を有する具体的事実が主要事実として主張され、立証されることを要するのか、必ずしも明らかでない、との問題である⁽⁵²⁾。

（３） 規範的要件事実の主要事実の証明、特に間接証明及び間接反証

規範的要件事実について主要事実説を採用した場合であっても、その場合における主要事実、すなわち、規範的評価の成立を基礎付ける具体的事実について、直接証拠によることなく、間接事実からの推理を通じて、その証明が試みられる場合もあろう。そして、その限りにおいて、当該具体的事実の推認を動揺させるために、間接反証が試みられることもまた妨げられないのである⁽⁵³⁾。

なお、規範的要件事実そのものを主要事実として間接証明及び間接反証の対象とする間接事実説に対し、規範的要件事実そのものは規範的評価であり、直接証明することができないこと等を理由とする主要事実説からの批判⁽⁵⁴⁾があるところ、直接証明することができる具体的事実を対象とする限りにおいて、間接反証事実に高度の蓋然性の証明を要するか否かの点は措くとしても⁽⁵⁵⁾、通常の法律事実一般における場合と同様に、間接証明及び間接反証はなお有効である、といえよう。

そうすると、仮に規範的要件事実について主要事実説を採用した場合であっても、主要事実と間接事実との区別があるのであり、また、これらを区別しなければならない。

（４） 規範的要件事実の主要事実の立証責任

規範的要件事実について主要事実説を採用した場合にあっては、規範的評価の成立を根拠付ける具体的事実を「評価根拠事実」とし、評価根拠事実と両立し、かつ、規範的評価の成立を妨げる具体的事実を「評価障害事実」とした上で、評価根拠事実の立証責任は規範的評価の成立を主張する者が負い、評価障害事実の立証責任は規範的評価の成立を争う者が負う、とされる⁽⁵⁶⁾。なお、規範的評価そのものについては、真偽不明（判断不能）はあり得ない、ともされる⁽⁵⁷⁾。

しかしながら、ある具体的事実が評価障害事実となるのか、又はその反対事実が評価根拠事実となるのかの区別が必ずしも明らかでないとする考えがある⁽⁵⁸⁾、総合判断型の規範的要件事実の主要事実については立証責任を觀念することができないとする考えもあり⁽⁵⁹⁾、未だ明らかでない点も多い。

（５） 小括

以上のとおり、規範的要件事実にあっては、主要事実説を採用した場合であっても、どの程度の抽象性／具体性

を有する具体的事実をもって主要事実とすべきかの点のほか、その立証責任の在り方を巡って、必ずしも明らかでない点がある⁽⁶⁰⁾。

2. 3 容易想到性（進歩性）における主要事実及びその周辺

特許法 29 条 2 項に規定する容易想到性（進歩性）もまた、法律要件を構成する法律事実のうち、規範的要件事実（評価的要件事実）である、とされる⁽⁶¹⁾。以下、この点について確認する。

(1) 規範的要件事実としての容易想到性とその主要事実

容易想到性にあっても、これを規範的要件事実とした上で、主要事実説を採用する立場⁽⁶²⁾が通説となっている、といえるのであろうか。この点に関し、知的財産高等裁判所（以下「知財高裁」という。）の大合議判決が示した一般論が特に注目されるので、これを確認する。

(2) 大合議判決 [ピリミジン誘導体]

知財高裁平成 28 年（行ケ）第 10182 号・第 10184 号・平成 30 年 4 月 13 日特別部判決⁽⁶³⁾ [ピリミジン誘導体]（以下「大合議判決」という。）は、次のとおり的一般論を示した（なお、引用文中の傍点は、筆者による強調である。以下同じ。）。

そして、……、主引用発明に副引用発明を適用することにより本願発明を容易に発明をすることができたかどうかを判断する場合には、①主引用発明又は副引用発明の内容中の示唆、技術分野の関連性、課題や作用・機能の共通性等を総合的に考慮して、主引用発明に副引用発明を適用して本願発明に至る動機付けがあるかどうかを判断するとともに、②適用を阻害する要因の有無、予測できない顕著な効果の有無等を併せ考慮して判断することとなる。……、上記①については、……（特許拒絶査定不服審判の審決に対する取消訴訟……においては、特許庁長官）が、上記②については、……（特許拒絶査定不服審判の審決に対する取消訴訟においては、特許出願人）が、それぞれそれらがあることを基礎付ける事実を主張、立証する必要があるものということが出来る。

もっとも、以上の一般論部分は傍論であるため、その表現そのものに従って解釈せざるを得ないところ、大合議判決は、容易想到性が規範的要件事実であるのか否か、主要事実説を採用するのか否か、いずれの点についても、その立場を明らかにしたものはいえない。というのも、ここでいう「立証する必要」が、そのままの意味での「立証する必要」、すなわち、「主観的立証責任」をいうのか、あるいは、いわゆる「立証責任」、すなわち、「客観的立証責任」をいうのか、必ずしも明らかでないことによる⁽⁶⁴⁾。そこで、以下、大合議判決についての匿名解説を参照する。

(3) 大合議判決の匿名解説

匿名解説は、大合議判決の上記一般論部分を引用した上で、次のとおり解説する⁽⁶⁵⁾。

また、本判決は、進歩性の判断要素とその立証責任につき、「……〔略〕……」と、主引用発明に副引用発明を適用することにより本願発明を容易に発明をすることができたかどうかを判断する場合に場面を限定したうえ、考慮要素を進歩性を否定する要素と肯定する要素に分けてあげ、その立証責任につき、①……、②特許拒絶査定不服審判の審決に対する取消訴訟においては、特許庁長官が進歩性を否定する要素、特許出願人が進歩性を肯定する要素、③……の各存在を、それぞれ基礎づける事実の主張・立証責任を負う旨を判示したと解される。

匿名解説によれば、大合議判決にいう「立証する必要」とは、「立証責任」、すなわち、「客観的立証責任」をいうのであって、「主観的立証責任」をいうのではない、と解される。

仮にそのように解されるとすれば、容易想到性（進歩性）との法律事実について、立証責任の対象となる事実、すなわち、主要事実として、「進歩性を否定する要素を基礎づける事実」と「進歩性を肯定する要素を基礎づける

事実」とがあるというのであるから、大合議判決は、容易想到性を規範的要件事実とした上で、主要事実説を採用している、とも解されるのである⁽⁶⁶⁾。

さらに、立証責任をどのような水準において観念しているのかの点に着目してみると、大合議判決は、例えば、「動機付けがあること」ではなく、「動機付けがあること・を基礎付ける事実」を主要事実（評価根拠事実）として捉えていることが窺える。すなわち、「動機付けがあること」に対して下位概念を構成する「動機付けがあること・を基礎付ける事実」、この下位概念に該当する具体的事実の存否不明をもって、当事者の一方に対して立証責任を適用する契機としている、とも解されるのである（そのように解するならば、「動機付けがあること」もまた、証拠によって直接証明することができないものとして、規範的評価に位置付けられよう。）。

そして、匿名解説は、大合議判決の当該一般論部分について、次のとおり評価する⁽⁶⁷⁾。

本判決のこの点についての判断も、審査基準および裁判例において慣行的に採用されてきた基準に合致するものであり、異論がないものと思われる……。

匿名解説によれば、大合議判決が容易想到性における立証責任について説示した考え方、また、その前提となる主要事実についての考え方は、遅くとも大合議判決の時点までには、既に慣行的なものとして採用されるに至っていたことも窺える。

（４） 小括：問題の所在

以上によれば、大合議判決は、一般論ながら、容易想到性そのものを主要事実とする間接事実説ではなく、容易想到性の成立を基礎付ける具体的事実を主要事実とする主要事実説を採用する旨を示したものといえる。さらに、そのような考え方は、遅くとも大合議判決の時点までには、既に慣行的なものとして採用されるに至っていたことも窺える。

とはいえ、規範的要件事実について主要事実説を採用した場合であっても、どの程度の抽象性／具体性を有する具体的事実をもって主要事実とすべきか必ずしも明らかとはいえないところ（上記「2.2 (2)」）、このことは容易想到性についても同様に当てはまる。

以上を前提として、以下、検討を進める。

3. 動脈硬化予防剤事件判決の検討

本稿は、検討の対象として、動脈硬化予防剤事件判決を選択する。その理由として、第一に、容易想到性の有無が争点とされた事例であること、第二に、主要事実説を採用している可能性があること、第三に、間接反証が成立した事例として紹介されていること、がそれぞれ挙げられる。

ただし、第二の点については留保が必要であろう。というのも、動脈硬化予防剤事件判決もまた、主要事実説を採用するか否かの点を明らかにしたものではないからである。また、仮に大合議判決の時点（平成30年・2018年）において主要事実説が既に慣行的なものとして採用されるに至っていたとしても、動脈硬化予防剤事件判決の時点（平成26年・2014年）においても同様であった、とは当然にはいえないであろう。

そこで、本稿では、動脈硬化予防剤事件判決が間接事実説を採用している可能性も留保しながら、あくまで傍証に過ぎないものの、同判決の時点においても主要事実説を採用する立場が既に優勢にみえることのほか⁽⁶⁸⁾、大合議判決と動脈硬化予防剤事件判決とが裁判長裁判官を同じくすることも併せて考慮して、動脈硬化予防剤事件判決もまた主要事実説を採用しているものとして、以下、検討を進める。

容易想到性について主要事実説を採用した場合において、間接反証の成否が結論に影響したといえるときには、容易想到性の成立を基礎付け、又は妨げる具体的事実、すなわち、主要事実について、間接事実に基づく間接証明が試みられたことが前提となろう。そこにおいては、主要事実と間接事実とがそれぞれ特定され、区別されているはずである。その区別を観察することによって、主要事実の抽象性／具体性の程度を、間接事実のそれとの比較において、推し量ることができるのではないか。

そこで、主要事実と間接事実との区別がされた事例として、動脈硬化予防剤事件判決を検討し、そこにおいて、

どのような具体的事実が主要事実として選択され、その有する具体性／抽象性はどの程度のものであり、そして、なぜそのような具体的事実が主要事実として選択されたのかの点について、それぞれ考察する。

3. 1 事件の概要

動脈硬化予防剤事件判決、すなわち、知財高裁平成 25 年（行ケ）第 10209 号・平成 26 年 9 月 10 日判決⁽⁶⁹⁾及び同判決に至るまでの経緯の概要は、次のとおりであった。

原告は、発明の名称を「動脈硬化予防剤、血管内膜の肥厚抑制剤及び血管内皮機能改善剤」とする発明について特許出願（特願 2008-500515 号）をしたが、拒絶査定を受けたので、拒絶査定不服審判の請求（不服 2011-151 号）をすると同時に補正をした。審判官は、当該補正を却下した上で、請求不成立審決（以下単に「**審決**」という。）をした。そこで、原告は、特許庁長官を被告として、審決取消訴訟を提起した。知財高裁第 2 部は、「補正発明が進歩性を欠く旨認定した」点に誤りがあるとして審決を取り消す旨の判決（以下単に「**判決**」という。）をした。

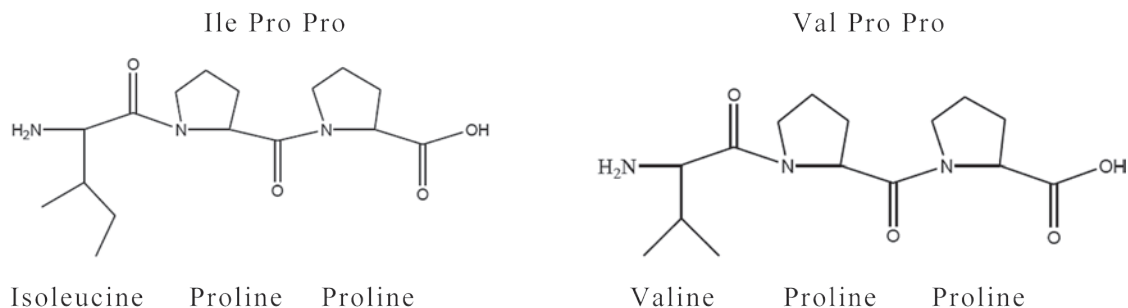
(1) 補正発明

補正発明の認定は、審決及び判決を通じて、次のとおりであった（判決 3 頁（裁判所ウェブサイトに掲載された PDF 版の頁をいう。以下同じ。）、審決 2 頁。以下、特に断らない限り、判決の記載を優先して引用する。）。

【請求項 10】

Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有し、血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する剤。」（下線部は補正箇所。甲 19）

なお、「Ile Pro Pro」とは、「トリペプチド、すなわち、ペプチド結合によってアミノ酸 3 個が結合した化合物」（判決 50 頁）であって、そのアミノ酸が、イソロシン（Isoleucine）、プロリン（Proline）、プロリン（Proline）であるものをいい、「Val Pro Pro」とは、「トリペプチド」であって、そのアミノ酸が、バリン（Valine）、プロリン（Proline）、プロリン（Proline）であるものをいい、それぞれ次のような構造を有する（同上）。



(2) 引用発明

引用発明の認定は、審決及び判決を通じて、次のとおりであった（判決 3 頁、審決 11 頁）。

引用例 1（特表 2003 - 513636 号公報、甲 1）には、以下の引用発明が記載されている。

「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を抗高血圧性ペプチドとして含有し、ACE 阻害活性を示す、抗高血圧剤。」

なお、「ACE 阻害活性」に関し、「甲 1」には次のとおりの記載があった。

【0003】

血圧の調節において、アンギオテンシン I 転換酵素、ACE が細胞レベルで根本的な役割を演じる。ACE は 2 つの方法で機能する。すなわち、アンギオテンシン I を強力な血管収縮剤であるアンギオテンシン II に転換し、一方、血管拡張作用を有するブラジキニンを不活化する。このように、両機能が血圧の上昇をもたらす。ACE 阻害剤がこの作用を阻害し、もって抗高血圧剤として働き得る。高血圧の治療に使用されている多くの医薬は ACE 阻害剤である。

これによれば、図 3 のとおりであろう。

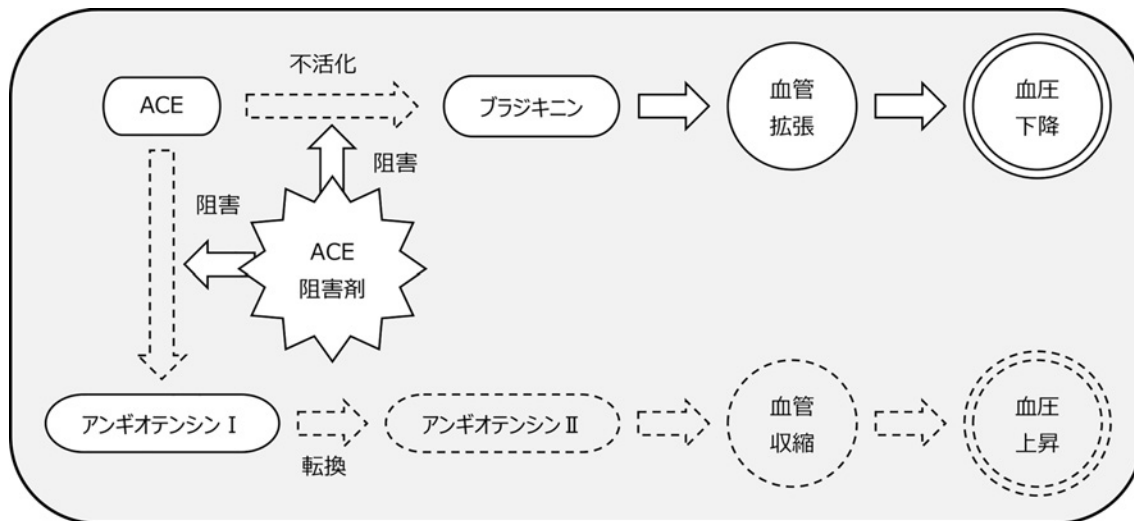


図3 ACE阻害剤の作用効果

(3) 一致点及び相違点

補正発明と引用発明との対比における一致点及び相違点の認定は、審決及び判決を通じて、次のとおりであった（判決3～4頁、審決11頁）。なお、一致点及び相違点の認定について、当事者間に争いはない（判決37頁）。

【一致点】

「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤。」

【相違点】

薬剤の用途が、補正発明においては「血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する剤」であるのに対し、引用発明においては「ACE阻害活性を示す、抗高血圧剤」である点。

(4) 審決の認定判断

相違点に係る構成の容易想到性に関し、審決の判断として、審決12頁（判決5頁）には、次の記載があった。

……、これら引用例1～5を併せ見た当業者ならば、引用発明において、ACE阻害を有することが確認されている Ile Pro Pro および／または Val Pro Pro を血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する剤として用いることに、格別の創意を要したものとは言えない。

また、本願優先日前における当業者の認識に関し、審決の認定として、審決13頁（判決6頁）には、次の記載があった。なお、被告もまた、審決の認定と同様の主張をしている（判決24頁、同27～28頁）。

引用例2、3及び5によれば、ACE阻害薬が血管拡張能や内皮細胞機能の改善効果を有することは、本願優先日前に、複数の研究に基づき明らかにされ、相当程度確立された知見であったと認められる。

(5) 原告の主張

本願優先日当時における当業者の認識に関し、原告の主張として、判決12頁には、次の記載がある。

……、本願優先日当時、ACE阻害剤が血管拡張機能や内皮細胞機能を改善する作用の有無については、確立した知見が存在しなかったといえる。

(6) 判決の認定判断

本願優先日当時における当業者の認識に関し、裁判所の認定として、判決47頁には、次の記載がある（引用文中の下線は、筆者による強調である。以下同じ）。

……、本願優先日当時に公刊されていた文献には、ACE阻害剤につき、血管内皮の収縮・拡張機能改善作

用、血管内膜の肥厚抑制作用を有すること、又は、これらの作用を有する可能性があることを肯定する内容のものが複数存在する反面、そのような作用は確認されなかったという実験結果を報告するものも複数存在し、当業者に対する影響力、すなわち、当業者の認識形成に寄与する程度においていずれが優勢であったともいい難い。

同じく判決 48 頁には、次の記載がある。

……、本願優先日当時においては、ACE 阻害剤が血管内皮の収縮・拡張機能改善作用、血管内膜の肥厚抑制作用を示した実例はあるものの、ACE 阻害剤であれば原則として上記作用のうち少なくともいずれか一方を有するとまではいえず、個々の ACE 阻害剤が実際にこれらの作用を有するか否かは、各別の実験によって確認しなければ分からないというのが、当業者の一般的な認識であったものと認められる。

そして、補正発明の容易想到性に関し、裁判所の判断として、判決 51 頁には、次の記載がある。なお、引用文中の「IPP」とは Ile Pro Pro であり、「VPP」とは Val Pro Pro である。

……本願優先日当時の当業者の一般的な認識に鑑みれば、当業者が、……、IPP 及び VPP も上記 ACE 阻害剤と同様に、血管内皮の機能改善作用、血管内膜の肥厚抑制作用を示すことを期待して、IPP 及び／又は VPP を用いることを容易に想到したとは考え難い。

同じく判決 52 頁には、次の記載がある

……、引用発明と引用例 2 から引用例 5 とを組み合わせると補正発明を想到することは容易とはいえず、……。

3. 2 事件の検討

本件について、裁判長裁判官による判決の紹介を参照した上で、具体的な検討を進める。

(1) 裁判長裁判官による紹介

裁判長裁判官は、判決について、次のとおり紹介する⁽⁷⁰⁾。

審決段階の証拠に基づけば技術的知見の認定に誤りはなかったが、訴訟で追加された書証により当該知見が確立していないとされた（いわゆる間接反証が成立した）、比較的珍しい事例である。

ここでいう「審決段階の証拠」とは、甲 1～5（審決が引用する引用例 1～5）であり、「訴訟で追加された書証」とは、例えば、甲 7、甲 30～32、甲 36、甲 37、乙 3 等である。

そして、以上の証拠に基づいて「いわゆる間接反証が成立した」としていることから、その前提として間接証明が試みられたことがわかる。さらに、その間接証明の成否が結論に影響するものであったことから、本件における間接証明は、主要事実に向けられたものであることも窺える。それでは、間接証明の対象とされた主要事実とは、どのような具体的事実であったか。

(2) 論証の枠組みとその成否

そのためには、本件における論証⁽⁷¹⁾の枠組みとその成否とをそれぞれ確認しなければならない。

1) 本件主要事実

本件における争点は、引用発明との相違点に係る補正発明の構成の容易想到性、すなわち、「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤」を、「ACE 阻害活性を示す、抗高血圧剤」から「血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する剤」とすることを本願優先日前に当業者が容易に想到することができたか否か、の点である。

以上を論証するために、本件において被告が選択した枠組みは、「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤」が「ACE 阻害活性」を示す点に着目し、この「ACE 阻害活性」との特性を介することによって、引用発明から補正発明に至る動機付けがあることを基礎付けようとするものであった。この論証の枠組みを簡略化して示すと、図 4 のとおりである。なお、図中の「？」は争点を示すものである。

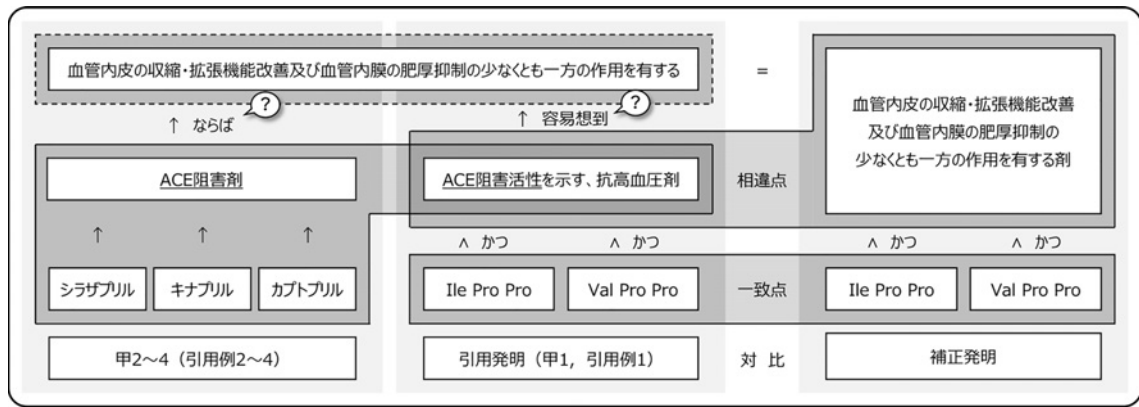


図4 論証の枠組み

そうすると、本件において現に選択された主要事実は、次のとおりのものであったと解される⁽⁷²⁾。

ACE 阻害活性があるならば、血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有するというのが、本願優先日当時における当業者の一般的な認識であったこと。

このことは、判決が「ACE 阻害剤であれば原則として上記作用のうち少なくともいずれか一方を有するとまではいえ〔ない〕……というのが、当業者の一般的な認識であった」（判決 48 頁）と認定した上で、この認定した「本願優先日当時の当業者の一般的な認識」に鑑みれば、相違点に係る補正発明の構成を容易想到とはいえないと判断し（判決 51～52 頁）、もって審決を取り消すとの結論を導き出していることから窺えよう。すなわち、この具体的事実の存否は、直接、結論に影響するものであったといえる。

2) 間接本証の枠組み

本件主要事実を証明するために、被告は、間接証明を試みている。すなわち、「ある共通する作用 a を有する薬剤のうちの複数の種類について、他の共通する作用 β を有する旨を報告する文献が存在するならば、当該ある共通する作用 a があるならば、当該他の共通する作用 β も有するというのが、当時の当業者の一般的な認識であったといえる」との経験則を大前提として⁽⁷³⁾、「個々の ACE 阻害剤のうちの複数の種類について、血管内皮の収縮・拡張機能改善、血管内膜の肥厚抑制作用を有する旨を報告する文献が存在する」との間接事実⁽⁷⁴⁾（間接本証事実）を示すための間接証拠（甲 2～4、甲 30、甲 36 等）を援用し、これらの間接事実を小前提として、本件主要事実の推認を試みた、といえよう（判決 21～24 頁）。

3) 間接反証の枠組み

本件主要事実の推認を妨げるために、原告は、間接反証を試みている。すなわち、「個々の ACE 阻害剤のうちの複数の種類について、血管内皮の収縮・拡張機能改善、血管内膜の肥厚抑制作用を有する旨を報告する文献が存在する」との間接事実と両立し、かつ、本件主要事実の推認を妨げる他の間接事実（間接反証事実）、すなわち、「個々の ACE 阻害剤のうちの複数の種類について、血管内皮の収縮・拡張機能改善、血管内膜の肥厚抑制作用を有しない旨を報告する文献が存在する」ことを示すための間接証拠（甲 7、甲 30～32、甲 36 等）を提出することによって（判決 12 頁）、被告が適用しようとする経験則の例外、すなわち、「ただし、ある共通する作用 a を有する薬剤のうちの複数の種類について、他の共通する作用 β を有しない旨を報告する文献が存在するときは、この限りでない」との特段の事情の適用を試みた、といえよう。

なお、「個々の ACE 阻害剤」のうち、例えば、「シラザプリル」についてみると、当該作用を有する旨の報告（甲 2、甲 4）と当該作用を有しない旨の報告（甲 31、甲 32）とがそれぞれ存在する。ここで、「シラザプリル」の水準においてみると、「シラザプリルが当該作用を有しない」との具体的事実は、「シラザプリルが当該作用を有する」との具体的事実と両立しない。このため、原告の立証活動は、間接反証ではなく、直接反証ではないか、との見方もあり得るところである。しかしながら、「報告」の水準においてみると、「シラザプリルが当該作用を有しない旨の報告が存在する」との具体的事実は、「シラザプリルが当該作用を有する旨の報告が存在する」との具体的事実と両立する。これに対し、「シラザプリルが当該作用を有する旨の報告が存在する」との具体的事実と両立しない具体的事実として、例えば、当該報告がそもそも存在しないとか、あるいは、当該報告は存在するが、公衆に

利用可能となっていなかった等の具体的事実が想定されよう。

4) 証明の成否

上記「2）」と上記「3）」とをまとめると、図5のとおりである。

主要事実				
ACE阻害活性があるならば、 血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する、 というのが、本願優先日当時における当業者の一般的な認識であったこと				
+ ↑ 推 認 ↑ +			- ↑ 動 揺 ↑ -	
経験則		特段の事情		
前件	ある共通する作用αを有する 薬剤のうちの複数の種類について、 他の共通する作用βを有する旨を 報告する文献が存在するならば、	ただし、ある共通する作用αを有する 薬剤のうち、複数の種類について、 他の共通する作用βを有しない旨を 報告する文献が存在するときは、		
後件	当該ある共通する作用αがあるならば、 当該他の共通する作用βを有するというのが、 当時の当業者の一般的な認識であったといえる	この限りでない		
間接事実				
証拠	ACE阻害剤の種類	血管内皮の収縮・拡張機能改善及び 血管内膜の肥厚抑制作用の有無		位置付け
		審決	判決	
甲2	シラザプリル	有する	有する	間接本証
甲3	キナプリル	有する	有する	間接本証
甲4	シラザプリル ----- カプトプリル	有する	有する	間接本証
甲5	ACE阻害薬	有する	有する	直接本証
甲7	ラミプリル	(未提出)	有しない	間接反証
甲30	ゾフェノプリル ----- カプトプリル		有する	間接本証
	エナラプリル		有しない	間接反証
	甲31		シラザプリル	有しない
甲32	シラザプリル		有しない	間接反証
甲36	キナプリル ----- カプトプリル		有する	間接本証
	エナラプリル		有しない	間接反証
	甲37		カプトプリル ----- エナラプリル	有しない
乙3	ACE阻害活性を有するペプチド		有する	直接本証

図5 間接証明及び間接反証の枠組み

そして、これらの間接証明の成否についてみると、次のとおりである。

判決は、甲2～4、甲30、甲36に基づいて間接本証事実を認定するとともに（判決43頁・45頁）、甲7、甲30～32、甲36、甲37に基づいて間接反証事実を認定した上で（判決46～47頁）、「当業者の認識形成に寄与する程度においていずれが優勢であったともいい難い」（判決47頁）から、「本願優先日当時においては、……、ACE阻害剤であれば原則として上記作用のうち少なくともいずれか一方を有するとまではいえ〔ない〕……というのが、当業者の一般的な認識であった」とした（判決48頁）。

ここで、判決は、本件主要事実が存在する、すなわち、「ACE阻害活性があるならば、血管内皮の収縮・拡張機

能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有するというのが、本願優先日当時における当業者の一般的な認識であった」とは認めなかったが、本件主要事実が存在しない、とも認めてはいない⁽⁷⁵⁾。

すなわち、間接本証事実（「個々の ACE 阻害剤のうちの複数の種類について、血管内皮の収縮・拡張機能改善、血管内膜の肥厚抑制作用を有する旨を報告する文献が存在する」と）と、間接反証事実（「個々の ACE 阻害剤のうちの複数の種類について、血管内皮の収縮・拡張機能改善、血管内膜の肥厚抑制作用を有しない旨を報告する文献が存在する」と）とがそれぞれ認められ、「いずれが優勢であったともいい難い」（判決 47 頁）というのであるから、本件主要事実が存在するとも、又は存在しないとも、いずれとも認めることができず、その存否が不明になったことが窺える⁽⁷⁶⁾。

5) 立証責任の適用

主要事実の存否を確定できない場合には、立証責任の適用により、当事者の一方が不利な法律判断を受けることになる。そして、本件主要事実は、その存在を立証することによって「動機付けがあることを基礎付ける」ためのものであったところ、本件主要事実の存否が不明である場合における立証責任は、容易想到性の成立を主張する者、すなわち、被告が負うとされた。被告は、立証責任が適用された結果として、「動機付けがある」との評価を成立させる「法律効果⁽⁷⁷⁾」が発生しない、そのような不利な法律判断を受けるに至ったのである⁽⁷⁸⁾。

要するに、判決は、その認定した「本願優先日当時の当業者の一般的な認識」を基準とする限り、当業者が、「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤」である引用発明が「血管内皮の機能改善作用、血管内膜の肥厚抑制作用を示すことを期待し〔た〕」とは「考え難い」としたところ（判決 51 頁）、ここでいう「期待」とは、成功への合理的期待、すなわち、「動機付けがあること」にほかならない⁽⁷⁹⁾。

6) 補論（弁論主義第 1 テーゼとの関係）

被告は「当業者において相当程度確立された知見」を主張したのに対し、裁判所は「当業者の一般的な認識」を認定しており、これらの間には食い違いがあるようにも見受けられる。

ところで、ある「知見」が「相当程度確立された」ことが認められたとしても、「一般的な」ものであることが認められない限り、動機付けがあることが基礎付けられたといえない場合もあろう。そのような場合にあっては、「当業者において相当程度確立された知見」に基づく主張にとどまる限り、評価根拠事実についての主張が不十分であるとして、主張自体失当⁽⁸⁰⁾としても差し支えないところ、念のためであろうか、裁判所は、「当業者の一般的な認識」について証拠調べをし、これを認定している（判決 42～48 頁）。

ここで、原告による「確立した知見が存在しなかった」との否認（判決 12 頁）が、審決を受けたものとして、「相当程度確立した知見が存在しなかった」との趣旨に解されるとしても、これは「一般的なものとして確立した知見が存在しなかった」との内容を当然に含むものであるから、本件主要事実に対する先行否認として解することもできるとして、裁判所が、本件主要事実が当事者によって主張され、かつ、争われている、とみることができる余地もあったのであろう⁽⁸¹⁾。

いずれにしても、判決 51 頁中の「また、仮に」以下の記載は、被告による「当業者において相当程度確立された知見」に基づく主張（判決 27～28 頁参照）を斥けるためのものと解されるところ、「仮に」と前置きしていることから明らかなとおり、念のためにしたものであって、傍論であろう。

3. 3 一応の結論

以上の検討を通じて、一応の結論として、次のことがいえるのではないか。

- ・ 第一に、主要事実は、証明の枠組みによって直ちに決まるものではない。
- ・ 第二に、主要事実は、具体的事実の具体性／抽象性の程度によって直ちに決まるものではない。
- ・ 第三に、主要事実は、論証の枠組みに応じて決まるものである。

以下、それぞれの点について、理由を付したい。

（1） 第一の点（証明の枠組みとの関係）

本件主要事実へと向けられた間接証明の試みが、間接反証の成立によって妨げられた。ところで、主要事実は、直接証明することができるものでなければならないとされるものの、具体的な審査・審判・訴訟において直接証明されなければならないものではない。間接証明された具体的事実が主要事実である場合もあれば、間接証明によることなく直接証明された具体的事実が他の間接事実である場合もあろう。このように、主要事実を証明するための枠組みとして、直接証明のほか、間接証明があることは、通常の法律事実の場合に限られることなく、規範的要件事実の場合においても変わらない。

したがって、主要事実は、証明の枠組みによって直ちに決まるものではない、といえる。

さらに進んで、本件主要事実を直接証明することができるか否かの点についても検討すると、判決 47～48 頁も示唆するように、仮に「血管内皮の収縮・拡張機能改善作用、血管内膜の肥厚抑制作用の機序や ACE 阻害活性との関係」が解明され、その知見が論文等を通じて公表されたとしたならば、本件主要事実が存在するか否かの点について、「個々の ACE 阻害剤」から帰納する間接証明ではなく、解明された機序や関係から演繹する直接証明もまた可能となるのではなかろうか⁽⁸²⁾。

いずれにしても、主要事実に要求される直接証明の可能性は、具体的な審査・審判・訴訟の時点において不可能であったとしても、少なくとも論理的な可能性として、一応、これを観念することができれば足りるとしたい。

（2） 第二の点（具体性／抽象性の程度との関係）・第三の点（論証の枠組みとの関係）

本件主要事実は、上記「3.2 (2) 1)」のとおり、「ACE 阻害活性があるならば、血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有するというのが、本願優先日当時における当業者の一般的な認識であったこと」と解されるところ、具体的事実としても、その抽象性の程度が高いものであった、といえる。

ところで、本件においては、主要事実の他の可能性として、例えば、「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤が血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する可能性を示唆する旨の報告があった」との具体的事実を考えることもできる⁽⁸³⁾、この具体的事実は、本件において間接事実とされた具体的事実、例えば、「シラザプリルが血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する旨の報告がある」との具体的事実と、同じ程度の具体性／抽象性を有するものであるといえる。それにもかかわらず、前者が主要事実となり得るのに対し、後者がそれ単独では間接事実としかなり得ない理由は、現に選択された論証の枠組みにおいて、動機付けがあることを直接基礎付けることができる具体的事実であるか否か、その論証に占める位置付けを異にするからにほかならない。すなわち、本件において「シラザプリルが血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する旨の報告がある」との具体的事実は、それ単独では補正発明に至る動機付けがあることを基礎付けるには足りず、「ACE 阻害活性」との概念を介して、「キナプリル」、「カプトプリル」その他の「個々の ACE 阻害剤」も同様の作用を有する旨の報告と併せることによって初めて補正発明に至る動機付けがあることを基礎付けることができるものであった。

ここで、本件における立証・論証主題を可能性も含めてまとめると、図 6 のとおりである。

立証・論証主題	抽象度	位置付け	内容	直接証明
現に選択された立証・論証主題	最上位	評価	補正発明を 本願優先日前に当事者が引用発明に基づいて 容易に発明をすることができたこと	できない
現に選択された立証・論証主題	上位	評価	血管内皮の機能改善作用、血管内膜の肥厚抑制作用を示すことを期待して Ile Pro Pro及び／又はVal Pro Proを用いることを 本願優先日当時の当事者が容易に想到したこと	できない
現に選択された立証・論証主題	中位	主要事実	A C E阻害活性があるならば、 血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する というのが、本願優先日当時における当事者の一般的な認識であったこと	できる
現に選択された立証・論証主題	下位	間接事実	シラザプリルが 血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する 旨の報告があること	できる
あり得た他の立証・論証主題	下位	主要事実	Ile Pro Pro及び／又はVal Pro Proを有効成分として含有する薬剤が 血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する 可能性を示唆する旨の報告があること	できる

図6 立証・論証主題の一覧

したがって、主要事実は、具体的事実の具体性／抽象性の程度によって直ちに決まるものでもなく、規範的評価を直接基礎付けることができるものであるか否か、すなわち、論証の枠組み、特に論証に占める位置付けに応じて決まるものである、といえる。

4. おわりに

以上の検討により、第一に、主要事実は、証明の枠組みによって直ちに決まるものではなく、第二に、主要事実は、具体的事実の具体性／抽象性の程度によって直ちに決まるものでもなく、第三に、主要事実は、論証の枠組みに応じて決まるものである、との一つの仮説を立て、以下の留保を付しつつ、本稿における一応の結論としたい。

本稿の結論は、動脈硬化予防剤事件判決が主要事実説を採用していることを前提とするものである。とはいえ、間接事実説を採用している可能性もまた否定することができない⁽⁸⁴⁾。すなわち、本稿が主要事実とした具体的事実もまた間接事実であり、この間接事実の存否を巡って再間接事実に基づく間接証明が試みられ、他の再間接事実に基づく間接反証が成立した可能性である。

以上

(注)

- (1) 小野木常「事実の確定」『民事訴訟法講座第二巻』541～542頁（有斐閣・1954年）、岩松三郎「裁判論」『民事訴訟法講座第三巻』649頁・653頁（有斐閣・1955年）、山木戸克己「自由心証と挙証責任」大阪学院大学法学研究1巻1・2号105～106頁（1976年）、青山善充「主要事実・間接事実の区別と主張責任」『講座民事訴訟4』396頁（弘文堂・1985年）。なお、著作者名、題号その他の書誌情報の表示に当たっては、旧字体を新字体に改めている。引用に当たっても同様である。以下同じ。
- (2) 小野木・前掲注(1)543頁、岩松・前掲注(1)649頁、我妻栄『新訂民法総則』230～231頁（岩波書店・1965年）、山木戸・前掲注(1)106頁、青山・前掲注(1)396頁。
- (3) 「法律事実」との語に代えて、山内敏彦「一般条項ないし抽象的概念と要件事実（主張立証責任）」判例タイムズ210号42頁（1967年）〔本井巽＝賀集唱編『民事実務ノート第3巻』1頁以下（判例タイムズ社・1987年）所収〕は「法律要件標識」、倉田卓次「一般条項と証明責任」同『民事実務と証明論』256～257頁（日本評論社・1987年）〔初出：1974年〕は「構成要件要素」、春日偉知郎「証明責任論の視点」同『民事証拠法研究』336頁（有斐閣・1991年）〔初出：1977年〕は「構成要件メルクマール」、松本博之『証明責任の分配』6頁（有斐閣・1987年）は「法律要件要素」、伊藤滋夫『要件事実の基礎〔新版〕』4頁・291頁（有斐閣・2015年）は「個別的法律要件」との語をそれぞれ用いる。
- (4) 小野木・前掲注(1)546～547頁、我妻・前掲注(2)232頁、山木戸・前掲注(1)106頁。
- (5) 小野木・前掲注(1)544頁、岩松・前掲注(1)649頁、我妻・前掲注(2)231～232頁、青山・前掲注(1)396頁。なお、権利の発生等の障害もまた法律効果に挙げるものとして、兼子一「立証責任」『民事訴訟法講座第二巻』575～578頁（有斐閣・1954年）、瀧川観一「挙証責任」岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第四巻』103頁・115～117頁（有斐閣・1961年）、村上博巳

- 『証明責任の研究』65頁・75～78頁（有斐閣・1975年）、牧野利秋「司法修習制度の問題点」法律のひろば33巻6号39頁（1980年）、石川義夫「主要事実と間接事実」『新・実務民事訴訟講座2』10～11頁（日本評論社・1981年）、定塚孝司「主張立証責任論の構造に関する一試論」司法研修所論集2巻74号30頁（1985年）、伊藤滋夫「要件事実と実体法」ジュリスト869号15頁（1986年）、司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実第一巻』2～3頁（法曹会・1986年）、吉川慎一「要件事実論序説」司法研修所論集110号135～136頁（2003年）等がある。
- (6) 岩松・前掲注(1)647頁。なお、瀧川勲一「行政訴訟における立証責任」岩松裁判官還暦記念『訴訟と裁判』485～486頁（有斐閣・1956年）は、「何々なるときは何々の処分を行う。」との権利発生規定に相当する規定のほか、「何々なるときは何々の処分を行わない。」との権利障害規定に相当する規定があるとする。村上・前掲注(5)323～324頁、松野嘉貞「審決取消訴訟における主張立証責任」三宅正雄先生喜寿記念『特許争訟の諸問題』505頁・516頁（発明協会・1986年）、瀧川勲一「審決理由中心主義と立証責任の分配」パテント42巻11号17頁（1989年）も同旨。なお、松野・同論文516頁は「処分行使要件」と「処分不行使要件」との語を用いる。
- (7) 松野・前掲注(6)512頁・516頁、大淵哲也『特許審決取消訴訟基本構造論』139～140頁（有斐閣・2003年）。
- (8) 内田護文『特許訴訟の実務』15頁（弁理士会・1960年）、興津征雄「特許付与・無効審判・侵害訴訟」パテント64巻10号5頁（2011年）。
- (9) 倉田・前掲注(3)256～257頁、山木戸・前掲注(1)106頁、春日・前掲注(3)336頁、青山・前掲注(1)396～397頁。なお、小野木・前掲注(1)554頁は「抽象的な成文法規は、具体的紛争の解決のために、その係争事実即ち、ある程度具体化せられ、その適用を受ける事実も、同じ目的のために、事実の確定として、ある程度抽象化せられ、いわば、上からの具体化と下からの抽象化がある平面なり次元で相い会する所、そこに生きた法が見出され〔る〕」とする。
- (10) 倉田・前掲注(3)256～257頁、山木戸・前掲注(1)106頁、青山・前掲注(1)396～397頁。
- (11) 岩松・前掲注(1)653頁、岩村弘雄「司法修習生と要件事実」宮川種一郎＝賀集唱編『民事実務ノート第1巻』275～276頁（判例タイムズ社・1987年）〔初出：1967年〕、山木戸・前掲注(1)106頁、青山・前掲注(1)367頁・396頁、加藤新太郎「要件事実論の到達点」『実務民事訴訟講座〔第3期〕第5巻』28～29頁（日本評論社・2012年）。ただし、兼子一『民事訴訟法体系』198頁（酒井書店・1954年）は「権利の発生消滅という法律効果の判断に、直接必要な要件事実（又は主要事実）」とし、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学全集）』159頁（有斐閣・1959年）は「法律効果（権利の発生消滅という）の判断に直接必要な事実（主要事実）」とする。
- (12) ただし、本文において後述する間接事実については、ここでの記述の対象から除いている。
- (13) 兼子・前掲注(11)198～199頁・248頁、村松俊夫「弁論主義」『民事訴訟法講座第二巻』521頁・525頁（有斐閣・1954年）、三ヶ月・前掲注(11)159頁・391頁、岩村・前掲注(11)263頁、青山・前掲注(1)370頁・398～401頁。
- (14) 岩村・前掲注(11)252～256頁・262～264頁・289～290頁、倉田・前掲注(3)256～257頁・261頁、定塚・前掲注(5)30頁、倉田卓次監修『要件事実の証明責任：契約法上巻』14頁〔倉田卓次発言〕（西神田編集室・1993年）、原田和徳「要件事実の機能」伊藤滋夫＝難波孝一編『民事要件事実講座第1巻』90頁（青林書院・2005年）、加藤新太郎「争点整理手続の構造と実務」梶善夫先生・遠藤賢治先生古稀祝賀『民事手続における法と実践』255～256頁（成文堂・2014年）。ただし、春日・前掲注(3)336～337頁は、事実の確定が包摂に対して「論理的に先行」するとする。
- (15) 特許庁審判部編『審判便覧〔改訂第19版〕』35-00〔証拠調べ一般〕の3.(1)参照。もっとも、職権証拠調べによる事実認定は、法律事実〔 t_n 〕に包摂されるような具体的事実〔 f_n 〕を調査し、発見し、認定することになろう。
- (16) 特許法153条1項、同法151条において読み替えて準用する民事訴訟法179条。また、職権証拠調べについて、特許法150条1項。
- (17) 石川・前掲注(5)5頁注(1)、坂本慶一『新要件事実論』154頁（悠々社・2011年）。
- (18) 兼子・前掲注(5)575～578頁、瀧川・前掲注(5)103頁、牧野・前掲注(5)39頁、伊藤・前掲注(5)15頁、司研・前掲注(5)2頁等。
- (19) 本稿は立証責任の分配の在り方に立ち入るものではないが、権利根拠規定と権利障害規定との間の関係を説明するための差し当たりの例として示す。なお、松野・前掲注(6)513～515頁、瀧川・パテ・前掲注(6)18頁、石原直樹「特許審決取消訴訟における立証責任」牧野利秋判事退官記念『知的財産法と現代社会』563頁（信山社出版・1999年）を参照。
- (20) なお、このような判断手法及びその根拠の再検討の必要性について、高部真規子「新規性を考える」パテント75巻7号16～18頁（2022年）。
- (21) 牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』586頁（青林書院・2009年）は、評価的要件の一つとして新規性を挙げる。
- (22) 岩村・前掲注(11)275～276頁は「厳密にいうと、法律効果を生ずる事実の全体が法律要件で、法律要件を構成する個々の事実が法律事実であるが、要件事実とは、法律要件と法律事実とを包含する概念と考えて差支えない。」とする。
- (23) 村田渉「要件事実論の課題」ジュリスト1290号38頁（2005年）、坂本・前掲注(17)35～36頁・57頁・154頁。ただし、坂本・同書35頁は「要件事実（F）」を「ある法律効果（R）」を生じさせるものとして抽象的、類型的に定められている法律要件を、当事者のいずれが主張・立証すべきかという観点から法律要件分類説に基づき分析、分類したもの」とする。

- (24) 兼子・前掲注(11) 209頁、小沢文雄「直接事実と間接事実」法学教室〈第1期〉第3号 65頁(1962年)、岩村・前掲注(11) 275頁、山内・前掲注(3) 42頁・43頁、村上・前掲注(5) 7頁・13頁、石川・前掲注(5) 3頁、定塚・前掲注(5) 30頁、伊藤・前掲注(5) 15頁、司研・前掲注(5) 3頁、笠井正俊「不動産の所有権及び賃借権の時効取得の要件事実に関する一考察」判例タイムズ912号 4頁・5頁(1996年)、吉川・前掲注(5) 135頁、難波孝一「主張責任と立証責任」伊藤滋夫=難波孝一編『民事要件事実講座第1巻』161頁(青林書院・2005年)、田中豊『事実認定の考え方と実務』39~40頁(民事法研究会・2008年)。ただし、伊藤・前掲注(3) 2~3頁・143頁注(33)・197頁は「要件事実」を「裁判規範としての民法の要件に該当する具体的事実」とする。なお、ここでいう「裁判規範としての民法」について、伊藤・前掲注(5) 19~28頁のほか、賀集唱「要件事実の機能」司法研修所論集90号 31~38頁(1994年)を参照。
- (25) 「要件事実」との語の両義性について、倉田監修・前掲注(14) 1~7頁〔倉田発言ほか〕、坂本・前掲注(17) 43~62頁参照。さらに、岩村・前掲注(11) 275~276頁によれば、「要件事実」との語は、「法律要件」と「法律事実」と「主要事実(直接事実)」との三義にも用いられることになる。思うに、「要件事実」とは、抽象的な「要件」と具体的な「事実」とが「ある平面なり次いで相い会する所」(小野木・前掲注(1) 554頁)において見出される「要件=事実」を指し示す概念であろうか。
- (26) 兼子・前掲注(11) 245頁、三ヶ月・前掲注(11) 386頁。
- (27) 岩松三郎「経験則論」同『民事裁判の研究』150~151頁・156~157頁・159頁(弘文堂・1961年)〔初出:1954年〕、近藤完爾「証拠の証明力」『民事訴訟法講座第二巻』588~589頁(有斐閣・1954年)、最高裁昭和23年(れ)第441号同8月5日第一小法廷判決・刑集2巻9号1123頁。
- (28) 最高裁昭和48年(オ)第517号同50年10月24日第二小法廷判決・民集29巻9号1417頁。
- (29) 最高裁平成10年(行ツ)第43号同12年7月18日第三小法廷判決・集民198号529頁。
- (30) 田中和夫『証拠法の基礎理論』7頁(日本評論社・1953年)、岩松・前掲注(27) 147~148頁、近藤・前掲注(27) 586頁・605~606頁。
- (31) 田中和夫・前掲注(30) 11頁。なお、岩松・前掲注(27) 148頁は、「経験則というのは、自然現象を科学的方法により経験し観察して帰納される自然法則、人間の思考作用を支配する論理の法則、数学上の原理、社会生活における道義条理慣例、取引上の慣習等、学術、芸術、技術、商業、工業等その他のあらゆる生活活動にかんする一切の法則を包含する」とし、同論文176頁(註三)において、「過失」を「法律観念」とした上で、「その善管注意義務は一定の場合通常人はいかなる注意をうべきかという取引上、技術上の経験則によつて定まる」とする。これを受けて、本間義信「訴訟における経験則の機能」『講座民事訴訟5』71頁(弘文堂・1983年)は「注意義務の水準をどの水準に求めるか(……)が法的判断の対象」とする。
- (32) 石川・前掲注(5) 28頁は「経験則も……、本来『A事実があればB事実もある。』という抽象的な命題であるから、これを用いて主要事実を認定するには、裁判所は証拠によつてaという事実を認定したうえ、『a事実はA事実に該る。』という小前提命題を定立し、前述の大命題たる命題と総合して、B事実のあったこと(厳密には具体的なb事実)を認定するのである。」とする。
- (33) 田中豊・前掲注(24) 153頁。
- (34) 岩松・前掲注(27) 156~157頁、近藤・前掲注(27) 588~589頁、瀧川・前掲注(5) 125頁、山木戸・前掲注(1) 82頁。
- (35) 間接反証の一般的な説明について、例えば、瀧川・前掲注(5) 125頁~126頁、倉田卓次「間接反証」同『民事実務と証明論』239~241頁(日本評論社・1987年)〔初出:同「間接反証」小山昇ほか編『演習民事訴訟法(上)』408~410頁(青林書院新社・1973年)〕、元木伸「間接反証という概念」判例タイムズ330号 44~46頁(1976年)、石川・前掲注(5) 28~29頁、田中豊・前掲注(24) 155~157頁・170頁。
- (36) 瀧川・前掲注(5) 126頁、倉田・前掲注(35) 243~244頁、元木・前掲注(35) 45頁、田中豊・前掲注(24) 156~157頁。
- (37) 倉田・前掲注(35) 245~246頁、石川・前掲注(5) 28~29頁。ただし、間接反証事実についての立証責任(確定責任)を倉田・同論文同頁は観念するのに対し、石川・同論文29頁は観念しない。
- (38) 春日・前掲注(3) 337頁、吉川・前掲注(5) 134頁、坂本・前掲注(17) 153~154頁の各図表も参照。
- (39) 兼子・前掲注(5) 564頁、岩松・前掲注(1) 669~670頁、三ヶ月・前掲注(11) 405頁、瀧川・前掲注(5) 101頁、村上・前掲注(5) 8頁・26~27頁、春日・前掲注(3) 337~340頁、松本・前掲注(3) 6~7頁。
- (40) 兼子・前掲注(5) 565頁、三ヶ月・前掲注(11) 405頁。なお、兼子・同論文576頁は、「要件事実が推定されない以上は」と場合を限定した上で、「要件が確定された場合に限つてその法条が適用される」ともする。これに対し、岩松・前掲注(1) 670頁は「証明されない事実は少くとも存在するものとは認められない。従つてその事実を法律要件として法令が規定している法律効果を裁判上認める訳にはいかない。」とし、瀧川・前掲注(5) 103頁、村上・前掲注(5) 10頁も同旨。また、司研・前掲注(5) 5頁は「訴訟上、ある要件事実の存在が真偽不明に終わったために当該法律効果の発生が認められないという不利益又は危険を立証責任と呼ぶ」とし、伊藤・前掲注(5) 17頁、吉川・前掲注(5) 140頁、難波・前掲注(24) 171頁、伊藤・前掲注(3) 143頁も同旨。ただし、村上・同書・13~24頁、春日・前掲注(3) 336~360頁、松本・前掲注(3) 16~29頁は、「証明責任規範」との語ないし概念を用いる。なお、わが国における立証責任論の変遷について、竜崎喜助「証明責任論の回顧と展望」同『証明責任論』119~163頁(有斐閣出版サービス・1987年)〔初出:1979年〕、石田穰「わが国における立証責任論の発展」同『証拠法の再構成』9~65頁(東京大学出版会・1980年)参照。

- (41) 兼子・前掲注 (5) 566 頁・575～576 頁、瀧川・前掲注 (5) 102 頁、村上・前掲注 (5) 9～10 頁、中野貞一郎ほか編『民事訴訟法講義』322 頁（有斐閣・1976 年）〔青山善充執筆〕、大島眞一「規範的要件の要件事実」判例タイムズ 1387 号 26 頁（2013 年）。
- (42) 兼子・前掲注 (5) 564 頁、村上・前掲注 (5) 10 頁、山木戸・前掲注 (1) 90 頁・107 頁、笠井・前掲注 (24) 5 頁、大島・前掲注 (41) 26 頁。ただし、松本博之「要件事実論と証明責任論」判例タイムズ 679 号 89 頁（1988 年）は「直接に証明責任による実現または不実現の仮定の対象となるのは、法律要件要素自体であって、法律要件要素に該当する具体的事実ではない」とし、村田・前掲注 (23) 38 頁も司法研修所が証明責任（立証責任）の対象を法律要件要素ではなく主要事実としているのは「教育上の配慮等」もあろうとする。
- (43) 田中和夫「立証責任に関する判例の研究」獨協法学 4 号 7～8 頁・31～33 頁（1972 年）、村上・前掲注 (5) 10 頁、山木戸・前掲注 (1) 90 頁・107 頁、伊藤滋夫「事実認定序説 (9)」ジュリスト 1031 号 115 頁（1993 年）、笠井・前掲注 (24) 5 頁、大島・前掲注 (41) 26～27 頁。
- (44) 小沢・前掲注 (24) 66 頁、山内・前掲注 (3) 42～43 頁、石川・前掲注 (5) 25 頁。
- (45) 柏木邦良「不特定概念と判決三段論法」北大法学論集 22 卷 2 号 223 頁・240 頁注 (5)（1971 年）、倉田・前掲注 (35) 250 頁、倉田・前掲注 (3) 252～253 頁・254 頁注 (6)、山木戸・前掲注 (1) 92 頁、青山・前掲注 (1) 371 頁、大島・前掲注 (41) 24 頁。柏木・同論文 223 頁は「不特定概念」を「法規範に解放性を付与し、その社会適合性を保持するために採用され、裁判官の価値判断や経験によって内容が具体化されることを予定している条文の構成要素（概念）」とする。
- (46) 山木戸・前掲注 (1) 92 頁。ただし、司研・前掲注 (5) 30 頁は「規範的評価の成立が所定の法律効果の発生要件となっている」ものを「規範的要件」というとし、吉川・前掲注 (5) 162 頁も同旨。また、難波孝一「規範的要件・評価的要件」伊藤滋夫＝難波孝一編『民事要件事実講座第 1 巻』200 頁（青林書院・2005 年）は「評価を記載していると扱うのが相当である要件を評価的要件、評価的要件の中で規範的評価を記載している要件を特に規範的要件と呼ぶ」とし、伊藤・前掲注 (3) 291 頁は「評価的要件とは、個別的法律要件（ある権利又は法律関係が発生するために定められている法律要件全体を構成する個々の要件）の内容がなんらかの『評価』である要件をいう」とし、伊藤・同書 302 頁は「評価として規範的評価を含むものを規範的要件ということもできる」とする。また、三木浩一「規範的要件をめぐる民事訴訟法上の諸問題」石川明＝三木浩一編『民事手続法の現代的機能』5～7 頁（信山社・2014 年）による用語の整理も参照。なお、これまでの用語法に従うならば「規範的法律事実」とすべきところ、「規範的要件」との語が一般的に用いられていることを踏まえ、「法律要件」及び「法律事実」のうち、後者の一類型であることを示すために、本稿では「規範的要件事実」との語を用いることとする。
- (47) 倉田・前掲注 (3) 257～258 頁、山木戸・前掲注 (1) 92～93 頁、山本和彦「総合判断型一般条項と要件事実」伊藤滋夫先生喜寿記念『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開』70 頁（青林書院・2009 年）。もっとも、三木・前掲注 (46) 11 頁は「『総合判断型』の『条項』と『択一判断型』の『条項』が事案から独立してアプリアリに存在するのではなく、『総合判断型』の『要件』と『択一判断型』のいずれであるかが、事案に対応してアドホックに判断されるべきものなのである」とし、加藤新太郎「民事訴訟における論証責任論」春日偉知郎先生古稀祝賀『現代民事手続法の課題』46 頁（信山社・2019 年）も「指標としては大きな意味を持たない」とする。
- (48) 兼子・前掲注 (11) 199 頁、三ヶ月・前掲注 (11) 159 頁・383 頁、村松俊夫「訴訟上の請求」岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第二巻』116～122 頁・125 頁（有斐閣・1958 年）、瀧川・前掲注 (5) 126～128 頁・146～151 頁、村松俊夫「間接事実の意義と価値」上智法学論集 13 卷 2・3 号 9～16 頁・33～34 頁（1970 年）、倉田監修・前掲注 (14) 11 頁・12 頁〔三村量一発言〕、大島・前掲注 (41) 27 頁・32～33 頁。
- (49) 小沢・前掲注 (24) 66 頁、執筆者不明「弁論における当事者の訴訟行為」岩松三郎＝兼子一編『法律実務講座民事訴訟編第三巻』76 頁（有斐閣・1959 年）、石井良三「いわゆる『民事判決書の簡易化』のための一文」同『民事法廷覚え書続』50～52 頁（一粒社・1967 年）〔初出：1962 年〕、山内・前掲注 (3) 43 頁、柏木・前掲注 (45) 239 頁・254 頁注 (103)、石田穰「立証責任論の現状と将来」同『民法と民事訴訟法の交錯』20～23 頁（東京大学出版会・1979 年）〔初出：1973 年〕、山木戸・前掲注 (1) 109 頁、石川・前掲注 (5) 25 頁、藤原弘道「一応の推定と証明責任の転換」『講座民事訴訟 5』133 頁（弘文堂・1983 年）、青山・前掲注 (1) 397 頁・403 頁、伊藤・前掲注 (5) 16 頁、司研・前掲注 (5) 30～33 頁、笠井・前掲注 (24) 5 頁、吉川・前掲注 (5) 164 頁、難波・前掲注 (46) 215～216 頁、田中豊・前掲注 (24) 40 頁、伊藤・前掲注 (3) 295 頁、加藤・前掲注 (47) 31～32 頁・49 頁。なお、「具体的事実」といっても、その抽象性／具体性の程度には幅もあるところ、「類型的事実」を主要事実とするものも「主要事実説」に分類している。
- (50) 倉田・前掲注 (35) 250 頁、倉田・前掲注 (3) 259 頁、三ヶ月章『民事訴訟法（法律学講座双書）』196～198 頁（弘文堂・1979 年）。また、山本・前掲注 (47) 86 頁は「弁論主義（主張責任）の対象とはなるが、証明責任の対象とはならない事実を『準主要事実』と定義付けるとすれば、総合判断型一般条項を基礎づける事実は準主要事実になると解される」とする。なお、田尾桃二「主要事実と間接事実にかんする二・三の疑問」兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題（中）』280 頁（有斐閣・1969 年）は「紛争の解決にとって重要な事実は、いわば主要的間接事実として主要事実と同様の扱いをすべきことになるのではないか」とする。また、村田・前掲注 (23) 43 頁、松本博之「法科大学院と民事実務教育」大阪市立大学法学雑誌 61 卷 3 号 505～509 頁（2015 年）も準主要事実説に親和的な立場を採用する。

- (51) 田中豊・前掲注(24) 40頁、伊藤・前掲注(3) 295頁、加藤・前掲注(47) 31～32頁。
- (52) 法律実務講座三巻・前掲注(49) 76頁、石井・前掲注(49) 50～52頁、山内・前掲注(3) 43～44頁、柏木・前掲注(45) 239頁・254頁注(103)、石田・前掲注(49) 21～24頁、山木戸・前掲注(1) 107～108頁、青山・前掲注(1) 381頁・403頁、吉川・前掲注(5) 166頁、田中豊・前掲注(24) 38～47頁、三木浩一「民事訴訟における証明度」法学研究83巻1号53～54頁(2010年)、三木・前掲注(46) 11～14頁・16頁、伊藤滋夫『事実認定の基礎〔改訂版〕』254～256頁(有斐閣・2020年)。特に三木・同論文16頁は「『総合判断型』の『主要事実』は、総合判断の根拠となる個々の具体的な事実ではなく、それらを総合したより概括性の高い事実であると解すべきである」とした上で、「この場合には評価障害事実はないことになる」とする。また、伊藤・同書256頁は「過失の評価根拠事実」も「選択的認定・概括的認定の対象」になるとする。なお、選択的認定・概括的認定について、伊藤滋夫「事実認定序説(11)」ジュリスト1038号122～131頁(1994年)、田中豊・前掲注(24) 38～52頁を参照。これに対し、松本・前掲注(50) 505頁は「どの程度具体的な事実主張が要求されるかは、弁論主義が妥当するのであるから、相手方の態度によって定まるべきものである」とする。
- (53) 元木・前掲注(35) 47頁、中野ほか・前掲注(41) 334～335頁〔青山〕。
- (54) 司研・前掲注(5) 31頁。ただし、田尾・前掲注(50) 277～278頁は「主要事実をどこでとらえるかは、事実提出についての当事者と裁判所の負担の分担をどこまでと決めるかの問題」とし、大島・前掲注(41) 32頁は「過失等の規範的要件の判断は、現れた事実を前提とした裁判官の評価であって、証明の対象となる事実ではないことは明らかであるが、それを主要事実と呼ぶかは言葉の問題にすぎない」とする。
- (55) 瀧川・前掲注(5) 125～126頁、倉田・前掲注(35) 245～246頁、元木・前掲注(35) 45～46頁は、間接反証事実について高度の蓋然性の証明を要するのに対し、田中和夫・前掲注(43) 32～33頁、石田穰「立証責任論の再構成」同『民法と民事訴訟法の交錯』38～39頁(東京大学出版会・1979年)〔初出：1975年〕、松本博之「損害賠償請求における因果関係の立証に関する一考察」『証明軽減論と武器対等の原則』152頁(日本加除出版・2017年)〔初出：1978年〕、伊藤滋夫「事実認定序説(7)」ジュリスト1028号190頁・192～194頁(1993年)は、間接反証事実について高度の蓋然性の証明を常に要するとは限らないとする。
- (56) 司研・前掲注(5) 30頁・34～35頁、笠井・前掲注(24) 5～8頁、吉川・前掲注(5) 164頁・165頁、難波・前掲注(46) 217頁・221頁、加藤・前掲注(47) 32頁。
- (57) 山木戸・前掲注(1) 109頁、吉川・前掲注(5) 167～168頁、難波・前掲注(46) 226頁。これに対し、規範的評価について真偽不明(判断不能のほか、高度の蓋然性の証明若しくは確信に至らない場合又は法的判断が微妙な場合を含む。)を観念するものとして、倉田・前掲注(3) 261頁、松本・前掲注(42) 89頁、笠井・前掲注(24) 7～8頁・10頁注(16)・同頁注(17)、山本・前掲注(47) 82頁注(46)、大島・前掲注(41) 31頁。なお、加藤・前掲注(47) 51頁は、「規範的要件該当性」において「論拠を提出して論陣を張ったものの規範的要件該当性を論証することができなかった不利益は当事者が負う」との「論証責任」を観念した上で、「原則的論証度」を「論証責任を負う側が相当程度に優越的な論拠を提示しており、相手方が反論困難になったレベル」とする。
- (58) 春日・前掲注(3) 390～394頁、石川・前掲注(5) 30～31頁注(33)、賀集・前掲注(24) 46～48頁。なお、このことを理由に間接事実説を採用するものとして、大島・前掲注(41) 27～28頁、準主要事実説に親和的な立場を採用するものとして、松本・前掲注(50) 505～509頁。これらのほか、賀集・同論文同頁に対する応答である伊藤滋夫『要件事実の基礎〔旧版〕』127～128頁(有斐閣・2000年)と伊藤・同書の〔新版〕である伊藤・前掲注(3) 312～313頁とを対比して参照されたい。この論点に関連し、瀧川・前掲注(5) 104頁は「事実状態がいつたん発生したことが証明されたのみではならず(ただし、事実上の推定によつて事実状態等の存続が推定される場合は別問題である)、問題となる時点におけるその事実状態の存在が証明されなければならない」とするのに対し、村上・前掲注(5) 51頁は「通常は消滅または阻止もしくは反証による滅殺のない限り、事実の存続についても、推定ないし推理されると解してよい」とする。
- (59) 賀集唱ほか「〈研究会〉証明責任論とその周辺」判例タイムズ350号47頁・52頁(1977年)〔賀集唱発言〕、松本・前掲注(42) 89頁、岡口基一「特許権侵害訴訟における要件事実」秋吉稔弘先生寿喜記念論文集『知的財産権：その形成と保護』89～90頁(新日本法規出版・2002年)、村田・前掲注(23) 43頁、山本・前掲注(47) 80～81頁、牧野利秋「商標の類否判断の要件事実」パテント62巻13号77頁(2009年)、新堂幸司ほか「〈鼎談〉民事訴訟の現在と展望」『実務民事訴訟講座〔第3期〕第5巻』9～10頁(日本評論社・2012年)〔新堂幸司発言〕。なお、このことを理由に規範的要件(事実)一般について間接事実説を採用するものとして、大島・前掲注(41) 26～27頁。
- (60) 令和5年9月1日に、裁判所ウェブサイトにおいて、司法研修所民事裁判教官室が作成した教材『規範的要件について』が掲載された。同教材は、「規範的評価に関する抽象的概念が法律要件となっているものを規範的要件という」(1頁)とし、「主要事実説が一般的である」(1頁)とし、「規範的評価の対象となる具体的事実には、当該評価を根拠付ける事実(評価根拠事実)と、評価根拠事実と両立し、当該評価を妨げる事実(評価障害事実)とがある」(2頁)とし、「評価根拠事実及び評価障害事実はいずれも主要事実であり、評価根拠事実については当該評価に基づく法的効果を主張する者が、評価障害事実については当該評価に基づく法的効果を争う者が、それぞれ主張立証責任を負う」(2頁)とするほか、「評価根拠事実と両立しない事実は、評価根拠事実の否認の理由となる間接事実である」(3頁)とする。

- (61) 民法 709 条の「過失」は、「具体的過失」、すなわち、「加害者が意思の緊張を欠いた」との「事実」ではなく、「抽象的過失」、すなわち、「通常人であれば～すべきであったにもかかわらず、加害者は～しなかった」との「当為」を問題とする点において「規範的評価」を伴う「規範的要件事実」とされる。これに対し、特許法 29 条 2 項の容易想到性（進歩性）は、「当業者であれば～すべきであったにもかかわらず、発明者は～しなかった」との「当為」ではなく、「当業者であれば～したはずである」との「あり得た事実」を問題とする点において「規範的評価」を伴わない「評価的要件事実」というべきかもしれない。もっとも、容易想到性についても規範的要件（事実）との語が慣用されていることから、本稿もこれを用いる。なお、**想特一三「時間的要件および評価的要件としての進歩性二要件」** Sotoku 通巻 11 号 1 頁以下（2023 年）は、「進歩性要件」を「時間的要件」とし、特許権の存続期間に相当するか、又はこれにふさわしい程度の想到困難性を要するとする。「あり得た事実」と「当為」との間に「進歩性要件」を位置付ける試みとして示唆に富む。
- (62) 松野・前掲注 (6) 521～522 頁・524 頁注 (35)、岡田吉美「**新規性・進歩性、記載要件について（上）**」特許研究 41 号 42 頁（2006 年）、早田尚貴「**審決取消訴訟における無効理由と進歩性**」牧野利秋ほか編『知的財産法の理論と実務 第 2 巻 [特許法 [II]]』404 頁・416 頁（新日本法規出版・2007 年）、岡本岳「**進歩性の判断構造**」飯村敏明＝設楽隆一編『知的財産関係訴訟』432 頁（青林書院・2008 年）、相田義明「**進歩性の判断構造についての一考察**」特技懇 255 号 72～73 頁（2009 年）、深沢正志「**訴訟手続と審査・審判手続とを比較して**」特技懇 259 号 94～95 頁（2010 年）、林浩「**要件事実論事始め**」特技懇 273 号 103～106 頁（2014 年）、岡田吉美「**発明の進歩性の評価における効果の位置づけの考察**」特許研究 69 号 36 頁（2020 年）、篠原勝美「**わが国の進歩性の審理判断に関する若干の考察**」知財管理 70 巻 6 号 747 頁・754 頁注 13）（2020 年）。なお、間接事実説を明言するものとして、兼子一ほか『**発明 特許法セミナー（1）**』85～90 頁（有斐閣・1969 年）〔染野義信発言〕。
- (63) 判決 PDF 版 125 頁には「裁判長裁判官〔署名押印欄〕／清水節」とある。
- (64) かつての判例が、「立証の必要」と「立証責任」とを特に区別することなく、これらの両方に「立証責任」との語を用いていたことについて、田中和夫『**立証責任判例の研究**』6～8 頁・81～82 頁（巖松堂書店・1953 年）、村上・前掲注 (5) 2～5 頁、藤原・前掲注 (49) 148 頁。なお、塩月秀平「**審決取消訴訟の判決スタイルと進歩性判断**」牧野利秋先生傘寿記念論文集『知的財産権：法理と提言』591 頁（青林書院・2013 年）は、「立証する必要」との語を用いるとともに、塩月・同論文 593～594 頁は「動機付けと阻害要因が表裏となっていることを示す事例」を紹介する。
- (65) 匿名記事「**知財高裁詳報**」Law & Technology 80 号 95～96 頁（2018 年）。
- (66) 相田義明「**進歩性判断と動機付け**」片山英二先生古稀記念論文集『ビジネスローの新しい流れ：知的財産法と倒産法の最新動向』7 頁（青林書院・2020 年）も同旨。もっとも、笠井・前掲注 (24) 8 頁は、評価障害事実を観念できる場合があるのは、規範的要件事実に限られないとする。
- (67) 匿名・前掲注 (65) 97 頁。井関涼子〔判批〕特許研究 66 号 67 頁（2018 年）、前田健〔判批〕Law & Technology 83 号 26 頁（2019 年）、篠原・前掲注 (62) 747 頁も同様の評価をする。もっとも、最高裁平成 30 年（行ヒ）第 69 号令和元年 8 月 27 日第三小法廷判決集民 262 号 51 頁〔アレルギー性眼疾患を処置するためのドキシセピン誘導体を含有する局所的眼科用処方物〕後にあるのは、再考の余地もあるのではないか。
- (68) 前掲注 (62) の各文献等を参照。
- (69) 判決 PDF 版 52 頁には「裁判長裁判官〔署名押印欄〕／清水節」とある。
- (70) 清水節「**裁判官からみた進歩性**」飯村敏明先生退官記念論文集『現代知的財産法：実務と課題』397 頁（発明推進協会・2015 年）。なお、林浩「**平成 26 年度第 2 四半期（7 月～9 月）の判決について**」特技懇 276 号 107 頁（2015 年）は、動脈硬化予防剤事件判決について、「ACE 阻害剤の上記の作用について、肯定的な技術常識が存在することを証明できないのであれば証明責任を有する特許庁側が不利な結果となることは当然である」とするところ、ここでいう「証明責任」の対象は、林・前掲注 (62) の内容も踏まえると、容易想到性との規範的評価ではなく、その成立を基礎付ける具体的事実、すなわち、主要事実（評価根拠事実）の存在と解される。
- (71) 加藤・前掲注 (47) 30 頁は「論証」を「課題である判断事項（論題）の真偽を確定するためこれを必然的に帰結させる前提（論拠）を提供すること」と定義する。
- (72) 清水・前掲注 (70) 401 頁は「進歩性の判断においては、……、当業者の認識がその基準となる」とするところ、本件主要事実は、「ACE 阻害活性」と「血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用」との間の因果関係その他の相関関係の有無についての当業者の認識を内容とするものといえる。
- (73) もっとも、大前提となる経験則が被告によって明示的に提示されたわけでもなく、本文に示す経験則が存在するか否かも別論であり、そもそも他の異なる経験則の適用が試みられている可能性もある。また、このことは原告についても同様である。なお、経験則について、本文「2.1 (2) 1)」及び前掲注 (31) の各文献参照。
- (74) ただし、山木戸・前掲注 (1) 107～108 頁は、「抽象的・包括的な主要事実に含まれるより具体的ないし個別的な事実」を「補充的主要事実」とし、「主要事実を推認させる普通の間接事実とは性質を異にする」とする。また、石田・前掲注 (49) 24～25 頁注 (4) も同旨であろう。もっとも、本稿では「主要事実」以外の具体的事実を示す程度の意味において「間接事実」との語を用いる。
- (75) 本件主要事実と両立しない具体的事実（直接反証事実）が存在することを認められるならば、本件主要事実が存在しないことも

認められよう。例えば、「ACE 阻害活性」と「血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用」との間に何らかの相関関係が認められ、この相関関係において、Ile Pro Pro / Val Pro Pro が備えない特定の構造（例えば、判決 51 頁の「図 A」に示す構造）に基づく他原因が交絡因子として働いている旨の報告が公衆に利用可能なものとなっていた場合を仮定する。この場合において、Ile Pro Pro / Val Pro Pro もまた「ACE 阻害活性」を有するとの被告の主張が認められたとしても、当該報告の公衆利用可能性の立証をもって、本件主要事実と両立しない具体的事実、例えば、「当該報告に接した当業者であれば、ACE 阻害活性があっても、当該特定の構造を備えない限り、血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有するとは限らない、と認識するはずであること」が直接証明されたことになろう。なお、念のために補足すると、以上は、他原因一般の不存在が立証されない限り、本件主要事実が立証されたことにはならない、との趣旨をいうものではない。他原因が交絡因子として働いて何らかの相関関係を成立させていても、その交絡因子を Ile Pro Pro / Val Pro Pro も共通して備える限り、当該相関関係の存在が当業者にとって動機付けとなることを直ちに否定できないのではないかと。

- (76) 吉川・前掲注 (5) 167 頁は「評価根拠事実、評価障害について真偽不明はあり得る」とする。難波・前掲注 (46) 226 頁も同旨。
- (77) ところで、規範的要件事実の主要事実に対応する「法律効果」とは何だろうか。規範的評価の成立の基礎付け又はその妨げであろうか。とはいえ、ある「評価根拠事実」の反対事実が証明された場合、そのことは規範的評価の成立を妨げないのであろうか。仮に妨げるとすれば、その「評価根拠事実」の反対事実は「評価障害事実」になるのであろうか。そうすると、立証責任は当事者の一方が負うとの原則に反するのではないかと。そもそも法律要件分類説に倣って規範的要件事実の主要事実を「法律効果」に基づいて分類し、その分類に応じて立証責任を分配することに限界があるのではないかと。この点について、元木・前掲注 (35) 49～50 頁、賀集・前掲注 (24) 46～48 頁、岡口・前掲注 (59) 89～90 頁、大島・前掲注 (41) 27～28 頁。
- (78) 吉川・前掲注 (5) 169 頁は「評価根拠事実の存在が真偽不明であるためにその規範的評価をプラスマイナス 0 点とせざるを得ない場合」があり得るとする。また、加藤・前掲注 (47) 49 頁も、証明責任のない評価根拠事実・評価障害事実を準主要事実として扱うのではなく、「さしあたり証明責任のある評価根拠事実・評価障害事実を主要事実として扱うことでよいと考える」とする。
- (79) ある試みが実行に移されるために必要とされる「成功への合理的期待」の閾値は、「当業者」における試行能力をどの水準に求めるかによって定まるとみられる。この点について、清水・前掲注 (70) 401 頁は「当業者」の「イメージ」を「『発明者のひらめきのない真面目な試行研究者』と考えている。すなわち、当該技術分野の周知技術は認識しているが、既存の公知技術を自らの裁量により組み合わせることはできない者、ただし、明示された示唆があれば組合せの試行錯誤は丁寧に行う者、を想定している」とする。これを本件についてみれば、「相当程度確立された知見」では「明示された示唆」というには足りないといえるのであろう。
- (80) 司研・前掲注 (5) 36 頁は「主張された評価根拠事実だけでは当該評価の成立を肯定させるに足りないときは、その規範的評価の主張は、主張自体失当である」とし、吉川・前掲注 (5) 167 頁、難波・前掲注 (46) 227 頁、加藤・前掲注 (47) 49～50 頁も同旨。
- (81) 「8～10 である」が真の主要事実であり、被告がその主張立証責任を負う場合において、被告が「6～7 である」と陳述したのに対し、原告が「6～7 でない」と否認したとする。原告による否認の理由として、(a) 「0～5 である」との陳述は常に積極否認となるのに対し、(b) 「8～10 である」との陳述は、被告の主張に対しては「積極否認」となるところ、真の主要事実に対しては「自己に不利益な陳述」となる（被告が援用すれば「先行自白」が成立する）。本件は (a) の場合に該当し、(b) の場合とは異なり、真の主要事実について当事者からの明示の主張がないところ、「0～5 である」との原告の陳述をもって「6～7 である」だけでなく「8～10 である」も争われたとみて、裁判所が真の主要事実について審理したとしても、原告に対する不意打ちの問題は生じないといえよう。
- (82) 賀集唱「損害賠償訴訟における因果関係の証明」『講座民事訴訟 5』208～219 頁（弘文堂・1983 年）は、「事実的因果関係」について、科学的因果法則による証明を直接証明とし、経験則による証明を間接証明とする（ただし、間接証明において「他原因の否定」を要するとする）。なお、念のために本文を補足すると、本件において被告は直接証明を試みるべきであったとか、それが可能であったとか、そのような趣旨をいうものではなく、あくまで直接証明可能性を観念できるか否かの点を問題とする趣旨である。
- (83) なお、「Ile Pro Pro 及び／又は Val Pro Pro を有効成分として含有する薬剤が血管内皮の収縮・拡張機能改善及び血管内膜の肥厚抑制の少なくとも一方の作用を有する旨の報告があった」場合には、新規性の問題となろう。
- (84) 巽智彦「事実認定論から見た行政裁量論」成蹊法学 87 巻 110 頁（2017 年）は「行政訴訟における証明責任論は、現在の民事訴訟実務とは異なり、規範的要件それ自体を主要事実と理解し、その証明責任を扱ってきた節がある」とする。特許審決取消訴訟における容易想到性の立証責任を論ずる文献においても、前掲注 (62) に掲げる各文献等を除き、これと同様の印象を受けることは否定できず、なお検討を要する。

(原稿受領 2023.9.29)