

特許法・意匠法・商標法が目指す「産業の発達」の統一的解釈

特許庁 審査第三部 上席総括審査官 加藤 幹

要 約

産業財産権法の目的規定について、これらに共通する「産業の発達」を中心に検討した。

まず、学説などの俯瞰・検討を行い、産業財産権法が目指す「産業の発達」とは、「産業の、社会に様々な選択肢を提供する能力の増大」であり、それには発明や意匠が新規に創出されることのみならずそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになることも含まれると整理した。

そして、このような整理を前提としていくつかの検討を行い、このような整理は知的財産基本法の目的規定との親和性が高いこと、「産業の発達」は立法の場面や法令解釈の場面においては考慮されるが個別の出願の権利化の是非を判断する場面においては考慮されないこと、特許法および意匠法における「保護及び利用を図る」は一体のものとして「所有権的属性を付与する」という意味のものであると理解されるべきであること、特許法においても意匠法においても模倣手段の公開による「産業の発達」という思想はそれらの目的規定に表れてこそいないものの厳然と存在していること、を指摘した。

目次

- はじめに
- 立法担当者が想定していた各法の目的
- 特許法の目的について
 - 特許法の目的についての諸説
 - 特許法の目的についての諸説の検討
- 意匠法の目的について
 - 意匠法の目的についての諸説
 - 意匠法の目的についての諸説の検討
- 商標法の目的について
 - 商標法の目的についての諸説
 - 商標法の目的についての諸説の検討
- 「産業の発達」の意義
 - 特許法および意匠法における「産業の発達」の統一的解釈
 - 商標法における「産業の発達」も含めた統一的解釈
- 「産業の発達」の統一的解釈についてのいくつかの検討
 - 個々の選択肢の提供量の増加
 - 「産業の発達」と知的財産基本法との関係
 - 「産業の発達」が考慮される場面、考慮されない場面
 - 特許法および意匠法における「利用を図る」の意義
 - 模倣手段の公開による「産業の発達」という思想の存在
- おわりに

1. はじめに

特許法1条は「この法律は、発明の保護及び利用を図ることにより、発明を奨励し、もって産業の発達に寄与す

ることを目的とする。」と規定し、意匠法1条は「この法律は、意匠の保護及び利用を図ることにより、意匠の創作を奨励し、もつて産業の発達に寄与することを目的とする。」と規定し、商標法1条は「この法律は、商標を保護することにより、商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図り、もつて産業の発達に寄与し、あわせて需要者の利益を保護することを目的とする。」と規定する。そして、「この法律の他の条文はすべて本条に規定する目的に帰一してくるものであり、各条文の解釈にあつても本条の趣旨が参照されるべきことはいうまでもない」⁽¹⁾とされているように、これらの目的規定の整理は産業財産権法の探究に欠くことができないものである。

そこで本稿では、これらの目的規定について、これらに共通する「産業の発達」を中心に検討する。

なお、本稿は個人の学術的な研究の成果を表すものであり、筆者が所属する機関の見解を表すものではない。

2. 立法担当者が想定していた各法の目的

立法担当者は、まず特許法の目的について「特許制度は、新しい技術を公開した者…に対しその報償として一定の期間一定の条件の下に特許権という独占的な権利を付与し、他方第三者に対してはこの公開された発明を利用する機会を与える…ものである。このように権利を付与された者と、その権利の制約を受ける第三者の利用との間に調和を求めつつ技術の進歩を図り、産業の発達に寄与していくものにほかならない」⁽²⁾と説明している。

また、意匠法の目的について「意匠と産業の発達の関係についていくつかの態様が考えられる。まずすぐれた意匠を商品に応用することによって需要が増加し、産業の興隆が実現される場合がある。第二にすぐれた意匠が同時に技術的に優秀であり、技術の進歩ひいては産業の発達が意匠そのものによって直接に実現される場合がある」⁽³⁾と説明している。

商標法の目的については「商標を保護することは結局一定の商標を使用した商品は必ず一定の出所から流出するということを確保することになる。また、…一定の商標を使用した商品は一定の出所から流出するという流通秩序を維持することはひいては消費者の利益を保護することになると同時に、このような商品流通秩序の維持ということを通じて産業の発達にも貢献することとなるのである」⁽⁴⁾と説明している。

以上を要するに、立法担当者は、技術の進歩・需要の増加・商品流通秩序の維持の先に産業の発達があり、それは例えば産業の興隆であると整理していたように思われる。

3. 特許法の目的について

3. 1 特許法の目的についての諸説

特許法の目的について、ある注釈書は、「特許法は産業発達のための具体的方策として…「発明の保護と利用による発明奨励」によるものとしている。これは、優れた発明の創作と社会への公開が活性化することに伴って、新たなイノベーション発生が期待され、新規なる生産手段、新規なる製品、新規なるサービス等々が実現され、それをもって市場自体の拡大、新規なる市場の創生といった現象が生じるといった波及的効果が生じることの総体として産業発達の実現を期することを意味しているもの、とまずは理解することができるであろう」⁽⁵⁾と説明している。

また、ある学説は、「特許制度は、自由経済社会の存立の基礎をなす競争秩序の維持を図る広義の競争規制法の一つであり、その競争秩序とは、発明者には独占権が与えられ、第三者は、それを模倣してはならないとする秩序である。…発明は、それ自体技術の進歩に貢献するものであり、技術開発競争が秩序だて行われることにより保証される技術の進歩は、生産力の増加、生産性の向上を通して、経済の発展に直接に寄与するからである。…以上のように、特許法における「産業の発達」とは、自由経済社会における競争の秩序維持と、「インセンティブ」理論により明らかにされた経済自体の発展という二面性を併せた内容である」⁽⁶⁾としている。

また、旧法（大正10年法。以下同じ。）時代の学説は、特許制度の根拠について、「国家が特許法を制定し特許権者に製作、使用、販売等の独占権を許与するは幾多の精神上、物質上の犠牲を払いたる発明者を保護し発明を奨励し産業の発達を図るが爲なり。産業の発達を期するには企業組織及金融制度の改善、通信機関、交通機関の普及改善、労働問題の解決等各種の問題存するも発明を奨励し新規、有用なる機械、器具、化学方法を利用し技術の

進歩、改良を図るを最も重要な事項なりとす⁽⁷⁾と説明している。

また、「産業の発達は、最終的にはパブリック・ドメインの領域にある技術を豊かにすることによって果たされることが予定されている」とする近時の学説⁽⁸⁾もある。

3. 2 特許法の目的についての諸説の検討

まず、「産業の発達」には発明者には独占権が与えられ第三者はそれを模倣してはならないという競争秩序が含まれるとする見解には賛成できない。模倣禁止という競争秩序が社会制度としてのものであるならば、そのような競争秩序は「発明の保護」により形成される秩序であるから、それは構文上「発明を奨励」と並べられるべきものである。したがって、「発明を奨励」することの先にある「産業の発達」に模倣禁止という競争秩序は含まれない。また、模倣禁止という競争秩序が個別の発明についてのものであるならば、特許権の存続期間が有限であることを説明することは困難である。「その独占権が期限切れすることこそ創作法のシステムの根幹である」⁽⁹⁾という指摘がまさに妥当する。

さて、特許法における「産業の発達」については技術の進歩と関連付けてこれを理解する学説が多いようである。この点、仮に特許法が技術の進歩を介した産業の発達を目的とするならば、創出が奨励される発明すなわち特許を受けることができる発明は技術の進歩をもたらしたと評価できるものに限られることになる。

しかし、「技術の進歩」の定義は必ずしも明らかにされていない。

この点をさて置き、「技術の進歩」という概念が特許を受けることができる発明かどうかの判断基準として機能しているかという点に目を向けると、近時の最高裁判決⁽¹⁰⁾は、出願発明の進歩性の判断における発明の効果について、出願当時の技術水準を参酌した上で当業者が予測することができた範囲を超える顕著なものであるか否かという観点から検討するべきであるという考え方を否定し、出願発明の構成から当業者が予測することができた範囲の効果を超える顕著なものであるか否かという観点から検討するべきであるとしている。

また、2000年代に入ってビジネスモデル特許が顕に増加している。例えば、純技術的な進歩があるようには見受けられない、仮にあるとしてもプリンターを備えた計量機が肉の量とテーブル番号とを記載したシールを出力する点に過ぎないように見受けられるものが発明該当性要件などを満たすとされ⁽¹¹⁾、進歩性を否定されることなく特許されている⁽¹²⁾。

これらのことからすれば、現状において「技術の進歩」という概念が特許を受けることができる発明かどうかの判断基準として機能しているとはいえないと思われる。

4. 意匠法の目的について

4. 1 意匠法の目的についての諸説

意匠法の目的について、ある注釈書は、「意匠…の創作的価値に保護の根拠を求める「創作重視説」と、…意匠の価値を…意匠の有する需要増大ないし需要創出機能に求め…る「機能重視説」がある。後者はさらに、意匠法の保護対象を意匠が市場において有する需要増大機能にあるとする「需要説」と、法の目的は、まず、意匠を模倣から生ずる不当競争から防止することにより産業の健全な発達に寄与するとする「競争（混同）説」に分けられ…る」⁽¹³⁾とした上で、「意匠法としての産業の発達に寄与する根源は、端的に、意匠が有する需要の増大機能ないし促進機能にあるとみてよいと考える」⁽¹⁴⁾としている。

また、別の注釈書⁽¹⁵⁾は、学説を、①登録意匠または意匠の効能を羅列し、需要者における混同を意匠の類否判断における判断基準とし、意匠の類否判断において「需要者における混同」を判断基準とする見解（混同説）⁽¹⁶⁾、②「産業の発達」とは競争秩序を確保するという意味と意匠が新しい需要を掘り起こすという価値を有するためその保護が産業の発展に貢献するという意味であると理解し、意匠の類否判断において「需要の喚起」を判断基準とする見解（需要説）⁽¹⁷⁾、③多様で多彩な価値観に対応する産業意匠が効率よく産出される産業形態の形成を支援し、その創造の総体を社会全体の富とすることが意匠法の目的であると、意匠の類否判断において意匠の創作性を重視する見解⁽¹⁸⁾、の3つに分類する。

また、ある学説は、「意匠法は、意匠の保護及び利用を図ることで、企業活動を通じた意匠の創作を奨励して意匠情報を豊富化し、意匠の需要増大機能（経済的価値）によって新たな需要を創出して産業経済の活性化を企図し、同時に、その産業経済活動の活性化によって意匠に係る物品の豊富化をもたらす社会全体の利益増大を企図しており、この両面同時的な全体的発展としての産業の発達に寄与することを目的とする」⁽¹⁹⁾としている。

また、令和元年意匠法改正により「意匠条例から始まる意匠保護制度百数十年の歴史の中で初めて建築物や内装といったいわゆる空間の意匠が、また物品から離れた画像の意匠が、保護されることになった」⁽²⁰⁾が、このことやデザインには需要者をより高度に満足させる価値があるということを捉えて、意匠法の目的はデザイン・プールの豊富化であるとする近時の学説⁽²¹⁾がある。この学説は、デザインには需要者の欲求を目覚めさせる「新たな需要を喚起する価値」と既に存在する需要者の欲求をより満足させる「需要を充足する価値」があると整理する。次いで、従来は物品の意匠を前提として前者の価値が意匠法の目的の議論の対象とされてきたが、空間の意匠が有するのは後者の価値であるため空間の意匠については従来の議論は妥当しないと見る。併せて、前者の価値は見てくれがよければ売れるといった企業の傲慢を彷彿とさせたり浪費や奪取や地球資源の無駄遣いといったネガティブな影響を想起させたりすると指摘する。その上で、需要者の基本的なニーズが概ね満たされ欲求が多様化している現代においては、後者の価値の重要性が増しておりデザインも多様であることが求められているとして、意匠法はデザインを豊富化することをシステム化しているとする。

4. 2 意匠法の目的についての諸説の検討

意匠法の目的は意匠の模倣から生じる不当競争を防止することにあるとする競争説に対しては、3.2で指摘したのと同様の理由により、それが社会制度としてのものであれ個別の意匠についてのものであれ、賛成できない。意匠法の目的は競争秩序の維持と需要の増大にあるとする需要説における競争秩序の維持についても同様である。

また、需要説における需要の増大について、仮に意匠法が需要の増大を目的とするならば、創出が奨励される意匠すなわち意匠登録を受けることができる意匠は需要の増大をもたらしたと評価できるものに限られることになる⁽²²⁾。

しかし、ある意匠の出現により新しい需要が具体的にどれだけ掘り起こされるかは、美感のみによって定まるものではなく、その経済的価値（価格）や機能的価値（機能）、その意匠がどれだけ喧伝されるかといったことにも大きく左右される。そして、意匠法においてこれらは捨象されているが、これらを捨象した、その意匠の美感のみに基づく「需要の増大」の定義は必ずしも明らかにされていない。

この点をさて置き、「需要の増大」という概念が意匠登録を受けることができる意匠かどうかの判断基準として機能しているかという点に目を向けると、近時の裁判例において「需要の増大」をそのような判断基準に据えた裁判例は管見の限り見当たらない。また、4.1で紹介した近時の学説⁽²³⁾が指摘するとおり空間の意匠については「需要の増大」という考え方は妥当しないと解される。

これらのことからすれば、現状において「需要の増大」という概念が意匠登録を受けることができる意匠かどうかの判断基準として機能しているとはいえないと思われる。

5. 商標法の目的について

5. 1 商標法の目的についての諸説

ある注釈書は、商標法の目的について、「商標法が…登録商標を保護するということは、登録商標に化体された営業者の業務上の信用の維持を図るということであり、これが商標法の第一義的目的である。それは営業者間の取引秩序の維持であり、この商標法の第一義的目的を通じて産業の発達に寄与するものである。取引秩序が維持されているということは、そのことがすなわち発達した産業社会が維持されていることを意味するものである」といえる⁽²⁴⁾と説明している。

また、別の注釈書は、商標法の目的について、「商標法は、商標を保護することにより商標権者の業務上の信用を維持し、公正な競争秩序の下で、優れた品質の商品・役務が効率的に市場に供給されることによる「産業の発

達」に寄与することを目的とするとともに、出所の混同を防止し、需要者が商標を手掛かりに出所・品質の確かな商品・役務が入手できる環境を整備し「需要者の利益」を保護することもあわせて目的とするものである⁽²⁵⁾と説明している。

また、ある学説は、商標法の目的について、「出所表示機能保護システムの下においては、商標を付すことによって、質のよい商品を製造した、ないし流通させた者は信用を獲得して、競争上優位にたつことができ…（そして、商標を付さない者は、悪評を得ることがない代わりに、信用の獲得も出来ない）。…1条にいう、「産業の発展に寄与」することとは、「品質競争の確保に寄与すること」という意味に解することができる⁽²⁶⁾と説明している。

5. 2 商標法の目的についての諸説の検討

商標法の目的としての「産業の発達」とは、営業者間の取引秩序の向上、公正な競争秩序の下で優れた品質の商品・役務が効率的に市場に供給されるようになること、品質競争の確保といった意味であるとされているが、これらはいずれも商標法の直接目的である「商標の使用をする者の業務上の信用の維持」換言すれば商品・役務の自他識別機能により生じる直接的な結果であり、それらの間に表現上の相違はあれども内容に大きな相違はないように思われる。

6. 「産業の発達」の意義

6. 1 特許法および意匠法における「産業の発達」の統一的解釈

2.で述べたとおり、立法担当者は、技術の進歩・需要の増加・商品流通秩序の維持の先に産業の発達があり、それは例えば産業の興隆であると整理していたように思われる。

しかし、特許法の目的が技術の進歩にあるとすることについては、3.2で指摘したとおり現状に整合しないように思われる。これに対しては、何らかの面で技術の進歩をもたらしたと評価できる可能性がわずかでもあれば「技術の進歩」に該当するとしてよいという見解もあり得よう。しかし、「産業の発達」と関連付けられる技術の進歩がそのような浅薄かつ広範な意味のものなのであれば、「産業の発達」を技術の進歩と関連付けて理解する必要はなく、特許法は新規な発明の創出を通じた「産業の発達」を目的とすると端的に理解し説明すれば足りるであろう。

また、意匠法の目的が需要の増加にあるとすることについても、4.2で指摘したとおりやはり現状に整合しないように思われる。これについても特許法における指摘と同様の指摘をすることができるであろう。すなわち、美感に基づいて新しい需要を掘り起こす可能性がわずかでもあれば「需要の増加」に該当するとしてよいのであれば、「産業の発達」を需要の増大と関連付けて理解する必要はなく、意匠法は新規な意匠の創出を通じた「産業の発達」を目的とすると端的に理解し説明すれば足りるであろう。

したがって、2.から4.で行った立法担当者の整理の確認や学説の俯瞰・検討も踏まえて、私見は、特許法の目的における「産業の発達」と意匠法の目的における「産業の発達」とは共に「選択肢の増加」を意味すると理解する。

人が何らかの行動をする際に採る手段は場面によって異なるし、人の好みは人それぞれである。したがって、人が個々の場面に応じてあるいは個々の好みに応じて様々な選択ができるようになることが、社会全体の便利さや豊かさの増大に繋がる。このような意味において、便利さや豊かさの根源は選択肢の多様性である。このことを前提として、私見は特許法や意匠法は発明や意匠の創作の奨励を通じて技術やデザインを多様化することを目的とするものであると理解するのである。

選択肢の増加が便利さや豊かさの増大につながることは、例えばワインを赤・白それぞれ1種類ずつ店頭に並べている酒屋と、それぞれ10種類ずつ並べている酒屋とを想像すれば理解できるであろう。需要者が便利さや豊かさを感じるのには明らかに後者である。その10種類ずつのワインが、異なる新旧のぶどう品種・醸造方法で醸された異なる風味のものであれ、異なるデザインのボトルに詰められた異なる外観のものであれ、である。

このような理解は3.および4.で指摘した学説の複数にも明示または示唆されているものであって、突飛なものではない。言うなれば「技術の進歩」や「需要の増加」という概念を明確にかつ極限まで緩やかに解釈したものであり、また、「産業の発達」は、最終的にはパブリック・ドメインの領域にある技術を豊かにすることによって果た

されることが予定されている」とする近時の学説⁽²⁷⁾や意匠法の目的はデザイン・プールの豊富化であるとする近時の学説⁽²⁸⁾と軌を一にするものでもある。

また、多様化した技術やデザインの中には技術的に進歩をもたらしたと評価できるものや需要者の潜在的な需要を顕在化し現実の需要を増加させたと評価できるものも自ずと含まれる。したがって、多様化を目的に据えれば、技術の進歩や需要の増大を目的に据えずともこれらを実現することができる。

こうした意味において、特許法や意匠法における「産業の発達」は「選択肢の増加」を意味するという理解は、意匠法の目的についての競争説など一部の学説を除く新旧の学説の最大公約数的な理解である。そして、「産業の発達」をこのように理解する場合、新規な発明や新規な意匠の創出それ自体が「産業の発達」であることになる。

なお、広範な奨励により創出され得る、結果として社会のニーズに沿わない発明や意匠－例えば異様な風味のワインや奇抜なボトルのワイン－は自由主義経済における経済活動の中で淘汰される。一方、社会のニーズは多様であるから、「発明を奨励」したり「意匠の創作を奨励」したりするにあたって奨励の対象を限定すると社会のニーズの取りこぼしが生じ得る。したがって、そうした奨励の対象を技術の進歩や需要の増大といった曖昧な概念により選別することは不要であるのみならず不適切である。

6. 2 商標法における「産業の発達」も含めた統一的理解

6.1で、特許法の目的における「産業の発達」と意匠法の目的における「産業の発達」とは共に「選択肢の増加」を意味すると整理した。しかし選択肢が増加しても、需要者が同じものは同じもの、異なるものは異なるものと認識することができなければ、選択肢が増加したことにより得られる便益・幸福（便利さや豊かさ）の増分は大きく減殺される。このことは、例えば異なるぶどう品種・醸造方法で醸されたワインを赤・白それぞれ10種類ずつ、ラベルが貼られていない黒褐色で同じ形状のボトルに詰めて店頭に並べている酒屋と、それらに種類ごとに異なるラベルを貼って店頭に並べている酒屋とを想像すれば理解できるであろう。需要者が便利さや豊かさを感じるのは明らかに後者である。

このような理解と、5.2で述べた商標法の目的における「産業の発達」とは商品・役務の自他識別機能により生じる直接的な結果であるという整理とを併せ考えると、商標法の目的は、同じものは同じものとして、異なるものは異なるものとして需要者すなわち社会に提供することにより、選択肢が増加したことにより得られるべき便益・幸福を現実のものとすることを目指すものであるということが出来る。そして、商標法の目的も含めた「産業の発達」とは、「選択肢の増加」という観点と「社会への提供」という観点とを統合したものであると整理することができる。

すなわち、「産業の、社会に様々な選択肢を提供する能力の増大」こそが、産業財産権法各法に共通する目的である「産業の発達」である。

7. 「産業の発達」の統一的理解についてのいくつかの検討

7. 1 個々の選択肢の提供量の増加

6.で整理した「社会に様々な選択肢を提供する能力の増大」とは、選択肢の種類を増加を意味するのみならず、個々の選択肢の提供量の増加をも意味する。例えば富裕層や都市部居住者などの一部の者にしかその選択肢が提供されない社会よりもより多くの者にその選択肢が提供される社会の方がより便利で豊かな社会であるからである。この感覚的な理由付けを経済学的に表現すれば、ある選択肢について、その供給量が増加すれば完全競争に近づき消費者の余剰が増加する⁽²⁹⁾からであるということになる。

このような理解によれば、特許権や意匠権が存続期間の満了などにより消滅することは、産業がそれまで特許発明や登録意匠だったものをそれまでよりも大量に社会に提供する潜在能力を備えることであるから、産業の発達であることになる。

また、独占禁止法21条の「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」という規定にかかわらず、「知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は

同制度の目的に反すると認められる場合」には独占禁止法が適用され⁽³⁰⁾、こうした行為による私的独占や不当な取引制限は独占禁止法違反になる⁽³¹⁾とされている。このことも、上述の理解を前提として、個々の選択肢の提供量の減少が独占禁止法の目的に反するのみならず産業財産権法の目的にも反するからであると整理することができる。

そもそも選択肢の存在と選択の自由は自由主義経済の前提であり、いずれが欠けても自由主義経済は機能しない。そして、社会のニーズは多様であるから、選択肢の種類が少ない場合よりも多い場合の方が社会全体の便益・幸福の最大値は大きくなる。また、個々の選択肢が完全競争市場に置かれている場合に社会全体の便益・幸福が最大となる。したがってごく単純化して述べるならば、こうした自由主義経済の前提や基礎理論の中であって、創作法は社会に様々な選択肢を提供する能力を増大することにより社会全体の便益・幸福の理論上の最大値を大きくすることを目指すものであり、競争法や標識法は「公正且つ自由な競争を促進」⁽³²⁾することなどにより現実の社会全体の便益・幸福を理論上の最大値に到達させることを目指すものであるといえる。

以上のとおり、「産業の発達」には、発明や意匠が新規に創出されることのみならずそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになることも含まれる⁽³³⁾。

このことは、例えばワインを赤・白それぞれ10種類ずつ、在庫を持たずに1本ずつ店舗に並べている酒屋と、それらを1本ずつ店舗に並べている点は同じだがそれだけではなく常に十分な在庫を持ち近所への配達や遠方への発送といった形態でも販売している酒屋とを想像すれば理解できるであろう。需要者が便利さや豊かさを感じるのは明らかに後者である。

なお、このような整理に基づくならば、3.1で述べた特許制度の根拠についての旧法時代の学説⁽³⁴⁾が指摘するのとおり、例えば物流システムや情報通信システムといった既存のプラットフォームの普及、既存の商品・役務の生産・提供能力の増大なども、新規なものの創出を伴わないが「産業の発達」であることになる。「産業の発達」はこのような広汎な概念であり、産業財産権法各法が単独で「産業の発達」を担うわけではないし、産業財産権法における「産業の発達」を各法が実現可能な範囲に限定して解釈する必要もない。「産業の発達」は産業政策一般が目指すところであって、特許法は「発明を奨励」することにより、意匠法は「意匠の創作を奨励」することにより、商標法は「商標の使用をする者の業務上の信用の維持を図」ることにより、それぞれそれに「寄与」するにとどまるのである。

7.2 「産業の発達」と知的財産基本法との関係⁽³⁵⁾

2002年に、「我が国が今後とも世界有数の経済大国の地位を維持しつつ、持続的な経済成長を遂げていくためには、まさにイノベーションを通じて世界を凌駕する革新的な技術を生み出し、それを「知的財産」として社会全体で最大限に有効活用していく必要がある」⁽³⁶⁾という認識の下、知的財産基本法が制定された⁽³⁷⁾。

知的財産基本法は、その目的に「新たな知的財産の創造及びその効果的な活用による付加価値の創出を基軸とする活力ある経済社会を実現する」⁽³⁸⁾ことを掲げている。ここで、付加価値とは商品や役務を提供することの対価（価格）から原材料費など（原価）を差し引いた価値であり、一定期間内に国内で産出された付加価値の総量が国の経済活動の指標とされる国内総生産（GDP）である⁽³⁹⁾。すなわち付加価値やGDPは、7.1で述べた便益・幸福という漠然とした概念を貨幣価値に換算することで定量化し他のそれと比較可能としたものである。

様々な付加価値を産出する手段（方法の発明や物を生産する方法の発明）やその結果（物の発明や意匠）が新規に創出されたりそれらをそれまでよりも広く社会に提供できるようになったりすれば、人は個々の場面に応じてあるいは個々の好みに応じてそれまでよりも様々な選択ができるようになる。そしてこの「産業の発達」が生じた状況において、そうした様々な選択に応じた付加価値を産出する手段やその結果を提供するという自由経済活動が行われることにより、社会全体の便益・幸福すなわち国内総生産（GDP）がそれまでよりも増加する。すなわち知的財産基本法が目指す「新たな知的財産の創造及びその効果的な活用による付加価値の創出を基軸とする活力ある経済社会」とは、発明や意匠が新規に創出されたりそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになったりという漸進が絶え間なく繰り返される自由経済社会であるといえることができる。

このように、「産業の発達」には発明や意匠が新規に創出されることのみならずそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになることも含まれるという7.1での整理は、知的財産基本法の目的規定と親和性が高いものである。

なお、6.1で奨励の対象を技術の進歩や需要の増大といった曖昧な概念により選別することは不要かつ不適切であると述べたが、上述の整理によれば、創出が奨励される発明や意匠すなわち特許を受けることができる発明や意匠登録を受けることができる意匠は付加価値を産出するものまたは付加価値の産出の結果であるものに限られることになる。したがって、およそ何人も値を付けないもの、すなわち市場での取引の対象とならないものは6.1で整理した「選択肢の増加」ではないとされ特許法や意匠法における保護の対象から除外されることになる。

特許法における産業上の利用可能性要件⁽⁴⁰⁾はこのような意味での有用性要件である。例えば、「いわゆる化学物質発明は、新規で、有用、すなわち産業上利用できる化学物質を提供することにその本質が存するから、その成立性が肯定されるためには、化学物質そのものが確認され、製造できるだけでは足りず、その有用性が明細書に開示されていることを必要とする⁽⁴¹⁾」とされている。また、例えば治療方法などはこの要件を満たさないが⁽⁴²⁾トレーニング方法などはこの要件を満たすとされている⁽⁴³⁾。これは、人間には市場での取引の対象となり得ない崇高な存在という側面と⁽⁴⁴⁾、例えばプロスポーツ選手の移籍など市場での取引の対象となり得る財という側面とが併存するという規範的な整理の下で、治療方法などは前者の側面に向けられている点で付加価値の産出をもたらずと評価できない一方、トレーニング方法などは後者の側面に向けられている点で付加価値の産出をもたらずと評価できるからである。さらに、辞書を引く方法が発明該当性要件を満たすとされ⁽⁴⁵⁾特許されているが⁽⁴⁶⁾、この方法は辞書それ自体とは異なり市場での取引を觀念することが困難であり、上述の意味での有用性要件を満たすとしてよいか疑問である⁽⁴⁷⁾。

また、意匠法における美感性要件⁽⁴⁸⁾も同様である。美感性要件には、意匠該当性要件としての「美を感ずることをひき起こすように処理されているもの⁽⁴⁹⁾」という創作性要件と⁽⁵⁰⁾、特許法と平仄を合わせるならば工業上の利用可能性要件に分類されるべき「何人かに価値を見出ださせるもの」という有用性要件とが併存する。そして、およそ何人も美感を起さされない意匠は付加価値の産出の結果であるとはいえず、創作性要件を満たしても有用性要件を満たさないことになる。もっとも、「この要件によって意匠に該当しないと判断された例は極めて少ない⁽⁵¹⁾」とされている。人の好みは人それぞれであるからそのような意匠はそうそうないということであろう。

さらに、活力ある経済社会を実現するための基軸が付加価値の創出であることから、方法の発明や物を生産する方法の発明においてはその方法の使用が、物の発明においてはその物の生産が、意匠においてはその意匠に係る物品の生産などが、権利者が専有する⁽⁵²⁾「実施」⁽⁵³⁾の本質であることになる。この点については、発明の効果あるいは価値の実現が使用を通じて得られることを捉えて、物の発明についての「実施」の本質はその物の使用であるとする学説もある⁽⁵⁴⁾。しかし、例えばランプの発明について産業上真に考慮すべきはその使用ではなく生産であることは、1602年にイギリスで起きたDarcy v. Allin事件⁽⁵⁵⁾の判決に示されているとおりである。物の発明はその特許権の効力（「実施」の定義⁽⁵⁶⁾）からみてその物を生産する方法を束ねたものに過ぎず、その「実施」の本質はその方法の使用すなわちその物の生産にある。

7. 3 「産業の発達」が考慮される場面、考慮されない場面

7.1で、「産業の発達」には発明や意匠が新規に創出されること（選択肢の創出）のみならずそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになること（選択肢の提供）も含まれると整理した。

しかし、選択肢の創出という意味での産業の発達は、選択肢の種類が増加することが中長期的に見て社会全体の便益・幸福の増大に繋がるという、発明や意匠が創出される前の状況を念頭に置いたものである。そして、それは「奨励」のすぐ先にあるものである。これに対し、選択肢の提供という意味での産業の発達は、個々の選択肢の提供量・提供範囲が増加・拡大することが短期的に見て社会全体の便益・幸福の増大に繋がるという、発明や意匠が創出された後の状況を念頭に置いたものである。そして、それは「奨励」のすぐ先にあるものではない。また、発明や意匠の創作の奨励を実現するための手段である「発明の保護」や「意匠の保護」が強ければ選択肢の提供とい

う意味での産業の発達があまり進まず、弱ければ選択肢の創出という意味での産業の発達があまり進まない。

したがって、このような見据えるものや時期・手段が異なり、かつ交点においては相反する二つの意味の産業の発達を包含する「産業の発達」が、どのような場面でどのように考慮されあるいはどのような場面で考慮されないかが問題となる。

この点、例えば権利の存続期間はどの程度とするべきかという検討などの立法の場面において、選択肢の創出という意味での産業の発達と選択肢の提供という意味での産業の発達とが比較衡量されるという形で「産業の発達」が考慮されることを指摘することができる。また、例えば先使用权の規定⁽⁵⁷⁾における「事業の目的の範囲内」に事業の規模的拡大・地理的拡大・形態的拡大⁽⁵⁸⁾が含まれるかという権利の効力についての議論や、発明の進歩性や意匠の創作非容易性の規定⁽⁵⁹⁾における「容易」はどういった意味のあるいはどの程度の容易性なのかという保護対象についての議論などの法令解釈の場面において、やはり両者が比較衡量されるという形で「産業の発達」が考慮されることを指摘することができる。

これらは、中長期的に見た社会全体の便益・幸福の増大と短期的に見た社会全体の便益・幸福の増大との比較衡量である。そして、具体的にどのくらい先の将来を見据えて社会全体の便益・幸福の増大を図るかという認識の相違によりこうした「発明の保護」や「意匠の保護」についての立法や解釈の有り様は異なってくる。もちろん、直近を見据えた場合は発明や意匠の保護が弱くなる立法や解釈がされ、遠方を見据えた場合は保護が強くなる立法や解釈がされる。

速やかな産業の発達が求められる状況においては、例えば特定の技術分野の発明を特許しないとするなどアンチ・パテント寄りの政策が採られる傾向にあり、持続的な産業の発達が求められる状況においては、例えば権利を侵害するとされる行為を拡大するなどプロ・パテント寄りの政策が採られる傾向にあるが、それは、それがそれぞれの状況における妥当なプロ・インダストリー政策であるからである。

一方、具体的な出願発明や出願意匠の権利化の是非を判断する場面においては、選択肢の創出という意味での産業の発達を考慮することはできない。どうすることがその発明や意匠の創出に繋がるかの考慮は、考慮の対象が未だ世に存在しない状況においてこそ可能なのであって、具体的な発明や意匠が創出された後にそうした考慮することは不可能であるからである。もとより、具体的な発明や意匠が創出された後でもどうすることが引き続きその種の発明や意匠の創出に繋がるかという抽象的な考慮をすることは可能ではある。しかし、それは個別の出願の権利化の是非の判断の前提となる法令解釈の場面における考慮であり⁽⁶⁰⁾、そうした判断における考慮ではない。

そして、そうした判断においては、選択肢の提供という意味での産業の発達を考慮してはならない。上述のとおり選択肢の創出という意味での産業の発達を考慮することができない以上、選択肢の提供という意味での産業の発達を考慮するという事は、ごく短期的に見た社会全体の便益・幸福の増大に繋がる判断、すなわち「発明の保護」や「意匠の保護」を否定する判断しかなしなことを意味するからである⁽⁶¹⁾。これはいわば、未だ世に存在しない発明や意匠を創出したらそれを保護するという約束をしておきながら、いざ実際にそれが世に出現したらその約束を反故にするというものであって、およそ採り得ない法の運用である。

このように、個別の出願の権利化の是非の判断において「産業の発達」を考慮するという事は選択肢の提供という意味での産業の発達しか考慮しないということであり、そしてそれは適切ではない。

以上のとおり、「産業の発達」は、立法の場面や法令解釈の場面において、発明や意匠が新規に創出されるという意味での産業の発達と発明や意匠をそれまでより広く社会に提供できるようになるという意味での産業の発達との比較衡量という形で考慮され、一方個別の出願の権利化の是非を判断する場面においては考慮されないということになる。

なお、個別の出願の権利化の是非を判断する場面において「産業の発達」は考慮されないから、そうした判断は、他に考慮すべき要素があるのであれば格別、そうでなければ選択肢の創出という意味での産業の発達と選択肢の提供という意味での産業の発達との比較衡量に基づく検討・議論の結果である法令やその解釈に基づいて、個別の考慮（裁量）が持ち込まれることなく粛々と処理されることになる⁽⁶²⁾。そのため、個別の出願の権利化の是非についての行政の判断に対しては司法による判断代置審査がされる。行政の権利化の是非の判断に対するこのよう

な司法審査の手法は1624年にイギリスで制定された専売条例⁽⁶³⁾以来のものであるが、例えば不実施の場合の通常実施権の設定の裁定も、具体的な発明が創出された後であり選択肢の創出という意味での産業の発達を考慮することができない状況での判断であるから、その結論および内容⁽⁶⁴⁾に対して司法による判断代替審査がされることになると思われる⁽⁶⁵⁾。

7. 4 特許法および意匠法における「利用を図る」の意義

特許法および意匠法の目的規定における「保護」が独占的な権利の付与⁽⁶⁶⁾であることについては異論がない。一方、「利用」についてはいくつかの考え方がある。

一つ目は、文献的利用である⁽⁶⁷⁾。特許発明や登録意匠が文献として公開されることによりこれらが社会全体における次の創作の礎となるとする考え方である。

二つ目は、特許発明や登録意匠の実施による社会での利用である⁽⁶⁸⁾。権利存続中にそれらが権利者または被許諾者により実施され社会で利用されるという考え方である。

三つ目は、特許発明であったものや登録意匠であったものの実施による社会での利用である⁽⁶⁹⁾。権利消滅後にそれらが社会で実施され利用されるという考え方である。

四つ目は、特許発明や登録意匠が具える所有権的属性の利用である。例えば「特許権者は特許権を誰かに売却することもできるし、相続させることも、担保に入れることもできる」⁽⁷⁰⁾というように、特許発明や登録意匠が無体の財産として権利者に利用されるという考え方である。

しかし、一つ目の考え方である文献的利用が「利用」に含まれるとする考え方には賛成できない。これが特許法や意匠法の直接目的である発明や意匠の創作の奨励に繋がるとは言い難いからである。

たしかに特許発明や登録意匠が公開されることにより社会全体の技術水準やデザイン水準は向上する。また、特許法や意匠法はそうしたことを念頭に置いて試験や研究のための実施には権利の効力が及ばないこととしている⁽⁷¹⁾。そして、社会全体の技術水準やデザイン水準が向上した状況とそうでない状況とを仮定し、両者に創作に対する同程度のインセンティブを与えた場合に後者の方がよりよい二次創作あるいはより多彩な二次創作を創出するであろうことは明らかであるし、そのことが7.1で整理した「産業の発達」により寄与することもまた明らかである⁽⁷²⁾。

しかし、7.3で述べたとおり、「奨励」のすぐ先にあるものは、発明や意匠が創出される前の状況を念頭に置いた発明や意匠が新規に創出されるという意味での産業の発達である。すなわち「奨励」の対象は主観的一次創作である。

これに対し文献的利用が促進するのは第三者の二次創作であって主観的一次創作ではない。そして、発明や意匠の創作の奨励の主たる対象が当業者であることは論を俟たないが、その内容の公開は模倣手段の公開であるから、当業者の創作に対するディスインセンティブとなったり⁽⁷³⁾当業者にそれにより生じる不利を緩和するための負担を強制したりする⁽⁷⁴⁾。創作をしようとする者が未だ主観的一次創作を創出していない状況で第三者の二次創作を促進するという名目で主観的一次創作の模倣手段の強制的な公開を約束したところで、その約束が創作をしようとする者の主観的一次創作に対するインセンティブとなるかは疑問である。このように、第三者の二次創作を促進するという公開代償説に基づく思想を奨励説に基づく文章に押し込むことには無理があるといわざるを得ない。

また、二つ目の考え方である特許発明や登録意匠の実施による社会での利用のうち、権利者の実施による社会での利用が「利用」に含まれるとする考え方にも賛成できない。そのような実施は特許制度や意匠制度が存在せずとも可能なことであり、発明や意匠の創作の奨励に繋がらないからである。たしかに自分が創出したものが社会に認められ利用されることを欲しない者はいないといえるであろう。しかし、それは制度が与えるインセンティブではない。もっとも、独占下での実施により競争下での実施と比較してより大きな利益が得られるという期待がもたらされ、これが創作に対するインセンティブとなることは確かではある。ただし、これは「保護」による創作活動の奨励であって「利用」による創作活動の奨励ではない。

さらに、三つ目の考え方である特許発明であったものや登録意匠であったものの実施による社会での利用が「利用」に含まれるとする考え方にも、権利者の実施による社会での利用が「利用」に含まれるとする考え方に対する

のと同様の理由により賛成できない。

一方、二つ目の考え方である特許発明や登録意匠の実施による社会での利用のうち、被許諾者の実施による社会での利用が「利用」に含まれるとする考え方には賛成する。自分が創出したものに所有権的属性が付与されることによりそれが被許諾者の実施を通じて自分が望む形でのみ社会で利用されるという期待は、自分が創出したものが社会に認められ利用されることを欲する者にとって創作に対する強力なインセンティブとなるからである。このことは、民法の特別法としての特許法や意匠法において一切の実施許諾が封じられた場合を想像すれば明らかであろう。

また、四つ目の考え方である権利者による無体の財産として利用が権利者に積極的・肯定的な期待をもたらすことが多少なりとも創作に対するインセンティブとなることは明らかである。

以上から、被許諾者の実施による社会での利用と権利者による無体の財産として利用が特許法および意匠法の目的規定における「利用」の内容である。これらは発明や意匠に所有権的属性を付与することに由来するものであり、そしてそのことはこれらの規定における「保護」と軌を一にするものである。したがって、これらの規定における「保護…を図る」と「利用を図る」とは別々に理解されるべきではなく、これらを一体のものとして「所有権的属性を付与する」という意味のものであると理解されるべきであることになる⁽⁷⁵⁾。

なお、所有権的属性といってもそれが民法上の所有権と同じ内容である必要はもちろんない。その時々々の社会の状況を踏まえ、当業者にとってより創作活動の励みになるかという観点から独占排他権の期間・強さ・広さ・利便性などの所有権的属性の具体的内容を常に検討し改定していくことが必要である。その結果がアンチ・パテントへの改定となるかプロ・パテントへの改定となるかはともかく、そうした姿勢が発明や意匠の創作の奨励を直接目的とする特許法や意匠法におけるプロ・インダストリー政策の基本である。

7. 5 模倣手段の公開による「産業の発達」という思想の存在

7.4で、特許法および意匠法の目的規定が奨励説に基づく文章であることを前提として、公開代償説に基づく思想を奨励説に基づく文章に押し込むことには無理があると述べた。しかし、特許法に模倣手段の公開による「産業の発達」という思想が存在していることはもちろんである。

7.4で述べたとおり、発明の内容の公開は模倣手段の公開であるから、当業者の創作に対するディスインセンティブとなったり当業者にそれにより生じる不利を緩和するための負担を強制したりする。したがって、7.1で整理した「産業の発達」を見据えた発明の奨励制度としては、権利発生時は権利範囲の公示に留め、権利の存続期間中は模倣手段の開示を権利者に委ね、権利消滅時にそれを公開するという制度が望ましいということになる⁽⁷⁶⁾。そうすると例えば、相手方への権利範囲の開示を権利行使の要件としつつ権利消滅後に模倣手段を公開するという、この望ましい制度を若干修正した制度の導入は検討に値するはずである。また、例えば物質発明のように特許権の権利範囲⁽⁷⁷⁾の公示と特許発明の模倣手段⁽⁷⁸⁾の開示とを別々にすることができる発明については、この望ましい制度をそのまま導入することができるはずである。

しかしそれにもかかわらず、特許法上、権利発生時はおろか出願公開制度⁽⁷⁹⁾により権利が発生するかどうか未定の段階で模倣手段を公開するとされているのは、それが取りも直さず社会全体の技術水準を向上させて、発明の奨励を越えて「産業の発達」に直接寄与するからである。これを端的に述べるならば、特許法は目的規定上は奨励説のみに立脚するかのようには装いながら、その実公開代償説にも立脚しているということになる。

これに対し意匠法は、差止請求権の行使においては相手方への権利範囲の開示を必要とし⁽⁸⁰⁾、損害賠償請求においては相手方の現実の故意・過失を必要とする⁽⁸¹⁾ことで権利発生時に権利範囲が公示されないことによる不都合を回避しつつ、権利発生に後れて模倣手段を公開するという秘密意匠制度を有している。しかしその一方で出願公開制度は有していない。したがって意匠法においては、特許法と比較して創作活動の奨励という思想が前に出て模倣手段の公開という思想がその背後に隠れているということが出来る⁽⁸²⁾。そして、この特許法と意匠法の相違は以下の二つの点に起因する。

一つは、発明においてはその実施それ自体がその模倣手段の公開であるとは限らないが、意匠においてはその実施それ自体がその模倣手段の公開である⁽⁸³⁾という点である。また、もう一つは、発明においては累積的進歩の傾

向が大きく、意匠においては累積的進歩の傾向が小さい⁽⁸⁴⁾という点である。

これらのことはいずれも、社会全体の技術水準やデザイン水準の向上という観点、いわばよりよい二次創作あるいはより多彩な二次創作を促進するという観点からみて、発明においては模倣手段を強制的に公開する必要性が高く、意匠においては低いということを示すものである⁽⁸⁵⁾。このような発明と意匠の特性の相違が特許法と意匠法の公開に対する姿勢の相違の原因となっているのである。

もっとも、「工業製品の意匠は変化もするが段階的に進歩もする」⁽⁸⁶⁾とされているように、意匠にも累積的進歩が生じる。この点意匠法は、この累積的進歩を捨象することなく「技術を次の段階に進歩せしめることを目的とする」⁽⁸⁷⁾試験や研究のための実施には権利の効力が及ばない旨の特許法の規定⁽⁸⁸⁾を準用している⁽⁸⁹⁾。そして秘密意匠制度において模倣手段の公開が権利消滅時ではなく権利発生に後れること最大3年とされているのは⁽⁹⁰⁾、登録意匠の公開が社会全体のデザイン水準を向上させて「産業の発達」に直接寄与するという、累積的進歩が生じることを前提とした模倣手段の公開による「産業の発達」という思想が意匠法に存在するからにはほかならない。すなわち、意匠法も目的規定上は奨励説のみに立脚するかのように装いながら、その実特許法ほどではないものの公開代償説にも立脚しているといえる。

以上のとおり、特許法においても意匠法においても、それらの目的規定に表れてこそいないものの、また程度こそ異なるものの、模倣手段の公開による「産業の発達」という思想が厳然と存在している。

なお、立法担当者は秘密意匠制度について、公開代償説の観点からは疑問であるという意見を紹介しつつ、例外的に認められるものであるとしている⁽⁹¹⁾。しかし、公開代償説のみに立脚し秘密意匠制度を疑問視したり例外視したりすることは適切ではない。特許法における出願公開制度や意匠法における秘密意匠制度は、発明や意匠の性質を踏まえた、創作活動の奨励による「産業の発達」への寄与と模倣手段の公開による「産業の発達」への寄与との比較衡量の結果である⁽⁹²⁾。

また、模倣手段の公開による「産業の発達」という思想が特許法や意匠法の目的規定に表れていない点については、このような思想は創作活動の奨励による「産業の発達」という思想よりも高次の概念であるからであるとする整理と、目的規定の作文が不完全であったからであるとする整理とが考えられる。この点については、出願公開制度を有する特許法のみに基づいて判断するのであればともかく、特許法と秘密意匠制度を有する意匠法とを俯瞰して判断するのであれば後者の整理の方が妥当であるように思われる。

8. おわりに

産業財産権法の目的規定について、これらに共通する「産業の発達」を中心に検討した。

まず、学説などの俯瞰・検討を行い、産業財産権法が目指す「産業の発達」とは、「産業の、社会に様々な選択肢を提供する能力の増大」であり、それには発明や意匠が新規に創出されることのみならずそれらをそれまでより広く社会に提供できるようになることも含まれると整理した。

そして、このような整理を前提としていくつかの検討を行い、このような整理は知的財産基本法の目的規定との親和性が高いこと、「産業の発達」は立法の場面や法令解釈の場面においては考慮されるが個別の出願の権利化の是非を判断する場面においては考慮されないこと、特許法および意匠法における「保護及び利用を図る」は一体のものとして「所有権的属性を付与する」という意味のものであると理解されるべきであること、特許法においても意匠法においても模倣手段の公開による「産業の発達」という思想はそれらの目的規定に表れてこそいないものの厳然と存在していること、を指摘した。

本稿が今後の議論に寄与すれば幸いである。

(注)

(1)特許庁編『新工業所有権法逐条解説』13頁（発明協会、1959年）

(2)特許庁・前掲注（1）13-14頁

(3)特許庁・前掲注（1）453頁

- (4) 特許庁・前掲注 (1) 547 頁
- (5) 中山信弘 = 小泉直樹編『新・注解 特許法〔第2版〕【上巻】』7 頁〔平嶋竜太〕(青林書院、2017 年)
- (6) 加藤恒久『意匠法要説』19-20 頁(ぎょうせい、1981 年)
- (7) 吉原隆次『特許法詳論』7-8 頁(有斐閣、1927 年)。なお、引用にあたり適宜、片仮名を平仮名に改め、旧字体を新字体に改め、句点を追加した。
- (8) 田村善之「特許適格性要件の機能と意義に関する一考察(2・完)」知的財産法政策学研究 65 号 107 頁(2022 年) 118 頁
- (9) 梅澤修「意匠法の問題圏 第 1 回 - 意匠法の目的 I」DESIGN PROTECT 92 号 11 頁(2011 年) 16 頁
- (10) 最判令元・8・27 平成 30 年(行ヒ) 69 号集民 262 号 51 頁〔局所的眼科用処方物事件〕
- (11) 知財高判平 30・10・17 平成 29 年(行ケ) 10232 号裁判所 Web サイト〔ステーキの提供システム事件〕
- (12) 特許第 5946491 号〔ステーキの提供システム〕
- (13) 満田重昭 = 松尾和子編『注解 意匠法』103 頁〔松尾和子〕(青林書院、2010 年)
- (14) 満田 = 松尾・前掲注 (13) 104 頁〔松尾和子〕
- (15) 寒河江孝允ほか編『意匠法コンメンタール〔新版〕』12-15 頁〔峯唯夫〕(勁草書房、2022 年)
- (16) 高田忠『意匠法』3 頁(有斐閣、1969 年)
- (17) 加藤・前掲注 (6) 22 頁
- (18) 斎藤瞭二『意匠法概説』39 頁(有斐閣、1991 年)、田邊隆「意匠法の目的」牧野利秋編『特許・意匠・商標の基礎知識』219 頁(青林書院、1996 年)
- (19) 梅澤修「意匠法の問題圏 第 2 回 - 意匠法の目的 II」DESIGN PROTECT 93 号 18 頁(2012 年) 27 頁
- (20) 五味飛鳥「意匠法の目的に関する一考察」高林龍先生古稀記念論文編集委員会編『知的財産法学の新たな地平 - 高林龍先生古稀記念論文集』234 頁(日本評論社、2022 年) 235 頁
- (21) 五味・前掲注 (20) 235-252 頁。また、五味飛鳥「意匠の類否判断基準」渋谷達紀ほか編『知財年報 2008』252 頁(商事法務、2008 年) 268 頁は「法が意匠の創作を奨励することによって実現を期待しているのは、デザイン活動が活性化して市民の身の回りに美と用を兼ね備えた優れた製品が多く供給される環境であろう」とする。
- (22) 加藤・前掲注 (6) 22 頁
- (23) 五味・前掲注 (20) 235-252 頁
- (24) 小野昌延 = 三山峻司編『新・注解 商標法【上巻】』87-88 頁〔小野昌延〕(青林書院、2016 年)
- (25) 金井重彦ほか編『商標法コンメンタール〔新版〕』3-4 頁〔金子敏哉〕(勁草書房、2022 年)
- (26) 宮脇正晴「商標の機能と商標法の目的」国際公共政策研究 5 巻 1 号 275 頁(2000 年) 280 頁
- (27) 田村・前掲注 (8) 118 頁
- (28) 五味・前掲注 (20) 235-252 頁
- (29) Joseph E. Stiglitz 著 / 藪下史郎ほか訳『スティグリッツ ミクロ経済学(第 2 版)』430-433 頁(東洋経済新報社、2000 年)
- (30) 公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成 19 年 9 月 28 日、平成 28 年 1 月 21 日最終改正) 第 2 の 1
- (31) 独占禁止法 3 条
- (32) 独占禁止法 1 条
- (33) 加藤幹「パブリック・ドメインの保護という観点からの意匠の新規性理論」高林龍先生古稀記念論文編集委員会編『知的財産法学の新たな地平』253 頁(日本評論社、2022 年) 254 頁
- (34) 吉原・前掲注 (7) 7-8 頁
- (35) 加藤幹「発明の産業上の利用可能性について」企業と法創造 7 巻 6 号 190 頁(2011 年) 193-201 頁、加藤幹「意匠の類否判断における公知意匠の参酌」特許 74 巻 8 号 66 頁(2021 年) 69-70 頁
- (36) 知的財産戦略推進事務局「知的財産立国の実現に向けて」内閣官房知的財産戦略推進事務局編『知財立国への道』220 頁(ぎょうせい、2003 年) 223 頁
- (37) 平成 14 年法律第 122 号
- (38) 知的財産基本法 1 条
- (39) Joseph E. Stiglitz 著 / 藪下史郎ほか訳『スティグリッツ マクロ経済学(第 2 版)』70-76 頁(東洋経済新報社、2001 年)
- (40) 特許法 29 条 1 項柱書
- (41) 東京高判平 6・3・22 平成 2 年(行ケ) 243 号判時 1501 号 132 頁〔除草剤イミダゾール誘導体事件〕。東京高判平 15・1・29 平成 13 年(行ケ) 219 号裁判所 Web サイト〔イミダゾール誘導体事件〕、知財高判平 21・11・11 平成 20 年(行ケ) 10483 号裁判所 Web サイト〔ヘキサミン化合物事件〕も同旨。
- (42) 東京高判平 14・4・11 平成 12 年(行ケ) 65 号判時 1828 号 99 頁〔外科手術を再生可能に工学的に表示するための方法事件〕
- (43) 知財高判平 25・8・28 平成 24 年(行ケ) 10400 号裁判所 Web サイト〔筋力トレーニング方法事件〕
- (44) 刑法 226 条の 2(人身売買罪)。吉藤幸朔『特許法概説』71 頁(有斐閣、1968 年)は、「人体は尊厳であって、特許権すなわち商

- 取引の対象とすることはできない」という考え方があることを指摘する。
- (45) 知財高判平 20・8・26 平成 20 年（行ケ）10001 号判時 2041 号 124 頁〔対訳辞書事件〕
- (46) 特許第 4232957 号〔音素索引多要素行列構造の英語と他言語の対訳辞書〕
- (47) 吉藤・前掲注（44）71 頁は、同様の関係にあるものとして競技具と競技方法や計算機と計算方法を例示する。なお、吉藤・前掲注（44）74 頁は、商品として採用される可能性がないようなものは発明ではないとする方が妥当であるとし、田村・前掲注（8）113-118 頁は、米国特許法における machine-or-transformation test に示唆を受けたとして、発明該当性要件について「物の構成の創作であるか、または物の変化をもたらす創作であること」という基準を提唱する。しかし、これらも治療方法などと同様付加価値の産出を問うものであるから、治療方法などを産業上の利用可能性要件の問題としている以上これらも産業上の利用可能性要件の問題となる。
- (48) 意匠法 2 条 1 項
- (49) 高田・前掲注（16）79-80 頁
- (50) 五味飛鳥「プロダクト・デザインと意匠法」牛木理一先生古稀記念論文集刊行会編『意匠法及び周辺法の現代的課題』47 頁（発明協会、2005 年）53 頁
- (51) 茶園成樹編『意匠法〔第 2 版〕』27 頁〔青木大也〕（有斐閣、2020 年）
- (52) 特許法 68 条、意匠法 23 条
- (53) 特許法 2 条 3 項、意匠法 2 条 2 項
- (54) 中山一郎「特許権の間接侵害をめぐる近時の課題－発明カテゴリー及び主観的要件を中心に－」日本工業所有権法学会年報 46 号 103 頁（2023 年）106-107 頁、前田健「用途発明の意義－用途特許の効力と新規性の判断－」パテント 72 巻 12 号 25 頁（2019 年）27-28 頁
- (55) Edward Darcy, Esquire v Thomas Allin, London Haberdasher (1602) 74 ER 1131。また、東京高判昭 31・12・15 昭和 29 年（行ナ）30 号行裁例集 7 巻 12 号 3133 頁〔競技装置事件〕は「右特許発明の競技装置…により行われる競技…が生産的非工業的であるとしても、右発明の内容たる右競技装置自体の（例えば之を製造又は販売すること等による）工業的効果がないものとは到底認められない」とする。特許庁・前掲注（1）56、456 頁も「産業上利用することができるとは、発明そのものについてであって、その発明を利用して生産された結果物については問題とされない。したがって、たとえば軍需物質の製造に関する発明で、その発明を利用して生産されたものは戦争には利用されるが一般産業には利用され難いようなものであっても、発明自体が産業（たとえば軍需産業）に利用することができるものであれば、「産業上利用することができる発明」といい得る」、「意匠は工業的方法により量産されるもの以外のものについて存在するという事例は考えられない…。例えば農具のデザインが意匠登録の対象となる場合にも、農具そのものは工業的に大量生産されるものであるから、特にそれ以上「産業上利用することができる」と広げる必要がない」とする。
- (56) 特許法 2 条 3 項
- (57) 特許法 79 条、意匠法 29 条
- (58) 例えばそれまで店舗における販売のみであったが新たに通信販売を開始することが事業の形態的拡大に該当する。
- (59) 特許法 29 条 2 項、意匠法 3 条 2 項
- (60) 産業財産権法上、特許庁長官は審査官に出願を審査させることとされているが（特許法 47 条など）、この審査官の行政法上の位置付け（審査官が出願の審査において法令解釈をなし得るか）については議論がある。高林克巳「特許訴訟－その理論と実務－」251 頁（発明協会、1991 年）は、審査官は特許庁長官から独立した行政庁であるとする。また、知財高判平 27・6・10 平成 26 年（行コ）10004 号等裁判所 Web サイト〔ピペラジン誘導体事件〕は、審査官を被告たる処分行政庁とする。一方、玉井克哉「行政過程としての特許権付与手続」『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』379 頁（青林書院、2020 年）388-392 頁は、審査官は特許庁長官の参与機関であり法令解釈をなし得ないとする。この議論においては、産業財産権法上の審査官等は行政組織法上の審査官等と同じ用語ではあるが必ずしも同じ意味ではない（審判合議体に行政組織法上の審判長が複数名含まれる場合がしばしばあり、しかしこの場合も産業財産権法上の審判長は特許庁長官に指名された 1 名である。）ことに留意が必要である。
- (61) 吉藤・前掲注（44）14 頁は「特許法は、一定期間とはいえ特許発明の実施を公衆に禁止するものであるから発明の利用を図るものではなく、むしろこれを制限するもので、産業政策上得策ではないとの説がある」とした上で、「個々の発明についてみれば、まさにその通りであるということが出来る」とする。
- (62) 高林克巳「特許庁審査官・審判官の法的性格」日本工業所有権法学会年報 12 号 35 頁（1989 年）39 頁は「審査官の行う審査は、全く政策的考慮の入り込む余地のない羈束的行為である」とする。清瀬一郎『特許法原理』380-381 頁（中央書店、1922 年）、興津征雄「特許審決取消判決の拘束力の範囲」知的財産法政策学研究 53 号 211 頁（2019 年）231 頁も同旨。一方、奈須野太＝伊達智子「オープン・イノベーション時代の知的財産制度（ソフト IP）の提言」L & T 45 号 42 頁（2009 年）45 頁は「いかなる発明に進歩性を認めるかは一義的には特許庁の権限に属するはずである。特許庁の定めた基準を逸脱して、無効を認容するために裁判所が独自に進歩性の基準を定めるようになれば、三権分立に反することになる」とする。権利化の是非の判断に行政裁量が認められ

ることを前提とする見解であると解される。また、前田健「特許権の本質と存続期間の延長登録」神戸法学雑誌 65 巻 1 号（2015 年）43-44 頁は、特許権の存続期間の延長登録の是非の判断に行政の裁量を認めることを慎重に提言する。

- (63) Statute of Monopolies (21 Jas. 1. c. 3)
- (64) 特許法 86 条 2 項
- (65) 通常実施権を設定すべき旨の裁定における対価の額ではなく職務発明の対価の額についてであるが、最判平 15・4・22 平成 13 年（受）1256 号民集 57 巻 4 号 477 頁〔ピックアップ装置事件〕参照。
- (66) 特許法 68 条、意匠法 23 条
- (67) 吉藤・前掲注 (44) 10 頁
- (68) 吉藤・前掲注 (44) 12 頁
- (69) 吉藤・前掲注 (44) 13 頁
- (70) 荒木雅也「特許法と「産業の発達」時の法令 2005 号 68 頁（2016 年）68 頁
- (71) 特許法 69 条 1 項、意匠法 36 条
- (72) 渋谷達紀『特許と経済社会』63-64 頁（1979 年）
- (73) 渋谷・前掲注 (72) 37 頁
- (74) 渋谷・前掲注 (72) 57-59 頁
- (75) 「保護及び利用」は一つのまとまった概念であるという考え方は従来の学説にも見られた。兼子一＝染野義信『工業所有権法』16 頁（日本評論新社、1960 年）、満田＝松尾・前掲注 (13) 103 頁〔松尾和子〕、加藤・前掲注 (6) 41 頁など。
- (76) 渋谷・前掲注 (72) 57 頁
- (77) 物質発明にあってはその化学物質の構造
- (78) 物質発明にあってはその化学物質の生産方法
- (79) 特許法 64 条
- (80) 意匠法 37 条 3 項
- (81) 意匠法 40 条但書、民法 709 条
- (82) 加藤・前掲注 (6) 279 頁
- (83) 秘匿化された技術でしか実現できない模様や色彩を纏った登録意匠もあり得るが（意匠法 6 条 2 項）、それに類似する意匠（意匠法 23 条）がそうした意匠に限られるということはないであろう。
- (84) 寒河江ほか・前掲注 (15) 11 頁〔峯唯夫〕
- (85) 高田・前掲注 (16) 385 頁
- (86) 高田・前掲注 (16) 147-148 頁
- (87) 特許庁・前掲注 (1) 132 頁
- (88) 特許法 69 条 1 項
- (89) 意匠法 36 条
- (90) 意匠法 14 条
- (91) 特許庁・前掲注 (1) 472-473 頁
- (92) 田村・前掲注 (8) 118 頁は「特許制度の究極の目的は、発明を保護すること自体にあるのではなく、発明とその公開を適度に促すことで、産業の発達をもたらすことにある」とする。

(原稿受領 2024.2.18)