

第1篇 特許法

第1章 保護対象

第1. 発明

1 要件

発明の成立要件は、①自然法則を利用していること、②技術的思想であること、③創作であること、④高度性を有すること（21）

(1) 自然法則の利用

ア 自然法則

自然界において経験によって見出される法則

イ 自然法則の利用

自然力を用いて一定の効果が反復的に得られること

(ア) 反復可能性

- ・反復可能な資質があること
- ・当業者が反復実施することにより同一結果が得られること

(イ) 利用は全体として利用していれば良い

- ・一部に自然法則以外を含んでいても、全体として自然法則を利用していれば足りる

ex. 数学理論を利用したエンジン

- ・一部に自然法則を利用していたとしても、自然法則に反していれば全体として利用にならない

ex. 永久機関のエンジン

(ウ) 発明者による自然法則の正確かつ完全な認識は不要

結果として自然法則を利用していれば足りる

ウ 反復可能性の程度

論点：発明の効果の再現性が低い場合における反復可能性の有無【百選7】

『問題の所在』

発明の効果の再現性が低い場合には、反復可能性が認められないのではないか。

『説明』

植物の新品種を育種し増殖する方法に係る発明の育種過程に関しては、生命現象という未解明かつ複雑な自然法則が絡み合って構成されている分野であるという特性ゆえに、その作用効果の際現に高い確率を求めるることは性質上困難である。また、新品種が育成されさえすれば、その後は従来用いられている増殖方法により再生産することができるのであり、育種過程における確率が低いとしても新品種の育種が可能であれば当該発明の目的である技術効果をあげることができる。

そのため、このような性質を有する発明の場合には、反復際限の確率が低いものであっても反復可能性の要件は充足し得るというべきであり、反復可能性の程度としては、科学的にその植物を再現することが当業者において可能な程度であれば足りる。

(2) 技術的思想

ア 技術的思想

技術的課題を解決するための技術的手段としての思想

イ 技術

- ・一定の目的を達成するための具体的手段

- ・客観的伝達性が必要であるため、技能、技量、コツは対象外

ウ 思想

抽象的な観念又は概念をいい、具体性が必要

×有用性（用途）不明のもの

×理論的に可能でも実施不可能なもの（ex. 日本全体を囲む防波堤）

エ 未完成発明

(ア) 危険の防止と発明の完成

論点：危険の防止と発明の完成【百選5】

『問題の所在』

危険防止や安全確保のための具体的手段を欠く創作は、「発明」（2条1項）に当たらず保護されないのではないか。

『説明』

特許制度の趣旨からすれば、2条1項の「発明」といえるためには、当該技術内容

が、当業者が反復実施して目的とする技術効果を上げることができる程度にまで具体的・客観的なものとして構成されていなければならず、その程度まで構成されていない者は発明として未完成であるから、「発明」には当たらない。

そして、発明目的が危険防止・安全確保にあるものについて、危険防止や安全確保のための具体的手段を欠く場合には、危険防止・安全確保という技術効果を挙げることができないのであるから、未完成発明として「発明」には当たらない。

*発明目的が危険防止・安全確保にあるわけではない場合には、発明自体は一応完成していると考えた上、安全性を欠くために当該発明を産業上利用できないのであれば、特許要件たる産業上の利用可能性の要件を欠くことになる。

(イ) 発明の完成と拒絶理由

論点：発明の完成と拒絶理由 【百選6】

《問題の所在》

明細書の記載から発明が完成しているとはいえない場合、未完成発明として拒絶されないか。特許法が未完成発明を拒絶することを予定していないと考えるならば、これを理由に拒絶することはできないため問題となる。

《説明》

29条1項柱書は「産業上利用することができる発明」であることを特許要件としており、この「発明」は2条1項の「発明」と同義であると考えられる。そして、未完成発明の場合には2条1項の「発明」には当たらず、29条1項柱書の「発明」にも当たらないため、未完成発明であることを理由に特許出願を拒絶することができる。

(3) 創作

従来のものから当然には考えられないほどの新しいものを作り出すこと

ア 主観性

発明者が主観的に新しいと認識すれば足りる (cf. 新規性は客観的な新しさ)

イ 創作と発見

創作であるためには、作り出したものであることを要する

(ア) 単なる発見は創作にならない

∴余りに基礎的内容を個人が独占すると、それを利用した技術が発達しない

(イ) 天然物から単離された化学物質、バイオテクノロジーを用いて産出された新生物

人為が介在しているので創作性あり

(ウ) 用途発明

当該物の容易には見出せない未知の属性を発見し,これを一定の用途に使うという創作的要素を加えると,発明として成立する

(エ) 単なる発見と発明の差異

論点: 単なる発見と発明の差異【百選4】

《問題の所在》

発見をした場合すなわち以前から存在するものを見つけ出した場合であっても,「創作」に当たるといえる場合はないか。

《説明》

単なる発見は,作り出したものではない以上,「創作」には当たらない。ただし,発見した法則や自然力を特定の目的に利用した場合には,単なる自然法則の発見の域を超えるといえるから,「創作」に当たる。

例えば,スピルリナプラテンシスという藍藻類は,自然界に存在するものである以上,これを見出すこと自体は単なる発見に過ぎず,「創作」に当たらない。もっとも,この藍藻類を赤色系錦鯉に餌として与えて錦鯉の赤色を鮮やかにする飼育方法として用いるのであれば,発見した自然力を特定の目的に利用したといえ,「創作」に当たる(百選4)。

(4) 高度

実用新案法の保護対象である考案と区別するための要件

2 違反の効果

29条1項柱書違反を理由に,拒絶理由(49②),無効理由(123 I ②)

第2. 発明のカテゴリ

1 物の発明(2 III①)

- ・民法上の「物」
- ・無体物であるプログラム等(同かつこ書,同IV)

2 単純方法の発明(同III②)

複数の行為又は現象によって構成され,経時的要素を含むもの

3 物を生産する方法の発明（同②③）

原料、経時間的要素、結果物を構成要素に含むもの

第3. ソフトウェア関連発明

1 ソフトウェアの保護の経緯

- ・特許法においては、当初は、ソフトウェアを組み込んだ完成品のみ保護されていたが、その後、運用でソフトウェアの記録媒体も保護されるようになる。
- ・平成14年改正で、「物の発明」にソフトウェアが含まれ、ネットワーク上の取引に権利行使が可能になった。

2 ソフトウェア発明の保護要件

ソフトウェアによる情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に実現していること

∴ソフトウェアは計算手順を示したに過ぎない等の理由で「自然法則の利用」と認められないが、「ハードウェア」を用いることで「自然法則を利用」と認められる
ex. 「1～Nの和を計算する計算装置」は、単に計算装置によって計算するというだけでは、計算処理を実行するソフトウェアとハードウェア資源とが協働しているとはいえない

*最判昭28.4.30〔欧文字单一電報暗語作成方法事件〕では、暗号作成方法の発明について、何ら装置を用いておらず、自然力も用いていないため、「自然法則を利用」しているとはいえないとして発明性を否定したが、仮に装置（ハードウェア）を用いていれば発明として成立し得た

3 ソフトウェア発明のカテゴリ

- ・コンピュータにステップA、Bを実行させるためのプログラムは、「物」の発明
- ・上記プログラムを記録した記録媒体は、「物」の発明
- ・ステップA、Bを実行するコンピュータの制御方法は、「単純方法」の発明

4 ビジネスマodel特許

- ・純粹なビジネス方法自体は発明にならない（∴自然法則の利用なし）
- ・ハードウェア資源を用いて具体的に実現すれば、自然法則を利用