

## 不特許事由（公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害するおそれがある発明） の審査基準の新設について

### 1. 制度の概要・沿革

#### （1）概要（参考資料 1-1）

特許法 32 条は、「公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害するおそれがある発明については、第 29 条の規定にかかわらず、特許を受けることができない。」とし、不特許事由について規定している（公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を、以下「公序良俗等」という。）。特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説〔第 19 版〕』94 頁（発明推進協会，2012）によれば、同法 32 条は、公益的な理由から特許することができない発明について規定しているものと説明されている。

また、TRIPS 協定 27 条(2)ただし書は、公序良俗を守ることを目的として、加盟国が所定の発明を特許の対象から除外する場合、単に国内法令（例えば、薬事法、建築基準法等）によって実施が禁止されていることを理由として、その除外が行われることを禁じている。

特許法 32 条違反は、拒絶理由（特許法 49 条 2 号）、無効理由（特許法 123 条 1 項 2 号）に該当する。

#### （2）沿革（参考資料 1-1）

同法 32 条は、現行法（昭和 34 年法）制定時において、5 つの不特許事由を規定していた。その後、我が国の技術水準の向上及び国際調和の観点等により、昭和 50 年及び平成 6 年の一部改正を経て、不特許事由としては、公序良俗等を害するおそれのある発明であることのみが残り、現在に至っている。

### 2. 現状

#### （1）我が国の審査基準（参考資料 1-2）

審査基準には、不特許事由に言及されている箇所があるものの、特許法 32 条についての審査基準は整備されていない状況にある。

#### （2）海外の主要特許庁の運用（参考資料 1-3）

欧州特許条約 53 条(a) は「その商業的利用が公の秩序又は善良の風俗に反する虞のある発明」に欧州特許が付与されないことを規定しているところ、欧州の審査基準においては、「この規定を適用する公正な基準は、特許権の付与を想

像できないほど一般公衆がその発明を嫌悪すべきものだと考える可能性が高いかどうかを考慮することである。」とし、これに該当することが「明らか」な場合に拒絶理由が通知されることについて記述されている。また、欧州特許条約施行規則 28 条は、ヒトをクローン化する方法等のいくつかの生物工学的発明が同条約 53 条(a)に規定された発明に該当することを規定している。

欧州のみならず、中国及び韓国の審査基準にも、不特許事由についての項目が設けられ、運用指針が示されている。

なお、米国の審査基準においては、クレームされている発明がヒトを包含する場合について、米国特許法 101 条により拒絶される旨が記述されているが、不特許事由全般を扱う項は設けられていない。

### (3) 裁判例 (参考資料 1-4)

公序良俗等について直接争われた事案についてみると、旧法（大正 10 年法）下ではあるが、最判昭和 33 年 7 月 11 日（昭和 32 年（オ）第 249 号）は、いわゆるビンゴゲームに関する競技装置の発明について、「本件発明の装置が賭博に用いられることがあり、不正手段の具になることがあるとしても、そのために装置自体が秩序風俗を紊す虞があるということができず」と判示している。

現行法下での最高裁判例はないが、東京高判昭和 61 年 12 月 25 日（昭和 59 年（行ケ）第 251 号）は、「公の秩序を害するおそれがある考案とは、考案の本来の目的が公の秩序を害するおそれがあり、したがってその目的にそう実施が必然的に公の秩序を害するおそれのある考案をいうものと解すべき」とし<sup>1</sup>、所定のパンチ孔を穿設した紙幣に関する考案について、「犯罪行為をそそのかす」等の被告（特許庁長官）の主張に対し、「本願考案が国によって実施される可能性が将来において全くないとはいい難いし、仮に、本願考案がヒントになって、パンチ孔の穿設していない紙幣に孔を穿つ者がいるとしても、そのことと本願考案が公序に反するか否かとは全く別問題である」と判示している。

### (4) 学説 (参考資料 1-5)

近時の学説は、おおむね、特許を付与するか否かと、その発明を実施することができるか否かは別問題であることを指摘し、実施の許否は他の法規に委ねざるを得ない事柄であるとする<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 東京高判昭和 46 年 7 月 30 日（昭和 45 年（行ケ）第 14 号）では、「公序良俗を害するおそれのある考案とは、…その考案の目的に沿った使用自体が必然的に公序良俗に反するおそれのある場合をいうものと解すべき」と判示されている。

<sup>2</sup> 中山信弘『特許法〔第 2 版〕』144-145 頁（弘文堂，2012）は、「特許を付与することは、…政府による御墨付を与えるものではない。また、特許が付与されても実施できるということまで保証されるものではないし（典型例としては医薬品）、また逆

### 3. 審査基準策定の方向性（案）【審議事項】

審査基準の第Ⅱ部第 6 章「特許を受けることができない発明」は「追って補充」とされている。これに対し、欧州、中国及び韓国といった諸外国では、審査基準に不特許事由についての項目が設けられ、運用指針が示されている。「審査基準の基本的な考え方が国際的に通用するものであること」という改訂方針に基づいて、我が国においても、以下の方向性に沿って、不特許事由についての審査基準を新設してはどうか。

#### （１）「公の秩序」、「善良の風俗」及び「公衆の衛生」の定義について

（事務局案）

「公の秩序」、「善良の風俗」及び「公衆の衛生」の用語の定義については明記しないこととし、他方で、具体例を挙げることによって、本条に該当する範囲や程度を示すこととしてはどうか。

（説明）

これらの抽象概念は、社会状況や道德観念の変遷により影響を受けるものであり、技術の進展との関係も踏まえつつ、その外延を画する定義を示すことは困難ではないか。この点に関し、「公の秩序」、「善良の風俗」について、それぞれ、国家社会の一般的利益、一般的道德観念といった説明をしている文献がある（[参考資料 1-5](#)の 2.）。また、韓国の審査基準においても、これらの用語について、同様の説明がなされている（[参考資料 1-3](#)）。しかし、このような抽象的な説明を用語の定義として採用したとしても、本条の適用範囲を明確化することはできないのではないか。そうであるならば、公序良俗等を害する例

---

に拒絶されても他の法令で禁止されていなければ実施することは可能である。・・・拒絶しても実施を阻止するという効果は皆無である。その実施を認めるべきか否かは、他の法令に委ねれば必要にして十分である。本来は公序良俗または公衆衛生を害するおそれはないが、使用方法によっては害するおそれがある発明も不特許とする必要はない。このようなものは、その実施の態様に応じて、他の法令（たとえば刑法の賭博罪）により取り締まるべきである。」と指摘する。

また、高林龍『標準 特許法〔第 4 版〕』66-67 頁（有斐閣，2011）は、「特許を付与しないということは、その技術について独占権を付与しないことしか意味しないから、結果的にはこの技術は万人に開放されてしまい、同技術の使用の可否は特許法とは別の取締法規によるべきことになる」とことを指摘する。辰巳直彦『体系化する知的財産法 上』44 頁（青林書院，2013）は、「・・・取締規定による具体的な発明の実施規制と特許法による保護適格の問題とは異別に考えるべきである。」と述べている。

を挙げつつ、本条に該当する範囲や程度を示す方が審査官の判断の安定に資するのではないか。

## (2) 特許法第 32 条適用の基本姿勢について

(事務局案)

- ア 審査官は、請求項に係る発明が公序良俗等を害するものであることが明らかでない限り、不特許事由に該当するものと判断しないこととはどうか。
- イ 公序良俗等を害するような態様で使用される可能性があることを理由として、その発明が不特許事由に該当すると判断してはならない旨を記述してはどうか。
- ウ 上記ア及びイを踏まえ、不特許事由に該当する旨の判断は抑制的になされることを述べておくこととはどうか。

(説明)

### ・アについて

公序良俗等を害するといえるか否かは、国家社会の一般的利益や道徳観・倫理観に関わるものであり、こうした価値観は、時代と共に変遷し、また人により異なり得るものである。したがって、どのようなものが公序良俗等を害するおそれがあるのか否かの客観的・安定的な判断は、本質的に困難を伴う。他方、本条違反は拒絶理由に該当し、本条違反という審査官の判断が維持されると、その出願に対しては、拒絶査定という不利益処分が課されてしまう。

国際的な視点からみても、例えば、欧州の審査基準 (参考資料 1-3) をみると、欧州特許条約 53 条(a)を適用する「公正な基準は、特許権の付与を想像できないほど一般公衆がその発明を嫌悪すべきものだと考える可能性が高いかどうかを考慮することである。」とし、これに該当することが「明らか」な場合に拒絶理由が通知されることについて記述されている。

こうした点を考慮すると、発明が不特許事由に該当すると判断されることについて、社会的にコンセンサスが得られているような場合、すなわち、発明が公序良俗等を害することが明らかでない限り、審査官は、その発明が不特許事由に該当すると判断しないこととはどうか。

### ・イについて

公序良俗等を害するような態様で使用される可能性があることを理由として、不特許事由に該当すると判断してはならないことは、「不正手段の具になることがあるとしても、そのために装置自体が秩序風俗を紊す虞があるということが

できず」と判示した最高裁判例（参考資料 1-4）の 1.（1）において示されていると考えられる。

また、欧州の審査基準においても、濫用の可能性だけでは、公序良俗に反するとして拒絶するには十分ではない旨が記述され、韓国の審査基準においても「不正行為の用途に提供されることが可能であるという理由のみで公序良俗を乱すおそれがあるとするにはできない。」と記述されている（参考資料 1-3）。

これらを考慮すると、公序良俗等を害するような態様で使用される可能性を想定し、本条に違反すると審査官が判断してはならないことを、審査基準に明記しておくことが望ましいのではないかと。

・ウについて

上記ア及びイを考慮すると、不特許事由に該当する旨の判断は、抑制的になされるものといえるのではないかと。そこで、この点を、審査基準において、基本姿勢として述べておくことが望ましいのではないかと。

### （3）TRIPS 協定 27 条(2)ただし書について

（事務局案）

審査官は、単に我が国の法令によって実施が禁止されていることを理由として、請求項に係る発明が不特許事由に該当するものと判断してはならない旨を記述してはどうか。

（説明）

TRIPS 協定 27 条(2)ただし書は、公序良俗を守ることを目的として、加盟国が所定の発明の特許の対象から除外することにつき、「単に当該加盟国の国内法令によって当該実施が禁止されていることを理由として行われたものでないことを条件とする。」と規定している。この規定は、我が国においても効力を有するものであるが（特許法 26 条）、特許法上は、これに対応する明示の規定がないことから、審査基準において記述することが適切ではないかと。