

不特許事由に関する主な学説等の状況

1. 兼子一、染野義信『特許・商標〔新装版〕』67頁（青林書院新社，1966）

「…二つの態様がある。

第一は、発明の内容である技術の使用又は利用によつて生産されたものが、それ自体として本号に該当する内容を有する場合（窃盗用器材、殺人用機械や人の自由の拘束にむけられる器具等も本号について問題となる）。その発明のあらわされたものが、何人も容易に他の目的に使用し得て、その転用が秩序、風俗、衛生を害する虞れあるものであるときは本号の適用をうけるが、しかし他の目的への転用が社会生活上きわめて異常であつて、発明それ自体としてはそうした直接の目的を有さず、又、何人もが容易に他の共通の目的のために転用する虞れのないものは、これにつき本号の適用をうけないものと解する（例えば、身体の一部洗浄器を稀に他に転用したりすることがあつてもそれ自体の本来の目的より一般に他へ転用するといえないし、教育用模擬性器の発明についても同様のことがいえる）。

第二は、法律若しくは行政取締規定によつて、禁止若しくは取締の対象となつている物の生産に関する発明である。これらの法令に違反する結果を直接の目的とする発明は原則として本号の適用を受ける。…」

2. 織田季明、石川義雄『増訂 新特許法詳解』134-135頁（日本発明新聞社，1972）

「…『公の秩序、善良の風俗』とは民法九〇条にいう「公ノ秩序、善良ノ風俗」と同じ意味であり、一般的には両者は区別されることなく合わせて用いられているが、しいて区別すれば「公の秩序」は国家社会の一般的利益を意味し、「善良の風俗」とは社会の一般的道徳観念を指すといえよう。

ところで「公の秩序、善良の風俗又は公衆の衛生を害する発明」とは、発明そのものが公の秩序等を害することをいうものではなく、発明の使用が公の秩序等を害する場合のことを意味するものと解すべきである。また発明の使用の仕方いかんによっては公の秩序等を害するような発明はすべて特許をしないという趣旨ではなく、その発明の本来の使用が公の秩序等を害する場合に特許をしないという趣旨である。また本来の使用が公の秩序等を害し、その使用の仕方によっては害しない場合もあるような発明については、害しない使用の仕方限定して特許をするのではなく、あらゆる使用の仕方について特許されないものと解すべきである。」

3. 佐藤恵太「判批」ジュリ 940 号 118-119 頁 (1989)

「公序良俗違反の基準に関する通説は、古くから目的理論である(清瀬(一郎)・工業所有権概論五〇頁)。目的理論とは、当該発明(以下考案も含む)の本来の目的(当該発明品の用途を指すようである)が公の秩序を害するおそれがあり、従ってその目的に沿う実施が必然的に公の秩序を害するおそれのあるものは特許しない、という考え方である。」

「公序良俗に違反する発明がなぜ特許されないのだろうか。その理由は、民法九〇条と同じ趣旨であるから当然だ、とするものが多い。…しかし、民法九〇条と特許法三二条二号(実用新案法四条)を比較すると、法が関与しないとする理論構造が違うので、右理由はあたらないと考える。民法九〇条で公序良俗違反の結果無効となるのは法律行為である。それは、各人が希望した当該法律行為の効力を認めると、法の理念からみて容認できない内容に裁判上の保護を与える結果となり、国家秩序が保たれないからである。しかし特許では、公序良俗違反を理由として特許されなかった場合、発明の実施そのものができなくなるのではなく、独占権が行使できなくなるだけである。特許は実施のお墨付きではなく、実施の独占権にすぎないのであり、実際の実施には統制法規の規制が有り得る。その一方で、社会にとって容認できないのは、特許の法律効果である実施の独占ではなく、むしろ実施そのものである。かかる事情は、公衆衛生を害する発明についても同様である。独占権を与えることが公衆衛生に反するという解釈はナンセンスであり、実際の使用態様が具体的に公衆衛生を害する場合には特許しない、と考えるべきである。…公序良俗違反の発明を特許しない理由は、民法九〇条の理論構造とは別に求めるべきこととなろう。

その解決方法の一つが、目的理論であるという位置付けも可能である。通説はこれを採る。…ただ、目的理論は、物の本来の用途が認定できることを前提とした考え方であり、本来の用途以外に用いた場合の弊害は考慮しないことを意味する。そこで、本来の用途の認定にあたって、目的の認定資料を明細書のみとしたり、それを過大に重視すると、明細書の書き方しだいで規定の適用を免れるという不都合な結果を生じる…」

「…公序良俗違反の理論構成について、いま一つ考え得るのは、特許法三二条二号(実用新案法四条)の趣旨を以下のように考え得ることである。すなわち、公開公告等で公表される発明の内容が公序良俗に反する場合は、もしこれに特許を認めると、公序良俗に反する発明を社会に広めることに国が荷担することとなるから特許しない、という立場である。EPC53条A本文は右の趣旨であろう。公表を基準とすると、目的理論のように本来の用途について認定する必要

がなくなる一方、出願公開の場合に公序良俗違反の発明が例外的に公開されないとの規定（実用新案法一三条の二第二項四号）とを統一的に考えることができるであろう。さらに、本来の目的の認定が、審査段階では難しい場合もある。…」

4. 吉藤幸朔（熊谷健一補訂）『特許法概説〔第13版〕』140-142頁（有斐閣，2000）

どのような発明が公序良俗や公衆の衛生を害するおそれがある発明に該当するかは、時代によって異なるとしつつ、基準として以下のものを挙げている。

「(A) 公序良俗関係 ①発明の本来の目的が公序良俗を害するものであり、したがって、その発明の使用及び発明の効果も当然公序良俗を害するものはこれに該当する¹。

②発明の本来の目的が公序良俗を害するおそれがないとしても、発明の目的と構成からみて、何人もきわめて容易に、公序良俗を害する目的に使用する可能性を見出すことができ、かつ、実際にそのように使用するおそれが多分にあると認められるものは、これに該当する。特にその使用に公然性のないものにつき、その「おそれ」が強い²。

③発明の本来の目的において公序良俗を害するおそれはないが、使用の仕方が異常であるために公序良俗を害するおそれがあるものは、これに該当しない。

³

(B) 公衆衛生関係 ①製造方法（たとえば医薬の製造方法）の発明の場合に、その方法自体が公衆の衛生を害するおそれがなくとも、その方法によって製造された物が公衆の衛生を害するおそれがあるときは、その発明は、以上のおそれがある発明と解すべきであろう。

②発明の本来の有益な目的を達成するにもかかわらず、使用の結果公衆の衛生を害するおそれがあるものについては、④その害を除去する手段がある場合は、衛生を害するおそれがないものと解する。⑤その害を除去する手段がない場合は、プラス・マイナスを比較考量して判断すべきものと解する…

③審査時に、使用の結果のおそれの有無が不明な発明については…有無不明のまま特許すべき…説を妥当とすべきであろう。

¹ 該当例として、「紙幣偽造装置、金塊密輸用チョッキ、阿片吸引具等」が脚注で挙げられている。

² 東京高判 40・12・14（男性精力増強具事件）が脚注で挙げられている。

³ 東京高判 31・12・15（ビンゴ事件）が脚注で挙げられている。

特許法は、安全性・品質を確保するための法律ではなく、発明を奨励するための法律である。…製品の安全性・品質を確保するのは、他の法律（薬事法・食品衛生法等）の問題にすぎない。」

5. 角田政芳「判批」別冊ジュリ 170 号（特許判例百選[第 3 版]）45 頁（2004）

「…あへん煙吸食器具輸入等の罪（刑 137 条）においては、あへん煙吸食器具の発明の実施（製造、販売、輸入行為）が直接犯罪を構成する。また、通貨偽造罪（刑 148 条）においては通貨偽造機械や装置の発明の実施（偽造通貨の生産行為）が直接犯罪を構成する。このような場合には、『公序良俗を害するおそれがある発明』に該当するというべきであろう。

しかしながら、現在においては、とくに取締法規によって、その製造、販売、輸入等が禁止されている場合であっても、将来科学技術の発展により禁止する必要がなくなる可能性のある技術等については、上述のあへん煙吸食器具輸入販売等や通貨偽造等の犯罪とは異なり、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特許法において、その排他的独占権を付与してさらに科学技術の発展を促進する必要がある場合には、むしろ特許を認める余地を残すべきであろう（パリ条約 4 条の 4 参照）。」

6. 田村善之『知的財産法〔第 5 版〕』202-203 頁（有斐閣，2010）

「…倫理的に無価値であるということが明らかになったのであれば、特許を付与してその種の発明を奨励する必要はないことが明確になっているのだから（人間に対するクローン技術についてはその方向性が定まりつつあるのかもしれない）、その後に出願された発明について公序良俗該当性を否定すべきではない…他方で、倫理的に無価値であるか否かということについて議論が続いている段階では（受精卵について先天的な病気の有無をチェックする技術など）、たしかに、公序良俗という一般条項に過度に依存して法的安定性を害するよりも…特許制度の枠外によるものも含めて立法による解決を図る方が望ましいといえよう。」

7. 高林龍『標準 特許法〔第 4 版〕』66-67 頁（有斐閣，2011）

「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。しかし、公序

良俗に反する技術に特許を付与しないとする制度趣旨は、むしろ取締法規等の存否にかかわらず、万人に当該技術を使用させるべきではないとするところにある。たとえば、『ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律』…は、ヒトに関するクローン技術が人間の尊厳の保持、人の生命および身体の安全の確保や社会秩序の維持に重大な影響を及ぼすことに鑑みて制定された規制法であって（同法 1 条参照）、単なる取締法規に類するものではない。そうすると、『人クローン胚を人の胎内に移植する方法』の発明は、この発明の実施はすなわち刑事罰の対象となる生命倫理に反する行為であって、それ以外の実施の態様はありえないから、公序良俗に反する発明として特許を付与すべきではない。」

8. 中山信弘『特許法〔第2版〕』144-148頁（弘文堂，2012）

「…何故このような規定が必要なのか、という点については必ずしも明らかにされていない。通説的見解は、そのような発明の実施が公序良俗または公衆衛生を害するおそれがあるから特許すべきではないとしている。…独占的实施を認める必要性はないし、…特許制度の権威に関わると考えられたのかもしれない。しかしながらこのような見解には疑問がある。」

第1に、特許を付与するということは、…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。…具体的には副作用の強い医薬品や精力増強器具や避妊具等に関するものが問題となることが多いが、…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。また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。

第2に、公序良俗または公衆衛生についての判断をすることになると、特許庁や裁判所は判断が主観的で微妙な問題を背負い込み、多大の時間と労力を使わなければならないことになる。たとえば、猥褻性の判断には極めて難しい側面があるし、しかも猥褻の観念は時代とともに変化するので、特許庁はとてつもなく大きな負担を背負い込むことになる。…また特許庁が猥褻概念を判断するに適切な機関とも思えない。…またサッカリンのように発癌性があるとして禁止された後に禁止が解除された例もあるし、後になり無害化する使用方法が開発されることもありうる。特許庁がこのような将来の状況の変化も読み込んで判断することは不可能であろう。

第3に、つぎのような点も考慮すべきである。…副作用が強い等の理由だけでは公衆衛生を害するおそれがあるとすべきではない。副作用が強い医薬であっても、その発明を公開することにより新たな技術開発の礎になるという特許付与のプラスの面を見落としてはならない。…」

「しかしながら現実問題として32条が存在する以上、それを無視した解釈はできないが、同条の適用には抑制的であるべきであろう。…独占権を付与すること自体が公序良俗または公衆衛生を害するおそれのある発明の特許の対象から外せば足りるはずであり、仮に発明の実施が公序良俗または公衆衛生に反することを理由に同条を適用するとしても、阿片吸引具のように、公序良俗または公衆衛生を害することが明白であり、かつ公衆衛生等を害する以外に活用ができないことが明白な事例のみが不特許になると解すべきであろう。

1つ注意すべき点は、…特許庁がこの問題を抑制的に判断すると、他の法令により公表できないようなものであっても、特許出願さえすれば公表されてしまう、という事態も考えられる。このような事態は好ましいものではなく、公表すること自体が公序良俗または公衆衛生を害するおそれのある発明については不特許とする必要がある。…」

「…特許制度には、技術の促進という効果があるが、国家としては当該技術の発達を避けたいと考えた場合に、そのような技術に特許を付与することは矛盾であるという考え方もあり得る。しかしクローン人間の創造のように、別の法令でそのような技術の研究や実施が規制されていれば、仮に特許を付与しても技術促進という意味をなさないであろうから、…実害は考えられない。」

9. 渋谷達紀『特許法』125頁（発明推進協会，2013）

「公序良俗を対するおそれのある発明であるか否かは、発明の目的の選択によって決まるところがある。…紙幣偽造機として出願した印刷機の発明の目的を精密印刷機と補正すれば、不特許発明ではないことになる。…」

公衆衛生を害するおそれのある発明について…生ずるおそれのある被害は不可逆的でありうるので、より厳しい解釈を採用すべきである。もともと、不特許発明の範囲を積極的に広く解釈することは、価値中立的な特許法の性格になじまない。判断に迷うときは特許を与え（51条）、実施の取締りは他の法規に委ねることが妥当と思われる。」

10. 土肥一史『知的財産法入門〔第14版〕』（中央経済社，2013）

「…阿片吸引具のように発明そのものの目的が公序良俗等に違反する場合や、

人体に有害な物質（PCB）を塗布したセルロイド玩具のように…発明の実施が必然的に公序良俗や公衆衛生を害するおそれのある場合がこれにあたる。」

1 1. 井関涼子「欧州特許条約とフランス法における医療関連特許と生命倫理」
同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦』393-394 頁（弘文堂、
2013）

「独占権を付与すること自体が公序良俗等を害するとはどのような場合であるかを考えると、一つには、医療の公平性を損なうような、医療倫理に反する場合があります。…これは、生命倫理の問題であると同時に、医療に関する産業政策の問題ともいい得るのではなかろうか。

ほかの場面としては、…人体の構成要素そのものを取引対象とする場合のように、人間の尊厳を傷つけるような場面が考えられる。フランスでは、民法典において、人格の尊厳の現れとして人体の非財産制の原則を確立し、そこから、人体の構成要素のそのものは特許の対象とならないという原則を導いた。これも、倫理と産業の線引きの問題として、一面では産業政策問題と捉えることも可能であろう。そのように考えるならば、産業政策立法である特許法が規律すべき問題ということができよう。」

1 2. 辰巳直彦『体系化する知的財産法 上』44-45 頁（青林書院、2013）

「…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。公衆衛生を害するおそれのある発明というのも、その本来的な目的に沿う発明の実施が公序良俗を害するおそれがあるのと同程度に、公衆衛生を害するおそれのある場合にのみ不特許事由に該当すると限定的に考えるべきであろう。

なお、不特許事由に該当し特許法上保護されないということは、直ちに発明の実施が禁止されることを意味するわけではない。特許法は発明保護法で、発明を保護するか否かだけを問題とする法律である。したがって保護しないものの実施が何人にも自由なため問題があるからといって、それを規制することはその射程外といえる。もし不特許事由に該当し特許法上の保護が与えられない発明について、何人も自由に実施できることにより社会的に問題があるとすれば、それに対応した取締規制法を別途立法として制定し対処する必要がある。」