

新規性の趣旨とインターネット公知

竹内 敏夫^(*)

平成 11 年の特許法改正によりインターネット公知が導入されたが、インターネット上の情報は日々変化し、失われている情報も多くある。その状況から、インターネット公知の適用に当たって、ウェイバック・マシン取扱いについて国内の動向を検討する。あわせて、それ以外の問題については、特許制度における新規性の位置づけを再考し、検討を加えた。

I. はじめに

II. 新規性に関する学説・判例

1. 特許法 29 条 1 項 1 号(公知)、2 号(公用)、3 号(刊行物等公知)に関する解釈

- (1) 公知(29 条 1 項 1 号)
- (2) 公用(特許法 29 条 1 項 2 号)
- (3) 刊行物等公知(特許法 29 条 1 項 3 号)

2. 特許庁審査基準等での取り扱い

- (1) 日本における取り扱い
- (2) 欧州の審査ハンドブックにおける取り扱い
- (3) 審査とウェイバック・マシンによる証拠のまとめ

3. インターネット公知に関する裁判例

- (1) インターネットのブログに関する事例
- (2) ウェイバック・マシンに関する判例

4. 米国におけるウェブアーカイブの取り扱い

5. 小括

III. インターネット公知と新規性の趣旨

1. 新規性の特許要件としての意義

2. 新規性に関する歴史的考察

IV. 検討

1. インターネット公知と新規性

2. 今後の課題

V. 最後に

I. はじめに

特許法 29 条 1 項は新規性がない場合を列举するとともに、平成 11 年の改正により 3 号に「電気通信回線

を通じて公衆に利用可能となった発明」としていわゆるインターネット公知に関する規定が追加されている。インターネットが発達した現在においては、それまでの刊行物紙による公知より、インターネット公知の方がより身近で、公知になる機会も増えている。一方、インターネットの特性として、掲載されている情報の変更や削除が、紙の刊行物に比べて容易にできることが挙げられる。インターネット上の文献が削除される割合については、「図書館情報学関係学術誌」において引用されたインターネット上の文献に関する研究であるが、3 年間では 89% が入手可能で、2005 年では 82% が入手可能となり、年を経るごとに入手可能なインターネット掲載の文献が減少し、入手が不可能になっていることが指摘されている⁽¹⁾。

一方で、インターネットを通じて利用可能となった発明については、そのオリジナルが残っていない場合や公開した日時やその内容が改変されていないことを証明する必要がある⁽²⁾。また、一概にインターネット公知といっても、学術団体のサイトや出版社のサイトのように比較的信頼性が高いサイトと、個人のサイトやブログなどの比較的改変が容易なサイトともあり、これらの取り扱いについても特許庁の審査基準で取扱いが定められ、運用されている⁽³⁾。

また一方で、新規性に関する特許法 29 条 1 項の規定は、1 号の「公然知られた発明」とは「秘密保持義務のない第三者に実際に知られたことをいう」と解釈されており⁽⁴⁾、「実際に知られた」ことまで必要とされている反面、3 号のインターネット公知については、「利用可能となつた」と規定されており、実際に知られなくとも、利用可能となった時点で新規性を失うと規定

(*) 日本大学法学部教授

(1) 藤田節子「失われていくインターネット上の参考文献図書館情報学分野の雑誌論文に参照されたインターネット文献の入手可能性の分析調査」情報管理 vol.53 no.9(2010 年 12 月)492 頁以下

(2) 中山信弘、小泉直樹(編)「新・注解特許法(上巻)」青林書院 第 2 版(2017 年)264～266 頁

(3) 特許庁 審査基準「第 I 部第 2 章第 2 節先行技術調査及び新規性・進歩性等の判断」

(4) 平成 24 年 10 月 4 日判決(大阪地裁平成 22 年(ワ)10064 号)「内部枠構造事件」等

されている。このように新規性の規定において、1号について第三者が知られていないことを立証することは困難であること、また、法律上1号と3号をかき分けているおり、1号を知られ得る状態で足りるとすれば3号は不要となることなどから、1号は現実に知られていることが必要とされ、3号の文献公知又はインターネット公知は「知られる状態で足りる」と解されている⁽⁵⁾。このように1号と3号とでは、知られている程度においても差異があると考えられているが、なぜそのような差異が生じているのであろうか。つまり、インターネット公知は上述のようにアクセスが不可能となる事態が発生するにかかわらず、知られる得る状態になったところで新規性を失うこととなっており、1号では現実に知られていなければならないといえるより厳しい立証が課されているのである。また、インターネット公知を知られ得る可能性があれば足りるとすると、インターネット上にほんのわずかな時間だけ公開され、誰も参照されないまま削除された場合であっても、形式上3号のインターネット公知に該当することとなり、本当にこのようなケースまで新規性を失うとしてよいのかという問題がある。さらには、近年AIの利用がさまざまところに広がっている。その反面、AIを悪用したディープフェイクなどの情報の改ざん、捏造も取りざたされている。このようなAIの発達、今後の公知技術の認定においても影響してくることが考えられる。

本稿では、これらの問題意識を踏まえて、新規性に関する学説、判例を整理したうえで、特許制度の中の「新規性」の意義を検討し、考察したうえで、インターネット公知に関する問題について検討を行うこととする。

II. 新規性に関する学説・判例

1. 特許法29条1項1号(公知)、2号(公用)、3号(刊行物等公知)に関する解釈

(1) 公知(29条1項1号)

特許法29条1項1号は「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」について規定する。この「公知」に該当するといえるためには、当該技術が知られ得る状態であれば足りるとする説⁽⁶⁾と、当該技術が現実に知られている必要があるとする説がある⁽⁷⁾。この点、条文の文理解釈や、1号の他に2号、3号を書き分けており、知られる状態で足りるとすると2号、3号との整合性の問題があるため、1号の公知は現実に知られている必要があるとされており、その旨を示した判例もある⁽⁸⁾。

(2) 公用(特許法29条1項2号)

特許法29条1項2号は「特許出願前に日本国内又は外国において公然実施をされた発明」について規定する。この「公用」といえるためには、当該技術にアクセスが可能であり、かつ、当業者であるならば利用可能であるという状態が必要であるとされている⁽⁹⁾。

なお、1号の「公知」と2号の「公用」については、そもそも明確な区別をしない方が実情に沿っていることが指摘されており⁽¹⁰⁾、確かにこれを明確に区別して適用することは無用な混乱を招くだけで、実際の意義は少ないように思われる⁽¹¹⁾。

(3) 刊行物等公知(特許法29条1項3号)

① 刊行物公知

特許法29条1項3号は、「特許出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された発明又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」について規定する。

前段の「刊行物」の解釈については、種々の学説があるが、判例によれば「公衆に対し頒布により公開する

(5) 前記 註2 中山・小泉 258 頁 なお、1号も「知られ得る状態で足りる」と解釈する裁判例(東高判昭51.1.20 無体集8巻1号1頁)があることも言及されている。

(6) 光石士郎「特許法詳説」帝国土地方行政学会(1976年)142頁、紋谷暢男編「注釈特許法」有斐閣(1986年)74頁

(7) 豊崎光衛「工業所有権法 新版・増補」有斐閣(1980年)157頁、吉藤幸朔・熊谷健一「補訂特許法概説 第13版」有斐閣(1996年5月)78頁。

(8) 意匠に関する事件であるが、東京高判昭和54年4月23日無体裁集11巻1号281頁(サンドペーパー事件)において、「意匠法第三条第一項第一号にいう「公然知られた意匠」とは、同項第二号において第一号とは別に頒布刊行物を規定している趣旨に鑑みると、その意匠が、一般第三者たる不特定人又は多数者にとつて、単に知りうる状態にあるだけでは足りず、字義どおり現実に知られている状態にあることを要するものと解される。」として現実に知られている必要があるとしている。そのほか、東京高等判昭和54年5月30日取消集昭和54年P685「電子オルガン事件」などがある。

(9) 中山信弘「特許法 第5版」弘文堂(2023年)133頁

(10) 前掲註9 中山 134 頁。旧法(大正10年法)では、公知と公用は同じ条文で規定されていたが、現行法で1号と2号に分けて規定されたもので、却って解釈上の余計な混乱を招く恐れがあることが指摘されている。

(11) 塩海久雄「特許法上の新規性喪失自由の機能と現代的課題」香川法学19巻3・4号(2000年3月)126頁には「公知の事由刊行物記載と別個に規定している点でわが国と類似の規定を有するアメリカ法においても(第三章2.3)、わが国と類似していた1978年改正前のドイツ法においても(第三章2(1))、公知の概念は実施に知識を得ることまでは不要であり、知られ得る状態で足りると解釈されている。・・・したがって、公知は、公然知られる状態であれば足り、現実に知られたことまでは不要であると解釈すべきであらう。」としている。

ことを目的として複製された文書、図画その他これに類する情報伝達媒体であって、頒布されたものを指す」といわれている⁽¹²⁾。この「刊行物」という語が一般に印刷媒体を示すため、以前はマイクロフィルムがこの「刊行物」に該当するかについて学説や判例が存在したが⁽¹³⁾、現在ではマイクロフィルムやCD-ROM等の場合であっても、刊行物性を否定する理由はないとされている⁽¹⁴⁾。また、「頒布」とは、当該刊行物が一般に閲覧可能な状態で配布されることで、公衆にアクセスが可能となることを意味するとされており⁽¹⁵⁾、具体的に誰が閲覧をしたかという立証は不要であり、閲覧可能となった時点で頒布性が認められ、新規性は失われると解釈される⁽¹⁶⁾。

なお、平成11年改正以前の旧3号の「刊行物」については、3号の刊行物公知のみが外国における公知も含んでいたため、外国において生じた事由が旧3号の「刊行物」に該当するか問題になっていたが、当初から外国特許庁に提出された特許明細書という原本そのものは「刊行物」に当たらないとされた判例もあるが⁽¹⁷⁾、前述のマイクロフィルム等が「頒布された刊行物」に該当すると考えると、原本が公開されかつ複製可能な形となったことにより「頒布された刊行物」に該当する。

②インターネット公知

特許法29条1項3号後段では、「電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった発明」としてインターネット公知が規定されている。この規定が、1号と別に来てされた理由としては、従来からインターネットを通じて公知となった発明は、「公知」(1号)として新規性を否定されたのであるが、あえてこれとは別に規定した理由として、1号の「公然知られた」というためには、公然知られた事実が必要であるという説があり、同様の高裁判例も存在し、これに従えばインターネット等を通じて開示された情報に公衆がアクセスした事実を立証しなければならず、審査においてインターネットに開示された発明を発見したとしても、出

願前にアクセスした事実の有無を確認することが困難であることから、これとは別に規定されたことが説明されている⁽¹⁸⁾。ここで、「公衆に利用可能」とは、不特定多数の者が見うるような状態に置かれたことを意味し、現実には誰かがアクセスしたという事実は必要としない。インターネットに掲載された発明については、リンクが張られ又は検索エンジンに登録され、かつ公衆からのアクセス制限されていない、いわば公衆への道筋がつけられている記録媒体上に情報が記録されることを意味するとされている⁽¹⁹⁾。

このインターネット公知は、改正された平成11年当時から、インターネット上に公開した日時が出願日以前であったことをどう立証するか(公然性の問題)、内容が改変されていないことをどう立証するか(内容の真実性の問題)が指摘されていた⁽²⁰⁾。インターネット上のサイトは無数に存在し、なおかつ頻りに更新され、その更新履歴が残されていないものも多数存在し、証拠の信憑性が問題なるケースも多い。また、サイト自体が「公衆に利用可能」かどうかについても、ホームページのアドレスが公開されていないもの、社内システムなど情報にアクセス可能な者が特定の団体構成員に限定されているもの、暗号化されているもの、短時間のみ公開されたものなど様々なケースが考えられる。これらは、これまでの刊行物では考えられないような事例であり、インターネット公知特有な問題といえる。

2. 特許庁審査基準等での取り扱い

実際のインターネット公知に関する認定について、特許庁新基準に基づいて検討する。

(1) 日本における取り扱い

上述のようにインターネット公知については、これまでの刊行物による公知にはない問題があるが、この点に関する特許庁審査基準の取り扱いを参照する。

特許庁審査基準においては、公衆に利用可能となっ

(12) 最判昭和55・7・4民集34巻4号570頁(西独実用新案明細書事件)

(13) マイクロフィルムの刊行物性を認めた判例として、「第二次箱尺事件」(東高判平成53・10・30無体裁集17巻3号506頁、上告審の最判昭和61・7・17民集40巻5号961頁)がある。

(14) 前掲註9中山135頁

(15) 前掲註9中山136頁

(16) 同旨の判例としては、東京高判昭和36・4・27行集12巻4号884頁「テトラポット事件」、東京高判昭和39・10・22判タ297号261頁「水晶発振子事件」、東京高判昭和40・2・25行集16巻2号247頁「ナイロン糸製造方法事件」、東京高判昭和43・4・30判タ224号264頁「編機事件」、東京高判昭和48・4・27判タ297号261頁「貼り合せシート事件」

(17) 東京高判昭和55・10・30無体裁集10巻2号499頁「ベルギー特許明細書原本判決」では、公開されたベルギー特許明細書(原本)は、その写し他に頒布されることはあっても、原本自体はベルギー特許庁に終始備え置かれるもので頒布される性質のものではないから「刊行物」にあたりないとしている。

(18) 特許庁総務部総務課編「平成11年改正 工業所有権法の解説」社団法人発明協会(1999年12月20日)94頁

(19) 註17 工業所有権法の解説93頁

(20) 中山信弘・小泉直樹編「新・注解 特許法 上 第2版」青林書院(2017年9月)266頁

た時の認定について、基本的にはウェブページ等に表示されている掲載時期に基づいて判断するとしている。そして、掲載時期の記載がなく、出願時との先後が不明である場合は、審査官は、掲載された情報に関してその掲載、保全等に権限及び責任を有する者から掲載時期についての証明を得て、掲載時期が出願時よりも前であれば、その情報を引用することができるとしている。また、掲載時期や内容に疑義がある場合は、掲載、保全等に権限及び責任を有する者に問い合わせて掲載時期又は掲載内容についての確認を求め、その際、審査官はウェブページ等への掲載時期又は掲載内容についての証明書の発行を依頼するとされている⁽²¹⁾。

審査ハンドブックにおいては、ウェブページ等に掲載されている事項が公衆に利用可能であるか否かについては、①ウェブページ等に掲載されている事項の存在及び存在場所を公衆が知ることができたこと、②不特定の者が当該事項にアクセス可能であったこと(パスワードがかけられている場合や、有料サイトであっても差別なくこれらを手等できるものであれば該当する)とされている⁽²²⁾。またウェブページ等に掲載されている事項の改変の疑義があるか否かについては、公的機関(省庁等)や国際機関のように当該ウェブページの掲載主体の信頼性に基づいて判断をするとなっている⁽²³⁾。

このように、特許庁の審査においては、公然性については、ウェブページの掲載時間を一応の根拠とし、これが明確でない時には、問い合わせをするなどの個別の確認を行うことで立証を行っている。また内容の真実性については、そのウェブの運営主体の信頼性に基づいて判断を行う運用が行われている。

令和2年特許・実用新案審査ハンドブックの改定により、平成30年(行ケ)10178号特許取消決定取消請求事件を受けて、ウェイバック・マシンでウェブページ等を検索した場合に表示されるURLのうち数字部分の記載から、ウェブページ等が電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった日時(URL『https://web.archive.org/web/20130427103728/…/』のうち『20130427103728』)の記載が示す協定世界時2013年(平成25年)4月27日10時37分28秒から時差を考慮して日本標準時同日19時37分28秒)を認定したことを受けて非営利団体インターネットアーカイ

ブのウェイバック・マシンに保存されているウェブページ等を引用する場合の記載例が追加されている。

(2) 欧州の審査ハンドブックにおける取り扱い

「7.5.4 日付のない又は信頼できない日付の開示」において、「(a) インターネットアーカイブサービスから入手可能なウェブページに関する情報。このサービスとして最も有名なものは、いわゆる「ウェイバック・マシン」によるインターネットアーカイブ(www.archive.org)である。インターネットアーカイブが不完全だからといって、それが保管するデータの信頼性は損なわれない。またウェブサイトでは、(Espacenet又はIEEEなどの評判の高い情報源であっても)通常は提供情報の精度についての法的免責が適用されており、こうした免責は、ウェブサイトの実際の精度の評判を悪くするものと捉えられるべきではない。」とされている。

(3) 審査とウェイバック・マシンによる証拠のまとめ

上述のように、特許庁の審査においては、日本でもまた欧州においてもウェイバック・マシンの存在がインターネット公知の有力な証拠となってきたことが伺える。これは多数の出願の新規性判断を行い、審査処理をすすめる上では、ある程度ウェイバック・マシンに保存された証拠を活用することが合理的であるためと想像される。

しかし、ウェイバック・マシンはその保持しているデータ等の完全性に保証がされていないため、個別の裁判でこれがどのように判断されるかが問題となる。このウェイバック・マシンに関する証拠の取扱いについては、次の裁判所における取り扱いで検討を行う。

3. インターネット公知に関する裁判例

(1) インターネットのブログに関する事例

日本語かな表記法及び装置事件(平成25年(行ケ)第10223号)⁽²⁴⁾

ウェブページ上の書き込みなどに基づいて公知性が争われた事件で、「ヤフーブログ」や「Livedoor Blog」及び「教えて Watch」という各サイトに掲載されているものである。これらのサイトは、いずれも著名なブログサイトやQ&Aサイト(質問サイト)であって、各記事に付与された日時(タイムスタンプ)は、記事の書き込みを行ったユーザーが任意に付与するものでは

(21) 特許庁審査基準 第三部第二章第3節3.1.2(1)

(22) 特許庁審査ハンドブック第三部第二章新規性・進歩性 3209

(23) 前掲註17 審査ハンドブック 3210

(24) 知高判平成26.03.24判決(裁判所ウェブサイト)

なく、これらのサイトが自動的に付与するものであると認められる。また、ブログの本文に続くコメントや、質問に対する回答という、一連のやり取りの日時(タイムスタンプ)についても、証拠上疑義を生じさせるような特段の事情は認められない。」として、証拠として採用している。

(2) ウェイバック・マシンに関する判例

商標不使用取消に関する審決取消訴訟についてであるが、平成18年(行ケ)10358号審決取消請求事件⁽²⁵⁾では、原告が提出したウェイバック・マシンに保存されたウェブサイトについて、利用規約に記録内容の正確性について保証しないこと、現に、ウェイバック・マシンに記録されている日経新聞のウェブサイトの内容について、真実と異なる内容が表示されている例が存在することから、ウェイバック・マシンに保存されたデータの使用証拠として採用しなかった例である。

また、ウェイバック・マシンに記録されたWebページを証拠として利用したが、そのウェブページが出願後に公開されたウェブページであるため、そのウェブページ記載された出願日以前に発売された製品の証拠とはならないとした事例として、平成28年(行ケ)第10092号スキンケア用化粧品事件⁽²⁶⁾がある。この事件自体はウェイバック・マシン自体の証拠性については議論されておらず、その証明しようとするウェブページに記載された内容に関するものであり、直接ウェイバック・マシンの公知性の証明に関する事案ではない。

また、ウェイバックマシンに保存されたウェブページのURLの末尾の数字が保存した当時の日時を表していると認定した事案として平成30年(行ケ)10178号「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件⁽²⁷⁾がある。この事件においては、ウェイバック・マシンの運営主体の信頼性だけでなく、ウェブページ中の「日本経済新聞平成31年1月18日(金)」の表示内容との間に矛盾がないことの検証を行ったうえで、ウェイバックマシンに保存されたウェブページのURLの末尾の数字をもってUTC(「協定世界時」と認定して事案である。

この判決以降、前述の特許庁の審査基準においても、ウェイバック・マシンのURLの日付を公知日として

認定可能であることが明記されている。そして、審決においても同様にウェイバック・マシンのURLの日付をもって公知日として認定する審決が多く出されている⁽²⁸⁾。

この点、上述の「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件では、単純にウェイバック・マシンのURLの末尾の数字をもって公知日と認定しているわけではなく、そのウェブページの内容について、別の証拠(日経新聞に記載された株価が一致したこと)もとって検証したうえで認定しているのであって、URLの記載をもって直ちに公知を認定しているものではない点に注意が必要である。特に最近の特許庁審判の審決・決定を見ると、異議申し立ての証拠としてウェブサイトとウェイバック・マシンの証拠が併せて使用されるケースが多くみられるが、これらについては審判官が職権で調査した証拠ではなく、第三者から提供された証拠であることから、より慎重に他の証拠とともに検証することが必要なのではないかと考えられる。

4. 米国におけるウェブアーカイブの取り扱い

米国におけるインターネットアーカイブに関連する特許判決としては、Valve Corporation v. Ironburg Inventions Ltd.がある。このValve社のケースでは、Ironburg社のビデオゲームコントローラ特許の一部の請求項が無効であり、他の請求項は無効ではないというIPR(Inter partes review)の判断がされ、これに対する両当事者が控訴して裁判に関するものである。その中でValve社の主要な先行技術文献の1つは、「Xbox 360コントローラのオンラインレビュー記事」であり、Ironburg社は、Valve社が提出したオンラインレビューの記事は適切な認証プロセスを踏んだものではないと主張した。これに対して、裁判所は、Wayback Machineのキャプチャを多くの連邦地裁のjudicial notice(司法通知)に倣いValveを支持したケースがある。ただ、これによりウェイバック・マシン自体の証拠としての地位が確立されたわけではなく、特許の判例ではないがウェイバック・マシンの利用規約が正確性の保証をしていないためにこれを否定する判例(Weinhoffer 対 Davie Shoring)などもある状況である。

(25) 知高判平成19.03.26判決(裁判所ウェブサイト)

(26) 知高判平成29.10.25判決(裁判所ウェブサイト)

(27) 知高判令和元.10.24判決(裁判所ウェブサイト)

(28) これ以降ウェイバックマシンのURLの末尾をもって公知日として認定している審決としては、異議2023-700568号、異議2021-701252号、異議2023-700363号、異議2021-701260号、不服2021-10797号、不服2021-2426号、不服2019-3697号などがある。

5. 小括

現状、インターネット公知について、特許庁審査基準等を見ると Web サイトの公開主体の信用性に依存しているところが大きく、それ以外の個人的なブログなどによる公知については、個々の事案に応じた判断がなされているようである。これは、審査においては行政手続き上、多数の出願案件を適切かつ画一的に処理するためには限界があり、個々の刊行物について厳密な検証を求めることは困難が予想されるため、現状に即した妥当な取扱いといえる。その意味では、インターネット公知の証拠に関する詳細な検証については、その後の異議申し立てや無効審判などにより詳細に行われることが期待されるといえる。

一方、前述した「ゲームプログラム、ゲーム処理方法」事件の判決が出て以来、この結論をもって審決でも同様にこのウェイバック・マシンの URL の数字を持って公知日を認定することが多く行われて特許庁の審決、決定がされているようであるが、上記事件の判決では、単純にウェイバック・マシンの URL の末尾の数字をもって公知日と認定しているわけではなく、そのウェブページの内容について、別の証拠(日経新聞に記載された株価が一致したこと)もとって検証したうえで認定しているのものであって、URL の記載をもって直ちに公知を認定しているものではない点に注意が必要である。審判においては、職権主義が採用され、審判官による証拠調べも可能となっていることから、当事者から提出された証拠についてはより慎重に検証する必要があるように思われる。特に、ウェイバック・マシンでは、米国の判例などでも指摘されているが、そのデータの取得日全部が全く同じではないものなどが含まれる可能性があり、実際の内容と齟齬が生じするケースも考えられる。そのため、慎重な証拠調べに基づいた認定がより必要となっていると思われる。

Ⅲ. インターネット公知と新規性の趣旨

上述のように、インターネット公知における立証の中心は、ウェイバック・マシンとなっており、ウェイバック・マシンの利用については、日本及び欧米など

においてもある程度の地位を得てきていることが伺える。あと残された問題としては、ウェイバック・マシンではアーカイブされていないような、一時的に公開され取り下げられたウェブページなどについても、同様にインターネット公知として取り扱ってよいかである。また、前述したように1号では現実には知られていることが必要とされ、3号の文献公知又はインターネット公知は「知られる状態で足りるとされている点について、新規性自体の特許要件としての意義を歴史的な経緯なども含めて再度検討したうえで考察する。

1. 新規性の特許要件としての意義

新規性の特許要件としての意義としては、特許法が新規性喪失自由を定めた趣旨は、既に公開された発明に新たに特許権を付与してインセンティブを与えても産業の発達に資することがなく、かえって技術の発展を阻害するからと説明される⁽²⁹⁾。そして、最近ではこのような公開されても技術の豊富化に寄与しない発明にはインセンティブは不要であるという消極的な方向からの趣旨だけではなく、新規要件についてパブリック・ドメイン保護という積極的な意義を強調する考えが主張されている⁽³⁰⁾。この立場からは、「特許発明が出願される前から公に利用可能となっている発明について、後から排他権が発生しその行使が認められてしまえば、それを利用していた事業者は、いつ何時排他権によって事業が中断させられるか分からず大きなリスクを負うことになって、おいそれと事業活動を行うことができなくなる(萎縮効果)。これでは、特許法の目的たる産業の振興などままならない。したがって新規性要件は、PDを利用して事業活動を行っている者を特許権から保護することで産業の発達を図るといふ、積極的な意味を持った要件であると理解されなければならない。」とされている⁽³¹⁾。

これらを踏まえて、本稿ではその特許制度発展において、この制度の中で新規性が担ってきたその役割と社会的な意義から再考する。

2. 新規性に関する歴史的考察

近代の特許法としては、11世紀から地中海貿易で栄えたヴェネチア共和国においてはじまったといわれ

(29) 前掲註2「新・注解特許法(上巻)」256頁

(30) 吉田広志「パブリック・ドメイン保護の観点から新規性と先使用权の再構成—用途発明・パラメーター発明を題材に」別冊パテント22号(2019年)59頁及び、吉田広志「パブリック・ドメイン保護要件としての新規性/進歩性の再構成」知的財産法政策学研究 Vol61(2021年)71頁以下など。

(31) 前掲註29 吉田広志「パブリック・ドメイン保護の観点から新規性と先使用权の再構成—用途発明・パラメーター発明を題材に」別冊パテント22号(2019年)59頁

ているが、このヴェネチアでの特許制度は、技術に習熟した職人を国外から招き入れるための制度として発展している。成文法としての特許法では、1474年のヴェネチア特許法では、新規にして独創的な機械を作り上げた者に対して10年間の特許が与えられるが、発明者がその発明を実施しない場合は、政府の権限と判断に基づき発明に関わる機械・装置の需要に対してそれを利用することができることとされていた⁽³²⁾。このヴェネチアの特許制度自体は、輸入特許を前提としており、このここでいう「新規」も他の国において知られていても、いまだヴェネチアにおいて新規であればよいとされていた。このような輸入特許においては、新規性も審査されていたようであるが、最も重要なのは有用性であり、国内にとって有用な発明に特許が付与されていた。このような輸入特許制度では新規性は、国内でのみ新規であればよいということになり、客観的に新規か否かよりも国内の産業にとって有用であるか否かが重要な指標となる。なお、このヴェネチアの特許制度が、その後欧州に広まり、絶対王政の下、国王(領主)による特権の付与としての特許制度につながっていくこととなる。

中世イギリスにおける特許制度は、当初ギルドの例外としての新技術の独占をすることから始まっている。16世紀にフランスにおけるカソリックとプロテスタントの宗教対立から、宗教的な迫害を受けた職人がイギリスに移住するようになった。そこで、既存のギルドの例外としての営業特権として特許が発展していた。やがて17世紀に入るところには、この特許権が乱発される事態が発生し、石鹼、塩、ガラス、ナイフ、でんぶん、鉄、紙やトランプ等にまで特許権が付与される事態に至った⁽³³⁾。このうちトランプに独占的な特許権が付与されたことを争って裁判において、英国コモン・ローに反するとして特許は無効とされた。この判決により、特許はすでに存在している事業について付与されるべきものではないこと、発明は英国内で新規であるか否かを問われること、また特許は期限があること等が明確にされた⁽³⁴⁾。このような特許制度の濫用を防ぐために、英国議会は、1624年に専売条例(Statute of Monopolies)が制定され、この第6条に新

規な製造物(manner of new manufacture)についてのみ、例外的に14年間の期限付きで専売権が付与されることが規定されている。この専売条例は、国王の権限濫用を防止するために規定されており、新規性の要件は、本来国王などの国家権力から自由な実施を確保する役割を持っていたといえる。

一方、この専売条例は、発明の内容を文書にして公開し、その公開された文書を多くの技術者＝職人が読むことにより発明を理解し、利用するという制度ではなかった。そもそも職人は文書を読み、技術を理解するということがなく、直接、その発明を利用する技術を習熟した職人を養成することを前提に特許権の期間を14年間(職人1人の要請に7年を要することを念頭に2代の要請に必要な期間)と定めている⁽³⁵⁾。このことから、特許制度は、単に独占権を付与するという制度ではなく、特許に関する技術を将来に向けて、利用可能な形で残すという役割があるといえる。知識は連鎖するものであり、連鎖しつつ、それまでの知識に新たな知識が積み重なり、さらなる知識となっていくとは、12世紀のシャルトルのベルナルの言葉「われわれは巨人の方に立つ小人のようなものである。それ故われらは彼らより多くのもの、また遠くのものを見る」⁽³⁶⁾ことができるというように、知識は連鎖していく性質を有しているといえる。このことから、新規性についてもこの知識の連鎖をされるように、公知・公用については現に知られていることが必要とされ、文献公知については、文献という形で知識が残ることから知られる可能性があれば足りるとされているといえる。

そして、その後、この新規性をどの範囲で認めるかということは、歴史的にも産業政策上大きな意味を持ってきている。例えば、イギリス特許法は、1977年改正までは新規性について自国でのみ新規ならば、外国で新規でなくとも権利を与える法制をとっていた。そのためフランダースのステングラスの技術はそこでは保護されなかったが、イギリスでは特許された。またベッセマーの溶鉱炉、平炉の技術は、ドイツでは保護さえなかったが、自国内のみの公知をしていたイギリスでは特許が認められ、イギリスの産業革命に貢献

(32) 石井正「歴史の中の特許 発明への褒章・所有権・賠償請求権」(晃洋書房、初版、2009年)10頁

(33) 前掲註32石井 30頁以下に英国においてトランプカードに独占権付の特許権が付与されることが争われた事件(ダーシー対アリン事件)が紹介されている。

(34) 清瀬一郎「発明特許制度ノ起源及発達」学術選書(1970年)

(35) 前掲註32石井 42頁

(36) 前掲註32石井 219頁の脚注に、このベルナルの言葉はマート(Merton,R,K)が述べているとして、名和小太郎「学術情報と知的財産権」東京大学出版 2002年からの引用とされている。

したといわれている⁽³⁷⁾。

一方、フランスでは、フランス革命以前の重商主義政策の下、新規に生み出された発明は実際に稼働すること、フランス産業の発展にどれだけ寄与するかという観点から特許が付与されていた。これはヴェネチアにおける特許の評価に通じるところがあるが、フランスの制度の最大の特徴は発明の利益を国家が享受し、国家は責任を持って補償を行うという点である。

このような観点からは、特許が認められるためには、フランスの国内産業にとって新しく、有益か否かが重要視され、新規であるか否かよりも有用性が重視されている。

1970年におけるフランスの「有用な発見及び創作者に関わる所有権を確保するための法律」では「各産業における発見あるいは新規な発明はその創作者の財産である。このため法は以下に定めるように、創作者がすべてにして完全にそれを享受できるよう保障する。」として、発明者の人権のうちの財産権として保証するとともに、フランス伝統の産業政策的な発明の保護が色濃く出されている。そのためフランスでは、「新規性」の要件は財産権に該当するか否かを判断する指標として機能する一面がある。一方、新規な発明をした者だけでなく、外国から新技術導入者にも発明者と同様な保護が与えられていることから、輸入特許としての面もあったと言える。これまでの重商主義の国家として有益な発明の保護と、人権思想に基づく発明の保護という2つの面を新規性の要件が持つようになっているところに特徴があるといえる。

ドイツでは宗教的対立などに端を発した17世紀の30年戦争の結果、国内が疲弊し、ドイツの産業をイギリスに比べて100年遅らせたといわれている。この後進国であるという認識から、18世紀からドイツではマニュファクチュアの育成などが行われ、1815年に特許法「特許付与に関する布告(Publikenden)」が制定された⁽³⁸⁾。ここではプロイセンにはじめて導入された技術について輸入特許が認められている。また審査において発明の新規性を審査することが定められている。当初の審査では、イギリスの繊維機械技術を導入し、国内で利用するためには特許はむしろこれを阻害するものであると認識され、この新規性の審査は厳し

く、特許件数は限られたものとなった。しかし、その後、米国の発展に感化されたドイツでは、1877年にドイツ統一特許法が制定された。このドイツ統一特許法は、フランス的な自然法的な財産権説はとらず、産業政策説に基づいたものであり、公告制度を採用するなどが行われた⁽³⁹⁾。

IV. 検討

1. インターネット公知と新規性

上述のように特許の新規性については、中世ヴェネチアの時代から現在に至るまで特許となるためには必要な条件となっていた。しかし、その意味は時代により変化していることがうかがえる。つまり、新規性といっても、技術が未発達な時期においては、日本だけでなく、海外においても輸入特許に代表されるように、「新規」とは国内を基準として判断されていた。これは特許制度自体が、その国における技術の豊富化による産業の発達を図るための制度であり、新規性もその意味では国内のみを対象とすることで、その役割を果たしていたことがうかがえる。

一方、近世のイギリスにおける1624年に専売条例では、「新規性」が国による特許の濫発から、パブリック・ドメインとなった技術に対する国民の自由を守るための要件として機能している。これは、現在でのパブリック・ドメインの積極的な保護という特許制度の一面であるといえる。

さらに、特許制度は、強制実施権制度にみられるように、技術を国内で実際可能とし、発明を利用することで産業の発達を図るといって特許制度の宿命ともいえるものが歴史的にもある。これは、技術は単に権利を付与して保護するだけではその国の産業を発達させることにはならず、必ずその技術が国内で実施され、ないしは文献的に利用されることで初めて特許制度の所期の目的を達成し得るもの出ることからもわかる。このような観点から「新規性」という要件をみると、既に公知となった技術や公然実施された技術は、現に実施している技術として存在しなければ、第三者がこれにアクセスし、この技術を利用できないという意味で、

(37) 紋谷暢男 江口順一「GATT ウルグアイ・ラウンドと発展途上国(1) —TRIP 協定を中心として—」国際経済法学会第3号(1994年)80頁

(38) 本木富夫「近代ドイツの特許と企業活動 鉄鋼・電機・ビール経営史研究」(泉文堂 2002年)

(39) 前掲註37 紋谷暢男 江口順一 81頁には、ドイツ統一特許法がアメリカの審査主義とイギリスの公告制度取り入れ、世界で一番厳格な公告主義を採用したことで、各国の発明者がこぞドイツに出願し、ドイツ国民が一番新しい技術を自国の言語で読むことができる恩典にあずかることができた旨指摘されている。

「現に」知られ又は実施されている必要があるといえるのではないと思われる。

また、刊行物公知については、刊行物として存在していることにより、第三者はこれにアクセスし、これを利用できる状況を担保できる。そのため、刊行物が存在する以上、アクセスできる可能性があるため、現に刊行物を見たという証明までは必要とはされないといえる。つまり、刊行物であればそれが存在した、第三者に利用可能な状態に置かれれば、新規性喪失と扱ってよいというのは、そのためと思われる。

このような観点からすると、インターネット公知についても、やはり第三者からアクセスできる状態にあり、利用可能な状態が担保されていなければ新規性喪失とは言えないのではないと思われる。つまり、インターネット上でほんの僅かだけ公表されただけでは、第三者がこれにアクセスし、利用する機会が失われるため、刊行物と同等にウェブページの内容がアクセス可能な状態である程度存在していることが必要であると思われる。

ただ、インターネットの特性上から、削除されてしまえば該当しなくなるというわけではなく、相当な期間これが第三者にアクセス可能な形で存在していたことが必要であり、当該ウェブページの原本となるデータの存在などを合わせて証明するなどのことは必要ではないと思われる。

2. 今後の課題

(1) AI とインターネット公知

インターネット公知の今後の問題としては、ディープフェイクなどに代表される、AI によるデータの偽造、変造にどう対応するかという点も今後議論されるべきと思われる。発明が特許として保護されるには、AI が主体的に創作したものは現状保護されないとした裁判例⁽⁴⁰⁾がある。これは日本に限ったことでなく、海外でも同様な判例は見られる。

一方、AI のより創作された発明が、インターネット上に公開された場合、これらがすべて 29 条 1 項 3 号に該当するののかという点も議論はされていないが問題となり得るのではないと思われる。これを AI の「悪用」というのか「活用」というのかは別として、これに関する特許法の規定はない。特許の取得については、特許法 36 条に「発明者の氏名」とあり、自然人だけを対象としていることは規定されているが、特許法 29

条 1 項には特にその旨の規定がない。そのため、ここでの「発明」は、特許法 2 条 1 項の発明を示すと考えられるため、自然法則を利用した技術的思想の創作に該当すれば、自然人が創作したものであろうと、だれが分からない人がそう創作したものであろうとも、また AI が創作したものであろうともこれは先行技術に該当してしまうこととなる。

また、先行技術として引用されたインターネット上のデータが、出願後 AI により改ざんされた内容を含むというケースも想定される。日本ではあまり考えられないことではあるが、特許を無効にしようとする第三者が意図的にデータを改ざんするケースなども考えられる。これは AI に限ったことではないか、AI が発達するにつれて、よりデータの改ざんが容易になっているといえる。

インターネット公知とは少しずつ増えてくる内容かもしれないが、このようなことに対応するためにも、インターネット上のデータについて、その原本データとの照合を行うなどの今後の検討が必要と思われる。

V. 最後に

実務家として、日本ではウェブページなどの証拠について、紙で印刷した証拠がそのまま利用され、それにより疑義なく裁判が進行することが多いと思われる。確かに、訴訟法上、ウェブページを特定する場合、そのまま提出ができないため、これを書証として提出するため必要であるが、これまではウェブ上の証拠が紙に変換される過程で等で、それが改ざんされたりすることは多分稀であり、問題なく運用されてきたものと思われる。

また、特許法だけでなく、意匠法においては、令和 5 年改正により新規性喪失の例外適用の手続き的緩和が行われるなど、インターネット上だけではなく、新規性喪失の証明については緩和をする方向が示されている。

一方、海外を見れば、米国では eDiscovery の下、電子的な証拠も提出され、フォレンジック (Forensic) などの技術を用いて検証がされるなど、厳しい電子証拠の取り扱いがされている。また中国などでも電子証拠の取り扱いについては、司法解釈が示され、その証拠取得のプロセスなどについても厳しく定められてい

(40) 令和 5 年(行ウ)第 5001 号 東地判令和 06.05.16(裁判所ウェブサイト)

る。

このような現状から、日本国内においては、これまでのように性善説に立った日本の実務が行われることは、国内だけみれば問題はないが、海外においては必ずしもこれがスタンダードということはできないと思われる。これは、日本の企業が電子的証拠の取り扱いについて、日本の実務をスタンダードとしていたのでは、海外での競争に打ち勝つことはできなくなってしまうおそれがある。また日本国内では公知性の証拠として利用できも、海外では証拠性を否定される可能性もあり、このことが企業活動にとっても障害となり得るのではないかと懸念される。このようなことが起こらぬよう、インターネット上の証拠の取扱いにも関心が高まることが期待される。

以上