



Title	スポーツ上の身体運動方法の特許可能性
Author(s)	北元, 健太
Citation	阪大法学. 2024, 73(6), p. 43-73
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/94783
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

スポーツ上の身体運動方法の特許可能性

北 元 健 太

- I はじめに
- II 検討対象
 - 1 実施可能要件の充足可能性
 - 2 競技外の動作との関係
- III 特許要件の充足性
 - 1 発明該当性
 - 2 産業上の利用可能性
 - 3 新規性・進歩性
 - 4 小括
- IV 特許権が生じる場合の効力
 - 1 「業として」でない実行
 - 2 練習
 - 3 試合・ショー
 - 4 小括
- V まとめ

I はじめに

2011年にスポーツ基本法が成立し、2015年にスポーツ庁が設置されるなど、近年スポーツが我が国の政策の一部として明確に位置付けられるに至っている。我が国のスポーツ市場規模は、2012年には5.5兆円、2018年には約9兆円であったとされるところ、これを2025年までに15兆円に拡大することがスポーツ基本計画において掲げられており、知的財産権⁽¹⁾にはこのような市場成長を促進ないし下支えする役割を果たすことが期待される⁽²⁾。

あらゆるスポーツに共通する最も基本的な構成要素は、スポーツを行う人間

の身体運動であり、競技中の身体動作そのものについて知的財産権としての保護を受けようとすることはごく自然なことであろう。実際、フィギュアスケート等の採点型競技における振り付けの著作物性を巡る議論が近年も盛んに見られ、⁽³⁾ 競技中の身体動作自体の保護への関心の高さがうかがえる。

特許による身体運動方法の保護についても、世界に目を向けると、多くの法域において身体運動を特許の対象から除くことが当然とは理解されていないようであり、スポーツ上の身体運動方法について特許付与を実際に行った例のある米国をはじめとした各国において、特許付与の可否や是非を巡る議論が多数見られる。⁽⁵⁾ しかしながら、我が国においては、身体運動は技能であって特許法上の発明でないとする考え方が一般的である一方で、⁽⁶⁾ 特許付与を巡る具体的な事件はこれまで見当たらず、「日本では議論すら存在しない問題」と指摘される状況にある。⁽⁷⁾

以上のような、スポーツを巡る環境変化や周辺法及び諸外国の状況を踏まえ、本稿では、スポーツ上の身体運動方法の特許可能性を改めて取り扱う。どのような前提を満たす身体運動方法を検討対象とするのかを示した上で、その対象について従前から非充足と考えられてきた発明該当性を含む各特許要件について検討を行うとともに、身体運動方法について特許権が生じるとした場合の影響を身体運動方法の実行の類型ごとに考察する。

Ⅱ 検討対象

本稿においては、スポーツ上の身体運動方法、すなわち人間が競技中に行う身体運動の要素を経時的に列挙した方法クレームによって特定される動作（以下「競技動作」という。）を検討対象とする。以降の検討においては、競技動作は、当業者すなわちその競技の分野における通常の運動能力を有する競技者が、通常期待される程度の試行錯誤の範囲内で明細書等の記載に基づいて実行できるよう、明確かつ十分に開示されているものとし、特許出願について実施可能要件（特許法36条4項1号）をはじめとする記載要件（同法36条）の問題は生じないものと仮定する。

本章では、このような競技動作を検討対象とすることに伴って想定される論点を提示し、各論点について検討を加える。

1 実施可能要件の充足可能性

記載要件の問題が生じないとの仮定を置くことについては、競技動作について実施可能要件を満たすような明細書等の作成がそもそも可能なのかということが論点となり得る。身体運動方法の言語化や書面化は難しい又は不可能であると言われることがあるが、このことは、全ての競技動作について書面によって伝達することが誰に対しても不可能であることを意味しない。

現実には、各種競技における身体運動方法の指南書が多数刊行されているところ、これらが身体運動方法の習得に何ら寄与していないとは考えづらいし、書面による身体運動方法の伝達を実証する例も見られる⁽⁹⁾。特に近時は、バイオメカニクス（生体工学）に基づく身体運動方法の指導や、映像やセンシングデータに基づく身体動作の分析及び理解も進んでおり⁽¹⁰⁾、科学的な見地から身体動作の客観的伝達を可能とする環境が整いつつある。⁽¹¹⁾

もちろん、明細書等の記載内容を理解しただけで直には競技動作の実行は難しく、実際には、理解した内容に基づく練習を経て競技動作が実行可能になることが多いと考えられる。このような練習は、「その発明の属する技術の分野における通常の知識を有する者」すなわち当業者の試行錯誤に相当すると解することができ、この試行錯誤が当業者に期待し得る程度のものである限りにおいては、明細書等に競技動作が明確かつ十分に記載されていると言えよう。

どの程度の試行錯誤を当業者に期待し得るのかは、当業者たる競技者の水準をどのようなものとするかに大きく左右され、この水準として適切なものが選択される必要がある。当業者概念は「発明の属する技術の分野」及び「通常の知識」の2つから構成されるところ、それぞれについて以下で検討する。

（1）発明の属する技術の分野

ある競技動作が属するスポーツの分野は、広くスポーツ一般と捉えるほか、競技・種別・種目⁽¹²⁾といった単位（以下「競技等」という。）のいずれかとして

捉えることが考えられる。これらのうち、当該競技動作が、ある種目においてのみ行われる固有の動作（例えば、競泳の自由形における泳法）である場合には当該種目、ある競技又は種別において共通して行われる動作（例えば、競泳のスタート時における飛び込み方法）である場合には当該競技又は種別、競技を問わず多くのスポーツで広く行われる基本動作（例えば、体力温存に資する呼吸法）である場合にはスポーツ一般というように、当該競技動作が行われる単位のものを属する分野として選択することとなろう。

（２）通常の知識

特定の競技等における競技者は概ね、当該競技等を始めて日の浅い初心者、当該競技等のプロ選手やプロ指導者等を含む上級者、これらの間に位置する中級者といった具合で熟練度別に分類でき、一般に熟練度の高い競技者のほうが少ない試行錯誤により新たな競技動作を習得可能であろうと考えられる。したがって、これらの競技者のうちいずれを当業者の競技能力の水準として選択すべきかを検討することとなる。

まず、明細書等において競技動作の対象者の熟練度が詳細に特定されている場合が想定される。これは例えば、競技動作について、初心者向けのものである旨や、上級者向けのものである旨が明細書等に明示的又は黙示的に開示されているような場合であるが、このような場合には、特定された内容が不当なものでない限りはその内容に沿って当業者の競技能力の水準を選択することとなろう。この考え方によれば、難易度の高い競技動作であっても、明細書等において当該競技動作が上級者向けのものである旨が特定されている場合には、当業者の競技能力の水準として上級者のものが選択されることとなり、上級者が過度な試行錯誤なく習得可能な競技動作であると認められれば、実施可能要件を充足するものと解することができる。

一方、明細書等から競技動作の対象者の熟練度を特定できない場合は、当業者の競技能力の水準を別途検討する必要が生じる。この場合、当該競技動作が属する分野における競技者全体から当業者の競技能力の水準を選択することとなるが、「通常の知識」すなわち平均的な競技能力を有するに至っていない初

心者の水準を選択することは明らかに不適切であり、中級者以上の水準を選択する必要があるものと考えられる。加えて、実施可能要件を判断する際の当業者は、自ら発明をしようとする者である進歩性判断の際の当業者（同法29条2項）と比較して、他人が行った発明を理解し追従できる者であれば足る等の理由により、相対的に低い水準の者とされたり、参酌できる技術の範囲が技術常識に限られ先行技術一般を参酌することはできないとされたりすると⁽¹⁴⁾ころ、このような考え方によれば、競技等の最前線での⁽¹³⁾ぎを削る上級者よりも中級者の競技能力の水準を選択することが適当と言えよう。

2 競技外の動作との関係

競技動作に近接するものとして、競技等の最中ではなく競技等の準備として行われ得る身体トレーニングのための動作（以下「訓練動作」という。）がある。訓練動作に関しては、緊締具を筋肉の所定部位に巻き付けて筋肉に負荷を与えることにより筋肉を増大させる筋力トレーニング方法の発明該当性を肯定した裁判例がある⁽¹⁵⁾ほか、トレーニング器具を用いた運動方法について複数の特許権が設定登録されており、⁽¹⁶⁾発明該当性を否定する見解が多く見られる競技動作と比較して発明該当性が肯定される可能性が高いものであると言える。

競技動作と訓練動作は、いずれも人間が行う身体運動の要素を経時的に列挙して特定されるものであり、構成要素において両者に明らかな差異はないものと考えられる。一方、実体的な観点では、競技動作は訓練動作よりも一般に実行の難度が高く、特許権が発生した場合に生じる社会的制約も大きいことが見込まれることから、これらの事情が競技動作への特許付与に対して否定的に作用する可能性がある。

実行難度については、競技動作は競技等の最中の時間的環境的な制約が多い状況下で実行されるものであるとともに、競技等での勝利に寄与すべく他者との差別化に資することが求められるものであることから、多くの競技者が容易に実行できるとは限らない高難度なものとなることが想定される。これに対し、訓練動作の実行には時間的環境的な制約は必ずしも伴わず、実行によりトレーニング効果が得られればよいことから動作自体が難しいものである必要はない

論 説

ため、訓練動作の難度は概して競技動作と比較して低いものとなると考えられる。

各動作について特許権が発生した場合の社会的制約という観点では、各動作について差止請求権（同法100条）を行使する場面において両者の差が顕著に現れる。競技動作が差止の対象となると、差止請求を受けた者は競技等において当該競技動作を実行できなくなり、特許権が競技等に直接介入することとなるのに対し、訓練動作が差止の対象となった場合には、訓練動作が競技等の外で行われるものであることから、当該訓練動作が実行できなくなったとしても競技等への影響は間接的なものととどまることとなる。

Ⅲ 特許要件の充足性

競技動作について特許を受けることができるか否かは、当該競技動作が各特許要件を充足するものであるか否かによって定まる。本章では、競技動作について問題となり得る特許要件を取り上げて考察する。

1 発明該当性

特許法29条1項柱書は「産業上利用することができる発明」について特許を受けることができる旨を規定しており、ここで言う「発明」は同法2条1項において「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」と定義されている。発明該当性は、特許出願の対象がこの定義に該当することを要求するものであり、競技動作についてはこの要件を充足しないとする議論が多く見られる。発明該当性はさらに複数の要件に細分化されるところ、本節では競技動作について特に充足性が問題となり得る要件を対象として検討を加える。

（1）自然法則の利用

特許出願の対象が特許法上の「発明」に該当するためには、それが「自然法則を利用した」ものであることが要求される。一般に競技動作は、人体における筋力や関節可動域等の制約の中で垂直抗力、摩擦力、流体力等の体外の力を

利用して特定の動作を実現するものであるもので、この要件の充足を認め得る場合が多いものと考えられる。⁽¹⁷⁾

競技動作がこの要件を満たさないとする見解には、人の自由に委ねておくべき領域を確保する機能がこの要件に元来あることに鑑みて、競技動作が人間の行動を過度に制約するとしてこの要件を用いて特許を否定することは背理とはいえないとするものや、⁽¹⁸⁾競技動作に特許権を付与すると社会の混乱を招き、競技動作に規則的な発明進化の予測性や時系列的な蓄積的進展性も伺えないことを指摘するものがある。⁽¹⁹⁾これらの見解はいずれも、特許法上の「発明」の定義規定の文言に現れていない機能を「自然法則の利用」の要件が発揮すべきことを根拠とするものであり、定義規定の文言解釈から導くことは困難であるように思われる。加えて、これらの見解では、競技動作への特許権付与を仮定した場合に人間の行動への制約が過度であることや社会の混乱を招くことも根拠とされているところ、制約の程度や混乱の有無についての適切な評価も求められよう。競技動作の進化の予測性・進展性に対する指摘は、近年において競技動作が段階的進化を顕著に遂げている事例が、例えば体操、⁽²⁰⁾フィギュアスケート、⁽²¹⁾スノーボード等の競技で枚挙に暇なく見られることに照らせば、少なくとも競技動作一般に妥当するものとは言えない。⁽²²⁾

また、この要件から反復可能性を導き、野球選手の投げるフォークボールの投げ方は熟練の技であり反復可能性がない典型例といわれることを指摘する見解もある。⁽²³⁾反復可能性については、「自然法則の利用」の要件から導く学説と「技術的思想」の要件から導く学説があるが、いずれの要件から導くべきかの議論には実益がなく、いずれにせよ発明該当性の充足に反復可能性が必要であるとすれば充分であることに加え、⁽²⁴⁾反復可能性がなければ常に自然法則利用性がないという関係にはないとも指摘されることに鑑み、次の（２）項において検討することとするが、結論としては競技動作についても反復可能性を肯定し得ると考える。⁽²⁵⁾

（２）技術的思想

特許庁の審査実務においては、「個人の熟練によって到達し得るものであつ

て、知識として第三者に伝達できる客観性が欠如しているもの」を「技能」とし、これを「技術的思想」に当たらないとした上で、野球における競技動作の1つである「ボールを指に挟む持ち方とボールの投げ方に特徴を有するフォークボールの投球方法」をその例として挙げている。この実務は、特定の性質を有するものを「技能」としているのであって、競技動作一般について「技能」に当たる旨を直接的に言うものではないが、「技能」に当たるものとして例示されたフォークボールの投球方法が競技動作の一つであることから、競技動作一般が「技能」に当たり「発明」に該当しないという理解につながっているものと思われる。

競技動作が一律に「技能」に当たるとする考え方は、上述の実務からも論理的には導けないほか、スポーツ指導の現場においても一般的なものではない。例えば、中学校学習指導要領（平成29年告示）の保健体育の節においては、各競技等の指導要領において「技術」と「技能」の語が使い分けられており、その解説においては、前者は「運動やスポーツの課題を解決するための合理的な体の動かし方など」であり、後者は「合理的な練習によって身に付けた状態」⁽²⁷⁾であって「個人の体力と関連している」⁽²⁸⁾ものであるとされるなど、競技動作が普遍的な「技術」と属人的な「技能」の両面から構成されるという考え方が採られているものと解される。このような考え方によれば、仮に「技能」が「技術的思想」に当たらないとしても、競技動作の他方の構成要素である「技術」は「技術的思想」に当たり「発明」に該当するとの整理が可能であろう。

学説においては、競技動作の結果の再現が人間の技能によって左右されることを理由として、競技動作は客観性を欠き発明に該当しないとする見解がある⁽²⁹⁾ほか、同様の理由により競技動作は反復可能性を欠き発明に該当しないとする見解がある⁽³⁰⁾。これらの見解と上述の実務を対比すると、各見解が理由に挙げる「結果の再現が人間の技能によって左右される」点と実務が問題とする「個人の熟練によって到達し得るものである」点に、人間の能力や熟練度等の差で競技動作の成否が左右されることを問題とするという重なりが見られるほか、両者が客観性の欠如を問題とする点において共通し、学説ではさらに反復可能性の欠如の問題が指摘されていると言える。したがって、以下では、①能力・熟

練度等、②客観性及び③反復可能性の各観点のいずれにおいても、競技動作が「発明」に該当しないとは断じられないことを示す。

①能力・熟練度等

動作を行う人間の能力や熟練度等によって当該動作の成否が左右されるというのは、競技動作のみならず人間によってなされるあらゆる動作に当てはまることである。分析方法や測定方法といった方法の発明であっても、当該方法を行う主体が人間である場合、その人間が当業者でなく分析や測定に必要な各種操作に不慣れな者であれば当該方法が成功しないということが十分に起こり得るが、そのことを理由として当該方法について発明該当性を否定するという議論は見られないし、そのような議論は適切でないと考える。

実際、人間の動作によって行う方法であって、その人間の能力や熟練度等によって当該動作の成否が異なり得るものであっても、競技動作以外の方法について発明該当性が認められ特許権が設定される例が多数存在する⁽³¹⁾。したがって、この観点が競技動作に限ってことさらに問題とされること自体が適切でない。仮に競技動作についてこの観点の検討を要するとしても、本稿で検討する競技動作は、第Ⅱ章において示したとおり、当業者たる競技者が通常期待される程度の試行錯誤の範囲内で実行できるものであるから、発明該当性が認められる競技動作以外の方法の発明と同程度にはこの観点を充足していると考えられる。

②客観性

この観点は、発明について「知識として他人に伝達できる」ことを要求し、「第三者が発明者の教えるところにしたがって実施しても、発明者と同様に目的を達成できない場合」には充足が認められないものである⁽³²⁾。本稿で検討する競技動作は、第Ⅱ章において述べたとおり、当業者たる競技者が通常期待される程度の試行錯誤の範囲内で明細書等の記載に基づいて実行できるものであるから、その習得に相応の練習等を要するもの⁽³³⁾のだとしてもなお、明細書等の記載を介して知識として他人に伝達できるものであり、客観性を有するもの⁽³⁴⁾と考えられる。

なお、第Ⅱ章第1節において指摘したとおり、競技動作に明細書等の記載を介した伝達を期待することは現実的に可能なものであるから、客観性を有する競技動作は決して限定的なものではなく、幅広い競技動作が客観性を有するものと言える。上記実務において例示されたフォークボールの投球方法についても、ボールの持ち方や投げ方の具体的態様が明細書等に当業者たる競技者が実行できるよう明確かつ十分に記載された場合には客観性を期待し得るのであるから、競技動作の一つであるフォークボールの投球方法を客観性のないものとして例示するのは不適切であると考ええる。

③反復可能性

この観点は、「発明は、一定の確実性をもって同一結果を反復できるものでなければならない」ことをいうものであり、⁽³⁶⁾「一定の前提条件が存する限りは「発明」の作用効果等を反復することが可能」⁽³⁷⁾であることや、「常に一定の効果の得られること」⁽³⁸⁾などを要求するものである。競技動作については、フォークボールの投球方法であれば投げた球が落差のある軌道をとる、スキージャンプのV字飛行であれば滞空時間が延びる、といったように、クレームに列挙された動作を実行した結果として一定の効果が得られることが要求されることになると考えられる。

競技動作の反復可能性に関する論点は、競技動作を行う者によってその結果が異なり得る点と、同一人が競技動作を行った場合でもその結果が異なり得る点に分けられる。前者は実質的に①能力・熟練度等の観点と同様のことをいうものであるから、重ねての検討は要しない。したがって、ここでは後者について検討する。

競技動作には、一般に、当業者たる競技者であればほぼ確実に成功するものから、競技のトップ選手であっても低確率でしか成功しないものまで、多種多様なものが含まれる。前者に反復可能性を認めるべきことは当然であり、人間の動作であるが故に失敗の可能性を排除できないことなどを理由に反復可能性を認めないとすれば、論理として無理があるばかりでなく、人間の動作によって行われる競技動作以外の方法について発明該当性が認められる例が多数ある⁽³⁰⁾

こととも整合しない。問題は、前者から後者までの確実性のグラデーションの中で、どこまでの競技動作について反復可能性を認めるべきかであろう。

反復可能性については、成功率が低くとも効果が得られることが確かならば肯定すべきとするのが通説であり、最高裁判例も植物の育種に係る発明に関して「その特性にかんがみ、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であれば足り、その確率が高いことを要しない」とする⁽³⁹⁾。一方、装置の発明について当該判例の射程は及ばず、「装置」の発明である以上、常に一定の効果を発揮するからこそ「発明」ということができる⁽⁴⁰⁾とした裁判例もあり、⁽⁴¹⁾発明の属する技術の分野によっては高い成功率が求められ得ると言える。人間の動作によって行う方法は、装置によるものと比較して動作の成功率は自ずと低くなるであろうことに鑑みれば、一般に競技動作については高い確実性を要求すべきでなく、競技等に応じた程度の確実性を有することをもって反復可能性を肯定すべきと考える。

2 産業上の利用可能性

特許法29条1項柱書は、特許を受けることができるものについて「発明」であることに加えて「産業上利用することができる」ことを要求している。この要件については、いわゆるビンゴゲーム装置の特許発明について「装置自体の（例えば之を製造又は販売すること等による）工業的效果がないものとは到底認められない」として大正10年特許法（以下「旧法」という。）1条の「工業的発明」に該当すると判示した裁判例があり、この判旨は旧法の「工業的」に相当する現行法の「産業上利用することができる」の解釈に当たっても妥当する⁽⁴²⁾。このことを、発明が「物の発明」「方法の発明」「物を生産する方法の発明」にカテゴリー分けされる（特許法2条3項各号）ことに照らせば、このうち「物の発明」「物を生産する方法の発明」についてはほとんどの場合に産業上の利用可能性が認められることとなる⁽⁴³⁾。

一方、競技動作は方法の発明であるから、産業上の利用可能性が否定される可能性がより高いものと考えられる。産業上の利用可能性の要件を満たさない発明には、以下の3類型があると考えられているところ、本節では競技動作と⁽⁴⁴⁾

各類型の関係について検討を行う。

（１）人間を手術、治療又は診断する方法の発明

競技動作が人間を手術、治療又は診断する方法に通常当たらないのは明らかであり、この類型に該当するとして競技動作の産業上の利用可能性が否定されることは想定し難い。しかしながら、競技動作とこの類型はいずれも、人間に向けられたものである点や、特許付与を認めた場合に不合理な結果を生じ得る点で共通する。⁽⁴⁶⁾このことを踏まえ、本項ではこの類型について産業上の利用可能性を否定する背景を紐解き、その考え方が競技動作にも妥当し得るかを考察する。

この類型に対する産業上の利用可能性の否定は、医療業を「産業」に含まないとする法解釈に基づく。「産業」の語の解釈については、裁判例において⁽⁴⁷⁾、「「産業」の意味を狭く解さなければならない理由は本来的にはない」とされつつも、①能力・手段の発揮の妨げ、②医療行為の性質及び③必要な措置の不存在の３つを理由に挙げて医療行為には特許性が認められないとされ、「特許法は、…医療行為に関する発明は、「産業上利用することができる発明」とはしないものとしている、と解する以外にない」と判示されている。以下では、これら３つの理由それぞれの詳細を確認し、それぞれの考え方について競技動作へのあてはめを試みることを通じて、競技動作について直接的にこの類型に該当するとは言えないことを前提としつつ、判示と同様の考え方により競技動作の産業上の利用可能性が否定され得るかを検討する。

①能力・手段の発揮の妨げ

判決は、医薬や医療機器と医療行為そのものがそれぞれ特許の対象になった場合に「医師が、現に医療行為に当たろうとする時点において、そのとき現在自らの有する能力・手段を最大限に発揮することを妨げる」か否かに関して、前者については「医師が本来なら使用したいと考える医薬や医療機器が、特許の対象となっているため使用できない、という事態が生じることはあり得るとしても、それは、医師にとって、それらを入手することができないという形で

しか現れない」として否定し、後者については「現に医療行為に当たる医師にとって、少なくとも観念的には、自らの行おうとしている医療行為が特許の対象とされている可能性が常に存在するということになる」として肯定している。

スポーツにおけるスポーツ用品と競技動作がそれぞれ特許の対象となった場合に、選手が現に競技等に当たろうとする時点において、そのとき現在自らの有する能力・手段を最大限に発揮することを妨げるか否かを検討すると、判決と同様の論理によって、前者については否定、後者については肯定という結論になろう。すなわち、スポーツ用品が特許の対象となった場合、選手が本来なら使用したいと考えるスポーツ用品が、特許の対象となっているため使用できない、という事態が生じることはあり得るとしても、それは、選手にとって、それらを入手することができないという形でしか現れないのに対し、競技動作が特許の対象となった場合、現に競技等に当たる選手にとって、少なくとも観念的には、自らの行おうとしている動作が特許の対象とされている可能性が常に存在するということになる。

検討対象の「産業」が、判決では医療業であり、本稿ではスポーツ業であるという違いはあるものの、当該「産業」に関する物の発明は特許の対象としても差し支えないが、方法の発明を特許の対象とすると当該「産業」の中核を担う専門人材による現場での能力・手段の発揮を妨げるという核心部分において、両産業は共通すると言える。したがって、判決の論理によれば、スポーツ業についても「産業」に含まないという法解釈が成立し得ることになろう。

②医療行為の性質

判決は、医師を①で述べたような状況に追い込む制度は「医療行為というものの事柄の性質上、著しく不当であるというべき」として、このような結果を是認しない法解釈が合理的であるとした。「医療行為というものの事柄の性質」の具体的内容については、判決では直接的に述べていないが、傍論において「医療行為」を「人の生存あるいは尊厳に深くかわるもの」としている。また、医療行為は、「保健衛生上の危険を防止」するため、医師法17条の規定により医師以外が業として行うことを禁止される「医行為」と近接した概念で

あると思われる。

これに対し、競技動作は、「心身の健全な発達、健康及び体力の保持増進、精神的な充足感の獲得、自律心その他の精神の涵養等のために個人又は集団で行われる運動競技その他の身体活動であり、今日、国民が生涯にわたり心身ともに健康で文化的な生活を営む上で不可欠のものとなっている」スポーツ（スポーツ基本法前文）の最も基本的な構成要素であることから、人の身体ひいては生存・尊厳とも相当程度かかわるものと言うことができるが、それらとのかかわりは間接的なものであり、それらに直接関与する医療行為と同程度に深くかかわるものと言うことはためられる。また、競技動作は、特定の者のみが実行を許されるといった法令上の制限があるものではなく、医療行為のように保健衛生等の社会秩序の観点で取扱いに注意を要する性質のものとは言えない。

したがって、競技動作は「医療行為というものの事柄の性質」ないしこれに準ずる性質を有するとまでは言い難く、判決の論理に沿って直ちに産業上の利用可能性がないと解釈することは困難であろう。判決と同様の法解釈を行うためには、競技動作について、医療行為と同質とは言えないまでも、特許の対象とすることを認めると著しく不当であると言わざるを得ないような特有の性質を有すると認められる必要があると考える。

③必要な措置の不存在

判決は、①及び②を背景に、特許法が医療行為について「特許性を認めるための前提として必要な措置を講じていない」ことを理由として「医療行為そのものについても特許性が認められるべきである」との主張を退けた。そして、特定の種類の発明について特許性を認めるための前提として必要な措置が講じられた例として、特許法の昭和50年改正において、医薬及びその混合による医薬の製造方法を不特許事由（同法32条）から除くことに伴って、医師又は歯科医師の処方せんによる調剤行為及び調剤医薬には特許権の効力が及ばないこととする規定（同法69条3項）を設けたことを挙げた。

医師が行う医療行為について特許権の効力が及ばないこととする規定が特許法に設けられていないのと同様、競技等の過程で行われる競技動作についても

特許権の効力が及ばないこととする規定は特許法に存在しない。したがって、①及び②の結論が医療行為の場合と同様であるならば、競技動作についても特許性を認めるべきでないことになる。既に検討したとおり、①については結論が一致するものの、②については直ちには結論が一致しないことから、競技動作について「人間を手術、治療又は診断する方法の発明」と同様の論理により産業上の利用可能性が否定され得るか否かは、②の結論次第となろう。

（２）業として利用できない発明

この類型には「個人的にのみ利用される発明」及び「学術的、実験的にのみ利用される発明」⁽⁴⁹⁾が含まれるとされる。人間一人によってなされる競技動作は前者に当たるという見方もあり得るが、営業の可能性⁽⁵⁰⁾があるものはこの類型に該当しないものと解されており、たとえ人間一人によってなされる競技動作であっても、競技動作である以上は競技等の最中になされ得るものであり、当該競技等が観戦等の興行の対象になる可能性があることに鑑みれば、当該競技動作はこの類型に当てはまらないと言えよう。

なお、ある競技等についての「興行の対象になる可能性」は、当該競技等について興行の見込みが将来に渡って存在し得ない場合を除き、判断時点において興行が存在するか否かに関わらず認められるべきものと考ええる。例えば、競技人口が少なく知名度の低い競技や提案されたばかりの新競技については、判断時点では興行が存在しないことが想定されるが、将来的には競技人口の増加や知名度の向上に伴って興行が成立する可能性があることから、当該競技における競技動作についてもこの類型に該当しないものとすべきである。

（３）實際上、明らかに実施できない発明

この類型には「理論的にはその発明を実施することが可能であっても、その実施が實際上考えられない発明」が該当するとされ、その例として「オゾン層の減少に伴う紫外線の増加を防ぐために、地球表面全体を紫外線吸収プラスチックフィルムで覆う方法」⁽⁵²⁾が挙げられている。実施が實際上考えられない理由には、発明の実施の費用が高いことや、技術的・経済的不利益がきわめて大⁽⁵³⁾

論 説

あることが指摘される⁽⁵⁴⁾。

この類型に該当し得る競技動作には、例えば、数百万人数千万人が緊密に連携して行う動作のような著しく大規模なものが想定されるが、このような極端なものを除けば、競技動作一般がこの類型に当てはまることはないと考えられる。この類型については、実施可能要件との重複も指摘される⁽⁵⁵⁾ところ、本稿で検討する競技動作は、第Ⅱ章において実施可能要件を充足するものとしたことと併せ、この類型に該当する発明を含まないものとして以後の議論を進めることとする。

3 新規性・進歩性

特許法29条1項は、同項各号に掲げる発明について特許を受けることができないとする新規性要件を規定しており、さらに同条2項は、それらの発明に基づいて特許出願前に当業者が容易になし得た発明についても特許を受けることができないとする進歩性要件を規定している。これらの要件はいずれも、同条1項各号に掲げる発明を証拠に基づいて認定した上で、認定された発明と検討対象とする発明との対比を通じて個別的に判断されるものであり、特定の種類の発明群について一律に新規性・進歩性の有無を判断できるという性質のものではない。

この理は競技動作についても変わるところはなく、競技動作一般について一律に新規性・進歩性を否定し得る具体的証拠も論理的理由も見当たらない。したがって、競技動作について新規性・進歩性が肯定されることは十分にあり得ることとなる。その一方で、競技動作に特有の性質や事情に照らすと、新規性・進歩性要件が特許権の成否を事実上左右することも想定されるため、本節では、新規性・進歩性要件に関する競技動作に特有の事項を整理する。

(1) 新規性喪失への対策

特許出願前に公然実施をされた発明は新規性を喪失する（同条1項2号）ため、特許出願の対象としようとする競技動作についても、特許出願前に公然と行われれば、方法の発明である競技動作の使用すなわち実施（同法2条3項2

号) がなされたこととなり、新規性を喪失することとなる。競技動作が公然と行われたとされ得る状況には、例えば、誰でも利用可能なスポーツ施設や外からの視界を遮るもののない屋外空間等において、周囲から視認可能な態様で競技動作が行われる状況が想定される。競技動作はその性質上このような環境で行われることが多いと考えられるため、特許出願をするに当たっては、その対象となる競技動作を練習する環境の非公開化等の格別の配慮を要する。

加えて、競技によっては、競技動作を行うためにチームメンバーや対戦相手等の多数の関係者が関わる必要があり、この場合に各関係者に当該競技動作についての秘密保持義務が課されていないければ、当該競技動作は新規性を喪失することとなるため、各関係者との間で秘密保持契約を締結するといった対策も必要となる。競技動作の公然実施の後1年以内に特許出願を行う場合には、新規性喪失の例外規定（同法30条）の利用を検討する余地もあろう。

（2）スポーツ映像データベース等の活用・整備

特許法29条1項各号に掲げる発明のうち、新規性・進歩性欠如の立証に当たって提示されることが一般に最も多いのは、3号の「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つた発明」である。⁽⁵⁶⁾ この背景には、刊行物やインターネット上の情報についてはアクセスが相当程度整備されており調査を行いやすいことや、頒布や利用可能化の日付が「特許出願前」であることの立証が比較的容易であることが挙げられる。

競技動作の新規性・進歩性欠如の立証に用いられる証拠は、他の分野の発明についてのものと異なる傾向を示す可能性があるため、留意を要する。まず、第Ⅱ章第1節で述べたとおり競技動作の言語化が必ずしも容易でないことや、競技動作はこれまで特許の対象でないと考えられてきたことから、競技動作を十分に開示した刊行物や公開特許公報の数が限られているおそれがある。その一方、過去の試合映像等から競技動作の公然実施を認定できる場合が想定され、他の分野においてあまり調査対象とされて来なかったであろう映像資料の調査が必要となることが考えられる。

すなわち、競技動作の新規性・進歩性欠如の立証に当たっては、他分野の発

明とは異なるアプローチによる調査が求められる。具体的には、スポーツ映像データベース JISS⁽⁵⁷⁾ nx のような既存データベースを調査対象に含めるとともに、既存データベースに収録されていない試合映像等へのアクセスをも確保する必要がある。加えて、各映像を通して視聴しては調査効率が極めて悪いところ、調査対象とする競技動作に関連する場面を映像中から簡便に特定可能とするツールの整備も求められよう。このような環境が整うまでの間は、競技動作について特許権が設定登録されたとしても、当該特許権が新規性・進歩性欠如の無効理由を含む可能性が相対的に高くなり得ることに留意する必要があると思われる。

(3) 当業者の水準

進歩性要件において、特許法29条1項各号に掲げる発明に基づいて競技動作を容易に発明することができたか否かは、当業者を基準として判断される。ここで言う当業者は、第二章第1節にて実施可能要件における当業者として検討したものと比較して相対的に高い水準の者と考え得るものであり、実施可能要件における当業者の水準が競技等の中級者のものであるとすれば、進歩性要件における当業者の水準は当該競技等のプロ選手等を含む上級者のものとなり得る⁽⁵⁸⁾。したがって、特許を受けようとする競技動作の基礎となる動作が特許出願前に知られているような場合には、当該競技動作の進歩性は厳しく判断されることが想定される。

4 小括

これまでの各節における検討から、競技動作について一律に特許付与を否定する特許要件は存在しないことが確認された。その一方で、新規性又は進歩性の要件によって多くの競技動作について特許性が認められない結論となり得ることも示唆された。だが實際上、競技動作についての新規性又は進歩性欠如の立証には証拠収集を中心とした実務上の困難が想定されることから、新規性・進歩性の判断に立ち入ることなくその他の要件により特許性なしと処理できるよう、競技動作は一律に発明に該当しないとするという考え方が形成されてき

たとも受け止め得るように思われる。

また、競技動作について、特許法の規定の文言解釈から直接的に要件非充足を導くのは困難であるものの、特許を付与した場合の不当性を考慮して要件非充足と解する余地を有するものに、自然法則利用性と産業上利用可能性があった。自然法則利用性の要件がそのような機能を発揮すべき明確な根拠は見当たらない一方、本来的には採るべき理由のない解釈によって医療行為の産業上利用可能性を否定した裁判例が存在することに照らすと、特許付与が不当であることを理由として競技動作の特許性を認めない解釈を行うならば、自然法則利用性によるよりも産業上利用可能性によることとする方が理にかなうと考える。

IV 特許権が生じる場合の効力

第Ⅲ章においては、特許法の規定の文言解釈としては競技動作の特許性を一律に否定する要件は存在しない一方、競技動作について特許を付与した場合の不当性を考慮して競技動作の特許性を否定する解釈を取る余地があることを確認した。すなわち、競技動作の特許可能性の判断には、競技動作に特許が付与された場合にどの程度の不当性があるかが影響し得る。

したがって本章では、競技動作に特許が付与された場合に、どのような場面において当該競技動作を行うと特許権の効力が及ぶのか、特許権の効力が及ぶ場面では不当な結果が生じるのかを検証する。実際には、競技動作が行われても特許権の効力が及ばない場面が相当程度存在すると考えられることから、まず特許権の効力が及ばない可能性の高い場面を取り上げ、その上で残された場面における特許権の取扱いを検討する。

1 「業として」でない実行

競技動作に係る特許権の侵害を生じ得るのは、競技動作を「業として」実施した場合に限られる（特許法68条本文）。法文における「業として」の語は、個人的家庭的な実施にまで特許権の効力を及ぼすのは社会の実情から考えて行き過ぎであるとして、現行特許法制定時の昭和34年に加えられたものである。⁽⁵⁹⁾

一般家庭における特許発明の使用が「業として」の実施に該当しないことを判示した裁判例もあり、個人的又は家庭的な実施を「業として」の実施でないとする点は通説となっていると言えるが、どのような実施が「個人的」又は「家庭的」とされるのかの限界については必ずしも明確でなく、個人的又は家庭的な実施以外の「業として」でない実施の有無やその内容についても明らかにされていない。⁽⁶¹⁾

より積極的に「業として」の内容を理解しようとする立場として、特許法が「産業の発達に寄与することを目的とする」(同法1条)に鑑みて、産業すなわち経済活動の一環としてなされる実施が「業として」の要件を満たす実施であるとするものがあり、被告の行為が経済活動の一環としての行為であることを指摘して同被告が実用新案権に係る考案を「業として」実施したと判断した裁判例も存在する。⁽⁶²⁾ この立場に対しては、「業として」を「経済活動の一環として」と言い換えたにすぎないとも捉えられ、なお曖昧さを残すものであるとの指摘もある。⁽⁶³⁾ しかしながら、この立場は、個人的又は家庭的な実施は経済活動の一環としてなされるものではないのだと理解すれば通説と矛盾することはなく、さらに個人的又は家庭的な実施以外で経済活動に関わらないものへの対処の余地を有する点で優れている。⁽⁶⁴⁾

各場面における競技動作の実行が「業として」の実施に当たるか否かについても、個人的又は家庭的な実施に該当するか、あるいは経済活動の一環としてなされるものかの観点から一定程度判断できる。例えば、友人間や家族間で行われるキャッチボール等や、趣味で私的に集まったチームで行う草野球等といった場面における競技動作は、個人的又は家庭的に行われる範疇のものとも言えるし、経済活動外のものであるとも言えるため、「業として」の実施に該当しないと考えられる。他方、職場のレクリエーションとして行われるスポーツや接待ゴルフ等といった、事業ないし事業体と一定の関係を有する場面で行われる競技動作は、個人的又は家庭的に行われるものとは言えず、経済活動の一環として行われるものと言わざるを得ないため、「業として」の実施に該当するものと考えられる。⁽⁶⁵⁾

2 練習

競技動作が「業として」行われる場面であっても、試験又は研究のためにする競技動作には特許権の効力は及ばない（同法69条1項⁽⁶⁶⁾）。この例外規定は、試験・研究のためにする全ての行為に適用されるものではなく、特許発明そのものを試験・研究の対象とし、かつ技術の進歩を目的とする行為（特許性調査、機能調査、改良・発展を目的とする試験）に限り適用されるというのが通説となっている⁽⁶⁷⁾。なお、通説とは異なる理由により、医薬品に係る特許権の存続期間中に後発医薬品の製造の承認申請に必要な試験を行うことにこの例外規定が適用されるとした最高裁判例があり⁽⁶⁸⁾、同様に先発医薬品の製造販売の承認申請に必要な試験を行うことにこの例外規定が適用されるとした裁判例も現れている⁽⁶⁹⁾が、これらは仮に適用なしとすると承認申請に要する期間との関係で「特許権の存続期間を相当程度延長するのと同等の結果となる」こと等を問題としてなされたものであって、実行に承認申請等を要しない競技動作に同様の理由が当てはまるものではない。

競技動作の実行に対するこの例外規定の適用を通説に照らして検討すると、競技動作の練習に当たる場面の多くにおいて適用の可能性を認め得る。競技動作を習得する過程における練習は、競技動作が実行可能であるかや明細書の記載どおりの効果を有するかを調査する過程と評価でき、機能調査に相当すると言い得るとともに、競技動作を習得した後に行う練習は、当該競技動作の精度向上やその改良動作の創出につながるものであるから、改良・発展を目的とする試験に相当すると捉え得る。

さらに、この例外規定の適用対象となる練習は「業として」行われるものであるか否かを問わないことから、個人練習のみならず、有償無償問わず授業やレッスンとして指導を受けて行う練習や、プロスポーツ組織や実業団に属しながら行う練習であっても対象となり得る。また、練習には多様な形式のものが含まれるところ、例えば練習試合のような形式のものであっても、その中で行われる競技動作の目的を事実上即して評価し、機能調査や改良・発展を目的とする試験に該当すると認められる場合には、この例外規定の適用対象となるものと考え得る。

他方、練習の場面であってもこの例外規定の対象とならないと考えられる競技動作として、練習のための見本として指導者が行うものが想定される。これは、被指導者による練習には機能調査や改良・発展の目的が認められ得る一方で、指導者が既に習得している競技動作を被指導者の指導の目的で実演すること自体にはこれらの目的が認められ難いことによる。指導者による見本としての競技動作は、被指導者による練習の道具にすぎず、被指導者による競技動作の機能調査や改良・発展を目的としたものであると評価する余地もあるが、競技動作の実行主体があくまで指導者であって被指導者でないことや、指導者の立場から見るとむしろ指導者による指導事業の遂行を目的として競技動作が実行されていると捉え得ることを踏まえると、このような評価の採用は難しいと言わざるを得ない。

なお、この例外規定は、第Ⅱ章第2節で競技動作に近接するものとして検討した訓練動作については、多くの場合適用されないものと考えられる。これは、訓練動作は身体トレーニングのための動作であって難しいものであることは必要でなく、訓練動作自体が長期にわたって練習の対象となることが想定され難いことによる。したがって、競技動作と訓練動作の間には、第Ⅱ章第2節で述べた事項に加え、この例外規定の適用有無により、特許が付与された場合の特許権の効力範囲においても違いが現れることが分かる。

3 試合・ショー

競技動作が実施される場面のうち、これまでに挙げたものの他の主要なものとして、勝敗や記録を争う試合や大会、勝敗や記録を目的としないショーやエキシビションなどがある。これらの場面では、競技動作に係る特許権の効力が及ぶと考えられるところ、どのような形でその効力を用いた場合に不当な結果が生じ得るか、不当な結果をいかなる方法で回避できるかを検討する。

特許権の利用方法は、特許権者が選手やチームであるか、試合やショーの主催者であるかによって大きく異なる。前者の場合、特許権は試合相手による競技動作の実行を禁じる目的で用いられることが想定されるが、そのような利用によれば、試合の勝敗に特許権又は通常実施権の有無が干渉することになり不

当であるものと考えられる。他方、後者の場合、特許権は他の主催者による試合やショーにおける競技動作の実行を禁じる目的で用いられることが想定されるが、このとき主催者ごとの単位で見れば、各主催者の下で開催される試合での競技動作の実行可否は統一されており、各試合の勝敗に特許権又は通常実施権の有無は干渉しないから、各試合において不当な結果を生じないものと考えられる。

選手やチームによる特許権行使の制限は、主催者による参加規約類の整備により実現することが可能である。整備の具体的内容として、端的には例えば、参加規約類が適用される任意の試合において行われる競技動作について試合相手に通常実施権を無償で許諾する旨を規定するといったものが考えられる。特許権者の利益に配慮するのであれば、標準必須特許の FRAND 宣言のように、許諾を希望する全参加者に対して公平で合理的な条件で競技動作についての通常実施権を許諾することとする旨を参加規約類に規定することも一案である。⁽⁷¹⁾ FRAND 宣言がされた特許権については、ライセンスを受ける意思のある者に対して、FRAND 条件でのライセンス料相当額を超える損害賠償請求は許されず、差止請求権の行使は権利の濫用（民法 1 条 3 項）に当たり許されないとした知財高裁大合議判決及び決定があったところ、⁽⁷²⁾整備された参加規約類の下で通常実施権の許諾契約が成立に至らず争いになった場合においても、同様の考え方によって損害賠償請求権及び差止請求権に一定の制限を加え得るものと思われる。

4 小括

第 1 節及び第 2 節における検討から、競技動作の実行行為のうち、「業として」の実行に当たらない小規模な行為や、競技動作の練習に当たる多くの行為に、特許権の効力が及ばないと考え得ることが確認された。これらは各競技者にとって身近な行為であり、特許権により制限されれば人間の行動への過度な制約となり得るが、特許権の効力が及ばないことで懸念の多くは解消されるものと思われる。

また、第 3 節では、試合や大会における競技動作には特許権の効力が及び得

論 説

る一方、参加規約類を整備することで選手やチームによる特許権行使を制限し得ることを示した。試合や大会の場面は、競技動作に係る特許権が選手やチームによって行使されれば勝敗や記録に干渉するため、特許権の行使により不当な結果を生じ得る最たる場面であると考えられるが、参加規約類の整備により特許権の行使を適切に制限することで不当な結果や社会の混乱を回避し得るため、競技動作への特許付与を否定すべき理由となる決定的場面には当たらないと考える。

その一方で、①事業ないし事業体と一定の関係を有する場面（職場のレクリエーションとして行われるスポーツや接待ゴルフ等）、②指導者が練習のための見本として行う場面、③特許権者が試合やショーの主催者である場面の各々においては、競技動作の実行に特許権が及ぶことを避け難い旨を指摘したが、これらの場面における特許権の行使は不当な結果を招くものではないと考える。①及び②は、いずれも事業等との関係の下で競技動作を行うものであって人間の行動への制約を特に問題とすべき場面ではないし、③は各試合の勝敗に特許権等の有無が干渉しないので各試合について見れば不当な結果を生じない。また、競技動作に係る特許権が存在することによって、②において当該競技動作の指導を受けようとする者が当該特許権等を有する指導者を選択したり、③において当該競技動作に関心を有する選手や観客が当該特許権等を有する主催者による試合やショーを選択したりといった行動を取ることが期待されるため、特許権等を有することによるインセンティブが社会において合理的に働くものと見られる。したがって、これらの場面において競技動作に係る特許権の効力が及び得ることも、競技動作への特許付与を妨げるには至らないものとする。

V まとめ

本稿では、スポーツ上の身体運動方法のうち所定の条件下にあるものについて、特許要件の充足が一律には否定されないことを示した上で、仮に一律に特許要件の充足を否定する解釈をしても、従前非充足と考えられてきた発明該当性要件によるのではなく産業上利用可能性要件によるのが理にかなうこ

とを指摘した。また、そのような身体運動方法に特許権が成立しても、人間の行動への過度な制約となり得る場面においては、特許権の効力が及ばないか、関係する規約類の整備によって特許権の効力を制限し得るため、あえて特許付与を否定する法解釈をとる必要はないことを述べた。

本稿は、スポーツ上の身体運動方法について、我が国では従前から発明該当性を充足しないとの考え方が一般的であった一方、発明該当性等を争う事件もなく十分な議論がされてこなかった現状に対し、改めて分析を行い一定の結論を得た点において意義を有すると考える。本稿の結論は、従前一般的であったものと異なり、スポーツ上の身体運動方法に特許権を付与し得るとするものであるため、違和感を覚える向きもあろうが、本稿がさらなる議論の契機になれば幸いである。

なお、スポーツ上の身体運動方法について発明該当性等を認めた場合に、新規性・進歩性判断のための証拠収集環境の整備や、試合や大会の主催者による参加規約類の整備など、実務上の対応を要する場面があることに触れたが、本稿はこれらの概略を示すにとどまり、これらを実際に行うに当たっての困難等の具体的評価は行っていない。これらが実現困難である場合は、スポーツ上の身体運動方法について特許要件を充足しないとする法解釈を採るべき一因となることも想定されるところ、これらに関する具体的対応の検討については、今後の検討課題としたい。

- (1) 文部科学省「スポーツ基本計画」50頁, https://www.mext.go.jp/sports/content/000021299_20220316_3.pdf (2022.3.25)
- (2) スポーツ関連技術と特許について述べた近著として、Yumiko Tan「MIRU スポーツと特許」特許庁編『特許行政年次報告書2020年版本編』1頁(2020)、中村和正「特許出願技術動向調査(スポーツ関連技術)」パテント73巻7号18頁(2020)
- (3) 例えば、中山信弘『著作権法』101頁(有斐閣, 第4版, 2023)、町田樹「著作権法によるアーティスト・スポーツの保護の可能性: 振付を対象とした著作物性の画定をめぐる判断基準の検討」日本知財学会誌16巻1号73頁(2019)、小倉秀夫「スポーツと知的財産」パテント67巻5号67頁(2014)

論 説

- (4) 例えば、米国特許第4323232号（請求項1-4、ストラップを手首に巻き圧力を加えることによりテニスやゴルフ等に参加中の者の握力を強化する方法）、米国特許第5377987号（請求項5、パターヘッドの底面にピボットを形成したパターを使用したゴルフボールのバッティング方法）、米国特許第5616089号（請求項1-13、利き手でグリップを握り、利き手の上に非利き手を特定の手順で置いて利き手を握るパター把持方法）
- (5) 例えば、Robert M Kunstadt et al. “Are Sports Moves Next in IP Law?” *The National Law Journal* Vol.18 No.38, pp.C2-C5 (1996)、Jeffrey A Smith “It’s Your Move — No, It’s Not! The Application of Patent Law to Sports Moves” *University of Colorado Law Review* Vol.70 No.3, pp.1051-1088 (1999)、Faizanur Rahman and Mohd Amir “Patenting Rights on Sport Moves in India” Yogendra Kumar Srivastava et al. *‘Sports & Entertainment Law’* pp.1-10 (Taxmann’s, 2022)
- (6) 例えば、特許庁＝工業所有権情報・研修館編『産業財産権標準テキスト総合編』44頁（発明推進協会、第5版、2019）、知的財産支援センター「知財のひきだし！」日本弁理士会、12頁、https://www.jpaa.or.jp/cms/wp-content/uploads/2023/03/senseihikidashi_20230323.pdf（2021.2.18）
- (7) 佐藤恵太「原田のV字ジャンプと特許法」白門50巻6号4頁（1998）
- (8) 安藤花恵「身体知－習熟と伝承－」三浦佳世編『現代の認知心理学1 知覚と感性』215頁（北大路書房、初版、2010）は、大人が子供に自転車への乗り方を教える場面を例に、「身体を使って身につけた、身体をいかに動かすかに関する知識である身体知は、言葉にすることが難しい。完全に正確に言葉にすることは不可能であると言ってもよいだろう」と指摘する。
- (9) 大武美保子ほか「言語化された身体技能の伝達に関する研究：投球動作スキル伝達による球速変化の解析」人工知能学会第10回身体知研究会予稿集20頁（2011）は、A4版1枚で作成した投球動作の説明用紙を介入群の被験者に読ませて10分間の投球練習をさせたところ、説明用紙を読まなかった統制群と比較して、球速が向上した被験者が多かったことを報告する。
- (10) 例えば、小畑直之ほか「国内女子トップウエイトリフティング選手を対象としたスナッチを得意とする選手におけるスナッチのバイオメカニクスの分析」*Journal of High Performance Sport* 10巻74頁（2022）、神事努「ICTを用いた運動指導とバイオメカニクス」*國學院大學人間開発学研究* 9号32頁（2018）、岡本敦＝市川真澄「鉄棒の前方支持回転のバイオメカニクス」*東海学園大学教育研究紀要* 4号11頁（2018）
- (11) 例えば、暦本純一「人間拡張が築く未来」*東京大学大学院情報学環紀要 情報学研究* 100号33頁（2021）、科学的エビデンスに基づく「スポーツの価値」の普及（阪大法学）73（6-68） 1112〔2024.3〕

の在り方に関する委員会「科学的エビデンスを主体としたスポーツの在り方」日本学術会議, 4頁, <https://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-24-t290-5.pdf> (2020.6.18)、仰木裕嗣「エビデンス・ベースド・スポーツの時代」KEIO SFC JOURNAL 14巻2号24頁 (2014)

- (12) オリンピック競技大会のプログラムは競技及び種目から構成されており、競技は1又は複数の種別を含み、各種別に1又は複数の種目が含まれる。例えば、競技「水泳」は「競泳」「飛込」「水球」等の種別を含み、種別「競泳」は「自由形」「背泳ぎ」「平泳ぎ」「バタフライ」等の種目を含む。オリンピック競技の概要を示すものとして、東京都オリンピック・パラリンピック準備局大会施設部調整課編「東京2020オリンピック・パラリンピック競技大会 実施段階環境影響評価書 概要版 (全体計画・競技)」30-33頁 (2022)
- (13) 潮海久雄「特許法において開示要件 (実施可能要件・サポート要件) が果たす役割」知的財産法政策学研究16号142頁 (2007)、島並良「特許法における当業者の概念: 米国バイオテクノロジー発明を素材にして」神戸法学年報18号242頁 (2002)、吉藤幸朔 (熊谷健一補訂)『特許法概説』263頁 (有斐閣, 第13版, 1998)
- (14) 田村明照「明細書の記載要件」竹田稔監修『特許審査・審判の法理と課題』151頁 (発明協会, 初版, 2002)
- (15) 知財高判平成25年8月28日 (平成24年 (行ケ) 10400号) [筋力トレーニング方法事件]
- (16) 例えば、特許第7035207号 (請求項11-12)、特許第6754869号 (請求項5)、特許第6382456号 (請求項16-18)
- (17) 田村善之『知的財産法』192頁 (有斐閣、第5版、2010) は、「V字ジャンプ、フォーク・ボールの投げ方、プロレス技などについて、自然法則の利用の要件を満たさないから、特許発明に該当しないと説かれる」ことについて、「人間の活動も浮力や摩擦力等に関する自然法則を利用しているものであることに変わりはなく、…説明には疑問を覚える向きもあるだろう」と指摘する。
- (18) 田村・前掲注(17)192頁
- (19) 酒井宏明ほか「発明概念の研究」パテント58巻10号19頁 (2005)
- (20) 例えば、原田睦巳 = 新竹優子「どこまで進む、技の進化—体操競技の発展—」伊東浩司ほか編『なるほど最新スポーツ科学入門』23頁 (化学同人, 2020) は、体操競技における近年の新たな技の傾向を見ると、既存の技に何かを付け加えてできるものである構造複雑化の方向に留まっていると指摘し、それほどまでに極限まで進化を遂げてきたという見方を示している。
- (21) 例えば、野口美恵「人類初の4回転アクセル成功、17歳マリニンは一体何がス

ごい? 「羽生さんが刺激してくれたことは確かです」ジャンプの常識を覆す発想転換とは…」Sports Graphic Number Web, <https://number.bunshun.jp/articles/-/854673> (2022.9.16) は、4 回転アクセルの世界初の成功事例について、ジャンプの飛距離を追求することに代えて、体重移動を行わずに回転軸を素早く作ることでなされたことを指摘する。

- (22) 例えば、野上大介「クワッドコーク誕生までの3D スピン史を振り返る」Red Bull, <https://www.redbull.com/jp-ja/snowboarding-is-my-life-25> (2017.4.17) は、1993-94年シーズンに世界初のバックサイド・コークスクリュー540が行われてから、2017年にバックサイド・クワッドコーク1800がメイクされるまでの3D トリックの発展の流れを解説する。
- (23) 中山信弘『特許法』106頁 (弘文堂, 第5版, 2023)
- (24) 中山・前掲注(23)107頁
- (25) 中山信弘 = 小泉直樹編『新・注解特許法』上巻18頁〔平嶋竜太〕(青林書院, 第2版, 2017)
- (26) 特許庁「特許・実用新案審査基準」第Ⅲ部第1章2.1.5(1)
- (27) 文部科学省「中学校学習指導要領 (平成29年告示)」115頁, https://www.mext.go.jp/content/20230120-mxt_kyoiku02-100002604_02.pdf (2017.3)
- (28) 文部科学省「中学校学習指導要領 (平成29年告示) 解説 保健体育編」193頁, https://www.mext.go.jp/content/20210113-mxt_kyoiku01-100002608_1.pdf (2017.7)
- (29) 渋谷達紀『知的財産法講義Ⅰ』9頁 (有斐閣, 初版, 2004)
- (30) 高林龍『標準特許法』34頁 (有斐閣, 第7版, 2020)
- (31) 例えば、知財高判平成25年8月28日・前掲注(15)に係る特許第2670421号 (請求項1-3)、知財高判平成20年8月26日判時2041号124頁〔対訳辞書事件〕に係る特許第4232957号 (請求項3)
- (32) 吉藤・前掲注(13)56頁
- (33) 田村・前掲注(17)192頁は、「フォーク・ボールの投げ方につき、個人の熟練を要し、知識として第三者に伝達できるものではないことを理由として、技術的思想ではないと説かれ」ることについて、「特許を取得しうることには異論のない発明のなかにも、その実施には相応のノウハウを必要とするものがあり、…説明には疑問を覚える向きもあるだろう」と指摘する。
- (34) 前田健『特許法における明細書による開示の役割——特許権の権利保護範囲決定の仕組みについての考察』277頁 (商事法務, 初版, 2012) は、フォークボールの投げ方などの「技能」が「客観性を欠くから技術にならないなどという言い方がされる」ことについて「類型的に発明概念として否定するよりは、個別に、

ある程度の確度をもって反復可能なだけの方法論が明細書に記述されているかどうかを判断し、反復可能なら、特許を与えてもよい」と指摘する。

- (35) 田村善之「特許適格対象の画定における物の本来の機能論の意義」パテント74巻11号（別冊26号）18頁脚注76（2021）は、フォークボールの投球方法は選手間で伝達されているように見受けられ、「技能」であるために「技術的思想」に該当しないとするのは説得的でない旨を指摘する。
- (36) 吉藤・前掲注(13)51頁
- (37) 中山＝小泉編・前掲注(25)上巻18頁〔平嶋竜太〕
- (38) 中山・前掲注(23)106頁
- (39) 吉藤・前掲注(13)51頁、中山・前掲注(23)107頁
- (40) 最判平成12年2月29日民集54巻2号709頁〔黄桃の育種増殖法事件〕
- (41) 知財高判平成19年11月29日（平成18年（行ケ）10015号）〔解析装置事件〕
- (42) 東京高判昭和31年12月15日行裁集7巻12号3133頁〔ビンゴゲーム装置事件〕
- (43) 特許庁編『工業所有権法（産業財産権法）逐条解説』86頁（発明推進協会，第22版，2022）は、旧法1条の「工業的」について、「旧法においては用語と実体間にずれがあったわけであるが、現行法はこのずれを埋める意味において改正したものであって、実体的な改正を意図したものではない」と指摘する。
- (44) 鈴木昌明「判批」鴻常夫＝紋谷暢男＝中山信弘編『特許判例百選』41頁（有斐閣，第2版，1985）
- (45) 特許庁・前掲注(26)第Ⅲ部第1章3.1
- (46) 前田・前掲注(34)278頁脚注32は「プロスポーツに用いる技能については、医療技術のように、独占を認めることは不適であるという議論もできそうである」と指摘する。
- (47) 東京高判平成14年4月11日判時1828号99頁〔外科手術を再生可能に光学的に表示するための方法及び装置事件〕
- (48) 最決令和2年9月16日刑集74巻6号581頁
- (49) 特許庁・前掲注(26)第Ⅲ部第1章3.1.2
- (50) 前田・前掲注(34)278頁脚注32は「フォークの投げ方やゴルフのパットの打ち方などの場合、もっぱら個人的に使用するので産業上の利用可能性がないとして、特許を与えるべきではないかもしれない」と述べる。
- (51) 特許庁・前掲注(26)第Ⅲ部第1章3.2.2
- (52) 特許庁・前掲注(26)第Ⅲ部第1章3.1.3
- (53) 愛知靖之ほか『LEGAL QUEST 知的財産法』38頁〔前田健〕（有斐閣，第2版，2023）
- (54) 吉藤・前掲注(13)73頁は「鉄骨を縦横に埋設した堅固なコンクリート塀を日本

- 列島を覆うように太平洋岸に隙間なく立設した台風防止装置」をその例に挙げる。
- (55) 愛知ほか・前掲注(53)38頁〔前田健〕は、本類型について「本当に実施できなければ実施可能要件により適宜対処すれば足りる」と指摘する。
- (56) 竹下賢「拒絶理由条文コードの各条文の適用率（日本全体）」審査官ラボ、<https://www.examinerlab.net/free-p-rejection-cd>（2023.11.24）によれば、2021年5月以降に発送された拒絶理由通知書における適用条文のうち、29条1項3号の適用率は37.32%であるのに対し、同項1号及び2号についてはそれぞれ0.03%及び0.07%である。
- (57) 独立行政法人日本スポーツ振興センター「JISS nx」, <https://nx.ijiss.jp/>（2023.11.24）
- (58) 米国特許法における当業者（a person having ordinary skill in the art）に関してであるが、Smith・前掲注(5)1074頁は、プロバスケットボール選手の新規な動作の非自明性について「一般人の視点で判断するのではなく、むしろ他のプロバスケットボール選手の視点で判断すべき」とし、「他のプロ選手の見解において、新たな変形が非自明とされることは考えにくい」と指摘する。
- (59) 特許庁編・前掲注(43)274頁
- (60) 大阪地判平成12年10月24日判タ1081号241頁〔製パン事件〕
- (61) 竹田稔＝松任谷優子『知的財産権訴訟要論 特許編』123頁（発明推進協会，第7版，2017）
- (62) 中山信弘編著『注解特許法 上巻』664頁〔中山信弘〕（青林書院，第3版，2000）
- (63) 大阪地判平成3年9月30日知財集23巻3号711頁〔受水槽事件〕
- (64) 上羽秀敏「特許法上の「業として」に関する一考察」日本弁理士会中央知的財産研究所研究報告22号81頁（2008）
- (65) 中山＝小泉編・前掲注(25)中巻1149頁〔鈴木將文〕は、「ドイツ等の立法及び解釈を参考にすれば、わが国における「業として」の要件についても、私的領域における非経済的な目的で行われる行為を除く趣旨と捉えることが適切と考えられる」と指摘する。
- (66) 中山一郎「日米比較から見た特許権と「実験の自由」の関係について—「試験・研究の例外」の変遷と課題—」AIPPI48巻6号436頁（2003）は、旧法下では特許権の効力が「業として」の特許発明の実施に限定されていなかったことから、試験・研究のための実施の多くは「業として」の実施には該当しないと理解されてきたところ、現行特許法が特許権の効力に「業として」の限定を加えた結果、試験・研究の例外規定の性格が、「業として」の実施には該当するがそれでもなお特許権の効力を及ぼすべきでない行為を保護するものへと変化してきたこと（阪大法学）73（6-72）1116〔2024.3〕

とを指摘する。

- (67) 染野啓子「試験・研究における特許発明の実施（Ⅰ）」AIPPI33巻3号5頁（1988）
- (68) 最判平成11年4月16日民集53巻4号627頁〔脾臓疾患治療剤事件〕
- (69) 知財高判令和3年2月9日（令和2年（ネ）10051号）、東京地判令和2年7月22日（平成31年（ワ）1409号）〔ウイルスおよび治療法におけるそれらの使用事件〕
- (70) 著作権（演奏権）に関する事案であるが、最判令和4年10月24日民集76巻6号1348頁、知財高判令和3年3月18日民集76巻6号1448頁〔音楽教室事件〕は、音楽教室における音楽著作物の演奏のうち、生徒によるものについては演奏権侵害が成立しないが⁸、教師によるものについては演奏権侵害が成立するとした。
- (71) Kunstadt・前掲注（5）p.C3
- (72) 知財高判平成26年5月16日判時2224号146頁〔アップル対サムスン損害賠償請求事件〕、知財高決平成26年5月16日判時2224号146頁〔アップル対サムスン差止請求事件〕