

# 特許法における「電気通信回線を通じた提供」の検討

会員 羽立 章二

## 要 約

「電気通信回線を通じた提供」は、平成 14 年（2002 年）に、プログラム等の発明の実施行為の一つとして規定された。「電気通信回線を通じた提供」は、プログラム等の発明に限って規定され、ソフトウェア関連発明全体に認められたものではないことに特徴がある。プログラム等の発明について他のソフトウェア関連発明とは異なる検討を行った先例として、発明該当性判断におけるソフトウェア側からのアプローチがある。本稿は、「電気通信回線を通じた提供」について、ソフトウェア側からのアプローチを参考に検討するとともに、具体例を検討した。

## 目次

1. はじめに
2. ソフトウェア関連発明の発明該当性判断のアプローチ
  2. 1 2つのアプローチ
  2. 2 ソフトウェア側からのアプローチ
3. プログラム等の発明の「使用」
4. プログラム等の発明の「譲渡等」
  4. 1 法改正前の「譲渡、貸渡し」
  4. 2 平成 13 年時の議論
  4. 3 商標の使用行為との関係
  4. 4 平成 14 年特許法改正
  4. 5 放送について
5. 裁判例
6. 具体例
7. おわりに

## 1. はじめに

「電気通信回線を通じた提供」は、平成 14 年（2002 年）特許法改正により、プログラム等の発明の実施行為の一つとして「譲渡等」に含めて規定された（2 条 3 項 1 号。特許法は条文のみ記載する。）。

ソフトウェア関連発明は、その発明の実施においてソフトウェア（「プログラム等」（2 条 4 項）と同義）を利用する発明である<sup>(1)</sup>。ソフトウェア関連発明には、例えば、プログラム等の発明、情報処理装置の発明、情報処理方法の発明、記録媒体の発明等がある。「電気通信回線を通じた提供」は、ソフトウェア関連発明のうち、プログラム等の発明に限って規定された点に特徴がある。

ソフトウェア関連発明は、保護対象の議論が中心となり、法改正から 20 年近く経過しても実施行為についての解釈が定まっていらないように思われる。

そこで、本稿では、「電気通信回線を通じた提供」について、法改正時の資料を踏まえて意見を述べる。

なお、本稿は筆者の個人的見解であり、筆者の現在・過去の所属組織等とは関係がないものである。

## 2. ソフトウェア関連発明の発明該当性判断のアプローチ

### 2. 1 2つのアプローチ

ソフトウェア関連発明に特有の発明該当性（29条1項柱書、2条1項）の判断には、2つのアプローチがある<sup>(2)</sup>。一つは、ハードウェア側からのアプローチである。これは、発明が「解決しようとする課題」を、ハードウェア資源（CPU、メモリ等）を如何に（how to）利用して解決しようとしているのかという視点からアプローチするものである。

もう一つは、ソフトウェア側からのアプローチである。これは、如何なる「ソフトウェア」を創作したのかという視点からアプローチするものである。ソフトウェアは、本来的に何らかの「課題の解決」を目的として創作されるはずであり、ソフトウェアがあるアイデアを具体的に実現している場合には特許法上の「発明」に該当するとする。

ソフトウェア側からのアプローチは、「ソフトウェア」自体の創作を「発明」として扱うことを明確化したのに伴って採用された。「ソフトウェア」自体の創作を「発明」として扱うことは、運用指針<sup>(3)</sup>において明確化された。運用指針以降に認められた記録媒体の発明、プログラム等の発明は、ソフトウェア側からのアプローチにより検討することが有用である。「電気通信回線を通じた提供」は、プログラム等の発明に限って認められており、ソフトウェア側からのアプローチが参考になると考えられる。

ハードウェア側からのアプローチは、ソフトウェア側からのアプローチよりも前から採用されていた。そのため、記録媒体の発明、プログラム等の発明に特有の検討が必要でない場合には、ハードウェア側からのアプローチによる検討が有用である<sup>(4)</sup>。

### 2. 2 ソフトウェア側からのアプローチ

ソフトウェア関連発明の発明該当性は、現在、ソフトウェア関連発明に特有の判断が必要になる場合に、ソフトウェア側からのアプローチによって（広義の）協働要件で判断されている<sup>(5)</sup>。これは、次のように定められている。

「ソフトウェア関連発明のうちソフトウェアについては、『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されている』場合は、当該ソフトウェアは『自然法則を利用した技術的思想の創作』である。

『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されている』とは、ソフトウェアとハードウェア資源とが協働することによって、使用目的に応じた特有の情報処理装置又はその動作方法が構築されることをいう。」

（広義の）協働要件は、前段の（狭義の）協働要件と、後段の具体的要件によって判断される。

（狭義の）協働要件は、「ソフトウェアとハードウェア資源とが協働している」ことを判断するものである。

他方、具体的要件は、「使用目的に応じた特有の情報処理装置又はその動作方法が構築される」ことを判断するものである。ソフトウェア関連発明に特有の判断が必要となる場合には、通常、ハードウェア資源は、何らかの使用目的に「専用」のものではなく「汎用」のものである。そのため、具体的要件は、通常、ソフトウェアに着目して「使用目的」との関係で判断される。

図1は、ユーザと、ソフトウェアと、ハードウェア資源の関係を示す。

（狭義の）協働要件は、ハードウェア資源をソフトウェアに割り当てて実行することに着目する。他方、具体的要件は、ソフトウェアを実行することによって達成される「使用目的」に着目する。

ソフトウェアを実行するときの「使用目的」は、ソフトウェアにもハードウェア資源にも存在しない。例えば文書編集ソフトは、ユーザが文書編集したいという「使用目的」のもとで実行される。コンピュータは、ユーザの「使用目的」のもとで文書編集ソフトにハードウェア資源を割り当てて実行して、その「使用目的」を達成するための情報処理を行う。

## 3. プログラム等の発明の「使用」

まず、プログラム等の発明の「使用」（2条3項1号）を検討する。

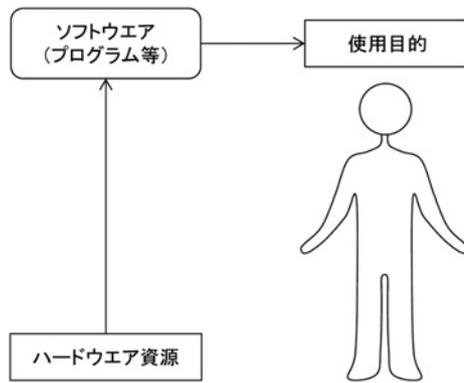


図1 ユーザとソフトウェアとハードウェア資源の関係図

平成14年特許法改正では「使用」を改正していない。これは、プログラム等の「使用」がプログラム等の発明に特有の解釈を必要としないことを意味する。そのため、プログラム等の「使用」について、ハードウェア側からアプローチして検討する。

プログラム等の「使用」は、ソフトウェアを実行するためのハードウェア資源の権利を有する者が、当該ハードウェア資源をプログラム等に割り当てて実行する行為と解する。

#### 4. プログラム等の発明の「譲渡等」

##### 4.1 法改正前の「譲渡、貸渡し」

「プログラム等の情報財をCD-ROM等の記録媒体を介さずに提供する行為」は、平成14年特許法改正前の「譲渡、貸渡し」に含まれると整理されていた<sup>(6)</sup>。

この点について検討するに、改正前のプログラム等の「譲渡」は、プログラム等の発明に特有の解釈を必要としない。そのため、ハードウェア側からのアプローチにより検討する。提供者がサーバを管理し、ユーザがユーザ端末を使うとする。提供者によるユーザへのプログラム等の「譲渡」は、サーバがユーザ端末に対して、サーバが記録するプログラム等を、サーバに加えて／代えてユーザ端末に記録させる行為と解する。ここで、提供者の行為は、自身が管理するサーバの処理によって評価される。「貸渡し」も同様である。

平成14年特許法改正により追加された「電気通信回線を通じた提供」は、プログラム等の発明に特有の解釈を必要とするものである。法改正前の「譲渡、貸渡し」に含まれる「プログラム等の情報財を…提供する行為」は、プログラム等の発明に特有の解釈を必要としないものであり、「電気通信回線を通じた提供」とは異なる。

##### 4.2 平成13年時の議論

平成13年に法制小委員会で配布された資料（以下、「平成13年資料」という。）<sup>(7)</sup>を参照して、平成14年特許法改正における議論の経緯を検討する。

平成13年資料では、「保護の対象とすべき実施行為」の例として、図2及び図3の「ネットワークを介したプログラムの送信行為」及び「ネットワークを通じて第三者にプログラムを使用させるASPの業務」が挙げられている。

図2の場合について、ユーザがサーバからプログラムをダウンロードする行為は、提供者がサーバからプログラムを「送信」する行為として、議論があるとしつつも提供者によるプログラムの「譲渡」に該当するとされている。

図3の場合について、プログラムの転送を伴わずにユーザにプログラムの機能のみを利用させる行為は、「貸渡

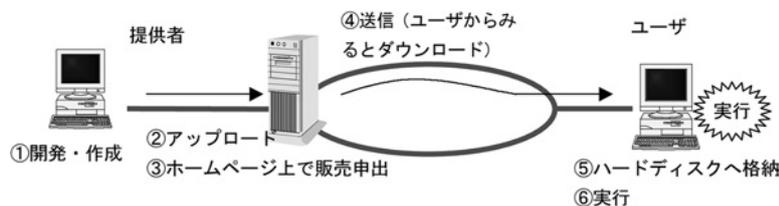


図2 プログラムの送信行為

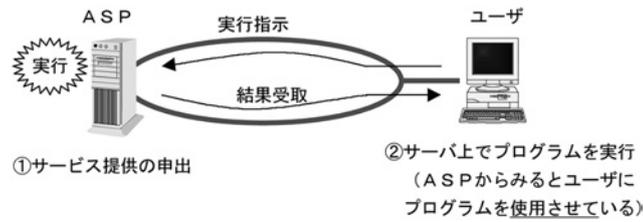


図3 プログラムを使用させるASPの業務

し」及び「貸渡しの申出」という文言が適当であるかについて疑問が呈されている。

平成13年資料によれば、平成14年特許法改正は、図2及び図3における提供者の行為が対象になっている。そして、平成13年資料において、図2及び図3における提供者の行為（サーバの処理）は、それぞれ「送信」及び「電気通信回線を通じた提供」として区別されている<sup>(8)</sup>。平成13年時の議論では、「電気通信回線を通じた提供」は、図3の態様の提供者の行為（ユーザにプログラムを「使用させる行為」）を意味していたと認められる。

ただし、ここで疑問が生じる。図3の提供者は、サーバでプログラム等を実行している。そのため、図3の提供者の行為は、プログラム等の発明の「使用」に該当するとも思われる。

しかしながら、「使用」は、ハードウェア側からのアプローチにより判断される。ハードウェア側からのアプローチは、ソフトウェアに割り当てるハードウェア資源に着目する。そのため、属地主義の原則により、そのハードウェア資源が日本に存在することが必要である。そうすると、図3の提供者の行為について、サーバが日本国内に存在することが立証できない場合（以下、表現を明確にするために「サーバが日本国外にある場合」という。）には、プログラム等の「使用」に該当しないこととなる。

ハードウェア側からのアプローチによれば、図4のようにサーバが日本国外にある場合には、提供者の行為はプログラム等の発明の実行為に該当しないという問題が生じる。平成14年特許法改正は、この問題を、提供者が日本のユーザにプログラム等を「使用させる行為」に着目して解決しようとしたと考えられる。

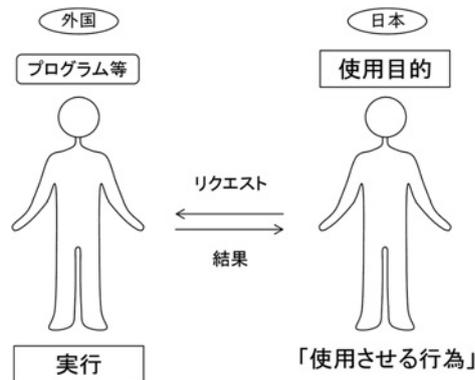


図4 「電気通信回線を通じた提供」の対象の典型例

### 4.3 商標の使用行為との関係

ユーザを基準として提供者の行為を評価するという発想は、特許法の実行為の本来的な考え方とは異質なものである。そのため、この考え方が導入された背景について検討する。

図5は、情報財（プログラム・書籍等）の商標の使用行為を説明するためのものである<sup>(9)</sup>。図5より、図2及び図3は、それぞれ、商品区分及び役務区分での情報財の商標の使用行為の検討を踏まえたものと考えられる。

平成14年特許法改正の「電気通信回線を通じた提供」は、商標法における議論を踏まえて導入されたものであ

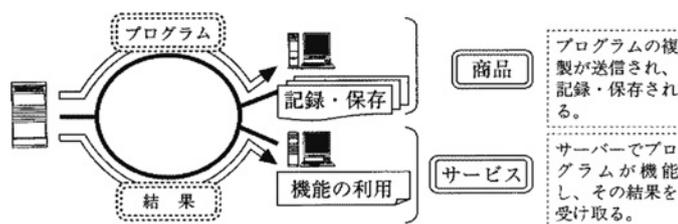


図5 プログラムの商標の使用行為の説明

り、そのために需要者を基準とするという特許法とは異質な発想が含まれたと考えられる。そして、情報財であるプログラム等の発明に限って例外的に「電気通信回線を通じた提供」が実施行為として認められたと解する。

#### 4. 4 平成 14 年特許法改正

平成 14 年特許法改正により、「譲渡等」は「譲渡及び貸渡し」であり、プログラム等の発明に限って「電気通信回線を通じた提供」を含むとされた<sup>(10)</sup>。

プログラム等の「電気通信回線を通じた提供」には、「プログラム等を実際に使用者に送って利用させること（プログラム等）」と、「プログラム等を提供者の手許に残したまま利用させること（機能提供型の ASP）」のいずれの場合も含まれる<sup>(11)</sup>。すなわち、図 2 と図 3 の態様は、共に「電気通信回線を通じた提供」に含まれる。

平成 14 年特許法改正において「電気通信回線を通じた提供」に図 2 の態様を含めた点について検討する。

ソフトウェア側からアプローチして「使用目的」に着目すると、「電気通信回線を通じた提供」は、提供者が「使用目的」を有するユーザにプログラム等を「使用させる行為」と評価できる。そうすると、プログラム等を使用者に送って利用させること（図 2 の態様）も、提供者の手許に残したままとすること（図 3 の態様）も、提供者がユーザにプログラム等を「使用させる行為」として同様に評価することができる。

そのため、平成 14 年特許法改正では、図 3 の態様に限らずに図 2 の態様も「電気通信回線を通じた提供」に含めたと解される<sup>(12)</sup>。

そして、図 2 及び図 3 の場合の「使用目的」は、提供者ではなくユーザが有している。この点で「譲渡、貸渡し」との共通性が認められる。そのため、「電気通信回線を通じた提供」は「譲渡等」に含めて規定されたと解する。

他方、平成 14 年特許法改正では、「輸入」には「電気通信回線を通じた提供」を含めていない。その後の「輸出」も同様である。

この点について検討するに、「電気通信回線を通じた提供」は、ユーザ端末が日本国内にあればよく、サーバは日本国内外のいずれにあってもよい<sup>(13)</sup>。そのため、「輸入」及び「輸出」について改正する必要がなかったものと考えられる。

他方、改正前の「譲渡、貸渡し」という規定に包含されると整理されていた「プログラム等の情報財を…提供する行為」は、「輸入」及び「輸出」にも包含されると解する<sup>(14)</sup>。

#### 4. 5 放送について

平成 14 年特許法改正では、「『回線』については、両方向からの通信を伝送するための無線又は有線と解されており、一方向にしか情報を送信できない放送網は『電気通信回線』には含まれない。」とし、放送については従来どおり「譲渡、貸渡し」に含まれる<sup>(15)</sup>。

「プログラム等」は「電子計算機による処理の用に供する情報であつてプログラムに準ずるもの」を含む。このような情報には「放送網を通じた提供」が想定されるであろう<sup>(16)</sup>。

提供者は、自らの電気通信設備を使用してプログラム等を提供する必要はない。そのため、「電気通信による提供」等のハードウェア資源を使用しない表現に改正することにより、放送を含めた規定とすることが望ましい。

### 5. 裁判例

平成 30 年（ネ）第 10077 号・令和 4 年 7 月 20 日知財高裁判決は、属地主義の原則との関係で、「電気通信回線を通じた提供」について次のように判示している。

「我が国は、特許権について、いわゆる属地主義の原則を採用しており、これによれば、日本国の特許権は、日本国の領域内においてのみ効力を有するものである。（中略）問題となる提供行為については、当該提供が日本国の領域外で行われる部分と領域内で行われる部分とに明確かつ容易に区別できるか、当該提供の制御が日本国の領域内で行われているか、当該提供が日本国の領域内に所在する顧客等に向けられたものか、当該提供によって得ら

れる特許発明の効果が日本国の領域内において発現しているかなどの諸事情を考慮し、当該提供が実質的かつ全体的にみて、日本国の領域内で行われたものと評価し得るときは、日本国特許法にいう『提供』に該当すると解するのが相当である。」

「当該提供が日本国の領域内に所在する顧客等に向けられたものか」及び「当該提供によって得られる特許発明の効果が日本国の領域内において発現しているか」という点（特に「顧客等」として人に着目する点）は、まさに「電気通信回線を通じた提供」の本質的な内容である。ただし、ソフトウェア側からのアプローチによれば、これらは、提供者がユーザにプログラム等を「使用させる行為」を、ユーザの視点とコンピュータの視点とで検討しているものと考えられる。

日本国内で提供者がユーザにプログラム等を「使用させる行為」を行ったといえるためには、プログラム等が提供される情報処理装置が日本国内にあればよく、例えばユーザとの間で入出力処理を行うユーザ端末が日本国内にあればよいと考えられる。

## 6. 具体例

本稿の意見について、具体例を使って検討する。検討対象とする実施行為は、「使用」、「譲渡」及び「電気通信回線を通じた提供」である<sup>(17)</sup>。

特許権の請求項に係る発明（以下、「本件発明」という。）は、以下のものである。

「コンピュータを、処理 A を行う手段 A と、処理 A の結果を用いて処理 B を行う手段 B として機能させるためのプログラム。」

検討対象のプログラムを、次のように特定する。

プログラム A：コンピュータを、処理 A を行う手段 A として機能させるためのプログラム。

プログラム B：コンピュータを、処理 A の結果を用いて処理 B を行う手段 B として機能させるためのプログラム。

プログラム S：コンピュータを、処理 A を行う手段 A と、処理 A の結果を用いて処理 B を行う手段 B として機能させるためのプログラム。

### 6. 1 具体例 1

図 6 は、具体例 1 の検討対象の構成を示す。提供者は、サーバを管理する。ユーザは、ユーザ端末を使う。サーバ及びユーザ端末は、日本に存在する。手段 A 及び手段 B は、サーバで実行される。

この場合、プログラム S の実行は、本件発明の「使用」に該当する。

なお、ユーザ端末は、日本国外であってもよい。

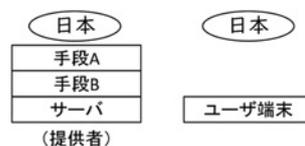


図 6 具体例 1 の検討対象の構成

### 6. 2 具体例 2

具体例 1 と同様の構成である。ただし、サーバ及びユーザ端末は日本国外に存在する。

この場合、ユーザ端末のリクエストに応じたサーバのプログラム S の実行は、本件特許権を侵害しない。

### 6. 3 具体例 3

具体例 1 と同様の構成である。ただし、サーバは日本国外に存在する。ユーザ端末は日本に存在する。

この場合、サーバによるプログラム S の実行は、属地主義の原則により本件発明の「使用」に該当しない。サーバがユーザ端末のリクエストに応じてプログラム S の処理結果を伝えることが、本件発明の図 3 の態様での「電

気通信回線を通じた提供」に該当する。

#### 6. 4 具体例 4

図 7 は、具体例 4 の検討対象の構成を示す。サーバ及びユーザ端末は、日本に存在する。手段 A 及び手段 B は、ユーザ端末で実行される。具体的には、サーバは、ユーザ端末からのリクエストに応じてユーザ端末にプログラム S を送信し、ユーザ端末で手段 A 及び手段 B を実行する。

この場合、サーバのプログラム S の送信は、本件発明の「譲渡」及び図 2 の態様での「電気通信回線を通じた提供」に該当する。

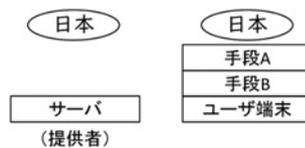


図 7 具体例 4 の検討対象の構成

#### 6. 5 具体例 5

具体例 4 と同様の構成である。ただし、サーバは日本国外に存在する。ユーザ端末は日本に存在する。

この場合、サーバのプログラム S の送信は、属地主義の原則により本件発明の「譲渡（輸入）」に該当しない。サーバがユーザ端末のリクエストに応じてプログラム S を送信することが、本件発明の図 2 の態様での「電気通信回線を通じた提供」に該当する。

#### 6. 6 具体例 6

図 8 は、具体例 6 の検討対象の構成を示す。提供者は、第 1 サーバ及び第 2 サーバを管理する。第 1 サーバ、第 2 サーバ及びユーザ端末は、日本に存在する。手段 A 及び手段 B は、それぞれ、第 1 サーバ及び第 2 サーバで実行される。

この場合、具体例 1 と技術的に区別することができない。サーバ群によるプログラム S の実行は、本件発明の「使用」に該当すると解する。

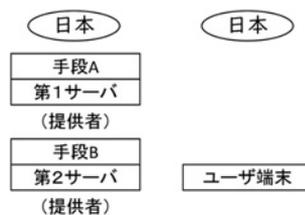


図 8 具体例 6 の検討対象の構成

#### 6. 7 具体例 7

具体例 6 と同様の構成である。ただし、第 1 サーバは日本国外に存在し、第 2 サーバ及びユーザ端末は日本に存在する。

この場合、サーバ群の一部が日本国外にあるため、具体例 3 と同様の状況にある。サーバ群がユーザ端末のリクエストに応じてプログラム S の処理結果を伝えることが、本件発明の「電気通信回線を通じた提供」に該当する。

ただし、第 2 サーバが日本国内にあることを立証できれば、プログラム B の実行について本件発明の間接侵害（使用）が成立する可能性があるとして解する。

#### 6. 8 具体例 8

図 9 は、具体例 8 の検討対象の構成を示す。サーバ及びユーザ端末は日本に存在する。手段 A 及び手段 B は、それぞれ、サーバ及びユーザ端末で実行される。具体的には、サーバは、ユーザ端末からのリクエストに応じて、ユーザ端末にプログラム B と処理 A の結果を送信し、ユーザ端末で手段 B を実行する。

この場合、ユーザ端末は、手段 A を図 3 の態様で「使用」し、手段 B を図 2 の態様で「使用」する。サーバの処理は、ユーザ端末にプログラム A 及び B を「使用させる行為」に該当する。そのため、サーバがユーザ端末のリクエストに応じてプログラム A を実行して図 3 の態様で「使用」させ、ユーザ端末にプログラム B を送信して図 2 の態様で「使用」させることは、本件発明の「電気通信回線を通じた提供」に該当すると解する<sup>(18)</sup>。

なお、サーバがプログラム B をユーザ端末に送信することに本件発明の間接侵害（譲渡及び図 2 の態様での電気通信回線を通じた提供）が成立する可能性がある。

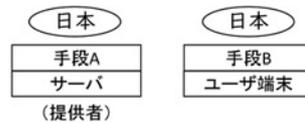


図 9 具体例 8 の検討対象の構成

## 6. 9 具体例 9

具体例 8 と同様の構成である。ただし、サーバは日本国外に存在し、ユーザ端末は日本に存在する。

この場合、具体例 8 と同様に、サーバがユーザ端末に、プログラム A を図 3 の態様で「使用」させ、プログラム B を図 2 の態様で「使用」させることが、本件発明の「電気通信回線を通じた提供」に該当する。

なお、プログラム B の送信について本件発明の間接侵害（図 2 の態様での電気通信回線を通じた提供）が成立する可能性がある。

## 6. 10 具体例 10

図 10 は、具体例 10 の検討対象の構成を示す。第 1 サーバは、提供者が管理しないものである。提供者は、第 2 サーバを管理する。第 1 サーバ、第 2 サーバ及びユーザ端末は、日本に存在する。手段 A 及び手段 B は、それぞれ、第 1 サーバ及び第 2 サーバで実行される。

この場合、提供者は、手段 A を実行していない。提供者には、ユーザに対して手段 A を「使用させる行為」は認められない。そのため、原則として直接侵害は認められないと解する。

しかし、提供者が管理する第 2 サーバがプログラム B を実行することに本件発明の間接侵害（使用）が成立する可能性がある。また、ユーザ端末のリクエストに応じてプログラム B の処理結果を伝えることが、本件発明の間接侵害（電気通信回線を通じた提供）に該当する可能性がある。

なお、第 1 サーバが日本国外に存在する場合も同様である。

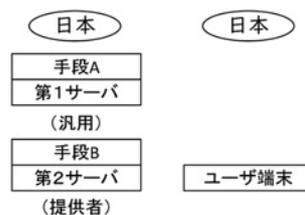


図 10 具体例 10 の検討対象の構成

## 6. 11 具体例 11

具体例 10 と同様の構成である。ただし、第 1 サーバ及び第 2 サーバは日本国外に存在する。ユーザ端末は日本に存在する。

この場合、ユーザ端末のリクエストに応じてプログラム B の処理結果を伝えることが、本件発明の間接侵害（電気通信回線を通じた提供）に該当する可能性がある。

なお、第 1 サーバが日本に存在する場合も同様である。

## 7. おわりに

本稿では、「電気通信回線を通じた提供」は、提供者が日本のユーザにプログラム等を「使用させる行為」に対して導入されたものであり、発明該当性判断におけるソフトウェア側からのアプローチを参照してユーザの「使用

目的」に着目して検討した。今後の「電気通信回線を通じた提供」の検討にあたり、本稿が何らかの貢献をできるものであれば幸いである。

(注)

- (1)「特許・実用新案審査ハンドブック」(特許庁) 附属書 B 第 1 章の冒頭部分。
- (2)「コンピュータ・ソフトウェア関連発明の改訂審査基準に関する Q&A」(特許庁) 問 8。
- (3)「特定技術分野の審査の運用指針」(特許庁) (1997 年 2 月公表) の 1 章 2.2.3「留意事項」の (3) において、これ以前の審査基準で「プログラム自体」は「発明」に該当しないとされていた記載を削除したことによる。
- (4)「PCT 国際調査及び予備審査ガイドライン」の A9.15 [1] には「データ処理作業はコンピューター・プログラム手段により、又は特殊回路手段により実行されるが、その選択は発明的概念とは関係がない」と記載されている。ハードウェア側からのアプローチでは、コンピューター・プログラム手段及び特殊回路手段により実行される場合を対象にする。それに対し、記録媒体の発明、プログラム等の発明は、特殊回路手段による実行を対象としない。ソフトウェア側からのアプローチは、コンピューター・プログラム手段により実行される場合を対象にする。この点で両者は異なるアプローチであるが、これは発明的概念とは関係がないため、発明該当性判断の結論は同じになる。
- (5) 注釈 1 の 1 章 2.1.1.2 (1) (i)。
- (6)「産業財産権法 (工業所有権法) の解説【平成 6 年法～平成 18 年法】」の平成 14 年法律改正 (平成 14 年法律第 24 号) の 1 章 16 頁。 [https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou\\_zaisanhou/h14\\_kaisei\\_1.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou_zaisanhou/h14_kaisei_1.pdf)
- (7) 産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員会の第 3 回 (平成 13 年 7 月 3 日) 配布資料の「実施行為規定の考え方」。
- (8) 注釈 7 の 8 頁。
- (9) 注釈 6 の 3 章 1 の 46 頁。 [https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou\\_zaisanhou/h14\\_kaisei\\_3\\_1.pdf](https://www.jpo.go.jp/system/laws/rule/kaisetu/sangyozaisan/document/sangyou_zaisanhou/h14_kaisei_3_1.pdf)
- (10) プログラム等の発明以外のソフトウェア関連発明について、間接侵害 (101 条) によって「電気通信回線を通じた提供」を検討することができる。ここで、「その物の生産に (のみ) 用いる物」における「生産」の解釈が問題になる。直接侵害の「生産」(2 条 3 項 1 号) では、特殊回路手段による実現を含むため、ハードウェア側からアプローチすることとなる。しかし、「その物の生産に (のみ) 用いる物」がプログラム等であれば、特殊回路手段による実現を排除してソフトウェア側からアプローチすることができる。そのため、間接侵害の「その物の生産に (のみ) 用いるプログラム等」における「生産」は、ハードウェア資源を使用して「その物」を作り出すことであって、ハードウェア資源は日本国内でも日本国外でもよいと解する。例えばサーバクレームの場合に、図 3 の態様でプログラム等を提供するサーバが日本国外にあればハードウェア側からのアプローチにより「生産」等 (2 条 3 項 1 号) に該当しない (令和元年 (ワ) 第 25152 号・令和 4 年 3 月 24 日東京地裁判決参照)。しかし、サーバで実行される「そのサーバの生産に (のみ) 用いるプログラム等」はサーバが日本国外にあっても「電気通信回線を通じた提供」による日本国内でのユーザの使用を誘発する極めて高い蓋然性が認められるために間接侵害が成立する場合があると解する。なお、「プログラム等」にはインストールのためのものと実行のためのものがある (注釈 3 の 1 章 2.2.3 (5) 参照)。平成 17 年 (ネ) 第 10040 号・平成 17 年 9 月 30 日知財高裁判決 (一太郎事件) は前者の間接侵害であった。この注釈は後者の間接侵害である。
- (11) 注釈 6 の 1 章 17 頁。
- (12) 図 2 の態様では、ユーザ端末のリクエストには 2 種類ある。一つは、単にプログラム等の送信のみを求めて実行はサーバに委ねないものである。もう一つは、サーバにプログラム等の実行を求め、サーバがユーザ端末にプログラム等を送信して実行させるものである。平成 14 年特許法改正は、プログラム等の流通の保護の観点から、両者について「電気通信回線を通じた提供」による保護を認めたと解する。例えば日本国内のユーザ端末が日本国外のサーバからプログラムをダウンロードする場合、ユーザの行為は「業として」の該当性に疑問があるが「輸入」には該当し得る。しかし、提供者の行為は「譲渡」にも「輸入」にも該当しない。これは図 2 の態様の「電気通信回線を通じた提供」に該当する。
- (13) 例えば特許庁政策推進懇談会における日本弁理士会会長の提出資料には「日本国内のユーザに日本国内のサービス提供者が、海外に存在するサーバ等から、機能提供型の ASP でサービスを提供する行為については、日本国内での『電気通信回線を通じたプログラム等の提供』に該当すると解せる。」と記載されている。
- (14) 注釈 7 の 6 頁に「プログラムクレームの保護範囲が媒体クレームに比べ狭くならないこと」と記載されており、法改正前の「譲渡、貸渡し」に包含される行為を排除する必要はないと解する。プログラム等の送信が、「譲渡」と「電気通信回線を通じた提供」の両方に該当する場合があると解する。
- (15) 注釈 6 の 1 章 16 頁。
- (16) 例えば「電気通信回線を通じて提供する行為」(商標法 2 条 3 項 2 号)、「電気通信回線を通じた提供」(意匠法 2 条 2 項 3 号イ) は放送網によるものを除外する必要はないであろう。
- (17) 議論を簡単にするため「生産」等については省略する。基本的には、サーバにおける処理がプログラム等の「使用」及び「譲渡」

(輸出)に該当するのであれば、サーバにおけるプログラム等の「実行」及び「送信」に対する権利行使が認められる。サーバにおける処理が「電気通信回線を通じた提供」に該当するならば、日本国内のユーザ端末へのプログラム等の提供に対する権利行使が認められるに留まり、日本国外のユーザ端末への提供に対する権利行使は認められない。

(18)具体例1と具体例6にあるように、現在では、手段A及び手段Bを実現するために、プログラムSを1台のコンピュータで実行することとプログラムA及びBを複数のコンピュータで実行することは技術的に同視できると考えられる。そうすると、具体例8でも、サーバの処理はプログラムA及びBの「使用」に該当するとも考えられる。しかし、ユーザ端末における手段Bは、通常、ブラウザ等によって実現される。ユーザがユーザ端末でブラウザ等を実行しているために手段Bが実現できるのであって、サーバにはユーザ端末の権利はなく、サーバがユーザ端末でプログラムB（「電子計算機による処理の用に供する情報であつてプログラムに準ずるもの」に該当する場合を含む。）を実行したと評価できない。サーバがリクエストに応じてプログラムBを送信してユーザ端末に実行させることが図2の態様の「電気通信回線を通じた提供」に該当すると解する。

(原稿受領 2023.2.6)

**JPAA**  
Information

## ヒット商品は こうして生まれた!

令和4年  
改訂版

**ヒット商品を支えた知的財産権**

「パテント・アトニー誌」で毎号連載しております、「ヒット商品を支えた知的財産権」。

こちらの記事を一冊にまとめた「ヒット商品はこうして生まれた!」は発明のストーリーをコンパクトにまとめたもので、非常に好評を博しております。

是非ご覧いただき、知的財産、更には弁理士への理解を深めていただければ幸いです。



◆本誌をご希望の方は、[panf@jpaa.or.jp](mailto:panf@jpaa.or.jp) までご一報ください。