

改正特許法で情報であるコンピュータ・プログラム等それ自体を保護対象とする衝撃・影響

—本格的な情報保護法としての特許法への幕開けか？—

弁理士 加藤 公延



目次

1. はじめに
2. 情報保護法としての特許法
 - (1) 本稿での情報保護法の意味
 - (2) 情報とは
 - (3) 情報という視点から見た「発明」
3. 「物」/「方法」に具現化された情報
4. 「情報」の情報/単なる情報でなく、機能を備えた情報
5. 本格的な情報保護法の基盤という観点からの改正案の検討
 - (1) 2条3項1号の「物の発明」の実施行為の改正問題
 - (イ) 保護対象の問題
 - (ロ) 発明のカテゴリの問題
 - (ハ) 「実施」概念の問題点・立法論
 - (2) 具体的問題点と改正案の実施規定について
6. 改正案では規定されなかったプログラムの特質から生じる他の問題
7. 発明の定義についての改正

1. はじめに

平成14年2月20日に閣議決定された改正特許法案（以下、改正案という）が公表された。ソフトウェア関連発明に関しては、2000年改訂「特許・実用新案審査基準」および特許庁産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員報告書（以下、報告書という）に概ね沿った内容であり、無体物である情報としてのコンピュータ・プログラム（以下、プログラムという）それ自体を「物」概念・「物の発明」に含める点が最大の特徴である。

今回の改正の背景として、CD-ROM等の媒体に記録されない状態でのネットワークを介したプログラム等の販売・流通が増大し、その結果、新たに導入された記録媒体特許権の保護が一切及ばず、プログラム等の保護が不十分であり、現実のプログラム等の取引に対応していないという批判があった。

この批判に対して、日米欧いずれもが、既存の特許法の解釈論によって対処してきた。今回の改正案は、世界で初めて特許法の明文でプログラム自体を保護対象とした画期的な特許法である。

ところで、現行特許法は、物＝有体物を前提として制度設計されている。すなわち、「物の発明」については、有体物である「物」に具現化された形で初めて保護対象として認められ、実施化段階においても、物を通じた現実社会・現実空間での侵害行為から保護してきた。

従って、今回の改正案で無体物である情報としてのプログラム等を保護対象としたことは、時間軸上・空間軸上で、いわば、裸の状態の情報自体の保護を意味し、保護対象段階のみならず、特に、実施化段階でのネットワーク環境等の仮想的な空間⁽¹⁾、時間軸上での特許法の適用を主眼とするものであり、現実社会・現実空間での実施・侵害等を前提として制度設計されてきた特許法の骨格の変更を迫るものである。背景は少

本稿は、(財)全国銀行学術研究振興財団 2000 年度研究助成による研究成果の一部を成すものである。

し異なるが、著作権法がプログラムを取り込んだ結果、著作権法の法体系が大きく影響を受け、変質したように、今回の改正は、特許法の本格的な情報保護法への幕開けとも考えられる。

最近の情報革命⁽²⁾⁽³⁾等の情報技術の多面的な発展、今後の技術の推移を考慮すると、むしろ、改正特許法を、情報保護法としての基盤の法と捉えるべき時期ではないかと考えており、その視点から今回の改正法のあるべき姿や内容の妥当性等を考察する。

検討は、プログラム発明の情報としての特徴、今回の改正案は、現在・将来の情報技術の発展推移を見据えたものか？ 情報関連の新しい保護対象が出現する都度、法改正を要することなく対応可能な柔軟性を有しているか？ 既存規定・既存保護手法・運用等との整合性・継続性、既存権利の配慮・法的安定性は確保されているか？ 将来の技術進歩・保護のあり方に対して十分配慮された制度設計か？ 等に重点を置いた。

2. 情報保護法としての特許法

(1) 本稿での情報保護法の意味

従来から特許法は情報保護法として位置付けられているが、その際の情報保護法という用語は、人間の知的・精神的活動の成果である発明、意匠、著作物、営業上の信用、営業秘密等を包含した知的財産法と同レベルで用いられている。さらには、不法行為法、契約法、刑法等によっても情報が守られているという場合には、これらの法も情報保護法に含まれる。従って、情報保護法なる概念は、曖昧に用いられている。本稿では、現行特許法は、物＝有体物を前提として制度設計されているが、今回の改正案で無体な情報自体をも配慮して制度設計する必要が出てきた。その意味において全領域の情報を本格的に保護する特許法という意味で用いている。

(2) 情報とは

情報とは非常に広い概念であり、明確な定義は不可能である。情報をどの分野（自然科学、人文科学、社会科学等）の立場から捉えるかによって、その意味はそれぞれ異なる。

広辞苑では、「(1)ある事柄についてのお知らせ。(2)判断を下したり行動を起こしたりするために必要な知識。」理工学辞典⁽⁴⁾では、「生活主体と外部の客体との間の状況関係に関する知らせであり、判断を下し

たり、行動を起こしたりするために必要な知識をいう」と説明されている。

各分野に共通的な情報の性質・判断基準としては⁽⁵⁾、概ね ①抽象性・無体物性（情報そのものは物理的実体を持たない抽象的な無体なものである） ②不滅性（情報を使用しても減ることはない） ③相対性（物質等の絶対的に存在するのではなく、送り手と受け手があって相対的に存在するものであり、片方では存在しない） ④個別性（情報となるか否かは、受け手により決まる。価値を無用とする受け手にとっては情報とはならない） ⑤複製可能性（オリジナルを破損しないで容易に複製物を作り、使うことができる。プログラムは、さらに複製しても劣化しない） ⑥システム・制御の存在（情報の伝達には必ず、システムの存在・媒介が必要）等を備えたものとされる。

発明者が頭の中で創作した精神的な創作活動の成果である発明は、現実世界において、我々は文字等の伝達媒体を介して（発明）情報という形で認識できるものであり、情報という概念は、現実世界で人間側から把握した概念である。

(3) 情報という視点から見た「発明」

①従来から特許法を情報保護法として位置付けることは定着している⁽⁶⁾。しかし、「発明」を情報という視点から考察するという思考は薄く、いまだ語られることは少ないが、最近、この分野の指導的立場にある学者から以下の見解が提起され始めている。

各見解は必ずしも一致していないが、「情報」自体の特徴、「発明」「情報」に対する従来の特許法の姿勢、プログラムという「情報」が保護対象となった場合の情報保護法制の困難性・特異性等が理解でき改正案を情報保護法という視点で考察する上で参考となる。

(a)「特許法は、情報保護法であることは間違いありませんが、情報を物あるいは方法という情報を使用した結果から見ています。プログラムのような情報そのものが特許の対象とすると、やはり何か言葉を考える必要が出てくるかもしれません。」⁽⁷⁾

この視点からは、保護すべき情報は、例えば、発明という技術的思想を用いて表現をした結果物⁽⁸⁾とか情報をプログラム「情報」に使用した結果物とでも捉えられよう。

(b)「発明というのは技術的思想の創作で、それ自体が情報です。…特許制度は発明を保護するために、発

明を「物に化体」というか、物に具現化した段階での行為を禁止するという仕組みで対応してきました。…方法の発明も「物を使う方法」「物を生産する方法」の発明ですから結局のところ物という世界を通じて発明を保護してきました。発明の実施が物を通じてしか具現化できない時代では、それでよかったのでしょうか。…IT時代では、情報商品を通じた実施というのがあってもよいのではないか…」⁽⁹⁾

(c)人間の知的創作の所産は現実社会では、「物」あるいは「情報」という形で存在すると考えられる。そこで、「物」あるいは「情報」に対する人間の所定の行為を禁止することによって、権利を実行あらしめるとともに、第三者の侵害範囲の予測性を担保する構成としたとする。「方法」は情報（例えば、物の製造方法は物の作り方の情報）とする。そして、「物の発明」の実施行為は、生産、譲渡等強力であるのに対して、「方法の発明」は、その方法を使用する行為のみが規定され、伝達等は規定されていない。その理由は、情報に対して排他的支配権を許容することは情報の自由流通や表現の自由という、より高次の価値と抵触するので、実際にそれを物に作用させる局面、すなわち、その方法を使用する行為のみに限定し、情報の伝達の段階には特許権の効力を及ぼさなかったと説く。

他方、プログラムはコンピュータに実行させる機能を内容とした商品であり、その性質から生産や流通等に排他的独占権を及ぼしても情報の自由流通等のより高次の価値を損なうおそれはないとする⁽¹⁰⁾。

②(c)説は私にとって多くのヒントを与えてくれた。精神世界での人間の知的創作の所産としての発明と現実世界での我々の認識、特許法の情報保護法としての限界、実施行為を定める際の基準のあり方等を考察する上で、有益な指針を開示している。

この説にいう「方法の発明」では、その方法を使用する行為のみが規定され、伝達等は規定されていない理由についても考えさせられた。「情報」のレベルとその性質の捉え方の理解不足なのかもしれないが、私は別の理由付けとして、特許法の目的と「方法の発明」の内在性と考えている。

すなわち、特許法は、発明情報を開示させ、この技術情報を人々の間に伝達されることを促進することを目的として創設された法律である（1条）。従って、（発明）情報の伝達については、法は積極的に奨励し、特

許権付与の前提条件としている。そこで、「方法の発明」という情報（例えば、制御方法という情報）の「伝達」は特許法が奨励している行為であり、その結果、特許権の効力範囲とすることは矛盾であるので、実施行為には入れなかった。特に、方法という情報はプログラムと違い、機能的情報ではないので、実施行為に入れなくても、保護に欠けることはない。また、「生産、譲渡、貸渡等」については、「方法の発明」の性質上、観念できないか、たとえ観念できてもその意味がないので実施行為には入れなかった、と考えている。

次に、プログラムの実施行為範囲は、この説のように、高次の権利と衝突する虞はなく、また、請求範囲の記載に関しては、一般の「方法の発明」では、単なる経時的工程のみで足りる。これに対して、ソフトウェア関連発明の場合には、発明の成立性要件を具備するために「物の発明」「方法の発明」とも同じレベルで、ハードウェア資源の具体的に実現構成の記載を不可欠とし、その結果、技術的範囲は限定的である。したがって、プログラム発明の場合には、有体物を前提とした「物の発明」と同程度の実施行為範囲を認めてよいものと解する。

さらに、この説は、「方法の発明」の使用行為は必ず物（有体物）を通じてしか実現（2. (2)⑥と関連）できないのか？「情報」の下位概念として「物」・「方法」・「プログラム」等の概念があるのではないか？特許法は情報保護法という場合の「情報」とはどのレベルの情報を指しているのか？等多様な疑問を私に与え続けてくれる。

3. 「物」/「方法」に具現化された情報

①発明それ自体が技術情報であり、技術思想の創作という抽象的レベルの情報である。しかし、特許法においては、この抽象的レベルの情報自体では特許法の保護対象とはならず、技術的思想の創作（発明）という情報をより具体的なレベル「物」または「方法」に具現化して初めて保護対象として認められる。すなわち、発明という情報を「物」または「方法」に具現化する必要がある。従って、保護対象レベルだけでも2種類の情報レベルがある。なお、明細書中の特許請求の範囲、詳細な説明中の具体的な実施の形態に開示された技術思想の創作も情報であるので、特許法においては、抽象的な発明という観念から現実の特許明細書

までの範囲においてでさえ、階層的抽象度レベルの多数の情報という概念が存在する。

ここで、通説によれば、「物の発明」とは、技術思想が物の形として具現化された物であり、経時的要素のない発明である。「方法の発明」とは、経時的な発明であり、「一定の目的に向けられた系列的に関連性のある数個の行為又は現象によって成立するもの」である⁽¹¹⁾。

②これらを情報という観点で捉えれば、「物の発明」は、例えば、ある課題をその物がどのように解決するか等の情報や、その物が行ったり、発揮したり、それ自体が有する効果等の情報。「方法の発明」は、例えば、ある課題を解決する方法に関する情報、「物の製造方法の発明」は、ある物の製法に関する情報で、例えば、どのような材料で、どのような順序で作るかに関する情報である。つまり、いずれの場合も発明という情報を物と方法という現実社会・現実空間で認識できる具体的レベルの情報である。

そして、発明の現実の実施には、上記具現化された「物の発明」、「方法の発明」等をさらに具現化して実際の物＝有体物を通じた具体物な製品やその方法を実施する装置を媒介として実施される。従って、一般的には、「物の発明」は、発明に係わる最終製品（例えば、テレビ）を市場に流通させた段階で初めてその価値が移転できる。

4. 「情報」の情報／単なる情報でなく、機能を備えた情報

①一方、「プログラム発明」は、プログラムに関する技術的思想の創作（発明）という情報をプログラム「情報」に具現化したものであり、いわば、発明という情報を「情報」に具現化したものといえる。従って、一般の物（テレビ）はネットワーク等の伝送によって、物理的・経済的な移転をさせることができないが、情報一般は、その性質から伝送によりその全てを移転できるという違いがある。

ここで、少なくとも発明を開示した特許明細書の情報は、人間に向けた情報であるが、その発明という情報が具現化された下流側レベルの情報（例えば、機械語等で表現されたプログラム）自体は、装置に向けた情報であり、コンピュータという装置を動作させる所定の機能を備えた機能的情報である点が特徴である。従って、このレベルの情報は、無体な機能的情報とい

う特徴からネットワーク等の伝送によって、その価値全体を移転させることができ、伝送されたプログラムは、直ちに現実の部品としてコンピュータを動作させることができる。まさに、このプログラムの伝送段階が、一般の「物の発明」に係わる最終製品を市場に流通させた段階に該当するといえる。したがって、保護上、伝送行為を実施概念に含めることが不可欠となる。

②我が国では、プログラム自体はあくまでも、2条1項「自然法則を利用した技術的思想の創作」とは認められず、発明ではないとの立場である。発明成立性を認められる根拠は、プログラムが物理的な装置であるコンピュータのハードウェア資源を利用するものである点に依存するとする。

この際、単にコンピュータを使用していることのみをもって、全て発明と判断されてしまうことの不合理性を避けるため、これまでの審査基準等では、「ハードウェア資源の単なる使用」や「ハードウェア資源を用いて具体的に実現」等の概念を導入して発明として保護すべき場合とそうでない場合の線引きが行われてきた。

しかし、ハードウェア資源部分は、具体的には、何ら特徴のない通常のコンピュータ等である。従って、プログラム等のソフトウェア関連発明の創作の特徴・本質部分は、無体物のソフトウェア部分であり、何ら特徴のないハードウェア資源を動作させ、所定の効果を得る一連のアルゴリズム部分であり、一連のアルゴリズムに関する情報といえる。

5. 本格的な情報保護法の基盤という観点からの改正案の検討

発表された改正案は、まだ閣議決定段階にすぎず、特許庁による説明もなされていない状態であり、また、紙面の制限もあるので、本稿の検討の範囲は、改正の中心である2条の保護対象、実施概念およびその直接的影響範囲にとどめる。従って、101条の間接侵害（同2号、4号追加）、共同侵害（今回改正なし）、「業として」（今回改正なし）については、触れないこととする。

(1) 2条3項1号の「物の発明」の実施行為の改正問題

この規定から派生する問題として(イ)保護対象の問題(ロ)発明のカテゴリの問題(ハ)実施行為の文言の問題がある。

改正案

改正案では、現行2条3項1号を2条3項1号と新規創設の2条4項とした。

①改正案2条3項1号：「物（プログラム等を含む。以下同じ。）の発明にあっては、その物の生産、使用、譲渡等（譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む。以下同じ。）若しくは輸入又は譲渡等の申出（譲渡等のための展示を含む。以下同じ。）をする行為」

②改正案2条4項：「この法律で『プログラム等』とは、プログラム（電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わせたものをいう。）その他電子計算機による処理の用に供する情報であってプログラムに準ずるものをいう。」

(1)保護対象の問題

①同1号は「物（プログラム等を含む。以下同じ。）」と明記したので、「物」にプログラム等を含むことが明確になった。

②また、「以下同じ。」と明記したので、特許法条文中の「物」という文言の全てに適用されることが明確になった。

その結果、(a)「プログラムを生産する方法」や「データを生産する方法」は「方法の発明」から、「物を生産する方法の発明」に突然変化することになり、方法の実施の結果物であるプログラムやデータにまで効力が及び、しかも、それに伴って、特許法196条に規定された刑事罰の対象範囲が拡張されてしまうという問題点が指摘されている⁽¹²⁾。

以上の問題は、本来は、記録媒体発明が導入された際、解決すべき点であった。

今回の改正案2条3項3号は、「生産した物の使用、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出」と規定し、この点について何らの考慮はされていないので、この問題は引き続き今後の検討課題である。

(b)なお、69条3項、27条2項、96条の「物」には各規定の趣旨からして「プログラム等」は含まれないと解する。

③同4項の「プログラム」の定義は、2000年改訂「特許・実用新案審査基準」での定義と異なり、情報処理の促進に関する法律の2条2項のプログラムの定義を採用したものである。実質的変更はないものと考えられる。その結果、著作権法のプログラム（著2条1項10の2）の定義に合致した。

④同4項で「プログラム等」の定義を規定し、柔軟性を持たせたので、情報関連の新しい保護対象が出現しても文言解釈で対応できる。他方、「物」と擬制されるのは、「情報財一般」ではなく、プログラム等に限定し、過度の情報保護を防止している。

ここで、「情報財一般」とした場合、新たに出現してくる新技術等に柔軟に対応できるが、表現の自由等の憲法問題との関係、社会一般等に多大な影響を与える可能性があり、妥当ではない。

⑤「プログラム等」の定義であるが、2000年改訂「特許・実用新案審査基準」で、「物」と擬制されたのは、プログラムとそれに準ずるデータ構造であった。その具体的内容は今後の運用にかかってくると思われるが、上記審査基準が生きている限り変更はない。

⑥「プログラム信号（列）」又は「データ信号（列）」として特許請求された場合は、「物の発明」か「方法の発明」か特定できないので、36条6項2号違反として拒絶される⁽¹³⁾。

⑦プログラム信号とプログラムとの関係

「信号とは、時間軸上または空間軸上、あるいは両軸上に展開する物理現象の可観測量のパターンの集合である」との定義⁽¹⁴⁾を参酌すると、プログラム信号とは、概ね、時間軸上または空間軸上、あるいは両軸上に展開するプログラムと観念できる。そして、伝達媒介を介在させた状態のプログラム信号は、ネットワーク環境での送信状態または記録媒体への格納状態のプログラムと観念でき、プログラムと等価と考える。従って、改正案4項プログラム等にプログラム信号を含ませてもよいと考える。しかし、「プログラム発明」が認められた以上、プログラム信号を認める実質的メリットは格別見い出せない。米国学者の間でも信号クレームの権利の有効性や取り扱いに関しては、懐疑的な見解がある。

ここでの問題点は、むしろ、「プログラム信号」等として特許請求された場合（上記⑥）「物の発明」か「方法の発明」かカテゴリの不明確を理由に36条6項2号違反で一律に拒絶するという運用の不明瞭性、その結果、2条1項の発明概念の誤解を招く事態を憂慮する⁽¹⁵⁾。

⑧欧米との比較

(a)米国では、運用において「有用（useful）、具体的（concrete）、かつ実体のある結果（tangible results）」を生み出すプログラム信号、プログラム・プロダクト

の特許適格性を認めている。しかし、プログラム自体は認めていない。これは、米国では、我が国と異なり、プログラムの定義には、プログラムリストを含む立場なので⁽¹⁶⁾、プログラム自体は認めていない⁽¹⁷⁾ということである。

(b)欧州では、2つのIBM 審決(T1173/97(1998年)およびT0935/97(1999年))以後、技術的性質を備えたプログラム自体、プログラム・プロダクト(program product: その意味について、多様な見解がある⁽¹⁸⁾)の特許適格性を認めている。

⑨プログラム等を保護対象としたことにより、例えば、ソフトデザイナー(業として)が頭の中で創作したプログラムに特許権の効力は及ぶのか? 一般的には脳の情報とプログラムとの関係に関する問題である。

現時点では、脳情報は同4号のプログラム等の定義:「電子計算による処理の用に供する情報」を具備していない。この点、科学技術庁は、人間の脳に記録されている情報をコンピュータが読むことができるようになるのは2026年と予測⁽¹⁹⁾しているが、より近い将来、脳情報の中でも、簡単な行動に関する脳波情報は客観的情報として取り出し可能⁽²⁰⁾となる余地があり、脳波情報の利用を内容とする特許出願も現実に行われ始めている。

(ロ)発明のカテゴリの問題

①改正案の立場

改正案では、「物(プログラム等を含む。以下同じ。)」と規定し、現行法の「物の発明」と「方法の発明」に分類する二分論を維持することを明記した。

ここで、改正案では、「製品」「成果」「支配管理可能なもの」という包括的概念を「物」と擬制⁽²¹⁾したのではなく、「プログラム等」に限定した。他方、「プログラム等」に限定した結果、技術進歩に対する柔軟性に欠けるという弊害を2条4項で「プログラム等」の定義を規定し、柔軟性を持たせて緩和している。その意味で将来に配慮した巧みな規定構成となっている。

例えば、近い将来、保護対象として問題となる可能性のある「タンパク質の立体構造データ」も法改正することなく、運用で「データ構造」の一種と読むことで対応できる。

②発明のカテゴリについての立法論

プログラム等を特許法上の保護対象に取り込むための発明のカテゴリに関する立法論の選択肢として3通

りの方法が提起されている。

(i) 今回の改正案のように、「物」の意味について特許法独自の立場から判断し、「プログラム」等一定のものに限って「物」と擬制する方法

(ii) 米国型の規定のように発明のカテゴリを廃止する方法

(iii) 第三の発明のカテゴリを新設する方法

いわば、「情報」の情報のカテゴリである。

③特許法上の「物」の概念については、従来は特許法が特別法であることを根拠に一般法である民法(85条)でいう「物」=「有体物」と解されていた。また、昭和34年特許法立法担当者も2条の「物」は、民法では「有体物」を意図していたと解される⁽²²⁾。もっとも、民法においても、現在の通説は「有体物」に限るという立場であるが、実質的に解釈し、広く「法律上の支配可能性」という立場も有力である。また、「物」の概念を個別の法制度の趣旨に基づいて判断し、無体物も含まれるとする解釈は行われている。例えば、刑法での電気についての判例である。

以上の背景をも考慮して改正案は、特許法の趣旨に従い、「物」の意味について特許法独自の立場から判断し、「プログラム」等一定の「無体物」に限って「物」と擬制したものである。

④改正案で(ii)、(iii)の立場を採用しない理由

(ii) 米国型の規定のように発明のカテゴリを廃止する方法は、将来、新たな保護対象が出現しても「物」か「方法」かの分類にとらわれず、柔軟に対応できる反面、保護対象の明確性、法的安定性に欠けると指摘されている。また、権利行使の段階でその特許権の効力範囲が不明瞭であるという欠点がある。

(iii) 第三の発明のカテゴリの新設を採用しなかったのは、結局のところ、(a)条文の簡潔性・頻繁な法改正の回避・既存の運用との連続性の確保要請と(b)民法の「物」との整合性の確保要請との比較考量の結果、改正案は前者の価値を優先した結果にすぎない。

確かに、後者を採用した場合、実施行為を規定する条文(2条3項, 101条, 102条, 112条の3, 175条, 188条)で同一規定の煩雑な繰り返し、37条の単一性要件の追加等多数箇所での改正・煩雑・膨大化は不可避であり、記録媒体発明との関連での既存の運用との不整合が生じる等弊害は計り知れないであろう。

また、実施行為の類型にしても、プログラムは情報

の性質上、占有観念自体が存在しないだけで、特有な実施行為であるネットワークを介したプログラム等の販売・流通行為は、経済的・市場観点から考察すると、有体物の「譲渡」「貸渡し」と本質的には何ら変わりはない。従って、実施行為の類型の意味では新たなカテゴリの創設の根拠に乏しい。

なお、改正案の二分論を維持する立場の妥当性について、説得力ある批判が提起されている⁽²³⁾。

(ハ)「実施」概念の問題点・立法論

(A)「実施」概念で問題となるのは、2条3項は、現実世界の物＝有体物を前提とした「実施」概念であり、同1号の「物の発明」の「実施」概念で有効に情報であるプログラム等を十分に保護できるか？という点である。また、「実施」規定は刑事罰の構成要件でもあるため、罪刑法定主義に基づいて明確な規定が要求される。

ここで、各論に入る前に「実施」概念の立法論に関して、2通りのアプローチからの規定手法が提起されている⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾。(I)技術的観点からの行為を列挙する規定手法 (II)経済的・市場観点からの行為を列挙する規定手法とである。

(I)前者の技術的観点からの規定として①著作権法の支分権の一部が挙げられる。例えば、公衆送信権(著23条)、公衆送信権(著23条)では不十分であるので、さらに、前段階の送信可能化権(著2条1項9号の5)を規定し、現実にはそれでも不十分なので、さらに前段階のコピープロテクション解除禁止行為(著2条1項20号)を規定した。②不正競争防止法の技術的制限手段の無効化(不2条1項10号、11号)③不正アクセス禁止法の不正アクセス禁止(ア禁3条2項)、その助長行為(ア禁4条)等が挙げられる。

(II)後者の経済的・市場観点からの規定として

- ①我が国特許法の実施規定「譲渡」「貸渡し」等
- ②米国特許法271条の「販売(sell)」
- ③EPC25条の「提供(offer)」「拡布(put on the market)」
- ④独特許法9条の「提供(anbieten)」「拡布(in Verkehr zu bringen)」
- ⑤TRIPS28条の「販売」「販売の申出」等である。

なお、「生産」「使用」「複製」等は、いずれの範疇にも該当すると考えられる。

(B) 如何なる観点到に立脚するべきか？

① 前者の利点・欠点

著作権法の規定に見られる手法は、一言でいえば、技術の進歩に現実的に対処、具体的な技術行為に着目して頻繁に法改正を行う手法である。その時点での適正な保護や法的安定性は確保できるが、技術の進歩に伴って新しい実施技術が出現する都度規定の追加等の改正作業が不可欠となり、法運用費用上妥当でない。

②後者の利点・欠点

柔軟性はあるが、経済的行為と関係の薄い新しい技術行為実施形態に対処できない場合が考えられる。

③結論

情報保護法の基礎との位置付けからすると、経済的・市場観点からの規定に重きを置いて、技術的観点も十分考慮して時代の流れ、技術進歩にも安定して対処可能のような包括的規定を目指すべきと考える。

(2) 具体的問題点と改正案の実施規定について

まず、改正案では、実施行為を規定した上記条文(102条を除く)は、「譲渡」「貸渡し」の文言が対状態で規定されている。改正案では、この「譲渡」「貸渡し」と「提供」とを「譲渡等」の文言で一括りし、巧みに簡潔な条文構成としている。

次に現行法2条1項1号の「実施」概念の具体的問題点として、

①事業者のネットワークを使ったプログラムの送信行為自体を「譲渡」「貸渡し」と観念できるのか？

現行法同1号の解釈において、受信者は、プログラムを使用でき、権利者は得べかりし利益を損なうので、事業者による「譲渡」と解釈できるか否かで争いがあった。否定する立場からは、プログラム等の無体な情報という特徴を考えた場合、適正保護の為、著作権法の送信可能化権(著2条1項9号の5)レベルの規定の創設は不可欠ではないかという批判があった。

しかし、「譲渡」「貸渡し」とも、客体(物)の占有の移転を伴うことを必要不可欠と考えられている。そこで、プログラム等は情報であり、占有観念自体が存在しないので、「譲渡」「貸渡し」という行為が観念できない。

改正案2条3項1号では、「譲渡等」を「譲渡及び貸渡しをいい、その物がプログラム等である場合には、電気通信回線を通じた提供を含む」と規定したので、送信行為は、「提供」に該当し、その結果、「譲渡等」

に該当することとなった。

ここで、包括的な「提供」（「提供」とは、法令用語辞典によれば、「…他人にとって利益となるものを、その者が利用し得る状態におくことをいう。」）と規定し、著作権法のコピープロテクション解除禁止行為（著 2 条 1 項 20 号）までは含まれないが、公衆送信権（著 23 条）、送信可能化権（同上）の多くの部分その他広範なインターネット上の行為を明確かつ包含できる文言としたので、将来の情報技術等の進歩に対して配慮された制度設計がなされていると考える。

②102 条 1 項（今回改正なし）との関係

102 条 1 項を根拠として、損害額の算定では、侵害者の譲渡した「物」の数量に特許権者側の単位数量当たりの利益額を乗じて得た額を、特許権者が受けた損害額と推定できたが、プログラムは「物」ではなく、かつ送信行為も「譲渡」で読めるのか疑問があったので、同条の損害額の算定を如何に解釈すべきか争いがあった⁽²⁶⁾。

改正案では、プログラム等は「物」と擬制され、送信行為も明確に「提供」に該当し、その結果、「譲渡」に含まれるので、1 回の送信行為を 1 回のプログラムの「譲渡」と解釈し、特許権者側の単位数量当たりの利益額を乗じて損害額と推定できると解する。

③事業者のオンデマンド送信行為（サーバ等にプログラムをアップロードしてユーザにダウンロードさせる送信販売）を事業者の侵害行為と観念できるのか？

現行法同 1 号の解釈において、事業者のアップロードは、サーバ上にプログラムを「生産」する行為と解釈可能である。しかし、事業者の HP 上での販売の申出は「譲渡の申出」？ 事業者の送信行為は上記のように、「譲渡」？ ユーザのパソコンへの格納は、「生産」？ 「業として」の要件を満たすのか否か等の争いがあった。

改正案 2 条 3 項 1 号により、事業者のアップロードは「生産」および「提供」に（「譲渡の申出」にも該当）、事業者の HP 上での販売の申出は「提供」に該当（「譲渡の申出」にも該当）することとなった。

④プログラムの転送を行うことなく、必要に応じ事業者のサーバ上でプログラムを起動し、ユーザは、その結果だけを受け取る行為やストリーム配信（全てのプログラムをダウンロードしないで、その一部だけを順次ダウンロードし、リアルタイムに処理する方式）

に基づく行為を事業者の侵害行為と観念できるのか？

この点「貸渡し」「貸渡しの申出」に該当するか等の争いがあった。

いずれの場合も事業者の HP 上で事業者のサーバ上でユーザにプログラムを使用させることを申し出ている行為であるので、この行為も「提供」に該当（「貸渡し」「貸渡しの申出」にも該当）すると考えられる。

以上のように、上流側の送信者の行為、特に、事業者の HP 上でプログラムに関する各種の申出行為を「提供」に該当するとして確実に押さえることが可能となり、現実での保護の実効性が図られることとなった。

⑤イ. Napster（ナップスター）型システム

個々のユーザ（業としてではない）は、Napster 社が管理する中央サーバにインターネットを介して接続されている。中央サーバはファイル検索データベースの提供とユーザの接続管理を行うにすぎず、個々のユーザが中央サーバのファイル検索データベースにより、それをダウンロードするシステムである。

ロ. Gnutella（グヌーテラ）型システム

ユーザ間で直接ファイルの送受信を行う点は Napster 型と共通しているが、Gnutella 型は Napster 型と違って中央サーバが存在しない。

個々のユーザは、「業として」ではなく、いずれもデータ自体のやり取りはユーザ間の直接接続によって行われるので、登場人物のいずれの行為も改正案の下でも実施行為の文言に該当しないと考えられる。

⑥総括

ネットワークを使用したプログラム等の情報の保護に関しては、個々の最終ユーザを把握することは実質上不可能に近いため、最終ユーザの上流側の送信者を規制することが現実的な権利保護において不可欠である。従って、送信者の「送信」「生産」「譲渡の申出」等を規制することが重要なポイントとなる。その点について、改正案は、送信側に焦点を当てて明確性・柔軟性を備えた規定となっている。

しかし、すでに Napster 型、Gnutella 型等、特許権の存在を有名無実化する行為を改正案では少なくとも直接侵害として、押さえることができない事態が生じている。他方、例えば、Pay per Copy⁽²⁷⁾のように違法な行為を禁止できる新技術も開発されるが、直ぐにそれを破る技術も必然的に開発される。従って、実施

概念規定に関しては、技術の進歩により変化する経済的・市場観点からの行為を注視しながら今後の改正も覚悟しなければいけない場合もあるであろう。

6. 改正案では規定されなかったプログラムの特質から生じる他の問題

①バックアップコピーの作成等の消尽問題 ②汎用なプログラムを自己の利用目的に対応させた変更等の行為 ③譲渡後の旧所有者の有するプログラムの扱い等である。

以上の問題は、記録媒体発明が導入された際、解決すべき問題点であった。

この点について著作権法は、47条の2第1項、2項で著作権を侵害しない点や旧所有者の取扱いを明文で規定している。

今回の改正案では、明確にする規定は設けなかった。今後の課題である。

7. 発明の定義についての改正

発明の定義については、改正しないということで決着した。

しかし、暗号や純粋ビジネスに関しては、依然として保護に欠けるという指摘がある。この見解が発明の成立要件に技術的側面を不要とするという内容であれば、単なる発明の定義規定見直しという次元の問題ではない。特許権の付与構造等、特許制度全体構造の見直しが必要である。慎重に対処すべき領域の問題である。

注

- (1) 平嶋竜太「特許法における『発明』と『実施』の再構成」(現代企業法学の研究) 491頁 信山社
- (2) 第6回科学技術庁技術予測調査「2025年の科学技術」科学技術庁科学技術政策研究所(財)未来工学研究所「分散システム上でも単一のシステムとして操作可能なOS(2006年)」「コンピュータの医用応用(人間の神経系との直接の情報伝達技術、仮想現実技術を使った遠隔手術システム(2011年)・寝たきり患者の旅行の疑似体験装置(2008年)」「知覚・学習機能をもつ自分でより高度なプログラムに成長していくソフトウェア(2024年)」等
- (3) 情報革命は18世紀の産業革命を超える技術革命といわれ、今後の社会構造・人間生活までも変える力を持つ。
- (4) 理工学事典 698頁 (株)日刊工業新聞
- (5) 小山田了三「情報史・情報学」東京電気大学出版局、中

- 易秀敏他「情報科学」共立出版社等
- (6) 中山信弘「工業所有権法(上) 特許法 第二版」弘文堂 7頁
 - (7) 中山信弘教授発言「知的財産政策のあり方」知的財産政策ダイアログ(財)知的財産研究所
 - (8) 松本誠一郎「コンピュータ・プログラムと『物の発明』」パテント Vol.54 No.4 44頁
 - (9) 前掲(7) 高倉成男氏発言
 - (10) 相田義明「コンピュータ・ソフトウェアの法的保護」先端科学技術と知的財産権 130頁 (社)発明協会
 - (11) 前掲(6)中山 112頁
 - (12) 前掲(10) 相田 134頁、前掲(1)平嶋、和田財太「特許審査・審判の法理と課題」353頁 (社)発明協会 394頁
 - (13) 「産業上利用できる発明」運用指針 1.3「プログラム製品」や「プログラムプロダクト」等として特許請求された場合も同様
 - (14) 前掲(4) 717頁
 - (15) 加藤公延「ソフトウェア関連発明の保護と発明の定義(特許法第2条第1項)の改正の是非について(1)」パテント Vol.54 No.9 57頁
 - (16) 改訂「特許・実用新案審査基準」の概要説明会 特許庁前審査基準室長山口昭典氏発言
 - (17) 前掲(9)相田 124頁 プログラムという語は多義であり、通常の descriptive material を含んでしまうことを理由とする。
 - (18) 新領域(ネットワーク取引関連)における保護のあり方に関する調査報告書(財)知的財産研究所 平成12年3月48頁～53頁 欧州主要機関等の訪問、聞き取り海外調査報告 EPO は、「commercial item としてのコンピュータ・プログラムの意味」と解釈。ドイツ特許庁は、「プログラムを carrying するもの」と解釈。ドイツ連邦特許裁判所は、「判断していない」と回答
 - (19) 前掲(2)
 - (20) 田垣内博一「感性によるソフトウェアのユーザビリティの評価」UNISYS TECHNOLOGY REVIEW 第64号 FEB.2000、柴崎浩他「脳のイメージングー脳のはたらきはどこまで画像化できるか」共立出版等
 - (21) 第3回法制小委員会 6頁 この場合には柔軟な解釈は可能であるが、外縁が不明確となるとの指摘がある。
 - (22) 荒玉文庫 17巻
 - (23) 前掲(1)平嶋
 - (24) 第3回法制小委員 資料1
 - (25) 前掲(7) 高倉成男「電子商取引の時代の特許政策」
 - (26) 前掲(8) 松本45頁、前掲(10)相田133頁、前掲(1)平嶋、前掲(12)和田389頁、前掲(12)小西恵369頁
 - (27) ソフトに鍵をかけてCD-ROMに格納し、ユーザが必要なソフトだけネットワーク経由で解錠・課金するシステム(原稿受領 2002.2.28)