

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

質問

湯澤 哲夫（会社員）

改正法について情報という観点から述べられ参考になりましたが、以下の質問および著者の方の見解をお願い申し上げます。

1. まず、以下の2つの問題点についてもう少しわかりやすく具体的に説明してもらえないでしょうか。

(1) 「6. 改正法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」の説明で、「バックアップコピーの作成等の消尽問題等の問題点」が記載されていますが、もう少し内容について説明をして頂きたい点と、具体的には、どのように解決すべきとお考えなのかご見解を聞かせて下さい。

(2) 5. (1)(イ) において、2条3項3号等の「物」

にもプログラム等を含むこととなった結果、「プログラムを生産する方法」が、「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ぶこととなったという問題点の内容について

2. そして、上記2つの問題点について「本来は、記録媒体発明が導入された際、解決すべき問題であった」という記載がなされています。

その意味は、記録媒体発明が導入された際、既に、生じていた問題であるということだと思われそうですが、この点についてももう少し説明して下さい。

質問1 (1)について

1. プログラムの特質から生じる具体的問題

(1) バックアップコピーの作成

記録媒体や通信回線を介して正当に取得したプログラムを使用する場合には、例えばプログラムを収納した記録媒体をそのままコンピュータに装着して使用するのではなく、プログラムをコンピュータの主記憶装置等にインストールし、中身のプログラムをコンピュータに移行させてその機能を実行させ、他方、一旦インストールさせた後には、正当に取得した記録媒体に記録されているプログラムを使用することは、通常行わない。

また、通信回線を介して正当に取得したプログラムは、逆に、バックアップとして、別の記録媒体等に保存しておく等の安全対策行為を行う。

このようなバックアップコピーの作成は、正当に取得したプログラムの所有者がプログラムを使用する際に、必然的に付随する行為であり、コンピュータを利用するために必要と認められる限度内で制限され

るべきではない。

(2) その他、プログラムを使用する際に汎用なプログラムを自己の利用目的や機械にあわせて変更する必要があったり、ソース・プログラムからオブジェクト・プログラムに変換、蓄積の必要が生じたりする場合がある。

(3) プログラムの譲渡

他方、プログラム自体は、何回でも、同一物を劣化することなく、極めて容易に複製が可能で、また、インストール後は、購入したプログラム自体はあまり価値がないので、通信回線により、または、記録媒体の形で譲渡する場合もある。その結果、新たなプログラムの譲受人は、改めてプログラムをコンピュータにインストールして、プログラムをコンピュータ上で実行させることができることとなるのであろうか？

(4) 旧所有者の有するプログラム

その場合、旧所有者は自己のコンピュータに保存されている複製物を譲渡後も依然と保存、使用できるのであろうか？

2. インストール行為の実施概念

バックアップに伴うインストール行為は、権利者の許諾が必要な「生産」か、それとも適法になし得る「使用」か？

通常に行われているプログラム等のインストール行為は、コンピュータの主記憶装置内に当該プログラムと同一のプログラムを複製することに他ならないので、「生産」に該当すると解される⁽¹⁾。

3. 他法の取り扱い

これらの点に関して、我が国著作権法においては、インストールやバックアップ等を考慮して、これら行為による複製は、著作権を侵害しないものであると明文で規定している(著作権法47条の2第1項)と共に、所有権を有しなくなった場合には、複製物の保存を禁止している(同2項)。

また、半導体集積回路の回路配置に関する法律では、明文で用尽原則を規定している⁽²⁾。

外国特許法で明文により用尽原則を規定している国としては、イギリス、フランス、オランダ、イタリア、スウェーデン、中華人民共和国等がある。

4. 改正特許法の立場および、適法に頒布された場合の特許権の効力制限についての理論

今回の改正特許法では、この点について何ら調整規定を設けなかった。従って、特許法の解釈論に委ねる立場と思われる。なお、この点に関する結論を最後に述べたい。

まず、解釈論の前提として、特許に係わる物が、適法に頒布された場合、特許権の効力がその転々流転した物まで及ばないということは法常識である。権利者から適法に販売されたものを購入し、再販したり、自己使用する行為が違法となるのでは、流通は混乱し、正常な経済活動は、営めなくなる。そこで、正常な経済活動という公共の利益と、特許権者との利益の調整の観点から正当所有者の実施行為は適法となるが、その理論構成として以下の説がある。

(1) 用尽説

権利者が特許に係わる物を適法に頒布したということは、当該物に関する限り、特許権は既にその目的を達成しており、その物については用尽しているとする説であり、わが国の通説である。

(2) 黙示の実施許諾説

権利者が特許にかかる物を適法に頒布したということは、特許発明の実施に黙示の許諾を与えたことになるという説である。

しかし、許諾を与えていないことが明らかな場合や特許権が譲渡された場合に流通の連鎖が切れてしまうという欠点があり、わが国では支持が少ない。

(3) 用尽説および黙示の実施許諾説の適用範囲

用尽説の適用範囲

上述のように、用尽説は通説であるが、特許権の及ばないとされる範囲は、特許に係わる物の転々流通やその「使用」、「譲渡」等に限られ、プログラムの新たな「生産」には特許権の効力は及ぶ。そこで、上記1のプログラムの特質から生じる具体的問題については、ほとんどのものは、用尽説のみで対応できるが、プログラムの「生産」に該当するインストール行為には、特許権の効力、及び、「業として」のインストール行為はプログラム特許および記録媒体の特許権の侵害を構成する。

従って、コンピュータ上でプログラムを使用することは困難となってしまう不合理である。

また、新たなプログラム自体および記録媒体の譲受人も、改めてプログラムをコンピュータにインストールすることができない結果となる。

黙示の実施許諾説の適用範囲

インストール行為は、正当に取得したプログラム自体および記録媒体の所有者が記録媒体を使用する際に、必然的に付随する行為であり、黙示の許諾が与えられていると理論構成でき、インストール行為は一定の要件の下でコンピュータを利用するために必要と認められる限度内において、黙示の許諾が与えられ、インストール行為ができる解釈できる。

5. 上記理論の適用場面

我が国では、用尽説が通説であり、判例としては、大阪地判昭44.6.9(中古ボーリング用自動ピン立て装置)で用尽理論を認めている⁽³⁾。また、BBS事件最高裁判決⁽⁴⁾(最高裁判平9.7.11)(ドイツと日本で特許権を有する甲がドイツで製造、販売した特許製品を、乙が日本へ輸入した行為につき、乙の行為がわが国の特許権を侵害するか否かが争われた事例である。侵害でないと判示した)においても傍論であるが、国内用

尽の適用を認めている。

黙示の実施許諾説

黙示の実施許諾説に言及した判決としては、上記 BBS 事件最高裁判決(平 9.7.11)がある。特許権者の明示の禁止があれば、侵害となる旨も判示しており、この点について黙示の実施許諾説に近似した理論を展開しているといえるが、完全にこの説を採用したものではないと思われる。

我が国では、判例、学説共、用尽説、黙示の実施許諾説の各説が、相互に並立する、すなわち適用場面を分けて2つの説を併存させるという考え方はなかった。

最近、米国裁判例を考察してファーストセイル・ドクトリンと黙示のライセンス理論という2つの理論が適用範囲を異にして併存し、それによって効果的に特許権者と特許製品取得者との利害調整がなされている事実を見出した結果、我が国においても適用範囲を区別することによって両説を併存させるべきではないかという見解がある⁽⁵⁾。

この意見を参酌して部品の修理が論点となった「製砂機ハンマー事件」⁽⁶⁾についてその考えを適用し、かつさらに発展させて2つの説を折衷適用させる見解(田村説)が、最近出てきている⁽⁷⁾。

本件の内容⁽⁸⁾⁽⁹⁾

原告：製砂機ハンマーの実用新案権(アーム(実施品の耐用期間1~2年)と取付体(2~3年)と打撃板(3~7日で摩耗)とから成る考案)

被告：摩耗品である打撃板のみを製造販売

争点：ハンマーの購入者が打撃板を取り替える行為がハンマーの「製造」であり、実用新案権侵害行為に該当するか否か。

判旨：部品の取り替えもこれにより権利者に支払った対価を超えて考案を利用することとなる場合は、もはや単なる修理行為とは言えず、法2条の「生産」(製造)に当たると解するのが相当であるとした。この打撃板が本件考案のハンマーの製造に「のみ」使用するものであるとして、間接侵害の成立を認めた。

田村説

(イ) 打撃板を取り替えて使用を継続することが、用尽理論により適法になし得る「修理」といえるのか、それともこれを越える「再度の製造」となるのかという問題と、

(ロ) 「再度の製造」に該当し、用尽が認められなかったとしても、黙示の許諾が認められて侵害が否定されることになるかという問題とに分けて考える必要があるとする。

6. 上記説のプログラム技術へのあてはめ：インストール行為の解釈の問題解決手法……用尽説と黙示の実施許諾説とを折衷適用

インストール行為の解釈の問題を考える場合、用尽説のみでは、特許権の効力が及ぶこととなり、コンピュータの通常利用が妨げられることになり、明らかに不当である。

そこで、用尽説を基本として厳格な要件の下で黙示の実施許諾説を折衷適用することは、法理論上可能であり、解釈論としては、最も妥当ではないかと考える。即ち、(イ)インストール行為が、権利者の許諾が必要な「生産」か、それとも適法になし得る「使用」かという問題と、(ロ)「生産」に該当するとしても黙示の許諾が認められて侵害が否定されることになるかという問題とに分けて考える必要がある。

そこで、第一にインストール行為は、コンピュータの主記憶装置内に当該プログラムと同一のプログラムを複製することに他ならないので、「生産」に該当すると解される。

第二に権利者が正当購入者に対してインストール行為を許諾していると認められる事情があるかという問題については、インストール行為は、正当に取得したプログラムの所有者がプログラムを使用する際に、必然的かつ不可欠な行為である点に鑑みれば、プログラムの「所有かつ自己使用」を要件としてコンピュータを利用するために必要と認められる限度内において、黙示の許諾が与えられていると考える。

このように、用尽説と黙示の実施許諾説とを折衷的に適用することにより、プログラムの正当購入者に対して上述の著作権法47条の2とほぼ同様な解決が図られると考える。

即ち、正当購入者は、自己の使用のためにコンピュータを利用するために必要と認められる限度内において、インストール行為を適法に行うことができ、例えば、譲渡して所有権を有しなくなった場合には、「所有」の要件を喪失したので、もはやコンピュータの主記憶装置内に記録された当該プログラムを使用することは許

されない。他方、当該プログラムの譲受人は、「所有かつ自己使用」の要件を具備するので、適法にインストール行為を行うことができることとなる。

なお、プログラムの「所有かつ自己使用」の要件を満たしていても、バージョンアップした場合、主記憶装置内に既に記録された原プログラムのみの使用や、同一事務所等で1つのプログラムをソースとして複数のコンピュータにインストールする行為は許されないと解すべきである。このような使用のためのインストール行為を認めると、1個のプログラムから複数個の利用がなされる結果となり、1個のプログラムから得られる対価では不足が生じるので、黙示の許諾の適用はないと解すべきである。

7. シュリンクラップ契約(クリックラップ契約を含む)との関係

シュリンクラップ契約：ユーザがパッケージを破る(クリックする)ことで契約が成立し、交渉を伴わない契約である。ほとんどの場合に、プログラムの使用許諾契約なる契約条項が含まれている。

シュリンクラップ契約にはプログラムの再譲渡の禁止などユーザにとって不利な債務を一方的に課す内容が含まれている場合がある。その成立性を巡って諸説がある。

8. 結論(具体的には、どのように解決すべきか)

以上のように、解釈論としては、用尽説と黙示の実施許諾説とを折衷的に適用する説が最も妥当な説と解され、これにより著作権法47条の2とほぼ同様に対処できると考える。

しかし、かかる解釈論で疑義が全くないとも言い切れない気持ちがある。

なぜならば、上記シュリンクラップ契約においてユーザにとって不利な債務を一方的に課す内容の契約は、わが国では、無効とする説が有力だと思われるが、全ての場合がこの考え方で解決されるわけではない。即ち、プログラムの再譲渡の禁止や、コンピュータを利用するために必要と認められる範囲内でユーザにとって不利な債務を一方的に課す内容であっても明示の契約があれば、それに従わざるを得ないからである。なお、最近、米国の電子契約判例として、ユーザが、パソコン上のクリックによる明確な同意を行っ

た場合等、ユーザに対してクリックラップ契約(シュリンクラップ契約)は有効に成立し、行使可能という判例が、相次いで出されている⁽¹⁰⁾。

最も妥当な解決策としては、立法論の問題となるが、疑義をなくすために、著作権法47条の2と同様な規定を設けるべきと考える。

質問1.(2)について

1. 改正法2条3項1号の概要、問題点、私見

改正法2条3項1号では、「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と共に、原則として特許法条文中の「物」という文言の全てにプログラム等が含まれることが明確になった。つまり、2条3項3号等の「物」にもプログラム等が含まれることとなった。

その結果、「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、2条3項3号の「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。

そして、改正法2条4項では、「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させたものをいう)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」と規定した。

特許庁担当官による説明では、現在、改正法2条4項の「プログラム等」に該当するものは、データ構造のみであり、将来、該当する新規なものが出現した場合、状況に応じて柔軟に対応するという立場である。

「プログラム等」の概念

しかし、同規定の文言からすると、「プログラム等」の定義は極めて広い概念である。したがって、将来ではなく、現に存在する電子情報、例えば、データそれ自体(その他、遺伝子情報、タンパク質の立体構造データ)も処理の仕方によれば、ネットワークを介して伝搬状態で、取引の対象になり、電子計算機を動作させる情報であってプログラムに準ずるものに該当すると解釈される余地は十分ある。

そこで、例えば、生産方法自体に特許性がある結果、

「データ自体の生産方法」が特許された場合、その方法により生産された「データ自体」にも特許権の効力が及ぶことになる。

調整規定を設けなかった理由

この点について特許庁担当官による説明会では、物の製造方法の特許権は、その方法により生産された物に効力を及ぼすことを本質とし、製造された「物」自体の特許性は何ら問題とはならないので、製造方法の効力に関して、有体物と情報財とを区別する合理的理由がないとする。その結果、何ら調整規定を設けなかったとする。

私見

確かに、製造された「物」自体の特許性は問題とする必要はないが、情報の持つ特殊性すなわち、社会性・公共性をその一面として内在しているという情報自体の特殊性について再度確認する必要があるのではなからうか？ 例えば、上記データ自体が事実データや、社会生活に必要不可欠な社会の共有情報としてのデータの場合、これらにまで特許権の効力を及ぼすと社会全般に与える影響、弊害は計り知れない⁽¹¹⁾。明らかに製造方法特許権の効力が強すぎると考えられ、調整規定を設けるべきであると解する。

2. 改正法 2 条 3 項は、確認的規定？ 創設的規定？

特許庁は確認的規定の立場

なお、特許庁は、改正法 2 条 3 項 1 号「物（プログラム等を含む。以下同じ。）」の規定は、創設的規定ではなく、確認的規定とする⁽¹²⁾。

確認的規定ということは、通常理解では、従来から特許法上の「物」には、プログラム等が含まれていたものであり、今回の改正法は、この点を確認したに過ぎないという立場と解される。

私の疑問

確認的規定の立場に立つならば、通常理解では、2000 年運用指針適用以前の出願で、「コンピュータ・プログラム」自体でクレームされた出願は、当然、「物」の発明に該当し、クレーム記載が「コンピュータのハードウェア資源について how to が明確に記載されている場合」や「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」には、発明の成立性が認められ、新規性、進歩性等を具備すれば特許され得ると解釈するのが自然である。

すなわち、「コンピュータ・プログラム」自体でクレームされて出願された場合と具体的拒絶理由の変遷は、脚注(13)のようであり、「コンピュータ・プログラム」自体でクレームされた出願は、従来から「物」の発明に該当していたので、例えば、97 年運用指針の下でのあてはめを行うと、特許法 36 条 6 項 2 号違反では拒絶されず、さらに、クレーム記載が「コンピュータのハードウェア資源について how to が明確に記載されている場合」発明の成立性が認められることとなると考える。

現行特許法においては、「物」「方法」という発明のカテゴリの機能として、少なくとも、(イ)「物」「方法」の発明の分類による実施概念画定機能（2 条 3 項）、(ロ)特許権の効力等の法的効果形成機能（37 条 3 号、4 号、68 条、101 条、104 条等）、(ハ)「物」「方法」に具現化していない発明をカテゴリ不明瞭判断により排除する拒絶機能（36 条 6 項 2 号）を有することは否定できないと考える。

特許庁の見解

この点、特許庁担当官による説明会では、改正法 2 条 3 項 1 号の規定は、発明の成立性とは無関係であり、プログラムが「物」のカテゴリに属するとしても発明の成立性が認められるものではないとする。

私見

確かに、発明の成立性と発明のカテゴリ論とは別問題であるとするのは一応理解できるが、改正法 2 条 3 項 1 号「物（プログラム等を含む。以下同じ。）」の規定は、原則として特許法条文中の「物」という文言の全てに適用され、当然、特許法 36 条 6 項 2 号にも適用がある。したがって、プログラム自体でクレームされた出願は、特許法 36 条 6 項 2 号違反は解消されると考えるのが自然である。

その結果、まず、クレームの記載からハードウェア資源の利用の程度を検討し、「自然法則を利用した技術的思想」に該当するか否か、すなわち、発明の成立性を満たすか否かを判断することとなる。その判断において、97 年運用指針下の「コンピュータのハードウェア資源について how to が明確に記載されている場合」の要件を満たす場合には、発明の成立性が認められることとなると考えるのが普通である。その意味において、確認的規定とした結果、発明のカテゴリの有する拒絶機能が排除されるので、プログラムクレームの

記載程度によっては、発明の成立性が認められる場合が生じると解される。

改正法2条3項1号「物（プログラム等を含む。以下同じ。）」の規定は、確認的規定であるとの立法者の意思であるならば、特許庁は、2000年運用指針適用以前の出願で「コンピュータ・プログラム」自体でクレームされた出願は、発明の成立性がない、拒絶される、という理由付けなり根拠について、発明のカテゴリ論との関連において明確かつ理論的に説明すべき義務があると考えます。

なお、私は、改正法2条3項は、法的安定性の確保および脚注(13)に見られるように、審査基準(その1)、93年審査基準、97年運用指針以降の取り扱いの不整合さや、過去からの特許庁の説明等総合的な観点から創設的規定と考える。

質 問

千葉 智広（特許翻訳業）

過去に本誌に掲載された加藤氏のソフトウェア関連の発表論文は、非常にレベルが高く、毎回感心させられ、大いに勉強させていただいております。また、今回の発表論文も新しい視点から論述され、大変興味深く読ませていただきました。

1. ところで、発表論文5.(1)(II)の項で、「実施」概念の立法論に関し「技術的観点からの行為を列挙する規定手法と、経済的・市場観点からの行為を列挙する規定手法と2通りのアプローチからの規定手法が提起されている」と述べられ、引用文献を脚注で挙げられていました。この部分に興味を引かれ、引用文献を入手し読みましたが、実際にはその点についてほとんど書かれていませんでした。さらに、他の文献にも当たったのですが、このような視点から論じられた文献は見つけ出せませんでした。

質問2. について

プログラムを記録した記録媒体発明とプログラム発明とは、本質的には差異はない。後者の対象であるプログラム自体をCD-ROM等の記録媒体に収納した形で初めて「物」としてのクレーム記載が認められたのが、記録媒体発明である。クレームの構成要件として記録媒体という限定があるので、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・流通には記録媒体特許権の効力が及ばないという点が異なる。

したがって、上記2つの問題点は、記録媒体発明が導入された際、既に生じていた問題であり、本来は、記録媒体発明の導入の際に解決すべき問題点であったと考える。

そこで、この点についてもう少し詳しく説明していただきたいと存じます。

2. また、これに関連して、同じ項で「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」とも述べられている点にも興味を引かれました。この点に関し、私は漠然とした程度ですが、特許法の保護対象が技術的思想であるのに対して、著作権法の保護対象が表現そのものであるという根本的違いから生じているのではないかと考えています。

そこで、なぜ著作権法はそのように特許法と明らかに異なる文言の規定としたのかという点についても、見解をお聞かせいただきたく存じます。

質問1. について

まず、ご質問の指摘にもありましたように、質問事項に関して記載されている文献等はほとんどありません。したがって、私自身、自信を持って回答できないというのが本音です。以下は、単なる私見ですので、誤り、おかしな点等勉強不足な点がありましたら、何卒、ご指摘の程お願い申し上げます。

1. 実施行為の規定手法

日欧米の特許の実施行為態様を考察すると、技術的観点からの行為と経済的・市場観点からの行為との2通りに分類できる。

(1) 経済的・市場観点からの実施行為規定として

我が国特許法の実施規定「譲渡」「貸渡し」等米国特許法271条の「販売(sell)」EPC25条の「提供(offer)」「拡布(put on the market)」独特許法9条の「提供(anbieten)」「拡布(in Verkehr zu bringen)」

TRIPS 28 条の「販売」「販売の申出」等が挙げられる。
 (2) 技術的観点からの実施行為規定として
 我が国著作権法の「送信」(著 23 条)「送信可能化」
 (著 2 条 1 項 9 号の 5)や、改正特許法 2 条 3 項 1 号の
 「電気通信回線を通じた提供」等が挙げられる。

2. 2つの観点からの実施行為の規定の比較

(1) 経済的・市場観点からの実施行為規定

この観点からの実施行為規定は、経済的行為と関連性を有する新しい技術の出現には、柔軟性はあるが、経済的行為と関係が薄い新技術の実施手段・行為の出現に対しては、有効に対処できず、特許権の権利の実効性や特許製品の流過程に対して無力化してしまう虞がある。

(2) 技術的観点からの実施行為規定

技術の進歩に現実的に対処し、具体的な技術行為に着目して頻りに法改正を行う手法である。その時点での発明分野の具体的実施形態を実施概念に含ませることができ、ある時点での適正な保護や一時的な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や実施形態が開発・登場した場合には、当該実施規定は、柔軟性に欠け、規定した意味を失う。法的安定性・法運用費用上の欠点がある。

3. 法目的から見た規定手法の妥当性

法目的、特許権の本質は、特許権者に独占排他的権利を付与し、経済的収益をもたらすことによって、流通への投資のインセンティブ、発明の創作のインセンティブを生じさせようとするものと考えられる。そこで、実施規定は、経済的・市場観点からのアプローチに重点を置いて包括的な実施概念の文言により規定し、新しい実施技術や実施形態が開発・登場しても柔軟に対処できるようにするのが妥当と考える。さらに、それらの文言概念の射程・具体的な意味内容は、学説・判例に委ねて解決を図り、より柔軟に法的安定性を確保していく必要があると考える。

したがって、法目的、特許権の本質である特許発明の実施による経済的収益の確保、権利の法的安定性、法改正運用費用等の観点から見て、経済的・市場観点到に立脚し、実施行為態様を分析・把握して包括的な経済的実施行為概念を規定すべきである。特に、技術進歩の速いプログラム等の IT 関連発明等には、この要請

はより強いと解される。

他方、技術的観点からの実施行為規定は、現実の IT 関連特許製品等の流過程で行われている SCMS、インストール時のシリアルナンバー入力、マクロビジョン方式、暗号技術、電子透かし等不法複製防止無断複製物の使用防止等の技術的保護手段、コピープロテクション解除禁止行為(著 2 条 1 項 20 号)等の技術的回避手段と同じ趣旨、すなわち、技術的観点から特許権の実効をあらしめ、本来の目的である特許権者の経済的収益確保の補完という役割を果たしていると考える。

4. 2つの観点からの規定の存在理由

以上のように、経済的・市場観点からのアプローチにより包括的な実施行為概念を規定すべきであるが、技術の進歩により経済的行為と関係が薄い新たな技術的実施手段・行為が出現した場合、経済的・市場観点からの実施行為態様ではカバーできず、放置しておくことと特許権の権利の実効性や特許製品の流過程に脅威を与える可能性がある。かかる弊害が除去不可能な場合には、現実の IT 製品の流過程で加える上記技術保護手段、技術回避手段と同じ趣旨に基づいて、技術的観点からの具体的実施形態を実施規定に加え、本来の目的である特許権者の経済的収益確保の補完的役割を發揮させるべきと考える。

すなわち、中心たる経済的・市場観点からの包括的実施行為態様と補完的な技術的観点からの具体的行為態様との両面からの規定手法によって、より適切かつ安定的に特許権者の経済的収益を確保する実施行為システムが形成されるべきと考える。

以上の点が顕著に表れる例として、著作権法において著作権の経済的権利である公衆送信権(著 23 条)、公衆送信権を実効あらしめる為に、前段階の送信可能化権(著 2 条 1 項 9 号の 5)、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)の規定の沿革にくみ取ることができる。

質問 2. について

まず、著作権法の対象である著作物の範囲には、人間の精神活動のほぼ全領域が包含され、性質がそれぞれ大きく異なるので、ここでは、プログラム等の技術領域に限定した比較という前提でご回答させて頂き

ます。

1. ご質問によりますと、著作権法に見られる規定手法、例えば、公衆送信権(著23条)を実行あらしめるために、送信可能化権(著2条1項9号の5)、コピープロテクション解除禁止行為(著2条1項20号)のように具体的な技術行為態様で規定した理由は、いわゆる思想・表現二分論、すなわち、著作権法2条1項1号の「表現したもの」から導かれるという伝統的な考え、すなわち著作権法では思想それ自体は保護されず、保護を受けるためには、思想が具体的に表現されている必要があるということ根拠とするお考えと受け取りました。

確かに、この思想・表現二分論、また、特許法の保護対象、すなわち、特許法は、客観的存在である「自然法則を利用した技術的思想」を保護対象とする点は、ご質問の根拠の根本的な出発点および最終点となっているとは思われます。

2. 私見

(1) しかし、両法の比較としてプログラム等の技術領域に限定することを前提とすると、上記理由は、直接的には、特許法のクレーム制度と審査・登録・公示制度が根拠となっているのではないかと考えています。

すなわち、特許法は、クレーム制度を採用し、出願時、その過程では、出願人自身に権利を取得したい内容を宣言明示(36条)させ、それに基づいて、審査官が審査し、先行技術を検討した結果、特許すべきか否かを客観的に判断する。そして、権利化後は、原則としてクレームの記載に基づいて技術的範囲(70条)が定められ、権利範囲が客観的に決定される構造を取る。他方、特許された内容は公示され、第三者に知らしめられる。

(2) 以上の制度を前提として、68条、2条3項で定められた特許権者が独占排他的に実施できる特許発明の実施範囲が定まるという構成を採用している。

従って、2条3項で経済的、包括的な実施行為概念を規定しても第三者に不測の損害等を与える虞はない。また、特許法の立場からいえば、特許権の本質である特許発明の実施による経済的収益の確保、権利の法的安定性、法改正運用費用等の観点からして、包括的な

経済的実施行為概念の規定が必要不可欠である。

(3) 他方、著作権法は、特許法とは異なり、クレーム制度は採用されていない。したがって、その保護範囲は、特許法と比較して極めて不明確である。その不明確な保護客体に対して実施行為として経済的な包括的行為態様を認めた場合には、保護範囲は包括的に広がり、あたかも思想それ自体を保護したと同様な事態となってしまうのではないか。すなわち、広汎な保護範囲のために、パブリック・ドメインとして社会の公共物である情報へのアクセスが遮断され、かえって文化の発展を阻害する。また、その広汎な保護範囲のために第三者に不測の損害やプログラム業界等産業活動を阻害する虞もある。

さらに、著作権法は、特許法とは異なり、審査・登録・公示制度は採用されていない。したがって、不明確で広汎な保護客体についての権利の有効・無効の争いや保護範囲の確定の困難性から争いが頻発し、第三者に不測の損害を与えたりプログラム業界等産業活動を阻害する虞もある。それに伴って訴訟等も頻発する虞もあると考える。

以上の理由から、著作権法は、支分権の内容を技術的観点から具体的な技術行為態様を内容としたのではないかと考えています。

注

(1) 吉藤幸朔・熊谷健一「特許法概説12版」有斐閣442頁
「生産」とは、一般に「製造」といわれるもので、物を作り出すことをいう。

プログラム技術に当てはめると、当該プログラムを主記憶装置等に新たに記憶格納させる行為やその複製をすることは「生産」に該当する。

(2) 「回路配置利用権者...が登録回路配置を用いて製造した半導体集積回路を譲渡したときは、回路配置利用権の効力は、その譲渡がされた半導体集積回路を譲渡し、貸渡し、譲渡若しくは貸渡しのために展示し、又は輸入する行為には、及ばない(12条3項)。」

(3) 大阪地裁昭44.6.9判決 無体集1巻1号160頁

(4) 最高裁平9.7.11判決 判例時報1616号34頁

(5) 高橋直子「ファーストセール後の特許権の行使」特許研究18号、31～33頁

(6) 大阪地裁平1.4.24判決 無体集21巻1号279頁

(7) 増井和夫・田村善之「特許判例ガイド(第2版)」有斐閣、252～253頁

(8) 松尾和子 ジュリスト957号250頁

(9) 角田政芳「発明」87巻96頁

- (10) Softman Products C.v. Adobe Systems, Inc.事件 (171F. Supp.2d 1075 (C.D.CA.2001)), i. Lan Systems, Inc. v. Netscout Service Level Corp.事件 (183F. Supp.2d 328 (D.Mass.2002)), Spech v. Netscape Communication Corp. 事件(なお,本件では,結局,Netscape社は,契約クリックボタンを使用者の見えにくい位置とし,使用者に条件の同意を求めているにすぎないので,使用者に契約の拘束についての同意を得ていないと判断して当該使用許諾契約は拘束力がない旨判示した。)(150F. Supp. 2d (S.D.N.Y2001))
- (11) 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 134頁(社)発明協会
- (12) 広実郁郎(特許庁工業所有権制度改正審議室長)「特許法等の一部改正の概要」NBL No.739 37~38頁,同氏説明SOFTICセミナー「特許法の一部改正と実務のインパクト」(平成14年7月10日開催)
- (13) 我が国の審査基準・運用指針に見る「コンピュータ・プログラム」自体で出願された場合と具体的拒絶理由の変遷。
- (1) 審査基準(その1)
- 「プログラム」自体については,「極めて抽象的な物であって,いまだに『物』あるいは『方法』と認め得るに至らないものと解されるので,この表現形式は認めない」としている。
- (2) マイクロコンピュータ応用技術に関する発明について

- の審査運用指針
- 「プログラム」自体の取扱および理由については,記載が全くなかった。
- (3) コンピュータ・ソフトウェア関連発明の審査上の取扱(案)
- (4) 93年審査基準
- 「プログラム」自体の取扱についてのみ記載があったが,その理由については記載がなかった。取扱としては,「発明」に該当しないものの類型の「技術的思想でないもの」として例示されていた。
- (5) 97年運用指針
- 「プログラム」,「データ信号(列)」あるいは「データ構造」として特許請求された場合には,「物」のカテゴリか「方法」のカテゴリかが不明確であるので,特許法36条6項2号の要件を満たさないとしている。
- (6) 2000年改訂「特許・実用新案審査基準」
- コンピュータが果たす複数の機能を特定する「プログラム」は,「物の発明」として請求項に記載することができる(第4章 コンピュータ・ソフトウェア関連発明 1.1.1.(b))とし,特許法36条6項2号違反は排除され,クレームの記載からハードウェア資源の利用の程度を判断し,一定のレベルを満たせば発明の成立性が認められ,新規性,進歩性等を具備すれば,特許される。
- (原稿受領 2002.7.5)

「パテント」本文をホームページに掲載します

本誌は,2002年1月号から本文を日本弁理士会ホームページ(URL=http://www.jpaa.or.jp/)でもご覧になれます。

各月号のホームページへの掲載開始は,「パテント」発行月から2ヵ月後の月初めとします。掲載記事の全文検索も可能となる予定です。

1985年1月号以降の掲載記事については,同じく日本弁理士会ホームページから目次検索が可能となっていますので併せてご活用下さい(URL=http://ucgi.jpaa.or.jp/pindex/)

なお,本誌はこれまで通り定期購読が可能です。掲載記事を発行月に確実にご覧になりたい方は定期購読をご利用下さい。

日本弁理士会広報課行 FAX 03-3581-9188

パテント定期購読申込書

ふりがな お名前		ふりがな 団体名	
送付先住所	〒 -		
電話番号	() -	定期購読開始号	
FAX番号	() -		年 月号から

「パテント」誌の年間購読をご希望の方は,上記の購読申込用紙にご記入の上,FAXして下さい。

(宛先:〒100-0013 東京都千代田区霞が関3-4-2 日本弁理士会広報課パテント担当行)

年間購読料 9,450円(送料・消費税込) 海外からの申込は,雑誌代 8,400円(@700×12)+送料