

プログラムにおける特許法と著作権法の 抵触権利調整について

会員 加藤 浩一郎*

目次

1. はじめに
2. 同一プログラムに対する権利関係の調整
 - (1) 問題の所在
 - ① 問題の背景と事例
 - ② 保護対象の相違（表現とアイデア）
 - ③ 実施行為との関係
 - ④ 問題点のまとめ
 - (2) 現行特許法の規定による解決策の検討
 - ① 新規性の阻却（特 29 条）
 - ② 特許権の効力が及ばない範囲（特 69 条）の規定
 - ③ 先使用权（特 79 条）の規定
 - (3) 特許法と著作権の関係についての考慮点
 - (4) 解決策の提示とその検討
 - ① 本論文の結論としての解決策の提示
 - ② 著作権（者）を保護すべき理由
 - ③ 著作権に抗弁しうる地位を認める場合の要件
 - ④ その他の解決策
3. おわりに
.....

1. はじめに

平成 14 年の特許法改正によって、プログラムは特許法と著作権法の両法により保護を受けることができることが明確となった。本論文では、特にこの法改正により生じ、かつ今までの議論ではほとんど取り上げられなかったものの、実務的には深刻な影響を及ぼしかねない問題点として、同一プログラムに対する特許法と著作権法の抵触権利関係の発生の問題点を提示し、その問題について詳細な検討を行い、さらにその解決策の提案を行うものである。

2. 同一プログラムに対する権利関係の調整

(1) 問題の所在

① 問題の背景と事例

プログラムは、昭和 60 年の著作権法改正により著作権法の保護対象である著作物（著 10 条 1 項 9 号）⁽¹⁾として明文をもって認められてきた⁽²⁾。よって、あるプ

ログラムについて、それを独自に創作することにより、そのプログラムについて一定の創作性の存在等を前提として知的財産権の一つである著作権が発生する、との認識は広く一般的になってきているものと思われる。

一方、平成 14 年の特許法改正によって、従来の審査基準により認められていた状況からさらに一步進んで、法律上の規定をもってプログラム自体を物の発明（特 2 条 3 項 1 号）としてクレームに記載することが認められるようになった⁽³⁾。従って、あるプログラムについて、そのプログラム自体を譲渡等の実施行為（特 2 条 3 項 1 号）を行った場合、他人のプログラムの発明にかかる特許権を侵害する、という権利抵触の場合が考えられることとなる。

つまり、具体的にこのような両権利の抵触が問題となる実務的には十分考えられる場合として、以下のような事例が考えられる。

【事例】

「プログラム」についてクレームされた特許発明イを含むプログラム A について特許権を有する甲がいる場合において、その特許発明イを含み、独自に創作した⁽⁴⁾プログラム B を開発・販売する乙に対して甲が特許権を行使した場合、乙は甲に対して何らかの対抗手段を有するか。

このような特許権と著作権の抵触関係について、同じ創作保護法である意匠法のような権利調整規定（意 26 条）⁽⁵⁾がないことから、この事例に示されるような場合には、どのように解決されるかが不明であり問題となる。

* 金沢工業大学大学院 教授、弁理士

② 保護対象の相違（表現とアイデア）

特許法と著作権法におけるプログラムの定義についての規定ぶり⁽⁶⁾を比較して理解できるように、両者はほぼ同様の内容であり、一見すると保護対象が重複するかのよう印象がある。

しかし、そもそも特許法においては、プログラムが含まれることとなった保護対象たる発明について、「自然法則を利用した技術的思想」であることが明定されている（特2条1項）。これに対して、著作権法においてはプログラムの定義においても「表現」であることが明確に規定されており、すなわちその保護対象たる著作物は「表現」である（著2条1項1号）。

従って、一見すると類似する「プログラム」についての保護も、その保護客体の実質的な内容は、特許法における「プログラム」はそのプログラムに含まれる抽象的な技術的思想を保護しようとするものに対し、著作権法における「プログラム」は定義にもある通りそのプログラムの表現すなわち記述自体を保護しようとするものであり、本質的に異なるものであるともいえる⁽⁷⁾。つまり、著作権は「表現」を保護するのに対して、特許権は「アイデア」を保護するのであるから、保護客体が異なっており、両者は抵触関係に立たない、と考えることもできる。

これについては、さらに上記の通り例えば意匠法においては、著作権との関係について、意匠登録出願日前に生じた他人の著作権と抵触するときは業としてその登録意匠の実施ができない（意26条1項）と規定されているにもかかわらず、特許法においてはこのような調整規定は設けられていない（特許法72条において著作権法は規定されていない）ことから明らかであるとも考えることもできる⁽⁸⁾。

しかし、著作権の保護対象である「表現」と特許権の保護対象である「アイデア」は、その境界が非常にあいまいであり、特に著作権についてはどこまでその保護範囲が及ぶかが必ずしも明確とは言えないことから、必ずしも両者が抵触しないとは言いきれないものではないと思われる。また、意匠法と同様の抵触権利の調整規定が設けられていない点については、単に平成14年法改正特許法において「プログラム」を新たに物の発明と規定した際に、上記したような事例について想定していなかった、あるいはそのような場合は事例に応じて裁判所に判断を委ねるとしたものであると

考えられ、このことをもって抵触関係の成立が否定される根拠とは解すべきでないであろう⁽⁹⁾。

③ 実施行為との関係

プログラムが著作権法による保護を受ける場合、著作権法により制限を受ける（すなわち効力の及ぶ）行為は代表的には複製（著21条）のほか、譲渡（著26条の2）、貸与（著26条の3）、翻案（著27条）などがある。

一方、特許権において「プログラム」自体が保護対象とされ物の発明としてクレームされている以上、その「プログラム」の実施行為（特2条3項1号）、すなわち生産、使用、譲渡、貸渡し等には特許権の効力が及ぶこととなると考えられる。しかし、かかる特許法の規定には実施行為として「生産」はあるものの、「複製」は規定されていない。

ここで、特許法の本規定にいう「生産」とは、一般に「製造」といわれるもので、物を作り出す行為を指し、工業的生産物の生産及び組み立て、構築等も含まれるとされている⁽¹⁰⁾。

プログラムについてこの「生産」を考えると、2つの場合があると考えられる。すなわち、典型的にはまずはプログラマーが実際にソースコードを打ち込んで、それをコンパイルし、実行可能なオブジェクトコードを生成し、最終的には記録媒体に記録する行為（以下「開発行為」という）を行うことである。そしてもうひとつは、プログラムのコピーを行い、記録媒体に記録する行為（以下「複製行為」という）である。なお、いずれも、記録媒体に記録する行為までが、「生産」に含まれるかが問題となりうるが、プログラムを保存するためにはいずれ記録媒体に記録することは必要であるので、一体の行為として把握すべきであろう。

プログラム以外の物の発明と比較すれば、開発行為がこの「生産」に該当する行為であることは疑いがなく考えられるが、複製行為については、プログラム以外の物の発明には一般的にこのような行為は存在しないので、必ずしも明らかではない。すなわち、プログラム以外の「物」の発明を生産して模倣する場合、結局のところ開発（一般には製造）行為を伴うので、必然的に開発行為にそのような行為が含まれる。しかし、プログラムは開発とはまったく異なる方法で、ソースコードを必要とせず単に実行可能コードのみを簡単に複製することが可能なため、開発行為と複製行為は

まったく異なることとなる。

しかし、上述の通り本規定にいう「生産」は物を作り出す行為である以上、たとえそれが複製行為であってもプログラムという物を作り出す行為に他ならない。また、プログラムは一度開発すれば、後は複製行為を行うのみとなるので、このような複製行為を特許発明の実施として特許権の効力範囲に含めないと、複製行為を業として行う者への差し止め請求（特 100 条 1 項）等の権利行使が困難となり、プログラムを特許発明として保護を行う実効が図れないことは明らかである。

よって、プログラムの発明については、かかる「生産」には複製行為をも含むべきであると解される。

④ 問題点のまとめ

従って、このように解すれば、少なくとも法上の定義において形式的には類似し、かつその境界も必ずしも明らかではない「プログラム」という権利客体について、実施行為としては少なくとも「生産」すなわち「複製」行為において特許権と著作権の権利の抵触が発生しうることとなる。

そして、上記①に記載の通り、抵触が生じうる事例が実際に想定しうることから、このような抵触関係について解決策を検討することは重要であると思料される。

(2) 現行特許法の規定による解決策の検討

① 新規性の阻却（特 29 条）

本論文で取り上げる事例のような場合、特許権者である甲以外の乙がそのプログラムの内容を甲の特許出願前に公開している等の場合であれば、甲の特許について新規性が阻却され無効事由となりうる。よって、甲から訴訟が提起されたような場合には、権利濫用の抗弁あるいは無効審判により甲の特許権を無効とすることは解決策として可能である。しかし、プログラムの内容、特にソースコードは一般に公開されることが少なく⁽¹¹⁾、このような解決策をとれることはあまりないのではないかと思料される。

② 特許権の効力が及ばない範囲（特 69 条）の規定

例えば本論文の事例の場合、その乙のプログラム自体については、プログラムが「物」とであると特許法上で明確に規定された以上、既に甲の特許出願時に存在すれば特許権の効力は及ばないこととなる（特許法第 69 条第 2 項第 2 号）⁽¹²⁾。

しかし、かかる規定における「物」とは、現物限り

の意であると解され、かつその物は出願後に新たに製造することは許されないと解されている⁽¹³⁾。

よって、(1) ③において述べたとおり、プログラムの複製行為を製造行為と解する本論文の立場からは、本論文の事例において、甲の特許出願前に存在する乙のプログラム及びその複製物は本規定による保護を受けうるが、甲の特許出願後の新たな乙のプログラムについての複製行為は生産行為となり、すなわち業としての複製であれば特許権を侵害することとなり、乙の行為は許されないこととなる。したがって、本規定による解決は出願前の行為に限られることとなり、限定的な解決策を与えるに過ぎない。

③ 先使用权（特 79 条）の規定

また、例えばソフトウェア会社において新しいソフトウェア製品を開発している場合など、一定の場合においては、そのプログラムにその特許について先使用权（特 79 条）が認められる場合も考えられる。

しかし、この先使用权については、認められるための要件が厳しく規定されており⁽¹⁴⁾、例えば事業の準備にまで進んでないような場合にはこの抗弁権も認められず、プログラムの創作者が十分な保護を受けられるとは限らない。

さらには、いわゆるオープンソースソフトウェアのように、そもそもプログラムの開発スキームが「事業」という概念に妥当するかが不明なような場合、あるいは誰がどのような形でプログラムの開発に参加したかが必ずしも明確でないような場合には、かかる先使用权の適用の可否の判断すらも必ずしも容易ではない⁽¹⁵⁾。

このように考えてくると、先使用权に該当する一定の場合を除き、本論文の事例でいえば、例え甲の特許出願前に乙のプログラムが創作されたとしても、甲の出願後の乙の行為について、甲の特許権に対抗する権原が特許法上存しないこととなる。

(3) 特許法と著作権の関係についての考慮点

もう一度、立ち返って、特許権と著作権の保護の特徴を検討するために、フローチャートとそれによって作成されるプログラムについて検討する。すなわち、プログラムの表現そのものは著作権法で保護されるのは良いとして、その構成（フローチャート）を真似て開発したような場合、著作権法による保護が受けられるかである。

これについては、フローチャートはそのプログラムのアルゴリズムを示すものであり、まさにそのプログラムの「思想（アイデア）」を示すものである以上、その著作権法による保護は受けられないと、通説的には考えられている。もちろん、フローチャートそれ自体を著作物として保護することは可能であるが、それはあくまでフローチャートの表現を保護するに過ぎない⁽¹⁶⁾。

よって、解決策の検討に際しては、あるひとつのアルゴリズムについてプログラミング自体は複数の手法が考えられ、そのような複数のプログラムのそれぞれが独自の創作であれば著作権は互いに及ぼしあわない、ということも考慮する必要がある。

一方、フローチャートに示される技術的な思想について特許をとることは可能であり、たとえ特許請求の範囲上の文言が「プログラム」であり、「プログラム」について特許されたものであっても、そのフローチャートに示されるような技術的思想について特許を取得したものであり、その特許権の効力はその思想を具現化した創作物であるプログラムにも当然及ぶと解すべきであろう。

(4) 解決策の提示とその検討

① 本論文の結論としての解決策の提示

結論から言うと、現時点での解決策として、本論文においては、意匠法 23 条を特許法においても類推適用し、一定の場合に、特許権に対抗しうる権利として著作権を一種の抗弁権として認めることを提案する。

このために、以下ではまず、特にプログラムという保護客体について、厳格な審査手続を経て登録された特許権に対抗しうるほどのものとして、著作権が保護すべき価値を有するのかを検討する。次に、著作権を抗弁権として主張しうるかとするれば、どのような場合にそれが認められるべきかを検討する。そして、さらに他の解決策もとりうるかを、立法論的な見地も含めて言及する。

② 著作権（者）を保護すべき理由

まず、本論文が提示するような、あるプログラムについて特許権が著作権と抵触するような場合、上述してきた通り、著作権と特許権の保護対象が相違することから、何らその抵触関係の調整は不要であるとする考え方もあろう。

すなわち、本論文の事例で言えば、甲のプログラム

と乙のプログラムが独立に創作されていれば、原則としていずれの著作権も独立に存在することとなり、侵害関係は成立しないが、独立創作とは無関係に甲の特許権の効力は乙のプログラムに及ぶこととなる⁽¹⁷⁾。よって、乙は自己のプログラムについて著作権を有し、甲の著作権には対抗しうるが、甲の特許権には屈することとなる。

ここで、今回検討するプログラムについての特許権と著作権の關係に比較的近い關係のものとして、半導体回路についての特許権と半導体集積回路の回路配置に関する法律（以下半導体回路法）において認められる回路配置権の關係があるので、これについて説明すると、これらの關係については、半導体回路法第 13 条において、日付の先後にかかわらず回路配置利用者等は他人の特許権などに屈する旨を規定している⁽¹⁸⁾。よって、この考えに従えば、上記の結論もあながち不当とはいえない。

しかし、保護客体としてのプログラムは、約 20 年前から著作権法において主として保護されてきた経緯があり、これを無視することは適切ではないと思料する。すなわち、特にプログラマーやソフトウェア技術者において、一般にはプログラム自体は著作権により保護されるという考え方が強い。したがって、本論文に取り上げたような著作権と特許権の権利が抵触していると考えられるような場合にまで特許権の行使をあまりに広く認めることは、そもそもプログラムを著作権法で保護することとして従来から継続的に保護を行ってきたことにより蓄積された著作権法に対する法的信頼を損ねるという事態を招き、好ましくないのではないかと思われる。また、これまで特段の手続を行わなくともプログラムは著作権法により財産権として保護されると考えてきたプログラム開発者の期待の保護にも欠けることになりかねず好ましくない。さらに、我が国のソフトウェア産業の保護及び発展を考慮すれば、このようなプログラム開発者の認識の下で一律に著作権者が一方的に屈するとする規定とすると、その産業の保護が適切に図ることもできず、却って特許法の法目的たる産業の発達（特 1 条）にも反する事態を招きかねない。

一方、著作権は無方式主義の下で特段の審査などの手続を経ていないものであり、訴訟段階にならないとはっきりその権利が認められるかどうか不明であり、

審査主義による特許権に比較すれば不安定な権利であるという性質もあることから、このような性質を有する著作権に無制限に特許権に対抗しうる効力を認めることは、適切ではないと考えられることも事実である。

よって、本論文で取り上げるようなプログラムに関する権利関係の抵触の場合について、著作権には特許権に対し抗弁権として対抗しうる地位を認めるべきと考えられるが、それを認める要件は、以上の点を比較考量して定める必要があるものと考えられる。

③ 著作権に対抗しうる地位を認める場合の要件

要件として問題となるのは、著作権と特許権の時間的關係であろう。ここで、意匠法26条1項においては、意匠権者は、その意匠権のうち登録意匠に係る部分はその意匠登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、業としてその登録意匠の実施をすることができないとしている。すなわち、意匠登録出願日を基準として、その日前に生じた（すなわち著作物を創作した）著作権には及ばない。これは、意匠法は先願主義を採用し（意9条）、また意匠権の存続期間も出願日を基準としている（意21条）のに対し、著作権はその創作により権利が発生する点を考慮して規定したものと考えられる。

この点について、特許法も意匠法と同様に先願主義を採用し（特39条）、特許権の存続期間も意匠権と同様に登録日を基準としている（特67条）。さらに、②で述べたような特許権と著作権の関係を比較考量すれば、意匠法と同様の時期的基準は、特許法でも適切なものと思料される。

よって、現状では、特許法72条において著作権との抵触関係が規定されていない以上、プログラムに関して、本論文において取り上げたような事例が発生した場合、一律に著作権が特許権に屈するのではなく、意匠法26条を類推して特許法においても適用し、本事例でいえば乙のプログラムの創作が甲の特許出願前に行われていたのであれば、これに特許権を及ばないとするのが、産業の発達という特許法の法目的の達成という見地からも適切であると考えられる。

また、あるプログラムを「使用」すなわちコンピュータで実行する行為は、著作権法上は原則として制限されない。これに対して、特許法においては、かかる行為はプログラムにかかる特許発明を「実施」（使用）することに他ならず、特許権の効力が及ぶ行為となる。

したがって、著作権法上保護される複製等の行為だけでなく、著作権の効力が及ばないものの、特許権の効力が及ぶこのような使用等の行為に対しても、かかる地位の認められた著作権者には、その著作権に基づいてそれらの行為について権原を認めるべきと考えられる。

④ その他の解決策

③では、特許法72条に関して、さらに意匠法26条の規定を類推適用する、ということとしたが、特許法72条について法改正を行い、意匠法26条と同様に著作権についての抵触関係にも規定したほうが、法適用の明確化という観点からも望ましいことは明らかである。

また、別の立法論的な解決策として、このような場合に特許権と著作権の関係を比較考量し、意匠法のような調整規定を設けるのではなく、先使用権（特72条）の規定に準じて、善意の他人のプログラムの著作権が特許出願日前に生じた場合であって、そのプログラムを製造（複製）又は使用するとその特許権の侵害に該当するような場合に限り、その他人（使用者も含む）について先使用権に類する権利を認めるという解決策も考えられる。

このようにしないと、現行の先使用権の適用を念頭におくと、プログラム作成者は常に特許権を気にする必要があり、どんなに先に優れたアルゴリズムをプログラム化しても、それを公知にしないと（そしてプログラムの内容は通常公知にはされない場合が多い）、そのアルゴリズムを別途権利化した者から特許権を行使されるリスクを背負うこととなり、プログラム作成者が不測の不利益を蒙りかねないからである。さらに、プログラムの場合、著作権は主として複製権となり、プログラムの実行（使用）などには原則として及ばないが、特許権はプログラムの使用などにも効力が及び、③で述べたような著作権に特許権が及ばないとするだけでは不十分な場合も考えられうるからである。

しかしながら、特許法72条や意匠法26条などの規定ぶりや、その規定の柔軟な解釈により、上記の問題点は解決可能であると考えられるので、ここまで立法論的解決を図る必要性は低いものと考えられる。

3. おわりに

特許請求の範囲に、いわゆる「プログラム・クレーム」の記載が認められてからまだ4年程度しか経過しておらず、これからこのプログラム・クレームを有する特

許が多数登録されてくるようになると思料される。

そもそも、プログラムとは無体物であるプログラム言語による記述（ソフトウェア）という形でも、あるいはワイヤードロジックと言われるようなAND, OR等の回路の結合した有体物（ハードウェア）という形でも実現可能なものであり、このような特質を有するプログラムをめぐる特許権と著作権の衝突は、プログラムを著作権で保護するとした時点から発生したものであり、今に始まった問題ではない⁽¹⁹⁾。

しかしながら、今回の法改正により無体物である「プログラム」を物の発明として保護することとしたことにより、いっそう問題が顕在化するもの考えられる。

それに従い、本論文に取り上げたような特許権と著作権の抵触関係は非常に多く発生することとなると考えられ、無用な争いを回避するためにも、個人的には特許法72条を意匠法26条等と同様に著作権との抵触関係の調整を規定した形に法改正がなされることを心から期待するものである。

注

- (1) 著作権法においては、プログラムとは「電子計算機を機能させて一の結果を得ることができるようにこれらに対する指令を組み合わせたものとして表現したものをいう。」と規定されている（著2条1項10の2）。
- (2) この著作権法の法改正の経緯については、中山信弘「ソフトウェアの法的保護（新版）」有斐閣（1988年）（以下「中山保護」という）に詳細に記載されている。
- (3) 平成12年に公表された「平成12年改訂審査基準」においてプログラム自体をクレームすることは可能であったが、法改正はこの時点ではなされず、平成14年特許法改正により、特2条3項1号を改正するとともに、特2条4項において、「プログラム」の定義として「電子計算機に対する指令であつて、一の結果を得ることができるように組み合わせられたものをいう。」という規定が設けられた。
- (4) 創作の時点も当然問題となるが、これについても本論文の解決策の検討時に検討する（本論文（4）③参照）。
- (5) 意26条1項は、「意匠権者（略）は、（略）その意匠権のうち登録意匠に係る部分が（略）その意匠登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、業としてその登録意匠の実施をすることができない。」と規定する。なお、この規定の適用については議論もあり、「先に発生した著作権に後願意匠権が抵触するというのは、意匠権のうち登録意匠に係る部分又はこれに類似する意匠の部分を実施すれば、著作権の複製権を侵害することになる場合をいう」（高田忠「意匠」有斐閣（1969年）515頁）とする見解がある一方、「絵画、彫刻などをそのまま一定

の物品とする場合」という見解もある（斎藤瞭二「意匠法概説〔補訂版〕」有斐閣（1995年）323 - 324頁）。また、商標法29条においても商標権と著作権の抵触について同様の規定が設けられている。

- (6) 上記（1）、（3）参照。
- (7) 思想それ自体の保護が著作権法の保護の範疇に属するものでない点を判示したものとして東京地判平4年12月16日中国塩政史研究論文事件（判時1472号130頁）がある。また特許法上の発明や実用新案法上の考案は思想そのものであるから著作物にはあたらないとしたものとして東京高判昭58年6月30日投影露光装置事件（無体裁判例集15巻2号586頁）がある。
- (8) 特許法72条「特許権者、専用実施権者又は通常実施権者は、その特許発明がその特許出願の日前の出願に係る他人の特許発明、登録実用新案若しくは登録意匠若しくはこれに類似する意匠を利用するものであるとき、又はその特許権がその特許出願の日前の出願に係る他人の意匠権若しくは商標権と抵触するときは、業としてその特許発明の実施をすることができない。」意匠法26条1項「意匠権者、専用実施権者又は通常実施権者は、その登録意匠がその意匠登録出願の日前の出願に係る他人の登録意匠若しくはこれに類似する意匠、特許発明若しくは登録実用新案を利用するものであるとき、又はその意匠権のうち登録意匠に係る部分がその意匠登録出願の日前の出願に係る他人の特許権、実用新案権若しくは商標権若しくはその意匠登録出願の日前に生じた他人の著作権と抵触するときは、業としてその登録意匠の実施をすることができない。」
- (9) 少なくとも公に入手可能な立法経緯に関する資料（『特許庁総務部総務課制度改正審議室編「平成14年改正産業財産権法の解説」発明協会（2002年）』、『特許庁「特許法等の一部を改正する法律について」特許庁ホームページ（2002年）、平成15年8月10日参照、http://www.jpo.go.jp/torikumi/kaisei/kaisei2/houkaisei_gaiyou.htm』、及び『産業構造審議会知的財産政策部会法制小委員会議事録、特許庁ホームページ（2001年）、平成15年8月10日参照、<http://www.jpo.go.jp/shiryoutoushin/shingikai/matrix.htm>』等）を見る限り、この点に関して議論された形跡は発見できなかった。なお、筆者はコンピュータ会社の知的財産部に勤務していたが、この論文の事例に挙げたようなケースを実際に何度か一般社員から質問されたことがあり、今後このような事態はより増えるのではないかと考えている。
- (10) 中山信弘「工業所有権法 上 特許法 第2版」弘文堂（1998年）（以下「中山」という）313頁、吉藤幸朔著、熊谷健一補訂「特許法概説〔第12版〕」有斐閣（1997年）（以下「吉藤」という）442頁。
- (11) 例えば、プログラムの中には企業で内部利用を行うだけのもの、あるいは作成を委託した企業にだけ提供するものなど、本来公表を予定していないものが多い点を考慮して、著作権法15条2項は「公表」の要件をはずし

たものとされている（加戸守行「著作権法逐条講義〔三訂新版〕」著作権情報センター（2000年）144頁。）なお、実行可能コードが販売等されていた場合、逆コンパイルなどによりその内容を知りうる状態ではないかとも考えられるが、通常逆コンパイルは使用許諾契約で禁止されており、また逆コンパイルは著作権法違反行為との判例（東京地裁昭和62/1/30、無体例集19巻1号1頁）もあり、その事実をもって新規性喪失とは認められないものと解する。

- (12) 特許法第69条2項「特許権の効力は、次に掲げる物には、及ばない。」同項第2号「特許出願の時から日本国内にある物」と規定されている。
- (13) 吉藤 454 頁。
- (14) 特許法第79条は、「特許出願に係る発明の内容を知らないで自らその発明をし、又は特許出願に係る発明の内容を知らないでその発明をした者から知得して、特許出願の際現に日本国内においてその発明の実施である事業をしている者又はその事業の準備をしている者は、その実施又は準備をしている発明及び事業の目的の範囲内において、その特許出願に係る特許権について通常実施権を有する。」旨規定する。かかる規定における事業の準備について、例えば本格的実施をするかどうか未定で、試行錯誤の段階における設計図面の作成や試作はここでいう準備でないなどとする判決（東京地判昭和39.5.26判タ162号164頁、同地判昭和48.5.28取消集昭和48(地)179頁）もあり、その客観的判断はかなり難しいと考えられる。
- (15) オープンソースはソースを不特定多数に開示して開発を進めるので、新規性阻却の可能性は当然あるが、限ら

れた範囲で守秘義務を課しつつソースを公開してプログラムを開発・修正するスキームも既に一部の会社等で始まっており、新規性を阻却しえない場合も今後十分考えられよう。

- (16) 従って、このような考え方を踏襲してプログラムの開発を行う手法として「アイソレーション・ブース」や「クリーンルーム」などと呼ばれる手法があり、他人のプログラムを解析しアルゴリズムを抽出するエンジニアと、その抽出されたアルゴリズムを見てプログラムを書くエンジニアを完全に分離してプログラムを開発する（中山保護 125 頁）。
- (17) 特許権の侵害者には過失が推定され（特 103 条）、現実には無過失の抗弁は、事実上ほとんど成功していない（中山 336-337 頁）。
- (18) 半導体回路法第13条「回路配置利用権者、専用利用権者又は通常利用権者は、その登録回路配置の利用が他人の特許発明又は登録実用新案の実施に当たるときは、業としてその登録回路配置を利用することができない。」
- (19) 例えば、トムソン社のMP3関連技術については、特許権と著作権の両方についてライセンスを行っている（トムソン社ホームページ URL:<http://www.mp3licensing.com/royalty/index.html>, 平成16年3月5日参照）。なお、本情報を含め、本稿をまとめるにあたり、金沢工業大学大学院客員教授木越力氏には有益なアドバイス及び情報を頂いた。また、慶應義塾大学助教授君嶋祐子氏には有益な助言を頂いた。ここに記して謝意を表したい。

（原稿受領 2004.6.3）