

ソフトウェアビジネス体系の変貌と権利行使の可能性に関する一考察

— 間接侵害適用の可能性について —

平成17年度ソフトウェア委員会 第1部会

(松下正, 福永正也, 佐川慎悟, 塩島利之, 須田英一, 中田雅彦, 羽立章二, 原田一男, 布施行夫)

目 次

1. はじめに
 - (1) 経緯
 - (2) 現行の間接侵害規定の問題点
2. ファイル交換システムとは
 - (1) ナップスター型ファイル交換システム
 - (2) ウィニー型ファイル交換システム
3. 仮想クレームによる保護の可能性
4. 仮想事例
 - (1) 事例説明
5. 解釈による保護の検討
 - (1) 特許法第101条適用の可能性
 - (2) 共同不法行為による保護
 - (3) 「おそれがある者」の解釈
 - (4) 共同直接侵害の検討
 - (5) 侵害主体擬制による救済
6. クレームドラフティングによる保護の検討
 - (1) 意図
 - (2) 仮想請求項
 - (3) 請求項口による差止の検討
7. 請求項に係る発明のカテゴリによる留意点
 - (1) プログラムクレームの場合
 - (2) 方法クレームの場合
8. 終わりに

.....

1. はじめに

(1) 経緯

特許法と著作権法とは、ともにソフトウェアを保護対象とする法律であり、現実社会にて著作権侵害が問われた事例を検討することにより、特許法において潜在化している問題点を顕在化させることも考えられる。そこで、今年度のソフトウェア委員会第1部会では、隣接法である著作権法において問題となった事件を検討した。委員会内で、検討対象としたのはネットワーク関連の著作権侵害事件であるファイルログ事件⁽¹⁾である。この事件で、裁判所は、PtoP型のファイル交換システムにて、各ユーザに記憶されているファイルのリストを提供するサーバ運営者を実質上の侵害主体として公衆送信権侵害を認定した。

(2) 現行の間接侵害規定の問題点

特許法において、直接侵害だけでは保護の実効を得ることができない場合の救済規定として、特許法第101条にて間接侵害を規定している。すなわち、特許発明の全部実施には該当しないために直接侵害を問うことができない場合であっても、例えば特許権の侵害に用いられる専用品の提供等の行為は、直接侵害を誘発する蓋然性が極めて高く、斯かる行為を放置することにより特許権者の保護の実効を図ることができないことから、直接侵害と同等の民事的救済措置を取ることが認められている。

改正前特許法第101条では、客観的要件である、いわゆる「のみ」要件の解釈が非常に限定的であり、あまり実効がなかった。特にソフトウェア関連発明では、部品に相当する各モジュールが専用品であるケースの方がレアケースであり、「のみ」要件を厳格に解釈した場合、間接侵害規定ではまず保護されることが無い、という問題点があった。

そこで、間接侵害規定による保護の実効を図るべく、その適用範囲を拡張するために、主観的要件として「発明による課題の解決に不可欠なもの」であることを新たな要件とした⁽²⁾。このように法改正の主眼は、間接侵害規定の実効性を担保するために、どこまで適用範囲を拡張するのが妥当であるか、という点にあり、おのずと適用範囲の限界点が存在することはいうまでもない。

かかる適用範囲の限界は、突然、差止請求をされる者が受ける不利益を考量して決定されたものであり、伝統的なビジネスの仕組みの下では、保護としては十分であったかもしれない。しかし、ソフトウェア産業の昨今の商取引体系を勘案した場合、従来の考え方では、保護としては十分でない場合が発生する。

以下、ファイル交換システムについて特許が存在する場合を仮想事例として、従来とは異なるソフトウェアビジネスを行っている第三者に対して、その行為を

特許権者が差し止めることができるのか否かにつき考察する。

2. ファイル交換システムとは

仮想事例について説明する前に、まず、PtoP型のファイル交換システムの概要について説明する。

PtoP型のファイル交換システムは、大別して以下の2通りに分類される。1つは、ナップスター(Napstar)に代表される検索時にサーバを使用するファイル交換プログラムであり(以下ナップスター型ファイル交換プログラムという)、もう1つは、ウィニー(Winny)に代表される検索時にサーバを介することなく、端末装置間で直接ファイルを交換するファイル交換プログラムである(以下、ウィニー型ファイル交換プログラムという)。

以下、両システムについて、図を用いて簡単に説明する。

(1) ナップスター型ファイル交換システム

ナップスター型ファイル交換システムでは、参照可能な端末間で交換対象となるファイルのファイルリストがサーバに登録されており、他のユーザは登録されたファイルを検索することができる。

図1において、中央装置と複数の端末装置とは、インターネット等のネットワークを介してデータ通信可能に接続されている。中央装置は、クライアントプログラムを記憶手段に記憶しており、端末装置からの送信要求に応じて当該クライアントプログラムを要求元である端末装置に対して送信する。端末装置では、中

央装置からクライアントプログラムをダウンロードしてインストールする。

そして、送信側端末装置を使用するユーザは、交換対象であるファイル(音声、動画、画像、文書、プログラム等)を予め定められた共有フォルダに記憶しておく。この状態で、ユーザがクライアントプログラムを起動すると、クライアントプログラムは、共有フォルダに記憶されているファイルのファイル情報を中央装置に自動的に登録する(ステップ(1))。中央装置では、各端末装置からファイル情報を受信して、検索可能に記憶している。

受信側端末装置を使用するユーザは、例えばファイル名等のキーワードを指定して、ダウンロードを希望するファイルの検索を指示する。受信側端末装置のクライアントプログラムは、指定されたキーワードを含むファイル検索要求を中央装置に送信する(ステップ(2))。中央装置は、受信したファイル検索要求に含まれるキーワードをキー情報としてファイル情報を検索し、検索結果としてファイル情報から取得したファイル名、サイズ、中央装置へ登録したユーザ名、パス等のリストを要求元である受信側端末装置に送信する(ステップ(3))。

受信側端末装置にインストールされたクライアントプログラムは、検索結果を中央装置から受信した場合、該検索結果に含まれるリストを表示する。そして、受信側端末装置を使用するユーザは、表示されているリストの中からダウンロードを希望するファイルを選択して、表示されているダウンロードボタンをクリックする。受信側端末装置のクライアントプログラムは、リストに含まれるデータに基づいたファイル送信要求を、選択されたファイルを記憶している送信側端末装置に送信する(ステップ(4))。

送信側端末装置にインストールされているクライアントプログラムが、所定のファイルのファイル送信要求を受信した場合、共有フォルダからファイル送信要求に係るファイルを読み出し、要求元の受信側端末装置に対して送信する(ステップ(5))。受信側端末装置を使用するユーザは、送信側端末装置から所望のファイルを受信することにより、該ファイルを利用することができるようになる。

このように、ナップスター型ファイル交換システムでは、実際のファイル交換はクライアント間で行われるが、検索処理はサーバで実行される。

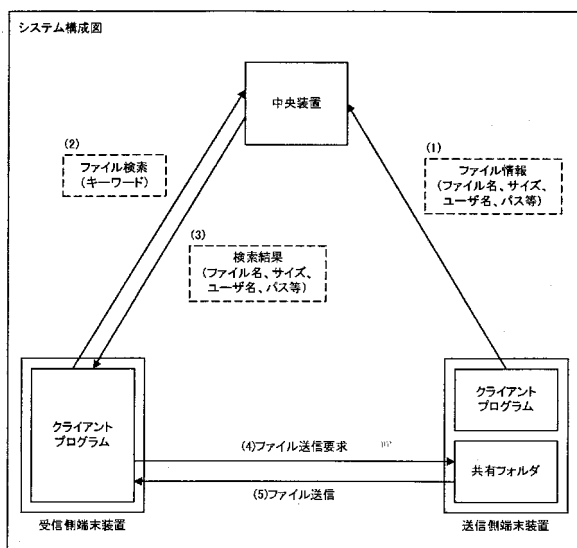


図1

前述のファイルログ事件は、このナップスター型ファイル交換システムであった。このシステムでも、サーバに管理されているのはファイル情報であるファイルリストのみであり、交換されるファイル自体はユーザ端末にのみ存在する。したがって、共有フォルダに著作権で保護される音楽データなどがあっても、サーバがこれを公衆送信していると判断できるのが問題となった。

(2) ウィニー型ファイル交換システムの構成例

図2は、いわゆるウィニー型ファイル交換システムの仮想事例の全体構成を示す概要図である。ウィニー型ファイル交換システムでは中央装置を用いず、端末装置間のみでファイル交換を行うためのプログラムZがインストールされている複数の端末装置が、インターネット等のネットワークを介してデータ通信可能に接続されている。端末装置では、交換対象ファイルを、予め定められた共有フォルダに記憶しておく。プログラムZは、共有フォルダに記憶されているファイルのファイル情報を取得しておき、他の端末装置におけるプログラムZからの要求に応じて検索等を実施する。

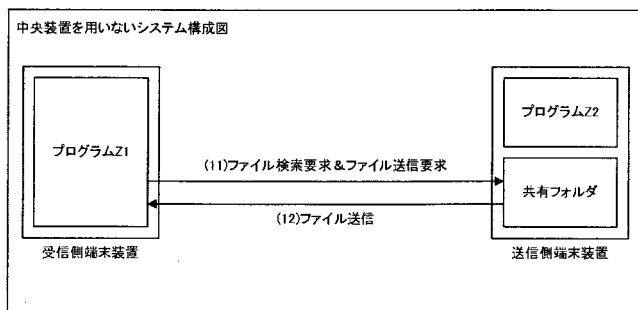


図2

例えば、受信側端末装置を使用するユーザが、ファイル名等のキーワードを指定して、ダウンロードを希望するファイルの検索を指示した場合、受信側端末装置のプログラムZ1は、指定されたキーワードを含むファイル検索要求及びファイル送信要求を、他の送信側端末装置へ送信する（ステップ(11)）。端末装置間で次々に通信を行ってファイル検索要求に対してファイル情報の検索を行う。検索キーワードに対応するファイルを有する端末装置（送信側端末装置）のプログラムZ2は、ファイル検索要求及びファイル送信要求への応答として当該ファイルを受信側端末装置へ送信する（ステップ(12)）。受信側端末装置が送信側端

末装置から検索キーワードに対応するファイルを受信した場合、プログラムZ1はユーザにファイルを受信した旨を表示出力する。これによって、受信側端末装置を使用するユーザは、受信したファイルを利用することができる。

ウィニー型ファイル交換システムでは、一旦クライアントにファイル交換プログラムがダウンロードされた後は、ファイル交換処理については、サーバは一切関与しない⁽³⁾。

3. 仮想クレームによる保護の可能性

ナップスター型のファイル交換システムについては、検索処理を行うサーバ、ファイル交換を行う端末を請求項で特定することにより、特許法による保護を受けることができる。また、ウィニー型ファイル交換システムについても、ファイル交換を行う端末装置を請求項で特定することにより、特許法による保護を受けることができる。このように、双方とも、ファイル交換を行う端末装置を請求項で特定すれば保護を受けるのである。

以下では、仮想クレームとして、ウィニー型ファイル交換システムにおけるファイル交換を行う端末装置を起案した場合の問題点について検討する。たとえば、以下のような請求項イが考えられる。

〈請求項イ〉

A) ファイル検索要求及びファイル送信要求に応じて共有するファイルを記憶した共有記憶領域を検索するファイル検索手段と、

B) 該ファイル検索手段により前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出された場合には、該検索要求に合致したファイルを前記ファイル送信要求の送信元へ送信する送信手段と、

C) 前記ファイル検索手段により前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出されない場合、前記ファイル検索要求及びファイル送信要求を他の情報処理装置へ転送する転送手段と

を備えることを特徴とするファイル交換装置⁽⁴⁾。

請求項イに係るファイル交換装置（送信側端末装置又は受信側端末装置）を構成するために、プログラムZを配布する行為は、ファイル交換装置を製造する（生産する）物を配布（譲渡）する行為であり、プログラ

ムZは課題を解決するために不可欠なものであることから、間接侵害行為に該当する（特許法第101条第2号）。

したがって、配布後はサーバの関与がないウィニー型ファイル交換システムであっても、端末における処理を特定した請求項があれば、クライアントプログラムの提供者に対して配布の差止を請求することが認められ、特許権による保護が期待することができる⁽⁵⁾。

4. 仮想事例

(1) 事例説明

上記請求項Iがあるとして、図3のような仮想事例について保護を受けることができるであろうか。

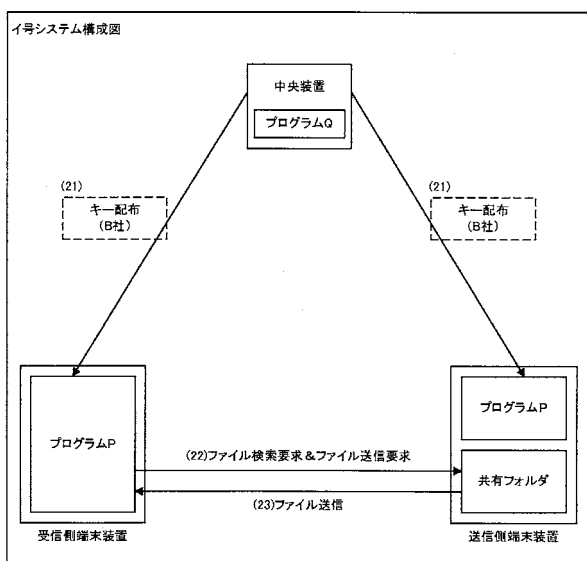


図3

図3は、キー情報がないと実行できないロックされたプログラムPをA社が配布し、B社がかかるロックを解除するキー情報を配布するという事例である。このように、一方が他方による課金処理を前提としたソフトウェアを配布するという想定は、一見非現実的に見える。しかし、昨今の商取引を鑑みれば、ソフトウェアの開発は、子会社が行い、親会社が課金処理を一括して行うという状況もあり得る事例といえよう。

ナップスター型のファイル交換システムでは、ファイル交換時には中央装置が関与するので、広告等で収益を得ることができる。これに対して、ウィニー型ファイル交換システムでは、ファイル交換時には中央装置が関与しない。このような仕組みを利用することにより、仮想事例のファイル交換システム（以下、イ号システムという。）でも、継続的なプログラムPの使用

に対して課金することができる。

本事例では、中央装置には、プログラムPで使用されるキー情報を生成・配布するプログラムQが記憶されている。ユーザは、B社の提供する中央装置に、アクセスする。端末装置からの要求に応じてキー情報を生成し、要求元の端末装置に送信する（ステップ(21)）。ステップ(21)を実行した後はウィニー型ファイル交換システムと同様である。このように端末装置は、このキー情報によってプログラムPが実行可能となる。

なお、B社の配布するキー情報は、B社に対してその対価を定期的（例えば1ヵ月毎）に支払うことによって中央装置から自動的にプログラムPに組み込まれ、プログラムPが実行可能となるキー情報、B社が他のサービスのためにユーザに対して発行しているログインキーを兼用するキー情報等の様々な態様が可能である。

5. 解釈による保護の検討

(1) B社のキー配布行為を差し止めすることができるか⁽⁶⁾

上記仮想事例においても、請求項Iによって、プログラムPを無償で配布するA社の行為については、差止請求が可能である。なぜなら、ファイル交換装置を構成するために、プログラムPを配布するA社の行為は、ファイル交換装置を製造する（生産する）物を配布（譲渡）する行為であり、プログラムPは課題を解決するために不可欠なものであることから、間接侵害行為に該当するからである（特許法第101条第2号）。したがって新たなプログラムPの配布を差し止めることはできる。

しかし、発見時には既に膨大な数のプログラムPが、ユーザに配布されている場合⁽⁷⁾、以降もB社のキー配布が継続すると、その後も侵害状態が継続するという状態が生じる⁽⁸⁾。この場合、ファイル交換装置を構成する端末装置をユーザが使用する行為を差し止めることができれば、その後の侵害は防止することができるが、かかるユーザの行為が侵害に該当するののかについては議論が分かれている⁽⁹⁾。また、仮に侵害に該当するとしても、ユーザを1人1人特定するのは困難である。

かかる状況下で、B社による、プログラムPで使用されるキー情報の生成・配布行為を差し止めることは、プログラムPによるファイル交換行為を禁止するた

めに、極めて効果的である。

では B 社に対する差止請求は可能であろうか。B 社によるプログラム P で使用されるキー情報の生成・配布行為は、上記請求項イの構成要件を何ら実施するものではないので、直接侵害に該当するとは考えられない。以下、請求項イに基づいて B 社の行為を差し止めることができるか否かを具体的に考察する。

(2) 特許法第 101 条適用の可能性

まず、特許法第 101 条に規定された間接侵害に該当するかについて検討する。同条第 1 号では「生産にのみ用いるもの」と規定されている。上記仮想事例では、プログラム P をインストールするだけではファイル交換装置としては完成しないと考えられる。なぜなら、キー情報を受け取って初めて請求項イにかかるファイル交換装置が動作可能となるからである。このように考えると、キー情報は、かかる装置を完成させるための部品であると考えられる。

これに対しては、プログラム P をインストールすれば請求項イの構成要件を全て備えたファイル交換装置は一旦完成する。以上、キー情報は、部品であるとはいえないとの反論が予想される。

裁判所が、解釈として、いずれを採用するかについては現段階では明らかではない。

次に、同項 2 号の「課題を解決するために不可欠なもの」に該当するかであるが、現行の法解釈では否と解釈されるであろう。なぜなら、請求項イにおける課題はユーザ間でファイル交換をすることであるので、キー情報は課題とは無関係だからである。

よって、間接侵害規定に基づいて B 社に対してキー配布行為を差し止めることができない恐れがある。

(2) 共同不法行為による保護

次に、A 社と B 社との共同不法行為として B 社の行為を差し止めることができるか否かについて考察する。

民法第 719 条では、行為者が複数の場合の共同不法行為について、「数人が共同の不法行為に因りて他人に損害を加えたときは各自連帯にてその賠償の責に任ず」（民法第 719 条前段）と定めている。民法第 719 条によれば、自己のなした不法行為だけでは事実的因果関係において責任を負うことがないはずの損害についても共同不法行為に関与したという理由で、共同不法行為と事実的因果関係のある損害の全額につい

て連帯責任を負う場合がある。さらに民法では、不法行為を教唆した者又は幫助した者に対しても、共同不法行為者としての責任、つまり損害賠償義務の連帯責任を定めている（民法第 719 条第 2 項）。

かかる共同不法行為が成立するための要件としては、判例、学説で種々分かれている。ただ、仮に、共同不法行為であると認定できたとしても、あくまでも、損害賠償が請求できるに過ぎず、差止請求ができるかについては疑問である。なぜなら、民法の伝統的な解釈に従い、差止請求は規定が無ければできないと考えられているからである。

(3) 「侵害するおそれのある者」の解釈による保護

特許権侵害行為の教唆又は幫助については、特許権侵害を教唆又は幫助した者は、特許法第 100 条の「侵害する者又はそのおそれがある者」には該当しないと判断した判例がある（オーバレイ工法事件⁽¹⁰⁾）。これは、特許権侵害の教唆行為又は幫助行為の差止請求を認めると、差止請求の相手方が無制限に広がり、差止請求の範囲が広範になりすぎるおそれがあり、特許法第 101 条にて間接侵害の適用範囲を明確にした趣旨に反するとの考え方である。

では、上記仮想事例のような場合でも、かかる判例の考え方が適用されるのであろうか。

著作権に関する事件ではあるが、差止請求について、積極的に認めるべきとの主張がなされている。

作花は、「民法法理と著作権制度の体系及び構造」⁽¹¹⁾において、『著作権法第 112 条第 1 項にいう「侵害する者又は侵害するおそれがある者」に共同不法行為者が含まれるか否かについては明確でない旨を示している。すなわち、狭義に解釈する限りにおいては、著作権侵害行為を教唆する者、幫助する者については差止請求することができないと解釈するのが妥当であろう。しかし、共同による侵害行為において、直接的な加害行為をしている者のほうが、他の行為者に比して反規範性が強いとは必ずしも限らず、権利侵害行為に対して実質的に主要な原因を作り出している行為はいずれであるかを主観点として判断すべきである。したがって、著作権侵害行為を教唆する者、幫助する者についても、実質的な行為支配性が認められる限り、差止請求を認めるべきである』と主張している。

また、山本は、「プロバイダ責任制限法の機能と問題点」⁽¹²⁾において、『侵害の停止に支配的・直接的な

役割を果たし得る地位にある教唆・幫助者に対しては著作権法第112条第1項を適用することができ、差止請求を認めるべき』との見解を示している。

これらの学説を踏まえた上で、牧野は、「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(下)」⁽¹³⁾において、『差止の対象となる“侵害のおそれがある者”とは、直接侵害か間接侵害かといった形式的な基準によるのではなく、実質的にその者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者であるかという基準』によって判断するべきであるとの見解を述べている。

上記学説は、著作権法に関する解釈ではあるが、注目に値する。ただ、現実の、裁判実務では、かかる解釈が認められるかは疑問である。

(4) 共同直接侵害を問うことができるか？

では、特許法の解釈として、複数の行為者による特許発明の実施が侵害を構成するかどうか、いわゆる「共同直接侵害」という新たな概念を導入することができるのであろうか。

水谷は、自著「ビジネス方法特許の行使に伴い新たに生じてくる問題」⁽¹⁴⁾において、「共同直接侵害」の理論を紹介している。すなわち、特許権の侵害は、特許権行使の対象製品ないし対象方法が、当該特許の特許請求の範囲が規定している構成要件を全て具備していれば、その成立が認められる（直接侵害）。

複数のサイト（本仮想事例では、中央装置及び複数の端末装置に相当）がネットワーク上で接続されて、一定の情報処理を協働して行うことを前提としている場合、ネットワーク上の複数のサイトが、同一の運営主体のものに統一的に運営されている場合には、特許侵害の成否を検討するにおいても、通常解釈と格別の相違は生じないと考えられる。

これに対して、ネットワーク上の各サイトが、複数の異なる運営主体のもとに運営されている場合には、権利行使上の問題が生じてくる。権利行使を受ける対象主体も、各サイト（本仮想事例では中央装置、端末装置）を運営している複数者ということにならざるを得ない。すなわち、この点において、複数者による特許権の共同直接侵害の成否の問題が生じてくる。

わが国の特許法は、これまで製造業の分野で利用されてきており、製造業を前提として、特許権侵害の理

論が構築されてきた。これに対して、複数のサイトがネットワーク上で接続ないし協働していることを前提としたシステムでは、権利行使の対象主体は複数者とならざるを得ず、特許権侵害において複数者の関与が必然的なものとならざるを得ない。

このような事態は、従来の侵害論が前提としたものではないことから、現行特許法の枠内で、特許権の共同直接侵害の成立を認めるのか否かが問題となる。

水谷は、侵害行為の客観的側面及び主観的側面に基づいて共同直接侵害が成立するための要件について検討している。

すなわち、行為の客観的側面においては、直接侵害の成否が問題となる複数のサイト（本仮想事例では中央装置、端末装置に相当）がネットワーク上で相互に接続されて協働状態にある場合には、システム全体においても、また各サイト間の協働による情報処理そのものにおいても、全体として一体性が実現していると評価することができる。したがって、行為の客観的側面においては、複数のサイトの運営主体が、それぞれ特許権侵害の対象となりうる行為全体に対して部分的に管理をしているに過ぎない場合であっても、個別の関与ないし行為の全体が一体性を有しているとして、全体として責任を問うための実体が存在していると考えられることも可能である。

一方、行為の主観的側面においては、個々のサイトの運営主体が、自己以外の他のサイトが担当している役割を認識していない場合には、全体としてどのようなシステムがネットワーク上で形成されているのか、あるいはシステム間の協働により、どのような方法が実施されているのかについて、認識することができない。したがって、各サイトの運営主体が、ネットワーク接続時に他のサイトの果たしている役割を相互に認識していなければ、システム全体に対する認識が存在していないことになる。つまり、個々のサイトの運営主体に対して、他のサイトが担当している部分をも含めて責任を取るための基礎が存在していないということになる。

以上より、主観的側面としては、個々のサイトの運営主体において、他のサイトがネットワーク接続時に果たしている役割についての認識が、相互に存在していること、すなわちシステム全体の構造ないし協働に対する共同意思の存在が必要になる。したがって、システムないし各サイト間の情報処理の一体性、ならば

に各サイトの運営主体間の共同意思が共に存在していれば、各サイトの運営主体に対して、システム全体の構造ないし協働につき、共同での責任を問うための実体が存在しているものと判断し、複数者による特許権の共同直接侵害の成立も認められるべきと論じている。

なお、竹田は、自著「特許の知識」⁽¹⁵⁾で不法行為が前提となるので、要件である共同意思が必要であると述べている。また、尾崎は、「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」⁽¹⁶⁾において、差止請求は、上述した客観的要件のみでも十分であるとの考えを示している。

ただ、いずれにしても、上述の考え方は判例にて示されているものでもなく、実際の裁判で認められるか否かは不明である。

(5) 侵害主体擬制による救済

著作権法では、特許法のような間接侵害規定は設けられておらず、輸入等だけが間接侵害として著作権侵害となる⁽¹⁷⁾。このような状況の下、前述のファイルログ事件では、著作物の使用態様に応じて法律を柔軟に解釈して救済が図られた。

この事件で採用した考え方は、「クラブキャッツアイ事件」⁽¹⁸⁾で最高裁が採用したいわゆるカラオケ法理である。カラオケ法理とは、直接的な著作権の侵害主体でない場合であっても、「支配管理性」と「営業上の利益を増大させることを意図する」という要件を具備する場合には、その者は著作権の侵害主体であると判断できるとの考え方である。クラブキャッツアイ事件では、カラオケ店舗におけるカラオケの演奏が演奏権侵害か争われたが、直接的な著作権の侵害主体でない場合であっても、(1)カラオケ装置を設置したスナック店の管理下での歌唱であること、(2)スナック店の営業政策の一環として直接の侵害者である客が歌唱することにより、客の来集を図って営業上の利益を増大させることを意図すること、の2つの要件を具備する場合には、侵害主体に該当すると解釈された。

本件仮想事例についてかかるカラオケ法理を適用すると、キー情報を生成して提供するB社の行為は「営業上の利益を増大させることを意図する」ことは間違いなく、元来、キー情報がないとプログラムとしては機能しないことからすると、「支配管理性」もあると認定することも可能であろう。たとえば、A社の事業

がB社の完全な管理下にある場合である。

特に、昨今のネットワーク事業では、プログラムは無償配布し、コンテンツの配布、広告掲載等に対して対価を請求する事業が展開する傾向にある。したがって、上述のように、条文を厳格に解釈するのみでは、特許権者を保護することができないケースが今後急増するおそれが高い。したがって、差止請求の対象者として、著作権法におけるカラオケ法理同等の解釈を持ち込み、取引実情に即した解釈論を展開することが必要であると考えられる⁽¹⁹⁾。

ただ、かかる解釈については、著作権法にて上記のような解釈がなされたのは、著作権法には、特許法のような間接侵害規定が整備されていないためであり、間接侵害規定が整備されている特許法には、上記カラオケ法理を適用する余地はないとの反論もあり得る。

6. クレームドラフティングによる保護の検討

(1) 意図

このように、上記仮想事例にて、一旦、中央装置から各端末装置へプログラムPが配布された後に、端末装置を使用するためのキーの配布行為を差し止めるのは、現行法の解釈では必ずしも容易なことではない。そこで、以下では、ビジネスの仕組みに着目したクレームドラフティングをすることにより、現行の間接侵害規定でも、侵害追及の可能性を高めることができないかについて、検討する。

ここでは、プログラムPをインストールすることにより生産した端末装置をファイル交換装置として請求項口を起案する⁽²⁰⁾。

(2) 仮想クレーム

〈請求項口〉

A) ファイル検索要求及びファイル送信要求に応じて共有するファイルを記憶した共有記憶領域を検索するファイル検索手段と、

B) 該ファイル検索手段により前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出された場合には、該検索要求に合致したファイルを前記ファイル送信要求の送信元へ送信する送信手段と、

C) 前記ファイル検索手段により前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出されない場合、前記ファイル検索要求

及びファイル送信要求を他の情報処理装置へ転送する転送手段と、

D) 記憶手段に記憶される有効化キー⁽²¹⁾と、

E) 前記記憶手段に前記有効化キーが記憶されている場合には、前記ファイル検索手段、前記送信手段及び前記転送手段を有効化する有効化手段と

を備えることを特徴とするファイル交換装置。

(3) 請求項口による検討

仮想クレームでは請求項イと比べて、構成要件 D)、E) が加えられている。この場合、かかる請求項口の課題としては、有効期限を設定しつつ、ユーザ間でファイル交換をするというものになるろう。

B 社から配布されるキー情報は、構成要件 D) に該当するので、請求項口に係る装置を生産する部品として把握することができる⁽²²⁾。したがって、キー情報がプログラム P を有効化する専用のキー情報である場合には、キー情報は、「特許権に係るファイル交換装置の生産のみに使用され、他の実用的な用途がない」と判断され、特許法第 101 条第 1 号の「のみ」要件を具備するものと考えられる。

では、キー情報がプログラム P を有効化する専用のキー情報ではない場合はどのように考えるべきであろうか。例えば、キー情報が特定のサイトへログインするキー情報を兼ねている場合等である。この場合、キー情報は、ファイル交換装置の生産のみに使用されているとは言えず、他の実用的な用途も存在することから、特許法第 101 条第 1 号の「のみ」要件を具備しない。

しかし、当該請求項口の課題として「有効期限を設定しつつ、ファイル交換をする」との記載が明細書にあれば、同項 2 号の「課題を解決するために不可欠なもの」にも該当するといえよう⁽²³⁾。したがって、かかる請求項口が存在することにより、少なくとも、請求項イよりも、間接侵害行為に該当するとの主張が認められやすくなるといえよう⁽²⁴⁾。

では、かかるキー情報が電子マネー、個人認証情報等のような汎用的な情報である場合はどうであろうか。この場合、特許法第 101 条第 2 号かつこ書では、「日本国内において広く一般に流通しているものを除く」と規定されていることから、取引の安全性を担保する趣旨からも間接侵害に該当するとはいえないと判断せざるをえないであろう。

7. 請求項に係る発明のカテゴリによる留意点

(1) プログラムクレームの場合

請求項口を、プログラムクレームとして作成できれば、同様の解釈で差止請求が可能となる。ここで問題となるのが、有効化キーがプログラムの部品であることを明確化した請求項の記載ができるのかである。特許法の定義では、プログラムとは「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られたものをいう」とされている（特許法第 2 条 4 項）。したがって、プログラムに有効化キーを概念的に含ませるのは少々無理であろう⁽²⁵⁾。あえて記載するとすれば、以下のように、プログラムとデータが合体した物を請求項に記載するしかない。

〈請求項ハ〉

A) 有効化キーデータ⁽²⁶⁾と、

B) 下記のステップ b1)～b4) をコンピュータに実行させるためのコンピュータ可読のファイル交換プログラムと

を備えた有効化キーデータ付きファイル交換プログラム。

b1) ファイル検索要求及びファイル送信要求に応じて共有するファイルを記憶した共有記憶領域を検索するファイル検索ステップと、

b2) 前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出された場合には、該検索要求に合致したファイルを前記ファイル送信要求の送信元へ送信する送信ステップと、

b3) 前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出されない場合、前記ファイル検索要求及びファイル送信要求を他の情報処理装置へ転送する転送ステップと、

b4) 記憶手段に、前記有効化キーデータが記憶されている場合には、前記ファイル検索ステップ、前記送信ステップ及び前記転送ステップを有効化する有効化ステップ。

(2) 方法クレームの場合

方法特許の場合は、有効化キーが 101 条 1 項 3 号、4 号にいう「その方法の使用に用いる物」に該当するかが問題となる。この場合、以下のような請求項ニが想定される。

〈請求項ニ〉

ファイル検索要求及びファイル送信要求に応じて共

有するファイルを記憶した共有記憶領域を検索するファイル検索ステップと、

前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出された場合には、該検索要求に合致したファイルを前記ファイル送信要求の送信元へ送信する送信ステップと、

前記ファイル検索要求に係る検索条件に合致したファイルが前記共有記憶領域にて検出されない場合、前記ファイル検索要求及びファイル送信要求を他の情報処理装置へ転送する転送ステップと、

記憶手段に前記有効化キーが記憶されているか否か判断し、前記有効化キーが記憶されている場合には、前記ファイル検索ステップ、前記送信ステップ及び前記転送ステップを有効化する有効化ステップと

を備えることを特徴とするコンピュータを用いたファイル交換方法。

なお「一太郎」控訴審判決⁽²⁷⁾（以下一太郎判決という）において、知財高裁は、方法クレームに関して、プログラムをインストールしたコンピュータは間接侵害に該当するが、かかるプログラム自体は特許法第101条第1項4号に規定された「使用に用いる物」には該当しない旨の判断を示している⁽²⁸⁾。本事例に一太郎判決の考え方を適用すると、有効化キーが読み込まれた端末が「その方法の使用に用いる物」に該当し、有効化キーはかかる端末を生産するための物であるので、有効化キーの配布行為は間接侵害とはならないとの判断もあり得る。

しかしながら、一太郎判決における方法発明に関する間接侵害の判断については、学者・実務家等から批判的な見解が出されており⁽²⁹⁾、上記のようなキー配布行為まで同様の判断がなされるのかについては、疑問である。

8. 終わりに

上記仮想事例以外にも、ソフトウェアを取り巻く商取引環境は、ソフトウェア自体の商取引とは無関係の事象に基づいて利益を発生させるビジネス体系へと大きく変化している。例えば、プログラム自体はインターネットを通じて無償配布し、プログラムの使用に用いるコンテンツデータは有償とするゲームプログラムなども出現している。このような現状下で、間接侵害を問うために、もし、請求項口のような請求項が存在しなければ保護できないとすると、現行の間接侵害規定

は、ソフトウェア関連分野の取引実情に十分に対応できていないといわざるを得ない⁽³⁰⁾。

産業構造審議会の平成13年の「ネットワーク化に対応した特許法・商標法等の在り方について」⁽³¹⁾の中でも、我が国の間接侵害規定についても、米国のようないわゆる寄与侵害を認める範囲まで間接侵害の適用を拡張するべきとの意見も出されていたが、時期尚早であり、継続審議が必要であると指摘されている。コンピュータプログラムを取り巻く商取引環境の変化は加速することは考えられても減速することは無い。時々刻々と変化する社会環境の中で、権利保護の実効を図るためにも、現実に即した法解釈又は法改正の早期確立が望まれる。

注

- (1) 平成17年3月31日東京高裁平成16(ネ)405号, 16(ネ)446号
- (2) 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」, 2002年8月, p.21-38
- (3) ウィニー型ファイル交換システムのためのプログラムZを配布する行為については、我が国では、刑事事件(著作権侵害の幫助)として、争われている。
- (4) 問題点を検討するためのクレームであり、単なる1例にすぎない。
- (5) プログラムZをユーザが使用する行為が「業としての実施」に該当するかが問題となる。間接侵害を認めるには最終的な侵害を必要とする(従属説)をとると、直接侵害が最終的に生ずる必要があるが、本稿では、「反復継続の意思を持って」であれば、事業としてではなくとも「業として」の要件は満たすものとして考察する。
- (6) 損害賠償による救済が十分かは別にして、本稿では、より効果的な救済である差止請求ができるか否かについて検討した。
- (7) たとえば、A社がプログラムPをフリーソフトとして再配布を認めているような場合、かかる状況は十分考えられ、これを全て差し止めするのは困難である。
- (8) ナップスター型ファイル交換システムの場合は、ファイル交換処理にサーバが関与しているので、かかる処理を行うサーバを、請求項に記載することにより、ウィニー型ファイル交換システムのような問題点は解消する。
- (9) プログラムZをユーザが使用する行為が、「業として」の実施行為に該当するか否かが問題となる。
- (10) 平成17年2月24日東京高裁(ネ)4518号
- (11) 不法行為法上、複数の者が関与する形態の不法行為に差し止めを認めるか否かは多様な解釈が存在するも、権利侵害行為に対して実質的に主要原因を作り出している行為が著作権侵害行為を教唆する者、幫助する者の行為であるような、実質的な行為支配性が認められる場合には、差止請求を認めるべきである、との見解を示している。

- (12) 山本隆司,「プロバイダ責任制限法の機能と問題点」,コピーライト, No. 495, 2002年7月, p.11-12
- (13) 牧野利秋,「ファイル・ログ事件仮処分決定と複数関与者による著作権侵害(下)」, NBL, No.751, 2002年12月15日, p.47-48
「差止の対象となる“侵害のおそれがある者”とは、直接侵害か間接侵害かといった形式的な基準によるのではなく、実質的にその者の支配に属する事実によって著作権侵害状態を生じさせており、その侵害状態を除去することができる地位にある者であるかという基準によるべき」と主張している。
- (14) 水谷直樹,「ビジネス方法特許の行使に伴い新たに生じてくる問題」,ジュリスト,第1189号,200年11月15日,p.40-42
- (15) 竹田和彦,「特許の知識 第7版」,ダイヤモンド社, p.358
客観的要件だけではなく、少なくとも共同意思の存在が必要であるとの見解を示している。
- (16) 尾崎英男,「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」現代裁判法体系(26)知的財産権 p.220以降
「特許発明が実施されているか否かは客観的に決められることであるなら主観的な共同行為の存在は必要ない、ただ、損害賠償請求は共同直接侵害行為を認識している場合に限られる」とする。
- (17) 著作権法第113条第1項
次に掲げる行為は、当該著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。
一 国内において頒布する目的をもって、輸入の時に国内で作成したとしたならば著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権の侵害となすべき行為によって作成された物を輸入する行為
二 著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する行為によって作成された物(前号の輸入に係る物を含む。)を情を知つて頒布し、又は頒布の目的をもって所持する行為
(以下略)
- (18) クラブキャッツアイ事件(最高裁昭和59(オ)第1204号同63年3月15日第三小法廷判決・民集42巻3号199頁)
- (19) ウィニー型ファイル交換システムについて、特許権侵害については、著作権法で問題となったPtoPファイル交換をするためのプログラムを配布する行為が著作権侵害になるのかと争点がある。我が国ではまだ裁判所の考えは示されていないが、米国では、GROKSTER最高裁判決にて、寄与侵害に該当すると判断された。なお、特許の場合に、かかる争点については、元々問題とならない。なぜなら、プログラムの配布自体を直接侵害又は間接侵害として保護を受けることができるからである。
- (20) 提案する請求項は、あくまでも仮想事例におけるキー配布行為だけを狙いとしたものであり、請求項イのような一般的な請求項が不要ということではない。記載形式は、独立形式でも、従属形式でもよい。
- (21) 有効化キーを部品と主張するために、有効化キー自体を積極的な構成要件としたものである。その意味で一般的なクレームドラフティングとは異なる奇異な請求項といえよう。
- (22) このようなデータ自体が物に該当するかという問題はあるが、プログラムに準ずるものとして、取り扱うことができよう。
- (23) 明細書の記載があれば足りるというものではないが、少なくとも明細書に課題解決に不可欠であることが分かる程度の記載は必要であろう。
- (24) 特許法第101条2号の間接侵害の場合には、主観的意図が要求されるが、差止請求のみであれば、要件判断は口頭弁論終結時であるので、実際は警告無しでも差止請求は可能である。
- (25) もちろん、プログラムが指令するにあたって、データが必要なことは当然であるので、このようなデータをプログラムに概念的に含めることはできなくはない。実際の請求項に記載した場合には、～データと、～ステップを備えたプログラムという表現になろう。
- (26) オブジェクト指向の一般化により、このような有効化キーは、本体プログラムで読み込まれるデータ形式だけでなく、プログラムの形式での実現もあり得る。この点を考慮すると、有効化キーをプログラムしてとらえた請求項も追加することが望ましい。
- (27) 平成17年9月30日平成17年(ネ)第10040号
- (28) 特許法第101条1項4号について、「その物自体を利用して特許発明に係る方法を実施することが可能である物についてこれを生産、譲渡等する行為を特許権侵害とみなすものであって、そのような物の生産に用いられる物を製造、譲渡等する行為を特許権侵害とみなしているものではない。本件において、控訴人の行っている行為は、当該パソコンの生産、譲渡等又は譲渡等の申出ではなく、当該パソコンの生産に用いられる控訴人製品についての製造、譲渡等又は譲渡等の申出にすぎない」と判断した。
- (29) 飯田秀郷,「プログラム等と間接侵害」,L&T,2006年1月号;生田哲郎,「一太郎事件控訴審判決」,発明,2005年12月号,;帖佐隆,「一太郎事件控訴審判決を考える」,発明,2005年12月号など。しかし、知財高裁大合議における判断であり、事実上各裁判所で尊重されるので、かかる判決の射程範囲にあると判断される場合には、条文解釈を最高裁で争う必要がある。
- (30) 従来の間接侵害行為は、部品供給型の間接侵害行為がほとんどであり、教唆・幫助型の間接侵害行為についてはあまり問題視されていなかったためかもしれない。このような2つの形態があることは、論文「多機能型間接侵害についての問題提起—最近の裁判例を題材に—」吉田広志 知的財産法政策学研究8号147~187頁(2005年)で指摘されている。
- (31) 産業構造審議会知的財産政策部会,「ネットワーク化に対応した特許法・商標法等の在り方について」,平成13年12月, p.39-40

(原稿受領 2006.3.6)