

デジタル・ネットワークの基礎知識と 知的財産権処理の実務的対応(その2)(完)

三 山 峻 司*

目 次

1. はじめに (どこに問題意識があるか)
2. 法的な実務処理にあたってのデジタル・ネットワークの基礎知識
 - 2.1 一般的な前提的理解
 - 2.2 一般的特徴
 - 2.3 ドッグイヤーによる爆発的な普及
 - 2.4 業界間の垣根を乗り越える技術
3. 一般民事の実務処理とデジタル知識等との関係
 - 3.1 ソフトウェア(プログラム)の開発の債務不履行をめぐる問題(ソフトウェア開発手法との関係)
 - 3.2 ソフトウェア(プログラム)の請負・委託と瑕疵をめぐる問題(種々のテストとの関係)
 - 3.3 バックアップと債務不履行及び過失相殺
 - 3.4 データ(コンテンツ)保護のセキュリティと債務不履行
 - 3.5 モニタリングとプライバシーの保護
4. 著作権の実務処理との関係
 - 4.1 著作権法の相次ぐ法改正 (IT 関連)
—特に平成9年のデジタル化・ネットワーク化に伴う著作権法の改正(インターネット対応立法)と平成11年改正について—
 - 4.2 インターネット上の著作権侵害問題
 - 4.3 データベースと著作権問題(データモデルの種類・正規化・実表・ビュー表・SQL 操作との関係)
(以上, 2月号掲載)
 - 4.4 オブジェクトプログラムとソースプログラム(複製の立証との関係)
 - 4.5 アルゴリズム・フローチャートなどの理解
 - 4.6 ソースプログラム相互間の比較について
 - 4.7 損害論, 謝罪広告など
 - 4.8 その他の検討点(パラメータ・ジェネレータの利用による開発)
- 4.9 著作権法制全体の問題
5. 特許権の実務処理との関係
 - 5.1 特許発明の定義とプログラム(成立性の問題)
 - 5.2 プログラム特許侵害におけるイ号の特定及び権利との対比の問題(成立後の侵害問題)
 - 5.3 改正された間接侵害規定との関係(モジュールの意味/平成14年改正で物の発明にプログラム自体の特許が認められたこととの関係)
6. 商標権の実務処理との関係
 - 6.1 インターネット上の商標権侵害問題
 - 6.2 メタタグ問題
 - 6.3 商標権侵害の本質に関する侵害概念の再考
7. 不正競争防止法の実務処理との関係
 - 7.1 インターネット上の不正競争防止法違反問題
 - 7.2 デジタル情報と不正競争防止法上の営業秘密情報の「管理性」の問題
 - 7.3 ドメイン名と周知著名表示
8. デジタル・ネットワークにおける知的財産権法の交錯問題
 - 8.1 プログラムの著作権法と特許法の法的保護
 - 8.2 著作権と特許権との交錯領域の諸問題
 - 8.3 不法行為論
9. 結びにかえて
(以上, 本号掲載)

* 弁護士・弁理士 Shunji MIYAMA

4. 4 オブジェクトプログラムとソースプログラム（複製の立証との関係）

ソースプログラムは人間には理解できてもコンピュータ（CP）という機械には理解できない。他方、1と0の2値で表現されたオブジェクトプログラムは、CPに理解できても人間には理解できない。そこで、CPにプログラムが「複製」されたか否かが問題となる場合、第1に、比較するプログラム上の動作や機能あるいは画面に現れる際の近似性を比較することになるが、さらに確実に比較しようとするれば、オブジェクトプログラムからソースプログラムを引き出して、ソースプログラム同士を比較すればよいということに理屈上はなる。しかし、オブジェクトプログラムからソースプログラムを導き出すのはそれ程容易ではない。ソースプログラムとオブジェクトプログラムは、1対1で対応しているわけではない。そのことは、ソースプログラムからどのようにオブジェクトプログラムに変換するかという過程を理解すれば分かり易い。

この部分は、コンピュータプログラムの複製侵害における、「複製」の範囲における同一性の立証の難易や工夫に関して理解しておく必要がある。

原始プログラムを機械語に翻訳することをコンパイルといい、原始プログラムをコンパイルする言語プロセッサをコンパイラ（Compiler）という（手続き型言語のうち、コンパイラが翻訳するものをコンパイラ言語ということがあり、FORTRAN、C言語、COBOL、などはコンパイラ言語である）。

オブジェクトプログラムの実行可能ファイル＝実行形式プログラム（ロードモジュール）は、その前段階で、中間ファイル＝目的プログラム（オブジェクトモジュール。これもオブジェクトコード＝バイナリーコード）がリンカー

（連係編集プログラム）によって連結（リンク）され連係編集される。リンクされる中間ファイルが手に入れば、まだ、中間ファイルからソースコードを引き出すことは出来る。しかし、この場合でも中間ファイルは、プログラムが機械語に翻訳されているが、外部参照が解決されず、関数と呼ばれるプログラムのアドレスが未決定のままになっておりアドレスが決まっていない状態であるので、中間ファイルのオブジェクトコードをソースコードに戻したからと言って、直ちに複製の立証が完全に出来るということにはならない。また、機械語に変換する過程で、プログラムの機能を変えずに、プログラム中の不要な命令や意味のない式を削除してコード量を減らしたり、命令の位置を変更して、プログラムのサイズを少しでも小さくしつつ、処理速度を少しでも速くしようと「最適化」という処理が施されることも単純な対応関係として引き出されるわけではない理由である²⁾。

いずれにしても立証の問題であるから、中間ファイルが作成されていてその入手が可能か、動作機能の近似性、著作物へのアクセス機会の有無、証人の有無などを総合して侵害か否かと事案を詰めていくことになる。

著作権は相対的独占権と呼ばれ、侵害したとされる著作物に「依拠」していなければ侵害にならない。プログラムへの「依拠」は、外形的に機能が近似しているというだけでは足りないであろうことが多いから、プログラムの侵害性を主張立証する場合には、「依拠」として元従業員の関与やプログラムの貸与関係などアクセスの機会のあったこと等を主張立証し、その上で、複製がなければ考えられない近似・類似点があるとの間接事実を積み上げ、侵害立証の為に相手方のソースコードについて文書提出命令の申立（著114条の2）を行うことが必要となろう。

オブジェクトコードを16進数コードへ置き換え、逆アセンブルしてアセンブラ言語に変換し

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

て使用していた行為を複製としたものに、マイクロソフト対秀和システムレーディング事件（東京地判昭62・1・30判時1219号48頁）がある。ラベルやコメントは、複製の判断に影響を与えない。

4.5 アルゴリズム・フローチャートなどの理解

(1) アルゴリズム (algorithm) とは、一般的にはプログラムの処理の手順などと解り易く説明されている。アルゴリズムは有限個の約束からなる規則を有限回適用して解を解く手順 (JIS の X0001.05.05 の用語の定義参照) ということになるが、なぜ、アルゴリズムが、著作権の対象とならないか、そしてその範囲はどこまでか、という基本的な理解には技術的な理解が必要である。

著作権法10条3項3号は「解法」には、著作権法の保護は及ばないとし、「解法」を「プログラムにおける電子計算機に対する指令の組合せの方法をいう。」と定義している。そして、これを、アルゴリズムとして解説しているものが多い。しかし、この定義だけからでは、プログラムの実際における著作権保護の限界線の実質的な理由を理解することは容易ではない。

アルゴリズムは、静的あるいは動的なデータの配置あるいは構造とデータの探索方法に関係している (例えば、簡単な例で言えば、基本データ構造のツリー構造における二分探索木で中間順探索を行うと昇順整列が行われ、ヒープによる根の値を取り出していけば降順整列が行われる、あるいはデータが昇順または降順に整列済みの配列に対して二分探索を行うなど、あるデータ構造において、どのように値を取り出すかが既にアルゴリズムになっている等)。

アルゴリズムは、コンピュータに仕事をさせるために、何を、どのような順番で、どのような方法で行うか等について (逐次処理との関係

から) 一つ一つ指示する必要があり、正しくかつ効率よく処理させるようなアルゴリズムを設計することが大切である (信頼性・処理効率性の他に保守性・拡張性・移植性を備えるアルゴリズムが良いアルゴリズムの条件といわれている)。処理手順としてのアルゴリズムにも複数の方法が考えられるわけであるが、アルゴリズムの出来栄えしでプログラムの良し悪しが決まってしまう側面がある。

アルゴリズムを表現する手段として、より解り易くあるいは効率的に処理するためにフローチャート (flowchart: 流れ図) やブロック図・データフロー図 (DFD) あるいはプログラミング構造により近い表現として擬似言語などが使用される。処理手順を示す方法は、複数あり、さらに、アルゴリズムが同じでもその表現の仕方におけるフローチャートの図示の有様においても複数の表し方がある (簡単な例を挙げれば、変数 A と変数 B を入れ替える処理において退避用変数を利用する場合と利用しない場合の表し方等)。

著作権法の上記の「指令の組合せの方法」との文言は、アルゴリズムと共にアルゴリズムを表現する手段であるフローチャートなどをも含む趣旨であろうか。アルゴリズム自体だけではなくアルゴリズムをさらに表現する幾つかの表現手段のうち「指令の組合せの方法」をとるものについては、アルゴリズムの表現手段にある程度の幅が考えられるとしても、著作権法の保護の及ばないことを明らかにして、複雑な著作権論争を生じないようにしたと理解すべきであろうか (アルゴリズムと特許権との関係については後述する)。

フローチャートで作成する流れ図記号の約束事や流れ図の制御構造である順次・選択・反復の理解やデータフロー図の書き方あるいはフローチャートの基本的な代表パターンは、理解しておくとう便利であろう。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

著作権法の保護の対象とならなくとも、プログラムの機能やプログラムが特許性を有する場合のクレーム(明細書に記載の実施例や図など)の記載の理解には、フローチャートなどの助けが必要である。

また、プログラムに関する著作権侵害や特許権侵害訴訟におけるイ号の特定や権利とイ号との対比などでフローチャートなどが役に立つ。

(2) 著作権法10条3項の著作物を作成するために用いる「プログラム言語」(プログラムを表現する手段としての文字その他の記号及びその体系)とは、アルゴリズム(処理の手順)に従って、コンピュータに解るように命令をプログラム言語で書いていく言語であり、低水準言語と呼ばれているアセンブラ言語や高水準言語と呼ばれている BASIC・C 言語・Prolog・Java・VisualBasic などによって記述されるソース・プログラム(ソース・コード)のことである。

プログラム言語にはそれぞれに特徴があり、コンピュータに行わせる処理の内容によって、C 言語の方がプログラミングしやすいとか、Java の方が処理効率が良いなどといった点からいろいろな種類がある。例えば、Java 言語は、オブジェクト指向言語で、継承や集約という方法を用いてクラスを再利用し、メソッドを通じてデータにアクセスし、カプセル化または情報隠蔽できるといった特徴を有するといったように、言語により特徴がある。

IBF ファイル事件(東京高決平4・3・31知裁集24巻1号218頁)は、著作権法上のプログラムの意味に関して、単なるデータファイル自体ではなく、指令とデータファイルが組み合わさって作動するような場合をどのように考えるかについて興味深い事例を提供する。裁判所は、IBF ファイルはプログラムに読み込まれる組込み情報で、単なるデータファイルであり、電子計算機に対する指令の組合せはなく、著作権

法上のプログラムとは認定できないとした。

(3) 機械語に翻訳する言語プロセッサには、アセンブラ・コンパイラ・インタプリタなどの幾つかの種類があり、それぞれの特徴がある。

アセンブラ言語を機械語命令に翻訳するのがアセンブラで、原則としてアセンブラ言語の1命令が、機械語の1命令と対応する。コンパイラは、ソースコードを一括して機械語に変換する(コンパイラ言語としては、C・C++・COBOL・FORTRAN など)。

インタプリタは、ソースコードの命令を一つずつ解釈し、その都度、逐次機械語に翻訳しながら実行する(インタプリタ言語としては BASIC・APL など)。

コンパイラは、オブジェクトプログラムを生成するが、インタプリタではオブジェクトプログラムは生成しない。翻訳単位は、コンパイラでは、プログラムが完成していないと翻訳できない全文一括方式であるが、インタプリタでは、プログラムが未完成でも一命令方式で翻訳実行が出来る。

4.6 ソースプログラム相互間の比較について

(1) コンピュータに行わせる処理の内容によって、複数あるプログラミング言語の中から、それぞれのケースに適した言語が選ばれるが、同じプログラミング言語同士の比較であっても、プログラミング言語の知識がないと彼此の類否の比較自体が難しい。あるアルゴリズムをC言語で書いたのとJava言語で書いたのとでは、比較がそもそも難しい。

著作権法からの側面からは、プログラム言語自体が変われば、そもそも表現態様も異なるのであるから異なる著作物と考えてよいとする立場もあろう(しかし、「アイデア」と「形式」を分け、保護を要すべき著作物の「形式」には、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

「外面的形式」と「内面的形式」があるとして3分論での議論の有ることを考えると、その様に割り切れるかは議論の余地が残るであろう)。

同じ言語を用いていても、比較をすることは必ずしも容易ではない。例えば、Java 言語同士であっても、クラスをどのように構成するかによって、随分変わってくる。さらに、少し細部に落として例を挙げれば、例えば、「フラッグ」を用意するといっても、「旗」を立てるか否かと言うことを、要するに比喩的に表現しているだけで、「フラッグ」という特別のオブジェクトを作るわけではない。例えば Java プログラム言語では、boolean 型の箱を作るか、int 型で 1 を true とし、-1 を false と意味付けするか、あるいは参照型変数を二つ使用して、「フラッグ」を実現することも出来る。つまり「フラッグ」という用語が、明細書や図示されていても、プログラム上の表現は必ずしも同じではない。この場合「フラッグ」のプログラム上の記載方法は複数あるが、同一のプログラム言語の範囲内での異なる表現であれば、いずれも同一性の範囲を出ないのではないかと考える(異なるプログラム言語間であればそもそも全体的な記述のストラクチャ自体が異なるので、言語同士の比較をしても意味がないのではないか)。しかし、同一のプログラム言語でも上記のように異なる方法でプログラム上に記載された場合、慣れない者の目には、かなり違ったプログラム表現にみえる。このような場合には、やはりプログラム言語の知識が必要である。

(2) プログラム著作物の類否も既述したように立証の問題であるから、「依拠」と共に、比較する彼此の対象となる部分は、双方の創作性があるとされる重要な部分における近似性をもって、複製や翻案が有ったか否かを法的な価値基準に照らし判断することになる。

鉄道向け電車線設計用プログラム事件(東京

地判平15・1・31判時1820号127頁)は、プログラムの創作性は作成者の個性が発揮されている部分にあり、個性の発揮されていない多くの部分について著作物性を否定し、創作性を認められた部分を対比して同一性判断を行い同一性を否定している。

マイコンテキストボックス事件(大阪地判平12・12・28速報312・10058)は、C言語とアセンブラ言語に記載された原被告プログラムのソースコードを対比している事案である。原被告双方のソースコードが明らかになった事案である。判旨からは測定の順序、処理内容、不必要な命令文のコメントの記載、全体から見た場合の微細点か付加点に過ぎない改変などが認定され、原告の翻案権の侵害が認定されている(この種事案について、次の点を指摘しておきたい。この事件は、最高裁 HP 知財でも発明協会の判決速報による判決文取寄せによってもプログラム目録は公表されていない。事案の性質上止むを得ないが、ソースコード自体の対比を研究する上で、この種事案の研究の難しさがある。また関係当事者としてはこの種事件について判決書を含めて民訴法92条に基づく訴訟記録閲覧等制限の申立を適宜なす必要がある)。

この事案からは、ソースコードを対比するだけでなく、プログラムの機能や手順などの類似性や原告のソースコードへのアクセスの機会があったことへの背景事情、不必要なコメントやバグなどの存在などが複製や翻案にあたっての重要な間接事実となっているということも汲み取ることが大切であろう(プログラムの機能や手順の類似性は、アイデアやアルゴリズムの次元での類似性を問題とするもので、そのような次元での類似性を問題とする意味や「翻案」が問題となる際には、単に表現上の近似性だけを問題とすれば足りるのかという議論は詰められるべきである)。そうした上で、ソースプログラムの対比においても重要な特定のモジュール部分

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

を抽出して比較するなどの工夫がなされてもよいと考えられる（もっとも後記のように原被告双方において該当のモジュールを抽出できるということ自体が、モジュールの組み立て方の類似を示す重要な間接事実・微表の一つとなる）。

文書提出命令が損害計算のためだけではなく侵害行為の立証のためにも認められるようになり（著114条の2）、被告側のソースコードの提出も命ぜられることがあり得ることを考えるとソースコードを対比する機会も増えるであろう。

公共工事設計積算システム事件（大阪地判平14・4・23最高裁 HP）は、著作権法114条の2第1項、3項により文書提出命令及び検証物提示命令が発せられ、同条2項によってインカメラによる提示がなされた事案である。被告が提出又は提示を拒む正当な理由があるとして、文書提出及び検証物提示命令の申立ては却下されている。差止請求も棄却されている。

なお、プログラム著作物の侵害判断の基準に言及するものとして、システムサイエンス事件（東京高決平元・6・20判時1322号138頁）がある。東京地裁の仮処分決定を不服として抗告し、東京高裁において複製と翻案を認め装置の頒布等を禁ずる仮処分決定を為している。一般的に敷衍化し難い摘示部分もあるが参考となる。

4.7 損害論、謝罪広告など

汎用性のあるアプリケーションプログラムは、様々な約束事の標準化、事実上の共通化（デファクトスタンダード）によって、ハードウェアに制約されず別個にCD-ROMなど様々な媒体のって大量に作成され、パッケージで流通する。

アプリケーションプログラムのパッケージ型におけるプログラム著作権侵害の損害賠償の算定方法については、無断複製した上での無断使用につき、著作権法114条2項の「受けるべき金銭の額に相当する額」は、プログラムの正規品購入価格（標準小売価格）と同額とするのが相

当であるとの判例が出ている（東京リーガルマインド事件東京地判平13・5・16判時1749号19頁／判タ1060号275頁、ヘルプデスク事件大阪地判平15・10・23最高裁 HP）。擬制自白の事案であるが、東京リーガルマインド事件の無断複製による使用と比較して無断複製品の販売における著114条1項の「利益」の意味につき判示するものにパソコン亭事件（東京地判平14・4・23最高裁 HP 知財）がある。プログラムの配布・流通の態様に即した不法行為の損害賠償について賠償されるべき損害の範囲の「差額説」などのこれまでの議論と整合を有するか検討されなければならないであろう。

また、オルタカルチャー日本版事件（東京地判平13・12・25判時1792号79頁）は、名誉毀損の成立を認めインターネット上のホームページに謝罪文を1ヶ月間掲載するように命じた事案である。ネット上の事案にネット上での信用回復措置を命じるものである。

4.8 その他の検討点（パラメータ・ジェネレータの利用による開発）

(1) ジェネレータは、入力データや出力データの様式・条件をパラメータとして与えることにより、処理手順を意識しないで目的プログラムを生成できる。このようにパラメータを指定して作成されたプログラムで動作するような機能や表現形式が特定の機器類を通して似通っていることを持って、著作権侵害あるいは特許権の成立や特許権侵害がどの程度まで言えるかについては、創作性や新規性・進歩性との関係で検討すべき問題が多い（パラメータは、「数値限定」との関係で特許発明の権利範囲の問題としては、これまでも議論されてきた）。

(2) パラメータという用語に関してこれまで著作権の分野で問題とされたのは、ゲームの改変に関してである。ゲームの登場人物の能力や

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

性格の能力値（パラメータ）を置き換え変更することによって、ゲームの著作物の同一性保持権の侵害となるか否かが争われてきた事案がある程度集積している。パラメータを置換するだけなのでプログラム自体は同じである。参考となるので挙げておく。

三國志III事件（控訴審東京高判平11・3・18判時1684号112頁，原審東京地裁平7・7・14判時1538号202頁）は，同一性保持権の侵害を否定し，ときめきメモリアル事件（最三判平13・2・13判時1740号78頁／判タ1054号99頁，控訴審大阪高判平11・4・27判時1700号129頁，一審大阪地判平9・11・27判タ965号253頁）は，同一性保持権の侵害を肯定した。

DEAD OR ALIVE 2 事件（東京地判平14・8・30最高裁 HP）は，メモリー上のパラメーター・データを編集できるプログラムを CD-ROM に収録して販売した事案である。ゲームソフトの同一性保持権の侵害を認めている。同事件では翻案権侵害の主張もあったが，これについては判断は示されなかった。

4. 9 著作権法制全体の問題

著作権法は文化法であり，文化的所産の公正な利用（著1条）をはかるために，多くの著作権の制限条項を設けている。これは産業財産権と大きく異なる点である。著作権法は著作権者等の権利の独占を認める側面と出来るだけ利用を認め文化的資産の公開をはかろうとする側面があるわけである。

デジタル・ネットワークは，著作権法制の大きなこの二つの枠組みを，よい意味でも悪い意味でも，より増幅させる作用を果たす。次の二つの方面から枠組に大きな影響を与える現実の事例を指摘しておきたい。

(1) 権利の側面から

例えば，「グヌーテラ (Gnutella)」・「ナップス

ター」などのスワップソフトについて（音楽配信訴訟）

既述したサーバー介在型のファイルログ事件のような事案からサーバーが介在しないバケツリレー式スワップソフトを利用した音楽配信等が著作権の侵害に与える深刻さの点で問題となっている。米国では P2P ネットワークによるファイル変換システムユーザに対し RIAA（アメリカレコード産業連盟）が提訴し，その行方が注目されている。

なお，通信衛星放送サービスの音楽の音源の保有サーバへの蓄積行為とレコード製作者の有する複製権侵害の成否が問題となったスターデジオ事件（東京地判平12・5・16判時1751号128頁／判タ1057号221頁）は，番組送信における著作権法上の「放送」の意味と「放送のための一時的な録音」の該当性を判示している。

(2) 公開の側面から

例えば，「グーテンベルグプロジェクト」などについて

ボランティアにより入力して電子図書館を作るといった活動であり，権利者の了解を得たものや保護期間の満了した著作物などをデジタル化してネット上で公開利用するものであり，人類共通の文化財産を広く利用する機会を提供するという側面では，その側面を増幅させる活動である。

(3) コピーガード（コピープロテクト）による権利者の保護と公正な利用に対する過剰な制限

文化的所産である著作物は，権利者の保護をはかりつつ，出来るだけ開放して利用を促進しようという仕組みが著作権法の制限条項には含まれている。この制限条項は限定的であり，侵害訴訟では抗弁として，制限条項に該当する主張立証が成功しなければ侵害となってしまう。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

米国のフェアユースのような一般的規定がないので硬直した判断となる（判例もフェアユースを採用することには否定的である）。

著作権法が文化法という側面から産業経済の秩序維持という競業法的性格を色濃く表す分野においては、公正な利用をどのようにはかるかは、十分議論が深められるべきである。

5. 特許権の実務処理との関係

5. 1 特許発明の定義とプログラム（成立性の問題）

(1) 物の発明とプログラム

プログラムは、プログラム言語で表現された技術的思想の創作といえる面がある。ただ、コンピュータを機能させる操作言語に過ぎないことから「自然法則を利用した」とはどうしても言い難く、特許の保護対象たる「発明」にそもそも該当するか否かが議論されてきた。

そこで、機械（ハードウェア）技術を前提としていることに着目して、プログラムは、ソフトウェア関連発明（software-related invention）として、特許庁の審査基準や審査運用指針の改訂によって特許として保護できるように保護の範囲が拡大されつつ対応されてきた（「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」の審査基準／1997年＝H9年2月・「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」の審査基準／1993年＝H5年6月・「コンピュータ・ソフトウェア関連発明の審査上の取り扱い（案）」／1988年＝S63年（但し非公式発表）・「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」／1982年＝S57年12月・「コンピュータプログラムに関する発明についての審査基準（その1）」／1976年＝S51年。なお、過去のソフトウェア関連発明に関する判例等の研究にあたっては、当該の特許の出願の時期、審査基準との関係等、このような審査基準による保護対象の拡大傾向に

あった中で、どの時代におけるものであったかを意識して研究に当たることが大切であると考えられる）。

審査基準の改訂は、特許庁による特許権の成立の窓口を広げるという運用によるものであり、この運用を前提として特許権が成立し、爾後の問題として侵害問題が発生するという構図になっていた。しかし、運用により特許権という絶対的な排他独占権の成立する範囲を定め、裁判所は、その運用により成立した権利の有効を前提として侵害の成否を判断するというのは、物権法定主義の考えからしてもいびつな感が否めなかった。

しかし、平成14年に行われた特許法の改正により、「物」の中にプログラムが含まれるとし、媒体特許が、法律上認められることが、明確化した。今後、さらにソフトウェア関連発明の特許侵害訴訟が増えると予想される。

(2) プログラム特許とアルゴリズム

アルゴリズムとは、すでに、著作権との関係で説明したように、有限個の約束からなる規則を有限回適用して解を解く手順である（JISのX0001.05.05の用語の定義参照）。そして、アルゴリズムが、著作権の対象とならないことは、著作権法10条3項に「解法」に著作権の保護が及ばないと規定されているところから、法文上明確であり、その理由をどのように理解すべきかという点については既述したとおりである。

ところが、特許法には、アルゴリズムが、特許権の対象とならない等という規定はなく、特許法上はどのように取扱われるべきかを著作権法とは別に考えなければならない。

アルゴリズムが、有限個の規則を有限回適用することで解を解く手順であるから、解を求める処理手順は複数ある。その中で、よいアルゴリズムを作成すること、換言すれば、CP上での時間計算量・領域計算量を出来るだけ減らすア

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ルゴリズムを考え出すことは、まさに技術的なアイデアとして、特許として保護されるべき発明といえる（なお、法政策上、ある種のアルゴリズムによっては、特許法の保護を与えるべきではないとの議論は当然あってもおかしくないが、ここでは法の解釈上の問題に止める）。

ただ、誤解してはならないのは、単純にアルゴリズムそのものが直ちに保護を受けるわけではないということである。アルゴリズムを具体的に特定の場面で、どのように当てはめて、その結果、それが新規で進歩性のあるものと認められ、特有の作用効果を発揮することを明細書に記載して、特許出願しなくてはならないからである。

ゲームにおける進行の待機処理やシステム移行の作業計画における工程図・パート (PERT) 図、あるいはより具体的にプロジェクトの日程計画の OR 技法としての経路上に余裕のないルートを見つけるクリティカルパスのプログラム、グラフ理論の最短経路問題のネットワークへの応用、あるいは作業日程計画への応用におけるアルゴリズムをより具体化する過程で特許が問題となることが解かるであろう。

明細書の作成に当たっては、動作・機能・手段を表すクレームとアルゴリズムの表現としてのフローチャートやブロック図・データフロー図などの表現との整合性も見ておかなければならない。

著作権よりも特許権の方が有効に働く例として、データの圧縮技術と特許の関係を挙げる。圧縮はネットでデジタル情報の伝送を行う際にデータ伝送時間を短縮できるようにデータ容量を小さくする目的で行われる。データ圧縮方法は、データが音・文字・映像などにより様々に考えられる。文字列の場合は、同じ文字の連続部分を短縮化して置き換える、音の場合は、人間の聴覚では聞こえない周波数を省く、画像の場合は、画素をたどり色が変わることに変化後

の色の長さを数値化する等というようなものである。伸張・解凍との関係では可逆圧縮と不可逆圧縮方式 (JPEG・MPEG など) がある。上記の簡単な圧縮の考え方がわかれば、上記の文字や画像の場合は可逆で、音の場合は不可逆であることが理解できるであろう。圧縮ソフトのデータ形式として LHA や ZIP は標準的なものとして広く使われている。これら圧縮のアルゴリズムについては、米国 Unisys 社の GIF ソフトウェアをめぐる特許問題が想起されるべきである。日本でも、このような特許権の取得がより問題となることは必至である。

(3) ネット上における先行技術の調査の重要性 (世界公知公用の法律改正)

ソフトウェア関連発明の特許の成立性だけに限られた問題ではないが、出願時の技術水準を明らかにし、公知資料の提出に関し、平成11年改正 (平成12年1月1日以後の出願について適用、附則2条1号、12号) では、公知・公用の国内主義を世界主義に変更し (特許29条1項1、2号)、インターネットで公衆に利用可能となった発明を新規性喪失事由に加え (特許29条1項3号)、新規性喪失事由が拡大された。内外国間の交通通信手段の発達進化がその理由である。

「電気通信回線を通じて公衆に利用可能となった」とは、公衆がインターネットによりアクセス可能となった状態を意味する。ただ、これを特許異議や無効理由に使用するためには、インターネット上の掲載の時点証明に工夫を要する。

5. 2 プログラム特許侵害におけるイ号の特定及び権利との対比の問題 (成立後の侵害問題)

プログラム特許の侵害事件において、イ号の特定や構成要件の分説によるイ号との対比あるいは作用効果の対比には格別の工夫を要するの

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

か、被告としての防御方法はどうかあるべきか等々、機械装置等の典型的な特許侵害事件と比べて、どのような点に異同があるのかが問題となる。

(1) 明細書の理解（権利内容の理解と検討）

著作権侵害のところで述べたのと同様に、プログラム特許の特許権侵害の際の権利内容の理解やイ号の特定や権利とイ号との対比などにおいてアルゴリズムの表現手段であるフローチャートなどが役に立つ。

プログラム特許のクレームやプログラムの機能の理解には、フローチャートやブロック図などの助け（明細書の詳細説明や実施例など書いてある）が必要である。

フローチャートで作成する流れ図記号（JIS規格で定められている）の約束事や流れ図の制御構造である順次・選択・反復の理解やブロック図やデータフロー図の書き方あるいはフローチャートの基本的な代表パターンは、簡単に理解出来るぐらいになっておくと便利であろう。

相手方としては、クレームの記載内容の表現とフローチャートによる明細書中の記載の表現とのズレがないかなどを検討すべきは当然である（クレームの解釈や無効審判などに関係する）。

(2) イ号の特定（どの時点で、どの程度の特定が必要か、またどの程度で足りるか）

訴訟の各段階によるイ号の特定の程度は、格別他訴訟と異なるものではない。訴状提起時では審判の対象が他と区別できる程度に明らかになっていけばよく、審理過程において、その対象がさらに明確化し、最終的には差止めの執行が可能な程度となればよい。

特にクレームとイ号の対比は、クレームを構成要件的に記載して説明するときは、各構成要素に対応させてイ号を特定記載することになる（2(3)の判例参照）。処理手順や動作説明などは

イ号目録とは別に「動作説明書」等をつけることもある。その際にブロック図やフローチャートを付けて説明すると便利なこともある。実現手段（見かけ上の構成）の異同の対比も必要となる。機能だけの対比を前提とした特定だけではすまないことが多い。

(3) 機能的クレームによる特定と解釈（限定解釈と解釈手法）

請求の範囲の記載と動作や機能・手段の内容を説明する詳細説明（あるいは、その中に記載されているフローチャート）との関係で、プログラム特許の場合も他の特許発明と同じように、合理的な権利範囲の策定作業が行われなければならないことがある。

抽象的・機能的に表現された「特許請求の範囲」は、抽象的・機能的記載の故に、本来記載されるべき課題解決のための技術手段を含んで、広く一定の機能や作用効果を達成するものを含む結果となるので、「特許請求の範囲」をどのように合理的に確定するかが一般的に論じられている（「機能的クレーム」の問題として論じられているもの）。

機能的記載も技術的思想を構成要件的にのみ表現するとわかりにくいことがある。このようなクレームの枠内か否かの解釈にあたっては、当業者が内容を理解し、（容易に）実施できる程度に明細書中に開示され、しかも特許請求の範囲の中に含まれているものに特許権が与えられるという原則に立ちかえて確定することになる。いずれも抽象的・機能的表現の故に、権利範囲は限定的な範囲で認められることがある。

ソフトウェア関連発明の特許侵害訴訟について、幾つか参考となる判例を挙げておく。

時限利用課金システム事件（東京地決平12・12・12判時1734号110頁／判タ1050号251頁）は、仮処分の事案で却下されているが、ビジネスモデル特許の特許侵害の成否が問題となった。従

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

来からの特許権侵害の手法と同様に特許請求の範囲を構成要件に分けて、債務者のシステムと各要素を対比して、その該当性の判断を行っている。

診療受付票発行方法〔病院の受付システム〕事件（大阪地判平5・11・30判時1483号111頁）は、被告方法が、本件発明の構成要件「管理装置」の構成を具備しているか、そして、「管理装置」はホストコンピュータと別体のものに限られるか、等が争点となった。裁判所は、本件発明の構成要件には、受付器と称する端末機及びホストコンピュータのほかに管理装置が存在するが、被告装置は受付器及びホストコンピュータが本件発明の管理装置と同一の機能を実現するとしても、ホストコンピュータとは別体の管理装置を有しない被告装置は本件発明の技術的範囲には属しないとして請求を棄却した。

その他に物品の選別装置事件（東京地判平10・9・30日本知的財産協会判例集平成11年683頁）・顧客サービス列順決定システム事件（東京地判平7・12・22日本知的財産協会判例集平成8年748頁）などが参照となる。

なお、位置検出方法特許事件（東京高判平14・6・4最高裁HP）は、特許の明白無効を理由に権利濫用として請求を棄却している。

5.3 改正された間接侵害規定との関係（モジュールの意味／平成14年改正で物の発明にプログラム自体の特許が認められたこととの関係）

平成14年改正により新たな間接侵害行為類型が追加され、間接侵害の範囲が拡大した（改正前の1号・2号が、改正後1号・3号となり新たに2号と4号が加わった）。

改正前の規定は、間接侵害の成立する範囲につき、主観的要件を課さず、客観的要件である「のみ要件」により、特許侵害に用いられる専用品を対象を限定していた。「のみ」の解釈につい

ては、厳格に解釈される傾向にあり間接侵害の救済に欠けるのではないかという指摘があった。また、プログラム特許におけるプログラム開発において、部分開発を専用性に限定したのでは、間接侵害による救済はほとんど望めないとする指摘もあった。

そこで、「その物の生産に用いる物」（2号）または「その方法の使用に用いる物」（4号）の中で、「その発明による課題の解決に不可欠なもの」（専用品に限定されない）を、特許権の存在及び当該特許権の実施に用いられることを知りながら（主観的要件）生産・譲渡等する場合にも、間接侵害が成立すると規定された。

間接侵害規定の改正の経緯において、プログラム特許との関連で、モジュールの間接侵害の説明が引き合いに出されている。ただ、プログラムの開発過程がわからなければ、その説明は十分に理解できない。

システム設計において、モジュール（Module）とは、単独でコンパイル（翻訳）出来るプログラム単位のことをいう。内部設計で決定したプログラムを、モジュールにどのように分割するかは、分割技法によって異なる。その意味ではモジュールは相対的な概念である。プログラム設計においては効果的なプログラム開発ができるようにモジュールは定義分割される。

プログラムといわばその部品としてのモジュールとの関係は、両者の間で間接侵害が必ず問題となるというような単純なものではない。モジュールという言葉が使用されていても、間接侵害を問題にする際には、当該プログラムと問題とされるモジュールとの位置付けをしっかりと把握しておくことが必要であろう。

特に、改正法で新設された「課題解決不可欠要件」との関係では、プログラム全体の中で、当該モジュールがどのような位置付けにあるかについて、モジュール分割の構造化設計技法との関係を理解した上で論じると説得力が出てく

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ると思料する。モジュール分割には、①処理内容に着目した分割技法（STS分割・TR分割・共通機能分割など）や②データ構造に着目した分割技法（ジャクソン法・ワーニエ法など）がある。間接侵害規定の要件である課題解決不可欠要件と主観的要件の該当性をスクリーニングするためにプログラム設計が、どのような全体的なシステム開発の中で位置付けられ、どのような分担の中でモジュールが作成されたかなどの視点を持って検討されるべきであろう。このような視点を抜きにしては、聴取りが非効率的となり、いたずらな混乱を生じさせるだけではなく、プログラム特許における間接侵害規定の改正の有用性は発揮できないのではないかと考える。

この点でも、法の立法趣旨を含む法解釈上の理解と共にプログラム設計上の基礎的な技術的理解が必要である。

6. 商標権の実務処理との関係

6.1 インターネット上の商標権侵害問題

ネット上で標識の表される場所は、タイトルバー、ホームページ、バナー広告、メタタグ、リンク、ドメインネームなど様々である。

(1) ネット上でサービスの提供に際して画面表示として商標が使用される場合、従前と考え方に何ら差異はなく、この点で特に目新しい問題があるわけではない。

デジタル・ネットワーク化による技術的側面から、現象面としてネット上における商標使用の機会が増えたことにより商標権侵害問題の発生する機会も増大したということは指摘出来る。

この場合、商標の使用が、単に商標商品の販売活動 (promotional activity) の一環として使用 (use of promotions) されているかどうかの問題となるであろう。そのような使用を超えて、

当該 (有名) 商標のイメージを他の商品や役務のために、ことさら便乗して使用する態様のものは、商標の有する広告宣伝機能の不当な利用と評価される。その際、当該商標を当該商標商品に使用した態様で掲載する場合には、出所表示機能の攪乱はなく、商標権侵害とは評価されないかも知れず、不競法の問題 (あるいは欺まんの表示) として処理できるのかも知れない。興味深い課題を提供する。

(2) ネット上の商標権侵害性が争われた事例として参考となる判例を挙げておく。

参考となるものに、「バイアグラ錠」と称する錠剤についての Web ページ上の使用の差止を、商標権及び不正競争防止法 3 条による請求に基づき、認容した事件として、バイアグラ錠商標権侵害差止等請求事件 (東京地判平14・3・26 最高裁 HP 知財) がある。また、JAMJAM 事件 (名古屋地判平13・11・9 最高裁 HP 知財) は、広告及び求人情報を掲載していた被告のホームページにおいて商標権を侵害したことを理由とする損害賠償及び不当利得返還を請求した事案で、ホームページにおける商標権侵害が問題となった事件である。商標権侵害は判示中で認められたが、商標法38条3項の損害不発生抗弁を認める等により、損害賠償の請求を棄却した事例である。

6.2 メタタグ問題

メタタグは、サーチエンジンの情報収集の対象となるように機能させる為のタグである。メタタグ上の標識の使用が商標の使用といえるかの問題である。

HTML で、<A>は、ハイパーリンクを設定するタグで、 ~ <1A> で、 ~間に表示される文字をクリックすると、ジャンプ先に URL を書くことで、指定した URL のインターネット上の Web ページに飛ぶ。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

Web ページ (ハイパーテキスト) を作成する際に使用する HTML は、HTML の本来の記述部分を囲んで示すためにタグ (< >) を使用する。<HTML> ~ </HTML> の間が HTML の記述部分であることを示し、<HEAD> ~ </HEAD> の間がタイトルなどのドキュメントに関する記述部分であることを示し、<TITLE> ~ </TITLE> の間がドキュメントのタイトル部分であることを示し、<BODY> ~ </BODY> の間に書かれた内容がブラウザ上に表示される。<BODY> ~ </BODY> の間以外の記述内容は、画面上には表示されない。

定義部分のメタタグ上での商標使用は、換言すれば、画面上だけでなく、ブラウザで画面表示する前提となる HTML による記述部分の表示にまで商標権の権利範囲が及ぶかという問題である。HTML 言語でのリンク上での言語記載にまで商標権の効力が及ぶかという問題である (HTML はプログラム言語ではないが、言語という語を使う)。ブラウザで画面表示により通常は視認されることはないので、外観の類比がそもそも問題とならない。また、メタタグの表記から称呼や観念が生じることも考えにくい。商標権侵害の問題は起こらないと考えるのが、常識的であろう。メタタグ上の表記と商品や役務との関連性も薄い。この問題も HTML 言語と「タグ」の基本的な構成の理解が前提となっている。

6. 3 商標権侵害の本質に関する侵害概念の再考

(1) 商標権侵害は、単に侵害者が登録商標を無権限で付する行為のみに限定されず、第三者の製品の商標を抹消や削除あるいは他の手段で取り去り、他人の製品を自己が製造した製品と見せかけ、他人の商標の信用を無断で利用する行為も商標侵害となると考えられる。このような行為も、「商標の機能を害する行為」であるか

らである。

一般に、商標権侵害は、「登録商標使用の専用に害すること」、すなわち「他人が登録商標を使用すること」と解されるが、これは典型的な商標権侵害例を説明しているにすぎない。登録商標の使用を完全に専用させるためには、商標権侵害を商標の無断使用に限定することでは足りず、他人の商標商品の商標を隠して、自己の商標商品と見せかける行為をも商標権侵害として保護しないと、商標権者は自己の商標を自己の権限の下でコントロールできず、不当な商標のフリーライド行為はされ放題ということになる³⁾。

デジタル情報である写真の加工は、極めて簡単である。例えば、有名な他人の競合商品の写真をスキャンした上で、同商品上に付されている商標の表記を簡単に削除して、有名商品を自己の商標商品の如く装って自己の商品としてネット紹介しカタログに掲載するなどということも簡単に出来る状況となっているのである。商標の抹消と商標権侵害もデジタル化の中で異なった態様で出現している。

(2) 有名な商標商品をウェブサイト大きく掲載し、これに便乗して他の同種商品を販売するような寄生的広告も問題となる。このようなケースでは出所表示機能が害されているわけではないが、商標の有する品質保証機能や広告宣伝機能に便乗している感がある。これまでの一般的な考え方では商標権侵害とは言い難い。上記のような広告宣伝に有名商標商品を利用されることにまで商標権者はコントロールを及ぼすことは出来ないのだろうか。

7. 不正競争防止法の実務処理との関係

7. 1 インターネット上の不正競争防止法違反問題

媒体がインターネット上のウェブサイトに変

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

わっただけであって、ウェブサイト上で他人の周知著名表示と類似表示を使用した場合には、不競法2条1項1号・2号の問題を生じる。

不動産事業につき「株式会社三菱ホーム」のウェブサイト上における使用が著名な三菱グループの表示と類似するとして、類似表示の使用禁止・抹消請求等が認められた三菱ホーム事件（東京地判平14・7・18最高裁 HP 知財）が参考になる。

また、不正競争防止法2条1項14号の営業誹謗を理由にインターネットによる謝罪広告の掲載を請求した事件にサイボウズ営業誹謗事件（東京地判平15・9・30最高裁 HP 知財）がある。虚偽事実の告知が認められず請求は棄却されているが、新聞紙上での謝罪広告ではなく、ネット上での謝罪文を求めるもので従前の考え方と同様である（前掲オルタカルチャー日本版事件東京地判平13・12・25判時1792・79）。

7.2 デジタル情報と不正競争防止法上の営業秘密情報の「管理性」の問題

不正競争防止法の営業秘密における「管理性」の問題は、デジタル情報の場合、デジタル技術を前提に論じないと的をはずす。

判例もどのような状態であれば保護に値する「管理」ということができるかは、当該情報の性質、その利用態様、不正な取得行為の具体的な態様等の諸般の事情を総合して、個別・具体的に判断すると判示し（東京地判平15・3・6最高裁 HP 知財）、あるいは、不正競争防止法2条4項所定の秘密管理性の要件を充足するためには、当該情報にアクセスした者に当該情報が営業秘密であることを認識できるようにしていること、当該情報にアクセスできる者が制限されていることなどが必要であり、要求される情報管理の程度や態様は、秘密として管理される情報の性質、保有態様、企業の規模等に応じて決められるべきと判示する（大阪地判平15・2・

27最高裁 HP 知財）。情報がデジタルでネットワークで接続されている場合には、当然に利用態様や保有態様が、それに即して変わってくるわけであり、それに即した「管理」が必要である。

本店と支店がWANでどのように結ばれ、ユーザーID（ユーザー利用者、識別コード）やパスワード（暗証番号）などアクセスを許す利用者管理（アクセス権の設定）がどのようになっているか、利用者の操作のアクセス記録が残されているか（アクセスログの管理）、そして、データサーバやデータベースサーバに対してのアクセス権の設定、つまりアクセス禁止の情報の範囲や人的範囲、アクセスが可能としても読取専用のみ、書き込みや削除も可能か、データの修正変更可能などの各権限者の設定の社内取極めの有無と徹底が図られているか、あるいはCD-ROMなどの補助記憶装置への複写管理、異動・退転によるユーザーIDやパスワード管理・削除管理などについて、管理性が問われることになる。

この点に関し、データベースサーバに対してSQL（シーキエール＝データ定義又は操作言語）で問合せ（query クエリー）指示して「ビュー表」に引き出す操作等は、誰がどのように行っているかについても、忘れてはならない事項である。アクセス権限者がSQL操作に不慣れなために、その操作の出来る若年従業員に一切をまかせるということも現実には行われているようであるが、どのようにどの程度をまかせるかに配慮を及ぼすことが必要である。社員コードをそのままパスワードにしてアクセスは社員コードでアクセスできるなどということが現実にあるが、情報内容いかんによっては「管理性」については全く配慮されていないと批判されても止むを得ない場合が見受けられる。

コールバックやワンタイムパスワードのシステムについての理解も必要である。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

いくら東京本店内の LAN 上で管理出来ていても、WAN で結ばれた九州支社で管理が杜撰であれば、秘密管理性はたちまち認められなくなるという状態も現実に存するのである。顧客情報を CD に格納して更新追加毎に本店から支店に送付するというような場合には媒体の管理も大切である。

自らのデジタル情報を不正競争防止法による営業秘密として保護してもらうためにはどのような管理態勢が必要か、逆に同法違反で訴えられた場合に、何処をポイントとして聴取りすべきかは、これらの知識を前提にしないと効果が少ない。

実務上の筆者の限られた経験からだけではあるが、デジタル情報の「管理性」に問題のある企業が極めて多いという印象を持つ。不正競争防止法上の保護が受けられるどころか、デジタル情報については、紙媒体情報よりも、視認する機会が少ないからか、あるいは上記知識に無関心からか、管理の甘くなっているところが多いのではないか。アクセス権限などの限定がルーズで管理性のないことを自ら認めるに等しいことを行っている企業も決して珍しいとはいえない。管理していないことを自認するような事例すら見受けられる。

デジタル情報に対応するセキュリティを念頭に置いて、紙媒体とは根本的に発想を切り換えた対応が必要である。

7.3 ドメイン名と周知著名表示

(1) コンピュータ間のデータ通信の手順・規約は、標準的なネットワークアーキテクチャとして、IOS (国際標準化機構) が、OSI 参照モデルを提唱規格化し、ネットワークの仕組みとして、TCP/IP が、通信プロトコルとして、広く使用されている。

インターネットでメールを送信するときは SMTP, 受信するときは POP というプロトコ

ルが用いられる。

(2) インターネットに接続しているコンピュータには、IP アドレスという 8 ビット 4 桁の 32 ビットで構成された数字列が割り当てられている (プロトコルの TCP/IP によりネットワークアドレスとホストアドレスに識別される)。これは機械語の 2 進数表示であるが、これを人間に理解しやすいように DNS (Domain Name System) により、1 対 1 の関係でドメイン名を対応させて利用するようにしている。無意味な数字の羅列である IP アドレスを意識する必要がなくなるわけである。

(3) ネットは階層 (ツリー) 型の構造となっている。最下層には、個人レベルの端末がある。そして、学校やビルの敷地内に構築されたネットワーク (LAN) があり、さらに会社や組織全体を一つのネットワーク (WAN) で接続される。IP アドレスには、世界で唯一のグローバル IP アドレスと、インターネットで直接接続しないネットワーク上で使用するプライベート IP アドレス (ローカルアドレス) がある。グローバル IP アドレスは、ICANN が統一ドメイン名紛争処理方針 (UDRP) を定め、紛争処理機関として WIPO を認定している。また、JP ドメインについては社団法人日本ネットワークインフォメーションセンター (JPNIC) が JP ドメイン紛争処理方針 (JPDRP) を定め、日本知的財産仲裁センターを紛争処理機関と認定している。また、JPRS が JPNIC から JP ドメイン名の登録管理業務の移管を受けて当該業務を行っている (2003年10月3日現在で JP ドメイン名の紛争処理申立て件数は26件になる)。

プライベート IP アドレスは範囲が限られた LAN 内で割り振られるので、通常はネットワーク管理者などが任意に決定する (クラス A, B, C に分けサブネットマスクを使い IP アドレ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

スをサブネットワークとホストアドレスに分割して識別する方法がとられる)。プライベート IP アドレスが設定されたコンピュータからグローバル IP アドレスでアクセスしているように見せかけ上になっているが、それは NAT(Network Address Translation) やプロキシが代理応答しているのである。

(4) 割り当てられたグローバル IP アドレスは、インターネットに接続されているネットワーク間のルータを通して、TCP/IP では、指定された IP アドレスまでルータ間でパケットを転送 (IP ルーティング) し、利用者が、インターネット上のサーバが何処にあるか等を意識しなくても通信することができるということになる。

(5) ドメイン名と周知著名表示が問題となるのは、グローバル IP アドレスに対応付けられたドメイン名についてである。

閉鎖的なプライベート IP アドレスでは問題となっていない。

不正競争防止法 2 条 7 項は、ドメイン名を「インターネットにおいて、個々の電子計算機を識別するために割り当てられる番号、記号又は文字の組合せに対応する文字、番号、記号その他の符号又はこれらの結合をいう」と定義している。グローバル IP アドレスを対象にしているのである。

ドメイン名と不正競争防止法 2 条 1 項 1 号・2 号の周知著名表示が問題となった判例として次のものがある。

ジャックス事件 (控訴審名古屋高金沢支判平 13・9・10 最高裁 HP 知財, 原審富山地判平 12・12・6 判時 1734・3)・ジェイフォン事件 (東京高判平 13・10・25 最高裁 HP) は、いずれも不正競争防止法 2 条 1 項 2 号の不正競争行為に該当するとしている。

iybank. co. jp 事件 (東京地判平 14・5・30 最高裁 HP 知財)・Goo 事件 (原審・東京地判平 14・4・26 控訴審・東京高判平 14・10・17 最高裁 HP 知財) は、いずれもドメイン名の日本知的財産仲裁センター (旧名称は工業所有権仲裁センター) の裁定に対する不服として申し立てられたが、棄却されている。

ところが、mp3. co. jp 事件 (東京地判平 14・7・15 最高裁 HP 知財) は、日本知的財産仲裁センターの裁定と異なる判断を出しており、また平成 13 年改正により、新設された不競法の 12 号の「不正の利益を得る目的」の意味を明らかにしている。

8. デジタル・ネットワークにおける知的財産権法の交錯問題

8. 1 プログラムの著作権法と特許法の法的保護

保護の対象となるプログラムの定義は、著作権法と特許法とでは、範囲が必ずしも一致していない。

著作権法 2 条 1 項 10 の 2 では、プログラムは「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。」と定義され、同法 10 条 3 項には、「プログラム言語」を「プログラムを表現する手段としての文字その他の記号及びその体系をいう。」と定義している。

これに対し、特許法では、平成 14 年改正において、特許発明の実施に関連して、物の発明にプログラムを含むとする規定の特許法第 2 条 3 項 1 号に次のように置いた。

「3. この法律で発明について『実施』とは、次に掲げる行為をいう。一 物 (プログラム等を含む。以下同じ。) の発明にあつては、その物の生産、使用、譲渡等 (譲渡及び貸渡しをいい、

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

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」

さらに、同条4項に「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。以下この項において同じ。)その他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いう。」と定義した。

いずれにしても著作権法と特許法にプログラムに関する規定が設けられ、「プログラム」「等」の定義にみるように、両方の守備範囲は少し異なっている。ある時は重疊的であり得る。

しかし、両法の調整に関する規定は何ら設けられていない。そこで、両法の間接的関係を見据えた実務上の処理が必要となる⁴⁾。

8. 2 著作権と特許権との交錯領域の諸問題

著作権と特許権との交錯領域の検討されるべき問題点を列挙しておく。

- (a) 客体・主体・成立要件・内容と効力・存続期間と保護期間など特許権保護と著作権保護との各長短と得失
- (b) 職務発明と職務著作の関係(社内規定の整備を含めて) 人材派遣との関係も含めて考察されるべきである。
- (c) リバースエンジニアリングに対する評価の差
- (d) 間接侵害の成否による得失
- (e) 併合請求した場合の訴訟侵害請求訴訟における実務上の問題点・検討点

8. 3 不法行為論

知的財産権のフィルターから漏れた事案でも、最終的には不法行為による救済が可能か否かを検討する必要がある。デジタル・ネットワーク

関係で参考となる判例を挙げておく。

オートくん事件(大阪地判平14・7・25裁判所HP知財)は、公共事業入札等の書類作成支援ソフトウェアの著作権侵害事件につき、主的に請求した著作権の侵害は、プログラムの同一性があるとは認められないとしてその侵害性は否定されたが、予備的に請求した不法行為該当性は認められ、損害賠償の一部が許容されている。

自動車情報のデータベースにつき著作物性が否定された翼システム事件(東京地判[中間判決]平14・3・28判時1774号132頁)は、不法行為は認められているとしている。

上記の事件は、知財事件において、各知的財産権の網の目のふるいにかからなかったものでも、不法行為がベースにあつて、これによる救済が可能な場合があることを示す事件である。

その他に、「虚偽」ではなく(不競法2条1項14号に該当せず)、「真実の暴露」であってもネット上に掲載すると「公然性」により営業妨害や名誉毀損が生じると不法行為として争われることは、既出の多くの事案が示している。

9. 結びにかえて

デジタル・ネットワークに関係する紛争は、今後一層、増加すると共に多様化する。そのような状況を踏えて、三つの点を指摘しておきたい。

(1) その一つ目は、紛争の処理方式としてADRの活用とその為にADRを利用し易くする環境を整えることである。知財の紛争解決について、日本知的財産仲裁センターは、これまでも一定の活動実績をあげている。非公開性・手続の柔軟性という優れた特徴を生かしつつ、裁判による厳格な証拠手続によらない迅速なビジネスマターの解決としての柔軟な審理方法などの工夫によって、より一層の紛争解決機

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

関としての役割が期待される。

(2) その二つ目は、ネット上の問題におけるクロスボーダーの問題である。

知的財産権の国際間にまたがるクロスボーダーの問題は調整しなければならない重要な問題である。国際的な各国間に跨る問題であり、一国だけでは解決できない問題も多い。カードリーダー事件(最判平成14年9月26日民集56・7・1551)は、特許権の事案であるが、米国特許権を根拠に、日本で侵害品を製造し米国へ輸出していた侵害差止めと損害賠償が日本の裁判所で可能か否か判示する実務上重要な判決である。

属地主義の原則が、ネットワーク上の知的財産権の保護との関係で、どのように位置付けられるのか、ネットワーク上の知的財産紛争の法性決定をどのように考えて、連結点をどう判断するかは、重要な論点である(前掲ファイルログ事件は、カナダにサーバがあり、刑事事件であるが大阪地判平11・3・19/判タ1034・283は、海外のサーバにわいせつ画像データを送信蓄積していた事例である)。

国際的な紛争の管轄には必ずしもしばられな

い既述のADRの活用も考えられるべきである。

(3) 最後に、知的財産権の啓発教育の大切さを指摘しておきたい。知的財産戦略大綱には知的財産に関する知識の普及および教育が掲げられている。教育現場における知的財産権の授業が始動した。様々な工夫はこれから試みられるであろう。特に小中学校における啓発教育は大切で、教える側の教え方やツールを含め興味のわくような教育は、将来における他人の無体財産権の尊重や無断複製などの最も効果的な紛争予防の方策の一つになると考えられる。

注 記

- 2) 簡潔に説明するものとして、コンピュータシステムの基礎[第10版]268頁、編者アイテック情報技術教育研究所、発行所(株)アイテック
- 3) 小野昌延・商標法概説[第2版]257頁、網野誠・商標[第5版]800頁、紋谷暢男・商標法50講[改訂版]163頁
- 4) 大瀬戸豪志「プログラムに関する著作権と特許権による保護の交錯」コピーライトNo.511, Vol.43, 2頁以下

(原稿受領日 2003年11月14日)