

特許権と著作権に基づくソフトウェアの 保護に関する横断的検討



辻本法律特許事務所 所長
弁護士・弁理士・ニューヨーク州弁護士 辻本 希世士

第1 はじめに

現代社会において、多くの製品やサービスはソフトウェアによって管理・運用されており、ソフトウェアなくして現代のテクノロジーは説明できない。このため、現代においてはソフトウェアの法的保護が重要性を増している。

この点、ソフトウェアは何らかの情報処理を実行するものであるが、実行の手順はソースコード等によって表現され、情報処理の結果はパソコンの画面等に表れるのであり、ソフトウェアを構成する要素も多種多様である。他方、知的財産の観点から見た場合、ソフトウェアは、主として特許権ないし著作権によって法的保護が図られるが、特許権と著作権では異なる法領域を形成しているため、保護しようとする対象も自ずと異なってくる。

そして、現在における特許庁の審査実務や過去における裁判例の蓄積によれば、特許権ないし著作権は、ソフトウェアを構成する個々の要素を一定程度保護する機能を果たしているように見受けられる。しかしながら、論点ごとの整理にとどまると、強い保護を受けるための戦略の設定や、現実には保護を図りたい場面における戦術の選択につき、迷いが生じることもあり得る。

そこで、本稿においては、ソフトウェアの法的保護をより実効的なものとする一助となるよう、ソフトウェアのどの要素が、それぞれどのような根拠に基づき、それぞれどのような要件の下で法的保護が図られるのか、主として特許権と著作権の観点から横断的に整理することとする。

第2 特許権による保護

1 保護の対象

ソフトウェアによって実行される情報処理の内容自体を正面から保護したい場合、特許権を取得して行使することが最も効果的である。例えば、知財高裁における最初の大合議事件となった一太郎事件¹では、以下のような発明にかかる特許権の保護が求められた。

1 知財高裁平成17年9月30日特別部判決・判タ1188号191頁

「【請求項1】 アイコンの機能説明を表示させる機能を実行させる第1のアイコン、および所定の情報処理機能を実行させるための第2のアイコンを表示画面に表示させる表示手段と、前記表示手段の表示画面上に表示されたアイコンを指定する指定手段と、前記指定手段による、第1のアイコンの指定に引き続く第2のアイコンの指定に応じて、前記表示手段の表示画面上に前記第2のアイコンの機能説明を表示させる制御手段とを有することを特徴とする情報処理装置。」

そして、同事件では、文書編集画面のツールボックスに表示される「ヘルプモード」ボタンをクリックし、その後に「印刷」ボタンをクリックすると、「印刷」ボタンについての説明が表示されるように構成された文書作成ソフトにつき、裁判所は上記発明の構成要件充足性を肯定した²。

ソフトウェアは何らかの情報処理を実行するものであるから、ソフトウェアの法的保護を求めるとき、多くの場合、当該情報処理の内容自体を正面から保護することが最も端的である。また、被疑侵害ソフトウェアを入手して実際に操作してみれば、当該ソフトウェアによって実行される情報処理の内容は比較的簡単に明らかとなる場合が多いであろうから、訴訟等における立証の面から考えても、被疑侵害ソフトウェアによって実現される情報処理の内容自体を問題とすることが効果的である場合が多いと思われる。

以上の意味において、開発したソフトウェアにつき端的かつ効果的に法的保護を求めたい場合、まずは、当該ソフトウェアにつき特許権を取得すること、そして取得できた場合にはその特許権を行使すること、を検討するとよい。

2 特許権に基づく保護を求める場合の検討

(1) 留意点

上記1のとおり、ソフトウェアの保護は特許権によって図ることが最も端的かつ効果的であると考えられるが、ソフトウェア関連の特許権については、取得の場面で、以下のような点に留意する必要がある。

特許法上、「発明」とは自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度なものと定義されており（同法2条1項）、ソフトウェアについては、かかる定義との関連において、「発明」に該当するか否かが頻繁に問題にされる。この点に関する現時点の特許庁の審査基準³をまとめると、概ね以下のとおりとなる。

〈基本的な考え方⁴〉

- ・「ソフトウェアによる情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に実現されている」場合は、当該ソフトウェアは「自然法則を利用した技術的思想の創作」である。
- ・「ソフトウェアによる情報処理がハードウェア資源を用いて具体的に実現されている」とは、ソフトウェアとハードウェア資源とが協働することによって、使用目的に応じた特有の情報処理装置又はその動作方法が構築されることをいう。

この基本的な考え方により、プログラム言語は人為的な取り決めのため⁵、コンピュータを利用しないビジネス方法はソフトウェアによる情報処理が実現されていないため⁶、いずれも発明

2 特許権は進歩性欠如に基づく無効理由があるとして、請求は棄却された。

3 2016年3月23日特許・実用新案審査基準及び附属書B第1章コンピュータソフトウェア関連発明（以下、「附属書」という。）

http://www.jpo.go.jp/shiryoku/kijun/kijun2/pdf/handbook_shinsa_h27/app_b1.pdf

4 附属書2.1.1.2(1)(i) (13頁)

5 附属書2.1.1.1(2)a(ii) (10～11頁)

に該当しないとの理由で、特許権を取得することができない。

また、ソフトウェアについても、他の発明と同様、特許権を取得するには新規性や進歩性を充足する必要があるが（特許法29条）、とりわけ進歩性については、以下のとおり、公知の方法や手段の組合わせに過ぎない場合は特段の事情がなければ進歩性を否定すべきであるとか、ソフトウェア化に伴う課題は一般的であることが多いと指摘するなど、慎重な態度が求められている。
〈基本的な考え方〉

- ・ソフトウェア関連発明の分野では、所定の目的を達成するためにある特定分野に利用されている方法、手段等を組み合わせたり、他の特定分野に適用したりすることは、普通に試みられていることである。したがって、種々の特定分野に利用されている技術を組み合わせたり、他の特定分野に適用したりすることは当業者の通常の創作活動の範囲内のものである。よって、組合わせや適用に技術的な困難性（技術的な阻害要因）がない場合は、特段の事情（顕著な技術的効果等）がない限り、進歩性は否定される⁷。
- ・ソフトウェア化、コンピュータ化に伴う課題は、コンピュータ技術に共通な一般的課題であることが多い。例えば、「AI又はファジィ理論により判断を附属書B第1章コンピュータソフトウェア関連発明高度化すること」、「GUIにより入力を容易化すること」などがその例である。

審査官は、これらのコンピュータ技術の分野で知られていた一般的課題を踏まえた上で、進歩性を判断する。

例：請求項には、音響再生装置として、A手段と、B手段と、表示画面にGUIで表示されるボリュームバーからなる音量調節手段とを備えることを特徴とする音響再生装置が記載されており、引用発明には、A手段と、B手段と、ジョグダイヤルからなる音量調節手段とを備えた再生装置が記載されている。ここで、GUIを利用して、表示画面を見ながら誰でも簡単に入力操作を行えるようにすることは、コンピュータ技術に共通な一般課題である。そして、当該課題を考慮して、引用発明の再生装置の音量調節手段を、周知のGUIで表示されるボリュームバーに置き換えることは、当業者の通常の創作能力の発揮に当たる。したがって、請求項に係る発明の進歩性は否定される⁸。

(2) 実務的観点も交えた検討

上記(1)のとおり、ソフトウェアにつき特許権を取得しようとする場合、他の分野の発明に比して、審査段階において特許要件が慎重に判断されることとなっている。その影響もあってかソフトウェア関連発明の登録率は低い状況が継続し、8パーセントにとどまる年もあったが⁹、現在では2014年暫定値で約64パーセントまで上昇している¹⁰。従って、上記(1)記載の点も含めて既に蓄積された審査実務に十分配慮した内容で出願できれば、現在では、ソフトウェア関連発明も十分登録になり得ると考えてよい状況下にある。

なお、ソフトウェア関連発明については、一太郎事件のように「情報処理装置」という物の発明として特許権を取得すべき時期があった。この場合、「情報処理装置」とは、要するにソフト

6 附属書2.1.1.1(2)a(v)(10頁)

7 附属書2.2.3.1(3)(17頁)

8 附属書2.2.3.1(4)(17～18頁)

9 来栖和則「我が国におけるソフトウェア関連発明の保護および実務上の留意点」パテント2009. Vol.62 No.12 8頁

10 特許庁ウェブページ「ビジネス関連発明の最近の動向について」
https://www.jpo.go.jp/seido/bijinesu/biz_pat.htm

ウェアを組み込んだパソコン等を意味するため、特許権者である開発者がソフトウェアを記録したCD等やインターネットでのダウンロードによる販売を中心に行う競業他社に対して権利行使できるかにつき、議論の余地が生じていた。しかしながら、一太郎事件判決において、ソフトウェア自体の製造販売については間接侵害（特許法101条2号）が成立すると判示されたことにより、権利行使の可能性は確認された。また、現在ではプログラム自体を物として取り扱われることが明文化されているため（特許法2条3項1号）、ソフトウェアを組み込んだ情報処理装置という態様ではなく、端的にプログラム自体を物として特許権を取得することも可能である。

上記1のとおり、ソフトウェアの保護は特許権によって図ることが最も端的かつ効果的であると考えられるところ、現在においては、上記のとおり、ソフトウェア関連発明の登録率は高まっているし、容易に権利行使できる方向での制度設計もなされている状況下にある。かかる現状に鑑みれば、開発者としては、ソフトウェアの法的保護を求めるために、まずは特許権の取得を目指すべきであろう。

第3 著作権による保護

1 はじめに

ソフトウェアを構成するプログラムは著作物に該当し得るため（著作権法10条1項9号）、ソフトウェアは著作権による保護が求められる場合もある。しかしながら、プログラムのうちプログラム言語、規約及び解法は著作物に該当しないと規定されている上（同条3項）、過去の裁判例¹¹において、プログラムの表現の類似性を検討するに際し、単に全体の手順や構成が類似しているか否かの観点から判断すべきではないとする法理がほぼ確立している。

このように、プログラムが著作物となり得るにしても、プログラムのうち具体的にどのような要素につき著作物性が肯定されるのかをより慎重に分析する必要がある。

2 ソースコードの保護

(1) 裁判例の紹介

プログラムの著作権に対する侵害が肯定されるケースとしては、ソースコードの類似性が根拠になる場合が多い。

例えば、東京地裁平成23年1月28日判決¹²は、以下の事情等を重視し、原告プログラムと被告プログラムの間には実質的な同一性ないしは類似性が認められるとした。

「…の原告ソースコードと…の被告ソースコードとは、開発ツールによって自動生成されたことが明らかな部分（略）を除いた約300に及ぶ関数（被告ソースコードでは321、原告ソースコードでは298）のうち、103の関数（略）においては全く同一の記述内容であり、148の関数（略）においては関数等の名称に相違が見られるものの、当該関数内に記述された処理手順は同一であり、47の関数（略）においてはソースコードの記述に一部相違が見られるものの、処理手順等に大きな相違はないのであって、他方、両方で全く異なる表現といえる部分が、23の関数（略）において見られるが、その量的な割合は、約300の関数に係るソースコードのうちの約5パーセントにとどまるものといえることができる」

11 東京地裁平成15年1月31日判決・判タ1139号269頁等

12 判タ1399号317頁

13 裁判所ウェブサイト

また、知財高裁平成24年1月31日判決¹³は、以下のように述べて、「被告プログラムは原告プログラムとその表現が同一ないし実質的に同一であるか、又は表現の本質的な特徴を直接感得できる」と判示した。

「被告プログラムのうち36個のファイルが原告プログラムの35個のファイルとほぼ1対1で対応し、かつ、被告プログラムの上記36個のファイルにおけるソースコードが原告プログラムの35個のファイルにおけるソースコードと、記述内容の大部分において同一又は実質的に同一である。このように、測量業務に必要な機能を抽出・分類し、これをファイル形式に区分して、関連付け、使用する関数を選択し、各ファイルにおいてサブルーチン化する処理機能を選択し、共通処理のためのソースコードを作成し、また、各ファイルにおいてデータベースに構造化して格納するデータを選択するなど、原告プログラムのうち作成者の個性が現れている多くの部分において、被告プログラムのソースコードは原告プログラムのソースコードと同一又は実質的に同一であり」

これに対し、大阪地裁平成20年5月20日判決¹⁴は、ソースコードが一致する割合が低いことにより、被告プログラムが原告プログラムに依拠して創作されたものではないと判示した。

「…版について、…同一であると指摘する部分の割合は…プログラム全体の30%ないし10%であるところ、その大半が創作性のない命令、関数又は文法であり、それ以外の部分は、項目名称であって、同一業界ないし同一業種で用いられるビジネスソフトでは、項目名称自体が近似する上、プログラムを開発した企業では、項目名称のプログラム表現にもよく似た略語を統一的に用いるのが一般であることに照らせば…。

また、…版については、…同一であると指摘する部分の割合が…プログラム全体の1%にも満たず、同一であると指摘する部分の記載内容もCOBOL言語における命令にすぎず創作性が認められない…」

(2) 実務的観点も交えた検討

上記(1)の肯定例と否定例を比較すると、プログラムの著作権侵害の有無を判断するに際し、原告プログラムと被告プログラムでソースコードが一致する量的な割合は、やはり重要な要素になっている。また、否定例において、一致する部分が創作性のない命令、関数、文法、項目名称である点に着目されていることからすれば、一致する部分における創作性の程度も重要な要素になっていると言える。プログラムの著作物に限らず、著作権侵害の成否を判断する手順としては、原告の著作物における創作性を評価し、創作性が認められる箇所が被告の著作物に存在するかを検討するという二段階テストと、原告と被告の著作物を対比して一致する部分につき創作性が認められるかを検討するという過テストがあると言われている¹⁵。いずれの手順を用いるとしても、一致する部分があることと、一致する部分に創作性が認められることが必要となるから、ソースコードの一致する部分を量的及び質的に検討することはやはり有用である。なお、厳密に言えば、著作権侵害が成立するには類似性と依拠性の2つの要件を充足する必要がある、上記(1)の各裁判例においても、類似性の論証と依拠性の論証は微妙に区別できそうである¹⁶。もっとも、ソースコードの一致が量的ないし質的に多い場合は類似性も依拠性も肯定しやすくなり、逆の場合は類似性も依拠性も否定されやすくなるから、ソースコードの一致具合を量的及び質的に検証

14 裁判所ウェブサイト

15 田村善之著「著作権概説〔第2版〕」有斐閣48頁

16 本文で引用した判示部分については、肯定例はいずれも同一性ないし類似性を論じているのに対し、否定例は依拠性を論じている。

すれば、その検証結果により、類似性についても依拠性についても、結論としては同一の方向に判断されやすい。

このように、ソフトウェアの法的保護は、ソースコードの類似性を論証することによって著作権を根拠に求められることがあり得るため、特許権による保護が不可能な場合はソースコードの類似性を根拠とする著作権による保護を求めることは有用である。もっとも、ソースコードは特定の言語で記述された表現であり、ソフトウェアの処理手順とは次元を異にするものであるため、ソースコードの類似性を根拠として著作権による保護を求める場合、原告と被告のソースコード自体を比較する必要がある。しかるに、ソースコードは一般に公開されるものではないため、ソースコードの類似性を論証する前提として、原告としては、被告プログラムのソースコードの内容を立証することに苦心する場合が多いと推測される。

3 表示画面の保護

(1) 裁判例の紹介

プログラムの著作権に対する侵害が肯定されるケースとしては、他に表示画面の類似性が根拠になる場合もある。

例えば、携帯電話機用釣りゲームにおける魚の引き寄せ画面の類似性が問題となったケースでは、以下のとおり審級によって結論が分かれた。

(肯定例：東京地裁平成24年2月23日判決¹⁷)

「原告作品は、この魚の引き寄せ画面について、…具体的表現を採用したものであり、特に、水中に三重の同心円を大きく描き、釣り針に掛かった魚を黒い魚影として水中全体を動き回らせ、魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の所定の位置に来たときに引き寄せやすくすることによって表した点は、原告作品以前に配信された他の釣りゲームには全くみられなかったものであり(甲3)、この点に原告作品の製作者の個性が強く表れているものと認められる。

他方、被告作品の魚の引き寄せ画面は、上記のとおり原告作品との相違点を有するものの、原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴といえる、「水面上を捨象して、水中のみを真横から水平方向の視点で描いている点」、「水中の中央に、三重の同心円を大きく描いている点」、「水中の魚を黒い魚影で表示し、魚影が水中全体を動き回るようにし、水中の背景は全体に薄暗い青系統の色で統一し、水底と岩陰のみを配置した点」、「魚を引き寄せるタイミングを、魚影が同心円の一定の位置に来たときに決定キーを押すと魚を引き寄せやすくするようにした点」についての同一性は、被告作品の中に維持されている。

したがって、被告作品の魚の引き寄せ画面は、原告作品の魚の引き寄せ画面との同一性を維持しながら、同心円の配色や、魚影が同心円上のどの位置にある時に魚を引き寄せやすくするかという点等に変更を加えて、新たに被告作品の製作者の思想又は感情を創作的に表現したものであり、これに接する者が原告作品の魚の引き寄せ画面の表現上の本質的な特徴を直接感得することができるものと認められる。」

(否定例：知財高裁平成24年8月8日判決¹⁸)

「抽象的にいえば、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面とは、水面より上の様子が画面から捨象され、水中のみが真横から水平方向に描かれている点、水中の画像には、画面のほぼ中央に、中心からほぼ等間隔である三重の同心円と、黒色の魚影及び釣り糸が描

17 裁判所ウェブサイト

18 判タ1403号271頁

かれ、水中の画像の背景は、水の色を含め全体的に青色で、下方に岩陰が描かれている点、釣り針にかかった魚影は、水中全体を動き回るが、背景の画像は静止している点において共通するとはいうものの、上記共通する部分は、表現それ自体ではない部分又は表現上の創作性がない部分にすぎず、また、その具体的表現においても異なるものである。

そして、原告作品の魚の引き寄せ画面と被告作品の魚の引き寄せ画面の全体について、同心円が表示された以降の画面をみても、被告作品においては、まず、水中が描かれる部分が、画面下の細い部分を除くほぼ全体を占める略正方形であって、横長の長方形である原告作品の水中が描かれた部分とは輪郭が異なり、そのため、同心円が占める大きさや位置関係が異なる。また、被告作品においては、同心円が両端に接することはなく、魚影が動き回っている間の同心円の大きさ、パネルの配色及び中心の円の部分の図柄が変化するため、同心円が画面の上下端に接して大きさ等が変わることもない原告作品のものとは異なる。さらに、被告作品において、引き寄せメーターの位置及び態様、魚影の描き方及び魚影と同心円との前後関係や、中央の円の部分に魚影がある際に決定キーを押すと、円の中心部分の表示に応じてアニメーションが表示され、その後の表示も異なってくるなどの点において、原告作品と相違するものである。…

以上のような原告作品の魚の引き寄せ画面との共通部分と相違部分の内容や創作性の有無又は程度に鑑みると、被告作品の魚の引き寄せ画面に接する者が、その全体から受ける印象を異にし、原告作品の表現上の本質的な特徴を直接感得できるということはできない。」

また、ビジネス用のソフトウェアにおいては、以下の東京地裁平成14年9月5日¹⁹判決において、「一般に、ビジネスソフトウェアは、表計算や文書作成など特定の計算処理や事務的作業を行うことを目的とするものであって、その表示画面も、コンピュータへの指令や数字・文字等の情報を入力するためか、あるいは計算の結果や作成された文書等を利用者が閲覧するためのものである。このような表示画面は、作業の機能的遂行や利用者による操作や閲覧の容易性等の観点からその構成が決定されるものであって、当該ビジネスソフトウェアに要求される機能や利用者の利便性の観点からの制約があり、作成者がその思想・感情を創作的に表現する範囲は限定的なものとならざるを得ない。」と判示されているように、表示画面の類似性に基づく著作権侵害を主張できる幅は、必ずしも広くないと一般的に理解されている。

(2) 実務的観点も交えた検討

ソフトウェアに限らず、原告の著作物に創作性が認められる箇所があり、かつ、当該箇所が被告の著作物の中に存在すれば、著作権による保護を求めることは可能である。そして、上記(1)の各裁判例を見ても、表示画面の創作性自体は否定しないように見受けられ、この意味において表示画面の類似性を根拠として著作権による保護を求めることは考えられる。

もっとも、表示画面については肯定される創作性の幅に注意が必要であり、特にビジネスソフトウェアの場合、創作性が認められる範囲は限定的になるとされる傾向にある。また、ビジネスソフトウェアではないゲームのような場合であっても、抽象的な範囲での一致を主張するだけでは不十分であり、原告のソフトウェアの表示画面をデッドコピーしたか、若干の変更を加えたような場合でなければ、具体的表現において原告の表示画面において創作性が認められる部分は複製されていないとして、著作権侵害が否定されやすい。

表示画面については、原告側で被告のソフトウェアを起動させることさえできれば、容易にその内容を知ることができるから、ソースコードのように内容に関する立証に苦心することは少ないであろうが、創作性が認められる範囲との関係で類似性が認められる幅が狭くなる傾向にあ

19 判タ1121号229頁

る。このため、表示画面を根拠とした著作権による保護を求めるのに最も適しているのは、被告ソフトウェアの表示画面において原告ソフトウェアの表示画面がそのまま利用されている（デッドコピーないし若干の変更が加えられているにとどまる）ような場合であると考えられる。

第4 おわりに

以上のとおり、ソフトウェアの法的保護を求める根拠として、特許権による場合と著作権による場合を概観したが、処理手順自体を問題にできる点や立証のしやすさからして、特許権による保護を求めることが一般的には合理的である。ただし、特許権を取得できなかった場合や、被告ソフトウェアの処理手順が特許権にかかる発明の技術的範囲には含まれない場合でも、著作権による保護の可能性を模索する余地は残る。そして、著作権による保護を求める場合、保護される幅や立証に配慮した上で、主としてソースコードと表示画面の類似性を根拠にするとよい。

以上