

# 16 コンピュータ・ソフトウェア関連の発明における特許性の研究 —米、日、欧の実務及び中国における展望—

招聘研究員 周俊強 (ジョウ・ジュインチャン) (\*)

いまやソフトウェア・ビジネスは世界的な広がりを見せつつあるが、知的財産権保護の観点からすれば、コンピュータ・ソフトウェアには「二面的」な性質が存在する。すなわち、ソフトウェアには著作権保護の対象であると同時に特許保護の対象ともなり得る性質が備わっている。現代におけるソフトウェアは、既に「コンピュータ・プログラムは数学的な論理的アルゴリズムを実施するだけのものにすぎない」と言う伝統的な見方とはかけ離れたところまで進歩している。ソフトウェアは、ソフトウェア産業の発展とともに人類が様々な問題を解決していく上で欠かせないツールへと進化し、かついくつかの機能を実現するものとしての役割も果たすものとなっている。すなわち、ソフトウェアは特許保護を受けるために欠かせないものとして特許法に定められている「技術性」や「非自明性」を備えるようになっているのだ。

本報告書では、ソフトウェア関連発明に関する米国の判例を検討し、日米欧の関連法規や審査ガイドラインを比較し、そして日米欧における実体的特許要件(特に「非自明性(進歩性)」要件)がソフトウェア関連発明に対しに適用されているかを研究する。さらに、中国におけるソフトウェア関連発明保護の現状と将来的に見通しについて説明した上で、中国特許法の下でソフトウェア関連発明をいかに保護していくべきかに関するいくつかの考えも提案する。また最後の部分では、筆者自身の結論と疑問も提示させていただいた。

記数法、計算方法、計算用具の発明は、文明の発展における輝かしい成果であり、その意義を人類の三大発明(火、車輪、銀行)と比較するならば、より基本的な発明と言えよう。<sup>(\*)</sup>コンピュータは機器を制御し得る存在として、生産・生活の分野に特別な位置を占めており、特にソフトウェアはコンピュータの脳、インターネットの中核として、より重要な機能を果たしている。それゆえに、ソフトウェアの法的保護に関して終りなき論争が繰り返されている。現状では、特許によるソフトウェアの保護が世界的な潮流となりつつあるが、日米のような先進国においても、特許による保護に関する統一的な見解が得られておらず、この分野に関する理論的検討や実践的研究が極めて重要、と言える。

## 1. コンピュータ・ソフトウェアの概念とその保護方法

### 1. ハードウェアに相対するコンピュータ・ソフトウェアの概念

コンピュータ・ソフトウェアの概念に関する統一的な定義は未だなされていない。システム設計に従事するSEの間では、ソフトウェア及びハードウェアは一体かつ統一的に設計されるもの、という認識がある。<sup>(\*)</sup>

「ソフト」と「ハード」の相対性は、コンピュータの領域のみならず、知的財産権保護の実施においても、ソフトウェアに対する定義も異なる。通常、著作権という視点から見た「ソフトウ

ア」の射程は特許の視点から見た「ソフトウェア」のそれより広い。著作権保護の客体として、「コンピュータ・ソフトウェア」は通常「コンピュータ・プログラム」のみならず、その関連文書も含むものの、特許の保護客体とする場合には、コンピュータ・プログラムに限定され、関連文書は含まれない。

コンピュータの歴史を紐解くと、現在まで大きく4世代に分けられるであろう。すなわち、真空管世代、トランジスタ世代、IC世代、マイクロ・プロセッサとLSI世代である。IC世代までは、ソフトウェアとハードウェアは一体であり分割することは不可能であった。すなわち、特定のコンピュータ・システム一つ一つが、組み込まれた特定のハードウェア・システムと特定のソフトウェア・システムが組み合わされていたものであり、特定のハードウェア・システムは特定のソフトウェア・システムと結合している。コンピュータ発展の第4世代、すなわちマイクロ・プロセッサとLSI世代の1970年代に入ると、IBM社はソフトウェアとハードウェアを別個に販売する試みを始め、大企業によるソフトウェア開発に対する投資額はさらに拡大し、それに伴ってソフトウェアは、ますます重要視されることとなった。とはいっても、ソフトウェアはハードウェアと対応する必要がある、また、ソフトウェアから乖離したハードウェアは単なる置物にすぎない。そして、LSI技術の発展と第5世代コンピュータの研究開発に伴い、ソフトウェアのハードウェア化やハードウェアのソフトウェア化という現象も広がりを見せた。ソフトウェアとハードウェアは従来、一つのコンピュータ・システムの中で不可分なものであり、ある共通の目的のために共通のシステム

(\*) 中国弁護士 安徽師範大学政法学院副教授

(\*)1 広東新緑洲生命科技有限公司:現代科技術における全ての競争は最終的にアルゴリズムの競争となる<http://www.bioisland.com/>

(\*)2 GREGORY A. STOBBS:Software patents(Second edition), Aspen Publishers, Inc. A Wolters Kluwer Company 2004, p10.

を構成していたと言える。

## 2. ソフトウェアの二重性及びその保護方法

### (1) ソフトウェアの著作権適格性及び特許適格性

1972年のフィリピン著作権法において、初めてソフトウェアが著作権を享受し得る旨の規定が明文化されて以降、著作権によるソフトウェア保護は、暗号化という技術的保護方式以外で最も主要な保護方式となった。WIPOも1978年と1983年にそれぞれ『コンピュータ・ソフトウェアの保護に関するモデル規定』及び『コンピュータ・ソフトウェアの法的保護に関する協定案』を発表し、著作権法によるコンピュータ・ソフトウェアの保護を提案している。TRIPS協定では更に、その第10条第1項の中で、加盟国はコンピュータ・ソフトウェアを著作物として著作権法における保護範囲に加えるよう直接求めている。<sup>(\*)</sup>ソフトウェアが具備する「著作物性」は著作権と結び付けることが容易である。表現形式から見ると、コンピュータ・ソフトウェアと一般的なテキスト作品において異なる点は認められず、ある種の言語(各種のプログラミング言語であり、すでに自然言語に近いものもある)と記号により記述することができ、テキスト作品のすべてを固定的なキャリアに固定することができ、文字作品のように容易に複製することもできる。著作権客体の独創性(又はオリジナリティとも呼ばれる)、複製可能性や表現性の要件は、コンピュータ・ソフトウェアも完全に満たすことができる。従って、著作権法によりコンピュータ・ソフトウェアの保護を行うことは理に適ったことである。

ただ、コンピュータ・ソフトウェアの形式的側面のみから、この問題をとらえることはできない。ソフトウェアには「機能性」が備わっているがゆえに、著作権法による保護では十分ではない。著作権の保護対象は著作物の表現形式であるのに対し、ソフトウェアの価値はその内在的な技術思想である。

知的財産権の主要な権利の中で特許権は科学技術の発展と最も関連が深い。特許権の客体は常に科学技術と直接関係する、又は科学技術自体だからである。価値を有する新規のソフトウェアでは、特許法が求める新規性、創造性、有用

性を満たさなければならず、要件を満たさなければ法的な保護を行う実際的な必要はない。

### (2) 保護方法の比較と発展の趨勢

著作権及び特許権というこれら2種類の保護方法について、その出発点、目的、理念はすべて異なり、保護対象もその根本的性質により異なる。

まず、著作権の客体としての著作物は、それが機能する対象は人、すなわち自然人である。他方、コンピュータ・ソフトウェアの機能対象は物、すなわちコンピュータ・ハードウェア・システムである。

第二に、著作権の客体である作品は、人々に対して思想を伝播する機能を有するのに対して、コンピュータ・ソフトウェアの機能はハードウェアを機動させ実際の動作を起こす、機械的または電子的なものである。

第三に、著作権の客体としての作品にはその作者の強烈な個性が備えられており、それは作者の人生や社会に対する認識や考え方を反映しており、その質を問わない。又、自然法則に反していたとしても、実践的な検証を受け入れる必要はなく、実際的な効果を奏していなくてもよく、ただ、作者本人の思想の表れが作品の特徴に符合してさえいれば、作品として具備しなければならない機能を実現したことになる。他方、コンピュータ・ソフトウェアはこれに該当しない。本質的に見ればコンピュータ・ソフトウェアは自然法則を利用して設計されており、それは自然法則に合致する必要がある。さらに重要なことは、客観的な実践に応用される必要があり、実践での検証を経て実際的な効果を創出しなければならないことである。

第四に、人々が作品を購入するのは、鑑賞のためであり、その作者の思想を理解するためである。作品は正にその利用者に対し(伝統的な作品に対して言うと、ここでは読者または観衆である)その思想を伝播しその価値を実現するものでもある。他方、コンピュータ・プログラムは、プログラマーの思想を全く人々に示さず、人々は、プログラム自体を目にすることさえできない。

著作権と特許の2つの保護方法においてコンピュータ・プログラムに関連する要素の比較表

コンピュータ・プログラムを 著作権保護の対象とする場合			コンピュータ・プログラムを 特許保護の対象とする場合		
比較項目	伝統的 作品	コンピュータ プログラム	コンピュータ プログラム	伝統的 発明	比較項目
思想表現の提起を 求めているか	はい	いいえ	はい	はい	思想表現の提起を 求めているか
思想表現を保護するか	はい	はい	いいえ	いいえ	思想表現を保護するか
思想の伝播を求めるか	はい	いいえ	はい	いいえ	思想の伝播を求めるか
思想自体の保護	いいえ	いいえ	はい	はい	思想自体の保護
不許諾の改変	不可	不可	可	可	不許諾の改変
作用する対象	人	物	物	物	作用する対象
実質的要件	独創性	有	有	有	新規性
	思想表現性	有	無	有	創造性
	複製可能性	有	有	有	有用性

(\*) Article 10.1 of the TRIPS Agreement reads: "Computer programs, whether in source or object code, shall be protected as literary works under the Berne Convention(1971)."

## Ⅱ. 米国におけるコンピュータ・ソフトウェアに対する特許性の探求と実践

コンピュータの領域において、ハードウェアからソフトウェアに到るまで、米国は他の国々の追随を許しておらず、同様に特許保護を含むコンピュータ・ソフトウェアに対する知的財産権保護においても、米国はこれまで一貫して「保護方法の探求者」と「原則の制定者」という役割を担い続けてきた。

1966年、米国大統領の命を受けた特別委員会では、1年の歳月を費やした調査研究報告が提出されたが、その報告書においてコンピュータ・プログラムは特許保護の対象とすべきではないという認識が示された。

同報告書では4つの理由を挙げている。コンピュータ・ソフトウェア関連発明の特許性の問題に対する対応を行うため、1966年、米国大統領の任命による特別委員会は1年間の調査と検討を行い、提出した報告書の中で、コンピュータ・プログラムは特許保護の対象とすべきではないと述べた。この報告のために列記された4つの理由は以下のとおりである。第一に、特許法の保護の対象ではない:コンピュータ・プログラムは特許法的な意味での方法ではない。第二に、特許による保護の必要がない:コンピュータ・プログラムの技術は特許の保護とは全く関係なく発生したものである。第三に既にその他の法律の保護を受けている:著作権と商業機密が既にその保護的機能を果たしている。第四にコンピュータ・プログラムに対して特許審査を行うための条件を備えていない:すなわち、特許庁ではコンピュータ・ソフトウェアの特許性を審査する条件を備えていない。<sup>(\*)4</sup>これにより、USPTOは統一的な見解、すなわちどのようなソフトウェアであっても特許の主題ではないという一つの見解によってコンピュータ・ソフトウェアに関する特許出願を処理することとなった。<sup>(\*)5</sup>USPTOはこれに基づき、いかなるソフトウェアであっても特許可能な主題ではない、という統一的な考え方によりコンピュータ・ソフトウェアに関する特許出願を処理した。<sup>(\*)6</sup>

1981年のディーア事件<sup>(\*)7</sup>において、裁判所は、コンピュータ・プログラムが含まれるからといって特許対象から除外されるのではなく、数学公式又はアルゴリズムを使用したソフトウェア発明がその他の装置やプロセスと結び付いている場合、ソフトウェア発明は一体であるとみなされ、特許可能であるという判決を下した。この事件は、米国連邦最高裁がコンピュータ・ソフトウェア関連の発明の特許性を確認した初の判決であり、米国においてコンピュータ・ソフトウェア関連の発

明に「特許を付与するか否か」の議論から「いかに特許を付与するか」の議論へ転換されたことになり、コンピュータ・ソフトウェア関連の発明に特許性の道が開かれたからである。

このような状況の下、USPTOは1981年に『コンピュータ・ソフトウェア特許出願審査指針』を正式発表し、コンピュータ・プログラム自体の特許性とコンピュータ・ソフトウェアを試用した技術の特許性とを区別して扱い、審査の重点をコンピュータ・プログラム自体から「コンピュータ・プログラム関連の発明」(computer program-related inventions)に転換しコンピュータ・ソフトウェアに対する特許法保護の基礎を築いた。

1994年、連邦巡回控訴裁判所は、Alappat事件<sup>(\*)8</sup>やLowry事件<sup>(\*)9</sup>においてコンピュータアルゴリズムの「2段階テスト」を放棄し、ある数学アルゴリズムが何らかの「有用で、具体的、現実の結果」が生じるか、又は特殊なデータ構造の記憶媒体に記憶されていれば、一体としてのソフトウェア発明は特許可能であるとした。

このため、1996年2月USPTOは、『コンピュータ関連発明審査指針』を公表した。新しい『指針』の前文では、「コンピュータ内部の応用物を含むコンピュータ関連発明とコンピュータの読み取り媒体に資する発明は、コンピュータの読み取り媒体を製品とみなして特許保護範囲に入れる。強制的に「2段階テスト」を用いなければならないとの要請は解消された。商業活動に用いられる方法に対してはその他の方法のクレームと同様に扱い、商業活動に関連する一部のコンピュータ・ソフトウェアに関する特許出願も承認される可能性を有する」としている。

1998年のState Street Bank事件<sup>(\*)10</sup>と1999年のAT&T<sup>(\*)11</sup>社事件において、CAFCはビジネスモデルに関するソフトウェア発明は機械的方式であっても、全体として何らかの「有用で、具体的、現実の結果」生じるものであれば、特許可能であると認容した。

このことは、米国の司法判例が「ビジネスモデル」ソフトウェアは特許保護の対象であり、特許性を具備していると既に確定し、出願された特許に新規性、自明性、有用性を審査する場合、特許保護の要件の一つである「Useful Art」に対する要求が既に「Practical Utility」に対する要求へと変更された、とすることができる。

(\*)4 Reporter of the president's commission on the patent system (1966)

(\*)5 Reporter of the president's commission on the patent system (1966)

(\*)6 Robert Patrick Merges, John Fitzgerald Duffy: Patent Law and Policy Cases and Materials, LexisNexis, 2002, P132.

(\*)7 Diamond v. Diehr, 450 U.S. 175(1981)

(\*)8 In re Alappat, 33F.3d 1526, 31USPQ2d 1545 (Fed.Cir.1994)(in banc)

(\*)9 In re Lowry, 32F.3d 1579 (Fed.Cir.1994)

(\*)10 State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc., 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998).

(\*)11 AT&T Corp. v. Excel Communication Inc. 50 USPQ 2d 144(Fed.Cir.1999).

### Ⅲ. ソフトウェア関連発明の特許性に関する立法及び審査基準の比較

特許立法において、現在、米国、日本、欧州の状況はそれぞれ異なっている。米国の特許法第101条は特許可能な主題に対して分類を行い、コンピュータ・ソフトウェア関連発明に対する特許保護を明確には拒否していない。日本の特許法は2002年の改定後、コンピュータ・ソフトウェアが特許を取得できる製品とみなしてもよい、としている。しかるに、欧州特許条約ではコンピュータ・ソフトウェア自体に特許保護を与えることを明確に否定している。欧州委員会は欧州の範囲内でコンピュータ・ソフトウェアに対する特許保護を統一すべく努力を行ったが、昨年7月、欧州議会での表決は失敗に終わった。

現在、特許保護を受けることができるソフトウェア発明に関する三極の特許局による認識は以下のとおりである。米国及び日本：プログラムと工程、プログラムと装置、プログラムと公知コンピュータにより構成される新しいコンピュータ・ソフトウェア製品、ビジネスモデル発明。欧州：プログラムと工程、プログラムと装置、プログラムと公知コンピュータにより構成される新しいコンピュータ・ソフトウェア製品、ビジネスモデルを含む装置の発明。

特許法が保護対象としない発明について、三極は以下のような認識をとっている。ソフトウェア発明とは以下のとおりである。米国：抽象的アイデアを単に具現化しただけで、何らの実用的な数学公式、数学アルゴリズム、コンピュータ・プログラムではないもの。日本：自然法則を応用した解決案が単なるコンピュータを用いた情報処理又はコンピュータの読み取り記憶媒体上に記録された一つのプログラム。欧州：「より高い技術的效果」を生むことができないコンピュータ・プログラム自体。

三極の審査基準を総括すると、米国は「実用性、具体性、現実の結果」主義を採用し、日本は「自然法則の応用」とし、欧州は「技術的效果」を堅持している、と表現することができよう。

### Ⅳ. ソフトウェア関連の発明特許の実質的要件：特許制度の最後の門番

#### 1. 創造性：ソフトウェア特許制度の最後の門番

特許制度の理念とは、技術の進歩を推進することであり、創造性に対する審査基準は進歩の程度を直接評価する。その根本的目的は発明を見極めることにあり、真に大きな進歩を遂げた発明を特許保護範囲に組み入れ、一般的な技術の特許の対象から締め出し、特許の乱用を防止することにあり、

もし創造性の基準が低下した場合、特許制度が社会の進歩に果たすプラスの役割にも悪影響を及ぼすことになろう。

現在、ソフトウェアの特許化に多数の人々は否定的である。要因の一つは、ソフトウェア発明の一部に特許付与されることは思いがけない幸運であるという考えが根深いからであろう。つまり、あまりにも当然ということではなく、あまりにも容易だからであり、特許取得による利益獲得の可能性とその発明を生むためになされた投資は全く正比例していないと感じているからである。

特許の実質的要件には新規性、創造性、実用性が含まれることは周知のとおりである。特許の実質的要件は発明自身が備えている技術の高度さと機能性であり、かかわっているのは発明の技術の本質である。新規性の基準は相対的な客観基準であり、問題の鍵はソフトウェア技術情報の検索と関連するデータベースの構築である。他方、実用性の基準は、ソフトウェア発明特許について言えば、特許可能な主題という段階で既に解決されているというべきであり、特許可能な主題の審査を通過したソフトウェア関連の発明にも特許の実用性の要件が具備されているということである。

そのため、ソフトウェア発明特許の実質性の要件のポイントは創造性という要件である。この創造性の要件は一部の発明にとって特許権を取得するために乗り越えなければならない最も厳しいハードルであり、最も困難な客観的な基準であり、「特許制度の最後の門番 (final gatekeeper of the patent system)」であると唱える学者もいるほどである。<sup>(\*12)</sup>コンピュータ・ソフトウェア関連の発明(ビジネスモデルも含む)分野において、この「最後の門番」の機能は最も重要である。

#### 2. ソフトウェア特許の創造性審査の比較

現在、米国、欧州、日本の三極によるソフトウェア特許の創造性に対する基準は異なっている。創造性に対しての要求は次のような3つの状況に分類することができる。

単に非機能性記述資料を用いて単純にコンピュータ・ソフトウェア化したものに対して、物理的に一体のものであるとみなし、非機能性材料自身に創造性がない場合、米国、日本、ヨーロッパ共に特許を付与しない。

創造性が単に非機能性記述資料自身の現れである出願に対し、現在、米国だけが特許法が求める非自明性が具備されていると認定している。

方案全体に創造性が具備されているコンピュータ・ソフトウェア関連の発明の特許出願に対して、その中の非機能的記述資料自体が自明であつてもなくても、米国、日本、欧州は創造性が具備されていると認定している。

その他、日本と欧州は創造性審査の立場も全く異なる。日本は技術的解決案の創造性に対しての貢献性を重視して

(\*12) Adelman, Martin J. et al. Patent Law: Cases and Materials (Minnesota: West Publishing Co., 1998).

おり、欧州では既存の技術と比較し、当該解決案により生み出される技術的効果の度合いを重視している。

## V. 中国におけるコンピュータ・ソフトウェア関連発明の特許性の規定と審査

### 1. 中国の特許法における特許性の主題に関する規定

中国の現行特許法は1985年4月1日に施行されており、1992年と2000年に2回の改定が行われている。特許法第2条では、特許の客体は発明創造であり、発明、実用新案、意匠を含む、と規定されている。中国特許法実施細則第2条において発明の定義に対する具体的な解釈が示されている。それは、「特許法において言う発明とは、製品、方法又はその改良について出された新しい技術考案をいう」というものである。

立法の技術的側面から言えば、中国の特許法及びその実施細則は特許性の主題範囲について正面からの回答を行っていない。逆に、特許法の第25条において、特許を付与されない主題範囲には5項目が含まれると規定している。すなわち、科学的発見、精神作用のルールと方法、病気の診断と治療方法、動物と植物品種、原子核の変換方法により得られた物質である。

中国における現行のコンピュータ・ソフトウェア保護の法律体系に基づけば、著作権法はソフトウェアを著作権保護の客体の一つとしているが、法律条文から見れば、中国特許法及びその実施細則にはコンピュータ・プログラム関連の発明を特許可能な主題から排除していない。

### 2. 中国国家特許局(CPO)審査指針によるコンピュータ・ソフトウェア関連発明の特許性に対する規定

中国の特許庁はコンピュータ・ソフトウェア関連の発明出願における特許性についてまず2つの大きな判断を行う。

まず、当該ソフトウェア発明は特許法が排除する保護主題に属するか否かを検討する。審査指針の規定によれば、コンピュータ・プログラム自身とキャリアに記録されているコンピュータ・プログラム自体はすべて特許法に規定されている特許を付与することのできない知的活動のルールと方法に該当する。

その次に、当該ソフトウェアの発明は法に定められた一つの発明に属するか否かを検討する。この審査規定に対して、もし一つのプログラムをコンピュータに入力し、ソフトウェアと

ハードウェアを一体として考慮し、当該発明の特許出願の主題が技術的効果を生じさせることができ、一つの完全な技術案を構成する場合、当該発明特許出願にコンピュータ・プログラムが含まれることのみを理由に特許権付与を拒絶することはできない。<sup>(\*13)</sup>

上述の要求に基づき、コンピュータ・プログラムを含むある発明出願の特許性に対しては主に以下の4つの面から審査を行わなければならない。

- (1) 全体としての検討の有無。これはソフトウェアとハードウェアの結合を指しており、強調されているのはコンピュータへのソフトウェアの入力である。
- (2) 技術的効果を生み出すことができるかどうか。特許法と審査指針では「技術」的効果の定義を明確にしていけないが、審査指針において挙げられている例がこれについて「技術的効果とは一種の改良効果でなければならず、積極的に有益な効果でなければならない。この有益な効果とは発明を構成する技術的特徴によりもたらされるもの、あるいは所謂技術性によって必然的に生み出されるものである」という説明を行っている。<sup>(\*14)</sup>
- (3) 一つの技術的案であるかどうか。特許法及びその実施細則には技術的案の定義に関する明文化された規定はないが、審査指針では技術的案に対して2つの異なる表現を行っており、技術的案の構成における2つの重要な要素を読み取ることができる。それは「ある技術的問題を解決しなければならず、技術的特徴を備えていなければならない。もし一つの技術的案でなければ、特許法の実施細則第2条第1項に基づき却下しなければならない」というものである。
- (4) 技術的案が完全であるかどうか。技術的案が完全であるかどうかの判断は、独立権利請求に記載されている必要技術特徴が十分であるかによる<sup>(\*15)</sup>。必要技術特徴とは発明が目的や効果を達成するために不可欠な技術的特徴を指しており、その総和は発明の主題を構成するに十分であり、これにより他の技術的案と区別される<sup>(\*16)</sup>。独立権利請求には全体的に発明の技術的案が反映されていなければならない、発明目的を達するための技術的特徴が記載されていなければならない<sup>(\*17)</sup>。コンピュータ・プログラムが含まれる発明では、独立権利請求に必要な技術特徴を記載する場合にはコンピュータ・ソフトウェアの技術特徴におけるハードウェアの技術特徴も含めて記載しなければならない。次に、請求明細書の中には理解や再発見に必須の何らかの内容が含まれていなければならない、このため、発明が具備しているすべての必要技術特徴を記述し

(\*13) 審査指針第2部第9章序

(\*14) 審査指針第2部第2章2.2.6

(\*15) 審査指針第2部第8章4.4.1

(\*16) 審査指針第2部第2章3.1.2

(\*17) 中国特許法実施細則第21条第2項

てあれば、技術方案は十分公開されたこととなり、一つの完全な意味での技術方案となる。上述の要求を満たさないものは通常、特許法第26条第3項と第4項に基づき却下される。

### 3. 展望と提案

#### (1) 展望

ソフトウェア産業を積極的に発展させることは中国経済の発展にとって客観的な要請であり、中国政府も非常に重要視している。政府は既に情報化を国の高度な戦略と位置付け、「情報化を大きく促進し、情報化により工業化を促進し、飛躍的な発展を実現する」という政策方針を明確に打ち出しているが、これは工業化と情報化を同じ歩調で推進するという正しい選択である。

我が国の情報産業のうち、特にソフトウェア産業のスタートは遅かったが、政府の大規模な支援の下、また急速な経済発展に強力に後押しされて、年平均25%程度の急速な成長を遂げている。現在、我が国の通信ユーザー数は6億戸に達し、インターネットユーザーは9000万戸、電子情報製品の生産額は1.88兆元であり、それぞれ世界第一位、二位、三位を占めている。中でもソフトウェア産業は既にある程度の規模を持つ、非常に活力に溢れる産業となっており、将来性のあるソフトウェア企業も国内に現れている。現在、我が国ソフトウェア製品の生産額販売収入は情報産業の販売総収入の10%近くを占めている。<sup>(\*)18)</sup>

当然、経済と技術が発展している国や地域と比べ、中国は現在、コンピュータやそのソフトウェア技術の面で相当大きな隔たりがあることを否定できない。だが、これは我々がソフトウェア特許保護制度を構築し整備することを重要視しない理由とはならない。中国の現国家知識財産権局局長である田力普氏はこの問題に対して明確な立場を示し、「知的財産権保護に対する最も根本的な力又は要求は、我が国の内部から生まれると思っている」と語っている。<sup>(\*)19)</sup>

#### (2) 提案

まず、司法審判においても行政審査においても、発明の本質を根拠の中心としなければならず、その他の発明と同じようにソフトウェア発明が法定要求を満たしてさえいれば、特許可能な主題に適用することを明確にする。

ソフトウェアの形式がどのように変化しようと、ソフトウェアの特許性を判断する重要な根拠はやはり「発明」の本質的意義である。特許制度により確定される特許法による保護の主題範囲は発明の本質的意義によって決まる。この点を明確にすることが発明の本質を理解するために非常に重要である。

第二に、審査指針の修正によりコンピュータ・ソフトウェア関連発明の特許性の基準が緩和する。特許審査指針における関連規定は、コンピュータ・ソフトウェアを含む発明が特許に対する人々の標準的認識にかなりの影響を与えた。我が国は米国のように判例法を採っている国と異なり、大量の司法判例からコンピュータ・ソフトウェア発明の特許性や特許権保護取得の基準を確定しようとする事はできない。そして、ここ数年来デジタルネットワークの電子商取引の発展趨勢に伴い、米国を含む発展国でのやり方を参考にし、我が国の実情に照らし合わせて、特許審査指針の中の『コンピュータ・プログラムを含む発明特許出願の審査』部分を改定した。具体的には次のとおりである。

(i) ソフトウェア製品に対する保護拡大と現在の世界的趨勢との差の縮小。

米国、欧州、日本における理論と実践の発展から分かるように、その審査基準は「方法特許」「装置特許」から「ソフトウェア製品特許」と発展し、現在は「電子商取引特許」となっている。これは、時代の変化に伴い常に進歩しているということであり、当然、三極は完全に同一というわけではない。先に行った考察から、三極によるコンピュータ・ソフトウェア製品の特許性に対する認識は、少なくとも現在では一致していない。それらの発明の解決に対するこの貢献が単にソフトウェア(例えばコンピュータ・プログラムに公知コンピュータを加えた)の特許出願ならば重要な意味がある。

(ii) さらに「技術的方案」「技術的效果」等の概念の定義を明確にし、審査指針をより規範化する。

審査指針は「技術的方案」に対して2回の定義を行っている。一つは実用新案の初歩審査に対する定義であり、特許者はそれが解決しようとする技術的問題に対して採用した自然法則を利用した技術特徴の集合を出願<sup>(\*)20)</sup>する。もう一つは明細書の書き方に関する定義であり、出願人が解決しようとする技術的問題に対して採った技術的措置の結合であるというものである。技術的措置は通常技術的特徴から体现される<sup>(\*)21)</sup>。

2つの定義の表現は異なり、改定時に統一した表現にするべきである。「技術的效果」の定義に関して、筆者は欧米を参考にし、TRIPSの関連規定を連携し、その定義を技術的分野に実際に応用するのがよいと考える。一定の担体にサポートされたコンピュータ・プログラムの実質がマネジメントや経済効率を向上させることができるビジネスモデルにのみ関わっている場合、特許権を付与すべき

(\*)18) 周可仁 ソフトウェア産業の発展には自主的創造に立ち、サービスを第一に考えなければならない2005-12-1 22:28:15 新華ネット/KMCenter

(\*)19) 田力普 『自主創造と知的財産権』 <http://www.kmcenter.org/ArticleShow.asp?ArticleID=2624>

(\*)20) 審査指針第1部第2章5.1.4

(\*)21) 審査指針第2部第2章2.2.5

か否か。上述の比較分析により、筆者は否定すべきだと考えている。

(iii) USPTO 審査指針の関連方法を参考にし、非法定保護主題を含む発明の特許性の判定基準を明確にする。

第三に、司法審判において、コンピュータ・プログラムを含む発明には特許性の具備の有無及び特許適格性の有無を判断する。

第四に、インターネット上のコンピュータ・プログラムの特徴に照らし、コンピュータ・プログラム発明の特許実施行為を明確にする。

日本における2002年の特許法改正案では、インターネットを通じてコンピュータ・プログラムを供給するという行為の特許実施行為であると明確に規定された。これはインターネット時代のコンピュータ・プログラムの伝達と使用の特徴に適応しており、コンピュータ・プログラム特許権侵害を速やかに有効に食い止めるために非常に有意義な規定である。

を備えたコンピュータ・ソフトウェアに対し実用性要件の再審査を実施する必要があるか。

(4) 新規性は創造性の前提であり、創造性は新規性を包括し得るか。

(5) 上述の第3と第4を併せ、コンピュータ・ソフトウェア特許出願に対する審査に、新しい「2段階テスト」を構築することは可能か。すなわち、第一段階は特許に適切な主題の審査であり、実用性の審査も含む。第二段階は創造性の審査であり、新規性の審査も含む。

(6) ソース・コードをオープン化する現象がソフトウェア特許に与える影響。

(7) コンピュータ・プログラムの複製可能性の特徴について、更に踏み込んで、コンピュータ・プログラムに対する特許実施行為として規定することが可能か。

## VI. 現在の考えと今後の課題

### 1. 現在の考え

(1) ソフトウェアは無形財産に属し、ソフトウェア発明とその他の発明の特許性は全く同一である。

(2) ソフトウェア製品とその他の製品の特許性にも区別がなくてはならない。

(3) 技術性とは発明特許が絶対に遵守しなければならない一つの原則であり、機能対象が異なるのは発明と作品(と商標)に本質的区別があるからである<sup>(\*)22)</sup>

(4) 特許性の面から考えた場合、発明の定義と特許の実質要件に合致するビジネスモデル・ソフトウェアと一般的なソフトウェア発明は全く同じであり、特許出願と審査を分けて考える必要はない。人為的に所謂「数学アルゴリズムの例外」や「ビジネスモデルの例外」を採用してはならない。

(5) ソフトウェア発明の実質的な要件審査のポイントはその創造性であり、既存技術に対して創造的な貢献があるか否かである。

### 2. 今後の課題

(1) 数学アルゴリズムとコンピュータ・プログラムのアルゴリズムは特許発明の意味上区別され得るか。

(2) 伝統的な発明の要件に合致しないビジネスモデルに対し意匠に類似した保護制度を構築し得るか。

(3) コンピュータ・ソフトウェアの特許性について、コンピュータ・ソフトウェアの特許性とその実質要件における実用性を一つの問題として扱うことが可能か。すなわち、特許性

(\*)22) 知的財産権の機能対象とはすなわち、知的財産権の客体が使用する価値が化体しているもの。例えば、著作権の客体は作品(日本ではこれを著作物と称す)であり、それが機能する対象は作品を閲覧鑑賞する人、すなわち作品の使用価値の担体は人である。