

平成 15 年 10 月 31 日

産業構造審議会知的財産政策部会  
特許制度小委員会実用新案制度WG事務局御中

社団法人情報サービス産業協会  
会長 佐藤 雄二郎

## 実用新案法改正についての当業界の意見

### 1. 実用新案法改正に対する当業界の基本的な考え方

実用新案法については、平成 5 年の改正から 10 年が経過した現在、経済産業省・特許庁において制度の総点検が行われ、産業構造審議会を通じて改正法のあり方が検討されている。そこで、その議論に関し、「権利付与対象のあり方」について、当業界の考え方を以下に述べることとする。

概していえば、権利付与対象を現行の「物品の形状等」から「物の考案」全般または「方法の考案」もしくはその双方に拡大しソフトウェア・プログラム（以下、ソフトウェアという）を同法の対象とすることについて、より慎重な検討を求めるものである。詳細は後述するが、ソフトウェアという技術分野が有する特性、業界の現状などを勘案するに、実用新案によりソフトウェアの知的財産を保護する環境が未成熟であること、および法改正が企図する効果が不透明であること等がその理由である。

もちろん、当業界は、今般検討されている上記改正案のすべてについて反対するものではない。知的財産権の適正な保護に寄与する法改正についてはこれを歓迎するものである。

### 2. 権利付与対象の拡大について

実用新案法改正の検討テーマのうち、当業界が疑問を有するのは権利付与対象の拡大についてである。その理由を、以下の 4 つの視点から指摘する。

- (1) ソフトウェア技術の発展経緯や文化風土との齟齬
- (2) 権利の有効性判断の困難性
- (3) 法改正の「効果」に対する疑問
- (4) 当業界の実情と知的財産権制度の健全な発展

#### (1) ソフトウェア技術の発展経緯や文化風土との齟齬

ソフトウェア技術の発展は、他の産業技術に比べて極めてユニークな発展形態・特色を有している。いうまでもなく、ソフトウェアはコンピュータの利便（汎用）性を向上させるべくハードウェアから独立したものである。その結果、利用者はソフトウェアを自由に創意を凝らして開発し、利用することになった。いわば、ソフトウェアの利用者は同時にソフトウェア技術の開発者でもある。例えば、ソフトウェアの利用者は、より利便性の高いソフトウェアを開発し、同一研究分野の他者にこの利用を認め、その利用者はさらなる改良を加えて他人に利用を認めていくという具合に、技術発展を担う開発者の裾野が広がってきた歴史的背景を有している。このことは、

自由な開発と開発者同士の互助、情報交換などを活発に行なう風土を作り上げてきた。すなわち、創意工夫する利用者はその数を極めて自然に拡大していき、各々の創意工夫の結果は他の利用者に伝えられ、フリーユースを尊重する風土を醸成していったのである。

このようなソフトウェア技術の発展過程で培われた自由な風土は、ソフトウェアが取引財としての地位を固め、大規模に商用化された現在でも決して衰退していない。商用パッケージソフトウェアや事業者向けの大規模システムを除けば、現在でもソフトウェアに関しては、フリーユースを承認しあう文化が厳然として存在する。その典型例はオープンソースである。わが国のみならず、世界各国で支持され、急速な成長を遂げているが、ソフトウェアが自由利用と権利保護とが交錯する分野にあることを明確に物語っている。

もちろん、こうした自由な風土を基調としながらも、利用者・開発者双方の拡大と価値観の多様化によって、権利主張をする利用者が増大していることも事実である。

しかしながら、ソフトウェアはオープン化と独占化、権利主張する者と互助の精神に富む者など多様な価値観がひしめく分野にあるといえよう。このような分野の特性を考慮することなく、いたずらに権利を付与することは著しい混乱を招来する危険性があると同時に、ややもすれば技術の発展を阻害しかねないとする。米国において提起されている SCO 社、マイクロソフト社、IBM 社、サン・マイクロシステムズ社が関係するリナックスをめぐる紛争は、ソフトウェア分野の保護のあり方を再考させるに興味深い示唆を与えている。このなかで、リナックスを促進する側からは感情的ともとられかねない強力な知的財産不要論(ソフトウェアの自由利用論)が表明されている。もちろん、その正当性については賛否両論あるろうが、この問題を現時点で拡大させることは、将来におけるソフトウェアの知的財産保護のあり方を大きく左右させることにつながりかねない。

法改正による権利付与対象の拡大が知的財産権の保護強化のみを主眼としているならば別段、知的財産保護の本旨がその産業技術の発展にあるのであれば、いかなる保護がソフトウェア技術と産業の発展に寄与するのかについて十分に見極めていく必要がある。実際、自由文化のなかで日々開発され、自由利用されているものには、いわゆる小発明に属するものが多い。そうであるからこそ、権利化された小発明と自由利用が認められた小発明とが衝突することが想定されるのである。

ソフトウェアについて、特許保護に値する高度な技術的思想のみを保護し、実用新案保護を認めていない現状の保護姿勢は、この意味でも微妙な調和のうえに成立しているともいえる。すなわち、高度な技術は法的に保護され、他の改良技術は自由技術としてソフトウェア技術の発展のために還元されているのである。今、実用新案法改正により、この調和に一石を投じる必然性は見当たらない。むしろ、拙速な法改正が後に取り返しのつかない混乱を引き起こしかねないと危惧している。このような混乱が生起しないという確証を得るまでの間はより慎重な議論を重ねるべきである。

## (2) 権利の有効性判断の困難性

実用新案法における小発明も、その保護を受けるためには特許法と同じく自然法則を利用した技術的思想でなくてはならないことはいままでのまではない。しかし、ソフトウェアに関する自然法則の利用可能性の判断・基準は、特許の実務といえども、理解が進んでいるとはいいがたいのが実情ではないだろうか。すなわち、いかなる技術的思想が自然法則を利用したものであるかについ

での判断は、依然として統一化されておらず、審査官と出願人（または代理人弁理士）の判断には大きな齟齬が生じている。近年、ソフトウェア関連分野の特許審査においては、その登録率の低さが指摘されているが、拒絶理由のうち特許法第29条1項柱書の要件違反が極めて多いことは、このことを物語っているとみえる。

そこで、審査を行わない実用新案においてソフトウェア技術の登録を行うことは、特許と同じ程度に出願人の判断余地を拡大させ、権利行使を受ける側も同様であるため、実用新案登録された場合もその多くは司法判断に委ねられることとなり、一層混乱が助長される可能性が高いといわざるを得ないのである。

加えて、ソフトウェアの分野は、その技術発展が個人レベルの利用者によって担われていることが多いため、公知文献が整備されていない状況にある。現在、特許庁は審査に資するコンピュータソフトウェアデータベース(CSDB)の拡充に努力しており、一定の成果をあげているものの、それでも世界規模で日々開発されるソフトウェアの数は爆発的に増加していることを考えると、その効用にも限界を感じないわけではない。

実用新案登録がされた場合、権利者は技術評価書を提示して権利行使をすることになるが、それを受けた側は、権利の有効性を確認すべく公知文献を探索することになる。しかし、ソフトウェアの場合、上記の事情から多くの企業にとってそれは事実上不可能である。しかも、収集された技術情報から権利の有効性を判断するのは容易ではなく、権利行使を受ける側にとっては、文献が発見できないがゆえに納得しかねる対価を支払うこともあろうし、不当な権利行使を許す土壌ともなりかねないことが懸念されるのである。このことがひいては、ソフトウェア事業者の活動を萎縮させ、情報化の発展の妨げとならないか、危惧するところである。

### (3) 法改正の「効果」に対する疑問

今般の法改正の方向は、以下のような狙いがあることは理解している。しかし、それらも他の要因も合わせて勘案すると、特にソフトウェア分野においては十分な効果をあげられるのか疑問である。

#### (ア) 適時のソフトウェア保護

ソフトウェア商品は、ライフサイクルが極めて短く、実用新案でこれを保護対象とすればソフトウェアを適時に保護できるという考え方である。

確かに、実用新案制度は小発明を無審査で登録することで、スピーディな知的財産保護を実現するもので、優れた特徴を有した制度であることを否定するものではない。しかし、ソフトウェアに関する限り、上記のとおり、自然法則利用性についての判断の困難性、および公知技術情報の把握（新規性、進歩性判断）の困難性がある以上、当事者間の紛争は司法判断に委ねられることが予想されるため、迅速な権利保護に直結するかどうか、不明である。

#### (イ) 侵害品・模造品対策

早期保護は外国（特にアジア諸国）からの侵害品・模造品対策に資するという考え方である。

模造品対策として、現在、力を発揮しているのは、商標・意匠（もしくは著作物）である。技術思想に関する知的財産権に基づいた権利行使の実効性はむしろこれからであり、まずもって特許権に基づく権利行使の可能性を検証すべきではないだろうか。

#### (ウ)ベンチャー企業保護

今後成長が期待されるITベンチャーを中心に、低コストで知的財産を保護することができるという考え方である。

実用新案登録に要する費用は印紙代のみであることを考えれば確かに低コストである。しかし、実際は弁理士に委託して明細書の作成を行うことが圧倒的に多いと予想されるベンチャー企業においては、登録に要する費用は特許と異なる。他業界のことは別としても、わが国のソフトウェア業界におけるベンチャー各社は規模が小さく財務的にもきわめて脆弱であることが一般的であり、少なくとも費用面においてベンチャー企業保護の可能性については期待できないのではないか。

#### (エ)適正保護

現状、実用新案は「物品の形状」等にかかる考案を対象としており、一見するとソフトウェアを保護対象としていないが、明細書の記載方法を工夫すれば、その可能性が皆無とはいえない。つまり、同様の発明も明細書の記載方法如何により保護対象となる場合もある。このような事態は必ずしも制度運用上適正とは言えないため、より適正な保護に向けては保護対象を拡大することでソフトウェアを保護対象とすることを明確化すべきであるという考え方である。

明細書の書き方によって保護対象となる場合もあればならない場合もあることは、確かに本来あるべき知的財産の保護ではなく、可能な限り保護対象を明確化して、そのような状況を是正するのが適切な方向性であろう。しかし、現実には、特許制度においてでさえ自然法則利用可能性を充足するためには様々な工夫を凝らしていることも多いのが事実であり、実用新案制度よりも一般的に行われていることであろう。知的財産権の適正保護に係る問題は、まずは特許制度のなかで解決すべき問題であると考ええる。

#### (オ)知的財産権制度のベストミックス

多数の特許出願の一部を実用新案にシフトさせることで、特許審査の負荷を軽減し、これにより知的財産制度の利用者にとっても選択の幅が増え、メリットがあるという考え方である。

この基本理念に対しては大いに賛成である。しかし、一部の特許出願を実用新案にシフトさせるとしても、技術分野によってその実現可能性は異なるのである。情報技術分野には上記のとおり困難な問題があることを考えるとき、直ちに情報技術・ソフトウェアをも対象とすることが適切かどうか、より慎重な検討が望まれるところである。

#### (4)当業界の実情と知的財産権制度の健全な発展

当業界は、一部の大企業と多数の中小企業から構成される。

一部の大企業は、直接的に顧客と接点を持ち、大規模なシステム開発を推し進める力を有しており、法務、知的財産をはじめとする社内管理の整備・拡充が図られている。しかし、これら大企業といえども、こと知的財産権に関していえば、依然として十分な対応力があると自己評価している企業は少ない。スタッフの不足もさることながら、十分なノウハウを持ち合わせていると

はいえないのが現状である。また、確かに、大企業は、徐々に知的財産対応を進めているが、そこに要する費用、人的・時間的投資については負担を感じざるをえない状況にある。特に、他社の特許権侵害を回避するために、事前の調査を行っているが、日々、開発業務に追われるなかで、膨大な開発プロジェクトの全体を調査するには程遠い水準であるのが実態である。このような状況で実用新案までもが調査の対象となるのであれば、大企業といえどもその負担に耐えられるものではない。

一方、数において圧倒的多数を占める中小企業について言えば、大企業の下請であることが多く、法務・知的財産権への対応はほとんどできていないのが実情である。兼任の担当者でさえ置かれていないケースも決して珍しくないのである。このような業界構造のため、昨今の知的財産権の保護強化のなかで両者の格差は拡大している。実用新案による保護がはじまれば、一部の大企業は対応していくことができたとしても、残る大多数の中小企業が対応できないことが予想される。

また、当業界の実情は、ソフトウェア分野における知的財産権保護制度の健全な発展のうえでも深刻な問題を投げかけている。先にも述べたとおり、元来、ソフトウェアは自由利用と権利保護が交差する複雑な領域にある。そして、現在でも権利の行使は容易ではなく、また他社の特許侵害を回避すべく努力し得る企業は多くはない。つまり、ある意味では権利侵害が無意識のうちに行われ、権利者も侵害事実発見の困難さゆえにこれを放置していることも少なくないのである。

このため、実用新案によりソフトウェアの保護が行われた場合、この事態を一層悪化させることになるのではなかろうかと懸念する。実用新案については、登録が容易であるため、権利は現在よりも多く付与されることになるだろう。しかし、その結果として、侵害が横行するようでは、何のための権利付与なのかわからなくなり、ひいては知的財産権を軽視する風潮を助長しないか、と考えるものである。

歴史的にみれば、特許法によるソフトウェアの保護は始まって日も浅い。このため、随所に未検討の問題が山積しており、その保護のあり方こそ、今、時間をかけて十分に検討すべきであると考える。

以上