

<全体概要>

第1 著作権法に係る論点の整理

1. 本件における検討事項
 - 【ディスカッションポイント1】
 - 【ディスカッションポイント2】
2. 著作物（創作性）
 - 【ディスカッションポイント3】
 - 【ディスカッションポイント4】
3. プログラムの著作物
4. 複製権（著作権法第21条）、翻案権（著作権法第27条）侵害における判断基準
5. まとめ【ディスカッションポイント5】

第2 不正競争防止法に係る論点の整理

1. 営業秘密とは
2. 不正競争防止法第2条第1項第7号における不正競争行為

第3 法務担当者としてできること【ディスカッションポイント6】

第1 著作権法に係る論点の整理

1. 本件判決における検討事項
 - 【ディスカッションポイント1】本件判決のいう「個性」とはなにか。
→プログラムの創作性における個性とは、思想・感情の流出物としての個性ではなく、あるプログラムに独占権を与えても他に選択の幅が残されていること、つまり他の者に同じ『機能』を有するプログラムの創作の余地があることをもって創作性があると考えているのではないか¹。
 - 【ディスカッションポイント2】本件判決では、控訴人及び被控訴人プログラムにおける共通部分を抽出し、「ありふれた表現にすぎ」ない、「ありふれた表現を結合させた記述にすぎない」、または「プログラムのアイデア又は解法にあたる」等として創作性を否定しているが、かかる判断は妥当か。
→【追記】本件のような原告・被告両者のプログラム記述の比較方法（関数の記載を抽出して比較）によってはたして複製権又は翻案権の侵害の有無に関する妥当な結論が得られるのか。オブジェクト指向言語のプログラム

¹中山信弘 『著作権法[第2版]』

では開発ツールが最適なコーディングを提示するため、似た記載にならざるを得ないのではないか。

2. 著作物（創作性）（著作権法第2条第1項第1号）

【本件判決（高裁）】

「ある表現物が、著作権法の保護の対象となる著作物に当たるというためには、思想、感情を創作的に表現したものであることが必要であり、創作的に表現したものであるためには、作者の何らかの個性が発揮されたものであることが必要である。」

【その他の裁判例】

- ライブドア裁判傍聴記事件（知財高裁（平成20年(ネ)第10009号）平20.7.17）

Xが、刑事被告事件の公判期日に行われた証人尋問を傍聴した結果をまとめた記述（X傍聴記）をインターネットを通じて公開したところ、第三者が、Yが管理・運営する「Yahoo!ブログ」に、X傍聴記の内容をほぼそのまま利用したブログ記事を無断で掲載したため、Xが、Yに対し、著作権法112条2項（差止請求権）に基づき、ブログ記事の削除を求めた事案²において、X傍聴記は創作性を認めることができず、著作権法2条1項1号の著作物であると認めることはできないとした事例。

→「著作権法2条1項1号所定の「創作的に表現したもの」というためには、当該記述が、厳密な意味で独創性が発揮されていることは必要でないが、記述者の何らかの個性が表現されていることが必要である。言語表現による記述等の場合、ごく短いものであったり、表現形式に制約があるため、他の表現が想定できない場合や、表現が平凡かつありふれたものである場合は、記述者の個性が現われていないものとして、「創作的に表現したもの」とであると解することはできない。」

→「証人が実際に証言した内容を原告が聴取したとおり記述したか、又は仮に要約したものであったとしてもごくありふれた方法で要約したものである…」、「いずれも極めて短く、表現方法に選択の余地が乏しいといえる」等として、「原告の個性が発揮されている表現部分はなく、創作性を認めることはできない。」と判断した。

- ゴナ書体事件（最高裁（平成10年(受)第332号）平12.9.7）

Xは、印刷用書体「ゴナU」、「ゴナM」を、自社商品として有し、Yは、同様に印刷用書体として「新ゴシック体V」、「新ゴシック体L」を有していたところ、

² 他にも、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律（プロバイダ責任制限法）4条1項に基づき、ブログ記事の発信者の情報開示を請求したが、著作権侵害がないとの理由で否定されている。

原告は、被告の上記印刷用書体は、自己の印刷用書体である「ゴナU」、「ゴナM」の無断複製物であると主張して、著作権侵害に基づく販売の差止め、損害賠償等を請求した事例。

→「印刷用書体がここにいう著作物に該当するというためには、それが従来の印刷用書体に比して顕著な特徴を有するといった独創性を備えることが必要であり、かつ、それ自体が美術鑑賞の対象となり得る美的特性を備えていなければならないと解するのが相当である。」³

→原告の印刷用書体は、「従来からあるゴシック体のデザインから大きく外れるものではない」という理由から、前記の独創性及び美的特性を備えているということではできないとして、著作物性を否定された。

➤ 交通標語「チャイルドシート」事件控訴審（東京高裁（平成13年（ネ）3427号）平13.10.30）

→交通標語の著作物性の有無あるいはその同一性ないし類似性の範囲を判断するに当たっては、①表現一般について、ごく短いものであったり、ありふれた平凡なものであったりして、著作権法上の保護に値する思想ないし感情の創作的表現がみられないものは、そもそも著作物として保護され得ないものであること、②交通標語は、交通安全に関する主題（テーマ）を盛り込む必要性があり、かつ、交通標語としての簡明さ、分りやすさも求められることから、これを作成するに当たっては、その長さ及び内容において内在的に大きな制約があること、③交通標語は、もともと、なるべく多くの公衆に知られることをその本来の目的として作成されるものであることを、十分考慮に入れて検討する⁴。

→「チャイルドシートに関する交通標語において、使用される頻度が極めて高い語句であること」「チャイルドシートの使用を勧めるに当たり、…「…よりチャイルドシート」とすることは、ごくありふれた手法であること」から、控訴人（原審原

³ このような判断がなされた背景として、「印刷用書体について右の独創性を緩和し、又は実用的機能の観点から見た美しさがあれば足りるとすると、この印刷用書体を用いた小説、論文等の印刷物を出版するためには印刷用書体の著作者の氏名の表示及び著作権者の許諾が必要となり、これを複製する際にも著作権者の許諾が必要となり、既存の印刷用書体に依拠して類似の印刷用書体を制作し又はこれを改良することができなくなるおそれがあり、著作物の公正な利用に留意しつつ、著作者の権利の保護を図り、もって文化の発展に寄与しようとする著作権法の目的に反することになる。また、印刷用書体は、文字の有する情報伝達機能を発揮する必要があるために、必然的にその形態には一定の制約を受けるものであるところ、これが一般的に著作物として保護されるものとする、著作権の成立に審査及び登録を要せず、著作権の対外的な表示も要求しない我が国の著作権制度の下においては、わずかな差異を有する無数の印刷用書体について著作権が成立することとなり、権利関係が複雑となり、混乱を招くことが予想される。」

⁴ 原審（東京地裁（平成13年（ワ）2176号）平13.5.30）では、「『創作的に表現したもの』というためには、当該作品が、厳密な意味で、独創性の発揮されたものであることまでは求められないが、作者の何らかの個性が表現されたものであることが必要である。文章表現による作品において、ごく短く、又は表現に制約があって、他の表現がおおよそ想定できない場合や、表現が平凡で、ありふれたものである場合には、筆者の個性が現れていないものとして、創作的に表現したものということができない」と一般論を述べ、原告スローガンの著作物性を肯定している。

告) スローガンに創作性が認められるとしても、全体としてのまとまりをもった5・7・5調の表現のみにおいてであって、それ以外には認められないというべきであるとし、被控訴人(原審被告)スローガンとの関係において、著作権侵害を否定した。

- ヨミウリ・オンライン事件控訴審(知財高裁(平成17年(ネ)10049号)平17.10.6)控訴人(原審原告)が、被控訴人(原審被告)に対し、被控訴人が被控訴人HP条にヨミウリ・オンラインの記事見出し(YOL見出し)を掲出させるなどして、控訴人が有するYOL見出しについての複製権及び公衆送信権を侵害していることを理由として、YOL見出し等の複製等の差止め及び損害賠償を求めた事案。
→一般に、ニュース報道における記事見出しは、報道対象となる出来事等の内容を簡潔な表現で正確に読者に伝えるという性質から導かれる制約があるほか、使用し得る字数にもおのずと限界があることなどにも起因して、表現の選択の幅は広いとはいえず、創作性を発揮する余地が比較的少ないことは否定し難いところであり、著作物性が肯定されることは必ずしも容易ではないものと考えられる。しかし…著作物性が否定されるものと即断すべきものではなく、その表現いかんでは、創作性を肯定し得る余地もないではないのであって、結局は、各記事見出しの表現を個別具体的に検討して、創作的表現であるといえるか否かを判断すべきものである⁵。
→控訴人が挙げた具体的なYOL見出しについて、「ありふれた表現の域を出ない」「客観的な事実関係をそのまま記載したもの」「普通に用いられる極めて凡俗な表現にすぎない」等として著作物性を否定。

【裁判例の傾向】⁶

- 【ディスカッションポイント3】記載した裁判所の判断に、共通項はあるのか。
→「思想又は感情」の外部的表現に著作者の個性が何らかの形で現われていれば足りる⁷としているのではないか(【ディスカッションポイント1】)。
- 【ディスカッションポイント4】裁判所の判断の背景には何があるのか。
→対象となった著作物の性質に鑑み、個別具体的に判断しているのではないか。

⁵ 原審(東京地裁(平成14年(ワ)28035号)平16.3.24)では、「『創作的に表現したもの』というためには、筆者の何らかの個性が発揮されていなければならないのであって、厳密な意味で、獨創性が発揮されたものであることまでは必要ない」と一般論を述べ、「表現の選択の幅は広いとはいえないこと」等を理由に著作物性を否定。

⁶ 小倉秀夫、金井重彦編著『著作権法コンメンタール』

⁷ 東京高判昭62.2.19(当選予想表事件)、東京地裁平10.10.29(著作権判例百選30事件)、ライブドア裁判傍聴記事、本件判決等多数

【学説】

- 表現がありふれたものであるか否かは、法的、規範的な評価を含むため、常に一義的に明確に判断できるというものではない。問題となる表現が同種の表現行為において標準的に採用される表現と比べてどの程度特徴的なものかという点と、当該表現を著作権により保護した場合に他者の表現活動にどの程度の不自由が生じるかという点とを相関的に航路して、ケースバイケースで判断すべきである。この判断はしばしば微妙であり、限界的な事例では評価がわかることもあろう⁸。
- **【追記】** 作品それ自体のみで創作性を判断すべきものではなく、他者の行為可能性との関連において判断されるべきであるとして、創作性の概念を「表現の選択の幅」ととらえる⁹。

→この見解では、目標の設定（両作品の比較範囲）次第で選択の幅の有無は変わるのではないか¹⁰。また、他に1つでも選択の余地がある場合、創作性があるといえるか疑問が残る。

3. プログラムの著作物（著作権法第10条第1項第9号）

【本件判決（高裁）】

ある表現物が、著作権法の保護の対象となる著作物に当たるというためには、思想、感情を創作的に表現したものであることが必要であり、創作的に表現したものであるためには、作成者の何らかの個性が発揮されたものであることが必要である。この点は、プログラムであっても異なるところはないが、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」（著作権法2条1項10号の2）であり、所定のプログラム言語、規約及び解法に制約されつつ、コンピュータに対する指令をどのように表現するか、その指令の表現をどのように組み合わせ、どのような表現順序とするかなどについて、著作権法により保護されるべき作成者の個性が表れることになる。

したがって、プログラムに著作物性があるというためには、指令の表現自体、その指令の表現の組合せ、その表現順序からなるプログラムの全体に選択の幅があり、かつ、それがありふれた表現ではなく、作成者の個性、すなわち、表現上の創作性が表れていることを要する。

【その他の裁判例】

- 東京地裁平 15. 1. 31（電車線設計用プログラム事件）

⁸ 島並良、上野達弘、横山久芳『著作権法入門』

⁹ 中山信弘『著作権法[第2版]』

¹⁰ Ex. AからBに行く場合には選択の幅は無い一方、AからZに行く場合には選択の幅はある。

電車線設計用コンピュータ・プログラムについて、複製権及び翻案権侵害の成立が否定された事例

→プログラム（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）形式で表現されたものであっても何ら異なることはない。プログラムは、具体的記述において、作成者の個性が表現されていれば、著作物として著作権法上の保護を受ける。

→プログラムは、その性質上、表現する記号が制約され、言語体系が厳格であり、また、電子計算機を少しでも経済的、効率的に機能させようとする、指令の組合せの選択が限定されるため、プログラムにおける具体的記述が相互に類似することが少なくない。仮に、プログラムの具体的記述が、誰が作成してもほぼ同一になるもの、簡単な内容をごく短い表記法によって記述したもの又は極くありふれたものである場合においても、これを著作権法上の保護の対象になるとすると、電子計算機の広範な利用等を妨げ、社会生活や経済活動に多大の支障を来す結果となる。また、著作権法は、プログラムの具体的表現を保護するものであって、機能やアイデアを保護するものではないところ、特定の機能を果たすプログラムの具体的記述が、極くありふれたものである場合に、これを保護の対象になるとすると、結果的には、機能やアイデアそのものを保護、独占させることになる。したがって、電子計算機に対する指令の組合せであるプログラムの具体的表記が、このような記述からなる場合は、作成者の個性が発揮されていないものとして、創作性がないというべきである。¹¹

➤ 東京地裁平 26. 4. 24

旧バージョン、新バージョンという2つのソースコードについて、（どのような）ことに関して著作権侵害が争われた事例。

旧バージョンについて、原告プログラムと被告プログラムとの間に対応、一致する箇所が多いとして、具体的なソースコードの記述について創作性の有無を判断することなく著作権侵害を認めた¹²。

他方で、新バージョンについても著作権侵害が争われたが、類似箇所の分量について数十行にとどまるなどと述べて、結論として著作権侵害を否定した¹³。

¹¹ 当該判決は、同一性の判断について、「プログラム相互の同一性等を検討する際にも、プログラム表現には上記のような特性が存在することを考慮するならば、プログラムの具体的記述の中で、創作性が認められる部分に対比することにより、実質的に同一であるか否か、あるいは、創作的な特徴部分を直接感得することができるか否かの観点から判断すべきであって、単にプログラムの全体の手順や構成が類似しているか否かという観点から判断すべきではない。」としている。

¹² 当該判例における旧バージョンのソースコードの類似性の判断にあたっては、処理の分岐や繰り返し処理の表現方法には多種類あるところ、同一の表現を用いていたということから、実質的に同一性を有するということを認定した。また、依拠性の間接事実として、一見すると非効率な部分が共通するという事実を評価していると考えられる。

➤ 知財高裁平 24. 1. 31

元従業員が転職先で開発したソフトウェアの著作権侵害が争われた事例。
実質的に一致する箇所の分量が多いとして著作権侵害を認めている。

4. 複製権（著作権法第21条）、翻案権（著作権法第27条）侵害における判断基準

【本件判決（高裁）】

著作物の複製（著作権法21条、2条1項15号）とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいう（最高裁昭和50年（オ）第324号同53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁参照）。ここで、再製とは、既存の著作物と同一性のあるものを作成することをいうと解すべきであるが、同一性の程度については、完全に同一である場合のみではなく、多少の修正増減があっても著作物の同一性を損なうことのない、すなわち実質的に同一である場合も含むと解すべきである。

次に、著作物の翻案（同法27条）とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。そして、著作権法は、思想又は感情の創作的な表現を保護するものであるから（同法2条1項1号）、既存の著作物に依拠して創作された著作物が思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において、既存の著作物と同一性を有するにすぎない場合には、複製にも翻案にも当たらないものと解するのが相当である（最高裁平成11年（受）第922号同13年6月28日第一小法廷判決・民集55巻4号837頁参照）。

このように、複製又は翻案に該当するためには、既存の著作物とこれに依拠して創作された著作物との同一性を有する部分が著作権法による保護の対象となる思想又は感情を創作的に表現したものであることが必要である。

そして、「創作的」に表現されたというためには、厳密な意味で独創性が発揮されたものであることは必要ではなく、筆者の何らかの個性¹⁴が表現されたもので足りるというべきであるが、他方、プログラムの具体的記述自体がごく短く又は表現上制約があるため他の

¹³ 否定した事情として、関数の表現や内容、ブロック構造は対応するものの、創意工夫が可能な計算処理の方法などの具体的記載内容、順序が異なっているとしている。

¹⁴ 中山信弘『著作権法[第2版]』によれば、プログラムの創作性における個性とは、思想・感情の流出物としての個性ではなく、あるプログラムに独占権を与えても他に選択の幅が残されていること、つまり他の者に同じ『機能』を有するプログラムの創作の余地があることをもって創作性があると考えているのではないか。

表現が想定できない場合や、表現が平凡かつありふれたもの¹⁵である場合には、作成者の個性が表現されたものとはいえないから、創作的な表現であるということとはできない。

5. まとめ【ディスカッションポイント5】

本件判決は、著作権侵害を検討する要件（依拠性、類似性、創作性）のうち、創作性に関して、プログラムにおける関数名等プログラムの記述を具体的に取り上げ、検討している。

プログラムの中には、汎用性の高いプログラムを再利用可能な形でひとまとまりにしたライブラリや関数を呼び出すという処理が行われることが多く、これらの呼び出し記述の部分が一致したとしても、特定のライブラリや関数を選択したというアイデアが共通するにとどまり、創作的な表現が類似するとは言い難い。

創作性の判断にあたっては、以下の点を考慮し、著作権侵害がなされているかを検討すべきである¹⁶。

- ①一致又は類似する部分の分量・割合は多いか¹⁷
- ②一致又は類似する部分は創意工夫の余地はあるか¹⁸
- ③プログラム構造が類似しているか¹⁹

第2 不正競争防止法に係る論点の整理

1. 営業秘密

- ①秘密管理性、②有用性、③非公知性を有するもの²⁰。

2. 不正競争防止法第2条第1項第7号における不正競争行為

第一次取得者が契約上、法律上等何らかの根拠に基づいて保有者から開示を受けた営業秘密を、開示された本来の目的以外の目的のため使用・開示すること、しかもその別目的

¹⁵ 「ありふれたもの」とは、誰が表現しても同じようなものになるものを指す。（『著作権法テキスト～平成27年度版～』文化庁長官官房著作権課）

¹⁶ 弁護士松島淳也、弁護士伊藤雅浩『システム開発紛争ハンドブック～発注から運用までの実務対応』

¹⁷ プログラム全体の内、一致又は類似する部分の占める割合や分量が多い場合、プログラムの選択の幅が広くなり、そこに創作的表現が含まれる可能性が高い。著作権侵害を認める間接事実として作用する。

¹⁸ 一致又は類似する部分について、実現したい機能、処理、性能との関係から、表現方法が1対1に決まってしまうものであるのか、多様な方法がある中で、開発者の創意工夫の余地がある、ありふれた表現ではないものなのかを検討する必要がある。

¹⁹ プログラムの構造、処理の流れ、作成単位、枠組みなどは、表現それ自体ではないアイデアであるか、あるいは規約、解法に分類されるものであって、これがいくら類似していると主張しても失当となる。

²⁰ 不正競争防止法第2条第6項：「営業秘密」とは、秘密として管理されている生産方法、販売方法その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報であって、公然と知られていないものをいう。

が不正の利益を得る目的又は加害目的であるという、信義則に違反する行為が本号の対象となる²¹²²。

【裁判例】

- ダイコク原価セール事件（東京地裁(平成13年(ワ)第10472号)平14.2.5)
被告が、原告から仕入れた原告商品の仕入価格を明示してその仕入価格で販売するという原価セールを行ったことに関連して、被告の開示した原告からの仕入価格は、原告の営業秘密に当たると主張して、原告が被告に対して不正競争防止法に基づく損害賠償請求をした事案。
→「売買価格は、民法上の典型契約たる売買の主要な要素であり、契約当事者たる売主と買主との間での折衝を通じて形成されるものであるから、両当事者にとっては、それぞれ契約締結ないし価格の合意を通じて原始的に取得される情報というべきであり、各自が自己の固有の情報として保有するものというべきである²³。」として、不正競争防止法上の不正競争行為に該当しないと判断した²⁴。

第3 法務担当としてできること【ディスカッションポイント6】

本件判決は、被告がかつて原告に開発委託して納入させたソフトウェアと同種のソフトウェアを原告が製造・販売したことから、被告ソフトウェアを流用したのではないかということが紛争の原因であると考えられる。

また、前述の裁判例等によるコンピュータプログラムの著作権に関する創作性の判断から、コンピュータプログラムに関する著作権侵害が認められにくく、デッドコピーに近い事例でない限りは、機能、動作が類似しているというだけでは独占することは困難である。

では、本件のような紛争は事前に防止できなかったのか。

²¹ 具体例：ライセンス契約に基づきノウハウの提供を受けたライセンシーが、ライセンサーに無断で第三者にそのノウハウを開示してライセンサーの製品の競合品を製造させる行為、ライセンス契約を結ぶか否か判断するための評価目的でノウハウの開示を受け、結局ライセンス契約締結に至らなかったのに、無断でこのノウハウを使用して相手方の製品の競合品を製造販売する行為

²² 金井重彦、山口三恵子、小倉秀夫『不正競争防止法コンメンタール』

²³ なお、当該裁判例は、「…特定の売買契約における売買価格が秘密として管理され、公然と知られていない場合には、当該売買価格が『事業活動に有用な営業上の情報』として、不正競争防止法上の『営業秘密』に該当し、それを保有する事業者から当該売買価格を示された者が、その保有者に損害を与える目的でこれを開示したときには、当該開示行為が同法2条1項7号所定の不正競争行為に該当することがあり得るものと解される。」とも判断している。

²⁴ 当該裁判例は、仮に売買価格につき買主が売主との間で秘密保持の合意をしていた場合について、「買主が、自己の地位に基づいて原始的に取得して保有する固有の情報につき本来的に有する自己の開示権限を、自主的に制限することを約したというにとどまるから、そのような合意に反して買主が売買価格を開示したとしても、売主との間で契約上の義務違反の問題を生ずることはあっても、不正競争防止法上の不正競争行為に該当することにはならない」と判時している。

- **【追記】** 被告プログラムを営業秘密（又は契約上の秘密情報）として適切に管理・保管する。
 - 本件のような案件で、不正競争防止法の主張を裁判所によって退けられてしまつては、どのように自社のプログラムを守っていくことができるのか。経済産業省が公開する「営業秘密管理指針」を確認し、従業員への徹底も含め、秘密情報の管理を自社で適切に管理・保管する必要がある。
 - 本件の原審は「原告が本件ソフトウェアのプログラムの表現上の創作性を有する部分を使用して原告ソフトウェアを製造し、販売したものとはいえない」ことを理由に被告の不正競争防止法の不正競争行為（営業秘密）の主張を退けているが、営業秘密（不正競争防止法）と創作性（著作権法）は別のものであるため、かかる判断は妥当ではないのではないか²⁵。
- **【追記】** 被告プログラムのバージョンアップ等を原告に委託する際、ソースコード等の秘密情報の開示を適切に行う。
 - プログラム全体を委託先に委託するのではなく、プログラムのコア部分は自社で開発する等、開発段階の工夫が必要ではないか。
- **【追記】** 本件では、エプソンチャイナ社との商談に関して、原告・被告間に秘密保持の契約がなされていなかったため、商談の前に両方で秘密保持契約を締結すべきであった。
- **【追記】** 被告としては、原告に競業避止義務を負わせることを検討すべきであった。
 - 競業避止義務の内容によっては独占禁止法違反になりうるため、注意が必要である。

以上

²⁵ 考え方の一つとして、本件のように著作物性が認められないような、「ありふれた」又は公開されている表現を用いてプログラムを作成した場合、当該プログラムは営業秘密にもあたらないといえるのではないだろうか。