

# ソフトウェアの開発委託契約とソースコードの扱い

——「携快電話6」事件——

東京地方裁判所 平成16年1月28日判決  
平成15年(ワ)第5020号 損害賠償請求事件

宮 脇 正 晴\*

**抄 録** 本件は、直接的にはYの本件仮処分申立てが不法行為に該当するかが問題となった事案であるが、その判断の前提となる問題として著作権法上の問題につき認定判断がなされている。

著作権侵害の判断において、「ソースコードの著作権」がソフトメーカーであるAに帰属するとした点には疑問が残るが、侵害を否定する本判決の結論は正当である。Yがそのような結論を避けるためには、ソフトウェア開発委託契約終了後に交わされた本件合意書において、「ソースコード」の定義や、受注者であるAが当該ソースコードについて有する権利の具体的内容や、当該ソースコードを付加開発できる具体的範囲について合意しておく必要があった。また、Yとしては著作権をAより譲り受けたことにつき、登録を得ておくべきであった。

本件仮処分申立ての不法行為該当性について、判決がこれを否定した点にも、結論としては異論はない。

## 目 次

1. 事 実
2. 判 決
  2. 1 プログラムの著作権の侵害の成否について
  2. 2 データファイルに関する著作権侵害の成否について
  2. 3 本件仮処分申立ての不法行為該当性について
3. 検 討
  3. 1 はじめに
  3. 2 プログラム著作権の侵害
  3. 3 データファイル（画像ファイルを除く）の著作権の侵害
  3. 4 補論：表示画面の著作権
  3. 5 本件仮処分申立ての不法行為該当性

販売、コンピュータ機器及び周辺装置の販売等を業とする株式会社である。

Yは、平成13年1月31日、訴外Aとの間で、YがAに対して、携帯電話のデータをパソコンで編集するなどの機能を有するパソコン用ソフトウェアについて、開発を委託する旨の契約（以下、「本件開発委託契約」という）を締結した。本件開発委託契約の契約書には、17条1項として、次のような条項（以下「17条合意」という）が置かれていた。

乙(A)が作成した仕様書、本件開発製品及び附属文書その他本件業務の過程で作成したプログラム、書類、図面、情報その他の資料

## 1. 事 実

X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>（以下、両者をまとめて「X」という）及びYは、いずれもコンピュータソフトの開発、

\* 立命館大学法学部助教授  
京都大学大学院情報学研究科COE研究員  
Masaharu MIYAWAKI

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

(以下、「本件著作物」という)に関する著作権(著作権法27条, 同28条の権利を含む)及び所有権その他一切の権利は, 委託料の完済時に甲(Y)が取得する。

その後, Yは委託料を完済し, YとAは, 平成14年4月5日, 本件開発委託契約を終了させたが, 契約終了後の両者の法律関係を定めるものとして合意書(以下「本件合意書」という)を作成し, 本件合意書3項で, 本件開発委託契約17条に関し, 次のとおり合意した。

甲(Y)乙(A)間の2001年1月31日付開発基本契約書第17条第1項に規定する「乙が作成した仕様書, 本件開発製品及び付属文書その他本件業務の過程で作成したプログラム, 書類, 図面, 情報その他の資料(以下, 本件著作物という)に関する著作権及び所有権その他一切の権利」の本件著作物のうちには「ソースコード」は含まれておらず, 「ソースコード」が乙の固有の権利であることを確認する。今後乙は, これを自由に付加開発し, 他に開示することができる。

Yは, 平成14年7月ころ, 本件開発委託契約に基づきAがYの委託を受けて製作した製品「携快電話6」を販売した。携快電話6は, 携帯電話のデータをパソコンで編集するなどの機能を有するパソコン用ソフトウェアである。

Xは, 平成14年4月ころ, Aに対して, 携帯電話のメモリを編集する等の機能を有するパソコン用ソフトウェアの開発を委託し, Aはこれを製作した。Xは, 同年7月27日, このソフトウェア(商品名「携帯万能8」)の販売を開始した。携帯万能8は, プログラムとデータファイルから構成されるソフトウェアであるが, Aは, 携快電話6のプログラムのソースコードに改良を加えて携帯万能8のプログラムを製作し, また, 携快電話6に使用したデータファイ

ルをそのまま若しくは一部変更して携帯万能8のデータファイルとして使用し, 携帯万能8を製作した。このため, 携帯万能8のデータファイル(画像ファイル, 音源ファイル, 携帯電話機情報ファイル)には携快電話6のデータファイルと全く同一のファイルが多数含まれている。

このうち, 画像ファイルについては訴外Bが製作したものであり, Aは, Bから使用許諾を得て, これらの画像ファイルを携快電話6及び携帯万能8に使用した。(Aは, Yに対し, 上記画像ファイルの製作者がBであることを伝えていなかったもので, Yは, 上記画像ファイルをAが製作したものと信じていた。)また, 携快電話6と携帯万能8とは, 起動直後の画面をはじめ, いくつかの画面について両者は極めて類似する。

Xは, 携帯万能8についてAから使用許諾を受けている。

Yは, 平成14年9月6日, 東京地方裁判所に対し, Xを相手方として携帯万能8の複製, 販売, 頒布及び展示の停止を求めて仮処分命令を申し立てた(以下「本件仮処分申立て」という)。申立ての理由は, Xによる携帯万能8の複製, 販売等が, Yが携快電話6について有する著作権を侵害するというものであった。

Yは, 平成14年12月10日, Xが「携帯万能9」の商品名で携帯万能8の後継商品を発売し, 携帯万能8の販売差止め等を求める必要がなくなったとして, 本件仮処分申立てを取り下げた。

本件は, XがYに対し, YがXを相手方としてした本件仮処分申立てが不法行為を構成するとして損害賠償を求めた事案である。

## 2. 判 決

### 2.1 プログラムの著作権の侵害の成否について

「…Yは本件開発委託契約の17条合意により,

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

Aが開発した携快電話6のプログラム及びデータファイルの著作権を同社から承継取得したことが認められるが、その後、本件合意書3項により『ソースコード』についてはAが固有の権利を有し、Aは『ソースコード』を『自由に付加開発し、他に開示することができる』旨合意している。そして、『ソースコード』の一般的な意味及び本件合意書3項の文言からすれば、本件合意書3項にいう『ソースコード』とは、携快電話6のプログラムのソースコードを意味するものと解するのが相当である。』

「したがって、携快電話6のソースコードの著作権はAに帰属する。」

「…認定のとおり、携帯万能8のプログラムは、Aが携快電話6のプログラムのソースコードに改良を加えて製作したものであるが、本件合意書3項によれば、携快電話6のソースコードの著作権はAに帰属し、Aは、携快電話6のソースコードを『自由に付加開発し、他に開示することができる』のであるから、Yが携快電話6のプログラム（オブジェクトコード）の著作権を有するとしても、携帯万能8のプログラムがYの著作権を侵害して製作されたものということはできない。

そして、XはAの使用許諾を得て携帯万能8を販売しているのであるから、Xの販売行為は、携快電話6の著作権を侵害しない。」

## 2.2 データファイルに関する著作権侵害の成否について

「…認定のとおり、携帯万能8のその他のデータファイル（携帯電話機情報ファイル、音源ファイル）には携快電話6のデータファイルと同一のものが存在する。

ところで、前記のとおり、携快電話6のその他のデータファイルはAが製作し、YはAからその著作権等を承継取得した。一方で、携帯万能8のその他のデータファイルは、XがAから

使用許諾を得て携帯万能8の一部として販売している。そうすると、携帯万能8のその他のデータファイルのうち、携快電話6のファイルと同一のものについては、YとXとはAを起点として、いわゆる二重譲渡と同様の関係にあるといえることができるから、YがXに対し、Aからその他のデータファイルの著作権又は著作隣接権を承継取得したことを対抗するためには、著作権法77条1号所定の権利の移転登録を要するといふべきである。しかし、Yは移転登録を得ていないのであるから、仮にその他のデータファイルについて著作権又は著作隣接権が成立するものが含まれていたとしても、Xが携帯万能8を販売する行為は、当該著作権又は著作隣接権の侵害とはならない。

この点について、Yは、Xがいわゆる背信的悪意者に当たるから、Yは権利の移転登録なくしてその他のデータファイルの著作権等の取得をXに対抗することができることを主張する。しかし、本件全証拠によってもXが背信的悪意者に当たるとすべき事情は認められない。」

「以上のとおり、Xが携帯万能8を販売する行為は、Yが携快電話6について有する著作権の侵害とはならない。」

## 2.3 本件仮処分申立ての不法行為該当性について

「本件仮処分申立てが、相手方に対する違法な行為といえるためには、同申立てに係る審理において、申立人の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものであり、しかも、申立人がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのに、あえて仮処分命令を申し立てたなど、仮処分命令の申立てが裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である（最高裁第三小法廷昭和63年1月26日判決・民集42巻1号1

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

頁参照)。」

「…認定判断したとおり、Xが携帯万能8を販売する行為は、Yが携快電話6について有する著作権を侵害するものではないから、本件仮処分申立ては、結果として被保全権利がなく、理由がないことに帰する。

しかし、…〔1〕Yは本件開発委託契約の17条合意により、プログラムのソースコードを除き、携快電話6についての著作権を取得していたこと、〔2〕Xの販売する携帯万能8のデータファイルには、携快電話6のそれと全く同一のファイルが多数含まれており、具体的には、画像ファイル及び携帯電話機情報ファイルが全く同一であり、着信メロディーのサンプル曲である音源ファイルは7個が同一であったこと、〔3〕携快電話6と携帯万能8は、起動直後の画面、スケジュール編集画面、メールツール画面、メール転送設定画面、ブックマーク編集画面、着メロ編集画面、画像編集画面、iアプリ作成画面が極めて類似していたこと等の事実経緯に照らすならば、Yが、Xによる携帯万能8の販売行為を自己の携快電話6について有する著作権を侵害するものと信じたことについては相応の事実的及び法律的根拠があったというべきである。

そうすると、Yの本件仮処分申立ては、裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くとは認められないから、Xに対する違法な行為とはならず、不法行為を構成しない。」

### 3. 検 討

#### 3.1 はじめに

本件は、直接的にはYの本件仮処分申立てが不法行為に該当するかが問題となった事案であるが、その判断の前提となる問題として著作権法上の問題、それも実務にとって重要と思われる問題、につき認定判断がなされている。本稿

においてはこちらの著作権法上の問題につき、中心的に検討することとする。

#### 3.2 プログラム著作権の侵害

##### (1) ソフトウェアの外注と著作権の帰属

本件はソフトウェアの外注が関係するケースである。ソフトウェアが外注によって開発された場合、発注者が当該ソフトウェアの具体的な創作過程に関与していないような場合については、当該ソフトウェアにかかる著作権は、受注者側に原始的に帰属することとなる<sup>1)</sup>。本件の場合、Yが携快電話6の創作過程にどの程度関与していたのかは必ずしも明らかではないが<sup>2)</sup>、本稿においては完全な外注であったことを前提として、すなわち、Yに本件著作物にかかる著作権が原始的に帰属するものではない（Yは本件著作物の著作者ではない）ということ为前提として論を進める。また、（仮に著作物であるとして）著作権がBに帰属するものとされた画像ファイル以外の本件著作物については、Aにその著作権が原始的に帰属するものである（Aが著作者である）ことも本稿においては所与とする。

受注者に著作権が原始的に帰属するとしても、外注で開発されたプログラムが発注者の社内でのみ使用されるものであるならば、そのプログラムの使用については、著作権者である受注者の許諾を得ずとも、発注者の業務が支障なく遂行される場合がありうる。受注者より完成したプログラムを収録した媒体の引渡しを受けた発注者は、「プログラムの著作物の複製物の所有者」として、著作権法47条の2第1項に基づき、自ら当該プログラムをコンピュータで利用するために必要と認められる限度において、複製又は翻案をすることができるからである<sup>3)</sup>。

しかし、本件のように開発されたプログラムを発注者が市販しようとする場合については、上記権利制限規定は妥当しないので、受注者側

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

に著作権が留保されたまま無断で発注者がこれを行う場合は著作権侵害となってしまいます。そこで、発注者としては、当該プログラムの利用について必要な範囲で受注者から許諾を得るか、受注者から著作権を譲り受けることを開発委託契約においてあらかじめ規定しておくことが必要となる。著作権を譲り受けた場合、その譲り受けた範囲内で、当該著作物の無断利用を行う者に対して、発注者は原則として差止め、損害賠償等の請求をなしうることとなる。代替品を一定限度で市場から排除しうるという効果の点からすれば、権利の譲渡を受けるのが最良であろうが、現実には委託料の額など他にも様々なファクタがあり、これらのファクタを総合的に検討することによって、許諾と譲渡のいずれを選択するかが、決せられることとなる<sup>4)</sup>。

本件においてYとAは、17条合意において、携快電話6の開発過程でAの創作した著作物に関する一切の著作権がYに移転することを約しているように見える。著作権がすべて発注者に移転してしまうと、著作者である受注者といえども、著作権者の許諾なしに当該著作物につき複製等の利用行為を行うと原則として著作権侵害となる<sup>5)</sup>。そうすると、17条合意によると、今後Aが同種の製品を開発する自由が制限されることとなる。本件合意書は、このようなAの不利益に配慮して作成されたものなのであろう。本件合意書によれば、17条合意に規定する本件著作物のうちには「ソースコード」は含まれておらず、今後Aは「これを自由に付加開発し、他に開示することができる」となっている。

本件における主要な争点の一つは、この本件合意書の解釈である。

## (2) 「ソースコード」の意味

本件合意書にいう「ソースコード」が具体的に何を指すものであるのかについて、Xは「オ

ブジェクトコードを含む全プログラムを含むものと解される」と主張し、他方Yは「充電ケーブル等のパソコン内部機器及び周辺機器のドライバ等を意味し、携快電話6のソースコードを含まないものと解釈すべき」と主張していた。しかし、両者の主張する解釈のいずれも、「ソースコード」についての一般的理解とは異なっている。ソースコード（またはソースプログラム）とは、プログラム言語<sup>6)</sup>で記述されたプログラムを指し、これをコンパイル（機械語への変換）したものであるオブジェクトコード（またはオブジェクトプログラム）との区別のために用いられるのが通例であろう<sup>7)</sup>。ゆえに、X主張のようにオブジェクトコードまで含めたいのであれば、別の表現を用いるのが普通であろう。また、単に「ソースコード」というときにこれがY主張のように特定のドライバしか意味しないということも通常は考えられないであろう<sup>8)</sup>。そして、判決で認定された事実の中に、本件開発委託契約や本件合意書において、「ソースコード」について定義する部分があるなどの特別な事情を示すものはない。このような事実を前提とすれば、本件合意書にいう「ソースコード」を「携快電話6のプログラムのソースコード」とする本判決の示す理解は自然なものであり、正当である。

しかしながら、携快電話6のプログラムのソースコードの著作権がAに帰属するものとした判旨については、次に示すような疑問がある。

## (3) ソースコードの著作権

まず、Aが「ソースコードの著作権」を有するということの通常の意味について確認しておきたい。あるソースコードが著作物であるということは、そのソースコードに表わされたプログラム言語による指令の組み合わせが著作権法2条1項1号にいう「思想又は感情を創作的に表現したもの」といえるということである<sup>9)</sup>。

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

そして、ある者が当該ソースコードの著作権を有するということは、通常は次のことを意味しよう。すなわち、その者が当該ソースコードの創作性のある部分について<sup>10)</sup>、複製権をはじめとする著作権法21条以下に規定されている利用を行う権利を専有するということであり、他人が当該ソースコードに依拠してこのような利用行為を行う場合は原則として著作権侵害となるということである。

ここで問題となるのが、オブジェクトコードとの関係である。ソースコードが著作物であるならば、それをコンパイルして作成されたオブジェクトコードはその複製か二次的著作物かのいずれかと解される<sup>11)</sup>。一般的には複製と解されているようであるが<sup>12)</sup>、二次的著作物と解すべきとする説もある<sup>13)</sup>。ただし、後者の説は、コンパイルにより言語体系の変換があることから、オブジェクトコードがソースコードの二次的著作物であるかのごとき外観を呈するという事態を重視するものであり、オブジェクトコードについて新たな著作権が発生すると主張しているわけではない<sup>14)</sup>。よって、二次的著作物であるとの立場を採ったとしても、効果の点では、結局のところ、複製とする立場と大差ないこととなる。いずれにせよ、コンパイルそれ自体が創作的行為といえない以上、ソースコードの創作的表現とは無関係に、オブジェクトコードの著作権が成立するということはありえない。

そのように考えると、ソースコードの著作権とは、プログラムの著作権そのものなのであるから、本判決のいうように「ソースコードの著作権」がAに帰属するのであれば、Yはプログラムの著作権を有していないこととなる。すなわち、いま仮に携快電話6のオブジェクトコードを無断複製して販売する者Pが現れたとして、Pに対して著作権侵害に基づく請求をなすのはYではなくAということとなる。それどころか、Y自身が携快電話6のプログラムを

複製して市販する場合でも、Aの著作権を侵害していることとなってしまふ。

もちろん、プログラムの著作権がAに帰属すると解しても、本件委託契約の性質に鑑みて、Yが携快電話6のプログラムを販売するために必要な複製等の利用行為については、Aの黙示的な許諾があると解すことで、Yが著作権侵害者となる帰結は回避できよう。しかし、その場合でも、Yは被許諾者に過ぎないので、上記Pのような者に対して（プログラムの）著作権侵害を主張できない点には変わりない。これでは、せっかく17条合意でYが著作権を取得したことの意義が大きく減殺されることとなり、Y側がそのような点を了解して本件合意書を締結したと考えるのは（本判決の事実認定を前提とする限りでは）不自然であるように思われる。

では、どのように解すべきか。

上で展開した論においては、「ソースコードの著作権」の「著作権」を、支分権を包括するものとしての「著作権」（以下、これを「完全な著作権」という）と捉えていた。しかし、支分権の一つを指す場合でも「著作権」といっているのであるから、判決のいう「ソースコードの著作権」とは、ソースコードの完全な著作権ではなく、その一部をなす権利を指すものに過ぎないとも考えられる。本件合意書を見ても、「本件著作物のうちには『ソースコード』は含まれておらず、『ソースコード』が乙の固有の権利であることを確認する」とあるが、ここでいう「権利」がソースコードの完全な著作権であるとまでは示されていない。完全な著作権であると解するとむしろ上記のような不都合が生ずることから、17条合意の趣旨を生かすためには、本件合意書にいう「権利」を限定的に解することが望ましいといえよう。

そのような観点から本件合意書を解釈すると、本件合意書にいう「権利」とは、具体的には、「携快電話6のソースコードを、ソースコ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ードの形態で複製や翻案等の利用を行う権利」ということとなろう。この解釈に拠る場合、本件合意書は、携快電話6のプログラム著作権の一部の権利がAに留保されているということを確認するものに過ぎず、オブジェクトコードを複製する権利を含めた、残りの権利については17条合意によりYに移転されていることとなるので、上記Pのような者に対してYは著作権侵害に基づく請求をなしうることとなる。そもそも、本件合意書において本件著作物から「ソースコード」のみが除外されているのは、オブジェクトコードについてはYが「権利」を有することについて了解があったからであると思われる。プログラムは通常オブジェクトコードの形で流通するので、代替品を市場から排除するためであれば、Yとしてはオブジェクトコードの形態でのプログラムの複製等の利用行為を禁止する権利を有していれば充分であろうし、他方、Aとしても今後携快電話6のソースコードを付加開発する自由については保障されているのであるから、こちらの解釈のほうが本件合意書の解釈として適切であろう。

従って、「ソースコードの著作権」がAに帰属するとの判旨は、ここでいう「著作権」を以上のように解する限りにおいて正当である。また、本判決には、「Yが携快電話6のプログラム（オブジェクトコード）の著作権を有するとしても」という部分があるが、ここでいう「プログラム（オブジェクトコード）の著作権」についても、「プログラム著作権のうち、オブジェクトコードの形態での著作物の利用に関する権利」を意味するものと解するべきであろう。仮に、本判決がソースコードの完全な著作権と、オブジェクトコードの完全な著作権とが別個独立に存在するものと考えているとすれば、それは誤りである。既に述べたとおり、創作的表現が一体と考えられる以上、ソースコードの著作権とオブジェクトコードの著作権を分離して考

えることはできないからである<sup>15)</sup>。

いずれにせよ、何らの限定を付さず「ソースコードの著作権」や「オブジェクトコードの著作権」というときは、それぞれについて完全な著作権を指しているものと解しうるため、少なくとも表現として不正確であり、この点について、本判決には疑問が残る。

#### (4) Aが開発できる範囲

Aがソースコードの完全な著作権を有するのか、それともプログラムの著作権のうち、ソースコードとして利用する部分だけを有するのかで、本件合意書の「今後乙は、これを自由に付加開発し、他に開示することができる」という部分の重要度も異なってくるものと思われる。

Aがソースコードの完全な著作権を有するのであれば、Aが携快電話6のソースコードを「自由に付加開発し、他に開示することができる」というのは、当然の帰結といえよう。このような行為につき、A以外の者、すなわち著作者でも著作権者でもない者が異議を唱える余地はない<sup>16)</sup>。この場合、本件合意書の上記部分は、当然のことは確認するに過ぎないものということとなる。

他方、Aが有しているのがプログラム著作権のうちソースコードとして利用する部分だけなのであれば、Aが付加開発したソースコードをコンパイルする行為や、コンパイルして生成されたオブジェクトコードを複製する行為はYの著作権に抵触することとなるので、本件合意書の上記部分は、Aのこのような行為をYが一定限度で許諾することを定めたものと解されることとなろう。以下、このような解釈を採った場合にAの行為につき具体的にどのような限度でYが許諾していると解されるのかにつき検討する。

まず、本件合意書はAが「付加開発」できると定めているにとどまるのであるから、Aが携快電話6のソースコードをそっくりそのまま流

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

用して、携快電話6のオブジェクトコードのデッドコピーを生産する行為についてはYの許諾外の行為であると考えられる。本判決においては、「携帯万能8のプログラムは、Aが携快電話6のプログラムのソースコードに改良を加えて製作したものである」との認定がなされているので、本件のAの行為はデッドコピーの生産ではなく、「付加開発」に当たるものと解されよう。そうすると、本件合意書によれば、Aは携快電話6のソースコードを「自由に」付加開発できるのであるから、Aが付加開発されたソースコードをオブジェクトコードに変換して利用することについてはYの許諾があると解されることとなろう。ソースコードはコンパイルされオブジェクトコードに変換されることが通常であろうから、本件合意書にいう「付加開発」にはオブジェクトコードへの変換も含まれているものとするのが自然であると思われるからである。

よって、本判決の「携帯万能8のプログラムがYの著作権を侵害して製作されたものということはできない」との判示は、結論として正当である。

#### (5) Xの行為がYのプログラム著作権を侵害する行為に当たるか

また、Aの業務や携快電話6のようなプログラムの性質を考えると、Aが第三者の委託を受けて携快電話6のソースコードを基に類似のソフトを開発することや、その類似ソフトが携快電話6と同様に市販向けのものであること、及び当該第三者がその複製や市販を行うことは当然に予想されることであるので、このような第三者の行為に必然的に伴うオブジェクトコードの利用行為についても、本件合意書に基づき許されるものとするのが適切であろう。すなわち、A自らがオブジェクトコードを利用する行為だけでなく、Aが開発委託を受けた第三者に

利用許諾（Yから見れば再許諾）を行うことも、Yは認めているものと解されよう。仮にこのように解さず、当該第三者の販売行為がYの（黙示の）許諾外であると解すると、今後Aが携快電話6と同種のソフトの開発委託を受けたとしても、携快電話6のソースコードを基にしたプログラムを開発できないに等しいのであるから、本件合意書がAにとって全く無意味なものとなってしまふであろう。

本判決は、「原告らはAの使用許諾を得て携帯万能8を販売しているのであるから、Xらの販売行為は、携快電話6の著作権を侵害しない」と判示する。仮に本判決が、ソースコードの完全な著作権がAに帰属することを前提に判断しているとすると、Aはオブジェクトコードの利用についても著作権を有していることとなるのであるから、そのAの許諾の下に携帯万能8を販売しているXが携快電話6の著作権を侵害していないのは当然の理である。既に述べたように、このような前提は疑問視されうるものではあるが、本稿のような解釈を採っても、結局のところYのプログラム著作権は侵害されていないこととなるので、本判決の上記判示部分も結論としては正当である。

#### (6) 小 括

以上見たように、本件においてYのプログラムの著作権侵害に関する主張を認めないとする本判決の結論は是認できる。そして、そのような結論となった原因は、本件合意書により、Aに広範な開発の自由を認めてしまっていたことに尽きる。外注でソフトを開発した場合、発注者にその著作権を移転させつつも、受注者たるソフトメーカーの利益に配慮してソースコードの扱いについては別途合意書を交わすということは、一般にありうることと思われる。発注者が本件のような事態を避けたいのであれば、受注者が当該ソースコードについて有する権利の

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

具体的内容や、当該ソースコードを付加開発できる具体的範囲について合意しておく必要がある。またそもそも、本件でYが主張したように、ドライバなどについてのみソフトメーカーの開発の自由を認めたいのであれば、「ソースコード」という表現を用いるべきではなく、たとえ用いるとしても合意書の中に「ソースコード」の定義規定を置くべきであろう。

### 3.3 データファイル（画像ファイルを除く）の著作権の侵害

本件においては、画像ファイル以外のデータファイルについて、著作権又は著作隣接権の成立するものが含まれていたとしても、Yはその著作権の移転登録を得ていないのであるから、Xに対し著作権侵害の主張をなしえないとされた。

著作権法77条1号は、一般承継を除く著作権の移転については、登録しなければ、第三者に対抗することができない旨規定している。ここでいう「第三者」とは、権利移転に関係した当事者（及びその一般承継人）以外のすべての者をいうのではなく、登録が存在しないことを主張するについて正当な利益を有する者に限られるとされる<sup>17)</sup>。そして、そのような者には、二重譲渡の場合の譲受人だけでなく、問題となる著作物の利用許諾を受けた者も含まれると解されている<sup>18)</sup>。移転登録が存在しないことから相手方を著作権者であると信じて著作権に関する取引をしたという点で、被許諾者も譲受人と状況を同じくするのであり、登録の不存在を主張する正当な利益を有するものと評価できるからであろう。本判決も、被許諾者であるXに対して移転登録なくしては著作権侵害を主張できないと判断しており、この点は正当である。

Yは、Xが背信的悪意者であるので、Yは対抗要件なくしてXに著作権侵害を主張できる旨主張していた。不動産に関する物権の変動については、背信的悪意者は民法177条にいう（登

記を得なければ対抗できない）「第三者」に当たらないというのが同条の一般的理解であるので<sup>19)</sup>、これに倣った主張であろう。著作権法77条1号の解釈については、学説上は、背信的悪意者であれば同条にいう「第三者」から除かれるという説<sup>20)</sup>と、単なる悪意者であっても「第三者」から除かれるという説<sup>21)</sup>の両方が見受けられる。本判決は「背信的悪意者に当たるとすべき事情は認められない」と判示するのみで、前者の立場を採っているのかどうかは必ずしも明らかではないが、本判決において、Xが17条合意について悪意であったとの事実認定はなされていないので、いずれの立場を採ったとしてもYの主張が認められないことに変わりはないであろう。

ただ、ここで問題となったデータファイルのようなものは、プログラムに付随するもので、ソフトウェアの一部をなすものであり、このようなものにかかる著作権の移転が単独で登録されるということは現実にはあまりないのではないかと推察される。本件や本件仮処分申立てにおいて、Yにとって最も重要であったのは、おそらくプログラム著作権の侵害であり、それに関する主張が認められさえすれば、データファイルの著作権侵害の主張については認められなかったとしてもさほど問題はなかったのではないかとと思われる。

そうすると、Yのような立場の者にとって注意すべきであるのは、登録なくしてはXのような者に対抗できないという理は、プログラム著作権についても同様に妥当しうるという点であろう。すなわち、本件で仮にYのプログラム著作権の侵害についての主張が認められたとしても、プログラムの著作権についてもYとXは二重譲渡に類似する関係にある点はデータファイルの場合と変わらないので、対抗要件を欠くYは結局著作権侵害を否定されることとなってしまふということである（実際、本件でXはその

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ような趣旨の主張をしていた)。このような事態を避けたいのであれば、少なくともプログラムについては著作権の移転の登録をすべきであろう。

なお、プログラムの著作権に関する登録については、著作権法78条の2に従い、特例法(プログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律)の規律を受ける点で通常の著作物に関する登録の場合と異なる。登録事務も文化庁ではなく、指定登録機関である財団法人ソフトウェア情報センターが行っている。詳細は同センターのウェブサイト<<http://www.softic.or.jp/>>を参照されたい。

### 3. 4 補論：表示画面の著作権

ところで、本件で問題とされた創作物は、プログラム、画像ファイル(Aがその著作者でないとされた)とデータファイルであったが、これらのほかにも問題となりえた創作物があったことを指摘しておきたい。

その創作物とは、携快電話6のプログラムを実行した際にディスプレイに映し出される表示画面であり、仮にこれが著作物とすれば、17条合意に基づき「本件著作物」としてその著作権はYに移転していることとなるはずである。

このような表示画面は、プログラムに基づき表示されるものではあるが、それが著作物であるとすればプログラムの著作物とは別個の著作物である。すなわち、プログラムの著作物の場合は、既に見たとおり、そのコードの組み合わせに創作的表現が見られるものであるが、表示画面の著作物性は、あくまでその映し出された表示自体の創作性によって決せられるのである<sup>22)</sup>。ゲームソフトについては、その表示画面が著作物であることにほぼ疑いはなく<sup>23)</sup>、実際に表示画面の著作権侵害が肯定された例も存在する<sup>24)</sup>。携快電話6のような実用ソフトウェアについても、表示画面の著作物性が肯定された例は存在

する<sup>25)</sup>。ただし、実用ソフトの場合、表示画面が機能面から制約を受けるため、同種のソフトであれば似ざるを得ない部分(すなわち創作性の認められない部分)を多く含むため、被疑侵害者のソフトがデッドコピーでないような場合は、侵害が肯定されるのは一般に困難であるといえよう<sup>26)</sup>。よって、その保護範囲は相当に狭いものとなるであろうが、携快電話6の表示画面も、それ自体は著作物と評価される可能性は大きいと思われる。表示画面にBの作成した画像が存在する場合は、画像以外の部分に創作性が見られるのであれば、当該表示画面はBの画像との関係では(その画像が著作物であるとすれば)二次的著作物ということとなろう。

このように表示画面が著作物であるとする、携帯万能8の表示画面が、携快電話6の表示画面と同一ないしその創作的表現において類似するものであるならば、AはYの著作権に抵触する行為を行ったこととなろう。その場合、Aの行為が本件合意書に基づき許されるか、すなわち、YがAのこのような行為について本件合意書により黙示的に許諾を与えていたといえるかということは、難しい問題となろう。Aがソースコードを「自由に付加開発」できるとの本件合意書の文言は、Aが当該ソースコードを付加開発した結果生み出されたプログラムの表示画面が、携快電話6の(創作性のある)表示画面の複製や翻案と評価されるものであったとしても、YはそのプログラムのAによる利用を許諾しなければならないという趣旨のものとして解することが可能である一方で、17条合意によりYに移転した表示画面の著作権を侵害しない範囲でAが当該ソースコードを「自由に付加開発」できることを確認する趣旨のものに過ぎないと解することもできるように思われるからである。後者の解釈を採ったとしても、既に述べたとおり、実用ソフトの表示画面の保護範囲は狭く、機能面の制約から自由である部分につ

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

き画面のデザインを変更しさえすれば侵害を免れることとなるので、Aが同種のソフトを開発する自由を過度に損なうことはないと考えられるので、このような解釈にも合理性はあろう。

このような問題が考えられる以上、表示画面の著作権についても、17条合意や本件合意書において明示的に扱われるべきであったと思われる。また、訴訟においても、本判決において、携快電話6と携帯万能8とは、「起動直後の画面、スケジュール編集画面、メールツール画面、メール転送設定画面、ブックマーク編集画面、着メロ編集画面、画像編集画面、iアプリ作成画面において、両者は極めて類似する」との認定があることからすると（もちろん、ここでいう「類似」とは一般的な意味での類似であり、著作権侵害の要件としての類似として用いられているのではない）、携帯万能8の表示画面が携快電話6の表示画面にかかる著作権を侵害するとの主張は（対抗要件の問題を別論とすれば）、有力であったようにも思われる。

### 3. 5 本件仮処分申立ての不法行為該当性

最後に、本件仮処分申立ての不法行為該当性についての判示について言及しておきたい。

本判決は、XがYの著作権を侵害しないとしつつも、Yの本件仮処分申立てについては不法行為を構成するものではないとした。訴訟提起や仮処分申立てが相手方に対する不法行為とされるケースはありうるが<sup>27)</sup>、安易に不法行為を認めてしまうと裁判制度の利用に対する著しい萎縮効果をもたらされるおそれがあることから、このような行為が不法行為となるのはよほどの例外的なケースに限られるというべきであろう。訴訟提起が不法行為を構成するための要件について、最高裁判例<sup>28)</sup>は、「法的紛争の当事者が当該紛争の終局的解決を裁判所に求めうることは、法治国家の根幹にかかわる重要な事柄であるから、裁判を受ける権利は最大限尊重

されなければならない、不法行為の成否を判断するにあたっては、いやしくも裁判制度の利用を不当に制限する結果とならないよう慎重な配慮が必要とされることは当然のことである」としたうえで、「民事訴訟を提起した者が敗訴の確定判決を受けた場合において、右訴えの提起が相手方に対する違法な行為といえるのは、当該訴訟において提訴者の主張した権利又は法律関係…が事実的、法律的根拠を欠くものであるうえ、提訴者が、そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したなど、訴えの提起が裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られるものと解するのが相当である」と判示している。

本判決はこれを踏襲して、仮処分申立てが不法行為を構成する場合は、「同申立てに係る審理において、申立人の主張した権利又は法律関係が事実的、法律的根拠を欠くものである」ことに加えて、「申立人がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのに、あえて仮処分命令を申し立てた」場合など、「仮処分命令の申立てが裁判制度の趣旨目的に照らして著しく相当性を欠くと認められるときに限られる」としている<sup>29)</sup>。妥当な判断であり、この点に異論はない。

ただし、この抽象論の本件へのあてはめについては次に述べるような疑問が残る。

本判決は、Xによる携帯万能8の販売行為が自己の著作権を侵害するものとYが信じたことについては「相応の事実的及び法律的根拠があったというべきである」とし、本件仮処分申立ての違法性を否定している。そして、その「相応の事実的及び法律的根拠があった」ことの原因として、Yが17条合意により（一部はAに留保されているとはいえ）著作権を取得していたことと、両ソフトの類似性を判決は挙げているが、これだけの理由で「相応の事実的及び法律

## ※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

的根拠があった」とするのは早計であろう。本件においてXの著作権侵害は否定されているのであるから、侵害が否定された根拠も勘案すべきであろう。本判決のように、申立人が権利者であることと相手方の行為が侵害行為の外観を呈していることのみを問題とするのであれば、たとえば特許権者が自らの特許に明白な無効理由があるのを知りながらも、相手方に損害を与える目的で仮処分を申し立てた場合であっても、相手方の行為が形式上は特許発明の実施であれば、相応の事実的及び法律的根拠があるという（いかにも不当な）帰結となるように思われる。このような場合、明白な無効理由があることをもって「相応の根拠」を欠くと判断して、主観的要素の判断、すなわち、「申立人がそのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知り得たといえるのに、あえて仮処分命令を申し立てた」かどうかの判断、で決着をつけるべきであろう<sup>30)</sup>（仮にこの例で特許権者が仮処分申立ての時点で無効理由の存在を知らなかったのであれば違法性が否定されることとなる）。

よって、本件においては、携帯万能8がAの開発に係るものであることや、XはAの許諾の下でこれを販売していること、及びYが携快電話6に関する著作権の移転の登録を得ていないことなどのYにとって不利な事情も勘案してもなお、「相応の事実的及び法律的根拠があった」といえるかが判断されるべきであったように思われる。

そこで、改めてこの点につき考えると、Yの請求のうち、プログラム著作権の侵害に関するものについては、本件合意書の意味内容が一義的に明らかとまではいえないので、裁判所の判断を仰ぐのに相応の根拠があったと判断しても差し支えないように思われる。他方、著作権の移転の対抗要件を欠いているにもかかわらず、Aの許諾の下で携帯万能8を販売しており、か

つ、17条合意について悪意でないXに対して著作権侵害を主張した点については、相応の根拠を欠くと判断して、主観的要素の判断で違法性の有無を決するべきであると思われる。本判決で認定された事実からは、Yがこのような点を知りながらあえて仮処分命令を申し立てたのかどうかは不明であるが、少なくとも、Xが17条合意について悪意（ないし背信的悪意）でなかった点については、仮処分申立ての時点で知りえることではないであろうから、主観的要素については否定されるべきであるように思われる。

従って、結局のところ、本件仮処分申立てに違法性がないとする本判決の結論には異論はない。

### 注 記

- 1) 中山信弘『ソフトウェアの法的保護（新版）』（有斐閣、1988年）61頁など参照。
- 2) Yは携快電話6の共同著作者である旨主張していたが、認められていない。
- 3) この場合、開発委託契約書には、発注者が著作権法47条の2第1項に基づき複製、翻案をなすことを確認する条項が挿入されることとなる。社団法人情報サービス産業協会（JISA）が平成14年5月に公表した「ソフトウェア開発委託モデル契約書」<[http://www.jisa.or.jp/activity/guideline/dev\\_contract2002.html](http://www.jisa.or.jp/activity/guideline/dev_contract2002.html)>30条1項は、成果物であるプログラムの著作権がその著作者に留保される旨規定すると同時に、発注者が著作権法47条の2第1項に基づき複製、翻案をなすことを確認するという内容となっている。
- 4) 許諾の場合、それが独占的な許諾かどうかも重要な問題となろう。独占的な被許諾者の場合、無断利用を行う第三者に対して損害賠償請求をなす。田村善之『著作権法概説 [第2版]』（有斐閣、2001年）486頁など参照。
- 5) もっとも、成果物であるプログラムを取めた一切の媒体の保有の禁止若しくは所有権の発注者への移転が契約で定められていないのであれば、受注者の社内での当該プログラムの使用が著作権法47条の2第1項により許される場合がある。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 6) 本稿でいう「プログラム言語」はあくまで一般的の意味で用いるものである。著作権法10条3項1号にいう「プログラム言語」には機械語も含まれるが、一般的には「プログラム言語」というときには機械語は含まれない。中山・前掲注1) 49頁注(2)。
- 7) たとえば、北川高嗣ほか編『情報学事典』(弘文堂, 2002年)の「コンパイラ」の項目を参照。
- 8) Yはこのような主張の根拠として、「Aは、携帯電話6の製作に当たり、もともと開発していたドライバ等のソフトウェアを組み込んで使用したが、本件開発委託契約の終了に際して、Aが従来からの業務を行うため、本件開発委託契約前から開発していたハードウェアのドライバ等の権利を要求した」ことを挙げているが、「もともと開発していた」ソフトウェアならば、そもそも17条合意にいう「本件業務の過程で作成したプログラム、書類、図面、情報その他の資料」に該当しないとも考えられよう。
- 9) 東京高決平元・6・2判時1322号138頁[システムサイエンス抗告審], 神戸地判平9・8・20平成6(ワ)712日本ユニ著作権センターウェブサイト<<http://www.translan.com/jucc/precedent-1997-08-20.html>> [将棋プログラム], 大阪高判平15・7・15平成14(ネ)1763最高裁ウェブサイト[公共工事設計積算システム二審], 東京地判平15・1・31平成13(ワ)17306最高裁ウェブサイト[製図プログラム]参照。
- 10) 被疑侵害者が権利者の著作物の創作的表現のみられない部分につき利用しているに過ぎない場合については、著作権侵害が否定される。最判平13・6・28民集55巻4号837頁[北の波濤に唄う上告審]。
- 11) オブジェクトコードは通常人間の五感で、その創作的表現を感得することが不可能であるため、著作物性を否定するという考え方もありえよう。しかし、そのような考えを採ると、オブジェクトコードの複製が著作権侵害でなくなることとなり、著作権法でプログラムを保護することの意味がほとんど失われてしまう。中山・前掲注1) 29~30頁参照。
- 12) 加戸守行『著作権法逐条講義 四訂新版』(著作権情報センター, 2003年) 52頁, 半田正夫『著作権法概説 [第11版]』(法学書院, 2003年) 93頁。オブジェクトコードがソースコードの複製とされた裁判例として、東京地判昭57・12・6無体集14巻3号796頁[スペース・インベーター・パート2], 東京地判昭60・3・8判タ561号169頁[ディグダグ], 東京地判昭60・6・10判タ567号273頁[ポール・ポジション], 東京地判昭62・1・30無体集19巻1号1頁[マイクロソフト対秀和システム・トレーディング]。
- 13) 中山・前掲注1) 32頁は、「高級言語で書かれたソース・コードをオブジェクト・コードに変換することは、ある種の言語体系の変換であり、二次的著作物と考えるべきである」とする。また、植松宏嘉『改訂新版 コンピュータプログラム著作権Q&A』(金融財政事情研究会, 2000年) 43~44頁は、高級言語で書かれたプログラムをコンパイラによって機械語などに変換する場合は、コンパイル自体は創作的行為でないため、二次的著作物の生成にはあたらないが、言語体系の変換があるため翻訳に該当すると主張している。
- 14) 中山・前掲注1) 32頁。植松・前掲注13) 44~45頁も参照。
- 15) 例えていうならば、ある小説について、「原稿の著作権」と、「本の著作権」とがそれぞれ完全な著作権として別個独立に存在すると考えるのと同じような誤りといえよう。この場合、存在するのはあくまで小説の著作権であり、その中に原稿をコピーする権利や本として出版する権利などが含まれているに過ぎない。
- 16) Aが著作権を有しないのであれば、ソースコードの「付加開発」は、多くの場合複製権ないし翻案権の侵害となる。「開示」については、「開示権」という権利が著作権として認められているわけではないが、「開示」のためには、ソースコードのプリントアウトや媒体への固定など、著作権法上複製と評価される行為を伴う場合が多いであろうから、Aが著作権を有しない場合(複製物の所有者に過ぎない場合)には、著作権者に無断で「開示」できるケースは相当に限られるであろう。
- 17) 加戸・前掲注12) 422頁, 齊藤 博『著作権法 [第2版]』(有斐閣, 2004年) 328頁。大判昭7・5・27民集11巻11号1069頁[あ、玉杯に花うけて上告審]。
- 18) 田村・前掲注4) 509~510頁, 加戸・前掲12) 423頁。

※本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

- 19) 最判昭43・8・2民集22巻8号1571頁。
- 20) 作花文雄『詳解 著作権法 第2版』(ぎょうせい, 2002年) 462頁, 加戸・前掲12) 423頁。
- 21) 田村・前掲注4) 510頁。なお, 民法177条にいう「第三者」についても, 悪意者を排除すべきとする説も主張されている。内田 貴『民法I 第2版 補訂版』(東京大学出版会, 2002年) 448~449頁など参照。
- 22) ゲームソフトについて, そのソースプログラムを言語著作物, 表示画面を映画の著作物とするものとして, 東京地判昭59・9・28無体集16巻3号676頁 [パックマン]。
- 23) たとえば, 最判平13・2・13判時1740号78頁 [ときめきメモリアル上告審], 最判平14・4・25判時1785号7頁 [中古ゲームソフト上告審] など参照。
- 24) 東京地判前掲注22) [パックマン], 東京地判平6・1・31知裁集26巻1号1頁 [パックマンII]。
- 25) 大阪地判平12・3・30平成10(ワ)13577最高裁ウェブサイト [積算くん], 東京地決平13・6・13判時1761号131頁 [サイボウズ仮処分]。インターネットのホームページの表示画面も, ソフトウェアの表示画面と近い性質を有しているものと考えられる。ホームページの表示画面につき, 著作物性を肯定するものとして, 京都地判平13・5・31平成10(ワ)3435最高裁ウェブサイト [高校総体ホームページ]。
- 26) 滝井朋子「コンピュータ・スクリーン表示の法的保護」日本工業所有権法学会年報13号14, 36~37頁(1990年)参照。田村善之「判批」ジュリ1266号192, 194頁も参照。  
これまでに実用ソフトウェアの表示画面につき著作権侵害が肯定された例は, 東京地決前掲注25) [サイボウズ仮処分] のみであり(債務者ソフトは複数あったが, そのうちの一つについてのみ著作権侵害とされた), しかも東京地判平14・9・5判時1811号127頁 [同本案] においては侵害が否定されている。このほか, 創作的表現部分の一致が見られないことを理由に実用ソフトウェアの表示画面に関する著作権侵害を否定するものとして, 東京地判平15・1・28判時1828号121頁 [PIMソフト]。また, ユーザー自らがパチンコ台を自由に構成した上でパチンコプレイをするというゲームソフトの表示画面につき, 問題とされた画面上に表示される画像やその順番については, 同様のソフトを製作する場合には似たようなものとならざるを得ないことなどを理由として著作権侵害を否定するものとして, 東京地判平14・7・25平成11(ワ)18934最高裁ウェブサイト [必殺パチンココンストラクション]。
- 27) 大判昭18・11・2民集22巻1179頁。
- 28) 最判昭63・1・26民集42巻1号1頁。
- 29) この最高裁判例を踏襲して, 問題となった訴訟提起ないし仮処分申立ての違法性を否定したものとして, 東京地判平13・9・20判タ1097号282頁 [浮世絵春画一千年史一審], 大阪地判平13・12・14平成10(ワ)12225最高裁ウェブサイト [変則用歯車], 東京高判平15・3・31平成14(ネ)1996最高裁ウェブサイト [熱転写プリンタ二審], 東京地判平16・3・31平成15(ワ)8180最高裁ウェブサイト [ECHORCLUB] など。  
また, この最高裁判例を援用して, 特許権者による特許権等の正当な権利行使の一環としてなされた警告行為は正当行為として違法性を阻却されるので, 不正競争防止法2条1項13号の規定する不正競争行為に該当しないと判示するものとして, 東京高判平14・8・29平成13(ネ)5555最高裁ウェブサイト [磁気信号記録用金属粉末二審]。
- 30) 吉村徳重=松尾卓憲「判批」判タ672号47, 53頁(1988年)は, 最高裁判例の示す違法性判断基準のうち, 前訴の敗訴確定判決の存在, および本案請求の無理由(前訴において提訴者の主張した権利又は法律関係が事実的, 法律的根拠を欠くものであること)については, 提訴者の主観的要素(そのことを知りながら又は通常人であれば容易にそのことを知りえたといえるのにあえて訴えを提起したこと)の「前提ないし徴憑という程度の意味しかない」と解すべきであって, 主観的要素を重視すべきであるとする。加藤新太郎「判批」別冊ジュリ145号24, 25頁(1998年)も参照。

(原稿受領日 2004年9月2日)