

# 営業秘密の特定とプログラムの著作物の著作権侵害訴訟における主張・立証

東京地方裁判所民事第29部 平成21年11月9日判決  
平成20年(ワ)第21090号 著作権侵害等差止等請求事件

松 村 信 夫\*  
藤 原 正 樹\*\*

**抄 録** 原告が元従業員である被告に対し、被告製品が営業秘密を不正に使用して製造販売していること、被告ソフトウェアが原告ソフトウェアの複製権を侵害していることを理由に、不正競争防止法（以下、「不競法」という。）及び著作権法に基づき、被告製品及び被告ソフトウェアの製造等の差止めや損害賠償を求めた事案について、裁判所が営業秘密について特定されていないとして不正競争防止法に基づく請求を棄却しつつ、ソフトウェアの複製権侵害は認め、著作権法に基づく損害賠償請求については認容した。そこで、営業秘密の侵害請求訴訟において、原告がどの程度その内容を特定する必要があるのか、ソフトウェアの複製権侵害訴訟においてどのように原告被告双方のソフトウェアを比較していくのかを訴訟実務の観点から検討する。

## 目 次

1. 事案の概要と判決
  1. 1 事案の概要
  1. 2 判 決
2. 争 点
3. 争点に対する裁判所の判断
  3. 1 争点(1)(不競法2条1項7号該当性)
  3. 2 争点(2)(被告ソフトウェアの著作権侵害の有無)
  3. 3 争点(3)(原告の許諾の有無)
  3. 4 争点(4)(差止め等の請求の可否)
  3. 5 争点(5)(損害賠償請求の可否及びその額)
4. 検 討
  4. 1 はじめに
  4. 2 営業秘密の特定
  4. 3 プログラムの著作物の著作権侵害

## 1. 事案の概要と判決

### 1. 1 事案の概要

本件は、スピーカ測定器（以下、「原告測定器」という。）とそれに付属するソフトウェア（以下、「原告ソフトウェア」という。）から成るスピーカ測定システム（以下、「原告システム」という。）を製造する原告が、原告の元従業員（約21年勤務し、原告システムの研究開発の際、原告の製造技術部門の研究スタッフとして関与）である被告に対し、  
(1) 被告が製造・販売するスピーカ測定器（以下、「被告測定器」という。）とそれを稼働させ

\* 弁護士・弁理士・大阪市立大学法科大学院  
特任教授 Nobuo MATSUMURA

\*\* 弁護士 Masaki FUJIWARA

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

るソフトウェア（以下、「被告ソフトウェア」という。）から成るスピーカ測定システム（以下、「被告システム」という。）は、原告システムに関する営業秘密を不正に利用して製造されたものであること（不正競争防止法2条1項7号）

(2) 被告ソフトウェアは、原告ソフトウェアのプログラムの著作権（複製権）を侵害すること（著作権法21条）

を理由として、

- ① 不正競争防止法3条に基づく被告測定器の製造・販売の差止め及びその廃棄
- ② 不正競争防止法3条又は著作権法112条（選択的併合）に基づく被告ソフトウェアの製造・販売の差止め及びそれを記録した記憶媒体の廃棄
- ③ 不正競争防止法3条又は著作権法112条（選択的併合）に基づく被告のウェブサイトへの被告測定器に関する情報の掲載の差止め
- ④ 不正競争防止法4条及び5条2項（主位的主張）若しくは3項（予備的主張）、又は民法709条及び著作権法114条2項（主位的主張）若しくは3項（予備的主張）に基づく損害賠償金190万円（不正競争防止法違反及び著作権法違反につき選択的併合）並びにこれに対する遅延損害金の支払を求めた事案である。

## 1. 2 判 決

判決は、原告の請求の内、被告ソフトウェアの複製又は販売の差止め、被告ソフトウェアを記録したCD-ROM, DVD-ROM, ハードディスクその他の記憶媒体の廃棄、著作権法114条3項に基づく損害賠償金9万円及びこれに対する遅延損害金の請求、並びに、訴訟費用の一部の請求を認容したが、その余の請求は棄却した。

## 2. 争 点

(1) 被告システムは、原告の営業秘密を不正の

目的で利用して製造されたものか（不競法2条1項7号該当性）。

(2) 被告ソフトウェアは、原告ソフトウェアのプログラムの著作権（複製権）を侵害しているか。

(3) 被告が被告システムを製造・販売することについての原告の許諾の有無。

(4) 被告システム及び被告ソフトウェアの製造・販売等の差止め及びその廃棄の請求の可否。

(5) 損害賠償請求の可否及びその額。

## 3. 争点に対する裁判所の判断

### 3. 1 争点(1) (不競法2条1項7号該当性)

(1) 判決は、原告の「原告システムに関する情報」（原告測定器及び原告ソフトウェアに関する一切の技術的な情報であり、例えば、原告測定器の回路図や原告ソフトウェアのソースコードが、これに含まれる。）が営業秘密であるとの主張に対し、「原告ソフトウェアのソースコードを除き、『原告システムに関する情報』の内容が特定されていない。」とし、このように「特定されてない以上、被告がこれを利用していると認めることもできない。」とした。

さらに、判決は、原告における従業員の一般的な守秘義務の存在を認めつつも、「原告の主張する『原告システムに関する情報』が営業秘密として管理されていたと認めるに足る証拠はない。」とした。

その上で、判決は、「原告ソフトウェアのソースコードに関する部分を除き、「原告システムに関する情報」が営業秘密であることを理由とする不競法2条1項7号違反に基づく原告の請求は、理由がない。」として「原告システムに関する情報」の秘密管理性を否定した。

(2) なお、原告が営業秘密として主張する原告ソフトウェアのソースコードについては、不競法違反が認められる場合であっても、差止めの

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

範囲及び損害賠償の範囲は、著作権法違反が認められる場合とすべて同一になるため、「原告ソフトウェアのソースコードに関する部分については、まず著作権に係る主張について検討する中で、その侵害の有無及び差止め等の範囲を判断する。」として、原告ソフトウェアのソースコードについて不競法違反についての判断をしなかった。

### 3. 2 争点 (2) (被告ソフトウェアの著作権侵害の有無)

#### (1) 原告ソフトウェアのプログラムの著作物性及び原告の著作権

判決は、原告ソフトウェアの著作物性について「原告ソフトウェアは、パソコンに接続したマイクロフォン及び当該パソコンを経由し、原告測定器に入力された各スピーカの音声データについて、原告測定器を機能させることにより、周波数、抵抗値、極性、異常音等を解析し、その結果をデータ処理して当該パソコンのモニター上に表示するものであると認められる。したがって、電子計算機を機能させて一つ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であって、創作性があると認められるから、プログラムの著作物であると認められる。」として、原告ソフトウェアがプログラムの著作物であることを肯定した。

また、原告ソフトウェアの職務著作性については「原告ソフトウェアは、原告がその業務上の必要性から開発・製造することとし、原告の製造技術部の従業員が、その職務の一環として開発したものであると認められる。」として、これを認め、原告ソフトウェアの著作者及び著作権者は原告であると認定した（著作権法15条2項）。

#### (2) 著作権（複製権）の侵害について

ア 判決は、被告ソフトウェアに原告ソフトウェアとは異なる機能を追加、変更していることをもって、原告ソフトウェアのプログラムとは異なる新規性があるとの主張及び原告ソフトウェアと被告ソフトウェアのソースコードが同一である部分については、被告システムの思想を実現するための基礎知識として利用したにすぎないとの被告の主張に対し、「このような被告の主張自体、原告ソフトウェアに依拠して、被告ソフトウェアを作成したことを自認したものであることができる。」として、被告自身が被告ソフトウェア作成にあたり原告ソフトウェアに依拠したことを認めていると認定した。

また、判決は、①「原告ソフトウェアの45個のファイル中、43個のファイル名につき、被告ソフトウェアに同一のファイル名のものが存在すること」、②「被告ソフトウェアのソースコードには、原告ソフトウェアの機能を変更し、又は新たな機能を付加したもの等に関し、原告ソフトウェアのソースコードに新たに付加した部分又はこれを変更した部分があるものの、その余の部分については、原告ソフトウェアのソースコードと同一又は類似している」と認定し、「被告ソフトウェアのプログラムは、原告ソフトウェアのプログラムに依拠して作成されたものであり、かつ、実質的にこれと同一のものである」と判示して、原告ソフトウェアのプログラムについての著作権（複製権）侵害を認定した。

イ なお、「ソースコードに似ている点があったとしても、被告ソフトウェアの背景にある思想は、原告ソフトウェアとは全く異なることをもって、著作権侵害はない」との被告の主張に対しては、「被告ソフトウェアのプログラムが、原告ソフトウェアのプログラムに変更を加え、独自の機能を付加し、又はその性能を向上させたものであって、その点に独自性を有するとし

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

でも、原告ソフトウェアのプログラムに依拠し、その内容及び形式を覚知することができるものを複製した場合（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）、又は、原告ソフトウェアのプログラムに依拠し、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、これに接する者が原告ソフトウェアのプログラムの表現上の本質的特徴を直接感得することができる別の著作物を創作した場合（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）には、原告ソフトウェアの著作権（複製権又は翻案権）の侵害となることが明らかである」として、被告のかかる主張は、失当であると判示した。

### 3. 3 争点 (3) (原告の許諾の有無)

判決は、「原告の前社長Bに、被告がスピーカ測定器を製造することを伝えていることをもって、被告による原告ソフトウェアのプログラムの利用について原告の許諾があった」との被告の主張に対して、「Bが被告に顧客を紹介したとしても、その際に、Bが、被告システムの具体的な内容（原告の営業秘密や著作権を侵害する可能性があること）を把握していた等の特段の事情がない限り、そのことをもって、原告の許諾があったと認めることはできない。」とし、「原告社員が被告システムを共同開発したことをもって、原告から許諾があった」との被告の主張に対しては、「原告社員が被告システムを共同開発したとしても、それが原告による業務上の命令等に基づき、原告の業務として行われた等の特段の事情がない限り、そのことをもって、原告の許諾があったとみることはできない。そして、このような特段の事情があったと認めるに足る証拠はない。」と判示した。

また、原告及び原告の関連会社が被告システムを購入したことをもって、被告に対する黙示の許諾があった旨の主張に対しては、「原告又はその関連会社が、被告システムを購入した事実をもって、被告による原告ソフトウェアのプログラムの利用につき原告の許諾があったといえないことは、明らかである。」と判示した。

### 3. 4 争点 (4) (差止め等の請求の可否)

判決は、被告ソフトウェアについては、「被告は、現在、これを製造・販売していないものの、いまだこれを記録した電子データを格納した記憶媒体を保有していること、電子データであるという性質上、その複製も容易であることに照らして、複製又は販売のおそれがないとはいえず、このようなおそれを完全に払拭するためには、被告ソフトウェアを格納した記憶媒体を廃棄させる必要があると認められる。」として、「原告ソフトウェアについての原告の著作権を被告が侵害するおそれがある（著作権法112条1項）と認められるから、」被告ソフトウェアの複製・販売の差止め及び被告ソフトウェアを格納した記憶媒体の廃棄を求める範囲で原告の請求を認めた。

なお、被告システムについては、被告が、現在は被告システムを販売しておらず、被告ウェブサイトにも被告システムの記載がないこと、被告が本件訴訟において、今後は被告システムを販売しない旨述べていること、被告測定器を保有していると認めるに足る証拠がないことから、「被告が、現在、被告測定器を製造・販売していないのみならず、今後も、これを製造・販売するおそれがあると認めることはできず、」被告測定器に関する情報も、現在、被告のウェブサイト上に掲載されていないのみならず、今後も、これが掲載されるおそれがあると認めることはできない。」として、差止めの要件（不競法3条1項）も充足しないとして、原告の請

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

求を認めなかった。

### 3. 5 争点 (5) (損害賠償請求の可否及びその額)

#### (1) 著作権法114条2項に基づく損害額 (主位的主張)

判決は、著作権法114条2項にいう「利益の額」について、「売上高等の収入から、被告が侵害品を製造・販売するために追加的に要した費用を控除したものをいうと解すべき」と判示した。

その上で判決は、被告システムはコンピューター及びマイクロフォンも含めて販売されていたと認定し、被告システムを2台製造するための費用として、コンピューター代21万円、マイクロフォン代54万円、部品代及び製造代として被告が当初自認していた額である40万円、被告測量機のプリント基板のネットワーク費57万2550円の合計172万2550円を控除すべき費用として認定した。

その上で、判決は、被告の被告システムの売上額が160万円であることから、被告は、侵害行為によって受けた利益がないとして、著作権法114条2項に基づく損害額の主張を認めなかった。

#### (2) 著作権法114条3項に基づく損害額 (予備的主張)

判決は、本件での損害額の算定方法につき、「被告システムは、被告測定器とこれを稼働させる被告ソフトウェアから成るものであるが、このうち、被告が原告の権利を侵害した部分は、被告ソフトウェアに係る部分のみであるから、その損害額も、それに対応した売上額を基準として算定すべきである。」と判示した。

そして、被告システム全体における被告ソフトウェアが占める価値を「被告測定器と被告ソフトウェアは、両者が一体となって被告システムの機能を発揮させるものであることに照らせ

ば、被告ソフトウェアが占める価値は、少なくとも、被告システムの販売価格の2分の1を下らない」と認定した。

さらに、著作権法114条3項の「著作権の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額」すなわち原告ソフトウェアの「使用料相当額」に関して、「平成4年度ないし平成10年度における電気計測器・工業計器・その他の電気機器の技術分野において、他社の技術を導入した場合に契約上支払われる実施料率は、統計上、インシヤルの支払がない場合の平均値が4.6%、最頻値が5%である」と認定するとともに、被告ソフトウェアが、原告ソフトウェアの機能を変更、又は新たな機能を付加した部分等を除くほかは、原告ソフトウェアのプログラムを複製して作成されたものであること等も考慮し、使用料相当額は、被告ソフトウェアの占める価値の5%とするのが相当である。」と認定した。

これらの認定をもとに裁判所は、被告の著作権侵害による使用料相当額を、4万円(=160万円[被告システムの売上額]×1/2[被告ソフトウェアが被告システムにおいて占める価値]×0.05[使用料率])と認定し、原告の損害額をこれに弁護士費用5万円を加えた9万円と認定した。

## 4. 検 討

### 4. 1 はじめに

上記のように本件訴訟では、多岐に亘る事実上及び法律上の争点が存する。

しかし、本稿では、紙幅の関係上、不正競争防止法に基づく営業秘密の侵害訴訟においてよく争点となる営業秘密の特定と、プログラムの著作物の著作権侵害訴訟におけるプログラムの著作物性や複製権侵害の主張・立証方法について、主に実務的な視点から、その問題点と対策につき論じてみたい。

## 4. 2 営業秘密の特定

### (1) 営業秘密の特定が問題となる場合

本件訴訟において、原告は、被告の被告システムの製造・販売行為が不競法2条1項7号に該当すると主張したが、本判決は、「原告ソフトウェアのソースコードを除き、『原告システムに関する情報』の内容が特定されていない。」として、原告ソフトウェアのソースコードに関する部分を除き、原告システムに関する情報が営業秘密であることを理由とする原告の請求を棄却している。そこで、不競法に基づく営業秘密侵害を理由とする請求をするにあたり、営業秘密をどの程度特定する必要があるのかについて以下検討する。

営業秘密の侵害を理由に侵害者に対してその営業秘密の使用等の差止請求をする場合、その営業秘密がどのような内容の情報であるかが明らかでなければ、裁判所は何が審理の対象であるかが判断できないし、被告としても十分な防禦ができない。また仮に原告の主張が認容されたとしても強制執行の対象が明らかにならず、執行ができないという事態が生じる。

加えて、訴訟上の攻撃・防禦の場面でも不競法2条6項の営業秘密の要件該当性や、原告の営業秘密と被告の情報の内容の異同が争点になる場合には、原告は営業秘密の具体的内容を明らかにしなければならない<sup>1)</sup>。

他方、営業秘密の侵害を主張する原告としては、今後もその営業秘密を秘密として保持していく必要があるため、問題となっている営業秘密の秘密性を損なうことなく、その侵害の主張をしていく必要がある。

そこで、営業秘密の侵害を主張する原告としては、対象物たる営業秘密をどの様に特定して主張するべきかが問題となるのである。

### (2) 請求の趣旨レベルでの特定

裁判において営業秘密の侵害を理由に差止めの請求をする場合、原告は営業秘密を不正に取得等した被告に対し、当該営業秘密の使用の差止め、又は第三者に開示する行為の差止め、あるいは、当該営業秘密を取得する行為の差止めを求めることになる。請求の趣旨レベルでは、既判力の範囲の確定と執行力の具備という観点から、差止めの対象となる侵害者の行為を特定する必要がある。そして、その際、保護の対象となる営業秘密が顧客名簿等の営業上有用な情報であるか、生産方法等の技術上有用な情報であるか、また、具体的に侵害者のいかなる行為の差止めを求めるかによって、特定の程度に違いがあると解されている<sup>2)</sup>。

#### ア 営業上有用な情報

(ア) 営業上有用な情報が記載された物の廃棄請求・引渡請求、取得する行為の差止請求、第三者に販売・頒布する行為の差止請求

これらの場合、請求の対象となる物としての顧客名簿等を社会通念上他と識別できる程度に特定すれば足りる。これは、廃棄等の対象を物として社会通念上他と識別できる程度に特定すれば、作為義務の内容として特定できるからである。

したがって、廃棄等の対象が顧客名簿であれば、その顧客名簿の記載項目と体裁により特定すれば足りる。例えば、「男性用かつら事件」判決<sup>3)</sup>においても、廃棄請求の対象となる顧客名簿をこのように特定している。

また、営業上有用な情報がハードディスクやフロッピーディスクに保管されている場合には、有体物としてのハードディスクのメーカー名や型式、フロッピーディスクのラベル名等で特定する方法、顧客情報の記載項目、記載方法、任意の抽出頁をプリントしたもの等で当該情報を特定し、そのファイルが保存されているハードディスク、フロッピーディスクとして特定す

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

る方法などが考えられる<sup>4)</sup>。

### (イ) 営業上有用な情報の使用の差止請求

この場合、執行の観点から、営業秘密の内容を、差止めに必要な範囲で特定する必要がある。

例えば、顧客名簿を用いた営業活動の差止めを行う場合には、顧客名まで特定しないと判決で不作為を命じる行為の内容が具体的に特定できないことから、顧客全員の氏名が記載された顧客目録を別紙として引用して特定する必要がある。前出の「男性用カツラ事件」においても、原告顧客目録により具体的に顧客の氏名、住所等を特定したものを請求の趣旨の別紙として使用して特定している。

なお、営業秘密中、これを使用する際に不可欠な一部の情報が、媒体の種類、標題、項目、一部の情報の例示等によって特定できる場合であれば、これによって請求の趣旨を特定して記載することで足りる<sup>5)</sup>。

### イ 技術上有用な情報

#### (ア) 技術上有用な情報の使用の差止請求

この場合も使用の差止めを求める生産方法などの技術情報を特定しないと、判決で不作為を命じる行為の内容が明確にならないから、原告が使用の差止めを求める技術内容を特定する必要がある。例えば、営業秘密の内容が、設計図等であればその図面を添付し、製造方法であれば、生産方法の技術的構成を時間的順序にしたがって、作業手順、原材料、機器等、製造条件(温度・圧力等、所要時間)を文章、製造工程表、図面を用いて特定することになる<sup>6)</sup>。

ただし、営業秘密の特定は、こういった情報を使用することの差止めを求めるのかを明らかにするためになされるものであるから、その特定も実際に被告が使用していると思われる部分の情報のみを記載して特定すれば足り、この情報の周辺部分の情報までを記載する必要はない。

#### (イ) 技術上有用な情報が記載された物の廃

棄請求・引渡請求、取得する行為の差止請求、第三者に販売・頒布する行為の差止請求

この場合は、上記の営業上有用な情報が記載された物の場合と同様、請求の対象となる物としての設計図等を社会通念上他と識別できる程度に特定すれば足りる。

### (3) 請求原因レベルでの特定

請求原因レベルにおいては、訴訟物の特定のためだけでなく、訴訟上の攻撃・防禦方法として主張の内容を特定する必要がある。この観点からは、被告の防禦権の行使にとって相当か否かが考慮要素となる。例えば、被告が営業秘密の要件である非公知性や有用性を争う場合や、原告の営業秘密と被告が使用している情報の内容が異なると主張した場合に、原告は当該争点の審理に必要な限度で、その営業秘密の具体的内容を明らかにして特定する必要があるが生じる。

ただ、営業秘密の具体的内容を明らかにすると、被告がそれまでは知らなかった原告の営業秘密の全容を知る可能性がある。

そこで、原告は、有用性、秘密管理性、非公知性という不競法2条6項所定の要件の充足の有無を判断することができ、かつ、不正取得等の不正競争行為の対象として客観的に把握することができる程度に具体的に特定すれば足りると解されている<sup>7)</sup>。

ただ、実際の訴訟では技術的ノウハウは、製品の製造工程全体にわたって存在していたり、侵害されていない他の営業秘密と不可分一体となって存在していたりするため、上記のとおり限定することが困難な場合もある。このような場合は、訴訟提起時点においてはできるだけ抽象的に記載したり、要約した情報を記載するなどして特定し、被告の防禦行為の内容によって、更に必要な範囲で特定していかざるを得ない。

しかし、実際の訴訟における審理の過程では、営業秘密が実際に使用されたかどうかを判断し

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

ようとするれば、使用行為の説明のために営業秘密の内容の開示がさらに必要になってしまったり、非公知性を主張・立証するために、公知例とどこが違うのかを説明しなければならなくなったりするように、原告が予め特定した営業秘密の範囲やその概要以外に具体的な秘密情報を開示しなければならない場合も起こりうる<sup>8)</sup>。

したがって、原告としては、常に自らが特定した範囲で審理が行われるわけではないことを覚悟しなければならない<sup>9)</sup>。

なお、仮に被告が訴訟を通じて営業秘密を入手し、これを不正の利益を得る目的ないしは加害の目的で使用した場合は、不競法2条1項7号に違反する行為となり、差止めや損害賠償請求の対象となるので、このことが訴訟を通じて入手した営業秘密を利用することの一定の心理的抑制にはなる<sup>10)</sup>。

また、被告が原告の元従業員で営業秘密にかかる技術を開発した部署の開発主任など、原告の営業秘密の内容の全容を把握しているような場合には、侵害されたと主張する営業秘密を開示しても上記のような不利益はないから、その情報を開示しても特に大きな問題はないであろう。

### (4) 裁判の公開との関係

上記の営業秘密の特定にあたり、訴訟の中で営業秘密を開示すると、公開が原則とされる民事訴訟においては、訴訟記録を閲覧・謄写した第三者や傍聴人にその内容が知られる危険がある。

ただ、この点については、法による填補がされており、訴訟記録（訴状などの書面、証拠、判決書も含む）の閲覧・謄写については、当事者がその訴訟記録に不競法2条6項の要件を充足する営業秘密が記載又は記録されていることを疎明すれば、裁判所はその営業秘密が記録又は記載されている部分について閲覧・謄写を当

事者に限定することができるとしている（民事訴訟法92条）。

また、裁判を傍聴した第三者に営業秘密が知られる点については、訴状や答弁書、準備書面は、通常は法廷において当事者が陳述する旨述べるだけで、その内容を読み上げることはない。傍聴人にその内容を知られる可能性はほとんどない。また、裁判所が営業秘密の主張について釈明を求めたりするような場合は、非公開の手続である弁論準備手続（民訴168条以下）で行われることが多いであろうから、傍聴人にその内容を知られることはないであろう。

さらに、当事者尋問及び証人尋問は原則として公開の法廷で行われるが、営業秘密の侵害の判断のためにその営業秘密の内容について、当事者本人（法人である場合は代表者）、または、当事者の法定代理人、使用人その他の従業者（以下、これらの者を「当事者等」という。）が、当事者本人若しくは法定代理人または証人として尋問を受ける場合には、一定の要件の下に裁判所はこの尋問の公開を停止できる（不競法13条1項）。したがって、不競法13条1項の要件に該当すれば、当事者尋問及び証人尋問で第三者に営業秘密の内容を知られることを回避することも可能である。

加えて、平成16年の不競法改正により不正競争訴訟についても秘密保持命令の制度（10条ないし12条）が導入されたことによって、営業秘密訴訟において未だ相手方に知られていない営業秘密を準備書面や証拠で開示する必要がある場合には、先に述べた不競法2条1項7号による保護以外に秘密保持命令により保護を受けることが可能になった。したがって、これらの制度が導入される以前に比べれば原告による営業秘密の特定や主張・立証の困難が幾分か軽減されることになろう。

本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

#### (5) 本判決の認定について

本件事件において原告が営業秘密であるとする「原告システムに関する情報」は、技術上有用な情報であり、かつ、被告は被告システムの製造にあたり原告の営業秘密を使用していることを争っていることからすると、少なくとも原告は「原告システムに関する情報」のうち、被告が使用していると思われる情報の具体的な内容を特定する必要があったといえよう。

しかしながら、本件の原告は、「原告システムに関する情報」のうち原告ソフトウェアのソースコードを除き、その具体的な内容を明らかにしていない以上、裁判所が原告ソフトウェアのソースコードを除き、「原告システムに関する情報」が特定されていないとして、不競法2条1項7号を理由とする原告の請求を認めなかったのは、妥当な判断だったといえよう。

### 4. 3 プログラムの著作物の著作権侵害

本件事件においては、被告ソフトウェアが、原告ソフトウェアのプログラムの著作権（複製権）を侵害しているかが争点（争点（2））となり、本判決はこれを肯定している。

プログラムの著作権の複製権侵害を理由に被告プログラムの製造・販売の差止めや損害賠償を請求する場合、侵害されたと主張する者は、①自己のプログラムが「プログラムの著作物」（著作権法10条1項9号）にあたること、②そのプログラムの著作物の著作権（複製権）が自己に帰属すること、③被告ソフトウェアが自己のプログラムの著作物を複製したものであることを主張立証する必要がある。

そこで、以下では、いかなる場合にプログラムが「プログラムの著作物」として保護されるのか、いかなる場合に複製といえるのかについて検討する。

#### (1) プログラムの著作物性

著作権法上、プログラムとは、「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をいう」（著作権法2条1項10号の2）と定義される。

そして、著作物とは、「思想又は感情を創作的に表現したものであつて、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう」（著作権法2条1項1号）と定義されていることから、プログラムが著作物として保護されるためには、創作的に表現されたものでなければならない。

したがって、単なるデータは、電子計算機に対する指令の組み合わせを含むものではなくプログラムに該当しないので、プログラムの著作物として保護されない<sup>11)</sup>。なお、データも協働する他のプログラム部分と併せて一つのプログラムの著作物と考えることは可能であるが、この場合においても当該データ部分についてはプログラムの著作物としての創作性を認めることは困難と解されている<sup>12)</sup>。

また、創作性を有するかという観点から、他者のプログラムの表現をそのまま使用している部分や誰が作成しても同じような表現となる部分、例えば、プログラム言語で定められた一般的な関数を用いて簡単な指令を組み合わせた部分、あるいは簡単な内容をごく短い構文で表現した部分<sup>13)</sup>、ハードウェアの規制上、プログラム上の表現が一定のものにならざるを得ない部分<sup>14)</sup>などは、創作性が認められず、これらの部分が単体でプログラムの著作物となることはない。

なお、プログラムの機能やデータの処理方法などは、アイデアやアルゴリズムにすぎないので、著作権法上保護されない（著作権法10条3項）。

本判決は、原告ソフトウェアの機能を認定し、

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

原告ソフトウェアがその機能を実現するために各種指令を組み合わせたものとして表現されたものであるから創作性を認め、原告プログラムの著作物性を認めている。原告ソフトウェアのソースコードの表現にまでさかのぼって著作物性を判断していないが、被告が原告ソフトウェアの全てについてその著作物性を争っていないこと、争っている部分も被告の主張には理由がないことからすると、このような判断も妥当なものといえよう。

### (2) 複製権侵害の判断

#### ア 著作物の複製

著作物の複製とは、「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（有形的に）再製すること」をいう<sup>15)</sup>（括弧部分は筆者が追記）。

したがって、既存の著作物と侵害が問題となっている著作物が全く同一である必要や、同じ表現形式である必要もなく、多少の差異があっても、実質的に同一、即ち、類似していれば著作物の複製となる。例えば、ソースコードをオブジェクトコードに変換した場合、表現形式は異なるが実質的には同一なので複製となる。

このように複製の要件として①依拠性と②表現の同一性（実質的に同一の表現を含む）が必要となる。

著作物の複製権侵害訴訟において、原告は、通常は訴訟のどこかの段階で原告プログラムのソースコードを明らかにし、被告プログラムのソースコードと対比して、原告プログラムのどの部分をどの様に複製しているのかを主張・立証していくことになる。

ただ、原告が訴訟提起の段階で被告プログラムのソースコードを入手していることは稀であり、訴訟手続の中で被告に対し、被告プログラムのソースコードの開示を求めて行かざるを得ないことが多い。

なお、オブジェクトプログラムを実行して得られた画面表示、印刷結果等を比較し、これらの類似性を原告、被告プログラムの同一性の間接事実として主張する方法も考えられるが、これらの間接事実が認められても、実際のソースコードの表現は異なっている可能性もあるので、これらの間接事実のみでプログラムの同一性が認定されることはデッドコピー事案を除いては稀であろう。

イ 被告プログラムのソースコードの開示方法  
まず、原告としては、被告に対し、任意の開示を求めていくことになる。

ただ、ソースコードは営業秘密の典型であり、被告がソースコードの開示に難色を示すことが少なからずある。その場合は、被告が開示することを受け容れやすいようにできる限り開示するソースコードを限定することとなる。

具体的に考えられる方法としては、①原告が原告プログラムと被告プログラムで類似している機能を特定し、②その機能を実現するためのソースコードファイル名とファイル中のモジュール名や関数の一覧表を原告、被告双方が提出する。③さらに原告がそのモジュール名や関数の一覧表から類似していると思われるソースコードが記載されているモジュール名や関数を指定し、その指定部分のソースコードの開示を求める。④被告がそのソースコードの開示を受け容れる意向を示せば、⑤原告、被告双方がその該当部分のソースコードを開示するなどの方法が考えられる。なお、このような手法を採用する際、訴訟手続中のソースコードの改変を防止するため、予めソースコードが記録された記録媒体を双方が裁判所に事実上提出してその真正を担保しておくことや、ソースコードの開示によって被告にそのソースコードが無断で使用されたり、第三者に開示されることがないように開示されたソースコードの不使用や第三者への不開示などの合意をしておくことが必要となる

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

う。

このような手法を被告に提案しても、被告が任意でソースコードの開示を拒む場合は、被告のソースコードが記録されている電子媒体について文書提出命令（著作権法114条の3第1項）あるいは検証物提示命令（同条3項）を申し立てることになる。ただし、原告は、文書提出命令を申し立てる以前に、少なくとも、オブジェクトプログラムの実行状況や解析結果、被告プログラムの製作にいたる事実経過、被告内部からの情報等の間接事実から、被告プログラムが原告プログラムを複製したものであることを合理的に疑わしめる程度の立証をすべきであり、このような立証がなければ通常裁判所が文書提出命令を発することはない<sup>16)</sup>。

被告は、これに対し、提出を拒むことについて「正当な理由」（著作権法114条の3第1項但書）を主張・立証することになるが、この「正当な理由」の判断にあたっては、「秘密として管理されている事業活動に有用な技術上又は営業上の情報」の記載の有無のほか、侵害行為の立証に必要不可欠か否かといった訴訟追行上の必要性が総合考慮される<sup>17)</sup>。

### ウ プログラムの比較方法

#### （ア）ソースコードの比較

著作権法はプログラムの創作性ある表現を保護するものであって、アイデアについてまで保護を及ぼすものではない。したがって、複製権の侵害を検討するにあたっては、第一義的にはソースコードの表現を比較することになる。

その際、具体的記述を対比して、命令文、関数、またはコメントの表現が一致しているか、外形的な表現が異なってもその表現内容が一致しているかということなどが判断材料となる。特に、被告プログラムの中に、原告プログラムと表現内容がほぼ一致し、かつ、被告プログラムでは実行されないプログラム、命令文、関数等があれば、依拠性を判断する重要な証拠となる。ま

た、原告プログラムと被告プログラムの誤っている部分が共通していることも、特に依拠性の判断材料となる。さらに、原告プログラムと被告プログラム双方のソースコードがどの程度の割合で共通しているかという数量的要素も複製権侵害の判断材料となり得る<sup>18)</sup>。

なお、当然のことではあるが、ソースコードの比較の対象となるのは、創作性が認められる部分についてのみであり、仮に創作性が認められない部分が同一であってもこれは複製権の侵害にはならない。

#### （イ）その他の比較

プログラムは、特定の機能を実現することを目的とするので、表現と機能が密接不可分の関係にある。ゆえに、機能が同じであれば表現も同じではないかという推測が働きうるため、機能の類否は表現の同一性を推測させる間接事実として機能する。

また、ファイル名やファイルサイズ、ファイルの作成日時が同じである場合も、そのファイル内容の同一性や、原告プログラムに依拠していることを推測させるので、ファイル名やファイルサイズ、ファイルの作成日時もプログラムの同一性、依拠性をさせる間接事実として機能する。

特にデッドコピー事案の場合は、オブジェクトプログラムであっても、このプログラムのメインフォルダ内の大部分のファイル、サブフォルダ内の全てのファイルが、サイズ及び更新日付が同一であることから、原告プログラムと被告プログラムの同一性を認めた裁判例<sup>19)</sup>もある。

なお、これらの比較の際、比較の対象となるのは、創作性が認められる部分についてのみであることは、ソースコードの比較の場合と同様である。

## 本文の複製、転載、改変、再配布を禁止します。

### (3) 本判決の認定について

本判決は、被告が原告ソフトウェアと被告ソフトウェアのソースコードが同一である部分があり、これを利用していることを自認していることから依拠性を認め、また、原告ソフトウェアと被告ソフトウェアのオブジェクトプログラムのほとんどのファイル名が同一であることや、被告が新たに付加・変更した部分を除いた部分については、原告ソースコードと同一または類似していることから同一性を認めている。

しかしながら、本判決では、原告、被告双方のソースコードのうち、どの様な表現が同一といえるのか、その同一部分に創作性が認められるのか、ソースコードがどれ位の割合で一致しているのかについて明確に判示していないなど同一性、依拠性について詳細に判断していない。これは被告が原告のソースコードを利用していることを自認していること及びその利用しているソースコードの全てについて著作物性を争っているとはいえないから、かかる事項について詳細に判断することなく複製権の侵害を認めたものと思われる。

ただ、こういった理由から依拠性、同一性について詳細に判示していないとすれば、被告が利用した原告のソースコードのうち、被告がどの部分について著作物性を争っているとはいえないのかを明示すべきであるが、本判決ではこの点について明確に触れられておらず、もう少し丁寧に判断してもよかったのではないかと思われる。

### 注 記

- 1) 小松一雄編『不正競争訴訟の実務』355頁〔中平健・大濱寿美執筆〕(2005)新日本法規出版
- 2) 小松編 前掲注1) 74頁〔阿多麻子執筆〕、富岡

英次「営業秘密の保護」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系4』472頁(2001)青林書院、設樂隆一「現行民訴法及び新民訴法における営業秘密にかかる不正競争の差止請求及び損害賠償請求の訴訟上の問題点」齊藤博＝牧野利秋編『裁判実務大系27』572頁(1997)青林書院

- 3) 大阪地判平成8年4月16日判タ9205号232頁
- 4) 設樂・前掲注2) 論文579頁
- 5) 富岡・前掲注2) 論文486, 487頁
- 6) 小松編・前掲注1) 76頁〔阿多麻子執筆〕
- 7) 大阪地判平成15年2月27日「セラミック・コンデンサー設計図事件」最高裁HP
- 8) 「大阪地方裁判所第21・26民事部と大阪弁護士会知的財産委員会との協議会」〔平成18年度〕における山田知司裁判官の発言・判タ1230号38頁〔該当部分同50頁〕
- 9) 松村信夫『不正競争訴訟の法理と実務(第4版)』358頁(2004)民事法研究会
- 10) 小松編・前掲注1) 358頁〔大濱寿美執筆〕
- 11) 東京高決平成4年3月31日「IBFファイル事件・抗告審」知財集24巻1号218頁
- 12) 前田郁勝「プログラム著作権侵害における審理」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22』89頁(2004)青林書院
- 13) 東京地判平成15年1月31日「製図プログラム事件」判タ1139号269頁
- 14) 東京高判平成元年6月20日「システムサイエンス事件」判時1322号138頁
- 15) 最判昭和53年9月7日「ワン・レイニーナイト・イン・トーキョー事件」民集32巻6号1145頁
- 16) 前田・前掲注12) 論文93頁
- 17) 前田・前掲注12) 論文94頁。なお、特許法105条の正当理由に関する同旨裁判例として東京高決平成9年5月20日判時1601号143頁等がある。
- 18) 大阪弁護士会知的財産法実務研究会編『デジタルコンテンツ法』下巻207, 208頁〔藤川義人・小池真一執筆〕(2004)商事法務, 三木茂「プログラムの著作権侵害」齊藤＝牧野編 前掲注2) 189頁
- 19) 大阪地判平成13年3月27日「ABACUS事件」最高裁HP

(原稿受領日 2010年10月22日)