

# 裁判例にみるプログラムの著作物の 保護範囲の確定手法(その1)

——質的な基準と量的な基準——

田 村 善 之\*

**抄 録** プログラムの著作物性やその保護範囲を決するに際して、裁判例では、創作的な表現がどこにあり、被疑侵害者がそれを再生しているか否かということ問うという伝統的な著作物について用いられている質的な基準ばかりでなく、ソース・コードの行数と、そのなかで酷似しているコードの割合という量的な基準により侵害の成否が決する手法が用いられることがある。本稿は、後者の量的な基準といえども、アイデアと表現の区別という著作権法の原則を具体的な事件に適用するための基準であるという点で前者の質的な基準と変わるところはなく、ただ表現の選択肢がどの程度あるのかということ量を把握するところに特徴があることを明らかにするとともに、裁判例における侵害の成否の分岐点の相場を探ることを目的とする。

## 目 次

1. 序
2. プログラムの著作物の特殊性
3. アイディアと表現の区別・創作的表現の再生による対処を説く見解
4. 従前の裁判例その1—質的な基準—
  4. 1 質的な基準の提唱—製図プログラム事件 東京地裁判決—
  4. 2 質的な基準を踏襲するその後の裁判例
  4. 3 具体的な当てはめ(以上、途中まで本号)
5. 従前の裁判例その2—量的な基準—
  5. 1 量的な基準を用いる裁判例
  5. 2 量的な基準を踏襲する裁判例
6. 質的な基準と量的な基準の関係
7. 結びに代えて—量的な指標—  
(以上、次号)

## 1. 序

プログラムの著作物性やその保護範囲を決するに際して、裁判例のなかには、創作的な表現がどこにあり、被疑侵害者がそれを再生してい

るか否かということ問うという伝統的な著作物について用いられている手法のほかに、ソース・コードの行数と、そのなかで酷似しているコードが占める割合という量的な指標により侵害の成否を決する手法を用いるものがある。ここでは、便宜上、前者を質的な基準をとる手法、後者を量的な基準をとる手法と呼ぶことにしよう。本稿は、プログラムの著作権侵害の成否に関して、表現の選択肢に幅があることを確認するものとして、量的な基準が正鵠を射たものであることを明らかにするとともに、そのような取扱いが伝統的な質的な基準と対立するものではなく、むしろ質的な基準による判断を推認する手法として有用であることを示すことを目的とする。

## 2. プログラムの著作物の特殊性

1985年改正によりコンピュータ・プログラム

\* 北海道大学大学院法学研究科 教授  
Yoshiyuki TAMURA

が著作物として著作権法の保護を享受しうることが明らかとなったが<sup>3</sup> (10条1項9号)、この改正と前後して、主として文化の世界を規律する著作権法の世界に、コンピュータ・プログラムのような技術の保護を持ち込むことに対して強力な異論(以下、「批判説」と呼ぶことにする)が唱えられた<sup>1)</sup>。

その批判の骨子を筆者なりに要約するのであれば<sup>2)</sup>、技術の世界は、文化の世界と異なり、多様性の世界ではない。効率性という観点から一定方向に進歩していくという傾向がみられる<sup>3)</sup>。ここにおいては一定の技術的進歩というものは遅かれ早かれ達成されるものであるから、陳腐な創作活動を保護する必要はなく、通常の技術的進歩を超えたもののみを保護すべきである。技術というものは僅かの進歩がみられたに過ぎないものであってもこれを利用することには利益があるから、そのようなものに排他権を認めることは弊害が大きい。そのために、特許権や実用新案権の成立には、新規性、進歩性等が要求されるとともに、その存続期間も著作権よりかなり短いものとなっている<sup>4)</sup>。

このような立場からは、そもそも、著作権法にコンピュータ・プログラムのようなものを混入させたことに立法論的な問題があるということになるのだが、プログラムが著作物であることが明示されてしまった現行法下においては、解釈論として、技術的著作物に関しては、従来の文化的著作物に対する基準とは異なる基準を定立する必要があるとされている<sup>5)</sup>。具体的には、著作権の存続期間は著作者の死後50年と、技術の保護法である特許権に比してかなり長期にわたるところ、プログラムの著作物の保護の要件を緩くし、その保護範囲を広く認める場合には、技術の停滞を免れない。したがって、プログラムの著作物に関しては、創作性の程度を高くとり、特許法における進歩性の要件と同様の運用をなすべきであり<sup>6)</sup>、その保護範囲に関

しても、効率性を追求するというその性質上、表現の選択の自由度が限られていることに鑑み、講学上の著作権侵害の成立要件である類似性の範囲を狭く解釈すべきである<sup>7)</sup>、というのである。

たしかに、コンピュータ・プログラムは、その表現により人間の視聴覚に訴えることを目的としているのではなく、究極的には、電流を通すか否かというオン・オフを意味する0と1のコードに変換されてコンピュータを動かすための手段でしかない。コンピュータ・プログラムにおいては、如何に表現するのかということよりは、如何に効率的にコンピュータを動作させるかということに価値がある。その意味で、プログラムを著作権により保護することに対する批判説が指摘しているように、表現に重きを置く著作権法の発想には馴染まないものがあることは否めない<sup>8)</sup>。

特に、こうした著作権法の枠組みとの齟齬が生じるのは、自らが創作した表現に愛着が生じることを前提に組み立てられている著作者人格権による保護に認めることができる。(例外的な創作者はいるだろうが)一般的に言えば、人の視聴覚に訴えることを目的として創作されたものと同様の愛着が生れるとは考えにくいコンピュータ・プログラムに、他の著作物並の著作者人格権の保護を与える必要はないからである。また、著作権法が、創作物が文化という多様性の世界に属していることを前提として、相対的に積み重ねの要素が低いことに鑑み、技術保護法である特許に比して長期の保護期間を供与していることに関しても、コンピュータ・プログラムは機能を追求して創作されており、創作の自由度に限りがある著作権法に妥当するものではないという指摘も至当であろう。

### 3. アイディアと表現の区別・創作的表現の再生による対処を説く見解

もつとも、こと著作権財産権に関しては、創作性を高くとるとか、保護範囲を限定するという批判説の主張に関しては、既存の著作権法の枠組みである表現とアイディアの区別の法理を使うことにより所期の目的を果たすことができるように思われる<sup>9)</sup>。

まず、著作物性に関しては、表現の選択肢が極めて限られたものである場合には、創作性が否定されると解される。コンピュータ・プログラムには、互換性を維持する等のために、どうしてもそのような表現にならざるをえなかったり、効率性を追求するとどうしてもそのようなステップを踏まざるをえない場合がある。そのような場合に表現を保護することは、著作権法で保護すべきではないアイディアを保護することにほかならず、許されないと解される<sup>10)</sup>。

また、創作的な表現と認められる部分があるために著作物性が認められたとしても、創作性のない表現の部分が模倣されたに過ぎなかったり、アイディアが模倣されたに止まるだけでは著作権の保護が及ぶことはない。フローチャートに記されるような一般的な処理の流れは、アイディアである「解法」(10条3項3号)として、それが模倣されたとしても著作権侵害となることはないと解される。さもないと、後続の創作を過度に阻害し、創作の促進を図ることで「文化」(ここではプログラムの創作を促進することで達成されるところの著作権法上の「文化」であり、先に掲げた一般的な用語としての「文化」とは趣を異にするが)の発展という著作権法の目的を達成しなくなるからである。

アイディアと表現の区別は相対的なものであるから、この法理の適用の場面において、適度な保護となるようにアイディアとすべき領域の広狭を調節することが可能である。アイディア

とされた領域において如何に創作性が発揮されたとしても、それは表現が創作されたわけではないということを理由に、創作的表現であることが否定されるから、その結果、創作性は一定の水準を超えた高度なものとならざるをえないことになる。また、アイディアとされる領域が共通しているだけでは、未だ創作的な表現が共通しているわけではないことを理由に、著作権の保護を否定することができ、その結果、著作権の保護範囲が限定されることになる<sup>11), 12)</sup>。

## 4. 従前の裁判例その1—質的な基準—

### 4. 1 質的な基準の提唱—製図プログラム事件東京地裁判決—

このような考え方は裁判例の採用するところでもある。

東京地判平成15・1・31判時1820号127頁[Quite(クワイト)鉄道編](製図プログラム事件)は、プログラムの著作物の創作性の判断基準を初めて明確に述べた判決として知られており<sup>13)</sup>、その理を以下のように説いている<sup>14)</sup>。

「ある表現物が、著作権法の保護の対象に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る。そして、創作的に表現したものであるためには、当該表現が、厳密な意味で独創性のあることを要しないが、作成者の何らかの個性が発揮されたものであることは必要である。

この点は、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。

ところで、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。

さらに、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を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。<sup>15)</sup>

## 4. 2 質的な基準を踏襲するその後の裁判例

このような製図プログラム事件東京地裁判決が提示した質的な基準は、その後の裁判例の踏襲するところとなった。

たとえば、知財高判平成24・1・25判時2163

号88頁〔混鉄車自動停留ブレーキ及び連結解放装置〕は、プログラムについての使用料の支払請求の前提として、プログラムの著作権の確認が請求された事件であるが、プログラムの著作物性の判断基準を、以下のように説いている。

「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、コンピューター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といわなければならない。」

さらに、著作権侵害事件においても、知財高判平成26・3・12判時2229号85頁〔群刻〕は、著作物性について、ほぼ同旨を説くとともに、保護範囲についても、この理が妥当することを以下のように確認している。

「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過ぎない場合には、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。」

#### 4. 3 具体的な当てはめ

この質的な基準の下での具体的な運用をみてみよう<sup>16)</sup>。

##### (1) 著作物性の判断について

第一に、抽象的な処理の流れであって、アイデアと評価されるところについて創作性が主張されたとしても、それがゆえに創作的表現とされるわけではなく、そのような処理の流れを具体的に表現するところに創作性が認められなければならない。

たとえば、裁判例では、「恋愛の神様」の星座を求めるプログラムのソース・コードの内容と処理内容につき、生年月日の月と日から、当該生年月日がどの星座に相当するかを判定する

ために、まず、月を示す数値をswitch-case文で各月に場合分けしたうえで、それぞれの月のなかで、if-else文で上限日以下の日付であれば該当する星座に相応する番号を（星座の境界日は月の途中にあるため）、それ以外の場合には別の星座に相応する番号を返すものであると認定したうえで、生年月日の月と日によって決定される星座を求めるに当たり、まず月を場合分けし、その月のなかにある2つの星座の境界日によって、どちらかの星座に振り分けるとするのはプログラム作成過程におけるアイデアまたは解法に過ぎず、著作権法による保護の対象外であり、これをそのまま表現したか、あるいはこれを平凡な選択によるありふれた表現手法で表現した場合には、アイデアまたは解法に従っただけのものとして、その表現には創作性がない、と判示した判決がある（東京地判平成22・4・28平成18(ワ)24088 [恋愛の神様]。知財高判平成23・2・28平成22(ネ)10051 [同]もこれを維持<sup>17)</sup>）。

第二に、ハードウェアや他のソフトウェアとの互換性を維持する等のために、どうしてもそのような表現にならざるをえないという場合には、創作的表現ではなく、著作物性が否定される。

たとえば、MENU・EXEファイルがアプリケーションプログラム等のファイルをハードディスクに組み込むための指示や情報を記述しているIBFファイルに関して、同ファイルの各種表現は、MENU・EXEファイルおよび組み込み対象のアプリケーションプログラム等によって規定されており、選択の余地がないか、選択の幅が極めて小さいということを理由に創作性を否定する判決がある（東京地決平成3・2・27知裁集23巻1号138頁 [IBFファイル]）。

第三に、一般的な表現が選択されているに過ぎず、製図プログラム事件東京地判に代表される裁判例の言葉を借りれば「ありふれた表現」

が選択されているに過ぎない場合にも、創作性が否定され、著作物性が否定される。

たとえば、下記のように、princ（プリンシー）関数を用いて「」内の記述をそのまま画面に表示することを指令したり（図1「メニュー表示部のプログラム」・8～21）、メニュー番号に応じてデータ入力部、修正部、描画部、説明部のいずれかのファイルを読み込むことを指令する（図1・23～27）メニュー表示部のプログラム<sup>18)</sup>に関して、全体として短く、その大部分が、AutoLISP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ものに過ぎないから、制作者の個性が発揮された表現とはいえ、創作性がなく、またその処理の流れは、〔1〕画面上に、データ作成（入力）、修正、

描画、説明、終了の順に各メニューメッセージを表示し、〔2〕ユーザーにいずれかのメニュー番号を選択（入力）させ、〔3〕ユーザーが入力したメニュー番号に応じて、各機能を実行するファイルを呼び出すものであって、著作権法10条3項3号の「解法」に当たり、著作権の保護が及ばないと帰結された（前掲東京地判[Quite（クワイト）鉄道編]）。

また、下記のように、1行から2行程度の指令に分節された部分について同一性が主張されているところ（図2「基準線のデータ入力部」・13行目、17・18行目、22行目、26・27行目、36行目）、いずれもそれぞれ文字列やメッセージを表示したうえで、ユーザーが入力した実数、文字列をAutoLISP言語の関数を用いて変数す

```
YBJ-TR68.DEC      Page 1

1  (princ "Ynbj-TR68 v).lva")
2  ; 内容:電車線°行程、基本線作成
3  ; 作成:89-04-28 サブ:無し 備考:
4  ;
5
6  (setq 01 0)
7
8  (princ "vavavavavavavavavavav")
9  (princ "v 【J R - CAD】【電車線°行程、基本線作成】")
10 (princ "v")
11 (princ "v1. データファイルの作成")
12 (princ "v")
13 (princ "v2. データファイルの修正")
14 (princ "v")
15 (princ "v3. 基本線作成 (データファイル作成後)")
16 (princ "v")
17 (princ "v4. データファイルの文法説明")
18 (princ "v")
19 (princ "v0. 終了")
20 (princ "v")
21 (setq 00 (getint "v目的の番号を入力 (0) : ")) (if (= 00 nil) (setq 00 0))
22
23 (if (= 00 1) (load "Z:YBJ-TQ02"))
24 (if (= 00 2) (load "Z:YBJ-TR00"))
25 (if (= 00 3) (load "Z:YBJ-TR79"))
26 (if (= 00 4) (load "Z:YBJ-TR70"))
27 (if (= 00 0) (setq 01 1))
28
```

図1 メニュー表示部のプログラム

```

1  (princ "Ybj-T002 v1.0Va")
2  ; 内容: 電車線基本データ作成
3  ; 作成: 90-02-05 備考: 点データ入力サブルーチン
4  ;
5
6  (setq NO 1)
7
8  (princ "VaVaVa (JR-CAD) (電車線*.行程, 基準線データ登録)")
9  (princ "VaVa電車線基本データ登録Va")
10
11 (setq F1 "T:TEST.DAT")
12
13 (setq V0 (getreal "VaVaキロ行程の最初の値をm単位で入力 (0) : "))
14 (if (= V0 nil) (setq V0 0.0))
15 (setq V0 (rtos V0 2 2))
16
17 (princ "VaVaVaキロ行程のオフセット値 (スタート値から量)")
18 (setq V1 (getreal "VaVa初期のマークまでの距離)をm単位で入力 (0) : "))
19 (if (= V1 nil) (setq V1 0.0))
20 (setq V1 (rtos V1 2 2))
21
22 (setq V2 (getreal "VaVaVa縮尺の分母のみ (例: 1/500は500) 入力 (500) : "))
23 (if (= V2 nil) (setq V2 500.0))
24 (setq V2 (rtos V2 2 0))
25
26 (princ "VaVaVaキロ用紙サイズ A 4 (高さ210mm) A 3 (高さ297mm) ")
27 (setq V3 (getstring "VaVa A 2 (高さ420mm) を入力 (A4) : "))
28 (if (= V3 "") (setq V3 "A4"))
29
30 (setq F0 (open F1 "w"))
31 (write-line V0 F0)
32 (write-line V1 F0)
33 (write-line V2 F0)
34 (write-line V3 F0)
35
36 (setq V0 (getstring "VaVaスパンを入力 (50): "))
37 (if (= V0 "") (setq V0 "50"))
38
39 (princ "VaVaL又はRを入力すると最後の基準線の左右に補助線が作成されます")
40
41 (while (/= V0 "999"))
42
43 (write-line V0 F0)
44
45
46 (princ "VaVaスパンを入力 (終了は999) (") (princ V0)
47 (setq B0 (getstring " ")) (if (/= B0 "") (setq V0 B0))
48
49 );v
50
51 (close F0)
52

```

図2 基準線のデータ入力部

るという極めて簡単な内容を、ごく短い構文で表現するものである場合には、創作者の個性が発揮された表現とはいえないとされる（前掲東京地判 [Quite (クワイト) 鉄道編]）。

このほか、星座を求めるプログラムについて、そのアイデアまたは解法を表現する表現手法は限定されているところ、このプログラムは、いずれも極めて基本的な命令であるswitch-case文とif-else文とを組み合わせて単純な条件分岐をするだけの平凡な構文で、上記アイデアまたは解法をそのまま表現したか、あるいはありふれた表現手法で表現したに過ぎず、創作性を認めることはできない、と判示した判決がある（前掲東京地判 [恋愛の神様]、前掲知財高判 [同]）<sup>19)</sup>。

#### 注 記

- 1) 中山信弘『ソフトウェアの法的保護』（新版・1988年・有斐閣）。
- 2) 田村善之『著作権法概説』（第2版・2001年・有斐閣）28～29頁。
- 3) 中山・前掲注1）・96頁。
- 4) 中山・前掲注1）・18～19・104頁。
- 5) 中山・前掲注1）・19頁。藤木久「アプリケーション・プログラムの保護範囲について」根岸哲編『コンピュータ知的財産権』（1993年・東京布井出版）91～101頁も参照。
- 6) 中山・前掲注1）・104頁。
- 7) 中山・前掲注1）・100～101頁。
- 8) 中山・前掲注1）・20～21頁。
- 9) 田村・前掲注2）・29～30・102～103頁。  
詳細なアルゴリズムの保護の可能性を提唱しつつ、辰巳直彦「プログラム著作権の諸問題」神戸学院法学20巻2号287～290・307～308頁（1990年）、プログラムの機能に対する保護を否定することに重点を置きつつ、野一色勲「翻案権とコンピュータプログラム」北川善太郎編『知的財産法制』（1996年・東京布井出版）135～144・148～150・153～154頁。
- 10) いわゆるアイデアと表現のマージ理論につき、参照、D.S. カージャラ＝梶山敬士「日米著作権

の基本概念」D.S. カージャラ＝梶山敬士『【日本・アメリカ】コンピュータ・著作権法』（1989年・日本評論社）280頁。視力検査における「右」、「左」を表現するためにランドルト環を用いることをアイデアとしつつ、このアイデアを表現する方法は1つしかないことを理由に、記述者の個性が表れたものではなく、ゆえに創作性が否定されるとした判決として、東京地判平成20・10・23平成19(ワ)25428 [Meu Amigo Kanji 80 Kanjis]。

- 11) 田村・前掲注2）・62頁。  
以上のような手法は、プログラムの著作物の創作性や保護範囲について穏当な解決をもたらすものと思われるが、批判説が指摘した保護期間の問題や、著作者人格権の問題に関しては、特段の解決を示すものではない。しかし、保護期間に関しては、プログラムのように漸進的ながら不断に改良が進んでいく分野では、選択肢の限られたものの著作物性を否定し、アイデアの模倣を許しておけば、作品としての価値を極めて長期間にわたって保つことがある伝統的な著作物と異なり、長期の保護期間が堪えがたいほどの支障となることはないように思われる。また、著作者人格権に関しても、法人著作に関する15条2項や、同一性保持権を制限する20条2項3号の活用等により相応の解決を得ることが可能である。
- 12) ところで、先に紹介した批判説が、プログラムを著作権法によって保護することに何ら積極的な意義を見出していなかったのに対して、同じく、技術というものは積み重ねで発展していく要素が強いから、広範な保護を認めることは技術の進歩を妨げることになるという見地に立脚しながらも（D.S. カージャラ「著作権、ソフトウェアと新保護主義」カージャラ＝梶山・前掲注10）・122頁）、他方で、著作権のように登録を要することなく、自動的に権利を与える保護がプログラムに必要とされなければならないとすればそれは何故なのかということを一層明らかにした見解として、後にMarket-Oriented Approach（市場指向アプローチ）（参照、小泉直樹「コンピュータ・プログラムの保護における“market-oriented approach”」同『アメリカ著作権制度』（1996年・弘文堂）94～95頁）と呼ばれることになるアプローチがある。



この見解は、従来の法は、特許権を取得しない技術製品に対しては、たとえそれが新製品であったとしても、他人が当該技術にリヴァース・エンジニアリングをなし、同様の技術製品を市場に出すまでの間、優位を得ることができるという保護を与えていたに過ぎないという認識から出発し、他の技術製品に比してプログラムを特に保護する理由はどこにあるのか、見極める必要があると説く。同見解によれば、それはただ一点、プログラムが極めて容易に海賊行為に晒されるところにあるに過ぎない。なぜならば、プログラムは複製が極めて容易であり、プログラムを奪うためには、製品をリヴァース・エンジニアリングする必要もなければ、奪うアイデアを理解する必要さえないからである（カージャラ／前掲注12）・62～64・85～86頁）。

このようにプログラムを著作権法で保護する意義を市場先行の利益の保護に見出した結果、保護の範囲にも一定の指針が与えられ、著作権が保護される範囲は海賊行為に対して及び、かつそれに止まるという。この海賊行為とは、新製品を市場に初めて登場させた他の技術分野の技術的革新者が受けていた競争上の商業的優越を本質的に消滅させてしまうような行為と定義される。これに当たらない社会的に望ましいリヴァース・エンジニアリングの結果得られたものは、著作権を侵害しない。かくして、技術の発展を阻害することなく、適正な保護が与えられることになる、という（カージャラ／前掲注12）・156頁）。

もっとも、この見解自体は、自身が主張する保護範囲論は、アイデアと表現の区別という伝統的な著作権法の保護範囲論の外にあるとしている（カージャラ／前掲注12）・115～116・126～128頁）。また、そもそもこの見解は、特許権の外で事実として存在している市場先行の利益という新技術の開発のインセンティブを保障する限度で著作権の保護を及ぼそうとするものであるが、市場先行の利益を超えた保護を与えるために著作権法制度というものが存在しており（田村・前掲注2）・4～6頁）、その著作権法の中にプログラムの著作物の保護が取り込まれたということは、権利も何も無い段階で存在している事実としてのインセンティブ以上のインセンティブを創出しようとしたためである、と理

解するのが素直であろう。

したがって、解釈論としては、著作権の保護は、市場先行の利益を定型的に奪うことになる模倣行為を超えたものとなると考えられるが、それにもかかわらず、本見解は、プログラムの著作物の創作に適切なインセンティブを与える保護が必要であることを明らかにした点で画期的なものといえることができる。この見解は、先の批判説と異なり、（数々の問題点を指摘しつつも）プログラムを著作権法で保護する積極的な意義を（も）見出しているという点で、著作権法の解釈論として有益な示唆を与えてくれるからである。著作権法にプログラムの著作物の保護が明定されている以上、そこに何がしかの合理性を法は認めているはずである。歴史的にみても、1980年代になってコンピュータ・プログラムに対する保護が求められていたのは、プログラムがソフトウェアとしてハードウェアから分離し独自に流通するようになり、容易にコピーされ模倣されることに対する保護が求められたからにはほかならない（中山信弘「ソフトウェアの法的保護に伴う国際問題」総合研究開発機構『多国籍企業の法と政策』（1986年・三省堂）350～352頁、同・前掲注1）・1～2頁）。創作のインセンティブを過度に削ぐような態様の模倣行為に対しては、プログラムの著作権の侵害行為を肯定すべきであり、この見解が提示する酷似的模倣はその一例であるといえることができる。そして、この見解の企図するところは、侵害を肯定すべき場合には、創作的表現の共通性を認めることとするという運用を図ることで実現することが可能である。

- 13) [判解] 判例時報1820号128頁（2003年）による位置付けを参照。末吉互「プログラム著作物の創作性について」『はばたき—21世紀の知的財産法』（中山信弘古稀・2015年・弘文堂）555頁の評価も参照。
- 14) この判決の匿名解説である前掲注13) [判解] は、同判決が、批判説ではなく、田村・前掲注2)・29頁と同様の考え方をとったという理解を示す。
- 15) ありふれた表現には創作性がないとする説示は、プログラムの著作物の分野に限らず、たとえば、編集著作物等に関する裁判例においても顔を出すことがある。たとえば、映像化された松本清張著作の小説のデータを記載した表について、

「何らかの独自性新規性」を有するとは認められないことを理由に、著作物性を否定した裁判例として、東京地判平成11・2・25判タ998号252頁[松本清張作品映画化リスト]、戦前の刑事事件の裁判記録とこれに関することの明らかな3つの文献を復刻しただけの書籍について、その素材の選択または配列はありふれたものであることを理由に、創作性を認め難く、編集著作物とはいえないとした判決として、東京地判平成21・2・27平成18(ワ)26458[特高警察関係資料集成]がある。

こうした動向を踏まえつつ、学説の中には、著作権法上の創作性は、元来、主観的に他と異なるものを創作すれば創作性が満たされるという意味で「主観的新規性」で足りるはずであるところ、特に技術的な著作物や事実に基づく著作物において、特許法と同様の「客観的新規性」を創作性に持ち込む説示であるとして、こうした裁判例を喧伝するものもある(横山久芳「編集著作物概念の現代的意義—『創作性』の判断構造の検討を中心として—」著作権研究30号153～161頁(2004年))。

しかし、あえてそのような根本的な変革を迫る説示として位置付ける必要はない。既存の著作権法の枠組みのなかでも、要するに、ありふれた表現について保護を与える場合には、アイデアに保護を与えることになるから、創作的表現であることが否定されるという前記一般論を体现するものとして理解すれば足りる(蘆立順美「データベースの保護」著作権研究36号75頁(2010年))。

こうした理解の正しさは、この種の説示が、プログラムの著作物でも編集著作物でもなく、より伝統的なタイプの著作物の事例においても登場することからも裏付けることができる。たとえば、「時効の管理」という表現について、ありふれた表現であることを理由に創作性がないとした裁判例として、大阪地判平成20・5・29平成19(ワ)14155[時効管理の実務]、大阪高判平成20・10・8平成20(ネ)1700[同]、漢字のテストについて、「さるの手」「わにの口」「うさぎの耳」「ねこの目」という例文の表現自体と、それらが組み合わせられているという点で同一性を有するものの、これらは短文であり、平凡かつありふれているから、何らかの構成が表れたもの

と認めることはできないことを理由に、侵害を否定した裁判例として、前掲東京地判[Meu Amigo Kanji 80 Kanjis]、インターネット上への書面掲載を中止するよう求めた催告書がまたもやインターネットに掲載されたという事件で、平凡な表現方法によっており、ありふれたものであることを理由に、原告の個性が表れていないとして、創作的な表現に当たらないとした判決として、東京地判平成21・3・30平成20(ワ)4874[催告書]、知財高判平成21・9・16平成21(ネ)10030[同]、作者不詳の原詞の一部を替えて制作された手あそび歌について、「いっぽんといっぽんでにんじゃになって」等の歌詞やふりつけにつき、ありふれたものであることを理由に創作的表現に該当しないとした判決として、東京地判平成21・8・28平成20(ワ)4692[たのしい手あそびうたDVDブック]がある(これらの裁判例を具体的に問題となった著作物とともに簡潔に紹介するものとして、中村恭「最近の著作権裁判例について」コピーライト586号13～20頁(2010年))。

結論として、ありふれた表現について創作性を否定する考え方は、プログラムの著作物に限られるものではなく、「客観的新規性」を創作性要件に持ち込むものでもなく、伝統的なアイデアと表現の区別を具体化したものに過ぎないと考えられる。

- 16) 以下では、製図プログラム事件東京地裁判決以前の裁判例も紹介している。同判決に比肩するほどの包括的な説示こそ示されていないものの、プログラムの制作に一定の制約があることを前提に創作的表現であるか否かを判断している点で、同判決以降の裁判例と変わるところはないと思われるからである。なお、プログラムの著作物性を明文で認めた1985年著作権法改正より前の裁判例に関しては、参照、末吉/前掲注13)・550～552頁。
- 17) 本件において原告が提出した「恋愛の神様」のソース・コードは3,245行であるが、原判決の認定の下では、被疑侵害者である被告のプログラムは記述言語や解法を異にしているものがほとんどであり、したがって、原判決は、一般的には著作物性を否定するというよりは、保護範囲の問題として、両著作物に共通する要素がアイデアに過ぎないことを理由に著作権侵害を否

定すれば足りた事件であった。実際、原判決は、以下のように述べて、

「創作性のない部分において類似するか又は類似する部分がないかのいずれかであって、せいぜい、創作性のない『〔2〕恋愛の神様』の星座を求めるプログラム若しくは九星を求めるプログラム（ソースコードにして合計33行）が、『〔2〕-1旧恋愛の神様』、『〔2〕-1新恋愛の神様』、『〔2〕-2恋愛の神様』又は『〔2〕-3恋愛の神様』の星座を求めるプログラム若しくは九星を求めるプログラムと似ているという限度の事実が認められるにすぎない。してみれば、その余の点について判断するまでもなく、『〔2〕-1旧恋愛の神様』、『〔2〕-1新恋愛の神様』、『〔2〕-2恋愛の神様』又は『〔2〕-3恋愛の神様』は、『〔2〕恋愛の神様』を複製又は翻案したものであると認めることはできない。」

要するに、ソース・コードにして33行にかかる表現は似ているが、そこには創作性がなく、その余の部分は表現そのものが似ていない、という趣旨を説いているものと理解することができよう。

もっとも、控訴審判決は、そもそも下記のように述べて、原告が著作権を主張するプログラム全てについて、被告のプログラムと対比するまでもなく、著作物性が否定されるとしている（その評価として、末吉／前掲注13）・554～555頁も参照）。

「『〔2〕恋愛の神様』の星座を求めるプログラム、日干計算のプログラム、九星を求めるプログラム、年月日を得るプログラム、画像タグを生成

するプログラム、守護星を求めるプログラムについて、いずれも創作性は認められない。したがって、『〔2〕-1新恋愛の神様』、『〔2〕-2恋愛の神様』、『〔2〕-3恋愛の神様』の星座を求めるプログラム、日干計算のプログラム、九星を求めるプログラム、年月日を得るプログラム、画像タグを生成するプログラム、守護星を求めるプログラムが、原告のプログラムに係る複製権又は翻案権を侵害することはない。」

なお、本判決は、占い結果に応じて画面に表示される41種のルーン石の白黒画像とカラー画像についても著作物性を否定しているが（カラー画像に関して、著作物性を肯定した原判決を取消し）、この点に関しては、橋谷俊〔判批〕知的財産法政策学研究47号掲載予定を参照。

18) 以上のプログラムの機能に関する分析は、荒竹純一『ビジネス著作権法侵害論編』（新版・2014年・中央経済社）65頁に依拠した。

19) このほか、そもそも著作物性がないとされたウェブサイト上の画面を作成する際に、ソフトウェアの機能により自動的に生成されたHTMLソースコードに関して、原告自らが本件ソースコードそれ自体を記述したものではないことを理由に原告の思想または感情が創作的に表現されたものとはいえないと判示した判決があるが、当該ソースコードの著作物性が否定されたというよりは、原告が創作した表現がないということが問題となった事案である（東京地判平成24・12・27平成22(ワ)47569〔大道芸研究会〕）。

（原稿受領日 2015年5月18日）