

プログラムの営業秘密性に対する裁判所の判断

会員 石本 貴幸

要 約

企業が保有するプログラム（ソフトウェア）は、積極的に公開されることはなく企業内で秘密として管理される場合が多く、このようなプログラムの不正使用に関する民事訴訟も複数提起されている。また、プログラムはソースコード、アルゴリズムにも分けて考えることができ、営業秘密として管理する場合にそれぞれ異なる特徴を有している。さらに、プログラムの不正使用に関する民事訴訟では、営業秘密侵害と共に著作権侵害も合わせて提起されることもあり、この点は他の営業秘密侵害訴訟に多くは見られない特徴でもある。そこで、このような裁判例を紹介すると共に、プログラムを営業秘密とする場合に留意する事項について論考する。

目次

1. はじめに
2. ソースコードの営業秘密性
 - (1) ソースコードの営業秘密性に対する一般的な理解
 - (2) 技術的に特徴のないソースコードの非公知性
 - (3) 営業秘密性が否定されたアルゴリズムに基づくソースコードの営業秘密性
3. 営業秘密と認定されたソースコードに対する不正使用の該当性
4. ソースコードの営業秘密侵害と著作権侵害について
5. アルゴリズムの営業秘密性
6. まとめ

1. はじめに

パーソナルコンピュータやスマートフォン等の情報処理装置、IoT（Internet of Things）の発達や普及と共に、様々なソフトウェアの開発が進められており、近年ソフトウェアリッチと呼ばれるように多くの製品や装置に用いられるソフトウェアによる処理が製品や装置を特徴付ける重要な構成要素の一つとなっている。

このため、ソフトウェアを構成するプログラムに係る発明は特許出願される場合も多い。しかしながら、プログラムは装置の内部処理に関するものであり、たとえプログラムの特許権を他者が侵害していても、他者製品の外見からその侵害を判断することが難しい場合も多い。また、公知のソースコードを複数組み合わせで作成されたプログラムは進歩性がないとして特許査定を得ることが難しい。このような理由から、特許

出願されずに秘匿化されるプログラムは非常に多いと考えられる。

ここで、一般的に、ソフトウェアを構成するプログラムのソースコードはそのほとんどが非公開とされている。さらにソフトウェアのライセンス契約において、ライセンサーがライセンシーに対して当該ソフトウェアについてリバースエンジニアリングを行うことを禁止するような秘密管理を積極的に行っている企業もある。

しかしながら、公知のソースコードが複数組み合わせられて作成されたソースコードに関しては、秘密管理をしてもその非公知性に対して疑義が持たれることも考えられる。また、ソースコードは、その処理内容を示したアルゴリズムに基づいて作成されるため、技術的に密接な関係にあるソースコードとアルゴリズムは必要に応じて共に営業秘密管理されるべきものであろう。ところが、上位概念、下位概念の関係にあるソースコードとアルゴリズムを営業秘密管理しても、裁判において一方の営業秘密性が認められなかった場合に他方の営業秘密性は認められるのであろうか。さらに、ソースコードは、著作物でもあり著作権の対象としての側面も強い。このため、裁判において被告の原告ソースコードに対する権利侵害として、営業秘密侵害と共に著作権侵害も原告側が主張する場合がある。

このように、プログラムを営業秘密とする場合、他の技術情報にはない特有の留意すべき事項がある。

2. ソースコードの営業秘密性

(1) ソースコードの営業秘密性に対する一般的な理解

上述のようにソースコードは、一般的には開示されるものではない。このようなソースコードの営業秘密性についての一般的な理解を示した裁判例として、Full Function 事件（大阪地裁平成 25 年 7 月 16 日判決 事件番号：大阪地裁平成 23 年（ワ）第 8221 号）が挙げられる。本事件は、原告の元従業員であった被告 P1 及び被告 P2 が原告の営業秘密である本件ソースコード等を被告会社に対し開示し、被告会社が製造するソフトウェアの開発に使用等したと原告が主張した事件である。

本事件において裁判所は「一般に、商用ソフトウェアにおいては、コンパイルした実行形式のみを配布したり、ソースコードを顧客の稼働環境に納品しても、これを開示しない措置をとったりすることが多く、原告も、少なくとも原告ソフトウェアのバージョン 9 以降について、このような措置をとっていたものと認められる。そして、このような販売形態を取っているソフトウェアの開発においては、通常、開発者にとって、ソースコードは営業秘密に該当すると認識されていると考えられる。」（下線は筆者による。以下同様）のようにソースコードに対する一般的な理解を示している。

そして、本事件において原告が営業秘密であると主張する本件ソースコードの秘密管理性について裁判所は「前記 1 に認定したところによれば、本件ソースコードの管理は必ずしも厳密であったとはいえないが、このようなソフトウェア開発に携わる者の一般的な理解として、本件ソースコードを正当な理由なく第三者に開示してはならないことは当然に認識していたものと考えられるから、本件ソースコードについて、その秘密管理性を一応肯定することができる」と判断し、ソースコードに対する一般的な理解に基づいて本件ソースコードの秘密管理性を認めている。

ここで、上記「本件ソースコードの管理は必ずしも厳密であったとはいえない」とは、具体的にどのような点において厳密でなかったかについて裁判所は明確にしていないものの、以下に示す本件ソースコードの秘密管理性を否定する被告の主張がこれに該当すると思われる。なお、被告による下記主張に対する原告の反論は特になく、原告も認めた事実であると推察され

る。

「a 顧客との関係

原告ソフトウェアが顧客の環境に導入される場合、パスワードが設定されないことがあり、設定されたとしても、パスワードが顧客に開示されるなどしていた。本件ソースコードは、大多数の顧客において閲覧等することが可能な状態に置かれていた。

b 秘密であることの表示について

本件ソースコードについて、原告では秘密であることの表示はされておらず、また、顧客別の開発環境のパスワードについても、開発担当の従業員間で共有されていた。

c 開発担当の従業員による持出し

本件ソースコードは、開発担当の従業員が、自宅の仕事をするために、各自が使用するパソコンに保存することが常態となっていた。

上記 3 つの主張において、「a 顧客との関係」における「本件ソースコードは、大多数の顧客において閲覧等することが可能な状態に置かれていた。」は、ソースコード以外の技術情報においては秘密管理性が否定される可能性が高いと考えられる。また、「b 秘密であることの表示について」で主張されるような秘密であることの表示がないことや杜撰なパスワード管理も秘密管理性が否定される可能性がある。しかしながら、本事件では、このような事実が存在していても裁判所はソフトウェア開発に携わる者の一般的な理解を重視してその秘密管理性を認めたことになる。このような一般的な理解を重視した秘密管理性の認容はソースコードに特有の判断であろう。また、「c 開発担当の従業員による持出し」のようなことは、ソフトウェア開発の業界では一般的なことであろうと推察されるため、このような事実はソースコードの営業秘密性（秘密管理性）を否定する根拠とはなり得ないとも考えられる。

また、交通規制情報管理システム事件（大阪地裁平成 28 年 11 月 22 日判決 事件番号：大阪地裁平成 25 年（ワ）第 11642 号）においても、裁判所は「そもそもソフトウェアのソースコードは、一般に非公開とされているものであり」と述べており、この前提に立ってソースコードの営業秘密性を判断している。

本事件は、原告会社が被告会社に対して消費貸借契約に基づく元金及びこれに対する遅延損害金の支払を求める一方、被告会社は原告会社が被告会社の営業秘

密を取得し使用するなどの不正競争をしたと主張し、被告作成ソフトウェアが営業秘密であるか否かが争われたものである。

本事件の経緯は、宮城県警から訴外会社が請け負ったシステム開発を原告会社が下請けし、原告会社が被告会社に対してソフトウェアの開発の依頼を予定し、被告会社は原告会社からこの発注を受ける前提でソフトウェア（以下「被告作成ソフト」という。）の開発を行っていた。しかしながら、被告会社は、納入するソフトウェアのソースコードの開示と著作権の譲渡を原告会社から求められたため、原告会社からのソフトウェア開発を受注しないと決定を行ったというものである。なお、原告会社は、被告会社に貸与したパソコンに残されていた被告作成ソフトを基にして納入するソフトウェアを作成したことを認めている。

本事件において裁判所は被告作成ソフトの秘密管理性に対して「上記経緯に照らし、被告作成ソフトのソースコードを原告らのみならず第三者が知る手段を持っていなかったことも明らかであるから、被告作成ソフトは非公知であり、秘密として管理されていたものといえる。」と判断している。さらに、被告会社の従業員は、原告会社が貸与したパソコンに被告作成ソフトのファイルを残していたという事実があった。これは被告作成ソフトの秘密管理性又は非公知性が否定される可能性がある事実である。しかしながら、これに対して裁判所は「原告会社のパソコンに被告作成ソフトが残されていたのは、被告会社の何らかの過失によるとしか考えようがないから、被告会社が積極的に開示しようとしたものではない以上、上記のような一回限りの出来事をもって、被告作成ソフトの秘密管理性に影響を及ぼすものとはいえない。」とのように判断している。

このように裁判所は、原告会社のパソコンに被告作成ソフトが残されていたという過失は重視せず、一般的にソースコードは非公開とされるという前提、及び被告作成ソフトのソースコードの開示と著作権の譲渡が求められたために原告会社からの受注を断る決定を重視し、被告作成ソフトに対する被告会社の秘密管理性を認めた。

これら Full Function 事件と交通規制情報管理システム事件とで判示されているように、裁判所は、他に秘密管理性を否定しかねない事実があったとしても、ソースコードに対してはそもそも秘密管理性が高い技

術情報であるという前提に立ってその営業秘密性を判断する傾向が強いと考えられる。

また、交通規制情報管理システム事件のようにソースコードがミスにより実質的に開示された状態であってもその秘密管理性を否定しなかった裁判所の判断は、他社のソースコードを当該他社のミスによって入手した者にとって十分に注意すべきことであろう。すなわち、他社のソースコードを当該他社のミスによって入手した者が、当該ソースコードを使用すると当該他社の営業秘密の不正使用に該当する可能性がある。

（２） 技術的に特徴のないソースコードの非公知性

技術的に特徴のないソースコードの非公知性について判断した裁判例として、上述の Full Function 事件がある。本事件において原告が開発して販売している原告ソフトウェアは、原告が購入したエコー・システム社の販売管理ソフトウェアであってソースコードを開示して販売される「エコー・システム」に原告独自に機能を追加して顧客に応じてカスタマイズしたものであり、開発環境及び実行環境としてマジックソフトウェア・ジャパン社の dbMagic（以下「dbMagic」という。）を使用する。この dbMagic で使用可能な原告ソフトウェアのソースコードが、原告が営業秘密であると主張している本件ソースコードである。

このような事実のうえで原告は、本件ソースコードの非公知性に対して「（ア）公知情報の組合せであっても、当該組合せが知られておらず、財産的価値を有する場合は、非公知性がある。（イ）本件ソースコードは、市販のエコー・システム（甲 22）のソースコードを基に作られているが、以下のとおり、非公知性がある。a 原告ソフトウェアは、エコー・システムにはない生産管理に関する機能等も有するなどエコー・システムよりも機能が追加されている。本件ソースコードのうち、上記追加機能に対応する部分は、それ自体非公知である。b また、本件ソースコードは、エコー・システムのソースコードを長期間にわたりカスタマイズしたもので、全体が非公知である。」とのように主張している。

一方、被告は「本件ソースコードは、エコー・システムのソースコードを基に、顧客に応じてカスタマイズされたものである。」として非公知性がないことを主張している。

これに対して裁判所は「一般に、このようなシステ

ムにおいては、個々のデータ項目、そのレイアウト、処理手順等の設計事項は、その対象とする企業の業務フローや、公知の会計上の準則等に依拠して決定されるものであるから、機能や処理手順に、製品毎の顕著な差が生ずるものとは考えられない。そして、機能や仕様が共通する以上、実装についても、そのソフトウェアでしか実現していない特殊な機能ないし特徴的な処理であれば格別、そうでない一般的な実装の形態は当業者にとって周知であるものが多く、表現の幅にも限りがあると解されるから、おのずと似通うものとならざるを得ないと考えられる。原告自身も、原告ソフトウェアに他社製品にないような特有の機能ないし利点があることを格別主張立証していない。」とのように述べており、原告ソースコードの非公知性が低いような心証であることをうかがわせている。

しかしながら、これに続いて裁判所は「イ そうすると、原告主張の本件ソースコードが秘密管理性を有するとしても、その非公知性が肯定され、営業秘密として保護される対象となるのは、現実のコードそのものに限られるというべきである。ウ そうすると、本件ソースコードは、上記趣旨及び限度において、営業秘密該当性を肯定すべきものである。」とのように判断し、原告主張の本件ソースコードの非公知性を肯定している。これは原告による「本件ソースコードは、…全体が非公知である。」との主張を認めたものと言えよう。

このように、公知の複数のコードが組み合わされたソースコードであっても、全体として公知でなければ、営業秘密としての非公知性は認められると考えられる。

(3) 営業秘密性が否定されたアルゴリズムに基づくソースコードの営業秘密性

アルゴリズムは、コンピュータによる処理手順を示したものであり、例えばフローチャート等によって表現される。そして、ソースコードは、アルゴリズムに基づいて記述される。このため、営業秘密性が否定されたアルゴリズムに基づいて作成されたソースコードは営業秘密性、特に非公知性を有するのであろうか。

これを判示したものとして、知財高裁平成28年4月27日判決の接触角計算プログラム事件（事件番号：平成26年（ネ）第10059号等、原審 東京地裁平成26年4月24日判決 事件番号：平成23年（ワ）第36945号等）が挙げられる。本事件は、ソースコード

と共にアルゴリズムも原告保有の営業秘密であるとして、被告による不正使用を争った事件である。

本事件において原告（被控訴人）は、原告の元従業員であった被告（控訴人 X）等が被告会社（控訴人 ニック）を設立し、原告ソースコード及び原告ソースコードに記述された原告アルゴリズムを不正使用して被告旧プログラムと被告新プログラムを作成したと主張した。

ここで原告アルゴリズムは、表紙に「CONFIDENTIAL」と記載され、全頁の上部には「【社外秘】」と記載されたハンドブック（以下「本件ハンドブック」という。）に記載されているか、あるいは、記載されている事項から容易に導き出すことができる事項であると裁判所によって認定されている。しかしながら、裁判所は「本件ハンドブックは、被控訴人の研究開発部開発課が、営業担当者向けに、顧客へのソフトウェアの説明に役立てるため、携帯用として作成したものであること、接触角の解析方法として、 $\theta/2$ 法や接線法は、公知の原理であるところ、被控訴人においては、画像処理パラメータを公開することにより、試料に合わせた最適な画像処理を顧客に見つけてもらうという方針を取っていたことが認められ、これらの事実を照らせば、プログラムのソースコードの記述を離れた原告アルゴリズム自体が、被控訴人において、秘密として管理されていたものということはできない。」として原告アルゴリズムの秘密管理性を認めなかった。また、裁判所は「原告アルゴリズムの内容の多くは、一般に知られた方法やそれに基づき容易に想起し得るもの、あるいは、格別の技術的な意義を有するとはいえない情報から構成されているといわざるを得ないことに加え、一部ノウハウといえる情報が含まれているとしても、(略)、原告アルゴリズムを、営業担当者向けに、顧客へのソフトウェアの説明に役立てるため携帯用として作成した本件ハンドブックに記載していたのであるから、被控訴人の営業担当者がその顧客に説明したことによって、公知のものとなっていたと推認することができる。」として原告アルゴリズムの非公知性も認めなかった。

一方、原告アルゴリズムとは異なる管理を行っていた原告ソースコードに対して、裁判所は次のように判断してその営業秘密性を認めている。具体的には裁判所は「原告プログラムが完成した平成21年7月当時、開発を担当するプログラマの使用するパソコンにはパ

スワードの設定がされ、また、被控訴人は、完成したプログラムのソースコードを研究開発部のネットワーク共有フォルダ「RandD_HDD」サーバの「SOFT_Source」フォルダに保管し、当該フォルダをパスワード管理した上で、アクセス権者を限定するとともに、従業員に対し、上記管理体制を周知し、不正利用した場合にはフォルダへのアクセスの履歴（ログ）が残るので、どのパソコンからアクセスしたかを特定可能である旨注意喚起するなどしていた」として原告ソースコードの秘密管理性を認めた。さらに裁判所は「原告プログラムは、理化学機器の開発、製造及び販売等を業とする被控訴人にとって、その売上げの大きな部分を占める接触角計に用いる専用のソフトウェアであるから、そのソースコードは、被控訴人の事業活動に有用な技術上の情報であり、また、公然と知られていないものである」としてその有用性及び非公知性を認めた。

このように、本事件において原告アルゴリズムはその営業秘密性が認められなかったものの、原告アルゴリズムを記述した原告ソースコードの営業秘密性は認められた。すなわち、下位概念であるソースコードが適切に秘密管理等されていたならば、その上位概念であるアルゴリズムの営業秘密性の有無にかかわらず、当該ソースコードの営業秘密性は認められ得る。

また、本事件における原告ソースコードに対する裁判所の判断は、上述の Full Function 事件における本件ソースコードに対する裁判所の判断と実質的に同様であると考えられる。すなわち、Full Function 事件において裁判所は「一般に、このようなシステムにおいては、…、機能や処理手順に、製品毎の顕著な差が生ずるものとは考えられない。そして、機能や仕様が共通する以上、実装についても、…、おのずと似通うものとならざるを得ないと考えられる。」とのように述べており、このことは Full Function 事件における原告ソースコードのアルゴリズムが実質的に公知であると裁判所は判断していると解される。しかしながら、Full Function 事件でも、裁判所は原告ソースコードの非公知性を認め、当該原告ソースコードの営業秘密性を認めている。

このように、ソースコードのアルゴリズムの営業秘密性が認められなくても、適切に秘密管理がされていれば当該ソースコードの営業秘密性は認められる可能性があると考えられる。

3. 営業秘密と認定されたソースコードに対する不正使用の該当性

上述した Full Function 事件において裁判所は、営業秘密としての保護対象は現実のソースコードであると判断し、当該ソースコードの営業秘密性を認めた。そして、このソースコードに対する被告の不正使用について裁判所は「(2) しかし、上記 2 に説示したとおり、本件において営業秘密として保護されるのは、本件ソースコードそれ自体であるから、例えば、これをそのまま複製した場合や、異なる環境に移植する場合に逐一翻訳したような場合などが「使用」に該当するものというべきである。原告が主張する使用とは、ソースコードの記述そのものとは異なる抽象化、一般化された情報の使用をいうものにすぎず、不正競争防止法 2 条 1 項 7 号にいう「使用」には該当しないと言わざるを得ない。」とのように判断し、その不正使用については認めなかった。

上記「原告が主張する使用」とは、「ア 被告 P2 は、被告ソフトウェアの開発に当たって、本件ソースコード（プログラミングの設定画面）を参照し、原告ソフトウェアのテーブル定義、パラメータの設定、そこで行われているプログラムの処理等の仕様書記載情報を読み取り、当該情報を基に、被告ムーブの担当者に VB2008 によるプログラミングを指示して、被告ソフトウェアを開発した。」というものである。すなわち、Full Function 事件のように、他社製品にない特有の機能や利点がないものの、全体として非公知であるとして営業秘密性が認められたソースコードの使用とは、当該ソースコードを参照するといった行為は含まれず、そのまま複製した場合や、異なる環境に移植する場合に逐一翻訳したような場合がその使用行為とされ、使用の範囲は非常に狭いものと解される。

他方、被告による原告ソースコードの不正使用が認められた裁判例としては、字幕制作ソフトウェア事件（東京地裁平成 30 年 11 月 29 日判決 事件番号：東京地裁平成 27 年（ワ）16423 号）が挙げられる。本事件は、原告の従業員であった A 又は B が原告の営業秘密である字幕制作ソフトウェア（原告ソフトウェア）を構成するソースコードプログラム（本件ソースコード）及びそのファイル「Template.mdb」を正当な権限なく原告から持ち出して被告会社に開示し、被告会社が本件ソースコード等を不正に取得又は使用したと原告が主張したものである。

本事件では、本件ソースコードのうち一つ又は複数のソースコードと被告ソフトウェアの複数のソースコードとを比較するために、300組のソースコードのペアについてその一致点の有無等を鑑定人が判断し、共通性や類似性が疑われる箇所を抽出した。そして、鑑定人が類似箇所について、原告ソフトウェアを参照せずに被告らが独自に作成することが可能であるか否かにつき判断し、その結果に基づいて原告ソフトウェアの不正使用の有無が判断された。

この結果、鑑定人は「4箇所（類似箇所1ないし4）について原告と被告のソースコードが不自然に類似・共通する箇所が存在する」と判断し、被告の不正使用を認めた。例えば、類似箇所1に対する判断を抜粋すると「被告ソフトウェアでは、字幕データの標準値をSourceDefault.hのCsourceDefaultクラスのパブリック変数に格納し、原告ソフトウェアでは、字幕データの標準値をGlobalSettings.hのCGlobalSettingsクラスのパブリック変数に格納しており、それらの主な役割は字幕データの標準値を格納する変数を宣言することにある。被告ソフトウェアのソースコードで宣言されている変数30個のうち、20個の宣言については型、コメント、インデント（型名と変数名の間の空白文字列、変数名と注釈の間の空白文字列）を含めて本件ソースコードの類似箇所1と完全に一致し、5個の宣言については少なくとも変数名が本件ソースコードの類似箇所1と一致していた。」とのようにして、鑑定人は、原告と被告のソースコードに不自然な類似・共通を認めた。

そして、鑑定人は、この類似箇所1に対して、原告ソフトウェアを参照せずに被告らが独自に作成することが可能であるか否かについて「原告ソフトウェアのソースコードの一部がサンプルで公開されていたなどといった外部要因がないことを前提とすれば、原告ソフトウェアと被告ソフトウェアの開発者は必ず同一人物である。被告ソフトウェアを開発する際に原告ソフトウェアを参照した可能性が高いが、参照せずに開発することが全く不可能であるとまでは言い切れない。もっとも、原告ソフトウェアと被告ソフトウェアの開発者が同一人物であり、その人物の記憶を手掛かりとしても、原告ソフトウェアのソースコードを参照せずに類似箇所1で見られるような細かい特徴まで一致させることは難しいと考えることが自然である。」と判断した。

一方、鑑定人は、類似箇所5については「原告と被告のソースコードに類似性や共通性が見られるがその理由が不自然であるとまではいえない」と判断した。より具体的には類似箇所5は「クリティカルセクションに関する処理は定型的であること、クリティカルセクションに関する処理は字幕制作に特化したものではないこと、同一人物が同じ発想で実装することが不可能ではないと考えられることなどの事情から、ソースコードが似てしまうのはやむを得ないと考えられ、類似箇所5とそれに対応する被告ソフトウェアのソースコードの一致から被告ソフトウェアを開発する際に原告ソフトウェアを参照したとは推定することはできない。」と判断されている。

このように、字幕制作ソフトウェア事件では、原告と被告のソースコードにおける類似性や共通性の有無を判断し、類似性や共通性が見られる理由が不自然であるか否かを判断している。そして、原告と被告のソースコードにおいて不自然な類似箇所が複数存在することをもって、裁判所は被告による原告ソースコードの不正使用を認めた。

また、ケーブルテレビ関連機器事件（知財高裁平成30年3月26日判決 事件番号：知財高裁平成29年（ネ）第10007号）では、「被告製品1ないし4のPCソースコードには、以下のとおり、原告製品1ないし4のPCソースコードに依拠して作成されたことをうかがわせる記載がある。」として、下記のような原告製品と被告製品の対比結果を示し、原告のソースコードと被告のソースコードの一部が不自然に類似・共通していると判断した。

a 甲19（筆者注：原告製品1のPCソースコード）の1頁3行ないし6行の冒頭には、いずれも、「Private」との記載があるところ、甲20（筆者注：被告製品1のPCソースコードの一部として提出するもの）の1頁3行ないし6行の冒頭は、いずれも「」を付した「Private」との記載であり、甲19の命令文を非実行化するものである。

b 甲19の1頁59行には、「lblCh.Caption = txtRecCh.Text & "ch" '20101016 Ver2.2.3」との記載があるところ、甲20の2頁4行には、「」を付した「lblCh.Caption = txtRecCh.Text & "ch" '20101016 Ver2.2.3」との記載であり、甲19の命令文を非実行化するものである。

c 甲19の3頁24行から25行に、「2010 / 03 / 11

メールにて変更要求－『測定停止』の例外処理追加「D」との記載があるところ、同記載は、2010年3月11日にDが修正を行ったことを示すものである。甲20の3頁36行から37行には、これと全く同一の記載があり、Dが被告製品1のPCソフト作成を依頼された日以前に行われた修正の記載が残っている。」

以上のことから、技術的な特徴がない原告ソースコードから想起される技術思想を参考にして被告ソースコードを作成しても、当該技術思想にまで営業秘密性は認められず当該被告ソースコードの作成は原告ソースコードの不正使用と判断されない可能性が高いと考えられる。その一方で、原告ソースコード全体と被告ソースコード全体が類似・共通していなくても、原告ソースコードと被告ソースコードとに不自然に類似・共通する箇所が存在すれば、被告による原告ソースコードの不正使用が認められる可能性があると考えられる。

4. ソースコードの営業秘密侵害と著作権侵害について

表1に示すようにプログラム（ソースコード）に対する不法行為として、原告が被告に対して営業秘密侵害と共に著作権侵害を提起した裁判例が複数存在する。なお、アルゴリズムについては、ソースコードとは異なり、著作物としては認められない（著作権法10条3項3号）。

表1に示される接触角計算プログラム事件において裁判所は「既存の著作物に依拠して創作された著作物が、創作的な表現部分において同一性を有し、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場合には、複製又は翻案に該当する。」とのように、著作権法における複製又は翻案について示している。そのうえで、裁判所は「原告接触角計算（液滴法）プログラムをその構成として含む原告プログラムは、被控訴人の従業員であった控訴人X（筆者注：一審被告）が、主に担当して作成されたものであるから、被告旧接触角計算（液滴法）プログラムを作成した控訴人Xにおいて、原告接触角計算（液滴法）プログラムの存在及びその表現内容を認識していたことは明らかである。そして、控訴人Xが、被告旧接触角計算（液滴法）プログラムをその構成として含む被告旧バージョンを作成するに際し、原告プログラムを参考にしたことを自認していることに加え、前記A認定の原告接触角計算（液滴法）プログラムと被告旧接触角計算（液滴法）プログラムの同一性に照らせば、被告旧接触角計算（液滴法）プログラムは、原告接触角（計算）液滴法プログラムに依拠して作成されたものであると認められる。」とのように判断し、控訴人（一審被告）が作成した被告旧接触角計算プログラムの著作権法違反を認めている。

そして、本事件において裁判所は、原告プログラムの営業秘密性を認め、上記のように被告旧接触角計算（液滴法）プログラムが原告プログラムを複製又は翻案したものであると認められることに加え、被告旧接触角計算プログラムを含む被告旧バージョンプログラムの開発期間が2か月程度と極めて短期間であったこと等の要因を加味して、被告（控訴人）による原告プログラムの営業秘密侵害を認めている。

また、スピーカー測定器事件において裁判所は「被告ソフトウェアの製造・販売の差止め等の請求及び損

事件名	判決日 (事件番号)	裁判所の判断	
		著作権	営業秘密
字幕制作 ソフトウェア事件	東京地裁平成30年11月29日 (平成27年(ワ)第16423号)	非侵害 (先行訴訟：知財高裁 平成27年(ネ)第10102号)	侵害
接触角計算プログラム事件	知財高裁平成28年4月27日 (平成26年(ネ)第10059号等)	被告旧プログラム：侵害 被告新プログラム：非侵害	判断あり 被告旧プログラム：侵害 被告新プログラム：非侵害
パチンコ・スロット用 呼出ランプ事件	知財高裁平成26年8月6日 (平成26年(ネ)第10028号)	非侵害	判断あり 非侵害
i D u p l i 事件	知財高裁平成26年3月12日 (平成25年(ネ)第1008号)	非侵害	判断なし
恋愛の神様事件	知財高裁平成23年2月28日 (平成22年(ネ)第10051号)	非侵害	判断あり 非侵害
スピーカー測定器事件	東京地裁平成21年11月9日 (平成20年(ワ)第21090号)	侵害	判断なし
貸出君プログラム事件	大阪地裁平成20年5月20日 (平成16年(ワ)第1091号等)	非侵害	判断あり 非侵害
トーションレース事件	東京地裁平成18年12月13日 (平成17年(ワ)第12938号)	非侵害	判断あり 非侵害
公共工事 設計積算システム事件	大阪高裁平成15年7月15日 (平成14年(ネ)第1763号)	非侵害	判断あり 非侵害

表1 営業秘密侵害と共に著作権侵害を提起した裁判例

害賠償請求については、不競法違反に基づく請求と著作権法違反に基づく請求の選択的併合とされていることからすれば、仮に、原告ソフトウェアのソースコードに関する部分が営業秘密であるとして不競法違反が認められる場合であっても、差止めの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と解するのが相当である。そこで、事案の性質に鑑み、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、ソースコードに対する営業秘密性の判断を行うことなく、著作権法違反の判断のみを行った。なお、本事件は、被告の著作権法違反が認められ、原告の一部請求が認められている。

一方で、iDupli 事件において裁判所は著作権侵害を認めず、それをもって営業秘密侵害も認めない判断を行っている。具体的には、裁判所は「控訴人は、被控訴人プログラムと本件プログラムとは、処理を3つの処理ブロックに分け、最初の条件に合うものを処理1で、2つめの条件に合うものを処理2で、いずれの条件にも合わないものを処理3でそれぞれ処理するという大きな分岐処理構造をほぼ同じ表現によって実現するものであると主張する。しかしながら、分岐構造は、アルゴリズム（解法）に属するものであるのみならず、控訴人の主張する上記分岐構造は、プログラムの処理上、一般的に行われているものである（甲28）。このような分岐構造をif文／else if文を用いて実現することは、if文／else if文の一般的な使用方法というべきであって、分岐構造が共通することをもって、著作権侵害を認めることはできない。」とのように著作権侵害を認めなかった。さらに営業秘密侵害に対して裁判所は「前記1のとおり、被控訴人プログラムが本件プログラムを複製又は翻案したものと認めることはできず、被控訴人が本件プログラムの表現上の創作性を有する部分を使用して被控訴人プログラムを製造、販売したものとはいえない以上、その余の点について検討するまでもなく、控訴人の上記主張（筆者注：本件プログラムが営業秘密であるとの主張）は採用することができない。」とのように、本件プログラムの営業秘密性を判断することもなく、被控訴人による営業秘密侵害を認めない判断を行っている。このように、iDupli 事件において裁判所は、被控訴人（一審被告）が控訴人（一審原告）のプログラムの表現上の

表現上の創作性を有する部分を使用していないことをもって、被控訴人による営業秘密侵害も否定している。

次に、字幕制作ソフトウェア事件における裁判所の判断を紹介する。なお、字幕制作ソフトウェア事件において裁判所は、iDupli 事件とは異なる判断を行っていると考えられる。字幕制作ソフトウェア事件は本件訴訟に先立って、著作権侵害訴訟（以下「先行訴訟」という。）が提起されている。この先行訴訟は、字幕制作ソフトウェア事件の原告が、被告ソフトウェアは原告の著作物であるプログラム（本件ソースコード）を複製又は翻案したものであり、被告による本件ソースコードの著作権侵害を争ったものである。この先行訴訟では、一審（東京地裁平成25年（ワ）第18110号）で原告の請求が棄却されており、原告は同判決を不服として控訴（知財高裁平成27年（ネ）第10102号）したがこれも棄却されている。具体的には、控訴審では「被控訴人プログラムが控訴人プログラムにおいて創作性を有する蓋然性の高い部分のコードの全部又は大多数をコピーしたことを推認させる事情は認められない。」として棄却している。

一方、営業秘密侵害を争った字幕制作ソフトウェア事件では、上述の「3. 営業秘密と認定されたソースコードに対する不正使用の該当性」に記載のように、被告による本件ソースコードの不正使用が裁判所によって認められている。

このように著作権法違反を認めない一方で営業秘密侵害を認めた字幕制作ソフトウェア事件からは、営業秘密侵害における不正使用の範囲は著作権侵害の複製又は翻案の範囲よりも広い概念であると考えられる。すなわち、著作権侵害を認められるためには「創作性を有する蓋然性の高い部分のコードの全部又は大多数をコピー」した場合であるが、営業秘密の不正使用と認められるためには「ソースコードに不自然な類似性や共通性が見られる」ことで足り、ソースコードの営業秘密性が認められれば、当該ソースコードに対する著作権侵害が認められなくても営業秘密侵害が認められる可能性があると考えられる。

また、字幕制作ソフトウェア事件における裁判所の判断から、著作権法におけるプログラムの創造性と営業秘密における有用性及び非公知性とは異なる概念であり、少なくとも有用性及び非公知性は創造性よりも広い概念であると解される。そうであるならば、

iDupli 事件における「被控訴人が本件プログラムの表現上の創作性を有する部分を使用して被控訴人プログラムを製造、販売したもとはいえない以上、その余の点について検討するまでもなく、控訴人の上記主張は採用することができない。」とし、原告の本件プログラムに対する営業秘密性の判断を行わなかった裁判所の判断は妥当なものであったのか疑問の余地がある。すなわち、原告が原告ソースコードの著作権侵害と営業秘密侵害とを主張している場合には、裁判所はそれぞれについてそれぞれに個別に判断すべきであろう。

5. アルゴリズムの営業秘密性

筆者の調べによるとアルゴリズムが営業秘密として認められた裁判例は現段階では見つからなかった。

なお、上記接触角計算プログラム事件では原告アルゴリズムの営業秘密性が争われたが、上述のように裁判所は原告アルゴリズムの秘密管理性を認めなかった。一方で裁判所は、原告ソースコードの営業秘密性は認めたものの、被告新接触角計算（液滴法）プログラムに対する営業秘密侵害は認めなかった。具体的には裁判所は、原告プログラムと被告新接触角計算（液滴法）プログラムとはプログラムの構造において共通せず、ソースコードの記載も、単純な計算を行う3ブロックが同一又は類似するにすぎず、これら3ブロックを除くと、ソースコードの表現、サブルーチン化の方法、記載順序等の点において共通しないものであるから、もはや原告ソースコードを使用したものと評価することができない、とのように判断した。そのうえで、さらに裁判所は「被告新接触角計算（液滴法）プログラムのアルゴリズムに、原告アルゴリズムと共通する部分があるとしても、原告アルゴリズムは、前記(2)イのとおり、不正競争防止法2条6項の「営業秘密」に該当するということとはできない。」とし、被告新接触角計算（液滴法）プログラムに対する営業秘密侵害は認めなかった。この裁判所の判断は、仮に原告アルゴリズムの営業秘密性が認められれば、被告新接触角計算（液滴）プログラムが原告アルゴリズムの不正使用に該当する可能性を示唆している。すなわち、本事件では、アルゴリズムの使用の範囲はソースコードの使用の範囲よりも広く解釈されることを示唆している。

さらに、トレーションレース事件（平成18年12月13日東京地裁判決、事件番号：東京地裁平成17年（ワ）12938号）でも、アルゴリズムを営業秘密とし

た場合の不正使用の範囲はソースコードの不正使用の範囲よりも広い概念であることを示唆している。トレーションレース事件は、トレーションレースの図柄のデータを編機用のデータに変換する処理などを具現化するための原告アルゴリズムが営業秘密であるとして争った事件であり、裁判所は「被告が原告アルゴリズム全体をそのまま使用して市川ソフト（筆者注：被告作成ソフトウェア）を作成したのであれば、プログラムとしての表現が異なっても、不正競争防止法2条1項7号の不正競争行為が成立する余地がある。」と述べている。なお、本事件において裁判所は「被告が市川ソフトを作成するに当たり、原告アルゴリズムを使用したものと認めることはできない。」とし、原告アルゴリズムの営業秘密性の判断は行っていない。

6. まとめ

上記「2. ソースコードの営業秘密性」で述べたようにプログラムのソースコードは、一般論的に営業秘密として認められる可能性が高い。また、複数の公知のコードを組み合わせたソースコードであっても、全体としてならばその非公知性が認められる可能性が高い。しかしながら、Full Function 事件による裁判所の判断からは、当該ソースコードに特徴的な処理がないのであれば、営業秘密として保護される対象となるものは、現実のソースコードそのものと解釈され、その不正使用の範囲は非常に狭いものであろう。具体的には、ソースコードを著作物として捉えた場合における複製権や翻案権と同様の範囲である。このため、ソースコードを秘密管理する場合において、その保有者は当該ソースコードの特徴的な処理がどの処理であるかを認識し、訴訟の際に当該ソースコードの特徴的な部分を主張できるようにしておくべきである。そうすることで、訴訟において当該主張が認められた場合には、当該ソースコードに対する不正使用とされる範囲が広く解釈される可能性がある。また、ソースコードの特徴的な処理を認識することは、その保有者にとって自社の強みを認識することにもなり得るため、自社の知的財産管理にとっても必要な措置であろう。

また、ソースコードに特徴的な処理が含まれている場合、そのアルゴリズムも非公知のものである可能性が高い。そのような場合には、当該アルゴリズム、具体的には当該アルゴリズムが記載された仕様書等を秘密管理すべきであろう。アルゴリズムは、ソース

コードの上位概念に当たると解されるため、不正使用に該当する範囲はソースコードよりもさらに広いと考えられる。

ここで、ソースコードとアルゴリズムの両方を営業秘密とする場合には、例えば異なるファイルや異なるフォルダに各々管理するべきである。この理由は、一方の秘密管理性が否定されても、他方の秘密管理性は異なる判断を可能とするためである。上述した接触角計算プログラム事件では、表紙に「CONFIDENTIAL」と記載されていたハンドブックにアルゴリズムを記載していたものの、当該ハンドブックに公知の原理が記載されていたり、当該ハンドブックに記載の画像処理パラメータを顧客に見せていたことから、ハンドブックに記載のアルゴリズム自体が秘密管理されていたとは認められないと裁判所は判断した。このため、もし当該ハンドブックにソースコードまでもが記載されていたならば（ソースコードをハンドブックに記載することは現実には考えにくい）、当該ソースコードの秘密管理性も認められなかった可能性が考えられる。

また、ソースコードの使用の解釈にあたり、字幕制作ソフトウェア事件における裁判所の判断から鑑みるに、他社が営業秘密とするソースコードの不正使用の

範囲は、著作権法における複製又は翻案とされる範囲よりも広いとも考えられる。一方で、Full Function事件において裁判所は、全体として非公知であるとして営業秘密性が認められたソースコードの使用に対して、当該ソースコードを参照するといった行為は含まれず、そのまま複製した場合や、異なる環境に移植する場合に逐一翻訳したような場合であると判断している。Full Function事件における裁判所の判断は、営業秘密とするソースコードの不正使用の範囲が著作権法における複製又は翻案とされる範囲と同様であると判断していると解される。このように、営業秘密とするソースコードの非公知性及び有用性、換言するとその財産的価値がソースコードのどの部分であるかに応じて、その不正使用の範囲は異なってくると解される。

以上のように、プログラム（ソースコードやアルゴリズム）を営業秘密管理する場合には、他の技術情報とは異なり留意すべき特徴的なことがあることが分かった。また、ソースコードは著作権の対象ともなり得るため、ソースコードの不正使用を提起する場合には著作権法違反の可能性を考慮に入れるべきであるが、各々の違いは正しく認識されるべきである。

(原稿受領 2019.3.16)