

多法域によるプログラムの保護

平成 25 年度 ソフトウェア委員会 第 2 部会

要 約

コンピュータソフトウェアの知財保護としては、CS 関連発明、即ち特許出願による保護が主に検討されて用いられている。他方、弁理士法が改正され、弁理士が「知的財産に関する専門家」であることが明記されることとなった。これに伴い、弁理士には、コンピュータソフトウェアの知財保護として、プログラム著作物や営業秘密等、特許出願以外の法域まで対応可能であることが求められる。

本稿では、プログラム著作物や営業秘密に関する相談業務にまで業務範囲を拡大するためのきっかけとなり得るテキストとすることを目指し、それらの業務を行うために検討すべきことや留意すべきことを体系的にまとめて報告する。

目次

第 1 章 導入	
第 2 章 著作権法	
§ 0 導入	
§ 1 著作物性について	
1-1 「プログラム」該当性について	
1-2 創作性について	
§ 2 依拠性・類似性について	
§ 3 プログラム著作物の場合における著作権の保護範囲について	
§ 4 著作権の帰属	
§ 5 技術的保護手段について	
§ 6 その他	
第 3 章 不正競争防止法	
§ 0 導入	
§ 1 営業秘密とは	
§ 2 秘密管理性について	
§ 3 営業秘密の使用について	
§ 4 技術的制限手段の回避について	
§ 5 その他	
第 4 章 データ構造特許、データベース著作物について	
§ 0 導入	
§ 1 データ構造特許	
§ 2 データベース著作物	
§ 3 その他	

第 1 章 導入

現在、あらゆる場面でコンピュータによる情報処理が用いられており、ハードウェアとしてのコンピュータを動作させるためのソフトウェア・プログラムは必

要不可欠なものである。そして、目的に応じて効率的な情報処理を実現するため、常に新しいソフトウェア・プログラムが研究、開発されている。

そのような現状に伴い、高機能、高効率な処理を可能とするソフトウェア・プログラムは経済的な大きな価値を有するものとなっており、我が国における特許出願においてソフトウェア関連特許の占める割合は増加傾向にある。

しかしながら、特許権によるソフトウェア・プログラムの保護を受けるためには、少なくとも「出願」及び「審査」という段階を経る必要があり、仮にこのような手続きが行われたとしても、審査において「進歩性無し」と判断されれば保護が受けられない。

作成されたソフトウェア・プログラムが、進歩性の有無に関わらずすべて保護されるべきというものではない。しかしながら、特許法上の進歩性が認められないソフトウェア・プログラムであっても、エンジニアによるプログラミングの成果として保護されるべきものはあるはずである。

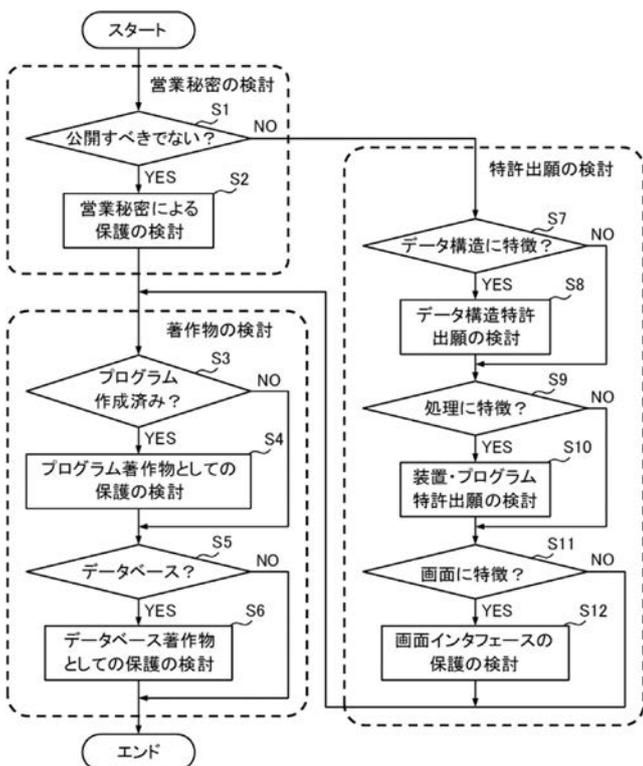
このような場合にソフトウェア・プログラムを保護する手法として考えられるのは著作権法や不正競争防止法による保護である。しかしながら、各法域による保護の要件は異なっており、特許法、著作権法、不正競争防止法等の多法域によるソフトウェア・プログラムの保護について体系的な検討が必要である。

また、技術を公開する代償として出願から 20 年間

の保護が受けられる特許法に対して、秘密に管理されていることが保護の条件となる不正競争防止法の営業秘密など、保護されるための条件が相反する場合もあり、ソフトウェア・プログラムについて適切な法的保護を受けるためには、事業活動の早い段階において戦略的な検討を行っておくことが望まれる。

このような着想の下、2013年度ソフトウェア委員会、第2部会においては、「多法域によるプログラムの保護」をテーマとし、著作権法、不正競争防止法の営業秘密について抽出した判例を基に、各法域においてソフトウェア・プログラムが保護される要件等について検討を行った。それらの検討結果に加え、2013年度ソフトウェア委員会、第1部会において検討された「画面インタフェースの保護」や、2012年度ソフトウェア委員会、第2部会において検討された「データ構造特許の保護」を含め、ソフトウェア関連の技術を保護する上での検討フローを描くとすれば、例えば図1のようになる。

図1



まず、保護態様選択の端緒として、保護対象が公開すべきではないものか否かを確認する (S1)。その結果、公開すべきではないものであれば (S1 / YES), 営業秘密による保護を検討する (S2)。特に、セキュリティ技術や技術的保護手段等、技術内容を公開すると有用性が薄れてしまうために秘匿すべき技

術であれば、営業秘密による保護を検討することが好ましい。

他方、公開することについて支障がなければ、特許出願を検討することとなる。特許による保護の検討に際しては、対象となるソフトウェア・プログラムにおいてやり取りされるデータ構造そのものに特徴があれば (S7 / YES), データ構造特許の出願を検討することが好ましい (S8)。

また、対象となるソフトウェア・プログラムの処理に特徴がある場合には (S9 / YES), そのようなプログラムを含む装置や、プログラムそのものとしての特許出願を検討することとなる (S10)。

更に、対象となるソフトウェア・プログラムの画面インタフェースに特徴を有する場合 (S11 / YES), 画面インタフェースの保護を検討するべきである (S12)。

尚、「画面インタフェースの保護」については、2013年度のソフトウェア委員会第1部会において研究が開始され、パテント誌2015年1月号において一度報告されている。また、「データ構造特許」については本報告文においても触れるが、パテント誌2013年12月号において更に詳細に報告されている。

そして、営業秘密、特許出願夫々による保護とは別に、著作物としての保護を検討することとなる。対象となるソフトウェア・プログラムが既に作成されている場合には (S3 / YES), 表現された著作物として、プログラム著作物としての保護を検討することが出来る (S4)。また、プログラムがデータベースに関するものであれば (S5 / YES), データベース著作物としての保護を検討することが出来る (S6)。

このような検討フローにおいて、本報告書では、主として S2: 営業秘密による保護と、S4: プログラム著作物による保護、S8: データ構造特許出願による保護、及び S6: データベース著作物による保護についての保護態様や保護されるための要件について、抽出した判例に基づく考察を行う。

(本項担当: 前洪正治)

第2章 著作権法

§0 導入

プログラムを保護する場合に限らず、著作物としての保護を受けるためには、保護対象が創作性を有する表現であることにより、著作物性が認められる必要が

ある（§ 1）。その要件が満たされた後に、被疑侵害物件が著作物に依拠して作り出されたものであり、且つその物件と著作物とが類似しているか否かが判断されることとなる（§ 2）。その過程においては、著作権において保護される範囲がどこまでなのかが問題となる（§ 3）。

また、このような著作権による保護の本質的な議論とは別に、著作物の保護においては、著作権の帰属が度々問題となる（§ 4）。

本章においては、これらの内容についてプログラムに関する判例を参照しながら基本的な考え方について解説する。

（本項担当：前洪正治）

§ 1 著作物性について

（総論）

「著作物」は、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものをいう。」（著2条1項1号）とされている。言うまでもないが、著作権法による保護を受けるためには、「著作物」でなければならない。プログラムの著作物性については、元来、論争があったが、昭和60年改正により、著作物性が認められることになった（著10条1項9号）。もっとも、いかなるプログラムについても著作物性が認められるわけではなく、上記著作物の要件を満たす必要がある。プログラムについては、機能性の視点から同一の志向性の下で創作される傾向があるため、上記著作物の要件のうち、創作性が問題となることが多い。

創作性とは、創作者の個性が表れていることをいうが、プログラムについては、その上記傾向に照らし、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か、つまり、選択の幅があるか、という観点から創作性が検討されることも多い。プログラムの創作性については、相場感を涵養するために、多くの裁判例にあたることが重要である。

プログラムについては、近年、特許法による保護が重要性を増しており、著作権法による保護の重要性は相対的に低下していると言われているが、保護対象等が異なるため、依然として、著作権法による保護は重要である。

§ 1-1 「プログラム」該当性について

（総論）

プログラムの著作物については、著作権に関する訴えの管轄（民訴6条）や、職務著作の成立範囲（著15条）、みなし侵害規定（著113条2項）等の特則が設けられているため、これらの特則の適用を論じる場面では、そもそも「プログラム」か否かを論じる実益が生じる。

Q. 著作権法上の「プログラム」とはどのようなものをいうのか？

A. 「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」（著2条1項10号の2）をいう。

「電子計算機を機能させて一の結果を得ること」が要件となっているが、バグのあるプログラムや未完成のプログラムも「プログラム」に当たると考えられている。

また、「指令を組み合わせたもの」が要件となっていることから、プログラムの1ステップやコマンドは「プログラム」に当たらないが、ルーチン、サブルーチン、モジュールは、コンピュータに意味のあるまとまった処理を行わせるだけの指令が組み合わされたものであれば、それ自体を一個の「プログラム」と評価しうる。

「プログラム」には、ソースコード、オブジェクトコード、コンパイラ、オペレーティングシステム（東京地裁昭和62年01月30日判決・昭和57年（ワ）第14001号）、アプリケーションソフト、家電に組み込まれたプログラムが含まれる。

他方、プログラムの前段階で作成される設計書などは、それによってコンピュータに指令することを目的に作成されているわけではないから、「プログラム」ではない。同様に、プログラムを実行して得られる出力情報（画像や音楽など）も、「プログラム」ではない。

Q. データの集合物も「プログラム」に該当するか？

A. 該当する場合がある。

この点、電車線設計用プログラム事件判決（東京地裁平成13年（ワ）第17306号）は、「当該記述が、独立性がなく、個別的に利用することができないものであったとしても、データ部分を読み込む他のプログラ

ムと協働することによって、電子計算機に対する指令を組み合わせたものとして表現したものとみることができるのであるから、そのような記述も、同号所定のプログラムと解して差し支えない。」と判示している。もっとも、この事件では、データ部分に創作性が認められず、それゆえ、著作物性が認められないため、著作権侵害が否定されている。

なお、上記事件においては、データ部分が命令文部分と一体になって同一ファイルに格納されていたが、データ部分と命令文部分が別々のファイルに格納されていた事件（IBF バッジファイル事件）において、データ部分は「プログラム」ではないと判断されたことがある（知的裁集 24 卷 1 号 218 頁）。

§ 1-2 創作性について

Q. どのようなプログラムに創作性が認められるのか？

A. 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（知財高裁平成 21 年（ネ）第 10024 号、原審・大阪知財平成 17 年（ワ）2641 号）。

要するに、プログラムにおいては、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の点に著作権法で保護すべき創作性が認められることになる。

Q. 高級言語で書かれたソースコードをコンパイラにより変換したオブジェクトコードは著作物に当たるか？

A. 二次的著作物（著 2 条 1 項 11 号）に当たるかが問題となるが、当たらないと考えられている。

この点、スペースインベダーパート II 事件（東京地裁昭和 54 年（ワ）第 10867 号）は、高級言語で書かれたソースコードではなく、機械語（オブジェクトコード）と 1:1 に対応しているアセンブリ言語で書かれたソースコードの複製が問題となった事件であるが、判決は、アセンブリ言語で書かれたソースコードをアセンブラにより変換したオブジェクトコードについて、かかる変換は、①機械的な置き換えによってなされ、②そこに何ら別個の著作物たるプログラムを創作する

行為は介在しないため、ソースコードの複製とした。変換が①機械的な置き換えによってなされ、②そこに何ら別個の著作物たるプログラムを創作する行為が介在しない点は、高級言語で書かれたソースコードをコンパイラによりオブジェクトコードに変換する場合にも妥当するため、二次的著作物に当たるとはしないと考えられる。

Q. プログラム言語を変更して書き換えたプログラムは、著作物に当たるか？

A. 二次的著作物（著 2 条 1 項 11 号）に当たるかが問題となる。

上述したスペースインベダーパート II 事件（東京地裁昭和 54 年（ワ）第 10867 号）の法理に照らすと、書き換えが①機械的な置き換えによってなされ、②そこに何ら別個の著作物たるプログラムを創作する行為が介在しない場合、二次的著作物に当たるとはならないが、そうでない場合、二次的著作物に当たる余地はある。

この点に関し、クラブ浚渫施工管理プログラム事件判決（大阪地裁平成 16 年（ワ）11546 号）は、以下のよう判示している。

「原告は、本件プログラムは、G1X MS-DOS 版とは、OS が MS-DOS と Windows とで異なり、プログラム言語も C 言語と VisualC ++ とで異なるので、創作性が認められると主張する。

確かに、言語の著作物の場合、著作物を言語体系の異なる他の国語で表現して『翻訳』したものは『二次的著作物』であるとされている（著 2 条 1 項 11 号）。

しかしながら、前述のとおり、プログラムの表現は、所定のプログラム言語、規約及び解法による制約がある上に、その個性を表現できる範囲は、コンピュータに対する指令の表現方法、その指令の表現の組合せ及び表現順序というように、制約の多いものである。したがって、あるプログラムの著作物について、OS やプログラム言語を異なるものに変換したからといって、直ちに創作性があるということとはできず、OS や言語を変換することにより、新たな創作性が付加されたか否かを判断すべきである。

本件では、原告は、OS 及び言語を変更したことによって、どのような創作性が付加されたかについて具体的に主張立証していない。本件プログラムのソースプログラムの文字数は、G1X MS-DOS 版の 5 倍以上に増加しているが、その多くは、言語を変更したこと

によるというよりは、主として新たな機能を追加したことによるものである可能性もある。このことに加えて、VisualC++はC言語に対して基本的には上位互換性を有する（C言語のモジュールをコピーして使用することもできる）と認められること、GIXver5.50のソースプログラムの一部（モジュール）である『GlxLan. cpp』、『glx. h』に平成9年5月のGによるコメントの追加があるように、平成9年以前すなわちGIX MS-DOS版の記述がそのまま用いられている部分があることに照らせば、本件プログラムが、MS-DOS・C言語からWindows・VisualC++へとOS及びプログラム言語を変更させたことのみによって、創作性があるものとまで認めることはできない。」

Q. CPUの発展に伴い、プログラムのアップデートを行ったが、アップデート後のプログラムは、著作物に当たるか？

A. 二次的著作物（著2条1項11号）に当たるかが問題となる。

この点、CADソフトウェア事件判決（知財高裁平成22年（ネ）第10045号、原審・東京地裁平成18年（ワ）第5689号、同第24994号）は、以下のように述べ、16ビットのプログラムを32ビット化する場合、32ビット化したプログラムが二次的著作物に当たると判示している。

「被告コムネットは、16ビットのソフトウェアを32ビットに変更することは専用のソフトウェアによって容易に達成される単純な作業であり、知的な創造を伴うものではない（創作性がない）と主張するが、16ビットのソフトウェアを32ビット化する場合、データ構造を再設計し、データの並び替え、最適化等を行うのが通常であり、単純な作業にとどまるということではできないから、被告コムネットの上記主張を採用することはできない。」

Q. 実際に裁判においてどのようなプログラムに創作性が認められているのか？

A1. 必要かつ便宜であると判断した機能を抽出・分類し、これらを40個近くのファイル形式で区分して集約し、相互に組み合わせたもので、膨大な量のソースコードから成り、そこに含まれる関数も多数に上るもの。

「含まれる指令の組合せには多様な選択の幅があり

得るはずであるにもかかわらず、上記のようなファイル形式に区分し、これらを相互に関連付けることによって作成されたものであり、プログラム作成者の個性が表れているといえる。」（知財高裁平成23年（ネ）第10041号、同第10055号、原審・東京地裁平成19年（ワ）第24698号）。

A2. 個別のファイルに含まれる機能の中から、共通化できる部分を抽出・分類し、これをサブルーチン化して、共通処理のためのソースコードを作成しており、この共通処理のファイルの中だけでも、60個以上のブロックが設けられ、1000行を超えるプログラムのソースコードが含まれているもの。

「機能を達成するためには、単純に、機能ごとに処理式を表現すれば足りるにもかかわらず、原告プログラムは、上記のとおり、共通化できる部分を選択し、これらを抽出して1つのファイルにまとめている。これらのサブルーチンを各ファイル中のどの処理ステップ部分から切り出してサブルーチン化するのか、その際に、引数として、どのような型の変数をいくつ用いるか、あるいは、いずれかのシステム変数で値を引き渡すのか、などの選択には、多様な選択肢があり得るはずであるから、この点にも、プログラム作成者の個性が表れているといえる。さらに、各ファイル内のブロック群で受け渡しされるどのデータをデータベースに構造化して格納するか、システム変数を用いて受け渡すのかという点にも、プログラム作成者の個性が表れているといえる。」（知財高裁平成23年（ネ）第10041号、同第10055号、原審・東京地裁平成19年（ワ）第24698号）。

A3. ソースコードにおいて、動作のための最低限の機能の実現に必要な不可欠ではない命令を含むもの。

「これらの命令は、変更後DHCフローチャート（甲189の1）や変更前のソースコード（甲289）には含まれているものではないから、本件装置を動作させるための最低限の機能を実現するために必要不可欠のものであったか否かは不明である。もっとも、昭和61年12月に「不連結時TC流動発生ブレーキ閉が作用しない」という異常への対処としてプログラムが変更されたことからすると、変更を行ったプログラム作成者は、何らかの意図、たとえば、当該プログラムの変更による変更後の制御のタイミングを維持すべきである

こと等に基づいて、ほかに選択肢があるにもかかわらず、あえて上記部分を挿入したままとしたものと推測されなくもない。そうすると、DHL 車側プログラムには、上記命令が存在することにより、創作性が認められる余地がないわけではない。」(知財高裁平成 21 年(ネ)第 10024 号, 原審・大阪地裁平成 17 年(ワ)第 2641 号)。

A 4. 多様な機能の実現において、膨大な量のソースコードを含み、そこに含まれる指令の組み合わせに多様な可能性があり得るもの。

「株価チャート分析のための多様な機能を実現するものであり、膨大な量のソースコードからなり、そこに含まれる関数も多数にのぼるものであって、原告プログラムを全体としてみれば、そこに含まれる指令の組合せには多様な可能性があり得るはずであるから、特段の事情がない限りは、原告プログラムにおける具体的記述をもって、誰が作成しても同一になるものであるとか、あるいは、ごくありふれたものであるなどとして、作成者の個性が発揮されていないものと断ずることは困難といえることができる。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)。

Q. 汎用的なプログラムモジュールを組み合わせたものに創作性は認められるか?

A. 認められる可能性はある。

「汎用的プログラムの組合せであったとしても、これらの選択と組合せが一義的に定まるものでない以上、このような選択と組合せにはプログラム作成者の個性が発揮されるのが通常というべきである。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)。

Q. 特許査定は創作性に影響するか?

A. 特許されているからと言って自動的に創作性が認められるわけではなく、新規性・進歩性と創作性は全く別問題である。銑鉄運搬車両制御プログラム事件判決(知財高裁平成 21 年(ネ)第 10024 号, 原審・大阪地裁平成 17 年(ワ)第 2641 号)は、以下のとおり判示している。

「1 審原告は、本件装置は、特許権を取得できるほどに新規で進歩性を有する画期的な技術であり、新規な機能を有するものであるから、当該装置を稼働させるための本件プログラムも、他の既存のプログラムの表

現を模倣することにより作成することはできないところ、特に、中核部分である TC 車の車番付けを行わせる部分は、本件プログラムが有する多数の機能のうち最重要部分を実現するもので、新規のアイデアに基づき全くのゼロから開発されたものである、当該中核部分を構成する各パートは、それぞれ数十から百数十もの命令数により記述されている上、多数のサブルーチンを用いた構成となっているところ、このような複雑なプログラムにつき、その表現が 1 つ又は極めて限定された数しかなかったり、だれが記述しても大同小異のものとなったりすることは到底あり得ないし、他にも多数の機能を実現するための部分が有機的に組み合わされてひとまとまりのプログラムとなっているのであるから、本件プログラムは、本来、ソースコードの詳細な検討を行うまでもなく、著作権の保護を受けるプログラムの著作物に該当することは明らかであるなどと主張する。

しかしながら、本件装置が新規性を有するからといって、当該装置を稼働させるためのプログラムが直ちに著作物性を有するということができないことは明らかである。

また、先に述べたとおり、プログラムに著作物性があるというためには、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のであるから、新規のアイデアに基づきゼロから開発されたものであること、多くの命令数により記述されていることから、直ちに表現上の創作性を認めることはできない。本件プログラムが多数の機能を実現するための部分が有機的に組み合わされているとしても、当該プログラムに表現上の創作性があることについて具体的に主張立証されない以上、当該プログラムにより実現される機能が多岐にわたることを意味するにすぎない。」

Q. ディスプレイの画面構成に著作物性はあるか?

A. 積算くん事件判決(大阪地裁平成 10 年(ワ)第 13577 号)は、ディスプレイ画面につき、書式であったとしても、場合によっては作者の個性が表れることもあり、著作権法 10 条 1 項 6 号の「学術的な性質を有する図面、図表」の類として、著作物性が肯定される場合があることを認めた。

なお、グループウェアの画面構成の模倣が著作権侵

害かが争われたサイボウズ事件判決（東京地裁平成13年(ワ)第16440号）は、「上段にロゴやログインボタンを、中段にアプリケーションアイコンを、下段にソフトウェア情報を配置することも、特に創造性が認められるような表現方法ではない」と著作権侵害を否定した。この事件は、仮処分では差止めが認められている。（本項担当：篠森重樹）

§ 2 依拠性・類似性について

（総論）

一般的に、著作権の複製権侵害となるためには、「有形的に複製」することが必要であり（著2条1項15号）、複製とは、その著作物に依拠しかつ結果的に同一あるいは類似のものを作成したということである（著作権法 中山信弘 初版P458）。すなわち、複製権侵害の要件として、「依拠性と類似性」が問題となる。

権利者は、侵害とされる作品が原告の著作物に依拠して作成されたという立証をする必要があるが、依拠の立証は困難である場合が多い。そこで、著作物に、誤りや罣（敢えて組み込んでおいた無害の不要なもの、たとえば、プログラムにおいては、無意味なファイル名）等が複製されていれば、それらが依拠の間接証拠となりうる。しかし、多くの著作物の場合は、相当程度類似しているか否か、つまり依拠していない限りこれほど類似することは経験則上ありえない、ということで立証されることになる。ただ注意しなければならないのは、ここにいう類似性とは、侵害の要件としての類似性ではなく、依拠を立証するための間接証拠としての類似性であるという点である。したがって、極端な場合には、罣の部分だけが類似していても、それは依拠の立証には役立つが、侵害の要件としての類似性の立証には役立たない場合もありえる（著作権法 中山信弘 初版P463～464）。

依拠性と類似性は、侵害の要件として互いに独立しているのが前提である。しかし、上記のように、依拠の立証のために、侵害の要件とは別の類似性が判断される場合も多い。そして、依拠の立証のための類似性が、侵害の要件の類似性の判断と、同様になる場合も存在する。このため、依拠性と類似性の判断については、重複する部分も出てくる。プログラムの著作物についても、同様である。

Q. 依拠性はどのように判断されるのか？

A1. プログラム著作物を知り、そのプログラムに基づいて作製されたプログラムは、依拠していると言える。ただし、依拠していたことを立証するのは困難であるので、経験則的に依拠性が判断される。経験則的な依拠性の判断としては、次のA2～A4のケースがある。

A2. ディレクトリ構成、ファイル名、ソースコードの記述によって依拠性が判断される場合がある。

「ディレクトリ構成やファイル名は、プログラムを作成する際にプログラムを機能ごとにモジュール分割する作業を反映するものであるから、偶然に一致するということは通常は考え難い。同様に、ソースコードの記述には多数の選択肢が存在するのであるから、既存のソースコードに依拠せずに開発されたソースコードの記述が、既存のソースコードの記述と偶然に一致するということが通常は考え難い。」（平成22年(ネ)第10045号）。

A3. ディレクトリの名称の付け方の同一性により依拠性が判断される場合がある。

「Vellum3.0コードのディレクトリ中、ソースコードが含まれる「Granite」という名称のディレクトリについてみると、その下層ディレクトリ55個のうち40個（約72.7%）がVellum2.7コードのディレクトリと名称が同一であり、さらに、この同一ディレクトリ内のファイルを相互に対照すると、多数のものが名称を同一にしていることが認められる。」（知財高裁平成22年(ネ)第10045号、原審・東京地裁平成18年(ワ)第5689号、同第2499号）。

A4. プログラムのうち作成者の個性が現れている部分との同一性により、依拠性が判断される場合がある。

「測量業務に必要な機能を抽出・分類し、これをファイル形式に区分して、関連付け、使用する関数を選択し、各ファイルにおいてサブルーチン化する処理機能を選択し、共通処理のためのソースコードを作成し、また、各ファイルにおいてデータベースに構造化して格納するデータを選択するなど、原告プログラムのうち作成者の個性が現れている多くの部分において、被告プログラムのソースコードは原告プログラムのソースコードと同一又は実質的に同一であり、…表現の本質的な特徴を直接感得できるものといえる。」（知財高

裁平成 23 年(ネ)第 10041 号, 同第 10055 号, 原審・東京地裁平成 19 年(ワ)第 24698 号)。

Q. 類似性はどのように判断されるのか?

A 1. ソースコードが一致する割合の多さが判断される。

(ケース 1) 「Vellum2.7 コードのファイルと名称を同一にする Vellum3.0 コードのファイル内のソースコードの総行数は 27 万 6987 行であるが, そのうち 25 万 5623 行 (92.3%) が Vellum2.7 コードのファイル内のソースコードと完全に一致しており, Vellum3.0 全ソースコードのうち少なくとも約 63.9%が Vellum2.7 コードと完全に一致していることが認められる。」(平成 22 年(ネ)第 10045 号)。

(ケース 2) 「上記 35 個の原告ファイルとそれに対応する上記 36 個の被告ファイルとを比較すると, …マーカーが塗られた部分 (黄色マーカー部分) は, ソースコードの記載が全く同一である。これらの…マーカー部分は, 上記原告ファイル及び被告ファイルの大半を占めており, その割合は, 全体の 90%を下らない。上記事実関係によれば, …被告プログラムは原告プログラムとその表現が同一ないし実質的に同一である…といえる。」(平成 23 年(ネ)第 10041 号, 平成 23 年(ネ)第 10055 号)。

(ケース 3) 「開発ツールによって自動生成されたことが明らかな部分を除いた約 300 に及ぶ関数のうち, 103 の関数においては全く同一の記述内容であり, 148 の関数においては関数等の名称に相違が見られるものの, 当該関数内に記述された処理手順は同一であり, 47 の関数においてはソースコードの記述に一部相違が見られるものの, 処理手順等に大きな相違はないのであって, 他方, 両者で全く異なる表現といえる部分が, 23 の関数において見られるが, その量的な割合は, 約 300 の関数に係るソースコードのうちの約 5 パーセントにとどまるものといえる。…以上によれば, 原告プログラムと被告プログラムとは, そのソースコードの記述内容の大部分を共通にするものであり, 両者の間には, プログラムとしての表現において, 実質的な同一性ないし類似性が認められるものといえる。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)。

A 2. ソースコード内のコメントや関数の名称は, 類似性の判断において重視されない場合がある。

(ケース 1) 「ソースコード内のコメントは, プログ

ラムの動作に影響を与えるものではない。そうすると, 被告らの主張するような事情をプログラムのソースコードの実質的同一性の判断に当たって考慮すること自体は否定されないとしても, これを重視するべきではなく, 本件のように両プログラムの記述内容の大部分が同一ないし実質的に同一であるというべき事案においては, 両プログラムの同一性ないし実質的同一性を認めるのが相当である。」(知財高裁平成 23 年(ネ)第 10041 号, 同 10055 号, 原審・東京地裁平成 19 年(ワ)第 24698 号)。

つまり, 類似性の判断はソースコードの中でも創作性の発揮される部分の一致に基づいて判断されるべきものであり, プログラムとしての創作性には寄与し得ないコメント文の類比は類似性の判断において重視されないという判断である。

(ケース 2) 「上記以外の原告プログラムのソースコードと被告プログラムのソースコードとの間についても, 関数等の名称に相違が見られるものの, 当該関数内に記述された処理手順は同一であることは, 当事者間に争いが無い。以上によれば, 原告プログラムと被告プログラムとは, そのソースコードの記述内容の大部分を共通にするものであり, 両者の間には, プログラムとしての表現において, 実質的な同一性ないし類似性が認められるものといえる。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)。

A 3. ソースコードの記述順序は, 類似性の判断において重視されない場合がある。

「プログラムのソースコードの記述は, 電子計算機が必要な機能呼び出すためのものであり, 本件における原告プログラム及び被告プログラムのソースコードについては, その記述の順序が異なることは電子計算機によるプログラムの呼出し処理に影響を与えるものではない。…そうすると, 被告らの主張するような事情をプログラムのソースコードの実質的同一性の判断に当たって考慮すること自体は否定されないとしても, これを重視するべきではなく, 本件のように両プログラムの記述内容の大部分が同一ないし実質的に同一であるというべき事案においては, 両プログラムの同一性ないし実質的同一性を認めるのが相当である。」(知財高裁平成 23 年(ネ)第 10041 号, 同第 10055 号, 原審・東京地裁平成 19 年(ワ)第 24698 号)。

Q. プログラムのバージョンアップ等で注意すべきことは？

A 1. 16ビット対応→32ビット対応への変換について、32ビットプログラムは16ビットプログラムの二次的著作物であることが一般的に認められる。

「一般に、16ビット環境のプログラムを32ビット環境に移行させる場合には、ビット長を意識したデータについては修正が必要であるものの、多くはコンパイラが処理するので、修正が必要な部分ごく一部に限定されること、本件において、ファミテイクは、Vellum3.0コードを開発するに際し、Vellum2.7コードを解析、検証していたという経緯があることも併せ考慮すれば、Vellum3.0コードは、本件修正契約に基づき、Vellum2.7コードを一部改変して制作されたものと認めることができる。」(知財高裁平成22年(ネ)第10045号、原審・東京地裁平成18年(ワ)第5689号、同第24994号)。

(本項担当：藤田健)

§ 3 プログラム著作物の場合における著作権の保護範囲について

(総論)

著作物は、思想又は感情を創作的に「表現」したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するものであるから、アイデアは著作権法で保護されない。もっとも、現実には、その区別が簡単ではない場合も存在する。

Q. 著作権法10条3項で「プログラムの著作物」ではないとされている「プログラム言語」、「規約」及び「解法」とは？

著作権法10条3項は、アイデアには著作権法の保護が及ばないことを確認した規定である。

「プログラム言語」とは、「プログラムを表現する手段としての文字その他の記号及びその体系」(著10条3項1号)をいい、COBOL、FORTRAN、BASIC、C言語、C++言語などのように、英語の日常語に近い単語と文法をもついわゆる高級言語はもちろん、機械語や機械語と1:1に対応しているアセンブリ言語も含まれる。

「規約」とは、「特定のプログラムにおけるプログラム言語の用法についての特別の約束」(著10条3項2号)をいい、具体的にはインターフェースやプロトコ

ル等を指す。

「解法」とは、「プログラムにおける電子計算機に対する指令の組み合わせの方法」(著10条3項3号)をいい、具体的にはアルゴリズム等を指す。

Q. 表現とアイデアの区別の具体例は？

A. 「Xプログラムにおける入力項目として何を用いるかという点は、アイデアであり、著作権法上の保護の対象となるものではない。また、『キロ行程最初の値』、『キロ行程オフセット値』、『縮尺』、『用紙サイズ』の順序で変数に値を設定するという処理の流れも、著作権法10条3項3号所定の『解法』に当たり、著作物としての保護を受けない。」(東京地裁平成13年(ワ)第17306号)

「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、その月の中にある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いうのはプログラム作成過程におけるアイデア又は解法にすぎない。しかるところ、これらは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、実質的にはアイデア又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ものというべきである。」(知財高裁平成22年(ネ)第10051号、原審・東京地裁平成18年(ワ)第24088号)

Q. 実質的には、デッドコピーが許されないだけなのか？

A. 創作性のレベルによって保護範囲が変動する可能性がある

著作権法においては、著作権による保護がどこまで認められ得るのかが度々議論となる。例えば、複製権(著21条)においては、著作物において表現されている思想または感情が認識できる程度に類似しているものが複製されれば、それが複製権侵害として保護されるのか、若しくは、デッドコピーのように、著作物がそのまま複製されていなければ複製権侵害とはならないのか、といった議論である。

即ち、上記のような「実質的には、デッドコピーが許されないだけなのか？」といった疑問が生じる。このような問いに画一的に答えることは容易ではないが、判例においては、「・・・一般的にいて、発想に卓越した創作性が存在する場合には、保護の範囲は広いも

のとなるであろうし、単に著作者の個性が表われているだけで、誰が行っても同じになるであろうといえるほどにありふれたものとはいえないといった程度の創作性しか認められない場合には、保護の範囲は狭いものとなり、ときにはいわゆるデッドコピーを許さないという程度にとどまることもあり得るであろう・・・」(東京高裁平成10年(ネ)第3676号)といった判断がされている。

(本項担当：篠森重樹，前洪正治)

§4 著作権の帰属

(総論)

「著作者」となりうる対象には、自然人のみならず法人も含まれる。この点、「発明者」となりうるのは自然人のみと整理されている特許法と異なる。特許権では、特許法29条に規定されているとおり、原始的には発明者が特許を受ける権利を有するので、現行の特許法では、特許法35条に規定されているとおり、職務発明であっても事前承継の定めや譲渡等ないと、発明者個人が特許権者となり、使用者側は通常実施権者となる。しかし、著作権では、著作権法15条に規定されているとおり、所定の要件を満たす法人著作物の場合においては、法人等(法人その他使用者)が著作者となり、譲渡手続き等を要せず使用者が著作権者となりうる。したがって、職務著作に該当するかどうかの問題となる。

Q. 会社で職務として創作した著作物の著作者・著作権者は実際に創作した個人なのか？

A. 所定の要件を満たす場合、法人等(法人その他使用者)が著作者・著作権者となる。

著作権については、著作権法17条に規定されているとおり、著作者は、著作者人格権並びに著作権を享有する。

著作者については、プログラム以外の著作物では、著作権法15条第1項に規定されているとおり、法人等の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物(プログラムの著作物を除く。)で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。

プログラムの著作物の著作者については、著作権法15条第2項に規定されているとおり、法人等の発意に

基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成するプログラムの著作物の著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。

対象物が発明でもあり著作物ともなりうる場合、権利の帰属についての取扱いに注意する必要がある。

Q. 従業員の転職に伴う留意点は？

A. 同業他社から転職して在籍している従業員にプログラムの開発を行わせる場合、前職における職務著作物の著作権を侵害していないか注意する必要がある。

Q. 業務の内容に応じて自分が自発的に作成したプログラムなので著作権は自分にあると考えている。「法人等(法人その他使用者)の発意に基づく」、「法人等の業務に従事する者が職務上作成したもの」とは、具体的にどのように判断されるのか？

A. 以下のとおり、プログラム作成者が業務に従事する態様や、雇用契約の有無等総合的に判断される。

《「法人等(法人その他使用者)の発意に基づく」について》

「①平成15年12月ころの時点において、原告旧ソフトに替わる新たな株価チャートソフトを開発、導入することは、原告の業務計画の一つとなっていたこと、②その後、原告に雇用された従業員である被告A1が、原告旧ソフトに替わる新たな株価チャートソフトの開発及びプログラミング作業を行い、これを完成させていること、③このようにして完成されたソフトは、完成後直ちに、原告ソフトとして、原告からその顧客に提供されていること、④被告A1は、広告物やホームページ等の制作を行う技術者として原告に雇用された者であり、原告の商品となるソフトウェアの開発及びプログラミング作業もその職務の範囲に含まれるものといえること、⑤被告A1は、上記ソフトの開発期間中に行われた原告の社内会議において、A2らに対し、同ソフト開発の進捗状況をたびたび報告していることが認められる。そして、これらの事実を総合すれば、被告A1による原告ソフトに係るプログラム(原告プログラム)の作成は、少なくとも、原告の業務計画に従ったものであり、原告の従業員である被告A1が自己の職務範囲に属する事務を遂行したといえるものであって、しかも、その職務の遂行上、当該プログラムの作成が予定又は予期される状況にあった

ことは、明らかである。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)

《「法人等の業務に従事する者が職務上作成したもの」について》

「①被告 A1 は、原告に雇用され、原告の業務に従事する者であること、②原告ソフトを作成することは、原告旧ソフトに替わる新たな株価チャートソフトを開発、導入するという原告の業務計画に沿うものであること、③ソフトウェアの開発及びプログラミング作業は、被告 A1 の原告における職務の範囲に含まれるものといえること、④被告 A1 は、上記ソフトの開発期間中に行われた原告の社内会議において、A2 らに対し、同ソフト開発の進捗状況をたびたび報告していることなどからすれば、被告 A1 による原告プログラムの作成が、原告の業務に従事する者によって「職務上作成されたもの」に当たることは、明らかである。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)

Q. 勤務時間外にしか作業していなければ、職務上作成したとはいえないのではないか？

A. 勤務時間外にしか作業していないという事実だけでは直接的に職務著作を否定する根拠にはならない。

「仮に、被告 A1 が勤務時間外に自宅で原告プログラムの作成を行った事実があり、それが原告プログラムの相当部分に及ぶものであったとしても、そのことによって当然に、原告プログラムの作成が原告の職務として行われたことが否定されることにはならず、むしろ、前記 a の各事情に照らせば、なお原告プログラムが職務上作成されたものであることが左右されるものではないというべきである。」(東京地裁平成 20 年(ワ)第 11762 号)

Q. 業務委託をさせた場合著作権はどちらにあるか？

A. 創作的な活動を行ったのはどちらかが重要となることと、モジュール単位でも著作権が成立しうるということに注意が必要である。

創作的な活動を行った作り手側が受託者であれば、委託者が著作権について譲渡を受けなかった場合、著作権は受託者に帰属することになる。著作者人格権は譲渡できないので、譲渡契約において、著作者人格権不行使特約等を入れるか否かについても注意すべきである。

Q. その他業務委託の際、どのような点に留意するべきか？

A. 業務委託する際は、プログラム開発を受託した受託者が、他社が著作権を有するモジュールを組み込まないことについて、確認する必要がある。

CAD ソフト事件 (知財高裁平成 22 年(ネ)第 10045 号, 原審・東京地裁平成 18 年(ワ)第 5689 号, 同第 24994 号) において、販売したソフトウェアに組み込まれているモジュールが他社の著作権であるとプログラム登録原簿に登録され公示されているものであったモジュールであったことを踏まえ、被告は、「コンピュータ・ソフトウェアの研究開発、制作販売等を業とする会社であり、自己の開発、制作するソフトウェアが他者のプログラム著作権を侵害することがないように注意すべき義務を負うものと解される」と判示されている。

(本項担当：伊藤夏香)

§ 5 技術的保護手段について

(総論)

「技術的保護手段」とは、電磁的方法により、著作権等を侵害する行為の防止又は抑止をする手段であり、詳しくは著作権法第 2 条第 1 項第 20 号において定義されている。具体的には CD や DVD 等のコピーガード機能等が該当する。

そしてこれらの機能を回避する行為については、著作権法上で罰則が設けられている(著 120 条の 2 第 1 号, 第 2 号)が、行為に対して直接刑事罰が規定されているのみであり、著作権や著作隣接権の権利として規定されているわけでも、侵害とみなす行為とされているわけでもない。

この点、不正競争防止法においては、関連する行為が不正競争として特定され(不競 2 条 1 項 10 号, 同 11 号)、民事的救済が可能となっている点が異なる。

(本項担当：前洪正治)

§ 6 その他

Q. プログラムとして機能しなければ侵害にはならないのか？

A. 機能として用いることが不可能な状態であっても、ソースコードが含まれていれば複製となり、プログラム全体の差止めが認められる。

「被告コムネットは、別紙「被告コムネット商品目

録」記載 1. 2 のソフトウェアに含まれる Additions の部分はわずかであり、しかも、実際に Additions の機能を利用することはできないとして、同目録記載 1, 2 のソフトウェア全体の差止めを認めることは被告コムネットに過大な不利益を与えるものであると主張するが、仮に被告コムネットが侵害する Additions の部分がわずかであり、また、実際に Addition の機能を利用することができないとしても、ソースコードの具体的記述を同一にする部分が現に存在する以上、複製権、翻案権を侵害するものということを防げないし、また、本件において Vellum3.0 コードから Additions の部分が可分であることについて適切な立証がされていないから、Additions の侵害部分がわずかであったとしても、これを利用するソフトウェア全体の使用を差し止めざるを得ないというべきである。(原審 P97) 「被告コムネット商品目録」記載 1, 2 のソフトウェアには、Additions が含まれているのであって、これに対し、外部から見えるメニューにのみマスクを掛ける masking を行っただけでは、Additions を削除したとはいえず、これを複製、頒布すれば、プログラムに係る著作権侵害を構成する。」(知財高裁平成 22 年(ネ)第 10045 号, 原審・東京地裁平成 18 年(ワ)第 5689 号, 同第 2499 号)。

Q. 使用許諾契約によって提供されたソースコードに対して、どのような点に留意すべきか？

A. 他から提供されたソースコードを用いる場合、許諾範囲外のソースコードが含まれていないか確認する必要がある

「第 1 事件被告コムネットは、第 2 事件原告アシュラから、Ashlar-Vellum Graphite から Additions 部分は削除済みであるとの説明を受けていたとしても、自らこれを確認するなどの措置を採ることなく、また、権利関係の変動について確認することなく、第 1 事件原告・第 2 事件被告コンセプトが著作権を有するプログラムを利用した以上、その著作権について過失があるというべきである。」(知財高裁平成 22 年(ネ)第 10045 号, 原審・東京地裁平成 18 年(ワ)第 5689 号, 同第 2499 号)。

(本項担当：前洪正治)

第 3 章 不正競争防止法

§ 0 導入

プログラムが「営業秘密」(不競 2 条 6 項)に該当する場合に、そのプログラムは営業秘密としての保護を受けることが可能となる。

営業秘密による保護を受けるためには、保護対象となる情報、即ちプログラムが、秘密として管理されていること (§ 1)、その情報が使用されること (§ 2) が必要である。

また、営業秘密においても、保護対象の情報の帰属が問題となる (§ 3)。

また、プログラムに関連し得る不正競争防止法の保護対象として、不正競争防止法 2 条 1 項 10 号に規定されている技術的制限手段の回避 (§ 4) がある。

本章においては、これらの内容についてプログラムに関する判例を参照しながら基本的な考え方について解説する。

尚、2014 年 11 月に特許庁から営業秘密管理指針の改定案が提示され、企業が最低限必要な管理をしていれば、秘密情報として扱っているとみなす方針が示された。これにより、ある情報が秘密として管理されていることの要件が従来よりも緩和されていくことが予測される。秘密管理性に関する本文の記述は、過去の判例から得られる情報に基づいているため、今後の秘密管理性の判断要件とは異なる可能性があるが、検討結果としてここに紹介する。

(本項担当：前洪正治)

§ 1 営業秘密とは

Q. どのようなものが営業秘密となるのか？

A. 不正競争防止法の「営業秘密」(不競 2 条 6 項)とは、①秘密として管理されていること(秘密管理性)、②有用な情報であること(有用性)、③公然と知られていないこと(非公知性)の三要件を満たす技術上、営業上の情報であることが必要である。

①の秘密管理性については、次項で説明する。②の有用性の要件であるが、情報が客観的に有用であることが必要であるとされている。例えば、当該情報が事業活動に使用されたり、又は使用されることによって費用の節約、経営効率の改善等に役立つものであることを意味するが、潜在的なもの(ある方法を試みてその方法が役立たないという失敗の知識・情報等も含まれる)でもよい。③の非公知性については、保有者の

管理下以外では一般に入手できないことが必要である。

なお、営業秘密が誰に帰属するのかについては、職務著作、職務発明のような規定は不正競争防止法上にはない。営業秘密の帰属（保有）については、学説上、様々な見解があるが、ある営業秘密の保有者が原告であるのかが争いになった判決がある。ある技術内容（①～④）について、①～③について原告側の発案ないし情報の特定によるものと認め、一部（④）につき被告側の貢献が認められるとしつつ、①～③の発案が重要であって、④の情報の特定について被告側の貢献があったとしても、全体として原告側の開発であると認められるとした（東京地裁平成 21 年（ワ）第 32104 号）。このように、共同研究により生じた情報すべてが共有になる訳ではなく、具体的な事情によることになる。可能であれば、契約において、その帰属を明らかにしておくことが必要であろう。

（本項担当：北岡弘章）

§ 2 秘密管理性について

Q. どのような場合に「秘密管理性」が認められるのか？

A. 秘密管理性が認められるためには、事業者が主観的に秘密として管理しているだけでは不十分であり、客観的にみて秘密として管理されていると認識できる状態にあることが必要であるとされている。

具体的にどの程度の秘密管理を行えば、営業秘密として保護されるのかは、企業の規模、業種、対象情報の性質、侵害態様等により必ずしも一律ではないが、一般的には、①当該情報にアクセスできる者を制限するとともに、②同情報にアクセスした者にそれが秘密であることを認識できるようにしていることが必要とされている（経済産業省「営業秘密管理指針」（平成 25 年版）15 頁）。

①については、紙、記憶媒体であれば施錠管理、コンピュータ上のデータであれば ID・パスワード等によるアクセス制限がなされていることにより、誰でもがアクセスできるような状況にないことが必要である。また、②については、マル秘のマークが付されている、秘密保持誓約書によって秘密保持義務が課せられている等、管理の対象となっている情報をそれと認識し、またアクセス権限のある者がそれを秘密として管理することに関する意識を持ち、責務を果たすような状況になっていることが必要である。

前述のとおり、企業の規模、対象情報の性質等を勘

案して秘密管理性が判断され、特に小規模な会社では、比較的緩やかに秘密管理性が判断される傾向にある。また、近時「秘密管理性」の要件判断においても、秘密であることが識別できるかということが重視される傾向にあり（小規模な会社では、厳格なアクセス管理は困難であるが、秘密であることを認識させることは比較的容易である）、アクセス管理等が不十分な場合であっても識別できるかということを重視して営業秘密としての保護が与えられる場合もある。

ソフトウェア関連の情報が問題となった事案においては、次のような点で秘密管理性が肯定されている。

①社内サーバーにおいてもログインを要する等、情報へのアクセスが厳しく制限されている場合。（大阪地裁平成 18 年（ワ）第 5172 号）。

秘密管理性が争われた、本件プログラムは、インターネットサーバー内に格納され、それをダウンロードするためには、サーバーへログインするための ID とパスワードが必要とされ、アクセス可能なのは、原告ら代表者と P2 のみで、原告社内でもアクセスできる者が限られていたとして秘密管理性を認めた。

秘密管理性をめぐっては、ID 及びパスワードの管理が杜撰であるとの主張がなされることが多く、本件でもその旨の主張、「単に ID とパスワードを書いた紙片を机に入れていた」とか、「それらをパソコンに入れたまま離席することがあった」との主張がなされていたが、アクセスできる従業員を制限している取扱いをしていることから、秘密管理性を否定する事由とはならないとした。このような管理は情報管理の観点からは好ましくはないが、秘密管理性を肯定する上で完全な管理が要求されているわけではない。

②特定の相手に情報を開示する場合において、秘密保持契約を交わしており、契約終了後についても然るべき対応をとっている場合（東京地裁平成 21 年（ワ）第 32104 号）。

仮覚書の中で原告の持つ技術や情報についても秘密保持の対象とされていること、仮覚書解除後も、原告は、被告会社が機密保持契約を締結しなければならないこと等を内容とする「技術侵害に関する改善警告及び請求について」を被告会社に送付し、さらに、営業秘密たる技術を用いて業務を行うことの停止等を求める「通知書」を被告会社に送付し、到達していること

から、被告は原告との関係で、情報の取扱いについて慎重を期すべきこと、原告が当該情報を秘密として管理していることを認識してことを理由として、秘密管理性を認めた事例がある。

覚書解除後においては、秘密保持契約が締結されていない状態にあったが、警告書等の送付により、営業秘密であることを認識出来る状態にあることを考慮して秘密管理性を肯定している。

(本項担当：北岡弘章)

§ 3 営業秘密の使用について

(総論)

営業秘密の使用については不正競争防止法上の規定がない。以下に代表的なカテゴリーの営業秘密を事例として、裁判例に基づき「営業秘密の使用」について説明する。

Q. どのような場合に「営業秘密を使用」したと認められるのか？

A 1. 営業秘密が「アルゴリズム」である場合。

原告会社の開発委託を受けて、アルゴリズムが営業秘密である原告製品ソフトを開発したソフト開発会社の従業員が、原告製品と類似の被告製品ソフトを開発して他社に納入した場合は、被告製品ソフトに原告製品ソフトのアルゴリズムが使用されていると、例えばプログラムとしての表現が異なっても「営業秘密の使用」に該当する可能性がある。

しかし、①原告アルゴリズムをそのまま使用したのではなく、多くの点で原告アルゴリズムとは異なる処理手順を採用しており、②一部原告アルゴリズムと同様の処理手順を採用した箇所についても、技術上の合理性の観点から当然採用される部類に属する手法を採用したものである事例では、「営業秘密の使用」には該当しないと判断された。

「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が、被告は、市川ソフトを作成するに当たり、原告アルゴリズムをそのまま使用したのではなく、多くの点で原告アルゴリズムとは異なる処理手順を採用し、一部原告アルゴリズムと同様の処理手順を採用した箇所についても、技術上の合理性の観点から当然採用される部類に

属する手法を採用したものであり、原告アルゴリズムや原告ソフトそのものを使用又は開示するに等しい結果を何ら招来していないものであるから、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。」(東京地裁平成17年(ワ)第12938号)

A 2. 営業秘密が、共同開発した「技術内容」である場合。

「技術内容」が営業秘密である原告製品ソフトを保有する原告会社の元従業員が、転職先で類似の被告製品ソフトを開発した事例では、元従業員が「技術内容」の共同開発者であっても、「技術内容」が原告会社に帰属する場合は「営業秘密を使用」したものと判断された。

「以上のとおり、原告は本件技術内容2を保有し、本件技術内容2は有用性、非公知性及び秘密管理性が認められるから、本件技術内容2が原告の営業秘密であると認められる。

→被告会社は、①本件技術内容2の1の使用については、平成18年4月以降、アイ・オー・データ機器社製のDVDドライブの使用(平成20年4月までは当該使用のみ)により、本件技術内容2の1(1)~(4)、(5)前半部分を使用し、②本件技術内容2の2の使用については、㊦平成18年4月から平成20年5月までの間、本件技術内容2の2全体を使用し、④同年6月以降、本件技術内容2の2(1)を使用している。」(東京地裁平成21年(ワ)第32104号)

A 3. 営業秘密が「比較的汎用性が高いコンピュータソフト」である場合。

ソフト開発会社の元従業員が、転職先で営業秘密である原告ソフトと類似の被告ソフトを開発した場合は、「営業秘密の使用」に該当する可能性がある。

しかし、原告ソフトが、「比較的汎用性が高いコンピュータソフト」であり、原告ソフトでしか実現していない特殊な機能ないし特徴的な処理がない事例では、①営業秘密として保護される対象となるのは、現実のソースコードそのものに限られると判断され、②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は、「営業秘密の使用」には該当しないと判断された。

「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。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。→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」には該当しないと云わざるを得ない。」(大阪地裁平成23年(ワ)第8221号)

A4. 営業秘密が「アプリケーションに特化したプログラム」の場合。

インターネットに原告サイトを運営している原告会社のプログラムが営業秘密であり、原告会社の元従業員が転職先で、原告サイトに類似の被告サイトをインターネットに運営した事例では、①原告サイトと被告サイトとを比べて、多数のページの文章、プログラム名及び引数名が一致ないし類似している②営業秘密が不正に入手されたことを示す証拠(議事録)がある、ことをもって、被告サイトが原告の「営業秘密を使用」して作成されたと認定された。

「そして、P1、被告Y3及び被告Y2は、平成16年2月24日に原告ら代表者、P2及び原告ら訴訟代理人の村田秀人弁護士(以下「村田弁護士」という。)と面談した際、P1と被告Y3が本件プログラムと本件顧客データを原告らに無断で取得したことを認め、被告Y2もこれを認めており、その旨の議事録(甲21)も作成された。→甲第20号証に示されたような多数のページの文章、プログラム名及び引数名が一致ないし類似しているという事実は、被告らサイトが本件プログラムを利用して作成されたのではないかと疑わせる事実であることは確かであり、このことに前記「議事録」の存在を併せ考慮すると、前記のとおり被告Y3らによる不正競争行為を認定することができるというべきである。」(大阪地裁平成18年(ワ)第5172号)
(本項担当：山本真人)

§4 技術的制限手段の回避について

不正競争防止法には、技術的制限手段によって制限されたプログラムを、当該技術的制限手段の効果を妨げて実行する機能を有する装置やプログラムの譲渡等することが禁じられている(不競2条1項10号)。すなわち、技術的制限手段を回避するための装置等の譲渡が禁止されている。

Q. 技術的制限手段とは？

A. 「技術的制限手段」とは、電磁的方法(電子的方法、磁気的方法その他の人の知覚によって認識することができない方法をいう。)により映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録を制限する手段であって、視聴等機器(映像若しくは音の視聴若しくはプログラムの実行又は映像、音若しくはプログラムの記録のために用いられる機器をいう。以下同じ。)が特定の反応をする信号を映像、音若しくはプログラムとともに記録媒体に記録し、若しくは送信する方式又は視聴等機器が特定の変換を必要とするよう映像、音若しくはプログラムを変換して記録媒体に記録し、若しくは送信する方式によるものをいう(不競2条7項)。

Q. 具体的には？

A. 具体的には、「技術的制限手段」について言及した判例がある(東京地裁平成21年(ワ)第40515号、同22年(ワ)第12105号、同第17265号)。当該判例では、以下のように、「技術的制限手段」について、定義している。

「平成11年改正は、使用・コピー管理技術を施してプログラム等のコンテンツを提供する事業に関与する者の利益を保護するために行われたと認められるから、使用・コピー管理技術を施して視聴等機器を提供する事業者の利益をも保護する目的を有しており、「プログラム」を実行等が制限されたプログラムに限る理由はないし、平成11年改正は、特定の信号が記録媒体に記録されていないことにより実行されないゲーム等のプログラムの実行を可能とするMODチップの譲渡等をも規制する目的で行われたことが認められるから、「プログラム」は、特定の信号が記録媒体に記録されていないことにより実行されないプログラムをも含み、「プログラム」を特定の信号が記録媒体に記録されていること等により実行等が制限されたプログラム

に限る理由もない。また、「技術的制限手段」についても、上記平成11年改正の目的からすれば、視聴等機器(DS)がある信号を受信したときにプログラムの実行等をしないことだけでなく、視聴等機器がある信号を受信したときにプログラムの実行等をする^{こと}も、「特定の反応」に当たるといえる。したがって、DS本体では、営業上用いられている技術的制限手段によりプログラムの実行が制限されていると認められる。」

当該判例から、「技術的制限手段」には、録画デッキ等のいわゆるコピーガード(DVDに記録されたコピーガード信号を録画デッキ等が認識すると、内蔵されているコピーガード機能により正常な録画を実行しない。)だけでなく、特定の信号を認識しないとゲームを起動しないゲーム本体等の機能も含まれることが明示された。

(本項担当：藤田健)

§5 その他

Q. 営業秘密として保護する場合のメリットは？

A1. 著作権法とは異なり、アルゴリズムまで保護される可能性がある(東京地裁平成17年(ワ)第12938号)。

A2. 公開を前提とする特許法とは異なり、技術内容を秘匿したままで保護される可能性があるため、セキュリティ技術やコピーガード技術等、技術の内容が公開されてしまうと意義が薄れる技術に適している(東京地裁平成21年(ワ)第32104号)。

Q. 会社の仕事で開発したプログラム、転職した先では使えないのか？

A. そのプログラムが営業秘密であれば、その使用は営業秘密の侵害にあたり、使えない可能性がある。

この点、あるソフトウェアのアルゴリズムについて、そのアルゴリズム全体を使用して別のソフトウェアを作成した場合、営業秘密の侵害に当たりうるとする判決がある(東京地裁平成17年(ワ)第12938号)。他方で、同判決は、原告アルゴリズムと同様の処理手順を採用した箇所についても、技術上の合理性の観点から当然採用される部類に属する手法を採用したものであるとして、営業秘密の使用を否定しており、営業秘密と類似したアルゴリズムが使用されていた場合でも、非侵害となる場合がある。

なお同判決は、不正競争防止法による保護だけではなく、秘密保持義務違反も問題になっているが、「システムエンジニア又はプログラマーがあるソフトウェアの開発によって得たものは、一面で委託者から委託されたソフトウェア開発の成果物であるが、他面で、従来からシステムエンジニア又はプログラマーとして有していた技術を適用した結果であったり、技術上の合理性の観点から必然である処理手順であったりすることが考えられ、これらの点を無視して信義則上の秘密保持義務を広く負わせることは、システムエンジニア等に同種のソフトウェアの開発に関与することを實際上禁止して職業選択の自由を制約し、社会経済的にも技術の蓄積によるソフトウェアの開発コストの削減を妨げる結果となりかねない。」として、義務違反を限定的に解釈している。義務違反については、①両者のソフトウェア(あるいはアルゴリズム)が一致する割合はどの程度か、②一致する部分について、当該システムエンジニア等が従来から有していた技術の適用の結果といえるか、又は技術上の合理性の観点からそのような手順を採用することが当然か、③従前の雇用主のソフトウェアやアルゴリズムの一部が開示されることにより、ノウハウ等が開示される結果となるか等を総合して判断するとしている。したがって、転職前に作成したソフトウェアの全てのアルゴリズム等が使用できなくなるわけではない。

(本項担当：北岡弘章、前浜正治)

第4章 データ構造特許、データベース著作物について

§0 導入

情報には、創作性のあるものもあれば、ないものもある。株価情報、住所情報、気象情報、商品購入歴などは、事実を単に述べたものに過ぎず、著作物つまり「思想又は感情を創作的に表現したもの」には該当しない。

しかし、創作性のない情報であっても、それを収集し加工する際に何らかの創作がなされることがある。又は、情報をコンピュータで使用したり管理したりする際に何らかの創作がなされることがある。

これらの創作を保護すべく、著作権法は、データベースの著作物に関して規定している(著2条1項10号の3)。また、特許法は、「電子計算機による処理に供する情報であってプログラムに準ずるもの」が物の

発明に該当することを規定している（特2条4項）。

§ 1 データ構造特許

Q. どのようなデータ又はデータベースが特許法で保護されるのか？

A. 「電子計算機による処理に供する情報であってプログラムに準ずるもの」が保護される（特2条4項）。

特許法における保護対象は、「発明」である（特1条）。発明は、「自然法則を利用した技術的思想の創作のうち高度のもの」である（特2条1項）。

特許庁の特許・実用新案審査基準は、技術的思想でないものの1つとして「情報の単なる提示（提示される情報の内容にのみ特徴を有するものであって、情報の提示を主たる目的とするもの）」を挙げている（第II部第1章）。さらに、情報の単なる提示の例として、「機械の操作方法又は化学物質の使用法についてのマニュアル」及び「デジタルカメラで撮影されたデータ」を挙げている。

このように、情報の単なる提示に過ぎないものは、法上の発明に該当しないので、特許法の保護対象ではない。

しかし、データは、その構造によっては、コンピュータによる情報処理（例えば、検索処理）が速くなる、データのサイズを小さくしてメモリを節約する、などの効果を奏することがある。このような工夫はコンピュータ・プログラムと同様に特許法によって保護すべきである、とのニーズがあった。

そこで、2000年（平成12年）、特許・実用審査基準にプログラムの取扱いとともにデータ構造の取扱いが規定された。さらに、2002年、プログラムとともに「電子計算機による処理の用に供する情報であってプログラムに準ずるもの」が物の発明に含まれるように、特許法が改正された（特2条2項、4項）。

工業所有権法（産業財産権法）逐条解説（いわゆる青本）は、「プログラムに準ずるもの」を「コンピュータに対する直接の指令ではないためプログラムとは呼べないが、コンピュータの処理を規定するものという点でプログラムに類似する性質を有するものを意味する」と説明している。

また、産業財産権法（工業所有権法）の解説（いわゆる改正本）は、平成14年法改正に関する記載の中で、「『プログラム等』の『等』に相当する部分、即ち、『電子計算機による処理の用に供する情報プログラム

に準ずるもの』に該当するものの具体例としては、例えば、特殊なデータ構造の採用により可能となった処理方法によるコンピュータによる処理効率が飛躍的に高まる場合における、その特殊なデータ構造を有するデータのように、コンピュータに対する直接の指令ではないが、そのデータ自身が有する構造によりコンピュータによる処理内容が規定されるようなものが想定される。」と説明している。

つまり、コンピュータによる処理内容が規定されるようなデータ構造が、特許法における保護対象である。提示される情報にのみ特徴があるものは、特許法の保護対象に該当しない。

Q. どのようなデータ構造が特許法上の発明に該当するか？

A. コンピュータによる処理内容が明示され又は暗示されているデータ構造が特許法上の発明に該当する。

特許・実用新案審査基準は、「コンピュータ・ソフトウェア関連発明」の章（第VII部第1章。以下、「CS審査基準」と記載する。）を設け、ソフトウェアの特許性とともデータ構造の特許性について解説している。

CS審査基準は、ソフトウェアの発明成立性について、「(1)『ソフトウェアによる情報処理が、ハードウェア資源を用いて具体的に実現されている』場合、当該ソフトウェアは『自然法則を利用した技術的思想の創作』である。…(2)更に、当該ソフトウェアが上記(1)を満たす場合、当該ソフトウェアと協働して動作する情報処理装置（機械）及びその動作方法、当該ソフトウェアを記録したコンピュータ読み取り可能な記録媒体もまた、『自然法則を利用した技術的思想の創作』である。」と説明している（2.2.1 基本的な考え方）。さらに、発明成立性を有する具体例及び有しない具体例を幾つか紹介している。

また、CS審査基準は、データ構造を「データ要素間の相互関係で表される、データの有する論理的構造をいう」と定義している。そして、その発明成立性を「『構造を有するデータ』及び『データ構造』が『発明』に該当するか否かについては、『2.2.1 基本的な考え方』により判断する。」と説明している（2.3.4 「構造を有するデータ」及び「データ構造」の取扱い）。

よって、そのデータ構造によって情報処理がハードウェア資源を用いて具体的に実現されていれば、発明成立性を満たすものと、考えられる。しかし、CS審

査基準は、データ構造について、発明成立性を有する具体例も有しない具体例も記載されていない。

平成 24 年度ソフトウェア委員会第 2 部会は、実際に特許されたデータ構造に関する発明の事例を調査研究し、データ構造の発明成立性を考察している。

同部会は、データ構造の発明を記載パターンに応じて次の 3 つに分類し、デジタルデータ処理 (G06F)、イメージデータ処理 (G06T)、デジタル情報の伝送 (H04L)、画像通信 (H04N)、情報記録 (G11B)、地図・ナビゲーション等 (G01, G08, G09) の 6 分野それぞれにおける各パターンの発明成立性の傾向を調査している。

(a) パターン 1

パターン 1 は、データ構造のみが記載された記載形式である。例えば、「A データと、B データと、C データと、を備えるデータ構造。」のように記載された請求項は、パターン 1 に該当する。なお、「～処理により生成される A データと、～処理により生成される B データと、～処理により生成される C データと、を備えるデータ構造。」のように記載された請求項についても、パターン 1 に該当することとした。

(b) パターン 2

パターン 2 は、他のカテゴリ (装置、方法など) の請求項を引用した従属項の記載形式である。例えば、「請求項 1 に記載の～装置 (又は方法) に用いられるデータ構造。」のように記載された請求項は、パターン 2 に該当する。

(c) パターン 3

パターン 3 は、パターン 1 及びパターン 2 以外の記載形式であって、データ構造以外の構成が記載された記載形式である。例えば、「A データと、B データと、C データと、を備え、コンピュータが、～処理と、～処理と、～処理とを行うデータ構造。」のようにコンピュータが行う処理、あるいはコンピュータが備える手段などが記載された請求項は、パターン 3 に該当する。また、請求項の導入部 (preamble) に、他のカテゴリの請求項で用いられた構成 (ステップ、手段等) が記載されている場合も、パターン 3 に該当することとした。一方、「○○装置 (または○○方法) に用いられるデータ構造において、」のように、簡潔に処理や用途が記載されている場合は、パターン 1 に該当することとした。

権利行使及び侵害立証の容易性の観点からすると、ハードウェアを限定せずにデータ構造が特定されるよ

うに請求項を記載するのが、好ましい。つまり、パターン 1 が、好ましい。

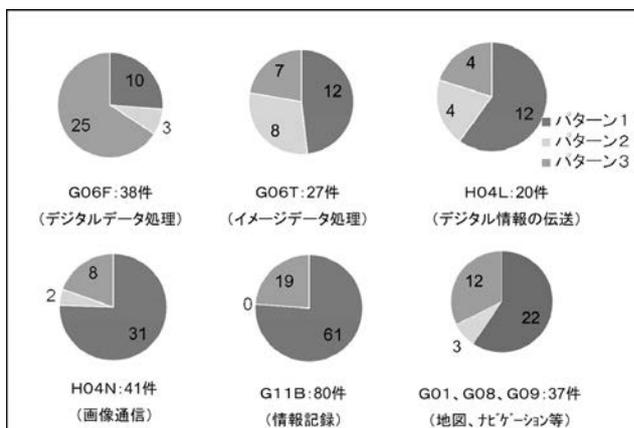
調査の結果、パターン 1 の占める割合は、デジタルデータ処理 (G06F) の分野が最も低く (約 25%)、それ以外の分野は 50% 前後～80% 弱である (図 2 参照)。

この傾向は、各分野における元々の自然法則の利用性の明確さの違いによると、思われる。デジタルデータ処理の分野においては、方法クレーム及びプログラムクレームは、処理の主体がハードウェア (例えば、コンピュータ) であることを明示しなければ、人間の精神活動又は単なるビジネス手法に過ぎないと認定されやすい。データ構造クレームも、同様の理由で、ハードウェアを限定しなければ発明成立性を否定されやすいと、考えられる。

一方、デジタルデータ処理以外の分野では、ハードウェアを請求項で限定しなくても、コンピュータによる処理が暗に規定されていると認められやすいようである。

具体例は、特許 2013 年 12 月号を参照されたい。

図 2



※ パテント誌 2013 年 12 月号「データ構造に関する発明の事例紹介」より

Q. 審査において発明成立性が認められたデータ構造の事例にはどのようなものがあるのか?

A. パテント誌 2013 年 12 月号に事例が掲載されている。

パテント誌 2013 年 12 月号の「データ構造に関する発明の事例紹介」から、発明成立性が認められたデータ構造の例を幾つか抜粋する。

(1) パターン 1 の事例

<事例 1 特許 4770694 >

【請求項 10】

複数の構成要素から成る識別情報と前記識別情報に

関連付けられた情報本体から成るデータ構造を有するデータに基づいて生成されるインデックスデータであって、

複数の前記構成要素にそれぞれ対応するノードを、前記識別情報を構成する順にリンクしたツリー構造を有し、前記複数のノードのうち、前記識別情報を構成する最後の構成要素に対応するノードに、前記情報本体が対応付けられているインデックスデータ。

(2) パターン2の事例
 <事例2 特許4884438>

【請求項13】

請求項1から請求項12のいずれかの方法によって圧縮された階層化ツリーを表すデータ構造であって、前記ツリーが、コンテンツタイプと呼ばれる少なくとも2つの明確な特徴を有するデータに対応付けられることができる、ノードとリーフとを含み、前記ツリーが、少なくとも1つのコンテンツタイプのためのある圧縮コード化技術に割り当てられる少なくとも1つのサブツリーも含むものであり、少なくとも1つのフィールドを含む前記データ構造は、

前記圧縮コード化技術に対応付けられる前記コンテンツタイプのコンテンツを有し、前記サブツリーの前記リーフが前記圧縮コード化を受けるものである、前記サブツリーの前記リーフと、

前記圧縮コード化技術に対応付けられる前記コンテンツタイプのコンテンツを有しておらず、どのような圧縮コード化を受けないものである、前記サブツリーの他のリーフとを含んでなるデータ構造。

(3) パターン3の事例
 <事例3 特許4892900>

【請求項11】

データ構造であり、

一部のコンテンツ構成データが置き換えられて再生されるコンテンツと、

前記コンテンツ構成データを複数に区分して設定されたセグメント毎に異なるセグメント固有のパラメータ識別子と、置き換えられる一部のコンテンツ構成データの置き換え対象となる変換データとを対応させて登録した変換テーブルとを格納し、

前記変換データは前記パラメータ識別子に対応するセグメント固有のパラメータに基づき演算または暗号

化処理を施したデータであり、

前記データ構造に含まれるコンテンツを再生する情報処理装置において、

前記セグメント固有のパラメータ識別子に基づいてパラメータを算出させ、算出パラメータに基づく演算または暗号化処理を伴うコンテンツ再生を実行させることを可能としたデータ構造。

§2 データベース著作物

Q. どのようなデータベースが著作権法で保護されるのか？

A. 「データベースでその情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するもの」が保護される。

著作権法における保護対象の1つが著作物である(著1条)。著作権法が制定された当初は、データベースの著作物性について規定されていなかった。

しかし、データベースが情報化社会における基本的インフラであること、データベースをどのように保護し発展を図るかが重要であることに鑑み、1986年にデータベース著作について規定された。

データベースは、「論文、数値、図形その他の情報の集合物であって、それらの情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したものをいう」と定義されている(著2条1項10号の3)。そして、「データベースでその情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するものは、著作物として保護する」と規定されている(著12条の2)。

つまり、情報の選択又は体系的な構成による創作性を有するデータベースであれば、著作権法によって保護される。

なお、データベースを構成する個々のデータの著作物性は、個々に判断される。株価情報、住所情報、家族構成条件、商品購入履歴など単に事実を表わすだけのデータは、著作物性がない。一方、論文のデータ(著10条1項1号)、デジタルカメラで人間が撮影した写真のデータ(同8号)、及び人間の演奏を録音した音楽データ(同2号)などは、著作物性がある。

Q. データベースが著作物として保護される要件として「情報の選択又は体系的な構成によつて創作性を有する」ことが要求されるのは、なぜか？

A. データベースは、情報の選択又は体系的な構成に

において創作性が発揮されるため。

データベースは、情報の集合物であって電子計算機を用いて検索することができるように体系的に構成したものである（著2条1項10号の3）。

著作物は、「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」（著2条1項1号）である。データ自体は、事実を単に述べたものであれば、著作物に該当しない。データの集合であっても、それが単なる寄せ集めであれば、創作的に表現したものであるとは言えない。

利用者の求めに応じて情報を効率的に検索できるようにするために、データベースは、その体系の設定、情報の収集、選定、分析、加工、蓄積などの過程を経て作成される。この過程にこそ、データベースならではの創作性が見られる。したがって、情報の選択又は体系的な構成による創作性が要求される。

Q. どのようなデータベースについて、裁判において創作性が認められているのか？

A. 以下に、創作性が認められた2つの事例及び認められなかった1つの事例を紹介する。

<肯定例1>東京地裁平成8年(ワ)第9325号 タウンページデータベース事件

原告のデータベースは、タウンページのデータベースである。「タウンページデータベースは、電話番号情報（電話番号、住所、掲載名、職業名・商品名等）を単純に羅列したものではなく、利用者が検索しやすいように独自の工夫を凝らして、素材となる電話番号情報を選択し、体系的に構成したものである。」（原告の主張）

裁判所は、原告データベースが法上のデータベースの著作物に該当すると、判断した。その理由は、「タウンページデータベースの職業分類体系は、検索の利便性の観点から、個々の職業を分類し、これらを階層的に積み重ねることによって、全職業を網羅するように構成されたものであり、原告独自の工夫が施されたものであって、これに類するものが存するとは認められないから、そのような職業分類体系によって電話番号情報を職業別に分類したタウンページデータベースは、全体として、体系的な構成によって創作性を有するデータベースの著作物であるといえることができる。」

からである。

<肯定例2>東京地裁平成12年(ワ)第9426号 オフィス・キャスト事件

原告データベースは、マンション開発業者がターゲットユーザであるリレーショナルデータベースである。マイクロソフト社のアクセスによって作成されたものである。

新築分譲マンションの平均坪単価、平均占有面積、価格別販売状況等を集計したり、検索画面に一定の検索条件を入力して価格帯別需給情報等の情報を表やグラフの式で出力したりする。地域、価格、路線、間取り、法規制などの入力データ（レコード）が、テーブルの中で各フィールド項目に細分化された領域に記録され、各レコードを別のレコードと関連づけて処理する機能を有する。

裁判所は、原告データベースが法上のデータベースの著作物に該当すると、判断した。裁判所は、リレーショナル・データベースの場合のデータベース著作物性について、次のように述べている。

「リレーショナル・データベースにおいては、入力される情報はテーブルと呼ばれる表に格納され、各テーブルはフィールド項目に細分され、あるテーブルのあるフィールド項目を他のテーブルのあるフィールド項目と一致させてテーブル間を関連付けることにより、既存の複数のテーブルから抽出したいフィールド項目だけを効率的に選択することができるのであるから、情報の選択又は体系的な構成によってデータベースの著作物と評価することができるための重要な要素は、情報が格納される表であるテーブルの内容（種類及び数）、各テーブルに存在するフィールド項目の内容（種類及び数）、各テーブル間の関連付けのあり方の点にあるものと解される。」（※ 下線は、筆者による）

つまり、リレーショナル・データベースの場合、著作物（第12条の2第1項）と評価することができるための重要な要素は、

- 1) 情報が格納される表であるテーブルの内容（種類及び数）
- 2) 各テーブルに存在するフィールド項目の内容（種類及び数）
- 3) 各テーブル間の関連付けのあり方の点にある。

そして、その上で裁判所は、原告データベースが上

記の要素を満たすと判断し、原告データベースの創作性を認めている。

<否定例1>東京地裁平成8年(ワ)第10047号 翼システム事件

原告データベースは、顧客や車両等に関する入力データをデータベース化したものであって、顧客管理、DM 発送、各種ドキュメント（見積書、作業指示書、納品書等）の作成に活用される。原告データベースには、実在の自動車に関する一定の情報が収録されている。原告によってデータソースの評価がなされ、実在の自動車か否かの判断が原告データベースに反映されている。さらに、ダミーデータ及び代表データが原告データベースに収録されている。

裁判所は、原告データベースが法上のデータベースの著作物に該当しないと、判断した。

データベース著作物の要件は「情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するもの」である（著12条の2）。裁判所は、この要件を満たすか否かを、(a) 対象となる自動車の選択、(b) 自動車に関するデータ項目の選択、(c) 体系的な構成、に着目して判断している。

(a) 対象となる自動車の選択

裁判所は、「本件データベースは、原告が、日本国内に実在する国産又は国内の自動車メーカーの海外子会社によって日本国内販売向けに海外で製造された四輪自動車であると判断した自動車のデータ並びにダミーデータ及び代表データを収録したものであると認められるが、以上のような実在の自動車を選択した点については、国内の自動車整備業者向けに製造販売される自動車のデータベースにおいて、通常されるべき選択であって、本件データベースに特有のものとは認められないから、情報の選択に創作性があるとは認められない。」と判断している。（※ 下線は筆者による。）

さらに、「ダミーデータ及び代表データを収録している点は、原告が作出した架空のデータを収録したということにすぎないから、そのことが情報の選択の創作性を基礎付けることはない。」と判断している。

(b) 自動車に関するデータ項目の選択

裁判所は、「本件データベースで収録している情報項目は、自動車検査証に記載する必要のある項目と自動車の車種であるが、自動車整備業者用のシステムに用いられる自動車検査証の作成を支援するデータベースにおいて、これらのデータ項目は通常選択されるべ

き項目であると認められ、実際に、他業者のデータベースにおいてもこれらのデータ項目が選択されていることからすると、本件データベースが、データ項目の選択につき創作性を有するとは認められない。」と判断している。

原告が「ダットサン」を「日産」と表示したり「カーリーナ ED」を「カーリーナ」と表示したりすることは「すでに選択された車両の情報について、その車名や車種の名称として独自の名称を用いているというにすぎないから、情報の選択の創作性を基礎付けるものではない。」と判断している。

原告がデータ項目の一部に原告独自のコード番号を付している点も「すでに選択された情報に付された番号にすぎないから、情報の選択の創作性を基礎付けるものではない。」と認定している。

原告が、参照した資料に記載された数値そのものではなく原告自ら検証したデータを用いている点については「各データについて、正確な数値を収録しているからといって、それが、データの選択についての創作性を基礎付けるものではない。」と認定している。

(c) 体系的な構成

裁判所は、「本件データベースは、型式指定-類別区分番号の古い自動車から順に、自動車のデータ項目を別紙「データ項目の分類及びその属性等」のとおり順序で並べたものであって、それ以上に何らの分類もされていないこと、他の業者の車両データベースにおいても、型式指定-類別区分番号の古い順に並べた構成を採用していることが認められるから、本件データベースの体系的な構成に創作性があるとは認められない。」と判断している。

Q. 依拠性が肯定されるための要件は何か？

A. 原告データベースへのアクセスの十分な蓋然性及び被告データベースと原告データベースとの十分な類似性が求められる。

データベース著作物の侵害が肯定されるには、原告データベースが著作権法上のデータベース著作物に該当することが当然、必要である。さらに、被告が原告データベースの存在及び内容を知って被告データベースを作成したこと、つまり、被告データベースが原告データベースに依拠していることが、必要である。

次の2つの要件を満たせば依拠性が事実上、推認さ

れる（※知的財産法の理論と実務 第4巻）

- ・被告が原告データベースに接する十分な蓋然性があったこと
- ・原告データベース、被告データベース間で具体的な表現上の一致が偶然生じたものでない程に類似性を有していること

前記のタウンページデータベース事件では、裁判所は、被告データベースの業種別データと原告データベースであるタウンページデータベースとを対比した上で、次の事実に基づいて依拠性を認定した。

- ・業種別データが、タウンページデータベースが改訂されるごとにタウンページデータベースから職業分類及び電話番号情報を取り込んで作成されたものであること
- ・業種別データの職業分類が、1) タウンページデータベースの職業分類そのままであるもの、2) タウンページデータベースの職業分類名の表現のみを変えたもの、3) タウンページデータベースの複数の職業分類を包摂する職業分類名を付したものの、の3種類だけであって、それ以外に独自の職業分類が用いられていないこと

前記のオフィス・キャスター事件では、裁判所は、原告データベースと被告データベースとを、テーブルの内容（種類及び数）、各テーブルに設定されたフィールド項目の内容、各テーブルの関連付けのあり方について対比した。さらに、原告データベースの著作権を有していたが破産宣告を受けた企業の従業員（原告データベースの更新作業に従事し、原告データベースにアクセスする機会があった）11名中10名を被告が雇用した事実を認定し、依拠性を認定した。

Q. 膨大なデータを収集してデータベースを作成するのは一苦労だが、このようなデータベースについて、著作物性が認められない場合に保護を受けられる可能性はないか？

A. 取引における公正かつ自由な競争として許される範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値する営業活動を侵害された場合には、民法709条の不法行為を問える場合がある。

上記の翼システム事件の原告データベースは、著作

物性は認められなかったものの、自動車データの収集及び管理に多大な費用や労力を要することが認められた。

被告は、原告データベースの相当多数のデータをそのまま複製して被告データベースに組み込み、顧客に販売していた。

裁判所は、「民法709条にいう不法行為の成立要件としての権利侵害は、必ずしも厳密な法律上の具体的権利の侵害であることを要せず、法的保護に値する利益の侵害をもって足りるというべきである。そして、人が費用や労力をかけて情報を収集、整理することで、データベースを作成し、そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為は、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成する場合があるというべきである。」と判断している。

その上で、「被告が本件データベースのデータを被告データベースに組み込んだ上、販売した行為は、取引における公正かつ自由な競争として許される範囲を甚だしく逸脱し、法的保護に値する原告の営業活動を侵害するものとして不法行為を構成するというべきである。」と認定している。

§3 その他

Q. 新しいデータベースを開発したが、著作権法によって保護されるのならば、このデータベースのデータ構造について特許出願しなくても構わないか？

A. 特許出願したほうがよい。

著作権は、存続期間が特許権のそれよりも遥かに長く、出願しなくても権利が発生する。しかし、特許出願したほうがよい場合がある。

(1) 著作権侵害を認定してもらうためには、依拠性を立証しなければならない。前記のオフィス・キャスター事件のように被告が原告データベースにアクセスする機会があった証拠があることが望ましい。

原告データベースの完成後、データベースの技術が進歩すれば、原告データベースに何ら依拠することなく他の公知技術に依拠して被告データベースを完成し

たと、被告が主張するかもしれない。

原告データベースのデータ構造について特許権を取得することができれば、上記の証拠がない場合にも被告が上記の主張をした場合にも容易に対処し得る。

(2) 保護を求める対象が市販の汎用データベースソフトであって、購入者がデータを入力してデータベースを完成させるのであれば、該データベースソフトの作成者は、データベースの著作者ではない(プログラムの著作者には該当し得るが)。データベースは「論文、数値、図形その他の情報の集合物」(著2条1項10号の3)だからである。

このような汎用データベースソフトの体系的な構成の創作性について保護を求めるならば、特許出願したほうがよいであろう。

(3) データベース著作物の要件として「情報の選択」又は「体系的な構成」が求められるが、保護を求めるデータベースにどちらの特徴もなく、データベースの中での情報の配列(例えば、ソートの仕方)にの

み特徴がある場合は、データベース著作物に該当しない可能性が高い。ソートの仕方に技術的思想の創作があるのならば特許出願したほうがよいであろう。

(4) 「データベースの創作性については、コンピュータ・プログラムの場合と同様、小説等における個性と同様の意味の個性が現われているとは考えにくく、競争法的要素を加味した創作性概念が最も必要とされる分野と考えられる。特に体系的な構成に関しては、類似の他のデータベースの有無、同業他社が容易に作成できる程度にありふれたものであるか、等の要素も勘案して創作性の判断がなされるべきであろう。」(中山 著作権法)という考え方がある。

この考え方は、特許法における新規性・進歩性の有無の判断に似ている。このようなハードルを課されるのであれば、侵害事件の時に初めて創作性の有無の判断を司法の判断を仰ぐよりも、特許出願し特許権を取得しておいたほうが安心である。

(本章担当：坂田泰弘)

(原稿受領 2014. 11. 14)