

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2)(完)

——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をも量的に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、途中まで前号)
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、本号)

(2) 著作権の保護範囲について

著作権の保護範囲ないしは講学上の類似性の要件に関しては、最判平成13・6・28民集55巻4号837頁〔江差追分〕の説く抽象論²⁰⁾の下、創作的表現が共通しているか否かということに

よって侵害の成否が決められるから、結局、上に記したような著作物性に関する創作的表現の具体的な運用と同様の処理がなされることになる。具体的には、両者に共通する部分が未だ抽象的であり、アイデアに過ぎず、表現にまでいたっていないと判断される場合には、著作権侵害が否定される²¹⁾。

第一に、両プログラムの処理の方針が共通しているというだけで、それが未だに抽象的なものに止まり、アイデアが共通しているに過ぎないと評価され、著作権侵害が否定される。

たとえば、原告プログラム(図3「基準線の描画部の中のスパン線の描画部」)²²⁾と、被告作成プログラムにおいて同一であると主張された箇所(図4「後行プログラム(被告作成)」)²³⁾について、読み出したデータを「L」、「R」、「スパン」の順序に評価し、描画をするという処理の流れは、法10条3項3号所定の「解法」に当

* 北海道大学大学院法学研究科 教授
Yoshiyuki TAMURA

たり、著作物としての保護を受けないとされ、また、具体的な記述に関しては、被告プログラムと原告プログラムとは、その具体的な変数の評価方法や、全体の処理を繰り返すための方法手順が異なるということを理由に²⁴⁾、実質的同一性を否定し、著作権侵害を否定する判決がある(前掲東京地判[Quite(クワイト)鉄道編])。

第二に、両プログラムの処理の流れがより具体的に共通しているとしても、互換性の確保のために、あるいは、効率性を追求していくと、そのような処理にならざるをえないとか、そこまで著作権侵害を肯定すると後続の制作者の選

択の幅が限定されるという場合には、未だアイデアが共通しているに止まることに変わることはなく、やはり著作権侵害が否定される。

たとえば、「プリンター動作不能時の処理ルーチン」に関し、先の「解法」たる処理の流れを実現するための具体的な手段としてBCレジスタを用い、プリンターがデータを受け取れる状態であればデータを送り出す処理に進み、受け取れる状態でなければBCレジスタの数値を1減じたうえ最初に戻って同様の処理を繰り返し、これを一定回数繰り返してもプリンターがデータを受け取れる状態にならない場合にはエ

```
59 (if (= P0 nil)(setq P0 (list 0 0)))
60
61 :-----
62 (setq X0 (car P0) X1 X0 X4 X0 N0 0)
63
64 (command "LAYER" "M" "5" "")
65 (command "line" (list X0 Y2)(list X0 Y3) "")
66
67 (setq S0 (read-line F1))
68
69 (while (/= S0 nil)
70
71 :----左基準記入-----
72 (if (= (substr S0 1 1) "L")
73     (progn
74       (command "LAYER" "M" "1" "")
75       (setq X3 (- X0 4.0))
76       (command "line" (list X3 Y2)(list X3 Y3) "")
77     );p
78 :----右基準記入-----
79 (if (= (substr S0 1 1) "P")
80     (progn
81       (command "LAYER" "M" "1" "")
82       (setq X3 (+ X0 4.0))
83       (command "line" (list X3 Y2)(list X3 Y3) "")
84     );p
85 (progn
86 :----ずばん記入-----
87 (setq X1 (atof S0))
88 (if (/= X1 nil)
89     (progn
90       (setq X1 (+ X1 1000.0 Z0))
91       (setq X0 (+ X0 X1))
92       (setq X2 (- X0 (/ X1 2.0)))
93       (command "LAYER" "M" "5" "")
94       (command "line" (list X0 Y2)(list X0 Y3) "")
95       (command "LAYER" "M" "1" "")
96       (command "TEXT" "M" (list X2 Y0) 2.5 0.0 S0)
97     );p
98 );p
99 );i
100 );i
101 );i
102
103 (setq S0 (read-line F1))
104 );w
105
```

図3 基準線の描画部の中のスパン線の描画部

```
329 (command "LINE" p1P1 p1P2 "")
330 (*putlayer (entlast) sLineLay3)
331 (setq i 4)
332 (while (< i (length lsBaseLineData))
333   (setq vItem (nth i lsBaseLineData))
334   (cond
335    :最後の基準線の左に補助線を作図する
336    ((= (strcase vItem) "L")
337     (command "LINE" (list (- (X p1P1) fHojoSplit) (Y p1P1) 0.0) (list (- (X p1P2) fHojoSplit) (Y
338   )
339   (*putlayer (entlast) sLineLay6)
340   )
341   :最後の基準線の右に補助線を作図する
342   ((= (strcase vItem) "R")
343    (command "LINE" (list (+ (X p1P1) fHojoSplit) (Y p1P1) 0.0) (list (+ (X p1P2) fHojoSplit) (Y
344   )
345   (*putlayer (entlast) sLineLay6)
346   )
347   )
348   :指示されたスパン距離で基準線とスパン距離を作図する
349   ((< 0.0 (setq fSpan (atoi vItem)))
350    (setq p1P3 (list (+ (X p1P1) (* fSpan fTanBase)) (Y p1P1) 0))
351    (setq p1P4 (list (X p1P3) (Y p1P2) 0))
352    (setq p1P6 (list (X p1P3) (Y p1P5) 0))
353    (setq p1EP p1P6)
354    (setq p1P7 (*width p1P5 p1P6))
355    (setq p1P8 (list (X p1P7) (+ (Y p1P7) fTextOffY0) 0))
356    (command "LINE" p1P3 p1P4 "")
357    (*putlayer (entlast) sLineLay3)
358    (command "TEXT" "J" "MC" p1P8 fTextH0 0 (DelLastZero fSpan))
359    (*putlayer (entlast) sTextLay0)
360    (setq p1P1 p1P3)
361    (setq p1P2 p1P4)
362    (setq p1P5 p1P6)
363   )
364 )
365 )
366 )
367 )
368 )
369 )
370 )
371 )
372 )
373 )
374 )
375 )
376 )
377 )
378 )
379 )
380 )
381 )
382 )
383 )
384 )
385 )
386 )
387 )
388 )
389 )
390 )
391 )
392 )
393 )
394 )
395 )
396 )
397 )
398 )
399 )
400 )
401 )
402 )
403 )
404 )
405 )
406 )
407 )
408 )
409 )
410 )
411 )
412 )
413 )
414 )
415 )
416 )
417 )
418 )
419 )
420 )
421 )
422 )
423 )
424 )
425 )
426 )
427 )
428 )
429 )
430 )
431 )
432 )
433 )
434 )
435 )
436 )
437 )
438 )
439 )
440 )
441 )
442 )
443 )
444 )
445 )
446 )
447 )
448 )
449 )
450 )
451 )
452 )
453 )
454 )
455 )
456 )
457 )
458 )
459 )
460 )
461 )
462 )
463 )
464 )
465 )
466 )
467 )
468 )
469 )
470 )
471 )
472 )
473 )
474 )
475 )
476 )
477 )
478 )
479 )
480 )
481 )
482 )
483 )
484 )
485 )
486 )
487 )
488 )
489 )
490 )
491 )
492 )
493 )
494 )
495 )
496 )
497 )
498 )
499 )
500 )
501 )
502 )
503 )
504 )
505 )
506 )
507 )
508 )
509 )
510 )
511 )
512 )
513 )
514 )
515 )
516 )
517 )
518 )
519 )
520 )
521 )
522 )
523 )
524 )
525 )
526 )
527 )
528 )
529 )
530 )
531 )
532 )
533 )
534 )
535 )
536 )
537 )
538 )
539 )
540 )
541 )
542 )
543 )
544 )
545 )
546 )
547 )
548 )
549 )
550 )
551 )
552 )
553 )
554 )
555 )
556 )
557 )
558 )
559 )
560 )
561 )
562 )
563 )
564 )
565 )
566 )
567 )
568 )
569 )
570 )
571 )
572 )
573 )
574 )
575 )
576 )
577 )
578 )
579 )
580 )
581 )
582 )
583 )
584 )
585 )
586 )
587 )
588 )
589 )
590 )
591 )
592 )
593 )
594 )
595 )
596 )
597 )
598 )
599 )
600 )
601 )
602 )
603 )
604 )
605 )
606 )
607 )
608 )
609 )
610 )
611 )
612 )
613 )
614 )
615 )
616 )
617 )
618 )
619 )
620 )
621 )
622 )
623 )
624 )
625 )
626 )
627 )
628 )
629 )
630 )
631 )
632 )
633 )
634 )
635 )
636 )
637 )
638 )
639 )
640 )
641 )
642 )
643 )
644 )
645 )
646 )
647 )
648 )
649 )
650 )
651 )
652 )
653 )
654 )
655 )
656 )
657 )
658 )
659 )
660 )
661 )
662 )
663 )
664 )
665 )
666 )
667 )
668 )
669 )
670 )
671 )
672 )
673 )
674 )
675 )
676 )
677 )
678 )
679 )
680 )
681 )
682 )
683 )
684 )
685 )
686 )
687 )
688 )
689 )
690 )
691 )
692 )
693 )
694 )
695 )
696 )
697 )
698 )
699 )
700 )
701 )
702 )
703 )
704 )
705 )
706 )
707 )
708 )
709 )
710 )
711 )
712 )
713 )
714 )
715 )
716 )
717 )
718 )
719 )
720 )
721 )
722 )
723 )
724 )
725 )
726 )
727 )
728 )
729 )
730 )
731 )
732 )
733 )
734 )
735 )
736 )
737 )
738 )
739 )
740 )
741 )
742 )
743 )
744 )
745 )
746 )
747 )
748 )
749 )
750 )
751 )
752 )
753 )
754 )
755 )
756 )
757 )
758 )
759 )
760 )
761 )
762 )
763 )
764 )
765 )
766 )
767 )
768 )
769 )
770 )
771 )
772 )
773 )
774 )
775 )
776 )
777 )
778 )
779 )
780 )
781 )
782 )
783 )
784 )
785 )
786 )
787 )
788 )
789 )
790 )
791 )
792 )
793 )
794 )
795 )
796 )
797 )
798 )
799 )
800 )
801 )
802 )
803 )
804 )
805 )
806 )
807 )
808 )
809 )
810 )
811 )
812 )
813 )
814 )
815 )
816 )
817 )
818 )
819 )
820 )
821 )
822 )
823 )
824 )
825 )
826 )
827 )
828 )
829 )
830 )
831 )
832 )
833 )
834 )
835 )
836 )
837 )
838 )
839 )
840 )
841 )
842 )
843 )
844 )
845 )
846 )
847 )
848 )
849 )
850 )
851 )
852 )
853 )
854 )
855 )
856 )
857 )
858 )
859 )
860 )
861 )
862 )
863 )
864 )
865 )
866 )
867 )
868 )
869 )
870 )
871 )
872 )
873 )
874 )
875 )
876 )
877 )
878 )
879 )
880 )
881 )
882 )
883 )
884 )
885 )
886 )
887 )
888 )
889 )
890 )
891 )
892 )
893 )
894 )
895 )
896 )
897 )
898 )
899 )
900 )
901 )
902 )
903 )
904 )
905 )
906 )
907 )
908 )
909 )
910 )
911 )
912 )
913 )
914 )
915 )
916 )
917 )
918 )
919 )
920 )
921 )
922 )
923 )
924 )
925 )
926 )
927 )
928 )
929 )
930 )
931 )
932 )
933 )
934 )
935 )
936 )
937 )
938 )
939 )
940 )
941 )
942 )
943 )
944 )
945 )
946 )
947 )
948 )
949 )
950 )
951 )
952 )
953 )
954 )
955 )
956 )
957 )
958 )
959 )
960 )
961 )
962 )
963 )
964 )
965 )
966 )
967 )
968 )
969 )
970 )
971 )
972 )
973 )
974 )
975 )
976 )
977 )
978 )
979 )
980 )
981 )
982 )
983 )
984 )
985 )
986 )
987 )
988 )
989 )
990 )
991 )
992 )
993 )
994 )
995 )
996 )
997 )
998 )
999 )
1000 )
```

図4 後行プログラム (被告作成)

ラー処理プログラムに進むという手順までもが共通しているが、効率性を追求していけば、無意味なステップを付加しない限り、ほぼこのような手順になると判示し、著作権侵害を否定する判決がある（東京地決平成元・3・31判時1322号141頁参照 [システムサイエンス]、東京高決平成元・6・20判時1322号138頁 [同]）。

同様に、図5「控訴人プログラム」（著作権を主張している者のプログラム）と図6「被控訴人プログラム」（被疑侵害者のプログラム）について、アプリケーションの終了処理に際し、ディスクへの書き込み作業等が終了する前にアプリケーションが終了し、不具合が生じてしまうことを避けるため、一定間隔で作業の終了確認を行い、終了が確認できた場合に限り、アプリケーションが終了するように工夫していると主張されている点は、プログラムの機能であってアイデアに過ぎないと判断された。そのうえで、両プログラムの具体的な記述が比較検討され、結論として、if文において共通しているが、

具体的な判断条件である括弧内の表現が異なっていたり、また、被控訴人プログラムにおいては、if文の条件が成立した場合に実行される命令列中に、さらにif文を使用して条件を判断しているのに対して、本件プログラムにはそのような記述はなく、くわえて、if文は条件に応じた処理に一般的に用いられるものであるのみならず、「AfxMessageBox」関数は、あらかじめマイクロソフト社が用意している関数であるから、いずれもありふれた表現に過ぎず、当該記述に創作性を認めることはできないと判示されている（前掲知財高判 [群刻]（原審の東京地判平成24・12・18平成24(ワ)5771 [同] を維持）。抽象的な処理の流れ、判旨の言葉を借りればプログラムの機能のレベルが共通していても、それはアイデアの共通性に止まり、より具体的な表現のレベルまで共通していないと著作権侵害が肯定されることはないことを明らかにした裁判例とすることができる。

第三に、具体的にソース・コードが酷似して

いる場合にも同様の理が妥当し、やはり互換性の確保や効率性の追求のために、そのようなソース・コードにならざるをえないとか、後続の制作者の選択の幅が限られている場合には、未だアイデアが共通しているに過ぎず、著作権侵害が否定される。同様に、一般的な表現が選択されているに過ぎず、「ありふれた表現」が共通しているに過ぎない場合にも、創作性のある部分が共通しているとはいえないために、著

作権侵害が否定されることになる。

たとえば、前者の例として、「本体コントロール信号2にリセットせよ」という命令に、図7「両者のプログラムの比較」の程度のステップ数で同じ表現が用いられているに止まる場合には、著作権侵害が否定される（前掲東京地決[システムサイエンス]，前掲東京高決[同]）。

後者の例として、図8「控訴人プログラム」(著作権を主張している者のプログラム)と図9「被

```

if (theApp.m_taskMonitor.IsExistUnFinishedTasks()
    && AfxMessageBox(_T("There are some unfinished task(s).")
        _T("¥nThe exact status will lose if you close the application.
¥nAre you sure to close it?"), MB_YESNO) != IDYES)
{
    m_bCloseSelected = FALSE;
    END_SIGN_LOCK(theApp.m_taskMonitor.m_bListCtrlAccessAble)
    return;
}
    
```

図5 控訴人プログラム

```

CString message = _T( "Unfinished task(s) exist、 ¥n" )
    _T("If you close the application you will lost the status.¥n")
    _T("Are you sure to exit application?");
if (theApp.m_taskListener.IsExistUnFinishedTasks())
{
    if (AfxMessageBox(message、 MB_YESNO) != IDYES)
    {
        m_bClosing = FALSE;
        SIGN_LOCK_END(theApp.m_taskListener.m_bListCtrlAccessAble)
        return;
    }
}
    
```

図6 被控訴人プログラム

債務者の CA-9 プログラム			債権者の CA-7 II プログラム		
メインプログラム	アドレス	00E0	メインプログラム	アドレス	038B
	命令	CD2301		命令	CDB205
サブルーチン	アドレス	0123	サブルーチン	アドレス	05B2
	命令	AF, D300, C9		命令	AF, D300, C9

図7 両者のプログラムの比較

控訴人プログラム」(被疑侵害者のプログラム)について、「cb」は、コンボボックス (combo box) の頭文字からなる文字列であってコンボボックスを意味する表現として慣用されているということを踏まえつつ、両プログラムの共通部分である「m_cbLanguage.AddString」のうち、「m_cbLanguage」は、コンボボックス (combo box) で「言語」(Language) を選択するための関数であるため、combo boxの頭文字とLanguageとを結合した表現であることは明らかであり、また、AddStringは、マイクロソフトがあらかじめ用意していた関数名であって、「m_cbLanguage.AddString」は、「m_cbLanguage」という文字列とAddStringとを文法に従って結合させたものに過ぎず、創作性を認めることはできないとした判決がある。慣用されている表現と、あらかじめライブラリーとして用意された関数を用いる表現が共通していても、著作権侵害が肯定されるものではないことが明らかにされたといえる(前掲知財高判[群刻](原審の前掲東京地判を維持))。

第四に、これら3つのステップを通過する場合、換言すれば、両著作物の処理の流れが抽象的なレベルを超えて具体的に共通しており、互換性や効率性を追求するためにそのようになら

ざるをえないというところを超えて不必要に共通していたり、具体的なソース・コードが酷似しており、しかもありふれた表現ではないために、これを侵害に問責しても後続の作者の選択が限定されることはないという場合には、創作的表現が共通しており、著作権侵害が肯定されることになる(たとえば、東京地判平成26・4・24平成23(ワ)36945[接触角計算(液滴法)プログラム]²⁵⁾)。次に紹介する量的な基準を用いて著作権侵害を肯定する一連の裁判例は全て、当該事件の類似性の程度がこのように著作権侵害を肯定するに足りる程度に達している場合であるのかということを経量的な基準により推認していると理解することができる。

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

以上に紹介した裁判例が、具体的な処理の流れやソース・コードを検証し、著作物性や著作権侵害の成否を決しているのに対して、裁判例のなかには、そうした質的な検討に加えて、あるいはそれに代えて、著作権が主張されているソース・コードの行数と、そのなかで逐語的に合致しているか酷似しているコードの割合とい

```
m_cbLanguage.AddString (_T (" Automatically" ) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (_T (" English" ) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (_T (" 日本語" ) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (_T (" 简体中文" ) ) ;
```

図8 控訴人プログラム

```
m_cbLanguage.AddString (GetString (IDS_AUTOMATICALLY) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (GetString (IDS_ENGLISH) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (GetString (IDS_JAPANESE) ) ;  
m_cbLanguage.AddString (GetString (IDS_CHINESE) ) ;
```

図9 被控訴人プログラム

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。

その先駆となった裁判例として、大阪地判平成13・10・11平成9(ワ)12402〔織布情報作成プログラム〕を挙げることができる。事案は、約定金の支払請求の前提として、被告が装置に組み込んで販売しているプログラムであるLECSが、「開示されたソースプログラムを元に変更を加えた製品」に該当するか否かということが争点とされたというものであるが、裁判所は、以下のように論じて、LECSが原告が著作権を主張する本件プログラムを翻案したものであり、ゆえに上記条項にかかる製品に該当すると帰結している。

「LECSは、本件プログラムと比べて、ファイルにして79個、コードにして約5万4000行大きいプログラムであり、本件プログラムにない新規機能を備えていることが推認される。

しかし、LECSには、本件プログラムと実質的命題だけでなくコメント行までがほとんど一致するファイルが複数個存在し、本件プログラムのソースコードの少なくとも62% (46,000/74,000 = 0.62) がLECSに使用されていることが認められる。」

5. 2 量的な基準を踏襲する裁判例

その後の裁判例においても、このような量的な基準は繰り返し用いられている。

「増田足」という株価チャートを用いたプログラムの著作権侵害が争われた事例において、東京地判平成23・1・28判時2133号114頁〔ベクター・チャート 2007〕(増田足チャート事件)は、次のように述べて、著作物性を肯定している。

「原告プログラムは、上記アのとおり、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。」

さらに、同裁判所は、保護範囲についても、次のように述べて、著作権侵害を肯定している。

「MainForm.csの原告ソースコードとMainForm.csの被告ソースコードとは、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(MainForm.csの被告ソースコードでいえば、乙4の1頁1行目から188頁29行目までの部分)を除いた約300に及ぶ関数(被告ソースコードでは321、原告ソースコードでは298)のうち、103の関数(別紙3の『類似度合』欄に◎の印が付されたもの)においては全く同一の記述内容であり、148の関数(別紙3の『類似度合』欄に○又は□の印が付されたもの)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(別紙3の『類似度合』欄に◇の印が付されたもの)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(別紙3の『類似度合』欄に×の印が付されたもの)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ことができる。」

さらに、測量業務用のプログラムについての著作物性と著作権侵害の成否が問題となった事件では、次のように述べて著作物性を肯定している。

「原告プログラムは、測量業務を行うためのソフトウェアに係るプログラムであり、上記(1)で認定したとおり、プログラムの作成者におい

て、測量業務に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であって、これにより、測量のための多様な機能を実現している。

また、原告プログラムは、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（原告ファイル33）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、1,000行を超えるプログラムのソースコードが含まれている（甲28の37、甲55の33）。

このように、原告プログラムは、これ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。

また、測量用のプログラムという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。」

さらに同裁判所は、保護範囲についても、次のように述べて、著作権侵害を肯定している。

「被告プログラムは、両プログラム対比表記載のとおり、合計38個のファイル（被告ファイル1～38）から構成されている。

これら38個のファイルのうち、被告ファイル37及び38を除く合計36個のファイルは、両プログラム対比表記載のとおり、原告プログラムにおいて実際に使用されている35個のファイル（原告ファイル1～33、38、39）と、ほぼ1対1で対応している。

イ 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、甲55号証、56号証、68号証及び69号証（いずれも、枝番号を含む。）中の黄色のマーカが塗られた部分（黄色マーカ部分）は、ソースコードの記載が全く同一である。また、上記各号証中の緑色のマーカが塗られた部分（緑色マーカ部分）は、会社名の置換え、変数名、フォーム名等に違いはあるものの、プログラムとして機能する上で、その名称の違いに意味のないものであり、実質的には同一のソースコードであるといえる。

これらの黄色マーカ部分及び緑色マーカ部分は、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。

これらの事実に鑑みると、原告プログラムは、全体として創作性を有するものといえることができ、プログラム著作物であると認められる。」

同事件の控訴審である知財高判平成24・1・31平成23(ネ)10041ほか〔位置郎〕（おまかせ君プロVer.2.5事件）も、著作物性、保護範囲に関して、それぞれ以下のように述べて著作権侵害を肯定し、原判決を維持している。

「原告プログラムは、ル・クローンという業務アプリケーション開発ソフトを利用して作成

されたこと(弁論の全趣旨),ル・クローンには,式,項を含め,記述の規則が細かく定められており,プログラムを作成するためには,同規則に従わなければならない制約があることが認められる(甲70,71,乙8,31)。しかし,前記のとおり,原告プログラムは,測量業務を行うためのソフトウェアに係るプログラムであり,39個のファイルからなり,実際に使用されている35個のファイルには合計で数百個を超えるブロックが設けられ,これらのブロックの中には合計で数千行を超えるプログラムのソースコードが含まれている。そして,上記の制約の下でも,測量業務に必要な機能を抽出・分類した上で,これをどのようなファイル形式に区分し,どのように関連付けるか,どのような関数を使用するか,各ファイルにおける処理機能のうち,どの範囲でサブルーチン化し,共通処理のためのソースコードを作成するか,各ファイル内のブロック群で受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などの点については,作成者の個性の表現が発揮されているから,原告プログラムは,創作性を有するといえる。また,上記の各点については,原告プログラム中にこれらの創作性を有するファイルの区分や関連付けなどが,ソースコードの具体的記述として表現されており,単なるアイデアや『解法』ではない。」

「上記事実関係によれば,被告プログラムのうち36個のファイルが原告プログラムの35個のファイルとほぼ1対1で対応し,かつ,被告プログラムの上記36個のファイルにおけるソースコードが原告プログラムの35個のファイルにおけるソースコードと,記述内容の大部分において同一又は実質的に同一である。このように,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,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か,又は表現の本質的な特徴を直接感得できるものといえる。」

このほか,前掲東京地判[接触角計算(液滴法)プログラム]も,量的な基準を著作物性,保護範囲に用いた裁判例である。具体的には,著作物性に関しては,原告のプログラムに関して他の記載方法の選択の余地があるということを踏まえつつ,ソース・コードが「本件対象部分」(=「 $\theta/2$ 法及び接線法による接触角計算のための主要なプログラム」)だけでも2,055行に及ぶという量的な事情を斟酌して,創作性を肯定している。また,被告の旧接触角計算(液滴法)プログラムが原告のプログラムの保護範囲内にあると帰結する際に用いた論法も,本件対象部分にかかるソース・コードが1,320行に及ぶところ,(1)から(16)のプログラムがほぼ同様の機能を有するものとして1対1に対応し,各プログラム内のブロックも機能的にも順番的にもほぼ1対1に対応していること,44%が原告のものと完全に一致し,変数等の名称の相違,引数の数の相違,変数の配列化の有無,配列の参照の関数化の有無,「If」文か「Select Case」文かの相違に止まるものが,42%であることという量的な事情を斟酌するものであった。逆に,同判決は,被告の新接触各計算(液滴法)プログラムについては,原告のプログラムの著作権を侵害するものではないと帰結しているのであるが,その際にも,両者は,ソースコードの記載の方法,内容,順序等がかなり異なることのほか,ソースコードの記載が類似する部分がいずれも十数行と比較的短く,単純な

計算を行う3箇所に限定されるということを理由として掲げている²⁶⁾。

なお、裁判例のなかには、一見すると量的な基準を拒否したかに見える判決もないわけではない。具体的には、使用料の支払請求の前提としてプログラムの著作物性が争点とされたという事案に関する、前掲知財高判〔混銑車自動停留ブレーキ及び連結解放装置〕がそれである。原判決は、ソース・コードが開示されなかったものの、量的な基準に基づき、分量の点でソースリストでみると、DHL車の部分は1,300行以上、TC車の部分は約1,000行と多く、選択配列の幅が十分にあるなかから選択配列されたものということができるから、その表現には全体として作成者の個性が表れているものと推認することができる」と判示して著作物性を肯定していたのだが（大阪地判平成21・2・26平成17(ワ)2641〔同〕）、控訴審である知財高裁は、原判決の判断を覆している。

しかし、より経緯を子細に検討すると、控訴審における受命裁判官の求釈明に応じて本件プログラムの一部のDHL車側プログラムについてソース・コードを提出するに止め、しかも本件プログラムの如何なる箇所にプログラム制作者の個性が発揮されているのかについて具体的に主張立証しなかったために、プログラムに挿入された命令がどのような機能を有するものか、ほかに選択可能な挿入箇所やほかに選択可能な命令が存在したか否かについてすら不明であるというほかなく、当該命令部分の存在が選択の幅があるなかからプログラム制作者が選択したものであり、かつ、それがありふれた表現ではなく、プログラム制作者の個性、すなわち表現上の創造性が発揮されているものであることについて、これを認めるに足る証拠はない、と判示されたという特殊な事件である。ソース・コードが開示される等により選択の幅があることが確認できない以上、量的な基準を用い

ることはできないと判断された判決と理解することができる^{27)、28)}。

6. 質的な基準と量的な基準の関係

一見すると、ありふれているか否かを判断する質的な基準と、上に紹介したどの程度の行数が模倣され酷似しているのかということ来判断する量的な基準とは、全く異なるものであり、場合によっては（たとえば量的な基準は満たされているけれども、質的な基準は満たしていないという意味で）対立しうるものと理解されるかもしれない。しかし、以下に示すように、従前の裁判例においては、両者はそのように対立するものとして用いられているわけではなく、また理論的にみても、両者は矛盾なく整合的に両立しうる基準として、より正確に言えば量的な基準は質的な基準の充足の有無を推認する基準として用いられていると理解することができる²⁹⁾。

まず、そもそも量的な基準を用いる裁判例のなかには、明示的に、製図プログラム事件東京地裁判決以来、質的な基準として用いられているものに分類しうる文章を、プログラムの著作物性や著作権侵害を決する際の基準として掲げたうえで、量的な基準はその質的な基準の充足の有無を推認する基準として用いるものがある（前掲東京地判〔ベクター・チャート 2007〕）。さらにいえば、製図プログラム事件東京地裁判決の裁判長を務めた飯村敏明判事自身が、同様に裁判長を担当した事件である前掲知財高判〔位置郎〕において、量的な基準を用いている。

また、理論的に考えても、量的な基準において、模倣された行数が多く、酷似している割合も高いために、ここまで似ることを許容せずとも、十分に後続の創作活動の余地が残されると判断される場合には、著作権法上、創作的表現が共通していると認めてよいことを意味しており、それは質的にみても、ありふれた表現とはいえないところが模倣されている、つまり

アイデアと表現がマージしていないところが模倣されていると評価すべきことを示している。逆にいえば、量的な基準で著作権の保護を認めるべきであると判断される場合には、あえて質的な基準を持ち出す必要はないことになる。一見すると、個々的にはありふれた表現の共通性にみえるのだけれど、それが量的に堆積する場合には、もはやそこまで似せる必要はなく、かえってそこまでの模倣を許容してしまうと、創作のインセンティブに支障を来すことになるという場合があるのであって、量的な基準はその分岐点を探る指標として機能することになる。

結論として、質的な基準と量的な基準は、ともに、アイデアと表現の区別という著作権法の法理を具体的な事件に適用するための基準であることに変わりはなく、ただ前者がそれを質的に把握しようとするものであるのに対し、後者はそれを量的に推認しようとしていることを試みていると理解することができる。

さらに、量的な基準には、創作のインセンティブを過度に削ぐ模倣行為であって、かつ、そのような行為に対して著作権の保護を及ぼしても、後続の創作を過度に制約することがない場合であるか否かということ、質的な基準に比してより直截に把握するという積極的な意義を見出すこともできるように思われる。

すなわち、インセンティブの観点からは、行数の大小は、その創作にかけられた投資の多寡を判断する指標となり、酷似的に模倣された分量の割合の高低は、どの程度、模倣者が費用を節約したのかということを示す指標となる。前者が大きければ大きいほど、著作権の保護が与えられなければ創作に対する投資を回収しえなくなるリスクが高まることを示しており、後者が高ければ高いほど、その種の模倣行為が抑止されなければセカンド・ランナーとなる者のほうがファースト・ランナーとなる者よりも有利

となることを示している。したがって、前者が高くなればなるほど、また後者が高くなればなるほど、その種の模倣行為を禁止して創作のインセンティブを確保する必要性が高くなることを示しているといえる。

また、後続の創作の自由を確保するという観点に鑑みても、行数が多くなるということは、その分、表現の選択肢も多くなるということの意味しており、酷似している割合が多くなるということは、そのような多様な選択肢のなかであえてそこまで表現を似せなくてもよいという度合いが高まっていることを意味している³⁰⁾。したがって、ここにおいても、両者があいまって、当該模倣行為による表現の選択を規律したとしても、創作的な表現の選択肢が多様に残っているのかということを示す指標として機能することになる。

以上のように、量的な基準は、後続の創作を過度に抑止することにより、創作の促進という著作権法の目的に悖ることのないようにするという、質的な基準が依拠するアイデアと表現の区別の法理が目指すものを量的に表現していることにほかならず、模倣行為が、著作権法上、許容されるアイデアの模倣行為に止まらず、表現の模倣行為にまで及んでいるということを図る指標であると位置付けることができる。

7. 結びに代えて—量的な指標—

従前の裁判例において、著作物性が否定された事件は、そのほとんどが数行から数十行のプログラムの部分が問題とされた例である（前掲東京地決 [IBFファイル]、前掲東京地判 [Quite (クワイト) 鉄道編]³¹⁾）。また、著作権侵害の否定例も、ソース・コードのレベルではなく抽象的な処理の流れが似ているに過ぎなかったり（前掲東京地判 [Quite (クワイト) 鉄道編]）、ソース・コードが具体的に共通するところがあるとしても、数行からせいぜい二桁に届くかど

うかという程度に止まっていたという事案ばかりであった（前掲東京地決〔システムサイエンス〕、前掲東京高決〔同〕、前掲東京地判〔群刻〕、前掲知財高判〔同〕、前掲東京地判〔接触角計算（液滴法）プログラム〕）。

逆に、著作物肯定例では、2,055行のプログラムで著作物性が認められている（前掲東京地判〔接触角計算（液滴法）プログラム〕）。侵害肯定例だと、関数300中で酷似度95%（判文では、「全く異なる部分」が5%という表記）（前掲東京地判〔ベクター・チャート 2007〕、1,000行中で酷似度90%（東京地判平成23・5・26平成19（ワ）24698〔位置郎〕（おまかせ君プロVer.2.5事件）、前掲知財高判〔同〕）、46,000行中で酷似度62%（前掲大阪地判〔織布情報作成プログラム〕）、1,320行中で酷似度86%（完全一致44%+酷似42%）（前掲東京地判〔接触角計算（液滴法）プログラム〕）で、著作権侵害が肯定されている。

従前の裁判例中、例外は、1,000行、1,300行のプログラムが問題となったにもかかわらず著作物性を否定した、前掲知財高判〔混銑車自動停留ブレーキ及び連結解放装置〕であるが、その原判決である前掲大阪地判〔同〕は著作物性を肯定していたほか、控訴審判決も、求釈明に従い、ソース・コードが完全に開示され、選択の幅があることが具体的に主張されていればその判断が変わっていたことを示唆する判文となっていた³²⁾。

このように量的な基準に関しては、一部の例外的な事例を除き、ある程度の相場というものが確立してきていると評価することができる。今後は、こうした従前の裁判例を目安としつつ、その必要がある場合には、互換性を確保する等の理由により似ざるをえない部分が例外的に多いなど、最終的な証明主題である質的な基準に沿った修正を施すことにより、適切な著作物性と保護範囲の基準が探られていくことになる。

注 記

- 20) 「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、翻案には当たらない」
- 21) 「解法」すなわち「プログラムにおける電子計算機に対する指令の組合せの方法」に著作権が及ばないことを明らかにする、著作権法10条3項3号は、この理を確認したものであると解される（田村・前掲注2）・100頁）。
- 22) 荒竹・前掲注18）・66頁から転載。
- 23) 荒竹・前掲注18）・246頁から転載。
- 24) その際には、裁判所は、かりに原告プログラムの具体的記述に創作性が生じると解する余地があるとしても、そのプログラムの内容に照らして、創作性の範囲は極めて狭い旨を説いている。
- 25) 参照、伊藤雅浩／松島淳也＝伊藤雅浩『システム開発紛争ハンドブック 発注から運用までの実務対応』（2015年・レクシスネクシス・ジャパン）282頁。
- 26) 割合こそ示していないが、量的な観点を著作権侵害を肯定する方向に斟酌した裁判例として、神戸地判平成9・8・20平成6（ワ）712〔将棋聖天2〕。
- 27) 実際、判文中には「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」とか、「TC車側プログラムにも、DHL車側プログラムと同様に、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なものであったか否かは明らかではない命令が挿入されている可能性は否定できない」との記載があり、しかし、具体的な主張、立証がなかったり、そもそもソース・コードが開示されていない以上、創作的表現であるとは認めることができないと帰結されている。この判文の運びからも、主張、立証や証拠の開示状況次第では容易に著作物性が肯定された事件である可能性がある。また、本件では、そもそも書証の信用性に対する疑問点が相手方から提示されるたびに新たな書証が提出されるなど、特殊な審理経過を辿ったというこ

とも、証拠が出ない以上、原告に有利に判断するわけにはいかないという結論に達したことに影響したのかもしれない（[判解] 判例時報2163号90～91頁（2012年）の評価も参照）。

- 28) このほか、232行にわたるソース・コードが提出された事件で著作物性を否定する判決として、東京地判平成24・11・30平成24(ワ)15034 [不動産物件表示プログラム]、知財高判平成25・7・2平成24(ネ)10100 [同] があるが、プログラムのどの部分が既存のソース・コードを利用したもので、どの部分が原告が制作したものかということが明らかにされず、また、被告の利用態様もプログラムを表示したスクリーンショットのプリントアウトに関しては、創作性のある部分が画像に再現されているとはいえないとされ、プログラムがアクセスの際にハードディスク等に保存される行為に関しては、2009年改正著作権法47条の8の施行前の事件ではあるが、本件にかかる諸事情を考慮すると、違法とはいえないとされた事件である。
- 29) 参照、伊藤/前掲注25)・267頁。

- 30) 参照、伊藤/前掲注25)・278～279頁。
- 31) 具体的なソース・コードは公刊されていないが、前掲東京地判 [恋愛の神様]。前掲知財高判 [同] も、「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」というその処理手順に鑑みると、かなり簡素なプログラムだったのではないかと思われる。
- 32) このほか、原判決の認定に拠れば3,245行のソース・コードを有するプログラムについて著作物性を否定した判決として、前掲知財高判 [恋愛の神様] があるが、原判決である前掲東京地判 [同] によれば、33行分のソース・コードを除き、そもそも類似性が否定されるべき事件であったようである（前掲注17）を参照）。

[付記] 本稿を作成するに際しては、関連裁判例につき、伊藤雅浩弁護士から数々のご示唆をいただいた。

（原稿受領日 2015年5月18日）

