コンピュータ・プログラム著作権保護の範囲について
――各国の裁判例を中心に――

呉　　斌

要　　旨

虽然以著作权法为中心的计算机软件权利保护制度在美国的大力推广下在世界各国得到确立，但是由于软件所具有的工业版权特性使其在版权纠纷的司法实践中常常面对一些一般版权作品所不会遭遇的难题。盲目的用著作权法用来处理一般版权作品的理论来规范软件的版权纠纷不但不能对软件进行很好的保护，相反会由于判例法的不统一造成理解上的混乱。论文以软件版权要素之一的独创性和软件的构思表达划分基准入手，通过对各国判例法的整理和研究力求在软件版权保护范围这个软件权利保护的核心问题上找到一个符合软件工业版权特性的司法规范，从而能相对合理的在保护著作权人利益的基础上，均衡软件开发，传播，和使用的利益关系，从而真正实现促进软件产业健康发展的目标。

キーワード……創作性　アイディア　実質的類似性　表現

はじめに

文化的な所産というよりむしろ技術製品としての産業的な所産に近いコンピュータ・プログラムを著作権法の枠内に入れたのはアメリカの産業政策上の考慮によるものである。1980 年、アメリカ議会は 1976 年法を一部改正し、コンピュータ・プログラムの著作権法による保護を明確にした。

日本では、「コンピュータ・プログラムの権利保護は著作権法によるべきかそれとも産業的特別立法によって保護されるべきか」を中心とする論争が 1970 年代末からおよそ 10 年間にわたって激しく続けられたが、アメリカの影響を受け、結局のところ、1986 年の著作権法改正により終止符が打たれた。現在、著作権法を中心にコンピュータ・プログラムの権利保護体制がほぼ確立したといえよう。

一方、中国では、知的所有権に関する立法は比較的に遅れたものの、1990 年に制定された著作権法の中で、コンピュータ・プログラムを対象とする条文[1)]がはっきりと書かれている。これもまたアメリカの圧力による[2)]もので、社会発展の実情を要素とする知的所有権の立法趣旨からかけ離れた立法となった。その結果、著作権法によるコンピュータ・プログラム権利保護

の実施には困難が予想され、権利者と社会大衆の利益の調整をひとつの目的とする「コンピュータソフトウェア保護条例」が 1991 年に公布された。

このように、コンピュータ・プログラムが著作権の対象となりうるということは世界各国において確立されている。これによって、コンピュータ・プログラムの著作物性に関する議論には疑問が残るものの、事実上立法によって解決され、もはや歴史的な意義しか有しない。

しかし、目的論的な観点からそうであるとしても、実務、とくに裁判において具体的な訴訟となると、なお慎重な判断が必要とされる。たとえば、コンピュータ・プログラムには「表現」と「アイディア」があるが、両者の区別はきわめて曖昧で、同じ著作権侵害行為でも、侵害と思われる行為の対象が「表現」であるか、それとも「アイディア」であるかを精密な分析の上判断する必要がある。あるいは、コンピュータ・プログラムの創作性を問題とするにしても、すべてのプログラムは創作者独自の創作によって作成されているとは限らないので、創作性を判断する基準をできるかぎり明確にする必要があるだろう。

本論文はコンピュータ・プログラムの著作物性に関する立法論ではなく、司法の場から、主に裁判に当たって遭遇するコンピュータ・プログラム著作権保護の範囲――つまり、その権利がいかなる幅広さを持つものか、あるいは何が著作権侵害を構成するのか――がどのように画定されつつあるかという問題の解明を目的とする。そのため、各国の法制度を踏まえながら、いくつかの重要判例を挙げ、判例研究の形式で検討していく。

第一章　コンピュータ・プログラム著作権保護の範囲――その一「表現とアイディア」

著作権法によって保護されるのは表現だけであり、表現の背後にあるアイディアは保護されない[3)]のは周知のとおりである。

しかし、一般的な著作物と違って、コンピュータ・プログラムの場合は、機能および記述の両面を持ち合わせており、著作権で保護できる表現が文字どおりのプログラム・コードだけに限定されれば、著作権で保護するものが少なすぎることになるし、著作権で保護できる表現がプログラム・コードを超えて広がると、保護するものが多すぎることになろう。

このような矛盾は、表現は保護するが、アイディアは保護しないという上記著作権法の基本的な原則によるもので、コンピュータ・プログラムを対象とする場合、著作権法では、かかる原則に厳格に依拠し、その「アイディア、手順、プロセス、操作方法、概念、原理」を保護対象から外しながら、「表現」だけを保護することができるかどうかが問題となる。これはコンピュータ・プログラムを著作権法により保護することに内在する非常に根本的な問題であるといえる。

さらに、「表現」といっても、コンピュータ・プログラムの場合、その「表現」の範囲が、「表

現」という用語の解釈次第で、大きく変わることがある。つまり、「表現」とは、「記号で表現されたプログラム・コードに限られるべく、その他構造や文字で表されない要素がそれに及ばない」との解釈もあれば、「プログラムにおける表現とは、詳細に表記したソース・コードをいうのではなく、そのプログラムに特有な構造やデザインをもいう」との解釈[4]もある。

日本および中国では現在のところ、これに関連する判例[5]がほとんどなく、実務上問題となる場合はどのような解釈がなされるかについては不明だが、これに対して、アメリカでは、関連する重要な判決がいくつか下されており、中には正反対な見解も見られる。今後の問題解決の参考に、ここで最も重要と思われるそれぞれ違う判断を示した「ウェラン対ジャスロー事件控訴審判決」と「CA 対 Altai 事件控訴審判決」を紹介する。

一　ウェラン対ジャスロー事件控訴審判決[6]

1　事実概要

歯科医院への機材供給業を営む被告（ジャスロー・ラボラトリーなど）は、自社業務のコンピュータ化を図るため、原告（ウェラン・アソシエイツ）にプログラムの開発を依頼した。プログラムは予定どおり完成し、被告会社内にある搭載機種（IBM 製シリーズ 1）で順調に稼動した。そして、このプログラムを当時の人気機種 IBM－PC へ移植して同業者へ販売しようと考え、被告は、原告会社から技術者 1 名を引き抜いた上で、EDL 言語で書かれたこのプログラムを BASIC 言語に書き替えた。この BASIC 版は商品としては成功した。しかし、原告は、被告の書き替え行為は元のプログラム（EDL 版）に対する原告の著作権を侵害しているとして、訴訟を提起した。

被告は、両プログラムが全体的構造において似ているものの、プログラミング方法、プログラム構造、そしてアルゴリズム、データ構造において相当異なっていることから、実質的類似性の欠如を主張したが、第一審は、著作権の保護はプログラムの構造と全体的組織に及ぶとの立場を採り、被告の主張をすべて退け、原告の著作権侵害の主張を全面的に認めた。判決に不服として、被告が、「プログラムの構造は著作権法による保護を受け得ない」と主張し控訴したのが本件である。

なお、本件に直接な関連はないが、控訴審の審理過程において、ADAPSO（アメリカの情報サービス産業の業界団体）が、次のような参考意見を裁判所に提出している。「アメリカのソフト産業はアメリカ経済の支柱の一つとなっており、従ってその法的保護範囲の決定は政策論的配慮が必要である。そしてプログラム開発の過程における創意・投資の大半はコーディング作業以前の段階に行われているのが実情であるから、プログラムの保護をコードのみ限定するならばアメリカは重大な損失を被るだろう」[7]。

2　判旨

一審判決を維持、控訴を棄却する。

1）コンピュータ・プログラムについて技術的な解説

プログラムとは以下の三つの段階を経て、作成されるものであるとされる。

第一段階：問題についての理解（プログラムの目的およびそれに関する実態の把握）。

第二段階：プログラムの詳細な設計（プログラムの効率性を向上させるため、多数存在しうるモジュール、サブルーチンそしてデータの配列方法からもっとも効率的なものを発見するための研究）。

第三段階：プログラムのコーディング（仕上がり）。

裁判所は「第三段階は全段階のなかで比較的小さな部分を占めるに過ぎない」と指摘した。

2）実質類似性の判断

a)著作権の保護はプログラムの文字的な要素（literal elements）にとどまらず、プログラムの非文字的な要素（Non-literal elements）であるその構造にも及ぶのか

「コンピュータ・プログラムは著作権法においては言語著作物に属する。他の言語著作物については、著作物の文字的要素(Literal elements)に類似性がなくても著作権が侵害されうる[8)]。・・・他の言語著作物の類推によって、プログラムの文字的要素の複製がなくてもコンピュータ・プログラムの著作権は侵害されうると考えられる。」

b)コンピュータ・プログラムにおける「アイディア」と「表現」を画する基準

「アイディアと表現を画する一線は、問題の著作物が達成しようとした目的に照らして定められる。言い換えれば、実用的著作物の目的または機能はアイディアであり、その目的または機能に必要でないものはすべてアイディアの表現の一部である。意図した目的を達成する手段が多数ある場合、選ばれた特定の手段は目的に必要なものではないから、アイディアではなく表現である」として、「本件で問題となっている原告のプログラムを考えると、このプログラムが実現しようとしている機能は『歯科機材業者の経営効率化の支援』であるが、原告が採用したプログラム構造は、原告プログラムの機能を実現するために不可欠というものではなかった。なぜなら、原告プログラムと同じ機能をもつが異なる構造を持つ他の競合プログラムが市場には存在するからである。・・・・・・従って前記の基準に照らせば、原告のプログラム構造は『表現』ということになり、著作権法による保護を」受ける。

3）政策への考慮

「前述（コンピュータ・プログラムについて技術的な解説）のとおり、コンピュータ・プログラムの開発費用の中で、プログラムの構造および論理過程の開発（第一段階と第二段階）に

かなりの時間と費用を要する。ここで提案する（アイディアと表現を画する）基準は文字的なコンピュータ･コードを超えて著作権による保護を与えようとするものであるが､この基準は、プログラマーの有益な努力を保護して彼らに適切なインセンティブを与えるが、同じ目的を達成する新しいプログラムの開発を阻むこととはならない。」

4）結論

以上の観点から、専門家の意見を取り入れ判断した結果、被告プログラムは原告プログラムの構造と実質的に類似していることが認定できる。よって、被告の控訴を棄却する。

3　解説

本件判決は、コンピュータ・プログラムにおける「表現」と「アイディア」の区別について詳細に検討し、そして著作権の保護は文字的な要素のみならず、非文字的要素であるプログラムの構造、手順および組織（Structure，sequence and organization いわゆる SSO である）にも及びうると判断した初めての判決として後の判決に大きな影響を与え、大いに注目されていた。

コンピュータ・プログラムにおける「アイディア」と「表現」を画する基準について、本件判決は「実用的作品の目的、機能はアイディアである」と一般論的な見解を語りながらも、「分離可能なアイディアが特定されれば、（目的、機能に必然的でない）他のすべては表現として著作権で保護される」という考え方を示した。そして本件事案において、判決は「歯科機材業者の経営効率化の支援」を目的すなわちプログラムのアイディアであると認定し、そのほかのプログラムの SSO（構造・手順・組織）はプログラムのアイディアではなく表現として保護されるとした。

このような考え方にはかねてより多くの批判[9)]があった。たとえば、「アイディアのレベルはきわめて抽象的なものから具体的なものまであるのにアイディアがひとつしか設定されず、それ以外は表現とするという考え方にあっては、アイディアの設定が高いレベルのものとされた場合、表現とされるものが広がりすぎ、きわめて強い著作権保護になる恐れがある」。「外部要因による表現の制約について考慮されていない」。「プログラム化される前から存在する対象業務の SSO がなぜプログラムの作成者の権利になるのか」などである。そして後に紹介する「CA 対 Altai 事件控訴審判決」がこのような批判を取り入れ、本件判決の理論が適切ではないと判断した。

また、本件判決は、「額に汗」の理論[10)]が生命力を持っていた時期に判断されたものであるためか、「プログラマーにとってもっとも価値ある努力を保護することによって、プログラマーに適切なインセンティブを与えるためにリテラルなコンピュータ・コードを超える著作権保護」を必要とした。

二　CA 対 Altai 事件控訴審判決[11)]

1　事実概要

CA 社は、IBM メインフレーム・コンピュータ用にジョブ・スケジューリング・プログラム CA-SCHEDULER（以下 CAS プログラムという）を開発し、販売していた。この CAS プログラムには、ADAPTER（以下 A プログラムという）という専ら CAS プログラムの特定されたタスク部分と OS との間を互換的なコンピュータ・ランゲージで接続させるために存在するプログラム（インタフェース・プログラム）が含まれていた。

AL 社は、当初単一の OS 上で使う IBM メインフレーム・コンピュータ用ジョブ・スケジューリング・プログラム ZEKE（以下 Z プログラムという）を開発し、販売していた。Z プログラムの主たる競争相手の一つは CAS プログラムであったが、AL 社は CAS プログラムに A プログラムが含まれていることは知らなかった。

AL 社は続いて Z プログラムのためのいわゆるインタフェース･プログラムを開発するため、CA 社から退職したあるプログラマーを招致し、単独で OSCAR3.4 版（以下 O プログラム 3.4 版という）と呼ばれるプログラムを開発させた。O プラグラム 3.4 版の約 30%は A プログラムからコピーされたものであったが、AL 社はそれを把握していなかった。そして AL 社は CA 社からの訴え提起によりこのことを知り、当該プログラムを全く排除した開発体制をとり、コピーされた部分に全くアクセスせず、かつこの部分を削除し新たに Z プログラムおよび OS から得られる情報のみによりこの代替部分を作り O プログラム 3.5 版を作成した。

CA 社は AL 社に対して、著作権に基づき O プログラム 3.4 版および 3.5 版が CAS プログラムの要素である A プログラムを侵害したとして訴訟を提起した。原審は、O プログラム 3.4 版について著作権侵害があると認定し、AL 社に損害賠償を命じたが、3.5 版については直接のコピーの証拠がなかったため、ウェラン事件で見られる実質的類似性を検討することとなった。両プログラムの実質的類似性の認定に当たって、原審は、ウェラン判決の「分離可能なアイディアが特定されれば、他のすべては表現になる」（アイディアと表現を画する基準）というコンピュータ･プログラムに関するきわめて広い著作権性の見方は不適当であり不正確であるとし、これを拒絶したうえ、新たに抽象化テストを採用して、専門家の意見を取り入れ、プログラムの要素であるパラメータ・リスト、マクロ、サービスのリスト、組織図を比較検討した結果、O プログラム 3.5 版について A プログラムとの間に実質的類似性はなく著作権を侵害するものではないと判断した。

これに対して、CA 社は実質的類似性が存在するかどうかを判断するのに原審は誤った方法を適用し、誤った決定をなしたとして控訴した。

2　判旨

原審判決を支持、CA 社の控訴を棄却する。

1)「表現」と「アイディア」の区別に関する一般論

「著作権はアイディアを保護せず、表現だけ保護するというのが著作権法の基本的原則である。議会はコンピュータ・プログラムに対しても特別な例外を設けなかった」。また、「プログラムにおけるアイディアと表現の間に線を引くのは微妙な仕事であり、誰もその境界を確定することができなかったし、誰にもなしえないものである」。

2）実質的類似性について

a)実質類似性の問題に関するウェラン事件の再検討

「プログラムはサブルーチンから構成されており、各サブルーチン自身もプログラムであり、それぞれアイディアを持っているから、ウェランの一般化した公式すなわちプログラムの全体としての目的がプログラムのアイディアと等しいと述べたものは経験上不十分なものであるとし、地裁がウェラン判決に従わなかったのは賢明と考える」。

b)実質類似性の判断に当たって、抽象化テストを適用

このアプローチの下で、実質的類似性を確かめようとするとき、以下のプロセスで行わなければならない。

抽象化（Abstraction）：裁判所は侵害されたと申し立てられているプログラムをそれを構成する構造的部分に分解する。このプロセスはコードから始まり、プログラムの究極的な機能を明確に表示することで終わる。

濾過（Filtration）：各部分についてアイディアが組み込まれているもの、それらのアイディアと必然的に付随するもの、パブリック・ドメインから取り入れられた要素であるものか審査する。そのレベルに含まれるものがアイディアか、効率化の考慮によってそのアイディアに必然的に付随するように制約されていたか、プログラム自体に対する外的要因によって必要とされていたか、パブリック・ドメインから取り込まれていたかを決定する。

比較（Comparison）：上記除去のプロセスを経た後に創作的表現の核心あるいはおそらくいくつかの核心と考えられるものが残され、裁判所の最後のステップではこの資料と侵害していると申し立てられたプログラムの構造と比較する。この比較のステップでは、原告のプログラム全体から見てコピーされた部分の重要性を評価するとともに、濾過の後に残った保護される表現の核心の局面のどれかを被告がコピーしたかどうかに焦点を当てる。

3）政策への考慮

CA 社は「本件地裁判決はプログラムの研究開発に対するインセンティブを阻害するものである」と主張するが、著作権法の関心は勤勉な者に対し独占を与えることにあるのではなく、保護されないアイディアやプロセスの自由な利用および開発を許すというやり方で技術的な創作性に報償を与えることによって、公衆の福祉を増進させることにある。

3　解説

ウェラン判決が下した「コンピュータ・プログラムの SSO は表現であり、著作権の保護を受ける」との判断は、著作権によるコンピュータ・プログラム保護の範囲についての重要な指導的判例の一つとなっているが、本件判決はこれを技術的および法理論的に否定する判決で、注目に値する。

コンピュータ・プログラムにおける「アイディア」と「表現」の分け方について、本件判決は、「プログラムにおけるアイディアと表現の間に線を引くのは微妙な仕事であり、誰もその境界を確定することができなかったし、誰にもなしえないものである。」としながら、「プログラムはサブルーチンから構成されており、各サブルーチン自身もプログラムであり、それぞれアイディアを持っているから、ウェランの一般化した公式すなわちプログラムの全体としての目的がプログラムのアイディアと等しいと述べたものは経験上不十分なものである」という理由で、ウェラン判決で提起された「『アイディア』と『表現』を画する基準」を拒絶し、その代わりに抽象化テストを採用した。

また、抽象化テストに関しては、それを行っていくうえでの具体的アプローチとして三つのステップを明示した点が注目される。

以上、アメリカの判例を中心に、コンピュータ・プログラムにおける「表現」と「アイディア」の問題を見てきたが、「CA 対 Altai 事件控訴審判決」で見られる「プログラムにおけるアイディアと表現の間に線を引くのは微妙な仕事であり、誰もその境界を確定することができなかったし、誰にもなしえないもの」という指摘は、表現は保護し、アイディアは保護しないという著作権の基本的な原則に由来すると思われる。

裁判所にとって、アイディアと表現との境界を決めようとするときに直面する問題とは、①コンピュータ・プログラムにおいて著作権で保護できる表現を厳密な 1 行 1 行のプログラム・コードに限定する場合、盗用者はコードを変えるという実に簡単な方法で侵害の責任から容易に逃げられること。逆に、②著作権で保護できる表現をコンピュータ・プログラムの構造、機能にまで及ぶ場合、「手順、プロセス、操作方法」まで著作権が保護してしまう結果となりかねないこと。そして理論的にはいずれも従来の著作権法の原則とは相容れない。これは裁判所がコンピュータ・プログラムを誤解しているからではなく、著作権法がコンピュータ・プログラ

ムにうまく適応できないからであろう[12)]。

第二章　コンピュータ・プログラム著作権保護の範囲――その二「創作性」

日本著作権法第 2 条第 1 項第 1 号は、「著作物」とは、「思想または感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術または音楽の範囲に属するものをいう」と規定している。この規定からわかるように、著作物として著作権法の保護を受けるためには二つの要件を備える必要がある。一つは、その内容が外部から感知し得る形（表現）になっていること。二つは、著作者独自の精神的創作であることである。

中国「コンピュータソフトウェア保護条例」第 4 条は、「この条例による保護を受けるコンピュータ・プログラムは、必ず開発者が独立して開発し且つある有体物に固定したものでなければならない」と規定している。ここでいう「独立しての開発」は日本法の「独自の精神的創作」と同じ意味を成す。また、学者によっては「独創性」とも解されている[13)]。創作者は自分なりの方法及び習慣を用いて知的活動を通じて自分の思想・感情を文学・芸術の形式で表現していればそこには独創性が存在すると考えられている[14)]。

「ウェラン対ジャスロー事件控訴審判決」および「CA 対 Altai 事件控訴審判決」から見られるように、アメリカ著作権法の下では、著作権侵害事件を解決する枠組みは概ね以下のとおりである。まず、原告側が著作権を保有していること。そして、原告側としては、被告側による著作権侵害行為がなされたことを立証しなければならない。侵害行為については、複製が基本的なものであるが、デットコピーでない限りこれを直接証明することが難しいため、被告が原告の著作物を見る機会があったこと、つまり被告による原告著作物へのアクセスがあったことさえ立証できれば、間接証拠としてそこには複製行為が存在するとみなされる。しかし、被告による複製行為があったとしても、それだけでは著作権侵害とみなされず、被告の当該行為の下での作成物が原告の著作物に実質的に類似していることが必要となる。そして、この実質的類似性の有無が著作権侵害事件の中心論点になる。アメリカ裁判所は、この問題に関して、通常「表現」と「アイディア」の区別を巡って判断している。つまり、原告著作物の中のアイディアを被告が取ることは許されるが、表現までとることは許されないと考えるのである。

中国「コンピュータソフトウェア保護条例」第 6 条は、「この条例によるコンピュータ・プログラムの保護は、コンピュータ・プログラム開発のための思想、処理過程、作動方法又は数学の概念には及ばない」と規定している。アメリカ法に馴染み深いこの規定に基づいて、裁判所は著作権侵害を判断する際、アメリカ法で見られるような紛争解決の枠組み作りが可能ではあるが、中国における著作権侵害事件の多くはデッド・コピーによるもので、ほとんどの場合は対象物の創作性の有無との問題に集中しており、実質的類似性の判断にいたることなく解消されていたため、Altai 事件でみられるような裁判理論が確立されていない。

これに対して、日本著作権法は、アメリカ法及び中国法のような「アイディア不保護」の一般規定を有しないが、コンピュータ・プログラムについてはその「言語、規約および解法は保護しない」旨を規定している。そして著作権侵害の判断に関しては、アメリカ法でも見られる①原告側が著作権を保有していること、②被告側による著作権侵害行為がなされたことのほか、③当該侵害行為（複製・翻案）によって複製あるいは改変された（原告著作物の）部分には創作性が存在しているかどうかという問題に帰着する。

著作権法の下では、「創作性」が、著作物性の判断要素としてばかりではなく、著作物の著作権侵害の判断要素としても要求されることになる。しかし、従来の学説および判例を見る限り、「『創作性』は、厳密な意味で独創性とは異なり、著作物の外部的表現形式に著作者の個性が表れていれば十分である」[15)]「ごく短い文章からなる資料の機械的な直訳に過ぎない翻訳、原資料の引用に過ぎない要約においては、創造的な表現形式を用いる選択の余地がないものとして、創作性がないと判断すべき場合もあり得よう」[16)]などといった著作物性の判断要素としての「創作性」に関する論述がたくさんあるものの、著作物の著作権侵害の判断要素としての「創作性」[17)]を論じる学説および判例が数少ない。

その原因はおおむね以下のようであると考える。①今まで著作権侵害事件の多くは文芸著作物などの伝統的著作物を対象としているが、このような著作物に関しては著作権侵害の判断要素としての「創作性」を意識する必要がなかった。それは、小説・音楽・絵画など代表とする芸術作品においては、その創作には多様性を有し、他人の作品と類似させなければならない必然性は全くなく、むしろ他人との差異を設けることに価値が見出されることが通常である。そのため、複製あるいは翻案による著作物の一部を対象とする改変が著作権侵害と認定されやすい。②コンピュータ・プログラムと文芸著作物などの伝統的著作物との性質上の違いから、著作物性あるいは著作権侵害の認定に当たって従来存在する判例の態度をそのまま適用しても妥当な結論を得ることはできない。しかし、このことについては慎重な判断が必要であるとの認識がまだ不十分である。文芸著作物などの伝統的著作物に比べ、実用的な性格を有するコンピュータ・プログラムの場合は、その創作に当たって、次のように解釈されることがある。「プログラム言語の制約を強く受け、自由な選択の幅が狭いということである。その上、プログラムはもっぱら効率の向上ということのみを目標に作成され、しかもそのゴールであるアウトプットは同一でなければならないことも多い。プログラムというものは、そのように多くの制約を受けつつ作成される物であり、従ってプログラムは誰が書いてもある程度似たものとなる性質を持っている。すなわち、プログラムは一定の目的をコンピュータに正確に作動させるためのものであり、そこで用いられる言語・記号などは極めて限定されており、かつ文法も厳格であり、自然言語と比較するならばその選択の幅は狭く、アルゴリズムが同一であるならば結果的に表現が類似してしまうことも多い。同じプログラム言語を用いれば、それだけ類似してしまう危険性は高いことになろう[18)]」。このような見解によって、著作権侵害の判断要素としての「創

作性」を論ずることなく容易に著作権侵害を認めることには問題がある。③コンピュータ・プログラム著作権の侵害に関する判決も若干存在するが、そのかなりの部分はデッド・コピーの事例であるため、著作権侵害の判断要素としての「創作性」が見過ごされていた。

以上、コンピュータ・プログラムの創作性に関しては今までの対処と違い、その性質に合致するような判断が必要であると論じてきた。コンピュータ・プログラムの創作性を扱う重要な判例として日本では「システムサイエンス事件」、中国では「飛梭電脳センター技術開発部対小覇王電子工業会社事件」がある。ここで紹介する。

一　システムサイエンス事件東京高裁判決[19)]

1　事実概要

抗告人（システムサイエンス株式会社）代表取締役 A らは、抗告人の技術担当の取締役であり、抗告人の開発する製品のすべての過程に関与し、仕様書、概説書およびプログラムの作成の業務に当たっている者である。A らは、昭和 54 年から 61 年までの間、「ZA－FMII 暫定版プログラム」、「ZA－FXII 暫定版プログラム」、「CA－7II プログラム」および「MIC プログラム」を作成した（以下、これらのプログラムを総称して、「本件プログラム」という）。抗告人は本件プログラムを ROM 内に収納し、これを抗告人の設備の回路基盤に装着し、公表していた。被抗告人（東洋測器株式会社）は、本件プログラムそのもの、および「CA－7II プログラム」と類似している「CA－9 プログラム」を複製して ROM に収納し、これを被抗告人の設備の回路基盤に装着して頒布し、または頒布のため広告、展示していた。　抗告人は、本件プログラムについては複製権侵害を理由に、「CA－9 プログラム」については、「CA－7II プログラム」の翻案権侵害を理由に、被抗告人に対して、プログラムの複製・翻案など差止請求の仮処分の申請を東京地裁に提出した。

原審[20)]は抗告人の請求を全部却下する決定を下した。これに不服として、抗告人が東京高裁に控訴したのが本件である。

2　抗告人の主張

「著作権（翻案権）侵害の有無の判断基準は、模倣があったか否かによるが、現実には、著作物へのアクセス（接近）および類似性の有無により判断される。そして、創作性をその基本要素とする著作物においては、類似性有無の判断の前にそもそも創作性の有無（立証はアクセスの有無による。）を判断すれば、著作権侵害性の有無は判断されるのであり、特に表現の自由度が狭く、またその表現を簡単に入れ替えることにより、一見表現が異なるように装うことの容易なプログラム著作物においては、類似性は、単にアクセスの有無の判断材料の一つにしかなりえない。」

「被抗告人は、『CA－7II プログラム』を複製して ROM 内に収納し、これを回路基盤に装着した『CA－9 プログラム』を販売しており、またプログラム命令などを説明するハードウェアの構成などに関する技術資料を有していない被抗告人において、『CA－9 プログラム』の機能を発見させうるプログラムを独立に創作できるはずがないから」、被抗告人が「CA－7 プログラム」にアクセスしたと判断できるとし、さらに、「装置本体側よりデータを入力した後の処理の流れ」および「プリンター動作不能時の処理ルーチンの処理の流れ」に関する「CA－7II プログラム」と「CA－9 プログラム」の記述をそれぞれ取り上げ、比較した結果、両者が非常に類似していることを指摘し、よって、「CA－9 プログラム」は「CA－7II プログラム」を翻案したものであると主張した。

3　判旨

a)　抗告人のプログラムの創作性の有無

裁判所は、以下の理由で抗告人のプログラムの創作性を否定して、被抗告人による翻案行為の存在を否定した。

「しかしながら、あるプログラムがプログラム著作物の著作権を侵害するものと判断し得るためには、プログラム著作物の指令の組み合わせに創作性を認めうる部分があり、かつ、後に作成されたプログラムの指令の組み合わせがプログラム著作物の創作性を認め得る部分に類似していることが必要であるのは当然であるが、『CA-7II プログラム』のうち原告が指摘する部分には、指令の組み合わせに創作性を認め得ることは疎明されていないというべきである」。

b)　プログラム著作権の侵害認定に対する一般的注意

創作性の有無に関する具体的な検討に入る前に、裁判所はプログラム著作権の侵害認定に対する一般的注意として次のように述べている。

「プログラムはこれを表現する記号が極めて限定され、その体系（文法）も厳格であるから、電子計算機を機能させてより効果的に一の結果を得ることを企図すれば、指令の組み合わせが必然的に類似することは免れない部分が少なくないものである。したがって、プログラム著作物についての著作権侵害の認定は慎重になされなければならない。・・・なお、プログラムにおける『処理の流れ』自体は、アルゴリズム、すなわち著作権法第 10 条第 3 項第 3 号に規定されている『解法』であって、著作物としての保護を受けない部分であるから、プログラムの創作性とは無関係である」。

c)　創作性の有無に関する具体的な検討

「（証拠略）『本体側よりデータ入力後の処理ルーチン』の指令の組み合わせは、ハードウェアに規制されるので本来的に同様の組み合わせにならざるを得ないこと、『プリンター制御不能

時の処理ルーチン』は『CA-7II プログラム』も『CA－9 プログラム』も共に極めて一般的な指令の組み合わせを採用している。（中略）抗告人が指摘する部分の指令の組み合わせに創作性を認めることは困難であることに加え、『CS-7II プログラム』が 12 キロバイトであるのに対し『CA－9 プログラム』は 763 キロバイトであり、しかも原告が両プログラムの類似部分としてあげるのはきわめてわずかなバイトに過ぎないことをも併せ考えれば、『CA－9 プログラム』が『CA-7II プログラム』を翻案したものであるとの疎明の心証を得ることは到底できない」。

4　結論

原審の決定を以下のように変更する。本件プログラムについては、その翻案・複製の禁止、およびこれを組み込んだ装置の頒布など禁止の仮処分申請を認める。しかし、「CA－9 プログラム」が抗告人の「CA－7II プログラム」の翻案であるとの疎明がないとして抗告人の請求を却下する。

5　解説

本件判決は、著作物と認められるプログラムであっても、著作権侵害をしているとされるプログラムとの間に、実質的類似性が創作性を認められる部分になければ、著作権侵害は認められない、という判断を示したものである。

前述のように、今までの著作権侵害事件の解決においては、裁判所は一定水準の「創作性」を著作物性の判断要素としてのみ扱ってきたが、本件は、このように、著作物性の判断要素としてのみならず、著作権侵害の判断要素としても一定水準の「創作性」が要求されることを高裁レベルで最初にかつ明確に判示した点に大きな意義を有する。

その後、本件判決に対する一部の反対意見[21)]が見られるものの、学説の多くは、「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得ないというところも、表現の選択の余地が限られていると考えて創作性を否定すべきであろう」[22)]「通常のプログラマーならまず誰でも同じように書くであろうプログラムに著作権による独占的保護を与えてしまうと、これにアクセス可能性のあったプログラマーは、みな、敢えて迂遠な表現をとることを要求される不都合が生ずる」[23)]というふうに述べ、判決に支持する立場にいる。

なお、本件は、アメリカの「ウェラン対ジャスロー事件控訴審判決」と対照に、コンピュータ・プログラムにつき、日本著作権法第 10 条第 3 項第 3 号に規定する「解法」をアルゴリズムと同義に解した上、「処理の流れ」もこれに当たるとし、著作物としての保護の対象外であることをはじめて明確にしたことにも大きな意義を有する。

二　飛梭電脳センター技術開発部対小覇王電子工業会社事件[24)]

1　事実概要

上訴人（飛梭電脳センター技術開発部）は 1992 年から FS－800 シリーズの学習機を開発し、販売していた。FS－800 シリーズ学習機の中にプログラム A（以下「本件プログラム A」）とプログラム B（以下「本件プログラム B」）が搭載されていた。本件プログラム A（16K バイト）はある訴外会社の開発した F－BASIC というプログラムに由来し、自社商品に搭載できるように上訴人がある程度の修正（32 バイト）を加えたものであった。これに対して、本件プログラム B は上訴人の独自開発したものであり、学習機の電源を入れるたびに実行され、その役割は画面に夜空のイメージを映し出させ、BGM を演奏し、および「飛梭 computer copyright FEI SUO 1992.12」というロゴを表示することにあった。

上訴人が FS－800 シリーズ学習機を発売して約一年後、被上訴人（小覇王電子工業会社）は上訴人商品と同じ機能を有する製品――小覇王 SB シリーズ学習機を売り出した。被上訴人商品の中に搭載されていたプログラム a は本件プログラム A を元に自社商品に搭載できるように修正（10 バイト）したものであった。また、プログラム b は本件プログラム B の複製物であったが、消費者の知らないある特定の命令をインプットしない限り実行されない仕組みになっていた。

上訴人は本件プログラムについては著作権侵害を理由に、被上訴人に対して侵害行為の停止、影響の排除、謝罪、および損害賠償を求めたが、第一審では本件プログラム B に関する上訴人の著作権主張を認め、被上訴人の侵害行為の停止を命じたものの、損害賠償を含むそれ以外の上訴人の請求のすべてを却下した。これに不服として、上訴人が北京市高級人民法院に上訴したのが本件である。

2　判旨

「上訴人の商品に搭載されている本件プログラム A はある訴外会社の開発した F－BASIC というプログラムから複製したものである。上訴人はそれを元に 32 バイト程度の修正を加えているが、それは自社商品に搭載できるよう工夫したものであり、そこには創作性を認めうる部分が存在していないため、本件プログラム A に対する上訴人の著作権主張を認めることができない」。

「本件プログラム B は上訴人によって独自開発されたものであり、これが実行されると、製品画面上に夜空のイメージの映像、BGM の演奏、および『飛梭 computer copyright FEI SUO 1992.12』というロゴが表示される」。このように、その内容が外部から感知し得る形（表現）になっているため、「本件プログラム B には」その指令の組み合わせに「創作性を認めうる部分があり、著作物として著作権法の保護を受けるための要素を満たしている」。「被上訴人は上

訴人の許可なしに本件プログラム B を複製し、自社商品の中に搭載していた。その仕組みは消費者の知らないある特定の命令をインプットしない限り本件プログラム B が実行されないようになっているものの、かかる行為は著作権侵害に変わりなく、被上訴人には相応の民事責任を負わせるべきである。しかしながら、被上訴人の侵害行為は上訴人に実質上の損失および損害を与えていないため、被上訴人に損害賠償責任を負わせる事実的根拠が存在せず、本法廷は第一審判決を支持する」。

3　解説

本事件を通じて裁判所がコンピュータ・プログラムの「機能的な」コード要素が著作物としての保護の対象外であることをはじめて明確にしたことは、大きな意義を有する。

コンピュータ・コードのうち保護されない部分には以下のものが含まれる。①思想に必然的に付随する表現、②すでにパブリック・ドメインとなっている表現、③コンピュータの機械的特長やプログラムが供される産業におけるほかのプログラムとの互換性といった外的要素の要求に基づく表現、④プログラマーや著者にとって創作的でない表現、である。本件プログラム B については、開発者がそれを「自分なりの方法及び習慣を用いて知的活動を通じて自分の思想・感情の表れとして」製品画面上において「表現」していたため、創作性が認められた。これに対して、本件プログラム A は「外的要素の要求に基づく表現」にあたるため、裁判所はその創作性を否定した。

むすびにかえて

以上、判例を中心にコンピュータ・プログラム著作権保護の範囲について検討してきたが、コンピュータ・プログラム著作権侵害事件の処理にあたって、裁判所は常に、「ある機能を実現するのに不可欠な表現的コード要素」と「プログラマーの美的な意思、創作的な判断の結果としての表現的コード要素」との区別、という難問に直面していた。正反対の見解を見せた「ウェラン対ジャスロー事件控訴審判決」と「CA 対 Altai 事件控訴審判決」からうかがえるように、一般著作物に比べ、コンピュータ・プログラムの権利侵害についての判例は混乱しており、一貫性がなく、さらにはそれを解釈しなければならない者にとって難解ですらある。それは裁判所がコンピュータ・プログラムの性格を把握してないためではない。最大の原因は、コンピュータ・プログラムがその性格上文化的な所産というより、むしろ産業技術に近いため、技術の保護を目的としない著作権法はそれに対応しきれないという事実にある。

判例研究を通して明らかにされたように、プログラムの著作権侵害が争われる場合、各国裁判所のとる解決手順は概ね以下のとおりである。①原告側が著作権を保有しているかどうか、②被告による原告著作物の複製行為の存否、③複製行為があっても、それが、「非保護要素」の

複製にとどまるのか、それとも「保護要素」の複製に及ぶのか、という判定である。アメリカ裁判所はこの問題に関して、通常「表現」と「アイディア」の区別を巡って判断している。つまり、原告著作物の中のアイディアを被告が取ることは許されるが、表現までとることは許されないと考えるのである。これに対して、日本の著作権法にはアメリカ法のような「アイディア不保護」の一般規定を有しないため、裁判所は、「保護要素」と「非保護要素」の区別を主に「創作性の有無」の判断に譲り、著作権侵害の存否を認定している。また、中国では、前述のとおり、「コンピュータ・プログラムの保護は、コンピュータ・プログラム開発のための思想、処理過程、作動方法又は数学の概念には及ばない」というアメリカ法に馴染み深い規定があるため、裁判所は著作権侵害を判断する際、アメリカ法で見られるような紛争解決の枠組み作りが可能である。しかし、中国における著作権侵害事件の多くはデッド・コピーによるもので、ほとんどの場合は対象物の創作性の有無の問題に集中しているため、Altai 事件でみられるような「表現」と「アイディア」の区別に関する裁判理論はいまだ確立されていない。

コンピュータ･プログラムの著作権法による保護が各国の法制度によって確立されたものの、その特殊性に合致した保護制度作りは、一般著作物と区別された裁判理論が必要となる。中国「コンピュータソフトウェア保護条例」は「コンピュータ著作権者の権益を保護し、コンピュータ・プログラムの開発、伝播及び使用において生ずる利害関係を調整し、コンピュータ・プログラムの開発と使用を奨励し､ソフトウェア産業及び国民経済情報化の発展を促進すること」をその目的としている。かかる目的を達成するには、裁判所はコンピュータ・プログラム著作権保護の範囲を明確なものにするための司法作業過程において、著作権者に偏りがちな著作権法権利保護体制から、ソフトウェア産業発展への寄与を重視した工業所有権的な考え方、つまり､「著作権法の関心は勤勉な者に対し独占を与えることにあるのではなく、保護されないアイディアやプロセスの自由な利用および開発を許すというやり方で技術的な創作性に報償を与えることによって、公衆の福祉を増進させる」[25)]体制へと転換する必要があるかもしれないが、保護体制の問題については、今後の課題としておく。

＜注＞

1) 中国著作権法第 3 条。
2) 1989 年の知的所有権に関する米中会談において、中国側がコンピュータ・プログラムをその対象とする著作権法の制定を約束。
3) アメリカ著作権法第 102 条 b 項――「いかなる場合にも、著作者が作成した創作的な著作物に対する著作権による保護は、着想、手順、プロセス、方式、操作方法、概念、原理または発見（これらが著作物において記述され、説明され、描写され、または収録される形式の如何を問わない）には及ばない」。日本著作権法第 10 条第 3 項――「著作物に対するこの法律による保護は、その著作物を作成するために用いるプログラム言語、規約及び解法に及ばない」。中国「コンピュータソフトウェア保護条例」第 6 条――「この条例によるコンピュータ・プログラムの保護は、コンピュータ・プログラム開発のための思想、処理過程、作動方法又は数学の概念には及ばない」。さまざまな程度ではあるが、例外として、著作権保護は、文芸著作物の厳密なテキストの形態をこえ、その構成要素にまで及ぶ場合がある。たとえば小説のストーリーなどはそれである。

4) Duncan Davidson, “Protecting Computer Software: A Compre-hensive Analysis” *Jurimetrics Journal*, Summer 1983. p.367。
5) 日本では一般著作物を対象とした裁判例がいくつか存在している。例えば東京地裁昭和 51 年 3 月５日判決（判例タイムズ 344 号、288 頁）、東京地裁昭和 53 年 6 月 21 日判決（無体集 10 巻 1 号、287 頁、判例タイムズ 366 号、343 頁）、大阪地裁昭和 54 年 2 月 23 日判決（判例タイムズ 387 号、145 頁）、大阪地裁昭和 54 年 9 月 25 日判決（判例タイムズ 397 号、152 頁）、東京高裁昭和 58 年６月 30 日判決（無体集 15 巻２号、586 頁）、東京地裁昭和 59 年４月 23 日判決（判例タイムズ 536 号、440 頁）、大阪地裁昭和 60 年３月 29 日判決（無体集 17 巻１号、132 頁、判例時報 1149 号、147 頁）などがそれである。
6) 1986 年 8 月 4 日第 3 巡回控訴裁判所、第 1 審――ペンシルベニア州東部地区連邦地方裁判所 1985 年 1 月 22 日。
7) 判決文の中に収録されている。
8) たとえば小説のストーリーはそれである。
9) ①「ウェラン判決の SSO 保護を否定した判決」SLN（softic law news）No.33、1992 年 1 月 6 日。②「ウェラン判決の SSO 保護を否定した地裁判決を支持」SLN（softic law news）No.38、1992 年 8 月 21 日ソフトウェア情報センター、から引用した。
10) 「額に汗」の理論は「ファイスト事件」連邦最高裁判所 1991 年 3 月 27 日判決により否定された。なお、判決はもともとは事実編集物を扱っているが、その基礎にある考え方はコンピュータ・プログラミングに関する多くの著作物にも適用できるとされる。
11) 1992 年 6 月 22 日連邦第 2 巡回区控訴裁判所　第一審――1991 年 8 月 9 日ニューヨーク東部地区連邦地裁。英文文献を入手しなかったので、参考文献として、①「ウェラン判決の SSO 保護を否定した判決」SLN（softic law news）No.33、1992 年 1 月 6 日。②「ウェラン判決の SSO 保護を否定した地裁判決を支持」SLN（softic law news）No.38、1992 年 8 月 21 日、ソフトウェア情報センター、がある。なお、事実概要・判旨および解説の一部は上記文献から引用したものであることを記する。
12) 北川善太郎監修『電子・情報時代の知的所有権（米国議会技術評価局報告書)』日経マグロウヒル社 1987 年 100 頁。
13) 唐徳華・孫秀君主編『著作権法及配套規定新釈新解』人民法院出版社 2003 年 1 月出版　802 頁
14) 同上 36 頁
15) 東京地裁昭和 61 年 3 月 3 日、判例時報 1183 号 148 頁。
16) 東京地裁平成 10 年 11 月 27 日、判例時報 1657 号 119 頁。
17) 一般論としては、著作性の判断要素である「創作性」と著作権侵害の判断要素である「創作性」が同一のものであり、区別しようがない。厳密に言えば、著作物そのものには「創作性」があると認められても、著作物全体にわたって、個々の表現まで「創作性」が存在するとは考えられないので、改変された一部には「創作性」が存在するかどうかに関する判断が著作権侵害の判断に左右する極めて重要な要素となりうる。そして著作性の判断要素である「創作性」と著作権侵害の判断要素である「創作性」との区別を簡単に言ってしまえば、著作物「全体としての創作性」と「部分的な創作性」の区別であると筆者は考える。
18) 中山信弘『ソフトウェアの法的保護（新版)』有斐閣、1988 年、100 頁。
19) 東京高裁平成元年 6 月 20 日判決、判例時報 1322 号、138 頁。判例評論としては、金井重彦「プログラム著作物の創作性」著作権判例百選第２版 1994 年、59 頁、中山信弘「プログラム著作物の創作性が否定された例（平成元年 6 月 20 日東京高決）＜商事判例研究――平成元年度補遺＞ジェリスト 1026 p 1478 発行年 1993、山田恒夫「プログラム著作物の創作性（著作権侵害差止仮処分申請却下決定に対する抗告事件)」判例評釈 86－6、p.74、発行年 1990、などがある。
20) 東京地裁平成元年 3 月 31 日判決。
21) 日本経済新聞平成元年 10 月 30 日記事において、「著作権法から見て、プログラム著作物に特別な創作性認定基準を設ける基準は全くない」と批判する専門家がいる。
22) 田村善之『著作権法概説』有斐閣、1998 年、30 頁。
23) 金井重彦「プログラム著作物の創作性」著作権判例百選第 2 版、1994 年、59 頁。
24) 1995 年 12 月 18 日北京市高級人民法院、第一審――1995 年 8 月 17 日北京市第一中級人民法院。程永順主編『知識産権裁判文書集』第一巻、科学出版社、2003 年、全文収録。なお、本事件における被上訴人損害賠償責任の認定に関する議論が多々あるが、本論文ではこれを省略する。参考文献：寿歩「軟件熱点案例透析」(鄭成思主編『知識産権文丛　第二巻』、1999 年、中国政法大学出版社、303 頁)。
25)　CA 対 Altai 事件控訴審判決判旨から抜粋。

主指導教員（国谷知史教授)、副指導教員（澤田克己教授・南方 暁教授）