

解説



コンピュータソフトウェアの法的保護†

久保田 裕†

1. はじめに

現在、ソフトウェアという高い経済的価値およびその製作にかかる知的労苦への保障は、主に著作権法をはじめとする特許法、不正競争防止法、商標法などの無体財産^{*}法、そのほか一般刑法、民法（契約法）等によって保護されている。本稿ではプログラムや種々のデジタル信号化されたデータを含めた広義のソフトウェアの法的保護について説明するが、やはりプログラムが中心であり、したがって著作権法での保護を主に述べることにする。定義の問題としてプログラムに限定される場合は狭義のソフトウェアとはせず、プログラムと記述することにする。

2. 著作権法での保護

2.1 ソフトウェア保護とその立法経緯

まず保護の客体であるソフトウェアの定義は、機械や装置等のハードウェアに対比する概念で、ハードウェアの利用技術という意味から、知識、情報さらには文化一般を意味することもあるが、究極的にはコンピュータの使用法もしくは計算方法のことを指す。1978年世界知的所有権機関(WIPO)の事務局の「コンピュータ・ソフトウェアの保護に関する国内法のためのモデル条項」によると、ソフトウェアは(1)コンピュータ・プログラム、(2)プログラム記述書、(3)サポーター資料を含むと規定されている。したがってやはりその中心はプログラムであるが、その周辺段階にあるシステム設計書、フローチャート、マニュアル等もソフトウェアに含まれる。

次にソフトウェアの法的保護については、著作権法改正以前まではもっぱらソフトウェアが著作

† Legal Protection of Computer Software by Yutaka KUBOTA (Association of Copyright for Computer Software).

† (社)コンピュータソフトウェア著作権協会事務局長

* 無形の知的創作物により得た財貨と資産。

権法で保護されるか否かが、争点であった。著作権法改正までにソフトウェアの著作権について判断をした民事判決は5件あり、初めてプログラムの著作権を認めたケースに「タイトー事件」(東京地方裁判所昭和57年(1982)12月6日判決)がある。大阪地裁判決も同様の判決を出し、横浜地裁における昭和58年(1983)3月30日判決は「スペース・インベーダー」をめぐる判決で、プログラムの「複製権」侵害を認めた。

この頃電撃的に報じられた「IBM産業スパイ事件」や上記一連のソフトウェアを著作権で保護する判決の影響は大きな波紋を呼び、業界団体をはじめ関係各者からソフトウェアの保護に関する議論が巻き起こった。特別立法「プログラム権法」での保護を提唱する通産省と「著作権法改正」によつての保護を提唱する文化庁との論争は真っ向から対立したが、昭和61年(1986)1月1日よりその保護を明確化した改正著作権法が施行された。

2.2 ソフトウェアにおける改正著作権法の整備内容

コンピュータ・ソフトウェアのうち、プログラムにつき、プログラムの保護規定が整備され、プログラムが著作権法で保護される著作物であることが明文化されたが、プログラムの技術・特殊性から以下のような特別な規定を設けた。

(1) コンピュータ・プログラム(以下プログラム)の定義を規定した。本法におけるプログラムの定義は「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をいう」(著作権法第2条第1項第10号の2)である。一般に「電子計算機」というのは入力装置、中央処理装置、出力装置から構成され、中央処理装置(CPU)は記憶装置、制御装置、演算装置により構成される高速データ処理を可能にする機械装置をいう。本条の意味する「電

子計算機」は、この機能のすべてを備えたものをいうのか、一部でもよいのかについては議論があるが、プログラムの実行に最低限必要な記憶・演算・制御の機能を備えているものは、本条の「電子計算機」と解してもよいだろう。したがって、大型汎用コンピュータ、小型のオフコン、パソコンは当然「電子計算機」に含まれるし、ファミコンやメガドライブのハード、そのほか電子交換機、電気湯沸かし器等に組み込まれているマイクロコンピュータについても「電子計算機」に含まれる。「一の結果を得る」とは、あるまとまった仕事が行われることで、その処理の内容に限定はない。したがって一の結果を得ることができれば、それが一つの単位のプログラムとして保護される。「指令を組み合わせたもの」というのは、コボル、ベーシック、フォートラン等の高級言語や、アセンブラ言語によりプログラミングされたプログラムのことである。したがって業務用のアプリケーションプログラムが、いくつかのモジュールやルーチン、サブルーチン等より構成されている場合、アプリケーションプログラム自体が著作物であることはもちろん、これを構成するモジュールやルーチン、サブルーチン自体も独立の著作物として保護される。

(2) 著作物の例示規定に「プログラムの著作物」を追加した(著作権法第10条第1項第9号)。しかし、「プログラム」の定義に該当するプログラムがすべて著作権法上の保護の対象となるという意味ではない。それは、著作権法上保護されるのは「著作物」であり、著作物性を満たしたプログラムだけが保護の対象となるわけである。すなわち「思想または感情を創作的に表現したものであって、文学、学術、美術または音楽の範囲に属するもの」であり、この要件を充足する「プログラム」が保護の対象となる。したがって、だれが作成しても同じになる表現によるプログラムは、保護の対象とならない。ただしソフトウェア業界において、一般化、慣行化している表現であるプログラムであるからといって、すぐに保護対象からはずれるとは限らない。

以下について検討する。

(a) オブジェクトプログラムの著作物性

●アセンブラ言語で書かれたソースプログラムをアセンブラにより変換した場合。これはアセン

ブラの種類にかかわらず同一のオブジェクトプログラムが得られるわけだから、そこには創作性の加わる余地はなく、ソースプログラムの複製そのものである。

●高級言語で書かれたソースプログラムをコンパイラにより変換した場合。これも創作的行為は何もなく、オブジェクトプログラムはソースプログラムの複製物にすぎない。

●直接にオブジェクトプログラムを作成した場合。オブジェクトプログラムの作成行為そのものが創作行為であるから、オブジェクトプログラム自体が著作物である。

(b) ファームウェア化されたプログラム

ファームウェアは「通常はプログラムを固定記憶装置ROMに記憶させてハードウェアに組み込んだもので、一定の機能を果たすために用いられるもの」と定義されている。その理解のもとに「オブジェクトプログラムが外部記憶装置の磁気ディスクや磁気テープに固定されているのと同様にROMに固定されている」のであるからその著作物性は、当然認められる。なお、米国のサンフランシスコの連邦地方裁判所でマイクロコードの著作物性をめぐっての訴訟(NEC対インテル事件)において、昭和61年(1986)9月22日、同地裁は部分判決の中でマイクロコードの著作物性を認めた。

(c) 著作権保護の対象となるプログラムの単位

保護の対象となるプログラムの単位としてどの程度の規模や量があれば認められるかとの質問がよくあるが、プログラム中の一ステートメント(命令と数値などの組合せ)のようなものは、保護の対象とならない。コンピュータにある機能を果たさせる、ある程度まとまったステートメントの連続で「表現」に値するものであれば、著作物性が認められる。またプログラムを構成するモジュール(基本単位)について「一つのまとまりある思想の表現」と見なされれば著作物性は認められる。さらにモジュールの構成が「素材の選択または配列によって創作性を有する」と見なせる場合には、プログラムとは別に編集著作物(著作権法第12条第1項)として保護される場合がある。この場合に、各モジュールについては、個々のモジュールの作成者に当該プログラムの著作権がある

ことは、いうまでもない。プログラム以外のプログラム作成のためのシステム設計書、プログラム設計書、マニュアルについては、それぞれ「言語の著作物」、「図形の著作物」として保護されることはあっても、「プログラム」の著作物ではない。

(3) プログラムの著作物の保護は、「プログラム言語」、「規約」、「解法」にはおよばない旨の規定を設けた(著作権法第10条第3項)。本項は、著作権法が「表現」を保護するものであり、「表現」の手段である言語や「表現」の背後にある「アイデア」を保護しないことを確認した規定である。すなわち、著作権で保護されるのはコーディングされたプログラムの表現であって、背後にある解法(アルゴリズム)、論理等のような「アイデア」は著作権によって保護されないことを規定したわけである。要するに「アイデア」は、パブリックドメインで自由に使用してよいということである(もちろん特許されているアイデアは別)。しかしながら、プログラムは、実用的な目的で合理的な考え方やアイデアに基づき作成されるため、同じアイデアに基づく表現の幅が非常に狭く表現方法が限定されるケースが多くなるとの意見もあり、実際プログラム作成の現場においては、この「アイデア」と「表現」の区分は非常に難しい。したがって複製権・翻案権のおよぶ範囲については、個別の案件ごとに判断せざるを得ない。「プログラム言語」には高級言語、アセンブラ言語が含まれる。また機械語も含まれ、記号の使い方についての文法も含む。ゆえに、新しいプログラム言語を生み出しても、この規定によって著作権法では保護されない。「規約」の定義は、「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」である。具体的には「プログラムが他のプログラムによって直接あるいは間接に連結されてコンピュータで使用される場合に必要となる特別の約束のこと」をいっている。すなわち、規約というのは、アプリケーション・プログラム間、アプリケーション・プログラムとオペレーティング・システム間の接続を可能にし、異機種間またはメーカーの異なるコンピュータシステム間での互換性を維持するためのインターフェース情報を含むものである。また、コンピュータ間でデータ通信を行うために必要な約束ごとである規約(プロトコル)も含まれる。「解法」とは「ある設定された

問題を解決するための一連の命令あるいは手順であるアルゴリズムを含み、プログラムの背後にある原理・論理等のアイデアに該当するもの」をいう。

(4) プログラムの法人著作につき特例を設けた。

(a) 法人等の従業員の職務上作成するプログラムについて、法人等が著作者となる要件を定めた(著作権法第15条第2項)。会社等でのプログラムの製作現場では、たくさんのプログラマーが参加し、共同で開発が行われる。プログラマーの意思から考えてみても、会社のために開発しているという実態であることに鑑み、プログラムについては原則として法人が著作者となる旨の規定を定めた。

(b) 法人著作につきプログラムの著作物に「自己の著作の名義の下に公表するもの」という公表の要件を削除した。これは、通常プログラムを作成した企業が著作物と認められるソースプログラムをすべて公開することはまずありえないことなので、この「公表」要件をはずしたのである。

(5) 著作者人格権^{*}の同一性保持権^{**}の例外として、プログラムの利用に必要な改変を認めた。したがって、特定の電子計算機において利用できないプログラムをその電子計算機用として移植することおよびプログラムを効果的に利用し得るように改変することが許される旨整備した。すなわち、電子計算機の利用のため、または効果的に利用に必要な改変は、著作者の「同一性保持権」を侵害しない(著作権法第20条第2項第3号)。これはプログラムに著作権法が適用になると、著作者に著作者人格権が認められ、人格権の一つとして同一性保持権(著作権法第20条第1項)が働き、プログラムを改変できなくなり、これでは、表記上または論理上の誤りを修正(デバッグ)したり、処理速度を高めたりすることができなくなり、電子計算機の効果的な利用を妨げてしまうことになるからである。またこのような改変については、著作者の名誉・声望を害する恐れのある行

^{*} 著作者の人格的利益を保護する権利(公表権・氏名表示権・同一性保持権がある)。この権利は人格的権利なので、譲渡・相続は不可。

^{**} 著作物の性質ならびにその利用目的および態様に照らしてやむをえないと認められる場合などのほかは、自分の著作物の内容・題号を自分の意に反して勝手に改変されない権利。

為ではないこともあげられる。

(6) プログラムの著作物の複製物の所有者が自ら利用するために必要と認められる限度においての複製・翻案が許された。

(a) プログラムの著作物の所有者が電子計算機の利用に必要な限度で複製・翻案のできることを、ただし、当該プログラムの複製物についての所有権がなくなった場合には、その他の作成されたプログラムの複製物の保存ができない旨を規定した(著作権法第47条の2第2項)。複製物の所有者に限られているため、貸与やリースまたはライセンス契約により使用ライセンスを受けてプログラムを使用している者は、複製・翻案はできない。ライセンス契約においては、ライセンサーとライセンスシーの間でプログラム利用(使用)の範囲を具体的に決めることになるので、契約条項に「利用に必要な限度で複製、改変ができる」旨の条項を規定して初めて複製・改変ができることになる。

(b) 本条における電子計算機の利用に必要な複製

●翻案とは、具体的には、プログラムの複製物が滅失・毀損するのに備えて複製するバックアップコピーの作成、記憶媒体のリプレース(たとえば磁気テープに納められたプログラムをディスクに移す等)、プログラムを改変し機能を向上させたり機能を追加すること、使用機種に合わせるためにプログラムを改変すること等である。最近パッケージ系ソフトにおいては、媒体(フロッピー)の品質向上や、プログラム作成技術の進歩およびソフトベンダーのサービスの徹底により、バックアップコピーの必要性が低下しており、この規定によって必ずしもバックアップコピーが作成できるとはいえなくなっている。ちなみにゲームソフト等は、バックアップコピー作成が認められていない。

(7) 法人著作となるプログラムについて、公表の如何を問わず、著作権法第53条第1項が適用されることを定めた。すなわち、法人名義の著作物の著作権は、公表後50年間、または創作後50年間以内に公表されなかったときはその創作後50年間、存続する(著作権法第53条第3項)。

(8) 著作権法第47条の2第1項でプログラムの実行に必要な限度でなした複製および改変し

たプログラムについて、これを頒布したり公衆に提示した場合には、違法に複製をしたり改変をしたものと見なし、それぞれ複製権・翻案権を侵害したものと扱うことを規定した(著作権法第49条第1項第3号、第2項第2号)。ここで「頒布」とは、一般に複製物を公衆に譲渡または貸与することをいうと解されており、「公衆への提示」とは、頒布以外の公衆への伝達、すなわち放送・有線放送すること等をいう。また著作権法第47条の2第2項を受けて、プログラムの所有者が所有権を失った後もコンピュータ実行に必要な複製・改変したプログラムを所持して保存する場合には、それぞれ複製権・翻案権の侵害となる旨を規定した(著作権法第49条第1項第4号、第2項第3号)。またいわゆる目的外使用の一態様として、プログラムを私的使用、学校教育のための利用等の目的から逸脱して翻訳・翻案された二次的著作物であるプログラムを頒布し、または公衆に提示した場合には、違法な翻訳・翻案等を行ったものと見なすことを規定している(著作権法第49条第2項第1号)。

(9) プログラムの使用権原*取得時に違法コピーであることを知っていて使用したら、著作権侵害とされる。プログラムの著作物が著作権を侵害する行為によって作成されたものであることを知って取得したものについては、その複製物を著作権侵害と見なす旨規定した(著作権法第113条第1項第2号)。

この規定が生まれる前提の議論として、プログラムをコンピュータに読み込ませて実行することが果たして著作権法で禁止する「複製」に当たるか、ということがあった。複製に該当する説もあったが、文化庁著作権審議会第六小委員会中間答申(1984年1月発表)は、実行することについては必ずしも「複製権」でカバーしないことを前提とし、かつ、プログラムの実行について新たに使用権のような権利を認めることは、理論的にも実際的にも問題が多く慎重であるべき旨答申した。またプログラムの実行にあたっては通常内部記憶装置への蓄積が行われるが、その蓄積が瞬間的かつ過渡的なものであれば「複製」に該当しない、との解釈が当時大方をしめた(ただし、最近では、欧米が「複製」概念を広く解釈している現状に鑑

* 正当に使用しうるための法律上の根拠。

み、疑問とする意見が強くなっている)。そして、違法に複製されたプログラムの実行については、違法に複製されたプログラムであることを知って実行することを著作権侵害と見なす旨の規定において対処すれば、著作権者の保護が図れるとした。この点は、通産省のプログラム権法が使用权をプログラム保護の中心的権利としていたのと大きな違いを見せていたところである。これは、仮に著作権者に「使用权」を認めると、プログラムの実行にあたり、許諾を得なければならなくなり、また何も知らないでプログラムを取得した者に対して使用差し止め・損害賠償を要求できることになる。ユーザーにとっては不測の事態を招き、ひいてはソフトウェアの流通が阻害されることになり不都合である。そこで限定的に違法複製プログラムの使用を規制することとした。もちろん、違法プログラムの複製を作成したものは複製権を侵害したことになり、違法に複製されたプログラムであることを知って頒布する者もまた著作権侵害者と見なされる(著作権法第113条第1項第2号)。本条は、プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製、すなわち違法に複製されたり改変されたプログラムについて、その複製の使用权原取得のときに「情を知って」(違法複製物と知って)いた場合には、そのプログラムを電子計算機で業務上使用する行為を著作権侵害と見なすことを規定している。「使用の権原を取得したとき」というのは、プログラムの複製物の譲渡、貸与を受けたときで、ソフトを購入したときは買い取りのとき、使用ライセンスを受けているときはライセンスを受けたとき、貸与を受けた場合はそのときである。また「業務上」とは、社会上の地位に基づいて反復継続して行う事務や事業で、営利目的を要せず、使用することを意味する。

(10) プログラムの登録について、創作年月日の登録、著作物に関わる登録(ただし、別に法律で定める)を規定し、プログラムの創作者が創作年月日を登録することを定めた(著作権法第76条の2、第78条の2)。この登録による実際のメリットは、創作年月日を登録することにより、以後に作成された類似または同一のプログラムについて、自己のプログラムの複製であり著作権侵害であると主張しやすくなることにある。我が国はベ

ルヌ条約に加盟しており、無方式主義^{*}を採用している。そのため著作権法において、著作権の成立・行使について何らの様式も登録も要しないことはいうまでもない。登録は、著作権の譲渡、担保権設定の第三者対抗要件である(著作権法第77条)。指定登録機関については、財団法人ソフトウェア情報センター(SOFTIC)が指定され業務を開始している。現在登録件数は平成7年(1995)3月15日において4,497件である。

2.3 プログラム著作権侵害の判定基準

プログラムの複製権侵害に関し、企業や学校で行われるパソコンソフトのコピーは通常のコピーであり問題なく複製権侵害であるが、著作権法上の「複製」は「印刷、写真、複写、録音、録画そのほかの方法により有形的に複製することをいう」(著作権法第2条第1項第15号)としておりその判断基準は明確ではない。それは、プログラムの指令の組合せに創作性を認められる部分があり、後発のプログラムの指令の組合せが先行のプログラムの創作性を認め得る部分に類似しており、かつ先行のプログラムを利用して作成されたことを基準に判断される。先行プログラム作成者である著作権者が後発プログラム作成者を著作権侵害(複製権・翻案権侵害)として訴えることにより事件となる親告罪である。著作権者は自らが(1)当該プログラムの著作権を有すること、および、(2)侵害者が著作権者の著作権を侵害する行為を行ったこと、を立証しなければならない。(1)の要件は著作権者が自らプログラムを開発したかもしくはプログラム開発者から著作権の譲渡を受けたことを証明する。当然のことながら、当該プログラムが創作性を認め得る指令の組合せ部分を有しているプログラムであることは、前述した。(2)の立証として、後発プログラム作成者が著作権者のプログラムを見る機会(アクセス)があったことおよび著作権者のプログラムと後発プログラムが実質的に類似することを証明しなければならない。この二つの要件を満たした場合、侵害行為が推定される。システムサイエンス事件(東京高裁平成元年(1988)6月20日決定)において、「プログラムの保護に創作性が要求されるとし、創作性を認め得る部分に類似しているかどうか

^{*} 自動的に権利が発生し、権利を得るための手続きを一切必要としない主義。

か」という点で侵害を判断した。

侵害行為に対しての法的救済は刑事・民事上があり、刑事的には侵害者は3年以下の懲役または100万円以下の罰金がある。両罰規定によって法人も罰せられることがある。民事的には、権利を侵害する者もしくはそのおそれがある者に対し、侵害行為の停止または予防を請求する差止請求権、その他損害賠償請求権、不当利得返還請求権等がある。

3. 著作権法以外でのソフトウェア保護

ソフトウェアは著作権法による保護以外に特許法、商標法、不正競争防止法、半導体回路配置法に基づく保護、その他契約法、不法行為法等の一般民商法および刑法の保護を受ける。紙面の都合上半導体回路配置法、一般民商法、刑法は割愛させていただきます。

3.1 特許法による保護

(1) 概 要

特許権は特許法によって保護され、その対象となるのは「発明」である。発明とは「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をいう」（特許法第2条）とある。さらにその発明は、「産業上利用できるもの」（特許法第29条）で「新規性があるもの（国内で公然と知られていないこと）」「進歩性があるもの（簡単に生み出された発明でない）」といった要件が満たされねばならない。特許とは、産業上有用な新たな技術を開発したものに独占的な権利を与える制度で、上記の発明の内容を記載した特許願を特許庁に出願して、所定の手続きを踏まなければ権利は生じない。特許権を取得すると、特許権を侵害する恐れのあるものの製造販売を中止させる差止め請求権、侵害によって受けた損害を賠償させる損害賠償請求権等が生じ、侵害するものの排除ができる。一般に特許はアイデアを保護するといわれているが、「アイデア」とは思いつきそれ自身では保護されず、どのようにそのアイデアを実現するかという点まで考えて、初めて特許がとれるのである。たとえば、「学習機能のついた、かな漢字変換ソフトがあれば便利だ」という発想だけでは駄目で、「同音異義語について使用頻度をメモリに記憶しておき、使用頻度順に表示する」というところまでアイデアを具体的な技術として表現し、明確に

表・1 ソフトウェアの法的保護における特許権と著作権の比較

	特 許 権	著 作 権
目的	産業の発達	文化の発達 (技術文化)
保護対象	「アイデア」 自然法則を利用した技術的思想の創作(アイデア)プログラム自体、プログラムを記録した記録媒体は対象外	「表現」 思想または感情を創作的に表現したものでプログラム言語、規約、解法は対象外
権利の発生	審査後の設定登録 (出願公告)	著作物の創作無審査 (創作行為)
権利の主体	出願人 (特許権者)	著作権者
勤務者の扱い	原則として発明者が権利者	原則として企業が権利者 (法人著作)
権利の性質	絶対的独占権 (第三者の実施の完全排除) ・同一発明 単一権利	相対的独占的 (コピーする行為の排除)
権利のおよぶ地域	日本国内のみ	日本および条約締結国
権利の内容	特許権	著作権 (複製権等) 著作者人格権 ・公表権 ・氏名表示権 ・同一性保持権
排他権の内容	製造、販売、使用の禁止	複製の禁止 (使用の禁止ではない)その他支分権・著作権法第47条の2で違法複製物の使用を禁止
権利期間	出願公告から15年(出願から20年)延長制度有	著作者の死後50年 団体著作は公表後50年
実施権の設定	専用実施権 通常実施権	複製権等については自由 著作者人格権は不可
強制実施権	有	無
権利の移転	自由	複製権等については自由 著作者人格権は不可
権利の消滅	無効、放棄、相続人不存在、法人の解散、期間満了	相続人不存在、法人の解散、期間満了
権利の侵害	独自で考えたアイデアでも先行する特許があれば侵害になる	独自で開発したのものには権利はおよばない
留意点	①保護範囲が明確(特許請求の範囲) ②アルゴリズムやプロセスを保護できる ③技術が開示される ④権利化までに時間および費用がかかる ⑤審査により拒絶され、権利化できないものがある ⑥ソフトウェアの場合、権利侵害の判断が難しい ⑦ソフトウェアは公開されていない技術が多く、審査が困難 ⑧パリ条約 (各国特許独立の原則)	①保護期間が長い ②アルゴリズムやプロセスは保護できない ③使用権の概念がない ④創作時に一様に権利が発生する ⑤国際的に法律の整備が進んでいる (バルヌ条約・万国著作権条約)

しなければならない。

なお、ソフトウェアの法的保護における特許権と著作権の比較を表-1に示す。

(2) ソフトウェア関連発明

一般的にソフトウェアは、特許で保護しにくい、あるいは難点があるとされてきた。たとえば、プログラム・リストそのものを出願しても特許されないことは当然であるが、仮に出願するとすれば何らかの方法あるいは装置に、ソフトウェアが使用される技術を結びつくような方法を発明の上、出願しなければならない。メインフレームは別として、ソフトウェアのみを開発するソフトウェアハウスには利用しにくいといえる。誤解がないように整理しておく、著作権法で保護されるのは、あくまで、表現されたソフトウェア自体であり、特許法においてはソフトウェア自体が保護されるのではなく、その背後にある抽象的なアイデア(思想)である。ソフトウェア自身を特許法で保護しにくいことは前述したが、ハードウェア等の装置と一体化させることによってその「発明」の実質的内容がソフトウェアであるような出願が数多くされている。

また、すでに数多くが特許されている。ソフトウェアに特許能力があるかという議論において最も問題となる点は、「ソフトウェアは自然法則を利用したもの」といえるかどうかというところにある。たとえば、「新しいゲームのルール」や「数式」は自然法則を利用しておらず、技術的アイデアでない。したがって、ソフトウェアに関しても純粋な計算方法と考えられるものは、そもそも特許の対象にはならない。特許庁は1993年7月に、ソフトウェア関連発明を審査するための基準として過去に出した三つの基準を整理統合し、新しい基準すなわち「ソフトウェア関連発明の新しい審査基準」を出した。これによると、自然法則の利用を直接的に主張しなくとも「対象の技術的性質に基づいて情報処理を行うもの」だといえれば、特許出願はできることになった。この新審査基準によって、特許法によるソフトウェア保護の道も大きく開かれたといえるのではなからうか。

3.2 商標法による保護

(1) 概要

商品や役務の名称は、商標法で保護されている。商標法は、名称を商標として出願することに

よって、商標(有形の商品、たとえば機械や物品等)および役務(無形のサービス、たとえば通信、保険、運送等のサービス)を保護する。

商標権は無体財産の一種であるが、著作権や特許権のように、精神的創作物についての表現やアイデアそのものを保護するものではなく、上記のように商品について使用される名称をあらかじめ定められた商品・役務の分類ごとに保護するのである。商標には、出所表示機能、品質保証機能、広告機能等がある。不正競争防止法による保護との最も異なる点は、周知・著名性を立証することを要せず、登録さえされていれば、差止めが可能である点にある。また、過失の推定規定が設けられており(商標法第39条)、損害賠償請求における立証責任が軽減されている。商標を登録(特許庁に出願して審査を受ける)した場合、その効果としてその商標を商品や役務ごとに使用することができ、独占的に自社だけが使用することができる。もちろん、専用実施権や通常実施権が設定できるのは、特許法と同様である。他社は、登録済の商標と同一または類似する商標を同一の商品・役務の分類の範囲内では使用できなくなる。特許権や著作権は、一定の期間が経過すると権利は消滅する。一方商標権は、10年間ごとに一定の条件を満たす限り(実際に使用している限り)何度でも更新が認められ、半永久的な権利として保護される。

(2) ソフトウェアの特殊性

商標法における商品は、有体物でなければならず、ソフトウェア(プログラム)自体は抽象的な概念であり、商標法上の商品とは認められない。したがって、ソフトウェアを直接、指定商品として登録を受けることはできず、「電子応用機械器具」という商品として登録を受けなければならない。パソコンやテレビゲーム等のソフトウェアは、通常、磁気ディスクや磁気テープ等の記憶媒体に格納されて供給される。これは、音楽自体が商標法上の商品にならず、音楽を録音したテープが商標登録を受けるのと同様である。なお、ソフトウェアを格納したCD-ROMに関する商標出願の分類は、有形の商品であり「レコード」、「電子応用機械器具」が考えられる。また、CD-ROMに画像(静止画・動画)が入っている場合には、「録画済のビデオディスク」の可能性もあるで

あろう。そして、これらに関連する解説書等の書籍を発行する場合には、指定商品として「印刷物」も考慮すべきであろう。一方、無形の役務については、「電子計算機のプログラムの設計、作成または保守」が考えられる。

3.3 不正競争防止法による保護

(1) 概要

不正競争行為とは、広義には「工業上または商業上の公正な慣行に反するすべての競争行為」(工業所有権の保護に関するパリ条約第10条の2第2項)を意味するが、我が国では、昭和9年(1934)に制定され、以下の3種類の不正競争行為に対応するいくつかの行為類型が、不正競争行為として規定されていたにすぎない。

(a) いかなる方法によるかを問わず、競争者の営業所、産品、または工業上もしくは商業上の活動と混同を生ぜしめるようなすべての行為。

(b) 競争者の営業所、産品または工業上もしくは商業上の活動に関する信用を害するような取引上の虚偽の主張。

(c) 産品の性質、製造方法、特徴、用途または数量について公衆を誤らせるような取引上の表示および主張。

以上のように、従前の不正競争防止法は規制の対象とする不正競争行為が上記のように限定されていたため、どちらかというところ、他人の知的成果に対する保護法という側面よりも、営業上の競争秩序(商品や営業の出所、信用、品質の内容等に関する営業者の利益)の保護を目的とした法律と位置付けられてきた。

ところが、1986年より始まったGATTのウルグアイラウンド交渉において我が国の知的財産権保護の枠組が先進国を中心とする国際的な保護レベルに比べて不十分であることが再々指摘されるようになり、自由貿易体制の維持という至上命題を達成するためにも、我が国の知的財産権保護法制の全面的な見直しが必要となってきた。そして、平成2年(1990)にノウハウ・トレードシークレット等の営業秘密の侵害を新たに不正競争行為とする不正競争防止法の改正が行われ、さらに、平成5年(1993)には、著名表示の保護や商品の形態の保護に関する規定の導入、不正競争行為に対する損害賠償請求や罰則による保護の強化を主な内容とする不正競争防止法の全面改正が行

われたのである。

(2) 不正競争防止法によるソフトウェア保護の可能性

通常、開発者はプログラムの製作・開発を行うに際して、当該開発によって解決すべき問題につき一定の解決手法を案出し、当該手法に従いシステムを模索し詳細設計を行い、さらにそれに基づいてコーディングを行うといった開発過程を経てプログラムを完成する。

このような開発過程を通じて、開発者の手元には独自の問題解決手法などの種々のノウハウが蓄積され、それがさらに新たなプログラム開発の原動力として作用する。

しかるに、このような開発者の知的成果としてのノウハウは、著作物としてのプログラムの表現形態に直接反映することは希であって、多くの場合、アイデアやアルゴリズムとして著作権法の保護の対象外に置かれることになる。このような開発者の開発ノウハウに対する法的保護の欠如は、やがてプログラム開発に対する開発者のイニシアティブを失わせ、ひいてはソフトウェア産業自体の企業活力を喪失させかねない。

そこで、このような開発ノウハウを不正競争防止法における営業秘密として保護すべきではないか、との議論が生ずるのは当然の成り行きといえよう。

不正競争防止法上の営業秘密に該当するためには、当該ノウハウが、(1)秘密として管理されていること(秘密管理性)、(2)生産方法、販売方法その他事業活動に有用な技術上または営業上の情報であること(有用性)、(3)公然知られていないものであること(非公知性)の3要件を満たすものでなければならない。

このうちの要件については、ほとんどの開発ノウハウがこれを満たすことはほぼ疑いがないだろう。問題は、(1)の要件であるが、この秘密管理性は相対的なものであって、たとえプログラムの開発過程で複数の者がこれを知る機会があったとしても、そもそも当該ノウハウにアクセスできる者が限定されており、しかもそれらの者が守秘契約等により当該ノウハウを秘密として保持すべき義務を負わされていれば、一応、秘密として管理されていると見られよう。秘密管理性は、秘密の管理主体(当該ノウハウの帰属主体)が、当該ノ

ノウハウを秘密とすることに利益があり、しかも秘密として保持する意思が外部からも客観的に認識可能な程度に表示されていることを要件としている。ゆえに開発担当者は、常々、重要なノウハウを厳格に管理し、アクセスできる者を制限し、またやむを得ず第三者にアクセスを許す場合には、必ず守秘義務条項を設けた契約や使用規則を遵守させる等の方法を構じるべきであろう。

さらに問題となるのは、(3)の要件である。営業秘密であるためには、単に秘密として管理されているだけではなく、これに対する侵害行為が行われたときにも、公然知られていないこと（非公知であること）が必要である。

ところがプログラムの開発ノウハウのうち、あるものはすでに商品として流通におかれたプログラムを解析することによって他者がこれを知ることができる場合があり、かような場合にも当該ノウハウが非公知であるといえるのかという問題が生じる。

実は、プログラムのリバース・エンジニアリングが著作権法上許されるのかという点については大問題であり、少なくとも競争業者によるリバース・エンジニアリングは、著作権侵害となると解するのが世界的趨勢である。

しかし、上記の点をさておくにせよ、他人が開発したプログラムを解析することによって、その開発者のノウハウを盗み出す行為が無制限に許されてはならないことは、プログラムの開発に関与する者の常識といってよいであろう。他方、リバース・エンジニアリングのような特別な解析方法を行わなくとも、容易に判読できるノウハウまでを営業秘密として保護するのは不自然ではないだろうか。

この点について、先に述べた不正競争防止法改正前の判例ではあるが、原告の技術的秘密がこれを実施した商品解析することによって、ある程度解明されるとしても、その解析自体に相当の技術的な困難が存在し、また解析結果を用いても容易に同種製品を製造できない場合には、当該技術的秘密は非公知性を失っていないと判示するもの（奈良地判昭和45年（1970）10月23日「フォセコ・ジャパン事件」判時624・19）があった。今回の改正にあたってはリバース・エンジニアリングによって営業秘密を取得できるとしても、特

殊な技術をもって相当の期間が必要であり、だれでも容易に当該情報を知ることができない場合には、当該ノウハウを用いた製品を市販したことをもって、営業秘密が公知化することにはならないと解している。

4. おわりに

ソフトウェアの法的保護をめぐる問題点において「イエス特許訴訟事件」が具体的問題として表面化した。これにより、特許法と著作権法の調整をいかに図るかが重要になると考える。また、マルチメディアタイトル作成における著作権問題、そしてそれらがデジタル回線ネットワークによって瞬時に流通すること等、いろいろな切り口によって異なった問題が目白押しである。デジタル化された情報がコピーされた場合にも、これらがプログラム、データベース等の著作物として保護対象になっている場合は法的に保護されるので問題はないが、その他の情報については、現在法的保護の対象外となっている。パソコンソフトを考えてみても、プログラムと種々のデジタルデータが組み込まれている。平成5年（1993）5月に全面改正された不正競争防止法では、デッドコピーの禁止条項は商品の形態のみを対象にするものであって、データの保護にまでおよばない。プログラムやそれ自体著作物ではないデジタルデータにおいても経済的価値の高いものもあり、ソフトメーカーとしても商品を構成するデジタル情報すべてをソフトウェアとして供給している。勝手にデータを切りとられて加工蓄積され、さらに競合商品等で利用されることは避けたい。使用許諾契約による保護があるとしても、第三者にはその効力はおよばないといった難点がある。知的財産法制のバランスを考慮しながら調和のとれた解決方法を事例ごとに慎重に対応せねばならない。

謝辞 不正競争防止法、商標法、特許法に関し、松村信夫弁護士、古谷栄男弁護士、牛久健司弁護士から貴重な示唆および資料の提供を受けた。

参 考 文 献

- 1) 加戸守行：著作権法逐条講義 新版、(社)著作権資料協会（1991）。
- 2) 久保利英明、内田晴康：著作権ビジネス最前線、(株)中央経済社（1990）。

- 3) 中山信弘：ソフトウェアの法的保護 新版，
(株)有斐閣 (1992).
(平成6年7月20日受付)



久保田 裕 (正会員)

1956年生。日本大学法学部法律学科卒業。雑誌記者時代にハイテク産業の取材に携わる。1988年(社)日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会入社，ソフトウェアの法的保護監視機構を担当。1990年コンピュータソフトウェア著作権協会(ACCS)の設立に参画し事務局長に就任，現在に至る。調査・講演・文筆活動を通し，深化するデジタル情報化社会における著作権保護，著作権思想普及の活動を推進している。法とコンピュータ学会，著作権法学会各会員。

