

# アイデアと著作権法

——コンピュータ・プログラムを中心に——

西 台 満

## What does the Copyright Act protect?

Michiru NISHIDAI

According to the common opinion, the Copyright Act protects the expression but not the idea behind it. But I doubt the opinion. I believe that it necessarily leads to the protection of an author's idea to prevent others from copying or otherwise exploiting his expression. Because the latter is created just from the former.

### 第一章 序 論

著作権法の法益は何か、というのが本稿のテーマである。「法益」とは辞典によれば、「社会生活上の利益であつて法により保護されるもの。狭義には、刑法によって保護される生活利益をいう<sup>(1)</sup>」。だとすれば、法益とは本来、法が制裁の中でも最も重い刑罰をもって守ろうとするものであるから、生活利益の中でもかなり重要性の高い利益、と考えねばならないであろう。著作権侵害に対し、著作権法は「三年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する」(一一九条)と定めているから、まさに著作権が保護しようとしている利益は「狭義の法益」なのである。

一般には、それは「表現」と考えられている。「著作権法は、あくま

で創作性のある『表現』を著作物として保護する。そのもととなるアイデアや理論は…著作物の重要な要素ではあるが、(それ)自体が著作物として保護されるものではない。あくまで、アイデアや理論に基づいて、歌や絵や論文のように具体的に表現されたものが著作物と考えられる<sup>(2)</sup>——というように。「アメリカ著作権法一〇二条(b)はこの点についての明文の規定を設けているのに対し、わが国著作権法には明文の規定はないものの、このことは当然の前提とされており、異論はない<sup>(3)</sup>」。

しかし、この「アイデアは保護されない」という命題が一人歩きし、誤解の領域にまで進んでいるようなので、先ずアメリカ著作権法から順次検証していきたい。原文を示すと、

Sec 102. (b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

直訳すれば、「いかなる場合も、著者の創作的作品に対する著作権の保護は、アイデア・手順・過程・体系・操作方法・概念・原理・展開にまでは及ばない。その作品中でそれがどのような形で記述・説明・図解・具象化されているかは問わない」となる。文字通りに解すれば、確かに通説の述べる如く、アイデアその他作品の骨組みとなるような類いのものは、どんな形式を取っていようと保護しないとの徹底したアイデア排除主義である。

しかし、このような解釈には多々疑問がある。(1)素人が「読んで字の如し」解釈するのはやむを得ないとしても、法律家までが同じことをするのは単純すぎる。法律規定はさまざまな角度から諸事情を勘案して意味を決定しなければならぬ。(2)通説の根底には、アイデアと表現とは截然と区別できるとの「アイデア・表現の二分法」がある。しかし、両者は原因・結果の関係で密接につながっており、区別はそれ程容易ではない。中山によれば「具体的問題となると、どこまでが表現であり、どこからがアイデアか、という線引きで常に大きな困難に突き当たる。：アメリカには、この表現とアイデアの区分につき、種々の学説や判例が存在し、古くから議論されているが、未だ解決されていないし、とくにプログラムについては混迷を深めている。：その境界は不連続ではなく、連続の関係にある。しかし、法解釈学としてはどこかで線を引く必要がある。そして、その境界線は一義的に定まるものでない以上、必然的に政策的・人為的なものにならざるを

えない<sup>(5)</sup>。

(3)アイデア・表現の二分法と「表現は保護されるが、アイデアは保護されない」との命題が結合すると、表現とは著作権法上保護されるものを指し、アイデアとは保護されないものを言う、との循環論法的定義に陥ってしまうのである。アメリカでの論争に結着を見ないのも、当然と言うべきであろう。

(4)元の法解釈の話に戻れば、直訳の趣旨は「どのような形で具体化されている」と、アイデア・手順等は保護の対象とならないであった。しかし、これは著作権の現実と調和しない。例えば、アイデアが具体的に記述された仕様書、手順・過程を図で示したフローチャート、概念を図解した概念図、操作方法が説明されたマニュアル、これらすべてに著作権法の保護は及ぶのである。

コンピュータ・ソフトウェアを例にとると、コンピュータ・プログラム以外にプログラム記述書やサポーターティング資料が含まれる。「プログラムの記述書とは、プログラムの作成過程で作られるもので、プログラムの作成手順を指示するために、図式、文字その他の形式で書かれたものを意味し、その代表的なものとしてフローチャートがあ(る)」。さらに、サポーターティング資料とは、プログラムの理解や適用を助けるために作られたすべての資料をい(う)。これら」プログラム記述書やサポーターティング資料は、プログラムの開発段階のもの、およびその前後を通じての説明書で、従来から一般的な著作物として、著作権法で保護されてきた範囲のもので<sup>(6)</sup>ある。

換言すると、ソフトウェアの中心はプログラムであるが「ソフトウェアにはそれ以外の諸々の資料が含まれる。：現実にはそれらは文書によって表現されており、その限りにおいて著作物たりうる。具体的には、システム設計書、フローチャート、ユーザーズ・マニュアル等の文書類は当然著作物たりうる<sup>(6)</sup>」。つまり、プログラムが最終の完成

品だとすると、そこに至るまでには出発点である着想・アイデアから長い過程を辿らねばならない。それはアイデアの具体化の過程と言えるが、最も初期の抽象的段階から最終の複雑に機械語で記述された段階まで、各段階において表現されたものが、著作物として保護される。言語の著作物（我国の著作権法「以後、法と略す」一〇条一項一号）であつたり図形の著作物（同六号）であつたり、プログラムの著作物（同九号）であつたりという差異はあつても、保護という観点からは共通である。

(5) 結論を言えば、アイデア・手順等は、記述・説明・図解・具象化されている限りにおいて、もつと簡潔に言えば表現されていることを条件として保護される、ということである。最終段階から遡<sup>さかのぼ</sup>つてゆけば、限りなくアイデアへと近づく。従つて、アメリカ著作権法一〇二条を前記のように直訳するのは間違ひである。正しくは、「どのような形で記述・説明・図解・具象化されているかを考慮に入れないのなら、著者の創作的作品に対する著作権による保護は、アイデア・手順・過程・体系・概念・原理・展開には及ばない」である。規定は否定文の構造を採っているので、肯定文に裏返せば、「表現されている限り、アイデアは保護される」となる。

これに対して、「アイデアは保護されない」に固執する立場から次のような反論がある。アイデアに限りなく接近してゆく文書類まで著作物として保護されるのは事実であるが、「ただ、その保護も主として文書の複製について効力があるだけであり、特許権による保護とは異なり、その文書の内容にまで保護は及ばない<sup>(7)</sup>」と。文書の内容というのが、即ちアイデアである。しかし、この反論は、故意か過失か、著作権のうちの重要な支分権の存在を忘れている。それは「翻案権」である。この権利によって、著作権の目ざすもの——法益——が何であるかが明らかになってくるのである。

## 註

- (1) 新法律学辞典（第三版）、一二八〇頁。
- (2) 板東久美子、プログラム著作権とは何か（紋谷・板東・作花、有斐閣新書）（以後、新書と略す）、三九頁。
- (3) 中山信弘、ソフトウェアの法的保護（新版）（以後、中山と略す）、一一〇頁。
- (4) 中山、一一〇—一頁。
- (5) 紋谷暢男、新書、五一六頁（丸括弧筆者）。
- (6) 中山、五二頁。
- (7) 中山、五二頁。

## 第二章 翻案権

「翻案とは、複製のように著作物をそのまま再製するのではなく、著作物の内容である筋、構成、モチーフなどを元として新たな著作物（二次的著作物）を創作すること<sup>(8)</sup>で、具体的に言えば、小説を脚色したり、映画化するよう、原著物の実質的内容は維持しながらも、外面的、表面的な表現の仕方を変えて、しかもその新たな表現に創作性があるような改変行為<sup>(8)</sup>」という。

著作権法は、このような改変行為をする権利を著作権者に与えている。即ち、二七条によれば「著作者は、その著作物を翻訳し、編曲し、若しくは変形し、又は脚色し、映画化し、その他翻案する権利を専有する」。

表現とアイデアの境界は微妙で、明確な区別は難しいと前に述べたが、その上「翻案」という概念が著作権法に導入されてからは、著作権法がある程度のアイデアを保護するようになったことは否定できない。…表現形式を外面的形式と内面的形式とに分け、外面的形式は異

なっている内面的形式が同一であれば翻案に該当すると解するのが通説である。しかし、表現を、厳格な意味での表現（文章であるならば文字面）のみに限定して考えない限り、表現とアイデアの間には明確な一線を画することは不可能である<sup>(8)</sup>。したがって、表現形式を外面的形式と内面的形式に区分したところで、翻案はアイデア保護に一步踏み込んだものであることは否定しえないし、そのことは、著作権保護一般については好ましいことでもある<sup>(9)</sup>。なぜなら、「もし翻案権がなければ、例えば、小説の翻訳・戯曲化・映画化は、原著著作権者に無断でなしうるようになってしまう<sup>(10)</sup>」からである。

通説はやはり「アイデアは保護されない」に執着しているため、外面に現われ出ないものまで表現の一種（内面的形式）としたわけだが、そうなるともそもそ表現とは何かという出発点から混迷を深める結果になってしまっている<sup>(11)</sup>。

更に、通説では内面的形式が同一で外面的形式を変更している場合が翻案と定義されているが、その逆、つまり外面的形式をそのまま借用して内面的形式に独創を加えている場合もあつて、これも翻案に当たると解される。例えば、アニメ（animation）の「サザエさん」で、登場人物・家族構成・背景などすべてを漫画から借りてきた上で、話の内容は独自に構想したような場合である。そうすると、結局、翻案とはある著作物の根幹を成す独創的アイデアを利用して、新たな著作物を創作すること——と定義するのが妥当と思われる。

漫画の場合は、多くの読者の関心あるいは親近感が得られるような容姿・性格・能力の主人公とそれを取巻く人間・環境がうまく設定できれば、主人公の性格とか能力を示す会話・行動・エピソードはほぼ無限に考えられるであろうから、基本的な設定——通説の言う外面的形式が、その著作物（漫画）の根幹を成すと考えられる。

観光バスの車体に著作者に無断で漫画のキャラクターを描いて営業

したという事件で、東京地裁は「漫画には、特定の話題ないし筋とでもいふべきものが存するが」、同一の作者で同一の話題・筋でも、そこに登場する人物が異なれば別の漫画ということになってしまふし、「逆に話題ないし筋がどのようなものであつても、そこに登場する人物」が同じであれば、それは一連の漫画と認められる。換言すると「漫画の登場人物は、話題ないし筋の単なる説明者というより、むしろ話題ないし筋の方こそそこに登場する人物にふさわしいものとして選択され表現される<sup>(12)</sup>」——と把握したが至当である。

他方、小説では、主人公その他の登場人物よりも、話の筋・構成に重点があると思われる。人物の容姿などは読者の想像に委ねられ、会話・行動から性格が推察されるのみである。特に推理小説では、事件の発生から犯人逮捕に至る過程で見せる主人公の推理の鮮やかさに読者は感銘を受けるのであり、主人公の名前や人柄にはあまり意味がない。従つて、小説における基本的アイデアは話の内容——通説の言う内面的形式であり、他人に模倣される危険性が高いのもこちらである。

登場人物の名前から背景まで所謂外面的形式を模倣すると、剽窃したことが一目でばれてしまうので、外面的形式を模倣する者は少ない。これが、通説の「翻案」の定義に影響したと思われる。しかし、前述の漫画のように、外面的形式の方にむしろ価値が認められる場合があるので、定義を修正したわけである。しかし、通説的定義と決定的に異なるのは、「アイデア」という文言を入れ、翻案権を承認することは原著物を生み出したアイデアを保護することに他ならないことを明確にした点である。

ちなみに、切り立った山頂とその広大な雪の斜面を複数のスキーヤーがシブプールを描いて滑降する山岳写真を無断で利用して、斜面上方に巨大なタイヤを配した広告写真を作成した、所謂「パロディー事件」というのがある。元の写真は、人がめつたに踏み入れない何千メ

ートル級の山であつて、しかも完全に純白無垢の雪におおわれていることから、見る人をして神々しさ・不可侵性を感じせる。そのような光景の中に、どういう方法で登ってきたのであろうか、意外にもスキーヤーを登場させ、無垢の雪に人間の痕跡をつけてしまふ。一見、冒瀆的で人に不快感を与えそうであるが、そのスキーで滑った跡が山の巨大さに比べあまりにも卑小であることから、逆に自然の偉大さを見る人に強く印象づける効果を發揮しており、そこに著作者の独創性が感知できる。

これに対してモンタージュ写真の方は、同じ意外な人間の痕跡でも、巨大なタイヤを山頂に出現させた。山に匹敵するその大きさといい、大勢の人間・爆音・排気ガス等を伴う自動車連想させることといい、人間の卑小さを見下していた自然が、一気に人間の足下に蹂躪される。この突然の大逆転、鮮やかな対蹠性が一枚の写真の中に示され、見る人に驚きと愉快を感じさせることになる。こういう効果を生むためには原作写真が不可欠であつたわけだが、原著作者からすれば無断で、しかも全く正反對のモチーフで使われたのであるから、見過ごすことができないのは当然である。

最高裁は、モンタージュ写真作成者「のした本件写真の利用は：本件写真の著作者（が）保有する本件写真についての同一性保持権を侵害する改変である<sup>(13)</sup>」と判示したが、そうではなくて翻案権の侵害と解すべきである。なぜなら、モンタージュは原写真を改変して、原写真とは正反對の「思想……を創作的に表現したもの」（法二条一項一号）つまり新たな著作物（二次的著作物）となっているからである。他方、同一性保持権侵害では、それによって新たな著作物が生まれるわけではないから、侵害者が自らの著作権を主張することはない。その点で両権は相違する<sup>(14)</sup>。また実務的にも、翻案権は別名「改作利用権」と呼ばれるように、何らかの形で商業的に利用されるので損害賠償額の算

定がしやすい。著作権法にも更にその算定を容易にする推定規定が置かれている（一一四条一項及び二項）。他方、人格権（同一性保持権）侵害に対する慰謝料というのは、基準があいまいで金額も低く抑えられがちである<sup>(15)</sup>。

話を本題に戻すと、パロディ事件というのは突き詰めれば、「一見逆効果と思われるものをわずかに混入すればかえって一層効果が高まる」というアイデアを、勝手に盗用されたということに他ならない。もちろん、そういうアイデアも抽象的な命題のままで保護されない。パロディ事件ではアイデアが、雪山写真という形に具体化されていた。それでは、「アイデアは保護されず、表現が保護される」と言うのと、「表現されたアイデアが保護される」と言うのと、どう違うのであろうか。後者は、表現とアイデアを、切り離せないものと捉える。無から有は生ぜず、表現はアイデアあつて初めて生まれるものとする。両者は因果関係で固く結びついている。アイデアを宿すのは精神ないし人格であるが<sup>(16)</sup>、アイデアと無関係に、偶然で表現が生まれるとすれば、その表現に人格権が認められるということが説明不可能になる。

## 註

(8) 作花文雄、新書、一一〇頁。へゝは筆者。

(9) 中山信弘、ソフトウエアの法的保護（新版）、一一〇―一頁。

(10) 中山、一一四頁註(3)。

(11) 通説の「いう内面形式はアイデアとほとんど区別できない」半田正夫、転機にさしかかった著作権制度（一粒社、一九九四年）、二九二頁。

(12) 尾中普子、「漫画のキャラクター(2)――サザエさん事件」著作権法判例百選、五八頁（東地判昭和五一年五月二六日）。

(13) 最判昭和五五年三月二八日―民集三四卷三二四四頁、二五〇頁。

(14) 翻案権と同一性保持権の関係について、両者は重なり合う、つまり翻案権

侵害は同時に同一性保持権侵害になると理解することも可能であろうが、そういう理解は「財産権と人格権とを対立物としてとらえる伝統的な法觀念に固執するところからきている」(半田正夫、著作権法概説(第五版)、一三三頁)と批判できる。著作財産権(翻案権)と著作者人格権(同一性保持権)は相互に補完し合う関係で、両者相俟<sup>あいま</sup>つて「著作権」を構成していると解すべきであろう(著作権一元論)。

(15) 民法七一〇条は、精神的損害についても金銭による賠償の請求を認めるが、「問題は(慰謝料を含む)『無形損害』の算定基準がはっきりしない点である(篠塚昭次、注釈民法(2)債権(有斐閣新書)、三四四頁(丸括弧筆者))」。

(16) 「著作物は著作者の人格の流出物である」。中山、六六頁。

### 第三章 複製権

表現の元になっているアイデアが保護されているからこそ、表現を変えてもアイデアが同一ならば、著作権侵害とされるのである。「著作権法に所謂複製とは、原作と全然同一のものを再製する場合に限らず、其枝葉に於て多少修正増減あるも、人をして原作の再製なりと感知せしむる場合も亦、複製たるを失わず<sup>(1)</sup>」とするのが判例である。

なぜ「多少修正増減」なのか。表現が全く、あるいはかなり変えられてしまえば、その背後にあるアイデアに同一性が認められなくなる場合が多いからであろうと思われる。しかし、「アイデアこそが著作権法の真の保護対象である」という立場に立てば、表現の相違の有無・程度に大して意味はないことになる。とは言っても、全く意味がないわけではなく、表現が類似していればいるほど著作物の同一を認定する有力な証拠にはなる。

しかし、価値は表現の背後にあるアイデアなのであるから、場合によつては、表現が全く違っていてもアイデアは同一——従つて、複製権

の侵害——と見なされることが起こり得る。例えばアメリカの事件で、歯科器具製造業ジャスロー社は、経理や商品管理を効率化するために、コンピュータ・ソフトの開発をウェランという人物に依頼。ウェランはEDL言語を使って「デントラブ」というプログラムを完成した。ジャスロー社は後に、このソフトが商売になると見越して、同じ機能をもつプログラムをBASIC言語で作成して「デントコム」と名付け、販売活動を行った。そこでウェランがジャスロー社を著作権侵害で訴えた。

連邦地裁は、原告ウェランの主張をそのまま認めたので、被告が控訴。連邦控訴裁判所の判決をここで関連する限りで示せば——「連邦地裁の判決には、ソースコードやオブジェクトコードの複製があったとは書いてないし、原告もそのようなことを申立ててはいない。地裁が著作権の侵害を認定したのは、デントコムの全体構造がデントラブのそれに実質的に類似していたからである。そこで問題は、プログラムの全体構造の単なる類似が果して著作権侵害の根拠になり得るのかということ、換言すると、著作権によるプログラムの保護はプログラムの構造にまで及ぶのかそれともプログラムの文字的要素即ちソース及びオブジェクトコードに限られるのか、である。

合衆国法典の第一七編一〇二条(a)は、『文学作品』を著作権で保護しており、コンピュータ・プログラムは文学作品として分類されている。文学作品は一般に文字的要素が実質的に似ていなくても、著作権侵害になり得る。話の筋や組み立てを模倣することによつても、脚本や本の著作権を侵害できるのである(もし、表面の文章だけを保護すれば、剽窃者は本質的でない所を全部取り替えて責任を回避するに違いない)。そういうわけで、コンピュータ・プログラムにしても他の文学作品と同様、文字的要素を複製(copy)していなくても著作権は侵害され得るということが明らかになるのである<sup>(18)</sup>。——

二つのプログラムはそれぞれ異った言語で書かれており、外見上は全くの別物である。にも拘らず、中味が同じということで複製とされた。この判決はアメリカで「著作権の保護の範囲、換言するならば類似性の範囲について最も大きな影響を与えた<sup>(40)</sup>」先例となったのである。「著作権法は、あくまで表現を保護するだけ」とする立場にとつては衝撃を受けずにはおれないものである。中山によれば、「それは、表現の範囲をかなり広く捉え、事実上アイデア：までもその中に取り込んだものである<sup>(41)</sup>」。…この判決は、基本的にはプログラムと小説とを同一の場で把握している<sup>(42)</sup>。

通説にとつては各方面で戦況甚だ悪く、プログラム著作物が最後の拠点である。従つて、先に引用したウェラン対ジャスロー判決は到底容認することができないもので、批判の矢は集中的に「判決は、プログラムと小説を同一視している」という点に向けられる。

本題からは少々はずれることになるが、ここでコンピュータ・プログラムについて一瞥しておくことにする。「プログラムは、コンピュータの具体的使用方法すなわち技術である<sup>(43)</sup>」。だとすれば、他の技術同様、なぜプログラムは特許法で保護されないのか、という疑問が生ずる。その答は、第一に、技術とは言つても「自然科学的な技術ではなく」、「つまり自然法則を利用しない」「一種の計算方法<sup>(44)</sup>」だから、と言われている。数学的技術とでも呼ぶのが正しいであろうか。これが特許三要件のうちの「発明性」に関連するとすれば、第二は「進歩性」である。特許されるためには「その創作が：新しく（新規性）、在来技術から抜き出たものでなければならぬ（進歩性）<sup>(45)</sup>」が、「プログラムに進歩性を肯定しうるものは少ない<sup>(46)</sup>」。その他、さまざまな理由から、著作権法で保護するのが最も適当という結論に落着いたのである。

同じ「著作物」とは言つても、実にさまざまな種類のものが混在す

るのは事実であるが、しかしそれらは本質的には等しいということで、同じ扱いをされることになったのである。従つて、表面的な違いをあれこれ並べ立てて、同じ扱いをするのはおかしいと批判するのはお門違いと言ふものであらう。「コンピュータ・プログラムを小説と同じに扱うのは不合理」という批判が、それである。

小説では既に見たように、表現の背後にある筋・構想までが保護されている。ウェラン対ジャスロー判決は、その原理を同じ著作物であるプログラムに適用したに過ぎない。小説の筋に当たるのが、構造（Structure）、手順（Sequence）、構成（Organization）である。これに對して、小説とプログラムは違ふ、と主張される。小説や絵画・音楽などは個性が重要視される芸術作品であるのに對し、プログラムは個性とか「表現などはどうでもよく、コンピュータに当該プログラムを走らせて、一定の機能が果たせるか否か、という点のみが重要な<sup>(47)</sup>」実用品である—と。

しかし、この批判には賛成できない。第一に、芸術作品は一つ一つがいわば手造りで個性が出るが、実用品は機械で大量生産されるが故に個性とはあまり関係がない、との趣旨であらうが、必ずしもそうとも言い切れない。例えば、音楽の録音は手造りで、声や演奏には個性が出るが、我々が聞くのはそれをCDに複製したものであつて、大量生産品である。小説も作家がペンで書いた原稿はそれこそ独特の字体で唯一無二であらうが、我々が読むのは大量生産された活字本である。他方、プログラムは工業製品に近いと言われるが、それは市販されているオブジェクト・プログラムのことであつて、その元になつてゐるソース・プログラムは設計から完成まで、通常は大勢の人の共同作業で手造りされる工芸品である。結局、両著作物の相違と言つても、決して本質的なものでなく、ただ人々の抱いているイメージ—一方は古来からのもので、他方は時代の最先端を行くもの—toに訴えて納得さ

せる相違に過ぎないことがわかるのである。

第二は、プログラムの機能的性格についてである。「プログラム以外の著作物であっても機能的性格を併有しているものは存在する。例えば機械の設計図：しかし：現実には機能を果たすのは、設計図に基づいて製作された機械であり、設計図それ自体ではない。：それに対してプログラムは、電子計算機に対する指令であり、それだけで電子計算機を動かすという機能を有しているという点が異なっている。：すなわち、プログラムにおいては、表現イコール機能という点において、従来の著作物とは決定的に異なっている<sup>(21)</sup>」。

この論拠は、語るに落ちたと言わねばならぬ。なぜなら、ウェラン対ジャスロー判決が言うように、「実用品の目的とか機能というのは、その作品のアイデア<sup>(22)</sup>」からである。いくら「表現しか保護すべきでない」と叫んでも、表現<sup>(23)</sup>アイデアの關係が成り立っているのであるから、結果的にアイデア保護になるのは避けられない。従って、「形式的には表現を保護していると言っても、現実には機能保護の側面を否定することはできない。そうなってくると、保護の対象は、形式的には表現であるとしても、実質的にはアイデアの保護に陥る<sup>(24)</sup>」と認めざるを得ないのである。

しかも、「機能」の捉え方が一面的である。機械の作動こそが機能と呼ぶにふさわしいと前提するから、設計図は機能しないものになってしまうが、そういう前提・思い込みを取り払えば、設計図も機能する。機械の構造を明らかにすることによってその製作を指導するというのが設計図の機能である。同様に、「電子計算機を動かす」のがプログラムの機能なら、プログラムの指令に従って「動く」のが電子計算機の機能である。このように、すべてのものがそれぞれ固有の機能をもつのであるから、プログラムだけが機能的性格をもつとは言えないのである。

最後に、特許権と著作権の相違を「一瞥<sup>いちべつ</sup>して締め括り<sup>しめくわ</sup>としたい。

## 註

(17) 大判昭和一〇年五月二四日―刑集一四卷五六〇頁、五六八頁(原文は漢字片仮名、句読点なし)。

(18) Whelan Associates, Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc., 797 F.2d 1222, 1233-4 (3rd Cir. 1986).

(19) 中山、ソフトウェアの法的保護(新版)、一三三頁。

(20) 中山、一三四頁。

(21) 中山、一三二頁註(3)。

(22) 小野昌延、知的所有権Q & A一〇〇のポイント「第三版」、四二頁。

(23) 小野、四三頁(です体を、である体に変更)。

(24) 清水幸雄、「コンピュータ・プログラムの保護」著作権のノウハウ「第三版増補」(平田・紋谷編、有斐閣選書)、三四頁。「プログラムが他の装置等と

結合して発明性が肯定される場合でも、特許要件である進歩性は通常、プログラム自体にはほとんど認められないと解されているので、右装置等およびそれらとの結合の点にその要件を備えなければならない」紋谷、新書、一九頁。

(25) 中山、二二頁。

(26) Whelan v. Jaslow, ibid 1236.

(27) 中山、二二―二頁。

## 第四章 結 論

通説では、特許法はアイデア保護法であるのに対して著作権法は表現保護法、と極めて単純化される。「特許制度は、新規性、進歩性についての実体審査、登録、短い保護期間、保護範囲のクレームによる限



定、そして技術の完全公開という条件の下に、アイデア保護法として発展してきた。それに対して、このような条件の欠如した著作権に特許権と同等あるいはそれ以上の効力を与えることは明らかに不当である。：アイデアのような抽象的存在に物権的に強力な効力を認めるのであるならば、先に述べたような特許法的な諸規定が必要となる<sup>88)</sup>。

しかし、そのような単純化には賛成しかねる。特許権は決して「抽象的存在」としてのアイデアに与えられるのではないからである。出願に当っては願書に「明細書」と「図面」を添付しなければならない（特許法三六条二項）。明細書には「発明の詳細な説明」の記述が要求される。この記述と図示のためには、バックグラウンドとしてアイデアの具体化が必須で、頭の中に存在しているだけでは到底この要件を充たすことができない。それ故、特許法はアイデア保護法と言うより、発明された物ないし事という意味での「技術」を保護するための法と言う方がより正確であろう<sup>89)</sup>。技術を保護することは、とりまなおさずそれを生み出したアイデアを保護することである。従って、特許法をアイデア保護法と特徴づけるのなら、著作権法もアイデア保護法である。著作権法を表現保護法と特徴づけるのなら、特許法は技術保護法である。

ところで、引用にあるように、特許権は厳格な方式を踏むことが要求されるのに対し、著作権は完全な無方式主義である。これで、両者は等しくアイデア保護法であり、効力も同等の権利が認められるとなれば、不合理と感ぜられるのも無理からぬところである。そこで、通説は次のように区別してきた。「特許権は絶対的独占権であり、たとえ無過失であっても、他人の特許権に抵触する実施をすれば特許権侵害となる。それに対して著作権は相対的独占権であり、たとえ他人の著作権と抵触するものを創作しても、それが模倣でなく独自に創作した

ものであれば著作権侵害とはならない<sup>90)</sup>」——と。

ところが、この差異も実際上はそれ程でもない。特許出願がなされた時に既に、その発明の実施を事業としていた又は事業の準備をしていた者には特許権は及ばず、従って発明者の独占とはならない、というルールがある（特許法七九条）。他方、「他人が独自の知的努力によって作り出したのであれば、類似はもちろん、たとえ全く同一であったとしても、著作権者はその作品の利用を差止めることができない」という著作権の弱さが、著作権者「にとつて不満の種になることは少ない」。なぜか。例えば、二人が全く同じ散文の一節を書く可能性というのは、統計学的に見て非常に稀なことである。従って、もしそういうことがあれば「我々は、よほど明確な立証がない限り、二人の作者のうち、後で書いた方がまねをしたに違いない」と推測するからである<sup>91)</sup>。

「著作権侵害訴訟においても、被告の作品が原告のと同じであるという事実を、原告は重要視する。なぜなら、被告のコピー行為を原告が実際に証明するのは難しいが、裁判所に二つの作品が同じであることを示し、被告に対しなぜそういうことになったか説明を求めることができるからである。もし原告の作品が被告のより先に作られて公表され、しかもそれがありきたりの表現のものでないとなれば、たとえ被告のコピー行為を証明できなくとも、侵害が推論されて当然である<sup>92)</sup>」。

こうして、法律上の絶対的独占と相対的独占も、現実にはそれほど相違をもたらさないとすれば、我々はどこに違いを見出すべきなのであろうか。それは、保護の対象——技術と著作物——のそれぞれの性質の違いによる、と私は考える。中山によれば、「小説・絵画・音楽等においては、他人の作品と類似させなければならぬ必然性は全くないし、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。すなわち、それらの従来型の著作物というものは、多様性の世界と言えよう。他方、技術というものは、効率や効果といった合理性の追究であり、自ずとある方向に収斂<sup>しやうれん</sup>される傾向にある<sup>83)</sup>。

より良い効果、より高い効率を求めて技術は横上げられてゆく。著作物に横への広がりがあるとすれば、技術には縦への高さがある。「発明された技術が公開されれば、同じような技術に対する重複投資が避けられるばかりでなく、むしろ公開された既存の技術をもとにさらに進んだ技術開発に資金と労力を投入できることになる。：（その代わり）技術を公開した対価として、一定の期間、その技術を独占的に利用する権利を与える<sup>84)</sup>」というのが特許制度である。

これに対して、横への広がりをもつ著作物においては、いくら独占権が認められようとも「経済的見地からすると、かなり弱い。探偵小説の作者は、死後五〇年まで出版・販売を許可する権利をもつ。しかし、だからと言って探偵小説の唯一の供給者になれるわけではない。同様に、新しいポピュラー・レコードの製作者は、自分のもっている独占権が市場においては殆ど役に立たないことを知る。なぜなら、市場では毎週一〇〇以上の新譜が売り出されているからである<sup>85)</sup>」。

こうして、法律によって似通った独占権が附与されても、技術と著作物とはそれぞれの固有の性質のために、経済的な意味が全然異ってくるのである。特許権は経済的に強力なだけに比較的短期で（一五年）保護を打切る必要があるのに対し、効力の弱い著作権は些<sup>いささ</sup>か常識はずれと思われるほどの長期間（作者の生存中十五〇年）保護しても、社会的利益を害することがないのである。それ故、本章冒頭で引用した「厳格な手続きを踏んで獲得される特許権と、何の手続きも要しない著作権が、全く同等にアイデアまで保護されるのではバランスを欠き、不当極まりない」との主張が、如何に的<sup>あた</sup>はずれであるかがわかるであろう。アイデアまで保護するかしないかの問題ではないのである。

ところで話を前に戻すと、ウェラン対ジャスローでは、プログラム  
の構造・手順・構成（略してSSO）は保護されるべしと判決された。  
通説によれば、これらはアイデアであり、少なくとも我国著作権法の  
言う「解法」（二〇条三項三号）に当たるから保護すべきでないことにな  
る。もし、モジュール間構造や処理の流れが「解法でないとするな  
らば、いったい解法とは何を指すのであろうか。同条（一〇条）は、  
モジュール間構造や処理の流れにつき著作権で保護することが好まし  
くないために設けられたものと考えるべきである<sup>86)</sup>。——しかし、解  
法も知的努力の成果としてアイデアには違いないので、「アイデアは保  
護されない」を当然の前提と考える通説の立場からは、同条は規定す  
る必要のない条文ということになってしまふ。これに対して私見では、  
アイデアでありながら保護されないというのは重大な例外になるか  
ら、法律上明記しておかなければならない、と説明がつくのである。  
因に、手順とか処理の流れについて私の考えを述べておくと、それは  
川の水である。他方、解法（Algorithm）というのは、その水の流れ方  
をコントロールする川床<sup>かわど</sup>のようなもの。構造がその川の水源ならば、  
構成は川の終着点、河口であらうか。これらSSOを総合的に見て、  
同一あるいは類似していれば、複製ということになるのである。

最後に「アイデアは保護されない」とする通説を論理的に批判する  
とすれば、段階論を目的論にすり替えた、ということになろう。「柿は、  
青いうちはまだ食べられない」という命題から、青いうちはという条  
件を勝手に消去してしまい、「柿は、食べられない」という命題に改変  
してしまった虚偽である。「アイデアは、表現されなければ法的保護を  
受けられない」この命題は正である。しかし、それを無条件の命題、  
即ち「アイデアは、保護されない」にすり替えた時、それはもはや正  
ではない。偽である。

## 註

- (28) 中山、一二〇—一二一頁。
- (29) 「特許法の保護対象は技術である」中山、九五頁。「発明された事」というのは、医薬・化学産業における製造の「方法特許」を念頭に置いている。参照、小野、知的所有権、四六頁。
- (30) 中山、九八頁註(2)。
- (31) J. Phillips & A. Firth, *Introduction to Intellectual Property Law* 15 (3rd ed, 1995) .
- (32) Phillips & Firth, *ibid.* 173.
- (33) 中山、九六頁。
- (34) 木村孝、コンピュータ・マルチメディアと法律 (TriEx Inc, 1993) 、三八頁 (丸括弧筆者)。
- (35) Phillips & Firth, *ibid.* 130.
- (36) 中山、一二一頁。