

コンピュータ・ソフトウェアと著作権

古 沢 博

1 まえがき

- 1 コンピュータは、現在では社会のあらゆる分野において利用され、これを支える土台となっている。これに伴って、コンピュータ産業の近年における発展は目ざましい。その中でも、ソフトウェア産業の発展は、ハードウェア（コンピュータ本体）産業のそれをしのぐものがあり、コンピュータ産業における研究開発のための投資の重点は、ハードウェアからソフトウェアに移っている。

コンピュータ・ソフトウェア（以下、単にソフトウェアという）は、その開発に極めて多額の費用を必要とするが、その複製は容易であり、しかも複製に要する費用は、開発の費用と比較すると、零に近いくらい安価であるという、特殊な性格を持っている。ここに、ソフトウェアの法的保護の問題が提起されるのである。そして、この必要性は、ソフトウェアがハードウェアから分離した独立の商品として取引の対象とされる方式（アンバンドリング）が確立され、また、不特定多数のユーザーによる使用を目的とするソフトウェア・パッケージとして流通するようになるとともに、一層強まってきた。

- 2 ソフトウェア、特にその中核をなすコンピュータ・プログラム（以下、単にプログラムという）の法的保護の手段として、従来から(1)特許権による保護、(2)著作権による保護、(3)トレード・シークレッツ（企業秘密）の法理による保護、(4)不正競争法による保護、などが説かれている。しかし、特許権による保護は理論的に可能であるとしても、保護を受けられるプログラムの

範囲は狭く¹⁾、また、権利取得の手續その他の点において、特許権による保護には多くの問題がある²⁾。他方、前記のようなソフトウェア流通の現状においては、これをトレード・シークレッツとして保護することは困難となつてきている。さらに、我が国においては、このトレード・シークレッツの法理および不正競争法は極めて未発達の状態にある。そこで、著作権によるソフトウェアの保護の可能性およびその問題点等が、近年我が国においても、外国においても、注目されてきている³⁾。

- 3 ソフトウェアの著作物性（従つて、著作権による保護の可能性）については、著作権審議会第2小委員会（コンピューター関係）の昭和48年6月の報告書は、「プログラムの多くは、いくつかの命令の組み合わせ方にプログラムの作成者の学術的思想が表現され、かつ、その組み合わせ方およびその組み合わせの表現はプログラムの作成者によって個性的な相違があるので、プログラムは、（著作権）法第2条第1項第1号にいう「思想を創作的に表現したものであって、学術の範囲に属するもの」として著作物でありうる⁴⁾。」として以来、多くの学説は同旨の見解をとっており⁵⁾、これを疑問視するも

1) 筆者は、プログラムの特許性 (patentability) について、これまでに、次の論文を書いている。「コンピュータ・プログラムの特許性について」(獨協大学創立10周年記念論文集(1974)288頁以下。なお、この論文は、AIPPI 19巻9号2頁以下に転載されている。), 「Benson 判決以後のコンピュータ・プログラムの特許性」(獨協法学13号(1979)1頁以下)。

2) 例えば、紋谷暢男「コンピュータ・ソフトウェアの保護——権利の性質からの検討——(1)」, コピライト278号(1984)3—5頁参照。

3) 拙稿「ソフトウェア保護の各国法制」, 法律時報55巻7号(1983)42頁参照。なお、アメリカについては、拙稿「アメリカにおけるソフトウェアの法的保護の動向」, 日本工業所有権法学会年報6号(1983)1頁参照。

4) 著作権審議会第2小委員会（コンピューター関係）報告書（昭和48年6月）11頁。

5) 例えば、内田晋「コンピュータに關した著作権法上の諸問題」, レファレンス367号（昭和56年8月）, 佐々木正峰「コンピュータと著作権」, 発明71巻5号55頁, 木村豊「コンピュータと著作権」, 発明71巻10号84頁, 11号66頁, 小山忠男「ソフトウェアと著作権」, ジュリスト707号163頁, 高石義一「日本におけるソフトウェアの民事法的保護」, ジュリスト755号49頁, 社団法人ソフトウェア産業振興協会ソフトウェア法的保護調査研究特別委員会「ソフトウェア法的保護に関する調査研究報告書」（昭和57年5月）。

のは見当らなかった。そして、このような情勢を背景として、東京地方裁判所は、昭和57年12月6日、テレビゲーム機用コンピュータ・プログラムについて、正面からその著作物性を肯定し、著作権法による保護を認める、我が国で最初の判決を下した⁶⁾。

ところが、前記東京地方裁判所の判決の直前、中山信弘教授は、プログラムの著作物性には疑問があり、プログラムの保護については、産業政策的な新立法を作り、ベルヌ条約の枠組から自由になることが重要である旨主張され⁷⁾、さらに、その後、上記判決に対しても同様の見地から批判を加えている⁸⁾。この前者の論文に対して、高石義一弁護士が、議論にかみ合わない点もあるが、ほぼ全論点について反論を加え⁹⁾、これらを契機として、プログラムの著作物性およびプログラム保護法制のあり方についての関心が高まり、これについて、再び突っ込んだ検討が始められ、多くの論述がなされるようになった¹⁰⁾。

一方、行政面においても、昭和58年1月に文化庁が著作権審議会第6小委員会（コンピュータ・ソフトウェア関係）を発足させ、また、通産省も同年4月産業構造審議会情報産業部会の下で、ソフトウェア基盤整備小委員会を発足させ、それぞれソフトウェアの法的保護の検討を開始し、前者の中間報告¹¹⁾は昭和59年1月に、後者の中間答申¹²⁾は昭和58年12月に、それぞれ作成されている。そして、これらの中間報告・中間答申を受けて、プログラムの法的保護につき、文化庁は著作権法の改正により、通産省は新たなプログラム権法の制定により、それぞれ対処しようとしているが、両者の調整がつかないため、現在ソフトウェア保護のための立法作業は中断状態にある。

- 4 本稿は、このような背景のもとに、ソフトウェアの法的保護のうち、著作権による保護に関し、ソフトウェア、特にプログラムが現行著作権法上、著

6) 無体財産権関係民事・行政裁判例集14巻3号796頁、判例時報1060号18頁。その後、同旨の横浜地方裁判所昭和58年3月30日判決、判例時報1081号125頁等がある。

7) 中山信弘「コンピュータ・ソフトウェアと著作権法」、ジュリスト778号41頁。

8) 同「コンピュータ・プログラムの法的保護」、ジュリスト784号14頁。

9) 高石義一「ソフトウェア保護の法的課題」、ジュリスト784号19頁。

作物として著作権による保護を受けられるかどうかの問題、すなわち、ソフトウェアの著作物性 (copyrightability) について検討しようとするものである。

2 ソフトウェアの概念

- 1 コンピュータ・ソフトウェアの法的保護、特にその著作物性の議論において、混乱をまねいている1つの原因は、この問題の技術的側面が法律家にとって理解しにくく、そのため議論の対象の範囲およびその性質についての認識にずれがあることである。従って、ソフトウェアの法的保護を考えるに当っては、保護の対象であるソフトウェアおよびその構成要素の概念を確定することが、本質的に重要である。

-
- 10) 既述のもののほか、プログラムの著作物性を認める見解として、紋谷暢男「コンピュータ・プログラムの著作物性・保護」, NB L275号6頁, 同「コンピュータ・ソフトウェアの保護」, コピライト1984年5月号2頁, 6月号2頁, 同「コンピュータ・ソフトウェアの保護」, 法律時報55巻7号15頁, 同「著作権法からのソフトウェア保護」, 法とコンピュータ2号34頁, 同「コンピュータ・プログラムと著作権 (判例評釈)」, ジュリスト昭和57年度重要判例解説253頁, 高石義一「ソフトウェア保護の法的アプローチ」, 法とコンピュータ2号17頁, 斉藤博「コンピュータ・プログラムの無断複製 (判例評釈)」, 判例評論294号220頁, はやし・しうぞう「コンピューター・ソフトウェアは著作権の対象になる著作物である (判例紹介)」, 時の法令1175号55頁, 播磨良承「コンピュータ・プログラムの著作物性と著作権法の問題点 (テレビゲーム事件) (判例評釈)」, 特許管理33巻6号749頁, 浜野英夫・高崎一夫「今話題のコンピュータソフトの著作権」(昭和58年)。また、プログラムの著作物性を否定するものとして、植松宏嘉「コンピュータ・ソフトウェアの法的保護と著作物性」, NB L290号12頁, 292号34頁, 293号30頁, 同「コンピュータ・ソフトウェアの著作物性」, 法とコンピュータ2号25頁。その他, 半田正夫「コンピュータ・プログラムと著作権」, 法学教室30号70頁, 北川善太郎「ソフトウェア保護のための法政策論」, 法とコンピュータ2号3頁, 同「ソフトウェア立法の動向」, 電子通信学会誌67巻4号427頁, 発明1983年6月特集「コンピュータ・ソフトウェア」などがある。
 - 11) 著作権審議会第6小委員会 (コンピュータ・ソフトウェア関係) 中間報告 (昭和59年1月)。
 - 12) 産業構造審議会情報産業部会「ソフトウェア基盤整備のあり方について——ソフトウェアの法的保護の確立をめざして—— (中間答申)」(昭和58年12月)。

2 そこで、次に、ソフトウェアおよびその構成要素ならびに本稿の主題に関連する用語の意味について述べる。

(1) 「コンピュータ・ソフトウェア」

1977年に作成された WIPO (World Intellectual Property Organisation, 世界知的所有権機関) 国際事務局の「コンピュータ・ソフトウェアの保護に関するモデル条項¹³⁾」第1条に従って、本稿でも

① コンピュータ・プログラム (computer program)

② プログラム記述書 (program description)

③ サポートイング資料 (supporting material)

を含むものと定義する。

(2) 「コンピュータ・プログラム」

機械で読み取ることのできる媒体と結合したとき、情報処理能力を有する機械をして所定の機能、作業、結果を示し、遂行し、達成させることのできる指示・命令のセット (モデル条項第1条(i))。

プログラムは、種々のレベルのコンピュータ言語によって書くことができるが、これらはいずれも、磁気テープ、磁気ディスク、穿孔カード、穿孔テープ又は読み出し専用メモリー (ROM) 等に格納し得る。

(3) 「プログラム記述書」

言語または図式その他の形式による、対応するコンピュータ・プログラムを構成する命令のセットを決定するのに十分な程度に詳細な、全手順の表現 (同第1条(ii))。

これには、システム設計書やフロー・チャートなどが含まれる。

(4) 「サポートイング資料」

問題記述書 (problem description) やユーザー用の説明書の如く、コンピュータ・プログラムの理解・適用を助けるために創作された資料であって、コンピュータ・プログラム又はプログラム記述書以外のもの (同

13) WIPO, "Model Provisions on the Protection of Computer Software", Industrial Property, December 1977, P. 259, これについては、紋谷暢男「WIPOのコンピュータ・ソフトウェアの保護モデル条項」, ジュリスト784号27頁に詳細な紹介がある。

第1条(Ⅲ)。

(5) 「オブジェクト・コード」(object code)

コンピュータにより直接理解され得る機械語 (machine language) による一連の指示・命令から成るプログラムであって、オブジェクト・プログラムとも呼ばれる。最も下のレベルのコンピュータ言語である。機械語による指示・命令は、「1」と「0」の連続によって構成されており、コンピュータが理解し得る唯一の言語である。コンピュータの処理のためには、他のすべてのコンピュータ言語は、オブジェクト・コードに変換される必要がある。

プログラム制御のコンピュータが最初に発明されたときには、すべてのプログラムは、機械語により書かれていたが、その後アセンブリ言語 (assembly language) や他的高级コンピュータ言語 (high-level language) によるプログラミングが一般的になった。現在では、通常のプログラマは、プログラム作成のために、機械語を使用する必要はなく、又これを理解する必要もない。しかし、熟達したプログラマにとって、これを理解したり、これを使用してプログラムを作成することが可能である。

オブジェクト・コードは、紙に書かれることも可能であり、磁気テープ、磁気ディスク、穿孔カード、穿孔テープ、又は集積回路から成る読み出し専用メモリー (read-only-memory, 以下 ROM と略称する) に格納することも可能である。さらに、機械装置を用いて、この ROM から、そこに格納されているオブジェクト・コードを他の ROM にコピーしたり、紙の上にこれをアウトプットすることも可能である。

(6) 「アセンブリ言語」(assembly language)

プログラムを読んだり、書くのを容易にするために作られた、機械語より高いレベルのコンピュータ言語の1つである。このアセンブリ言語による指示・命令は、アルファベットと数字の符号から成っており、コンピュータにより実行されるために、「アセンブラ」(assembler) と呼ばれる他のプログラムにより、対応するオブジェクト・コードに変換される。

(7) 「高級言語」(high-level language)

プログラマが現在最も多く用いるコンピュータ言語であり、英語に似た用語と文法を持つ。これを利用することにより、プログラミングが一層容易となった。「高級」とは、ハードウェアとの依存関係がより少ないという意味である。フォートラン (FORTRAN)、コボル (COBOL)、ベーシック (BASIC) 等のコンピュータ言語がこれに含まれる。

これらの高級言語は、「コンパイラ」(compiler) と呼ばれるプログラムにより、対応するオブジェクト・コードに変換される。

(8) 「ソース・コード」(source code)

アセンブリ言語あるいは高級言語により書かれたプログラムは、「ソース・プログラム」あるいは「ソース・コード」と呼ばれる。

3 ソフトウェアの著作物性

- 1 ソフトウェアのうち、プログラム記述書 (program description) およびサポーティング資料 (supporting material) の著作物性については、容易にこれを肯定することができ、一般に争がない。
- 2 問題となるのはプログラムの著作物性である。前述のとおり、我が国においては、昭和48年6月の著作権審議会第2小委員会 (コンピューター関係) 報告書がこれを肯定して以後永い間異論をみなかった。ところが、昭和57年秋、これを否定する見解が発表されてから、この問題についての論議が再び活発になってきた。その背景として看過できないのは、諸外国、とくにアメリカ合衆国におけるプログラム保護に関する1980年の著作権法改正およびその解釈をめぐる裁判例や学説の動きである¹⁴⁾。

アメリカは、コンピュータ産業、とくにソフトウェア産業において世界の先端を行く国であるが、そこでソフトウェアの法的保護手段として最も期待されているのが著作権による保護である。

1909年の著作権法を全面的に改正した1976年の著作権法は、「著作権のあ

14) これについては、注3)の拙稿参照。

る著作物の新技術による使用に関する委員会」(以下、CONTU と略称する)の1978年の最終報告書¹⁵⁾の勧告¹⁶⁾を受けて、1980年、プログラムに関する部分が改正された。その結果、コンピュータ・プログラム(「一定の結果をもたらすために、直接または間接にコンピュータに使用する記述または命令」と定義されている)の著作権による保護が初めて明文で規定された。そのため、アメリカでは、ソース・コードのプログラムの著作物性については問題がなくなったが、この法改正によりすべての問題が解決したわけではない。オブジェクト・コードのプログラム、特に ROM に格納されているオブジェクト・コードの著作物性および ROM がアメリカ著作権法第101条の定義する複製物(copies)に該当するかの問題や、オペレーティング・プログラム(operating program)の著作物性については、その後も裁判上¹⁷⁾および学説上¹⁸⁾争われてきた。しかし、現在のところ、未だ連邦最高裁判所の判例はないものの、控訴裁判所を含む下級裁判所の裁判例の大勢は、上記の諸点を肯定しているといえることができる。

15) Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, July 31, 1978, reprinted by Library of Congress (1979) (以下、CONTU Final Report という)、このうち、プログラムの保護に関する部分は、土井輝生「アメリカ新著作権法の解説」(昭和56年)164頁以下に翻訳されている。

16) CONTU Final Report, pp. 12—14.

17) その典型的な例が、Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 215 U. S. P. Q. 935 (E. D. Pa. 1982), rev'd 219 U. S. P. Q. 113 (3rd Cir. 1983)である。第一審判決は、ROM に格納されたオペレーティング・プログラムの著作権の侵害を理由とする予備的差止命令の申請を却下したが、控訴審判決により取り消された。この事件では、(1)オブジェクト・コードのプログラムに著作権が存し得るか、(2)ROM に格納されたプログラムに著作権が存し得るか、(3)オペレーティング・システム・プログラムに著作権が存し得るか、などが争点とされた。

18) 例えば、R. H. Stern "The legal protection of computer software and computer-related innovations in the United States", Industrial Property, April 1982, p. 152, May 1982, p. 176, その翻訳として、植松宏嘉・池田映岳 共訳「米国におけるコンピュータ・ソフトウェアおよびコンピュータに関する革新技術の法的保護」, ジュリスト784号38頁, 785号115頁, 786号83頁がある。ただし、特にことわりはないが、注を省略しているほか、本文にも文言を省略して訳出した部分が相当存在する。

3 我が国において、プログラムの著作物性が疑問であること、あるいはその著作物性の否定を精力的に主張されるのは、中山信弘教授¹⁹⁾および植松弁護士である²⁰⁾（以下、これを包括して単に「否定説」ということがある）。

もっとも、そのうち、中山教授の所説は、もしプログラムが著作物として著作権法による保護を受けるとした場合の問題点を詳説され、著作権法による保護が妥当でない旨を説かれるが、プログラムの著作物性について、具体的にどのように考えておられるのか、理解し難いところがある。例えば、同教授は、「ここで問題とするのは、あくまでも、ソフトウェアをコンピュータを用いて使用した場合に限定される」、「本稿で問題とするのは、あくまでもソフトウェアのコンピュータにおける使用である。」と問題を限定され、また「コンピュータで処理される以前の状態でのソフトウェア（例えばシステム設計書やフロー・チャート等）を無権原者がコンピュータ以外の方法で使用する、例えばそのシステム設計書を無断出版すれば著作権侵害となることは疑いない。」と述べているが²¹⁾、ここでいわれる「ソフトウェアをコンピュータを用いて使用した場合」又は「コンピュータで処理される」以前のプログラムの著作物性、もっと具体的にいえば、(1)コンピュータへ入力前のソース・プログラム（紙に書かれている場合もあり、磁気テープ、磁気ディスク、穿孔テープ、穿孔カード等に格納されている場合もある）、(2)コンピュータへ入力前のオブジェクト・プログラム（この場合も、紙に書かれている場合もあり得ないわけではなく（最初に紙に書かれた場合又はROMから機械装置を用いて紙上にプリント・アウトされた場合）、磁気テープ、磁気ディスク、穿孔テープ、穿孔カード等に格納されている場合もあり、さらには、コンピュータのハードウェアへ取付ける前、またはハードウェアから取り外された後など、ハードウェアから分離している状態のROMに格納されている場合もある）、の著作物性について、どのように考えられているのか、不明である。

19) 注7)および8)の論文参照。

20) 注10)参照。

21) 中山・前掲「コンピュータ・ソフトウェアと著作権法」、ジュリスト778号42頁。

これに反して、植松弁護士の所説は、特段の限定もなしに、オブジェクト・プログラムの著作物性のみならず、ソース・プログラムの著作物性をも否定するものであり²²⁾、その結論は、非常にはっきりしている。そして、その理由とするところは、アメリカ著作権法におけるプログラムに関する明文の規定の存在という特殊な情況から生ずるものを除けば、前記注17)の Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp. 事件の第一審判決および前掲注18)の Stern 氏の所説とほぼ同様であり、また、前記 CONTU 最終報告書におけるハーシー委員の少数意見²³⁾と共通するものがある。

4 著作物性についての基本的視点

- (1) 著作物とは、著作権法第2条第1項第1号に定義されているように、「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」であり、著作物の要件としては、次の3つがある²⁴⁾。

- ①思想または感情を表現していること。
- ②表現の創作性が存すること。
- ③文芸・学術・美術または音楽の範囲に属すること。

いうまでもなく、この著作物は、思想または感情の具体的表現として無体財産の1つであって無形のものである。この思想・感情の表現は、著作物の要件として固定要件が要求されていない我が国の著作権法（この点で、アメリカの著作権法と異なる）のもとにおいては、有形物上ではなく、無形的に表現されることができ、もちろん、有形的に表現されることも可能であるが、有体的に固定されて有形的に表現されている場合であっても、無形の思想または感情の表現（著作物）とこれが固定されている有体物とは、明確に区別されなければならない。

22) 植松・前掲「コンピュータ・ソフトウェアの法的保護と著作物性」, NBL 292号40・41頁, 「コンピュータ・ソフトウェアの著作物性」, 法とコンピュータ 2号27・28頁。

23) CONTU Final Report, supra pp. 27—37.

24) 斉藤博「概説著作権法」(昭和55年) 55頁。

- (2) それでは、プログラムは、一体どのような性質を持つのであろうか。

プログラムは、前述したように、「機械で読み取ることのできる媒体と結合したとき、情報処理能力を有する機械（コンピュータ）をして所定の機能、作業、結果を示し、遂行し、達成されることのできる指示・命令のセット」である。

このプログラムは、（一定の）「目的達成のために必要な種々の問題を細分化して分析し、そのそれぞれの解法を発見した上で、その発見された解法に従って作成されたフロー・チャートに基づき、専門的知識を有する第三者に伝達可能な記号語……によって種々の命令及びその他の情報の組合せとして表現されたものであり、当然のことながら右の解法の発見及び命令の組合せの方法においてプログラム作成者の論理的思考が必要とされ、また最終的に完成されたプログラムはその作成者によって個性的な相違が生じるものであることは明らかである²⁵⁾。」プログラムには、その作成者の独自の学術的思想が包含され、かつ、それがコンピュータ言語により創作的に表現されている。従って、プログラムは、一方では、有体物である媒体と結合してコンピュータを動作させるという実目的を持つと同時に、他方では、著作権法上保護される著作物にもあたると考えることができよう。

プログラムは、このように、学術的思想をコンピュータ言語により具体的に表現したものである。それは、前述のように、紙の上、穿孔テープ、穿孔カード、磁気テープ、磁気ディスク、ROM等の有体物上に、有形的に表現され、または格納されて、コンピュータを動作させることもできるが、そのほかに、例えば教育目的等のため口述、放送等により無形的に表現され、利用されることも不可能ではない。このように、プログラムそれ自体は無形存在なのである。

- 5 著作物の要件として、「人間に対する伝達の目的で作成されること」が必要か

25) 前掲注6)の東京地方裁判所判決、無体裁集14巻3号802頁。

著作物は、思想または感情の創作的表現であり、これにより人間の文化生活（ただし、この「文化」の概念は「産業」の概念と互に相排斥するものではない）を豊富にし、文化の発展に資するものである。その故に、著作権法は、かかる著作物を創作した著作者に著作権等の権利を与えて法的に保護しようとするのである。著作物の要件としての「表現」は、この意味において、それが人間に対して思想・感情を伝達し得る性質のものであることを要求しているものといえることができる。しかしながら、ここで必要とされるのは、思想・感情が創作者の精神から独立し、客観的に人間に覚知（場合によっては、機械装置の助けを借りて）し得る独立の存在となるということのみである²⁶⁾（なお、ここで人間に覚知し得る思想・感情は、単なるアイディア、着想等とは異なる具体的な思想・感情の表現でなければならない）。そして、このような意味で人間に覚知可能であれば、著作物の要件である「表現」が存在するといえるのである。

プログラムの著作物性を否定する見解のなかには、かかる人間への伝達目的がなければ、著作物の要件の1つである「表現」はないと主張するものがある。そして、人間が理解し得るものが必ずしも著作物とはかぎらないと主張し、その例として、熟練した技術者は機械を仔細に見れば、その機械の技術思想を理解し得るのにかかわらず、機械は著作物ではないと説く²⁷⁾。しかしながら、この主張は誤りである。著作物は本来無形のものであるから、有形物である機械自体が著作物である筈がないが²⁸⁾、そのような用語の用い方はさておいて、機械が著作物でないのは、それはその性質上、ある技術的效果を達成する物にすぎず、思想を蓄積し、見る者に対してこれを伝達するも

26) 紋谷・前掲、法律時報55巻7号21頁。Eugen Ulmer und Gert Kolle, "Der Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen", GRUR 1982, 496, 497, なお、これにその後の事実を書き加えて英文にしたものとして, "Copyright Protection of Computer programs", 14 IIC 159 (1983) があり, 後者からの翻訳として, 高石義一訳「コンピュータ・プログラムの著作権による保護」, ジュリスト811号, 812号, 813号がある。

27) 植松・前掲, NB L292号34, 39, 41頁, Stern, supra at 167 は, かかる目的を要求する。

28) 植松弁護士論文には, このような概念上の混乱が各所にみられる。

のではないこと、および、これを見る技術者に伝達されるものは（かりにあったとしても）、単なる技術的アイディアにすぎず、かかる技術的アイディアは著作権の保護対象となり得ないからである。人間に対し思想等を伝達する目的で作られたものではないから、というわけではない。

プログラムには、以上のような意味の「表現」が存在する。

第一に、プログラムは、人間にとって覚知し、読むことのできるものである。ソース・プログラムは、紙に書かれたものであれ、その他の媒体に格納されたものであれ、直接または機械の援助のもとに、訓練されたプログラマにより読み取り可能である。オブジェクト・プログラムも、同様に、紙上に書かれたものであれ（コンピュータの内部コントロールのためのプログラムの中には、直接機械語により書かれるものもある）、磁気テープ、磁気ディスク、さらには ROM に格納されたものであれ、前者については直接、後者については機械の援助のもとに紙上にプリント・アウトされたものを、訓練された熟達したプログラマは理解し、読むことが可能である。

第二に、かりに、著作物の要件の1つとして、「人間に対する伝達目的」が必要だとしても、そして、プログラムの一次的な使用目的がコンピュータへの伝達であるとしても、プログラムは、本来、綿密なテストとデバッグを必要とし、また不断のバージョン・アップを必要とするものである。その際、プログラマは、自己または他人の作成したプログラムを読み、これを分析する必要がある。プログラムは、二次的にかかる機能ないし目的をも併有しているのである²⁹⁾。

6 オブジェクト・プログラムの著作物性

オブジェクト・プログラムは、前述のとおり、コンピュータが理解できる機械語により作成されたプログラムであり、既述のとおり、その存在形式には種々のものがある。ここで注意すべきは、機械語は機械が理解することのできるコンピュータ言語であるが、このことは、機械のみが理解でき、人間

29) オブジェクト・コードについて同様の趣旨を説くものとして、Note, "Copyright Protection of Computer Program Object Code", 96 Harvard Law Review (1983) 1731.

には理解できない言語であることを意味しないことである。その存在形式の如何を問わず、前述のように、機械語によるオブジェクト・プログラムも人間が読み、かつ、書くことのできるものである。そして、機械語により直接オブジェクト・プログラムが作成された場合には、これにより創作行為がなされ、オブジェクト・プログラム自体が著作物となる。ソース・プログラムが、アセンブラまたはコンパイラにより、オブジェクト・プログラムに変換された場合には、当該オブジェクト・プログラムは、ソース・プログラムの複製物と解される³⁰⁾。

7 ファームウェア化されたプログラムの著作物性

ファームウェア (Firmware) は、通常コンピュータのコントロール・メモリ内に存するマイクロ・プログラムと定義されている。その代表的なものが ROM (read-only-memory, 読み出し専用メモリ) である。このような ROM は、一見すると、ハードウェアの一部のように見えるが、そこに格納されているプログラム (オブジェクト・プログラム) に着目すれば、他のプログラムと異なるところはない³¹⁾。オブジェクト・プログラムがコンピュータの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であり³²⁾、前述のオブジェクト・プログラムの著作物性についての検討が、そのままあてはまる。

なお、ROM は機械の一部であるとの見解がある。例えば、従来物理的、機械的方法によりなされてきた自動制御が IC を利用したコンピュータ制御に切り替えたなら著作権の対象となるのはおかしいというのである³³⁾。

ROM は、それを物的・技術的側面からみれば、ひとつの物であり、機械装置であることに間違いない。しかし、それは同時に、ある種の情報 (プログラム) を電子的に格納しており、その格納されたプログラムは、それから

30) 前掲、著作権審議会第6小委員会 (コンピュータ・ソフトウェア関係) 中間報告 33—35頁。注6) の東京地方裁判所昭和57年12月6日判決。

31) 中山・前掲、ジュリスト778号47頁も、このこと自体は一応認めている。

32) 注30) の著作権審議会第6小委員会の中間報告35頁。

33) 中山・前掲、ジュリスト778号47頁。なお、植松、前掲、NBL 292号39頁も、ROMはそれ自体が最終製品たる「物」とであると述べている。

機械装置を用いてアウトプットすることのできるものなのである。ここに、「物」である ROM とそこに格納されたプログラムの区別があり、このような「物」から区別されたプログラムについては、特許権による保護³⁴⁾とは別個の考慮が必要とされる。

- 8 以上のとおり、プログラムは、学術的思想を表現したものであり、現行法上著作権の保護を受け得る著作物であるといえることができる。

それでは、この問題に関する外国における動向はどうであろうか。筆者は、さきに、これについて論述したことがある³⁵⁾ので、詳述を避けるが、プログラムに著作権による保護を認める傾向は、諸外国においてますます強まってきているようである。また、ベルヌ条約および万国著作権条約による著作権保護の世界的ネットワークを考えると、著作権を基本とするプログラム保護制度は、考慮に値するものと思われる。

4 おわりに

- 1 以上のとおり、プログラムを含めて、ソフトウェアは著作物性を有しており、現行法上著作権による保護を受けるものであるが、その問題とは別に、プログラムを著作権により保護した場合に生ずる問題の検討が必要である。この点について、中山教授は、問題点として、①ソフトウェアの保護の目的、②人格権、③権利の存続期間、④翻案の問題、⑤利用関係の処理、その他にわたって、詳細な指摘をされ³⁶⁾、これに対して、高石弁護士がその殆どの論点について反論を加えており³⁷⁾、紋谷教授もその問題の多くについて述べられている³⁸⁾。詳細は、ソフトウェアの保護制度のあり方とともに別の機会に譲るが、中山教授の指摘する問題点がソフトウェア（特にプログラム）

34) 特許庁「マイクロコンピュータ応用技術に関する発明についての審査運用指針」（昭和57年10月）参照。

35) 拙稿「ソフトウェア保護の各国法制」，法律時報55巻7号（1983）42頁。

36) 中山・前掲，ジュリスト778号42頁以下。

37) 高石・前掲，ジュリスト784号19頁。

38) 紋谷・前掲，コピーライト1984年5月号7頁以下，6月号2頁以下。

の著作権保護の決定的な障害になるとは考えられない。重要なのは、ソフトウェア保護のための具体的な内容である。同教授と同じく、ソフトウェア保護のための産業政策の新規立法を提唱する通商産業省のプログラム権法の構想も、その内容とされている権利の性質を検討すると、基本的にはいわゆる著作権的なアプローチを採用している（1977年に WIPO が作成した「ソフトウェアの保護に関するモデル条項」も、1983年に WIPO（パリ同盟）の、ソフトウェアの法的保護に関する第 2 回専門家委員会で討議された「ソフトウェアの保護に関する条約草案」も、いずれも同様である）。このような新規立法がなされる場合、著作権法による保護との関係が問題となるが、プログラムが本質的に「著作物」であるとするならば、新規立法によってプログラムに対する著作権保護を排除することは、ベルヌ条約のうえから不可能であろう。また、通産省のプログラム権法の内容とされている、排他的権利としてプログラム使用权を創設することおよび裁定による使用許諾制度の創設についてもかえって問題が多い。

前記の WIPO（パリ同盟）主催の第 2 回専門家委員会は、ソフトウェアの保護に関する条約草案の討議を一時中断し、WIPO（ベルヌ同盟）がユネスコと共同して、現行著作権法および著作権条約によるソフトウェアの保護を研究するための政府専門家委員会（なお、この専門家委員会は、1985年 2 月 25日から 3 月 1 日まで開催されることになった）の結果をまって再び招集されることになっている。

このような国際的状況およびコンピュータ技術および産業の急速な発展と変化という流動的な状況のもとにおいては、前述のとおり、現行著作権法によるソフトウェアの保護が可能である以上、我が国のみがいま早急に新規立法を急ぐことは得策とは考えられない。差し当っては（将来はともかく）、国際的なソフトウェア保護の動向をにらみながら、現行著作権法に必要な改正を加えて対処すべきであろう。