

平成12年(ワ)第2452号 著作権侵害差止等請求事件
口頭弁論終結日 平成14年4月22日

判決

原告
訴訟代理人弁護士
被告
訴訟代理人弁護士

大斗有限会社
近藤剛史
有限会社富士測機
鈴木章

主文

- 1 被告は、原告に対し、金216万円及びこれに対する平成12年3月19日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。
- 2 原告のその余の請求をいずれも棄却する。
- 3 訴訟費用はこれを8分し、その1を被告の負担とし、その余を原告の負担とする。
- 4 この判決は、第1項に限り、仮に執行することができる。

事実及び理由

第1 請求

- 1 被告は、別紙物件目録(1)(2)記載のプログラムを複製・頒布してはならない。
- 2 被告は、別紙物件目録(1)(2)記載のプログラムを格納した別紙記憶媒体目録記載の各記憶媒体から、別紙物件目録(1)(2)記載のプログラムを消去せよ。
- 3 被告は、別紙物件目録(1)(2)記載のプログラムをインターネット・サーバーに送信可能化・公衆送信・複製してはならない。
- 4 被告は、原告に対し、金1200万円及びこれに対する平成12年3月19日(訴状送達の日)の翌日から支払済みまで年5分の割合による金員を支払え。

第2 事案の概要

本件は、別紙物件目録(1)記載のソフトウェア(以下「本件ソフトウェア」という。)を販売する原告が、別紙物件目録(2)記載のソフトウェア(以下「被告ソフトウェア」という。)を製作、譲渡、公衆送信する被告に対し、主位的に、被告ソフトウェアが本件ソフトウェアを複製又は翻案したものであり、被告の製作、譲渡、公衆送信行為が原告の著作権(複製権、翻案権)を侵害するとして、著作権法112条1項に基づきその差止めを求めるとともに、損害賠償を請求し、予備的に、被告の被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為が不法行為に該当するとして、民法709条に基づきその差止め及び損害賠償を求めたものである。

1 争いのない事実等

(1) 当事者

ア 原告は、平成11年4月に設立されたソフトウェア業等を目的とする有限会社である。原告代表者のAは、平成5年から平成10年10月末まで、被告に営業社員として勤務し、同年11月1日から原告設立までは、個人で測量機械の修理調整、測量用品、事務用品の販売等の事業を行っていた(甲53)。

イ 被告は、昭和52年9月に設立された測量器、試験機、気象機、事務機等の販売及び修理を業とする有限会社である。

(2) 本件ソフトウェア(甲53)

ア Bは、平成10年11月ころから、高知県の公共事業入札及び公共事業における契約関係書類並びに現場管理関係書類の作成支援ソフトウェア「オートくん(Ver.1)」(以下「本件旧バージョン」という。)を製作し、平成11年1月ころ完成させた。

イ Bは、平成11年4月、本件旧バージョンに関する著作権等一切の権利を原告に譲渡した。

ウ 原告は、平成11年4月ころ、本件ソフトウェア「オートくん(Ver.2.00)」を完成させ、一般顧客に対する販売を開始した。

(3) 被告ソフトウェア

被告は、平成11年4月ころ、被告ソフトウェアを製作し、これを営業先に頒布するとともに、インターネット上の被告ホームページを利用して公衆送信している(甲40)。

2 争点

(1) 主位的請求(著作権侵害)

ア 本件ソフトウェアの著作物性

イ 被告ソフトウェアは、本件ソフトウェアを複製又は翻案したものといえ

るか。

(2) 予備的請求（不法行為）

被告による被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為が不法行為に当たるか。

(3) 原告の損害額

第3 争点に関する当事者の主張

1 争点(1)（著作権侵害）について

(1) 同ア（本件ソフトウェアの著作物性）について

【原告の主張】

ア 本件ソフトウェアは、全体的に見れば、①複数の会社データ又は工事が保存できる、②工事データ画面に情報を入力すると、約80種類の書類の必要箇所に自動的にリンクしているので一度の入力作業で済み、効率的な事務処理を行うことが可能である、③各シートにパスワードでロックをしているため、誤った箇所に入力するミスを事前に防止することができるという特徴を有している。

イ 本件ソフトウェアと被告ソフトウェアに共通する部分にも、次のとおり、原告の創作性が認められる。

(ア) 全体の構成における創作性

a 帳票類の選択及び配列

b 「高知県」だけでなく「高知市」にも対応できる書式

(イ) コメント部分を用いた入力支援の創作性

本件ソフトウェアは、次のセル部分にコメント表示をしているが、これは高知県の契約書類及び管理書類に通曉する者にとっても当該書類を容易に作成できるようにした入力支援機能で、原告独自の創意・工夫に基づくものである。

a 「交通整理員 時間」(甲26の3)

b 「コンクリート品質管理図 空気量」(甲29の3)

c 「水替時間管理表 時間」(甲27の5)

(ウ) 高知県書式にない書式の創作性

a 水替時間管理表を3列表記とする(甲27の2)。

高知県の水替時間管理表の書式では、2種類の水替ポンプしか管理できないが、本件ソフトウェアでは、水替管理表を3列表記とし、3パターンを同時に比較できるようにした点に原告独自の創作性が認められる。

b 交通整理員時間管理表(甲26)には、所要人数及び時間の把握を容易にすることにおいて創作性がある。

(a) 縦36日を3行作り、108日間の管理を可能としたことにより、一覧性に優れ、交通整理員の時間管理が容易に把握できる。

(b) 累計時間を8時間で割り、交通整理員の延べ人数を自動計算させることにより、当該作業に延べ人数でかかる時間を瞬時に把握する。

(c) 交通整理員が作業した工種が分かるように作業内容欄を作る。

ウ 帳票・画面表示の創作性

本件ソフトウェアは、全体としては無用な階層化をせず、できるだけ簡易な構造にすることにより、しかも帳票の表示順序にしても、工事の実情等に応じた創意工夫を講じている。また、本件ソフトウェアの帳票・画面表示には、次のとおり、原告において、表現者の個性が表れた選択・配列方法の下、一定の創作性を認める余地のある態様で個々の表現行為がなされており、全体として一個の著作物性を認めることができる。

(ア) 「完成検査検測結果表」(甲11の3)におけるリスト作成機能、VBAによる記述(具体的表現)

(イ) 「見積根拠資料」と「請負代金内訳書」を2パターンから選択可能とし、レイアウトを左右反対に変更する(甲12の3)。

(ウ) 「課税事業者届」と「免税事業者届」を選択可能とする(甲13の3)。

(エ) 画面上で「第30条第3項」か「第31条第4項」のどちらかを選択すれば書類が入れ替わり、印刷できるようにする(甲22の3)。

(オ) コンクリート品質管理図(甲29の3)のセルB6～B12にコメントを表示する。

【被告の主張】

本件ソフトウェアは、作成者の思想又は感情が創作的に表現されているとは考えられず、著作権法の保護の対象となる著作物性を有しない。入力された書式

は、高知県等において公表されており、そうした書式ソフトを作成しようとするれば、帳票部分は誰が作成しようとする同一ないし類似の内容にならざるを得ない。

原告が、本件ソフトウェアの創作性として主張する機能、特徴は、エクセルの機能を活用したありふれたものにすぎず、格別の創作性はない。複数の会社データ及び工事が管理できる機能がある文書作成ソフトは平成11年以前から多数存在するし、一度情報を入力すれば次回以降は前回と同一の内容が自動的に入力される機能も目新しいものではない。また、シートにパスワードでロックをかけ、決まった箇所にはしか入力不可能とする機能は、エクセルの代表的な機能である。原告が、本件ソフトウェアと被告ソフトウェアに共通する創作性ある部分と主張する部分も、エクセルの機能を活用したものにすぎず、格別目新しいものではない。なお、被告は、原告が設立される前から、建設省や市町村に対応した書式を製作していた。

(2) 同イ（被告ソフトウェアは本件ソフトウェアを複製又は翻案したものといえるか）について

【原告の主張】

ア 被告が本件ソフトウェアをデッドコピーしたことは、被告ソフトウェアの帳票部分に次の特徴があることから明らかである。

(ア) 被告ソフトウェアの帳票部分には、本件ソフトウェアの帳票部分と同じ「o o t oによるコメント付き」「Bによるコメント付き」とのコメント部分がある。これらのコメントは、一台のコンピュータ（「B」と名前を付けたコンピュータ）に固有のものであり、外のコンピュータからは「Bによるコメント付き」というコメントは作成できない。

(イ) 被告ソフトウェアの帳票部分には、意味のない空白セルについて、本件ソフトウェアの帳票部分と同一のセル位置に同一のフォントの設定がされている部分が多い。これは、高知県発行の様式に少しでも近づけようと試行錯誤を繰り返した形跡である。被告ソフトウェアがこのような意味のない空白セルの設定まで本件ソフトウェアと等しいことは、これをそっくりそのままコピーしたことの徴表である。

(ウ) 被告ソフトウェアの帳票部分には、本来存在すべき線や括弧が抜けているものがある。これは、本件ソフトウェアにおいて図形又はテキストボックスで入力されているため、ワークシート全体をシートが保護された状態でそのままコピーした場合には抜け落ちる部分である。

(エ) 被告ソフトウェアの帳票部分には、間違った数字部分（例）のように、原告が本件ソフトウェア作成時にしたミスや矛盾をそのまま引き継いだ部分がある。

(オ) 被告ソフトウェアの帳票部分には、「水替時間管理表」が3列表記になっていること、「交通整理員時間管理表」が作成されていることなど、高知県の書式にない原告のオリジナルな部分と全く同じ部分がある。

イ 被告の従業員Cは、平成12年7月12日、A及びBに対し、①自分がコピー（違法複製）という過ちを犯した、②そのことを被告社長にも説明した、③被告社長も自分も悪いと考えている、④被告社長は和解をする意向である、⑤知らない（否認）という本件訴訟における主張は被告訴訟代理人がアレンジした、⑥スランプ（甲29の6）や天気予報（甲38の6）の図を作ることが非常に難しいと思ったと述べ、⑦謝罪文を書くことと申し入れた。

また、Cは、本件訴訟で、「大斗のほうではプログラムがあるけど、うちでは存在しないという記述がほとんど…敢えてそういうところはなるべく省いている」と証言し（C証人調書50頁9行目）、被告ソフトウェアが本件ソフトウェアのプログラム部分を削除することにより製作されたことと証言している。このことから、被告ソフトウェアが本件ソフトウェアに依拠して製作されたことが明らかである。

【被告の主張】

ア 本件では被告は全くデッドコピーを行っていない。そもそも、被告は、本訴提起前に本件ソフトウェアの内容を認識していたわけではない。本件ソフトウェア（検甲1）は、複製してインストールすることが極めて困難な構造であり、被告が複製やインストールをすることは不可能であるのに対し、原告自身が被告の作成したものに「o o t o」等のコメント表示がなされるように改変することは容易である。

イ Cは、平成12年7月、Aから謝罪文に署名するよう求められたが断つ

たものであり、原告に対し、本件ソフトウェアを盗用したことを認めた事実はない。

2 争点(2) (被告による被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為が不法行為に当たるか) について

【原告の主張】

被告による被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為については、次のような事情があるから、不正競争防止法2条1項3号の趣旨に鑑み、民法709条の一般不法行為が成立する。

(1) 被告ソフトウェアは、本件ソフトウェアのデッドコピーである。

(2) 被告は、デッドコピーを行ったこと、あるいは模倣行為に関する認識(故意)を有していた。

(3) 被告の営業活動は、目的及び態様において、取引通念を逸脱した違法なものである。被告は、原告の営業を妨害する目的で、顧客に対し、被告ソフトウェアが本件ソフトウェアと同じであると説明し、「他の会社にもコピーしてあげて下さい。」「大斗さんが書類のソフトをPRしてませんか。しているならうちからパソコンを購入してくれれば無料ですよ。」「自分の所の書類のソフトは無料です。私らは善意の第三者です。」と申し向けて、被告ソフトウェアを無償で配布した。また、被告は、本件ソフトウェアについて「富士測機の時に開発していて、独立したらしいね。」と虚偽の事実を述べて、原告の信用を毀損した。

(4) 被告は、原告と競合する顧客(四国土建株式会社、株式会社西村組)に対しても前記(3)のような意図的な営業妨害行為を行い、これにより、原告の本件ソフトウェア及びパソコンの商談が実際に壊れた。

【被告の主張】

被告による被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為について、一般不法行為は成立しない。被告ソフトウェアは本件ソフトウェアと酷似しておらず、被告は原告が主張するような発言はしていない。Aは、被告を退職する前に、書式のソフトを作る商売をする旨被告の従業員に話しており、そのような話が顧客に伝わることはあり得る。

3 争点(3) (原告の損害額) について

【原告の主張】

(1)ア 本件ソフトウェアの売上げは、被告ソフトウェアが頒布されるまでは毎月平均20本であり、今後3年間は毎月20本の売上げが可能であった。しかるに、被告が被告ソフトウェアを無償頒布してから、原告は1か月平均10本の売上げを喪失した。

原告の本件ソフトウェア1本当たりの平均利益は10万円であるから、原告は、被告の著作権侵害行為によって、10万円(本件ソフトウェア1本の平均利益)×10本(月別売上減少本数)×3年(売上可能年数)=3600万円の得べかりし利益を喪失した。

イ 仮に、アの損害が認められないとしても、被告は被告ソフトウェアを平成11年5月から10月ころまでの間に、無償にて、少なくとも60本頒布した。よって、原告は、本件ソフトウェアの定価である20万円×60本=1200万円の利益を失った。

ウ 被告は、故意に原告の営業妨害を行う目的で、競業市場において本件ソフトウェアのデッドコピーである被告ソフトウェアを60本以上譲渡した。このような被告の行為の悪質性を勘案すると、本件ソフトウェアの平均定価である20万円に60本の本数を乗じた額である1200万円が著作権法114条2項にいう「受けるべき金銭の額に相当する額」になる。

(2) 上記以外に、原告は次のような損害を被った。

ア 侵害調査費用 30万円

イ 弁護士費用 100万円

(3) 原告は、上記(1)、(2)の損害額の内金1200万円を請求する。

(4) 本件における被告の不当な営業妨害行為の正確な実体は被告のみが知り得るところであり、これまで原告が受けてきたすべての損害(調査費用や慰謝料等を含む)につき立証することに困難を伴うため、裁判所において相当な損害額の賠償を命ずることも求める(民事訴訟法248条)。

【被告の主張】

原告の主張は争う。本件では被告の行為と因果関係のある損害はない。

(1) 高知県の書式内容は、平成11年6月以降、毎年6月に変わるから、それ

以降に損害が生じているとは考え難い。被告は、平成11年6月以降、書式の変化に伴いソフトウェアを作り直しているのであるから、原告主張の売上激減は被告の行為と因果関係がない。

(2) エクセルを修得した者が増加すれば、本件ソフトウェアを購入しなくとも、自力で書式を入力作成することは容易である。高知県・高知市・国土交通省が必要な書式をインターネットで提供している今日、不況が伝えられる工事業者が20万円を払ってソフトを購入する必要は少ない。

(3) 原告は、本件ソフトウェアの平均定価が20万円と主張するが、どのように定価を変動させているのか全く明らかにしていない。被告が調査した限り、本件ソフトウェアの1本目は15万円以下、2本目は5万円以下で販売されているということであった。

(4) 不法行為による損害については著作権法114条は適用されない。

第4 当裁判所の判断

1 争点(1) (著作権侵害) について

(1) 同ア (本件ソフトウェアの著作物性) について

プログラムとは、「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として表現したもの」(著作権法2条1項10号の2)であり、著作物として保護されるためには、創作性(同法2条1項1号)を必要とする。証拠(乙22、検甲1、弁論の全趣旨)によれば、本件ソフトウェアは、マイクロソフト社製汎用表計算ソフト「エクセル」のマクロ機能を使用してビジュアルベーシック言語により書かれたプログラムであり、高知県に提出される土木関係書類書式が入力された帳票部分と、一定のまとまりのあるプログラム言語の組み合わせによりコンピュータへの一連の命令を表現したプログラム部分から構成されていることが認められる。

このうち、帳票部分は、高知県の土木関係書式をエクセルのワークシートに入力したものであり、誰が作成しても同一又は類似の記載にならざるを得ないから、作成者の何らかの個性が表現されたものとはいえず、帳票部分のみで独自に著作物とすることはできない。なお、帳票部分には、1枚のシートで2つの書式を選択可能としたり(甲12、13の各3、弁論の全趣旨)、レイアウトを高知県の書式(甲12の1)と左右反対にしたり(甲12の3)、コメントを付加したりするなど(甲29の3・6)、高知県の土木関係書式には存在しない部分があるが、これらは既存の帳票を改良するアイデアをエクセルのワークシート上に表現したものであり、これらの改良部分が存在することをもって、帳票部分を独自に著作物とすることはできない。

しかし、本件ソフトウェアは、プログラム中の命令の組み合わせについては、作成者であるBの個性が現れているものと認められ(乙22、証人C)、これら一連の命令部分と帳票部分を組み合わせることにより、一度の入力により複数の会社及び工事データを管理するなど原告の意図する機能を実現するものといえる。そうすると、本件ソフトウェアは、全体としては、プログラム中の命令の組み合わせ、モジュールの選択、解決手段の選択等のプログラムの「表現」に創作性が認められるから、著作物に当たると認めるのが相当である。

(2) 同イ (被告ソフトウェアは本件ソフトウェアを複製又は翻案したものといえるか) について

証拠(乙19、20、22、23、証人C、弁論の全趣旨)によれば、本件ソフトウェアのコードと被告ソフトウェアのコードを比較すると、本件ソフトウェアでは、標準モジュール部分にプログラムが記載されているのに対し、被告ソフトウェアでは、帳票を表すワークシート一枚一枚にマクロを割り当てて短いプログラムが記載されているという特徴があり、その結果、二つのソフトウェアの間には、プログラムの表現及び機能において、次の相違点があることが認められる。

ア 本件ソフトウェアにはプログラムの冒頭に変数宣言が存在するが、被告ソフトウェアは変数を全く使っていないため変数宣言がない。

イ 本件ソフトウェアには、ファイルを開くときのプログラムにおいて、subプロシージャとして定義された“gamen” “deffile” “defpath”を実行するようになっているが、被告ソフトウェアではsubプロシージャを実行するような記述はなされておらず、ファイルを開くドライブをCに固定し、フォルダも“syorui”に固定している。

ウ 本件ソフトウェアでは、標準モジュール内のメインメニューを開くプログラムにおいて、「初期設定」「契約書類」「管理資料」「上書保存」「保存終

了」「強制終了」のメニューを登録している。これに対し、被告ソフトウェアではボタン一つ一つにプログラムを与えている。

エ 本件ソフトウェアには、作業状態を保存するプログラム、ファイル名を付けて保存するプログラム、ファイルを閉じるプログラムが設けられている。これに対し、被告ソフトウェアには、「現在開いているブックを閉じる」プログラムはあるが、ファイルを保存するプログラムがない。

オ 本件ソフトウェアには、次のシートに画面が変わるプログラム、前のシートに画面が戻るプログラムがあるが、被告ソフトウェアには、このようなプログラムがない。

カ 本件ソフトウェアにはエラーが出た場合の処理（「システムの異常の可能性がります。販売者まで連絡をして下さい。」などと画面に表示する。）を行うプログラムがある。被告ソフトウェアは、エラーが出た場合には、“On Error Resume Next”、“On Error Go To 0”という宣言によりエラーをとばす処理をしている。

キ 本件ソフトウェアには会社情報呼び出すプログラム、社員名登録のプログラム、工事場所の登録プログラムがあるが、被告プログラムにはこのようなプログラムがない。

以上によれば、被告ソフトウェアは、本件ソフトウェアとは構造が著しく異なり、本件ソフトウェアに設けられている機能の多くを有しておらず、プログラムの具体的な表現といえるコードにも類似する部分がないから、構造、機能、表現のいずれについてもプログラムとしての同一性があるとは認められない。したがって、被告ソフトウェアは、本件ソフトウェアを複製又は翻案したものとはいえない。

原告は、被告が本件ソフトウェアをデッドコピーしたことの徴表として、被告ソフトウェアの帳票部分の特徴を指摘するが、本件ソフトウェアに含まれる帳票部分に著作物性を認められないことは前記のとおりであるから、帳票部分において被告ソフトウェアが本件ソフトウェアに酷似し、前者が後者をデッドコピーした徴表があるとしても（この点の認定判断は後記2のとおりである。）、被告ソフトウェアが本件ソフトウェアを複製又は翻案したことを肯定する根拠とはならない。

(3) そうすると、原告の本訴請求のうち、著作権法112条1項に基づく被告ソフトウェアの複製、頒布、公衆送信の差止めを求める請求及び著作権侵害に基づく損害賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく、理由がない。

2 争点(2)（被告による被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為が不法行為に当たるか）について

(1) 帳票部分の類似性について

ア 被告ソフトウェアに含まれる35枚のワークシート（甲5～39の各5、検甲2、以下「被告シート」という。）を本件ソフトウェアのワークシート（甲5～39の各3、検甲1、以下「本件シート」）と対比すると、次のとおり、22枚が本件シートに依拠していることを示す徴表を有することが認められる（甲5～39の各6）。

① 配置予定技術者届出書（甲5の3・5）

本件シートが45行×20列、被告シートが37行×20列であり、行数に違いがあるが、本件シートの14、16、17、19、20、22、23、25行は文字の高さの調整のため設けられた高さ“3”の小さい行であり、これを除けば両者は同じ大きさになる。また、各文字のフォントの大きさがほとんど同一である。高知県の書式（甲5の1）では、「配置予定技術者届出書」と記載されるが、本件シート及び被告シートは、「配置予定技術者届け出書」と記載されている。

② 委任状（甲6の3・5）

本件シートが34行×14列、被告シートが33行×14列で、シートの高さがほぼ一致する。

③ 材料使用承諾願（甲9の3・5）

本件シートが47行×16列、被告シートが47行×14列であり、本件シートのM列とP列を削除すればシートの高さが一致する。字の大きさがほとんど同じである。

また、両シートとも、セルI8にマウスポインタを持っていくと、画面左下のコマンドバーに「Aによるコメント付き」の文字が表示される。このコメントは、コメントを付した際に使用されたコンピュータの登録名を示すものであ

り、被告シートが「A」と登録されたコンピュータで作成されたことを推測させる徴表である（以下⑬⑭⑮⑯⑰⑱も同じ）。

④ 着手届（「着手及び主任技術者又は管理技術者並びに現場代理人届及び工程表の提出について」（甲10の3・5）

本件シートが40行×28列、被告シートが41行×28列であり、シートの大さがほぼ一致する。

⑤ 完成検査検測結果表（甲11の3・5）

両シートとも37行×11列であり大きさが全く同一である。また、入力例のすべての語句、数値（セルB9～I12）が一致するが、これらの記載は高知県の書式（甲11の1）にはない。

⑥ 見積根拠資料（甲12の3・5）

本件シートが41行×20列、被告シートが35行×20列と違いはあるが、本件シートの15、17、18、20、22、24の6行は文字の高さ調整のための高さ“3”の小さな行であり、これを除けば両者は同じ大きさになる。

また、高知県発行の書式（甲12の1）では、「直接工事費計」「純工事費計」「工事原価計」「工事価格」の項目は右詰めで表示し、その他は左詰めで表示することになっているが、本件シート及び被告シートでは、いずれも高知県の記載例とは、右詰め、左詰めが逆転している。

⑦ 課税事業者届出書（甲13の3・5）

両シートとも51行×17列であり大きさが全く同一である。また、被告シートでK7～P7が一つのセルになっている以外は、両シートの空白セルのフォントの大さもほとんど同じである。

さらに、被告シートでは、本文を記載した行のうち、第1行「項」（セルO25）と第2行「で」（セルO27）の最後の文字がいずれも消失しており、一から文章を入力したものとしては不自然である。

⑧ 検査結果報告書表紙（甲15の3・5）

両シートとも21行×11列であり大きさが全く同一である。また、すべてのセルのフォントの大さも同じである。

⑨ 建設工事技術者配置状況一覧表（甲16の3・5）

本件シートが59行×19列、被告シートが59行×18列であり、大きさに若干相違があるが、本件シートのC列はセルの幅調整のための幅“0.55”の小さな列であり実質的に一致する。また、被告シートと本件シートはすべてのセルが同一の大きさである。

⑩ 特定建設作業実施届出書（甲17の3・5）

被告シートは、高知市の書式（甲17の1）及び本件シートにある「特定建設作業を実施するので、次のとおり届け出ます。」（C13～H14）、「高知市公害防止条例第24条第1項（第2項）、騒音規制法第14条第1項（第2項）、振動規制法第14条第1項（第2項）」（K13～Q15）「の規定（ただし、高知市書式では「規程」）により」（R13～V13）、「特定建設作業に使用される高知市公害防止条例施行規則別表5または、騒音規制法施行令別表第2表もしくは、振動規制法施行令別表第2表に規定する機械の名称、型式及び仕様」（B24～H26）、「発注者の氏名又は名称及び住所並びに法人にあっては、その代表者の氏名」（B39～H41）の記載がいずれも欠落している。本件シートでは、これらの文字はテキストボックス入力されているので、シートを保護したままコピーした場合には抜け落ちることとなる。被告シートが本件シートをコピーしたものであることが推測される。

⑪ 下請施工通知書（甲18の3・5）

両シートはいずれも53行×23列であり、大きさが一致する。また、高知県の書式（甲18の1）で元請負者の「商号又は名称」と記載された部分が、本件シート及び被告シートでは「称号又は名称」（セルF11）となっており、被告シートは本件シートの誤りをそのまま承継している。

さらに、高知県の同書式及び本件シートに存在する4箇所（セルB25～26、K25～L26）の丸括弧が被告シートでは欠落している。本件シートでは、この部分は図形入力されているため、コピーした場合には抜け落ちる。

⑫ 下請施工状況一覧表（甲19の3・5）

本件シートが84行×15列、被告シートが79行×15列であるが、本件シートの2、3、6、16、18の5行は文字の高さ調整のための高さ

“3. 0～13. 5”の行であり、これを除けば両者は一致する。

高知県の書式（甲19の1）で元請業者の「商号又は名称」と記載された部分が、本件シート及び被告シートでは「称号又は名称」（セルF11）と記載されている。また、本件シートで図形入力された丸（セルE82）が被告シートでは欠落している。

⑬ 工事完成通知書（甲20の3・5）

両シートはいずれも48行×20列で大きさが同一である。

また、両者とも、セルB7、D6、E8、F8、G8、H8、I8（いずれのセルも表示対象となるテキストは入力されていない。）に「JS明朝体」が設定されている。「JS明朝体」は、ジャストシステム社の「一太郎」に搭載されているフォントであり、マイクロソフト社のWindowsには標準では搭載されておらず、本件シートに「JS明朝体」が設定されているのは、本件ソフトウェアが「一太郎」及び「ロータス1-2-3」の環境で作成された書式を引き継いだためである（甲20の6）。そうすると、被告シートが本件シートと同じセル位置に「JS明朝体」が設定されていることは、本件シートに依拠していることを推測させる徴表である。

⑭ 請求書（甲21の3・5）

両シートはいずれも53行×17列でシートの大きさが同一である。

また、本件シートで図形入力されていた括弧及び数学記号（セルL17～18、M17～18、L23～24）が、被告シートでは欠落している。

⑮ 請負工事引渡書（甲22の3・5）

両シートは33行×23列で大きさが同一であり、すべてのセルの大きさも同じである。

また、本件シートには、セルP2とQ2を結合したP2、T2とU2を結合したT2があるが、被告シートにも、同一位置に結合されたセルがある。

⑯ 生コン使用承諾願（甲23の3・5）

両シートはいずれも50行×29列で大きさが同一である。

両者とも、セルAB2にマウスポインタを持っていくと、画面左下のコマンドバーに「Aによるコメント付き」の文字が表示される。

⑰ 建設工事材料試験依頼書（甲24の3・5）

両シートはいずれも50行×29列で大きさが同一である。

また、両者とも、セルI6にマウスポインタを持っていくと、画面左下のコマンドバーに「Aによるコメント付き」の文字が表示される。

さらに、本件シートで図形により入力した箇所（セルB22、B23の括弧、G22、G23の括弧、I22～M22の線）が被告シートでは欠落している。

⑱ 数量計算書表紙（甲25の3・5）

本件シートは22行×8列、被告シートは22行×11列であり、大きさに多少違いがあるが、被告シートのHIJの3列を削除すれば、両者は全く同じとなる。

また、高知県は、数量計算書表紙という書式を提示しておらず、この部分の本件シートは原告が独自に作成したものである。被告シートに同一の書式があることは、原告シートに依拠したことの徴表である。

⑲ 交通整理員時間管理表（甲26の3・5）

両シートはいずれも44行×25列であり、大きさが等しい。

また、両者ともセルA7、B6、C7にマウスポインタを持っていくと、画面左下のコマンドバーに「Bによるコメント付き」の文字が表示される。

⑳ 水替時間管理表（甲27の3・5）

両シートはいずれも45行×28列であり、大きさが等しい。

また、両者ともセルB4、B6、C7にマウスポインタを持っていくと、画面左下のコマンドバーに「Bによるコメント付き」の文字が表示される。

さらに、高知県の作成した記載例（甲27の1）では、2種類のポンプ×30日×2列＝延べ日数120日分が記載できるのに対し、本件シートでは、3種類のポンプ×34日×2列＝延べ日数204日分を記入できるが、被告シートの仕様は本件シートと同じようになっている。

㉑ コンクリート品質管理図（甲29の3・5）

両シートはいずれも73行×24列であり、大きさが等しい。

また、両者とも、セルB6、B8、B9、B10、B11、B12、

B63にマウスポインタを持っていくと、コマンドバーに「o o t oによるコメント付き」の文字が表示される。

〈22〉 工程表 (甲37の3・5)

両シートはいずれも70行×142列であり、大きさが等しい。

また、両シートに記載された入力例は、ほとんどの語句、数値、日付が一致しており、ことに、擁壁工(ブロック積工)は、全体の数量が1200m²であり、摘要に記入されている1日の施工量が8.0m²であるので、1200m²÷8m²/日=150日の日数が必要であるが、工程欄には1月14日~2月21日までの38日と記載されており、入力例に矛盾があるが、被告シートも同じ矛盾を引き継いでいる。

以上によれば、被告ソフトウェアに含まれる35枚の被告シートのうち、62.8%に当たる22枚が本件シートに依拠するものといえる。また、前記第2、1、(1)のとおり、被告は、原告と競合する販売地域(高知県下)で測量器、事務機などの販売という同種の営業を行っており、顧客にも共通する部分があるから、被告には、本件旧バージョンの試験的な発売が開始された平成11年1月から被告ソフトウェアの頒布が開始された平成11年4月までの間に、共通する顧客等からの情報によって、本件旧バージョン又は本件ソフトウェアにアクセスする機会があったと推定される。そうすると、これらの被告シート22枚は、被告において、本件旧バージョン又は本件ソフトウェアから取り出した本件シートを複製した上で、これを改変したものと推認され、上記事実を覆すに足りる事情はない。

(2) ワークシートの模倣行為に対する被告の認識について

ア 証拠(後掲書証のほか、甲3の1・2、甲41、42、44、50、53、乙20、証人C〔後記採用しない部分を除く。〕、同D)及び弁論の全趣旨によれば、次の事実が認められる。

(ア) Aは、平成10年10月末に被告を退社した。当時、被告には、ロータス1-2-3で作成した数量計算表作成プログラム(乙1)、残土処理運搬数量表外7件の書式(乙2)、高知県仕様による「見積根拠資料」(乙15)があったが、エクセルに対応した高知県提出用書式作成支援プログラムはなかったことから、Aは、退社時に、被告の従業員に対し、今後は高知県の書式を作成するソフトを開発して商売をすると話していた。被告従業員でシステム営業を担当していたCは、Aが独立後に被告の顧客を狙い撃ちして営業を行ったことへの対抗措置として、部下の女性社員とともに被告ソフトウェアを作成した。

(イ) 原告は、平成11年4月から、本件ソフトウェアの販売を本格的に開始したが、そのころから、被告の営業担当者が高知県内の土木業者を訪れ、「『オートくん』と同じです。」「よそは高い値段で売っているけど、うちは無料でサービスさせてもらいます。」「自分のところの書類のソフトは無料です。」「富士測機のパソコンを買っていただいているところは無償です。」と説明して、顧客のパソコンに被告ソフトウェアを無償でインストールしたり、「他の会社にもコピーしてあげてください。」と言って被告ソフトウェアの入ったフロッピーを置いて行ったり、「月5000円でインターネットに加入してくれたら、書類ソフトを無料ダウンロードできます。」と宣伝したりするようになった(甲41)。被告が無償で頒布した被告ソフトウェアは50本~100本ののぼり、インターネットのダウンロードサービスにも12~13のアクセスがあった。

イ 前記アで認定した事実に加え、前記(1)のとおり、被告ソフトウェアが、本件ソフトウェアに含まれる本件シートをコピーし、その一部を改変した帳票である被告シート22枚を含むものであること、被告が有限会社水田建設及び株式会社伊与田組のパソコンに無償でインストールした被告ソフトウェアからも「A」「B」「o o t o」のコメントが出ることが確認されたこと(甲60、61、証人D)を併せて考慮すると、被告は、平成10年末に自社から独立し、高知県下におけるOA機器の販売等について被告と競業関係に入ったA及び原告が本件ソフトウェアを販売するのを妨害する意図をもって、本件ソフトウェア又は本件旧バージョンから帳票部分のみをコピーして一部を改変し、これにマクロで機能を割り付けて組み合わせることにより、本件ソフトウェアと同じ土木関係書式を含んではいないが、プログラムとしての機能が劣る被告ソフトウェアを作成し、これを原告の販売地域と競合する地域で無償で配布したり、インターネットのダウンロードサービスを行ったものと推認される。

この点について、証人Cは、被告シートと本件シートに共通する帳票が存在するとしても、それは、被告が高知県の公務員や顧客から譲り受けた土木関係

書式の中に本件シートが混じっていただけであり、被告が故意に本件ソフトウェアをコピーしたわけではないと証言する。しかし、被告ソフトウェアに含まれる35枚の被告シートのうち、62.8%に当たる22枚が本件シートに依拠しているということは、もはや本件シートが偶然に混入したとはいえない高い一致率を示すといわざるを得ず、かえって、被告が何らかの意図をもって本件シートを取り込んだことを推定させるというべきである。

(3) 民法709条にいう不法行為の成立要件としての権利侵害は、必ずしも厳密な法律上の具体的権利の侵害であることを要せず、法的保護に値する利益の侵害をもって足りるというべきである。他人のプログラムの著作物から、プログラムの表現として創作性を有する部分を除去し、誰が作成しても同一の表現とならざるを得ない帳票のみを抜き出してこれを複製し、もとのソフトウェアとは構造、機能、表現において同一性のないソフトウェアを製作することが、プログラムの著作物に対する複製権又は翻案権の侵害に当たるとはいえないことは、前記1のとおりである。しかし、帳票部分も、高知県の制定書式により近い形式のワークシートを作るため、作成者がフォントやセル数についての試行錯誤を重ね、相当の労力及び費用をかけて作成したものであり、そのようにして作られた帳票部分をコピーして、作成者の販売地域と競合する地域で無償頒布する行為は、他人の労力及び資本投下により作成された商品の価値を低下させ、投下資本等の回収を困難ならしめるものであり、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成するというべきである（以下、上記(2)、イで認定した被告の一連の行為を「本件不法行為」という。）。したがって、被告は、原告に対し、本件不法行為により原告が被った損害を賠償する責任を免れない。

原告は、不法行為に基づく差止請求として、被告ソフトウェアの製作、譲渡、公衆送信行為の差止めを求める。しかし、不法行為を理由に相手方の一定の行為を差し止める請求は、特別にこれを認める法律上の規定の存しない限り、不法行為により侵害された権利が排他性のある支配的権利である場合にのみ許されるというべきである。本件においては、排他性のある権利である著作権の侵害は認められず、取引社会において保護されるべき営業活動上の利益が侵害されたにとどまるから、原告は不法行為を理由として被告に前記行為の差止めを請求することはできない。

3 争点(3) (原告の損害額) について

(1) 証拠(甲54)によれば、平成11年5月から平成12年4月までの本件ソフトウェアの売上数量は、平成11年5月が7本、同年6月が11本、同年7月が24本、同年8月が12本、同年9月が14本、同年10月が24本、同年11月が11本、同年12月が14本、平成12年1月が16本、同年2月が12本、同年3月が8本、同年4月が8本と推移し、平成11年6月から平成12年2月までは常に月10本以上売れていたが、平成12年3月以降、売上げが低下してきたことが認められる。しかし、売上低下の時期が被告ソフトウェアの無償頒布が開始されてから約1年後であり、頒布開始の時期と売上低下の時期に隔たりがあることによれば、平成12年3月以降の売上低下と被告の本件不法行為の間に因果関係があるとは認め難い。

もっとも、被告が被告ソフトウェアの無償頒布及びダウンロードサービスを開始したのが、前記2、(2)アのとおり、本件ソフトウェアの本格的な販売が始まった直後の平成11年4月であることを考慮すれば、本件ソフトウェアの現実の売上げは、販売当初から、本来であれば原告が得られたはずの売上げより低かった可能性は否定できない。しかし、甲54によって認められる前記売上数量の変化からは、被告ソフトウェアが存在しなかったと仮定した場合に、原告が得ることができた売上高を推定することはできない。

(2) 原告代表者作成の平成14年2月1日付け報告書(甲52)には、原告が平成11年4月から9月にかけて、高知県内の土木業者に本件ソフトウェアを売り込んだものの、被告が被告ソフトウェアを無償頒布したため商談が不成立となった例として28件(ソフトウェアの本数としては51本)の会社名及び商談内容が列挙されており、その他として39件の会社名(うち4社が既出のため、実質的には35件であり、ソフトウェアの本数としては少なくとも延べ35本とみるのが相当である。)が記載されている。甲52の上記記載のうち、その他として会社名を記載した部分は、単に会社名のみを列挙したにすぎず、商談の具体的内容は一切不明であり、何らの裏付けも提出されていないから、採用することはできない。一方、甲52のうち、会社名と商談の内容が記載された28件(ソフトウェア本数51

本)については、商談の時期・内容が記載されているほか、一部ではあるが、これを裏付ける商談相手の会社代表取締役作成の陳述書(甲57、58)も提出されているので、全体として信用性を是認することができる。しかし、前記28件の商談のうち、四国土建株式会社(以下「四国土建」という。)との商談(ソフトウエア本数2本)が不成立に至ったこと及びその経緯については、原告代表者作成の平成14年2月1日付け陳述書(甲53)にも詳細な陳述部分があるが、証拠(甲55、56の1、乙60、66)によれば、四国土建は、平成11年8月30日、原告から、本件ソフトウエアを本社2本、奈半利、安芸、上川口、清水に各1本、第2工事部・大豊営業所に1本の計7本購入していることが認められる。そうすると、被告ソフトウエアの無償頒布が原因で、原告と四国土建との本件ソフトウエアの商談が不成立になった事実は否定されるものというべきであるから、甲52及び甲53のうち、四国土建に関する部分は採用できない。

以上によれば、平成11年4月から9月の期間において、被告による被告ソフトウエアの無償頒布が行われた顧客で、同時に原告の本件ソフトウエアに関する商談が不成立になったものは、顧客の数にして27件(28-1=27)、本件ソフトウエアの本数にして延べ49本(51-2=49)と認められる。しかし、上記報告書(甲52)には、原告と顧客との間でいかなる交渉が行われたか、商談がどの段階に至った時点で決裂したかなどについて具体的記載がないものが多く、これだけでは、上記のすべての取引について商談が成立しなかった真の原因が、被告の本件不法行為にあるかどうかは明らかでない。

また、いずれも甲52に記載された業者の代表取締役が作成した陳述書である前掲甲57、58にも、原告から本件ソフトウエアの見積書の提出を受けた段階で被告ソフトウエアの存在を知り、原告の商談を断ったとする部分がある。しかし、顧客が見積書の提出を受けた段階では、一般的にみて未だ契約成立の見込みが確実であるとはいえないのであり、これらの陳述書によって、直ちに、商談不成立による原告の利益の減少と被告の本件不法行為との間に相当因果関係が認められるとはいえない。

(3) しかしながら、前記2、(1)及び(2)で認定した事実に加え、平成11年4月から9月の5か月間にかけて不成立となった本件ソフトウエアに関する商談が、顧客の数にして27件、ソフトウエアの本数にして延べ49本という相当数に至っていることを考慮すると、一連の商談が不成立になったことには、全体として、被告が本件シートを複製及び改変した被告シート22枚を含む被告ソフトウエアを顧客に無償頒布するという行為(本件不法行為)が影響を及ぼしているものと推認される。被告は、甲52に記載された土木業者64社中25社について、各社の代表取締役から、本件ソフトウエア及び原告の存在を知らない、本件ソフトウエアを購入する予定はなかった、被告から貰った県提出用ソフトを使用したことはない等の記載がある証明書(乙33~57)を集め、これらを当裁判所に提出する(このうち上記27件に関するものは12社分である。)。しかし、証拠(甲60)によれば、上記証明書を作成した会社代表者の多くが被告代表者と長年付き合いのある得意先であり、中には、裁判の経過、依頼の趣旨について十分説明することなく文書作成を依頼したもの(乙57)も存在すること、原告が本件ソフトウエアを売り込んだ相手は大半が従業員であり、代表取締役が原告及び本件ソフトウエアの存在を知らないことが、必ずしも原告とこれらの会社の間で商談がなかったことの裏付けにはならないことが認められ、これらの事実を照らせば、上記証明書(乙33~57)を援用して、被告の行為により影響を受けた本件ソフトウエアの商談の件数及び本数を上記認定(27件、延べ49本)以上に減殺することはできないというべきである。

(4) そうすると、被告は、原告に対し、上記認定に係る原告の商談不成立27件及び本件ソフトウエア延べ49本の販売機会の逸失について、本件不法行為が寄与した限度において、その損害を賠償する責任を負うべきものということができ、被告の本件不法行為が、原告が本件ソフトウエアの販売の機会を逸したことに相当の影響を及ぼし、原告に損害を与えたことは肯定できるが、どの程度の影響を及ぼしたかを立証することは、極めて困難であると解される。したがって、損害の性質上その額を立証することが極めて困難な場合に当たるといえるべきであるから、民事訴訟法248条により、本件全証拠及び弁論の全趣旨に照らし、被告の本件不法行為がなければ、原告は、上記販売機会の40%について実際に本件ソフトウエアを販売することができたこととみるのが相当である。

本件ソフトウエアの定価は20万円であると認められるが(甲60)、原

告は、四国土建に対しては、本件ソフトウェア2本を各10万円、5本を各5万円で販売しており（乙60）、同一ユーザーに2本以上販売する場合には、必ずしも1本20万円の定価を維持しているものではない。加えて、販売員の人件費、梱包費等、本件ソフトウェアの販売に必要な経費等を考慮すると、弁論の全趣旨により、本件ソフトウェア1本当たりの平均利益は、1本当たり10万円とみるのが相当である。

以上によれば、本件不法行為により、原告が本件ソフトウェアの販売の機会を喪失したことによる損害は、196万円（10万円×49本×0.4＝196万円）と認められる。

なお、原告は、著作権114条2項の「受けるべき金銭の額に相当する額」による損害の主張もするが、著作権侵害が認められないことは前記のとおりであるから、損害の算定に当たり、この条項を適用ないし類推適用することはできない。

(5) その他の損害について

ア 侵害調査費用

具体的な立証がないから、認められない。

イ 弁護士費用

本件不法行為と相当因果関係のある弁護士費用としては20万円が相当である。

(6) 以上によれば、被告は、原告に対し、民法709条に基づき、金216万円及びこれに対する不法行為の後（本件訴状送達の日翌日）である平成12年3月19日から支払済みまで民法所定年5分の割合による遅延損害金を支払う義務がある。

大阪地方裁判所第21民事部

裁判長裁判官	小	松	一	雄
裁判官	阿	多	麻	子
裁判官	前	田	郁	勝

物件目録(1)

- 1 タイトル
書類作成支援ツール
(大斗) オートくん
- 2 バージョン
Ver. 2.00
- 3 発売日（公表年月日）
平成11年4月1日
- 4 製作者
大斗有限会社（原告）

物件目録(2)

- 1 タイトル
高知県版書類作成支援ソフト
- 2 登録名
syorui.exe

- 3 バージョン
Ver. 1.08
- 4 発売日（公表年月日）
不明
- 5 著作権表示
(c) Copyright Fujisokki Corp. 1999
富士測機

記憶媒体目録

- 1 フロッピーディスク
- 2 ハードディスク（コンピュータ内蔵のものを含む）
- 3 MOディスク
- 4 CD-ROM
- 5 3及び4項以外の光磁気ディスク
- 6 zip
- 7 8ミリテープ
- 8 6項以外の磁気テープ
- 9 その他、コンピュータプログラムを収納しうる記憶媒体