

令和元年（ワ）第10940号 損害賠償請求事件

原告 森次 茂廣

被告 株式会社

準備書面 3

令和2年7月17日

大阪地方裁判所第26民事部合議係 御中

被告訴訟代理人弁護士



第1 被告のソフトウェア開発能力

1 被告は、昭和47年の創業以来、土木建築における現場の計測作業を行っており、その計測作業のため、昭和52年頃から、コンピューターを用いたシステム及びソフトウェアを開発、制作し、計測作業に利用し、また特許出願をしてきた。

したがって、被告は、各本件プログラムの開発能力を有している。

そのため、被告は、本件プログラム3及び本件プログラム4に機能を追加するための翻案を行い、OSの変更に伴い本件プログラム5の翻案を行うことができたのである。なお、これら本件プログラム3乃至5の被告の翻案は、プログラム複製物の所有者として有する権利である（著作権法20条2項3号、著作権法47条の3）。

2 一方、原告につき、原告から納品されるプログラムには、かなりの高確率でバグがあった。

そのため、被告担当者が計測作業の現場にて発生するバグを変更・修正しコンパイルしてEXE形式にすることも多々あった。

第2 許諾

1 黙示の許諾

①各本件プログラムは、全て、被告の計測作業でのみ利用されており、②それを原告は認識しており、③また、被告がある現場で利用したプログラムを、他の現場へ複製又は翻案して利用していることも認識しており、④原告は、被告に対し、本件プログラムの納品時に、各本件プログラムの利用許諾条件を何ら示しておらず、⑤被告による複製または翻案の事実を認識しても被告は異議を述べることがなかった。

これら①～⑤の各間接事実から、被告の各本件プログラムの複製及び翻案について、原告は黙示の許諾をしていたことが分かる（結論同旨、東京地判平成29年11月30日「えび揚げせん包装デザイン改変事件」）。

(1) ①被告内でのみ利用されること

各本件プログラムは、被告が発注者たるゼネコンから請け負った工事現場の計測業務での作業にのみ利用している。被告は、各本件プログラムをパッケージソフトウェアとしてゼネコンその他第三者へ販売していない。

なお、プログラム制作費用を回収するため、被告がゼネコンへ請求する業務委託料の積算科目には、本件プログラムの利用料が上がっている。

(2) ②原告は被告内で利用されることを認識していること

原告は、被告に雇用されて計測作業に用いるプログラム制作業務に携わっていたことがあり、また退職後も被告からプログラミングのためのパソコンを貸与される等して長年被告と取引を行っていたのであり、計測作業に利用する目的で制作されたプログラムが、被告の計測作業内でのみ利用されることを認識していた。

(3) ③原告は、被告が複製又は翻案し得ることを知っていたこと

被告は、これまで原告へプログラム制作を発注する際、ある現場で既に使用した被告制作のプログラムを原告へ提示し、その提示プログラムを改変する形でプログラム制作を発注したことが何度かある。

例えば、本件プログラム7は、既に被告が製作していた動体観測プログラムをベースに改変したものである。また、原告が訴訟提起前に賠償請求していた動体測定プログラム（甲4）は、既に被告が製作していた女川原発振動プログラムをベースに改変したものである。

このように、被告において、ある現場で既に制作されていたプログラムを他の現場でも利用するため複製又は翻案することがあり、それを原告は知っていた。

(4) ④被告はプログラムの利用許諾条件を示されていなかったこと

各本件プログラムは、専ら被告が利用するために制作されたものであり、原告が利用するものではない。

それにも関わらず、原告は、被告に対し、プログラムの利用許諾条件は何も示してこなかった。

原告が、利用許諾条件を示してきたのは、平成29年1月17日が初めてである。

それゆえ、被告は、各本件プログラムについて、利用許諾条件は付されていないと認識していた。もし、原告から各本件プログラムの利用許諾条件があるならば、被告はそれを踏まえて、計測業務の発注者たるゼネコンと交渉を行っていた。

(5) ⑤原告は異議を述べなかったこと

原告は、被告の複製または翻案の事実を知っても、次のとおり、平成29年1月17日まで、異議を述べることは無かった。

ア 被告は、以前原告が製作した振動測定プログラムを、勝山振動測定業務

という現場で利用するため、原告に何ら連絡を入れることなく翻案していたところ、その翻案作業を行っていた担当者が急遽療養することになったので、以後の翻案作業を原告に発注した。

もっとも、原告は、被告の当該翻案作業について、何も異議を述べなかった。

イ また、原告は、平成28年10月19日までは制作したプログラムについてプロダクトキーを掛けることはなかったにも関わらず、同日になって突如、本件プログラム1につき、プロダクトキーを掛けてきた。

この端緒となったのは、被告が、原告に対し、本件プログラム1を新しい現場で利用していることを告知した上で、修正依頼をした同年同月14日のメールである。この依頼に応じて修正したプログラムに対し、原告は、プロダクトキーを掛けたのである。

もっとも、被告担当者がプロダクトキーを尋ねると、原告は何も異議を述べることなくプロダクトキーを被告へ開示した。

(6) 小括

これら①～⑤の間接事実を踏まえると、被告が、請け負った計測作業にて利用する目的で、各本件プログラムを複製又は翻案することについて、原告は黙示に承諾をしていた。

2 想定内の数量しか複製していないこと（本件プログラム7についてのみ）

(1) 経緯及び被告が主張する複製権侵害の内容

ア 本件プログラム7について、これは、鳥取自動車道智頭用瀬トンネルにある避難連絡杭1つに1セット設置される計測器にインストールされたものである。

そして、同トンネルの避難連絡杭は3つあった（起点工区に1つ、終点上区に2つ）。

トンネル工事は終点上区から始まり、本件プログラム7の制作を原告に

発注した際、被告が計測業務を受注したのは終点工区であり、当時はまだ、起点工区の元請業者が決まっていなかった。

終点工区の予定工期において、2つの避難連絡坑の工事は近接しており、計測器は同時に2つ用意しておく必要があったことから、被告担当者は、本件プログラム7をインストールする計測器は、終点工区の連絡避難坑1つ当たり1セット、それが合計2セットあることを示した配置図面を作成し、原告へ提示した。

原告は、それを受け見積書を発行し、被告と請負代金額について合意した後、本件プログラム7を制作し、被告へ納品した。また、被告は、その制作費を全額、原告は支払った。なお、原告から提示された見積書その他証書類に、本件プログラム7の利用許諾条件は何も記載されていない。

そうしたところ、実際の工事の工程において、2番目の避難連絡坑の計測が開始されるまでに、1番目の避難連絡坑の計測が終了した。そこで、被告担当者は、1番目の避難連絡坑の工事で用いた本件プログラムを、そのまま2番目の避難連絡坑の工事で流用した。

つまり、当社が終点工区で使用した本件プログラムは1セットのみであった。

イ そうしたなか、2番目の避難連絡坑の計測作業中に、起点工区の元請業者が決まり、起点工区の計測業務も被告が請け負うことが決まった。

そこで、被告担当者は、2セット目の計測器に本件プログラムをインストールし、3番目の避難連絡坑の本件計測作業に使用した。

ウ 以上の経緯に対し、原告は、終点工区ではなく起点工区での利用のために、本件プログラム7を複製したのは複製権侵害と主張している。

(2) 本件プログラム7は増量しておらず質も変化していないこと

しかし、元々、本件プログラム7の制作費は、2つの計測器にインストールされることを前提とするものであり、被告は、その制作費用を全額支払っ

ている。

そして、同じ緊急避難路の計測にしか利用しておらず、終点工区での利用と、起点工区での利用との間には、質的な変化がない。

このように、制作時に合意が出来ていた範囲内で被告は本件プログラム7を複製しているのであり、原告の許諾の範囲内である。

以 上