

契約面から見た財産的情報  
～ 禁止条項の有効性を中心として ～

専修コース 佐久間 央

目次

目的 .....	2
-1 問題提起 .....	2
-1-1 契約実務における当事者の意思 .....	2
-1-2 財産的情報 .....	3
-2 社会的な背景事情 .....	3
-2-1 有形媒体から分離した情報流通 .....	3
-2-2 情報流通の視座 .....	5
-3 本稿の検討課題 .....	7
使用許諾契約の各条項の有効性 .....	8
-1 使用許諾契約の実態 .....	8
-1-1 使用許諾契約の内容 .....	8
-1-2 シュリンクラップ方式による問題 .....	9
-2 使用許諾契約の条項の検討 .....	10
-2-1 使用許諾 .....	10
-2-2 複製 .....	11
-2-3 譲渡 .....	13
-2-4 貸与、再許諾 .....	15
-2-5 改変、翻案 .....	16
-2-6 リバースエンジニアリング .....	17
-3 その他の検討課題 .....	21
まとめ .....	22

## 目的

### -1 問題提起

#### -1-1 契約実務における当事者の意思

私は、富士ゼロックス株式会社法務部在籍中に少なからぬ知的財産権に関する契約の作成や審査に携わってきた。他社から、なんらかの情報のライセンスを受ける。インシャルロイヤリティとしていくら、さらに当社がその情報のコピーを当社製品に組み込んだ場合、そのコピー1本あたりランニングロイヤリティとしていくら払う。そのような契約が多いわけであるが、契約によって提供される情報は、著作物に限られない。それはプログラムであったり、ある種のデータであったりするが、文面はさまざまであるにしろ、契約書には総じて「甲が乙に提供する 〇〇は甲の著作物であり…」といった文言が付されている。そういった情報の中には、技術には素人の私から見ても、どう見ても著作物ではないと思わせるものがある。

契約審査の際に、取引される情報が著作物ではないと考える理由を付して、著作物性を確認する旨の文言を削除するようライセンサーに申し入れたことがある。契約の相手方からは反論が返送されてきたが、結局、契約書においては著作権に特に触れずに、利用条件のみを記述した契約を締結することができ、実務に支障はなかった。つまり、当事者にとって、取引される情報が著作物であるか否かは、契約の成立にとってさほど重要な要素ではないと考えられる。この点について、山本孝夫教授は、「著作権ライセンス契約がその本質である契約のもう1つの特色は、そのライセンス契約を締結する当事者(ビジネス担当者)がその契約を、単なる「著作権ライセンス契約」と意識していないことが多いということである。もっと、具体的な商品名を伴った個々の取引と認識している。」<sup>1</sup>と指摘しており、必ずしも、私一人の感想ではないと思う。

著作権を巡る裁判には、契約当事者間における紛争<sup>2</sup>が少なくない。当事者である以上、対象となる情報が著作物であるか否かについては争う余地がないように思えるが、著作物性が争点になっている事件もある。また、契約関係があるにもかかわらず、契約上の債務の履行・不履行、義務違反などを争うのではなく、知的財産権の侵害を争う裁判例も少なくない。きちんとした契約書面が取り交わされていない、契約の有効性に疑問が残るシュリンクラップ方式の契約書である<sup>3</sup>、といった理由も考えられるが、契約締結時において、当事者は取引する情報が著作物であるか否かを意識していないこともその原因の一つであると考えられる。

著作物のライセンス契約が争われる訴訟において、裁判所は、具体的にライセンス契約が著作物の支分権の一体何を利用許諾しているのかという点を解釈する。すなわち、著作権法に沿って契約上の紛争も解決されるわけである。

他方、非著作物のライセンス契約が争われる訴訟の場合はどうなるであろうか。著作

<sup>1</sup> 山本孝夫著『知的財産・著作権のライセンス入門』147頁(三省堂、1998年)

<sup>2</sup> 例えば、作品の制作委託者と受託者、創作者と出版社、共同制作者同士、ライセンサーとライセンスシーなど。

<sup>3</sup> 主として損害賠償額の算定が問題になった「東京リーガルマインド事件」(東京地裁平成13年5月16日判決判例時報1749号19頁)も、シュリンクラップ契約があるにもかかわらず、契約の条文については特に争われていない事例である。

物のように「具体的にライセンス契約が著作物の支分権の一体何を利用許諾しているのか」という解釈はできない。したがって、契約条項の字義から当事者の合理的意思を検討して解決されることになる。

契約当事者は、著作物と非著作物を区別していない。それにもかかわらず、当事者の意思が反映される契約の解釈および契約によって保護される範囲が、著作物か否かによって異なってしまう合理的な理由が果してあるのだろうか。特に、非著作物の保護範囲は、契約によって定まる部分も多いと考えられるため、この問題は重要である。

## -1-2 財産的情報

財産的情報とは、広い概念である。ここでは、取引される価値がある情報の総体を財産的情報と定義する。知的財産権制度で保護された情報（発明、創作性ある表現など）に限らない。

情報は無体物であり占有できるような物理的形態がない。しかし、情報が財として取引されるには、取引対象として特定可能な「形」が必要であり、形に縛られる。いかなる情報であろうとも、複数人が当該取引対象の同一性を認識できる形にならなければ財ではないし、また法的に保護されない。発明は、人の頭の中にあるアイデアを実現したものであるが、そのアイデアは、特許明細書のクレームの記載という形で他人が認識できる形にならなければ保護されないし、創作性のある表現は、その名のとおり、文字、図画、色彩、音声その他の方法で他人が認識できる表現になったときに著作物として保護される。

排他的権利がない情報の場合は、対象となる情報を取引可能な形にすることの重要性が特に高い。「今日、株式会社Aの株価が大幅に下落した。」という情報は、株式投資に携わる人々にとっては非常に価値がある情報であるが、単体では取引される価値ある情報ではない。しかし、株価情報を継続的に供給してくれる何らかの仕組みがあれば、その仕組みを提供する者に対価を支払って、情報を得ようとする人々が出てくる。価値があるのは株価情報であるが、株価情報を継続的に供給してくれる仕組みがなければ、取引は為されず、財とはならない。

データベースも同様である。事実の集合体としてのデータベースには（創作性がなくとも）価値があるが、それは、個々の情報にアクセスする仕組みとして、配列を工夫することにより情報にたどりつきやすいように作られたインデックスや検索システムがあるからこそ、価値があるのであって、ひとつひとつの情報そのものの価値は高くないし、また、それだけでは、取引の対象とはなり得ない。事実もたくさん集まれば価値が出るが、それも紙に書いたり、磁気媒体に記録して、他人が認識できる形式になってはじめて、取引する価値が生まれるのである。

## -2 社会的な背景事情

### -2-1 有形媒体から分離した情報流通

情報化社会は、近年ますます発達し、コンピューターネットワークが世界中を結んでおり、ネットワーク上を流通する情報に限って言えば、媒体の流通に縛られない状態になってきている。これは、著作権制度そのものに変革を迫ろうとしている。

もともと、知的財産権制度は、限られた人たちだけに開きがあるものであった。特許を中心とする工業所有権制度は製造業を中心とする産業界、著作権は音楽業界や出版業界、そして作家や作曲家などのクリエイター達だけが知っていればよいものだった。しかし、家庭で手軽に扱える複製機器の登場が、まず著作権制度に大きな影響を与えた。音楽業界も出版業界も自らの製品が複製されるとどうなるかを考えなければならなくなった。その結果、もともと一般消費者が私的に行う複製を枠外に置いていた著作権法は、第 30 条を修正してデジタル複製に関する例外を設ける、貸与権を創設して、他人から著作物を借り受けて家庭内で複製する行為を有償化するという修正を施した<sup>4</sup>。しかし、この時点でも、一般消費者は、制度面からするとあいかわらず著作権法の枠外にいる。デジタル複製に関する機器やメディアの補償金は、それぞれの商品の価格に組み込まれているし、貸与権についても貸しレコード業者などが権利者に支払い、その分がレンタル料金に(消費者に意識させることなく)加算されているだけである。ここまでは、著作物(をはじめとする財産的情報)は、依然として情報が載せられた「物」による制限があった。つまり、無体物である情報も、その情報が載せられている媒体という有体物なしでは存在し得ず、その媒体をいかに頒布するか、いかに複製するか、という問題があった。

ところが、インターネットという新たなメディアの登場は、この媒体の束縛から解放されることを意味している。媒体という「物」で流通していたものが、ネットワークという「仕組み」によっても流通するようになっただけである。インターネットは、情報の複製を容易にただけではなく、複製した情報を流通させることを容易にしたということに特色がある。これまでは、家庭内における複製というレベルでは、どれほどたくさん複製したとしても、所詮、媒体という有体物を大規模に頒布する手段を個人が持つことはまずないため、著作権者が受ける損害は、決して大きいとはいえなかった。しかし、インターネットは、ちょっとした複製(従来であれば家庭内の複製として捉えられるようなもの)が、瞬時に世界中からダウンロードすることが可能な状態になってしまう<sup>5</sup>。ここに至って、著作権法は、一般消費者を取り込んだ仕組みを考えることを迫られている。個人が私的に行う複製が、著作権者に大きな損害を与える可能性が出てきたからである。

一般消費者の行為に対して、権利団体が一般向けに啓蒙活動を行うなどの動きが出ているが<sup>6</sup>、そもそも一般人にはインターネットで行われるさまざまな活動、例えばファイルをアップロード/ダウンロードする、ホームページを閲覧する、リンクをクリックするな

---

<sup>4</sup> 貸与権は、貸しレコード事件を契機として創設されたものだが、家庭用複製機器が普及していなかったら、貸しレコード事件はそれほど問題にはならなかったのではないかと考えられる。実際、貸しレコード店よりはるかに以前から存在する貸本屋は、あいかわらず附則第 4 条の 2 により、対象外とされている。書籍を 1 冊まるごと複製するより、レコード 1 枚をまるごと複製することがはるかに容易であることが、この差を生じたと考えられることができる。

<sup>5</sup> Napster 事件などを想起すればよい。また、従来、CD プレイヤーからポータブルオーディオプレイヤーに音楽を複製して楽しむということはよく行われてきた。この CD プレイヤーがパソコンの CD-ROM ドライブに、ポータブルオーディオプレイヤーが個人用ホームページサイトになっただけと思えばよい。著作権法的な意味あいとは全く違うが、一般消費者からすれば、同じ感覚であろう。

<sup>6</sup> 毎日新聞社のホームページでの報道によれば、2001 年 5 月 18 日、コンピュータソフトウェア著作権協会が中学校において著作権保護教育を行った。同協会は、今後もこのような活動を行っていく模様。( <http://www.mainichi.co.jp/digital/netfile/archive/200105/18-3.html> )

どの行為のいずれが著作権法にいう利用にあたるのか、また使用であるかなどは判別できない。専門家の間ですら議論が別れているほどのものなのである。さらにドグイヤーなどとも呼ばれる、進歩の早いインターネットにおいては、次から次へと新しい利用形態、使用形態が出てくることは疑いない。インターネットそのものですら、このままの形で継続していくかどうかわからないのである。

## -2-2 情報流通の視座

現在の情報化社会においては、単に著作物が取引されるだけではない。従来、法的保護は与えられないとしてきた著作物ではないもの、すなわち創作性のない事実作品やデータベースなど、さまざまな情報が有償で取引引きされている。実際に、無断コピー等を争う事件において、著作物性を否定しつつ、一般不法行為による損害賠償を認める裁判例も出ている<sup>7</sup>。創作性のない事実作品やデータベースなどが取引されるのは今に始まったことではないが、著作物のみならず、排他的権利がない情報も情報化社会の進展とともに広く取引されるようになってきたのである。

取引される情報を著作権法の視点からみると、著作物と非著作物に分けることができるが、-1-1 で述べたとおり、取引の当事者は取引される情報が著作物であるか、非著作物であるかを意識していない。著作物以外にも有償で取引される財産的情報は少なくない上、取引の当事者たちは、取引する財産的情報が著作物であるか否かにさほどこだわっていない。

端的な例は、創作性のないデータベースである。データベースは、情報の選択や体系的な構成に創作性があるものは、データベースの著作物として著作権法の保護が受けられるが、情報を単純に積み重ねて集積したものだとして、創作性がなく著作権法の保護が受けられない。

しかし、EC データベース指令などに見られるように、創作性がないデータベースにも何らかの法的保護を与えるべきだという議論は強くなってきた<sup>8</sup>。創作性の有無を問わず、データベースの蓄積には相当な投資が必要であり、また、データベースは有償で取引する価値がある、ということが前提であろう。

こうした知的財産権法で保護されずとも有償で取引する価値がある情報は、従来から少なからず存在している。例えば、タイプフェイスなどは古くから取引されているものの、著作権法での保護も否定されてきた<sup>9</sup>。しかし、近年、不正競争防止法にもとづく差止が認められる<sup>10</sup>など、法的保護の様相は変化してきている<sup>11</sup>。データベースとて、ここ数年で作られたものではない。

<sup>7</sup> 「自動車整備業用データベース事件」東京地裁平成 13 年 5 月 25 日中間判決最高裁ホームページ(<http://www.courts.go.jp/>)知的財産権裁判例集

<sup>8</sup> 創作性のないデータベースの法的保護に関する検討と立法動向については、梅谷真人『データベースの法的保護』(信山社、1999 年)が詳しい。

<sup>9</sup> 「ヤギ・ポールド事件」一審東京地裁昭和 54 年 3 月 9 日判決無体例集 11 卷 1 号 114 頁、二審東京高裁昭和 58 年 4 月 26 日判決無体例集 15 卷 1 号 340 頁

<sup>10</sup> 「モリサワ仮処分申請事件」抗告審東京高裁平成 5 年 12 月 24 日決定判例時報 1505 号 136 頁

<sup>11</sup> タイプフェイスについては、大家重夫『タイプフェイスの法的保護と著作権』(成文堂、2000 年)が

知的財産権で保護されていなくとも、こういった情報を必要とする人が少なく、また、必要とする人たちが取引ルールを守っていれば問題は生じない。当事者が少なければ、私的なルールを当事者のコンセンサスで形成し、それを守っていくことが可能であるからである。契約や慣行で形成される業界ルールである。タイプフェイスが写植機のみで利用されているうちは、デザイナー、写植機メーカー、それに印刷業関係者だけが取引の当事者であったし、データベースにしても、それが高価な通信回線やシステムなどを必要としたため、それぞれの分野の専門家とサービス業者だけが当事者であった。

情報化社会の進展は、こういった一部の人たちだけであった情報を、より多くの人たちが利用できるようにした。誰でもより綺麗な文字で自分の作成する文書を作りたいと思うし、個人で株式投資をする人は、取引する証券会社の営業マンが持ってくる情報だけに頼るのではなく、より直接的に市況データを参照したいと思う。情報化社会の進展がそれを可能にしたのである。

このように、大衆が非著作物の情報を有償の契約にもとづいて利用する現状を考えると、非著作物の使用許諾契約における各種条項をどのように考えたらよいのであろうか。非著作物の場合でも、その取引契約は使用許諾の形であり、契約の内容は、プログラムなどの著作物の使用許諾契約と実質的に同じである。また、プログラムといえども著作物性がないものもあるであろうし、それらも著作物性のあるプログラムの使用許諾契約と同じ内容の契約で提供されているのである。

まず、非著作物は、創作性がないなどの理由により、著作権法の保護が及ばないものである。したがって、複製しようが再配布しようが、本来は、万人が自由に利用できる性質のものである<sup>12</sup>。しかし、現実には で検討するように、ライセンサーは契約に記載された各種の禁止条項による制限を受けており、自由利用とはほど遠い現状にある。著作物であれば著作権法の権利制限規定との関係で、ある程度禁止条項の一部が無効になり得ると言えるが、非著作物にはそのような権利制限規定に相当するものはない。

そうすると、本来、ライセンサーの権利が強力であるはずの著作物だと、著作権法の権利制限規定によりライセンサーが自由に利用できる範囲があり、非著作物の場合、契約によりライセンサーはがんじがらめに縛られて、結果的には、ライセンサーにとってより有利な状況となり得る。このような帰結は「おかしい」のではないだろうか。

非著作物の使用許諾契約は、あくまでも当事者間でのみ有効なものであり、第三者効がないという面もあるものの、排他的権利より弱いとはいえ、このような創作性のない情報についても、一般不法行為により第三者の侵害に対して保護され得る場合がある<sup>13</sup>。

さらに、技術的保護手段(コピープロテクション)がある。著作権法と不正競争防止法の改正により、これらの技術的保護手段を破る機器やプログラムをマーケットで提供する行為が規制されている。これらの技術的保護手段は、年々より強固に、また、細かい

---

詳しい。

<sup>12</sup> 無論、特許法その他の法的保護が受けられる場合があることは言うまでもない。

<sup>13</sup> 前掲注7「自動車整備データベース事件」判決

制限をかけていくことができるようになると考えられる<sup>14</sup>。

著作権の権利制限は、「文化的所産の公正な利用という観点の下に、公益上の理由から、あるいは当該著作物の特性や利用形態からみて権利者への影響が少なくむしろ著作物の円滑な利用という観点から権利を及ぼすことが妥当でないとの理由から<sup>15</sup>」設けられているものである。排他的権利と情報利用による社会的発展バランスをはかるための政策的配慮にもとづくものともいえるから、そのような排他権が存在しない、非著作物の契約においては、どのような制限をかけてもよいという考え方も成り立たなくはない。しかし、自由利用を前提として考えられている情報が、著作物よりその利用や使用について自由度がより低いというのには、財産的情報の法的保護制度全般から見て、平仄を欠き、大きな問題があるのではないだろうか。

単に著作権のみをもって情報政策を考えるのではなく、広く情報流通という観点から考察しなければならないことは、すでに指摘されているのである<sup>16</sup>。

### -3 本稿の検討課題

近年、知的財産制度の中で、契約の果たす役割が大きくなるのが指摘され、契約による情報財の保護の妥当性に関する議論も高まりつつある<sup>17</sup>。知的財産権に関する契約の中核であり、また情報取引契約の性格をもっともよく表しているのがライセンス契約である。情報の特徴である重畳的利用可能性<sup>18</sup>を前提にした取引であり、物や債権の取引には見られない形態である。

ライセンス契約にはさまざまなものがあるが、おおむね次のような分類が可能であると考える。

- (1) ライセンス対象物の種類による分類...技術 / 標識 / 作品など
- (2) ライセンス対象物の保護法による分類...特許法・実用新案法 / 意匠法・商標法 / 著作権法 / 不正競争防止法など
- (3) ライセンス形態による分類...利用権付与(主として知的財産権) / 使用許諾(主としてプログラム、デジタルデータなど) / アクセス権付与(主としてオンライン付加サービスなど)
- (4) 当事者の動機による分類(侵害回避・紛争和解 / 情報提供)

契約による情報流通を検討するにあたっては、(4)の分類による「情報提供型のライセンス契約」を検討する必要がある。「侵害回避・紛争解決型のライセンス契約」においては、実質的な情報流通がないからである。侵害回避・紛争解決型のライセンス契約においては、ライセンサーからライセンシーへの実質的な情報移転はほとんど行われず、

---

<sup>14</sup> 事実、2001年にリリースされたマイクロソフト社の最新OSであるWindowsXPは、プロダクトアクティベーションという技術を導入することにより、著作権法上、第30条第1項の規定により許されると考えられる、個人での複数PCへのインストールを不可能にした。(使用許諾契約上は、複数PCへのインストールは禁止されている。)

<sup>15</sup> 作花文雄『詳解著作権法』261頁(ぎょうせい、1999年)

<sup>16</sup> パメラ・サミュエルソン(財団法人知的財産研究所訳)『情報化社会の未来と著作権の役割』63頁(信山社、1998年)、中山信弘「21世紀の知的財産制度を巡る諸問題」司法研修所論集106号15頁以下(2001年)

<sup>17</sup> 中山・前掲注(16)12頁～13頁

ライセンス料がライセンシーからライセンサーに支払われるのみであるからである。一見不自然に思えるが、実務としては珍しいものではない。現在、当業者間においてさほど隔絶した技術格差があるわけではなく(無論、多少の凹凸はある。)、事業者は技術開発競争にしのぎを削っており、出願のわずかな先後が特許権の取得を決めてしまう。その結果、技術開発がわずかに遅れた事業者が、先に出願した事業者とライセンス契約を結び、特許権侵害を回避するのである。ライセンシーは、技術そのものの開発は自ら完了させているから、ライセンサーから技術情報を得る必要はないのである<sup>19</sup>。

同様のことは、標識のライセンスについても言えるだろう。商標のライセンス契約を結ぶ場合も、自ら考案した名称がすでに商標出願されているため、ライセンス契約を結ぶものと考えられる。通常、事業者は特許庁の商標登録一覧を眺めて名称を考えるわけではなく、マーケティング部門が名称を考案し、候補の中から他社の登録商標を避け、抵触調査から漏れて事後的に侵害が判明したり、どうしてもその名称を用いたいときに、50万円～100万円程度の対価で商標権を買い取ったり、ライセンスを受けたりする事例が多いのである。

本稿の目的に照らして、財産的情報の流通を契約面から検討するため、「情報提供型のライセンス契約」の中でも特にライセンサーの意図がもっとも顕著に出ているマスマーケットにおけるコンピュータープログラムの使用許諾契約を対象とする。使用許諾契約は、コンピュータープログラムでよく用いられるほか、非著作物と考えられるコンピューターデータや機能作品などの取引などにも用いられ、著作物と非著作物それぞれの場合における解釈の違いを比較検討することが可能である。当事者の意図に促した法的保護を与えることによって創作のインセンティブを確保することと、創作された財産的情報の自由な流通・利用による社会の発展を図ることとのバランスに関する議論を踏まえつつ、特に使用許諾契約の禁止条項の有効性を検討する。本稿は、このような検討によって財産的情報の法的保護範囲を画する理論を提示することを目的とするものである。

#### 使用許諾契約の各条項の有効性

##### -1 使用許諾契約の実態

##### -1-1 使用許諾契約の内容

使用許諾契約の代表的なものは、プログラム(ソフトウェア)使用許諾契約である。ライセンサーからライセンシーにプログラムが提供され、契約期間中、ライセンシーがそのプログラムを自己のコンピューターで実行できるというものである。このプログラム使用許諾契約は、無名契約であり、その契約の法的性質は実態を法律に照らしあわせて考えるほかない。プログラムの使用許諾契約は、著作権の支分権のライセンス、つまり利用許諾契約であると解釈されるが、当事者は特に著作権の利用許諾であるという意思は

---

<sup>18</sup> 中山・前掲注(16)2頁

<sup>19</sup> 無論、実際に技術指導や資料の譲渡を伴う特許権通常実施権許諾契約というものも存在するが、それは内容としては、その技術指導や資料の譲渡を受けることが主たる目的であり、特許権はそれらの情報に付された権利であると見るべきである。

もっていない<sup>20</sup>。また、これらの契約によって提供されるプログラムがすべて著作物であるとも限らない。使用許諾契約は、許諾されるプログラムが著作物であろうと非著作物であろうと大きく異なることなく、主要な部分はほぼ同じである。無論、個々の事情により異なる部分はあるが、それは著作物であるか否かによるものではなく、そのプログラムの機能、期待される使用方法などによる差異である。

一般的な使用許諾契約書は、次のような内容で構成されている<sup>21</sup>。

- ・ 使用許諾
- ・ 契約期間
- ・ 複製
- ・ 譲渡
- ・ 貸与、再許諾
- ・ 改変、翻案
- ・ リバースエンジニアリング
- ・ 保証
- ・ 免責
- ・ 契約の解除
- ・ 著作権の表示
- ・ 輸出規制
- ・ 管轄裁判所

本稿においては、以上の条項のうち、一般的な条項や宣言・確認的な条項を除き、契約のライセンスに関りある内容を示しているものと考えられる主要な条項を個別に検討する。

#### -1-2 シュリンクラップ方式による問題

マスマーケットにおけるプログラムの使用許諾契約は、その多くのものにシュリンクラップ方式やクリックオン(クリックラップ)方式の契約書が用いられている。

シュリンクラップ方式あるいはクリックオン方式の契約には、さまざまな問題が指摘されているが<sup>22</sup>、その大半は契約の成立に関するものであり、各条項の内容の有効性に関

---

<sup>20</sup> 久保田裕「パソコンプログラム(ソフトウェア)の使用許諾契と著作権」斎藤博・牧野利秋編『裁判実務体系第27巻 知的財産関係訴訟法』692頁(青林書院、1997年)では、「しかし、ソフトウェアは、その「使用」にこそ価値があるものであり、この点において、絵画、音楽、小説といった従来の著作物を保護する著作権法にうまくなじまない部分も出てくるのである。」と述べている。

<sup>21</sup> 本項における使用許諾契約の条項は、主に次の資料を参考にした。

・藤原宏高・平出晋一『プログラマのための最新著作権法入門』203頁(技術評論社、1991年)掲載の日本電気株式会社の使用許諾契約書

・久保田・前掲注(20) 696頁掲載の使用許諾契約書実例一および二。

・日本電子出版協会・マックス法律事務所著『デジタル時代の著作権ビジネス契約実務マニュアル』225頁以下(インプレス、1999年)に掲載のシュリンク・ラップ契約のひな型。

・マイクロソフト株式会社『マイクロソフト ソフトウェア製品のライセンスポリシーハンドブック』(マイクロソフト、1999年版)(このハンドブックは、マイクロソフト株式会社のホームページからダウンロードできる。URLは、次のとおり。(http://www.microsoft.com/JAPAN/legal/license/default.htm))

<sup>22</sup> 芹澤英明「Pro CD v. Zeidenberg の分析 - 制定法解釈のコンテキスト論・その二 -」法学61巻2号214頁以下(1997年)、那須詳司「ソフトウェア使用許諾契約論 シュリンクラップ・ライセンス契約

するものでない。本稿の目的は、契約条項の有効性を検討することであることから、契約の成立に関する問題は取り上げないこととする。古来、音楽や絵画などの創作者を保護し、生活を保証してきたパトロンに変わって、創作者の収入を確保するという面からすると、著作権制度は、大衆から薄く広く対価を得ることを前提にしている。すなわち、その創作物を大量かつ広範囲に流通させなければならない以上、契約を画一的に処理する何らかの工夫が必要となる。ライセンサーとしては、多くのユーザーに対して、それぞれ別々の取引条件でライセンスを行うことは、非常に困難であるからである。

すでに指摘されているような、現状のシュリンクラップ方式あるいはクリックオン方式の契約締結過程には改めなければならない部分が存在するとは考えるが、逆にそういった部分が改められれば、シュリンクラップ方式の使用許諾契約を否定する必要はないし、大量かつ画一的に契約を処理できるという点で、情報流通のためのメリットも大きいと考えられる。つまり、どのような方式が最終的に取られるにしろ、情報流通を前提にした場合、約款のような形で契約を処理することは不可避である。

契約条項の有効性に関する議論としては、任意法規の秩序づけ機能をベースとして、契約条項の内容規制を行おうするものがある<sup>23</sup>。これは、任意法規の修正は対等な当事者による合意によってなし得るのであり、約款のように一方の当事者により契約条項が決められる場合、任意法規の修正には、正当化または合理的理由が必要とされるとするものである。この考え方に添えば、使用許諾契約の各条項のうち、著作権法の権利制限条項を修正するような条項を有効とするには、正当化または合理的理由が必要になる。これについては、-2において、個別に検討することとする。

## -2 使用許諾契約の条項の検討

### -2-1 使用許諾

使用許諾契約においては、通常、1台のコンピューターのみで使用すること、およびLAN<sup>24</sup>での使用制限が記述される。ライセンサーや製品によっては、同時に使用しないことを条件に、複数のコンピューターへのインストールを認めるものもある。

著作権法第47条の2第1項を根拠とした複数コンピューターへのインストール<sup>25</sup>や、個人の場合、第30条第1項にもとづく私的複製により、複数のコンピューターへのインストールを避ける目的があると考えられる。LANでの使用制限は、プログラムをサーバーに置き、プログラムを使用する場合には、ネットワーク接続により端末コンピューターが都度ダウンロードして実行する方式を排除するものであろう。日本の著作権法の解釈上、

---

を中心に「工業所有権法研究」40巻2号1頁以下(1998年)、同41巻1号1頁以下(1999年)、曾野裕夫「情報契約における自由と公序」アメリカ法1999-2号184頁以下(1999年)など

<sup>23</sup> 那須・前掲注(22)13頁以下

<sup>24</sup> Local Area Networkの略。構内情報通信網などと呼ばれる。著作権法との関係では、公衆送信の例外である「有線電気通信設備で、その一部の設置の場所が他の部分の設置の場所と同一の構内(その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内)にあるものによる送信(プログラムの著作物の送信を除く。)を除く。」に相当する。

<sup>25</sup> 著作権法第47条の2を根拠として、複数コンピューターへのインストールは許されないとするのが通説であるようである(加戸守行『著作権法逐条講義 三訂新版』292頁(著作権情報センター、2000年)、中山信弘『ソフトウェアの法的保護(新版)』83頁(有斐閣、1988年))が、ライセンサーとしては念を押している、という意味合いもあろう。

「一時的蓄積は複製に当たらない」とする説が有力であることから、この規定を置いたものと考えられる。平成 11 年改正により、公衆送信権が創設されたため、プログラム全体をダウンロードして端末コンピューターで実行する方式は、著作権法上も違法となることとなり、その意味ではこの条項を置く意義は減ったと見ることはできる。しかし、端末コンピューターに固定記録装置を有せず、プログラムのうち実行のために必要なモジュールを処理の都度、RAM<sup>26</sup>に読み込む方式のものでは、公衆送信にあたらないと解する余地があるため、この点においてはなお意味があるものと考えられる<sup>27</sup>。

使用許諾は、ライセンス契約におけるライセンサーからの給付の根幹を為すものであるから、その妥当性は、原則として対価との関係において考えられるものであり、契約自由の原則のもとで、使用方法にいかなる制限を課すことも原則として自由であろう。(もっとも、最近のプログラムの実行には複製が伴うため、上述したように、使用制限の方法によっては著作権法の権利制限条項と交錯する。この問題は、第 2 項の複製条項のところで検討する。)この結論は、使用許諾の対象が著作物であるか、非著作物であるかを問わず、同じである。

このほかに、使用許諾を巡る問題としては、そもそも著作権にもとづく「利用権」ではなく、「使用権」を許諾するのがおかしいのではないかという問題があるが、これは複製権や上映権などの物権的権利として「使用権」なる権利を捉えるからおかしく見えるのであって、使用許諾契約の内容によってライセンサーに許諾された行為の集合体として「使用」という概念を捉えれば何ら著作権法と不整合はないものとする。当事者がさほど著作権というものを意識していないということからすると、このように解するほうが取引の実情にも合致していると言える。

## -2-2 複製

使用許諾契約においては、複製を全面禁止またはバックアップの目的で 1 部のみ複製することを認め、それ以外は禁止するのが通常である。これは、(1)の場合と同様に著作権法第 30 条第 1 項の私的複製や著作権法第 47 条の 2 第 1 項による複製を制限する目的と考えられる。

バックアップ目的の複製は、もともと記録メディアが損傷に弱いために、これへの自衛策としてユーザーがバックアップをとることが常識であることから、著作権法がこれを認めたものと解する。技術の向上により、記録メディアの信頼性が向上したため、バックアップは不要という意見もあるようであるが、最近では、ライセンサーより供給されたプログラムの記録メディアのバックアップを取るよりは、複雑化かつ大規模化したコンピューターシステムの運用性向上のため、固定記憶装置にインストールされたプログラムやデータをまるごとバックアップしてしまう方式のほうが主流と思われる。この場合は、ライセンサーが

<sup>26</sup> Random Access Memory の略。揮発性メモリーが用いられることが大半であり、記録内容は、コンピューターの処理の進行により、常時更新されていくものである。コンピューターをリセットしないし電源を切れば、通常、記録内容は消去される。

<sup>27</sup> このような使用方法への対策を意図しているか否かは不明であるが、RAM への一時的蓄積も複製と見なす規定を置くべきだという主張もあるようである。ただ、主たるプログラムをスタートさせるモジュールを自ら開発してしまえば、仮に一時的蓄積を複製とみなしたとしても、なお問題は残る。

ら供給されたプログラムをそのまま複製しているわけではないが、バックアップデータには、当該プログラムの主要な部分は含まれているので、著作権法にいう複製に当たる。さらに、使用許諾契約には、プログラムの使用の結果生じたデータの逸失などの結果責任を負わない旨の免責条項が設けられていることが通常であり、プログラムをコンピューターで実行している際に、何らかの理由でデータなどを失ってしまうことがあることをライセンサーが予期しているとも言える。現実には、信頼性が高いと考えられる金融機関や通信会社のコンピューターシステムがダウンして、サービスがしばらく利用できなくなるということも、年に1度か2度は報道で目にする。このような現状からすると、なおコンピューターシステムにおけるバックアップの重要性は変化していないと見るべきであろう。この点については、消費者、事業者を問わないと考える。

複製制限条項を巡る問題としては、著作権法第30条および第47条の2第1項が強行法規なのか否かという問題になる。第47条の2第1項に関しては、任意規定であるとの見解が多いようである<sup>28</sup>。これに対し、消費者取引のような場合には、強行法規と解すべきだとの意見もある<sup>29</sup>。

前述したように、現状のコンピューターシステムの運用を考えると、バックアップをも禁止する弊害はあまりにも大きいと思われる。欧州で1991年に採択された「コンピュータープログラムの法的保護に関する理事会指令」において、バックアップコピーを禁ずる契約条項は無効としているのもこのような評価が背景にあるものと考えられる。したがって、バックアップのための複製をも禁ずる条項は、現状を無視したものであって、無効と解すべきであろう。

さらに一歩進んで、バックアップ以外の目的における複製であるが、事業者における複数コンピューターへのインストールを前提とした複製を許す必要がないのはほぼ間違いのないであろう。実際、著作権法第47条の2第1項の下でもこれは許されないというのが通説である<sup>30</sup>。ただし、私人における複数コンピューターへのインストールについては、若干考慮の余地があると考ええる。最近のパソコンの普及により、1人でデスクトップパソコンと携帯用パソコンの2台を持つ人も少なくはない。また、親と子でそれぞれ別々にパソコンを保有する家庭も少なくない。このような人または家庭に、高価なソフトウェアを複数本購入させるというのは、少々酷である気がしないでもない。後者の場合はともかく、前者のケースでは、パソコンは複数台でもユーザーは1人であり、1人が同時に別々のパソコンを使用するのは困難であることを考えると、このような場合には、複数コンピューターへのインストールを認めても良いのではないかと考えられなくもない。この問題は、個人を前提としているため、第47条の2第1項の問題ではなく、第30条第1項の私的複製の問題として扱うほうが適当であろう。

私的複製は、制限されてもよいのではないかという考え方のほうが多数意見であるような印象を受けているが、むしろ私は、私的複製こそ制限すべきではないのではないかと

<sup>28</sup> 中山・前掲注(25)78頁、紋谷暢男ほか『プログラム著作権とは何か』130頁(有斐閣、1988年)、植松宏葦『改訂新版コンピュータプログラム著作権Q&A』178頁以下(きんざい、2000年)など。

<sup>29</sup> 渡邊倫子「情報財取引における公衆向け定型ライセンス契約の有効性～著作権法の視点からの考察～」『コピーライト』2001年3月号17頁

<sup>30</sup> 前掲注(25)参照

と考えている。私的複製により、著作権者が多大な損害を被っているとの意見もあるが、そういった損害は私的複製そのものではなく、私的複製により作成された著作物の複製物が著作物の所有者から他人に譲渡、貸与などされていることに起因するものである。公衆に該当しないとしても、友人知人に、片端から複製物を渡すような現実があるのであれば、そのような複製は確かに著作権者に損害を与えるであろうが、これは、すでに私的複製の範囲を超えた行為である。一人の人物が音楽 CD を購入し、それをミニディスクに複製して散歩しながら聴こうが、パソコンで MP3 ファイルにして、ワープロソフトで書き物をしながら BGM として聴こうが、あくまでも個人（および家族）程度に留まっているうちには、たとえ複製物を 100 枚作成しても、著作権者が法的に填補されるべき実際の損害を被っているとは考えにくい<sup>31</sup>。もし、私的複製の範囲が拡大解釈され、本来の趣旨にそぐわないような複製がまかりとおっているような現実が存在するのであれば、私的複製の範囲をより厳格に解釈し<sup>32</sup>、その解釈の明確化を計ったうえで、私的複製を認める著作権第 30 条第 1 項を強行法規と解すべきではないかと考える。

したがって、使用許諾の対象が著作物である場合、複製の制限により、バックアップまでも禁止するようなものは、第 47 条の 2 第 1 項を強行法規と解するか、禁止する合理的な理由がなく約款によって任意法規を修正しているものとして、無効と解すべきである。また、私的複製を禁止するような契約条項は、第 30 条第 1 項を強行法規と解して、無効と解すべきである。ただし、コピープロテクトと併用した私的複製禁止条項は、第 30 条第 1 項第 2 号の例外規定により、私的複製との関係では有効と解さざるを得ない。

使用許諾の対象が非著作物である場合、著作権法の権利制限規定の問題が生じないから、複製禁止条項は有効になる。ただし、バックアップまでもが禁止されてしまうのは、上述したような状況からすると不合理である。

### -2-3 譲渡

使用許諾契約においては、譲渡をすべて禁止するか、またはコピーをすべて廃棄することおよび譲受人が使用許諾契約に同意することを条件に譲渡を認める場合が見られる。また、譲渡を認めているものでも譲渡回数を制限しているものもある。

ライセンサーの主たる目的は、中古品の流通などによる販売機会の減少を避けることであると考えられる。この他の目的としては、譲渡した場合、譲受人は、そのソフトウェアを新規に利用することになることから、ユーザーサポートの負担が大きくなることが予想される<sup>33</sup>。譲渡回数を制限しようというものは、サポートの負担を避けまたは負担を軽減することを狙っているものと考えられる。

平成 11 年の著作権法改正により新設された譲渡権の消尽に関する規定（著作権法

<sup>31</sup> 個人が複数台のパソコンを持っていて、その台数分コピーして、インストールすれば、形としては、ライセンサーは、コピー分販売機会を逸したと言えるかもしれない。現実には、その個人は、プログラムをコピーできなければ、そのプログラムを 1 台のパソコンだけで使い、他のパソコンにはインストールしないであろう。そういう意味では、販売が伸びる可能性は大きくない。

<sup>32</sup> 加戸・前掲注(25)216 頁では、「本条の立法趣旨が閉鎖的な範囲内の零細な利用を認めるということにあることからすれば、度を過ぎた行為は本条の許容する限りではないと厳格に解釈するべきであります。」と述べられており、私もこれに賛同する。

<sup>33</sup> ユーザーサポートにとっての最大の負担は、初心者のサポートであることは言うまでもない。

第 26 条の 2 第 2 項)は、強行法規であると考えられており<sup>34</sup>、したがって譲渡禁止条項は無効になる。

問題は、使用許諾契約に「ソフトウェアを販売したのではなく、使用許諾するものです」との文言を入れている契約における場合である。すなわち、ライセンサーの意図としては、複製物を販売したのではなく、使用許諾契約によりユーザーに対し「使用権」を付与し、その使用権を付与したことに附帯して、プログラムを提供しているのに過ぎない、ということであろう。これは、ライセンサーが「複製物の所有者」ではなく、著作権法第 47 条の 2 第 1 項の適用がないこと、また、プログラムを再譲渡できないことを法的に根拠づけようとする意図があると考えられる。このように複製物の所有権を移転しない理論構成は、後述の改変、翻案の禁止条項などのバックボーンでもある。

この考え方をベースにすれば、プログラムをライセンサーが第三者に譲渡することは、契約上の地位の移転である。契約上の地位に移転に関して、相手方の同意が必要か否かについては、負担している債務が相手方にとって、重要か否かという点にあるものと考えられる。債務が未履行の売買契約においては、同意が必要と解されている<sup>35</sup>。マスマーケットの使用許諾契約については、形式的には、ライセンサーが継続的に「使用権」を提供しつづける債務やサポートの債務を負ってはいるものの、対価の支払いは完了し、プログラムも現実に提供されている以上、主たる債務は完了している。したがって、債務履行能力の変化に対する当事者の利害関係は小さく、別段、ライセンサーの承諾なく地位を移転しても実害は生じないはずである。しかしながら、この考え方は法律上の明文規定があるわけでもなく、また、実務においてはライセンス契約に限らず、相手方の同意がない限り契約上の地位は移転できないという文言を入れるのが通常であり、契約上の地位の移転を契約条項で禁止することを無効とすることは相当ではないと考える。

しかし、パッケージをパソコンショップなどで購入するような形態のプログラムの使用許諾契約において、「ソフトウェアを販売したのではなく、使用許諾するものです」ということは、あまりにも一方的である。ライセンサーがそのような意図であったとしても、ライセンサーは「パッケージを購入した」という意識であり、ライセンサーの「プログラムの複製物を所持していない」という主張は、あまりにも一方的な意思であると言える。したがって、パッケージ販売の形態で提供されたプログラムについては、「ソフトウェアを販売したのではなく、使用許諾するものです」という文言の有無を問わず、ライセンサーはプログラムの複製物の所有者であると解するべきであろう。

したがって、使用許諾の対象物が著作物である場合のうち、パッケージ販売形態である場合は、著作権法第 26 条の 2 第 2 項の規定に照らして、譲渡禁止条項は無効である。パッケージ販売でなく、複製物の移転を伴わないもの、例えば、送信によりプログラムが提供された場合などは、著作権法第 26 条の 2 第 2 項が適用されないため、ライセンサーとしての契約上の地位を移転することを禁ずる趣旨の条項は有効であり、プログラムを再配布することは許されない。

<sup>34</sup> 加戸・前掲注(25)192 頁

<sup>35</sup> 内田貴『民法 III』222 頁(東京大学出版会、1996 年)

使用許諾の対象が非著作物である場合、譲渡禁止条項を無効にすべき法的根拠はなく有効となる。ただし、上述したようにパッケージ販売の場合には、ライセンシーは対象物を「購入した」という意識であるから、「なぜ自分の物を他人に譲渡してはいけないのか」という疑問が生じるであろう。

#### -2-4 貸与、再許諾

使用許諾契約においては、貸与・再許諾をすべて禁止することが一般的である。

これらの条項の意図は、-2-3 で述べた譲渡制限の場合とほぼ同じである。自分はコピーを使用して、元の複製物を他人に貸与したり、再許諾したりすることを防ごうとするものと考えられる。また、ユーザーサポートの負担増についても譲渡制限と同様に考えられる。

貸与<sup>36</sup>の制限については、譲渡と同様な論理が考えられ、したがって、パッケージ販売などのようにプログラムの複製物をライセンシーが所有しているような場合には、公衆への貸与でない限り、禁ずることはできないと解釈すべきである。譲渡と異なるのは、短いサイクルで貸与を繰り返すことで、実質的に複数ユーザーでプログラムを使用できてしまう可能性があることである。公衆への貸与ではなく、同一人物に複数回数に渡って、必要な都度貸し借りをを行うような場合が考えられる。もっとも、このような繁雑なことを多くの人々が行うとも思えないし、また、返却したときに、自己のコンピューターにプログラムがインストールしたままであるような場合には、複製権侵害になる。

また、貸与を受けたものは、「プログラムの所有者に該当しない」と考えられているため<sup>37</sup>、第47条の2第1項の適用がなく、コンピューターの固定記憶装置にインストール(複製)することはできず、記録メディア上から実行することしかできない。記録メディア上から実行できないタイプのプログラムであれば、貸与を受けても使用できないことになる。貸与を受けたものが私人として用いる場合には、第30条第1項の適用により、コンピューターの固定記憶装置にインストールできる。

再許諾については、特定の一人に再許諾するというよりは、複製して多数人にライセンスするような場合を想定しているものと考えられるべきであろう。このような行為は、契約条項がなくとも複製権侵害を構成し、許されないのは自明である。また、自己の使用を中止し、プログラムを複製せずに他人にプログラムなどを渡して、再許諾するというようなケースは、譲渡または貸与のいずれかと同様に判断すればよいと考える。譲渡か貸与の区別は、再許諾の終了時に再許諾の対象物を返却する義務の有無で判断する。したがって、自己の使用を中止し、他人に再許諾するような行為の禁止条項の有効性は、譲渡禁止条項または貸与禁止条項と同様に解釈される。

以上の考え方により、使用許諾の対象が著作物である場合、公衆への貸与にあたらぬ貸与を禁止する条項は無効と解すべきである。根拠は、譲渡禁止の場合と同様に、第47条の2第1項を強行法規と解するか、任意規定であるとしても、任意規定の修正に合理的な理由がないというものである。再許諾を禁止する条項は、自らは使用せず、

<sup>36</sup> ここでの「貸与」とは、公衆への貸与を含まない。公衆への貸与は、本条項がなくても貸与権との関係で禁止される。

プログラムを複製せずに他人に再許諾するような場合は、再許諾の実態により、譲渡または貸与とみなして有効性を判断すればよいと考える。

使用許諾の対象が非著作物である場合には、貸与禁止条項や再許諾禁止条項を無効とするべき法的根拠はなく有効となる。パッケージ販売の場合、ライセンシーの意識から生じる疑問が残るという点は -2-3 の場合と同じである。

#### -2-5 改変、翻案

使用許諾契約においては、改変・翻案を禁止することが一般的である。

著作権法第 20 条第 2 項第 3 号による改変および第 47 条の 2 第 1 項の定めによる翻案を禁止することを目的としているものと考えられる。ライセンサーのメリットとしては、ユーザーサポートの負担を軽減すること<sup>38</sup>、改変を認めた場合に改変によって生じた不具合に起因する損害についての、瑕疵担保責任または不法行為責任などを回避すること<sup>39</sup>などを目的としているのではないかと考えられる。また、翻案の結果作成されたプログラムの著作権の問題も考えられる。改変・翻案されたプログラムの著作権は、次のように考えられる<sup>40</sup>。改変の程度が低く、創作性があるとは認められないものについては、元の著作者に帰属する。翻案の結果、新たな創作性を付加されたものと見られるものについては、二次的著作物として、元の著作者の権利が及ぶものの、二次的著作物の創作者に帰属する。さらに翻案の程度が大きく、原著作物とは相当にかけ離れたもの(本質的特徴を感得することができないもの)が出来上がったときには、もはや元の著作者の権利が及ばず、翻案を為した創作者に単独で著作権が帰属する。

のようなプログラムは、元のプログラムの競合製品になる可能性を持っているため、これを防止する目的があるとも考えられる<sup>41</sup>。

改変禁止条項の有効性について、著作権法上の問題は、基本的には第 47 条の 2 第 1 項の問題であり、この問題については -2-2 ですすでに述べた。

複製のケースでのバックアップのように、実情から考えて不可欠である可能性がある他の行為としては、異機種に移行するためのプログラムの改変、翻案が考えられる<sup>42</sup>。

通常、自己使用のために著作物を改造する行為は、第 20 条第 2 項第 3 号に該当する場合を除けば、同一性保持権の侵害になるものと考えられているようである<sup>43</sup>。

---

<sup>37</sup> 中山・前掲注(25)75 頁

<sup>38</sup> ユーザーが改変した事実を説明せずに、不具合などを報告してくる場合などが予想できるのでこれを防止する効果を狙っているものと考えられる。

<sup>39</sup> 製造物責任において、合理的に予想される製品の改造や誤った操作方法などについては、これに適切な対策(設計上の工夫や警告の表示など)をしなかった場合、製造物責任を負うことになるという考え方がある。この考え方が、ソフトウェアにそのまま適用されるかどうかの問題はあるが、このような責任をあらかじめ回避しておくことを狙っていると考えられる。

<sup>40</sup> 植松・前掲注(28)196 頁以下

<sup>41</sup> もっとも、このような著作物はいわば、「元の著作物を参考にした程度」と見られるため、改変・翻案禁止条項がこのような著作物に対してまで実効性があるかは疑問がある。

<sup>42</sup> 中山・前掲注(25)81 頁注 5 では、ソフトウェアのコストがハードウェアのコストより大きいことから、ハードウェアリプレースの場合に既存のソフトウェアをそのままかまたは手直して利用できないと事実上リプレースは不可能になる、と述べている。

<sup>43</sup> 単純に自己使用のケースでなく、自己使用のためのツールなどを提供した事業者が同一性保持権侵害に対する寄与侵害を理由として差止、損害賠償を負ったケースがある。(「ときめきメモリアル

これには異論も多く、「書籍に書き込みをしたからといって、著作者は一体どんな損害を受けるのか」という端的な意見がある<sup>44</sup>。実際問題として、第三者に頒布できるわけでもなく<sup>45</sup>、また、当該プログラムの著作者が改変内容を知り得るわけでもないので、著作者の心情を害したり、名誉を傷つけるといったことも考えにくい。したがって、情報の効率的利用の観点からも、同条に定めるような改変・翻案行為を自由に認めても問題はないと考える。

使用許諾の対象物が著作物である場合、第47条の2第1項を強行法規と解するか、任意法規であるとしても約款による一方的な修正であり、当事者間の対等な契約交渉による修正ではないがゆえにその修正に正当化または合理的な理由が存在しない、と考え、改変・翻案禁止条項を無効とするべきである。

使用許諾の対象物が非著作物である場合、著作権法の権利制限規定の問題が生じないから、改変・翻案禁止条項は有効になる。ただし、自己使用のための改変・翻案までもが禁止されてしまうのは、上述したような状況からすると不合理である。

また、改変、翻案の禁止は、独占禁止法上の問題を生じるが、この問題については、リバースエンジニアリングの問題と密接な関係があることから、-2-6で検討する。

#### -2-6 リバースエンジニアリング

使用許諾契約においては、リバースエンジニアリングを禁止することが一般的である。

リバースエンジニアリングそのものが著作権法上許されるかどうかについては、学説上は許されるとの説が通説のようである<sup>46</sup>。ただし、特許法と異なり、著作権法上は明文の規定がないため、リバースエンジニアリングを実際に行う場合の複製行為をどのように合法と位置づけるかについては、諸説があるようである。

リバースエンジニアリングが実際にどのような行為なのかについては、かなりの文献で説明されている<sup>47</sup>。もっとも広い意味でのリバースエンジニアリングは、プログラムを動作させてみる、マニュアルの分析などが含まれる。このような行為は、プログラムを使用することと変わらないため、著作権法上の問題は基本的には起こらないし、ライセンサーといえどもこういった行為までを禁止できるとは考えていないであろう。実際に、リバースエンジニアリング禁止条項の表現として、「お客様は、本ソフトウェア製品をリバースエンジニアリング、逆コンパイル、または逆アセンブルすることはできません。<sup>48</sup>」というものがあり、主に禁止したい行為は、逆コンパイル、または逆アセンブルなどの行為と同視でき得るようなもの、すなわちプログラムの内部を解析するような行為を意図していると考えてよいだろう<sup>49</sup>。

---

メモリーカード事件」最高裁平成13年2月13日判決民集第55巻1号87頁)

<sup>44</sup> 半田正夫『著作権法概説』182頁(一粒社、第10版、2001年)は、同一性保持権がその効力を発揮するのは著作権行使の際であるとしている。

<sup>45</sup> 著作権法第49条第1項および第2項

<sup>46</sup> 梶山敬士『ソフトウェアの著作権・特許権』50頁(日本評論社、1999年)

<sup>47</sup> 梶山・前掲注(46)29頁以下、田村善之『著作権法概説 第2版』226頁以下(有斐閣、2001年)、大澤恒夫『IT事業と競争法』74頁以下(日本評論社、2001年)

<sup>48</sup> マイクロソフト・前掲注(21)92頁

<sup>49</sup> マーク・ミナシ(植木不等式訳)『いつまでバグを買わされるのか』123頁(ダイヤモンド社、2000年)

ライセンサーのリバースエンジニアリングを禁ずる目的は、競合製品の出現防止である。また、プログラムのインターフェース情報などの秘匿という点からすると、ライセンス対象になっているプログラムそのものにとどまらず、周辺ビジネスの独占またはライセンス収入の増大を狙っているかもしれない。

逆にリバースエンジニアリングを行おうとするライセンサーの目的はどのようなものだと考えられるか。自己使用目的のリバースエンジニアリングの典型例として挙げられるのは、デバッグである。このほか、-2-5 で述べた改変、翻案を効率よく行う目的が考えられる。これらのリバースエンジニアリングは、著作権法第 30 条第 1 項、第 47 条の 2 第 1 項などを前提にしている。

競争事業者が、自己の製品を開発するためにリバースエンジニアリングを行う場合はどうか。同種のアプリケーションプログラムを開発するために、そのアプリケーションが扱うファイルフォーマットを解析し、互換性を持たせる、ネットワーク上でシステムを混在させても大丈夫なようにプロトコルを一致させるなどが考えられる<sup>50</sup>。この場合には、著作権法第 30 条第 1 項や第 47 条の 2 第 1 項は働かないため、形式的には複製権侵害が生じる可能性がある。しかし、明文上の規定はなくとも、リバースエンジニアリングに必要な複製を違法行為としてしまうと、実質的に著作権法でアイデアを保護してしまうこととなり、解釈としてこれを認める必要があるとの意見が多いと思われる<sup>51</sup>。

このような見解が強い理由としては、競争法的な視点があるものとする。リバースエンジニアリングの公益的な効能として、「技術の発展には必須なこと」<sup>52</sup>、「積み重ねで発展していく技術の進歩を促すためには、既存の技術の研究、解析を認める必要がある」<sup>53</sup>などと言われている。いずれも特許法第 69 条を念頭に置いた考え方であると思われるが、プログラムは著作権法で保護されるものとはいえ、小説、絵画などと異なり機能に重点が置かれる著作物であり<sup>54</sup>、科学技術と深い関りがある。著作権法でプログラムを保護している以上、プログラムの社会的基盤である科学技術の発展のために、権利が一部制限されることは当然といってもよいだろう。大澤弁護士は、特許法 69 条の規定は「特許制度に内在する公共的な観点からの制約を定めたものであり、一種の公序を構成しているものとするべきではないか」と説き、さらにプログラムの場合、表現形式を認識するためには、リバースエンジニアリングが不可欠であるから、「プログラムに関する一定の改変を明文で認めている著作権法の規定は、公序を構成するものとするべきではないか」と説く<sup>55</sup>。この説に従えば、自己使用目的のリバースエンジニアリングを禁ずる

---

によれば、許諾なしに製品評価を書くことを禁止する条項をライセンス契約書に入れているものがあったという。このようなライセンサーは、ソフトウェアを実用のために実行するのではなく、内部構造のみならず、プログラムの外形的な部分のリバースエンジニアリング目的のも含めて、プログラムを実行することを禁じたいのかもしれない。

<sup>50</sup> ワープロソフトが扱う文書フォーマットの互換性の例として、ミナシ・前掲注(49)157 頁、ホストコンピュータのプロトコルの例として、植松・前掲注(27) 160 頁。

<sup>51</sup> 中山・前掲注(25)130 頁、デニス.S.カージャラ「リバースエンジニアリングに関する最初の判例」梶山敬士・デニス.S.カージャラ『日本 アメリカ コンピュータ・著作権法』40 頁(日本評論社、1989 年)

<sup>52</sup> 中山・前掲注(25) 127 頁

<sup>53</sup> 田村・前掲注(47) 228 頁

<sup>54</sup> 中山信弘『マルチメディアと著作権』55 頁(岩波書店、1996 年)

<sup>55</sup> 大澤・前掲注(47)76 頁以下

契約条項は、著作権法の改変を認める規定は、公序良俗に反し、無効になる可能性があるということである。しかし、科学技術の発展に不可欠なリバースエンジニアリングは、自己使用のためのリバースエンジニアリングではなく、競争事業者によって行われるものが多いだろう。競争事業者によるリバースエンジニアリングを禁止する契約条項は、著作権法第20条第2項第3号、第47条の2第1項を強行法規と解しても、なお有効となる。

大澤弁護士は、競争事業者によるリバースエンジニアリングを禁ずる契約条項は、独占禁止法上にいう、公正競争阻害性が大きい上、リバースエンジニアリングを許すことによる競争促進的効果が大きいとする<sup>56</sup>。次にこの点を検討する。

独占禁止法の違反要件の基準は、「ある事業者が、ある特定の1つの市場において、正当化事由がないのに競争減殺を起したり不正手段を用いたりする行為」である。白石助教授はこの基準を「ものさし」と呼んでいる<sup>57</sup>。このものさしを用いるには、まず「事業者」と「市場」を検討しなければならない。検討すべき行為は、リバースエンジニアリング禁止条項を使用許諾契約に盛り込むことであるから、「事業者」はライセンサーである。「市場」は何か。「市場」を画定するには、「問題となる商品役務は何であり、それに関する供給者・需要者はどのような者なのか」ということを認定する必要がある<sup>58</sup>。市場における供給者は、ライセンサーとその競争事業者である。ここで、需要者として、すでにライセンサーからプログラムやデータ<sup>59</sup>のライセンスを受けているユーザーを考えてみる。

ユーザーがこういったプログラムやデータをずっと使っていれば、そこに需要は生じないのであるが、コンピューターや周辺機器が発達し、オペレーティングシステムがバージョンアップすれば、既に使用しているプログラムやデータを更新する必要性が生じてくる。そこで、ユーザーは、現在使っているプログラムやデータの後継品を検討するが、ここで選択する際の重要なポイントとして、今まで使用してきたプログラムやデータで築いた資産が引き続き使用できるか、ということがある。現在のコンピューターシステムは、さまざまなハードウェア、ソフトウェアで構成され、すべてのハードウェアやソフトウェアを一斉に一新するということはめったにない。そうすると、新たに導入するプログラムやデータが、更新しないハードウェアやソフトウェアで使用できるかということは非常に重要である。

データの例として、フォント<sup>60</sup>を考えてみる。

ユーザーは、Aというフォントを使っている。あるとき、今まで使用していたAフォントがオ

---

<sup>56</sup> 大澤・前掲注(47)82頁

<sup>57</sup> 白石忠志『独禁法講義 第2版』9頁(有斐閣、2000年)

<sup>58</sup> 白石・前掲注(57)134頁

<sup>59</sup> ここでいうデータとは、プログラムの動作のために必要なデータなどである。具体的には、RGB-CMYK変換データ、フォント、出力フォーム集などである。

<sup>60</sup> ここでいうフォントとは、タイプフェイスのことではない。タイプフェイスは、文字のデザインを指す言葉である。ここでは、フォントという言葉で、そのタイプフェイスを元に、コンピューターで扱えるデータ(バイナリーコード)としたものとして用いている。なお、このようなフォントをプログラムと見る説がある(大家・前掲注(11)31頁)が、正しい解釈とは思えない。通常、フォントのデジタルデータは文字を描画するための線や点の情報である。通常はオペレーティングシステムが内蔵するラスターライザーと呼ばれるプログラムがフォントを読み込んで画面や紙に文字の形を出力する。無論、例外的にラスターライザーを内蔵するフォントもあるかもしれないが、現在パソコンでポピュラーなType1やTrueTypeと呼ばれるフォントは、ラスターライザーを内蔵していない。

オペレーティングシステムのアップグレードにより使用できなくなった。後継のフォントを探さなければならない。Aフォントのライセンサーは、新しいオペレーティングシステム用のフォントとして、Aフォントの後継バージョンを商品ラインナップとして持っている。という事業者がいる。比較的最近参入した事業者でシェアは大きくない。は、Bというフォントをユーザーに売りこもうとしている。ところが、ユーザーは、BフォントはAフォントとは送り幅が違うため、Bフォントに変えてしまうと、今まで作成した(デジタルの)文書の体裁が変わってしまうから困る<sup>61</sup>、と言い、結局、ユーザーはAフォントの後継バージョンを購入した。つまり、としてはAフォントのリバースエンジニアリングを行い、送り幅を調べ、その上でBフォントを作成しないとAフォントの置き換え需要を得ることはできない。しかし、Aフォントを購入しても、契約でリバースエンジニアリングが禁止され、その契約条項が有効であるならば、結果的に送り幅を調べることはできない。

つまり、ユーザーは互換性の制約によってロックインされてしまっており<sup>62</sup>、しかもそのロックインされた中では、他に選択肢を選べない状況が生じ得ることになる。しかし、リバースエンジニアリング禁止条項を無効にした場合にはどうだろうか。はAフォントを解析して、送り幅の情報を得て、Aフォントの置き換え需要者に対してセールスをかけることができることになる。

データベースでも同じようなことが考えられる。データベースは大雑把に言うと検索システムと情報(データ)の集合体で構成される。通常、商用データベースでは双方が提供されているが、これを異なる事業者がそれぞれ販売することも考えられる<sup>63</sup>。すでに市場にあるデータベースに対して、検索システムだけを提供しようとする事業者は、当然市場にあるデータベースのデータフォーマットを調べる必要があるが、データベースの使用許諾契約でリバースエンジニアリングが禁止されていれば、そのようなことをできないことになる。プログラムの場合についてはすでに述べたが、同様の状況が考えられる。

まとめると、プログラムやデータに関する情報が特定のライセンサーによって専有されており、財産的情報が希少価値をもって特定の者の実質的な支配下に置かれている(代替的供給源の獲得が困難である)とき、リバースエンジニアリング以外の方法では、このような情報にアクセスできないような場合には、リバースエンジニアリングを禁止することは、競争減殺を起こしているといえるのではないだろうか。

今までリバースエンジニアリングを例にとって説明してきたが、改変、翻案についても全く同じことが言える。-2-5でユーザーにとって不可欠な改変、翻案の例として、異機種への移行のための改変、翻案を挙げたが、改変、翻案を禁止することにより、ライセン

<sup>61</sup> このたとは厳密には正確ではない。フォントの違いで、文書の体裁が変わってしまうのは送り幅だけではないし、文字そのものの大きさなどの要素もあるので、あくまでも例として考えられたい。ただ、この辺りをすべて同じにしまうと、字形そのものが相当そっくりになってしまい、不正競争防止法上の模倣などの別の問題を生じることになる。また、そもそも送り幅をどのくらいにするかは、デザイン上の要素でもあるため、単純に送り幅を揃えることは、デザイン上好ましくない。

<sup>62</sup> フォーマットなどによるロックインがソフトウェアの世界では珍しくない旨の指摘が公正取引委員会の研究会で指摘されている。「ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会(第2回)議事概要」(<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/01.september/01091901.pdf>)1頁)

<sup>63</sup> 実際、販売は同一事業者でも、データの集合体と検索プログラムの製作者は別であることが多い。インターネットの検索エンジンを考えれば、データの集合体と検索プログラムが別々に提供できるものだという事は容易に想像できよう。

サーは、実質的に特定のハードウェアの使用をライセンシーに強要できることになる<sup>64</sup>。なお、独占禁止法違反を理由に契約を無効とするためには、独占禁止法の具体的な適用条文(第3条[不当な取引制限]や第19条[不公正な取引方法]等)の解釈適用について解明しなければならず、かつ、独占禁止法違反の契約法上の効果に関する理論を構築する等、もういくつかハードルを超えなければならない。この点は、今後の課題として指摘するに留める。

プログラムの場合には、リバースエンジニアリングは、著作権侵害である可能性があるという問題がある。すでに検討したとおり、競争事業者によるリバースエンジニアリングは、著作権法上明文の規定はなく、ライセンサー側からの反論は十分に予想できる。また、「正当化事由」も考える必要がある。これは、個々のケースにおいて、さまざまな理由を検討していかざるを得ないであろう。しかし、マスマーケットでの使用許諾契約におけるリバースエンジニアリング禁止条項は、プログラム、データを問わず、独占禁止法に違反する可能性が高い、と解するべきではないだろうか。私もリバースエンジニアリング禁止条項を契約に入れるのは、今まで当たり前と考えており、また、実務においてはこの考え方が定着していると思われる。

結論として、使用許諾の対象が著作物である場合、すべてのケースにおいて、リバースエンジニアリング禁止条項が無効になるとも考えられないが、一律にリバースエンジニアリングを禁止するような契約条項は、著作権法ないし独占禁止法により無効となる可能性が高いと考える。

使用許諾の対象物が非著作物である場合、著作権法の問題は生じないが、著作物である場合と同様に、一律にリバースエンジニアリングを禁止する条項は、独占禁止法違反により無効となる可能性が高い。

### -3 その他の検討課題

最後に、著作権法や独占禁止法以外の検討課題について、簡単に課題を指摘しておきたい。

第一に、契約法による禁止規定の規制であるが、契約を一部無効とするのに適用できそうな契約法理としては、信義則違反、権利濫用または公序良俗違反が考えられる。これらの法理は、いずれも一般法理であることから判例などの積み重ねによるほかないが、このような財産的情報に関する判例の積み重ねがない。著作権法との関係でも、新しい議論であり、まして著作権の枠を超えた財産的情報全般の議論は、十分になされていないので、ただちにこういった法理を導入して、問題を解決するのは難しいと考える。

第二に、消費者契約法による解決も考えられる。譲渡制限や改変、翻案禁止などの条項には、消費者契約法第10条の不当条項に該当する場合があるかどうかを検討課題である<sup>65</sup>。本稿では、情報流通という観点から、事業者、消費者に広く適用できる法理の検討を中心としたので、消費者契約特有の問題については触れなかった。実際、

<sup>64</sup> 泉水文雄「コンピュータープログラムのライセンス契約と独禁法」根岸哲編『コンピュータ知的財産権』180頁(東京布井出版、1993年)

情報流通という観点からすると、消費者契約法で解決できる範囲は決して広くない。特に個人事業者などには適用がないということは大きいように思う。さらに、この種のライセンス契約において、小規模事業者が契約交渉能力があるとも考えにくいし、実際問題としてみれば、大規模事業者といえども、個々のパッケージプログラムの購入にあたって、契約交渉をするなどということは行っていないのである。コスト的にも見合わないものであるし、第一、そのようなパッケージプログラムのライセンサーが契約交渉に応じるとも考えられない。

情報産業は、事業開始時に大規模な設備を必要としないことが多い、という点で、個人事業者、小規模事業者が新規に参入しやすい産業分野であると思われるが、後発の参入事業者は、使用許諾契約の文言通りの制約を受けるとなると、先行商品の研究や先行商品の互換品を販売できなくなってしまう。これでは、情報産業の発展が阻害されるように思う。したがって、消費者契約法をはじめ、消費者保護に関する諸法を適用して問題を解決するのでは不十分であると考えられる。

#### まとめ

以上、著作物との対比、独占禁止法の適用可能性という2点を中心に財産的情報、とくに非著作物が禁止条項を含む契約の拘束力によって法的に保護されるべき範囲を検討した。

私の結論をまとめると次のようになる。

第一に、財産的情報の使用許諾契約における禁止条項は、著作権制限規定の強行法規性または任意法規の修正に合理的または正当化事由がないという理由から、無効と解釈すべきものが存在する。例としては、バックアップ目的の複製禁止条項や大衆への再流通を伴わない自己使用目的の改変・翻案がある。

第二に、財産的情報の使用許諾契約における禁止条項は、競争法的配慮により、独占禁止法にもとづいて無効と解釈すべきものが存在する。例としては、一定の状況下におけるリパースエンジニアリングの禁止条項がある。

第三に、これらの解釈は、「契約当事者の意思」の解釈および社会に有用な情報をバランスよく流通させる「情報政策」という観点から、著作物と非著作物双方に適用できるように構築されるべきものである。著作物であるか否かにかかわらず、財産的情報の契約法による保護の範囲は、無限にしておいて良いものではない。

今後の情報化社会が発展していくにつれ、ますます情報流通は盛んになるものと思われる。著作権法の適用される場面も変化していくであろうし、また、非著作物の流通もますます盛んになり、契約の禁止条項の有効性をめぐる課題が実際の事件として表面化してくるのも時間の問題であろうと思う。

以上

---

<sup>65</sup> この点を検討したものとして、大澤・前掲注(47)3頁以下がある。

< 参考文献 >

(脚注に挙げたものを除く)

伊従寛・上杉秋則編『別冊 NBL No.52 知的所有権と独占禁止法 入門編』(商事法務研究会、1998年)

岡邦俊『マルチメディア時代の著作権の法廷』(ぎょうせい、2000年)

清川寛『プロパテントと競争政策』(信山社、1999年)

斎藤博『著作権法』(有斐閣、2000年)

田村善之『機能的知的財産権の理論』(信山社、1996年)

苗村憲司・小宮山宏之『マルチメディア社会の著作権』(慶應義塾大学出版会、1997年)

三山裕三『著作権法詳説[全訂新版]』(東京布井出版、2000年)

ローレンス・レッシング『CODE - インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、2001年)