



Title	契約と技術による著作権の拡張に関する日本法の状況 : ギポー報告およびパーク報告に対するコメント
Author(s)	曾野, 裕夫
Citation	知的財産法政策学研究, 3, 185-194
Issue Date	2004-08
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43413">https://hdl.handle.net/2115/43413</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	3_185-194.pdf



## 契約と技術による著作権の拡張に関する日本法の状況 —ギボー報告およびバーク報告に対するコメント—

曾野裕夫

著作権に基づく禁止権の対象になっていない情報の使用を契約や技術的手段によって禁止し、著作権を拡張しようとする者が現われた場合、その者の利益と、著作権法上はその情報を使用できるはずの者あるいはパブリックドメインからその情報を奪われる社会の利益との間に衝突が生じる。この利益衝突をいかに調整するかという困難な問題を扱ったギボー報告およびバーク報告を受けて<sup>1</sup>、以下のコメントでは、両報告が扱った問題についての日本法の状況について概観をすることによって責を塞ぐことにしたい。

### 1. 契約による著作権拡張に対する法的規制

契約による著作権拡張に対しては、問題となる契約または契約条項の効力を否定することによって規制を加える方法が考えられる。

#### 1.1 クリックラップ契約の拘束力

ギボー報告が扱ったのは、契約による著作権の拡張がネットワーク上でなされるソフトウェア等のデジタル情報のライセンス契約、すなわち「クリックラップ・ライセンス契約」において試みられた場合の問題である。クリックラップ契約はマスマーケットでなされる約款取引であるから、ま

---

<sup>1</sup> 本誌本号掲載の、Lucie Guibault（会沢恒訳）「著作権の制限とクリックラップ・ライセンス：著作権取引はどうなるのか？」および Dan L. Burk & Julie E. Cohen（会沢恒訳）「権利管理システムのためのフェアユース・インフラストラクチャ」参照。

ず問題になるのは、クリックラップ契約という約款取引の拘束力の有無である。この点について、ヨーロッパでは激しい議論があることはギボー報告が述べたとおりであり、アメリカにおいても同様である<sup>2</sup>。これに対して、日本の裁判所は約款の拘束力についてプラグマティックな姿勢をとっており、契約締結時に消費者が約款の内容を知りえない場合でも、その拘束力を所与としたうえで、不当条項規制によって問題に対処するのが——それが十分に機能しているかどうかは別として——、日本の裁判所の約款一般に対するスタンスだといえ、クリックラップ契約についても同様であることが予想される。

ここで、経済産業省が2002年に公表した『電子商取引等に関する準則(平成14年7月版)』<sup>3</sup>(以下、『準則』という)に触れておきたい。この『準則』は裁判所を拘束するものではないが、オンライン取引や情報財取引などの私法上の権利義務関係についての解釈が必ずしも確立していないなかで取引の円滑化に資するため、その私法ルールのあり方を提示しており、「デファクト型のルール」として事実上の影響力を持つことが目指されている<sup>4</sup>。『準則』は、クリックラップ契約について、契約締結時に契約内容が明示されていれば、「ライセンス契約内容に同意の上、購入ボタン(契約ボタン)をクリックしたと解される場合は、返品・返金はできない」として、クリックラップ契約の拘束力を認めている(『準則』第2.1.(1)イ) < I > [別冊 NBL 91頁])。これに従えば、契約締結時に契約内容が明示されていること、および、ユーザーがライセンス契約内容に同意の意思表示をしたことという条件がついているため、クリックラップ契約の拘束力が無批判に認められることはなさそうに見える。しかし、上の条件を満たす具体例として挙げられているのは、契約条項の画面を最後までスクロールしないと同意ボタンをクリックできないようなくみになっている場合であり、現実にはそれほど高いハードルではない。かえって事業者にとってのセー

<sup>2</sup> 曾野裕夫「情報契約における自由と公序」[1999-2]アメリカ法181頁(2000年)参照。

<sup>3</sup> 中山信弘ほか編『電子商取引に関する準則とその解説(別冊 NBL 73号)』(商事法務、2002年)35頁以下所収。[校正時に『準則』の平成16年6月版に接したが、本稿と関わりある範囲では内容に実質的な変化はない。]

<sup>4</sup> 西江昭博「ITと法制度」前掲注(3)・別冊 NBL 73号12頁、18-20頁参照。

フ・ハーバーとして機能するルールだといえよう。

いずれにせよ、日本においては、クリックラップ契約の拘束力は大きな支障なく認められそうである。

## 1.2. クリックラップ契約の内容規制

そうすると、主戦場は拘束力を有するクリックラップ契約の内容規制となる。以下、著作権法、民法(一般契約法)、消費者契約法に基づく規制の可能性について述べる。

### 1.2.1 著作権法による規制

著作権法は、有効なツールとはならないように思われる。もし、著作権法30条以下の著作権制限規定が「強行規定」であれば、話は簡単であるが、これらの規定は任意規定であるとするのが一般的な理解である。実際、著作権法30条1項2号は、技術的保護手段による私的複製禁止を認めており(換言すれば、技術的保護手段の回避を禁止している)、著作者が一方的に措置する技術的保護手段の利用が承認されているのであり、いわんや契約によって私的複製を禁止することも可能であること、換言すれば、少なくとも私的複製を認める著作権制限規定は任意規定であると解釈せざるを得ないように思われる(もっとも、ここでいう任意規定が通常のそれとは異なりそうだということについて、後述1.2.3参照)。

もっとも、『準則』は、上述の解釈のほかにも、著作権制限規定と比較してユーザーの使用を制限することになるライセンス契約の条項を無効とする解釈もあるとして、両論併記の形をとっており、強行規定アプローチへの一定の理解も示している(『準則』第2.1.(3)<IV> [別冊 NBL 99頁])。しかし、たとえ著作権制限規定を強行規定だと解したとしても、著作権制限規定のオーバーライドの事案には有効に機能しえても、著作権拡張がそもそも著作権法上は本来自由であるはずの、例えば著作物を読んだり視聴したりする行為、あるいは著作物に批評を加える行為などを契約で禁止するという形をとる場合には、違反の対象となる強行規定が存在しないために対応できないという弱点がある。

### 1.2.2 民法(一般契約法)による規制

そこで、次に一般契約法による規制を考えてみたい。具体的には、公序良俗違反を根拠に、契約や契約条項を無効にできるかという問題である(民法90条)。『準則』も、この方法がありうることを認め、「ベンダーの契約解除条件を著しく有利とする条項、ベンダーが支払う損害賠償額を著しく低く定める条項」などの条項を、公序良俗違反で無効とされる可能性のある例としてあげる(『準則』第2.1.(3)< I > [別冊 NBL 98頁])。これはアメリカの統一コンピュータ情報取引法(UCITA)で見られる、ライセンス契約の条項が基本的公序(fundamental public policy)に反した場合には契約は無効になるというアプローチによく似ている<sup>5</sup>。

このアプローチのメリットはその柔軟性にあるが、同時にそれは予見可能性の欠如というデメリットでもある。そして、公序良俗違反は推定されないから、それを主張するユーザーに重い負担がのしかかるという問題もある。

### 1.2.3 消費者契約法による規制

最後に、消費者契約法に基づく規制の可能性に触れたい。事業者の責任を免除・制限する条項や、消費者の損害賠償額の予定条項・違約金条項が、消費者契約法第8条と第9条に基づいて無効とされうることは疑いない。『準則』も、その例として「バグについて一切責任を負わないという条項、バグの修補は全て有料という条項、担保責任期間を著しく短くする条項」などを例として挙げている(『準則』第2.1.(3)< II > [別冊 NBL 98-99頁])；もっとも、以下に述べる10条に基づいて無効となる例と混在して列挙されており、とくに後2者は10条違反のケースとみることもできる)。

より問題なのは消費者契約法10条に基づく無効である。同条は、ある契約条項が民法・商法等の任意規定(「公の秩序に関しない規定」)による場合と比して、消費者の権利を制限または義務を加重するものである場合、それが信義則に反して消費者の利益を一方的に害するのであれば、その条項は無効であると定めている。著作権法上の著作権制限規定が同条にいう任意規定にあたるとすれば、著作権制限規定と乖離した契約条項を無効と

する余地がでてくる。

しかし、そのためには超えなければならないハードルがいくつかある。その第1は、著作権法の規定が、消費者契約法10条にいう任意規定にあたるのかという問題である。仮に当事者が契約で著作権法の規定と異なる特約をおくことが許されるとしても、その特約は債権的な効力しか有さない。ところが、著作権法の規定は、物権的に対世効を有しており、当事者間の特約はその物権的な「著作権」の内容を変更していない。あくまでも、特約に基づく権利義務関係は、当事者間でのみ、著作権に基づく権利義務関係に優先して重畳的に適用されるにすぎず、「著作権」の範囲はいささかも変化していない。したがって、著作権法の規定を通常の意味での任意規定としてとらえることには無理があるように思われる(土地に使用条件を付した売買がなされても、その使用条件は当事者間で主張できるだけで「所有権」の内容を何ら変化させておらず、所有権についての民法規定が任意規定ではないのと同じである)。これが正しければ、消費者契約法10条を用いることはできないことになるが、他方、著作権法の規定と異なる特約が禁止されていない、という点をとらえて任意規定とする解釈も成り立つように思われる。任意規定概念の整除が今後の課題である。

第2のハードルは、契約の目的物や対価などの中心条項(核心的合意条項)への消費者契約法10条の適用可能性の問題である。すなわち、同条が契約の中心条項に適用があるか否かについては、それを肯定する見解と否定する見解が鋭く対立しており<sup>6</sup>、裁判所が中心条項不適用説に立った場合、ライセンス契約の中心条項とは何かが問題となる。そして、ライセンス契約においては、ユーザーがソフトウェア等をどのように使用できるかという「権利」そのものが取引の目的となっているといえるから<sup>7</sup>、その

<sup>6</sup> 中心条項不適用説として、山本豊「消費者契約法(3)」法教243号56頁、62頁(2000年)、山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4・5号505頁、544頁以下(2001年)[ただし、立法論としては反対]、落合誠一『消費者契約法』(有斐閣、2001年)152頁。中心条項適用説として、潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』(経済法令研究会、2001年)84-86頁[松岡久和執筆]、日弁連消費者問題対策委員会『コンメンタール消費者契約法』(商事法務研究会、2001年)166-167頁など。

<sup>7</sup> Arthur Leff, *Contract as Thing*, 19 AM. U.L. REV. 131 (1970) が述べる考え方であ

<sup>5</sup> 曾野・前掲注(2)、同「情報契約と知的財産権」ジュリ1176号88頁(2000年)参照。

権利に関して著作権制限規定と乖離した契約条項がおかれても、それは中心条項であって、10条の適用範囲外であるとされる可能性がある。

第3に、消費者契約法10条のいう任意規定が、明文の規定に限定されるのかという問題がある。たとえば、著作権法にリヴァースエンジニアリングを明示的に認める規定は存在しないが、リヴァースエンジニアリング禁止条項は、その場合、任意規定と乖離しているのかという問題である。もっとも、学説の多くは同条の任意法規には、判例等で認められた解釈や不文の法理も含むものと考えているから<sup>8</sup>、著作権法に明文の規定がないことが直ちに障害になることはおそくないであろう。

第4に、消費者契約法10条は、任意規定からの契約条項の乖離が信義則（民法1条2項）に違反することを要件としており、消費者が信義則違反を主張する必要がある。しかし、たとえば、リヴァースエンジニアリング禁止条項が任意規定と乖離しているとして、それが信義則違反であるといえるだろうか<sup>9</sup>。この点、困難が残っているように思われるが、下級審裁判所において消費者契約法10条を積極的に用いる傾向もみられ<sup>10</sup>、今後の動向を注視したい。

る（ただし、レフが論じているのは有体物取引についてである）。

<sup>8</sup> 山本（豊）・前掲注(6) 62頁、中田邦博「消費者契約法10条の意義」法セ549号37頁、39頁（2000年）、山本（敏）・前掲注(6) 539-540頁、潮見編・前掲注(6) 89頁〔松岡〕、日弁連・前掲注(6)163-164頁、落合・前掲注(6)147頁など。反対、松本恒雄「規制緩和時代と消費者契約法」法セ549号6頁、7頁（2000年）。

<sup>9</sup> 消費者契約法における信義則概念について、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリ1200号70頁（2001年）参照。

<sup>10</sup> 進学塾の受講契約等の解除制限約定を無効とした東京地判平成15年11月10日判時1845号78頁や、借家人に建物の自然損耗等について原状回復義務を負わせる敷引特約を無効とした大阪簡判平成15年10月16日 <http://www.hyogoben.or.jp/hanrei/pdf/0018.pdf>、京都地判平成16年3月16日消費者法ニュース59号90頁などが注目される。

## 2 技術的保護手段による著作権拡張に対する規制<sup>11</sup>

パーク報告が扱った技術的保護手段による著作権の拡張に対しては、その技術的保護手段を回避ないし迂回する行為をどこまで認めるかという形での対応が問題となる（技術的保護手段を禁止するための法的ツールについては、3で触れる）。そのような規制は、著作権法と不正競争防止法に用意されている。以下、大枠を説明する。

### 2.1 著作権法による規制

著作権法30条1項2号は、コピー・プロテクション等の技術的保護手段を回避してする「複製」を、その事実を知りながらするときには、たとえ私的複製であっても著作権侵害として位置づける。また、同法120条の2は、技術的保護手段回避の専用装置やプログラムを公衆に提供する行為に対して罰則を規定する。

ただし、著作権法が規定する「技術的保護手段」は、著作権者が有する「複製禁止権」を技術的に支援するための技術的保護手段（つまり「コピー管理技術」の保護）に限定されており、たとえば「アクセス管理技術」の回避（衛星放送のスクランブルを外すためのデコーディング）は著作権法によって何ら規制されていない。

このように著作権法は、技術的保護手段による著作権の拡張に対しては、限定的な場合にしか助力していない。これに対して、次にみる不正競争防止法は、技術的保護手段による著作権の拡張に対して、より射程の広い支援を与えている。

### 2.2 不正競争防止法による規制

不競法2条1項10号および11号は、営業上用いられる、コピー管理やアクセス管理のための技術（技術的制限手段）の効果を妨げる機能のみを有

<sup>11</sup> 一般的に、文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会=通産省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣、1999年）参照。以下の記述は、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』（有斐閣、2001年）141頁以下、同『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）384頁以下による。

する装置やプログラム(専用装置等)の提供行為を「不正競争行為」と位置づけ、差止請求(3条)および損害賠償請求(4条)の対象としている。私人がそれらの装置等を用いてする技術的保護手段の回避そのものが不正競争行為になるわけではないが、結果的に、「著作権のないものについてまで、技術的なコピー制限手段を施しただけで、結果的に(中略)コピーを禁止しうる法的な利益を保障することに」なっている<sup>12</sup>。

このことは、創作性のないデータベースの保護のように、著作権法による保護が及ばない穴を埋める機能を果たすという積極面もあるが、他方で、情報の自由な利用という利益の犠牲において、技術による自由な囲い込みを法的に承認した大胆なルールであるといえよう<sup>13</sup>。

### 3. 独占禁止法の可能性

最後に独占禁止法による規制について触れておきたい。これは、競争秩序維持という観点からなされる規制であり、著作権拡張が契約によるか技術によるかを問わず用いることができる。このツールを用いた場合には、契約条項の使用やそれに基づく権利行使を禁止し、あるいは、技術的保護手段の使用を禁止するという形で、著作権の拡張に対抗することになる。

著作権の拡張が競争制限的であるとして独禁法が適用された具体的事例は見当たらないが、公取委が2001年に組織した「ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会」(座長・稗貫俊文(北海道大学教授))が、2002年に公表した報告書『ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方』(以下、『報告書』という)<sup>14</sup>が、一定の影響力を有しうるものと

<sup>12</sup> 田村・前掲注(11)不競法概説396頁。

<sup>13</sup> 田村・前掲注(11)不競法概説395頁以下。まさしく、レッシングのいう「コード」による支配が生じているのである。LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999) [邦訳、ローレンス・レッシング(山形浩生=柏木亮二訳)『CODE: インターネットの合法・違法・プライバシー』(翔泳社、2001年)] 参照。

<sup>14</sup> ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会『ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方—ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会中間報告書—』(2002年3月) <<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.march/020320.pdf>>。

して参照されるべきである。本コメントと関連する範囲でこの『報告書』が具体的にとりあげているのは、ソフトウェアの改変・複製・翻案およびリヴァースエンジニアリングを禁止する契約条項に対する規制である。

#### ①改変等の制限

著作権法20条2項3号は、プログラムを効果的に利用しうるようにするために必要な「改変」は作者の同一性保持権の侵害にならないとし、また、同47条の2は、ソフトウェアの複製物の所有者が自ら利用するために必要と認められる限度において、当該ソフトウェアの複製・翻案を行うことを認めている。『報告書』は、この著作権法が認める改変等を契約で制限することについて、それがソフトウェアメーカーによる保守サービス提供等のために必要な場合があることを認めながらも、必要な範囲を超える制限は、ソフトウェアの製品市場・技術市場における研究開発活動を阻害するなど、公正な競争が阻害される場合があることを指摘し、その場合には不公正な取引方法(一般指定第13項)に該当するものとして、違法になるとの考えを示している(『報告書』21-23頁)。

#### ②リヴァースエンジニアリングの禁止

リヴァースエンジニアリング禁止条項についても、それが公正競争阻害的である可能性を厳しく指摘している。すなわち、たとえば当該ソフトウェアとインターオペラビリティを有するソフトウェアやハードウェアを開発するためにリヴァースエンジニアリングが必要不可欠な場合に、それを禁止することは、ソフトウェアの製品市場又は技術市場におけるライセンシーの研究開発活動を阻害し、当該ソフトウェアで利用可能な他のソフトウェアやハードウェアの製品市場またはシステムインテグレーターなどが提供する当該ソフトウェアに関連したサービス市場における公正な競争を阻害する場合があるとする。そして、そのような場合には、リヴァースエンジニアリングの禁止は不公正な取引方法(一般指定第13項)に該当するものとして、違法になるとしている(『報告書』26-29頁)。

『報告書』がこのように述べるように、研究開発活動を阻害することによって市場における公正な競争を阻害すると評価される契約条項は、独禁法による規制の対象となりうる。とくに2000年の独禁法改正で不公正な取引方法に対する私人の差止請求権(24条)が創設されたこともあり、契約

## 第二特集

や技術による著作権の拡張に対抗する有効なツールとして注目される。

〔編集者付記〕本稿は、2月23日・24日に開催された国際シンポジウム「知的財産法政策学の基本理念の確立に向けて」の第三セッション「知的財産権とコモンズ」（24日実施）において行われたコメントの原稿に加筆修正を施したものである。