

《論 説》

ソフトウェアライセンスにおける著作権法 と独占禁止法21条との関係について

——販売代理店契約解約による地位移転契約を例に——

高 田 寛

- 一 はじめに
- 二 知的財産権と独占禁止法21条
- 三 公正取引委員会のガイドライン
- 四 販売代理店契約解約と契約上の地位移転契約
- 五 ソフトウェアの使用許諾と不公正な取引方法
- 六 独占禁止法21条を否定する要件
- 七 結びにかえて

一 はじめに

知的財産を活用する事業者の活動が、独占禁止法上の問題を提起することがある。⁽¹⁾ 情報サービス産業においても、知的財産権者の市場行動が、独占禁止法上の問題を提起することがしばしば見受けられる。その多くはソフトウェアライセンスに係る使用許諾契約に起因することが多い。特に、⁽²⁾ 海外のソフトウェアをわが国の販売代理店を通じて輸入販売し、わが国内において長く使用していたが、海外の製造・販売元であるソフトウェア事業者とわが国の販売代理店との間の販売代理店契約が解約されたときに、海外のソフトウェア事業者（ライセンサー）とわが国のエンドユーザー（ライセンシー）との間で、ソフトウェアのライセンスの許諾方法が問題となることがある。

海外の製造・販売元がわが国市場に進出するために、わが国の事業者と販売代理店契約を結び、その販売代理店の販売網を通じて製品をわが国内

で販売する方法をとることは珍しくはない。⁽³⁾ 海外のソフトウェアも、この方法によりわが国で販売されることが多い。しかし、わが国内で、ある一定以上の販売実績ができると、海外の製造・販売元は、わが国における販売力の一層の強化を図るため、販売代理店との販売代理店契約を解約し、海外の製造・販売元を親会社とする子会社を別途わが国内に設立して、その経営の支配力を強め販売力の強化を図ろうとする傾向がある。⁽⁴⁾

このような販売代理店契約解約の申し出が海外の製造・販売元からあった場合、わが国の販売代理店はやむなく契約を解約せざるを得なくなり、販売代理店契約解約と同時に、その契約上の地位を、新たに設立された海外の製造・販売元を親会社とする国内の子会社に移転することとなる。その際、販売代理店だったわが国の事業者は、海外の製造・販売元であるソフトウェア事業者のわが国内の子会社、および当該ソフトウェアのエンドユーザーとの三者間で、契約上の地位移転契約を結び、債権債務等を当該子会社に引き継ぐことになるが、その契約の内容がしばしば問題となることがある。例えば、当該ソフトウェアの使用許諾が有期限のものなのか又は無期限のものなのか、その他、契約書上の第三者使用、アウトソーシング、運用委託等の解釈上の問題が提起されることがある。

これら契約上の解釈上の問題は、販売代理店とエンドユーザーとの間で締結した使用許諾に係るソフトウェアライセンス契約書に明確に規定されており、それが契約上の地位移転とともに海外のソフトウェア事業者の子会社に引き継がれていれば、契約上その解釈をめぐる問題となることはない。しかし、実際には、わが国内で締結した契約書には不備なものが多く、契約書上の記載には、どちらともとれるような曖昧な書き方のものが多々見受けられる。これが海外の製造・販売元であるソフトウェア事業者、又は新たに設立されたソフトウェア事業者の子会社とエンドユーザーとの間でトラブルの原因となり、ソフトウェアの使用権の問題に発展することになりかねない。事実、わが国でこのような問題が数多く発生しており、知的財産権上の問題へと進展し、かつ、その販売方法をめぐって独占禁止

法の不公正な取引方法としての問題としての様相も呈している。

これを機に、わが国で、現在実際に起きている海外の製造・販売元であるソフトウェア事業者の⁽⁵⁾販売戦略を基に、使用許諾に係るソフトウェアのライセンスにおける独占禁止法第21条と知的財産権、特に著作権法との関係について考察してみたい。

本稿では、まず最初に、知的財産権と独占禁止法との関係を概観し（2）、これまで発表されてきた公正取引委員会のガイドラインの内容について吟味し（3）、次いで、わが国で実際に起きている販売代理店契約解約と契約上の地位移転契約を原因とする問題について紹介し（4）、ソフトウェアライセンスにおける著作権法と不公正な取引方法について検証したい（5）。また最後に、本ケースに係るソフトウェアライセンスに係る独占禁止法21条を否定する要件についての考察を試みたい（6）。

二 知的財産権と独占禁止法21条

知的財産基本法2条は、知的財産を「発明、考案、植物の新品種、意匠、著作物その他の人間の創作的活動により生み出されるもの（発明又は解明がされた自然の法則又は現象であって、産業上の利用可能性のあるものを含む。）、商標、商号その他事業活動に用いられる商品又は役務を表示するもの及び営業秘密その他の事業活動に有用な技術上又は営業上の情報をいう。」と定義している。また、これら知的財産を、発明者や著作者などの知的財産権の権利者に一定期間専有させ、知的財産を利用する事業活動に対し法的に排他性を与えているのが特許権や著作権などの知的財産権である。このように、知的財産権の権利の本質は、これら権利の排他性にある⁽⁶⁾といえる。

知的財産権制度は、知的財産の権利者に、その知的財産に関する一定の事業活動において排他権を与え、権利者はこの排他権により知的財産を専有することができ、その結果、事業活動に知的財産を独占的に活用するこ

とができる。このように知的財産権の権利の本質は排他性にあり、知的財産権の権利者に専有させることによりその独占的な使用権を担保していると考えられる。具体的な主な権利としては、①他者を排除して自分だけで知的財産を専有実施することができ、②第三者に権利それ自体を譲渡することができ、③第三者に、使用料（ロイヤルティ）を取ってライセンスを与えることができ、また、④事業資金の確保のために質権を設定でき、さらに、⑤自分で知的財産を実施しながら、第三者にライセンスを与えることもでき、⑥ライセンスを同時に多数の者に与えることもできる、がある。⁽⁷⁾

排他性により独占的な利用権が認められた知的財産については、権利者以外の者は、権利者の許諾を得ることなく、当該知的財産を利用することができない。このことは、すなわち、権利者以外の者は、権利者の許諾を得ない限り、当該知的財産を利用して事業活動を行うことにより権利者と競争を行うことができないことを意味している。⁽⁸⁾

このように排他性は知的財産権を特徴づけるものであるが、知的財産の活用が、知的財産権者以外の事業者の事業活動を制限し、その自由を著しく奪う事態となったり、不公正な取引方法の様を呈していることになれば、独占禁止法との関係が問題になり得る。つまり、市場における知的財産の活用が、一定の状況と具体的な態様により、権利者以外の事業者の事業活動を制約するような事態や不公正な取引方法となれば、独占禁止法の趣旨に抵触し、同法との関係が問題となることがあり得る。

独占禁止法1条は、その目的として「私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正かつ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇用及び国民実所得の水準を高め、以って、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。」と規定しており、独占禁止法が、私的独占を全面的に否定しているのに対し、知的財産権制度は、

知的財産の権利者に、知的財産権に関する一定の事業活動に排他権を与えて⁽⁹⁾いる。

このように、知的財産権と独占禁止法とは矛盾する性格を持つもののように見え、知的財産権制度と独占禁止法は、相互に相容れない関係のように見える。しかし、知的財産権制度と独占禁止法は対立関係にあると解釈するよりも、広義の競争政策という観点からすれば、同じ法秩序の中で共存し、健全な競争を促進するものと見るべきであるとする考え方もある。⁽¹⁰⁾例えば、特許権制度が新規で進歩性のある発明にのみ短期間（20年）の特許権を与える制度として設計され、また著作権法が作者の死後50年間、その権利の保護を与えているように、知的財産権の制度設計においては、他の事業者における事業活動の自由との適切な均衡が図られるのが通例であり、単純に、知的財産権と独占禁止法が対立関係にあるとみるのは適切ではないとする。⁽¹¹⁾その他、有力な学説も、知的財産権と独占禁止法を広義の競争政策という共通の枠のなかで議論する考え方をとっている。⁽¹²⁾

しかし、競争の促進という同じ目的を持つものであるとしても、その異質性も無視することはできない。知的財産権制度が、投資インセンティブの付与により誘引される競争という「動的な競争」と、独占禁止法のベースにある、現在あるリソースによる価格と産出量を中心とした競争という「静的な競争」の区別があり、知的財産制度は「動的な競争」を、独占禁止法は「静的な競争」を促進する機能を持っているといえる。この調整は立法政策の課題であり、ときとして解釈論の課題になりうる⁽¹³⁾との指摘もある。

これに関し、知的財産権と独占禁止法がどのような関係にあるかを明示的に規定した条文が、独占禁止法21条である。同法21条は、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない。」と規定している。これは、独占禁止法の適用除外制度の一つとして設けられた規定である。この規定をどう解釈するかは、知的財産権と独占禁止法の間を考察する上でも、

正確に理解する必要がある。学説は、この適用除外制度の法的性格について、確認説と創設説に大きく分かれている。以下、基本的な学説を概観する。

確認説は、適用除外制度の対象となっている行為は、本来独占禁止法に違反するものではないのであるが、そのことについて疑義を生じさせることがないように、違反とならないことを確認的に明文化したものが適用除外制度であると解釈する。一方、創設説は、適用除外制度の対象となっている行為は、本来は独占禁止法に違反するものであるが、公正かつ自由な競争の促進とは別個の政策目的を達成するために独占禁止法の適用範囲から除外することにより、創設的に違反とはならないものとしたのが適用除外制度であると解する。なお、創設説は、独占禁止法2条5項および6項の「公共の利益」を「自由競争を基盤とする経済秩序そのもの」を意味するものとする通説的立場に立ち、適用除外制度を、本来独占禁止法違反となる行為について、その禁止を解除するという効果を創設するものであるとする⁽¹⁴⁾。

さらに、これら両説とは別個の学説として、適用除外制度全体について議論することにつき、確認説又は創設説のいずれかで一律に説明することには無理があり、確認的なものか創設的なものかは個別の制度ごとに検討され決定されなければならないとする個別検討説も存在する⁽¹⁵⁾。

知的財産の独占的な利用を認めその限りで競争を排除することとなる知的財産権と、独占的行為を排除することにより公正かつ自由な競争を促進することを目的とする独占禁止法とは、矛盾する側面を持つように見える⁽¹⁶⁾が、これに関して学説は、矛盾があるとする矛盾存在説と、矛盾はないとする矛盾不存在説に分かれる。独占禁止法21条の法的性格について、矛盾存在説を採れば、知的財産権の行使は独占禁止法に違反する場合があるが、その場合についても、知的財産権の保護という別個の政策目的を達成するために創設的に違反とはならない（創設説）。矛盾不存在説は、知的財産権の行使は本来独占禁止法に違反するものではなく、そのことを確認的に明文化したものと解する⁽¹⁷⁾（確認説）。

独占禁止法制定後の歴史を振り返ると、初期の時期においては、創設的適用除外説が有力であったようである。当時、立法担当者であった橋本龍伍、石井良三は、その著書の中で、知的財産権者は知的財産権を独占的に利用することができるが、これは知的財産法によって法的に容認されたものであるから、独占禁止法上もそれを違反とはしないとするのが独占禁止法21条（旧23条）の趣旨であるとする。⁽¹⁸⁾但し、この見解は、知的財産権の行使という形を採る限り常に独占禁止法の適用除外となるのではなく、厳格に知的財産法に法的根拠を持つ行為に限って独占禁止法の適用除外を認めるもののようである。⁽¹⁹⁾なお、橋本は、この解釈の結果、独占禁止政策上問題が生ずるのであれば、そのような行為を容認する知的財産法の規定の改正を検討すべきとしており、独占禁止法21条による知的財産法の優越を放置するという意図ではなかったようである。⁽²⁰⁾

その後の学説の展開は、独占禁止法21条により適用除外となる行為の範囲を限定的に解釈するという方向に向かう。例えば、知的財産権の行使を本来の行使と非本来の行使とに分け、本来の行使については、独占禁止法の適用が除外されるが、非本来の行使については独占禁止法が適用されるという見解が有力となり、これがその後の通説を形成する（権利範囲論）。⁽²¹⁾もともと、この権利範囲論は、アメリカにおける特許権と反トラスト法の関係が問題となる領域では、反トラスト法の規制が及ばない固有の範囲が存在するという観念（特許の権利範囲論）⁽²²⁾に起因している。

知的財産権の本来の行使とは、知的財産法に具体的根拠規定を持つ行為（物権的権利の行使）であり、これには権利者が当該知的財産権を自ら利用する行為の他、他人にその利用を許諾し、譲渡し、質権を設定する等の行為が含まれ、一方、非本来の行使とは、このような具体的根拠規定を持つ行為ではなく、知的財産権に係る他人との契約によって相手方に一定の制限を課する行為（債権的権利の行使）である。また、本来の行使については、当該行為が権利の濫用に当たる場合には、独占禁止法が適用され、⁽²³⁾非本来の行使については独占禁止法が適用される。すなわち、独占禁止法

21条の「権利の行使と認められる行為」に該当するには、①知的財産権の本来の行使であって、かつ②権利の濫用とならないこと、が必要である。

なお、現在、この権利範囲論をベースとしたものが通説となっているが、これに対する批判として所有権・知的財産権同視説と「押し付けられた独占」説がある。所有権・知的財産権同視説は、所有権等の一般の財産権との対応上、知的財産権の行使が排他的・独占的であることを理由に独占禁止法上問題とされないことは当然であって、独占禁止法21条のような適用除外規定は本来不要であるとする⁽²⁴⁾。一方、「押し付けられた独占」説は、特許発明が特許権者の自家開発に係るものである場合には、その特許発明による市場支配状態は「押し付けられた独占」というべきであり、これを違法視すべきでないところ、独占禁止法21条は以上の当然の事理を確認的に規定したものであるとする⁽²⁵⁾。

近時の通説的見解は、権利範囲論を再構成したものであり、再構成された権利範囲論と呼ばれる⁽²⁶⁾。この学説は、公正取引委員会のガイドラインにも大きな影響を与えていると思われるので、岩本章吾の『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説』の中から、若干紹介したい。内容的には、次のようなものである⁽²⁷⁾。なお、この見解は確認説を採るものである⁽²⁸⁾。

① 再構成された権利範囲論は、独占禁止法と知的財産法とは、一般法・特別法の関係に立つという認識から出発する。すなわち、(イ) 知的財産法は競争促進の効果を有しており、独占禁止法と実質的に基礎を共通にする面があること、(ロ) 知的財産法は他人のアイデア等の不当な模倣ないしただ乗りを防止することを目的とする法律であり、他方、独占禁止法は不当な模倣それ自体を禁止の対象とはしていないものの、不当な模倣は独占禁止法の見地から実質的に判断して否定的な評価を受けるべきものであるから、模倣による競争の許容の範囲と限界とが、知的財産法と独占禁止法との共通の関心事となること、からして、知的財産と製品の市場における公正かつ自由な競争秩序を維持する上で、独占禁止法は「一般法」で

ソフトウェアライセンスにおける著作権法と独占禁止法21条との関係について（高田 寛） 41
あり、知的財産法は知的財産に係わる「特別法」であって、相互に補完関係に立っている。

② したがって、公正かつ自由な競争秩序の維持を図る上で、知的財産に係わる分野では「特別法」である知的財産法が優先して適用される。独占禁止法21条は、この趣旨を示したものである。

③ 知的財産法による権利の行使と認められる行為とは、その行為に従わないことが知的財産権の侵害を構成することになる当該行為のことを意味する。従来の権利範囲論で権利の本来的行為と言ってきたのは、このような行為のことである。このような行為は、独占禁止法21条により適用除外となる。

④ 逆に、知的財産権の侵害とならない行為を制限することは知的財産法による権利の行使とは認められず、独占禁止法の適用除外の対象には入らない。従来の権利範囲論で権利の非本来的行使と言ってきたのは、このような行為のことである。

⑤ 実質的に知的財産法が定める知的財産保護制度の趣旨を逸脱してその独占権を行使すること、すなわち、不当な模倣ないしただ乗りという不公正な競争手段を阻止するという趣旨を逸脱して知的財産権の侵害であるとして権利の行使を行うことは、権利の濫用であり正当な権利の行使とは言えず、独占禁止法上の適用除外の対象から外れることとなる。このように、知的財産法による権利の行使と認められない行為や権利の濫用に該当する行為については、「特別法」である知的財産法の射程範囲を超えることから「一般法」である独占禁止法の適用領域に入ることとなる。

三 公正取引委員会のガイドライン

公正取引委員会は、今までに、幾つかの独占禁止法との関係に関するガイドラインを公表してきた。⁽²⁹⁾ 最初のガイドラインは、「国際的技術導入契約に関する認定基準」（昭和43年5月24日公正取引委員会）である。これ

は、特許権又は実用新案権の実施許諾を内容とする国際的契約において、不正な取引方法に該当する虞のある事項のうち主要なものを列挙するとともに、一定の行為を特許法又は実用新案法による権利の行使と認められるとしたものである。

次いで、公正取引委員会は、平成元年に、「特許・ノウハウライセンス契約における不正な取引方法の規制に関する運用基準」(平成元年2月15日公正取引委員会事務局)⁽³⁰⁾を公表した。これは、昭和43年の「国際的技術導入契約に関する認定基準」を見直し、国内の技術取引契約か国際的な技術取引契約かを問わず、広く特許、実用新案及びノウハウのライセンス契約における主な制限条項の不正な取引方法への妥当性について明らかにしたものである。

そして、平成11年に、「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」(平成11年7月30日公正取引委員会)を公表し、特許・ノウハウのライセンスに伴う制限行為に関する独占禁止法上の考え方を明らかにした。⁽³¹⁾これは、不正な取引方法以外の違反行為類型も含め、特許等のライセンス契約に関する独占禁止法の適用関係について包括的な考え方を示すため、平成元年の「特許・ノウハウライセンス契約における不正な取引方法の規制に関する運用基準」に替えて策定されたものである。また、これを補足するものとして、平成17年には、「標準化に伴うパテントプールの形成等に関する独占禁止法の考え方」(平成17年6月29日公正取引委員会)が公表された。さらに、平成14年3月には、ソフトウェアの取引に関する独占禁止法上の問題について、「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—」(平成14年3月20日公正取引委員会)⁽³²⁾を公表した。

その後、知的財産の利用に係る制限行為についての独占禁止法上の考え方を一層明確化するため、平成19年に「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(平成19年9月28日公正取引委員会。以下、「本指針」という。)⁽³³⁾を公表した。これは、その対象を特許又はノウハウとして保護され

る技術から広く知的財産のうち技術に関するものに拡大するとともに、特許又はノウハウのライセンス契約に伴う制限のみならず、技術に権利を有する者が技術を利用させないようにする行為についての記述を加える等により、「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」を全面的に改定したものである⁽³⁴⁾。

すなわち、本指針は、知的財産のうち技術に関するものを対象とし、技術の利用に係る制限行為に対する独占禁止法の適用に関する考え方を包括的に明らかにしたものであり、具体的には、技術の利用に係る制限行為に独占禁止法を適用する際の基本的な考え方、私的独占及び不当な取引制限の観点からの考え方、さらに不公正な取引方法の観点からの考え方を明らかにしている⁽³⁵⁾。なお、技術とは、特許法、実用新案法、半導体集積回路の回路配置に関する法律、種苗法、著作権法及び意匠法によって保護される⁽³⁶⁾技術並びにノウハウとして保護される技術⁽³⁷⁾を指す⁽³⁸⁾。

また、本指針は、知的財産法と独占禁止法の関係について、独占禁止法21条を挙げ、技術の利用にかかる制限行為のうち、そもそも権利とはみられない行為には独占禁止法が適用されるとしている。また、技術に権利を有する者が、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利の行使とは評価できない場合は、同じく独占禁止法の規定が適用されるとしている。

すなわち、これら権利の行使と見られる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産権の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、独占禁止法21条に規定される「権利の行使と認められる行為」⁽³⁹⁾とは評価できず、独占禁止法が適用される。この考え方は、昭和43年の「国際的技術導入契約に関する認定基準」、その後の平成元年の「特許・ノウハウライセンス契約における不公正な取引方法の規制に関する運用基準」、平成11年の「特許・ノウハウライセンス

契約に関する独占禁止法上の指針」と同じく、学説において通説となっている権利範囲論、若しくは再構成された権利範囲論に基礎を置くものである。なお、知的財産基本法10条は、「知的財産の保護及び活用に関する施策を推進するに当たっては、その公正な利用及び公共の利益の確保に留意するとともに、公正かつ自由な競争の促進が図られるよう配慮するものとする。」と規定している。

すなわち、公正取引委員会の考え方は、再構成された権利範囲論と同じ考え方に基づくものであり、知的財産権の行使に係る行為が独占禁止法の適用除外となるか否かについては、①それが「権利の行使」とみられる行為かどうか、②「権利の行使」とみられる行為であっても、更にそれが「権利の行使と認められる行為」かどうか、という２段階の判断が必要である。そして、①の判断は、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為か否かという外形的、形式的判断であり、②の判断は、知的財産制度の趣旨・目的に違背するか否かという実質的判断であることである。⁽⁴⁰⁾ 実務上、知的財産権と独占禁止法の関係の問題は、多くの場合、制度設計に起因するというよりも、市場における知的財産権の活用の仕方及び態様が問題となるケースが多く、知的財産権制度の趣旨を逸脱し、かつその目的に反している場合が少なくない。

四 販売代理店契約解約と契約上の地位移転契約

前節までは、知的財産権と独占禁止法との関係について、学説及び公正取引委員会等のガイドラインを中心にその考え方を概観したが、本節は、海外のソフトウェアの使用許諾に係る販売代理店契約解約と契約上の地位移転契約についての具体的な事例を紹介する。

ソフトウェアの取引としては、ソフトウェアを提供するソフトウェア事業者と、当該ソフトウェアを使用する者（エンドユーザー）との間で直接に取引が行われる場合と、他の事業者（例えば、販売代理店など）を経由

して取引される場合があり、それぞれの場合において、ソフトウェアの使用許諾に関するライセンス契約が結ばれ、ライセンシー（エンドユーザー）による当該ソフトウェアの利用方法や利用範囲について、様々な条件が課されることがある。⁽⁴¹⁾

販売代理店などの他の事業者を経由して取引される場合には、①ハードメーカーがソフトウェアをパソコンなどの自社製品にプレインストールして販売することによりソフトウェアの提供が行われる場合と、②流通業者等が複製等を行い、エンドユーザーや小売店等に販売することによりソフトウェアの提供が行われる場合がある。海外のソフトウェアのわが国内での販売の場合、海外のソフトウェア事業者のわが国内における販売代理店を通じて輸入販売されることが多いが、これはこの②のケースに該当する。

このケースは、販売代理店は流通業者に該当し、海外のソフトウェア事業者との間で、当該ソフトウェア製品を小売店やエンドユーザーに販売する契約（販売代理店契約）を結び、当該契約にかかるソフトウェアを、CD-ROM等に複製し、エンドユーザーに対して販売する権利が許諾される。なお、この場合にも、ソフトウェア事業者とエンドユーザーとの間では、直接的に使用許諾契約が結ばれる場合が多い。しかし、このような場合のほか、ソフトウェア事業者が販売代理店にソフトウェアのエンドユーザーに対する再使用許諾を許諾し、これらの販売代理店がエンドユーザーと再使用許諾契約を結ぶケースが非常に多い。本稿で問題とする契約形態は後者の契約形態である。

海外のソフトウェアをエンドユーザーが使用する場合、わが国に海外のソフトウェア事業者の子会社が存在しない場合には、エンドユーザーは海外のソフトウェア事業者と、直接使用許諾に関するソフトウェアライセンス契約を結ばねばならず、海外との取引交渉に慣れていない中小のエンドユーザーは、海外のソフトウェア事業者との契約締結よりも、わが国内の日本語で交渉のできる販売代理店と再使用許諾契約を望む傾向がある。⁽⁴²⁾ また、販売代理店も自由にエンドユーザーと再使用許諾契約が締結できると

いう販売戦略の自由度が高いというメリットがあるため、再使用許諾契約を締結する権限を、海外のソフトウェア事業者に求める場合が多い。このような再使用許諾契約の締結形態は、海外のソフトウェア事業者にとっても、わが国の販売代理店に大きな権限を与えるため、海外のソフトウェアのわが国における販売を促進させるというメリットがある。

しかし、これら契約形態は、海外のソフトウェア事業者とわが国の販売代理店の間に信頼関係が確立していなければならず、往々にして、わが国の販売代理店が、海外のソフトウェア事業者との契約又は合意から逸脱したビジネス（例えば、大幅な値引き等）を行う場合が時々ある。また、再使用許諾契約も海外のソフトウェア事業者が指定したものと異なる形態で、販売代理店とエンドユーザーで取り交わすこともあり、契約の文言も曖昧なものを使用する場合がある。⁽⁴³⁾これらの事実は海外のソフトウェア事業者の販売代理店に対する監査で発覚することがあり、このような事実の積み重ねが両者の信頼関係を損なうことになることがしばしばある。

また、海外のソフトウェア事業者も、国内である一定以上の販売実績ができると、海外のソフトウェア事業者は、わが国における販売力の一層の強化のためにわが国の販売代理店との販売代理店契約を解約し、海外のソフトウェア事業者を親会社とする100%資本の子会社をわが国内に別途設立し、その経営の支配力を強め販売力の強化を図ろうとする傾向がある。

このように、海外のソフトウェア事業者からわが国の販売代理店に対し、一方的に販売代理店契約解約の申し出がされた場合、わが国の販売代理店は、一般的には、販売代理店契約の維持に努めるであろうが、海外のソフトウェア事業者が販売代理店に対し、販売代理店契約解約を強行に迫った場合、わが国の販売代理店は、通常、やむなく契約を解約せざるを得なくなることがある。販売代理店契約が解約された場合には、その販売代理店契約解約と同時に、わが国の販売代理店はその契約上の地位を、海外のソフトウェア事業者を親会社とする国内の100%資本の子会社に移転することになる。⁽⁴⁴⁾

その際、販売代理店だったわが国の事業者は、海外のソフトウェア事業者のわが国内の100%資本の子会社、および当該ソフトウェアのエンドユーザーとの三者間で、契約上の地位の移転契約を結び、債権債務を当該子会社に引き継ぐことになるが、その契約の内容がしばしば問題となる。例えば、当該ソフトウェアの使用許諾期間が有期限のものなのか又は無期限のものなのか、その他、契約書上の第三者の使用、アウトソーシング、運用委託等の解釈上の問題が提起されることがある。

これら契約上の解釈上の問題は、販売代理店とエンドユーザーとの間で締結した再使用許諾のソフトウェアライセンス契約書に明確に規定されており、それが契約上の地位移転契約とともに海外のソフトウェア事業者のわが国内における子会社に引き継がれていれば、契約上その解釈をめぐって問題となることはない。しかし、多くの場合、わが国内で締結した再使用許諾に関するソフトウェアライセンス契約書には曖昧なものが見られ、ソフトウェアライセンス契約書上の記載に、どちらにもとれるような書き方⁽⁴⁵⁾のものが見受けられる。

これが海外のソフトウェア事業者、又は新たに設立されたソフトウェア事業者の子会社とエンドユーザーとの間でトラブルの原因となり、ソフトウェアの使用許諾の問題に発展することになりかねない。実際、わが国でこのような問題が発生しており、知的財産権上の問題へと進展し、かつ、その販売方法をめぐって独占禁止法の不公正な取引方法としての問題としての様相も呈している。

トラブルとなるケースとしては、以下のものが実際に報告されている。簡単のため、海外のソフトウェア事業者をA社、海外のソフトウェア事業者のわが国内での子会社をB社、わが国内の販売代理店であった事業者をC社、ある特定のエンドユーザーをD社とする。

① ソフトウェアの使用許諾の期間が問題となるケース

A社とC社は、販売代理店契約を締結しており、C社はA社のソフト

ウェアを国内で長年販売してきた。その間、C社はA社との間で、エンドユーザーとのソフトウェアの再使用許諾の契約締結を許諾されていたので、C社はD社とソフトウェア使用許諾に関するソフトウェアライセンス契約を結んでいた。ところが、A社からC社に対する一方的な販売代理店解約の申し出により、C社はA社とやむなく販売代理店契約を解約した。その後、C社の契約上の地位をB社に移転するため、B社、C社、及びD社の三者間で、契約上の地位移転契約を結んだ。これにより、契約上のC社の地位がB社に引き継がれた。なお、D社は、長年、当該ソフトウェアを基幹システムとして使用しており、当該ソフトウェアを使用せずに日常業務を行うことはできない。

契約上の地位移転契約後、B社は、C社とD社の間で締結されたソフトウェアライセンス契約を見直すことになるが、使用許諾の期間の記述が曖昧なことに気づき、これを親会社である海外のA社へ報告した。そもそも、C社との販売代理店解約の決定は、A社の経営陣の交代に起因するものであり、A社は投資家等の利害関係人との関係も考慮し、短期間で大きな収益を上げ株価を上げる必要があった。そのための販売戦略が立案され、契約上曖昧な表現や矛盾点はすべてレビューし、また、D社の実際上のソフトウェアの使用方法与契約内容の差異を調査し、すべての契約書を見直す方針が採られた。その結果、少しでも実態と契約書の差異や契約書上の曖昧な表現があると、契約違反の事実をエンドユーザーに突きつけ、それを基に法外な価格提示とともに新たに契約書を交わし、より短期間に収益を上げるという方針の下でビジネスが展開された。

このような背景により、C社とD社の間で本契約が締結された時点では、永久使用権の許諾は合意のもとであったにもかかわらず、契約書上に「永久使用権を許諾する。」という文言がないことを理由に、B社はD社に対して、当該ソフトウェアの使用許諾期間は有期限であることを主張し、契約期間の終了（例えば、保守サービスの終了）と同時又はその後に当該ソフトウェアを買い直すことを要求するケースである。この場合、B社は

D 社に対して使用権のないことを理由に著作権法違反を主張する。

本契約の当事者である C 社と D 社の間では、永久使用権の許諾は合意事項であったが、契約上に永久使用権の明確な文言がない場合、B 社は、海外の本社法務担当の指示により、D 社に対して当該ソフトウェアの永久使用権を否定することとなる。当然のことながら、A 社と C 社の間の販売代理店契約又はそれに付随する覚書の中に、エンドユーザーに対する使用許諾の期間についてのなんらかの記述があるのが普通であるが、それさえも見当たらないケースがある。また、仮にあったとしても、それが永久使用権の許諾の記述であれば、B 社は、C 社と D 社との間の契約書に基づいての地位の移転であることを基に、永久使用権がないことを主張することになる。

このようなケースが見られるのは、A 社の経営陣が変わって A 社の販売戦略に大きな変更があった場合である。特に、A 社の経営者がファンドの場合には、この傾向が顕著であり、短期的な利益を追求するあまり、B 社の都合のよいようにソフトウェアライセンス契約書を解釈し、法外な金額を提示する。

実際に、D 社は C 社との契約金額の10倍以上の金額を請求されたケースも報告されている。多くの場合、D 社はこの事態に当惑し、かつての販売代理店である C 社に対して、その事実の通知を行うとともに、その原因となる事実の問い合わせを行う。具体的に、①契約書上に何らかの瑕疵があったかどうか、②他のエンドユーザーの状況はどうか、③B 社より呈示された金額は妥当なものかどうか、等である。

D 社のように当該ソフトウェアを長期に渡り基幹システムとして使用してきたエンドユーザーは、簡単には代替のソフトウェアを使ったシステムの変更はできず、もし当該システムを変更するとなると、少なくとも1年以上の年月と多大なコストを費やすことになるケースが多い。このように、当該ソフトウェアが基幹システムとして使用されている場合、B 社との交渉過程において B 社に比して弱い立場に立つことが多い。このような状

況の中下で、B社はD社に対して、契約書上の曖昧な表現を理由に、法外な金額による契約の再締結を迫り、またこれに応じない場合には著作権侵害行為であると主張し法的な措置をほのめかす契約交渉を行うケースが多々ある。

かかる事業活動における態様は、知的財産権者であるB社の市場における事業活動が、独占禁止法で規定されている不公正な取引方法に該当する可能性がある。すなわち、明らかにB社はD社に対して契約交渉過程における優越的な地位を有し、公正な競争を阻害するおそれのある一類型としてとらえることができよう。なぜならば、D社は当該ソフトウェアを使い続けるしか選択の余地がなく、もし永久使用権が否定された場合には、無許諾のソフトウェアを使い続けているという事実により、明らかに著作権侵害行為となるからである。この場合のD社のとる方針は、B社と契約交渉を行い高額な対価を支払っても当該ソフトウェアを使用し続けるか、又は、B社との契約交渉を拒絶し法的な措置も辞さない構えをとるかのいずれかしかない。

ただし、B社としては訴訟になることは極力避け、当初の呈示金額の3分の1程度の金額で契約を結ぶというビジネス上の戦略を立てているので、D社としては、長く契約交渉を続けるよりも、また訴訟になった場合の風評等も考慮しながら、当初より割安感もある3分の1程度の金額で妥結しようとする動きもある⁽⁴⁶⁾。

② リース契約

販売代理店がソフトウェアをエンドユーザーに販売する場合、ソフトウェアの使用許諾契約のほかに当該ソフトウェアの保守サービス契約を結ぶ場合が多い。例えば、ソフトウェアの使用許諾契約を結んだ後、使用開始から一定期間、例えば、5年間のソフトウェアの保守サービス契約を結び、毎年、その保守サービス契約の対価が1年分支払われるような契約形態である。また、一定期間の保守サービス契約の期間終了後は、1年ごとの自

動更新や、引き続き一定期間の保守サービス契約を締結する場合がある。その際、販売代理店によってはその資金繰りの理由から、毎年支払われる保守サービス契約の対価を、1年目に前もってエンドユーザーに全額で支払ってもらうことを望む場合がある。

そこで、実務上考えられるのが、C社、D社およびリース会社の三者間でのリース契約である。⁽⁴⁷⁾リース物件は基本的にはコピー機のような有体物であり、リース会社に譲渡することにより所有権をリース会社に移転する。リース会社は、エンドユーザーであるD社に貸与しD社はリース会社に、月々のリース料を支払い、リース会社はC社にリース物件の一括支払を行う。このため、C社はリース物件とすることにより一括して事前にその対価を得ることができる。

しかし、保守サービス料は、単独ではリースの対象物件としては認められていない。そのため、保守サービス料をソフトウェアの使用許諾料に含めた形でリース物件とし、全額一括支払を実現しようとする方法が実務上よく行われる。特に、一定期間の保守サービス契約が期間満了し、新たに一定期間の保守サービス契約を結んだときも、販売代理店は全額一括前払いを望み、本来、保守サービス料であるものをソフトウェアの使用許諾料としてリース物件としリース契約を結ぶ場合がある。このような場合、契約書上は保守サービス料という明確な記載はなく、あたかもソフトウェアの使用許諾の対価のように見える契約書を作成することになる。

このようなリース契約を販売代理店であるC社とエンドユーザーであるD社との間で締結した後、期間満了前にC社の代理店契約解約となり、B社、C社およびD社の三者間で契約上の地位移転契約を締結しC社の地位をB社に移転したとすると、この契約の態様が問題となる。

実際に起きた問題として、B社はD社に対して、契約上リース物件であることを理由に、本来あるべき保守サービス料をソフトウェアの使用許諾料と主張した。当然のことながら、契約書上にもソフトウェアの永久使用権を明記していなかったため、B社はD社のソフトウェアの永久使用権

を否定し、期間満了後に高額な価格呈示をもって当該ソフトウェアの買い直しを求めた。このように、保守サービス料を一括して事前に得るために、ソフトウェアの使用許諾料としてリース物件としてリース契約を結んだことが、当該ソフトウェアの永久使用権を否定する材料として使われた。

③ 第三者使用が問題となるケース

C社とD社の間で締結したソフトウェアライセンス契約では、第三者使用が禁止されていた。つまり、契約の当事者であるD社の業務の社内での使用のみ当該ソフトウェアの使用が許諾されるものであった。ここで問題となるのはエンドユーザーであるD社の親会社と子会社を第三者と解釈するかどうかである。

特に、D社が親会社のシステム子会社として親会社の情報システム部門を分離・独立して設立された場合である。当初、ソフトウェアライセンス契約書はC社とD社の親会社との間で締結されていたが、契約途中で親会社のシステム子会社としてD社が、親会社の情報システム部門を分離・独立させ設立させた。その時点で、契約上の地位をD社の親会社からD社に移転する契約が交わされているが、当然のことながら、D社は親会社のシステム子会社として実質的に親会社の情報システム部門として親会社の社内業務を行う。

D社設立と同時に、契約上の地位移転契約上に、これら親会社の社内業務使用についても許諾する文言を入れるか、また、これらに関し原契約の変更覚書を結ぶ等の何らかの契約上の対処をしていれば、このような問題は起こらないが、往々にして、第三者に対する明確な文言が見当たらないケースが多い。

B社は、システム子会社であるD社が、その親会社の社内業務を行っている事実と、契約書上の第三者使用禁止条項をもって、D社に対し契約違反を主張し、第三者使用のための新たな使用許諾契約締結を要求し、高額な金額を提示することがある。

④ 運用委託が問題となるケース

これは第三者使用に深く関係する問題であるが、D社がソフトウェアの運用管理のため他の事業者システム全体の運用委託を行うことがある。つまり、D社が他の事業者と業務委託契約を結び、下請業者として当該ソフトウェアの運用委託をさせる場合である。このケースは多くのシステム子会社や情報サービス業者の間では一般に行われているが、この運用委託が問題となることが多い。

C社とD社とのソフトウェアライセンス契約書では、第三者使用を禁じ、アウトソーシング、運用委託等を禁じた条項があるときでも、他の条項で下請業者等に関する取り決めなどが規定されており、契約書の文言からだけでは、上記のような下請業者として当該ソフトウェアの運用委託させることを禁止しているとは解釈できない場合がある。このような場合に、C社がある特定の下請業者に運用委託させているという事実があると、B社はそれを基に契約違反を主張し、第三者ライセンスに追加料金を求めるケースである。

⑤ その他のケース

その他、当該ソフトウェアのインストールされているシステムの設置場所の問題や、使用オペレーティングシステムの問題等がトラブルの原因として報告されている。

五 ソフトウェアの使用許諾と不公正な取引方法

本稿で問題とする、販売代理店契約解約に係る契約上の地位の移転契約に生起する著作権法と独占禁止法の問題は、契約の解釈上の問題に起因するが、その本質において、エンドユーザーが使用許諾を受けているソフトウェアを基幹システムとして採用し、エンドユーザーが当該ソフトウェア

を使い続けるしかないという切迫した状況における、当該ソフトウェアの著作権者、すなわち当該ソフトウェアの製造・販売元の市場における活動の態様が争点である。特に、当該ソフトウェアの代替物がない場合、その問題はエンドユーザーにとって深刻なものとなる。このような状況における著作権者である事業者の市場における活動の態様が、独占禁止法上の問題を提起するとすれば、独占禁止法19条の「不公正な取引方法」に係るものとなる可能性がある。

独占禁止法19条は、不公正な取引方法の禁止として、「事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。」と規定する。不公正な取引方法は、私的独占および不当な取引制限（同法3条）と並んで独占禁止法が規制の対象とする行為のひとつである。私的独占および不当な取引制限は、競争を実質的に制限するような事業支配力の過度の集中を防止し、公正かつ自由な競争を促進することを目的とするのに対し、不公正な取引方法は、それ自体が競争を実質的に制限するには至らないが、公正な競争を阻害するおそれのある行為を指し、これらを規制することによって、事業支配力の形成を未然に防止することを目的とする。このように不公正な取引方法に対する規制は、予防的色彩の強い規定であり、独占禁止法の体系においては私的独占および不当な取引制限に対して補完的地位におかれているといえる⁽⁴⁸⁾であろう。

具体的な不公正な取引方法について、独占禁止法2条9項は、「この法律において『不公正な取引方法』とは、次号のいずれかに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう。」と規定し、以下の行為類型を号として列挙している。具体的には、①不当に他の事業者を差別的に取り扱うこと（不当な差別的取扱）、②不当な対価をもって取引すること（不当対価取引）、③不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、又は強制すること（不当誘引および不当強制）、④相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること（拘束条件付取引）、⑤自己の取引上の地位を不当に利

用して相手方と取引すること（取引上の優越的地位の不当利用）、⑥自己又は自己が株主若しくは役員である会社と国内において競争関係にある他の事業者とその取引の相手方との取引を不当に妨害し、又は当該事業者が会社である場合において、その会社の株主若しくは役員をその会社の不利益となる行為をするように、不当に誘引し、そそのかし、若しくは強制すること（競争者に対する取引妨害）、の6つの行為類型である。

本ケースで問題となるのは、単に契約上の解釈の問題ではなく、それを理由としたエンドユーザーに対する高額な対価の要求と一方的な新たな契約締結の強要である。6つの行為類型では、②不当な対価をもって取引すること（不当対価取引）、④相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること（拘束条件付取引）、および⑤自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること（取引上の優越的地位の不当利用）の3つに該当する可能性が高い。

なお、公正取引委員会が指定するものとは、現在、昭和57年に改正された16行為が指定されている。この16の指定行為を6つの行為類型に当てはめてみると、①の「不当な差別的取扱」には、「共同・その他の取引拒絶」「取引条件等の差別的取扱い」「事業者団体における差別的取扱い」が該当する。②の「不当対価取引」には、「差別対価」「不当廉売」「不当高価購入」が該当する。③の「不当誘引および不当強制」としては、「ぎまんの顧客誘引」「不当な利益による顧客誘引」「抱き合わせ販売等」があり、④の「拘束条件付取引」には、「排他条件付取引」「再販売価格の拘束」「拘束条件付取引」がある。⑤の「取引上の優越的地位の不当利用」には、「優越的地位の濫用」、⑥の「競争者に対する取引妨害」には、「競争者に対する取引妨害」と「競争会社に対する内部干渉」がある。

本ケースにあてはめてみると、当該ソフトウェアを使わざるを得ないというエンドユーザーに対して、不当な高額な対価で使用許諾を迫る態様からすると、②「不当対価取引」では、エンドユーザーに対する「不当高価購入」が該当するであろう。また、使用許諾を前提に一方的にエンドユー

ザーに対して不利な契約を強要する態様からは、④「拘束条件付取引」の「拘束条件付取引」に該当することになる。さらに、著作権者である当該ソフトウェアの製造・販売元は、当該ソフトウェアを使わざるを得ないエンドユーザーに対して圧倒的な優越的地位を有していることを考慮すれば、⑤「取引上の優越的地位の不当利用」の「優越的地位の濫用」に該当する可能性がある。

これに対する反論とすれば、市場における自由な競争の原理の基に市場経済は成り立っており、当該ソフトウェアの製造・販売元が、たとえ高額な対価を呈示してきたとしても、エンドユーザーがその対価に見合うだけの価値を当該ソフトウェアに見出せば、それは公正な商談として成立するものであり、たとえ高額であったとしても、価値ある当該ソフトウェアに対する正当な対価であり、その理由だけでは当該ソフトウェアの製造・販売元の「不当高価購入」、「拘束条件付取引」および「優越的地位の濫用」には当たらないとする意見もあろう。しかしながら、本ケースの場合、エンドユーザーには当該ソフトウェアを使用し続けるしか選択の余地がないというところに問題がある。当該ソフトウェアの代替物があり、自由な競争原理の基で、これらを購入し使用できるというビジネス環境にあれば、問題になることはない。しかし、エンドユーザーに選択の余地がないという点において、不公正な取引方法であるといえる。

「不公正な取引方法」が何であるかを判断する基準としては「公正な競争を阻害するおそれ」、すなわち、技術の利用に係る制限行為が、一定の行為要件を満たし、かつ、公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）⁽⁴⁹⁾の有無が重要となる。この公正競争阻害性が具体的に何を意味するのか、学説も分かれるところである。ひとつは、自由競争又は能率競争のいずれかの阻害と捉え、公正競争阻害性を、公正な競争を価格、品質その他のサービスに関する能率的な競争であるとし、このような競争秩序を妨げるおそれがある状態であるとする⁽⁵⁰⁾。2つめは、競争機能の自由な行使又は能率競争のいずれかの阻害にあると捕らえる。すなわち、市場における事

ソフトウェアライセンスにおける著作権法と独占禁止法21条との関係について（高田 寛） 57

業者の自由な活動に対する妨害行為⁽⁵¹⁾とする。3つめは、これら2つを鑑みて総合的な判断をするという折衷案であり、公正な競争の要件として、①自由な競争の確保、②競争手段の公平さの確保、③自由競争基盤の確保、⁽⁵²⁾の3点を挙げている。

平成19年9月発表の「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（以下、「本指針」という。）では、技術の利用に係る制限行為については、私的独占又は不当な取引制限の観点かの検討のほか、不公正な取引方法として問題となるかどうかについて、①技術を利用させないようにする行為、②技術の利用範囲を制限する行為、③技術の利用に関し制限を課す行為、④その他の制限を課す行為、⁽⁵³⁾の4つの区分に便宜上分けている。

本ケースの場合、エンドユーザーにとって余りにも高額な対価を提示することによって、当該ソフトウェアを利用させない様相から「技術を利用させないようにする行為」と、一方的な契約締結の強要は「技術の利用に関し制限を課す行為」に該当することになる。ただし、この高額な対価の規準が問題となるが、当該ソフトウェアの製造・販売元がエンドユーザーに対し当該ソフトウェアの永久使用権が否定し、それをエンドユーザーが買い直すとした場合、事実上、当該ソフトウェアを導入した金額に比し、当該ソフトウェアの製造・販売元が2倍から3倍の金額を提示した場合、契約締結が問題となることが報告されている。逆に、たとえ買い直しであったとしても、保守サービス料程度の金額（通常、年間保守サービス料は、使用許諾料の15%程度）程度の金額の提示であれば、契約が締結する可能性もある。

なお、独占禁止法の運用に関する市場についての基本的な考え方として、技術の利用に係る制限行為について独占禁止法上の評価を行うに当たっては、原則として、当該制限行為の影響の及ぶ取引を想定し、当該制限行為により当該取引の行われる市場における競争が減殺されるか否かを検討する。⁽⁵⁴⁾ また、不公正な取引方法の観点から検討する際には、この①「競争減殺」⁽⁵⁵⁾とは別に、②「競争手段として不当か」、又は③「自由競争基盤の

侵害となるか」について検討を要する場合がある。⁽⁵⁶⁾

技術の利用に係る制限行為によって市場における競争が減殺されるか否かは、制限の内容及び態様、当該技術の用途や有用性のほか、対象市場ごとに、当該制限に係る当事者間の競争関係の有無、当事者の占める地位（シェア、順位等）、対象市場全体の状況（当事者の競争者の数、市場集中度、取引される製品の特性、差別化の程度、流通経路、新規参入の難易性等）、制限を課すことについての合理的理由の有無並びに研究開発意欲及びライセンス意欲への影響を総合的に勘案し、判断することになる。⁽⁵⁷⁾

本ケースの場合、競合他社の存在はあまり大きな問題ではなく、公正競争阻害性に係る競争減殺のおそれには直接的には影響を及ぼさない。なぜなら、エンドユーザーは長年にわたり当該ソフトウェアを使用しており、唯一無二のものに近い存在であるからである。例えば、当該ソフトウェアがデータベースマネジメントシステム（DBMS）とした場合、ドイツの SoftwareAG 社製の Adabas もあれば、米国 Oracle 社製の Oracle もある。エンドユーザーが、これらのソフトウェアの新規導入を考えるならば、自由な競争原理の基にいずれかを選ぶことができるが、いったんエンドユーザーが SoftwareAG 社製の Adabas 導入を決めると、その後、Adabas に付随する各種のアプリケーションソフトウェアを構築することになり、長年使用すればするほど、これらに大きな資産価値が生ずる。このような状況下で、Adabas を Oracle に容易に変更することはできず、Adabas 使用に関して選択の余地はない。もし仮に、Adabas の使用を止めて Oracle に変更したとした場合、各種のアプリケーションソフトウェアもすべて変更する必要があり、莫大な労力、時間、コストがかかることになる。

このようにエンドユーザーは、基幹システムとなるソフトウェアの選定にはかなり慎重にならざるを得ない。その際、エンドユーザーは、当該ソフトウェアを選定した場合のリスク分析を行うが、その対象のひとつが、当該ソフトウェアの永久使用権の問題である。もし、当該ソフトウェアの

使用許諾が有期限であり、使用している間は使用料を払い続けるという契約形態であると、エンドユーザーは、①使用料が契約更新毎に変更され、最終的には高額は使用料を払うことにはならないか、②当該ソフトウェアの製造・販売元が倒産した場合、サポートが受けられないのではないか、等のリスクを分析する。その際、当該ソフトウェアに対して永久使用許諾が付与されるとなると、その当該ソフトウェアを選定する将来のリスクは少なくなる。よって、基幹システムにおけるソフトウェアの永久使用権のもつ意味は、エンドユーザーにとって非常に大きい。

以上から、本ケースの場合、エンドユーザーが契約当初から当然有すると認識してきた当該ソフトウェアの永久使用権、及びその他のライセンスを突然否定する知的財産権者の市場行動は、ライセンサーである当該ソフトウェアの製造・販売元（子会社を含む）の取引上の地位が、ライセンサーであるエンドユーザーに対して優越している場合に、エンドユーザーに不当な不利益な条件を付す行為に該当し、自由競争基盤の侵害行為に当たる可能性が高い。⁽⁵⁸⁾ すなわち、独占禁止法19条の「不公正な取引方法」に該当する可能性が極めて高いといえる。

六 独占禁止法21条の適用を否定する要件

本ケースの場合、当該ソフトウェアの製造・販売元である知的財産を活用する事業者の活動が、自由競争基盤の侵害という理由により独占禁止法上の問題を提起し、独占禁止法19条の「不公正な取引方法の禁止」条項に該当する可能性が高いことを指摘したが、これが独占禁止法21条を否定する要件に合致するかどうか検証したい。特に、近時の通説的見解は、「再構成された権威範囲論」であり、公正取引委員会のガイドラインにも大きな影響を与えていることから、これを基に検証を試みる。

独占禁止法21条は、独占禁止法の適用除外を明示的に示したものであるが、知的財産を活用する事業者の活動が「権利の行使と認められる行為」

かどうか問われる。知的財産法による「権利の行使と認められる行為」とは、その行為に従わないことが知的財産権の侵害を公正する行為である。つまり、「権利の行使と認められる行為」には知的財産法が適用され、「権利の行使とは認められない行為」⁽⁵⁹⁾には独占禁止法が適用される。「再構成された権威範囲論」では、独占禁止法と知的財産法は、一般法と特別法という考え方を採るので、公正かつ自由な競争秩序を維持するという観点から、知的財産に係わる分野では、特別法である知的財産法が優先して適用される。すなわち、当該行為が「権利の行使と認められる行為」である場合には、知的財産法が適用され、独占禁止法は適用されない。

「権利の行使と認められる行為」の「権利の行使」については、知的財産権の行使を「本来的行使」と「非本来的行使」とに分ける。「本来的行使」とは、物権的権利の行使であり、「非本来的行使」とは、知的財産権に係る他人との契約によって相手方に一定の制限を課する行為のような債権的権利の行使である。「権利の行使」が、「非本来的行使」であれば、独占禁止法が適用される。また、本来的行使であっても、当該行為が権利の濫用に当たる場合には独占禁止法が適用される。よって、独占禁止法21条の適用を否定する要件としては、①知的財産権の「非本来的行使」に該当するか、又は、②「本来的行使」であっても権利の濫用に該当するか、である。

本ケースの場合、当該ソフトウェアの「本来的行使」といえるかどうか
が問題となるが、当該ソフトウェアの使用許諾をエンドユーザーに対して
行うという意味では「本来的行使」であろう。しかしながら、エンドユーザーとの契約によってエンドユーザーにいくつもの制限を課すという意味
においては「非本来的行使」であるといえる。よって、本ケースは、「本来的行使」であっても権利の濫用に該当するかどうかを吟味せざるを得ない。

権利の濫用の意味は、実質的には、知的財産権者の優越的な地位を利用した「優越的地位の濫用」である。昭和57年に発表された公正取引委員会

ソフトウェアライセンスにおける著作権法と独占禁止法21条との関係について（高田 寛） 61

の「不公正な取引方法」は16の指定行為を規定しているが、その中で第14項に「優越的地位の濫用」が規定されている。すなわち、「優越的な地位の濫用」とは、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商習慣に照らして不当に次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。」と規定しており、3号に、相手方に不利益となるような取引条件を設定し又は変更すること、及び4号に、前3号の外、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること、と規定している。また、正当性の基準は「正常な商習慣」であり、換言すれば、「商取引のあるべき姿」であり、不当性の具体的判断は、対等な関係の当事者間の取引条件が基準となる。不公正な取引方法として一般指定されている他のものは、すべて、「公正な競争を阻害する」点が要件とされているのに対し、この「優越的な地位の濫用」の指定は他の指定行為とは異質のものである。⁽⁶⁰⁾

なお、優越的な地位とは、通説は、個別の取引相手方に対する相対的優越性⁽⁶¹⁾で足りるとするが、一般に、当事者間に地位の格差が存在するのが現実であり、それだけで「優越的な地位の濫用」には当たらず、「正常な商習慣」に照らして不当に不利益を与えるような取引条件の有無が問題となる。すなわち、ライセンサーの取引上の地位がライセンシーに対して地位が優越しているかどうかの判断に当たっては相対的優越性で足りるが、取引方法において「正常な商習慣」に照らして、当該ライセンスに係る技術の有力性、ライセンシーの事業活動における当該ライセンスの技術市場又は製品市場における地位、当該技術市場又は製品市場の状況、ライセンサーとライセンシー間の事業規模の格差等を総合的に考慮しなければならない。⁽⁶²⁾

本ケースの場合、ライセンサーである当該ソフトウェアの製造・販売元が、ライセンシーであるエンドユーザーに対して一方的に不利益となる取引条件を提示し、それを基に新たな契約を締結する態様は3号及び4号に該当し、ライセンサーの「優越的な地位の濫用」に該当する可能性が高い。なぜなら、当該ソフトウェアの製造・販売元は知的財産権者としての地位

の優越性を前提に、エンドユーザーに対して不利益となる条件を設定若しくは変更することによる「正常な商習慣」に照らした取引の不当性があるからである。

すなわち、エンドユーザーにとって、①当該ソフトウェアが代替のきかない基幹システムの一部であり、②当該ソフトウェアを使わざるを得ない状況にあり、かつ、③当該ソフトウェアを使用しないという選択肢を取った場合、原状の復旧に多大の時間、労力、作業を必要とするような状況下において、ライセンサーがライセンシーに対して、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、取引の条件又は実施についてライセンシーに不利益を与える取引を行おうとすれば、その取引方法は「正常な商習慣」とはいえないであろう。

なお、著作権法を基礎におく当該ソフトウェアの使用を許諾するというライセンサーの権利の行使と見られる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさも勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るという、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、独占禁止法第21条に規定される「権利の行使と認められる行為」⁽⁶³⁾とは評価できず、独占禁止法が適用されよう。

また、知的財産基本法第10条は、「知的財産の保護及び活用に関する施策を推進するに当たっては、その公正な利用及び公共の利益の確保に留意するとともに、公正かつ自由な競争の促進が図られるよう配慮するものとする。」と規定しており、これらの行為が、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には、権利の行使とは認められず、「正常な商習慣」に照らし、ライセンサーの「優越的な地位の濫用」に該当する可能性が高い場合は「自由競争基盤の侵害」となり、独占禁止法が適用されるといえるであろう。

七 結びにかえて

使用許諾されたソフトウェアに永久使用権があるのか、それとも有期限の使用許諾であるのかは、使用許諾契約の中でも最も基本的かつ重要なものであるにもかかわらず、契約書上にそれを明記していない場合がある。それはわが国の契約書が諸外国に比べ簡潔であるということとは直接関係がないが、契約書上の曖昧さを残したまま、契約当事者間の相互の信頼関係による黙示の合意を過信する余り、いったん契約上の地位の移転があると、契約書の不備を露呈する結果となる。もともとは契約上の解釈の問題であるといえるが、両者の主張が大きく異なると、ライセンシーの使用許諾されていないソフトウェアの無断使用という著作権法上の問題を提起し、一方で、ライセンサーの正常な商習慣を逸脱した権利者の市場行為が優越的な地位の濫用としてとらえられ、自由競争基盤の侵害により不公正な取引方法に該当し、独占禁止法違反となる可能性がある。

独占禁止法21条は、独占禁止法の適用除外規定であるが、この適用を否定する要件としては、①知的財産権の「非本来の行使」に該当するか、又は、②「本来の行使」であっても権利の濫用に該当するか、である。すなわち、ライセンサーの市場行動が「優越的な地位の濫用」に該当すれば、同法21条は適用されず、ライセンサーの行為は独占禁止法違反となる。なお、「優越的な地位の濫用」に該当するには、取引上の地位が相手方に優越していること（優越的地位）、及び相手方に対して不利益となる条件を設定若しくは変更することにより正常な商習慣に照らして取引方法が不当であることが必要である。なお「正常な商習慣」かどうかの判断は、常態化している商習慣ではなく、公正な競争秩序の見地から判断して是認される商習慣であると一般に解されており、当該ライセンスに係る技術の有力性、ライセンシーの事業活動における当該ライセンスの技術市場又は製品市場における地位、当該技術市場又は製品市場の状況、ライセンサーとラ

イセンシー間の事業規模の格差等を総合的に考慮する必要がある。

本ケースは、ソフトウェアの使用許諾に係る問題であるが、一般に知的財産権を有するライセンサーとライセンスーとの間の地位の格差に起因する「優越的な地位の濫用」に係る不公正な商取引の問題と本質的には変わらない。⁽⁶⁴⁾すなわち、知的財産権者の市場における活動が、その優越的な地位を利用し、相手方に不利益となる条件を設定又は変更することによって正常な「商習慣」に照らして不当な取引を強めれば、公正取引委員会の「不公正な取引方法」第14項の「優越的地位の濫用」となる可能性が高く、独占禁止法21条の権利の「行使と認められる行為」とは認めらず、同条の適用がないことを意味する。

また、このような状況下において独占禁止法19条に違反した契約の私法上の効力については、その契約が公序良俗に反するとされるような場合は別として、同条が強行規定であるからとの理由で直ちに無効であると解すべきではない。⁽⁶⁵⁾しかしながら、違反行為の目的、その態様、違法性の強弱、その明確性の程度等に照らして、当該行為を有効として同法の規定する措置にゆだねたのでは、その目的が十分に達せられない場合には、公序良俗に違反するものとして民法90条により無効となる可能性もある。⁽⁶⁶⁾

いずれにせよ、本ケースの問題は、わが国の情報サービス産業界で現実には起きている問題であり、ライセンサーである海外の当該ソフトウェアの製造・発売元及び当該事業者のわが国の子会社、およびライセンスーである複数のエンドユーザーとの間で、当該ソフトウェアのライセンスの許諾方法を巡って困難な交渉が続けられている。⁽⁶⁷⁾このような実態を踏まえ、ソフトウェアライセンスに係る商取引における「優越的地位の濫用」規制の意義を明確にし、基幹システムとして使用しているソフトウェアの使用許諾に関し、ライセンサーから一方的な不当な取引条件を突きつけられた場合の明確なガイドラインを示す必要があるのではないだろうか。

(1) 金井貴嗣＝川濱昇＝泉水文雄編『独占禁止法〔第2版補正版〕』（弘文堂、

2008年）〔稗貫俊文執筆〕336頁。

- (2) ソフトウェアとは、狭義にはコンピュータプログラムとほぼ同じ意味であり、コンピュータを動作させる手順・命令をコンピュータが理解できる形式で記述したものである。コンピュータを公正する電子回路や周辺機器などの物理的実体をハードウェアと呼ぶのに対して、形を持たない手順や命令などをソフトウェアと呼ぶ。広義には、コンピュータが扱うプログラム以外のデータを含めてソフトウェアと呼ぶ場合もある。また、ソフトウェアはその役割によって、基本ソフトウェア（オペレーティングシステム）とアプリケーションソフトに大別される（コンピュータ用語辞典（<http://computers.yahoo.co.jp/dict/software/architecture/1477.html>）；加藤浩一郎『ソフトウェア知的財産—法律から実務まで』（発明協会、2006年）5頁）。本稿で議論の対象とするソフトウェアは、狭義の定義を使用することとし、基幹システムとなるミドルウェア、例えばデータベースマネジメントシステム（DBMS）等を想定している。
- (3) 例えば、スポーツ用品の大手のアディダスは、もともとドイツの会社だが、日本でのアディダスブランドはそれまで販売代理店として兼松スポーツ（兼松子会社）、デサントなどが請け負った。ただし、1998年に直営日本法人が設立された。
- (4) 一般に、わが国の販売代理店をそのまま子会社化するケースもあるが、それが不調に終わると、販売代理店契約を解約し、別途100%資本の子会社を設立することが多く見受けられる。
- (5) 現時点ではまだエンドユーザーとの契約交渉の段階であり、訴訟事件には至っていないのでその実名を公表することは避けたい。
- (6) 金井＝川濱＝泉水・前掲注（1）336頁。
- (7) 金井＝川濱＝泉水・前掲注（1）336頁。
- (8) 岩本章吾『知的財産権と独占禁止法—独禁法解釈論の再検討序説』（晃洋書房、2008年）1頁。
- (9) 金井＝川濱＝泉水・前掲注（1）337頁。
- (10) 田村善之『不正競争法概説〔第2版〕』（有斐閣、2003年）111頁。
- (11) 金井＝川濱＝泉水・前掲注（1）336頁。
- (12) 根岸哲『『競争法』としての民法、知的財産法、独占禁止法』曹時56巻1号1頁；田村・前掲注（10）111～222頁。
- (13) 金井＝川濱＝泉水・前掲注（1）（注3）337頁。
- (14) 金沢良雄『独占禁止法の構造と運用』（有斐閣、1979年）192頁。
- (15) 岩本・前掲注（8）5～6頁。
- (16) 岩本・前掲注（8）1頁。

- (17) 岩本・前掲注(8) 10頁。
- (18) 橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』(日本経済新聞社、1947年) 42頁；石井良三『独占禁止法』(海口書店、1947年) 270頁。
- (19) 岩本・前掲注(8) 24頁。
- (20) 岩本・前掲注(8) 25頁。
- (21) 岩本・前掲注(8) 25頁。
- (22) 岩本・前掲注(8)(注8) 40頁；稗貫俊文『知的財産権と独占禁止法』(有斐閣、1994年)(はしがき) i 頁。
- (23) 岩本・前掲注(8) 25～26頁。
- (24) 岩本・前掲注(8) 26～27頁；正田彬『経済法講義』(日本評論社、1999年) 249頁；正田彬「知的財産権と独占禁止法」経済法学会年報10号(1989年) 1 頁。
- (25) 岩本・前掲注(8) 27頁；紋谷暢男＝満田重昭＝渋谷達紀『新技術開発と法』(三省堂、1993年) 59頁；「押し付けられた独占」とは、United States v. Aluminum Co. of America et al., 148 F.2d. 416 (2nd. Cir. 1945) の判旨であるとする。
- (26) 根岸哲「知的財産権と独占禁止法」経済法学会10号(1989年) 21頁；根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説 [第3版]』(有斐閣、2006年) 398頁；根岸・前掲注(12) 9 頁。
- (27) 岩本・前掲注(8) 29～31頁。
- (28) 根岸哲「知的財産権と独占禁止法—独占禁止法二三条論」経済法学会10号(1989年) 191頁；茶園成樹「知的財産権と独禁法(1)—工業所有権と独禁法」経済法講座第2巻「独禁法の理論と展開 [1]」(2002年) 173頁。
- (29) 公正取引委員会ホームページ (<http://www.jftc.go.jp/>)。
- (30) 平成元年度公正取引委員会年次報告 (http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h01/top_h01.html)
- (31) 平成11年度公正取引委員会年次報告 (<http://www.jftc.go.jp/info/nenpou/h11/11top00001.html>)
- (32) <http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.march/020320.pdf>
- (33) 公正取引委員会ホームページ (<http://www.jftc.go.jp/pressrelease/07.september/07092803.html>)；岩本・前掲注(8) 34～35頁。
- (34) 岩本・前掲注(8) 35頁。
- (35) 公正取引委員会「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」2 頁。
- (36) 著作権法ではプログラム著作物、意匠法では物品の形状に係る意匠として保護される技術がこれに当たる(公取委・前掲注(35)(注2) 2 頁)。
- (37) ノウハウとして保護される技術とは、非公知の技術的知識と経験又はそれ

らの集積であって、その経済価値を事業者自らが保護・管理するものを指し、おおむね、不正競争防止法条の営業秘密のうち技術に関するものがこれに該当する（公取委・前掲注（35）（注3）2頁）。

- (38) 公取委・前掲注（35）1頁。
- (39) 公取委・前掲注（35）3頁。
- (40) 岩本・前掲注（8）37頁。
- (41) 公正取引委員会「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）15頁。
- (42) 海外との取引には一般にリスクがつきものであるが、これらを包括的に調査・報告したものに、平成18年度経済産業省委託事業として、みずほ総合研究所の「平成18年度 海外との取引リスクに関する調査報告書」がある。
- (43) わが国の契約書は、アメリカの契約書に比べると条文も少なくシンプルなものが多い。また、契約書の中に信義誠実条項があり、契約書に書いてないことや疑義が生じた場合、契約当事者間で信義誠実の原則に則り協議するという条項があるため、文言も玉虫色の曖昧な表現を使う傾向がある。一方、アメリカの契約書の多くには Entire Statement があり、契約書に記載された内容が全てであるという条項がある。
- (44) 「契約上の地位の移転」に関する裁判例の分析を通して、現実の規範を探究するとともに、その規範を体系化した優れた著作に、野沢正充の『債務引受・契約上の地位の移転』（一粒社、2001年）がある。
- (45) 初期のゲルマン法は厳格法的色彩が強く、このような絶対的契約の伝統がコモン・ローの契約感の根底にあると思われる。
- (46) 特に、エンドユーザーが金融機関の場合には、訴訟をできるだけ避ける傾向が強く、金額による解決を好む場合が多い。ただし、多くの企業や組織、特に会員の出資で成り立っている組織は、利害関係人、特に出資者、株主や投資家に対する説明責任から、法外な高額の金額を支払う説明ができないため拒絶する傾向が強い。
- (47) リース取引とは、特定の物件の所有者たる貸手（レッサー）が、当該物件の借手（レシー）に対し、合意された期間にわたりこれを使用収益する権利を与え、借手は合意された使用料を貸手に支払う取引をいう（平成5年「リース取引に係る会計基準」）。
- (48) 谷原修身『六訂版 独占禁止法の解説』（一橋出版、2006年）41頁。
- (49) 公取委・前掲注（35）12頁。
- (50) 今村成和『独占禁止法入門（第4版）』（有斐閣、1993年）118頁。
- (51) 正田彬『独占禁止法1全訂（1）I』（日本評論社、1980年）292～299頁。

- (52) 谷原・前掲注(48) 41～42頁；中川寛子「百貨店による納入業者に対する商品の購入、協賛金の強要（三越事件）」独占禁止法判例百選〔6版〕193頁。
- (53) 公取委・前掲注(35) 6頁。
- (54) 独占禁止法21条の文言にとらわれることなく、知的財産権に関わるすべての行為を、その競争減殺効果と競争促進効果の比較考量で判断すべきという立場がある（白石忠志『技術と競争の法的構造』（有斐閣、1994年）20頁；田村善之「特許権の行使と独占禁止法」公正取引588号26頁。）。
- (55) 競争減殺とは、良質廉価な商品役務を提供しなくても需要者を失う心配がない状態をいう。なお、競争減殺効果の分析方法は、「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」（第2—3）5頁に詳しい。
- (56) 公取委・前掲注(35) 4頁、13頁。
- (57) 公取委・前掲注(35) 5頁。
- (58) 公取委・前掲注(35) 13頁。
- (59) 著作権法等による権利の行使とみられるような行為であっても、競争秩序に与える影響を勘案した上で、知的財産保護制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合には、独占禁止法21条にいう「権利の行使と認められる行為」とは評価されないというケースもある（判審H13.8.1審決集48.3（ソニー・コンピュータエンタテインメント事件））。
- (60) 不公正な取引方法に共通する要件を公正競争阻害性に求め、優越的地位の濫用は、これとは異なるものとするが、優越的地位の濫用によって行為者は競争上有利な地位を得る反面、相手方は競争上不利な地位に置かれる。その結果、競争を阻害すると考える学説が多数説を占める。一方、少数説は、不公正な取引方法を「取引の場における力の不当利用」と「競争の場における力の不当利用」に分け、優越的地位の濫用は、前者に該当するとする（谷原修身『六訂版 独占禁止法の解説』（一橋出版、2006年）51頁）。
- (61) 今村成和『独占禁止法入門（新版）』（有斐閣、1978年）152頁；優越的地位の具体的な判断基準は、取引転換の可能性ないし取引依存性が挙げられている（実方謙二『独占禁止法（第4版）』（有斐閣、1998年）356頁；栗田誠「コンビニエンス・ストア本部の納入業者に対する抑圧行為（ローソン事件）」独占禁止法判例百選〔6版〕195頁。）。
- (62) 公取委・前掲注(35) 13頁。
- (63) 公取委・前掲注(35) 3頁。
- (64) 「優越的地位の濫用」に係る重要判例としては、三越事件（公取委昭和57・6・17同意審決）、ローソン事件（公取委平成10・7・30勧告審決）、雪印乳業事件（公取委昭和52・11・28審判審決）がある。
- (65) 最判昭和52・6・20民集31・4・449（岐阜商工信用組合事件）独占禁止法

ソフトウェアライセンスにおける著作権法と独占禁止法21条との関係について（高田 寛） 69

判例百選〔6版〕126頁。

（66） 東京高判平9・7・31判時1624・55（花王化粧品販売事件控訴審）。

（67） 約30社のわが国のエンドユーザーから、これに類似する報告が寄せられている。

（補） Oracle, Adabas は、それぞれ Oracle 社、Software AG 社の登録商標である。