

著作権にまつわる契約実務についての調査・研究

著作権委員会*

抄 録 一般に悩まれることが多いと考えられる著作権又は著作物の取扱い条件について、考え方や取りうる契約条件について調査・研究を行う。具体的には、第1に著作権法第30条の4に関し、リバース・エンジニアリングを禁止する契約条件とのオーバーライド問題、及びデータの利活用のために認められる範囲について、第2に著作権を共有にした場合の著作権法が定める共有権者の権利の範囲や、実務において取りうる契約条件のメリット・デメリットについて、第3に著作権者の許諾のない翻案により生じた二次的著作物の位置づけや、著作権者の観点からの契約条件の在り方について、などである。

なお、本稿は2020年1月に執筆されたものである。

目 次

1. はじめに
2. 柔軟な権利制限規定
 2. 1 リバース・エンジニアリングを認める柔軟な権利制限規定とリバース・エンジニアリングを禁止する契約の優劣
 2. 2 柔軟な権利制限規定と機械学習用データベース
3. 共有著作権の扱い
4. 無断で創作された創作物
5. ライセンシーの自衛
6. 表明保証条項について
 6. 1 表明保証条項の例
 6. 2 表明保証条項の法的性質
 6. 3 表明保証条項として記載しておくべきこと
7. おわりに

力の差、著作権法の規定ぶりなどに頭を悩ませることがあるのではないだろうか。

そこで当委員会では、著作権にまつわる契約条件に関する悩みどころなどを、執筆メンバーの間で抽出した。これらは、一般の企業でも同様に悩まれていることと考えられる。そのため、一般に存在するであろうモデルを設定するなどし、どのように考えるべきか、また、どのような契約条件が取りうるかについて調査、研究を試みた。本稿では、その結果を紹介する。

なお、本稿に記載の見解は当委員会の検討に基づくものであり、何らの法的解釈を保証するものではないが、読者の皆さまの参考になれば幸いである。

1. はじめに

世の中には、著作物の使用許諾契約、著作権の譲渡契約、共同開発契約など、著作権又は著作物の取扱い条件を含む契約が様々に存在する。

本稿をご覧の皆さまも、こういった契約を目の当たりにし、契約相手との交渉を行うにあたって、その相手との立場の違いや、文化の差・

2. 柔軟な権利制限規定

2. 1 リバース・エンジニアリングを認める柔軟な権利制限規定とリバース・エンジニアリングを禁止する契約の優劣

例えば、ソフトウェアのライセンス契約にお

* 2019年度 Copyright Committee

いて、次のような条件をよく目にする。

第〇条 ライセンシーは、本ソフトウェアについて、次の各号に定める事項をしてはならない。

① リバース・エンジニアリング

この場合のリバース・エンジニアリングとは、ソフトウェアの動作を解析し、ソフトウェアの内部の仕様やソースコードを調査して明らかにすることを意図している。

リバース・エンジニアリング行為そのものは、平成31年1月1日に施行された著作権法(以下、「法」という)第30条の4において、原則として容認されている。同条は、著作物は、技術の開発等のための試験の用に供する場合、情報解析の用に供する場合、人の知覚による認識を伴うことなく電子計算機による情報処理の過程における利用等に供する場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、利用することができることを規定している。そして、リバース・エンジニアリングと言われるような調査解析目的でのプログラムの利用は、プログラムの実行等によってその機能を享受することに向けられた利用行為ではないと評価できることから、法第30条の4の「著作物に表現された思想又は感情」の「享受」を目的としない利用に該当するものと考えられる旨の解釈が文化庁により示されている¹⁾。

これに対し、日本の産業界では、リバース・エンジニアリングを禁止する条件を含む契約が多数締結されている。これは、ライセンシーによるリバース・エンジニアリングによりライセンサーの技術思想にアクセスされることを避けたいからであると考えられる。このため、リバース・エンジニアリング禁止等のライセンサーに有利な契約条項が盛り込まれやすくなる。

当事者は、強行規定に違反しない限り、法定条件と異なる条件で契約を締結することができる。契約により法定条件を上書きすることを「オーバーライド」といい、上記のリバース・エンジニアリング禁止条件は、まさに法第30条の4の権利制限規定をオーバーライドするものである。

オーバーライドが有効かどうかの判断には、法の権利制限規定そのものが任意規定なのか、強行規定なのかの判断が必要となる。この点、各制限規定の立法理由・役割・性格などを踏まえて解釈運用する必要があるとの指摘や、具体的な利用形態に応じて公益性と権利者の利益を比較衡量して適用すべきであるとの見解があり²⁾、文化庁は「利用規約等でリバース・エンジニアリングを禁止するという規約が付されている場合は、リバース・エンジニアリングを行うことは上記のとおり法第30条の4により著作権侵害とならないと解されるが、規約との関係については注意する必要がある」との注意喚起に留めている。

このような状況下で、実務的にはリバース・エンジニアリング禁止条件が有効な条件であることを前提として多数の契約が締結されており、これにより商慣習的に有効なものになりつつあると言っても過言ではないと考えられる。しかし、法は原則としてリバース・エンジニアリングに著作権は及ばないとしており、ケースバイケースで判断されることになるだろう。よって、ここでは、リバース・エンジニアリングを禁止する必要性が実務上認められるか、ライセンシーの属性によってそれぞれ考察する。

(1) ライセンシーが事業者の場合

ライセンシーが事業者の場合、特に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、独占禁止法上と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いう

意見がある³⁾。

しかしながら、産業界において、自社製品のリバース・エンジニアリングを認めることは相手方に塩を送り自社の競争力を低下させることにはかならない。そのため、ライセンサーの社内でも到底承認できるものではないだろうし、そもそもリバース・エンジニアリングを認めることを条件として求めてくる相手方とライセンス契約など締結しないだろう。シュリンクラップ⁴⁾によるソフトウェア契約や規約形式のソフトウェア使用許諾契約の場合は、ライセンサーにはライセンシーの性質や素性を見た上で契約を締結しないことを判断する機会がないため、一応契約は有効に成立する。しかし、ライセンシーがリバース・エンジニアリングを実行してライセンサーに損害を与えた場合、ライセンサーは、ライセンシーに対し、公序良俗違反、信義則違反等を主張するのではないだろうか。何より、ライセンシーによるリバース・エンジニアリングは、「著作物に表現された思想又は感情」の「享受」を目的としない利用に該当するものと考えられるが、その目的や態様次第では当該ソフトウェアの機能を享受することに向けられた利用行為であると評価される、あるいは、法第30条の4但し書き（権利者の利益を不当に害する）に該当する余地はあり、それが認められれば、ライセンシーによるリバース・エンジニアリングは著作権侵害が成立し、リバース・エンジニアリング禁止条項の有効性の議論は不要となる。とは言え、ライセンシーが当該ソフトウェアの機能を享受する目的でリバース・エンジニアリングを実行していたことをライセンサーが立証することは極めて困難である。やはりライセンサーは、従来通りリバース・エンジニアリング禁止条項を契約に盛り込んでいくことになるのだろう。

(2) ライセンシーが一般消費者の場合

ソフトウェアのライセンス契約も、当該契約が事業者と消費者との間でなされる契約であれば、消費者契約法が適用される。消費者契約法とは、消費者が事業者と契約をするとき、消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とすること等により、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とした民法の特別法であり、消費者の利益を一方的に害する条項を無効とする消費者契約法第10条⁵⁾の規定が問題となる。具体的な判断基準は現時点では必ずしも明確ではないが、事業者と消費者との間で法律及び技術面での専門知識の格差を背景として消費者に過剰な制約を強いるようなものは、当該条項に基づき無効と判断される可能性がある⁶⁾。

リバース・エンジニアリングを禁止する条件は、消費者への過剰な制約とは一概には言えない。しかし、消費者がリバース・エンジニアリングを必要とする理由、状況、場面等によっては、リバース・エンジニアリングの禁止が消費者への過剰な制約と捉えられる場合もあり得る。このような場合にはリバース・エンジニアリング禁止条項又は契約全体が無効と判断される懸念が残るため、消費者の事情を考慮した契約条件を設定する方が、ライセンサーにとっても好ましいと言えよう。

2. 2 柔軟な権利制限規定と機械学習用データベース

(1) 機械学習用データベースに関し、法第30条の4柱書本文で可能な行為

平成31年1月1日施行の改正法以前の著作権法（以下、「改正前法」という）第47条の7本文は、「著作物は、電子計算機による情報解析（中略）を行うことを目的とする場合には、必要と認められる限度において、記録媒体への記録又

は翻案（これにより創作した二次的著作物の記録を含む）を行うこと」のみを許容していた。

対して、法第30条の4柱書本文は「著作物は、（中略）当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。」と定め、許容される行為を広いものとした。

近年、情報解析⁷⁾において、AIに学習させるデータベース（以下、「機械学習用データベース」という）を作成することが必須となっている。改正前法では許容されていなかった当該機械学習用データベースの販売が少なくとも法の文言上は可能となったところ、機械学習用データベースの作成者（以下、「機械学習用データベース作成者」という）は、当該データベースの作成上、法第30条の4柱書本文で可能な行為に対し、法上、契約上どのような制限が加えられるのか、関心をもつであろう。当該機械学習用データベースに収集されようとするデータ⁸⁾の著作権を有している者（以下、「データ著作権者」という）も、法第30条の4柱書本文で可能な行為に対し、法上、契約上どのような制限ができるのか、関心をもつであろう。これらにつき、以下検討する。

(2) 機械学習用データベースに関し、制限される行為・できる行為

1) 法第30条の4柱書但し書きで制限される行為・できる行為

法第30条の4では、「ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。」との制限を置いている。

「著作権者の利益を不当に害することとなる場合」とはどのような場合か。これについて立法過程において一つ示唆されているのは「情報解析を行う者の用に供するために作成されたデー

タベースの著作物」（データベースにつき、法第2条第1項第10の3号、第12条の2第1項参照）を、機械学習用データベースに収集する著作物として利用する場合である。当該著作物は、改正前法第47条の7の権利制限規定の例外として同条但し書きに記載されていたものであり、当該著作物を機械学習用データベースに収集する著作物として利用することを認めると「著作権者の利益を不当に害する」と考えられる⁹⁾。しかし現段階においては、上記以外に法第30条の4柱書但し書きで制限される行為として明確なものはない。

そもそも、この制限はあまり厳しいものではないと考えられる。法第30条の4柱書本文で可能な行為は、「著作物を享受（鑑賞等）する目的で利用しない場合等」であり、「権利者の利益を通常害さないと評価できる行為類型」であって、権利者の利益を不当に害する領域がかなり狭いものとして想定されているからである（法第30条の4柱書本文で可能な行為は、図1¹⁰⁾に示される第1層の行為である）。法第30条の4柱書本文の要件を充たす限り、この例外たる同但し書きが適用される場面はほとんどないのではないか。なお、参議院文教科学委員会による著作権法の一部を改正する法律案に対する附帯決議（平成30年5月17日）の二では「現行法において権利制限の対象として想定されていた行為については引き続き権利制限の対象とする立法趣旨」とされており、改正前法第47条の7で権利制限の対象としていた範囲についていえば、同条但し書きに該当する場合以外で、法第30条の4柱書但し書きが適用されることはない¹¹⁾。

以上より、機械学習用データベース作成者は、原則として、法第30条の4柱書但し書きを気にする必要はほぼないと言えそうである。また、データ著作権者も、法第30条の4柱書但し書きの適用を主張できる場面は少なそうだ。

2) 契約で制限される行為・できる行為

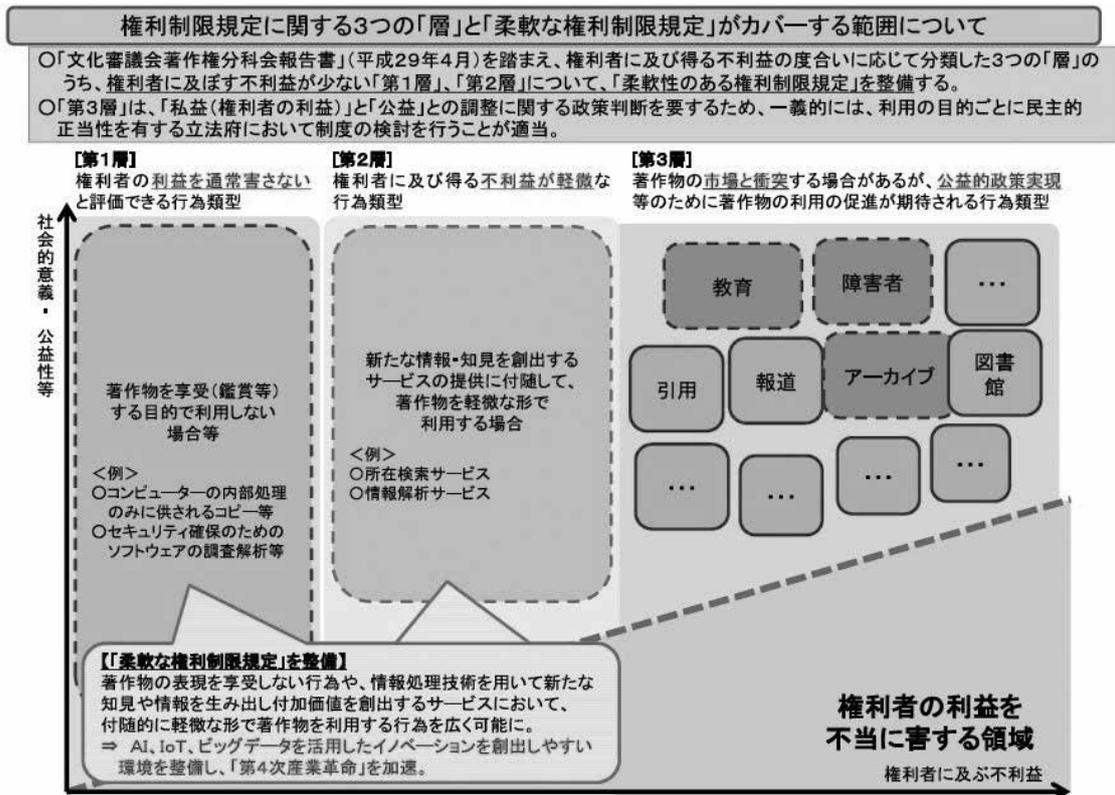


図1 権利制限規定に関する3つの「層」と「柔軟な権利制限規定」がカバーする範囲について

それでは、法ではなく契約に基づき、機械学習用データベース作成者の行為が制限されないか、という点について検討する。

例として、インターネットのサイト上から著作物にアクセスできるようにしているデータ著作権者が、当該サイト上に下記のような規約を置いた場合、いかなる効力を有するか。

本サイト上の一切のコンテンツにつき、商用目的での利用を禁じます。

法第30条の4柱書本文で可能な行為か否かの判断に、当該行為が商用目的か否かは影響を与えない。よって、上記規約の条件は、法第30条の4柱書本文で可能な行為のうちの商用目的での行為をオーバーライドして禁止しようとするものである。

上記規約の効力は、機械学習用データベース作成者とデータ著作権者の間では、以下のとおりであると考えられる。

まず、データ著作権者が、著作物にアクセス制限を設け、上記規約に同意しない限り、アクセスを許可しないようにしている場合を考える。この場合においては、データ著作権者と機械学習用データベース作成者との間で上記規約を内容とする契約が成立したと認められ、上記規約につき効力が生ずる可能性は高いだろう。

もっとも、自己の著作物が機械学習用データベースに収集されたということを立証するのは実際上難しい以上、上記規約の効力を担保するには一定の対応が必要となる。例えば、上記規約の目的が、データ著作権者が自己の著作物を商用利用された場合に一定の対価を受け取りたいということにあるならば、対価の支払いがあって初めて、アクセスを許可するという対応を採ることが考えられるところだろう¹²⁾。

次に、データ著作権者が、著作物にアクセス制限を設けず、ページ中のどこかに上記規約を記載しているに過ぎない場合を考える。機械学

習用データベース作成者は、インターネット上をクロールして著作物を収集することもあり得るところ、そもそも上記規約の存在さえ知り得ないという可能性がある。その場合には、データ著作権者と機械学習用データベース作成者との間では何らの契約も成立しておらず、上記規約の効力はないとみなさざるを得ないかもしれない¹³⁾。

そもそも、クロールによる著作物の収集が一般的に行われるようになってきている現状において、自己の著作物をインターネット上で自由にアクセスできる状態に置いたとき、単に規約をページ中のどこかに記載した程度では収集を防止する手段として現実的でないため、そもそもそのような規約は法的に効力がないと評価される可能性は否定できない。また、データ著作権者において、自己の著作物が機械学習用データベースに収集されたということを立証するのは実際上困難であろう。

よって、結局のところ、データ著作権者が著作物にアクセス制限を設けず、ページ中のどこかに上記規約を記載しているに過ぎない場合には、上記規約の効力は原則として生じないということになると考えられる。

3. 共有著作権の扱い

著作権の帰属を定める契約としては、企業や個人間で行われる、プログラムの開発委託契約、コンテンツ（キャラクターやデザイン等）の制作委託契約、共同開発契約、共同研究契約等が代表的である。これらの契約の中でも、プログラムの開発委託契約、及びコンテンツの制作委託契約等においては、契約当事者の立場・意見・主張等が異なることが多く、著作権の帰属について悩まれている方も多いのではないか。

そこで本章では、著作権の帰属を定める際の一つの方法である「著作権を共有する」という条件に関する基本的な考え方について述べる。

(1) 著作権を共有した場合の制約

最初に、著作権法における共有に係る規定の内容を確認すると表1のとおりとなる（なお、著作権法に規定のない部分については民法の規定に従うこととなる（民法第264条））。

表1 著作権法における共有の規定

	著作権法の規定
①人格権の行使	共有者全ての合意が必要（第64条）
②持分の譲渡又は質権の設定	共有者全ての合意が必要（第65条第1項）
③権利の行使	共有者全ての合意が必要（第65条第2項）
④差止請求	単独での請求が可能（第117条）
⑤損害賠償	持分に応じて単独での請求が可能（第117条）

上記の表を見てみると、④差止請求と⑤損害賠償は単独での請求は可能ではあるものの、③権利の行使については、共有者全ての合意が必要であるとされている。これは、権利者各人の自己での実施が他の共有者の合意が不要とされている特許権等の知的財産権とは異なるため、注意が必要となる。プログラムを例にして考えてみると、著作権を共有としたプログラムを共有者自身の業務範囲内において使用するために複製又は改変が必要となる場合であっても、他の共有者全ての合意が必要になることとなる。

(2) 著作権を共有とすることのメリットとデメリット

(1)を基に、業務委託で開発されたプログラムの著作権を委託者と受託者とで共有することのメリットとデメリットを整理する。

プログラムの著作権を共有した場合、委託者にとっても受託者にとっても、相手方の承諾を得ない限り、著作権を行使することができないこととなる。承諾を求められる立場から見ると、

拒否権を持っていると言える状態であり、自己に都合の良い利用や競争関係にある第三者に利用させることを防ぐことができると言える。一方で、自分自身も相手方の承諾が必要であるため、自由な利用が制限されていると言える。

この場合において、特定のプログラムを他の事業に利活用できなくなる恐れがあり、プログラムを開発するという事業活動を行っている受託者が受ける制約の方が、委託者が受ける制約に比べて大きいと考えられる。

(3) 著作権を共有とすることの是非

(2) で述べた内容からすると、プログラムの開発委託契約においては、委託者側にメリットが大きく、受託者側にはデメリットの方が大きいと考えられる。これは、プログラムの開発委託契約に限ったものではなく、その他の業務委託も同様の状況が生じ得る。したがって、受託者は、著作権を共有とするのではなく、単独で所有する形が望ましいと考えられる。

しかし、契約交渉においては、各々の立場(例：委託者と受託者)、契約先との力関係(例：企業規模、市場におけるシェアの割合、技術力)等により単独で保有することが困難であり、共有とせざるを得ない場合もある。そのため、共有とする場合には、(2) で述べたメリットとデメリットを考慮した検討が必要になる。

(4) 共有時の権利行使の範囲を決める際の内容例

メリットとデメリットの検討を行う際、委託者と受託者共にデメリットを極力避ける方向で検討を行うことになる。その際、以下の事項を検討することを提案する。

1) 委託者

委託者としては、自己が行っている業務の範囲内で複製や改変等を行いたい場合に、受託者の承諾をその都度得なければならない状況を避

けることができれば良いという考え方ができるため、自己の業務範囲内において複製や改変等を受託者の承諾がなくとも行うことができる内容とする。

第〇条

1. 甲（委託者）及び乙（受託者）は、本契約に基づき乙が創作するプログラム（以下「本プログラム」という）の権利について、両者で共有するものとする。
2. 前項の規定にかかわらず、甲は、乙の書面による承諾を得ることなく、自己の業務を遂行する上で必要な範囲内で本プログラムの複製又は改変等を行うことができるものとする。

2) 受託者

受託者としては、委託者から発注を受けて創作したプログラムであってもそれを利活用した製品を製造・販売したいと考えられる。委託者がいかなる第三者向けであっても承諾することは難しいと考えられるため、委託者の競合会社（社名を列挙する形が望ましい）を除く範囲での利活用を可能とすることも一つの方法であると考えられる。

第〇条

1. 甲（委託者）及び乙（受託者）は、本契約に基づき乙が創作するプログラム（以下「本プログラム」という）の権利について、両者で共有するものとする。
<競合会社を除かない条項案>
2. 前項の規定にかかわらず、乙は、第三者に対する本プログラムに関する権利行使（本プログラムのライセンス又は本プログラムを用いた製品の製造・販売等をいう）について、甲の書面による承諾を得ることなく行うことができるものとする。
<競合会社を除く条項案>
2. 前項の規定にかかわらず、乙は、以下で

定める甲と競合する者を除く第三者に対する本プログラムに関する権利行使（本プログラムのライセンス又は本プログラムを用いた製品の製造・販売等をいう）について、甲の書面による承諾を得ることなく行うことができるものとする。

- ① [競合する者の名称]
- ② [競合する者の名称] …

4. 無断で創作された創作物

業務委託を初めとするあらゆる企業間の活動において、自己が著作権を持つ著作物を、何らかの目的で、他者に提供する場面がしばしば存在する。例えば、自己のWebサイトの制作を他者に委託する際に画像素材を提供する、またはシステムの保守・運營業務を他者に委託する際に当該システムにかかるソースコードを提供する、といった場合が考えられる。

提供する著作物は自己の財産であるから、提供に当たってはその利用範囲を契約書等で細かく定め、保護を図るのが通例である。何らかの成果物の納入を目的とする業務委託契約を例に取れば、契約書内に下記のような条項を置くことが考えられるだろう。

第〇条 乙（受託者）は、前条に基づき甲（委託者）から提供された甲著作物につき、成果物の制作に必要と認められる範囲を除いて、一切の利用行為（複製、改変を含むがこれに限らない）を行ってはならない。

このように定めておくことで、目的外利用について契約違反として抑止する効果が期待できる。またそもそもの前提として、著作権法上も、著作権者の許諾外での利用は当然に違法行為に該当する。つまり、提供を行う著作権者からすれば、法律の後ろ盾もある上で、更に契約書で手厚く手当てをしている状態であると言える。

それでは、権利者が提供した著作物に依拠し、被提供者が無断で別の創作物を生み出した場合はどうだろうか。例えば、自己の業務を委託する目的で提供したソースコードを基に、受託者が自らのサービスに資するプログラムを無断で創作、利用してしまう場合、あるいは自己のWebサイト制作を委託する目的で提供した画像素材に依拠した類似の画像を受託者が無断で創作し、別のWebサイト制作に利用する場合などが考えられる。

このように、他者の著作物に無断で依拠し別の創作物（以下、「無断創作物」という）を創作する無断創作行為、及びこのような無断創作物を更に複製、公衆送信等する利用行為について、原著作権者の権利がどの程度及ぶのかという点が問題となる。また、原著作権者に無断であった場合、無断創作物の創作者（以下、「無断創作者」という）に何らかの権利が与えられるのかという点も問題となる。ここでは、二次的著作物の原則を確認しつつ、特に原著作権者側の立場として、無断創作行為の抑止、及びそこから発生し得る不利益の軽減のために、契約書上でどのように対策が可能か検討する。

法第27条では「著作者は、その著作物を（中略）翻案する権利を占有する」ものとしている。また法第28条において、翻案によって生み出された二次的著作物について、「二次的著作物の原著作物の著作権者は、（中略）この款に規定する権利で当該二次的著作物の権利者が有するものとの同一の種類を占有する」ものと定めている。これにより、一見、第三者による無断創作行為、及びそのように創作された無断創作物について、原著作権者は当然に法的な権利を行使することが可能であるかに思われる。

しかし、法第2条第11項は、二次的著作物を「著作物を（中略）翻案することにより創作した著作物を言う」と定め、ここから判例は翻案を「既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上

の本質的な特徴の同一性を維持しつつ（中略）新たに思想又は感情を創作的に表現することにより（中略）既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することの出来る別の著作物を創作する行為」としている（最判平成13年6月28日，平成11（受）922）。ここでは，二次的著作物の要件として依拠だけでなく，翻案者の新たな創作性が加わった別の著作物であること，原著作物の本質的特徴が直接感得できることが求められている。つまり，新たな創作性が加えられていない物や，逆に加えられた創作性の度合いが大きいがために原著作物の本質的特徴が直接感得できない物などは，たとえ依拠があっても二次的著作物ではない可能性がある。したがって，無断創作物については，以下の3つのパターンに分けて検討する。

①無断創作物に，創作者の創作性が加わっていない場合

この場合，生み出された無断創作物は二次的著作物には該当せず，単に原著作物の複製物として扱われる。その場合，権利は基本的に原著作権者に全て帰属し，無断創作者には何らの権利も帰属しない。このような無断創作行為は原著作権者が持つ複製権の侵害に該当し，かつ当該無断創作物の利用行為は原著作物の利用行為と同義である。したがって当然，原著作権者はそれらに対して法的な権利を行使できるのに加え，例えば本章冒頭の枠内に示した条項をもって契約違反をも主張できると考えられる。

②無断創作物に創作者の創作性が加わって，かつ当該無断創作物から原著作物の本質的特徴を直接感得出来る場合

この場合，当該無断創作物は原著作物の二次的著作物に当たると解される。注意したいのは，我が国の著作権法において，著作権の発生に適法性の要件が存在しないことから，たとえば第27条に違反して創作されたとしても，当該無断創作者に二次的著作物としての権利が帰属する

点である。法第27，28条によって，当該創作行為及び利用行為については原著作権者の権利も及ぶとされ，実際に原著作権者による二次的創作物の利用差止行為を認める判決（最判平成13年10月25日，平成12（受）798）も過去になされている。ただし，より確実を期すためには，以下のように二次的著作物の創作・利用行為を禁止しながら，万が一二次的著作物が創作された場合には権利を全て原著作権者に帰属させるなど，予め規定しておくことを推奨する。

第〇条第2項

前項の規定に反して乙が甲著作物を甲の許諾なく複製・改変して新たな創作物（複製物，二次的著作物を含むがこれに限られない）を創作した場合，当該創作物にかかる著作権その他一切の権利は甲のみに帰属するものとする。

③無断創作物につき，創作を行った者の創作性が加わっている，あるいは原著作物の要素が削ぎ落とされている結果，無断創作物から原著作物の本質的特徴を直接感得することができない場合

この場合，当該無断創作物は原著作物の複製物でも，二次的著作物でもなく，全く別の著作物となる。原著作物に依拠していたとしても，本質的特徴が直接感得できなければ，原著作権者の権利は及ばず，無断創作者が全ての権利を得る。つまり，当該無断創作物は原著作物と全く異なる物であり，そもそも原著作権者に及ぼす不利益が大きくないため手当不要と考える余地もあると考えられる。しかし過去には，無断創作物について原著作物への依拠は認めた上でその類似性のみを争った事件も数多く存在し¹⁴⁾，また，その判断にもばらつきがあると言わざるを得ない状況を鑑みると，「依拠性あり，類似性なし（又は疑義あり）」の無断創作物について予め想定して契約条項を置いておくことによって，類似性の証明の成否によらずリスクを軽

減できるというメリットが考えられる。前述の通り、③は法律上、著作権者の権利が及ぶものではないため、確実な対応は難しいが、例えば②で既に提示した前記契約条項の対象を「二次的著作物」に限らず「創作物（複製物、二次的著作物を含むが、これに限られない）」とすることによって、③に対しても対策を図ることを提案する。

ただし③については、そもそも当該無断創作物から原著作物の本質的特徴が感得できないものであると想定されるが、それが原著作物に依拠して創作されたものであると証明する方法については、事案に合わせて検討の必要があると考えられる。

5. ライセンシーの自衛

ソフトウェア（プログラム）のライセンスを受ける際、他のソフトウェアとの代替が困難なソフトウェアとの契約においては、ライセンサーの破産等によりライセンスを受けることができなくなるケースを想定しなければならず、契約条件を考える際に悩むケースがあるのではないかな。

その理由の一つとして、特許とは異なり、著作物の利用許諾に係る対抗制度（以下、「対抗制度」という）が導入されていないことが挙げられる。対抗制度については、平成30年2月に公開された文化庁文化審議会著作権分科会の報告書¹⁵⁾（以下、「報告書」という）の中で導入することが適当である旨の報告がなされ、法改正を目指す段階にきているものの、現時点においてはまだ導入されておらず、ライセンス契約におけるライセンシーの地位は不安定である。そして、実際に報告書の中では、「ライセンス契約の継続中にライセンサーが第三者に著作権等を譲渡した経験を有するとしたライセンシーや、ライセンサーが破産した経験を有するとしたライセンシーは、一定数存在すること」と記

載されている。

そこで、著作物の利用許諾に係る対抗制度が存在しない現行法制下において、採りうる契約実務上の対策について検討を行った。

(1) ライセンサーが第三者に著作権を譲渡する場合

例えば、著作物のライセンス契約において、実務上、次のような著作権の譲渡を禁止する条項を設けることがある。

第〇条

甲（ライセンサー）は、乙（ライセンシー）の書面による承諾を得ない限り、本件著作権を第三者に譲渡することができない。

平成30年3月に公表された「著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究」¹⁶⁾の中でも、契約で著作権等に関する譲渡禁止条項を設けるという回答率は高かった。

当該条項の効果としては、ライセンサーは予定する著作権の譲渡につき、事前にライセンシーに通知して承諾を得る義務を負うこととなる。

しかし、譲渡禁止条項を設けることについて、ライセンサーの立場からすると、なるべく受け入れたくない場合もあろう。また、ライセンシーはライセンサーとの信頼関係を崩さないようにするために、当該条項を求めることを躊躇する可能性もある。そこで、譲渡禁止条項以外に、著作権を譲渡された場合の取り扱いについて、次のような条項を設けることがある。

第〇条

甲（ライセンサー）は、本件著作権を譲渡する場合は、譲受人に対し本契約に基づく甲の乙（ライセンシー）に対する義務と同じ内容の義務を負担させるものとする。

当該条項は、ライセンサーに対し、譲渡後もライセンシーが継続的に同じ条件で権利を利用

できるようにする為の対策を講じている。しかしライセンス契約上のライセンシーの権利は債権的なものであり、ライセンシーはライセンサーに対してしかその権利を主張できない（債権の相対効）¹⁷⁾。したがって、ライセンシーは譲受人に対して、ライセンス契約の存在を主張できないことになる。しかし、ライセンシーが契約上でライセンサーに対し、当該条項の義務を課すことは可能であるし、ライセンサー、ライセンシー及び譲受人の三者間合意の実現へ導く効果も一定程度あると考えられる。

また当該条項の他には、ライセンサーが譲渡する際に事前通知義務を課し、当該通知を受領したライセンシーが書面で申し入れることによって、同一の条件で本件著作権を買い取ることができるという、先買権を設定しておくことも考えられよう。

対抗制度が法定されていない現状において、契約でライセンサーに一定の義務を課すことにより、譲受人からの権利主張を抑止する可能性

を模索することができると考えられる（図2）。

(2) ライセンス契約継続中に、ライセンサーが破産した場合

次に、ライセンサーが破産した場合について考察する。ライセンサーにおいて破産手続きが開始された場合、ライセンサーの破産管財人は、破産手続き開始時に双方の債務の全部又は一部の履行が完了していない双務契約（「双方未履行の双務契約」）について、ライセンサーの債務を履行してライセンシーの債務の履行を請求するか、あるいは解除権の行使によって契約関係を消滅させるかを選択することができる（破産法第53条第1項）。ライセンス契約は既に履行済みと評価される場合を除き、一般的には、双方未履行の双務契約に該当すると考えられる。

したがってライセンス契約が解除されると、ライセンシーは使用権原を失うことになり、ライセンシーに与えられる損害賠償請求権も破産債権としてあつかわれるにすぎない。

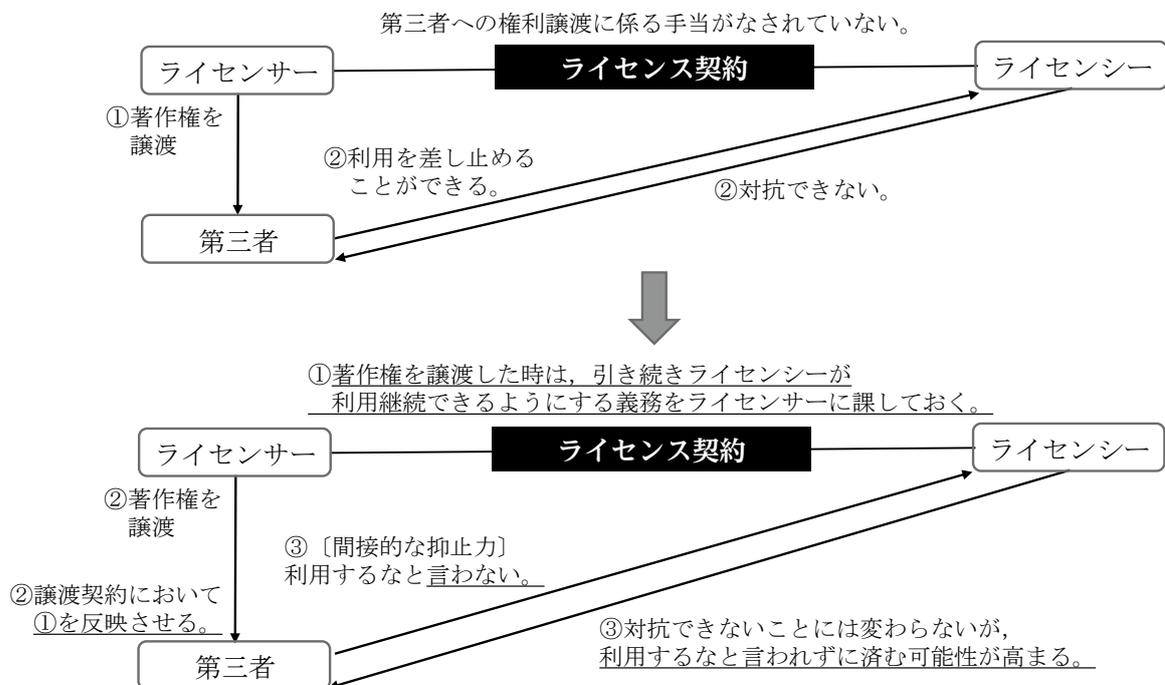


図2 ライセンス契約の当事者たちの関係

もっとも、ライセンサーの破産管財人の解除権に関する規定は、賃借権その他の使用及び収益を目的とする権利を設定する権利（ライセンスも該当すると考えられる）の場合、ライセンサーが当該権利について、登記、登録その他の第三者に対抗することができる要件を備えれば適用しない、という例外が設けられている。特許権については、平成23年の特許法改正により何ら特別な行為をせずに保護されるという当然対抗制度が採用された。これに対して、著作権法については対抗制度がないため、問題の所在として報告書にもあげられるわけである。

このような状況の下で契約上考えられる対策としては、破産手続き開始前に、対策を講じることができる条項を設けることであろう。

第〇条 甲又は乙は、相手方に次の各号に定める事由のいずれかが発生したときは、本件著作権の譲渡を求めることができる。

第〇号 支払停止状態に陥った場合その他財産状態が悪化し、又はその恐れがあると認められる相当の理由がある場合

報告書においても、当該条項のように、倒産リスクに備えてライセンサーに譲渡をする義務を課す対策以外に、倒産の予兆がある場合、例えば連絡をとることができない、事業停止、債務超過、支払い停止等の事実を解除原因とする解除条項は必ず入れているという意見もあった¹⁸⁾。

また、契約書上の対策ではないが、最判平成12年2月29日（民集54巻2号553頁）は、「契約を解除することによって相手方に著しく不公平な状況が生じるような場合には、破産管財人は解除権を行使することができない」としていることには注目すべきである。したがって、契約を解除することによってライセンサーに著しく不公平な状況が生じうるような場合にはこの法理によるライセンサーの保護がありうる¹⁹⁾。

最後に、ソフトウェア・エスクロウ（以下、「エ

スクロウ」という）について、検討する。

例えば、ソフトウェアライセンス契約継続中に、ライセンサーが破産し、管財人からライセンス契約を解除され、当該ソフトウェアを利用する契約上の根拠が失われてしまうと、ライセンサーはソフトウェアの使用を中止せざるを得なくなる。また、通常、ライセンサーにはオブジェクトコードのみが開示され、ソースコードは開示されないことが多いため、その場合、ソフトウェアのメンテナンスが事実上困難となる。

このような状況を避けるための対策として、エスクロウ制度の活用がある。エスクロウはソースコード等をエージェント（日本では一般財団法人ソフトウェア情報センター）に預託しておき、あらかじめエスクロウ契約に定める一定の事情（ライセンサーの経営破綻等）が生じた場合に、エージェントから当該ソースコード等の開示・提供を受けることができるという制度である。

ソースコード等を入手しても、管財人からライセンス契約を解除された状況で、法的に使用できるかという問題もある。これについては、エスクロウ契約は専らライセンサーの破綻時に利用されることを目的に締結されるものであり、合理的意思解釈として、当該エスクロウ契約に基づき提供されるソースコード等には使用中止義務は及ばないと指摘されている²⁰⁾。また著作権法上、プログラムの著作物の複製物の所有者は、当該著作物を電子計算機において、利用するために必要と認められる限度において当該著作物の複製又は翻案をすることができる（法第47条の3）ことも使用権原の裏付けといえる（前掲注20）。

ただ、ソースコードを入手しただけで、ソフトウェアの使用が継続できるかという技術上の問題があることについては、課題を残すところである。

しかし、予測不可能なライセンサーの破産に

備えて、対抗制度のない中で、契約書の対策に加え、エスクロウ制度の活用を検討することは、有効であると考えられる。

6. 表明保証条項について

6.1 表明保証条項の例

他者が保有している著作権を譲り受けたり、利用許諾を受けてビジネスを行ったりする場合は数多くある。例えば、写真家が撮影した写真を著作権ごと譲り受けて新サービスの宣伝・広告物に用いる場合や、許諾を受けて漫画のキャラクターを用いたフィギュアを製造・販売する場合などである。

この場合、著作権を譲り受けた写真が実は別の写真家が撮影したものであったり、許諾を受けた漫画のキャラクターが別の漫画家の作品を無断で翻案したものであったりした場合、損害賠償請求のみならず、真の著作権者から宣伝・広告物（例えばポスター）の撤去・回収を請求されたり、翻案された漫画家からフィギュアの販売の中止を求められることが想定される。

そこで、著作権を譲渡した写真家に著作権が問題なく帰属していることや、許諾を受けたキャラクターが第三者の権利を侵害していないことを表明保証してもらう条項を設けることが一般的である。

第〇条 譲渡人は、譲受人に対し、本著作物について、著作権を保有していることを保証する²¹⁾。

第〇条 甲は、乙に対し、本著作物が、第三者の著作権、プライバシー権、名誉権、パブリシティ権その他いかなる権利をも侵害しないものであることを保証する²²⁾。

6.2 表明保証条項の法的性質

(1) 改正前民法における議論

表明保証条項は、欧米の契約実務²³⁾において用いられてきたものである(representations and warranties)。例えば、企業間の合併・買収契約において、当該契約の重要な前提となる事実があることを言明させ、仮に当該事実が存在しない場合には、契約解除事由としたり損害賠償の対象としたりするものである。ここで、契約の重要な前提となる事実とは、開示された財務諸表が一般に承認された会計原則に従って作成されたこと、譲渡対象会社がメインビジネスの許認可を適正に取得していることなどである。

一方で、日本の民法や著作権法には表明保証を定める条文がないことから、その法的性質について議論がなされてきた。大きくりに整理をすると、①担保責任に関する民法の条文の適用(準用・類推適用)がなされることを前提に責任追及できる範囲や対象を拡張しているとする考え方²⁴⁾、②表明保証をした事項が事実と異なっていただけで(義務違反を問題とせず)、約束をした補償等をする損害担保契約とする考え方があり²⁵⁾、後者の考えにほぼ収斂されつつあるとされている²⁶⁾。

(2) 改正民法との関係

令和2年4月1日施行の改正民法においては、瑕疵担保責任の法的性質について、法定責任説から契約責任説へと変更され²⁷⁾、譲渡人が譲受人に移転した権利が契約の内容に適合しないものである場合には、追完請求の対象になり、履行の追完が不能であれば代金減額請求も可能とされ、契約解除及び債務不履行に基づく損害賠償の対象とされた(改正民法第565条、同第562条、同第563条、同第564条)。したがって、明らかに契約をした目的を達するに足りる履行の見込みがなければ、譲渡人側に帰責事由があ

るか否かに関わらず契約の解除が可能である（改正民法第564条，第542条第1項第5号）。また，譲渡人が譲受人に移転した権利が契約の内容に適合しないことに譲渡人側に帰責事由がある場合には，債務不履行に基づく損害賠償請求が可能である（改正民法第565条，同第564条，同第415条）。

そうすると，改正民法下では，著作権の譲渡や許諾の目的とその内容を明らかにしておくことで，改正民法の担保責任条項の適用により，表明保証条項が果たそうとしてきた効果（損害賠償の範囲の拡大と帰責事由なしの解除）を得ることが可能と考えられる。

ただし，譲渡人側に帰責事由がないことが立証された場合にも，損害賠償請求をできるようにするためには，この点を特約としておく必要があると考える。

6. 3 表明保証条項として記載しておくべきこと

今までの議論を踏まえつつ，実務で定着してきた表明保証条項を採用していく場合には，著作権関連契約では，下記の点をポイントとして記載すべきと考える。

- ①契約の目的を明らかにし，表明保証してもらう内容に直結していることを明確に記載する。
- ②表明保証違反が生じた事実だけで損害賠償（補償）の対象とする範囲を具体的に記載する。
- ②に関し，表明保証の対象として開示すべき事実を開示しなかったことにより，受領できる予定であった営業譲渡対象ビジネスの顧客からのサービス利用料対価を損害として認定したものがあ（東京地裁平成27年11月4日判決 平24（ワ）31215号・平25（ワ）18196号）。

なお，譲渡人側に表明保証違反があった場合でも，譲受人側にその違反事実について悪意・重過失がある場合には，表明保証違反の責任を

問えないという考えを示した裁判例もある（東京地裁平成18年1月17日判決 平16（ワ）8241号。ただし，事案としては譲受人側に重過失がないものとされた）。この判例の考えを参考に，譲渡人側として厳しい表明保証条項を設けられた場合に，譲受人側の悪意・重過失がある場合に損害賠償義務を免れる旨の但し書きを設ける契約交渉は無理筋なものでないように考える²⁸⁾。

7. おわりに

当委員会では，著作権にまつわる契約条件に関し，考え方や契約条件の調査，研究及び提案を行ってきた。現実の契約書の起案や相手との交渉においては，個別具体的な様々な要因が絡むことから本稿で示した内容がそのまま当てはまらないこともあるかもしれないが，ご参考になるかあるいは反面教師的にお役に立てることがあれば幸いである。

なお，本稿は，2019年度著作権委員会のメンバーである，都築俊介（副委員長：日本ユニシス），伊藤紗恵子（東芝），小林毅郎（大日本印刷），鈴木綾乃（楽天），田附由紀（凸版印刷），永田治人（ハピネット），比護稜（コナミデジタルエンタテインメント）が執筆した。

注 記

- 1) 文化庁著作権課，「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（法第30条の4，第47条の4及び第47条の5関係）」令和元年10月24日 http://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf
- 2) 日本知的財産協会専門委員会「知的財産の動向と将来－中山信弘先生に聞く－」知財管理60巻5号pp.717-718，作花文雄「詳解 著作権法（第5版）」pp.310-311（ぎょうせい）
- 3) 大澤恒夫『IT事業と競争法』注（47）p.82（日本評論社，2001年）
- 4) シュリンククラブ契約とは，パッケージソフトウェア購入者（ライセンスシー）が，ソフトウェ

- アの封を破いて取り出した時点で使用許諾契約に同意したものとみなす方式の契約をいう。
- 5) 消費者契約法第10条（消費者の利益を一方的に害する条項の無効）消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたものとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であって、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。
 - 6) 文化審議会著作権分科会法制問題小委員会契約・利用ワーキングチーム検討結果報告（平成18年7月）
https://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/bunka/gijiroku/013/06073103/002.htm
 - 7) 法第30条の4は、同条柱書本文の「著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合」の包括的例示として、「情報解析（中略）の用に供する場合」（同条第2号）と掲げている。
 - 8) 著作物性のあるデータを念頭に検討する。
 - 9) 平成30年4月6日第196回国会 文部科学委員会において中岡司文化庁次長が同旨の答弁をしている。
 - 10) 文化庁「著作権法の一部を改正する法律概要説明資料」p.6
https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_02.pdf
 - 11) 上野達弘「平成30年著作権法改正について」（年報知的財産法2018-2019）p.4参照
 - 12) データ著作権者の最終的な目的が対価の受け取り以外にあるといった場合には、アクセス希望者に自己の素性を明らかにさせた上で、商用目的で自己の著作物を利用しようとしている者が確認し、確認できたならばアクセス許可をしない、といった対応を採ることも考えられる。ただ、当該対応にはコストがかかり、アクセス希望者にも一定の負担をかけるものである。データ著作権者の目的が上記目的である場合、このような対応をしてまで、インターネットのサイト上から著作物にアクセスできるようにしておく合理性があるといえるのか、疑問である。
 - 13) これについて、改正民法第548条の2第1項は、
「定型取引（中略）を行うことの合意（中略）をした者は、次に掲げる場合には、定型約款（中略）の個別の条項についても合意をしたものとみなす。一 定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき。二 定型約款を準備した者（中略）があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき。」と定めているところ、規約の存在さえ知らないという場合には、いずれの号についても該当しないということになるだろう。
 - 14) 最判 平成13年6月28日平成11（受）922, 東京高裁平成14年2月18日平成11（ネ）5641, 東京高裁平成12年9月19日平成11（ネ）2937など
 - 15) 文化審議会著作権分科会報告書（2019）
 - 16) 著作物等のライセンス契約に係る制度の在り方に関する調査研究，一般財団法人ソフトウェア情報センター，p.10（2019）
 - 17) 曾野裕夫，知的財産法政策学研究，Vol.9（2005）p.140
 - 18) 前掲注16）p.12
 - 19) 前掲注17）p.149
 - 20) ビジネス目的を達成するためのライセンス取引の組み立て方，BUSINESS LAW JOURNAL（2019.8）p.35
 - 21) 金井高志「民法改正が著作権の譲渡・ライセンス契約に与える影響—表明保証条項と担保責任の関係，ライセンシーによる利用権の対抗，ライセンシーの地位の承継を中心として—」コピーライト NO.697/vol.59, p.5
 - 22) 文化庁「誰でもできる著作権契約マニュアル」より
http://www.bunka.go.jp/chosakuken/keiyaku_manual/index.html
 - 23) 「アメリカ法における表明保証（representations and warranties）はコモン・ロー上のwarranty（担保責任，保証）やmisrepresentaiton（不実表示）の概念を起源とし，判例の蓄積により今日における法的効果としては，warrantyの違反については契約違反による補償責任のみを認め解除権を発生させない，misrepresentaitonについては，契約の取消し・無効事由になるものとされる。」淵脇大樹「表明保証条項の実務上の論点の検討」金融法務事情No.1935 p.102
 - 24) 江平亨「表明・保証の意義と瑕疵担保責任の関係」，弥永真生ほか編『現代企業法・金融法の課

題』p.89以下（弘文堂）、渡邊博己「M&A契約における表明保証と契約当事者の補償責任」NBL903号p.66

- 25) 金田繁「表明保証条項をめぐる実務上の諸問題（上）」金融法務事情1771号p.45、青山大樹＝宇田川法也「不実表示等と表明保証」NBL919号p.14
- 26) 関口智弘、福富友美「改正民法におけるM&A契約の留意点」BUSINESS LAWYERS（2018年4月9日）
<https://business.bengo4.com/articles/333>
- 27) 前掲注20) p.4
- 28) 道垣内弘人ほか「表明保証条項違反を理由とす

る損害賠償請求」論究ジュリスト2017-22号p.168にて、星明男准教授が「日本の裁判所は、少なくともデフォルト・ルールとしては、サンドバックを否定する立場をとっていると理解するのが自然」と評価している。なお、サンドバック（sand-bagging）とは、買主が売主側の表明保証の内容が正しくないことを知りながら、取引をクローズし、クロージング後に売主に表明保証違反に基づく補償請求をすることである。（URL参照日は全て2020年4月10日）

（原稿受領日 2020年1月31日）

