

吉備国際大学研究紀要  
 (人文・社会科学系)  
 第23号, 105-147, 2013

## コンピュータプログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的複製 または変形の著作権法上の位置づけ—学説と裁判例からの考察—

高木 憲章\*・大谷 卓史\*\*

### Duplication and Modification of a Computer Program in Conjunction with Its Study and Analysis in the Context of Japanese Copyright Act through Analysis of Theory and Court Cases

Noriaki TAKAGI\*, Takushi OTANI\*\*

#### Abstract

We explore legal interpretation of duplication and modification of a computer program accompanying its study and analysis, that is, what is generally known as reverse engineering, in the context of Japanese Copyright Act. The law has no explicit provisions on the above-described user actions on a computer program. The law defines the limits of copyright via provisions that explicitly specify the concrete conditions in which copyrighted works can be used without copyright-holder's consent. Thus, generally speaking, uses of copyrighted works not explicitly permitted by the provisions require copyright-holder's consent.

However, many commentators and scholars argue that the duplication and modification of a computer program in conjunction with its study and analysis can be done legally without copyright-holder's consent. By analyzing the supporting and opposing theories and the court cases on this issue, we agree with the conclusions of many commentators and scholars approving the actions described above despite their shortcoming or defects. The principle of the Copyright Act permits access to the ideas behind copyrighted works, it is not possible to access the ideas behind a computer program substantively if the duplication and modification of such program in the context of its study and analysis is prohibited.

Therefore, the law should permit us to copy and modify a computer program accompanying its study and analysis, because the actions are required to access the ideas behind the program.

**Key words** : computer program, study and analysis, duplication and modification, copyright, copyrighted works, access the ideas, reverse engineering

---

\* 吉備国際大学大学院知的財産学研究科・白川特許事務所  
 〒716-8508 岡山県高梁市伊賀町 8

*Graduate School of Intellectual Property Studies, Kibi International University and Shirakawa Patent Office  
 8, Iga-machi, Takahashi, Okayama, Japan (716-8508)*

\*\* 吉備国際大学国際環境経営学部

〒716-8508 岡山県高梁市伊賀町 8

*School of International Environmental Management, Kibi International University  
 8, Igamachi, Takahashi, Okayama, Japan (716-8508)*

キーワード：コンピュータプログラム，調査・解析，複製・翻案，著作権，著作物，アイデアへのアクセス，リバース・エンジニアリング

## 目次

1. はじめに
2. プログラム著作物の特徴とプログラムの調査・解析の概要
  - 2.1 プログラム著作物の特徴
  - 2.2 プログラムの調査・解析の目的とその手法
    - (1) 調査・解析の目的
    - (2) 調査・解析の手法
3. 問題となるプログラムの調査・解析
4. コンピュータプログラムの調査・解析をめぐる我が国の学説，裁判例の状況
  - 4.1 著作権法上の学説の状況
    - (1) 調査・解析の必要性を認め，適法とするもの
    - (2) 原則的に違法であるとするもの
  - 4.2 リバース・エンジニアリングを伴う被告の行為が論点となった裁判例の状況
  - 4.3 独占禁止法におけるコンピュータプログラムの調査・解析容認論
5. 諸外国の状況
  - 5.1 米国における裁判例の状況
  - 5.2 EUにおける立法の状況
  - 5.3 韓国における立法の状況
6. 残る問題点の検討
  - 6.1 著作権法は表現を保護しアイデアを保護しないという原則と，アイデアを抽出するための調査・解析行為との関係について
  - 6.2 アイデア抽出のための調査・解析行為およびそれに伴う物理的複製または変形を認める合理的，かつ実際上の必要性があるか
  - 6.3 調査・解析に伴う物理的複製または変形を許容することの著作権者に与える影響をどう評価するか
  - 6.4 調査・解析に伴う物理的複製または変形

を許容するについて，特定の目的の調査・解析に限るべきか

- 6.5 特許法等との整合性をとることは必要か
- 6.6 調査・解析に伴う物理的複製または変形を適法と認めるために，米国著作権法のようなフェアユース規定を導入することが必要か

## 7. 結論

## 参考文献

## 1. はじめに

我が国において，コンピュータプログラム（以下，単にプログラムという）が著作物として保護されることについては，昭和60年の著作権法改正により明確にされている（法2条，10条1項9号）。また，国際的にも殆どの主要国において立法化されており，TRIPS協定においても，プログラムを文芸的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約上の言語の著作物（リテラルワーク）として保護することが規定されており（10条1項），プログラムを著作物として保護することは国際的にも確立されている<sup>1)</sup>。

しかし，コンピュータのハード，ソフトの両面における普及，技術の発展に伴い，その著作権による保護については，種々の課題が指摘されている。

その一つが，既存プログラムの調査・解析，およびその過程における当該プログラムの物理的複製又は逆アセンブル，ディコンパイルなどの物理的変形と，著作権者の複製権（21条）または翻案権（27条）との関係である。

工業製品や半導体関連製品の開発，改良に際して，先行する他社の製品を調査・解析することにより，そこに具現されている製品の構成，製造方法，技術

水準、ノウハウなどの評価を行い、自らの製品の技術水準の向上に役立たせる行為は、一般に「リバース・エンジニアリング (Reverse engineering)」と呼ばれ、それ自体新たな製品技術の開発、発展に必要な行為であり、産業の発達にも貢献するので、特許・実用新案法や半導体集積回路の回路配置に関する法律では明文により適法な行為とされている（特許法69条1項、実用新案法26条、半導体集積回路の回路配置に関する法律12条2項）。

プログラム著作物の場合、あくまでも著作物（2条1項1号）であり、その表現を保護するのが建前ではあるが、その本質はソフトウェア産業の中心となる産業技術であり、それが適用される産業技術製品（ハードウェア）の実質的な性能をも左右する機能を有することから<sup>2)</sup>、上記工業製品などの場合と同様の理由で、リバース・エンジニアリング（当該プログラムの創作性を規定するアルゴリズム等の調査・解析）が行われている。

しかし、明治2年の出版条例の制定以来、プログラム著作物のような産業技術的表現物の保護を想定していなかった著作権法には、特許・実用新案法や半導体集積回路の回路配置に関する法律のような明文の規定は存在しない<sup>3)</sup>（昭和60年の法改正の際にも手当されなかった<sup>4)</sup>）。そのため、当該産業技術的表現物である既存プログラムの調査・解析、およびそれに伴う物理的複製または逆アセンブル、ディコンパイルなどの物理的変形<sup>5)</sup>を現行著作権法上どの様に扱うべきかが問題になる。

我が国著作権法では、米国著作権法107条のような一般的権利制限の規定（いわゆる、フェアユース規定）を設けておらず、30条～47条の9に私的使用等の個別の権利制限規定を有するだけであり、著作権を制限することができるのは、それらの規定に該当する場合に限られている<sup>6)</sup>。

したがって、同原則に従えば、私的使用、私的複製とは言えない企業等で研究者が行うプログラムの

調査・解析、およびそれに伴う物理的複製または物理的変形は、著作権が制限される場合には該当せず、著作権者の許諾がない限り、著作権の侵害を構成することになる<sup>7)</sup>。

しかし、プログラムの調査・解析、およびそれに伴う物理的複製または変形を著作権法上の複製または翻案とみなして著作権の侵害と解することについては反対が多い。

その理由は何処にあり、どのような考え方に基づくものであろうか。我が国の場合、いわゆるリバース・エンジニアリングの問題を正面から扱った裁判例は無いに等しい。しかし、文献的には多くの学説が見られ、種々の見地から種々の考え方が示されており、必ずしも一様ではない。

そこで、本稿では、まず著作権法上問題とすべき既存プログラムの調査・解析とそれに伴う物理的複製または変形について、その意義及び内容、検討すべき範囲を明確にするとともに、それらを著作権法上適法であるとするために解決しなければならない論点を明らかにするために、これまで提示されている種々の学説について、その結論および論拠の共通性をパラメータとしていくつかのグループに整理し、それぞれの学説に便宜上の名称を付与することによって理解を容易にし、その内容を参照しながら個別に検討を加え、最終的に上記既存プログラムの調査・解析、およびそれに伴う物理的複製または変形を現行著作権法上の複製または翻案ではないとして適法とすることができる理由、また適法とした場合における著作権者に与える影響、その他の関連する問題について、私見を提示する。

この問題については、すでに文化庁に設置された「コンピュータ・プログラムに係る著作権問題に関する調査研究協力者会議」（平成6年5月）においても一応検討されている。しかし、同会議では具体的な法改正の内容を提言するまでの結論には至らず、今後の国内外の状況の進展および現行法の解釈

に関する、学説、判例の発展を待つとして、結論が先延ばしにされていた<sup>8)</sup>。

その後、検討がなされないままの状態が続いていたが、知的財産戦略本部の提言を受け、文化庁の「文化審議会著作権分科会」において検討が再開され、平成21年1月に新たな報告書が出されている<sup>9)</sup>。

それによると、「コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングについては、相互運用性の確保や障害の発見等の一定の目的のための調査・解析については、権利制限を早期に措置する必要性があることについて概ね意見の一致が見られたものの、その他の調査・解析全般については、一応権利制限を行うことが許容される場合があるとの指摘がなされただけで、その目的の定め方など具体的な範囲や条件などについては、引き続き検討を行う必要があると考える」とされているのみである。

この報告書では、相互運用性（インターオペラビリティ）の確保や障害（ぜい弱性）の発見等一定の範囲のリバース・エンジニアリングについては、権利制限を行うことが適当とされているが、結局平成21年の著作権法改正には盛り込まれることなく、再び先送りされた<sup>10)</sup>。

したがって、我が国における法的な状況は何ら変わっておらず、この問題について検討することは、実務上・産業政策上重要であるばかりでなく、今後の学説の発展のためにも意義がある。

なお、この既存プログラムの調査・解析に関して、上述のように工業技術の分野において一般的な「リバース・エンジニアリング」なる用語をそのまま使用しているケースが多い。

しかし、本来「リバース・エンジニアリング」なる用語は多義的に用いられ、広義にはプログラムの調査・解析に係るすべての行為を指し、また当該調査・解析の結果を利用して新たな製品（プログラムおよびプログラムを組み込んだ製品）をつくることまで含むことがあり、用語の意義が必ずしも一

定していない。

そこで、本稿では、そのような広義のものでも、また調査・解析の結果を利用して新たな製品をつくることまで含むものではなく、いわゆるリバース・エンジニアリングの中でも、特に可読性のない低級言語である「オブジェクトプログラム（オブジェクトコード）」から可読性のある高級言語である「ソースプログラム（ソースコード）」を調査・解析し、当該プログラムの背後にあるアイデア（アルゴリズム等）にアクセスする行為（逆アセンブル・ディコンパイル）に限定し、同行為をプログラムの「調査・解析」として表現することにする。

もっとも、引用する学説・裁判例等において、リバース・エンジニアリングの用語を使用している場合にはそれをそのまま使用するが、その場合には、その学説・裁判例内での意味を可能な限り明らかにしたうえで、本稿における用語法から見た場合にどのように解釈できるかを示す。

なお、平成21年の著作権法の改正において、電子計算機による情報解析を行う場合の複製又は翻案を許す規定が設けられた（47条の7）。

しかし、この規定は、あくまでも統計的解析を要件とする複製または翻案を対象とするものであり、上記プログラムの調査・解析に伴う複製やコンテンツを研究するための複製を認めるものではなく、Webページ中の特定の要素に係る単語、文字列、音、映像の使い方を複製する場合についての規定であるにすぎない<sup>11)</sup>。

## 2. プログラム著作物の特徴とプログラムの調査・解析の概要

### 2.1 プログラム著作物の特徴

プログラムの調査・解析を問題とする前に、まず著作権法上の保護対象としてのプログラム著作物の特徴について確認する。



プログラムは、ハードウェアとしてのコンピュータ（電子計算機）に一定の機能を果たさせるための一連の指令の組み合わせとされ（2条1項10号の2）、可読性のあるソースプログラム（高級言語）と可読性のないオブジェクトプログラム（低級言語）に分類される<sup>12)</sup>。コンピュータはオブジェクトプログラムがないと機能せず、製品価値を有しない。

ソースプログラムは、人工言語であるプログラム言語を用い、人間により予め決められた文法に従って表現（記述）されている。一方、オブジェクトプログラムは、コンピュータは理解できるが人間には理解が難しい機械語であり、一般に、上記プログラム言語により表現されたソースプログラムをコンパイラを介して機械語に変換して作成する。ソースプログラムとオブジェクトプログラムは見た目は異なるものの、機能的に等価であると考えられる。一般に、コンパイラによるソースコードからオブジェクトコードへの変換は、比喩的な意味で「翻訳」と呼ばれている<sup>13)</sup>。

しかし、著作物として外部に公表（販売）されているのは、コンパイラにより翻訳編集された人間には理解することが難しいオブジェクトプログラムであり、コンパイラの翻訳プログラムはもちろん、肝心の人間が第一次的に創作表現した表現物であるソースプログラム自体は厳格な秘密状態にブラックボックス化され、決して公開されていない。しかも、それは意図的のと言ってよいであろう。

著作権法上の著作物というためには、著作者の思想、感情が外部の人（自然人）に対して認識可能な形で表現されていることが必要であり、表現には外部的な認識可能性のあることが要件とされている<sup>14)</sup>。もっとも、この外部的な認識可能性は外部から認識可能な状態にあれば良く、絵画や彫刻などのように表現された形象を直接的に観照することができるものだけでなく、物（磁気テープ、CD、DVDなど）に固定したものでも良いとされている。

プログラムの場合、この外部的な認識可能性の要件をどの様に評価すべきであろうか。たしかに、オブジェクトプログラムは外部に公表されている。しかし、オブジェクトプログラムの内容は機械であるコンピュータしか明確に認識することができず、とても著作者の思想、感情が人間に対して認識可能な状態で表現されているとは言いにくい。

プログラムの場合、少なくとも人間に対して理解が容易な形で著作者の思想、感情を表現しているのはソースプログラムであり、このソースプログラムの思想、感情の表現に対するアクセスの道が保障されていない限り、表現としての要件を欠くのではないかという疑問が生ずる。しかし、機械語である二進数の表現も電流・電圧等の物理現象による表現であり、ダンプによって1と0の数による表現として人間にも理論的には可読的になる。また明らかに人間が創作したソースプログラムとの明確な対応関係を有して表現されている。したがって、思想、感情の表現でないとは言い切れない。

一方、プログラムは言語の著作物の一種（2条1項10号の2）であるとは言っても、その本質は産業技術（コンピュータの利用技術）であり、その点にこそ経済財としての価値が認められる。著作権法の建前がプログラムの表現の保護にあるとは言っても、著作権者が保護して欲しいのは当該プログラムの技術的機能であろうことは疑いようがない。

また、先行するプログラムのアイデア（目的・仕様・アルゴリズム）を調査、解析し、より機能の高いプログラムの開発を行うことは、産業界全体の技術水準の向上を図るために不可欠な行為であり、著作権法を特許法などと同様の産業技術保護法、競争法と考えるならば、プログラム著作物の調査・研究についても、特許法上の発明についての試験・研究行為と同視することは不可能ではない。例えば、競争企業のプログラム著作物のアイデアへの自由なアクセスを禁じることは、アイデアのパブリックドメ

イン化を前提とせずに表現の独占を認めることになり、著作権法はプログラム著作物以外の著作物に比較してプログラム著作物を過剰に保護することになる<sup>15)</sup>。

プログラム著作物の調査・解析を検討するに際しては、このような通常の著作物とは異なるプログラム著作物の特徴を十分に理解し、その特殊性を前提としなければならない。

## 2.2 プログラムの調査・解析の目的とその手法

著作権法においては、著作物の利用が著作権侵害となるかどうかは、著作物の利用が著作権法に定められた法定利用行為にあたるかどうかによって決まる。また、特に著作権の利用規定の解釈においては、著作物の利用目的や著作者に対して著しい不利益を与えるかどうかが著作権侵害の成否に影響することがある。したがって、プログラムの調査・解析における物理的複製や変形が著作権侵害を構成するかどうかを検討するにあたっては、プログラムの調査・解析の目的とその手法について検討する必要がある。

本節においては、プログラムの調査・解析の目的と手法について、一般にどのような目的と手法で行なわれるか、山地の整理にもとづき紹介する<sup>16)</sup>。

### (1) 調査・解析の目的

既存プログラムの調査・解析は、一般にその内容、アイデア等を抽出するために行われるが、その主たる目的は次の点にある。

#### ①著作権侵害の調査、発見

或るプログラムが、他のプログラムの著作権を侵害しているか、いないかを調査・解析すること

#### ②プログラムの保持（バグの発見、修正）

プログラムに不都合な動作が見られた場合、その原因を調べたり、不都合な部分を改善すること

#### ③プログラムの改良、移植

プログラムの機能の追加や、あるコンピュータ

システム上で稼働しないプログラムを稼働するように修正すること

#### ④プログラムの性能、機能の調査

プログラムの性能がどの程度のものか、どのような機能が備えられているかを調査すること

#### ⑤互換プログラムの開発

コンピュータシステムの構成要素としての所定のプログラムと交換しても、同種の機能を果たすことができるようなプログラムを開発すること

#### ⑥接続プログラムの開発

或るプログラムと直接または回線を介してデータをやり取りできるようなプログラムを開発すること

#### ⑦記憶媒体による情報交換（データの相互利用）

或るコンピュータシステム（又はプログラム）によってデータを書き込んだ記憶媒体について、別のコンピュータシステム（又はプログラム）によっても利用できるようにすること

#### ⑧コンバータ（プログラム）の開発

或るコンピュータシステムにおいて使用していたデータやソースプログラムを別のコンピュータシステムにおいて使用できるように変換するためのコンバータ（プログラム）を開発すること

### (2) 調査・解析の手法

また、調査・解析の手法としては、次のものが挙げられる。

#### ①マニュアルの調査による調査・解析

マニュアルからプログラムについての情報を抽出する

#### ②テストランによる調査・解析

入力に対するプログラムの反応を調査する

#### ③接続テストによる調査・解析

相互接続のために作られたプログラムを実際に接続対象のプログラム等に接続し、正常に動作するか否かを確認する

#### ④回線トレースによる調査・解析

調査対象のプログラムに通信回線を介して様々なメッセージを送信し、それに対する応答のメッセージを採取し、採取したメッセージを時系列的に印刷し、通信プロトコル等を調査する

#### ⑤記憶媒体のダンプによる調査解析

記憶媒体に記録されたデータや制御情報をプリンタ等に出力し、記録形式を調査する

#### ⑥メモリダンプによる調査・解析

主記憶装置（メインメモリ）上に記録されたプログラム（オブジェクトプログラム）やデータの一部を印刷したり、ディスプレイ画面に表示し、調査する

#### ⑦逆アセンブル・逆コンパイルによる調査・解析

調査対象のオブジェクトプログラムを、アセンブラ言語やコンパイラ言語の形式でのソースプログラムに近い状況に変換し、調査する

#### ⑧ソースプログラムの調査

調査対象プログラムのソースプログラムを分析し、調査する

### 3. 問題となるプログラムの調査・解析

2.2で示したように、一口に「プログラムの調査・解析」と言っても種々の目的があり、種々の方法で行われている。したがって、これら各種の調査・解析行為のうち、どの調査・解析行為がどのような理由で著作権法上問題となるのかを、明らかにする必要がある。

上述したように、プログラム著作権者の本音が、当該プログラムの表現ではなく、表現の背後にある技術的アイデア（思想・感情＝アルゴリズム）の保護にあるとしても、著作権法は、決してプログラムの技術的アイデア（思想・感情＝アルゴリズム）を保護する法律ではなく、当該プログラムの技術的アイデア（思想・感情＝アルゴリズム）の創作的表現（プログラム言語および機械語による記述）のみを保護

する法律である（2条1項1号）。

つまり、著作権法は思想・表現二分論（idea-expression dichotomy）を採用し、思想・感情部分の情報はパブリックドメインとして厳しく保護の対象外に置いている。そして、それにより、思想（アイデア）の自由な利用、情報の豊富化を図り、新たな表現の創出、文化の発展に寄与せんとしている（法1条）。

したがって、当該プログラムの技術的アイデア（目的・仕様・アルゴリズム）を解明する調査・解析行為そのものは、なんら当該著作物の法定利用行為には当たらないから、著作権の侵害とはならない。

一方、プログラムの調査・解析を行うと、当該調査・解析の過程で対象となるプログラムの物理的複製または変形が生じる。例えば、プログラムの調査・解析は、専用のソフトウェアを用い、パーソナルコンピュータ等で行われるが、解析したプログラムのコードは、当然ながらファイルとしての保存や紙媒体へのプリントアウトといった形での物理的利用を伴ない、また疑似ソースプログラムが作成されるので、形式的には複製（法2条1項15号、27条）または翻案（法27条）を伴うように見える。

したがって、プログラムの調査・解析が著作権法上問題となるのは、当該調査・解析の過程で法定利用行為に当たる「複製」または「翻案<sup>17)</sup>」を生じる場合であると考えて良いだろう。

この複製または翻案に関し、プログラムの実行に伴うコンピュータの内部記憶装置への一時的蓄積の問題がある。コンピュータの使用に際しては必然的に物理的な意味でのプログラムの複製を伴う。しかし、わが国の場合、この一時的な複製については、あくまでも瞬間的かつ過渡的なものであって、実質的に著作権法上の複製には該当しないという主張が支配的であった<sup>18)</sup>。そして、平成21年度の著作権法の改正によって、電子計算機の利用に必然的に伴うコンピュータプログラムの複製は、当該適法複製物



の所有者によるものであれば、著作権法第47条の3第1項により許容されることとなった。

同項は、プログラム著作物の複製物の所有者が、当該プログラムを電子計算機において利用するために必要な限度で、複製・翻案ができる旨を規定している。この規定の趣旨は、プログラム著作物の複製物の所有者が、プログラムを使用する際に必然的になされる物理的複製・変形について著作権を制限し、プログラムの適正な利用を図る点にある。

したがって、同項が適用になるのは、適法複製物の所有者が電子計算機の利用目的に合わせて変更することが一般的なケースに限られるとされ、いかなる物理的複製・変形までが必要な限度であるかについては、当該プログラムの種類、性質、価格などに応じ、著作権者に対して不当な不利益を与えることがないか否かを基準に合理的に判断される。また、同項に基づいて複製・翻案を行った場合であっても、これを頒布したり、頒布により当該プログラムを公衆に提示したりした場合は、目的外使用として複製権・翻案権の侵害になる（49条1項3号、同条2項2号）。

したがって、問題となるのは、上記プログラムの調査・解析の過程において、当該調査・解析目的におけるプログラムの実行に必要な限度を超えた複製または翻案が存在する可能性がある場合である。

以上の検討を踏まえると、前記2.2(2)で示した調査・解析手法のうち、①～⑤の手法については、明らかにオブジェクトコードの物理的複製・変形行為を伴わないので、一般に著作権法上問題となる複製又は翻案行為は存在しないと考えられる。残る⑥～⑧の手法の場合については、既存のオブジェクトコードの記録媒体への固定又はプリントアウト等の物理的複製または変形を伴うことから、これらの行為が著作権法上の複製・翻案行為に当たるかどうかの問題となると考えられる。

そこで、本稿では、これら⑥～⑧の調査・解析手

法による既存プログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形について、それらが現行著作権法における複製または翻案に当たるか否か、そして、複製または翻案に当たる場合、それが許容される正当な根拠があるか否かを検討する。

#### 4. コンピュータプログラムの調査・解析をめぐる我が国の学説、裁判例の状況

前記1.で示した各種報告書に見られるコンピュータプログラムの調査・解析をめぐる議論の経過からも理解されるように、我が国では、米国の政策の影響により、また、その後の我が国自体の産業競争力強化を考慮した法政策（前出の注10を参照）により、プログラムの調査・解析に関連する著作権法の規定の整備を行うことなく、ソフトウェア関連市場及び判例の発展、動向に委ねてきた。このため、コンピュータプログラムの調査・解析に伴う物理的複製または物理的変形が著作権侵害となりうるかどうか、明文の規定がない状態が続いている。

このような状況を受けて、ソフトウェア産業界におけるコンピュータプログラムの供給企業は、供与対象プログラムについて調査・解析を禁止する契約を結び、自社の利益保護を行なうことが一般的となっている。このような状況のなか、我が国では、学説、裁判例共に、プログラムの調査・解析に伴う複製又は翻案を許容する傾向にあるが、その理由、許容する目的・範囲などについては、必ずしも明確な判断が示されていない。

本節においては、コンピュータプログラムの調査・解析をめぐる学説・裁判例を検討し、整理する。先ず4.1項においては、物理的複製または物理的変形の著作権法上の適法性・違法性を論じる学説を検討し、分類する。次に、4.2項においては、コンピュータプログラムの調査・解析を伴う被告の行為が問題となった代表的裁判例を検討し、実務上の判



断がどのように行なわれているかをまとめる。最後に、独占禁止法上、コンピュータプログラムの調査・解析およびそれに伴う物理的複製または物理的変形がどのように扱われているのかを概観する。

#### 4.1 著作権法上の学説の状況

学説は、上記問題となるプログラムの調査・解析に伴う複製または翻案について、結論として「調査・解析」の必要性を認め、適法とするものが支配的である。

しかし、その具体的な論拠、理由づけとしては、様々な考え方が示されており、必ずしも一定していない。また、少数ではあるが、同調査・解析に伴う複製または翻案は違法であり、著作権者の許諾を得ない限り侵害になるとするものもある。

そこで、それら各学説の主張の理解を容易にするために、(1) 調査・解析の必要性を認め、適法であるとするもの、(2) あくまでも調査・解析は違法であるとするもの、の2つの学説グループに大別するとともに、同結論を異にする(1)、(2)の学説グループを、さらに論拠、理由づけの相違を基準として複数の学説グループに区分した。

そして、その場合において、同一の論者が同じ主張について複数の論拠、理由づけを採用している場合もあり、その論拠、理由づけがそれぞれ別の学説グループに属している場合もある。

論拠、理由づけから分類した各学説グループについては、便宜上、その論拠、理由づけを明瞭に示すと思われる名称をつけ、それを見出しとした。

##### (1) 調査・解析の必要性を認め、適法とするもの

###### 1) 公正使用説

この説は、我が国の著作権制限制度(法30条～47条の9)が一般条項を有さない限定列举制度であることを前提としながらも、著作権法自体が少なくともフェアな(公正な)使用目的のための複製・翻案までも禁じているわけでは

ないとし、米国著作権法107条のフェアユース(公正使用)の規定に準じて適法とするものである。

例えば、中山信弘は、次のように論じている。すなわち、我が国の著作権法30条以下に著作権の制限規定が設けられているものの、それは限定列举であり、一般条項はない。しかし、著作権法自体、フェアな使用目的のための複製等を禁ずる趣旨ではないであろう。リバース・エンジニアリングのための複製等は、著作権法はアイデアまでも保護するものではないという大原則、あるいはアメリカのフェアユース(公正使用)の規定に準じて著作権を侵害するものではないと解すべきであるとする<sup>19)</sup>。

また、阿倍浩二は、次のように主張している。著作権法による著作権の保護は、もともと公正な利用、すなわち国民が文化財としての著作物を利用し享有することを念頭に置きつつ図られるものであり(法1条)、必然的に制限を受ける。法1条の趣旨からすると、著作権の制限は法30条以下に限定される理由はない。公正な利用の適用は安易になされてはならないが、調査・解析に伴う複製は公正な利用として許されるとする<sup>20)</sup>。

さらに、辰巳直彦は、調査・解析に伴う複製は、法1条の著作物の公正な使用に該当し、権利者が著作権侵害と主張することは権利濫用(民法1条)であるとする<sup>21)</sup>。

コンピュータプログラムの調査・研究行為そのものは自由としながら、その実現手段であるコンピュータプログラムの物理的複製・物理的変形を禁ずるということは、「ベニスの商人」における心臓は取っても良いが血は流してはならぬ、という論理と同様になる。したがって、著作権法に複製・翻案を直接的に認める規定がないとしても、可能な限り法解釈によって容認

できる措置を取ることが必要であることは理解できる。

中山は、その場合において、著作権法は思想と表現を二分しており、表現は保護するが思想を保護しないことを前提とし、思想にアクセスする調査・解析行為に伴う物理的複製・物理的変形を、米国著作権法における一般的権利制限規定上のフェアユースに準じて著作権の侵害でないとしているが、一般的権利制限規定を有さず、しかも制定法の国である我が国において、なぜ判例法を前提とする米国法の抗弁規定に準じて解釈する必要があるのか疑問である。また、公正使用の法理を中山が指摘するのは、著作権の制限規定や、物理的複製・変形が著作権法上の複製・翻案に当たるか否かを判断する際の法解釈上の原則であると述べているのだと仮定しても、アイデア自由の原則が著作物保護の前提となる我が国著作権法上の大原則であるとするならば、同原則に基づいて当然に認められる公正なアクセス（自由な利用）であるとすれば足りる。

阿倍の場合、法1条を根拠に著作権の制限を法30条以下に限定する必要はないと説くが、法1条はあくまでも法目的、法理念を定めた規定であり、著作権の制限を定めた規定ではない。したがって、法1条を根拠に直接的に著作権を制限することには無理がある。法1条が公正な使用について述べているとしても、それは法30条以下の著作権制限規定や個々の著作権侵害が疑わしい事例において法定利用行為が行なわれたか否かの規範的解釈基準のひとつとして機能するにすぎない。

辰巳も、法1条を根拠に公正使用であるとする。しかし、法1条が著作権制限の根拠とならないことは、阿倍の説について述べたのと同様である。

## 2) 規範的評価説

この説は、著作権侵害となる複製又は翻案の概念を、物理的、形式的な著作物の複製または変形があったかどうかを見て侵害か否かを判断するのではなく、著作権法の理念や意図、およびその行為に関する社会通念・経済的不利益などを勘案したうえで、権利者に無断で行うと著作権侵害となる規範的な意味での複製又は翻案と捉え、複製又は翻案それ自体が目的ではなく、あくまでもアクセスの自由が保障されているプログラムの中身を知るために行う調査・解析の過程において物理的、形式的な複製、変形が生じたとしても、それが本来的に当該著作物の複製、翻案を目的としたものではなく、複製権、翻案権侵害としての規範的評価（構成要件的评价）を受けるものでない時には、適法であるとするものである。

つまり、許容される複製・翻案は、元々複製権・翻案権侵害の規定に基づき規範的に評価して著作権者の複製権、翻案権の侵害とならない場合であるから、個別的な権利制限規定があるかないかを問題とするまでもなく適法とするものである。

例えば、前出の中山は、次のように解釈している。絵画や小説とは異なり、プログラム、特にオブジェクトプログラムの本質は技術であり、それを眺めただけでは内容を知ることではできず、何らかの解析をして初めて中身であるアイデアを知ることができる。著作権法における複製概念は単に物理的な複製の有無によってのみ決定すべきではなく、規範的に捉えるべきであり、プログラムの中身を知るための解析過程に「複製、翻案」行為が介在しても、必要な限度で、原則として著作権法上の複製・翻案ではないと解すべきであろうとする<sup>22)</sup>。

また、作花文雄は、リバース・エンジニアリ

ングの過程においてプログラムの複製がなされる場合、当該複製は形式的な文理の上では複製権の内容となっているが、規範的には当該複製行為に対しては複製権の権利内容とはならないと解すべきであり、権利の規範領域の縮減的考え方、又は権利濫用の法理若しくは権利の内在的制約の法理により、妥当な結論を導き出すべきであるとする<sup>23)</sup>。

この説は、プログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的複製または変形について、複製権侵害、翻案権侵害規定上の構成要件に照らし、同要件から規範的に評価して侵害と言えるような複製、翻案である場合には侵害、そうでない場合には侵害でないとするもので、実務的にも非常に納得しやすい解釈である。米国的な公正使用の解釈を採用しない、我が国裁判上も採用しやすい考え方と言えるのではないだろうか。

中山が「必要な限度で」としているのは、おそらく目的外使用や社会通念上相当とされるプログラムの調査・解析に必要な限度を超えた複製・翻案を除く趣旨であると解される。

また、作花が、権利の規範領域の縮減、権利濫用、権利の内在的制約の法理を説明しているのは、上記の基本的な判断を前提として最終的に著作権の効力をどのような理由で制限するか（どのような理由で権利制限の抗弁を認めるか）の考え方であり、プログラムの調査・解析に伴う複製・翻案そのものの適法性を判断するためのものではないと考えられる。

### 3) 思想・自由利用説

この説は、著作物の表現のみを保護し、表現の背後にある思想を公衆の自由な利用に委ねるのは著作権法の大原則であり、プログラム著作物といえども、その例外ではない。

したがって、公衆が表現物としてのプログラ

ムの背後にある思想（アルゴリズム）にアクセスすることは自由であり、何らの制約を伴うものではない。もし、同アクセスの過程で不可避免地に生じる複製、翻案を違法として禁止するならば、結局思想自体に対するアクセスを禁止するのと同じことになり（上述したベニスの商人の法理）、著作権法の基本原理に反することになるとするものである。

例えば、田村義之は、次のように述べている。プログラムは、人間にとって理解可能なソースコードの形にしない限り、その思想を読み取ることができない。表現のみを保護し、思想の自由な利用を認めようとする著作権法の建前から考えると、オブジェクトプログラムを著作物として保護することにより、その思想を読み取る行為までも禁止するとすれば、著作権法の自殺行為に近い。

ゆえに、狭義のリバース・エンジニアリングに随伴する必要最小限度の複製、翻案は著作権侵害にならないと考えるべきであろうとする<sup>24)</sup>。

指摘のとおり、アイデア自由の原則は著作権法の大原則（後述）であり、プログラム著作物におけるアイデアであるアルゴリズムへのアクセスを禁じることは、著作権法の基本原理を踏みにじる行為であり、同アクセスに伴う必要最小限度の複製または翻案は許されると解されており、素直に賛同することができる。

複製又は翻案について、「必要最小限度の」という限定が付加されているが、これは規範的評価説における中山説の場合と同様、目的外使用を意図したものや社会通念上アルゴリズムへのアクセスに不可避な複製、翻案以外の複製、翻案を除く趣旨と理解される。

### 4) 目的外使用防止の規定を類推適用すべきとする説

この説は、リバース・エンジニアリングに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形を



適法とすることについて、公正使用目的外使用の禁止について規定した著作権法49条1項3号、同条2項2号等の規定を類推適用し、公正使用目的外使用でない場合には許されると解するものである。

例えば、辰巳直彦は、前述のように、リバース・エンジニアリングは、たとえプログラム著作権者の排他的権利に該当する行為を形式的に伴うものであっても、それは著作物の公正な利用（法1条）に該当し、これを著作権の侵害と主張することは権利の濫用（民法1条）に該当する（前記4.1（1）1）の「公正使用説」を参照）とする一方、さらに同リバース・エンジニアリングに随伴することを理由に作成を依頼された複製物または翻案物の目的外使用を防ぐために、著作権法49条1項3号、同条2項2号の公正使用目的外使用禁止の規定を類推適用し、一定の限界のもとに、プログラムに含まれる技術的アイデアや情報を取得するリバース・エンジニアリングは許容されるべきであるとする<sup>25)</sup>。

目的外使用についてまでプログラムの調査・解析を認めないのは殆どの学説において共通していることであるが、具体的に目的外使用を禁止する規定をも根拠として総合的に適法性を判断している点で、著作権法の法目的のみを根拠として適法と判断する説に比べて解釈性が高いと言えるかもしれない。

本稿でも、第3節で、この点について詳細に検討している。

## 5) 複製・翻案単純物理現象説

この説は、次のようなものである。アイデアを抽出することが自由（法10条3項）であるとするだけでは、リバース・エンジニアリングの過程で生じる物理的複製または変形についての免責理由にはならない。プログラムの調査・解

析の過程で生じる複製または変形は、それ自体単純な物理現象としての複製または変形であって法的評価には値せず、元来著作権の効力が及ばない領域のものであるから制限されるところのものである。

例えば、池村聡は、次のように述べる。アイデアを抽出するためであればプログラム著作物の複製または変形が許されるというのは説得力に欠ける。プログラム著作物の場合、プログラムを実行し、その機能を楽しむことこそが利用の本質と考えられるが（他の著作物の場合、表現を知覚することが利用の本質と考えられ、その意味においてプログラムの著作物は特殊性を有する）、著作権法は、そこに直接権利を及ぼすのではなく、その前段階である複製、変形等の行為に着目して権利を及ぼしている。

一方、リバース・エンジニアリングにおいては、物理的（客観的）に見れば複製または変形という「現象」が生じてしまっているものの、当該物理的な複製または変形は上記プログラム著作物の本質的な利用に資するものではない。このような物理的な複製または変形は、元々著作権法上の保護が及ばない領域のものであると考えられ、ここに権利制限の対象とする根拠が見出されるとする<sup>26)</sup>。

コンピュータプログラムの供給者である著作権者から見た場合、コンピュータプログラム保護の意義は、仮に著作権法上の保護対象がその表現であったとしても、実質的には、その背後にあるアイデア（技術的思想）の保護であるという場合が多い。コンピュータプログラムの供給者にとって知的労作物としてのコンピュータプログラムの価値は、表現だけでなくそのアイデアにも及ぶと期待したいところである。

したがって、そのようなプログラム供給者の期待については理解できるものの、プログラム



著作物といえども通常の著作物と同様に思想・表現分離の原則が適用されることに変わりはない。また、アイデア自由の原則は著作権法における基本原理である。もちろん、アイデア自由の原則によりプログラムの調査・解析行為そのものが許容されるからといって、調査・解析の過程で生じる物理的な複製または変形が当然に免責されることにならないというのは、すでに検討した通りである。そして、著作権法が効力を及ぼすのは、行為の目的とする機能ではなく複製又は翻案行為それ自体についてであるということについても疑問はない。

しかし、ソースプログラムへのアクセスを保障することなく、同アクセスの過程で不可避免的に生じる物理的なプログラム著作物の複製・変形を違法として禁止するならば、結局著作権者の思想、感情の表現自体に対するアクセスを禁じると同じこととなり、当該プログラム著作物のアイデアそのものを保護することとなって、著作権法の原則に反することとなる。

また、この説では、同調査・解析の過程で生じているプログラム著作物の複製または変形も客観的に見ると著作権侵害の対象となる複製又は翻案行為ではあるが、これらは過渡的な物理現象にすぎず、それ自体はプログラムの本質的な利用に資するものではないから著作権の効力が及ばないとする。

しかし、本来著作権の侵害は物理的な複製または変形行為を規範的に評価して、その実質的な違法性を判断するものであり、そのような観点から見ると、この説と上記規範的評価説の考え方との間に、その考え方や結論にどれだけの相違があるのだろうか、殆ど差がないように思われる。

#### 6) 規約・解法排除説

この説は、著作権法10条3項がプログラムの

規約・解法は著作権保護の対象にならないと規定していることを根拠に、プログラムの規約・解法を見出すためのプログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的な複製を適法とするものである。

例えば、渡辺左千夫・寺本振透は、次のように主張する。すなわち、著作権法上、法10条3項2号、3号により、規約および解法は著作権保護の対象とならないと規定されている。プログラムの解法・規約を見出すためのリバース・エンジニアリングの際に、プログラムの複製が不可欠であるにもかかわらず、その複製が著作権を侵害することになると、解法・規約が保護の対象とならないと規定したことの意味がなくなり、空文化する。

したがって、これらの規定自体から、プログラムの規約・解法を知るために行うリバース・アナリシスに伴う複製は複製権を侵害しない。

そのように解しないと、オブジェクトコードで提供されているプログラムをリバース・エンジニアリングなしに理解することは困難であり、規約・解法を保護しない旨規定しても、現実には規約・解法を保護することになってしまうことになり、著作権法10条3項を規定した意味がなくなってしまうとする<sup>27)</sup>。

しかし、我が国著作権法は、あくまでも著作権の制限について限定列举主義を採用しており（前出の注7）を参照）、著作権法10条3項の規定についても同様に考えるべきである。著作権法10条3項は、あくまでもプログラムの規約・解法を自由に利用できることを示したにすぎず、何らプログラムの調査・解析については触れていない。したがって、同条を根拠にプログラムの調査・解析に伴う複製・翻案を適法と解釈するのは無理である。

また、同条は、プログラムの著作物に対する

保護が、プログラム言語や規約、解法には及ばないことを注意的に明確にしたにすぎない。プログラムの著作物の場合にも、思想・感情の創作的表現が保護の対象であり、表現の手段である言語や、表現するに当たっての源となるルールやアイデアである規約・解法が保護の対象にならないことは、同条の規定を待つまでもなく明らかである。このような注意規定を根拠に、プログラム著作物の物理的複製または変形を適法とするのは解釈根拠として薄弱であると言わざるを得ない。

## 7) 特許法類推適用説

この説は、著作権法はプログラム著作物を著作物として容認した時点から、技術保護法として特許法と同質化しており、特許法で認められているリバース・エンジニアリングを認めないのは妥当でないとするものである。

例えば、金井重彦は、アイデア自由の原則と共に、もともとは技術保護の法律ではなかったといっても、明らかに産業技術的側面を持つプログラムを保護対象に盛り込んだ現在は、特許、実用新案では認められているリバース・エンジニアリングが著作権法上認められないと見るのは妥当ではないとして、特許法と同様の観点からプログラムの調査・解析およびそれに伴う複製又は翻案を適法なものとする<sup>28)</sup>。

また、大澤恒夫は、次のように述べる。日本の特許法69条は、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、一種の公序を形成しているものと考えべきである。よって、この規定は強行規定であり、これに反してリバース・エンジニアリングを禁止する契約は無効であるとし、このような論理構造を著作権法にもそのまま適用できるとする<sup>29)</sup>。

特許法には、試験・研究について特許権の効力を制限するための明文の規定が存在する（69

条）。しかし、著作権法には、そのような規定は存在しない。

我が国は制定法の国であり、定立された法律には各々に独立した目的があり、自ずと適用される分野が決められている。特許法と著作権法では、法目的も保護対象も明確に相違する。仮に、法体系中の一部に保護対象としてプログラムを含むとしても、著作権法は決してプログラムのみを保護する法律ではない。

したがって、技術保護法、競争法として特許法等とのバランスの取れた解釈の必要性があることは理解できるとしても、単純に技術保護法として同質性があるとして、同様に扱うということとはできない。

特許法は表現されたプログラムの背後にある技術的思想を制度的な公開を条件として保護し、著作権法は当該技術的思想に基づいて記述された表現を公表を条件とすることなく保護するものであり、両者の保護対象、保護の条件は、明らかに異なっている。特許法では特許発明の技術的範囲に含まれる技術的思想を実施する限り、どのような態様でも侵害になるが、著作権法の場合には、思想が同一であっても表現が異なれば自由に利用することができる。つまり、設計変更の自由度が高い。

しかも、アイデア自由の原則が存在し、表現の背後にある技術的思想にアクセスすることは全くの自由であり、特許法による場合のような制約は受けない。

したがって、この説のように、特許法69条の規定を根拠に著作権法上の規定の不備を補うことはできないと解される。

もっとも、大澤が言うように、著作権法上の公序理念により複製権又は翻案権が制限されるとする解釈には、筆者も結論的には賛成である。しかし、それが特許法でそうであるからという

のは、以上の説明のように根拠として妥当でないとい解される。やはり、著作権法全体の規定から見て、何故それが公序といえるかの合理的な説明が求められる。

なお、この説に関連して、はたして著作権法と特許法との整合性をとることが必要であるか否かの問題については、4.5項において改めて検討する。

## 8) 公正引用説

この説は、権利者以外の企業等が自社の研究、試験の目的で、既存プログラムのインターフェイス情報や内部情報を取得するために行うリバース・エンジニアリングに伴う複製または翻案は、著作権法32条1項の公正な引用として適法であるとするものである。

例えば、三木茂は、次のように説明する。著作権法32条において公正な引用が許される理由について、権利者の黙示的承認説など色々の考え方が主張されているが、その多くは著作権者の権利と社会の利益とを調整するためのものである。リバース・エンジニアリングが適法とされる根拠も権利者の権利とパブリックの著作物の利用との調節である以上、本条の規定を準用してその適用を考えることができる。

現行法は公正な引用についてしか規定していないが、公正な引用だけに限定する実質的な根拠はない。種々の目的ないし行為があるリバース・エンジニアリングについても、同法32条1項に規定されている公正使用の要件、①正当な目的であること、②同正当な目的の達成に必要な範囲内であること、③公正な慣行に合致していること、④権利者の利益が実質的に損なわれないこと、などを検討して逐次判断すべしとする<sup>30)</sup>。

しかし、最高裁判例（昭和55年3月28日判決）によれば、引用とは、紹介、参照、論評その他

の目的で、自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を再録することをいう、とされている。

このような見地から見ると、いまだ自己の著作物としての新たなプログラムが存在しない、プログラム作成前の段階でのプログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形を法32条1項の引用と見ることはできず、賛同することはできない。他人のプログラムに接続する場合など、対象プログラムの必要部分を利用する場合を前提に「引用」という考え方が示されているとも考えられるが、そのように考えたとしても論理的に成立しない<sup>31)</sup>。

また、法32条1項には公正な引用についてしか規定されていないにもかかわらず、公正な引用以外に拡大して適用するというのは、同著作権制限規定の限定列举主義の趣旨を無視するものであり、適正な法解釈とは言えない。

## 9) 個人的使用説

この説は、リバース・エンジニアリングに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形は、それが著作権法上の複製または翻案と解釈することができたとしても、同複製または翻案は著作物を個人的に使用することを目的とする場合に該当し、著作権法30条1項及び43条1号により許容されるとするものである。

例えば、野一色勲は、著作権の効力の制限について一般条項のない我が国においても、現行法の19ヶ条の何れかの類型に当てはめて説明することができるのであればそのほうが望ましいとし、現行法の解釈としては、30条の個人的使用目的に着目し、リバース・エンジニアリングに伴う複製や翻案は、著作物を個人的に使用することを目的とする場合に該当し、30条1項および43条1号のもとで許される行為であるとする。そして、その理由を次のように述べる。



30条での使用は対象物たる「表現」の使用を意味しており、「アイデア」の使用ではない。著作物の「表現」の使用は個人的ではあるが、表現された「アイデア」の利用が団体のためであったり、そのほか個人的でない場合は容易にあり得る。30条の適用のためには、「アイデア」の使用形態ではなく、「表現」の使用形態が個人的であることが要求されている。「アイデア」の使用目的に関しては全く不問である。

従業員が英語を解しないとか、老眼であるとかの個人的事情により、その「表現」の使用を必要としているのであるから、それは「個人的に使用する目的」に該当するといえる。リバーズ・エンジニアリングの場合にも、「アイデア」の使用は業務上のこととなるが、当該「表現」の使用に限れば、当該従業員の個人的事情である老眼とか、英語を読解できないということと同様に、個人の必要性のみを満たすためのものである。数人の共同作業として行なわれる場合であっても、この法的性格は同じことである。複製物や翻案物が会社の業務ファイルに綴じ込まれ保管されるような場合には、30条の「個人的に」の文言から遠ざかることになるが、それでもリバーズ・エンジニアリングの正当性には変わりがないので、その合法性の根拠は30条の適用でよいと考える<sup>32)</sup>。これが、個人的使用であるとする野一色の説明である。

しかし、企業における研究者等が業として行うリバーズ・エンジニアリングにおけるプログラム著作物の複製又は変形を、個人が家庭で行う私的複製又は翻案と同視することは困難である。また、企業内のことではあっても、従業員が英語を解しないとか、老眼であるとかといった従業員個人の知的能力や身体的事情に基づく「表現」の利用（複製・翻案）の必要性と、競争企業において商業上の必要性から複数の研究

者が新たなプログラムを開発するために、既存プログラムの物理的複製・変形を行なうことを同様に考えることはできない。

30条1項の「個人的に又は家庭内その他これに順ずる限られた範囲内」における「個人的に」の立法趣旨は、「一人で」という趣旨であり、組織的な活動の一環として行なわれる場合には、「個人的に」とは解されない。例えば「企業その他の団体内において従業員が業務上利用するため著作物を複製する場合には、仮に従業員のみが利用する場合であっても許容されるものではない<sup>33)</sup>。同条が想定しているのは、複製された複製物を個人の趣味や教養のために使用することであり、当該複製物が何らかの職業的な目的のために利用される場合まで、個人的利用であると解するのは難しい。

また、「家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」についても、「家庭内」とは同一家計で同居している人間関係が想定されており、さらに「準ずる限られた範囲内」には関係者相互の間に強い個人的関係があることが必要とされている<sup>34)</sup>。

これらのことを前提として解釈すると、やはり企業において行なわれるプログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形を、30条の個人的使用と解することは困難である。

野一色は、30条以下の著作権制限規定を例示列举規定と解し、「個人的」、「家庭内その他これに準ずる限られた範囲内」を広く解釈しようとしているようであるが、注6)で示したように、我が国の著作権法体系上、30条以下の著作権制限規定は個別的な限定列举規定であり、厳格に解釈すべきであると考えられる。

#### 10) 複製概念相違説

この説では、リバーズ・エンジニアリングにおけるプログラム著作物の複製は、著作権法上



の複製概念とは相違するとするものである。

例えば、D. S. カージャラは、著作権法2条1項15号の複製概念は、人間のみに理解できるようにした複製を意味しており、プログラム著作物のようにコンピュータに使える形にした複製は含まないとする<sup>35)</sup>。

しかし、このような考え方をすれば、およそプログラム著作物についての著作権侵害が想定できないことになり、プログラムを著作権法で保護するようにした意味がなくなる。

また、例えば「スペースインベーダ・パートⅡ事件」東京地裁昭和57年12月6日判決（無体集14巻3号796頁）では、ソースコードとオブジェクトコードは相互に複製物の関係に立つとしており、ここでいう複製物は著作権法2条1項15号の複製物を意味しているから、人間のみに理解されるものとするのは狭きにすぎる。また、オブジェクトプログラムはともかく、少なくともソースプログラムは人間にも理解可能である。

#### 11) 解析過程区分説

この説は、プログラム著作物の物理的複製を、既存プログラムの調査・解析行為を意味するリバース・アナリシス（reverse analysis）過程での複製と、それにより抽出したデータを用いて行なう新規プログラムの開発行為を意味するフォワードプログラミング（forward programming）過程での複製との2つに分けて考え、フォワードプログラミング過程で何が行なわれるかに関係なく、リバース・アナリシス過程での複製は適法であるとする。

他方、この説では、フォワードプログラミングの過程での解析目的の複製については、その解析目的により、A. 研究または調査目的の解析、B. 改変または翻案目的の解析、C. 互換製品その他の開発のための解析の3つに分類

し、Aの場合は適法、Bの場合には、自己使用目的の場合は法47条の2により適法、販売・頒布目的の場合にはニュートラルな行為とは言えない、Cの場合はBの場合と同様に考える。

そして、調査・解析のためのディコンパイルに伴う複製がリバース・アナリシスの段階にとどまる限り、適法とする。この場合、リバース・アナリシスとは、具体的には、侵害の発見、瑕疵およびバグの発見、プログラムの保守、プログラムの性能および機能の調査とする<sup>36)</sup>。

プログラムの保守、性能、機能の調査は、法47条の2の所有者による複製に該当する場合もあると考えられるが、適法であるとする根拠については「いろいろなものが考えられる」としているだけで、具体的には明らかにされていない。

フォワードプログラミングの例としては、互換プログラムの開発、異機種接続プログラムの開発、記憶媒体の交換を可能にするプログラムの開発、コンバータの開発を目的とする調査・解析が取り上げられており、これらの目的での物理的複製行為が著作権法上どのように位置づけられるかの検討が重要な問題となる。そして、この場面では、それぞれの目的のための複製を、著作権法の下で正当化される複製、著作権の制限によって認められる複製、著作権の下で認められない複製の3つに分類して検討している。これが、この学説の概要である。

しかし、この説では、上記著作権法の下で正当化される複製の内容および正当化の根拠が明らかでなく、著作権の制限によって認められる複製、著作権の下で認められない複製についても、単に著作権制限規定のどの規定に基づいて適法になるかの問題として扱われているだけで、フォワードプログラミングの目的により、私的使用のための複製（法30条）等の制限規定

に該当すれば適法、同制限規定に該当しなければ違法とするだけのものにすぎない。

また、法47条の2により許容される複製は、例えばバックアップコピーやバージョンアップなど、プログラムの所有者が本来コンピュータで使用するために必然的に伴う目的、形態での複製と解しているが、営利目的でフォワード・プログラミング上の目的物の複製を行うのは同条に該当しない、などの批判がある<sup>37)</sup>。

## (2) 原則的に違法であるとするもの

### 1) 原則一貫説

この説は、我が国著作権法における効力制限規定（法30条～47条の9）は制限列举主義であり、特許法69条のような効力制限規定を欠いている以上、プログラム著作物の調査・解析に伴う物理的複製・変形は、既存の定説に従って、それが瞬時的かつ過渡的な蓄積のレベルを超えたものである場合には違法であり、認められないとするものである。

例えば、山中伸一は、次のように論じている。日本においては、プログラムの解法等のアイデアを抽出するためのリバース・エンジニアリングに伴うコンピュータ著作物の物理的複製を許容する著作権の制限規定が設けられていないので、このような複製には必然的に権利者の許諾が必要である。したがって、プログラムのライセンス契約等に際して、リバース・エンジニアリングやそのための複製を禁止することは、著作者の権利として可能であり、権利者の許諾なしにリバース・エンジニアリングのための複製を行なうことは違法ということになる。

裁判例においても、リバース・エンジニアリングに関する日本での唯一の判決である、「マイクロソフトコーポレーション対秀和システムトレーディング事件」東京地裁判決は、被告が原告のオブジェクトプログラムをそのまま16進

数のコードに置き換えた行為、及び、原告オブジェクトプログラムを逆アセンブルしたうえ解読してラベル及びコメントを付した行為は、それぞれ原告プログラムの複製行為であるとし、著作権侵害に当たっているとする<sup>38)</sup>。

また、高林龍は、次のように主張する。

ソースコードを利用して開発したプログラムが、元のプログラムの複製物や翻案物（二次的著作物）である場合には、その再製は複製権や翻案権侵害になるが、ソースコードを参考にして、これとは独立した別個のプログラムを開発した場合にも、参考とするために限定された範囲内で行われたリバース・エンジニアリング自体を複製権侵害であるとするには違和感が拭えない。

しかし、特許法の試験研究の実施に関する特別規定のような制限規定の存在しない著作権法の下では、瞬時的かつ過渡的な蓄積の域を超えて、新たなプログラム開発のための、他への転用も可能な態様でのリバース・エンジニアリングの過程における複製を著作権侵害でないと構成することは困難である。

ただし、プログラムの相互運用性の確保や障害の発見等の目的のための調査・解析について著作権制限規定を新設するという選択肢はあり得るとする<sup>39)</sup>。これが、高林の説である。

以上の説に対しては、次のように反論することができる。

プログラム著作物といえども、著作物である以上は当該著作物の著作者の思想、感情が外部に認識可能な形で表現されていることが必要である。すでに述べたようなプログラム著作物の特徴を考えると、この外部からの認識可能性は公表されているオブジェクト・プログラムにアプローチできるだけでは保障しにくい。その意味でも、オブジェクトプログラムの背後にある

ソースプログラムにアクセスできるようになっていることは重要である。

プログラムに限らず、およそ表現物である著作物の背後にあるアイデアにアクセスすることは、著作権法上の大原則であるアイデア自由の原則に基づくものであり、何ら違法性のあるものではない。また、それによってこそ多様な文化的所産の誕生が可能となる。

プログラム著作物の場合、オブジェクトプログラムとソースプログラムに前述のような物理的関係がある以上、プログラムの調査・解析およびそれに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形を許容しない限り、アイデア自由の原則を実現することはできない。

したがって、以上の趣旨に沿う形でプログラムの調査・解析が行われる限り、それ自体には何の違法性もない。また、仮に指摘されるような瞬間的かつ過渡的な蓄積のレベルを超えて、新たなプログラム開発のための他への転用が可能な態様でのプログラム著作物の物理的複製又は変形が行われたとしても、実際に、そのこと自体を違法とすることはできないし、そのこと自体で著作権者に何らかの損害が生じるわけでもない。

新たなプログラム開発のための他への転用が予想されとしても、それは違法な転用が行われたときに初めて問題にすれば足りると考えられる。

また、前出のマイクロソフト社と秀和社の判決は、4.2項で論じるように、あくまでも他人のプログラムをダンプアウト、かつ逆アセンブリし、しかもそれを出版したという一連の行為を評価して違法としたものであり、調査・解析行為を含む個々の行為を違法としたものではない。

## 2) 海賊版プログラム助長説

この説は、プログラムの調査・解析（特に逆コンパイル）に伴う複製又は翻案を許すと、既存プログラムの連続的な変更により、外形的表現を偽装した海賊版プログラムの作成に利用される恐れがあるとする<sup>40)</sup>。

しかし、ディコンパイル（逆コンパイル）は、オブジェクトコードからありうべきソースコードの実装を推測して再現するものにすぎない。したがって、ディコンパイルによって元のソースコードを再生することは非常に困難であり、実際に調査・解析を行っても原ソースコードの最も価値ある部分（当該プログラムの詳細なコメントおよび命令列の元の順序）は殆ど明らかにされず、また逆コンパイルそのものも極めて困難であるので、一般に海賊行為に利用されるとは考えにくい。

むしろ、現実には、メンテナンスやデバッグ、マルウェアの発見、入出力用など他のプログラムに接続するプログラムの開発など、元のプログラムとは競合しない製品開発のために行なわれるのが通常であると言われている。

## 4.2 リバース・エンジニアリングを伴う被告の行為が論点となった裁判例の状況

我が国の場合、プログラムの調査・解析について明文の規定がなく、ソフトウェア業界では、当該プログラムの調査・解析を禁止する契約が幅広く行われており、それが守られてきていることもあってか、プログラムの調査・解析およびそれに伴う複製又は翻案が問題になったケース、同問題を正面から判断した裁判例は殆ど見られない。

第1節で示した文化庁の「コンピュータプログラムに関する調査研究協力者会議」報告書では、今後の判例の発展に待つとされているが、必ずしも判例の状況は発展していないのが実情である。しかし、それでも以下に示すようないくつかの関連する裁判

例がある。

(1) マイクロソフト社対秀和システムトレーディング社事件（東京地判昭和62年1月30日，無体集19巻1号1頁）

この事件は，被告秀和が，原告マイクロソフト社が開発したパソコン用ベーシック・インタープリタープログラムのオブジェクトプログラムを調査・解析し，そのソースプログラムを明らかにして出版した事例であるが，コンピュータプログラムが著作物として規定された昭和60年改正著作権法施行前の昭和57年に提起された事件である。

裁判所は，被告がパソコンに組み込まれている本件原告のオブジェクトプログラムを，そのまま16進数のコードに置き換えたことが著作権法上の複製行為に当たることは明白であるとした上で，それを逆アセンブルして解読したものを所定の固定手段に固定し，ラベルおよびコメントを付した行為も著作権法上の複製であるとした。

しかし，この判決は，あくまでも他人のオブジェクトプログラムをダンプアウト，かつ逆アセンブルし，しかもそれを書籍にして出版したという一連の行為を評価して違法と判断したものと理解すべきもので，それら一連の行為中の個々の行為についての違法性評価を下したのではなく，またプログラム著作物の「リバース・エンジニアリング」を禁じたものではないと判断される。

原告側マイクロソフト社の代理人であった弁護士三木茂や中山信弘も同様の趣旨のことを述べている<sup>41)</sup>。

もっとも，この判決を，リバース・エンジニアリングについて違法とした判決であるとする考え方もないではない。例えば，前出の原則一貫説の山中の解釈（4.1（2）1）がそれである。

(2) インターホンシステム共通ライブラリー事件（東京地裁平成18年2月10日判決，最高裁HP）

この事件は，端末ソフトウェアについて原告と

の共通ライブラリー<sup>42)</sup>を有する被告のインターホンシステム（各住戸に設置される端末，各マンションの共同玄関・管理人室等に設置される機器類，リモートコントロールセンターに設置される機器類などからなり，それらが相互にインターネットで接続され，多くのソフトウェアを利用して運用されるようになっている）につき，原告は，本件インターホンシステム用端末ソフトウェアの共通ライブラリーである原告ライブラリーによる処理結果である出力情報を調査・解析し，その解析データを利用して被告ライブラリーが作成されたとし，被告の原告ライブラリーの入力と出力との関係の調査・解析は違法なりバース・エンジニアリング，不法行為であるとして，原告ライブラリーの使用差し止め，損害賠償を請求した。

これに対し，裁判所は，原告ライブラリーへの入力と出力との関係を調査・解析して得られるものは，当該関数が実現している機能であり，それはあくまでもアイデアにすぎず，著作権法上保護されないものと言わざるを得ないとして，アイデアへのアクセスが自由であること認めた。

(3) トレーディングソフトウェア事件（大坂地裁平成21年10月15日判決，最高裁HP）

この事件は，外国為替取引業者であるCapital Market Services, LLC社が提供する外国為替証拠金取引（いわゆるFX取引）のためのトレーディングソフトウェア（VT Trader）上で動作するトレーディングストラテジーを自動的に実行させる被告のプログラム（追加プログラム）につき，同様のプログラムである原告開発のプログラムを無断で改変したものであり，原告の著作権を侵害したとして，不法行為に基づく損害賠償を請求した。

被告は，被告プログラム（追加プログラム）の作成経緯を立証し，被告プログラムは開発に先立つ，研究・分析の途上にて一時的に発生しただけ



のものであって、プログラム著作物のリバース・エンジニアリングに該当し、作成行為そのものに違法性はない、また販売も行っていない、との抗弁を行なった。

これに対し、裁判所は、被告プログラムは、より多くの利益を獲得できるプログラムを作成するため、各トレードごとの成績を個別に検証し、適切なパラメータ設定を探ることのみを目的として作成されたものであって、販売用のものでないことが認められる。

被告が被告プログラムの作成に当たって、原告のプログラムを複製または翻案したことがあったとしても、かかる行為のみを理由として著作権侵害を主張し、損害賠償を請求することは、権利の濫用（民法1条3項）に当たり許されないとして、リバース・エンジニアリングにおけるプログラムの複製又は翻案の適法性を認めた。

#### 4.3 独占禁止法におけるコンピュータプログラムの調査・解析容認論

以上のように、理由は様々であるとしても、我が国においては学説・裁判例ともにプログラムの調査・解析に必然的に伴う物理的な複製または変形を適法とする考え方が大勢である。しかし、現実にはソフトウェアライセンス契約（サブライセンス契約）において、ライセンサーがライセンシーに対して、そのような調査・解析を禁ずる制限条項を付加することが一般的である。また、パッケージソフトウェアなどでは、当該ソフトウェアを包んでいる包装（パッケージ）を開封した段階でライセンス契約が成立するという、シュリンクラップライセンス（shrink wrap license：開封契約）という契約方式も採用されている。後者の場合、主としてエンドユーザーを拘束することを目的としたもので、単なる売買契約では購入者に複製の禁止、守秘義務を課することが困難なところから考案されたものである<sup>43)</sup>。

しかし、公正取引委員会のソフトウェアと独占禁止法に関する研究会が公表している中間報告書「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法の考え方」（2002年3月20日）によると、リバース・エンジニアリングは、技術の発展の促進に資する面をもつものであることから、ソフトウェアライセンス契約において、ライセンサーがライセンシーに対して、ライセンシーが当該ソフトウェアについてリバース・エンジニアリングを行うことを禁止することは、ライセンシーの重要な競争手段である研究開発に係る事業活動を制限するものであり、ライセンシーによるソフトウェアの改良、開発を妨げる恐れがあるとして、ライセンシーのリバース・エンジニアリング行為を規制することができない旨を示している。

この報告書は、上述したリバース・エンジニアリングの問題について、一定の範囲で明らかにしたものと理解することができる。

すなわち、同報告書では、プラットフォームソフトと接続して相互運用性（インターオペラビリティ）を有するハードウェアやソフトウェアを開発するためには、当該プラットフォームソフトの技術情報が必要であるが、ライセンサーがライセンシーに対して、かかる情報を提供しておらず、かつ同情報が相互運用性を有するソフトやハードの開発に不可欠なものであれば、その場合についてのみ契約対象プログラムの解析・研究が許されるとしている。そして、同場合における解析・研究を禁止する契約行為は一般指定13項の拘束条件付取引に該当するとしている<sup>44)</sup>。

## 5. 諸外国の状況

本節においては、諸外国におけるコンピュータプログラムの調査・解析およびそれに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形に係る裁判例と学説

について検討する。諸外国の状況を見ることによって、我が国における著作権法上の当該行為の取り扱いについて学説的に理解が深まるとともに、今後の立法上の手当てや実務上の解釈についても手がかりが得られると考える。

## 5.1 米国における裁判例の状況

プログラムの調査・解析の適法性が問題となった米国における代表的な裁判事例として、「アタリゲームス社対アメリカ任天堂社事件」と「セガ社対アコレード社事件」がある。これら2つの事件については、米国はもちろん、我が国においても多くの文献で紹介、検討がなされている<sup>45)</sup>。

ここでは、判決文に加えて、それら各種の文献を参照しながら、改めて検討を行い、これら2つの判決の意義と我が国への影響を考える。

### (1) アタリゲームス社対アメリカ任天堂事件 (1992年9月10日・連邦巡回控訴裁判所判決<sup>46)</sup>)

この事件は、アメリカ・任天堂社が米国で販売していたテレビゲーム機「NES」の非許諾カートリッジ（競合ソフト）拒否プログラム（排除コード）についての調査・解析に関するものである。

原告任天堂のテレビゲーム機「NES」は、周知のようにゲーム機本体のコンソールにゲームソフトを格納したカートリッジを差し込んでプレイするものであるが、任天堂は、非許諾の競合ソフトを格納したカートリッジを受け付けないように「10NES」なる排除コードを含んだ拒否プログラムを開発し、ゲーム機本体のコンソールとカートリッジの双方にICチップの形で装着していた。そして、コンソール側のプログラムは錠、カートリッジ側のプログラムはその錠を開ける鍵の役割をもっていた。

被告アタリゲームス社は、任天堂の「NES」で作動する互換性カートリッジを作るため、「NES」の装着チップの層を化学的に剥がして、上記チッ

プ内の排除コード（オブジェクトコード）を調査・解析し、自力で「10NES」を破ろうとしたが破れなかった。

そこで、同社は「当社は著作権侵害訴訟の被告であって、訴訟のためにNESの拒否プログラムが必要である。」と虚偽の事実を述べて、著作権局から、任天堂が登録していた拒否プログラム「10NES」の「ソースコード」を入手した。

その後、アタリゲームス社は、上記詐欺により入手した「ソースコード」によることなく、再び剥がした任天堂NESのICチップからオブジェクトコードの解読を試み、ついに「10NES」を0と1のオブジェクトコードの形に再現した。なお、上記著作権局から入手した「ソースコード」は、このオブジェクトコードの書き写しの誤りを正すためにのみ利用した。

そして、アタリゲームス社は、その結果として「10NES」の鍵をあけることができるプログラム、「ラビット」を開発した。

これに対し、連邦巡回控訴裁判所は、次のように判決した。

「著作権法上、著作物からアイデア、プロセス、操作方法などを得ることは自由である。同法は、ある著作物の複製物の合法的な所有者が、その著作物のアイデア等を理解するために必要な努力をすることを許すものである。米国著作権法は、そのような趣旨から著作権法第107条<sup>47)</sup>においてフェアユース（公正使用）という著作権の排他性に対する例外を規定し、批評、注釈、研究等のための複製について、著作権による保護を制限している。これらの行為は、著作物のアイデア、プロセス、および操作方法の公衆への理解と拡布（dissemination）を可能とする。

ある複製が同条に規定するフェアユースに当たるとかどうかを決定する場合、対象となる著作物の性質を吟味する必要がある、アイデアや

プロセスを理解するために中間的な複製行為 (intermediate copying) が要求される場合、当該著作物の性質は、その中間的な複製行為がフェアユースになることを支持する。したがって、当該コンピュータプログラム中の本来保護されないアイデアを認識するために、オブジェクトコードをリバース・エンジニアリングすることはフェアユース (公正使用) である。

ただし、ここで許される複製の範囲は、当該著作物中の本来保護されないアイデアやプロセスを理解するのに必要な限度に限られ、また複製の主体は当該著作物の複製物の正当な所持人でなければならない。

本件の被告人であるアタリゲームス社は、当該著作物の複製物の正当な所持人ではないから、フェアユース (公正使用) の有資格者ではない。よって、フェアユースを主張できない<sup>48)</sup>。」

以上が、本件判決の概要である。

この判決の解釈は、要するに最終製品を開発する途中で行なわれる中間的な複製行為 (intermediate copying) も、あくまでも著作権法上の複製行為 (copying) であり、形式的には違法である。しかし、当該中間的な複製は著作権法第107条のフェアユース (公正使用) に該当するから違法にならないとするものである。

したがって、この判決は、一般論として、プログラムのリバース・エンジニアリングは著作権法第107条のフェアユース (公正使用) に該当し、適法であることを認めたものと判断することができる。

また、同判決では、著作権法第107条において当該複製行為がフェアユースに該当するか否かを判断する第2の判断要素である著作物の性質にも触れており、さらにプログラムの調査・解析を否定することは、プログラムに模擬特許を与えることになるとも指摘している。

これは、やはり著作権法においてはアイデアにアクセスすることは自由であり、著作権法は特許法などと異なり、アイデアを保護しないことを確認したものである。

## (2) セガ社対アコレイド社事件 (1992年10月20日・第九区連邦巡回控訴裁判所判決<sup>49)</sup>)

この事件もテレビゲーム機に関するものであり、原告セガ社が製造販売するテレビゲームコンソール機「ジェネシス (Genesis)」で互換作動する被告アコレイド社のゲームカートリッジの開発行為、すなわち、ジェネシスとの互換性の必要条件を探るリバース・エンジニアリング行為が問題とされた。

被告アコレイド社は、自社のゲームソフトを原告セガ社の「ジェネシス」で作動するようにするために、次のような2段階の作業を行っている。

すなわち、まず第1段階の作業として、「ジェネシス」との互換に必要な情報を発見するために、市販されているセガ社のゲームソフトについて、そのオブジェクトコードを逆アセンブル・ディコンパイルしてソースコードに変換し、同ソースコードに基づいて、互換性を実現するのに必要な情報を組み込んだマニュアルを作成するなど、セガ社ゲームソフトのプログラムの調査解析を行った。

次に、第2段階の作業として、アコレイド社は、このマニュアルを利用して、セガ社の「ジェネシス」と互換性のある独自のゲームソフトを開発した。

この場合、上記マニュアルには、互換性実現に必要なインターフェイスの使用に関する機能的な記述だけしか含まれておらず、セガ社のゲームソフトのコードは含まれていなかった。また、最終的に独自のゲームソフトを開発した段階でも、セガ社のプログラムそのものは複製していなかった。ただし、上記逆アセンブル・ディコンパイルの段階では、当然に中間的な複製を伴っていた。

これに対し、第九区連邦巡回控訴裁判所は、次

のように判決した。

「まず、著作権法の文言上、どの段階で無断複製が行われたかは区別されていない。したがって、被告アコレイド社の逆アセンブル・ディコンパイルに伴う中間的な複製 (intermediate copying) は、セガ社のプログラムの複製に当たり、米国著作権法第117条の許す範囲を超えており、著作権侵害を構成する。

しかし、同逆アセンブル・ディコンパイルに伴う中間的な複製 (intermediate copying) は、著作権法第107条 (フェアユース) の適用により許容される。

著作権法第107条に該当するか否かは、次の4つの判断要素 (factors) により判断される。

- ①利用の目的及び性質 (利用が商業的性質を有するものであるか、又は非営利の教育的目的のものであるかを含む)

複製行為が商業目的であることは被告 (アコレイド社) に不利である。しかし、被告の最終目的は互換ゲームの販売であったが、複製の直接の目的は互換の機能要件を研究することであった。

- ②利用された著作物の性質

インターフェースは、オブジェクトコードの形でのみ公衆に頒布されており、ビデオゲームプログラムの操作中は見ることができない。オブジェクトコードは、逆コンパイルしなければ肉眼では見ることができず、逆アセンブルには必然的に複製行為を伴う。

- ③利用された著作物全体との関連における利用された部分の量及び実質性

被告 (アコレイド社) がプログラムの全部を逆アセンブルしたことは被告に不利であるが、著作物全体が複製された事実はフェアユースの認定を排除しない。

- ④著作物の潜在的市場又は価値に対する利用の影響  
ゲームユーザーは、一般に2つ以上のゲームソ

フトを購入することから、原告 (セガ社) が僅かに経済的損失を被るにせよ、重大な影響を被るとは言えない。他社の利用を不可能にさせることで市場を独占することは創作的表現を促進する制定法の目的に反するものである。

これらの事情を総合的に判断すると、本件被告 (アコレイド社) の行為は、フェアユース (公正使用) である<sup>50)</sup>。」

以上が、本件判決の概要である。

この判決も、上記の判決の場合と同様に、当該著作物における表現とアイデアの区別を前提に、リバース・エンジニアリングが著作権法で保護されないアイデアや機能的な要素にアクセスするための唯一の手段であり、そのアクセスについて合法的な利益がある場合には、一般論としてフェアユース (公正使用) が認められるとするものである。

以上のように、「アタリゲームス社対アメリカ任天堂社事件」および「セガ社対アコレイド社事件」では、いずれの場合にも、ゲームソフトについてのリバース・エンジニアリング、すなわちゲームソフトの逆アセンブル・ディコンパイルによるプログラムの調査・解析行為が、著作権法第107条に規定するフェアユース (公正使用) に当たるとされている。

このほかにも、類似の事件として「ソニーコンピュータエンターテインメント社対コネクティクス社事件」があるが、この事件でも、リバース・エンジニアリングに伴う中間的な複製 (intermediate copying) についてフェアユースが認められている<sup>51)</sup>。

これらの裁判例を通して、米国では、リバース・エンジニアリングが著作権法第107条のフェアユースに該当するという解釈が大勢であると見ることができる。



そして、そこからは、プログラム著作物の場合、リバース・エンジニアリングが当該ターゲットプログラム（対象プログラム）の背後にあるアイデアへのアクセスを可能にする唯一の方法であるという事実に対する理解、また、そのような理解について、リバース・エンジニアリングを容認する方向で評価する考え方があることを読み取ることができる<sup>52)</sup>。

なお、以上のように、米国は著作権法中に成文法として一般的権利制限規定（第107条）を設けているが、この規定は決して新たに定立された規定というものではなく、すでに注47)でも触れたように、過去の判例を通じて蓄積された公正使用（fair use）の原則を明文化したものにすぎない。また、同権利制限規定（第107条）において示されている4つの判断要素は、あくまでもフェアユースが主張された場合においてエクイティ（衡平の理念）を実現するための判断基準であり、条理に関するエクイティ上の規則であるから、一般的に適用すべき定義を設けることは不可能である。したがって、それらは裁判において、事案ごとに個別に判断されることになる<sup>53)</sup>。

このような考え方は、仮に一般的権利制限規定を有さず、個別制限規定しかない我が国著作権法においても、実際の裁判においては、例えば民法上の公序則、権利濫用の法理、衡平の原則等を活用することによって、ある程度採用しうるのではないだろうか。

## 5.2 EUにおける立法の状況

EU（EC）は、コンピュータプログラムの法的保護に関するEU（EC）指令第6条で、コンピュータプログラムのディコンパイルーション（decompilation）について規定している<sup>54)</sup>。

同規定では、一定の場合について、コンピュータプログラム（computer program）のディコンパ

イル（decompile）のための複製・翻案が著作権者の許諾なしに許容されることとされている。その場合、どういう立場にある者がディコンパイルのための複製・翻案ができるのか、どのような場合にディコンパイルのための複製・翻案が許されるのか、どのような目的の複製・翻案が許されるのかという許される場合の条件、およびディコンパイルにより得られた情報をどの様に利用できるのかという2つの観点からの制約が課されている。

### (1) 複製・翻案が許される場合の条件（6条1項）

#### a) 複製・翻案を行える主体について

ディコンパイルのための複製・翻案を行える者は、プログラムを購入した者やライセンシー、これらの者から許諾を受けた者など、当該プログラムの複製物について正当な使用権限のある者に限られる。

#### b) 複製・翻案が許される場合について

ディコンパイレーションが許されるのは、他のプログラムとの相互運用性を得るために必要な情報が予め容易に入手できなかった場合に限られる。具体的にいえば、当該プログラムのディコンパイレーションによる以外に他に入手する方法がなかった場合に限られる。

また、他人のプログラムの中で、ディコンパイルできるのは相互運用性を達成するために必要な部分のみに限られる。

#### c) 複製・翻案が許される目的について

ディコンパイレーションのための複製・翻案が許されるのは、プログラム作成者が独自にプログラムを作成するに際して、他のプログラムとの相互運用性（inter operability）を得るために必要な情報を得ることを目的とする場合に限られている。したがって、競合プログラムの開発を目的とするような場合はもちろん、一般的な研究目的でのディコンパイルについては権利者の許諾が必要となる。

ディコンパイルできるのは他のプログラムであり、直接相互運用性を得るためのプログラムには限定されていないが、少なくとも相互運用性を得るために必要な限度での行為であることが必要である。

(2) 得られた情報が利用可能な場合について（6条2項）

さらに、上記ディコンパイレーションによって得られた情報は、他のプログラムとの互換性を目的とする場合にのみ利用、提供することができ、その情報を利用して実質的に類似のプログラム（substantially similar program）を開発したり、商業化してはならないとされている。

また、EU（EC）指令の第9条2項は、同6条の規定に反するいかなる契約も無効である（Any contractual provisions contrary to Article 6 or to the exceptions provided for in article 5（2） and（3） Shall be null and void）として、その強行法規性を明らかにしている。

EUには、法文化、ソフトウェア産業競争力が異なる多くの国が加盟している。したがって、それら各国が法政策を統合し、統一された法制度を実現するためには、可能な限り明示の規定によって混乱を最小限にとどめる必要がある。また、EUには、米国に比べて相対的に劣勢に置かれているソフトウェア産業を育成強化する必要がある。そのような事情が、プログラムのディコンパイルについて、このような強固かつ明示の規定をもつにいたった理由であろう<sup>55)</sup>。

これらの規定を受けて、例えばイギリス著作権法では第50条のBで、ドイツ著作権法では第69e条で、フランス著作権法では第122の6の1条で、それぞれほぼ同様の相互運用性の確保についてのディコンパイレーションについて規定している。

このEUの指令は、各国におけるリバーズ・エン

ジニアリングの取り扱いについて、重要な先例となるかもしれない。例えば、次に述べる韓国著作権法などは、その一例であると考えられる。

### 5.3 韓国における立法の状況

韓国は、2009年まで、著作権法とは別にコンピュータプログラム保護法を設けていたが、2009年4月22日法律第9625号による著作権法の一部改正により、それまでのコンピュータプログラム保護法を廃止し、著作権法に統合した。

そして、その第5章の2に、旧プログラム保護法の規定を継承した「プログラムに関する特例」についての規定を置いており、そのなかの第101条の4がプログラムコードの逆分析（ディコンパイレーション）について規定している<sup>56)</sup>。

すなわち、第101条の4第1項は、プログラム購入者、ライセンシー、それらの者から許諾を受けた者など、当該プログラムの複製物について正当な利用権限を有する者は、プログラムの互換に必要な情報を容易に得ることができず、かつ、その互換情報の獲得が不可欠である場合には、当該プログラムの互換に必要な部分に限り、著作財産権者の許諾を得ることなく、当該プログラムのプログラムコードを逆分析できると規定している。

また、第101条の4第2項第1号は、上記第1項の規定により得たプログラムの互換に必要な情報を利用する場合は、当該情報を互換の目的以外の他の目的に利用したり、第三者に提供したりすることはできないこと、さらに同項2号は、上記第1項の逆分析の対象となるプログラムと表現が実質的に類似したプログラムを開発し、製作し、販売し、または、その他の当該著作権を侵害する行為に利用する場合には利用できないことを規定している。

これは当該プログラムの複製物の購入者やライセンシー、それらの者から許諾を受けた者など、当該プログラムの利用について正当な権限を有する者が、

そのプログラムを作動させてオブジェクトコードからソースコードにアクセスする逆分析（ディコンパイルーション）について、著作権財産権者の利益を不当に害しないことを条件として著作権財産権の制限を認めたものであり、その行為主体、許容条件、得られた互換情報の利用形態など、上述したEU指令の規定と非常に良く似た内容の規定となっている。ただ、上述したEU指令第9条のような強行法規性については明示されていない。

しかし、これについては、同第101条の4の規定（旧プログラム保護法第12条の2の規定に対応）が、一般に強行法規であると解されている裁判または捜査のための複製や、学校教育における授業での複製等について規定する第101条の3の規定（旧プログラム保護法第12条の規定に対応）に準じて規定されていること、またアイデア自由の原則、プログラムの産業技術的性格、特許法の規定との衡平性等の理由から、同規定も強行法規性を有すると解されている<sup>57)</sup>。

## 6. 残る問題点の検討

以上のように、プログラム著作物の調査・解析、それに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形の適法性について明文の規定のない我が国現行法の下においても、学説は適法とするものが支配的である。また、裁判例も、数は少ないながらも基本的には適法と判断している。さらに、外国の立法例でも、EUの規定にならって逆コンパイルによる互換情報の取得を適法とする例が現れてきている。

しかし、以上の学説、裁判例、諸外国の例を概観しただけでは、いまだプログラムの調査・解析の問題について十分に検討したとは言えないであろう。そこで、上記学説の主張点およびその理由を前提とし、さらにプログラムの調査・解析を適法とする根拠に対する上記少数説では提示されていない著作権者側からの反論をも想定して、次に示す6つの論点

について、さらに検討を加える。

### 6.1 著作権法は表現を保護しアイデアを保護しないという原則と、アイデアを抽出するための調査・解析行為との関係について

これまでに繰り返し述べたように、著作権法上、公表されたプログラム著作物の表現を介して、その背後にあるアイデア（目的・仕様・アルゴリズム）を知り、かつ利用することは禁止されていない。禁止されていないどころか、アイデア自由の原則（アイデアにアクセスし、その内容を知ること、および利用すること）は、著作権法上の大原則である。

したがって、表現の背後にある「アイデア」を知得するための手段にすぎない調査・解析の過程において、たとえ複製又は翻案があったとしても、これを著作権侵害とすると、プログラムの背後にある「アイデア」自体へのアクセスを禁じてしまうことになり、上記「思想・自由利用説」の論者が指摘するように、実質的に「アイデア」の独占をも認める結果となってしまう。これは著作権者にとっては望ましいことであっても、著作権法の予定するところではない。

しかし、これに対して、著作権者側からは、著作権法上、著作権者は著作物の「表現」のいかなる複製又は翻案についても排他的権利を有することが原則であり、プログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的複製または変形についても、それが著作権法上の複製または翻案に当たるならば、それらについても何ら特別に取り扱う必要はないのではないか、との反論が生じるであろう。

なぜなら、著作権法は、特許法と違ってアイデアの開示を著作物保護の条件としておらず<sup>58)</sup>、むしろ著作者は著作物を公表するかしないか、公表するとすれば、どのような形で公表するかを自由に決定することができる公表権（18条）を有しているから、著作物の利用者に著作物中に含まれるアイデアを知る



ためにアクセスする権利を与える必要などないともいうことができるからである。

しかし、プログラムの調査・解析は、それが「オブジェクトプログラム」形式で既に公表されているからこそ可能なのであり、オブジェクトプログラムからソースプログラムへの調査・解析を認めることは、決して著作者に著作物の公表を強制することにはならないと考えられる（オブジェクトプログラムとソースプログラムは、相互に複製関係にある）。したがって、必ずしも著作権者側から想定される反論は成立しない。

では、このように著作権法は「表現」を保護するが、「アイデア」は保護しないという原則についての著作権者側からの反論を退けられたとして、次には当該「アイデア」抽出のための調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的複製または変形を容認する合理的、かつ実際上の必要性があるかどうかという新たな問題点が浮上する。

## 6.2 アイデア抽出のための調査・解析行為およびそれに伴う物理的複製または変形を認める合理的、かつ実際上の必要性があるか

この点については、先ず上述したインターオペラビリティ（相互運用性）の確保、エラー修正又は著作権侵害の発見などを目的とするプログラムの調査・解析の場合が、それに付随する複製または翻案を容認すべき場合に該当すると答えることができる。この点については、先に述べた「原則一貫説」の論者も、必要性及び可能性を認めている。

特にインターオペラビリティは、OSやハードウェアの仕様をネットワークを通じて一般に公開する「オープンシステム化」の条件として考えられている重要な概念であり、接続性、可搬性、操作の一貫性という3つの要素の1つ又はそれらの組み合わせを指すが、情報を交換し、また交換された情報を相互に利用する点で重要となっている。

これに対して、著作権者側からは、次のような反論が考えられる。例えば、インターオペラビリティの達成のために必要な情報などは、マニュアル等の資料を読んだり、稼働中のプログラムを観察するなど、プログラム著作物の物理的複製または変形を伴わない方法によっても取得することができるのではないか。

さらに、そのような情報は、著作権者からの任意のライセンスにより開示を受けることにより、プログラムの開発者からも十分に入手することが可能であり、それは市場機構の機能によって効率的に保障され则认为られる。このことは、すでにインターオペラビリティを提供し、オープンシステム化に対するユーザーの要求に応えるソフトウェア開発者の今日の行動によっても実証されている。

あくまでも、公正な競争は競争法によって確保されるべきであり、もしも著作権者が反競争的な目的でインターオペラビリティ達成のために必要な情報の提供を拒絶するような場合には、競争法が救済手段を提供すれば足りるのではないか。このような反論も可能であろう。

しかし、インターオペラビリティを達成するために必要なインターフェース情報を得る方法として、ディコンパイルのみが唯一の現実的な手段である場合がある。

もちろん、インターフェース情報の入手に関して、著作権者による任意の情報開示を期待できる場合もあるが、それは一般的に言って当該著作権者の製品に接続し、当該著作権者の製品よりも高い付加機能を有する製品を開発する場合に限られ、当該著作権者の製品と市場で競合する可能性のあるような同機能の互換製品を開発する場合については期待することができない。

したがって、指摘のような市場機構の機能によっては問題を解決することができないのが現実であり、やはり当該著作権者の排他的権利に対する、公

正な競争の確保という競争法的観点からの権利制限手段を著作権法自体が持たなければならないと考えられる。

つまり、どうしてもプログラム著作物の調査・解析に対する権利制限が必要となる。

### 6.3 調査・解析に伴う物理的複製または変形を許容することの著作権者に与える影響をどう評価するか

次に、以上のような理由により、プログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形について、実際に著作権者の権利（複製権・翻案権）を制限できるとした場合、そのことが著作権者に与える影響をどう評価するかという点についても検討する必要がある。

例えば、調査・解析（特に逆コンパイル）に伴う物理的複製または変形を許した場合、既存プログラムの連続的な変更により外形的表現を偽装した実質的な海賊版プログラムの作成に利用されることになるのではないかと懸念が生じる。

しかし、前記4.1(2)の3)の「海賊版助長説」について述べたように、逆コンパイルによってはソースコードの最も価値ある部分（プログラムの詳細なコメントおよび命令列の元の順序）は明らかにされず、また逆コンパイルは、それ自体が極めて困難であるので、一般に海賊行為のために利用されるとは考えにくい。

仮に既存プログラムの調査・解析（逆コンパイル）の結果に基づいて海賊製品が作成または頒布されたとしても、それは調査・解析行為（逆コンパイル）およびそれらに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形とは別の問題であり、当該海賊製品自体を調査することにより、著作権を侵害しているかどうかを判断して対応すべき問題である。

一方、上記調査・解析の過程における複製物または変形物が頒布されないとしても、当該調査・解析

行為は、革新的なプログラムの創作に必要な開発の費用および時間の大部分を回避し、対象とするプログラムの著作権者に対する商業的優位を得るために用いられるものであるから、このようなプログラム著作物の複製または変形を許容することは、著作物の通常の利用を妨げ、かつ著作者の正当な利益を不当に害することになるのではないかと懸念もないではない。

しかし、上記プログラムの調査・解析行為が、仮に競合プログラムの開発を目的とするものであり、調査・解析の過程において複製物又は翻案物が作成されたとしても、それがプログラムの内容や構造を知るためだけに用いられ、安易な方法での実際の頒布につながらない限り、必ずしも全ての場合において著作権者に損害を与えるとは言えない。

原プログラムを理解し、競合プログラムを開発するためには一定以上の開発能力を必要とするうえ、競合プログラム開発には時間的・金銭的な投資を伴う。通常の市場競争における競合プログラムの開発とその点では変わらない。実際の頒布につながらない限り、著作権者に損害を与えるものではないと考えられる。

### 6.4 調査・解析に伴う物理的複製または変形を許容するについて、特定の目的の調査・解析に限るべきか

次に、上述のようなプログラムの調査・解析を認める場合、それを特別な取り扱いとして、特定の目的の調査・解析に限るべきか否かについての検討も必要であろう。この点については、前述の「原側一貫説」（4.1(2)1)を参照）においても立法論としての指摘がある。

原プログラムの調査・解析によってソースコードが得られたとしても、それを安易に頒布するのではなく、原プログラムの著作権者に対して必然的に不利益を与えるわけではないと、前項では論じた。

しかし、それでも逆アセンブリした結果の安易な複製や些少な変形による頒布と、原プログラムの逆アセンブリ結果を参照しただけの競合プログラムの開発は外形的には区別が付きにくい。

したがって、プログラムの調査・解析行為による競合プログラム等の開発を目的とする場合のみを立法的に明示的に禁じて、そのような目的の調査・解析でなければ、対象プログラムの著作権者に対して市場での不利益を与えるものではないから容認するという立場は十分に擁護可能であろう。

このような主張は、前述のEUや韓国の立法例を見ても十分に考慮されるべきであるが、調査・解析の目的を特定すると、調査・解析の結果得られた、著作権によって保護されない情報の利用をも規制することにつながり、著作権法本来の法目的に反する恐れがあることに注意を向けるべきである。

また、本来調査・解析の目的は主観的性格が強く、予め目的を特定するということは難しい。さらに、インターオペラビリティの場合に、そのような考え方を採用するとしても、インターオペラビリティの概念自体が必ずしも確立されたものではなく、今後の技術の発展によって変化する可能性が高いものである。したがって、特定の目的の調査・解析に限定して、プログラムの調査・解析を許容するということは、決して容易ではないであろう。

しかし、先行的な技術開発のインセンティブを守るという基本的な観点から考えると、商業的に競合するプログラムの開発を目的とする調査・解析を全く自由に認めることは、このインセンティブを減殺することになるのは確かである。他方、それ以外の場合には権利を制限しても技術開発のインセンティブには影響しないであろう。

したがって、技術開発のインセンティブを阻害しない目的での調査・研究に限定することは必要であろう。もちろん調査・解析の目的は主観的なものであるため、その区分は難しいと思われるが、それは

特許法上の「試験・研究」の場合にも全く同様であり、不可能ではないと考えられる。

## 6.5 特許法等との整合性をとることは必要か

特許法69条1項は、特許権は試験・研究のための特許発明の実施には及ばないと規定している。したがって、当該プログラムが特許権のみの対象である場合、本稿で問題としているプログラムの調査・研究、それに伴うプログラム著作物の物理的複製または変形は当然に許容される。

しかし、著作権法の場合、これまで述べてきたように、プログラム著作物の物理的複製または変形は、先行するプログラム著作権者の複製権又は翻案権侵害の可能性がある。したがって、先行プログラムが特許権及び著作権の両方で保護されているような場合（特許法上のプログラム発明の場合、新規性・進歩性が要求されており、アイデア自体の創造性が高いので、その表現にも十分な創造性が認められる。したがって、特許が認められるケースでは殆ど著作権も成立する。）、特許法上は試験・研究が許されているにもかかわらず、著作権法上の規制によって、試験・研究を行うことができないことになる。

つまり、このようなケースでは、新たな発明を開発しようとしている第三者にとって、特許法69条の規定によって当然に保証されている試験・研究を行うことができないことを意味し、改良発明等の誕生が阻止されることになる。これは特許法の立場から見ると、好ましくない現象である。

他方、特許権者の側から見ると、特許法上は当然に甘受しなければならない第三者の試験・研究を、著作権を用いれば長期にわたって阻止することができることになる。プログラム以外の発明では、このようなことはあり得ないわけで、同一の事実について特許法と著作権法上の取り扱いが法的バランスを欠く状態となっていることは確かである。

プログラムの調査・研究について、特許法69条の



規定を類推適用して適法とすべきとの論者の論拠も、ここにあると考えられる。

この問題点について、立法論的には、たしかに整合性を取る必要がある。しかし、実際に著作権法ではプログラムの調査・研究に伴う複製又は翻案について、何ら規定されていない。したがって、具体的な問題については、その法目的を中心とした著作権法体系上の価値観、理念に基づいて、統一的に法解釈してゆくしかなく、産業技術としてのプログラムを保護対象に取り込んだとはいえ、法分野、法目的の異なる特許法の規定を類推してプログラムの調査・研究を認めるというのは妥当ではない。

#### 6.6 調査・解析に伴う物理的複製または変形を適法と認めるために、米国著作権法のようなフェアユース規定を導入することが必要か

米国著作権法においても、プログラムの調査・解析について適法とする規定は存在しない。しかし、すでに述べたように一般的な権利制限規定（同法107条）があり、著作権者の複製権等の排他的権利にかかわらず、著作物の利用が公正な使用（フェアユース）に当たる時は著作権侵害にならないとされている。

そして、どのような著作物の利用が公正使用に当たるかについては、5.1（2）で述べた「セガ社対アコレイド社事件」の判決に示されるように、

- ①利用の目的および性質
- ②利用された著作物の性質
- ③利用された著作物全体との関係における利用された部分の量および実質性
- ④著作物の潜在的市場又は価値に対する利用の影響

といった要素を考慮して、ケースバイケースで具体的に判断される。

このようなフェアユース規定（公正使用規定）について、最近では我が国でも活発に議論されるよう

になっており、導入が検討されている<sup>59)</sup>。

たしかに、昨今のデジタルネット技術の進展は目覚ましく、多様なビジネスモデルが誕生している。そして、それらの殆どのがデジタルデータの複製行為を伴っている。

したがって、これら多様な複製行為に対応するためには、現在のような後追い型の個別制限規定では、迅速かつ柔軟な対応ができず、適切な権利関係の調整に欠けることが予想される。そのためにも、早期の導入が求められていることは否めない。

しかし、我が国は、判例法の米国と異なり、あくまでも制定法の国であり、著作権が制限される場合についても、経済、社会の変化に応じて個別のケースごとに明文で明確に規定してゆくという立法システムを採用しており、そのようにして定立された明文の規定が裁判規範となる。もしも、一般的な権利制限の規定が導入されるならば、個別のケースについての具体的な裁判規範がないことになり、裁判所（裁判官）の負担は想像を超えるものとなる。

また、仮に米国著作権法第107条①～④のような判断基準が確立されたとしても、著作権法自体が法的安定性を欠くものになることは避けられない。

これらの事を考えると、現実問題として、米国のような一般的権利制限の規定の導入は困難であろう。

また、上述したように、一般的な権利制限規定の導入を行わなくても、プログラム著作物の調査・研究に伴う複製又は翻案については著作権法上の原理、原則から許容することが可能であり、実務的には対応できる。したがって、少なくともプログラムの調査・研究に伴う複製又は翻案を許容するために、一般的権利制限規定を導入することは必要不可欠な条件ではないと考えられる。

## 7. 結論

以上のように、プログラムの調査・解析およびそれに伴う物理的複製または変形の問題について、著作権者の保護を考慮してもなお、明文の規定のない現行法の下で許容されると解することは可能であり、それには以上に検討したような合理的な理由がある。

特に、プログラム著作物が、その性質上特許法上の発明などと同様の産業技術的性格に真の保護価値を有し、しかも、そのことを自明のものとしながら敢えて著作権法で保護しようとした著作権法改正の趣旨、また産業強化法ともいわれる知的財産基本法の下に組み込まれた現在の著作権法の位置、およびプログラムの研究・開発の状況、今後のソフトウェア産業発展の重要性などから考えて、プログラム著作物の調査・解析およびそれに伴う物理的複製または変形を許容すべき実際上の必要性は極めて高い。

もちろん、我が国著作権法は、著作者の権利の適切な保護、文化的所産の公正な利用を図る法1条の観点から、著作権が制限される場合を法30条以下に限定列挙し、原則として拡張解釈を控えさせる建前をとっている。法1条が、著作物の公正な使用について規定しているとしても、それは法30条以下の個別制限規定を公正使用の観点から適切に解釈するための解釈基準を示したものにすぎず、法1条を直接適用して著作権を制限することができるものではない。

これは我が国が、あくまでも制定法の国であり、真に著作権法本来の目的を達成するに相応しい著作物の創作に対するインセンティブを確保するために著作権を制限することができる場合を必要不可欠な場合に限定したものであり、判例法の国である米国のように、一般的な権利制限の規定（いわゆる、日本版フェアユース規定）を導入するということは現実問題として困難である。

したがって、法上明文の規定のないプログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形の許否判断に際しては十分に慎重でなければならない。

また、同プログラムの調査・解析に伴う物理的複製または変形については、技術の発展および著作物の公正な利用の見地から合理的な必要性があるとは言っても、上述したように著作権者側から見れば様々な反論が可能であり、それに対して以上に述べたような説明が可能ではあるとしても、容易に確定的な結論を下し得ない面もある。

しかし、著作権法におけるアイデア自由の原則（思想・表現二分論）の趣旨は、本来著作権による独占的効力が及ぶべきでない部分にまで著作権の効力が拡大されることを防ぐことにあり、本来著作権の効力が及ばない表現の背後にあるアイデアにアクセスする物理的な複製または変形行為を許容し、著作権法上アイデアへのアクセス権を保障するものである。

アイデア自由の原則は著作権法上の大原則であり、アイデアや事実の自由な利用は著作権の保護よりも優先される。著作物の創作性に関するマージャー理論やありふれた表現の理論<sup>60)</sup>、アイデアや事実の利用と表現の利用とが切り離せないときに、表現に対する著作権の保護を否定するものであり、これらも強固なアイデア自由の原則の表れである。著作物に含まれているアイデアや事実を利用することは全くの自由であり、アイデアや事実を利用するために表現の複製が必要であれば、その複製は公正な使用、自由な利用として当然に許されると解される。そうでなければ、アイデア自由の原則は保障されないことになる。これは、プログラム著作物の場合にも決して例外ではない。

一般の著作物（例えば小説）に含まれるアイデア（ストーリーなど）は、通常外観から容易に抽出可能であるので、アイデア抽出のために物理的な複製や変形が必要になるということはない。

しかし、すでに述べたようにプログラム著作物の場合には、外部に公表されているのは人間にとって理解することが難しいオブジェクトプログラムのみで、機能やプログラム構成、アルゴリズム等、人間にとって理解可能なアイデアに属する部分を外観からは把握することができず、プログラムの調査・解析により（そのみを手段として）、オブジェクトコードをソースコードに変換して初めて抽出可能となる。

また、著作権法上、著作物性が肯定されるためには、当該著作物において作者の思想、感情が外部に認識可能な形で表現されていることが必要であり、ここでの認識も人間にとっての認識可能性であるから、この場合にも思想、感情を人間に分かる形で表現したソースプログラムにアクセス可能となっていることが求められる。したがって、もしもソースプログラムに対するアクセスが禁じられているとしたら、そのプログラムは必ずしも外部に認識可能な形で作者の思想、感情が表現されているとは言えず、結果として著作物性を欠くことになる。

そして、それら何れの場合においても、そのアクセス手段としては当該プログラムの調査・解析が唯一の手段であり、同プログラムの調査・解析は、その過程において、必然的に当該プログラム著作物の物理的な複製または変形を伴う。

したがって、この物理的な複製または変形を著作権の侵害とするならば、ことプログラム著作物については実質的に上記のアクセス手段を欠くことになり、著作権法上の大原則であるアイデア自由の原則が実質的に保障されず、しかも、その論理的帰結としてプログラム著作物の著作物性そのものを否定しかねない。

つまり、プログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的な複製または変形を違法とすることが不適切であることは、公正使用を云々したり、特許法の規定を類推適用したりするまでもなく明らか

である。

しかも、同調査・解析に伴う物理的な複製または変形は、成果物の頒布を目的とする最終的な複製又は翻案とは性質が異なる中間的なものであり、著作権法上当然に保障されている著作物のアイデアへのアクセスという適法な行為を行う際に必然的に生じる物理的な現象であり、また著作権者に対して不当な不利益を与えることもない行為であり、上述の多くの学説も指摘しているように違法性がないに等しい。

したがって、仮に我が国の著作権法上に特許法69条や米国著作権法107条のような効力制限、公正使用の規定がないとしても、プログラムの調査・解析はもとより、それに伴う複製または変形は、プログラムを著作物として保護するようにした以上、法1条等を考慮した目的論的な法解釈をとるまでもなく、当然に認められるものと解される。

また、市場における自由で、正当な競争を保障するのは、知的財産制度の本質であり、産業上利用可能な技術的思想の創作を保護する特許、実用新案法、工業的に量産可能な美的形態の創作を保護する意匠法、商標に化体された業務上の信用を保護する商標法、公正な競争を維持する不正競争防止法の全てに共通している。

著作権法は、特許・実用新案法などと異なり、表現の創作の背後にあるアイデアの公有と引き換えに表現の独占を認めるというものではないが、表現の創作に独占性を認めても表現の創作の背後にあるアイデアの独占は認めないことによって、結果としてアイデアを公有化し、そのアイデアを基にした多様な文化の創出、産業の発展、競争のインセンティブを担保している。競争企業の著作物のアイデアへのアクセスを禁じることは、その様な意味でのアイデアの公有化を認めないことに等しい。

もちろん、実際の許否判断に当たっては、個々の具体的な事例に即して、調査・解析の目的や態様、範囲など種々の要素を考慮し、著作権者と著作物の



利用者との利益のバランスを考えた適切な判断を下さなければならないことは、すでに検討した通りである。

特に、多額の開発投資、多大な労力を要するプログラム開発の現状を考えれば、後発競業者が先行著作権者の開発利益を不当に利用して、開発投資なしに利益を受けるような事態を安易に容認することは厳に回避しなければならない。

例えば、明文の規定のある法35条「学校その他の教育機関における複製等」や法36条「試験問題としての複製等」の個別的な著作権制限規定においてすら、著作権者の利益を不当に害する場合には著作権の制限は認められないとしているのであるから、著作権の制限について明文規定のないプログラムの調査・解析に伴うプログラム著作物の物理的複製または変形について、著作権者の利益を不当に害することが許されるわけがないのは当然である。

また、著作権は、その流通性の高さから見て国際的に調和のとれた保護が図られることが必要であり、上記既存プログラムの調査・解析の問題についても、すでに述べたEU等の国際的な動向に注意し、

ケースに応じて柔軟に対応することも重要である。

## 謝辞

本稿の執筆にあたって、吉備国際大学大学院知的財産学研究科在学中、公私にわたり、適切なお指導、ご意見を頂戴した同大学大学院准教授尾上選哉先生（現、大原大学院大学）、同大学院准教授・弁護士の小島幸保先生に対し、心より感謝申し上げます。先生方のお力がなければ、本稿は完成していなかったことと思います。

また、韓国アジアナ国際特許法律事務所の弁理士・林昌秀先生には、韓国著作権法および韓国プログラム保護法の資料収集、翻訳を含めて大変お世話になりました。謹んで感謝の意を表します。

もちろん、本稿はまだ未熟であり、論じ尽くせなかった点、研究不十分な点が多々残されています。微力ながら、今後とも研究を続け、残された問題点についても少しずつ解明してゆきたいと考えています。

先生方には、今後とも、変わらぬご指導のほどを宜しくお願い申し上げます。次第です。（高木 憲章）

- 
- 1) もっとも、我が国著作権法の場合、プログラムの著作物につき、著作物の例示としては、通常の言語の著作物とは区別して「プログラムの著作物」として規定されており（10条1項9号）、いわゆる言語の著作物（10条1項1号）には含まれていない。
  - 2) たとえば自動車のエンジンや走行機構のマイコン制御システムの場合、エンジンや走行機構の構造が同じであっても、その制御プログラムの優劣によって、エンジン性能、走行性能に大きな差が生じる。もちろん、一般的なPCのOSやアプリケーションソフトなどの場合にも、全く同様のことがいえる。
  - 3) 清水幸夫は、「もともと著作権法は技術を対象とするものではなく、先行技術をリバース・エンジニアリングするという概念が欠けている。」とする（「6. コンピュータ・プログラム/リバース・エンジニアリング」, 半田正夫・紋谷暢夫編『著作権のノウハウ（第6版）』（有斐閣・2002年）34～48頁, 42頁）。
  - 4) 中山信弘は、「プログラムという技術性の高いものを著作権法に取り込んだ以上は、何らかの手当てをしておくべきであった。」と述べている（中山信弘「ソフトウェアの保護（新版）」（有斐閣・昭和63年）130頁）。
  - 5) リバース・エンジニアリング上物理的になされるプログラム著作物の複製または変形行為についても、一時的蓄積の場合と同様、それらの行為の全てが著作権法上の複製または翻案に該当するわけではない。そこで、本稿

では、リバース・エンジニアリング上なされる複製または翻案行為を、著作権法上の法定利用行為である複製または翻案行為と著作権法上の法定利用行為に該当するか否かの法的評価以前の行為であるプログラム著作物の物理的な複製または変形行為との2つに分け、その上で、後者の行為が著作権法上の法定利用行為である複製または翻案に該当するかしないかを検討する。

- 6) 法30条以下の著作権の効力制限規定は一般に個別限定列举規定と解されており、著作物の公正な利用を目的とする場合であっても著作権を制限することができるのは同条以下の規定に示されている場合に限られる（作花文雄「詳解著作権法（第4版）」（ぎょうせい・2010年）307～308頁、東京地裁平成7年12月18日判決「ラストメッセージin最終号」事件（判例時報1567号126～135頁））。したがって、我が国著作権法上、プログラムの調査・解析、それに伴う物理的な複製・変形は、著作権の効力が制限される対象とはなっていない。
- 7) 加戸守行「全訂・著作権法逐条講義」（著作権資料協会・平成元年）175頁。
- 8) 文化庁「コンピュータ・プログラムに係る著作権問題に関する調査研究協力者会議報告書－既存プログラムの調査・解析等について－」（平成6年5月）。
- 9) 文化庁「文化審議会著作権分科会報告書」（平成21年1月）。
- 10) これらの経緯から判断すると、初期には米国の政策の影響（反対）で同問題についての具体的な結論を出すのを避けたと考えられるが、その後の状況については、むしろ日本自体の産業力強化による法政策によって、同問題についての関連規定を整備することなく、ソフトウェア関連市場の発展と判例の蓄積に委ねたと推測することができる。

例えば、次の文献も同様の趣旨を述べている。鄭鎮根「コンピュータ・プログラムの保護に関する米・EU・日・韓の比較法的研究－プログラム、リバース・エンジニアリングを中心に－」（『知財研紀要』・2006年）105頁。

- 11) 池村聡「6. プログラム・データベースに関する著作権法」松田政行編著『著作権法の実務』（経済産業調査会・平成22年）63～77頁。池村は、「もっともプログラム著作物を情報解析するものであると評価できる態様であれば、リバース・エンジニアリングが法47条の7の対象となる場合もあり得よう。」としている（同73頁）。しかし、その具体的な例については示していない。
  - 12) プログラム著作物は、通常オブジェクトプログラムとソースプログラムの2つのプログラムよりなり、それらの何れもが著作権法10条1項9号でいうプログラムに該当するものとされている（作花・前掲「詳解著作権法（第4版）」103～104頁）。
  - 13) オブジェクトプログラムは、一般に高級言語であるソースプログラムをコンパイラを介して低級言語に変換することにより作成されるが、この高級言語から低級言語への変換は翻訳プログラムであるコンパイラが行っており、そこには人による創作性がないから、ソースプログラムの二次的著作物とはならず、単なるソースプログラムの複製物にすぎない。しかし、オブジェクトプログラムはソースプログラムなくして、直接創作することも可能であり、その場合には当該オブジェクトプログラム自体が著作物となる（池村・前掲論文65頁）。
  - 14) 島並良・上野達弘・横山久芳『著作権法入門』（有斐閣・2009年）19頁。同書によれば、著作権法上の表現には、著作者の思想・感情に対する外部的な認識可能性の要件と著作者の思想・感情を個別具体的に表現したものであることとの2つの要件が必要である。後者の要件は、表現・アイデア二分論を意味している。
  - 15) 森平明彦「公正使用とリバース・エンジニアリング－著作権と競争政策の交錯領域－」（『作新経営論集』第6号・1997年）61～93頁。森平は、著作権制度の基本的保護法益をめぐって、「著作者の知的労作の成果が生むベネフィットに対しての公正報償の要求は、倫理的直感に訴えてアイデアや機能要素に対する事実上の保護を主張する。
- しかし、著作権法は、そのような排他性による報償/インセンティブの経路とともにアイデアの公有化を前提とするアクセス/競争の経路との二つの経路を有しており、それらの均衡を維持しながら、アイデアや機能要素に対する競争企業のアクセスを封じる結果を回避するべく留意しなければならない。」とする（同91～92頁）。
- 16) 山地克郎「リバース・エンジニアリングに関する技術面からの考察」（『AIPPI』34巻11号・1989年）18～20頁（同18～20頁）、文化庁著作権法令研究会『著作権法ハンドブック（第6版）』（社団法人著作権情報センター・2005年）

172～173頁（同172～173頁）。

- 17) 翻案とは、狭義では外国の小説を日本を舞台にして書き直したり、古典を現代語訳にするように、既存の著作物を使用し、その大筋を変えずに細かな趣向を施す場合をいうが、広義には法27条における翻訳を除いた翻案権の対象となる全ての場合をいう。

リバース・エンジニアリングに伴う翻案について、池村・前掲論文は、「リバース・エンジニアリングは通常電子計算機により、自動的に行われるものであることに鑑みれば、翻案と評価される場合がありうるのか疑問がある。」とされる（同77頁）。

- 18) この見解を支持する学説として、例えば次のようなものがある。中山信弘「著作権法（初版）」（有斐閣・2008年）213～214頁、田村義之「著作権法概説（第2版）」（有斐閣・2004年）118頁、作花文雄「詳解著作権法（第2版）」（ぎょうせい・2002年）694頁。

また、少数説ではあるが、一時的蓄積は複製であるとする説得的な議論として、例えば塩澤一洋「一時的蓄積における複製行為の存在と複製物の生成」（『法学政治学論究』第43号・1999年）213～245頁（同234～235頁）がある。

平成21年の著作権法改正まで、電子計算機利用に伴うコンピュータプログラムの一時的な物理的複製・変形やインターネットにおけるデータ伝送に伴う一時的な物理的複製・変形が、著作権法上の複製・翻案に当たるかは学説上の論点の一つであった。

- 19) 中山・前掲「ソフトウェアの保護（新版）」131頁。

- 20) 阿倍浩二「ソース・プログラム（オペレーティング・システム・プログラム）について著作権の成立を認めた事例」（『判例評論』345号・1987年）206頁。

- 21) 辰巳直彦「コンピュータ知的所有権と競争をめぐる法政策」（比較法研究センター『NIRA研究叢書』890061号・平成2年）74～75頁。

- 22) 中山・前掲「著作権法（初版）」104頁。

中山は、年代的に古い前掲「ソフトウェアの保護（新版）」での説明に比べて、本書では規範的評価の部分について強調している。

- 23) 作花文雄「詳解著作権法（第3版）」（ぎょうせい・2009年）234～235頁。

- 24) 田村・前掲「著作権法概説（第2版）」229頁。

- 25) 辰巳直彦「プログラム著作権とリバース・エンジニアリング」根岸哲編『コンピュータ知的財産権』（東京布井出版・1993年）132～134頁。

- 26) 池村・前掲論文72頁。

- 27) 渡辺左千夫・寺元振透「リバース・エンジニアリングと著作権法（下）」（『NBL』429号・1989年）429～430頁。

- 28) 金井重彦「デジタル・コンテンツ著作権の基礎知識」（ぎょうせい・平成19年）127頁。

- 29) 大澤恒夫「IT事業と競争法—独禁法・知的財産法・消費者契約法の今日的課題—」（日本評論社・2001年）76～77頁。

- 30) 三木茂「知的財産権の潮流10・リバース・エンジニアリング（2）」（『ジュリスト』929号・1989年）71頁。

- 31) 山本伸一「コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングについて（上）」（『ジュリスト』1019号・1993年）104頁。

- 32) 野一色勲「コンピュータ・プログラムの著作物性とリバース・エンジニアリング」田倉整先生古希記念論文集『知的財産をめぐる諸問題』（発明協会・平成8年）413～453頁（同438～439頁）。

- 33) 半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタール2』（頸草書房・2009年）146頁。

- 34) 作花・前掲「詳解著作権法（第4版）」313～314頁。

- 35) D. S. カージャラ「PC8001用ベーシックインタープリタ批判」D. S. カージャラ＝梶山敬士『コンピュータ・著作権法』（日本評論社・1989年）40頁。

- 36) 比較法研究センター編 阿倍浩二・北川善太郎・斎藤博「リバース・エンジニアリングの法的枠組み—法モデ



ルの提唱－コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリング」(AIPPI/JAPAN・1992年) 51～58頁。

37) 山本・前掲論文104～105頁。

38) 山本・前掲論文105～106頁。

39) 高林龍「標準・著作権法」(有斐閣・2010年) 135～136頁。

40) 前掲・文化庁「コンピュータ・プログラムに係る著作権問題に関する調査研究協力者会議報告書」中の一つの見解である。

41) 三木茂「知的財産権の潮流9・リバース・エンジニアリング(1)」(『ジュリスト』928号・1989年) 79頁。三木は、本事件について、次のように述べている。

「この事件では、私は原告側代理人として被告秀和が原告プログラムを逆アセンブルしてソースリストを作成し、これを書籍として販売した行為を全体としてとらえたうえで逆アセンブル行為を無断複製行為と主張し、裁判所はこれを支持したのである。

したがって、一律的に逆アセンブル行為全てを無断複製行為と判断したのではないことはあきらかであり、裁判ではリバース・エンジニアリングについて議論がなされなかったことを申し添えておきたい。」

また、中山信弘「基本プログラムを逆アセンブルして出版した事例」(『判例タイムズ』634号・1987年) 46～49頁は、次のように述べている。

「本件判旨はオブジェクト・プログラムをダンプし、それを逆アセンブルしてラベルおよびコメントを付す行為を違法な複製と判断している。他人のプログラムをリバース・エンジニアリングするためには、そのプログラムをダンプし、それを逆アセンブルする行為は絶対的に必要なプロセスである。

判旨はそのようなリバース・エンジニアリングまでも禁ずる趣旨なのであろうか。判旨の文言からはそのように読めないこともないが、本件事実を勘案するならば、本件判旨はリバース・エンジニアリングについては何も言及していないと解すべきであらう。」

42) JIS (07. 01. 03) では、「ライブラリ (library)」について、「プログラム、その一部分、及び場合によってはこれらの利用に関する情報の組織化された集まり」と定義している。また、コンピュータ用語辞典編集委員会編「和英コンピュータ用語大辞典 (第3版)」(日外アソシエーツ・2001年) 1186頁では、「対象がデータの場合には、適用業務 (application) に関連したファイルの集合をさすことがある。例えば、在庫管理において、在庫品の管理ファイルの集合がデータのライブラリを形成しうる。」としている。本事件の場合には、インターホンシステムに関する各端末ソフトウェアの共用可能なプログラム、データ等の組織的な集合を意味している。

43) 根岸・上杉・御船『技術取引契約の実務』(商事法務研究会・平成2年) 386～389頁。

このようにプログラムの調査・解析行為を禁止または制限する私法上の契約には、ライセンサーおよびライセンシー当事者間の合意に基づくサブライセンス契約とプログラム供給者側の一方的な意思表示に基づくシュリンクアップ契約との2つの契約形態がある。そして、契約形態を考慮しない、一般論としての調査・解析を禁止または制限する契約の有効性の問題は、著作権法30条以下の著作権制限規定により許容される自由利用の領域に対する契約による規制の効力の問題と同様の問題として考えることができる。

したがって、民法上の私的自治、契約自由の原則に基づき、同法90条の公序良俗、同法91条の強行法規規定に反しない限り、当該契約は有効ということになる(野一色・前掲論文440頁)。

このような前提で、先ず前者のライセンサーとライセンシーのサブライセンス契約を検討すると、当該プログラムの背後にあるアイデアへのアクセス手段である調査・解析の著作権法上の法的性質(強行法規性)をどのようにとらえるかによって、結論が変わってくる。

例えば、プログラムの調査・解析が、著作物であるプログラムの公正な利用の確保、新たな表現の創作活動に対するインセンティブ確保の観点から認められるものであるとしても、それはあくまでも目的的な法解釈によるものであり、同プログラムの調査・解析による著作権の効力の制限は、決して強行法規に該当するわけではなく、また特別な公益理由に該当するわけでもないと考えれば、プログラムの調査・解析を禁止または制限する契約も



私法上は有効であるとすることができる。

他方、これとは逆に、プログラムの調査・解析は、著作物であるプログラムの公正な利用の確保、新たな表現の創作活動に対するインセンティブ確保の観点から認められるものであることはもちろん、それは単に目的的な法解釈によるものではなく、同プログラムの調査・解析による著作権の効力の制限は、著作権法の基本原則であるアイデアへのアクセスを保障する必要不可欠の手段であり、実質的な強行法規、特別な公益理由に該当すると考えれば、プログラムの調査・解析を禁止または制限する契約は民法91条に違反し、私法上も無効であるということになる。

前者のように私法上有効であるとの解釈をとると、上述したプログラムの調査・解析の許容は、実質的に形骸化されてしまう。プログラムの調査・解析は、著作権法上の基本原則であるアイデア自由の原則にもとづいて、通常の状態では外部から認識不可能な本質的な表現形態、ソースプログラムの記述内容およびアイデアにアクセスする唯一の手段であり、同原則に基づく制限は、明文の規定がないとしても実質的な強行規定として機能するものである。したがって、これに反する調査・解析を禁止する契約は、後者の解釈のように無効であると解すべきであろう。

著作権法30条以下の著作権制限規定もその種類は多様であり、何れの規定にも強硬法規性は明示されていない。したがって、それぞれの規定の規定内容、立法趣旨を考慮しながら、強行法規としての性格を判断してゆかなければならないとされている（作花・前掲「詳解著作権法（第4版）」309～310頁）。事情は同様であると考えられる。

次に、シュリンクラップ契約の場合には、以上とは異なり、その契約自体の有効性に問題がある。

すなわち、民法上、契約の成立には、申し込みと承諾という相対立する意思表示の合致が必要である。シュリンクラップ契約の場合、ユーザーが販売店でパッケージソフトを購入したとすると、ユーザーは当該パッケージソフトの所有権を取得し、所有者として当該パッケージソフトを開封し、自由に使用することができる。仮に、当該ソフトのパッケージ上に所定の契約条項が印刷されており、その契約条項の中に当該ソフトの調査・解析を禁止する条項があり、かつ当該パッケージの開封を条件として同契約条項の内容を承諾したものとみなす旨の条項を伴っていたとしても、それはプログラム供給者側からの一方的な契約の申し込みにすぎず、ユーザーには承諾の義務がないだけでなく、それらの印刷条項を読む義務自体もない。

そして、ユーザーによる承諾の意思表示がない限り、契約は成立しない。したがって、シュリンクラップ契約は、それ自体として基本的にユーザーを拘束しないと解される（野一色・前掲論文440～442頁）。

#### 44) 金井貴嗣・川濱昇・泉水文雄『独占禁止法（第2版補正版）』（弘文堂・平成20年）354～356頁。

前述した私法上の契約一般の有効性の問題とは別に、このような独占禁止法上の考え方との関係で、独占禁止法と私法上の契約の内容が抵触する場合に、どちらが優先されるかの問題がある。これは、独占禁止法が私法秩序にどのような形成的効力を持つのかという問題であり、判例・学説とも区々に分かれている難しい問題の一つであるが、学説上、次のような無効説、有効説、制限無効説の3つの説があるとされている（松下満雄「経済法概説（第4版）」（東京大学出版会・2006年）269～272頁）。

無効説は、独占禁止法違反の契約が無効でないとすると、当事者はこの契約に基づく履行をしなければならず、裁判所もこの契約に強制力を与えなければならないことになる。経済活動は取引の連鎖であり、それらは何れも契約によって成り立っている。独占禁止法に違反する契約でも有効であるとする、違法状態の実現を放置しなければならないと、法律の目的が実現できないとする。独占禁止法の法目的を優先する考え方である。

有効説は、独占禁止法違反行為はその性質上、外観からは違法かどうか判断し難いものが多く、違法かどうかはその行為が置かれている状況によって異なる。そこで、独占禁止法違反に対しては公正取引委員会という専門機関が設置されており、この排除措置によって違反が排除される。これらの違反行為を一般的に私法上無効とすると、取引社会には混乱が生ずる。したがって、そのような事情から独占禁止法違反の契約については、原則的に有効とし、公序良俗に反するような場合にのみ無効とする。取引の安全を優先した考え方である。

制限的無効説は、裁判所が独占禁止法違反契約の実現に協力しなければならないというのは不合理であるから、

一般的には無効とすべきであるが、当該契約が履行されて新たな法律関係が形成されてしまっている場合には、この契約の独占禁止法上の違法性を根拠としての原状回復までは認められないとする。独占禁止法の法目的実現という要請と取引の安全の要請とを調和させる考え方である。

プログラムの調査・解析を禁止または制限する私法上の契約と独占禁止法との抵触について、以上の有効説の考え方を採用すると、上記中間報告書における独占禁止法の考え方は実質的に形骸化されてしまうことになる。著作権法上のアイデア自由の原則は、明文の規定を待つまでもない著作権法上の公序であり、実質的に強行法規として機能する原理、原則である。したがって、上記制限の無効説という公序に当たる。

それに加えて、独占禁止法は、あくまでも従来の市民法の考え方（契約自由の原則）に修正を加えることを目的とする法律であり、従来の市民法の考え方と抵触する場合には基本的に独占禁止法の考え方が優先する。これら2つの理由により、当該独占禁止法に違反する契約は無効であると解する。

45) 例えば「アタリゲームス社対アメリカ任天堂」事件、「セガ社対アコレイド社」事件について紹介・評釈した文献として、泉克幸「フェアユースと競争政策－リバーズエンジニアリングの議論を参考に」フェアユース研究会編『著作権・フェアユースの最新動向』（第一法規・平成22年）14～22頁、森平前掲論文62, 68, 76頁、マーシャル・A・リーファー（牧野和夫監訳）『アメリカ著作権法』（レクシスネクシスジャパン・平成20年）700～704頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』（信山社・2004年）229～233頁がある。

46) Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F. 2d 832 (Fed. Cir. 1992).

47) 米国著作権法第107条（1976年法）は、「フェアユース（fair use＝公正使用）」について規定する。このフェアユースの法理は、本来侵害とされる行為が「公正」と認められたときに、同行為を免責するものである。

1976年法は、この問題に関する150年以上にわたる判例の集積をもって、かつ、次に列挙する非限定的な要素を使って、フェアユースという慣習法を第107条として成文化した。

「批評、解説、ニュース報道、教授（教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む）、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェアユースは、著作権の侵害とならない。著作物の使用がフェアユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含む。

- (1) 使用の目的および性質（使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的を含む）
- (2) 著作権のある著作物の性質
- (3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性
- (4) 著作権のある著作物の潜在的市場又は価値に対する使用の影響」

（ポール・エドワード・ゲラー、メルビル・B・ニマー（高林龍監訳）『アメリカ著作権法とその実務』（雄松堂・2004年）290～293頁）。

48) Atari, 975 F. 2d at 842-843.

49) Sega Enterprises Ltd. v. Accolade Inc., 977 F. 2d 1510 (9th Cir. 1992).

50) Sega, 977 F. 2d at 1522-1528.

51) Sony Computer Entertainment Inc. v. Connectix Corp., 203 F. 3d 596, 606 (9th Cir. 2000) .

この事件の概要は、次の通りである。被告コネクティクス社は、原告ソニー・コンピュータエンターテインメント社（以下、単にソニー社という）のプレイステーション用ゲームソフトをPCでも使用できるようにするためのプログラム（Virtual Game Station）を開発販売した。そして、最終的に開発されたプログラム自体には、ソニー社のソフトウェアを含んではいなかったが、当該プログラムを開発する過程で、ソニー社のプログラムを繰り返し、コピーしていた。

これに対して、第9区連邦巡回控訴裁判所は、同コピーによる中間的な複製は、プログラムに含まれるアイデアや機能的要素にアクセスするために必要であるならば、フェアユースとして保護されるものであるとした（白鳥・前掲「アメリカ著作権法入門」232頁）。

52) 泉前掲論文20～21頁は、その様な理解を前提に、「ターゲットプログラムに含まれる一定の情報が、関連する

ソフトやハードの市場への参入にとって不可欠な場合、リバース・エンジニアリングを容認することは、当該市場での競争が可能となる結果をもたらす」と指摘する。

- 53) 鄭鎮根・前掲論文104頁。鄭は、この米国著作権法第107条の規定について、次のように説明する。「米国は、著作権法中に著作権の制限に関する一般原則（107条）を規定している。しかし、これは新たな規定というものではなく、判例を通じて蓄積された公正使用（fair use）の原則を明文化したものにすぎない。したがって、同107条の解釈は、同条の解釈のみによることなく、公正使用の原則の根拠となる衡平法の理念を通じて解釈される。このような原則は、米国が長い歴史を有する判例法の国であるということ、裁判官の判決に対する国民の信頼が高いことを抜きにして論じることができない。」

- 54) European Communities Council Directive of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (91/250/EEC) O. J. No. L122/42, 17. 5. 91

該当するEU指令「第6条（ディコンパイルーション）」について、下記山中伸一の翻訳を引用する（『ジュリスト』1020号・1993年）141頁。

「1. 第4条（a）および（b）の意味におけるコードの複製およびその形態の翻訳が、独立して創作されたコンピュータプログラムと他のプログラムとの相互運用性を達成するために必要な情報を得るために不可欠である場合には、次に掲げる条件が満たされる場合には、そのような複製および翻案について権利者の許諾を要しない。

（a）これらの行為がライセンシーまたはプログラムの複製物を使用する権限を有する者若しくはそれらの者のために許諾を受けた者により行なわれること

（b）（a）に規定されている者に、相互運用性を得るために必要な情報が予め容易に入手できなかったこと

（c）相互運用性を得るために必要な限度でこれらの行為が為されること

2. 第1項の規定の適用により得られた情報は、次の目的で使用してはならない。

（a）独立して創作されたコンピュータプログラムとの相互互換性を達成すること以外の目的のために使用すること

（b）コンピュータプログラムの相互運用性を得るために必要な場合を除き、他人に与えること

（c）表現が実質的に類似しているコンピュータプログラムの開発、製造または販売、若しくは著作権を侵害する他の行為のために使用すること

3. 本条の規定は、文学的および美術的著作物の保護に関するベルヌ条約の規定に従い、権利者の正当な利益を不当に害し、またはコンピュータプログラムの通常の利用を妨げるような方法での適用が許容されるように解されてはならない。」

- 55) 同旨 鄭鎮根・前掲論文、104頁。

- 56) 金亮官訳「外国著作権法令集・改正韓国著作権法（2009年4月22日法律第9625号）」

公益社団法人著作権情報センター<[http://www.cric.or.jp/gaikoku/skorea/skorea\\_cl.html](http://www.cric.or.jp/gaikoku/skorea/skorea_cl.html)>（最終アクセス日：2012年11月6日）。

「第101条の4（プログラムコードの逆分析）

1. 正当な権限によりプログラムを利用する者またはその者の許諾を受けた者は、互換に必要な情報を容易に得ることができず、かつ、その獲得が必要不可欠である場合には、当該プログラムの互換に必要な部分に限り、著作財産権者の許諾を得ないでプログラムコードを逆分析することができる。

2. 前項の規定によるプログラムコード逆分析を通じて得た情報は、次の各号のいずれかに該当する場合には、これを利用することができない。

（1）互換の目的以外の他の目的のために利用し又は第三者に提供する場合

（2）プログラムコード逆分析の対象となるプログラムと表現が実質的に類似したプログラムを開発し、製作し、販売し又はその他プログラムの著作権を侵害する行為に利用する場合」

- 57) 鄭鎮根・前掲論文106頁。



58) 特許法は発明（技術的思想）の公開と引き換えに、その代償として権利を付与する建前を採用しており、発明を公開することなく特許権を取得することはできない（吉藤幸朔「特許法概説（第7版）」（有斐閣・昭和61年）2～3頁、江口裕之「改訂3版 解説特許法」（経済産業調査会・2010年）13～15頁）、しかし、著作権法の場合、著作物（プログラム）の創作と同時に著作権が発生し、表現の公表は権利発生要件とされていない（島並・上野・横山・前掲『著作権法入門』126頁）。

59) 平成20年に知的財産戦略本部に設置されたデジタル・ネット時代における知的財産専門委員会は、「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」を公表している。

同報告書では、今後の知財制度を考える上で重要な課題と考えられる事項につき検討を行い、その内容を明らかにしている。

その内の一つが、「権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）の導入」である。それによると、同報告書は、「個別の限定列挙方式に加え、権利者の利益を不当に害しないと認められる一定の範囲内で、公正な利用を包括的に許容し得る権利制限の一般規定（日本版フェアユース規定）を導入することが適当である」としている（同報告書11頁）。

しかし、その後、平成22年1月には文化審議会著作権分科会法制問題小委員会「権利制限の一般規定ワーキングチーム」が、権利制限の一般規定を導入する必要性についての報告書を出している。その中で、個別権利制限規定の解釈についての関係判例の内容が整理、分析されている。

それによると、従来から指摘されていた厳格な解釈の弊害を指摘する意見とは異なり、我が国の裁判実務においては、法解釈上の工夫や民法の一般規定の活用により、事案に応じた適切な解決が図られていることが示されており、本節における結論の妥当性が裏付けられている（同報告書54頁）。

60) マージャー理論（マージ理論）とは思想の表現方法が大きく限定されており、思想と表現が混同する場合には著作物性を認めるべきでないとする考え方である。思想と表現が混同する場合は表現の選択の幅（表現の自由度）がない場合であり、一般に創作性を欠き、著作物性が否定される。このような著作物に著作権を与えると、表現ではなく思想に権利を与えたのと同様になるからである。

ありふれた表現の理論も同様の混同の理論であり、ありふれた文章や極めて短い文章などは誰が書いても同じ表現になるので、これらに権利を与えると、以後の創作者の表現の選択の幅を狭めるだけでなく、表現でない事象的な部分を保護することにつながることから、創作性なしとして著作物性が否定される（中山・前掲「著作権法」58～60頁）。

いずれも、表現以外の部分の保護を厳しく排除する著作権法の基本理念に基づくものである。

## 参考文献

本文および注釈部分に掲記した諸文献以外のものを列挙する。

芦葉浪久「著作権の特質－特許権との比較」（『学習情報研究』217号・2010年）

青山紘一「ソフトウエア，データベース，デジタル・コンテンツと知的財産権」（通商産業調査会・平成10年）

有賀美智子訳「アメリカ知的所有権法概説」（発明協会・昭和62年）

池村聡「著作権法コンメンタール（別冊・平成21年改正法解説）」（頸草書房・2010年）

生駒正文「我国ソフトウエアの法的保護をめぐる限界」（『知的財産権法研究』413号・2011年）

石黒一憲「情報通信・知的財産権への国際的視点」（国際書院・1990年）

一般財団法人比較法研究センター「学術用途における権利制限の在り方に関する調査研究」報告書（平成24年3月）

岩本章吾「知的財産権と独占禁止法」（晃洋書房・2008年）

内田貴「民法Ⅰ（第3版）総則・物権総論」（東京大学出版会・2005年）

内田貴「民法Ⅱ債権各論」（東京大学出版会・2003年）

近江幸治「民法講義Ⅴ契約法（第3版）」（成文堂・2008年）

- 大瀬戸豪志「講演録・プログラムに関する著作権と特許権による保護の交錯」(『コピーライト』511号・2003年)
- 大阪弁護士会知的財産法実務研究会『デジタル・コンテンツ法』下巻(商事法務研究会・2004年)
- 大谷卓史「著作権の哲学—著作権の倫理学的正当化とその知的財産権政策への含意—」(『吉備国際大学研究紀要』第21号・2011年)
- 岡本薫「著作権の考え方」(岩波書店・2003年)
- 小野昌延・山上和則『不正競争の法律相談』(青林書院・2010年)
- 大橋正春「コンピュータ・プログラムの同一性」(『ジュリスト』868号・1986年)
- 織田季明「新特許法詳解」(日本発明新聞社・昭和36年)
- 加戸守行「著作権法逐条講義(五訂新版)」(著作権情報センター・平成18年)
- 経済産業省知的財産政策室『逐条解説不正競争防止法』(有斐閣・2007年)
- 作花文雄「著作権法」(発明協会・2003年)
- 白石忠志「独禁法講義(第2版)」(有斐閣・2000年)
- 染野義信・染野啓子『判例工業所有権法(第二期版)1』(第一法規・平成13年)
- 染野義信・染野啓子『判例工業所有権法(第二期版)13』(第一法規・平成13年)
- 多賀谷一照・松本恒夫『情報ネットワークの法律実務』(第一法規・2003年)
- 高倉成男「知的財産法制と国際政策」(有斐閣・2001年)
- 高林龍「標準特許法(第3版)」(有斐閣・2009年)
- TMI総合法律事務所編『著作権の法律相談』(青林書院・2006年)
- 滝野文三「学説判例総覧 工業所有権法(新版)上」(中央大学出版部・昭和50年)
- 高林龍『著作権侵害をめぐる喫緊の検討課題』(成文堂・2011年)
- 知的財産研究所『21世紀における知的財産の展望・知的財産研究所10周年記念論文集』(雄松堂・2003年)
- 著作権法令研究会・通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説(デジタル・コンテンツの法的保護)』(有斐閣・2001年)
- 著作権法令研究会『著作権関係法令実務提要』第1巻解説編(第一法規出版・平成13年)
- 著作権法令研究会『著作権関係法令実務提要』第2巻法令・条約編(第一法規出版・平成13年)
- 著作権法令研究会『著作権関係法令実務提要』第3巻資料編(第一法規出版・平成13年)
- 特許庁編『工業所有権法逐条解説(第18版)』(発明協会・2010年)
- 土肥一史「知的財産権法入門(第13版)」(中央経済社・2012年)
- 中山信弘「マルチメディアと著作権」(岩波書店・2002年)
- 中山信弘「著作権法の世界と特許法の世界」(『特技懇』208号・1999年)
- 中山信弘・大淵哲也・小泉直樹・田村義之『著作権判例百選(4版)』(有斐閣・2009年)
- 中山信弘・岩倉正和・横山久芳「著作権法は何をを目指すのか—中山信弘先生を囲んで—」(『Law&Technology』第51号・平成23年)
- 中山信弘「工業所有権法 上(第二版増補版)」(弘文堂・平成15年)
- 中山信弘編著『注解特許法(上巻)』(青林書院・平成12年)
- 奈須野太「不正競争防止法による知財防衛戦略」(日本経済新聞社・2005年)
- 名和小太郎「デジタル著作権(二重標準の時代へ)」(みすず書房・2004年)
- 名和小太郎「情報の私有・共有・公有—ユーザーから見た著作権—」(NTT出版・2006年)
- 名和小太郎「著作権2.0」(NTT出版・2010年)
- 野口祐子「デジタル時代の著作権」(筑摩書房・2010年)
- 林倬史「多国籍企業と知的所有権」(森山書店・1989年)
- 半田正夫・松田政行『著作権法コンメンタルI』(頸草書房・2009年)

- 半田正夫「著作権法概説（第14版）」（法学書院・2009年）
- 半導体集積回路法制問題研究会編『解説半導体集積回路法』（ぎょうせい・1986年）
- 増田雅史・生貝直人『デジタルコンテンツ法制』（朝日新聞出版・2012年）
- 三山裕三「著作権法詳説（第8版）」（レクシスネクシスジャパン・2010年）
- 山田昭雄・大熊まさよ・榎崎憲安編『独占禁止法ガイドライン』（商事法務研究会・平成8年）
- 山本隆司「アメリカ著作権法の基礎知識（第2版）」（太田出版・2008年）
- 山本隆司・奥邨弘司『フェア・ユースの考え方』（太田出版・2010年）
- 横山真司「コンピュータ・ソフトウェアの多面的保護の課題－著作権と特許権の交錯－」（『立命館法政論集』創刊号・2003年）
- 吉田大輔「明解になる著作権201答」（出版ニュース社・2001年）
- 吉藤幸朔「特許法概説（第10版）」（有斐閣・1994年）
- ロバート・ゴーマン, ジェーン・ギンズバーグ共編（内藤篤訳）『米国著作権法詳解－原著第6版－』（信山社・2003年）
- 渡辺左千夫・寺本振透「プログラムのリヴァース・エンジニアリングを制限する契約は独禁法上有効か」（『NBL』420号・1989年）
- 渡邊頼純「WTOハンドブック・新ラウンドの課題と展望」（ジェトロ・2003年）

以上



