

# SOFTIC賛助会員セミナー〈第9回〉

## 「ソフトウェアの保守サービスと独禁法上の諸問題ーサービスの打ち切り、料金の値上げ、システムの変更等」

講師：株式会社ビーコンIT 法務部長 高田寛氏

### 目次

1. 問題の所在	・・・ 2
2. ソフトウェアライセンス取引の態様	・・・ 3
3. 優越的地位の濫用	・・・ 11
4. 独占禁止法21条	・・・ 17
5. 公正取引委員会の指針	・・・ 21
6. アメリカの反トラスト法とガイドライン	・・・ 23
7. EUの競争法とライセンスの関係	・・・ 24
8. この問題をどう解決すべきか	・・・ 24
質疑応答	・・・ 26

\*本講演録は、当日の講演に講師が加筆・修正したものです。

平成24（2012）年4月24日

18時～19時30分

於 SOFTIC会議室

○高田　こんばんは。高田でございます。

きょうは1時間半の予定で、ここにありますように「ソフトウェアの保守サービスと独禁法上の諸問題」ということで、私のほうから幾つかお話をさせていただきたいと思います。

多分、皆さん、このテーマに関心があって今回いらっしゃったと思うんですけども、実は私も今勤めていますビーコンインフォメーションテクノロジーに、ちょうど約4年前に入りました、そのころからこういう問題が起きてきました。

私、その前はどこにいたかという、ヒューレット・パッカーでして、その前がコンパクトで、その前がデッキなんです。一番最初は民放に勤めていたんですけども、この世界に足を踏み入れまして、特にこの数年 - 三、四年前ぐらいからこういう問題が起きてきてまして、実はSOFTICさんの研究会に、ベンダーとして話をせいということでお話をしたことがあります。当時、東大の独禁法の白石先生が座長を務められている研究会があり、ベンダー側の意見を聞きたいと言われてまして…非常に困りました。何とっていいか。私自身、これは本当におかしい、と思っているんですね。

それで、お手元にあるかと思いますが、ビジネス・ロー・ジャーナルにちょっとしたものを書いたりとか、大学で教えているものですかから紀要に書いたりとか、あちこちでこういったことをしゃべっているんですね。

私自身やっぱりおかしいなということで、いろいろ調べてみますと、やっぱり独禁法上の問題が出てくると。特に優越的地位の濫用 - この辺に当たるんじゃないかというのが私のテーマです。それで、やはりこの業界長く勤めてますと、やっぱりいろんな問題がありまして、健全な情報サービス産業といえますか、IT業界をやっぱり目指しているんですけども、やっぱりこの辺に問題が出てきている。

特に外資系の、固有名詞は避けますけども、外資系のベンダーがやっぱり結構言いたい放題のことを言ってきて、ユーザー泣かせみたいなことが結構あります。ちょっとそれに対して一種、ちょっと私なりにいろいろ自分の考えを皆さんにお伝えできればなというふうに思っております。

きょうの問題なんですけども、目次ということでお手元の資料と同じものですが、問題の所在をはっきりさせまして、特にソフトウェアライセンス、この辺の対応、どういったものがあるかということをご説明した後、優越的地位の濫用についてご説明いたします。そうしますと、どうしても独禁法の21条の問題にぶち当たるんですね。これはまた後でご説明しますが、ここがキーポイントになるかと思いますが。幾つか学説がありますので、学説の内容、

それとアメリカ、ヨーロッパ、ヨーロッパはほとんどないんですけども、ちょっとご紹介します。その前に公正取引委員会の考え方ですね、ガイドラインのほうをちょっとご説明しまして、最後にどういうふうにして解決したらいいのかということをお話しできればなというふうに思っています。

## 【1. 問題の所在】

問題の所在なんですけども、皆さん、よくご存じだと思いますけども、ライセンサーとライセンスラーがいるわけです。ライセンサーがベンダーです。ライセンスラーがユーザーで、使用許諾ということで、ソフトウェアを販売しましてソフトを使っているということです。

ソフトウェアをライセンスラーが買まして、買うという表現はよくないんですけども、使用許諾を受けまして使う。そこに知的財産権、ソフトウェアは知的財産権ですので、知的財産権と独禁法上の問題がぶち当たるところがあると。

皆さん、よくご存じのように、この知的財産権と独禁法というのは両極端の法律ですよ。知的財産権というのは、著作権でもそうですけども、一定期間自分たちのもの、と独占してしまうということです。独占禁止法は独占してはいけないというものです。それがぶつかる場面があると。それが独禁法の21条問題というふうになるんですね。これについては結構昔からいろいろ議論されてきております。これが情報サービス産業においても同じようなことが起こる。特許なんかも同じです。構図としては同じですけども、最近問題になってきているのがソフトウェアです。

まとめてみますと、情報サービス産業においてベンダー、ライセンサーのユーザー＝ライセンスラーに対する取引の対応が独禁法上の不公正な取引方法、いろいろありますけども不公正な取引方法、中でも優越的地位の濫用に当たるケースがあるんじゃないだろうかということです。これがまず1点。

もし優越的地位の濫用に当たるとした場合に、今申し上げました知的財産権と独禁法上の関係が問題になって独禁法の21条問題が出てくると。一言で言うと、独禁法の21条というのは、何が書いてあるかということ、知的財産権と独禁法がぶつかった場合には、独禁法が身を引くという、そういう条文ですよ。

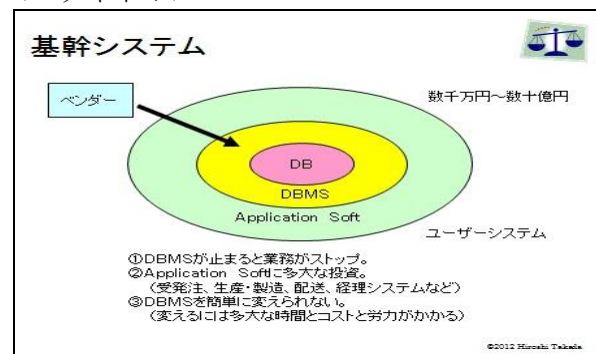
この独禁法の21条をどう解釈すべきか、ということです。この問題をどう解決すべきか。企業責任とか企業倫理、はやりの言葉ですけども、これで考えられるというかとらえることがで

きるのだろうか。あと契約書で対応できるのだろうか、さらには法整備が必要じゃないか、ガイドラインが必要じゃないか、そういう流れで、ちょっときょうはお話をしたいと思っています。

## 【2. ソフトウェアライセンス取引の態様】

この図（スライド7）は非常に簡単な図なんですけども、データベースですね、ソフトの中でも基幹システムでありますデータベースシステム、真ん中にデータベースがありまして、周りを取り囲むようにデータベース・マネジメント・システム（DBMS）がある。その周りにアプリケーションがいっぱい

〈スライド7〉



あるわけです。このデータベース・マネジメント・システム、DBMSですけれども、これがとまってしまうと業務がストップしてしまう可能性が大きいと、これを変えらるとなると周りにアプリケーションがいっぱいありますので、それも変えないといけない。非常に時間とお金がかかってしまう。

そうしますと、このデータベース・システム、そう簡単には変えられないという状況が発生するわけです。ベンダーはこのデータベース・マネジメント・システムを売るということです。使うほうがこういう状況で使っているということです。

例えば、アマゾンのサイトの最初のページなんですけども、これはアマゾンというのは世界最大の本屋さんなんですけども店舗は持ってませんね、これだけですね。これだけで商売している。  
 〈スライド8〉



〈スライド9〉



もしこれがとまっちゃったらどうなるか、全く仕事ができなくなっちゃうんですね。そういう意味でちょっと出しました。

グーグルも全く同じです。アマゾンの場合にはヒマラヤのノンストップというコンピュータを使ってまして、大きなデータベースがありますけども、グーグルもサーバーをだーっと並べて、30万台とか何かいってましたけども、結構そういったものを使ってやっていますね。こういったものがとまってしまうと商売にならないということです。そのソフトの最たるものが、データベースであろうということです。

力関係を考えてみますと、契約前と契約後でやはり違うんですね。これは皆さんよく肌身に感じられているんじゃないかと思うんですけども、契約前はユーザーのほうが強い、だからベンダーA、B、Cがありますとどれにしようかな、ベンダーのほうは売り込みをするわけですね。ユーザーは、選ぶ立場ですから非常に強いんですけども、契約してしまった後、ベンダーのほうが強くなってしまう傾向があります。使用許諾をして保守サービス、特にそういう基幹システムの場合にはベンダーのほうが強くなる可能性が非常に高いということです。ここで優越的地位というのが発生するのではないかということです。

ベンダーは、じゃあどういふアプローチをするのかということですけども、典型的な例を幾つか挙げました。固有名詞は出しませんがいろいろあります。

例えば、1番目としましてコンピュータの変更ですね。性能向上がありますと、その使用許諾料の差額を要求する。後で詳しくご説明しますが、このように、コンピュータを変えるとソフトウェアも一緒に値段が上がっちゃうということです。これはパーペチュアルな永久使用权を持っていても、マシンが変わって性能が上がるとその差額を徴収するという、そういうやり方です。

MIPS値というのは、これはIBMさんの性能評価尺度ですけども、マシングループというのがありまして、マシングループが上がると価格も上がるということです。

2番目としましては、これは結構よく問題になるんですけども第三者使用ですね。普通、ソフトウェアの場合にだれが使うかということで縛りがあるんですけども、別の人が使うということは禁じられているわけです。いわゆる契約当事者以外の第三者が使うことを禁じてることが多いんですね。

よくあるケースは、情報システム部門が分社独立してシステム子会社になりましたと。そのシステム子会社が全部引き継ぐわけです。そうすると親会社の業務をシステム子会社がやる。親会社だけじゃなくて関連会社のものもやる。そうすると、あるベンダーさんは、今まであな

た方が使っていたのに子会社をつかって、そっちを使わせましたねと、じゃあ地位の移転の契約をして、システム子会社を契約当事者とする、今度は親会社が第三者になっちゃいますから、そこで追加料金を要求したり何かするんですよね。中には運用委託をただけでも、これはあなたが使っているんじゃないでしょうと、ほかの人が使っているでしょうと言って、お金を取ろうとするところがあるんですよ。

また、保守サービスの突然の値上げと中止。きょうのメインのテーマなんですけど、保守サービス、特に基幹システムの場合には逃げられないんですね、ユーザーさんは。もう基幹システムの場合には1日たりともとまってはいけないシステムですので、やっぱり保守サービス、どうしてもメーカー側の保守サービス、どうしても受けない、何かあった場合のときのために。それを値上げしたり、途中で打ち切ったりするところがあります。

あと、コンピュータの設置場所の変更、これもちょっと何といたらいいか、理不尽とまではいけないのかもしれませんが、コンピュータの設置場所を変えるだけでお金を取ろうとするところがあるんですよ。コンピュータをあっちからこっちに移すだけ、そのときにそのベンダーさんは何もしないんです。全部ユーザーさんのほうでやるんですけども、あなたは設置場所を変えたでしょうと、お金をくださいというのがあるんですよ。言われるとびっくりしますよね。

あと、バックアップとかディザスター・リカバリーですね、これも問題で結構出てきます。昔はバックアップ用としてソフトウェアをテープか何かに吸い上げて、それを保管しておく、それはいいですよ、バックアップ用のコピーはいいですよなんていうのが契約書に書いてあるんですけども、最近のバックアップというのはちゃんとシステムの中にあって、何かあったときにすぐ切りかえられるようになっている。それはバックアップじゃありませんとベンダーが言ったりなんかするんですね。それはもう2つある、2つ使っているのと一緒だと、お金をくださいということを書いてきたりするんです。

あと、バージョンアップの問題、これは何かというと、バージョンアップ、保守サービスを受けると、最新のバージョンのものを提供しますと、保守サービスの期間はそのバージョンアップの提供は無償ですということを使うんですけども、そのときの条件が最新のものしかサービスしません、最新のものしか保守サービスしません、古いものは保守サービスしませんということを使うんです。これはなぜかかというと、ベンダーのほうにも言い分がありまして、古いものは保守サービスしたくないと、なぜかかというと、人のコストの問題があると。そんな古いものをいつまでも保守サービスなんかしてられないということを使うんですね。それも一理あ

るのかもしれませんが、ユーザー側にとっては今まで何の問題もなかったものを、ある日突然、最新のものになりましたからかえてくださいと言ってくるんですね。古いものはサービスしませんと言ってくるんです。

本当は、だからユーザーさんとしては何の問題もなく使っているのであれば、さわりたくないわけです。私ももともとエンジニアなんでよくわかるんですけど、さわりたくないんですよ。さわると何が起こるかわからない。そのソフト-最新のソフト、バージョンアップしたソフトは完璧であっても、ほかのソフトの親和性とかいろんなものがありましたね、リンクの問題とか、そういったところで何か問題が出てくる可能性がある。やはりエンジニアとしてはわからないところがありますので怖いんです。でもそんなことはお構いなしにベンダーのほうはバージョンアップやってくださいと、古いのはもうサービスしませんと言ってくるんですね。

その他いろいろありますが、ちょっとゆっくりこの辺も絵を使ってご説明します。

何でこんなことをベンダーが言うかという、私もずっと外資のメーカーに勤めてましたので何となくわかるんですけど、何となくというか、よくわかるんですけど、こういう不況になりますと、新しくソフトを買ってくれるお客さんが少なくなりますね。今までは右肩上がり伸びていた企業も、この辺になるとサチってくる。でも売り上げを上げたい。それでお金を取れるところはどこかな、そうすると保守サービス料を値上げするのが一番簡単なんです。

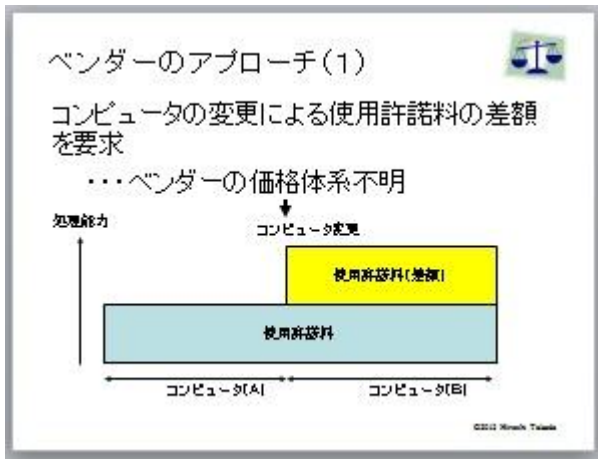
私、実は今の会社に入ってこの問題が起きたときに、ああやっちゃったなというふうに思いました。前々からそういう話がありますね。結局やってしまった。

普通だったら、そういうえげつないと言ったらいけないのかもしれませんが、私はえげつないと思っているんですけど、そういうやり方、足元を見て、基幹システムだから保守サービスはとめられないだろうと思って、足元を見た形でそうやって値上げをするというやり方は、普通じゃ考えられない、健全ではないと思っているんです。

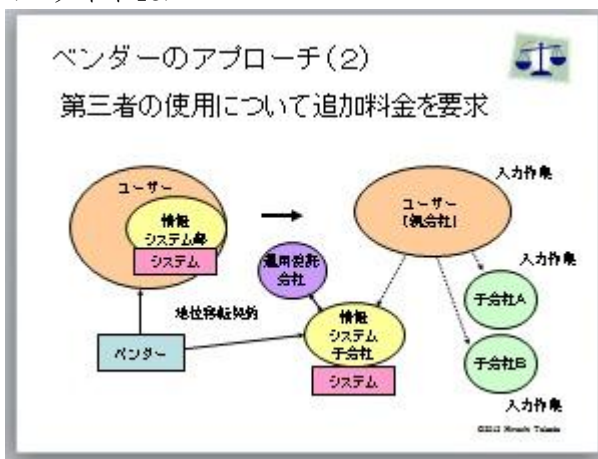
日本の企業の場合には、結構長期でビジネスを考えますけども、外資系の企業の場合にはCEOが短期ですから、短期決戦で自分がやっている間だけお金を取ればいいと、自分の報酬が高くなればいいと、そういう考え方で非常に強いですね。外資の場合には本当に長期的なロングレンジ・プランなんてほとんどないです。みんな短期、短期でどうやって売り上げを上げるか、どうやって利益を上げるか、そういうことをすごくよく考えますので、当然そういう考え方からすると、当然こういう問題が出てくるということですね。

最初の1番目、ちょっと絵で確認していきますと、コンピュータAというのがあって、Bに変えるということですね。使用許諾料、これはパーペチュアルなものです。であっても、コン

コンピュータBになりますと性能が上がりますのでソフトの値段も上がる。何ですかと聞くと、理由は何かという、ソフトの性能というのはハードに依存すると。小さな性能の低いコンピュータであれば、それなりの性能しか出せないけども、大きなコンピュータになるとそれなりの非常に高いソフトの性能が出せる。だから値段が変わるんですという、そういう考え方です<スライド12>



<スライド13>



そうすると地位移転の契約を結びまして契約を結ぶんですけども、ここから見るといっぱい第三者が使っているように見えてしまうんです。そういうことで、お金をくださいと言ってくるんですね。こちらの親会社のほうは、まさかそんなことを言うとは思いませんから、子会社をつくっちゃうんですね、そのほうが効率がいいですから。ところがそういうことを言われてしまう。

運用委託会社もありますよね、これも第三者だと。だからこれを全部合わせるといっぱい会社がありますので、ベンダーとしては結構おいしい話になるんですね。

これが今回のテーマなんですけども、突然の値上げをする。1年、2年と自動更新していきまんですけども、突然保守料金を値上げしてしまう。一つの例が、ある会社が数年前に17%と、

ね。

ただ、永久使用権で一回買っちゃったほうとしましては、何でお金をこんなところで取るの、そういうことになりますね。

逆の場合もあるんです。コンピュータ、そんな大きいのは要らない、小さいのにした、じゃあその分返してくれるんですかという返さないですね。そのままですね。

2つ目のケースで、第三者利用です。初め、この絵でご説明したほうがよかったかもしれませんが、ユーザーがありまして、情報システム部があってシステムを使っています。あるとき、これを情報システムの子会社に分社化しまして、ユーザーは親会社ですね。この情報システムの子会社は、その親会社と子会社、いろんな関連会社の仕事も始める。そこでシステムを使うと。



17%というのがライセンスの費用に対して17%なんです、ライセンスの費用、だから一番最初にソフトを買ったときのライセンス費用です。大体その永久使用権つきで無期限なものを買いますけども、その17%が1年間の保守料金です。ですが結構高いんです。毎年17%ずつ払っていきますから、数年使っているともう一つ買えちゃうというものなんです。それを突然5%に値上げしちゃった会社があります。

2%アップというのも、やっぱり別の会社ですけども毎年4月になると2%上げていくということなんです。

じゃあ契約書はどうなっているのかというと、多くの契約書は大体ベンダー主導でベンダーのひな型を使って契約してますけども、この辺非常にあいまいに書いてまして、見ると最新の価格表に基づくとか、そういう書き方をしてるんですね。ユーザー側としては、まさかそんなことがあるとは思いませんから結構見落としがちなんですけども、今まではそういうことはなかったですから、あまり考えなかったんですね。

だから契約書である程度カバーできる問題ではあるんですけども、なかなか外資の場合には自分のひな型を押しつけてきまして、これでやってくれと、交渉できません。アメリカと交渉をするので、海外と交渉するんで時間がかかりますっていろんなことを言って、なかなか要求が通らないですね。

外資のベンダーの場合には契約書上の記載を重視、いわゆるエンタエア・ステートメント、エンタエア・アグリーメントみたいなもの、完全条項みたいなものがありますと契約書に書いてあるでしょうと、これ以外は認めませんと、すべてですと、契約書に書いてあることがすべてですということで、なかなか融通がきかないところがあります。

これがコンピュータの設置場所の変更です。設置場所を変更しただけでお金を取るということです。契約書の書きかえ料だということもありますけど。同じコンピュータ設置場所を変えただけで金を払う必要があるのか、設置場所も遠く離ればまだしも、同じ敷地内でも何だかんだいうところがありますね。

あと、バックアップ、先ほど申し上げましたけども、ディザスタ・リカバリーのサイトで別のコンピュータ、これは例えば運用委託会社をお願いしてバックアップをやってもらっているところがあります。大体よく議論になるケースはコールド・スタンバイかホット・スタンバイかということですね。

ホット・スタンバイの場合にはコンピュータもオンになってましてソフトも立ち上がってます。ですから、よくパソコンなんかでも、今これパワーポイント立ち上がってますけど、ソフ

トがオンの状態です。クリックしないでそのままにしておきますと、コールド・スタンバイ、コンピュータはオンなんだけど、スタートをさせていませんからソフトがオフになっている。そういう切り分けをしているところもあります。

あと、データがありますとデータを定期的にコピーするのがあります。それはバックアップじゃないというところもあるんです。

これがバージョンアップの問題です。古いバージョンはもう保守サービスはしませんということ。結構強制的にやります。

あと、リースの問題がありまして、結構これ問題になるんですけど、これはどういうことかという、ソフトとソフトのライセンスと、それと保守サービス両方、2つですね、ソフトを買うときにソフトのライセンス、それと保守サービス両方一緒にして契約を結びます。そのときにユーザーのほうは一遍にお金を払いたくないものですから分割で払いたいわけです。でもベンダーのほうは一発で一気にお金をもらいたい。思惑が違うわけ。ベンダーは一発で最初にもらいたい。ユーザーは分割で払いたい。ベンダーにそれを分割だと言うと、売上計上が分割になってしまいますので嫌だという。そうすると、そこへリース会社をかませるんですね。

これがファイナンスリースですけども、一回リース会社にかませますと、リース会社は一遍にベンダーにお金を払って、ユーザーから月々お金をもらう。そうするとみんなパッピーだと、リース会社も手数料をもらえてハッピーだということで、よくリースを使います。

これで問題なのは、全部支払いが終わっちゃったんだけど、リース会社に権利がありますので、リース会社は、これは自分たちのものだと、再リースをすることによってリース期間が終わった後も再リースしてお金を取るというケースがあるんです。

そうすると、ユーザーとしては全部払い終わったのに、そのソフトを使い続ける間はずうっと再リースでリース会社にお金を払わないといけないと、もちろん価格は安くなりますけども、ユーザーとしましてはおかしいなというふうに思うわけです。その辺の契約上の手当てもされてないケースがあります。

もっと問題なのは、保守サービスだけの契約でこれを使おうとするんですね、ベンダーにとっては非常にうまい味のあるシステムなんですね、保守サービスというのは役務ですから、リース物件ではありません。ですから、これはいけないんですけども、あたかもライセンスの契約に見せかけて、その保守サービスのお金を取っちゃう、もらっちゃうというケースがあります。

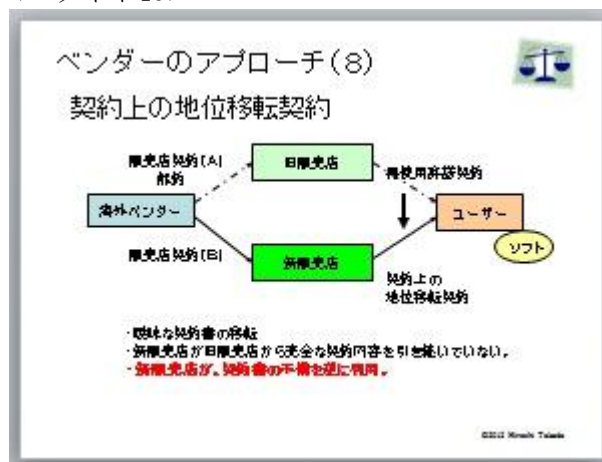
ですから、契約書を見るとライセンスなんです。でも実態は保守サービスなんです。で、

リースをかけちゃう。保守サービスだとリースがかからないですから。そういう問題があります。

だから実態と契約書が完全に乖離している。まだ、お互い契約当事者同士の合意のもとでやっていたら、その中でクローズしますけど、ベンダーがどこかの会社を買収されちゃったとか、その地位移転、別のところにやっちゃったとか、特に代理店が解約されちゃいまして別の代理店になりました、地位の移転をやるわけですね。そうすると、そんな問題がいっぱい出てくるんです。

そうすると、逆に新しく代理店になった販売店ですけども、販売店になった会社が違うでしょう。ユーザーのほうに、違うんじゃないのと、使い方が違うんじゃないのと言って、文句を言って金を払えと言ってきて訴訟になったケースはあります。

<スライド19>



これがその例です。新販売店が契約上の地位移転、非常に怖いんです、契約上の地位移転。今までそんなことはなかったんですけども、この業界、もう非常に変化が激しくて、ある日突然別の会社が変わっている、契約の当事者が別の会社が変わっていると、買収されちゃったとか、なくなっちゃったとか、そういうことが結構あるんです。ですから、このところを見落として契約を結んでしま

いますと、後でとんでもないことになってしまいます。そういうことがあります。

ですから、ある程度契約でカバーできることはカバーできます、気をつけていれば。解決策の一つであるんですけども。

あと最近、はやりのクラウドコンピューティングですけど、これはそういう優越的地位の濫用という観点からすると非常に怖いですね。

なぜかという、従来のオンプレミス型ではベンダーがソフトをユーザーに売ります。ですから、ユーザーはソフトを持っているわけですね。で、トラブルったと。ベンダーとユーザーのほうでトラブルった、そのときもユーザーはソフトを使い続けることができます、ずっと。自分たちのものですから。ライセンスキーで期間が区切られていればまた別なんですけども、それがなければずっと使い続けることができる。で、交渉できる。

だけどクラウドの場合には、ソフトもハードもそうですけどもベンダー側にあります。もし

トラブっちゃったらどうなるかという、ベンダーは簡単にとめられるんですよね、もう使うなど。いやだったらやめなさいと言ってとめちゃう。ユーザーにとって一番怖いことですね、お金の問題じゃないわけです。

そうすると、ユーザーはベンダーに対して何も言えなくなりますし、訴訟も提起できなくなる。そんな不公平なことがあっていいのかと思うんですけど、実際こういうことをやると、そういう問題が起きますね。ユーザーがそれに気がついているかどうかポイントなんですけども、気がついてないところって結構あるような気がします。

問題の背景をいろいろまとめておきましたけども、ベンダーとユーザーのこういう対応を見ますと、やっぱり力関係というのが存在するんじゃないだろうか、特に使用態様、基幹システム、MCというのはミッション・クリティカル、ミッション・クリティカルというのは、何かあった場合に絶対、何かあってはいけないというシステムですね、ミッション・クリティカルといいますけども、そういったものです。

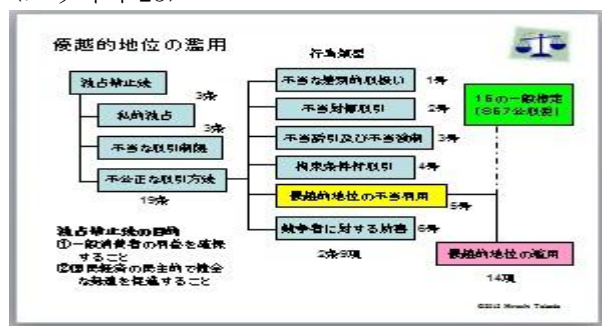
あと、契約書上の不備がやっぱりありまして、特に日本は契約書を軽視しますので、そういう問題が何かあったときに契約書では対応できない。海外のベンダーですと、今までの商習慣が、日本での商習慣が全く通じないというところがあります。

企業責任・企業倫理としましては、ユーザーとしてはまさかという思いですね。そうすると、あらゆるケースを想定した契約書が必要なのかという、そういう問題にもなります。

解決策、ここをベンダー側にちゃんとわからせるにはどうしたらいいだろうかという、やっぱりこれ優越的地位の濫用問題になるんじゃないのと、ユーザー側のほうできちつと言わないといけないと思うんですね。私は、それがまず第一だと思います。なかなか解決策はないです。そうするとその21条問題が見えてきますね。

### 【3. 優越的地位の濫用】

<スライド23>



優越的地位の濫用とはどういうものかというのは、簡単にご説明しますと不公正な取引方法で、独禁法上の、この絵を見ていただくが一番いいかと思うんですけども、独禁法の3つの柱というのがありますね。私的独占、だめよと。不当な取引制限、だめだと。

不公正な取引方法、これもだめだということなんですけど、これちょっとずつニュアンスが違いまして、私的独占と不当な取引制限というのは、結構ダイレクトにだめよって言っているんですけど、不公正な取引方法というのはこの3条と19条で分かれているように、ちょっと19条は違いまして、ちょっとほかの柱に比べると補完的な予防的なものになります。範囲が非常に広くて、行為類型があるんですけど、1号から6号まであります。不当な差別的取り扱いですか、不当対価取引とか、いろいろあります。

その中に第5号として優越的地位の不当利用というのがあります。これは昭和57年の公正取引委員会の一般指定というのがありまして、ガイドラインみたいなものがあるんですけども、その14項に優越的地位の濫用というのがありまして、この言葉がよく使われております。ですから不公正な取引方法の一つであるということですね。このスライドは、今申し上げましたように、3つの柱の一つですね、不公正な取引方法ということですね。

独占禁止法の最終的な目的は何かというと、第1条に書いてあるんですけども、一般消費者の利益を確保すること、いわゆる公正な競争社会になれば、最終的に健全な競争が行われて一般消費者の利益になっていくと、不当に高いものを買わされないとか、そういうことになるということですね。

あと、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること、そういったことも目的になってます。競争秩序維持法的なそういうものと、最終的には消費者保護法みたいな、そういう側面があります。そして、取引上の優越的地位の不当利用。これは公正取引委員会が指定してますね。ここに優越的地位の濫用があります。

不公正な取引方法って、じゃあ一体何なんなのかということ、競争を実質的に制限するような市場支配力を形成し、それを維持し強化するための諸行為を直接的に規制する。これを一言で言うと、「公正かつ自由な競争を促進」という言葉にまとめられるんですけども、そういうものだということですね。

不公正な取引方法って、具体的にじゃあ何なのかということ、それ自体が競争を実質的に制限するには至らないけれども、競争を制限しているのではないけれども、公正かつ自由な競争を阻害するおそれのある種々の行為を規制することによって市場支配力の形成を未然に防止することを目的とする、そういうふうに書いてありますね。

ですから、若干ちょっとニュアンスが違うんですけども、競争を制限しているんじゃないんだと、だけでも取引方法がやっぱり問題なんだということなんです。

これが3条にありました2つの柱、「私的独占」と「不当な取引制限」の補完的、予防的地

位にあるというふうに言われております。

これについては学説がいろいろあります。一応大まかに学説をまとめておいたんですけども、読んでもよくわかりません。大体学者さんが言ってることってよくわからないことが多いんですけどよくわかりません。

公正な競争の要件というのは何かというと3つあります。自由な競争の確保と、競争手段の公正さの確保、自由競争基盤の確保、これもあまり、読んでもふんふんという感じで、学者さんが言ってることですから大体こんなもんですね。

優越的地位の濫用とは、じゃあ一体何なのかというと、「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特定の行為をすることによって、相手方に不利益をもたらす」ということなんですね。だから自分が相手方よりも優越している、そういう状況、ベンダーがユーザーに対して優越している、優越しているだけでは優越的地位の濫用にはならないんですけども、それを利用して、何らかの特定の行為をすることによって、相手に不利益を与えてしまう。これが優越的地位の濫用の定義になるわけですね。

次に書いてあるのが、取引の相手方が濫用行為を受け、だからユーザーですね、ユーザーが濫用行為を受け、不当な不利益を甘受しなければならないような関係が存在する、ということなんですね。そういう関係ができてしまっているということですね。

ですから、ソフトウェアの先ほどの問題を考えた場合、基幹システムで使っていると逃げられない、保守サービスもやめられない、サービスを受けなければいけない、逃げられないような状況において保守サービス料金を値上げして、その数パーセントは通常の今までと違いますので値上げした、不当な不利益を甘受しなければならない、もう仕方がないと、甘受しなければならない、関係が存在しているかということ、明らかに存在していると私は思うんですね。

要件としては一応書いておきました。優越した地位にある者、優越的地位の存在があるかどうか、これはもう非常にあいまいですけども、今申し上げたような、そういう不利益を甘受しなければならない関係があった場合でも、相手方は優越的地位の存在、これがあるというふうに思っていると思うんです。

その地域を不当に利用した、例えば不当性ですね。これはよく私考えるんですけども、保守サービス料金を値上げしますというふうに言ってきました。じゃあその値上げ分、例えば2%値上げする、5%値上げする、その値上げ分は何か別のサービスをしてくれるんですか、というと、ないんですよ。今までどおりなんです、サービスが。ええっ、と思ってしまうわけです。それを受けざるを得ない。そうすると、やっぱりベンダー側はその地位を不当に利用している

んだと言えるのではないか、ということなんですよ。

最近、円高も少し緩和されましたけども、円高ですから輸入品はウイスキーでもワインでも安くなるんですけど、外資のソフトって逆に高くなってきているんですよ。

こういう問題がありまして、あとはこの一般指定、57年、これは見ていただくだけでいいかと思えますけど、57年の一般指定14項、優越的地位の濫用、いろいろ書いてあります。

ちょっとここで、今までの審決例を見ると、優越的地位の濫用で多いのは小売業界が多いんですよ。例えば、大きなデパートで業者さんにいろんなことを言って、置かしてやるからどうのこうの、これを買えとかですね、そういうことが多いです。明らかに優越的地位の濫用だなというのが結構多いんですけど、ソフトの場合にはほとんどないんです。それはやっぱり、だれが見てもそうかという、そうでもないところがあるんです。

これは、ちょっとお話ししますけど、ちょっと飛びますけど、アメリカなんかはやっぱり法と経済学という学問がありまして、シカゴ学派という、シカゴスクールというところがよくやっているんですけど、いわゆるレーガンのプロパテント政策に乗っちゃったような感じで、シカゴ学派というのがありまして、フォート経済学というのがありまして、それはどういうことを言ってるかという、経済が全体的に大きくなればそれでいいでしょうということですね。つまり高いものを買わせる、それを買うんでしょと、それはそれだけの価値があるんでしょと、だから買うんでしょ。全体的に経済が大きくなればいいじゃないかという考え方があります。

アメリカのほうを調べていきますと、そういう考え方が非常に強いです。最近プロパテント政策も陰りを見せ始めまして、1990年代からいろんなアメリカ判例を見ますと、今まで強かったプロパテント政策が弱まっているというのがよくわかりますけど、それでもなおかつそういう考え方があります。経済至上主義みたいなところがあります。

嫌だったら別のものにかえたらいいじゃないかと。かえたらいいんですけど、かえるものがないでしょうと、これしか使えないでしょう。これだけ価値があるんだからその分お金を払うのが当たり前じゃないか、そういう考え方ですよ。そう言われると、そうかもしれないけど、金を払わされる、払うほうからすれば、こんな理不尽なことはないだろうということなんですよ。

実際にいろんな皆さんのお声を聞きますと、やっぱりそういうのがありますね。何でこんなに払わなくちゃいけないの、特に保守料金というのはバジェットを取ってますよね。いわゆる予算は前もって取って、ちゃんと情報システム部門では予算を上げて許可をもらうんですよ。

ね、いろんな会社で。ところが、その後で値上げをするわけですよ、そうするとそのバジェットをオーバーしちゃうわけですよ。1つや2つじゃなかったら、ちょっと困ってしまいますよね。

でも、それでいいとするか、だからそのところも非常に難しい問題です。これは非常に難しい問題です。だから小売業界みたいな、そんな単純なものじゃありません、このソフトに関しましては。

あと、優越的地位の濫用についての学説がいろいろありまして、ちょっとこんなのがありますということで終わりにしたいと思います。

優越的地位の代表的審決がありますけど、例の三越事件とか、ずっと見るとやっぱり小売業界、売買契約が多いですね。マイクロソフトの非係争条項の問題がありましたけど、これも皆さんご存じだと思いますけど、何でマイクロソフトみたいな会社がこんなことをするのっていう、マイクロソフトに法務ってないのって言いたいんですけど。

実は私の友人で、ある外資系、大手のソフトウェアメーカーの法務部長がいて、今まではよく飲みに行こうって行って飲みに行ってたんですけど、最近、私がこういうことをずっと言ってるものから避けられまして、なかなか飲みに誘ってもらえない状況になってます。いろいろ言うと逃げちゃうんですね。本人も困るだろうなと思うんですね、やっぱり海の向こうからいろいろ言ってくるので。

優越的地位。要件1として、優越的地位があるかどうかというのを、ソフトで考えた場合どうなるかというのをちょっとまとめておきました。契約締結後にそうなってしまうと、基幹システムの全部または一部、一瞬でもとめられない。ビジネスの根幹にかかわるシステムだということ。これが最大のポイントだと思うんですけど。

ベンダーの保守サービス、これもやめたいんだけどもとまった場合が怖い、ソフトにはバグがつきものだという、そういう考え方がやっぱりありますよね。そうするとやっぱりとまった場合怖いんです。OSやほかのソフトとの親和性、だからいろいろアプリケーションをつくったり何かいろいろやっていくと、どうもうまくいかなかったり何かする場合があります。

他のベンダーは運用で逃げるしかない。つまりこれは知的財産権の問題になるんですけども、このメーカーの保守サービスを受けないで別のサービスをやっている別の会社、日本の会社をお願いしたいな、というのがあります。非常に技術力のある会社は、運用で逃げちゃうんです。バグフィックスとか、パッチはあてられません。つまり知的財産権の侵害になってしまいますので。それで、非常に優秀なエンジニアが何か障害が起きたとき運用でうまく回避してしまう。

特に大きな会社でも、IT業界の会社ではない会社は、やっぱりどうしても情報システム部



門といってもリソースに限りがありまして、やっぱりそれなりのというか、それ専門のベンダーの技術力という非常に高いものがあるんですよ。そうするとそれをうまく使うことがあるんですけども、ややもすると知的財産権の問題に発展するということですね。

ユーザーに知識・技術力がない、IT会社ではない。情報量・交渉力の格差が生じる、これも消費者問題と同じです。業者さんと消費者との間の格差ですね、交渉力の格差、情報量の格差、これがあります。だからユーザー側が非常に大きな会社であっても、相手方がITの会社の場合には、やっぱり情報技術に関しましては情報量とか交渉力の格差があります。それがやっぱり消費者問題と似ている。そこが野放しになっているというところが私あるかと思います。何かの法的な手当てが必要な場面っていうのは、結構あるんじゃないかなという気がします。

あと、要件としましては当事者の市場地位、ベンダーの製品の優位性に依存している。問題なのは、使う、例えばデータベースですと大手のデータベースの会社がありまして、幾つかに集約されちゃうんですね、これしかないだろうと。選択肢がないんです。これは大きなポイントだと思うんです。選択肢がない。そこで優越的地位の濫用が発生する。もちろんソフトを、データベースをかえる、マイグレーションをするのにすごくお金と時間がかかるということもそうなんですけども、もしそれをやったとしても、ほかにかわる代替のデータベースがいいものがない。もしそのデータベースをかえた場合に、そのつくり方にもよるんですけども、全体的に性能が落ちてしまった場合にはハードウェアをかえるしかない。ハードウェアをもっと高性能なものにするしかない。そうするとまたお金がかかっちゃう、そういう問題があります。

じゃあ不当性はどうかと。要件2の不当性です。優越的地位を不当に利用してやっているのかということなんですけども、使用許諾料の差額を要求する、コンピュータの変更。どうかな…と。ちょっとこれは、ベンダーの説明義務と契約書上の記載と私書いてきましたけど、これはベンダーの説明義務ってやっぱりあると思うんです。なかなかそこまできちっと説明しているところはないんじゃないかと思うんです。

契約書を見ると書いてあるんですね、それとなく書いてあるんです。だけど捺印するほうとしては、あまり理解しないでサインしてしまうというところがありますね。

これの問題になるのは、性能評価基準とマシングループ表の公開とありますけども、新しいコンピュータというのができるわけです。それに対応して価格も設定されるわけなんですけども、契約を結んだときには、新しいコンピュータってまだないんですよ。契約を結んだ後に新しいコンピュータができて、それで古いコンピュータから新しいコンピュータにかえると。

ですから、新しいコンピュータに乗せるソフトウェアの値段は、ベンダー側で自由に決めら

れるんですよね。そうするとユーザー側は新しいコンピュータの価格表を見て、それに対応するソフトの値段を見ると、あっこれだと、こうなりましたと、差額を払ってくださいという巧妙な仕組みがここにあります。

あと第三者使用です。システム子会社・アートソーシング、最近アートソーシングなんか非常に多いんですけども、契約書上にきちんと書いてない場合があります。

ただ、契約でカバーできるところは結構多いです。もっとも、うまく交渉できて、それが変更になるかどうかというのは、また別問題なんですけども、なかなか外資の場合には、自分たちのひな型が最高だと思ってますので、私もHPにいましたけど最高だと思っていたわけですよ。そうすると、なかなかかえないですし、かえたいというふうにユーザーさんが言ってくると、アメリカに一々お伺いをたてないといけないとか、そういう面倒くさいことがあるものですから、ベンダー側としましては、特に外資ですけどもすごく嫌がるんですね。

あと、リース契約ですけども、虚偽表示とありますけど、リース物件にしてはいけない保守サービス契約をライセンス契約にかえちゃうとか、そういう問題が出てきますね。

以上、ちょっと前置きが長くなってしまいましたけども、いよいよ知的財産権と独禁法上の対立ということで少しお話をします。

#### 【4. 独占禁止法21条】

独禁法です。優越的地位の濫用が書いてあるのは独禁法なんですけども、先ほど申し上げましたように、21条がありまして、これは何て書いてあるかというと、「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法また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」とあるんですね。適用しない。適用除外、例外規定とよく呼んでますけども、これがあります。

これができた背景がやっぱりあるんです。調べてみるとおもしろいんですけども、やっぱり独占禁止法というのは、やっぱり経済法ですから強くしたり弱くしたり、時代とともに変わっていくところがありますね。これは戦後初めて導入されたものです。アメリカ占領政策の一部として導入されました。

この独占禁止法、財閥の解体とともにあるんですが、あんまり強くやると社会的不利益を招くおそれがあった。全体的にですね。そこで独占禁止法自体に除外規定を設けたということなんです。そのころはソフトウェアはないんですね。だからソフトウェアに対しては考慮され

てないです。

この法的性格なんですけども、ちょっと学説に入っちゃうんですけども、簡単にさっと見ますと、本来の限界説というのと、後退的限界説というのに分かれています。

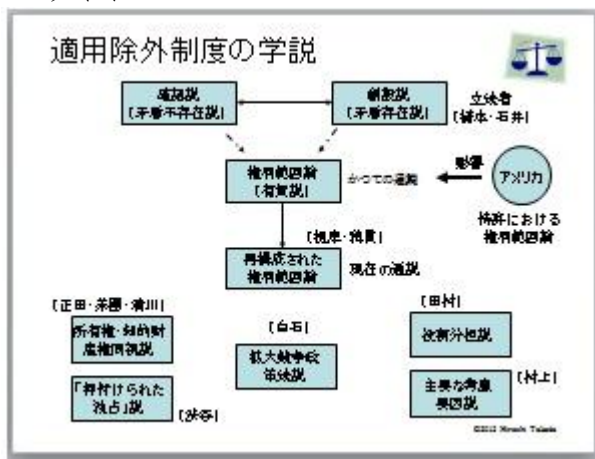
今は21条、旧法では23条で、知的財産法による権利行使、これは適用除外しますと。旧独占禁止法には旧21条がずっと適用除外から書いてあって、その中の一つがこの23条なんです。この独占禁止法適用除外法というのも昭和22年にできているわけです。

時間がだんだんなくなってきましたので、ちょっと飛ばしまして、この辺は知的財産基本法22条とか、知的財産権の排他性、この辺はよろしいかと思います。知的財産権の主な権利についてもまとめておきましたので、ご参考までということです。

### 【独占禁止法21条をめぐる主な学説】

21条をめぐる学説をちょっとご紹介します。これは結構おもしろいです。

<スライド45>



最初なんですけども、一番上のほうに確認説と創設説というのがありまして、括弧書きで（矛盾不存在説）、（矛盾存在説）とあります。これは、だから独占禁止法の適用除外というのは、独占禁止法上の趣旨を考えた場合には、独占禁止法と矛盾するものじゃないかという考え方です。いやいや、矛盾しないんだというのは左側です。そんな矛盾してないと。右側が矛盾があるということです。立法者が橋本・石井という人なんですけど、この

立法者、つくった人は矛盾するんだというふうに言ってるんですね。それなのにどうして矛盾不存在説が出てきたのかよくわからないんですけど、そういう学者さんの世界ですからいろいろあります。

これが権利範囲論というのが一つにまとめるんです。有賀先生、これは女性の先生です。公正取引委員会の委員をやられた先生なんですけども、この先生がアメリカの特許における権利範囲論というのがありまして、それをうまく使いまして一つにまとめてしまいました。

今は、再構成された権利範囲論というのが、これが通説になってます。ほかにもいろいろ説があります。白石先生ものあるんですけど、いろいろとありますけども、今の通説は再構成された権利範囲論、後でお見せします公正取引委員会のガイドラインは、この現在の通説にのっ

とってます。これをちょっとご紹介します。

確認説、創設説、これは一番最初のもので、これは見ておいていただくだけでいいと思いますけども、この辺はいいと思います。

権利範囲論、かつての通説、有賀美智子先生ですけども、知的財産権の行使を2つに分けて、本来的な行使と非本来的な行使というのに分けてまして、本来的行使の場合には21条による適用除外がありますと言ってるんですね。非本来的行使というのは、独占禁止法が適用されますと。21条をそういうふうにかけているんですね、21条は先ほど申し上げましたように、完全に独禁法が身を引くというふうになっているんですけども、やっぱりそれじゃまずいだろうということで、学説ですけども、こういう権利範囲論というのが出てきたと。

これはやっぱりアメリカにありまして、アメリカも同じような問題があります。特許法と反トラスト法との関係でやっぱりありまして、その反トラスト法の規制が及ばない固有の範囲、またその及ぶ範囲というのがあるんだという考え方に基づいています。

じゃ、本来的行使と非本来的行使って何なのかということなんですけども、本来的行使というのは知的財産法に具体的根拠規定を持つ行為、物件的権利の行使である。これだけではちょっとわからないですけど、例としましては、権利者が知的財産権をみずから利用する行為のほか、他人にその利用を許諾し、譲渡し、質権等を設定する行為が含まれる。

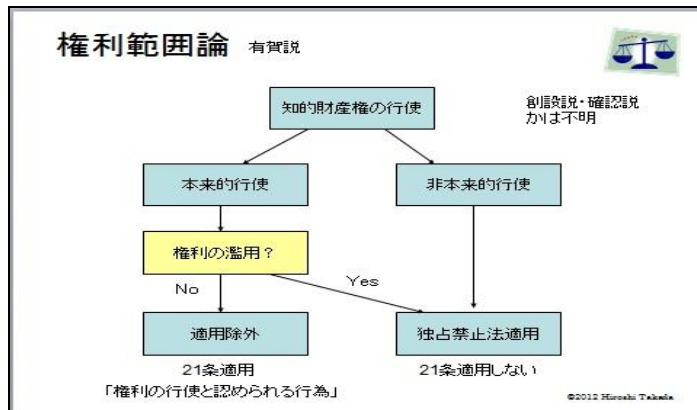
平たく言うと、知的財産権者として自分の知的財産権を守らなければいけない。本当の、大もとの趣旨です。これを守らなければいけないというのが本来的行使なんです。非本来的行使というのはその逆です。

ちょっと読んでみますと、「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行為、債権的権利の行使である」と。

例としましては、「特許の実施許諾に当たり、実施許諾者が実施権者に対して競争品の取り扱いを制限し、販売先の制限を課し、原材料の購入先を制限し、再販売価格維持を行う行為」。明らかに独禁法の違反の事例ですけども、そういうような問題があったということですね。

簡単にそれをまとめますと、有賀節、かつての者なんですけども、本来的行使と非本来的行使がありまして、本来的行使であっても権利の濫用かどうかというのを見て、これは二段構えで見まして、権利の濫用があったら独禁法を適用すると。21条は適用しないと。ノーだった場合には21条を適用する。権利の行使と認められる行為については21条を適用するけども、それ以外のわがままを言ってるような人は21条を適用しないという、そういう学説です。

<スライド51>



ですから、これがそのまま法律になってくれるとうれしいんですけど、なかなかそうはならないです。

反トラスト法との関係について、これはちょっと私疑問を感じるんです。米国憲法に根拠を持っているから法律によって適用除外をする必要はないです。そういうことではないような気がするんですけど、それはいいです。

もともとアメリカは特許から来てますね。権利範囲論に対する批判もいろいろあります。

<スライド54>

権利範囲論に対する批判

本来的行使については、原則として、独占禁止法の適用除外を認めることになりから、独占禁止法の適用範囲を後退させる。(茶園成樹)

近時の学説:

- ①所有権・知的財産権同視説
- ②「押付けられた独占」説
- ③再構成された権利範囲論(近時の通説)
- ④拡大競争政策法説
- ⑤役割分担説
- ⑥主要な考慮要因説

©2010 Hiroshi Takada

こちら、最近の通説の見解ということで、近時の通説、根岸先生とか稗貫先生がおっしゃっているものなんです。これが今の学説としては通説になってます。公正取引委員会のガイドラインもこれによってます。

これは、先ほどの有賀先生のを引き継いだものなんですけども、ちょっと特徴的なものがありまして、ちょっと書いてきました

けども、「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ある」と。独占禁止法は一般法であって、知的財産法は知的財産に係る特別法である。一般法と特別法の関係なんですよというのが、ここの学説の売りみたいな形なんです、相互に補完関係にある。

そう考えると、先ほどの有賀説というのもなるほどなと思えるでしょうという、そういう考え方ですね。特別法である知的財産法が優先して適用される、これは21条の趣旨だと、それは

そうだと。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を意味するんだと。これは、21条により適用除外をしてしまう。

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権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には入らないという、そういうことを言ってます。非常に似ていて、一番の売りは一般法と特別法で、本来的な行使なのかそうじゃないのか、そこを見極めましょう。そういうことを言ってるんですね。

再構成された権利範囲論のまとめ、ちょっと長いんですけど、まとめなんでちょっと読んでみますと、「実質的に知的財産法が定める知的財産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、独占禁止法の適用除外の対象からはずれることになる」ということを言ってるんですね。「このように、知的財産権法による権利の行使とは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になる」というふうに学説で言ってくださっているので、今回のソフトウェアの問題もこれだ、というふうに、私は言いたいんですね。早く法律を直してくださいと言いたいんですけども、一応学説はそういうふうに、そういう動きになってます。


あとは白石先生とか田村先生のいろんなものがありますが、一応学説では、権利濫用、そういうものがあるんです。21条は解釈によってそういうふうに考えるんですよということを言ってるんです。

## 【5. 公正取引委員会の指針】

公正取引委員会の指針も、実はそれに基づいているんですね。いろんなガイドラインがありまして、今までのものをずっと見ていきますと、こういったものがあります。

<スライド61>

関連する主な公取委ガイドライン



- 国際的技術導入契約に関する認定基準(S43)
- 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(H1)
- 役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針(H10)
- 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(H11)
- 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中間報告(H14) (運用指針ではない)
- 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針(H19)

©2012 Kinki Taikei

一番下の知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針というのが、平成19年に出ています。もともとは、これは実はこの「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」これは平成元年に出てるんですけど、これがもともとで、その後平成11年、焼直しですけども、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、これが出てまして、その焼直しがこれなんですね。知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針、一応今のところ、これが最終的なものです。これを見ると現在の通説ですね、に、のっとっているというのがわかります。

その知的財産ガイドラインには、どう書いてあるかというところ書いてあります。「そもそも権利とは認められない行為には独占禁止法が適用される。」「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行為を制限する行為は、外形上、権利の行使と見られるが、これらの行為についても技術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」ちゃんと明確に書いてあるんですよ。

「権利の行使と認め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、また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とは評価できず、独占禁止法が適用される」と書いてあるんですね。

これでよかったなと思うんですけども、この知的財産ガイドラインですね、じゃあソフトウェアはそうなのね、というのがちゃんと書いてないんですね。大体これは特許を想定して書かれているのはわかります。明確にソフトウェアのことをずばりと書いてあると非常にいいんですけども、なかなかそうはなってないですね。その権利の行使と見られる行為、だから知的財産制度の趣旨、目的に違反するか否か、ここが最後の分かれ目になるんですけども、それが書いてあるのが知的財産基本法の10条ですね。知的財産制度の趣旨、目的、これを見なさいよということなんですね。

何て書いてあるかというと、「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に配慮するものとする」。ということが結構ちょっとあいまいに書いてありまして、こういう学問の場合には、ずうっと掘り下げていくと知らない間にもとに戻っているということが結構ありますけど、これなんかが一つのいい例かもしれませんが、そういうふうに書いてあります。

あと、公正取引委員会の考え方です。不公正な取引方法について、ちょっと書いておきました。

ですから、大体お話ししたように、学説は21条問題については、やっぱり本来の行使と非本来の行使に分けて考えなさいということが書いてありますし、公正取引委員会のガイドラインもそれに沿って書いてある。

ただ、条文としては21条が厳然とあると、だけでも考え方としては特別法と一般法という考え方で解釈できますよという、そういうことなんですね。結構そういった意味ではかなり進んではいるのではないかなという気がします。

## 【6. アメリカの反トラスト法とガイドライン】

ではアメリカのほうで、それをちょっと見てみたいと思うんですけど、なかなか書いてません。もう正直アメリカをずっと調べたんですけども、ぴったしかんかんのところは全然出てきませんで、いろいろあります。やっぱりアメリカはシカゴ学派の考え方、法と経済学の考え方が非常に強いんですよね。ですから経済全体的によくなればいいんじゃないか。

例えば契約を破る自由というんですか、アメリカで。本当はないですよ、東大の樋口先生が、英米法の先生がアメリカには契約を破る自由があるというようなことを言ったとか言わないとかで、そういう考え方って結構ありますけども、結局契約を結んでも経済全体が大きくなれば損害賠償を請求されても、そのお金を払えばいいんでしょうと。もっともうかる商売のほうに契約したっていいでしょうと、全体的に大きくなればいいでしょうと、そういう考え方がまかり通ってる。じゃあestoppelはどうなるかという、そこは議論されてないんですけど、そういうのがあります。ですから規制がいかに難しい分野かなというのがわかります。

あと、近いところではAntitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Propertyという、そういうガイドラインは出てます。1995年ですけども、出ていることは出ています。これも時間の関係で割愛しますけれども、ご興味のある方は見ていただくといいかと思いますが、あんまりこの問題に関しては役に立たなかったんですね。



## 【 7. EUの競争法とライセンスの関係】

EUなんですけども、EUも私まだ十分調べてきておりません。すみません、この辺は。

EUも、今のところ私いろいろ調べたんですけども、なかなかそういったところまでではないです。EUは、アメリカでは反トラスト法ってありますけども、EUの競争法っていうのがあります。2004年に改正法が出てますけれども、あとEC条約、1958年発行のローマ条約とともに出てきているのがあって、こういったものがちらちらと見られるということです。

けども、じゃあソフトウェアの関係についてはどうなのかというと、まだ、私、調べ切れてないので、あるかどうかちょっとわからないですけど、今のところ私が調べた限りでは、まだないような気がします。

## 【 8. この問題をどう解決すべきか】

この問題をどう解決すべきか、ここが一番の本論になるかと思うんですけども、正直言って、このいい解決策ってないんですよ。でも、もう一番東大の白石先生なんかにやっていただきたいのは、早く法改正をしていただきたいと。21条のただし書きをつくって、本来的行使の場合の云々かんぬんとか書いていただければ、それで大分違うんじゃないかなと思うんですけども、なかなかそうはいかないですね。

やっぱり公正取引委員会のガイドラインというのは結構いいものがありますので、これをもうちょっと・・・実はここに書いてあるように、ソフトウェアライセンスについて、実はガイドラインが出ているんです。平成14年ですけども、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っていうのが出てまして、これが中間報告で終わって、しり切れトンボなんです。これをきちっとこの辺の問題を取り入れて、もう一回きちっとしたガイドラインを出してもらいたいですね。それだけでも大分外資のベンダーの動きが変わると思うんですね。

もともと私も外資にいましたけども、日本の法律でこうなってますよって言ったら、何も言えないんですよ。ガイドラインであってもそうだと思うんです。日本ではこういうのは駄目なんだということを、ちゃんと言え、アメリカのほうも、あっそうか、日本はそういう国なんだというふうに考えると思うんですね。だから何らかのものが無いといけないんじゃないかなと思います。

あと、そうですね、企業責任、特に企業倫理の問題ということですけども、これはなかなか難しいと思うんですね、なかなか難しいです。これはやっぱりある程度規制をちょっとやらないといけないのかな。

それと、一番大きいのは優越的地位の濫用に当たるんじゃないかということをちゃんとベンダーがきちっとわかる、わからせるということですね。

契約書のことについていろいろお話ししましたが、やっぱり契約書は限界があるかと思います。商慣習ですね。日本は契約交渉、交渉締結に時間、労力、金をかけない。日本はやっぱり日本の企業自体が法務部軽視ですよ、絶対にそう思いますね。私、外資にいましたけれども、法務の人間というのはやっぱり優遇されてました。やっぱりゼネラルカウンセルがいて、ゼネラルカウンセルは必ずCOにダイレクトレポーターなんです。法務がちゃんときちんとありまして、弁護士も非常に多くて、いわゆるビジネスとして法律を使う、そういうところだったですね。

でも日本の企業って、どちらかという、今、私日本の企業にいるんですけども法務軽視ですよ。どちらかという契約書は薄いほうがいい、早く契約してお金をもらいたい、売り上げを上げたい、そういう考え方で、リスクマネジメントなんていう考え方はなかなかないですね。そういったところがあって、なかなか契約交渉、締結に時間、労力、金をかけようとしなないというところがあります。だけど非常に問題の大きいところなんで、それはあまり今までどおりにはいかないよということですね。

あと、口頭契約・黙示の合意、これは日本法では口頭契約で認められてますけども、英米法では認められてないですよ。パロール・エビデンス・ルールに従って認められてないですね。書面ですよ、詐欺防止法なんかもありますけども、書面が基本ですよ。

契約書上でEntire Statementというのがある、完全合意がやって、ここに書いてあることがすべてですと書いてあるんですね。そうすると、相手が外資の場合は、やっぱりそれを最初に持ってきますから、なかなか簡単には済まない。その辺をちゃんとわかっているかどうかということですよ。

あとモデル契約書ですけども、私はこれがあるといいなと、SOFTICさんでつくってくれるといいと思っているんですけど、モデル契約書って結構みんな見るんです。結構見ます。モデル契約書にこう書いてある。これがスタンダードだとすると結構それをうまく使ってやりますから、モデル契約書っていうのは、やっぱりあればいいなと思うんです。

先ほど申し上げましたように、すごく変化の激しい業界ですので、いつ何どき、契約当事者

の相手方がいなくなっちゃうかものから、買収されたり何かする、今まで使っていたソフトウェアの権利者がいなくなっちゃうとか、そのときの保証どうするのということも考えると、やっぱりソフトウェア・エスクロウとか、ああいった問題もやっぱり出てくるんです。これからどんどん出てくると思いますね。それとも全体にソフトウェアの特徴をちゃんと見極めて、何かそういったものが、何らかのものがあればいいかなというふうに思ってます。

ということで、しり切れトンボみたいな形になってしまいましたけども、何らかのご参考にしていただければいいかなというふうに思ってます。

一応、書籍なども参考文献として挙げておきましたので、ご参照いただければいいかなと思います。どうもありがとうございました。（拍手）

## Q&A

Q 平成14年に、中間報告が出た後、遅々として改正等が進んでいないという現状があるんですけど、これは何かそれを差しとめようとする力でも働いてるんでしょうか。

○高田 私、その辺詳しくないんですよ。平成14年ですから結構古いですよ。私はこの後また幾つか出てくるのかなと思ってたんですけど、なかなか出てきません。

先ほどお見せしましたように、ガイドラインが出てくる間隔なんですけども、あんまり頻繁には出てこないんですよ。

多分いろんな学者さんとかいろんな弁護士さんの先生がお集まりになってやると思うんですけど、なかなか、大体あっても2カ月に1回の会合とか、結構そういうインターバルでやりますので、なかなか進んでないんじゃないかなと。これだけ進歩が激しいですから、もうちょっと待つてようという考え方もあるかもしれませんが、それを故意に差しとめようという、そういう動きは、私は今まで聞いたことはありません。逆に教えていただきたい。

ー こういう問題の重要性を盛り上げるという、結局そういう声も大きくなると役所も動かないわけですね。ただ各業界団体でいろんなメーカーさんの集まりとかソフトハウスさんお集まりとか業界団体があるんだけど、その中でどういう形で声を大きくしていったのかなというのも興味深いところだなと思っています。

○高田 そういう意味では、SOFTICさんの存在ってすごく大きいと思うんです。報告書が出ましたね、やっぱりインパクトがありますからね。

ー 私ども10年ぐらい前には、根岸先生の委員長でお願いして研究会はやったことがあったんですけど、なかなか具体的な情報はほとんど、委員さん一企業から出ていただいたんですけど、

具体的な情報はなかなかこれまた言えませんよね。

だから、そういったところで判例とか、そういったレベルでしか研究会は実質的には無理だったんですけどもね。

ライセンスの保護の問題とか特許法だけは改正になりましたけど、著作権は一向に動きませんし、ああいった声というのをいかに大きくできるか。集中してですね、あおることができるか、というのは課題かなと思うんですけども。

○高田 1点だけちょっとつけ加えさせていただきたいですけども、保守サービスと瑕疵担保責任との関係があります。瑕疵担保責任というのは、皆さんご存じかと思えますけども、いわゆる通常、本来その機能がないといけないものがなかったという場合です。ソフトですと動かなかったとか、そういった問題があります。商法と民法で違って、商法の場合には納入してから半年間の間に言ってくださいと、民法の場合には、相手が消費者の場合には気がついてから1年以内、そういう問題があります。

よくご質問を受けるのは、瑕疵担保責任の保証期間と、それと保守サービスの関係ということなんですけども、これは結構難しいところです。保守サービスの内容によって変わります。ですから極論すれば、例えば契約書で瑕疵担保責任の期間が1年間だったら、この1年間で保証してくれればいいと、2年目以降になるとこれが切れますので、保守サービスの契約を結びますという言い方もできるんですよ。

ただ、なかなかそうできないのは、ベンダー側のほうが保守サービスは最初の納入時点からでしか認めませんと、そういう言い方をするんですね。保守サービスをしている間はバグフィックスなんかもやりますし、新しいバージョンが出たりした場合には無償でそれを提供します。

ただ、瑕疵担保責任の場合には納入したものだけの瑕疵担保責任であって、そういったものはありません。そういうことで切り分けているケースが多いですね。そこも非常に難しいところだと思います。

○司会 よろしいでしょうか。きょうは、どうもありがとうございました。

以上