

Global Business Law Seminar

一般社団法人GBL研究所編 / [監修] 筑波大学名誉教授・弁護士 井原 宏
 明治学院大学法科大学院教授 河村寛治

ソフトウェアの保守サービスにおける 独禁法上の優越的地位の濫用と 知的財産権との関係

株式会社ビーコンIT法務部長・産業能率大学兼任講師
 高田 寛

はじめに

知的財産権者の市場行動が、独占禁止法上の問題を提起することがある。情報サービス産業の分野もその例外ではない。

例えば、近時、外資系ソフトウェアベンダによる保守料金の一方的かつ大幅な値上げが問題になっている。この問題の主な要因の一つには、長期にわたる不況により新規にソフトウェアを販売することが難しくなったベンダが、自己の売上げおよび収益を確保するため、毎年定期的に一定の収入をもたらす保守料金を大幅に値上げし、売上げおよび収益を維持しようとしているということが考えられる。

もちろん、ソフトウェアの保守が必要でなければ、ユーザは保守契約を解約すればよいのだが、保守対象となっているソフトウェアが大規模システムの基幹ソフトウェア(例えば、データベース・マネジメント・システム(DBMS)やミッション・クリティカル(MC)のソフトウェア¹⁾)の場合、ユーザは簡単にベンダとの保守契約を打ち切ることができない。なぜなら、これらのソフトウェアの障害は、ユーザにとって全社的なシステムダウンをもたらし、業務をまっ

く行うことができない事態を招くおそれがあるからである。例えば、ネット通販での受注システムやDBMSに障害が発生したら、ネット通販業者は一切のビジネスができなくなる可能性がある。

このような背景から、ユーザはベンダによる一方的かつ大幅な保守料金の値上げ要求に不満があっても、それを受け入れざるを得ないのが現状である。たしかに、ユーザはこのような事態を予測し、事前に契約書上でベンダの保守料金の値上げに対して一定の歯止めをかけることはできる。しかし、多くの契約書にはこれらに関する記述がなく、またあっても曖昧なものが多い。ベンダから一方的な大幅値上げの要求があつて初めて、ユーザは契約書の不備を実感し、後悔する。そして、このような一方的な要求をしてくるベンダへの不信感を募らせることになる。

ベンダの一方的な保守料金の大幅値上げは、交渉によって回避は可能である。しかし外資系ソフトウェアベンダの場合、ユーザの要求をほとんど受け入れず、海外の本社の指示によるものとしてこれらをユーザに押し付けることが多い。この背景には、「使用するソフトウェアの障害はビジネスに致命的な打撃を与えかねないので、ユーザは保守料金の値上げを受け入れざるを得ないであろう」と

いうベンダの思惑があるのも否めない。

このようなベンダの態様は、独占禁止法上の「優越的地位の濫用」に当たる可能性がありはしないだろうか。もしそれに当たるとしたら、独占禁止法21条をどのように考えたらいいか、また、解決策としてどのようなことが考えられるかが本稿の主たるテーマである。

さらに、近時、新たなコンピュータ・システムの形態としてクラウド・コンピュータリングを導入する企業が多いが、従来のオンプレミス型^{注2)}の使用形態と比べてときの、上述の保守料金の値上げ問題が発生する可能性、また発生した場合のユーザ側への影響についてもあわせて考えてみたい。

I 保守サービスにおける優越的地位の濫用の可能性

ソフトウェアの保守料金は、対象となるソフトウェアによっても異なるが、無期限の使用許諾権を付与された大規模ソフトウェアの場合、通常、買取価格(無期限の使用許諾)の15~20%が年間保守サービス料金である。すなわち、保守料金は、保守対象となるソフトウェアの価格に一定の保守料金を乗じて決定される。

保守サービスの主な内容は、ソフトウェアが正常稼動するための技術支援のほか、バグフィックス^{注3)}や新しい機能を追加した新バージョンの無償提供、インストールされているコンピュータが変更された場合や新しいオペレーティング・システム(OS)を使用する場合には^{注4)}それらに対応したバージョンの提供などである。

保守サービスに関して問題となるベンダの市場行動の典型的な例は、次のとおりである。

1. 保守料金の突然の値上げ・打ち切り

保守料金の一方的な値上げについてはすでに述べたが、このほかベンダによる突然の保守の打ち切りという問題がある。

保守を継続的に行うには、技術的・人的資源が必要である。売れなくなったソフトウェアに対して保守を継続することは、ベンダにとって大きな負担になる場合がある。そのため、ベンダは売れなくなった古いソフトウェアの保守を一方的に打ち切ることがある。また、M&Aなどによってベンダのビジネス戦略が変更されたことに伴って保守を打ち切る場合もある。

保守を打ち切られたユーザにとって

は、そのソフトウェアが安定稼働していても、基幹システムやMCにベンダによる保守のないソフトウェアを使うことには大きな不安がある。特にコンピュータやOSが変更された場合、今まで使っていたソフトウェアが正常稼動するかどうかの十分な検証も行えないため、保守なしでは大きな不安が残るであろう。

2. コンピュータ・OSが変更された場合の価格の不明瞭性

通常の保守料金のアップに起因する値上げ以外にも、コンピュータやOSが変更になった場合など、新たに高額な保守料金を支払わなければならないことがある。その一つの形態として、インストールするコンピュータの性能によってソフトウェアの価格が異なるという価格体系がある。

例えば、コンピュータAに対するソフトウェアの価格が1000万円、より性能の高いコンピュータBに対するソフトウェアが1500万円だとしよう。コンピュータAからBに替えた場合、ベンダがソフトウェア価格の差額(500万円)の支払いをユーザに要求することがある。さらにこれに伴い、保守料金も自動的に値上げされることとなる。保守料金が15%の場合、今まで150万円だった保守料金は225万円に跳ね上

がる。

こうした価格設定は、通常、ベンダの裁量で決まることが多い。なぜなら、契約締結時にコンピュータBが存在しなかった場合(そのハードウェア自体の性能評価にもよるが)、ベンダはコンピュータBに対するソフトウェアの価格を自社の裁量で自由に設定できるからである。

3. バージョンアップの問題

ソフトウェアがバージョンアップされた場合、たとえユーザがそのバージョンアップを必要としていなくても、ベンダはユーザに最新バージョンの使用を強いることがある。またその際、ベンダは旧バージョンの保守を一定期間経過後に打ち切る場合がある。

こうなると、ユーザは新バージョンを使用せざるを得ないが、安定稼働しているソフトウェアから新バージョンに変

注1) ユーザに与える損害を最小にするための適切なソフトウェアの選択。
注2) インストールされたソフトウェアの使用形態。
注3) ソフトウェアの誤りの修正。
注4) 耐用年数の経過により、買い換えることが多い。

更するにあたり、他のソフトウェアとの親和性の問題や、インターフェースに問題が生じて障害が発生するかもしれないといった不安は避けられない。

II 優越的地位の濫用と独占禁止法21条

これらベンダの態様が、独占禁止法上の優越的地位の濫用に当たるとどうか

が問題となろう。

優越的地位の濫用は、独占禁止法19条の不正な取引方法の行為類型の一つである「優越的地位の不当利用」として位置付けられる。不正な取引方法は、それ自体が競争を実質的に制限するに至らないが「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ものであり、私的独占および不当な取引制限(3条)の補完的または予防的色彩の強い規定である。

ベンダとユーザーの関係において、情報技術に関する情報量および交渉力に格差が生じるケースは多々ある。いくらユーザーが大企業であっても、情報技術を専門とするベンダに比べて情報システム部門のリソースは限られている。特に、ユーザーが基幹システムとしてベンダ

のソフトウェアを使用している限り、ベンダに優越的地位が生じやすい。しかし、優越的地位の濫用に該当するには、「優越的地位の存在」と「その地位を不当に利用した」という二つの要件が必要であり、優越的地位の存在だけでは優越的地位の濫用にはなり得ない。

ベンダが優越的地位を不当に利用しているかどうかは、個々のケースによって異なるであろう。しかし、取引が継続的で、かつユーザーが代替措置をとれないような状況において、ベンダが保守料金を一方的かつ大幅に引き上げるような行為は、「ベンダが優越的地位を不当に利用している」とユーザーから思われても不思議ではない。

その一方で、ベンダは知的財産権者の当然の権利として保守料金の値上げを強く要求してくるかもしれない。ここに、知的財産権者の権利(著作権)と規制すべき優越的地位の濫用(独占禁止法)が衝突する場面が生起する。

知的財産法による権利行使に関して、独占禁止法21条は「この法律の規定は、著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為にはこれを適用しない」と、適用除外を明確に規定している。すなわち、知的財産権と独占禁止法が抵触した場合には、法文上、独占禁止法の適用はない。

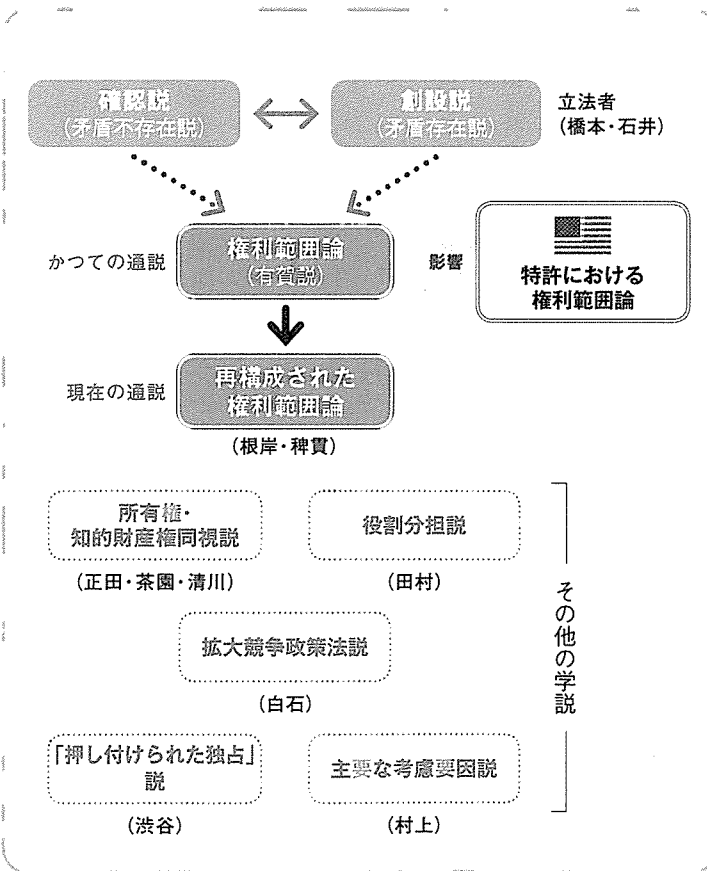
独占禁止法21条の解釈については、旧独占禁止法の立法当時からさまざまな学説が展開されてきた(図表1参照)。当初は、「矛盾は存在しない」とする確認説と、立法者である橋本龍伍や石井良三の「矛盾が存在する」という創設説に分かれていた。その後、学説は米国の特許権理論の影響を受けた有賀美智子の「権利範囲論」に集約されていく。有賀の「権利範囲論」では、知的財産権の行使を「本来の行使」と「非本来的行使」に分け、「非本来的行使」には21条の適用はなく、「本来的行使」であってもそこに権利の濫用が

認められた場合には21条の適用はないとしている(図表2参照)。

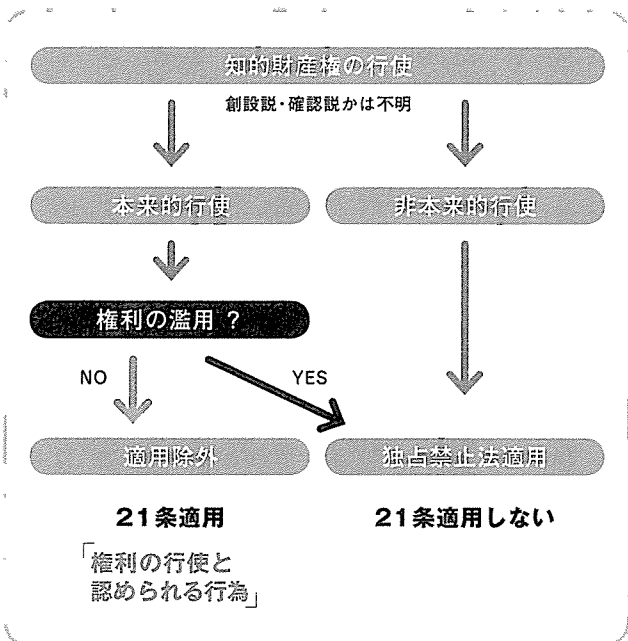
ここにいる「本来的行使」とは、知的財産法に具体的根拠規定を持つ行為(物権的権利の行使)であり、「非本来的行使」とは、知的財産法に具体的根拠規定を持つ行為ではなく、知的財産権に係る他人との契約によって相手方に一定の制限を課する行為(債権的権利の行使)である。近時の通説である「再構成された権利範囲論」は、この有賀説を基礎としている。

この「再構成された権利範囲論」では、実質的に知的財産法が定める知的財産

図表1 適用除外制度の学説



図表2 権利範囲論(有賀説)



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やたまた乗りという不正な競争手段を阻止するという知的財産制度の本来の趣旨を逸脱して、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いえず、独占禁止法の適用除外(21条)の対象から外れるとする。知的財産権の権利行使であつても、知的財産制度の本来の趣旨を逸脱した行為については独占禁止法が適用されるとするものである。

また、この学説では、知的財産法を特別法、独占禁止法を一般法としてとらえ、知的財産法による権利の行使とは認め

は種々あるが、現在では「再構成された

III 公正取引委員会のガイドライン

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している。
このように、近時の通説である「再構成された権利範囲論」は、独占禁止法21条の適用に一定の制限を加え、独占禁止法の適用範囲を広げている。

権利範囲論」が通説となっており、平成19年の公正取引委員会のガイドライン「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」(以下「知的財産ガイドライン」という)は、この学説に依拠していると思われる。

知的財産ガイドラインは、平成11年の「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」を全面的に改訂したものであるが、ソフトウェアも対象に加えていることに特徴がある。しかし、知的財産権と不正な取引方法の境界については明確に触れられておらず、知的財産権の行使が優越的地位の濫用に該当する程度が明確に示されているとは言いがたい。特に、ソフトウェアの取引方法については、明確な例示または基準がない。しかし、同ガイドラインは次のように「再構成された権利範囲論」に依拠した一定の指針を与えている。

- ① 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。
- ② 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および利用できる行為を制限する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利

の行使とは評価できない場合は、同じく独占禁止法の規定が適用される。

③ 権利の行使とみられる行為があつても、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、事業者が創意工夫を發揮させ、技術の活用を図るといふ、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。

このように、知的財産ガイドラインは、知的財産権の行使にかかわる行為が独占禁止法の適用除外になるかどうかは、①それが「権利の行使」とみられる行為か(外形的または形式的判断)、②「権利の行使」とみられる行為であつても、さらにそれが「権利の行使と認められる行為」か(知的財産制度の趣旨または目的に違背するか否かという実質的判断)の二段構えによる判断となることを示唆している。
なお、知的財産制度の趣旨または目的は、知的財産基本法10条に規定されているように、「知的財産の保護及び活用に関する施策を推進するに当たっては、その

公正な利用及び公共の利益の確保に留意するとともに、公正かつ自由な競争の促進を図られるよう配慮することである。

知的財産ガイドラインは「特許・ノウハウライセンス契約に関する独占禁止法上の指針」を基礎としているため、知的財産権も特許権を想定した記述が見られる。一方、平成14年の「ソフトウェアライセンス契約等に関する独占禁止法上の考え方」ソフトウェアと独占禁止法に関する研究会中間報告書は、ソフトウェアライセンス契約における制限

事項、すなわち、複製・改変の制限、リバースエンジニアリングの禁止、抱き合わせ販売等についての報告書である。しかし、残念ながら同報告書でも21条問題について多くは触れられていない。

このように、公正取引委員会の指針および報告書として公表されているものに、ソフトウェアライセンスに関する21条問題について具体的かつ明確に例示または明示したものはなく、ガイドラインも特許権を想定したものに偏り過ぎているらしいがある。

また、事業者が創意工夫を發揮させ技術の活用を図るといふ知的財産制度の趣旨を逸脱したものが「権利の行使と認められる行為」ではないとすると、創作奨励を通じた文化の発展という著作権法の趣旨または目的との間に齟齬が生

じることになる。なぜなら、ソフトウェアはプログラム著作物であり、第一義的に著作権法で規律されているからである。このように、公正取引委員会の対応は、問題を解決するために十分なものとはいえないと思われる。

IV クラウド・コンピュートイングにおける問題の深刻さ

ソフトウェアの使用方法には大きく2種類ある。一つは、従前からのオンプレミス型の使用形態である。これは、ユーザが独自にコンピュートを調達し、それにソフトウェアをインストールし、自分たちの管理の下に使用する方法である。もう一つは、クラウド・コンピュートイングである。これは、ユーザがコンピュータ等を自分で用意せず、インターネット経由でベンダのコンピュータやソフトウェアを使用する方法である。ユーザは使用料さえ払えば、自分でコンピュータやソフトウェアを用意する必要がなく、大幅な経費節減につながるため、近時、多くの企業がクラウド・コンピュートイングを導入している。

しかし、優越的地位の濫用を考えた場合、クラウド・コンピュートイングは従前のオンプレミス型使用に比して、ユー

ザに対するベンダの優越的地位がよりいっそう強まることが考えられる。

近時、ソフトウェア取引に関するトラブルや訴訟が多いが、ベンダとユーザとの間にトラブルが発生した場合、オンプレミス型であれば、ユーザの管理下にソフトウェアがあるので、たとえベンダと訴訟になったとしても、期限付きライセンスキー²⁵⁾を使用していない限り、ユーザは実質的に自由にソフトウェアを使い続けることができる。そのため、ベンダがユーザのソフトウェアの使用を止めるには、裁判所に対して差止請求を行うしかない。しかし、クラウド・コンピュートイングの場合はそうはいかない。コンピュータおよびソフトウェアともベンダの完全な支配下に置かれているため、ベンダの裁量でその使用を止めることもできる(図表3参照)。さらに、ユーザのデータまでもがベンダの手に収められることもある。また、使用料に関して、契約上で何らかの制限を加えていなければ、ベンダの自由な値上げが可能になるであろう。

このように、クラウド・コンピュートイングでは、ベンダがすべてを手中に収め、ユーザは自由度がほとんどないシステムを使用することになるため、ベンダの優越的地位の濫用問題が起きやすい。ユーザはシステムの使用を止められ

るのを恐れるあまり訴訟すらできない状況に追い込まれる可能性がある。

V モデル契約書による解決

この問題の解決策としては、「再構成された権利範囲論」を基礎とした独禁法21条の改正や、公正取引委員会によるソフトウェアライセンスに関する21条問題の具体的な指針等が必要であろう。しかし、これらには時間がかかることが予想される。よって、現時点では、モデル契約書の策定が最も有効な解決策の一つであると思われる。

本稿で取り上げた種々の問題は、第一義的には契約締結時における問題であり、対等な立場で契約交渉を進めれば回避できるものが多い。しかしながら、経験不足のユーザと、情報量および交渉力に大きな差がある外資系ソフトウェアベンダとの間で、十分な理解に基づいた契約を締結するのは至難の業である。このような場合に、ベンダの優越的地位の濫用の回避を想定したモデル契約書があれば、ユーザは、これを基に自分たちのリスク分析をしながら契約交渉ができるのではないだろうか。また、ベンダにとっても法規制を意識するのに役立つといえよう。

例えば、ベンダの優越的地位の濫用を回避するための契約上の考慮点として、以下のものが考えられる。

- ① 保守サービスの突然の打ち切り
または大幅な値上げを回避するための方法
- ② ベンダの価格体系を明確にするための開示の方法
- ③ バージョンアップをする場合の旧バージョンの取扱いと保守の内容
- ④ システム子会社設立等の第三者使用ライセンスについての事前の取決め
- ⑤ コンピュータの設置場所の変更など、ベンダの作業を要さない変更の取扱い
- ⑥ 具体的なバックアップやディザスタ・リカバリのための複製の取扱い
- ⑦ リース契約の場合、リース期間満了後の取扱い
- ⑧ クラウド・コンピューティングの場合、ベンダにとって不利な条件の洗い出し

このほか、ケースごとに個別かつ具体的に優越的地位の濫用を回避できるような契約を締結する必要があるであろう。

う。少なくとも、双方が契約締結を急ぐあまり契約条件を十分に吟味しないようなことは避けなければならない。そのためにも、ベンダとユーザの情報量および交渉力の格差を是正し、事前に問題点を浮き彫りにするようなモデル契約書の準備およびその活用が必要であると思われる。

おわりに

ベンダの優越的地位の濫用は、事案ごとに吟味すべき問題で、ベンダのすべてにそれらが見られるわけではない。また、優越的地位の濫用の問題としてすべてを解決できるものでもない。しかし、ベンダによる一方的な保守料金の値上げ等の要求は現実には発生しており、近時、ソフトウェア取引に関する訴訟もいくつか提起されている。

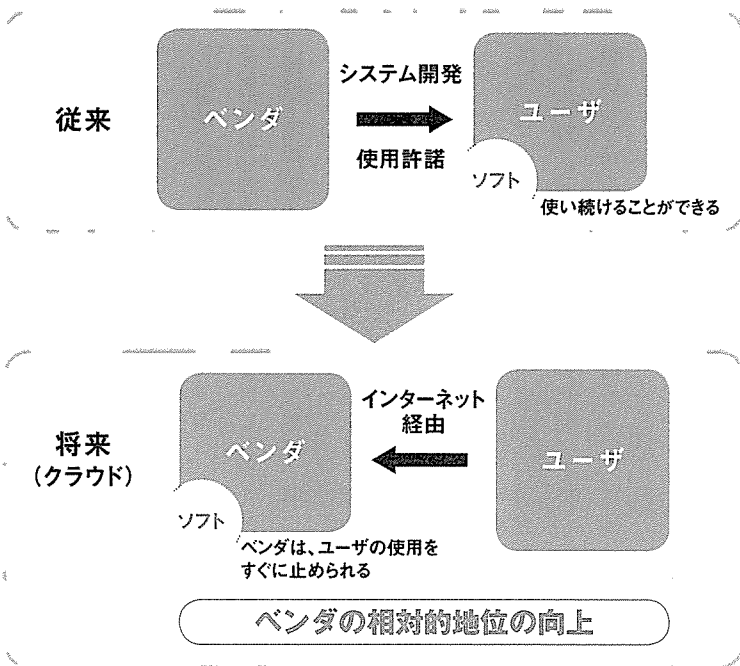
契約当事者間の情報量と交渉力の格差は消費者問題でも見られ、それを是正するものとして消費者契約法などの法律がある。また、元請けと下請けとの格差についても、下請法などにより法的な是正措置がとられている。

しかし、ソフトウェア取引においては、ベンダとユーザの間に情報量および交渉力の格差が生じているものの、法的

な是正措置がとられておらず、ベンダの優越的地位の濫用が起きやすい状況といえる。唯一、「再構成された権利範囲論」に依拠する公正取引委員会のガイドラインがあるが、ソフトウェア取引に関する明示的な指針は出されていない。高度情報化社会において、ソフトウェアに関する取引はますます増大し、また重要になる。ソフトウェアの健全な取引を維持するためには、ベンダ・ユーザ双方がソフトウェア取引で起こりやすい優越的地位の濫用を認識し、これを回避

する努力が必要であろう。そのためには、なんらかの法的措置や公正取引委員会の具体的なガイドラインが待たれるところではあるが、それがない現時点では、公正取引委員会のガイドライン等を基にしたモデル契約書を作成し、それを活用することが必要ではないだろうか。近時のソフトウェア取引の状況を鑑みるに、ベンダとユーザの対等な関係を保ちつつ健全な契約交渉をするためには、モデル契約書の用意が喫緊の課題であると思われる。

図表3 今後クラウド・コンピューティングで懸念される問題



注5) 期限付きライセンスキーを入力することにより使用期限を設定する方法。