

17 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—

招聘研究員 鄭鎮根 (ジョン・ジンゲン) (*)

コンピュータ・プログラムを著作物として保護し始めたのは、1970年代後半以降で、米国、ヨーロッパ連合(EU)、韓国そして日本などのプログラム著作権分野で主要な国々は、同一、類似の法制によってコンピュータ・プログラムを保護している。

このように各国が似ている保護法制を採択している理由としては、コンピュータ・プログラム保護の歴史が比較的浅いこと、知的財産権の国際的調和の必要性に対する同意が大体的に形成されていること、コンピュータ・プログラムには国境がないと言う特徴及びネットワーク効果などが考えられる。

しかし、一部では各国間によって非常に微妙な差を見せており、その中の一つが“プログラム著作権の制限水準”を決定する問題である。特に、コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリング(又はリバース・アナライズ)行為が許容される範囲を決定するに当たって、非常に重要な判例がアメリカから出たのである。

この事件でアメリカの連邦巡回控訴裁判所はリバース・エンジニアリングを制限する契約条項が連邦法である著作権法に優先すると判示した。その理論的背景はもちろんその妥当性に対し、多くの学者達から批評されている。アメリカと違い、ヨーロッパ連合(EU)ではリバース・エンジニアリングを制限する契約条項は無効と明示する方法を利用しており、大韓民国はリバース・エンジニアリングを自由利用の一類型と例示する立法を採択した。

これらの違いは、各国の歴史的、理論的背景の相違から来るものであると考えられる。よって、これらの事実を土台にし、どのような法制が日本と国際社会の望ましい将来、及びコンピュータ・プログラム産業の発展に相応しいか提案したい。

I. はじめに

米国議会はCONTU(著作権ある著作物の新技術による使用に関する国会委員会: Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works) CONTU報告書を受けて、1980年にコンピュータ・ソフトウェアを保護するための著作権法を改正することとした。^(*)

プログラムの保護に関する意義ある議論としては、WIPOの「コンピュータ・ソフトウェアの法的保護に関する協定案及びコンピュータ・ソフトウェアの保護に関するモデル規定^(**)」と、日本の通商産業省(Ministry for International Trade and Industry: MITI)の独自立法案(sui-generis approach)が挙げられる。

世界各国は著作権的保護を採用することとしたが、^(***)各国間におけるプログラム保護の相違点が非常に少ないものとなった。しかし、各国が有する法文化とプログラム産業の競争力の差によって、プログラムの保護方法と保護水準の差が生じる場合がある。その代表的なものが「リバース・エンジニアリングによる著作権の制限」である。

したがって、本論文ではリバース・エンジニアリングの意義

と著作権法における争点を考察し、どのような法的解析によってリバース・エンジニアリングを認定するのかを中心に、国家間の相違点と特徴を調べていくこととする。

II. リバース・エンジニアリングと著作権法

1. リバース・エンジニアリングの意義

リバース・エンジニアリング (Reverse engineering) とは、一般的に他社の開発した工業製品を調査・解析・研究し、そこに含まれている技術的アイディアや情報、又はその製品製造のためのノウハウなどを製品から逆の過程をさかのぼって抽出することをいう。^(***)ただ、表現が公開されている著作物にはリバース・エンジニアリングは不要であった。

しかし、コンピュータ・プログラムはオブジェクト・コードとして流通するために表現を見ることはできず、プログラムのこのような特徴によりリバース・エンジニアリングが必要となった。リバース・エンジニアリングの中でプログラム・リバース・エンジニアリングは、オブジェクト・コードを逆コンパイル (decompilation)、実行(run)、調査(investigation)する行為からソース・コードを抽出する一連の過程をいう。

(*) 法学博士 韓国 技術と法研究所 研究員 国立韓京大学法学部 兼任教授

(*)1 Raymond T. Nimmer, Law of Computer Technology, LCOMTECH § 1:9 (Database updated September 2005).

(**2) Copyright, UN WIPO at 271-279, UN Doc. LPCS/11/3 (Sep. 1983) (draft treaty); WIPO, Model Provisions on the Protection of Computer Software § 3-4 (1980).

(**3) Dennis S. Karjala, Copyright protection of operating software, copyright misuse, and antitrust, 9 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 161 (1999) at 178.

(**4) 中山信弘『ソフトウェアの法的保護(新版)』(有斐閣, 1988年) 127頁; 根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 121頁から再引用

これ以外にも、リバース・エンジニアリングに代わってリバース・アナライズという用語を利用する場合もある。

リバース・エンジニアリングを許容するとしても、リバース・エンジニアリングの結果、調査対象プログラムの権利者の排他的権利を侵害してもよいことを認めるものではなく、飽くまでも試験研究のためのプログラムの調査解析行為のみを問題にするものであり、その意味では、リバース・エンジニアリングとするよりむしろ、リバース・アナリシスとするのが正しいのであろう。^(*)5)

リバース・アナリシスの概念の意義は、プログラム・リバース・エンジニアリングが著作権と関連してどの範囲で許容できるかを示唆する点で、非常に重要な概念であるといえる。

2. リバース・エンジニアリングの必要性

リバース・エンジニアリングは、産業界では広く利用されているが、リバース・エンジニアリングの意義を分析してみると次のとおりである。^(*)6)

第一に、リバース・エンジニアリングは、技術的アイデアや情報を習得して技術革新の手段を提供する。

第二に、互換性や相互接続を保障する手段を提供する。

第三に、プログラムの補修やバグ除去の手段を提供する。

第四に、自社開発のプログラム著作権を他社のプログラムが侵害しているか検証する手段を提供する。

3. リバース・エンジニアリングによる著作権法侵害の是非

(1) リバース・エンジニアリングの著作権法違反

著作権法にはリバース・エンジニアリングを許容する規定がないとしても、リバース・エンジニアリングを禁じ得ないと解釈すべきであるという見解がある。^(*)7)

他方、リバース・アナライズはプログラムによって自動的に実行され、新たな創作性が加味される余地はなく、オリジナル・プログラムとリバース・アナライズによって生成されたプログラムは実質的に類似することから一般的に「複製」に該当するとみなす、とする説がある。^(*)8)この見解が主要国家の通説であり判例の態度である。

(2) リバース・エンジニアリングによる著作権侵害の領域

違法性が生じる領域を確定するために、プログラムのライフ・サイクル(life cycle)をみてみたい。

コンピュータ・プログラムは、ソース・コードAで創作される。プログラムAはコンパイルによってオブジェクト・コードBへ変換されてから流通する。プログラムBは第三者によって購買されるが、通常、著作権者と購買者間では債権的使用許諾契約が存在する。第三者は、取得したオブジェクト・コードBを逆コンパイルしてソース・コードCを抽出する。そして、抽出されたCを分析・研究し、時には新たなプログラムであるDを創作することもあるが、このような新たな創作行為をフォワード・プログラミング(forward programming)という。

では、上記の行為においてどの部分が著作権を侵害するのであろうか。まず、フォワード・プログラミングによって創作されたプログラムDがプログラムAの著作権侵害にあたるか否かという点、次に、逆コンパイルによって抽出したソース・コードCがプログラムAの著作権侵害にあたるか否かという点である。

まず、プログラムDがプログラムAの著作権を侵害し得るかという問題は、全体的に著作権の一般原則に従う。すなわち、プログラムDがプログラムAと実質的に類似し、プログラムDの創作がプログラムAによってなされたのであれば、明白な著作権侵害に該当する。

他方、プログラムCの抽出がプログラムAの著作権を侵害し得るかという点では、議論がある。

ソース・コードAはオブジェクト・コードBへ変換され、流通するのが一般的である。このオブジェクト・コードBを再変換させ、人間が理解できるソース・コードCへ改めて変換させるのがリバース・エンジニアリングである。この際、BをCへ変換させる過程は、逆変換プログラム(decompilation program)を利用して自動的になされる。BはAをコンパイル(compile)して生じるが、記憶場所割当(メモリアロケーション)及び最適化とともに実行に必要な情報が追加されることからAと正確に1対1でマッピング(mapping)するのではなく、BをCに逆コンパイルするときも、表現が実質的に類似しなくなる。すなわち、厳密に言えば、 $A \neq B \neq C$ の関係が成立する。

以上の理由、すなわちCは、Aとは表現が実質的に相違することから、逆変換を「翻訳」としてみる見解もあり得る。

日本の1987年のマイクロソフト事件^(*)9)においても、裁判所は複製権侵害を認めた。この事件で、被告はマイクロソフト社のベーシック・インタープリタのオブジェクト・コードを16進数のコードに置き換え、逆アセンブルして解読し、ラベルや

(*)5) 同旨として根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 124-125頁; 中山信弘『ソフトウェアの法的保護(新版)』(有斐閣, 1988年) 128頁

(*)6) 根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 121-124頁

(*)7) 이혜광, “개정 컴퓨터프로그램보호법과 프로그램코드 역분석(decompilation)”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망(심당 송상현선생 화갑기념논문집), 2002, 972쪽; 손승우, “저작권과 워킹그룹 라이선스 상의 S/W Reverse Engineering의 법적 지위”, 산업재산권(제14호), 2003, 11., 199쪽.

李ヘゲン「改正コンピュータ・プログラム保護法とプログラム逆分析 (decompilation)」シンダン 宋サンヒョン先生華甲記念論文集『21世紀韓國民法学の課題と展望』(2002年)972頁、孫スヌウ「著作権とシュリンクラップ・ライセンス上のS/W Reverse Engineeringの法的地位」産業財産権 第14号 (2003年11月) 199頁

(*)8) 오승중·이혜완, 저작권법, 박영사, 1999, 633쪽; 임준호, “컴퓨터 프로그램의 법적 보호, 지적소유권에 관한 제문제(하)”, 법원행정처, 1992, 501쪽.

呉スンゾン・李ヘウエン『著作権法』(博英社, 1999年) 633頁、林ジュンホ『コンピュータ・プログラムの法的保護 知的所有権に関する問題(下)』(法院行政所, 1992年) 501頁

(*)9) 東京地判昭和62年1月30日判時1219号

コメントを付して解説書として出版したが、裁判所は両著作物の差異はほとんどラベル表示の差異によるものであるとして、複製権侵害を認めた。^(*10)

このような意見を総合すれば、リバース・エンジニアリングの違法性の領域は、プログラムCを抽出してメモリーへ固定することにより複製権を侵害することといえる。

(3) 著作権侵害に対するリバース・エンジニアリングの役割

前述したとおり、リバース・エンジニアリングはプログラム著作権者の複製権を侵害するものであるから、著作権者はリバース・エンジニアリングを行う者に対し、著作権侵害の中止と損害賠償の請求のみならず、刑事的制裁を加えることもできる。すなわち、リバース・エンジニアリング行為の許容は著作権の制限を意味する。

4. リバース・エンジニアリングと関連した法的争点の整理

リバース・エンジニアリングと関連した主要な論点を整理してみると、第一に、著作物の一類型であるコンピュータ・プログラムになぜリバース・エンジニアリングの必要が生じるのかという疑問、第二に、リバース・エンジニアリングが著作権を侵害するのかという問題であるが、この問題は、リバース・エンジニアリングによって著作権を侵害した者に抗弁権を付与することによって著作権を制限すべきなのかという観点から眺めなければならない。第三に、リバース・エンジニアリングと関連して、著作権法上のどのような法規定を適用すべきなのかという問題と、第四に、リバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性に関する問題である。

Ⅲ. リバース・エンジニアリング関連の米国の立場

1. 成文法の規定

(1) 憲法

米国では合衆国憲法と著作権法の構造と関係は、著作権法が、国家的権威をもつ連邦規範としての力を与えられていることを意味する。したがって、憲法による権限を委任され、法定権を設定している著作権法に違反する契約又はこれを支持する契約法は、憲法違反であるという結論に至ることになる。^(*11)

(2) 米国著作権法

米国は、1998年のミレニアム著作権法(The Digital

Millennium Copyright Act: DMCA)第117条の一部条項を改正し、「著作権保護及び管理システム(copyright protection and management systems)」という別の章を新設し、リバース・エンジニアリングを、技術的保護措置が回避できる例外の一つとして認めている。

しかし、この規定は一般的リバース・エンジニアリング規定ではなく、リバース・エンジニアリングにより技術的保護措置の回避の可能性のみを規定したものであることから、適用に限界がある。

(3) UCITAのリバース・アナライズ条項

2002年改正法(Amendments Completed Year 2002)で互換性を目的とするリバース・エンジニアリングを許容することになった。^(*12)

しかし、UCITAは未だ幾つかの州においてしか採択されておらず、根本的公共政策が何かについても明らかにしておらず、契約により公正使用に該当するリバース・エンジニアリングを制限し得るかという問題については、不確実性だけしか与えていないという指摘がある。

2. 判例の立場

米国の裁判所は、公正使用の原則(fair use doctrine)^(*13)を通じてリバース・エンジニアリングを許容している。

米国において、現在までに出了判例の中で、リバース・エンジニアリングに対する指導的判例として挙げられているのはSega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc. 事件^(*14), Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc. 事件^(*15)そしてDSC v. DGI事件^(*16)である。この事件などから、裁判所はリバース・エンジニアリングが公正使用に該当するかということについて、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が、①プログラムに内在された思想(idea)や機能的要素(functional elements)にアプローチできる唯一の方法で、②複製を行う者に、このようなアプローチに対する正当な理由がある場合、著作物の公正使用に該当すると判断した。この際にも、著作権法107条で掲げる4項目についても判断すべきであることは当然だといえよう。リバース・エンジニアリングが、著作権法107条で規定した公正使用要件に該当するか否かについても、最終的に公正使用に該当すると判示した。

リバース・エンジニアリングが適法であるという根拠になる公正使用の原則とは、衡平法(equitable rule of reason)から発展してきたものであるから第107条の要件は排他的要件で

(*10) 梶山敬士著『ソフトウェアの著作権・特許権』(日本評論社, 1999年)12頁

(*11) Merritt A. Gardiner, Bowers v. Baystate Technologies: Using the shrinkwrap license to circumvent the Copyright Act and escape federal preemption, 11 U. Miami Bus. L. Rev. 105 (2003) at 129.

(*12) UCITA § 118 (Terms Relating to Interoperability and Reverse Engineering).

(*13) 17 U.S.C.A § 107. Limitation on exclusive rights: fair use

(*14) 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

(*15) 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

(*16) DSC Communications Corp. v. DGI Techs., 81 F3d 597 (5th Cir. 1996).

はなく、公正使用の原則を引用する究極的な正当性は、当然、「科学技術と有用な芸術の進歩を促進するため」という著作権法の目的に依拠する。^(*)17)

3. リバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性

(1) 学説の態度

米国国内においても契約によるリバース・エンジニアリング制限の可能性について様々な提案がなされており、個々の見解を整理すると次のとおりである。^(*)18)

第一に、著作権法が有する優先適用可能性にかんがみて、強制履行可能性を有さないとする見解である。^(*)19)

第二に、知的財産権の濫用により、強制履行可能性を有さないとする見解である。^(*)20)

第三に、交渉が可能な形態ならば強制執行の可能性を有するものとみなすべきであるとする見解である。^(*)21)

第四に、ライセンスを提供する当事者が独占的地位可否により強制執行の可能性を認めるべきであるとする見解である。^(*)22)

第五に、公衆の利益を不当に侵害する場合、マスマーケット・ライセンスによるリバース・エンジニアリング制限条項は強制執行の可能性がないとする見解である。^(*)23)

最後に、強制執行の可能性を認めることによって、制限なしに契約によるリバース・エンジニアリング制限が可能であるとする見解である。^(*)24) この見解の要旨としては、独占禁止法や競争関連法(competition law)が結局、その役割を果たすことになるから、あえてリバース・エンジニアリング条項を強制する必要がないという点を根拠に主張している。

(2) Bowers 事件における裁判所の立場と評価

(i) 裁判所の立場

最近、リバース・エンジニアリングの法的地位と関連して重要な判決が下された。Bowers v. Baystate Technologies, Inc. 事件^(*)25)である。裁判所はこの事件で、契約に基づくリバース・エンジニアリングの制限について、著作権法を優先または範囲を狭めるものではないとの見解を示した。

(ii) 判決の評価

今回の判決の意義を評価するために、第一に、Bowersの判決が「連邦法が州の契約法に優先する」という英米法の一

般原則の変更を意味するののかということと、第二に、契約によって公正使用まで制限することができるのか、という問題に分けて検討してみたい。

第一の問題と関連して、Baystate社は、リバース・エンジニアリングを禁止するBowersのシュリンクラップ・ライセンスの内容より、著作権法を優先すべきと主張したが、裁判所はこれを否定し、連邦の規範は場合によって私的契約内容に優先するとの見解を示した。

つまり、この問題について裁判所は、すべての連邦法が契約の内容に優先するのではなく、連邦法の目的によって優先適用の可否を判断すべきであるとする一般原則を説示したと考えられる。

このような原則を今回の事件に適用してみると、著作権法には一般的リバース・エンジニアリングを許容する規定はなく、単に互換性確保のための技術的措置の迂回を許容するのみで、連邦法が契約内容により排除され、又は著作権法の目的が形骸化されたとみる余地もないことから、裁判所の判断は「契約内容が連邦法である著作権法のある特定条項に違反しておらず、連邦法が契約の内容に優先される余地がない」と理解するのが正しいと思われる。

第二の問題と関連して、裁判所は「今回の決定において、裁判所はリバース・エンジニアリングが著作権を侵害する例外としてAtari Games v. Nintendo事件のように公正使用としてみなすべきなのかに対しては結論を留保する」としながらも、「コンピュータ・プログラムに内在された保護されない思想を見つけ出すためのオブジェクト・コードのリバース・エンジニアリングは、公正使用に該当する」と説示をしていることから、今回の判決が公正使用を無条件に排除するものであるとみることが誤りであろう。

また、今回の事例のリバース・エンジニアリングが公正使用の要件に該当、Baystate社は競合企業であり、これを利用して競争製品であるテンプレートとソフトウェアを開発したという点、このような行為が市場に及ぼす影響が少なくないという点とともに、企業間取引によって契約条件に対する交渉が一方向的に不利であったとみる根拠がない点などを考慮するとき、衡平法的原則に基づいた公正使用の原則が形骸化されたとまでみる根拠はないように思われる。

したがって今回の判決は、Bowers v. Baystate Technologies,

(*)17) Seungwoo Son, Can block dot (Shrinkwrap) licenses override federal reverse engineering right?: The relationship between copyright, contract, and antitrust laws, 6 Tul. J. Tech. & Intell. Prop. 63 (2004) at 79.

(*)18) Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, The law & economics of reverse engineering, Yale Law Journal (April 2002) at 48-50.

(*)19) Charles R. McManis, The Privatization (or "Shrinkwrapping") of American Copyright Law, 87 Calif. L. Rev. (1990) at 187-190; David A. Rice, Public goods, Private contract and Public Policy: Federal Preemption of Software License Prohibitions Against Reverse engineering, 53 U. Pitt. L. Rev. (1992) at 543.

(*)20) Mark A. Lemley, Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing, 87 Calif. L. rev. (1999) at 151-158; Marshall Leaffer, Engineering Competitive Policy and copyright Misuse, 19 U. Dayton L. Rev. (1994) at 1106.

(*)21) David Nimmer & Elliot Brown & Gary N. Frischling, the Metamorphosis of Contract Into Expand, 87 Calf. L. Rev. (1999) at 68.

(*)22) Maureen O'Rourke, Drawing the Boundary Between Copyright and Contract: Copyright Preemption of License Terms, 45 Duke L. J. (1995) at 551.

(*)23) J. H. Reichman & Jonathan A. Franklin, Privately Legislated Intellectual Property Rights: Reconciling Freedom of Contract With Public Good Uses of Information, 147 U. Pa. L. Rev. (1999) at 939.

(*)24) Raymond T. Nimmer, Breaking Barriers: The Relation Between Contract and Intellectual Property Law, 13 Berkeley Tech. L. J. (1998) at 861-888.

(*)25) 320 F.3d 1317 (Fed.Cir.(Mass.) 2003); 320 F.3d 1316, 65 U.S.P.Q.2d 1746 (Fed.Cir. 2003).

Inc.事件も、契約による衡平法的原則の侵害有無という見地から判断すべきであるが、この事件で裁判所は、衡平が崩されていないと判断し、契約の有効性を支持したものとして理解すべきである。

4. リバース・エンジニアリング関連の米国の立場に対する評価

米国は、著作権法に著作権の制限に関する一般原則を規定しているが、これは新たな規定というより判例を通じて蓄積された公正使用の原則を明文化したにすぎない。したがって、著作権法107条の解釈は、同条項の解釈に限らず、公正使用の原則の根拠となる衡平法的思考を通じて解釈しなければならない。このような原則は、米国が伝統的に判例法国家であるという点と、裁判官の判決に対する信頼から生じたものである。

米国の著作権制限方法は、日本や韓国が採用している自由利用(free use)による制限とは明白に異なる性格を持つ。米国の公正使用の原則による制限は、原則的にケース・バイ・ケース(case by case)により適用されなければならないが、これは一般使用者に法的安定性を保証することができないという短所があるものの、裁判所が事件ごとに存する特殊な性格を考慮して、合理的結論に到達し得るという長所が認められる。また、激変するソフトウェア産業の競争力と国家の産業政策を反映できる点も重要な長所として指摘できよう。

IV. リバース・エンジニアリング関連のEUの立場

1. EUディレクティブの規定

EUは「コンピュータ・プログラムの法的保護に関するEUディレクティブ (European Communities Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs)」6条で、逆コンパイル(decompilation)に関して規定している。

ここで注意を要するのは9条である。9条2項^(*)26)は、逆コンパイルに関する6条に反するいかなる契約内容も無効であると規定している。EUディレクティブの特徴としては、逆コンパイルのための厳格な要件と強行規定を明示している点である。

2. EUディレクティブに対する評価

EUには、法文化とソフトウェア産業競争力がそれぞれ異なる諸国が加盟国として参加している。したがって、EU各国が多様な法文化と法政策を一つに統合し、統一化された法律

システムを具現化するためには、明示的規定によって混乱を最小化する必要がある。

また、EUは米国に比べ、相対的に劣勢におかれているソフトウェア産業を保護・育成する必要がある。結局、このような要求が、EUがリバース・エンジニアリングに関する明示的規定を設けた原因になったと考えられる。

したがって、EUの明示的規定は、多様な法文化を有する諸加盟国の法制度を一つに統合し、域内のソフトウェア産業を米国から保護する役割を担うと予測される。また、使用者には、法的安定性と信頼性を提供する長所も認められる。

同時に、EUの規定は、リバース・エンジニアリングの許容範囲に関する明確な基準を提示することにより、リバース・エンジニアリングに関する立法を模索する他の国にとって重要な先例を提供することになるであろう。特に、EUディレクティブ9条は、契約とリバース・エンジニアリングに関する関係を明確化したことは当然であるが、本条からリバース・エンジニアリングと使用者の使用権に関するEUの方針を予測することができよう。

V. リバース・エンジニアリング関連の日本の立場

1. 成文法と学説

日本の裁判所は、米国が公正使用の原則をリバース・エンジニアリングに適用していることについて否定的立場を堅持しており^(*)27)、また、EUディレクティブのような明文化した規定もない。ただ、リバース・エンジニアリングについては合法とするのが通説の立場である。^(*)28)

ただし、その根拠において、学説の多くは、その根拠を著作権法1条で定めた目的に依拠している。^(*)29)また他の説明では、著作権法10条3項をその根拠として提示する学説、著作物の公正な利用に関する30条以下の条項を準用すべきであるとする学説^(*)30)等がある。このような説明は、個々の条文の実質的趣旨を踏まえてはいるものの、技術取引のバランスを図るために不明確なところを除去し、不要な争いを避けるため立法的措置が取られることが望ましいという見解も提示されている。^(*)31)

2. リバース・エンジニアリングを制限する契約の効力

(1) 特許法69条と同じ強行規定とみる見解

この見解は、特許法の規定を類推適用することである。日

(*)26) Any contractual provisions contrary to Article 6 or to the exceptions provided for in Article 5 (2) and (3) shall be null and void.

(*)27) 東京地判平成7年12月18日判時1567号126頁

(*)28) 梶山敬士著『ソフトウェアの著作権・特許権』(日本評論社, 1999年) 50頁、中山信弘『ソフトウェアの法的保護(新版)』(有斐閣, 1988年) 127頁、根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 131頁

(*)29) 根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 131頁

(*)30) 根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 132-135頁

(*)31) 根岸哲編『コンピュータ知的財産権』(東京布井出版, 1993年) 134-135頁

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ることから一種の公序を構成しているものと考えらるべきであり、よってこの規定は独占禁止法以前の問題として、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条項は無効であると説明し、このような論理構造を著作権にもそのまま適用できるかということについても肯定している。^(*)32)

(2) 独占禁止法を適用すべきだとする見解

これはリバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性について、独占禁止法を適用すべきであるとする見解^(*)33)である。この見解によると、試験研究の禁止条項は、重要な研究開発活動の自由を制限し将来にわたり市場に大きな影響を与えるものとして公正競争を阻害する弊害性が大きいとされ、いわば「黒条項」とみなし、無効とすべきとする見解もある。^(*)34)

(3) リバース・エンジニアリング制限の限界領域があるとする見解

リバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性は一応認めるが、著作権法20条2項3号の規定に対しては、契約の効力が及ばないものとみなすべきだとする見解^(*)35)がある

3. 評価と展望

日本は、初期には米国の反対により、それ以降は日本の産業競争力強化による法政策によってリバース・エンジニアリング関連規定が制定されないまま、リバース・エンジニアリングに関する法制度の発展をソフトウェア関連市場と判例にゆだねたと考えられる。

このような理由から、日本ではリバース・エンジニアリングに関する明示的規定がなく、様々な学説が見受けられる。実務的には、リバース・エンジニアリングに関する判例が現れていない中で、産業界ではリバース・エンジニアリングを禁止する契約が幅広く行われている。反面、学説はおおむねリバース・エンジニアリングの必要性を認め、契約による制限を最小化すべきとしている。

ここで生じる最大の問題は、学説ではリバース・エンジニアリングを禁止する契約は無効とすべきとするものの、実務ではリバース・エンジニアリングを禁止する契約が幅広く行われ、日本においては有効として取扱われていることで、憂慮される。^(*)36)

契約によるリバース・エンジニアリングの制限は、時間の経過により商慣習として地位が浮上する可能性があるが、契約によりリバース・エンジニアリングの制限を認定することは、結局、リバース・エンジニアリングを許容しないのと同じ結果を

招くことになるという点で、十分な論議による法政策の樹立が急務であろう。

いわば、日本は米国又はEUの法制度の中から、一つのモデルを選択し、リバース・エンジニアリングに関する法政策と法制度を樹立すべきであるが、その長短所は次のとおりである。

まず、日本が米国と同じく公正使用の原則によりリバース・エンジニアリングを許容するということは、日本の裁判所が今まで公正使用の原則を認めなかったという点から不可能と思われる。特に、日本は判例法国家ではないこと、そして米国とは異なる法文化を有する国家であるという点から、公正使用の原則によるリバース・エンジニアリングの認定は不可能である。

次に、日本がEUのような明示的規定を設けることは法文化的側面で見れば、もっとも自然と思われる。ただし、一部ソフトウェア産業で競争力を有する日本がどのような法政策を講じることが望ましいのかという問題が生じる。すなわち、多様なソフトウェア産業を包括する法政策を基に、リバース・エンジニアリングを広く認めるべきかということに対する論議が必要と思われる。

VI. リバース・エンジニアリング関連の韓国の立場

1. 成文法の規定

韓国は、コンピュータ・プログラム保護法を2001年に改正し、リバース・アナライズに関する規定(第12条2項)を設けたが、EUディレクティブと非常に類似するものの、EUディレクティブ第9条のような強行規定性を有する条項はない。

2. 12条の2に該当しないリバース・アナライズの認定可否

大陸法系国家で米国やイギリスの判例法または成文法の法原理を一方向的に採用し得ないことから、その適用の範囲は制限的に解釈すべきであると思われる。よって、12条の2に該当しないリバース・アナライズの認定は、慎重を図るべきである。

3. リバース・エンジニアリング制限契約の効力

リバース・アナライズ条項の法的地位、すなわち契約によりリバース・アナライズ条項を制限し得るか否かということに関しては次の諸見解がある。

(*)32) 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

(*)33) 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) 73頁

(*)34) 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) 77頁

(*)35) 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) 85頁

(*)36) 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) 79頁

(*)37) 김동진, "컴퓨터 프로그램 코드 역분석", CLIS Monthly(2003-11 호), KISDI, 2003, 13 등.

金ドンジン『コンピュータ・プログラムコードの逆分析』CLIS Monthly 2003-11号 (KISDI, 2003年) 13頁

第一に、リバース・アナライズ条項を強行規定とみて、否定する見解である。^(*)37)

第二に、契約の自由原則を認定しながら独占禁止法に違反するとみて否定する見解^(*)38)である。

第三に、リバース・アナライズ禁止特約の内容により判断すべきであるとする折衷的見解^(*)39)がある。

第四に、契約の自由がリバース・アナライズ条項に優先するという肯定説がある。

4. 韓国の立場に関する評価と解釈

いわば、プログラムの産業的性格、特許法の規定との衡平性、アイデアの非保護原則とともにプログラム保護法のリバース・アナライズ条項である12条の2が、自由利用に関する条項である12条とともに規定されている点を見ると、法体系上自由利用とともに強行規定とみるべきであると思われる。

VII. リバース・エンジニアリングの許容範囲と立法政策に関する提言

1. 概要

プログラム・リバース・エンジニアリングに反対する見解によると、他人の製品をリバース・エンジニアリングして競争的製品を創作し得るから、リバース・エンジニアリングを無条件に認めてはならないとしている。

しかし、リバース・エンジニアリングは知的財産権の目的、コンピュータ・プログラムの特徴、創作インセンティブの減少といった観点からみても許容すべきであると考えられる。

2. 知的財産権の目的という観点からみたリバース・エンジニアリングの許容

著作権を付与する目的は、著作者に独占という特権を付与するためだけではなく、文化の向上発展に貢献することを公的目的として設定している。全世界的な傾向をみる場合においても、コンピュータ工学とソフトウェア技術の発展のための効率的な法制度整備という次元からみる場合においても、著作権の充実した保護とともに、著作権が著作者と競争する競争業者にとって過度の参入障壁となる逆効果を事前に防止する必要が切実な問題であるという側面から、リバース・エンジニアリングは認められるべきであると思われる。

3. コンピュータ・プログラムの特徴という観点からみたリバース・エンジニアリング

コンピュータ・プログラム開発において、既存プログラムの分析はほとんど必須で慣行化されているという点も無視できない。したがって、リバース・エンジニアリングは技術の発展に必須であり、社会全体の技術水準を高めるためにはリバース・エンジニアリングを禁止することはできない。技術を保護し発展を目的とする法律はリバース・エンジニアリングを認めているが、コンピュータ・プログラムの本質は技術であるから、その発展のためにはリバース・エンジニアリングが絶対的に必要である。^(*)40)

ただし、EUや韓国の規定のように厳格な要件の下でなされるべきである。

4. 創作動機の観点からみたリバース・エンジニアリングの許容

リバース・エンジニアリングの必要性の是非は、結局、リバース・エンジニアリングが許容されることで、文化及び関連産業の発展という公的目的を達成し得るか否かと、達成された公的目的の効率が犠牲となる私的目的の効率に比べ、より大きいという法・経済的効果の立証により判断することができるだろう。

【表 1】リバース・エンジニアリング許容可否による社会的費用の比較^(*)41)

区分	リバース・エンジニアリング許容時	リバース・エンジニアリング非許容時
プラットフォーム開発に対するインセンティブ付与	低い	高い
応用ソフトウェア開発に対するインセンティブ付与	とても高い	高い
システム価格	低い	高い
重複投資費用	低い	高い

上記の結果によると、リバース・エンジニアリングを許容することにより社会一般のインセンティブを喚起させることでシ

(*)38) 이혜광, “개정 컴퓨터프로그램보호법과 프로그램코드 역분석 (decompilation)”, 21세기 한국민사법학의 과제와 전망 (심당 송상현선생 화갑기념논문집), 2002, 114 쪽 이하; 정상조, “Reverse engineering의 법적 문제점”, 인권과 정의 (제 254호), available at <http://jus.snu.ac.kr/~sjjong/classroom/thesis/jungsj042.htm>.

李へげ안「改正コンピュータ・プログラム保護法とプログラムコード逆分析 (decompilation)」シンダン 宋サンヒョン先生華甲記念論文集『21世紀韓国民事法の課題と展望』(2002年) 114頁以下、鄭サンゾ『Reverse engineeringの法的問題点』人權と正義 第254号

(*)39) 김동진, “컴퓨터 프로그램 코드의 역분석”, CLIS Monthly (2003-11호), KISDI, 2003, 13-14 쪽. 金ドンジン『コンピュータ・プログラムコードの逆分析』CLIS Monthly 2003年11号 (KISDI, 2003年) 13-14頁

(*)40) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, The law & economics of reverse engineering, Yale Law Journal, April 2002, at 30.

(*)41) Pamela Samuelson & Suzanne Scotchmer, The law & economics of reverse engineering, Yale Law Journal, April 2002, at 43.

システムの価格が下落するのはもちろん、重複投資費用も抑えられると分析されている。これに反して、創作者のインセンティブを低下させる場合として、プラットフォーム開発のケースが挙げられている。

しかし、このような創作者のインセンティブの減退は、半導体配置設計に対するリバース・エンジニアリングや機械製品に対する伝統的なリバース・エンジニアリングを比較しても大きな差はなく、コンピュータ・プログラムリバース・エンジニアリングが一般的な産業財産権者に比べ大きな犠牲を強要しているわけではない。プログラム・リバース・エンジニアリングは膨大な時間が必要で、プラットフォーム開発へのインセンティブを大きく後退させることはないとしている。また、プラットフォームのリバース・エンジニアリングは、大部分プラットフォーム基盤で動作する応用ソフトウェアを創作するためになされるものであり、新たなライバル・プラットフォームの創作に利用されないという特徴をもっている。これは、プラットフォーム開発が応用ソフトウェア開発に比べ大規模になされる作業であり、プラットフォーム関連市場は新規事業者が参入しにくい市場であるだけでなく、その規模を考えるとリバース・エンジニアリングによる効果が表れるのに多くの手間と努力を必要とするからである。

このような点を考慮すると、リバース・エンジニアリングが創作インセンティブを高めつつ社会的費用を減少させるという特徴があることから、著作権法の目的に従って判断する場合、許容されなければならない。

VIII. むすび

以上のような議論の結果を総合すると、コンピュータ・プログラムのリバース・エンジニアリングは、産業発展に役立つ一方、著作者の創作インセンティブを大きく後退させずに競争を活発にさせるという特徴がある。また、リバース・エンジニアリングの導入必要性に関する根拠もそれなりの妥当性をもつ。これに対しては、主要な国と学者たちが同意しているものと思われる。

それなら、どのような方法によるべきなのかを考えてみる必要があるが、リバース・エンジニアリングの許容方法としては、米国のような公正使用の原則による方法と、EUや韓国が採用する明示的規定による方法がある。この中からどのような方法を採用するかは、各国家の法文化と判例、そして裁判官に対する信頼によって決定すべきだと思われる。

ただし、いかなる方法をとっても、リバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性は否定されなければならない。現在、ソフトウェアの流通は主にシュリンクラップ・ライセンス (shrink wrap license) の方式を採用しており、ソフトウェア包装の中の契約内容は事実上強制されているのみならず、使用

者が大企業である創作者と一々使用条件を協議することは期待できないからである。すなわち、大部分のシュリンクラップ・ライセンスにおいてはリバース・エンジニアリングを禁止しており、大部分のソフトウェア開発会社はライセンスを通じてこれを禁じようとしているから、強行規定性を認めない場合、リバース・エンジニアリングは契約違反になり法律によるリバース・エンジニアリングの許容は事実上、形骸化されるだろう。

したがって、公正使用の原則により著作権を制限する米国では、衡平法的に特段の事情がない限り、リバース・エンジニアリングを禁止する契約の有効性を否定しなければならない。また、これを連邦法に明示することにより混乱を最小化しなければならない。また、一定の条件下でリバース・エンジニアリングを許容する韓国は、解釈の混乱を防ぐためにEUディレクティブのような明示的強行規定へ発展しなければならないと思われる。

日本の場合においても、成文法と大陸法国家という法文化を考慮し、判例が公正使用の原則に準じることを常に否定している点、判例の蓄積を通じて問題解決の方策をみつけることは期待できない点、他国との法的互換性の確保、及び米国に対するソフトウェア産業の保護のため強行規定としてのリバース・エンジニアリング規定が必要であると思われる。

日本のソフトウェア産業は、プラットフォームが主ではなく、ビデオゲームのような応用ソフトウェアとインベディドソフトウェアである点を考慮すると、より一層、リバース・エンジニアリング規定が必要である。

結論として、各国の特殊な事情はもちろんのこと、著作権法の目的によって、プログラムのリバース・エンジニアリングは制限された条件の下で強行規定として認められなければならないだろう。