

プログラム・リースをめぐる法律問題

岡村久道 (弁護士)

尾原秀紀 (弁護士)

1 はじめに

高度情報通信社会と呼ばれる現代社会においては、さまざまな企業活動がコンピュータ・システムに依存している。これを事業者が調達しようとする際に、コンピュータのハードウェアと一括して、もしくは別個に、コンピュータ用のソフトウェア・プログラムをリースによって導入する方法が広く普及しており、一般に「プログラム・リース」と呼ばれてきた。

しかし、プログラムは著作物に該当する点で、一般的なリース物件とは異なった特質を有しており、しかも今日では流通形態が多様化している。それゆえ、プログラム・リースに関する法律問題を考える際には、その特質と多様性を考慮した検討作業が必要となる。このような見地から、社団法人リース事業協会は、モデル契約としてプログラム・リース標準契約及び標準プログラム使用権設定契約を策定している。リース標準契約等の中にも関連規定が置かれており、前述した流通形態の多様性との関係で、これらの適用範囲も吟味される必要がある。

本稿では、これらの標準契約を必要に応じて参照しつつ、前記特質及び多様性に照らし、プログラム・リースに関する法律問題について検討を試みる。

2 プログラムの流通形態とリース物件

2-1 プログラムとファイナンス・リース

コンピュータ用のプログラムは、著作権法上

の「プログラムの著作物」(同法10条1項9号)に該当する。ここに「プログラム」とは「電子計算機を機能させて一の結果を得ることができるようにこれに対する指令を組み合わせたものとして表現したもの」をいう(同法2条1項10号の2)¹。したがって、プログラムは著作物として著作権の対象となる。著作権は物権的な支配権である²。

なお、プログラムを指すべき言葉として、ソフトウェアという用語が用いられる場合がある。しかし、この用語は同法上のものではない。また、広くデジタル・データを含むものとして用いられる場合もあり、さらに、より広くデジタル以外のコンテンツをも含むものとして用いられることもあるので多義的である。したがって、本稿では同法に従ってプログラムという用語を用いる。

他方、リース契約にはオペレーティング・リースもあるが、ファイナンス・リースが一般的であるから、本稿ではファイナンス・リースを念頭に置いて議論を進める。

ファイナンス・リースは、判例上において“形式は貸借、実質は金融”であると解されてきた。すなわち、「形式的には、リース業者が自己の所有する物件を利用者に利用させるという内容を有するものではあるが、これを実質的にみた場合には、リース業者が利用者に対して金融の便宜を供与するという性質を有する」ものであって(最三小判昭和57年10月19日民集36巻10

号 2130 頁)、「物件の購入を希望するユーザーに代わって、リース業者が販売業者から物件を購入のうえ、ユーザーに長期間これを使用させ、右購入代金に金利等の諸経費を加えたものをリース料として回収する制度であり、その実体はユーザーに対する金融上の便宜を付与するものである」(最一小判平成 5 年 11 月 25 日金法 1395 号 49 頁)。

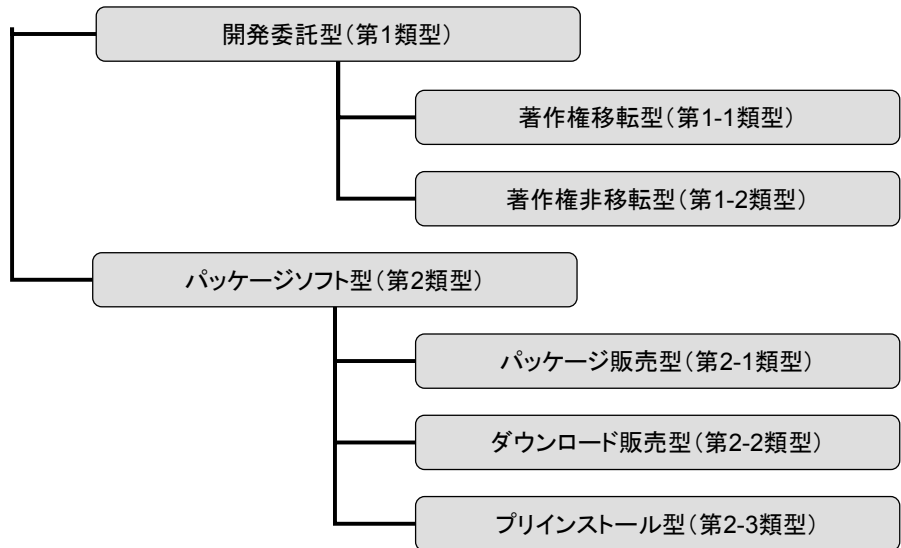
プログラム・リースもファイナンス・リースの一態様である以上、リース契約の対象となる「物件」(リース物件)とは何かという点を検討することが必要となり、それを中心に法律関係を明確化する作業が求められる。

その際において、第 1 に、プログラムの著作物性に即した検討を要する。第 2 に、リース契

約はその性格上、物件の流通形態に深く関わる部分があり、プログラムの流通形態はさまざまであって画一的に取り扱うことはできないから、流通形態ごとに類型化することが求められる。そこで、本稿では、〔図表 1〕の分類に基づき、それぞれの類型の特質に応じて、何をリース物件とすべきかについて検討を加えることにする。

なお、プログラムの中には、インターネットその他の情報ネットワーク等を介して無償で入手・使用できるもの——いわゆるフリーソフト——がある。しかし、これを単独で導入する場合には、対価の支払いが不要である以上、それを単独でリース取引における検討対象とすべき特段の意味を有しない。したがって、以下では有償で取引されているもの限定して検討する。

〔図表 1〕プログラムの流通形態による区分



2-2 検討の対象—開発委託型とパッケージソフト型

有償取引の対象となるプログラムは、作成・流通形態等に注目すると、開発委託型（第1類型）と、パッケージソフト型（第2類型）と呼ぶべきものに大別しうる³。

前者（第1類型）は、特定のユーザーから委託を直接受けたソフトウェアベンダが、いわばオーダーメイドで開発するプログラムである⁴。従来においては主として大型コンピュータのために用いられてきた。

この場合、リースによって開発委託料を負担してオーダーメイドで開発してもらったにもかかわらず、リースアップ時をもって使用できなくなる。一般に耐用期間が限定されている動産の場合と異なり、開発委託型のプログラムの場合には修正等を介した継続的利用が行われることが多いことに鑑みると、ユーザーにとって、同類型を用いてプログラム・リースを受けるメリットは動産リース等と比べて大きいとはいえない。したがってまた、リース会社からみても市場性が比較的弱い種類のリース契約となる。なお、オーダーメイドという性格上、汎用性に欠けるので転用が不可能な場合が多く、交換価値も低い。

後者（第2類型）は、不特定多数のユーザー向けに大量販売するため、パッケージ化されて流通する汎用のプログラムであり、主としてパーソナルコンピュータ（PC）用又はテレビゲーム用のものである。急速なコンピュータの普及とダウンサウジング化の進行に伴い、近時は後者の重要性が高まっている。

プログラム・リースという用語は、厳密には前者を対象とする場合だけに使用されることがあるが、説明の便宜上、本稿では後者を含めた

用語として用いる。

プログラム・リースにおけるサプライヤーとソフトウェアベンダは、通常において、前者の場合には一致している。これに対し、後者の場合には販売店が介在してサプライヤーの地位に立つので、両者が一致していないという点でも異なっている。

以下では、この両類型に分けて検討を加える。

3 開発委託型におけるリース契約

3-1 開発委託型と著作権の帰属

開発委託型（第1類型）の場合、目的となるプログラムの開発を開始する際に、ソフトウェアベンダとユーザーとの間において開発委託契約が締結されることが一般的である。

開発委託契約の内容は多様であるが、開発成果たるプログラム著作権の帰属に関する規定が、その中に置かれていることが多い。リース特有の問題は後述することにして、ここでは前提問題として、前記両当事者間における開発委託契約の概要と著作権の帰属について説明する。

一般に、プログラムの著作物の著作権は、それを創作した者に対し原始的に帰属するが（同法17条）、一般的には職務著作としてソフトウェアベンダに帰属する（同法15条）。もっとも、一部のプログラムコードについては、著作権を有するサードパーティーの開発者が別に存在しており、開発を受注したソフトウェアベンダが、当該開発者から、サブライセンス（再使用許諾）の権限に関する許諾を受けた上、これを開発成果たるプログラムに組み込むこともある。

著作権には譲渡性が認められている（同法61条1項）⁵。そのため、開発委託契約において、開発成果たるプログラムの著作権が、ソフトウェアベンダから、発注者たるユーザーに移転す

る旨の規定が置かれている場合が、少数ながら存在する（第 1-1 類型）。

これに対し、一般的な開発委託契約においては著作権の移転を認めておらず、著作権はソフトウェアベンダに帰属する旨の規定が置かれているものが多い（第 1-2 類型）。すなわち、一般にプログラム開発には多大な時間と経費を要する等の事情が存在している。そのため、「オーダーメイドの開発」といっても、実際には、すでに他のユーザー向けに開発が完了した別プログラムのプログラムコードを流用した上、発注したユーザー独自の部分のコードを新規に書き足してカスタマイズする方法によることが通常である。こうして開発された当該ユーザー用プログラムのコードもまた、他のユーザー向けプログラムに流用されることがある。委託料も、以上を前提として比較的低額に設定されていることが通常である。また、前述のとおり、別に著作権を有するサードパーティーが開発者として存在している場合がある。したがって、開発委託契約において、開発成果たるプログラムの著作権は、発注したユーザーへ移転されることなく、受注したソフトウェアベンダ（厳密にはサードパーティーを含む）に帰属するものとした上で、当該ユーザーに対し非独占的な使用許諾が行われるにすぎないことが多い。

ソフトウェアベンダとユーザーとの間における開発委託契約の内容は、一般に、社団法人情報サービス産業協会（JISA）⁶が策定したソフトウェア開発委託モデル契約（JISA モデル契約）⁷に依拠したものであることが少なくない。それゆえ、検討の前提として、同モデル契約の最新バージョンである平成 14 年 5 月版について概観しておきたい。

第 1 に、同モデル契約では、「別紙 2」として、

開発成果たるプログラム及び付属ドキュメント類の複製物を「納入物」、「納入媒体」を「CD-R」、プログラムはユーザーのコンピュータに「インストールして納入する」としており、委託料完済時に「納入物」たる「複製物の所有権」がソフトウェアベンダからユーザーへ移転する旨を定めている（29 条）。

第 2 に、同モデル契約 30 条 1 項は、著作権はソフトウェアベンダに帰属することを原則としており、したがって、第 1-2 類型を対象とした上、納入されたプログラムの著作物の複製物を同法 47 条の 2 第 1 項に基づき複製、翻案することができる旨を規定している。

以上のとおり、開発成果たるプログラムの著作権の帰属を基準として、第 1-1 類型を著作権移転型、第 1-2 類型を著作権非移転型と呼ぶことができる。この区分に従い、以下では、両類型において、それぞれ何をリース物件とすべきかについて考察する。

3-2 著作権移転型とリース契約

3-2-1 著作権移転型とリース物件

前述したとおり、開発委託契約において第 1-1 類型（著作権移転型）が採用されることは少ない。したがって、同類型を対象としたプログラム・リースが行われることも、きわめて例外的である。これを反映して、同類型を対象にした標準契約は、本稿執筆時点で社団法人リース事業協会から発行されていない。しかし、同類型を対象とするプログラム・リースも、理論的には成り立ちうるものであるから、以下では簡潔に説明を加える。

同類型に関する開発委託契約では、開発成果たるプログラムの著作物の著作権が、ソフトウェアベンダからユーザーへと移転することが予

定されている。したがって、同類型に関してプログラム・リースを行う場合、ユーザーに代わってリース会社がソフトウェアベンダ（サプライヤー）から当該著作権を譲り受け、これを取得することになる。

この場合、当該プログラムの著作権そのものがリース物件となり⁸、著作権者となったリース会社は、当該ユーザーに当該プログラムの著作物を使用させるという形式（使用許諾）を採用するものと解されてきた（使用許諾構成）⁹。

同類型のプログラム・リースにおいては、リース会社はユーザーに代わってサプライヤーとの間で、別途、プログラムの著作権の譲渡を受けるための契約（著作権譲渡契約）を締結する必要がある。譲渡契約において、同法27条（翻訳権、翻案権等）又は28条（二次的著作物の利用に関する原作者の権利）に規定する権利が譲渡の目的として特掲されていないときは、これらの権利は、譲渡人に留保されたものと推定される（同法61条2項）¹⁰。それゆえ、譲受人たるリース会社としては、締結すべき譲渡契約が前記「特掲」を満たしているか否か、事前に確認しておくことが必要となる¹¹。

同類型のプログラム・リース契約は、前述のように著作権の使用許諾契約にほかならない。この使用許諾契約の条項が使用許諾を非独占とする内容のものであるときは、リース期間中であっても、理論的には、リース会社は第三者に対して並行的にプログラム・リース契約を締結する等の方法で、非独占的に使用許諾を行うことができる。

同類型の場合、著作権の使用許諾という上述の法律構成以外に、プログラムの複製物をリース物件として貸与する「物のリース」（動産リース）として法律構成することも、考えることが

できる。この点については第1-2類型の箇所でも説明する。

3-2-2 著作権移転型と著作権法47条の2第2項

著作権法47条の2第2項は、プログラムの著作物の複製物について「滅失以外の事由により所有権を有しなくなった後には、その者は、当該著作権者の別段の意思表示がない限り、その他の複製物を保存してはならない。」と定めている。

第1-1類型の場合における上述のどちらの法律構成による場合であっても、リースを受けたユーザーは、プログラムの著作物の複製物を保存することになる半面、当該複製物の所有権を有していない。このため、同項によれば、当該複製物を保存してはならず、結局のところ廃棄しなければならないことになるおそれがある。同項に違反する複製行為等は、その時点で複製等を行ったものとみなされ、権利者の同意を得ていなければ著作権侵害となる（同法49条）。

したがって、第1-1類型において著作権を有するリース会社は、「当該著作権者の別段の意思表示」として、リース契約の中で、リース期間中におけるユーザーによる保存を認めるべき条項を規定しておくことが、理論的には必要となる。もっとも、使用許諾の性格上、保存を認める黙示の意思表示が、通常は含まれているものと考えることが可能であろう。

3-3 著作権非移転型とリース契約

3-3-1 著作権非移転型とリース物件

一般的な開発委託契約においては、第1-2類型、つまり、プログラムの著作権について、ユーザー側への移転を認めることなく、原則とし

てソフトウェアベンダ側に留保される旨の規定が置かれている場合が通常であることは前述した。

第1-2 類型のプログラムについてリースする場合、何をリース物件と考えるべきか。

この場合、著作権は移転されないので、著作権という権利そのものをリース物件とすることができない。したがって、それとは別の法律構成を採用する必要がある。

そのため、プログラム・リース標準契約1条1項は、リース会社は、ユーザーが指定する使用権設定者から、ユーザーが指定するプログラム（物件）の非独占的使用権を取得し、これに基づいてリース会社はユーザーに対し物件をリースし、ユーザーはこれを借受ける旨を定めている。

同項にいう「プログラム（物件）」という記載の意味について、社団法人リース事業協会は、「プログラムにかかる権利はサプライヤーが有したまま、リース会社はユーザーが指定するサプライヤーから、ユーザー指定のプログラムの非独占的使用権を取得（使用権の設定）して、それに基づいてリース会社がユーザーにそのプログラムの使用を認めること（再使用権の設定）を基本的な考え方としている」とする¹²。この場合、著作権はサプライヤーが有するのであるから、第1-1 類型ではなく第1-2 類型を対象とする標準契約となる。前記規定が文言上で「プログラム」を「物件」としている点については、「ユーザーにとって理解しやすい表現」を採用したものであると説明している¹³。

以上のとおり、プログラム・リースを再使用権の設定とする考え方（再使用許諾構成）は多数説を占めている¹⁴。

これに対し、取引の実態を根拠として、後述

のパッケージソフト型（第2 類型）の場合と同様に、「物」のリース契約であると法律構成する見解がある（有体物リース構成）¹⁵。この見解は、第1-2 類型においては、ソフトウェアベンダとユーザーとの間で使用許諾契約が締結されており、ソフトウェアベンダからリース会社に対して使用許諾がなされることを前提とする再使用許諾構成を採用することが困難な場合が多いこと等を根拠としている。

前述のとおり、JISA モデル契約では、使用許諾という手法は採用されておらず、開発成果たるプログラム及び付属ドキュメント類の複製物を「納入物」、「納入媒体」を「CD-R」とした上、委託料完済時に「納入物」たる「複製物の所有権」がソフトウェアベンダからユーザーへ移転する旨を定めており（29条）、同契約30条においては、納入されたプログラムの著作物の複製物を著作権法47条の2に基づき複製、翻案することができる旨が規定されている。その点との関係では、この見解との整合性が認められる。

プログラム・リース標準契約の前記文言が「プログラム（物件）」と記載されていることとの関係では、有体物リース構成を採用することも不可能とはいえない。しかし、上述の解説を前提にすれば、こうした法律構成はリース契約の当事者意思に反することになるから、これを同契約の解釈として採用することは困難であろう。それに加え、再使用許諾構成を採用しても大きな支障は生じない。したがって、同契約の解釈として再使用許諾構成を採用すべきである。この両説については、さらに後述する。

プログラム・リースの場合におけるサプライヤーとリース会社間の標準契約として、社団法人リース事業協会は標準プログラム使用権設定注文書、及び標準プログラム使用権設定注文請

書を策定しており、これらが交わされることによって、標準プログラム使用権設定契約が成立する。プログラム・リース標準契約の前記内容に対応して、この使用権設定契約では、プログラムにつき「リース会社は使用権を取得するとの立場を採って」おり、「この使用権設定契約における使用権は、……使用権の有償貸与（即ち、権利の賃貸借）と考えることができる」と説明されている¹⁶。

3-3-2 「使用権」概念と著作権法

プログラム・リース標準契約にいう「使用権」とは、どのような法的性格のものであろうか。

リースの場合における法律関係についてはしばらく置いて、その前提として、ソフトウェアベンダとユーザー間において「使用権」という概念が、どのような意味を有するのかという点について説明する。

著作権法上の権利として「使用権」なる概念は存在していないから¹⁷、同法上の概念ということとはできない。

書籍を例にとると、それは著作者たる作家から出版社が複製に関する許諾を受けて作成した適法な複製物である。しかし、わが国の著作権法では、一般に、書籍（著作物）を「読む」という「使用行為」そのものには著作権は及ばない。書籍の購入者は、著作権者の許諾を得ることなく、自ら読書に供することができ、家族や知人に貸して読ませることもできる。ただし、例外的に、後述のとおり公衆に貸与する行為については、同法26条の3が規定する貸与権の対象となる。

同法は、他の著作物の場合と区別することなく、プログラムの著作物についても「使用権」を規定しておらず、その使用自体は原則として

自由に委ねられている¹⁸。これはプログラム以外の著作物の場合と同様であるにすぎないが、プログラムを使用する都度、権利者の許諾が必要となると、結局においてプログラムの円滑な流通を阻害しかねないからであると説明されることもある¹⁹。

この点と関連して、同法113条2項は、プログラムの著作物の著作権を侵害する行為によって作成された複製物を業務上電子計算機において使用する行為は、これらの複製物を使用する権原を取得した時に情を知っていた場合に限り、当該著作権を侵害する行為とみなしている。同項も、本来は著作権侵害に該当しない行為につき、その悪質性にかんがみて違法複製物の悪意取得者だけを特に著作権侵害と「みなす」ものにすぎず、本来は使用行為自体に著作権が及ばないことを当然の前提としている。その一方、開発委託契約に基づきプログラムの著作物の複製物がソフトウェアベンダからユーザーに対して交付される。プログラムの著作物の複製物の所有者は、単に自由に使用することができるだけでなく、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度で、これを複製・翻案することができる（同法47条の2第1項）²⁰。

以上が、プログラムの著作物に対して同法に設けられた規定の内容である。

このように第1-2類型においては、ソフトウェアベンダから交付されたプログラムの著作物の適法複製物を、ユーザーは自由に使用することができるにもかかわらず、同類型に関するプログラムの実務では、伝統的にソフトウェアベンダはユーザーに対して、非独占的使用許諾条項が付された開発委託契約を締結することを求めてきた。それは、自己の望む使用条件のうち、

著作権法では規制することができないものを、ソフトウェアベンダがユーザーに対し契約上の義務として課すことを可能にする手法であった。ユーザー側としても、ソフトウェアベンダが提示する内容の契約を締結しなければ、プログラムの開発・引渡を受けることができない。他方、契約内容に同意できない場合には、当該ベンダとの間で開発委託契約を締結することなく、条件が適合する他のベンダに依頼すれば足りるから、契約締結を拒絶したことにより当該ユーザーが不利益を受けることは少ない。こうした伝統的手法を前提にすると、ユーザーが取得する地位は、これを「使用権」と称したとしても、それは同法上の権利とは無関係なものにすぎず、単にソフトウェアベンダに対してプログラムを使用することを求めることができる契約上の債権的地位にとどまるものとなる。

これに対し、JISA モデル契約では、使用許諾という手法は採用されておらず、同契約 30 条において、納入されたプログラムの著作物の複製物を同法 47 条の 2 に基づき複製、翻案することができる旨が規定されている。

3-3-3 プログラム・リース標準契約とリース物件

ここで第 1-2 類型におけるプログラム・リースの説明に戻る。

プログラム・リース標準契約及び標準プログラム使用権設定契約は、前述の伝統的な使用許諾という構成を前提として、リース会社がユーザーに代わってソフトウェアベンダから「使用権」を取得するものとしている。したがって、ここにリース会社が取得する「使用権」の実体も、リースによらない場合であればユーザーが取得していた前述の債権的地位と基本的に同一

のものとなるはずである。ただし、プログラム・リースの場合には、これをリース会社がユーザーに使用させることを要するので、さらにリース会社においてユーザーに対し再使用許諾することを、ソフトウェアベンダがリース会社に対して承認することを含んだ内容のものとなる。そのため、標準プログラム使用権設定契約では、それに対応する規定が設けられている。

結局のところ、同類型のプログラム・リースにおいては、リース会社は、ソフトウェアベンダたるサプライヤーから再使用許諾契約を締結しうる権限を含んだ使用許諾を受け、それに基づいてユーザーに再使用許諾を行うものと構成されていることになる。しかし、リース会社が当該プログラムを自ら使用することは、リース契約をめぐる関係者間では想定されていない。したがって、より正確には、プログラム使用権設定契約によってソフトウェアベンダたるサプライヤーからリース会社が取得するものは、ユーザーに対し再使用許諾を行うことのできる権限であるものというべきである。

前述した JISA モデル契約のような内容の開発委託契約を前提とする場合には、このような構成を維持することはできないかのように見える。その前提となる使用許諾という手法が JISA モデル契約では採用されていないからである。しかし、この点については、標準プログラム使用権設定契約を締結することにより、それに記載された新たな契約上の債権・債務関係が生じることになるのであるから、前述のように解することに対する大きな支障は生じないものと考えられることができる。

これに対し、第 1-2 類型について、プログラムの著作物の複製物をリース物件とする「物のリース」であると構成する立場（有体物リース

構成)があることは前述した。たしかに、ユーザーが当該複製物を使用することは、同法 113 条 2 項には抵触しないので、著作権法の原則に従い、ユーザーはこれを自由に使用することができる。しかし、前述の難点があることに加えて、ソフトウェアベンダがユーザーに物理媒体を引き渡すことなく、ユーザーのハードウェアにプログラムをインストールするだけにとどまる場合には、「有体物リース」の物体が存在しないことになってしまう。

なお、ユーザーは当該複製物の「所有者」ではないから、同法 47 条の 2 に基づく複製・翻案をすることができないことになることは前述のとおりである。いずれにしても、開発委託契約に関する JISA モデル契約と、プログラム・リース標準契約との間で整合が図られておらず、両者間での摺り合わせが望まれることを指摘しておきたい。

3-3-4 プログラム・リース標準契約の条項

プログラム・リース標準契約では、プログラムの特性に対応して、①すでに述べた「使用权のリース」という構成、②プログラムを使用するコンピュータの特定、③サプライヤーとの保守契約の義務付け、④プログラムの複製媒体滅失時におけるサプライヤーからの複製物の提供、⑤リース会社による損害保険の不付保、⑥ユーザーによる無断複製、改変、リバースエンジニアリング等の禁止と秘密保持義務、⑦リース終了時におけるユーザーによる物件の返還・処理等の点で、標準リース契約の場合と異なるものとされており、標準リース契約に定められた物件の所有権標識(同契約7条)、物件所有権の侵害(同契約8条)等については完全に削除され、

プログラム・リース標準契約には記載されていない²¹。

なお、広島地判平成 11 年 10 月 27 日判時 1699 号 101 頁は、原告の基幹業務システムソフトの制作請負若しくは製造販売契約に基づいて作成されたプログラムに、当然備わっているべきシステム間のデータ受渡しの機能や財産管理システムの機能等が備わっていない欠陥があるとして、ソフトウェアベンダの被告に対する債務不履行に基づく損害賠償請求が認められた事例である。原告はリースによって導入していたが、「リース契約は、ファイナンスリース契約であって、金融を得る手段にすぎない。したがって、被告は、原告に対し本件契約に基づき、本件ソフトを製作する義務を負うというべきである。」と判示している。

これら①及至⑥の点については、一般的な開発委託契約の内容に由来する点として説明されてきたが、JISA モデル契約では、それらの点のうち②及び③は規定されていない。また、⑥の中のリバースエンジニアリングについても禁じられておらず、複製等についても、むしろ「プログラム(複製物)の所有者は、著作権法第 47 条の 2 によって『そのプログラムを自ら利用するために必要な限度内で、複製・翻案(改変)することができる』ので、本モデル契約書第 30 条 1 項但書にも、その旨を規定している。」(社団法人情報サービス産業協会『新しいソフトウェア開発委託モデル契約書』における主要条項の策定趣旨について(平成 15 年 5 月))として、ユーザーによる複製等を可能としている。したがって、ベースとなる開発委託契約が JISA モデル契約に準拠するものである場合には、プログラム・リース標準契約に基づいてリース契約を作成するときであっても、必ずしも前記各条項

をそのまま記載する必要はなく、これに応じて条項内容を変更することが適切である場合がある。標準プログラム使用権設定契約についても同様である。

なお、プログラム・リース契約及びプログラム使用権設定契約が締結された後においても、開発委託契約は消滅しないで併存する。

3-3-5 プログラム・リース契約と貸与権

著作権法は貸与権を定めている（同法 26 条の 3）。貸与権とは、著作物をその複製物の貸与により公衆に提供する権利である。第 1-1 類型の場合、プログラムの著作物の著作権を取得したリース会社が、著作物を自らの意思に基づきユーザーに貸与するものであるから、貸与権侵害の問題は生じない。これに対し、第 1-2 類型の場合、リース会社がユーザーにプログラムの著作物の再使用許諾を行うことによって使用させるものとなるので、貸与権との関係が問題となりうる²²。なお、同法 38 条 4 項は非営利かつ無料の貸与については貸与権の例外としているが、プログラム・リースの性格上、同項にも該当しない。

貸与権という「貸与」には、いずれの名義又は方法をもってするかを問わず、これと同様の使用の権原を取得させる行為を含む（同法 2 条 8 項）。したがって、プログラム・リースが「貸与」に該当すること自体を否定することは困難である。東京地判平成 16 年 6 月 18 日判時 1881 号 101 頁も、これを肯定している。

問題は「公衆」への貸与に該当するか否かという点である。「公衆」には特定かつ多数の者を含む（同条 5 項）。購入した書籍や音楽 CD を友人に貸すケースのように、「公衆」への貸与にあたらない場合、著作権法上、著作物の複製物の

貸与は規制されておらず、権利者の許諾を得ることなく自由に行うことができる。

前掲判例は、「公衆」への該当性を肯定し、貸与権侵害の成立を認めた。すなわち、「特定かつ少数の者のみが貸与の相手方になるような場合は、貸与権を侵害するものではないが、少数であっても不特定の者が貸与の相手方となる場合には、同法 26 条の 3 にいう『公衆』に対する提供があったものとして、貸与権侵害が成立する」とした上、「プログラムの著作物について、リース業者がリース料を得て当該著作物を貸与する行為は、不特定の者に対する提供行為と解すべきものである。」と判示した。

これに対し、学説では、「リースは特定の企業等に長期間貸与する契約であるから、公衆に提供するとはいえないことを理由に、貸与権の侵害に該当しないとする説²³が提唱されている。

この両説のうちどちらが妥当か。リースにおけるユーザーが「少数の者」に該当することに異論はないものと思われるので、残された問題は「特定……の者」に該当するか否かという点となる。

同判例は、不特定の者に対する提供行為とする理由として、『特定』というのは、貸与者と被貸与者との間に人的な結合関係が存在することを意味するものと解されるところ、リース会社にとってのリース先（すなわちユーザ）は、専ら営業行為の対象であって、いかなる意味においても人的な結合関係を有する関係と評価することはできない」としている。

しかし、「特定」といえるためには「人的な結合関係」の存在を要すると解すべきことには疑問がある。本条が「公衆」への提供を要件とした趣旨は、「一個の著作物が何回も貸与されて、

権利者が複製のところから得た対価では定型的に不足が生じる場合に限り、貸与権の行使が認められた²⁴という点にある。したがって、「私的な貸与はもとより、企業が絡む場合にも特定人の間で個別的になされる貸与が逐一、貸与権で禁止されるわけではない²⁵。このような趣旨からすれば、前記判例のように「人的な結合関係」の存在を必要とする理由は、何ら見あたらないように思われる。

次に、同判例は、「被告ら自身、プログラム・プロダクトに関するファイナンスリース契約は、経済的にはユーザに対する金融であり、場合によっては、リース業者はリース目的物を換価したり他の者にリース契約を承継させるものであることを認めている」ことを、その理由として付加している。しかし、リースの実体が金融であることは、むしろ実質的にはユーザーによるプログラムの複製物の「購入」と変わらない性格のものであることを示している。したがって、貸与権の対象となることを否定すべき理由にはなりえても、これを肯定すべき理由にはなりえない。目的物の換価・契約の承継がありうるという点も、使用しなくなったソフトウェア製品を「購入者」が中古品として自由に売却しうることに照らすと、貸与権の関係でプログラム・リースを特別視すべき理由とはなりうるか、疑問がある。

さらに、侵害肯定説に立つと実質的にも大きな不都合が生じる。すなわち、第2類型においては、量販店がマイクロソフト社の製品「オフィス」を販売している場合のように、サプライヤーは単なる販社であって、権利を有するソフトウェアベンダと同一の者ではなく、権利者に代わって前記許諾を行う権限を有していないことが一般である。かといって、直接の取引関係

に立たないソフトウェアベンダからリース会社が前記許諾を取得することは困難である。したがって、侵害肯定説は、同類型のプログラム・リースを事実上全面的に禁止するに等しい結果を招きかねず、パッケージソフトウェア製品の流通を著しく阻害する。

以上の理由により、ファイナンス・リース契約に基づきリース会社がプログラムの著作物の複製物をユーザーに貸与する行為には同法上の貸与権は及ばず、同法に基づく規制の対象外であって、あらかじめ著作権者の許諾を得ることなく、これをリース会社は貸与することができるものと解すべきである。但し、後述のとおり、許諾契約違反となる場合がある。第2類型(パッケージソフトウェア製品)への適用が予定されたリース標準契約書、標準注文書、及び標準注文請書にも、著作権者の許諾を得るための条項は含まれていない。

3-3-6 プログラム・リース契約と著作権法47条の2

著作権法47条の2第1項は、プログラムの著作物の複製物の所有者が、自ら当該著作物を電子計算機において利用するために必要と認められる限度で、当該著作物を複製又は翻案(これにより創作した二次的著作物の複製を含む。)することができることを規定している。

本項の趣旨は次のとおりである。著作者本人や、第1-1類型のようなプログラムの著作物の著作権の譲受人である場合には、その者に著作権が帰属しているから、プログラムの著作物の著作権者であれば、自らこれを自由に複製・翻案することができる。それ以外の者が権利者の許諾を得ずに行った場合には複製権・翻案権の侵害となるが、複製物の所有者がプログラムを

使用するためには、それに伴い複製・翻案が当然必要となる場合が認められるので、その場合について著作権を制限し、プログラムの利用、円滑な流通を妨げないよう配慮した規定である²⁶。

ところが、同項は、複製物の「所有者」が「自ら」利用するため必要なときに限定している。したがって、これをプログラム・リースにあてはめると、「プログラムの著作物の複製物の所有者」はリース会社であって、リースを受けたユーザーはこれに該当しないので、本項に基づいて必要な複製・翻案を行うことができない。他方、リース会社は「自ら」電子計算機において利用する者に該当しないので、結局のところ、第1-2類型のようなファイナンス・リース契約の場合には、同項の適用を受ける者が存在しなくなってしまうとして批判を受けている²⁷。

そのため、リースの場合には、単にプログラムの複製物の使用の許諾ではなく、プログラムの複製物の所有者と同様の利用を許諾したものと意思解釈してよく、また、サプライヤーがリース会社に対し、ソフトウェアを第三者（ユーザー）にリースすることを許諾している場合には、当該第三者にコンピュータで利用するために必要な複製等をするを許諾する権利を、サプライヤーがリース会社に許諾したものと意思解釈してよいとする見解²⁸も提唱されている。

しかし、同類型の場合には、著作権を有するソフトウェアベンダとサプライヤーが同一の者であることが通常であり、ユーザーがリースを受ける前提として、ソフトウェアベンダとの間で、直接、開発委託契約等が事前に締結されていることが一般的である。したがって、上記解釈を採用しなくとも、多くの場合には、こうし

た開発委託契約等に、ユーザーが必要とする複製・翻案を許諾する条項を入れることにより、前記問題に対処することが一応は可能であると思われる。標準プログラム使用権設定注文書、及び標準プログラム使用権設定注文請書の各1条3項では、リース会社とサプライヤーとの間で、プログラムが、ユーザーが指定した「……納入条件等に基づいて発注されたものであることを確認」している。サプライヤーとユーザー間の複製等に関する前記条項は、ここにいう「納入条件等」に該当しうものと思われる。かかる条項によって複製・翻案が認められる場合は、リース会社・ユーザー間のプログラム・リース契約においても、これを認める旨を特約として定めておくことで足りる。これに対し、ユーザーによる複製・翻案を認めないのであれば、ユーザーには本項の適用がない以上、特に条項を置く必要はない。

4 パッケージソフト型におけるリース契約

4-1 パッケージソフト型の流通形態

第2類型（パッケージソフト型）の場合、不特定多数のユーザー向けの販売が予定された汎用品であるため、これを「購入」したユーザーには著作権が移転せず、著作権は、製造元たるソフトウェアベンダに帰属するものであることが一般的である。もしくは別に著作権を有するサードパーティーが開発者として存在しており、製造元が当該著作権者からサブライセンスすることについて許諾を受けていることもある。これらの点では第1-2類型と共通している。

同類型に属するプログラムの流通形態を分類すると、①プログラムの複製物が CD-ROM 等の媒体に載せられたパッケージとして販売される形態（パッケージ販売型—第2-1類型）、②イ

ンターネット等を介してダウンロード販売される形態(ダウンロード販売型—第2-2類型)、③あらかじめハードディスクにインストールされたPC製品として販売されるという形態(プリインストール型—第2-3類型)に分けることができる²⁹。収録媒体との関係に着目すると、①だけがハードウェアとは別個独立の媒体に収録され(ただし媒体自体は経済的に無価値に近い)、②は収録媒体が存在しておらず、③は別途価値を有するハードウェア製品中に収録されているという違いがある³⁰。

例えば、マイクロソフト社の製品「ワード」「エクセル」は①と③の形態で販売されている。シマンテック社の製品「ノートン・アンチウイルス」は①と②の形態で販売され、試用版等が③の形態でプリインストールされていることもある。このように、最近では、同一のプログラム製品が、前記①から③までの販売形態の全部又は一部によって販売されているケースが出現している(但し②及び③の場合には、①のような外箱、媒体、紙製マニュアル等が付属していない)。

パッケージソフトウェア製品という名称は、もともと①を示すものとして用いられてきたが、以上にかんがみ、以下では、便宜上、②及び③を含めて第2類型全体を示す言葉として用いる。なお、③の場合はPC製品全体として価格が設定されており、ソフトウェアのみについては価格が設定されていないことが通常である³¹。これと異なり、①及び②には独立したソフトウェア製品として価格が付けられている。

4-2 パッケージソフト型と使用許諾契約

第2類型には、以上のようにさまざまな流通形態があるが、こうした形態の如何を問わず、

あらかじめ「購入者」(ユーザー)がソフトウェアベンダとの間で附合契約的性格の使用許諾契約を締結しておかなければプログラムを使用できないとする方式の製品(許諾契約必要型)と、かかる契約締結を要することなく利用できる方式の製品(許諾契約不要型)とに分かれている。

ここでもファイナンス・リース契約との関係についてはしばらく捨象して、先に第2類型におけるソフトウェアベンダとユーザーの関係について説明する。

まず、許諾契約不要型の場合であるが、ユーザーは、対価を出捐して正規のパッケージソフト型プログラム製品を「購入」することにより、プログラムの著作物の適法複製物を取得するに至っている。前述のとおり、プログラムの著作物の違法複製物を悪意で取得した場合(同法113条2項参照)を除き、著作権法による規制は利用行為に及ばないから、「購入」した複製物を、著作権者の許諾なくして自由に使用することができる。複製物の所有者は自ら電子計算機で利用するために必要な限度で複製・翻案しうるから(同法47条の2第1項)、この要件に該当する限り、使用するため必要となるハードディスクへのインストールも許される。以上のとおり、同法に従えば、使用許諾契約が欠けているからといって、ユーザーによるプログラムの正当な利用に支障は生じない。

それにもかかわらず、第2類型について許諾契約必要型が用いられている理由は、前述した第1-2類型に関する場合と基本的には同様であって、同法との関係においては、契約を締結しなければならない理由はない。また、第2類型の場合、すでにユーザーは「購入」により適法複製物を取得しているから、第1-2類型の場合と異なり、契約を締結しなければ、求めている

プログラムを作成・引渡してもらえないという関係にも立たない。

以上のように法的には曖昧な状態のまま、最近ではシェリンクラップ、又はクリックオンと呼ばれる方式によりライセンス契約に同意させるという方式が一般化している。これは著作権法理ではなく契約法理に基づくものであり、いわば「契約自由の原則」によるものである。

シェリンクラップとは、第 2-1 類型（パッケージ販売型）の場合に用いられることが多い方式である。パッケージの外箱をラップで覆っておき、それを開封した場合にはライセンス契約に同意したものとみなす旨を外部に表記するという形態のものである。これに準じるものとして、プログラムが収められた媒体のケースをシール等で封印しておき、ケースを開封した場合にはライセンス契約に同意したものとみなす旨を表記する形態のものもある。

クリックオン方式とは、ユーザーがパッケージソフトをインストールしようとする際にプログラムのセットアップ画面が立ち上がり、画面上の「ライセンス契約に同意する」旨のボタン表示をマウスでクリックしなければ、セットアップが最後まで完了しないという仕組みである。近時は第 2-1 類型でもシェリンクラップ方式よりもクリックオン方式が用いられていることが通常であり、さらに第 2 類型全般についてクリックオン方式が用いられることが多い。

シェリンクラップ・クリックオン方式による使用許諾契約については、クリック等よりも以前に契約内容の概要が示されていることを条件として、その有効性が認められている³²（ただし、同意を拒否した場合に代金返還義務が生じるか否かは別の問題として残る）。

このようにして、先に代金を支払っているに

もかかわらず、正規の「購入者」であっても、前記クリックを行わなければ、プリインストールされたパッケージソフトのセットアップを完了できず、したがって事実上使用できないことになる。

いずれにせよ、すべてのプログラムが、それを使用するために使用許諾契約に同意することを求める方式によるものとは限らないので、以下では場合を分けて検討する。

4-3 パッケージ販売型とリース契約

第 2 類型のパッケージソフトは、かつて単品として店舗等で販売されるというパッケージ販売型（第 2-1 類型）の流通形態が一般的であった。こうしたパッケージソフト製品は、コンピュータ用プログラムの複製物が載せられた媒体、及び、マニュアルその他の付属品から構成されており、それらの全体が単一のパッケージに梱包されている。前述のとおり、著作権法上、プログラムは著作物であり、当該製品に含まれるプログラムは、ソフトウェアベンダによって適法に複製された複製物に該当する。付属品であるマニュアル等も、同様に言語の著作物（同項 1 号）等の複製物に該当する。

第 2-1 類型の場合、何がリース物件となると考えるべきか。

「著作物の複製物が載せられたパッケージという動産」がリース物件となるものと考えべきである³³。その理由は以下のとおりである。

第 1 に、同類型においては著作権そのものをリース物件とすることはできない。著作権は製造元たるソフトウェアベンダ等に帰属しており、サプライヤーたる販売店には帰属しておらず、したがって、サプライヤーからリース会社が著作権を取得することができないからである。

第2に、「利用権」をリース物件とすることもできない。

著作権法上、「利用権」なる概念は存在しておらず、単にソフトウェアベンダに対してプログラムを使用することを求めることができる契約上の債権的地位にとどまるものとなることは、第1-2類型を説明する際に述べたとおりである。

第2-1類型はさらに、シェアリング方式・クリックオン方式等による許諾契約が不要な類型(第2-1-1類型)と、それを必要とする類型(第2-1-2類型)とに分かれる。パッケージソフトのうち、ゲーム用プログラムには第2-1-1類型が、PC用プログラムには第2-1-2類型が、それぞれ最も多く採用されている³⁴。

第2-1-1類型の場合には、もともと利用許諾契約が存在していないのであるから、かかる契約上の債権的地位を觀念することができるか疑問がある。

これに対し、第2-1-2類型の場合には、理論上は前記債権的地位を觀念することができないわけではない。しかし、第1-2類型の場合と異なり、著作権を有し、利用許諾契約の当事者となるソフトウェアベンダと、単なる販売店にすぎない通常のサプライヤーとは、別人であって一致しないものであることは前述したとおりである³⁵。リース会社からユーザーへの再使用許諾を認める権限を有しているのは、本来、ソフトウェアベンダであってサプライヤーではない。また、ソフトウェアベンダとサプライヤーとの間において販売代理店契約が締結されているとは限らず、仮に締結されている場合であっても、リースの場合における前記再使用許諾を承認することのできる権限が認められているケースは、実態として、きわめて少ないものと思われる。したがって、サプライヤーにはリース会社に対

して再使用許諾を認めるべき権限がない以上、第2-1-2類型についても、再使用許諾を行いうる権限をもってリース物件とすることはできない。さらに、リース料の支払不履行時におけるリース会社のユーザーに対する所有権に基づくリース物件引渡請求について、「パッケージという動産」を対象とすべきことには異論はないものと思われるが、かかる法律構成を採用するときには、「パッケージという動産」を引渡請求の対象とすることができるか、大きな疑義を生じかねない。

以上のとおりであるから、第2-1類型においては、リース会社が販売業者からリース物件として「著作物の複製物が載せられたパッケージという動産」を購入のうえ、ユーザーに長期間これを使用させるものと考えらるべきである。したがって、同類型には、「利用権」を物件とするプログラム・リース標準契約及び標準プログラム使用権設定契約は適用すべきでなく、むしろ通常の動産リースと同様に、一般的なリース物件の場合を対象としてリース事業協会が策定したリース標準契約の適用によるべきである³⁶。同契約は、1条1項において、リース会社は、ユーザーが指定する使用権設定者から、ユーザーが指定する物件の非独占使用権を取得し、これに基づいてリース会社はユーザーに対し物件(ソフトウェア付きの場合はソフトウェアを含む)をリースし、ユーザーはこれを借受ける旨を定めている。

以上のように考えた場合、ユーザーはソフトウェアベンダとの間において、シェアリング方式・クリックオン方式による使用許諾契約を締結すべき権限を有しているか否かという点が問題として残る。ユーザーは「著作物の複製物が載せられたパッケージという動産」の購入者で

もなければ、所有者でもないからである。この場合、プログラムの複製物の所有者でない以上、ユーザーには著作権法 47 条の 2 第 1 項は適用されず、したがって、複製等を同項に基づいて行うこともできない。

この点について、パッケージソフトにおいて世界最大のソフトウェアベンダであるマイクロソフト社の「マイクロソフト ソフトウェア使用許諾契約書」を見ると、使用許諾契約の主体は「お客様」と記載されており、「お客様は本ソフトウェアをレンタル、リース、もしくは貸与……することはできません。」と明記されている。同様の条項はパッケージソフトの使用許諾契約において広く見受けられるものである。

ここにいう「お客様」がリース会社の意味であれば、リース会社がユーザーに対しリースすることは使用許諾契約に違反するものとなる。しかし、リース会社はシェリンクラップ・クリックオン方式による使用許諾契約について、契約の承諾に相当するクリック行為等を行っていないから、リース会社が契約の拘束を受けているわけではない。クリック行為等を実際に行っているのはユーザーである。ここにいう「お客様」について定義条項は置かれていないが、購入者・所有者だけに限定されているわけでもないから、それよりも広い概念であると解することも可能である。したがって、「お客様」とは、「著作物の複製物が載せられたパッケージという動産」の正当な取得者であって、リースにより導入したユーザーを含むものと解する余地を有しているものとなる。このように解することができれば、前述のようなリース等を禁止する条項も、リースのユーザーが自らリース等を行うことを禁止するという、きわめて常識的な内容であるにとどまることになる。

以上の解釈がソフトウェアベンダの合理的な意思解釈となりうるか、確認作業を要するものと思われる。

4-4 ダウンロード販売型とリース物件

近時は情報ネットワークの普及に伴い、それを介したパッケージソフトのダウンロード販売という形態（第 2-2 類型）が出現している。

この場合には、第 2-1 類型の場合と異なり、リース物件となりうる動産が存在していないが、ダウンロード販売されるプログラムをリースによって導入するというケースを実際に想定することは困難である。したがって、本稿における検討の対象外とする。

4-5 プリインストール型とリース物件

最近の PC 用ビジネスソフトにおいては、ユーザーの利便性——わざわざ自分でインストールして設定しなければならない煩雑さを省く——とコスト低下を図るために、あらかじめハードディスクにパッケージソフトのインストールを完了した状態で、PC 製品に組み込んで一体として出荷されているケースが少なくない（第 2-3 類型）。マイクロソフト社のウインドウズのような特定の PC に対応したオペレーティングシステム（OS）が同類型の典型例であるが、ワープロソフトや表計算ソフトがプリインストールされている場合もある。

同類型の場合には、当該 PC 製品を購入すれば、これにパッケージソフトが付属していることになる。コスト低下を図るため、最近ではプログラムが収録された CD-ROM 等の独立した媒体が省かれ、付属していないことが通常である。この場合、PC 製品全体の価格には、プリインストールされたパッケージソフトの価格が潜

在的に含まれていても、外箱等が付属していないから第2-1類型と比べて潜在的な価格が完全に同一とはいえず、しかもソフトウェアベンダとPCメーカー間の価格形成過程を外部から知ることができない等の事情が存在しているため、プリインストールされた個々のプログラムの価格だけを抜き出して顕在化させることは困難である。したがって、同類型については、「パッケージソフトがプリインストールされたPC製品という動産」を、リース物件とするほかない。したがって、第2-3類型についても、プログラム・リース標準契約及び標準プログラム使用権設定契約ではなく、リース標準契約の適用によるべきである。

5 結びに代えて

以上のとおり、プログラム・リース契約の法的性質は、プログラムの流通形態に応じて考えるべきであり、開発委託型(第1類型)のうち、著作権移転型(第1-1類型)については使用許諾構成、著作権非移転型(第1-2類型)については再使用許諾構成、これに対して、パッケージソフト型(第2類型)のうち、パッケージ販売型(第2-1類型)及びプリインストール型(第2-3類型)については有体物リース構成が、それぞれ基本的に妥当するものと思われる。

もとより以上の各構成は、他の構成が妥当する場合があることを否定するものではないことを最後に付言しておきたい。

¹ 同法による保護は、プログラムの著作物を作成するために用いるプログラム言語(プログラムを表現する手段としての文字その他の記号及びその体系)、規約(特定のプログラムにおける前号のプログラム言語の用法についての特別の

約束)及び解法(プログラムにおける電子計算機に対する指令の組合せの方法)に及ばない(同法10条3項)。

² 加戸守行『著作権法逐条講義〔5訂新版〕』(著作権情報センター、2006)637頁

³ 他にユーザーが自らの手で開発する場合もあるが、その性質上、基本的にはリースの対象となりうるものではないので、本稿の検討対象外とする。

⁴ 同類型は、かつては「カスタム・ソフト」と呼ばれていた。

⁵ 著作者には著作人格権も付与されるが(同法17条)、著作権と異なり、著作人格権は一身専属権であり、譲渡することができない(同法59条)。そのため、著作権の譲渡を受ける際、実務では「著作人格権は、譲受人及び譲受人が指定する者に対しては行使しない」旨の包括的不行使特約を譲渡契約中に定めておくことが多い。

⁶ JISAは、情報関連技術の開発促進、情報化の基盤整備などを通じ、情報サービス産業の健全な発展とわが国の情報化の促進を目的とする事業者団体である。

⁷ 詳細については情報サービス産業協会法的問題委員会契約部会編『新しいソフトウェア開発委託取引の契約と実務』(商事法務、2002)参照。

⁸ 山岸憲司=内山義隆=片岡義広編『新版リース・クレジットの法律相談』(青林書院、2003)199頁〔山川萬次郎〕

⁹ 理論的には「プログラム複製物」をリース物件として、当該複製物の貸与という形式を採用することも考えられる。しかし、これでは、元となった開発委託契約の趣旨から遠ざかることになるのではないかと、さらに検討を要する。

¹⁰ あくまでも推定にすぎないから、反証により覆すことが可能である。具体例として東京地判平成17年3月23日(平成16年(ワ)第16747号)公刊物未登載参照。

¹¹ 著作権譲渡契約を締結する際、実務では著作人格権の包括的不行使特約を定めておくことが多いことは前述した。したがって、第1-1類型に関するプログラム・リースの場合においてリース会社がソフトウェアベンダから著作権の譲渡を受ける際にも、契約に同様の条項を入れることが必要となる。

¹² 社団法人リース事業協会『プログラム・リ

ース標準契約書の解説(平成11年3月)』14頁。

¹³ 社団法人リース事業協会・前掲書18頁。

¹⁴ 池田映岳「プログラム・リースの実務上の留意点」金融法務事情989号22頁、太田実ソフトウェアリースの標準契約書式について」リース1983年12月号12頁、岡部眞純「プログラム・リースをめぐる紛争実態と取引方法の改善策」NBL269号6頁等。

¹⁵ 寺本振透・齋藤崇「知的財産に関するリースの法的側面」リース研究1号39頁。西村ときわ法律事務所編『ファイナンス法大全 アップデート』(商事法務、2006)408頁は、プログラム・リース標準契約1条1項の解釈として、かかる立場を採用した上、第1-2類型だけでなく、第1-1類型についても「物のリース」と構成する。

¹⁶ 社団法人リース事業協会・前掲書13頁。

¹⁷ 著作物の「使用」とは単なる著作物の享受をいい、「利用」とは同法が定める支分権に基づく行為をいう(著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ平成10年2月20日付「中間まとめ」)。しかし、実際の契約では、この両社が厳密に使い分けられているか否か疑わしい。

¹⁸ かつてプログラムが小規模であって、一度もハードディスクにインストール(複製)することなく、ソフトハウスから支給されたマスターディスクのフロッピーディスクから立ち上げることができた時代には、「プログラムを使用する」ということは、PCレベルでは、単に前記フロッピーディスクからメモリー(RAM)に記憶させる(ロードする)ということの意味するのが普通であった。そのため、このような意味の「プログラムをコンピュータで『使用』する行為」に著作権法をはじめとする法律の網を被せるために、さまざまな工夫が行われてきた。その中で最も有力であるのが、合衆国と同様に、わが国の著作権法上、メモリーにロードする行為を「複製」ととらえ、無許諾の場合は複製権侵害になるという法解釈によって解決を図るといった法律構成であった。しかし、わが国の著作権法2条1項15号は、「複製」とは「有形的に再製すること」と定義している。RAMの場合には電源を停止すれば記憶内容が消え去ってしまうため、メモリー上への蓄積は瞬間的かつ過渡的なものであって「複製」に該当しないとする

解釈が支配的である。それゆえ、著作権法の改正作業においても幾度となく立法的な検討課題とされたが、「複製」の定義自体を改正して拡張することは、従来の概念を著しく変更し、実質的には著作権制度が基本的に予定していない

「使用権」を認めることになってしまうこと、他方で著作物の通常の使用を妨げないように権利制限規定を設けるとすれば改正の実質的な意味が乏しいこと等を理由に、実際には改正されることはなかった(1995年2月付け「著作権審議会マルチメディア小委員会ワーキング・グループ検討経過報告」参照)。

¹⁹ 作花文雄『著作権法〔第3版〕』(ぎょうせい、2004)296頁。

²⁰ 時代の経過とともにプログラムは肥大化しており、あらかじめ媒体からPCのハードディスク上へとインストールしなければ事実上使用できない規模のプログラムが一般化している。電源を停止すれば記憶内容が消え去るRAMと異なり、ハードディスク上へのインストールであれば、同法2条1項15号にいう「有形的に再製すること」に該当し、「複製」となりうる(この点で前記「読書」の場合と異なる)。電源を停止しても記憶内容が消え去ることはないからである。しかし、同法47条の2第1項が存在するため、ハードディスク上にインストールしなければ使用できない場合、同項にいう「電子計算機において利用するために必要と認められる限度」に該当するから、あらかじめ権利者の許諾を得ることなく、ユーザーはハードディスク上にインストールという複製行為を行うことが許される。

²¹ 社団法人リース事業協会・前掲書15頁。

²² 同法38条4項は非営利かつ無料の貸与については貸与権の例外としているが、プログラム・リースの性格上、同項にも該当しない。

²³ 財団法人ソフトウェア情報センター『ソフトウェア・リース契約における留意点』(平成5年3月)11頁〔齋藤浩貴〕。

²⁴ 田村善之『著作権法〔第2版〕(有斐閣、2001)』127頁。

²⁵ 田村・前掲書127頁。

²⁶ 加戸守行・前掲書312頁。

²⁷ 中山信弘『ソフトウェアの法的保護〔新版〕』(有斐閣、1988)76頁、植松宏嘉『プログラム著作権Q&A〔新版〕』(ぎょうせい、1989)184

頁、財団法人ソフトウェア情報センター・前掲書 15 頁〔齋藤浩貴〕

²⁸ 財団法人ソフトウェア情報センター・前掲書 15 頁〔齋藤浩貴〕

²⁹ 「購入」する製品について、すべての類型に共通して、元のプログラムを複製しているのは、著作権者側（ソフトウェアベンダ）である。「購入者」側が複製したわけではないので、その関係では複製権（同法 21 条）侵害の問題は発生しない。次に、著作権者側は著作物の原作品又は複製物について譲渡権を有しているが（同法 26 条の 2 第 1 項）、著作権者側により公衆に譲渡された著作物の原作品又は複製物については、譲渡権は及ばない（同法 26 条の 2 第 2 項 2 号）。したがって、パッケージソフト製品の適法な「購入者」に対して、ソフトウェアベンダが譲渡権侵害を主張することもできない。

³⁰ ハードウェアとの関係に着目して、従来、③はバンドル方式、①及び②はアンバンドル方式と呼ばれてきた。

³¹ ただし、BTO（Build To Order）と呼ばれる受注生産方法の場合には、オプションとしてソフトウェア単独の価格が付けられていることがある。

³² シェリンクラップ・クリックオン方式による使用許諾契約の有効性については、経済産業省『電子商取引等に関する準則（平成 18 年 2 月版）』93 頁以下を参照。

³³ ほぼ結果同旨・山岸＝内山＝片岡編・前掲書 199 頁〔山川隆久〕

³⁴ 財団法人ソフトウェア情報センター『ソフトウェア販売代理店契約における留意点』（平成 7 年 3 月）49 頁

³⁵ 零細規模のソフトウェア廉価販売店がマイクロソフト社から「オフィス」について、かかる権限の委譲を受けているものと想定することは困難であろう。

³⁶ ほぼ同旨・西村ときわ法律事務所編・前掲書 407 頁