電子商取引及び情報財取引等に関する準則

平成２０年8月

経済産業省

はじめに

法令は、それが制定･改正された当時における技術を前提としている。このため、新たな技術の登場は、法令の規律が前提としていた紛争実態などの事実に変化をもたらす。この結果、技術の進歩に応じた柔軟な法令解釈が求められるとともに、こうした解釈では対応できない事項については新たな法令の構築が求められることとなる。

インターネットの登場は、電子商取引をはじめとした新たな経済行為を産み出している。ところが、民法を始めとする現行法の大半はこうした新たな技術を前提とせずに制定されているため、電子商取引について、現行法がどのように適用されるのかその解釈が明確であるとは必ずしも言い難く、当事者が安心して電子商取引に参加できる法的な環境にあるとは言えない。本来であるならば、現行法の解釈に関して不明確な事項があれば、判例の積み重ねによって合理的なルールが自ずと明らかになるのであるが、当面、こうした司法による判例の積み重ねが迅速に進むことにのみ期待することは難しい。

この準則は、電子商取引等に関する様々な法的問題点について、民法をはじめとする関係する法律がどのように適用されるのか、その解釈を示し、取引当事者の予見可能性を高め、取引の円滑化に資することを目的とするものである。もとより、個別具体的な事例において現行法がどのように適用されるのかを最終的に判断するのは裁判所であることは言うまでもないが、この準則が一つの法解釈の叩き台となることにより、新しいルール形成の一助になることを願っている。

また、この準則は、電子商取引をめぐる様々な論点について、消費者団体、事業者団体や、内閣府･総務省･法務省･公正取引委員会･文化庁など関係府省からのオブザーバーの方々のご助言を頂きながら、産業構造審議会情報経済分科会ルール整備小委員会において取りまとめいただいた提言を踏まえ、経済産業省が現行法の解釈についての一つの考え方を提示するものであり、今後電子商取引をめぐる法解釈の指針として機能することを期待する。

さらに、この準則は、電子商取引をめぐる取引の実務、それに関する技術の動向、国際的なルールメイクの状況に応じて、柔軟に改正されるべき性格のものと考えている。また、基本的な考え方を示すとともに、具体的事例における考え方も示したいと考えている。そのために、実際に電子商取引に関わっている事業者や消費者から、具体的な事例について、考え方を広く募りたい。この準則の中でいくつか具体例を

挙げているが、これ以外にもさらに適当なものがあれば、ぜひ下記へご提案頂きたい。

＜電子商取引及び情報財取引等に関する準則についての連絡先＞

経済産業省商務情報政策局情報経済課
FAX　　03-3501-6639
e メール　　ecip-rule@meti.go.jp

電子商取引及び情報財取引等に関する準則

－目次－

Ⅰ　電子商取引 1

Ⅰ-1 契約手法に関する問題 2

Ⅰ-1-1 契約の成立時期（電子承諾通知の到達） 2
Ⅰ-1-2 ウェブサイトの利用規約の有効性 6
Ⅰ-1-3 価格誤表示と表意者の法的責任 14
Ⅰ-1-4 ワンクリック請求と契約の履行義務 20
Ⅰ-1-5 なりすましによる意思表示のなりすまされた本人への効果帰属 26
Ⅰ-1-6 なりすましを生じた場合の認証機関の責任 36
Ⅰ-1-7 未成年者による意思表示 40
Ⅰ-1-8 管轄合意条項の有効性 42
Ⅰ-1-9 仲裁合意条項の有効性 43

Ⅰ-2 電子商取引に特有の取引形態 44

Ⅰ-2-1 電子商店街（ネットショッピングモール）運営者の責任 44
Ⅰ-2-2 インターネット・オークション 48
Ⅰ-2-2-1 オークション事業者の利用者に対する責任 49
Ⅰ-2-2-2 オークション利用者（出品者・落札者）間の法的関係 53
Ⅰ-2-2-3 インターネット・オークションにおける売買契約の成立時期 58
Ⅰ-2-2-4 「ノークレーム・ノーリターン」特約の効力 60
Ⅰ-2-2-5 インターネット・オークションと特定商取引法 62
Ⅰ-2-2-6 インターネット・オークションと景品表示法 67
Ⅰ-2-2-7 インターネット・オークションと電子契約法 68
Ⅰ-2-2-8 インターネット・オークションと古物営業法 69

Ⅰ-2-3 ホスティングを伴う電子商取引事業者の違法情報媒介責任.....71
Ⅰ-2-4 インターネット上で行われる懸賞企画の取扱い.....77

Ⅰ-3 消費者保護.....80

Ⅰ-3-1 消費者の操作ミスによる錯誤.....80
Ⅰ-3-2 インターネット通販における分かりやすい申込画面の設定義務.....84
Ⅰ-3-3 ウェブ上の広告表示の適正化.....90
Ⅰ-3-3-1 景品表示法による規制.....90
Ⅰ-3-3-2 特定商取引法による規制.....95
Ⅰ-3-3-3 薬事法･健康増進法による規制.....99
Ⅰ-3-3-4 貸金業法等による規制.....103
Ⅰ-3-4 インターネットを通じた個人情報の取得.....106

Ⅰ-4 越境取引.....113

Ⅰ-4-1 当事者による法選択がない場合の準拠法.....113
Ⅰ-4-2 越境取引における消費者保護法規.....119
Ⅰ-4-3 インターネット上の不法行為と準拠法.....125

Ⅱ 情報財取引.....128

Ⅱ-1 ライセンス契約.....128

Ⅱ-1-1 契約の成立とユーザーの返品の可否.....129
Ⅱ-1-1-1 情報財が媒体を介して提供される場合.....129
Ⅱ-1-1-2 情報財がオンラインで提供される場合.....138
Ⅱ-1-2 重要事項不提供の効果.....142
Ⅱ-1-3 契約中の不当条項.....145
Ⅱ-1-4 ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲.....149
Ⅱ-1-5 契約終了時におけるユーザーが負う義務の内容.....158

Ⅱ-1-6 契約終了の担保措置の効力 161
Ⅱ-1-7 ベンダーが負うプログラムの担保責任 164
Ⅱ-1-8 SaaS・ASP のための SLA (Service Level Agreement) 171
Ⅱ-1-9 ユーザーの知的財産権譲受人への対抗 175

Ⅱ-2 知的財産 179

Ⅱ-2-1 ソフトウェア特許権の行使と権利濫用 179
Ⅱ-2-2 P2Pファイル交換ソフトウェアの提供者の責任 188
Ⅱ-2-3 ドメイン名の不正取得等 192
Ⅱ-2-4 インターネット上への商品情報の掲示と商標権侵害 198
Ⅱ-2-5 ID・パスワード等のインターネット上での提供 201
Ⅱ-2-6 使用機能、使用期間等が制限されたソフトウェア (体験版ソフトウェア、期間制限ソフトウェア等) の制限の解除方法を提供した場合の責任 212
Ⅱ-2-7 データベースから取り出された情報・データの扱い 222
Ⅱ-2-8 肖像の写り込み 226
Ⅱ-2-9 著作物の写り込み 233
Ⅱ-2-10 インターネットサイトの情報の利用 238
Ⅱ-2-11 サムネイル画像と著作権 246
Ⅱ-2-12 他人のホームページにリンクを張る場合の法律上の問題点 251
Ⅱ-2-13 eラーニングにおける他人の著作物の利用 259

Ⅰ　電子商取引

ここでは、電子商取引等が、インターネットその他のコンピュータ・ネットワークを利用して行われるという新たな経済行為であることに伴い生じる諸問題について、検討する。

Ⅰ-1 契約手法に関する問題

Ⅰ-1-1 契約の成立時期（電子承諾通知の到達）

【論点】
電子契約の成立時期である承諾通知が到達した時点（電子契約法第4条）とは、具体的にいつか。

1．考え方

(1) 電子メールの場合

承諾通知の受信者（申込者）が指定した又は通常使用するメールサーバー中のメールボックスに読み取り可能な状態で記録された時点である。

①承諾通知の受信者（申込者）のメールサーバー中のメールボックスに記録された場合

（該当する例（契約成立））
・承諾通知が一旦メールボックスに記録された後にシステム障害等により消失した場合
・

（該当しない例（契約不成立））
・申込者のメールサーバーが故障していたために承諾の通知が記録されなかった場合
・

②読み取り可能な状態で記録された場合

（該当しない例（契約不成立））
・送信された承諾通知が文字化けにより解読できなかった場合
・添付ファイルによって通知がなされた場合に申込者が復号して見読できない場合（申込者が有していないアプリケーションソフトによって作成されたため、復号して見読できない場合など）
・

(2) ウェブ画面の場合

申込者のモニター画面上に承諾通知が表示された時点である。

2．説明

(1) 電子契約の成立時期（承諾通知の到達）

電子メール等の電子的な方式による契約の承諾通知は原則として極めて短時間で相手に到達するため、隔地者間の契約において承諾通知が電子メール等の

電子的方式で行われる場合には、民法第 526 条第1項及び第 527 条が適用されず、当該契約は、承諾通知が到達したときに成立する（電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律（以下「電子契約法」という。）第4条、民法第97条第1項）。

なお、「本メールは受信確認メールであり、承諾通知ではありません。在庫を確認の上、受注が可能な場合には改めて正式な承諾通知をお送りします。」といったように、契約の申込への承諾が別途なされることが明記されている場合などは、受信の事実を通知したにすぎず、そもそも承諾通知には該当しないと考えられるので、注意が必要である。

(2)「到達」の意義

この到達の時期について民法には明文の規定はないが、意思表示の到達とは、相手方が意思表示を了知し得べき客観的状態を生じたことを意味すると解されている。すなわち、意思表示が相手方にとって了知可能な状態におかれたこと、換言すれば意思表示が相手方のいわゆる支配圏内におかれたことをいうと解される（最高裁昭和36年4月20日第一小法廷判決・民集15巻4号 774 ページ、最高裁昭和43年12月17日第三小法廷判決・民集22巻13号 2998 頁）。

電子承諾通知の到達時期については、相手方が通知に係る情報を記録した電磁的記録にアクセス可能となった時点をもって到達したものと解される。例えば、電子メールにより通知が送信された場合は、通知に係る情報が受信者（申込者）の使用に係る又は使用したメールサーバー中のメールボックスに読み取り可能な状態で記録された時点であると解される。具体的には、次のとおり整理されると考えられる。

①相手方が通知を受領するために使用する情報通信機器をメールアドレス等により指定していた場合や、指定してはいないがその種類の取引に関する通知の受領先として相手方が通常使用していると信じることが合理的である情報通信機器が存在する場合には、承諾通知がその情報通信機器に記録されたとき、②①以外の場合には、あて先とした情報通信機器に記録されただけでは足りず、相手方がその情報通信機器から情報を引き出して（内容を了知する必要はない。）初めて到達の効果が生じるものと解される。

なお、仮に申込者のメールサーバーが故障していたために承諾通知が記録されなかった場合は、申込者がアクセスし得ない以上、通知は到達しなかったものと解するほかない。

他方、承諾通知が一旦記録された後に何らかの事情で消失した場合、記録された時点で通知は到達しているものと解される。

(3)「読み取り可能な状態」の意義

送信された承諾通知が文字化けにより解読できなかった場合（なお、解読できないか否かについては、単に文字化けがあることのみではなく、個別の事例に応じて総合的に判断されることとなる。例えば、文字コードの選択の設定を行えば復号が可能であるにもかかわらず、それを行わなかったために情報を復号することができない場合のように当該取引で合理的に期待されている相手方のリテラシーが低いため、情報の復号ができない場合には、表意者（承諾者）に責任がなく、この要件は、相手方が通常期待されるリテラシーを有していることを前提として解釈されるべきであると考える。）や申込者が有していないアプリケーションソフト（例えば、ワープロソフトの最新バージョン等）によって作成されたファイルによって通知がなされたために復号して見読することができない場合には、申込者の責任において、その情報を見読するためのアプリケーションを入手しなければならないとすることは相当ではなく、原則として、申込者が復号して見読可能である方式により情報を送信する責任は承諾者にあるものと考えられる。したがって、申込者が復号して見読することが不可能な場合には、原則として承諾通知は不到達と解される。

(4) ウェブ画面の場合

インターネット通販等の場合、ウェブ画面上を通じて申込みがなされ、承諾もウェブ画面でなされることがある。すなわち、ウェブ画面上の定型フォーマットに商品名、個数、申込者の住所・氏名等の必要事項を入力し、これを送信することにより申込みの意思表示が発信され、この申込み通知がウェブサーバーに記録された後、申込者のウェブ画面に承諾した旨又は契約が成立した旨が自動的に表示されるシステムが利用される場合がある。

このようにウェブ画面を通じて承諾通知が発信された場合についても、意思表示の到達の意義及び電子メールの場合における承諾通知の到達時期と同様の視点で考えるのが相当である。すなわち、相手方が意思表示を了知し得べき客観的状態を生じた時点、読み取り可能な状態で申込者（受信者）の支配領域に入った時点と考えられる。具体的には、ウェブサーバーに申込みデータが記録され、これに応答する承諾データが申込者側に到達の上、申込者のモニター画面上に承諾通知が表示された時点と解される。また、承諾通知が画面上に表示されていれば足り、申込者がそれを現認したか否かは承諾通知の到達の有無には影響しない。他方、通信障害等何らかのトラブルにより申込者のモニター画面に承諾通知が表示されなかった場合は、原則として承諾通知は不到達と解される。

ちなみに、「お申込ありがとうございました。在庫を確認の上、受注が可能な場合には改めて正式な承諾通知をお送りします。」といったように、契約の申込への承諾が別途なされることが明記されている場合などは、受信の事実を通知したにすぎず、そもそも承諾通知には該当しないと考えられるので、注意が必要である。

なお、承諾通知がウェブ画面上に表示された後、契約成立を確認する旨の電子メールが別途送信される場合もあるが、この場合も契約の成立時期はあくまで承諾通知が表示された時点であり、後から電子メールが到達した時点ではない。他方、承諾通知がウェブ画面に表示されなかった場合、契約成立を確認する旨の電子メールが送信されていれば、それが到達した時点で契約は成立している。

Ⅰ-1-2 ウェブサイトの利用規約の有効性

【論点】

インターネット通販、インターネット・オークション、インターネット上での取引仲介・情報提供サービスなど様々なインターネット取引を行うウェブサイトには、利用規約、利用条件、利用契約等の取引条件を記載した文書（以下総称して「サイト利用規約」という）が掲載されていることが一般的であるが、サイト利用規約は利用者に対して法的な拘束力を持つのか。

1．考え方

物品の販売やサービスの提供などの取引を目的とするウェブサイトについては、利用者がサイト利用規約に同意の上で取引を申し込んだのであれば、サイト利用規約の内容は利用者とサイト運営者との間の取引契約の内容に組み込まれることにより拘束力を持つ。

（サイト利用規約が契約条件に組み込まれると認められる場合）
・ウェブサイトで取引を行う際に必ずサイト利用規約が明瞭に表示され、かつ取引実行の条件としてサイト利用規約への同意クリックが必要とされている場合
・

（サイト利用規約が契約条件に組み込まれるか否かに疑問が残る場合）
・ウェブサイト中の利用者が必ず気が付くであろう場所にサイト利用規約が掲載されている（例えば取引の申込み画面にサイト利用規約へのリンクが目立つ形で張られているなど）が、サイト利用規約への同意クリックまでは要求されていない場合
・

（サイト利用規約が契約条件に組み込まれないであろう場合）
・ウェブサイト中の目立たない場所にサイト利用規約が掲載されているだけで、ウェブサイトの利用につきサイト利用規約への同意クリックも要求されていない場合
・

サイト利用規約が変更された場合には、変更後のサイト利用規約は変更後の取引についてのみ適用され、過去の取引については変更前のサイト利用規約が適用される。また、変更前からのサイト利用者に対してサイト利用規約の変更の有効性を主張するためには、サイト利用者に分かりやすい方法でサイト利用規約の変更の事実と変更箇所を告知した上で、変更後のサイト利用規約につきサイト利用者の同意を得ることが必要であろう。

サイト利用規約の内容が利用者とサイト運営者の間の契約条件に組み込まれていると認定できる場合でも、消費者契約法第8条、第9条などの強行法規に抵触する場合には、その限度でサイト利用規約の効力が否定される。また、具体的な法規に違反しないとしても、サイト利用規約中の利用者の通常の予想に反するような不当条項については、普通取引約款の内容の規制についての判例理論や消費者契約法が消費者の利益を一方的に害する条項を無効としている趣旨等にかんがみ無効とされる可能性がある。

なお、サイト利用規約には、例えば「利用条件」、「利用規則」、「ご同意事項」、「ご利用あたって」など、サイトごとに様々な表題が付されているが、サイト利用規約につきサイト側が付している表題は特段の事情がない限り効力に影響しない。

2．説明

(1) 問題の所在

インターネット通販、オンライン金融サービス、インターネット・オークション、インターネット上での取引仲介・情報提供サービスなどの様々なインターネットを通じた消費者向けのインターネット取引のサイトには、利用規約、利用条件、利用契約等の取引条件を記載した文書（以下総称して「サイト利用規約」という）が掲載されている。サイト利用規約の利用者に対する提示方法は、ウェブのトップページから単にリンクされている場合もあれば、取引の申込みの際にサイト利用規約が表示され利用者に同意クリックを要求する場合もあるなど、サイトによって様々である。インターネットを通じた消費者取引については契約書を取り交わした上で行うことはまれであり、事業者はサイト利用規約を前提として消費者と取引を行うことが一般的である。そこで、どのような場合にサイト利用規約が消費者に対して法的拘束力を持つのかが問題となる。

(2) サイト利用規約が利用者とサイト運営者の間の契約として認められる要件

①取引その他の契約関係の存在

サイト利用規約が法的拘束力を持つ根拠は、サイト利用規約が利用者とサイト運営者の間の契約の一部に組み込まれることである。したがって、サイト利用規約が法的効力を有する前提としては、利用者とサイト運営者の間に何らかの契約関係が認められることが必要である。契約関係の基礎となる取引としては売買取引（インターネット通販など）が最も典型的であるが、インターネットを通じた有償の情報サービスやインターネット・オークションなど各種のサービス提供取引も契約関係を発生させると考えられる。

ソフトウェアや音楽など情報財のダウンロード販売についての、当該情報財の利用規約（エンドユーザー・ライセンス条件）の拘束力についても、ウェブサイト自

体のサイト利用規約に準じて考えることができる。

なお、利用者とサイト運営者の間に契約関係が存在しない場合にはサイト利用規約は契約としての拘束力は持ち得ないが、その場合であっても、サイト運営者の不法行為責任の有無及び範囲を判断する上で、サイト利用規約の記載内容が斟酌される場合もあろう。

②利用者がサイト利用規約に同意の上で取引の申込みを行っていること

サイト利用規約が契約として効力を有するためには、利用者がサイト利用規約の条件にしたがって取引を行う意思をもってサイト運営者に対して取引を申し入れたことが必要である。したがって、サイト利用規約の存在を知らないままウェブサイトを利用した場合には、利用者はサイト利用規約には拘束されない。

運送約款などの普通契約約款に関する過去の判例（例えば航空運送約款に関する大阪高判昭和40年6月29日・下級民集16巻6号 1154 頁、自動車運送約款に関する京都地判昭和30年11月25日・下級民集6巻11号 2457 頁など）は、約款を顧客に開示（掲示など）することを約款に法的拘束力を認めるための要件として要求しているが、運送契約などについては約款による取引の商慣行が存在することを理由として、約款が適切に開示されていれば、必ずしも顧客からの約款への同意の意思表示がなくても旅客運送や貨物輸送などの取引に関する契約に当該約款の内容が組み込まれることを認めている。したがって、日本法のもとでは、ウェブサイトのサイト利用規約についても、利用者に分かりやすくサイト利用規約が開示されていれば、サイト利用規約への同意のクリック等がなくても、オンライン契約にサイト利用規約の内容が組み込まれていると認められる可能性も否定できない。

しかし、インターネット取引はまだ新しい取引形態であり、現時点でウェブサイトに掲載されたサイト利用規約に従って取引を行う商慣行が成立しているとは断定できない。また、インターネット先進国である米国の裁判例（Ticketmaster Corp v. Tickets.com Inc.（C.D.Ca.,March 27,2000）、Specht v.Netscape Communications Corp.150 F.Supp.2d 585（S.D.N.Y.,July 5,2001）,aff'd. 306 F.3d 17（2d Cir.,Oct.1,2002）など）には、サイト利用規約がサイト上に掲載されていたことだけでは取引を申し込んだ利用者がサイト利用規約に同意していたことは認定できないとして、サイト利用規約の記載が契約条件に組み込まれるための要件として「サイト利用規約への同意をクリックしないと取引ができない仕組み」などサイト利用規約への利用者の同意を確認できる仕組みを要求しているものがある。

よって、サイト利用規約への同意クリックなど利用者からのサイト利用規約への同意の意思表示が確認されない限り取引が実施されない仕組みが構築されてい

ない場合には、サイト利用規約に法的効力が認められない可能性が残る。特に、単に同意クリックなどの仕組みがないだけでなく、サイト利用規約へのリンクボタンがサイト内の目立たない場所に小さく表示されているに過ぎないなど、利用者がサイト利用規約の存在に気がつかないであろう場合には、原則として法的効力は認められないと考えられる。

また、サイト利用規約に記載されている取引条件が商慣行に照らして常識的なものであれば、利用者の同意は比較的緩やかに認定することが可能と考えられるが、例えば海外での仲裁についての条項やインターネット通販で事業者側が一方的な解約権を留保する条項のように利用者側に通常は予想できないような不利益を課す条項については、極めて厳格に利用者の同意が要求されると考えられる。（なお、後に述べるように、利用者が消費者の場合には、利用者の明確な同意が認定できたとしても、不当条項が消費者契約法などで無効とされる可能性がある。）

③長文難読なサイト利用規約の有効性

消費者契約法第3条第1項は、事業者に対して消費者との契約が「明確かつ平易なもの」となるように配慮する努力義務を課している。この規定はあくまで「努力義務」を定めたものであるし、取引内容や条件が複雑である場合には、サイト利用規約が長文で複雑なものとなることは避け難い面があり、単に規約の文章が長すぎたり複雑であることを理由として直ちに取引契約の内容に組み込まれたサイト利用規約の効力が否定されることはない。しかし、長文難読な表現が使われることにより利用者に不利益な条項が隠蔽されてしまい、消費者にとって容易に理解できなくなっている場合には、信義誠実の原則や消費者契約法の規定の趣旨から、このような「長文難解な表現によって隠蔽された」不利益条項の効力は否定される可能性がある。なお、サイト利用者にとってサイト利用規約が「明確かつ平易なもの」といえるか否かを判断するについては、サイト利用規約それ自体の記述はもちろん、サイト内での取引条件についての補足説明（例えば、取引の流れについての説明や、図説・説明イラストなど）を含めてサイト利用者に対してウェブサイト上で提供されるサイト利用規約に関する説明全体が総合的に考慮されることになる。

(3) サイト利用規約の変更とその効力

サイト利用規約には、インターネット通販のサイト利用規約のように、単発の取引についての条件を定めるものと、インターネットバンキングやインターネット・オークションのように特定の利用者（メンバーや会員）との継続的な取引条件を定めるものがあるので、それぞれにつき検討する。

①単発の取引についての条件を定めるサイト利用規約の変更

上述のように、サイト利用規約は、それ自体に当然に法的拘束力があるわけではなく、利用者とサイト運営者との間の取引の契約条件に組み込まれることによって初めて法的拘束力を獲得する。したがって、法的拘束力を有するサイト利用規約（すなわち契約条件に組み込まれたサイト利用規約）が変更されたとしても、それ以前に合意が成立した取引に変更されたサイト利用規約が遡及的に適用されることはなく、あくまでも変更をウェブサイトに掲載して以降に当該ウェブサイトを通じて合意される取引にのみ変更後のサイト利用規約が適用されることになる。

また、サイト利用規約の変更の事実を利用者に周知していない場合には、過去にも同一サイトを利用している利用者は、従前のサイト利用規約の内容を前提にして取引を申し込むことが予想される。したがって、サイト利用規約の変更の事実を適切な方法（例えば、トップページで変更を適切な予告期間を設けて告知しかつ変更履歴を閲覧できるようにサイトに掲載するなど）でサイト利用者に周知するようにしていない場合には、サイト利用規約の変更を知らなかった利用者に対する関係で、契約内容の錯誤や信義則などにより、変更後の条件（特に変更前よりも利用者に不利となる条件）の拘束力に疑義が生じる可能性がある。

②継続的な取引についての条件を定めるサイト利用規約の変更

上述のように、サイト利用規約は、利用者とサイト運営者との間の取引契約の内容に組み込まれることで契約としての法的拘束力を有するものと考えられる。いったん成立した契約は当事者の合意によらない限り変更できないのが原則である。したがって、継続的な取引についての条件を定めるサイト利用規約であって当事者間の契約条件を構成するものの変更は、既に従前のサイト利用規約の条件に基づき契約関係にある既存のサイト利用者に対する関係では当然に法的効力を有するものではない。事業者が既存のサイト利用者に変更後のサイト利用規約を適用するためには、サイト利用者に対してサイト利用規約の変更箇所を分かりやすく告知した上で、利用条件の変更に対するサイト利用者側の同意（又は変更後のサイト利用規約に基づき取引を行うことへの同意）を得ることが必要である。また、従来のサイト利用規約の条件にて継続的な取引契約が成立している以上、サイト利用規約の変更に同意しない既存のサイト利用者に対する関係では、事業者側は原則として変更前のサイト利用規約に定める条件に拘束されることになる。

なお、サイト利用者が変更後のサイト利用規約の条件を過去の取引にも遡及的に適用することに明示的に同意しているなどの特段の事情がない限り、サイト利用規約の変更にサイト利用者が同意している場合であっても、変更後のサイト

利用規約は変更の効力発生後の個別取引に対してのみ適用される。

③サイト利用規約が変更されている場合の取引時点での記載内容の立証

適用されるべきサイト利用規約の記載内容につき万が一利用者と紛争が生じた場合には、取引時点のサイト利用規約の内容やその変更時期などについてはサイト運営者が立証すべきであるとされる可能性が高い。その理由としては、サイト運営者側はサイト利用規約を含めたサイト上の情報を作成しサーバー等で管理しておりサイト利用規約の変更履歴等を保存することが容易な立場にあること、及び通常の書面ベースの契約と異なり電子消費者契約では利用者側にサイト利用規約の内容の証拠となる電磁的記録が残らない仕組みが一般的であることが挙げられる。特に、サイト運営者の側から、サイト利用規約中のある条項の適用を求める場合には、当該条項が取引の合意がなされた時点で存在していたことはサイト運営者に全面的に立証責任がある。また、利用者側が具体的な証拠なしに過去のサイト利用規約には自己に有利な条項が含まれていた旨を主張する場合であっても、利用者の手元には紙ベースの取引における契約書のような証拠が残されていないのが通例であることを考慮すれば、利用者側の主張する条項の内容が合理的なものであり、かつ本来サイト利用規約の内容と変更履歴を容易に提示できるはずのサイト運営者側が適切な反証を提出できない場合には、利用者側の主張が真実と認定される可能性が高い。サイト運営者が過去のサイト利用規約の内容を立証するためには、最低限変更履歴の保存が必要である。しかし、サイト利用者側から変更履歴改ざんの主張がなされた場合には、変更履歴改ざんの可能性を否定する物的な証拠がないことにより保存されている変更履歴が十分な証明力を持たない場合がありうる。変更履歴の改ざんがないことを立証するための手段としては、例えばサイト利用規約の変更の都度、いわゆるタイムスタンプサービス（電子文書がある一定日時に存在していたことと内容に改ざんがないことの証明を行うサービス）を利用するという方法が考えられる。

(4) 消費者契約法等による内容規制

サイト利用規約が契約条件に組み込まれることによって法的拘束力を有している場合であっても、その中の強行法規に違反する場合や公序良俗に反する条項は無効とされる。B2C 電子商取引との関係で最も重要な強行法規は消費者契約法であることから、以下その内容を説明する。

①事業者の責任を制限する条項に対する規制

消費者契約法第8条は、事業者の消費者に対する債務不履行責任、不法行為責任、瑕疵担保責任等の損害賠償責任を全面的に免責する条項を無効とし

ている。

これに対して、責任の一部制限（例えば上限の設定など）は消費者契約法のもとでも基本的には無効とはされていないが、事業者側の（代表者又は従業員の）故意・重過失による責任については一部であっても免除・制限は消費者契約法第8条により無効とされている。

なお、身体的な被害については、消費者契約法の成立前から責任制限の効力が非常に限定的に解釈されてきた[1]。消費者契約法第10条に消費者の利益を一方的に害する条項の無効が定められていることは、このような人身損害の制限に対する裁判所の厳しい姿勢を支持する方向に作用すると予想される。よって、人身被害については全面的な免責が認められないことはもちろん、責任を一部制限するような条項であっても無効とされる可能性があろう。

②消費者に対する過大な損害賠償額の予定の無効

消費者契約法第9条第1号は、消費者との契約につき、契約解除（キャンセル）に対して「同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超える」キャンセル料を規定したとしても、当該平均的な損害額を超える部分についての約定は無効であると規定している。したがって、消費者からのキャンセル料から利益を得ることは、これによって禁止されることになる。東京地裁平成14年3月25日判決・金融・商事判例1152号36頁は、飲食店の予約取消しについて飲食代金を越えるキャンセル料の合意を無効とし、損害賠償額を飲食代金額の3割に限定する旨を判示した。また、英会話学校等のキャンセルの場合の前払授業料の一部不返還や、入学前に入学を辞退した場合の私立大学の授業料の不返還は、平均的な損害額を超える部分について消費者契約法上無効とされている[2]。したがって、サイト利用規約にキャンセル料などが規定されていたとしても、当該キャンセル料がキャンセルによってサイト運営者に生じる損害の平均額を超えていれば、超えた部分につき無効となる。

また、同法第9条第2号は、消費者に対する遅延利息の上限を年率14.6%に制限している。

---

[1] 例えば、東京高裁平成元年5月9日判決・判時1308号28頁は、航空運送についての責任制限自体は是認しつつ、国内旅客運送約款の人身被害600万円までという制限は低額過ぎるとして無効とした。ワルソー条約に見られるように国際的に責任制限が是認されてきた航空運送についても、人身被害の責任制限が相当厳しく解釈されている以上、基本的には人身被害についての責任制限はできないと考える方が妥当であろう。

[2] 消費者契約法施行後の事案では、授業料の不返還特約についてはいずれの判決でも無効とされている。（大阪地裁平成15年10月6日判決、東京地裁平成15年10月23日判決、京都地裁平成15年11月27日判決など）。

③その他消費者の利益を一方的に害する条項の無効

消費者契約法第10条は、民法、商法その他の任意法規（契約により適用を排除できる法規）に比して、消費者の権利を制限し又は義務を加重する条項であって、消費者の利益を一方的に害するものは無効とする旨を定めている。これにより無効とされる可能性がある条項としては、以下のようなものが挙げられる。

ⅰ)民法第570条の瑕疵担保責任に基づく解除や債務不履行による契約解除などの法律上認められる解除権を消費者につき制限する条項や事業者側の契約解除権を拡大する条項

ⅱ)事業者側にだけ仲裁人の選定権のある仲裁条項

ⅲ)一般の取引慣行に照らして黙示の意思表示とまでは言えない消費者の一定の作為・不作為につき、意思表示を擬制する条項（例えば、一定期間に返答がなければ同意とみなすネガティブ・オプションなど）

ⅳ)消費者の証明責任を加重し、又は事業者の証明責任を軽減する条項

ⅴ)消費者の法令上の権利の行使期間を制限する条項

④普通取引約款に対する内容規制

サイト利用規約が契約に組み込まれて法的拘束力を有する場合には、かかるサイト利用規約は運送約款や保険約款のような普通取引約款の一種に該当する。普通取引約款については、判例は伝統的に、不当な約款内容を公序良俗違反等により無効とするなど、約款に対する内容規制を及ぼしてきた。したがって、サイト利用規約中の不当条項についても、同じように無効判断がなされうる。

なお、この判例による約款の内容規制は、消費者契約法第10条の「民法、商法その他の任意法規（契約により適用を排除できる法規）に比して、消費者の権利を制限し又は義務を加重する条項であって、消費者の利益を一方的に害するものは無効とする」旨の規定と重なり合うものである。

Ⅰ-1-3 価格誤表示と表意者の法的責任

【論点】

電子商取引サイト上で商品が掲載され販売されていたが、その価格に誤表示があった。購入希望者よりインターネット上のシステムを通じて同価格での購入の意思が通知された。誤表示に気が付いた売主は、当該商品を誤表示価格で販売しなければならないか。また、以下の事情により結論は変わるか。

･購入希望者が価格誤表示を認識していた場合又はサイト利用者のほとんどが価格誤表示であると考える状況にあった場合

･インターネット･オークションのように、当該電子商取引において売主のみならず購入希望者の行為により最終販売価格が決定する性質を有する取引の場合

･売主が、事業者であるか否か

･購入希望者による申込みに対し、自動返信メールにおいて、承諾の意思表示が別途なされることが明記されている場合

･ウェブサイトの利用規約に契約の成立時期などが規定されている場合

1．考え方

電子商取引において、商品の売主が販売価格を誤って本来の価格より安く表示しても、売主が誤表示価格での販売義務を負わない場合とは、当該商品の売買契約が未だ成立していなかった場合、又は、売買契約は成立していたが、販売価格の誤表示が錯誤による意思表示に該当し売買契約が無効となる場合である。以下では、価格誤表示事案に特有な問題である販売価格の誤表示が錯誤による意思表示に該当し売買契約が無効とされるか否かについてまず検討し、次に売買契約の成否について検討する。

錯誤無効の主張については、売主に重過失がある場合には認められない。価格誤表示をした売主には、重過失があったと認められる場合が多い。ただし、購入希望者が価格誤表示を認識していた場合又はサイト利用者のほとんどが価格誤表示であると考える状況にあった場合には、重過失ある売主も錯誤無効を主張することができると考えられる。

売買契約の成否については、一般的には、価格誤表示のある商品のウェブサイトへの掲載は、契約の申込みの誘引にすぎず、この時点では未だ契約が成立していない。ウェブサイトを見て購入申込ボタンをクリックするなどした購入希望者に対して売主からの承諾通知のメールが到達した時点、又は、ウェブサーバに申込データが記録され、これに応答する承諾データが申込者側に到達し表示された時点で、原則として契約が成立したと評価できる。

ただし、売主からのメールが自動返信メールなどであり、承諾通知が別途なされ

ることが明記されている場合には、受信の事実を通知したにすぎず、そもそも承諾通知に該当しないと考えられる。

（錯誤による契約の無効を主張しうる例）
・購入希望者が商品の販売価格の誤表示を認識していた場合
・

（売買契約が未成立と判断しうる例）
・購入希望者による申込みに対し、売主から自動返信メールが送られてきたが、当該メールにおいて、承諾の意思表示が別途なされることが明記されている場合
・売主から「ご注文の確認」メールが送られてきたが、サイト利用規約により、「ご注文の発送」メールが承諾通知であることが明記されている場合
・

2．説明

(1) 売買契約が成立している場合、売主は契約の錯誤無効を主張できるか

申込みと承諾の意思表示の合致があれば契約が成立する。しかし、成立した契約が価格誤表示による場合には、表意者が錯誤無効を主張できるかが問題となる。

①価格誤表示と錯誤無効

契約が成立しても、契約の有効要件を満たさない場合には、契約は有効でない。契約が有効でなければ、売主には誤表示価格での販売義務がない。意思表示が価格誤表示のように錯誤に基づいてなされた場合も有効要件の問題である。

意思表示は法律行為の要素に錯誤がある場合には、無効となる。ただし、表意者に重大な過失がある場合には、表意者自らその無効を主張することはできない（民法第95条）。価格誤表示に関して同規定による無効の主張が認められるためには、売主による意思表示に「要素の錯誤」があったこと、かつ、かかる承諾の意思表示にあたり重大な過失がなかったことが必要である。

ここに「錯誤」とは、表意者の誤認識・誤判断が原因で、表示から推測される意思と真意との食い違いが生じている場合をいう。また、「要素の錯誤」とは、意思表示の内容の主要な部分であり、この点に錯誤がなかったなら、(1)表意者は意思表示をしなかったであろうこと、かつ、(2)意思表示をしないことが一般取引の通念に照らして正当と認められること、とされている（大審院大正7年10月3日判決・民録24－1852他）。

錯誤について重過失がある場合に無効主張が認められないのは、重過失がある場合には、もはや表意者を保護する必要がないからである。ここに重過失とは、

普通の人なら注意義務を尽くして錯誤に陥ることはなかったのに、著しく不注意であったために錯誤に陥ったということである（大審院大正6年11月8日判決・民録23－1758他）。

商品販売における販売価格は、通常は販売に関する意思表示の主要な部分であり、価格誤表示は、通常は「要素の錯誤」と考えられる。また、電子商取引において価格誤表示を回避するためには、価格をシステムに入力する際に慎重に行えば足りるわけであり、価格誤表示をした売主に重大な過失がなかったと認められる場合は限定的であろう。

②購入希望者が価格誤表示を認識していた場合又はサイト利用者のほとんどが価格誤表示であると考える状況にあった場合

上記2（1）①記載のとおり、価格誤表示をした売主には重過失が認められることが多いと考えられる。しかし、売主に重過失がある場合にも錯誤無効を主張できる場合がありうる。例えば、購入希望者が当該商品の表示価格の誤表示を認識していた場合には、売主（表意者）は錯誤無効の主張ができると考えられる。具体的には、大型テレビのように市場価格上下限が比較的明瞭で消費者が大まかな価格相場を把握していると考えられる製品につき通常の相場価格より1桁安い価格を表示した場合や、匿名掲示板で価格誤表示が取り上げられているのを見て注文を行ったことが明らかな場合などでは、購入希望者が価格誤表示を認識していたとして売主が錯誤無効を主張できる可能性が高い。表意者が錯誤につき重過失ある場合に錯誤無効の主張を認めない理由は相手方保護のためであるところ、表意者に価格誤表示があることを相手方が知っていた場合には相手方を保護する必要がないからである。ただし、インターネット・オークションにおいては、別途考慮が必要である。

③インターネット・オークションのように、当該電子商取引において売主のみならず購入希望者の行為により最終販売価格が決定する性質を有する取引の場合

電子商取引には様々な取引形態がある。その中には、典型的なインターネット・オークションのように、売主は単に開始価格を決めるだけで、最終落札価格は入札者の入札行為とあいまって決定される取引形態がある。

インターネット・オークションには様々な形態があり、一概には断定できないが、当事者の意思が入札期間の終了時点（オークション終了時点）での条件に拘束されることを前提に取引に参加するものであると認められる場合には、入札期間の終了時点で出品者の提示していた落札条件を満たす落札者との間で売買契約が成立したと評価できる（本準則「インターネット・オークションにおける売買契約の成立時期」参照）。

このようにインターネット・オークション終了時点で売買契約が成立していると考えられる場合に、開始価格を誤って低く表示した売主は、錯誤無効を主張できるか。

一定の規模の利用者とトラフィックを有するインターネット・オークションサイトにおいては、商品の最終落札価格は、いわばそのインターネット・オークションサイトの利用者から成るコミュニティにおける市場価格といえる。かかるコミュニティにおける市場価格は、一般に利用者とトラフィックが多ければ多いほど、現実社会における市場価格に近づく。そうすると、売主が錯誤無効を主張できないことにより被る経済的リスクは、単に当該コミュニティにおける市場価格より高額で販売することを希望し、希望価格以下では販売する意図はなかったのに、市場価格でしか販売できなかったことに伴う希望価格との差額に過ぎない。個別的な事実関係如何ではあるが、入札者が開始価格に関する価格誤表示を認識していたからといって出品者である売主の錯誤無効が認められるのでは、入札参加者の保護に欠ける。このような場合には、一般に「要素の錯誤」がないと評価でき、錯誤無効とはならないことが多いと考えられる。

④売主が事業者であるか否か

表意者である売主が事業者であるか否かは、錯誤無効の主張における重過失の判断等に影響する可能性があると思われる。すなわち、一般論としては、売主が事業者の場合には、個人の場合よりも、重過失を否定するのがより困難であるといえる。

(2) 電子商取引における売買契約の成立の有無及び成立時期

①電子商取引における売買契約の成立

契約成立以前であれば、売主は誤表示価格で購入希望者に販売する義務はない。他方、契約が成立すれば、有効要件を満たさない等の特段の事情がない限り、当事者は当該契約内容に拘束され、売主には誤表示価格での販売義務がある。

民法上、契約の成立には、申込みと承諾の意思表示の合致が必要とされている。ウェブサイトを見た購入希望者は、当該サイトの購入申込システムに従い、申込ボタンをクリックする等の方法で、契約の申込みの意思表示をする。申込みの意思表示があると、売主は電子メールなどにより承諾の意思表示をする。この点、電子メールなどの電子的な方式による契約の承諾通知は、原則として極めて短時間で相手に到達するため、隔地者間の契約において承諾通知が電子メール等の電子的方式で行われる場合には、民法第526条第1項及び第527条（発信主義）が適用されず、当該契約は、承諾通知が申込者（購入希望者）に到達した

ときに成立する（電子契約法第4条、民法第97条第1項）。

ウェブサイトを通じて承諾通知が発信された場合についても、意思表示の到達の意義及び電子メールの場合における承諾通知の到達時期と同様の視点で考えるのが相当である。すなわち、ウェブサーバに申込データが記録され、これに応答する承諾データが申込者側に到達の上、申込者のモニター画面上に承諾通知が表示された時点と解される。また、承諾通知が画面上に表示されていれば足り、申込者がそれを現認したか否かは承諾通知の到達の有無には影響しない（以上、承諾の意思表示に関し、本準則「契約の成立時期」参照）。

これを価格誤表示の場合につき検討すると、一般的には、価格誤表示のある商品のウェブサイトへの掲載は、契約の申込みの誘引と評価できる。この時点では、未だ契約が成立していないので、売主には、当該価格で特定の購入希望者に販売する義務はない。ウェブサイトを見て、購入申込ボタンをクリックする等した購入希望者は、原則として、売主からの承諾通知のメールが到達した時点、又は、ウェブサーバに申込データが記録され、これに応答する承諾データが申込者側に到達の上、申込者のモニター画面上に承諾通知が表示された時点で、契約が成立したと評価できる。

ただし、以上は個別具体的な事実関係に基づかない一般的な解釈であり、個別具体的な事案の解決に際しては、それぞれの事案に即して個別具体的に判断する必要があることに留意すべきである。

②購入希望者による申込みに対し、自動返信メールにおいて、承諾の意思表示が別途なされることが明記されている場合

前記（2）①にかかわらず、たとえば「本メールは受信確認メールであり、承諾通知ではありません。在庫を確認の上、受注が可能な場合には改めて正式な承諾通知をお送りします。」といったように、契約申込みへの承諾が別途なされることが明記されている場合などは、受信の事実を通知したにすぎず、そもそも承諾通知に該当しないと考えられる（本準則「契約の成立時期」参照）。このような場合には、契約が成立していないので、売主は誤表示価格で購入希望者に販売する義務はない。

承諾通知が表示された後、契約成立を確認する旨の電子メールが別途送信される場合もあるが、この場合も契約の成立時期はあくまで承諾通知が表示された時点であり、後から電子メールが到達した時点ではない。他方、承諾通知が表示されなかった場合、契約成立を確認する旨の電子メールが送信されていれば、それが到達した時点で契約は成立する（本準則「契約の成立時期」参照）。

③サイト利用規約により契約の成立時期等が規定されている場合

電子商取引を行う場であるウェブサイトには、利用規約、利用条件、利用契約等取引条件に関する記載されていることがある（以下「サイト利用規約」という。）。サイト利用規約には、契約の成立や効力に関して規定している場合がある。

例えば、「商品をご注文いただいた場合、お客様からのご注文は、当サイトに対する商品購入についての契約の申込みとなります。ご注文の受領確認とご注文内容を記載した『ご注文の確認』メールが当サイトから送信されますが、お客様からの契約申込みに対する当サイトの承諾は、当サイトから商品が発送されたことをお知らせする『ご注文の発送』メールがお客様に送信されたときに成立します。」などと利用規約に記載されている場合がある。このような場合、そもそもサイト利用規約が取引当事者に対し拘束力を有するか問題となる。

この点、インターネットで取引を行う際に必ずサイト利用規約が明瞭に表示され、かつ取引実行の条件としてサイト利用規約への同意クリックが必要とされている場合には、サイト利用規約が契約内容を構成し、当事者に拘束力を有するといえる。他方、ウェブサイト中の目立たない場所にサイト利用規約が掲載されているだけで、ウェブサイトの利用につきサイト利用規約への同意クリックも要求されていない場合には、拘束力を有しないといえる（本準則「ウェブサイトの利用規約の有効性」参照）。

上記基準に照らしてサイト利用規約が拘束力を有すると考えられる場合、さらに契約成立時期を利用規約で指定することは可能かという問題がある。

一般に契約成立時期の判断はこのような利用規約の規定に拘束されるものではなく、何が売買契約を構成する申込みと承諾の各意思表示の合致なのかを合理的に判断して決定されるべきものである。しかし、通常は、利用規約による契約成立時期の指定は、利用者の効果意思に影響を及ぼすものと考えられる。当事者がかかる規約に同意の上取引していると考えられる場合には、かかる成立時期の指定に従って取引する意思を有していたと評価できる場合が多いと思われる。

以上に基づき、サイト利用規約が拘束力を有する場合には、サイト利用規約の契約成立時期の規定に従って契約成立時期が判断されることが多いと考えられる。上記の例では、サイト利用規約による『ご注文の発送』メールが購入希望者に送信された時点で契約が成立することになる。契約成立以前であれば、売主は、誤表示価格で購入希望者に販売する義務はない。

Ⅰ-1-4 ワンクリック請求と契約の履行義務

【論点】
「ワンクリック請求」について、契約が成立しているとして代金を請求された者は、これに応じる法的な義務があるか。

1. 考え方

(1) ワンクリック請求

ワンクリック請求とは、携帯電話やパソコンに届いたメールや、各種ウェブページ、ブログのトラックバックに記載されている URL を一度クリックしてアクセスしただけで、有料サービスの登録がされたという画面表示がなされ、代金を請求されるというケースであり、多くの場合は詐欺的手法で代金名目で金銭をだましとることが目的とされている架空請求の一類型といえる。このようなワンクリック請求を受けた者が、契約に基づく代金の支払義務を負うかを検討する。

(2) 契約が不成立の場合

ワンクリックが契約の申込みであるといえない場合には、そもそも申込みの意思表示がなく契約は成立しない。したがって、代金請求の根拠がなく、請求に応じる法的義務はない。[1]

(契約が不成立と判断しうる例)
ワンクリックが契約の申込みであることを認識できないケース
・単なる宣伝メールを装い、特定ＵＲＬを表示しているケース
（「動画が見放題！今すぐクリック！」など）
・知人からのメールを装い、特定サイトの単なる紹介であるかのように特定ＵＲＬを表示しているケース
（「お久しぶりです。」「昨日話したサイト！」などといった文章のあとに、特定ＵＲＬが表示されていて、ここをクリックすると自動登録されるケース）
・有料サービスの解約・退会手続案内メール（もともと退会しなければならない有料サービスなどは存在していない）を装い、特定ＵＲＬを表示しているケース
（「退会手続のためには、こちらへ」「登録が不要な場合はこちらへ」などといった文章のあとに、ＵＲＬが表示されていて、ここをクリックすると自動登録されるケース）

[1] 東京地裁平成18年1月30日判決・判時1939号52頁は、ワンクリック請求の被害者から、サイト運営者に対する慰謝料請求が認められた事案である。
本事案では、原告がサイトにアクセスした時点でのサイトの構成（画像をクリックしただけで、自動会員登録及び代金請求の表示がなされると、いうもの）では、原告・被告間にはそもそも契約が成立しておらず、被告から原告に対する不当請求は原告に対する不法行為にあたると判断した上で、被告に対して慰謝料30万円の支払が命じられている。

・特定サイトにおいて、次の画面に移るときに、「入口」「〇〇を見る」というボタン表示のみがあり、これをクリックすると自動登録とされるが、このボタンをクリックすることが契約の申込みとなることが表示されていないケース
・「契約の申込みをしますか？」の問いがあり、「はい」「いいえ」のボタンがあるが、「いいえ」いいえをクリックしたにもかかわらず自動登録されるケース
・

（契約が不成立と判断される可能性のある例）
利用規約の表示はあるが、利用規約の存在が認識しにくいように画面設計がされているケース
・携帯電話で、はじめのほうに特定ＵＲＬが表示されているが、長い画面の一番下までスクロールしないと利用規約が表示されないケース
・テキストエリアやフレームのスクロールバーを背景色と同じにし、重要箇所に気がつかないようにしている、非常に小さな文字であるなど、表示自体に気がつきにくいものとなっているケース
・

ワンクリックが契約の申込みであることを認識しにくいケース
・利用規約でクリックが契約の申込みになることが記載されているが、実際のクリックボタンの前には、クリックが申し込みになるとの記載ではなく「18歳以上ですか」の問いが記載され、ボタン表示には「OK」「キャンセル」とのみ表示されているケース
・

(3) 錯誤により契約の無効の主張が可能な場合

契約の申込みについて、申込者に契約の要素につき錯誤がある場合には、申込者に重過失があるときを除き、申込者は錯誤による契約の無効を主張することができる（民法第95条）。ただし、表意者が錯誤につき重過失ある場合に錯誤無効の主張を認めない理由は相手方保護であるところ、ワンクリック請求業者が申込者が錯誤に陥ることを意図していたような場合には、相手方であるワンクリック請求業者を保護する必要がないため、錯誤無効を主張できる可能性が高い。また、電子消費者契約にあたる場合において、申込者が契約を申し込む意思がなかったのに、誤って申込みのクリックボタンを押してしまったときは、事業者が申込内容の確認措置を講じていた場合を除き、申込者の重過失の有無にかかわらず、錯誤無効の主張ができる（電子契約法第2条、第3条）。[1]

錯誤により契約が無効となる場合は、代金請求の根拠がないことになり、請求に応じる法的義務はない。

（錯誤による契約の無効の主張が可能な例）
・申込者には、契約を申し込む意思がなかったのに、誤って申込みのクリックボタンを押してしまった場合（申込内容の確認措置が講じられていない場合）
・申込者が内心で認識していたサービス提供の代金と、実際に成立した契約の代金とに食い違いがあった場合
・申込者が内心で認識していたサービス内容と、実際に成立した契約で提供されるサービス内容とに食い違いがあった場合
・

（4）消費者契約法違反の条項があり無効となる場合

契約の内容について、消費者契約法第8条から第10条までに違反する条項がある場合は、当該条項は無効となる。このような条項に基づいてなされた請求に対して、請求に応じる法的義務はない。

（消費者契約法に違反して無効となる条項の例）
下記のような文言の条項について、計算される利率が年14・6％を超えるものとなっている場合、その超える部分についての利率の定めは無効である。
・「最終的にお支払なき場合は、合計支払金額の約〇倍の請求をさせていただくことがありますので、お忘れなく入金してください。」
・「未払いの場合、利用規約に基づき、延滞金〇〇〇円、延滞一日につき〇〇〇円の損害金を加算します。」
・

（消費者契約法に違反して無効となる可能性のある条項の例）
・「支払を延滞した場合は、事務手数料として〇〇万円をいただきます」等の文言で支払請求がなされるケース（架空請求一般に見られる）
・退会・解約について、一方的に制限している条項
・

（5）契約の内容が公序良俗に違反するとして無効の主張が可能な場合

契約の内容が公序良俗に反する場合、契約は無効となる（民法第90条）。契約が無効となる場合は、代金請求の根拠がないことになり、請求に応じる法的義務はない。

[1] 事業者の確認措置の具体的内容につき、本準則「消費者の操作ミスによる錯誤」参照

（公序良俗違反で契約が無効となる可能性のある例）
・提供されるサービス等とその対価が一般常識に照らして著しくバランスを欠き、公序良俗に反する程度に達している場合。
・わいせつ物の販売又は著作権処理されていない画像の販売など、その取引自体が法律に違反するものである場合
・

(6) 詐欺による契約の取消しの主張が可能な場合

ワンクリック請求業者が、申込者に対して欺罔行為を行い、その結果として申込者が錯誤に陥って申込みの意思表示をなした場合には、申込者は詐欺（民法第96条）による契約の取消しを主張することができる。

(7) 申込者が未成年であることにより取消しの主張が可能な場合

申込者が未成年である場合には、原則として意思表示を取り消して契約の効力を否定することができる（民法第5条）が、年齢確認画面への対応によっては、民法第21条の「詐術」の適用により取り消すことができない場合がある。契約の取消しをした場合には、契約は遡って無効となることにより（民法第121条）、代金請求の根拠がないことになり、請求に応じる法的義務はない。

（申込者が未成年であることにより取消しの主張が可能な例）
・ワンクリックの前に未成年者であるかどうかの確認をしていないケース
・単に「成年ですか」あるいは「18歳以上ですか」との問いに「はい」や「OK」のボタンをクリックさせるのみの場合（本準則「未成年者による意思表示」の「1. 考え方」中「（取り消すことができると思われる例）」参照）
・

2. 説明

(1) 問題の所在

ワンクリック請求とは、架空請求の一類型であり、多くの場合契約が成立していない、又は契約の無効・取消しの主張が可能であるケースであるのに、契約が成立したと誤信させて代金の請求をし、これを詐取しようとするものである。ワンクリックをした者は、クリックという自分の行為が介在しているため、そのことにより契約が成立したのだと誤信して、代金の支払に応じてしまう場合がある。

以下では、請求に応じる法的義務がないと考えられる類型ごとに検討を行う。

(2) 契約が不成立の場合

契約は、申込みと承諾の意思表示が合致した場合に成立し、申込とは、それをそのまま受け入れるという相手の意思表示があれば契約を成立させるという意思表示である。ところが、ワンクリック請求では、そもそもワンクリックが契約の申込みであるとの判断ができない場合がある。この場合は、そもそも契約の申込みといえる意思表示がなく、これに対する承諾もありえないから、契約は成立していない。

ワンクリックの際に、クリックが契約の申込みであるとの表示がまったくない場合が典型的なケースである。また、表示がなされていたとしても、それが画面構成上認識しにくいようになっている場合も、契約の申込み行為がないと判断される可能性がある。

(3) 錯誤により契約の無効の主張が可能な場合

契約の申込みについて、申込者に契約の要素につき錯誤がある場合には、申込者に重過失があるときを除き、申込者は錯誤による契約の無効を主張することができる(民法第95条)。ただし、表意者が錯誤につき重過失ある場合に錯誤無効の主張を認めない理由は相手方保護であるところ、ワンクリック請求業者が申込者が錯誤に陥ることを意図していたような場合には、相手方であるワンクリック請求業者を保護する必要がないため、錯誤無効又は詐欺取消しを主張できる可能性が高い。また、電子消費者契約にあたる場合において、申込者が契約を申し込む意思がなかったのに、誤って申込みのクリックボタンを押してしまったような場合においては、事業者が申込内容の確認措置を講じていた場合を除き、申込者の重過失の有無にかかわらず、錯誤無効の主張ができる(電子契約法第2条、第3条)。

なお、契約の有効性とは直接の関係はないが、販売業者又は役務提供事業者が、顧客の意に反して売買契約又は役務提供契約の申込みをさせようとする行為をした場合において、取引の公正及び購入者等の利益が害されるおそれがあると認められる場合には、特定商取引に関する法律(以下、「特定商取引法」という)第14条に基づき、経済産業大臣等は必要な措置をとるべきことを指示することができる。[1]

したがって、ワンクリックサイトの事業者が、特定商取引法の規制対象となる、政令で指定された商品等について取扱う販売業者又は役務提供事業者であり、そのワンクリックサイトの表示が、例えば、(1)あるボタンをクリックすれば、それが有料の申込みになることを消費者が容易に認識できるように表示していない場合、(2)申込みをする際に、消費者が申込みの内容を容易に確認し、かつ、訂正できるように措置していない場合には、同法第14条によって指示の対象になり得る。

[1] 本準則「インターネット通販における分かりやすい申込画面の設定義務」参照

(4) 消費者契約法違反の条項があり無効となる場合

契約が消費者契約にあたる場合（消費者契約法第2条）、契約の内容について、同法第8条から第10条までに違反する条項がある場合は、当該条項は無効となる。

ワンクリック請求においては、代金請求の際、支払が遅延すると高額の遅延損害金や手数料が発生するような表示をして早期の支払を迫るケースが見られるが、消費者契約法第9条第2号は、消費者契約について、年14．6％を超える損害賠償額の予定や違約金の規定を、当該超える部分につき無効としている。また、同法第10条は、消費者の利益を一方的に害する条項を無効としている。

(5) 契約の内容が公序良俗に違反するとして無効の主張が可能な場合

契約の内容が公序良俗に反する場合、契約は無効となる（民法第90条）。画像の閲覧などにつき、一般常識に照らして不相当に高額な代金を設定している場合などは、暴利行為として公序良俗に違反していると判断しうる可能性がある。また、わいせつ物の販売（刑法第175条）、著作権者の許諾など正規な著作権処理がなされていない画像の販売など、取引自体が法律に違反するような取引については、そもそも公序良俗に違反する契約として、無効となる可能性がある。

(6) 詐欺による契約の取消しの主張が可能な場合

ワンクリック請求業者が、申込者に対して欺罔行為を行い、その結果として申込者が錯誤に陥って申込みの意思表示をなした場合には、申込者は詐欺（民法第96条）による契約の取消しを主張することができる。

ワンクリック請求業者に欺罔行為があったかどうかについては、契約の申込みをさせるためのメール又はサイトの画面構成や文言、代金請求に当たっての画面構成や文言などから、総合的に判断しうると考えられる。

(7) 申込者が未成年であることにより取消しの主張が可能な場合

契約の一方当事者が未成年の場合、その未成年者は原則として意思表示を取り消して契約の効力を否定することができる（民法第5条）が、年齢確認画面への対応によっては、同法第21条の「詐術」の適用により取り消すことができない場合がある。[1]

[1] 本準則「未成年者による意思表示」参照

Ⅰ-1-5 なりすましによる意思表示のなりすまされた本人への効果帰属

【論点】
いわゆる「なりすまし」が行われた場合、なりすまされた本人が責任を負う場合があるか。

1. 考え方

(1) インターネット通販における決済をめぐる問題

インターネット通販において、なりすましが問題となるのは、主に決済の場面である。特に、クレジットカード決済やインターネットバンキング決済のように、消費者側から見て、商品購入と代金決済とで相手方が異なる場合、複数の当事者間における法律関係がどのようになるかという複雑な問題が生じる。

これらの場合、ⅰ)なりすまされた本人と販売店(売主)との間の法律関係、すなわち、なりすまされた本人と売主との間の契約が成立しているかどうかと、ⅱ)なりすまされた本人と決済機関(カード会社・銀行)との間の法律関係、すなわち、決済機関はなりすまされた本人に代金の支払請求をすることができるか(又はなりすました者の指示に従ってなされた振込は有効か)がそれぞれ問題となる。

①本人と売主との間の売買契約は成立するか

ⅰ)本人確認の方式について事前合意がない場合(1回限りの取引)

本人確認の方式について事前合意がない場合、なりすましによる意思表示については、原則として本人に効果は帰属しないので、本人と売主との間で契約は成立しない。

しかし、a)外観の存在、b)相手方の善意無過失、c)本人の帰責事由という民法上の要件を満たせば、表見代理の規定(民法第 109 条、第 110 条、第 112 条)を類推適用して、本人に効果帰属が認められ、契約が成立する場合がある。

(本人に効果帰属が認められる可能性がある例) ・

(本人に効果帰属が認められないと考えられる例) ・

ⅱ)本人確認の方式について事前合意がある場合(継続的取引)

継続的取引の場合、通常、特定の ID やパスワードを使用することにより本

人確認を行うこととするなど、本人確認の方式について事前に合意がなされている。この場合、事前に合意された方式を利用していれば、原則として本人に効果が帰属し、本人との間で契約は成立する[1]。

しかし、売主側が提供するシステムのセキュリティの安全性の程度について相手方が認識しないまま事前合意がなされた場合において、当該相手方が通常合理的に期待する安全性よりもセキュリティレベルが相当程度低いときは、事前合意の効力が認められない場合がある。そのほか、一方当事者が消費者の場合において、消費者側の帰責事由の有無を問わず一律に本人に責任を負わす場合なども、合意の効力が認められない場合がある。その場合は、上記ｉ)に従って判断される。

(事前合意が無効となる可能性がある例)
・ID・パスワードにより事業者が本人確認をしさえすれば、消費者(本人)の帰責性の有無に関わらず、一律に本人に効果が帰属するとする条項
・具体的なセキュリティシステムについての合意のないまま本人確認の方式のみについて事前合意がなされたものの、売主側の設定したセキュリティシステムの安全性が低く、本人確認のための情報について漏洩のおそれが高い場合
・ID・パスワードの設定方式につき、他人から容易に推測されやすいパスワードの設定について、登録排除の仕組みを設定しておらず、かつ、何ら注意喚起もしていない場合
・

(事前合意が有効となる可能性がある例)
・データはＳＳＬで暗号化して送信するとともに、売主側のシステムの安全性が高く、データの漏洩のおそれが著しく低い場合
・

②本人は決済機関に対して支払義務があるか

ｉ)クレジットカード決済の場合

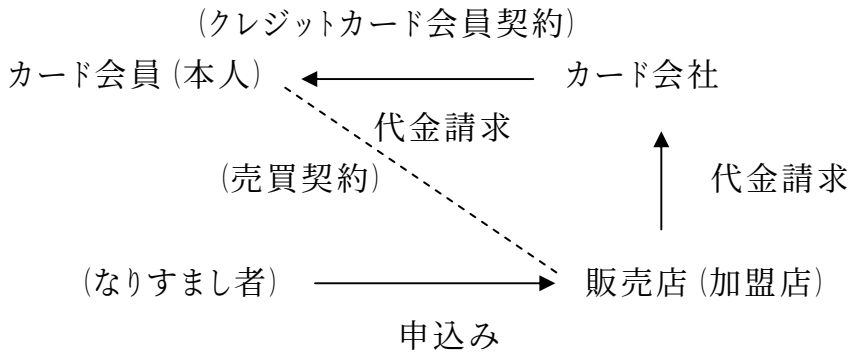
インターネット通販におけるクレジットカードを用いた決済の場合、クレジットカード番号及び有効期限などを入力することによって行われることが多い。このような形態でなりすましが行われた場合、なりすまされた本人(カード会員)に支払義務が生じるか。

現行クレジットカード会員規約からすると、カード会員は、表見代理となる場

[1] 事業者側のシステムから、ID・パスワードが大量漏えいした場合、事業者側の従業員がID・パスワードを持ち出したりした場合には、事業者は事前合意の効果を本人に主張できないこともあ

合又はクレジットカード会員規約上の義務違反により本人に帰責事由がある場合などを除き、支払又は賠償義務を負わないこととなっている。

現行実務上の規約及び取扱いからすると、次のようになる。



a)なりすまされた本人に責任がある場合

なりすまされた本人に支払又は賠償義務がある。

しかし、なりすまされた本人に故意又は重大な過失がある場合やカード会員の関係者がカードを使用した場合などなりすまされた本人の責任が大きい場合を除いて、カード会社の負担又はカード会員契約に含まれている保険などにより、本人の支払うべき金額を補填している。また、第三者による不正使用のケースについては、カード会社が事実関係の調査を行った上、なりすまされた本人に対して、そもそも支払請求を行わない場合もある。

(なりすまされた本人に責任がある場合)
・家族や同居人がクレジットカードを使用した場合
・他人にクレジットカードを貸与し、そのカードが使用された場合
・他人にクレジットカード番号や有効期限などのカード情報を教え、そのカード番号などが使用された場合
・クレジットカード以外に決済用に付与され、本人しか知り得ないID・パスワードなどが使用された場合
・

b)なりすまされた本人に責任がない場合

なりすまされた本人に支払義務はない。

(なりすまされた本人に責任がない場合)
・クレジットカード番号及び有効期限が使用された場合であっても、クレジットカード

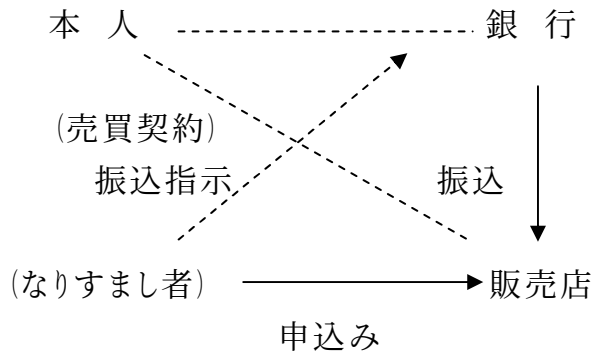
り得る。

及びクレジットカード番号などを適切に管理･保管していたとき
･加盟店からカード決済に必要な情報が漏洩し、使用された場合
･

ii)インターネットバンキング決済の場合

代金決済に銀行のインターネットバンキング･サービスを利用する場合、第三者は、銀行に対して、改めて本人になりすまし、振込指示を行うことになる。

ところで、銀行実務においては、通常、約款で本人確認の方式について事前合意を結び、事前に合意された方式を利用していれば、なりすました者の指示に従った資金移動も有効とすることとしている。このような約款の効力は、銀行のセキュリティシステムの安全性の程度も考慮して判断される。現時点の技術を前提とすると、具体的には以下のように考えられる。

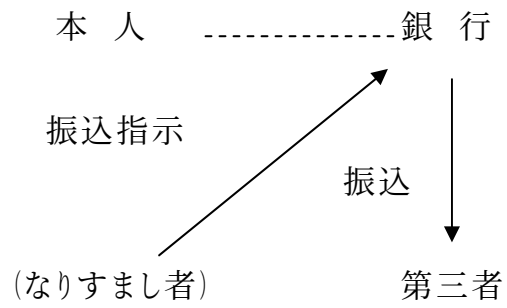


(免責約款が有効とされる場合)
･本人確認の方法として複数のパスワードを使うとともに、データはＳＳＬで暗号化して送信する場合
･

(免責約款が無効とされる場合)
･

(2) インターネットバンキングにおける資金移動の問題

第三者が他人になりすましてインターネットバンクにおいて振込の指示をした場合、なりすまされた本人の口座からの資金移動は有効かという問題である。



銀行実務においては、通常、約款で本人確認の方式について事前合意を結び、事前に合意された方式を利用していれば、なりすました者の指示に従った資金移動も有効とすることとしている。このような約款の効力は、銀行のセキュリティシステムの安全性の程度も考慮して判断される。現時点の技術を前提とすると、具体的には以下のように考えられる。

（約款が有効とされる場合） ・本人確認の方法として複数のパスワードを使うとともに、データはＳＳＬで暗号化して送信する場合 ・

（約款が無効とされる場合） ・

(3) 有料サービス提供サイトと本人との関係

会員制で有料のサービスを提供しているサイトにおいて、第三者が会員として登録している他人になりすましてそのサービスを利用した場合、なりすまされた本人がサービス提供事業者に対して利用料等の支払義務を負うかという問題である。

このようなサービスにおいては、会員登録の際に、利用規約等においてサービス提供事業者による本人確認の方式につき規定されていることが一般的と考えられる。この場合、上記（1）と同様、なりすましによるサービスの利用においても、本人確認につき事前に合意された方式が利用されていれば、原則として本人が利用料等の支払義務を負う。ただし、サービス提供事業者が提供するシステムのセキュリティの安全性の程度について、本人が認識しないまま事前合意がなされた場合において、通常合理的に認識する安全性よりもセキュリティレベルが相当程度低いときは、事前合意の効力が認められない場合がある。

2．説明

(1) 問題の所在

非対面の取引である電子商取引においては、無権限者が他人の名義を冒用して取引を行うことが容易である。今後、当事者の同一性の確認の方法を提供する電子署名・認証制度等の環境整備の進展によって、このようないわゆる「なりすまし」の危険が減少していくことが考えられるが、仮に「なりすまし」が行われた場合、当事者でない名義を冒用された者が責任を負う場合はあるのか。

電子商取引において「なりすまし」が問題となることが多いと思われるインターネット通販における問題（特に決済をめぐる問題）とインターネットバンキングにおける問題、また、インターネット上での有料サービス提供サイトにおける問題について検討する。

(2) インターネット通販における問題

インターネット通販において、なりすましが問題となるのは、主に決済の場面である。特に、クレジットカード決済やインターネットバンキング決済のように、消費者側から見て、商品購入と代金決済とで相手方が異なる場合、複数の当事者間における法律関係がどのようになるかという複雑な問題が生じる。

これらの場合、①名義を冒用された者（なりすまされた本人）と販売店（売主）との間の法律関係、すなわち、名義を冒用された者と売主との間の契約が成立しているかどうかと②名義を冒用された者と決済機関（カード会社・銀行）との間の法律関係、すなわち、決済機関は名義を冒用された者に代金の支払を請求することができるか（又は無権限者の指示に従ってなされた振込は有効か）がそれぞれ問題となる。

①名義を冒用された者と販売店（売主）との間の法律関係

ｉ)原則（事前合意がない場合）

本人以外の第三者がした意思表示については、当該第三者に代理権がある場合を除き、原則として本人に効果は帰属しない。しかし、民法は表見代理の規定（第109条、第110条、第112条）により一定の要件の下、本人に効果帰属を認めている。これらについては、a）代理権があるかの如き外観の存在、b）相手方の代理権の不存在についての善意無過失、c）本人の帰責事由を要件とし、特にb）とc）の要件によって無権代理人の代理権を信じた者と本人との利害を調整し、妥当な解決を図ることが可能となっている。なお、表見代理制度は、取引の相手方が当該第三者に代理権があると誤認した場合の規定であり、なりすましの場合に直接適用されるものではないが、判例は、代理人が直接本人の名で権限外の行為を行い、その相手方がその行為を本人自身の行為と信じた場合について基本代理権の存在を認定した上で、民法第 110 条の規定の類推適用を認めている（最高裁昭和44年12月19日第二小法廷判決・民集23巻12号2539頁）。

電子商取引においても、これと同様に本人による基本代理権の授与やこれに相当する本人の帰責性が認められる事案については、表見代理の規定を類推適用することにより、なりすまされた本人に効果帰属を認めることが可能である。

ⅱ)事前合意がある場合

ところで、継続的な契約関係がある当事者間においては、本人確認の方式等無権限者による意思表示の効果帰属について特約(基本契約)を予め締結する場合がある。すなわち、特定の ID やパスワードを使用することにより本人確認を行うこととし、当該方式に従って本人確認を行っていれば、仮に無権限者による意思表示であっても本人に効果を帰属させることとする場合がある。このような合意の効力をいかなる場合にも認めることについては、次のような問題がある。

契約自由の原則の下、事業者間取引のように、対等な当事者間において本人確認の方式について合意した場合には、原則としてその効力が認められるものと解される。

しかし、売主側が提供するシステムのセキュリティの安全性の程度について相手方が認識しないまま事前合意がなされた場合において、当該相手方が通常合理的に期待する安全性よりもセキュリティレベルが相当程度低いときは、事前合意の効力が認められない場合がある。例えば、通常合理的に期待できる安全性を有したセキュリティシステムを前提とした上で事前合意がなされたものと認められるような場合であれば、そのような安全性を有していないセキュリティシステムの下で行われた無権限者による取引について、売主側が事前合意によって本人に効果帰属を主張する(履行を求める)ことができることにはならないであろう。なお、ここでいうセキュリティの内容としては、ファイアーウォールの設置、データ送信の暗号化など狭義のシステム上の問題にとどまらず、顧客情報の管理等のあり方、ID・パスワードによる本人確認を行う場合に他人から推測されやすいパスワードの設定を防止する仕組み等も含まれる。

また、一方当事者が消費者の場合には、選択された方式の合理性・安全性について十分な判断ができないおそれがあること、方式について事業者が一方的に指定し、消費者の側に選択の自由がないのが通常であると考えられることから、消費者側の帰責事由の有無を問わず一律に消費者本人に対する効果帰属を認めるような事前合意は、消費者契約法第10条や民法第90条により無効となる可能性がある。

②名義を冒用された者と決済機関との間の法律関係

ⅰ)クレジットカード決済の場合

名義を冒用された者（カード会員）と売主（カード加盟店）との間の売買契約とカード会員とカード会社との間の立替払契約とは別個の契約であるため、カード会員とカード会社との決済については、売買契約の成否とは別に検討する必要がある。

ところで、インターネット通販におけるクレジットカードを用いた決済の場合、現在のところ、クレジットカード番号及び有効期限などを入力することによって行われるのが通常であるが、このような形態でなりすましが行われた場合、カード会員とカード会社との間で締結されている会員規約上、カード会員に支払義務が生ずるか否か問題となる。

現行のクレジットカード会員規約からすると、カード会員は、表見代理となる場合又はクレジットカード会員規約上の義務違反により本人に帰責事由がある場合などを除き、支払又は賠償義務を負わないこととなっている。

また、現行実務におけるクレジットカード会員規約は、概ね次のような内容となっている。

カード会員はクレジットカード及び暗証番号を善良なる管理者としての注意をもって管理･保管する義務を負う。この善管注意義務に反した結果、クレジットカードが不正使用された場合、カード会員は支払義務を負う。また、クレジットカードの紛失･盗難により不正使用された場合もカード会員は支払義務を負う。カード会員が支払義務を負う場合であっても、カード会員に故意又は重過失があるときや家族その他カード会員の関係者が使用したとき等を除き、カード会社の負担又はカード会員契約に含まれている保険などにより、本人の支払うべき金額を補填している。

以上をまとめると、カード会員に善管注意義務違反がない場合など、すなわち、帰責事由がない場合、カード会員には支払義務はない。他方、カード会員に善管注意義務違反がある場合など、すなわち、帰責事由がある場合、カード会員に支払義務がある。しかし、カード会員に故意又は重過失がある場合等カード会員の帰責事由が大きい場合を除き、カード会員が実質的に負担を負うことはないようになっている。また、現行実務においては、インターネット取引のようなサインレス取引の場合、なりすましのように本人以外の第三者によってカード情報が不正に使用されたケースについては、カード会社が事実関係の調査を行った上、カード会員に対して、支払請求を行わない扱いをする場合もある。

ⅱ)インターネットバンキング決済の場合

代金決済に銀行のインターネットバンキング･サービスを利用する場合、第三

者は、銀行に対して、改めて本人になりすまし、振込指示を行うことになる。

ところで、銀行実務においては、通常、約款で本人確認の方式について事前に合意し、その合意した方式が利用されたのであれば、なりすました者の指示に従った資金移動について、銀行は責任を負わないこととしている。

このような無権限者に対する弁済に関する当事者間の約款の効力について参考となる判例として最高裁平成5年7月19日第二小法廷判決・判例時報1489号111頁がある。この判決は、「銀行の設置した現金自動支払機を利用して預金者以外の者が預金の払戻しを受けたとしても、銀行が預金者に交付していた真正なキャッシュカードが使用され、正しい暗証番号が入力されていた場合には、銀行による暗証番号の管理が不十分であったなど特段の事情がない限り、銀行は、現金自動支払機によりキャッシュカードと暗証番号を確認して預金の払戻しをした場合には責任を負わない旨の免責約款により免責されるものと解するのが相当である。」として、約款の効力を認めた[1]。この判決で注目すべき点は、約款の文言だけではなく事件が発生した当時に銀行が採用していた支払システムの安全性を問題としている点である。

今後同種の事案が発生した場合、その時点におけるセキュリティシステムの安全性の程度も考慮されて約款の効力が判断されることになるものと考えられる。

現時点の技術を前提とすると、本人確認の方法として複数のパスワードを使うとともに、データはＳＳＬで暗号化して送信するような場合は、約款が有効と認められる可能性が高いと考えられる。

(3) インターネットバンキングにおける問題

第三者が他人になりすましてインターネットバンキングにおいて振込の指示をし、それに基づいて銀行が振込を実行した場合、名義を冒用された者の口座からの資金移動は有効かという問題である。

①事前合意がない場合

[1]平成18年2月に施行された「偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護に関する法律」（預金者保護法）では、偽造や盗難されたキャッシュカードが現金自動預払機（ATM）で不正に使用され、預貯金の引出し・借入れが行われた場合、金融機関が原則として全額被害補償することとされた（なお、預金者に軽過失がある場合は75％の補償となり、重過失ある場合は補償されない。）。

ただし、同法の適用対象は、偽造又は盗難されたキャッシュカードがＡＴＭで不正に使用された場合であり、インターネット・バンキングにおける不正取引は同法の適用対象外である。なお、同法成立時の附帯決議においては、「インターネット・バンキングに係る犯罪等については、速やかに、その実態の把握に努め、その防止策及び預貯金等の保護のあり方を検討し必要な措置を講じること」とされている。

権限のない者への弁済については、民法第478条が適用され、ⅰ)債権者らしい外観及びⅱ)弁済する者の弁済を受領した者が債権者でないことについての善意無過失があれば、当該弁済は有効とされるが、これは電子資金移動の場合も同様である。

②事前合意がある場合

前記(2)②ⅱ)のとおり、銀行実務においては、通常、約款で本人確認の方式について事前に合意し、合意した方式が利用されたのであれば、なりすました者の指示に従った資金移動について、銀行は責任を負わないこととしている。この約款の効力についての考え方は既に示したとおりである。

(4)有料サービス提供サイトにおける問題

インターネット上において、インターネット・オークションやインターネット・ゲームなど、事前の会員登録をしたうえ有料でサービスを提供するサイトを利用している場合において、なりすましにより第三者がサービスの提供を受けた際に、なりすまされた本人はサービス提供事業者に対して利用料等の支払義務を負うかが問題となる。

このようなサービス提供を受けるにあたっては、会員登録にあたり、利用規約等で、特定のID・パスワードによる認証を行なう方法など、本人確認の方式について事前合意していることが通常と考えられる。このような合意の効力については、継続的取引におけるなりすましの問題として、前述の2(2)①ⅱ)の場合に準じて考えることができる。すなわち、この場合、サービス提供事業者が本人確認を行なうにあたり、会員との間で事前に合意された方式を利用していれば、なりすましにより第三者がサービス提供を受けた場合であっても、本人が利用料等の支払義務を負う。例えば、通常合理的に期待できる安全性を有したセキュリティシステムを前提とした上で事前合意がなされたものと認められるような場合であれば、そのような安全性を有していないセキュリティシステムの下で行われた無権限者による取引について、売主側が事前合意によって本人に効果帰属を主張する(履行を求める)ことができることにはならないであろう(この場合のセキュリティの内容及び一方当事者が消費者の場合の事前合意の効力については2(2)①ⅱ)参照。)。

Ⅰ-1-6 なりすましを生じた場合の認証機関の責任

【論点】

電子署名の認証機関による本人確認が不十分なため、なりすましが生じた場合、認証機関は証明書を信頼して損害を受けた者に対してどのような責任を負うか。

(例)

本人確認が不十分なまま、電子署名の認証機関が名義人(本人)になりすました第三者に電子証明書を発行した。証明書を受け取った取引の相手方が第三者を本人と信じたものの、本人との間で取引の効果が認められない結果、損害を受けた場合、認証機関はどのような責任を負うか。

1. 考え方

(1) 本人確認が不十分な場合

①原則:不法行為責任

電子署名の認証機関が十分な本人確認をせずに電子証明書を発行し、その後それが利用され、証明書を受け取った相手方がこれを信じたものの、なりすまされた本人(電子署名の名義人)への効果帰属が認められなかったために損害を受けた場合に、認証機関は証明書の受取人に対し、不法行為責任を負う。この場合、受取人側が認証機関の過失(本人確認が不十分であること)について立証責任を負う。

(本人確認が十分であると認められる例)
・官公庁が発行し、公印が押され、本人の写真と台紙にかけて割印が刻され、ラミネート加工されている証明書により通常の注意義務を尽くして本人確認を行った場合
・

(本人確認が十分であると認められない例)
・一見して偽造が疑われる本人証明書類により本人確認を行った場合
・

②例外:契約責任

認証機関と受取人との間に通常は契約関係がないので、認証機関は原則として契約上の責任を負うことはない。

しかし、例えば第三者が証明書を受け取る場合に、認証機関から受取人用の

規約（以下「受取人規約」）や認証業務規程（CPS-Certification Practice Statement）示され、受取人がそれらを承認する旨応答する場合などの中には、契約関係の成立を認めることができる場合もあり得る。契約の成立が認められるためには、条文の見やすさ等の点について少なくとも一般のウェブサイトの利用規約が有効であるために要求されるのと同等の要件を具備している必要があるが（本準則「ウェブサイトの利用規約の有効性」を参照）、その他の要件については、議論が分かれている。契約関係が認められた場合、認証機関は受取人規約やCPSを遵守する義務があり、本人確認手続が受取人規約又はCPSの違反とされる場合には、債務不履行責任を負う。この場合、認証機関側が自己の無過失について立証責任を負う。

（契約関係の成立が認められる例）
・

（契約関係の成立が認められない例）
・受取人が証明書の有効性を検証する際に、CPS等への同意が要求されず、CPS等が単にリポジトリに掲示されているだけの場合。
・

（2）認証機関が定める免責条項の効力

認証機関がCPSや受取人規約で賠償責任額の制限（免責条項）を定めている場合があるが、その効力が問題となる。

①受取人と認証機関との間に契約関係の成立が認められない場合

関係当事者は、免責条項には何ら拘束されない。

②受取人と認証機関との間に契約関係の成立が認められる場合

原則として免責条項に従うことになる。

しかし、認証機関の免責条項については、例えば消費者契約においては、債務不履行や債務の履行に際してなされた不法行為による損害賠償について、全部を免責する条項や一部（認証機関の故意又は重過失による場合に限る。）を免責する条項は無効とされると考えられる（消費者契約法第8条）ほか、個別の事情を考慮して、その有効性が問題とされる場合があるものと解される。

（免責条項が有効となる例）
・

（免責約款が無効となる例）
・

2．説明

(1) 不法行為責任

電子署名の認証機関が十分な本人確認をせずに電子証明書を発行し、その後それが利用され、相手方がこれを信じたものの、当該電子署名の名義人への効果帰属が認められなかったために損害を受けた場合に、認証機関は当該証明書を信じた者に対し、原則として不法行為責任を負う。

この場合、損害賠償を請求する側が認証機関の過失についての立証責任を負う。

(2) 契約責任

認証機関と電子証明書を信じた者との間に通常は契約関係はないので、原則として契約上の責任を負うことはないものと考えられる。しかしながら、例えば第三者が証明書を受け取る場合に、認証機関からＣＰＳや受取人規約が示され、第三者が当該ＣＰＳ等を承認する旨応答する場合などの中には、認証機関と電子証明書を信じた者との間に契約関係の成立を認めることができる場合もあり得るのではないかとの議論がある。仮に契約関係の成立を認めることができるならば、認証機関がＣＰＳ等に違反している場合など、債務不履行責任を負う場合もあると解される。

この場合、認証機関の側が自己の無過失についての立証責任を負う。

(3) 免責条項の有効性

電子商取引における損害額は高額に及ぶ可能性があることから、認証機関の示す受取人規約やＣＰＳ等に認証機関の免責条項を設けることが見受けられる（例：「電子証明書を信頼したことにより、受取人に損害が生じた場合であっても、認証機関の損害賠償額の上限は１００万円とする。」）。この点については、前記のとおり、そもそも電子証明書を受け取る者と認証機関との間で、契約関係（免責に関する合意）が成立しているか否かが問題となる。契約関係が成立していなければ免責条項の効力は認められないが [1]、これが認められる場合であっても、消費者契約においては、債務不履行や債務の履行に際してなされた不法行為による損害賠償について、全部を免責する条項や一部（認証機関の故意又は重過失による場合に限る。）を免責する条項は無効とされると考えられる（消費者契約法第８条）ほか、個

別の事情を考慮して、その有効性が問題とされる場合があるものと解される。

[1] 契約関係が成立しなくとも、ＣＰＳ等に記載された免責条項は、認証機関の不法行為責任の範囲に影響する場合があるので、全く無意味というわけではない。

Ⅰ-1-7 未成年者による意思表示

【論点】

電子契約の一方当事者が未成年の場合、その未成年者は原則として意思表示を取り消して契約の効力を否定することができる（民法第4条）が、年齢確認画面への対応によっては、民法第21条の「詐術」の適用により、取り消すことができない場合があるのではないか。

（例）

未成年者がインターネット通販において、自分が成年であるかのように虚偽の生年月日を入力した上、商品を購入した場合であっても、契約を取り消して代金支払を拒否できるか。

1．考え方

事業者が電子商取引の際に画面上で年齢確認のための措置をとっているときに、未成年者が故意に虚偽の年齢を通知し、その結果、事業者が相手方を成年者と誤って判断した場合、民法第21条により、当該未成年者は取消権を失う可能性がある。

（取り消すことができない可能性のある例）
・「未成年者の場合は親権者の同意が必要である」旨警告した上で、年齢確認措置をとっている場合
・

（取り消すことができると思われる例）
・単に「成年ですか」との問いに「はい」のボタンをクリックさせる場合
・

2．説明

（1）原則

未成年者が法定代理人の同意を得ないで行った意思表示は取り消しうるものとされている（民法第5条）。

対面取引においては、容ぼう等の外観、身分証明書の提示等により、相手方が未成年者か否かを比較的容易に判断することができる。他方、電子商取引においては、非対面の取引が容易に行えるという意味で、未成年者が取引をする場合が従来の取引よりも増加すると考えられる。そこで、取引の安全の観点からは、行為

能力の規定を制限的に適用すべきではないかとの考えもあり得るだろうが、このような問題は、非対面の取引一般にいえることであり、電子商取引についてのみ例外を認める必要性は認められない。

(2) 取消権の制限

もっとも、民法第20条によれば、未成年者が取引の相手方に対し、成年であるか、又は法定代理人の同意があると誤信させるために詐術を用いたときには、当該未成年者は当該意思表示を取り消すことができないとされている。そして、詐術を用いたときとは、制限能力者であることを誤信させるために、相手方に対し積極的術策を用いた場合に限るものではなく、制限能力者がふつうに人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を誘起し、又は誤信を強めた場合をも含んでいると解されている(最高裁昭和44年2月13日第一小法廷判決・民集23巻2号291頁)。

したがって、事業者が電子商取引の際に画面上で年齢を確認する表示を設けるなど、年齢確認のための措置をとっているときに、未成年者が故意に虚偽の年齢を通知し、その結果、事業者が相手方を成年者と誤信した場合などは、当該未成年者は取消権を失う可能性もあると解される。

もっとも、詐術を用いたと認められるか否かは、単に未成年者が成年である旨回答したことだけをもって判断されるものではなく、事業者が故意にかかる回答を誘導したのではないかなど、最終的には取引の内容、商品の性質や事業者の設定する画面構成等個別の事情を考慮して、判断されるものと解される。

いずれにせよ相手方が未成年者であることによる取消の可能性を完全に排除することは困難なため、取引金額と本人確認に要するコスト負担のバランスを考慮して、取引当事者は、合理的な相手方の確認を行うこととなろう。

Ⅰ-1-8 管轄合意条項の有効性

【論点】
書面によらないオンライン契約における管轄合意条項は有効といえるか。

1. 考え方

オンライン契約の中の管轄合意条項も有効である。

2. 説明

従来、管轄の合意は、書面でしなければその効力を生じない（民事訴訟法第11条第2項）ので、オンライン契約における管轄合意条項は、その効力を生じないこととされていた。

平成16年の民事訴訟法改正によって、同法第11条第3項が新設され、電磁的記録による管轄の合意も書面によってなされたものとみなす旨の明文が置かれたため、改正法の施行日（平成17年4月1日）以降[1] になされたオンライン契約の管轄合意は、有効であることになる。

なお、ここでいう管轄の合意は、日本の裁判所の裁判権に服する事件のうち、日本国内のどの裁判所が裁判管轄権を有するか、という問題についてのものである。

[1] 改正法附則第4条「第1条の規定による改正後の民事訴訟法（以下「新民事訴訟法」という。）第11条第3項（新民事訴訟法第281条第2項において準用する場合を含む。）の規定は、この法律の施行前にされた管轄裁判所を定める合意及び上告をする権利を留保した控訴をしない旨の合意については、適用しない。」

Ⅰ-1-9 仲裁合意条項の有効性

【論点】
書面によらないオンライン契約における仲裁合意条項は有効といえるか。

1. 考え方

オンライン契約の中の仲裁合意条項については有効となる。

2. 説明

平成16年3月1日に施行された仲裁法においては、仲裁合意は書面によってなされなければならないが（仲裁法第13条第2項[1]）、電磁的記録によって仲裁合意がなされた場合も、書面によってなされたものとするという規定が置かれている（同条第4項[2]）。

よって、オンライン上で、電子メール交換など電磁的記録の残る方式によってなされた合意も有効となる。

なお、消費者契約法で定める消費者契約においてなされる仲裁合意については、消費者に解除権が付与されている（同法附則[3]）。

---

[1] 仲裁法第13条第2項　仲裁合意は、当事者の全部が署名した文書、当事者が交換した書簡又は電報（ファクシミリ装置その他の隔地者間の通信手段で文字による通信内容の記録が受信者に提供されるものを用いて送信されたものを含む。）その他の書面によってしなければならない。

[2] 同法第13条第4項　仲裁合意がその内容を記録した電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう）によってされたときは、その仲裁合意は、書面によってされたものとする。

[3] 同法附則第3条第2項　消費者は、消費者仲裁合意を解除することができる。（後略）

Ⅰ-2 電子商取引に特有の取引形態

Ⅰ-2-1 電子商店街（ネットショッピングモール）運営者の責任

【論点】

店舗との取引で損害を受けたネットショッピングモール（以下「モール」という）利用者に対してモール運営者が責任を負う場合があるか。

（例）

モール利用者が、モールに出店していた店舗から商品を購入したところ、商品に欠陥があったが、店舗は行方不明となり連絡が取れない。モール運営者に対して、損害賠償を請求することができないか。

1．考え方

（1）原則：責任を負わない

個別の店舗との取引によって生じた損害について、モール運営者は原則として責任を負わない。

（2）例外：責任を負う場合もある

①店舗による営業をサイバーモール運営者自身による営業とモール利用者が誤って判断するのもやむを得ない外観が存在し（外観の存在）、②その外観が存在することについてモール運営者に責任があり（帰責事由）、③モール利用者が重大な過失なしに営業主を誤って判断して取引をした（相手方の善意無重過失）場合には、商法第14条の類推適用によりモール運営者が責任を負う場合もあり得る。

この他に、モール運営者に不法行為責任等を認めうる特段の事情がある場合等には、モール運営者が責任を負う場合があり得る。

（責任を負う可能性がある例）

・商品購入画面等モール運営者のウェブサイト画面で、売主がモール運営者であるとの誤解が生じうる場合

・モール運営者が特集ページを設けてインタビュー等を掲載するなどして、特定の店舗の特定商品を優良であるとして積極的に品質等を保証し、これを信じたがためにモール利用者が当該商品を購入したところ、当該商品の不良に起因してモール利用者に損害が発生した場合

・重大な製品事故の発生が多数確認されている商品の販売が店舗でなされていることをモール運営者が知りつつ、合理的期間を超えて放置した結果、当該店舗から当該商品を購入したモール利用者に同種の製品事故による損害が発生した場合

・

（商法第14条の類推適用による責任を負わないと思われる例） ・購入画面は、モールの統一フォームであるが、モール運営者のウェブサイト画面にモール運営者が売主でないことが分かりやすく記載されている場合 ・
（保証に基づく責任を負わないと思われる例） ・品質等に関してモール運営者の判断が入らない形で商品又は店舗の広告を掲載しているにすぎない場合 ・よく売れている商品に「売れ筋」と表示した場合や、売上高やモール利用者による人気投票結果等のデータに基づいた商品や店舗の「ランキング」、「上半期ベスト3」を単に表示したにとどまる場合 ・モール利用者の購買履歴等に基づき、個々のモール利用者に対して、当該モール利用者の嗜好や購入商品等に関連する商品等を、当該商品の品質等に関する判断を含まない形で単に表示したにとどまる場合 ・

2．説明

(1) 問題の所在

モールに出店している個別の店舗との取引で損害を受けたモール利用者は、当該店舗に対して契約上の責任を追及することができるが、このほかモール運営者に対しても責任を追及することができるか。通常、個別の店舗との取引において、売主としての責任を負うのは店舗であるため、個別の店舗との取引によって生じた損害について、モール運営者が責任を負うことはないものと考えられる。しかしながら、モールと店舗との関係で買主たるモール利用者がモール運営者を売主と誤認するような状況が作られていた場合などにモール運営者が何らかの責任を負うことが考えられないだろうか。

(2) 商法第14条の類推適用

この点、参考となる裁判例として、スーパーマーケットに出店しているテナントと買物客との取引に関して、出店契約を締結することにより営業主体がスーパーマーケットであると誤認するのもやむを得ない外観を作出したことに関与したという理由から、商法第14条の類推適用により、スーパーマーケットの経営会社が名板貸人と同様の責任を負うとしたものがある（最高裁平成7年11月30日第一小法廷判決・民集49巻9号2972頁）。

商法第14条適用の要件は、①名板貸人が営業主であるという外観の存在、②名義使用の許諾という名板貸人の帰責事由の存在、③取引の相手方が重大な過

失なくして名板貸人が営業主であると誤認したことであるが、本判決は、②の名義使用の許諾はないが、上記のような外観の作出に関与した場合について、商法第14条の理論的前提である外観法理を前提に、同条の類推適用を認めたものである。

スーパーマーケットとそのテナントの関係と、モールとその店舗の関係は同一ではないが、一定の類似性があることから、モールにおいても、①店舗の営業がモール運営者の営業であると一般のモール利用者が誤認するのもやむを得ない外観が存在し、②当該外観の作出にモール運営者に帰責事由があり、③当該モール利用者が重大な過失無くして営業主を誤認して取引をした場合には、商法第14条の類推適用によりモール運営者が責任を負う場合もあり得るものと解される。

なお、例えばウェブ上にモール利用者が、通常認識することができるような形で「当モールに出店する店舗は、当社とは独立した事業者が自己の責任において運営しており、特に明示している場合を除いて、当社及び関連会社が管理又は運営しているものではありません」といった表示をしている場合であれば、当該表示はモール運営者の責任を否定する有力な根拠となると考えられる。

いずれにせよ、モール運営者が商法第14条の類推適用により責任を負うか否かについては、モールの外観、モール運営者の運営形態のみならず、外観作出の帰責性の有無の判断要素として店舗の営業への関与の程度（例えば、売上代金の回収の態様、明示若しくは黙示の商号使用の許諾等）等をも総合的に勘案して判断されることになろう。

(3) その他の責任原因

商法第14条の類推適用が認められる場合以外にも、以下のような場合には、モール運営者が、個々の取引によってモール利用者に生じた損害について責任を負うべき場合があり得る。

第一に、重大な製品事故の発生が多数確認されている商品の販売が店舗でなされていることをモール運営者が知りつつ、合理的期間を超えて放置した結果、当該店舗から当該商品を購入したモール利用者に同種の製品事故による損害が発生した場合のような特段の事情がある場合には、不法行為責任又はモール利用者に対する注意義務違反（モール利用契約に付随する義務違反）に基づく責任を問われる可能性がある。

第二に、モール運営事業者がモール利用者に対して、単なる情報提供、紹介を超えて特定の商品等の品質等を保証したような場合、当該商品の購入によって生じた損害について、モール運営者が責任（保証に基づく責任）を負う可能性がある。ただし、品質等に関してモール運営者の判断が入らない形で商品または店舗の広告を掲載しているにすぎないような場合には、モール運営者が上記の責任を負うこ

とは原則としてないと考えられる。同様に、よく売れている商品に「売れ筋」と表示すること、売上高やモール利用者による人気投票結果等のデータに基づいた商品や店舗の「ランキング」、「上半期ベスト3」などを単に表示すること、モール利用者の購買履歴等に基づき、個々のモール利用者に対して、当該モール利用者の嗜好や購入商品等に関連する商品等を当該商品の品質等に関する判断を含まない形で単に表示することも、そのことのみでは商品等の品質等に関してモール運営者の判断を示すものではなく、上記の責任を基礎づけるものではないと考えられる。

Ⅰ-2-2 インターネット･オークション

インターネット･オークションとは、一般的には、ホームページ上で一定の入札期間を定めて売りに出された商品に対し、落札希望者が希望落札価格を書き込んで入札し、終了期限までに一番高い金額をつけた者が落札する仕組みを使って行う電子商取引を意味する。

このインターネット･オークションは、個々の取引の当事者が事業者(B)か個人(C)かを基準としてBtoB型、BtoC型、CtoC型といった分類がなされることがある。出品者及び入落札希望者が共に事業者(B)の場合には、BtoB型となる。CtoB型というのは理論的には考えられるが一般的ではない。また、この場合の事業者(B)とは、出品者又は入落札者が事業者であるということであり、インターネット･オークションのシステムを提供している仲介事業者(以下「オークション事業者」という。)を指すものではない。

オークション事業者の個々の取引への関与形態は多様であり、個々の取引に全く関与しない場合と、特定の売主の推奨広告をしたり、代行出品などで自ら売主となって取引に実質的に関与する場合など、様々な類型が考えられる。購入希望者の入札行為により落札価格が変動する場合にも、落札価格が上昇する場合と下落する場合(逆オークション)がある。

更に、オークション事業者の中には、取引価格が購入希望者の入札行為により変動するインターネット･オークションの仲介と、固定価格での販売の仲介を、同一サイト内で共に行うものが見受けられる。取り扱うアイテムに関してもブランド品等特定のアイテムに限定するサービスと特に限定しないサービスがある。

このようにインターネット･オークションと称される電子商取引のビジネスモデルは多様な形態を包含しており、法律問題も各形態により異なる。

Ⅰ-2-2-1 オークション事業者の利用者に対する責任

【論点】

インターネット・オークション利用者（出品者・落札者）間で、商品未着、代金未払い等のトラブルが生じた場合、オークション事業者が損害を受けた者に対して責任を負うことがあるか。

また、上記以外の場合に、オークション事業者は利用者に対しいかなる責任を負うのか。

1．考え方

(1) オークション事業者が取引に直接関与しない場合

オークション事業者が、単に個人間の売買仲介システムを提供するだけであり、個々の取引に直接関与しない場合は、原則として利用者間の取引に起因するトラブルにつき責任を負わない。

例外的に、出品物について、警察本部長等から競りの中止の命令を受けたにもかかわらず、オークション事業者が当該出品物に係る競りを中止しなかったため、落札者が盗品等を購入し、盗品等の所有者から返還請求を受けた場合などについて、損害賠償義務を負う可能性がある。

(2) オークション事業者が取引に実質的に関与する場合

オークション事業者が、オークション・システムを利用した個人間取引に、単なる仲介システムの提供を越えて実質的に関与する場合は、その役割に応じて責任を負う可能性がある。

2．説明

(1) 問題の所在

インターネット・オークションには様々な類型があり、それぞれの類型ごとに利用者間の個々の取引へのオークション事業者の関与の程度が異なる。一般論としては、オークション事業者の個々の取引への実質的関与の度合いが高いほど、利用者間取引に関するトラブルにつきオークション事業者が責任を負う可能性が高くなるといえる。それでは具体的にはどのような類型の場合にオークション事業者は責任を負う可能性が高いのであろうか。

また、オークション事業者は、利用規約においてオークション利用当事者間の売買に関して一切関与しない旨定めていることが多いが、利用規約による責任制限はどのように機能するのであろうか。

利用当事者間の取引に関するトラブル以外にも、例えばシステムの維持・管理

等に関するオークション事業者の責任等も問題となりうる。

(2) オークション事業者と利用者との法的関係

インターネット・オークションにおけるオークション事業者と利用者間の法律関係は、原則として利用規約に従う。かかる契約は、インターネット・オークションにおいては、通常、利用者としてオンライン登録する際に、確認の上同意クリックをする形で締結される(利用規約の効力に関しては、本準則「ウェブサイトの利用規約の有効性」を参照)。また利用者は、インターネット・オークションにおける個々の取引行為(出品行為、入札・落札行為等)の都度、システム上利用規約に同意クリックを要求されることが多い。

このような契約が締結されると、利用者とオークション事業者間の法律関係は、原則としてかかる利用規約に支配される。かかる利用規約には、オークション事業者が責任を負う場合、負わない場合が明記されていることが多い。

ただし、利用者が消費者の場合、消費者契約法の適用がある。同法が適用になると、オークション事業者が自己の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項(同法第8条第1項第1号)や事業者の債務不履行(当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものを除く。)により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項(同項第2号)等は無効となる。例えば、オークション事業者が下記(4)に記載しているように利用者間の取引行為に実質的に関与している場合に、取引行為に関する責任を全部免責する条項は、同法第8条により無効とされる可能性がある。以下では、利用規約の規定を捨象して、個々の取引類型のみに基づきオークション事業者の責任を分類する。

(3) オークション事業者が、単に個人間の売買仲介システムを提供するだけであり、個々の取引に直接関与しない場合の事業者の責任

前記のとおり、インターネット・オークションには様々な類型がある。このうち、オークション事業者は単に個人間の売買仲介のシステムのみを提供しインターネット・オークション取引に直接関与しない形態のインターネット・オークションにおいては、一般論としては、売買は出品者と落札者(場合によってはその他の入札者も含む)の自己責任で行われ、オークション事業者は責任を負わないと解される。すなわち、インターネット・オークションにあっては、BtoC型、BtoB型、CtoC型いずれであっても、オークション事業者はシステムを提供する形で取引の仲介をする役割を果たすが、実際の売買行為の当事者となるわけではない。このような場合、一般にインターネット・オークション事業者は、単にインターネット・オークション(固定価格取引を含む)の場やシステムの提供者にすぎず、個別の取引の成立に直接関与するわ

けではない。したがって原則として利用者間の取引に起因するトラブルにつき責任を負わないものと解される（利用規約においても、オークション利用当事者間の売買契約に関してオークション事業者は一切関与せず、したがって責任を負わない旨規定していることが多い）。

ただし、オークション事業者は売買情報が仲介されるインフラシステムを提供していることから、一定の場合にはオークション事業者に責任を認める余地がある。すなわち、オークション事業者は、取引の「場」を提供している以上、法律上の性質論としてはいろいろありうるが、いずれにせよ一定の注意義務を認めることが可能と考える。例えば、出品物について、警察本部長等から競りの中止の命令を受けたにもかかわらず、オークション事業者が当該出品物に係る競りを中止しなかったため、落札者が盗品等を購入し、盗品等の所有者から返還請求を受けた場合などにおいて、当該オークション事業者は、当該落札者等に対して、注意義務違反による損害賠償義務を負う可能性があると解される。

(4) オークション事業者がオークション・システムを利用した個人間取引に実質的に関与する場合の事業者の責任

オークション事業者が単に個人間取引の仲介システムの提供に徹し、個々の取引に実質的に関与しない類型では、一般に事業者には個々の取引に起因する責任が生じないことは上述のとおりである。しかしながら、実際のインターネット・オークションビジネスでは、オークション事業者は、様々な場面で単なるシステム提供者を越えた役割を果たしている場合もある。このような場合のインターネット・オークション事業者の責任は、役割に応じて個別具体的に検討する必要がある。以下幾つか典型的な場合につき論じる。

①オークション事業者が利用者の出品行為を積極的に手伝い、これに伴う出品手数料又は落札報酬を出品者から受領する場合

例えばブランド品の出品等に関し、オークション事業者が利用者から電話で申込みを受け、当該ブランド品をオークション事業者宛てに送付してもらい、オークション事業者が利用者名で出品行為を代行し、出品に伴う手数料や落札に伴う報酬を受領する場合には、オークション事業者は出品代行者であり、単なる場の提供者ではない。オークション事業者は、出品物を手にして偽ブランド品かどうか確認できる立場にあり、その上で出品者の出品行為を代行したのであるから、利用規約の規定如何にかかわらずトラブルの際、買主に対して責任を負う可能性がある。このような場合、依頼を受けて出品代行する商品が古物営業法上の「古物」に該当する場合には、オークション事業者は同法の規制を受ける可能性がある（詳細については、本準則「インターネット・オークションと古物営業法」を参照）。

②特定の売主を何らかの形で推奨する場合

オークション事業者が、特定の売主を推奨したり、特定の売主の販売行為を促進したり、特定の出品物を推奨した場合には、その推奨・促進の態様如何によっては、オークション事業者は利用者間の取引に起因するトラブルにつき責任を負う可能性がある。例えば、単に一定の料金を徴収してウェブサイト内で宣伝することを越えて、特定の売主の特集ページを設け、インタビューを掲載するなどして積極的に紹介し、その売主の出品物のうち、特定の出品物を「掘り出し物」とか「激安推奨品」等としてフィーチャーするような場合には、売買トラブルが発生した際、オークション事業者も責任を負う可能性がないとは限らない。

③オークション事業者自体が売主となる場合

イベント性ある特別なインターネット・オークションなどにおいて、オークション事業者以外の者が供出した出品物につき、オークション事業者自体がシステム上は売主として表示されているが、実際の売上金（計算）は直ちに出品物提供者に帰属する場合がありうる。このような場合には、オークション事業者は原則として売主としての責任を負う。

(5) システムの維持・管理等に関する責任等、利用者間のトラブル以外の問題に関するオークション事業者の責任

インターネット・オークションは、手数料を徴収するものが多いが、有料、無料にかかわらず、オークション事業者と利用者（出品者・入札者等）との間には、オークション事業者が提供するインターネット・オークションのシステムを利用することに関して契約関係が成立しているものと解される。インターネット・オークションの場合、事業者の提供するシステムを利用しない限り、利用者は出品や入札等の利用行為ができないからである。したがって、オークション事業者は、個人間の情報交換のインフラであるインターネット・オークションのシステムの機能を維持・管理する義務を負うものと解される。

Ⅰ-2-2-2 オークション利用者（出品者・落札者）間の法的関係

【論点】

オークション利用者（出品者・落札者）は、相互にどのような法的関係にあるか。売買にあたり出品物と出品情報に何らかの食い違いがあったり、出品者と落札者の商品に対する認識に食い違いがあったような場合に、落札者（又は出品者）は契約を反古にしたり、内容変更を主張したりできるか。

1．考え方

(1) 売買契約をなかったことにできる場合

売主と買主との「売ります－買います」という意思表示に重要な食い違いある場合、表意者に食い違いにつき重大な過失がない限り、表意者は契約の無効を主張できる。また詐欺又は強迫により意思表示した場合に契約を取り消せる。更に債務不履行があったり、商品に隠れた欠陥があった場合等には契約を解除しうる。

(2) 買主が落札商品を他の商品と交換してもらうことができる場合

市場に流通している商品で引き渡した商品に欠陥がある場合等で、買主は欠陥のない商品との交換を主張できる。

(3) 買主が売主に対し、何らかの金銭賠償を求めることができる場合

売買の目的物に欠陥があった場合、契約上の義務の不履行があった場合等には、相当な範囲の損害の賠償を請求できる。

2．説明

(1) 問題の所在

インターネット・オークションにより商品が落札された場合、出品者と落札者は、落札を契機として売買契約を締結することになる。オークション利用者間の法律関係は、かかる売買契約により規律される。すなわち、売買契約に基づき、売主（出品者）は売主としての契約上の債務（主として出品条件に即した商品の引渡義務）を履行する義務を負い、買主（落札者）は買主としての契約上の債務（主として落札条件に従った代金支払義務）を履行する義務を負うと解される。一般には出品者も落札者も、落札時の条件に基づいて取引をする意思を有していることが多いと考えられる。仮に、落札時点で契約が成立していないと考えられる場合、その後の交渉内容如何により契約内容が決定されるため、当事者は落札時の条件には必ずしも拘束されないことになる。

しかし、インターネット・オークションを用いた取引であっても、当事者間の法的関

係については従来の取引と何ら変わるところはないのであって、一般の売買契約の原則がそのまま適用される。すなわち、いったん成立した契約でも、当事者の認識と売買の実態に食い違いがあった場合等一定の場合には、その契約をなかったことにしたり、他の商品と交換してもらったり、損害を賠償してもらったりすることがありうる。どのような場合にこれらの主張ができるのか、以下、一般の売買契約の原則に沿って検討する。

(2) 売買契約をなかったことにできる場合

インターネット・オークションを通じて成立した売買契約をなかったことにできる場合には、主として、契約が無効であったと主張する場合、契約は有効に成立したが契約の取消しを主張する場合、及び、契約は有効に成立したが解除を主張する場合等がある。売買契約が最初からなかったことになった場合には、買主は、既に支払済みの売買代金の返還を請求できるし、売主は、引き渡した商品の返還を請求できる。

以下、各場合につき説明する。

①契約の無効を主張できる場合

契約が成立するには売主と買主の間の「売ります－買います」という意思が表示されてそれらが原則として合致していることが必要である。表示された意思と表意者が真に意図した内容の重要な部分に食い違いがあった場合（これを法律上「要素の錯誤」という。）には、当事者は原則として契約が無効であったと主張できる（民法第95条本文）。重要な食い違いとは、一般に、食い違い（錯誤）が意思表示の内容に関するもので、かつ、通常人の判断を基準として、もしその錯誤がなければ表意者は（売ります、買いますといった）意思表示をしなかったであろうと認められる場合をいう。何が重要な部分の食い違いかは、一概にはいえない。例えば、商品の年式に食い違いがあった場合、特定の年式のものであることがとりわけ重要で、その年式でなければ入落札しなかった場合には、買主は重要な部分に食い違いがあると主張できるが、年式にこのような重要な意味がない場合もありうる。

ただし、このような錯誤による意思表示をするにあたり、表意者に重大な過失があった場合には、表意者は錯誤による契約の無効を主張できない。何が重大な過失かも一概にはいえないが、一般には、表意者の身分、行為の種類・目的等に応じ普通にしなければならない注意を著しく欠く場合をいう。

②売買契約を取り消せる場合

前述のように、売買契約が成立し、売主がその商品の引渡し義務を負い、買

主が代金支払い義務を負うのは、売ります－買います、という意思表示が合致している（重要な点に食い違いがない）場合である。しかし、意思表示に食い違いがない場合であっても、このような意思表示が強迫されるなど無理やりなされた場合であったり、詐欺によってだまされてなされた場合には、取り消すことができる。前者の例としては、個人情報をインターネット上に公開すると強迫されやむなく同意したとき、後者の例としては、売主が買主を欺罔するために、故意に異なる商品情報を掲載したときがあげられる。また、未成年者によりなされた売買は、一般に法定代理人（親権者など）の同意がなければ、取り消すことができる。ただし、例えば文房具を買うために親が与えたお金で文房具を買う場合など、法定代理人が目的を定めて処分を許した財産については、未成年者は目的の範囲内で処分できる。また、例えばお小遣いのように目的を定めないで処分を許した財産も、未成年者が法定代理人の同意を得ないで処分できることがある。このような場合には、法定代理人の同意のない売買でも取り消すことができない。

③売買契約を解除できる場合

前記①、②に該当しない場合でも、当事者は契約を解除して消滅させることができることがある。例えば買主が解除できる場合としては、売主による債務不履行があった場合、中古品を購入したところ隠れた欠陥（法律上「瑕疵」という。）があった場合、契約条件（出品条件など）に一定の場合に解除できると規定されている場合、当事者が合意した場合等がある。契約が解除されると、契約当事者は契約がなかった状態を回復する義務を負う。既に商品の引渡しを受けている当事者は商品返還義務を、既に代金の支払を受けている当事者は代金返還義務を、それぞれ負う。

ｉ）売主による債務不履行があった場合

売主と買主が商品説明に従った商品の売買契約を締結している場合において、例えば商品説明に記載された内容と異なる商品が送られてきた場合で、買主は商品説明に従った商品の引渡しを主張できる。なぜなら、売買契約により、売主に、商品説明に従った商品の引渡し義務が生じているからである。一般に、商品説明と異なる内容の商品が送られてきた場合には、説明内容に従った商品を引き渡すという売主の義務が履行されていないとして、買主は債務不履行による契約解除を主張できる。このように、売主又は買主が契約内容を履行しない場合には、相手方当事者は売買契約を解除できる。

ii）購入した特定の物に隠れた欠陥があった場合

前記ｉ）のように、出品物が容易に代替品を市場で調達できる不特定物の

場合には、売主は表示に従った欠陥のない商品の引渡義務があり、買主は欠陥のない商品の引渡しを請求できる。これに対して、市場から代替品を調達できないか、又はできるとしても、当事者がその商品の個性に着目して取引した場合、すなわち特定物の場合には、売主は欠陥のある商品をそのまま引き渡しても引渡義務を履行したことになり、代替品を調達して引き渡す義務はない。例えば売主が個人の場合で「お歳暮としてもらった未開封品であり現品限り」と表示して未使用品を出品するなど、売主が現品のみを売りに出していることを買主が容易に認識できる場合には、たとえ市場から代替品を調達することが物理的に可能であっても、それはものの個性に着目した取引であり、売主は代替品を調達して引き渡す義務を負わない。この場合、買主は、目的物の欠陥（瑕疵）により売買契約の目的が達せられない場合において、売買締結時に瑕疵について買主が知らなかったのであれば、契約解除（や損害賠償）の請求ができる（これを法律上「瑕疵担保責任」という（民法第570条））。判例は、不特定物売買でも瑕疵のあることが受領後に発見された場合については瑕疵担保責任を認めている（最高裁昭和36年12月15日判決）。

iii）契約条件（出品条件など）に一定の場合に解除できると規定されている場合

あらかじめ利用規約で解除条件が指定されていたり、商品説明等で「気に入らなければキャンセル可」等と記載されている場合等、一定の条件で解除をあらかじめ認めた売買契約がある。この場合には、解除の条件を満たす限り、当事者は契約を解除できる。

iv）合意解除

更に、当事者が事後的に解除に合意した場合には、契約を解除できる。

（3）他の商品と交換してもらえる場合

出品物の個性に着目した取引ではなく、代替品を市場で調達することができる不特定物の場合には、売主は表示に従った欠陥のない商品の引渡義務があり、買主は売主に対し、商品表示に従った欠陥のない商品を引き渡すよう請求できる。引き渡された商品が商品表示に従っていなければ、買主は商品表示に従った商品と交換するよう売主に請求できる。

（4）修理をしてもらえる場合

出品物が容易に代替品を市場で調達できる不特定物の場合には、売主は表示に従った欠陥のない商品の引渡義務があり、買主は売主に対し、欠陥のない商品

表示に従った商品を引き渡すよう請求できる。引き渡された商品が商品表示に従っていなければ、買主は商品表示に従った商品と交換するよう売主に請求できるが、同時に受領した商品を修理するよう主張することもできる（これを法律上「完全履行請求」という。）。

(5) 損害を賠償してもらえる場合

出品物が容易に代替品を市場で調達できない特定物の場合には、売主は欠陥のある商品をそのまま引き渡しても引渡義務を履行したことになる。この場合、契約を解除することができなくても損害賠償を請求できる（瑕疵担保責任、民法第 570 条）。判例は、不特定物売買でも瑕疵のあることが受領後に発見された場合については瑕疵担保責任を認めている（最高裁昭和36年12月15日判決）。

また、特定物・不特定物を問わず、契約上の義務（商品引渡義務、代金支払義務等）の不履行があり、それにより損害を被った場合には、相当な範囲で損害賠償請求できる。

Ⅰ-2-2-3 インターネット･オークションにおける売買契約の成立時期

【論点】
インターネット･オークションにおいて、売買契約の成立時期はいつか。

1. 考え方

インターネット･オークションには様々な類型があることから、インターネット･オークションの取引の過程のどの段階で契約が成立するかは、一概には断定できない。個々の取引の性質を考慮して当事者の合理的意思解釈により判断される。

（落札時に契約が成立すると解される例）
･出品者が出品時の商品説明は売却条件で相手方を問わず落札者に売却することを前提に出品し、落札者がかかる出品条件に従って落札価格で購入することを前提に落札している場合、すなわち出品者及び落札者が落札時の取引条件に拘束されることを前提にインターネット･オークション取引をしている場合。
･

（落札時には契約が成立しないと解される例）
･出品者及び落札者が、出品者によるインターネット･オークション上での商品説明を単なる広告･宣伝であると認識し、落札時の諸条件（落札価格、商品説明等）に拘束されず、インターネット･オークション終了後に取引条件を自由に交渉できることを前提に取引している場合。
･

2. 説明

(1) 問題の所在

インターネット･オークションにより商品が落札された場合、出品者と落札者は、売買契約を締結することになる。オークション利用者間の法律関係は、かかる売買契約により規律される。すなわち、売買契約に基づき、売主（出品者）は売主としての契約上の債務（主として出品条件に即した商品の引渡義務）を履行する義務を負い、買主（落札者）は買主としての契約上の債務（主として落札条件に従った代金支払義務）を履行する義務を負うと解される。

一方、オークションサイトの利用規約は、それぞれのビジネスモデルに応じて、例えば、落札は優先交渉権の取得であって売買契約成立ではない、落札により契約締結の義務が発生する、契約締結に向けて信義誠実の原則に従って行動する責務がある、などと多種多様に定められており一様でない。他方、トラブルの未然防止という観点からは、送料等の契約内容については出品情報中で明らかにしておくこ

とが望ましいが、現状ではそうでない場合も多い。

そこで、契約が取引のどの段階で成立するかが問題となる。落札時点で契約が成立する場合には、出品者は、出品情報に掲載した商品の引渡義務、落札者は、入札した金額の支払義務を負うと考えられる。他方、仮にオークション・システムが-例えば「売ります・買います掲示板」のように-単に売買に関する情報を掲示する情報仲介機能を有するだけである場合であれば、落札時点では契約が成立しておらず、落札後の当事者間の交渉如何により、落札時点での条件に拘束されずに契約が成立することになりうる。すなわち契約成立時期の問題は、売買契約の当事者間にいかなる権利義務が発生するか、錯誤無効をいかなる意思表示を対象として判断すべきか等の問題と密接に関連する。果たして当事者は落札時の諸条件に拘束されるべきであろうか。

また、利用規約に契約成立時期が規定されている場合、当事者間での契約成立時期は、利用規約のこのような規定に支配されるであろうか。

(2) インターネット・オークションにおける契約の成立時期

売買契約は、売主と買主の申込みと承諾の意思表示が合致した時点で成立する。どの時点で合致があるのかは、当事者間の合理的意思解釈により判断される。インターネット・オークションには様々な形態があり、一概には断定できないが、当事者の意思が入札期間の終了時点（オークション終了時点）での条件に拘束されることを前提に取引に参加していると認められるときには、入札期間の終了時点で出品者の提示していた落札条件を満たす落札者との間で売買契約が成立したと評価できることができる。

なお、売買契約の成立時期につき、オークション事業者が利用規約内で特に成立時期を指定していることがある。例えば、売買契約はオークション終了時点では成立せず、その後の出品者及び落札者間の交渉により成立すると指定することがある。この場合、落札後のどの時点で契約が成立するかについては利用規約では明記されていないことが多い。一般に契約成立時期の判断はこのような利用規約の指定に拘束されるものではなく、何が売買契約を構成する申込みと承諾の各行為の合致なのかを合理的に判断して決定されるべきものである。したがって、利用規約において契約成立時期がオークション終了時点より後の時点と規定されていても、必ずしもかかる利用規約に拘束されるものではない。ただし、利用規約の契約成立時期の指定は、通常、利用者の効果意思に影響を及ぼすものと考えられるので、当事者の意思の解釈に当たっては考慮される。その結果、利用者がオークション終了時点をもって契約成立とする意思をもっていないと判断される場合には、オークション終了時点をもって契約が成立していないと解釈されることになる。

Ⅰ-2-2-4 「ノークレーム・ノーリターン」特約の効力

【論点】

インターネット・オークションその他個人間取引において、売主が出品アイテムに関し、「ノークレーム・ノーリターンでお願いします。」等と記載されており、買主はこれに同意の上入札・落札することがある。このような場合に、落札者や購入者は、商品につきクレームや返品をすることが可能か。

1. 考え方

「ノークレーム・ノーリターン」と表示されている場合であっても、このような特約が常に有効ではなく、信義則に照らして判断される。

（「ノークレーム・ノーリターン」特約が効力を有すると思われる例）
・「ジャンク品につきノークレーム・ノーリターンでお願いします。」とある場合、正常に動作しないということを理由とする責任を免れることができる可能性がある。
・

（「ノークレーム・ノーリターン」特約が効力を有しないと思われる例）
・出品者自ら知っていたキズや汚れ等につき十分に説明していなかった場合には、このような特約は有効ではなく、担保責任を免れることができない。
・単に「ノークレーム・ノーリターンでお願いします。」と表記されているのみで、商品等の説明が不十分であるために取引の重要な事項につき錯誤がある場合には、錯誤無効の主張が認められる可能性がある。
・

2. 説明

「ノークレーム・ノーリターン」とは、インターネット・オークションに出品された商品の説明欄等で、出品者が「『ノークレーム・ノーリターン』でお願いします。」等と記載している場合をいう。このような記載に同意の上入札・落札した者は、出品者に対し、一切クレームやリターン（解除、返品等）できないのかが問題となる。特に、商品の説明欄に記載された商品説明と実際の商品が異なっていた場合、商品欄の説明と実際の商品に食い違いはなかったが記載のない事情で買主が知っていれば入札しなかったと考えられる事情があった場合等において、買主は売主に対し、契約の無効、取消しを主張できるであろうか。

売主が出品物につき「ノークレーム・ノーリターン」表示を行った場合、一般に、「商品に関して一切のクレームを受け付けず、返品も受け付けない」ということに合意する者のみ入札に応じる旨の売主の意思表示があったと解される。これは売主の

担保責任を免除する特約と考えられる（民法第572条）。担保責任が免除されるとは、落札物に隠れたる瑕疵があった場合等の売主（出品者）の責任が免除されることを意味する。具体例としては、「ジャンク品につきノークレーム・ノーリターンでお願いします。」とか、「何分中古で年数がたっておりますのでノークレーム・ノーリターンでお願いします。」といったものがよく見受けられる。単に「ノークレーム・ノーリターンでお願いします。」とのみ表記されていることもある。このような特約を定めること自体は原則有効である。

ただし、当事者間の特約によって信義に反する行為を正当化することは許されず、したがって、出品者が出品物の全部又は一部が他人に属すること、数量が不足していること、出品物に瑕疵（例えば商品説明には記載されていなかったキズや汚れなど）があること等を自ら知っているにもかかわらず、これを入札者・落札者に告げないで取引した場合にまで、売主に免責を認めるものではない。このような事実がある場合には、たとえ「ノークレーム・ノーリターン」表示がされていても、瑕疵担保責任又は錯誤（場合によっては詐欺）等に基づき契約解除、損害賠償等を請求できる可能性がある。

Ⅰ-2-2-5 インターネット･オークションと特定商取引法

【論点】

インターネット･オークションを通じて、個人が商品を販売する場合についても、特定商取引法第11条（必要的広告表示事項の表示）･第12条（誇大広告の禁止）の規定は適用されるか。

1．考え方

特定商取引法上の「指定商品」等の通信販売をする事業者には、必要的広告表示事項の表示（同法第11条）及び誇大広告等の禁止（第12条）等の義務が課せられている。インターネット･オークションを通じて販売を行っている場合であっても、営利の意思を持って反復継続して販売を行う場合は、法人･個人を問わず事業者に該当し、特定商取引法の規制対象となる。

2．説明

インターネット上で申込を受けて行う「指定商品」等の販売は、オークションも含めて特定商取引法上の通信販売に該当する。したがって、インターネット･オークションを通じて「指定商品」等を販売する事業者には、特定商取引法の必要的広告表示事項の表示及び誇大広告等の禁止等の義務が課されており、違反した場合は行政処分や罰則の適用を受ける。

特定商取引法において、販売業者とは、販売を業として営む者の意味であり、「業として営む」とは、営利の意思を持って反復継続して取引を行うことをいう。営利の意思の有無は客観的に判断される。例えば、転売目的で商品の仕入れ等を行う場合は営利の意思があると判断される。

「営利の意思」及び「反復継続」は、インターネット･オークション以外の場における取引も含めて総合的に考慮して判断される。すなわち、例えば、インターネット･オークション以外の場（インターネット、現実の場を問わない）における事業者が、その事業で取り扱う商品をオークションに出品する場合は、その数量や金額等にかかわらず原則として販売業者に当たる。したがって、例えば、個人事業者が現実の場における事業で取り扱う商品を、単発的にインターネット･オークションを利用して出品する場合は、販売業者による取引に当たる。

また、インターネット･オークション以外の場における取引の態様にかかわらず、インターネット･オークションにおいて以下のような出品をする場合は、通常、当該出

品者は販売業者に該当すると考えられる。

インターネット･オークションは、これまで消費者でしかなかった個人が容易に販売業者になることができるというシステムであるが、個人であっても販売業者に該当する場合には、特定商取引法の規制対象となることに注意が必要である。

(1) すべてのカテゴリー･商品について

インターネット･オークションでは、個人が不要品や趣味の収集物等を多数販売するという実態を考慮する必要があるが [1]、例えば、以下の場合には、特別の事情がある場合を除き、営利の意思を持って反復継続して取引を行う者として販売業者に該当すると考えられる。但し、これらを下回っていれば販売業者でないとは限らない。商品の種類によっても異なるが、一般に、特に、メーカー、型番等が全く同一の新品の商品を複数出品している場合は、販売業者に該当する可能性が高いことに留意すべきである。

①過去1ヶ月に200点以上又は一時点において100点以上の商品を新規出品している場合

但し、トレーディングカード、フィギュア、中古音楽CD、アイドル写真等、趣味の収集物を処分･交換する目的で出品する場合は、この限りではない。

②落札額の合計が過去1ヶ月に100万円以上である場合

但し、自動車、絵画、骨董品、ピアノ等の高額商品であって1点で100万円を超えるものについては、同時に出品している他の物品の種類や数等の出品態様等を併せて総合的に判断される。

③落札額の合計が過去1年間に1，000万円以上である場合

(2) 特定のカテゴリー･商品について

特定のカテゴリーや商品の特性に着目してインターネット･オークションにおける取引実態を分析すると、よりきめ細かい判断が可能となる。以下に、消費者トラブルが多い商品を中心に、通常、販売業者に当たると考えられる場合を例示する。

以下で示す「消費者トラブルの多いカテゴリー又は商品に関する表」(以下「表」という。)の①(家電製品等)について、同一の商品を一時点において5点以上出品

している場合

この場合の「同一の商品」とは、カメラ、パソコン、テレビ等、同種の品目を言い、メーカー、機能、型番等が同一である必要はないと考えられる。

表②（自動車・二輪車の部品等）について、同一の商品を一時点において3点以上出品している場合

この場合の「同一の商品」とは、ホイール、バンパー、エンブレム等、同種の品目を言い、メーカー、商品名等が同一である必要はないと考えられる。なお、ホイール等複数点をセットとして用いるものについてはセットごとに数えることが適当である。

表③（CD・DVD・パソコン用ソフト）について、同一の商品を一時点において3点以上出品している場合

この場合の「同一の商品」は、メーカー、商品名、コンテンツ等が全て同一の商品を言う。

表④（いわゆるブランド品）に該当する商品を一時点において20点以上出品している場合

表⑤（インクカートリッジ）に該当する商品を一時点において20点以上出品している場合

表⑥（健康食品）に該当する商品を一時点において20点以上出品している場合

表⑦（チケット等）に該当する商品を一時点において20点以上出品している場合

以上は、インターネット・オークションにおけるあらゆる出品を網羅しているものではなく、消費者トラブルが多い商品を中心に、通常は販売業者に該当すると考えられる場合を例示するものである。出品者が販売業者に該当するかどうかについては、上記で例示されていないものも含め、個別事案ごとに客観的に判断されることに留意する必要がある。例えば、一時点における出品数が上記を下回っていても転売目的による仕入れ等を行わずに処分する頻度を超えて出品を繰り返している場合などは、販売業者に該当する可能性が高く、上記に該当しなければ販売業者でないとは限らない。

---

[1]本解釈指針は、こうしたインターネット・オークションの特性を踏まえて作成したものであり、その

なお、上記の前提として、インターネット・オークション事業者は、出品者の銀行口座番号、クレジットカード番号、メールアドレス、携帯電話契約者情報等の管理を通じて、同一人が複数の ID（オークションを利用するためのもの）を取得することを排除することが求められる[1]。

他の特定商取引法の取引類型には当てはめられるべきものでないことは当然である。

[1] 国、関係機関及び事業者は、本論点の考え方に沿って、販売業者に該当すると考えられる場合には、特定商取引法の表示義務について啓発等を行うことが求められる。

消費者トラブルの多いカテゴリー又は商品に関する表

①家電製品等	・ 写真機械器具［別表第1－16］ ・ ラジオ受信機、テレビジョン受信機、電気冷蔵庫、エアコンディショナー、その他の家庭用電気機械器具、照明用具、漏電遮断機及び電圧調整器［別表第1－22］ ・ 電話機、インターホン、ファクシミリ装置、携帯用非常無線装置及びアマチュア無線用機器［別表第1－23］ ・ 電子式卓上計算機並びに電子計算機並びにその部品及び付属品［別表第1－25］
②自動車・二輪車の部品等	以下の商品のうち、部品及び付属品 ・ 乗用自動車及び自動二輪車（原動機付自転車を含む。）並びにこれらの部品及び付属品［別表第1－26］
③ＣＤ、ＤＶＤ、パソコン用ソフト	・ 磁気記録媒体並びにレコードプレーヤー用レコード及び磁気的方法又は光学的方法により音、映像又はプログラムを記録した物［別表第1－51］
④いわゆるブランド品	以下の商品のうち、登録商標（日本国特許庁において登録されたもの）が使用されたものであって偽物が多数出品されている商品 ・ 時計［別表第1－14］ ・ ネクタイ、マフラー、ハンドバック、かばん、傘、つえ、サングラス（視力補正用のものを除く。）その他の身の回り品、指輪、ネックレス、カフスボタンその他の装身具、喫煙具及び化粧用具［別表第1－36］
⑤インクカートリッジ	以下の商品のうち、プリンター用インクカートリッジ ・ シャープペンシル、万年筆、ボールペン、インクスタンド、定規その他これらに類する事務用品、印章及び印肉、アルバム並びに絵画用品［別表第1－52］
⑥健康食品	・ 動物及び植物の加工品（一般の飲食の用に供されないものに限る。）であって、人が摂取するもの（医薬品（薬事法（昭和 35 年法律第 145 号）第2条第1項の医薬品をいう。以下同じ。）を除く。）［別表第1－1］
⑦チケット等	・ 保養のための施設又はスポーツ施設を利用する権利［別表第2－1］ ・ 映画、演劇、音楽、スポーツ、写真又は絵画、彫刻その他の美術工芸品を鑑賞し、又は観覧する権利［別表第2－2］

※［ ］内の数字は、特定商取引に関する法律施行令別表第1及び別表第2に定める指定商品・指定権利の番号を指す。

Ⅰ-2-2-6 インターネット･オークションと景品表示法

【論点】

インターネット･オークションを通じて、個人が商品を販売する場合についても、景品表示法第4条（不当な表示の禁止）は適用されるか。

1．考え方

インターネット･オークションに事業者が参加して一般消費者に対し、物品を売買する場合は、景品表示法第4条の適用がある。

2．説明

インターネット･オークションに事業者が参加して一般消費者に対し、物品を売買する場合がある。この場合は、インターネットを利用した BtoC 取引の一類型となるため、不当景品類及び不当表示防止法（以下「景品表示法」という。）第4条の適用があり、同条各号の不当な表示が禁止される[1]。

（参考）

公正取引委員会は、平成14年3月ころから同年8月の間に、インターネット上のオークションサイトにおいて、事業者が少なくとも52回出品し、一般消費者に販売した腕時計に関する表示について景品表示法第4条第1号（商品の内容についての優良誤認）の規定に違反する行為が認められたとして、当該事業者に対し警告を行った。

[1] 事業者の意義は、個々の法律ごとに異なることに留意する必要がある。景品表示法上の「事業者」とは、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）第2条で定める「商業、工業、金融業その他の事業を行う者」と同義であり、個人であっても事業者となりうる。特定商取引法上の「事業者」については、営利の意思を持って反復継続して販売を行う場合が該当し、また、電子契約法第2条第2項の「事業者」や商標法第2条第1項第1号の「業として」については、営利目的の有無を問わず同種の行為を反復継続して行っている場合が該当する。

Ⅰ-2-2-7 インターネット・オークションと電子契約法

【論点】

インターネット・オークションにおける出品者と落札者との間の売買契約について、電子契約法第3条（電子消費者契約に関する錯誤無効の特例）は適用されるか。

1．考え方

現在、一般に多く行われているＣｔｏＣオークションにおいては、原則として電子契約法第3条の適用はないものと解される。

2．説明

消費者がウェブ画面を通じて事業者が画面上に表示する手続に従って当該事業者との契約の申込みを行う際、意図しない申込みや意図と異なる内容の申込みを行った場合は、事業者が消費者に対して申込みを行う意思や申込みの内容について確認を求める措置を講じた場合及び消費者自らが申込みを行う意思や申込みの内容についての確認の機会が不要である旨の意思を表明した場合を除き、民法第95条ただし書の規定は適用されず、消費者は、意図しない契約の申込みや意図と異なる申込みの意思表示を無効とすることができる（電子契約法第3条）。

同条の対象となる電子消費者契約は、消費者と事業者との間で締結されるいわゆる BtoC 取引である。これは、同法が電子商取引における消費者と事業者との立場の違いに着目して制定されたものだからである。

現在、多く行われているＣｔｏＣオークションにおいては、取引当事者（出品者・落札者）は対等な立場にあり、出品者と落札者との間の売買契約については、原則として同条の適用はないものと解される。

Ⅰ-2-2-8 インターネット・オークションと古物営業法

【論点】
インターネット・オークション事業者は、オークション運営に当たり、古物商又は古物市場主としての許可を受けることが必要か。

1. 考え方

インターネット・オークション事業者は、自ら又は委託を受けて古物を売買・交換する営業を営んだり、古物商間の売買・交換のための市場を経営したりしない限り、古物商又は古物市場主の許可を受ける必要はない。

2. 説明

(1) 古物商・古物市場主の許可の要否

古物営業法は、①「古物を売買し、若しくは交換し、又は委託を受けて売買し、若しくは交換する営業であって、古物を売却すること又は自己が売却した物品を当該売却の相手方から買い受けることのみを行うもの以外のもの」(第2条第2項第1号)を営む者及び②「古物市場(古物商間の古物の売買又は交換のための市場をいう。)を経営する営業」(同項第2号)を営む者について、①については、古物商として営業所の所在地を管轄する都道府県公安委員会、②については、古物市場主として古物市場の所在地を管轄する公安委員会の許可を受けなければならないものとしている(第2条第3項・第4項、第3条)。

インターネット・オークション事業者は、自ら又は委託を受けて古物を売買・交換する営業を営んだり、古物商間の売買・交換のための市場を経営したりしない限り、前記の「古物商」又は「古物市場主」の許可を受ける必要はないものと解される。すなわち、インターネット・オークションにおいてオークション事業者自身が取引の当事者とはならない場合には、「古物商」や「古物市場主」に該当しないものと解される。

なお、インターネット・オークションに参加して古物の売買等の営業を行う者は、「古物商」の許可を受けなければならないことは当然である。

(2) 改正古物営業法の概要

インターネット・オークションに係る盗品の売買防止等のための規定を整備する「古物営業法の一部を改正する法律」(平成14年法律第115号)が、平成15年9月1日に施行された。同法は、古物の売買をしようとする者のあっせんを競りの方法(政令で定める電子情報処理組織を使用する競りの方法その他の政令で定めるものに限る。)により行う営業(古物市場を経営する営業を除く。)を「古物競りあっせん業」とし(第2条第2項第3号)、これに一定の規制を行うこととしている。「古物競り

あっせん業」としてインターネット・オークションが定められている（改正古物営業法施行令第3条）[1]。

同法の概要は次のとおりである。

①古物競りあっせん業を営む者は、公安委員会に届出書を提出しなければならない（第10条の2第1項）。

②古物競りあっせん業者は、あっせんの相手方が売却しようとする古物について、盗品等の疑いがあると認めるときは、直ちに、警察官にその旨を申告しなければならない（第21条の3）。

③古物競りあっせん業者は、古物の売却をしようとする者からのあっせんの申込みを受けようとするときは、その相手方の真偽を確認するための措置をとるよう努めるとともに、古物の売買をしようとする者のあっせんを行ったときは、その記録の作成及び保存に努めなければならない（第21条の2、第21条の4）。

④古物競りあっせん業者は、その業務の実施の方法が、国家公安委員会が定める盗品等の売買の防止及び速やかな発見に資する方法の基準に適合することについて、公安委員会の認定を受けることができ、認定を受けた古物競りあっせん業者は、認定を受けている旨の表示をすることができる。この場合を除くほか、何人も、当該表示又はこれと紛らわしい表示をしてはならない（第21条の5第1項ないし第3項）。

⑤古物競りあっせん業（日本国内に在る者をあっせんの相手方とするものに限る。）を外国において営む者についても、④の古物競りあっせん業者と同様とする（第21条の6）。

⑥古物競りあっせん業者のあっせんの相手方が売却しようとする古物について、盗品等であると疑うに足りる相当な理由がある場合においては、警視総監若しくは道府県警察本部長又は警察署長は、当該古物競りあっせん業者に対し、当該古物に係る競りを中止することを命ずることができる（第21条の7）。

⑦警察本部長等は、必要があると認めるときは、古物競りあっせん業者から盗品等に関し、必要な報告を求めることができる（第22条第3項）。

[1] 改正古物営業法第2条第2項第3号の「競りの方法」は、古物の売買をしようとする者の使用に係る電子計算機と、その者から送信された古物に関する事項及びその買受けの申出に係る金額を電気通信回線に接続して行う自動公衆送信により公衆の閲覧に供して競りを行う機能を有する電子計算機とを電気通信回線で接続した電子情報処理組織を使用する競りの方法とされる（改正古物営業法施行令第3条）。

Ⅰ-2-3 ホスティングを伴う電子商取引事業者の違法情報媒介責任

【論点】

オークションサイトの評価欄に出品者の名誉を毀損する疑いがある情報が書き込まれ、出品者からオークションサイトを運営する事業者に対して当該情報を削除する要請があった場合、これを放置又は削除した事業者は民事上どのような責任を負うか。

1.考え方

(1) 情報を放置したことに基づく責任

ユーザーの発信する情報にホスティング[1]を提供し又は掲示板を利用して電子商取引を行う事業者（以下「事業者」という。）は、ユーザーや掲示板に書き込みを行う者から違法情報が発信された場合、当該情報の流通による権利侵害が明白であり、かつ当該情報の送信を防止すること（以下「削除」という。）が容易であるような場合には、情報を放置したことにより、不法行為責任（民法第709条、第719条）を負う可能性がある。ただし、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律[2]（以下「プロバイダ責任制限法」という。）第3条第1項により、同項に規定する一定の場合でなければ、事業者は、情報を放置したことによる民事上の責任を負わない。

（責任を負う可能性がある場合）
・掲示板に明らかに個人の著作物のデッドコピーと分かるものが大量に書き込まれ、自身が著作権者であることを証明する者から適正な削除要請があったにもかかわらず、掲示板管理者である事業者がこれを合理的期間を大きく超えて放置した場合

---

1 インターネットに情報を発信するコンピュータ(サーバ)の容量の一部を間貸しするサービス。「レンタルサーバ」ともいわれ、電気通信事業者等が自社設備を用いて提供している。

2 プロバイダ責任制限法については、法律の逐条解説及び侵害類型別のガイドラインが示されている。
① プロバイダ責任制限法の逐条解説
http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/top/denki_h.html
② プロバイダ責任制限法ガイドライン
・ 名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン
・ 著作権関係ガイドライン
・ 商標権関係ガイドライン
http://www.telesa.or.jp/consortium/provider/index.htm

・オークションサイトの評価欄に出品者の名誉を毀損する情報が書き込まれ、出品者からオークションサイトを運営する事業者に対して適正な削除要請があった結果、名誉毀損が明らかになったにもかかわらず、事業者がこれを放置した場合
・事業者自身が違法情報の発信者である場合
・

（責任を負わないと考えられる場合）
・事業者が違法な情報の流通を知らなかった場合
・

(2) 情報を削除したことに基づく責任

発信者との間に契約関係がある場合、情報の削除の可否は、一義的には契約内容によって決まる。契約上、禁止されている情報については、事業者はこれを削除しても責任を負うことはない。契約に基づいて情報についてホスティングを提供する義務がある場合には、適法な情報であるにもかかわらず、誤って削除してしまうと、発信者に対して、債務不履行責任を負う可能性がある。ただし、プロバイダ責任制限法第3条第2項で規定する一定の場合には、事業者は、誤って適法な情報を削除したことについて、民事上の責任を負わない。

（責任を負う可能性がある場合）
・必要な限度を超えて広範な削除をした場合
・

（責任を負わないと考えられる場合）
・誰でも書き込める匿名掲示板で、書き込みを行った発信者と掲示板管理者である事業者との間に、契約関係が認められず、発信者に対して情報にホスティングを提供する義務を負わない場合。
・必要な限度での削除であり、かつ権利を侵害されたとする者から申出があった場合に、発信者に対する意見照会を行ったが、発信者が当該照会を受けた日から 7 日を経過しても、発信者から削除に同意しない旨の申出がなかった場合
・

2. 説明

(1) 情報を放置したことに基づく責任

①不法行為責任の成立

名誉毀損、著作権侵害などの違法な情報にホスティングを提供した事業者は、違法な情報の拡散に寄与したともいえることから、被害者に対して不法行為責任（民法第709条、第719条）を負うのではないか、問題となる。この問題は、従来ホスティング事業者や掲示板管理者について論じられてきたが、他者の発信する情報にホスティングを提供する形態や掲示板を利用する形態の電子商取引を行う事業者やこれに関与する主体についても、同様に生じうるものである[1]。

これらの主体は、違法情報を削除すべき義務が認められるにもかかわらず放置すれば、被害者から不法行為責任を追及されうる。具体的にいかなる場合に削除の義務が生じるかについては、大学が学生のウェブサイトにホスティングを提供していた事件に関する裁判例と掲示板管理者が違法な書き込みの放置を理由に提訴された複数の事件に関する裁判例が参考になる。

これらの裁判例は、(a)違法な情報の流通を知り又は知り得た場合には直ちに削除する義務があるとして広く削除義務を認める基準を採用するもの[2]と、(b)事業者が発信者である、権利侵害が明白である等、例外的な事情がない限り削除義務を負わないとする制限的に責任を認める基準を採用するもの[3]に大きく分かれている。

この二つの基準は大きく異なっているが、前者の基準を採用した判決の多くにおいては、匿名掲示板の管理者がアクセスログを保存しないことを宣言する等により、違法な書き込みを助長･促進していたことが、厳しい基準の根拠として認定されており、このような事情がなくホスティングを提供する情報の内容に関して中立的な通常の事業者については、前者の厳しい基準がそのまま採用される可能性は低いと考えられる。

② プロバイダ責任制限法による免責

プロバイダ責任制限法第3条1項により、事業者は、以下の(ⅰ)(ⅱ)(ⅲ)のい

---

[1] 例として、オークション事業者（商標権侵害の出品情報又は出品者･落札者の評価欄の情報について）、ブログサービスの提供者（ブログ作者の情報について）、ブログ作者（閲覧者がコメントを残せる設定の場合の閲覧者のコメントについて）等が上げられる。なお、これらは、後述のプロバイダ責任制限法における特定電気通信役務提供者にあたる。

[2] 動物病院事件（第1審：東京地裁平成14年6月26日判決、控訴審：東京高裁平成14年12月25日判決）、DHC事件（東京地裁平成15年7月17日判決）

[3] 都立大事件（東京地裁平成11年9月24日判決）、小学館事件第1審（東京地裁平成16年3月11日判決）、小学館事件控訴審判決（東京高裁平成17年3月3日判決）

ずれかの場合でなければ、情報を放置したことによる民事上の責任を負わないとされている。

(ⅰ) (a)削除が技術的に可能であり、かつ(b)情報の流通によって権利が侵害されていることを知っていた場合。
(ⅱ) (a)削除が技術的に可能であり、かつ(c)情報の流通を知っていることに加えて情報の流通による権利侵害を知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある場合。
(ⅲ) 事業者が情報の発信者である場合。

本法による免責の対象となるのは、不特定の者によって受信されることを目的とする「特定電気通信」であり、ウェブホスティングの場合や掲示板の場合は通常これに当たる[1]。また、情報の流通それ自体によって権利侵害が生じることが必要なので、オークションで詐欺にあったような場合（虚偽の出品情報の流通だけでは被害は発生せず、それを信じて取引に入って初めて被害が生じる。）には本法の適用はない。刑事責任については、本法は規定していない。情報の流通それ自体が名誉毀損、著作権侵害、プライバシー侵害等の権利侵害を構成する場合にのみ、本法の免責の対象となる。

免責の範囲のうち、特に注目すべきは、情報の流通の認識が賠償責任の前提として要求されていることである。事業者が情報の流通を現実に認識していなかった場合には賠償責任を負わない。

(2) 情報を削除したことに基づく責任

① 契約責任の成立

発信者との間に契約関係がある場合、情報の削除の可否は、一義的には契約内容によって決まる。契約上、禁止されている情報については、事業者はこれを削除しても責任を負うことはない。

情報の発信者との間に会員契約などが存在し、当該契約に基づいて発信者に対して、情報についてホスティングを提供する義務を負う事業者が、情報に違法性がないにもかかわらず、削除依頼に応じて削除してしまうと、契約に基づく債

[1] アクセス権限が特定人に限定されているような場合は、特定電気通信にあたらない。

務（ホスティングを提供する義務）の不履行となる。この場合には、対価である料金を受ける権利を失い、債務不履行に基づく損害賠償責任を負うことがありうる。

他方、発信者と事業者の間に契約関係がない場合は、事業者は情報についてホスティングを提供する義務を負わないため、削除によって法的責任（不法行為責任）が生じるのは、特段の事情がある場合に限られる。例えば、誰もが書き込むことのできる匿名掲示板の管理者は、「掲示板の趣旨に合わない」などの理由によって書き込みを削除するのが一般であるが、このような削除は掲示板の権利権限の範囲内における相当な行為であって、通常それによって当該書き込みの発信者から法的責任を問われることはない[1]。なお、一般に公開されている裁判例で、情報を削除したことに基づく事業者の責任の存否が争われたものは存在しない。

② プロバイダ責任制限法による免責

適法な情報を誤って削除したことにより事業者が民事上の責任を負う場合についても、プロバイダ責任制限法第3条2項は、以下のような要件で免責を認めている。すなわち、以下の(ⅰ)'又は(ⅱ)'の場合であれば、事業者は誤って適法な情報を削除したことについて、民事上の責任を負わない。

(ⅰ)' (a)必要な限度での削除であり、かつ(b)情報の流通により他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由がある場合

(ⅱ)'(a)必要な限度での削除であり、かつ（c）権利を侵害されたとする者から申し出があった場合に、発信者に対する意見照会（削除に同意するかどうか発信者に尋ねるもの）を行ったが、発信者が当該照会を受けた日から7日を経過しても、発信者から削除に同意しない旨の申出がなかった場合

上記のうち、（ⅰ）'の免責は名誉毀損・プライバシー関係ガイドラインにおける

[1] この点について、平成18年に総務省が公表した「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する研究会」報告書は、詳細に検討しており、「匿名掲示板の管理者による書き込み（アップロード情報）の送信防止措置（削除）については、一般的に、被侵害利益の程度が強いとはいえず、他方、管理者による削除の必要性・合理性が相当程度認められることなどから、当該匿名掲示板が特に公的な色彩を帯びており、パブリックフォーラム性が高いといったことのない限り、原則として、管理者の管理権限の行使が権利の濫用には当たらない（「他人（書き込み者）の権利又は法律上保護される利益」の侵害にならない）と考えられる。」（18頁）とする。

法務省人権擁護機関からの削除依頼[1]や、同著作権関係ガイドライン･商標権ガイドラインにおける信頼性確認団体を経由した削除依頼[2]を受けて事業者が削除した場合には、通常は認められるものと考えられる。

また、(ⅱ)’の免責は、事業者の運用により、実務上相当程度の救済を与えていると考えられる。事業者は、発信者に対して削除に関する意見照会をして所定の期間に回答がないことを確認すれば、情報を削除しても民事上の責任を負うことはない。

---

[1] 人権侵犯事件調査処理規程第14条第1項1号を根拠とするものであり、人権侵害に関して専門的知見を有するものの判断の結果、削除依頼が行われるため、これを信頼した掲示板管理者等には、(ⅰ)’(b)が認められる可能性が高い。

[2] 著作権･商標権に関する専門的な知見と実績を有している団体により、自称被害者の本人性の確認、権利者であることの確認、権利侵害の確認が行われる。そのため、これを信頼した掲示板管理者等には、(ⅰ)’(b)が認められる可能性が高い。ちなみに、平成18年7月時点における著作権関係信頼性確認団体は、社団法人日本音楽著作権協会ほか10団体、商標権関係信頼性確認団体は、有限責任中間法人ユニオン･デ･ファブリカン東京のみである。

Ⅰ-2-4 インターネット上で行われる懸賞企画の取扱い

【論点】

インターネットホームページ上で行われる消費者に対する懸賞企画は、取引に付随して提供される景品類を規制している景品表示法の規制の対象となるか。

1. 考え方

(1) インターネット上のオープン懸賞について

ホームページ上で実施される懸賞企画は、懸賞の告知や応募の受付が商取引サイト上にあるなど、懸賞に応募する者が商取引サイトを見ることを前提としているサイト構造のホームページ上で実施されるものであっても、消費者はホームページ内のサイト間を自由に移動できることから、取引に付随する経済上の利益の提供に該当せず、不当景品類及び不当表示防止法（以下、景品表示法という）の規制の対象とならない（いわゆるオープン懸賞企画として取り扱われる。）。

ただし、商取引サイトにおいて商品やサービスを購入しなければ懸賞に応募できない場合、購入することで景品の提供を受けることが容易になる場合などは、取引付随性が認められることから、景品表示法に基づく規制の対象となる。

(2) インターネットサービスプロバイダー等によるオープン懸賞について

インターネットサービスプロバイダー、電話会社などインターネットに接続するために必要な接続サービスを提供する事業者が開設しているホームページで行う懸賞企画は、懸賞に応募できる者を自己が提供する接続サービスの利用者に限定しない限り取引付随性が認められず、景品表示法の規制の対象とならない（いわゆるオープン懸賞企画として取り扱われる。）。

2. 説明

(1) 問題の所在

インターネットホームページ上の商取引サイトを利用した電子商取引が飛躍的に発展している中で、インターネットホームページ上で消費者に対する懸賞企画が広く行われるようになってきている。このようなインターネットホームページ上で行われる景品提供企画が、取引に付随して提供される景品類を規制している景品表示法の規制の対象となるかどうかについて、解釈上疑義があったため、公正取引委員会は見解を明らかにした（「インターネット上で行われる懸賞企画の取扱いについて」）。

（http://www.jftc.go.jp/pressrelease/01.april/010426.pdf）

以下、その内容を紹介する。

(2) 懸賞企画に係る規制の概要

景品表示法は、①顧客誘引の手段として②取引に付随して提供する③経済上の利益を「景品類」とした上で（第2条第1項）、これを規制の対象としている（第3条）。

また、「懸賞」とは、①くじその他偶然性を利用して定める方法、又は②特定の行為の優劣又は正誤によって定める方法によって景品類の提供の相手方又は提供する景品類の価額を定めることをいう（「懸賞による景品類の提供に関する事項の制限」（昭和52年3月1日公正取引委員会告示第3号））。

したがって、懸賞企画が顧客誘引の手段として取引に付随してくじの方法等により経済上の利益を提供するものである場合、景品表示法の規制の対象となることになる。ここで「取引に付随」する場合とは、購入を条件として提供する場合が該当するほか、例えば、商品のラベルに記載したクイズの正解者に提供する場合や小売店が自己の店舗への入店者に対して提供する場合など、取引に関連して提供される場合には「取引に付随」した提供に該当する。

景品表示法上、懸賞により提供する景品類の最高額は、懸賞に係る取引の価額の20倍の金額（当該金額が10万円を超える場合にあっては、10万円）を超えてはならず、かつ、懸賞により提供する景品類の総額は、当該懸賞に係る取引の予定総額の100分の2を超えてはならないこととされている（「懸賞による景品類の提供に関する事項の制限」（前同告示））。

なお、顧客を誘引する手段として、広告において一般消費者に対し、くじの方法等により特定の者を選び、これに経済上の利益の提供を申し出る企画であって、取引に付随せず、景品表示法に規定する景品類に該当しないものは、いわゆるオープン懸賞として、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下「独占禁止法」という。）による規制に服することになる。この場合、提供できる経済上の利益の最高額は1，000万円であり、かつ、総額の制限はない（「広告においてくじの方法等による経済上の利益の提供を申し出る場合の不公正な取引方法の指定に関する運用について」（昭和46年7月2日公正取引委員会事務局長通達第5号））。

(3) インターネット上のオープン懸賞について

インターネット上のホームページは、誰に対しても開かれているというその特徴から、いわゆるオープン懸賞の告知及び当該懸賞への応募の受付の手段として利用可能なものであり、既に広く利用されてきている。また、消費者はホームページ内のサイト間を自由に移動することができることから、懸賞サイトが商取引サイト上にあったり、商取引サイトを見なければ懸賞サイトを見ることができないようなホームページの構造であったとしても、懸賞に応募しようとする者が商品やサービスを購入することに直ちにつながるものではない。

したがって、ホームページ上で実施される懸賞企画は、当該ホームページの構造が上記のようなものであったとしても、取引に付随する経済上の利益の提供に該当せず、景品表示法に基づく規制の対象とはならない（いわゆるオープン懸賞として取り扱われる。）。ただし、商取引サイトにおいて商品やサービスを購入しなければ懸賞企画に応募できない場合や、商品又はサービスを購入することにより、ホームページ上の懸賞企画に応募することが可能又は容易になる場合（商品を購入しなければ懸賞に応募するためのクイズの正解やそのヒントが分からない場合等）には、取引付随性が認められることから、景品表示法に基づく規制の対象となる。

(4) インターネットサービスプロバイダー等によるオープン懸賞について

インターネットサービスプロバイダー、電話会社等一般消費者がインターネットに接続するために必要な接続サービスを提供する事業者がインターネット上で行う懸賞企画は、インターネット上のホームページには当該ホームページを開設しているプロバイダー等と契約している者以外の者でもアクセスすることができるという特徴に鑑み、懸賞企画へ応募できる者を自己が提供する接続サービスの利用者に限定しない限り取引付随性が認められず、景品表示法に基づく規制の対象とはならない（いわゆるオープン懸賞として取り扱われる。）。

Ⅰ-3 消費者保護

Ⅰ-3-1 消費者の操作ミスによる錯誤

【論点】

BtoCの電子契約では、事業者側が、消費者の申込み内容などの意思を確認する措置を設けていない場合には、原則として、操作ミスによる契約は無効となる（電子契約法第3条）。反対に、事業者側が、確認措置を設けていれば、消費者に重大な過失があった場合、契約成立を主張できるが、この「確認措置」とはどのようなものか。

1．考え方

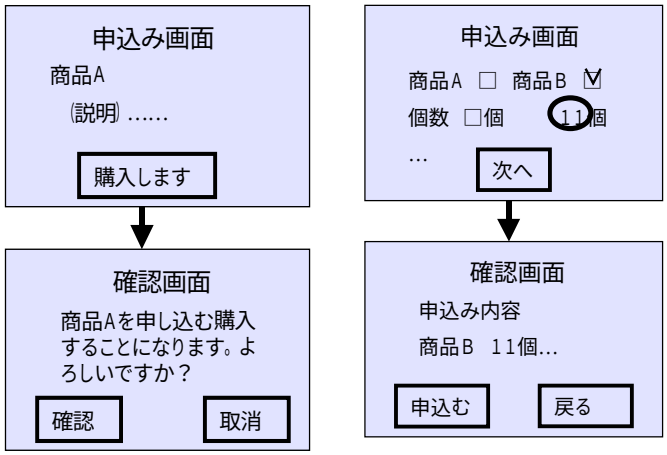
(1) 消費者の操作ミスの救済

BtoCの電子契約では、①消費者が申込みを行う前に、消費者の申込み内容などを確認する措置を事業者側が講じた場合、②消費者自らが確認措置が不要である旨意思の表明をした場合、を除き、要素の錯誤に当たる操作ミスによる消費者の申込みの意思表示は無効となる（電子契約法第3条）。①、②の場合、消費者に重過失があれば、事業者は契約成立を主張できる（民法第95条ただし書）。

(2) 事業者が講じる「確認措置」

「確認を求める措置」としては、申込みを行う意思の有無及び入力した内容をもって申込みにする意思の有無について、消費者に実質的に確認を求めていると判断し得る措置になっている必要がある。例えば、①あるボタンをクリックすることで申込みの意思表示となることを消費者が明らかに確認することができる画面を設定すること、②最終的な意思表示となる送信ボタンを押す前に、申込みの内容を表示し、そこで訂正する機会を与える画面を設定すること、などが考えられる。

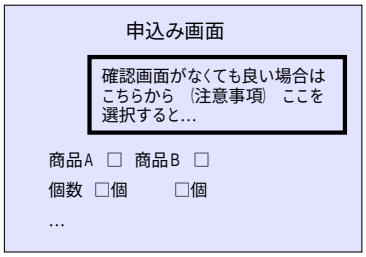
（「確認措置」と認められると思われる例）



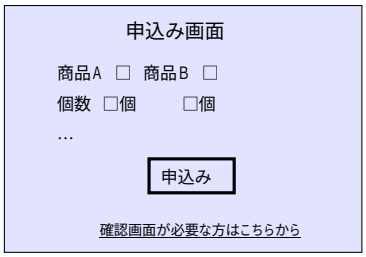
(3) 消費者の意思の表明

消費者が自ら望んで確認措置が必要ないと積極的に選択する必要があり、その認定は慎重になされる。例えば、事業者によって同意するよう強制されたり、意図的に誘導されたりしたような場合には、そのような認定はなされないと思われる。

（該当すると思われる例）



（該当しないと思われる例）



2. 説明

(1) 錯誤無効の特例措置

消費者がウェブ画面を通じて事業者が画面上に表示する手続に従って当該事業者との契約の申込みを行う際、意図しない申込み（例えば、全く申込みを行う意思がないにもかかわらず、操作を誤って申込みを行ってしまったような場合）や意図

と異なる内容の申込み（例えば、操作を誤って申込みの内容を入力してしまったにもかかわらず、それを訂正しないままに内心の意思と異なる内容の申込みであると表示から推断される表示行為を行ってしまったような場合）を行った場合は、事業者が消費者に対して申込みを行う意思や申込みの内容について確認を求める措置を講じた場合及び消費者自らが申込みを行う意思や申込みの内容についての確認の機会が不要である旨の意思を表明をした場合を除き、民法第95条ただし書の規定は適用されず、消費者は、意図しない契約の申込みや意図と異なる申込みの意思表示を無効とすることができる（電子契約法第3条）。

意図しない申込みの例としては、キャンセルボタンと思って押したが、有料の契約の申込みボタンだった場合などがあり、意図と異なる内容の申込みの例としては、1個のつもりが11個と入力して申込みボタンを押した場合などがある。

(2) 電子契約法第3条の「確認を求める措置」

事業者が消費者に対して申込みを行う意思や申込みの内容について画面上確認を求める措置を講じた場合には、電子契約法第3条本文の適用はなく、事業者は、民法第95条ただし書の規定により、消費者に意図しない申込みや意図と異なる申込みをしたことについて重大な過失があることを主張することができる（電子契約法第3条ただし書）。

この「確認を求める措置」としては、申込みを行う意思の有無及び入力した内容をもって申込みにする意思の有無について、消費者に実質的に確認を求めていると判断し得る措置になっている必要がある。

具体的には、次のようなものが考えられる。

・あるボタンをクリックすることで申込みの意思表示となることを消費者が明らかに確認することができる画面を設定すること
・最終的な意思表示となる送信ボタンを押す前に、申込みの内容を表示し、そこで訂正する機会を与える画面を設定すること

(3) 電子契約法第3条の「意思の表明」

消費者自らが前記「確認を求める措置」を要しない旨の意思を表明した場合は、電子契約法第3条本文の適用はなく、事業者は、民法第95条ただし書の規定により、消費者に意図しない申込みや意図と異なる申込みをしたことについて重大な過失があることを主張することができる（電子契約法第3条ただし書）。

この「意思の表明」とは、消費者がその自主的な判断により、自ら積極的に確認措置の提供が必要でないことを事業者に明らかにするとの趣旨であり、その認定は慎重になされると考えられる。消費者が確認措置を要しないとは望んでいないにもかかわらず、事業者によってそれに同意するよう強制されたり、意図的に誘導された

りしたような場合は、ここでいう消費者の意思の表明には当たらない。例えば、確認措置を講じていない事業者が、一方的に「確認措置を要しない旨同意したものとみなす。」としているような場合や、「確認措置を必要としない旨表明いたします」というボタンをクリックしなければ商品を購入できないような場合はここでいう消費者の意思の表明には当たらない。要するに、各別かつ明示の方法により、消費者側の主体的意思が形成され、確認措置を不要とする意思の表明がされるものでなければならない。

なお、意思の表明の有無については、事業者が主張･立証責任を負担する。

Ⅰ-3-2 インターネット通販における分かりやすい申込画面の設定義務

【論点】

特定商取引法第１４条で規制されている「顧客の意に反して契約の申込みをさせようとする行為」とは、インターネット通販においてはどのような行為か。

1. 考え方

インターネット通販において、(1) あるボタンをクリックすれば、それが有料の申込みとなることを消費者が容易に認識できるように表示していない場合、(2) 申込みをする際に、消費者が申込みの内容を容易に確認し、かつ、訂正できるように措置していない場合には、特定商取引法第14条により行政処分の対象となる。

(1) 有料の申込みとなることの表示について

(有料の申込みとなることを表示していると思われる例)

【画面例１】

・ステップ１：商品の選択

商品広告

商品①
○×社製
価格　1,000円　買い物かごに入れる

商品②
△△社
価格　1,200円　買い物かごに入れる

商　品	単価	数量	小　計	
商品①	1,000円	1個	1,000円	削除

買い物を続ける　レジに進む

・ステップ２：個人情報の入力

お届け先を記入下さい

氏　　名：
郵便番号：　－
都道府県：　選択して下さい
住　所：
電話番号：
電子ﾒｰﾙｱﾄﾞﾚｽ：

次の画面へ

ステップ３：最終確認画面の表示

注文内容確認
注文内容を確認し、注文を確定して下さい（これが最後の手続きです。）
下記の注文内容が正しいことを確認してください。
〔注文を確定する〕ボタンをクリックするまで、実際の注文は行われません。

○ご届け先
経済　太郎
〒 100-8901
東京都千代田区霞が関 1-3-1　変更

○支払方法
△△カード　××××－×××
有効期限:06/2002　変更

○注文明細

商　品	単価	数量	小　計
商品①	1,000円	1個	1,000円
		送　料	200円
		消費税	60円
		合　計	1,260円

変更

○発送方法：宅配便　変更

注文を確定する

TOP に戻る（注文は確定されません）

ステップ４：最終的な申込み

ご注文ありがとうございました。

【画面例２】

注文書

○ご希望の商品を選んで下さい。

(1) 希望商品を選んで下さい ▼

(2) 希望商品を選んで下さい ▼

○お届け先

氏　　名：

郵便番号：　－

都道府県：　選択して下さい ▼

住　　所：

電話番号：

電子ﾒｰﾙｱﾄﾞﾚｽ：

注文　　やり直し

（有料の申込みとなることを表示していないとされるおそれがある例）

【画面例３】

（１ページ）

申込フォーム

・申込手順

・返品について

・お支払い方法

（２ページ）

・ご贈答品について

・申し込み

商品Ａ □　商品Ｂ □

（チェックを入れて下さい。）

商品 01 □　商品 02 □　商品 03 □

・・・・・・・・・

・・・・・・・・・・・

商品 13 □　商品 14 □　商品 15 □

（チェックを入れて下さい。）

（３ページ）

申込者名

e-mail

郵便番号

住所

電話番号

・お支払い方法

銀行振り込み□　郵便振替□　代金引換□

（チェックを入れて下さい。）

・送料

銀行振り込み、郵便振替は全国一律○○円

代金引換の場合は地域によって異なります（別表参考）。送料に代金引換手数料△△円が加算されます。

送信　取消

(2) 確認･訂正機会の提供について

(確認･訂正機会の提供があると思われる例)

【画面例４】

ご注文内容確認

この内容で店主にﾒｰﾙが送信されます。
この内容で良ければ、〔この内容で注文する〕を、修正したい部分があれば、
ブラウザのボタンで前のページに戻って下さい。

●ご注文商品

商　品	単価	数量	小　計
商品①	1,000円	１個	1,000円
		送　料	200円
		消費税	60円
		合　計	1,260円

●ご注文者
氏　　名：
住　　所：
電話番号：
E - MAIL：
●お届け先
ご注文者に同じ
●お支払い方法
代金引換

この内容で注文する

(確認･訂正機会の提供がないとされるおそれがある例)

【画面例５】

《画面１》

商品名　画像　商品説明
●●●
￥ 5,340
進 む

《画面２》

代引き
送り先の住所を入力してください。

お名前
会社名
住　所
郵便番号
電話番号
E-MAIL

購入ＯＫ

【画面例６】

商品の注文フォームです
以下をもれなく記入して「商品申込みをする」ボタンをクリックして下さい。

☆お名前
☆ふりがな
☆ご住所　〒
都道府県
住所
☆電話番号

ご注文Ⅰ
●商品名Ａ　Ａ型リング　￥ 10,000
●商品名Ｂ　Ｂ型ネックレス　￥ 15,000
●サイズ　7

ご注文Ⅱ
●商品名Ａ　Ａ型リング　￥ 10,000
●商品名Ｂ　Ｂ型ネックレス　￥ 15,000
●サイズ　7

◇商品代金　円
◇消費税　円
◇合計金額　円
◇お支払い方法

商品申込をする　取り消し

ご注文ありがとうございました。

2. 説明

(1) 特定商取引法第14条の規制

販売業者等が、顧客の意に反して売買契約若しくは役務提供契約の申込みをさせようとする行為をした場合において、取引の公正及び購入者等の利益が害されるおそれがあると認められるときは、経済産業大臣等は必要な措置をとるべきことを指示することができる特定商取引法第14条)。

この「顧客の意に反して契約の申込みをさせようとする行為」とは、具体的には、インターネット通販において、①あるボタンをクリックすれば、それが有料の申込みとなることを消費者が容易に認識できるように表示していないこと(特定商取引に関する法律施行規則第16条第1項第1号)、②申込みをする際に、消費者が申込みの内容を容易に確認し、かつ、訂正できるように措置していないこと(同項第2号)を指す。

(2)「顧客の意に反して契約の申込みをさせようとする行為」に係るガイドライン

経済産業省は、「顧客の意に反して契約の申込みをさせようとする行為」に係るガイドラインを策定し、以下のような解釈基準を示している。

①申込みとなることの表示(第1号)

i)以下のような場合は、一般に、第1号で定める行為に該当しないと考えられる。

a)申込みの最終段階において、「注文内容の確認」といった表題の画面(いわゆる最終確認画面)が必ず表示され、その画面上で「この内容で注文する」といった表示のあるボタンをクリックして初めて申込みになる場合。

b)いわゆる最終確認画面がない場合であっても、以下のような措置が講じられ、最終的な申込みの操作となることが明示されている場合。

ア)最終的な申込みにあたるボタンのテキストに「私は上記の商品を購入(注文、申込み)します」と表示されている。

イ)最終的な申込みにあたるボタンに近接して「購入(注文、申込み)しますか」との表示があり、ボタンのテキストに「はい」と表示されている。

ii)以下のような場合は、第1号で定める行為に該当するおそれがある。

a)最終的な申込みにあたるボタン上では、「購入(注文、申込み)」などといった用語ではなく、「送信」などの用語で表示がされており、また、画面上のほかの部分でも「申込み」であることを明らかにする表示がない場合。

b)最終的な申込みにあたるボタンに近接して「プレゼント」と表示されているなど、有償契約の申込みではないとの誤解を招くような表示がなされている場

合。

②確認・訂正機会の提供（第2号）

ⅰ）以下のa）及びb）の両方を満たしているような場合は、一般に、第2号で定める行為に該当しないと考えられる。

a）申込みの最終段階で、以下のいずれかの措置が講じられ、申込み内容を容易に確認できるようになっていること。

ア）申込みの最終段階の画面上において、申込み内容が表示される場合。

イ）申込みの最終段階の画面上において、申込み内容そのものは表示されていない場合であっても、「注文内容を確認する」といったボタンが用意され、それをクリックすることにより確認できる場合。あるいは、「確認したい場合には、ブラウザの戻るボタンで前のページに戻って下さい」といった説明がなされている場合。

b）a）により申込み内容を確認した上で、以下のいずれかの措置により、容易に訂正できるようになっていること。

ア）申込みの最終段階の画面上において、「変更」「取消」といったボタンが用意され、そのボタンをクリックすることにより訂正ができるようになっている場合。

イ）申込みの最終段階の画面上において、「修正したい部分があれば、ブラウザの戻るボタンで前のページに戻って下さい」といった説明がなされている場合。

ⅱ）以下のような場合は、第2号で定める行為に該当するおそれがある。

a）申込みの最終段階の画面上において、申込み内容が表示されず、これを確認するための手段（「注文内容を確認」などのボタンの設定や、「ブラウザの戻るボタンで前に戻ることができる」旨の説明）も提供されていない場合。

b）申込みの最終段階の画面上において、訂正するための手段（「変更」などのボタンの設定や、「ブラウザの戻るボタンで前のページに戻ることができる」旨の説明）が提供されていない場合。

c）申込みの内容として、予め（申込み者が自分で変更しない限りは）、同一

商品を複数申し込むように設定してあるなど、一般的には想定されない設定がなされており、よほど注意していない限り、申込み内容を認識しないままに申し込んでしまうようになっている場合。

（参考）

いかなる画面が上記場合に該当するか否かについて、ガイドラインが公表されている（インターネット通販における「意に反して契約の申込みをさせようとする行為」に係るガイドライン）。

（http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0002003/index.html）

Ⅰ-3-3 ウェブ上の広告表示の適正化

Ⅰ-3-3-1 景品表示法による規制

【論点】

ウェブ上の広告について、景品表示法第4条の不当表示として禁止されるのはどのような場合か。

1. 考え方

事業者がホームページ上で行う、自己の供給する商品・サービスの内容又は取引条件についての表示も景品表示法の規制の対象となる。

（不当表示として問題となる例）

・コンピュータウィルス駆除ソフトについて、実際にはすべてのウィルスに対応していないにもかかわらず、「すべてのウィルスに対応し、かつ100％の発見率」と表示すること。

・情報の更新日を表示せずに、例えば「新製品」などと商品の新しさを強調表示している場合、既に「新製品」でなくなったものであっても、いまだ新しい商品であるかのように誤認されること。

・情報提供サイトにおいて、60分以上利用した場合に限り30分間無料になるにもかかわらず、単に「30分間無料」と、無料で利用が可能となる条件を明示せずに、あたかも、何ら条件がなく、無料で利用できるかのように表示すること。

・インターネット接続サービスについて、実際にはA社が提供するサービスよりも通信速度が遅いにもかかわらず、「A社と比較して断然安い」と、A社と同等のサービスを格安で提供するかのように表示すること。

・

2. 説明

(1) 景品表示法第4条の不当表示

景品表示法第2条第2項に規定する同法の規制の対象となる「表示」にはインターネット等情報処理の用に供する機器による広告も含まれる。すなわち、事業者がホームページ上で行う、自己の供給する商品・サービスの内容又は取引条件についての表示も景品表示法の規制の対象となる。

①インターネットを利用して行われる商品・サービスの取引における表示

ｉ）商品・サービスの内容又は取引条件に係る表示

a）景品表示法上の問題点

BtoC取引には、商品選択等における消費者の誤認を招き、その結果、消費者被害が拡大しやすいという特徴があることから、商品・サービスの内容又

は取引条件についての重要な情報が消費者に適切に提供される必要がある。

b) 問題となる事例

・十分な根拠がないにもかかわらず、「ラクラク5～6kg減量！食事制限はありません。専門家が医学理論に基づき、ダイエットに良いといわれる天然素材を独自に調合したものです。」と、効能・効果を強調し、それが学問的に認められているかのように表示すること。

・実際には厳しい返品条件が付いているためほとんど返品することができないにもかかわらず、当該返品条件を明示せずに、「効果がなければ、いつでも返品できます。」と、無条件で返品できるかのように表示すること。

c) 表示上の留意事項

・商品・サービスの効能・効果を標ぼうする場合には、十分な根拠なく効能・効果があるかのように一般消費者に誤認される表示を行ってはならない。

・販売価格、送料、返品の可否・条件等の取引条件については、その具体的内容を正確かつ明瞭に表示する必要がある。

ii) 表示方法

a) 景品表示法上の問題点

リンク先に商品・サービスの内容又は取引条件についての重要な情報を表示する場合、例えば、リンク先に移動するためにクリックする色文字や下線付き文字（ハイパーリンクの文字列）が明瞭に表示されていなければ、消費者はこれを見落とし、重要な情報を得ることができないという問題がある。また、ウェブページ上の表示内容を簡単に変更できることから、情報の更新日が表示されていなければ、表示内容がいつの時点のものであるのかが分かりづらいという問題がある。

b) 問題となる事例

・「送料無料」と強調表示した上で、「送料が無料になる配送地域は東京都内だけ」という配送条件をリンク先に表示する場合、例えば、ハイパーリンクの文字列を小さい文字で表示すれば、消費者は、当該ハイパーリンクの文字列を見落として、当該ハイパーリンクの文字列をクリックせず、当該リンク先に移動して当該配送条件についての情報を得ることができず、その結果、あたかも、配送条件がなく、どこでも送料無料で配送されるかのように誤認されること。

・情報の更新日を表示せずに、例えば「新製品」などと商品の新しさを強調表示している場合、既に「新製品」でなくなったものであっても、いまだ新しい商品であるかのように誤認されること。

c）表示上の留意事項

（ハイパーリンクの文字列について）

・消費者がクリックする必要性を認識できるようにするため、リンク先に何が表示されているのかが明確に分かる具体的な表現を用いる必要がある。

・消費者が見落とさないようにするため、文字の大きさ、配色などに配慮し、明瞭に表示する必要がある。

・消費者が見落とさないようにするため、関連情報の近くに配置する必要がある。

（情報の更新日について）

・表示内容を変更した都度、最新の更新時点及び変更箇所を正確かつ明瞭に表示する必要がある。

②インターネット情報提供サービスの取引における表示

ｉ）景品表示法上の問題点

インターネット情報提供サービスについては、インターネット上で取引が完結することから、特に、有料か無料かについての情報、長期契約における決済等の取引条件についての情報、商品の購入手段であるダウンロード方法に係る情報等が消費者に適切に提供される必要がある。

ii）問題となる事例

・情報提供サイトにおいて、60分以上利用した場合に限り30分間無料になるにもかかわらず、単に「30分間無料」と、無料で利用が可能となる条件を明示せずに、あたかも、何ら条件がなく、無料で利用できるかのように表示すること。

・画像提供サイトにおいて、実際には毎月料金を徴収することになるにもかかわらず、「まずは1か月から」と、毎月料金を徴収することを明示せずに、あたかも1か月限りの取引であるかのように表示すること。

・ウェブページ作成ソフトをダウンロード方式により販売するサイトにおいて、一定の基準を満たすＯＳをインストールしたパソコンでないと当該ソフトウェアを使用できないにもかかわらず、「簡単にダウンロードできます」と、そのＯＳの種類を明示せずに、あたかもすべてのパソコンで使用できるかのように表示すること。

iii）表示上の留意事項

・インターネット情報提供サービスの利用料金が掛かる場合には、有料である旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
・毎月料金を徴収するなどの長期契約である場合には、その旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
・ソフトウェアを利用する上で必要なＯＳの種類、ＣＰＵの種類、メモリの容量、ハードディスクの容量等の動作環境について、正確かつ明瞭に表示する必要がある。

③インターネット接続サービスの取引における表示

ｉ）景品表示法上の問題点

DSL、ケーブルインターネット等のブロードバンド通信を可能とするインターネット接続サービスの商品選択上の重要な情報は、通信速度、サービス提供開始時期、サービス料金等であり、これらについての情報が消費者に適切に提供される必要がある。

ii）問題となる事例

・ブロードバンド通信を可能とするインターネット接続サービスについて、最大通信速度が保証されていないにもかかわらず、単に「通信速度最大8Mbps」と、通信設備の状況や他回線との干渉等によっては通信速度が低下する場合がある旨を明示せずに、あたかも常に最大通信速度でサービスの提供を受けることができるかのように表示すること。
・実際には、回線の接続工事の遅れ等により、サービス提供の申込みから10日以内にサービスの提供が開始されることがほとんどないにもかかわらず、「10日間で開通」と表示すること。
・実際にはA社が提供するサービスよりも通信速度が遅いにもかかわらず、「A社と比較して断然安い」と、A社と同等のサービスを格安で提供するかのように表示すること。

iii）表示上の留意事項

・ブロードバンド通信の通信速度については、通信設備の状況や他回線との干渉等によっては速度が低下する場合がある旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
・サービス提供開始時期について、回線の接続工事等の遅れにより表示された時期までにサービスの提供を開始することができないおそれがある場合には、その旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
・サービス料金の比較表示に当たっては、社会通念上同時期・同等の接続

サービスとして認識されているものと比較して行う必要がある。

(2) ガイドラインの公表

なお、公正取引委員会は、消費者向け電子商取引の健全な発展と消費者取引の適正化を図るとの観点から、消費者向け電子商取引における表示についての景品表示法上の問題点を整理し、事業者に求められる表示上の留意事項を示した「消費者向け電子商取引における表示についての景品表示法上の問題点と留意事項」を公表している。

(http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.june/02060501.pdf)

Ⅰ-3-3-2 特定商取引法による規制

【論点】

ウェブ上の広告について、特定商取引法第11条、第12条はどのように適用されるか。

1. 考え方

インターネット上で特定商取引法の指定商品等を販売する事業者は、同法の広告規制に従って、(1)一定事項を表示しなければならず(第11条)、また、(2)誇大広告が禁止されている(第12条)[1]。

(1)表示義務

(表示を要する事項)
・商品・サービス等の販売価格、送料
・商品・サービス等の代金の支払時期と方法
・商品・サービス等の引渡し時期
・商品・サービス等の返品の可否と条件
・販売業者の氏名、住所と電話番号(法人の場合は、このほかに代表者又は業務責任者の氏名)
・申込みの有効期限があるときは、その期限
・商品・サービス等の販売価格以外に購入者等が負担すべき金銭があるときは、その内容と額
・商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
・商品の販売数量の制限その他の特別の商品・サービス等の販売条件があるときは、その内容
・電子メールで広告をするときは、電子メールアドレス
・電子メールで広告をするときは、消費者がメールの受け取りを希望しない場合にその連絡を行う方法(消費者からの請求ないし承諾を得ないで電子メールで広告するときは、電子メールの本文の冒頭に「<事業者>」との表示に続けて、事業者の氏名又は名称及び事業者に受信拒否の連絡を行うための電子メールアドレスを表示)
・消費者からの請求ないし承諾を得ないで電子メールで広告するときは、電子メールの件名欄の冒頭に「未承諾広告※」

[1] 平成20年6月に改正特定商取引法が成立し、電子メール広告の送信者が原則としてオプトイン方式を採用しなければならないなどの制度改正が行われた。
改正特定商取引法の内容は、本準則策定時においては未施行であることから、本項には盛り込まれていないが、施行後にはオプトイン規制等の新しい規制が課されることに注意が必要である。(参考:http://www.no-rouble.jp/houkaisei/tokusyo.htm)

(2) 誇大広告の禁止

(誇大広告が禁止される事項) ・商品の性能・品質・効能、役務の内容・効果、権利の内容・権利に係る役務の効果 ・商品の引渡し・権利の移転後におけるその引取り・返還についての特約 ・商品・権利・役務、販売業者・役務提供事業者、販売業者・役務提供事業者の営む事業についての国・地方公共団体等の関与(例えば、商品・事業者等についての「○○省認定」「○○県推薦」等の表示など) ・商品の原産地・製造地・製造者名 ・上記(1)記載の事項

2. 説明

(1) 特定商取引法の広告規制

インターネット上で申込みを受けて行う取引は、特定商取引法上の通信販売に該当する。したがって、同法の「指定商品、権利、役務」(同法第2条第4項、特定商取引に関する法律施行令別表第1～3)を販売する事業者は、特定商取引法の広告規制(同法第11条、第12条)に従って広告表示を行う義務があり、違反した場合は行政処分や罰則の適用を受ける。

(2) 表示義務

販売業者は、広告をするときに次の事項を表示しなければならない(特定商取引法第11条、特定商取引に関する法律施行規則第8条)。

・商品・サービス等の販売価格、送料
・商品・サービス等の代金の支払時期及び方法
・商品・サービス等の引渡し時期
・商品・サービス等の返品の可否と条件
・販売業者の氏名、住所及び電話番号(法人の場合は、このほかに代表者又は業務責任者の氏名)
・申込みの有効期限があるときは、その期限
・商品・サービス等の販売価格以外に購入者等が負担すべき金銭があるときは、その内容及び額
・商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
・商品の販売数量の制限その他の特別の商品・サービス等の販売条件があるときは、その内容

・電子メールで広告をするときは、電子メールアドレス[1]
・電子メールで広告をするときは、消費者がメールの受け取りを希望しない場合にその連絡を行う方法（消費者からの請求ないし承諾を得ないで電子メールで広告するときは、電子メールの本文の冒頭に「<事業者>」との表示に続けて、事業者の氏名又は名称及び事業者に受信拒否の連絡を行うための電子メールアドレスを表示）（なお、消費者が、事業者に対して広告メールの受け取りを希望しない旨の連絡を行った場合には、その消費者に対する広告メールの再送信が禁止されている（特定商取引法第12条の2）。）[1]
・消費者からの請求ないし承諾を得ないで電子メールで広告するときは、電子メールの件名欄の冒頭に「未承諾広告※」[1]

なお、インターネット上のホームページなどパソコン画面上等の広告では、上記事項の全てを確認するには画面のスクロールや画面の切替を要さずにすむよう記載することが望ましいが、特に販売業者の氏名、住所及び電話番号（法人の場合はさらに代表者又は業務責任者の氏名）については、画面上に広告の冒頭部分を表示したときに認識できるように記載すべきである。やむを得ず、冒頭部分への記載を行うことができないときには、冒頭部分から容易に記載箇所への到達が可能となるような方法又は契約の申込みのための画面に到達するにはこれらの事項を画面の経由を要するような方法を予め講ずるべきである。

(3) 誇大広告の禁止

販売業者は、広告をするときに次の事項について著しく事実に相違する表示をしたり、実際のものよりも著しく優良・有利であると誤認させるような表示をしてはならない（特定商取引法第12条、特定商取引に関する法律施行規則第11条）。
・商品の性能・品質・効能、役務の内容・効果、権利の内容・権利に係る役務の効果
・商品の引渡し・権利の移転後におけるその引取り・返還についての特約
・商品・権利・役務、販売業者・役務提供事業者、販売業者・役務提供事業者の営む事業についての国・地方公共団体等の関与（例えば、商品・事業者等についての「○○省認定」「○○県推薦」等の表示など）
・商品の原産地・製造地・製造者名

[1] その送信をすることに同意する旨の通知をした者等一定の者以外の個人に対し、電子メールの送信をする者（営利を目的とする団体及び営業を営む場合における個人に限る。）が自己又は他人の営業につき広告又は宣伝を行うための手段として送信をする電子メール（「特定電子メール」という。）については、送信者は、特定電子メールである旨（「未承諾広告※」を件名欄の冒頭に記載）、氏名又は名称、住所及び電話番号、送信に用いた電子メールアドレス、受信拒否の通知を受けるための電子メールアドレス等を表示しなければならない（特定電子メールの送信の適正化等に関する法律第3条）。

・前記(2)記載の事項

Ⅰ-3-3-3 薬事法･健康増進法による規制

【論点】

ウェブ上の健康食品、ペット用品、化粧品等の広告について、薬事法及び健康増進法は、どのように適用されるのか。

1. 考え方

(1) 効用･効能についての表示の規制

薬事法第68条は、厚生労働大臣の承認を受けていない医薬品の広告宣伝を禁止しているが、食品（野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物、及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く）について病気の予防や治癒のように医薬品的な効果効能を標榜した場合には、未承認の医薬品とみなされる可能性があり、当該食品が医薬品とみなされた場合には、その広告宣伝は薬事法第68条違反となる。薬事法は、人のみならず動物向けの医薬品も規制しているため、健康効果を標榜するペットフード等の広告も、効果効能の標榜により動物向け医薬品とみなされた場合には、薬事法により禁止されることになる。

また、食品について広告をする場合に、「健康の保持増進の効果」や「人の身体を美化し、魅力を増し、容ぼうを変え、又は皮膚若しくは毛髪をすこやかに保つことに資する効果」等について、著しく事実に相違する表示をし、又は著しく人を誤認させるような表示をすることは、健康増進法第32条の2により禁止されている。

(2) 掲示板

健康食品やペットの健康改善を目的としたペットフードについての掲示板を設けた場合には、効果効能についての書き込みがなされる可能性が高い。効果効能についての書き込みを期待して健康食品やペットフードを販売する事業者がウェブサイトに掲示板を設置し、その結果、薬事法に違反する医薬品的な効果効能の書き込みが実際にあり、それを積極的に利用する行為があった場合には、このような掲示板が効果効能についての広告とみなされ、薬事法に違反すると解釈される可能性がある。

（掲示板の設置が薬事法違反とされる可能性が高い例）

･健康食品の通信販売業者が、効果効能についての口コミを記載させて積極的に広告に利用する意図で製品の使用感想を書き込むための掲示板を設置し、病気治癒など効果効能を肯定する書き込みはそのまま残し、否定的な書込みや販売促進につながらない書き込みは削除することで、掲示板に効果効能を謳う書き込みが並ぶように操作して、掲示板を医薬品的な効果効能を広告する目的に利用した。

･

（掲示板の設置が薬事法違反とされる可能性が低い例）
・健康食品の通信販売業者が、顧客へのサービスとして顧客間のコミュニケーション手段を提供するために、製品の効果効能について書き込むことを禁止するという条件で掲示板を設置し、実際に効果効能についての書き込みがなされた場合には削除していた。
・

(3) 自社ウェブサイトとは別の健康食品成分の効果効能についてのウェブサイトの開設

健康食品等の製造者や販売業者が自社ウェブサイトから健康食品等やその成分についての効果効能が記載されたサイトへリンクを張ることや、逆に効果効能について記載したウェブサイトから自社サイトにリンクを張ってもらうことは、実質的には自社ウェブサイト自体に効果効能を記載することと同視できるので、薬事法や健康増進法に違反する可能性がある[1]。

さらに、健康食品等の製造者や販売業者が、経営者や従業員個人など自社以外の第三者の名義でウェブサイトを開設し、当該健康食品等に含まれる主要な成分の効果効能を記述することは、当該サイトから販売サイトにリンクが張られていなかったとしても、製品名や販売業者の連絡先等が表示されている場合等には、当該健康食品等について効果効能を標榜した広告に該当するものと解釈される場合があり、薬事法や健康増進法に違反する可能性がある。

(4) 薬事法上の許可がない業者が製造・輸入した化粧品・石鹸等

医薬品と同じく、化粧品（石鹸、シャンプーなど浴用品を含む）についても、その製造又は輸入は、薬事法第12条第1項に基づき厚生労働大臣の許可を得た事業者でなければ行なうことができない。薬事法には、無許可で製造された化粧品の広告自体を処罰する規定は含まれていないが、無許可で製造または輸入された製品の広告は、薬事法第12条第1項違反についての同法第84条第1項第2号の罪の幇助に問われる可能性がある。

2. 説明

---

[1] 例えば、以下に、健康増進法との関係で、このようなリンクの設置の違法性が述べられている。
「健康増進法上問題となるインターネット広告表示（例）」（平成16年1月厚生労働省）
http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syoku-anzen/hokenkinou/dl/7f.pdf
「食品として販売に供する物に関して行う健康保持増進効果等に関する虚偽誇大広告等の禁止及び広告等適正化のための監視指導等に関する指針（ガイドライン）」（平成15年8月29日　厚生労働省薬食発第0829007号）
http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syoku-anzen/hokenkinou/7.html

食品（野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物、及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く）の広告に医薬品のような効用効能（人または動物の疾病の診断、治療または予防、及び人または動物の身体の構造または機能に影響を及ぼすこと）を標榜し、これにより当該食品が医薬品に該当するとみなされた場合には、その広告は薬事法第68条違反となり、同法第85条により2年以下の懲役または200万円以下の罰金により処罰される。

厚生労働省の通達「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」（昭和46年6月1日薬発第476号）[1]によれば、以下のいずれかに該当する食品（野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く）は原則として未承認の医薬品とみなすものとされている。

（一）原材料として「専ら医薬品として使用される」物質（ホルモン、抗生物質、鎮痛解熱剤、医師の処方箋が必要な医薬品に相当する成分など）が含まれている場合。例えば、多くの副作用被害を生じさせた中国製ダイエット食品の事件では、当該健康食品が甲状腺ホルモンなどの医薬成分を含んでいたために薬事法に違反する未承認医薬品とされた。

（二）「専ら医薬品として使用される」物質が含まれていない場合であっても、以下のいずれかに該当する場合

・広告や製品のパッケージ等で医薬品的な効果効能を標榜している

・製品の容器がアンプル形状であるなど専ら医薬品的である

・用法用量の指示が「毎食後」など医薬品と誤解されるような表現である

薬事法は、人のみならず動物向けの医薬品も規制しているから、健康効果を標榜するペットフード等も、上の基準に照らして動物向けの医薬品とみなされる場合には、その広告が薬事法により禁止されることになる。

また、食品について広告をする場合に、「健康の保持増進の効果」や「人の身体を美化し、魅力を増し、容ぼうを変え、又は皮膚若しくは毛髪をすこやかに保つことに資する効果」等について、著しく事実に相違する表示をし、又は著しく人を誤認させるような表示をすることは、健康増進法第32条の2により禁止されている。また、

[1] 「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」（昭和46年6月1日薬発第476号）は以下のサイトに掲載されている。
http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syokuten/dl/13.pdf

専ら医薬品として使用される成分を含む食品や医薬品的な効能効果をうたっている食品であって上述の「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」(昭和46年6月1日薬発第476号)に照らして医薬品とみなされる物については、健康増進法に基づく規制に加えて薬事法第68条の未承認医薬品等の広告の禁止や同法第66条の虚偽又は誇大な広告の禁止の適用も受けることとなる。また、化粧品については、同法第66条の虚偽又は誇大な広告の禁止の適用がある。

健康関連の商品についてのウェブ広告で特に問題となりやすいのは、健康食品、ペットフード、化粧品等の効果効能に関する体験談や感想である。このような感想は、それが事実を正直に記載したものであっても、内容がアレルギーの治癒や病気の改善、皮膚のしわが消えるなどの医薬品的な効果効能を述べるものであれば、薬事法第68条の未承認医薬品等の広告に該当し違法である。また、いわゆる「体験談」等であっても、実在しない「体験談」等を捏造した場合や、健康保持増進効果等について不都合な箇所を掲載せず、自己にとって好都合な箇所のみを抜粋して掲載しているとき等については、健康増進法第32条の2において禁止されている虚偽誇大な広告等に該当する可能性がある。

虚偽誇大な広告が行われる商品については、概して高価であり長期の継続使用による経済負担が大きいのみならず、副作用による健康被害や虚偽・誇大な広告を信頼した患者が適切な診療の機会を失うことにより健康に対する悪影響が生じる可能性が伴う。従って、これらの薬事法・健康増進法上の違法な広告に対しては、刑事罰・行政処分に加えて、広告を信頼した消費者に対する民事上の損害賠償責任も生じる可能性があると考えられる。

Ⅰ-3-3-4 貸金業法等による規制

【論点】

貸金業者がネット上で行なう広告については、貸金業法でいかなる規制が加えられているのか。また、為替先物取引など金融商品取引や商品先物取引の広告についてはどうか。

1. 考え方

ネット広告に限らず、貸付けの条件について広告をするときには、貸金業者は、貸金業法第15条により、商号、貸付けの利率等の表示が義務付けられているほか、同法第16条において、業務に関して広告をするときには、貸付けの条件について、著しく事実に相違する表示や、実際のものより著しく有利であると人を誤認させる表示等が禁止されている。

為替先物取引などの金融商品の広告については、損失が委託保証金を上回るリスクの開示及び委託保証金の金額に対する取引額の割合（委託保証金に対してレバレッジをどの程度かけているのか）など、金融商品取引法第37条、金融商品取引法施行令第16条及び金融商品取引業等に関する内閣府令第73条から第76条までに規定されている事項を全て記載する必要がある。また、商品先物取引についても、商品取引所法第213条の2、商品取引所法施行令第10条の2、商品取引所法施行規則第100条の2に規定されている事項について、同様に記載する必要があり、商品市場における取引等を行うことによる利益の見込み等について誇大広告をしてはならない。

2. 説明

(1) 貸金業法上の規制

貸金業法第15条第1項及び貸金業法施行規則第12条は、以下の事項について広告に表示する義務を課している。

①貸金業者の商号、名称又は氏名及び貸金業登録番号
②貸付けの利率
③返済の方式・期間・回数
④賠償額（違約金含む）の予定がある場合、賠償額の元本に対する割合
⑤担保に関する事項（担保に供する必要がある場合）

また、貸金業法第15条第2項は、広告に連絡先として「貸金業登録簿に登録された連絡先」以外を記載することを禁止している。

さらに、同法第16条は、貸金業者に対して以下のような広告を禁止している。

①貸付利率その他の貸付けの条件について著しく事実に相違する表示又は説明をし、又は実際のものよりも著しく有利であると人を誤認させるような表示又は説明
②資金需要者等を誘引することを目的とした特定の商品をその業者の中心的な商品であると誤認させるような表示又は説明
③他の貸金業者の利用者又は返済能力が無い者を対象として借入れを勧誘する表示又は説明
④借入れが容易であることを過度に強調し、資金需要者等の借入れ意欲をそそる表示又は説明
⑤公的な年金、手当等の受給者の借入れ意欲をそそるような表示又は説明
⑥貸付けの利率以外の利率を、貸付の利率と誤解させるような表示又は説明

(2) 金融商品取引法上の規制

証券会社、投資ファンド、投資助言・代理業者、投資運用業者などの金融商品取引業者が取引内容につき広告[1]を行う場合には、必ず以下の事項を表示する必要がある(金融商品取引法第37条、金融商品取引法施行令第16条及び金融商品取引業等に関する内閣府令第73条から第76条まで)。

①業者の商号
②金融商品取引業者等[2]である旨及び登録番号
③手数料、信託報酬、費用その他顧客が当該取引につき支払うべき対価(有価証券の対価やデリバティブなどの権利の対価を除く)の種類ごと及び合計の金額、金額の上限又は計算方法
④委託保証金を預託すべき取引については委託保証金の額又はその計算方法
⑤デリバティブ取引等で損失が委託保証金を上回る可能性がある場合には、その旨及び当該デリバティブ取引等の額の委託保証金に対する比率(計算できない場合にはその旨及びその理由)
⑥金利、為替相場、株価指数等の指標を直接の原因として損失が生じるおそ

[1] 証券会社が特定のファンド商品の名称を広告することは内容についての広告に該当するが、会社自体についてのイメージ広告はこれに該当しない。
[2] 金融商品取引業者、及び金融商品取引法第33条の2に基づき金融商品取引に関する書面取次行為など銀行等に認められた一部業務を行なう旨の登録した銀行等の金融機関を指す。

れがある場合には、当該指標とその変動により損失が生じるおそれがある旨及びその理由

⑦前号の損失が委託保証金の額を上回るおそれがある場合には、かかる損失のおそれを生じさせる直接の原因となる指標、かかる損失が生じるおそれがある旨及びその理由

⑧外国為替証拠金取引のような店頭デリバティブ取引について、金融商品取引業者等が表示する金融商品の売付け価格と買付け価格に差がある場合にはその旨

⑨その他重要な事項について顧客の不利益となる事実

⑩業者が金融商品取引業協会に加盟している場合にはその旨及び協会名

(3) 商品取引所法上の規制

商品取引員が、商品取引受託業務の内容について広告を行う場合には、必ず以下の事項を表示する必要がある。(商品取引所法第213条の2、商品取引所法施行令第10条の2、商品取引所法施行規則第100条の2)。

①商品取引員の商号

②商品取引員である旨

③手数料、報酬、費用その他いかなる名称によるかを問わず、受託契約に関して顧客が支払うべき対価の種類ごとの金額若しくはその上限額又はこれらの計算方法の概要及び当該金額の合計額若しくはその上限額又はこれらの計算方法の概要(これらの表示をすることができない場合にあっては、その旨及びその理由)

④受託契約に関して顧客が預託すべき取引証拠金等がある場合にあっては、その額又は計算方法

⑤受託契約に基づく取引が、当該取引について顧客が預託すべき取引証拠金等の額に比して著しく大きい旨及び当該取引の額の当該取引証拠金等の額に対する比率(当該比率を算出することができない場合にあっては、その旨及び理由)

⑥商品市場における相場の変動により受託契約に基づく取引について顧客に損失が生ずることとなるおそれがあり、かつ、当該損失の額が取引証拠金等の額を上回ることとなるおそれがある旨及びその理由

⑦商品取引員が商品先物取引協会に加入している場合にあっては、その旨及び当該商品先物取引協会の名称

Ⅰ-3-4 インターネットを通じた個人情報の取得

【論点】

インターネットを通じて利用者から個人情報を取得する場合、法的にどのような問題があるか。

1. 考え方

インターネットを利用したビジネスでは、インターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得し、これをデータベース化して利用するものが少なくない。

このようにインターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得する場合には、会員登録など特定の個人を識別することができる情報を取得する際に、事業者において最終的にどのような目的で個人情報を利用するかを可能な限り具体的に特定し、その目的を明示する必要がある。特に、利用者のウェブサイトの閲覧履歴などの情報を、クッキーを用いて、会員登録などを通じて取得した個人情報と照合して利用するなど、利用者からは容易に認識できない方法によって取得した情報を、個人識別情報と照合して利用する場合のように、個人情報取得の事実を秘匿したまま利用者から個人情報を取得することは、個人情報の保護に関する法律（以下「個人情報保護法」という。）第17条、同法第18条及びプライバシー侵害として民法上の不法行為等により違法とされる可能性がある。また、子どもを対象としているウェブサイトで、子どもの判断能力・理解力が不十分であることを利用して、親権者の知らない間に子どもから個人情報を取得することも同法第17条及びプライバシー侵害として民法上の不法行為等により違法とされる場合が考えられる。

また、インターネットを通じて、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブな情報を特定の個人が識別できる形で取得するような場合は、本人の明確な同意と合理的な必要性がない限りプライバシー侵害として違法とされる可能性がある。

さらに、利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報を取得し、第三者に送信するスパイウェアの利用は、不適正な方法による個人情報の取得として違法とされる可能性がある。

（個人情報の取得が違法とされる可能性がある例）

・会員登録、ネット通販などを通じて取得した個人情報とウェブサイトの閲覧履歴や検索履歴などの利用履歴をクッキーを用いて照合して利用する場合に、その旨が通常の利用者に理解できるような形で利用者に示されていない場合

・小学生を対象としたウェブサイトで、家庭の経済状況を推知してマーケティングに利用する目的で、且つその意図を小学生に理解できるような形で説明することなく、懸賞プレゼントへの応募のためのアンケートなどの名目で、小遣金額、塾・習い事、通学している学

校名などの情報を収集する行為
・利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報を取得し、第三者に送信するスパイウェアを利用し、利用者のID・パスワードなどの個人情報を取得する場合
・

（個人に関する情報の収集が適法と考えられる例）
個人情報の取得が適法と考えられる例
・親権者の同意を得て契約される小学生向けの e ラーニングサービスにおいて、テストの成績その他 e ラーニングの目的に合理的に関連する児童の個人情報を取得する場合。
・パソコンのサポート業者が、利用者との契約に基づき遠隔サポート用のソフトウェアを利用者にインストールさせ、パソコンの操作方法の指導やエラーの発見のために利用者によるパソコンの操作やパソコン内のファイルの情報を当該ソフトウェアにより自動送信させる場合
・

個人情報の取得には該当しないと考えられる例
・成果報酬型広告において、広告代理店が広告バナーをクリックした利用者が広告主のウェブサイトから商品を購入したか否かを確認するためにクッキーを用いて利用者のウェブサイト利用を追跡しているが、広告代理店は、当該利用者について、特定の個人を識別する情報を有していない場合
・

2．説明

(1) 問題の所在

インターネット通販、情報検索サイト、インターネットを通じた資料請求、インターネットによるアンケート・市場調査、メールマガジンなどインターネットを利用したビジネスでは、インターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得し、これをデータベース化して利用するものが少なくない。

しかしながら、リアルワールドでの個人情報の取得が、一般的に、本人が書類に自ら書き込む方法など、本人が取得される個人情報を把握しコントロールできる方法で個人情報が取得されるのに対し、インターネット上での個人情報の取得は、利用者が個人情報の取得を容易には認識できない方法で、インターネットサイトの利用履歴などの情報が取得される場合も多い。

また、子どもによるインターネットの利用を親権者が常時チェックすることは困難であるため、親権者の知らないところで判断能力の十分ではない子どもから個人情報が取得される可能性がある。

さらに、スパイウェアと呼ばれる利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報が取得され、当該情報がマーケティングなどに利用される場合もある。

このようにインターネットを通じた個人情報の取得には、リアルワールドでの個人

情報の取得と異なる問題が多いため、本項では、このようなインターネット上での個人情報取得の適法性につき検討する。

(2) 適用される法律

個人情報保護法第15条は、「個人情報取扱事業者は、個人情報を取り扱うに当たっては、その利用の目的をできる限り特定しなければならない。」とし、同法第18条は、個人情報を取得する場合、本人から直接書面等（電子的方式で作られる記録等を含む。）で取得する場合には利用目的を明示し、それ以外の方法で取得した場合は、利用目的を通知又は公表しなければならないと規定している。

インターネットを通じて個人に関する情報を取得する場合であっても、クッキーを用いて、利用者のウェブサイトの閲覧履歴などの情報を収集する場合のように、特定の個人が識別されない方法で情報を収集する場合は、同法上、利用目的を明示したり通知又は公表する必要はない。しかし、このような特定の個人が識別されない情報を、会員登録など特定の個人を識別することできる情報と照合してマーケティング等に利用する場合には、その旨が通常の利用者に理解できるような形で利用者に示されていなければ、同法第18条により違法とされる可能性がある。

また、同法第17条は「個人情報取扱事業者は、偽りその他不正の手段により個人情報を取得してはならない。」と規定している。何が「不正の手段」であるかは法の趣旨を勘案して社会通念に照らして個別に判断されることになるが、以下のような手段は「不正の手段」に該当する可能性がある。

①個人情報を取得しようとしていることや取得の目的を偽って個人情報を取得すること

これは「偽り」による個人情報の取得であり、当然違法と考えられる。

子どもを対象としたウェブサイトについては、「取得の事実や取得目的を偽っている」か否かを判断する上で、対象年齢の子どもの判断能力も勘案する必要がある。したがって、大人向けの通常のウェブサイトであれば問題がないと判断されるような行為でも、子ども向けのウェブサイトでは問題とされる可能性がある。例えば懸賞への応募など子どもにとって誘惑的な目的を大きく掲げる一方、個人情報取得の目的については大人向けに作成された個人情報の利用目的を形式的に表示するだけであれば、子どもは個人情報の利用目的を理解しないまま個人情報を入力する可能性が高い。このように子どもの判断能力の不足を利用した方法で個人情報を取得することは、「偽り」による個人情報の取得に該当する可能性がある。特に、ウェブサイトの利用と直接関係しない個人情報（例えば両親の職業や収入状況、家族の趣味など）を子どもから取得することは、ウェブサイトを通じて子どもから取得する合理的な必要性のない情報をわざわざ親権者ではな

く子どもから取得すること自体の妥当性に加えて、子どもにとって個人情報取得の意図や意味を理解することが難しいという面でも、取得方法の適法性が問題となる場合が多いと考えられる。

②個人情報を取得していることを本人に対して隠蔽して本人から個人情報を取得すること

利用者から直接に個人情報を取得する場合に、個人情報として取得している旨を開示した上で情報を収集することが合理的に可能であるにもかかわらず、秘密裏に個人情報を取得することは、個人情報保護法第 18 条に違反すると解される可能性があるとともに、社会通念上「不正な手段」と解釈され、同法第 17 条違反と解される可能性が高い。例えば、遠隔から情報を読み取れる電子タグが付いたまま商品が消費者に販売された場合に本人の知らない間に個人情報が取得されることの問題[1]が指摘されている。

ある手段が「不正な手段」に該当するか否かについては、取得しようとしている個人情報のプライバシー性の程度も影響するであろう。例えば、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブ情報を特定の個人が識別できる形で取得するような場合は、個人情報取得についての本人の明示的な合意と合理的な取得の必要性がない限り、違法とされる可能性がある。

また、このような情報を漏えいしたり、無断で第三者提供した場合には、プライバシー侵害として民法上の不法行為に該当し得るが[2]、漏えい等がない場合で

---

[1] 経済産業省・総務省「電子タグ（ICタグ）に関するプライバシー保護ガイドライン」（平成16年6月8日）

[2] 個人情報の漏洩や第三者提供につき不法行為責任を認めた主要な判例は以下の通り。

①NTT 電話帳事件（東京地裁平成 10 年 1 月 21 日判決・判時 1646 号 102 頁）

原告が、自己の氏名、電話番号及び住所を電話帳に掲載しないよう求めたにもかかわらずこれを掲載されてプライバシーを侵害され、精神的損害を蒙ったと主張して、電話帳の発行・配布業務を行う NTT に対し、人格権に基づき、原告の電話番号等の掲載された電話帳の配布先に当該電話帳の廃棄を求める広告の配布を請求するとともに、不法行為に基づき、慰謝料の支払を請求した事案において、プライバシー侵害に基づく NTT の不法行為責任を認め、慰謝料として 10 万円の支払を命じた。

②宇治市住民基本台帳データ漏洩事件（京都地裁平成13年2月23日判決、大阪高裁平成13年12月25日判決、最高裁平成14年7月11日上告不受理決定）

宇治市がその管理に係る住民基本台帳のデータを使用して乳幼児検診システムを開発することを企図し、その開発業務を民間業者に委託したところ、再々委託先のアルバイトの従業員が上記データを不正にコピーしてこれを名簿販売業者に販売し、同業者が更に上記データを他に販売するなどをしたことに関して、宇治市の住民3人が、上記データの流出により精神的苦痛を被ったと主張して、宇治市に対し、損害賠償金（慰謝料及び弁護士費用）の支払を求めた事案において、プライバシー権侵害に基づく宇治市の不法行為責任を認め、損害賠償として1人当たり1万 5000 円（慰謝料1万円及び弁護士費用5000円）の支払を命じた。

③早稲田大学江主席講演会事件（東京高裁平成16年3月23日判決・判時1855号104頁）

あっても、個人情報保護法に違反する行為により個人情報を取得し、本人の人格的利益が侵害された場合には、個人情報の取得自体が不法行為を構成するケースもありうると考えられる。プライバシー侵害として民法上の不法行為に該当するか否かについては、個人情報の内容のプライバシー性の程度が大きく影響すると考えられる。特に、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブ情報を不適切な手段で取得するような場合には、プライバシー侵害の問題として不法行為に該当する可能性があると考えられる。

(3) 情報検索サイトによる個人情報の取得

情報検索サイトでは、アクセスしているブラウザーを特定するクッキー情報や利用者のIPアドレスとともに、利用者のパソコンから入力された検索ワードや利用履歴などの情報を取得している場合がある。検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴は利用者の関心事項を示すものでありプライバシー性が高いが、クッキー情報やIPアドレスだけでは通常は個人を特定することはできないため、これだけであればプライバシーや個人情報保護との関係で問題となる可能性は低い。

しかし、例えば、不動産物件情報の検索や中古車情報の検索結果などに基づき、個人情報を入力して特定の会社に資料請求を行う場合、商品検索後に個人情報を入力して商品を購入する場合、会員登録による個人情報と結びついたID及びパスワードを入力してログインした後に検索サイトを利用する場合などは、検索条件、検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴等と個人情報を照合して利用することも技術的には可能である。

もし、仮に検索サイトの運営者が、検索条件、検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴のログ情報を、情報の収集の事実を全く開示しないまま利用者個人が特定できる形で取得していたとすれば、このような行為は利用者のプライバシーの侵害として不法行為を構成するとともに、個人情報保護法第18条の利用目的の通知等の義務違反、同法第17条の個人情報を適正取得する義務の違反を構成する可能性がある。その理由としては、以下のような点が挙げられる。

①通常のインターネット利用者にとっては、検索条件、検索ワードや閲覧履歴の情報が個人情報として取得されることは予想し難い。
②検索ワードや閲覧履歴は通常人であれば他人に知られたくない情報である可能

早稲田大学が中華人民共和国の江沢民国家主席の講演会出席者の名簿（学籍番号、氏名、住所及び電話番号を記載）を警備の便宜のために警察に提出したことがプライバシー権の侵害に該当するとの最高裁判決（平成15年9月12日判決・民集57巻8号973頁）を受けた差し戻し審であり、開示理由の正当性と個人情報のプライバシー性が比較的低いことを考慮して慰謝料を一人5000円と算定した。

性が高い。
③一般の検索サイトの場合であれば、検索ワードのログやコンテンツの閲覧履歴を個人が識別できる形で保存することは、サービス提供上必要ではない。

(4) 通販サイト等による個人情報の取得

インターネット通販を営む事業者が、商品を購入した顧客の住所、氏名、クレジットカード等の個人の属性情報や購入履歴のデータを取得することは、当該事業者が特定し、利用者に示された利用目的の範囲内で利用される限り、通常何ら問題ない。また、これらの個人情報を解析して各顧客の購入傾向に基づき電子メール広告など One to One マーケティングに利用することも、通常は小売業者として相当な行為であると考えられる。

ただし、上記(3)と同様、購入した商品だけでなく商品データの閲覧や検索の履歴まで個人情報として取得することは利用者にとって当然に予測できることではないので、クッキー等を用いて取得した情報を特定の個人を識別できる状態で利用するのであれば、当該情報を取得する前に個人情報として取得している旨とその利用目的を明示し個人情報の取得を可視化する必要がある。

(5) いわゆるスパイウェアによる個人情報の取得

利用者の個人情報等が、利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって取得される場合がある。このようなプログラムはスパイウェアと呼ばれることもあり、利用者が意図してインストールしたプログラムと異なり、利用者にはこのようなプログラムの動作を発見することが多くの場合困難であり、また容易に削除することができないという特徴を備えている。

上述のように、本人の知らない間に個人情報を取得することは、個人情報保護法第17条の「不正な手段による個人情報取得の禁止」に照らして望ましくない。それにもかかわらず、わざわざ動作状況を認識しづらくしたり、容易に削除することができないような細工を施し、密かに個人情報を取得することを意図したプログラムは違法とされる可能性が高い。

特に、ネット銀行のID・パスワードの盗み出しに悪用されて著名となったキーロガー(キー入力の記録と送信を行うスパイウェア)のように、利用者の意図に反してインストールされたプログラムを使ってID・パスワードなどの個人情報を盗み出す行為は明らかに違法である。

なお、利用者の同意を得た上で、プログラムを用いて個人情報を取得することは適法と考えられるが、実質的に利用者本人の同意がないと評価される場合は、違法とされる可能性が高い。

例えば、利用者の同意を得た上でインストールされるフリーウェア（無料ソフトウェア）等のソフトウェアに含まれる形で、個人情報を取得するためのプログラムがインストールされる場合であって、当該フリーウェア等の使用許諾契約中に個人情報取得への同意が含まれており、当該使用許諾契約にクリックで同意を与えている場合はどうか。

この場合、個人情報取得への同意があることから、このような個人情報の取得は違法ではないという見解もある。しかし、①個人情報取得への同意は使用許諾契約とは全く性質の異なる行為であり、かつ使用許諾契約に含まれていることは通常予期することができない事項であること、②スパイウェアによる個人情報の取得についての条項の内容を認識していれば多くの人はこれに同意しないであろうこと、及び③フリーウェア等に個人情報取得のためのプログラムを組込み、かつ、その使用許諾契約中に目立たない形で個人情報取得への同意条項を潜ませる行為は全体として観察した場合にはだまし討ち的な側面もある。このような場合には、個人情報取得に関する事項が含まれていることをユーザーに認識させるよう、単に使用許諾と表記するのではなく、「個人情報提供の同意及び使用許諾」と表記するなどの工夫を事業者が行うことが求められ、それを怠れば、使用許諾契約への同意クリックがあったとしても、個人情報取得への同意とみなすことは困難な場合も多いと考えられる。

Ⅰ-4 越境取引

Ⅰ-4-1 当事者による法選択がない場合の準拠法

【論点】

国境を越えて事業者間でインターネットを介して取引がなされた場合、当事者による準拠法の選択があれば、その国の法が適用されるが、準拠法の選択がなされていなかったときには、どのように準拠法が決定されるか。

（例）

1．国境を越えて事業者間で物品の売買がなされた場合、どのように準拠法が決定されるか。

2．国境を越えて事業者間でソフトウェアがダウンロードされることにより売買がなされた場合、どのように準拠法が決定されるか。

1．考え方

平成19年1月に施行された「法の適用に関する通則法（以下、通則法と呼ぶ）」の第7条によれば、国境を越えて事業者間でインターネットを介して取引がなされたような場合に、当事者が取引についてどの地の法を適用するかにつき選択していた場合（準拠法の選択がある場合）には、その法が適用されることになる。

（契約準拠法を選択する準拠法条項の例）
・「本契約に関する一切の事項はフランス法による。」
・

他方、当事者間でそのような選択をしなかった場合については、通則法第8条第1項は、当該取引に「最も密接な関係がある地の法」が適用されるとしている。

では、「最も密接な関係がある地の法」とは何か。これについては、同条第2項及び第3項に推定規定が置かれており、（インターネット上のみで取引が完結することが通常想定できない）不動産を目的物とする取引ではない場合には、当該取引において「特徴的な給付」を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う「当事者の常居所地法」が最密接関係地法と推定されると定められている。

なお、その「当事者」が当該取引に関係する事業所を有する場合にはその「事業所の所在地の法」が最密接関係地法と推定され、それが複数の国にある場合にはその中の「主たる事業所の所在地の法」が最密接関係地法と推定されることになる。

[1]

(1) 国境を越えて事業者間で物品の売買がなされた場合

国境を越えて事業者間で取引がなされた場合の「特徴的な給付」を行う「当事者」とは、物品の売買でいえば、物品の売主を指す。したがって、国境を越えて事業者間で物品の売買がなされたような場合には、物品の売主の常居所地の法が最密接関係地法と推定されることになる（その売主が当該取引に関係する事業所を有する場合にはその事業所の所在地の法が最密接関係地法と推定され、それが複数の国にある場合にはその中の主たる事業所の所在地の法が最密接関係地法と推定されることになる。）。したがって、例えば、日本の事業者が自らのインターネット上のサイトを通じて海外の事業者に物品を販売する場合には、日本法が最密接関係地法と推定されることになり、逆に、海外の事業者からそのインターネット上のサイトを通じて日本の事業者が物品を購入する場合には、当該海外事業者の所在地の法が最密接関係地法と推定されることになる。

(2) 国境を越えて事業者間でソフトウェアがダウンロードされることにより売買がなされた場合

以上のことは、国境を越えて事業者間でソフトウェアがダウンロードされることにより売買がなされる場合も同様である。日本の事業者が自らのインターネット上のサイトを通じて海外の事業者にソフトウェアを販売するような場合には、日本法が最密接関係地法と推定されることになり、逆に、海外の事業者からそのインターネット上のサイトを通じて日本の事業者がソフトウェアを購入する場合には、当該海外事業者の所在地の法が最密接関係地法と推定されることになる。

2. 説明

(1) 国境を越えた事業者間でのインターネット取引と国際私法

インターネットの広がりによって、事業者間における国際取引がますます簡便に行われるようになっている。しかしそのことは、国境を越えて争われる紛争の増加を

---

[1] **法の適用に関する通則法**
（当事者による準拠法の選択）
第7条　法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。
（当事者による準拠法の選択がない場合）
第8条　前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時において当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。
2　前項の場合において、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その給付を行う当事者の常居所地法（その当事者が当該法律行為に関係する事業所を有する場合にあっては当該事業所の所在地の法、その当事者が当該法律行為に関係する二以上の事業所で法を異にする地に所在するものを有する場合にあってはその主たる事業所の所在地の法）を当該法律行為に最も密接な関係がある地の法と推定する。

も意味している。そうした紛争の解決にあたっては契約の解釈が問題になることが少なくはないが、国際取引紛争に関しては、その際に日本の民法や商法が適用されることが必ずしも当然ではないことに留意が必要である。すなわち、外国の事業者との取引においては、当該外国の民法や商法、あるいは、第三国の民法や商法が適用される可能性があるのである。

それでは、当該取引についてどの国の民法や商法が適用されるかはどのように決定されるのか。国際的な事案においてどの国の民法や商法が適用されるかを決定するための法は一般に「国際私法」と呼ばれているが、我が国の国際私法の規定は、以前は「法例」という名称の法律の第3条以下に置かれていた。しかし、平成19年1月に通則法が施行されたことにより、以降、当該取引に何れの国の民法や商法が適用されるかは、この通則法に従って決定されることになる。

なお、通則法は、あくまで我が国の裁判所で当該紛争が争われた場合に、我が国の立場からどの国の民法や商法が当該取引に適用されるかを決定するものであることに注意する必要がある。すなわち、当該紛争が外国の裁判所で争われた場合には、当該外国の国際私法に従ってどの国の民法や商法が当該取引に適用されるかが決定されるのであり、その結論が我が国のそれとは異なる可能性もあるのである。

この点を留保した上で、以下では、紛争が我が国の裁判所で争われた場合を前提に、我が国の国際私法の立場からはどの国の民法や商法が適用されるかをどのように決定するかについて説明することとする。

(2) 準拠法の選択がある場合

まず、当事者が取引の際にどの国の法に従うかにつき選択していた場合には、通則法第7条は、その国の法の当該契約への適用を認めている。

したがって、売買の対象が物品(有体物)であっても、インターネットサーバからダウンロードすることにより提供されるソフトウェア(無体物)であっても、契約書の中に準拠法条項を入れていた場合には、その国の民法や商法が適用されることになる。

なお、法例第7条第1項に関しては、準拠法条項といった明示の準拠法合意が無い場合でも、事案の諸要素を斟酌し、当事者間での黙示の準拠法の選択が認められる場合があるとして、実務上、運用されてきた(最高裁昭和53年4月20日判決・民集32巻3号616頁)。[1]

通則法においては、当事者による準拠法の選択がない場合について、後記のとおり柔軟に対処されることとなっているが、当事者間における準拠法の選択につい

---

[1] **法例**
第7条 法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ当事者ノ意思ニ従ヒ其何レノ国ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム

て、これを明示的なものに限ることとはされていないことから、例えば、当該外国のサイトが日本語で表記されているか否か、価格について円価での表記があるか否か、日本の消費者保護法規に関する何らかの記述があるか否かなど、諸般の事情を考慮して、そのような黙示の準拠法の選択が認められる場合もあることには注意が必要である。

(3) 準拠法の選択がない場合

それでは、このような準拠法の選択がなかった場合についてはどうか。

このような場合については、法例第7条第2項は、「行為地法」の適用を定めていた。また、手紙やファックスを用いて契約を締結する場合など、国境を越えて契約締結「行為」が行われるような場合のために法例第9条第2項を置き、申込の通知の発信地（それを承諾者が知らない場合には申込者の住所地）の法が適用されるとしていた。[1]

しかし、どちらの当事者の行為が「申込」にあたるのかは必ずしも明確でないことが多く、この点を巡って争いが生じる可能性があった。また、契約締結地と当該契約との関係性は必ずしも深いとは限らず、行為地法の適用への立法論的な批判があった。

そこで、通則法第 8 条においては、準拠法の選択がない契約につき、第1項で「最も密接な関係がある地の法」を適用するとした上で、第2項及び第3項に「最も密接な関係がある地の法」を推定するための規定が置かれた。すなわち、不動産を目的物とする取引を除き、当該取引において「特徴的な給付」を行う「当事者の常居所地法」が最密接関係地法と推定されるとされており、さらに、その「当事者」が当該取引に関係する事業所を有する場合にはその「事業所の所在地の法」が最密接関係地法と推定され、それが複数の国にある場合にはその中の「主たる事業所の所在地の法」が最密接関係地法と推定されるとされているのである。

したがって、インターネットを介した取引といえども、事業者間での取引における準拠法の決定においては、サーバの所在地などは決定的な要素にはならないということになる。

(4)「特徴的給付」を行う「当事者」

ところで、ここにいう「特徴的給付」とは、その種類の契約を他の種類の契約から区別する基準となるような給付をいい、物品の売買であれば当該物品の売主が「特

---

[1] **法例**
第7条 2 当事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ル
第9条 2 契約ノ成立及ヒ効力ニ付テハ申込ノ通知ヲ発シタル地ヲ行為地ト看做ス若シ其　申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ為シタル当時申込ノ発信地ヲ知ラサリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行為地ト看做ス

徴的給付」を行う「当事者」であるということになる。これは、無体物の売買のような場合も同様であり、インターネットサーバからダウンロードされることにより提供されるソフトウェアの売買であってもソフトウェアの売主が「特徴的給付」を行う「当事者」であるということになる。

このため、売買の対象が物品であってもソフトウェアであっても、日本の事業者が自らのインターネット上のサイトを通じて海外の事業者に販売するような場合には、日本法が最密接関係地法と推定されるということになり、逆に、海外の事業者からそのインターネット上のサイトを通じて日本の事業者が購入するような場合には、当該海外事業者の国の法が最密接関係地法と推定されるということになる。

なお、ソフトウェアの場合、ソフトウェアを供給する主体との売買契約とは別に、当該ソフトウェアのライセンサーとの著作権許諾契約が締結される場合が多いが、この場合、売買契約に係る特徴的給付を行う当事者は売主であり、著作権許諾契約に係る特徴的給付を行う当事者はライセンサーということになる。

(5)「推定」が破られる場合

もっとも、通則法第8条は、あくまで「最も密接な関係がある地の法」の適用を命じているのであり、「特徴的給付」を行う「当事者」の常居所地法や事業所所在地法は、あくまでこの「最も密接な関係がある地の法」として推定されるにすぎないことには注意を要する。すなわち、これ以外の国の法が当該取引において「最も密接な関係がある地の法」であると認められるような場合には、かかる推定が破られ、当該国の法が適用されることになる。

(6)契約の方式

なお、契約の成立要件については、実質的な成立要件と形式的な成立要件（書面性を要求するか、署名を必要とするか等）に区分することが可能である。そして、以上の説明は、もっぱら、契約の実質的な成立要件について当てはまるものである。

これに対し、「方式」と呼ばれる契約の形式的な成立要件に関しては、国際取引において必ずしも熟知していない外国法が契約の実質の準拠法となるときには、当該外国法に従った場合、時として当事者が不用意にこれを欠いたまま契約を締結してしまうことがある。そのような場合に当事者が不測の損害を被らないように、通則法第10条は、法例第8条と同様に、当該外国法の要件か行為地法（通則法のもとでは、契約については申込みの通知を発した地の法又は承諾の通知を発した地の法）の要件か、どちらかでも具備すればこれを有効とすると定めている。インターネット上で国際取引を行う事業者は、この点にも留意する必要がある。[1] [1]

---

[1] 法例

(7) 当事者の行為能力等

また、インターネット上の取引を行う場合は、行為能力や法人に関する準拠法の規律についても留意する必要がある。

まず、国境を越えてインターネット取引を行う事業者が自然人である場合には、その者の行為能力に関する規定が問題となる。通則法第4条は、行為能力の準拠法を原則として本国法によって定める旨規定し、例外として、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」場合には、本国法によれば行為能力の制限を受けた者となるときであっても行為地法によれば行為能力者となるべきときは、行為能力者とみなす旨規定している。

このため、我が国において事業者間で取引をした場合には、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」場合であるので、事業者の行為能力は行為地法である日本法によって定められるが、異なる国に所在する当事者が我が国に設置されたサーバ上で取引をした場合には、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」とは言えないので、当該外国の消費者の行為能力の準拠法は、原則通り、当該事業者の本国法となる。

他方、国境を越えてインターネット取引を行う事業者が法人である場合には、通則法において明文の規定はないものの、当該法人の内部関係に関しては当該法人が設立された地の法が適用されるという点に異論はない。したがって、通則法第7条以下の規定により契約準拠法がどのように定められたとしても、当該契約が代表権のある者によって締結されたか否かといった点については、当該法人が設立された地の法により決定されることになる。

第8条 法律行為ノ方式ハ其行為ノ効力ヲ定ムル法律ニ依ル
2 行為地法ニ依リタル方式ハ前項ノ規定ニ拘ハラス之ヲ有効トス但物権其他登記スヘキ権利ヲ設定シ又ハ処分スル法律行為ニ付テハ此限ニ在ラス

[1] **法の適用に関する通則法**
(法律行為の方式)
第10条 法律行為の方式は、当該法律行為の成立について適用すべき法(当該法律行為の後に前条の規定による変更がされた場合にあっては、その変更前の法)による。
2 前項の規定にかかわらず、行為地法に適合する方式は、有効とする。
3 法を異にする地に在る者に対してされた意思表示については、前項の規定の適用に当たっては、その通知を発した地を行為地とみなす。
4 法を異にする地に在る者の間で締結された契約の方式については、前二項の規定は、適用しない。この場合においては、第一項の規定にかかわらず、申込みの通知を発した地の法又は承諾の通知を発した地の法のいずれかに適合する契約の方式は、有効とする。
5 前三項の規定は、動産又は不動産に関する物権及びその他の登記をすべき権利を設定し又は処分する法律行為の方式については、適用しない。

Ⅰ-4-2 越境取引における消費者保護法規

【論点】

我が国の消費者が海外の事業者との間でインターネットを介して取引を行う場合、我が国の消費者保護法規の適用を受けることができるか。

（例）

1．我が国の消費者が海外の事業者との間においてインターネット上で物品を購入した場合、我が国の消費者保護法規の適用を受けることができるか

2．我が国の消費者が海外の事業者との間においてインターネット上で音楽データをダウンロードすることにより購入したような場合、我が国の消費者保護法規の適用を受けることができるか。

1．考え方

通則法第11条第1項に従えば、我が国に常居所を有する消費者が海外の事業者との間でインターネットを介して取引を行った場合、当事者が選択した準拠法の所属国の消費者保護法規の保護を受けるだけではなく、当該消費者が我が国の消費者保護法規中の強行規定に基づく特定の効果を主張した場合には、その強行規定による保護を受けることができる。

また、同条第2項には、当事者が準拠法を選択していなかった場合には、通則法第8条の規定にかかわらず、消費者の常居所地法を準拠法とするという規定が置かれている。したがって、我が国に常居所を有する消費者が海外の事業者との間でインターネットを介して取引を行った場合で、準拠法の選択がなかった場合には、日本法が準拠法となることから、当該消費者は我が国の消費者保護法規の保護を受けることになる。[1]

(1) 我が国の消費者が海外の事業者から物品を購入したような場合

---

[1] **法の適用に関する通則法**
（消費者契約の特例）
第11条 消費者（個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く。）をいう。以下この条において同じ。）と事業者（法人その他の社団又は財団及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。以下この条において同じ。）との間で締結される契約（労働契約を除く。以下この条において「消費者契約」という。）の成立及び効力について第7条又は第9条の規定による選択又は変更により適用すべき法が消費者の常居所地法以外の法である場合であっても、消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、当該消費者契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。
2 消費者契約の成立及び効力について第7条の規定による選択がないときは、第8条の規定にかかわらず、当該消費者契約の成立及び効力は、消費者の常居所地法による。

我が国に常居所を有する消費者である限り、海外の事業者からインターネットを介して物品を購入した場合でも、原則として、我が国の消費者保護法規による保護を受けることができる。

ただし、日本以外の国の法を準拠法として選択していた場合には、当該消費者が我が国の消費者保護法規の強行規定に基づく特定の効果を主張する必要がある。

(2) 我が国の消費者が海外の事業者から音楽データを購入したような場合

以上のことは、我が国に常居所を有する消費者が海外の事業者からインターネット上で音楽データをダウンロードすることによって購入した場合においても同様である。

2. 説明

(1) 国境を越えたインターネット上の消費者取引と国際私法

インターネットの広がりは、従来はおよそ考えられなかった消費者の国際取引への参加を促した。しかしそのことは、国境を越えた消費者紛争の発生という全く新しい状況を生み出している。そうした状況下では、特に、我が国の消費者が海外の事業者との間でインターネット取引を行った場合に、国内事案と同様に、我が国の消費者保護法規による保護を受けることができるのかが問題となる。

消費者取引に関する国際的な法の適用関係については、法例には特別の規定は存在せず、事業者間取引と同じく法例第7条の適用を受けることについては争いがないものの、その結果として外国法が準拠法とされた場合、それに加えて我が国の消費者保護法規の適用を受けることができるかについては、明確ではなかった。しかし、平成19年1月に施行された通則法では、その第11条に消費者契約の特例の規定が置かれ、その点が明確にされるに至っている。なお、この特例は、あくまで当事者の力関係に差がある契約形態である事業者と消費者の間の契約に適用され、消費者と消費者の間の契約には適用されないことには注意を要する。

また、法例も通則法も、あくまで我が国の裁判所で当該紛争が争われた場合に、我が国の立場から国際的な法の適用関係について決定するものであることには注意する必要がある。すなわち、当該紛争が外国の裁判所で争われた場合には、当該外国の国際私法に従って国際的な法の適用関係が決定されるのであり、その結論が我が国のそれとは異なる可能性もあるのである。

例えば、我が国の事業者が外国の消費者を相手にインターネットを介して取引を行う場合であって、当該消費者が自国の裁判所で争うときは、当該外国の国際私法に従って当該外国で法の適用関係が決定されることになる。そして、その場合には、以下の議論は必ずしも当てはまらないことになる。

この点を留保した上で、以下では、紛争が我が国の裁判所で争われた場合を前提に、我が国の国際私法の立場から説明することとする。

(2) 準拠法の選択がある場合

まず、当事者が取引についてどの地の法を適用するかにつき選択していた場合には、通則法第11条第1項は、法例第7条第1項と同様、その国の法の当該消費者契約への適用を認めている。しかし、事業者と消費者との間には、準拠法の合意を取り付けるにあたっての交渉力に大きな差異がある。そのため、準拠法の合意を無条件に認めるだけでは、例えば、海外との事業者との間の取引において、我が国の法制に比して消費者の保護に薄い国の法を準拠法として合意させられることにより、我が国の消費者が不測の損害を被る可能性があった。

そこで、通則法第11条第1項においては、新たに「消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、当該消費者契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する」旨が明記されるに至った。これにより、我が国に常居所を有する消費者に関しては、外国法を準拠法とする合意を結んでいたとしても、「常居所地法」である日本法上の消費者保護法規中の特定の強行規定の適用を主張し、それによる保護を受けることができるということになる。

(3) 準拠法の選択がない場合

他方、準拠法の選択がなかった場合には、法例第7条第2項（及び第9条）の下では、「行為地法」が適用されるため、我が国の法制に比してそれが消費者保護に薄い国の法であった場合には、やはり我が国の消費者が不測の損害を被る可能性があった。

これに対し、通則法は第11条第2項において、消費者契約につき準拠法の選択がなかった場合には、直截に「消費者の常居所地法」を適用することとしている。したがって、この場合には、我が国に常居所を有する消費者に関しては、「常居所地法」である日本法上の消費者保護規定が全面的に適用される。

(4) 消費者契約の方式

ところで、契約の方式に関しては、国際取引において必ずしも熟知していない外国法に従った場合、時として当事者が不用意にこれを欠いたまま契約を締結してしまうことがあり、そのような場合に当事者が不測の損害を被らないように、法例第8条、及び、通則法第10条は、当該外国法の要件か行為地法の要件か、どちらかでも具備すればこれを有効とすると定めている。

しかし、消費者契約に関しては、一定の書式に従うことを必要とする、一定以上

のフォントで記載されることを要求するなど、方式における要件が消費者保護のために働いている場合があり、契約をできるだけ有効にするために選択的な適用を認める上記のような政策判断は必ずしも妥当ではない。そこで、通則法第11条第3項と第4項は、消費者契約の方式に関しては、準拠法の選択があった場合には、当該消費者が求める限りにおいて消費者の常居所地法のみが適用される旨を定めている。また、同条第5項は、準拠法の選択がない場合においては、消費者の常居所地法のみが適用される旨を定めている。こうした消費者契約の方式に関する法の適用についても、留意が必要である[1]。

(5) 適用除外

以上の原則には、通則法第11条第6項に例外の定めがあり、それに該当する場合には消費者契約としての特殊な扱いは受けず、通常の契約と同様に取り扱われることになる。

まず、①消費者が自ら事業者の所在する外国に赴いて契約を締結した場合である(通則法第11条第6項第1号)。これは、そのような「能動的消費者」までをも適用の対象とすると、国内のみだけで活動しているような事業者までもが消費者の常居所地法の適用を常に考えなければならないことになり、そのような事業者の事業の遂行に支障をきたす可能性すら危惧されるためである。ただし、本号が適用されるためには、消費者が物理的に外国の地に赴く必要があるため、インターネット上で外国の事業者のサイトにアクセスする場合のように、消費者が物理的に外国に赴いていない場合は、本号の適用はない。

次に、②消費者契約の債務の全部の履行を事業者の所在する外国で受けた場合である(通則法第11条第6項第2号)。インターネット上での物品の売買のように、物品が最終的に我が国に物理的に運ばれてくる場合は、債務の履行を受ける地は、我が国となり、本号の適用の余地はない。他方、我が国の消費者が、外国のサイトで音楽データを購入しダウンロードするような場合には、債務の履行は、外国に

---

[1] **法の適用に関する通則法**
(消費者契約の特例)
第 11 条 3 消費者契約の成立について第七条の規定により消費者の常居所地法以外の法が選択された場合であっても、当該消費者契約の方式について消費者がその常居所地法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、前条第一項、第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式に関しその強行規定の定める事項については、専らその強行規定を適用する。
4 消費者契約の成立について第七条の規定により消費者の常居所地法が選択された場合において、当該消費者契約の方式について消費者が専らその常居所地法によるべき旨の意思を事業者に対し表示したときは、前条第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式は、専ら消費者の常居所地法による。
5 消費者契約の成立について第七条の規定による選択がないときは、前条第一項、第二項及び第四項の規定にかかわらず、当該消費者契約の方式は、消費者の常居所地法による。

所在するサーバ上でダウンロード可能な状態に置いた段階で完了しているとも考えられることから、このような場合、債務の履行を受けた地が、サーバが所在する外国となるか、消費者が所在する我が国となるかが問題となる。しかし、本号の趣旨は、事業者の所在地に物理的に赴くことができるような「能動的消費者」については、消費者契約としての特殊な扱いの適用を除外するということであり、インターネット上で外国の事業者が開設する音楽データのダウンロードサイトにアクセスすることは消費者にとってさほどの困難がない点にかんがみると、債務の履行を受けた地は、消費者が物理的に所在する地を基準とすべきであり、我が国に所在する端末を通じて最終的にデータを受信している限りにおいては、本号の適用はないと考えるべきである。

次に、③消費者の常居所地がどこにあるか、又は、④契約の相手方が消費者であることについて、事業者が知らず、かつ、知らないことに相当な理由がある場合である（通則法第11条第6項第3号及び同項第4号）。これらについては、相手方が見えないインターネット上での取引では、通常の取引に比して、該当する場合がより大きくなると思われる。すなわち、様々な理由により事業者が、当該インターネット取引において対象とする消費者の常居所地を制限したり、常居所地によって価格設定を変えたりする場合がある。又は、そもそも消費者を取引相手としなかったり、消費者については事業者に比して割高な価格設定にしたりするといった場合もある。そのような場合に、相手方が見えない取引であることを奇貨として、より割安な価格設定を狙って、自らの常居所地を偽る、又は、自らが消費者であることを偽ってインターネット上での取引を試みる消費者の存在も想定できるが、そのような消費者に関しては、ここにおける適用除外の対象になる可能性が高いといえよう。[1]

(6) 当事者の行為能力

---

[1] **法の適用に関する通則法**
（消費者契約の特例）
第11条6 前各項の規定は、次のいずれかに該当する場合には、適用しない。
一　事業者の事業所で消費者契約に関係するものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であって、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地に赴いて当該消費者契約を締結したとき。ただし、消費者が、当該事業者から、当該事業所の所在地と法を同じくする地において消費者契約を締結することについての勧誘をその常居所地において受けていたときを除く。
二　事業者の事業所で消費者契約に関係するものが消費者の常居所地と法を異にする地に所在した場合であって、消費者が当該事業所の所在地と法を同じくする地において当該消費者契約に基づく債務の全部の履行を受けたとき、又は受けることとされていたとき。ただし、消費者が、当該事業者から、当該事業所の所在地と法を同じくする地において債務の全部の履行を受けることについての勧誘をその常居所地において受けていたときを除く。
三　消費者契約の締結の当時、事業者が、消費者の常居所を知らず、かつ、知らなかったことについて相当の理由があるとき。
四　消費者契約の締結の当時、事業者が、その相手方が消費者でないと誤認し、かつ、誤認したことについて相当の理由があるとき。

また、インターネット上において取引を行う場合は、行為能力に関する規定についても留意する必要がある。

通則法第4条は、行為能力の準拠法を原則として本国法によって定める旨規定し、例外として、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」場合には、本国法によれば行為能力の制限を受けた者となるときであっても行為地法によれば行為能力者となるべきときは、行為能力者と見なす旨規定している。

このため、我が国の事業者が我が国において外国の消費者と取引をした場合には、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」場合であるので、当事者の行為能力は行為地法である日本法によって定められるが、我が国の事業者が我が国に設置されたサーバ上で外国の消費者と取引をした場合には、「すべての当事者が法を同じくする地に在った」とは言えないので、当該外国の消費者の行為能力の準拠法は、原則通り、当該外国の消費者の本国法となる。

Ⅰ-4-3 インターネット上の不法行為と準拠法

【論点】

インターネット上の掲示板に自己の名誉や信用を毀損する書き込みがなされ、様々な国々において被害が発生した場合、そのことに基づいて差止めや損害賠償を請求するとき、いずれの国の準拠法に従えばよいのか。

1．考え方

通則法第19条によれば、世界中どこからでもアクセス可能なインターネット上の掲示板で名誉や信用を毀損するような書き込みがなされ、それが閲覧された様々な国々でそれぞれ被害が発生したような場合であっても、そのことに基づいて差止や損害賠償を請求する際には、被害者の常居所地法（被害者が法人その他の社団又は財団である場合にはその主たる事業者の所在地の法）に従って請求の可否が決せられることになる。[1]

ただし、その法が外国法である場合には、通則法第22条により、その書き込み行為が日本法によれば不法とならないときは損害賠償その他の処分を請求できず、また、当該外国法及び日本法によって不法になる場合であっても、日本法により認められる範囲でしか損害賠償その他の処分を請求できない。[2]

2．説明

(1) 電子掲示板を通じた国境を越えた名誉･信用の毀損と国際私法

インターネットの広がりは、どこからでもアクセス可能な電子掲示板の展開といった新たなビジネスを生み出している。しかし、そこには世界中どこからでもアクセス可能であるために、一つの名誉や信用を毀損する書き込みが世界中の様々な国々で様々な人々に閲覧され、結果、様々な国々のそれぞれにおいて被害が発生するような事態が登場するに至っている。

このような場合、不法行為の準拠法の決定につき定めていた法例第11条によれ

---

[1] **法の適用に関する通則法**
（名誉又は信用の毀損の特例）
第19条　第17条の規定にかかわらず、他人の名誉又は信用を毀損する不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、被害者の常居所地法（被害者が法人その他の社団又は財団である場合にあっては、その主たる事業所の所在地の法）による。

[2] **（不法行為についての公序による制限）**
第22条　不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が日本法によれば不法とならないときは、当該外国法に基づく損害賠償その他の処分の請求は、することができない。
2 不法行為について外国法によるべき場合において、当該外国法を適用すべき事実が当該外国法及び日本法により不法となるときであっても、被害者は、日本法により認められる損害賠償その他の処分でなければ請求することができない。

ば、「原因タル事実ノ発生シタル地」の法が適用されることになっていた。その際、ここで問題にされているような事案では、加害行為地（書き込みが行われた国）と結果発生地（閲覧がなされた国）がずれ得るため、いずれの地の法が「原因タル事実ノ発生シタル地」の法として適用されるかが問題となるが、仮に加害行為地法が適用されると解されるとすると、名誉や信用の保護に薄い国で書き込みをすることによって不法行為の成立を免れるといった行動が許されることになり、被害者の救済という点で問題が生じる可能性があった。他方、仮に結果発生地法が適用されると解されるとすると、複数の国々にまたがって名誉や信用が毀損された場合に、いずれの地が結果発生地であるかを確定することは困難であり、それぞれの国ごとに発生した被害につきそれぞれの国の法に従って不法行為の成否を考えなければならず、非常に複雑な処理を迫られるという問題があった。[1]

この点、通則法では、不法行為一般につき同法第17条において、「結果が発生した地の法による」と明定されたため、上記における前者の問題は生じなくなったといえる[2]。また、後者の問題については、同法第19条に「名誉又は信用の毀損の特例」が置かれ、世界中どこからでもアクセス可能なインターネット上の掲示板で名誉や信用を毀損するような書き込みがなされ、それが閲覧された様々な国々でそれぞれ被害が発生したような場合であっても、差止や損害賠償を請求する際には、被害者の常居所地法（被害者が法人その他の社団又は財団である場合にはその主たる事業者の所在地の法）に従って請求の可否を決する旨の特別な処理が行われることになった。

なお、通則法は、法例と同様、あくまで我が国の裁判所で当該紛争が争われた場合に、我が国の立場から国際的な法の適用関係について決定するものであることには注意する必要がある。すなわち、当該紛争が外国の裁判所で争われた場合には、当該外国の国際私法に従って準拠法が決定されるのであり、その結論が我が国のそれとは異なる可能性もあるのであり、この点については以下の記述においても同様である。

---

[1] **法例**

第11条　事務管理、不当利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債権ノ成立及ヒ効力ハ其原因タル事実ノ発生シタル地ノ法律ニ依ル

2 前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス

3 外国ニ於テ発生シタル事実カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ処分ニ非サレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス

[2] **法の適用に関する通則法**

（不法行為）

第17条　不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、加害行為の結果が発生した地の法による。ただし、その地における結果の発生が通常予見することのできないものであったときは、

(2) 日本法の累積適用

ところで、不法行為の準拠法と関して法例第11条は第2項及び第3項を置き、日本法を要件･効果の両面において累積的に適用していた。すなわち、当該準拠法に従うと不法行為が成立する場合でも、日本法に従うと成立しない場合には、結果として不法行為を成立させない。また、双方により不法行為が成立する場合でも、日本法により認められる範囲でしか損害賠償その他の処分を請求できないという処理を行っていたのである。

この点は、通則法においても第22条において同様に維持されている。したがって、インターネット上の掲示板における名誉･信用毀損行為に救済を求めるには、上記のように被害者の常居所地法の要件･効果を満たすことが必要であると同時に、日本法上の要件･効果も満たす必要があるといえる。

(3) 例外条項

なお、通則法においては、不法行為一般につき、新たに、原則的な連結点である結果発生地等よりも、明らかにより密接な関係がある地がある場合に関する例外条項が置かれている。したがって、名誉毀損の場合であっても、諸般の事情から明らかにより密接な関係がある地がある場合には、これとは異なる法が適用される可能性が全く無いわけではない。なお、その場合でも、上記の日本法の累積適用は同様になされることになる。[1]

加害行為が行われた地の法による。

[1] **法の適用に関する通則法**

(明らかにより密接な関係がある地がある場合の例外)

第20条 前三条の規定にかかわらず、不法行為によって生ずる債権の成立及び効力は、不法行為の当時において当事者が法を同じくする地に常居所を有していたこと、当事者間の契約に基づく義務に違反して不法行為が行われたことその他の事情に照らして、明らかに前三条の規定により適用すべき法の属する地よりも密接な関係がある他の地があるときは、当該他の地の法による。

II 情報財取引

II -1 ライセンス契約

プログラムやデジタルコンテンツといった情報財は、通常の売買契約の方式によるほか、ユーザーと情報財ベンダー（以下「ベンダー」という。）との間において当該財の使用を許諾するというライセンス契約（使用許諾契約と呼ばれることも多い。）を締結するという方式による取引が行われることが多い。ここでは、ライセンス契約に関する法律上の問題点について検討する。

なお、ライセンス契約とは、ライセンサ（ベンダー）がライセンシ（ユーザー）に対して、情報財を一定範囲で使用収益させることを約し、ライセンシがこれに同意することによって成立する契約をいう。本準則では、実務上、通常行われている有償のライセンス契約のみを対象とする。

また、ライセンス契約の対象となる情報財とは、音、映像（画像）その他の情報であって、コンピュータを機能させることによって利用可能となる形式（いわゆるデジタル形式）によって記録可能な情報を指すものとする。具体的には、プログラムその他のコンピュータに対する指令、コンピュータによる情報処理の対象となるデータ（音楽、映画、コンピュータグラフィックス等のいわゆるデジタルコンテンツ等）が含まれる。また、いわゆるカスタムメイド型の情報財については、当事者間における契約によってその内容や条件等が定まるものと考えられることから、ここでは完成品として市場で流通する情報財のみを検討の対象とする。

Ⅱ-1-1 契約の成立とユーザーの返品の可否

Ⅱ-1-1-1 情報財が媒体を介して提供される場合

【論点】

媒体型のパッケージソフトウェアを販売店から購入する場合、代金支払後に初めてライセンス契約内容を見ることが可能となることが多く、ライセンス契約内容に同意できない場合に返品・返金できないかが問題となっている。その際、ⅰ）シュリンクラップ契約又はⅱ）クリックオン契約のいずれかの方法によってライセンス契約の締結が求められることが多いが、果たしてどのような場合に返品・返金が可能か。

1．考え方

（1）販売店とユーザー間の契約が提供契約と解される場合

①原則

販売店とユーザー間の契約が販売店がユーザーに対してライセンス契約を締結することができる地位及び媒体・マニュアル等の有体物を引き渡すことを内容とする契約（＝提供契約）と解される場合は、ライセンス契約の内容に不同意であるユーザーは、返品・返金が可能であると解するのが合理的である。その根拠としては、販売店とユーザー間の契約は、ユーザーがライセンス契約に同意しない場合、ユーザーに返品・返金を認める旨の黙示の合意がある契約であると解するほかない。

具体的には、シュリンクラップ契約とクリックオン契約の2つがよく用いられており、それぞれの場合について述べる。

ⅰ）シュリンクラップ契約の場合

ユーザーが、媒体の封（フィルムラップやシール等）の開封前に、ライセンス契約の内容を認識し、契約締結の意思をもって媒体の封を開封した場合は、ライセンス契約が成立（民法第526条第2項）しているため、不同意を理由とした返品は認められない。

したがって、フィルムラップやシール等が開封されていた場合は、販売店はフィルムラップやシール等における表示が十分であるかどうかを確認し、それが通常認識できるような形態であれば、返品に応じる必要はないと解される。

（開封した場合返品できない（ライセンス契約が成立した）と思われる例）
・媒体のフィルムラップやシール等にユーザーが開封前に通常認識できるような形態でライセンス契約の確認を求める旨の表示と開封するとライセンス契約が成立する旨

の表示がなされているような場合
・

（開封したとしても不同意ならば返品できる（ライセンス契約が成立していない）と思われる例）
・媒体のフィルムラップやシール等にライセンス契約についての表示が全くない場合
・媒体のフィルムラップやシール等にライセンス契約の内容の記載場所が表示されておらず、かつライセンス契約内容が容易に見つからない場合

ii）クリックオン契約の場合

ユーザーが、画面上で「（ライセンス契約に）同意する」というボタンをクリックする前に、ライセンス契約の内容を認識し、契約締結の意思をもってクリックした場合は、ライセンス契約が成立（民法第526条第2項）しているため、不同意を理由とした返品は認められない。

なお、販売店等がクリックの有無を外見的に判断するのは困難であるのが通常であるが、何らかの手段によって契約が成立していることが判明する場合は、返品に応じる必要はないと解される。

（同意ボタンをクリックした場合返品できない（ライセンス契約が成立した）と思われる例）
・画面上でライセンス契約の内容を最後までスクロールさせた後に同意ボタンをクリックした場合
・

（同意ボタンをクリックしたとしても不同意ならば返品できる（ライセンス契約が成立していない）可能性があると思われる例）
・ライセンス契約への同意を求める画面構成や同意ボタンがインストールを進める上での他の画面構成や他のボタンと外形的な差がなく、かつライセンス契約への同意についての確認画面もない場合
・

（何らかの手段によって契約成立が判明する場合の例）
・「ライセンス契約に同意します」という欄に署名したユーザー登録葉書がベンダーに到着している場合
・ライセンス契約がオンラインや電話で行われてベンダーに登録されている場合
・

②例外

ⅰ）販売店での代金支払時にライセンス契約内容が明示されている場合

ライセンス契約内容を認識した上で、代金を支払ったと解される場合は、返品･返金はできない。

（ライセンス契約に既に同意したとして返品･返金できないと思われる例）
･外箱に契約内容がユーザーが通常認識するような十分な字の大きさで記載されている場合
･代金支払時に販売店がユーザーに対してライセンス契約内容に同意したかどうかを確認したような場合
･

ⅱ）ライセンス契約に不同意であっても返金できない旨明示されている場合

ライセンス契約内容に不同意のときも返品できない旨明示されている場合であっても、ユーザーがこれに対して個別に同意した上、代金を支払った場合を除き、ライセンス契約に不同意のユーザーは販売店に返品することができる。

（ライセンス契約に不同意であっても返品することができないと思われる例）
･販売店での代金支払時に、販売店がユーザーに対してライセンス契約に不同意であっても返品できないことをユーザーに確認し、ユーザーがこれに同意した場合
･

（ライセンス契約に不同意である場合は返品することができると思われる例）
･ライセンス契約に不同意の場合でも返品できない旨が、代金支払時には明示はなく、パッケージの開封後に初めて明示されたような場合
･

（2）販売店とユーザー間の契約が情報財の複製物の売買契約と解される場合

販売店とユーザー間の契約が情報財の複製物の売買契約と解される場合は、そもそもライセンス契約が存在しないものと解される。ユーザーは著作権法の規定に反しないかぎり情報財を自由に使用することが可能であり、仮に代金支払後にライセンス契約が明示されたとしても、ユーザーは何ら拘束されない（したがって、ライセンス契約に同意できない場合の返品の問題は生じない。）。

（ライセンス契約は存在せず情報財を自由に使用できると思われる例）
･ユーザーがライセンス契約の存在を認識せず、外箱にもライセンス契約の存在について何ら記載されておらず、また販売店もユーザーに対してライセンス契約の存在を伝えな

かった場合
・

2．説明

(1) 問題の所在

情報財の取引の中でも、ＣＤ－ＲＯＭ等の媒体を介して販売店を通じて行われるものにおいては、ライセンス契約条件をライセンサが一方的に定め、媒体の引渡し時点では契約条件について明示の合意がなされないまま、フィルムラップやシール等を破った時点やプログラム等を初めて起動しライセンス契約締結画面に同意した時点等、代金支払時よりも後の時点でライセンス契約が成立するものとしている（前者はシュリンクラップ契約、後者はクリックオン契約という。）取引慣行がある。このような場合に、どの段階でライセンス契約が成立しているか、ユーザーがライセンス契約の条件に同意できない場合、返品することで返金に応じてもらえるかなどについて、必ずしも明確でない。

そこで、本項では、媒体を介した取引について、取引当事者間の契約内容を検討する。

(2) 販売店とユーザーとの間の契約内容

ユーザーが店頭で対価を支払って媒体を介して情報財の引渡しを受けた場合、契約当事者の合理的意思解釈として、①情報財の複製物の売買契約と解される場合と、②販売店がユーザーに対してライセンス契約を締結することができる地位及び媒体・マニュアル等の有体物を引き渡すことを内容とする契約（以下「提供契約」という。）と解される場合がある。①と②のどちらの契約と解されるかは、情報財取引に関する一般的な認識等様々な事情（例えば、購入の対象であるパッケージソフトウェアはライセンス契約を締結しないと使用できないことについての購入者の認識等）を総合考慮して決定されるものであるが、少なくとも、ユーザーが通常認識し得るような形態で媒体の外箱（パッケージ）にライセンス契約締結の必要性が明示されている場合や、販売店がライセンス契約締結の必要性について口頭で説明している場合であれば、②の提供契約と解される可能性が高い。

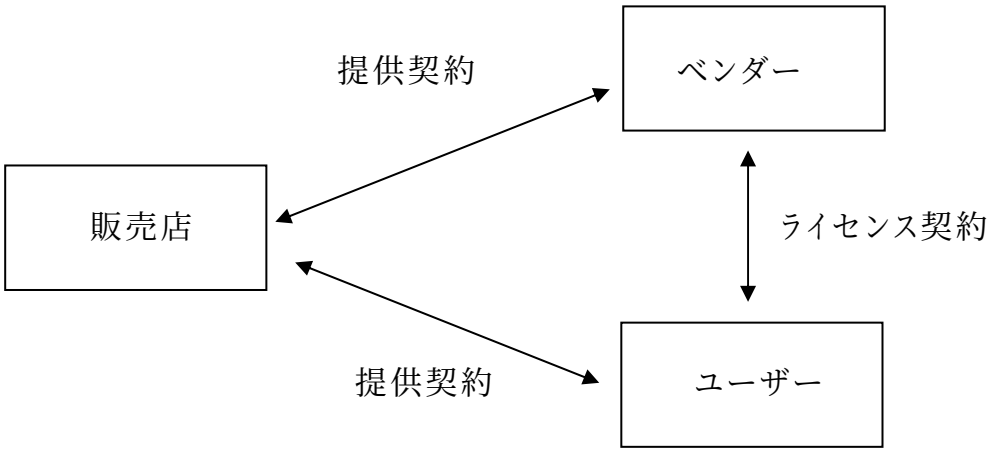
まず①の情報財の複製物の売買契約と解される場合、代金支払時にその存在すら合意されていない契約にユーザーが拘束されることは相当でないので、この場合は、ライセンス契約は存在せず、購入したユーザーは著作権法の規定に反しない限り当該情報財を自由に使用することができる。具体的には、技術的保護手段の回避による場合などを除き私的使用を目的とする複製が可能であり（同法第30条第1項）、また、例えばプログラムについては、必要と認められる限度において複

製又は翻案が可能である（同法第47条の2第1項）。また、そもそもライセンス契約自体存在しないので、ライセンス契約の条件に同意できない場合の返金の問題も生じない。

なお、ライセンス契約締結の必要性について合意していないにも関わらず、例えば、外箱の中にライセンス契約書が封入されている場合等、購入後にライセンス契約が明示されたとしても、通常、そのことによって、何らかの法的効果が発生することはないものと解される。

次に②の提供契約は、販売店からユーザーに対して、ライセンス契約を締結することによって情報財を使用することができる権利、すなわち、ライセンス契約を締結することができる地位を移転するとともに媒体・マニュアル等の有体物を引き渡すものであり、両者が一体となった契約であると解される。

この場合、ユーザーは販売店との間で提供契約を締結し、次にベンダーとの間で情報財の使用を許諾するライセンス契約を締結するという、2つの異なった契約を締結することとなる。ユーザーは後者のライセンス契約に基づいて情報財を使用することができることとなる（下図参照）。



(3) ライセンス契約の成立要件及び成立時期

前記（2）②の場合、すなわち、販売店とユーザーとの間の契約が提供契約である場合は、さらに、ⅰ）ライセンス契約の内容が提供契約締結時（代金支払時）より前に明示される場合、ⅱ）提供契約締結時（代金支払時）より後に明示される場合に分けられる。それぞれいつの時点でライセンス契約が成立するものと解されるであろうか。

媒体を介して情報財を取引する場合、ベンダーとユーザーとの間のライセンス契約は隔地者間の契約に当たるので、契約が成立するにはユーザーの承諾の意思表示が必要となるのが原則であるが、申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、承諾の意思実現行為があれば契約が成立

する（民法第526条第2項）。これは申込者の意思表示又は取引上の慣習により、意思実現行為が承諾者の通知と等置できるからであり、ライセンス契約の成立についても、この意思実現行為による契約の成立を認めることができると解される。

まずⅰ）の場合、ユーザーがライセンス契約の内容を認識した上で、提供契約の代金を支払うことが、ライセンス契約の承諾の意思実現行為と解されるため、提供契約締結と同時にライセンス契約も成立する。例えば、外箱にユーザーが購入時に通常認識するような字の大きさで契約内容が記載されている場合や、代金支払時に販売店がユーザーに対してライセンス契約内容に同意したかどうかを確認したような場合が考えられる。

次にⅱ）の場合、提供契約締結時にはライセンス契約の内容が明示されていない以上、ライセンス契約の成立する時期は、これよりも後となる。現在取引慣行となっているシュリンクラップ契約やクリックオン契約について、ライセンス契約が成立するか否かはユーザーに意思実現行為が存在するか否かの問題となる。

まずシュリンクラップ契約の場合、フィルムラップやシール等を開封する行為が意思実現行為に該当するか否かであるが、ユーザーが開封前にライセンス契約の内容を認識し、契約締結の意思をもって開封した場合は、ライセンス契約が成立するものと解される。例えば、ユーザーが開封前に通常認識できるような形態でフィルムラップやシール等にライセンス契約の確認を求める旨及び開封するとライセンス契約が成立する旨の表示がなされているような場合、開封することを意思実現行為とみなし、ライセンス契約の成立が認められることが多いと解される。しかし、フィルムラップやシール等にライセンス契約についての表示が全くない場合や、フィルムラップやシール等にライセンス契約の内容の記載場所が表示されておらず、かつライセンス契約内容が容易に見つからない場合は、開封したとしてもライセンス契約の成立が認められないと解される。

次にクリックオン契約の場合、画面上で「（ライセンス契約に）同意する」というボタン（以下「同意ボタン」という。）をクリックすることが意思実現行為に該当するか否かであるが、ユーザーがクリックする前にライセンス契約の内容を認識し、契約締結の意思をもってクリックした場合は、ライセンス契約が成立するものと解される。例えば、画面上でライセンス契約の内容をスクロールさせ、最後までスクロールしなければ同意ボタンをクリックできないような画面構成をとる等、ユーザーが同意ボタンをクリックする前に契約内容を通常認識できるような表示となっている場合、ライセンス契約の成立が認められることが多いと解される。しかし、ライセンス契約への同意を求める画面構成や同意ボタンがインストールを進める上での他の画面構成や他のボタンと外形的な差がなく、かつライセンス契約への同意についての確認画面もない場合は、ライセンス契約の成立が認められない可能性があると解される。

(4) ライセンス契約の条件に不同意の場合の提供契約解除の可否

前記(3)ⅱ)の場合、すなわち、ライセンス契約の内容が提供契約締結時(代金支払時)より後に明示される場合、ライセンス契約の内容にユーザーが同意できない場合、販売店に返品して、既に支払った対価の返還を求めることができるか否か問題となる。

ライセンス契約と提供契約は、本来別個独立した契約であるが、提供契約の主たる目的は、ユーザーが情報財を使用することにあり、ライセンス契約と提供契約とは極めて牽連性が高いと考えられ、また、提供契約の対価の大半は、ライセンス契約を締結することができる地位、すなわち、情報財を使用することができる権利に充てられるものと考えられることから、ライセンス契約の条件に同意しないユーザーは、販売店に返品して、既に支払った代金の返還を求めることができるものと解するのが契約当事者の意思に合致しており、合理的である。その根拠として、現行法の解釈としては、提供契約においては、ユーザーがライセンス契約に同意しない場合、ユーザーに解除権を認める旨の黙示の合意があるものと解するほかないであろう。

この解除権の行使可能な期間については、特段の合意(例えば、外箱に通常認識可能な状態で返品を認める合理的な期間を明示する等)がない限り、10年(民法第167条第1項)ないし5年(商法第522条)となる。

また、解除権を否定する合意がない限り、提供契約においては、黙示の解除権があるものと認められるものとすれば、仮に外箱開封後に返品を認めない旨の表示があっても、解除権が否定されることにはならないものと解される。

なお、既にライセンス契約が成立している場合には、ライセンス契約に不同意であることを理由とする解除権を行使できないので、返品は認められない。問題は、販売店がどのようにしてライセンス契約成立の有無を判断するかである。

まず、シュリンクラップ契約の場合は、①フィルムラップやシール等が開封されていた場合と、②開封されていない場合があるが、後者の場合は、ライセンス契約が成立しておらず、販売店は返品に応じる必要があると解される。前者の場合は、フィルムラップやシール等における表示が十分であるかどうかが問題となり、ユーザーが通常認識できるような形態でフィルムラップやシール等にライセンス契約内容の確認を求める旨及び開封するとライセンス契約が成立する旨が記載されていた場合は、既にライセンス契約が成立しているとして返品に応じる必要がないと解される。

次に、クリックオン契約の場合は、販売店がクリックの有無を外見的に判断することは困難であるのが通常であるが、何らかの手段、例えば、ベンダーにユーザー登録葉書が到着している場合や、ライセンス契約がオンラインや電話で行われてベンダーに登録されている場合等、販売店がベンダーに確認することによって、ライセンス契約成立の有無を確認することが可能であると考えられ、ライセンス契約が成立していることが判明する場合は、返品に応じる必要がないと解される。

さらに、ライセンス契約に不同意であるためにユーザーから返品を受けた販売店は、卸ないしベンダーに遡って返品を求めることができるかという問題がある。ライセンス契約締結の必要性が明示されており、かつ、ライセンス契約に不同意であっても返品できない旨の明示がない場合（後記（5）参照）、ライセンス契約に同意しないユーザーは提供契約を解除することができるものと解されるのであるから、ベンダー、卸、販売店等もこれを前提に各当事者間の契約を締結していると考えられる。したがって、返品を受けた販売店は、卸ないしベンダーに返品を求めることができると解するのが合理的である。すなわち、ユーザーが、ベンダーが設定したライセンス契約の内容に同意できないことを理由に販売店に対して返品した場合には、販売店は卸に対して返品を求めることができること、販売店が卸に対して返品した場合には、卸はベンダーに対して返品を求めることができることについて、各当事者間において明示又は黙示の合意があるものと解される。

ところで、販売店から卸ないしベンダーへの返品が認められるのは、ユーザーがライセンス契約に不同意の場合であるが、卸やベンダーは、直接ユーザーと契約関係に立つものではないため、販売店からの返品請求がユーザーによるライセンス契約の不同意を理由とするものなのか否か明確には知り得ないであろう。そこで、関係当事者間での問題解決が迅速、円滑に図られるため、提供契約時にユーザーに対して、ライセンス契約に不同意のため提供契約を解除する場合は、その理由を記載した書面の提出を求める特約を合わせて締結しておくことが考えられる（かかる趣旨を明文化したものとして割賦販売法第30条の4第3項がある。）。

（5）返品不可の特約が明示されている場合

ユーザーがライセンス契約に不同意の場合、提供契約において黙示の解除権があると解することが合理的であるが、不同意の場合であっても返品できないことが提供契約締結時、すなわち販売店での代金支払時に明示されていた場合であっても、返品は認められるのだろうか。

単に返品不可の特約が明示されていることのみを理由として返品を認めないと解することは相当でなく、不同意の場合であっても返品できないことについて個別同意があったと認められる場合、例えば、返品ができない旨が販売店から口頭で説明されたり、媒体の外箱に明らかに認識できるような形態で明示されていた場合において、これに同意の上、代金を支払った場合に限り、ライセンス契約に不同意であることを理由として返品することができないものと解される。

なお、不同意の場合であっても返品できないことに対して個別同意したユーザーは、代金支払後に明示される契約内容に従ったライセンス契約を締結するよりほかない。もっとも、本準則「契約中の不当条項」の論点に該当する契約条項については、その効力が認められない場合があることは当然であり、その場合、ユーザーは

当該条項に拘束されることはない。

Ⅱ-1-1-2 情報財がオンラインで提供される場合

【論点】
オンライン契約画面を通じて、ベンダーのサーバーから情報財を有償でダウンロードした場合、ライセンス契約に同意できないことを理由として返品・返金できる場合はあるか。

1．考え方

(1) オンライン契約時にライセンス契約内容が明示されている場合

ライセンス契約内容に同意の上、購入ボタン（契約ボタン）をクリックしたと解される場合は、返品・返金はできない。

（ライセンス契約に同意したものと認められ返金はできないと思われる例）
・画面上のライセンス契約内容の明示の方法として、同意ボタンや購入ボタンは十分に目立つものとし、単にダウンロードを進めるためのその他のボタンとは異なるように配した場合において、同意ボタンをクリックした後に購入ボタンをクリックした場合
・契約条項が長大で一画面に表示しきれない場合は、最後までスクロールしないと同意ボタンをクリックできないような構造とした場合において、同意ボタンをクリックした後に購入ボタンをクリックした場合
・

（ライセンス契約に同意しておらず返金が可能と思われる例）
・オンライン契約画面からリンクでライセンス契約画面に移行するような場合においてリンクが発見しづらく、かつ購入ボタンのクリックに際してライセンス契約についての同意が必要とされない場合
・

なお、いわゆるＢｔｏＣ契約においては、契約の申込み内容を確認する措置が講じられている場合、消費者自らが確認措置が不要である旨の意思の表明をしたときを除き、操作ミスによる消費者の申込みの意思表示は無効となる（電子契約法第3条、民法第95条）。

(2) オンライン契約時にライセンス契約締結の必要性が明示されていない場合

ライセンス契約は存在しないものと解されるので、ライセンス契約に同意できないことを理由とする返品の問題は生じない。ユーザーは著作権法の規定に反しないかぎり自由に使用することが可能である。また、購入ボタンのクリック後（＝代金支払後）にライセンス契約が明示されたとしても、ユーザーは何ら拘束されない。

（ライセンス契約内容に拘束されないと思われる例）
・オンライン契約画面上にライセンス契約の存在について何ら表示されていない場合であって、ダウンロードしたファイルを解凍したら「readme.txt」というファイルが作成され、それを開くとライセンス契約内容が表示されるような場合
・

なお、オンライン契約画面においてライセンス契約締結の必要性については明示されたものの、購入ボタンをクリックする以前にはライセンス契約内容を見ることができず、ダウンロード後に初めてライセンス契約内容が明らかとなるような場合も考えられる。しかし、画面上においてライセンス契約内容を表示させることは極めて容易であることを勘案すれば、このような販売方法は通常ないとも考えられるが、この場合もユーザーがライセンス契約に不同意の場合は、当然返品・返金を求めることができると解される。

2．説明

(1) 問題の所在

オンラインによる情報財の取引は、情報財の複製物たる媒体が引き渡されるのではなく、例えばベンダーのサーバーから無体物たる情報財がユーザーのハードディスク等へダウンロードされるものである。情報財がオンラインで提供される場合、ベンダーとユーザーとの間の契約自体もオンライン上で行われることが通例である。また、現在のところベンダー又はその代理店とユーザーとの間で直接取引されることが多い。

本項ではこのような形態のオンラインによる情報財の取引に関する契約の内容について検討する。

(2) ライセンス契約締結の必要性が事前に明示されていない場合

オンラインによる契約画面上、ライセンス契約締結の必要性が明示されていない場合、原則として、本準則「情報財が媒体を介して提供される場合」の論点における情報財の複製物の売買と同様、当該情報財を使用することについてライセンス契約による格別の条件を付さず、情報財をダウンロードすることによってユーザーは情報財の複製物の所有権を有することを目的とする契約を締結したものと解される。この場合、ユーザーは、著作権法の規定に反しない限り当該情報財を自由に使用することができ、ライセンス契約に同意できないことを理由とする返品の問題は生じない。また、情報財を購入する旨のボタン（以下「購入ボタン」という。）のクリック後（＝代金支払後）にライセンス契約が明示されたとしても、ユーザーは何ら拘束されない。

(3) ライセンス契約締結の必要性が事前に明示されている場合

オンラインによる契約画面上、ライセンス契約締結の必要性が明示されている場合は、原則として、ユーザーに対して情報財を提供（送信）するとともに当該情報財を一定範囲で使用収益させることを内容とする契約、すなわち、ライセンス契約に情報財の提供（送信）が付加された契約を締結することになると解される。

この場合、さらに、①代金支払前にライセンス契約の内容が明示される場合と、②代金支払前にライセンス契約の内容が明示されない場合に分けられるが、それぞれいつの時点でライセンス契約が成立するものと解されるであろうか。

まず①の場合、代金支払前に契約画面上でライセンス契約の内容が明示され、当該ライセンス契約の内容に同意した上で購入ボタンをクリックした場合は、原則として、購入ボタンをクリックしたという情報が相手方のサーバーに記録された時点でライセンス契約を含めた契約全体が成立する（電子契約法第4条）。なお、いわゆるBtoC 契約においては、契約の申込み内容を確認する措置が講じられているとき、消費者自らが確認措置が不要である旨の意思の表明をしたときを除き、操作ミスによる消費者の申込みの意思表示は無効となる（電子契約法第3条、民法第95条）。

例えば、オンライン画面上のライセンス契約内容の明示の方法として、同意ボタンや購入ボタンは十分に目立つものとし、単にダウンロードを進めるためのその他のボタンとは異なるように配したり、仮に契約条項が長大で1画面に表示しきれない場合は、最後までスクロールしないと同意ボタンをクリックできないような構造とした場合において、同意ボタンをクリックした後に購入ボタンをクリックした場合は、ライセンス契約の成立が認められ、ユーザーは返金を求めることはできないと考えられる。

しかし、例えば、オンライン契約画面からリンクでライセンス契約画面に移行するような場合においてリンクが発見しづらく、かつ購入ボタンのクリックに際してライセンス契約についての同意が必要とされない場合等は、購入ボタンがクリックされていたとしても、ライセンス契約が成立しておらず、ユーザーは返金を求めることができると考えられる。

次に②の場合、ユーザーがライセンス契約の内容を認識し、契約締結の意思を持って同意ボタンをクリックしたときにライセンス契約を含めた契約全体が成立する。例えば、ダウンロード後にファイルを解凍したら「readme.txt」というファイルが作成され、それを開くとライセンス契約内容が表示されるというような場合は、ライセンス契約内容に不同意のときは、契約が成立しないので、ユーザーは返品・返金を求めることができると解される。

ただし、オンライン契約の画面上にライセンス契約の内容を表示させることはベンダーにとって容易であること、すなわち、媒体を介する取引形態とは異なり、ライセン

ス契約条項の全文を明示することについての物理的な制約は通常ないことから、契約内容を事前に明示していない以上、前記(2)と同様、当該情報財を使用することについてライセンス契約による格別の条件を付さず、情報財をダウンロードすることによってユーザーは情報財の複製物の所有権を有することを目的とする契約を締結したものと解される場合もあり得ると思われる。

Ⅱ-1-2 重要事項不提供の効果

【論点】

情報財の提供に際してユーザーが代金を支払う際に、ベンダー又は販売店はどのような情報を提供する必要があるか。またそのような情報を提供しなかった場合はどうなるか。

（例）

消費者が店頭で代金を支払って、販売店からプログラムの引渡しを受けたが、プログラムが使用できるＯＳ環境の情報を販売店から提供されていなかったため、実際にプログラムを使用できなかった。この場合、返品･返金は可能か。

1．考え方

(1) 重要事項が不提供であった場合

情報財を使用する上で必要な情報（＝重要事項）については、ベンダー又は販売店がユーザーに提供する義務が課されると解される場合があり、それが提供されなかった結果、ユーザーが情報財を使用できなかった場合は、ユーザーは返品･返金を求めることができる可能性がある（民法第1条第2項）。

(2) 具体的な重要事項の内容

現時点では以下のものは重要事項に該当するのではないかと考えられる。

（重要事項に該当すると思われる事項）
･ＯＳとプラットフォームソフトの種類とバージョン（なお、ＯＳ又はプラットフォームソフトのいずれか一つで足りる場合は、その一方。）
･ＣＰＵの種類と演算速度
･メインメモリの容量
･ハードディスクの容量
･

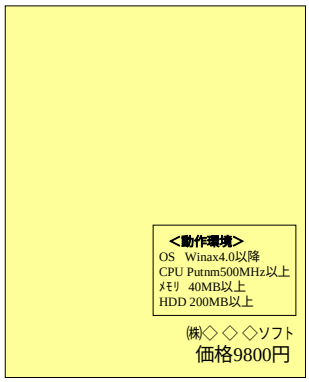
(3) 情報提供の具体的方法

上記のような情報はベンダーしか知り得ないため、媒体型であれば外箱において、オンライン型であれば契約画面上において表示されることが多いと考えられる。

（提供されたと思われる例）

・パッケージソフトの外箱の金額表示の近辺などユーザーにとって気づきやすい位置に「動作環境」等の表示を付して枠で囲って明示した場合（右記例）

・



2．説明

(1) 問題の所在

情報財は、他の財と比較してその使用環境への依存度が高く、それを使用するに当たっての技術環境が異なると、全く作動しないケースもある。このため、例えば、ユーザーが店頭で代金を支払って、販売店からパッケージソフトウェアの引渡しを受けたものの、それが使用できる動作環境の情報を提供されていなかったため、実際にプログラムを使用できない、といったことが起こり得る。この場合、ユーザーが提供契約を解除して、パッケージソフトウェアを販売店に返品することは可能かが問題となる。

民法第1条第2項の信義則により、契約の締結に当たっては、契約の一方当事者に、相手方に対する一定の情報提供の義務が課されると解されることがあり、その義務を履行しなければ、相手方は契約を解除することができる可能性がある。

そこで、情報財取引における本法理の適用関係は、具体的にどうなるかが問題となる。

(2) 契約締結段階における情報提供義務

契約当事者間の情報や専門的知識に大きな格差がある場合は、その締結過程において、信義則（民法第1条第2項）上、契約の締結に当たり重要である事項（以下「重要事項」という。）の情報提供の義務が課される場合があると解されている。

情報財については、ＯＳやプラットフォームソフト等の動作環境が合致しなければ、ユーザーは情報財をそもそも使用することができない。したがって、情報財にとって動作環境の説明は、提供時の付随義務としてではあるが情報財が使用できるか否かを判断する上での重要な情報（重要事項）となる場合があり、信義則上、提供契約又はライセンス契約の締結に当たって、最低限の動作環境が明示されることが必要となる場合があるものと解される。

(3) 情報提供義務違反の効果

信義則上このような情報提供義務が課されることを認めた従来の裁判例には、①損害賠償責任を認めたもの、②契約解除を認めたもの、の2つのケースが存在する。

①の裁判例は、金融商品の取引や、契約締結後に長い期間が経過していた場合であり、損害賠償によるトラブル解決が求められたケースであったと考えられる。

一方、②の裁判例はいずれも不動産取引のケースであって、契約締結前に売主が買主に周辺環境等の重要事項を提供することは、売買契約の締結に際しての当然の付随義務であり、これが売買契約を締結するか否かを決する上において重要な事柄である以上、当該義務違反をもって買主は売買契約の解除をなし得る、としたものである。

動作環境が契約締結時に提供されなかったために、情報財が使用できないようなケースについては、買主は②の契約を解除して、支払済みの対価の返還を求めることが多いものと解される。

(4) 情報提供義務の内容

ユーザーが代金を支払ったにもかかわらず動作環境が明示されなかったため情報財を使用することができない場合は、提供契約やライセンス契約の解除という形でユーザーの保護が図られる可能性がある。

また、具体的に表示すべき動作環境の必須事項としては、実際にトラブルとなっている実態から整理すると、例えば、以下のような項目が必須項目として該当するものと考えられる。

・OS及びプラットフォームソフトの種類及びバージョン（なお、OS又はプラットフォームソフトのいずれか一つで足りる場合はその一方。）
・CPUの種類及び演算速度
・メインメモリの容量
・ハードディスクの容量

(5) 情報提供の具体的方法

上記のような情報はベンダーしか知り得ないため、媒体型であれば外箱において、オンライン型であれば契約画面上において表示されることが多いと考えられる。例えば、媒体型の場合においては、外箱の金額表示の近辺等ユーザーにとって気づきやすい位置に「動作環境」等の表示を付して枠で囲って明示したような場合は、情報が提供されたものと解される。ただし、販売店がベンダーから情報を受け取って、ユーザーへの引渡し時に当該情報を提供してもよいことは言うまでもない。

Ⅱ-1-3 契約中の不当条項

【論点】
ライセンス契約の条項中、不当なものとして無効と解されるようなものはどのようなものがあるか。

1. 考え方

以下のような契約条項は無効となる可能性がある。無効である場合は、ユーザーは当該条項に拘束されない。

(1) 公序良俗に反する契約条項

民法第90条において規定する公序良俗に違反する条項については、無効となる可能性がある。

(不当条項に該当する可能性がある条項例)
・ベンダーの契約解除条件を著しく有利とする条項
・ベンダーが支払う損害賠償額を著しく低く定める条項
・

(2) 消費者契約法に違反する契約条項

消費者契約の場合、消費者契約法第8条～第10条に基づき、下記の事項等は無効となる可能性がある。
・ベンダーの全部免責条項
・ベンダーの故意又は重過失の免責条項
・消費者が支払う損害賠償又は違約金の額を、事業者の損害に比して不当に高く定める条項
・消費者の利益を一方的に害する条項

(不当条項に該当する可能性がある条項例)
・バグについて一切責任を負わないという条項
・バグの修補は全て有料という条項
・担保責任期間を著しく短くする条項
・

(3) 競争制限的な契約条項

独占禁止法上違法となる契約条項については、民法第90条(公序良俗違反)により私法上の効力も無効となる場合もある。

（不当条項に該当する可能性がある条項例）
・試験研究を制限することにより、市場における公正な競争を阻害するおそれがある条項
・他の特定製品や競合製品の使用を禁止することにより、市場における公正な競争を阻害するおそれがある条項
・リバースエンジニアリングを禁止することにより、市場における公正な競争を阻害するおそれがある条項
・

(4) 著作権法上の権利制限規定がある部分についてユーザーの利用制限を課している契約条項

著作権法第30条から第49条までの規定は、法律で著作権を部分的に制限している（すなわちユーザーに対してその部分の利用を認めている）規定であるが、これらの規定は基本的には任意規定であり、契約で制限することが可能であるとの解釈がある。しかしながら、ユーザーに対してそれらの規定よりも利用を制限しているライセンス契約の条項は無効であるとの解釈も存在している。

（著作権法上の権利制限規定がある部分についてユーザーの利用制限を課している契約条項は無効であるとの解釈をとった場合、不当条項に該当する可能性がある条項例）
・私的複製やバックアップコピーを完全に禁止する条項
・

2. 説明

ライセンス契約において、以下のような契約条項は無効となる可能性があると解される。

(1) 民法第90条において規定する公序良俗に反する契約条項

民法第90条は「公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスル法律行為ハ無効トスル」と規定している。これは、契約の効力を認めることが社会的に見て余りに妥当性を欠くときは契約を無効にするという考え方である。例えば、航空機事故に対する賠償金の額を100万円に制限した約款が公序良俗違反で無効とされた裁判例（大阪地裁昭和42年6月12日判決・下民集18巻5・6号 641 頁）があり、ライセンス契約の内容の不当性についても、同様の理が適用される可能性がある。

例えば、ベンダーの契約解除条件を著しく有利とする条項や、ベンダーが支払う損害賠償額を著しく低く定める条項は、上記により無効となる可能性がある。

(2) 消費者契約法に違反する契約条項

消費者契約の場合、消費者契約法第8条から第10条までに基づき、下記の事項は無効となる可能性がある。

・ベンダーの全部免責条項
・ベンダーの故意又は重過失の免責条項
・消費者が支払う損害賠償又は違約金の額を、事業者の損害に比して不当に高く定める条項
・消費者の利益を一方的に害する条項

例えば、消費者契約において、バグについて一切責任を負わないという条項や、担保責任期間を著しく短くする条項は、上記により無効となる可能性がある。

(3) 競争制限的な契約条項

独占禁止法上違法となる契約条項については、民法第90条(公序良俗違反)に基づき、私法上の効力も無効となる場合もある。

例えば、試験研究を制限する条項や、他の特定製品や競合製品の使用を禁止する条項、リバースエンジニアリングを禁止する条項は、市場における公正な競争を阻害するおそれがある場合においては、上記により無効となる可能性がある。

なお、リバースエンジニアリングを禁止する条項については、公正取引委員会より「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―」が公表されており、具体的には、オペレーティングシステムなど、プラットフォーム機能を持つソフトウェアとインターオペラビリティを持つソフトウェアやハードウェアを開発するためには、①当該ソフトウェアのインターフェース情報が必要であり、②ライセンサがインターフェース情報を提供しておらず、③ライセンシーにとって，リバースエンジニアリングを行うことが、当該ソフトウェア向けにソフトウェアやハードウェアを開発するために必要不可欠な手段となっているような場合に、市場における公正な競争を阻害するおそれがある場合が該当する可能性がある。

(http://www.jftc.go.jp/pressrelease/02.march/020320.pdf)

(4) 著作権法上の権利制限部分についてユーザーの利用を制限する契約条項

情報財が著作権法で保護されている場合、同法の規定により著作権が制限されている部分(著作権法第30条から第49条まで)が存在する。この部分は著作権法によってユーザーに著作物の利用が認められているものであるが、基本的には任意規定であり、契約で利用を制限することが可能であるとの解釈がある。しかしながら、上記規定について情報財の利用を制限するようなライセンス契約の条項は無効であるとの解釈も存在している。この解釈によれば、例えば、私的複製やバックアップ

コピーを完全に禁止する条項が、上記により無効となる可能性がある。

Ⅱ-1-4 ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲

【論点】

ソフトウェアライセンス契約において、特定のユーザー（ライセンシ）に限定して使用が許諾されている場合[1]に、ソフトウェアライセンス契約に基づくソフトウェアの使用許諾は、当該企業の従業員その他のいかなる者が、いかなる態様で使用する場合にまで及ぶことになるのか。

具体的には、ソフトウェアライセンス契約を締結したユーザー（ライセンシ）と一定の関係を有しており、何らかの業務に従事している下記の者が、当該ユーザーの業務に関連して当該ソフトウェアを使用した場合に、使用許諾は、これらの者に対して及んでいると言えるか。

（例）

1．ユーザー（ライセンシ）が、第三者を委託者、当該ユーザーを受託者とするソフトウェア開発契約を締結した上で、ユーザー従業員[2]を当該第三者社内に常駐させて開発業務に従事させた場合の、当該ユーザーの従業員

2．ユーザー（ライセンシ）内で当該ユーザーの業務に従事する派遣社員

3．第三者からソフトウェア開発を元請として受託したユーザー（ライセンシ）が、当該ユーザーを再委託者、ソフトウェアベンダをソフトウェアベンダ（再受託者）として、当該ソフトウェア開発を再委託したうえで、当該ソフトウェアベンダの従業員を当該ユーザー内に常駐させて、当該再委託にかかるソフトウェア開発業務に従事させた場合の、当該常駐しているソフトウェアベンダの従業員

4．ユーザー（ライセンシ）の取引先の従業員

1．考え方

ソフトウェアを実際に使用する者のユーザー（ライセンシ）に対する人的な帰属形態、ソフトウェアの使用目的、その他の事情を総合的に考慮して、当該ソフトウェアの使用が当該ユーザー自身による使用と評価できる場合には、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶことになると考えられる。

---

[1]本論点では契約に別途の定めがある場合、例えば「本ソフトウエア製品のコピー1部を特定の1台のコンピュータにインストールして使用することができます。」と規定されている場合のように、コンピュータやＣＰＵ等によって使用許諾の及ぶ範囲が規定されている場合や「法人の正社員」などと使用許諾の及ぶ者が明確に規定されている場合など、また個人使用を前提としたパッケージソフトウェアは除くものとする。

[2] ここでの「従業員」とは、雇用契約を締結しているすべての従業員をいい、正社員、いわゆる契約社員、パート社員等を含むものとする。派遣会社から派遣される派遣社員はこれに含まれないものとする。

(1) 例1の場合

ユーザー（ライセンシ）の従業員は、当該ユーザーの業務のために当該ソフトウェアを使用しているのであるから、社外での使用であっても、社内での業務の延長上の使用であり、当該ユーザーによる使用と評価することが可能である。

したがって、当該ソフトウェアの使用許諾は及ぶものと考えられる。

(2) 例2の場合

派遣社員については、人材のアウトソーシング化が常態化している昨今の状況にかんがみれば、ユーザー（ライセンシ）の従業員と、その職務の従事の実体において、実質的に何ら変わるところがなく、当該派遣社員によるソフトウェアの使用は、当該ユーザーによる使用と評価することが可能と考えられる。

したがって、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶと考えられる。

(3) 例3の場合

ユーザー（ライセンシ）内に常駐しているソフトウェアベンダ（再受託者）であるソフトウェアベンダの従業員は、当該ユーザーから再受託を受けた開発業務に従事している。

この場合に、当該従業員に対してソフトウェアの使用許諾が及ぶか否かは、当該ソフトウェアの性質、ソフトウェアの使用目的、その他の具体的実体に即して判断すべきであり、その結果、当該ユーザー自身によるソフトウェアの使用と評価することが可能である場合には、当該使用許諾が及ぶことがあると考えられる。

例えば、ソフトウェアの開発能力を十分に有しているユーザー（ライセンシ）が、人手不足を補うために、ソフトウェアベンダとソフトウェアの再開発委託契約を締結したという事情が存在する場合には、開発現場の実態に即して、当該ユーザーの業務に従事し、ソフトウェアを使用していると評価できる場合があると考えられ、この場合には、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶと評価されることがあると考えられる。

これに対して、ソフトウェアベンダ（再受託者）であるソフトウェアベンダの従業員をユーザー（ライセンシ）の社内に常駐させてはいるものの、当該ユーザーの従業員とは独立した就業場所及び就業形態にて稼働させている場合には、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶと解されることは少ないものと考えられる。

(4) 例4の場合

取引先の従業員が、当該取引先企業の業務目的で、ソフトウェアを使用する場合には、たとえ、ユーザー（ライセンシ）内における使用であっても、ソフトウェアの使用許諾が及ぶとは考えられない。

したがって、この場合には、当該ソフトウェアの使用許諾は、当該取引先従業員

に対して及ばないものと考えられる。

2．説明

(1) 問題の所在

企業において職務に従事する者は、従来は、取締役、監査役又は従業員であった。

このため、ソフトウェアライセンス契約に基づくソフトウェアの使用についても、従来は、ユーザー（ライセンシ）の従業員等のみが、これを使用することが前提とされていた。

ところが、近時、労働提供形態の多様化が進行するのに従い、企業で職務に従事する者は、従業員に限られなくなってきている。

これに伴い、ユーザー（ライセンシ）の従業員ではない者が、当該ユーザー内において職務に従事する場合に、これらの者に対しても、ソフトウェアライセンス契約に基づくソフトウェアの使用許諾が及ぶのか否かが問題になってきた。

ソフトウェアのライセンス契約において、ライセンシに対して許諾されたソフトウェアの使用許諾が、いかなる者による使用に対してまで及ぶのかについては、当該事項が強行法規に関係する事項とまでは言えないことから、ライセンサ、ライセンシ間の契約によって自由に決定することが可能である。

したがって、ソフトウェアのライセンス契約（使用許諾契約）において、ソフトウェアの使用につき、使用許諾の人的範囲を明示する条項が存在している場合には、当該条項に従うことになる。

もっとも、我が国では、ソフトウェアのライセンス契約（使用許諾契約）において、ソフトウェアを使用可能な者の人的範囲を明示的に規定する条項が存在していないことが少なくない。

このように使用許諾の範囲を明示的に規定する条項が存在していない場合に、いかなる範囲の者による使用までを許諾したと言えるのかについては、締結された契約条項から、当事者の合理的意思を解釈することを通じて行われることになる。

(2) ソフトウェアライセンス契約においての使用許諾が及ぶ人的範囲に関する基本的な考え方

ソフトウェアのライセンス契約（使用許諾契約）は、ライセンサが、ライセンシに対して、ライセンシによるソフトウェアの使用を許諾するものであるから、ライセンシが自然人（個人）である場合には、当該自然人による使用に対して、ソフトウェアの使用許諾が及ぶことには何ら問題がない。

これに対して、ライセンシが法人である場合には、いかなる人的範囲の者に対して、ソフトウェアの使用許諾が及ぶのかが問題となる。

すなわち、法人は役員、従業員等から構成される組織体であるために、法人自身による現実の使用行為が存在しておらず、従業員等の特定の自然人による使用行為を、法人であるユーザー（ライセンシ）の使用行為とみなす必要がある。この場合に、いかなる人的範囲の者による、いかなる態様での使用を、ユーザー（ライセンシ）の使用行為であると評価し得るのかは必ずしも明らかではなく、問題となる。ここで、当該ソフトウェアが、当該企業の取締役及び監査役により、ユーザー（ライセンシ）の業務のために使用される場合には、当該ユーザー自身の使用行為とみなしうることは当然のことである。

他方で、ユーザー（ライセンシ）の従業員その他の関係者については、上述のとおり、労働提供形態が多様となってきていることから、別途検討が必要である。

すなわち、まず、ユーザー（ライセンシ）と雇用契約を締結している従業員は、当該ユーザーの指揮監督の下、当該ユーザーのために職務に従事するものであるから、従業員による当該ソフトウェアの使用は、原則として、当該ユーザーによる使用に該当すると考えられる。

これに対して、ユーザー（ライセンシ）の従業員とは言えない者が、当該ソフトウェアを使用する場合には、当該ユーザーと特別な関係を有していない者による使用行為であるといえ、当該ユーザーによる使用であると評価することは困難であることが通常であろう。

このことからすると、ユーザー（ライセンシ）の従業員によるソフトウェアの使用行為に対しては、ソフトウェアの使用許諾が及ぶことになるが、当該ユーザーの従業員と言えない者によるソフトウェアの使用に対しては、使用許諾が及ばないことが原則であろう。

しかし、ユーザー（ライセンシ）の従業員と言えない者であっても、当該ユーザーの従業員と同様に、当該ユーザーの職務に従事している場合については、当該ユーザーとの間の雇用契約の有無という形式的な側面のみに着目して、いかなる場合にもソフトウェアの使用許諾が及ばないとすることは、硬直的に過ぎ、労働提供形態が多様化している実態からすると、妥当とは言い難い側面があると考えられる。

また、ユーザー（ライセンシ）の従業員とは言えない者が、当該ユーザーの職務に従事しているとは言えない場合であっても、当該ユーザーの業務に密接に関連した業務に従事している場合については、当該ユーザーによる使用と評価し得る場合があるのか否かも問題になる。

上記のとおりであるから、ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲については、ソフトウェアを実際に使用する者のユーザー（ライセンシ）への人的な帰属形態ないしは関係や、ソフトウェアの使用目的等を通じて、当該使用が、当該ユーザーの使用

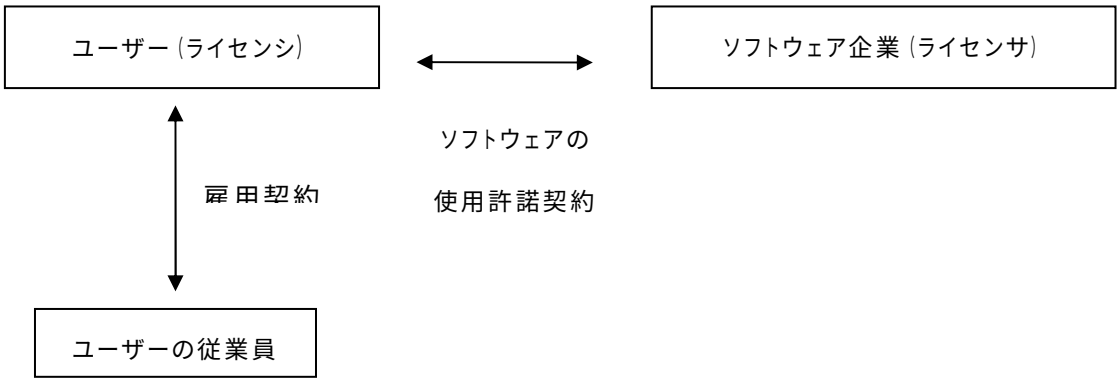
と評価し得るのか否かを判断することが必要である[1]。

(3) 検討

以下においては、ユーザー（ライセンシ）への人的な帰属の程度やソフトウェアの使用目的等により、下記の4つの場合にソフトウェアを実際に使用する者の場合を分けて検討を行う。

ソフトウェアが使用されるのがユーザー（ライセンシ）の社内であるのか、社外であるのかという場所的な関係をも考慮しながら、順次検討していく。

①ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係がある者がソフトウェアを使用する場合



ｉ）ソフトウェアをユーザー（ライセンシ）の社内で使用する場合

この場合は、ユーザー（ライセンシ）の従業員による、社内でのソフトウェアの使用であるから、当該ユーザーによる使用行為と言えるもので、当該ソフトウェアの使用許諾が及んでいることは、原則として問題はない。

ii）ソフトウェアをユーザー（ライセンシ）の社外で使用する場合

この場合は、ユーザー（ライセンシ）の社外での使用であっても、当該ユーザーと直接の雇用関係にある者による使用であり、社内での業務の延長線上の行為であるといえる。

したがって、このような使用行為は、原則としてユーザー（ライセンシ）の使用行為と言えるもので、当該ソフトウェアの使用許諾が及んでいると考えるのが相当である。

（例）

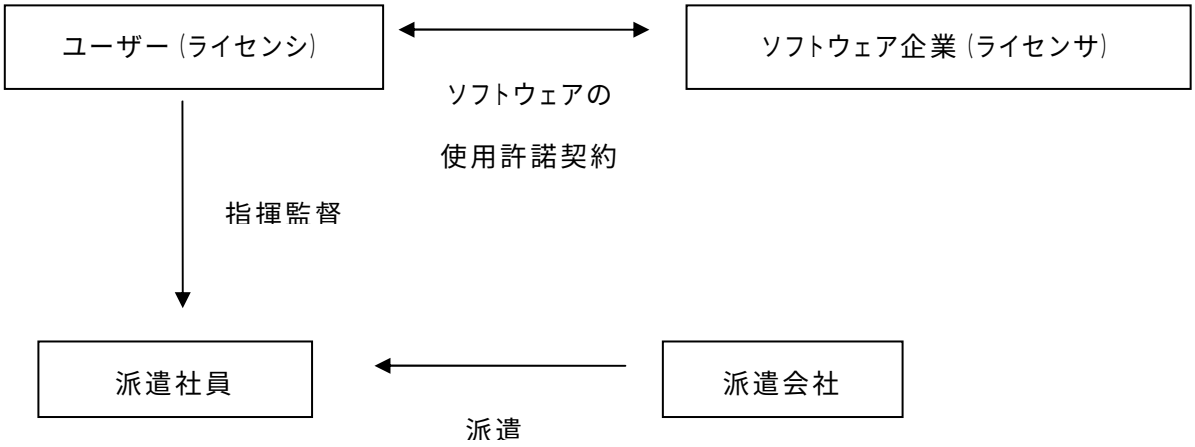
[1] ユーザー（ライセンシ）は、使用許諾を受けたソフトウェアについて、使用許諾の範囲内で使用されるよう、責任を持って管理できる体制を作ることが求められる。

・従業員が自宅にてユーザー（ライセンシ）の職務に従事するに当たり、当該ソフトウェアを使用する場合
・従業員が取引先において、当該ソフトウェアを使用してプレゼンテーションを行う場合

しかし、社外での使用が、ユーザー（ライセンシ）の使用と評価することができない特段の事情がある場合には、例外的に、当該ソフトウェアの使用許諾は及ばないと考えられる。

（例）
・従業員が自宅にて家業の広告を作成するために、当該ソフトウェアを使用する場合

②ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係にはないが、ユーザー（ライセンシ）の指揮監督の下でソフトウェアを使用する場合



この場合の代表的な例としては、常時ユーザー（ライセンシ）の社内で、従業員と同様に、当該ユーザーの指揮監督の下で勤務する派遣社員が挙げられる。

派遣社員については、人材のアウトソーシング化が常態化している昨今の状況にかんがみれば、ユーザー（ライセンシ）の従業員と、その職務の従事の実体において、実質的に何ら変わるところがなく、当該派遣社員によるソフトウェアの使用は、当該ユーザーによる使用と評価することが可能と考えられる。

ｉ）ユーザー（ライセンシ）の社内での使用の場合

派遣社員の業務への従事の形態は、従業員の場合と特に異なることがないから、社内における派遣社員による当該ソフトウェアの使用に対しては、原則と

して、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶと考えられる。

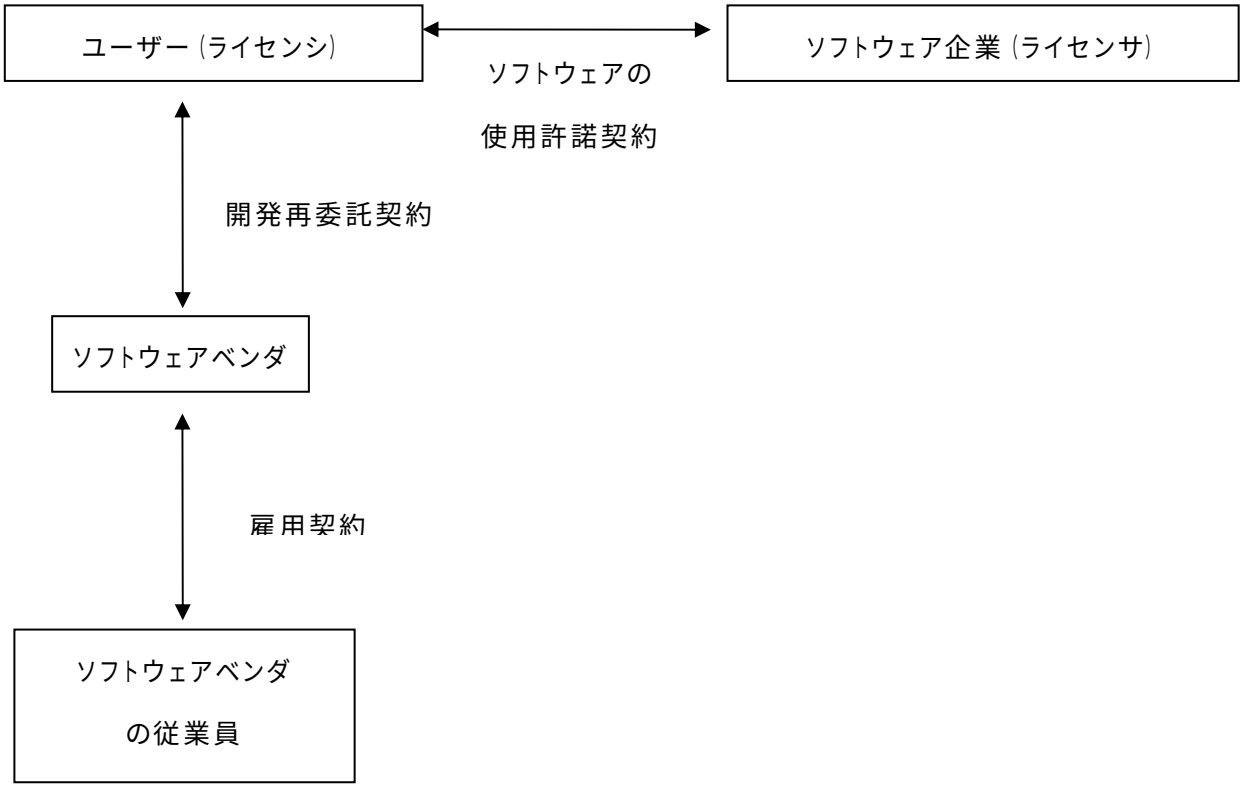
ⅱ）ユーザー（ライセンシ）の社外でソフトウェアを使用する場合

上記①ⅱ）で述べたとおり、派遣社員等であっても、ユーザー（ライセンシ）の業務に従事して当該ソフトウェアを使用している以上、ソフトウェアの使用場所が社外であったとしても、実質的には社内での業務の延長線上の行為であるといえる。

したがって、このような使用は、原則として、ユーザー（ライセンシ）の使用行為と評価することができると考えられ、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶと解するのが相当である。

なお、この場合に、社外での使用が、ユーザー（ライセンシ）の業務と無関係になされている場合には、使用許諾が及ばないことは、上述した場合と同様である。

③ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係にはないが、当該ユーザーの業務に従事する者が、ソフトウェアを使用する場合



この場合は、ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係にない者によるソフトウェアの使用であるから、原則として、当該ユーザーとは直接の関係を有さない第三者によるソフトウェアの使用であると評すべきであり、当該ユーザーによる

使用と考えることは困難であり、当該ソフトウェアの使用許諾は及ばないものと考えられる。

もっとも、この場合にも、当該ソフトウェアの性質、ソフトウェアの使用目的、その他の具体的実体に即して、ユーザー（ライセンシ）自身の使用と評価が可能な場合には、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶ場合もあると考えられる。

ⅰ）ユーザー（ライセンシ）の社内でソフトウェアを使用する場合

ソフトウェア開発を受託したユーザー（ライセンシ）から開発の再委託を受けたソフトウェアベンダ（再受託者）が、当該ユーザーの社内に常駐し、再委託を受けた開発業務に当該ソフトウェアを使用する場合には、当該開発業務は、元請である当該ユーザー自身の受託業務の側面もあることから、当該ユーザーの業務と密接に関係しており、当該ユーザー自体による使用と評価できる場合があり得ると考えられ、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶことがあると考えられる。

これに対して、ユーザー（ライセンシ）からソフトウェア開発の再委託を受けたソフトウェアベンダ（再受託者）が、当該ユーザーの社内に常駐し、開発業務に当該ソフトウェアを使用している場合であっても、当該ユーザーの従業員とは独立した就業場所及び形態にて使用している場合には、当該ユーザーによる使用と評価することは困難であり、ソフトウェアの使用許諾が及ばないものと考えられる。

ⅱ）ユーザー（ライセンシ）の社外でソフトウェアを使用する場合

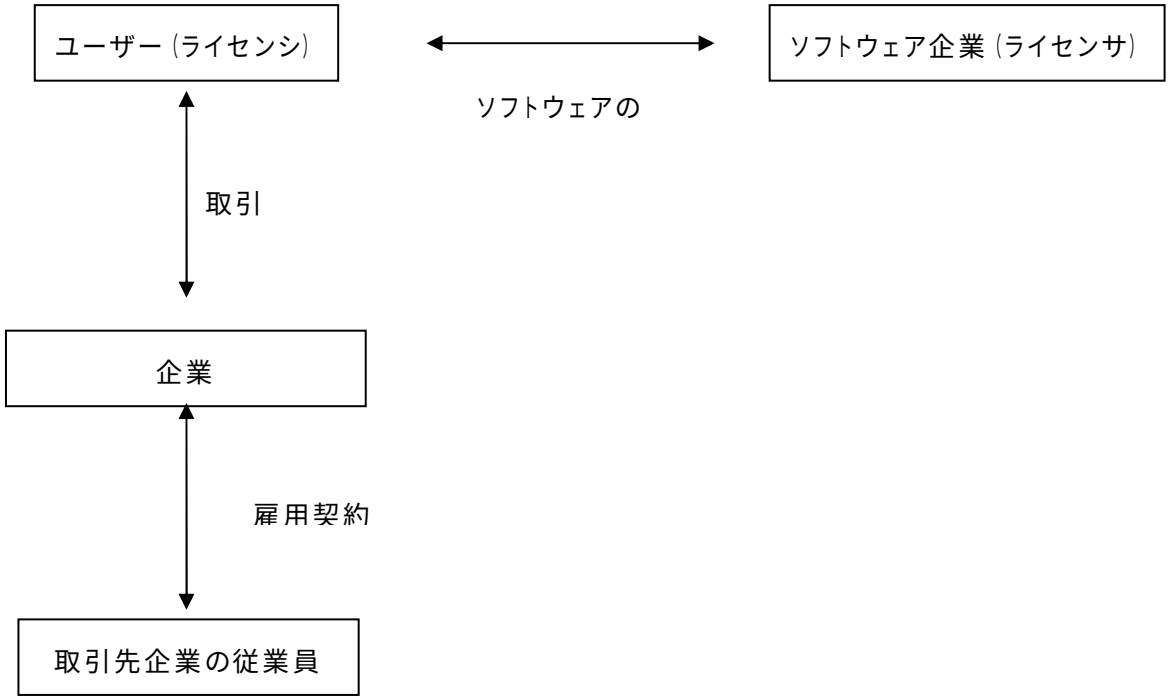
ユーザー（ライセンシ）の社外でソフトウェアを使用した場合においても、上述と同様に、一般論としては、当該ソフトウェアの性質、ソフトウェアの使用目的、その他の具体的実体に即して、当該ユーザー自身の使用と評価が可能な場合には、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶ場合があると考えられる。

もっとも、ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係になく、かつ当該ユーザーの業務に従事しない者が、当該ユーザーの社外でソフトウェアを使用する場合には、当該ユーザーの社内でソフトウェアを使用する場合と比べて、当該ソフトウェアの使用許諾が及ばないと評価される場合が多くなると考えられる。

すなわち、ソフトウェアベンダ（再受託者）の従業員が、ユーザー（ライセンシ）の社外である自社内で再受託を受けた開発業務に従事する場合には、再受託にかかる自社業務を行っているものと考えられる。

したがって、この場合には、当該ソフトウェアの使用は、ソフトウェアベンダ（再受託者）自身による使用と考えられ、ユーザー（ライセンシ）の使用許諾は及ばないと考えられる。

④ユーザー（ライセンシ）と直接の雇用関係にはない者が、その者の所属する企業の業務目的でソフトウェアを使用する場合



この場合には、取引先の従業員が、当該取引先企業の業務目的で、ソフトウェアを使用する場合には、たとえ、ユーザー（ライセンシ）内における使用であっても、当該ユーザー自身の使用と評価できる余地は考えにくいことから、原則として、ソフトウェアの使用許諾が及ばないと考えられる。

Ⅱ-1-5 契約終了時におけるユーザーが負う義務の内容

【論点】
ライセンス契約の解除等により、ライセンス契約が終了した場合には、ユーザーは具体的にどのような義務を負うのか。

（例）
ユーザーがライセンス契約を解除した後も、ユーザーは情報財を手元に残しておいても何ら責任を問われないのか。

1．考え方

(1) ライセンス契約解除のユーザーの義務（原状回復）

ライセンス契約解除に伴う原状回復義務として、ユーザーは情報財の使用を停止しなければならず、これを担保するために、ベンダーはユーザーに対して情報財を消去するよう求めることができると解するのが合理的である。

(2) ライセンス契約不成立の場合等のユーザーの義務（不当利得返還義務）

ライセンス契約が不成立であった場合等の不当利得返還義務として、ユーザーは情報財を使用することができず、これを担保するために、ベンダーはユーザーに対して、情報財の消去を求めることができると解するのが合理的である。

(3) ライセンス契約の満了時のユーザーの義務（契約による）

ライセンス契約満了時については、ユーザーの責任はその契約の内容に従ったものとなる。したがって、ユーザーは契約満了により情報財を使用することはできないが、ライセンス契約で規定されていなければ、情報財を消去する義務は負わない。

2．説明

契約の終了時として、(1) 契約解除、(2) 契約不成立、(3) 契約期間の終了（満了）の3つに分けて検討する。

(1) ライセンス契約解除に伴うユーザーの義務の内容

①問題の所在

契約が解除された場合は、民法第545条により、各当事者は相手方を原状に回復させる義務（以下「原状回復義務」という。）を負うとされている。この原状回復義務は不当利得の返還義務の性質を有し、その義務の範囲が原状回復まで拡大したものであり、その内容は原則として、解除をした債権者が既に有体物を

給付していた場合はその返還であると解されている（性質上はじめから現物返還が不能な給付の場合にはその客観的な価格を金銭に見積もって返還することであると解されている。）。

したがって、情報財のライセンス契約を解除した場合、ユーザーは単に情報財の使用を停止するのみならず、ユーザーが複製した情報財についても、目的たる情報財の使用による利益として返還義務が生じるのではないかとも考えられる。しかしながら、そもそも無体物である情報財は返還（占有移転）を観念することができないとも考えられるため、同法第５４５条の原状回復義務の具体的内容が問題となる。

②原状回復義務の内容

ライセンス契約解除の場合、ユーザーは情報財を使用する権原がないので情報財の使用を停止しなければならないが、ユーザーの手元に情報財が残ったままであれば、ユーザーは契約解除後も正当な権原なく引き続き情報財を使用する可能性がある。

情報財のベンダーとして最も重要なことは、情報財の使用等を不可能とするために、当該情報財をユーザーの管理下からなくすことである。

したがって、ライセンス契約解除時の民法第５４５条の原状回復義務として、ユーザーは情報財の使用を停止しなくてはならず、これを担保するために、ベンダーはユーザーに対して、当該情報財を全て消去（削除）するよう求めることができると解するのが合理的である。

なお、著作権法第４７条の２第２項は、「プログラムの複製物の所有者が当該複製物について所有権を有しなくなった後には、その者はその他の複製物を保存してはならない」と規定している。この規定において複製物の保存を認めないこととしているのは、ユーザーが複製物のいずれかを譲渡した場合も、残った複製物を使えることとなると、一旦複製物を手に入れれば何倍にも使用できることとなり、著作権者の利益を不当に害することとなるためとされている。したがって、複製した情報財を消去するという考え方は著作権法における考え方にも合致する。

（２）ライセンス契約不成立時等のユーザーの義務の内容

①問題の所在

契約のために相手方に情報財が提供（送信）されたが、ライセンス契約が不成立であったり、無効となったときは、ユーザーは単に情報財を使用しないのみならず、ユーザーが複製した情報財についても、目的たる情報財による利得であるとして、民法第７０３条により、不当利得返還義務を負うのではないかとも考えられる。

しかしながら、そもそも無体物である情報財は返還（占有移転）を観念すること

ができないとも考えられるため、同法第703条の不当利得返還義務の具体的内容が問題となる。

②不当利得返還義務の内容

ユーザーが情報財を複製した場合、その複製コストはユーザーが負担しており、ベンダーには損失はないと考えられる可能性もある。

しかしながら、ユーザーの手元に複製した情報財が残ったままであれば、ユーザーは契約不成立にも関わらず正当な権原なく情報財を使用する可能性もあり、これはベンダーにとって損失となる危険性が極めて高い。また、当該損失がどの程度となるかを定量的に把握することは困難である。

情報財のベンダーとして最も重要なことは、情報財の使用等を不可能とするために、当該情報財をユーザーの管理下からなくすことである。

したがって、民法第703条の不当利得返還義務の内容として（仮に、同法第703条の不当利得返還義務そのものの内容に当たらない場合は、少なくとも同条を類推適用して）、ライセンス契約が成立しなかった場合、ユーザーは情報財を使用することができず、これを担保するために、ベンダーはユーザーに対して、当該情報財を全て消去（削除）するよう求めることができると解するのが合理的である。

(3) ライセンス契約期間の終了（満了）時のユーザーの義務の内容

ライセンス契約期間の終了（満了）時については、ユーザーのライセンス契約終了時の債務を契約内容として明示的に定めることが可能であるため、ユーザーの負う義務はその契約内容に従うこととなる。したがって、ユーザーは契約満了により情報財を使用することはできないが、ライセンス契約で規定されていなければ、情報財を消去する義務は負わない。

Ⅱ-1-6 契約終了の担保措置の効力

【論点】

情報財のライセンス契約が終了した後もユーザーが不当に情報財の使用を継続することを強制的に止めるために、ベンダーが技術的な使用制限手段を講じた場合に、ベンダーは何ら責任を問われないのか。

（例）

プログラムについての使用期間限定のライセンス契約の契約期間満了時に、予めベンダーによって施されていた技術措置によってそのプログラムが突然止まってしまった。この場合、ベンダーは何ら責任を問われないのか。

1．考え方

(1) 原則

このような技術的な使用制限手段は、裁判所によらない強制履行手段となり、不法行為責任を構成する権利行使となる（自力救済禁止の原則に反する）可能性がある。

(2) 例外

しかし、少なくとも以下の3条件が揃っていれば、自力救済に当たらない可能性が高い。

①ベンダーとユーザーの間にそのような技術的制限手段が行われることについて事前に合意があること

（該当すると思われる例）
・ライセンス契約において明示されており、ユーザーもこれに対して合意していること
・

②それが情報財の使用の継続を停止する範囲にとどまる技術的制限であること

（該当すると思われる例）
・事前に警告を与えた上で、当該情報財が動作しなくなるという制限
・

（該当しないと思われる例）
・当該情報財によって作成されたファイルを破壊するもの
・コンピュータのシステムに異常を来すようなもの
・

③当該技術的制限手段が事前に施されたものであること

(該当しないと思われる例) ・メンテナンスの際に人為的に操作を加える方法 ・インターネット等のネットワークを通じて当該情報財に作用する信号を送ることにより操作を加える方法 ・

2. 説明

(1) 問題の所在

情報財のライセンス契約において、契約期間が終了した後もユーザーが対価を支払わず不当に情報財の使用を継続するという問題がある。そのためベンダーが、その使用を強制的に止めるための技術的制限手段、例えばユーザーが情報財を使用できなくしたり、消滅させたりする手段を情報財に施す場合がある。

民法第414条第1項は、債務者が任意に債務の履行を行わないときは、債権者は強制履行を裁判所に請求できると規定しており、その反対解釈から、債権者が自力で債務者に対して履行を強制することは認められていない(自力救済の禁止の原則)。すなわち、権利者が自らの権利(請求権)を私力(自力)により実現することは原則として禁止されており、民法上規定はないものの通説・判例ともに原則に違反した権利行使は不法行為を構成するとしている。

したがって、情報財のライセンス契約の終了等を担保するにあたって、ベンダーが技術的制限手段を用いることは自力による救済としてこの原則に反するか否かが問題となる。

(2) 判断基準

①事前合意があること

ベンダーがユーザーから、情報財を使用不能とすることについて事前に合意を得ている場合については、自力救済禁止の原則はそもそも問題とならないと考える余地がある。しかしながら、所有権留保の特約が付された売買契約においては、債務不履行があった場合には売主が自力で目的物を搬出することができ買主はこれに異議を述べない旨の特約(いわゆる取戻約款)が置かれることが多いが、このような合意があることだけをもって自力救済が認められることとはならないというのが通説である。また、ある裁判例(福島地裁昭和47年2月24日判決・判タ278号201頁)は、いわゆる取戻約款があった場合で、代金不払によって取戻行為が行われた事案について、自力救済禁止の原則との関係で当該約款が民法第90条により無効となる可能性がある旨指摘している。

したがって、技術的制限手段の存在についての事前の合意は、それのみでは、自力救済禁止の原則との関係でその効力が否定される可能性がある。

②使用の継続を停止する（終了を担保する）範囲にとどまる技術的制限手段であること

使用の終了を超えた技術的制限手段についてもライセンス契約において事前に合意することは考えられる。しかしながら、取引対象である情報財を超えた制限の発動（例えば、ハードディスクにおける当該情報財以外の情報（当該情報財によって作成されたファイル等）の消去や、コンピュータのシステムに異常を来すようなもの等）を条件として、使用料の支払といった債務の履行を要求することは、契約締結時の両当事者の交渉力の差等を考慮すれば、ユーザーへの不当な制限と考えられて合意が無効と解される場合もあり得る。

③事前に施された技術的制限手段であること

また、予め技術的制限手段を情報財に施すことなく、事後的に施す（例えば、メンテナンスの際にユーザーのコンピューターシステムを人為的に操作して当該情報財を一定期間経過後に使用不可能にする、インターネット等のネットワークを通じて当該情報財に作用して使用不可能にするような特定の信号を送信する等）ことも、事前の合意を根拠に行われ得るが、これは、ベンダーが恣意的に利用する危険性が高いことから、事前の合意があったとしても、その態様から権利濫用として評価される場合もあり得る。

（3）まとめ

以上をまとめれば、技術的制限手段については、①そのような技術的制限手段が行われることについて事前の合意があり、②使用の継続を停止する（終了を担保する）範囲にとどまる技術的制限であって、③当該技術的制限手段が事前に施されたものである場合には、当該技術的制限手段を施すことは自力救済に当たらず合法であると判断される可能性が高いと解される。

Ⅱ-1-7 ベンダーが負うプログラムの担保責任

【論点】

プログラムにいわゆる「バグ」があったため、動作上の不具合が発生したときに、ベンダーはユーザーに対していかなる責任を負うのか。

（例）

ライセンス契約においてプログラムの担保期間（例：引渡しから××日以内）が設定されていることがあるが、期間経過後に瑕疵に該当するバグを発見したとき、ベンダーの責任を問うことは可能か。

1．考え方

（1）責任を問えるバグ（瑕疵に該当するバグ）とはどのようなものか

①取引の通念に照らし合理的に期待される通常有すべき機能・品質をプログラムが有していない場合であって、かつ②通常予見可能な使用環境・使用方法の範囲内で動作上の不具合が発生した場合、そのプログラムのバグは瑕疵に該当するものと解され、ベンダーの責任を問うことができる。

①取引の通念に照らし合理的に期待される通常有すべき機能・品質を有していない場合

（該当すると思われる例）
・プログラムが全く動かない場合
・

（該当しないと思われる例）
・ワープロソフトで罫線と網掛けと回転と2倍角を組み合わせようとしたが、意図した結果とならなかったような場合
・

②通常予見可能な使用環境・使用方法の範囲内で発生した場合

（該当しないと思われる例）
・外箱において明示された動作環境を満たさない使用環境下で発生した不具合
・プログラムコードにユーザーが手を加えた結果発生した不具合
・特定の使用環境でのみ発生する不具合
・

（2）バグが瑕疵に該当する場合、ベンダーに対してどのような責任を問えるか

ユーザーはベンダーに対して、損害賠償請求、瑕疵修補請求、契約解除などが可能となる。ただし、プログラムという財の特殊性から、ベンダーが速やかに瑕疵修補･代物の提供を申し出ており、ユーザーが承諾しさえすれば直ちに当該瑕疵修補･代物提供を受けうる状態になっているような場合に、これを拒否して損害賠償責任を問うことは信義則上認められない。

(3) 瑕疵に該当するバグについてベンダーの責任を問える期間

ライセンス契約中に瑕疵に該当するバグについて、ベンダーの担保責任期間を短くする特約がある場合、その効力が問題となる。

①ユーザーが消費者である場合

消費者契約法第10条においては、消費者に対して著しく不利益となる条項は無効と規定されており、例えば瑕疵に該当するバグについて、ベンダーの担保責任期間を著しく短くする条項等は無効と解される可能性がある。

(消費者契約法に違反するとして無効と解される可能性がある例) ･プログラムの担保責任期間を著しく短期間とする条項 ･

なお、無効となった場合や特約がない場合は民法等の考え方が適用され、瑕疵担保責任が適用となる場合では、ⅰ)瑕疵に該当するバグを発見したときから1年、債務不履行責任が適用となる場合では、ⅱ)債務不履行のときから5年のいずれかでベンダーに対して責任を問うことが可能となる。(瑕疵担保責任(民法第570条(売買の場合)、第634条(請負の場合))が問われる場合は瑕疵を発見したときから1年(売買の場合、同法第566条)又は引渡しを受けたときから1年(請負の場合、同法第637条)。債務不履行責任(同法第415条等)が問われる場合は債務不履行の時から10年(同法第167条第1項)であるが、通常はベンダーは事業者であるので商法の規定が適用され債務不履行のときから5年(商法第522条)となる。)

②ユーザーが消費者でない場合

消費者契約法は適用されないので、原則として、特約に従う。特約がない場合は、民法等の考え方が適用され、瑕疵担保責任が適用となる場合では、ⅰ)引渡しを受けたときから6か月又は1年、債務不履行責任が適用となる場合では、ⅱ)債務不履行の時から5年のいずれかでベンダーに対して責任を問うことが可能となる。(瑕疵担保責任(民法第570条(売買の場合)、第634条(請負の場

合))が問われる場合は、瑕疵を発見したときから1年(売買の場合、同法第566条)又は引渡しを受けたときから1年(請負の場合、同法第637条)であるが、事業者間の売買については商法の規定が適用され引渡しから6ヶ月(商法第526条)となる。)

(公序良俗に違反するなどとして特約が無効と解される可能性がある例) ・

2.説明

(1)問題の所在

情報財の中でもプログラムについては、プログラム上の誤り(以下「バグ」という。)により、コンピュータの情報処理動作が通常の意図と異なる動作をするような不具合が発生する場合があり、そのためユーザーがプログラムを十分に使用できないという問題が生じることがある。

この問題に対しては、

①瑕疵担保責任(民法第570条(売買の場合)…瑕疵を知ってから1年請求可能、同法第634条(請負の場合)…引渡しを受けてから1年請求可能)

②債務不履行責任(民法第415条(債務不履行による損害賠償、完全履行請求)、同法第541条(債務の履行遅滞による解除)、同法第543条(債務の履行不能による解除)…債務不履行の時から(解除に基づく原状回復請求の時は解除のときから)原則10年請求可能。)

のいずれかの規定の適用が問題となる。[1]

そこで、これらの適用において、i)a)プログラムのバグについて、どのような場合にベンダーが責任を負うこととなり、b)その場合に、ベンダーが責任を負うべき期間はどうなるのか、が問題となる。また、ii)ライセンス契約中のこれらの責任を免責する特約は有効なのか、も問題となる。

(2)プログラムの瑕疵

①プログラムの瑕疵の有無を判断する際の考慮要素

目的物たるプログラムが、取引の通念に照らし合理的に期待される通常有すべき機能・品質を有していない場合は、原則として、瑕疵に該当すると判断される。

[1] 製造物責任法に基づく責任は、「製造物」すなわち「製造又は加工された動産」を対象とするものであるから、原則としてプログラムは対象とならない。ただし、パソコン等の製品(動産)を販売するなどの場合において、ROMに記録されたプログラムに瑕疵があること等により、当該プログラムの瑕疵が当該製品(動産)の欠陥となっている場合には、当該製品(動産)の製造業者等は、製造物責任法に基づく責任を負う場合がある。

瑕疵に該当しないと考えられる場合は、具体的には以下のとおりである。

まず、プログラムの動作は、プログラムの使用環境に依存するため、通常プログラムの動作環境があらかじめ明示されていることが多いが、この場合において、ユーザーの使用環境が明示された動作環境の範囲外のときに発生したプログラムの不具合は、瑕疵に当たらないものと解される。

また、ユーザーは、通常、プログラムのマニュアル、ヘルプ機能等によって、当該プログラムの使用方法を合理的に判断することができる。したがって、通常予見し得る使用方法の範囲外で発生した不具合（例えば、プログラムコードにユーザーが手を加えた結果発生した不具合）についても、瑕疵に当たらないものと解される。

さらにいわゆるプログラムのバグ一般が瑕疵に該当するわけではなく、ユーザーの使用に差し支えない程度の微細なバグはそもそも瑕疵とまではいえない（ベンダーの責任は問われない）と解される。また、微細でないバグであっても、ユーザーが簡単にパッチを入手してバグを修正することができるようになっていれば、当該バグがあることをもって、プログラムに瑕疵ありと評価すべきでないとの考え方もありうる。裁判例の中にも、プログラムにはバグが存在することがあり得るものであるから、不具合発生の指摘を受けた後、遅滞なく補修を終え、又はユーザーと協議の上相当な代替措置を講じたときは、当該バグの存在をもってプログラムの欠陥（瑕疵）と評価することはできない、とするもの（東京地裁平成9年2月18日判決・判タ964号172頁）がある。

②ベンダーの責任の内容

i）民法の条文の適用

ユーザーから対価を受け取りながら、瑕疵のあるプログラムを提供した場合は、その責任はベンダーに帰することとなり、民法上の責任としては、ア）瑕疵担保責任（民法第570条（売買の場合）、第634条（請負の場合））又はイ）債務不履行責任（同法第415条）のいずれかが問われることになる。

a）瑕疵担保責任等が適用される場合

ユーザーはベンダーに対して、ア）契約解除、イ）損害賠償、ウ）瑕疵修補請求のいずれかを請求することが考えられる。

しかしながら、ア）については「契約ヲ為シタル目的ヲ達スルコト能ハザル場合」に適用が限られているところ（民法第570条の準用する第566条（売買の場合）、第635条（請負の場合））、プログラムは修補することによって、本来の機能、すなわち契約の目的を果たすことが可能となるため、ユーザーがプログラムの修補又は代物の提供を請求し、これに対して遅滞なくプログラムの

修補又は代物の提供がなされた場合は、「契約の目的が達せられた場合」に該当し、解除することはできないと解される。また、イ）についても、容易に修補可能というプログラムの財としての特殊性を考慮すれば、前述したようにベンダーが速やかに自己にとって負担の少ない修補又は代物の提供を申し出ており、ユーザーが承諾しさえすれば直ちに当該瑕疵修補･代物提供を受けうる状態になっている時に、これを拒否して損害賠償を求めることは信義則上許されない。

b）債務不履行責任が適用される場合

契約の目的たるプログラムの機能が発揮されていないという瑕疵がある場合は、ベンダーの債務不履行に当たると判断されることとなる。したがって、ユーザーはベンダーに対して、ア）契約解除、イ）損害賠償、ウ）完全履行のいずれかを求めることが考えられる。

ア）契約解除

民法第541条又は第543条においては、相当の期間を定めて履行を催告し、その期間内に履行されなかった場合、又は履行が不能となったときに契約を解除することができるとされている。したがって、ベンダーに対し、相当の期間を定めて履行を催告し、これに対してベンダーからその期間内にプログラムの修補又は代物の提供がなされた場合は、契約を解除することはできないと解される。

イ）損害賠償

民法第415条に基づき、債務の本旨たる履行ができない場合は損害賠償を請求することができ、履行が遅滞した場合にも、ユーザーに損害があれば損害賠償を請求することができる。ただし、容易に修補可能というプログラムの財としての特殊性を考慮すれば、前述のようにベンダーが速やかに自己にとって負担の少ない修補又は代物の提供を申し出ており、ユーザーが承諾しさえすれば直ちに当該瑕疵修補･代物提供を受けうる状態になっている時に、これを拒否して損害賠償を求めることは信義則上許されない。

ウ）完全履行

民法第415条から、修補請求又は代物請求が可能と解される。

(3) ベンダーの担保責任等が問われる期間

ライセンス契約において特段の合意がない場合、次のとおり。

瑕疵担保責任を問うことのできる期間は、ユーザーが瑕疵を知ったときから1年（売買の場合、民法第570条、第566条）又は、引渡しを受けたときから1年（請負の場合、民法第637条）である。ただし、ベンダーとユーザーの双方が事業者である売買の場合は、商法第526条の規定が適用され、引渡しを受けたときから6か月である。

また、債務不履行責任は、債務不履行の時から10年で時効により消滅する（民法第167条第1項）。ただし、通常、ベンダーは事業者であるため、商法第522条により5年で時効により消滅する。なお、解除に基づく損害賠償請求権（解除に基づく原状回復請求権の履行不能による損害賠償請求権）については、解除のときから、10年（原則）ないし5年（商事債務の場合）で時効により消滅する。

なお、商品の流通期間が非常に短い財であるプログラムについて、このような期間が適切か否かについては、別途検討が必要ではないかと考えられる。

(4) ライセンス契約中に瑕疵担保責任又は債務不履行責任に関する免責特約がある場合の扱い

①ユーザーが消費者である場合

ライセンス契約に、ベンダーの瑕疵担保責任又は債務不履行責任を免責する特約が置かれることがあるが、消費者契約の場合、下記のような特約については、消費者契約法第8条第1項第1号，第2号，第5号又は第10条に該当し、無効と解される可能性がある。

・事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項

・事業者の故意又は重過失による債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項

・目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項（ただし、このような条項も同時に当該契約において、当該契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに当該事業者が瑕疵のないものをもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合（同法第8条第2項第1号）や、当該事業者と一定の関係にある他の事業者が責任を負うこととされている場合（同法第8条第2項第2号）には、無効とならない

・消費者の利益を一方的に害する条項

例えば、バグに対して一切責任を負わないという条項や、バグに関する修補はすべて有償とする条項は、消費者契約法第8条により無効と解される可能性があり、また、ベンダーのプログラムの担保責任期間をプログラムの特性等から判断さ

れる合理的な期間に比して不当に短くする条項も、消費者契約法第10条により無効と解される可能性がある。

②ユーザーが消費者でない場合

一方、ユーザーが消費者でない場合は、消費者契約法は適用されないため、原則として、特約に従うこととなる。

II -1-8 SaaS･ASP のための SLA (Service Level Agreement)

【論点】

SaaS を利用したソフトウェアの取引に当たり、事前に当事者間でサービスレベルを合意しておくことが未然にトラブルを防止するために重要であるといわれているが、その位置づけはどのように考えれば良いか。また、どのような事項について合意しておくべきか。

1. 考え方

SaaS (Software as a service) 利用契約におい SLA (Service Level Agreement) [1] を定める場合、義務規定として設けた場合、そのサービスレベルを達成できなかった場合には、債務不履行責任 (民法第415条) を負うことになる。これに対して、努力目標として規定した場合には、サービスレベルの不達成が直ちに事業者の債務不履行とはならないと考えられる。

また、サービス事業者の責任を免責･軽減する条項については、一般消費者が利用することが想定されるようなサービスを提供するような場合には、消費者契約法との関係で無効とされる場合があると考えられる。

2. 説明

(1) SaaS とは

SaaS (Software as a service) とは、「ユーザーが開発者などからソフトウェア提供を受けるにあたり、必要な機能のみを選択して利用できるようにしたソフトウェア」[2] とされ、ネットワーク経由でサービスプロバイダから利用したい機能を直接入手し、その使用分に対して対価を支払うものをいう[3]。

利用例としては、CRM (Customer Relationship Management) や SFA(Sales Force Automation)、人事情報管理･給与計算サービス、会計･企業サービス、電子メールサービス、コラボレーションツール系サービス、セキュリティ対策サービス、PC ヘルプデスクサービス、ID 管理･認証サービス等がある。

このような SaaS は、「Service」という言葉が含まれていることから明らかなとおり、インターネット等を通じたサービスの提供であり、どのようなサービスの提供を受けるこ

---

[1] SLAの定義は必ずしも一義的に定まっていないが、本稿では、「ITサービスの提供者と委託者の間で、ITサービスの契約を締結する際に、提供するサービスの範囲･内容及び前提となる諸事情を踏まえた上で、サービスの品質に対する要求水準を規定するとともに、規定した内容が適正に実現されるための運営ルールを両者の合意として明文化したもの」と定義する (「情報システムに係る政府調達へのSLA導入ガイドライン」独立行政法人情報処理推進機構　平成16年3月)。

[2] IT情報マネジメント用語辞典 (http://www.atmarkit.co.jp/im/terminology/)。

[3] いわゆるASP (application service provider)とほぼ同義で用いられることもある。

とができるのかということがユーザーにとって重大な関心事となる。他方で、単純な物の売買とは異なり、サービスの提供という曖昧な側面を有しており、またコンピューターシステムを利用し、ネットワークを通じてサービスを提供するという特質上、常に完全な状態でのサービスを提供しつづけるということを事業者に要求することはできないという特質もある。

そこで、SaaS を提供するに当たり、事業者はあらかじめ客観的なサービスレベルを SLA により明示することでユーザーに対して提供するサービスの内容を明らかにし、ユーザーとの間でのトラブルを回避することが望ましい。

なお、より詳細な SaaS 向け SLA の設定例については、「SaaS 向け SLA ガイドライン」[1]が経済産業省から公開されているので、具体的なサービスレベルの設定方法等につき参照されたい。

(2) SLA の法的効力

SLA を定める場合においても、それをサービス事業者の義務規定の形で定めるのか、努力目標で定めるのかによりその法的な意味合いは全く異なる。

義務規定として設けた場合、そのサービスレベルを達成できなかった場合には、債務不履行責任（民法第415条）を負うことになる。これに対して、努力目標として規定した場合には、サービスレベルの不達成が直ちに事業者の債務不履行とはならない[2]。

そこで、サービス事業者としては、自己の提供するサービスの内容、インフラ、稼動するアプリケーション、ユーザーから支払われる利用料などに照らして、適宜、努力目標と義務規定を使い分けることが必要となる[3]。

また、リスクが想定される事項について、サービス事業者としては免責条項や損害賠償額の上限を設けておくことも必要となろう[4]。

もっとも、一般消費者が利用することが想定されるようなサービスを提供するような場合、消費者契約法との関係で、規定さえ設けておけば当然に免責又は責任制

---

1 「SaaS向けSLAガイドライン」（平成20年1月21日経済産業省）。
http://www.meti.go.jp/press/20080121004/03_guide_line_set.pdf

2 ただし、努力目標として規定したにすぎない場合でも、サービス事業者は、サービスレベルの達成・維持に向けて継続的に取り組むべき義務は負っているものと考えられる。

3 なお、努力目標として規定したにすぎない場合でも、実際に事業者が提供可能なサービスと、実際に提供されるサービスの内容の程度に著しい相違があり、SLAの表示が一般消費者に誤認を生じさせるような場合には、サービス利用契約の不成立、錯誤（民法第95条）、景品表示法上の不当表示の問題等が発生することも考えられるので注意が必要である。

4 サービスレベル不達成の場合を想定し、不達成の程度に応じて料金の減額等のペナルティを定めることがある。このようなペナルティの規定は、それを損害賠償額の上限として定めれば、事業者にとってはその責任を限定する意味を持ち、他方でユーザーにとっても、ペナルティという形での責任追及を容易にする側面があるため、合理的な内容のペナルティ規定を設けておくことは双方にとって有益なものであろう。

限を受け得るわけではないことには注意が必要である。

逆にユーザーとしては、支払う対価に照らしてサービス事業者として行うべきことを行っているのか（義務規定を設けて提供するサービスの内容を保証しているのか）、責任を負っているのかを自ら見極めた上で、当該 SaaS を利用する必要がある[1]。

(3) SLA で定めておくことが望ましい項目

①前提条件

SLA を定める以上、ユーザーの通信環境やハードウェアのスペック等の前提条件を定めることが不可欠である。

②可用性

提供されるサービスがどのように利用できるかということは、ユーザーにとっては決定的に重要なことであり、サービス提供時間や稼働率などを定めておくことが望ましい。

例えば、保守管理のためにサービスを定期的に停止することが予定される場合には、予めこれを明示しておくべきである。また、SaaS の性質上、100%の稼働率を定めておくことは現時点では不可能に近いため、予め想定される稼働率を明示することが望まれる。

このような、サービス提供時間や稼働率を努力目標として定めることも可能であるが、有償サービスの場合には、これらの設定値の不達成は利用料金の減額などに紐付けされている場合もあり、未達成の程度が著しい場合には解約理由とされることもある。

③信頼性

SaaS では、システムの不具合や通信障害により、サービスを利用できない状態（障害）が発生することは不可避的な面がある。そのため、障害が発生した場合の復旧時間や対応について定めておくことが望ましい。

もっとも、復旧時間を義務規定として定めた場合、技術的な問題などから時間内に復旧できなかった場合のリスクを負担するのはサービス事業者であることから、

---

[1] なお、SLAにサービス事業者側による一方的なサービスレベルの変更を認めるような条項が設けられている場合、義務規定として定められたものであっても、その拘束力は著しく弱められることになる。このような規定に基づく事業者の一方的なSLAの変更は、βテスト時や、広告収入により運営されユーザーに無償で提供されるSaaSであれば問題が生じる場合は少ないであろうが、ユーザーが相当な対価を支払っているSaaSにおいては、ユーザーと事業者間のトラブル発生の原因ともなりかねない。このような事態を防止するため、SLAの大幅な変更時にはユーザーに利用契約の解約権を認めることが望ましい。

このような規定を義務規定として設けるには注意が必要となる。

④性能

応答時間を定めておくことで、予め提供されるサービスの性能を明らかにすることが望まれる。

但し、応答時間はユーザーのインフラ環境次第で顕著な差が生じる場合があり、義務規定として定める場合には前提条件も明示も含め、ユーザーの誤解を招かないような注意が必要である。

⑤サポート体制

ユーザーに対するサポートの提供を予定している場合には、サポートの提供方法、提供時間を明示することが望ましい[1]。

⑥データ管理

SaaS の利用に際し、ユーザーからある程度まとまったデータの提供を受ける場合には、そのバックアップの有無などについても定めておくことが望ましい。但し、バックアップを事業者の義務規定として定めながらデータを喪失した場合にはサービス事業者は多大なリスクを負担する可能性があるため、規定を設ける場合には十分な注意が必要である。

⑦セキュリティ

SaaS を利用するユーザーから情報（秘密情報・個人情報）を取得する場合には、その取り扱い、管理体制などを予め明示しておくことが望ましい。また SSL や VPN の利用の有無、ファイアーウォールやウィルス対策についても明示しておくことで、予めサービスを利用するユーザーに注意（または安心）を促すことができる。

もっとも、このような定めを設けておいたとしても、実際に情報漏洩事故などが発生した場合に事業者が免責されるかは別問題であり、事業者は SaaS 運営にあたり十分な注意が必要である。

[1] 電話サポートの場合には電話応答待ち時間、電子メールやファクシミリによるサポートの場合には第一次回答までの時間等を明示。

Ⅱ-1-9 ユーザーの知的財産権譲受人への対抗

【論点】ユーザー（ライセンシ）は、ベンダー（ライセンサ）から契約で情報財の使用を許諾されているだけであるが、当該情報財に関する知的財産権を譲り受けた者に対して、引き続き当該情報財の使用を主張できるか。

（例）

1．情報財に関する知的財産権が第三者に譲渡された場合、ライセンス契約に基づき当該情報財を使用していたユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を続けることができるか。

2．ベンダー（ライセンサ）が倒産した場合、ライセンス契約に基づき当該情報財を使用していたユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を続けることができるか。

1．考え方

（1）情報財に関する知的財産権が第三者に譲渡された場合

①情報財のライセンサとしての地位を移転する場合

知的財産権の譲渡人と譲受人の間の契約をもってなすことができるものと解される可能性があり、その場合、ユーザー（ライセンシ）は引き続き当該情報財を使用することができる。

②知的財産権のみが譲渡された場合

ⅰ）著作権が譲渡された場合

情報財を単に使用することは著作物の利用ではないので、譲受人の著作権を侵害しない限り、ユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を継続することができる。

ⅱ）特許権が譲渡された場合

当該特許権の通常実施権の登録を行っている場合などを除き、譲受人の特許権を侵害するため、情報財の使用を継続できない。ただし、ユーザーが消費者である場合は、通常は特許権侵害に該当せず、情報財の使用の継続が可能である。

（2）ベンダー（ライセンサ）が倒産した場合

管財人によってライセンス契約が解除される可能性があり、その場合、ユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を継続することができなくなる。

もっとも、例えば一般的なパッケージソフトウェアのように最初に対価を支払えば

それ以降使用の対価を支払う必要のないような情報財のライセンス契約については、通常は解除の対象とされることはない。

2．説明

(1) 問題の所在

ユーザー（ライセンシ）は、ベンダー（ライセンサ）から契約で情報財の使用を許諾されているだけであり、ベンダー（ライセンサ）から情報財に関する知的財産権を譲り受けた第三者に対抗できず、情報財を突然使用できなくなるおそれがあるのではないかとの指摘がある。また、ベンダー（ライセンサ）が破産した場合、破産管財人が破産者の契約を一方的に解除することができる場合がある（破産法第53条第1項。同様の規定として、会社更生法第61条第1項、民事再生法第49条第1項。）ことから、この場合においてもユーザー（ライセンシ）は、情報財を突然使用できなくなるおそれがあるのではないかとの指摘がある。

(2) 知的財産権が第三者に譲渡された場合

ベンダー（ライセンサ）が情報財に関する知的財産権を譲渡する場合、その具体的内容としては、①当該情報財のライセンサとしての地位を移転する場合と、②知的財産権のみを譲渡する場合とがある。

①当該情報財のライセンサとしての地位を移転する場合

契約上の地位の移転は、債権譲渡と債務引受が一体となったものであることから、原則として、譲渡人及び譲受人の合意のみならず、契約の相手方の同意を得ることが必要である。

しかしながら、土地の所有権とともに、当該土地の賃貸借契約における賃貸人たる地位を譲渡した場合について、賃貸人の義務は賃貸人が何人であるかによってその履行方法が特に異なるものではなく、また、土地所有権の移転があったときに新所有者にその義務の承継を認めることがむしろ賃借人にとって有利であることから、特段の事情のある場合を除き、新所有者が旧所有者の賃貸人としての権利義務を承継するには、賃借人の承諾を必要とせず、旧所有者と新所有者間の契約をもってこれをなすことができるものと解されている（最高裁昭和46年4月23日第二小法廷判決・民集25巻3号 388 頁）。

本判例の趣旨に照らすと、ベンダー（ライセンサ）の債務もユーザー（ライセンシ）に対して情報財を使用させるというものであり、ライセンサが何人であるかによってその履行方法が特に異なるものではない場合があると考えられ、また、知的財産権の移転があったときに当該権利の譲受人にその義務の承継を認めることがむしろユーザー（ライセンシ）にとって有利であることから、ライセンサとしての地

位の譲渡についても知的財産権の譲渡人と譲受人間の契約をもってなすことができるものと解される可能性がある。この場合、ユーザー（ライセンシ）は、新ライセンサに対して、引き続き情報財の使用を主張することができる。

なお、この場合、仮に年度ごとにライセンス料が支払われるようなときには、ⅰ）三者間で譲渡契約を締結する、ⅱ）旧ライセンサからユーザー（ライセンシ）に対して、ライセンス料債権を新ライセンサに譲渡した旨の通知をする、ⅲ）ライセンス料債権の譲渡についてユーザー（ライセンシ）が旧ライセンサ又は新ライセンサに承諾するのいずれかによって、新ライセンサは、次年度以降のライセンス料の支払を受けることができる（民法第467条第1項）。

②知的財産権のみを譲渡する場合

この場合、情報財に関する知的財産権の譲受人は知的財産権侵害を主張することによって、ユーザー（ライセンシ）による当該情報財の使用を認めないことが考えられる。知的財産権が著作権の場合と特許権の場合に分けて検討する。

ⅰ）著作権の場合

著作権で保護された情報財を単に使用することは著作権法上保護されている著作物の利用には該当しないので、別途譲受人の著作権を侵害しない限り、ユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を継続することができると解される。

もっとも、単なる使用以外の行為、例えば情報財の私的使用以外の複製や情報財の修正（改変、翻案）等は、著作権侵害に該当する可能性が高い。

なお、著作権法上、ライセンシの権利に第三者対抗力を認める制度は存在していない。

ⅱ）特許権の場合

特許権で保護された情報財を使用することは特許権の実施行為に該当し（特許法第2条第3項第1号）、譲受人の特許権を侵害するので、ユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を継続することができないと解される。もっとも、その使用が「業として」の使用とは解されない場合（例えば、家庭的又は個人的目的で使用する場合）は、特許権侵害行為に該当せず、使用を継続することができる（同法第68条）。

また、特許権の通常実施権の登録を行っている場合は第三者への対抗力が認められている（特許法第99条第1項）ので、ユーザー（ライセンシ）による情報財の使用が業としての使用にあたる場合であっても、当該情報財に関する全ての特許権の通常実施権の登録がなされている場合であれば、ユーザー（ライセンシ）は情報財の使用を継続することができる。

なお、ⅰ)、ⅱ)いずれの場合も、第三者に知的財産権が譲渡された結果、当該情報財の使用が継続できなくなったユーザー(ライセンシ)は、ベンダー(ライセンサ)に対して損害賠償を請求することができる。

(3)ベンダー(ライセンサ)が倒産した場合

倒産法制上、双務契約について、契約当事者がともに債務の履行を完了していないときは、管財人は契約を解除するか契約に基づく履行の請求をするか選択することができるとされている(破産法第53条第1項、会社更生法第61条第1項、民事再生法第49条第1項)。

そのため、ベンダー(ライセンサ)の倒産に伴い、管財人によってライセンス契約が解除される可能性がある。ここで解除が選択された場合は、管財人又は管財人から権利を譲り受けた第三者(譲受人)と改めてライセンス契約を締結しない限り、ユーザー(ライセンシ)は情報財の使用を継続することができなくなる。

もっとも、解除の対象となる双務契約はともに債務の履行を完了していないものであり、例えば一般的なパッケージソフトウェアのように最初に対価を支払えばそれ以降使用の対価を支払う必要のないような情報財のライセンス契約の場合については、解除の対象とされることはないと解される。

Ⅱ-2 知的財産

Ⅱ-2-1 ソフトウェア特許権の行使と権利濫用

【論点】
ソフトウェアに係る特許権[1]の行使（差止請求、損害賠償請求等）に対して民法第1条第3項（権利濫用）は適用されるのか。

1．考え方

ソフトウェアに係る特許権の行使において、以下のような権利行使（αからγのいずれか若しくは複数に該当するもの[2]）は、権利濫用と認められる可能性がある。権利濫用である旨の主張は、権利主張に対する抗弁として、又は差止請求権等の請求権について不存在確認訴訟の請求原因として行うことが可能である。

α 権利行使者の主観において加害意思等の悪質性が認められる場合
β 権利行使の態様において権利行使の相手方に対して不当に[3]不利益を被らせる等の悪質性が認められる場合
γ 権利行使により権利行使者が得る利益と比較して著しく大きな不利益を権利行使の相手方及び社会に対して与える場合

2．説明

特許権者（専用実施権が設定されている場合における専用実施権者を含む。以下同じ）は、特許法上、業として特許発明の実施をする権利を専有（専用実施権者は設定行為で定めた範囲内に限る。）している。そして、特許権者の許諾を得ずに特許発明を実施する侵害行為に対する民事的救済として、差止請求等の権利行使が認められている。ソフトウェアに係る特許権の差止請求等の権利行使も原則としてこうした制度趣旨に基づいて行われるものである。

ただし、ソフトウェアは多層レイヤー構造[4]、コミュニケート構造[5]を有し、そのユー

---

[1] その発明の実施にソフトウェアを必要とする発明に付与される特許をいう。
[2] 過去αからγのいずれかにより権利濫用が認められた判例は存在するが、近年は後述2.（1）のとおり、近年においてはγのみにより権利濫用を認定した原審の判断を否定した最高裁判決が存在する。
[3] 正当な権利行使を逸脱すること
[4] OS、ミドルソフトウェア、アプリケーションソフトウェアのように、ソフトウェア製品は、その製品（機能）構造として、多層構造を有しており、その多層構造において、上位層にあるソフトウェアは、下位層にあるソフトウェアに依存して、その機能を発揮するものとなっている。（ソフトウェアの法的保護とイノベーションの促進に関する研究会「中間論点整理」）
[5] 開発されるソフトウェアコンポーネントは関連する他のコンポーネントとコミュニケートしてはじめて機能を発揮するものである。（同「中間論点整理」）

ザーのロックイン傾向[1]が存在することから、ソフトウェアに係る特許権に基づく差止請求等の権利行使が行われ、イノベーションの阻害に繋がる等の特許法の趣旨・目的を逸脱する場合がある。そのような場合は、当該権利行使に対して民法第1条第3項の権利濫用規定が適用される可能性がある[2]。

これらを踏まえ、ソフトウェアに係る特許権の差止請求等の権利行使に対する権利濫用規定の適用についての具体的な考え方を明らかにするため、一般的な権利濫用法理の適用における判断方法及び判断要素について述べる(1)とともに、それをソフトウェアに係る特許権の行使に当てはめた場合、どのような要素を考慮すべきかを述べる(2)こととする。

(1) 権利濫用法理の適用検討過程における判断方法・判断要素

権利濫用法理においては、個別具体的な事案毎における原告側の事情、被告側の事情、社会的事情等について、

①権利主張の正当性・悪質性の評価分析(上記αβ)

②権利行使を認める場合・認めない場合の利益・不利益の比較考量(上記γ)

を行うことにより「総合的に検討」し、権利濫用の適用可能性を判断することとなる[3]。

①権利主張の正当性・悪質性の評価分析

権利者の権利主張が以下の場合等に該当するか否か、評価分析を行う。

i)権利主張に係る権利行使者の主観的態様が悪質である場合(いわゆる「シ

---

[1] ITユーザーのシステムにおいて、必要なデータの蓄積が進み、活用するアプリケーション等が整備され、またネットワークを介して数多くのシステムが連動するという使用状況においては、これらを提供するソフトウェアベンダーにおいてある程度独占が進むと製品の性能や価格の競争を越えた行動原理が市場を支配する特性をもつ。すなわち、大きな市場シェアを有するソフトウェア提供者が、特にインタオペラビリティ/インタフェイスに関連する技術についての独占的権利を有している場合には(また、その技術が標準化されている場合はなおさら)、規模の経済が働くこと、ユーザーが他のプラットフォームに移行する際に高いコストが発生すること等から、独占的支配状況を永続させ、競争阻害によるイノベーション減退効果が生じやすい、との指摘がある。(同「中間論点整理」)

[2] 実際の訴訟においては、当該特許権に基づく権利行使に対する民法第1条第3項の権利濫用の適用以前に、特許権に瑕疵がないか、すなわち特許法第104条の3第1項に定める「特許無効審判により無効にされるべきものと認められる」場合に該当しないかを巡って争うこともある。

[3] 「判例で展開されてきた権利濫用の法理は、当初はドイツ法の影響もあって、加害意思・加害目的をもってする権利行使のみを権利濫用として禁止していたが、やがて同法理は私権間の権利調整の要素を加味し、その正否の判断も客観的要素(当事者間の利益状況の比較)と主観的要素(害意)の両方の視点から行われるようになった。〔四宮和夫、能見善久著「民法総則第7版」17頁〕

カーネ[1]など」)

ii) 権利主張に係る客観的行為態様が悪質である場合

権利行使の相手方の侵害行為についても、その主観的態様及び客観的行為態様が、権利濫用法理の適用の可否を総合的に判断する際に考慮されるべきこととなる。

②権利行使を認める場合･認めない場合の利益考量

権利行使を認める場合･認めない場合の権利者及び権利行使の相手方並びに社会全体の利益･不利益を比較考量する。

権利行使を認めることとすると、権利行使の相手方及び社会全体の不利益が権利者及び社会全体の利益と比較して著しく大きく、権利行使を認める場合より権利行使を認めない場合の社会的･経済的便益が著しく大きい場合は権利濫用が適用される可能性がある。[2]

なお、過去の判例においては、①②のいずれかのみにより権利の濫用を認定した判例も存在する。ただし、近年においては②のみにより権利濫用を認定した原審の判断を否定した最高裁判決[3]が存在し、学説[4]においても①②を総合的に検討し

---

[1] 「相手方を害することのみを目的とした権利行使」〔安永正昭「新版注釈民法(1)(谷口知平･石田喜久夫編)第1編序説∫1〔基本原則〕Ⅲ権利濫用の禁止」127頁〕
「相手方を害する目的のみから権利行使をする場合」〔四宮和夫、能見善久著「民法総則第7版」17頁〕

[2] 最高裁昭和43年11月26日判決･判時544号32頁･判例タイムズ229号150頁
「原判決は、被上告人Y所有の配水管等が上告人X所有の甲及び乙の各山林上にあるとしても、Xの本訴請求は権利の濫用として許されないと判断している。つまり、Xが配水管等の撤去によって受ける利益は僅少であるのに、右配水管等の設備は、Y市の南地区市民七万人の利用のため巨額の資金、多数の日子を費やし、敷設、掘鑿され、これを連繋する大規模な総合水道幹線の枢要部分を形成し、これを撤去して、現状に回復し、新たに替地を求めて同一設備を完成するには相当多額の費用と日子を要するばかりか、右撤去によって、給水の機能が停止し、近い将来その再現は望みえず、市民一般に不測かつ重大な損害が生ずる。したがって、Xの本訴請求は権利の濫用であるというのである。そして、この原審の認定判断は、原審挙示の証拠関係に照らして主肯できる。」

[3] 最高裁昭和57年10月19日判決･判例時報1086号P92･判例タイムズ504号94頁
「他にXの本訴損害賠償請求を敗訴すべき理由を示さず、単に前記のようなX及びYに生じる各不利益を比較考量しただけで、Xの本訴損害賠償請求…を棄却すべきものとした原審の判断は、民法一条三項の規定の解釈、適用を誤り…」

[4] ①②を総合的に勘案して権利濫用の適用の可否を検討すべき旨を述べる学説としては、以下が存在する。
「客観的利益考量を重視しすぎると、多数(公共)の利益ないし強者の利益が常に勝つことになり適当でないという反省がされている。〔中略〕主観的要素をも考慮し、権利行使者が加害目的を有しないことは、権利濫用の判断において考慮すべきである。」〔四宮和夫、能見善久著「民法総則第7版」P17〕
「客観的要件のみに重点をおけば、権利者の主張の当否を問わず、既成事実を作った大企業や国などの強者の利益を一方的に優先することになり不公正のそしりを免れない。最近

て判断すべきとの説が有力である。

(2) ソフトウェアに係る特許権の行使に対する権利濫用規定の適用にあたって考慮すべき要素

ソフトウェアに係る特許権の行使において、権利濫用規定の適用の可否に影響しうる要素を「権利主張の正当性・悪質性の評価分析」「権利行使を認める場合・認めない場合の利益考量」に分けて述べることとする。

なお、以下に述べる要素については、いずれか一つの要素に該当することをもって直ちに権利濫用規定が適用される訳ではない。前述のとおり、以下の各々の要素を踏まえて、権利主張の正当性・悪質性の評価分析及び権利行使を認める場合・認めない場合の利益考量の観点から、それらを総合的に検討して、判断がなされることとなる。

①権利主張の正当性・悪質性の評価分析

2.(1)①に述べたとおり、特許権者による差止請求等の権利主張の正当性・悪質性の評価分析を行う際は、権利主張者の i)主観的態様と ii)客観的行為態様について着目がなされ、その正当性・悪質性の有無・程度について検討がなされることとなる。

ただし、他方で、権利行使の相手方の侵害行為についても、その主観的態様及び客観的行為態様が、権利濫用法理の適用の可否を総合的に判断する際に考慮されるべきこととなる。例えば、権利行使の相手方が侵害行為を故意に行っている場合は、当該侵害行為の悪質性が、権利濫用法理適用の消極的要素として重視されることとなる。

i) 主観的態様

a) 特許権者がもっぱら加害の目的で差止請求等の権利行使をする場合は、原則として、その権利行使は正当性を欠く[1]。

では、客観的要件のみではなく主観的要件をも含め、それらを総合的に考慮して権利濫用を判断すべきとの説が有力…」〔菅野耕毅「権利濫用の理論－民法の研究Ⅴ」88頁〕

「このような事件類型〔補足：他人の土地の無権原占拠〕において権利濫用が成立するためには、原則として、権利行使者に害意、不当図利などの主観的な悪質さが存在することが求められるであろう。そしてこのような主観的要素がない場合については、権利濫用が認められるとしても、ごく例外的に利益の客観的な比較考量のみによらず、少なくとも以下のような事情が存在する場合に限定されるべきではないか。すなわち、侵害者において（権利濫用規定の適用により）保護を主張しうる倫理的な資格があること、および、所有者において侵害を受忍すべき特別な事情があること。」安永正昭「新版注釈民法(1)（谷口知平・石田喜久夫編）第1編序説∫1〔基本原則〕Ⅲ権利濫用の禁止」131頁〕

[1] 「もっぱら加害の目的で権利行使をすることが権利濫用と認められる場合（いわゆるシカーネ）」の代表的な例としては以下がある。
安濃津地裁大正15年8月10日判決・法律新聞2648号11頁

b) 特許権者がもっぱら不当な利益を獲得することを目的として権利行使をする場合は、その権利行使は正当性を欠くものと判断される可能性が高い[1]。

ii) **客観的行為態様**

a) 特許権者が特許権に基づく権利行使を行うに至った過程において、以下に例示するような行為を行っている場合は、その権利主張の正当性がないと判断される要素の一つとして考慮される可能性がある。

ア) 特許権者が合理的な理由なく前言を翻すなど信義則に違反する行為[2]をした場合[3]

イ) 特許権者が権利行使の相手方に対して通常の事業者にとって受忍することができないライセンス契約[4]を強要し、権利行使の相手方が許容でき

「権利者が権利の行使に際し其適当なる範囲を超越して失当なる方法を行ひ故意又は過失に因り他人の権利を侵害したる時は権利の濫用として不法行為上の責任を免れざるべく《中略》被告が自己の所有地内に本件工作物を築造したりと雖も《中略》明らかに右第五病舎の所有権行使及業務を妨害する故意に出でたるものにして洵に所有権の明白なる濫用なり」

[1] もっぱら不当な利益を獲得することを目的として権利行使をすることと他の要素を総合勘案して権利濫用を認めたものとしては以下の判例が存在する。
(宇奈月温泉事件) 大審院昭和10年10月5日判決・最高裁判所民事判例集14号1965頁
「専ら不当なる利益の獲得を目的とし所有権を以てその具に供するに帰するものとなれば社会観念上所有権の目的に違背しその機能として許さるべき範囲を超脱するものにして権利の濫用に他ならず…」

[2] 「信義則に反する行為」としては、例えば、特許声明書の提出義務が課せられているパテントポリシーを有する標準化機関における標準化活動に参加する者が、標準策定過程において必須特許を有しているにもかかわらず特許を主張せず、標準策定後に特許を保有していることを明らかにし、同じ標準化活動に参加している者に対して莫大なライセンス料を請求するなど、契約や事業活動等を通じて形成されている事業者間における義務や約束を反故する行為が想定される。なお、標準策定過程において必須特許を有している者(特許権者)がReasonable And Non-Discriminatory(以下「RAND」という。)でライセンスする旨を表明した場合において、標準策定後に、例えば特許権者がRANDと主張するライセンス料に対してライセンスを受ける側が高額でありRANDとは言えないと主張するなど、RANDの具体的な条件を巡ってライセンスを受ける側と争いが生じた場合については、ライセンスをする側の主観的な態様・ライセンスを受ける側の信頼形成の有無や内容等を総合的に勘案し、信義則の違反に該当するか否かを議論しうるものと思料される。

[3] 最高裁昭和47年6月15日判決・最高裁判所民事判例集5号1015頁・判例時報674号69頁・判例タイムズ279号194頁
「他に特段の事情のないかぎり、Xにおいて、Yに対し、本件家屋の賃貸借契約が無断転貸を理由に解除された旨を主張することおよびこれを理由として本件家屋の所有権に基づきYに対し専有部分の明渡を請求することは、信義則に反しまたは権利の濫用であって、許されないものと解するのが相当である。」

[4] 通常の事業者にとって受忍することができないライセンス契約」としては、次の(1)(2)を想定している。ただし、これらの例に該当する契約が直ちに「通常の事業者にとって受忍することができないライセンス契約」に該当するのではなく、以下の条項に付随して契約上定められる条件、両当事者間の取引関係、市場の状況等、個別の事情に照らして判断される。
(1) 当該技術の客観的価値を明らかに上回ると考えられるライセンス料を求めるもの

ない場合に、その権利行使の相手方に対して差止請求をするなど、特許法の目的である「発明の奨励、産業の発達」を逸脱し、相手方に一方的に不利益を押しつける場合[1]

ウ）権利行使の相手方が、損害を賠償する、又は適切なライセンス料を支払おうとするなど、侵害行為による特許権者の損失を回復するための努力をしているにもかかわらず、特許権者が合理的な理由なく交渉に応じないで差止請求等の権利行使をする場合[2]

エ）不誠実な手段・経緯により特許権を自己に取得・帰属させた上で差止

（2）直接的に上記のような莫大なライセンス料を求めるものではないが、次に掲げる条件を求めるもの

・別の特許の実施許諾を受けるよう義務づけたり、特許対象でない商品やサービスの購買を義務づけること（抱き合わせ）

・実施許諾後に取得した関連する特許権の譲渡・独占的ライセンスを義務づけること（アサインバック・独占的グラントバック）

・被許諾者に対し、許諾者や他の被許諾者に対して関連特許侵害に係る訴訟の提起を禁止すること（非係争義務）

・被許諾者に対し、関連特許権の無効審判等の請求を禁止し、被許諾者が当該特許権の有効性について争うことを禁止すること（不争義務）

上記（2)については、実態を勘案すると、被許諾者は、多くの場合は不当な条項であることを認識しながらもライセンス契約を結ぶことが想定される。こうした場合において、当該条項の不遵守を理由として契約を解除しうる旨の特約が付されているときは、その特約又はその特約に基づく契約解除権の行使について、ライセンサー・ライセンシーとの力関係・当該条項の悪質性等を勘案し、権利濫用の成否を検討する余地があると考えられる。

なお、権利濫用とは離れるが、こうした条項は日本においても、独占禁止法の枠組みにおいて、公正競争阻害性が立証されれば不公正な取引方法に該当し、違法となると考えられ、公正取引委員会による排除措置命令又は私訴による救済の対象となる。

また、日本とは法制が異なるため、権利濫用と同視することはできないが、こうした条項は、米国においてはパテントミスユースと認定され、これらが解消するまで訴訟上特許権を行使できなくなる可能性があると考えられる。

[1] 本項目は、ライセンス拒絶等によりライセンス契約を成立させないこと自体を一般的に権利濫用の判断要素の一つとして述べるものではない。

[2] 本項目は、ライセンス交渉に応じないことを直ちに権利主張の正当性を欠く場合に該当するものとして論じるものではない。なお、権利行使の相手方が、侵害行為による権利者の損失を回復するための努力をしているにもかかわらず、一切話し合いに応じないことを権利濫用の判断要素の一つとして述べている判例としては以下が存在する。

東京地裁昭和52年5月26日判決・判例時報832号51頁

「本件土地の使用はYおよびその一家の生活の基盤として欠くべからざるものであること《中略》競売価格は本件土地にYの貸借権が設定されているものとして扱っても十分見合う金額であること、Xは右土地を競落するや直ちにYに本件土地の明渡を求め、話し合いには一切応じない態度を堅持していたこと《中略》これらの事実よりすれば、Xは右競売事件において本件土地に競落人に対抗しうる建物所有の目的の賃借権がある旨広告されていたが、その賃借権がたまたま対抗力に必要な登記を欠いていたことを奇貨として、極めて低廉な価額で競落したうえ巨額な利益をえようとしているものと推認できるので、前示認定のようなY側の事情等をも考慮すると、Xの本件建物収去・土地明渡の請求は権利の濫用として許されないものといわなければならない。」

請求等の権利行使をする場合[1]

b) 権利主張の行い方そのものが、以下に例示するような態様のものである場合は、その権利主張には正当性がないと判断される要素の一つとして考慮される可能性がある。

ア) ソフトウェアに係る特許権が付与された趣旨目的を逸脱し、不当な利益を獲得する、又は当該特許技術を用いた製品の利用者の便益を大きく害する権利主張
イ) ソフトウェアに係る特許権者自身には客観的な利益がなく、相手方を害することにのみ繋がる権利主張

②特許権者による権利行使を認める場合・認めない場合の利益考量

ソフトウェアに係る特許の侵害が生じている場合においては、

i) 権利行使の方法（差止請求・損害賠償請求・不当利得返還請求・信頼回復措置請求等）
ii) 権利行使の対象物（権利行使の対象となる特許技術が用いられているソフトウェアの用途・利用状況・性質）
iii) 特許の利用状況及び利用可能性（特許権者の利益の有無・多寡）

等の要素如何によって、当該権利行使を認めることによって特許権者が得る利益及び社会全体に与える利益と権利行使の相手方及び社会全体に与える不利益の程度が大きく異なることから、これらの要素を勘案して権利行使を認める場合・認めない場合のそれぞれの利益・不利益について比較考量が行われることとなる。

2.（1）②に述べたとおり、特許権者による差止請求等の権利行使を認めることによる権利行使の相手方及び社会全体の不利益が権利者及び社会全体の利益と比較して著しく大きく、権利行使を認める場合より権利行使を認めない場合の社会的経済的厚生が著しく大きい場合は、権利濫用が認められる可能性がある。

i) 権利行使の方法

特許権の権利行使の相手方に対する請求権としては、差止請求・損害賠償請求・不当利得返還請求・信頼回復措置請求等がある。中でも、差止請求に

[1] 最高裁昭和52年3月31日判決・最高裁判所裁判集民事120号355頁
「土地の買受人が、貸借権に対抗力のないことを奇貨として、貸借人に対し土地の明け渡しを求めるなど自己の利益を図る目的で、当該対借地を買い受けたような事情があるときは、買受人の貸借人に対する土地明渡請求は、権利の濫用として許されないというべきである。」

ついては、その侵害組成物となっているソフトウェアの用途･利用状況如何によっては、単に当該ソフトウェアを権利行使の相手方が利用できなくなるにとどまらず、当該ソフトウェアを利用して社会に提供されていたサービス等に大きな影響を及ぼし、社会全体に不利益を与える可能性がある。

差止請求については、特許法第2条第3項各号に定められた「生産」「使用」「譲渡」等の「実施」行為のいずれを差し止めることとするかによって請求の相手方が異なり、権利行使の相手方たる請求の相手方及び社会に与える不利益が異なる。

加えて、差止請求に付帯して行うことが可能な「侵害組成物廃棄請求」「侵害供用設備除却請求」を行うか否かにより、権利行使の相手方及び社会に与える不利益の内容及び程度が異なる。

ii) 権利行使の対象物

ソフトウェアの用途･利用状況[1]如何によっては、権利行使の相手方及び社会に大きな不利益が生ずる可能性がある。

特許権者が、当該特許が保護する機能について権利を行使したとしても、以下のような場合には、ソフトウェアの特性に基づいて、影響の拡大が生じうる。

i) 当該特許によって保護される機能がインターオペラビリティー[2]確保に必要な機能である場合[3]には、プログラムとプログラムが通信して情報を交換し双方

---

[1] 「用途･利用状況」として想定される例と考えられる影響
(1)社会的な安全･安心につながる重要インフラ（金融、電力、鉄道等）を支える情報システムに活用されているソフトウェア
→システム自体が使用不可となった場合、ソフトウェア特許を侵害した情報システムの開発事業者及び重要インフラを担うユーザー企業のみならず、国民生活に大きな損害が生じうる。
(2)広く社会において活用されている汎用のソフトウェア（ソフトウェアPC用OS、サーバ用OS、オフィスソフトウェア）
→システム自体が使用不可となった場合、ソフトウェア特許を侵害した情報システムの開発事業者のみならず、ユーザー（企業･一般人）に損害が生じうる。
(3)特定の者が参加するサービス(ASP、ネットオークション等)を支える情報システム
→システム自体使用不可となった場合、ソフトウェア特許を侵害した情報システムの開発事業者及び当該サービスを提供する事業者のみならず、当該サービスの提供を受ける者に損害が生じうる。
(4)企業の業務システムに活用されているソフトウェア
→システム使用不可となった場合、ソフトウェア特許を侵害した情報システムの開発事業者及び当該ソフトウェアを利用する企業に損害が生じうる。
(5)家電製品等の機器に組み込まれているソフトウェア
→ソフトウェアが使用不可となった場合、その製品の機能を発揮することが不可能となることから、製品回収等を行わなければならないことになり得るため、市場への普及状況次第では大きな損害が生じうる。

[2] プログラムと他のプログラムとが通信して交換された情報を双方のプログラムが利用することで、当該情報を必要とする機能の全てが発揮される能力

[3] 特にソフトウェア製品のインタフェースがすでに標準となっている場合

で利用することができなくなることによって、当該情報を必要とする機能のうち動作しないものが生じ、権利行使の相手方に大きな不利益が生ずる可能性がある。

ii) 当該特許によって保護される機能がＯＳ、ミドルウェア等のプラットフォームとなるソフトウェアの機能である場合、当該機能なくしては当該ソフトウェアのみならず、当該ソフトウェアの機能を用いている他のソフトウェアやハードウェアが動作しなくなり、権利行使の相手方に大きな不利益が生ずる可能性がある。

iii) 特許の利用状況及び利用可能性

権利者がソフトウェア特許に係る技術を利用して自社でソフトウェア販売事業を行っている（又は行おうとしている）、他者にライセンスをすることにより事業を行っている（又は行おうとしている）、自社のサービス等に利用している（又は利用しようとしている等の利用実績（又は予定）が存在するか否か、存在するとしたら当該事業より得ている（又は得る予定の）利益はどの程度のものかによって、権利者がソフトウェア特許を利用して得る直接的な利益又は当該権利行使によって回復される利益の有無･大小は異なる。

Ⅱ-2-2 Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアの提供者の責任

【論点】

Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアを用いて、音楽などのファイルを無断でインターネット上へアップロードする行為やインターネット上からダウンロードする行為は著作権法違反となるか。

また、Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアを提供する行為はどうか。

１．考え方

(1) Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアのユーザーの行為

Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアには、ファイルをインターネット上へ送信可能とする、いわゆるアップロード行為と、ファイルをインターネット上からユーザー手元の媒体へ複製する、いわゆるダウンロード行為の2つの機能がある。

ユーザーが、音楽などのファイルを権利者の許諾を得ずにインターネット上へアップロードする行為は、著作権法上の公衆送信権又は送信可能化権の侵害、すなわち、著作権又は著作隣接権の侵害に当たる。

他方で、ユーザーが音楽などのファイルをインターネット上からダウンロードする行為は、私的使用目的の複製に該当する場合を除き、著作権又は著作隣接権の侵害となる。

(2) Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェア提供者の行為

Ｐ２Ｐファイル交換ソフトウェアの利用に関しては、交換されるファイルの大多数が著作権侵害のファイルである場合、ユーザーの違法行為に対するＰ２Ｐファイル交換ソフトウェア提供者の関与の仕方によっては、著作権又は著作隣接権の侵害に当たる可能性がある。

２．説明

(1) 問題の所在

近年、Napster[1]やＧnutella[2]、Winny[3]やＳhare[4]などのインターネット上でのユーザー同士による音楽等のファイルの交換を支援するＰ２Ｐファイル交換ソフトウェアが出現し、著作権者及び著作隣接権者の利益が損なわれるおそれが生じてきている。

Ｐ２Ｐファイル交換の仕組みには、大きく分けて二種類ある。ｉ）中央サーバを有し、ユーザー間のファイル情報の交換を仲介する場合（これを「ハイブリッド型のＰ２

[1] 1999年1月に公開された、P2Pの技術を利用したハイブリッド型ファイル共有ソフト。
[2] 2000年3月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。
[3] 2002年5月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。
[4] 2004年1月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。

Pファイル交換」という。）と、ii）そのような中央サーバを有しない場合（これを「純粋型のP2Pファイル交換」という。）である。

ハイブリッド型のP2Pファイル交換においては、ユーザーはファイル交換を行うにあたって、当該サービス専用のP2Pファイル交換ソフトウェアをダウンロードし、ユーザーのパソコンへインストールした後、中央サーバへアクセスし、交換可能なファイル情報を入手することで、他のユーザーとのファイル交換が可能となる。

純粋型のP2Pファイル交換では、ユーザーはP2Pファイル交換ソフトウェアを入手しパソコンにインストールした後、直接他のユーザーへアクセスすることにより、後はユーザー間でファイル交換が可能となる。

①P2Pファイル交換ソフトウェアのユーザーの行為について

P2Pファイル交換ソフトウェアには、ファイルをインターネット上へ送信可能とする、いわゆるアップロード行為と、ファイルをインターネット上からユーザーの手元の媒体へ複製（録音・録画を含む。）する、いわゆるダウンロード行為の2つの機能がある。

ユーザーのP2Pファイル交換ソフトウェアの利用が、著作権侵害に当たるかどうかが問題となる。

②P2Pファイル交換ソフトウェアの提供者の行為について

P2Pファイル交換ソフトウェアを提供し、また、これに併せて中央サーバを設置してインターネット上でのユーザー同士による音楽等のファイルの交換を支援するサービスを提供する行為が、著作権侵害に当たるかどうかが問題となる。

(2) ユーザーの行為

①アップロード行為

著作物の複製を行う権利は、著作権者及び著作隣接権者によって専有（著作権法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2）されているが、私的使用の目的で著作物の複製を行うことに関しては、権利者の複製権が制限されている（同法第30条第1項）。

P2Pファイル交換に当たって、アップロードするためのファイルを作成する場合、例えば、音楽CD等の著作物からMP3ファイル形式等に複製することが行われているが、ユーザーが当初から公衆へ送信する目的で複製を行ったときは、私的使用目的ではないため、私的使用目的の複製（同法第30条第1項）に該当しない。また、当初は私的使用目的で複製した場合であっても、当該ファイルをアップロードしたときは、同法第49条第1項第1号又は第102条第4項第1号の規定により、私的使用目的以外の複製を行ったとみなされる。

さらに、音楽等のファイルをインターネット上で送信可能とする行為（アップロード行為）は、同法第2条第1項第9号の5に規定されている「送信可能化」行為に該当する。また、「送信可能化」を行う権利は、著作権者及び著作隣接権者によって専有されている（同法第23条、第92条の2、第96条の2、第99条の2、第100条の4）。

したがって、故意又は過失によって権利者の許諾を得ずにP2Pファイル交換ソフトウェアを用いて音楽等のファイルをインターネット上で送信可能にした者は、複製権（同法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2）又は公衆送信権若しくは送信可能化権（同法第23条、第92条の2、第96条の2、第99条の2、第100条の4）を侵害しており、損害賠償責任を負うと解される（民法第709 条）。また、故意過失の有無に関わらず権利侵害があった場合又は侵害のおそれがある場合には権利者から差止請求を受けることもある（同法第112条）。

さらに、故意かつ告訴があった場合には、刑事責任として5年以下の懲役又は500万円以下の罰金を課されることがある（同法第119条）。

②ダウンロード行為

P2Pファイル交換ソフトウェアを用いて権利者によって許諾されていない音楽等のファイルを他のユーザーからインターネット経由で受信し複製する行為（ダウンロード行為）は、技術的保護手段の回避等によって行ったものではなくかつ個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用するものとして私的使用目的の複製に該当しない限り、著作権又は著作隣接権の侵害には当たるものと解される（著作権法第30条第1項、第102条第1項、第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2）。

さらに、ダウンロード行為自体が著作権又は著作隣接権侵害にならない場合であっても、受信した複製物を私的使用の目的以外に使用する場合は複製権（同法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2）の侵害となり、（同法第49条第1項第1号、第102条第4項第1号）、損害賠償責任（民法第709条）、権利者からの差止請求（著作権法第112条）、刑事責任（同法第119条）の問題が生じる可能性がある。

例えば、ユーザーがダウンロードしたファイルをそのまま自己のパソコンの公衆送信用記録領域に記録し、インターネット上で送信可能な状態にした（ダウンロード行為が同時にアップロード行為に相当する）場合は、当該ダウンロード行為は私的使用目的の複製には該当しないため複製権侵害となる。

(3) P2Pファイル交換ソフトウェアを利用したサービス提供者の行為

中央サーバを有するハイブリッド型のP2Pファイル交換サービス提供者の行為に

ついては、著作権管理事業者及び著作隣接権者がそのサービス提供の差止め等を求めて提訴した事案がある。東京高裁平成17年3月31日判決は、当該サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもってサービス利用者による特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、サービス提供者がそのことを予想しつつ当該サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについてのサービス提供者の管理があり、サービス提供者がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、サービス提供者はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、サービス提供者を侵害の主体と認めることができる、と述べて、サービス提供者を著作物の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害主体であると認定した原審の判断を支持した。[1]

[1] なお、純粋型のP2Pファイル交換ソフトウェアの提供行為については、現在までのところ、我が国においては確定した裁判例はない。純粋型のP2Pファイル交換においては、中央サーバを有しないゆえ、一旦ソフトウェアを提供した後に行われるユーザーの著作権侵害行為に対するソフトウェア提供者のコントロールの性質や程度は、ハイブリッド型のP2Pファイル交換のサービス提供者の場合と異なるといえよう。しかし、諸外国の例を見ると、必ずしも純粋型のP2Pファイル交換ソフトウェア提供者に侵害責任がないとされているわけではない。ユーザーの侵害行為を意図的に誘引・奨励する一方で、ユーザーの侵害行為をフィルタリング技術によって規制しようともせず、広告収入といった経済的利益を得ていること等を理由に、P2Pファイル交換ソフトウェアの提供者に侵害について一定の責任を問うケースも出てきている（米最高裁2005年6月27日判決（Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913(2005).）、豪連邦裁判所2005年9月5日判決（Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd., [2005] FCA 1242.））。

Ⅱ-2-3 ドメイン名の不正取得等

【論点】

不正競争防止法第2条第1項第12号において、ドメイン名の不正取得等の行為が「不正競争」として規定されているが、どのような行為が本号の「不正競争」に該当するのか。

1. 考え方

(1) 不正競争防止法における不正競争の定義と対象

不正競争防止法第2条第1項第12号において、①不正の利益を得る目的（図利目的）又は他人に損害を加える目的（加害目的）で、②他人の特定商品等表示と同一又は類似の、③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為を「不正競争」としている。

また、末尾が「.jp」であるJPドメイン名と末尾が国コードでない一般ドメイン名（例:「.com」,「.org」等）のいずれも、不正競争防止法の対象となる。

(2) 不正競争に該当するケース

これまでに裁判例や民間の紛争処理事例において、①ドメイン名の取得や使用が不正の目的等と認められたケースと②ドメイン名が他人の商品や商標等と同一又は類似であると認められたケースについて以下に例示する。これらのようなケースは不正競争防止法上、不正競争に該当する可能性が高い。

①これまでにドメイン名の取得や使用が不正の目的等と認められたケース

- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者の信用や顧客吸引力を利用し、商品販売を行うケース
- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得、使用し、当該ウェブサイト上で事業者を誹謗・中傷する内容の表示を行い、信用毀損を図るケース
- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、ポルノグラフィカルなウェブサイトを開設するケース
- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、当該ドメイン名を自己のウェブサイトへの転送を目的として利用しているケース
- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者がウェブサイトを開設し事業を行うことの妨害を目的として、当該ドメイン名を保有し続けるケース
- 著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を登録し、当該ドメイン名の移転について不当な対価を要求するなど、ドメイン名の転売が目的と考えられるケース
-

②これまでに特定商品等表示等とドメイン名とが同一又は類似であると認められたケース

・「jaccs.co.jp」とJACCS ・「j-phone.co.jp」とJ-PHONE ・「sunkist.co.jp」とSUNKIST、Sunkist ・「sonybank.co.jp」とSONY ・「itoyokado.co.jp」とIto Yokado ・「goo.co.jp」とgoo ・

(3) 不正競争防止法の効果

不正競争によって営業上の利益や信用を侵害された者は、①ドメイン名の使用差止（不正競争防止法第3条）、②損害賠償（同法第4条、第5条）、③信用回復措置（同法第7条）を請求することができる。

(4) 紛争処理方針による取扱い

不正競争防止法による解決手続のほか、それぞれのドメイン名について民間団体が策定した紛争処理方針に基づいた解決手段をとることも可能である。

①JPドメイン名についての取扱い

JPドメイン名については、JPNICの定める「JPドメイン名紛争処理方針」に基づきJPNICの認定紛争処理機関に紛争処理を求めることも可能である。申立人は登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能である。ただし、裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所へ出訴することが可能であり、最終決定ではない。

②一般ドメイン名についての取扱い

一般ドメイン名については、ICANNの定める「統一ドメイン名紛争処理方針」に基づきICANNの認定紛争処理機関へ紛争処理を求めることが可能である。申立人は登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能である。ただし、裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所へ出訴することが可能であり、最終決定ではない。

2. 説明

(1) ドメイン名の不正取得等に関する不正競争防止法の規制

近年のインターネットの急速な普及に伴い、事業者にとっては、インターネットを

通じた営業・広報等のビジネス活動の重要性が高まり、ドメイン名が高い価値を有するに至った。しかし、ドメイン名の登録は、原則として誰もが先着順に登録することができるため、第三者が有名企業や著名な商品の名称等と同一又は類似の文字・数字等の配列をドメイン名に登録した上で、商標権者等に対して不当に高い価格で買取りを請求したり、ウェブサイト上で商標権者等の信用を傷つけたりする等の行為が世界各国で頻発した。

そこで、不正競争防止法は、第2条第9項においてドメイン名を「インターネットにおいて、個々の電子計算機を識別するために割り当てられる番号、記号又は文字の組合せに対応する文字、番号、記号その他の符号又はこれらの結合」とする定義規定を設け、同法第2条第1項第12号において、①不正の利益を得る目的又は他人に損害を加える目的で、②他人の特定商品等表示と同一又は類似の、③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為を「不正競争」として規制している。

なお、上記のドメイン名の定義から明らかなように、末尾が「.jp」となっている我が国の国コードドメイン名（以下「JPドメイン名」という。）のみならず、諸外国の国コードドメイン名（例えば「.uk」,「.kr」,「.de」等）や末尾が国コードとなっていないドメイン名（以下「一般ドメイン名」という。例えば「.com」,「.net」,「.org」,「.info」等）についても、本法の対象となる。

(2) どのような行為が「不正競争」に当たるか

①不正の利益を得る目的又は他人に損害を加える目的（図利加害目的）

本法では主観的要件として、図利目的又は加害目的という2つの類型を規定している。前者は、公序良俗、信義則に反する形で自己又は他人の利益を不当に図る目的を、後者は、他者に対して財産上の損害、信用の失墜といった有形無形の損害を与える目的をそれぞれ指すものと解される。

なお、これまでの裁判例及び日本知的財産仲裁センターにおける紛争処理事例において、ドメイン名の登録・使用が不正の目的と認められたものには以下のようなケースがあり、これらの判示事項は、本法の図利加害目的の解釈にあたっても、参考になるものと考えられる。

・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者の信用や顧客吸引力を利用し、商品販売を行うケース
・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得、使用し、当該ウェブサイト上で事業者を誹謗・中傷する内容の表示を行い、信用毀損を図るケース
・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、ポルノグラフィカルなウェブサイトを開設するケース

・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、当該ドメイン名を自己のウェブサイトへの転送を目的として利用しているケース
・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者がウェブサイトを開設し事業を行うことの妨害を目的として、当該ドメイン名を保有し続けるケース
・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を登録し、当該ドメイン名の移転について不当な対価を要求するなど、ドメイン名の転売が目的と考えられるケース

②他人の特定商品等表示と同一又は類似のドメイン名

「特定商品等表示」とは、「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章その他の商品又は役務を表示するもの」を指す。特定商品等表示に該当するためには、表示が自他識別機能、出所識別機能を備えていることが必要である。したがって、これらを有しない普通名称等をドメイン名に用いる場合には、特定商品等表示に該当しない。

また、類似性の判断については、基本的には同法第2条第1項第1号等の下で裁判例等が示してきた判断基準が妥当するものと考えられる。例えば、富山地裁平成12年12月6日判決は、「「JACCS」と「jaccs」とを対比すると、アルファベットが大文字か小文字かの違いがあるほかは、同一である。そして、実際上、小文字のアルファベットで構成されているドメイン名がほとんどであることに照らせば、大文字か小文字かの違いは重要ではないというべきである」と判示している（同判断は高裁でも維持され、その後、確定している（名古屋高裁金沢支部平成13年9月10日判決、最高裁平成14年2月8日第二小法廷上告不受理決定）。）。また、東京地裁平成13年4月24日判決は、「被告が本件ウェブサイト上に表示した本件表示は、「J-PHONE」、「ジェイフォン」、「J-フォン」を横書にしたものであって、本件ウェブサイト上の前記の「J-PHONE」と同一ないし類似するものである」と判示している（同判断は高裁でも維持されている（東京高裁平成13年10月25日判決）。）。

なお、これまで類似性が認められた裁判例及び日本知的財産仲裁センター（旧工業所有権仲裁センター）の紛争処理事例には次のようなものがある。
・「jaccs」とJACCS（名古屋高裁金沢支部平成13年9月10日判決）
・「j-phone」とJ-PHONE（東京高裁平成13年10月25日判決）
・「sunkist.co.jp」と SUNKIST、Sunkist（日本知的財産仲裁センター平成13年6月1日裁定）
・「sonybank.co.jp」とSONY（工業所有権仲裁センター平成13年3月16日裁定）
・「itoyokado.co.jp」と Ito Yokado（工業所有権仲裁センター平成13年3月14日

裁定）
・「goo.co.jp」とgoo（東京高裁平成14年10月17日判決）

③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為

ドメイン名を使用する権利を取得する行為には、ドメイン名登録機関に対する登録申請によってドメイン名を使用する権利を自己のものとする場合のほか、登録機関からドメイン名の登録を認められた第三者から移転を受けることによってドメイン名を使用する権利を自己のものとする場合、登録機関からドメイン名の登録を認められた第三者からドメイン名の使用許諾を受ける場合も含まれる。

また、ドメイン名を使用する権利を保有する行為とは、ドメイン名を使用する権利を継続して有していることを指し、ドメイン名を使用する行為とは、ドメイン名をウェブサイト開設等の目的で用いる行為を指す。

(3)「不正競争」に該当する場合の効果

不正競争によって営業上の利益や信用を侵害された者は差止（不正競争防止法第3条）、損害賠償（同法第4条、第5条）、信用回復措置（同法第14条）を請求することができる。なお、自己の商標等と同一又は類似のドメイン名を不正に取得等され、営業上の利益を侵害された者は、仮にそのようなドメイン名を使用することについて許諾をしていたとすれば、通常受けるべき使用料に相当する額を損害額として請求できる（同法第5条第3項第4号）。

(4)ドメイン名紛争処理方針による取扱い

不正競争防止法においては、ドメイン名の移転について明文の規定がないため、訴訟において差止請求権の効果としてドメイン名の移転を請求したとしても、移転判決を勝ち取ることは困難であるといわれている。しかし、JP ドメイン名、一般ドメイン名のそれぞれについてJPNICやICANN（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers）といった民間団体により紛争処理方針が策定されており、これらに基づいてそれぞれ以下のように紛争処理がなされている。

①JP ドメイン名についての取扱い

JPドメイン名については、JPNICの定める「属性型（組織種別型）・地域型JPドメイン名登録等に関する規則（第40条）」及び「汎用JPドメイン名登録等に関する規則（第37条）」（以下、両者をまとめて「登録規則」という。）において、登録者はその登録にかかるJPドメイン名について第三者との間に紛争がある場合には、JPNICの定める「JPドメイン名紛争処理方針」（以下「JP-DRP」という。）に従った紛

争処理機関による手続に同意することが規定されている。そして、JP-DRP によると、第三者である申立人に対する救済として、登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能とされており(JP-DRP 第4条ｉ)、JPNICが認定した紛争処理機関(現在のところ日本知的財産仲裁センターのみ)によって裁定があったときには、株式会社日本レジストリーサービス(以下「JPRS」という。)は当該ドメイン名登録の移転又は取消の手続を行うこととされている(JP-DRP 第3条、第4条 k)。ただし、紛争処理機関の裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所(合意裁判管轄は、東京地方裁判所又は登録者の住所地における管轄裁判所とされている。)へ出訴することが可能であり、裁定通知後10日以内に出訴が行われた場合は、JPRS による取消や移転の裁定結果の実施が留保され、裁判所の判決に基づき、取消又は移転の手続が実施される(JP-DRP 第4条 k)。

なお、ドメイン名に係る権利内容は JPRS との契約で定められるものであるので、登録規則に基づく JPRS の取消や移転の措置は不法行為には該当しないものと解される。裁判例においても「ドメイン名登録は、インターネット利用者とドメイン名登録機関であるJPNIC(注:当時は JPNIC が登録業務を行っていた。)との間で登録規則をその内容(契約約款)とする私的な契約により付与されるものであり、ドメイン名登録者はJPNICに対する債権契約上の権利としてドメイン名を使用するものであって、ドメイン名について登録者が有する権利はJPNICに対する債権的な権利にすぎない」(東京地裁平成13年11月29日判決)とされている。

②一般ドメイン名についての取扱い

一般ドメイン名については、ICANNが採択した「統一ドメイン名紛争処理方針」(以下「UDRP」という。)をもとに、仲裁手続が認定紛争処理機関(世界知的所有権機関仲裁センター等)により実施されている。

したがって、一般ドメイン名については、ICANNの認定紛争処理機関に申立てを行うことにより、取消又は移転を求めることが可能である。ただし、UDRP に基づく裁定結果に不服のある当事者も、管轄裁判所(合意裁判管轄は、ICANN認可レジストラの本社所在地又は登録者の住所地における管轄裁判所とされている。)へ出訴することが可能であり、裁定通知後10日以内に提訴された場合は取消や移転の裁定結果の実行が留保される(UDRP 第4節 k)。

Ⅱ-2-4 インターネット上への商品情報の掲示と商標権侵害

【論点】
ネットオークションにブランド品を出品することやインターネット上の掲示板でブランド品の販売の申出を行うことは商標権の侵害にあたるか。

1．考え方

(1)「業として」に該当し、かつ(2)「真正商品でない」場合、商標権侵害の責任を負う。

(1)「業として」に該当するか否か

商標法上「業として」に該当しない場合は、商標権侵害とはならない。個人であっても、例えば、反復的かつ継続的に取引を行う場合や、同一の商品を一度に大量に取引を行う場合は、「業として」に該当する。

(2)「真正商品」であるか否か

真正商品であれば、その適法な販売において商標権は消尽しているものと考えられ、その商品の転売には商標権は及ばない。

2．説明

(1) 問題の所在

インターネットの普及に伴い、ネットオークションやインターネット上の掲示板を用いてブランド品(本項では商標権として登録されているものを対象とする。)の販売が行われるようになってきている。ここでは、個人的に所有していた物品が販売されるほか、事業者に大量仕入れされた商品が販売されたり、また、真正商品に混じって偽ブランド品が販売されるケースも存在している。

このようなブランド品をネットオークションに出品する者やインターネット上の掲示板でブランド品の販売の申出を行う者(以下「出品者等」という。)の行為は、当該ブランドの商標権者の権利を侵害しているのだろうか。

(2) 出品者等の責任

商標とは「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であって、業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」であり(商標法第2条第1項第1号)、商品や商品の包装に付するといった商標の使用は商標権者に専有されている(同法第25条)。

また、インターネット上での広告も商標の使用に当たるとされており(同法第2条

第3項第8号)、ネットオークションへの出品やインターネット上での販売の申出行為は、同号に該当すると解される。

①業要件について

前記のとおり、商標に該当するには、「業として」使用することが要件となっているため、ネットオークションでのブランド品の出品やインターネット上の掲示板でのブランド品の販売の申出であっても、当該商品を「業として」譲渡するものでない場合は「商標」の使用に該当せず、商標権の侵害とはならないと解される。

この「業として」に該当するのは、例えば、次のⅰ)又はⅱ)の場合であると解される。また、これは個人による行為であっても同じである[1]。

ⅰ)反復的かつ継続的に取引を行う場合

実際に反復的かつ継続的に取引を行った場合は、「業として」に該当すると解される。また、出品者等に反復的かつ継続的に取引を行う意思がある場合も、同様に「業として」に該当すると解される。

これは一つのネットオークションサイトで同一IDを用いて何度も同一ブランド品を出品したのかなど個々のウェブサイト単独で判断されるのでなく、同一人が複数のウェブサイトで同一ブランド品の出品や販売の申出を行う場合であっても、全体として反復的かつ継続的と捉えられる場合は、「業として」に該当すると解される。

なお、ネットオークションに出品したり、インターネット上の掲示板で販売の申出をしたものの入札者がいなかった等の理由により、一つの商品を何度も出品する場合等が考えられるが、この場合は反復的かつ継続的な取引には該当しないと解される。

ⅱ)同一の商品を一度に大量に取引を行う場合

ネットオークションやインターネット上の掲示板では、一度に同一の商品を複数出品したり販売の申出を行うことが可能となっていることが多いが、同一ブランドの商品を一度に大量に取引を行う場合も、「業として」に該当すると解される。

②真正商品要件について

---

[1] 事業者の意義は、個々の法律ごとに異なることに留意する必要がある。例えば、電子契約法第2条第2項の「事業者」については、営利目的の有無を問わず同種の行為を反復継続して行っている場合が該当するのに対して、特定商取引法上の「事業者」については、営利の意思を持って反復継続して販売を行う場合が該当する。

真正商品とは、商標権者が自らの意思で流通に置いた商品である。通常のルートで仕入れた商品など、正規に流通している商品については、その適法な販売において商標権は既に消尽していると解され、その商品の転売には商標権は及ばない。また、外国で入手した場合（いわゆる並行輸入など）についても、外国の権利者が自らの意思で流通に置いた商品については同様に商標権は既に消尽していると解される（実質的に同一人が日本及び外国で商標権を有している場合は、外国で権利者により製造され商標が付されて正当な手段で譲渡された場合は、既に商標権が消尽しており、日本国内での販売も原則として商標権の侵害にならないと解されている（大阪地裁昭和45年2月27日判決・判時625号75頁）。）。

したがって、一旦正当な手段で入手した商品を再販売することは商標法上何ら問題は生じない。すなわち、小売店が卸売店から仕入れた商品を、何ら商標権者の許諾を要することなく自由な価格設定で販売することができるのと同様である。ネットオークションへの出品やインターネット上の掲示板への掲載は、商標法上は、一般の小売店のチラシ広告と同様と考えられよう。

しかし、例えば、正規の工場で生産されても、そこから横流しされたなど商標権者が自らの意思で流通に置いたものでないと解される場合は、真正商品に該当しない。

③結論

以上のことから、「業として」に該当し、かつ「真正商品でない」場合、ネットオークションに出品することやインターネット上の掲示板で販売の申出を行うことは、商標権の侵害に該当し、損害賠償責任（民法第709条）を負うと解される。また、権利者から差止請求（商標法第36条）を受ける場合や、刑事責任（同法第78条）を負う場合もあると解される。

なお、真正商品でない偽ブランド品を、偽ブランド品と断った上で出品したり、販売の申出を行ったとしても、商標権者の許諾なく当該商標を付した物品の販売等を行うものであるから、これを業として行う場合は商標権侵害となる（同法第25条）。

また、偽ブランド品を、偽ブランド品と知りつつ真正商品だとして販売することは、刑法上の詐欺に該当し、刑事上の責任（刑法第 246 条）を負う場合がある。

Ⅱ-2-5 ID・パスワード等のインターネット上での提供

【論点】

デジタルコンテンツやプログラムに対するアクセスやコピー（インストール）のためのID・パスワード等をネットオークションに出品することや、インターネット上の掲示板で開示することに対して、どのような制限があるか。

1．考え方

(1) 契約による制限

提供者とユーザーとの間にID・パスワード等の第三者提供を禁止する契約が締結されている場合、ID・パスワード等をインターネット上で販売又は開示したユーザーは、契約上の責任（債務不履行責任）を負う。

(2) 不正アクセス禁止法による制限

ID・パスワード等が、インターネット等を通じて他のコンピュータを利用するためのものであって、当該ID・パスワード等を付与されている利用権者[1]又は当該ID・パスワード等を付与している者に無断で、かつ、当該ID・パスワード等がどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにして提供する行為は、不正アクセス行為の禁止等に関する法律（以下「不正アクセス禁止法」という。）により禁止されている。

(3) 知的財産法による制限

ID・パスワード等のインターネット上での販売又は開示は、技術的制限手段に対する不正競争には該当しないものの、著作権法の複製権等の侵害を助長する行為として、複製権等の侵害の幇助行為に該当する可能性がある。

(4) 一般不法行為

インターネット上でID・パスワード・シリアルナンバー等を公開・提供した者は、不法行為（民法第709条）に基づく損害賠償責任を負う場合がある。

2．説明

(1) 問題の所在

デジタルコンテンツやプログラム（以下「コンテンツ等」という。）の視聴や使用を技術的に制限（いわゆるアクセスコントロール）したり、複製（インストール）を技術的に

[1] 利用権者とは、当該ID・パスワード等を付与している者から、他のコンピュータの利用についての許諾を得た者である。

制限（いわゆるコピーコントロール）した上で、対価を支払ったユーザーのみに当該技術的制限を解除するためのユーザーID、パスワード、プロダクトID、シリアル番号等（以下「ID・パスワード等」という。）とともにコンテンツ等を提供し（なお、ID・パスワード等はユーザーが設定する場合もある。）、ユーザーは当該ID・パスワード等を使用してコンテンツ等の視聴、使用、複製（以下「アクセス又はコピー」という。）が可能となる、という形態のビジネスが行われている。

ところが、インターネットの普及に伴い、ネットオークションやインターネット上の掲示板を用いて、コンテンツ等のアクセス又はコピーのためのID・パスワード等の販売や開示が行われている。また、コンテンツ等のアクセス又はコピーのための技術的制限を回避する方法（ノウハウ）をマニュアルのように文書化した情報（以下「回避マニュアル類」という。）の販売や開示も行われている。その結果、対価を支払うことによりコンテンツ等のアクセス又はコピーが可能となる形態のビジネスにおいて、営業上の損害が生じていることが指摘されている。

このようなID・パスワード等や回避マニュアル類をインターネット上で販売することや開示することに対して、法的にどのような制限があるのであろうか。

なお、ID・パスワード等については、本項では、市場で商用として提供されているコンテンツ等のアクセス又はコピー用のID・パスワード等を対象として以下論じることとし、銀行のキャッシュカードの暗証番号や企業秘密の管理用パスワード等は対象とはしない。

(2) 契約による制限

ID・パスワード等の提供に当たって、提供者とユーザーとの間で第三者に提供しない旨の契約が締結されている場合がある。この場合、ID・パスワード等をインターネット上で販売又は開示したユーザーは、契約上の責任（債務不履行責任・民法第 415 条）を負う。

(3) 不正アクセス禁止法による制限

ID・パスワード等の識別符号を入力することで利用できるようになっているコンピュータにインターネット等のネットワークを通じて接続し、他人の識別符号を無断で入力するなどしてこのような利用ができる状態にしてしまう行為は、不正アクセス行為として禁止、処罰されている（不正アクセス禁止法第3条、第8条）。具体的には、他人の識別符号を無断で入力する行為と、いわゆるセキュリティホール攻撃が該当する。ここで、識別符号とは、①特定利用を認める相手方ごとに違うものであること、②その相手方以外に用いることができないものであること、の2つの要件を備える必要がある。ここで特定利用とは、インターネット等の電気通信回線を通じて行う利用であって、その利用の内容に限定はなく、コンテンツ等のアクセス又はコピーも

含まれる。

また、他人の識別符号を無断で、かつどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにして第三者に提供する行為も、不正アクセス行為を助長する行為として、禁止されている（同法第4条、第9条）。なお、提供手段に限定はなく、オンラインで行っても、オフラインであっても禁止されている。また提供行為によって金銭的な利益を得たかどうかは関係がない。

したがって、ID・パスワード等が、インターネット等を通じて他のコンピュータを利用するためのものであって、当該ID・パスワード等を付与されている利用権者[1]又は当該ID・パスワード等を付与している者に無断で、かつ、当該ID・パスワード等がどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにしてインターネット上で販売又は開示する行為は、不正アクセス禁止法により禁止されている。

(4) 知的財産法による制限

①不正競争防止法について

ｉ)技術的制限手段に対する不正競争

不正競争防止法においては、電磁的方法によってコンテンツ等のアクセス又はコピーを制限する手段（技術的制限手段（同法第2条第7項））を営業上用いる場合について、その技術的制限手段の効果を妨げることによりアクセス又はコピーが可能となる機能のみを有する装置又はプログラムを譲渡等する行為（プログラムについては電気通信回線を通じて提供する行為を含む。）を、不正競争としている（同法第2条第1項第10号、第11号）。そして、技術的制限手段を営業上用いているコンテンツ等の提供事業者は、技術的制限手段を無効化等する機器やプログラムの譲渡等をする者に対して、営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある場合には、譲渡等の差止又は損害賠償を請求することができる（同法第3条、第4条）。

しかし、ID・パスワード等は、コンピュータに正しく入力されることによって、一定の結果を引き出すことが予め想定されているものであって、コンピュータに対して何ら不正な動作を起こさせるものでない。したがって、ID・パスワード等は「技術的制限手段の効果を妨げる」ものにはそもそも該当しないと考えられる。

また、不正競争の対象となっているものは、機器とプログラムであり、かつ、いわゆる専用品に限定されている。ここで、プログラムとは、「電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わされたもの」（同法第2条第8項）であり、ID・パスワード等は、単なる文字、数字、記号の羅列であって、プログラムには該当しない上、機器にも該当しない。

また、回避マニュアル類も、同様にプログラムや機器には該当しない。

したがって、ID・パスワード等や回避マニュアル類の譲渡等の行為は、技術的制限手段に対する不正競争には該当しないと解される。

ii)営業秘密に係る不正競争

不正競争防止法上、営業秘密は、ア)秘密として管理されている(秘密管理性)、イ)事業活動における有用な技術上又は営業上の情報であって(有用性)、ウ)公然と知られていないもの(非公知性)をいう(同法第2条第6項)。

営業秘密と解される場合、それをどのようにして取得したかによって不正競争に該当するかどうかが判断されることとなり、これを「窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段」(以下「不正取得行為」という。)によって取得した場合、又は不正取得行為が介在したことを知りつつ(又は重大な過失により知らないで)第三者から当該情報を取得した場合は、当該情報を取得・使用・開示する行為がそれぞれ不正競争に該当し(同法第2条第1項第4号、第5号)、及び当該情報を取得した後に不正取得行為が介在したことを知って(又は重大な過失により知らないで)、当該情報を使用・開示する行為がそれぞれ不正競争に該当する(同法第2条第1項第6号)とされている。もっとも、リバースエンジニアリングによって情報を取得する行為については、不正の手段には該当しないと考えられる。

営業秘密に係る不正行為によって、営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある場合には、当該不正行為の差止又は損害賠償を請求することができる(同法第3条、第4条)。

a)ID・パスワード等について

営業秘密は、情報を有する主体ごとに、法の定める要件を満たすか否かにより判断される。例えば、技術的制限手段を営業上用いているコンテンツ等の提供者が、多数のユーザーに同一のID・パスワード等を第三者に提供しないという条件もなく付与している場合、ユーザーにとって、ア)秘密管理性及びウ)非公知性を客観的に認識することは困難であり、営業秘密であるとは認め難いと解される。

これに対し、各人ごとに異なったID・パスワード等を第三者に提供しないという条件で付与している場合は、ア)秘密管理性及びウ)非公知性を満たす可能性があり、ID・パスワード等が、事業活動を行う上でイ)有用性のある情報であると考えられれば、営業秘密と認められる可能性があると考えられる。

b)回避マニュアル類について

コンテンツ等のアクセス又はコピー用の技術的制限手段を回避する方法

は、ア）秘密管理性、イ）有用性、ウ）非公知性を全て満たす場合、営業秘密と解される可能性がある。

②著作権法について

ｉ）技術的保護手段の回避行為性

著作権法においては、技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置若しくはプログラムを公衆に譲渡（プログラムについては公衆送信若しくは送信可能化も含む。）することを禁止しており、これらを行った者については刑事罰（3年以下の懲役又は300万円以下の罰金）が課されることがある（同法第120条の2）。

なお、ここでいう「技術的保護手段」とは、電磁的方法により、著作権等を侵害する行為を防止又は抑止するもの（著作権法第2条第1項第20号）であって、あくまで著作物等の利用（複製、公衆送信、送信可能化など）行為を抑止又は防止する手段である。したがって、デジタルコンテンツの視聴やプログラムの使用の制限等、いわゆるアクセスコントロールについては対象外となっている。また、「技術的保護手段の回避」とは、技術的保護手段に用いられている信号の除去又は改変を行うことにより、当該技術的保護手段によって防止される行為を可能とし、又は当該技術的保護手段によって抑止される行為の結果に障害を生じないようにすることとされている（著作権法第30条第1項第2号）。

しかし、ID・パスワード等は、コンピュータに正しく入力されることによって、一定の結果を引き出すことが予め想定されているものであって、コンピュータに対して何ら不正な動作を起こさせるものではない。したがって、ID・パスワード等は「技術的制限手段に用いられている信号の除去又は改変を行う」ものにはそもそも該当しないと考えられる。

また、ここでの対象となっているものは、装置とプログラムであり、かつ、いわゆる専用品に限定されている。ここでプログラムとは、「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」（同法第2条第1項第10号の2）であり、ID・パスワード等は、単なる文字、数字、記号の羅列であって、プログラムには該当しない上、機器にも該当しない。

また、回避マニュアル類も、同様にプログラムや装置には該当しない。

したがって、ID・パスワード等や回避マニュアル類の公衆への譲渡等の行為は、同法第120条の2に該当しないと解される。

ii）複製権侵害の幇助行為性

ソフトウエアをダウンロードないしインストールすれば、当該ソフトウエアの複製

物が新たに作成されることになる。

著作権侵害を助長する行為は、著作権侵害の幇助行為として、民法第719条に基づき共同不法行為責任を負う可能性がある[1]。

では、ソフトウエアをダウンロードないしインストールする際に必要となるID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為は、複製権侵害を助長する行為として複製権侵害の幇助行為に該当しないのであろうか。

以下、

・正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為が、著作権法上の複製権侵害を構成するかを検討したうえで、

・複製権侵害を構成する場合、これらの者に対してID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為が、複製権侵害の幇助行為に該当しないか、

について順次検討する。

a) 正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為

まず、ソフトウェアをダウンロードないしインストールするにあたって、ID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている形態として以下の事例に基づいて検討を行う。

α　サーバ内に目的とするソフトウェアがインターネットを介してコンピュータに直接インストール可能な状態に置かれているが、直接インストールするにあたってID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている場合

[1] 大阪高裁平成9年2月27日判決・判時1624号131頁
「控訴人会社は、自ら本件装置を操作するものではないが、被控訴人が管理する音楽著作物の上映権及び演奏権を侵害するおそれの極めて高い、業務用カラオケ装置をユーザーに提供することを内容とする、リース業務を日常的に反復継続する者として、･･･本件装置のユーザーが被控訴人の許諾を得ないまま本件装置をカラオケ伴奏による客の歌唱に使用すれば、被控訴人が管理する音楽著作物の上映権及び演奏権を侵害することになることを知っていたか、仮に知らなかったとしても容易に知り得たのであるから、これを知るべきであったというべきである。
しかるところ、控訴人会社は、･･･許諾を得ないまま本件店舗において本件装置を使用して客に歌唱させていることを認識しながら、右著作権侵害の結果を認容しつつ、本件リース契約を継続、更改して本件装置を提供し、控訴人則子及び同隆による前示本件著作権侵害行為に加担したというべきである。」
「控訴人会社は、これらの注意義務をいずれも怠り、何ら適切な著作権侵害防止措置を講じないまま前記著作権侵害行為に及んだ･･･との間で本件リース契約を継続、更改して本件装置を提供したのであるから、その点において控訴人会社に過失があるといわざるを得ず、控訴人会社は、･･･前記著作権侵害行為を幇助した者として、民法七一九条二項に基づき共同不法行為責任を免れないというべきである。」

β　サーバ内には、目的とするソフトウェアがインターネットを介してコンピュータに直接インストールが可能な状態には置かれておらず、インストーラ[1]が何らの制限なく何人も自由にダウンロード可能な状態に置かれている[2]のみで、一旦コンピュータ内のハードディスク等の媒体内に当該インストーラをダウンロードしたうえで、当該インストーラを起動してインストールをすることが予定されているところ、

β１　インストーラをダウンロードするにあたって、ID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている場合

β２　ハードディスク内にダウンロードしたインストーラを起動してインストールを行なうにあたって、ID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている場合

γ　目的とするソフトウェアが格納されたＣＤ－ＲＯＭ等の媒体から、当該ソフトウェアをコンピュータにインストールするにあたって、ID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている場合

上記のいずれの場合も、ソフトウェアをダウンロードないしインストールを行なう行為自体は、複製行為に該当する。

すなわち、上記α、β２、γのいずれのインストール行為についても、コンピュータのハードディスク内に、目的とするソフトウェアの複製物を新たに作成するものであり、上記β１のインストーラのダウンロード行為についても、インストーラの複製物を新たに作成することになるから、いずれも、複製行為に該当する。

つぎに、正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為自体が、著作権法上の複製権侵害を構成するのか否かについて検討する。

ア）α・β１の場合

---

[1] 本稿では、インストール対象となるアプリケーションプログラムを、コンピュータが使用可能な状態とするために必要なすべてを含んだプログラムとする。

[2] 典型的には、一般に公開されているウェブページで、ソフトウェアの制作者の管理するものにおいて、なんらのアクセス制限もなくインストーラにリンクが張られているような場合である。

正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為については、原則として、著作権法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

すなわち、インストール行為にあたってID・パスワード等を入力することが必須不可欠とされている場合には、当該ソフトウェアの著作権者は、ID・パスワード等を正規に入手した者に対してのみインストールを行なうことを許諾していると考えられるため、正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為は、私的使用目的の複製行為（同法第30条第1項）など、同法で許容される例外的な場合を除き、同法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

イ）β2・γの場合

まず、インストーラのダウンロード行為は、何らの制限なく自由にダウンロードを行なうことが許されていることから、著作権者の許諾がなされているとみるべきであり、著作権法上の複製権侵害を構成すると評価することは困難であろう。

これに対して、インストール行為については、インストーラというプログラムの著作物の複製物の所有者が、インストール行為によって目的とするソフトウェアの複製物を作成していることから、著作権法第47条の2第1項の規定が問題となる。

しかし、インストーラは、インストールされるプログラムを全て内包しており、インストールされるプログラムを複製するための媒介物であるから、インストーラの所有者はインストールされるプログラムの「複製物の所有者」であることを否定することは困難であろう[1]。

以上のとおりであるから、β2の場合においては、正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為は、複製権侵害を構成しないと考えられる。γの場合においても、同様である。

なお、当該インストール行為については、プログラム自体を改変するものではないため、翻案権侵害も構成しないと考えられる。

ウ）結論

以上のとおりであるから、ソフトウェアをインターネットを介して直接インストールしたり、インストーラをダウンロードする際に、ID・パスワード等の入力が必須不可欠とされている場合において、正規に入手していないID・パス

[1] 藤田耕司「著作権法コンメンタール【上巻】」P494、作花文雄「詳解著作権法第3版」P377

ワード等を入力して行なうインストールないしダウンロード行為は、いずれについても、私的使用目的の複製行為（著作権法第30条1項）等、同法で許容される例外的な場合を除き、同法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

また、インストーラをダウンロードしたり、ソフトウェアが格納されたＣＤ－ＲＯＭ等を入手後、正規に入手していないID・パスワード等を入力してソフトウェアをインストールする行為については、たとえ著作権侵害を構成しない場合であっても、一般不法行為が成立する可能性があることに注意が必要である。

b）ID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為

α、β1といった複製権侵害を構成する場合において、複製行為に必須不可欠なID・パスワード等をインターネットを通じて不特定多数の閲覧者に提供することは、閲覧者に複製行為を行なわせること、すなわち閲覧者を道具として利用して不正な複製行為をさせる行為と評価できるとして、複製権侵害そのものを構成するとの考え方もあろう。

しかし、提供されたID・パスワード等を利用して、不正に複製行為を行なうか否かは、ID・パスワード等の閲覧者の自由意思によって行なわれるものであり、提供者が閲覧者を管理・支配しているとまでは認められず、提供者自らに複製権侵害そのものが成立するとは言えないと考えられる[1]。

他方、提供されたID・パスワード等が複製を行なうにあたって必須不可欠なものである以上、当該ID・パスワード等を提供する行為は、およそ私的使

---

[1] 東京地裁平成12年5月16日判決・判時1751号128頁
「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用して右行為を行わせている』と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることも認め得るものということができるところ、原告らの前記（一）前段の主張も、右のような一般論を著作権法の『複製』行為の場合に当てはめるものとして理解する限りにおいて、これを是認することができる。
そして、被告が本件番組において本件各音源を送信しこれを受信者がMDに録音する場合における、被告と受信者との間の関係をみると、被告と受信者との間には、被告がその送信に係る本件番組の受信を受信者に許諾し、これに対して受信者が一定の受信料を支払うという契約関係が存するのみで、受信された音源の録音に関しては何らの合意もなく、受信者が録音を行うか否かは、専ら当該受信者がその自由意思に基づいて決定し、自ら任意に録音のための機器を準備した上で行われるものであって、被告が受信者の右決定をコントロールし得るものではないことからすれば、被告が受信者を自己の手足として利用して本件各音源のMDへの録音を行わせていると評価しうる程度に、被告が受信者による録音行為を管理・支配しているという関係が認められないことは明らかである。」

用目的の複製以外の複製行為がありえない場合を除き、複製権侵害の幇助行為として違法と評価されるべきものであろう。

したがって、α・β1の場合におけるID・パスワード等や回避マニュアル類の公衆への譲渡等の行為は、私的使用目的の複製にしか利用されないという例外的事情がある場合を除き、複製権侵害を助長する行為として、複製権侵害の幇助行為に該当する可能性が否定できないと考えられる。

(5) 一般不法行為

①一般不法行為について

故意又は過失によって、他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害について損害賠償責任を負う(民法第709条)。

仮に著作権法や不正競争防止法などの個別の権利を定めた法律について違反行為がなければ、その行為は法により基本的に禁止されていないから、原則として不法行為は成立せず、例外的に不正に自らの利益を図ったり、損害を加える目的があった場合に限り不法行為成立を認めるという考え方もありうる[1]。

しかし、著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず, 法的保護に値する利益が違法に侵害がされた場合であれば不法行為は成立すると考えられる[2]。

②検討

インターネット上でソフトウェアのインストールや使用にあたって必要なID・パスワード等を販売又は開示する行為はどうか。

正規の手続を経て対価を支払った者(正規ユーザー)以外の者によるソフトウェアの使用を禁止する目的で、ソフトウェアのベンダーが、ソフトウェアのインストール・

---

[1] 本稿の設例とは直接関連しないが、東京地裁平成17年3月24日判決は、原告自身がインターネットに公開した情報(見出し)が著作物とは認められないとされた事案における不法行為責任について、以下のとおり述べている。
「YOL見出しは, 原告自身がインターネット上で無償で公開した情報であり, 前記のとおり, 著作権法等によって, 原告に排他的な権利が認められない以上, 第三者がこれらを利用することは, 本来自由であるといえる。不正に自らの利益を図る目的により利用した場合あるいは原告に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のない限り, インターネット上に公開された情報を利用することが違法となることはない。」

[2] 知財高裁平成17年10月6日(東京地裁平成17年3月24日判決の控訴審判決)は、「不法行為(民法709条)が成立するためには, 必ずしも著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず, 法的保護に値する利益が違法に侵害がされた場合であれば不法行為が成立するものと解すべきである。」としている。
他に著作物性を否定しながら不法行為責任を肯定した裁判例として、東京高裁平成3年12月17日判決などがある。

使用にあたってID・パスワード等の入力を要求するビジネスを行っている場合がある。

このような場合に、ID・パスワード等が、ベンダーの意思に反してインターネット上で販売又は開示されれば、ID・パスワード等の入手者は、ソフトウェアを、ベンダーに対し対価を支払わないまま使用できることになる。

これにより、ベンダーは、資金や労力を投下して開発・販売したソフトウェアの売り上げが低下し、投下した資金等の回収が困難になるという営業活動上の不利益を受けることになる。この営業活動上の不利益は、ソフトウェアの価値から生じるものであり、法的保護に値する利益であると考えられる。

一方、ID・パスワード等の配布行為は、ベンダーに対し、一方的に損害を与えるのみであって、表現の自由や自由競争原理等の観点を考慮したとしても正当化することはできず、社会的に許容される限度を超えた違法なものと考えられる。

したがって、ID・パスワード等の配布行為は、ベンダーに対し、営業活動上の不利益という損害を与える行為であり、特別の事情（ソフトの仕様上、ID・パスワード等を公開しても正規ユーザー以外の使用が不可能な場合など）がない限り、違法性を有するものとして不法行為が成立する可能性がある。。

なお、上記①の加害目的等がある場合に限り例外的に不法行為が成立するという立場によっても、ベンダーに対する加害目的があるものとして、同様に不法行為が成立するものと考えられる。

Ⅱ-2-6 使用機能、使用期間等が制限されたソフトウェア（体験版ソフトウェア、期間制限ソフトウェア等）の制限の解除方法を提供した場合の責任

【論点】

アプリケーションソフトやシェアウェアの体験版に付加されている制限（機能制限、利用期間制限等）について、不正に解除する手段をインターネット上で提供する行為に対して、どのような制限があるか。

（例）

1．制限解除に必要なシリアルデータを提供する場合
2．制限解除に必要なシリアルデータを計算するキージェネレータを提供する場合
3．期間制限のある体験版に、疑似日時情報を与えることにより期間制限を解除する疑似情報発生プログラムを提供する場合
4．制限版であることが記録されているレジストリ等のデータの改変情報を提供する場合
5．制限版か否かを判別する処理ルーチンを改変した疑似完全版を提供する場合
6．制限版か否かを判別する処理ルーチンを改変するクラックパッチを提供する場合
7．制限版か否かを判別する処理ルーチンを改変するために必要なバイナリ変更情報を提供する場合

1．考え方

上記各例における法的責任の存否は、以下のとおりである（その他の法律の制限を受けるか否かは、準則Ⅱ－2－5「ID・パスワード等のインターネット上での提供」を参照されたい）。

①シリアルデータを第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、シリアルデータをインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。
②キージェネレータを第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、キージェネレータをインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。
③疑似情報発生プログラムを第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、疑似情報発生プログラムをインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。

④レジストリ等のデータの改変情報を第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、レジストリ等のデータの改変情報をインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。

⑤疑似完全版をインターネット上で提供する行為は、著作権法上、複製権侵害、公衆送信権侵害等を構成し、刑事上、民事上の責任を負うと考えられる。また、制限版を改変して疑似作成版を作成する行為は、別途、著作者人格権侵害を構成し、刑事上、民事上の責任を負うと考えられる。

また、疑似完全版を第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、疑似完全版をインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。

⑥クラックパッチをインターネット上で提供する行為は、複製権等の侵害を惹起したものとして、刑事上、民事上の責任を負うことがあると考えられる。

また、クラックパッチを第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、クラックパッチをインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。

⑦バイナリ変更情報をインターネット上で提供する行為は、複製権等の侵害を惹起したものとして、刑事上、民事上の責任を負うことがあると考えられる。

また、バイナリ変更情報を第三者に提供しないという条件で制限版の提供を受けている者が、バイナリ変更情報をインターネット上で提供した場合、債務不履行責任を負うと考えられる。

また、上記①から⑦までの全ての場合で、不法行為に該当し、損害賠償責任を負う可能性があると考えられる。

2．説明

(1) 問題の所在

アプリケーションソフトやシェアウェアにおいては、販売促進の一環として、完全版に比して何らかの制限がなされている制限版（一部機能が利用できない機能制限版、利用可能期間の制限がなされる体験版等）を無償で頒布したうえで、上記制限のない完全版での使用を希望するユーザーに対して、制限解除の手段（体験版を完全版に変更するために必要なシリアルナンバー、体験版を完全版へ変更するパッチ等）を有償で提供するといった形態のビジネスが行われている。

上記にもかかわらず、当該ソフトウェアの権利者に無断で上記制限を回避する手段を提供するインターネットサイトが多数存在しており、このため、当該権利者の対価取得の機会が不当に侵害されていると指摘されている。

そこで、当該権利者に無断で上記制限回避の手段をインターネット上で提供す

る行為が、法的に制限されているのかが問題となる。

なお、上記制限回避の手段が多岐にわたるので、以下においては、まず、上記制限回避手段を概観したうえで、法的問題を検討していく。

(2) 制限回避手段について

現時点で存在が確認されている制限回避手段の提供は、以下のとおりである。

①シリアルデータ提供型

制限版における制限解除の条件が固定のシリアルデータの入力であるソフトウェアの場合において、当該シリアルデータそのものをインターネット上で提供することにより行われる。提供を受けたユーザーは、自己が有する制限版を起動する際に、当該シリアルデータを入力することにより、制限版を完全版として使用することが可能となる。

提供されるシリアルデータの入手方法としては、権利者から有償で開示を受ける場合、体験版の解析によりシリアルデータを自ら発見する場合、シリアルデータを提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

②キージェネレータ提供型

ユーザー名等の情報から逐次シリアルデータを生成するソフトウェアの場合において、シリアルデータを生成するプログラム（以下「キージェネレータ」という。）をインターネット上で提供することにより行われる。提供を受けたユーザーは、キージェネレータを実行し生成されたシリアルデータを、自己が有する制限版を起動する際に入力することにより、制限版を完全版として使用することが可能となる。

提供されるキージェネレータの入手方法としては、体験版の解析によりキージェネレータを自ら作成する場合、キージェネレータを提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

③疑似情報発生プログラム提供型

偽の日時データを正規の日時であるかのようにアプリケーションソフトに付与することのできる疑似情報発生プログラムを、インターネット上で提供する行為。提供を受けたユーザーは、使用期間に制限のある制限版に疑似情報発生プログラムを使用することによって使用期間の制限を解除することができ、期間経過後も使用することが可能となる。

提供される疑似情報発生プログラムの入手方法としては、疑似情報発生プログラムを自ら作成する場合、疑似情報発生プログラムを提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

この態様は、他の態様と異なり、どのソフトウェアにも使用可能な汎用性の高い疑似情報発生プログラムを提供する行為であることが多く、このため、特定のソフトウェアを解析しているとはいえない場合が多いという特色がある。

④設定データ変更型

アプリケーションソフトの設定データが記録されているレジストリ情報等を解析した結果得られる、制限版を完全版に変更するレジストリ変更情報等をインターネット上で提供する行為。提供を受けたユーザーは、この情報をもとに、自らのコンピュータにインストールした制限版に関するレジストリ情報等を変更することにより、完全版と同様に使用することが可能となる。

提供されるレジストリ変更情報等の入手方法としては、体験版の解析によりレジストリ変更情報等を発見する場合、バイナリ変更情報を提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

この態様は、当該ソフトウェアそのものは何ら改変されることがなく、設定情報が変更されるにすぎないことに特色があり、提供を受けたユーザーは、手動でレジストリ変更情報等を変更しなければならないことから、一定以上の知識を有するユーザーに限定される。

⑤疑似完全版提供型

制限版を解析し、制限版であるか否かを判定している処理ルーチンを無効化することにより、制限版を完全版と同等の機能を有する疑似完全版に改変し、これをインターネット上で提供する行為。提供を受けたユーザーは、当該疑似完全版をインストールするだけで、完全版と同等のソフトウェアを得ることが可能となる。

提供される疑似完全版の入手方法としては、体験版の解析により疑似完全版を自ら作成する場合、疑似完全版を提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

この態様は、疑似完全版を入手するだけでユーザーは完全版を入手したのと同じ効果をもつことから、特に専門知識を有していないユーザーに対して行われるという特色がある。

⑥クラックパッチ提供型

制限版であるか否かを判定している処理ルーチンの情報をもとに、制限版を制限のない形態に自動で変更するクラックパッチ（プログラム）を作成し、これをインターネット上で提供する行為。提供を受けたユーザーは、このクラックパッチを当てる（プログラムを実行する）ことにより、制限版を疑似完全版に改変し、完全版と同様に使用することが可能となる。

提供されるクラックパッチの入手方法としては、体験版の解析によりクラックパッチを自ら作成する場合、クラックパッチを提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

この態様は、上記⑤疑似完全版提供型と異なり、疑似完全版を作成するのが、提供を受けたユーザーであるところに特色があるが、反面、クラックパッチを実行するだけで行えることから、この場合も専門知識を有していないユーザーに対して行われるという特色がある。

⑦バイナリ変更情報提供型

体験版を解析し、制限版であるか否かを判定している処理ルーチンに関するバイナリ[1]情報（疑似完全版への変更情報を含む。）をインターネット上で提供する行為。提供を受けたユーザーは、当該バイナリ情報をもとに、制限版を疑似完全版（完全版と同様に動作するもの）に改変することにより、完全版と同様に使用することが可能となる。

提供されるバイナリ変更情報の入手方法としては、体験版の解析によりバイナリ変更情報を自ら発見する場合、バイナリ変更情報を提供している第三者のサイトから入手する場合等がある。

この態様は、上記⑥クラックパッチ提供型と異なり、提供されるのは、単なる解析情報にすぎず、クラックパッチの実行という自動的に行われる改変ではなく、提供を受けたユーザーが、手動で変更することに特色があり、提供を受けたユーザーは、手動でプログラムを変更しなければならないことから、一定以上の知識を有するユーザーに限定されるという特色がある。

(3) 法的検討

上記制限回避手段の提供は、権利者からみれば、著作物である完全版の不正使用ということになろう。

そこで、まず、上記制限回避手段の提供が、著作権法上の権利侵害に該当するか否かを検討し、その後に、他の法律の制限を受けるか検討する（著作権法上の権利侵害該当性以外の点については、準則Ⅱ－2－5「ID・パスワード等のインターネット上での提供」と同様であるので、詳しくはそちらを参照されたい）。

①著作権法上の権利侵害への該当性

---

[1] テキスト形式以外のデータ形式全般のことを意味するが、ここでは、実行可能形式のコンピュータプログラムを意味する。

上記の制限回避手段には、大きく分けて、結果的に制限版を本来のものとは異なるものに改変することが予定されている態様のものと（上記⑤から⑦まで）、何ら改変を伴わない態様のもの（上記①から④まで）に分類できる。

前者の形態は、制限版に何らかの改変が施されることになることから著作権法上の権利侵害となるおそれが高い。

そこで、下記の著作権法における検討においては、上記2つの態様ごとに検討する。

なお、制限版であるか否かを判定している処理ルーチンが、本体とも呼ぶべきプログラム部分と完全に分離されており（例えば、完全に別ファイルとして構成されている場合）、かつ、制限版であるか否かを判定している処理ルーチン自体に創作性がない場合（例えば、書籍等で紹介されているありきたりなプログラムをほぼそのまま流用した場合）には、制限版であるか否かを判定している処理ルーチン部分はそもそも保護の対象となる著作物とは言えない。

したがって、以下においては、制限版であるか否かを判定している処理ルーチンが本体とも呼ぶべきプログラム部分と分離していないか、分離していたとしても、制限版であるか否かを判定している処理ルーチン自体に創作性が認められる場合に限定して検討していく。

ｉ）結果的にソフトウェアを改変することが予定されている態様について

a）著作者人格権侵害について

まず、疑似完全版提供型のうち、提供者自らが制限版を疑似完全版に改変している場合、当該改変は著作者の意に反することは明らかであるから、著作者人格権の一つである同一性保持権（著作権法第20条第1項）を侵害することになるのではないかが問題となる。

この点、著作権法第20条第2項第3号には、「プログラムの著作物を電子計算機においてより効果的に利用し得るようにするために必要な改変」については著作権法第20条第1項の適用がないと規定されていることから、この場合も同一性保持権を侵害することになるのか否かが同条項の解釈と関連して問題となる。

確かに、制限版を疑似完全版に改変することは、制限版しか入手できないユーザーにとっては、より効果的に利用しうるために行われるものともいえる。

しかし、著作権法第20条第2項は、きわめて厳格に解釈運用されるべきとの見解があり[1]、この見解によれば、同項第3号は、プログラム上の不具合であるバグを取り除いたり、有効な機能を追加するバージョンアップといったプロ

[1] 加戸守行「著作権法逐条講義五訂新版」p173。

グラムそのものの価値を高めるための改変を予定しているとする[1]。この見解に立てば、制限版を疑似完全版に改変することは、著作者が予定している機能制限等を機能しなくするものにすぎず、バグを取り除くものでも、バージョンアップを行うものでもないことになり、同条項の適用はなく、同一性保持権侵害に該当すると解釈されることになろう。

したがって、上記の場合には、同一性保持権侵害に該当すると解釈される可能性があるといえる。

次に、クラックパッチ提供型、バイナリ変更情報提供型の場合は著作者人格権侵害を構成するであろうか。

確かに、これらの態様の場合、提供者は、自ら制限版を改変するわけではない。

しかし、提供を受けたユーザーがクラックパッチを使用したり、バイナリ変更情報をもとに制限版を疑似完全版に改変した場合、前述のとおり、当該ユーザーによる改変行為は同一性保持権侵害を構成することから、クラックパッチやバイナリ変更情報は上記同一性保持権侵害行為を容易にしていることは明らかである。

したがって、クラックパッチやバイナリ変更情報を提供することは、ユーザーの改変行為を惹起する行為といえ、同一性保持権侵害を惹起したことに基づく責任を負う可能性があると考えられる[2]。

上記のとおりであるから、自ら疑似完全版を作成した者は、同一性保持権侵害として、刑事的には、5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金に処せられ、またはこれを併科されることになり（著作権法第119条第2項第1号）、民事的には、権利者から当該行為の差止め（著作権法第112条）、損害賠償請求（民法第709条）を受けることになると考えられる。また、クラックパッチやバイナリ変更情報を提供した者は、同一性保持権侵害を惹起したものとして、刑事的および民事的責任を負う可能性があると考えられる。

b) 著作権侵害について

まず、疑似完全版提供型のうち、提供者自らが制限版を疑似完全版に改変している場合、翻案権（著作権法第27条）を侵害しないかが問題となる。

この点については、一部が改変されているとはいえ、ソフトウェアとして本来的に予定されている部分には何ら改変がなされていないうえ、改変部分は制

---

[1] 前掲書p175。

[2] 東京高裁平成16年3月31日（デッドオアアライブ2事件判時1864号158頁）参照。

限版か否かを判定している処理部分を無効にしているだけであり、何ら創作的な改変はなされておらず翻案権侵害を構成しないとも考えられるが、他方で、いわばソフトウェア全体を制限版から完全版へ改変するものであるから、創作性に変更がないとはいえないとして、翻案権侵害を構成するとも考えられる[1]。

なお、疑似完全版を新たに複製する行為は、疑似完全版への改変行為が翻案権侵害を構成するか否かにかかわらず、著作権侵害を構成すると考えられる[2]。

次に、疑似完全版への改変行為が翻案権侵害を構成するか否かにかかわらず、疑似完全版をサーバにアップロードする行為については、複製権（著作権法第21条）ないし原著作者の権利（著作権法第28条）を侵害するものであると共に、当該サーバから第三者にダウンロードさせた場合には、更に公衆送信権（著作権法第23条第1項）ないし原著作者の権利（著作権法第28条）を侵害することになると考えられる。

上記のとおりであるところ、複製権侵害等が成立する場合、刑事的には、10年以下の懲役もしくは1000万円以下の罰金に処せられ、またはこれを併科されることになり（著作権法第119条第1項）、民事的には、権利者から、当該行為の差止め（著作権法第112条）、損害賠償請求（民法第709条）を受けることになると考えられる。

次に、クラックパッチ提供型、バイナリ変更情報提供型の場合は複製権侵害等を構成するであろうか。

この点については、同一性保持権侵害の場合と同様に、クラックパッチやバイナリ変更情報を提供することは、閲覧者による複製ないし翻案行為を惹起する行為となると考えられることから、およそ私的使用目的の複製ないし翻案行為があり得ない場合を除き、複製権侵害ないし翻案権侵害を惹起したことに基づく責任を負う可能性があると考えられる。

ii）結果的にソフトウェアを改変しない態様について

いずれの提供型においても、ソフトウェアそのものを改変するわけではなく、ま

---

1 東京地裁平成19年3月16日（Lexis判例速報19号93頁）では、このような場合も、翻案権侵害にあたると判示している。

2 疑似完全版への改変行為について創作性がないとして翻案権侵害を構成しないと考えた場合には、制限版の著作権者に無断で疑似完全版を複製する行為は、制限版を複製することと同一であると考えられるので、制限版の複製権侵害を構成することになると考えられる。また、疑似完全版への改変行為について創作性があるとして翻案権侵害を構成すると考えた場合には、制限版は疑似完全版の原著作物にあたることから、制限版の著作権者に無断で疑似完全版を複製する行為は、原著作者の権利を侵害（著作権法第28条）することになると考えられる。

た、ソフトウェアを複製等するわけでもないため、著作権法上の問題は生じない。

なお、疑似情報発生プログラムは、「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とするプログラムの複製物」（著作権法第120条の2第1号）に当たらないかが問題となるも、疑似情報発生プログラムは、あくまで虚偽の日時をソフトウェアに与えるにすぎず、当該ソフトウェアに特定の反応をする信号が記録されているわけではないのであるから、「技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とするプログラムの複製物」に当たらないと考えられる。

また、レジストリ情報等の設定情報を変更することが著作権法上何らかの問題を生じないか問題となるも、レジストリ情報等は単なるデータにすぎず、そもそも著作物とはいえないので、著作権法上の問題は生じない。

したがって、いずれの提供形においても、著作権法上の権利を侵害するものとは認め難いと考えられる。

②不正アクセス禁止法による制限

正規に入手していないシリアルデータ等を用いてソフトウェアを使用したとしても、「電気通信回線を通じて」行われるものではないので、いずれの態様においても、不正アクセス禁止法における「不正アクセス行為」には該当しない（不正アクセス禁止法第3条第2項）。

③不正競争防止法による制限

ⅰ）技術的制限手段に対する不正競争

不正競争防止法においては、電磁的方法により、特定の反応をする信号をプログラムとともに記録媒体に記録等したり、特定の変換を必要とするように記録等することにより、プログラムの実行を制限する手段（技術的制限手段（同法第2条第7項））を営業上用いる場合について、その技術的制限手段の効果を妨げることによりプログラムの実行が可能となる機能のみを有する装置またはプログラムを譲渡等する行為を、不正競争としている（同法第2条第1項第10号及び第11号）。

しかしながら、一般に、制限版における制限方法は、特定の反応をする信号がプログラムとともに記録されていたり、プログラム自体が特定の変換を必要としたりするようなものではなく、技術的制限手段に該当しない。

したがって、当該行為は、いずれの態様においても、技術的制限手段に対する不正競争には該当しないと考えられる。

ⅱ）営業秘密にかかる不正競争

シリアルデータ提供型およびキージェネレータ提供型においては、営業秘密を不正に提供しているようにも考えられる。

しかし、シリアルデータそのものを提供する場合には、もとも多数のユーザーに対し、同一のシリアルデータが提供されているのであり、営業秘密であるとは認め難いと考えられる。

また、キージェネレータを提供している場合には、そもそもシリアルデータそのものを提供しているわけではないのであるから、営業秘密を提供しているとはいえない。

従って、第三者に提供しないという条件でシリアルデータが付与されている場合を除けば、営業秘密であるとは認め難いと考えられる。

④契約による制限

権利者が各態様における提供者との間で、明示的に各態様における提供行為を禁止する契約を締結している場合、これに反する行為は、債務不履行として、損害賠償の責任を負う(民法第415条)。

また、各態様において、シリアルデータを発見する等のためには、制限版を解析すること、すなわちリバースエンジニアリングを行うことが不可避となるが、権利者から制限版を入手する際にリバースエンジニアリング禁止条項が含まれる契約を締結することが条件となっており、かつ、リバースエンジニアリングを禁止した条項が無効にならない場合には(リバースエンジニアリングと独占禁止法の解釈に関し、準則Ⅱ－1－3「契約中の不当条項」の「競争制限的な契約条項」参照)、当該契約を締結した者がリバースエンジニアリングを行ってシリアルデータ等を発見することは、契約上の責任を負うと考えられる。

⑤一般不法行為

いずれの態様についても、権利者の営業活動上の不利益という損害を与える行為であるから、違法性を有するものとして、不法行為が成立する余地があると考えられる。

Ⅱ-2-7 データベースから取り出された情報･データの扱い

【論点】
インターネット等のオンラインやＣＤ－ＲＯＭ等のパッケージによって提供されたデータベースから情報やデータを取り出して、これを第三者に提供するなどの利用行為について、何らかの法的な制限があるか。

1．考え方

(1) データベースから取り出された個々のデータが著作物に当たる場合

当該データの著作権が及ぶので、権利者の許諾なく利用することは著作権侵害となる。

(2) データベースから取り出された個々のデータが著作物に当たらない場合

原則として自由に利用することができる。

ただし、多数のデータがある程度まとまって取り出されたケースであって、以下の①と②の場合は、法的な制限を受ける可能性がある。

①創作性を有するデータベースから取り出されたデータ集合体に元のデータベースの創作性が再現されている場合

権利者の許諾なく利用することは著作権侵害となる。

②元のデータベースに創作性が認められないものの、取り出されたデータ集合体が元のデータベースの営業活動を侵害する場合

データ集合体を販売する等元のデータベースの営業活動を侵害する場合は、不法行為として損害賠償責任を負う場合がある。

2．説明

(1) 問題の所在

データベースとは、①特定のテーマに基づいて、データを体系的に整理又は整理のつく状態（階層又はリンク等何らかの構造化された仕組みが備わっていること）で保存し、②データの集まりの中から必要なものだけを指定して、情報としての部分データとして取り出せ、③コンピュータ機能を備えている情報端末機器で検索可能な形態になっているものをいう。これは、インターネット等のオンラインやＣＤ－ＲＯＭ等のパッケージによって提供されており、コンピュータによる検索によって、容易に情報･データの検索ができるよう情報･データの体系を工夫している点に特徴がある。

デジタル化の進展に伴い情報流通量が爆発的に増加しており、多様な情報の

中から必要な情報を効率的かつ的確に取り出すことが重要となっている。そのため、コンピュータにより検索が可能なデータベースの必要性は増している。

他方、インターネットやパソコンの普及に伴って、個々のユーザーからの情報発信行為も広がっており、データベースから取り出された情報・データがそのままあるいは加工されて第三者に対して提供される（インターネット上にアップロードする、印刷したものを頒布する等）ケースがある。このようにデータベースから取り出された情報やデータを第三者に提供するなどの利用行為について、何らかの法的制限があるのだろうか。

(2) データベースから取り出され個々のデータが著作物に該当する場合

データベースから取り出された個々の情報・データ自体に著作物性が認められる場合、それぞれが著作物として保護される。例えば、データベースから取り出された情報・データが、新聞・雑誌の記事、地図、画像等である場合は著作物に該当する場合が多いと考えられる。

この場合、権利者の許諾なく個々のデータを利用する行為（複製（著作権法第21条）、譲渡（第26条の2）、公衆送信又は送信可能化（インターネット上へのアップロード等）（同法第23条、第92条の2、第96条の2、第99条の2、第100条の4）等）は、著作権侵害となり、損害賠償責任（民法第709条）、差止請求（著作権法第112条）、刑事責任（同法第119条）の可能性がある。

ただし、複製が私的使用目的である場合は、著作権侵害には該当しない（著作権法第30条第1項）。

(3) データベースから取り出され個々のデータが著作物に該当しない場合

データベースから取り出された個々の情報・データが、例えば、電車の時刻、山の名前と標高、株価データ等の単なる事実である場合は、著作物に該当しないと解される。したがって、原則として自由に利用することができる。

ただし、多数のデータがある程度まとまって取り出されたケースであって、以下の①創作性を有するデータベースから取り出されたデータ集合体に創作性が再現されている場合と②元のデータベースに創作性が認められないものの、取り出されたデータ集合体が元のデータベースの営業活動を侵害する場合は、法的な制限を受ける可能性がある。

①創作性を有するデータベースから取り出されたデータ集合体に元のデータベースの創作性が再現されている場合

著作権法は、データベースのうち論文、数値、図形その他情報の集合物であって、それらの情報を電子計算機を用いて検索することができるように体系的

に構成したものであって、その情報の選択又は体系的な構成によって創作性を有するものを、著作物として保護している（第2条第1項第10号の3、第12条の2）。

具体的には、データの取捨選択に独自性が認められるものや、個々の情報のフォーマット、検索システム、キーワードの設定、データベースの階層構造等、情報を分類する体系的構成に効率的に情報を探し出すための工夫がなされているものなど、創作性が認められるデータベースについては、著作物として保護されると解される。データベースが著作物として保護されるとした裁判例として、NTTタウンページのデータベースは職業分類体系によって電話番号情報を職業別に分類した点で創作性があると認めたものがある（東京地裁平成12年3月17日判決・判時1714号128頁）。

創作性を有するデータベースから取り出されたある程度のまとまりをもった情報・データの集合体（以下「データ集合体」という。）が、その情報の選択又は体系的な構成に創作性が認められる場合で、その創作性は情報を取り出した者の加工が加わって生じたものでないとき（創作性を有する元のデータベースから、著作物としての価値を持ち得るような形で、情報・データをある程度のまとまりで複製した場合）は、そのデータ集合体には、元のデータベースの著作物としての権利が及ぶと考えられる。したがって、権利者の許諾なくデータ集合体を利用（複製（同法第21条）、譲渡（同法第26条の2）、公衆送信又は送信可能化（インターネット上へのアップロード等）（同法第23条）等）する行為は、著作権侵害となり、損害賠償責任（民法第709条）、差止請求（著作権法第112条）、刑事責任（同法第119条）の可能性がある。

ただし、複製が私的使用目的である場合については、著作権侵害には該当しない（同法第30条第1項）。

②元のデータベースに創作性が認められないものの、取り出されたデータ集合体が元のデータベースの営業活動を侵害する場合

創作性を有しないデータベースは、著作物としては保護されない。裁判例としては、自動車整備用に日本国内における実在する四輪自動車に関する一定の情報を収集したデータベースについて、その情報の選択が通常選択されるべき項目であり、情報の選択については創作性を有するとは認められず、また、情報の体系も古い順から並べただけであり、それ以上何ら分類されておらず、また他の業者も同様の構成を採用しているため、体系的構成にも創作性は認められないとしたものがある（東京地裁平成13年5月25日中間判決・判時1774号132頁）。

もっとも、この判決では、ｉ）人が費用や労力をかけて情報を収集、整理するこ

とで、データベースを作成し、ii）そのデータベースを製造販売することで営業活動を行っている場合において、iii）そのデータベースのデータを複製して作成したデータベースを、その者の販売地域と競合する地域において販売する行為については、公正かつ自由な競争原理によって成り立つ取引社会において、著しく不公正な手段を用いて他人の法的保護に値する営業活動上の利益を侵害するものとして、不法行為を構成するとしている。

したがって、創作性を有しないデータベースからデータ集合体を作成した場合についても、a）元のデータベースが相当の資本を投下して作成されたなど経済的価値を有するものであり、b）営業活動に用いられている場合であって、c）当該データ集合体を販売する等の行為が元のデータベースの営業活動を侵害する場合については、不法行為として損害賠償責任（民法第709条）を負う場合があると解される。

ただし、この場合、データ集合体の複製等の行為について、差し止めることは認められないと解される（東京地裁平成14年3月28日判決・判タ1104号）。

（4）データベースの提供にあたり提供者とユーザーとの間で情報・データの利用条件についての契約が締結されている場合

データベースの提供にあたり、提供者とユーザーとの間でデータベースに含まれる情報・データの利用条件について定めた契約が締結されている場合がある。

契約が締結されている場合、ユーザーは、原則として当該利用条件に従って、データベース自体及びデータベースに含まれる情報・データを利用しなければならず、データベースの提供者は、ユーザーの契約外の利用行為について契約上の責任（債務不履行責任・民法第415条）を追及することができると解される。

ただし、その契約内容に関しては、制限されるユーザーの行為の性質等の観点から、その有効性について別途検討する必要性を指摘する意見がある。

Ⅱ-2-8 肖像の写り込み

【論点】

一般人の肖像が写り込んだ写真・映像をウェブページで公表する行為は、法律上問題がないか。写り込んだ肖像が著名人の場合はどうか。

(例)

1. コンサートのお知らせをするため、コンサートに訪れた観客の肖像が写りこんだコンサート会場の写真・映像をウェブページで公表する場合

2. 私的に撮影したビデオ映像を自身のウェブページにアップしたところ、映像の中に無関係な人の肖像が写りこんでいる場合

1. 考え方

(1) 一般人の場合

肖像が写り込んだ場合であっても、画像の解像度が低い場合など、それが誰であるか特定できない場合は、肖像権が問題となることはない。しかし、特定可能な場合は、被写体となった肖像権者がその侵害を受忍すべき範囲内にある場合を除き、原則として肖像権を侵害する。

例1の場合は、コンサートの雰囲気などを伝えるために観客の肖像を広告利用する必要性は肯定されるものの、コンサート会場を訪れた全ての者が被写体となるべきことを了承する義務はないと考えられ、また報道目的の利用でもないことから、受忍すべき範囲内の利用とは考えることは困難である。

例2の場合は、撮影の目的、その他の映像との関係で問題となっている肖像が従たる存在と評価できる場合には、受忍限度すべき範囲内と評価できる場合が多いと考えられる。

また、肖像の利用は、他人の日常の行動・活動の内容を公表する側面を有していることから、これがプライバシー権を侵害するものとして、差止・損害賠償請求の対象とされる可能性もある。

(2) 著名人の場合

著名人については、著名人の有する顧客吸引力を専ら利用して氏名や肖像を利用する場合、著名人の有するパブリシティ権を侵害すると考えられる。

したがって、著名人の肖像を承諾なくウェブページ上の広告などに利用する場合は、パブリシティ権侵害とされる可能性は極めて高い。

2. 説明

(1) 肖像権

①問題の所在

i) 肖像権の保護

肖像権は、法律上の文言上、明確に規定されている権利ではない。しかし、最高裁昭和44年12月24日判決は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。」と述べて、実質的に、肖像権が憲法上保護されるものであることを認めた。

この判決以降、実質的に肖像権の保護を認める裁判例が続き、判例は肖像権の権利性を認める傾向にあると評価されている（竹田稔「〔増補改訂版〕プライバシー侵害と民事責任265頁」など）。

ii) 肖像権の保護範囲

上記最高裁判例は、肖像の要保護性を認める一方、「しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけでなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法二条一項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」と述べ、肖像の保護にも一定の制限が存在することを認めた。なお、上記最高裁判例の事案は、デモ行進者の容ぼうの、警察による写真撮影行為の適法性が問題となった刑事事件での判断であったが、その後、民事事件においても、肖像権の保護に一定の制約があることが認められている。

例えば、東京地裁平成2年5月22日判決・判時1357号93頁は、「写真の撮影・頒布は、撮影された者の姿態を直截に伝え、読者に極めて強い印象を与えるものであるから、これを望まない者に対し、単に記事にされるよりも強度の苦痛を与えるものである。しかし他面、写真が正確な報道のために必要な場合も多い。そこで、写真の撮影・頒布が違法となるかどうかは、それによる肖像権ないしプライバシーの侵害の程度がどの位か、撮影対象事項とその者の社会的活動との関係がどの程度か、その写真撮影の場所・態様がどのようなものであるか、その写真が当該表現行為に必要不可欠なものかどうか等を併せ考慮

し、肖像権及びプライバシー保護の必要性と表現の自由保護の必要性とを比較衡量して、その侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものかどうかを判断してこれを決すべきである。」とする。

以上のような裁判例の傾向からすると、承諾なく他人の容ぼう・姿態等を写真（ビデオ）撮影する行為及びその写真及び映像（静止画、動画を問わない。以下同じ。）を利用する行為は、原則として肖像権侵害となるが、撮影の必要性、利用目的、その利用態様により肖像権が侵害される程度、被写体と当該写真ないし映像の利用者との関係等を総合考慮し、被写体たる肖像権者がその侵害を受忍すべき範囲内にあるといえる場合には、例外的に許容されるものと考えられる。

②具体的検討

ｉ）一般人の写真・映像が写りこんでおり、かつ、それが誰であるか特定できない場合

画像の解像度が低い場合や、ぼかしやモザイクなどの画像処理を行なった場合などが考えられる。この場合、誰が被侵害者なのか特定できないことから、肖像権の侵害が問題となることは考えられない。

仮に侵害があると仮定しても、権利侵害の程度は低く、当該写真・映像の利用の必要性・利用態様等は問うことなく、特段の事情のない限り受忍限度の範囲といえ、肖像権侵害は成立しないと考えられる。

ii）一般人の写真・映像が写りこんでおり、かつ、それが誰であるか特定できる場合

ｉ）の場合とは異なり、受忍限度内であることを示す正当化事情がない限り、肖像権を侵害すると考えられる。

設例のように、コンサート会場の雰囲気、会場での鑑賞者の満足度等を消費者に伝える手段として、鑑賞者の表情を広告に利用する必要性は肯定されると考えられる。

しかし、顧客の肖像が特定される形で利用する必要性があるのか、なお争いのあるところであろう。

この点、コンサート会場等に来訪する者は、そのような写真・映像撮影の被写体とされることを十分に予知しているし、その利用態様からは、権利侵害の程度は低く、なお受忍の範囲内との評価も有り得る。しかし、コンサート会場へ行ったからといって、そのような被写体とされることを了承する義務もなく、また、すべての者が了承しているということができない上、報道等における利用でもない。したがって、現状では、個人が特定できる態様での利用の場合、肖像権侵

害の可能性は否定できないと考えられる。

しかし、もう一つの設例のように、観光地その他で個人的に撮影した映像に他の観光客など撮影者と全く無関係の者の肖像が写りこんでいる場合、その写り込みが、撮影の目的、その他の映像との関係で問題となっている肖像が従たる存在と評価できるような場合には、受忍限度と評価できる場合が多いと考えられる。

(2) プライバシー権

①問題の所在

設問の場合、他人の日常の行動・活動の内容を公表する側面を有していることから、プライバシー権侵害についても検討が必要となる。

この点、プライバシー権は、肖像権とは別個に把握されるべきとする見解も有力であり(例えば前掲竹田163頁)、もちろん別個に考察することも可能であるが、侵害の正当化事由については、前述した肖像権の制限される場面での考慮要素とほぼ重なるものと考えられるので、ここでは詳細を省略する[1]。

(3) パブリシティ権

①問題の所在

i) パブリシティ権とは

パブリシティ権とは、著名人等の肖像・氏名等の識別情報が、これに関連づけられた商品などについて顧客誘引力ないし販売促進効果を発揮する場合に、その識別情報が有する経済的利益ないし価値(パブリシティ価値)を当該著名人が独占的に支配する権利をいうと理解されている。このようなパブリシティ権の考え方は、もともとはアメリカで生まれた考え方であるが、日本でも、東京地裁昭和51年6月29日判決(マークレスター事件)が、そのような権利を実質的に認めている。

マークレスター事件判決は、「俳優等の職業を選択した者は、もともと自己の氏名や肖像が大衆の前に公開されることを包括的に許諾したものであって、右のような人格的利益の保護は大幅に制限されると解し得る余地があるからである。それだけでなく、人気を重視するこれらの職業にあっては、自己の氏名や肖像が広く一般大衆に公開されることを希望若しくは意欲しているのが通常であって、それが公開されたからといって、一般市井人のように精神的苦痛を感じない場合が多いとも考えられる。以上のことから、俳優等が自己の氏名や肖像の権限なき使用により精神的苦痛を被ったことを理由として損害賠償を求め得

るのは、その使用の方法、態様、目的等からみて、彼の俳優等としての評価、名声、印象等を毀損若しくは低下させるような場合、その他特段の事情が存する場合（例えば、自己の氏名や肖像を商品宣伝に利用させないことを信念としているような場合）に限定されるものというべきである。」として、著名人の場合には、肖像権・プライバシー権が一般人よりも大きく制限されることを認めた。

しかし、「俳優等は、右のように人格的利益の保護が減縮される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保護しているといいうる。すなわち、俳優等の氏名や肖像を商品等の宣伝に利用することにより、俳優等の社会的評価、名声、印象等が、その商品等の宣伝、販売促進に望ましい効果を収め得る場合があるのであって、これを俳優等の側からみれば、俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益を有しているのである。ここでは、氏名や肖像が、（一）で述べたような人格的利益とは異質の、独立した経済的利益を有することになり（右利益は、当然に不法行為法によって保護されるべき利益である。）、俳優等は、その氏名や肖像の権限なき使用によって精神的苦痛を被らない場合でも、右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる場合が多いといわなければならない。」とし、原則として、著名人の自己の肖像・氏名の使用許諾について経済的利益を独占する権利を認めた。

このマークレスター事件以後、著名人のパブリシティ権に関して、裁判例（いわゆる「おニャン子事件判決」、「キングクリムゾン事件判決」、「中田英寿事件判決」、「ブブカアイドル事件判決」など）を通じて、マークレスター事件の示した基本的な考え方は否定されることなく、著名人については、明文の規定のないまま、パブリシティ権は実質的な「権利」として認められ、実務上、パブリシティ権（ないし法的利益）は定着している。

ii）表現の自由との関係

著名人の氏名・肖像を利用して、表現行為を行う場合には、表現の自由（憲法第21条）の重要性に鑑み、著名人が氏名・肖像に有しているパブリシティ権を制限する裁判例が続いている。その代表的な裁判例である東京高裁平成11年2月24日判決（以下「キングクリムゾン高裁判決」という。）は、言論、出版において、著名人の氏名・肖像が利用される場合に、「著名人の紹介等は必然的に当該著名人の顧客吸引力を反映することになり、紹介等から右顧客吸引力の影響を遮断することはできないから、著名人の顧客吸引力を利用する行為であるというためには、右行為が専ら著名人の顧客吸引力に着目しその経

[1] 肖像権侵害ではないがプライバシー権侵害となるケースとして、本人か否か判別困難な肖像と

済的利益ないし価値を利用するものであることが必要であり、単に著名人の顧客吸引力を承知の上で紹介等をしたというだけでは当該著名人の顧客吸引力を利用したということはできない」として、「専ら」顧客吸引力の価値を利用したといえない場合には、パブリシティ権侵害を否定する立場に立っている。その後の裁判例もこの立場を基本的に踏襲してきた（例えば、東京地裁平成12年2月19日判決、東京地裁平成17年6月14日判決など[1]）。

もっとも、平成18年4月26日東京高裁判決（いわゆるブブカアイドル事件控訴審判決）は、「出版物であるとの一事をもって、表現の自由による保護が優先し、パブリシティ権の権利侵害が生じないと解するのは正当ではなく、当該出版物の販売と表現の自由の保障の関係を顧慮しながら、当該著名な芸能人の名声、社会的評価、知名度等、そしてその肖像等が出版物の販売、促進のために認められたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するかどうかを検討することによって判断するのが正当である。」として、「専ら」顧客吸引力に着眼したか否か、というキングクリムゾン高裁判決後に踏襲されてきた立場とは若干異なる判示をした[2]。

②具体的検討

設例の場合において、著名人の肖像をウェブページ上の広告等で利用する行為に対して、そのような広告の表現の自由も尊重するとの立場に立った場合、キングクリムゾン高裁判決の基準に照らし、当該広告への著名人の肖像の写り込みが正当化できるか。

広告において著名人の肖像が写り込んだ写真・映像を避けることは容易なことであり、また、利用する必然性も極めて低いものと考えられる。仮に広告表現につ

氏名を並べて公表している場合や周辺の景色などから人物を特定できる場合などが考えられる。

[1] 東京地裁平成17年6月14日判決・判時1917号135頁は、「しかしながら、実際に生じ得る個人の同一性に関する情報の使用の態様は千差万別であるから、権利侵害の成否及びその救済方法の検討に当たっては、人格権の支配権たる性格を過度に強調することなく、表現の自由や経済活動の自由などの対立利益をも考慮した個別的利益衡量が不可欠であり、使用された個人の同一性に関する情報の内容・性質、使用目的、使用態様、これにより個人に与える損害の程度等を総合的に勘案して判断する必要があるものと解される。」と述べ、パブリシティ権侵害の成否の判断において、キングクリムゾン高裁判決が「表現の自由」のみを対立利益としていたのに対し、表現の自由の場合に限定しない、より一般的な個別的な利益衡量が必要であることを認めている。

[2] 同高裁判決は、芸能活動への正当な批判や批評、紹介については、表現の自由として尊重されなければならないとする一方、表現の自由の名のもとに、当該芸能人に無断で商業的な利用目的でその芸能人の写真（肖像等）や記述を掲載した出版物を販売することは、正当な表現活動の範囲を逸脱するものと述べており、対象とされた表現行為（写真掲載雑誌）の価値をキングクリムゾン高裁判決（出版書籍）に比べ著しく低く、表現の自由の保護に値しないとしており、この判断が（表現の自由の保護に比重を大きく置かない）上記判示につながったものと考えられる。

いて「表現」（憲法第21条）としての保護を前提にするとしても、利用する著名人の肖像自体の顧客吸引力が大きい場合（一般にはそのような場合が多いだろう。）には、当該顧客吸引力を専ら利用している場合と評価される場合が多いと考えられる。

よって、著名人の肖像を承諾なくウェブページ上の広告等に利用する場合には、パブリシティ権侵害とされる可能性は極めて高いと考えられる[1]。

[1] キングクリムゾン高裁判決は、パブリシティ価値に対置される表現の自由という法的利益を重視し、「専ら利用した」と言える場合にパブリシティ権侵害を肯定し、他方、ブブカアイドル事件控訴審判決は、写真掲載誌は表現の自由の保護の範囲を逸脱するものだとして、より一般的な（「専ら利用した」場合に限定しない）基準により、パブリシティ権の侵害を認めた。パブリシティ権と表現の自由の緊張関係については、上記裁判例を踏まえた今後の学説・判例の進展が注目される。

Ⅱ-2-9 著作物の写り込み

【論点】

写真等に第三者の著作物が写り込んでいた場合、法律上問題はないか。

(例)

1．写真や映画を撮影した際に、その写真や映画の背景に第三者が著作権を有するポスターが写り込んでいた場合。

2．例1のように撮影された写真を、自分のウェブページにアップロードし、公衆の閲覧に供した場合。

1．考え方

(1) 例1の場合

著作権法における「複製」とは、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再生すること」(著作権法第2条第1項第15号)であり、第三者が権利を有する著作物が、写真又は映画に写り込んだ場合には、当該著作物の著作権者の了解を得ていない限り、著作権侵害となる可能性がある。

(2) 例2の場合

他人の著作物が写り込んだ写真や映画を、自分のウェブページにアップロードした場合には公衆送信権(著作権法第23条)を侵害する可能性がある。

2．説明

(1) 例1の場合

①問題の所在

道端に掲示してあるポスターのみを、ファインダー一杯にそのまま撮影したような場合、私的使用目的の複製等に該当する場合を除き、通常著作権侵害となると考えられる。

これに対して、撮影した写真の背景に第三者が権利を有する著作物がたまたま写り込んだ場合に、全て著作権侵害になるという結論は一般的な法感情に明らかに反するものと考えられる。

②具体的検討

ⅰ) 著作物の「写り方」

例えば、写り込んだ著作物が特定できないほどに不鮮明であり、その識別すら困難な場合、すなわち写り込んだ部分の解像度を意図的に下げていたり、モ

ザイク状やぼかしなどの画像修正を加えている場合などは著作権侵害とは言えないであろうことは異論がなかろうし、問題となることはほとんど無いと考えられる。

これに対して、写真や映画等の背景に写り込んでいる著作物がある程度識別可能である場合には著作権侵害となる可能性がある[1]。

雪月花事件（東京高裁平成14年2月18日判決・判時1786号136頁）では、写真の背景に写り込んだ著作物が複製といえるか否かについて、一般人の通常の注意力を基準としつつ、著作物の創作的表現内容を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するとしており、単にある作品が特定の者の著作物であることを認識し得るかどうかとは次元が異なるものとしている。

この考え方に従えば、単に識別ができるという程度の写り込みでは未だ著作権侵害とは言えず、より具体的に当該著作物の創作的表現内容を直接感得し得るような場合に限ることになろう[2]。

ii）私的使用目的の複製

個人が撮影した写真や映画の背景に他人の著作物が写り込んだような場合、多くの場合は私的使用目的の複製（著作権法第30条第1項）にあたり、複製権侵害にはならないであろう。

これに対し、同法第30条第1項は公衆送信権には及ばないため、例えば個人がウェブページ上で他人の著作物が写り込んだ写真を公開した場合には、

---

[1] この点、加戸守行「著作権法逐条解説【第5版】」288頁ないし289頁は、「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のものは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであり（中略）もっとも、その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別であります。」とする。なお、米国の判例ではあるがSandoval v. New Line Cinema Corp. 147 F.3d 215(2d Cir, 1998)。米国著作権法第107条は、①利用の目的や性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④利用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える利用の影響を考慮してフェアユースに該たるか否かを判断する。また、ドイツ著作権法第57条は重要でない点景的利用の場合について著作物の利用を認めている。

[2] 東京高裁平成14年2月18日判決・判時1786号136頁は、以下のように述べる。
「書は、（中略）その字体や書体そのものに著作物性を見いだすことは一般的には困難であるから、書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現 部分は、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の上記の美的要素に求めざるを得ない。（中略）その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体 や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いと いった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべきである。（中略）ある書が特定の作者の特定の書であることを認識し得るかどうかということと、美術の著作物としての書の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかということは、次元が異なるというべきであるから、上記の認定判断を左右するものではない。」
但し、本判決は「書」という特殊な著作物に関する判例であり、他の美術、映画、写真の著作物等についてはそれぞれの特性に応じて異なった判断がなされることになろう。

後記のとおり公衆送信権侵害とされる可能性がある。

iii）公開の美術の著作物

美術の著作物（例えば彫刻やモニュメント等）の原作品が屋外の場所に設置されており、かつそれが恒常的に設置されている場合には、当該著作物を取り込んで写真又は映画を撮影しても複製権侵害とはならない（著作権法第46条柱書）[1]。

ただし、撮影した写真又は映画の販売を目的として写真や映画を撮影したり、又はその写真や映画を販売する場合は、なお著作権侵害となる（同法第46条第4号）[2]。

なお、原作品の複製物について同法第46条柱書は適用されない[3]。例えば

---

[1] 原作品として、絵画が描かれた市営バスの写真を撮影し、「はたらくじどうしゃ」という児童向の本の表紙に利用した行為に関する東京地裁平成13年7月25日判決・判時1758号137頁は、著作権法第46条柱書の「屋外の場所」及び「恒常的に設置する」の意味について、実質的な解釈を行い、「屋外の場所」とは、「不特定多数の者が見ようとすれば自由に見ることができる広く開放された場所を指すと解するのが相当である。」とし、「恒常的に設置する」とは、「社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当である。」とした。その上で、「原告作品が車体に描かれた本件バスは、特定のイベントのために、ごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に、継続的に運行されているのであるから、原告が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を「恒常的に設置した」というべきである。」と判示している。したがって、同裁判例に従えば、一時的に掲示される広告物はここに含まれないが、ある程度の期間にわたって利用される著作物については、なお著作権法による保護が認められることになる。なお、本件のような場合、著作権法第32条第1項の活用によるべきとする立場もある（田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリストNo.1255　124頁）。もっとも、「引用」という用語の通常の用例からすれば、意図的ではない写り込みの場合には、同条を適用又は類推するのは困難であろう。

[2] 前掲東京地裁平成13年7月25日判決は、「法46条4号に該当するか否かについては、著作物を利用した書籍等の体裁及び内容、著作物の利用態様、利用目的などを客観的に考慮して、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する例外的な場合に当たるといえるか否か検討すべきことになる。」とし、「被告書籍は、幼児向けに、写真を用いて、町を走る各種自動車を解説する目的で作られた書籍であり、合計24種類の自動車について、その外観及び役割などが説明されていること、各種自動車の写真を幼児が見ることを通じて、観察力を養い、勉強の基礎になる好奇心を高めるとの幼児教育的観点から監修されていると解されること、表紙及び本文14頁の掲載方法は、右の目的に照らして、格別不自然な態様とはいえないので、本件書籍を見る者は、本文で紹介されている各種自動車の一例として、本件バスが掲載されているとの印象を受けると考えられること等の事情を総合すると、原告作品が描かれた本件バスの写真を被告書籍に掲載し、これを販売することは、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しないというべきである。」として著作権法第46条第4号の要件を充たさないとした。

[3]著作権法第46条　美術の著作物でその原作品が前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置されているもの又は建築の著作物は、次に掲げる場合を除き、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。

一　彫刻を増製し、又はその増製物の譲渡により公衆に提供する場合

二　建築の著作物を建築により複製し、又はその複製物の譲渡により公衆に提供する場合

著名な彫刻を撮影したポスターが撮影した写真や映画に写り込んだような場合には、同条は適用されず複製権侵害となる可能性がある。

iv）黙示の許諾

他人が権利を有する著作物が鮮明に背景に写り込んでいるような場合、複製に該当しないと考えることは困難であるが、著作物の掲示方法如何によっては、権利者の黙示の許諾の存在が認められる場合もあると考えられる。

例えば、テーマパークや観光地など、多くの人の来集が想定され、写真撮影等が行われることが容易に想定できる場所に掲示してある著作物等（キャラクター等）については、その権利者が黙示の許諾を与えていると考えられる場合もあろう。なお、屋外の場所に恒常的に設置されている美術の著作物の原作品や建築著作物の写真撮影等を行ったとしても、原則として、著作権侵害にならない（著作権法第46条）。

v）権利濫用

また、黙示の許諾の存在が認められない場合でも、写り込んだ著作物の著作権者が著作権侵害を主張し、差止請求を行うことが権利濫用（民法第1条第3項）にあたるとされる場合もあろう[1]。

（2）例2の場合

①具体的検討

i）公衆送信にあたらない場合

自ら撮影した写真又は映画に写り込んでいる他人の著作物が、一般人の通常の注意力を基準としてみた時に、著作物の創作的表現を直接感得することができる程度に再現されているとは言えない場合には、その写真をウェブページにアップロードする行為は公衆送信の問題とはならない。

ii）私的使用目的の複製

前述のとおり、公衆送信権は私的使用目的の複製に関する著作権制限規定の対象外なので、個人がウェブページ上に写真や映画をアップロードする行為は私的使用目的の複製の問題とはならない。

三　前条第二項に規定する屋外の場所に恒常的に設置するために複製する場合
四　専ら美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する場合

[1] 著作者人格権の行使が権利濫用にあたると判断したものとして東京地裁平成8年2月23日判決・判タ905-222。

iii）公開の美術の著作物

上記（1）②iii）と同様に考えることができる。すなわち、恒常的に屋外に設置されている美術の著作物の原作品を撮影することは、専ら当該複製物を販売の目的としないかぎりにおいて、複製権侵害とはならない（著作権法第46条）。

iv）黙示の許諾

ウェブページ上に写真や映画をアップロードする場合にも、複製と同様に黙示の許諾を認めうる場合が存在する。

もっとも、単に写真や映画としての撮影にとどまらず、公衆送信をするということについてまで、黙示の許諾を与えていると見うる場合はかなり限定されることになろう。

v）権利濫用

権利濫用の法理が妥当することも上記（1）②v）の場合と同様である。

もっとも、ウェブページ上に写真や映画をアップロードする段階で、公衆送信を行おうとする者は、写真や映像に加工を加える等して他人が権利を有する著作物を削除する（又は識別困難にする）ことが可能なのであって、（1）②v）の場合と比べて相対的に権利濫用に該当する場合が減少する可能性がある。

②氏名表示権

著作物の写り込んだ写真や映画をインターネットのウェブページ上に画像をアップロードする場合、写り込んだ著作物の著作者の氏名表示権（著作権法第19 条）を侵害する可能性がある。もっとも、氏名表示権は著作物の利用の目的及び態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができるとされている（同条第 3 項）。上記（2）①i）、ii）、iii）に該当する場合は、通常著作者の利益を害するおそれは乏しく、公正な慣行にも反しないと言える場合であろうから、氏名表示権侵害が問題となる場合は少ないと考えられる[1]。（2）①iv）については、許諾の範囲内（氏名を表示せずに使用することの許諾）にあるものと考えることもできよう。

[1]前掲東京地判平成13年7月25日も、原告の氏名表示権の主張を排斥している。

Ⅱ-2-10 インターネットサイトの情報の利用

【論点】

インターネットサイト上の情報をプリントアウトや、メール配信、二次利用等する行為は許されるのか

(例)

1. 他者が作成したインターネットサイトの情報をプリントアウトすること、プリントアウトしたものの複製を企業内で複数作成して配布することは許されるか。また、当該情報をプリントアウトしないで、企業内でメール配信したらどうか。

2. 掲示板の管理人等がインターネット上の掲示板等の書き込みを二次利用することは許されるか。

1. 考え方

(1) インターネットサイト上の情報をプリントアウトや、メール配信等する場合

インターネットサイト上のニュース記事、論文、他企業の広告、写真、画像その他の情報や、インターネット上の掲示板への書き込みは、その多くが著作物に該当するので、それらの情報について複製等の利用を行う場合には、個人が私的使用の目的で複製する場合(著作権法第30条)などを除き、原則として、著作権者の許諾が必要となる。これらの情報を権利者が許容していると考えられる態様で利用する行為は、基本的には権利者によって黙示的に許諾されている場合も多いであろうが、著作物の種類や性質、利用行為の目的や態様等によっては当該情報の著作権を侵害するおそれがあるので注意が必要である。

(2) インターネット上の掲示板の書き込みをその掲示板の管理人等が二次利用する場合

インターネット上の掲示板に書き込みを行ったという一事をもって、書き込みの二次利用についてまで明示又は黙示の許諾あるいは権利を放棄したものと考えることは困難である。

他方、書き込みがなされる掲示板等に、提供サービス事業者による二次利用の利用規程が定められており、かかる利用規程が書き込む者に容易に認識可能な状態(確認措置が講じられているような場合等)で掲示板に明示されている場合には、原則として、当該二次利用に関する許諾があると解される可能性が高い[1]。

2. 説明

[1]最終的には著作者人格権や民法上の不法行為責任についても考慮する必要がある。

(1) インターネットサイト上の情報のプリントアウト等について

①インターネットサイト上の情報は著作物か（著作権法上保護されるものか）

基本的に、「思想又は感情を創作的に表現したもの」（著作権法第2条第1項第1号）であれば、ニュース記事、論文、広告、写真、画像なども著作物といえる。ここでいう創作性は、作成者の個性が表れていれば足り、新規性があることまでは要求されない。したがって、インターネット上の情報の多くは、このような要件を充たし、著作物となると考えられるので、複製又は公衆送信などにより利用する行為は、原則、著作権者の許諾を必要とする。

インターネットサイト上の情報をプリントアウトすることは、回覧用の1枚だけであれ、複数枚であれ「有形的に再製」（著作権法第2条第1項第15号）するものといえるので複製に当たると考えられる。

プリントアウトすることなく、当該情報を企業内（東京と大阪のオフィスを専用線で結んだり、インターネットを通じてVPNを組んでいるような場合）にメール送信したり、本支店間共通のイントラネットの掲示板に掲示する行為に関しては、通常多数の者が受信したり見たりする可能性があるので複製だけでなく公衆送信（同法第2条第1項第7号の2）にあたる可能性もある。

以上のように、インターネットサイト上の情報を利用する行為は、著作権法上の複製や公衆送信に該当する可能性があるので、取扱いに留意する必要がある。

なお、ニュース記事であっても、事実を伝えるにすぎないごく短いニュースや短信と呼ばれる人事異動、死亡記事など、誰が書いても表現に差が出ず、著作物性が認められない情報（同法第10条第2項）や、法令、行政機関などが発する告示、訓令、通達や、裁判所の判決など著作物であっても保護の対象にならない（同法第13条）場合は、その情報の利用行為が著作権等を侵害することにはならない。

②利用態様と黙示の許諾

複製・公衆送信といった著作物の利用行為であっても、権利者の許諾があれば著作権侵害にはならない。そして、著作物の内容や利用行為の態様等によっては、権利者の黙示の許諾が認められる場合もあると考えられる。

具体的にどのような場合に黙示の許諾があると認められるかは、個々の事案ごとに、著作物の種類や性質、権利者の情報提供の目的や態様、複製・公衆送信などの行為の目的や態様、権利者側がそのような利用を予測できたか、などを総合的に考慮して判断されることになろう。

インターネットサイト上の情報利用に関しては、著作物の権利者が、だれでもが

無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示した場合には、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容しているのであるから、サイト上の情報をディスプレー上ではなく紙面上で閲覧するためにプリントアウトするという複製行為については、禁止する旨の特段の意思表示がない限り、原則、権利者から黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。

さらに、社内で備品の購入を検討するために、インターネットサイト上の広告などをプリントアウトして回覧したり、コピーを複数作成して関係部署に配布することは、権利者側も許容範囲としていることが多いと考えられるし、黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。同様に、備品の購入を社内で検討するために関係部署に広告を複製してメール配信する場合にも、黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。

ニュース記事、論文なども、権利者が、だれでもが無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示した場合には、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容しているのであるから、サイト上の情報をディスプレー上ではなく紙面上で閲覧するためにプリントアウトするという複製行為については、禁止する旨の特段の意思表示がない限り、原則、権利者から黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。

しかし、無償でインターネットサイトにアクセスして閲覧できる場合であっても、ニュース記事や論文などをプリントアウトして複製し販売等するとか、資料として営業活動の一環として社外に配付するといった行為は、権利者の予測の範囲を超えるものであり、黙示の許諾はないと考えられる。

また利用条件に反して、有料サイトや会員限定サイトの情報をプリントアウトしてコピーを複数作成して社内に配布することや、社内でメール配信する行為などは、通常利用契約で禁止されていることが多いと考えられる。仮に明示的な禁止条項がない場合でも本来有料となるべき利用について無償で利用されることは権利者側が予測する許容範囲外であり、黙示の許諾はないと考えられる。

③その他の問題点

上記②で述べたように、情報提供の態様や利用態様などの事情から黙示の許諾があると一応考えられる場合であっても、当該インターネットサイトにおいて、技術的に印刷を制限している場合には、印刷は認めないとの権利者側の意思が明示されているものと認められるので、プリントアウトすることは基本的に許されないと考えられる。

また、サイト上で明示して複製等を禁じている場合には、権利者の複製等の禁止の意思は明らかであるから、プリントアウト等することは基本的に許されないと考

えられる。

(2) インターネット上の掲示板への書き込みの二次利用について

①インターネット上の掲示板への書き込みは著作物か(著作権法上保護されるものか)

著作物性の判断については、インターネット上の掲示板の書き込みであっても、通常の著作物の場合と同様に著作物性が判断される。インターネット上の掲示板の書き込みの「創作性」の判断は、通常の場合よりも高度の創作性を要求すべきという考え方もあるが、書き込みを行った者の個性が発揮されていれば足り、厳密な意味での独創性までは必要ないと考えられる。また、掲示板への書き込みは通常ハンドルネームなど匿名でなされることが多いが、匿名の書き込みであるからといって、著作物性が否定されるわけではない[1]。

したがって、著作権者である利用者等の許諾を得ずに、新聞、雑誌、出版物等に掲載する行為、CD・DVD等の電子記録媒体に複製し販売・頒布する行為、掲示板の記載に基づいて映画を制作する行為等(以下、「著作物の利用行為」という。)は原則として利用者等の著作権を侵害する行為となる。

だが、インターネット上の掲示板という、公衆がアクセス可能な場所に書き込みを行うことは、その性質上、当該掲示板を通じてその書き込みの公衆送信等する行為について、管理者等に対し黙示の許諾があると考えられる。また上記(1)に該当する場合などは黙示の許諾があると考えられる。

これに対して書き込みのその他の利用行為等については、原則として、インターネット上の掲示板に書き込みを行ったという一事をもって、著作物の利用について明示又は黙示の許諾あるいは権利を放棄したものと考えることは困難である。

なお、当該書き込みに著作物性が認められない場合は、その書き込みの利用行為は、利用者等の著作権を侵害することにはならない。

②掲示板への書き込みについて二次利用の規定がある場合

掲示板等にあらかじめ管理者等が、掲示板に行われた書き込みの二次利用に関する規程(以下、「二次利用規程」という。)を定めているような場合はどうなるのであろうか。

本準則「ウェブサイトの利用規程」に、記載されていることがそのまま妥当するようにも思えるが、若干異なった配慮をすべきと考えられる。

---

[1]東京高判平成14年10月29日「ホテル・ジャンキーズ」事件

すなわち、オークションサイト、インターネット上の取引仲介、情報提供サービスなどにおいては、少なくとも一定の商品・情報を入手することに対して対価を支払う取引行為であることを利用者等において認識しているのが通常である。

また、オークションサイトやインターネット上の取引仲介等の利用規程ということであれば、様々な取引条件等を記載する必要があり、内容的にも詳細なものにならざるを得ないことからすべての条項について目立つ形でウェブサイト上の表現することは現実的ではない面がある。しかし、二次利用規程ということに限れば、表示すべき情報量が格段に少ないのであって、通常のホームページであれば目立つ形でこれを表示することが可能である。

③具体的検討

掲示板の書き込みをそのまま利用する場合は著作権に関する許諾を、修正して利用する場合は著作権に関する許諾に加えて、修正についても許諾を得るなど著作者人格権の侵害とならないよう留意する必要がある。許諾に関して利用規程に記載するに当たっては、「出版」「映画化」など、当該著作物の利用形態についてできる限り明確にすることが望ましい[1]。

したがって、例えば、「本掲示板の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な修正（投稿者名の表示・非表示を含む）を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示版に記載された書き込みに関する著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示版の管理者等に許諾するものとします。」という利用規程について同意画面が表示され、同意した場合に初めて書き込み画面にたどり着くような確認措置が講じられている場合には、当該利用形態についての合意の成立が認められると考えられる。

ただし、著作者人格権の不行使特約の有効性については議論があるところである。たとえ、かかる合意の成立が認められる場合であっても、著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する場合等、通常の利用者等が合意するとは考えられないような場合については、なお合意の範囲外にあるものと考えるべきであろう[2]。

なお、上記（2）①で述べたとおり、利用者等が当該規程に合意するか否かについて判断するために必要な情報は、利用者が認識しやすい箇所に記載する必要がある。

---

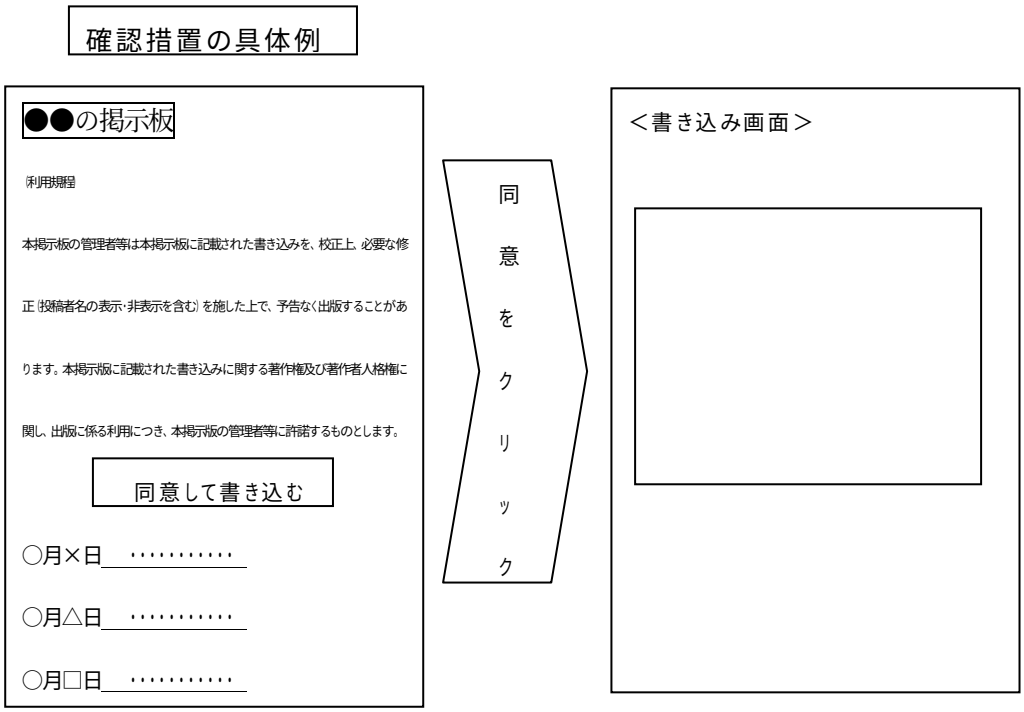
[1] なお、著作権譲渡である場合は、「すべての権利を譲渡する」とするだけでは著作権法第27条（翻訳権、翻案権など）及び第28条（二次的著作物の利用に関する原著作権者の権利）の権利は譲渡人に留保されていると推定されるので、これらも含めての譲渡である場合は、これらの権利を明記する必要がある

[2] 著作権法113条6項の「著作者人格権の侵害となるべき行為」についてまで合意があったとすることは、困難な場合が多いと考えられる。

これに対し、利用規程が定められている場合でも、書き込みを行う者にとって、容易に認識しえないような利用規程の記載しかない場合には、意思の合致が存在せず、そもそも合意が不存在となる。

具体的に検討すると以下のとおりである。

ｉ）利用規程の内容が明確であり、かつ、利用規程の確認措置が講じられている場合



（※利用規程は例文である。）

この場合（上記具体例参照）、基本的に合意が成立するものと考えられる。利用者が当該二次利用規程に合意するか否かを判断するために必要な情報として、利用規程に書き込み等の著作物の利用目的を明示する必要がある。

ii）利用規程の内容が明確であり、利用規程を容易に認識できるような場合。

＜例１＞

●●の掲示板

（利用規程）

本掲示板の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な修正（投稿者名の表示・非表示を含む）を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示版に記載された内容に係る著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示版の管理者等に許諾するものとします。

○月×日＿＿＿＿＿＿＿＿

○月△日＿＿＿＿＿＿＿＿

○月□日＿＿＿＿＿＿＿＿

＜書き込み欄＞

（※利用規程は例文である。）

＜例２＞

●●の掲示板

○月×日＿＿＿＿＿＿＿＿

○月△日＿＿＿＿＿＿＿＿

○月□日＿＿＿＿＿＿＿＿

書き込む

書き込みをクリック

（利用規程）

本掲示版の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な修正（投稿者名の表示・非表示を含む）を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示版に記載された内容に係る著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示版の管理者等に許諾するものとします。

＜書き込み欄＞

（※利用規程は例文である。）

掲示板画面の目立つ場所に、書き込みの利用目的等、利用者が合意するか否かに必要な情報が記載されている利用規程が掲げられている場合（上記

＜例1＞，＜例2＞参照）は、利用者等による掲示板への書き込みによって利用規程に記載されている形態での利用の申込みに対する承諾（意思実現行為）があったものと考えられ、合意の存在は認められる場合が多いと考えられる。

なお、掲示板の利用規程については記載すべき情報量も必ずしも多くないと考えられることから、利用規程にリンクをはるというような方法ではなく、掲示板を利用する際、必ず表示されるページに利用規程が明示されるように構成した方が、合意の存在が認められる可能性が高い。

iii）利用規程の内容が明確ではない場合

合意の成立が認められないことになると考えられる。

iv）利用規程の内容は明確だが、利用者等が容易に認識できないような場合

合意の成立が否定される可能性が高いと考えられる。

（利用者等が容易に認識できないような場合の例）
・リンクをたどっていかないと利用規程が表示されないような場合
・画面の隅の方に小さい字で利用規程が表示されている場合
・

利用規程に関する合意が存在すると認められる場合でも、利用者等に錯誤が存在するような場合（利用規程の読み間違い等）には、重過失が存在する場合を除き、書き込みを行った者は無効主張をできることとなる。

Ⅱ-2-11 サムネイル画像と著作権

【論点】

リンクボタンや、画像検索などで利用されているサムネイルリンクについて、他人が著作権を有する画像をサムネイルとした場合に、著作権侵害の責任を負うことがあるか。

1. 考え方

画像データの解像度を下げ、サイズを縮小することにより、サムネイル画像から元の画像の特徴的部分を直接感得することが不可能な程度に至っている場合には、著作権侵害の責任を負わない場合もあると考えられる。しかしサムネイル画像から元の著作物の特徴的部分を感得できる場合には、著作権侵害の責任を負うことがあり得る。

2. 説明

(1) 著作権

①問題の所在

サムネイルとは、本来は「thumb nail（親指の爪）」の意味であり、従来、印刷物のできあがりの全体イメージを伝えるための小さなページ見本を意味していた。その後、コンピュータにおいてファイルを開く前にその中身を事前に確認できるよう、多数の画像を一覧表示することができるように縮小された低解像度の画像を意味するようになった。特にインターネットが普及した後、画像は、データが重く表示されるまでに時間を要することから、最初は、低解像度でファイルサイズの小さいサムネイル画像を表示し、特定のサムネイル画像をクリックすると、本来のファイルサイズの画像が表示される方法が使われるようになっている。

また、バナーやテキストではなく、他のウェブページのイメージデータをサムネイル表示したものをリンクボタンとして、当該ウェブページへのリンクを張っている場合をサムネイルリンクと称されているようである。

なお、画像検索などによるサムネイル画像の表示（サムネイル画像自体は、検索エンジンのキャッシュに保存されているもの）や、ドメインネームの whois データベース[1]で、当該ドメインが用いられているウェブページのイメージデータがサムネイル表示されているなど、インターネット上では、このようなサムネイル画像の利用が広く行われている一方、このようなサムネイル画像の利用についての紛争も生じ

[1] 特定のドメインネームを誰が登録しているかを調べることができるようにしているデータベース。一般的には、特定のドメインネームを検索すると、住所、連絡先等の登録者情報が表示されるようになっている。

ている[1]。

②具体的検討

他者が著作権を有する著作物をサムネイル表示し、そのクリックにより、当該著作物自体が表示される場合について検討する。

ここで、サムネイルリンクに特徴的なこととして、①サムネイル画像は、低解像度かつサイズが小さいこと、②サムネイル画像から本来のファイル画像へリンクが張られていることにより、本来のファイル画像へのアクセスの利便性を高めるものとして用いられている場合が多いことに留意する必要がある。

サムネイルリンクを作成する行為を分析すると、第1の方法として、①サムネイル画像の元となる著作物を自分のコンピュータにダウンロードし、②それを縮小表示したイメージデータ（サムネイル画像）を作成し、③当該サムネイル画像をリンク元のサーバにアップロードし[2]、④当該サムネイル画像をリンクボタンとして、リンク先の画像にリンクを張る、又は第2の方法として、リンク先の画像へイメージリンクを設定し、その表示サイズを小さくする方法が考えられる。

このうち本項では、サムネイル画像自体に関する論点である①から③までの行為について検討する。

i）サムネイル画像の元となる著作物を自分の PC にダウンロードする行為

ネット上の著作物を自分のコンピュータにダウンロードする行為は、複製（著作権法第2条第1項第15号）に該当するので、詳細については、本準則「インターネットサイトの情報の利用」における考え方と同様と考えられる[3]。

ii）他人の著作物を縮小表示したサムネイル画像を作成する行為

a）複製権について

サムネイル画像を作成するにあたって、元の画像データの解像度を下げ、かつ、そのサイズを変更して、新たな画像を作成することが通常である。この行為が、著作権法上にいう「複製」に該当するかを検討する必要がある[4]。

---

[1] いずれも米国の判例ではあるが、Kelly v. Arriba Soft Corp 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)、及びPerfect 10 v. Google, Inc. 416 F. Supp.2d 828 (C.D. Cal. 2006)

[2] なお、サーバ上で利用可能とされているアプリケーションを利用して、最初に画像をアップロードした後、サムネイル画像を作成する場合もあるが、基本的な考え方は変わらないので、ここでは詳説しない。

[3] 但し、ファイルローグ事件中間判決（東京地裁平成15年1月29日判決）では、利用者が当初から公衆送信目的で複製を行った場合には複製権侵害となるとされている（なお、控訴審判決である東京高裁平成17年3月31日判決もこの考え方を維持している）。

[4] 「翻案」等の場合、二次的著作物の創作行為として創作性が必要とされると解されていることからすると、サムネイル画像を作成する場合のように、単に機械的に解像度を下げ、サイズを縮

ところで、他人の著作物を複製したと言いうるためには、元の著作物の特徴的部分を直接感得しうることが必要とされる[1]。

この点、前述のとおり、サムネイル画像は、解像度を下げ、サイズを縮小するものであり、その結果として、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができなくなる、という可能性が存在する[2]。例えば、微妙な色調が重要な意味を有する画像において、解像度を下げた結果、単純な色調しか表現されないような場合などは、当該サムネイル画像は複製物と評価されないこともあろう[3]。

なお、解像度を低下させ、画像を縮小したにもかかわらず、元の著作物の特徴的部分を直接感得しうると評価できる場合は、サムネイル画像の作成において、複製権を侵害することとなる。

b) 同一性保持権について

同一性保持権においては、「意に反して」これらの改変が行われたかどうかが問題となる（著作権法第20条柱書）。

この点、前記a）で検討したとおり、サムネイル画像から、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができない場合は、そもそも著作物を利用しているとはいえない性格の行為と解されるため、同一性保持権侵害は問題とならない。

一方、サムネイル画像から、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができる場合、サイズを縮小し、解像度を低くする行為について著作者の意に反する場合は、同一性保持権を侵害することとなる。

iii) サムネイル画像をサーバにアップロードする行為について

前記ii）で検討したとおり、サムネイル画像から、元の著作物の本質的特徴を直接感得できない場合は、元の著作物を利用している行為ではないのであり、

小した行為に創作性が認められる場合は少ないと考えられる。とはいえ、著作権侵害の要件を論じる際に、それが複製物か二次的著作物かを区別する実益はない」とする見解もあり（田村善之「著作権法概説第2版」47頁）、実際に多くの裁判例においては、二次的著作物の創作性を検討することなく「複製権又は翻案権を侵害するか」という択一的枠組みで検討されており、ここで複製か翻案かを論じる実益はほとんどないと考えるため、ここでは、複製として検討する。

[1] ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件（最高裁昭和53年9月7日判決）では、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」としている。

[2] この点については、書が、写真中に小さく写っていた場合に、複製権侵害、翻案権侵害、同一性保持権侵害を否定した事案（「雪月花事件」東京高裁平成14年2月18日判決）がある。詳細については、「写り込み」についての考え方を参照されたい。

[3] 加戸守行「著作権法逐条講義第5版」209頁参照。

サムネイル画像をサーバにアップロードする行為は著作権法上問題とはならない。

一方、サムネイル画像から、元の著作物の本質的特徴を直接感得できる場合、インターネットに接続しているサーバにサムネイル画像を記録する行為は「送信可能化」に該当する（同法第2条第1項第9号の5）[1]。さらに、アクセスしてきたユーザーにサムネイル画像を送信する行為は、「自動公衆送信」にも該当する（同項第9号の4）。

②具体的検討

以上のとおり、他者の著作物のサムネイル画像を作成し、これをネットで利用する行為は、元の著作物の特徴的部分を感得できない場合は著作権法上問題とならないが、特徴的部分を感得できると評価できる場合は同法上の問題が生じる。

そこで、元の著作物の特徴的部分を感得できる場合であっても、著作権侵害又は著作者人格権侵害（同一性保持権侵害）とならない場合があり得るかどうかについて検討する。

ｉ）サムネイル画像をサーバにアップロードする行為について

インターネット上に公開されている画像は、権利者自身が誰でも無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示しているのであって、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容していると考えられることは、本準則「インターネットサイトの情報の利用」に記載の考え方にあるとおりである。

ただし、画像からサムネイル画像を作成し、これを利用する行為について、著作権者が黙示の許諾を与えていたと評価しうる場合もあると考えられるが、単なる閲覧を超えた利用方法のどこまでが許諾されていると解されるかは、その利用方法によって異なると考えられる。

ii）アフィリエイトにおける商品写真の利用

アフィリエイトにおける商品写真等のサムネイル画像をリンクボタンとして、当該オンラインショップへのリンクを張る場合は、当該オンラインショップはアフィリエイトの利用に供する為に当該商品写真をネット上に公開しているものと解され、許諾があると評価されるべきである。

このような商品画像のサムネイル表示をして、批判的コメントを述べた場合にまで、許諾があると言いうるかは問題となりうる。しかし、一旦利用を許すものとして、ネット上に公開した場合、批判的コメントが含まれることは当然予想の範囲

[1] サーバにサムネイル画像を蓄積する行為も通常は複製となると考えられる。

であり、許諾の範囲に含まれていると考えられる。

なお、アフィリエイト契約関係がない者が、商品画像のサムネイル表示を行いつつ批判的コメントを行う場合であっても、当該サムネイル表示について「引用」(著作権法第32条1項)として認められる場合もあり得る。

Ⅱ-2-12 他人のホームページにリンクを張る場合の法律上の問題点

【論点】

無断で、他人のホームページにリンクを張る場合、リンクを張った者は、法的責任を負うことがあるか。

(例)

1. わいせつな画像等をアップしているアダルトサイト運営者が、当該サイトのメンバーであるなどとして、女性の主催する店舗や個人等のホームページのフロントページに、無断でリンクを張る場合

2. 反社会的団体が、自己の団体の関連企業であるなどとして、善良な企業のホームページに無断でリンクを張る場合

3. 自己のホームページを有名な大手企業の関連会社のページであるとの誤解を与えて利益を得ようと考えて、大手企業のホームページへ(「関連企業情報はこちら」等といった誤解を誘うような方法で)無断でリンクを張る場合、無関係の企業に対して、傘下の企業であるとか代理店であるとしてリンクを張る場合、無関係の個人が傘下の人物であるとしてリンクを張る場合等

4. 企業のホームページのロゴマークに、インラインリンクの態様でイメージリンクを張って、自らのホームページが当該企業と関連する企業であるかのように、その商品又は役務について使用する場合

1. 考え方

インターネット上において、会員等に限定することなく、無償で公開した情報を第三者が利用することは、著作権等の権利の侵害にならない限り、原則、自由であるが、リンク先の情報をⅰ)不正に自らの利益を図る目的により利用した場合、又はⅱ)リンク先に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のある場合に、不法行為責任が問われる可能性がある。

2. 説明

(1) ウェブページが表示される基本的な仕組み

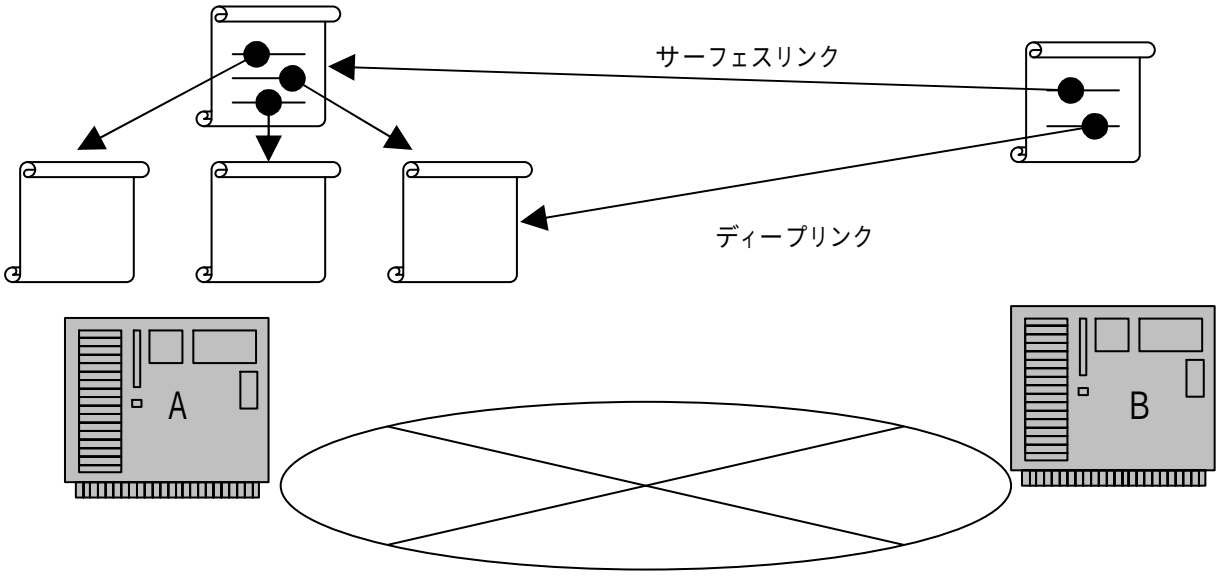
まず、説明の前提として、WWW を通じたウェブページの閲覧の意味を検討する。一般に、各ウェブページは、画像(gifファイルやjpgファイル等)を含む、複数のファイルによって構成されており、これらのファイルは、htmlファイルに記述されたレイアウトに従って、各端末のディスプレー上に表示されることになる。あるウェブサイト中の特定のウェブページにアクセスして、そのウェブページを閲覧する場合、当該ウェブページを構成するファイルは、順次、ウェブサイトからインターネットを経由して、当

該ウェブページを閲覧しようとしているユーザーの端末へ送信される。ユーザーの端末では、まずhtmlファイルが読み出され、そのhtmlファイルの記述に従って、そのウェブページを構成する各ファイルが順次展開されて、ディスプレー上の所定の位置に、所定の大きさで、各ファイルに収録された画像等のコンテンツが表示され、このようなプロセスを経て、ウェブページが再現されることになる。そうした方法によって、各端末のディスプレー上に、複数のファイルによって構成されるウェブページが再現されることになる。

次に、上記の点を前提として、「リンクを張る」ことの意味を検討するに、他者のウェブページにリンクを張る者は、リンク先のウェブページの所在を示すURLを、リンク元のウェブページを構成するhtmlファイルに書き込むだけであって、リンク先のウェブページや画像等のコンテンツを、自ら送信したり、複製しているわけではない。リンク先のURLが記述されたhtmlファイルが、リンク元のウェブページから送信されるように設定し、ユーザーの端末へリンク先の所定のファイルが送信され、ユーザーの端末上で当該ファイルが読み出されウェブページが再現されるようにしているだけなのである。もっとも、リンク先のウェブページを表示するために、ユーザーが、リンクボタンをクリックする等の行為を行うことが必要となる場合と、ユーザーの特段の行為を要せずに、自動的にリンク先のコンテンツがリンク元のコンテンツとともに、表示される場合とでは、その意味合いが異なってくる可能性もある。そこで、本論点を検討する際には、リンクを通じた、リンク先のコンテンツの送信及び複製の意味合いを、整理、分析する必要がある。

(2) リンクの態様について

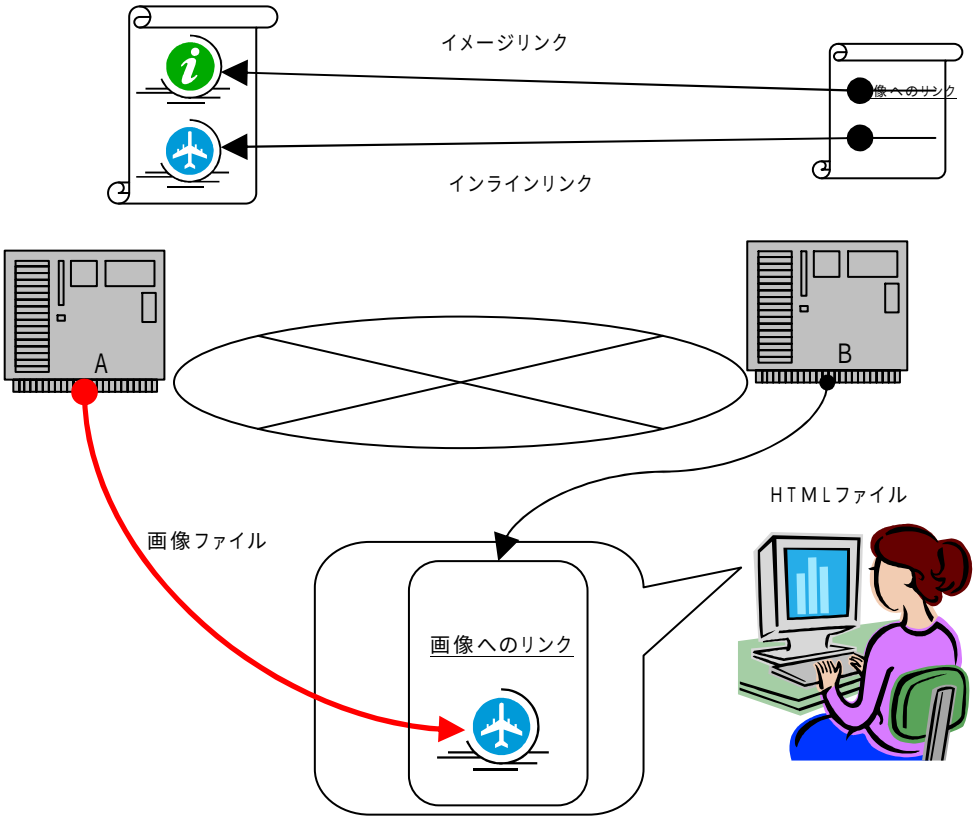
リンクの態様にも様々な方式があり、本論点中の各用語は、以下の意味を有するものとする。



「サーフェスリンク」とは、他のウェブサイトのトップページに通常の方式で設定され

たリンクをいうものとする。なお、本論点において、「通常の方式で設定されたリンク」とは、ユーザーがリンク元に表示された URL をクリックする等の行為を行うことによってリンク先と接続し、リンク先と接続することによってリンク元との接続が切断される場合のリンクをいうものとする。

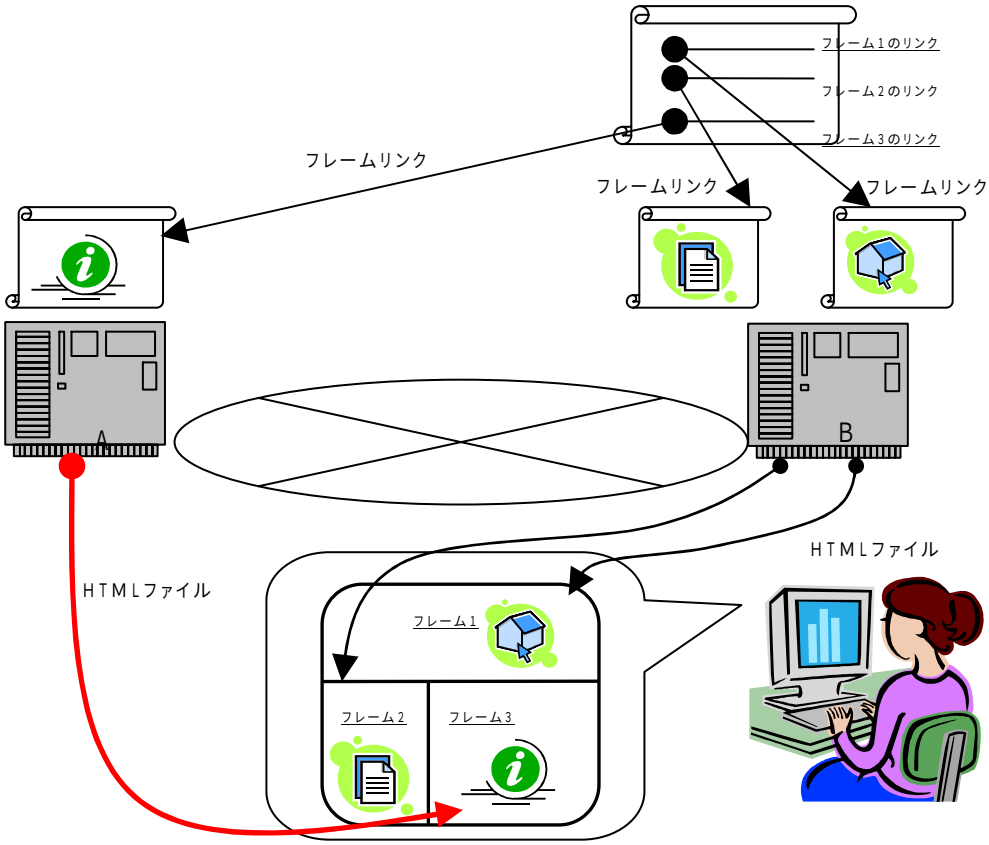
「ディープリンク」とは、他のウェブサイトのウェブページのトップページではなく、下の階層のウェブページに通常の方式で設定されたリンクをいうものとする。



「イメージリンク」とは、他のウェブサイト中の特定の画像についてのみ設定されたリンクをいうものとする。

「インラインリンク」とは、ユーザーの操作を介することなく、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はこれを構成するファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトがユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをいうものとする。

「フレームリンク」とは、ウェブブラウザの表示部をいくつかのフレームに区切り、フレームごとに当該フレームと対応づけられたリンク先のウェブページを表示させる態様のリンクをいうものとする。



(3) リンクを張ることについての法的責任

①不法行為に基づく責任

リンクを張る際に、リンク先とリンク元の関係等が誤認され、リンク先のホームページ開設者の名誉が毀損されたり、信用が毀損されたり、他人の氏名を無断で使用し、真実に反する記載をすることにより氏名権[1]の侵害が発生する等、何らかの損害が発生した場合、(刑法上の信用毀損罪、名誉毀損罪が成立する可能性もあるほか、) 民法上の不法行為責任が生じる可能性がある。これらの事例は、リンク特有の問題というよりも、リンクという手段を用いて、違法行為が実行される場合に他ならず、リンクを張った者の責任の有無を判断するに際しては、関連する法令の解釈に従って判断すべきことになる。

---

[1] 氏名権については、氏名を正確に称呼される利益をめぐって争われた事例で、最高裁は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」とその法的根拠を人格権に求め、「氏名を正確に称呼される利益は、不法行為法上の保護される」(最高裁昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、NHK日本語読み事件) と判断した。また、最高裁は、NHK日本語読み事件を引用した上で、「人は、その氏名を他人に冒用されない権利を有する」。「これを違法に侵害された者は、加害者に対し、損害賠償を求めることができる」ほか、「現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることもできると解する」(最高

インターネット上において、会員等に限定することなく、無償で公開した情報を第三者が利用することは、著作権等の権利の侵害にならない限り、本来自由である。しかし、リンク先の情報をⅰ)不正に自らの利益を図る目的により利用した場合、又はⅱ)リンク先に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のある場合に、不法行為責任が問われる可能性がある[1]。

②不正競争防止法に基づく責任

リンクを張ることに関連して、不正競争防止法に定める不正競争行為[2]に該当する場合があるかを検討する。

まず、サーフェスリンクやディープリンクのような通常の方式のリンクを張る場合には、ユーザーの行為を介さないとリンク先の情報が表示されないから、他人の商品等表示の使用といえるかどうか、また、それを自己の商品等表示として使用しているといえるかどうかを考えると、こうした行為が不正競争行為に該当する可能性は極めて低いと考えられる。

一方、インラインリンクの方式やフレームリンクの方式でリンクを張る行為については、リンク先の商品等表示を、リンク元の営業とリンク先の営業とを誤認混同させるように使用した場合や、著名な商品等表示を自己の商品等表示として使用した場合には、不正競争行為に該当する可能性がある。

また、リンクを張る際に、競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の

裁平成18年1月20日第二小法廷判決・民集60巻1号137頁、天理教事件）として、氏名権を人格権的側面から侵害行為の差し止めもできると判断している。

[1] 新聞社に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して、しかも、ニュース報道における記事見出しが作成されて間もないいわば情報の鮮度が高い時期に、ニュース報道における記事見出し及び記事に依拠して、特段の労力を要することもなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてリンク見出しを作成し、これらを自らのウェブサイト上のリンク見出し表示部分のみならず、2万サイト程度にも及ぶ設置登録ユーザーのウェブサイト上のリンク見出し表示部分に表示させるなど、実質的にリンク見出しを配信している場合には、新聞社の見出しに関する業務と競合する面があることも否定できず、社会的に許容される限度を超えたものとして、実質的に配信した者に対して、損害賠償請求を認められた事例がある（読売オンライン事件：知財高裁平成17年10月6日判決）。この点、不法行為の成否の基準は、本事件第1審である東京地裁平成16年3月24日判決によるものであり、1つの参考となる基準になろう。ただし、個別具体的な事例に不法行為責任が認められるかについては、議論の余地があり、今後の裁判所の事例集積の動向を注視する必要がある。

[2] 需要者の間に広く認識されている他人の商品等表示（人の業務に係る氏名、商号、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。）と同一又は類似した表示を使用して営業活動等を行い、その他人の営業であるか、又はその他人の営業等と何らかの関係があるかのような商品・営業主体の混同を生じさせる行為は、不正競争行為になる（不正競争防止法第2条第1項第1号）。また、他人の商品等表示が著名である場合には、混同を生じさせなくても、自己の商品等表示として使用した場合には不正競争行為になる（不正競争防止法第2条第1項第2号）。更に、競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知又は流布した場合にも不正競争行為になる（不正競争防止法第2条第1項第14号）。

事実を表示した場合には、不正競争行為に該当する可能性がある[1]。

③商標法に基づく責任

商標法について検討すると、サーフェスリンクやディープリンクのような通常の方式のリンクを張る行為自体は、リンク先に他人の商標が表示されていたとしても、当該他人の商標を、出所表示として使用する行為に当たらない場合が多いことから、原則として商標権侵害にはならないと考えられる。

ただし、こうした方式のリンクであっても、リンクを張る際に、例えばリンクボタンなどにリンク先の企業の商標を無断で使用している場合には、リンクを張る行為自体ではなく、当該商標の使用について、その使用態様によっては商標権侵害の問題が発生する可能性がある。

一方、インラインリンクの方式やフレームリンクの方式でリンクを張る場合には、閲覧するユーザーから見れば、リンク元のウェブページの作成者があたかもリンク先の他人の商標を使用し、当該商標が出所表示機能を発揮しているような場合も想定されるが、そのような態様での使用においては、商標法上の「使用」と評価される可能性もあるものと考えられる[2]。そして、その「使用」が、当該商標の指定商品又は指定役務に関してなされたものであると解される場合には、商標権侵害を構成すると考えられるため、注意が必要である。

④著作権法に基づく責任

著作物性が認められる他人のウェブページにリンクを張る場合について、著作権法上問題が生じるか否かについて検討する。

ユーザーは、リンク元のウェブページ中に記述されたリンク先のウェブページの

---

[1] 原告会社と競争関係にある中国法人の日本語版ウェブサイトのウェブページに、原告ら（原告会社及び同社取締役たる原告）が同法人の代理店であるかのような表示がなされ、さらに同ページに原告会社が開設するウェブサイトにリンクを設定された。このようなリンクを張られた原告らが、上記中国法人及び当該法人の日本の代理店である被告による上記行為は原告らの名誉及び信用を毀損する共同不法行為を構成するとともに、原告会社との関係では不正競争防止法第2条第1項第14号所定の不正競争行為に該当するなどとして、被告に対し、損害賠償等を求めた事案がある。この点、裁判所は、被告が、中国法人において本件ウェブページを作成するに当たり、少なくともそのためのデータや資料を提供するなどして、これに関与していたものであり、ひいては同法人が本件表示行為をするに当たって関与したものと認めるのが相当であり、被告は、本件表示行為について、原告会社との関係で社会的信用を害する虚偽の事実を流布するものであるとして、不正競争防止法第2条第1項第14号の不正競争行為であることを認め、原告個人との関係で名誉・信用毀損、氏名権侵害を認めて、同法人と共同不法行為責任を負うものというべきであるなどとして請求の一部を認めた（大阪地裁平成19年7月26日判決）。

[2] 例えば、リンク先の他人の商標が、当該商標が本来担っているリンク先の他人の商品又は役務等についての出所表示機能を、リンク元のウェブページ作成者の商品又は役務に対して発揮させる態様で表示されるような場合には、出所混同の防止という商標法の目的に照らし、商標法上の「使用」（商標法第2条第3項第7号及び第8号）に該当すると解することができるであろう。

URL をクリックする等の操作を行うことにより、リンク先のウェブページを閲覧することになるが、この際、リンク先のウェブページのデータは、リンク先のウェブサイトからユーザーのコンピュータへ送信されるのであり、リンク元のウェブサイトに送信されるわけではなく蓄積もされない。即ち、リンクを張ること自体により、公衆送信、複製のいずれも行われるわけではないから、複製権侵害、公衆送信権侵害のいずれも問題にならないものと考えられる[1]。サーフェスリンク、ディープリンク、イメージリンク、フレームリンク、インラインリンクの個別の態様でのリンクを張る行為自体においては、原則として著作権侵害の問題は生じないと考えるのが合理的である。

ただし、リンク態様が複雑化している今日、ウェブサイトの運営者にとっては、ウェブサイトを閲覧するユーザーから見てどのように映るかという観点からすれば望ましくない態様でリンクを張られる場合があり、例えば、ユーザーのコンピュータでの表示態様が、リンク先のウェブページ又はその他著作物であるにもかかわらずリンク元のウェブページ又はその他著作物であるかのような態様であるような場合には、著作者人格権侵害等の著作権法上の問題が生じる可能性があるとも考えられる[2]。さらに、そのようなリンク態様において著作者の名誉声望が害されるような場合には、著作者人格権の侵害（著作権法第113条第6項）となる可能性もあるであろう[3]。

⑤小括

---

1 中山信弘「著作権法」216頁。

2 このような場合のリンクの問題を著作者人格権で処理する見解としては、中山信弘「著作権法」216頁、岡村久道、近藤剛史「インターネットの法律実務（新版）」160頁以下を参照。

イメージリンク、フレームリンクについては、同一性保持権侵害、氏名表示権侵害の可能性を指摘する見解がある（TMI総合法律事務所編「ITの法律相談」121頁以下、小林英明、マックス法律事務所編、「くらしの法律相談⑳」132頁以下）一方、公衆送信権侵害となる可能性があるとする説もある（栗田隆http://civilpro.law.kansai-u.ac.jp/kurita/copyright/article2.html#T2）。また、リンク先のウェブサイトにフレーム機能を使って他の素材と表示することを明確に禁止しているケースでのフレームリンクにおいて、公衆送信権侵害を認める見解もある（宮下佳之「サイバースペースにおける著作権問題について」コピライト1997年10月号第10頁）。

さらに、リンク態様に応じて、公衆送信権、氏名表示権及び同一性保持権等の著作者人格権侵害を分けて検討する見解もある（田村善之編「情報・秩序・ネットワーク、北海道大学法学部ライブラリー3」243頁及び250頁以下）。

一方、著作権侵害が行われているウェブサイトにリンクを張って著作権侵害を助長したような場合について、著作権侵害の問題を指摘する見解がある（内田晴康、横山経通編「第4版、インターネット法」36頁以下、田村善之編「情報・秩序・ネットワーク、北海道大学法学部ライブラリー3」243頁以下）。

このように、公衆送信権侵害、同一性保持権及び氏名表示権の侵害等を問題とする様々な見解が存在するが、現時点では限界的な事例において大方の賛同を得られるような解釈論を示していないとも思われ、具体的な侵害事例については今後慎重な議論をしていく必要があるものと考えられる（著作権法の権利制限規定をめぐる諸問題権利制限委員会、著作権研究所研究叢書No12,42頁）。

3 中山信弘「著作権法」216頁。

リンクの法的な意義については、必ずしも明確な理論が確立しているわけではなく、無断リンクを巡って、様々な紛争が生じている現状を考慮すると、「無断リンク厳禁」と明示されているウェブページにリンクを張る場合には、十分な注意が必要である。

(4) 具体的検討

例1、例2の場合は、リンクという手段を用いてリンク先の名誉や信用を毀損する行為と解され、リンクを張られたサイトの運営者側は、民事上は不法行為責任として損害賠償を請求できる可能性がある。また、刑事上は名誉毀損罪、信用毀損罪等が成立する可能性があるとともに、態様によっては著作者の名誉声望を害するものとして著作者人格権の侵害（著作権法第113条第6項）となる可能性があるものと考えられる。

例3の場合には、リンク元のウェブページに、「関連企業情報はこちら」、「リンク先の企業は弊社傘下の代理店です。」、「この人は当社の関係者です。」等といった誤解を誘う表示とリンク先の企業を特定する名称等が表示されるものと考えられるが、これらの表示は、リンク先と関連会社であるとの誤解を与えて不正の利益を得、又はリンク先に損害を被らせる蓋然性の高い場合には、名誉権又は氏名権等の侵害、信用毀損を根拠として不法行為責任が問題となる可能性があると考えられる。また、リンクを張る際に、競争関係にあるリンク先の企業の営業上の信用を害する虚偽の事実を表示した場合には、不正競争行為に該当する可能性があると考えられる。

例4は、リンク先のロゴマークなどにのみインラインリンクを張る場合であり、リンク先の「商品等表示」のみがリンク元において表示されることになる。このため、周知なロゴマークを、リンク先の企業の関連会社であるかのような営業主体の誤認混同を招くようなかたちで使用する場合や、自分の企業のロゴマークとして他人の著名なロゴマークなどを使用する場合には、不正競争行為に該当する可能性があると考えられる。

また、当該ロゴマークが他人の登録商標である場合、自らのホームページ上で、当該登録商標をその指定商品又は指定役務について使用すると、その使用態様によっては、商標権侵害となる場合がある。

Ⅱ-2-13 eラーニングにおける他人の著作物の利用

【論点】

ネットワークを利用した遠隔教育によって、学校の授業・社員研修を行ったり、遠隔教育サービスのベンダーが授業・研修を有償で学校や会社に提供する場合、学校やサービスベンダーは、著作権についてどのような法的責任を負うか。

1. 考え方

eラーニングにおいて、他人の著作物を利用する場合には、原則として権利者の許諾を得る必要がある。

ただし、営利を目的としない学校等の教育機関の授業の過程における著作物の使用であって一定の要件を満たす場合については、権利者の許諾なしに、遠隔地にいる生徒に対してインターネット等のネットワークを利用して当該著作物を送信して学習させることができる。このような無許諾の公衆送信が認められるためには、公表済みの著作物であること、実際の授業（主会場）の生中継を別の場所（副会場）で同時に聴講する形態であること、当該教育機関で授業を受ける者に限定した送信であること等が必要である。

また、ネットワークを利用して行う試験にも、一定の要件を満たす場合には、試験問題として著作物を権利者の許諾なく公衆送信することができる。このような無許諾の公衆送信が認められるためには、公表済みの著作物であること、試験の目的上必要な限度内であることが必要であり、営利目的の場合には権利者に補償金を支払う義務を負う。

このように、eラーニングに関連する他人の著作物の利用には、あくまでも許諾を得るのが原則であるが、法の規定する一定の場面においては、許諾なくできる。ただし、その際には、法の定める上記のような要件を満たす必要がある。

eラーニングについて主に想定されるのは、授業の同時中継と試験問題としての公衆送信が考えられる。授業の同時中継に伴う教材の公衆送信と試験問題の公衆送信に関する例外規定は、営利目的でeラーニング事業を行うものにとっては、利用場面は限られていることに注意を要する。すなわち、授業の同時中継に伴う教材の公衆送信については、営利目的で行う場合はそもそも認められておらず、原則どおり権利者の許諾が必要である。また、試験問題の公衆送信は一応適法になしうるものの、権利者に補償金を支払う義務が発生する[1]。

---

[1] eラーニングの実施に当たっては、著作権についての責任のほか、個人情報についての責任についても留意する必要がある。個人の成績等の情報を当該個人が特定できる形で（統計資料のような形ではなく）保有する学校・eラーニングベンダーが、当該情報を漏洩したときは、情報の主体である個人に対して、契約責任（民法415条）又は不法行為責任（民法709条）を負う場合がある。また、一定の数量の個人情報をデータベース化して保有する学校・eラーニングベンダー

（許諾を受けない教材の公衆送信が適法となる場合）
・学校の授業において、主会場である教室で配布するプリント（他人の著作物）を遠隔地の副会場にいながら当該授業の同時中継を聴講中の生徒が閲覧可能なように送信する場合

（許諾を受けない教材の公衆送信が違法となる場合）
・会社において、社員研修で配布するプリント（他人の著作物）を遠隔地にいながら当該研修の同時中継を聴講中の社員が閲覧可能なようにウェブサーバにアップロードする場合（プリントのコピー・配布の許諾を得ていたとしても違法）
・学校の授業において、教室で配布するプリント（他人の著作物）を欠席中の生徒が後に閲覧可能なように送信する場合（プリントのコピー・配布の許諾を得ていたとしても違法）

（許諾を受けない試験問題の公衆送信が適法となる場合）
・e ラーニングベンダーがウェブサイトに公表済みの著作物を試験問題として掲載し、ID・パスワードを入力した受験生に対して送信する場合

（許諾を受けない試験問題の公衆送信が違法となる場合）
・e ラーニングベンダーがウェブサイトに未公表の著作物を試験問題として掲載し、ID・パスワードを入力した受験生に対して送信する場合

2．説明

（1）教育におけるインターネットの利用

従来より、教育現場においては、他人の著作物が教材として利用されることが多かった。小説・新聞記事などのテキストや写真・絵画などの画像は、伝統的な教材として使用されてきた。ネットワークを利用した遠隔教育、すなわちeラーニングにおいては、教材がデジタル化・マルチメディアコンテンツ化した結果として、プログラマーやナレーション、さらには音楽などが加わって、他人の著作物利用の範囲が一層拡大している。

他人の著作物の利用については、権利者から利用許諾を得るのが原則であるが、著作権法は、教育における他人の著作物利用の意義にかんがみて、いくつかの例外を認めている。

は、個人情報保護法の義務規定の適用を受ける（個人情報の取扱いの詳細については、「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」（http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/privacy/kojin_gadelane.htm）及びその他の省庁のガイドライン（http://www5.cao.go.jp/seikatsu/kojin/gaidorainkentou.html）を参照されたい。）。

(2) 授業の同時中継に伴う教材等の公衆送信

著作権法第35条第2項[1]は、以下の要件の下に授業の中継に伴う無許諾の公衆送信（自動公衆送信においては送信可能化を含む。以下同じ。）を認めている。

・営利を目的としない教育機関であること
・当該教育機関で授業を受ける者のみに対する送信であること
・主会場で現在進行中の授業を副会場で同時に受講する者への送信であること
・主会場での教材として配布等されていること
・既に公表された著作物であること
・著作物の種類や用途、送信の形態などから判断して、著作権者の利益を不当に害しないこと

そもそも、非営利の教育機関である学校や公民館のみが主体とされており、営利目的を有する民間のeラーニングベンダーは対象となっていない。eラーニングベンダーが授業の中継を行う際には、権利者から公衆送信の許諾を得ておく必要がある。リアルの教室で配布する許諾を得ただけでは公衆送信まではカバーされない。

また、同時中継のみが本例外規定の対象であり、後に閲覧可能なようにウェブサーバに保存する場合には、権利者の許諾が必要である。

(3) 試験問題としての公衆送信

著作権法第36条[2]は、以下の要件の下に入学試験その他他人の学識技能に関する試験の問題として利用する場合の無許諾の公衆送信を認めている。

・営利目的の場合は、権利者に補償金を支払うこと
・試験の目的上必要な限度であること

---

[1]**著作権法**
第35条　2　公表された著作物については、前項の教育機関における授業の過程において、当該授業を直接受ける者に対して当該著作物をその原作品若しくは複製物を提供し、若しくは提示して利用する場合又は当該著作物を第三十八条第一項の規定により上演し、演奏し、上映し、若しくは口述して利用する場合には、当該授業が行われる場所以外の場所において当該授業を同時に受ける者に対して公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行うことができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。

[2]**著作権法**
（試験問題としての複製等）
第36条　公表された著作物については、入学試験その他人の学識技能に関する試験又は検定の目的上必要と認められる限度において、当該試験又は検定の問題として複製し、又は公衆送信（放送又は有線放送を除き、自動公衆送信の場合にあつては送信可能化を含む。次項において同じ。）を行うことができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該公衆送信の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。
2　営利を目的として前項の複製又は公衆送信を行う者は、通常の使用料の額に相当する額の補償金を著作権者に支払わなければならない。

・既に公表された著作物であること
・著作物の種類や用途、送信の形態などから判断して、著作権者の利益を不当に害しないこと

試験問題として利用する場合には、営利目的を有する民間のeラーニングベンダーも無許諾公衆送信を利用することができる。ただし、その結果として補償金の支払い義務を負うことになる。また、受験料を徴収して行う模擬試験は、営利目的の典型例であり、補償金の支払義務が生じる。