

# ソフトウェア契約における知的財産権に関する 実務課題への対応

ソフトウェア委員会\*

**抄 録** 近年、企業における情報システムの開発において、システム・インテグレータ等、情報システムの開発を専門とする業者に情報システム開発、特にソフトウェア開発の全部又は一部を委託したり、開発したソフトウェアを第三者へ使用許諾することが広く行われている。

このようなソフトウェアの取引においては、取引対象となるソフトウェアに付随する知的財産権の取扱いについて、当事者間の立場の違いから争点となることも多い。

本稿では、ソフトウェアの取引契約において、争点となりやすい契約条項を当委員会におけるアンケート調査結果から明らかにするとともに、行政等が公表している各種ガイドライン等ではそれらの契約条項に関してどのように取り扱っているか、企業における契約実務において、それらをどのように利用できるかを解説する。

## 目 次

1. はじめに
2. アンケート調査
  2. 1 アンケート調査結果
  2. 2 アンケート調査結果への考察
3. 各種ガイドライン等の概要
  3. 1 情報システム・モデル取引・契約書
  3. 2 「情報システムに係る政府調達の基本方針」実務手引書
  3. 3 知的財産の利用に関する独禁法指針
  3. 4 役務取引における独禁法指針
  3. 5 電子商取引等に関する準則
4. 問題となりやすい契約条件への対応
  4. 1 瑕疵担保責任
  4. 2 守秘義務
  4. 3 特許権等の帰属
  4. 4 著作権の帰属
  4. 5 納入物の再利用
  4. 6 第三者知的財産権保証
  4. 7 損害賠償
5. まとめ

## 1. はじめに

近年、企業における情報システムの開発において、システム・インテグレータ等、情報システムの開発を専門とする業者に情報システム開発、特にソフトウェア開発の全部又は一部を委託したり、開発したソフトウェアを第三者へ使用許諾することが広く行われている。

このようなソフトウェア取引においては、取引対象となるソフトウェアに付随する知的財産権（例えば、ソフトウェア開発に付随して発生した著作権や特許権）の取扱いについて、当事者間の立場の違いから争点となることも多い。開発を委託した者（以下、「委託者」という）は、開発を受託した者（以下、「受託者」という）による第三者への転用を禁止・制限して自社システムの優位性を保ちたいと考えたり、受託者が第三者へ転用した場合には相応の収益分

\* 2008年度 Software Committee

配を得て開発費用の回収を図ろうとすることが考えられる。一方、受託者は、開発したソフトウェアの再利用により開発コストの低減や質の向上を図ったり、特許権の取得により、開発力の高さや他社への優位性をアピールしたり、ライセンス収入に結びつけようとする考えられる。

また、特許紛争による損害賠償額の高騰は今や管理すべき経営リスクとして認識されており、ソフトウェア分野においても例外ではない。委託者はこのような第三者の知的財産権に対するリスクに対する責任と補償を受託者に対して求めることが多い。さらに、開発したソフトウェアの不具合は、システム上の問題が顕在化するまで発見できないことが多いことから、その責任と補償を受託者に対して求める傾向にある。一方、受託者は、補償の対象範囲や補償額の上限を設定することなどを考えることが通常であろう。

このような背景に基づき、本稿では、立場の違いで問題となり易いソフトウェア取引における知的財産権に関する問題の取扱い、すなわちソフトウェア契約の知的財産関連条項について留意すべき事項を解説する。

## 2. アンケート調査

まず、ソフトウェアの取引契約でどのような契約条項が争点となりやすいかを明らかにするため、委員会内でアンケート調査を行った(回答数21)。調査項目は、開発受委託の委託者・受託者、使用許諾のライセンサ・ライセンシのそれぞれの立場において、契約交渉時に争点となりやすい契約条項、特に注力している契約条項である。加えて、契約交渉等によく参照しているガイドライン等も調査した。

### 2.1 アンケート調査結果

#### (1) ソフトウェア開発を委託する場合

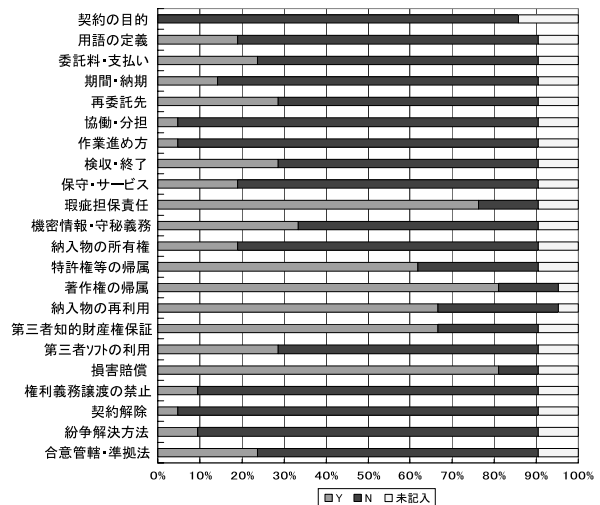


図1 争点になり易い契約条項 (委託者)

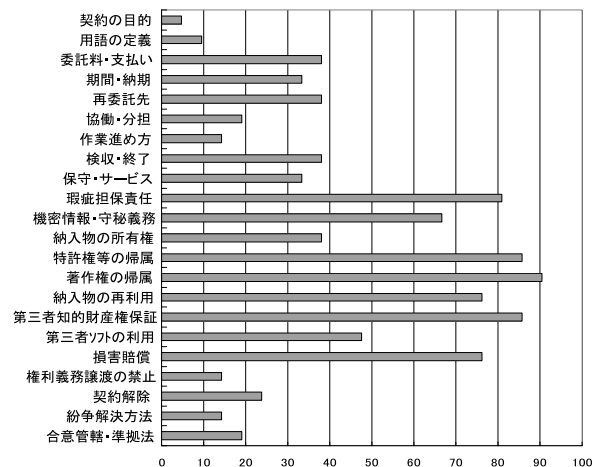


図2 注力して交渉する契約条項 (委託者)

#### (2) ソフトウェア開発を受託する場合

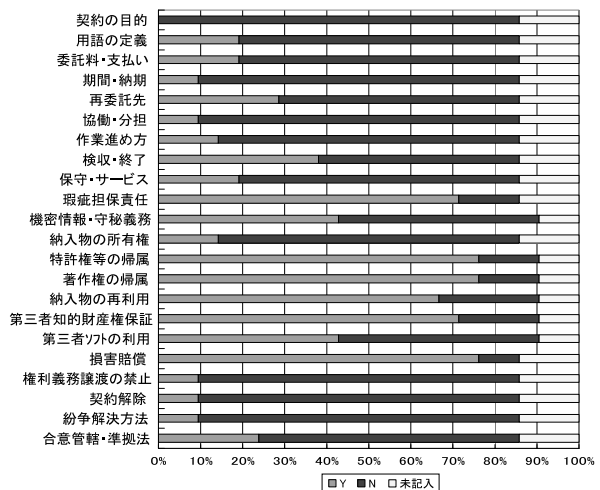


図3 争点になり易い契約条項 (受託者)

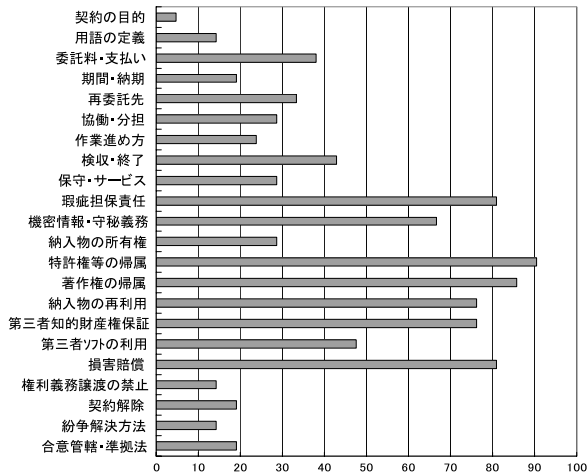


図4 注力して交渉する契約条項 (受託者)

(3) ソフトウェアを使用許諾する場合

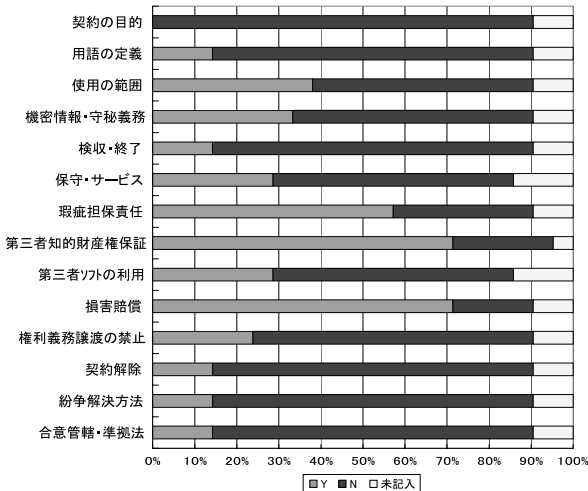


図5 争点になり易い契約条項 (ライセンサ)

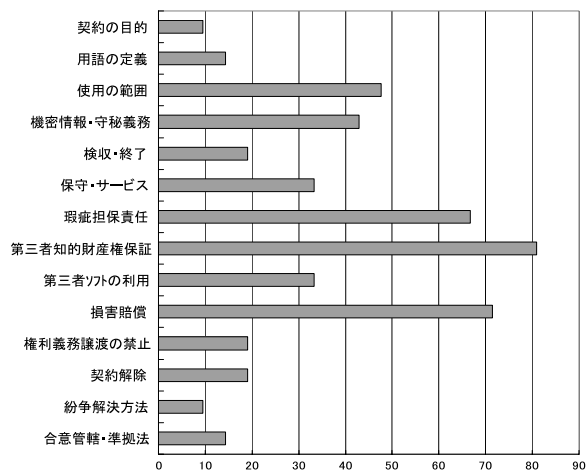


図6 注力して交渉する契約条項 (ライセンサ)

(4) ソフトウェアの使用許諾を受ける場合

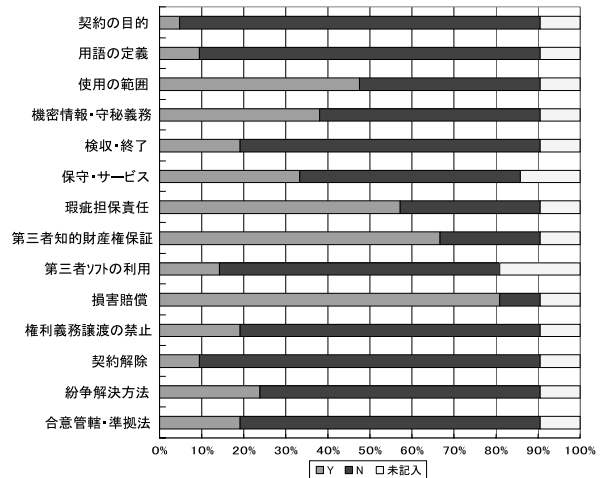


図7 争点になり易い契約条項 (ライセンス)

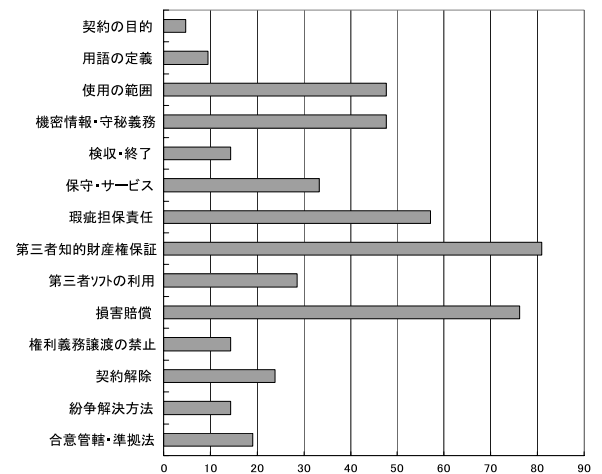


図8 注力して交渉する契約条項 (ライセンス)

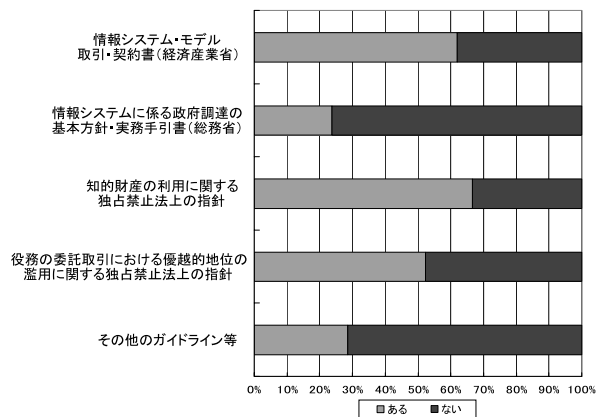


図9 よく参照しているガイドライン等

## 2.2 アンケート調査結果への考察

ソフトウェア開発を委託するときに、受託者側と争点になり易い契約条項は、瑕疵担保責任、特許権等（実用新案権および意匠権を含む）やノウハウの帰属、著作権の帰属、納入物の再利用、第三者知的財産権保証（第三者の知的財産権に関する保証と責任）、損害賠償であった。（図1参照）受託者側においても、同様の契約条項が争点となっている（図3参照）。

また特に注力して交渉する契約条項も、委託者側、受託者側を問わず、瑕疵担保責任、特許権等やノウハウの帰属、著作権の帰属、納入物の再利用、第三者知的財産権保証、損害賠償であり、加えて守秘義務の条項にもよく注力していることが分かる（図2，4参照）。

ソフトウェアの使用許諾の場合は、ライセンスの場合もライセンスの場合も、瑕疵担保責任、第三者知的財産権保証、損害賠償の各条項が比較的争点になり易く、契約交渉の注力条項となっている（図5，6，7，8参照）。

またアンケートにより、ソフトウェア契約上のトラブルを解決するため、各企業において様々なガイドラインを参考にしていることが分かった。

なかでも、(a) 情報システム・モデル取引・契約書、(b) 情報システムに係る政府調達の基本方針・実務手引書、(c) 知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針、(d) 役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針、(e) 電子商取引及び情報取引等に関する準則は共通して参考している企業が多い（図9参照）。

以上のアンケート結果を踏まえて、ソフトウェア契約において、これら争点になりやすい条項、注力している条項である瑕疵担保責任、守秘義務、特許権等やノウハウの帰属、著作権の帰属、納入物の再利用、第三者知的財産権保証、

損害賠償に絞って、アンケート調査結果から参考にされていることが確認された各種ガイドライン等にどのような指針が示されているか明らかにし、留意すべき事項を整理することとする。

## 3. 各種ガイドライン等の概要

アンケート調査結果から参考にされていることが確認された各種ガイドライン等について、以下に概要を整理する。

### 3.1 情報システム・モデル取引・契約書

本ガイドライン（以下、「モデル取引・契約書」という）<sup>1)</sup>は、「情報システムの信頼性向上のための取引慣行・契約に関する研究会」（経済産業省）の報告書であり、第一版（平成19年4月）と追補版（平成20年4月）からなる。情報システムが企業・組織の経営の根幹に関わり、パッケージ導入か受託開発かに関わらず、委託者・受託者（本ガイドラインでは「ユーザ・ベンダ」としている）間の取引の可視化、役割分担・責任分担の明確化が必要不可欠であるとの背景から、モデル契約プロセス（情報システム構築・取引と契約の各プロセスの関係）を整理し、モデル契約書（契約の雛形及びその逐条解説）、契約以外で利用される関連ドキュメントのモデルの提示、モデル契約プロセス・ガイドの策定を行うことを目的としている。

第一版は、委託者に十分なIT知識があり、委託者・受託者間に対等な交渉力がある場合（例：民間大手企業が情報サービス企業に基幹システムの開発を委託する場合等）を対象とし、雛形としてソフトウェア開発委託基本モデル契約書（以下、「基本モデル契約書」という）を提供しており、プロジェクト毎に基本契約書を締結し、個別性のある条件は個別契約書を締結することとしている。

一方、追補版は、委託者・受託者間のIT知識に差があり、対等な交渉力がない（例：地方

自治体が情報サービス企業に財務会計システム（パッケージ+カスタマイズ）の開発を委託する場合等を対象としている。そして、パッケージソフトウェア利用コンピュータシステム構築委託モデル契約書（システム基本契約書）及び重要事項説明書を提供し、プロジェクト及びベンダ毎にシステム基本契約書を締結し、個別契約は重要事項説明書（システム基本契約書別紙）を締結することとしている。

### 3. 2 「情報システムに係る政府調達の基本指針」実務手引書

本手引書（平成19年7月、以下、「実務手引書」という）<sup>2)</sup>は、各府省における調達指針の実施に資するために総務省行政管理局が中心となって取りまとめ作成したもので、情報処理システムのプロジェクトにおける分離調達を推奨している。モデル契約書は、各府省で使用されている「契約書」、「特約書（『協働関係形成に係る取決め書』を含む）」及び「調達仕様書」で構成される。本モデル契約の特約書は、「『情報システムの信頼性向上のための取引慣行・契約に関する研究会』～情報システム・モデル取引・契約書～〈第一版〉」をベースに、分離調達等の観点から条項の追加や条文の修正を行い、作成されている（実務手引書pp.74～75、3. モデル契約書（1）参照）。付属資料として別途資料2「情報システム設計・開発等の請負に関する特約書」等が掲載されている（実務手引書付属資料pp.135～176、3. モデル契約書参照）。

### 3. 3 知的財産の利用に関する独禁法指針

本指針（正式名称は「知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針」、平成19年9月、公正取引委員会）<sup>3)</sup>は、知的財産制度に期待される競争促進効果を生かしつつ、知的財産制度の趣旨を逸脱した行為によって技術や製品をめぐる

競争に悪影響が及ぶことのないようにすることが競争政策上重要である点を背景に制定されている。そして、本指針は、知的財産のうち技術に関するものを対象とし、技術の利用に係る制限行為に対する独占禁止法の適用に関する考え方を包括的に明らかにすることを目的としている。

ある技術について権利を有する者が、他の者にその技術を利用させないようにする行為及び利用できる範囲を限定する行為は、外形上、権利の行使とみられるが、これらの行為についても、実質的に権利の行使とは評価できない場合には、独占禁止法の規定が適用される。すなわち、これら権利の行使とみられる行為であっても、行為の目的、態様、競争に与える影響の大きさを勘案した上で、事業者に創意工夫を発揮させ、技術の活用を図るといふ、知的財産制度の趣旨を逸脱し、又は同制度の目的に反すると認められる場合は、「著作権法、特許法、実用新案法、意匠法又は商標法による権利の行使と認められる行為とは評価できず、独占禁止法が適用される。」としている。したがって、技術の利用に係る制限行為のうち、そもそも権利の行使とはみられない行為には独占禁止法が適用される。

### 3. 4 役務取引における独禁法指針

わが国経済のソフト化・サービス化に伴い、事業者間取引の中でもいわゆるアウトソーシングなどの役務取引の重要性が増している。この種の役務取引では、ソフトウェア開発やテレビ番組制作の委託取引などのように、受託者が役務を提供すること自体だけでなく、役務を提供して得られる情報成果物を引き渡すことで債務履行が完了するものがあり、平成10年3月に公正取引委員会が公表した、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」の考え方をそのまま適用できない場合がある。また、その後の情

報通信社会の急速な進展に伴い、コンピュータ・ソフトウェアやコンテンツ等の情報成果物に係る取引の重要性がますます増していることから、こうした取引に関する独占禁止法上の考え方をより一層明確化する必要がある。これらを背景として、平成16年3月に指針改定が行われ、「役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針」<sup>4)</sup>が公表された。

改訂された本指針においては、優越的地位の濫用への該当性を判断するにあたり、そもそも事業者間の役務の継続的な委託取引においては、受託者が取引先を変更することが困難であり、また委託者毎に異なるノウハウ等が必要であるため、受託者が既存の取引関係を維持しようと努めがちであるという事情を考慮している。そして、役務の委託取引においても、取引条件は委託者・受託者の自主判断に委ねられることが基本であるものの、委託者が受託者に対し取引上優越した地位にある場合には、その地位を利用して、受託者に対し、代金の支払遅延、代金の減額要請、著しく低い対価での取引の要請、やり直しの要請、協賛金等の負担の要請、商品等の購入要請又は役務の成果物に係る権利等の一方的な取扱いを行うときには、優越的地位の濫用として問題を生じやすいため、それらの各行為について独占禁止法上の考え方が説明されている。

### 3. 5 電子商取引等に関する準則

本準則（正式名称は、「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」<sup>5)</sup>）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して、平成14年3月に策定された「電子商取引等に関する準則」を改訂し、平成19年3月に策定された。

この準則は、学識経験者、内閣府・法務省・総務省・文化庁などの関係省庁、消費者、経済界などの協力を得て、経済産業省が現行法の解釈について一つの考え方を呈示し、電子商取引をめぐる法解釈の指針として機能することが期待されており、電子商取引をめぐる取引の実務、関連技術の動向、国際的なルール整備の状況に応じて、柔軟に改訂がなされている。

## 4. 問題となりやすい契約条件への対応

本章では、2. のアンケートの結果浮かび上がった争点になりやすい各契約条項に対して、3. で概説した各ガイドライン等の中でのような指針が示されているかを解説する。

### 4. 1 瑕疵担保責任

#### (1) モデル取引・契約書

第一版では、システム開発においてシステムを完成させたことの認定基準は当初の請負契約で予定していた最後の工程まで終えているか否か（東京地判平成14年4月22日）であることから、基本モデル契約書第29条において、最後の工程まで終えてソフトウェアを納品し検査合格した後に瑕疵が発見された場合には、原則として瑕疵担保責任を適用するとしている。但し、「ソフトウェアの瑕疵については、プログラムに不具合が生じることは不可避であり、プログラムに関する不具合の補修は、当然に予定されているものというべきであり、不具合が発生した後、請負人が遅滞なく補修を終える等したと認められるときは、システムの瑕疵には当たらない（東京地判平成14年4月22日等）。」旨を指摘している。

一方、追補版では、重要事項説明書E（ソフトウェア設計・制作業務契約）第5、6条、及びF（構築・設定業務契約）第5、6条において、開発システムに使用されるパッケージは受

託者以外の者が制作、販売することが多いことから、パッケージ固有の瑕疵についてはパッケージの販売元と委託者との間で解決すべきであり、受託者は原則として責任を負わないとしている。但し、受託者が固有の瑕疵（不具合、権利侵害等）の存在を知り、または重大な過失によりこれを知らず結果として委託者にこれを告げなかった場合には、民法第415条<sup>6)</sup>により責任を負うことになる。また、納入物の修正に過分の費用を要する場合に無償での修正を受託者に求めるのは酷であるので、民法第634条但書<sup>7)</sup>に準じ、損害が軽微な場合には免責としている。

## (2) 実務手引書

モデル取引・契約書の第29条をもとに記載され、特約書第18条（瑕疵担保責任）では、瑕疵が発見された場合の当該修補を受注者に適切に行わせることができるよう規定を設け、更に検収完了後からプロジェクト完了後の一定期間まで瑕疵担保責任を課すことができるように期間を設定している（実務手引書p.72 2. 契約上の主要留意事項（1）⑥参照）。

## 4. 2 守秘義務

### (1) モデル取引・契約書

第一版では、基本モデル契約書 第41条において、相手方が書面により秘密である旨を指定して開示した情報及び口頭により秘密である旨通知して開示した情報は、開示後一定期間内に書面により内容を特定することが必要であるとしている。また、秘密情報の秘密管理及び非公知性を維持するためには、提供を受けた当事者に秘密情報を適正に保護する体制の構築を義務づけておく必要があるが、物理的・技術的、人的、組織的管理措置を実効的に構築しなければならず、秘密情報の目的外使用を禁止し、複製、改変については相手方の承諾が必要であるとしている。なお、秘密情報と個人情報とは公知情報

でない個人情報について適用が重複する場合もあるため、その場合には個人情報の規定が優先する旨が規定されている。また、秘密保持義務は通常契約期間より長期の存続が必要であるため、本契約終了後一定期間（秘密情報の性質から鑑みて合理的な期間）存続させることとしている。

また、受託者の再委託先も含め、秘密情報の開示を受けた役員、従業員、退職者へも秘密保持義務を負わせる必要があり、開示を受けた者が退職してしまった場合に第三者に秘密情報が出て行くことのないよう、退職者についても秘密保持義務を課すことを義務付けている。なお、現職の従業者等及び退職者と秘密保持契約を締結する際には、秘密保持義務が必要性及合理性の点で公序良俗違反（民法第90条）とならないよう、その立場の違いに配慮しながら、両者がコンセンサスを形成できるようにすることが重要である（「営業秘密管理指針」（平成15年1月、平成17年10月改訂、経済産業省）参照<sup>8)</sup>）。

一方、追補版でもシステム基本契約書 第7条において第一版と同様の規定を設けている。なお、交換された保守部品は受託者が持ち帰り、所有することになるが、ユーザの使用により当該保守部品に記憶されている委託者の情報は、受託者が本契約第7条に定める秘密情報として取扱い、保護する必要があるとしている（重要事項説明書J（保守業務契約）第10条）。

また、実務手引書でも、特約書第27条（秘密情報の取扱い）において、モデル取引・契約書第41条と同様の条項が規定されている。

## 4. 3 特許権等の帰属

### (1) モデル取引・契約書

受託者が開発したソフトウェア等の納入物に関して発生した知的財産権（特許権、著作権、ノウハウ等）の帰属については、委託者、受託者双方の利害が対立することから、契約で明確

に規定しておくべきである。

第一版では、基本モデル契約書 第44条において、発明者主義に従い、当事者のいずれか一方の発明者が単独で発明考案した場合には特許権等は当該当事者に帰属し、受託者・委託者が共同で発明考案した場合には、受託者、委託者でその貢献度に応じて共有することとしている。なお、受託者および委託者は、特許法第35条に基づく職務発明規程により発明者から職務発明について特許権等を承継することを前提としている。

また、受託者が特許権等を保有する場合でも、委託者が納品されたソフトウェアを使用するのに必要な範囲で通常実施権を許諾することを定めている。また、一定の第三者に使用せしめる旨を個別契約で定めた上で開発された特定のソフトウェアについては、当該第三者に対しても許諾するとしている。なお、いずれの場合も許諾の対価は開発の委託料に含まれるとしている。

また、追補版でも重要事項説明書E第8条、F第8条において、第一版と同様の規定を設けているが、追補版で想定しているケースでは、受託者のみが発明者となる場合が多いだろうと指摘している。

また、実務手引書でも、特約書第30条（納入物の特許権等）において、モデル取引・契約書第44条と同様の条項が規定されている。

## (2) 知的財産の利用に関する独禁法指針

同指針の「第4 不公正な取引方法の観点からの考え方 5. その他の制限を課す行為」の「(8) 改良技術の譲渡義務・独占的ライセンス義務」において、ライセンサがライセンシに対し、ライセンシが「開発した改良技術」について、ライセンサまたはライセンサの指定する事業者にその権利を帰属させる義務、又はライセンサに独占的にライセンスをする義務を課す行為は、原則として不公正な取引方法に該当する

旨が記載されている。また、ライセンシが開発した改良技術に係る権利をライセンサとの共有とする義務は、公正競争阻害性を有する場合には、原則として不公正な取引方法に該当する旨が記載されている。

また、同じく「5. その他の制限を課す行為」の「(10) 取得知識、経験の報告義務」において、ライセンス技術についてライセンシが利用する過程で取得した知識又は経験をライセンサに報告する義務を課す行為は、原則として不公正な取引方法に該当しない旨が記載されている。反対に、ライセンシが取得したノウハウをライセンサにライセンスすることを義務付けるものと認められる場合は、公正競争阻害性を有する時には、不公正取引に該当する旨が記載されている。

## (3) 役務取引における独禁法指針

同指針の「第2 委託者による優越的地位の濫用行為 7. 情報成果物に係る権利等の一方的取扱い (2) 独占禁止法上問題となる場合 ア 情報成果物の権利の譲渡」では、役務の委託取引で受託者に権利が発生している場合に、成果物が委託者の費用負担によることや成果物が取引過程で得られたことを理由として受託者に権利譲渡を迫ることは、優越的地位の濫用に該当すると記載されている。これに対する解決策の1つとして、成果物の権利譲渡の対価を明示的に別途支払う、あるいは当該対価を含む形で対価交渉を行うことが有効と考えられる。

このことは、4.4の著作権の帰属についても同様である。

## 4. 4 著作権の帰属

### (1) モデル取引・契約書

第一版では、著作権の有効活用と委託者の競争力の保持とのバランスから受託者が再利用できるようにするため、基本モデル契約書 第45



条において、委託者又は第三者が従前から保有していた著作権を除き受託者に帰属する場合【A案】、汎用的利用可能なプログラムは受託者へ留保し、それ以外は委託者に帰属させる場合（対価を委託料に含める場合と、別途定める場合がある）【B案】、汎用的な利用が可能なプログラムを除き、委託者・受託者間で持分均等で共有する場合【C案】を用意している。委託者と受託者は、著作権の有効活用と委託者の競争力の保持を考慮したうえで、上記のうち最も適切な規定を選択して、基本契約に規定しておく必要があるとしている。

一方追補版では、受託者が他のビジネスにおいて再利用できる環境を整えていた方が総体として価格を低く抑えることができ、中小企業等が利用するシステムとして比較的合理的な価格で広く普及させることができるとの観点から、重要事項説明書E第9条、F第9条において、カスタマイズ等により新たに作成されたソフトウェアの権利は、原則、受託者に帰属するとしている。

なお、第一版、追補版のいずれにおいても、受託者は、著作者人格権（著作権法第59条）を行使しない旨を規定している。

## (2) 実務手引書

特約書第31条（納入物の著作権）において、(1)の基本モデル契約書第45条をもとに記載されている。著作権法の規定では、情報システムの著作権は、これを実際に開発した事業者に原始的に帰属するが、開発した情報システムは国が利活用するものであり、継続的な保守の対象になるため、開発の請負契約において著作権を国に移転させることは、取引上合理性を有するとしている。

しかしながら、受託者が研究開発又は他のソフトウェアの開発等に活用することにより、ソフトウェア産業の技術力及び生産性の向上を現

することを目的とする「日本版バイ・ドール制度」<sup>9)</sup>についても考慮する必要があり、プログラム等の著作権を受注者に帰属させるなどの措置を行う場合には、「ソフトウェアに係る日本版バイ・ドール制度に係る運用ガイドライン（平成19年8月経済産業省）」<sup>10)</sup>を参照することとしている（実務手引書p.71, 2. 契約上の主要留意事項（1）④参照）。

## 4. 5 納入物の再利用

### (1) モデル取引・契約書

第一版では、基本モデル契約書 第46条において、受託者が著作権を保有する場合、受託者は第三者への許諾も含め、情報システム構築後も含め秘密保持義務を負っている範囲内において、パッケージ化や共通モジュール利用などを行うことが可能としている。これは、委託者と受託者が著作権を共有する場合（【C案】）も同様と考えられる。

なお、追補版には関連する記載はない。

また、実務手引書では、特約書第32条（丙による納入物の再利用）において、モデル取引・契約書第46条をもとに、秘密情報の取扱い）に反しない範囲で利用可能としている。

### (2) 役務取引における独禁法指針

同指針の「第2 委託者による優越的地位の濫用行為 7. 情報成果物に係る権利等の一方的取扱い (2) 独占禁止法上問題となる場合イ 情報成果物の二次利用の制限等」では、①委託者には権利が発生しないにもかかわらず、委託者が自らに又は自らにも権利が発生すると主張し、これを前提として、受託者との間で一方的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決めたり、二次利用を制限する場合、②委託者が、当該成果物が委託者との委託取引の過程で得られたこと又は委託者の費用負担により作成されたことを理由として、一方

的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決めたり、二次利用を制限する場合、③受託者が、委託者が提示する成果物作成の対価に加えて、当該成果物の二次利用による収益配分の条件も考慮して当該成果物の作成を受託したにもかかわらず、二次利用の管理を行う委託者が受託者からの二次利用の要請・提案に対して、合理的な理由がないのに応じない場合、を優越的地位の濫用に該当するとしている。これに対する解決策の1つとして、4.3(3)で述べたのと同様、成果物の権利譲渡の対価を明示的に別途支払ったり、当該対価を含む形で対価交渉を行うことが有効であろう。

#### 4.6 第三者知的財産権保証

##### (1) モデル取引・契約書

第一版では、受託者において第三者の知的財産権侵害の有無のすべてを完全に調査検証することは事実上困難であり、かつ海外も含め調査検証にかなりの費用を要し、また受託者が第三者の知的財産権に関する納入物の非侵害を保証することは現実的ではないことから、侵害時の責任分担を定めておくことが必要であるとしている。そして、基本モデル契約書 第47条において、受託者に申立て事実及び内容通知が提供され、防御に関する適切な権限が与えられる(すなわち受託者主導で防御する)ことを前提に、委託者が権利者に対して支払うこととなった損害賠償額等を受託者が負担する場合(但し、侵害の申立てが委託者の帰責事由による場合には免責)【A案】、委託者主導で紛争解決の対応をする場合、必ずしも受託者に十分な防御の機会が保証されず、委託者の独断で解決して合理性のない賠償金額を受託者に転嫁することを回避するため、受託者が負担する損害賠償額に上限を設定する場合【B案】を用意している。また、【B案】では、第三者からの侵害主張に対する実質的な防御をなしうるのは受託者であること

から、受託者に防御の機会を与えるために、委託者に通知義務を課すこととしている。

追補版でも同様の観点から、重要事項説明書 E第10条、F第10条において、委託者は、防御方法等の一切を受託者に委ねなければならず、受託者の帰責事由により納入物の使用が不可能となるおそれがある場合には、受託者の判断と費用負担で委託者が第三者の知的財産権を侵害することなく情報システムを継続使用できるよう措置を講じることができるとしている。また、パッケージ等の選定は受託者が委託者に提案するので、委託者が権利者に対して支払うこととなった損害賠償額等は受託者が負担することとしている。

##### (2) 実務手引書

特約書第33条(知的財産権侵害の責任)において、モデル取引・契約書第47条をもとに受注者には選定責任があるため、当然には免責しないように変更(第一項)している。また、第34条(第三者ソフトウェアの利用)及び第35条(FOSSの利用)<sup>14)</sup>はそれぞれ、モデル取引・契約書第48条及び第49条をもとに記載され、受託者は専門家として検討・評価した結果を委託者に通知する等、変更している。

##### (3) 役務取引における独禁法指針

同指針の第2 委託者による優越的地位の濫用行為 7. 情報成果物に係る権利等の一方的取扱い (2) 独占禁止法上問題となる場合 イ 情報成果物の二次利用の制限等では、①委託者には権利が発生しないにもかかわらず、委託者が自らに又は自らにも権利が発生すると主張し、これを前提として、受託者との間で一方的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決めたり、二次利用を制限する場合、②委託者が、当該成果物が委託者との委託取引の過程で得られたこと又は委託者の費用負

担により作成されたことを理由として、一方的に当該成果物の二次利用の収益配分などの取引条件を取り決めたり、二次利用を制限する場合、③受託者が、委託者が提示する成果物作成の対価に加えて、当該成果物の二次利用による収益配分の条件も考慮して当該成果物の作成を受託したにもかかわらず、二次利用の管理を行う委託者が受託者からの二次利用の要請・提案に対して、合理的な理由がないのに応じない場合を優越的地位の濫用に該当するとしている。解決策としては、4.3(3)で述べたのと同様、成果物の権利譲渡の対価を明示的に別途支払ったり、当該対価を含む形で対価交渉を行うことが有効と考えられる。

#### 4.7 損害賠償

##### (1) モデル取引・契約書

第一版では、基本モデル契約書 第53条において、受託者が瑕疵を修正する責任は無過失責任(第29条参照)であるのに対し、ソフトウェア開発に関連して生じる損害額は受託者に過重な負担を課す恐れがあるため、故意重過失がある場合を除いて過失責任とした上で、損害賠償の累積総額に上限額を設定している。なお判例では、損害発生の原因が故意による場合、免責・責任制限に関する条項は無効であり、重過失の場合にも同様に無効とするのが支配的な考

え方である。

一方追補版でも同様に、システム基本契約書第10条において、損害賠償責任の成立を帰責事由のある場合に限定し、また損害賠償の累積総額に上限額を設定している。なお、解除に伴う原状回復としての委託料の返還は損害賠償とは異なり、受託者側に重大な債務不履行があり、委託者から本件業務にかかる契約を解除され、原状回復として委託料全額を返還したとしても、損害賠償の上限を決める累計総額には加算されないとしている。

##### (2) 実務手引書

モデル取引・契約書第53条をもとに特約書第38条(損害賠償)において規定しているが、委託者としての権利の確保のため、損害の種類による限定も故意・過失の場合には適用されないように変更している。

#### 5. まとめ

本稿では、ソフトウェア取引契約に関するアンケート調査の結果に基づいて、実務上争点になりやすい契約条項とそれらの契約条項が契約業務で参考にされるガイドラインにおいてどのような対応がなされているかについて述べた。契約条項毎に各ガイドラインでの記載をまとめると表1の通りである。

表1 各ガイドライン等の解説項目一覧

- (1)情報システム・モデル取引・契約書
- (2)情報システムに係る政府調達の基本方針・実務手引書
- (3)知的財産の利用に関する独占禁止法上の指針
- (4)役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針
- (5)電子商取引及び情報財取引等に関する準則

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
瑕疵担保責任	○	○	×	×	×
守秘義務	○	○	×	×	×
特許権等&ノウハウの帰属	○	○	○	○	×
著作権の帰属	○	○	×	○	×
納入物の再利用	○	○	×	○	×
第三者知財権保障	○	○	×	×	×
損害賠償	○	○	×	×	×

○:言及あり  
×:言及なし

「特許権等やノウハウの帰属」に関する契約状況については、(5)を除いて全てのガイドラインが言及しており、ガイドラインを作成する立場でも知的財産権の帰属に関して注意すべき点として認識していることが分かる。

また、(1)の「情報システム・モデル取引・契約書」と(2)の「情報システムに係る政府調達の基本方針・実務手引書」が、今回のアンケートで判明した争点になり易い契約条項を網羅的に言及していることも分かる。

(1)のガイドラインは350ページほど、(2)のガイドラインは200ページほどあり、いずれも関連法令に対する参照を含む詳細な文書なので、全てに目を通して利用することは難しいとしても、ソフトウェア取引の契約実務においては、必携の参考資料といえる。本稿で解説した箇所を中心に参照することにより、争点になり易い契約条項に関する留意事項を効率的に確認することができる。

また、(3)(4)(5)のガイドラインに関しても、本稿で解説したそれぞれのガイドラインの性質や解説内容に応じて、契約実務に十分参考になると考える。

## 注 記

- 1) 正式名称は、『『情報システムの信頼性向上のための取引慣行・契約に関する研究会』～情報システム・モデル取引・契約書～(受託開発(一部企画を含む)、保守運用)【第一版】(平成19年4月)』及び「同(パッケージ, SaaS/ASP活用,

保守・運用)【追補版】(2008年4月)』。

[http://www.meti.go.jp/policy/it\\_policy/keiyaku/model\\_keiyakusyo.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/keiyaku/model_keiyakusyo.pdf)

[http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/gyoukan/kanri/pdf/070301\\_1.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/pdf/070301_1.pdf)

- 2) [http://www.soumu.go.jp/menu\\_news/s-news/2007/pdf/070919\\_2\\_bt1.pdf](http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/2007/pdf/070919_2_bt1.pdf)

- 3) <http://www.jftc.go.jp/dk/chitekizaisan.html>

- 4) <http://www.jftc.go.jp/dk/itakutorihiki.html>

- 5) <http://www.meti.go.jp/press/20070330011/den-shishoutori3.pdf>

- 6) (民法第415条) 債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行をすることができなくなったときも、同様とする。

- 7) (民法第634条第1項) 仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。

- 8) [http://www.jpo.go.jp/shiryuu/toushin/shingikai/pdf/tizai\\_bukai\\_7\\_paper/shiryuu\\_6-2.pdf](http://www.jpo.go.jp/shiryuu/toushin/shingikai/pdf/tizai_bukai_7_paper/shiryuu_6-2.pdf)

- 9) 産業技術力強化法第19条において、国が委託した研究・ソフトウェア開発の成果は一定の条件の下で、受託者に帰属する旨が規定されている。[http://www.meti.go.jp/policy/innovation\\_policy/sangiho.htm](http://www.meti.go.jp/policy/innovation_policy/sangiho.htm)

- 10) [http://www.meti.go.jp/policy/innovation\\_policy/sangiho/8GL.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/innovation_policy/sangiho/8GL.pdf)

- 11) FOSS (Free and Open Source Software) は、フリーソフトウェアとオープンソースソフトウェアの総称。

(原稿受領日 2009年6月8日)