

17パソ協第170号

平成18年1月5日

産業構造審議会情報経済分科会ルール整備小委員会 御中

社団法人日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会

会 長 淺 田 隆 治

「電子商取引等に関する準則（改訂案）」に対する意見書

平成17年12月8日に経済産業省から発表された「電子商取引等に関する準則（改訂案）」について、当協会では、下記のとおり、本意見書を作成致しましたので、ご提出申し上げます。

なお、本意見書の内容に関するお問い合わせは、文末の連絡先までお願い申し上げます。

記

平成17年12月8日に経済産業省から発表された「電子商取引等に関する準則（改訂案）」について、当協会は、次のとおり、意見を述べる。

なお、当協会は、すでに4次にわたり、同14年3月19日付「電子商取引等に関する準則（案）」に対する意見書、同年10月16日付「電子商取引等に関する準則に対する改正要望書」、同15年3月12日付「電子商取引等に関する準則（改訂案）」に対する意見書、及び同16年3月31日付「電子商取引等に関する準則（改訂案）」に対する意見書を提出して当協会の意見を述べてきたものであり、以下、それぞれを「平成14年意見書」、「改正要望書」、「平成15年意見書」及び「平成16年意見書」と表記するとともに、「電子商取引等に関する準則（改訂案）」を「改訂案」と、「電子商取引等に関する準則」を単に「準則」と表

記する。

第1 改訂によって新たに修正または追加された論点に関する当協会の意見

1. 管轄合意条項の有効性（改訂案3頁以下）について

ペーパーレス化が進む時代において、オンライン契約による管轄合意の有効性を認めることの重要性、及び、それに対する法律等の改正による対処の必要性については、当協会が平成14年意見書以降繰り返し主張してきたことである。したがって、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、改正法の施行日（平成17年4月1日）以降になされた電磁的記録による管轄合意が書面によってなされたものとみなされることとなったことは、当協会にとっても大変有意義なことである。

本改訂案は、上記法律改正に基づいて準則を修正するものであり、それ自体は評価できるものである。ただし、本改訂案の「1. 考え方」の部分については、記載の仕方に検討の余地があるものとする。

具体的には、本改訂案の「1. 考え方」の記載においては、冒頭に「管轄の合意は書面によらなければならない」との原則が無修正で残っているため、その後、「オンライン契約中の管轄合意条項も有効である。」との規定があるものの、読み手によっては、管轄合意は書面でなければならないとの印象を抱くか、あるいは、書面でなければならないのになぜオンライン契約の管轄合意条項も有効なのか、という点に疑問を抱く可能性もありうると思われる。また、そもそもこの準則は電子商取引に関するものである。これらの点に鑑みると、当協会としては、「1. 考え方」の部分は、改訂案4頁の仲裁合意条項の有効性における記載と同様に、端的に「(平成17年4月1日以降の)オンライン契約の中の管轄合意条項については有効である」と記載すべきと考える。

2. ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲（改訂案9頁以下）について

(1) 改訂案の立場

改訂案9頁以下によると、複数の社員等をかかえるユーザーに対するライセンス契約の人的範囲についての改訂案の基本的な考え方は、ライセンス契約で特段の定めがある場合を除き、ライセンスされたソフトウェアの使用が「ソフトウェアを実際に使用する

者のユーザー（ライセンス）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、当該ユーザー自身の使用と評価できる場合」に、当該ソフトウェアの使用許諾が及ぶというものである。そして、例えば例1のように、ユーザー（ライセンス）の従業員が当該ユーザーの業務のために当該ソフトウェアを使用する場合であれば、そのソフトウェアを使用する従業員の数、ソフトウェアをコピーして使用するか否か、また、社内で使用するか社外で使用するか否かにかかわらず、当該ソフトウェアのライセンスが及ぶとしている。

（2）当協会の考え

しかし、上記改訂案の立場は、下記に述べるとおり、現行の実務と乖離するとともに、様々な弊害が予想されるものである。したがって、当協会としては、使用者数・使用場所・複製本数についてライセンス契約に特段の定めがない場合であっても、ユーザー（ライセンス）はライセンスされたソフトウェアを無断で複製して複数の社員等に社内または社外等で使用させることはできないことを原則とすべきであると考える。

（3）検討

（a）基準の不合理性・不明確性

まず、実際に行われているソフトウェア使用許諾の実態を十分考慮する必要がある。

ソフトウェアの使用許諾の方法は多岐にわたる。一般消費者向けに小売店等で販売されるパッケージソフトウェアの使用許諾の場合（個人使用を想定したシュリンクラップ契約によって行われることが通常である）もあれば、法人向けの業務用ソフトウェアの使用許諾の場合には、当該法人の当該ソフトウェアの使用時間・使用人数・使用場所・使用態様等を考慮のうえ、マスタープログラムを渡し、必要な本数を一括して使用許諾し、その本数分をコンピュータに複製させることができるという契約（ボリュームライセンス（又はライセンスパック））を締結することもある。したがって、法人内部におけるソフトウェアの使用の問題を検討するにあたって、これらのソフトウェアの種類や使用許諾の態様の違いに応じた配慮をすべきである。例えば、パッケージソフトの場合、個人が一つのコンピュータ上においてのみ使用することが許諾されるのが通常であ

るため、法人がこのようなパッケージソフトを1つだけ購入し、それをコピーして何人もの従業員に使わせるような場合には、ライセンス契約違反および著作権法違反であることが明らかである場合がほとんどであろう。逆に、法人向けのライセンス契約の場合、契約当初より、企業内部でのソフトウェアの使用態様等を考慮して、ライセンサーとライセンシーの合意の下にボリュームライセンスの方法で行われることが多いため、やはり準則が想定するような問題は起こりにくい。しかしながら、準則がこれらの点について分析して検討せず、ソフトウェアの使用許諾が及ぶ人的範囲について「ソフトウェアを実際に使用する者のユーザー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」するという抽象的な基準を立てている点は問題である。

次に、本項目は、タイトルを「人的範囲」としつつも、客観的な雇用関係のような外部的に明らかな指標をもって判断するのではなく、「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、当該ユーザー自身の使用と評価できる場合」という基準を用いるため、その使用行為の態様や目的等主観的な要素を検討せざるを得ない。例えば、改訂案の13頁の（例）には、「従業員が自宅でユーザー（ライセンシ）の職務に従事する場合」に使用許諾が及ぶとされているが、それでは、当初業務の目的でインストールし、コンピュータに複製したソフトウェアを、業務の目的が終了した後も使い続ける場合はどうなるか。この場合には、業務目的が終了した時点以降は使用許諾が及ばないという結論になると予想されるが、業務目的の終了という主観的な要素を、外部から判断することは困難である。加えて、コンピュータにインストールされ、複製されたソフトウェアは、削除されない限りコンピュータ内に存在し続けるため、業務目的が終了して従業員が使用することができないソフトウェアについて、どう扱われるのが問題となる。この問題について、改訂案では明確にされていないが、平成16年6月3日付けで改訂された準則の106頁以下では、「(4) 契約終了時におけるユーザーが負う義務の内容」について、ライセンス契約が終了・消滅した後にユーザーがソフトウェアを消去する義務があるかどうかを論じている。該当部分では「契約不成立の場合」の際に、ソフトウェアベンダーは当該ユーザーに対し、不当利得返還義務を理由に削除を求めると論じている。ソフトウェアベンダーと従業員の間には契約がそもそも成立していないという利益関係の類似から、同

様に不当利得返還義務を理由に削除できるとするべきではないか。

準則が画一的に一定の雇用関係にあれば、当然にユーザー企業がソフトウェアベンダーから使用許諾を受けたソフトウェアを使用することができる」と記載せず、上記のような主観的な要素を考慮せざるを得ない理由は、「使用許諾が及ぶ」との言葉の意味が、ライセンス契約の当事者ではないユーザーの従業員は、原則としてソフトウェアを使用することができないが、「ユーザー自身の使用と評価」できる場合には、著作権侵害行為をそもそも構成しないという構成要件阻却又は違法性阻却の考えに基づくからであろう。そうであれば、会社で一本ソフトウェアを購入し、使用許諾契約を締結すれば、従業員が全て利用できるというような安易な理解をされないためにも、「ライセンス契約の当事者ではないユーザーの従業員は、原則としてソフトウェアを使用することができない」という原則について明確に触れるべきと考える。

(b) 企業内違法コピーの問題

従前より、一つの企業が一本のソフトウェアを購入し、それを複数コピーして社内の複数のコンピュータや従業員の自宅のコンピュータにインストールして使用することは、「企業内違法コピーの典型例」として当協会等が繰り返し問題としてきたことである。実際にも、マイクロソフト社、アドビシステムズ社ら7社が不正コピーを行っていた企業を提訴し、賠償金の支払いや将来使用するソフトウェア全部について正規に購入することの約束といった有利な条件での和解が成立したケース（参考ウェブサイト：<http://pcweb.mycom.co.jp/news/2000/04/25/17.html>）や、ソフトウェアのユーザーが社内の219台のコンピュータで、表計算ソフト「エクセル」や画像処理ソフト「フォトショップ」など31種類のソフトウェアを無断コピーし、司法試験や公認会計士試験などの教材作成に使用していた場合において、東京地方裁判所がソフトウェアの著作権者であるマイクロソフト社、アドビシステムズ社ら3社の訴えに応じてユーザーである司法試験予備校（株）東京リーガルマインドの著作権侵害を認め、総額8,432万400円の損害賠償義務を認めたケース（東京地判平成13年5月16日、判時1749号19頁）等がある。このケースは、使用許諾契約において当該ユーザーがソフトウェアのコピー1部をコンピュータ1台にインストールして使用することが定められ、かつ、

アドビ社は、ユーザーが正規のプログラムを購入した後、無許諾で複製することを防止するため、LAN（ローカル・エリア・ネットワーク）でつながれた他のコンピュータ上に自己と同一のシリアル番号を発見すると、その起動を中止するシステムを当該ソフトウェアに組み込んでいた等の事情があり、準則の考えを前提にしても同様の結論になると予想されるが、「ある程度の本数の正規商品を購入し、それを無断で複製して使用する」という「企業内違法コピーの典型例」を明らかにするため、紹介するものである。

このように、ソフトウェア業界や当協会等の地道な努力の結果、企業へのソフトウェアライセンス契約に関する業界の標準は、一台のコンピュータにインストールするためには、一つの使用許諾に基づく必要があるというコンセンサスに基づきながらも、コンピュータの台数分、市販ソフトを買ってインストールすると膨大な手間を解消するため、ユーザー企業の便宜のために、必要な本数を一括してライセンスするという契約を締結するボリュームライセンスを採用するなど、柔軟に対応する方法に移行してきた、というのが当協会の認識である。

しかるに、改訂案の考え方によると、ソフトウェアベンダーとユーザー企業との間のライセンス契約に特段の定めがない限り、ユーザー企業の業務に従事する従業員等にも使用許諾の効果が及び、従業員等が複製して使用できることが原則になる。これは、上記の業界の慣行や歴史に逆行するものであり、今後、この改訂案を根拠として、「事業に使用するものであれば、従業員の全てが利用できるのに、何故複数のライセンスを購入しなければならないのか」等の誤解で、ユーザー企業側が複数のライセンスを予定するボリュームライセンスに抵抗を示す可能性も否定できない。

(c) ユーザー企業の責任・従業員等が使用するソフトウェアの管理の問題

改訂案のように、使用許諾の及ぶ人的範囲を広く解し、ユーザー企業の従業員等がソフトウェアを使用できる場合、従業員はソフトウェアベンダーとユーザー企業の間で締結されたライセンス契約上の義務を遵守する必要があるのか問題となる。

この点、ライセンス契約の客体となるのはあくまで個々の従業員ではなく企業自身であるため、個々の従業員がライセンス契約で定められた責任の対象になるとは思われない。

そこで、従業員等の使用が「ユーザー自身による使用と評価できる場合」に、当該ソフト

ウェアの使用許諾が及び、ユーザー企業は従業員等にソフトウェアを使用させることによって利益を得ているのであるから、従業員等がソフトウェアを使用する際には、ユーザー企業が従業員をしてライセンス契約の制限を遵守させる義務を負い、従業員がライセンス契約に違反する行為を行った場合は、この義務を怠ったものとして、損害賠償責任を負うべきである。

また、従業員等の使用が著作権侵害「ユーザー自身による使用と評価できる場合」に、当該ソフトウェアの使用許諾が及びという改訂案の見解を反対解釈すれば、従業員等の使用が「ユーザー自身」と評価できない場合には、従業員等の使用がソフトウェアの著作権を侵害することになる。ユーザー企業が従業員等に対し、業務に使用させる目的でソフトウェアを使用させていたにもかかわらず、従業員等が業務の目的を逸脱してソフトウェアを使用した場合についても「ユーザー自身の使用と評価」できるか否かについて、改訂案は触れていない。このように、今回の改訂案においては、ソフトウェアベンダーとユーザー企業の間でのみライセンス契約が締結されている場合に、従業員等が当該ソフトウェアを使用することが正当化される場合についてのみ論じているが、従業員が使用許諾契約の制限に違反し、又は著作権侵害行為を行った場合の責任の所在については触れられていない。

従業員等による使用許諾契約の制限に違反又は著作権侵害行為に対して、ユーザー企業が責任を負うルールが明確になり、ユーザー企業が従業員等によるソフトウェアの使用を適切に管理するという文化的な土壌が育ち、これに対する体系的な管理方法が確立してない段階で、「ユーザー自身による使用と評価できる場合」という明確ではない基準に基づいて、ソフトウェア使用許諾が及び人的範囲を拡大することは、ソフトウェアの不正利用を助長しかねないことを認識する必要がある。もっとも、仮にユーザー企業の管理義務を準則において明確にしたとしても、実際に企業がそのような管理義務を果たすことができるのかは疑問である。例えば、改訂案の13頁の(例)には、「従業員が自宅でユーザー(ライセンス)の職務に従事する場合」があげられており、従業員の自宅のコンピュータへのインストールが予定されているものと考えられる。この点、ライセンス契約においては、契約終了後のソフトウェア消去・返還義務を負わせることが一般的であるが、従業員が自宅のコンピュータにインストールしたソフトウェアについてまで、ユーザー企業は管理することは現実的に不可能であると思われるので、当該企業との間のライセンス契約に基づいて従業員に消去させることはできないと考えられる。また、従業員がユーザー企業を退職してしまった場合にど

のような対処が必要かも問題となる。

以上のとおり、改訂案において使用許諾の人的な範囲を広げる場合には、ユーザー企業の責任を明確にするとともに、企業におけるライセンス契約の管理の問題について一般的なルールを作っていくことが必要となると考える。

(d) 従前のソフトウェアライセンス契約の見直しの必要性とその困難性

上述のごとく、改訂案の考え方に従うと、ユーザー企業とのソフトウェアライセンス契約の締結につき、ソフトウェアライセンス契約に使用者数・使用場所・複製本数の定めがない場合には、ユーザー企業の業務に関係するものであれば複数の従業員や派遣社員等によるソフトウェアの複製・使用は企業とソフトウェアベンダーとの間の一つのライセンス契約で全てカバーされることが原則とされる。

そのため、ソフトウェア業界としては、使用者数・使用場所・複製本数、契約終了後の消去・返還義務等の項目について、自社のライセンス契約書で十分な手当がされていない場合には、使用許諾契約を見直す必要が生じることとなる。

しかし、新しいライセンス契約への切り替えは容易なことではない。また、既に旧ライセンス契約に基づいて発売されているソフトウェアについては、新しいライセンス契約を適用することができないか、若しくは困難である、という問題がある。

(e) 対象ユーザーの規模を考慮しないことの不合理性

改訂案 1 1 頁(2)の「ソフトウェアライセンス契約における使用許諾が及ぶ人的範囲に関する基本的な考え方」の4行目によると、「ライセンス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」との記載があるため、本改訂案で想定されているユーザーは法人と推測される。

しかし、「法人」といっても、数千人規模の従業員を抱え、幾つもの種類の業務や事業部を抱える法人もあれば、数人規模の零細な法人もあると考えられるが、改訂案では、この点を特に考慮することなく、従業員が当該法人の業務に使用する場合であれば、それが何人の従業員によって使用されるものであろうと、法人との間の一つのライセンス契約で使用可能ということとなるように思われる。しかし、ライセンスの対価を得ると

いう経済的観点からすると、このような結論は極めて不合理である。

第2 当協会が従前の意見書においてすでに指摘している意見

1. 認証機関が不法行為責任を負う場合の証明責任について

準則25頁は、なりすましを生じた場合の認証機関の責任につき「原則：不法行為責任」と記載し、かつ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旨記載している。

しかしながら、準則25頁及び27頁は、電子署名の認証機関が、十分な本人確認をしないまま電子証明書を発行したことにより、それを信じた受取人に対して不法行為責任を負うことになった場合の認証機関の過失（本人確認が不十分であったこと）に係る証明責任の所在について、これを受取人側が負う旨記載している。

不法行為における過失（を基礎づける具体的事実）については、一般に、不法行為に基づく損害賠償を請求する者が証明責任を負うとされており、その限りでは、準則の上記記載はそのとおりである。

しかし、受取人側が、自らのあずかり知らないところで行われた本人確認に係る認証機関の過失の存在を証明することは、現実的には非常に困難を伴うものであり、改訂案の上記記載はまったく現実と乖離したものであるといわざるを得ない。仮に、改訂案の上記記載に従うのであれば、受取人側が認証機関に対して訴訟上損害賠償を請求することは事実上不可能となってしまうおそれがある。

そこで、今般の改訂において、例えば、認証機関が電子証明書を発行したにも拘わらずなりすましが生じた場合には、その事実自体から認証機関の過失が事実上推定されるなどの運用上の指針が示されておくべきであると考える。

2. オークション事業者の利用者に対する責任について

(1) オークション事業者の個々の取引に対する実質的関与の程度に応じた責任について

準則 37 頁は、「オークション事業者は、利用者間の取引トラブル等について、責任を負わない」のが原則であるとしていたのを、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と修正し、また、準則 39 頁以下は、「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」と「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」とを分けて説明を加えており、これらの点は評価できる。また、準則 40 頁以下は、上記「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」の典型的な場合として、「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領収する場合」、「特定の売主を何らかの形で推奨する場合」及び「オークション事業者自体が売主となる場合」を挙げており、この点も評価できる。

当協会が平成 15 年意見書及び平成 16 年意見書において述べたとおり、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が自らオークション市場を経営する形態も出現すると予測されるとともに、オークション事業者が、合理的なシステム利用料以外に、出品者及び入札者の本人確認料又は落札金額ベースの利用料の名目で多額の料金を領収する場合には、オークション事業者は、単に個人間の売買情報の仲介のみでなく、当該売買そのものを事業として仲介していると解されることもあり、このような場合にも利用者間の取引に起因するトラブルにつき責任を負う必要があると考えられるからである。

(2) オークション事業者の利用者に対する情報開示について

上記(1)のとおり、準則 37 頁以下は評価できる部分を有しているが、未だ不十分であるといわざるを得ないと考える。なぜなら、準則 38 頁は、オークション事業者と利用者との関係について述べているものの、そこでは、オークション事業者の利用者に対する情報開示について、一切の言及がなされていないからである。すなわち、インターネット・オークションにおける取引においては、利用者は、インターネット・オーク

ションを通じて得られた情報を除くほか、取引の相手方に関する情報を何ら有していないのが通常である。したがって、利用者間で取引上のトラブルが生じた場合に利用者がその解決を図らんとするときには、利用者はオークション事業者から上記情報の提供を受ける必要があるが、準則は、この点について何ら言及していないのである。

インターネット・オークションにおいて利用者間の取引上のトラブルが生じた場合には、一定の要件のもと、利用者に対して上記情報をオークション事業者が開示すべきときがあるとともに、そのときは、オークション事業者が利用者に対して上記情報を開示したことにより当該利用者の取引の相手方その他第三者に損害等が生じても、オークション事業者はその賠償等をする責任を負わないと考えられるが、問題は、その要件である。

この点で参考になるのが、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（いわゆる「プロバイダー責任法」）である。もとより、同法は、「特定電気通信による情報の流通によって権利の侵害があった場合」を前提とするものであるから（同法1条）、同法の規定をそのまま流用することはできないが、例えば、同法4条1項2号を参考にして、インターネット・オークションにおいて利用者間の取引上のトラブルが生じた場合、氏名、住所その他当該取引の相手方を特定するに資する情報が、当該利用者の当該取引の相手方に対する損害賠償請求権の行使のために必要であるときその他当該利用者が同情報の開示を受けるべき正当な理由があるときは、オークション事業者は、当該利用者に対して同情報を開示すべきとともに、そのときは、オークション事業者が当該利用者に対して同情報を開示したことにより当該相手方その他第三者に損害等が生じても、オークション事業者はその賠償等をする責任を負わないと考えることができよう（なお、ここで「正当な理由があるとき」とは、利用者がその取引の相手方を特定するために必要な情報を入手することの合理的な必要性が認められることを意味し、この必要性の判断には、当該利用者のオークション事業者に対する開示請求を認めることにより制約される当該取引の相手方の利益を考慮した「相当性」の判断をも含むことになろう〔総務省『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 逐条解説』平成14年5月29頁以下〕）。

当協会としては、本来は立法的解決により対処すべきであると考え、そのような

立法が現に成立するまでには相当の期間を要するであろうこともまた容易に予測されるところであり、そこで、今般の改訂において、オークション事業者の利用者に対する情報開示については立法的解決によるべきであるも、それが実現するまでの間は、上記のとおり運用によって対処されるべきである旨準則に明記すべきであるとする。

3. 「ノークレーム・ノーリターン」特約の効力について

準則51頁は、「ノークレーム・ノーリターン」特約の有効性は常に有効ではなく、信義則に照らして判断されるものとし、特約が有効とされる具体例として、「ジャンク品」であること等のノークレームリターンの理由が示されている場合を挙げている。

この点、【論点】中に言及されている「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」との記載に鑑みると、上記の原則はB to Cの場合を念頭においておらず、B to Cの場合には、消費者契約法8条1項5号により、そのような特約は無効となると考えているようにも思われる。

しかし、上記の例のように、特定商取引法に際して需要事項等を表示し、当該出品アイテムがジャンク品であるなど「ノークレーム・ノーリターン」表示を行うこと理由が示されている場合には、買主もそれ（すなわち、当該出品アイテムがジャンク品であることに起因する不都合について、買主は保証しないということ）を前提に入札・落札したものであるのだから、当該理由に起因して合理的に予測される範囲内で生じる不都合は、そもそも「瑕疵」には該当しないはずであり、このような場合には、たとえB to Cであっても、消費者契約法8条1項5号の適用はないと考えられる。

そこで、当協会としては、今般の改訂において、準則51頁に記載されている、「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に該当するような場合には、たとえB to Cであっても、消費者契約法8条1項5号の適用はない旨明記されることを要望する。

4. ベンダーが負うプログラムの担保責任について

(1) 責任を問えるバグ（瑕疵に該当するバグ）について

(a) プログラムの瑕疵について

平成16年意見書でも述べたとおり、準則114頁において、「特定の使用環境でのみ発生する不具合」を「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」に「該当しないと思われる例」として維持することにより、ベンダーの責任を問える場合には該当しないものとしている点は評価したい。

しかし、その一方で、平成16年意見書での当協会の指摘にもかかわらず、準則117頁の「(2) プログラムの瑕疵の有無を判断する際の考慮要素」の第一段落の「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。」との記述の後に、平成15年準則までは存在した「しかしながら、市場に流通するプログラムは不特定多数のユーザーに使用させることを目的として提供されているものであり、ユーザーがプログラムを使用する環境(以下「使用環境」という。)は様々であるため、予めそのすべてに対応するプログラムを作成することは現実的には困難である。したがって、プログラムの使用に当たっては、その使用環境に応じた不具合が発生することは避けられず、全ての不具合について常にベンダーの責任(プログラムの瑕疵)を認めることはあまりに酷と考えられる。」との部分を削除した点については妥当ではない。

なぜならば、改正要望書、平成15年意見書及び平成16年意見書において述べたとおり、ユーザーの使用環境に応じて不具合が発生する場合には、準則案が上記例として挙げている「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」不具合が発生した場合のほか、新しいハードウェアの追加によりデバイスが上書きされた場合、ソフトウェア相互間の相性が悪い場合等様々な場合が考えられるが、上記削除はこの点を曖昧不明瞭にするものであるからである。

当協会は、上記削除を行わないことを要望するとともに、併せて、平成15年意見書及び平成16年意見書においても要望したとおり、「瑕疵に該当するバグ」の具体化を図るべく、改正要望書において提示した、会員企業から寄せられた様々な具体例を踏まえた更なる検討を改めて要望する次第である。

(b) 製造物責任法に基づく責任について

準則 1 1 6 頁脚注 1 は、「動産」ではないプログラムは、原則として、製造物責任法に基づく責任の対象とならないが、プログラムがインストールされたパソコン等を販売するなどの場合において、当該プログラムの瑕疵が当該製品の欠陥となっているときは、当該製品の製造業者等は、製造物責任法に基づく責任を負うとしている。

しかし、平成 1 6 年意見書でも指摘したとおり、脚注 1 の論理によると、プログラムが販売される際に当該プログラムをベンダーからユーザーに移転するにつき CD-ROM 等の有体物たる記録媒体が利用された場合にも、ベンダーは製造物責任法に基づく責任を負うことになるという不合理な結果となりうる。しかし、同脚注も認めるとおり、プログラムそれ自体は有体物たる「動産」ではない以上、ネットワークを利用するなどしない限り、ベンダーからユーザーにプログラムを移転するには何らかの有体物たる記録媒体を利用せざるを得ないのであって、それにも拘わらず、この場合にもベンダーが常に製造物責任法に基づく責任を負うとするのは、本来的に有体物ではない（したがって、「製造物」ではない）プログラムの実体にそぐわないように思われる。

したがって、同脚注が、例外的であるにせよ、ベンダーが製造物責任法に基づく責任を負う場合があることを肯定するものであるならば、その限界を具体的に明らかにしていただくことを改めてここに要望する。

（ 2 ） バグが瑕疵に該当する場合にユーザーがベンダーに対して問える責任について

準則 1 1 5 頁の（ 2 ）では、バグが瑕疵に該当する場合、ユーザーはベンダーに対して損害賠償の請求、瑕疵修補請求、契約解除等を行うことが可能となとした上で、プログラムの特殊性から、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ときは、ユーザーがこれを拒否してベンダーに対して損害賠償責任を問うことは信義則上認められない旨記載しており、評価したい。

市場に流通するパッケージソフトウェアの比率等を考慮すると、未だベンダーが容易に修正プログラム又は瑕疵のない正常なプログラムを提供して各ユーザーがこれにより容易にプログラムの修正を行うことができる状況に現状になっているとは必ずしも

いえない。そこで、バグが瑕疵に該当する場合にユーザーが常にベンダーに対して瑕疵修補請求ないしは代物請求を行いうるとするのは、かかる現状と乖離しているように考えられるが、その反面、ベンダーがユーザーに対して損害賠償を行うとなると、そのコストは莫大な金額になると思われ、ベンダーが瑕疵修補ないしは代物提供を行うことが可能であるのに、ユーザーからの損害賠償請求にベンダーが常に応じなければならないとするのもまた非現実的であると考えられる。しかるところ、準則115頁の(2)の上記記載は、信義則の適用による個別的就柔軟な対応を可能とするものであり、ソフトウェアの特性に配慮したものであるといえるからである。

(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について

(a) 当協会の基本的な考え方

当協会は、すでに、平成14年意見書、改正要望書、平成15年意見書及び平成16年意見書において、当協会が考えるソフトウェアの特性(*)について説明を加えた上で、立証の困難性及び契約目的の違いなどから、ベンダーの担保責任の存続期間が原則としてバグを発見した時から1年間又は引渡しを受けた時から5年間となることについて反対し、ベンダーに対する意見聴取を十分に行うべきである旨述べてきたものである。(なお、本準則においては、後述するように、「引渡しを受けた時」から5年ではなく「債務不履行のとき」から5年とされている)

* ソフトウェアの特性

ほとんどのソフトウェアには、多かれ少なかれ、バグが生じるが、バグが発見されるのは、ソフトウェアを使用してから数か月の間が多い。また、バグについては、そのソフトウェアのプログラムを担当したプログラマーでなければ対応することができないことが多い。ソフトウェアのプログラミングが特殊な言語を用いてプログラマーの個性に応じて書かれる高度に技術的な職人芸であるため、プログラマーの代替ができないからである。それにも拘わらず、ソフトウェア業界においては、プログラマーの移動が激しいことから、長期間経過後のバグの修正が人的資源の問題から事実上不可能となる場合が多い。しかも、ソフトウェアは、刻々と新しいも

のが開発されたり、バージョンアップが頻繁に行われるため、他の流通品に比して製品寿命が短い。ワープロソフトやOS等については長期間ソフトウェアを使用することもあるが、ゲームソフト等は僅か数か月間で販売が終了することも多い。さらに、プログラムに瑕疵があって生じるバグは、当該プログラムを利用したソフトウェアすべてにおいてもほぼ不可避免的に生じることになるため、バグが生じたソフトウェアを1つ1つ回収したり、ベンダーが損害賠償をユーザーに対して行うことは、その費用だけでもベンダーにとって莫大な負担となる。その他の通常製品にあつては、瑕疵は数万個に1つの割合で生じる例外的なものであるとしても、これとソフトウェアのバグとを同列に扱うことはできないのである。

立証の困難性

ユーザーがソフトウェアを購入してすぐにその使用を開始したにも拘わらず、数年後にそれをアンインストールした上で再インストールし、あたかもつい最近に使用を始めたばかりであつて、当該ソフトウェアに瑕疵が存在することもつい最近に知ったかのように偽装して当該ソフトウェアの購入に係るベンダーとの契約を解除するなどのケースの存在も指摘されており、ベンダーが、これに対して実際には当該ユーザーが数年前から当該瑕疵の存在を知っていたことを反証するのは容易なことではない。

契約目的の違い

一概に電子情報、ソフトウェアといっても、その用途によって様々な内容、製品寿命がある。そこで、例えば、一般に製品寿命が短期間であるゲームソフトとそれが長期間であるワープロソフトとを同列に扱い、一律に一定の瑕疵担保責任の存続期間を設けるべきかについては問題があるというべきである。さらに、仮に、B to Cの場合にのみベンダーの担保責任の存続期間を「瑕疵を知ってから1年以内」と定めるときには、ベンダーが、同一のソフトウェアを会社（企業）向けに販売する場合と一般消費者向けに販売する場合との間でその販売価格に差異を設けるであろうことも容易に予想される。なぜなら、ベンダーは、その負うことのありうべ

き担保責任のリスクを販売価格に反映させなければ、利益を得ることができないからである。

当協会としては、現行の準則はベンダーにとって深刻な問題であるクレーマー等に不当な口実を与えることになりかねず、ユーザーが瑕疵担保責任等を主張できる期間については、「信義則上合理的な期間に短縮される」等の抽象的な表現をもって記載するにとどめるか又はその期間を3か月間程度に短縮するべきであると考えている。

仮に、3か月間という期間が適切でないというのであれば、バグに関する報告が集中する時期について、ソフトウェアメーカー各社を対象とするアンケート調査を行い、より適切な期間を検討するべきである。

この点について、当協会が会員企業に対して「通常どの程度の瑕疵担保責任の存続期間を設定しているか」旨アンケート調査の結果は、平成16年意見書に記載したとおり、保証契約をユーザーと締結して定期的にメンテナンスを行うソフトウェアや特定の目的に特化した高額なソフトウェアを除けば、ソフトウェアの価格の高低やソフトウェアの用途の違いによって異なるものの、多くの企業パッケージソフトウェアについて設けている瑕疵担保責任の存続期間はゼロから3か月間以内であり、これを更に12か月間以内に広げるとほぼ全ての企業が該当するというものであった。

ベンダーの担保責任に関する適切な存続期間の内容については、今回の準則によっても明確になっていないので、当協会としては、あらためて検討を要望するものである。

(b) ベンダーの担保責任期間を著しく短くする条項等の効力について

準則115頁は、消費者契約法10条により「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」とし、また準則120頁は、「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条により無効とされる可能性がある」としている。

しかし、上記「著しく短く」又は「不当に短く」とは具体的にどの程度の期間であるのかということについては、残念ながら、従前の準則はもとより、今回の準則においても一切示されていない。かかる「著しく短く」又は「不当に短く」といった抽象的文言は、「電子商取引等に関する様々な法的問題点について……取引当事者の予見可能性を高め、取引の円滑化に資する」との準則の目的の実現に何ら寄与するものではない。

瑕疵担保責任の存続期間に関する実際について当協会が会員企業に対して行ったアンケート調査の結果は上記(a)のとおりであり、当協会としても、具体的な数字をもって示すならば、ベンダーの担保責任の存続期間は3か月間程度に短縮されるべきであると考えている。

当協会としては、今般の改訂において、上記(a)の当協会の考え及び当協会の会員企業に対するアンケート調査の結果を踏まえた具体的基準が明らかにされることを要望するものであり、この際、上記(a)に示したソフトウェアの特性、立証の困難性及び契約目的の違い等の特質並びに会員企業が多くの企業パッケージソフトウェアについて設けている瑕疵担保責任の存続期間がゼロから3か月以内の期間であるとの現実から、少なくとも、瑕疵担保責任の存続期間を3か月間程度とする条項等は、消費者契約法10条により無効とされるものではない旨準則に明記されることを要望するものである。

(c) ベンダーの債務不履行責任の存続期間の始期について

ア 準則116頁及び119頁は、消費者でないユーザーがベンダーに対して瑕疵に該当するバグに係る債務不履行責任を問える期間は、ベンダーとユーザーとの間に特約が存在するときを除き、引渡しを受けた時から5年間であるとあったのを債務不履行の時から5年間であると修正している。

ユーザーが瑕疵担保責任等を主張できる期間につき「信義則上合理的な期間に短縮される」等の抽象的な表現をもって記載するにとどめるか又はその期間を3か月間程度に短縮するべきであると当協会が考えていることについては、上記(a)のとおりである。

イ　ところで、準則は、今回、ベンダーの債務不履行責任の存続期間（消滅時効期間）の始期について、従前「引渡しを受けた時から」とあったのを「債務不履行の時から」と修正している。

消滅時効期間の始期は「権利ヲ行使スルコトヲ得ル時」であり（民法166条1項）、債権の消滅時効は債権を行使することについて法律上の障害がなくなったときから進行を開始する（我妻榮『新訂民法総則（民法講義）』484頁）のであるから、上記修正は、理論的にはそのとおりである。

しかし、準則は「債務不履行の時」とは具体的にいかなる時点を指すのかということについては、一切明らかにしていない。例えば、ベンダーがユーザーに販売したプログラムに瑕疵があり、これを原因としてユーザーが使用していた時に当該プログラムがフリーズした場合、フリーズした時点が「債務不履行の時」となるのか、あるいは、当該プログラムの販売に際し引渡しを伴ったときには、フリーズの原因たる瑕疵がすでに存在するプログラムが引き渡されたことになるから、当該引渡時が「債務不履行の時」となるのかといった疑問に対し、準則は何らの指針を示すものではない。

準則の「債務不履行の時」との基準は、当然かつ自明の民法理論をそのまま示したものに過ぎず、あまりにも抽象的かつ漠然に過ぎるものであって、電子商取引等に関与する取引当事者に対して何ら予見可能性を与えるものではない。準則において「債務不履行の時」との基準を示すのであれば、当協会はその具体化を要望するものである。

例えば、パッケージソフトウェアの販売についてであれば、フリーズしないプログラムの提供行為自体が履行であるのだから、プログラムの引渡時が債務不履行時であることを明記すべきである。

(d) プログラムの瑕疵の有無を判断する際の考慮要素について

準則の117頁において、従前具体例に加え、「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。」との妥当な具体例を挙げている点は評価したい。しかし、「考え方もありうる。」という表現よりもう一步踏み込んだ、「考えるのが妥当である。」といった表現であればより望ましいと思われる。

また、その後に参考となる近時の判例を紹介している点についても、参考となる具体例が提示されており、評価したい。

5. 「P to Pファイル交換ソフト」について

準則は、PtoPファイル交換ソフトを使用したダウンロード行為について、127頁(1)において「音楽などのファイルをインターネットからダウンロードする行為は、私的複製に相当する限り、著作権又は著作隣接権の侵害とはならない。」と記載し、また、130ページにおいて、「P to Pファイル交換ソフト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、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限り、私的複製に相当し、著作権又は著作隣接権の侵害には当たらないものと解される」と記載している。

この点、平成14年意見書でも指摘したとおり、ダウンロード行為について、直ちに第30条1項の適用があると解釈するのは、解釈論として争いの余地があるところであるし、また、不正にアップロードされたソフトウェアを不正にダウンロードし、不正に使用する行為を助長しかねない。

したがって、この点については削除すべきである。

まず、前述したのと同様、プログラム著作物の複製については、一般条項たる著作権法第30条1項の適用はなく、特別条項たる著作権法第47条の2第1項の適用のみ許容されると解する余地があり、また、そう解すべきである。

次に、上記解釈を取らないとしても、ソフトウェアが不正にアップロードされたサーバーは、著作権法第30条1項1号の「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」と解する余地がある。このようなサーバーは、「複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器」という要件も満たしてい

と思われる。

もちろん、立法時に本条項により規制される対象として想定されていたのは、貸レコード店に設置されている高速ダビング機などであり、複製に特化した機器である。しかし、本条項は、「自動複製機器（複製の機能を有し・・・）」と定めていることから、複製を主機能としているものではなく複製機能以外の機能を有していたとしても、公衆の使用に供することを目的として設置されており自動で複製することのできる機器は、「自動複製機器」に該当すると解される。

また、仮に「自動複製機器」とは複製機能に特化した機器でなければならぬと解するとしても、サーバーの中には、ファイルのアップロード・ダウンロードのみに供され、いわゆるホームページやメールサーバーには全く使用されていないものも存在し、複製に特化したサーバーも存在する。したがって、ソフトウェアのアップロード・ダウンロードに供されるサーバーは、全てではないにせよ、「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」に該当すると解される。

また、高速ダビング機は、媒体をセットして、その機器内部において複製するものであるが、上記サーバーはその機器外部のパソコンへ複製するものである点が異なる。しかし、条文上この点について何ら限定がないことから、機器外部の媒体へ複製する場合であっても、自動複製機器といえると解される。

また、サーバー上のプログラムが複製されることとなるパソコンは、自己使用目的を有する個人の家庭内にある。そのため、ダウンロードによる複製は、貸しレコード店に設置された高速ダビング機による複製というよりも、家庭内におけるダビング機器（ダブルデッキカセット）による複製に近いのではないかという疑問も生ずる。しかし、家庭内におけるダビング機器はそもそも公衆の使用に供されないのであり、プログラムがアップロードされたサーバーから家庭内にあるパソコンへ複製されるからといって、当該サーバーが「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」に該当しなくなるというものではない。

したがって、サーバーからダウンロード（複製）する行為については、著作権法第30条1項1号により、同項本文の適用がなく、複製権侵害になると解する余地があり、また、著作権者保護の観点からは、そう解するべきである。

更に、P to Pソフトの場合、ダウンロードした著作物は、そのまま同じP to Pソフトを利用する他者に対して送信可能な状態になるという設定を標準とするものが多い。そのため、ダウンロード行為イコール送信可能化行為であることが多々存在し、準則のように、アップロード行為とダウンロード行為を切り分けられないケースも多い。

したがって、現行法の解釈上、ダウンロード行為について、直ちに第30条1項の適用があると解釈するのは問題があり、また、不正にアップロードされたソフトウェアを不正にダウンロードし、不正に使用する行為を助長しかねないため、少なくとも現段階においてはダウンロード行為に第30条1項の適用があるということを明示するのは避けるべきである。

以上

本意見書に関する問い合わせ先：

社団法人日本パーソナルコンピュータソフトウェア協会（JPSA）

業務課 西村、井上 TEL：03-5157-0785 E-mail：gyoumu@jpsa.or.jp

〒100-0014 東京都千代田区永田町2-4-2 秀和溜池ビル4F