

経済産業省商務情報政策局
情報処理振興課 殿

社団法人 電子情報技術産業協会
法務・知的財産権総合委員会

ソフトウェア開発・調達プロセス改善協議会

「情報システムに係る政府調達の現状と課題について(案)」(中間整理)に対するコメント

当委員会では、政府調達契約タスクフォースを設け、掲記中間整理につき「3.5 契約書の作成に係る課題と論点」を中心に検討し、下記にコメントをとりまとめましたので、政府における今後の検討においてご配慮いただきますようお願い申し上げます。

連絡先：〒101-0062 千代田区神田駿河台 3-11 三井海上別館ビル
社団法人 電子情報技術産業協会(JEITA)
法務国際部 法務グループ(土屋、原田)
tel.03-3518-6432 fax.03-3295-8727

記

1. 総論

情報システムの政府調達において用いられている政府所定契約書(以下「政府調達契約」という)については、従来から問題意識をもっており、当協会および当協会の前身である日本電子工業振興協会から、「政府調達契約の現状分析と改善にむけた提言」を平成 12 年および平成 13 年の 2 回にわたり行ったところである。今般、「ソフトウェア開発・調達プロセス改善協議会」が設置され、具体的な検討に入ったことは大変喜ばしいことであり、今回公表された中間整理において契約関係に関して指摘されている事項は、当協会もまさしく問題点として認識しているところである。

殊に、「政府による開発委託の過程で生じた知的財産権の帰属が政府に限定されていることから、民間で有効に活用できる技術が利用できないこと、機密保持に関しては、範囲・期間が定められていない場合、受注者が開発過程で獲得したノウハウを以降の事業に活用できないこと、損害賠償に関しては供給者の責任範囲が設定されていない」(中間整理 11 頁)という点については、当協会も上記提言において指摘した点であり、早急に見直されるべきものと考えている。

中間整理でも指摘のとおり、米国では、連邦政府との契約に民間の契約慣行が受け入れられており、民間企業への知的財産権の帰属が認められ、また損害賠償責任についても一定の制限がなされている。米国政府との契約比率の高い米国企業と比較して、日本の政府との契約比率の高い日本企業は、グローバルな競争環境下において不利な状況にあると言わざるを得ない。

「コンピュータのハードウェア、ソフトウェア及びネットワーク技術の急速な進展に支えられ IT 革命が世界規模で進みつつある今日、IT 革命のための環境整備を如何に実現するかが国際競争の優位性を決定することになる。

我が国において IT 革命を支える産業が情報サービス産業であることを踏まえれば、情報サービス産業の健全な発展は我が国の将来を大きく左右するものと言える。中央省庁をはじめとする行政分野における情報化は、この発展の主要な牽引役となるものであり、果たすべき責は非常に重いと言えよう。」(中間整理 21 頁)

全くこのとおりであり、IT 革命を推進していく重要なプレーヤは民間部門であり、それゆえ民間部門の活力が十分に発揮されなければならない。とりわけ IT 業界は、そのメインプレーヤの一つであり、上記の不利な競争状態が早急に是正され、また、重要な経営資源である知的財産を蓄積し、有効に活用しうる状態にすることが是非とも必要であると考えられる。

以上の観点から、特に損害賠償責任、知的財産権帰属および機密保持の 3 点に関して、当委員会としての考えを以下に詳述する。中間整理で触れられている「国の行政機関における情報システム関係業務の外注実施ガイドライン」の中に反映いただき、全省庁に周知徹底のうえ現実の政府調達契約が見直されることを強く希望するものである。

2. 損害賠償責任の在り方について

(1) 損害賠償範囲の明確化の必要性

現行の政府調達契約における損害賠償条項の多くは、ベンダーたる民間企業の責任範囲について限度を設けていない。(納入遅延に対して、遅滞日数 1 日につき契約金額に一定率を乗じた額を遅延損害金とする規定が設けられることがあるが、この場合でも、遅延損害金自体には限度額が設けられておらず、そのうえこれを超過する損害について更に請求できる旨の規定が設けられることがある。) このことは、損害賠償の範囲およびその金額算定を予測不可能なものとする点で、企業経営上受け入れ難い過度のリスク負担を強いることになる。特に、電子政府として、政府自ら国民生活の広範な分野に渡り、IT 化の推進に強力に取り組みつつある状況下では、ベンダーから提供された IT 関連の製品やサービスはネットワーク等を通じて様々な形で連携して活用される大規模なシステムを構成するものとなり、そのごく一部に不具合があった場合でも、損害の範囲や程度は極めて広範に渡るおそれがある。民間企業を取り巻く環境は、グローバルな競争状態にあり、情報技術の急速な進歩に伴い、かかる進歩に対応すべ

く継続的な投資を要するとともに、その開発する製品・サービスは高機能・小型化し、また低廉化が進んでいるという状況にある。このような環境下において、ベンダーが、上記のような広範なリスクを負担することには極めて厳しいものがある。

以上のことから、日本のIT業界としては、ベンダーが負担すべきリスク範囲を予測しうるようにするために、契約において損害賠償責任の範囲を一定の範囲に限定して、明確化しておくことが必要であると考え。リスク範囲が明確に予測できるようになれば、予測したリスクを折り込むことによりグローバルな競争に耐え得る価格政策がとれるようになり、ひいてはグローバルな企業間競争にも耐え得る企業体質（企業力）がつくことにもなると考える。さらに、かかる明確化は、IT産業において今後出現するであろう多くのベンチャー企業のように、相対的に資金力の小さい中小規模の企業が、上記のように広範なリスクが内在しうる政府調達市場に参入することを促進することにも資するものと考えられる。

なお、損害賠償範囲を一定範囲に限定することは一方で、ユーザが負担するリスク範囲の拡大に繋がるおそれはある。しかし、ベンダーとして自己の製品・サービスについて高品質化を進めるべきことは当然であるが、未来永劫において100%問題なしとすることはほぼ不可能であるため、情報技術に不可避的に伴う上記の広範なリスクについて、当該システムが果たす役割が中枢的業務であればあるほど、当該リスクの回避策(システムの二重化、保険、運用回避策等)を検討するのはユーザ自身の問題でもあり、一旦発生した当該リスクの全てをベンダーが負担することは却ってバランスを欠くことになる。この観点から、上記のようなリスク分担は決して不当なものではないと考える。

また、民法上、損害賠償範囲は相当因果関係の範囲(通常損害および予見可能な特別事情から生じた特別損害)とされていることから、ベンダー側に損害の発生についての予測可能性があるのではないかとの意見も予想される。しかしながら、相当因果関係は一定の規範を提示するものであるが、具体的、金額的な予測可能性まで提示するものではない。また、この損害賠償範囲の問題は元来、民法の中でも極めて難しい領域の一つであり(参考：一粒社「不完全履行と瑕疵担保責任(新版)」、判例タイムズ社「請負に関する実務上の諸問題」)、判例上、概ねの方向性は見られるが、通常損害の範囲、特別事情の予見可能性や過失相殺の程度など、実際の紛争へのあてはめの段階において、紛争の両当事者が納得しうる客観性まではないと言わざるをえない。すなわち、実際の紛争は、直ちに裁判による解決を求めるのではなく、通常、解決の迅速性を求めて当事者間交渉による解決が図られており、裁判例にはいまだ両当事者が納得する処理基準としての明確性まではないと考える。従って、契約においてこそ、紛争当事者間交渉における処理基準となるリスク分担のメルクマークを明確にしておく必要がある。

(2) 明確化の基準

上記(1)に述べた趣旨から損害賠償範囲を一定の範囲に限定し、明確化する具体的な基準は、逸失利益を含む特別損害を対象から除き、かつ賠償額の上限につき契約金額を越えない一定額とするもの（契約の形態や内容に応じて、上限は、契約金額、契約金額に一定の比率を乗じたもの、月額料金に一定の月数を乗じたものなどが考えられる）である。これは、IT業界においてはグローバルなレベルにおいても慣行化しているものとする。

(A) 逸失利益を含む特別損害の免責

情報システムの構築においては通常、ベンダーは、ユーザの業務要件等をヒアリングし、それに適したハードウェア、ソフトウェアを選定し、また個別のユーザプログラムを開発する。そのため、ベンダーは、用途等のユーザ事情を予め知っていることが多いため、多くの特別事情が予見可能とされる恐れが高く、上記(1)に述べたように損害の範囲や程度は極めて広範に渡るおそれがある。この全てのリスクは、一ベンダーが負担するにはあまりに高いものとする。また、上述したように、様々な事情により拡大する損害リスクの回避は、ユーザ自身の問題でもある。

また、米国の1994年連邦調達合理化法では、結果的損害の賠償責任は免責するという民間の契約慣行を受け入れている。そして、現状の日本において多くのソフトウェア製品は海外から導入されており、その際の契約条件も上記の免責を含んだ内容となっているのが一般的である。海外から導入しているソフトウェアベンダーは、そのようなソフトウェア製品を日本国内で展開する際には同様の条件で提供しなければ、結果的損害のリスクをライセンサーに転嫁できないため、当該ベンダー自身がリスクを負わざるを得ない事態となる。

以上の観点から、逸失利益を含む特別損害については予見の有無を問わず免責とすべきであるとする。

(B) 限度額の設定

特別損害を免責とした場合であっても、通常損害の予測可能性の問題が残る。情報技術が広範な影響を与える状況においては、当事者間においてリスク分担の範囲を明確にし、予め必要な対策を講じ得るようにしておく必要がある。そのためには、損害賠償限度額を設定することが最も望ましい。さらに、限度額自体は一定、明確で争う余地のないものであることが望ましい。契約関係にある当事者においては、契約金額が、明確に特定されており、かつ対象サービスの価値を示しているという点では最も妥当な基準であるとする。

また、請負契約における瑕疵担保責任の問題であるが、修補不能の場合の損害賠償額は、「目的物に瑕疵があることによってその物の客観的価値(交換価値)が減少したことによる損害、すなわち完全な物の価値と瑕疵ある物の価値との

差額」であり、瑕疵があることによる「得べかりし利益の喪失額」ではないし、瑕疵を修補するために要する費用でもないとされている(現在の判例・通説とされている。判例タイムズ社「請負に関する実務上の諸問題」後藤勇、70~72頁参考)。この観点からも、契約金額を上限とすることには合理性があると考えられる。なお、このような判例・通説にも関わらず、敢えて、契約金額を上限とする旨契約に明示するのは、その物の客観的価値の判断について疑義を生じないようにすることにより、当事者の予測可能性を確かなものとするためである。また、ソフトウェア開発請負の場合、開発された個別のソフトウェアの客観的価値を算定することは事実上困難であることから、その取引金額を基準とするほかに、契約においてその旨を明確にしておく必要があるからである。

以上のことから、取引対象の契約金額またはこれを越えない一定の金額を上限として、賠償限度額を契約に明記されるべきものとする。

3. 知的財産権帰属の在り方について

現状の政府調達契約の多くでは、受託開発したソフトウェアの著作権は国に帰属することとなっている。しかしながら、民間の取引では、全体もしくはその構成コンポーネントの単位で著作権を受託者に留保させ、そのうえで留保された著作権について、発注者側に対して、当該ソフトウェアにつき、業務に必要な範囲で複製、改変することを含む使用権を許諾することが慣行となっている。

IT革命を推進していくためには、リードすべき立場にあるIT業界において技術の蓄積が重要であり、ソフトウェア開発過程で得る経験、ノウハウ、部品等もIT推進上重要な資源となるものである。また、ソフトウェアの構成コンポーネントは、これを開発した者がその内容を最も熟知しており、その者が再利用することが最も効果的である。また、ベンダーが将来にわたり、様々な場面で効率的にソフトウェアの再利用を行えるようにするには、複製、改変等著作権法上の利用行為に何等の制約がないようにしておく必要である。

以上の観点から、政府調達契約においても、少なくともコンポーネントレベルで、原始的にベンダーに発生した著作権が当該ベンダーに留保されるようにすべきであるとする。

このようにベンダーにおいて著作権が留保され、再利用が可能となれば、開発効率の向上の他、品質の向上も図れることになる。現状の技術レベルにおいて、ソフトウェアのバグの存在は不可避であり、ソフトウェアを繰り返し、利用することにより徐々にバグが枯れていくことは、パッケージソフトウェア等での経験則上認められている。

4. 機密保持の在り方について

現行の政府調達契約では、単に秘密を守る旨定められ、何が秘密であるかが曖昧で

あることが多い。ソフトウェア開発では、ユーザの業務要件等を確認しながら作業を進める関係上、ユーザから様々な情報がベンダーに提供されることが必須である。そのような環境下で、システムエンジニアは多くの経験を積み、スキルの向上、新たなノウハウ、知見等の獲得を行っているが、秘密情報の範囲が曖昧であるがゆえに、獲得したノウハウ、知見等の有効活用がなされにくい状況にある。

上述のように今後のIT革命の推進には、これらが有効に活用されることが必要であるため、契約において守秘の対象を、秘密である旨表示のされた情報と明記するなど、秘密情報の範囲が明確にされるとともに、具体的な運用においても表示の徹底が行われること、秘密保持期間が当該秘密の性質に応じて合理的に設定されることを希望する。

以 上