

## 民法改正に関する意見

### 本意見書について

債権法の改正については、その内容が広範であり、IT 産業界ないし個別会員企業にとって、どのような問題があるのかさえ当初は明確ではなかった。しかし、約款規制、情報提供義務、役務提供といった新たな内容について知るにつれ、今回の改正内容を正確に理解し、業界への影響を検討するべきであるとの問題意識が高まった。同時に、ソフトウェアの使用許諾契約の実際、ベンダーと販売業者、エンドユーザーといった登場人物と販売、リース、ライセンスにおける実務慣行などについては、なるべく早い段階で、関係団体との協調や関係省庁へのインプットが必要であるとの意見が出された。これを受けて、コンピュータソフトウェア協会と、日本コンピュータシステム販売店協会とが合同で、民法改正対応ワーキンググループを立ち上げ、会員各社からの懸念や事例を基に作成されたのが、この意見書である。

もとより、学者の先生方が長期間専門的な議論を重ねてドラフトされた内容について、法律的な見地から意見を述べることを目的とはしておらず、また、民法（債権法）改正検討委員会の間とりまとめがなされる前にということで、1 か月間ほどの短期間に集中して作成したため、必ずしも網羅的かつ統一的といえるものでもない。あくまでビジネス現場の視点から出された会員各社の素朴な疑問や実際の懸念に基づいて、現時点における要望をまとめたものとしてご理解いただきたい。

2011 年 1 月 31 日

社団法人 コンピュータソフトウェア協会

社団法人 日本コンピュータシステム販売店協会

## 意見

### 不実表示

#### (1)内容

「通常影響を及ぼすべき事項」の内容については、企業側が適切に判断できるように、明確化されるべきであると考えます。

また、過剰な説明を用意しなければならなくなる企業側の負担を考えれば、表意者に重過失がある場合には、取消ができないとすることが望ましいと考えます。

取消権が行使された場合の原状回復について、インストールされたソフトウェアの問題等を考慮し、当事者間の不均衡を防ぐ手当が必要であると考えます。

#### (2)関連規定

【1.5.15】(不実表示)

#### (3)背景

IT 機器等の販売に際し、販売製品について相手方の意思表示に「通常影響を及ぼすべき事項」について販売店側に説明不足・説明ミスがあり、当該説明不足・説明ミスによって事実を誤って認識して相手方が意思表示した場合には、不実表示として意思表示を取り消されてしまう可能性があるが、「通常影響を及ぼすべき事項」について企業側では判断ができず、営業担当者が行う内容として過剰な説明を用意しなければならなくなる懸念がある。

また、取消権が行使された場合、企業側は製品対価をユーザーに返還することができるが、すでに製品を購入したユーザーがソフトウェアのインストールを行っていた場合、ユーザー側がこれを完全にアンインストールする(あるいはそれを企業側が確認する)ことは事実上困難であるため、原状回復についての不均衡が危惧される。

## 瑕疵担保責任

#### (1)内容

ソフトウェア開発委託契約のような無体物を製作供給する契約も、「物の給付を目的とする契約」に該当し、改正法の「瑕疵」の定義がそのまま適用(又は類推適用)されるのか、条文上不明確である。仮に適用されるとして、債務不履行と瑕疵担保を区別する「給付」という概念の内実を明確化する規定を設けることも検討すべきではないか。

また、瑕疵の救済手段として、目的物の受領者側が、代物請求、修補請求、代金減額請求、損害賠償請求等を選択できることとなっているが、給付者側が、合理的理由から、選択内容とは異なる対応を望む場合の処理も規定すべきではないか。

#### (2)関連規定

【3.1.1.05】(瑕疵の定義)

【3.2.1.16】(目的物の瑕疵に対する買主の救済手段)

【3.2.1.17】(救済手段の要件と相互の関係)

#### (3)背景

ソフトウェアや情報システムの開発委託契約においては、当事者間の合意に従って成果物を製作すること自体が、ベンダー側の債務となる。基本方針においては、成果物が当事者の合意等

に照らして契約に適合しない場合をもって「瑕疵」と定義されるが、ソフトウェアや情報システムの開発委託契約においては、瑕疵と債務不履行の区別が概念上不明確となる懸念がある。契約上は、瑕疵担保と債務不履行とで、請求期間等の扱いを異にしている場合もあるため、瑕疵担保と債務不履行を切り分ける概念について、明確化することが望ましい。

また、近年では、第三者が作成したソフトウェアを、ベンダーがシステムに組み込んだ上でユーザーに提供する事例が増えてきており、第三者ソフトウェアについては、修補請求に直接対応することが困難となる場合もある。かかる場合には、ユーザーが修補請求を選択した場合であっても、ベンダー側で損害賠償等に救済方法を変更すべき要請がある。

## 契約締結以前の段階における交渉当事者の損害賠償責任

### (1)内容

契約締結上の過失を明文化するとしても、要件を明確化するべきではないか。

### (2)関連規定

【3.1.1.09】(交渉を不当に破棄した者の損害賠償責任)

### (3)背景

契約締結上の過失については、判例上、損害賠償責任が認められた事例が存在し(最判昭和58年4月18日、最判昭和59年9月18日など)、判例により、どのような行為が契約締結上の過失に当たるかについて、ある程度要件が類型化されている。

しかしながら、基本方針によれば、契約締結上の過失について、このような類型化された要件が具体的に規定されるわけではなく、契約締結上の過失に当たるかどうかの判断は、信義則が基準とされるにすぎない。そして、信義則の内容は、今後の裁判所の判断次第で変更される可能性もある。

従って、信義則という不明確な要件では、どのような交渉継続行為もしくは契約締結拒絶行為が契約締結上の過失とされるかが必ずしも明確ではなく、当事者に対して萎縮効果を及ぼす懸念がある。

また、判例は、あくまで具体的事案に基づく判断であるところ、判例理論が明文化される場合、判断の基になった具体的事案自体は記載されることはない。従って、明文化されることにより、明らかに事案が異なる場面であるにもかかわらず、当該規定が濫用される懸念があると思われる。そして、本規定のように、信義則という不明確な要件の場合、要件が明確である場合に比して、当該規定が濫用される懸念がより高くなると考えられる(なお、「権利濫用禁止」という民法の根本理論により一定の制限はかけられるという考え方もあるが、当該制限はあくまで訴訟の結果において顕現するに過ぎず、結果的に濫用ケースと判断されるとしても、契約当事者の対応工数が増大する懸念があることには変わりがない)。

## 交渉当事者間の情報提供義務・説明義務

### (1)内容

「契約を締結するか否かに関し相手方の判断に影響を及ぼすべきもの」との文言は漠然としており、ソフトウェアのように、製品の特性上、契約の相手方の理解レベルに著しい差がある場

合、結果として「契約条項全て」ということになりかねない。信義則の現れを条文化する以上は、不明確な規定にならないようにすべきであり、上記要件の判断に関わる考慮要素を列挙するのみならず、更に進んで、情報提供・説明をすべき範囲・時期・方法等について、要件自体の明確化がなされるべきであるとする。

## (2)関連規定

【3.1.1.10】(交渉当事者間の情報提供義務・説明義務)

## (3)背景

営業担当者を通じたパッケージソフトウェアの販売においては、本規定により、使用許諾後のユーザーから説明義務の不履行との主張を受けるおそれが飛躍的に高まる可能性があるのではないかと危惧がある。

インターネット経由・代理店経由での、ソフトウェアのダウンロード販売や保守サービス、サプライ用品の購入の申込み等について、説明義務の範囲・時期・方法が不明確である。インターネット通販・ダウンロード販売において、ユーザーが同意してボタンをクリックしても、後から情報提供義務・説明義務が不十分とされるリスクがあるのではないかと危惧される。

ソフトウェアのように、製品の特性上、契約の相手方の理解レベルに著しい差がある場合、提供された説明に関するユーザーの理解度については確認が難しく、説明義務の範囲はかなり広く解釈できてしまう場合がある。ベンダーとユーザーの解釈の違いに起因する後の紛争を防ぐため、詳細な説明を全て網羅して文字化しようとするれば、ユーザーの利便性を害するうえ、特にセキュリティ対策製品として緊急度の高いものへの初期対応にあたって契約が障害になるリスクが考えられる。また、コスト増大も懸念される。

システム開発では顧客のITスキルが低いことも想定され、ベンダー側と顧客側の知識のギャップが顕著である。ベンダー側には一定の説明義務が課されるが、顧客における現状業務の検討やそれにマッチしたシステムの提案などは、コンサルティングサービス業務として別途費用を得て行う業務でもある。そこで、契約締結前段階においてどこまでの情報提供を行わなければならないかを判断することは難しいとの懸念がある。

システムサポート契約に関するトラブルでは、「システムの完成は何か」「ベンダー・ユーザーどちらの役割か」でトラブルになった際、契約の内容をベースに判断し、解決をはかっているが、トラブルになった時点で、契約交渉の際の情報提供義務・説明義務違反を持ち出される可能性がある以上、十分な説明義務を果たした証拠を契約とは別に残しておく等、過剰な防衛手続きをとる必要が出てくるのではないかと懸念がある。

## 事業者による不特定の者に対する契約内容の提示

### (1)内容

カタログ、Webにおける製品紹介等の各種公開・提示資料は、従来は「申込の誘引」と認識されている場合もあるため、これらを店舗における商品陳列と同様に「不特定の者に対し契約の内容となるべき事項を提示し」「契約内容を確定しうる」場合として扱うことには問題があり、これらの要件はさらに明確化されるべきであるとする。

また、約款の組み入れ要件との関係も明らかにすべきではないか。

## (2)関連規定

【3.1.1.18】(事業者による不特定の者に対する契約内容の提示)

### (3)背景

製品の紹介やパートナー制度等、公開資料である Web やカタログなどで開示している内容は、従来は「申込の誘因」であると認識して業務を行ってきた企業もある。

これらが「申込みと推定」され、注文により契約が成立する可能性があれば、大量発注やサービス開始遅延などが生じた場合に、債務不履行リスクが生じるのではないかという懸念がある。契約を締結しない可能性を留保する旨の注記を入れるにしても、自社が公開している全ての公開資料をチェックして網羅する作業、コスト負荷について危惧がある。

## 約款の定義

### (1)内容

約款の定義が不明確であることから、ある程度定式化された規定や契約書（例えば契約書のひな形が考えられるが、これに限られない。）が全て約款に当たると解釈されかねない。以下の各項目でも述べる通り、約款規制には実務にそぐわない点が多々見受けられ、実務に甚大な影響を及ぼしかねないことから、約款規制を設ける必要はないのではないかと。また、仮に約款規制を設けるのであれば、これらの規定や契約書が約款に当たると解釈されないよう、約款の定義を明確化すべきではないか。

### (2)関連規定

【3.1.1.25】(約款の定義)

### (3)背景

基本方針では、約款の定義について、「多数の契約に用いるためにあらかじめ定式化された契約条項の総体」とすることが提案されている。そして、約款規制の導入が検討された背景の一つとして、約款使用者が約款の内容を相手方に開示しないことが多い点が挙げられている。他方、ソフトウェア業界及びシステム販売業界における取引においては、各社が過去の取引事例などに基づいて、ある程度、契約書や規定を定式化し、これに基づいて相手方と契約交渉を行うケースが多い。そして、このような、ある程度定式化された規定や契約書は、契約に先立ってあらかじめ相手方に内容が開示され、相手方の同意を得た上で契約が締結されるものである。従って、これらは、約款規制の導入が検討された際に念頭に置かれた「約款」とは、明らかに性質が異なるといえる。

しかしながら、基本方針における約款の定義は不明確であり、ある程度定式化された規定や契約書が全て約款に含まれると解釈されかねない。仮にこれらが全て約款に当たるとされると、ある程度定式化された規定や契約書について、全て約款規制に対応するために必要な措置を講じる必要が生じることから、ソフトウェア業界及びシステム販売業界における契約実務に対し、甚大な影響を及ぼしかねない。

## 個別の交渉の意義

### (1)内容

「個別の交渉を経て採用された条項」については約款規制の対象外とされるが、具体的にどのような場合に「個別の交渉を経」たと判断されるかが明確ではない。仮に、ある程度定式化された契約書も約款に当たるとされるのであれば、契約書に相手方の記名押印又はこれに代わる同等の措置があれば、当該事実をもって個別の交渉を経たと推定する規定を置くなどして、約款使用者の負担を軽減する必要があるのではないか。

### (2)関連規定

#### 【3.1.1.25】(約款の定義)

### (3)背景

基本方針では、「個別の交渉を経て採用された条項」は約款規制の対象外とすることが提案されている。しかしながら、具体的にどのような場合に「個別の交渉を経」たと判断されるかが明確ではない。

この点、約款使用者において、相手方との交渉を全て記録しておくことは、約款使用者の過大な負担となる。一方で、相手方との交渉の記録を残さなかった場合、約款の規定について一切修正がなされなかった事実をもって、個別の交渉がなされなかったと後に判断されかねない。仮に、ある程度定式化された契約書も約款に当たるとされるのであれば、契約書に相手方の記名押印又はこれに代わる同等の措置があれば、当該事実をもって個別の交渉を経たと推定する規定を置くなどして、約款使用者の負担を軽減する必要があると考えられる。

## 約款開示の意義

### (1)内容

約款を開示することが著しく困難な場合に限らず、約款を相手方に知り得る状態においたことをもって開示に当たると、開示の意義を広く修正すべきではないか。

### (2)関連規定

#### 【3.1.1.26】(約款の組入れ要件)

### (3)背景

基本方針では、「契約の性質上、契約締結時に約款を開示することが著しく困難な場合」に限り、約款使用者が相手方に対して契約締結時に約款を用いる旨の表示をし、かつ、契約締結時までに約款を相手方が知りうる状態においた場合に、約款が契約締結時に開示されたものとみなすとしている。

この点、ソフトウェア業界では、契約が長大化し、顧客にとってかえって不都合となることを回避するため、契約の詳細な部分について、契約条項の中に詳細を掲載したウェブサイトへのリンクを記載し、当該ウェブサイトにおいてこれを公開しているケースがある。

顧客の便宜の観点からは、約款を開示することが著しく困難な場合に限らず、広く、約款を相手方に知り得る状態においたことをもって開示に当たると、開示の意義を広く修正すべきと考えられる。

## 約款開示の時期

### (1)内容

基本方針では、約款の組入れ要件について、「契約締結時まで」に約款使用者が相手方に対して約款を開示する必要があるとしている。しかしながら、パッケージソフトウェアの販売の実態に照らすと、顧客が製品を購入するまでに、約款使用者であるソフトウェアベンダーがライセンス契約の約款を開示することは不可能である。従って、ライセンス契約が開示された時点で顧客が代金の返金を要求する権利が確保されていれば、顧客がパッケージを購入する際にライセンス契約が開示されなくても契約の内容となるよう、規定を修正すべきではないか。

### (2)関連規定

#### 【3.1.1.26】約款の組入れ要件

### (3)背景

パッケージソフトウェアの販売は、販売店等を経由して、ソフトウェアベンダーがパッケージを顧客に販売することが多い。そして、ソフトウェアのライセンス契約は、顧客がソフトウェアを使用するに際して、ソフトウェアベンダーと顧客との間で締結され、パッケージの売買契約は、ソフトウェアベンダーと販売店、及び販売店と顧客との間で締結されることになる。

この点、基本方針では、約款の組入れ要件について、「契約締結時まで」に約款使用者が相手方に対して約款を開示する必要があるとしている。しかしながら、パッケージソフトウェアの販売の実態に照らすと、顧客がメディアを購入するまでに、約款使用者であるソフトウェアベンダーがライセンス契約の約款を開示することは事実上不可能である。すなわち、当該要件を満たすためには、ソフトウェアベンダーはパッケージ上に約款を表示させなければならないことになるが、パッケージにはソフトウェアの機能等を表示させる必要があることから、パッケージ上に約款を表示させることは事実上不可能である。こうした実態を踏まえてソフトウェアのライセンス契約の問題については、ライセンス契約が開示された時点で顧客が代金の返金を要求する権利が確保されていれば、顧客がパッケージを購入する際にライセンス契約が開示されなくても有効に成立するとの整理が一般である。なお、近時においてスマートフォン用のパッケージソフトウェアのダウンロード販売においては、販売サイトの仕様上、購入前に約款を提示することが困難な場合がある。この場合には、ユーザーが当該ソフトウェアアーカイブをダウンロードし、使用する直前に約款を確認し、同意するのが現状となっている。

従って、パッケージソフトウェアの販売の実態に照らして、ライセンス契約が開示された時点で顧客が代金の返金を要求する権利が確保されていれば、顧客がパッケージを購入する際にライセンス契約が開示されなくても契約の内容となるよう、規定を修正すべきではないか。

## 約款不当条項例 損害賠償責任制限条項

### (1)内容

基本方針【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例) <イ>では、「条項使用者の債務不履行責任を制限し、または、損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項」を不当条項とみなすものとしている。しかしながら、契約目的の達成不可能という基準は極めて不明確であり、約款作成時における該当性判断が非常に困難であ

るため、不当条項のリストから削除されるべきではないか。

## (2) 関連条項

【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例) <イ> 条項使用者の債務不履行責任を制限し、または、損害賠償額の上限を定めることにより、相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項

## (3) 背景

実務上、ソフトウェアを販売する際の使用許諾契約書等には、ソフトウェアベンダーが負担する損害賠償責任を制限する条項(例えば、上限を当該ソフトウェアの代金額に制限する、瑕疵を修補するためのプログラムを提供することのみにとどめるなど)を含む例が多く存在する。コンピュータソフトウェアは、ユーザーの使用方法によっては、当該ソフトウェアに起因したデータ消滅等の大きな損害が生じるおそれがあるが、ソフトウェアベンダーが、かかる損害発生リスクを全て負担することとなると、相当なリスク対応費用を計上せざるを得ず、低価格でソフトウェアを供給することが出来なくなる。そのため、ソフトウェアベンダーが過大な損害賠償責任を負うリスクを避けつつ、幅広い顧客にソフトウェアを供給するために、責任制限条項が必要となっているのが現実である。

【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例) <イ>は、損害賠償責任を制限することで「相手方が契約を締結した目的を達成不可能にする条項」を、信義則に反する不当条項とみなしているが、契約目的の達成不可能という基準は極めて曖昧かつ不明確であるため、約款使用者であるソフトウェアベンダーにとって、自らの使用する責任制限条項が、当該不当条項に該当するか否かを事前に判断することは非常に困難である。そのため、ソフトウェアベンダーとしては、不当条項への該当を回避すべく責任制限条項自体の使用を避け、ソフトウェアの値上げ等によって、リスク対策費用を確保せざるを得なくなるが、こうした結果は社会経済的にみて有益とは言いがたい。かかる萎縮的効果を避けるため、【3.1.1.33】(例) <イ>の不当条項例は、リストから除外されるべきと思われる。

## 約款不当条項例 サービス停止・変更条項

### (1) 内容

基本方針【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例)の<ア>では、「条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容する条項」を不当条項とみなすものとしているが、不履行につき合理的理由ある場合を除外する形で修正を行うべきではないか。

また、基本方針【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の<イ>「条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項」や、【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の(例) <ウ>「期限の定めのない継続的な契約において、解約申し入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項」については、オンラインで提供される、いわゆるクラウドサービス等において、サービス内容を日々改善しユーザーの便益を図るべく、契約内容の柔軟な変更が要請される場合があることも想定し、過度な萎縮的効果を及ぼさないよう、削除又は修正を行うべきではないか。

### (2) 関連規定

【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例) <ア>条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容する条項

【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例) <イ>条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項

【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例) <ウ>期限の定めのない継続的な契約において、解約申し入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項

### (3)背景

#### a. 一時的なサービス停止

ネットワークを通じてオンラインで提供される、いわゆるクラウドサービスでは、提供機能をアップデートする場合や、機器・ソフトウェアのメンテナンスを行う場合などに、ユーザーの事前の承諾なしに一時的にサービス提供の全部又は一部を停止できる旨の規定が契約書中に含まれていることが多い。この場合において、ユーザー数が多数の場合等に、その都度全てのユーザーから同意を得ることは現実的に不可能であり、ソフトウェアの性能(セキュリティ上の問題を含む)向上の遅れ、品質低下に繋がることとなる。また、とりわけユーザーに対して無償で提供されるサービスの契約においては、サービスベンダー側の都合で、サービスを一方的に終了しようとする規定を含むものもある。

#### b. ソフトウェア製品のサポートサービス終了

発売後一定期間を経過して古くなったソフトウェア製品のサポートサービスについては、ユーザーの利用状況等も考慮した上、ソフトウェアベンダーがサポート停止をする権利を留保していることが多い。また、近年では、あるベンダーが販売するソフトウェアに、第三者が作成したソフトウェアが組み込まれているケースが増加しているが、当該第三者が提供するソフトウェアのサポートが停止した場合には、サポート提供を一方的に終了せざるを得ないこともある。

#### c. 機能追加・変更に伴うサービス内容の変更

オンラインで提供される、いわゆるクラウドサービスにおいては、ユーザーの使用頻度が低い機能を削除しつつ、他方で新機能を追加したり、UIを改善(変更)したりすることで、サービス内容の新陳代謝が行われる。かかるサービスの契約においては、ベンダーの都合でサービス内容の変更を認める規定が含まれているものがある。

d. 不当条項への該当のおそれ【3.1.1.33】(不当条項とみなされる条項の例)の<ア>「条項使用者が任意に債務を履行しないことを許容する条項」には、上記 a 及び b で述べたような、合理的な理由に基づくサービス停止・終了条項まで該当してしまうおそれがある。そのため、不履行につき合理的理由がある場合を除外すべきである。

また、上記 a～c で述べたようなサービス停止条項・変更条項は、【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の<イ>「条項使用者に契約内容を一方的に変更する権限を与える条項」

【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の<ウ>「期限の定めのない継続的な契約において、解約申し入れにより直ちに契約を終了させる権限を条項使用者に与える条項」にも、文言上該当する余地がある。これらに該当した場合、サービスベンダー側としては、信義則に反しないことの立証が必要となるが、約款作成時において、信義則に違反するか否かの事前判断を行うことは困難であるため、萎縮的效果が生じることは明白である。これにより、サービスベ

ンダーがクラウドサービスやサポートサービスの提供に謙抑的になり、ソフトウェア産業の発展を阻害するおそれもある。

#### 約款不当条項例 専属的合意管轄条項

##### (1)内容

基本方針【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の<カ>では、「法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項など、相手方の裁判を受ける権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項」を不当条項と推定するとしている。しかしながら、当該条項例にいう、「相手方の裁判を受ける権利」の制限とは、いかなる意味であるか不明確である。また、専属的合意管轄条項が含まれていれば、任意規定に比して管轄を狭めることとなるが、そのみをもって不当条項の推定を受けるとすれば、現行実務と大きな齟齬が生じ、企業活動の萎縮につながる場合もある。さらに、いかなる場合であれば、信義則に反しないとして、不当条項の推定を覆せるのかも不明確である。不当条項例から削除するか、又はより明確化する修正を行うべきではないか。

##### (2)関連規定

【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)<カ>法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項など、相手方の裁判を受ける権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項

##### (3)背景

外資系企業のケースで、日本法人は存在するものの、ユーザーとの契約は日本法人ではなくA国(外国)の法人が当事者となり、かつ、当該契約書中ではB国(外国)を管轄する裁判所を専属的合意管轄としている例がある。かかるケースには、【3.1.1.34】(不当条項と推定される条項の例)の(例)<カ>「法律上の管轄と異なる裁判所を専属管轄とする条項など、相手方の裁判を受ける権利を任意規定の適用による場合に比して制限する条項」に該当するか不明確である。また、クラウドサービス等では、インターネットを介して、C国(外国)に設置されたサーバーを用いて、D国(外国)のユーザーにもサービス提供することが可能である。従って、契約の当事者となる法人と実際にサービスを利用するユーザー(法人の海外子会社の社員等)の属する国が異なる場合や、個人向けサービス等、契約者国やユーザー国を特定することが困難なケースがあり、予め専属管轄裁判所を特定できなければサービス範囲を限定せざるを得ず、活動の萎縮につながる。

#### 条項の一部が無効な場合の条項の効力

##### (1)内容

約款の不当条項規制によって条項が無効となる場合は、「当該条項」全体が無効となるとしているが、無効となる「条項」の範囲を、体裁だけに従い形式的に捉えるのか、それとも内容も考慮して実質的に捉えるのか、明確にすべきではないか。

また、仮に体裁だけで捉えたとすると、契約条項の細分化、長大化を招き、むしろ相手方にとって判読困難な約款となるおそれがあるのではないか。

##### (2)関連規定

### 【3.1.1.37】(条項の一部が無効な場合の条項の効力)

#### (3)背景

ソフトウェアの使用許諾約款の場合には、限られた約款文書のスペースの中で、より一覧性や読みやすさを向上させるべく、本来分割可能ないくつかの条項を、まとめて一つの条項に記載することがある。

基本方針では、約款の不当条項規制によって条項が無効となる場合は、「当該条項」全体が無効となるとしているが、無効となる「当該条項」の範囲につき、単に条項の体裁だけで判断されるのか、それとも実質的な考慮を行うのか不明である。仮に後者であれば、無効となる範囲が不明確となり、不当条項規制が想定している範囲を超えて萎縮効果が生じると思われる。他方、仮に前者であれば、リスクヘッジのため契約条項を極力細分化するインセンティブが働くため、約款が長大で読みにくくなり、約款の内容適正化を図る約款規制の趣旨に反する結果を招くおそれがある。

#### 損害賠償の免責事由

##### (1)内容

現時点では「契約において債務者が引き受けていなかった事由」という概念自体理解するに十分な資料があるとは言い難いが、もし、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」に該当するためには、当該事由を全て契約書に列挙しなければならないとすれば、契約実務に多大な負担となるのみならず、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」といった抽象的な文言では、具体的にどのような契約上の記載をすればよいか等の疑問が生じ、実務的に混乱をきたす可能性がある。したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、その要件を実務上の混乱が生じないレベルまで、具体化かつ明確化すべきである。

##### (2)関連規定

### 【3.1.1.63】(損害賠償の免責事由)

#### (3)背景

提案要旨第4項においては、「本提案<1>は、結果責任の意味での無過失損害賠償責任を契約上の債務不履行の場面で採用するなどという提案をしているものではない」との説明がされており、本提案にかかる過失責任原則の放棄は結果責任を認容するものではないと位置づけられている。

また、提案要旨第2項においては、次のとおり説明している。

「債務不履行をもたらした事態(不履行原因)が契約において想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかったときには、債務不履行による損害を債務者に負担させることは、契約の拘束力から正当化できない。契約のもとで想定されず、かつ、想定されるべきものでもなかった事態から生じるリスクは、当該契約により債務者に分配されていないため、このような損害を債務者に負担させることは契約の拘束力をもってしては正当化できないからである。それゆえ、本提案<1>では、当該契約において債務者が引き受けていなかった事由により債務不履行が生じた場合に、債務者は損害賠償責任を負わない(免責される)ものとした。」

これらの説明からは、立案担当者として、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」

を事実上の結果責任を認めるような、広い責任を認める趣旨として捉えているのではないと推測される。

しかし、提案要旨においては、具体的な事例を想定した説明はされていないので、実務サイドの観点からすれば、当該規定がおかれることにより、「契約書の記載の不足等により、予想外の免責がされないか」といった危惧が存在する。そのため、例えば契約上どのように記載すれば、「契約において債務者が引き受けていなかった事由」があるとして免責されるのかについて立案担当者がおよそ予測しないような検討を行い、過剰なリスクヘッジ条項を設ける等、実務上の混乱が生じることにもなりかねない。

したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、その要件を実務上の混乱が生じないレベルまで、具体化かつ明確化すべきである。

## 契約締結後の事情変更

### (1)内容

契約締結後の事情変更による再交渉について明文化することは不要ではないか。

### (2)関連規定

【3.1.1.91】(事情変更の要件)

### (3)背景

基本方針では、契約当事者の利害に著しい不均衡を生じさせ、または契約を締結した目的の実現を不可能にする重大な事情変更が生じた場合において、当事者が相手方に対して、契約改訂のための再交渉を求めることができる旨を明文化することが提案されている。

しかしながら、判例上、事情変更の法理が実際に認められた事例は少なく（大判昭和19年12月6日、最判昭和29年2月12日）、判例において、要件の類型化が必ずしも十分になされているわけではない。従って、基本方針が提案する、「契約当事者の利害に著しい不均衡を生じさせ、または契約を締結した目的の実現を不可能にする重大な」事情変更という要件が具体的に何を指すのか、必ずしも明らかではない。

このような不明確な要件のもと、当事者に契約改訂のための再交渉に応じる義務を課すという、強力な効果を有することになる本規定が明文化されると、本規定に基づいて再交渉の申出が多数なされることが予想され、契約当事者の負担が増大する懸念がある。

## ファイナンス・リース

### (1)内容

無体物であるソフトウェアが、ファイナンス・リースの対象となるケースは多々あるが、ソフトウェアを対象とするリースの場合は、サプライヤからユーザーに対して直接当該ソフトウェアの使用許諾を行うなど、実務上、有体物のリースとは異なった扱いがなされていることが少なくない。実務を無用に混乱させるようなファイナンス・リースの典型契約化は、見送られるべきではないか。

### (2)関連規定

【3.2.7.01】(ファイナンス・リースの定義)

### (3)背景

ソフトウェアを対象としたファイナンス・リースは、現実には幅広く行われているが、無体物であるソフトウェアの場合、利用者は単にメディアの引き渡しを受けただけでは足りず、権利者から使用許諾（ライセンス）を受けなければソフトの内容を利用できない点に特徴がある。

この点、基本方針におけるファイナンス・リースの定義によれば、リース提供者が目的物の「所有権」を取得し、利用者に引き渡すとしており、リース対象として単純な有体物を想定している。かかる定義が、無体物にも適用（類推適用）されるのか不明であるが、上記定義が無体物にも適用されたとした場合には、ソフトウェアの使用許諾の方式として、一旦サプライヤ（ソフトウェアベンダー）からリース会社に対して、対象ソフトウェアの再使用許諾を行う権利を付与し、その後リース会社からユーザーに対して使用許諾を行うというスキームをとらなければ、民法上、ファイナンス・リースに該当しないと解されるおそれがある。しかし、現在の実務では、サプライヤがリース会社を介さず、直接エンドユーザーに対して使用許諾を行っているケースも決して少なくない。

ファイナンス・リースを基本法である民法において定義する以上、当該定義は実務において利用されている種々のファイナンス・リースを、統一的に包含するものであることを要するが、基本方針が提示する定義では、とりわけ無体物を対象とするファイナンス・リースにつき、実務との乖離があるため、当該定義がこのまま導入されることになれば、ファイナンス・リースの概念について、大きな混乱をもたらすおそれがある。

役務提供契約のどの類型に該当するか判断やそれに伴う法的効果判断の困難性、それに伴うビジネス現場の混乱のリスク

#### (1)内容

コンピュータシステムの導入、開発、カスタマイズ等の役務提供においては、最終的な成果が、開発等の経過状況を経て、段階的に確定されていくケースがしばしば存在する。

このような場合、今回の改正案によれば、【3.2.8.02】（役務提供者の基本的義務の内容）における「結果債務」と分類されるのか「手段債務」と分類されるのかの事前判断が難しく、ビジネス現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせるリスクがある。

また、上記の場合、どのような場合に【3.2.8.05】（有償役務提供における報酬支払方式）における「成果完成型」の合意があったと認定され、どの部分に対する報酬を請求できないとされるかが不明であり、ビジネス現場に無用の混乱を生じさせるリスクがある。

逆に、【3.2.8.05】における「履行割合型」に分類されたとしても、このような案件においては、作業時間等で機械的に履行割合を算定できるものではなく、また、履行割合に応じた対価額を請求する慣行もあまりないため、通常のビジネスの過程において、どのような対価設定基準で報酬を算定し、請求をしてよいか不明であり、売上の計上をどのように行えばいいのかも不明であり、ビジネス現場に無用の混乱を生じさせるリスクがある。

したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、実務上上記のような混乱が生じないよう、より具体的な規定とすべきである。

#### (2)関連規定

【3.2.8.02】( 役務提供者の基本的義務の内容 )

【3.2.8.05】( 有償役務提供における報酬支払方式 )

### (3)背景

システム開発等の現場においては、改正法が予定するような明確なケースに属さないと思われるケースがあり、その場合、今回の改正により、従前の法規制とどのような違いが生じ、どのように対応すればよいのか、といった点で、ビジネス現場は強い警戒感を持っている。上記の他、システム開発に伴うコンサルティング業務(企画や業務要件の定義、パッケージ適合を検討するFit & Gap等)についても、請負に近い「成果完成型」=「その役務提供によって成果を完成した後で報酬請求」なのか、従来の準委任に近い「履行割合型」=「その役務を提供した後で報酬請求」なのか、議論が分かれる可能性がある。

システム開発等の現場においては、現行法の下においても、「請負契約」と「準委任契約」との違いに応じた運用の徹底ができていないのが現状である。そのような状況において、改正法によりさらに上位概念として「成果完成型」、「履行割合型」といった分類が誕生することにより、現場に更なる混乱が生じるリスクがある。

## 役務提供契約におけるソフトウェア保守サービス等の位置づけ

### (1)内容

ソフトウェア保守サービスに関する報酬支払方式等については、実務上、様々な態様が取られているにもかかわらず、これに関する改正法の諸規定の文言は、極めて固定的な対応が要求されているような印象を受ける。従って、改正法においてこのような踏み込んだ条項を置くのであれば、これらの点につき当事者の合意により自由に決定できる旨を明確に定めない限り、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせ、ビジネスモデルにも大きな影響を及ぼしかねない可能性がある。

したがって、このような規定は設けるべきではない。仮に設けるとしても、実務上上記のような混乱が生じないよう、より具体的な規定とすべきである。

### (2)関連規定

【3.2.8.02】( 役務提供者の基本的義務の内容 )

【3.2.8.05】( 有償役務提供における報酬支払方式 )

【3.2.8.07】( 報酬の支払時期 )

【3.2.8.11】( 役務提供者の任意解除権 )

### (3)背景

ソフトウェアの販売契約等においては、それに付随してソフトウェアの保守サービス(操作指導サービス等のその他の付随的サービスを含む。以下同様)を提供する旨の契約が含まれる場合がしばしばある。

このような場合、保守サービスの対価は、ソフトウェアの購入時の対価に含まれるか、若しくは、無償でのサポートサービスとして実施されるか、又は、そのいずれとも明確に意識されずに契約が締結され、サービスが提供されている。

上記事例のうち、まず、いずれとも明確に意識されずに契約が締結されているケースにおいて

は、本改正により、今後、明確な分類の必要性があるか、必要性があるとして、どのように分類すべきか（それぞれの対価額を算出し、規定し直す必要があるか、保守サービス部分を単純に無償として処理してしまうか）等、様々な疑問が生じ、ビジネスの現場に無用の混乱を生じさせる可能性がある。

次に、上記事例のうち、購入時の対価に含まれているケースにおいては、前払に該当すると思われるため、【3.2.8.06】（役務提供と具体的報酬請求権との関係）や【3.2.8.07】（報酬の支払時期）の規定により、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）が不明であるため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

次に、上記事例のうち、無償で実施されているケースにおいては、無償の役務提供者に関し、【3.2.8.02】（役務提供者の基本的義務の内容） 2、但書において、「役務提供が報酬を受けないでなされる場合には、事業者がその事業の範囲内で役務の提供を行う場合を除き、無償であることを考慮して、役務提供者は相当程度に軽減された注意〔自己のためにするのと同じの注意〕をもって、役務の提供を行う義務を負う」と規定され、【3.2.8.11】（役務提供者の任意解除権） 2、において、「役務受領者に不利な時期に解除がなされ、かつ、その解除が当事者の信義に反すると認められるときは、役務提供者は、契約の解除によって役務受領者が被った損害を賠償しなければならない」として、無償提供者に対する法的義務が明文で定められている。

この点、「無償であることを考慮して、役務提供者は相当程度に軽減された注意〔自己のためにするのと同じの注意〕」との注意義務とは、具体的にはどのような程度の役務作業を提供すればこれを果たしたことになるのかや、「不利な時期」、「信義に反すると認められるとき」等の意味も現時点では不明確であり、これらのリスクを無償サービスに対して負担するのは割に合わないため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

さらに、上記の例に加え、保守サービスに関しては、実際に提供した保守サービスの量等に拘わらず、年間サービスや各月サービス等、期間ごとの定額で、事前もしくは事後に報酬を請求するケースが存在する。このような場合、【3.2.8.05】（有償役務提供における報酬支払方式） 2 の「役務に応じた報酬を請求することができる」との規定や【3.2.8.06】（役務提供と具体的報酬請求権との関係） 2 の「提供した役務の割合に応じた報酬を請求することができる」、【3.2.8.07】（報酬の支払時期） 1 の「役務の提供をしなければ、それに対する報酬を請求することができない。」といった規定との関係で、どのようなリスクが生じるのか（無効となったり、返還請求が多発したりするのか）が不明確であるため、ビジネスの現場に無用の混乱や萎縮効果を生じさせる可能性がある。

## 役務提供の受給者側の協力義務の明文化

### (1)内容

システム開発契約においては、システムのユーザーが協力しない（例えば、仕様の確定に協力しない、最終テストを行わない、検収合格を出さない、最終商品を受領しない等）ことにより、システム開発が完了しないことが多く存在する。その場合にどのようなルールで処理するのか

は、法律上も裁判例も明確ではない。

従って、「成果完成型」と「履行割合型」のそれぞれにおいて、「役務受給者側の協力義務」を明文化すべきである。

## (2)関連規定

### 【3.2.8.03】(役務提供契約の総則性)

## (3)背景

特にシステム開発における第三者委託の場合に、「ユーザーの協力」がないことにより、委託先(外注先)とのトラブルが発生するケースが多い。

## 有償役務提供者の任意解除権

## (1)内容

有償役務提供者における任意解除権については、甲案か乙案かにかかわらず、規定自体を設けるべきではない。仮に設けるとしても、甲案は実務的観点から現実的ではないと考える。そして、乙案を検討するとしても、「やむを得ない事由がある場合」の要件を明確化すべきである。具体的には、「やむをえない事由」について、例えば事業の採算性に関する事由や、事前通知がなされたかどうか、及びユーザー側の適切な協力の有無等も含まれるべきと考える。

## (2)関連規定

### 【3.2.8.11】(役務提供者の任意解除権)

## (3)背景

クラウド等でサービスを提供する場合を念頭におくと、多数の役務受領者に提供することを想定したクラウド・SaaSサービス等のように、一旦開始してみなければ利用者(役務受領者)の数や採算性が必ずしも明らかではない新規事業の場合、不採算の場合においても役務提供者からの任意解除権を一切認めないとすると、事業開始のハードルが高くなってしまう。このように事業開始のハードルをいたずらに上げることは、ベンチャースピリットに水をさす結果になり、新しい産業の変化にブレーキを掛けるのではないかと危惧される。また、新聞や雑誌の定期購読のような物販の場合と、クラウド等で提供される有償情報サービスの場合とを比較すると、前者の場合、提供を停止するには単に廃刊とし、定期購読者に受領済み代金を返金することで足りるのに対して、後者の場合には一切任意解除ができないとすると、無体物の提供サービスの場合に、極めて不利な扱いとなる。また、クラウドサービスの提供においては、システムのバージョンアップにより、現行バージョンでサポート終了とする場合(あるいはバグへの対応等を行わない場合)、任意解除権との関係で問題が生じることが危惧される。

さらに、クラウドサービス等の利用規定における任意解除規定は、サービス提供者側の解除の合理的必要性のみならず、ユーザーに対して一定期間の事前通知(3ヶ月前の通知等)を行う等、整理解雇の要件に匹敵するような、ユーザーに対する可及的な配慮がなされている場合が多い。

また、ユーザー側の協力義務が民法上規定されていないため、ユーザー側の適切な協力がなされていない場合に、クラウドサービス等の提供者側が契約を解除できるのか、必ずしも明確でない。

以上から、有償役務提供者における任意解除権については、個々のビジネスモデルごとに各当事者間でそれぞれ規定されるべきものであるから、甲案か乙案かにかかわらず、民法典自体に画一的な規定を設けるべきではない。仮に設けるとしても、役務提供者からの任意解除権をまったく認めない甲案は実務的観点から現実的ではないと考える。そして、乙案を検討するとしても、「やむを得ない事由がある場合」の要件を明確化すべきであり、例えば、多数の役務受領者に提供することを想定したクラウド・SaaS サービス等において、役務受領者数がごく少数となり、役務提供者にとって事業の採算性が悪化した場合等の事業の採算性に関する事由や、事前通知がなされたかどうか、及びユーザー側の適切な協力の有無等も解除事由に含まれるべきと考える。いずれにせよ、現行法の下で認められている任意解除権の範囲を狭める規定とされるべきではない。

有償保守サービスの付随的サービスとして無償で提供している Web サービス等がある場合、かかる Web サービス自体は無償であっても、そもそも有償保守サービスのユーザー向けの付随的サービスであるから、有償保守サービスとあわせた全体を一括して有償役務提供と判断されるおそれはないか、それによって無償サービスの部分の解除に障害が生じることがないか、危惧される。

#### 注文者と下請負人との法律関係

##### (1)内容

下請負人が注文者に対して直接支払を請求できることを、債権者代位の場合に加えて、特に規定すべきではない。

##### (2)関連規定

【3.2.9.10】(注文者と下請負人との法律関係 直接請求権等)

##### (3)背景

ソフトウェアの開発等の現在の実務において、下請負人が元請負人を差し置いて注文者に対して請求を出すことは通常は考えられず、提案内容は現在の実務に合致しないと考える。仮に下請負人保護のためにこのような規定を設けるとしても、果たして機能するのか、疑問がある。例えば、「履行義務の重なる限度」については、注文者と下請人とが直接の契約関係にはない以上、特定は容易ではないのではないかと。また仮に、すべての元請人との契約について、予め支払請求を注文者に出しておく下請負人がいるような場合には、注文者の側に過大な負担となるのではないかと。

#### 寄託

##### (1)内容

寄託の定義における「物」が有体物のみを想定しており、無体物である電子データを含まないことを明確にすべきである。

##### (2)関連規定

【3.2.11.01】(寄託の定義)

##### (3)背景

寄託の定義における「物」は、有体物を想定しており、無体物である電子データは含まれないと考えてよいか。そうであれば、寄託に関する規定は、電子データを預かるクラウドサービスの場合には適用されないことになる。

#### 任意規定と強行規定の関係

##### (1)内容

今回の債権法改正案における各規定が強行規定なのか任意規定なのかを明確にすべきである。

##### (2)関連規定

###### 一般

##### (3)背景

現行法において、債権法の規定は、概ね任意規定として契約当事者間の合意により修正が可能とされているが、中には例えば貸借契約における借入人の保護等、判例の蓄積等により強行法規的な解釈がなされ、当事者間の合意による修正が認められていない規定も存在する。

現行法においては、判例の蓄積等により任意規定か強行規定かにつきある程度の予測可能性はあるが、今回の債権法改正案中、当事者間の契約関係を細かく規定したさまざまな新规定については、これらが任意規定なのか強行規定なのか判断に迷う。

したがって、これらの規定が強行規定なのか任意規定なのかにつき、今後の判例の蓄積を待たねばならないとすると、予測可能性に欠け、取引の安定性が損なわれる可能性がある。例えば任意規定だと判断し契約書において修正したところ、裁判では当該修正が無効とされる例が多発する等、実務上の混乱が危惧される。

以上



#### 環境の提供を継続する

SaaS は、24 時間、365 日、サービスを提供し続けることが多くのサービスの前提となっているが、サービスの品質を保持するためには、定期的、緊急的メンテナンスが不可欠である。特に、天災地変、ネットワーク環境、予測不可能なウィルスに対応する為等の緊急的メンテナンスについては、ユーザーの事前の承諾なしに一時的にサービスを停止してメンテナンスを実施し、ユーザーに対しては可及的速やかに報告する対応となる。これを、都度、全ユーザーの同意を得た上で実施するとなると、逆にサービス品質の低下につながることになり、ユーザーは本当にこういった場合までも同意を求めるか、甚だ疑問である。

また、SaaS サービスにおいては、ユーザーの同意を得ずに、UI の改善、新機能の追加、使用率の低い機能の削除等を実施し、機能性の向上に努めている。勿論、当該追加変更が「改善」にあたるかどうかは各ユーザーによると思われるが、全ユーザーに同意を得てこれを実施、管理していくのは多大なコストがかかり、強いてはサービス料金の変更につながるものが懸念される。多くのユーザーにとって、その変更が受け入れられないものであれば、最終的には契約は解除され、サービスの継続率は下がることとなるので、サービス提供者は無責任な機能性の向上は実施できず、自然と抑制されることとなる。よって、サービス提供者側による任意の変更についても、一定程度は認めるべきであると考えられる。

なお、SaaS、クラウドサービスについて、そもそもこれらが改正案でいう「役務」にあたるかについて疑問が残るが、仮に「役務」にあたるとしても、提供者側の任意解除を一切認めないとすると、事業開始のハードルがきわめて高くなる。有償サービスについては、一般的にサービス廃止前に告知し、一定期間経過後に廃止するという措置をとられる場合が多いので、このような一定程度の措置を実施すれば任意解除可能となっていれば、ユーザーの損失も最小限に抑制しつつ、サービスの開始も容易となり、他国と比較しても競争優位性を失う懸念も少なくなるとと思われる。

以上、SaaS（クラウドサービス）において特に問題となり得る点を記載したが、これが全てではないことを補足する。

以上

(別添)

	物販	ソフトウェアライセンス販売	Saas 提供
物の性質	有体物	無体物	無体物 + サービス
取引契約 (典型的な物)	売買契約	売買契約 使用許諾契約	利用契約 Service Level Agreement
契約の効果	物の移転 所有権の移転	プログラムの複製物の移転 使用の許諾	(物の移転はなし) 使用の許諾 使用環境の提供、維持サービスの提供
移転方法	輸送等	記録媒体に記録されて輸送等 ダウンロード	移転しない
契約の同意方法	売買契約(省略)	売買契約(省略) 使用許諾契約 1. 書面上での記名押印 2. シュリンクラップ 3. クリックオン 購入前、ダウンロード前 ダウンロード後インストール前	利用契約、Service Level Agreement 1. 書面上での記名押印 2. クリックオン 使用前
		プログラム(複製物)およびプログラム上に記録される情報とともに、使用者の管理下	使用するアプリケーション、およびアプリケーション上に記録される情報とともに、提供者の管理下