

## ソフトウェアの欠陥と主張・立証

原 竹 裕

はじめに

産業構造変革の流れの中で、取引客体たる財貨も変貌を遂げつつある。とくに、有体物たる商品に加え、ソフトウェアに代表される情報財の流通が増大しつつある。これらのソフトウェアは大きく分けて二つの形態に分かれる。第一は、特定のユーザを念頭に置いて個別的に受注・開発されたオーダー・メイドのソフトウェアであり、これらは発注者に特有な業務をこなすためのものである。第二に、不特定のユーザを対象として開発されたパッケージ・ソフトウェアも、広範囲で流通している。ところが、開発されたソフトウェアが、正常に動作しなかったり、あるいは、十分な機能を発揮しないために、当事者

間に紛争が生起することがある。このようなソフトウェアの設計・開発上の機能的欠陥に基づく紛争が、近時に至り、わが国において裁判例においても散見されるようになった。

本稿は、個別的な受注に基づくオーダー・メイドのソフトウェア及びパッケージ・ソフトウェアの双方を視野に収めつつ、その欠陥をめぐる訴訟における攻防過程の構造を検討することを目的とするものである。<sup>(1)</sup>

一 ソフトウェアをめぐる基本的法律関係

ソフトウェアはその開発形態に関わらず、いずれも人間の知的創造活動によって産み出されたものである点では共通している。しかし、開発・利用をめぐる法律関係は、受注により開発されるか、それとも不特定多数のユ

ーザを念頭に置いて自主的に開発されるかによって、その構成を異にしている。

1 完成前の法律関係—ソフトウェア開発委託契約

オーダー・メイドのソフトウェアに関しては、通常、ソフトウェア開発委託契約が締結される。この開発委託契約は、とくに、その後の当事者間の権利義務関係を確定する上での基礎となるものである。この契約の法的性質はいかに解すべきであろうか（法的性質決定の問題）。この場合、民法所定の典型契約とは別の独自の非典型契約であると解する方法も考えられなくはないが、すでに各典型契約について発展した判例法理・学説などのルールを継承・活用しうる点で、まずは、典型契約のうちのいずれに基本的に該当するかを検討し、契約の特性に応じた修正を施すのが賢明であろう。<sup>(2)</sup> 従来<sup>(2)</sup>の議論においても、既存の契約類型中で適合するものをまず探索しようとする傾向にある。

まず、開発委託契約が、民法の典型契約の分類（財貨移転・利用権設定・労務提供など）のうちで、労務提供型の契約に属することは明らかであろう。この類型に属する典型契約としては、雇傭・請負・委任（準委任）・

寄託がある。このうち、寄託契約は物の保管という役務を対象とし、純然たる委任も法律行為を対象とするので、候補からは外される。このため、目下の議論は、主として請負か、それとも準委任かという形でなされている（派遣労働等との関係では雇傭も問題となりうる）。この議論の実益は、報酬請求権が、仕事の完成を条件とするかどうか、いいかえれば、完成に至らなかった場合のリスク（Erfolgsrisiko）をいずれの当事者が負担するかという点に現れる。

この点、従来は、設計段階・開発工程を問わず、これを請負契約とみる見解が有力であり、実際にも、これを請負契約として性質決定した下級審の裁判例がある。<sup>(3)</sup> わが国と基本的に近似した契約法体系を有するドイツにおいても、情報処理システム開発契約（EDV-Entwicklungsvertrag）について、これを請負契約（Werkvertrag）とする見解が主流となっている。<sup>(4)</sup>

思うに、開発及びその前後のプロセスのうち、狭義のプログラミング（コーディング）段階が、請負契約に相当することについては争いが無い。このようなコーディングの段階は、すでに設計が固まった後になされ、工程

の予測も立ちやすいからである。<sup>(5)</sup>

しかし、これに対して、システムの仕様を定める段階については、請負契約とみるのが妥当であるかは疑問である。一般に、システムの構成などを定める際には、設計担当者の構想力の果たす役割が大きく、高度な専門的判断が要求される。この意味で、このような企画構想段階については、請負とみるべきではなく、むしろ、準委任契約とみるのが妥当ではないかと主張される。<sup>(6)</sup> 準委任契約は、民法上の本来の委任契約とは異なり、法律行為ではなく事実行為を内容とするが、この契約類型に該当すると解するのが適切であるとされているのは、例えば、医療契約などの専門家契約である。<sup>(7)</sup> ここでは、仕事の完成という請負契約上の概念ではなく、むしろ、専門的判断に際しての善管注意義務を通じて任務のクオリティが確保されるべきこととなり、これに対する違反(過失)によって生じた責任の追及については、いわゆる専門家責任 (professional liability) 一般の枠組みが妥当することになる。<sup>(8)</sup> コーディング段階とは異なり、設計段階においては、約定役務の不定型性・専門性が顕著であることからすると、おそらく、この段階については準委

任契約と解するのが妥当であると解される。

従って、システム完成前の法律関係としては、①企画・設計段階における準委任契約と、②コーディング段階における請負契約という複数の契約が締結されていることになる。<sup>(9)</sup>

これに対し、開発側のイニシアティブによって、不特定の利用者向けに開発され、有体物としての商品に類似した形で流通するパッケージ・ソフトウェアにおいては、ユーザは開発委託者の地位には立たない。ユーザが有する契約関係は、販売店(売主)との間における有体物(パッケージ・媒体)の売買契約、及びメーカーとの間における使用許諾契約(ライセンス契約)のみである。この点は、この種ソフトウェアのユーザサイドからの契約責任の追及に影響することになる。

2 完成したソフトウェアの帰属―著作権が使用許諾か次に問題となるのは、完成したソフトウェアの帰属である。この点、まずオーダー・メイドのソフトウェアについては開発の段階で著作権が開発側に帰属するが、特段の合意によって著作権のうちの財産権的側面(著作権財産権)がユーザ側に移転されるのが通常であろう。<sup>(10)</sup> しか

し、著作人格権は開発側に残存することになるため、必要に応じ著作人格権不行使の特約をなすことになる。これとは別に、コストの低減のため、著作権は開発者に残存させ、ユーザ側が使用許諾を受けて使用する場合もありえよう。次に、パッケージ・ソフトウェアの場合、記憶媒体としてのディスク等が授受されていたとしても、有体物の売買のような所有権移転のパラダイムではとらえきれない面を含むことに注意する必要がある。<sup>(11)</sup>この類型の場合、販売店等との関係を別にすれば、ソフトウェアの開発側に存在する契約関係としてはこの使用許諾契約のみを挙げうるにすぎない。<sup>(12)</sup>

## 二 ソフトウェアの欠陥責任と法的構成

### 1 概観

情報システムの欠陥が生じた場合に、ユーザ側が援用しうる法的構成としてはどのような形態が考えられるであろうか。

この点、オーダー・メイドのソフトウェアの場合には、ユーザは同時に開発委託契約における委託者（注文者・準委任者）の立場にあり、契約上、仕事の完成を求める

請求権を有している。よって、ソフトウェア開発者に対する責任追及は、請負契約における成果物の欠陥（瑕疵）あるいは準委任契約上の善管義務違反に関する処理を参考にしつつ決せられることになる。

これに対し、開発側のイニシアティブによって開発され供給されるパッケージ・ソフトの場合には、ユーザは、開発委託契約上の債務不履行責任を追及することはできない。ユーザとメーカーの間に存在するのは使用許諾契約だけである。近時における使用許諾契約の利用頻度は増大しているが、いまだ生成途上の契約類型であるため、その法的性質や特約条項の効力に関しても見解が帰一していない。同契約においては、通常、すでに開発が完了したソフトウェアを現状有姿のまま<sup>(13)</sup>使用することを許諾する内容となっているが、同時にそこではユーザの契約締結目的に資する水準の完成度を有することが明示あるいは暗黙のうちに前提とされているものと考えられる（明示・黙示の品質保証）。従って、少なくとも、ユーザとしては、契約目的を達成できない場合にはこれを解除し、代金の返還を求めることが可能である。しかし、それ以上の損害賠償責任を使用許諾関係

に基づいて追及しうるかどうかは、同契約がどの程度の品質保証を含んでいるかに依存しており、不法行為の一般規定によるほかはない場合も考えられる。<sup>(13)</sup>

## 2 欠陥概念の基本的な位置づけ—製造物責任との関係

オーダー・メイドのソフトウェアの場合には、開発委託契約に依拠した完全履行請求としての瑕疵修補 (Defect) 請求ないしは損害賠償請求がなされることが多いであろう。この場合には、給付内容と実際の給付とのずれを示すために欠陥が主張・立証されることになる。ここでは、後述するパッケージ・ソフトウェアにおける欠陥概念が参酌されるべきであろう。

パッケージ・ソフトウェアの場合には、紛争当事者の間には使用許諾関係しか存しないため、開発委託の場合とは異なり、契約上の債務不履行責任を追及するに際しては、品質保証の範囲との関係で問題があることはすでに述べた。品質保証のカヴァーする範囲の如何によっては、不法行為の構成によらざるをえない場合もあろう。ここで注目されるのは、有体物に関する製造物責任の場合との利害状況の類似性である。すなわち、製造物責任が発達した背景には、次のような事情が存していた。す

なわち、①広範囲に流通する製造物についてその最終購入者が製造者の責任を追及しようとした場合に、直接の契約関係がないために不法行為責任によるほかはなく、しかも、②製品の内部構造がますます複雑化する中で、その製造上の過失を立証することは極めて困難であるとの事情である。そのために、製造物責任法は、過失に代えて欠陥の存在を立証すれば足りるとしたのである(過失責任から欠陥責任への移行)。同様の事情が、現在その流通が増大しつつあるパッケージ・ソフトウェアの場合にもあてはまる。そこで、ソフトウェアと製造物責任の関係について検討する必要がある。

この点、現行製造物責任法はその定義規定において、製造物につき「製造又は加工された動産」をいうものとしており(同法二条一項)、純然たる無体財産はその適用の対象から外されている。<sup>(14)</sup>しかし、近時の学説上は、少なくともソフトウェアがROMチップなどの部品の形で製品に組み込まれた場合には、動産たる製造物の一部をなすものとして同法が適用される余地があると主張されている。<sup>(15)</sup>

現時点では、無体財産に製造物責任法を直接適用する

ことは困難であるが、将来的にはユーザ保護のための立法によってカバーされる可能性があることを考えると、現行法上、他の法理（債務不履行・不法行為責任）によって救済を求める場合にも、有体物に関する製造物責任法上発展した「欠陥」概念を視野に収めつつ、合理的な欠陥概念を定立した上で、これを媒介とした過失の事実上の推定の活用によって、救済を図っていくことが必要であろう。このことは、情報自体がその財貨性を取引界で認められ、民事法制においてもその保護の客体としての適格が承認されつつある現状にも合致するであろう。<sup>(16)</sup>

### 3 欠陥概念の多義性

そこで、従来、有体物の製造物について論じられてきた欠陥概念をまず考察することにする。まず気づくのは、欠陥概念がすぐれて評価的・規範的概念であるということである。従来提唱された欠陥概念については次のような分類が可能とされている。<sup>(17)</sup>

①標準逸脱基準 まず一定の客観的品質標準を満たしていないことをもって欠陥とする関係がある。ただし、この基準に依拠するためには、当該製品がカテゴリーとして確立し、その標準的な仕様が存していることが必要で

ある。従って、常に技術が変動するとともに、注文に依じて無限のヴァリエーションが可能なソフトウェアにはうまく適合しない面がある。

②消費者（ユーザ）期待基準 これに対し、必ずしも客観的に存在する規範によるのではなく、取引におけるユーザの期待を基準として欠陥の存否を定める見解がある。カテゴリーの確立の有無にかかわらず適用可能な点で汎用性を備えたものといえよう。しかし、かかる期待をいかに定めるかという問題が次のステップとして考察されなければならない。

③危険効用基準 さらに、欠陥の有無を危険と効用との相関関係によって定めようとする見解もある。たとえ危険があっても効用が大であれば欠陥とは解さないとしようものである。これはとくに副作用のおそれを伴う医薬品等を念頭に置いたものであるが、全ての製品に一般化して適用しうるかについて疑問が残る。また、かかる基準が提唱された背景には、とくに客観的経済的効用が大きな製造物について、それが一定の危険を伴うものであっても市場に流通させる余地を認めようとの意図があるが、これは、他の法理（開発危険の抗弁・技術水準の抗弁）

によっても同様の目的を達しうるものであり、より汎用性に富んだ基準を捨ててまで、危険効用基準に依拠するまでの必然性はないであろう。

④規範的欠陥概念 製造物責任法は、「欠陥」の定義につき、二条二項において「当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていること」と定めている。このような規定は、前出した欠陥概念のうちで、ユーザ期待基準を基調としつつ、その他の事情をも考慮要素に取り入れることを許容したものとみることができ。

さらに、このような欠陥概念がきわめて規範的なものであることは前述したとおりである。まず、単なる物理的性状だけではなく、ユーザ側の事実上の期待にも着目しなければならぬ。さらに、そのような事実上の期待を果たして法的に正当なものとみることができのかを、製造物それ自体さらには製造物が流通するにあたっての背景をなす社会・経済環境をも踏まえた総合的な考慮によって判断しなければならぬ。<sup>18)</sup> ソフトウェアの欠陥に

ついても、基本的にこのようなユーザ期待を踏まえた規範的概念として捉えた上で、このような欠陥が認められれば、ここから過失の事実上の推定を働かせるという処理が望ましいと考えられる。

### 三 訴訟法上の問題

#### 1 主張段階

(1) 請求原因—外形的特定の法理  
供給されるソフトウェアの構造は、ユーザ側の眼から見て、いわばブラックボックス化された状態にあり、ここに情報の非対称性の問題が存在している。このことは、訴訟手続において、証拠の偏在現象という形で現れる。しかし、それ以前に、一体どのような事実主張を証明主題として設定するかという、主張レベルでの問題が生ずる。ここでは、情報を取得しえないユーザがいかにして欠陥の特定を行うべきかが問題となる。

①債務不履行構成 債務不履行構成による場合、原告としては、契約において合意されていた給付の内容、すなわちいかなる品質のシステムが開発等の対象となっていたのかについて、主張及び立証を行なわなければならない

い。この場合の問題点は、原告において、被告において講ずべきであった具体的な対策をも特定しなければならぬいかどうかである。これは、いわゆる医療過誤訴訟など、専門家責任一般に共通する問題である。もし、どのような対策を講ずべきであったかの特定を非専門家たる原告に要求するとすれば、これは原告に不可能ないし著しい困難を強いることになる。従って、訴訟手続上の公平の観点からみて、原告としては、給付の内部的側面（技術的細目など）についてまで主張・立証する必要はなく、単に、給付の外部的側面（どのように機能・動作すべきであったか）のみを主張・立証すれば足りると解される。このように解することは、システムの開発過程において、ブラックボックス的なモジュールの多用される現状にも即すると考えられる。これに対して、通常の抗弁すなわち完全な履行（弁済の提供）を行なった旨を被告が主張・立証しうることはない。

② 不法行為的構成 主としてパッケージ・ソフトウェアの場合に問題となるが、オーダー・メイドのソフトウェアの場合にも、その便益を受けるべき第三者が損害を被った場合には、不法行為構成が用いられることになる。

あろう。また、契約当事者以外の者が開発に携わり、事実上の開発者に対して責任追及を行なう場合にも、おそらく不法行為構成が用いられることになるであらう。この場合には、原告としては、(a) 故意・過失（帰責事由）、(b) 権利侵害（違法性）、(c) 損害の発生と額、及び(d) 行為と損害との因果関係を主張立証しなければならぬ。多くの事例においては故意ではなく過失責任の追及がなされることにならう。

ここで問題となるのが、過失の主張立証である。過失の認定においては損害の予見可能性（主観面）のほか、ありうべき損害に備えてとるべき事前の結果回避（安全管理）措置の懈怠（客観面）も具体的に主張立証されなければならぬのかどうか問題となる。かつての伝統的な理解（旧過失論）においては主観面だけの主張立証で足りるとされることになるので、責任追及に際しての主張立証はもっぱら予見の可否だけで決まることになる。しかし、その後、責任範囲の限定を旨として現れた新過失論によれば、さらに結果回避（安全管理）措置の懈怠をも主張立証しなければならぬことになる。その次に、結果回避措置の内容をどの程度特定すべきかが問われる

ことになるが、これはちょうど、債務不履行構成に際しての給付内容の特定と重なり合うことになる。ただし、両者においては、ともに、具体的にどのような設計・開発を行なうべきであったかがその内実をなすことになるからである。ここでも、過失の内部的側面(技術的細目など)についてまで主張・立証する必要はなく、単に、過失の外部的側面のみを主張立証すれば足りると解される。

③外形的特定の法理 上に述べたような、給付内容・過失の外部的側面の主張はいかにして行うべきことになるであろうか。オーダー・メイドのソフトウェアの場合には、前述のユーザ期待基準が比較的うまく適合する。すなわち、このようなソフトウェアの欠陥については、第一次的には、設計段階で把握されたユーザ側の要求定義と実際の達成度との差異をもって特定すればよいと解される。すなわち、かかる要求定義によって、ユーザ側(委託者側)の期待が基礎づけられることになるのである。このような場合、要求定義がどれほど内部構造に踏み込んだものになるかは、ユーザ側の専門知識の量に依存することになる。専門知識を有しないユーザとの間で

システムの要求定義を煮詰める場合には、開発上の専門用語によらず、日常用語でこれを行うことも多いと思われる。内部構造を知り得ないユーザにとっては、そのソフトウェアが果たすであろう機能・動作面に着目して開発を委託するのであり、かかるユーザには、欠陥につき機能面からの外形的特定を許容するのが望ましい。<sup>(19)</sup> 内部構造の正常性や技術水準に基づく反論は、これを熟知した開発者側において第二次的に抗弁(評価障害事実)として主張することになる。<sup>(20)</sup>

これに対して、パッケージ・ソフトウェアの場合には、ユーザ期待基準がうまく適合しない面がある。このような類型のソフトウェアの場合には、多様なユーザの要求を最大公約数的に満たすことを念頭に開発がなされており、個別ユーザの抱いた期待の正当性をどう評価するかという問題が生ずるのである。このようなユーザ期待の吟味をなすに際しては、当該ソフトウェアのカテゴリが当該領域において確立しているかどうかをも考慮する必要がある。カテゴリーの定着しつつあるソフトウェアあるいは果たすべき機能の明確なソフトウェア(代替されるべき手作業などが明確なソフトウェア)について

は、あるべき機能達成度を定めることは相対的に容易である。これに対し、登場間もないカテゴリーのソフトウェアについては、医薬品の場合と同様、開発危険・技術水準の問題が顕在化することになる。

(2) 抗弁

① 技術水準・開発危険の抗弁の意義 技術水準 (state of the art) の抗弁は、米国の製造物責任訴訟において発達した概念である。この抗弁は、開発間もない先駆的製品についての市場流通の促進の要請との調和を図るためのものであり、わが国の製造物責任法において導入された開発危険の抗弁 (同法四条二号) と重なり合う面をもつ<sup>(21)</sup>。

現行製造物責任法においては、開発危険の主張が独立した抗弁として位置づけられているが、ソフトウェアの欠陥の存否の判断においても、技術水準の実情は、法的評価に対する消極的基礎事実 (評価障害事実) として援用可能であろう。すなわち、欠陥概念は、純然たる事実概念ではなく、その存否の判断に際しては、ユーザの抱いた期待に対する正当性判断が必要である。そのため、事実認定よりも法的評価としての色彩が強い。そのため、

欠陥を肯定する方向に働く判断過程に対し、否定的な方向への誘導を行うための事実主張を行う必要がある。開発当時の技術水準の実情は、このような評価障害事実の主張として位置づけることができる<sup>(22)</sup>。

② 責任制限条項との関係 ソフトウェアの開発委託・使用許諾契約においては、しばしば、当該ソフトウェアの運用から生じた損害に対する賠償額を一定の範囲に制限する特約条項が置かれている。ソフトウェアの欠陥に基づく法的紛争においてこのような特約条項がいかなる意味を有することになるのだろうか。この点、債務不履行構成においては、このような条項が対価設定に際しての考慮ファクターに組み入れられていたと解される限り、特約条項の存在を考慮に入れる余地がある。また、不法行為構成においても、被害者の同意の法理との関係で、責任の範囲設定に際しての効果を承認しうるとの立論も生じよう。しかし、典型的に文言を挿入するだけで、そのような責任追及の免罪符となしうるかどうかには疑問もある。現に、契約中の責任制限規定が過失責任について機能することを認めつつ、故意または重過失の場合にまで働くものではない旨が指摘されている<sup>(23)</sup>。もっとも、

約定の対価などを考慮して、開発側が負担しうるリスクの許容限度を画することは考えられてよいであろう。

## 2. 立証段階の問題

### (1) 立証命題(証明主題)

欠陥の認定によって過失の事実上の推定が働くと解されるとしても、さらに、欠陥の認定の問題が残る。ここでは、欠陥評価を基礎づける事実群が具体的な立証命題となる。その中には、事実上の期待(要求定義)、製品の実際の態様・機能、製品の背景事情などが含まれる。

このような間接事実を通じた法的評価への働きかけが中心を占めることになる。前述したように、この場合には、当事者間における情報の偏在現象が顕著となるため、立証命題においても外形的特定の法理の趣旨を推し及ぼすことが望ましい。その際の理論的根拠としては、ドイツにおける表見証明の理論(事象経過の典型性判断に基づく外形的立証の許容)を援用することができよう。<sup>(24)</sup>ただし、当該ソフトウェアが、本来予定されていない用途に転用された場合や、ユーザ側のカスタマイズや改変によって損害が生じた場合については、このような定型性が破られると解すべきであろう。

### (2) 立法事実としての技術水準

ソフトウェア開発者の属する業界における技術水準も、欠陥の有無に関する法的評価の参考に供される社会的事実として位置づけられる。このような技術水準の認定に關しては、すでにアメリカの製造物責任訴訟において、訴訟上の取扱いに関して検討がなされてきた。その中で、このような技術水準が、個別の事案における事実認定を越えた社会的意義を有する立法的・政策的判断の基礎事実、すなわち立法事実(legislative fact)ないし法創造事実(law-making fact; Rechtsfortbildungstatsache)であることが認識されるに至っている。<sup>(25)</sup>

### (3) 技術水準の認定方法

技術水準をいかに認定すべきかは、この種の訴訟における大きな問題である。ソフトウェアに限らず、開発技術が日進月歩の動態的發展をみせる中で、開発時点においていかなる技術的規範の遵守が必要であったかを判断するに際しては、高度に専門的な情報を必要とすることになるからである。このような技術水準の認定のためには、将来的には、専門裁判所の整備が必要となる可能性がある。目下のところは、特許権侵害訴訟等の工業所有

権に関する事件に関して、東京及び大阪の地方裁判所において専門の合議体（専門部）が設けられている（名古屋・京都・神戸の各地方裁判所には集中部が設けられている）。そして、新民訴訟法においては、付加的管轄の技法により、一定限度の管轄集中が実現されたことが注目される（同法六条<sup>(26)</sup>）。当面、ソフトウェア欠陥紛争はこのような特則の対象とはなっていないが、審判体自体の専門的情報の判断能力を増強することが考えられてよい。さらに、技術発展の速度が高まる今日においては、さらに、外部の第三者からの専門的情報の補給も検討されねばならないであろう。わが国の司法制度の抱える問題点のうちの一つは、専門家の判断裁量の限界事例に関する多数の訴訟が提起される中で、裁判所が、このような専門的情報（専門的経験則や社会的事実）を獲得するルートが整備されていないことである。当面は、現行のルートとして存在する私鑑定・調査嘱託などの諸手段の活用によることとなる<sup>(27)</sup>。その際、専門的情報の歪みの防止のため、専門家の中立性の確保のための方策も併せて検討される必要がある。

おわりに

本稿では、開発委託・使用許諾契約を基礎とするオーダー・メイドのソフトウェアと、不特定ユーザを対象とし、専ら使用許諾関係によって律せられるパッケージ・ソフトウェアの双方を念頭に置いて、その欠陥をめぐる紛争における合理的な双方当事者の主張・立証の枠組みを、主として有体物の製造物責任をめぐる議論に示唆を得つつ検討した。

本稿で明らかとされた問題点の第一は、ソフトウェアの内部構造のブラック・ボックス性に由来する欠陥の主張・立証の困難性であり、ここでは情報の非対称性を補うための欠陥概念の再構成と、主張における外形の特定の法理の採用が不可欠となる。

第二に、この種の紛争が裁判所に持ち込まれる場合に、最大の問題となるのは、開発技術の動態的發展の中の一こまにおける技術水準をいかに認定するかということである。技術水準の認定は、個別の訴訟における責任の範囲を画するものであるとともに、マクロ的にみれば、ソフトウェアの供給者にどれだけのリスク・テイキングを

許すかの範囲設定の問題でもある。この意味で、技術水準の認定は、当該分野における平均的な技術の客観的な認識であるにとどまらず、当該分野におけるシステム開発のサイクルと品質確保の衡量という評価的側面を有している。この意味で、技術水準の認定は高度な政策的評価を伴うものでもある。判断における柔軟性・個別的妥当性との調和の中で、より明確な評価基準の画定に向けて今後も検討が続けられるべきであるとともに、この種の専門的事件における司法府の判断能力の限界を補う工夫が重ねられていくべきであろう。

(1) ソフトウェアの製造物責任に関し、主として実体法の側面から考察した文献として、すでに、浦川道太郎「コンピュータソフトウェアの製造物責任」法とコンピュータ一〇号一四頁以下(一九九二年)、松本恒雄「コンピュータ・ソフトウェアと製造物責任」北川善太郎編『知的財産法制』三一七頁以下(一九九六年)などがある。

(2) これはいわば内国法上の法性決定の問題であるといえよう。非典型契約が問題となる訴訟は、法創造型訴訟に属することが多く、この種の類型の訴訟においては、裁判官の法的観点の開示の必要性が増大する。この点に関しては、拙稿「裁判官の法的観点の指摘と心証の披瀝」ジュリスト

増刊・民事訴訟法の争点(第三版)一八八頁以下(一九九八年)。典型契約該当性判断に関しては、大村敦志『典型契約と性質決定』(一九九七年)参照。

(3) 東京地判平成三年二月二二日判タ七七〇号二一八頁。

(4) Vgl. etwa, BGH v. 25. 3. 1993, Computer und Recht (CR) 1993, 759; OLG Düsseldorf v. 18. 7. 1997, CR 1997, 732. もっとも、企画(Planung)・コンサルティンク(Beratung)などの段階については争いがある。Brandi-Dohn, M., Das Risiko im Entwicklungsvertrag, CR 1998-11, S. 645 ff. (1998).

(5) 吉田正夫『ソフトウェア取引の契約ハンドブック』六一頁(一九八九年)。

(6) 吉田・上掲書三九頁以下。

(7) 専門的業務に関する契約の典型としての医療契約の法的性質についても争いがあったが、現在では準委任契約と解するのが通常である。なお、倉田卓次監修『要件事実の証明責任(債権総論)』一一二頁以下(一九八六年)。

(8) 専門家の責任に関しては、川井健ほか「シンポジウム・専門家の民事責任」私法五七号三頁以下(一九九五一年)など参照。

(9) もちろん、典型的なシステムについては、設計段階も含めて請負契約と解する余地も十分にある。また、当事者が契約の法的性質を請負と特定している場合にもそれを尊重すべきことにならう。Brandi-Dohn, a. a. O. (Anm. 4), S. 649 ff.

- (10) なお、法人著作物とされることも多いであろう。北川善太郎ほか「特集・ソフトウェアと法人著作」『民商法雑誌』一〇七巻四〇五号四八九頁以下(一九九三年)所収の諸論文を参照。
- (11) 米国において現在進行中の統一商法典の改正の試みは、情報取引に関し、財貨移転パラダイムに代えて使用許諾パラダイムに基づく新たな法的枠組みを構築しようとするものである。この点に関しては、川和功子「コンピュータ契約と統一商事法典第二編(一)(二)完」『民商法雑誌』一三巻四〇五号七〇四頁以下、一四巻一〇三頁以下(一九九六年)。
- (12) 使用許諾とは、他人が自己の著作物を利用することを正当化する意思表示をいう。ソフトウェアの使用許諾の法的構造に関しては、山田憲一「コンピュータ・プログラムの瑕疵と使用許諾契約(一)(二)完」『民商法雑誌』一一三巻一〇四六頁以下・二〇二二七頁以下(一九九五年)。
- (13) 黙示の保証につき、川和・前掲(注11)(一)七二二頁以下。
- (14) 小林秀之『製造物責任法』三三二頁(一九九五年)。
- (15) 松本(恒)・前掲(注一)三三四頁以下、山本庸幸『注釈製造物責任法』二九頁(一九九四年)参照。
- (16) Vgl. Rothe, L. Produkthaftung-Rechtliche Grundlagen und ihre Auswirkungen auf die Industrie, CR 1993-5, S. 310 ff. (1993); Taeger, J., Produkt- und Produktenthaftung bei Schaden durch fehlerhafte Computerprogramme, CR 1996-5, S. 257 ff. (1996).
- (17) 欠陥概念の分類に関しては、山本・前掲書(注15)三二頁以下など参照。なお、有体物の場合と同様、欠陥の生じた工程段階によって、設計上の瑕疵・狭義のプログラミング上の瑕疵などに区分することも可能である。
- (18) 「欠陥」概念の規範性に関しては、升田純「製造物責任法と実務(2)」判時一五三三三頁以下、一一頁以下(一九九五年)、橋本英史「製造物責任法における欠陥の要件事実とその立証(上)(下)」判時一五五三七頁以下、一五五四号三頁以下(一九九六年)。
- (19) すでに、有体物の製造物責任との関連で、具体化責任の軽減が説かれている。すなわち、松本博之教授によれば、欠陥の主張責任が損害賠償請求権者の側にあるとしても、これは「欠陥が製造物のどの箇所に存在し、それが製造者のどの領域で、どのような原因により、どのようなメカニズムによって生じたかを、損害賠償請求権者が主張・立証すべきことまでも意味するものではない」とされる。松本博之「製造物責任訴訟における証明責任と証明軽減」判タ八六二号六七頁以下、六八頁(一九九五年)。また、升田・前掲(注18)二〇頁以下も、事故発生に至る詳細なメカニズムまでも詳細に特定するまでの必要はないとする。
- (20) 外形の特定の法理がノウハウ侵害訴訟との関係でも有用であると考えられることに關しては、拙稿「民事訴訟における情報財の保全と審理公開原則」一橋論叢二二〇巻一頁一八頁(一九九八年)。

- (21) ソフトウェアの製造物責任と開発危険の抗弁との関係につき言及するものとして、浦川・前掲(注1)二二頁以下参照。
- (22) なお、かかる評価障害事実は主要事実と解するのがおそらく妥当であろうが、欠陥自体を主要事実とみる立場によれば、間接事実と解されることになる。なお、升田・前掲(注18)論文、橋本・前掲(注18)論文も参照。
- (23) 吉田・前掲書(注5)八八頁・一一七頁。また、山田・前掲(注12)(一)五一頁は、約款コントロールの法の活用を志向する。
- (24) 製造物責任訴訟における欠陥の立証との関連で、ドイツにおける表見証明(Anscheinbeweis)の理論を紹介するものとして、松本(博)・前掲(注19)七二頁以下、升田・前掲(注18)一六頁以下。
- (25) Keeton, Legislative Facts and Similar Things: Deciding Disputed Premise Facts, 73 Minn. L. Rev. 1 (1988)。なお、立法事実・法創造事実に関しては、拙稿「裁判による法創造と事実審理(一)〜(四)」法学研究(一橋大学研究年報)二八〜三一号(一九九六〜一九九八年)。(26) 知的財産関係訴訟における管轄の集中に関しては、小

田敬美「特許権等に関する訴えの管轄」三宅省三ほか編集代表・新民事訴訟法大系(第一巻)八五頁以下(一九九七年)、拙稿「管轄の集中と関連裁判籍」ジュリスト増刊・民事訴訟法の争点(第三版)四四頁以下(一九九八年)など参照。

(27) 拙稿「弁論主義の限界と第三者情報」一橋論叢一一七巻一号七九頁以下(一九九七年)。この種事件における裁判所の技術的情報への依存とその歪みの防止の必要性に関しては、拙稿・前掲(注20)二四頁も参照。なお、裁判外紛争解決制度(Alternative Dispute Resolution=ADR)との適切な使い分けについても検討が進められるべきであろう。

#### 〔追記〕

草稿の段階で、東京工業大学助教授金子宏直氏から貴重なコメントを賜った。厚く御礼申し上げる。なお、本稿では、サード・パーティ製モジュール使用に伴う重層的な法律関係などについては検討の対象外としている。これらの点については、今後さらに掘り下げた検討を要するであろう。

(一橋大学専任講師)