

デジタル社会における消費者法制の比較法研究

リサーチ・ディスカッション・ペーパー

RESEARCH DISCUSSION PAPER

松本 恒雄、川和 功子、芦野 訓和、馬場 圭太、永岩 慧子
米田 俊樹、千葉 朝美

2023年6月

消費者庁新未来創造戦略本部国際消費者政策研究センター

International Consumer Policy Research Center (ICPRC)

Strategic Headquarters for Frontiers of Consumer Policy

Consumer Affairs Agency, Government of Japan

本リサーチ・ディスカッション・ペーパーは、全て研究者個人の責任で執筆されており、消費者庁の見解を示すものではありません。
(問合せ先：088-600-0000)

本リサーチ・ディスカッション・ペーパーは、新未来創造戦略本部国際消費者政策研究センターの研究者等により行われた研究の成果を取りまとめたものです。学界、研究機関等の関係する方々から幅広くコメントを頂き、消費者行政における政策立案の基礎資料として役立てることを意図して発表しております。なお、全て研究者個人の責任で執筆されており、消費者庁の見解を示すものではありません。

デジタル社会における消費者法制の比較法研究

ーデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの供給契約を中心に

リサーチ・ディスカッション・ペーパー

目次

第1. はじめに	1
第2. ドイツにおけるデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化	8
ー民法典における位置づけ、適用範囲、消費者による個人データの提供についてー	
芦野 訓和 客員主任研究官（専修大学教授）	
第3. ドイツにおける取引のデジタル化への対応ー適合性に関する基準を中心にー	21
永岩 慧子 客員主任研究官（愛知学院大学准教授）	
第4. フランスにおけるデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化	34
ー国内法化オルドナンスの概要ー	
馬場 圭太 客員主任研究官（関西大学教授）	
第5. デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令について	44
ー契約適合性についての規定を中心にーイギリス法、アメリカ法の展開も踏まえて	
川和 功子 客員主任研究官（同志社大学教授）	
第6. デジタル社会における無償の消費者契約と消費者保護について	64
松本 恒雄 客員主任研究官（一橋大学名誉教授、弁護士）	

第 1. はじめに

1. 研究の経緯と趣旨

(1) 社会状況の変化

新型コロナウイルスの感染拡大等の影響もあり、消費者取引においてもデジタル化が進んでいる。例えば、経済産業省が公表している「令和 3 年度電子商取引に関する市場調査報告書¹⁾」によれば、物販系分野・サービス系分野・デジタル分野を合計した BtoC EC 市場規模は、2021 年において 206,950 億円となっており、ここ 10 数年でその規模は 3 倍程度に増加している。消費生活相談について見ると、「インターネット通販」が占める割合は、2019 年において 23.0%、2020 年において 29.4%、2021 年において 27.4%となっており、おおむね全相談件数の 3 割～4 割で推移している²⁾。

このように、デジタル化の進展に伴い電子商取引が拡大しており、また、今後は更なる技術の進展が考えられる。このような現状を受けて、第 4 期消費者基本計画³⁾では、「技術革新の進展には、消費者にとって利益の増進につながる側面と、リスク・課題の発生という側面の両方があることを踏まえ、消費者が主役となる社会の構築に向けて両者の適切なバランスを図っていく必要がある。」としており、社会のデジタル化は、消費者取引に新たな課題をもたらしている。

このような社会のデジタル化に関して、民法学者で消費者法学者でもある松本恒雄一橋大学名誉教授は、経済取引における契約の問題を商流、物流、金流の 3 つに分解したうえで、デジタル化の進展により、商流は電子契約の問題に、金流は電子決済の問題に、そして物流においては、デジタル・コンテンツについて、商流と一体化し電子的履行（引渡し）が可能であることから、新たな問題を生じさせていると分析する。さらに、同教授は、デジタル化によって、契約を締結し、履行する過程においてあらわれてくるさまざまな情報の流れ、とりわけ個人データの流れが 4 つ目の情報流として重要性を増しており、ここでも新たな問題を生じさせていると分析する⁴⁾。

そして、この松本恒雄名誉教授の 4 つの分類の中の特に物流における電子的履行という点では、取引の対象となる目的物そのものが、従来の有体物の取引を中心として構成されている取引規範ではとらえることが難しいデジタル化された製品があらわれており、消費者取引に対して根本的で新しい課題を投げかけている。

(2) EU の新たな法制と新未来創造戦略本部国際消費者政策研究センターにおける研究プロジェクト

¹⁾ 経済産業省商務情報政策局情報経済課「令和 3 年度電子商取引に関する市場調査報告書」（2022 年）

²⁾ 消費者庁「令和 4 年版消費者白書」（2022 年）、23 頁

³⁾ 令和 2 年 3 月 31 日閣議決定、令和 3 年 6 月 15 日改定

⁴⁾ 松本恒雄「電子社会の契約法」『新版注釈民法(13)債権(4)（補訂版）』288-356 頁（有斐閣、2006 年）

EU では、2015 年にデジタル単一市場戦略⁵を公表し、その中で、域内市場の電子商取引において、消費者と事業者の双方にとって、信頼のおけるルールを制定することを目的とした新たな消費者法として、上記のようなデジタル化された製品を目的物とする消費者取引について規定する「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive (EU) 2019/770）⁶」が制定され、さらにこれと同時にデジタル化された取引による物品の売買契約を念頭に従来の「消費者物品の売買及び付随する保証の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令(Directive 1999/44/EC)⁷」（以下「消費者物品売買指令」という。）に置き換わる形で「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive (EU) 2019/771）⁸」が制定された。

消費者庁新未来創造戦略本部の国際消費者政策研究センターでは、このような EU の消費者法の新たな動きを受けて、この 2 つの指令を中心に研究すべく「デジタル社会における消費者法制の比較法研究（以下「本研究」という。）」と題した研究プロジェクトを立ち上げ、松本恒雄一橋大学名誉教授を筆頭に川和功子同志社大学教授、芦野訓和専修大学教授、馬場圭太関西大学教授、永岩慧子愛知学院大学准教授の 5 名の客員主任研究官により「デジタル社会における比較消費者法研究会」（以下「本研究会」という。）を発足し、デジタル化によりもたらされる消費者取引規範の変容について、比較法学に基づく調査研究を行った。本稿は、このような研究プロジェクトの成果の一つとして、本研究会のメンバーである各客員主任研究官による調査研究によりもたらされた今後の日本法への示唆について論じるものである。

2. 指令の概要

（1）EU 法における指令の位置づけ

EU は、加盟国間の国際条約によって設立された団体であるため、その権限は、EU を設

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A Digital Single Market Strategy for Europe, COM (2015) 192 final, p.5.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015DC0192>

⁶ Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services (OJ L 136, 22.5.2019, p.1). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/770/oj>

⁷ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees(OJ L 171, 07.07.1999 P.12). <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1999/44/oj>

⁸ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC (OJ L 136, 22.5.2019, p.28).

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/771/oj>

立するための諸条約(欧州連合基本条約⁹(以下「TEU」という。))及び欧州連合の機能に関する条約¹⁰(以下「TFEU」という。))に基づき各加盟国により合意された範囲に限定される(TEU第4条第1項、第5条第2項第2文)。これは、EUの機関が行う立法に関しても同様であり、その権限は、EUを設立するための諸条約で与えられた権限の範囲内に限定されることになる(TEU第13条第2項第1文)。

このような立法権限の一つとして、TFEU第26条に規定されているEUの目的を達成するために、欧州議会及び欧州理事会に与えられた、域内市場を実現し、機能させることを目的とする加盟国の法律等の規定を接近(approximation)させる立法権限がある(TEFU第114条)。本研究の対象とした2つの指令は、このTEFU第114条に基づき採択されたものである。

また、このようなEUの機関の立法について、TFEU第288条は、規則(Regulation、同条第2段)、指令(Directive、同条第3段)、決定(Decision、同条第4段)、勧告・意見(Recommendation/Opinion、同条第5段)の4種を規定する¹¹。この4種のうち、「勧告・意見」には法的拘束力が生じず、また、「決定」は法的拘束力が生じるものではあるが、いずれかといえば個別事案について規律するものである¹²。したがって、一般的な事項について、法的拘束力のある規定を定める場合には、規則又は指令が用いられることになる。

規則は、「一般的に適用され、その全体が法的拘束力を有し、すべての加盟国に直接適用される。」(TEFU第288条第2段)ものであるが、これに対して、指令は、「すべての達成されるべき結果に関して、名宛人となっている各加盟国を拘束するが、その形式及び方法は、加盟国の国内機関に委ねられる。」(TEFU第288条第3段)ものである。すなわち、規則では、それが制定されてしまえば自動的に、各加盟国内において国内法と同様に適用されることになるのに対して、指令は、それが制定されただけでは各加盟国内で効力が生じず、指令を実施するためには、基本的に各加盟国において、国内法化(transposition¹³)が必要となる。そして、指令をどのような形式及び方法で国内法化するのかについては、各加盟国の裁量に任されている。例えば、本研究の対象とした2つの指令について、ドイツでは、ドイツ民法典(以下「BGB」という。))に取り込む形で国内法化されているのに対して、フランスでは、消費法典に取り込む形で国内法化されている。

また、指令において求められる「達成されるべき結果」が、常に加盟国において完全に一

⁹ Treaties of the European Union https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/teu_2016/oj

¹⁰ Treaty on the Functioning of the European Union https://eur-lex.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj

¹¹ TFEU第288条は、legislative acts(立法行為)の種類を定める規定ではなく legal acts の種類を定める規定である。したがって、同条に規定されている4種の類型は、すべて非立法的な行為として用いられる場合もある。特に、「勧告・意見(Recommendation/Opinion)」には、法的拘束力が認められない(TEFU第288条第5段)ことから、legislative acts(立法行為)として用いられることはない(TEFU第289条第1項、第3項)。

¹² M・ヘルデーゲン(訳:中村匡志)「EU法」(ミネルヴァ書房、2013年)133頁。

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:transposition>

致する統一された水準(完全平準化)となるわけではなく、指令が、達成されるべき最低水準(下限平準化)を規定する場合もある¹⁴。例えば、加盟国の多くが、すでに指令が求める水準よりも、高水準の消費者保護を国内法で規定しているような場合に、この下限平準化が用いられる場合がよくある。この場合には、すでに指令よりも高水準の消費者保護規定を置く国内法を有する加盟国は、当該国内法の規定を維持することができ、それ以外の加盟国でも指令よりも高水準の消費者保護規定を国内法に置くことができることになる。本研究の対象とした 2 つの指令は、基本的に完全平準化を求めている(デジタル・コンテンツ指令第 4 条、物品売買指令第 4 条)が、一部に下限平準化とする規定がある(デジタル・コンテンツ指令第 11 条第 2 項、物品売買指令第 10 条第 3 項、第 6 項、物品売買指令第 11 条第 2 項)。これに対して、物品売買指令に置き換えられることになった消費者物品売買指令は、下限平準化を求める指令であった(消費者物品売買指令第 8 条第 2 項)。

(2) 本研究の主たる対象とした 2 つの指令の位置づけと概説

本研究会は、上記 1. (2) のとおり、2019 年 5 月 20 日に制定された「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令(Directive (EU) 2019/770)」及び「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令(Directive (EU) 2019/771)」を中心的な研究の対象とした。

この 2 つの指令は、欧州デジタル単一市場戦略において、域内市場における消費者及び事業者が信頼のおける電子商取引のルールとして、2015 年末までに提案するとされていたものである¹⁵。欧州デジタル単一市場戦略では、この立法構想について、①デジタル・コンテンツのオンライン購入に関する調和のとれたルールを対象とするものと、②有体の物品の国内及び国境を越えたオンライン売買における契約上の権利に関する EU における主要な強行規定に焦点をあてたものの 2 つに分類しており¹⁶、欧州委員会は、2015 年 12 月 9 日に①を「デジタル・コンテンツ供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令提案¹⁷」(以下「デジタル・コンテンツ指令提案」という。)として、②を「物品のオンラインその他の通信売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令提案¹⁸」(以下「オンライン通信売買指令提案」という。)として公表した。その後、同提案について欧州議会で議

¹⁴ <https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/directive.html>

¹⁵ *supra* note, 5 p.5.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, COM (2015) 634 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634>→<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52015PC0634>

¹⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods, COM (2015) 635 final.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015PC0635>→<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015PC0635>

論されたうえで種々の修正が加えられ、それぞれ「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive (EU) 2019/770）」（以下「デジタル・コンテンツ指令」という。）及び「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive (EU) 2019/771）」（以下「物品売買指令」という。）と名称が変更され、2019年5月20日に制定された。

また、この2つの指令は、欧州委員会の2015年作業計画¹⁹において、デジタル単一市場における電子商取引のポテンシャルをフルに解放するために修正するものとされていた「ヨーロッパ共通売買法に関する欧州議会及び理事会規則提案²⁰」（以下「ヨーロッパ共通売買法規則提案」という。）に対し、そのような修正を加えるための提案として位置づけられている²¹ことから、EUの私法の平準化という大きな流れの中に位置づけることもできる。

（３）指令の規定の概説

（ア）デジタル・コンテンツ指令の概説

デジタル・コンテンツ指令は、特にデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの供給に関する事業者と消費者の間の契約における①デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの契約への適合性、②適合性の欠如又は不供給の際の救済手段及びその救済手段の行使方法、③デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの変更について、一定の要求事項を定め、これにより、高水準の消費者保護を提供しつつ、域内市場の適切な機能に貢献することを目的としている（デジタル・コンテンツ指令第1条）。このようにデジタル・コンテンツ指令は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの供給契約の一定の側面を規定するにすぎず、そのすべてについて規定するわけではない。したがって、加盟国は、デジタル・コンテンツ指令で規定しない限りにおいて、契約の成立、有効性、無効若しくは効果（契約解消の結果を含む。）に関する規定等の一般契約法の側面又は損害賠償請求権に関して、指令に拘束されず、自由に定めることができる（デジタル・コンテンツ指令第3条第10項）。

デジタル・コンテンツ指令は、事業者が消費者にデジタル・コンテンツ又はデジタル・サ

¹⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social

Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2015-A New Start, COM (2014) 910 final. https://commission.europa.eu/publications/2015-commission-work-programme-key-documents_en

²⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF>→<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011PC0635>

²¹ Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2015-A New Start, COM (2014) 910 final, ANNEX2, p.12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52014DC0910>

ービスを供給する契約のうち、基本的に消費者が事業者に代金（price）を支払う契約にのみ適用されるが、消費者が事業者に代金ではなく、個人データを提供する場合にも適用される（デジタル・コンテンツ指令第3条第1項）。

デジタル・コンテンツ指令は、①の契約への適合性に関して、第7条に適合性の主観的要件、第8条に主観的要件に加えて満たさなければならない客観的要件についての規定を置く。また、デジタル・コンテンツ指令は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスをアップデートする事業者の義務についても規定しており、このアップデート義務について、契約への適合性の問題として整理する（デジタル・コンテンツ指令第7条(d)、第8条第2項）。

②の不供給に対する救済手段として、デジタル・コンテンツ指令は、消費者の契約を解消する権利について規定する。適合性の欠如に対する救済手段としては、不供給の場合と同様に契約を解消する権利について規定する他に、追完請求権及び代金の減額を請求する権利を規定する。これに対して、損害賠償請求権についてデジタル・コンテンツ指令は何ら規定しておらず、上記のとおり各加盟国が自由に規定することができる（デジタル・コンテンツ指令第3条第10項）。

③のデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの変更とは、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスのアップデートを超えた変更であり、(a)デジタル・コンテンツ指令は、このような変更が認められる要件、及び(b)変更がデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスへの消費者のアクセス又はその使用にネガティブな影響を及ぼした場合における、消費者の契約を解消する権利について規定している（デジタル・コンテンツ指令第19条）。

（イ）物品売買指令の概説

物品売買指令は、事業者である売主と消費者との間で締結される物品の売買契約における①契約への適合性、②適合性が欠如する場合の救済手段、救済手段の行使方法、及び③約定保証(commercial guarantee)について定めており、これにより、高水準の消費者保護を提供しつつ、域内市場の適切な機能に貢献することを目的としている（物品売買指令第1条）。また、物品売買指令で規定しない限りにおいて、契約の成立、有効性、無効若しくは効果（契約解消の結果を含む。）に関する規定等の一般契約法の側面又は損害賠償請求権に関して、指令に拘束されず、加盟国が自由に定めることができる点については、デジタル・コンテンツ指令と同様である（物品指令第3条第6項）。

物品売買指令は、事業者である²²売主と消費者との間の物品の売買契約に適用される（物品売買指令第3条第1項）が、水、ガス及び電気に関しては、体積を限定し、又は量を定めて売買される場合には、物品に含まれる（物品売買指令2条(5)(a)）。また、供給される物品

²² 物品売買指令には、売主(seller)と消費者との間の物品の売買契約に適用されると規定されている（物品売買指令第3条第1項）が、物品売買指令における売主（seller）の定義は、EU法でよく使用される事業者（trader）の定義と同様のものである（物品売買指令第2条(3)）ため、ここでいう売主は、事業者である売主ということになる。

が、これから製造又は生産されるような場合であっても、物品売買指令においては、売買とみなされる(物品売買指令第3条第2項)。このような物品売買指令の適用範囲に関して、デジタル・コンテンツ指令との関係で、物品にデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが組み込まれていたり、相互に接続されていたりする場合に、このデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスに対して、デジタル・コンテンツ指令を適用すべきか、それとも物品と一体のものとして物品売買指令を適用すべきかという問題が生じる。この点について、指令は、当該デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの不存在が物品の機能を妨げるものとなる「デジタル要素を伴う物品(goods with digital elements)」(デジタル・コンテンツ指令第2条(3))に関しては、物品売買指令が適用され(物品売買指令第2条(5)(b)、第3条第2項)、それ以外の物品に関しては、物品とデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスを分け、それぞれ物品売買指令及びデジタル・コンテンツ指令が適用される(物品売買指令第3条第2項)ものとしている。

①の契約への適合性について、物品売買指令は、デジタル・コンテンツ指令と同様に、第7条に適合性の主観的要件、第8条に主観的要件に加えて満たさなければならない客観的要件についての規定を置く。また、デジタル要素を伴う物品に関しては、物品に組み込まれ又は相互に接続された、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスに関して物品売買指令が適用されることになるため、当該デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスに対するアップデートについて規定する必要が生じることから、物品売買指令は、デジタル・コンテンツ指令と同様に売主のアップデート義務を適合性の問題として規定する(物品売買指令第6条(d)、第7条第3項)。

②の適合性の欠如に対する救済手段として、物品売買指令は、デジタル・コンテンツ指令と同様に、契約に適合させる権利²³及び代金の減額を請求する権利を規定する(物品売買指令第13条)。また、損害賠償を請求する権利については、デジタル・コンテンツ指令と同様に、物品売買指令は何ら規定していないため、各加盟国において自由に定めることができる(物品売買指令第3条第6項)。

③の約定保証とは、売主又は生産者が、消費者に対して、適合性の保証に関する売主の法定の義務に加えて、物品が、契約を締結した時又は締結する前に入手することができた保証表示又は関連する広告に示した、適合性に関しない仕様その他の要求事項に合致しない場合には、支払われた代金を返還し、又は物品を取り替え、もしくは修補することを約することをいう(物品売買指令第2条(12))。このように、約定保証は売主だけでなく生産者にも拘束力が及び、生産者が消費者に対して一定の物品について一定の期間にわたる耐用性約定保証を申し入れる場合には、生産者は、消費者に対し直接責任を負う(物品売買指令第17条第1項)。

²³物品売買指令は、デジタル・コンテンツ指令とは違い、追完の方法として「修補」と「取替え」の二つの方法を用意している(物品売買指令第13条第2項)。

第2. ドイツにおけるデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化 —民法典における位置づけ、適用範囲、消費者による個人データの提供について—

芦野 訓和 客員主任研究官（専修大学教授）

目次

1. はじめに
2. 国内法化の経緯と方法
3. ドイツ民法典におけるデジタル・コンテンツ規定の位置づけ
 - (1) デジタル・コンテンツ指令の国内法化
 - (2) 物品売買指令の国内法化
4. 適用範囲
 - (1) デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス
 - (2) デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化規定の適用—混合形式の契約
 - (3) BtoB 取引
5. 消費者による個人データの提供
 - (1) はじめに
 - (2) 個人データの提供
 - (3) 個人データの提供と契約の成立
 - (4) GDPR との関係
6. おわりに

1. はじめに

本稿は、本研究グループが研究の対象としてきた「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令」及び「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令」のドイツにおける国内法化の概要及びドイツ国内の評価についてインタビューの結果を踏まえ概観するものである。これら 2 つの指令の概要については本レポート「第 1. はじめに」を、インタビュー対象者については公表されたプログレッシブ・レポートを参照願いたい。

本論に先立ち、日本の私法研究とりわけ広義の民法研究にとってなぜドイツ法研究が重要なのかについて簡単に記述する。日本は民法典を制定するにあたりフランス人であるポアソナードをいわゆるお雇い外国人として招聘し、ポアソナードはフランス法を範とした旧民法を起草したが、その後、法典論争を経て旧民法を修正し民法典を編纂するにあたり、同時期に民法典の編纂が行われていたドイツ民法草案を参照し、その結果ドイツ民法と共通する点が多くある。すなわち、パンデクテン方式で編纂され、「法律行為概念」を基礎に置き、契約については主たる債務に着目した典型契約概念を含んでいることなどである。このように共通点を多く持つドイツがデジタル取引に関する規定をどのように国内に規定し

たかを概観することは、日本にとっても有益な示唆を与えるものと思われる。

2. 国内法化の経緯と方法

デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令については、2019 年 5 月 20 日に欧州議会で採択された。いずれの指令においても、その 24 条 1 項で 2021 年 7 月 1 日までに加盟国において国内法化し、それを 2022 年 1 月 1 日から施行すべきことが定められていた。欧州議会での採択後しばらくは、ドイツでの国内法化の議論は必ずしも明らかではなかった。その後、デジタル・コンテンツ指令については、指令を国内法化するための法律案が 2020 年 11 月 3 日に連邦司法・消費者保護省¹から参事官草案²が公表された後、2021 年 1 月 13 日には連邦政府より政府草案³が公表され、同年 3 月 17 日には議会に議会草案⁴が提出され議論が行われ、同年 6 月 24 日「デジタル・コンテンツ指令を国内法化に関する法律」⁵が連邦議会で可決され、2022 年 1 月 1 日より施行されている。物品売買指令については、指令を国内法化するための法律案が 2020 年 12 月 10 日に連邦司法・消費者保護省参事官草案⁶が公表された後、2021 年 2 月 10 日に政府草案⁷が公表され、3 月 9 日には議会に議会草案⁸が提出され議論が行われ、同年 6 月 24 日に「物品売買指令の国内法化に関する法律」⁹が連邦議会で可決され、2022 年 1 月 1 日より施行されている¹⁰。

¹ 2021 年 12 月までは同名称であったが、新連立政権発足後は消費者政策の管轄が連邦環境・自然保護・原子力安全・消費者に移行されたため、現在、法務を担当する官庁の名称は「連邦司法省 (Bundesministerium der Justiz)」である。

² Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz : Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 3.11.2020.

³ Regierungsentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 13.1.2021.

⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 17.3.2021.

⁵ Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, BGBl. I Nr. 37 (2021) S. 2123.

⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 10.12.2020.

⁷ Regierungsentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 10.2.2021.

⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 9.3.2021.

⁹ Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, BGBl. I Nr. 37 (2021) S. 2133.

¹⁰ ドイツにおける国内法化に関する文献として、芦野訓和「ドイツにおける EU デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス指令の国内法化」NBL1202 号(2021 年)31 頁以下 (以下、「NBL」という)、同「ドイツにおける EU デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス指令国内法化のための民法典の改

両指令共に、国内法化の方法については加盟国に委ねられていた。同じ EU 加盟国のフランスやオーストリアが特別法の制定という方法を選択したのに対し、ドイツの立法者は民法典に新たな規定を置くという方法を選択した。その理由は以下の通りである。消費者保護に関する EU (EC) 指令を国内法化するにあたっては、当初 1990 年台にはドイツも特別法を制定していたが、1999 年の消費者物品売買指令の国内法化をするにあたり、立法から 100 年近くを経過していたドイツ民法典（以下、BGB）中の債務法（債権債務関係に関する部分、日本の債権法に該当する）も改正されることになり、その際に「私法制度の透明化と分かりやすさを高める」という理由から、消費者保護に関する指令の国内法化にあたっては特別法の制定ではなく BGB へ編入するという方針を決定し¹¹、この方針が今回も採用されたからである¹²。立法担当者であるゲールズ博士も今回のインタビューの中でその旨回答している¹³。

3. ドイツ民法典におけるデジタル・コンテンツ規定の位置づけ

(1) デジタル・コンテンツ指令の国内法化

デジタル・コンテンツ規程を BGB に編入するにあたっては、BGB のどの部分にどのような点に着目して配置するかが問題であった。というのも、デジタルという特性はすべての契約に共通するものではなく、一方で、デジタル・コンテンツ指令は、これまでの BGB における典型契約のように債務者の負う（合意された）主たる債務に着目するのではなく、供給される給付の「デジタル」という性質に着目して規定されているからである。これまで EU 指令の「デジタル」に関する規定の国内法化に関しては、消費者権利指令の国内法化の際に、第 1 編総則中の消費者概念を再定義し（BGB13 条、以下 BGB の条文については、単に条数のみを記す）、さらに、取引形式あるいは契約類型にとらわれない消費者法における一般義務および原則に関する規定が導入されていた（312 条～312k 条）。そこには、「物理的なデ

正(1)」専修法学論集 143 号（2021 年）1 頁以下（以下、「専法」という）、永岩慧子「デジタル・コンテンツ指令および物品売買指令のドイツにおける国内法化－契約適合性をめぐる問題を中心に－」愛知学院大学論叢法学研究 63 巻 3・4 号（2022 年）59 頁以下、同「デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス供給契約に関する EU 指令並びに物品売買契約に関する EU 指令のドイツにおける国内法化（民法改正条文試訳）」愛知学院大学論叢法学研究 63 巻 3・4 号（2022 年）117 頁以下、古谷貴之「ドイツ瑕疵担保法の改革（1）－EU 物品売買指令の国内法化－」産大法学 55 巻 3・4 号（2022 年）209 頁以下、同「ドイツ瑕疵担保法の改革（2）－EU デジタルコンテンツ指令の国内法化－」産大法学 56 巻 1 号（2022 年）29 頁以下がある。芦野論文は本プロジェクトの成果の一部であり、本稿の内容と重複する部分もあることを付言しておく。また、国内法化法案提出前のドイツの議論状況を論ずるものとして、芦野訓和「ドイツ法からみたデジタル・コンテンツ＝デジタル・サービス指令」L & T No.89(2020 年)87 頁以下（以下、「L & T」という）がある。

¹¹ BT-Drucksache 14/6040, S.97.

¹² BT-Drucksache 19/27653, S.27.

¹³ プログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究」海外有識者インタビュー記録概要（2）38-39 頁。

ータ記録媒体上に存在しないデータであって、デジタル形式で作成され利用に供されるもの（デジタル・コンテンツ）の供給に関する契約(312f 条)」も債務法の対象とすることを規定し、電子取引については BGB 第 2 編「債務関係法」第 3 章「契約による債務関係」第 1 節「創設、内容および終了」第 2 款「消費者契約の際の原則および特別の販売形式」第 3 目「電子取引における契約」という独立の「目」を創設していた。

2015 年にデジタル・コンテンツ指令提案が公表された後、ドイツ国内ではデジタル社会に対し民法はどのように対応すべきかについての議論が活性化し、2016 年にはドイツ・エッセンで行われた第 71 回ドイツ法曹大会¹⁴の民法部会では、「デジタル経済—アナログ法—民法典はアップデートが必要か」というテーマで議論が行われた。そこでは、デジタル取引に関する規定を BGB にどのように配置するかが議論され、BGB の中にデジタル・コンテンツに関する新たな契約類型を創設すべきではなく、デジタル・コンテンツの特性により特別な問題が生じた場合の特別規定を挿入すべきであると決議された¹⁵。

その後も規定の具体的な配置についてはさまざまな予想があったが¹⁶、ドイツの立法者は、BGB 第 2 編「債務関係法」第 3 章「契約から生じる債務関係」の中に、債務法改正の際に削除されていた 327 条に新规定を置き、さらに枝条文 327a 条から 327u 条を挿入し、それらを第 2a 節「デジタル製品に関する契約」にまとめ、第 1 款「デジタル製品に関する消費者契約」に 327 条から 327s 条を、第 2 款「デジタル製品に関する事業者契約についての特別規定」に 327t 条、327u 条を置いた。すなわち、典型契約としてのデジタル契約を創設するのではなく、契約総則的規定群の中に、「デジタル製品に関する契約」という節を新たに設置するという、契約総則規定と契約各論規定の中間的な位置づけに置く、いわば中二階的な立てつけとしたといえる。その理由として、前述のようにデジタル・コンテンツ指令は給付目的の「デジタル」という性質に着目し契約を分類しているが、これは従来の BGB における典型契約類型の分類とは異なっており、デジタル契約という新しい典型契約類型を規定することは望ましくないこと、デジタル・コンテンツ指令の多くの規定は、売買のように合意された給付が一度だけ供給される場合と、賃貸借のように一定期間継続的に供給される場合とに関わりなく適用されることから総則的な位置づけが望ましいことがあげられている¹⁷。

規定の配置については、デジタル・コンテンツ指令の諸規定は、すべての種類の契約に関係するものではない一方で、個別の契約に対してだけでなくデジタル契約一般に適用される総則的な要素も持っているいわば BGB の体系に対して「ななめ」なものであることはす

¹⁴ ドイツにおける法学者、裁判官、検察官、弁護士、企業内法曹などにより形成されるドイツ法曹会議が開催する全国大会。日本における法律系の学会に類似するが、規模はそれを上回るものとなっている。

¹⁵ 第 71 回ドイツ法曹大会については、芦野訓和「連続シンポジウム『デジタル社会における「人」と「法』について」東洋法学 61 巻 2 号(2017 年)121 頁以下（以下、「洋法」という）を、本文に関する部分については、133 頁を参照。

¹⁶ 芦野・前掲注(10)L & T96 頁。

¹⁷ 芦野・前掲注(10)NBL32 頁。より詳細には、芦野・前掲注(10)専法 8-9 頁

でに提案の段階から指摘されており¹⁸、このような特徴から、ドイツ法研究者に対するインタビューにおいてもこの中二階的配置は妥当なものと評価されている¹⁹。関連する問題として、デジタル・コンテンツ指令の表現からは個別の契約の分類に応じて異なる種類の基準を課すことができるかという疑問が生じるが、具体的には、第2編「債務関係法」第3章「契約から生じる債務関係」第2a節「デジタル製品に関する契約」に、第1款「デジタル製品に関する消費者契約」、第2款「事業者間のデジタル製品に関する契約についての特別規定」の二つの款が設け、第1款には、327条、327a条「適用範囲」、327b条「事業者の義務」、327c条「義務違反の際の救済」、327d～327h条「供給されるデジタル製品の要件」、327i条～327p条「不適合の際の救済措置とその処理」、327q条「データ保護法上の言明の契約への影響」、327r条「変更権」、327s条「合意による逸脱」の規定が、第2款には、327t条「適用範囲」、327u条「事業者の求償権」の規定が配置されている。

（2）物品売買指令の国内法化

物品売買指令の国内法化にあたっては、BGB第2編「債務関係法」第8章「個別の債務関係」第1節「売買・交換」のうち、第1款「総則」の規定の改正、及び第3款「消費者物品売買」に関する規定の改正並びに追加が行われた。内容の詳細は本報告書第3を参照願いたい。概要は次の通りである。総則規定については、①物の瑕疵に関する434条、②追完に関する439条、③売主の供給者に対する求償に関する445a条が改正され、④求償権の消滅時効に関する445b条のうち第2項2文が削除された。消費者物品売買に関する規定については、⑤474条、⑥475条が改正され、さらに、デジタル要素を備えた物に関する規定として、⑦デジタル要素を備えた物の瑕疵に関する475b条、⑧デジタル要素の継続的供給におけるデジタル要素を備えた物の瑕疵に関する475c条、⑨解除及び損害賠償に関する特則475d条、⑩消滅時効に関する特則475e条が新設され、さらに⑪異なる合意に関する476条、⑫「証明責任の転換に関する477条、⑬事業者の求償に関する特則478条、⑭保証に関する特則479条が改正された。なお、売買規定に関しては、デジタル・コンテンツ指令の国内法化によるデジタル製品に関する消費者売買契約に関する475a条も新設されている。

4. 適用範囲

（1）デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス

デジタル・コンテンツ指令の国内法化に伴い新設された規定群の対象となるのは、「対価の支払に対する事業者によるデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービス（デジタル製品）の供給を目的とする消費者契約である（327条1項）。ドイツの立法者は、「デジタル・コンテンツ」および「デジタル・サービス」の両者を合わせた上位概念として「デジタル製品

¹⁸ 芦野・前掲注(10)専法8頁。

¹⁹ プログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究」海外有識者インタビュー記録概要（1）13頁（シュミット=ケッセル教授）、30-31頁（クラーメ教授）。

(digitale Produkte)」という用語を採用した。これはデジタル・コンテンツ指令にはみられない概念であるが、指令の内容の変更や拡大をとまなうものではなく、条文の読みやすさの観点から一般的な用語を採用したと説明している²⁰。この点につき、ドイツでも、新規定はデジタル形式が重要であることから適切であると評価がある²¹。

対象となるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスについては 327 条 2 項に定義されたが、これはデジタル・コンテンツ指令の文言に正確に対応している。すなわち、デジタル・コンテンツとは、「デジタル形式で作成され、利用可能となっているデータ」(同項 1 文)であり、ソフトウェア、eBook、オーディオファイルなどがこれに当たる。デジタル・サービスとは、①「デジタル形式でデータを作成、処理もしくは保存すること」または「当該データにアクセスすること」を消費者に可能とするサービス(同項 2 文 1 号)、②「消費者もしくは当該サービスの他のユーザーによりデジタル形式でアップロードもしくは作成されたデータの共同での利用」または「当該データとその他の相互作用」を消費者に可能とするサービス(同文 2 号)であり、クラウド・コンピューティング環境や SNS 上で提供される様々な形態のクラウド・ホスティングなどである(この場合の「他のユーザー」は必ずしも消費者である必要はない)。このように定義づけられているが、デジタル・コンテンツとデジタル・サービスの定義を定める 1 文と 2 文(前述の①と②)との間には、それぞれを区別する明確な基準は存在しない。この点については、デジタル形式で供給されることが重要であり²²、また、将来の技術開発(の結果)を含めることができるよう、技術中立性の立場から意図的に解放したとされる²³。

(2) デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化規定の適用－混合形式の契約

デジタル・コンテンツ指令と物品売買指令については同時に国内法化が求められていることから、両者の範囲は密接に関連し区別されることになる。327a 条はデジタル・コンテンツ指令 3 条 6 項の国内法化にあたり「バンドル契約(Paketvertrag)」という新しい概念を 1 項に導入することで区別を試みている。バンドル契約とは、デジタル製品とともに他の商品やサービスに関連している契約であり、例えば、再生用電子製品の購入と組み合わせたビデオ・ストリーミング・サービスの供給がこれにあたる。デジタル・コンテンツ指令の国内法化された規定の適用があるのは、原則としてそのうちのデジタル製品に関係する契約の要素のみであり、327a 条 1 項 2 文が明記するように、バンドル契約のうちデジタル製品に関係しない部分についての給付障害は、原則として他の契約構成部分に影響を与えない。ただし、契約不適合を理由とする契約終了の場合には、例外的に他の契約構成要素についても

²⁰ BT-Drucksache, 19/27653, S.35f.

²¹ Malte Kramme, Vertragsrecht für digitale Produkte : Die Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie im Schuldrecht AT, RD, 2021, S.21, Gerald Spindler, Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, MMR 2021, S.451.

²² BT-Drucksache, 19/27653, S.35.

²³ BT-Drucksache, 19/27653, S.36.

契約不適合を理由とする契約の終了を行使することができる(327c 条 6 項、327m 条 4 項)。

複数の要素が関連する契約について、すでに BGB は、「結合契約 (verbundene Vertrag)」(358 条)、「関連契約 (Zusammenhängende Verträge)」(360 条) という概念を規定するが、バンドル契約は、同一の当事者間で異なる要素が組み合わせられ、要素の一つがデジタル製品に関連していることで足り、デジタル製品と他の契約要素が給付義務の内容で関連していることや経済的に依存していることは求められないことからこれらの契約とは区別されると説明されている²⁴。

さらに、新規定は、デジタル製品を含むまたはデジタル製品と接続された商品の消費者契約にも適用される (327a 条 2 項)。例えばそのような商品としては、賃貸借契約のスマートカーやスマートホームのオペレーティング・ソフトウェアなどがあげられる。ただし、新規定の適用があるのは、原則としてそのうちのデジタル製品に関係する契約の要素のみである。

一方、デジタル製品を要素として含む契約であっても、物品がこれらのデジタル製品なしではその機能を果たすことができず (機能基準)、それが売買契約によって供給されている (契約基準) という二つの基準を満たす場合、例えば、「モノのインターネット (IoT)」の場合にはデジタル・コンテンツ指令を国内法化による規定は適用されず、物品売買指令の国内法化による規定が適用される。なお、不動産については物品売買指令の国内法化規定は適用されないことから、デジタル・コンテンツ指令の国内法化による規定が適用される。

このように、問題となる対象にデジタル・コンテンツ指令と物品売買指令のいずれの国内法化規定が適用されるのかについては、物品がその機能を果たすためにデジタル要素に依存しているか否かで判断されるが、この点につきクラーメ教授は、結果的にこの判断は困難であろうとインタビューにおいて指摘している²⁵。

(3) BtoB 取引

今回の国内法化に伴う改正は、適用対象を事業者と消費者間の契約 (消費者契約) に限定しており、事業者間 (BtoB) 契約については原則として対象としていない。しかしながら、事業者にも大規模企業から中小企業 (マイクロ企業) までさまざまな企業が存在し、超巨大企業とマイクロ企業との取引においては、消費者契約と同様に一定の保護が必要な場合も考えられる。この点につきドイツにおいては、事業者間 (BtoB) 契約についてもデジタル取引の特殊性を考慮した同様の規定の必要性 (あるいは、適用範囲の拡張) を指摘するものもみられた。しかしながら、今回の国内法化に際し、例外として売買契約においては瑕疵概念に関する物品売買指令の国内法化規定は BtoB 契約にも適用されるが、原則的には BtoB 契約を対象とする規定の新設は行われていない (327t 条及び 327u 条は事業者間における求償に関する規定であって、BtoC 取引と同様の内容を規定するものではない)。シュミット＝

²⁴ BT-Drucksache, 19/27653, S.45.

²⁵ 前掲注(19)30 頁。

ケッセル教授は、これは政策的な判断によるものであるが、個人的にはこの方法は必ずしも良いものではないと指摘する。というのも、前述のようにデジタル製品を要素として含む契約については、契約・機能性の2つを基準としてデジタル・コンテンツ指令国内法化規定又は物品売買指令の国内法化規定のいずれかが適用されることになるが、機能性についてはその境界線がどこになるのか不明確だからである²⁶。

BtoC 契約についての今回の新规定の存在が、BtoB 契約あるいは CtoC 契約の実務上の解釈についても影響を与えるかについてショーンブルク博士は、BtoC 契約において認められる事業者のアップデート義務の規定を BtoB 契約にも適用すべきかについて立法の際には各省庁内で意見の対立があったが、妥協の産物として結局は適用されないことになったことから、今後もドイツでは議論は続いていくだろうと指摘するが、個人的な見解として実務に影響を及ぼすことはないとしている²⁷。

BtoB 契約にも BtoC 契約と同様のルールを整備する必要性については、ドイツ国内に限らず、イギリスの研究者であるトゥイッグ＝フレスナー教授もインタビューにおいて認めている²⁸が、イギリスでは決定的な議論もなければ明確な提案もない状況のようである。

5. 消費者による個人データの提供

(1) はじめに

これまで BGB は、日本と同様に契約を、契約の当事者双方が互いに対価的意味を持つ給付を行う「有償契約」と双方が対価的給付を行うわけではない「無償契約」に分類し、とりわけ債務者側の責任について有償と無償では異なるものとしていた。この点につき、デジタル取引では、利用者（消費者）が金銭以外のものを事業者に提供することにより、デジタル製品を利用することがあり得ることから、これらの取引をどのように規律するかが問題となる²⁹。この点につき、デジタル・コンテンツ指令は、事業者が消費者にデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスを供給しまたは供給することを約し、消費者が代価の支払に代え消費者の個人データを提供しまたは提供を約する契約も対象としている(3条1項)ところに特徴がある。この点については、ドイツではつぎのような対応が行われた。

(2) 個人データの提供

デジタル・コンテンツ指令が事業者の供給する「デジタル製品」に対し消費者がどのようなものを提供するのかということを対象としていたのに対し、ドイツの立法者はこの範囲を超え、事業者が供給する対象をデジタル製品に限定せず、消費者が代価の支払に代え、ま

²⁶ 前掲注(19)12-13 頁

²⁷ 前掲注 (13) 42-43 頁 (質問 4 に対する回答)。

²⁸ 前掲注 (13) 27-28 頁 (質問 5 に対する回答)。

²⁹ 本稿では金銭以外の提供については、個人データの提供のみを扱うが、消費者が「価値のデジタル表象 (暗号資産=仮想通貨)」を提供する場合にも新しい消費者保護規定の適用がある (BT-Drucksache, 19/27653, S.35)。

たはそれに加えて個人データを提供しまたは提供を約する消費者契約という類型を、消費者契約一般について定める BGB312 条以下に創設・分類し（第 2 編「債務関係法」第 3 章「契約から生じる債務関係」第 1 節「創設、内容及び終了」第 2 款「消費者契約における原則及び特別の販売形式」第 1 目「消費者契約における適用範囲及び原則」）、適用範囲を定める 312 条に、「この款の第 1 目及び第 2 目の規定は、消費者が事業者に対し個人データを提供し、又は提供することを約する消費者契約にも適用されるものとする」という新たな項を追加(312 条 1a 項)。この規定はデジタル・コンテンツ指令を国内法化する法律によって設けられたものであるが、その内容は近代化指令の国内法化にともなうものである。それは、このような契約類型はすでに BGB312 条 1 項および消費者権利指令により対象となっていたとの理解による³⁰。このことにより、例えば、イベントへの参加に対して消費者が個人データを提供する契約や健康データの追跡に同意した場合のフィットネス・スタジオの利用のような、「アナログ」での供給に対して消費者が個人データを提供する契約も 312 条以下により規律されることになる。ただし、事業者が、消費者から提供された個人データを自身の給付義務を履行するため、または事業者が服する法的な要求事項を履行するためにのみ処理し、かつ、それを他の目的で処理しない場合については適用されない（312 条 1a 項 2 文）。これは、EU 一般データ保護規則（GDPR）6 条 1 項 1b（契約の履行のため）、同項 1c 及び e（法的義務の履行のため）に対応するものである。立法者によれば、データが後に契約の履行以外の目的で使用された場合にも 312 条 1a 項が適用されることになる。この点についてクラメ教授も、適用可能性を肯定する見解をインタビューで示している³¹。

このように対象をデジタル・コンテンツ指令よりも広く規定することについて異論はなかったかとの質問に対し、立法担当者であるゲールズ博士は、BGB は 2013 年の消費者権利指令の国内法化の際に、消費者権利指令よりも適用範囲を広げるという判断が行われており、今回の新しい 312 条は、従来から存在していた状況を継続させるものに過ぎず、ただ、個人データの提供があっても規定が適用されないのはどのような場合なのかについて明確にしたに過ぎないことから特に反対はなかったと回答している³²。

今回の改正前の BGB312 条は、BGB の消費者契約規定が適用される対象を「消費者契約であって、事業者の有償の給付（*entgeltliche Leistung*）を目的とするもの」と規定していたが、今回の改正では、「消費者が代価の支払に代え消費者の個人データを提供し又は提供を約する契約」も BGB の消費者契約規定が適用される対象となった。このことから、消費者の「個人データの提供」の法的意味をどのように考えるかが問題となる。この点についてドイツの立法者は、欧州データ保護監督官の否定的見解にもとづき、反対給付としての個人データの提供の債務法および解釈上の分類を断念した³³。この点については、今回のインタビューにおいて、シュミット＝ケッセル教授も「対価として取り扱っていない」と明確に述べ

³⁰ BT-Drucksache, 19/27653, S.36.

³¹ 前掲注(19)27 頁。

³² 前掲注（13）28 頁（質問 1 に対する回答）。

³³ BT-Drucksache, 19/27653, S.37.

ている³⁴。

（３）個人データの提供と契約の成立

デジタル・コンテンツ指令 3 条 10 項によれば、契約の成立については加盟国に委ねられていた。ドイツでは日本と同様に契約の成立に関して「法的拘束力を持つ意思」が基礎となることから、消費者が個人データのみを提供し又は提供を約する契約において、契約がいつ成立したといえるのか、「提供」とはどのような行為なのか問題となる。この点につきドイツの立法者は、個人データの提供という用語は広義に解釈されるべきであるとし、消費者が自らの個人データを積極的に送信することに限定されず、消費者が事業者による個人データの処理を許可することで足りるとし、事業者がクッキーを設定した場合、あるいは消費者のデバイスに関するメタデータを収集した場合も、それが契約にもとづくものである限り「提供」であるとしている³⁵。

しかしながら、消費者が個人データのみを提供する契約の場合、消費者がこれに対して事業者明示的な同意（明示的な承諾の意思表示）をすることはほとんどないため、いつ契約が成立したのかが問題となりうる。立法者は、契約の承諾に関しては、事業者は、消費者が自身の側でウェブサイトを読み込むこと又はサービスを利用することを消費者に動機づけ、通常はヒット数に依拠する広告収入を得るため、さらには、トラッキング技術の使用と後続するパーソナライズされた広告表示により経済的利益を得ようとするためにサービスをしているとすることができるとしている³⁶。このように考えるならば、例えば、検索エンジンをデータの提供（開示）と引き換えに利用することはすでに契約の締結となり、クッキーおよびトラッキング技術を使用するほとんどすべてのウェブサイトプロバイダーの実務の観点からは、ほとんど常に契約締結となる。この点については、ゲールズ博士もインタビューにおいて、ドイツの裁判所は比較的容易に契約の成立を認める傾向にあることから、検索エンジンを利用することにより契約は成立するだろうと回答している³⁷。この問題についてドイツでは、プロバイダーの行為が法的拘束力のある意思といえるかについて疑問があるとの見解がある³⁸。一方で、インタビュー対象者であるクラマー教授は、自身の論文の中で、消費者保護の観点からは、事業者が消費者の個人データを処理する場合には、常に契約の締結を考慮すべきであると指摘し³⁹、インタビューにおいても、拘束力ある意思という観点からではなく、契約の効力として消費者が期待する品質に適合させる義務を事業者に認めることが公正であるのか、消費者がこのような契約から生じる救済を享受することを認める

³⁴ 前掲注(19)8 頁。

³⁵ BT-Drucksache, 19/27653, S.36.

³⁶ BT-Drucksache, 19/27653, S.40.

³⁷ 前掲注 (13) 29 頁（質問 3 に対する回答）。

³⁸ Spindler, aaO(Fn.21), S.453.

³⁹ Kramme, aaO(Fn.21), S.23.

のが公正かという観点から判断することになるだろうと回答している⁴⁰。

（４）GDPR との関係

提供される個人データについてはすでに GDPR が規定していることから、デジタル・コンテンツ指令国内法化規定と GDPR との関係が問題となる。

（a）個人データの定義

個人データの定義に関する規定を BGB にも新たに置くかという点については、すでに GDPR 4 条 1 項⁴¹に定義規定があることから、重ねての規定は不要であるとされた。この点についてシュミット＝ケッセル教授は、データ保護と債権法のルールというのは本来 2 つの異なる世界であるが、EU 法やドイツ法の動きは、データ保護を消費者保護の一環としてみていると指摘している⁴²。

（b）GDPR 7 条 3 項による同意撤回との関係

関連して、消費者が個人データを提供した契約の終了に関し、GDPR が適用されるのか否か、契約一般において BGB と GDPR との関係が問題となる⁴³。この点について、ゲールズ博士は、欧州理事会のワーキンググループでも激しい議論が交わされたが、一般論として、個人データに関する事項については GDPR が取り扱うことが明確にされたと説明する⁴⁴。契約に関しては民法で解決すべきであるが、例えば、個人データの取扱いに対する同意の撤回が契約にどのような影響を与えるのかということについて、国内法の立法者に委ねている。ドイツの場合、これに対応した規定が BGB 327q 条である。

GDPR 7 条 3 項は、「データ主体は、自己の同意を、いつでも、撤回する権利を有する。同意の撤回は、その撤回前の同意に基づく取扱いの適法性に影響を与えない。データ主体は、同意を与える前に、そのことについて情報提供を受けるものとしなければならない。同意の撤回は、同意を与えるのと同じように、容易なものでなければならない。」と規定しているが、この撤回が「消費者が個人データのみを提供する契約」においてどのような意味を持つかが問題となる。この内容を国内法化するかについては、デジタル・コンテンツ指令によれ

⁴⁰ 前掲注(19)26-27 頁。

⁴¹ 「「個人データ」とは、識別された自然人又は識別可能な自然人（「データ主体」）に関する情報を意味する。識別可能な自然人とは、特に、氏名、識別番号、位置データ、オンライン識別子のような識別子を参照することによって、又は、当該自然人の身体的、生理的、遺伝的、精神的、経済的、文化的又は社会的な同一性を示す一つ又は複数の要素を参照することによって、直接的又は間接的に、識別されうる者をいう。」。本稿の GDPR 邦語訳は個人情報保護委員会のものに依拠した (<https://www.ppc.go.jp/files/pdf/gdpr-provisions-ja.pdf>)。

⁴² 前掲注(19)9 頁。

⁴³ クラーム教授は、GDPR が事業者と消費者との間の契約にどのような影響を及ぼすかは不明確であると指摘する（前掲注(19)28 頁）。

⁴⁴ 前掲注（13）30 頁（質問 1 に対する回答）。

ば加盟国に委ねられていたが、ドイツの立法者はこれを「しなければならない」と読み替え⁴⁵、BGB327q 条に「消費者のデータ保護法上の言明の契約法上の意義」に関する新しい規定を設けた。ゲールズ博士によれば、このような規定を導入しているのはドイツだけである⁴⁶。その内容は、消費者がデータ保護法上の権利を行使した場合に、事業者が契約上の制裁を講じることができないこと、すなわち、消費者は、自身のデータ保護法上の権利行使が法的不利益を導くことを恐れずに、障害なく行使することができることを明記するものである⁴⁷。具体的には、同条 1 項で、契約締結後に消費者がデータ保護権を行使し、データ保護法上の言明を提示しても、契約の有効性に影響を与えないことを明確にしている。データ保護法上の言明の提示とは、GDPR7 条 3 項にもとづき同 6 条 1 項(a)の同意を撤回することなどである。本項は、消費者がデータ保護法で認められた権利を行使する際に、契約の行方が不透明なままで制限されないようにすることを目的としている⁴⁸。本規定については、その内容が GDPR やデジタル・コンテンツ指令といった EU 法に合致しているかどうかが争われた場合、欧州司法裁判所の判断を受けることになるが、ゲールズ博士は 327q 条を積極的に肯定しており、その審査にもたえうるものであることを願うと述べている。

(c) 契約の終了と個人データの関係

個人データの提供を伴う契約を終了した場合に GDPR の規定の適用があるのかについて、シュミット＝ケッセル教授は以下のように回答している。すなわち、消費者がデジタル・コンテンツ指令の規律に基づき契約を終了した場合にも、基本的に GDPR における救済手段が適用されるというのが指令のアプローチであるが、ドイツ法のアプローチはやや異なっており、ドイツ法では、GDPR における救済手段に加えてデジタル・サービス関連の救済手段が適用される余地が残るとしている。例えば、ドイツ法では契約が終了した後も税法上の目的のために一定期間、データを保管しなくてはならないが、これは、GDPR のデータの削除に関する権利と矛盾するが、この点について、デジタル・コンテンツ指令で規律されている理由と異なる理由により契約を終了させた場合（例えば事情変更があった場合、品質以外の理由で契約を解除した場合、BGB 第 346 条に基づく撤回権を行使した場合等）に関しては問題が生じることを指摘している⁴⁹。

日本においても個人情報保護法が制定されているが、日本において個人データの提供を伴う契約の終了に際しどのようなアプローチを取るべきかが問題となる。この点についてシュミット＝ケッセル教授は、債権法と個人情報保護法では目的・分野が異なり、異なるアプローチや異なる利益衡量がなされる分野であることから、基本的にはドイツと同様に債

⁴⁵ シュミット＝ケッセル教授による説明（前掲注(19)8 頁）。

⁴⁶ 前掲注（13）30-31 頁（質問 2 に対する回答）。

⁴⁷ BT-Drucksache, 19/27653, S.75.

⁴⁸ BT-Drucksache, 19/27653, S.76.

⁴⁹ 前掲注(19)9 頁。

権法的なアプローチをもって対応すべきであろうと回答している⁵⁰。

契約適合性違反の効果としての契約の終了の際にも個人データの取扱いが問題となりうる。具体的には個人データを提供している場合に代金減額に関する規定の適用があるのか、自力修補（債権者自らによる瑕疵の除去）が認められるのかという問題である。この点についてシュミット＝ケッセル教授は、個人データの提供を伴う契約では「価格」というものが存在しないことから、減額請求も自力修補も認められないと回答している⁵¹。

6. おわりに

今回の改正の核心は、BGB327 条以下に、デジタル製品のための個別の契約規定を導入することであるが、その適用範囲は非常に広いものとなっている。BGB も日本民法と同様にパンデクテン体系となっているが、日本民法は、第3編「債権」の中に、第1章「総則」として債権総則規定をおき、さらに、第2章「契約」の中にも第1節「総則」として契約総則規定も有している。この点、ドイツ民法と比較してより重層的なパンデクテン体系となっているといえ、この点を考えると、デジタル取引に関する諸規定を民法典に配置することは難しいかもしれない。しかしながら、ドイツの立法者がどのような点に着目し規定を配置したについては、特別法を制定するとしても民法との相互参照を考える際に示唆を与えてくれるものと思われる。また、今回の指令では具体的に規定されず、国内法に委ねられている内容、例えば契約の成立（個人データの取扱を含む）や損害賠償をどのように規律するかについては、同様の規律を有する日本にとって示唆に富むものであろう。今後ドイツ国内でも、今回の立法に関し、さらにはそれらの具体的適用に関しさまざまな議論・検討が行われることが予想される⁵²。それらの議論・検討は日本にとっても有益な示唆に富むものとなると思われる。ドイツにおける今回の立法を踏まえた具体的議論について、今後さらなる検討が必要であろう。

⁵⁰ 前掲注(19)10 頁。

⁵¹ 前掲注(19)10-11 頁

⁵² EU 指令が与える日本法への示唆については、松本恒雄「日本におけるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの供給契約法制—EU との比較と課題—」比較法 82 号(2021 年)を参照願いたい。

第3. ドイツにおける取引のデジタル化への対応 －適合性に関する基準を中心に－

永岩 慧子 客員主任研究官（愛知学院大学准教授）

1. はじめに
2. 2つの指令における契約適合性規定の特徴
3. 契約適合性判断における主観的要件と客観的要件
 - (1) 契約適合性に関する規定の概要
 - (2) 主観的要件と客観的要件の位置づけ
 - (3) 客観的要件の判断基準
 - (4) 客観的要件を下回る合意
4. アップデート義務
 - (1) アップデート義務の内容
 - (2) アップデート義務を負う期間
 - (3) 瑕疵の立証責任の転換とアップデート義務の関係
5. おわりに

1. はじめに

2021年6月25日、ドイツでは、2つのEU指令(デジタル・コンテンツ指令(EU 2019/770)、物品売買指令(EU 2019/771))¹を国内法化する法律が成立し、2022年1月1日に施行さ

¹ デジタル・コンテンツ指令の日本語訳について、カライスコス アントニオス＝寺川永＝馬場圭太（訳）「デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会および理事会指令（Directive(EU)2019/770）」ノモス45号（2019年）121頁以下、物品売買指令の日本語訳について、カライスコス アントニオス＝寺川永＝馬場圭太（訳）「物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会および理事会指令（Directive(EU)2019/771）」ノモス45号（2019年）161頁以下参照。これらのEU指令に対しては、日本においても多数の先行研究が公表されている。例えば、デジタル・コンテンツ指令について、川和功子「デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの供給契約の一定の側面に関する欧州議会および理事会指令について－契約適合性についての規定を中心に」同志社法学71巻6号（2020年）1頁以下、同「契約適合性について－比較法的見地からの示唆」消費者法ニュース129号（2021年）171頁以下、「特報 EUと日本におけるデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス供給契約法制の比較と課題」としてLaw & technology 89号（2020年）66頁以下に掲載された各論文（川和功子「デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの供給契約における契約適合性について－EU指令2019/770、2019/771およびイギリス2015年消費者権利法」、馬場圭太「デジタル・コンテンツ＝デジタル・サービス供給契約における不供給または適合性の欠如に対する救済手段」、芦野訓和「ドイツ法からみたデジタル・コンテンツ＝デジタル・サービス指令」、松本恒雄「日本におけるデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの供給契約法-EUとの比較と課題」）など。物品売買指令について、古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、2020年）259頁以下、同「物品の売買契約に関する新たなEU指令の分析」産大法学54巻1号（2020年）127頁以下。2つのEU指令を検討するも

れた²。2021 年は、これらの 2 つの指令の国内法化のほかに、消費者権利指令の改正を含む、いわゆる現代化指令 (EU 2019/2161) の国内法化も行われている³。これらの指令国内法化は、ドイツ民法典 (以下、「BGB」とする) の改正を中心としており⁴、ドイツでは、これらの一連の改正を指して、2002 年の債務法現代化以来となる大改正であると表現するものもみられる。

デジタル・コンテンツ指令と物品売買指令は、主に、事業者から消費者に供給ないし販売される目的物の契約適合性の基準と契約適合性欠如の場合の救済手段を規定している。デジタル・コンテンツ指令は、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスの供給を目的とする消費者と事業者間のすべての契約を対象とする。また、物品売買指令は、消費者物品売買指令 (1999/44/EC) に置き換わるものであり、消費者物品売買に関するいくつかの規定の修正に加えて、「デジタル要素を伴う物品」の売買に関する新たな規定を設けている。このように、両指令は、契約目的物のデジタル化に対応した消費者保護ルールを示すものとして注目される。

両指令は、一部の下限平準化を除き、完全平準化指令となっており、加盟国はそれらの規定について指令が定める内容から逸脱することはできないが、国内法化の過程では、指令の解釈や実務への影響などに関して、さまざまな議論が展開されている。本研究会では、ドイツの研究者および 2 つの指令国内法化の立法担当者にインタビュー調査を実施したところであり⁵、本稿では、そこで得られた示唆をもとに、ドイツで国内法化された規定のうち、

のとして、三枝健治「契約不適合責任の現代化—取引の情報化を受けて—」消費者法研究 9 号 (2021 年) 141 頁以下、同「民法・消費者法における契約責任の現代的課題—取引の情報化を受けて」NBL1199 号 (2021 年) 42 頁以下など。

² Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie u“ber bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (BGBl. Teil I Nr. 37 (2021) S. 2123)、Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalin Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags (BGBl. Teil I Nr. 37 (2021) S. 2133)。

³ Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BGBl. Teil I Nr. 53 (2021) S. 3483)。現代化指令については、カライスコス アントニオス「現代化指令(EU)2019/2161 による EU 消費者法の改正」消費者法ニュース 126 号 (2021 年) 121 頁以下など参照。

⁴ 現代化指令の国内法化では、BGB の改正のほかに、ドイツ不正競争防止法の大幅な改正が行われている (Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht (BGBl. Teil I Nr. 53 (2021) S. 3504))。ドイツ不正競争防止法改正については、中田邦博・カライスコス アントニオス・古谷貴之「2021 年ドイツ不正競争防止法改正の意義と条文訳」龍谷大学社会科学研究所年報 52 号 (2022 年) 231 頁以下を参照。

⁵ 消費者庁新未来創造戦略本部 国際消費者政策研究センター (デジタル社会における消費者法制の比較法研究 (研究責任者: 松本恒雄 客員主任研究官))「プログレッシブ・レポート (海外有識者インタビュー

物品、デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの契約適合性に関する問題を中心に検討する⁶。なお、検討の対象は、デジタル製品⁷の規定における製品の瑕疵と売買の規定における物の瑕疵とし、権利の瑕疵については取り上げないこととする。

2. 2つの指令における契約適合性規定の特徴

デジタル・コンテンツ指令と物品売買指令は、契約不適合責任に関する規定において、多くの点でパラレルな内容となっている。上述のように、物品売買指令は、1999年の消費者物品売買指令に置き換わるものであるが、今回の改正では、消費動産売買一般に関する契約適合性の基準に関する規定にも消費者保護を強化する変更が加えられている。そして、同様の規定がデジタル・コンテンツ指令でも採用されている。両指令の契約適合性に関する規定に共通する特徴としては、①主観的要件と客観的要件の同列なものとしての位置づけ、②客観的要件を下回る合意の厳格な要件、③デジタル・コンテンツ、デジタル・サービス、デジタル要素を伴う物品に関するアップデート義務の新設を挙げることができる。

3. 契約適合性判断における主観的要件と客観的要件

(1) 契約適合性に関する規定の概要⁸

デジタル・コンテンツ指令が示した契約適合性に関する規定を国内法に置き換えるものとして、BGB 327e 条にデジタル製品の瑕疵についての包括的な規定が置かれ、そのうち、アップデート義務に関しては、単独の条文として BGB 327f 条が定められた。また、物品売買指令が示した瑕疵に関する規定は、売買一般の瑕疵規定である BGB 434 条と消費動産売買におけるデジタル要素を伴う物品の物の瑕疵規定である BGB 475b 条にそれぞれ国内法化された。BGB 475b 条は、BGB 434 条に対して補充的に適用される。BGB 434 条は、

ー記録概要(1))」(2022年)、同「プログレッシブ・レポート(海外有識者インタビュー記録概要(2))」(2023年)。以下では、それぞれ「プログレッシブ・レポート(1)」、「プログレッシブ・レポート(2)」とする。

⁶ ドイツにおいて成立した2つの改正法に関する文献として、古谷貴之「ドイツ瑕疵担保法の改革(1)ーEU 物品売買指令の国内法化ー」産大法学 55 巻 3・4 号(2022年) 209 頁以下、同「ドイツ瑕疵担保法の改革(2)ーEU デジタルコンテンツ指令の国内法化ー」産大法学 56 巻 1 号(2022年) 29 頁以下、芦野訓和「ドイツにおける EU デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス指令国内法化のための民法典の改正(1)」専修法学論集 143 号(2021年) 1 頁以下。なお、本研究会での研究成果の一部を公表したものとして、拙稿「デジタル・コンテンツ指令および物品売買指令のドイツにおける国内法化ー契約適合性をめぐる問題を中心にー」愛知学院大学論叢法学研究 63 巻 3・4 号(2022年) 59 頁以下、同「デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス供給契約に関する EU 指令並びに物品売買契約に関する EU 指令のドイツにおける国内法化(民法改正条文試訳)」愛知学院大学論叢法学研究 63 巻 3・4 号(2022年) 117 頁。

⁷ ドイツ法では、デジタル・コンテンツとデジタル・サービスの両方を指す上位概念として、「デジタル製品」(digitale Produkte)という用語を用いている(BGB 327 条)。

⁸ 規定の詳細については、拙稿・前掲注(6)愛知学院大学論叢法学研究 63 巻 3・4 号(2022年) 59 頁以下も参照いただきたい。

既存の規定が改正されたものであるが、そのほかは新設条文である。これまでの瑕疵規定と対比すると、上記 2 で挙げた点が今回の改正において重要であるが、そのほかの変更点としては、契約適合性を判断する際の製品や物の性状に関する要素が追加され、より詳細な規定となった。例えば、BGB 434 条をみると、機能性、互換性、相互運用性が新たに条文に明示されている。互換性や相互運用性は、ハードウェアやソフトウェアとの接続に関するものであり、いわゆる Internet of Things (IoT) など、デジタルの要素を含んだ商品を前提とした物品の品質要件を示している⁹。なお、契約適合性の判断要素について、何を主観的要件とし、何を客観的要件に位置づけるかは、複数の考え方がありうるところであり、例えば、売主が買主に契約締結前に提示した見本やモデルの性状を備えていることは、これまでのドイツにおける理解では、当事者の黙示の合意から導かれるとされていたが¹⁰、今回の改正では、指令に従い、客観的要件の中に位置づけられている (BGB 434 条 3 項 3 号参照)。もっとも、このような各要件への割り当てに関する違いは、原則として主観的要件と客観的要件のいずれも満たさなければならないとする規定構造から、実際の取引に大きく影響するものではないとの指摘がある¹¹。

ア. デジタル製品の瑕疵に関する規定

デジタル製品は、①主観的要件、②客観的要件、③統合要件に一致するとき、製品の瑕疵がないものとされる (BGB 327e 条 1 項 1 文)。統合要件は、統合が行われる場合にのみ問題となる。また、事業者が、契約上義務づけられたデジタル製品とは異なるデジタル製品を供給したときも同様に製品の瑕疵が存在する (同条 5 項)。

①主観的要件として、デジタル製品は、合意した性状を有していること、契約により予定された使用に適合していることが必要である (BGB 327e 条 2 項 1 号)。性状には、数量、機能性、互換性、および相互運用性の要求が含まれる (同項 1 号)。さらに、契約で合意したように、付属品、説明書、カスタマーサービスが供給されていること (同項 2 号)、契約で合意したアップデートが供給されていること (同項 3 号) が必要である。

②客観的要件として、通常の使用に適合していること (BGB 327e 条 3 項 1 号)、また、同種のデジタル製品にとって通常とされ、消費者がデジタル製品の種類から期待できる性状を備えていることが必要である (同項 2 号)。この性状には、数量、機能性、互換性、アクセシビリティ、継続性および安全性が含まれる (同項 2 号)。さらに、事業者が消費者に契約締結前に提示した試用またはプレビュー版の性状を満たしていること (同項 3 号)、消費者が受領を期待できる付属品および説明書が供給されていること (同項 4 号)、BGB 327f 条に従って消費者にアップデートが供給され、かつ、消費者がそのアップデートについて通知されていること (同項 5 号)、当事者が別段の合意をした場合を除き、契約締結時におい

⁹ Vgl. Lorenz, NJW 2021, 2065 (2066).

¹⁰ BT-Drs. 14/6040, S.207.

¹¹ Vgl. Wilke, VuR 2021, 283 (284).

て利用可能な最新版が供給されていること（同項 6 号）が必要である。BGB 327e 条 3 項 2 号の通常の性状には、事業者もしくは取引連鎖の前段階にいる他の者により、またはこれらの者の依頼のもとで行われた、特に広告またはラベルにおいて示される公的な言明により、消費者が期待できる要求が含まれる。

③統合要件(BGB 327e 条 4 項)は、統合が行われる限りで問題となる。統合とは、デジタル製品を消費者のデジタル環境のコンポーネントと接続し、かつ、それに組み込むことを指しており、デジタル環境とは、消費者がデジタル製品にアクセスし、またはデジタル製品を使用するために用いるすべての種類のハードウェア、ソフトウェアおよびネットワーク接続をいう。統合が行われる場合には、それが適切に行われたことが必要である（同項 1 号）。なお、統合が不適切に行われた場合であっても、それが事業者による不適切な統合によるものでも、事業者が供給した説明書の瑕疵に起因するものでもない場合には、瑕疵がないものとされる（同項 2 号）。

以上の瑕疵の判断時点は、一回的供給の場合には、供給の時点であり、継続的供給の場合には、その供給期間となる。また、アップデート義務については、一回的な供給の場合であっても、アップデート期間中に生じた契約不適合に対して、事業者はアップデート義務を負うことになる。

なお、デジタル製品の供給時から 1 年以内に瑕疵が明らかになった場合には、供給時にその瑕疵が存在していたことが推定される（BGB 327k 条 1 項¹²）。継続的に供給されるデジタル製品については、供給期間内に瑕疵が明らかになったとき、それまでの供給期間中に瑕疵があったものと推定される（同条 2 項）。

イ．一般売買法における瑕疵規定

BGB 434 条は、売買一般に適用される規定であり、物の瑕疵について定めている。この規定は、消費動産売買の場合に限り、片面的強行規定として機能する。物品売買指令の国内法化により、売買における物は、①主観的要件、②客観的要件、③組立要件に一致するとき、物の瑕疵がないものとされる(BGB 434 条 1 項)。③組立要件は、組立が行われる場合にのみ問題となる。売主が、契約上義務づけられた物とは異なる物を供給したときも同様に物の瑕疵が存在する（同条 5 項）。

①主観的要件として、合意した性状を有すること（BGB 434 条 2 項 1 号）、契約により予定された使用に適合していること（同項 2 号）、契約で合意した付属品、説明書とともに引き渡されていること（同項 3 号）が必要である。性状には、種類、数量、品質、機能性、互換性、相互運用性その他の特性が含まれる（同項 1 号）。

¹² 立証責任の転換について、BGB 327k 条 1 項は、権利の瑕疵にも適用されると規定しているが、デジタル・コンテンツ指令では権利に関する不適合の場合は含まれておらず、国内法化に際して拡張されたものである。この点、技術的に複雑なデジタル製品については、権利の瑕疵に関しても消費者の証明は困難であることが考慮されたものと指摘されている。Vgl. Metzger in : Münchener Kommentar BGB 9. Aufl., 2022, § 327k Rn. 3.

②客観的要件として、通常の使用に適合していること（BGB 434 条 3 項 1 号）、同種の物において通常とされ、買主が次に掲げる事情から期待できる性状を有することが必要である（同項 2 号）。ここで掲げられている事情とは、a) 物の種類、b) 売主もしくは販売連鎖の前段階にいる他の者により、またはこれらの者の依頼のもとで行われた、特に広告またはラベルにおいて示される公的な言明である（同項 2 号）。また、売主が買主に契約締結前に提示した見本またはモデルの性状に適合すること（同項 3 号）、買主が受領を期待できる付属品とともに引き渡されていること（同項 4 号）も要する。2 号の通常の性状には、物の数量、品質その他の特性（耐久性、機能性、互換性および安全性を含む）が含まれる。

③組立要件は、組立が行われる限りで問題となる¹³。組立が行われる場合は、それが適切に行われたこと（BGB 434 条 4 項 1 号）が必要である。なお、組立が不適切に行われた場合であっても、それが売主による不適切な組立によるものでも、売主が引き渡した説明書の瑕疵に起因するものでもない場合には、瑕疵がないものとされる（同項 2 号）。組立（Montage）の用語は、包括的な意味で用いられており、買主が売買目的物の使用を可能とするために行うあらゆる措置を指している¹⁴。例えば、買主が個々の部品から売買目的物を組み立てることだけでなく、キッチンキャビネットの吊り下げや買主のコンピュータへの CD ドライブの取り付けなど、売買目的物と他の所有物を接続することも含まれる。

以上の瑕疵の有無は、危険の移転時を基準として判断される（BGB 434 条 1 項）。BGB 446 条により、危険の移転時は、物の引渡しの際点である。履行地以外の場所への送付売買の場合の危険の移転時については、BGB 447 条に規定がある。以下で述べるように、消費動産売買のうち、デジタル要素を伴う物品の売買契約では、事業者にアップデート義務が課されており（後述ウ）、それによって、瑕疵の判断時点を危険の移転とする売買の原則に対する例外が生じることになった。

なお、消費動産売買については、危険の移転時から 1 年以内に瑕疵が明らかになった場合には、危険の移転時にその瑕疵が存在していたものと推定される（BGB 477 条 1 項）。デジタル要素を伴う物品について、デジタル要素の継続的な供給が合意される場合には、供給期間の間、または危険の移転から 2 年以内に瑕疵が明らかになったときは、それまでの供給期間中に瑕疵があったものと推定される（同条 2 項）。

ウ. 消費動産売買におけるデジタル要素を伴う物品の物の瑕疵に関する追加的規定

BGB 475b 条は、デジタル要素を伴う物品の物の瑕疵を規定する。デジタル要素を伴う物品に関する瑕疵規定は、BGB 434 条の物の瑕疵に関する規定に対して補充的に適用されるものとして位置づけられている（BGB 475b 条 1 項）。

デジタル要素を伴う物品は、危険移転時に、①主観的要件、②客観的要件、③組立要件、

¹³ BGB 434 条 4 項は、売主が行う組立と買主が行う組立が区別されておらず、不明確であるとの批判が強い規定である。Vgl. Faust in : BeckOK BGB, 63.Ed., 2022, BGB § 434 Rn.133.

¹⁴ Faust in : BeckOK BGB, 63.Ed., 2022, BGB § 434 Rn.134.

④インストール要件に一致する場合、さらに、アップデート義務に関して、主観的要件・客観的要件に基づく期間供給されたときに、物の瑕疵がないとされる(475b 条 2 項)。③組立要件、④インストール要件は、これらが行われる場合にのみ問題となる。①主観的要件、②客観的要件、③組立要件は、一般売買の規定である BGB 434 条を参照し、これに加えて、①主観的要件と②客観的要件のいずれにおいても、アップデートの供給が必要であることが規定されている。④インストール要件も、売買一般には存在しないデジタル要素を伴う物品についての追加的な規定である。

なお、デジタル要素を伴う物品の売買において、デジタル要素に関する供給期間が合意される場合には、BGB 475c 条の規定が適用される。当事者が供給期間を合意していない場合は、BGB 475b 条 4 項 2 号の規定を準用する (BGB 475c 条 1 項)。BGB 434・475b 条に加えて、売主は、供給期間の間、また、少なくとも物品の引渡しから 2 年間は、デジタル要素が BGB 475b 条 2 項の要件に適合することを確保する責任を負う (同条 2 項)。

(2) 主観的要件と客観的要件の位置づけ

デジタル製品の瑕疵についての BGB 327e 条と、売買一般に関する瑕疵についての BGB 434 条は、契約適合性の判断について、主観的要件と客観的要件を同列のものとして位置づけている。すなわち、瑕疵がないとされるためには、主観的要件と客観的要件のいずれもが満たされなければならない。1999 年の消費動産売買指令と、それを国内法化した規定である改正前 BGB 434 条では、当事者による性状合意が客観的判断基準に優先するものとされていたが、今回の 2 つの指令では、客観的要件の位置づけを高めることで消費者保護の強化を図っている¹⁵。主観的要件と客観的要件を等しく決定的な基準とする規定構造は、ドイツ法において新たなものではあるが、消費動産売買契約を除く一般の売買契約では、当事者は、これまでと同様に客観的要件からの逸脱を黙示にも合意することができる。したがって、実際に影響があるのは、デジタル製品の供給を目的とする消費者契約と消費動産売買契約であり、それらの契約においては、客観的要件を下回る合意は可能であるが、その合意について、厳格な要件を満たしている必要がある (BGB 327h 条、BGB 476 条 1 項)。

新たな規定構造に対しては、とりわけ、そこでの客観的要件の位置づけに関して、当事者の意思にかかわらず契約内容を決定することになるとして、契約自由の原則に介入する可能性を指摘する見解もみられる¹⁶。

(3) 客観的要件の判断基準

客観的要件は、消費者の合理的な期待によって決められることになるが、比較可能な同種の製品や物品をどのように導くかについては、指令とドイツでの国内法化の過程のいずれ

¹⁵ デジタル・コンテンツ指令前文 45、物品売買指令前文 25 参照。

¹⁶ Krame, RD 2021, 20(24ff). なお、クラメ教授は、本研究会でのインタビューにおいて、この指摘は批判ではなく、消費者保護の観点から新たな指令の対応は適切であると述べている。「プログレッシブ・レポート (1)」32 頁参照。

においても示されておらず、今後の判例に委ねられている。特にデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの市場において、どのように比較可能な対象を確定するかについて問題が指摘されるほか、同種の製品よりも機能が劣ることが瑕疵とされうるとすれば、新たな事業者の市場参入の障壁となりかねないとの懸念を示す見解もみられる¹⁷。この点、デジタル・コンテンツ指令のドイツ国内法化に携わったゲールズ博士は、本研究会のインタビューにおいて、客観的な基準による瑕疵判断は、2002年の債務法現代化後から用いられてきたものであり、これまでの判例法理が参照されうるとして、実務上の困難はそれほど生じないとの見方を示している¹⁸。また、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスに関する客観的な品質水準は、EU加盟国において統一的なものとなるであろうことも示唆される。もっとも、学説の指摘にみられるように、デジタル製品やデジタル要素を伴う物品に関しては、以下で述べるアップデート義務も含まれることから、これまでとは異なる新たな問題が生じることも考えられよう。

（４）客観的要件を下回る合意

デジタル製品の供給契約に適用される BGB 327h 条と消費動産売買契約に適用される BGB 476 条 1 項は、客観的要件を逸脱する合意をするための厳格な要件を定めている。それによれば、消費者が契約締結の意思表示を行う前に、客観的要件と相違することを具体的に通知され、かつ、その相違が「契約において明示的にかつ個別に合意された場合に限り」、客観的要件からの逸脱が認められる。このような規定は、これまでの EU 消費者法にはみられなかった、新たなアプローチによる消費者保護ルールであるといえる。BGB においても馴染みのないこの規定に対しては、実際の取引において、どのような場合にこの客観的要件からの逸脱要件が満たされたといえるかは明確ではないとの指摘が学説上多数となっている¹⁹。したがって、その解釈については判例に委ねられており、最終的には、欧州司法裁判所による明確化が期待されている問題の一つであるといえる。

ドイツの政府草案の理由書では、契約締結前の消費者への通知は、「特に」されなければならない、他の情報に比べて「より多くの」情報提供がなされなければならないと説明されている²⁰。また、「個別」の要件は、消費者が意識的にその意思決定に含むよう、逸脱が強調されている必要がある²¹。以上から、約款において、いくつかの特徴の一つとして、他の合意の中に客観的要件からの逸脱を置くのでは不十分であり、例えば、契約の際に用いられる書面では、客観的要件からの逸脱を消費者が認識できるように作成されなければならない

¹⁷ Vgl. Kramme, RDi 2021, 20(26).

¹⁸ 「プログレッシブ・レポート（２）」33頁参照。

¹⁹ 「プログレッシブ・レポート（１）」5頁以下のシュミット＝ケッセル教授の回答や、同・19頁以下のクラメ教授の回答からも解釈上の問題が窺われる。

²⁰ BT-Drs. 19/27424, S.42 ; BT-Drs. 19/27653, S.59,60.

²¹ BT-Drs. 19/27424, S.42 ; BT-Drs. 19/27653, S.59,60.

22。学説では、約款の一部に客観的要件の逸脱に関する記述を紛れ込ませるような合意は認められないという点では異論はみられないが、約款による合意によってこの逸脱要件を満たすことが可能かどうかについては見解が分かれている。

この規定に対しては、実務上、性状合意があるかどうかの判断が容易になるといった肯定的な評価が示される一方で、厳格な要件の定めは、自らの義務から逃れようとする方向へ事業者を導き、逸脱の合意が常態化するのではないかという懸念も示されている²³。このような見方とは反対に、契約締結前に、事業者が、自らが供給するデジタル製品について、それが通常の品質を有さないものであるといったように客観的要件を満たしていないことを消費者に説明するということは考えにくいという指摘もあり²⁴、実際の取引において、事業者がいかなる対応を図っていくかについては、今後の状況を確認する必要がある。

4. アップデート義務

(1) アップデート義務の内容

ア. アップデートの通知と供給

デジタル製品の供給とデジタル要素を伴う物品の売買が消費者契約である場合には、事業者は、一定の期間、アップデート義務を負う（BGB 327f 条、BGB 475b 条）。アップデート義務は、継続的契約である場合に限らず、一回的給付の場合にも求められるものであるが、契約適合性の一部に位置づけられている。事業者のアップデート義務は、契約適合性の維持のために必要なものに限られる。契約適合性の維持を超えた、機能拡張のようなアップデートは、デジタル製品の変更に係る要件を満たすことが必要となる（BGB 327r 条）。

アップデート義務を定めるドイツ法の規定は、指令と同様に抽象的なものとなっている。デジタル・コンテンツやデジタル・サービスが多様であることから、このような規定が消費者保護のためにも望ましいと考えられたものであるが²⁵、それによって生じる具体的判断基準の不明確性は今後の課題となる²⁶。アップデートの内容としては、指令の前文で示されているように、セキュリティアップデートが重要とされる²⁷。なお、契約目的物が「安全性」を有していなければならないことは、客観的要件の中で規定されている（BGB 327e 条 3 項

²² BT-Drs. 19/27424,S.42.

²³ Wendehorst in : Stabentheiner/Wendehorst/Zöchling-Jud, Das neue europäische Gewährleistungsrecht,S.111,134.

²⁴ Jaensch, jM 2022, 96(100)は、マーケティング上の理由から、事業者は自らの商品が劣っていると判断されないためにも、消費者に広範なネガティブリストを提示しない方がよいと指摘する。クラーメ教授も同様の見解を示している。この点について、「プログレッシブ・レポート (1)」19 頁-21 頁を参照。

²⁵ デジタル・コンテンツ指令の国内法化に携わったゲールズ博士の見解について、「プログレッシブ・レポート (2)」36 頁も参照。

²⁶ クラーメ教授は、本研究会のインタビューにおいて、指令の弱点を指摘している。「プログレッシブ・レポート (1)」23 頁参照。

²⁷ デジタル・コンテンツ指令前文 47 参照。

2号、BGB 434条3項)²⁸。もっとも、ソフトウェアのセキュリティ上の不備はしばしば起こりうることであり、あらゆる潜在的なセキュリティ上の脆弱性が瑕疵に該当するかについては問題となるとの指摘もみられる²⁹。セキュリティアップデートのほかには、技術的な基準などの変更があった場合に、それに適合させるアップデートも想定される(例えば、新しいバージョンのOSに対応し、製品を使い続けられるようにするためのアップデート)³⁰。

事業者が負うアップデート義務は、アップデート情報の通知と供給である(BGB 327f条1項、BGB 475b条4項2号)。アップデートに関する情報提供がされなければ、それによってすでに瑕疵があるものとされる。アップデートのプログラムそのものは、供給者や売主ではなく、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスの製作者によって提供されることが通常であるが、消費者に対しては、供給者と売主が直接の責任を負うことになる。

アップデートをインストールするのは消費者であり、事業者は、消費者に対してインストールを強制することはできない。したがって、実際のアップデートの供給は、アップデートのためのリンクを消費者に送信することなどによって行われることになる。なお、アップデート義務の供給は、実質的な有効性の確保のため、不適合が生じてから相当期間内に行われなければならない³¹。アップデートの供給に関する通知についても同様である。実際に事業者がいつ、どのように消費者にアップデートを通知し、供給しなければならないかについては、個々の場合に問題となりうる。政府草案の理由書では、アップデートをインストールしなかった場合の製品への影響の重大性が考慮されると述べられており³²、製品に生じる結果が重大であるものほど、事業者は、アップデートの情報を迅速かつ明確に消費者に通知しなければならないとされる³³。具体的な通知方法としては、電子メールのほか、アプリやソフトウェア内でのポップアップの表示といった手段が挙げられる³⁴。

イ. 消費者によるインストール

消費者が供給されたアップデートを相当な期間内にインストールしなかったことのみに起因する瑕疵については、事業者の免責に関する定めが置かれている。それによると、事業者が消費者にアップデートが可能であることと、アップデートをインストールしなかった場合の結果について通知し、かつ、消費者がアップデートをインストールしなかったか、不適切なインストールを行なったことについて、消費者に供給された瑕疵あるインストール

²⁸ したがって、「安全性」が契約適合性において必要なことは、デジタル製品やデジタル要素を伴う物品の場合に限らず、その他の売買の場合にも同様である。

²⁹ Klett/Gehrmann, MMR 2022, 435(437).

³⁰ Vgl. Staudinger/Artz, Neues Kaufrecht und Verträge über digitale Produkte 1. Auflage 2022, Rn.421.

³¹ Stürner in : Stürner/Wegner, Die Schuldrechtsreform 2022, S.141.

³² BT-Drs. 19/27653, S.58.

³³ Metzger in : Münchener Kommentar BGB 9.Aufl., 2022, § 327k Rn.8.

³⁴ Wagner in : Stürner/Wegner, Die Schuldrechtsreform 2022, S.318 ; Metzger in : Münchener Kommentar BGB 9.Aufl., 2022, § 327k Rn.8.

手順書に起因するものではないときは、事業者は責任を負わない（BGB 327f 条 2 項、BGB 475b 条 5 項）。この事業者の免責規定で示される、アップデートをインストールしなかったことのみに起因する瑕疵という要件に関しては、供給時や引渡し時にすでに存在していた不適合が後に明らかになった場合の追完と、供給後や引渡し後に生じた不適合に対するアップデートとの境界づけという難しい問題が生じる可能性が指摘されている³⁵。

（２）アップデート義務を負う期間

継続的な供給に関する契約の場合には、その供給期間中アップデートがなされる必要がある（BGB 327f 条 1 項 3 文 1 号、BGB 475c 条 2 項）。継続的供給ではない場合に事業者がアップデート義務を負う期間は、当事者による合意がない場合は、デジタル製品・デジタル要素の種類および目的に照らし、かつ、契約の状況および性質を考慮して、消費者が期待しうる期間となる（BGB 327f 条 1 項 3 文 2 号、BGB 475b 条 4 項 2 号）。したがって、ここでも消費者の期待が重要となるが、学説では、その判断の困難性を指摘するものが多くみられる。政府草案の理由書によれば、消費者の期待は、広告や材料、類似の製品のライフサイクル、価格といった個々の事情によって判断されるという³⁶。また、デジタル製品が物に接続されているか、含まれているような場合には、その物の通常の使用可能な期間（耐用年数など）は、消費者がアップデートを合理的に期待できる期間に関して重要な影響をもつとされる³⁷。具体的には、OS とアプリケーションソフトウェアでは、その目的に照らして、前者の方がより長期間のアップデートの供給が求められることが予想される。短期間の使用のみが予定されているようなアプリケーションの場合のように、その種類や目的によっては、アップデートの期間は、契約不適合に基づく権利の消滅時効期間（供給から 2 年）よりも短くなる可能性もある³⁸。さらに、アップデートの種類もアップデート義務を負う期間に影響を与えうる。例えば、セキュリティアップデートは、そこでのリスクに応じて、契約不適合責任の期間制限を超えて必要とされる可能性がある³⁹。

アップデート義務の違反と契約不適合責任の期間制限の問題は、立法過程で活発に議論された点である⁴⁰。当初、政府草案では、アップデート義務の違反に基づく権利行使について、2 年間の消滅時効は、アップデート義務を負うべき期間の満了時から進行するとしていた。これに対して、事業者が非常に長期にわたって契約不適合責任を負うことになる可能性があるとの批判が強く寄せられたことから、一律にデジタル製品の供給時または物品の引渡し時から消滅時効が進行するとしうえで、アップデート義務の違反を理由とする権利

³⁵ Wilke, VuR 2021, 283 (287).

³⁶ BT-Drs. 19/27424, S. 33.

³⁷ BT-Drs. 19/27653, S. 59.

³⁸ Stürner in : Stürner/Wegner, Die Schuldrechtsreform 2022, S.141.

³⁹ BT-Drucks. 19/27424, S. 33.

⁴⁰ 物品売買指令のドイツ国内法化に携わったションブルグ博士の指摘として、「プログレッシブ・レポート (2)」46 頁・47 頁も参照。

行使の場合は、アップデート義務を負うべき期間の終了後 12 か月を経過する前には時効にかからないという消滅時効の完成猶予を設けるものとなった(BGB 327j 条、BGB 475e 条)。

(3) 瑕疵の立証責任の転換とアップデート義務の関係

上述したように、デジタル製品の供給契約と消費用動産売買契約では、消費者保護のために、一定期間、瑕疵の立証責任の転換が定められている。この点について、アップデート義務との関係が問題となりうる。例えば、デジタル製品の供給から 1 年以内に瑕疵が明らかになった場合、消費者は、BGB 327k 条 1 項に基づく瑕疵の立証責任の転換により、供給時にすでに瑕疵があったものと推定され、事業者がこれを覆すことができない場合、BGB 327i 条に規定される各権利を行使することができる。他方、消費者は、事業者がアップデート義務を負う期間内であれば、瑕疵を供給時に存在したものとするのではなく、後に生じた不適合であるとして、アップデートを求めることも考えられる。このとき、アップデート義務に基づく権利の消滅時効は、上述のように、アップデート義務を負うべき期間の終了後 12 か月の完成猶予が定められているため、後者の方が消費者にとって有利になる可能性がある。この問題に対しては、消費者には主張の選択の自由が与えられるべきであり、そうでなければ、立証責任の転換は、消費者の不利益を生じさせることになる」と指摘するものがみられる⁴¹。このような点も、上で触れたように、追完とアップデートがいずれも不適合の修正を行うものとして機能上共通し、その不適合がどの時点で存在していたと認められるかによる取り扱いの違いから生じる問題の一つといえる。

5. おわりに

今回の指令の国内法化によって、ドイツ法の契約適合性に関する規定では、売買一般の規定を含む大幅な改正が行われた。日本法との対比においては、契約目的物の性状について、取引対象のデジタル化を念頭に置いたうえで、機能性、安全性、耐久性、互換性、相互運用性といった要素が新たに取り入れられ、より詳細な内容となったことが参考になる。また、主観的要件と客観的要件がいずれも満たすべき基準として位置づけられたことは、消費者保護の観点や契約解釈のあり方といった点でも注目しうる。もっとも、客観的要件をめぐることは、消費者が期待可能な性状の水準が問題になることが予想され、特にデジタル・コンテンツやデジタル・サービスについて、対比される同種の製品グループがどのように決定されるか、今後の学説や判例の状況を確認していく必要がある。また、EU がこの問題について今後何らかの対応を図るかどうかといった動向も注目される。さらに、消費者保護という点では、客観的要件を下回る合意の厳格な要件が実質的な意味をもつが、ドイツの学説では、その解釈をめぐる見解の相違がみられるところである。

取引対象のデジタル化に関係するものとしては、アップデート義務が取り入れられたことが重要であり、実際の取引への影響も大きいといえる。しかし、上述したように、その内

⁴¹ Metzger in : Münchener Kommentar BGB 9.Aufl.,2022, § 327k Rn.10.

容は明確でない部分が多く、この点についても判例の集積による具体化が求められているところである。また、学説の指摘にみられるように、今回取り入れられたアップデートは、製品の供給や物品の引渡し後に生じた不適合を問題とするものであるが、潜在的なセキュリティの脆弱性のように、どの時点で瑕疵が存在したといえるかによる、追完とアップデートの境界づけという困難な問題が生じる可能性もある。なお、アップデート義務をめぐっては、本稿で取り上げた点のほかにも、デジタル製品の製作者の責任や、事業者間契約への適用の必要性などが議論されている⁴²。特に、高度に技術的なデジタル製品に関しては、製作者が果たすべき役割は重要であり⁴³、今回の指令によって示された事業者の責任の効果論とともに、これらの問題についても検討していく必要があろう。

⁴² デジタル・コンテンツ指令のドイツ国内法化に携わったゲールズ博士の指摘について、「プログレッシブ・レポート（2）」37頁・38頁、同様に物品売買指令のドイツ国内法化に携わったションブルグ博士の指摘について、同・45頁・46頁参照。

⁴³ 製作者の責任については、2022年9月28日に公表された、製造物責任指令（Product Liability Directive）の改正案とAI責任指令案（AI Liability Directive）による法規制の動向も重要となる。

第4. フランスにおけるデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化 —国内法化オールドナンスの概要—

馬場 圭太 客員主任研究官（関西大学教授）

目次

1. はじめに
2. 国内法化の経緯と方法
 - (1) 国内法化の経緯
 - (2) 国内法化の方法
3. 国内法化オールドナンスの主な特徴
 - (1) 消費法典の構造的変更
 - (2) 適用範囲
 - (3) 消費者の権利の強化 1：二重の期間の設定
 - (4) 消費者の権利の強化 2：法定適合性保証に基づいて修補された財物の保証期間の延長
 - (5) 消費者の権利の強化 3：保証期間の新たな停止事由の導入
 - (6) 消費者の権利の強化 4：消費者の権利を弱める自由裁量の不行使
 - (7) 消費者の権利の強化 5：売主及び事業者に対するサンクションの強化
 - (8) 適合性の維持に「必要でない」アップデートに関する規定
 - (9) 代金に関する情報提供
4. おわりに
 - (1) 消費法典の規定の強化
 - (2) 消費法典の規定と民法典の規定の関係

1. はじめに

本稿では、本研究グループが検討を進めてきたデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令と物品の売買契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令がフランスにおいてどのように国内法化されたか概観し¹、その内容と展望に関する若干の私見を示すことにしたい。

各加盟国は、これらの2つの指令を国内法化する際に、完全平準化を実施するよう求められている²。したがって、国内法化後の各加盟国の法制度には、基本的に違いが生じないはずである。しかし、以下に見るように、フランス法には、例えば、同じ加盟国であるドイツ³と異なる方針が採用されている箇所が散見される。これらの指令が各加盟国で国内法化さ

¹ EU加盟国はEUが採択した指令(Directive)を国内法化する措置を講じるよう義務づけられており、個々の指令は国内法化によって各加盟国において効力を生じる。

² デジタル・コンテンツ指令4条、物品売買指令4条。

³ ドイツにおける指令の国内法化については、本DP第2の芦野論文、第3の永岩論文、及び消費者庁新

れた後の状況の違いを確認し分析を加えることは、EU および加盟国の経験を、日本の消費者法政策に生かすための基礎作業として欠くことができないであろう。本稿は、そのような作業に寄与することを目的とするものである。

2. 国内法化の経緯と方法

(1) 国内法化の経緯

上記2つの指令について、加盟国は、2021年7月1日までに国内法化に必要な措置を可決し、2022年1月1日からその措置を施行することが求められていたが⁴、フランスでは、「物品、デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスのための適合性法定保証に関する2021年9月29日のオルドナンス第1247号」⁵（以下「国内法化オルドナンス」という。）によって、これらが同時に国内法化された。

フランス政府は、指令を国内法化するにあたって、法律ではなく、オルドナンス⁶によることを選択した。このため、フランス政府は、指令の国内法化について、2020年12月3日の法律第1508号によって国会から授権され、その後は、司法省の民事国璽局(Direction des affaires civiles et du sceau, DACS)及び経済金融振興庁の競争消費詐欺防止総局(Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, DGCCRF)が協働してオルドナンス案を策定する任にあたった。

国内法化オルドナンスは、指令の定めに従って、2022年1月1日に施行された。ただし、現時点において追認法律が採択されていないため、今後法文が修正される可能性があることに注意を要する。

ところで、上記の指令の国内法化と直接関係するものではないが、2021年12月22日のオルドナンス第1734号によって、現代化指令⁷（オムニバス指令とも呼ばれる）が国内法化され、それにあわせて消費法典の改正が行われている。以下の叙述は、この改正が反映された現行法を前提とする。

未来創造戦略本部消費者政策研究センター「プログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究」海外有識者インタビュー記録概要(1)」(2022年)を参照。

⁴ デジタル・コンテンツ指令24条、物品売買指令24条。

⁵ Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques.

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000044125847>

⁶ オルドナンスとは、「法律事項[法律によって定めることができる事項。フランス憲法34条を参照―筆者注]のうちの特定の事項について国会の授権に基づいて政府が迅速に制定するという意味で委任立法の実質を有し、その制定後に国会が追認すれば名実ともに法律になるが、追認がない場合でも命令の資格で存続し(従って取消訴訟が可能)、改正には法律を要するものである」(北村一郎編『アクセスガイド外国法』(東京大学出版会、2004年)96頁[北村一郎])。

⁷ Directive (UE)2019/2161 en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/2161/oj>

（２）国内法化の方法

フランスには、民法典とは別に消費法典が存在する。フランスでは、従前、消費者保護に関する EU 指令の国内法化は消費法典の改正によって実施されており、今回も、その方法が踏襲されている。

消費者契約における契約適合性にかかる EU 指令の国内法化については、フランスでは、消費者物品売買指令（1999/44/EC）を国内法化する際に意見の対立があり、激しい論争を経た結果、2005 年のオルドナンス⁸が制定され、民法典上の瑕疵担保責任制度を維持しつつ、EU 指令を消費法典の中で国内法化するという方針が採用された⁹。それ以降、フランスでは、消費者物品売買における契約適合性に関して、消費法典上の法定適合性保証と民法典上の瑕疵担保責任という 2 つの制度が並立・競合する状況にある。

民法典の瑕疵担保責任は、消費法典の中で国内法化された EU 消費者物品売買指令（すなわち、フランス消費法典上の法定適合性保証）よりも消費者保護に厚い部分がある（後掲 4. を参照）。このため、消費者は、消費法典の規定ではなく、民法典の規定を選択して援用して救済を求めることができる（消費法典 L.217-30 条、L.224-25-29 条）¹⁰。

3. 国内法化オルドナンスの主な特徴

（１）消費法典の構造的変更

① 冒頭規定の変更

国内法化オルドナンスによって、消費法典の冒頭規定（緒条 [article liminaire]¹¹）が改正

⁸ Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par vendeur au consommateur. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000257818>

⁹ 詳しくは、馬場圭太「EU 指令とフランス民法典－消費動産売買指令の国内法化をめぐる動向」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の動向と課題』（2008 年）405 頁以下を参照。

¹⁰ 消費者は、民法典上の瑕疵担保訴権を行使して敗訴した場合に備えて、補充的に消費法典上の法定適合性保証を援用することもできる（cf. Cass. 1^{re} civ., 1^{re} juill, 2020, n° 19-11119, CCC 2020, n° 149, note S. BERNHEIM-DESSVAUX）。

¹¹ 消費法典緒条は、次のように定める。「この法典の適用について、次の用語は、次のことを意味する。

1° 消費者：自己の商業、工業、手工業、自由専門職又は農業上の活動の枠に入らない目的で行動するすべての自然人。

2° 非事業者：事業目的で行動しないすべての法人。

3° 事業者：自己の商業、工業、手工業、自由専門職又は農業上の活動の枠に入る目的で、他の事業者の名において又はその者のために行動するすべての自然人又は、公私の別にかかわらず、法人。

4° 生産者：財物の製造者、欧州連合への財物の輸入者、又は、その他財物に自己の名称、商標若しくはその他の特徴 *signe distinctif* を付すことによって、自己を生産者として表示するすべての者。

5° デジタル要素を伴う財物：デジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスを統合し、又はデジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスと相互接続されたすべての有体動産であって、このデジタル・コンテンツ又はこのデジタル・サービスの不存在が、その財物とその機能を果たすことを妨げるもの。

6° デジタル・コンテンツ：デジタル形式で生産されかつ供給されるデータ。

された。これによって、それまで消費法典の適用範囲を画する役割を担っていた冒頭規定の趣旨が変質し、定義のガラクタ箱のようになったと評されている¹²。

② デジタル・コンテンツに関するルールの特別規定化

今回の改正で、物品売買指令にかかる規定は、消費者契約の一般的ルールとして、消費法典の第2編第1章第6款及び第7款（L.216-1条からL.217-32条まで）にまとめられ、デジタル・コンテンツ指令にかかる規定は、消費者契約にかかる特別ルールとして新設された消費法典第2編第2章第4節第2款の2（L.224-25-1条からL.224-25-32条まで）にまとめられた。この方針は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービス供給契約に名前を与えない選択が行われたことを示しているとされる¹³。

7° デジタル・サービス：消費者がデジタル形式でデータを作成、処理若しくは記録し、若しくはデータにアクセスすることを可能にする役務、又は、消費者若しくはこの役務のその他のユーザーがアップロード若しくは作成したデジタル形式のデータとの共有その他の相互作用を可能にする役務。

8° 持続的記録媒体：消費者又は事業者が、その者に個人的に宛てられた情報を、後に参照することができるようにするために、その情報の目的に適合した期間について記録することを可能にし、かつ、記録された情報を元のまま再現することを可能にするすべての手段。

9° 機能性：財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが、その目的に照らして、その機能を果たす能力。

10° 互換性：財物、情報機器、ソフトウェア、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスをコンバートする必要なく、財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが、同種の財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスとともに通常使用される情報機器又はソフトウェアとともに機能する能力。

11° 相互運用性：財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが、同種の財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスとともに通常使用されるものとは異なる情報機器又はソフトウェアとともに機能する能力。

12° 持続可能性：財物が、通常の用途の枠内において要求される機能とパフォーマンスを保持する能力。

13° 個人データ：個人データの取扱いに関する自然人の保護及びそのデータの自由な移転に関する2016年4月27日の規則(UE)2016/679第4条1)に定める個人データ。

14° オンラインマーケットプレイス：事業者によって又はその者のために利用されるソフトウェア（インターネットサイト、インターネットサイトの一部又はアプリケーションを含む。）を使用するサービスであって、消費者が、他の事業者又は消費者と通信契約を締結することを可能にするもの。

15° オンライン・マーケットプレイス運営者：L.111-7条2°の意味において、消費者に対してオンライン・マーケットプレイスを提供するあらゆる事業者。

16° 取引方法：事業者によるあらゆる作為、不作為、行動、働きかけ、又は取引上のやりとり（広告及びマーケティングを含む。）であって、財物の、役務の、若しくは権利及び債権債務の販売促進、販売又は供給と直接関係するもの。

¹² ex. Sabine BERNHEIM-DESVAUX, « Réflexion autour de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques », CCC 2021, comm. 174, n° 1.

¹³ *Ibid.*

(2) 適用範囲

以下、人的な適用範囲（A）と物的な適用範囲（B）に分けて論じる。

A. 人的適用範囲

① 情報提供義務の適用範囲の拡張

消費法典 L.111-1 条は、事業者が消費者に対して負う情報提供義務について定めている¹⁴。前述した現代化指令による消費者権利指令の改正を先取りして、この条が改正された。

改正前、この規定の適用範囲は、物品売買契約と役務提供契約に限定されていたが、改正後は、すべての有償契約に適用されることになった（L.111-1 条柱書き）。この規定が置かれたことによって、今後は、事業者は、消費者に対して、代金の支払いに代えて又はそれを補うものとして与えられる利益について説明する義務を負う。したがって、上記の改正によって、契約前の一般的情報提供義務に関する規定を、物品売買契約・役務提供契約に含まれない、SNS に関連した契約をはじめとするデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービス供給契約に適用することが可能となる。

② 消費法典第 2 編第 1 章第 6 節及び第 7 節の適用範囲の拡張

消費法典第 2 編第 1 章第 6 節「引渡し、供給及び危険の移転」（L.216-1 条から L.216-8 条まで）、第 7 節「財物の売買契約における適合債務」（L.217-1 条から L.217-32 条まで）

¹⁴ 消費法典 L.111-1 条は、次のように定める。「消費者が有償契約によって拘束される前に、事業者は、消費者に対して、次の情報を読みやすくかつ理解しやすい仕方、伝えなければならない。

1° 財物若しくは役務の本質的性質、又はそれらの性質と用いられる伝達媒体を考慮して、デジタル・サービス若しくはデジタル・コンテンツの本質的性質、及び、特にデジタル要素を伴う財物、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの機能性、互換性、及びソフトウェアのインストールに関するあらゆる制限の存在。

2° 代金その他 L.112-1 条から L.112-4-1 条の適用により代金の支払いに代えて又はそれを補うために与えられる利益；

3° 契約が即時に履行されない場合に、事業者が財物を引き渡し、又は役務を履行することを約する日付又は期間；

4° 事業者の身元、その郵便、電話及び電子的な連絡先、及びその活動に関する情報。それらの情報がコンテキストから外れない限りにおいて；

5° 法定保証の存在及びその利用方法。特に、法定の適合性保証及び法定の瑕疵担保責任及び場合により約定保証、及び、場合により、アフターセールスサービス及び他の契約条件に関する情報。

6° 第 4 編第 1 章に定める条件で消費メディアーターを利用できること。

これらの情報のリスト及び精確な内容は、コンセイユ・デタの議を経たデクレによって定められる。

この条文の規定は、水、ガス又は電気（限られた体積又は定められた量で条件付けられていない場合を含む。）、及び都市地域暖房を対象とする契約にも適用される。これらの契約は、節度ある丁寧な消費及び環境保全の必要性に言及しなければならない。」

が、消費者だけでなく、非事業者 non-professionnel にも適用されることになった (L.217-32 条。デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービス供給契約については、L.224-25-31 条)。これはデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令が加盟国に与えていた自由裁量を行行使したこと（逆に言えば、フランス法のルールが非事業者に及ぶことを拒絶したこと）を意味するとされる¹⁵。

この適用範囲の拡張は、不当条項規制、契約の更新、契約条項の解釈、誤認惹起取引方法などについて従前から認められていたが、2016 年消費法典改正により非事業者に関する特別な規定が置かれたことによって、より容易になった¹⁶。ただし、今回の改正では、「小事業者 petit-professionnel」という概念を立てて、これを保護するという方針は採用されていない¹⁷。

③ 事業者又は売主に該当しないプラットフォーム事業者への適用範囲拡張の拒否

デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令は、それぞれの前文 18 において、事業者又は売主に該当しないプラットフォーム事業者に指令の適用範囲を拡張する自由を加盟国に与えていたが、フランスではこの自由裁量は行使されなかった。その結果、例えば、マッチング型プラットフォーム提供者が負う責任については、これらの指令の適用範囲の外に追いやられた可能性がある。

B. 物的適用範囲

④ 適用除外される公開の競り売りによる中古物品売買の範囲の限定

指令は、公開の競り売り（オークション）で売却する中古物品を、指令の適用範囲から除外することを認めている（物品売買指令 3 条 5 項(a)）。国内法化オールドナンスは、これに従いつつ、適用除外の範囲を、消費者本人が対面で参加することができる公開の競り売りに限定した（消費法典 L.217-2 条 2°）。この限定は、公開の競り売りにおいて新品を購入する消費者にとって都合の良い変更であるとされる¹⁸。

なお、適用除外される場合には、競り売りのオペレーターは、買主に対して、買主が消費法典 L.217-2 条に従って法定の適合性保証を享受しないことを契約締結前に明確かつ理解しやすい仕方で説明しなければならない（商法典 L.321-11 条 4 項）。

¹⁵ Victoire LASBORDES-de Virville, « Contrat de consommation - Nouveautés en matière de garantie légale de conformité dans les ventes de biens de consommation À propos de la transposition des directives UE 2019/770 et 2019/771 du 20 mai 2019 par l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 », CCC 2021, étude 11, n° 3.

¹⁶ この点について、詳しくは、大澤彩「いわゆる「消費者的非事業者」に関する一考察」国民生活研究 60 巻 2 号(2020 年)75 頁以下、特に 92 頁以下を参照。

¹⁷ BERNHEIM-DESVAUX, *supra* note 12, n° 2.

¹⁸ LASBORDES-de Virville, *supra* note 15, n° 4.

⑤ 家畜売買に関する適用除外

指令は生体動物の売買について指令の適用範囲から除外することを認めているが（物品売買指令 3 条 5 項(b)）、フランスでは、家畜売買については、消費法典の法定適合性保証が適用されず（消費法典 L.217-2 条 3^o）、農村・海洋漁業法典 L.213-1 条¹⁹が定める瑕疵担保責任にのみ従うこととなった。

家畜売買の適用除外は、法へのアクセスを容易にするという点では評価できるが、消費法典による消費者保護が低下する恐れがある²⁰。

（3）消費者の権利の強化 1：二重の期間の設定

国内法化オールドナンスは、いくつかの点で、加盟国に与えられた自由裁量を行使し、消費者の権利を強化している。その 1 つが、消費法典 L.217-3 条及び L.224-25-12 条に定める二重の期間である。

指令は、事業者が負う保証期間を 2 年間に制限しているが、同時に、保証期間を延長すること、及び、消費者に 2 年間の保証が行われる限りにおいて、これに消滅時効期間を加え、あるいは代置する自由裁量を加盟国に与えている²¹。

消費者物品売買指令（1999/44/EC）を国内法化した 2005 年のオールドナンス²²は、適合性保証の消滅時効について、財物の引渡しを起算点とする単一の提訴期間（2 年）を定めていた。これに対して、改正後の消費法典 L.217-3 条は、物品売買指令の前文 42 によって与えられた裁量権を行使し、①引渡し（デジタル・コンテンツについては供給時。L.224-25-12 条）から起算される 2 年の適合性保証期間と②消費者が適合性欠如を知った時から起算される、一般法上（すなわち民法典 2224 条以下）の 5 年の消滅時効期間を組み合わせた（二重の期間）。

この二重の期間の導入により、消費者は引渡しから 2 年経過しても提訴することができることになるから、改正前と比較して消費者にとって有利になる。ただし、一般法上の消滅時効期間について定める民法典 2224 条²³は「権利を行使することを可能とする事実を知り又は知ることができた」時を起算点としているから、消費者が民法典上の瑕疵担保責任を選択する場合と消費法典上の法定適合性保証を選択する場合とで起算点にズレが生じうることに注意を要する。

¹⁹ 農村・海洋漁業法典 L.213-1 条は、次のように定める。「家畜の売買又は交換の瑕疵担保訴権は、反対の合意がない限り、この款の規定によって規律される。この訴権は、詐欺がある場合に負うことがある損害賠償金の支払を妨げない。」

²⁰ BERNHEIM-DESVAUX, *supra* note 12, n° 2.

²¹ 物品売買指令 10 条 3 項から 5 項まで。

²² 前掲注 8 を参照。

²³ 民法典 2224 条は、次のように定める。「対人訴権又は動産訴権は、権利の名義人が、それを行使することを可能とする事実を知り又は知ることができた日から起算して 5 年で時効にかかる。」

(4) 消費者の権利の強化 2：法定適合性保証に基づいて修補された財物の保証期間の延長
物品売買指令 10 条 3 項は、保証期間を延長する自由裁量を加盟国に与えている。これに基づいて、国内法化オールドナンスは、法定適合性保証に基づいて修補された財物について、保証期間を 6 ヶ月延長している（消費法典 L.217-13 条）。その際、消費者が修補を選択したにもかかわらず、売主が修補せず取替えを行った場合には、取り替えられた財物に付される法定適合性保証は新たな期間（代物の引渡しから 2 年間）を進行させる（同条 2 項）。

(5) 消費者の権利の強化 3：保証期間の新たな停止事由の導入

保証期間は、消費者及び保証義務者が友誼的解決²⁴のために交渉に入った時に停止するという規定が導入された（消費法典 L.217-28 条 3 項、L.224-25-28 条 3 項）。これは、指令の前文 44 を根拠に導入されたものである。この規定については、一定の評価が与えられているものの、同条を根拠として保証期間が停止してもなお民法上の消滅時効が進行し続ける（民法典 2238 条²⁵）ことが指摘されている。

(6) 消費者の権利の強化 4：消費者の権利を弱める自由裁量の不行使

国内法化オールドナンスは、消費者にとって不利になるとされるいくつかの自由裁量を行使していない。

具体的には、オールドナンスは、①消費者の適合性欠如通知義務（物品売買指令 12 条）、②適合性欠如に由来する損害軽減義務（物品売買指令 13 条 7 項）、③解消の場合の消費者による返送費用の前払い²⁶（物品売買指令 16 条 3 項）について定めていない。

(7) 消費者の権利の強化 5：売主及び事業者に対するサンクションの強化

加盟国は、指令の遵守を確保するために、相当かつ効果的な手段が存在することを確保するように求められている（デジタル・コンテンツ指令 21 条、物品売買指令 19 条）。このため、

²⁴ 友誼的解決 *règlement à l'amiable* とは、当事者の合意による紛争解決を指す。

²⁵ 民法典 2238 条は、次のように定める。「時効は、紛争の発生後、当事者がメディアシオン又は和解を用いることを合意する日又は、書面による合意がない場合にはメディアシオン又は和解の第 1 回目の会合の日から起算して停止する。同様に、時効は、参加的手続合意の締結から起算して、又は、民事執行法典 L.125-1 条に定める手続に参加するために執行吏によって確認される債務者の同意から起算して停止する。

時効期間は、当事者の一方若しくは双方、又はメディアツール若しくは和解人が、メディアシオン又は和解が終了したことを宣言した日から起算して、6 か月を下回らない長さにおいて進行を再開する。参加的手続合意の場合は、時効期間は、その合意の期限から、6 か月を下回らない長さにおいて進行を再開する。前項に掲げる条文に定める手続が失敗した場合には、時効期間は、執行吏によって確認される債務者の拒絶の日から起算して、6 か月を下回らない長さにおいて進行を再開する。」

²⁶ オールドナンス案では、事業者が速やかに返還することを条件として、消費者は前払金を支払わなければならないと定められていたが、最終版で削除された（BERNHEIM-DESVAUX, *supra* note 12, n° 3）。

フランスでは、行政罰金と民事罰金が強化された。

行政罰金について、改正前は、約定保証（消費法典旧 L.241-6 条）とアフターセールスサービスの供給（旧 L.241-7 条）に関する規定の違反行為のみが対象とされていたが、改正後は²⁷、契約履行段階における違反行為（消費者による費用負担（L.241-9 条）、物品を適合させる方法（L.241-10 条）、解除された契約に基づいて受領した代金その他の利益の返還（L.241-11 条）、デジタル要素を伴う物品のアップデート（L.241-12 条）に関するルールに対する違反行為）に拡張され、上限額が一部引き上げられている（L.241-9 条、L.241-10 条、L.241-11 条、L.241-13 条）。

民事罰金²⁸については、消費者の権利の実効性を強化するため、適合性法定保証の実施を悪意により妨げる売主や事業者に対してサンクションを加える規定が創設された²⁹。民事罰金は、競争消費詐欺防止総局、消費者保護団体、検察又は消費者の請求により、裁判所によって言い渡される。その額は、30 万ユーロを上限とし、当該取引から引き出される利益に比例する形で、判決の日知られている直近 3 年間の年間取引総額に基づいて計算される年平均総取引高の 10%に達する。

（８）適合性の維持に「必要でない」アップデートに関する規定

財物、デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスについて、適合性の維持に必要なアップデートに関する規定を置いている（消費法典 L.217-20 条、L.224-25-26 条）。一見したところわかりにくいのが、これは指令におけるデジタル・コンテンツ又はデジタル・コンテンツの変更に関する規定（デジタル・コンテンツ指令 19 条）を国内法化したものである³⁰。

なお、これらの規定に定められている情報提供義務は、両指令とは関係なく、廃棄物対策と循環経済に関する 2020 年 2 月 10 日の法律から引用されたものであるとされる。

（９）代金に関する情報提供

消費法典 L.112-4-1 条において、契約が代金の支払いについて定めないときは、事業者は消費者に与えられる利益の性質を明示するよう義務づけている。この規定は、無償で契約していると錯覚しかねない消費者に、「有償」契約を結んでいることを認識させるため

²⁷ 行政罰金については、消費法典 L.241-8 条から L.241-15 条まで及び L.242-18-4 条から L.242-18-9 条までを参照。

²⁸ 民事罰金 *amende civile* とは、損害賠償とは別に、民事裁判所が言い渡す罰金である。罰金は、国庫に支払われる。

²⁹ 民事罰金については、消費法典 L.241-5 条から L.241-7 条まで及び L.242-18-1 条から L.242-18-3 条までを参照。

³⁰ 物品売買指令の中には変更に関する規定は存在しないが、国内法化オर्डナンスでは、デジタル要素を伴う財物のアップデートを繰り返し規定しているため、変更に関する規定も二重に規定される体裁になっている

に設けられたものであり、無償概念の現代的進化を反映しているといえよう。

4. おわりに

(1) 消費法典の規定の強化

上記の特徴を概観すると、国内法化オルドナンスは、指令の規律を忠実に国内法化する措置やフランス法に固有の問題を調整・解決するための手当て（例えば、消費法典の構造的変更、二重の期間の設定、家畜売買に関する適用除外）とともに、指令に定められていないフランス法に独自の規律を導入している点が注目される。

フランスでは、指令は、原則として消費法典の中で国内法化され、民法典の改正を伴わない。このため、国内法化措置の適用範囲は、原則として消費者契約に限定される。そして、既に述べたように、消費者は消費法典に定める適合性保証と民法典に定める瑕疵担保責任を選択的に主張することができ、両者は、いずれの要件も満たす場合に競合関係に立つ。このような仕組みの下で指令（すなわち消費法典の規律）の実効性を高めるためには、フランス消費法典に定められる諸規律をどのような場合にどこまで拡張するか、そして、それによって消費者が消費法典上の法定適合性保証制度を選択しやすくなるかどうかが重要なポイントとなるであろう。この観点からは、国内法化オルドナンスの特徴を見ると、情報提供義務の適用範囲の拡張、消費法典第2編第1章第6節及び第7節の規定の適用範囲の「非事業者」への拡張、法定適合性保証に基づいて修補された財物の保証期間の延長、保証期間の新たな停止事由の導入、消費者の権利を弱める自由裁量の不行使、代金に関する情報提供などは、消費者保護のより一層の強化を目指すものであり、その結果、消費者が法定適合性保証を援用するよう促すことにつながるであろう。

(2) 消費法典の規定と民法典の規定の関係

今回の指令の国内法化により、消費者の権利が強化され、消費法典の制度と民法典における売買一般法とがより接近したことは確かである。しかし、両者の間には、なお大きな違いが残されている。繰り返し指摘してきた出訴期間の違いのほか、救済手段の優先順位についても依然として隔たりがある³¹。これらの点においては民法典における売買一般法が消費者にとって有利であるが、消費法典上の制度が消費者にとって有利な点もあるとされる³²。これらの違いが法定適合性保証と瑕疵担保責任の実際上の運用にどのような影響を与えているかについては、今後の調査・分析によって明らかにしたい。

³¹ 売買一般法では消費者が救済手段を選択できるとされており、この考え方はEU指令のそれと相容れない。

³² Jérôme JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, 4e éd., 2022, n° 352.

第5. デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令について―契約適合性についての規定を中心に―イギリス法、アメリカ法の展開も踏まえて

川和 功子 客員主任研究官（同志社大学教授）

1. はじめに
2. EU デジタル・コンテンツ指令
3. デジタル・コンテンツ指令の意義、適用範囲
 - (1) デジタル・コンテンツ指令の意義
 - (2) 適用範囲
4. デジタル・コンテンツ指令における契約適合性
 - (1) 適合性の主観的要件および客観的要件
 - (2) 適合性の主観的要件
 - (3) 適合性の客観的要件
5. イギリス 2015 年消費者権利法
6. アメリカ法について：UCITA と ALI ソフトウェア契約法原則
 - (1) UCITA
 - (2) ALI ソフトウェア契約法原則
7. まとめにかえて

1. はじめに

本稿は、デジタル・コンテンツ指令¹の契約適合性²に関わる規定の概要について紹介す

¹ Directive 2019/770/EU of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services [2019] OJL 136/28 (Digital Content Directive).同指令の翻訳については、馬場圭太ほか「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令(Directive(EU) 2019/770)」ノモス 45 号 121 頁（2020 年）を参考とした。

² 原語である"conformity"（適合性）は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが当事者間の契約に適合しているかについての主観的要件と、それに加えて要求される客観的要件の双方を包摂する概念であり、契約への適合性を表す主観的要件のみを表す概念ではない。他方、日本法の文脈においては、改正債権法において契約不適合という用語が採用され、債権法改正前における物の瑕疵概念について、多くの学説は、瑕疵には主観的瑕疵概念と客観的瑕疵概念の双方を含むとの理解がなされていることも踏まえ、契約適合性という用語を、両概念を包摂する用語として一般的に採用し、条文の翻訳においては適合性という用語を採用することとした。商事法務編『民法（債権関係）部会資料集第1集〈第4巻〉』（商事法務、2017 年）342 頁以下参照。なお、米国法における類似する概念として明示の保証と黙示の保証概念がある。田中英夫編『英米法辞典』（有斐閣、1991 年）905 頁以下参照。

るものである。デジタル・コンテンツ指令と共に採択された物品売買指令³、デジタル・コンテンツ供給契約についての規定を最初に導入したイギリスの2015年消費者権利法⁴の関連規定、さらに、20年以上も前からデジタル情報に関する法の整備を試みてきたを有していたアメリカの状況について、UCC第2B編としてまず起草され、統一州法委員全米会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws：以下「NCCUSL」とする。）によって1999年に採用されたコンピュータ情報取引法、UCITA(Uniform Computer Information Transaction Act:以下「UCITA」とする。)⁵、2009年にアメリカ法律協会（American Law Institute:以下「ALI」とする。）が承認したPrinciples of the Law of Software Contracts（以下「ALIソフトウェア契約法原則」とする。）⁶の契約適合性に関連する部分についてのみ、その概略について紹介する。

日本においてはデジタル・コンテンツ等の供給に関する法律が存在せず、「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」は、①ダウンロード販売されているソフトウェアについて、契約当事者が、その機能・品質を特別に予定しない場合、「どのような機能・品質が契約内容として予定されていたかは、契約締結当時の取引観念を斟酌して判断される」とし、「例えば通常予見可能な使用環境・使用方法の範囲内で動作上の不具合が発生した場合、そのソフトウェアのバグは契約不適合に該当するものと解され」とし、②バグが契約不適合に該当する場合、修補等による追完、代金の減額、契約の解除や損害賠償請求といった請求が可能となるとする⁷。

³ Directive 2019/771/EU of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC [2019] OJL 136/28 (Sale of Goods Directive).

⁴ Consumer Rights Act 2015, c. 15.イギリスの2015年消費者権利法（デジタル・コンテンツ関連部分）の翻訳については、カライスコス・アントニオス「イギリスの2015年消費者権利法—デジタル・コンテンツ関連部分の概説と翻訳—」消費者法研究第1号（2016年）107頁を参考とした。そのほか、同法を紹介する文献として、カライスコス・アントニオス「消費者法の今後の発展の行方—イギリスの2015年消費者権利法の制定を契機として—」消費者法ニュース106号（2016年）216頁、菅富美枝「2015年イギリス消費者権利法の新体制（1）（2）—不公正契約条項の規制及び契約への不適合における消費者の権利—」消費者法ニュース106号（2016年）202頁、107号（2016年）251頁以下、城美智子「新・イギリス消費者保護法の概要（上）—デジタルコンテンツ供給契約における権利・義務」新・イギリス消費者保護法の概要（下）—不当条項に対する規制」NBL1064号（2015年）35頁、NBL1066号（2016年）37頁以下、田中志津子「イギリス消費者権利法におけるデジタル・コンテンツ」神院46巻3=4号（2017年）179頁以下を参照。

⁵ Uniform Computer Information Transactions Act (*hereinafter*, “UCITA”)(Unif. Law Comm’n, amended 2002).

⁶ American Law Institute, Principles of The Law of Software Contracts (*hereinafter*, “ALI PRINCIPLES”)(2009); Robert A. Hillman & Maureen A. O'Rourke, *Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*, (“*Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*”), 84 TUL. L. REV. 1519 (2010).

⁷ 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（2022年）259頁。

<https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/20220401-1.pdf>（最終アクセス2022年11月10日）。

2. EU デジタル・コンテンツ指令

デジタル・コンテンツ指令は、2015年に公表されたデジタル・コンテンツ指令提案⁸が修正され、採択されたものである。本稿では、契約適合性についての規定の概要を中心に紹介する。

冒頭においても概略が記述されているデジタル・コンテンツ指令は、消費者と事業者の間で締結されるデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス供給契約に適用される。完全平準化を採用し、デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービスの契約適合性、適合しない場合に消費者に付与される救済手段、契約を解消する権利やデジタル・コンテンツの変更に関する規定を置く⁹。2019年3月26日の欧州議会で採択され、4月15日の欧州理事会によって承認され、採択された。6月11日から施行され、加盟国は2年以内、2021年7月までに国内法化することになり、2022年1月から新法が適用されることとなっている¹⁰。

3. デジタル・コンテンツ指令の意義、適用範囲

(1) デジタル・コンテンツ指令の意義

デジタル・コンテンツ指令前文5は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスについての契約上の権利が明確でないことおよび契約上の枠組みの欠如のため、消費者がクロス・ボーダー取引、とりわけ、オンライン取引を常に信頼して行うことができない状況が存在することを指摘する。多くの消費者がコンテンツまたはサービスの瑕疵や、アクセスに関する問題のため、経済的および非経済的損失を被っているとする。

前文6はこのような問題に対して、「事業者と消費者の双方は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスに関連する、EU全体にわたる特定の重要分野における、完全に平

⁸ Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content of 9 December 2015, COM (2015) 634 final. (Proposal for Digital Content Directive). 同指令提案の翻訳については、馬場圭太ほか「〔資料〕 デジタル・コンテンツ供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令提案」関法 66 巻 2 号 (2016 年) 197 頁以下を参考とした。デジタル・コンテンツ指令案については、マーティン・シュミット＝ケッセル「デジタルコンテンツに関する (EU) 指令—契約類型と瑕疵に関する責任」東洋法 61 巻 2 号 (2017 年) 162 頁以下参照。馬場圭太「デジタル・コンテンツ供給契約における契約適合性の判断—EU デジタル・コンテンツ供給契約指令提案を素材として—」関西大学法学研究所欧州私法研究班『欧州私法の新たな潮流Ⅱ』(関西大学法学研究所、2018 年) 1 頁以下、4 頁は、改正債権法は、「契約目的物がデジタル・コンテンツである場合に配慮した特別な規律を置いていない。以上のような状況の下で本提案の分析を進めることは、同じ契約不適合構成を採用しながら具体的な解決を規定の解釈に委ねることになった日本法にとって有益な道導となることが期待される」とする。川和功子＝金子宏直「EU におけるデジタル・コンテンツ契約の現在」法とコンピュータ 36 号(2018 年) 113 頁以下も参照。

⁹ Art. 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15 and 19.

¹⁰ European Commission, 'Digital contract rules' <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/digital-contract-rules_en> (last visited Dec 14, 2022); Nikolina Šajn, 'BRIEFING, EU Legislation in Progress Contracts for the supply of digital content and digital services' PE 635.601 (2019), p10.

準化された契約上の権利に全面的な信頼を置くことができるべきである」とする。

デジタル・コンテンツ指令は、消費者と事業者の間で締結されるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約に適用される。完全平準化を採用し、デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスの契約適合性、適合しない場合に消費者に付与される救済手段、契約を解消する権利やデジタル・コンテンツの変更に関する規定を置く¹¹。

(2) 適用範囲

2条(1)によると、デジタル・コンテンツとはデジタル形式において作成および供給されたデータである。2条(2)(a)によると、デジタル・サービスとは、「消費者にデジタル形式においてデータを創作、処理、保存、又はデータにアクセスすることを可能にするサービス」、または 2条(2)(b)における、「消費者若しくは当該サービスを使用するその他のユーザによってアップロードされた若しくは創作された、デジタル形式におけるデータのシェアリング又はその他データの相互利用を可能にするサービス」であるとしている。前文19によると、デジタル・コンテンツとは、デジタル形式において供給されるコンピュータ・プログラム、動画ファイル、音楽ファイル、デジタルゲーム、および電子書籍などを含み、デジタル・サービスとは、動画および音声のシェアリングならびにその他のファイル・ホスティング等のSaaS、クラウド・コンピューティング環境において提供されるワープロまたはゲームおよびソーシャルメディアを含むものとなる。3条3項によると、「5条及び13条に規定される場合を除き、有体の記憶媒体が専らデジタル・コンテンツの運搬方法のみに」使用された場合における有体の記憶媒体すべてにデジタル・コンテンツ指令が適用されることとなる。

4. デジタル・コンテンツ指令における契約適合性

(1) 適合性の主観的要件および客観的要件

指令は、7条に適合性の主観的要件、8条に主観的要件に加えて満たさなければならない客観的要件についての規定を置く。

他方、デジタル・コンテンツ指令提案の適合性の規定の構成としては、6条1項は契約内容に適合するために満たさなければならない事項について、2項は、契約が、1項に定めるデジタル・コンテンツに要求される事項を、明確かつ分かりやすく定めない限りにおいて、同じ説明がなされているデジタル・コンテンツが通常使用される目的に適合するか判断するために考慮される事項について規定していた。デジタル・コンテンツ指令提案において要求されるデジタル・コンテンツの品質については、契約文言に規定される主観的基準および客観的基準という観点から評価され、同提案は主観的基準に重きを置くものであった。

指令における適合性についての規制は、デジタル・コンテンツ指令提案と異なり、主観

¹¹ Art. 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15 and 19.

的要件と客観的要件とのバランスをとり、個別の契約内容の制約を受けずに、消費者が期待する商品の供給を受けることを容易にするものであると考えられる。

デジタル・コンテンツ指令における責任期間について、11条2項は、「契約が単一の供給行為又は一連の個別の供給行為について定める場合」とし、「事業者が、国内法において、供給時から一定の期間内に明らかになる適合性の欠如についてのみ責任を問われる場合には、その期間は供給の時点から起算して2年を下回ってはならない」とされる。11条3項は、「契約が一定の期間にわたって継続して供給することを定める場合、事業者は、契約に定められるデジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスが供給される期間に発生し、又は明らかになる、7、8、9条に規定される適合性の欠如について責任を負う」とされる。

(2) 適合性の主観的要件

主観的要件について、デジタル・コンテンツ指令7条(a)は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスについての契約に適合するためには、特に、場合に応じ、「契約で要求された、説明、数量、品質と合致し、機能性、互換性、相互運用性及びその他の特徴を有する」ことを規定する。7条(a)はデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスという目的物に対応して、契約で要求された機能性、互換性、相互運用性も必要であることを明示する。7条(b)は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが、消費者が要求し、「遅くとも契約締結時までに消費者が事業者に対して通知し」、かつ事業者が受け入れた、特定の目的に適合しなければならないとする。7条(c)では、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが、契約で要求された、付属品、説明書（インストールにおけるものも含む）、及びカスタマー・サポートとともに供給されること、7条(d)においては、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスについて契約で要求されたアップデートがなされることが必要とされる。

なお、19条は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが一定の期間にわたって消費者に供給され、またはアクセスできるようにされることが契約に定められている場合において、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービス事業者は、7条および8条に従ってデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスを契約に適合した状態に保つのに必要な措置を超えて、一定の条件のもとデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスを変更することが可能であるとする。その条件とは、変更を行うことを契約が認め、かつ、その正当な理由を契約が定めていること、変更が消費者に追加費用を負担させることなく行われること、消費者が変更について明確かつ分かりやすい方法で通知を受けると、等である。さらに、「変更がデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスへの消費者のアクセス又はその使用に消極的影響を及ぼす場合、そのような影響が些細なものでない限り、消費者は、契約を解消する権利を有する」と規定される（19条2項）。

(3) 適合性の客観的要件

デジタル・コンテンツ指令8条はデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが、主観的要件の遵守に加えて満たさなければならない客観的要件について定める。前述のように、デジタル・コンテンツ指令提案におけるデジタル・コンテンツの品質については、主観的基準に重きを置いて判断がなされることとされていた。デジタル・コンテンツ指令においては、主観的要件に「加えて」、客観的要件を満たさなければならないとしていることが、デジタル・コンテンツ指令提案との大きな相違点となる。

デジタル・コンテンツ指令8条1項(a)は、「現行のEU法、国内法、技術規格又は、そのような技術規格が存在しない場合には、適用可能な特定分野の業界行動規範を考慮し、同種のデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが、通常使用される目的に適合しなければならない」とする。

前文45は、契約において著しく低い水準が設定されていた場合であっても、消費者がその権利を奪われることがないように、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスは適合性の主観的要件に加えて、客観的要件を満たさなければならないとする。適合性の評価にあたり、同じ種類のデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが通常使用される目的も考慮されなければならないとする。

デジタル・コンテンツ指令8条1項(b)は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが、それらの性質に応じて、「事業者により、若しくは事業者に代わって、又は、その他取引連鎖における前段階にいる者によってなされた公的声明」のうち、とりわけ広告またはラベリングにおいてなされたものを考慮し、「機能性、互換性、アクセシビリティ、継続性及びセキュリティに関連するものを含み、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの同種のものに通常であって、かつ消費者が合理的に期待する」数量、品質および動作上の特徴を有するものとしている。

デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが上記の数量、品質および動作上の特徴を有しているかを判断する際、上記の事業者等によってなされた公的声明が考慮されることを排除するためには、事業者が「デジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスを取得するという決定が、その声明による影響を受けたものであるはずがない場合」（8条1項(b)(iii)）等について証明しなければならない。さらに、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスは、場合に応じて、「消費者が受け取ることを合理的に期待し得る付属品及び説明書と共に供給」され（8条1項(c)）、「契約締結前に事業者から利用可能なデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの試用版又は試作品に合致していること」

（8条1項(d)）も必要とされる。8条2項は、事業者は、消費者が、「デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの適合を維持するのに必要なセキュリティ・アップデートを含んだアップデートについて通知を受け、かつ供給を受けることを保証する」とする。事業者が保証する期間は、「一定の期間にわたって継続的に供給することを契約が定める場合において、契約上、デジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスが供給される」期間（8条2項(a)）または、「契約が単一の供給行為若しくは一連の個別の供給行為について定める場合、デジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスの種類及び目的に応じ

て、当該契約の状況と性質を考慮し消費者が合理的に期待し得る」期間（8条2項(b)）である。8条3項は、「消費者が合理的な期間内に、2項に従い事業者によって供給されたアップデートをインストールしなかった場合には、事業者はその関連するアップデートの欠如のみに起因する適合性の欠如についての責任を負わない」とする。

ただし、「事業者が消費者に対して、アップデートの利用可能性及び消費者がそれをインストールしないことの結果について通知したこと」（3項(a)）および「消費者がインストールしなかったこと、又は消費者が誤ったインストールをしたことは、事業者が提供したインストール説明書における不備によらないこと」（3項(b)）が必要となる。

8条4項は、「契約が一定の期間にわたる継続的なデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの供給について定める場合、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスはその期間全部を通して適合することとする」と規定する。8条5項は、「契約締結時において、消費者がデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの特定の性質が、1項又は2項に規定される適合性の客観的要件から逸脱していることについて特に通知され、消費者が明示的かつ別個に、契約締結時にその逸脱について受け入れた場合、1項又は2項の意味においての適合性の欠如は存在しない」とする。8条6項は、「当事者が別段の合意をしない限り、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスは契約締結時に利用可能なもっとも新しいバージョンが供給される」と定める。つまり、別段の合意がある場合においては、古いバージョンであっても供給できることになる。その際には、標準からの逸脱は、不公正条項指令¹²に従い、明白でわかりやすい言葉で表現された場合のみ許容される¹³。

前述のようにデジタル・コンテンツ指令提案における主観的基準の重視は、技術革新の繁栄のために必要な柔軟性を確保するものであるとされていた。他方、デジタル・コンテンツに要求される事項を明確かつ分かりやすく定めない限りにおいて適用される国際的な技術規格などの客観的基準は、消費者にとって、セーフティーネットを提供するものであるとされていた¹⁴。しかしながら、技術革新の繁栄のために必要であるとされた柔軟性は、必ずしも消費者保護に資するものではない。この点において、デジタル・コンテンツ指令が、主観的要件に加え、客観的要件を課すという構造を採用したことは評価に値しよう。

¹² Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts [1993] OJ L 95/29.

¹³ Unfair Terms in Consumer Contracts Directive, Art. 5; Vanessa Mak, “The new proposal for harmonised rules on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, In-Depth Analysis (The new proposal), PE 536.494(2016) p.17.

¹⁴ Rafal Manko, ‘Contracts for supply of digital content, a legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive (A legal analysis), PE528.048 (2016), p. 21; European Commission, ‘Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposals for Directives of the European Parliament and of the Council (1) on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and (2) on Certain Aspects Concerning Contracts for the Online and Other Distance Sales of Goods’ SWD(2015) 274 final, 124 (2015), p.124.

5. イギリス 2015 年消費者権利法

イギリス 2015 年消費者権利法 1 条 3 項は、本法第 2 章が「事業者が物品を供給する契約である場合」(3 項(a))、第 3 章が「事業者がデジタル・コンテンツを供給する契約である場合」(3 項 (b))、第 4 章が「事業者が役務を供給する契約である場合」(3 項(c)) に適用されるとしている。さらに、各章は「その契約が他の章が規律する事項にも及ぶものである場合(混合契約)でも、適用」(4 項)され、混合契約については、3 項に定める章の 2 つまたは 3 つすべてを適用することができる(5 項)とする。

客観的要件と類似の規定として、34 条 1 項は、「デジタル・コンテンツを供給する契約は、デジタル・コンテンツの品質が満足できるものでなければならない旨の条項を含むものとみなす」と規定する。

34 条 2 項は、デジタル・コンテンツの品質は、「デジタル・コンテンツに関する説明」(2 項(a))、代金(関連するものである場合)(2 項(b))、「その他関連する一切の事情」(2 項(c))に掲げる事項を考慮した場合において、合理人が満足できると考える水準を満たすものであるときに、満足できるものであるとする。1994 年改正前の 1979 年物品売買法¹⁵14 条 2 項においては「満足する品質」という文言ではなく「商品性を有する品質」という文言が使用されていた。

34 条 3 項は、デジタル・コンテンツの品質を示すものとして、他の側面も含め、その種類のデジタル・コンテンツが供給される通常の目的への適合性、些細な瑕疵(minor defects)の不存在、安全性、耐久性をあげる。4 項においては、「契約を締結する前に、消費者が特に注意喚起を受けた事項」(4 項(a))、「契約を締結する前に消費者がデジタル・コンテンツを検査した場合において、その検査から明らかになるべきであった事項」(4 項(b))、「契約を締結する前に消費者が試用版を検査した場合において、試用版の合理的な検査から明らかになるべきであった事項」(4 項(c))については、デジタル・コンテンツの品質が満足できないものである場合であっても、1 項において言及される条項の範囲外であるとされる。

5 項は、「2 項(c)に定める関連する状況は、事業者、作成者又は事業者若しくは作成者の代理人がデジタル・コンテンツの特定の性質について行った公的声明を含むものとする」とし、6 項は、「上記の公的声明は、とりわけ、広告又はラベリング(labeling)で行ったものを含むものとする」と規定する。7 項は、公的声明は、「契約を締結した時に、事業者が、その声明を知らず、かつ、合理的に知ることができたはずがないこと」(7 項(b))、「デジタル・コンテンツについて契約を締結するという消費者の判断が、その声明の影響を受けたはずがないこと」(7 項(c))が事業者によって証明された場合、公的声明は、2 項(c)に定める関連する事情とはならないとされる。8 項は、「デジタル・コンテンツを供給する契約において、デジタル・コンテンツの品質に関する条項」については、その条項は慣習として含まれるとみなすことができるとする。

35 条は、「デジタル・コンテンツを供給する契約を締結する前に、消費者が、事業者

¹⁵ Sale of Goods Act 1979 c.54.

対して、消費者がデジタル・コンテンツに関する契約を締結する特定の目的を(明示的又は黙示的に)通知した場合」、「契約は、デジタル・コンテンツがその目的に合理的に適合するものでなければならない旨の条項を含むものとみなす」(1項)という規定を置く。この場合において、合理的に目的に適合するかどうかの条項を含むかの判断においては、その目的が「その種類のデジタル・コンテンツが通常供給される目的であるか否かを問わない」(3項)と規定する。

36条1項は、「デジタル・コンテンツを供給する契約は、デジタル・コンテンツが、事業者が消費者に対して」当該デジタル・コンテンツについて行った説明に「合致しなければならない旨の条項を含むものとみなす」と規定し、2項において、契約を締結する前に消費者が試用版を検査した場合は、「デジタル・コンテンツは、試用版に合致する(又はこれよりも優れた)ものであるだけでは足りず、事業者が消費者に対して行った説明にも合致するものでなければならない」と規定する。さらに3項において、事業者がデジタル・コンテンツについて提供したものであって、かつ、2013年消費者契約(情報、解約(cancellation)、追加費用)規則(SI2013/3134)に定める情報も条項として契約に含まれるものとみなす。これらの情報とは、主要な性質、機能性、関連するデジタル・コンテンツのソフトウェアおよびハードウェアとの互換性を指す。4項は、「契約を締結する前又はした後で行った上記の情報に対する変更は、消費者と事業者が明示的に合意した場合を除き、効力を有しない」として、情報の変更を認めない。37条は、契約に含まれる他の契約締結前の情報についても、3項において「契約を締結する前又はした後で行った上記の情報に対する変更は、消費者と事業者が明示的に合意した場合を除き、効力を有しない」と規定する。

42条2項は、デジタル・コンテンツが契約に適合しない場合の消費者の権利として、「修理又は交換に関する権利」(2項(a)、43条参照)、「代金の減額に関する権利」(2項(b)、44条参照)について定め、42条5項は、「事業者が、41条1項が要求する(コンテンツの供給をする権利)が契約に含まれるものとみなされる条項に違反した場合は、消費者は、返金の権利を有する」とする(45条参照)。43条は修理、または交換について、「合理的な期間内に、かつ、消費者に対して著しい不便を生じさせることなく行い」(43条2項(a))、かつ「必要な費用を負担する」(43条2項(b)) ことについて規定する。また、43条3項は事業者に対して修理または交換を求めることができない場合として、「不能である場合」(3項(a))、「これらの救済手段のうちの他方のものと比べて不相応である場合」(3項(b))をあげる。4項は、これらの救済手段のいずれかが他方の救済手段と比べて不相応となるのは、「デジタル・コンテンツが、契約に適合していたならば有していたであろう価値」(4項(a))、「適合性の欠如の重大性」(4項(b)) および「他方の救済手段が、消費者に著しい不便を生じさせることなく実現できるものであるか否か」(4項(c))を考慮し、他方の救済手段によって事業者課せられる費用と比べて非合理的な費用を課す場合であるとする。

6. アメリカ法について：UCITA と ALI ソフトウェア契約法原則

(1) UCITA

UCITA の前身である UCC 第 2B 編は、NCCUSL と ALI により、UCC 第 2 編における物品売買についての規定を基礎に作成された¹⁶。第 2 編は明示、または黙示の保証、損害賠償などの面で明確な規定を有しており¹⁷、マグヌソン・モス保証法(Magunuson-Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act)などの連邦法と共に、契約当事者の地位の不均衡がある場合の不当な契約内容を規制する約款規制立法の役割も担ってきた¹⁸。

当初 NCCUSL と ALI は共同委員会(joint committee)を組織し、UCC 第 2B 編を作成していたが、1999 年、ALI は、第 2B 編の範囲と一貫性、明確性についての懸念が生じたことを理由にこのプロジェクトから手を引くことになり、第 2B 編は統一商事法典の枠内から外れて、統一法として起草されることとなった¹⁹。その後、統一商事法典の枠内から外れて統一法として起草されることとなった UCITA についても、各州の司法長官、学者、消費者、図書館の団体などから、規定がソフトウェア産業の側に立っているなどの批判が寄せられた²⁰。具体的には消費者がシュリンクラップ製品、またはクリックオン契約における消費者がライセンスシーとして条項に拘束されること、ライセンスシーが支払いをし、またはライセンス契約に拘束される前に、すべての条項の開示がなされないこと、契約締結後に提供される条項を有効とすること、ライセンスシーに対し、ライセンスサーが許諾する権利を明示しなければ、使用の権利が与えられないこと、複製物の移転に関して制限を課すことを許容するものであること、技術革新と競争を脅かす標準書式契約における不公正条項に対する規制について非良心性、公序といった原理に委ねていることなどが批判された²¹。

¹⁶ Jeffrey B. Ritter, 'Scope of the Uniform Commercial Code: Computer Contracting Cases and Electronic Commercial Practices' 45 BUS. LAW. 2533, 2539 (1990); Amelia H. Boss and William J. Woodward, 'Scope of the Uniform Commercial Code; Survey of Computer Contracting Cases' 43 BUS. LAW. 1513 (1988) p.1518.

¹⁷ Advent Systems, Ltd. v. Unisys Corp., 925 F. 2d 670, 676 (3d Cir. 1991).

¹⁸ 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988) 25 頁。

¹⁹ Jean Braucher, 'New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products' in *Consumer Protection In The Age of The 'Information Economy'* (Jane K. Winn ed., Ashgate, 2006) p. 181.

²⁰ AFFECT (Americans for Fair Electronic Commerce Transactions), 'What Others Say: Comprehensive List of Organizations and Others that Have Opposed or Criticized UCITA' <http://4cite.org/say_list.html>(last visited Dec 14, 2022). AFFECT は UCITA の制定に反対する消費者団体、小売、製造業に従事するビジネス、保険業者、技術の専門家、図書館司書の連合である。

²¹ AFFECT, 'Why We Oppose UCITA' <http://4cite.org/say_list.html>(last visited Dec 14, 2022); Jean Braucher, 'New Basics: Twelve Principles for Fair Commerce in Mass-Market Software and Other Digital Products' in *CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE 'INFORMATION ECONOMY'* (Jane K. Winn ed., Ashgate, 2006) p. 177, 181-182.

1999年にUCITAはNCCUSLによって採用されたものの、UCITAを採択した州はヴァージニア州²²とメリーランド州²³の2州にとどまり、逆にbombshelter法といわれ、州民をUCITAの適用から保護する規定がアイオワ州、ノースカロライナ州、ウエストヴァージニア州、バーモント州で採用されている²⁴。いくつかの改正を行った後も、UCITAに対する批判はおさまらず、NCCUSLは2003年には州に法を採択するように働きかける試みを断念すると公表した²⁵。後述するALIソフトウェア契約法原則はこれらの問題を踏まえ、より当事者双方の利益のバランスをはかる方向性を示した。

UCITAはコンピュータ情報取引に適用される²⁶。コンピュータ情報は、コンピュータから、またはコンピュータの使用を通じて取得される電子形式の情報や、コンピュータによる処理可能な形式の情報を含む。コンピュータ情報は当該情報の複製と、複製に付属する関連する書類または包装(packaging)も含むとされる。「コンピュータ情報取引」とは、コンピュータ情報に含まれる、コンピュータ情報またはコンピュータ情報に関わる権利の創作(create)、変更(modify)、移転、またはライセンスすることを目的とした、合意または合意の履行であり、612条において規定されるサポート契約も含む²⁷。

金融、保険サービス、映画の創作、実演等に関する取引は適用の対象外である²⁸。103(b)条は、取引がコンピュータ情報と物品の双方を含む場合には、UCITAは、コンピュータ情報に関連する取引の部分、コンピュータ情報に含まれる情報に関する権利、およびその創作または変更に関する部分に適用されるとする。103条コメント4(b)(1)は、コンピュータ情報と物品を含む取引における、物品の売買の部分やリースの部分については、第2編または第2A編が適用され、コンピュータ情報およびその情報に関する権利、創作、変更、アクセス、または移転に関わる契約の部分についてはUCITAが適用されるとする。

契約適合性に相当する品質保証についての規定として、402条は明示の保証について定める。402条(a)(1)は、「ライセンサーがライセンシーに対してなした、広告によるものを含む事実の確言または約束であって、その情報に関連し、かつ取引の基礎の一部をなすものは、合意により与えられる情報がその確言または約束に適合するという旨の明示の保証を生じさせる」とする。402条(a)(2)、(3)は、情報についての説明、サンプル、モデルまたはデモンストレーションで取引の基礎の一部をなすものについても、「ライセンシーである合理的な者の視点からみた、その見本、モデルと使用される予定である情報との間の相違を考

²² VA . CODE ANN. § 59.1-501.1.

²³ MD. Code, Commercial Law, § 22-101.

²⁴ I.C.A § 554D.125; N.C. GEN. STAT. § 66-329; W. VA. CODE § 55-8-15; 9 V.S.A. § 2463a.

²⁵ Patrick Thibodeau, 'Sponsor pulls support for controversial UCITA law'

<<https://www.computerworld.com/article/2571626/sponsor-pulls-support-for-controversial-ucita-law>> (last visited Nov. 30, 2022).

²⁶ UCITA, § 103(a) .

²⁷ *Id.* § 102(a)(11).

²⁸ *Id.* § 103(d).

慮に入れた上で、その情報のパフォーマンスが、そのサンプル、モデルまたはデモンストレーションのパフォーマンスに合致する」旨の明示の保証を生じさせるとする。406 条は、「明示の保証の発生に関連する語句(words)または行為、および明示の保証を排除または変更するような語句または行為は、それが合理的である限り相互に矛盾しない(consistent)ものとして解釈」されなければならないとしており、明示の保証がいったん生じた場合においては、その保証の排除は困難なものとなる点に留意が必要である。広告も明示の保証となる点については、電子情報取引につき第 2 編の規定を拡大したものであるとされ、その点評価できる²⁹。

403 (a) 条は、第 2 編の商品性に関わる黙示の保証と同じく、商人が当該種類のコンピュータ・プログラムを取り扱う商人である場合、排除または変更されない限り、エンドユーザーであるライセンシーに対して、そのコンピュータ・プログラムが、使用される通常の目的に適するものであるという商品性の黙示の保証が課せられるとする。

404(a)条は、情報の通常の使用において個人に伝達または認識されることを意図した情報等を指す情報コンテンツ³⁰の黙示の保証についての規定である。ライセンシーに対し、特別な信頼関係において、情報コンテンツを収集、編集、処理、提供、または送信する商人は、そのライセンシーに対して、商人が合理的な注意をもって履行することができないことを原因とする、情報コンテンツの不正確さが存在しないことを保証する。このような黙示の保証は情報コンテンツの、美感、魅力、嗜好への適合、または主観的な品質には適用されないとされる³¹。さらに、実質的に同じ形式で、一般的に、受信者のために準備または利用可能にされた公表情報コンテンツ³²についてもこのような黙示の保証は存在しない³³。

405 条はシステムインテグレーションに関わる黙示の保証について規定する。保証が変更または排除されない限り、契約締結時において、ライセンサーがそのコンピュータ情報が求められる特定の目的を知っているのが合理的な場合であって、かつ、適切な情報の選択、開発または供給についてのライセンサーの技能または判断にライセンシーが依存していることを知っているのが合理的な場合、その情報が当該目的に適合するとの黙示の保証が生じる³⁴。ただし、ライセンサーが、結果として生じた情報の適合性にかかわらず、その時間および努力の量に対して支払いを受けるはずであったと推測される場合には、ライセンシーの特定の目的が達成されない原因がライセンサーの合理的努力の欠如の結果によるものではないという黙示の保証が課されるのみである³⁵。これは時間単位で報酬を受取

²⁹ *Id.* § 402 (a)(1) and § 402 cmt. 3. ただし、事実の確言はライセンシーに知られていなければならない
ず、取引に影響を与え、取引の基礎の一部をなすものとならなければならないとされる。

³⁰ *Id.* § 102 (a)(37).

³¹ *Id.* § 404(b)(1).

³² *Id.* § 102 (a)(52).

³³ *Id.* § 404(b)(2).

³⁴ *Id.* § 405(a)(1).

³⁵ *Id.* § 405(a)(2).

る取引であるとされれば、役務提供契約であり、品質を基準とした履行水準を求められないという裁判例による³⁶。403条における商品性に関わる黙示の保証と404条の情報の正確さにかかわる保証についての規定は単一の取引に重複して適用することができる。プログラムとその機能には商品性の保証が課され、情報コンテンツとデータに関しては合理的な努力をする黙示的保証が課される³⁷。

406条(a)は、「明示の保証の発生に関連する語句又は行為及び明示の保証を排除又は変更するような語句又は行為は、それが合理的である限り、相互に矛盾しないものとして解釈されなければならない」と規定する。

黙示の保証としては、妨害および権利侵害のないことの保証³⁸、コンピュータ・プログラムの商品性に関する黙示の保証³⁹、情報コンテンツについて、「商人であって、ライセンサーとの特別な信頼関係において、情報コンテンツを収集、編集、処理、提供または送信する者は、そのライセンサーに対して、商人が合理的な注意をもって履行することの懈怠に起因する、情報コンテンツにおける誤りのないことを保証する」旨の黙示の保証⁴⁰、「契約締結時において、ライセンサーが、そのコンピュータ情報を必要とする特定の目的を知るべき理由のある場合であって、かつ、適切な情報の選択、開発または供給(furnish)についてのライセンサーの技能又は判断をライセンサーが信頼していることを知るべき理由がある場合」、情報がライセンサーの目的に適合するとの黙示の保証についての規定が置かれる⁴¹。黙示の保証の排除については、「現状のまま」もしくは「すべての欠陥(瑕疵)を伴ったまま」のような表現によって、または社会通念上、保証の排除についてライセンサーの注意を喚起し、黙示の保証のないことを表明するその他の文言によって黙示の保証のすべてを排除することが可能であるとされる⁴²。

(2) ALI ソフトウェア契約法原則

ALI ソフトウェア契約法原則は、約因と引換えに移転されるソフトウェアの契約に適用される。ALI ソフトウェア契約法原則は1.06条(a)によると「売買、リース、ライセンス、アクセス、又はその他ソフトウェアを移転又はシェアする契約を含む」、「約因を備えるソフトウェアを移転する契約」に適用される⁴³。「ソフトウェアを格納するディスク、CD-ROMなどの有形的なメディア」と、1.01条(f)に規定されるデジタル・アートまたはデジタル・

³⁶ *Milau Associates v. North Avenue Development Corp.*, 42 N.Y.2d 482, 398 N.Y.S.2d 882, 368 N.E.2d 1242 (N.Y. 1977).

³⁷ UCITA § 403 cmt. 2.

³⁸ *Id.* § 401.

³⁹ *Id.* § 403.

⁴⁰ *Id.* § 402.

⁴¹ *Id.* § 405.

⁴² *Id.* § 406 (c).

⁴³ *Id.* § 1.06(a) and § 1.06 cmt. b.

データベースなどのデジタル・コンテンツは 1.01 条(j)に規定されるソフトウェアではなく、適用範囲に含まれない、とすることで、目的物をより限定された範囲に設定するアプローチを採用する⁴⁴。実用的な機能を有しない、デジタル・データベースなどのデジタル・コンテンツについて適用範囲から外すのは、ソフトウェアは、表現芸術(expressive art)と実用的な発明(utilitarian invention)が混合したものであり、従来から存在する知的財産の種類に収まらないこと、創作に多額の資金がかかり、実用性を有するものの、複製と頒布が容易であること、これらの性質が、所有権とユーザの権利を調整することに関連して困難な法的課題を生んでいることから、ソフトウェアの取引について、契約からのアプローチが有用であるとの説明がなされる⁴⁵。

1.07 条は、物品に格納されているソフトウェアであれば、合理的な譲渡人が、譲受人が取引する支配的な目的 (predominant purpose) がソフトウェアを取得することである、ということを感じるであろう場合に ALI ソフトウェア契約法原則が適用されるとする⁴⁶。物品に格納されていないソフトウェアおよび物品、デジタル・コンテンツ、サービスが混在している混合契約⁴⁷については、支配的目的テストを採用し、ソフトウェアの移転が支配的目的である場合には ALI ソフトウェア契約法原則が適用される。また、組み入れられていないソフトウェアの移転および物品、デジタル・コンテンツ、ならびにサービスのいずれかで構成される混合取引⁴⁸において、物品に格納されていないソフトウェアの取引についてソフトウェア契約法原則が適用されるのは、取引がデジタル・コンテンツおよびサービスも含んでおり、かつ、合理的な譲渡人が、譲受人が取引する支配的な目的が、デジタル・コンテンツまたはサービスを取得することであると信じるであろう以外の場合に、ALI ソフトウェア契約法原則が適用される⁴⁹。

ALI ソフトウェア契約法原則は、UCC 402 条 (a)(1)、UCITA 402 条において採用される「取引の基礎」テストを採用せず、合理的な譲受人が信頼することができる場合には約束または表示が明示の保証を生じさせるとする。ALI ソフトウェア契約法原則 3.02(b)条は、明示の保証について、「(d) に規定される場合を除き、譲渡人による譲受人に対する明示の保証は、以下のとおり生じる。(1)譲渡人による譲受人に対してなした、ソフトウェアとパッケージ化され、またはソフトウェアに付随しているソフトウェアに関連する、広告、または記録を含む、合理的な譲受人が信頼することができる事実の確言または約束は、ソフトウェアが当該確言または約束に適合するという旨の明示の保証を生じさせる」と規定する。ここで規定される譲受人とは、譲渡人と契約を締結する直接の譲受人(immediate transferee)および、頒布の通常の連鎖において、ソフトウェアを取得し、またはソフトウェアに対する

⁴⁴ *Id.* § 1.06(b), § 1.06 cmt. a. and Chap. 1, Topic 2, Overview.

⁴⁵ *Id.* § 1.01 (j) and Chap. 1, Topic 1, 2, Overview.

⁴⁶ *Id.* § 1.07

⁴⁷ *Id.* § 1.08.

⁴⁸ *Id.* § 1.08.(a)(2).

⁴⁹ *Id.* § 1.08.

アクセスを得る間接の譲受人(remote transferee)を含むとされる⁵⁰。このほか、合理的な譲受人が信頼することができるソフトウェアの説明、デモンストレーションについても、明示の保証が生じるとする⁵¹。

ALI ソフトウェア契約法原則 3.02 条コメント b は、明示の保証について、UCITA において採用される「取引の基礎」テストではなく、合理的な譲受人が依拠することが可能であったか否かを問うアプローチを採用する理由として、「取引の基礎」テストは明確な基準とならないため多くの訴訟が提起されていることを指摘する⁵²。

ALI ソフトウェア契約法原則は、明示の保証を生じさせるために、譲受人が実際に信頼したかどうかについて、譲受人が証明する必要はないとする⁵³。コメントは、「単なる宣伝文句でない、義務を負う行為を表すソフトウェアについての事実の確言、ソフトウェアについての説明及び、その他の文言又は行為」について、譲渡人が支払後までその保証を目にしなかったとしても明示の保証が生じるとする⁵⁴。ただし、コメントはこの際、譲受人の知識の程度(sophistication)についても考慮されなければならないとする⁵⁵。例えば、コンピュータソフトウェアと OS の互換性や、必要なソフトウェアとハードウェアが含まれ、配達と同時に機能するもの（ターン・キーシステムと呼ばれる）についての処理速度の表示は、合理的な譲受人が信頼することができる明示の保証となり得る⁵⁶。合理的な譲受人が信頼することができるかどうかについて判断する際には、譲渡人が義務を負う文言を使用したかどうか、表示が特定されていたかどうか、声明について確かめることができるかどうか等が参考になるとされる⁵⁷。

一般的に明示の保証が課される場合、取引の本質に関わる保証については、排除するのは困難である。UCC 第 2 編 316 条 1 項は、「明示の保証の発生又は制限に関連する語句(words)又は行為は合理的に首尾一貫して解釈される」とし、UCC 第 2 編 202 条の適用を条件として、「保証の否定および制限(negation or limitation)する語句又は行為はそのような解釈が非合理的である限りにおいて無効である」とする⁵⁸。例えばカリフォルニア州においては、明示の保証を排除する条項は当事者間の明示的な契約における反対の定めがない限り明示の保証と矛盾しているものとされる⁵⁹。

⁵⁰ *Id.* § 2.03 (a).

⁵¹ *Id.* § 3.02(b)(2) and(3).

⁵² *Id.* § 3.02 cmt. b.

⁵³ *Id.* § 3.02 cmt. b.

⁵⁴ *Id.* § 3.02 cmt. b.

⁵⁵ *Id.* § 3.02 cmt. b; see *Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*, *supra* note (6), at 168-70.

⁵⁶ *Id.* § 3.02 cmt.b.

⁵⁷ *Id.* § 3.02 cmt. f.

⁵⁸ U.C.C. § 2-316.

⁵⁹ *Keith v. Buchanan*, 173 Cal. App. 3d 13, 18 (2d Dist. 1985).

ALI ソフトウェア契約法原則は合理的な買主が保証排除について予想していなかった場合には、保証排除条項は強制できないとする⁶⁰。裁判所は、売主が提示した状況における、保証の文言または行為の明確性、特定性(distinctiveness)と保証排除の文言について比較し、買主が売主の保証の排除について驚いたかどうかについて判断することとなる⁶¹。ALI ソフトウェア契約法原則は、カスタムメイド(custom-designed)と一般市場(general-market)における両方のソフトウェア取引において、合理的な譲受人が明示の保証の排除を予測していない場合には明示の保証は排除できないとする。カスタムメイドのソフトウェア取引においては、ソフトウェアの性質や法的保護について知識を有する商人である複製物の所有者(copyholder)が、明示の保証の排除について予測できる場合であれば、排除は有効であるが、ソフトウェア技術について知識を有せず、交渉力がない商人である複製物の所有者(business copyholders)は十分な保護を得ることができず、譲渡人が表示、約束、その他の明示の保証について遵守する意図がないことに不当に驚かされる可能性がある。一般市場におけるソフトウェア取引においては、複製物の所有者は、通常、ソフトウェアの検査をすることができず、譲渡人の能力(competence)と表示に依拠しなければならないため、ALI ソフトウェア契約法原則は、予測できない明示の保証の排除から譲受人を保護する趣旨の規定を置く⁶²。

ALI ソフトウェア契約法原則は、3.01 条に権利侵害に対する黙示の損失補償についての規定を置く。3.03 条は、譲渡人がその種のソフトウェアの移転取引を行う者である場合、または、職業として、そのソフトウェアについての特定の知識もしくは技能を有していると主張する者である場合に、商品の説明に基づいて、取引において異議なく合格し、当該ソフトウェアの使用される通常の目的に適合する等の商品性の黙示の保証について規定する。3.04 条は、ソフトウェアが必要とされる特定の目的を知る合理的な理由があり、かつ、譲受人がソフトウェアの譲渡人の選択、開発、用意する技能または判断を信頼する場合に、ソフトウェアは譲受人の目的に適合するものであるという、特定目的適合性の黙示の保証について規定する。明示または黙示の保証を排除することを意図する声明は合理的な譲受人が排除または変更について予測できない場合においては、強制できない。黙示的な保証については、下記に言及する「重大な隠れた瑕疵」がソフトウェアに含まれないことの保証以外の場合、合理的な譲受人が黙示の品質保証について全部排除することを信じる場合に「現状のまま」もしくは「すべての欠陥(瑕疵)を伴ったまま」といった記録における文言により排除される。商品性の黙示の保証は、譲受人に通知され、顕著であり、「商品性」について言及していれば、排除することができる。「特定の目的への適合性」の黙示の保証は、顕著に、「特定の目的への適合性」に言及することにより排除することができる。

ALI ソフトウェア契約法原則 3.05(b)条 は、「ソフトウェアと引き換えに金銭または金銭

⁶⁰ ALI Principles, § 3.06(a).

⁶¹ *Id.* Chap. 3, Topic 1 Overview and § 3.06(a) cmt. a; Hillman, “*Principles of the Law of Software Contacts*,” *supra* note (6) , at 171.

⁶² ALI Principles, Chap. 3, Topic 1 Overview.

的な支払い義務に関する権利を受け取る譲渡人は、通常の頒布経路(normal chain of distribution)におけるいかなる当事者に対しても、譲渡人が移転の際認識しない、重大な隠れた瑕疵がソフトウェアに含まれないことを保証する」とする。この保証は排除することができないほか、不実表示の請求に取って代わるものではないとされる⁶³。保証はソフトウェアと引き換えに金銭または金銭的な支払い義務に関する権利を受け取る場合に生じるものであり、オープンソース・ソフトウェアを移転する取引には生じない⁶⁴。

コモン・ロー上、すでに確立されている原則である「重大な違反(material breach)」は「被害を受けた当事者(injured party)が、取引したものと及び合理的に期待したものを実質的に受け取ることができたか」について問うものである⁶⁵。ソフトウェアについては、「ソフトウェアが契約上約束された機能を達成するために、大幅な回避策を必要とし、かつ長期のダウンタイムを引き起こす場合、又は約束された機能を全く達成しない」ことは、重大な違反とされ、これは重大な瑕疵にあたるとされる⁶⁶。隠れた瑕疵とは、「瑕疵が、譲受人が行った、または行うべきであったテストにおいて表面化しなかったもの」である⁶⁷。譲渡人が、問題があることについて報告を受けたが、合理的に調査する時間がなかった場合、譲受人の問題が、譲渡人が認識していない使用によるものである場合、譲渡人が移転の後に問題について知るに至った場合には譲渡人には責任はないとされる⁶⁸。3.05(b)条の要件を満たすには、「騙す意図(intent to deceive)」が必要である。この意図は譲渡人がライセンスされたソフトウェアに重大な瑕疵があることについて悪意であり、かつ、検査によってその瑕疵をユーザが発見できないことについて知っている場合に推定される⁶⁹。さらに、条項に「現状のまま」が含まれていたとしても、この保証は排除することができない点が重要である。コメントは、この点に関し、詐欺の責任については契約で排除することができないからであると説明する⁷⁰。また、UCITAのレポーターであったNimmer教授は「重大な」瑕疵といった概念と、排除することができない保証は、リステイトメント、統一商事法典、UCITAといった既存の契約法とは異質のものであると指摘する⁷¹。この黙示の保証については、確かに従来の契約法における保証についての規定とは異なった要素が盛り込まれている。しかしながら、3.05条のコメントによれば、これらの要素は信義則によって課される契約義務、契約上の開示義務、詐欺隠匿法(fraudulent-concealment law)から導かれるものに過ぎな

⁶³ *Id.* § 3.05 (b).

⁶⁴ *Id.* § 3.05 (b); § 3.05 (b) cmt. b.

⁶⁵ *Id.* § 3.05 cmt. b.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Id.* § 3.05 cmt. b. and § 3.06(e).

⁶⁸ *Id.* § 3.05 cmt. b.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Raymond T. Nimmer, "Flawed ALI Software Contract "Principles"" 14 No. 5 Cyberspace Law. 3 (2009).

いことになる⁷²。

7. まとめにかえて

本稿においては、デジタル・コンテンツ指令の契約適合性に関わる規定の概要について紹介することを中心とし、関連する規制について物品売買指令、イギリスの2015年消費者権利法、20年以上も前からデジタル情報に関する法を有していたアメリカにおける UCITA、ALI ソフトウェア契約法原則についてその概略を紹介した。ただし、それぞれの規制における適用範囲が異なり、適用範囲に含まれる異なった種類の情報の履行水準について異なった規制が存在することに留意する必要がある。UCITA において、コンピュータ情報に含まれるコンピュータ・プログラムと情報コンテンツ（情報の通常の使用において個人に伝達または認識されることを意図した情報等を指す）については、異なった黙示の保証規定が置かれている。他方、ALI ソフトウェア契約法原則は、ソフトウェアの契約に適用される。

デジタル・コンテンツ指令提案において要求されるデジタル・コンテンツの適合性については、契約文言に規定される主観的基準に加えて客観的基準という観点から評価され、同提案は主観的基準に重きを置くものであった。しかし、この規定は消費者保護に欠けるのではないかと指摘がなされていた。この主観的基準の重視は、技術革新の繁栄のために必要な柔軟性を確保するものであるとされた。しかしながら、技術革新の繁栄のために必要な柔軟性は、必ずしも消費者保護に資するものではない。

他方、指令における適合性についての規制は、提案と比べ、主観的要件に「加えて」満たさなければならない客観的要件についての規定を置く構造を採用した。指令の規定は、主観的要件と客観的要件とのバランスをとり、個別の契約内容の制約を受けずに消費者が合理的に期待する商品の供給を受けることを容易にするものである。指令前文 45 は、契約において著しく低い水準が設定されていた場合であっても、消費者がその権利を奪われることがないように、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスは、主観的要件に加えて、客観的要件に適合しなければならないとする。このような構造を採用した指令の規定は評価に値しよう。

日本法において、債権法改正前から議論されてきた民法における目的物の瑕疵概念に関し、「その物が備えるべき」品質・性能について、その種類の物として通常有すべきものであるとする客観的瑕疵概念を基準としつつ、売主が特別の品質・性能を保証した場合にはそれも基準となるとする見解が有力であったが、現在は、「その契約において当事者が予定していた」主観的瑕疵概念を基準とするのが判例・通説とされている⁷³。ただし、主観的瑕疵

⁷² ALI PRINCIPLES § 3.05 cmt. b.

⁷³ 最判平 22・6・1 民集 64 巻 4 号 953 頁。柚木＝高木『新版注民(14)』（有斐閣、1993 年）355 頁以下〔柚木〕参照。より客観的瑕疵概念を重視するものとして、松本克美「民法改正と建築瑕疵責任」立命館法学 375・376 号（2018 年）2191 頁以下参照。中田裕康『契約法新版』（有斐閣、2021 年）、304 頁以下は、「『その物が備えるべき』品質・性能というのは、①『その種類の物として通常有すべき』ものなのか（客観的瑕疵概念）、②『その契約において当事者が予定していた』ものなのか（主観的瑕疵概念）」に

概念を基準とした場合であっても、契約の具体的な目的が明示されていないときは、当該契約の目的が建物か住宅かといった抽象的な目的、当事者の行う取引上の社会通念を含む「その種類の物として通常有すべき品質・性能」という契約と結びついた客観的基準が意味をもつとされ⁷⁴、さらに当該目的物に対して客観的に結び付けられる通常の利用目的から導かれる種類、品質等についても考慮にいれられることが否定されるべきでないといわれる⁷⁵。なお、客観的瑕疵概念を基準としつつ売主の保証も基準とする見解は、「保証」という範囲で主観的瑕疵概念を考慮するので、主観的瑕疵概念を基準としつつ客観的基準を取り込む見解と、「結果的には大きく異なるわけではない」との指摘もなされる⁷⁶。もっとも、この二つの瑕疵概念が示す内容の詳細およびその関係性等について議論がなされる必要がある⁷⁷。とはいえ現在の日本法における判例・通説の立場においては、主観的瑕疵概念を基準とする立場が保たれており、取引上の社会通念といった客観的基準についてはその性質と範囲も含め、明確に独立して確立されているとはいえず⁷⁸、また、売主等からなされる保証に関する包括的な規制は存在しない。

概観した各国の法制度においては、適合性の主観的基準、および客観的基準に相当する基準の両方の規制があり、まずは、客観的基準についての独立した規制を置くことが、消費者と事業者の公平性を維持する法制度につながるのではないと思われる⁷⁹。さらに、双方の基準の優劣について、より新規のデジタル・コンテンツ取引においても、主観的基準に加えて客観的基準を満たすことが要求されているなど、両基準が同列に置かれている。概観した法制度においては、事業者に課される客観的基準に基づく責任の契約上の制限が可能である場合、程度は異なるものの、契約の文言、消費者への通知や同意に一応配慮した規制が置かれている。さらに、イギリス法においての満足する品質、許容される品質といった文言に

について、「かつては、①を基準としつ、売主が特別の品質・性能を保証した場合にはそれも基準となるとする見解が有力であったが、その後、②を基準とするのが判例・通説となった」とする。

⁷⁴ 中田・前掲注(73) 304 頁。

⁷⁵ 潮見佳男『新契約各論 I』(信山社、2021 年) 121 頁。

⁷⁶ 中田・前掲注(73) 304 頁。

⁷⁷ 古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察—債務法改正から 10 年を経て—」産大法学 47 巻 2 号(2013) 310 頁以下、商事法務・前掲注(2)『民法(債権関係)部会資料集』参照。この点について、潮見佳男『債権各論 I』(信山社、2021 年) 122 頁以下は、「契約適合的なものとしてあるべき種類・品質・数量がいかなるものであるかという点の確定にあたっては、(a)まずは具体的な契約において当事者が下した評価を基礎として判断を加えるべきであるが、(b)これが明らかでない場合には、当該目的物に対して客観的に結びつけられるところの通常の利用目的から導かれる種類・品質・数量(当事者が締結した売買契約の類型的特徴から導かれる類型的な種類・品質・数量)が二次的に考慮に入れられることを否定すべきではない」とする。

⁷⁸ 古谷貴之「売買における目的物の『契約不適合』について」消費者法ニュース 1126 号(2021 年)87 頁以下参照。

⁷⁹ 古谷・前掲注(78)89 頁。

も表れているように、より消費者側の視点に立ち客観的基準を重視した規制が置かれている法制度も見受けられ、そのような法制度においては事業者の責任を制限する契約条項についてさらに厳格な制限が課せられていることが見て取れる。客観的基準に基づく、事業者の責任を制限する条項に関する各国の非良心性の法理、信義誠実の原則、不公正条項規制等も含め、客観的瑕疵概念について再検討する必要性が生じている。アメリカ法においても適合性の主観的基準、および客観的基準に相当する基準の両方の規制があり、事業者に課される客観的基準に基づく責任の契約上の制限が可能である場合、「現状のまま」もしくは「すべての欠陥(瑕疵)を伴ったまま」といった記録における契約の文言についての規制が置かれている。

現代社会において、多くの商品がデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスの要素を含んだものとなっている。それら商品の、履行のあるべき水準について検討する際、当事者間の専門知識の格差、消費者の商品に対する期待等を踏まえつつ、目的物の種類、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスの含まれる割合、取引形態、量、瑕疵あるいは不適合の種類とそれが基本的な機能に与える影響等について考慮する必要がある。契約内容に合致し、かつ、客観的に消費者の期待に応じた履行の水準を求めていくことが、消費者の保護に資するだけでなく、むしろ技術の発展にも寄与する、よりよい法制度の構築につながるのではないかと考えられる。

第6. デジタル社会における無償の消費者契約と消費者保護について

松本 恒雄 客員主任研究官(一橋大学名誉教授、弁護士)

目次

1. はじめに一民法における有償契約と無償契約
2. 消費者法における有償契約と無償契約
 - (1) 消費者契約法における有償契約・無償契約
 - (2) 消費者裁判手続特例法における有償契約・無償契約
 - (3) 特定商取引法における有償契約・無償契約
 - (4) 景品表示法における有償契約・無償契約
 - (5) 消費者安全法における有償契約・無償契約
 - (6) 寄附不当勧誘防止法における無償契約
3. 消費者が代金支払義務を負わない契約の性質
 - (1) デジタル・コンテンツ指令における無償契約
 - (2) 国内法化としてのドイツ民法典改正
 - (3) 日本法における考え方
4. おわりに

1. はじめに一民法における有償契約と無償契約

近時、無償の消費者契約についての性質が、2つの面から論じられるようになった。すなわち、消費者が金銭的対価を負担することなしに事業者から物品や権利、役務の提供を受ける場合の問題と、逆に、事業者が物品や権利、役務の提供をすることなしに消費者から金銭等の財産上の権利を取得する場合の問題である。前者は、オンラインで提供される様々な無料サービスの法的性質と消費者保護の問題であり、後者は、事業者への寄付の法的性質と寄付勧誘にかかわる消費者保護の問題である。本稿では、デジタル社会において出現した問題として、主として前者の問題を、EUの「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令」(デジタル・コンテンツ指令)の加盟国における国内法化を素材として検討する。

具体的な検討に入る前に、日本法における有償契約・無償契約の現状をあらかじめ概観しておく。「1. はじめに」では、まず、日本の民法において有償契約・無償契約がどのように扱われているかを見る。

一般法としての民法には、有償契約・無償契約についての定義や共通の性質を定める総則的規定は置かれていないが、売買契約に関する民法559条(有償契約への準用)は、「この節の規定は、売買以外の有償契約について準用する。ただし、その有償契約の性質がこれを許さないときは、この限りでない。」と定めて、「有償契約」の概念を明示的に認めている。

学説においても、契約には、双方が対価的な財産上の支出を負担する有償契約と、一方の

みが財産上の支出を負担する無償契約があるとするのが一般的理解である¹。民法の13の典型契約のうち、売買、交換、賃貸借、雇用、請負、組合、和解は有償契約であり、贈与と使用貸借は無償契約であり、消費貸借、委任、寄託、終身定期金には両方の場合がある。

物を有償で譲渡する契約である売買と、無償で譲渡する契約である贈与とを比べると、引き渡された目的物が契約の内容に適合しないという問題があった場合の譲渡人の責任について、有償契約の典型である売買においては、「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。」(民法562条1項本文)として、買主の追完請求権を定めている。さらに、契約不適合の場合には、買主は、損害賠償請求権と解除権を行使することができる(民法564条)。

他方、無償契約である贈与については、贈与者の引渡義務等の責任について、「贈与者は、贈与の目的である物又は権利を、贈与の目的として特定した時の状態で引き渡し、又は移転することを約したものと推定する。」(民法551条1項)としており、特別の合意がない限り、贈与者の責任は売主の場合より軽い。ただし、「負担付贈与については、贈与者は、その負担の限度において、売主と同じく担保の責任を負う。」(民法551条2項)として、負担の部分、すなわち部分的に有償となる範囲においては、贈与者は売主の場合と同様の責任を負うことを定めて、有償契約としての売買と無償契約としての贈与の関係を示している。また、相続における遺留分に関する民法1045条2項は、「不相当な対価をもってした有償行為は、当事者双方が遺留分権利者に損害を加えることを知ってしたものに限り、当該対価を負担の価額とする負担付贈与とみなす。」としている。もっとも、委任については、無償の委任であっても、委任契約の伝統的な類型である弁護士等の専門家への委任を念頭に、受任者の善管注意義務は軽減されていない(民法643条)。

有償契約と無償契約とのもう一つの違いとして一般に挙げられている点は、無償契約の場合は有償契約の場合と比べて、契約の拘束力が弱いことである。たとえば、無償契約である贈与は、諾成契約であり、合意のみによって成立する(民法549条)ものの、書面による贈与の場合を除き、履行の終わっていない部分については贈与者を含む各当事者は解除することができる(民法550条)。同様に、無償契約である使用貸借は、諾成契約であるが、書面による使用貸借の場合を除き、借主が使用貸借の目的物を受け取るまでは、貸主は解除することができる。これらは、書面による契約の場合を除き、対価なしに負担を負う当事者について、契約を取りやめにする機会をぎりぎりまで与えておこうとする政策判断に基づいているものといえよう。

他方、契約の分類には、有償契約・無償契約とは別に、双務契約・片務契約という対概念がある。契約が成立することによって、当事者双方が対価関係にある一定の債務を負担する

¹ 萩原基裕「無償契約債務者の責任法理—民法典における責任制限法利の検討(1)~(4)」大東法学23巻2号(2014年)113頁、24巻2号(2015年)23頁、25巻1号(2015年)7頁、25巻2号(2016年)25頁は、ドイツ法、フランス法、日本の旧民法、現民法における無償契約に関する議論を詳細に検討している。

ことになるタイプの契約を双務契約といい、一方のみが債務を負担したり、双方が債務を負担するもののそれらに対価関係がなかったりするタイプの契約を片務契約という。もっとも、片務契約という概念には、双務契約ではないという以上の積極的な意味はない。

同時履行の抗弁に関する民法 533 条は、「双務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行（債務の履行に代わる損害賠償の債務の履行を含む。）を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。」として、双務契約の当事者にのみ同時履行の抗弁を認めている。危険負担に関する民法 536 条も、双務契約特有の規定であると解されている。そして、負担付贈与に関する民法 553 条は、「負担付贈与については、この節に定めるもののほか、その性質に反しない限り、双務契約に関する規定を準用する。」としている。

以上から、使用貸借と負担付きでない贈与は無償契約であり、かつ片務契約である。使用貸借の貸主は借用物を引き渡す債務を負い、借主は契約が終了したときに目的物を返還する債務を負っている（593 条）が、これら 2 つの債務は対価関係に立たないので、双務契約の概念には当てはまらない。また、消費貸借が、書面によらないために要物契約（目的物の引渡しに契約の成立要件とされる契約）である場合は、利息の定めがあることから有償契約であっても、なお民法上は片務契約であるとされる。これは、有償契約・無償契約は経済的な意味での両当事者の対価性のある負担の有無を問題とする分類であるが、消費貸借が要物契約である場合には、貸主からの財産上の出捐行為である貸付けは契約成立時点ですでに終わっており、成立後は借主の元本返還債務と利息支払債務しか残らないからである。

2. 消費者法における有償契約と無償契約

ここでは、主要な消費者法における有償契約及び無償契約の扱いを概観する。この点は、従来ほとんど検討されていなかった問題である。したがって、本ディスカッション・ペーパーの冒頭にも記載のとおり、日本の法律に関わる部分は、研究者としての筆者個人の見解であり、消費者庁としての見解ないし法解釈を述べたものでないことは言うまでもない。

（1）消費者契約法における有償契約・無償契約

消費者契約法が適用される「消費者契約」とは、「消費者」と「事業者」との間で締結される契約である（同法 2 条 3 項）。消費者契約法において、「消費者」とは、「個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）」（同法同条 1 項）であり、「事業者」とは、「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」（同法同条 2 項）である。この定義のままでは、労働契約も入るので、労働契約は適用除外とされる（同法 48 条）。これは、労働力市場と消費者用市場ではその性質に違いがあることに加え、労働契約における特別の民事ルールとしては労働基準法等が既に整備がされていたからである。消費者契約法の適用については、労働契約以外には適用除外規定がないことから、業種を問わず、消費者と事業者との間で締結されるすべての契約に適用されることが重要である。

単独行為としての意思表示（民法 519 条の債務免除や民法 964 条の遺贈など）は、消費者が事業者に対して行うものであれ、事業者が消費者に対して行うものであれ、契約ではないことから、消費者契約法はそもそも適用されない。しかし、消費者契約法には、無償契約を除外する趣旨の規定は置かれていないので、原則として、消費者契約の定義に該当すれば、消費者契約法が適用されることとなる。もっとも、消費者契約法の個々の条文の中には、消費者が代金を支払う債務を負担しない無償契約には適用できないタイプのものも含まれている。

ア 意思表示の取消権

消費者の取消権を定める消費者契約法第 2 章第 1 節の規定の中には、事業者からの物品、権利、役務の提供を当然の前提としている規定がある。

まず、誤認型勧誘では、不実告知（同法 4 条 1 項 1 号）と不利益事実の不告知（4 条 2 項）は、重要事項についての告知・不告知が問題とされ、重要事項は、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容や対価その他の取引条件であることが要件となっている（同法 4 条 5 項）。断定的判断の提供（同法 4 条 1 項 2 号）も、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの将来における価額等の断定的判断が前提である。

次に、過量契約の取消権（同法 4 条 4 項）も、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの分量、回数または期間を問題としている。

また、困惑型勧誘（同法 4 条 3 項）についても、社会生活上の経験不足から生じる不安をあおる告知（同法 4 条 3 項 3 号、令和 4 年第 1 次改正で 5 号）は、物品、権利、役務その他の消費者契約の目的となるものがその願望を実現するために必要である旨を告げることが要件である。消費者の意思表示前の事業者による債務の履行（同法 4 条 3 項 7 号、令和 4 年第 1 次改正で 9 号）や消費者の意思表示前に事業者が行った事業活動の損失補償請求（同法 4 条 3 項 8 号、令和 4 年第 1 次改正で 10 号）も、事業者が負担することになる契約上の義務の事前履行、あるいはその準備作業が前提となっている。

なお、加齢や心身の故障による判断力の著しい低下の不当な利用（同法 4 条 3 項 5 号、令和 4 年第 1 次改正で 7 号）については、上記列举の条文のように、事業者からの物品、権利、役務の提供を前提とした文言は存在しないように見えるが、消費者庁の逐条解説は、同号の「当該消費者契約を締結しなければその現在の生活の維持が困難となる旨を告げること」を「消費者契約の目的となるものが消費者の現在の生活の維持のために必要である旨を告げること」と解したうえで、事業者からの物品、権利、役務の提供を必要とする契約と解している²。

困惑型勧誘のその他の類型は、条文の文言上、事業者からの物品、権利、役務その他の提供を前提としていないので、消費者のみが経済的負担を負うというタイプの無償契約にも適用されることとなる。

² 消費者庁消費者制度課編『逐条解説消費者契約法〔第 4 版〕』（商事法務、2019 年）176 頁。

事業者の負担する契約上の義務に対して消費者が代金を支払うというのが、消費者契約の標準型であるが、消費者が代金を支払わない無償契約が排除されているわけではない。契約の目的物を事業者に収去してもらいたい場合などは、事業者からの贈与のような無償契約であっても、取消しの実益はある。また、有償の対価とは評価できないものを消費者が事業者を引き渡している場合に、取消しにより、その返還を求めることができる。

イ 契約条項の無効

消費者契約の条項の無効を定める消費者契約法第2章第2節についても、同法8条2項が、事業者の債務不履行に基づく損害賠償責任を免除等する条項について、「消費者契約が有償契約である場合において」と適用を限定する文言をおいているほかは、無償契約についても適用される。もっとも、契約条項の無効の判断において、とりわけ同法10条の一般条項の適用の際には、任意規定である民法の規定が有償契約と無償契約とで差をつけている場合には当然ながら、そうでない場合においても判断に差が出てくる可能性がある。

ウ 適格消費者団体による差止め

適格消費者団体による差止請求についても、消費者契約の勧誘や消費者契約の条項に関するものである限り、無償契約の勧誘や無償契約の条項に対するものであっても行うことができる。

(2) 消費者裁判手続特例法における有償契約・無償契約

「消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律」(消費者裁判手続特例法)は、「消費者契約に関して相当多数の消費者に生じた財産的被害等(財産的被害及び精神上の苦痛を受けたことによる損害をいう。)」(同法1条)について、特定適格消費者団体が、その財産的被害を集団的に回復するための被害回復裁判手続を迫ることを可能とするために、制定されている。

ここで、特定適格消費者団体による共通義務確認の訴えの対象となるのは、事業者が消費者に対して負う金銭の支払義務であって消費者契約に関する、①契約上の債務の履行の請求、②不当利得に係る請求、③契約上の債務の不履行による損害賠償の請求、④不法行為に基づく損害賠償の請求、⑤使用者責任の請求である(同法3条1項)。

消費者が代金の支払義務を負わない無償契約の場合において、①や②は考えにくいだが、③債務不履行による損害賠償や、④不法行為に基づく損害賠償で、財産的被害の賠償請求のみを行う場合や、財産的請求と共通する事実上の原因により財産的被害の賠償と合わせて慰藉料を請求する場合及び事業者の故意による場合の慰藉料請求(同法3条2項6号)は、考えられる被害形態である。また、消費者のみが経済的出捐を行うという無償契約についても、適用可能である。したがって、消費者契約については無償契約による「財産的被害等」も対象となる。

(3) 特定商取引法における有償契約・無償契約

特定商取引法は、訪問販売、通信販売及び電話勧誘販売に係る取引、連鎖販売取引、特定

継続的役務提供に係る取引、業務提供誘引販売取引並びに訪問購入に係る取引を対象としている（特商法1条）。

訪問販売・通信販売・電話勧誘販売は、その定義上、売買契約のみならず、特定権利の販売、有償での役務提供契約を含んでおり（同法2条）、すべて有償契約である。

連鎖販売取引は、物品の販売または有償で行う役務の提供の事業を対象としており（同法33条1項）、有償契約である。

特定継続的役務提供という特定継続的役務とは、国民の日常生活に係る取引において有償で継続的に提供される役務とされており（同法41条2項）、有償契約である。

業務提供誘引販売においてその前提となる取引は、物品の販売または有償で行う役務の提供（それぞれあっても含む）とされており（同法51条）、有償契約である。

訪問購入は、物品の購入業者が営業所等以外の場所において売買契約の申込みを受け、または契約を締結して行う物品の購入であり（同法58条の4）、有償契約である。

このようにみると、特定商取引法が対象としている取引は、すべて有償契約であることがわかる。この点で、消費者契約法と大きく異なっている。

（4）景品表示法における有償契約・無償契約

景品表示法は、「商品及び役務の取引に関連する不当な景品類及び表示による顧客の誘引を防止するため、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれのある行為の制限及び禁止について定めることにより、一般消費者の利益を保護することを目的」としている（同法1条）。ここでは、「商品及び役務の取引」という表現が出てきていることから、特定商取引法と同様に有償の取引、有償契約を前提としているかのようなニュアンスがある。不当な表示の禁止（同法5条）に違反した場合に課される課徴金が、「当該課徴金対象行為に係る課徴金対象期間に取引をした当該課徴金対象行為に係る商品又は役務の政令で定める方法により算定した売上額」を基準に算定されること（同法8条1項本文）や返金措置の実施による課徴金の額の減額等（同法10条）も有償契約を前提としている。

「景品類」とは、「顧客を誘引するための手段として、その方法が直接的であるか間接的であるかを問わず、くじの方法によるかどうかを問わず、事業者が自己の供給する商品又は役務の取引（不動産に関する取引を含む。以下同じ。）に付随して相手方に提供する物品、金銭その他の経済上の利益であつて、内閣総理大臣が指定するものをいう。」（同法2条3項）とされており、事業者が商品または役務の供給を行っていることが前提である。来店者を対象として金品等を提供する場合は、「取引に付随」して提供するものとみなされ、景品規制の適用対象となるが、新聞、テレビ、ウェブサイト等で企画内容を広く告知し、購入や来店を条件とせずに、郵便はがきやウェブサイト、電子メール等で申し込むことができ、抽選で金品等が提供される企画（オープン懸賞）には、景品規制は適用されない。したがって、懸賞等の規制については、有償契約に限定されている。

次に、「表示」とは、「顧客を誘引するための手段として、事業者が自己の供給する商品又は役務の内容又は取引条件その他これらの取引に関する事項について行う広告その他の表

示であつて、内閣総理大臣が指定するものをいう。」とされている（同法2条4項）。したがって、事業者が商品または役務の供給を行っていることが前提である。

有利誤認表示に関する同法5条2号は、「商品又は役務の価格その他の取引条件について、実際のもの又は当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも取引の相手方に著しく有利であると一般消費者に誤認される表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの」を不当な表示として禁止している。取引条件の典型は価格やその支払条件であり、この場合は有償契約が前提である。しかし、取引条件には、役務の提供を受けられる条件や期間、解約条件なども含まれ、これらは、無償契約においても問題となりうる。

優良誤認表示に関する同法5条1号は、「商品又は役務の品質、規格その他の内容について、一般消費者に対し、実際のものよりも著しく優良であると示し、又は事実と相違して当該事業者と同種若しくは類似の商品若しくは役務を供給している他の事業者に係るものよりも著しく優良であると示す表示であつて、不当に顧客を誘引し、一般消費者による自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがあると認められるもの」を不当な表示として禁止している。文言上は、有償契約に限定されているわけではない³。

不当表示に関する消費者庁の執行例は有償契約の場合のみであるが、景品表示法の表示規制の目的が「一般消費者による自主的かつ合理的な選択」の確保にあることから、ここでの「取引」には無償の場合も含まれると解釈できるとの主張もある⁴。

（5）消費者安全法における有償契約・無償契約

消費者安全法の「消費者事故等」の定義には、生命・身体に生じた事故以外にも、「虚偽の又は誇大な広告その他の消費者の利益を不当に害し、又は消費者の自主的かつ合理的な選択を阻害するおそれがある行為であつて政令で定めるものが事業者により行われた事態」が含まれる（同法2条5項3号）。

本号についての政令である消費者安全法施行令3条には、消費者契約法に基づく取消権が認められる契約の勧誘や契約条項が無効となる契約（同条4号）のほか、商品・役務についての虚偽・誇大な広告・表示（同条1号）、消費者契約法の要件を若干緩和した勧誘行為（同条2号・3号）、消費者に対する債務の履行拒否・著しい履行遅延（同条5号）、景品表示法違反の景品類の提供（同条6号）、さらに、消費者との契約の締結や履行、解除等に係

³ 西川康一編『景品表示法（第6版）』（商事法務、2021年）50頁では、事業者が消費者に金融商品の選び方について無料でアドバイスを行うという場合でも、そのアドバイスに基づいて金融商品の販売事業者から後日手数料等の形で支払がされている場合には、金融商品の選び方のアドバイスという役務の「取引」が存在すると言って差し支えない場合があるとするが、このような形での手数料等の支払が存在しない場合については言及されていない。

⁴ 染谷隆明「景品表示法の『取引』概念の再検討—無償契約は『取引』か—」（公正取引834号（2020年）34頁）。

る事業者の行為に関する規定であって内閣府令で定めるものの違反（同条 7 号）が列挙されている。消費者が代金支払義務を負わない無償契約において消費者が不利益を被る事態が除外されているわけではない。

ただし、被害防止のために実施しうる他の法律の規定に基づく措置がない場合（いわゆる「すき間事案」）において、内閣総理大臣が事業者に対する勧告・命令の権限を行使することができる「多数消費者財産被害事態」（同法 40 条）については、その定義として前述の同法 2 条 5 項 3 号に掲げる事態のうち、「同号に定める行為に係る取引であつて次の各号のいずれかに該当するものが事業者により行われることにより、多数の消費者の財産に被害を生じ、又は生じさせるおそれのあるものをいう。」とされている（同法 2 条 8 項 1 号本文）。同法 40 条 1 号は、「消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引であつて、事業者が消費者に対して示す商品、役務、権利その他の取引の対象となるものの内容又は取引条件が実際のものと著しく異なるもの」としているもので、適用対象は、事業者が商品、役務、権利等を提供する場合に限られる。同 2 号は、「前号に掲げる取引のほか、消費者の財産上の利益を侵害することとなる不当な取引であつて、政令で定めるもの」としているものの、施行令には特段の規定は存在しない。したがって、現在のところ、消費者のみが経済的な出捐を行う無償契約は、「多数消費者財産被害事態」には該当しないことになる。

（6）寄附不当勧誘防止法における無償契約

「法人等による寄附の不当な勧誘の防止等に関する法律」（寄附不当勧誘防止法）において、「寄附」とは、消費者（事業のために行為者となるのではない個人）から事業者である法人等への無償の財産権を移転する契約（第三者への無償の財産権移転を法人等に委託する契約を含む）と遺贈や債権放棄等の無償で財産上の利益等を供与する単独行為をいうとされる（同法 2 条）。したがって、消費者のみが経済的な出捐を行う無償契約と単独行為が適用対象となる。

これらの無償契約と単独行為を勧誘するにあたって、一定の勧誘行為が禁止され（4 条、5 条）、配慮義務が定められている（3 条）。民事ルールとしての意思表示の取消権については、無償契約の場合は消費者契約法が適用され、単独行為についてのみ同法 8 条が適用されるが、禁止規定や配慮義務については、すべての寄附勧誘に適用される。

3. 消費者が代金支払義務を負わない契約の性質

（1）デジタル・コンテンツ指令における無償契約

デジタル・コンテンツ指令⁵は、「事業者が消費者にデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスを供給し、又は供給することを約し、かつ、消費者が代金を支払い、又は支払うこ

⁵ 同指令の翻訳として、カライスコス アントニオス・寺川永・馬場圭太訳「〔翻訳〕 デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の一定の側面に関する欧州議会及び理事会指令（Directive (EU) 2019/770）」ノモス 45 号（2019 年）121 頁、<https://www.kansai-u.ac.jp/ILS/publication/asset/nomos/45/nomos45-07.pdf> 参照。

とを約する契約に適用する。」(指令 3 条 1 項前段) ほか、「事業者が消費者にデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスを供給し、又は供給することを約し、かつ、消費者が事業者個人データを提供し、又は提供することを約する場合にも適用する。」(指令 3 条 1 項後段本文) としている。

代金支払不要の無料サービスであっても、個人データを提供している場合は、アップデート義務を含むデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの契約適合性の維持についての義務を事業者は負うことになる。もっとも、有料会員と個人データを提供する無料会員とで、利用契約約款において、客観的契約適合性を満たしたうえで、事業者の義務レベルに違いを設けることが可能かどうかは、別個の問題として存在する。また、デジタル・コンテンツ指令では定められていない損害賠償や履行請求の面では、違いが生じる可能性がある。

ただし、「事業者が、消費者が提供する個人データを、この指令に従いデジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスを供給することのみを目的として、又は事業者が服する法的要求事項を遵守することを可能とするために処理し、かつ、事業者がそのデータを他の目的で処理しない場合については、この限りでない。」(指令 3 条 1 項後段ただし書) とされている。したがって、たとえば、消費者がソーシャル・メディア・アカウントを開設し、氏名および電子メール・アドレスを提供する場合において、これらが専らデジタル・コンテンツもしくはデジタル・サービスを供給すること、または法律上の要求事項を満たすこと以外の目的で使われる場合に適用され、また、個人データを成す材料(消費者がアップロードした写真や投稿等)について、事業者がマーケティング目的で処理することについて同意したときにも適用される(指令前文 24)。

デジタル・コンテンツ指令上で個人データに言及する他の条文としては、指令 16 条があるのみである。同条によると、事業者は、消費者に対し、消費者が支払った代金のうちデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスが契約に適合していなかった期間に対応する部分や、事前に支払った代金のうち契約が解消されなかったならば存続した契約期間に対応する部分の代金を返還しなければならないとされる(同条 1 項)。しかし、消費者が、代金ではなく、個人データを提供している契約の解消の場合については、「消費者の個人データに関して、事業者は、規則 (EU) 2016/679 に基づいて適用される義務を遵守しなければならない。」(同条 2 項) と定めるのみである。ここでいう「規則 (EU) 2016/679」は、「個人データの取扱いと関連する自然人の保護に関する、及び、そのデータの自由な移転に関する、並びに、指令 95/46/EC を廃止する欧州議会及び理事会の 2016 年 4 月 27 日の規則(一般データ保護規則)」(GDPR)⁶ のことであり、契約解消後の個人データの扱いについては、代金の支払とともに提供している場合であっても、代金の支払をすることなしに提供している場合であっても、いずれも GDPR によって処理されることになり、両方で扱いが異なる結果になる。

⁶ GDPR の翻訳として、個人情報保護委員会のサイト

(<https://www.ppc.go.jp/enforcement/infoprovision/laws/GDPR/>) を参照。

代金の一部返還に近いような、事業者による個人データの利用範囲の制限といった措置は考えられていない。むしろ、デジタル・コンテンツ指令 14 条 6 項は、「デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが代金と引き換えに供給される場合には、消費者は、適合性の欠如が軽微でないときのみに、契約を解消する権利を有する。」と定めていることから、この反対解釈として、代金ではなく、消費者が個人データを提供している場合の契約不適合については、たとえそれが軽微な場合でも、消費者は契約を解消できるという形でバランスがとれていると評価されている⁷。

さらに、GDPR では、契約の解消とは無関係に、消費者は個人データの提供の同意をいつでも撤回できる（GDPR 7 条 3 項）。その場合のデジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス契約の効力は、加盟国法に委ねられている（デジタル・コンテンツ指令前文 40）。

このようなデジタル・コンテンツ指令の立ち位置は、「個人データの保護が基本的権利であること及びそのために個人データを商品とみなすことができないことを完全に認めつつ、この指令は、消費者が、そのようなビジネス・モデルの文脈で、契約上の救済手段を与えられることを確保するべきである。」からと説明されている（デジタル・コンテンツ指令前文 24）⁸。

消費者が提供する個人データの扱いに関して、「この指令は、消費者が、事業者と契約を締結することなく、専らデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスへのアクセスを取得するために広告の掲示を受ける場合には、適用するべきではない。」（デジタル・コンテンツ指令前文 25）とされているので、個人データの提供に関して消費者と事業者との間に契約が締結されているかどうか、キーポイントとなる。しかし、「加盟国は、国内法に定める契約の成立、存在及び有効性のための要件が満たされるかどうかを、引き続き自由に決定することができるべきである。」（デジタル・コンテンツ指令前文 24）とされていることから、加盟国における個人データの契約法上の扱いに差が生じてくる可能性がある。

（２）国内法化としてのドイツ民法典改正

ドイツでは、デジタル・コンテンツ指令を国内法化するドイツ民法典（BGB）の改正が 2021 年 6 月に成立し、2022 年 1 月 1 日から施行されている⁹。個人データとの関係では、

⁷ 消費者庁国際消費者政策研究センタープログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究－海外有識者インタビュー記録概要（１）」（2022 年）27 頁のクラメ教授の発言

（https://www.caa.go.jp/policies/future/icprc/research_006/assets/future_caa_cms201_220831_01.pdf）。

⁸ デジタル・コンテンツ指令提案、デジタル・コンテンツ指令、GDPR の関係については、馬場圭太「消費者契約における個人データの定位－EU 消費者私法における『反対給付としての個人データ』の展開－」関西大学法学研究所研究叢書第 64 冊『消費者私法の現代的課題』（2021 年）1 頁（https://kansai-u.repo.nii.ac.jp/?action=repository_uri&item_id=22345&file_id=19&file_no=1）参照。

⁹ 改正法の概要について、芦野訓和「ドイツにおける EU デジタル・コンテンツおよびデジタル・サービス指令の国内法化」NBL1202 号（2021 年）31 頁、永岩慧子「デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令のドイツにおける国内法化－契約適合性をめぐる問題を中心に」愛知学院大学法学研究 63 巻第 3＝4 号（2022 年）59 頁、改正法の条文の翻訳として、永岩慧子「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サー

特徴的な点が2点ある。

第1に、デジタル・コンテンツ指令が求めるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス（改正 BGB の用語では両者を合わせて「デジタル製品」）の消費者への供給契約については、BGB 第2編第3章第2a節「デジタル製品に関する契約」として国内法化されているが、これとは別に、消費者契約に関する総則的規定の位置にある BGB312 条においても、代金の支払に代えて個人データを提供する契約についての言及がされている点である。

具体的には、今回の BGB の改正によって、BGB 第2編第3章第1節第2款「消費者契約における原則及び特別の販売形式」の冒頭の BGB312 条が次のように改正された。すなわち、第2款第1目「消費者契約における適用範囲及び原則」および第2目「営業所外で締結される契約及び遠隔販売契約」の規定の適用対象となる契約について、改正前は、「事業者の有償給付を目的とする契約」（改正前 BGB 同条1項）とされていたのに対して、改正後は、「消費者が代金の支払を約束する消費者契約」（改正 BGB 同条1項）に加えて、「消費者が事業者個人データを提供し、又はその提供を約する消費者契約」（改正 BGB 同条1a項）とされていることである。

本条の改正自体は、2019年に公布された EU 消費者保護規定の実効性強化及び現代化に関して4つの指令を改正する指令（現代化指令）において、訪問販売や通信販売における消費者保護を定めた消費者権利指令（2011年）¹⁰が改正されたことへの対応である。すなわち、改正後の消費者権利指令1a条として、「この指令は、同様に、事業者が、持続的媒体によって供給されないデジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスを消費者に供給し又は供給することを約し、消費者が、個人データを事業者に供給し又は供給することを約する場合に適用する。ただし、消費者が供給する個人データが、この指令に従って、持続的媒体によって供給されないデジタル・コンテンツ若しくはデジタル・サービスを供給するために、又は、事業者が従うべき法定の要求事項を事業者が遵守できるようにするために、もっぱら事業者によって処理され、かつ、事業者がデータをそれ以外の目的で処理しないときは、この限りでない。」¹¹との、デジタル・コンテンツ指令の適用範囲とほぼ同旨の規定が加えられたことによる。

しかし、改正 BGB312 条1a項は、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスの供給に関する契約に限定されておらず、対象が拡張された印象を与える。この点について、ドイツ司法省でデジタル・コンテンツ指令の国内法化部分を担当したベンジャミン・ゲールズ博士は、消費者庁国際消費者政策研究センターの研究プロジェクトでのヒアリングにおいて、改正前 BGB312 条は、2013年の消費者権利指令を国内法化する際に、事業者の有償の

ビス供給契約に関する EU 指令並びに物品売買指令に関する EU 指令のドイツにおける国内法化（民法改正条文試訳）」同号 117 頁参照。

¹⁰ 2011年の公布時における消費者権利指令の翻訳については、寺川永＝馬場圭太＝原田昌和「2011年10月25日の消費者の権利に関する欧州議会及び理事会指令」関西大学法学論集 62 巻 3 号（2012年）1208 頁参照。

¹¹ 馬場圭太教授の現代化指令についての未公表の翻訳による。

給付を目的とするすべての消費者契約に適用されるものとして、消費者権利指令よりも適用範囲を広げて立法されたものであると説明する¹²。すなわち、改正前 BGB312 条は、もともと「有償の契約」という表現の中に、代金のみならず、その他の何か、たとえば個人データを消費者が提供する契約も含まれていたのであるから、改正 BGB312 条は、従来から存在していた状況を継続させるものにすぎず、そのため、特に反対がなかったとされる。

このことは、裏返せば、ドイツにおいては、デジタル・コンテンツ指令による問題提起より前から、代金の支払のみならず、個人データの提供等を含めて、有償契約として把握する発想が広く存在したことを示しており、たいへん興味深い。

この点について、マルテ・クラーメ教授は、消費者庁国際消費者政策研究センターの研究プロジェクトでのヒアリングにおいて、「今後、このような考え方が、より広範な取引に拡大していく可能性はあるか？」という質問に対して、「私は、より広範な取引に拡大していくだろうと考えている。これは、規定そのものの適用範囲が拡大していくというわけではなく、どちらかといえば、その背景にある『無償契約とは言い難い性質を有する』という考え方が、広がっていくことになるのだろうと思う。」と回答している¹³。

第2に、GDPR 上、消費者は個人データの提供の同意をいつでも撤回できる（GDPR7 条3 項）が、その場合の契約の効力について、改正 BGB327q 条は、興味ある規定をおいている。すなわち、改正 BGB327q 条1 項は、「契約締結後において、消費者のデータ保護法上の該当する権利の行使及びデータ保護法上の言明の提示は、契約の効力に影響しない。」としつつ、同条2 項は、「消費者がデータ保護法上の同意を撤回した場合、又は個人データのさらなる処理に異議を唱えた場合において、事業者は、引き続き許容されるデータ処理の範囲及び双方の利益を考慮して、合意した契約の終了まで、又は法律上若しくは契約上の解約告知期間の経過までの契約関係の継続を期待することができないときは、デジタル製品の連続する個別の供給又はデジタル製品の継続的な供給について義務を負っている契約を、解約告知期間を遵守することなく解約告知することができる。」とし、さらに、同条3 項は、「データ保護権の行使又はデータ保護法上の言明の提示により許容されるデータ処理の制限による消費者に対する事業者の賠償請求権は、排除される。」と定めている。

すなわち、GDPR 上の同意の撤回は、消費者による契約の解消ではなく、それだけでは契約は終了しないが、事業者として契約の解約告知をすることができ、その場合でも消費者は、GDPR 上の正当な権利行使であるから債務不履行としての損害賠償の責任を負わないということである。この点は、立法担当者であるドイツ司法省のゲールズ博士からは、民法（BGB）とデータ保護法（GDPR）との関係についての、ドイツの提案であると説明されている¹⁴。

¹² 消費者庁国際消費者政策研究センタープログレッシブ・レポート「デジタル社会における消費者法制の比較法研究－海外有識者インタビュー記録概要（2）」（2023 年）28 頁。

¹³ 前掲（注7）海外有識者インタビュー記録概要（1）22 頁～23 頁。

¹⁴ 前掲（注12）海外有識者インタビュー記録概要（2）30 頁～31 頁。

（３）日本法における考え方

筆者は、1996年に、高度情報化が進む1990年代の社会における契約法の問題を、オンライン上での物の売買を念頭に、①商流（契約の交渉・締結）、②物流（目的物の引渡し・債務の履行）、③金流（代金支払・決済）、④情報流（取引に付随した個人データ等の動き）という4つの流れに分解して整理した¹⁵。当時の電子商取引という概念はもっぱら商流をとらえたものであり、金流もクレジットカードやプリペイドカードなどの電子決済がかなり普及していたが、有体物の取引においては配達等の物流はすべてを電子化することは不可能である。情報流については、メインの流れではなく、付随的な現象として扱っていた。

ところが、物流面では、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスは有体物ではなく、オンライン上での引渡しや役務の提供が可能である。現在のデジタル社会におけるデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの供給契約の特徴は、これら4つの流れが同一のオンライン平面上で動いている点にある。そして、この特徴こそが、デジタル・コンテンツ指令に見られるように、個人データが財産的価値を持ち、情報流が金流に代替することの基盤をなしていると言っても過言ではない。

このような現象は、オンライン上で完結するデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの供給契約に固有のものであろうか。ドイツでは、前述のように、2021年のBGB改正において、一部の消費者保護のルール適用については、消費者が個人データの提供を行う消費者契約全般に適用して、このような視点を拡張している。

消費者の提供する個人データについて、EUではGDPRという憲法の基本権レベルの規範が存在するために議論がいささかわかりにくくなっているところがあるが、個人情報やプライバシー保護という人格権的な問題を越えて、個人データの提供に実質的には代金の支払と同様の対価性を認めるものであると評価することができる。このような発想は、伝統的な契約法の考え方に与える影響が大きく、本稿の「1 はじめに一民法における有償契約と無償契約」において検討した、有償契約と無償契約との対比・区分、言い換えれば有償性の意味の再検討を迫るものである。

また、消費者法の分野においても、本稿の「2 消費者法における有償契約と無償契約」において検討したように、特定商取引法は、従来から有償の取引を念頭に構成されてきた。たとえば、特定商取引法の通信販売に関するルールは、オンラインでのコンテンツやサービスの供給契約にも適用されるものであり、令和3年改正によって、従来の広告段階における表示規制中心の消費者保護から、事業者が契約締結画面（最終申込み画面）を用意している場合（「特定申込み」を受ける場合）には、申込みの際の表示規制が大幅に加えられ、勧誘段階における消費者保護が強化された（同法12条の6）。しかし、売買契約または有償での役務提供契約を対象とする点（同法2条2項）については、まったく手が付けられていない。したがって、多くのプラットフォーム運営事業者が提供する様々なデジタル・コンテ

¹⁵ 松本恒雄「高度情報通信社会の契約法」谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法(13)債権(4)契約総則』（有斐閣、1996年）250頁。

ソツやデジタル・サービスの提供は、有料の会員制の場合等を除くと、たとえ消費者が個人データを提供しているとしても、改正特定商取引法による消費者保護の恩恵を受けることができない状態のままである。

消費者が、代金を支払わないものの、個人データを提供する場合を有償契約として位置づけることは、日本法上は不可能ではない。個人データをあえて金銭と同視しなくても、民法 586 条の交換という典型契約に位置づけることは可能である。民法 586 条 1 項は、「交換は、当事者が互いに金銭の所有権以外の財産権を移転することを約することによって、その効力を生ずる。」としており、さらに同条 2 項は、「当事者の一方が他の権利とともに金銭の所有権を移転することを約した場合におけるその金銭については、売買の代金に関する規定を準用する。」として、金銭による対価性の補完、売買の側から見れば、個人データ等による対価性の補完も認めている。個人データが同条 1 項にいう「財産権」に該当するかという問題はあるが、現実にはマーケティングに利用されていることから、「人格権」としての側面とは別に「財産権」としての側面があることは否定できない。これは、プライバシーの権利とパブリシティの権利の關係に類似しているといえよう。同様の発想は、デジタル・コンテンツ指令案の段階で、マーティン・シュミット＝ケッセル教授らによって、データ債務法とデータ保護法という対比を用いて、データ債務法によるデータ保護にはデータ保護法を超える部分があると指摘されていることからもうかがうことができる¹⁶。

交換と解することによって、契約の取消しや解除、終了の場合の原状回復の議論がやりやすくなる。日本の個人情報保護法は、EU の DGPR と比べると規制内容がかなり緩やかである。令和 2 年の個人情報保護法の改正で、情報主体による利用停止権が定められたが（同法 98 条）、違法取得等の場合に限定されているなど、DGPR に比べれば限定的である。この点では、交換契約と位置づけるほうが、個人データの返還や抹消などが民法に基づく原状回復の一環として請求しやすくなる面があり、契約法上の保護が、個人情報保護法の不十分点を補うことができる可能性がある。

なお、消費者が代金を支払うことなく、個人データの提供を行う場合について、デジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスの提供に関して事業者が用意した利用規約等（約款）において、交換契約である旨の合意がされていれば問題なく認められるが、多くの場合は、対価的あるいは交換契約的には記載されていないであろう。さらに、日本の個人情報保護上、個人情報の取得には、利用目的の事前・事後の公表をしておけば、要配慮個人情報を取得する場合を除いて、取得そのものには情報主体の個別の積極的同意は必要とされていないことも、個人データの提供を契約の構成部分として意識する場合の障害となるおそれがある。もっとも、この点は、事業者は、消費者の個人データを取得することやその利用目的について、プライバシーポリシー等の形で、どこかに公表しているはずであるから、そのようなプライバシーポリシーにおける記載を一種の定型約款（民法 548 条の 2）と解することができる

¹⁶ マーティン・シュミット＝ケッセル、アナ・グリム（藤原正則訳）「無償か、有償か？—個人データを対価とするデジタルコンテンツの契約による交換」東洋法学 61 巻（2017 年）217 頁。

るならば、定型約款中で同意がされていると評価することが可能である。

このような定型約款中の同意を手がかりに、事案の規範的解釈として、当該消費者契約を交換契約と性質づけることが考えられる。この点で、消費者庁国際消費者政策研究センターのヒアリングにおいて、クラーメ教授は、デジタル・コンテンツ指令のルールの下で、個人データを提供する場合に、消費者が明示的な同意をすることは通常ないだろうが、裁判所は、おそらく規範的な基準を用いて契約の存否を判断することになるだろうと予測している¹⁷。これは、契約の効力として、消費者が期待する品質に適合する義務を事業者に認めることが公正であるかという視点である。

規範的解釈に加えて、消費者保護の実効性を高めるという観点からは、消費者法の中にその旨の規定を置くことが有益と考えられる。前述したように、EUにおいては、現代化指令によって消費者権利指令が改正され、わが国の訪問販売や通信販売に対応した取引において、事業者がデジタル・コンテンツまたはデジタル・サービスを供給し、消費者が代金の支払ではなく、個人データを提供する場合についても消費者保護の拡張が行われた。これらを参考に、特定商取引法の適用対象、とりわけオンラインによる通信販売の適用対象を、代金の支払を対価とした狭い意味の有償契約に限定するのではなく、個人データの提供を行う場合にも拡張することを検討すべきであると思われる。

4. おわりに

本稿では、従来、無償契約であると考えられてきた、消費者が個人データを提供して、事業者からデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの提供を受ける契約について、消費者保護の観点から再検討してきた。暫定的結論としては、消費者が代金を支払っていない無償契約であるからといって、それだけで、有償契約の場合に比べて消費者保護を軽視してよいわけではないということである。

そして、このような暫定的結論に至る実質的判断理由としては、消費者の個人データは現在のデジタル社会においては、人格的価値のほかに、財産的価値をも有していることから、交換という意味での有償契約として構成することが可能であるということである。

さらに、実質的に見て有償契約と評価できる契約については、民法における法発展を促すためにも、消費者法において有償契約としての消費者保護を考えるべきであると思われる。

¹⁷ 前掲（注7）海外有識者インタビュー記録概要（1）29頁。また、トゥイグ＝フレスナー教授は、インタビューにおいて、多くの法体系で契約が成立することになるだろうから、実質的には問題にならないとの見解を表明している（前掲（注12）海外有識者インタビュー記録概要（2）20頁）。同様に、ゲールズ博士も、インタビューにおいて、ドイツの裁判所は比較的容易に契約が成立していることを認めるだろうと予測している（同海外有識者インタビュー記録概要（2）29頁）。