



「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）

プログレッシブ・レポート
PROGRESSIVE REPORT

松本 恒雄、川和 功子、芦野 訓和、馬場 圭太、永岩 慧子
土方 健太郎、米田 俊樹、井後 雅仁、糸田 厚史、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

本プログレッシブ・レポートは、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)

本プログレッシブ・レポートは、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る調査・研究の報告であり、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」 海外有識者インタビュー記録概要（2）

【Interviewee】

クリスチャン・トウイグ=フレスナー ウォーリック大学教授
ベンジャミン・ゲールズ博士
ゲルハルト・ショーンブルグ博士

【Interviewer】

松本 恒雄¹⁾ ⁶⁾ ⁷⁾ 川和 功子²⁾ ⁷⁾
芦野 訓和³⁾ ⁷⁾ 馬場 圭太⁴⁾ ⁷⁾ 永岩 慧子⁵⁾ ⁷⁾

1) 一橋大学名誉教授 2) 同志社大学教授 3) 専修大学教授
4) 関西大学教授 5) 愛知学院大学准教授 6) 弁護士
7) 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客員主任研究官

※本インタビューでは、カライスコス アントニオス京都大学准教授に通訳として、多大な御助力をいただいた。

※上記 5 名のインタビュアーの外、国際消費者政策研究センターの土方健太郎特任研究員（令和 4 年 3 月末まで）、米田俊樹特任研究員、井後雅仁特任研究員（令和 5 年 3 月末まで）、糸田厚史特任研究員（令和 4 年 4 月末まで）、千葉朝美特任研究員の 5 名が、本プログレッシブ・レポートの作成に携わった。

※本記録は、インタビューの録音を書き起こし、概要を日本語で記載したものであるため、必ずしもインタビュー対象の見解の全てが正確に反映されているわけではない。

インタビューの趣旨と経緯

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の「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。）」では、「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) 2019/770¹⁾）」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（Directive (EU) 2019/771²⁾）」に関して、マーティン・シュミット=ケッセルバイロイト大

¹ 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/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0770>

² 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/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32019L0771>

学教授及びマルテ・クラーメインスブルック大学教授に対してインタビューを行い2022年8月に国際消費者政策研究センターのプログレッシブ・レポートとして公表した³。本研究会は、この2人の教授のインタビューに引き続き2021年11月10日にクリスチャン・トウイグ=フレスナー ウォーリック大学教授、2022年2月10日にベンジャミン・ゲールズ博士、2022年3月18日にゲルハルト・ショーンブルグ博士に対しインタビューを行った。

クリスチャン・トウイグ=フレスナー教授は、イギリス及びEUの契約法及び消費者法を長年研究されている。また、現在は、ELI⁴の中心的なメンバーとして活躍されており、デジタル化がもたらす消費者法への影響について研究されている。ベンジャミン・ゲールズ博士及びゲルハルト・ショーンブルグ博士は、ドイツの連邦司法・消費者保護省(Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: BMJV)⁵で、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)をベンジャミン・ゲールズ博士が、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)をゲルハルト・ショーンブルグ博士がそれぞれ国内法化のための改正法の制定に携わられている。

本プログレッシブ・レポートは、先立って公表されたマーティン・シュミット=ケッセル教授及びマルテ・クラーメ教授のインタビューの概要に引き続き、クリスチャン・トウイグ=フレスナー教授、ベンジャミン・ゲールズ博士及びゲルハルト・ショーンブルグ博士のインタビューの概要を公表し、国内において広く知見を共有するものである。

なお、これらのインタビューは、事前に本研究会において作成した質問を文書にて送付する形で行われ、事前の質問に答えていただくとともに、必要に応じて追加で質問するという方法により行われた。このため、以下のインタビュー記録において、「質問1.、質問2.」等の表記により示している質問文は、「事前の質問事項への回答後の追加質問」として示したもの除去して、両教授に事前に送信した質問文となる。また、追加質問として示した質問文は、インタビュー時に本研究会メンバーが口頭で質問した内容を書き起こしたものとなる。

³ 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)

⁴ European Law Institute の略称。ELIは、国際的な文脈におけるヨーロッパの法的発展に関する研究とその促進を目的として設立された独立・非営利の団体である。多くの法学者、弁護士、裁判官その他の法律の専門家がELIの会員となっており、EU法に関連する様々な提案、勧告を行ってEU法に関し一定の影響力を有している。

⁵ 連邦司法・消費者保護省(Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, 以下「BMJV」という。)は、2021年12月に省庁再編により連邦司法省(Bundesministerium der Justiz, 以下「BMJ」という。)となり、消費者保護部門は、連邦環境・自然保護・原子力安全・消費者保護省(Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, BMUV)に引き継がれているが、2つの指令の国内法化のための改正法は、それぞれ2021年6月25日に公布されているため、同法の制定当時は、未だBMJVであった。なお、インタビュー当時は、省庁再編によりすでにBMJとなっていた。

<凡例>

特に断りがない場合は、以下の表の左に掲げる法令等は、表の右に掲げる名称で表記するものとする。

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	デジタル・コンテンツ指令
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.	デジタル・コンテンツ指令提案
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	物品売買指令
Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules	現代化指令
Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation)	GDPR
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	消費者物品売買指令
Bürgerliches Gesetzbuch(ドイツ民法)	BGB
Consumer Rights Act 2015(UK)	2015年消費者権利法

本プログレッシブ・レポートを読むにあたって

本プログレッシブ・レポートは、デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令に関してすでに研究している専門家が行った、ヨーロッパの有識者へのインタビューの概要を記録としてそのまま公表するものである。インタビュー対象者及びインタビュアーの双方ともに対象となった 2 つの指令の規定に精通しているため、本プログレッシブ・レポートでは、デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令に関する解説は、インタビューにおいて出てくるところを除いて行っていない。対象となった 2 つの指令の規定について解説を求める方は、巻末の＜資料＞に記載した参考文献を参照されたい。

目次

第1. クリスチャン・トウイグ=フレスナー教授へのインタビュー概要.....	6
1. 各論的質問.....	6
(1) 主観的・客観的適合性について.....	6
(2) アップデート義務について.....	15
(3) 個人データについて.....	16
2. 総論的質問.....	23
(1) EU指令の評価とUKの消費者権利法との比較.....	23
第2. ベンジャミン・ゲールズ博士へのインタビュー概要.....	28
1. 個人データの提供を伴う契約.....	28
(1) 契約の性質について.....	28
(2) 個人データの提供を伴う契約の解消.....	30
2. 契約適合性の客観的要件と客観的要件からの逸脱.....	32
3. 契約適合性におけるアップデート義務.....	36
4. 国内法化の方法と法体系における国内法化規定の位置づけについて.....	38
5. EU指令の国内法化のプロセスについて.....	39
第3. ゲルハルト・ションブルグ博士へのインタビュー概要.....	40
1. 契約への適合性（瑕疵担保責任）について.....	40
2. 契約適合性におけるアップデート義務.....	43
3. デジタル要素を伴う物品について.....	46
4. EU指令の国内法化のための立法過程について.....	47
資料.....	49

第1. クリストチャン・トウェイグ=フレスナー教授へのインタビュー概要

1. 各論的質問

(1) 主観的・客観的適合性について

質問1-1. デジタル・コンテンツ指令第8条は、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスは、主観的な適合性の要件に適合するだけでなく、客観的な適合性の要件にも適合しなければならないとしている。デジタル・コンテンツ指令提案第6条では、「契約が場合により、1. 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、」と規定されていたが、デジタル・コンテンツ指令前文(45)では、「デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスが契約に適合しているために、かつ、例えば契約が非常に低い水準を定める場合において消費者が自己の権利を奪われないことを確保するために、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスは、適合性の主観的要件を満たすだけではなく、さらに、この指令に定める客観的要件を満たすものでなければならない」とされている。また、デジタル・コンテンツ指令第8条第5項では「契約締結時に、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの特定の特徴が第1項又は第2項に定める適合性の客観的要件を満たさないことについて消費者に特別に通知され、かつ、消費者が契約締結時にそのことについて明示的にかつ個別に同意した場合には、第1項又は第2項の意味における適合性の欠如はないものとする」としている。

このように、客観的要件と主観的要件の両方が同等に重視されることとなるのに先立ち、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスを含む取引の性質について多くの議論（賛成、反対）があったのか。

【トウェイグ=フレスナー教授の回答概要】

多くの議論が交わされた。ソフトウェア業界あるいはデジタル・コンテンツ業界では、一般的に契約の定めにより問題なく機能していたという背景があるため、デジタル・コンテンツ指令の当初の草案では主観的要件だけが定められており、客観的要件については言及されていなかったからである。しかし、いくつかの加盟国には契約適合性の客観的要件の基準が存在していた点に懸念があった。例えば、このような基準の存在するUKは、当時まだEU加盟国であったし、デジタル・コンテンツであるソフトウェアについて物品に関する一般法の範囲に含むとする加盟国もあった。そこで、このような加盟国における状況と、業界の一般的な慣行との間の矛盾を無くすということと、さらにデ

ジタル・コンテンツ指令と同時に立法化された物品売買指令との一貫性を保つために、客観的要件を挿入することになった。

質問 1-2.（前間に引き続いて）客観的要件からの逸脱は、「チェックボックスにチェックを入れたり、ボタンを押したり、その他の同様の機能を用いる」ことで実現できると考えられるが（デジタル・コンテンツ指令前文(49)）、にもかかわらず、事業者が客観的要件に基づく責任を回避することは実際には困難なものとなると思うか。

また、消費者にとって非常に低い基準を契約で設定している場合において、デジタル・コンテンツ指令第8条第5項の制限は有用だと思うか。UKの2015年消費者権利法第47条を考慮すると、UK法のアプローチは、（EU指令と）大きく異なっているように思える。この問題について、何かコメントはあるか。

【トウェイグ＝フレスナー教授の回答概要】

この質問は、どのようにすれば客観的要件からの逸脱が可能なのかというものであり、デジタル・コンテンツ指令第8条第5項のただし書に関する質問かと思う。指令第8条は、有体物に関する定めに近い内容となっており、有体物に関する客観的要件については一種の情報提供を基礎とするものとして取り扱われている。つまり、通常、消費者に提供されるものは、適合性のテストにより示された良い品質のものとなるが、消費者が購入しようとしている特定の商品に欠陥がある場合は、それについて具体的に知らされることになるのである。例えば、新車に小さな傷や凹みがある場合、このことについて知らされたうえで、減額等がなされれば、その結果として消費者は、傷や凹みについて苦情を申し立てることができる¹²。指令第8条第5項は、このような有体物に関する定めをデジタルの世界に転換させたものである。したがって、契約適合性の客観的要件からの逸脱について知らされていないのであれば、消費者は、契約不適合に基づく請求が可能である。ただし、消費者は「具体的」に知らされなければならない。このため、約款による一般的な条項によって行うことはできない。例えば、包括的なチェックボックスを用いる場合では不十分で、明確にどのようなものがこの客観的要件から逸脱しているのかを知らされなければならない。実際に客観的要件からの逸脱をどう行うかについては、非常に難しい。これは、物品の売買においてうまく機能している見覚えのあるルールである。例えば、実店舗における取引であれば、店員から消費者が選んだ特定の商品について「不足があるとか、破損がある」等について知らされることになる。しかし、デジ

¹² 研究会からの補足：この新車の例は、有体物である当該車の個体特有の不適合の問題である。

タル・コンテンツの場合は、オンラインでダウンロードしたり、視聴したり、あるいは単に web サイトを訪れたりすることになる。このように実際の適用場面には様々な交錯があるため、どのように客観的要件から逸脱するのかということについては、非常に難しい問題がある。指令の国内法化の期限はすでに過ぎているが、国内法を施行し効力が生じるのは来年になるため、現時点ではまだ実務上の経験がない。このため、実際にどのような運用がなされるかについては、よくわからない。

加えて重要なことは、指令第 8 条第 5 項は、適合性からの例外を設ける規定であるが、伝統的に EU 法では、このような例外規定は狭く、制限的に解釈されている。したがって、指令第 8 条第 5 項の適用に関しても非常に高いレベルの厳格な要件となると考えられるため、客観的な要件からの逸脱は非常に難しいと思われる。興味深いことに 1999 年の消費者物品売買指令にも、物品の文脈において類似する規定が定められていたが、適用、解釈について欧州司法裁判所に付託されることはなかった。このため、これは実際には、それほど困難な問題ではないのかもしれない。また、これと似た不公正な契約条項に関してより一般的な規制が、すでに不公正契約条項指令 (93/13/EEC) に定められている。不公正契約条項指令は、契約条項により、どの程度消費者の法的地位を制限することができるのか、について定める水平的な指令であるが、この契約条項の不公正性について、消費者に有利な水準が設定されているため、ここでもこの水準を下回る条項の効力を認めるということは難しいということになっている。

この質問では、UK の 2015 年消費者権利法第 47 条にも触れられているが、この規定の目的は、不公正契約条項指令にとてもよく似ている。しかし、この規定には消費者の権利を排除する不公正な条項としてのブラックリストが定められている。このブラックリストに該当する契約条項は他の条項のように一般的な不公正性のテストを受けることなく無効となる。なぜブラックリストが定められているのかというと、そこには歴史的な経緯がある。UK には、すでに 1977 年不公正契約条項法 (Unfair Contract Terms Act 1977) が存在しており、その第 6 条や第 7 条には、1893 年物品売買法 (Sale of Goods Act 1893) における事業者側の責任を除外したり、あるいは制限したりする条項は、常に不公正な条項となるという定めが置かれていた。そこで、すでに行われていた消費者保護の水準を維持するために、新しくできた 2015 年消費者権利法にも同様の定めがなされたのである。

質問 1-3. デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスに関して、デジタル要素を含まない通常の物品と比較して、客観的要件を導き出す理想的な基準について、なにかお考えはあるか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

この質問は、デジタル・コンテンツ、デジタル・サービスと物品との比較に関する質問である。先に述べたように、この指令は、未だどの裁判所でも適用されておらず、評価のための材料がないため、ご質問の指摘は、興味深いものとなるだろう。この指令の背景には、デジタル・コンテンツ、デジタル・サービスを物品と同じように取り扱うという考え方がある。このような規定が制定された背景には、物品に関する規定がデジタル・コンテンツ、デジタル・サービスのような無体物についても適用されるのかということについて、EU 加盟国の国内法の間で多くの不明確な点や相違があった。そこで、EU は、消費者取引において両者についてパラレルな基準を定めることにより、この点について明確化する必要があると判断したわけである。EU より数年早く同様の規定を置いた UK にも判例は見当たらない。私の感覚では、伝統的に裁判所というのは何か問題に直面した場合には、既に経験があるところを参考する傾向がある。このため、適合性が問題とされた場合には、物品における類似した判例に強く影響を受けるのではないかと考えている。もっとも、これは、あくまでも私の推測にすぎない。過去にはイギリンドで消費者関連の事件ではないが、物品の場合との類似性を認めた判例がある。また、裁判所は、消費者事件の場合には、一般的により消費者に好意的な判断を示そうとするだろう。ただし、例えば、消費者が代金を支払わず、個人データを提供し、これへのアクセスを許可するような場合には、直接的な経済的コストがより少ないと、異なる見解となる可能性があるかもしれない。もっとも、判例もないため、これらは、私の推測にすぎない。

質問2-1. デジタル・コンテンツ指令第8条第1項(b)では、「数量、品質及び動作上の特徴（機能性、相互運用性、アクセシビリティ、継続性及びセキュリティとの関連を含む。）を備えており、かつ、これらが同種のデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスにとって通常であり、消費者が合理的に期待できるものであること。その判断に当たってデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの性質に照らし、かつ、事業者もしくは取引連鎖の前段階にいる他の者によって、又はこれらの者を代理して行われた特に広告又はラベルに示される公的言明を考慮する。」としている。

消費者の期待を決定する要因は、加盟各国で異なる可能性があると思うか。

事業者のアップデート義務を決定する要因は、加盟国間で異なると思うか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

この質問は、各加盟国において、客観的要件が、どのように運用されるか、特にアップデート義務の運用に関する質問かと思う。この指令は、最大限の平準化指令であるた

め、すべての加盟国ではそれぞれの国内法において、少なくとも公式には同じルールが設定されることが期待されている。そして、すべての加盟国は、指令の要求にそのまま従わなければならない。国内法は指令に規定されたルールから逸脱してはならない。以上が基本的な考え方となるが、デジタル・コンテンツ指令第8条の適合性テストにおける客観的要件の基準は、非常にあいまいに表現されているため、それぞれの裁判所による解釈の余地が残されていることが分かる。例えば、品質については、同種のデジタル・コンテンツ、デジタル・サービスにおいて通常有しており、消費者が合理的に期待できる品質及び機能という基準が示されている。デジタル・コンテンツ指令第8条は、この基準を適用する際に考慮すべき要素の類型をいくつか追加しているが、それでもやはり、（解釈に対し）柔軟な開かれた条項である。加盟国の裁判所は、事例の蓄積により、デジタル・コンテンツ指令第8条で考慮要素として明示的に列挙されていない要素について取り上げて、消費者の合理的な期待について、互いに異なる見解を示す可能性が大いにある。このように、様々な要素が考慮されることにより、違った判断が生じる可能性がある。おそらく消費者がコンテンツに代金を支払ったのかどうかは、この判断に関連するだろう。また、例えば、高価なソフトウェアである場合や高額の利用料金を支払っている場合と、基本的に無料で提供されるデジタル・コンテンツ、つまり、純粋にデータへのアクセスを許可するだけである場合とでは、裁判所の判断する期待が異なるかもしれない。コンテンツの複雑さや重要性も問題となるだろう。OSや常時使用されているソフトウェアとたまにしか使用しないソフトウェアでは、期待される品質が違うかもしれない。このように、裁判所が、実際の文言と全く違った形でこのテストを適用しているところが、目に浮かぶ。このような状況は、欧州法であろうと国際商取引法であろうと、あらゆる平準化の試みにおいて共通するものであり、常にこの種のテストにおける柔軟性や最終的には解釈によって判断されるような開放的な条項が見られることになる。

同様にアップデート義務も第一義的にはデジタル・コンテンツ指令第8条の要件に基づくものである。アップデート義務については、実質的に固定された文言により定められていることから、加盟国は、デジタル・コンテンツ指令第8条の定めるこの適用範囲から逸脱することはできず、加盟国が義務を追加的に定めることを明らかに難しくしている。もちろん、常に合理的な期間とは如何なるものであるかについては問題になるし、そこには、常に解釈の余地がある。しかしながら、やはり根本的な義務については、必ずしも修正されるわけではないのである。

質問2-2.（前間に引き続いて）例えば、（加盟国ではないが）UKでは、2015年消費者権利法の「事業者向けガイダンス」（ビジネス・イノベーション・技能省によって公表された事業者のためのガイダンス）に記載されている「合理的期待」の例がある。「消費者がコンピュータ・ゲームを購入したが、OSの新しいアップデートを

ダウンロードしたため、5か月後に動作しなくなった。」という事例において、同ガイドナンスにおいては、障害が発見されたのが引渡しから5か月後であったため、当該状況的に意味をなさない場合を除き、障害は引渡し時に存在していたと推定される。しかし、この例では、障害は新しいOSのダウンロードによって引き起こされたため、障害が引渡し時に存在していたとは考え難い。もっとも、継続的にゲームを利用できなくなってしまうことが、ゲームの価格や消費者の一般的な期待のような要素によって要求される十分な品質(satisfactory quality)を満たしていないケースがあるかもしれないとの説明がなされている。

【トゥイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次はアップデート義務に関してUK法と比較する質問であるが、この質問は、UKの2015年消費者権利法の一つの大きな問題点を的確に言い当てている。それは、明らかにUKの2015年消費権利法はデジタル・コンテンツ指令について議論され、提案される数年前に採択されたということである。2015年あるいは法整備が整うまで、デジタル・コンテンツについて、物品に関する定めと一致した対応となるようにそろえるというところに焦点が当てられていた。そして、EUでは、アップデートの役割、特にアップデートが入手できるようになることで、我々のデジタル・コンテンツに対する考え方を多少変更させ、適合性についてどのように考えるべきか、検討する過程を指令の制定に際し追加することができたが、UKでは、EUではできたこの追加的な考えが差し込まれることはなかった。

質問の中にあるガイドナンスの例について、実は、私はこの指摘が正しいものであるかどうか疑問がある。なぜなら、新しいOSがインストールされたことにより、コンピュータ・ゲームが継続的な利用可能性の点で不十分であったというガイドナンスの指摘は、この問題について訴えが提起されたとしても、裁判所の支持を得ることは、おそらくできないからである。OSは、ほぼ間違いなくコンピュータ・ゲームとは、別個のものとして取り扱われるだろう。消費者が新しいOSを入手できるようになった時点で、この新しいOSとの互換性を有しているというような販売手法に基づいて市場で販売されたものだという主張ができる場合は別として、一般的にソフトウェアは、上位互換性よりも下位互換性、すなわち古いバージョンのOSとの互換性を有するという傾向がある。入手できていないOSとの互換性があるのか実際に判断することができていないものについて、多くのソフトウェア企業が互換性を約束する必要があるとは私は思わない。したがって、この例は、おそらく有効ではないだろう。

UKにおいて、デジタル・コンテンツに関する法律を制定する最初の動きがあったにもかかわらず、UK法にはアップデートのような問題について規定することを検討していなかったという問題があった。このため、UK法には、単純に空白がある。だからこそ、UK政府が、おそらくEU法に直接的に追従するようなことはしたくないの

だとしても、現政権が今まに行っている法律の見直しの中で、ヨーロッパレベルで生じた展開を考慮する意欲や関心を持っていないということには、大いに失望している。

質問3. 指令前文（12）は「この指令は、関連する事項をこの指令が規律しない限度において、例えば契約の成立、有効性、無効又は効果及びデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの適法性に関する国内法の準則等の国内法に影響を及ぼすべきではない。また、この指令は、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法的性質を決定してはならず、これらの契約を、例えば売買契約、役務提供契約、賃貸借契約又は固有の契約(sui generis contract)のいずれとするかは、国内法に委ねるべきである」としている。

加盟国は、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契約が、例えば、売買契約、役務提供契約、賃貸借契約又は固有の契約(sui generis contract)に該当するかどうかを決定することができ、加盟国の中には（推測だが）、契約の種類によって履行内容の基準に関するルールが異なる場合がある。

このような場合に、加盟国がデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスについて同じ適合性のルールに対応することは、理論的な困難さ、あるいはジレンマがあると思われるか。

また、デジタル・コンテンツやデジタル・サービスを組み込んだ商品に関する特定のケースで、どの法律が適用されるかを判断することが困難な場合があると思うか。

UK の 2015 年消費者権利法では、第 49 条 (Service to be performed with reasonable care and skill) で、「(1) 役務を供給するすべての契約において、事業者は、合理的な注意と技術をもって役務を履行しなければならないという条項を含むものとして扱われる」と規定している。デジタル・コンテンツ、デジタル・サービスの供給契約に対する英国のアプローチについて、何かご意見はあるか。また、以下の事例に類似した最近の事例をご存知か。

- Professional Reprographic Services Ltd. v. DPS Typecraft Ltd., 15 February 1993 CA (unreported)
- Salvage Assoc. v. Cap Financial Services Ltd. (1995 年) [1995] F.S.R. 654
- Saphena Computing Ltd. v. Allied Collection Agencies Ltd. [1995] f.s.r. 654 [1995] F.S.R. 616 1
- St. Albans City and District Council v. International Computers Ltd. [1995] F.S.R. [1995] F.S.R. 686 (Q.B.D.), [1996] 4 All E.R. 481
- Stephenson Blake (Holdings) Ltd. v. Streets Heaver Ltd. [1996] 4 All E.R. 481

Q.B.D. (O.R.) H.H.J.Hicks Q.C., March 2, 1994 (unreported)

- Mackenzie Patten & Co. v. British Olivetti Ltd., 11 January 1984 (Q.B.)
(unreported) LEXIS; 1 C. L. & P. 92 (1984); 48 M.L.R. 344 (1985)

【トウイグ=フレスナー教授の回答概要】

デジタル・コンテンツ指令の前文において、この指令は、指令を通じて特定の契約類型を導入しようとはしておらず、デジタル・コンテンツ=デジタル・サービス供給契約の一定の側面の適合性の問題のみを取り扱っていることが強調されている。その契約（デジタル・コンテンツ=デジタル・サービスの供給契約）に関する他のすべてには契約法のすべての一般的な側面が引き続き適用され、それらは国内法で規定しているルールである。このように、この指令が対象としているのは、様々な意味で極めて孤立した問題である。その理由は、デジタル・コンテンツ=デジタル・サービス供給契約の契約類型に関して未だ議論や混乱、相違があり、加盟国において、それぞれ違った見解が採用されているからである。デジタル・コンテンツの供給契約であったとしても、物品売買のような形態ではないような場合がある。例えば、デジタル・コンテンツに付されたライセンスが永続的なものである場合、デジタル・コンテンツ（供給契約）を物品売買の制度に含めることが可能な場合もあり、あるいはライセンスが期限付きのものである場合には、賃貸借契約により類似すると考えられ、それゆえこの場合には異なるルールが適用される可能性がある。

イングランド法においては、この点に関し様々なアプローチがあり、裁判所もこれらの契約をどのように分類すべきか非常に苦慮している。例えば、スコットランド法では、ソフトウェアを含む契約、デジタル・コンテンツ（契約）は制定法によってではなく、コモンローで認められた別種の契約、固有の契約（*sui generis contract*）として取り扱われるべきであるという認識が早くからあり、おそらくイングランドの裁判所でも同様のことが起きるであろうと考えられていた。この問題はイングランドの裁判所では未解決であるが、UK 最高裁判所にこの問題を部分的に取り扱っている事件が係属している。それが直接の争点ではないが、EU 指令を反映した 1993 年商業代理店規則（The Commercial Agents (Council Directive) Regulations 1993）に基づくものであり、「物品の売買（sale of goods）」という文言の解釈が問題とされている。控訴院¹³では、この問題を取扱ったすべての他の判例を参照したうえで、既存の判例法に基づき「物品の売買」という表現には、デジタル・コンテンツの供給を含む契約は、含まれないものとされた。しかし、当時、この事件は EU 法に関する問題を含むものであり、UK がまだ EU 加盟国であったため、欧州司法裁判所に解釈を照会することができ、実際に 2019 年 3 月に照会

¹³ Software Incubator Ltd v Computer Associates (UK) Ltd [2018] EWCA Civ 518.

された。そして、数週間前に欧州司法裁判所は、控訴院とは異なる判断を示したところであり、現在は、最高裁判所がこれを受けてどのような判断をするのか、待たれているところである。いずれにせよ、この点について明確になるのであるが、私は、最高裁判所は、固有の契約（*sui generis contract*）であると判断するのではないかと考えている。

指令前文に先ほど述べたような記述があるのは、加盟国間で大きな見解の相違があるからであり、どのような契約類型に分類されるのかは不明確であるということを認めているのである。指令前文は、各加盟国が様々な理由により違った見解を採用することを認めており、指令前文によるとこの指令は、契約類型に関わらず、デジタル・コンテンツを取得する消費者に対して、いくつかの種類の支援を与えるという特定の問題に必要なこと以外を定めていないということになる。これらの点について、加盟国の既存の契約法体系が、指令の規定によって置き換えられる。

イングランドを含めて UK 法においても、同様に、2015 年消費者権利法のもとで、特定の、消費者に関するルールが一般的な契約法に置き換わる。デジタル・コンテンツの供給を含む契約であれば必ず特定の適合性要件があり、それが最終的にどのような契約であるか、混合契約であるか、その他の契約であるかはあまり関係しない。すなわち、デジタル・コンテンツを含むのであれば、常にこれらの規定を適用できるのである。

ご質問の最後に強調されているように、UK の 2015 年消費者権利法では、デジタル・コンテンツにのみ言及しているという事実は扱いにくい（微妙な）点である。デジタル・コンテンツの規定の適用をデジタル・サービスに拡大できるのか、議論の余地がある。というのも、指令のデジタル・サービスの定義を見てみると、その他の純粋に役務と呼ぶべきものだけでなく、ある種の中間形態とでも言うべきものが含まれている。デジタル・サービスは、多くの場合、デジタル・アプリケーションもある。このため、役務提供契約に関する規定を適用するのは、デジタル・コンテンツの規定と比べてそれほど簡単ではないかもしれない。しかし、この問題は明確ではない。ご指摘の通り、UK はデジタル環境の複雑さに関する認識が遅れているからである。

結局、デジタル・サービスにデジタル・コンテンツに関する規定ではなく、役務提供契約に関する規定が適用されるのであれば、ご指摘の通り、主観的な基準（のみ）が適用される。なぜなら、UK 法では、役務提供型の契約に対して、特定の結果を達成することを義務付けておらず、役務の提供者である事業者が、どのような役務を提供するかについて、契約の一部として特約を追加しない限り、単に合理的な注意と技術をもって行われることが義務付けられているにすぎないからである。

このように、非常に困難な状況になるだろう。残念なことに、デジタル・コンテンツの供給に関する判例がまだないことから、やはり不明確なままである。したがって、状況はあいまいなままである。

(2) アップデート義務について

質問1. EU指令が定める事業者のアップデート義務について、取引市場へ与えるインパクトが大きいように思われるが、UKの2015年消費者権利法のもとでも、このような事業者の義務を導きうると思われるか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次の質問は、事業者のアップデート義務に関するものである。興味深いことに、ご指摘の通り、アップデートの提供は、現在、非常に具体的な法的義務として定められているのに対して、従来は、おそらくいずれかというと各ソフトウェア会社が行うという意味において、各ソフトウェア会社の問題であった。なぜなら、従来から、多くのソフトウェアが生成するデータは、経済的に重要な商品となることが知られており、このため、ソフトウェア会社は、ソフトウェアが機能し続けたり、新たな機能が公開されたりすることにより、ユーザーが利用し続けることを明らかに望んでいるからである。

先ほど述べたように、UK法では、おそらく当時は、それほど重要なものだとは認識されていなかったため、アップデートに関し規定されなかった。私も、2015年消費者権利法の制定にいたるまでの多くの議論に参加したが、デジタル・コンテンツのルールを物品のルールと整合的なものとし、物品のルールから大きく逸脱しないようにすることに焦点が置かれていたため、確かに実際に全くそのような議論はなされなかつたように記憶している。このため、(デジタル・コンテンツと物品に関して) パラレルな規定が多くある。そうだとしても、UK法においてアップデート義務を見出すことができるかどうかを考察することは、非常に興味深い問題だと思う。私は、2015年消費者権利法における満足のいく品質テスト (the satisfactory quality test) をほんの少し慎重に解釈すれば、可能なのではないかと考えている。特にこのテストでは、消費者が合理的に期待できる一般的な品質について言及している。この消費者の合理的期待を判断するための考慮要素については、実際に指令において、列挙されている事項以外を考慮する余地があるのと同じように、継続的な利用可能性を含む列挙されている多くの要素に限定されていないため、非常に柔軟なテストとなっている。ソフトウェアが提供される場合に、問題を修正したり、新しい機能を追加したりするアップデートが提供されること、広く一般的であるため、消費者は、定期的にアップデートが提供されることを合理的に期待しているという見解もあり得るし、もし、デジタル・コンテンツの供給者が、いかなる種類のアップデートも用意しない場合は、合理的な消費者、合理的な人において、満足のいく品質とはならないという結論になりそうである。

このように、遠回りにはなるが、おそらく指令と非常によく似た結論に至ることはできるだろう。しかし、このやり方では、アップデート義務の正確な性質は、明らかにはならず、単に、アップデートを全く行わない場合や定期的なアップデートを行わない場

合には、満足のいく品質とはならない場合があり得ると言えるだけである。UKにおけるアップデート義務へのアプローチにおいて、さらに困難な問題として、UK法では、適合性が最初の引渡しの時点（のみ）で判断されることがある。アップデートが提供されないことによる不適合を、最初の引渡し時の品質に結びつけるには、いくつかの難解な理論が必要になる。そのような理論を展開することは、可能かもしれないが、物品において、このような理論を展開した事例は、ほとんどなく、例えば、交換部品に関しては、認められた裁判例どころか、請求された裁判例すらほとんどない。したがって、アップデートが考慮される可能性はあるが、考慮されると言い切ることはできないとしか言いようがない。そして、仮に考慮されるとしても、事業者に課せられるアップデート義務の内容は、明確でなくあまりに抽象的であるため、事業者が具体的に何をしなければならないのかを判断するのには役立たない。したがって、この点において、指令の規定の方が有用であると思う。

（3）個人データについて

ア EU 指令について

質問1. 個人データを提供する契約について、EUのデジタル・コンテンツ指令を2015年のデジタル・コンテンツ指令提案と比較すると、個人データの扱いについて、一歩後退しているように思うが、あなたはこの点をどのように評価するか。

【トゥイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次にデータの役割及びその関連性をより具体的にみる質問に移る。デジタル・コンテンツ指令では、多くの種類のデジタル・コンテンツ、特にアプリ等の提供において、個人データを支払いの一形態、又は支払いに相当するものとして取り扱っているところが、非常に興味深いと思う。最初のデジタル・コンテンツ指令の提案では、個人データやその保持等に関し詳細なやり方で詳細なルールが定められていた。しかし、最終案ではこれらは取り除かれ、その時点で効力を有していたGDPRへの相互参照のための規定が挿入された。その理由は、第一に、個人データを経済的な道具と認識することに対する懸念があったからだと理解している。欧州データ保護監督官（European Data Protection Supervisor）が個人データを金銭と同一視することへの懸念を表明していたことが思い出される。個人データには広範な人権に結びつく機能があることから、個人データを金銭と同一視することは、困難であると評価されていたため、個人データに関する義務については、GDPRに委ねられるべきであると単純に考えられていた。その背景には、GDPRにより、すでに個人データの保護に必要な水準が提供されているのであ

るから、個人データが反対給付として用いられる場合（反対給付とすることは、後に修正されたが）に、GDPR の規定に修正を加えるのは、適切ではないとの考えがあった。

質問2. 先生は「あるデータが個人データであるか否かを判断することは難しい」と述べておられる(EU Digital Law, art.16, no37)。そうであるとすると、事業者は個人データに含まれるおそれがあるデータについては、個人データに適用される厳しい規制を前提とした対応を行うことになるだろう。このことはあまり問題視されていないのか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次は、個人データと非個人データの区別は時折難しく、その境界線をどこに引くべきか、私がコメントで指摘したことに関する質問である。EU 法や GDPR における個人データの定義は非常に広範であるため、この質問は、実に難しい。基本的に、個人を特定することができるデータであれば、それは個人データとみなされる。このような非常に広範な定義により、一般的に個人データであると考えられているよりもはるかに広く個人データの範囲を拡張することができる。例えば、特定の人の運転する車にその人の運転方法に関するデータが記録されており、個人を特定するのに適切な状況であれば、そのデータも個人データとなり得る。一見、技術的なデータであっても、特定の個人に帰属させられるものであれば、その人の個人データの一部とみなされるのである。このように、非常に広い範囲のものが個人データとなり得るが、それでも特定の個人との明確な結びつきがなく、特定の個人と関連がないことから、個人データではないデータもある。例えば、単なる山の写真のような風景写真であれば個人データとはならないかもしれない。いずれにせよ境界線はあり、この境界線により個人データであるとされる限りは、デジタル・コンテンツと引き換えに個人データへのアクセスに同意を取得した事業者によって GDPR の厳格なルールのもとで処理されなければならない。

欧州委員会は、デジタル・コンテンツの供給に対して個人データが提供された場合における GDPR の適用を一つの問題領域として認識している。特に、消費者が GDPR に基づく権利として個人データの処理への同意を撤回する場合にどうなるのかが問題になる。第一に、このような撤回は可能なのかという問題がある。非常に不明確であるが、これはおそらく可能であろう。第二に、デジタル・コンテンツ供給契約は、どのような影響を受けるのか、自動的にデジタル・コンテンツの利用はできなくなるのか、という問題があるが、私は、デジタル・コンテンツの利用はできなくなるのではないかと考えているが、明確にはなっていない。このような問題については、事例がないが、指令に基づく運用が開始されれば、すぐに欧州司法裁判所に解釈が付託されると期待している。

つい昨日、欧州委員会の Dirk Staudenmayer 氏¹⁴と話したが、彼は、この指令は、2024年までに見直される予定であり、個人データ保護体系との相互関係と、それが詳細にどのように機能するかについては、すでに問題として指摘されている、と言っていた。

例えば、事業者は、特定の場合を除いてデータを使用し続けることはできないが、消費者には、自らのデータを取り戻す権利があるのだから、そのデータを使用し続けることができる。他の場所でも使用できるのであり、例えば Instagram のアカウントを削除したいが、写真は残しておきたいような場合には、写真をダウンロードして、Flickr 等のアカウントに再度アップロードできるようにすべきことになる。つまり、自分のデータを取り出して、別の場所で使用できるための機能が維持されるのである。

結局のところ、EU 法では、個人データは非常に重要な役割を担っており、実際にすでに GDPR により規制されているが、その境界線を引くのは、現実的に難しい。

イ EU 法と UK 法との比較

質問 1. UK では、消費者が対価として金銭を支払う代わりに、個人データを提供する契約については、2015 年消費者権利法の対象となるのか。

もしそうだとすると、契約不適合の場合に消費者はどのような救済を求めることができるのか。

現在、GDPR の効力は UK ではどうなっているのか。2015 年消費者権利法の適用される通常の物品売買でも、個人データの提供を対価とすることは可能なのか。

【トウェイグ＝フレスナー教授の回答概要】

UK の 2015 年消費者権利法は、個人データを反対給付とする契約にも適用されるのかという質問に関する回答は、端的に言うと「適用されない（No）」である。消費者権利法第 33 条第 5 項において、デジタル・コンテンツに関する規定は、消費者が直接的であれ、間接的であれ、何らかの方法でお金を代金として支払った場合にのみ適用されることが明確にされている。所管の大臣（The secretary of state）が委任立法を通じて、デジタル・コンテンツに関する規定を、対価を支払わないその他のデジタル・コンテンツを供給する契約に適用する決定を下す可能性はあるが、現時点では、実行されておらず、対価を支払わないその他のデジタル・コンテンツを供給する契約に適用が拡張されることはない。したがって、単に消費者が個人データの対価としてアプリを受け取る契約で

¹⁴ Dirk Staudenmayer 氏は、欧州委員会の司法・消費者総局（Directorate-General for Justice and Consumers）において、デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令を作成を担った Unit である Contract law (JUST.A.2) の Head である。

あれば、2015年消費者権利法の適用範囲外となる。だからといって、このような状況では、契約がないとか、消費者は何の権利も有していないということになるわけではなく、単に、判例法を通じてコモンローに基づき解決されることを意味する。法律がない場合や既存の法律にある契約に組み込むことができない場合であっても、問題なくコモンローで認められている固有の契約（*sui generis contract*）として、法令で定められた契約と同様の默示の義務（*implies obligation*）が含まれていると事実上みなすというように裁判所が判断した例は、過去にたくさんある。このような判断は、法定のルール自体が、コモンローに由来し、実質的にコモンローに遡ることができるという意味で、連續性があることが根拠とされる。もし、このような事例が裁判所に持ち込まれたとしたら、先例となるべき判決を下すことのできる消費者事件が裁判所に持ちこまれることはほとんどないため、非常にまれな事例となるが、裁判所は、個人データの固有の経済的価値を認め、これを契約の基礎として、既存の法令における契約と同様の品質や目的への適合への期待があると判断すると思われる。このように、2015年消費者権利法は適用されないが、判例法を通じてコモンローにより、解決される可能性がある。

個人データが物品の反対給付として提供される契約には、2015年消費者権利法は適用されない。もちろん、個人データへのアクセスの反対給付として、純粹に物理的な物を提供するような契約であれば、コモンローにより、おそらく先ほどと同じような解決を見出すことができる。反対給付として個人データが提供されるということは、それほど一般的ではないが、あり得ないことではなく、このような解決がなされる可能性はある。そこで、専ら問題となるのが、イングランド法でいうところの約因（consideration）、つまり何らかの価値あるものとして扱われるのか、ということになるが、非常に古い判例法により、裁判所は、価値があるのか疑わしいものであっても、約因となると判断することができる事がわかっている。有名な判例として、チョコレート包装紙に関するものがある¹⁵。もちろん、すべての学生に教えているものなのだが、学生は、よく私を見て「チョコレート包装紙ってどういうこと。」というようなことを言う。いずれにしても、これと同様の判断となるだろう。

UKがEUから離脱した後に、GDPRをどのように扱うのかという、非常に幅広い質問であるが、差し当たり、UKでは、GDPRのルールを少し修正した形で適用されることになるというのが答えとなる。少し想像力に欠ける名称であるが、これは、「The UK GDPR」と呼ばれている。地理的な適用範囲が、UKのみに限定され、UKの2018年データ保護法（Data Protection Act 2018）において、専ら法執行機関やその他の法的機関、公的団体の義務に関する規定が追加されているため、このことが反映されている。このように現時点では、実質的に、EUと同じルールが、UKにおいても適用されていることから、EUとの間で自由なデータの流通が維持されている。UK政府が、データ保護体制

¹⁵ Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] A.C. 87.

全般に何らかの変更を加えることを検討している兆候があるが、実際に何について変更を検討しているのか明確になっていない。UK GDPR を改正するのではないかという話もあったが、実際に提案された内容では、データプライバシー、特に cookie に関するルールについて、重視しているようである。今、EUやUKでは、ウェブサイトにアクセスすると常に何よりも早くこの cookie のバナーが表示される。これが取り除かれるのではないかという懸念があるが、もちろん、この提案は、UK GDPR の実際の改正からはほど遠い。いずれにせよ今のところは、UK 独自の部分を除いて、EU と同じような形でUKにおいても GDPR が、適用されている。

質問 2. 個人データを提供する契約の成立について、EU 指令は特に規定を置いていないが、この点について適切だと思うか。

日本の民法はドイツ民法と同様に、契約成立に関しては意思表示が重要な要素となるため、個人データを提供するための行為が契約を成立させるのかどうかが問題となる。

UK 法では、たとえば、SNS の利用の際に個人データを入力することは契約承諾の意思表示となるか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次の質問は、個人データを提供する場合の契約の成立過程に関する質問である。ご指摘の通り指令は、現時点では、契約類型や契約の成立について全く触れていない。個人データと引き換えにデジタル・コンテンツが提供される場合も同様であり、契約であると想定されてはいるものの、契約の成立やどの契約類型に属するのかについては、最終的には国内法に委ねられている。したがって、具体的にどのように取り扱われるかについては、各国の国内法により多少の違いが生じると思われる。もっとも、指令の目的は、たとえ契約が成立していなかったとしても、個人データと引き換えにデジタル・コンテンツが提供されるような場合には、契約適合性等に関する義務が生じることを保証するところにある。もっとも、多くの法体系で、契約が成立することになるだろうから、この点は、実質的には問題にならないだろう。イングランド法においても、すでに説明したように、必要な要件を満たし、契約が成立していると判断することは難しくない。多くの国と同様に双方の承諾に基づく合意が必要であり、法的に拘束される意思が必要となる。そして、追加的な要件として「約因」、つまり、契約当事者双方が経済的価値のあるものを提供する必要があるが、個人データには、明らかに経済的価値がある。特定の個人から提供された個人データは、それ単独では、経済的価値は低いかもしれないが、それが集約されると膨大な経済的価値を有することになるのであり、この意味において経済的な価値があると識別される。そして、それだけで「約因」となるのに十分な価値

を有しているのは明らかである、と私は考える。

質問の中にある例である、SNS にサインアップする対価として個人データの提供に同意するような場合について、（もちろん同意と言っても非常におおざっぱなもので、概念としての同意があったとしても、実際にはよく考えずに入力しているのだろうが、）SNS 事業者との間に契約の成立を認める基礎としては、全く十分なものだろう。

質問3. デジタル・コンテンツ指令と物品売買指令は、UK における Retained EU law として国内法化されているのかされていないのか。国内法されているとしたら、それはどこに定められているのか。そのような UK 消費者法の現状について、先生はどういう評価されているか。

【トウイグ=フレスナー教授の回答概要】

新しい指令が Retained EU law として国内法化されているのか、という質問の答えは、残念ながら「いいえ」である。UK は、いずれの指令についても、これを実施するための措置をとっていない。私は、2015 年消費者権利法を改正し、法を近代化し、最新のものにアップデートし、現在、指摘されている問題に対処するという観点だけからみたとしても、二つの指令を反映させるべきなのか検討するのに正当な理由があると考えている。特にアップデートについて話したが、事実上継続的な契約を締結し、デジタル・コンテンツに対して継続的に料金を支払ういわゆるサブスクリプション型の契約、例えば、Netflix や 1 年ごとに支払うウイルス対策のサブスクリプションであったとしても、この種の取引に対して、現在の法律はうまく対処できていない。このような問題の解決は、コモンローに大きく委ねるしかなく、アップデート義務についても、そのような義務としては存在しておらず、かなり遠回りな方法で、これを見出さなければならない。

このように、UK 法は、なにか対処すべきなのであるが、されていない。これらの指令については、国内法化する必要がないため、retained EU law には含まれず、また、指令は、規則と違い直接的に適用されないため、UK 法においてその効力がない。このため、2018 年 EU 離脱法 (European Union (Withdrawal) Act 2018)¹⁶ の条項により、対象に含まれなかった。

もう一つ複雑な問題がある。それは、貿易・協力協定 (The Trade and Cooperation Agreement=TCA)¹⁷ 問題である。ご存知の通り、北アイルランド議定書の問題がある

¹⁶ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>

¹⁷ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN)
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/982648/TS_8.2021_UK_EU_EAEC_Trade_and_Cooperation_Agreement.pdf

ため、現在、完全な形で強固な正当性の基盤を与えられていない。しかし、TCA には、電子商取引契約、つまりデジタル領域における契約を取り扱う特別な条項が含まれており、これらの契約には、ある程度高い水準の消費者保護が求められている。このため、UK が国内法において、このような要求にどのように対処するべきなのか、いざれ詳しく検討するある種の動機になるだろう。これらの規定は、詳細なものではないが、デジタル領域については、EU と UK の両地域において、高水準の消費者保護がなされるべき領域とされており、非常に野心的な規定となっている。もっとも、これは、UK が EU のやり方に追従しなければならないということを意味するわけではなく、EU 法のどの部分を取り入れるのが望ましいのか、あるいは、EU 法とは異なる、おそらくより良い方法を取り入れることが望ましいのか、について注意深く検討することを妨げるものでは決してない。EU 法は、明らかに妥協の産物なのであるから、おそらくより良いやり方があるだろう。

数か月前に、UK 政府は、消費者法の修正のための意見聴取に関する文書を公表し、意見聴取の期間は終了したが、残念なことに、その中には、今後、EU 法にどのように対処するつもりなのかということについて言及も示唆もなく、EU 法に何の注意も払わず、明らかに何もしないというものであった。EU 法について何の検討もしていないのである。二つの指令（デジタル・コンテンツ指令、物品売買指令）についても、これらの指令を反映した改正を行うべきかについて、特に言及していない。しかし、興味深いことに、他のデジタルに関する問題、例えば、特にオンライン・プラットフォームのレビューやこれと類似する問題であるランキングに関する規定が提案されている。これらは、UK の問題として提案されているが、よく見てみると、実は、最近制定された現代化指令から直接的かつ大幅に借用してきたものになっている。これは、最近の UK の政権が有している、EU がもはや存在していないかのようにふるまうという、ある種の傾向ではないのかと私は危惧している。このようなアプローチにより、消費者保護に関する問題の改善が遅れてしまう危険があるのである。

質問4. EU では「Data as counter-performance」に関して活発に議論されている。UK 消費者法でも同じ考え方だとされていると聞いている、しかし、UK と EU をとりまく環境は全く同じではない。確かに UK では "UK GDPR" が定められているが、UK 法は、欧州データ保護監督官 (EDPS) の勧告に従う必要はないから、EU よりも自由に法制度を形成し解釈することできるようにも思われる。UK における "Data as counter-performance" に関する議論に何か独自性があるとすれば、ご教示いただきたい。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

先ほど説明したように 2015 年消費者権利法は、データを一般的に反対給付としてとらえておらず、現在のところ、コモンローにおいて、反対給付とされる余地があるのみである。もちろん、そのうち法律が改正されるという可能性もある。この法律の改正には、いくつかの方法がある。例えば、UK 政府が 2015 年消費者権利法の規定を指令と同じものか、少なくとも同等のものとすることを視野に入れているのであれば、これを所管の大蔵の簡単な命令により行うことができるし、また、より広範な 2015 年消費者権利法の改正により行うこともできる。

ご指摘のとおり、UK には、今のところ EU の GDPR と実質的に同じである独自の GDPR があり、これが適用されているが、これもご指摘のとおり、もはや欧州データ保護監督官（EDPS）の決定や勧告に従う義務はない。また、2020 年 12 月 31 日より後の欧州司法裁判所が下した判例に従う義務もない。そして、これらのものと無関係になることから、逸脱や相違、乖離が生じる危険がある。UK のデータ保護機関が、少しでも独立した組織である政府機関として、より広い意味における整合性を保つことの重要性を意識してくれるのではないかと期待しているのだが、英国個人情報保護監督機関（Information Commissioner's Office=ICO）の BREXIT に対する思想にもある程度左右されるので、今のところ、測りかねるところである。少なくとも UK と EU との間での自由なデータの流れを可能にしているデータ保護の同等性をできる限り維持するためにも、合理的な整合性を保つ必要性をより強く意識する方が望ましい、と私は考えている。もちろん、イギリスが EU から大きく乖離し、EU が、UK は EU の要求する水準を大きく下回っていると判断したなら、この自由なデータの流れはなくなってしまう。

2. 総論的質問

(1) EU 指令の評価と UK の消費者権利法との比較

質問 1. UK の 2015 年消費者権利法は、EU のデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス指令より早くからデジタル・コンテンツについての消費者取引に関するルールを定めたものと言われているが、デジタル・サービスについても定めていると考えてよいのか。消費者権利法の中の役務提供契約の部分は、EU 指令でいうデジタル・サービスにも適用されるのか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

2015 年消費者権利法は、指令よりも前に制定されたため、起草時には、デジタル・サービスを区別して考えるという認識があまりなかった。そして、少なくともデジタル・

サービスの中には、どう見ても2015年消費者権利法におけるデジタル・コンテンツに該当すると評価できるものが含まれている。指令におけるデジタル・サービスの定義の仕方を見てみると、そこには基本的にアプリが含まれている。このため、少なくともデジタル・サービスとされるもののいくつかは、2015年消費者権利法におけるデジタル・コンテンツの一形態であるとみなされるだろう。しかし、おそらくそれ単体ではデジタル・コンテンツではなく、役務の一形態であるとみなされるものがあるということも、間違いないだろう。そして、デジタル・サービスに関する規定は存在しないのであるから、このようなデジタルで提供される役務に一般的な役務に関する規定が、適用される可能性は極めて高いと言える。

消費者権利法は、このような混合契約であっても大きな困難なく取り扱うことができるよう策定されているので、この点に関しては、すぐに問題になることはない。消費者権利法の目的の一つは、複数の要素を含む契約を特定の類型に分類する必要をなくすところにあった。歴史的に見ると、これは、非常に難しい問題であった。かつては実定法として1979年物品売買法（Sale of Goods Act 1979）しかなかったため、役務と物品が組み合わさった契約があると、すぐにこれは、売買契約とすべきか、それとも、請負と物の提供が混在した契約（製作物供給契約）とすべきか議論になった。そして、1982年までは、請負と物の提供が混在した契約は、コモンローで取り扱われていた。このような複雑性を回避するためには、契約に基づき物品を供給する場合には、物品に関する規定を適用し、そこにサービスの要素が含まれているのであれば、サービスに関する規定も適用し、さらに、デジタル・コンテンツが含まれているのであれば、デジタル・コンテンツに関する規定を2015年消費者権利法第16条のスマートプロダクトに関する規定とある程度重畳適用するという、シンプルなアプローチをすればよいと単純に考えられていた。しかし、基本的に消費者の権利がどのように機能しているかというと、EU指令でいういくつかのデジタル・サービスは、どう見てもデジタル・コンテンツであり、デジタル・コンテンツではないデジタル・サービスには、役務に関する規定のみが適用されることになる。

質問2. EU指令とUK法で、デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスについての消費者取引のルールは、ほぼ同等と考えてよいのか。違いがあるとすれば、どのような点か。

質問3. EUデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス指令について、UKの2015年消費権利法と比較し、どのように評価するか。

優れている点がある場合には、どのような点が優れていると思うか。

劣っている点がある場合には、どのような点が劣っていると思うか。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

次の二つの質問は、非常によく関連しているので、一緒に回答したい。指令と消費者権利法には、疑う余地なくいくつかの類似性が認められる。両者とも、適合性の要件を導入することを求めており、その適用のされ方は違うが、客観的な適合性のテストを取り入れており、おそらく大まかには同じ結論になるだろう。特に、UK 法には、不十分なところがある。UK 法では、デジタル・コンテンツ特有の要素がこれらのテストの考慮要素として、条文に列挙しているリストに含まれていない。指令では、相互運用性や互換性といった要素が明示されており、このような要素を条文に明示することは、本当に重要で、おそらくそうすべきであると私は考えている。確かに、2015 年消費者権利法のテストにおける考慮要素としてこれらを含むと解釈することはできるのであるから、実質的には、小さな問題なのだが、それでも、条文において明示されるということは、これらの要件との関連性をより意識させ、議論するのに判例法に大きく頼らなくてもよくなる。同様に、現時点で指令に含まれていて UK 法に含まれていない領域として、すでに説明したところではあるが、アップデート、サブスクリプション型契約、データの提供を伴うことが基礎となっているデジタル・コンテンツの供給契約等がある。これらに関して、UK 法には規定がない。特に、非個人データに関する規定が存在せず、非個人データの消費者への返却に関して、何ら規定されていない。このように EU 法には、明らかに優位な点がある。EU 法は、より網羅的であり、UK が今後、将来の改正で取り組むべき内容を提示している。

これに対して、UK 法も指令が規定できなかった内容を規定している。それは、デジタル・コンテンツがインストールされているデバイスや他のデジタル・コンテンツに損害を与えた場合のルールであり、例えば、デジタル・コンテンツにバグがあり、物理的な製品の動作に影響を与えたり、他のデジタル・コンテンツを破壊したり、その動作を妨害したりした場合のルールである。UK 法において、デジタル・コンテンツとは、デジタル形式で有效地に記録されたデータという非常に広範な定義がなされていることに留意してもらいたい。これは本当に広範な定義であることから、損害賠償において、他のアプリやソフトウェアに損害が生じた場合だけでなく、例えば、アップデートで既存のソフトウェアが使用できなくなったような場合も含まれる可能性がある。また、特別に、より具体的な形態のデータに関連付けることもできる。例えば、文書ファイルや写真、音楽ファイルなどの個別のデータもデジタル・コンテンツとみなすことができるため、デジタル・コンテンツの一形態とされるもの、例えば、アプリがこれらのファイルに損害を与えた場合には、2015 年消費者権利法第 46 条は、場合により、この事実を根拠として、損害賠償を請求することを認めている。もちろん、これは、制定法上の損害賠償であり、2015 年消費者権利法において、唯一、定められている損害賠償請求である。その他の損害賠償に関しては、コモンローに委ねられている。残念なことに、この規定について、裁判所で審理されたことはまだないため、実際にどのように適用されるかはわ

からない。規定があるだけであり、どのような効果が生じるのかはわからないのである。指令でも、同様の規定を設ける案もあったのだが、ヨーロッパの様々な法域において、損害賠償に対して異なるアプローチがなされていたため、合意を得ることができなかつたことからこの案は維持されることなく、指令策定の段階が進むと削除された。この規定は、UK 法において、デジタル・コンテンツの特性を考慮したただ唯一の規定であるという意味において、興味深く画期的である。

質問4. 2015 年 UK 消費者権利法では、デジタル・コンテンツ供給契約についても物品と同様消費者保護規定が置かれているものと思われるが、EU 指令のようにデジタル・コンテンツやデジタル・サービスの特徴に着目した法整備の必要性について議論があるか、伺いたい。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

質問の中で、UK の 2015 年消費者権利法では、物品とデジタル・コンテンツに関する規定は、パラレルなものになっているという指摘が再度なされている。2015 年消費者権利法の起草当時は、かなり慎重な判断が必要であった。なぜなら、2015 年消費者権利法の制定の意義は、デジタル・コンテンツに関して、物品と同様の規定を新しく設けるか、又は特別の規定を設けることにより、従来存在していた不明瞭さを回避するというものであったからである。そして、デジタル・コンテンツに関して、物品に関する規定と非常に類似する規定が設けられることになった。確かに、デジタル・コンテンツにおける個別の問題において、物品とは違う特別の規定を設けるべきかどうかという議論もあったが、結局のところ、ほぼすべての規定において、おおよそ同様の定めを置くという決定がなされた。これは、救済措置に関しても当てはまるものであり、解除に関しては、物品の規定と同様の範囲ではないが、可能な限り物品と同様の定めを置くことが企図された。

このように、少なくとも起草当時は、デジタル・コンテンツに関しては、あまり追加的な規定を設けるべきではないと考えられていたが、これは、法的な判断というよりも、むしろ政治的な判断であった。このため、この後の文献、特に指令制定後の文献では、デジタル・コンテンツに関する消費者権利法の規定をこれらの契約やデジタル・コンテンツそのものの性質を反映したものにするために修正すべきであるという意見がいくつか出てきている。例えば、私は、よく知られている教科書である「Atiyah and Adams' Sale of Goods」の消費者権利法の章の執筆を担当したが、そこでは、EU 指令と歩調を合わせることが必要となることを指摘しており、また、UK の学者である Paula Giliker 教授もご自身の著作の中で少なくともいくつかの側面において EU 指令と歩調を合わせることが必要であり、また、将来の改正において、指令から示唆を受けることにより、

得られるものがあるかもしれないと指摘している。

質問5. デジタル・コンテンツ供給契約に関して、事業者と消費者間の契約だけではなく、事業者間契約についても法整備が必要だと思われるか、また、この点についてUKでは議論があるか、伺いたい。

【トウイグ＝フレスナー教授の回答概要】

最後は、BtoB取引にも同様のルールを整備する必要があるのかという質問である。消費者権利法が施行される前にこの問題を取り扱った判例は、すべて事業者に関する事例であったことからしても、この質問は非常に興味深いものである。この点に関する判例法には、未だに多くの不明確さが残っており、現在係属している最新の最高裁判所の事例が、これを浮き彫りにしている。2018年に下されたこの事件の控訴院判決¹⁸は、非消費者の事例における判例法が、ソフトウェアのようなデジタル・コンテンツについて、全く時代遅れの見方をしていることにより、いかにして自らを窮地に追いやっているのか、という現実を浮き彫りにしている。例えば、判例法は、未だにCD-ROM等で提供されるソフトウェアとダウンロードで提供されるソフトウェアには、違いがあるという前提を持ち出してくるが、現在では、ほとんどのソフトウェアがダウンロードにより提供されており、物理的媒体はほぼ用いられていない。判例法は、非常に困難な立場に立たされている。2015年消費者権利法は、消費者契約に関して、他の法律を部分的に修正した。例えば、長年にわたって存在し続けている1979年物品売買法や最新の1982年物品及びサービス供給法(Supply of Goods and Services Act 1982)がそうであるが、残念なことに、現時点では、これらの法律の改正を検討する試みはなされていない。このことは、デジタル・コンテンツやそれに類するものにおけるB to B取引をどのように取り扱うのか、に関して依然として困難な問題があることを意味する。これらの取引は、明らかに制定法上の契約ではなく、コモンローにより解決されるべき契約であり、おそらく固有の(sui generis)契約として取り扱われるだろうが、このままでは永遠に完全に解決されることはない。おそらくこれらの契約には、他の契約と同様の默示の条項が含まれることになるだろうが、当事者は、默示の条項を修正し、回避し、契約を用いてより自由に義務を設定することができる。例えば、1977年不公正契約条項法は、単純にこれらの契約には適用できないため、その効果は及ばない。このようにイングランド法には、大きなギャップがある。もちろん、BtoB取引について、明確にすべきであるという声はあり、特にデジタル経済が世界的に重要であることを考えるとデジタル領域におけるBtoB取引について一般的に明確にすることがおそらく必要であろうと私は思う。最

¹⁸ Software Incubator Ltd v Computer Associates, *supra* note 2.

終的には、国連国際商取引法委員会（UNCITRAL）等の別のところからの後押しがあるかもしれないが、判例法は、明確さからは程遠く、混乱しており、そしておそらく窮地に立たされているのであるから、何か対応する必要がある。しかし、今のところ、決定的な議論もなければ、明確な提案もない。

第2. ベンジャミン・ゲールズ博士へのインタビュー概要

1. 個人データの提供を伴う契約

(1) 契約の性質について

質問1. 個人データの提供を伴う契約について

個人データの提供を伴う契約について、ドイツの立法者は、デジタル製品に限定せずに、消費者が対価の支払に代え、もしくは、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契約類型を BGB 第 312 条以下に創設したが、このようにデジタル・コンテンツ指令よりも広い範囲で規定することについて異論はなかったか。

【ゲールズ博士の回答概要】

BGB 第 312 条について、これは、2013 年に成立した消費者権利指令を国内法化するために設けられた規定で、2021 年改正前の第 312 条の文言によると、事業者の有償の給付を目的とするすべての消費者契約に適用される。したがって、2013 年の消費者権利指令の国内法化の際に、指令よりも適用範囲を広げるという判断が行われたことがわかる。ここでいうすべての有償の契約というのは、物品や役務、あるいはデジタル・コンテンツ等に対して、消費者が代金であったり、その他の何か、例えば個人データを消費者が提供する契約のことを意味し、このすべての有償の契約には、第 312 条から続く第 1 目、第 2 目の規定が適用される。したがって、我々から見ると、この新しい第 312 条の規定というのは、従来から存在していた状況を継続させるものにすぎず、ただ、個人データの提供があっても消費者権利指令を国内法化した規定が適用されないのはどのような場合なのか、についてより明確にしただけである。このため、特に反対などはなかった。

質問2. 個人データの法的意味について

個人データの法的意味について、BGB は、デジタル・コンテンツ指令と同様に、

反対給付としての個人データの提供の債務法上及び解釈上の分類を断念しているが、将来的にもこの状態は続くのか。それとも、今後は反対給付としての位置づけを目指すのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

これはドイツ、ヨーロッパのいずれのレベルにおいても理論上の議論がなされているところであり、ドイツの立法者はそのような理論的な議論について解決を与える立場ではない。その解決は法学者によって行われるべきである。しかし、デジタル・コンテンツ指令の提案の段階で欧州データ保護監督官であった故 Giovanni Buttarelli 氏が提案に対する法的意見¹⁹を公表し、同氏は、この意見の中で、個人データは財 (good) ではなく、事業者は消費者に対し個人データを提供するように訴訟を提起したとしても勝訴することはできないのであるから、個人データを反対給付とみなすことはできないという意見を明確にしている。これを受けた提案が大きく変更されて、現在のような文言となっている。

質問3. 個人データの提供と契約の成立について

個人データの提供（開示）と引き換えに検索エンジンを利用することも契約の締結となり、したがって、契約が成立することになるのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

この質問に対する回答は、「はい (Yes)」である。しかし、デジタル・コンテンツ指令は契約の成立に関する事項について取扱っておらず、国内法に委ねている。したがって、いつ、どのように契約が成立するのか、について指令は定めていない。ドイツ法及びドイツの判例を見てみると、裁判所は比較的容易に契約の成立を認める傾向にある。そのときに考慮される要素は、当事者が契約に拘束される意思を有していたかどうか、契約に拘束されるのが消費者の利益に合致するかどうか、というものである。そして、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があるので、質問の状況において契約が成立していると評価されるだろうというのが私の回答である。

¹⁹ EDPS, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content.

https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/contracts-supply-digital-content_en

(2) 個人データの提供を伴う契約の解消

質問1. 個人データが提供されている場合の契約の終了による個人データの取扱い

デジタル・コンテンツ指令の定める契約終了の場合は GDPR が適用されるが、それ以外の理由による契約終了の場合も同様に GDPR が適用されるのか。それとも、BGB の特定の条項が適用されるのか。

デジタル製品の取引とはいえない類型の契約で、個人データが提供されている場合は、どのように扱われるのか。契約一般における BGB と GDPR の関係はどのように理解すればよいのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

民法の問題については、民法典によってのみ答え、個人データの問題については、GDPR によってのみ答えるべきだろう、というのが私の抽象的な回答となる。これらの二つの分野の関係については、指令について交渉が行われていた欧州理事会のワーキンググループで激しい議論が交わされ、一般論としては、EU の立法者が明確にしたのは、個人データに関する事項については、デジタル・コンテンツ指令ではなく、もっぱら GDPR が取り扱うということであった。このようなことから、EU の立法者は、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。そして、ドイツの場合、これに対応しているのが次の質問で取り扱われている BGB 第 327q 条だということになる。

質問2. BGB第327q条第1項は、デジタル・コンテンツ指令からは必ずしも明らかでない GDPRと指令の関係を明確にする規定として注目に値する。しかし、デジタル・コンテンツ指令は、この点について意図的に沈黙していると指摘されており、第327q条第1項と異なる規律を置くことを各国に許容していると考えられる。そうだとすると、第327q条第1項のような規定を置くことで、各国間のルールにばらつきが出てしまう恐れがある。これはデメリットのようにも見えるが、どのように考えるか。

【ゲールズ博士の回答概要】

BGB 第 327q 条の規定の導入について、ドイツの立法者としてかなりの勇気が必要だったことを認めなければならない。なぜなら、データ保護法と民法の関係は、非常に重要な問題ではあるが、EU の立法者は、これを規律することを躊躇していたからである。その理由は、欧州委員会の中の権限の問題であったようだ。欧州委員会の中で、デジタル・コンテンツ指令を取扱ったのは、民事法担当の部局であり、この部局は、データ保

護法（Data Protection Law）について権限を有していないため、データ保護法に介入することを躊躇したのである。しかし、我々の立場から見ると、この点について明確にする必要があったため、第327q条を導入することになった。私が知る限りでEUの加盟国でこのような規定を導入しているのは、ドイツだけである。これはEU域内の法の統一的な適用という考え方には反するものかもしれないが、もしかすると、将来のデジタル・コンテンツ指令の改正の青写真になるかもしれない。EUの立法者がデジタル・コンテンツ指令をいつどのように改正するのかわからないが、もし改正することになれば、民法とデータ保護法の関係について規定を導入しなければならないと考えるかもしれない。第327q条は、正にこれらの問題に対処するためのドイツの提案である。

【ゲールズ博士補足】

私も第327q条のような提案ができる満足しているが、加盟国の国内法はすべてデジタル・コンテンツ指令やGDPRに合致したものでなければならないことから、欧州司法裁判所の審査を受けることになる。私は、第327q条における我々の提案が、この審査に耐えるものであることを願う。私は、民法とデータ保護法の問題は、非常に重要であると考えており、第327q条は、我々の提案するこの問題に対する解決法であると考えている。

質問3. BGB第327q条第1項によれば、消費者による同意の撤回（GDPR第7条第3項）は、必ずしも契約の解消をもたらすわけではないことになる。しかし、同意の撤回がなされたけれども、契約の解消の要件が満たされていない場合に、同意の撤回それ自体を根拠に契約の終了を認めるべきケースはないのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

一般的に、契約の当事者は契約の終了について、ある状況において当事者の一方が契約を解消する権利を有するとか、ある一定の期間が経過すれば契約が当然に終了するとかいうようなことについて合意することができる。BGB第327q条は、そのような契約の解消について、事業者に特別の権利を付与するものであり、この第327q条第1項の裏側には、BGBに昔から存在していた第313条という非常に古い規定の考え方がある。この第313条には、いわゆる事情変更の原則（clausula rebus sic stantibus）が定められており、第327q条は、この第313条から着想を得ており、同様の考え方のもとに事業者に契約の解消の権利を与えていた。ただし、先ほども申し上げたように、当事者は、契約の終了について、合意で定めることができる。これは、約款規制法の要件を満たすのであれば、あらかじめ契約の終了について合意することができる。

質問4. BGB第327q条とは反対に、消費者が契約を解消した場合には、同意の撤回(GDPR第7条第3項)がなされたと評価すべきなのか、あるいはそうではないのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

この質問については、データ保護法の専門家が回答するべきで、私は民事法の専門家である。しかし、一般的に、これは状況によると言えるかと思う。ご存知のとおり、GDPR の第 6 条 (a) で同意の要件について、第 7 条でその撤回の要件について定めているが、デジタル・コンテンツ指令は、GDPR の定めを変更することも影響を与えることもできない。したがって、消費者の民事法上の行為により、データ保護上の問題に影響が生じる場合は、GDPR に従い解決されなければならない。BGB 第 327q 条で明確にしているのは、何かが自動的に決まるものではないということである。すなわち、GDPR 上の同意の撤回が自動的に契約の解消につながるというわけでも、契約の解消が自動的に GDPR 上の同意の撤回をもたらすわけでもないということが明確にされている。

2. 契約適合性の客観的要件と客観的要件からの逸脱

質問 1. BGB 第 327h 条によると、消費者が、製品の特定の特徴が客観的要件と異なることを契約締結前に通知され、かつ異なることが契約において明示的かつ個別に合意されている場合に限り、客観的要件から逸脱していてもよい。

これは、客観的要件からの逸脱の具体的な内容が示される必要があるのか、それとも、「客観的要件とは異なる」という抽象的な通知でよいのか。

消費者として、当該契約における品質等についての主観的合意の内容が、客観的要件からどの程度逸脱しているのかを理解していることが求められるのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

BGB 第 327h 条は、客観的要件からの逸脱の可能性について定めており、これは、デジタル・コンテンツ指令第 8 条第 5 項をそのまま国内法化したものになる。客観的要件から逸脱するためには、消費者が客観的要件から逸脱しているデジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの特定の特徴について、具体的に知らされていなければならない。したがって、単に一般的な情報が知らされているだけでは足りず、具体的な情報を知らされていなければならず、さらに、この具体的な情報は、デジタル・コンテンツ又はデジタル・サービスの特定の特徴に関するものでなければならない。これは、非常に厳格な要件であり、このような厳格な要件を満たす必要があるということは、BGB 改正の立

法理由²⁰の中で明確にしている。

質問2. デジタル・コンテンツ指令第8条第5項：BGB第327h条について

客観的要件からの逸脱は、指令前文によると「ボックスにチェックを入れる、ボタンを押す、または同様の機能を作動させる」ことで達成できるが、消費者は逸脱について具体的に知らされなければならないため、販売者が客観的要件からの逸脱の要件を満たすことにより責任を回避することはむしろ困難であると考えられるか。

デジタル・コンテンツ指令第8条第5項（BGB第327h条）に規定されているような制限は、契約が消費者にとって非常に低い基準を設定している場合に有効だと思うか。

【ゲールズ博士の回答概要】

私の答えとしては、「ないよりはました。」ということになるだろうか。もちろん消費者と事業者は、価値のないものについて契約を締結することも可能であるが、このためには、消費者が価値のないものを購入しているということを知らなければならない。消費者が、価値のないものであっても購入することを禁止することはできない。したがって、消費者がそれを知ったうえで、購入したいというのであれば、契約が成立することになる。

質問3. デジタル・コンテンツ指令第8条第1項(b)：BGB第327e条第3項第2号について

ドイツの消費者は、どれぐらいの「客観的基準」を事業者に期待できるのか、あなたのお考え聞かせていただきたい。また、消費者の期待を決定する要素は各加盟国によって異なると思うか。

【ゲールズ博士の回答概要】

ご存じかと思うが、この客観的基準は、1999年の消費者物品売買指令によって、すでに導入されていた。指令を国内法に置き換えたドイツにおける改正法が2002年1月1日に施行されたため、約20年の間、ドイツ法及びEU法に客観的要件という考え方方が存在し続けており、裁判所にも大量の判決が蓄積されている。今回の改正により、この客観的要件という考え方方がデジタル的なものに拡張されたが、裁判所は、これに容易に対応

²⁰ BT-Drucksache 19/27653. <https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927653.pdf>

することができ、判例法は非常に早く確立するだろうと私は考えている。もちろん、客観的基準については、裁判所に判断を委ねることになるが、我々の司法システムは、非常によく機能しており、うまく対処できるという信頼がある。

質問 4. デジタル技術の急速な発展を考慮して、ドイツの消費者が事業者にどの程度の製品を期待できるか示すために、客観的基準や事業者のアップデート義務などに関するガイドラインを作成する試みはないのだろうか。

例えば、(加盟国ではないが) UK では、2015 年消費者権利法について the “Guidance for Business” of the Consumer Rights Act: Digital Content(Department for Business Innovation & Skills)を公表している。

【ゲールズ博士の回答概要】

次の質問は、客観的基準のガイドラインに関するものであるが、この指令は、EU 法の一部であり、EU 法に関する最終的な解釈の権限を有するのは欧州司法裁判所だけであるため、国内の立法者は、拘束力のある解釈を行うことはできない。そのような理由から、我々は、ガイドラインの発行を自制している。もちろん、事業者団体等は、自由にガイドラインを発行することができる。しかし、一加盟国として、指令に対する解釈を示すことはできず、これができるのは、欧州司法裁判所だけである。

質問 5. 客観的要件について

通常の使用について、デジタル・コンテンツ指令第 8 条第 1 項(a)は判断基準を例示しているが、BGB では、解釈の際に利用すれば良いとして例示されていない。これにより、デジタル・コンテンツ指令に例示されている基準以外を用いた解釈が行われる可能性はあるか。

【ゲールズ博士の回答概要】

皆さんは、非常に注意深くドイツ民法の規定と指令の規定を比較しておられる。確かに、我々は、デジタル・コンテンツ指令第 8 条第 1 項(a)について、その文言をドイツ法の中にそのままコピーしているわけではない。もっとも、この背景にある考え方は、1999 年の消費者物品売買指令に含まれていたものであり、BGB 第 434 条において国内法化されており、今回の改正により第 327e 条第 4 項において同じ文言を使用していることから、ドイツの裁判所は、第 327e 条の解釈を行う際には、1999 年消費者物品売買指令を国内法化した BGB 第 434 条を参照しなければならないということを理解している。

・追加質問

客観的基準から逸脱するための合意をする場合に、まず、客観的基準を示したうえで、客観的基準に比べてこの点で劣ると説明しなければならないのか、それとも、客観的基準を示したうえで、これと比較した説明をする必要はなく、単に品質について具体的に説明すればいいのか、どちらなのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

法律家として回答すると、それは状況によるということになる。一つ例を挙げると、デジタル・コンテンツの一つの重要な機能として他のデジタル・コンテンツとの相互運用性があり、例えば、広く普及しているOSで動作しないソフトウェアであれば、このことについて事業者は、消費者に対して注意を促さなければならない。なぜなら、ここでは、通常のデジタル環境における相互運用性が決定的な基準となり、この通常のデジタル環境とは、広く普及しているOSのいずれかだからである。

客観的基準を示したうえで、客観的基準と比較してどのように劣っているか示すということは、事業者側にとって負担となり、客観的要件をあえて満たさないということなので、リスクを伴うことになる。ケースバイケースでしか判断できないと思われるが、一般的に平均的な消費者であれば、どのような期待を有しているのか、逸脱に関してどのような情報を提供すべきなのか、ということをもとに判断することになると思う。

【ゲールズ博士補足回答】

デジタル・コンテンツ指令は、標準書式契約を念頭に置いて設計されており、個別に交渉された契約にも適用されるものの、基本的にインターネットやその他の電子的な手段で締結されたような互いに交渉のない契約が念頭に置かれている。そこで、事業者が第327h条に従った注意喚起を行う際には、自らの商品に興味を示すかもしれない消費者は平均的にどのような者なのか、ということについて知らなければならない。非常に高い水準のデジタル知識を有している消費者だけが取り扱うことができるような精密な商品であるということがわかっているのであれば、第327h条に従った注意喚起について判断する際にこれを考慮することができる。このように具体的な状況によって異なることになるが、一般的な状況に対する法を制定することはできる。もちろん、裁判所は、異なる具体的な状況に対処しなければならない。しかし、一般的に言って、私は、指令に定められたルールは、デジタル・コンテンツに関する一般的な状況に非常に合致するものと考えている。

・追加質問

例えば、建設契約における標準約款(VOB/B)のように、業界が作ったガイドラインのようなものが、今後、立法や解釈に影響を与える可能性というのは、考えられ

るのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

よくわからないが、おそらくないだろうと思う。建設分野は、EU の民事法の対象とはなっていない分野であり、ドイツの立法者が自由に定めることができる領域となっている。そして、建設分野には、議会が制定した法律ではないルールとしての慣習が非常に古くからある。それは、契約に取り込まれる非常に長きにわたる慣習があり、この慣習は、とてもバランスのとれたものとみなされているというものである。このため、法律ではないが、この慣習は基準を定める際に大きな影響力をもっている。他方、先ほど申し上げたように EU 法の対象となっている領域において、最終的な解釈を行う権限があるのは、欧州司法裁判所であり、欧州司法裁判所の解釈もまた法の一形態となる。したがって、これは、国内的とでもいうような建設分野のような領域とは違うものである。

省庁に所属する前に、私は弁護士事務所で勤務していたが、そこで建設に関する事案をよく取り扱っていた。建設業界は、ドイツのような大きな国であっても全員が知り合いであるような業界なので、協会の間で合意されたルールが容易に信頼される。他方で、デジタル・ビジネスというのは、国際的で、多国籍的で、越境的であるため、国内の一協会が本当に役立つ基準を設定できるとは思えない。

3. 契約適合性におけるアップデート義務

質問1. デジタル・コンテンツ指令第8条第2項：BGB 第327e条第3項第5号、第327f条について

ドイツの消費者は、事業者からどの程度の期間「アップデート」を期待できるのか、あなたのお考えをきかせていただきたい。また事業者のアップデート義務を決定する要素は、各加盟国によって異なると思うか。

ドイツ法において、アップデート義務をどのように位置づけ、定義するか、多くの議論があったか。

【ゲールズ博士の回答概要】

デジタル・コンテンツ指令は、売買契約にも適用される。基本的に売買契約の売主の債務は、目的物を引き渡した時点で消滅するが、このためには、引渡しの時点で物品に瑕疵がないことが前提となる。しかし、デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令は、いずれもこの部分を変更した。これは民法の観点から見ると、非常に革命的な取組だということになる。なぜなら、売主がもはや目的物を支配していないような段階にまで、売主の義務を継続させることになるからである。これは、この指令の素晴らしい特徴の

一つである。売主の義務は、消費者が合理的に期待できるだけの期間継続するということになるのだが、この規定については、非常に満足している。もちろん、現時点では、消費者が合理的に期待できる期間を具体的にどのように測るのかはわからない。この点については、裁判所に判断を委ねることになるが、裁判所は非常に容易に基準を見出しえる。消費者保護の観点からすると、このようなあいまいな定め方をするしかない。特定の期間を定めると、すべてのケースで適切な解決にはならない。デジタル・コンテンツ指令は、あらゆるデジタル・コンテンツやデジタル・サービスに適用されるのであり、柔軟性が必要になる。例えば、モバイル・ゲームには、遊ぶのはわずか2週間ぐらいで、2週間もたつと流行遅れになり、学校でそのゲームで遊んでいると笑われてしまうというようなゲームもある。このようなゲームについては、消費者もそれほど長期間にわたってアップデートされることを期待するわけではない。対して、高価なワープロソフトを購入した場合は、消費者もこれを長く使用するつもりであり、事業者もそれを知っているので、より長い期間にわたってアップデートが必要になる。

質問2. 事業者のアップデート義務と消費者のインストール期間について

BGB 第327f条第2項では、消費者が事業者から通知を受けた後に、提供されるアップデートを相当な期間内にインストールしない場合には、事業者はそれによって生じた不適合についての責任を免れるとされている。この期間の相当性を判断する際に基準となるものはあるか。

【ゲールズ博士の回答概要】

現時点では、そのような基準は存在していないが、アップデートが提供されていることに気づくことができる機会が、消費者に与えられなければならない。2022年1月1日に施行されたばかりで、裁判例もないだろうが、インストール期間として数日以上は必要だろうと思う。

質問3. デジタル製品の製作者の責任について

デジタル製品の供給者やデジタル要素を伴う物品の売主は、デジタル製品の製作者（開発者）ではないことも少なくないと思われる。そのような場合、事業者がアップデート義務を果たすには、デジタル製品の製作者と連携することが必要になると思われるが、例えば、製作者のサポートが終了し、アップデートを消費者に提供できなくなるといった懸念はないか。この点、デジタル製品の製作者について、直接に消費者に対する責任を認めるといった議論はなかったか伺いたい。

【ゲールズ博士の回答概要】

非常に興味深く重要な事項に関する質問である。指令は、アップデートが供給者ではなく製作者により作成されるような場合に、供給者にアップデート義務を守らせるために、製作者との間でアップデートを提供する契約を締結せざるをえない状況に供給者を追い込む。しかし、誰であっても不可能なことを期待することはできないのであるから、製作者が拒絶していたり、製作者と連絡を取ることができなかったり、製作者が破産していたりするような、供給者においてアップデート義務を果たすことができないような場合は、ドイツ法の定めに従って供給者のアップデートの履行義務は免除される。これは、BGB 第 275 条に定められている。英語版のはじめの一文を読むと、「給付請求権は、給付が債務者又はいずれの者にとっても不可能であるときは、排除される (A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person. ²¹⁾」と書かれている。したがって、供給者は、アップデートの提供を求める真摯で合理的な努力をしなければならないが、それでも製作者からアップデートの提供を受けることができない場合には、アップデートの履行義務を免れることになる²²⁾。

4. 国内法化の方法と法体系における国内法化規定の位置づけについて

質問 1. 規定の配置について

DCD の内容を国内法化するにあたり、ドイツでは、私法制度の透明化及び分かりやすさを高めるためという理由で、特別法を制定するのではなく、BGB へ編入したが、デジタルという特性を持つ取引に関する規定が含まれているため、必ずしも私法制度の分かりやすさを高めたとはいえないよう思える。この配置について異論はなかったのか。

【ゲールズ博士の回答概要】

多くの民事法に関する指令が国内法化されてきたが、20 年以上前にドイツの連邦司法省は、民事法に関する指令を国内法化する際には、すべて民法典に取り込むという判断をした²³⁾。国内法化により、パッチワークのような状況が生じるのを避けるためである。したがって、ドイツには、民事法に関する指令はすべて民法典に取り込むという伝統が

²¹ 英語版の BGB 第 275 条に関しては、以下の URL を参照。
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0826

²² この場合でも、46 頁のションブルグ博士の回答にあるように、買主は解除することができ、場合によっては損害賠償請求もすることができます。

²³Bt-Drucksache 14/6040,S.97 <https://dsrver.bundestag.de/btd/14/060/1406040.pdf>

あり、その判断は、20年以上前にされている。我々は、ただそれに従わなければならず、今回の指令も民法典に取り込むことについて、全く疑問はなかった。もっとも、ご存じのとおり、デジタル・コンテンツ指令は、売買契約のような特定の契約類型を対象とするものではなく、供給者である事業者と消費者の間で締結されるデジタル・コンテンツ及びデジタル・サービスを供給するすべての契約に適用されることから、いくつかの困難な問題を生じさせたが、このようにすべての契約類型に適用されることから、一般債務法（日本法の債権総則に相当）の中に取り込まれることとなった。もちろん、一般債務法に取り込むことは、規定を読みにくくしたが、ドイツの法曹は、優秀であり、すぐにこれらを適切に理解し、適切に適用できるものと信じている。したがって、今も考え直すたびに、この判断は正しかったという確信を深めている。

(以下の4つの質問に対しては、ドイツの国内法化のプロセスについての説明と合わせて回答されている。)

質問2. 統合要件について

BGB 第327e条第4項第2文の文言が、最終的な法律では草案の表現から改められたのは、学者などからの批判を受けたものか。

質問3. 指令国内法化の方向性に関して

ドイツにおける国内法化は、2つの指令を忠実にドイツ民法典に取り込むものであるように見受けられるが、指令にない規定を新たに設けるべきかどうか、とくに議論された点があるか、もしあればそれはどのような点か伺いたい。

5. EU指令の国内法化のプロセスについて

質問1. 2つのEU指令（2019/770, 2019/771）は、ドイツ国内においてどのようなプロセスを経て立法されたか。その中であなた方はどのような立場で立案に関わったか。立案に関係した人員は何名ほどいたか。それらの方々の肩書きや本職はどのようなものだったか。

質問2. 立法過程において、さまざまな利害関係者（ステークホルダー）の意見をどのような形で調整し法案に反映させたか。その際に苦労したことはあったか。

【ゲールズ博士の回答概要】

次の質問に答える前に、ドイツの立法過程の全体像を紹介したい。立法には非常に厳

格な手続きがあり、まず草案の作成に取り組み、作成された草案は、公表に先立ち連邦司法大臣とその他のすべての大臣の承認を得ることになる。そして、草案が公表されから 6 週間、意見聴取（パブリックコメント）の手続きが行われる。この意見聴取手続きにおいて、州（ラント）や学者、事業者団体等は、草案に対するコメントを提出することができる。そして、6 週間の意見聴取の期間が経過した後に、提出されたコメントの内容を検討し、草案に対して改善、変更するところがないか見たうえで、最終的に新たな法案を作成する。この法案は、ドイツの連邦政府閣僚理事会において、投票による最終的な決議がなされ、連邦議会に提出される。そして、連邦議会の手続きに入る前に再度、意見聴取の機会がもたれる。このような手続きについては、もちろんデジタル・コンテンツ指令を国内法化する法案においても同様に履践され、大量のコメントが寄せられた。それらすべてを考慮に入れて、法案の修正、変更について検討したのであるから、もちろん、ご指摘のコメントも読んでいる。もっとも、どのようなコメントにより第 327e 条第 4 項第 2 文に変更を加えたのか、覚えていない。

第 3. ゲルハルト・ションブルグ博士へのインタビュー概要

1. 契約への適合性（瑕疵担保責任）について

質問 1. 2002 年の債務法改正の際には、売主及び請負人の瑕疵担保責任については可能な限りパラレルに修正がなされ、瑕疵概念についても売買も請負も同様の規定がおかれていた。そこでは、それまで用いられていた「性質保証（Eigenschaftszusicherung）」という概念に代わり「性質に関する合意（Beschaffenheitsversicherung）」という概念に置き換えられた。そして、瑕疵がある状態を判断するにあたっては、合意と適合する性状がまず重要であり、ついで、性状に関する合意がない場合には、契約の前提となっていた使用についての適性が重要であり、さらに、通常の使用についての適性が重要であるとされていた。今回の改正では、売買法では、主観的要件、客観的要件、及び組立要件²⁴のすべ

²⁴ BGB 第 434 条。組立要件とは、誤った取付け（incorrect installation）による物品の適合性の欠如について規定する物品売買指令第 8 条を国内法化したものである。BGB 第 434 条第 4 項に組立要件を満たすための具体的な要件が規定されている。なお、デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化のために改正された BGB の条文の日本語訳として、永岩慧子「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約の移管する EU 指令並びに物品売買契約に関する EU 指令のドイツ法における国内法化」愛知学院大學論叢法学研究第 63 卷第 3・4 号（2022 年）73-92 頁がある。

てに適合する場合にその物には瑕疵がないと改正され、主観的要件、客観的要件、組立要件の3つが同等とされたのに対し、請負法の規定(BGB 第633条)は修正されていない。このことは、瑕疵担保規定については可能な限り売買法と請負法をパラレルに規定するという2002年の方針が変更されたと考えて良いか。考えて良い場合には、なぜそのような変更が行われたのか。

【ションブルグ博士の回答概要】

質問で指摘されているとおり売買法と請負法をパラレルな規定とする方針の変更が行われた。個人的には、このことを残念に思っている。なぜなら、請負契約と売買契約の瑕疵担保責任において、同様の規定を設けるということが2002年の改正の理由の一つであったからであり、BGBでは、なるべく短い文章で正確に規定しようと試みていた。しかし、今回、物品売買指令の国内法化にあたって、物品売買指令には、適合性の欠如とはどのようなものなのか詳細に定められていた。欧州委員会は、加盟国でどのように国内法化が行われているのかを監視しており、文言通りに指令を国内法化しないと多くの批判や議論が生じることになる。このようなことから、売買法の改正は忠実に行なった。しかし、請負法は改正しなかった。この点について、あまり批判は見かけないが、例えば、特に請負法の専門家がこの点について何か気づいたような場合には、議論が生じるかもしれない。

質問2. ドイツ法において、物品売買指令の国内法化により改正された新しいBGB 第434条第2項が定める主観的要件は、これまでのBGBの規定よりも詳細に規定されているが、その新しい定義により、これまでの解釈は修正されることになるのか。

【ションブルグ博士の回答概要】

質問にあるとおり、新たな条文はより詳細なものとなっている。現時点では、これまでの解釈が修正されるのかを判断するのは困難だが、個人的には、BtoB契約における解釈は、修正されないだろう²⁵と思っているが、もしかしたら、BtoC契約やCtoC契約に関しては、BtoB契約とは異なってくるかもしれない。

質問3. 客観的要件からの逸脱の許容性について、BtoB契約とBtoC契約とでは異なる

²⁵ BGB434条は、売買一般に適用される総則規定の中に規定されているため、BtoB契約にも適用される。

ことになるが、消費者が不要になった品物を eBay などで出店しているような実質的には CtoC の契約の場合に、客観的要件からの逸脱については、BGB 第 476 条第 1 項が適用されるのか。

【ションブルグ博士の回答概要】

この質問への回答は明確で、それは「いいえ (No)」である。新しい規定のすべてが、CtoC 契約に適用されるわけではない。ドイツ売買法には、売買一般に適用される総則規定(BGB 第 433 条-第 453 条)と消費用動産売買に適用される規定(BGB 第 474 条-第 479 条)という区別が未だ存在する。ここでの消費用動産売買とは、事業者が消費者に動産を販売する契約である(BGB 第 474 条第 1 項)。

そして BGB 第 476 条第 1 項は、このような消費用動産売買の特別規定として定められていることから、CtoC 契約には適用されないことが明確になっている。

質問 4. 物品売買指令のうち物品の契約適合性に関する規定について、ドイツでは、売買一般に関する BGB 第 434 条と、デジタル要素を伴う物品に関する BGB 第 475b 条を中心に、国内法化が行われたものと理解している。このような指令の国内法化規定の配置に対して、立法過程で異論などはなかったか。とくに、消費者物品売買の規定だけではなく、売買一般の規定を改正した点について議論があれば伺いたい。

関連する質問として、BGB 第 434 条の改正は、BtoB や CtoC 契約についても実務に影響を与えるものであるか。

【ションブルグ博士の回答概要】

アップデート義務のための特別の規定を BtoB 契約にも適用すべきかについては、各省庁の中でかなり激しく議論された。そして、各省庁間で立場の違いがあり、それぞれ異なる見解を有していたことが、最初に参事官草案を公開するまでに、かなりの時間を要した理由の一つである。各省庁の見解についてはここでは触れないが、いずれにせよ解決策を見出さなければならなかった。このため、その後成立した改正法は、様々な見解の妥協の産物である。BtoB 契約及び CtoC 契約に適用すべきと主張しても大きな異論のなかつたいくつかの一般的なルールについて BGB 第 434 条に組み入れ、その他の大部分について第 474 条以下に組み入れた。

こうして、BtoC 契約においては、アップデート義務があるが、BtoB 契約では、アップデート義務がないということになってしまった。多くの人がチャンスを逃したと言っていることから、ドイツでは、今後もこの議論は続いていくと思う。

第 434 条の改正は、BtoB や CtoC 契約に関する実務に影響を及ぼすのか、という質問

について、現時点で、答えるのは容易ではない。しかし、個人的には、影響を及ぼすとは思っていない。なぜなら、改正による第 434 条の変更点として、規定がより詳細になったということがまず挙げられるが、その内容が意味するところに大きな変化はないからである。一つだけ変化があった点として、改正前は、適合性において主観的要件が優越していたが、改正により主観的要件と客観的要件が同等の地位になったことがある。これが BtoB 契約及び CtoC 契約に影響を及ぼすとは、考えられていない。なぜなら、これらの契約において、当事者は、性状保証についてそして適合性に関する通常の義務からの逸脱について自由に合意することができるからである。これが BtoC 契約と BtoB,CtoC 契約の主な違いである。他方で、BGB 第 476 条第 1 項については、すでに述べたところである²⁶。

質問 5. デジタル要素を伴う物品の瑕疵の証明責任の転換について

今回の指令国内法化により、目的物の瑕疵に関する証明責任の転換が 6 か月から 1 年に伸長されている (BGB 第 477 条)。完全平準化によるものではあるが、実務上の影響は少なくないように思われる。この点について、立法過程で反発や議論がなかったか。

【ションブルグ博士の回答概要】

この指令について交渉されていた際に、証明責任の転換の期間について、欧州委員会では長く困難な議論があった。いくつかの加盟国は、証明責任が転換される期間について 6 か月の期間が維持されることを望んでいたが、特にフランスやポルトガルのようにすでに国内法で 2 年の期間を設定していた加盟国は、2 年の期間を設定することを望んでいた。そして、最終的には、最低水準の平準化として 1 年の期間を設けたうえで、加盟国により、これを 2 年に延長することができるという妥協策が生まれた。ドイツでは、その後、ドイツ国内では、この期間を 2 年ではなく 1 年と提案することが明らかになった。

2. 契約適合性におけるアップデート義務

質問 1. 政府草案理由書²⁷によれば、引渡し後は、通常の使用に必要な機能を保持する

²⁶ この点については、政府が公表している連邦議会の政府草案理由書の BT-Drucksache.19/27424, 23 頁（以下、「理由書」として引用する。）に詳細な説明がある。

²⁷ 理由書 24 頁

ことを求められないとされているが、のことと、BGB 第 475b 条のアップデート (Aktualisierung) 義務との関係はどのように考えれば良いか。

【ションブルグ博士の回答概要】

原則と例外の関係に関する問題である。適合性判断の基準時は、危険の移転時となるという原則は維持されており²⁸、これは、通常、売主が買主に物品を引き渡した時である。そして、デジタル要素を伴う物品の売買において、アップデートが提供されることは、消費者にとって重要なことであるから、この原則の例外が設けられた。このため、この売買契約はある種の混合契約となっている。つまり、この契約は、単に物品の対価として金銭が支払われるだけの契約ではなく、アップデート義務という継続した義務が生じる契約となっている。

質問2. BGB 第 475b 条では「Update」という用語ではなく、「Aktualisierung」という用語が用いられているが、これはデジタル・コンテンツ指令の国内法化についてと同様に、「Update」及び「Upgrade」の上位概念として「Aktualisierung」が用いられているという理解で良いか。

【ションブルグ博士の回答概要】

「Aktualisierung」という用語が使われているのは、正にそれが狙いであり、デジタル・コンテンツ指令とパラレルに定めたかったのである。このような包括的な文言を用いることについては、主に 2 つの理由がある。1 つは、当事者間で、契約当事者が、売主が「Upgrade」を提供すると主観的に合意する場合、「Aktualisierung」という文言を用いることが適切だからである。つまり、契約自由に基づき「Upgrade」についても合意可能であることから、「Update」及び「Upgrade」の双方を意味する包括的な文言を用いることが適しているのである。そして、もう 1 つの理由は、実際には、「Update」だけが提供されるのではなく、「Update」と「Upgrade」が一緒に提供されることも少なくなく、このような場合には、「Aktualisierung」という文言を用いるのが適切だからである²⁹。

質問3. デジタル要素を伴う物品のアップデート義務について

アップデートにはさまざまなものがあり、実際に事業者が負うべきアップデートの内容や期間をめぐって難しい問題が生じるようにも思われるが、この点につ

²⁸ 前掲注 1 を参照

²⁹ 理由書 24 頁

いて立法過程でどのような議論があったか伺いたい。とくに、アップデート義務を負う期間の合意がない場合に、消費者が期待しうる期間はどのように定まるか、その際に手がかりとなる基準はあるか。

【ションブルグ博士の回答概要】

これはおそらく、欧州委員会で指令について交渉されていた際に、主な議論の対象となった事項である。実際、いくつかの加盟国は、実務における法的確実性をより高めるべき何らかの基準を設けるべきだと主張していた。しかし、現実的ではないことから、解決策を見いだすことは困難であることが分かった。例えば、製品のリストを作成し、このグループは今回はアップデートが必要であるというような解決策を見いだすことは困難であるということである。そのような経緯で、現在のような規定となっている。つまり、消費者が何を期待しているのかということが主な基準となるが、この消費者の期待は事案ごとに判断せざるを得ないのである。草案の理由の中に、この消費者の期待の判断のために重要ないくつかの要素が挙げられている³⁰。例えば、広告の内容、物品の材質、物品の価格等である。将来的には、商品の通常のライフサイクルがどのようなもので、消費者は、これに対してどのような期待を持つことができるのか、について明らかになるような科学的な取組が望まれる。そうすれば、このような法的不確実性は少なくなるだろう。今後数か月、もしかしたら数年、この不確実な状況が続くと思うが、徐々に判例が蓄積されることにより、法的不確実性は少なくなるだろう。

質問4. デジタル製品の製作者の責任について

デジタル製品の供給者やデジタル要素を伴う物品の売主は、デジタル製品の製作者（開発者）ではないことも少なくないと思われる。そのような場合、事業者がアップデート義務を果たすには、デジタル製品の製作者と連携することが必要になると思われるが、例えば、製作者のサポートが終了し、アップデートを消費者に提供できなくなるといった懸念はないか。この点、デジタル製品の製作者について、直接に消費者に対する責任を認めるといった議論はなかったか。

【ションブルグ博士の回答概要】

このことについては、議論があった。特に連邦議会で議論があり、製作者にしかアップデートが提供できないということはよくあるため、議員の中から、実際、どのような形で運用されるのか、という質問があがった。この質問に対しては、アップデート義務を負うのは、売主であるが、もちろん、必ずしも売主自身がアップデートを提供しなけ

³⁰ 理由書 32,33 頁に特に消費者の期待の判断基準についての記載がある。

ればならないというわけではないと回答した。第三者がアップデートを提供することにより、売主のアップデート義務が履行されることもあり得るのである。このことは、BGB 第 267 条第 1 項に定められている。

もちろん、売主にアップデートを提供する能力がない、製作者が破産している、製作者においてこれ以上のアップデートを提供していない、このようなことから売主のアップデート義務が履行できないようなことも起こり得る。この場合には、売主においてアップデートの提供は不能となることから、不能な債務の履行は義務付けられないという一般的な契約の履行不能のルールに基づき、売主はアップデートの履行義務を免れる。その上で、このような契約は解除することができ、解除されるとすでに履行されている給付を互いに返還しなければならず、場合によっては、売主は買主に生じた損害を賠償することになる³¹。

3. デジタル要素を伴う物品について

質問 1. 何が「デジタル要素を含む商品」であり、客観的・主観的要件を満たすために事業者がどのような義務を負わなければならないかを判断する上で、(改正前の)過去の判例で参考になりそうなものはあるか。

【ションブルグ博士の回答概要】

改正前の裁判例については、把握していない。それは、「デジタル要素を伴う物品」という文言は、ドイツにおいては、物品売買指令によって新たに導入されたものであり、「デジタル要素を伴う物品」という文言については、物品売買指令前文（15）にいくつか説明がある。

質問 2. 消滅時効の規定について

デジタル要素を伴う物品の不適合を理由とする請求権の消滅時効規定は、政府草案からの修正があった部分の一つであると認識しているが、消滅時効についてとくにどのような問題が議論されたか。

改正 BGB 第 475e 条³²は、2 年間の消滅時効期間を、最初に瑕疵が明らかになった時から 4 か月間、追完又は保証に基づく修補請求の履行のために、物品を事

³¹ この場合、契約を解除することなく給付に代わる損害賠償を請求することも可能である。

³²

業者又は事業者の依頼により第三者に引き渡した場合には、物品が消費者に戻された日から 2 か月間は開始しないことを定めている。これは、最終的には消滅時効期間の大幅な延長につながる可能性がある。消滅時効期間に関しては、いろいろな議論や討論があるのか。

【ションブルグ博士の回答概要】

ご指摘のとおり、消滅時効の期間が政府草案から変更された。連邦議会議員が抱いていた主な懸念は、政府草案の期間では長すぎるのでないかというものである。政府草案では、アップデートについて、2年の期間が提案されていたが、この期間の起算点は、アップデート義務を負う期間の終了時であった。そのため、例えば、アップデート義務を負う期間が危険の移転時すなわち引渡し時から3年だとしたら、不適合を理由とする請求権の消滅時効のための期間は、そこからさらに2年間継続することになる。したがって、不適合に対する事業者の責任は、合計して5年間存続することになる。連邦議会議員は、これでは長すぎるとして、改正法の起算点を危険の移転時に変更した。しかし、そうするとアップデート義務を負う期間が終了した後に、アップデート義務を怠ったことによる損害が生じることがあり得るため、その解決策を見出さなければならなかった。そこで、消滅時効の期間は通常の起算点から進行するが、アップデート義務を怠ったことにより生じた瑕疵については、アップデート義務を負う期間の終了後12か月を経過するまで時効の完成を猶予するという改正 BGB 第 475e 条第 2 項が定めている解決策を連邦議会議員に提案した。これにより、消滅時効の期間を短くすることによる利益とアップデート義務が終了した後もしばらくの間は、損害賠償を請求することができるという利益の2つの利益を実現している。

後者の質問について、先ほども述べたとおり、この点については、連邦議会で議論されており、連邦議会議員は、政府草案より期間を短縮することを望んだ。そこで、解決策として、アップデート義務との関係では、アップデート義務を負う期間の終了から12か月、アップデート義務の違反に限らず、消滅時効期間内に瑕疵が現れたときは、初めに瑕疵が明らかになった時から4か月、さらに、消費者が修理のために物品を事業者等に引き渡したときは、修理された物品が消費者に返還された時から2か月の時効の完成猶予を設けた。これは妥協策である。

4. EU 指令の国内法化のための立法過程について

質問 1. 立法過程において、さまざまな利害関係者（ステークホルダー）の意見をどのような形で調整し法案に反映させたか。その際に苦労したことはあったか。

【ションブルグ博士の回答概要】

物品売買指令は、完全平準化指令であるため、指令から乖離する余地は、ほんの少ししか残されていなかったが、様々な利害関係者と激しい議論を重ねた。この議論の主要な論点について話そうと思う。

一つ目は、すでにお話ししたが、証明責任に関するものである。消費者の利益を代表する利害関係者は、証明責任転換の期間を2年間にしようとしていたが、他方で、事業者からは、1年でもすでに長いのに、2年は不可能だ、という声があがった。

二つ目も、すでにお話したところであるが、消滅時効の期間に関するものである。消滅時効の期間については、連邦議会議員だけでなく利害関係者とも議論した。事業者の利益を代表する利害関係者からは、アップデート義務の消滅時効について第475e条のような特別の規定は必要ないと主張があった。一般的に適合性の欠如に対する消費者の請求権の消滅時効の期間は、2年もあれば十分であって、第475e条のような規定は、アップデート義務がこの消滅時効の期間よりも長く継続するというめったにない場合に用いられる規定であり、指令が求めるものでもない。それは、そのとおりである。しかし、先ほど述べたとおり、消滅時効の完成猶予は、消費者の利益にかなうことになる。

三つ目は、生体動物についてである。ご存知かもしれないが、物品売買指令は、加盟国に対して、生体動物の売買について指令の適用を除外することを許している。このため、生体動物について全体として適用を除外すべきなのか、議論がなされた。この議論の結果、全体として適用を除外することは、規定に大きな空白を生じさせることになるため問題であるという結論に至った。このため、妥協案として生体動物の売買に関しては、証明責任が転換される期間を従来通りの6か月とすることになった。つまり、証明責任の転換については、指令により認められる適用除外を利用したことになる。これは、BGB第477条第1項の最後の文に定められている。

以上が、利害関係者との議論の主な論点である。もちろん他にも議論はあったが、例えば、規定の表現に関するもののような小さな論点であった。

<資料>

以下には資料として、本インタビューにおいてメインに取り扱ったデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の日本語訳、それぞれの指令提案の日本語訳を示させていただく。

また、ドイツにおいて、この二つの指令を国内法化するBGBの改正法及び最新のBGBを資料として示させていただく。さらに、デジタル・コンテンツ指令を国内法化するBGBの改正法の参事官草案並びにデジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令を国内法化するBGBの改正法（施行法）の日本語訳として、本研究会のメンバーである永岩慧子愛知学院大学准教授の翻訳があるため、これも示させていただく。

1. デジタル・コンテンツ指令及び指令提案の日本語訳

・デジタル・コンテンツ指令

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）121-160 頁

<http://hdl.handle.net/10112/00019937>

・デジタル・コンテンツ指令提案

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」関西大学法学論集 66 卷 2 号（2016 年）197-226 頁

<http://hdl.handle.net/10112/10429>

2. 物品売買指令及び指令提案の日本語訳

・物品売買指令

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及び理事会指令（Directive (EU) 2019/771）」ノモス 45 号（2019 年）161-189 頁

<http://hdl.handle.net/10112/00019938>

・オンライン通信売買指令提案

カライスコス・アントニオス、寺川永、馬場圭太「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」関西大学法学論集 66 卷 3 号

(2016年) 314-334頁

<http://hdl.handle.net/10112/10626>

3. 最新のBGB、デジタル・コンテンツ指令・物品売買指令の国内法化のための改正法
(参事官草案、政府草案及び施行法) の原文及び日本語訳

- BGB

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

- デジタル・コンテンツ指令の国内法化のための改正法案（参事官草案）

BMJV, 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

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=C284D8B6C80C59D7AF48E9C23D9AD9D5.1_cid324?blob=publicationFile&v=1

- デジタル・コンテンツ指令の国内法化のための改正法案（政府草案）

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_BereitstellungdigitalerInhalte.pdf;jsessionid=C284D8B6C80C59D7AF48E9C23D9AD9D5.1_cid324?blob=publicationFile&v=3

- デジタル・コンテンツ指令の国内法化のための改正法

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BgbI_Digitale_Inhalte.pdf;jsessionid=2944F1F7CFD44E190EE7AF48C305AEA9.2_cid324?blob=publicationFile&v=2

- 物品売買指令の国内法化のための改正法案（参事官草案）

BMJV, 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

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Warenkaufrichtlinie

pdf;jsessionid=5B85616F045C8C2DA37F02FDC2D052BE.2_cid324?blob=publicationFile&v=3

- ・物品売買指令の国内法化のための改正法案（政府草案）

Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Warenkaufrichtlinie.pdf;jsessionid=839F081BD7412C1A527C45941E8A2997.2_cid324?blob=publicationFile&v=2

- ・物品売買指令の国内法化のための改正法（施行法）

Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitlen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BgbL_Regelung_des_Verkaufs_von_Sachen_mit_digitalen_Elementen.pdf?blob=publicationFile&v=2

- ・デジタル・コンテンツ指令の国内法化のための改正法案（参事官草案）の日本語訳

永岩慧子「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約に関する EU 指令のドイツ国内法化草案」愛知学院大学論叢法学研究第 62 卷第 3・4 号（2021 年）73-92 頁

http://id.nii.ac.jp/1724/00003194/

- ・デジタル・コンテンツ指令及び物品売買指令の国内法化のための改正法の日本語訳

永岩慧子「デジタル・コンテンツ及びデジタル・サービス供給契約に関する EU 指令及び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第 63 卷第 3・4 号（2022 年）117-143 頁