

# 第1章 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——

馬場 圭太

## 目次

- 一 はじめに
- 二 指令提案の適用対象
- 三 契約適合性の判断基準
- 四 おわりに

### 一 はじめに

本章では、デジタル・コンテンツの供給を目的とする契約において、供給されたコンテンツに契約不適合(瑕疵)があった場合の私法上の取扱い、とりわけ契約適合性の判断基準について検討する。

日本では、デジタル・コンテンツは、「一般に、電子化された形式で提供されるコンテンツを指すものと考えられている」<sup>1)</sup>とされるが、デジタル・コンテンツについて定義する法律上の規定はいまのところ存在せず<sup>2)</sup>、デジタル・コンテ

---

1) 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(平成29年6月)302頁。EU法におけるデジタル・コンテンツの定義については後述する。

2) ただし、コンテンツの創造、保護及び活用の促進に関する法律は、同法にいうコンテンツを「映画、音楽、演劇、文芸、写真、漫画、アニメーション、コンピュータゲームその他の文字、図形、色彩、音声、動作若しくは映像若しくはこれらを組み合わせたもの又はこれらに係る情報を電子計算機を介して提供するためのプログラム(電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わせたものをいう。)であって、人間の創造的活動」

ンツの民事法上の取扱いについて特別に規律するルールも現れていない<sup>3)</sup>。その一方で、デジタル・コンテンツを対象とする取引や役務は広く普及しており、我々の生活に浸透している。

デジタル・コンテンツは、CDやDVDのようにキャリア・メディアに固定された有体物に近い形で流通することもあるが、近年はむしろ、インターネット等のネットワークを通じて、さらには事業者が構築する様々なプラットフォームを介して配信されることが多い。コンテンツの利用形態も、有体物の場合とは異なる様々なものが現れている。

このようなデジタル・コンテンツを供給する契約(以下、「デジタル・コンテンツ供給契約」と表記する。)の特性に適した契約規範を検討し、立法化しようとする動きが欧州において展開している<sup>4)</sup>。そのなかで2015年12月にEU(欧州連合)によって公表されたのが、「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」<sup>5)</sup>(以下、「DCD提案」と表記する。)である。

---

により生み出されるもののうち、教養又は娯楽の範囲に属するものをいう」(第2条1項)としている。

- 3) 今般成立した改正債権法(民法の一部を改正する法律〔平成29年法律第44号〕)においても、デジタル・コンテンツ供給契約は、考慮の外に置かれている。
- 4) 本稿では直接扱わないが、EUに先行してデジタル・コンテンツ供給契約に関する規律を導入した2015年イギリス消費者権利法(Consumer Rights Act 2015)も注目に値する。同法を紹介する文献として、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」NBL1064号(2015年)35頁以下、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1号(2016年)107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頁以下などがある。
- 5) 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. 同提案の翻訳として、カライスコス アントニオス=寺川永=馬場圭太「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。本稿では、断りのない限り、同文献の訳を用いる。

同提案に言及する論稿は日本ではまだ少ないが、最近、シンポジウム『デジタル社会における「人」と「法」』(2017年3月14日開催)におけるマーティン・シュミット-ケッセル教授の

同提案は、EUにおけるデジタル単一市場戦略<sup>6)</sup>の一環として推進された施策としての側面と、欧州共通契約法の形成<sup>7)</sup>を目指す流れに位置づけられる側面とを有している<sup>8)</sup>。したがって、同提案それ自体の意義を正しく理解するためには、一方において、欧州に固有の文脈のなかで同提案をどのように位置づけるべきかという観点から分析を加える必要がある。しかし、本稿では、そのような欧州的文脈に配慮しつつもそこから一定の距離を置き、指令提案が構築しようとしている具体的な規範内容に力点を置いて分析を進めることにしたい。周知のように、

---

ㄨ(ドイツ・バイロイト大学)の講演翻訳等が公表された。同報告は、指令提案の概要を紹介するとともにドイツ法との比較検討を行っている。本稿との関係ではとりわけ第一報告(藤原正則訳)「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」洋法61巻2号(2017年)162頁以下の叙述が有益である。

6) 詳細については、2015年5月にEUによって公表された報告書(“A Digital Single Market Strategy”, COM/2015/192 final)を参照。

7) 詳細については、中田邦博「ヨーロッパ(EU)私法の平準化-ヨーロッパ民法典の可能性」川角由和ほか編『ヨーロッパ私法の展望と日本民法典の現代化』(日本評論社、2016年)3頁以下を参照。

8) 同提案が公表されるに至った経緯については、カライスコスほか・前掲注5)197頁以下およびシュミット-ケッセル・前掲注5)162頁以下を参照。

なお、同提案と同時に「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 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」(以下、「OSD 提案」と表記する。)が公表されている。OSD 提案は、DCD 提案と相互に補い合う関係にあるだけでなく、消費者物品売買指令(1999/44/EC)および消費者権利指令(2011/83/EU)の定める準則を補完し、強化しようとするものである。シュミット-ケッセル教授によれば、DCD 提案に関する審議が順調に進んでいるのに対して、OSD 提案の前途は必ずしも明るくないようであるが(シュミット-ケッセル・前掲注5)163頁以下)、DCD 提案の意義を理解するためには、OSD 提案と比較する視点を欠くことができない。

OSD 提案(オンライン通信売買指令提案)の内容については、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」関法66巻3号(2016年)314頁以下および古谷貴之「EU デジタル単一市場戦略における新たな展開-オンライン売買指令案の分析と評価」現代消費者法34号(2017年)81頁以下を参照。

今般日本において成立した改正債権法では、物の「瑕疵」に関する売主の担保責任は、「契約不適合」に対する責任へと転換された。これにより、日本の売買法は、契約不適合構成を採用する欧州私法<sup>9)</sup>により一層接近することになった。にもかかわらず、改正法は、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からである。

## 二 指令提案の適用対象

デジタル・コンテンツの適合性について論ずる前提として、必要な範囲で<sup>10)</sup>指令提案の適用対象を確認しておく。

### 1 当事者の属性

DCD 提案は、当事者の属性にかかわらず契約一般に適用される規範ではない。同提案は、供給者<sup>11)</sup> (事業者)が消費者にデジタル・コンテンツを供給することを内容とする契約に限定して適用されることが予定されている(第1条)。消費者契約(BtoC)に適用範囲が限定されるのは、EUの平準化権限が一般契約法には及ばないとされていることと関係している。裏を返せば、理論的には、同提案が定

---

9) 欧州各国では、消費者物品売買指令(1999/44/EC [2011年に改正])が国内法化されたことにより、同指令が国内法化された範囲について、あるいはそれを越えて、契約不適合構成が導入されている。

10) DCD 提案は第3条に適用範囲に関する詳細な規定を置いているが、本稿では説明を省略する。

11) 供給者 supplier とは、「自らの商業、工業、手工業又は自由専門職に関係する目的で行動する(その者の名において又はその者のために行動する者を通じる場合を含む。)自然人又は公私の別を問わない法人」と定義される(DCD 提案第2条3.)。これは、現行法である CRD における事業者 trader の定義(CRD 第2条(2))とほぼ同一である。

める規律が消費者契約以外の契約(とりわけ事業者間契約(BtoB))に適用される可能性は排除されない。

## 2 デジタル・コンテンツの定義

DCD 提案は、デジタル・コンテンツを次のように定義する。

第2条1. 「デジタル・コンテンツ」とは、次に掲げる事項のいずれかに該当するものをいう。

(a) デジタル形式で作成し、かつ、供給するデータ。例えば、映像、音声、アプリケーション、デジタル・ゲームその他のソフトウェア

(b) 消費者がそのデータを供給する場合には、デジタル形式でデータを作成、処理又は保存することを可能とする役務

(c) その役務の他の利用者が供給するデジタル形式のデータの共有その他の相互作用を可能とする役務

デジタル・コンテンツの定義を含む他の立法(提案も含む。)と比較してみよう。

まず、現行規定である消費者権利指令<sup>12)</sup>(以下、「CRD」と表記する。)は、デジタル・コンテンツを、「デジタル形式で作成し、かつ、提供するデータをいう」と定義している(CRD 第2条(11))。

次に、同時期に策定され、後に廃案となった共通欧州売買法規則提案<sup>13)</sup>(以下、「CESL 規則提案」と表記する。)では、「買主の仕様書に従うか否かにかかわらず、

---

12) Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on consumer rights. 同指令の日本語訳として、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」中田邦博 = 鹿野菜穂子編『消費者法の現代化と集団的権利保護』(日本評論社、2016年)551頁以下がある。

13) Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on a Common European Sales Law, COM (2011)635 final. 同規則提案の日本語訳として、内田貴監訳『共通欧州売買法(草案)』(商事法務、2012年)などがある。

デジタル形式で作成し、かつ、提供するデータをいう(映像、音声、画像又は文書のデジタル・コンテンツ、デジタル・ゲーム、ソフトウェア、及び、既存のハードウェア又はソフトウェアをパーソナライズすることを可能にするデジタル・コンテンツを含む。)」と定義されていた(CESL 規則提案第2条(j))。CRDと比較して定義がやや詳細になってはいるものの、内容はほぼ同じであるといえよう。

これら2つの立法と比較すると、DCD 提案では、クラウドサービス等デジタル・コンテンツの供給に密接に関連する役務も「デジタル・コンテンツ」に含まれるとされている点が注目される(DCD 提案第2条1.(b)および(c))。同提案の前文によれば、同提案は、伝達に用いられる媒体にかかわらず、あらゆるデジタル・コンテンツに適用されるべきであり、DVD や CD などデジタル・コンテンツが持続的記録媒体の形で提供される場合にも適用されるべきであるとされる(DCD 提案前文(11)、(12))。このように、同提案の適用客体の範囲を広く捉えて、規律を定立していこうとする方針を看取することができる。

### 三 契約適合性の判断基準

#### 1 規律構造

第6条がデジタル・コンテンツの契約適合性について定めている。若干長くなるが、同条の訳文を掲げる。

#### 第6条 デジタル・コンテンツの契約適合性

1. 契約に適合するためには、デジタル・コンテンツは、場合により、次に掲げる事項を満たさなければならない。

(a) 契約(契約の重要部分となる契約締結前の情報を含む。)に定める数量、品質、期間、バージョン、機能性、相互運用性その他動作上の特徴、例えば、アクセシビリティ、継続性及びセキュリティを有すること。

(b) 消費者が契約締結時に供給者に知らせ、かつ供給者が受け入れた、消費

者がデジタル・コンテンツに求める特別の目的に適合すること。

(c) 契約に定められた指示及びカスタマー・サポートとともに供給されること。

(d) 契約に定められたアップデートを受けること。

2. 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、デジタル・コンテンツは、同種のデジタル・コンテンツが通常使用される目的(デジタル・コンテンツの機能性、相互運用性その他動作上の特徴、例えば、アクセシビリティ、継続性及びセキュリティを含む。)に適合しなければならない。[その判断にあたって] 次に掲げる事項を考慮する。

(a) デジタル・コンテンツが代金その他金銭以外の反対給付と引き換えに供給されるか否か。

(b) 場合により、現行の国際的な技術規格、又は、国際的な技術規格が存在しない場合には、その産業について適用可能な自主行動規準及びグッド・プラクティス

(c) 供給者その他取引連鎖の前段階にいる者によって、又はこれらの者を代理して行われた公的言明。ただし、供給者が次に掲げる事項を証明した場合は、この限りでない。(i) 供給者がその言明を知らず、かつ、合理的に知ることができなかつたこと。

(ii) 契約締結時までにその言明が修正されたこと。

(iii) デジタル・コンテンツを取得する決定が、その言明による影響を受けることができなかつたこと。

3. 契約が、一定の期間にわたってデジタル・コンテンツを供給し続けることを定める場合には、デジタル・コンテンツは、その期間の継続中は契約に適合しなければならない。

4. 別段の定めがない限り、デジタル・コンテンツは、契約締結時に利用可能であったそのデジタル・コンテンツの最新バージョンに適合するようにし

て供給するべきである。

5. 契約に適合するためには、デジタル・コンテンツは、第7条及び第8条の要件も満たさなければならない。

現行法である消費者物品売買指令<sup>14)</sup>（以下、「CSD」と表記する。）<sup>15)</sup>と比較すると、DCD 提案における契約適合性の判断基準に関する規律は、3つの特徴を

---

14) Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sales of consumer goods and associated guarantees. 同指令は、2011年消費者権利指令の採択にともない改正されている。同指令の日本語訳として、今西康人「消費者売買指令と目的物の瑕疵に関する売主の責任 - 指令の国内法化からの検討」判タ1117号(2003年)56頁以下がある(ただし、2011年改正は反映されていない)。

15) CSD は、第2条において、契約適合性の判断基準について定める。

「第2条 契約適合性

1. 売主は、売買契約に適合する物品を消費者に引き渡さなければならない。

2. 消費者物品は、次の場合に、契約に適合するものと推定される。

(a) 売主によってされた記載を遵守している場合、及び、売主が消費者に対して見本又はモデルとして提示した物品の品質を備えている場合

(b) 消費者が物品に対して求め、契約締結時に消費者が売主に伝達し、売主が同意した、特別の目的に適している場合

(c) 同種の物品が通常用いられる目的に適する場合

(d) 物品の性質を考慮して、また、売主、生産者又はその代理人によってとりわけ広告又はラベルにされた物品の特質に関する公的言明に照らして、同種の物品において通常であり、消費者が合理的に期待しうる品質及び性能を備えている場合

3. 消費者が契約締結時に適合性の欠如を知っていた、若しくは、合理的に知ることができた場合、又は、適合性の欠如が消費者によって供給された材料に原因を有する場合には、本条の目的において適合性の欠如とみなされない。

4. 本条2.(d)にかかわらず、売主は、次の事項を証明した場合には、公的言明により義務を負わない。

一 売主が、当該表示を知らなかった、又は、合理的に知ることができなかったこと、

一 契約締結時までに、当該表示が修正されたこと、又は、

一 消費者物品を購入する判断が当該表示によって影響を受けなかったこと。

5. 取付けが物品売買契約の内容となっており、売主又は売主の責任のもとで物品が取り付けられた場合には、消費者物品の誤った取付けに起因する適合性の欠如は、物品の適合性のノ



備えているといえそうである。

まず、DCD 提案は、第一に契約に適合していることを要求し(第6条1.)、第二に、契約内容が明確でない場合に、契約の目的に適合していることを求めている(第6条2.)。前者は主観的基準、後者は客観的基準と呼ばれており、DCD 提案は両者に序列を付けて組み合わせている。他方、CSD は、そのような序列を設定していない。

次に、DCD 提案は、契約適合性(第6条1.)および契約目的への適合性(第6条2.)について、適合するために満たさなければならない事項の個別リストを掲げている。CSD は、契約に適合すると推定されるケースのリストを掲げてはいるが(CSD 第2条2.)、DCD 提案のようなリストを列挙してはいない。

最後に、契約適合性の証明について、CSD は、物品の引渡しから6ヶ月の期間を定めて、引渡しにおける適合性欠如の存在を推定する<sup>16)</sup>。しかし、DCD 提案は、CSD のような手法を採用せず、証明責任を即時に供給者側に転換している(第9条、後掲)。

以下、条文の順序に従って、規律の内容をみていく。

## 2 契約適合性の判断基準(1): 主観的基準

DCD 提案が採用する契約適合性の判断基準は2種類からなる。第一基準は供給者・消費者間の合意内容(契約)であり(第6条1.)、第二基準は、国際的技術

---

「欠如に相当するとみなされる。消費者によって取り付けられることが予定された生産物が消費者によって取り付けられ、誤った取付けの原因が取付説明書の不足にある場合も同様とする。」

16)CSD は、次のように定める。

「第5条 期間制限

1. 2. [省略]

3. 別段の定めがある場合を除き、物品の引渡しから6ヶ月以内に明らかになった適合性の欠如は、引渡しに存在したものと推定する。ただし、この推定が物品の性質又は適合性の欠如の性質と相容れない場合は、この限りでない。」

規格や公的言明 public statement などの客観的基準である(第6条2.)。そして、同提案は、第6条1.(a)から(d)までに掲げる事項が契約によって明確かつ分かりやすく定められていない場合、すなわち第一基準が機能しない場合に限って、補充的に第二基準を用いることができるという構造を採用する(第6条2. 柱書および前文(25))。

第6条1. は、供給されたデジタル・コンテンツが契約に適合していることを求めており、そのために充足されるべき事項を、同条1.(a)から(d)までに定めている。(a)から(d)までのリストは、条文を字義通り解釈すれば(「場合により where relevant」という文言の存在を考慮すれば)、必ずしもすべての事項を同時に満たしている必要はなく、契約類型やデジタル・コンテンツの種類によっては、一部の事項が欠けていることもありうると解される<sup>17)</sup>。

以下、主観的基準を満たすために満たされることが要求されている各事項について個別に検討を加える。

### **(1) 契約に定められた数量、品質、期間、バージョン、機能性、相互運用性その他の動作上の特徴**

第一に、第6条1.(a)は、デジタル・コンテンツが契約に適合するために、契約に定められた数量、品質、期間、バージョンを備えているだけでなく、機能性<sup>18)</sup>、相互運用性<sup>19)</sup>その他動作上の特徴(例えば、アクセシビリティ、継続性、セキュリティ)を有していることを要求する。論者は、これらの事項の要求の列

---

17) Aurelia Colombi Ciacchi / Ester van Schagen, Conformity under the Draft Digital Content Directive: Regulatory Challenges and Gaps, *in* Reiner Schulze et als.(eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart publishing - Nomos, 2017, p.103-104. 以下の叙述は、同論文の分析に負うところが大きい。

18) 機能性 functionality とは、DCD 提案前文(26)およびCRD 前文(19)によれば、例えば消費者の行動の追跡のような「デジタル・コンテンツを使用する方法」や、デジタル著作権管理又はリージョン・コードによる保護のような「技術上の制限の有無」などがこれに該当するされる。

19) 相互運用性 interoperability とは、DCD 提案前文(26)によれば、デジタル・コンテンツがア

挙を概ね好意的に評価している<sup>20)</sup>。これらの事項が契約不適合になることを明確にすることで、問題に巻き込まれている消費者が契約不適合の具体的な内容を知ることができるからである<sup>21)</sup>。

第二に、第6条1.(a)は、各要素が「契約に定められた as required by the contract」ものであるとする。これは、契約適合性の判断において「契約内容に定められているか否か」が基準となることを意味する。契約内容は、契約の文言および契約解釈によって定まることになる。

第三に、第6条1.(a)は、契約前の情報提供が、契約の重要な部分になる場合には、それが適合性の判断基準となりうることを明示している。CRD 第6条1. が通信取引契約および営業所外契約について定める契約前の必要的説明事項は、同条5. によって「契約の不可欠な部分を構成する」とされ、契約内容に取り込まれる。したがって、これらの事項は、DCD 提案の第一基準を判断する際に参照される<sup>22)</sup>。

CRD は、事業者は、消費者に対して、デジタル・コンテンツの機能性(CRD 第5条1.(g)、第6条1.(r))および相互運用性(CRD 第5条1.(h)、第6条1.(s))について契約前に情報提供する義務を負うと定めている<sup>23)</sup>。

事業者(供給者)が、これら法定の情報提供事項に加えて、一般的な情報提供義

---

「適切に機能するために…他のデジタル機器と相互に作用すること」であり、特にデジタル・コンテンツが「処理装置の速度及びグラフィック・カードの特徴を含むハードウェア、並びに、特別なバージョンのオペレーティング・システム又は特別なマルチメディア・プレーヤーを含むソフトウェアと相互に作用する」ことを意味するとされる。

20) Johannes Druschel, Die regelung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), GRUR Int. 2015, p.136; Marco Loos, Conformity and non-conformity of digital content, *in* Helberger et al (eds.), Digital consumers and the law, Kluwer, 2013, 97.

21) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.104.

22) Rafał Mańko, Contracts for supply of digital content: a legal analysis of the commission's proposal for a new directive, Members' Research Service, 2016, p.17.

23) 機能性および相互運用性の具体例については、それぞれ注18)および注19)に掲げたので、ここでは繰り返さない。

務を負うかどうかについては、本指令からは明らかではない<sup>24)</sup>。

それでは、例えば消費者が一般に用いられているデジタル環境と互換性のないゲームを購入してしまったという場合に、これが契約不適合に該当するか。この場合には、第6条1.(a)に定められているように、互換性が「契約に定められた」事項であるかどうかによって判断される<sup>25)</sup>。ただし、「消費者のデジタル環境が相互運用性その他デジタル・コンテンツの技術的要件と互換性を欠くことを供給者が証明し、かつ供給者が消費者に対してこれらの要件について契約締結前に説明した場合」には、契約不適合の証明責任は供給者側から消費者側に転換される(第9条2.)。

## (2) 契約内容となった特別の目的への適合

第6条1.(b)は、契約締結時に消費者が当該デジタル・コンテンツに対して求める特別の目的を供給者に知らせていた場合には、当該デジタル・コンテンツは、その特別の目的に適合しなければならないと定める。これは、CSD第2条(b)と同様の規律を取り入れたものである。加えて、第6条1.(c)は、契約に定められた指示およびカスタマー・サポートとともにデジタル・コンテンツを供給することを課している。

## (3) 契約に定められたアップデートの提供

第6条1.(d)は、契約に定められたアップデートを提供することを求めている

---

24) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.106.

25) *Ibid.*

26) Loosによれば、定期アップデートの提供は供給者の債務に含まれる。なぜなら、この債務が供給者に課されなければ、多くのデジタル・コンテンツは引渡後短期間のうちに使用不能となり、また、デジタル・コンテンツの供給者は、消費者のデジタル環境が変化するものであることを知っているからである(Marco Loos, *Europese hamronisatie van Inline en op afstandverkoop van zaken en de levering van digitale inhoud (II)*, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2016, p.153)。

る。デジタル・コンテンツの供給者は、デジタル・コンテンツと消費者のデジタル環境との互換性を確保するために、定期アップデートを提供する<sup>26)</sup>。上記規定に従えば、例えば消費者が最新バージョンのプログラムを選択しない場合に、両当事者がアップデートの回数を減らす合意をすることができる<sup>27)</sup>。

定期アップデートが、どのような場合に、どのような頻度で行われるべきかの判断は容易ではない。この点については、EUの各委員会により異なる修正提案が提出されており、議論が続いているようである<sup>28)</sup>。今後の動向が注視される。

#### (4) 主観的基準に対する評価

立案担当者の説明によれば、DCD 提案第6条1. において主観的基準が選択された理由は2つ存在する。

第一の理由は、著作権法との抵触を避けることであつた<sup>29)</sup>。すなわち、客観的基準をとると、サブライセンシー（供給者）と消費者との間で締結される契約において、サブライセンシーは、当該消費者に対して、同種の契約において一般的に期待されるコンテンツを供給する義務を負うことになる。しかし、サブライセンシーと契約連鎖の前段階にいる者（ライセンサー）との間の契約はそうではない。サブライセンシーがライセンスの内容を越えるコンテンツを供給しなければならなくなる矛盾を回避しなければならないという理由である。

第二の理由は、いわゆるベータ・バージョンも DCD 提案の規律対象のなかに含めようとしたことであつた<sup>30)</sup>。ベータ・バージョンは、瑕疵があることは周知であるが、どのような瑕疵があるのかは分からない。そして製造者は、ユーザーからの改善要求を受けて、製品を改善していくというものである。客観的基準を

---

27) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.107.

28) *Ibid.*, p.108-109.

29) Dirk Staudenmayer, Verträge über digitalen Inhalt. Der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission, NJW, 2016, p.2721.

30) *Ibid.*

と採用すると、このような取引慣行が妨げられるおそれがあるからである。

一方で、主観的基準には欠点も存在する。供給者が契約においてデジタル・コンテンツの用途を狭い範囲に制限するような場合に、同様のデジタル・コンテンツについて通常期待できることを当該コンテンツには期待できないことになる<sup>31)</sup>。さらに、主観的基準は、供給者が、消費者に対する自らの責任を制限する契約条項を挿入する余地を与えるとも指摘されている<sup>32)</sup>。DCD 提案が示す主観的基準の採用については、なお検討の余地がありそうである。

また、第6条1.(c)に定める取扱説明、カスタマー・アシスタンスへの消費者の権利および同(d)に定めるアップデートへの権利は、「契約に定められた」という限定が付されているため、いずれにせよ権利行使の可否は契約内容によって定まることになる。したがって、これらの規定が任意規定として作用することはなく、消費者に有利な推定を働かせる根拠となることもないとの指摘がある<sup>33)</sup>。

### 3 契約適合性の判断基準（2）：客観的基準

#### （1）第二基準の位置づけ

DCD 提案第6条2.は、デジタル・コンテンツに要求される事項が契約によって明確かつ分かりやすく定められていない場合には、当該コンテンツは、同種のデジタル・コンテンツが通常使用される目的に適合しなければならないと定める。第6条1.に定める基準が当事者間の合意内容を基準とする意味において「主観的」であるのに対して、第6条2.の基準は、それ以外の要素を基準とする意味において「客観的」とされる。

第6条2.の規律については、次の点について議論がある。

① 第6条2.本文は、客観的基準が適用される要件として、第6条1.に定める要求事項が「明確かつ分かりやすく」定められていないことを求めている。

---

31) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.113.

32) *Ibid.*, p.114.

33) Mańko, *supra* note 22, p.17.

欧州司法裁判所は、消費者に提供される情報の明確性について、消費者が条項の経済的帰結を評価できるようなものであることを求めており<sup>34)</sup>、前掲の要件が課されれば判例と平仄が合うこととなろう。しかし、このような要件を設定することによって契約適合性の判断基準(主観的基準か客観的基準か)の選択を裁判官の裁量に委ねることそれ自体を批判する見解もみられる<sup>35)</sup>。

② 第6条2. は、典型的な消費者によって「同種のデジタル・コンテンツが通常使用される目的」に適合しているか否かを判断基準としている。DCD 提案では、個別の消費者の合理的な期待は判断基準とされていない。「消費者の合理的な期待」という概念は、CSD<sup>36)</sup>やCESL 規則提案<sup>37)</sup>においては、判断基準の一部において用いられていたものである。この概念を用いれば、適合性の判断において事例ごとに諸事情を考慮することが可能になるが、反面、判断の客観性が損なわれることになる。「消費者の合理的な期待」をDCD 提案においてどのように位置づけるかについては意見が分かれており、議論の推移を注視する必要がある<sup>38)</sup>。

③ 第6条2. は、当該デジタル・コンテンツが、同種のデジタル・コンテンツが「通常」使用される目的に適合しているか否かを判断する際に考慮されるべき事項を(a)から(c)まで列挙する。これらのリストが包括的なものであるのか、例示的なものであるのかが議論されている<sup>39)</sup>。

この点については、Colombi Ciacchi / van Schagenは、少なくとも他の分野(個

---

34) Case C-96/14 Jean-Claude Van Hove v CNP Assurances SA ECLI:EU:C:2015:262 par. 40-41.

35) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.116.

36) 例えば、CSD 第2条2. (d)は、適合性の推定がはたらく場合の一つとして、「物品の性質を考慮して、また、売主、生産者又はその代理人によってとりわけ広告又はラベルにされた物品の特質に関する公的言明に照らして、同種の物品において通常であり、消費者が合理的に期待しうる品質及びパフォーマンスを備えている場合」を掲げる。

37) CESL 規則提案第100条(g)は、適合性の判断基準の一つとして「買主が期待しうる品質及びパフォーマンスを有すること」を掲げる。

38) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.117.

人データ保護法や著作権法など)の規定と抵触する場合には、それらの規定が優先されるべきであり、第6条2.が列挙する事項は制限的に解釈されるべきであると主張する<sup>40)</sup>。

以下、これらの列挙事項について個別に検討を加える。

## (2) 反対給付の性質

第6条2.(a)は、デジタル・コンテンツが代金その他の金銭以外の反対給付と引き換えに供給されたか否かを考慮するよう求めている。ここにいう「金銭以外の反対給付」の内容は、消費者の個人データその他のデータの提供等が想定されている。前文(13)が指摘するように、デジタル・コンテンツは、例えば個人データその他のデータへのアクセスを提供するといった、金銭以外の反対給付と引き換えに供給されることがしばしばある。

第6条2.(a)の解釈について、反対給付の性質(代金であるか否か)が適合性の判断に影響を及ぼしうるかどうか議論されている<sup>41)</sup>。これは、デジタル・コンテンツ供給契約における反対給付の履行が様々な形態をとりうることから生ずる論点である。すなわち、デジタル・コンテンツに対して代金のみをもって弁済に充てるという場合もある一方で、個人データを提供する代わりに金銭を支払わずにデジタル・コンテンツが供給される場合があり、また、デジタル・コンテンツの価値に比して低額な代金と消費者のデータを提供をもって反対給付とする場合もある。デジタル・コンテンツのなかにも、高額なものと低額なものがあり、コンテンツの価格によって適合性の判断に違いが生じうるかどうか問題となりうる<sup>42)</sup>。

---

39) *Ibid.*, p.121.

40) *Ibid.* 同旨の見解として、Loos, *supra* note 20, p.85; Reiner Schulze, Supply of Digital Content – A New Challenge for European Contract Law, in A De Franceschi (ed), European Contract Law and the Digital Single Market, Intersentia, 2016, p.129.

41) Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.118.

42) Colombi Ciacchi / van Schagen は、この区別に一定の理を認めつつ、一方で、消費者がプ



以上のような反対給付の性質と契約適合性の判断との関係について、DCD 提案の現在の文言からは、何らの明確な帰結をも導き出すことができないと言わざるをえないだろう。

### (3) 現行の国際的な技術規格、自主行動規準、グッド・プラクティス

第6条2.(b)は、国際的な技術規格<sup>43)</sup>または、それが存在しない場合には、自主行動規準およびグッド・プラクティスを考慮して、「同種のデジタルコンテンツが通常使用される目的」を判断するよう求めている。

### (4) 供給者その他の者による公的言明

第6条2.(c)は、供給者および契約連鎖の前段階にいる者、またはそれらの者を代理して行われた公的言明を考慮するよう求めている。これは、CSD第2条2.(d)および4.をデジタル・コンテンツ供給契約に対応するよう修正を加えた規定である。

## 4 誤った統合

デジタル・コンテンツが契約に適合するためには、第6条の要件を満たすだけでなく、第7条および第8条の定める要件をも満たさなければならない(第6条5.)。第7条はデジタル・コンテンツの誤った統合によって適合性の欠如が生じた場合について、第8条はデジタル・コンテンツ上に第三者の権利が付帯する場合について定める。以下では、誤った統合のみをとりあげる。

---

\\ デジタル・コンテンツに対して全く対価を支払わない場合であっても、例えばクラウド・プログラムが誤動作したことで消費者の価値あるデータが失われた場合や個人情報漏洩した場合など、消費者側に著しい被害が生じることがあることを指摘する。(Ibid., p.119)。

43) ここにいう国際規格には、国際標準化機構の規格(ISO規格)などが含まれるが、前文(28)の記述によれば、国際レベルの規格に限定されず、ヨーロッパレベル、あるいは特定の産業部門レベルで形成された国内規格なども考慮対象に含まれる(Maňko, *supra* note 22, p.18)。

DCD 提案は次のように定める。

#### 第7条 デジタル・コンテンツの統合

デジタル・コンテンツが、消費者のデジタル環境に誤って統合された場合には、その誤った統合を原因とする適合性の欠如は、次に掲げるいずれかの事項に該当する場合には、デジタル・コンテンツの適合性の欠如であるものとみなす。

(a) デジタル・コンテンツが供給者によって、又は供給者の責任の下で統合された場合

(b) デジタル・コンテンツが消費者によって統合されることが予定され、かつ、誤った統合が統合のための指示の不備によるものであり、これらの指示が第6条1.(c)の規定に従って行われた場合又は第6条2.に従って行われるべきであった場合

第7条が掲げる「統合 integrate」とは、消費者物品売買における物品の「取付け installation」<sup>44)</sup>に対応する概念である。

デジタル・コンテンツが有効に機能するためには、デジタル・コンテンツが消費者のデジタル環境に適切に統合されていることが重要となる。デジタル・コンテンツそれ自体が契約に適合していたとしても、誤った統合がされれば、当該デジタル・コンテンツは正常に機能しないからである。

本提案において注目すべきは、消費者のデジタル環境を決定する際に、消費者は、可能かつ必要な範囲で、供給者に協力する義務が課されている点である(第9条3.)<sup>45)</sup>。消費者がこの協力義務を履行しない場合には、供給者が負うデジタル・コンテンツの契約適合についての証明責任が転換され、消費者が契約不適合

---

44) 物品の「誤った取付け」を適合性の欠如とみなす規定は、DCFR (IV. A.-2:304条)、CESL 規則提案(第101条)、OSD 提案(第6条)にも置かれている。

を証明する責任を負うことになる(同条1.および3.)。この規定は、消費者の協力がなければ、供給者が消費者のデジタル環境を知ることは一般に困難であることへ配慮したものであり、物品のオンライン通信売買(OSD 提案)において同様の配慮はされていない。

第7条(b)については、供給者による「指示」がどの程度まで要求されるかについて解釈の余地があることが指摘されている<sup>46)</sup>。すなわち、デジタル・コンテンツの統合に関する指示自体に不備がなくても、消費者がその指示に従って自ら統合を適切に行うことができない場合が少なくないと考えられる。そのような場合に、供給者が消費者の脆弱性を認識できた場合には、一般的消費者に対してであれば十分であると考えられる指示にとどまらず、前掲のような脆弱な消費者に適した追加的指示を行う義務を供給者に課す余地が<sup>47)</sup>残されている。

## 5 契約適合性の証明

DCD 提案は、CSD<sup>48)</sup>、CESL 規則提案<sup>49)</sup>や OSD 提案<sup>50)</sup>と異なり、期間を定め適合性欠如を推定する規定を置かず、デジタル・コンテンツの契約適合性に関する証明責任を供給者側に直接転換している(第9条1.)。

### 第9条 証明責任

1. 第10条が定める時において契約に適合していたことについての証明責任は、供給者が負う。

---

45)ただし、「この協力義務は、技術的に可能である、消費者に与える影響が最小となる手段に限定される」(同条同項)。

46)Colombi Ciacchi / van Schagen, *supra* note 17, p.124.

47) *Ibid.*

48)CSD は、別段の定めがある場合を除き、物品の引渡しから6ヶ月以内に明らかになった適合性の欠如について、引渡時に存在したものと推定する(CSD 第5条3.)。

49)CESL 規則提案は、買主への危険移転時から6ヶ月以内に明らかになった契約不適合の欠如について、当該危険移転時に存在したものと推定する(CESL 提案第105条2.)。

2. 1. は、消費者のデジタル環境が相互運用性その他のデジタル・コンテンツの技術要件と互換性を欠くことを供給者が証明し、かつ供給者が消費者に対してこれらの要件について契約締結前に説明した場合には、適用しない。

3. 消費者は、消費者のデジタル環境を決定するために可能かつ必要な範囲で、供給者と協力しなければならない。この協力義務は、技術的に可能であり、消費者に与える影響が最小となる手段に限定される。消費者が協力しない場合には、契約に適合しないことについての証明責任は、消費者が負う。

同条 1. によれば、消費者は、デジタル・コンテンツに適合性の欠如が生じていることを証明すれば足り<sup>51)</sup>、この適合性欠如が契約締結時に発生していたことを証明する必要はない。デジタル・コンテンツを継続的に利用する契約においては、供給者は当該契約の全期間にわたって証明責任を負うことになる<sup>52)</sup>。この証明責任の即時の転換は、期間を定めた適合性欠如の推定を置く CSD、CESL 規則提案、OSD 提案と比較して、消費者に有利な規律となっている。欧州委員会の説明によれば、このような規律が導入された理由は、「デジタル・コンテンツの技術的性質」により、「供給者は不適合の原因を判断することについてより能力を有している」ことにあるとされる<sup>53)</sup>。一方、Schmidt-Kessel は、期間の定めが置かれなかった理由として、デジタル・コンテンツを構成するデータが損耗しないことを挙げている<sup>54)</sup>。

---

50) OSD 提案は、契約適合性の判断基準時から 2 年以内に明らかになった適合性の欠如について、当該基準時に存在したものと推定する (OSD 提案第 8 条 3.)。

51) 欧州司法裁判所が下した Faber 判決に従えば、消費者は適合性の欠如が存在することについて証明すれば足り、当該適合性欠如の原因やそれが売主の所為に因ることを証明する責任は負わないと解される。Faber 判決の内容および意義については、古谷貴之「欧州司法裁判所 2015 年 6 月 4 日判決 (Faber 判決) の検討 - 消費者売買契約におけるオランダ民法および EU 法の展開」産法 49 卷 3 号 (2015 年) 122 頁以下に詳しい。

52) Maňko, *supra* note 22, p.20.

53) Commission Staff Working Document, Impact Assessment, SWD (2015) 274 final/2, p.125.

54) シュミット・ケッセル・前掲注 5) 175 頁。

この推定は、「消費者のデジタル環境が相互運用性その他デジタル・コンテンツの技術要件と互換性を欠くことを供給者が証明し、かつ供給者が消費者に対してこれらの要件について契約締結前に説明した場合」に再度消費者に転換される(第9条2.)。

また、消費者が、「消費者のデジタル環境を決定するために可能かつ必要な範囲で供給者に協力」しなかった場合にも、消費者が契約不適合の証明責任を負うことになる(第9条3.)。具体的には、消費者が使用するオペレーティング・システムのバージョンやハードウェアの種類のチェックをしなかった場合がそのような場合にあたるとされる<sup>55)</sup>。

#### 四 おわりに

デジタル・コンテンツ指令提案における契約適合性に関する規律は、デジタル・コンテンツに適した規範の構築を追求し、いくつかの新たな視点を提示している。従前の、物品を念頭において構築されてきた契約適合性に関する規範と比較するとき、デジタル・コンテンツに適した概念や基準の有用性は顕著であり、解釈論においても立法論においても参考になる。本稿は、それらのうち契約適合性の判断基準に関する議論の一部を紹介したにすぎないが、その可能性の一端を示すことはできたのではないかと思う。

もっとも、欧州におけるこのような試みを様々な背景事情から切り離して中立的に評価するのは安易にすぎるであろう。とりわけ注意を払うべきは、冒頭でも述べたように、DCD 提案が、欧州私法の諸草案の影響の下で形成されているという点である。この種の議論については、継続的に展開する議論のなかから、真に我々にとって参考になる部分とそうでない部分を、背景事情に配慮しつつ切り

---

55) Mańko, *supra* note 22, p.21.

分ける視点を保つことが必要である。

一例を挙げると、欧州私法の文脈では、本指令提案第6条の規律は、他の諸草案(とくにCSDやCESL規則提案)と比較して、消費者利益よりも供給者の利益を保護するものとなっており、消費者保護の水準を引き下げるとの批判が加えられている<sup>56)</sup>。本提案の規律に対して必ずしも高い評価が与えられているわけではなく、とりわけデジタル・コンテンツの契約適合性の判断基準の立て付けについて批判が強いようにみえる。欧州委員会によれば、主観的基準を重視することで事業に必要とされる柔軟性が保障され、同時に客観的基準を補充的に用いることで消費者に対するセーフティーネットが確保されると説明されている<sup>57)</sup>。しかし、DCD提案では、客観的基準は、「契約が、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」適用されるにすぎず、委員会の説明に対して疑念が投げかけられている。供給者が約款において非常に緩い(契約適合の)判断基準を設定することで、契約不適合責任の範囲を著しく制限することができるからである<sup>58)</sup>。一方で、DCD提案においては、不当条項を排除するための特別の規定が置かれていない。デジタル・コンテンツ供給契約も不当条項指令の適用対象であることは確かであるが、1990年代初頭に策定された同指令

---

56) 例えば、第6条2.(b)および(c)に定める要件が事業者によりに用いられる可能性が指摘される(*Ibid.*, p.125)。また、Trans Europe Expertsは、第6条に定める主観的基準(1. および3.)と客観的基準(2. および4.)を2つの条文に分けて規定する修正提案を示している(提案の詳細は、Natacha Sauphanor-Brouillaud = Juliette Sénéchal, *Contrats de fourniture de contenu numérique, Contrats-concurrence-consommation*, fév. 2017, p.50 et s. を参照)。

いずれにせよ、同条が学術的にも政治的にも激しい論争の対象となっていることは確かである(Reiner Schulze / Dirk Staudenmayer / Sebastian Lohsse, *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps - An Introduction*, in Reiner Schulze et als.(eds.), *Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps*, Hart publishing - Nomos, 2017, p.22)。

57) Impact Assesment, *supra* note 53, p.124.

58) Maňko, *supra* note 22, p.21. これに対して、契約適合性の判断基準として「合理的な人が満足のいくと考えた」(同法34条2項)かどうか、すなわち客観的基準を採用する前掲2015年イギリス消費者権利法では、事業者がそのような操作をすることができない。

のリストがデジタル・コンテンツ供給契約に適合していないとの指摘<sup>59)</sup>は首肯しうる。また、OSD 提案が消費者に不利な条項の効力を弱める規定<sup>60)</sup>を含んでいることとの不均衡も指摘されている。

以上のような議論状況に鑑みれば、現状では、DCD 提案の契約適合性に関する規律を、十分煮詰まったものと評価することは困難であろう。同提案は、EU において現在も審議が進められており<sup>61)</sup>、その過程で修正が加えられる可能性も十分にある。そのことを念頭に置きつつ、動向を観察し続けなければならない。

---

59) *Ibid.*

60) OSD 提案は次のように定める。

「第4条3. 消費者に不利になるように第5条及び第6条の効果を排除し、制限し、又は変更する合意は、契約締結時に消費者が物品の特別の状態を知り、かつ、消費者が契約締結時にその特別の状態を明示的に受け入れた場合に限り、効力を有する。」

61) シュミット-ケッセル・前掲注5)165頁を参照。