

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——※

マーティン・シュミット＝ケッセル（Martin Schmidt-Kessel）

翻訳：藤原正則

少し以前からデジタルコンテンツの供給に関する契約は、ドイツとヨーロッパ債務法に対して、新たに重要な課題を突きつけている。

多くの国々には、ソフトウェアに関する契約、特に、標準ソフトウェアの売買に関しては多くの経験があるが、それと比較すると、消費者との大量取引で最近では支配的となった、デジタルコンテンツに関する契約は新しい問題である。しかも、それは、著作権法でも、債務法に関しても同じである。

その発展が如何に迅速だったのかは、ヨーロッパのルールの道具立てと幾つかの草案からも見て取ることができる。共通参照枠草案（DCFR）は、デジタルコンテンツに関する契約に関しては、2009年には全く沈黙していたが、2011／83EU 消費者法指令は、2条11号で、（ドイツ民法〔BGB〕のBGB312f条〔営業所外契約と通信取引契約の契約の方式に関する規定〕に取り入れられている）十分に効力のある法的な定義規定をおいている。ほとんど同時に、〔ヨーロッパ〕委員会の委託で作成されたアムステルダム研究が、2011年に公表された⁽¹⁾。

EUに加盟する各国での同様の立法化の準備は、特に、オランダと連合王国での立法活動につながっているが、もちろん、すでに現時点で、ヨーロッパ連合のレベルでも政策的な行動の必要性が示されている。そのことは、特に、アムステルダム研究の考え方にだけでなく、2011年10月の共通ヨーロッパ売買法の提案にも、その端緒を見ることができる。ただし、以上のヨーロッパ売買法

の道具立てをめぐる政治的なやりとりは、当然にも、むしろ売買法の理論、および、売買法の統一という大きな問題に集中しており⁽²⁾、デジタルコンテンツという特殊な問題は、賞賛すべき例外を除いては⁽³⁾、どちらかといえば周辺で取り扱われている。

2015年12月9日の委員会の2つの指令提案によって初めて、(一般的な)ドイツの契約法に関する議論は、大規模に動き始めた。以上の指令の提案の1つは、デジタルコンテンツの供給に関する指令の提案⁽⁴⁾であり、今1つは、オンライン商品販売に関するもの⁽⁵⁾である。特に、前者の提案は、エッセンでの2016年の第71回ドイツ法曹大会でテーマとして取りあげられるほどの広範な議論を惹起こした⁽⁶⁾。本稿では、主にデジタルコンテンツに関する指令提案を取り上げるが、オンライン取引に関する指令提案は、ここでの議論では、余り大きな部分を占めていない。オンライン契約に関する売買法がおよそ意味を持つのか、および、それゆえ、消費者との売買契約全体に適用領域を広げること(および、それによって、消費者売買指令 1999/44EG に)大きな影響を与えるのかという問題に関する独自の政策的な議論がされているにもかかわらずである。とはいっても、この指令の議決は、現在の政治的な広域気象情報からは、当面のところ、その可能性は薄く、その理由は、なんといっても、一般的な売買法では、相変わらず、デジタルコンテンツの領域のように、同様の政策的な行動の圧力がかかっていないからである。

I. 指令提案の概観

委員会の指令提案は、その表題をはっきりと「デジタルコンテンツの供給の特定の契約法的な側面」に絞っており、そこに重点をおいている。だから、例えば、デジタルコンテンツに対する債務法全体の適合性に至るまでの点検が行われているわけではない。これに応える広範囲の点検プロセスは、ヨーロッパレベルでは、政治の現実からは、むしろ控えめである。その結果として、指令提案で選択された重点は、まずは、とにかくも、供給されたデジタルコンテンツの内容に関する品質の水準におかれている。これには、供給者に義務づけら

れた消費者の権限に関する規定（デジタルコンテンツ指令6条5項）も含まれている。そのことは、いずれにせよ、[デジタルコンテンツに含まれた] 第三者の権利が問題になる限りでは、同指令8条にも当てはまる。第2の重点は、こうして定義された品質の欠如した場合の消費者の救済手段である。さらに、デジタルコンテンツに関する契約の変更、および、デジタルコンテンツの供給に関する長期契約の終了のルールも存在する。

幾つかの点で、指令草案は、共通参照枠案（DCFR）とヨーロッパ統一売買法（GEKR）の発展を反映しているが、やはりいくつかは重要な独自性も有している。それは、まずは、デジタルコンテンツの定義によって、一定のデジタルサービスを明文で規定していることであり、一般的に普及している見解によれば、それには、クラウド適用、ソーシャルメディアも含まれている。

さらに革新的なのが、データをデジタルコンテンツの対価と考えていることであり、これは、私法理論では未開拓の分野であるが、本稿ではもちろんその詳細を明らかにすることはできない⁽⁸⁾。

今1つの特徴は、指令は、意識的に、明文で⁽⁹⁾個々の契約類型を記述し定義することをあきらめていることである⁽¹⁰⁾。委員会の考え方では、契約類型の決定は、加盟各国に委ねられている。同じように、委員会は、デジタルコンテンツの供給に関する契約の変更と継続的契約関係の終了に関する明文のルールによって、新境地と関係していることである。後者を、ヨーロッパ連合法は、競争・販売法以外の分野で、初めて新しいルールの対象とすることになるだろう。

緊張感のある考え方と細かいルールは存在するが、本稿の取り上げる内容は限られている。以下では、契約類型、品質、および、法的救済に絞って問題を論じることとする。

II. 審議の現状

デジタルコンテンツに関する指令提案はスムーズに審議に付され、この種の道具立てが必要だということでは、この間で議会と理事会では広範な見解の一

致が形成されている。だから、一般的には、指令は最終的には議決される見通しである。しかも、議会と委員会の間には、すでに幾つかの点で合意があるから、ますますそう考えることができる。

ただし、議会での審議の進行に関しては、それが普通なのだが、審議は秘密にされており、あまり公にされていない。書類の閲覧の申請は、これまでのところ、ほとんど却下されている。例外が、理事会での方向づけに関する議論の準備書面である⁽¹¹⁾。以上の方向づけに関する議論は、特に提案の政策的な骨格に関する部分では、合意が得られている。さらに、埋め込まれたデジタルコンテンツのケースについての最初の説明はすでに行われており、理事会は、最終的に、制限的な給付の記述に対する客観的な品質の要求の保護に関しては、一致して賛意を表明している。

ヨーロッパ議会では、ドイツの代議員のアクセル・フォス (EVP) とエベリン・ゲルハルト (S & P) の2つの報告によって、またまた話が面倒になっている。この2人は、確かに、共通の報告草案には合意している⁽¹²⁾。しかし、現在のところ、約1000の修正の申請が、報告草案に対して提出されている⁽¹³⁾。それには多くの部分で2人の主報告者も関与しているのだが、修正の申請の数が多数であり、議会での合意は極めて困難にみえる。妥協案は、まだ公表されていない。

とはいっても、他方で、最初の読会での合意は期待可能な状況にある。審議は、相当に進んできている。2017年7月1日から任期が始まるエストニアの理事会長は、指令を優先事項としており、三者（委員会、理事会、議会）協議を進行させる準備をしている。

Ⅲ. 契約類型の制限の機能

指令提案での契約類型の規定の完全な放棄は、その妥当性が問われることにもなる。この問題は、結局のところ、契約類型の機能と相互の区別によって解答が与えられることになる⁽¹⁴⁾。

一般的には、つまり、各国の法秩序で、独自の契約類型を定めている限りで

は、契約類型を規定することは、第1には、典型的な状況での当事者の意思を明らかにし、契約自由を実現させるためのものである。

第2に、様々な契約類型を相互に区別することで、一般的な契約法、債務法とは違った特別な規範の適用領域を定めることができる。以上のような契約類型に関する規範の射程は、伝統的には、なかんずく、契約の締結、契約の終了、債務の品質を含んだ当事者の義務、契約違反の救済手段、時効に及んでいる。第3に、契約類型は一般的に規範の適用領域の規定には依存せず機能するのだが、契約類型によって法律が定めた理想像を決定し、その結果、一般的に、さらに、場合によっては、それ以外の契約条件の内容規制に関するを決定をする⁽¹⁵⁾。最後に、契約類型の形成は、国際管轄の抵触法〔国際私法〕の分野でも影響力を持ち、そこでは、部分的には、連結が特別に決定されたり、契約類型を顧慮して連結が具体化されることになる。ヨーロッパ連合の法的行為では、法秩序とはほとんど無関係な、各国法システム内の機能に加えて、連合法と加盟国法の規範のヒエラルヒーの枠内での付加的な機能が登場する。

連合法では、契約類型の形成は、現在進行している法接近と法統一の範囲の決定の道具である。だから、連合法の契約類型の定義は、同時に、契約法に関して加盟各国に委ねられた自由な領域の記述でもある。適用領域の区別のために、連合法に契約類型が存在する限りで、連合法はその優先適用を要求でき、それ以外では加盟各国の自律的な法制定権が支配する。以上の第2の機能は、指令をめぐる（ほとんど国家内の）やりとりと指令の国内法化の中で当面は見過ごされているが、指令の国内法化の透明性の命令を除けば、連合法の規定の適用範囲以外で、国内法化すべき法的行為以上に、契約類型が広く記述されることで、連合法の規定の活動の余地を加盟各国に広げている。そのことは、少なくとも一般的なルールによるなら、指令がデジタルコンテンツの供給に関する提案でそうしたように、完全に調整された指令のケースには当てはまる。

ここで企図されている（契約類型の）区別の中心は、契約を特徴づける契約当事者の給付である。この特徴づけられた給付の債権者の給付の種類は、これまで各国の契約法理論では、周辺的な意味しか持っていなかった。契約法理論

は、金銭による反対給付を伴った有償契約に向けられていた。広い意味での交換契約、および、一部は無償の契約は、もちろんその存在は知られてはいたが、重要な意味を持っていなかった。ところが、「データでの支払い」という新しい出発点は、重大な視野の変更を帰結することになる。いずれにせよ法律学では、未解明なのが、例えば、名声システムの中での、特徴づけられた給付の債務者のさらなる見返りへの期待が、給付の性格を持つのかということである。

以上の文脈で特別に面倒なのが、混合契約の適切な扱いが、ここでは、特徴づけられた給付の側での単なる混合と理解されることになる。デジタルコンテンツの供給契約の文脈では、売買の要素が、サービス給付または使用を委ねるといふ要素、および、それ以外の契約の構成要件と一体となっている。ヨーロッパ法秩序は、ここでは最終的に3つの異なった解決を用意しており、それは、DCFRにも結実している。一番簡単なのが、分離理論 (Trennungslösung) であり、複数の給付義務を備えた契約を個々の契約に分解することである。もちろん、そうすれば、分離された個々の契約の解消が全体としての関係に影響を与えるのが問題にはなる。同じことは、いわゆる結合理論 (Kombinationslösung) でも問題となり、そこでは、当該の契約を特別な契約と整理して、様々な契約タイプのルールを単一のルールの争いに結合させ、様々な契約タイプによって問題解決が行われる。分離理論とは異なり、ここでは、分離された契約ではなく、原則として、様々なルールの適用可能性を伴った一元的な複数の契約が受け入れられている。そうすると、重要な実質の問題は、例えば、契約解消が必要となったときの「妥当なルール」の決定であり、そこでは、要件と効果が全く異なってくる可能性がある。例えば、ドイツ法ではBGB651条 (製作物供給契約への売買法の適用) で法的に表現されているような吸収理論 (Absorptionslösung) では、最終的には1つの契約タイプが規準となり、他の契約タイプの個々の規定の適用が受け入れられるにすぎないことになる。ここでの、中心的な問題は、以上の付加的な特別なルールとその法効果の適用領域をどう切り取ってくるのかの決定である。

以上の、総じて契約類型を指向するヨーロッパ法秩序に周知の実質的な問題とその解決に関しては、これまでのところヨーロッパの法理論は展開されていない。連合法の自律性ゆえに、各国での考え方の重要性は限られている。時として、行政法に由来する、連合の立法者の指令、法令での上位・特別ルールに傾く傾向は、良くない方向で作用している。デジタルコンテンツ指令3条7項〔デジタルコンテンツ指令に対する他の連合法の優先〕の例は、このことをはっきりと示している。その様々な形態の中で当事者意思の模写にとって必要なとは異なり、それと抵触する法的行為の評価およびルールの目的を考えることなく、ここではデジタルコンテンツ指令は全く一般的に、下位の一般法だとされているのである。

IV. 指令提案での契約類型の有効な範囲

指令提案は、デジタルコンテンツの供給に関する契約の契約類型的な整理に関して、その有効な範囲に関する説明をしていない。もとより、提案の適用範囲が相当に広がることに関しては一致がある。その適用範囲は、売買のような状況の意味で、給付交換を含んでおり、期限の定めのある、または、期限の定めのない使用権の譲渡についても同じである。一定の範囲では、サービス給付への適用も想定されているが、他方で、デジタルコンテンツ指令3条5項aがサービス給付を含めることに制限を課している⁽¹⁶⁾。

いずれにせよ体系的には新しい、デジタルコンテンツという権利の対象は、契約類型の形成に余り大きな意味を持っていない。却って、デジタルコンテンツ指令5条が大まかに規定している供給が決定的である。同条は、3つのドイツの基本状況である売買、使用、サービス給付をリストアップしている⁽¹⁷⁾。その際に、サービス給付は、該当するデジタルコンテンツによって重要な部分が供給され、その結果、いわば化体化されている限りで、問題とされている⁽¹⁸⁾。例えば、例証をあげての厳格な限界づけは、これまでのところ公式には公開されていない。

もちろん、契約類型を問題にしないという態度が、提案で完全に徹底されて

いるわけではない。提案は、特に、一定期間、又は、期間の定めなく利用に供されるデジタルコンテンツに対する特別なルールを含んでいる。以上のドイツの用語では継続的契約関係という契約類型は、連合法としては革命的である。なぜなら、期間の定めのない継続的な契約は多くの法秩序には無縁ないしは、疑わしいものだからである。この継続的な状況に対して、指令提案は、6カ所で特別なルールを定めている。つまり、デジタルコンテンツ指令3条4項、8条2項、10条c号によれば、全契約期間で品質が保証されるべきだとされている。デジタルコンテンツ指令13条5項は、契約違反による契約の終了の範囲に関する特別なルールを定めており、多くの場合に契約締結時への契約の解消の遡及効を排除している。一定期間の又は不定期の期間との関係では、デジタルコンテンツ指令15条、16条が、このような継続的契約の変更と終了に関する特別なルールの適用領域を定めている。

フォス／ゲルハルト報告は、不確かな風聞によれば、非公開の議会資料で発見する必要があるのだが、その提案の2条1a号で、独自の範疇を含んでいる。つまり、指令提案で拡大されていたデジタルコンテンツから、2種類の「デジタル・サービス給付」を移し替えている⁽¹⁹⁾。具格的には、クラウド・サービス給付とソーシャル・ネットワークである。理事会と議会は、ここでは、特別な概念の定立を受け入れたようであるが、それに関して、これまでのところ特別なルールは規定されていない。ここで独自の定義を与えたのは、もっぱら、以前からのデジタルコンテンツの定義のこれまでの共有と進展に、指令の概念をより良く適合させるためである。

そこでのデジタル・サービス給付のリストは、最終的なものではなく、それは、フォス／ゲルハルト報告の3条5項aからも推察できることである。

指令提案には、混合契約に関する複数のルールも含まれている。デジタルコンテンツの供給がデジタルコンテンツ指令3条4項によって、それ以外の要素も伴った契約の一部となったときは、指令は「当事者の義務と苦情の処理」にだけ適用される。これに対して、例えば、吸収理論のように指令のルールを契約全体に拡張するという規定はおかれていない。以上の制限が、デジタルコン

テンツ指令15条、16条にも当てはまるのかは、引用されている文言からは疑問である。考え得るのは、変更権、終了権が、それに相応しい混合契約の他の要素に対して適用されることである。

それ以外に、指令提案は、デジタルコンテンツ指令3条4項の基本原則に対する反対例外を含んでいる。指令は、それと結びついた混合状況にもかかわらず、ほとんど完全に、デジタルコンテンツの媒体に適用されるが（デジタルコンテンツ指令3条3項）、その結果として古典的な契約とは乖離しており、かつ、そうであるべきである。統合されたデジタルコンテンツ（特に、組み込まれたソフトウェア）に対する第2の反対例外は、提案では、デジタルコンテンツ指令の考慮根拠（11）言及されているだけである。この点に関して、フォス／ゲルハルト報告は、間違いなく、これに関する理事会での議論を受けて、様々な保証給付の領域の区別のための独自のルールを受け入れることを、その2条2a号、3項2a号で提案している。だから、この分野では、一層の発展を期待して良いだろう。

V. ドイツ法への国内法化

指令のドイツ法への国内法化も、多くは指令の供給の概念によって決定されている。もちろん、その一層の具体化を、ヨーロッパの立法過程で現実に期待することはできない。だから、サービス給付の分野でのまさに不確かな境界線（キャッチフレーズは、モデルと人間の介入）を除けば、将来の指令の包括的な適用領域から出発する必要がある。

反対に、ドイツ法では、もちろん、そのほとんどが、B2B—法取引でのソフトウェアの領域に限ってではあるが、デジタルコンテンツの供給に関する契約には多くの経験の蓄積がある。標準・個別ソフトウェアの売買、および、請負契約は、その古典的な例であり⁽²⁰⁾、その区別は定着しているが、2002年以後のドイツ民法（BGB）651条〔製作物供給契約への売買の規定の適用〕とドイツ商法（HGB）381条2項〔製作物供給契約への売買の規定の適用〕の規定には強い疑念が寄せられている⁽²¹⁾。しばしば、ソフトウェア契約に関する特別な

文献で目につくのは、古い法状態を考えなしに進めたケースはとりあえず除外するとしても、個別ソフトウェアの製造は決して請負契約としてはならないことである⁽²²⁾。一方で以上の区別の仕方は、特に、その二分法は、よく知られているが、ほとんど知られていないのが、連邦通常裁判所の判例はサーズ (SaaS) 契約とエーエスピー (ASP) 契約の整理も企てていることである。つまり、サービスとしてのソフトウェアとアプリケーション・サービス・プロバイディングは、ドイツ法では、サービス給付と整理されるのではなく、賃貸借として取り扱われている⁽²³⁾。サービス給付法でも、必要なルールの素材はそろっていることは、プラットホーム状況を長期の請負契約と扱っていることにも示されている⁽²⁴⁾。このような BGB631条以下による特別な構成に関しては、もちろん、ドイツ法についてだけでなく、詳細な検討が期待されている。だから、その限りで、判例が、クラウドの給付を再びほとんど賃貸借と法性決定したことは決して怪しむには足りない⁽²⁵⁾。

以上の経験に基づいて予言できるのは、現行規定の BGB の契約類型は、少なくともデジタルコンテンツの供給に関する契約を記述するには相応しいものだということである。そのことは、まずは、本来は BGB433条以下 [売買契約] と453条 [権利の売買] によって売買と整理されるべき、デジタルコンテンツの永久的な譲渡のケースには当てはまる⁽²⁶⁾。2002年の [債務法現代化による] 651条に基づく請負契約の排除は、その限りでは、ほとんど問題を惹起していないが、デジタルコンテンツの売買に対しては、売買法のルールの一部は適切ではないことがはっきりしている。特に、契約上のリスク分配の手段としての危険移転の問題解決能力は、限界を露呈している。その理由は、ソフトウェアの修理の合意、アフターサービスとしてのアップデート義務、ないしは、アップデートの実施が大きく拡大されたからというだけではない。少なくともそれと同じくらい効力があるのが、契約関係とは無関係な、製造物責任の私法および公法上の進展である。もちろん、製造物責任・製造物保証法上の警告義務は、デジタルコンテンツに関しては、さらに、立法と判例による補修が必要である。ここでは、公法に関しても (製造物保証法上の)、行動の必要が存在す

る⁽²⁷⁾。

特定期間、または、不特定の期間の使用可能性を創出する債務を提供者が負担する使用権の移転のケースは、それを BGB535条以下の賃貸借に整理するのが妥当である⁽²⁸⁾。物の賃貸借としての賃貸借契約の考え方によっても、結局は、このケースでも、有体物性は必ず存在するから、物の要件は法性決定の重大な障害にはならない。それでも、ドイツ法曹大会は適切に BGB453条〔権利の売買〕に当たる規定を賃貸借にも要請したから⁽²⁹⁾、最後の不安定性は除去されている。

これに対して、それが請負契約に関係しない限りでは、安定していないのが、デジタルコンテンツ指令のサービス給付の規定の仕方である。継続的な請負契約でもストリーミングでも普通はそうであるように、請負契約は、請負契約に独自の瑕疵担保によって、少なくとも指令と同様の構造を有しているが⁽³⁰⁾、BGB631条以下に整理できないサービス給付契約の全てには、このような、本来は必要な瑕疵担保の規定が欠けている。それが特に当てはまるのが、BGB611条以下の意味でのサービス契約である。

これに加えて、ドイツ法では、BGB611条以下、631条以下の請負・サービス契約、および、BGB675条の有償事務処理契約によって、全てのサービス給付が完全に規定されているわけではない。その重大な例外が、BGB625条以下の仲買人法である。（なかんずく、紹介）仲買人としての自動化された代理人によるサービス給付が、指令に服す可能性は、排除できない。しかも、多くの不動産仲介でそうであるように、紹介に人間が関与しないときには、特にこの理が当てはまる。以上の例は、今一度、指令でのサービス給付の考え方によるサービス給付の位置づけに不安定性があることを証明している。だから、国内法化が BGB の契約類型によって行われれば、この点では欠缺が発生する危険がある。

それでは、現行規定に整理するのではなく、他にどのようなルールの選択肢があるのか。とりあえず考えられるのが、以上の限りでイギリスを手本として、デジタルコンテンツの供給に関する特別法を發布することである。さら

に、デジタルコンテンツ指令6条以下のようなデジタルコンテンツの品質に関して、一般的な債務法に特別なルールをおくことである。そうすると、もちろん、BGBの第1草案とは異なり、一般的な瑕疵担保法を欠く1900年の[BGB]の基本的な体系の決定とは抵触が生じることになる。今1つ考えられるのが、BGBの契約類型に該当する契約をまとめて、場合によっては受け皿ルールをおき、それを請負の一部とするという考え方である。その詳細は、消費者売買、住居賃貸借、用益賃貸借、治療契約、建築契約のモデルに倣った、売買、賃貸借、サービス給付の特別な契約類型のルールであろう。その上で、それに相応しいサブタイトルは、デジタルコンテンツの売買、デジタルコンテンツとデジタル・サービス給付の賃貸借、デジタルコンテンツのサービス給付（これは受け皿の機能を持つことになる）とするなら、現行法の体系を害さず、それぞれの契約類型に十分に整理できるだろう。

VI. 指令提案の品質基準

現在の指令提案は、少なくともその基本的な構造は、消費者商品売買のドイツ法への国内法化以来そうであるように、品質基準の古典的な3分類によっている。少なくとも理論的には、最初が、給付記述と情報義務の履行のために統合された情報の合意した属性での、合意した品質である。その次が、個別の契約目的への適合性の、法政策的には困難な決断であり、これは、イギリスの黙示の条件、目的への適合性が、大陸の売買法に普及したものである。第3に指令が規定するのが、通常の契約目的への適合性である。以上に加えて、委員会提案は、供給されたデジタルコンテンツに課された品質（デジタルコンテンツ指令6条5項）の一部として、デジタルコンテンツの統合（デジタルコンテンツ指令7条）、第三者の権利（デジタルコンテンツ指令8条）に関する特別な要求を含んでいる。

契約上の給付記述と契約前の情報義務の履行のための情報は、後者はその内容を区別することなく、デジタルコンテンツ指令6条1項a号によれば、第一義的には、契約で履行されるべき品質を規定している。それによって、情報義

務は、2011/83EG 消費者法指令 6 条 5 項、および、BGB312d 条 1 項、2 項〔消費者の撤回・返還請求権〕の適用範囲以上に、〔デジタルコンテンツの〕品質を決定している。その限りで、以上には、指示、カスタマーサポート（デジタルコンテンツ指令 6 条 1 項 c 号）、および、アップデート義務（デジタルコンテンツ指令 6 条 1 項 d 号）も含まれている。合意した属性という以上の要件は、機能の範囲、互換性、および、それ以外の給付の要素、例えば、アプローチ可能性、継続性、安全性の基準を含んでおり、これは、デジタルコンテンツ指令 6 条 2 項から当然に推論できることである。提供者の宣伝およびそれ以外の公的な発言が合意した品質と扱われるのかは、体系的に見ればむしろ疑わしいと考えられる。

ドイツ法（BGB434 条 1 項 2 文 1 号、633 条 2 項 2 文 1 号、および、国際物品売買契約に関する国連条約〔CISG〕35 条）と異なった基準で目につくのが、デジタルコンテンツ指令 6 条 1 項 b 号の消費者が希望した特定の目的への適合性に関する規定である。同条によれば、消費者が希望した目的が基準となるには、提供者の認識と同意が必要である。だから、この要請は、ドイツ法の解決、および、国連動産売買法の解決とは乖離している。とはいっても、これは驚くには足りない。1999/44EG 消費者売買指令 2 条にも、似たような規定があるからである。消費者の希望した目的も、機能の範囲、互換性、および、それ以外の給付の要素、例えば、アプローチ可能性、継続性、安全性を基礎づけるが、これもデジタルコンテンツ指令 6 条 2 項から当然に推論できることである。ここで、どの程度で指示とカスタマーサポートが重要となるのかに関しては、一般的に目的への適合性の要件から供給されたデジタルコンテンツのアップデート義務が引き出せるのかという問題と同様に、不明確性がつきまわっている。

デジタルコンテンツ指令 6 条 2 項による、通常の使用目的への適合性に向けられた義務は、明文で、機能の範囲、互換性、および、それ以外の給付の要素、例えば、アプローチ可能性、継続性、安全性を指示している。通常の場合に、指示、カスタマーサポート、又は、アップデート義務への要請が発生する

のかは、指令の文章からは明らかではないが、かといって、それを排除するものでもない。通常の使用目的および、その帰結する品質保証の要請の具体化に関しては、条文は、幾つかの基準をあげており、その基準としては、金銭またはそれ以外の反対給付が支払われたのかという問題と並んで、国際的な技術規範、自主行動基準、取引慣行、宣伝も含めた提供者の発言が列挙されている。それ以外の特性が、義務を負った品質の対象となるのかに関しては、指令提案は言及していない。しかし、ほとんど全ての品質の要素は、デジタルコンテンツに関しては機能を意味するから、言及の必要はなく、これは、ドイツ法にとっては、BGB536条の賃貸借法ですでに経験済みなものかもしれない。

デジタルコンテンツ指令9条1項は、供給されたデジタルコンテンツに瑕疵がないことの証明責任を全面的に提供者に課している。その理由は、それに相応しいデータの不利益な変更がなければ、機能不全の発生は、普通は始めから存在していたという状況によるものである。

指令の規定する唯一の例外が、契約締結前に、提供者が、互換性、消費者の使用への適合性に関して、顧客に告げた場合である（デジタルコンテンツ指令9条2項⁽³¹⁾）。

売買法指令での同様の証明責任の転換とは異なり、この指令は、証明責任の転換に期間制限を設けていない。このルールのお考え方は、物の瑕疵で証明責任の転換に期間制限が存在するようには、デジタルコンテンツを構成するデータは損耗しないという事情によるものである。デジタルコンテンツ指令9条3項によれば、証明責任は、もちろん、取得者の協力義務によって緩和されている。

品質基準の規制が細かい議論を惹起したのは当然だが、本稿でこれを全て紹介することはできない。とはいっても、これまでの議論から、2つの重要な問題が浮き上がってきた。第1が、単なる給付の記述による、通常の属性、つまり、デジタルコンテンツ指令6条2項の通常の使用目的への適合性の任意法規性である。これに関しては、委員会の指令の文言は、「契約が前項に規定する内容に関する要求を、明確、かつ、包括的に定めない限りで」という挿入文に

よって、通常の使用目的の考慮可能性の制限に委ねている⁽³²⁾。2016年12月の議会（司法と理事会）での方向づけの議論では、単なる給付記述による通常の使用目的への適合性の除去には、高い障壁が課されるようである。

全く未定なのが、ここで紹介した品質保証の考え方が、統合デジタルコンテンツにも適用されるのかという問題である。このことが興味深いのは、特に、組み込まれたソフトウェア、つまり、それが制御ソフトウェアとして多くの電子機器や電子的な部品を伴った機器に存在するような、商品の典型的な構成部分に関してだけではない。ここで発見されるべき区別は、各国法の契約類型理論にも甚大な影響をもたらすであろう。ヨーロッパの立法者は、評価矛盾の生じないように注意する必要がある。特に、デジタルコンテンツが従来の環境から切り離されたとき、置き換えられたとき、場合によってはそれだけが購入されたときには、このような評価矛盾の発生する可能性がある。同時に、かつ、唯一の瑕疵によって、デジタルコンテンツの品質の瑕疵、および、デジタルコンテンツが組み込まれた商品の瑕疵が発生するという状況と、法秩序は長きにわたってつきあう必要が出てくるだろう。その限りで、提供者は、普通は、重畳的ではないが、二重の法的救済に直面することになるだろう。

Ⅶ. 法的救済

法的救済に関しては、指令の基本構造には新しいものはほとんど存在しない。デジタルコンテンツ指令12条1項は、第一義的には、契約に適合する状態の回復を指示しており、そこでは、ヨーロッパ裁判所のウェーバー・プッツ判決を受け入れて、取得者のデジタル環境でのデジタルコンテンツの統合性に関しても、提供者に広く費用負担させることから出発している。この原状回復の履行に関しては、1項後段は、デジタルコンテンツの価値と機能を基準とした比例性〔原則〕の制限を課している。以上の原状回復の請求の履行に関しては、提供者は消費者の通知から適切な期間内に応じる必要がある。この期間が経過したか、デジタルコンテンツの契約に従った状態の回復が不可能なときは、取得者は（それ以外の反対給付ではなく価格が合意されたときは）減額の

可能性、又は契約を終了させる権利を取得する。同様の権利は、履行拒絶や取得者にとっての重大な不適合の場合にも存在する。契約の終了に関しては、12条5項が、明文で大きな制限を加えている。契約が終了したときに関しては、デジタルコンテンツ指令13条が、その効果を規定している。

14条は、その使用できない程度に応じて⁽³³⁾、付加的に取得者の損害賠償請求権を規定しているが、これは今後の立法過程で間違いなく修正されるか削除されることになるであろう。

VIII. おわりに

全体として、委員会のこの指令提案の方針は、売買法指令1999/44EGの模範に倣ったものである。腹立たしいのが、多くの点で、売買指令とは文言が異なっており、余計な問題を惹起していることである。この点では、提案の品質は部分的には受け入れがたいものである。他方では、契約類型の構成をオープンにしたことで、各国の理論的な視野狭窄なしに契約について議論できるようにしている。特に、この点では、提案は、契約法の一層の発展への刺激となっている。総じて、提案は重要な実質的な問題に言及しており、国内法化の方法をきちんと議論するには相応しいものである。だから、国内法化、および、その結果として、BGBのデジタル・アップデートを期待しても良いのかもしれない。

※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」関法66巻2号367頁以下は、デジタルコンテンツに関するEU指令提案と考慮根拠を翻訳し、解説を加えている。

注

- (1) Loos/Helberger/Guibault/Pessers/Cseres/van der Sloot/Tigner, Analysis of the applicable frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation

to digital content contracts, Final Report, Amsterdam 2011. その結論の要約が、Helberger/Loos/Guibault/Mak/Pressers, 36 J. Consum, Policy 37-57 (2013).

- (2) これに関する文献は多数だが、特に、以下のコメントールを参照されたい。Schmidt-Kessel (Hrsg.), Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, München 2014; Schulze (Hrsg.), Common European Sales Law (CESL), Baden-Baden u.a. 2012. さらに、論文集である、Cleays/Felkamp (Hrsg.), The Draft Common European Sales Law: toward an alternative sales law?, Cambridge u.a. 2013; Dannenmann/Vogenaier (Hrsg.), The Common European Sales Law in context, Oxford 2012; Pinkel/Schmidt/Falke (Hrsg.), Funktionalität und Legitimität des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, Baden-Baden 2014, Reimel/Herrler/Limmer (Hrsg.), Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?, München 2012; Schmidt-Kessel (Hrsg.), Ein Analyse des Vorschlags der Kommission, München 2012; Schulze/Nölke/Zoll/Jansen/Schulze (Hrsg.), Der Entwurf für ein optimales europäisches Kaufrecht, München 2012. GPR (=Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union) は、共通ヨーロッパ売買法 (GEKR) に対して、この間で独自のコラムを設けた。それ以外の文献では、Standler, Grundmann, Zöchling-Jud, Looschelders 及び、Lorenz の Bonner Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung (20./21. 4.2012) の諸論考が重要だが、AcP212 (2012) 467ff. に掲載されている。
- (3) 特に、Druschel, Die Behandlung digitaler Inhalte im Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEKR), München 2014 および、Druschel, Die Regelung digitaler Inhalte im Gemein Europäischen Kaufrecht (GKER) Int. 2015, 125. それ以外の論考では、Schmidt-Kessel/Young/Benninghoff/Langhanke/Russek. Should the Consumer Right Directive apply to digital contents?, GPR 2011, 7-15; Schmidt-Kessel Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Verbraucherschutz, in: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), Bamberger Verbraucherrechtstage 2013—Mobile Commerce, Berlin 2014, 53-65=Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Verbraucherschutz, K & R 2014, 475-483. さらに、Schmidt-Kessel/Schmidt-Kessel, Art.2GEK-VO-E, Rn.44-49, 63-67を参照。
- (4) Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rats über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, COM (2015) 634 final.
- (5) Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rats über bestimmte ver-

tragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und andere Formen des Fernabsatzes von Waren, COM (2015) 635 final.

- (6) これに関する文献は多数だが、特に、Faust, Digitale Wirtschaft—Analoges Recht: Braucht das BGB ein Update?, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Essen 2016; Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalten und Online-Handel, Teil 1, GPR 2016, S.2ff. および、Teil 2, GPR2016, 54ff.; Spindler, Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update, JZ2016, 805ff.; Spindler, Contracts for the Supply of Digital Content, (2016) 12 ERCL 183ff.; Staudenmayer, Verträge über digitale Inhalte—Der Richtlinienvorschlag der europäischen Kommission, NJW2016, 2719ff.; Stöhr, Das BGB im digitalen Zeitalter—Eine Herausforderung für das Vertragsrecht, ZP 2016, 1468ff.; Wendehorst, Die Digitalisierung und das BGB, NJW2016, 2609ff.; Wendland, Ein europäisches Vertragsrecht für den Online-Handel?, EuZW2016, 126ff.
- (7) 例えば、Schmidt-Kessel, Editorial: Schuldrecht für die digitale Welt, GPR 2015, 157. を参照。
- (8) これに関する本格的な検討が、Langhauke, Daten als Leistung, 未公刊の2016年のパイロイト大学に提出した博士論文である。これを支持するのが、Langhauke/Schmidt-Kessel, Data as Consideration, EuCML2015, 218であり、それを受けた議論に関しては、まずは、Schmidt-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalt und Online-Handel, GPR2016, 54, 57-56; Wendehorst, Die Digitalisierung und das BGB, NJW2016, 2609-2613; von Westphalen/Wendehorst, Herausgabe personenbezogener Daten für digitale Inhalte—Gegenleistung, bereitsstellendes Material oder Zwangsbeitrag zum Datenbinnenmarkt?, BB2016, 2179-2187 および、Metzger, Deienst gegen Daten: Ein synalagmatischer Vertrag, Acp216 (2016) 817-865.
- (9) COM (2015) 634 final, S.7.
- (10) これに批判的なのが、Spindler, Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update, JZ2016, 805, 806. ヨーロッパ連合法には、任意法規の契約内容を規制する基準は無関係だから、指令は、法的な理想像を指示していない。
- (11) 理事会記録9768/16 (Vorbereitung der Orientierungsdebatte im Rat (Justiz und Inneres) am 9./10. 6.2016) および、14. 827/16 (Vorbereitung zur Orientierungsdebatte des Rates (Justiz

- und Inneres) am 8./9. 12. 2016) を参照。さらに、理事会で2016年3月10日、11日の会議で承認された「私法」(契約法) 理事会作業グループへの委任6150/16も参照。
- (12) PE592. 444v01-00 vom 07. 11. 2016.
- (13) まずは、市民の自由の立場で、Justiz und Inneres vom 21. 11. 2016 (PE582. 370v3-00) および、2017年2月15日に公表された議会記録 PE599. 501v02-00および、PE599. 503v02-00.
- (14) ヨーロッパ法の契約類型に関して一般的には、Kümmerle, „Güter und Dienstleistungen“—Vertragstypenbildung durch den EuGHm in Andés Sabtos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa, München, 2011, 295ff.
- (15) 以上の限りで、Spindler, Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update, JZ2016, 805, 806は妥当である。
- (16) 再度、COM (2015) 634 final, S.7を参照。
- (17) Schmitd-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalt und Online-Handel, Teil 2, GPR2016, 54, 56.
- (18) Schmitd-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalt und Online-Handel, Teil 2, GPR2016, 54, 56. 草案以前のこのテーゼの出発点は、Schmitd-Kessel Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Verbraucherschutz, in: Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (Hrsg.), Bamberger Verbraucherrechtstage 2013—Mobile Commerce, Berlin 2014, 53-65=Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Verbraucherschutz, K & R 2014, 475-483.
- (19) これに関する批判については、例えば、Schmitd-Kessel/Erler/Grimm/Kramme, Die Richtlinienvorschläge der Kommission zu Digitalen Inhalt und Online-Handel, Teil 2, GPR2016, 54, 55.
- (20) 方向性を示しているのが、BGHZ102, 135.
- (21) 連邦通常裁判所の判例は、これまで以上の法改正を受け止めていなし、ましてやその効果を論じることもない。BGH NJW2010, 1449 Rn.21 (場合によっては、製造物供給契約も)、および、BGH NJW2010, 2200 Rn.14 (請負契約)。
- (22) これに関しては、詳しくは、Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, 6.Aufl. 2014, Rn.680ff. これに対して、BGB651条の適用にはっきり反対なのが、Faust, Juristentagsgutachten 2016,

- A55. BGB651条とHGB381条1項の改正を、無視しているのが、Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, J Z2016, 805, 810.
- (23) BGH NJW2007, 2394、かつ、通説である。
- (24) BGHZ184, 345, Rn.20, 26; Härtling, *Internetsrecht* 2014, Rn.717. はっきりと継続的契約関係に分類するのが、LG Schweinfurt BeckPS 2014, 54331.
- (25) Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, J Z2016, 805, 810を参照。
- (26) 例え、Spindler, *Digital ist besser—die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstyp?*, FS Köhler 2014, 729, 734ff.; Schmitd-Kessel, *Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Cebraucherschutz*, K & R 2014, 475, 479; Zech, *Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E—Book in der Cloud*, ZUM 2014, 3, 8; Faust, *Juristentagsgutachten* 2016, A43を参照。
- (27) Schmitd-Kessel, *Editorial: Für ein digitales Produktsicherheitsrecht—ein Plädoyer*, VuR 2015, 121–122.
- (28) BGH NJW 2007, 2394 (有体物のソフトウェア) を参照。さらに、Schmitd-Kessel, *Verträge über digitale Inhalte—Einordnung und Cebraucherschutz*, K & R 2014, 475, 479. (原則として、提供者が) 顧客のクラウドで自由に使用させる場合は話が違ってくる。Zech, *Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E—Books in der Cloud*, ZUM 2014, 3, 8 は、(BGB535条以下には要求されていない) 占有がないことで、不当にも賃料を收取できないとしている。
- (29) 第71回ドイツ法曹大会の第9決議は、ファウスト (Faust) [の鑑定意見] に依拠している。これに賛成するのが、Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, JZ2016, 805, 809.
- (30) 不当にも、消費者の領域にとっては全く重要性のない個別のソフトウェアの製造に焦点を合わせているのが、Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, JZ2016, 805, 810である。
- (31) 妥当にも、以上の状況の意味を強調しているのが、Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, JZ2016, 805, 809f. である。

- (32) Spindler, *Digitale Wirtschaft—analoges Recht: Braucht das BGB ein Update*, JZ2016, 805, 809 を参照。
- (33) 以上の規定に対する厳しい批判に関しては、例えば、Spindler, *Contracts for the Supply of Digital Content*, (2016) 12 ERCL 183, 211ff. を参照。

—ふじわら まさのり・北海道大学法学研究科教授—