

# 電子商取引の国際性とその法的問題

——電子情報取引を含めて——

大 仲 末 雄

## 目 次

- 第1章. は じ め に
- 第2章. 電子商取引の特質
  - 第1節. 電子商取引の国際性
  - 第2節. 電子商取引の対象
  - 第3節. 電子商取引の利便性と危険性
- 第3章. 電子商取引の法制度——現状での対応——
  - 第1節. 電子商取引に関する国際私法
  - 第2節. 電子商取引に関する国内法の整備
    - (1) 民法等の見直し
    - (2) 民事訴訟法等の見直し
    - (3) 法例の見直し
    - (4) その他
- 第4章. 電子商取引の法制度——提言——
  - 第1節. 電子情報に関する一般法の規定
  - 第2節. 電子情報に関する特別法の規定
    - (1) 消費者保護関連法規について
    - (2) 知的財産権関連法規について
- 第5章. む す び

## 第1章. は じ め に

インターネットの普及に伴う情報化社会の到来とともに、商取引が、

対面取引のみならず、インターネットを用いた、いわゆる電子商取引が大きな割合を占めるようになりつつある。

この電子商取引の殆んどは、インターネットを用いるため、国内での取引のみでなく、国境を越えて、世界中の何処にいる当事者間でも容易に物品の売買契約をすることができる。また、取引対象も、物品のみならず、情報が大きな比率を占めるようになる。

このように、電子商取引には、物品取引の契約をインターネットおよびコンピュータを使用して行う（契約情報の伝送および処理を行う）だけのものと、情報そのものを取引の対象とする電子情報取引と呼ばれるものがある<sup>(1)</sup>。

このような、情報化社会における電子商取引の特性にかかわらず、現行の関連する法制度は、事業者間取引を対象にしたものが多く、消費者の安全を確保するためには十分とはいえない<sup>(2)</sup>。

さらに、電子商取引の国際性に着目して、消費者保護の観点から、現行の国際私法およびその改正を検討しているものについての私見を述べ<sup>(3)</sup>る。

また、電子商取引のうち、狭義の情報を取引の対象とする法制度を整

- 
- (1) ここでいう情報は、狭義には、従来の契約における対象にならなかったコンピュータソフトウェアなどをいう。しかし、広義には、小説、論文、絵画、報道、画像、映像、音楽などのほかに、事業相談、法律相談、結婚相談などのコンサルタント業において提供する情報、素行調査あるいは探偵業務、市場調査などの情報などが含まれる。従来の契約法では、この広義の情報のうち、小説などの創作者の権利を著作権などの知的財産法で保護し、コンサルタントや調査業務における情報については、その内容ではなく役務（サービス）の提供（行為そのもの）を取引対象にしていた。
- (2) 一般的には、事業者間の取引は、私的自治の原則が最大限に尊重されるべき性格のものであり、当事者間の意思の一致（合意）があれば、法規制は最小限のものでよいと解される。
- (3) 社団法人商事法務研究会の法例研究会で、わが国の国際私法である法例の改正について、平成14年度から検討をしている（別冊 NBL No. 80, No. 85, No. 88, No. 89）。

備しようとして、米国の統一州法委員会全国会議（NCCUSL）が長期にわたって審議し、1999年に統一コンピューター情報取引法（UCITA）として承認し、そして各州に勧告した<sup>(4)</sup>。しかし、これに対して、アメリカ法律家協会（ABA）、アメリカ法律協会（ALI）、消費者団体、26州の司法長官その他の有力機関の反対があった。それに応えて大幅に修正して2002年に NCCUSL が最終的に採択したにもかかわらず、反対者の理解を得ることができず、バージニア州とメリーランド州の2州だけが州法として制定したにすぎない。さらに多くの州では、この2州に事業所を持つ事業者がこの法律を適用することによって自州の住民が損害を被ることを防止するために、この法律に関して争いが生じた場合には、この法律を適用せず自州の法律を適用するということを規定した、いわゆる防空壕法（bomb shelter legislation）を制定した<sup>(5)</sup>。その結果、NCCUSL は、2003年7月31日に UCITA のスタンドバイ委員会を解散（discharge）して、普及活動を停止した<sup>(6)</sup>。

本項は、このように UCITA の制定が難航している要因についても考察し、わが国の国際私法の整備についての私見を述べ、そして、電子情報取引に関する法制度について検討する。

---

(4) 國生弁護士は、契約法の主題として、UCITA は、情報取引をなす債務（役務・サービス）と与える債務（物品その他）との中間的なものとして確立した、といっている（國生一彦「米国の電子情報取引法（UCITA 法の解説）」社団法人・商事法務研究会（2001）1頁参照。なお、この本は、UCITA の2000年の改正案に基づいている）。

(5) 防空壕法の規定については、第3章第2節に一例を示してある。

(6) AFFECT, 「What's Happening」<http://www.affect.ucita.com/happening.html> および NCCUSL のニュース・リリース, <http://www.nccusl.org/nccusl/DesktopModules/NewsDisplay.aspx?ItemID=56> より（AFFECT は、Americans for Fair Electronic Commerce Transactions の略称で、UCITA に反対している主な団体が支援するロビスト団体である）。

## 第2章. 電子商取引の特質

### 第1節. 電子商取引の国際性

多くの電子商取引および電子情報取引（この2つを、特に区別する必要がないときは、電子商取引という）が、インターネットを利用しているため、通信回線を用いる取引固有の問題のみならず、インターネットの国際性に起因する問題がある。

インターネットは、従来のポイント・ツー・ポイントの通信と違って、世界中に張り巡らされたネットワークを用いる。そして、ホームページ等の発信者は、国際的に統一された通信規約に基づいて発信者を特定するデータすなわち URL データの、そして、メールのように送付先（受信者）を指定する必要があるときはその送付先および発信者を特定するデータとして送付先のメールアドレス・データおよび発信者のメールアドレス・データのタグをつけて、このネットワークにのせる。すべてのデータがそのネットワークを巡回しており、ホームページの受信者は、そのデータの中から受信したいと思う発信者を示す URL データを探すことによって、発信者からの情報を受信する。したがって、いわゆる交換機がなく、この交換機の機能を発信者および受信者のコンピュータが行っていることになる（実際には、発信したホームページおよび電子メールは、発信側の ISP (Internet Service Provider) のサーバーに、受信したメールは、受信側の ISP のサーバーに保存されている。したがって、受信者は、ホームページの場合には発信側の、そして、メールの場合には受信側の ISP のサーバーにアクセスすることにより情報を取得することができる<sup>(7)</sup>）。このように、インターネットは、世界中の何処とでも、誰とでも、それも殆ど瞬時に、情報を交換することができるオープンなネットワークであるので、これを用いる電子商取引は国際性がある

---

(7) 送信者または受信者が固有のドメイン名（アドレス）を持つ場合は、ISP のサーバーではなく、それぞれのホーム・サーバーに保存される。

る。

## 第2節. 電子商取引の対象

インターネットは、デジタル技術を用いるため、伝送されるデータの変質がないので、電子商取引で扱う内容は、(1)従来の物品売買を含む物（有体物）を対象とする契約のみならず、(2)キャッシュカード、クレジットカードなどによる支払、送金、プリペイドカード等の電子マネーによる決済があり、さらに債券や株式等の金融商品の売買などがあり、そのほかに、(3)情報そのもの、たとえば、コンピュータ・ソフトウェア、映画、音楽、絵画、小説その他の著作物および製造技術ノウハウなども電子商取引の対象である。

これらのうち、上記(3)、特にコンピュータ・ソフトウェア（前述の狭義の情報）の取引は、電子情報取引またはコンピュータ情報取引（以下特に区別する必要のないときは電子情報という）として区別されることがある。この種の取引は、(1)の有形財産および(2)の金融商品の取引ならびにその決済のための取引の範疇に入らない、電子情報の提供という無形財産または触知不能な財産（これを情報財ということがある）を対象とする取引である。また、これらの財産は、情報という、一物一権の概念で制定されていた従来の法体系に馴染まない複製可能な財産でもある。電子情報は、これまでは、著作権法、特許法、実用新案法、商標法、意匠法などのいわゆる知的財産法（無体財産法または無形財産法ともいわれている）によって規律されていて、契約法の適用範囲にはなかったものである。しかも、その取引形態が、従来の契約法に規定された典型契約の中に含まれないライセンス契約（無形財産の使用権のみを許容する契約）である。契約形態の第一は、CD または DVD などの有形物である記録媒体に記録して売買するけれども、取引がその有体物の売買ではなく、記録された情報の使用を許可（使用権を貸与または付与）する、というものであり、契約形態の第二は、インターネットにより取引対象

である情報を直接授受して、その情報の使用を許可（使用権を貸与または付与）するもので、その種の財産または権利を使用する目的で貸借する性質のあるものである。しかし、この貸借は、わが民法の使用貸借とは異なり、有償の場合が多い。<sup>(8)</sup>この貸借の代価の支払は、一時払いの場合と定期払いがある。前者は、使用権を売買する契約ということもできる。

### 第3節. 電子商取引の利便性と危険性

インターネットは、世界中のあらゆる地点間で殆ど瞬時に情報を交換することができるオープンなネットワークである。したがって、電子商取引は、インターネットを経由して外国の名産品（有体物）を購入したり、外国の国債、社債または株式などを購入することができるのみならず、コンピュータソフトまたは音楽ソフトなど（無形財産）は、上述のようにインターネットを経由して直接ダウンロードすることができる、という利便性がある。

インターネットはデジタル技術を用いるため、従来のアナログ技術を用いた通信と比べて、その性能を劣化させることなく複製することができる。そのうえ、当事者双方のみならず第三者も同じ情報を個別に保存するなどの対策を施さない限り、改ざんされた情報ともとの情報との真偽の判定が極めて困難である。したがって、何人かによって改ざんされ

---

(8) 開発中のソフトウェアを無償でダウンロードさせるかまたは雑誌の付録として提供して試用させる、フリーウェアと呼ばれるものもある。しかし、これは、わが民法593条から民法600条に規定する使用貸借が、当事者の一方が無償にて使用および収益をした後に返還することを約して相手方から有体物を受け取るにより効力を生ずることを内容とする契約とは、性質が異なり、ソフトウェア開発者が多くのユーザーによってバグを発見してもらうことを目的として無償で公開する（従来の概念では、バグの発見を条件とする役務提供契約に相当するもの？）場合と、すでに販売したかまたは有償で使用を許容した相手方に対してその後発見されたバグに関する瑕疵担保責任を果たすために、無償で提供しているものがある。

れば、それを見破ることができないことになる。

また、インターネットがオープンなネットワークであるので、何らかの対策をしなければ、そこで伝送される情報は、本質的に秘匿することができないのみならず、伝送中の情報に偽情報を挿入することも容易である。また、他人の情報システムに侵入することも、技術的には不可能ではない。このように、他人の情報システムに侵入することをハッカー行為もしくはハッキングまたはクラッカー行為もしくはクラッキングといい、その侵入者を、ハッカーまたはクラッカーという<sup>(9)</sup>。また、電子メールなどで他人の情報システムに大量の情報たとえば宣伝文書などを送りつけることをスパムという<sup>(10)</sup>。

このように、電子商取引には、利便性と同時に危険性が並行して存在することを示している。

この危険を回避するために、情報の暗号化などの技術的な対策を施すことは当然ではあるが、この暗号技術とこれを破る暗号解読技術とが競合関係にあり、しかも、本質的に、ある確率で暗号は必ず解読すること

---

(9) ハッキングは、コンピュータに対して深い興味を示して、細部まで調べていじりたおすことで、転じてコンピュータに関する知識を悪用して、システムの破壊や不正侵入を行なう、いわゆる、クラッキングに対しても用いられるようになった。ハックは、プログラムを改変して楽しむことで、システムの破壊や不正侵入を目的とするクラックとは、本来は区別されるべきものである。

(10) スпам (spam) の語源は、米国の缶詰会社（ホームルフーズ社）が製造する肉類を加工した缶詰の商品名である。同社がこれに、大量の宣伝広告をしたことに由来する。スパムメールに対する法律用語として、米連邦の法律（CAN-SPAM Act of 2003 or Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003）、EU の法律（Directive 2002/58/EC——電子通信のプライバシーの保護指令および Directive 2000/31/EC——電子商取引指令）では、望まれてもいないコマーシャル電子メール（unsolicited commercial electronic mail または unsolicited commercial communications）、わが国の法律（特定電子メール適正化法、特定商取引法）では、迷惑メールといっている。

ができる。<sup>(11)</sup>したがって、この確率を限りなく零に近づけるようにすることが唯一の技術的対策であり、定期的に規格を見直す必要があるのみならず、技術的対策と並行して法的規制が必要である。このための法律として、国連では電子商取引に関する UNCITRAL モデル法を、EU では電子商取引指令を、そして、アメリカ合衆国では連邦法として電子署名法を、統一州法として統一電子取引法 (UETA) を制定した。

わが国において、電子商取引に関連すると思われる法規制としては、実体法では、民法の契約規定、商法の商行為規定などのほか、署名関連法、印鑑登録に関する市町村条例、消費者保護関連法、金融商品販売法、証券取引法などの商事関連法、著作権法を含む知的財産法、通信関連法、個人情報保護の保護に関連する法規定および刑法などのみならず、いわゆる私法の公法化といわれる民法・商法に関連する特別法などがある。また、手続法では、民事訴訟法、登記関連法などの他に法例がある。

わが国では、これらのうち、実体法関係の法律は、アメリカで問題になっている電子情報取引 (ライセンス契約) 以外の法律はある程度整備され、今後これらを定期的に見直すことである程度 (有体物に関する契約を電子的に締結する電子商取引の範囲) までは対処することができる<sup>(12)</sup>と思われる。また、手続法関係の法律も、民事訴訟法、登記関連法およ

---

(11) 循環符号を用いる暗号で周期が無限大のものなどは解読不可能である。しかし、現時点では、これらは、軍用などの特殊なもの以外、ほとんど使用されない。

(12) ライセンス契約についても、現行の知的財産法と契約関係法を組み合わせることで、対処することができるかもしれない。アメリカで統一コンピュータ情報取引法 (UCITA) に対する反対者は、このような見解を持っているように見える。また、前述のインターネットの危険性のほかにも、インターネット通信回線におけるセキュリティの脆弱性を利用した、多くの犯罪が行なわれる。例えば、最近になって、フィッシング (phishing) と呼ばれる犯罪がアメリカで多発しているという。これは、電子メールを突然送りつけて、巧みに偽のホームページアドレスに誘導し、クレジットカード番号または預金口座番号およびその暗証番号を記入させ、



び公証人法については、電子情報取引を除いて一応整備されている。

しかし、取引対象がコンピュータソフトなどの情報そのものである電子情報取引については、現時点ではその法制度が整備されているとはいえない。この問題については次章第2節および第4章で議論する。また、わが国の国際私法（裁判管轄を定める民事訴訟法などおよび準拠法を定める法例）は、現時点では、電子商取引またはIT関連についての規定がなされていない。この問題については次章第1節で論じる。

### 第3章. 電子商取引の法制度——現状での対応——

電子商取引は、先に述べたように、国境を越えて、物あるいは情報を取引することができるという、大きな特徴がある。

このことは、比較的少額の取引から高額の取引まで、インターネットのホームページまたは電子メールを通して送付された情報（または宣伝）を信じて、取引対象に関しての知識が少ない状態で、極めて安易に契約する可能性がある。例えば、外国からの図書あるいは絵画等の芸術品の購入、外国の株式あるいは国債・社債等の有価証券の購入などを、クレジットカードなどの電子決済手段によって行うことが可能になっている。

#### 第1節. 電子商取引に関する国際私法

このような取引に関連する紛争が、国内のみならず国際的に発生する恐れがある。これに対処するために、ハーグ国際私法会議は、1999年9月に、「電子商取引とインターネットにより生じる国際私法の問題に関するジュネーブ・ラウンドテーブル」を開催し、そのときに設立した委

---

それを用いて偽のカードを作成する。そして、本人になりすましてこれを使用し、預金を引き出したり、高価な買い物をする犯罪である。これらの犯罪に関連して、これらのカードを発行している事業者（金融機関等）の過失責任について、偽造を困難にするカードの導入を免責の条件とするなど、法制度の見直し（解釈を含めて）が必要であろう。

員会（ⅠからⅧまでの8つ）とその下に非公式ワーキンググループを組織して、条約の見直しを行っている<sup>(13)</sup>。

それによると、委員会Ⅰ（契約）と委員会Ⅱ（不法行為）は、裁判管轄と準拠法を、委員会Ⅲ（裁判所の選択と法の選択条項）は、国際性と有効性を、委員会Ⅳ（データ保護に適用される法）は、個人情報保護を、委員会Ⅴ（海外でのデータサービス）は、受取人のアドレス、伝送手段、電子書式、送達手段（わが国の掲示による送達に類似）などを、委員会Ⅵ（海外での証拠取得および合法化）は、証拠取得と電子認証を、委員会Ⅶ（オンライン紛争の解決および手続標準）は、裁判所へのアクセスおよび仲裁などの裁判外の解決を、それぞれ検討している<sup>(14)</sup>。これらのうち、裁判管轄と準拠法が、消費者向けに電子商取引に関係を有する。

契約締結などの法律行為について、裁判所の裁判管轄権を決定して準拠法をその管轄権の存する地の法とするかまたはその裁判所の判断に任せる方法と、当該法律行為の準拠法を定めてそれによりその裁判所に裁判管轄権があるか否かを判断する方法とがある。わが国の法例は、後者に基づいて準拠法を選択することとしている。また、わが国では、法例が渉外的私法関係としての外国の実体法と内国の実体法とが抵触する問題すなわち準拠法の問題を扱い、民事訴訟法が裁判管轄権に関する問題を扱っている。

後述するように、ハーグ国際私法会議が、消費者保護については、国内法に任せることにして、その規定を設けていないけれども、現実には

---

(13) Geneva Round Table on the Questions of Private International Law raised by Electronic Commerce and the Internet, <<http://www.hcch.net/e/workprog/genve31e.html>> および <<http://www.hcch.net/e/workprog/e-comm.html>> 参照。

(14) Electronic Data Interchange, Internet and Electronic Commerce, General Affaires, Prel. Doc. No. 7, April 2000, <[ftp://hcch.net/doc/gen\\_pd7e.doc](ftp://hcch.net/doc/gen_pd7e.doc)> 参照。委員会Ⅷ（グループ活動）についての記述が見当たらない。

## 電子商取引の国際性とその法的問題

この問題を避けて通ることができない。そこで、消費者保護を念頭において電子商取引を対象とした民事訴訟法および法例のあり方について検討する。

電子商取引は、一般的に隔地者間の契約であり（ただし、電話回線を利用する電話対電話での契約、インターネットを利用するインスタントメッセージ、チャット、インターネット電話での契約は、隔地者間の契約とはみなされない<sup>(15)</sup>）、行為地をどのように見るかという問題があるけれども、消費者保護問題との関係では、国際私法会議での検討あるいは電子商取引に関する UNCITRAL モデル法においても、この問題を国内法に委ねることにしている<sup>(16)</sup>ので、国内法で強行法規として消費者保護法を制定している場合は、絶対的強行法規の特別連結論を採用することになる。したがって、前述のように、準拠法として消費者の住所地（または常居所地）の法を適用することにより、行為地が特に問題になることがなくなる。

しかし、国内法の整備段階においては、消費者保護法を強行法規と位置付けた条文を設けた上で、ある国に住所（常居所）がある人に対してはその国の強行法規を準拠法とし、そしてその地の裁判所を選択する旨を民事訴訟法および法例などの国際私法のなかで明記すべきである。

ところで、わが国の消費者保護関連法規は、消費者基本法が消費者保護についての基本原則を規定し、そして、消費者契約法、製造物責任法

---

(15) 中山信弘，日下部聡，西江昭博，河野太志，池谷香次郎編「電子商取引に関する準則とその解説」248頁，別冊 NBL No. 73（榊商事法務，2002年）。

(16) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)——契約・債権譲渡等の準拠法について——」別冊 NBL No. 80，65頁（商事法務 2003年）。この理論を，法廷地あるいは準拠法所属国以外の第三国の絶対的強行法規の適用を認める考え方であるとしている説が多い。しかし，ここでは，必ずしもそれにこだわらずに，これを，私法の公法化のなかで，消費者の国の法規に強行規定があればその規定の適用を認める手法であると解する。

などが事業者による消費者向けの取引についての一般法規として位置付けることができる。そして、割賦販売法、特定商取引法、金融商品販売法、利息制限法、貸金業の規制に関する法律および出資の受入れ、預り金及び金利等の取締りに関する法律など個別の法律で、消費者向けの取引において事業者が遵守すべき事項を具体的に規定している。これらの法律の中には、規定に違反した者に対する罰則規定があるものもある。したがって、これらの消費者保護関連法規は、全体として、私法というよりも公法とすることができるので、絶対的強行法規であると解釈することに異論が出ないと考える。

この問題に関して、ハーグ国際私法会議特別委員会は、1999年6月18日に「民事および商事事件における裁判管轄権および判決の効力に関する条約素案 (Preliminary draft Convention on jurisdiction and the effects of judgments in civil and commercial matters) を今後の検討素材として暫定的に採択した。<sup>(17)</sup>

電子商取引関連の、上記のハーグ国際私法会議の特別委員会での関連条約の改正に向けての見直し作業においては、その検討の対象を、事業者間 (いわゆる B2B) の取引に限定し、事業者から消費者へ (B2C) の取引および消費者間 (C2C) の取引を除外している。<sup>(18)</sup>これは、UNCITRAL

---

(17) 1999年10月30日に特別委員会において、本素案にもとづく REPORT OF THE SPECIAL COMMISSION drawn up by Peter Nygh and Fausto Pocar (<ftp://ftp.hcch.net/doc/jdgmpr11.doc> または <http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html>) が承認された。その後、この素案について、現在も審議を行っている。なお、ハーグ国際私法会議が B2B に絞ったことに対しては、批判がある (Hague-jur-commercial-law 11-11-2002 William New, National Journal's Technology Daily, Essential Information, <http://lists.essential.org/pipermail/hague-jur-commercial-law/2002-November/000696.html> 参照)。

(18) 例えば、Hague Conference Special Commission Drafting Committee: Draft on Exclusive Choice of Court agreements, Article 1, Paragraph 2 a), Special Commission on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters (1 to 9 December 2003),

モデル法が、消費者取引の規制を各国の国内法に委ねていることを根拠<sup>(19)</sup>としているように思われる。

ハーグ国際私法会議は、裁判所の国際裁判管轄権に関連して、電子商取引によって生じる問題についての2000年2月のエキスパート会議において、消費者契約について言及している<sup>(20)</sup>。しかしその後、これに関係する1999年の条約素案の7条が大幅に修正され、しかも、その規定（7条消費者による契約）全体を括弧内に入れ、2003年12月の特別委員会に提案された「専属裁判所の選択合意に関する（条約）草案」では、その2条(1)項 a)号で、消費者取引を適用範囲から除外している<sup>(21)</sup>。したがって、消費者契約に関する条項が削除された<sup>(22)</sup>。

このように、条約案では消費者契約が除外されているので、国内法を

---

Work. Doc. No. 49e, <ftp://ftp.hcch.net/doc/workdoc49e.pdf> 参照。なお、1999年の原案では、このような規定が含まれていなかった。むしろ、第7条にて、消費者の国の裁判所に裁判管轄権を付与している。Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters, adopted by the Specil Commission on 30 Oct. 1999. (<http://www.hcch.net/e/conventions/draft36e.html>) 参照。

(19) 電子商取引に関する UNCITRAL モデル法の第1条（適用範囲）の脚注(2)は、[本法は、消費者保護の意図を有するいかなる法にも優先しない]としている。(内田貴、「電子商取引と法(4)・電子商取引に関する UNCITRAL モデル法（試訳）」NBL No. 603 (1996) 37頁)。なお、UNCITRAL ホームページにその条文および国内法に適用するためのガイド (Guide to Enactment) がある (<http://www.uncitral.org/en-index.htm>)。

(20) 「Electronic Commerce and International Jurisdiction」, Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments, Prel. Doc. No. 12, Aug. 2000 (<ftp://hcch.net/doc/jdgm12.doc>)。

(21) 道垣内正人「裁判管轄等に関する条約解釈をめぐる現況——2001年6月の第1回外交会議の結果——」([http://www.soc.nii.ac.jp/pilaj/jdgm2001draft\\_j.pdf](http://www.soc.nii.ac.jp/pilaj/jdgm2001draft_j.pdf))。

(22) 「Draft on Exclusive Choice of Court Agreements」, Hague Conference on Private International Law, Work. Doc. No. 110E, Revised, ([http://hcch.evision.nl/upload/wop/jdgm\\_wd110\\_e.pdf](http://hcch.evision.nl/upload/wop/jdgm_wd110_e.pdf))。

制定するときには、外国の事業者と取引をする国内の消費者のみならず、外国の消費者と取引をする国内の事業者に係る契約および紛争の法的な取扱いについて、十分に注意する必要がある。

また、ハーグ国際私法会議は、裁判管轄についても準拠法と並行して検討している。しかし、わが国は、裁判管轄に関しては民事訴訟法、民事執行法、民事保全法などにて取扱い、準拠法については法例で取扱っている。

わが国の法例の7条1項によると、契約のための法律行為の成立および効力については、当事者の意思（私的自治の原則）により準拠法を定めることとしている。そして、その原則による当事者の意思が明らかでないときは、同条2項により、行為地法を準拠法とすることになる。このように、行為地法を準拠法とするのは、内国取引保護主義<sup>(23)</sup>によるものである。

このように、電子商取引の一方がわが国民である場合に、その者が外国の事業者を訴えようとするとき、その事業者の国の裁判所に訴えるかまたはその国の法律を準拠法としなければならなくなる。もっとも、電子商取引は隔地者間取引が殆どであるので、法例9条2項により、申込者の住所地が行為地とみなされる。したがって、事業者のホームページを見て商品を購入する場合にはこの条項が適用され、消費者の住所地の裁判所に訴えることができる。そして、その住所地の法律を準拠法とする。なお、法例9条2項については、申込条件を変更した承諾の場合には、新たな申込となるので、それによって準拠法が変わるという問題がある。また、事業者が、約款をホームページ上に同時に掲載しているときは、

(23) 例えば、木棚照一・松岡博・渡辺惺之「国際私法概論（第3版補訂判）」有斐閣ブックス（2001）95頁、道垣内正人「ポイント国際私法（各論）」有斐閣（2000）138頁。

(24) 前述のような対話者間の取引もある（中山信弘ほか編「電子商取引に関する準則とその解説」、別冊 NBL no. 73, 248頁、(株)商事法務、2002年）。

## 電子商取引の国際性とその法的問題

難しい問題になる。すなわち、この約款について、法例7条1項による私的自治に基づく当事者の意思とするのか、それとも、わが国の電子契約法、消費者契約法および特定商取引法をそのまま適用することができるとするのか、または、これら電子商取引、消費者保護関連法に基づいて経済産業省が定める、電子商取引に関する準則を適用することができるかどうか問題であり、情報化時代における国際化にもかかわらず、消費者が外国の事業者からインターネットを利用して商品を購入しようとしたときに、消費者を保護するための法制度が国別になっていることが、問題であることを示している。もっとも、ハーグ国際私法会議が、消費者契約（B2C、C2C 契約）の検討を避けたこと、および、電子商取引に関する UNCITRAL モデル法が、消費者保護について各国の国内法を優先させたことにより、消費者がかかわる電子商取引に対しては、国内法において、消費者の住所地法による旨を規定する必要がある、これを、法例において明確に規定しておく必要がある。特に、わが国の消費者保護にとって有害な契約条項および合意事項については、わが国の法律または規則を適用する旨を法例のなかに規定すべきである。

ネットオークション等の消費者間（C2C）の取引については、取引の対象物の性質、価額等によって個別に検討する必要がある。そこで、オークションの主権者を仲介業者とし、双方の消費者がこれを相手とする B2C の取引形態として法律構成を組立てるのも一案であると考え（現在のネットオークションでは、オークションの主権者は、取引内容については責任を持たないということを約款にて規定しており、法律で規制しない限り、善意の消費者を保護することはできない。UCITA でも、このような約款の規定を規制していない。これも消費者団体が加盟している AFFECT が UCITA に反対する理由の一つである<sup>(25)</sup>）。

---

(25) [http://www.affect.ucita.com/say\\_quotes.html](http://www.affect.ucita.com/say_quotes.html), <http://www.ftc.gov/be/v990010.htm> および <http://jcots.state.va.us/Studies/UCITA%20&%20UETA/1999/VCCC.pdf> より。

## 第2節. 電子商取引に関する国内法の整備

電子商取引に関する国内法を整備する際に留意しなければならないことの第一は、前述のように、取引の国際性を考慮した国際法との整合性であり、第二は、各国の国際私法との整合性を保ちながら外国の法律からわが国民の利益を保護することであり、そして、第三は、現行法との整合性であろう。

電子商取引のうち、電子情報取引<sup>(26)</sup>について、米国において10年以上にわたって検討してきた統一電子情報取引法（UCITA）が NCCUSL によって承認され、一部の州（バージニア州とメリーランド州の2州）で州法として採用されたにもかかわらず、多くの反対があり、この2州の法律の適用から自州の住民および事業者を保護するために、アイオワ州、バーモンド州、ウエストバージニア州およびノースカロライナ州が、いわゆる防空壕法<sup>(27)</sup>を制定した。

国内法を制定するにあたってこの手法が参考になる。すなわち、防空壕法の一例として、ウエストバージニア州法典 §55-8-15 によると、コンピュータ情報合意に対する法の選択について、「統一州法委員会全国会議によって提案された統一コンピュータ情報取引法を制定した州の法に従って契約を解釈すべきである、と規定するコンピュータ情報合意における法規定の選択または何らかの実質的に同様の法を無効にすることができ、そして、法の選択規定の執行を求められた当事者が、本州の住民であるかまたは本州にその主たる営業所を有するならば、その合意は、本州の法に従って解釈されるものとする。」と規定している。したがって、約款または合意もしくは契約において、たとえば、バージニア州法

(26) 後述の注のように、経産省の「電子商取引に関する準則」では、この電子情報取引またはコンピュータ情報取引を情報財取引と呼んでいる。

(27) [http://www.ucita.com/pdf/AFFECT\\_8-04-03\\_PressRelease.pdf](http://www.ucita.com/pdf/AFFECT_8-04-03_PressRelease.pdf)（2003年8月4日付け AFFECT のプレスリリース 記事）。UCITA 防空壕法については、AFFECT の URL (<http://affect.ucita.com/>) の「Bomb Shelter Legislation」(<http://affect.ucita.com/pdf/UCITABombShelter.pdf>) を参照されたい。



典あるいは UCITA を適用すると規定していたとしても、ウェストバージニア州の住民は、この準拠法に関する条項を無効とし、全契約条項をウェストバージニアの州法を適用し、それに従って解釈することになる。

このような防空壕法を制定する背景には、前述のように、ALI, ABA, 各州司法長官その他が UCITA に反対していることがある。そして、UCITA に反対する理由を述べた多くの文書が発表されている<sup>(28)</sup>。しかし、AFFECT のコメントおよび AFFECT が紹介している多くの州の司法長官をはじめとする法律家の意見は、合意（契約または約款）のなかで定めた CD-ROM などにおけるいわゆるシュリンクラップ条項およびオンラインソフトなどを対象とするクリックオン条項が、取引対象である情報の品質を確認する前に（確認が不可能な状態で）、開封またはクリックすることにより契約が成立するので返却（契約の解消）が不可能であるという、従来の有体物の売買における規定とは異なる規定をしていることを問題にしている<sup>(29)</sup>。そして、「取引前の開示」の強制を規定することが必要であるとしている。さらに、これらの商品に対する取引形態が、ライセンス契約で、連邦著作権法<sup>(30)</sup>でいう「消尽の原則（first sale rule）」または「消尽の法理（first sale doctrine）」が適用されず、購入者が第三

---

(28) 例えば、AFFECT 「AFFECT RESPONSE TO NCCUSL COMMENTARY ON UCITA 2002 REVISIONS」 December 4, 2002, <http://www.ucita.com/pdf/AmendmentAnalysisFinal.pdf>. Cem Kaner, 「Why You Should Oppose UCITA」 <http://www.badsoftware.com/claw2000.htm> or 17 *Computer Lawyer* #5, 20, May 2000. Richard Stallman “Why We Must Fight UCITA” Jan. 31, 2000, [http://www.eff.org/IP/UCITA\\_UCC2B/20000131\\_fight\\_ucita\\_stallman\\_paper.html](http://www.eff.org/IP/UCITA_UCC2B/20000131_fight_ucita_stallman_paper.html). Cem Kaner, “UCITA: A Disaster in Progress” <http://www.kaner.com/pdfs/UcitaSpectrum.pdf>, NCCUSL, “Partial Listing of Articles and Papers Commenting Favorably on UCITA”, [http://www.nccusl.org/nccusl/ucita/UCITA\\_Listing\\_of\\_Favorable\\_Articles.pdf](http://www.nccusl.org/nccusl/ucita/UCITA_Listing_of_Favorable_Articles.pdf), June/July 2003

(29) これが消費者団体が UCITA に反対している理由のひとつである（「What is UCITA?」 [http://www.affect.ucita.com/what\\_history.html](http://www.affect.ucita.com/what_history.html) 参照）。

(30) 田中英夫、「英米法辞典」では、first sale rule を「消尽の準則」と訳し、「著作権者はその著作物の複製物を売却その他譲渡する排他的権利を

者に転売したり、貸与することが許されないことをも問題にしている。いずれにしても、UCITA があまりにも複雑で約款等で規定して製造者の都合のよいように解釈することができるために、契約の相手方、特に、消費者の事前検査および品質保証条項とそれに基づく契約の取消権があまりにないこと、したがって、消費者保護が不十分であることが反対の理由であると思われる。

これらの問題のうち契約条件および保証の問題は、取引対象がデジタル情報であるために、いわゆる違法コピーが容易であるので、これを防止するために、契約条項または合意条項として、事業者は、上記のシュリンクラップまたはクリックオンの文言を一般的に用いる。しかし、この文言が、UCITA 404条(c)にある「現状有姿のまま (as if)」「全て買主の責任で (with all faults)」と同義に解釈され、事業者の保証責任を排除する効果が生じる。その一方で、取引対象である情報がコピーの容易なデジタル形式であるため、この条項がなければ、検収時にコピーされて事業者が損害を蒙る恐れがあるという、別の問題が発生する。

UCITA は、この可能性を回避するために、CD-ROM や DVD のような有体物を売買するのではなく、しかも、CD-ROM などのコンテンツである情報（財）を売買するのでもなく、情報（財または権）の使用をライセンスする契約という新しい概念を設定した。その結果、従来から認められていた消尽の原則または消尽の法理の適用がなくなるという。すなわち、この契約の場合は、UCITA の501条から506条までのように、買主は、有体物である CD-ROM などの所有権を有するけれども、そのコンテンツにまでその所有権が及ばない。この点は、著作物（書籍）に

---

持つが、ひとたびそれを売却するときはその権利を失い、買主は制約なくそれを処分できるという準則」という。リーダーズ英和辞典では、first-sale doctrine という見出しで「消尽の法理」として、「著作権のついた商品の複製の購入者は、自分の購入した商品を自由に（有料で）貸し出したることができるとする連邦著作権の法理」といつている。

対して、著作権法が、所有者がコピーをする権限を制限していたことと類似する。しかし、著作権法では、学術用等の目的に対しては、公益のために、ある種の制限を設けた上でそのコピーを認め<sup>(31)</sup>、そして、消尽の原則に基づいて買主が古本を売ることが許容されていたのとは異なり、UCITA では一切の例外を排除している。

これらが、従来の有形物に関する法制度と、その上で、例外的な取扱いをするための特別法としての知的財産法の処理概念と異なる概念を用いる UCITA に対して反対が多くなり、情報化時代に不可欠な情報の取引に対する契約法の普及が遅れることになった。したがって、コンピュータ・ソフトウェア・メーカーは、自衛のために、情報を暗号化したり、コピー数を制限する情報をひそかに組込んだりする（これを電子透かし<sup>(32)</sup>という）技術的な対処をする必要がある。もっとも、アメリカでは、電子商取引に関する UNCITRAL モデル法に倣った UETA が多くの州で採用され、インターネットを用いて物品（有体物）の売買契約をする、いわゆる、電子商取引そのものはこの影響を受けない（我が国も電子署名及び電子認証業務に関する法律および電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律などを制定して対処している）。

このように、大きな注目を集めたライセンス契約の法制度については、

---

(31) 我が国の著作権法30条から49条までがこのための著作権の制限を規定している。なお、この制限の適用については、厳格に解するべきであるという判例がある（東京地判 平 7・12・18平成06（ワ）9532 ラストメッセージ事件 [http://www.netlaw.co.jp/hanrei/last\\_m.html](http://www.netlaw.co.jp/hanrei/last_m.html)）。

(32) 現時点で、有効な方法として、音楽用の CD に対して、コピーをすることができないようにする処理を施して販売しているが、この方法は、記録した音楽情報に微妙な変化（音質の劣化）が生じるので、これをやめようとする動きがある（画像情報、文字情報またはオペレーションソフト、アプリケーションソフトなどではその影響が小さく、そのような動きはないのみならず、インストールするコンピュータを登録することを売主が要求し、登録がなければ一定期間後に使用することができなくなる符号を、当該ソフトウェアに組込んだものもある）。

その普及が遅れることになったけれども、情報化社会においては必要不可欠な法制度になると思われるので、これを大幅に改正するかまたは現行の有体物の取引法（たとえば、UCC 第2編）を見直してこれに情報取引規定を追加するなどの処置が、今後行われることになろう。これには、10年程度の期間が必要になる可能性がある。

わが国においても、現行民法にその概念がないライセンス契約を法制化する必要があると考える。しかし、この法制化に際しては、この UCITA 制定の失敗を教訓にして、売主（ライセンサー）と買主（ライセンシー）の双方の利害の妥協点を見出し、かつ、技術開発を促進し、さらに市場の発展を期する法制度を、消費者保護、学術研究および教育など公共の福祉および国家的利益などを視野に入れて制定する必要がある。この新しい法律は、ライセンスという、現行民法の概念にはない取引形態の契約を扱うものであるが、現行法との整合性を考える必要がある。UCITA に反対している人の主張は、まさにこのことをいっている。しかし、有体物の取引ではないといっても、コンピュータ情報取引については、技術の進歩の速さを考慮して、著作者の死後にまでその権利が存続する従来の著作権法とは異なる取扱いをし、また、マスマーケット取引の特質を踏まえて特許法とは異なる取扱いをする必要がある。これまでも、特許権の使用を許容したり製造方法等の技術供与をするライセンス契約は、事業者対事業者（B2B）の個別の合意文書に基づいて行われていた。しかし、近時の電子（コンピュータ）情報などのライセンス契約は、一般的に事業者の一方的な約款に相手方が同意することによって契約が成立する、事業者対消費者（B2C）のマスマーケット取引であって、B2B と同様の取扱いをすることはできない。したがって、これまでは、私的自治の原則によって対処することができた問題を、今後は、何らかの強行法規によって規制する必要があると考える。<sup>(33)</sup>

---

(33) これまでの議論は AFFECT による問題提起であるが、わが国においても、前述の「電子商取引に関する準則（平成14年判）」第2. 情報取引、

この法整備について、アメリカで試みたような、契約法のひとつとして電子情報取引法を制定する方法、現行の著作権法に準じた別個の電子（またはコンピュータ）情報権法を制定する方法、現行の著作権法を改正して、電子情報の作成者を保護する方法、特許法を改正するかまたはこれに準じた電子情報権法または電子情報取引法を制定する方法などが考えられる。

電子情報、特に、コンピュータ用のシステム・ソフトウェア、アプリケーション・ソフトウェアなどは、著作権法で保護する著作物というよりは、特許法または実用新案法<sup>(34)</sup>によって保護している技術的に新しい発明考案に近い要素も含まれ、また、取引対象が情報という無形の財産で、取引形態がライセンス契約であるにもかかわらず、CD-ROM または DVD-ROM に記録したりインターネットで配信したりすることができる著作物と同様のマスマーケット商品として取引されるという性質がある。さらに、電子情報には、音楽 CD や映画、写真、絵画その他の画像を記録した CD もしくは DVD またはゲーム用の CD もしくは DVD など、著作物と同様に売買またはレンタルされるものがある。しかも、これらの商品の取引対象である情報は、デジタル化されているため、その質を低下させることなしに、複製することができる。そのため、ひと

---

1. ライセンス契約（「電子商取引に関する準則とその解説」の81頁以下）によると、原則として、販売店とユーザー間の契約は、ユーザーがライセンス契約に同意しない場合、ユーザーに返品・返金を認める旨の黙示の合意がある契約と解するほかない。しかし、シュリンクラップ契約の場合、契約内容が適正に表示されていれば、開封によりライセンス契約が成立するという（成立・不成立について例示している）。クリックオン契約の場合も同様である。この他にも詳細に説明されているが、これらはわが国の現行民法との関係でも問題になるとされていることに留意しなければならない。この準則は平成16年6月に改正された（経産省のホームページから入手可能）。しかし、この問題についての大きな修正はない。

(34) わが国では特許法においては、「物」に「プログラム等」を含めて（2条3項1号）これらを特許権の対象にする道を開いている。

つの法律で、一括してこれらの問題に対処することは困難であり、これを強行すると、アメリカの UCITA のような壁に突き当たる可能性がある。

そこで、関連するそれぞれの法律を改正して、そのそれぞれの法律を適用することができる事項の規定を追加または変更する。そして、どの法律を適用するかは、当事者の選択によることにするという手法によることを提案したい。この選択にあたっては、経済的あるいは社会的弱者の保護の見地から、消費者保護法の規制の対象になる取引（契約）については、消費者に選択権を与えるようにする。

#### (1) 民法等の見直し

電子商取引が、有体物の契約を単に電子的手法によって締結するに過ぎないときは、現行民法をそのまま適用することができ、契約の方式について、電子署名及び認証業務に関する法律、および、電子消費者契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律を適用することで対処することができる。しかしながら、取引の対象が、コンピュータ用のソフトウェアなどの取引については、CD-ROM などに記録したものは、著作物と同様に記録した内容を含む CD-ROM などを有体物として取扱うようにすれば、民法そのものを見直す必要はない。ただし、技術の進歩による情報内容の陳腐化を考慮し、著作権法ではなく、特許法等により規制するものとするか、著作権法により規制する場合には、著作権法の権利の有効期間が50年であるけれども、これを5年から15年程度に短縮する。これにより、技術の進歩を助けるという効果を期待することもできる。また、この場合、シュリンクラップ契約およびクリックオン契約については、「ユーザーが約款を読まないかまたは理解することができない場合」でも「開封」または「同意」することが普通であり、ユーザーが約款の個別条項を認識していないことに起因する錯誤の問題が生じる。これを回避する（いわゆる不意打ちを防止する）ために、ユーザ

一に対する取引前開示またはユーザーによる試用期間を許容する規定を設けることとし、その間にユーザーが複製したり改ざんしたりした場合には、原状回復義務を課す<sup>(35)</sup>とともに、罰則または懲罰的損害賠償を含めた厳しい規制をする規定を設けるものとする。<sup>(36)</sup>

しかしながら、インターネットを経由してダウンロードする情報などについては、有体物として扱うことができない。さらに、これらの情報は、前述のように知的財産の性格がある。有体物ではない電気は、刑法245条で財物とみなされるけれども、インターネット経由でダウンロー

- 
- (35) 経産省の「電子商取引に関する準則」では、「情報財のライセンス契約を解除した場合、ユーザーは単に情報財の使用を停止するのみならず、ユーザーが複製した情報財についても、目的たる情報財の使用による利益として返還義務が生じるのではないかとも考えられる。しかしながら、そもそも無体物である情報財は返還（占有移転）を観念することができないとも考えられるため、民法第545条の原状回復義務の具体的内容が問題になる（契約不成立または契約無効の場合は、……民法第703条による不当利得返還義務の具体的内容が問題になる）。」として、その内容を「……ユーザーは情報財の使用を停止しなければならず、これを担保するために、ベンダーはユーザーに対して、当該情報財を全て消去（削除）できるよう求めることができると解するのが合理的である。」としている（経産省「電子商取引に関する準則（平成14年版）」第2. 情報財取引 1. ライセンス契約 (4) 契約終了時におけるユーザーが負う義務の内容【論点】、【考え方】および【説明】参照）。また、この「準則」では、シュリンクラップやクリップオンによる契約の成立とユーザーの返品可否、重要事項不提示の効果および契約中の不当事項について、第2. 1. (1), (2)および(3)において現行消費者関連法に照らして例示の形式で言及しているけれども、「不意打ち条項の存在の可能性とその防止」については明確な記述がない。
- (36) この点に関しては、わが国では、伝統的に懲罰的損害賠償を認めず、証券取引法、貸金業法、割賦販売法、特定商取引法などには罰則の規定があり、金融商品販売法では過料の規定を設けている。経産省の「電子商取引に関する準則」では、このような罰則を設けるかまたは懲罰的損害賠償を認めるという記述がなく、このような規制をする意図がないように見える（上記注におけるユーザーが負う義務の記述が民法の規定を引用していることからそのように解することができる）。

ドされる情報やデータについては、電気のように使用することによって消滅することはなく、また、同一内容の情報が多数存在する可能性があるのも、物権法の基本原則である一物一権の原則を適用することもできない。

電子情報取引をライセンス契約とすると、我が民法にはそれに関する規定がない。また、従来の特許の使用などのライセンス契約は少数の当事者間による契約であるので、民法における私的自治の原則によることができるけれども、ここでいう電子情報（または情報材もしくは情報権）のライセンス契約は、マスマーケットにおいて、事業者が消費者を対象として締結する使用許諾契約である。このような場合、従来の民法における私的自治の原則に従えば、一般に事業者が定める約款による合意に基いて契約が成立するとみなされる。しかし、それでは、消費者にとって不利な条項が事業者により一方的に規定される可能性があるのも、消費者保護の見地から検討する必要がある。その検討の前に、少数の当事者間による契約である場合について述べるとすれば、ライセンス契約は、わが民法の使用貸借、消費貸借または貸借の規定に類似している。しかし、使用貸借は貸主が借主に無償で「物」の使用および収益をさせる貸借契約であり、消費貸借は借主が貸主に種類、品質および数量の同じ「物」を返還することを前提とした貸借契約であり、そして貸借は貸主が借主に有償で「物」の使用および収益をさせる貸借契約である。しかしながら、電子情報取引（ライセンス契約）は、情報（財または権）を有償で貸借する契約であり、使用貸借には該当せず、そして、電子情報は、借主が容易にコピーまたは改ざんすることができ、しかも借主が自己の使用目的を達成するためにもっとも有効な情報（プログラム等）に改良して使用することが許されるべき契約であるから、情報（財または権）を物とみなしたとしても、同じ種類、品質および数量の同じ物（情報）を返還することは不可能であり、消費貸借に該当しない。したがって、契約対象が「物」でないことを除いて、貸借契約がもっとも



近いので、民法3編2章7節の賃貸借の規定（601条以下）を見直し、対象を「物」だけではなく、「情報財」についてもこれに含めることが考えられる。しかしながら、わが民法の賃貸借の規定は、「物」を対象としているのに対して、この「情報財」は、技術の進歩と共に急速に陳腐化する（財産価値または使用価値が減少する）ので、現行民法で賃貸借の対象となっている「物」とは異なる扱いが必要になると考える。また、特に、「デジタル化した情報」は、「物」とは違って容易に複製することができる（一物一権の原則の適用が不可能）ので、複製および改ざんの禁止などについての規定を設ける必要があろう。

そこで、賃貸借規定とは別に（または追加する形式で）、使用許諾（ライセンス）の条項（または節）を設けるものとする。ここでは、民法604条に相当する存続期間（契約期間）を5年または10年程度に短縮する。その上で、これより短い期間に設定することを容認する規定を設ける。また、シュリンクラップおよびクリックオンの問題に対処するために、取引対象の品質を検査するための取引（契約）前開示に関する規定または試用期間の規定を設けるほか、欠陥が偶発事象（確率的に生起するもの）で、試用期間中においても技術的に発見することができなかったバグや抜穴（セキュリティ・ホール）などの隠れた瑕疵を理由として契約内容の変更を認める民法609条および契約の解除を認める民法610条に相当する規定を設ける<sup>(37)</sup>かまたはこれらの条項を準用する。なお、617条に相当する解約の申入れについては、マスマーケット取引における消費者保護の観点から、消費者からの解約を容易にすると同時に、事業者からは、消費者側による無許可複製などの不法行為、重大な契約違反または債務不履行がない限り、解約することができないように規制す

---

(37) この試用期間を設ける方法は、取引前開示の場合にも問題になる未成年者に対して教育上不健全な内容の情報から未成年者を隔離したいという保護者の要望にも応えることができる。試用期間経過後の使用を不可能にすることは、技術的には可能である。

る必要がある<sup>(38)</sup>。

なお、瑕疵担保責任の取扱いについては、コンピュータ・ソフトウェアには、デジタル情報固有のバグが有り、この影響が現れるのが恒常的なものではなく偶発的であり、取引前開示または検査によって事前に検出することが困難なことがある。そして、ソフトウェアの内容（特に技術レベルに起因するもの）は、比較的長期間試用しなければ判明しないことが多い。特に、マスマーケット商品の場合には、このような技術レベルに起因するソフトウェアの欠陥（？）は、有体物の欠陥のように単純に判定することができないことが多い。したがって、これについて、試用期間を長くするか、瑕疵担保期間を長くするかそれとも欠陥を債務不履行とするなど、その判断基準および対処方法を確立しておく必要がある<sup>(39)</sup>。良心的な事業者は、これをサービスパックとして顧客に無償で供給するか改修するかの方法で対処している。しかし、バージョンアップとして改版したものを割安価格で売りつける事業者もある。この混乱の要因は、瑕疵に対する判断基準が確立していないことにある。法律などに明記しない場合およびそれが制定されるまでは、業界団体、行政当局のガイドラインなどによる指導または裁判所による判断が必要であり、<sup>(40)</sup>関係者によるこれらの作成または判例の出現が待たれる。

---

(38) この消費者保護の規定は、民法ではなく、特定商取引法等の消費者保護関連法で規定すべきかもしれない。また、これらは、現行の民法の規定または消費者保護関連法規には規定がないので、これらの法規が整備されるまでは、本文に述べたように民法の賃貸借の規定および消費者保護関連法を拡大解釈または類推適用をして対処するものとする。

(39) 経産省の「電子商取引に関する準則」では、バグについては相当に詳細に述べている（準則の第2.1.(6)ベンダーが負うプログラムの担保責任）。しかし、消費者保護の視点でさらに見直す必要があると考える（準則は、消費者契約法10条が適用される場合について民法570条、415条が適用されるよりも、商法の規定が適用され引渡から担保責任期間が5年になる（商法522条）と述べている）。

(40) 上記の準則では、「……取引の通念に照らし合理的に期待される通常

(2) 民事訴訟法等の見直し

ハーグ国際私法会議で電子商取引に対応するための検討が行われているけれども、ここでは消費者問題を回避している。したがって、事業者と消費者との間の取引では、国際的であっても、諸費者の常居所地の法に委ねられている。わが国では、裁判管轄権は、民事訴訟法4条1項、2項および4項により、被告の住所（または居所）地または主たる事務所もしくは営業所の所在地を管轄する裁判所が有する。また、財産上の訴えについては、5条1号により義務履行地を、そして、不法行為に関する訴えについては同条9号により行為地を管轄する裁判所が裁判管轄権を有することになる。もっとも、電子商取引を含む裁判に関して、事業者対消費者の取引について、消費者の住所地に裁判籍がある旨を消費者保護法などに規定してあれば（現行消費者保護関連法にはそのような規定がない）、民事訴訟法1条により、改正の必要はない。<sup>(41)</sup>したがって、現行法制度の下での裁判管轄権に関する規定について、事業者対消費者の取引に対しては、消費者保護関連法規の中にこれを設けることで対処する方法と、民事訴訟法においてこれを規定する方法があることになる。法律を複雑にしないために消費者保護関連法規（具体的には消費者契約

---

有すべき機能・品質をプログラムが有していない場合であって、かつ通常予見可能な使用環境・使用方法の範囲内で動作上の不具合が発生した場合は、そのバグは瑕疵に相当すると判断される。……」とし、「……バグがプログラムの瑕疵に相当する場合であっても、遅滞なく補修したり、代物が提供された場合は、ベンダーはそれ以上の責任を問われないものと解される。……」という（前述の準則第2. 1. (6)の【説明】2. (1)および(2)）。しかし、バージョンアップ（上記の代物の提供に相当する）が有償の場合については記述がない。そこで、有償にすることができる要件を、「内容または機能的に新しい価値を含むもの」とし、それが客観的に認められない限り、「有償での修復または代物の提供による免責を許容しない」ものとする。これについては、裁判所の判断にこの準則の主旨が取り入れられることを想定して、準則を改訂する必要があると考える。

(41) 同条は、「民事訴訟に関する手続については、他の法令に定めるもののほか、この法律に定めるところによる。」と規定している。

法)に規定することを推奨したい。また、事業者間の取引については、国際的な電子商取引であっても現行の民事訴訟法を適用することができる。

しかし、後者による場合には、ハーグ国際私法会議の結論を待たずに、わが国単独で民事訴訟法を改正し、電子商取引における消費者保護の見地から、事業者対消費者(B2C)の取引については、これまでの民事・商事事件に関連する訴訟手続に関する条約および法律の規定ならびに当事者間の合意の如何にかかわらず、消費者の住所地の裁判所に裁判管轄権を付与するようにすべきである。そのために、民事訴訟法4条1項に、「ただし、事業者と消費者との間では、消費者の普通裁判籍の所在地を管轄する裁判所の管轄とする。」という文言を追加するか、または、5条に16号を追加し、「事業者と消費者との間の取引に関する訴えは、前各号の規定にかかわらず、消費者の住所または居所の所在地とする」と規定する。5条は、財産権上の訴え等についての管轄を規定したものであるため、この16号を適用するには、電子情報取引の対象である電子情報またはコンピュータ情報などを財物とみなすこと、および、これに関連する契約<sup>(42)</sup>についての権利を財産権として承認する必要がある。この16号の規定は、わが国に居住する消費者にとっては、前述の「防空壕法」の考えに相当する規定に相当し、法例の改正と相俟って、我が国の消費者は、わが国の裁判所の裁判管轄に属することになり、かつ、わが国の消費者保護法によって保護されることになる。これらの規定は、わが国にある営業所または代理店などを經由する場合は、当然に、国内の商取引として、国内の裁判所での裁判になる。その一方で、わが国の事業者が訴訟を提起する場合には、消費者の居住する国の裁判所に訴える必要があり、貿易の振興策にとっては一時的にマイナスの効果をもつけれども、事業者が誠実に商行為をしている限り消費者から訴えられる恐れが

---

(42) 前述の「準則」では、「情報財」という用語を用いている。

少なく、商業道徳あるいは商業倫理面での努力を促すとともに外国の消費者に損害を与える国内の悪徳業者を駆逐しようという、間接的な効果を生じるかもしれない。これについては、自動車に対する環境規制を厳しくすることがわが国の自動車産業における環境対策技術を向上させ、対外（特に対米）競争力が強くなったという例もある。事業者対事業者の取引については、ハーグ国際私法会議による条約の結論が出るのを待つ必要があるが、わが国としては、これを積極的に批准し、これに基づき民事訴訟法等を改正すべきである。

### (3) 法例の見直し

情報化社会におけるグローバル化に伴い、消費者問題をはじめとして、多くの法律問題の国際的な対処が必要になるので、国際私法すなわち法例を見直す必要がある。この見直しは広範囲に及ぶけれども、ここでは、電子商取引に関連するもののみをとりあげる。なお、法例の見直しについては、社団法人商事法務研究会に設けられた、「法例研究会」（座長道垣内正人）<sup>(43)</sup>において検討されている。それによると、消費者契約<sup>(44)</sup>については、消費者契約の実質の準拠法<sup>(45)</sup>について、3つの案、消費者契約に関する法律行為の方式の準拠法についても、3つの案が示されている。

---

(43) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(1)——契約・債権譲渡等の準拠法について」『別冊 NBLNo. 80』50頁（株商事法務、2003）。

(44) この3案とは、「消費者契約の実質の準拠法については（甲案）特段の規定を置かない。（乙案）「消費者契約に関する当事者の準拠法指定は、消費者の常居地法によって与えられた保護を奪う結果になってはならない。」という規定を置く。当事者による準拠法の指定がない場合については、（乙1案）「消費者の常居所地法による」という規定を置く。（乙2案）通常の契約に関する客観的連結ルールによるが、「消費者の常居所地法によって与えられた保護を奪う結果となつてはならない」という規定を置く。（丙案）消費者契約については、当事者自治を認めず、客観的連結によることとし、「消費者契約については、消費者の常居所地法を準拠法とする」という規定を置く。」としている（上記、『別冊 NBL No. 80』50頁）。

前者については、3案のうち丙案を支持する。その理由は、事業者と消費者との間の取引においては、一般的に、経済的弱者である消費者の保護を最優先する必要がある、デメリットとして指摘されていることについては、事業者および司法当局が負担すべき事項であると考え。また、消費者保護法を強行法規として位置付けて、法の選択の可能性を排除する必要からも、丙案にすべきであると考え。

次に、消費者契約に関する法律行為の方式の準拠法についてもまた、丙案とする。

研究会が懸念している、通常法律行為に妥当する「favor negotii」（法律行為を方式上できる限り有効にすること、取引保護〔主義〕）の原則と矛盾するということについても、この原則と消費者保護の必要性とを衡量した場合、古典的な法の原則よりも経済的弱者を保護するという社会的な必要性を重視すべきであると考え。

そこで、消費者契約、労働契約など経済的弱者を保護する規定を強行法規とし、強行法規の中でも特に強行性の強い絶対的強行法規と考える。このような絶対的強行法規の概念を導入する、「絶対的強行法規の特別連結論」に基づいて適用範囲を考えることになる。これについては、法例研究会において検討され、2つの案が提示されている<sup>(46)</sup>。それぞれにメリット・デメリットがあるが、明文規定を置くことにより、消費者契約

(45) これについては、「(甲案) 特段の規定をおかず、法律行為の方式に関する通常の準拠法決定ルールによる。(乙案) 法律行為の方式に関する通常の準拠法決定ルールによるが、「消費者の常居地法によって与えられた保護は奪われない」という規定を置く。(丙案) 「常に消費者の常居地法による。」という規定を置く。」としている(同上)。

(46) これについては、「(甲案) 「絶対的強行法規」の適用問題については特段の規定を置かない。(乙案) 「絶対的強行法規」の適用問題については、「我が国の公の秩序(政治的・社会的・経済的秩序)にかかわる重要な強行法規であって、契約準拠法が外国法であっても適用されるべきものは、[〇〇条から〇〇条の規定にかかわらず]適用される。」という規定を置く。」としている(上記「別冊 NBL No. 80」, 65頁)。

など政策的重要事項については、法の保護を必要とする者の国（通常わが国）の強行規定を、契約または合意による準拠法とは独立に適用することにより透明性が高まるので、乙案を支持したい。消費者保護法、例えば、わが国の消費者基本法、消費者契約法、製造物責任法、特定商取引法、割賦販売法、金融商品販売法などが絶対的強行法規であるか否かは、明文の規定がないので、解釈によらざるを得ない<sup>(47)</sup>。しかし、乙案のように規定しておけば、消費者保護法を強行法規として解釈することにより、消費者の住所地がある国の消費者保護法を適用することが可能になる。

また、インターネットによる電子商取引の場合、法例7条2項にいう行為地が明確でないため、申込人の常居所のある地の法を適用することを明確にすべきである。この場合、申込みの承諾に際して変更を加えたとしても、民法528条の規定を適用せず、当初の申込人の常居所のある地の法とする。この問題については、法例9条により行為地を定め、さらに、8条による申込み方式の有効性が問題になるが、これについても法例研究会が検討しており、意思表示について1つの案、契約について4つの案を提示している<sup>(48)</sup>。インターネットを用いる電子商取引の場合、

---

(47) これについて、「ある規範が「絶対的強行法規」であるか否かは、明文の規定がないのが一般的であるので、解釈によらざるを得ない。……」  
といている（同上、69頁）。

(48) これについて、「【意思表示について】（甲案）【法律を異にする地に在る者に対する意思表示については、その通知が発せられた地を行為地とみなす】との規定を置くものとする。」「【契約について】（A案）（選択的適用説）契約は申し込み地又は承諾地のいずれかの法律により方式上有効とされた場合には、方式上有効とする。（B案）（配分的適用説）契約は、その申込の方式が申込地法により有効であり、かつその方式が承諾地法により有効である場合には方式上有効とする。（C案）（併用説）契約は、次の何れかの法律により方式上有効とされた場合には、方式上有効とする。1. 申込地法 2. 承諾地法 3. 申込みの方式につき申込地法、承諾の方式につき承諾地法（D案）（複合説）契約は、次の何れかの法律により方式上有効とされた場合には方式上有効とする。1. 申込地法 2. 承諾地法 3.

行為地が必ずしも明らかでないので、契約すなわち申込の方式および承諾の方式の有効性は、この4つの案の内、それぞれの地の法により定めるとしているB案を支持したい。また、7条1項を適用する場合でも当事者の意思が不分明である場合については、上記法例研究会においても検討され<sup>(49)</sup>、2つの案が示されている。その案によると契約類型として次の電子情報またはコンピュータ情報取引が含まれていないので、これを定義する必要がある。この場合、民法の見直しとも密接な関係があるのはいうまでもない。これの取扱については、同研究会が不法行為における知的財産について検討している取扱と同様の考え方を取り入れるのも<sup>(50)</sup>

申込みの方式につき申込地法、承諾の方式につき承諾地法（以上C案と同様）4. 申し込みの方式につき承諾地の法、承諾の方式につき申込地の法」としている（同上86頁）。

- (49) 「(甲案) (1) ○○条の規定（当事者自治の規定）により準拠法が決定できない場合には、[法律行為／契約] は、最も密接な関係を有する地の法による。(2) 次の各号に掲げる契約についてはそれぞれ当該各号に定めるものの常居所地法（社団、財団〔又は当該契約に係る営業所を有する自然人〕の場合は、当該契約に関する営業所の所在地の法) を、前項における最も密接な関係を有する地の法と推定する。(ア) 売買契約 売主 (イ) 保険契約 保険者 …… (ク) 物品運送契約 運送人 ただし運送人の常居所地が積込地、荷降地又は荷送人の常居所地のいずれかと一致する場合に限る。(3) 前項の(ア)及び(オ)の契約の目的物が不動産である場合には、前項の規定にかかわらず、不動産の所在地法を第1項における最も密接な関係を有する地の法と推定する。(乙案) (1) ○○条の規定により準拠法が決定できない場合には、次の各号に掲げる契約については、それぞれ当該各号に定める者の常居所地法（社団、財団〔又は当該契約に係る営業所を有する自然人〕の場合は、当該契約に係る営業所の所在地の法) による。(ア) (以下甲案第2項の各号と同様) (2) 前項の(ア)及び(オ)の契約の目的物が不動産である場合には、前項の規定にかかわらず、不動産の所在地法を第1項における最も密接な関係を有する地の法による。(3) 第1項各号に掲げる契約以外の [法律行為／契約] については、当該契約と最も密接な関係を有する地の法による。」としている（同上37頁）。

- (50) 法例研究会「法例の見直しに関する諸問題(2)——不法行為・物権等の



一案であろう。ここでは、法例11条1項の適用（発生地法の適用）を排除して知的財産権の保護国法を適用する（乙案）ものとするならば、上記当事者の意思が不分明である場合についての案の契約類型で示された各号に定める者（例えば売買契約での売主）よりは、上に示した申込者（例えば、売買契約の場合、通常は買主）の常居所地の法とすべきであろう（マスマーケット取引の場合は、一般的に買主が多いので、当事者の予見可能性、裁判官の負担などから、売主の常居所地法または営業所地法を選定することが多いと思われる。しかし、近年の製造物責任法に見られるように、契約に伴う不法行為の被害者は買主の方が圧倒的に多いので、売買契約の場合は買主の、一般的には申込人の常居所地法または営業所地法を準拠法として選定すべきである）。また、法律行為が電子的手段を用いて行われた場合、または、法律行為が実際に行われた地を相手方が知らない場合についても、法例研究会が検討している<sup>(51)</sup>。この取扱については、3つの案の内の乙案をバックアップとして規定することを条件として、丙案を支持する<sup>(52)</sup>。

さらに、電子商取引の内、電子情報またはコンピュータ情報の取引については、取引対象が有体物でない情報財であるため、わが国のみならず諸外国においてもその法制度が確立していない。前述のように、アメリカにおいて UCITA が NCCUSL で制定され、2つの州で州法として

---

準拠法について」『別冊 NBL No. 85』92頁（株商事法務、2003）。これによると、（甲案）は、……、特段の規定を設けない。（乙案）は、「知的財産権の侵害については、当該権利の保護 [が要求される / を与えている] 国の法による」との規定を設ける、としている。

(51) 前述の、『別冊 NBL No. 80』の90頁参照。

(52) 3案は、「（甲案）特段の規定は置かない。（乙案）「他の者からの意思表示を受けた者が、発信地を知らなかったときは、表意者の常居所地又は営業所の所在地を発信地とみなす」との規定を置くものとする。（丙案）「他の者からの意思表示を受けた者が、発信地を知らなかったときは、表意者がその常居所地又は営業所の所在地として表示した地があればその地を発信地とみなす」との規定を置くものとする。」としている（同上90頁）。

制定されたが、法曹関係者および消費者などからの反対があり、多くの州で、この2州の法律が準拠法となることを防止するいわゆる「防空壕法」が制定されるなど、他の州に普及することが難しい状況にある。そこで、わが国においても、上記の消費者保護の対象となる取引以外のこれらの取引については、先に民法等の見直しで述べた措置をすると共に、わが国の国民を保護するために、この「防空壕法」に類する規定を、法例に規定しておく必要がある。その上で、不法行為類型のうちの製造物責任（厳密には情報が物ではないのでこれの適用を受けない）または知的財産権の侵害に関する規定についての準拠法に類似の規定を設けるべきであろう。製造物責任について、研究会は、4つの案を提示している<sup>(53)</sup>。これらの案の内では、被害者の立場を重視するという製造物責任の原則から、丙案を支持する。研究会によると、製造者の予見可能性を確保することができないこと、その結果、複数の法の適用を想定して対処するコストがかかる恐れがあること、被害者が、どの法が自己にもっとも有利であるかを判断することができるとは限らないこと、裁判外紛争解決が困難になる恐れがあることなどのデメリットがある。ここでの検討対象である電子情報またはコンピュータ情報は、有体物ではないので製造物ではないけれども、これまでの議論を踏まえて、製造物に準じて規定するものとする。規定方法としては、「製造物または電子情報もしくはコンピュータ情報」とするか、「製造物は、有体物のみならず、電

---

(53) この4つの案は、「(甲案) 特段の規定を設けない。(乙案)「製造物責任については、被害者が製品を取得した地の法による。[ただし、製造者がその地における被害者による製品の取得を予見できなかった場合には製造者の主たる営業所の所在地の法による]」との規定を置く。(丙案)「1 製造物責任については、製造者の主たる営業所の所在地の法による。2 前項の規定にかかわらず、被害者は、製品を取得した地の法又は侵害結果が発生した地の法を選択することができる。[ただし、製造者が、被害者による製品の取得地又は侵害結果を予見することができなかった場合には、この限りではない。]」という規定を設ける。(丁案) ハーグ条約と同趣旨の規定を設ける。」というものである(上記、別冊NBL No. 85, 63頁)。

子情報またはコンピュータ情報などの無体財産を含む」という定義規定を設けるものとする。

また、この電子情報またはコンピュータ情報を知的財産として扱う（民法の契約規定に特別な条項を設けない）場合は、知的財産権に対する侵害については、研究会が2つの案を示している<sup>(54)</sup>。知的財産権に関する準拠法については、属地主義の原則が妥当する。この2つの案は、いずれも、この権利の侵害に対して保護を要求される国の法（保護国法）を適用することになり、大きな差異はない。したがって、研究会が乙案のデメリット(b)として、「インターネットや衛星の普及に伴って、知的財産権の侵害が一時に広範囲にわたって発生することになり（拡散型の知的財産権侵害）、それによって保護国法主義の弊害も指摘されるようになってきているところ、このように国際的に流動的である中で、保護国法主義の明確な採用に踏み切ることが時期尚早ではないかとの批判があり得る」と指摘しているように<sup>(55)</sup>、乙案を採用しても再度改正することが必要になるので、甲案を支持する。

#### (4) その他

コンピュータ情報取引に知的財産権の保護に関連する法律を適用する場合は、技術の進歩の速さと共に、インターネットの特質である匿名性と超広域性により、侵害者を特定することの困難さを伴う。そこで、前述のように、技術の進歩を阻害しないように、法例だけでなく知的財産権法についても、国際的に統一された法制度の整備が必要であると考えられる。わが国のみならず諸外国でも、コンピュータ情報取引または電子情

---

(54) 知的財産権の侵害について、「(甲案)「知的財産権の侵害については、特段の規定を設けないものとする。」(乙案)「知的財産権の侵害については、当該権利の保護[が要求される／を与えている]国の法による。」との規定を設ける。」としている(同上92頁)。

(55) 同上97頁。

報取引（特にコンピュータソフトウェアの取引）に関する知的財産権について、現時点では著作権法を適用しているけれども、技術的新規性が問われる財産権であるから、この権利は、我が著作権法2条1号のおよび2号に規定している、思想または感情を創作的に表現した著作物とその著作者に関する権利というよりも、特許法または実用新案法の2条に定める自然法則を利用した技術的思想の創作、すなわち、発明または考案に関する権利であるというべきで、特許法または実用新案法を適用するように改めるべきであると考え。しかし、これらの情報をCD-ROMまたはDVD-ROMに記録し、それを出版物に類似の創作物として、それに対する著作者に著作権法を適用し、それによってソフトウェアの開発者を創作者としてその権利を保護することを意図しているのであれば、<sup>(56)</sup>その権利の存続期間は著作権法51条に規定している、著作者の死後50年とすることになる。しかし、これらの情報に関連する技術の進歩が速いので、権利の存続期間があまりにも長すぎる。電子情報は、技術的な開発要素あるいは新規性が重要であり、そして、企業の多数の技術者により開発されるこれらのソフトウェア情報を、個人的な創作物の著作者に<sup>(57)</sup>対する著作権の範疇で対処しようとすることに問題があると考えられる。

---

(56) 映画の著作物については創作後70年（著作権法54条）

(57) 著作権は、「著作物」の創作者すなわち「著作者」に対する「著作者人格権」と「複製権、上演権および演奏権、上映権、公衆送信権、口述権、展示権、頒布権、譲渡権、貸与権、翻訳権、翻案権および二次的著作物の利用に関する原著作者の権利（これらを一括して著作権という）」よりなる（著作権法17条から28条まで）。わが国の著作権法は、著作者に焦点を合わせて著作権を“author's right”と考える大陸法のアプローチによっており、“copyright”と認識する英米法のアプローチとは異なる。したがって、わが国の著作権法のもとでの著作者は、自然人を想定している（それにもかかわらず、法人その他の使用者も著作者の地位を取得する）（同法14条から16条）。しかし、わが国を含めて各国の著作権法は、多少の相違があるとしても、ベルヌ条約、WIPO著作権条約などで国際的に類似した規定になっている。

仮に、技術的思想の創作とはいえないソフトウェアで著作権法の2条1項第10の2号のプログラムおよび第10の3号のデータベースに該当するとしても、いわゆる考案として実用新案権を付与するかこれと同等の存続期間<sup>(58)</sup>の権利を付与するよう<sup>(59)</sup>にすべきである<sup>(60)</sup>と考える。その上で、そのソフトウェアがシステム運用等に関して高度な（基本的な）もので、特許に値すると考える開発者は、より長期にその権利を保護することを求めて特許出願をすべきである。

この他にも、インターネットの特質を考慮すると、電子情報関連における国際的に統一した法制度の整備が必要である<sup>(61)</sup>と考える。

---

(58) 現在は6年、2005年4月1日より10年。

(59) 現時点では、国際的に著作権法が適用されている。また、実用新案権は、設定の登録により発生し、登録には出願を必要とする（実用新案法14条1項、2項）。したがって、存続期間だけでなく、出願を必要とする実用新案権による保護と出願を要しない著作権による保護との権利内容の差異について、さらに慎重に検討する必要がある（実用新案権等の工業所有権は公法的権利であり、著作権は私法的権利であるということもできる）。著作権法の目的は、著作物ならびに実演、レコード、放送および有線放送に関して、著作者の権利およびこれに隣接する権利を定め、これらの文化的所産の公正な利用に留意しつつ著作者等の権利の保護を図り、もつて文化の発展に寄与することであるのに対して、特許法および実用新案法の目的は、発明（または考案）の保護及び利用を図ることにより、発明（または考案）を奨励し、もつて産業の発達に寄与することである（各法律の1条）。すなわち、著作権法は著作者等の保護に主眼があるのに対し、特許法および実用新案法は発明（考案）の保護のみならず利用とその奨励に主眼があると思われる。したがって、後者では、特許または実用新案を実施しないときは裁定による実施の道が開かれている（特許法83条、実用新案法21条）のに対し、前者は著作権法17条に基いて、実施（著作物の作成）後に自動的に発生する権利であるから、著作権法にはこのような規定がなく、むしろ、教育等の公共目的での利用について、権利の制限をしている（著作権法30条から49条まで）。

(60) 現行の特許法は、2条4項で「プログラム等」を定義し、また、3項で物にプログラム等を含めているので、特許申請の道が開かれている。特許の存続期間は、出願後20年である（特許法67条）。

## 第4章. 電子商取引の法制度について——提言——

これまでの議論から、電子商取引の対象は、現行の法制度の下における取引対象と同じ範疇に属する物（有体物）と、これに属さない情報（無体財産）とに大きく分けることができる。

したがって、電子商取引に関する法制度としては、この大きく異なる取引対象を同じように扱おうとすれば、アメリカの UCITA のような困難に遭遇することになる。第3章では、これを回避するために、従来の法制度の中で対処する方法について述べたけれども、ここでは、これとは異なるアプローチを提言したい。すなわち、従来の法制度とは別に、情報関連の法体系を独立して構築することとし、これに、特許法や著作権法などの知的財産権法、情報通信に関連する法律のほか、情報公開に関連する法律および CD、DVD など電磁的記録と呼ばれているもののほか印刷物など、情報を有体物に化体したものおよびこれらに関連する権利に関する法律を包含させる。

すなわち、この法制度のなかで無体財産特に情報財関連法制度には、電子情報またはコンピュータ情報取引法（ライセンス契約法）、個人情報保護法、情報公開法、インターネット関連法、通信事業関連法、プロバイダ責任制限法、特許権・著作権等の知的財産権関連法などを包含し、さらに、民法の契約事項のうちの役務の提供に関する事項において、知的な役務の提供について、情報取引に該当するもの（例えば、結婚相談

---

(61) これまでの法制度は、国別に整備され、国際的な統一は、条約または協定によって行ってきた。しかし、条約や協定は、各国が批准することが前提になっており、情報化社会における取引が国境を越えた取引または国境のない取引になると想定されるので、国別の法制度を国連を中心とした国際機関による法制度に改変する時期に来ていると考える。EU は、その法規定を、指令の形で制定し、各国はその趣旨を国内法に取り入れることを義務付けている。この方式は、国際的な統一法制が実現するまでは、賢明な手法であるといえよう。

## 電子商取引の国際性とその法的問題

業務等のコンサルタント契約、弁護士業務等の委任契約、素行調査・市場調査等の情報提供契約など）を含めるようにする。

そして、有体物の電子商取引は、既存の法制度を必要があれば修正しながら適用することとし、新法体系については、まったく新しい視点で検討することとする。したがって、電子署名法は、単に、有体物を対象とする電子商取引の手続きに用いる道具としての機能を持っているだけであるから、既存の法制度のなかに包含させる。

このような方法で検討を進めたとしても、この2つの法体系の間には、互いに関連または干渉しあうものがあるので、まったく独立したものはなりえないけれども、検討段階では、互いの干渉をできるだけ少なくするためにこのような方法を取るのが望ましいのではないかと考える。

このようにして、情報取引に関する法体系が確立し、その運用が定着した後に、両体系を結合させるものとする。

ところで、インターネット等の急速な普及に伴い、電子情報取引が事業者間のみならず一般消費者を対象に行われるようになったので、近年問題になっている事業者対消費者の取引等に見られる経済的弱者を保護する立場からの法制度が必要であり、このための法律の規定は、原則として強行規定でなければならない。

そこで、商事法として、原則として任意規定で貫く一般法と原則として強行規定とする特別法の2本立てで整備することとする。その上で、一般法としての UCITA が、既存の UCC と重複する事項をも規定したために複雑になって批判が多かったが、このようなことがないように、可能な限り現行民法の規定を参照することとして簡略な規定にする。

### 第1節. 電子情報に関する一般法の規定

電子情報に関する契約法には、上記の趣旨に沿って、次に示す事項を規定するものとする。

1. (解釈) この法律の規定が他の契約関連法の規定と相反するとき

は、この法律の目的に反しない限り、他の契約関連法の規定に基づいて解釈しかつ適用することとする。

2. (適用範囲) この法律を、電子情報又はコンピュータ情報に関するあらゆる契約に適用することとする。
3. (ライセンス1) この法律においては、電子情報又はコンピュータ情報を組み込んだ物及びソフトウェアなどの電子情報又はコンピュータ情報を書き込んだ電磁的記録媒体は、特段の定めがない限り、民法85条における有体物とみなすものとする。ただし、その情報権は物権と共に移転(または譲渡)することなく、使用権のみを移転(又は譲渡)したものとみなすこととする。<sup>(62)</sup>
4. (ライセンス2) 電子通信回線上又は電磁的記録等に存在する電子情報又はコンピュータ情報は、その使用権のみを移転(又は譲渡)することができるものとする。
5. (民法の規定の準用) 情報に関するライセンス契約は、当事者間による別段の合意がない限り、民法601条から621条までの規定のうち、動産に関する規定の物又は動産を情報と読みかえて準用する。ただし、契約が売買の形式であるときは、使用権の存続期間は602条から604条の規定にかかわらず、無期限とする。なお、617条3項の規定は適用せず、1項の規定を準用するものとする。<sup>(63)</sup>
6. (同上) ただし、604条の20年を10年と読みかえる。また、612条の「賃借物の転貸」を「情報(財)の転貸又はコピー」と読みかえるものとする。しかし、契約が有体物に組込んだ情報又は情報単独での売買の形式であるときは、614条(賃料の支払時期に関

---

(62) このただし書きの規定は、CD-ROMなどの売買が民法555条の売買とは異なり、そこに含まれる情報の使用権を買主に付与(貸与)することを意味する。また、音楽や映像などを書き込んだCD-ROM又はDVD-ROMなどこれまで著作権でのみ保護されていたものを、一般法である本法の契約規定に含めることにする。

(63) 民法の条項番号は、改正法(平成16年12月1日公布)による。



する規定)を準用しない。

7. (契約の成立とその時期) 契約は、当事者間の意思表示の一致により成立するものとする。ただし、情報を組込んだ物を引渡したとき、及び情報が相手方の支配下にある電子情報処理組織から自己の支配下にある電子情報処理組織に入ったときに契約が成立する。
8. (契約の解除) 契約成立後といえども、取引対象情報の機能及び性能が譲受人(又は借主若しくは使用者)の契約目的を達成することができないことが明らかになったときは、当該情報の譲受人(又は借主若しくは使用者)は、欠陥の有無にかかわらず、契約を解除することができる。ただし、契約成立後〇〇日以内に解除するものとする。なお、この期間が経過したときは、譲渡人(又は貸主若しくは許可者)に相当の損害を補償しなければ、解除することができない。<sup>(64)</sup>
9. (ライセンスの義務) 契約を解除したときは、情報を組込んだ物を譲り受けた(又は借り受けたか若しくは使用を許可された)者は、速やかに、譲渡人(又は貸主若しくは使用者)にこれを返却もしくは廃棄または破棄すると共に、組込んだ情報を爾後使用してはならず、かつ、それを譲渡人(又は貸主若しくは許可者)が確認することができるようにしなければならないものとする。使用権を単独で譲り受けた(又は借り受けたか若しくは使用を許可された)者もまた同様とする。
10. (ライセンス料の減額) 民法609条の規定の不可抗力を、不可抗力又は社会的、技術的な事情による経済的価値の予期しない変化と読みかえるものとする。<sup>(65)</sup>

---

(64) これは、取引前に検査または調査することができない、いわゆるシュリンクラップ条項およびクリックオン条項を可能にし、その上で、譲受人(消費者を含む)の利益を保護するために規定するものである。

11. (ライセンサーの義務) 技術の進歩又は売主若しくは貸主の事情によるバージョンアップ等が行われたときは、売主又は貸主若しくは使用許可者は、地帯なく買主又は借主若しくは使用者にその内容並びに条件を通知し、かつ、その条件の承諾を求めなければならない。この通知を受けた買主又は借主若しくは使用者は、バージョンアップの内容及びその条件の拒絶、条件の変更又は契約の解除をすることができるものとする。<sup>(66)</sup>

## 第2節. 電子情報に関する特別法の規定

### (1) 消費者保護関連法規について

電子情報に関連する特別法として、日本政府が推進している「e-Japan 重点計画」に基づいて制定された一連の法律のほか消費者保護に関連する法律、個人情報保護に関連する法律のほか、特許法及び著作権法を含む知的財産権法をこの範疇に入れて見直すこととする。これらの法律の規定は、定期的に(約2年毎に)見直すこととする。

e-Japan 重点計画に基づく法律のうち、電子署名及び認証業務に関する法律(以下電子署名法という)については先に論じたとおりであり、<sup>(67)</sup>書面の交付等に関する情報通信の技術の利用のための関係法律の整備のための法律(以下IT書面一括法という)については、単に紙媒体の書面の交付または書面による手続の義務について、従来の手続きのほかに、

---

(65) 609条が土地の賃借人に対する保護規定であるのを、電子情報のライセンサーに対して準用する刷るものであるから、これ以外にも規定の文言を見直す必要がある。

(66) これについては、事業者の強い反対が予想される。しかし、何らかの規制をしなければ、使用に耐えないソフトウェアなどを販売し、バージョンアップの名目で過酷な条件を消費者に押し付ける可能性がある(例えば、バージョンアップと称して有償で欠陥を修正してライセンス料を値上げすることなどが考えられる)。

(67) 大仲末雄「電子商取引における電子署名(1)——グローバル化と国内法の関係——」神戸学院法学32巻2号303頁(2002年)

電子的手段による手続きを加えたものであるからここでは特に見直さない。

消費者保護関連で、特定商取引法の2章3節の通信販売において、いわゆる「クーリングオフ」の規定が設けられていないけれども、インターネットによる取引が一般化しつつあるのみならず、そのホームページにおける情報、特に、約款の内容の複雑さに配慮すれば、4節の電話勧誘販売と同様の規定を設けるか、または、インターネットなどの電子情報通信による通信販売については、3節ではなく4節の規定を適用する必要があると考える。その上で、特に、インターネットからソフトウェア等の情報のコンテンツをダウンロードするときに「クリックオン条項」を適用することに対しては、電話勧誘販売における18条の書面交付の規定と同様の規定を適用すると共に、その書面について、消費者が特に注意しなければならない事項（消費者にとって不利な事項）を、目立った表現（例えば色違いの表示またはブザーによる警告をつけるなど）によって、消費者の注意を引く手法を用いること、または、それらの条項について承諾のチェックを消費者に求めることを義務付けるものとする。その上で、クーリングオフ規定を適用することができる規定を設けるものとする。これについては、経済産業省が公表している「電子商取引等<sup>(69)</sup>に関する準則」の内容を規定に挿入するかまたはこの準則に付託する規定を設けた規則または省令などを制定するという手法を採用することも

---

(68) 通信販売は、消費者が広告等を見て、自発的に契約の申し込みをするので、いわゆる「不意打ち条項」を適用する必要がないと考えられているようである。

(69) 平成14年7月30日に改定された (<http://www.meti.go.jp/topic/data/e20730aj.html>)。英語版もある（中山信弘，日下部聡，西江昭博，河野太志，池谷香次郎編「電子商取引に関する準則とその解説——ITに対応した新しいルール形成の試み——」別冊 NBL No. 73（2002年）133頁参照）。なお、この準則は、さらに、平成16年6月に再改訂された ([http://www.meti.go.jp/policy/it\\_policy/ec/040603.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/040603.pdf))

<sup>(70)</sup>  
考えられる。

金融機関等による顧客等の本人確認に関する法律及びその施行規則が生年月日等を記載している証明書によって本人確認をするように求めているけれども、最近の、キャッシュカード等の盗難とこれを用いたATMを用いた犯罪に対する被害をこの方式で顧客に負担させることは、不適切である。<sup>(71)</sup>少なくとも、電話による送金等に一部の銀行が用いている乱数表を用いて本人を確認する方法または顔写真、指紋または静脈紋等の生体情報による本人確認をする手法を導入する必要がある。<sup>(72)</sup>総務省が住

(70) この準則は、上記のように頻繁に改訂されている。

(71) この問題は、盗取された預金通帳および印鑑、または盗取されたキャッシュカードおよび盗み見された暗証番号（この2つを別人が行って互いに連絡しあう、スリ団による被害がニュースで話題になった）を用いて、複数の銀行のATMから不正に預金が引き出される事件が、最近、多発している。それにもかかわらず、銀行がその損害を補償せず、また、裁判所が銀行の過失を認めないことが多いために、預金者が多額の損害を被る事件が頻発している。これに対しては、電子コピー技術、精密加工技術の向上により、印鑑の模造が容易になったこと、キャッシュカードという新しいシステムを金融機関が安易に導入し、しかもそれに用いる暗証番号の盗み見が容易なことに起因するのである。したがって、これらの技術や方式がなかった時代の古い判例を改めて、預金者に被害届を提出させることにより、預金者を被害者と位置付けて、金融機関がこの被害を防止する措置を講じること怠った過失責任を認め、金融機関にその損害を補償させるようにすべきであると考ええる。報道によると、一部の銀行では、手のひらの静脈紋による本人確認が可能なICを組み込んだキャッシュカードを用いることにより、この種の事件に対して、一定額まで保険等を併用してその損失を補償することにしたりまたは計画しているようである。裁判所の新しい判決の出現を期待したい。なお、クレジットカードは、カード会社が保険でこの種の損害を補填することにより、顧客からの届出があれば、当該カードを無効にした上で、届出期日前後一定期間内にそのカードにより生じた損害を補償し、顧客に被害がおよばないようにしている。

(72) 生体情報は、他人と一致することがないので本人確認には有効であるが、その情報を通信回線等から盗取されると、その盗取された情報から作成したものにより、預金が引き出される可能性がある。また、生体情報を盗取された場合には、暗証番号のように新しいものに変更することができ

民基本台帳カードの交付に際して、パスポートまたは運転免許証等の顔写真付きの証明書の提示を求めることにしている。<sup>(73)</sup>なお、これらの規制は、消費者保護の観点から実施するもので、上記の金融機関で扱う商品は、預貯金などのほか生命保険、損害保険、投資信託等の小額の株式取引、国際社債等の債券取引だけを対象とし、消費者保護の対象に該当しない先物または高額の商品取引、金融商品取引および証券取引などは、私的自治の法理によるものとし、規制に含めないものとする。

(2) 知的財産権関連法規について

電子情報またはコンピュータ情報に含まれるプログラム等の発明に適用される特許法については、この情報に関する技術の進歩の速さを考慮して、<sup>(74)</sup>67条に規定する存続期間を10年から15年とする。同一法のなかで

---

ないという致命的な欠陥がある。したがって、生体情報の盗難を回避することが絶対的な必要条件である。その盗難を防止するために、例えば、生体情報を暗号化しておくこと、または暗証番号を常用と緊急用の2種類を用意する等の対策が必要になる（ASAHI パソコン375号2005年2月1日、94頁）。さらに、カード内には生体情報を記憶させず、また、コンピュータ内および通信回線において生体情報に適用する暗号として、金融機関等が独自に設定する暗号に顧客の暗証番号を加えて暗号化すること、そして、顧客がカードを利用した後に金融機関等が設定した暗号を変更して、解読されないようにする方法などが考えられる。その上で、これらの措置を講じていない場合には、金融機関に重大な過失があると判断する法的措置（司法および立法上の）を講じるものとする。

(73) 総務省によると、住民基本台帳カードの交付に際して、「① 運転免許証等の顔写真付きの証明書による確認 ② ①によれない場合は、市町村から郵便により交付申請者に対して文書で照会した回答書を市町村の窓口へ持参し確認（いわゆる照会回答書方式）」により行われる。さらに、住民基本台帳法施行規則および住民基本台帳事務処理要領の一部を改正し、照会回答方式による本人確認の際に持参する回答書に加え健康保険証等の証明書の提示を義務付けるとともに、必要に応じて口頭による質問を行って補足するとしている（平成16年3月2日付——<http://www.soumu.go.jp/c-gyousei/daiyo/index.html> より検索）。

2つの存続期間を規定することができないのであれば、この種の特許が技術の進歩を阻害することを防止するために、その特許を使用することができるように68条に規定する専用実施権の規定を修正し、69条による試験、研究の結果として得られた新しい発明の実施を妨げることのないようにする。すなわち、元の特許に含まれる技術に加えて新しい発明をした者は、元の特許について、原則として通常実施権を取得するものとするかまたは特許法83条の不実施の場合の規定を準用して通常実施権を設定することができるようにするものとする。<sup>(75)</sup>

電子情報またはコンピュータ情報と著作権法との関係に関しては、著者が個人であるという想定の下に、著作権法が制定されているように思われる。<sup>(76)</sup>しかし、電子情報またはコンピュータ情報は、企業等の研究開発機関の構成員による共同作業の結果として創作されることが多い。したがって、特許法で定義されたプログラム等にのうち、特許権を有しない電子情報またはコンピュータ情報の創作者の権利を著作権法で保護

---

(74) 意匠法による意匠権の存続期間は15年である(21条)。商標権の存続期間は10年であるが更新登録の申請をすることができる(商標法19条)。商標は、新規性または識別可能性を必要とし、他人の使用を排除することを要求する。しかし、商標は、設定時から進歩する必要はなく、むしろ、継続性を要求するので更新を認めていると解することができる。著作権法適用とその存続期間との関係の問題は、国際的な動向を踏まえて慎重に検討する必要がある。

(75) 特許法69条は、特許の存続期間終了後に特許発明品と同等の物を製造販売することを目的として試験研究することを許容している。しかし、ここで新しく規定しようとしているプログラムについては、特許の存続期間中に、特許発明プログラムを含みさらに新しい発明技術を付加する(特許の有無にかかわらず)ことを許容する。この場合、新発明について特許権が成立したときには、元の特許権者は、当然に、新特許についての通常実施権を取得するものとする。

(76) 著作権法では共同著作物をも包含している(2条12号)が、著作権法全体では、共同著作を重視しているとは思えない。特に、存続期間の規定に著作者の死後を含めているということは、複数の人の死が同時に到来するとは限らないので、そのことを表象すると考える。

することが適切であるとはいえない。特に、著作権法が、著作物等について個人の創作を想定して権利の存続期間を著者（創作者）の死後50年（アメリカ合衆国などでは70年）としていることは、これらの情報の技術の進歩の速さとの整合がとれない。そこで、これらに対する保護規定を特許法、実用新案法または意匠法に含めることが望ましい。しかしながら、特許、著作権または意匠権が発明考案者による出願に基づいて特許庁が審査するという方式を採用しているので、そのような手続きを望まない創作者を対象にした保護を行う新法を制定するかまたは現行制度と同様に著作権法に特例を設けることも次善の策として考えられる。しかし、著作権法に特例を設けるとしても、上記の理由から、電子情報またはコンピュータ情報に関する著作権の存続期間を短縮し、最初の発表後10年から15年とする（ただし、国際的な合意を得る必要がある）。

## 第5章. む す び

情報化社会が実現しつつある現在、電子商取引に関する法制度、その中でも電子情報取引に関する法制度のあり方について論じ、ひとつの提言をした。情報化社会においては、情報が本質的に国境を超えてまたは国境が存在しないようように流れるので、その商取引も、好むと好まざるとにかかわらず、超国家的またはグローバル化した取引になる。上の議論および提言は、このような情報化社会の実現を想定したもので、従来の物の移動を中心とした取引から無体財産である情報、情報財または情報権の使用許諾（ライセンス）を中心とした取引に関するものである。したがって、国内法優先の現行の法制度との整合に留意したつもりであ

---

(77) 現行の著作権法は、2条10の2号でプログラムをそして10の3号でデータベースを定義して、ここでいう電子情報またはコンピュータ情報を包含させている。したがって、現行法では、情報権は、一般的には著作権法により保護され、技術的な新規性のある発明については特許法によって保護されることになる。

るにもかかわらず、必然的に現行法にはない国境を越えた国際統一法の整備の必要性の主張が多くなった。また、情報化社会の商取引、特に、電子商取引に関する法制度が、近時の消費者保護を重視する法制度の延長線上にあるとの位置付けで議論した。その結果、従来の契約当事者を平等に扱う私的自治の原則を重視した法制度よりも、当事者間で経済力または折衝力などに格差があることを前提として、この均衡を図るために、事業者と消費者との間の取引特に事業者の約款にもとづく取引では、国際的な取引であっても事業者の権限を大幅に制限するいわゆる消費者保護が可能な法制度の構築も目指した積りである。また、電子商取引については情報化社会が現時点では萌芽期にあり、技術の進歩が激しく、状況が刻々と変わって行くにもかかわらず法制度面でもその進歩、変化を助長することを心掛けなければならない、という立場で論じた積りである。ご批判を頂ければ幸いです。