

# 事業者消費者間電子商取引における 約款（契約条件）の契約への組入について

— ドイツ法からの示唆 —

田 中 康 博

## も く じ

1. 問題提起 — 約款の拘束力の根拠としての合意と合意の前提としての表示
  - 1-1. 約款の意義
  - 1-2. 組入要件 — 判例
  - 1-3. 組入要件 — 学説および本稿での基本的立場
  - 1-4. 考察の対象・順序
2. 法律規定 — 表示義務ないし情報提供義務と約款の組入要件
  - 2-1. 特商法
  - 2-2. 消費者契約法
3. ドイツ法
  - 3-1. 法律規定
  - 3-2. IN 前史 — ビデオテックスによる契約締結に際しての約款の組入
  - 3-3. IN による契約締結に際しての組込要件充足の可否
  - 3-4. その他の端末を通じての取引における問題
4. 考察 — あるべき表示方法と残された問題
  - 4-1. 約款の認識を可能ならしめる表示の方法について
  - 4-2. 各種ガイドラインについて
  - 4-3. 携帯電話を通じての取引について
5. まとめに代えて

## 1. 問題提起

— 約款の拘束力の根拠としての合意と合意の前提としての表示

### 1-1. 約款の意義

約款とは、多数の契約に用いるために一方の契約当事者によって予め作成さ

れ定式化された契約条項（契約条件）をいう。約款で取り決められる契約条件は契約の付随的な条件であり<sup>1)</sup>、当事者の交渉によって内容が決定されるわけではなく「約款そのものは個別契約以前に存在して」いて、約款使用者＝通常は事業者＝の相手方である「顧客にはこれを包括的に承認して契約を締結するか否かの選択肢しか与えられていない」ことに本質的な特徴がある<sup>2)</sup>。

現代の多くの取引が約款を使用して行われていることは改めて説明するまでもないが、契約の一定の内容について情報を提供する義務を明定する規定は存するものの約款が契約に組入れられる<sup>3)</sup>ための要件を規定する法律は存しないため<sup>4)</sup>、その要件について全て判例・学説に委ねられている<sup>5)</sup>。

## 1-2. 組入要件——判例

判例は、約款の契約への組入の根拠を当事者、特に相手方、の意思に求めている。約款の契約への組入を認めたリーディングケースとされる大判1915〔大正4〕年12月24日（民録21輯2182頁）は所謂「意思推定説」を採ったものである<sup>6)</sup>。

- 1) 参照 内田貴「電子商取引と民法」別冊 NBL51号債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—（1998年商事法務）312頁。契約の本質的な合意部分（核心的合意部分）*essentialia negotii* については——もっとも契約で合意されたどの部分を本質的と評価するかということ自体が問題になりえないわけではない——契約への組入についてどのような考えをとっても必ず契約当事者の合意が必要である（参照、石田喜久夫「私的自治と法律行為論」民法秩序と自己決定（1989年成文堂）所収37頁以下、「現代契約法の動向と課題」同143頁以下）。
- 2) 潮見佳男・新版注釈民法(13)（1996年有斐閣）167頁：しはしば語られる約款に対する共通認識といってよい；大村敦志・消費者法（1998年有斐閣）177頁以下も参照。
- 3) 「組入」の用語については潮見・前掲書（註2）167頁参照。
- 4) 約款の営業所等での掲示等を事業者が義務づける規定を含む法律があるが、このような規定の評価については後述註28参照。
- 5) 2001年4月1日に施行された消費者契約法もこの法状態を変更するものではない（2-2. 参照）。この問題を論じるものとして山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4・5号（2001年）523頁以下。また潮見佳男「消費者契約法と民法理論」法セ549（2000年9月）号13頁も参照。
- 6) 判決は、「保険契約者カ普通約款ノ内容ニ通曉セスシテ之ニ依リ契約スルハ多クハ其約款カ内容ノ如何ニ拘ラスニ概シテ適当ナルヘキニ信賴シテ契約スルモノニ外ナラス故ニ……苟モ当事者双方カ特ニ普通保険約款ニ依ラサル旨ノ意思ヲ表示

この大判1915年以來、「意思推定説」は判例の採るところである<sup>7)</sup>。「約款による」との意思は推定されるだけであるから反証可能であり、裁判例においても「意思推定説」に立った上で「推定」が覆された事例や前提となる約款の内容が適当であるとの信頼がなくなった場合に約款条項の適用を否定した事例もごく僅かながらこれを見出すことができる<sup>8)</sup>。しかし、かかる意思推定説による場合は「通常、約款による意思があるものとされ、消費者がその内容を知っているかどうかにかかわらず拘束力が認められることになる。」<sup>9)</sup>という問題が指摘されている。

### 1-3. 組入要件——学説および本稿での基本的立場

これに対して、学説においては、当事者の意思を判例と同様に問題するも、契約は合意があつて初めて成立するとの一般原則から、知りえないものについてはそもそも合意を考えられないとする立場がむしろ有力である<sup>10)</sup>。この立場に依れば仮令「希薄化した意思」であるにせよ約款使用者＝通常は事業者＝と相手方との間で約款を契約内容とする（契約に組入れる）との合意があつて初めて有効に契約内容になり得るということとなり、このような合意を問題とすれば、契約時に約款を内容を知り得ない場合にまで約款の契約への組入を認め

---

セスシテ契約シタルトキハ反証ナキ限り其約款ニ依ルノ意思ヲ以テ契約シタルモノト推定スヘ」きであると判示した。

- 7) 例えば、函館地判2000年3月30日判時1720号33頁判タ1083号164頁〔奥尻島保険金請求第一審判決〕は「本件のような普通保険約款が付された火災保険契約を締結するに際し、当事者双方が特に普通保険約款によらない旨の意思を表示しないで契約を締結したときは、反証のない限り、その約款による意思をもって契約をしたものと推定される（このことは、大審院判決大正4年12月24日民録21輯2182頁、大審院判決大正5年4月1日民録22輯748頁、大審院判決大正5年5月4日法律新聞1144号26頁、大審院判決大正14年3月23日法律新聞2394号19頁、大審院判決昭和2年12月22日法律新聞2824号9頁、大審院判決昭和9年1月17日大審院判決全集（第三）15頁、最高裁判決昭和42年10月24日集民88号741頁等が判示しており、判例上、確立した判断の手法となっている。）。」述べている。
- 8) 河上正二・約款規制の法理（1998年有斐閣）195頁以下参照。
- 9) 山本「前掲論文（註5）」524頁。
- 10) 潮見・前掲書（註2）170頁は「1960年代以降現在現在まで続く議論では『約款論から契約法への接合』（北川善太郎「契約と約款——意思と規制（総論）」比較49号3以下）の動きが急である。」とする。

ることはできず、少なくとも約款の内容を認識できた可能性を有していなければならないと解されよう<sup>11)</sup>。本稿は約款の契約への組入について上のような「組入には合意が必要であり、合意の前提として約款が相手方に認識される可能性がなくてはならない」との基本的な立場に立にたつものである。

ところでは、上の約款の契約への組入の議論は、事業者消費者間電子商取引（以下、「B to C」(Business to Consumer) と表記することもある）に特有の議論ではない。

しかし、まずインターネット（以下「IN」）を通じての取引では表示が画面によって行われるゆえに、

- ① 「現在でもホームページ全部めくっていかないと契約条件が見られなかったり、ホームページ中の文字や記号のタグやリンクをすべてクリックしていかないと重要な契約条件の表示に行き着かないような場合も多く、悪質業者ほど技巧を凝らして消費者に不利な契約条件を認識しづらく傾向にある。」
- ② 「電子商取引における表示義務との関係で、パソコンのディスプレイの狭さから、下の方へどんどん画面をスクロールしていかないと、たとえば、返品特約の有無についての表示が出てこなかったり、また、リンクをはった別のページに跳ばないと、それらの条件がわからないように仕組みになっている場合に、法律の要件を満たしたことになるのかという問題がある。」

ことが指摘されていた<sup>12)</sup>。

さらに、取引の対象が種々であることのゆえに、「保険契約や電話サービス契約などで用いられる約款の場合と異なり、契約内容は千差万別で画一性がなく、事業者によってそれぞれ異なっている。」とも指摘されている<sup>13)</sup>。

11) 参照 潮見・前掲書（註2）176頁以下；また大村・前掲書（註1）188頁以下。

12) ①は齋藤雅弘「電子商取引と消費者」鹿野菜穂子＝谷本圭子編・国境を越える消費者法（2000年日本評論社）23頁，②は松本恒雄「電子商取引における消費者保護」比較法研究61（1999年）47頁。

13) 齋藤「前掲論文（註12）」23頁。

以上の指摘からは B to C では「伝統的に約款がはらんでいた問題が、より極端な形で顕在化することになる」<sup>14)</sup>ということが許されよう<sup>15)</sup>。

本稿が約款の契約への組入について右のような「組入には合意が必要であり、合意の前提として約款が相手方に認識される可能性がなくてはならない」との基本的な立場に立にたったうえで B to C における約款の適切な表示について考察する所以である。

#### 1-4. 考察の対象・順序

そこで、以下まず契約条件の表示に関して、特商法と消費者契約の規定を検討する（2.）。B to C が特定商取引に関する法律（以下「特商法」）にいう「通信販売」に該当し、事業者消費者間取引である故に消費者契約法も適用され、そのどちらも（一定の）契約条件についての表示義務・情報提供義務を規定しているものの、約款の組入要件という点からの規定ではない故に、組入が認められるための適切な表示ということでは十分に機能し得ない。このことを確認したい。

次いで、ドイツ法の規定および学説を検討する（3.）。ドイツ法を検討の対象とするのは、まずドイツ法が約款の契約への組入の根拠を「法律行為上の契約意思」に求め<sup>16)</sup>約款の契約への組入の要件を明定していること、そしてこの約款規制法（現在では民法規定）の立場がそもそも日本の解釈論に大きな影響を与えていること<sup>17)</sup>、更に B to C における約款の契約への組入に関する多

14) 内田「前掲論文（註1）」312頁；法務省「電子取引法制に関する研究会（実体法小委員会）報告書」（1999年）12頁も参照。

15) 約款の組入要件を考える際に論者がどのような約款をイメージしているかによってその態度が異なるのではないかという興味ある指摘がある、河上正二「約款（附合）契約論」星野英一編集代表・民法講座5（1985年有斐閣）22頁。

16) 極めて簡単にはあるが石田喜久夫編・注釈ドイツ約款規制法（改定普及版1999年同文館）28頁〔田中康博〕。

17) 潮見・前掲書（註2）176頁は「学説の大勢は（約款による契約であるという点に注目して分析を加える学説の中での多数という意味である）は、ドイツ約款法理論、とりやけ約款規制法をめぐる議論の強い影響のもと……」と評価する。

くの議論が見られるからである。

最後に、右のドイツ法の考察からあるべき表示についての考えることにしたい(4.)。

## 2. 法律規定——表示義務ないし情報提供義務と約款の組入要件

ここでは、(一定の)契約条件の表示義務ないしは情報提供義務を規定する特商法および消費者契約法について、どのような事項についての表示が求められているかを明らかにすることにより、求められている表示が十分ではない故に組入要件としては十分に機能し得ないことを確認したい。

### 2-1. 特商法

B to Cが特商法2条2項にいう「通信販売」にあたり、従って、11条以下の規制を受けることについては争いがない。

#### 2-1-1. 規定内容

11条は「広告するときは」「当該広告に、当該商品若しくは当該権利又は当該役務に関する次の事項を表示しなければならない」と規定する：

- 1号 商品若しくは権利の販売価格又は役務の対価（販売価格に商品の送料が含まれない場合には、販売価格及び商品の送料）
- 2号 商品若しくは権利の代金又は役務の対価の支払の時期及び方法
- 3号 商品の引渡時期若しくは権利の移転時期又は役務の提供時期
- 4号 商品の引渡し又は権利の移転後におけるその引取り又は返還についての特約に関する事項（その特約がない場合には、その旨）

そして更に5号は「前各号に掲げるもののほか、経済産業省令で定める事項」と規定し、この5号をうけた施行規則8条1項は、次の事項も表示しなければならないとする（2002年6月21日改正）：

- 1号 販売業者又は役務提供事業者の氏名又は名称、住所及び電話番号

- 2号 販売業者又は役務提供事業者が法人であつて、電子情報処理組織（販売業者又は役務提供事業者の使用に係る電子計算機と顧客の使用に係る電子計算機とを電気通信回線で接続した電子情報処理組織をいう。第10条第3項及び第14条第1項において同じ）を使用する方法により広告をする場合には、当該販売業者又は役務提供事業者の代表者又は通信販売に関する業務の責任者の氏名
- 3号 申込みの有効期限があるときは、その期限
- 4号 法第11条第1項第1号に定める金銭以外に購入者又は役務の提供を受ける者の負担すべき金銭があるときは、その内容及びその額
- 5号 商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
- 6号 前二号に掲げるもののほか商品の販売数量の制限その他の特別の商品若しくは権利の販売条件又は役務の提供条件があるときは、その内容
- 7号 広告の表示事項の一部を表示しない場合であつて、法第11条第1項ただし書の書面を請求した者に当該書面に係る金銭を負担させるときは、その額
- 8号 電磁的方法により広告をするときは、販売業者又は役務提供事業者の電子メールアドレス
- 9号 次のイ又はロのいずれかに該当するときを除き、相手方の請求に基づかないで、かつ、その承諾を得ないで電磁的方法により広告をするときは、その旨
- イ ロ〔省略〕

## 2-1-2. 約款の組入要件との関係

以上によれば表示されるべき事項は、

- ① 契約の本質的な合意部分に関する事項（11条1号本文）<sup>18)</sup>

18) なお、支払に関して割賦販売法の適用がある場合には、併せて割賦販売法に基づく表示も要求される。

- ② 契約の付随的条件に関する事項 (11条1号括弧書, 2号ないし4号, 規則4号ないし6号)
- ③ 売主または役務提供者に関する事項 (規則1号2号8号9号)
- ④ その他の事項 (規則8条3号, 7号)

に関するといえる。この中で本報告との関連で問題となるのは②付随的契約条件であるが、規定から明らかなような付随的契約条件の全てについて表示義務が課せられているわけではない。確かに、一定の付随的契約条件についてはその内容について認識が与えられる可能性があるが、表示されるべき契約条件は限定されていてから、表示方法如何に拘わらず、契約条件のすべてが事前に消費者に開示されるとは限らないことを指摘すれば十分であろう (その他にも、特商法の適用ある取引が限定されていることも挙げられようか)。したがって、表示に関する「通達」<sup>19)</sup>「準則」<sup>20)</sup>が公にされているが<sup>21)</sup>、これに従った表示があったとしても、そもそも広告規制が付随的契約条件=約款の組入の前提として認識を与えるとの観点からではない故に、約款の契約への組入の前提としての表示という点では必ずしも十分ではないといえよう。

- 
- 19) 「訪問販売等に関する法律等の施行について」(1986年11月18日通達, 1998年6月1日改正)。
  - 20) 「電子商取引等に関する準則」(経済産業省2002年3月29日, 同年7月30日改定, 別冊 NBL73号35頁以下=<http://www.meti.go.jp/topic/date/e20730aj.html> (pdf版))。
  - 21) 施行規則8条1項1号および2号について特に「広告中には、消費者が容易に認識することができるような文字の大きさ・方法をもって、容易に認識することができるような場所に記載したければならぬ。」という一般的な基準を述べた上で(「通達」), さらに「インターネット上のホームページなどパソコン画面上等の広告では、本法に定める広告事項のすべてを確認するには画面のスクロールや画面の切替え要さずにすむよう記載することが望ましいが、特に第1号及び第2号に定める事項については、画面上に広告の冒頭部分を表示したときに認識することができるように記載すべきである。ただし、やむを得ず、冒頭部分への記載を行うことができないときには、冒頭部分から容易に記載箇所への到達が可能となるような方法又は契約の申込みのための画面に到達するにはこれらの事項を記載した画面の経由を要するような方法をあらかじめ講ずるべきである。」(「通達」, 「準則」では、語句の若干の修正はあるが内容は全く同一である, 前掲(註20) NBL73号79頁=pdf版40頁)

## 2-2. 消費者契約法

B to Cが、消費者契約法1条（および2条の定義規定）によりここで規定される民事実体規定の規律対象となること論を俟たない。

### 2-2-1. 法律規定——情報提供義務

消費者契約法3条1項は「事業者は、消費者契約の条項を定めるに当たっては、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮するとともに、消費者契約の締結について勧誘をするに際しては、消費者の理解を深めるために、消費者の権利義務その他の消費者契約の内容についての必要な情報を提供するよう努めなければならない。」と規定する。これは所謂「情報提供義務」を規定したものであって消費者契約法制定の趣旨である「情報格差」（消費者契約法1条）を是正するために設けられた規定であり、「事業者と消費者との間に情報・交渉力の格差が存在することが、事業者と消費者との間で締結された契約において発生する紛争の背景となることが少ない」との認識に基づくものである<sup>22)</sup>。かかる規定の趣旨から言えば、一応契約が成立したとして事後の紛争に備えるために、情報提供義務が規定されたと見ることができる。

### 2-2-2. 約款の組入要件との関係

特商法11条と異なり、「消費者の権利義務その他の消費者契約の内容」に関して提供しなければならない情報に限定はないから<sup>23)</sup>、この点では契約条件の全部をカバーする可能性はある<sup>24)</sup>。しかし、夙に指摘されているように、

22) 経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・逐条解説消費者契約法（2000年商事法務）55頁。道垣内弘人「消費者契約法と情報提供義務」ジュリ1200号（2001年）49頁では、本書での立法担当官の説明が法律「起草者」の意思にあたるとの見方を示されている。

23) この点は、国民生活審議会消費者生活部会『消費者契約法（仮称）の具体的内容について』（1998年1月）、『消費者契約法（仮称）の制定に向けて』32頁以下（1999年1月）では「重要事項」についての情報提供義務が考えられていた（前者についてはINからのダウンロードのために頁数は不詳）。

契約条件の表示と情報提供義務は、その存在の平面を異にし、それ故、義務違反の法律効果を異にし、したがって、3条も組入要件という点では、これをカバーできないと評価せざるを得ない。つまり――

「契約条件の開示は、そもそもその条件が契約内容になるかどうかという契約の拘束力の範囲に関する問題である。それに対して、情報提供義務は、契約が成立し、その内容が確定されたうえで、情報の提供が不十分であったことを理由にその取消を認めうるかという問題である。」<sup>25)</sup>からである。契約の拘束力の範囲を約款の契約への組入との関係で敷衍すれば、契約は成立するが表示

- 24) しかしながら、消費者契約法4条の「消費者契約の締結について勧誘するに際し」の意義につき、通説は「不特定向きの広告、チラシ等であっても、当該消費者がそれをみて誤認し、それによって当該消費者契約の申込みまたはその承諾の意思表示をしたときは『勧誘』に該当する」と解している（落合誠一・消費者契約法（2001年有斐閣）73頁及びそこで挙げられた文献。それ以外のものとしては、日弁連消費者問題対策委員会編・コンメンタル消費者契約法、（2001年商事法務）40頁54頁）ところ、経企庁消費者行政第一課編・前掲書（註22）67頁は、「『勧誘』とは、消費者の契約締結の意思の形成に影響を与える程度の勧め方をい」「特定の者に向けた勧誘方法は『勧誘』に含まれるが、不特定多数向けのもの等客観的にみて特定の消費者に働きかけ、個別の契約締結の意思の形成に直接に影響を与えているとは考えられない場合は（例えば、広告、チラシの配布……）は『勧誘』に含まれない」とする。もし後者の解釈に従えば、INでのWebサイトの開設は、「広告、チラシの配布」に相当すると考えられるから、この時点では契約条件（重要なそれに限定しても）についての情報提供がなくても消費者契約法上の義務違反は生じないことになってしまう。INを含む通信販売では「『○○を買いませんか』などと直接に契約の締結を勧める場合」（経企庁編・前掲書（註22）67頁）はおおよそ考えられないから、このような形態の取引ではおおよそ消費者契約法3条4条が問題となると余地がないという容認しがたい帰結になってしまう。
- 25) 山本「前掲論文（註5）」523頁。情報提供義務違反の効果については消費者契約法は直接には何も規定していない。このことから、立法担当官は「本条は、努力義務であるので、本条に規定する義務違反を理由として契約の取消しや損害賠償といった私法的効果は発生しない」と断じる（経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編・前掲書（註22）57頁）が、従来の判例・学説に従い、義務違反は不法行為に基づく損害賠償責任を根拠づけ、またその法律構成にはについては多少の相違はあるものの、契約の無効・取消（民法95・96条、消費者契約法4条）を導くとする立場が通説であるといつてよい（全てに代えて、ここでは道垣内・前掲論文（註22）を挙げておく。なお、山本豊「消費者契約法(2)―契約締結過程の規律」教室242（2000年11月）号87頁は消費者契約法3条自体については、「事業者また

されなかった契約条項について契約への組入が否定されるということになるのに対して、3条違反について例えば、消費者契約法4条を〔類推〕適用して契約を取消しようと解した場合に、当該条項の組入だけを否定して契約は維持したい消費者の利益にかなうか、また、組入を否定された条項についてだけ取消を主張できるかは問題があるところであり<sup>26)</sup>、それ故、約款の組入を3条で扱うことには無理があろう<sup>27)28)</sup>。

### 3. ドイツ法

#### 3-1. 法律規定

ドイツにおいては、1976年に約款規制法が制定され、その2条が以下のよう  
に、約款が契約内容になるための要件（「組入要件」）について規定していた：

---

は消費者が本条の定める努力義務に違反しても、意思表示取消権や損害賠償義務などの具体的な法律効果が発生するわけではない。その意味では訓示的な意義を有するにすぎない。」とされるも、民法との関係では「情報提供義務が努力義務にとどまったことは、これまで民法の解釈として判例・学説において承認されてきた説明義務違反による損害賠償の法理をいささかも否定するものではない」（88頁）とされている。山本敬三教授もかかる立場を主張されている、「前掲論文（註5）」520頁。

26) 山本敬三「消費者契約における契約内容の確定」別冊 NBL54号消費者契約法—立法への課題—（1999年商事法務）71頁以下。

27) 山本「前掲論文（註5）」533頁以下。

28) なお、ここで取り上げた二つの法律以外にも、情報提供義務等に関して規律する法律がすでにいくつか見られる。規定の趣旨から、消費者契約法3条あるいは特商法11条と同趣旨とみて差し支えない。ただ、若干注意を要するのは事業者に営業所等での約款の掲示等を義務づけている法律（旅行業法12条の3第3項、鉄道営業法3条、航空法107条など）があることである。しかし、約款の組入についての私見の基本的立場を前提にすれば、IN取引では契約締結が営業所外で行われることになりしたがって契約締結時に約款を認識することは不可能なこと（松本恒雄「システム契約の成立と取引条件」北川善太郎編・コンピュータシステムと取引法（1989年三省堂）108頁参照）、仮にWebサイトも営業所にあたりと営業所の意義を広く解しても「揭示」だけで十分であるかは疑問が残る（註12に挙げた齋藤雅弘弁護士の指摘を参照されたい。また筆者自身の経験に依れば、航空会社について、Webサイトに「約款」が載せられてはいるがすぐにアクセスできない構成になっている会社もみられた）。

## 約款規制法2条〔契約への組入〕

- (1) 契約締結に際して、次の各号が満たされ、且つ、契約相手方が約款を用いることに同意した場合には普通取引約款は契約の構成部分となる。
  - (a) 約款使用者が契約相手方に対して、明示的に、または、明示の指示が契約締結の態様により著しく困難であるときには契約締結の場所ではっきりと確認できるような掲示によって、普通取引約款を示した場合。
  - (b) 約款使用者によって契約相手方に合理的な方法で約款内容を認識できる状況が作り出された場合。
- (2) 契約当事者は、特定の種類の法律行為について第一項所定の要件に従い、特定の普通取引約款の適用を予め合意することができる。

本条は、2002年の債務法現代化法により、民法305条2項3項（なお、1項は約款の定義に関する規定で約款規制法1条をそのまま引き継いでいる）になっている。次のように若干の改正がなされたが、組入要件そのものについては全く変更がない：

## 民法305条〔契約への約款の組入〕

- (2) 契約締結に際して、次の各号が満たされ、且つ、契約相手方が約款を用いることに同意した場合には普通取引約款は契約の構成部分となる。
  1. 約款使用者が契約相手方に対して、明示的に、または、明示の指示が契約締結の態様により著しく困難であるときには契約締結の場所ではっきりと確認できるような掲示によって、普通取引約款を示した場合。
  2. 約款使用者によって契約相手方に合理的な方法で、約款使用者に知覚できる相手方の身体障害については適切に顧慮して、約款内容を認識できる状況が作り出された場合。
- (3) 契約当事者は、特定の種類の法律行為について第2項所定の要件に従い、特定の普通取引約款の適用を予め合意することができる。

以上の法律規定から、約款の契約への組入には、①約款使用者による約款の明示の指示②合理的な方法での内容の認識可能性③契約相手方の同意、の3つの要件が充足されなければならない（なお、2項1号は、明示の指示が困難で

ある場合は、それに代えて契約締結場所での「揭示」を求めているが、IN取引では、明示の指示は困難ではないこと<sup>29)</sup>あるいは、統一的な契約締結場所が欠けていること<sup>30)</sup>から揭示については問題ならないとされている。)

### 3-1-1. 情報提供義務との関係

ところで、ドイツ民法312e条は「電子商取引」における情報義務について規定する。それに依れば、「事業者が、物品の引渡、もしくは、サービス提供について契約を締結する目的で、電信またはメディア事業者を利用する場合」を「電子商取引における契約」と定義した上で、事業者に「約款を含む契約条項を契約締結に際して呼び出し、再現できる形式で保存する可能性を」顧客に対して与える義務を課している（同条1項4号<sup>31)</sup>）。ここで、約款の呼出・保存が規定されていることから、約款の組入について規定する305条2項との関係が問題となる。

学説においては、おおよそ3つの考えかたがあるようである。

第一説は、312e条1項4号の義務は「事業者と消費者との関係において、……すでに旧約款規制法の2条から生じるものである」と捉え、従って両者の要件を同一に把握する見解である<sup>32)</sup>。この見解は「事業者が契約締結時にその約款をウェブサイトにて予め用意し揭示していない場合」には情報義務違反となるとするが、約款の組入要件の充足と情報義務の履行の充足を同一と考える故に、情報義務違反は同時に組入要件を満たされないから「消費者は契約を有効とし

29) *Helmut Köhler*, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW1998, 185, 188; *Christoph Süßenberger*, Das Rechtsgeschäft im Internet, 2000, S. 227.

30) *Jochen Marly*, Softwareüberlassungsverträge, 2. Aufl., 1997, Rn. 235.

31) 情報提供義務全般については、窪田充見「電子商取引指令のドイツ国内法化—情報提供義務を中心に」NBL762(2003年6月1日)号16頁以下、情報提供義務と撤回権との関係については鶴藤倫道「ドイツ法における事業者・消費者間電子商取引への撤回権の導入」NBL762(2003年6月1日)号33頁以下をそれぞれ参照。

32) *Heinrich Dörner*, Verbraucherschutz im E-commerce. (2002年3月29日龍谷大学での講演会、同講演会の訳は、近々龍谷法学に掲載されるとのことであるが、以下ここでの紹介は、講演会当日に配布された中田邦博教授の仮訳による)

つつ、BGB305条2項に基づき事業者の約款を有効な契約部分とはしないとすることができる。契約は有効であるが、約款は用いられないのである。あるいは、消費者はBGB312d条3項2文、BGB312d条1項に基づいて撤回権を行使し、かつこの撤回によって契約全部を解消することができる」ということになる。

第二説は、312e条1項4号を電子商取引における305条2項の特別規定に関するとして解するものである<sup>33)</sup>。この見解は、当初の条文案では「組入れられた」約款とされていたのが単に「約款」と修正されたことを根拠に「電子商取引における約款の特別の組入規定と見なされると」とする<sup>34)</sup>。従って、この見解に依れば、電子商取引においては約款が契約に有効に組入れられるかどうかは、312e条1項4号に従い判断されることとなり、義務違反の場合には、第一説と同様の効果が認められことになるものと思われる。

第三説は、312e条1項4号が305条2項を越える情報義務を課しているにも拘わらず<sup>35)</sup>、電子商取引においても約款の契約の組入について305条2項によりその有効性が判断されると解する立場であり、通説といってよいだろう<sup>36)</sup>。

33) *Haas/Medicus/Rolland/Schäfer/Wendtland*, Das neue Schuldrecht/Schäfer, 2002, 8. Kap. Rn. 49. S. 366.

34) 連邦議会に提出された312e条の当初の条文案についてはBT-Drucks14/6040 S.14f. なお、情報義務の履行時期が「遅くとも契約の完全な履行まで」とされていたのが「契約の締結に際して」に改められたが、これは事業者に技術上の問題が生じないからであるとされていて、Schäferはかかる修正を312e条1項4号を305条2項の特別規定と見なす根拠とはしていない。

35) vgl. *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl., 2002. § 305 Rn. 33 : 305条2項が任意規定であり、当事者間での個別の合意により(305b条=旧4条)、その適用を排除できるのに対して314e条1項4号が強行規定であること、また、305条2項が事業者間取引には適用されない(310条1項=旧24条)ことから、情報義務は305条2項の「組入要件を越えている」と説明する。

36) つとに、旅行契約に関する情報義務について、*Ernst R. Führich*, Das neue Reiserecht nach der Umsetzung der EG-Pauschalreise-Richtlinie, NJW 1994, 2446, 2451は「旅行主催者が約款を契約の基礎にしている場合には、約款はInFVORV 3条3項により約款は契約締結前に完全に旅行者に伝達されなければならない。……かかる情報義務によって約款規制法2条及び24条1号による旅行契約への約款の有効な組入の問題は手付かずのままである」としていた。

もっとも次に詳しく見るが、305条2項の要件が充足されれば、同時に312e条1項4号の要件も充足されると解され、312e条1項4号の要件が充足されると通常は305条2項の要件も充足される<sup>37)</sup>という関係にあるから、両者の要件が同時に満たされないことももちろんありうる。しかし、約款の組入要件と情報義務の履行要件は完全には一致していないので<sup>38)</sup>、約款は305条2項により有効に組入れられたが、情報義務違反により契約が撤回されたり、312e条1項4号を満たす故に撤回はできないが、契約は約款の組入なしで成立するということが起こりえよう<sup>39)</sup>。

本研究の主たる目的は情報義務と約款の組入要件の関係を明らかにすることではなくて、事業者消費者間電子商取引において、契約条件の表示はどのようなべきかにあるから、ここではこの議論にこれ以上立ち入る必要はなく、以下通説に従い、305条2項に挙げられた要件が、電子商取引においてはどのように具体化されるかを見ていくことにする。

### 3-1-2. 組入要件

先に簡単に触れたように、約款が契約に組入れられるためには

- ① 約款使用者による約款の明示の指示
- ② 合理的な方法での内容の認識可能性
- ③ 契約相手方の同意

の3つの要件が、伝統的な紙媒体によって約款が表示されている場合はもちろん、INを通じての取引でも、充足されなければならない<sup>40)</sup>。以下ここでこれ

37) *Palandt/Heinrichs*, aaO (oben N. 35), § 312 e Rn. 8.

38) *Dauner-Lieb u. a./Ring*, *Das Neue Schuldrecht*, 2002, § 12 Rn. 101 は「電子商取引における契約締結に際しては約款の組入に関する305条2項の要件と312e条1項1文4号の事業者の義務は（認識可能性の時点までは）、一致している。」とする。

39) *Hk-BGB/Schulte-Nölke*, 2. Aufl., 2002, § 305 Rn. 15 は「情報提供義務違反はしかし、約款の非組入を導かない」とする。

40) vgl., *Stefan Ernst*, *Das Mausclick als Rechtsproblem – Willenserklärung im Internet*, *NJW-CoR*1997, 165, 167; *Philipp Koehler*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet*, *MMR*1998, 289, 291; *Josef Mehrings*, *Verbraucherschutz im*

らの要件についてその概要を見ておきたい<sup>41)</sup>。

① 約款使用者による約款の明示の指示

「明示の指示」とは「平均的顧客の観察が不注意な場合であってもつねに見逃されないような明瞭、且つ、誤解のない、目立った指示をいう」<sup>42)</sup>とされている。約款使用者である事業者が契約申込をする場合はもちろん、約款使用者が広告等により申込の誘引を行いこれに応じて相手方たる消費者が申込をする場合でも約款使用者である事業者が約款を指示しなければならない<sup>43)</sup>。

② 合理的な方法での内容の認識可能性

認識可能性については、「約款が契約の構成部分となるためには、抽象的な認識の可能性が認められるだけでは十分ではなく、約款のテキストが顧客に了解でき判読できる形で利用できるようにされることか必要である」<sup>44)</sup>とされていて、右の「了解性」「判読性」については次のように解されている：

a) 了解性について

約款使用者は、自分が使用する約款について、その形式・内容が理解されるような在り方にするように配慮しなければならない、そのために形式について具体的には、約款が多数の条項を含んでいる場合には、約款は一目で分かるように整理されていなければならない<sup>45)</sup>。また、約款の範囲(分量)は当該法律行為に対して適切な関係でなければならない、過度な内容であってはならない<sup>46)</sup>。

---

Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, BB1998, 2373, 2377; Süßenberger, aaO (oben N. 29), S. 231 など。

41) ここでの叙述は概ね、石田喜久夫編・前掲書(註16)26頁以下〔田中康博〕によっている。詳しくはそこでの注釈を見られたい。

42) vgl., BGH NJW-RR1987, 112.

43) BGH NJW 1988, 2108; したがって、Web サイトでの事業者の広告が申込に該るか、申込の誘引にすぎないか争いがあるところ(この問題については占部洋之「事業者消費者間電子商取引(B to C)における契約の成立要件」大阪学院大学通信32巻2号(2001年)特に10頁以下参照)これをどのように解するかは約款の組入には影響をあたえないことになる。

44) Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., 1997, § 2. Rn. 50.

45) vgl., BGH WM 1975, 739.

46) Ulmer/Brandner/Hensen, aaO (oben N.44), § 2 Rn. 52.

## b) 判読性について

約款規制法の立法理由書に依れば、顧客が約款を容易に判読できる（müheles lesbar）ことも約款の内容に期待できる認識を与える可能性に属する<sup>47)</sup>。具体的には活字の大きさ・種類等が問題となり、ルーペをもって見なければ内容を判読できないような印刷で記されていた約款が契約に組入られるか争われ「信義則」を根拠に契約への組入が否定された事例がいくつか見られる<sup>48)</sup>。

## ③ 同意

約款の組入についての同意であって、約款の内容に関する同意ではない。同意の意思表示については約款規制法は何も規定していないので民法の一般原則によることになる。

3-2. IN 前史——ビデオテックス<sup>49)</sup>による契約締結に際しての約款の組入

ドイツではINを通じての取引に先立ち、ビデオテックス（Bildschrimtext = Btx）を通じての契約に際して、約款規制法2条1項の要件充足が問題となった。次に見るようにINを通じての契約締結に際しての約款の組入に関する

47) BT-Drucks 7/3919, S. 18.

48) BGH NJW1983, 2772 = 二つの窮屈な9.5cmの幅の段でA4より小さい程度の頁の各々の頁に1mmの行高で150行以上で行間はなおそれより小さく印刷されていた船荷証券約款について；BGH NJW-RR1986, 1311 = その印刷技術のあり方の結果ルーペによってしか読むことができず、それ自体を苦勞なしには読むことのできない船荷証券条件について；何れも「信義則に則り、誠実な商人は、その契約相手方が普通でないほどに小さな印刷の故にやっと判読できる約款を単に異議なしに受領したことによってかかる条項を理解したということから出発できない」とする（「信義則」を根拠としたのは商人間取引には2条〔当時、現BGB305条2項〕は適用されないからである、旧24条 = 現BGB310条1項）。

49) ビデオテックスとは、電話回線を通じて文字や静止画を送受信する情報システムであり、加入者はテレビにセットされた専用の端末を電話回線につないで情報センターに接続し、対話型の情報サービスを受けることができる。日本では「キャプテンシステム」の名称で1984年にNTTによりサービスが開始され、2002年3月にサービスは終了した。ある利用者によれば、回線が「あまりに遅い」とのことである（参照 <http://e-words.jp/>, <http://ha.sakura.ne.jp/~chiaki/nttcaption/nttcaption.html>）。

議論は Btx での議論を前提にしている<sup>49b)</sup>。ここで、IN 前史としてビデオテックスによる契約締結に際しての約款の組入に関する判例・学説を一瞥する所以である。

Btx を通じての契約締結に際しては、

- i テレビ画面を通じて、約款が指示されるが、
- ii とくに当初は技術上の問題から、約款は画面上を下から上に流れながら表示され一度に全部の約款を見るのは困難であり、
- iii ビデオテックス利用者は一般的には自ら約款を印刷したり、保存したりすることができなかった<sup>50)</sup>、

との事情を抱えていた。このような表示上の特徴から、①約款使用者による約款の指示および③同意（ビデオテックスは双方向の情報伝達手段である）については特に問題は生じなかったものの、上の特徴 ii・iii のような事情から契約相手方の了解性が肯定されるか、ひいては「認識可能性」という組入要件が満たされるかが問題となってきたのであった。

学説においては有効な組入を限定的に肯定する見解と否定する見解が見られた。

肯定説は、短い約款に限定して組入可能性を肯定した——「なる程原則として、給付の申込と並んで約款の完全なテキストを画面を通じて伝達する可能性がある。したがって、約款は、直接にあらかじめ定式化されたまたは画面を通じて伝達される顧客の注文に組み込まれる。しかし、このような可能性は、実際には、わずかの条文から成るあらかじめ定式化されたテキストに際してのみ考慮される。これを越える約款集についてはビデオテックスの顧客に約款のテキストを無料で画面上で知らせるといった可能性は与えられない」したがって

49b) 後掲註57の諸論考の殆どは、Btx での判例準則をそのまま IN にも適用するかとどうかは別として、前提として Btx における組入問題に触れている。

50) 特徴 ii, iii に関しては vgl., Koehler, aaO (oben N. 40), S. 291: 特に ii については「Bxt を通じての情報伝達は、画面が960字 (24行×40字) より以上を表示し得ないということによって特徴づけられる。これは、例えばタイプ用紙半分の範囲に相当する。」と説明している。

「多数のテキストからなっているかさ張る約款集についてはビデテックスによってはもはや適切な方法で認識を与えられない」<sup>51)</sup>。

これに対して、否定説は特に特徴iiiを問題にした。つまり、契約締結後はBtx利用者は約款を手元に置くことができず、従って約款使用者は契約締結後に約款を自由に変更できるが、顧客であるBtx利用者はこれを防止できないことを理由に有効な組入を否定するのである<sup>52)</sup>。

裁判例はどうか。この問題についてのBGHの判決は見られないが、下級審裁判例がいくつか紹介されている。ここでは、Btxでの契約締結に際しての約款の組入に関して、その後の判決でしばしば引用されるLG Aachen, NJW1991, 2159と、唯一のOLG判決でありこの問題のリーディングケース<sup>53)</sup>とされているOLG Köln, NJW-RR1998, 1277の二つの判決だけを取り上げよう。Btxに関する判決の考えを知るにはこれで十分であると思われるからである。

① LG Aachen Urt.v.24.1.1991, NJW1991, 2159

本件は、A 4で2頁だが、画面上では14～16頁になる約款で、一つの条項が2～3の画面上の頁に跨っていた場合について約款の契約への組入の有効性が争われた。判決は、上の短い約款に限定して約款の有効な組入を肯定する学説に依拠して、本件「約款は画面上での呼び込みは平均的顧客に期待できる方法でその内容について認識する可能性を与えないほどに大量であり、且つ、複雑であり」「14ないし16頁の原告の条項は、印刷した形式においても法律上債務を負担する読み手にとってはその意味を難なく理解することはできない」から、「期待できる方法で約款の内容について認識する可能性は肯定されるべきではない」として有効な組入を否定した。

51) 全てに代えて、Ulmer/Brandner/Hensen, aaO (oben N. 44), § 2 Rn. 49a.

52) Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., 1994, § 2 Rn. 24.

53) vgl., Robert Koch, Einbeziehung und Abwehr von Verkaufs-AGB im b2b-commerce, K & R 2001, 87, 88; Johannes Ranke, M-Commerce-Einbeziehung von AGB und Erfüllung von Informationspflicht, MMR2002, 509, 510.

## ② OLG Köln Urt.v.21.11.1997, NJW-RR1998, 1277

本件は、3箇月の使用料46,120.71DMの支払を番組提供者がBtx利用者に対して求めた事例で、画面上の頁で7枚、15項目からなる約款について「期待できる方法での認識の可能性」の有無が争われた。LGは約款の認識可能性を肯定。

判決は「画面を通じて指示されるテキストは比較的長いはめ込みに際しても瞬時に流れて (flüchtig) しまう故に、Btxを通じて伝達される約款についての厳格な要求は約款使用者の負担に帰す。それ故、期待できる認識可能性は、見通しがよく且つ明確に整列され、問題なしに呼び込まれる比較的短いテキストが問題であることを要件とする」としたが、具体的なテキストについては、全部で15の項目からなっていて全部で7つのBtx頁に及ぶ参加条件は、短く纏められて見通しよく構成されていること、利用額という最も重要な条項は、項目1のもとで直ちに現れ、それゆえこの時点で利用者はそれ以上長く読まなくてよいことなどを理由に、契約への組入れを認めて全額の支払を認めた。

その後、学説の多くは判例の立場を支持し約款の認識可能性の要件は、比較的短い約款についてのみ可能であるとの立場が通説となったといえる<sup>54)</sup>。

## 3-3. INによる契約締結に際しての組込要件充足の可否

INによる契約締結に際しての組込要件の考察にあたり学説は上で紹介したようなBtxに関する理論を前提とする<sup>55)</sup>。しかし、他方、INとBtxの機能の相違——特に保存・印刷の可能性——を如何に評価するかによって組込要

54) *Staudinger/Schlosser*, 1998, § 2 AGBG Rn. 33a; *MK-Basedow*, 4. Aufl., 2001, § 2 AGBG Rn. 18; *MK-Basedow*, Bd. 2a, 2003, § 305 Rn. 64.

55) インターネットオークションにおいてオークション業者の「オークション規約」の出品者・応札者間の売買契約への組込が問題となった事例はみられるものの(参照 占部洋之「インターネットオークションにおける契約の成立～ドイツ連邦通常裁判所2001年11月7日判決を素材として～」大阪学院大学通信33巻9号(2002)37頁以下)本稿が対象とする事業者の約款の契約への組込の可否が争われた裁判例は紹介されていないようである。

件——特に「認識可能性」の要件——が満たされるかどうかについて相違が見られる。

### 3-3-1. 「明示の指示」について

- (a) 学説は、「IN〔による〕申込での約款の明示の指示は難なく可能である。」<sup>56)</sup>ということから出発する。そしてトップページでだけでの指示では十分ではなく、注文書式の上で約款が明示的に分かりやすく指示されなければならないという点では諸説では一致している<sup>57)</sup>。その根拠は、早すぎる指示は一般的な指示と同様に具体的な契約締結に際しての指示には当たらないこと・顧客が注文に際して指示を思い出さない危険があること<sup>58)</sup>や「契約締結に際して」指示されなければならないから注文の近辺での指示が必要であること<sup>59)</sup>に求められている。
- (b) しかしながら、指示されるべき対象である約款の表示については若干の相違が見られる。「比較的短い約款は、顧客が約款を見ずして注文アイコンには到達できないように、プログラムの進行にそって強制的に注文画面に表示

56) Köhler, aaO (oben N. 29), S. 188.

57) Arthur Waldenberger, Grenzen des Verbraucherschutzes bei Abschluß von Verträgen im Internet, BB 1996, 2365, 2368; Ernst, aaO (oben N. 40), S. 167; ders, Internet und Recht, JuS 1997, 776, 777; ders, Wirtschaftsrecht im Internet, BB 1997, 1057; Martin Löhnig, Die Einbeziehung von AGB bei Internet-Geschäften, NJW 1997, 1688; Koehler, aaO (oben N. 40), S. 291; Mehrings, aaO (oben N. 40), S., 2374, 2376; Josef Drexler, Verbraucherschutz im Netz, in: Lehmann (Hrsg.), Rechtsgeschäfte im Netz-Electronic commerce, 1999, para3. 4. 2. S. 94; Hans-Werner Moritz, Quo vadis elektronischer Geschäftsverkehrs?, CR2000, 61, 64f; Marc A. Gimmy, Vertragsschluß im Internet, in: Detlef Kröger/Marc A. Gimmy, Handbuch zum Internetrecht, 2000, S. 72; Süßenberger, aaO (oben N. 29), S. 229; Koch, aaO (oben N. 53), S. 88; Michael Kittner, Schuldrecht, 2. Aufl., 2002, Rn. 976 など: もっとも Köhler, aaO (oben N. 29), S. 188 はこの点には触れていない。

58) Mehrings, aaO (oben N. 40), S. 2374, 2376: ここで Mehrings は「例えば日刊紙での広告や回状による一般的な指示は十分ではない」とする Ulmer/Brandner/Hensen, aaO (oben N. 44), § 2 Rn. 24 および Löwe/von Westphalen/Trinkner, AGB-Gesetz, 1977, § 2 Rn. 7 を引用している。

59) Koehler, aaO (oben N. 40), S. 290; Süßenberger, aaO (oben N. 29), S. 229.

され、比較的長い約款については分離して保存されていてよい。その場合には、見落としのないように指示され、または、約款〔表示〕のクリックのためのアイコンを含んだ注文画面前に強制的に指示されることが必要である」と説くものもある<sup>60)</sup>。これに対して多数の見解は、注文書式の上にあわせて約款が表示されてる必要は必ずしもなくて約款へのリンク、つまり顧客たる消費者がマウスをクリックすることによって初めて約款に到達するような画面構成であっても十分であるとする<sup>61)</sup>。

このような指示要件に関しては約款の表示について見解の相違が見られるものの、トップページでの約款の指示では十分ではなく、注文書式での指示が必要とされてることをここでは確認しておきたい。

### 3-3-2. 「合理的な認識可能性」について

- (a) 認識可能性要件について最も問題とされているのは、INにおいては通常顧客である消費者が約款をダウンロードして保存・印刷できるが、このことを「認識可能性」の一般的要件（前述3-1-2.）との関係でどのように評価するかである。つまり、一方では①両者の機能の相違を重視してBtxでの準則はIN取引には当てはまらず、だいたいの分量の約款でも認識可能性の一般的要件を満たしうるとみる立場と、他方では②Btxでの準則がINでも当てはまりだいたいの分量になる約款については一般的要件を満たしえないとみる立場（「限定肯定説」）が対立している<sup>62)</sup>。ところで、約款の認識可能

60) *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 1688f. なお、ここでは前者の例として <http://www.deutsche-bank.de/banking/manual/formular.html> が、後者の例として <http://www.travel-overland.de/agb.html> が挙げられている。

61) しかし、*Waldenberger*, aaO (oben N. 57), S. 2368 は「立証の困難を避けるためにも画面上に約款がつねに表示されることが推奨される」と説く。結論同旨 *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 290; *Süßenberger*, aaO (oben N. 29), S. 229. なお、組入要件充足の立証責任については、石田喜久夫編・前掲書（註16）38頁〔田中康博〕。

62) 「認識可能性」の要件はつねに満たされず、それ故、約款の有効な組入は認められないとする「否定説」は見出せなかった；Btxに関する判例準則を前提にすればかかる立場を主張するのは無理であろう。

性についてはその全部について必要かどうか日本では議論がみられるが<sup>63)</sup>、ドイツ法のもとにおいては認識可能ではない約款は組入要件を満たさないから、事業者はその約款が「だいの」分量になるとしても<sup>64)</sup>その全文について「認識可能性」を与えなくてはならないとされている<sup>65)</sup>。このことを確認したうえで以下少し詳しく議論を見てみよう。

### ① 肯定説

肯定説は、通信速度が Btx により格段に速い、情報の保存・印刷が可能であるなどの PC の特質から<sup>66)</sup>だいの分量になる約款についても認識可能性を与えることができると説き、ドイツでは支配的見解である。この見解は「IN ソフトが今日非常に利用し易くなったこと及び顧客はそうしようとすれば戻ったり進んだりできるほどに長く画面を観察できるという事実の故に、だいの約款も顧客は適切な方法で認識に至り得る。この点では、提供者の Web サイト上で約款を読むことと印刷された紙で読むこととの本質的な差異はない。」<sup>67)</sup>ことや、Btx と対比した場合の画面上での読みやすさに加えて、保存・印刷できることから「典型的な IN 利用者は慌しく流れる約款を自己の PC に永続的に保存し、または印刷する十分な可能性を有している。そのような IN 利用者は、約款をそのときには多くの費用を掛けずに、自分で信頼できる紙の形に移行できる」こと<sup>68)</sup>、そして更に通常の対面取引のときと異なり「あらゆる顧客は、提供者の約款を、契約を締結する前に、まず静かに検討できる」<sup>69)</sup>ことを根拠として挙る。そして、結論として「契約締結に際し

63) 山本「前掲論文（註26）」75頁およびそこの註25で挙げられた文献参照。

64) 「だいの」の目安はいろいろあろうが先の Btx に関する上述 OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277 がしばしば引合いに出される；例えば、*Mehrings*, aaO (oben N. 40), S. 2379.

65) vgl., *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 189.

66) *Drexler*, aaO (oben N. 57), para. 3. 4. 2 S. 94 は「組入要件が満たされるかどうかの検討に際しては使用されるメディアの具体的な条件に合わせられなければならない」と述べている。

67) *Waldenberger*, aaO (oben N. 57), S. 2368.

68) *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 291; vgl., *Drexler*, aaO (oben N. 57), para. 3. 4. 2 S. 94.

69) *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 1689；同旨 *Koehler*, ebenda.

顧客が約款を検討できることが必要であるところ、顧客は画面で約款を読んで、かてて加えて印刷できるから、これは問題なく可能である<sup>70)</sup>としてだいの分量の約款にあつても認識可能性を与えうると説く<sup>71)</sup>。ただし、「リンクは(「小さい印刷」ではなく)十二分に大きく、隠されていてはなら」ず<sup>72)</sup>「IN利用者が申出者のWebサイトから頁を捲っていき、多くのその他のリンクを経て初めて本来の約款テキストに到達しなければならない場合には、IN利用者の認識は期待できない」<sup>73)</sup>。

上と異なり同じく肯定説にあつてもやや違った見解を主張するものも見られる；これは、僅かの分量の約款とだいの分量になる約款について分けて考える。そして、前者について画面上で約款が認識できるようになっていれば十分であり、後者については保存・印刷の可能性が開かれていなければならないと説く<sup>74)</sup>。

更に以上の肯定説は、約款の保存は無償でなくてはならないと説く<sup>75)</sup>。これに対して、IN利用に伴う費用(電話代等の接続料・プロバイダ使用料)については「認識」要件充足のための要素として別途考慮されている。しかし、「INというメディアを契約準備のために使用することは顧客の独自の判断である」ことを理由に「接続料金だけでは認識をいまだ期待できなくはしない」<sup>76)</sup>

70) *Ernst*, aaO (oben N. 40), S. 167; ders, aaO (oben N. 57. JuS.), S. 777; ders, aaO (oben N. 57. BB.), S. 1057.

71) その他に, *Helmut Heinrichs*, Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1996, NJW 1997, 1407, 1409; *Staudinger/Schlosser*, aaO (oben N. 54), § 2 33a; *MK-Basedow*, aaO (oben N. 54), § 2 AGBG Rn. 18; *Moritz*, aaO (oben N. 67), S. 65; *MK-Basedow*, aaO (oben N. 54), § 305 Rn. 65.

72) *Gimmy*, aaO (oben N. 57), S. 72 ; 上述 3-1-2. (「判読性」) 参照。

73) *SüBenberger*, aaO (oben N. 29), S. 235.

74) *Mehring*, aaO (oben N. 40), S. 2379.

75) *Waldenberger*, aaO (oben N. 57), S. 2365; *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 291; *Drexler*, aaO (oben N. 57), para. 3. 4. 2 S. 95; *Gimmy*, aaO (oben N. 57), S. 72; *Mehring*, aaO (oben N. 40), S. 2379 はやや詳しく「仮令その他の頁について費用義務あるとしても、顧客は、約款使用者の側から費用を請求されてはならない。」と説く。

76) *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 1689.

と説かれている。これを敷衍すれば「表示のテキストのみならずこれ以外の約款の呼び出し・送信によって生じる多くの使用料はまさにテキストデータによるデータ伝達の早さの故に、通常は最小であり、IN利用者が契約を費用的に有利に、そして迅速に慣れているPCから締結することが可能になるということによって相殺される」<sup>77)</sup>ということになろう。また、通信速度から著しい費用はかからず、保存可能性によって電話代とプロバイダへの接続料の躊躇もなくなるとしてこれを顧慮しないものもある<sup>78)</sup>。

## ② 限定肯定説

この見解は、認識可能性の問題は、Btxにおける準則と同様に約款の分量によって異なるとの立場を採り、僅かの量の約款については画面での約款の再現(Wiedergabe)で十分であるが、だいたいの分量になる約款については画面での認識の単なる可能性では十分ではないと説く。その根拠は画面上で約款のような厄介なテキストを読むことは平均的顧客の観点からは印刷物での研究より困難であることに求められ、①の肯定説を消費者の答責・危険領域に約款規制法の要件を越える約款の複写・保存・印刷という要件を差し出していて約款規制法に合致しないと批判し、他方、顧客＝消費者による「認識可能性の放棄」を認めることによって問題の解決を図ろうとする<sup>79)</sup>。

77) *Süßenberger*, aaO (oben N. 29), S. 232f.; 「利便性」とはここで *Süßenberger* がそこでの註に挙げた文献から言えば、契約締結前に十分と約款内容を検討できる、ということにことになろうか。

78) *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 292.

79) *Georg Borges*, Verbraucherschutz bei Internet-Shopping, ZIP 1999, 130, 135 ; なお, *Schwartz/Schwerdtfeger*, Recht im Internet, Kap6-3.1 (1997) s.9. も参照。認識可能性の放棄については、電話での契約締結に際して特に問題とされた、単純には、石田喜久夫編・前掲書(註16)32頁以下〔田中康博〕, 詳しくは, *Sebastian Müller*, Ist das Kenntnissnahmegebot des §2 I Nr. 2 AGBG abdingbar? MDR 1997, 608 参照。なお, 当初はPCや通信回線の性能の故に「伝達に時間がかかる」として組入を限定的に解する見解を示唆するものもあった(*Aliki Busse*, Softwarevertrieb in Netzen, CR 1996, 389, 390)が, 現在の技術・設備の水準を前提にすれば限定肯定説を採るとしてもかかる理由づけは妥当ではないといえよう。*Helmut Heinrichs*, Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1998, NJW 1999, 1596, 1598 は, OLG Köln,

(b) 以上の肯定説・限定肯定説について基本的にどちらを支持すべきであろうか。

まず、情報の保存可能性をどう評価すべきか。約款使用者による約款の変更可能性に関する Btx での議論に関して「顧客が、約款を印刷し、ないしは、永続的に保存するために、プリンタもハードディスクも接続していない場合」のみ、この問題は、IN に移転される」と説く向きもあるが<sup>80)</sup>、パーソナルコンピュータに限って言えば、プリンタは格別、ハードディスクが備えられていないそれは現在では考えられないから、Btx で提起された一方的変更の問題は考慮する必要はないであろう（この点からは短い約款についても保存の可能性が開かれていることが必要といえよう）し、また①肯定説のように保存できることを前提に認識が可能であると説いても、消費者にとっては過重な負担とはならないであろう。むしろ限定肯定説のように「認識可能性の放棄」を認めるほうがより、組入要件の空洞化を招く故に、問題が大きいように思われる。

他方、プリンタについてはやや考慮が必要かもしれない。IN 利用者の全てがプリンタを備えていないからである。しかし、約款使用者に求められているのは、「期待できる認識可能性を与えること」であり「認識を与えること」ではなく、それ故顧客が約款を実際に読んだかどうかは組入にとっては問題とされないこと<sup>81)</sup>、また、約款の書体は問題ではない、したがって伝達の形式は問題ない（Btx 取引について一定の場合に約款が有効に契約に組入られることはこのことを前提にする）こと<sup>82)</sup>から——印刷によって認識がより容易にな

---

NJW-RR1998, 1277 に従って、「だいたいの分量の約款にあつては——限界はここでは画面の頁よりも長いテキストに引かれるだろう——顧客が無料で約款を印刷できる場合」のみ、期待できる認識を与えうる」と先の見解（註71）を改めている。また、Koch, aaO (oben N. 57), S. 89 は *Borges* を引用して、保存・印刷可能性からだいたいの分量になる約款について認識可能とする肯定説に反対するが、僅かの約款について画面上での表示で足りるかについては明らかではない。

80) *Gimmy*, aaO (oben N. 57), S. 74.

81) *Drexl*, aaO (oben N. 57), para. 3. 4. 2 S. 95; *Gimmy*, aaO (oben N.), S. 74; *Süßenberger*, aaO (oben N. 29), S. 238 : また石田喜久夫編・前掲書（註16）32頁〔田中康博〕。

82) 旧約款規制法 1 条 1 項 2 文 = 現 BGB305 条 1 項 2 文 ; vgl., *Wolf/Horn/Lindacher*, aaO (oben N. 52), § 1 Rn. 19; *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 1988;

ることは否定できないもの<sup>83)</sup>——顧客である消費者側の事情により印刷できないことを理由に認識可能性を否定することは妥当ではないだろう。

もともと約款の伝達に伴う費用負担の問題はなりうるかもしれない。しかし、IN という情報伝達手段の使用は接続料の負担を含めて消費者自身の判断である故に、費用負担を理由に認識可能性を否定することは妥当ではないであろう。

以上のような理由から肯定説が説くように、約款の保存・印刷の可能性が開かれていることに着目して認識要件は原則としてつねに満たされると考える方が妥当であろう。

### 3-3-3. 同意について

同意についてはドイツでは特段議論は見られない。明確に「クリック」によって行う旨説く見解もあるが<sup>84)</sup>、同意に方式については民法の規律によることから、約款が指示され期待できる認識の可能性が与えられたところで契約が締結されれば、通常は推断的な (konkludent) 同意が認められると解されていて<sup>85)</sup>、IN 取引においてもこの立場によるのが通説といえる<sup>86)</sup>。

## 3-4. その他の端末を通じての取引における問題

### 3-4-1. 携帯電話を通じての取引

以上の議論はその叙述から明らかなように消費者がパーソナルコンピュータを使用していることが前提にされていた。ところが B to C 取引は、PC を通じて行われるだけではない。例えば、携帯電話もコンピュータとしての機能を有していて IN に接続して「携帯電話」を端末にして取引が行われることもあ

*Palandt/Heinrichs*, aaO (oben N.) 35., Rn. 38 ; 石田喜久夫編・前掲書 (註16) 20 頁 [高島英弘]。

83) *Drexler*, aaO (oben N. 57), para. 3. 4. 2 S. 95; vgl., *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 292.

84) *Koehler*, aaO (oben N. 40), S. 292. なお、「クリック」の法的評価については占部「前掲論文 (註55)」特に56頁参照。

85) 参照 石田喜久夫編・前掲書 (註16) 37頁 [田中康博]。

86) *Löhnig*, aaO (oben N. 57), S. 1989; *Mehrings*, aaO (oben N. 40), S. 2380; *Süßenberger*, aaO (oben N. 29), S. 237f.

る (E-Commerce に対して, M-Commerce と呼ばれることもある)。その他に家庭用ゲーム端末・家電型端末を通じて取引が可能である。このように PC 以外にも種々あるが, ここでは数の上で最も多数に上るとされる携帯電話を通じての取引について簡単に検討しておきたい。

その前に, PC と携帯電話の機能の相違から生じるであろう問題を明らかにしておこう;

- ① PC については, 契約条件の保存が可能であり, 消費者側の設備如何では印刷も可能である。これに対して, 現時点では, 最新の機種を除くと保存が IN 画像の保存ができずまた印刷もできない。
- ② PC については表示画面が比較的大きいために, 契約条件を画面に表示しても判読が著しく困難になることは殆どないが, 携帯電話の場合には表示画面が狭い<sup>87)</sup> 故に, 判読が困難になることもありうる。

以上のような相違を前提とすれば PC による契約締結の場合の考え方が携帯電話による取引についてもそのまま妥当するかは更に検討の必要がある。

### 3-4-2. *Ranke* の見解<sup>88)</sup>

ここでは, 特に携帯電話を通じての取引を念頭においた論考として *Ranke* の所説を紹介しておきたい:

まず, *Ranke* 論文は, 約款の組入要件の一つの「指示」については, 「提供者が自己の約款を契約に組入ようとする場合には, 提供者は契約締結前に (vor) リンクによって約款を指示ことによって指示を実現しうる。表示画面が小さいことによる困難は, この際は現れない。」として, 指示要件については特段の問題なく, M-Commerce においても満たされるとする。次の要件である「合理的方法での認識可能性」については, 特に M-Commerce について

87) 日本では最新の機種 (2003年1月現在の各携帯電話会社のカタログで確認) で画面の大きさは2インチ程で, 文字数にして150字前後の表示のようであるが, いずれにせよ携帯電話という性格を考えれば大きな表示画面を期待することはできない。

88) *Ranke*, aaO (oben N. 53), S. 509ff.

は、保存・印刷ができないということ、および、一般的には表示画面が小さいことから、「大抵の包括的な契約条項は、過度に長いスクロールによってのみ認識できるにすぎない。契約条項規定の内容を把握することはきわめて困難であるだろう」とする。が、一般的には、機種種の如何を問わず、ディスプレイの頁で2～3頁を超えないように纏められている場合には期待できる認識可能性が与えられると一定の基準を提示している<sup>89)</sup>。しかし、このように限定すると個々の場合においては「重大な困難に至り、事業者は約款の組入を放棄しなければならなくなる」として、別の可能性、すなわち①305a条2号の適用可能性②認識可能性の放棄、更に③技術的な観点の解決策、について考察をすすめている。

①305a条は305条2項1号2号の要件を満たさなくても約款を契約内容にできる契約について規定している。M-Commerceに関するのは2号bで、それに依れば、「電話および郵便について規制官庁の官報に公表され、約款使用者の営業所に準備されている取引条件で」「契約条件を契約相手方に契約締結前に自由に利用できるようにすることが著しく困難である場合には、直接に遠距離通信手段の出動によって且つ、遠距離の役務の提供の実現の間に一回で実現される電話・情報その他の役務の給付に関する契約」については305条2項1号2号の要件を満たさなくてもよい。立法資料ではその例として電話案内とダイヤル0190〔日本で言えばダイヤルQ2に当たるような情報サービスのようである〕のような有料情報サービスがあげられているが<sup>90)</sup>、「立法者がM-Commerceの問題点を認識していなかったことは明白であり、「異なった事業者部門の不平等取扱を広く同水準にするという規範目的から——305a条の規定の『緩慢な (schleichende)』拡大を肯定する法解釈も支持されうる」

89) *Ranke* に依れば、もっとも、約48平方 cm の表示画面を有しているものもあるPDA (Personal Digital Assistant) では「十分に読みやすい文書は難なく可能であり、その結果、包括的な約款も契約に組入れられる」。また文書の大きさ〔容量〕を削減することは、テキストの判読可能性が著しい程度で侵害されるから、問題の打開策ではないという。

90) BT-Drucks.14/6040, S.153.

と主張する。具体的には、「特に、Location-Based-Service、ビデオ・音楽データの伝達及び通知の予約 (Nachrichtenabonnement)」については指示・認識可能性の要件を満たさなくても305a条2号により約款の組入は可能とする。もっとも、「『一回に』ではなくて、電話接続の終了後初めて履行されるサービス提供に関する電話での契約 (商品等の電話での注文) には特典は与えられない。」<sup>91)</sup>とされているから、物品の給付に向けられた契約が携帯端末を用いて締結される場合は、305a条によることはできないことになる。

②の認識の放棄については、立法者は、顧客は認識の放棄ができるが、つねに顧客の明示の意思表示を必要とすると考えていたとして、「M-Commerceではサービス提供者は契約締結の開始前 (vor Beginn) には顧客の放棄の表示を貰わなければならないことを意味している。視覚化の困難にも拘わらず、そのような表示は M-Commerce で用いられている小さな表示画面上でも実現されうる」として放棄を認める。

③の技術的観点からの解決策については、現在の技術を前提として、Platform for Privacy Preferences = P3P<sup>92)</sup>の応用が提案されている：「一般的なデータ保護表示はその性質及び範囲によれば約款に似ているから、約款が標準化され、その結果、それに相応しく考案されたブラウザまたは Agent-Technologien によって審査されるということが考えられる」ものの、一つには、「審査ソフト」の対価なしでの普及（「認識が視覚的な方法により行われるかあるいはその他の方法により行われるかは意味はない」からである）と、もう一つは約款の平準化が必要であるとする。

以上の考察を通じて、現行法の枠内での一定の解決策と将来の展望を示している。

現行法の枠内での解決策としての顧客の認識の放棄・305条2項が規定する組入要件からの免除、ともに常に可能というわけではないことから、この中間の妥協策が図られなければならないとする。その妥協策とは「事業者が消費者

91) Anw Kom-BGB-Hennrichs, § 305 a Rn. 6.

92) P3P については、<http://www/w3.org/P3P/>

に、約款テキストの送付の明示の撤回をしないままでは、後発的な組入に向けられた申込の承諾と理解されうることを伝える」であるとする（従来の電話での契約の際に主張された見解で、認識の放棄を認めず、契約の成立を約款の消費者の送付の時にまで遅らすことによって認識の要件の充足を求める見解に従う）。更に、*Ranke* は、305条3項による「枠組の合意」の活用を説く<sup>93)</sup>。

将来の展望として、「理想的には、携帯端末及び装備されているソフトが312e条1項4号に基づいて約款の保存を難なく可能とするように構成されるべきであろう。」と締めくくっている。

#### 4. 考察——あるべき表示方法と残された問題

以上の検討の踏まえ、1. で述べたような約款の契約への組入に関する私見の立場からのあるべき表示態様を示した上で（4-1.）、B to Cでの契約条件表示等についての自主的なガイドラインについて検討し（4-2.）、最後に若干の残された問題について明らかにしておきたい（4-3.）。

##### 4-1. 約款の認識を可能ならしめる表示の方法について

(a) ドイツにおける議論を踏まえると次のような結論を導くことが可能であろう——

- ① 契約締結、従って通常は消費者による「注文アイコン」のクリック前に、契約内容は事業者が提示した契約条件による旨が表示されなければならない（ドイツ法における「約款使用者による明示の指示」上述3-3-1.）。この場合には、必ずしも注文書式に約款がはめ込まれている必要はなく、INで

93) 同旨は既に電話での契約締結に際しての約款の組入に際しても主張されていたが、ドイツでは「枠組の合意」は銀行取引以外は見られず現実的ではないとされていた：*Müller*, aaO (oben N. 79), S. 609.

の画面構成の特質を考慮すれば約款による旨を指示して、クリックによって約款に到達できれば十分ではないだろうか<sup>94)</sup>。

- ② 上の表示ののち一回のクリックで約款を消費者が閲覧し、更にこれを保存・印刷できなれるように表示されなければならない（ドイツ法における「認識可能性」上述 3-3-2)<sup>95)</sup>。

ここでは次の二つの点が特に注意されるべきである。

まず、(1)表示に際して消費者側のパソコンに特別の閲覧ソフトをインストールする必要がないこと、従って、表示は html ファイルまたは txt ファイルで作成されていることが必要であり、例えば、 pdf ファイルだけでは十分ではないといえる。もちろんすでに pdf ファイルの閲覧ソフト (Acrobat Reader) がインストールされている場合もあるが消費者の全員が当然に閲覧できる状態にはないこと・pdf ファイルの閲覧ソフトが無料で配布されているとはいえず pdf ファイルは容量が大きいことから読み出しに時間がかかり、そこから生じる費用 (電話料・プロバイダとの接続料) を消費者が負担しなければならないこと (過大の手間や費用がかかる場合には、認識可能性は否定されよう)、から、pdf ファイルでも表示することは格別、 pdf ファイルだけの表示では十分とは言えないだろう。

次に、(2)約款を消費者が保存・印刷できることが必要であると解するから、例えば、IN 閲覧ブラウザである Internet Explorer でサブウィンドウに約款を

94) この点については、法務省「電子取引法制に関する研究会 (実体法小委員会) 報告書」(1999年) 10頁；内田「前掲論文 (註1)」322頁も参照。

95) ここでドイツの論者によって主張されていたように (3-3-2.) 強制的に約款を表示させなければならないかについては現時点の日本の通信事情を考えればやや問題が残ろうか。約款の分量がごく少量の場合はこれでもよいが、だいたいの分量の場合には、消費者の通信環境如何によってかなりコストがかかるからである。むしろ、だいたいの分量になる約款については、特に重要な条項とそれ以外の条項に分けて表示し、前者についてはすぐに表示できるように配慮すること (分かりやすい表示でもあることも認識可能性の要件のひとつであった、この点については特に OLG Köln, NJW-RR 1998, 1277 は参考になろう)、消費者の費用負担 (接続料) を最小にするために情報の容量自体を軽量化すること (契約締結過程における信義則適用ということになろう) は最低必要であろう (約款の容量を「○ kb」という具合に) 表示しておくことが考えられよう。

表示する形式では、右クリックにより保存・印刷のコマンドが表示されるがツールバーには表示されないので表示のあり方としてはやはり不適切であり、保存・印刷が一回のクリックで難なくできるように表示することが必要である<sup>96)</sup>。

これによって約款が契約に組入れられる前提としての「認識可能性」は十分に満たされよう。

③ 更に、組入の同意については、ドイツ法では推断的な同意でもよいと解されていた（上述3-3-3.）。①②の要件を満たす約款の表示があって、消費者の注文の発信という積極的な行為をすれば、約款に黙示的に同意したと解してよいであろう<sup>97)</sup>。しかしながら、注文にあたり「同意する」旨のアイコンがクリックされて注文が送信されるような構造がより望ましいように思われる<sup>98)</sup>。なお、ここでは「顧客の意に反して契約の申込みをさせようとする行為」（特商法14条）にあたらぬような「分かりやすい申込画面」となっていることもあわせて求められる<sup>99)</sup>。

(b) 以上の①～③を満たせば、事業者の約款は有効に契約に組入られると解してよいであろう。もちろん、有効に契約に組入れられても約款の内容の適正さについては、民法・消費者契約法等による審査を排除するものではないことは言うまでもない。

96) 次の4-2. で取り上げるJADMA「通信販売業における電子商取引のガイドライン」3. 2-2, 「ECOM 消費者取引ガイドライン」5. 5. 3は「将来的なトラブルを回避するために」消費者に対して取引記録を保存するように誘導することを推奨している。

97) 参照 原島重義「契約の拘束力」法セ345（1983年11月）号、特に47頁以下。

98) 確認的に重ねて言えば、「約款に同意する」旨のアイコンをクリックしても、①②の要件が満たされていなかった場合には、約款の契約への組入が有効と認められないこともちろんである。

99) 「分かりやすい申込画面」について、「準則」別冊NBL 65頁以下、pdf版27頁以下参照（前掲註20）なお、「準則」における説明は、「インターネット通販における『意に反して契約の申込みをさせようとする行為』に係るガイドライン」（2001年10月23日）に基づくものであり、このガイドラインは<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0002003/>で見ることがができる（2002年12月21日）。

(c) なお、付言すれば次の二つの点についても考慮されるべきであろう。

まず、「注文フォーム」に到達しなくても契約条件を閲覧できる構造にしておくべきである。これは、IN取引における長所の一つ——対面取引に比べてゆっくりと契約条件を比較検討できる（上述3-3-2.）——を生かすために必要であろう。

次に「注文確認メール」<sup>100)</sup>の記載内容である。特商法の規定（13条）とは別に、取引慣行としてしばしば消費者の注文に対して「確認メール」が送信されている<sup>101)</sup>。その内容は注文内容の確認（主には、商品および数量、代金額及び支払方法、送料）であることが多いが、ここには注文内容の確認と並んで、約款を掲示した事業者のURL（トップページではなくて約款を掲載したページのそれ）が表記されていることが望ましいといえよう。②で述べたように、注文の過程で一旦は約款が記載されたページが指示されているが、消費者が注文前につねに約款を確認して保存・印刷するとは限らず、注文後に確認の必要が生じる可能性があるからであり、しかも「確認メール」自体自動的に送信されていて、かかる記述を求めても事業者には過大な負担にはならないものと思われるからである<sup>102)</sup>。

#### 4-2. 各種ガイドラインについて

すでに2. で考察したように約款の契約への組入に関しては法律規定が見られなかったところ、周知のように電子商取引を含む通信販売について事業者団体等により広告の表示についての各種ガイドラインが公表されている。ここで、4-1. での考察に基づき、社団法人日本通信販売協会（特商法30条参照）の「通

100) これについては占部「前掲論文（註43）」21頁以下参照。

101) 次（4-2.）で検討するJADMA「通信販売業における電子商取引のガイドライン」（1. 4-3）、「ECOM消費者取引ガイドライン」（5. 1. 2）はともに、注文確認メールの発信を推奨している。

102) 筆者の経験に依れば「なお、販売規約は下記のURLにてご参照いただけます。」との記載を含む注文確認メールを送信してきた事業者があった。このような記載は推奨されるべきであろう。

信販売業における電子商取引のガイドライン」<sup>103)</sup>、電子商取引実証推進協議会（ECOM）による「ECOM 消費者取引ガイドライン」<sup>104)</sup>での——両ガイドラインの内容は多岐にわたるが——本稿の対象である「販売条件」の表示についてのみ簡単に検討しておきたい。

基本的にはこの二つのいずれも法律規定（主に特商法，その他に割賦販売法・景表法）を前提としつつも<sup>105)</sup>，販売条件の表示に関してはJADMA ガイドライン 1. 2. 4 は「一般原則その他消費者にとって必要と思われる事項は，適宜表示すること」とし，ECOM ガイドライン 4. 4.<sup>106)</sup>は消費者に提供しなければならない情報の末尾(16)に「その他消費者にとって必要と思われる事項」を挙げている。これは法律規定から言えば一歩前進と言えるかもしれない。しかし，商品が注文どおりに提供され，商品自体にもいろいろな意味で（商品自体に欠陥がないことはもちろん，例えば，広告の色合いとは違うとかいう事情も含めて）一切に問題がなく，購入者も契約締結時の合意に基づいて支払を完了すれば当事者間で紛争が起こらざるもなし。問題が起こるのは一方では事業者の給付が適切になされなかった場合であり，他方では消費者がその債務を履行しないからである。事前に何が「消費者にとって必要」な事項か，消費者には予測できないことも考えられるし，また，事業者が「消費者にとって必要」と考える事項と，消費者にとって必要な事項とが完全に一致するとは限らない。このような限定された事項についての公開を求める理由は何よりも通信販売に特有のトラブルに対処するために他ならず，事業者が設定した契約条件が（む

103) 1999年1月19日制定，最終改定2001年9月11日，[http://www.jadma.org/guid\\_mai/guidelin.html](http://www.jadma.org/guid_mai/guidelin.html)。

104) 1998年3月策定，2000年3月改訂，<http://www.ecom.jp/>。なお，「電子商取引実証推進協議会」は2000年3月末に終了し，同年4月からは「電子商取引推進協議会」。

105) もっとも ECOM ガイドラインではその他，OECD 消費者保護ガイドライン・EU 通信取引指令も参考にされている。また本稿では取り上げなかったが，国際取引も考慮したガイドラインとなっはいる。

106) この項目では，特商法のほか，JADMA の「通信販売倫理綱領実施基準」・EU 通信取引指令が参考にされている（〈解説1.〉参照）。

しろ無条件に) 契約内容になることが前提にされているとよい; これは次のようなガイドライン及びその解説から明らかである——JADAM ガイドライン 3. 2 が, ECOM ガイドラインは 4. 7 及び 5. 5. 3. が事業者による情報の保存及び消費者による取引項目の保存の誘導についてそれぞれ規定しているが, ECOM ガイドラインの〈解説〉に依れば, 販売条件表示の目的は「消費者が広告内容を勘違いして覚えていた」ことから生じる紛争の予防にある。このような考えは, まず事業者による契約条件がそのまま契約内容になったことを前提にして初めて成立しうる。そもそも事業者により一方的に設定された契約条件が契約内容に組入られていないならば, 内容についての「勘違い」などは問題になる余地はないからである(上述 2-2-2.)。また, 仮に事業者が「消費者にとって必要」と考える事項と, 消費者にとって必要な事項とが完全に一致するとしても, 契約条件の全てが表示されるとは限らない故に, 約款, それ故, 契約条件の契約への組入は合意に基づくという本稿の基本的立場から契約条件の表示については不十分なガイドラインと評価せざるを得ない。

#### 4-3. 携帯電話を通じての取引について

ある物品販売会社の携帯電話での Web サイトでは「注文する」のコマンド選択までに, 当該物品の値段が表示されただけで特商法が規定する表示すら見られなかった。このような表示は論外であるとしても, 3-4. で紹介したように本稿の立場では携帯電話による契約締結に際しては殆どの場合で約款の組入を認めることは困難であろう。もちろん IN 画面が保存できる機種については PC を通じての取引と同様に考えられてよい。また簡単な取引条件については全部の表示がなされるので, 保存できないけれども, 期待できる認識を与えうる見ていだろう。そのような場合以外にどう取扱うべきかをドイツで示唆された見解(上述 3-4-2.) に基づいて考えれば, 事前に携帯電話での取引に関して約款が有効に組入られた基本契約を締結し, これに基づいて個々の具体的契約を携帯電話によって行くと形が最善であろう。「認識の放棄」

についてはすでに述べたようにむやみに認めることには本稿が拠って立つ組入要件の空洞化を招く故に（上述3-3-2.）、与できない。確かに基本契約締結の方法では携帯電話を通じて契約が締結できるというメリットがいくら減殺されようが、基本契約の締結は当初の一回で済むこと、消費者が利用する事業者の数もある程度は限定されることが予想されることから、即決性が著しく損なわれることにはならないだろう。画像の保存ができる機種を使用しているか否かでIN上での表示を変更し、保存できる機種であれば、そのままPCの場合と同様に契約締結画面に、できない機種であれば上に述べた基本契約（これは伝統的な書面によって締結されることもあれば、PCによるINを通じて締結されることもあろう）の締結があって初めて携帯電話からの注文ができるような構成（ただし、かかる画面構成が技術上可能かどうかは不知）が取られることになろうか。

## 5. まとめに代えて

以上本稿では、約款の組入には当事者の合意が必要であり、合意の前提としての約款の表示・認識を中心にドイツ法を手がかりに考察してきた。契約関係自体は事業者と消費者との間で成立するものはもちろんであるが、契約関係の成立にはPCや携帯電話等の電子機器、閲覧ブラウザなどのソフトウェアの存在が前提となる。このことから、仮令、事業者や消費者がこの結論に従って行動しようとしても、そのような外在的要因によりこれが実現できないことがありうることは、典型的には携帯電話を通じての契約締結に際しての問題が如実にこれを物語っている。しかしながら、近時携帯電話であってもINの画面情報の保存が可能になったことからも分かるように技術の進展が法律上の問題を発生させ、技術の進展がそのような法律問題を解消できるとも言える。従って、技術開発に当たっては当該技術の実用化にあたり生じるであろう法律問題を予測し（その全てを予測することはもちろん不可能であろうが）、そのような法律問題をクリアーするように開発が望まれよう。利便性の陰で消費者

の利益が害されてはならないからである。

- ・本稿は、科学研究費補助金の交付を受けた研究の成果の一部である。
- ・本稿で使用したいいくつかの資料の入手については、現在ドイツ連邦共和国トリア大学で在外研究中の大阪学院大学法学部助教授占部洋之氏に多大のご配慮を頂き、また神戸学院大学法学部教授増成牧氏のご助力を得た。記して謝意に代えたい。

— 完 —

#### [追記]

- ・「電子商取引等に関する準則」は本年6月13日に再度の改訂版が公表された (<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0004141/>) が、本稿に関する部分についての改定はない。
- ・総務省「インターネット接続サービスの利用者数等の推移【平成15年5月末現在】(速報)」(2003年6月27日発表)によれば「ブロードバンド」が1,000万回線を越え、世帯普及率が22.3%となっている。INの利用環境が高速化したことは間違いないが、従来の「ダイヤルアップ」型の接続もお多数利用されていて、ここでの叙述を根本的に補正する必要はないものと思われる。  
(以上校正時に記す)