

# シュリンクラップ・ライセンス契約 の法的性質

吉田 和夫

## I はじめに

ソフトウェア、特に一般のユーザーが購入・使用することを想定して流通に置かれたと思われる比較的汎用度の高い一般的なアプリケーション・ソフトと呼ばれるものについてみると、通常はフロッピーディスクやCD-ROMその他の媒体に記録されたものが、マニュアル等とともにパッケージされて取引されることが多いであろう。このような取引に伴うやや特殊な約款あるいは契約条項の表示方法、取引方法として、ソフトウェアをパックしてある透明なラップの下の紙片に契約条項ないしライセンス条項を記載して事前に表示しておくといういわゆるシュリンクラップ・ライセンス契約が一般に慣習として定着している<sup>1)</sup>。ソフトウェア取引において、名称如何はとりあえずおくとして、いつ頃からこのようなシュリンクラップ・ライセンス契約という形態がとられるようになり、アプリケーション・ソフト等の取引の場に定着するにいたったのかは必ずしも明らかではないが、1980年代初期にはすでに実際の取引において使われていたようである<sup>2)</sup>。

典型的なシュリンクラップ・ライセンス契約では、形式的には取引前にユーザーに対して、一定の場合のベンダー側の免責規定（ベンダー側の保証に関する免責条項、将来起こりうる損害に関する免責条項）、使用条件の限定（単一CPUに限定して当該ソフトウェアの使用を許諾す

る旨の条項), 各種禁止事項 (レンタル, 修正, 逆アッセンブル, リバースエンジニアリング, 対応機種以外の他のコンピュータへの移植等の禁止条項), その他ベンダー側に有利な条項が提示されるとともに, 当該パッケージが未開封であることを条件として, 返却と交換の代金返済に依じる旨の記載を含んでおり, 少なくとも理論上は, 当該プログラムのユーザーとなろうとしている当事者に対しては, ラップをあげ, 実際にフロッピー等の媒体を使用してユーザーのコンピュータにインストールする前にライセンス条項を読む機会が与えられていることになる。また, そのバリエーションとして, パッケージの中にソフトウェアを含む媒体をマニュアルとともにラップし, そこにライセンス条項を表示しておいて, パッケージの外面にはパッケージ内部にライセンス契約条項の記載がある旨表示しておくというものがある。

シュリンクラップ・ライセンス契約については多くの問題点が以前から指摘されているが, 本稿では, いくつかの問題点について, アメリカにおける最近の統一商事法典の改正の動きとの関連を含めて整理することとする。

## II シュリンクラップ・ライセンス契約とその問題点

### 1 ベンダー＝ライセンサの権利と契約の性質

典型的なシュリンクラップ・ライセンスの条項として, 当該ソフトウェアに含まれる情報はベンダーに専属する (proprietary) ものであり, ベンダーの許諾なしにはコピーの作製その他の行為をすることができない旨の文言が広く用いられ, これが初期のシュリンクラップ・ライセンス契約におけるもっとも重要な規定の一つとされた。もっとも, プログラムが著作権法上の保護を受けることが実定法上も明確となっている現在とはともかくとして, 1970年代から1980年代においては, 社会の実情や

法的な取り扱いも若干異なっていたものとみられるだろう。すなわち、アメリカにおいては、コンピュータのプログラムと著作権による保護との関係に関しては、1976年著作権法がコンピュータ・プログラムの著作権性を明確な形で認めているとはいえ、著作権法適用による保護にはその性質上多大な困難が伴うことやプログラムに具体化されたアイデアの保護へと拡張すれば技術革新を阻害する恐れもまた同時に指摘されている<sup>3)</sup>。最終的には、CONTU (Commission on New Technological Uses of Copyright) で論議がなされ、1980年の著作権法改正において、その101条にコンピュータ・プログラムの定義規定が付加され、17条に著作権法上の保護を受けたプログラムのユーザーの有する権利が定められるという形で実定法上解決されはしたが、1980年以降においても、例えばオブジェクト・コードの著作権性という基本的に問題について、判例の中にはこれを否定するものも存在していたのである<sup>4)</sup>。

このような時代的な背景も考え合わせるならば、1970年代から1980年代にソフトウェアを供給する側からすれば、自らの権利をユーザーと一対一の関係において予め契約的に規定しておくことはいわば当然な自衛手段ともいえるべきものであって、そのために、トレード・シークレットという形で、ユーザーの行うおそれのあるプログラムの自由なコピーその他ベンダーの利益を害する可能性のある行為を阻止するという手段もとられた。しかし、ここでベンダーとしては、マーケットで大量のパッケージを不特定多数のユーザーに販売しておきながら、反面、販売したプログラムが「シークレット」であると主張できるかという批判を受けることになる。この批判ないし疑問に対しては、あくまでも販売されたものは、何らかの特定の機械を使うことなしには解読はもちろん通常は判読すらできない無意味な文字の羅列としてのオブジェクト・コードを含むディスクットであるという一応の回答がなされ、判例の中にはこの

立場をとるものもある<sup>5)</sup>。トレード・シークレットを援用しようとする  
と、結局、ソフトウェアのベンダーとしては、ソフトウェアを販売して  
いるからといってトレード・シークレットを公開しているわけではない  
ということを証明することが必要になったわけであり、その立証のため  
には、あくまでもソフトウェアを販売しているのではなく、ライセンス  
しているのだと法律的に理論構成するしかなかったとも考えられる<sup>6)</sup>。

ソフトウェアに関する取引を、「売買 (sales)」ではなく「ライセン  
ス」というベンダーにとって有利な結果を導く結果となりやすい契約と  
して法律構成する点については、今日でもなお争いのあるところであ  
る<sup>7)</sup>。

しかしながら、ライセンスの条項に関して、通常の契約交渉過程であ  
れば当然になされるべき交渉が一切なされていないという事実は、シュ  
リンクラップ・ライセンスの効力に対して疑念を抱かせるに十分である  
ことは疑いない。ユーザーは、すべてパソコンショップ等の店頭で、マ  
ニュアル等の書籍類と同包されたパッケージ内に入れられた一つのコピ  
ーとしてソフトウェアを「購入」するのが常態であるし、その際のライ  
センス条項は絶対的であって、当事者間の交渉によって修正されたり、  
更新されることもなく、ベンダーの側からの申し出でもない限りは、将  
来にわたって効力を有することになるからである<sup>8)</sup>。

このような実態を前提とし、あるいは大半のユーザーの側としては、  
あくまでもあるプログラムの物理的コピーを「購入」したという意識を  
有すると思われることなども考え合わせ、判例、多数説はシュリンクラ  
ップ・ライセンス取引はライセンス契約としてよりも物品の売買契約と  
とらえるべきであって、統一商事法典の適用があるという結論に至って  
おり、もしそうであるとするならば、プログラムの取引についても統一  
商事法典第二章の適用を受けることになる<sup>9)</sup>。

## 2 保証責任に関する免責条項

次に問題となるのが、ほとんどのシュリンクラップ・ライセンス契約に共通して規定されている、ベンダーの保証責任を予め免除ないし制限する旨の免責条項の効力である。例えば、前出判例で争点となった契約条項には、ライセンスされたソフトウェアは現状のままの状態 (as-is) で提供されること、ユーザーは、ライセンスを受けたソフトウェアについての商品性および特定の目的への適合性に関する黙示の保証を含むいかなる種類の保証および表示に関して権利を有しないものとされること、いかなる状況下にあっても、仮にユーザーの側から損害が発生している旨を通知してあった場合であったとしても、いかなる結果的、付随的、特別もしくは金銭的損害についてもその責めを負わない旨の規定が含まれている<sup>10)</sup>。

このような保証規定を考える際には、製品の保証という観点からみ限り、特に客体のある種の特殊性を理由に修正する必要性もさほど大きいとはいえず、黙示の保証や統一商事法典に成文化された諸規定等の従来の確立された法理論をあてはめることによって解決可能なことが多いものと思われる。ここでは、一般市場でのソフトウェア取引が売買であるかライセンスであるかは結論に違いをもたらさないと注意を要するであろう<sup>11)</sup>。

## 3 その他のユーザーの権利の制限

ベンダー側は、自らの権利を拡張し、ユーザーの権利を制限することの一つの目的としてシュリンクラップ・ライセンス条項を予め規定するのであるから、当然のこととして、シュリンクラップ・ライセンス契約には、著作権法等の知的財産法上正当と認められているはずのユーザーの権利を限定することを目的とする条項が通常含まれることになる。例えば、ベンダー側の書面での合意がない限り、ユーザー側はライセンス

されたソフトウェアを譲渡、再ライセンス、賃貸、移転、コピー、修正すること、他のプログラム言語にコンバートすること、逆アッセンブルすること等を禁止する条項がそれである<sup>12)</sup>。著作権法は、知的財産権者の権利とユーザーの権利のバランスを注意深く図っているところ、このような契約条項は以下の点において著作権法を修正するものである<sup>13)</sup>。すなわち、第一に、ユーザーによるソフトウェアの譲渡やコピーを禁止するライセンス条項は、ソフトウェアのレンタルなどに関して若干の法律上の制約はあるものの一定範囲での複製等の行為を認めている著作権法上の権利、ないし消尽の理論 (first sale doctrine) を修正するものである。第二に、シュリンクラップ・ライセンス条項では、目的の如何を問わず、コピーの作製、修正、変換、コンバートが禁止されることが多いが、この条項は少なくとも著作権法117条に触れかねない。第三に、ライセンス条項によって、目的の如何を問わずに、逆アッセンブル等のリバース・エンジニアリングにつながる行為も禁止される。この条項は、当該プログラム中に含まれる保護を受けないアイデアへのアクセスに必要な場合にはプログラムに対するリバース・エンジニアリングを行うこともできるとする、著作権法に明文規定はないものの多数の判例の採用する見解にも反するものである<sup>14)</sup>。

### III シュリンクラップ・ライセンスに関する判例

#### 1 シュリンクラップ・ライセンスの有効性

前述のように、シュリンクラップ・ライセンス契約の性質、あるいはそれが著作権法その他の法律上の規定ないし諸準則を修正するものであること等から、裁判所はシュリンクラップ・ライセンスに対しては否定的な結論を下すことが多いとされる。裁判上、重要な争点となりうるものとしては以下のものが上げられる。第一に、シュリンクラップ・ライ

センス契約そのものがはたして契約法上有効か否か、第二に、前述したような具体的な諸条項が法律上強制可能なものか否か、第三に、契約上、知的財産法を修正する結果となるような条項の拘束力を各州の契約法レベルで承認したとして、連邦法たる知的財産法がそのような契約上の修正条項に優先して適用されるか可能性があるか否か、である<sup>15)</sup>。

まず、出発点として、契約に関する一般的準則によるならば、有効な契約の成立を認めるためには、原則として申込、承諾、約因の存在が不可欠となるはずである。ところが、契約の当事者間で、条項に関する交渉が形式的にも実質的にもなされることがなく、そもそも直接対面することすらない状態で、一方的・定型的に作成された標準書式を前提として契約書にサインすることもないようなシュリンクラップ・ライセンス契約にあっては、本来、契約法上求められる「交換」の要素の存在をいかなる形にしても認めることは困難であると言えよう。さらに、サインに関していえば、統一商事法典プロパーの問題としても、その2-201条は、500ドル以上の物について強制可能な契約が成立するためには、「強制を受ける当事者がサインした」書面が必要な旨規定するが、シュリンクラップ・ライセンスではこの要件も充たさないことになりそうである。

判例の中には、ここに統一商事法典の規定（2-207および2-209）を適用して、シュリンクラップ・ライセンス条項は一般的に拘束力を有しないという結論を下すものがある。例えば、次のような判例<sup>16)</sup>がある。事案は以下の通りである。シュリンクラップ・ライセンス方式でソフトウェアを購入した原告は被告に保証違反があったことを主張したが、ライセンス条項では明示、黙示を問わずあらゆる保証からの免責が規定されていた。地方裁判所（district court）は、当該シュリンクラップ・ライセンス条項は当事者間では完全かつ絶対的な合意を構成する<sup>17)</sup>として保証の主張について被告勝訴の判断を下した。これに対して、その上

級審は、いわゆる「書式間の抵触 (battle of the forms)」を規定する統一商事法典 2-207<sup>18)</sup>を争点となっている当該契約に適用し、当該契約は、被告会社の出した雑誌広告を見た原告が広告記載のソフトウェアを電話で注文したのを受けて被告が発送することによって締結されたのであり、両当事者は契約が存在している場合とまったく同じように行動したものと解されるのであるから、この時点において当該契約は合意と履行によって締結されたものであるとした上で、本件争点は契約条項の性質にかかわるものであると判示した<sup>19)</sup>。その上で、当該契約は、原告がシュリンクラップ・ライセンス条項そのものを目にする前に締結されたものであるとして、裁判所は当該ライセンス条項については、統一商事法典 2-207の規定する「書面による確認」であり、かつ「当該契約条項を修正する試み」として扱うことにしたわけである<sup>20)</sup>。2-207は両当事者が付加的文言を採用することを要求するものであることを理由として、裁判所としては、当該シュリンクラップ・ライセンスはこと原告と関係に関する限りは拘束力を有しないと判示した。

すなわち、電話での注文、商品の発送時に両当事者は契約に合意しているのであるから、その時点で当事者が合意していた条項だけが契約の一部を構成するのであり、他の条項は必要ならば統一商事法典の任意規定から黙示されうる。しかし、当該シュリンクラップ・ライセンスは、原告が明示的にそのような修正に合意していない限りにおいては、契約を修正するという効力までは有しない<sup>21)</sup>。また、その他の被告の主張(①当該契約はシュリンクラップ・ライセンス条項なしには十分に確定的ではない。②被告は当該ソフトウェアの発送によって契約を条件付きで承諾したに過ぎない。③原告は当該ライセンスを含むソフトウェアのパッケージをあけた時点で契約の修正に合意している)はすべて斥けられている<sup>22)</sup>。



シュリンクラップ・ライセンス条項に関しては、注文主の目に触れる前に電話注文という形で契約が締結されたことによって拘束力が生じているということを本件は前提としているが、多くのソフトウェア取引もまた同様の状況下でなされうるからであるから、この判決はシュリンクラップ・ライセンスが問題となるケースに対しては広く適用される可能性を有するものといえる<sup>23)</sup>。当然、ソフトウェアが電話やファクスで取引されることは珍しくないし、かりに購入契約が店頭でなされ、一般販売店とユーザーの間で取引がなされたようなケースであったとしても、結局のところ、ユーザーが相当後になってからパッケージをあけて、インストールする段になってはじめてライセンスを発見することも十分起りうるからである<sup>24)</sup>。さらには、判決文中でも「購入者は特定の製品を購入することを選択し、実際にその製品を入手したのであるから、返品申出条項があるとしても、契約締結後になって規定された付加的条項があったとしても、それにもかかわらず製品を使用することが考えられる」<sup>25)</sup>と述べられているように、事実上、この時点でユーザーから返金と引換えに返品を進んで申し出る可能性は低いと思われる。

この他にも、当該ライセンスを「強制しえない附合契約」<sup>26)</sup>とする判決がある。この判決の理由とするところは、裁判所はいかなるシュリンクラップ・ライセンス条項をも強制しないことを明らかにするとともに、ユーザーが合意締結時にライセンスについて知っていたか否かを問題としないというのであるから、この限りにおいては Step-Saver 事件よりも影響は大きいとも解される。附合契約を直接的な理由付けとするならば、両当事者間の取引交渉能力の違いの相対的評価、あるいは消費者としてのユーザーが提示された条項について十分な判断能力を有していたか否かの認定が重要な問題となってくるであろう。

## 2 例外的に拘束力を認める判決

ところで、以上のようにシュリンクラップ・ライセンス条項の法的拘束力を否定する判決が多数であるとされているものの、これらに対して、限定的ではあるが、シュリンクラップ・ライセンス条項の強制を認めたケースもわずかながら存在している。ある判決<sup>27)</sup>では、ソフトウェアの評価用 (evaluative) コピー配付と同時に締結されたシュリンクラップ・ライセンス条項の強制を裁判所は認めたのであるが、その判断の根拠となったのは、原告がソフトウェアのパッケージをあけシュリンクラップ・ライセンスを読み当該ソフトウェアを数時間使うまではコピーを保存しないことを認めたということにあるとされた<sup>28)</sup>。ここでは、Step-Saver 判決とは異なり、原告は合意成立時点においてシュリンクラップ・ライセンス条項について認識はしていたわけである。しかしながら、裁判所は、後に原告が電話で注文して購入した場合には事情は異なるとして、同様のライセンスの拘束力を否定している。特に、裁判所はシュリンクラップ・ライセンス強制に否定的な根拠として、以下の三つのものを上げている。第一に、書式間の抵触において最後の書面を送ることによって利益を受けることを認容するとすると、それによって統一商事法典 2-207の目的が損なわれること、第二に、ユーザーは、経済的利益を考慮するならば、たとえ当該ライセンス条項に同意しない場合であっても、返金と引換えの返品を申し出る可能性は少ないこと、第三に、もし売主が当該ライセンス条項が非常に重要だと考えるのならば、その条項に対するユーザー側の明示的合意を得ることを求めるのはアンフェアであること、である<sup>29)</sup>ただし、本件に対しては、シュリンクラップ・ライセンス条項の効力に関する先例としては、非常に限定された意味を持つにすぎないとの指摘がある<sup>30)</sup>。

このように、アメリカ法上、シュリンクラップ・ライセンス条項の強制は一般的に否定されているといってよく、同様の解釈は多くの国々に

においてもとられているようである<sup>31)</sup>。

#### IV 統一商事法典改正案

このような判例の趨勢にもかかわらず、1994年に公表された統一商事法典の改正案<sup>32)</sup>では、その2-2203においてシュリンクラップ・ライセンス条項の効力を原則的に認めると解される提案がなされている他、知的財産権にかかわる契約に影響を及ぼす可能性の高い規定もそこには含まれている<sup>33)</sup>。中でも、統一商事法典全体としての新たな「hub-and-spoke」構造<sup>34)</sup>の導入や知的財産権のライセンス規定を含む「無体財産権契約」規定の新設は大きな特徴となっている。

ここではシュリンクラップ・ライセンス条項との関連だけを見ても、改正案の2-2203はシュリンクラップ・ライセンスを規律する現行法を大きく修正するものであって、現在の統一商事法典には対応する規定は存在しない。また、2-2203は書式間の抵触に関する現行の統一商事法典2-207やリステイトメント§211<sup>35)</sup>を部分的に継承するとはいえ、両者を実質的に修正するとともに、新たな準則を定めるものといえる。

2-2203が制定法（案）という形でシュリンクラップ・ライセンスに対する契約法上の疑義を実定法上解消していることは明らかである。すなわち、2-2203(a)は「一方当事者は、合意に従った無体財産の使用に先立ち、または使用開始後合理的期間内に、当事者が以下の行為を行った場合には、当該標準書式ライセンス条項を受け入れるものとする」として、そこに言う「以下の行為」としては、「(1) サインまたはサイン以外の行為によって標準書式ライセンスに対する同意を明らかにしたこと、かつ、(2) 実際に当該条項を見直したか否かを問わず、同意を明らかにする前に当該ライセンスの条項を見直す機会を有していたこと」をあげている。これを見る限り、ユーザーが当該ライセンス条項を見直す機会を有せず、

または当該ライセンス条項の存在自体を知らない不意打ち的ケースでは例外的としてシュリンクラップ・ライセンス条項の効力が否定されるかのようにあるが、実際のシュリンクラップ・ライセンス契約にあっては、第一にシュリンクラップ・ライセンスの使用が常識化しているのが実態であること<sup>36)</sup>、第二にユーザーはパッケージ内に含まれた条項を見直す機会自体は有していることなどから、むしろ原則として同条の定める例外規定の適用はないものと解されよう<sup>37)</sup>。また、ユーザーたる当事者は、当該ライセンス条項に対する承諾を構成すると解される行為に出た場合には同意を表明したものと扱われる<sup>38)</sup>。

このように、この改正案では、従来の状況とは異なり、ベンダー＝ライセンサは当該契約をコントロールするライセンス条項を定めることができるのである。

この改正案が、シュリンクラップ・ライセンス条項あるいは一般市場におけるライセンス契約、さらには部分的にはより広く標準書式契約をカバーすることを想定したものであることは明確に述べられており<sup>39)</sup>、ほとんどのシュリンクラップ・ライセンス条項を有効なものとする方向で機能することは間違いなさそうである。レポーターズ・ノートによれば、この改正案は、現実になされた合意と黙示的な合意のいずれかの理論によってこの問題にあたるかという観点においては、契約は実際に当事者が合意した条項のみから構成されるというモデルを前提としたのでは、現実の多くの取引で当事者は契約条項のすべてを検討しまたは交渉などしない以上、標準契約条項の多くが無効になってしまいかねないという理由から、黙示の合意といった構成の方が実際の商慣行を反映しているとの現実認識に立って、黙示の同意という考え方によってシュリンクラップ・ライセンスを処理することを選択した結果であるという<sup>40)</sup>。

しかしながら、シュリンクラップ・ライセンスを有効とする改正案で

は、ライセンスの全条項が拘束力を有するか否かという問題は必ずしも解決されない<sup>41)</sup>。すなわち、2-2203(b)は、「(a)の下で受け入れられた条項は、当該書式に同意する当事者が個別の条項につき知っているかもしくは理解しているかにかかわらず、ライセンスの全条項を含むものとする」と規定し、シュリンクラップ・ライセンスの全条項を当事者が採用したものであるとの立場をとるが、これには二つの例外が設けられている。改正案では、第一に、事前に交渉された条項については、ユーザーがそれに反する新たな条項について明示的に同意しない限りは、ライセンス条項としての拘束力を有しない<sup>42)</sup>こととされ、第二に、通常のユーザーの大半が、もし当該条項について気づいていればライセンス全体としてライセンスを受け入れないであろうことをベンダー側が知っていたようなケースでは条項は拘束力を有しないこととなる<sup>43)</sup>。このような解釈が可能であるとする、本規定は従来の判例の立場を大きく修正することとなり、重大な意味を有することとなる。条文上は、不意打ち的であり、かつユーザーにとって不利となる条項のみが当事者間の合意に組み入れられないことになるものの、この点についてレポーターズ・ノートでは、これはあくまで客観的規準であって主観的なものではないことが明らかにされている<sup>44)</sup>。その結果、ライセンス条項が合理的に予測されうるものである限りにおいては、ライセンスを受けるユーザーはたとえ自らが不合理であると考えような条項であったとしても、それには拘束されることになる<sup>45)</sup>。さらに、この改正案は、ライセンスを受けるユーザーが当該条項が合理的であることを予期しなければならないのか、あるいは単にシュリンクラップ・ライセンスにそのような条項が規定されていることを合理的に予期しなければならないのか、という問題については何も明らかにしてはいない。

改正案の規定は、シュリンクラップ・ライセンスに含まれる特定の条

項の拘束力に関する問題についてもソフトウェアのベンダー側に有利な規定となっている。例えば、(c)(2)では、身体に対する侵害のケースを例外としてはいるものの、ライセンス違反の場合のユーザーの救済手段やライセンス・フィーの返金等を制限する条項の有効性も認めている。この規定は、現代の企業・消費者間契約において通常見られるような救済手段制限を明示的に有効とするものである<sup>46)</sup>。

(c)(1)は、同様に、当該条項によって、連邦知的財産法下の第一売買(first sale)を行ったならば購入者に与えられるはずの権利よりも弱い権利をユーザーに与えるように権利が移転し、またはライセンシーの行為に対する制約を作り出す場合であっても、契約条項は自動的に有効となると規定する。もしベンダー自らが著作権法上すでに有しているソフトウェアに対する権利のみについて契約で規定しているならば、当該契約条項は自動的に有効となる。

以上のように、この改正案が、シュリンクラップ・ライセンス一般について、そして個別条項について、より広く拘束力を認める方向で従来の解釈を修正しようとしていることは明らかである。2-2203は、シュリンクラップ・ライセンスの有効性について好意的な強い推定規定を置いており、ライセンス条項をライセンスを与える側が規定することを認めることによってこのような推定を支持している。この規定の下、ライセンスを与える側は、一度ライセンスの存在そのものをユーザーに知らせれば、ライセンス条項をすべて受け入れるか、あるいはライセンス取得を断念するかを選択をユーザーに迫ることが可能となるのであり、実際に選択を迫ることが多いというのが実態であろう<sup>47)</sup>。

さらに、改正案は、シュリンクラップ・ライセンスの個別の条項の拘束力に関する従来の状況にも修正を加えている。2-2203は自動的に保証に関してベンダー側の免責を有効としている<sup>48)</sup>。加えて、レポーター

ズ・ノートによれば、ライセンス条項は有効なものと推定されるのであり、その推定は、連邦知的財産法と異なる扱いを規定する条項であっても同様だといひ、少なくとも拘束力を有しない条項を共通に使うことによって拘束力を有するようにする余地を残しているのである<sup>49)</sup>。

この結果は、商取引状況における顕著な変化をもたらすものであろう。シュリンクラップ・ライセンス規定は、ソフトウェア業界全般にわたって当事者の権利義務に影響を与える大きなファクターとなるであろうことは間違いないといえよう。

## V 契約理論との関係

言うまでもなく、シュリンクラップ・ライセンス契約に限らず、厳密な意味において意思の合致の要件を欠くと見られるべきいわゆる附合契約をどのように法的に処理するかということ自体、困難な問題である。統一商事法典の条文中には、この問題の実定法的解決を指向したものが存在しており、通常の契約法理論を一定の範囲で変更している。すなわち、統一商事法典は書面記載の条項が「不合理」ではない限りは、標準書式契約であるライセンス中に当事者が知らない個別の条項があったとしても、限定付きで拘束力を承認する考え方としてのいわゆる「包括的同意 (blanket assent)」ルールに好意的な立場に立つことがあるとされる<sup>50)</sup>。この「包括的同意」概念に対しては強い批判がある<sup>51)</sup>とところであり、明らかに、契約法を商取引の現実に適応させるための努力としての基本的契約原則からの離脱を表すものとはいえる<sup>52)</sup>。

さらに連邦法たる知的財産法を修正するようなシュリンクラップ・ライセンスの効力をどう考えるべきかという問題がある。シュリンクラップ・ライセンス契約による修正を積極的に承認すべきだとする根拠としては次のものが上げられている。第一に、本来的には当事者が欲する限

り、その欲する通りの効力を認めるべきとする契約自由の原則が適用されるべきこと、第二に、交渉による解決という方法が権利義務配分にあたってもっとも効率的なことが多いこと、第三に、そのようにして締結された契約の拘束力を否認することは当事者の期待を裏切ることにつながりかねないこと、などである<sup>53)</sup>。しかしながら、あらゆる場合に契約が優越することを承認できないことはもとより、実定法の存在意義を無視することができないこともまた当然である。

そこで、以上とは反対に、当事者間の契約、あるいは契約法の枠組み内では達成が困難であり、一定の政策判断に基づく実定法によってのみ実現可能な価値としては、以下のものがあげられることがある。第一に、例えば取引費用の問題あるいは相手方の特定が困難であるといった事情があるために、契約当事者による交渉を通じた契約という制度によっては適切な解決が困難であるような状況があり、その際の当事者の行動を規律するために別に実定法が法準則を用意しているとするべき場合があるとされる<sup>54)</sup>。第二に、契約当事者間の合意によって、以後第三者に影響を与える可能性が出てくる場合には、資源（リソース）を当事者間で配分する手段としては、契約は不適切な制度である<sup>55)</sup>とされる。第三に、社会一般の利益という観点も考え合わせるべき場合があるのであって、ある状況下では、公序等の観点からみて、契約の枠組みから生じた結果を社会としてそのまま承認することが望ましくないことがありうるとされる<sup>56)</sup>。

ここにあげた実定法の優位を認めるべき理由のうちの少なくとも最初の二点は、知的財産権にかかわる局面で適用可能であるとの指摘がある。すなわち、それによるならば、知的財産権は、一度公けにされた後は第三者がそのアイデアを複製することが容易なことを考えると、契約のみによる保護にはなじみにくいものであり、実際に、連邦の知的財産法は、



知的財産権を有する者に有利な形で、当事者が契約の枠組みで作りだしたバランスを修正するための規定を有しているという<sup>57)</sup>。

本稿で取り扱ったシュリンクラップ・ライセンスに限らずそれ以外の形で知的財産権処理を目的とする契約は、一般的にしばしばこのバランスをさらに権利者に有利な形で修正しようと試みる方向に働くことになることは前述の通りである。しかし、場合によっては契約によって直接の影響を受けるのは契約当事者だけでなく、ユーザー他、多くの第三者すべてを含むこととなるのであり、言い換えれば、当初の当事者間で知的財産法に関連する権利義務を契約的に修正する合意はある種の形式主義をもたらすことがあり、そのような契約を強制することは、契約締結にあたってあらゆる社会的コストや当事者間の合意の利益すべて、第三者への影響を考慮に入れることはないことは当然である以上、結果として非効率なものとなるという指摘もなされることとなる<sup>58)</sup>。

さらには、契約内容が法に優先することを正当化するための上述のファクターは、ソフトウェアに関するシュリンクラップ・ライセンス契約のケースにおいては、さらにその説得力を失うとも考えられる。当事者が比較的对等な取引交渉能力を有し、個々の条項について実際に議論がなされた上で合意され、両者が契約条項を作成するといった理念上の前提は、現実を反映するものとはいえない。シュリンクラップ・ライセンス契約に限らず契約一般に共通するものではあるが、契約が企業と消費者との間で締結され、一方当事者が契約条項や価格を定め、個人は単に当該契約にサインするか否かを決定するのみという状況下では、当該契約に関しては意味のある「交渉」も、企業側が作成した書式に含まれる個々の条項に関する交渉も、存在したとはいえない。もちろん「交渉」が契約一般について不可欠な前提であるというわけではないにしても、シュリンクラップ・ライセンス契約において「交渉」という

概念が著しく欠落していることは疑いないであろう。

このような意味合いにおいて、シュリンクラップ・ライセンスは、統一商事法典が一部で採用する包括的同意の観念さえ越えるものであり、この理由からも前述の改正案2-2203は批判を受けている<sup>59)</sup>。シュリンクラップ・ライセンスでは、サインされた契約書すら存在せず、それどころか拘束力を有することとされる「契約」は、形式的な商取引がなされた後になって、購入者が初めて発見するのであり、包括的合意という「フィクション」さえ、ここに見いだすことは困難であると言わざるを得ないのである<sup>60)</sup>。

ところで、シュリンクラップ・ライセンス取引、特にアプリケーション・ソフトの店頭販売の場合などにおいては、後のバージョン・アップ、個別サポートのための事前登録、その他の目的のために、ソフトウェア購入後に同封の葉書などによってユーザー登録を求められることが多い。この通知に同意を見いだすことは可能であろうか。通知による同意という考え方は、返品することによって交渉ないし合意を拒絶するユーザーのチャンスというものを保証することは確かであるが、他方、ユーザーはパッケージをあける前にライセンスを実際に読むことによつてのみ、そのオプションを知ることができることも考慮しなければならない。統一商事法典改正案では、シュリンクラップ・ライセンスはユーザーがそれを読むことによつてその存在を知る知らないにかかわらず、拘束力を有すると規定する<sup>61)</sup>。これによるならば、ユーザーは意識の上では売買契約を締結したつもりであっても、実際には単なるオプション契約であつて、購入した店舗で当該ソフトウェアを返品することによつて契約を拒絶するチャンスを有するに過ぎないことになる。この場合、ベンダー側の対応に相当程度期待するしかないところ、ことにディスカウント店などではソフトウェアの返品および返金要求に対して、シュリンクラッ

プ・ライセンス条項あるいはパッケージの表示が明らかにそれを認めているにもかかわらず「店のポリシー」を理由に、応じたがらないケースがあるとされる。もしそうであるとするならば、シュリンクラップ・ライセンスに規定されたユーザーにとっての選択の自由すら幻想に等しいものになってしまう<sup>62)</sup>

## VI むすび

以上述べてきたような状況において、返品しないことが書式ライセンス条項に対する何らかの「合意」を形成すると構成することは非現実的である。仮に統一商事法典に関する議論で取り上げた「包括的同意」の概念を全面的に認めたとしても、ソフトウェアを購入しようとするユーザーの中には、ライセンスを読まなかったり、ギフトとして受け取ったり、遠隔地で購入した場合等<sup>63)</sup>、返品という実質的には唯一の法的手段すら主張できないことも起こりうる。次に、シュリンクラップ・ライセンス条項の存在自体は知りながらも、一方的な条項には拘束力はないと考えて、ソフトウェアを返品しないという選択を行う可能性もあり、そのような考え方は、ソフトウェアユーザーの間ではむしろ通常であり、現在の判例でも相当程度支持された考え方であるといえる<sup>64)</sup>。シュリンクラップ・ライセンスはユーザーにイエスかノーかの選択のみを突きつけ、「合理的なユーザーならば当該個別条項を理由として契約全体を拒絶するであろうような場合の、シュリンクラップ・ライセンス条項は拘束力を有しない」<sup>65)</sup>旨のみ規定する統一商事法典改正案は、「包括的同意」的アプローチ、あるいはそれを越えたアプローチを原則的に支持するものといえよう。このことは、例えばユーザーが明示的に特定の条項への不同意を表明している場合のように特定の条項についてまったく意思の合致がない場合であっても、ユーザーがそのソフトウェアを使用す

る限りは、やはりライセンス条項に拘束されるということを意味する。ソフトウェア購入者が、ベンダーへの登録葉書等の返送の際にシュリンクラップ・ライセンス条項への不同意を明示的に通知するとともに、連邦知的財産法上の権利のみに依拠する旨を通知することがあるとされ、そのような形で葉書の返送は、現行法でも有効とされる余地がある<sup>66)</sup>ものの、この点について改正案の態度は必ずしも明らかではない。

シュリンクラップ・ライセンス契約そのものの拘束力や個別条項の拘束力を考える際には、シュリンクラップ・ライセンス契約が契約形態において特殊なものであること、目的物の性質からみて通常の有体物の場合と違った配慮を必要とすることなど、その固有の特質に着目する必要があると考えられることに加えて、必然的に一種の附合契約としてこれを構成せざるをえず、契約法理論一般としての解決困難さもつきまわっていることには配慮する必要があるだろう。シュリンクラップ・ライセンス条項の拘束力については、アメリカにおいては従来の判例・学説が否定的に解しており、他の国々においても何らかの形で効力否認という結論が一般的である<sup>67)</sup>にもかかわらず、そうした趨勢に反する規定を設けることによって制定法によって解決することを指向する最近の動向には注目する必要があるだろう。

#### 注

- 1) 例えば, Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd., 847 F. 2d 255, 257 n. 2 (5th Cir. 1988) で争いとなった条項は「(被告ソフトウェア会社は、原告が), 当該ソフトウェア・ライセンス条項に同意することを明示的条件としてパッケージされたプログラムを提供する。ディスクをいかなる形であれ使用することによって、以下の条項に合意するものとする。もし以下のライセンス条項に合意しない場合には、受領から三日以内に返金と引換えに当初のパッケージしたままの状態でのディーラーに返却するものとする」というものである。本件については, Page M. Kaufman, Note: The Enforceability of State "Shrink-Wrap" License Statutes in Light of Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd., 74 Cornell L. Rev. 222 (1998) 参照。

- 2) David Einhorn, The Enforceability of Tear-Me-Open Software License Agreements, 67 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 509 (1985).
- 3) Michael S. Baum & Henry H. Perritt, Jr., Electronic Contracting, Publishing, and EDI Law 436-437 (1991).
- 4) Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983) は、オブジェクト・コードの著作権性を否定した下級審判決を破棄した。
- 5) Data Gen. Corp. v. Digital Computer Controls, Inc., 297 A.2d 433 (Del. Ch. 1971). 比較的最近のものとしては、Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 825 F. Supp. 340 (D. Mass. 1993) があり、現在でも判例は同様の立場をとるものと思われる。
- 6) Mark A. Lemley, Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses, 68 S. Cal. L. Rev. 1239, 1244 (1995).
- 7) ソフトウェアの取得行為が通常想定される売買たりうるか、さらには売買の前提としての「物品 (goods)」あるいは「サービス」として統一商事法典の適用の対象となりうるか、という点について、拙稿「コンピュータ契約と統一商事法典」早稲田社会科学研究第44号1頁 (1992年) 参照。なお、シュリンクラップ・ライセンスが争点となったものではないが、ソフトウェア取引がライセンス契約であるという主張が認められたとされた最近のケースとして、Microsoft Corp. v. Harmony Computers & Elecs., Inc., 846 F. Supp. 208 (E. D. N. Y. 1994) がある。本件で、正規代理店から購入した Microsoft MS-DOS および Microsoft Windows をパソコンにバンドルして販売した被告が著作権侵害を理由として原告から提訴されたのに対して、被告は当該ソフトウェア取引は売買であって消尽の理論 (first sale doctrine) が適用されるべきとの主張について、原告主張の通り当該ソフトウェア取引はライセンス契約であることを根拠として認めなかったものである。
- 8) Lemley, supra note 6, at 1245 n. 23.
- 9) 前掲・注7) 拙稿。Bonna Lynn Horovitz, Note, Computer Software as a Good under the Uniform Commercial Code: Taking Bite out of the Intangibility Myth, 65 B. U. L. Rev. 129 (1985). その他の判例については、Lemley, supra note 6, at 1245 参照。
- 10) 例えば、Vault Corp. v. Quaid Software, Ltd., supra note 1, at 257 n. 2 にその例を見ることができる。その他の判例としては、例えば、Step-Saver Data Systems, Inc., v. Wyse Technology, 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991); Arizona Retail Sys. Inc., v. Software Link, Inc., 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993) 等がある。
- 11) Lemley, supra note 6, at 1245 n. 25.

- 12) 実際の例としては, Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., *supra* note 1, at 257n. 2.
- 13) Lemley, *supra* note 6, at 1246.
- 14) Lemley, *supra* note 6, at 1246-1247. 判例・学説については, Id. at 1247 n. 31参照。
- 15) Lemley, *supra* note 6, at 1248.
- 16) Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, *supra* note 10.
- 17) Id. at 94-95.
- 18) 「(1)明確かつ合理的な承諾の表示または合理的期間内に送付された書面による確認は, 申し込まれまたは合意された条項に新たな条項を付加し, または異なる条項を述べるものであったとしても, 付加された条項または異なる条項に対する同意を条件として明示的に承諾されたのでない場合には, 承諾としての効力を有するものとする。(2)付加された条項は当該契約への付加の申出として解釈されるものとする。商人間においては, 以下のいずれかに該当する場合にはそのような条項は契約の一部となる。(a)申出が明示的に申込条項の承諾を制限している場合。(b)大きく変更が加えられている場合。または(c)反対の通知がすでになされ, または通知後合理的期間内に受領される場合。(3)たとえ当事者による書面によって契約が成立しない場合であっても, 契約の存在を認めるような両当事者の行為があるときには売買契約は成立する。その場合においては, 契約条項は, 本法の他の規定によって補足的に組み込まれた条項, および当事者の書面の合意に基づく条項から成るものとする」(統一商事法典 2-207 [[http: //www. law. cornell. edu/ucc/ucc. table. html](http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html)])。
- 19) Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, *supra* note 10, at 98.
- 20) Id.
- 21) Lemley, *supra* note 6, at 1251.
- 22) Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, *supra* note 10, at 100-104.
- 23) Lemley, *supra* note 6, at 1251.
- 24) Id.
- 25) Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology, *supra* note 10, at 102.
- 26) Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 655 F. Supp. 750, 761 (E. D. La. 1987). 他に, Foresight v. Resources Corp. v Pfortmiller, 719 F. Supp. 1006 (D. Kan. 1989) 等。
- 27) Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc., *supra* note 10.
- 28) Id. at 761. もっとも原告は, ライセンス合意を読みながら, 当該条項には拘束力がないと判断したものであると主張している (Id. )。

- 29) Id. at 766.
- 30) Lemley, *supra* note 6, at 1252.
- 31) Id. at 1253 n. 53.
- 32) Uniform Commercial Code, Revised Article 2, Sales, May 1, 1994, Draft [With Condensed Reporter's Notes] (<http://www.kentlaw.edu/ulc/ulc.html>).
- 33) この改正案自体が統一商事法典全体を書き換える壮大な試みの一部であるといわれる (Lemley, *supra* note 6, at 1259)。
- 34) Raymond T. Nimmer, Intangible Contracts: Thoughts of Hubs, and Reinvigorating Article 2, 35 Wm. & Mary L. Rev. 1337 (1994).
- 35) Restatement (Second) of Contracts 211 (1988).
- 36) Gary Hamilton & Jeffrey Hood, The Shrink-Wrap License: Is it Really Necessary?, 9 Computer L. 16 (1993).
- 37) Lemley, *supra* note 6, at 1260.
- 38) また、同項によると、ライセンスを受けるユーザーは、ライセンス条項を見た後、それを行為によって拒絶する機会が与えられるべきものとされる。これによって、ソフトウェアの購入者は、パッケージをあけない限りは、シュリンクラップ・ライセンスに拘束されることはない。さらに、ライセンスを受けるユーザーが条項を見るためにはパッケージをあけなければならないようなケースでは、ユーザーは本条にいう「機会」を有しなかった以上は、シュリンクラップ・ライセンスは拘束力を有しないことになる。そのため、ソフトウェアのベンダーは、実際の取引に当たっては、ユーザーがパッケージをあけ、ソフトウェアをインストールする前に条項が購入者に読めるようにしておかなければならないこととなろう。
- 39) U. C. C. Draft 2-2203, *supra* note 32, Reporter's Note 1.
- 40) Id. note 3.
- 41) Lemley, *supra* note 6, at 1260.
- 42) U. C. C. Draft 2-2203(b)(1).
- 43) U. C. C. Draft 2-2203(b)(2).
- 44) U. C. C. Draft 2-2203, *supra* note 32, Reporter's Note 7.
- 45) Lemley, *supra* note 6, at 1261.
- 46) U. C. C. Draft 2-2203, *supra* note 32, Reporter's Note 11.
- 47) 特に実際のライセンスではほとんどの場合、購入後短期間内にパッケージされたままの状態でベンダーに返品し、返金を待つことを求める条項が含まれている。さらに、ほとんどのソフトウェア取引では、その性質上購入者としては当該ソフトウェアが購入者として受入れ可能なライセンス条項をとまったものであるかを判断する前提としてパッケージをあける前に取引を完了

することを余儀なくされる。そこでは、購入者の負担するリスクはほとんどの一般市場取引の場合よりも実質的に高いものになってしまう。

- 48) U. C. C. Draft 2-2203(c)(2). この規定は、議論の余地はあるものの、保証免責を規定する統一商事法典の他の条文と相いれない面を持つ (Lemley, *supra* note 6, at 1263 n. 105)。
- 49) この可能性は、「一般市場取引にかかわるライセンシーの合理的期待」は特定の条項の拘束力を規律するとする U. C. C. Draft 2-2203 (b)(1)の文言に由来する。本改正案は、普通ならば拘束力のないライセンス規定の共通の利用を如何に扱うかを規定していない。ほとんどのベンダーがある規定を使うという事実によって、それを予期すべきことが合理的ということになるのであろうか？ もしそうならば、ベンダーとしては、いかに煩わしいとしても、いかなる規定も拘束力を有しないように行動することのみが必要なこととなる (Lemley, *supra* note 6, at 1263 n. 106)。
- 50) 例えば、前述の「書面の抵触」に関する統一商事法典、2-207を例として上げることができる (Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition* 370 (1960))。Todd Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harv. L. Rev. 1173, 1198-1206 (1983) は、「包括的同意」に対する合理的制約は統一商事法典制定時の「戦術的妥協」を表していると示唆している。
- 51) Alexander M. Meiklejohn, *Castles in the Air: Blanket Assent and the Revision of Article 2*, 51 Wash. & Lee L. Rev. 599 (1994)。
- 52) Lemley, *supra* note 6, at 1287 n. 214.
- 53) *Id.* at 1285.
- 54) A. Mitchell Pollinsky, *An Introduction to Law and Economics* 37 (1983) はその例として、自動車事故の加害者と被害者の関係をあげ、両者間では事前に相手方を特定して契約等によって取り決めをしておくことは不可能であると説明する。
- 55) Guido Calabresi & A. Shapiro Joseph P. Tomain, *Regulatory Law and Policy* 403-420 (1993)。
- 56) Lemley, *supra* note 6, at 1285.
- 57) *Id.*
- 58) *Id.* at 1286.
- 59) Meiklejohn, *supra* note 51, at 608 n. 40.
- 60) Lemley, *supra* note 6, at 1239.
- 61) U. C. C. Draft 2-2203(a)(2).
- 62) Lemley, *supra* note 6, at 1239 n. 221.
- 63) ライセンスによっては「購入した販売店」での返品が要件とされるケースも



あるといわれる。

64) Lemley, *supra* note 6, at 1239.

65) U. C. C. Draft 2-2203(b)(2).

66) Lemley, *supra* note 6, at 1290 n. 226.

67) Lemley, *supra* note 6, at 1253 n. 53.