

シュリンクラップ契約の問題点（講演録）

山本 隆司

（社）著作権情報センター 1997年6月著作権研究会

はじめに

弁護士の山本です。よろしくお願いたします。先ほど事務局の方からお聞きしましたところでは、そもそもきょうのテーマ、シュリンクラップというのは一体どういうものかという問い合わせがあったようですので、シュリンクラップ契約というのはどういうものかの説明から入らないといけないと思います。

その前に、実はこのテーマ、きょうお話ししたい内容というのは、簡単に言ってしまうとせいぜい10分で終わる内容です。第1のポイントは、昨年、ProCDという事件について、アメリカの第7巡回区連邦控訴裁判所が判決を出しました。それまでのアメリカでの判決は、大体シュリンクラップ契約を否定するものだったのですが、このProCD判決はシュリンクラップ契約の効力を認めました。そういう意味で極めて衝撃的な判決でした。

第2のポイントは、同じく米国で、シュリンクラップ契約の効力を認める立法の動きです。アメリカでは統一商法典というのがありますが、その中に動産の売買について「第2章 売買」という規定があります。従来、パッケージソフトの売買にもこれが適用されていたのですが、シュリンクラップ契約、あるいはネットワーク上での取引に対応した新しい規定として「第2B章 使用許諾」(Article 2B- Licenses)を設ける改正案がつくられています。まだ採用にはなっていないようですが、この規定ではシュリンクラップ契約の効力を認めるような内容になっています。

この2つの新しい動きについてお話ししたいというのが大きな柱です。これを踏まえまして、何が一体問題なのだろう、シュリンクラップ契約の問題点はどこにあるのだろう、ということを検討したいと思います。つぎに、日本法上どういうふうに見えるものかということについて、

問題点をここで改めて検討してみたいというのが、きょうの講演の目的です。

1. シュリンクラップ契約の問題

それでは、まずシュリンクラップ契約とはどういうものを説明したいと思います。例として、先日、マイクロソフトの「オフィス97」というもののパッケージを買ってきました。そのパッケージを開けてインストールしようと思えば、「お使いになる前に」というような書類が入っておりまして、この書類の中に使用許諾契約書というものが入っていました。それを転載したものが、つぎのゴシックの文章です。ただ会社名は、「マイクロソフト」となっているのを「当社」に変えております。

「本ソフトウェア製品をインストール、複製または使用することによって、お客様は本契約書の条項に拘束されることに承諾されたものとします。」

本契約書の条項に同意されない場合、当社は、お客様に本ソフトウェアのインストール、使用または複製のいずれも許諾できません。そのような場合、未使用のソフトウェア製品を直ちに購入店にご返品いただければ、お支払いいただいた金額を全額払い戻しいたします。」

このうち、「本ソフトウェア製品をインストール、複製または使用することによって、お客様は本契約書の条項に拘束されることに承諾されたものとします。」という規定が基本的なところです。使用するということによってこの使用許諾契約書を承諾したものとみなす、すなわち、新たな契約関係に入るという構成になっているわけです。

さらに続いて、「本契約書条項に同意されない場合、当社は、お客様に本ソフトウェアのインストール、使用、または複製のいずれも許諾できません。そのような場合、未使用のソフトウェア製品を直ちに購入店にご返品いただければ、お支払いいただいた金額を全額払い戻しいたします。」という規定が入っております。これは、この契約をのまない場

合にはお金を返しますという形での解除ができることになっているわけです。

ここでの問題点は何かといいますと、こういう条項が隠れた契約条件だという点です。このような契約条件が、お金を払って買う前にちゃんと表示されているのであれば、買い主はこの条項に縛られるということはわかった上で買っているので、拘束を受けることに全然問題はないわけです。ところがこういう条項はパッケージの外には書いていません。買った後でこういう条項が出てくる。この使用許諾契約書の各条項というのは概して使用者の方にいろいろ制限を加えるものですから、ユーザーの方は不利な立場に置かれます。

果たして、これに拘束されるのかどうか。いわば、この契約条項は買手にとってみたら時限爆弾みたいなものです。買ったときには、こういうふうに使え、ああいうふうに使えると、具体的なイメージは持っていないなくても、特に制限がなければ合理的に予想可能な「使える範囲」というのがあるのですが、中を開けていざ使おうとした段階で、これはしちゃいけない、こういう条件だよ、というのが突然出てくる、いわば隠れた契約条件なわけです。こういう隠れた契約条件が果たして当事者を拘束することになるのか、に問題があります。

この「シュリンクラップ契約」がなぜシュリンクラップと言うかといいますと、伝統的には、パッケージを開けて中からフロッピーディスクやCD-ROMを出すと、フロッピーディスクやCD-ROMにラップが掛けてありました。そして、そのラップを開けたということをもってこの契約条件に合意したものとみなす、という記載されているわけです。ですから、今申し上げたように、基本的には、シュリンクラップ契約とは、隠れた契約条件がある契約だというふうにご理解いただければいいと思います。

2 . 日本における議論

(1) 意思実現説

これについて日本法では、いわば「意思実現説」という議論があります。これは、果たして、パッケージを開けるということをもって、その契約の承諾になるのかどうかという問題の法律構成として、民法526条2項の問題であると、まず理解します。

民法526条2項はこのように規定しています。「申込者の意思表示または取引上の習慣により、承諾の通知を要せざる場合においては、契約は承諾の意思表示と認むべき事実ありたるときに成立す」。ですから、承諾しましたよという意思表示がなくても、その意思表示に代わるような事実行為があれば契約は成立します。典型的な場合は、これこれの物をいついつ幾らで売ってくださいという申し込みがあったのに対して、売主の側がその契約条件どおりに商品を納めた。納めるという事実行為でもって承諾の意思表示とみなすというのが526条2項の典型的な場合です。

シュリンクラップの場合にも同じように見ることができるのかという点については、いろいろな議論があります。その一つは、シュリンクラップという形が取引上の慣行になっているから、シュリンクラップを破るという事実行為が承諾の意思表示になるのだという解釈です。しかし、承諾の対象である契約条件がそれぞれの取引で異なり、当事者が予め知っていれば承諾しないような契約条件も存在しうることを考えれば、シュリンクラップという形式が取引上の慣行であるというだけで、承諾の意思表示とみなすような解釈は妥当ではありません。

もう一つの解釈は、当該事実行為に承諾の意思が実現されているから承諾の意思表示になるのだという解釈です。この解釈が妥当です。例えば、シュリンクラップの契約条件がパッケージの外に見えるような形であった場合には、そのパッケージを破ったという事実行為に承諾の意思が含まれているのだという解釈です。この解釈は合理的です。

しかし、この状況は、今申し上げたような通常のシュリンクラップ契約の場合のように、買って開けてからでないとの契約条件が見れないという場合とは、そもそも問題状況が全然違います。後ほど詳しくご説明したいと思いますが、店頭でこれこれが幾らで売っている、棚の上に置いてあるということが契約の申し込みであって、それを1個取り上げてレジのところへ持って行ってお金を支払うというのが契約の承諾で、この段階で契約が成立します。その後、パッケージを開けてCD-ROMを取り出して、それにかけているシュリンクラップを破るという段階では、正確に言うと、契約の成立ではなしに契約の変更の問題です。したがって、問題は、このような状況において、ラップを破ったという事実行為に承諾の意思が含まれているか、という点にあります。通常のシュリンクラップ契約では、後に詳しく述べますように、ラップを破らずに契約条件を不承諾する自由がありません。したがって、ラップを破ったという事実行為を、隠れた契約条件に対する承諾の意思を含む事実行為とみることにはできません。

(2) 附合契約説

シュリンクラップ契約が有効だというもう一つの論拠として、附合契約説というものがあります。これは、契約条件が慣習化しているというような事実があって初めて成り立つ考え方です。しかし、どういう契約条件にするかは、それぞれソフトメーカー、販売会社各社によって利害関係が全く違います。全くと言ったら言い過ぎかもしれませんが、大きく違う状況の中で、その附合契約説がとれるかということ、これはなかなか無理だろうと思います。

(3) 無効説

日本で、有効説として有力なのはさっきの意思実現説が中心ですが、もう一つの有力な考え方は、いやこれは無効だよ、という考え方です。つまり、ユーザーの側にはこのシュリンクラップ契約について承諾する意思はない。だから、このシュリンクラップ契約には拘束されませんという考え方です。

(4) 実務的対応

シュリンクラップ契約が無効だとすると、どう対応したら一番いいのか。パッケージの外に契約条件を全部書いておくのがいいに越したことはありませんが、取引にとって一番大事なのは、どういう商品で、どういう機能を持っているのかということですから、パッケージにはそういう機能を書くのが一番重要であって、細かな契約条件を書くというのはそんなに重要でことではありません。したがって、契約条件全部を外側に書くというのは現実的ではありません。ではどうしたらいいのか。

実務の方では、このシュリンクラップ契約はごく一般化しております。ただ、こういう「無効」だという問題がありますので、いろいろ抜け道を考えています。その一つは、登録証を返送してくれればいろいろサポートをします、バージョンアップを安く提供します、というような形で利益を提供して、登録証を返送させる。登録証の中にこのシュリンクラップ契約の契約条項を承諾しますという文言が入っている。それによって、このパッケージを開けたということによる承諾ではなしに、登録証の返送というところで、その承諾の意思表示をさせるという形態がよく行われています。

登録証を返送させるのが一番いいのか、他に方法はないのか。この点についての検討は後で加えたいと思います。

3. 米国における議論

このシュリンクラップ契約の形態はアメリカから入ってきたのですが、では、アメリカではどういうふうにかえられているのか。これについてみていきたいと思います。

(1) 著作権法抵触説

ボールトの事件について簡単にご説明します。

OHP 1

ボールト事件第5巡回区連邦控訴裁判決

Vault Corp. v. Quaid Software Ltd., 847 F.2d 255 (5th Cir. 1998)

争点

1. 著作権の直接侵害...reverse engineering
RAMへの load
§ 117 (1)
2. 寄与侵害
合法的用途
3. 二次的著作物の無断作成
30文字の共通性
4. 契約違反
シュリンクラップ契約に執行力を認めるルイジアナ州法は、次の点で、連邦著作権法に抵触する。
 - (1) copy 禁止条項...§117 使用のための copy と backup-copy
 - (2) 無期限の copy 禁止...§302(a) 死後 50 年
 - (3) アイデアの保護...§102 創作的な表現
 - (4) リバース禁止...§117

事実関係

事実関係からご説明しますと、原告は、「プロロック」というコピープロテクションをかけたフロッピーディスクを販売していました。その

フロッピーディスクにはフィンガープリントというものがついていて、それにコピー防止プログラムが入っていました。被告は、原告の「プロロック」のコピー防止プログラムを解除できる「コピーライト」というディスクを販売していました。被告はそのコピーライトを開発する過程で、まずプロロックを買ってきて、リバース・エンジニアリングを行って、そのプロロックを解除する方法を見つけました。プロロックには、リバース・エンジニアリングをやってはいけないというシュリンクラップ契約がついていたのですが。

これが問題になりましたのはルイジアナ州でしたが、ルイジアナ州ではこういうリバース・エンジニアリングを禁止するシュリンクラップ契約の強制力を認める法律がありました。そこで、原告は被告に対して著作権侵害と、契約違反、さらに営業秘密の不正使用で訴えを起こしました。これに対して、連邦地方裁判所は、原告の請求すべてについて訴えを棄却しました。原告は、著作権侵害と契約違反について第5巡回区連邦控訴裁判所に控訴しました。営業秘密の不正使用の点については控訴しませんでした。営業秘密というのは秘密情報であることが要件です。また、秘密に管理されている要件です。しかし、その商品自体からその情報が見れる状態のものは、営業秘密の要件を満たしません。そこで原告の側は営業秘密の不正使用については訴えを取り下げたものです。

著作権侵害の争点1

著作権侵害の争点は3つありました。1つは著作権の直接侵害です。被告は、リバース・エンジニアリングを行った過程で原告のプログラムを被告のコンピュータにロードした。コンピュータのRAMへのロードということによって、複製行為が存在する。したがって、それは著作権の侵害だという主張です。第2の争点は、寄与侵害です。被告が売っている「コピーライト」を買った人は、これを使って原告の「プロロック」を使ったプログラムをコピーする。つまり、無断複製をする道具にこの被告の「コピーライト」は使われる。したがって、「コピーライト」は著作権の間接侵害になるという主張です。3番目の争点は、「プロロック」の中に含まれているプログラムの一部が原告の「コピーライト」のプログラムの中に一部入っている。したがって、被告のプログラムは原告のプログラムの二次的著作物だ。被告は、これを原告の許諾なく行ったものであるから著作権の侵害であるという主張です。

電子的な一時的蓄積

この著作権侵害の点はきょうの議論とは直接関係ありませんが、おもしろいものですからあえてご紹介させていただきます。第1の、リバース・エンジニアリングをやったということが直接侵害になるかどうかという点について、裁判所は、RAMへのロードが複製に当たるというこ

とをはっきり認めております。現在、RAMへの電子的な一次的蓄積が複製に当たるかどうか日本でも議論されておりますが、アメリカではもう当然のこととして、RAMへのロードが複製に当たることは認められています。その先駆をなしたのがこの判決です。この判決以降、この点はいろいろな判決で確認されています。

日本でも議論があるのですが、RAMへの蓄積が一時的なものであるから複製にはならないのだというような議論があります。蓄積の概念には、恒久的蓄積、一時的蓄積、瞬間的蓄積、この3つの概念があります。著作権法上、複製の概念から排除されているのはこの「瞬間的な複製」だけです。ハードディスクへの蓄積は、恒久的複製です。消去する行為があるまで蓄積内容が存続するからです。ブラウン管への表示は、瞬間的蓄積です。表示された内容が瞬間的に消滅するからです。RAMへの蓄積は、恒久的蓄積でも瞬間的蓄積でもありません。一時的蓄積です。消去行為がなくも蓄積内容が消滅するがその存続期間は一瞬よりも長く蓄積可能だからです。つまり、電源を切るまでずっと存続しうる。瞬間よりも長い期間、蓄積されているというのは、これは複製の概念に当たります。この点から、このポルト判決の中でははっきりと、RAMへのロードはコピーだと認めました。

しかし、アメリカの著作権法には117条というのがあります。日本の著作権法の47条の2にほぼ相当する条文ですが、自分のプログラムを使うために必要なコピーは許されるということになっています。裁判所は、このリバース・エンジニアリングのためのコピーも117条の免除条項に該当すると判断し、著作権の直接侵害はないという判決を下しました。

著作権侵害の争点2

2番目の寄与侵害の争点ですが、直接侵害に使われるものを作ったら直ちに違法である、間接侵害になる、というわけではありません。「専ら」そのもののために使われるものを製造販売した場合に、寄与侵害になるのです。ですから、直接侵害目的にのみ使われるものかどうかという点が問題になりました。適法なバックアップ用のコピーという合法的な使い道がある。だから違法な目的にのみ、つまり無断複製にのみ使われるということはない、ということでこの寄与侵害の点も否定されました。

著作権侵害の争点3

二次的著作物の無断作成の争点ですが、「プロロック」と「コピーライト」との間に共通しているのは30文字だけでした。裁判所は、この部分だけでは複製ないしは翻案に該当するというための実質的類似性が

ない、ということで二次的著作物の無断作成も否定しました。このように著作権侵害の主張はすべて否定されました。

契約違反の争点

残るのは、契約違反の争点です。この点について、裁判所は、シュリンクラップ契約に執行力を認めるルイジアナの州法は連邦著作権法に抵触する。したがって、このルイジアナ州法によって認められているシュリンクラップ契約には効力はない、と判断しました。

この根拠は4つ挙げております。第1の根拠は、ルイジアナ州法が認めているシュリンクラップ契約条項の一つに、コピーの禁止条項があります。それは、コピーを禁止するということになると、著作権法で認められている117条に基づくコピーまで否定されてしまうことになる。したがって、著作権法117条に抵触する、という根拠です。

第2の根拠は、著作権法の保護期間は死後50年ですが、契約に基づくコピーの禁止期間というのは無限であり得る。この点も著作権法に違反する、という根拠です。

第3に、シュリンクラップ契約の禁止事項の中にはアイデアの保護まで含まれる。アイデアのコピーまで禁止することになる。しかし、著作権法では創作的な表現のコピーは禁止するけれども、アイデアのコピーは認めている。アイデアの保護まで保護を広げるような州法は著作権法に違反する、という根拠です。

最後の根拠として、リバースエンジニアリング禁止条項がシュリンクラップ契約に入るわけですが、これも117条に違反する、という判断を下しています。

エクストラ・エレメント・テスト

しかし、この解釈は適当なのかどうかというのははなはだ疑問があります。契約の保護と著作権法の保護は全然違うものですから、この両者が抵触関係にあるという解釈になるというのはなかなか理解できません。

後でご紹介します、ProCD事件の一審では、エクストラ・エレメント・テストというものを言っています。ある法律が著作権法と抵触するかどうかを判断する基準として、同じ要件を対象にしている場合ないしは著作権法の方が要件が多い場合には、州法は連邦の著作権法に抵触する関係にあって、効力が否定される。しかし、著作権法の要件よりも余分な要件がついている点を着目して保護を与えているというような州法は、この連邦著作権法に抵触する関係にはない。そういう判断基準なのです。エクストラ・エレメント・テストから見ると、第5巡回区の判断がわかりやすくなります。問題のルイジアナ州法は、シュリンクラップ

契約に対する承諾があるかないかという点を抜きにして、シュリンクラップ契約の形態をとっているものについて強制執行力を認めています。つまり、合意がないのにそういう契約条項に効力を認めるという点があるわけです。

契約法の場合には、契約に著作権と同じ効果があったとしても、契約の成立には著作権の成立にはないエクストラ・エレメントがあります。つまり、著作権法の場合には合意というのは前提にしていませんが、契約法の場合には両当事者の合意というのを前提にしています。したがって、合意というエクストラ・エレメントがあるので、契約法は著作権法に抵触する関係にはないという結論になるのですが、今のレイジアナ州法の場合には、合意がないのに同じ効力を認めている。したがって連邦著作権法に抵触するという判断をしたと、善解するとこのように考えることができます。

このようになかなか問題の多い判決ですが、これがシュリンクラップについて議論した最初の判決です。結局、シュリンクラップ契約については、著作権法に抵触するという考え方に基づいて効力を否定したわけです。

(2) 契約変更無承諾説

次にご紹介するのは、ステップ・セイバー事件です。この事件は、先ほどのポルト判決よりもより現実的な、よりわかりやすいアプローチをとっています。つまり、シュリンクラップ契約の場合、ラップを破る前に契約は成立しており、ラップを破ることは契約変更に対する承諾の有無の問題であるが、ラップを破る行為は承諾の意思表示に代わる事実行為ではないので、シュリンクラップ契約(SWA)には効力を認められないという論理を展開しています。

OHP 2

ステップ・セイバー事件第3巡回区連邦高裁判決

Step-Saver Data Systems, Inc, v, Wyse Technology,
939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991)

争点

- 1 . OTC取引は契約の成立として十分か... § 2 - 204(3)
- 2 . SWAの提示はカウンター・オファーか

3. SWAの存在を知っての継続取引はその承諾か
4. 免責条項は契約条件の重大な変更(material alteration)か...§2 - 207(2)
(b)

事実関係

まず、事案からご説明します。原告はいろいろなところからハードウェアとソフトウェアを買ってきて、それを組み合わせてシステムをつくり、お客に売るという商売をしていました。その中の一つとして被告のソフトウェアを購入することにしました。原告は、この被告のプログラムのOSがDOSとの間で90%の互換性があるという販売店の話を聞いて、じゃ、使えるということで契約することを決めました。ここから先が問題なのですが、被告に電話で、被告の商品名「マルチ・リンク・アドバンスト」を幾つ、幾らで売ってくれという話をしまして、売りますという話し合いが電話でできたわけです。その後、原告は、その合意した数量と金額を書いた注文書を被告の側に送りました。これに対して、被告は、同じように数量と価格を書いた、全く同じ内容を書いたインボイスをつけて商品を送ったのですが、その商品の中にはシュリンクラップ契約が入っていました。

ところが、被告の「マルチ・リンク・アドバンスト」にはいろいろ欠陥があって、DOSとの90%の互換性というものがなかったのだと思います。ユーザーからいろいろクレームが来まして、中には訴訟になったものもありました。原告は、自分の身を守るために、被告に対して訴えを起こしました。つまり、90%互換性があるという口約束の違反を理由に担保義務違反を追及したわけです。これに対して被告は、シュリンクラップ契約の中に免責条項が入っているので、責任は負いませんと反論しました。アメリカの契約書にはよく完全合意条項(entire agreement clause)が入っていて、契約締結前に話し合った内容は全く効力を失います、この契約書の中で合意してある内容が両当事者の合意のすべてです、というようなことを書きます。「マルチ・リンク・アドバンスト」のシュリンクラップ契約にも完全合意条項がやはり入っていたので、責任はないというわけです。連邦地裁は被告の主張を認めて、シュリンクラップ契約は有効だという前提で、原告の請求を棄却するという判決を下しました。これに対して、原告から第3巡回区に控訴したという事案です。

争点1： 契約の成立時点

裁判所はこのシュリンクラップ契約の効力を否定しました。それに至る争点は、4つありました。

争点の一つは、契約の成立時点です。原告は、当該契約というのは、何をどれだけ幾らで買うかということを経済電話で決めた段階で契約は成立していると主張しました。これに対して、被告は、契約の成立のために必要な条件は口頭での取り決めが全部ではない。例えば担保条項などは契約上極めて重要な内容だけれども、このような点については全然、口頭での取り決めでは決められていない。その電話でのやりとりには、契約としては不完全な合意でしかないから、契約の成立時点を認めることはできない。契約の成立時点が認められるのは、シュリンクラップ契約がオファー（契約の申し出）であって、それに従ってラップを破ったという点に契約に対する承諾があるのだと主張しました。つまり、被告は、契約の成立時点をシュリンクラップ契約の段階にもってくるわけです。

裁判所は、最初の電話のやりとりの段階で成立しているのだと認定しました。その根拠として、統一商法典（UCC）の規定を上げています。こういう場合に適用されるのは統一商法典の「売買」の規定ですが、その中に契約の成立について、「契約条件はすべてが定められている必要はない。その他必要な条件については、それを決定するための合理的な前提が何らかあればいい。すべての条件は決めている必要はない。」旨が定めています（2-204条）。さらに、被告が問題にしてる担保条項等に関しては、UCCの中にどういう担保義務があるかということもちゃんと書かれています。したがって、口頭でのやりとりの段階で契約の成立のために必要な取り決めはすべて行われているという判断です。

これは日本でも全く同じです。日本であれば、何をかうのか、幾らでかうのか、それだけ決まっていれば契約として十分成立します。さらに言うと、日本の場合には幾らでかうのかさえ決まっている必要はない。何をかうのかさえ決まっていればいいわけです。金額が決まっていなくても、その場合には時価でかうという取り決めがあったとみなされますので、日本の場合には、何をかうのかということさえ決まっていれば十分なのですが、アメリカの場合でも同じように考えられるわけです。

以上のように、被告側は、今の契約時点をずらそうという試みの一つに失敗しました。

争点2： カウンター・オファーの有無

被告の2番目の試みとして、被告は、シュリンクラップ契約を提示したということは原告の申し入れに対するカウンター・オファー、すなわち原告の契約申し入れを拒否した上で被告による新たな契約の申し入れの提示である、と主張しました。というのは、この契約条件を受諾しないときには返品してください、そうしましたら代金は返還します、というような条項が入っている。したがって、このシュリンクラップ契約の

契約条項をカウンター・オファーとする意思であって、前の原告からの申し出を承諾する意思はないんだというような主張をしたわけです。

裁判所は、被告のこの主張も退けました。というのは、被告は、原告に対して、シュリンクラップ契約の契約条項を記載した契約書への署名を求めたことがありました。原告がこれを拒否しても被告はなおも商品を原告からの注文に応じて出荷していました。裁判所は、この事実をとらえて、被告にはカウンター・オファー、すなわち原告の契約申し入れを拒否した上でシュリンクラップ契約の契約条項によって新たな契約を申し入れる意思はなかったものと判断しました。

争点3： 事後承諾の有無

また、被告は、第3の主張として、原告がこのようなシュリンクラップ契約の契約条項を知りながら継続して「マルチ・リンク・アドバンスト」を発注したことから原告のこれに対する承諾を成すものであると、主張しました。

裁判所は、被告はそういう条件を要望して、それを繰り返したただけだ。同じように原告は別の条件を繰り返して言って、被告の側の要望を同意したことはない。ということで、取引の継続という点からも、シュリンクラップ契約に同意する原告の行為は認められませんでした。

UCC 2 - 207条の適用

これは結局どういうふうに解決したかといいますと、裁判所は、シュリンクラップ契約を新たな契約条件の付加の問題として処理しました。すなわち、原告による契約申し入れの条件に対して、被告が新たな契約条件を付加して契約を承諾したものと構成したわけです。といいますのは、アメリカでは原則として契約が強制力を持つには書面を必要とするので、実質的な契約は電話でのやりとりで成立していますが、これを確認した注文書とインボイスおよび商品に添付されたシュリンクラップ契約書の交換をもって強制力のある契約が成立します。強制力のある契約の成立時点においては、原告の発注書に記載された契約条件を越える契約条件（たとえば本件で問題となっている担保義務免責条項）が被告のシュリンクラップ契約書に記載されているので、シュリンクラップ契約の契約条件の拘束力は、承諾において付加された条件の拘束力の問題として処理されるわけです。（したがって、契約が強制力を持つために書面の作成を必要としないわが国の法律制度の下においては、拘束力のある契約は電話でのやりとりのみで成立していますので、シュリンクラップ契約条件の拘束力はその契約の変更の問題としてとらえられます。）

承諾において付加された条件の拘束力の問題については、統一商法典2 - 207条がポイントになります。

OHP 3
UNIFORM COMMERCIAL CODE
Article 2. Sales

§ 2 - 207. Additional Terms in Acceptance or Confirmation

- (1) A definite and seasonable expression of acceptance or a written confirmation which is sent within a reasonable time operates as an acceptance even though it states terms additional to or different from those offered or agreed upon, unless acceptance is expressly made conditional on assent to the additional or different terms.
- (2) The additional terms are to be construed as proposals for addition to the contract. Between merchants such terms become part of the contract unless:
- (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer;
 - (b) they materially alter it; or
 - (c) notification of objection to them has already been given or is given within a reasonable time after notice of them is received.
- (3) Conduct by both parties which recognizes the existence of a contract is sufficient to establish a contract for sale although the writings of the parties do not otherwise establish a contract. In such case the terms of the particular contract consist of those terms on which the writings of the parties agree, together with any supplementary terms incorporated under any other provisions of this Act.

アメリカでは、動産の売買には先ほど申し上げましたように統一商法典というものが一般的に適用されます。アメリカに50州ありますが、50州の中で49州がこれを採用しています。2-207条は、契約の申し込みの条件と、相手方における契約の承諾の条件との間に、条件の相違があった場合に契約は成立するかという問題を規定しています。一般原則では、条件が違うので契約は成立しないということになります。これは日本の場合と全く一緒です。しかし、この統一商法典においてはちょっと違いまして、条件が違う場合に、申し込みの条件プラス別の条件をつけ加えているという関係にあるときには、この両者が共通している部分に従って契約は成立する。承諾の方でつけ加わっている条件に関

しては、これは新たな要望（プロポーザル）だというふうにみなして、一応の契約は成立させる、という方法を取っています。

しかし、承諾の方に付加されている余分な条件は、拘束力を認められる場合があります。それは、売主と買主が商人（マーチャント）である場合は、原則としてこの付加部分について相手方も承諾したものとみなすという規定になっています。ただし例外があります。その1つは、この付加部分の条件が契約内容に重大な変更を加える場合には、当然にはこの付加部分は契約の内容にはならない、という2-207(2)(b)の規定です。

そこで、本件の場合、この免責条項は重大な契約の変更かどうかという点がポイントになります。裁判所は、当然のことですが、この免責条項は重大な変更だと認定しました。したがって、これは当然に契約の内容にはならないので、この免責条項は当事者を拘束しないという判断を下しました。

以上のとおり、このステップ・セイバー事件の結論としては、シュリンクラップ契約であって、その内容が重大な事項に関するものについては、統一商法典2 - 207条に基づいて拘束力が認められないという結果になります。大体、シュリンクラップ契約でわざわざ定めるといようなものは重大な契約条件ですので、シュリンクラップ契約の中身は拘束力がありません。

(3) 拒絶義務違反説

このステップ・セイバー判決は1991年の判決ですが、それ以来、この考え方が一般的でした。統一商法典をつくっている委員会の方も、今のUCCの考え方からいってそうなるというふうに理解しました。しかしシュリンクラップ契約に拘束力を認めたいということで、先ほど申し上げました新しく第2B章をつくらうという動きになっています。ところが、昨年、ですからステップ・セイバー判決の5年後ですが、ProCD判決というものが登場しました。

OHP 4

プロシーディー事件第7巡回区連邦控裁判決

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F,3d 1447 (7th Cir. 1996)

争点

- 1 . データベースの著作物性
- 2 . プログラムの使用...著作権法 § 117
- 3 . Preemption...著作権法§301

4. SWAに対する承諾... § 2-204(1)

これは第7巡回区連邦控訴裁判所の判決で、シカゴ大学の独禁法の教授として有名なイースト・ブルックという人が判決を書いています。いわゆるシカゴ学派の人で、独禁法の分野ではこの人の判決はいろいろ読んだことがあるのですが、この判決を読んで、やっぱり分野が違ふところなふうになるのかなという感じを持ったのですが、そういう批評は別にして、事実関係からまず申し上げます。

事実関係

原告は、電話帳のデータベースを作ってこれを販売していました。このデータベースはセレクトフォンというのですが、そのパッケージの中にシュリンクラップ契約をつけて売っていました。被告は、これを購入してきて、これにほかのデータベースを組み合わせたりして、新たに作ったデータベースをインターネット上で有料で提供しました。そこで、原告は被告を著作権侵害と契約違反で訴えました。

連邦地裁の認定

争点は4つありました。著作権の侵害に関しては、データベースにそもそも著作物性があるのかどうか。それからプログラムに関しては、著作権法の117条、日本著作権法の47条の2に相当するような規定上、プログラムの使用は適法であるかどうかという点。さらに、契約違反の点、すなわちコピー禁止を禁止するシュリンクラップ契約に違反しているという点については、先ほどのポルト判決のように、著作権法301条に抵触するという点でシュリンクラップ契約の効力は否定されるのか、あるいはステップ・セイバー判決のように、統一商法典(UCC)の2-207条からシュリンクラップ契約の拘束力が否定されるのかという、この4つが争点になりました。

電話帳のデータベースですので、出ている事柄というのは、人名と住所とその電話番号ぐらいです。1991年の連邦最高裁のファイト判決では、平凡ないしは不可避のデータの選択配列について創作性を否定しています。その基準を当てはめると、この事件でもデータベースに著作物性はないということで、連邦地裁は第1の争点については著作物性を否定しました。

つぎに、データベースにそれを使うためのプログラムがついています。インストールしたときにこれを複製することになるわけですが、この複製の違法性が問題になります。これも117条に基づいて適法だということで、被告の責任は否定されました。

さらに、連邦地裁は、シュリンクラップ契約に拘束力を認めることは著作権法301条に抵触するかという争点についても、先ほどご紹介しましたエクストラ・エレメント・テストを適用しました。これを適用すれば著作権法と契約法は抵触関係にないという結論になりそうなのですが、この地裁の判決では抵触関係にあると判断しました。

最後に、統一商法典2-207条に基づいて、先ほどのステップ・セイバーと同じように契約の拘束力を否定しました。地裁は、すべての争点について被告の側に有利な判断をして、原告敗訴の判決を下しました。

第7巡回区の認定： シュリンクラップ契約に対する承諾の有無

そこで、原告は、第7巡回区連邦控訴裁判所に控訴しました。この段階では著作権法の侵害については一切争わず、単純にシュリンクラップ契約の拘束力だけを争いました。

控裁の判決には、いろいろおもしろいことが書いてあります。例えば、支払いがあってその後契約条件が出てくるというのはよくあるパターンだと。例えばエアチケットを買う場合、契約条件にはいろいろあるけれども、両当事者はそのことについて何ら言及せずにチケットを買う。後でそのチケットの裏側に契約条件が入っている。しかし買った側はそれに対して別に反対する意思もない。要はその契約条項は有効だ。そういう取引と、シュリンクラップ契約も全く同じではないか、というような言い方をしているわけです。

本当はそうかどうかというのは問題があるところでして、先ほど申し上げましたように、両当事者で契約条件を全部決めてない場合にはそれ以外の条件については合理的な根拠から割り出すという契約ルールからいいますと、この場合には、チケットの裏面に書いてある契約条項が不合理なものでなければ、通常、それが契約当事者の意思内容を表すものだというふうに解釈することが可能なものです。そういう観点から理解すればできるものでして、このシュリンクラップと同じように言えるかどうかは、話は別だと思えます。

ここでは、控裁判決は、まずお金を払って商品を受け取った段階で契約の成立は認めていません。そういうアプローチをとらずに、シュリンクラップ契約を提示した段階を契約の申し込みがあり、これに対応してラップを破ったという段階で承諾がある、という構成をとっています。つまり、前の段階の、お店で品物を受け取ってお金を払うというところに契約の成立を考えるという発想は全然していません。それは不合理でないというわけです。それはなぜかといいますと、UCCの中の2-606条というのがある。そこでの考え方も似たようなものだということを言うのです。

OHP5
UNIFORM COMMERCIAL CODE
Article 2. Sales

§ 2-606. What Constitutes Acceptance of Goods

- (1) Acceptance of goods occurs when the buyer
- (a) after a reasonable opportunity to inspect the goods signifies to the seller that the goods are conforming or that he will take or retain them in spite of their non-conformity; or
 - (b) fails to make an effective rejection (subsection (1) of Section 2-602), but such acceptance does not occur until the buyer has had a reasonable opportunity to inspect them; or
 - (c) does not act inconsistent with the seller's ownership; but if such act is wrongful as against the seller it is an acceptance only if ratified by him.
- (2) Acceptance of a part of any commercial unit is acceptance of that entire unit.

2 - 6 0 6 条というのは、契約の成立の規定ではなく、契約の履行に関する規定です。契約が成立し、商品の受け渡しが発生した後に、その商品に欠陥があった場合（つまり不完全履行だった場合）、どういうふうに対処すべきかということの規定した条文です。この規定では、もし欠陥があっても、その商品を検査する合理的な機会があった後には、その商品を返品するか、これは受け取れないよと商品の受領を拒絶するというをやらないといけない。それをしなければ、商品を完全な履行として受け取ったものとみなす、という規定です。つまり、ここでは返品義務というのを認めているわけです。

したがって、この連邦控裁の考え方は、契約の履行の問題ではないですけれども、契約の履行に関する606条の考え方を類推して、シュリンクラップ契約条項にのめない条項があるのだったら買主の方はその商品を返品すべきだ。返品しないということはそれをアクセプト、完全な履行として受領したのと同じだ、というわけです。つまり、ここではシュリンクラップ契約でいろいろな付帯的な条件がついている状態と、不完全履行とをほぼ同視しているわけです。

この判決は、このような論理でシュリンクラップ契約の効力を認めました。

2 - 606条適用の問題点

両社は似ている感じもするのですが、状況がかなり違います。前者は契約の成立の問題であり、後者は契約の履行の問題で、性質が異なります。契約の成立については、207条がありますので、契約の履行に関する606条を類推するのであれば、207条は死んでしまいます。その点をこの判決はどういうふうに考えるのかは全く疑問なところです。

この判決は、シュリンクラップ契約に書いてある契約条件を承諾できない人は返品してください、そうすれば代金を返しますという条件と、この606条は一緒だというようなことを言っているのですが、実際には効果は全然違います。なぜかといいますと、606条で返品した場合は、買主の側は完全な履行を請求することができます。しかし、シュリンクラップ契約に基づいて返品した場合に返ってくるのは代金だけです。契約の効果には履行利益と信頼利益というのがあります。例えばプログラムを買った人にとっては、あるプログラムが10万円の利用価値がある、このプログラムを使えば10万円の経済的な利益が生み出されると考えて5万円でその商品を買った場合を想定してください。この数字はわかりやすくするための説明です。契約が有効だということを信じて支出した出費の5万円の方が信頼利益です。契約を実行して得られる利益、つまり契約を結ぶことによって得られる利益10万円が履行利益です。この場合に、今の話に戻りまして、この契約条件をのめなければお金を返しますというのは、シュリンクラップ契約の場合には、信頼利益（5万円）の回復はありますが、履行利益（10万円）の回復はないわけです。2 - 606条の場合は履行利益の回復が得られますので、シュリンクラップ契約における返金条項と全く効果が違うわけです。したがって、この判決のように、606条とシュリンクラップ契約の条項は一緒だというのは極めて乱暴な議論です。

第7巡回区の認定： 著作権法との抵触関係

最後に、著作権法301条に抵触しないかという争点について、第7巡回区は抵触関係を否定しました。著作権法上の権利というのは独占的な権利だけれども、契約上の権利というのは二当事者間の権利であって独占的な権利ではないので、性質がそもそも違う。したがって、著作権法の権利とほぼ対等する権利関係にはないので抵触関係にはならない、と言っています。この点については、ボルト判決やProCDの地裁判決より、第7巡回区控裁の判決の方が正当ではないかと思います。

以上が、今現在までのアメリカでの混沌としたシュリンクラップ契約に対する法律解釈の現状です。

(4) 統一商法典改正草案

シュリンクラップ契約の効力を否定するのは簡単ですが、契約条件全部をパッケージに表示させるのは現実的ではありません。シュリンクラップ契約に拘束力を認めたいということで、統一商法典に、先ほど申し上げました新しく「第2B章 使用許諾」(Article 2B - Licenses)をつくらうという動きがでています。この第2B章は、去年から何度も草案が作り直されたりして、いまだに固まってないようです。実際に本決まりなのかどうか、草案から決定案が出るのはいつなのか、わかりません。しかし、今出ている案に基づいて、どういう内容になっているのか、どういうふうにシュリンクラップ契約の効力を認めるのかについてご説明したいと思います。

OHP 6

統一商法典改正草案

Uniform Commercial Code, Article 2B - Licenses -

§ 2B-308. MASS-MARKET LICENSES.

- (a) Except as otherwise provided in this section and Section 2B-309, a party adopts the terms of a mass-market license if the party agrees, including by manifesting or manifests assent, to the mass-market license before or in connection with the initial performance, use of or access to the information.
- (b) Terms adopted under subsection (a) include all of the terms of the license without regard to the knowledge or understanding of individual terms by the party assenting to the form. However, except as otherwise provided in this section, a term [for which there was no opportunity to review before payment of the contract fee is not adopted and] does not become part of the contract if the term creates an obligation or imposes a limitation that:
- (1) the party proposing the form should know would cause an ordinary reasonable person acquiring this type of information in the mass market to refuse the license if that party knew that the license contained the particular term; or
 - (2) conflicts with the negotiated terms of agreement.

ここにOHPで出してあるのは、2B-308条のうち重要なa項とb項だけです。さらに主要なところを、ほとんど全部なのですが、下線を引いています。まずタイトルのMass-Market Licensesとありますが、

これは、通常我々が手にするソフトのように、一般消費者を対象にした商品で同じような種類のソフトを大量に販売する場合です。そういう場合について適用ある規定です。専門業者間のライセンスとか、開発委託をするようなものは含まれておりません。

ここでは、情報、つまりソフトを使用する前にそのライセンス条件に「同意」(manifests assent)すればその契約条件に両当事者は拘束される、というような趣旨ですが、ここは、シュリンクラップ契約と、それからネットワーク上での利用の、両方を予定しています。利用する前にその契約条件に同意すればという「同意」の形態として予定しているのは、ネットワーク上の場合、この契約条項に同意しますかといって、Yes or No がスクリーン上に出まして、どちらかクリックするようになっております。そのときに、Yesの方にクリックしたら、ここで「同意」になります。シュリンクラップ契約の場合、そのシュリンクラップを破るといことがここで言う「同意」になるわけです。

そうしますと、あまりにも不合理な契約条件があった場合にどうなるのかという点が大変疑問になるのですが、それについてはb項の方で扱っています。まず、両当事者は、個々の契約条項を知っているかあるいは理解しているかということと関係なしに契約条項に拘束される、と言っています。ただし、契約条項を入れる売主の側にとって、相手方である通常人がもしこれを知っていれば同意しないだろうということがわかるような契約条件には拘束力がない、ということが書いてあります。

つまり、ポイントは、通常人であれば、そういう条項が存在していることを知っている場合に、この契約条項をのむかどうか、のまない場合には拘束しません、のむ場合には拘束します、というふうにかなり主観的でして、どういう内容がこれに当たるかなかなか分かりません。この草案の解説に挙げられている例で見ますと、大体の現在あるシュリンクラップ契約の条項だったら、この条項に基づいて拘束力を持つと思われる。

持たない事例として挙げられているのは、かなり厳しい場合で、たとえば、そのソフトを使ったことによって第三者から侵害訴訟を起こされた場合に、もし売主にまで損害を被った場合には、その売主の損害まで買主が賠償しないといけない、というような条件を入れた場合はこれに当たるでしょう、と言っています。ですから、通常のシュリンクラップ契約に入っているような条項はこれに当てはまらないと思われます。ほとんどの条項は有効視されるというような内容になっています。

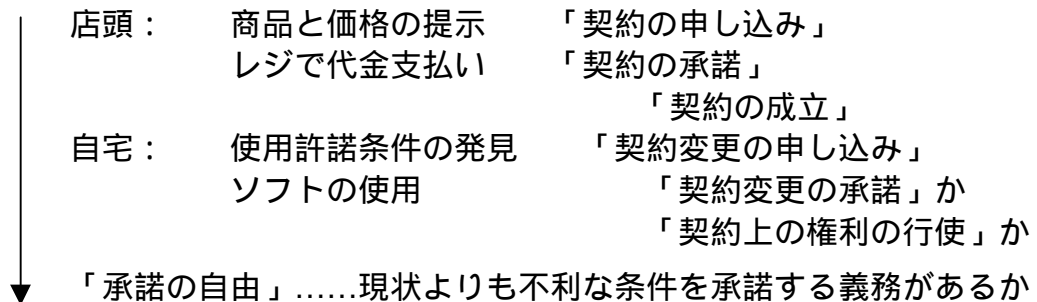
4 . 日本法上の問題と処理

(1) シュリンクラップ契約へのアプローチ方法

日本法上の問題点の整理に入りたいと思います。アメリカの判例を見ていただいておりますが、ステップ・セイバー判決が指摘しているように、契約は、まず、店頭で商品を受け取ってお金を払うという段階で成立しています。その後、パッケージを開けてシュリンクラップ契約を読んだ上で、ラップを破るかどうかというのは、契約変更の問題だということです。

OHP7

契約の成立か契約の変更か



OHPに示しましたのは、それを簡単に整理したものです。上から下への矢印は、おわかりのとおり時系列です。まず第1段階目、店頭で商品を見て、パッケージに記載されたいろいろ機能を見て、また貼ってある値段のシールを見ます。これはつまり買主に対する契約の申し込みです。買主は、自分の意思に合うと思うと、レジでお金を支払ってそれを持っていく。これは契約の承諾です。この段階で契約は成立しています。さらにその後、これを持って帰って自宅でパッケージを開けてみると、使用許諾契約書の条件がパッと目に飛び込んできます。これは何かというと、契約変更の申し込みです。そこには、このソフトを使ったらこの契約の承諾とみなす、というふうに入っています。では、このソフトを使った場合に、法律的にその契約変更の申し込みに対する承諾なのかどうか問題となります。

使用許諾契約の条件に、これを使ったら承諾とみなすという規定があることを認識した上でラップを破り使用するという行為には、契約条件をのむ意思があるんじゃないかというふうに考えることもできそうです。しかし、こういう場合をちょっと考えていただきたいと思います。自宅に商品が送られてくる。これを返品しなければ購入したものとみなすというような規定がもしあった場合に、これを返品する義務があるのかどうか。返品しないと購入したことになるのかどうか。返品しないと購入したものとみなすという条件を認識していますから、返品しなければその契約が成立するということになると、これは、持っているということだけで承諾したということになってしまいます。果たしてそういうふうに考えていいものかどうか。さらにもう一つの例をあげますと、そのパッケージの中に、このソフトを使う場合にはさらに1万円お金を支払っていただきますという条件がついていた場合に、それを払わないと使えないものかどうか。つまり、5万円で買うつもりだったのが6万円で買わないといけなくなる。そういうのが本当に拘束力があるのか、これは疑問です。

では、どういうふうに考えればいいのか。ラップを破って使用するという行為がシュリンクラップ契約の承諾の意思を含むとみるためには、ラップを破って使用するという行為が承諾とみなされるという契約条件を認識しているだけではなく、承諾の自由が存在していることが前提条件として必要です。すなわち、そもそも承諾するかしないかの自由があってはじめて、その自由を行使した上でこのソフトを使うのであれば、これはなるほど契約変更について承諾したものと、承諾の意思表示というふうに見れると思います。しかし、この場合には承諾の自由はありません。なぜなら、店頭で買った段階でこのソフトを使える権利があるわけです。契約条件が定まってない場合には民法その他の法律で定められる法定条件のもとで使える権利がそもそもあります。ところが、このシュリンクラップ契約の条件によれば、シュリンクラップ契約の契約条件をのむか、これをのまなければ返品しないとイケない。シュリンクラップ契約の契約条件は法定条件のもとで使える範囲より不利な内容です。また、返品して代金の返還を受けるというのは、本来であれば履行利益が得られるところを信頼利益で我慢しろと言っていることになるわけです。このように、シュリンクラップ契約の条件が有効であるとすると、シュリンクラップ契約の契約条件をのむか返品して代金の返還を受けるかという選択の余地はありますが、シュリンクラップ契約の条件を承諾せず、既に得た法定条件のもとで使える権利を選択する余地が残されません。すなわち、買った側には承諾の自由がないわけです。したがって、このソフトを使うということは、単に、店頭で買って得た権利の行使でしかなくて、新たにこのシュリンクラップ契約の条件に従いましょうという積極的な意思はどこにも表れていません。単に、自分が既に得た権利を行使するという意思でしかありま

せん。したがって、この契約変更に対する承諾があったと見ることはできないということになると思います。

(2) 法定条件の内容

では、シュリンクラップ契約は無効で、契約条件が定まってない場合にはどういう契約条件になるのかというのをちょっと整理してみました。

OHP 8

合意なき事項の処理

	法定条件	典型的SWA条件
対価	時価	-
所有権	移転	留保
品質・性能	通常有すべき品質・性能	無保証
許諾権原	保証	-
無侵害保証	無保証	無保証
使用可能台数	無制限	1台
リバース・エンジニアリング	可	禁止
譲渡	可	禁止
転貸	(可)	禁止
責任範囲	間接損害を含む	代金額に限定

左側に、合意すべき条項。真ん中の欄に、それがなかった場合にどういう条件になるのかについて法定条件。右側に、シュリンクラップ契約で定められている通常の、あるいは典型的、ないしは一番きつい条件を書いてみました。どれだけ差があるかということを見ていただこうと思います。

まず対価ですが、両当事者が決めてなければ、これは時価に決まります。これについてまでシュリンクラップ契約が規定している例は見たことがありませんので、横棒になっております。

所有権については、店頭で売り買いしていますので、媒体に対する所有権は移転します。しかし、シュリンクラップ契約の中には、媒体に対する所有権は売主が留保するという形態があります。所有権留保にはいろいろメリットがあるからです。

つぎに、品質・性能ですが、契約で合意がなければ民法570条の瑕疵担保責任によって、通常有すべき品質・性能を持っているという担保があるものとみなされます。シュリンクラップ契約の場合には、通常、これを保証しませんという形になっています。

許諾権原ですが、プログラムの場合には、売買が成立するためには媒体に対する所有権が売主の側にあること、それから、物体として単に譲渡するのではなくて、使ってもらうことを前提にしていますので、使うことができるというのは当然の前提になっているわけです。したがって、特に両当事者が決めてなくても、それを使う著作権法上の使用権原が買主の側にあることを売り主が保証したことになると思います。その法律構成としては、民法の追奪担保責任かと思います。典型的なシュリンクラップ契約の場合、特に許諾権原についてまで否定しているのではないと思います。

無侵害保証については、このソフトを使ったからといって第三者の権利を侵害することはありません、とまでの保証はないと思います。シュリンクラップ契約の場合には、明示的に第三者の権利を侵害するかどうか、そこまでは責任持ちません、という規定がよく入っています。

次に、使用可能台数の問題です。何台使えるのか。例えば、買主の方が自分のところにコンピュータが3台ある。買って来た1個のパッケージをその3台にインストールすることができるかどうか。この点については、特に両当事者が定めてなければ制限はないと思います。しかし、シュリンクラップ契約の場合に「使えるのはワンライセンスです」というような規定が入っており、使えるのは1台と明記されている場合がよくあります。

リバース・エンジニアリングは、契約で定めてない限り自由にすることができる。なぜかという、買った物の動産の所有権に基づく処分行為として、ばらばらにしたり、いろいろやるというのは可能になるはずです。それから典型的なシュリンクラップ契約の場合には、リバース・エンジニアリングを必ず禁止しております。

買ったプログラムを譲渡することに関しては、合意がなければ自由に譲渡できます。典型的なシュリンクラップ契約の場合は譲渡を禁止しています。転貸についても同じです。ただし、不特定または多数の者への転貸は、貸与権に抵触します。

最後に、責任範囲ですが、両当事者が決めていなければ、民法の原則に従って、相当因果関係範囲内にある損害はすべて損害賠償の対象になるということになります。しかし、典型的なシュリンクラップ契約の場合には、買主が受け取った代金額に損害賠償の範囲を限定する形態をとっています。

以上は、シュリンクラップ契約が無効だとした場合に、法律上どういう契約条件で両当事者が拘束されるのかというのを考えてみたものです。

(3) 対応策

私は別に、シュリンクラップ契約がよくないと、合理性がないというようなつもりは全然なくて、結構なことなのですが、ただ、隠れた契約条件となるのはフェアじゃない。最初から相手方にわかるような形でやっておかないとフェアじゃないと考えています。では、フェアにするためにどうしたらいいのか。お互いに納得ずくでやればいいわけですが。そのためにどうしたらいいのか、いろいろ方法は考えられます。

一つは、使用許諾条件を全部箱の上を書いてしまうという方法です。しかし、これは先ほど申し上げたように、できないのが現実です。それをやるよりは商品の性能を書く方が重要だと思います。

二つ目の方法は、特に重要な条項だけをパッケージに大きく明示しておくということです。例えばよく行われますのは、ワンライセンスというようなことは書かれます。しかし、概して極めて小さな字で書かれていて、書いてあるのかどうかわからないような場合が多いようです。

三つ目の方法として考えられるのは、パッケージの外側に、使用許諾条件は箱の中に入っています、それに同意していただけない場合には、本製品の返品と引き換えに代金をお返しします、というような条件を明示しておく方法です。この場合には、買主にとっての最大のリスクが予め明示されています。すなわち、履行利益は得られなくても信頼利益までは回復できるということが最初から出ておりますので、こういう形であれば問題ないだろうと思われれます。

最後の方法として、最初の方に申し上げました登録書の返送というやり方があります。これは、さっきから申し上げておりますように、契約条件を隠れた契約条件の形にしているのはフェアじゃないという趣旨からいって、これも姑息なやり方だなと思います。

(4) 買主・転得者に対する効力

では、シュリンクラップ契約のような条件がついたパッケージソフトについて、そもそも買主の方はどういう権原に基づいて使用することができるのか。それを第三者に買主が譲渡した場合、どういう権原に基づいてそれを使うことができるのか。その第三者は果たして、前の人が拘束されていた契約書に自分も同じように拘束されるのか、この点についてちょっと検討してみたいと思います。

買主の使用権原

問題は2つあります。パッケージソフトの場合には、パッケージについての所有権の問題（したがって占有権原の問題）と、それに含まれている著作物（この場合はプログラムですが）の使用権原の問題とがあります。売買ですから、媒体についての所有権が移る、媒体の占有権原がある、という点については明確です。転得者についても、所有権については明確です。したがって、ここで検討しようとしているのは、そこに含まれている著作物に対する利用権の問題だけです。

OHP 9

転得者に対する効力



Bの使用権原		Cの使用権原	契約の拘束力
30条説		30条	×
黙示の許諾説		×	×
消尽説		使用・転売	×
物上債務説		使用許諾	

ここで、Aはこのパッケージの売主です。Bはそのユーザーです。CはBから買った転得者です。この場合に、Bがこのプログラムを使えることは明らかなのですが、どういう権原に基づいてこのプログラムを使えるのかという理論構成として、ここに書きました4つぐらいが可能ではないかと思えます。

第1は、著作権法の30条に基づいて使えるのだという理論構成です。これについては、Bに、著作権法30条に基づいて私的複製が許されますので、コンピュータにロードした場合に複製が発生しますが、それ

は著作権法30条の私的複製が許されているという規定に基づいて使えるのだという解釈の仕方が可能です。

第2は、AとBとの間に黙示のライセンス契約があるという理論構成です。シュリンクラップ契約が成立しないとしても、このプログラムを使うためにBに媒体を譲渡しているわけですから、Bはその目的に従った使用法をAから許されているわけで、それは黙示の許諾だと言えます。そういう黙示の許諾に基づいてBは使えるのだという考え方があります。

第3に、AからBに売却したことによって、この媒体上に収録されている著作権は消尽してしまうという考え方があると思います。

最後に、物上債務説と書きましたが、物に化体している使用許諾権があって、物とともにその使用許諾権は転々移動するというふうに考える考え方がありうると思います。

転得者の使用権原

では、Cの使用権原はどうかと考えますと、30条説の場合には、Cも著作物が化体された動産を持っていますので、30条に基づいて使えるのだという形になります。

黙示の許諾説の場合には、許諾しているのはAからBであって、AとBの間にはあってもCとの間には許諾契約がない。黙示の許諾は非独占的な許諾ですから、著作権法の63条の3項によって、著作権者の承諾を得ない限りこの利用許諾権を譲渡することはできません。したがって、Cに当然に使用権原が移転するという事にはならないわけです。

消尽説は、Bに売った段階でこの物体上に化体された著作権が消滅していますので、Cがそれを使う、あるいはそれをまた別の人に売ることは自由にできるということになります。

物上債務説では、物に化体された使用許諾権原は、これは物に一体化しておりますので、物とともに移転する。一体化された使用許諾権に基づいて使うことができるということになります。

転得者に対する契約の拘束力

では、AとBとの間で何らかの契約関係があって、その契約関係がCをも拘束するかどうかを検討します。

30条説の場合にはCを拘束するということは全くありません。そもそもAとBとの間は債権関係ですから、当然に、物を譲渡したからといって契約関係がBからCに移転するということはありません。この点は黙示の許諾説、消尽説ともに同じです。

他方、物上債務説の場合には、物自体に使用許諾権が一体化してくっついているというふうに理解しますので、使用許諾契約は移転していると考えることができます。しかし、ではその内容は何なのだとということになると、AとBとの間で取り決めた内容が全部この物上債務というふうに構成できるかという、それはないと思います。物上債務を構成する範囲が全部ではないので、そういう意味で三角を付けてあります。

この辺はどういうふうに考えたらいいのかというのは極めて難しく、今までこういう議論はあまりされていなかったと思います。私は、おそらくこの3番目の消尽説が一番適当なのかなという気がしているのですが、今まで、著作物について消尽とかという議論はあまりされていませんので、これから研究しないといけない問題だと思っています。

(5) 販売代理店との法律関係

以上、買主と転得者の法律関係を検討しましたが、最後に、売主と買主（ユーザー）との間に入る販売代理店（卸売店・小売店）の法律関係について検討しておきたいと思います。というのは、販売代理店はソフトを自ら使用する意思はないので、必ずしも先の分析における買主に当たり、ユーザーが転得者に当たるとはいえないからです。

ここでは、Xはこのパッケージの売主、Yが販売代理店、Zがユーザーとします。販売代理店が文字どおり、Xの代理人であれば、法律関係は全てXとZとの間で直接生じますので、Yを考慮する必要はありません。したがって、ここでは、XからYに売り切りの関係だとします。

媒体の所有権は、XからYに、YからZに移転します。媒体に収録されている著作物に対する使用権原については、先に買主・転得者の使用権原で検討した理論構成のほかに、Xからの使用許諾の成立を検討する必要があります。たとえば、パッケージの外側に使用許諾条件が明示されているばあいです。この場合、使用許諾権原については、XからYに、使用許諾契約に基づく使用権が付与され、YはさらにZに使用許諾契約に基づく使用権を債権譲渡したと法律構成することができます。Zへの譲渡によって、使用許諾契約はXとZとの間で直接存在することになります。

また、たとえば、パッケージの外側に使用許諾条件が明示され、パッケージの開封をもってその使用許諾契約の承諾とみなすとの規定がある場合を検討します。この場合、使用許諾権原については、YはXとの間で、パッケージの開封を予約完結権の行使とする予約完結権つき使用許諾契約を締結し、Zに対して予約完結権つき使用許諾契約を債権譲渡し

1997年6月24日

ます。Zは、パッケージの開封によって予約完結権を行使し、Xとの間で直接使用許諾契約を成立させることとなります。

以上のようにして、販売代理店Yは、使用許諾に関して、ユーザーZへのパッケージの譲渡により使用許諾関係から抜けると考えます。

おわりに

以上、きょうお話ししたいと思いましたが内容についてざっと説明させていただきました。最初に申し上げましたように、5分か10分で説明が終わる内容ですので、いろいろゆっくりとお話しさせていただきましたのでちょっと冗長になったところがあるかと思いますが、お気付きの点でご質問等がありましたらお受けいたします。
