

米国消費者契約法リステイメント草案と ソフトウェア契約における約款に関する 議論について

川 和 功 子

- 1 はじめに
- 2 ソフトウェア契約についての裁判例
 - (1) ProCD 事件以前の裁判例
 - (2) ProCD 事件
 - (3) Klocek 事件
- 3 消費者契約法リステイメントのレポーターが採用した実証的アプローチ
- 4 消費者契約法リステイメント草案の規定
- 5 ソフトウェア契約に関連する規定について
 - (1) 第2次契約法リステイメントの規定
 - (2) UCITA の規定
 - (3) ALI ソフトウェア契約法原則の規定
- 6 まとめにかえて

1 はじめに

本稿においては、アメリカ法律協会（American Law Institute、以下、ALI）によって現在作成途中である消費者契約法リステイメント（Restatement of the Law, Consumer Contracts）の2017年4月時点における草案の概要について紹介することを目的とする。なお、本草案は、同年5月に開催された年次総会において議論のために配布されたものである¹⁾。

1) RESTATEMENT OF THE LAW, CONSUMER CONTRACTS (AM. LAW INST., Discussion Draft April 17, 2017) [hereinafter “DRAFT RESTATEMENT”]. Westlaw データベースに収録されているこの草案は2017年5月のアメリカ法律協会の年次総会において議論のために配布されたものであり、協会の立場について明らかにするものではないとの説明がなされる。

消費者契約法リステイトメントの草案作成は、ALIの依頼により、ハーバード大学ロースクールのオレン・バー＝ギル教授、シカゴ大学ロースクールのオムリ・ベン＝シャハー教授、ニューヨーク大学ロースクールのフロレンシア・マロッタ＝ヴルグラー教授がレポーターとなり、2012年にスタートした。本稿では、草案作成にあたり参考にされたソフトウェア契約に関連する裁判例の判旨、草案作成の背景となるレポーターが採用した実証的アプローチ (empirical approach)²⁾、消費者契約法リステイトメントの草案の主要な規定について紹介すると共に、契約の成立、契約条項の採用に関連する第2次契約法リステイトメント³⁾、コンピュータ情報契約に関連して起草された米国におけるコンピュータ情報取引法 (以下 UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act))⁴⁾、ALI ソフトウェア契約法原則 (Principles of the Law of Software Contracts)⁵⁾ について比較検討することを目的とする。

シュリンクラップ契約を巡る法的問題が提示する標準書式契約における契約の成立、標準書式契約条項の採用、標準書式契約の変更、非良心性による強制不可能な条項等の議論は日本における定型約款についての問題に示唆を与えうる。

改正民法は、定型約款の合意について以下の様な規定を置く。まず、「あ

-
- 2) Oren Bar-Gill, Omri Ben-Shahar & Florencia Marotta-Wurgler, *Searching for The Common Law: The Quantitative Approach of The Restatement of Consumer Contracts*, 84 U. Chi. L. Rev. 7, 7 (2017). なお、レポーターの一人であるオレン・バー＝ギル教授の著書として、オレン・バー＝ギル (太田勝造監訳)『消費者契約の法と行動経済学』(木鐸社、2016)がある。レポーターが採用した実証的アプローチに関連する翻訳にあたり、太田勝造教授からご助言をいただき、感謝申し上げたい。
- 3) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS (1979).
- 4) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Computer Information Transactions Act* (“UCITA”) (2002). UCITAの翻訳については、財団法人ソフトウェア情報センターのご助力により研究会で翻訳したものを参考にした。
- 5) PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS (AM. LAW. INST. 2010) [hereinafter “ALI PRINCIPLES”] (2010); Robert A. Hillman & Maureen A. O’Rourke, *Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*, (“*Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*”), 84 TUL. L. REV. 1519 (2010). ALI ソフトウェア契約法原則については拙稿「米国におけるソフトウェア契約について (1) (2) ——契約成立、契約条項の開示・強制、保証についての議論を中心として——」同法66巻5号1391頁、66巻6号1945頁 (2015) 参照。

る特定の者が不特定多数の者を相手方として行う取引であって、その内容の全部又は一部が画一的であることがその双方にとって合理的なもの」を「定型取引」とする⁶⁾。この定型取引を行うことの合意（定型取引合意）をした者は、「定型取引において、契約の内容とすることを目的としてその特定の者により準備された条項の総体」である「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」⁷⁾、「定型約款を準備した者」（定型約款準備者）「があらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していたとき」は、定型約款の「個別の条項についても合意をしたものとみな」される⁸⁾。

このため、「定型約款準備者」が「あらかじめその定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していた」だけであっても、相手方は定型約款の「個別の条項についても合意をしたものとみな」される⁹⁾。

定型約款の内容の表示については、548条の3第1項は「定型取引を行い、又は行おうとする定型約款準備者は、定型取引合意の前又は定型取引合意の後相当の期間内に相手方から請求があった場合には、遅滞なく、相当な方法でその定型約款の内容を示さなければならない」とする。その際、第2項は「定型約款準備者が定型取引合意の前において」、上述の相手方からの「請求を拒んだとき」は、定型約款の合意に関する548条の2は適用されないとする。つまり、当該約款条項は契約内容とはみなされない。「ただし、一時的な通信障害が発生した場合その他正当な事由がある場合は、この限りでない」¹⁰⁾とされる。ただし、548条の3第1項ただし書は「定型約款準備者が既に相手方に対して定型約款を記載した書面を交付し、又はこれを記録した電磁的記録を提供していたときは、この限りでない」とする。したがって、定型約款の内容について知りたければ、相手方は請求して、開示を要求することが必要となる¹¹⁾。さらに、ネットで約款が開示されているなど、約款を相手方が

6) 548条の2第1項。

7) 548条の2第1項1号。

8) 548条の2第1項2号。

9) 河上正二「民法改正法案の『定型約款』規定と消費者保護」法教441号30頁以下、31頁（2017）。

10) 548条の3第2項ただし書。

知りうる状態に置いてあれば、約款が契約締結時に相手方に提示されたとみなされる。このため、開示を要求しても、定型約款の内容を提示してもらえらるとは限らない¹²⁾。

つまり、「定型約款を契約の内容とする旨の合意をしたとき」だけでなく、あらかじめ定型約款を契約の内容とする旨を相手方に表示していた場合であっても、当該定型約款が契約内容となり、「個別の条項についても合意したもののみ」されることとなり得る。この点、相手側の契約内容に対する「同意」の要素は、著しく後退し、ほとんど不問に付された形になっている¹³⁾。

定型約款の変更について548条の4第1項は、「定型約款準備者」は、「定型約款の変更が、相手方の一般の利益に適合するとき」もしくは「定型約款の変更が、契約をした目的に反せず、かつ、変更の必要性、変更後の内容の相当性、この条の規定により定型約款の変更をすることがある旨の定め有無及びその内容その他の変更に係る事情に照らして合理的なものであるとき」は「定型約款の変更をすることにより、変更後の定型約款の条項について合意があったものとみなし、個別に相手方と合意をすることなく契約の内容を変更することができる」とする¹⁴⁾。

-
- 11) 山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」消費者法研究3号31頁以下、51頁(2017)は、「相手方から請求されないかぎり、定型約款の内容を相手方に示す必要はないと理解される可能性がある・・・改正民法の手續規制の定め方には、請求されないかぎり契約内容の開示は不要であるという誤ったメッセージとして受けとめられる恐れがある点で、大きな問題があるといわざるをえない」とする。沖野眞巳「『定型約款』のいわゆる採用要件について」消費者法研究3号97頁以下、131頁以下(2017)参照。
 - 12) 浜辺陽一郎『民法(債権法)改正がわかる本』(東洋経済新聞社、2015)194頁。潮見佳男『民法(債権関係)改正法の概要』(金融財政事情研究会、2017)232頁は「定型取引合意の前に定型約款を記載した書面等の交付があれば、これによって相手方は定型約款の内容を確認する機会を得たものと評価することができる(したがって、重ねての開示を要しない)と考えられたことによる」と解説する。
 - 13) 河上正二「民法改正法案の『定型約款』規定を考える」法セミ749号66頁以下、67頁(2017)。
 - 14) 河上・前掲注(9)31頁は「『私の準備した約款による』と不特定の相手方に対し表示・宣言するだけで、当該約款が契約内容とみなされ、相手方当事者には、『そんな条項が内容になっているとは知らなかった』と争う余地がない。これが、極めて異常な事態であることには多言を要しない。約款準備者は、後から、自己に都合良く条項を改訂して、おもむろに『実は、これが契約条件の内容であった』と語ってもその真偽はわからない」とする。河上正二「『約

今回の改正において、消費者が「定型約款準備者に対して契約内容とみなされてしまった条項の妥当性を否定するためには、裁判所で、その合理性を争うほかない状況におかれ」、従来から問題視されてきた「ソフトウェアの利用約款のシュリンク・ラップの諸条項等が、難なく契約内容として拘束力を獲得できる」可能性があるとされる¹⁵⁾。改正法の示す方向性は、消費者契約における開示や説明義務の強化により、消費者が契約内容を正しく認識し、「契約を締結するか否かについての選択に資する情報提供の充実を図ろうとしてきた消費者法の展開に明らかに逆行している」との指摘がなされる¹⁶⁾。

諸外国においても「約款が個別契約の内容となるためには、原則として、合理的な手段での予め条項の認識と吟味の機会が提供され、これについての同意を得たことをもって初めて契約内容になるもの」であるとする理解からすると、消費者が、定型約款準備者に対して、契約内容とみなされてしまった条項の妥当性を否定するには、裁判所でその合理性について争わなければならない状況は問題であるとされる¹⁷⁾。

この点を踏まえ、諸外国の法制度のなかでも、現在進行している、米国の消費者契約法リステイメント草案を巡る議論を中心に紹介していく。

消費者契約法リステイメントの草案において、標準書式契約の条項が消費者契約の一部として採用されるためには、標準書式契約条項の合理的な通知を受取った後に、かつ当該標準書式契約条項の合理的な検討の機会があり、消費者が取引に同意を表明することが必要とされる¹⁸⁾。消費者契約法リステイメント草案作成に際して、レポーターは、多数の裁判所が採用するルー

款による契約』と『定型約款』消費者法研究3号1頁以下、25頁（2017）は、「相手方消費者は、その変更内容の合理性が事業者主張されれば、変更後の契約条件や給付内容に拘束され、変更後の契約関係から離脱することも許されない仕掛けになっている。一方的に給付内容や契約条件を変更されたときに、『それなら嫌だから契約から離脱したい』と消費者が言えないのはなぜであろうか。契約法の基本を大きく逸脱している」とする。

15) 河上・前掲注(13)66頁以下。

16) 河上・前掲注(9)31頁。

17) 河上・前掲注(9)31頁。

18) DRAFT RESTATEMENT § 2(a).

ルを明らかにし、関連する議論に関し、判例を収集、体系化し、そして規則的に分析する実証的なアプローチを採用するとの方針を打ち出している。

草案作成にあたって、レポーターが参照したのは、ソフトウェアの購入以前にはアクセスが不可能な、ソフトウェアの製品の箱にシュリンクラップされた (shrinkrapped) 標準書式契約の条項を強制可能なものであるとした ProCD 事件であった¹⁹⁾。シュリンクラップ契約は、ソフトウェア製品の包装紙を開封することをもってライセンス条項に同意したとするものである²⁰⁾。クリックラップ契約は、ソフトウェアのインストール中にライセンス契約に同意するかどうかについてクリックさせる契約である²¹⁾。これらの契約は、通常の場合、製造者が直接的な契約関係にない最終的なユーザに対し、さまざまな契約上の制限を徹底させるため有効な手段として利用されている。ライセンスにおいては、複製物の売買と異なり、権利が消尽することなく、電子情報の転売、貸与が可能となる²²⁾。判旨は契約条項に関する通知と、撤回する権利という点に焦点をあて、シュリンクラップされた条項について合理的な通知があり、返品することにより、拒絶する意義ある機会があれば、買主の製品の継続使用が、段階的な (rolling) 承諾を意味するとするものである²³⁾。

本稿はまず、参照された ProCD 事件、および、対立する見解を採用する Klocek 事件を中心に、シュリンクラップ契約の有効性を巡る裁判例と UCC 第2編の関連規定について検討した上で、実証的なアプローチを採用するレポーターの議論、消費者契約法リステイメント草案の主要な条文および、契約の成立、条項の採用に関連する第2次契約法リステイメント、UCITA、ALI ソフトウェア契約法原則の条文について紹介した上で、シュリ

19) ProCD Inc. v. Zeidenberg [hereinafter *ProCD*], 86 F. 3d 1447, 1450 and 1453 (1996); Bar-Gill, Omri Shahar & Marotta-Wurgler *supra* note 2, at 18.

20) *Id.* at 1449.

21) i.Lan Systems Inc. v. NetScout Service Level Corp. 183 F. Supp. 328, 329 (D. Kan. 2000).

22) 17 U.S.C. § 106.

23) *ProCD*, 86 F. 3d at 1452-1453; Bar-Gill, Omri Shahar & Marotta-Wurgler *supra* note 2, at 18.

ンクラブ契約の裁判例を巡る議論を経て作成されている消費者契約法リステイトメント草案の内容について比較検討していきたい。

このように、消費者契約法リステイトメント草案を巡る議論の紹介を通じ、開示や情報提供が十分なされた上で、消費者が契約内容を正しく認識、検討して契約を締結することができる法制度の構築について考察していきたい。

2 ソフトウェア契約についての裁判例

シュリンクラップ、クリックラップ契約等のソフトウェア契約については、製品の購入時、支払い時、支払いを義務付けられる時においては必ずしも買主に対して開示がなされていない契約条項への拘束が意図されている。条項はその後 CD-ROM などの媒体の包装や、最初にアクセスする際の画面上において初めてライセンスに提示されることとなる。このことから契約条項の有効性等が問題となり得る²⁴⁾。以下、消費者契約法リステイトメント草案作成の議論において重要であり、契約の有効性について異なった見解が採用される ProCD 事件と Kloczek 事件を中心に紹介する。なお、著作権法との関連性について論じる Vault 事件、UCC § 2-207 の書式の戦いの規定について詳細に論じる Step-Saver 事件についても言及する。

(1) ProCD 事件以前の裁判例

Vault Corp. v. Quaid Software Ltd. (Vault 事件)²⁵⁾ の争点は、ルイジアナ

24) 開封契約に含まれるユーザに不利な契約条項は消費者保護の観点からなんらかの消極的評価を受けるべき旨論じるものとして、北川善太郎「ソフトウェアの使用と契約—開封契約批判」NBL435号6頁(1989)、UCC第2B編の初期の草案とシュリンクラップ契約についての米国の判例を紹介するものとして、拙稿「コンピュータ契約と統一商事法典第二編(一)(二)」民商113巻4、5号704頁、114巻1号31頁(1996)、UCC第2B編の起草作業がめざすものについて、曾野裕夫「情報取引における契約法理の確立に向けて(中間報告)(上)(下)」NBL626号24頁、628号32頁(1997)、拙稿「米国における電子情報取引契約について—シュリンクラップ契約、クリックラップ契約を巡る議論について—(一)(二)(三・完)」同法306号1頁(2005)、312号1頁、313号125頁(2006)等参照。

州における、ソフトウェアライセンス強制法 (Software License Enforcement Act)²⁵⁾ という法律が連邦法である著作権法に専占されるかであった。著作権法 § 301 (a) は、著作権法の排他的権利に相当する権利は、もっぱら連邦法の規制をうけるべき事柄であるとし、州法またはコモンローに基づくいかなる著作物も、そのような権利を与えられないとする²⁷⁾。ソフトウェアライセンス強制法は、ライセンサーがコンピュータ・ソフトウェアのコピーの所有権を留保した場合、ライセンサーは、ソフトウェアの複製、翻案、翻訳、修正、リバース・エンジニアリング、コピーの移転、賃貸、売買等を禁止または制限することができる²⁸⁾と定めていた。

第5巡回区控訴裁判所は、リバース・エンジニアリングの禁止を認める契約条項は、この法律により有効とされるものの、著作権法 § 117²⁹⁾ の「コンピュータ・プログラムの使用のための欠かせない過程としての複製物や翻案物を作成」する権利を妨げるので、連邦著作権法の領域に抵触し、結果として、ソフトウェアライセンス強制法は連邦法である著作権法に専占されるとした³⁰⁾。そして、ディコンパイルーションやディスアセンブリー (リバース・

25) 847 F. 2d 255 (1988).

26) La.Rev.Stat.Ann. § 51:1961 *et seq.* (West 1987).

27) 判例においては、連邦法が専占されるかどうかの判断にあたっては、保護主体が連邦法の保護される範囲内にあるかどうか、著作権の定める権利についての請求に、追加的で、かつ質的に異なっているものが含まれているかどうかの検討がなされた。See also, Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 501 F. Supp. 848 (S.D.N.Y. 1980), *aff'd*, 723 F.2d 195 (2d Cir. 1983), *rev'd on other grounds*, 471 U.S. 539 (1985).

28) さらに、ライセンサーがコピーの所有権を引き続き所有すること、コピーの制限を課すこと、改変、翻案、リバースエンジニア、譲渡、転貸、レンタル、使用機器、および人数の制限が有効とされる。

29) 17 U.S.C. § 117 (1998).

30) その後リバース・エンジニアリングについて、Sega Enterprises v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992) は、ディスアセンブリーをし、中間的な複製物 (intermediate copy) を作成する権利につき、その行為が著作物性を有するコンピュータ・プログラムに具現化されたアイデアと機能的要素にアクセスするための唯一の方法であり、かつそのようなアクセスを求める正当な理由があれば、著作権法 § 107 に定める公正使用として認められるとした。Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992) は、中間的な複製物の作成は公正使用にあたる可能性があると判示した。

エンジニアリング)を禁止する契約条項は、無効であるとした。

ちなみに問題となった契約では、使用制限だけでなく、黙示または明示のすべての保証が排除されており、地裁判決では、シュリンクラップ契約が約款であり、ルイジアナ州法がこの契約を有効としない限り拘束力を有しないとされた³¹⁾。

Step-Saver Data Systems, Inc. (Step-Saver) v. Wyse Technology (and the Software Link, Inc.) 事件 (以下 Step-Saver 事件)³²⁾ においては、UCC 第2編が適用され、契約条項の選択的な採用、保証排除条項、責任制限条項の有効性についての判断が下された。

Step-Saver 事件は、UCC § 2-207の書式の戦いの規定の適用によって約款の条項を選択的に採用した裁判例である。被告 Software Link, Inc. (TSL) は Multilink Advanced というオペレーティングシステムを供給していた。原告 Step-Saver は、TSL のセールス担当者が、Multilink Advanced は、DOS オペレーティングシステム上に作動するパッケージ・ソフトウェア製品の90%と互換性があると保証したことを信頼し、自己製品のマルチユーザシステムのエオペレーティングシステムとして Multilink Advanced を採用した。

取引の方法は、以下のように行われた。1) Step-Saver が、TSL に電話で製品を注文し、TSL がそれを受けて発送する約束をする、2) その後、Step-Saver は品名、価格、発送、支払い条件を記載した注文書を送る、3) TSL は製品を送り状とともに発送する。なお、注文書と送り状の条件はほぼ同一であり、保証の排除についての記載はなかった。ただし、個々のプログラムはシュリンクラップ契約が含まれたパッケージに包装されていた³³⁾。

シュリンクラップ契約はディスクが瑕疵のないこと以外には、すべての明示、または黙示の保証は排除されること、瑕疵の際の救済方法は、ディスクの交換に限られること、契約書には、当事者間のすべての合意が含まれてい

31) 655 F. Supp 750 (E.D. La. 1987).

32) 939 F.2d 91 (3d Cir. 1991).

33) *Id.* at 95-96.

ること、開封行為は、すべての契約条項に対する合意を表すこと、さらに、買主が契約の条件に承諾しない場合は、売買価格と引き換えに返品することができることを定めていた³⁴⁾。

後にシステムについての苦情が顧客から殺到し、顧客から訴えられた Step-Saver は、TSL に対し保証責任違反などに基づく訴訟を提起した。控訴審は、まず、契約の成立について、UCC § 2-204 (3) の、当事者が契約を成立させようと意図した場合、適切な救済を与える合理的な根拠がある場合には、契約のいくつかの条項が確定していなくても、契約が成立すると定める規定に基づき、電話とその後の発送の際に両者の間で、品名、価格、発送量、などが明示された確定的な契約が成立していたと判断した³⁵⁾。TSL は、パッケージを受け取り、シュリンクラップ契約の条項を見て、パッケージを開き、ライセンスの条項に同意することによって初めて契約が成立すると主張したが、裁判所はシュリンクラップ契約において提示される条項がなくとも、契約は十分に確定的であるとした³⁶⁾。

次に裁判所は、シュリンクラップ契約は、「書式の戦いのなかでのもう一つの書式」であるため、契約の解釈は、追加条項について定める UCC § 2-207によって行うこととなるとした。§ 2-207 (1) は、「明確かつ適時に承諾の表示がなされ、または合理的な期間内に書面による確認がなされた場合、それに申し込まれた条項や合意された条項に追加された条項、またはそれと異なる条項が記載されていた場合でも、承諾としての効力を有する」と規定する。ただし、「承諾が追加された条項または異なる条項に対する同意を明示的に条件としている場合にはこの限りではない」とする。§ 2-207 (2) は、追加された条項は、契約にそれを追加することの提案であると解釈されるとし、商人間では、申込みが、申込条項のまま承諾されることを明示的に要求しているとき、これらの条項が実質的に契約を変更するとき、これらの条項

34) *Id.* at 96-97.

35) *Id.* at 100.

36) *Id.*

に対する異議の通知がすでに与えられているか、またはその異議の通知がそれらの通知の受取りの後合理的期間内に与えられたとき以外の場合に、契約の一部分となるとする³⁷⁾。

TSLは、開封契約における統合条項と、製品の開封が条項への承諾を示すとの明示的な文言があったことから、TSLの承諾は、追加されたまたは異なった条項への同意が明示的に条件とされていたとする。さらに、買主がライセンス条項に同意しなければ、15日間は返品に応じる旨の記載から、TSLの承諾はStep-Saverの開封契約への同意が条件になされていると主張した³⁸⁾。

裁判所は、これに対し、TSLは、TSLが追加した、または、異なった条項が契約に含まれなければ、Step-Saverとの取引を差し控えたであろうことを証明しなければならないとした。しかしながら、まず、上記の、「製品の開封が条項への承諾を表示するという言葉」は「取引を差し控える表示」として十分なものではないとした³⁹⁾。返品条項についても、裁判所は、買主の時間とエネルギーの投資を考慮すると、買主がある製品を取得した後で、追加された条項があり、返品することが可能であっても、その製品を使い続けるものであると判断した⁴⁰⁾。そして、TSLが、シュリンクラップ契約の条項はStep-Saverには適用されない旨請合った点、TSLが提示した、保証の排除などを含む開封契約と類似した別個の契約書に対してStep-Saverが署名を拒否した点から、TSLは「取引を差し控える表示」をしなかったとした。これらのことから、開封契約は、UCC § 2-207 (1) の、追加のまたは異なった条項への同意を明示的に条件とした承諾ではないとされた。

さらに、TSLの保証排除条項は、契約に追加する条項の提案であって、UCC § 2-207 (2) (b) における契約を実質的に変更することから、契約の一部ではないとされた⁴¹⁾。

37) *Id.*

38) *Id.* at 101.

39) *Id.* at 102.

40) *Id.* at 102-103.

41) *Id.* at 105.

この事件においての当事者は、売主と転売者という商人であり、個別の交渉が前もって行われ、両当事者の間でライセンサーがライセンスに同意していないことが認識されていた。このことから、電話を中心とした取引の時点において契約が成立し、その後に提示された保証排除条項などが契約の一部とされないとする根拠は十分にあった。

(2) ProCD 事件

第7巡回区控訴裁判所は ProCD 事件⁴²⁾において、ソフトウェアの利用を営利的でない目的のみに制限するシュリンクラップ契約条項を有効とした。

ProCD は Select Phone TM と呼ばれる電話帳のデータベースを開発し、個人向けには低い価格で販売し、事業者には高い価格で販売していた。ProCD の個人向けのシュリンクラップ契約には、アプリケーション・プログラムおよびデータの使用を営利的でない目的のみに制限する条項が含まれていた。被告 Zeidenberg は個人向けのソフトウェアを購入し、ウェブサイトにおいてデータベースを販売した。

まずウイスコンシン西部地区連邦地裁は、本件データベースには著作権の保護が及ばず、シュリンクラップ契約の条項に基づく契約法上の請求は、連邦著作権法によって専占されるので、強制することができないとした。買主が売買の前に、提案された契約について交渉もしくは異議を唱え、または購入前に検討する機会がなく、かつ、それらの条項について知った後に明示的に同意しなかったため、シュリンクラップ契約は強制できないとした⁴³⁾。

第7巡回区控訴審は、地裁の判断を破棄し、買主が支払った後で契約条項を受け取る商業的な現実を認識し、物品の売買契約は合意を示すいかなる方法においても成立するという、UCC § 2-204にもとづき、シュリンクラップ契約を有効とした⁴⁴⁾。そして、この事件においては、ひとつの書式しかなく、

42) 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

43) 908 F. Supp. 640, 655 (W.D. Wis 1996).

44) 86 F. 3d 1447, 1452.

§ 2-207は無関係であるとした⁴⁵⁾。

裁判所は、金銭の取引が条項についての詳細の伝達よりも先に行われる取引は、このような取引に限られないとする。たとえば、コンサートのチケットを購入する際に、契約に署名することが必要になると、待ち時間も長くなり、価格が上昇するだけでなく、電話や電子データサービスの妨げになるとする。また、ラジオを購入する際であっても、保証についての記載は家で初めて読むことができることも指摘する⁴⁶⁾。ここで「通知が外側で条項が内側、承諾できないのであれば、返品」が買主および売主などにとって価値あるビジネスの手段である、という取引の現実が契約の成立過程に影響を及ぼすことが明言された⁴⁷⁾。

取引の現実が契約の成立過程に影響を及ぼすと判断したこの裁判例以降、多くの裁判例における議論は、シュリンクラップ契約、クリックラップ契約における個々の契約条項の採用に関する議論へシフトすることになった。電話などによる注文、これに対する確認書式などの取引が行われ、支払いがなされたとしても、一つの書式しかないとされれば、§ 2-207は適用されないとする。しかしながら、ひとつの書式しかないため § 2-207が適用されないとするのは、口頭または非公式な通信によって合意が成立し、当事者が議論されていない条項を含んだメモを送付した場合の確認書式が存在する場合に適用されるとする § 2-207コメント 1 に矛盾するという指摘がなされる⁴⁸⁾。

45) *Id.* at 1452.

46) *Id.* at 1451.

47) *Id.* at 1451.

48) U.C.C. § 2-207 cmt. (UNIF. LAW COMM'N 1977) 1; Jean Braucher, *Uniform Computer Information Transactions Act: A Broad Perspective 2001* [hereinafter, Braucher, *A Broad Perspective 2001*], 673 *PLI/Pat* 175, 184 (2001); Robert A. Hillman, "Rolling Contracts", 71 *Fordham L. Rev.* 743, 753 (2002); James J. White, *Symposium: Contracting Under Amended 2-207*, 2004 *Wis. L. Rev.* 723, 741 (2004) [hereinafter, White, *Symposium: Contracting Under Amended 2-207*]. なお、2003年に UCC 統一商事法典第 2 編の改正版が作成されたが採用する州がなく、その後2011年に撤回された。2003年の改正版における § 2-207の内容は、後に提示されるシュリンクラップ契約やクリックラップ契約の条項が、両当事者が電話や確認書式において合意した内容と全く同じウエイトで契約内容として採用される可能性があることを規定するものであった。Unif. Law Comm'n, *Uniform Commercial Code*, <https://www.uniformlaws.com>.

さらに、買主が電話によって注文し、クレジットカードで支払うといった場合、買主が即時の発送を求めた買主の物品の注文、申込みは売主の物品の発送による承諾を誘引しているとする、§ 2-206 (1) (b) の適用がなぜなされないのか説明できないとの批判がなされる⁴⁹⁾。ProCD 事件において問題となったのは、供給者の多くの投資にかかわらず、著作権や不正競争防止法で保護できないデータベースの使用制限が含まれる契約条項であるという側面があったことに留意する必要がある⁵⁰⁾。このような条項を有効とすることは、知的財産権法において保護されない、公の範囲に属する情報の使用を制限することを許容し得るものであるといった批判がなされている⁵¹⁾。

(3) Klocek 事件

Klocek v. Gateway, Inc. (Gateway) (Klocek 事件)⁵²⁾において、カンサス州連邦地裁は、ライセンス契約に含まれていた仲裁条項を強制することを拒否した。原告は、Gateway コンピュータの買主であり、個人およびクラスアクションにより訴えを提起した。原告は、技術サポートについて Gateway が虚偽の約束をしたため、特別のサポートパッケージを購入することを誘引されたと主張する。個人の請求としては、さらに標準的な周辺機器と、標準

org/acts/ucc (last visited, Dec. 22, 2018).

- 49) See Jean Braucher, *Delayed Disclosure in Consumer E-Commerce As an Unfair And Deceptive Practice*, 46 Wayne L. Rev. 1805, 1820-1821 (2000); Braucher, *A Broad Perspective*, *supra* note 48, at 184.
- 50) *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 499 U.S. 340 (1991). 電話帳に著作権法上の保護は及ばないとする。David Nimmer, Elliot Brown, Gary N. Frischling, *SYMPOSIUM: The Metamorphosis of Contract into Expand*, 87 Calif. L. Rev. 17, 52-53 (1999) [hereinafter, Nimmer, *Metamorphosis of Contract*]. 平野晋 『電子商取引とサイバー法』(NTT出版、1999) 120頁以下。潮海久雄「デジタル情報契約と著作権法の関係：序章的考察」L & T 24号26頁以下、26-27頁 (2004) は、「著作権で保護されないデータベースを、その経済的重要性から、ソフトウェアのシュリンクラップライセンス契約により保護しようとする原告の請求が認められた」とする。
- 51) See Nimmer, *Metamorphosis of Contract supra* note 50, at 55. ProCD 事件の判旨によれば、本をセロファンに包んで買主が友人に譲渡することを禁じることができるとする。
- 52) 104 F. Supp. 2d 1332 (D. Kan. 2000) [hereinafter *Klocek*].

的なインターネットサービスの互換性に関して、契約違反と保証義務違反に基づく請求もなされた。これに対し、Gateway はコンピュータの箱に含まれていた標準書式契約中の条項は紛争を仲裁することを要求していると主張した。

裁判所は ProCD 事件の分析に従うことを拒絶し、コンピュータの買主が申込者であるとした。そして Gateway は、買主の申込みに対して、コンピュータを送ることによって承諾したとした⁵³⁾。カンサス州およびミズーリ州の UCC § 2-207 (1) によれば確定的な適時の同意の表明または書面による確認は追加条項または異なった条項を含んでいたとしても、承諾がその追加条項または異なった条項への同意を条件にしない限り承諾となる。さらに、§ 2-207 (2) は、追加条項は、両当事者が商人でない限り、承諾されないと契約の内容とならない反対申込みにすぎないと定めている。Gateway は、買主の購買の申込みに応じて本人と直接売買取引を完結させるか、または、原告にコンピュータを送付することに同意するか、もしくはコンピュータを送付することで、原告の申込みに承諾することになる。

Gateway が条項と共に製品を送付したことは、標準書式に対する原告の合意がなければ、取引を継続することを欲しないということを原告に伝達することにはならないと判断されたため、標準書式契約は反対申込みであるとされた⁵⁴⁾。さらに、買主は商人ではなかったため、裁判所は、カンサス州 UCC § 2-207 コメント 2 に従い、標準書式契約は、原告が明示的に承諾しなければ、当事者の合意の一部にはならないとした⁵⁵⁾。さらに、裁判所は、コンピュータを5日以上保持することは、原告が標準書式契約に明示的に合意したことを表すのに十分ではないとしている⁵⁶⁾。Klocek 事件は、ProCD 事件とは異なり、§ 2-207 を適用する、Step-Saver 事件のアプローチを採用する数少ない判例のひとつである。

53) *Id.* at 1340.

54) *Id.* at 1341.

55) *Id.* at 1341 ; *see* K.S.A. § 84-2-207.

56) *Id.*

3 消費者契約法リステイメントのレポーターが採用した 実証的アプローチ

消費者取引においてケース・ローが相反するアプローチを採用し、学説においても激しい論争が展開され、統一されたルールを作成する試みがおおむね失敗していることに鑑み、消費者契約法リステイメントのレポーターは、リステイメントについて検討するため、実証的なアプローチを採用し、多数の裁判所が採用するルールを明らかにしたとする。具体的には、裁判所において作成された異なったルールに対する支持の度合いおよびそれらのルールが時間の経過により採用または拒絶された割合について明らかにし、どの判決および論拠が、指導原理を示す先例としての役目を果たすかについて見だし、それらを消費者契約法リステイメントの最終草案においてのブラック・レター・ルールの基礎としたとする⁵⁷⁾。

ProCD 事件は、「シュリンクラップルール」について「意義ある契約前の開示」を犠牲にすることなく、取引費用を低下させる買主および売主に価値のあるビジネスの手段であるとする⁵⁸⁾。この事件の判旨に関し、多くの学者が黙示の承諾の拡張および、契約前の開示がなされなくなってきたことに対する懸念を表明してきた⁵⁹⁾。シュリンクラップ契約についてのもう一つの重要な裁判例である、Klocek 事件においては、ProCD 事件の判旨は否定され、パッケージに含まれている条項または後に到達する条項は、追加条項の提案にすぎないため、積極的に承諾されなければ契約条項として採用され

57) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 7.

58) 86 F3d 1447 (7th Cir 1996).

59) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 19; Roger C. Bern, "Terms Later" *Contracting: Bad Economics, Bad Morals, and a Bad Idea for a Uniform Law*, Judge Easterbrook *Notwithstanding*, 12 J. L. & Pol'y 641, 726 (2004); Jean Braucher, *The Failed Promise of the UCITA Mass-Market Concept and Its Lessons for Policing of Standard Form Contracts*, 7 J. Small & Emerging Bus. L. 393, 420-21 (2003).

ないとされた⁶⁰⁾。

レポーターは、ProCD 事件と Klocek 事件の影響力について比較し、それらの判旨について以下のようにコメントする。ProCD 事件と Klocek 事件において提示された2つの主要なアプローチについては、ロースクールの1年生が学習する契約法の講義においても教えられている。しかしながら、実証的な研究の結果として、ProCD 事件の支配的な影響およびシュリンクラップを強制するアプローチの普及が認められた。1954年以降82%、ProCD 事件判決以降では88%の裁判例において、有効な契約の成立のメカニズムとしてシュリンクラップが明示的に承認、採用されている。ただし、そのすべてのケースにおいて、契約内容が強制されているのではなく、通知、検討および拒絶の機会の要件が充足され、非良心性等などの問題がない場合に強制されている⁶¹⁾。

ProCD 事件においては、UCC § 2-204が適用されているが、その後のケースにおいては、UCC § 2-207条が適用されていないことに関する学説の困惑を裏書きするかのよう、ProCD 事件については引用されているが、UCC § 2-204は引用されていない⁶²⁾。

Klocek 事件については2000年に判決が下されたが、ほとんど影響力はない⁶³⁾。シュリンクラップ契約による契約の成立を承認する ProCD 事件は、他の州および他の巡回区の裁判所に引用されている率が、Klocek 事件より圧倒的に多い⁶⁴⁾。結論として、シュリンクラップ契約は支持されているとす

60) *Klocek*, 104 F. Supp. 2d at 1341.

61) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 21; *see also*, IAN AYRES & GREGORY KLASS, *STUDIES IN CONTRACT LAW*, 341-350 (9th ed. 2017).

62) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 21; *DeFontes v. Dell, Inc*, 984 A. 2d 1061, 1067-68 (R.I. 2009). は ProCD 事件以外に UCC § 2-204も引用する。Bern, *supra* note 59, at 642-43 は、ProCD とその系統の裁判例は伝統的な UCC の分析に従わず、制定法と先例について誤った解釈を行っているとする。

63) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 21-22.

64) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 24. 15の州の最高裁判所、連邦控訴裁判所においてシュリンクラップ契約の強制についての判決が下され、そのうち11の判決において、シュリンクラップ契約が支持されているとする。M.A. Mortenson Co. v. Timberline

る。後述する消費者契約法リステイメント草案 §2 (b) はこの結論にそって作成された。

レポーターは、関連する重要な問題として、事業者がそのウェブサイトに掲載する公表されたプライバシーポリシー (posted privacy policy) が契約であるとみなされるかについても取り上げている。消費者がプライバシーポリシーの強制を求めた *Dyer v. Northwest*⁶⁵⁾ において、連邦地裁は一般的な会社の方針 (broad statements of company policy) は契約ではないとしていた。このように、消費者によってプライバシーポリシーを強制することが請求される事例 (“sword” cases) と、事業者が、消費者のプライバシーに基づく請求に対して、消費者の同意によりプライバシーポリシーが当事者間の契約を構成するとして、自らのプライバシーポリシーを強制しようとする事例 (“shield” cases) があることが指摘される⁶⁶⁾。しかしながら、2005年以降、プライバシーポリシーについても契約であると認める意見が支配的であり、その強制に関しても、好意的な傾向がみられるとする⁶⁷⁾。プライバシーポリシーが契約であると認めた裁判例は多数あり、影響力があるとされる。特に主要な判例である *In re JetBlue Airways Corp. Privacy Litigation* は、州外の裁判所においても多く引用されている⁶⁸⁾。

消費者契約法リステイメント草案 §1のコメント9は、このことを踏まえ、消費者契約にプライバシー契約 (privacy contract) が含まれることを明記している。プライバシー契約の一例として、ウェブサイト上のプライバシーポリシーがあげられている。コメント9は、「消費者契約」は、消費者と事業者間の「消費者の個人情報に関する合意」を含むとする。この合意は「事

Software Corp, 998 P. 2d 305, 313 (Wash. 2006). ではワシントン州最高裁判所においてセキュリティクラップ契約における損害賠償を制限する条項が有効となった。6. まとめにかえて 参照。

65) 334 F.Supp.2d 1196 (D.N.D. 2004).

66) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 26.

67) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 28.

68) 379 F.Supp.2d 299 (E.D.N.Y. 2005); Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 29. 当該事件について州外の裁判所における引用が39回と、年間平均で4回の引用がなされているとする。

業者による消費者の個人情報の収集、使用、共有、保護またはその他の処理に関して、標準書式条項におけるプライバシー通知から発生しうるもの」である。同条のレポーターノート (Reporter's Notes) は、「これらの通知のいくつかの条項は、単に消費者の個人情報に関し、事業者が有する、事業者が特定の同意を確保することを必要としない権利を含む、当該消費者の当該個人情報に関する権利について、消費者に情報を提供するものに過ぎない」とする。しかし、「プライバシー通知の他の条項は、その条項がなければ得ることができない消費者の個人情報についての商業上の権利を事業者に許容し」、または消費者の個人情報の処理について最新式のデータ・セキュリティ保護 (state-of-the-art data-security protections) を使用するといった明示的な約束をする。このような状況において、「プライバシーポリシーが契約であるかといった分類が重要な法的結果をもたらすことになる」とした上で、「事業者の一般的なポリシー声明は契約と捉えられるべきではないが、保証の範囲、救済、紛争解決についての通知と同様に、同意に基づいた権利および義務を生じさせようと意図する通知は、消費者契約の対象となるべきである⁶⁹⁾」とする。

このように、消費者契約法リステイメント草案のレポーターは、なにが法であるかといった点につき、量的なアプローチ (quantitative approach) を採用するが、レポーターが採用するアプローチに対しては、以下のような反論が考えられるとする。

まず、量的なアプローチは、「異なった立場それぞれのメリットについて分析し、適切な結論を導くことおよび状況に応じた判断を下す」ことではなく、「既存の測定方法論に依拠する」ものである。このアプローチに関し、リステイメントのプロジェクトにおいては「数える」ことではなく、「思

69) DRAFT RESTATEMENT § 1 cmt. 9. レポーターのプライバシーポリシーに関するデータについて、Gregory Klass, *Empiricism and Privacy Policies in the Restatement of Consumer Contract Law*, 36 Yale J. on Reg. (October 2018) (transcript available in the Georgetown Law School Library) (forthcoming 2019). は、データは、レポーターの結論を支持するものではないとし、レポーターの調査は、信頼すべきものとして扱われるべきではないとする。

考すること」が要求されるとの批判がなされ得る。しかしながら、採用する量的アプローチは「法の実践と発展における法的論証の役割について排除する」ものではなく、「伝統的な法的論証についてよりごまかしのない出発点およびアウトプットのより正確な要約」を提供するものである。また、量的アプローチは、「法的論証を適用するためのさまざまな裁判所の集団的努力の包括的な集合体を示す」ものである⁷⁰⁾。

さらに、規範的な観点からは、このようなアプローチが、のぞましくないルールを生成する結果となる場合があると批判され得る。後述する §2の規則について規範的に望ましくないと批判する者は、シュリンクラップ契約についての主要な裁判例における理由付けについて、「実質的に説得力がない」と批判し、「簡単に同意するルールは、消費者を害する長い契約を生むため妥当ではない」とする。しかしながら、この考え方にに基づき、同意についての厳格なルールが妥当であるとするれば、ほとんどの標準書式契約の条項が強制不能となる。量的アプローチの結論に関する批判は、「重要であり、正当である」が、これは分析方法についての批判ではないし、量的アプローチは多数の裁判所が採用するルールを見極めるために用いられる。批判的見解を述べる者は、このルールについて「見極めるためのどの方法論を採用しようとも」、この「多数の裁判所が採用するルールについて異議を申し立てる」とする。批判的見解は、「多数の裁判所が採用するルールを拒絶して、よりよい理由付けがなされる、少数派のルールを奨励するべき」だとする。しかしながら、「リステイトメントのプロジェクトが、多数の裁判所が採用するルールから逸脱しないことには正当な理由がある」とする⁷¹⁾。

シュリンクラップの同意ルールについての実体的な側面について反論する者は、シュリンクラップによる同意のルールの実体的な側面つまり、レポーターの方法論によって支配的な先例であると確認されたルール自体が法律の

70) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 31.

71) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 32-33.

72) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 33; Christopher L. Pitet, Note, *The*

改革であるとする⁷²⁾。裁判所がシュリンクラップルールを採用することにより、一般的な契約法のルールの伝統的な範囲を超えて、沈黙による承諾の領域が拡張されている。このことについては認識されているにもかかわらず、批判的見解を述べる者は、古い契約成立概念を回復したいと願っているとす⁷³⁾る。

4 消費者契約法リステイトメント草案の規定

§1 (a) (1) によると、「消費者」とは、「個人であって、私用、家族用、または家庭用の目的のために行為をする者である」。§1 (a) (2) は、「事業者」について、「消費者ではない、個人または団体であって、消費者との取引に直接または間接的に定期的に参加し、または勧誘する者である」とする。

§1 (a) (3) は、契約について、「法律がその違反に救済を与える約束もしくは約束の集合 (set of promises)、または法律がその履行について、何らかの方法で義務であると認めるもの」であるとする。§1 (a) (4) は、「消費者契約」とは、「雇用契約以外の事業者と消費者の契約をいう」とする。

§1 (a) (5) は、「標準書式契約」とは、「消費者契約における条項であって、消費者でない当事者によって取引の前に作成され、事業者と複数の消費者との間の取引を規律するもの」であるとする。

§2は標準書式契約の条項の採用について定める。§2 (a) は、標準書式

Problem with “Money Now, Terms Later”: *ProCD, Inc. v. Zeidenberg and the Enforceability of “Shrinkwrap” Software Licenses*, 31 *Loy. L.A. L. Rev.* 325, 340-342 (1997). ProCD 事件において買主がライセンスを読む機会を与えられてから契約が成立したとするのは UCC § 2-206 および同条コメント 1 の規定に矛盾しているとす。

73) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 34; Stewart Macaulay, *Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem?* 2004 *Wis. L. Rev.* 777, 805-6 (2004). 伝統的な契約法の支持者に対して、隠された条項について要望されている効果と共に契約が成立することについて納得のいく議論を提供するのは難しいとする。White, *Symposium: Contracting Under Amended 2-207* *supra* note 48, at 741. 一つの書式しかないため §2-207 は無関係であるとするのは誤りであり、一つの書式しかない場合であっても §2-207が適用される場合があるとす。

契約の条項が消費者契約の一部として採用されるためには、「消費者が標準書式契約条項の合理的な通知を受け取った後に、かつ、当該標準書式契約条項の合理的な検討の機会があった上で、消費者が取引に同意を表明すること」が必要となるとする。

§2 (b) は、標準書式契約の条項は、消費者が「取引に同意を表明した後のみに入手可能となる場合」、「標準書式契約の条項の存在について、当該取引について同意を示す前に、消費者が合理的な通知を受け取った場合」⁷⁴⁾ かつ、「消費者が標準書式契約の条項が検討のために入手可能となった後に消費者が当該取引を終了させる合理的な機会を有し、かつその権限を行使しない場合」⁷⁵⁾ にのみ消費者契約の一部分として採用されるとする。

§2 (c) は、「消費者が取引に同意を表明した場合、標準書式契約の条項のいくつかが採用されなかった場合においても契約は存在する」とする。このような場合、契約条項は法律によって補充される条項と共に、§2 (a) または §2 (b) において採用されるものとなる。

§2コメント1は、標準書式契約は、消費者が同意を表明しなければ、成立しないとする。「同意の表明と標準書式契約の採用は、多くの場合に完全に同時期になされるが、別個に行われる場合もある。標準書式契約の条項すべてを検討するのは費用がかかり、消費者の大部分にとって一般的な慣行でないこと、さらに、条項が伝えられる便宜性は消費者と事業者にとって利益のあるものなので、標準書式契約の条項は、取引に対して、同意を表明する行為と同時に、または分離して行うことが可能である」とされる。標準書式契約の条項は、1) 消費者が当該取引について同意を表明する前、2) 消費者が当該取引に同意を表明するのと同時に、しかし、製品が配達される前、もしくは役務が提供される前に、3) 製品が配達される時、もしくは役務が開始される時、または4) 製品が配達された後、もしくは役務が完了した後に、提示される。したがって、一つの消費者契約が、異なった方式およ

74) DRAFT RESTATEMENT § 2 (b) (1).

75) *Id.* § 2 (b) (2).

び異なった時間において、いくつかの標準書式契約条項の束を含んでいることもある。全体として取引に同意を表明することは、最低限でも標準書式契約条項のいくつかを採用することである。その他の条項については、同意の表明と同時に採用された条項とは別個に採用され得る⁷⁶⁾。

価格と製品の説明が製品の包装に顕著に表示されている場合で、小売店で消費者が製品を選択して、レジで支払いを完了した場合、支払いの完了が取引への同意の表明になる。支払いの完了が、取引への同意およびいくつかの中心的な標準書式契約条項（この場合価格と製品の説明）の採用を構成する。支払いの完了のときに消費者が約款における標準書式契約条項を提示され、かつ当該条項の検討の機会を与えられた場合、これらの条項は取引に対する同意の表明と同時に採用され得る。加えて、その他の標準書式契約条項が支払いの完了の後に提示された場合、例をあげると、支払いを終えたときに、パッケージに包装されている保証についての声明の中に条項が含まれている場合、または、製品が初めて消費者によって操作された後の、“ウエルカム通知” (welcome notice) の中に含まれている場合、当該条項は、取引への同意の表明とは別個に採用される⁷⁷⁾。

§2コメント4は、§2 (b) について、取引への同意が表明された以降に入手された場合の標準書式条項の採用についての規定であり、同意前の読む機会を、同意後の検討の期間および契約終了の権利にかえるものであるとする。コメント4、設例8は、消費者が事業者に製品を注文し、製品の説明、配達の手配、価格、支払いの方法といった中心的取引条項を含む合意に署名することにより、取引への同意を表明する場合について言及する。消費者の注文に対して、承諾をする前に、事業者の代理人が消費者に対して、追加の標準書式契約条項が製品と共に到着することについて伝える。その後、配達された製品と共に、消費者は、明示の保証についての声明および、救済の制限を含む標準書式契約条項を受け取る。条項は、封筒の中に含まれる利用規約との

76) *Id.* § 2 cmt. 1.

77) *Id.*

ラベルが付された封筒の中にあり、製品に添付されている。最初の条項は大きなフォントで、消費者が条項について合意しなかった場合には30日以内であれば費用なしで、返品できる旨の記載がある。このような場合、または利用規約が製品と別途に郵便でウエルカムレターとして到着した場合であっても、§2 (b) にしたがって条項が採用されるとする。

§3 (a) は、標準書式契約の変更について、「変更された標準書式契約条項は §2における当初の標準書式契約条項に適用される規則と同じ規則のもとに採用される」とする。ただし、「消費者が、提案された変更についての合理的な通知を受け取り、かつ、変更された条項について合理的に拒絶する機会を与えられた」場合にのみ条項が採用されることとなる⁷⁸⁾。変更は「信義則に基づいて作成された」場合にのみ強制可能である⁷⁹⁾。

§5は非良心性について「非良心的な契約または条項は強制不可能である」とする⁸⁰⁾。

非良心的な条項とは §5 (b) において、「実質的に非良心的であり、根本的に不公正で、非合理的に一方的⁸¹⁾であり、かつ「手続的に非良心的であり、不意打ちとなり、または、消費者から意味ある選択肢を奪う」ものであるとされる⁸²⁾。契約が非良心的であるかどうかについて決定する際、§5 (b) における要素のなかのいずれかについて、より高い程度である場合には、その他の要素について、より低い程度であっても非良心的であると判断される場合がある。「不適切な状況、著しい実質的な非良心性は、標準書式契約条項を非良心的にするのに十分である」とされる⁸³⁾。§5 (d) は、§5 (b) (1) の範囲を限定することなく、以下のような契約条項は実質的に非良心的であると推定されるとする⁸⁴⁾。それは、1) 消費者契約において契約上規定が存

78) *Id.* §3 (a).

79) *Id.* §3 (b).

80) *Id.* §5 (a).

81) *Id.* §5 (b) (1).

82) *Id.* §5 (b) (2).

83) *Id.* §5 (c).

在しなければ、事業者が責任を負う「死亡もしくは人的損害」⁸⁵⁾、または、「事業者の意図的なもしくは過失による行為、もしくは事業者の不作为による消費者の損失」について⁸⁶⁾、その契約条項がなければ適用される事業者の責任または消費者の救済について、責任を排除もしくは制限する効果を有する契約条項、2) その契約条項がなければ適用される「消費者の責任、事業者の救済、もしくは事業者が強制する権限」について非合理的に拡大する効果を有する契約条項⁸⁷⁾、または、3) 「消費者の申立てもしくは法的権利の侵害に対して合理的な救済を求める能力を非合理的に制限する」効果を有する契約条項⁸⁸⁾である。さらに、§5 (e) は、「契約上もしくはその他の条項が非良心的であると、裁判所に請求がなされているとき、または裁判所からそのようにみられるとき、当事者はその商業的な状況、目的、効果についての証拠を提示する合理的な機会を得ることができる」とされる⁸⁹⁾。

§7 (a) は、「事業者の確言または約束であって、取引の基礎の一部をなすものは、消費者契約の一部となる」とする。

§7 (b) は「第三者からなされた確言または約束であって、取引の基礎の一部をなすもの」について、「事業者が知っているか、合理的に知るべきであった場合」⁹⁰⁾、かつ「事業者が当該確言または約束を守ることを意図していると消費者が合理的に信じていた」⁹¹⁾ 場合、事業者と消費者間の契約の一部となる。さらに、第三者が消費者と直接取引しなかった場合であっても、「第三者が事業者と消費者間の契約に一定の金銭的な利益を有する場合、第三者と消費者の間に契約上の義務が生じる」とする⁹²⁾。

84) *Id.* §5 (d).

85) *Id.* §5 (d) (1) (A).

86) *Id.* §5 (d) (1) (B).

87) *Id.* §5 (d) (2).

88) *Id.* §5 (d) (3).

89) *Id.* §5 (e).

90) *Id.* §7 (b) (1) (i).

91) *Id.* §7 (b) (1) (ii).

92) *Id.* §7 (b) (2).

§7 (c) は「標準書式条項において (a) (b) の効果を否定または制限する条項は、強制することができない」とする。

§8 (a) は、「標準書式契約の条項は当該条項についての完結した合意であると推定される」とする。

§8 (b) は、「明示の完結条項を含む標準書式契約の条項は当該取引の完結した合意であると推定される」とする。

§8 (c) は、「(a) および (b) の推定は、標準書式契約の条項が、事業者と消費者間の取引の基礎となる確言または約束と矛盾するか、またはそれらを非合理的に制限する場合には、覆される」とする。

5 ソフトウェア契約に関連する規定について

シュリンクラップ、クリックラップ契約等ソフトウェア契約の成立等について考慮する際、第2次契約法リステイトメント、統一商事法典第2編、UCITA、ALI等の適用が考えられる。これらの規定と消費者契約法リステイトメント草案を比較するため、契約成立、契約条項の採用等に関連する規定の概略について検討する。

(1) 第2次契約法リステイトメントの規定

第2次契約法リステイトメント §211 (1) は、「合意の当事者の一方が書面に署名し、または他の方法で同意を表示した場合において、同様の書面が同種の合意の条項を表現するために通常用いられているとその者が信じる相当な理由がある場合には、その者は、当該書面を、書面に含まれている条項に関する完成合意書として採用したものとする」と規定する。§211 (2) は書面の標準書式に関する知識、理解にかかわらず、書面が類似の状況に置かれた平均的な者が通常期待する内容に従って合理的に解釈されるべきこと⁹³⁾、さらに、第2次契約法リステイトメント §211 (3) は、「書面に、あ

93) RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §211 (2) and cmt. e (1981).

る特定の条項が含まれていることを知ったならば、同意をした当事者は同意を表示しなかったであろうと一方の当事者が、合理的に信じる場合、その条項は合意の一部とはならない」とする。

§ 211 (1)、(2) は、当事者は約款を「読む義務」があるとし、当事者の署名が同意の表示とされ、約款には口頭証拠の準則が適用されるとする、伝統的な理論に従っている。しかしながら、§ 211 (3) の合理的基準は、詐欺や誘引された錯誤にのみ認められていた伝統的な条項の排除についてのポリシーを大幅に拡張したものであるとされる。第2次契約法リステイメント § 211 コメント f においても、当事者は契約を読まなくとも、標準書式契約に拘束されるが、知られていない、合理的な期待外の条項に当事者は拘束されないとして合理的基準を採用することが明言される。

さらに、標準書式契約の条項については、不意打ち的で抑圧的でないこと、明示的に合意された条項を骨抜きにするものでないこと、または取引の支配的な目的を排除するものではないことという制限が課される。これらと、約款の作成者に不利に解釈すること⁹⁴⁾、非良心性の法理の採用⁹⁵⁾ などを通じ、約款において不利な立場におかれる者の救済がはかられている。

(2) UCITA の規定

UCITA は UCC 第2B 編としてまず起草され、NCCUSL (National Conference of Commissioners on Uniform State Laws・統一州法委員全米会議) によって1999年に採用された。しかしながら、UCITA を採択した州はヴァージニア州⁹⁶⁾ とメリーランド州⁹⁷⁾ の2州にとどまり、逆に bombshelter 法といわれ、州民を UCITA の適用から保護する規定がアイオワ州、ノースカロライナ州、ウエストヴァージニア州、バーモント州で採用されるにいた

94) *Id.* 不明確条項解釈準則については、上田誠一郎『契約解釈の限界と不明確条項解釈準則』(日本評論社、2003) 第四章を参照。

95) 拙稿・前掲注 (24) 「コンピュータ契約と統一商事法典第二編 (一) (二)」参照。

96) VA. CODE ANN. § 59.1-501.1 (2018).

97) Md. COMMERCIAL LAW Code, T.22 (2018).

る⁹⁸⁾という状況となっている。いくつかの改正を行った後も、UCITA に対する多くの批判はおさまらず、NCCUSL は2003年8月には州に法を採択するように働きかける試みを断念すると公表した⁹⁹⁾。

UCITA はコンピュータ情報取引に適用される¹⁰⁰⁾。§ 202 (a) において、契約は、「合意を示すに足りるいかなる方法によっても成立させることができる」と規定される。§ 202 (b) は、「当事者がそのように成立を意図している場合には、その成立時が確定していない場合、一以上の条項が未定であるかもしくは将来合意される場合、当事者の記録が他の方法では契約がなされたことを証明しない場合、または一方の当事者が条項を変更する権利を留保する場合であっても、契約を成立させるに足りる合意を認めることができる」として、契約条項が未定な場合である場合や将来合意される場合であっても、契約を成立させるに足りる合意を認めることができるとする。

さらに、§ 202 (c) は「一もしくはそれ以上の条項が未定であるか、または将来合意される場合であっても、当事者が契約の締結を意図しており、かつ、適切な救済を与える合理的で確実な根拠が存在する場合、不確定を理由に契約が否定されることはない」とする¹⁰¹⁾。§ 202 (e) は、「ある条項が後の合意によって採用されるべきものである場合において、両当事者がその条項が採用されない限り拘束されることはない」と意図していたときには、契約は、両当事者がその条項に合意しないときには成立しない。その場合、各当事者は、受け取られまたは作成された、情報の複製物、アクセス資料およびその他の資料のすべてを、相手方に引き渡すか、または相手方の同意を得て破棄しなければならない」とする。

98) IOWA CODE § 554D.125 (2018); N.C. GEN. STAT. § 66-329 (2018); W. VA. CODE § 55-8-15 (2018); VERMONT 9 V.S.A. § 2463a (2018).

99) The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *UCITA Standby Committee is Discharged* (August 1, 2003), <http://homepages.law.asu.edu/~dkarjala/cyberlaw/NCCUSLwithdrawalUCITA2003.pdf>.

100) UCITA §103 (2002).

101) *Id.* § 202 (c).

§ 113は、同意の表明に必要とされる検討の機会の条件について定める。「記録または条項が、合理的な人の注意を引き、かつ検討を許すべき方法によって入手できる場合」には、「人が記録または条項を検討する機会を有することになる」とされる¹⁰²⁾。

§ 208 (1) は、当事者が、「同意を表明する等の方法によりある記録に合意する場合」には、当事者は「標準書式を含むその記録上の条項を契約の条項として採用する」とする。§ 208 (2) は、履行または使用の開始後に提示される契約条項も契約の一部になるとする。これは、当事者が、「合意の全部または一部が後に合意される記録により表示されること、かつ履行または使用の開始以前に当該記録または当該記録の複製物の検討の機会のないこと」を知っているのが合理的な場合に限定される。つまり、契約の内容はある一時期に特定されるのではなく、履行が開始してから段階的に特定させることができる。これを複層化された契約形成 (layered contracting) と呼んでいる¹⁰³⁾。同条コメント7は、非良心性、公序、誠実などの問題がない限り、

102) § 113 同意の表明

- (a) [一般的な入手可能性の方法] 人が記録または条項を検討の機会を有することになるのは、その記録または条項が、合理的な人の注意を引き、かつ検討を許すべき方法によって入手できる場合に限られる。
- (b) [電子エージェントにとっての入手可能性の方法] 電子エージェントが記録または条項を検討する機会を有することになるのは、合理的に設定された電子エージェントが、その記録または条項に対して反応することができるような方法でそれを入手できる場合に限られる。
- (c) [返却の義務が要求される場合] 人が支払義務を負うか、または履行を開始した後に、はじめて検討のために記録または条項を入手できる場合において、その人が検討する機会を有するのは、その記録を拒絶するならば返却を求める権利を有するときに限る。ただし、以下の場合、返却を求める権利は要求されない：
- (1) その記録が、契約の変更を提案するか、または § 305により履行の詳細 (particulars) を定める場合；または
 - (2) 主たる履行が複製物の引渡しまたは受領以外であり、合意がマス・マーケット取引ではなく、かつ、当事者が、履行、使用、またはその情報へのアクセスの開始後にその記録または条項が提示されうることを契約締結時に知っているのが合理的である場合。
- (d) [返却の権利の創設] 返却を求める権利は、法または合意によって生じ得る。
- (e) [将来の取引に関わる合意] 本条の規定の効果は、当事者間の将来の取引に適用される基準を定める合意によって変更することができる。

103) *Id.* § 208 cmt 3; *see also* § 305.

記録への同意は記録上のすべての条項の採用を意味するとする。当事者が、後の条項に対する合意に達せず、かつ、合意しない限り契約の成立も意図していなかった場合、§ 202 (e) が適用される¹⁰⁴⁾。§ 202 (e) は、「ある条項が後の合意によって採用されるべきものである場合において、かつ、両当事者がその条項が採用されない限り拘束されることはない」と意図していた場合には、契約は、両当事者がその条項に合意しない場合には成立しない。その場合、各当事者は、受け取られまたは作成された、情報の複製物のすべて、アクセス資料およびその他の資料のすべてを、相手方に引き渡すか、または相手方の同意を得て破棄しなければならない」と規定する。§ 208 (2) の「知っているのが合理的な場合」とされるためには、後に条項が提示されることについての、特定の通知や特定の文言を必要としない。「知っているのが合理的な場合」とは、状況によって推定されるものも含む。この状況は、当事者が知っているか、または知っているべきである通常の商業実務またはマーケティングのアプローチの状況および、通常の商業実務またはマーケティングのアプローチから、合理的な者が、条項が後に続くとは推定する状況を含む¹⁰⁵⁾。一方の当事者が、他方当事者の同意なしに後の条項を特定できるとの合意が当事者間にある場合でない限り、一般的な規定として、後の条項は、条項を受取った当事者が、返品の特権を含む検討の機会を与えられた後に、当事者が同意を表明するなどの方法によって合意をしない限り、契約の一部とはならない。当事者が、条項が後に提示されることを知る合理的な理由がない場合であって、かつ条項が提示される前に契約が成立する場合、後に提示された条項は変更の申し出となり、変更および合意解除等について定める § 303等に従って承諾または拒絶することができる¹⁰⁶⁾。

§ 102 (44) は、「マス・マーケット・ライセンス」とは、「マス・マーケット取引に使用される標準書式をいう」とする。

104) *Id.* § 208 (2).

105) *Id.* § 208 cmt. 3a

106) *Id.* § 208 cmt. 4.

§ 102 (45) は、「マス・マーケット・ライセンス」とは、消費者契約、またはエンド・ユーザたるライセンシーとの間の取引であって、「消費者を含む一般公衆全体に向けられ、同一の情報について実質的に同一の条項のもとになされる情報または情報に関する権利のための取引」であるとする。ライセンシーが、小売市場における通常の取引と矛盾のない条項、かつ数量のもとに小売取引によって情報または情報に関する権利を取得するものであることや、カスタマイズされた情報ではないことなどがマス・マーケット・ライセンスであるとされるために必要となる¹⁰⁷⁾。

マス・マーケット・ライセンスの場合、§ 209は、「一方の当事者が、最初の履行もしくは情報についての使用、もしくはアクセスの前、またはその間に同意を表明する等の方法によって当該ライセンスに合意」した場合に条項が採用されるとする¹⁰⁸⁾。§ 209は、条項が、非良心的である場合、連邦法に

107) *Id.* § 102 (45).

108) *Id.* § 209.

§ 209 マス・マーケット・ライセンス

- (a) [条項の制限] マス・マーケット・ライセンスの条項が§ 208のもとで有効となるには、一方の当事者が、最初の履行もしくは情報についての使用、もしくはアクセスの前、またはその間に同意を表明する等の方法によってそのライセンスに同意した場合に限られる。条項は、以下の場合にはライセンスの一部とならない：
- (1) その条項が、非良心的であるかもしくは § 105 (a) もしくは (b) において、強制できない場合；
 - (2) § 301に従って、その条項が、ライセンスの当事者が明示的に合意した条項に抵触する場合。；
 - (3) § 113に従い、ライセンシーが合意する前に条項を検討する機会が与えられない場合。；または、
 - (4) その条項が以下に列挙する、1つもしくはそれ以上の形式においてライセンスが合意された後、ライセンシーに入手不可能である場合。：
 - (A) ライセンシーが保持することのできる直ちに入手可能な電子的でない記録；
 - (B) ライセンシーが記録保存かつ検討の目的のために印刷もしくは記憶させることができる直ちに入手可能な電子的記録；または、
 - (C) 記録保存かつ検討の目的のために印刷もしくは記憶させることができなかったライセンシーによる適時の要請により追加の費用なしに取得可能な複製。
- (b) [返却の権利と払戻し] マス・マーケット・ライセンスまたはそのライセンスの複製物を、ライセンシーが支払義務を負う前に検討の機会を許容される方法では入手できず、かつ機会を得た後に同意を表明する等の方法によってそのライセンスについて合意しなかった場合には、ライセンシーは、§ 113により返却の権利を有し、さらに、以下の権利を有する：

先占されるものである場合、基本的な公序に違反するものである場合、当事者が明示的に合意した条項と矛盾する場合、条項を検討する機会が与えられない場合、または条項が即時に入手可能でライセンサーが保持できる非電子的記録によって入手できない場合等には有効とならないとする¹⁰⁹⁾。

マス・マーケット・ライセンスの場合も、§ 208が適用され、当事者が、合意の全部または一部が後に合意される記録により表示されることを知っているのが合理的な場合に条項が採用される¹¹⁰⁾。ライセンサーが支払義務を負う前にマス・マーケット・ライセンスが入手できず、ライセンスを入手、検討した後、ライセンスに同意しなかった場合、§ 209 (b) に従って契約は成立しない¹¹¹⁾。この場合、ライセンサーは返却の権利を有し、あわせてライセンサーによるコンピュータ情報の返却または廃棄の指示に従ったために生じた合理的な費用等を請求することができる¹¹²⁾。

マス・マーケット取引以外の場合においても、支払義務を負うか、または

-
- (1) ライセンサーによるコンピュータ情報の返却もしくは廃棄の指示に従ったために生じた合理的な費用、または、指示のない場合は、返却のための郵送料、もしくはコンピュータ情報の返却の際の類似の合理的な費用の払戻し；および
- (2) 以下の場合において、インストールにより生じたシステムの変更を元に戻すため、ライセンサーの情報処理システムの回復をさせる合理的で予見可能な費用の補償：
- (A) ライセンスの検討を可能とするために、情報のインストールが必須であることから、インストールした場合；および
- (B) そのインストールが、システムまたはその中の情報を変更したが、ライセンサーがライセンスを拒否したために、インストールされた情報を除去しても、そのシステムまたは情報が回復されない場合。
- (c) [ライセンサーの検討の機会] マス・マーケット取引において、ライセンサーが、情報を引き渡すかまたは引渡義務を負う前にライセンサーから提示された条項を含む記録を検討する機会を有しない場合で、かつ、ライセンサーが、その機会を得た後に、同意を表明する等の方法によってそれらの条項に合意しない場合、ライセンサーは、返却の権利を有する。
- (d) [返却の通知] (b) 項が適用される場合通知はライセンスにおいてなされるか、さもなければ、ライセンサーが条項を拒絶した場合に、払戻しは支払いを受け取った者、またはその他の者で通知において指定されている者になされなければならない。

109) *Id.* §§ 209 (a), 105 (b).

110) *Id.* § 208 cmt. 4 and 5.

111) *Id.* § 208 cmt. 4.

112) *Id.* § 209 (b).

履行を開始した後に、はじめて検討のために記録または条項を入手できる場合において、その人が検討する機会を有するのは、その記録を拒絶するならば返却を求める権利を有するときに限られる¹¹³⁾。しかしながら、契約の変更のみが提案される場合や、§ 305によりあらかじめ履行の詳細を一方の当事者による明記に委ねている場合、返却を求める権利は要求されない¹¹⁴⁾。変更の提案がなされた場合、一方の当事者が一方的に契約の変更ができることを契約に定めていれば、条項が非良心的である場合、または、その他の理由で無効である場合を除いて、変更された契約条項を有効とするために、追加の合意は必要とされない¹¹⁵⁾。さらに、ソフトウェアの開発契約の場合の様に契約条項が履行後に提示、採用されることが予測されている場合であって、履行が、既存のコンピュータ情報の複製の提供または受領以上のものである場合にも、返却の権利は生じない¹¹⁶⁾。

インターネットにおいてコンピュータ情報がライセンスされる場合の条項の開示はインターネットにおける開示で足りる。情報が引渡される時またはライセンサーが支払義務を負う時の、どちらか先に生じる方のそれより前に、ライセンサーがライセンスの標準条項を容易に検討できるようにすれば、条項を検討する機会が与えられているとされる¹¹⁷⁾。

113) *Id.* § 113.

114) *Id.* § 113 (c) (1).

115) *Id.* § 113 (c) (1) and § 113 cmt. 3.

116) *Id.* § 113 (c) (2) and § 113 cmt. 3.

117) *Id.* § 114.

インターネット型取引における取引前の開示

- (a) [本条の範囲] 本条は、自らのインターネットまたは同様の電子的サイトから電子的手段によって自らのコンピュータ情報をライセンサーが入手可能にしているライセンサーに対して、適用される。
- (b) [検討の十分な機会] そのような場合、ライセンサーは、そのサイトから情報を取得するライセンサーについて、§ 113の要件を満たす標準書式ライセンスの条項を検討する機会を与える。ただし、ライセンサーが以下の行為をした場合に限る。:
- (1) 情報が引き渡される時またはライセンサーが支払義務を負う時の、どちらか先に生じる方のそれより前に、ライセンサーがライセンスの標準条項を容易に検討できるようにする場合。ただし、以下の方法による:

§ 303 (a) は「契約を変更する合意は、法的拘束力を有するには約因を要しない」とする。§ 303 (b) は、「本人認証された記録によらなければ変更または合意解除が排除される本人認証された記録は、他の方法で変更または合意解除できない。商人が消費者に提供した標準書式においては、契約の変更にあたり本人認証された記録を要求する条項は、消費者がその条項への同意を表明しない限り、強制できない」とする。§ 304は継続的な契約について、契約の作成者は、変更時に合理的な通知さえ与えれば、誠実に提案された条項の将来的な変更を認める条項を挿入することができるとする。その変更にて他方当事者の合意は必要とされない。マス・マーケット取引の場合には、重要な条項を変更する場合には、契約の終了が認められる¹¹⁸⁾。

これら一連の規定は、購入後に提示される保証排除条項など、重要な条項であっても、クリックされれば、非良心的であるなどの問題がない限り有効となり、返品の特権も失われること、変更時に通知さえ与えれば、条項の将来的な変更を認める条項を挿入することを認めること等、契約条項の提示される時期、開示される条項、および採用される契約条項の内容という面で、供給者に多くの裁量を委ねる規定であるといえる¹¹⁹⁾。

(A) 目立つ形で、かつ、コンピュータ情報についての説明もしくはこれを取得するための指示もしくは手段に非常に近接して、標準条項もしくはそれを容易に取得できる電子的な場所についての参照箇所を表示する；または

(B) コンピュータ情報が提供されるサイト上の目立つ場所に、標準条項が入手可能であることを開示し、かつコンピュータ情報の移転前に、要求に従って、標準条項の複製物を直ちに供給する；および

(2) ライセンサーが記録保存 (archival) または検討を目的として標準条項を印刷または記憶するのを妨げる積極的な行為を、とらない場合。

(c) [検討の機会を与えるその他の方法]

本条に従って検討の機会を与えることができなくとも、ある者が§113または本法以外の法に従って検討の機会を与えることを排除するものではない。

118) *Id.* § 304 (b).

119) Jean Braucher, *UCITA and the Concept of Assent*, in *UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT: A BROAD PERSPECTIVE 2001*, at 175 (PLI Intellectual Prop. Course Handbook Series No. G-673 2001).

(3) ALI ソフトウェア契約法原則の規定

ALI ソフトウェア契約法原則は2009年に ALI の会員によって承認された。その目的は「ソフトウェア取引法の明確化と統一をはかる」ことであるとされる¹²⁰⁾。ALI は、ソフトウェア取引の問題点として、「ソフトウェア取引の性質」、「契約成立に関する現在の実務の適法性とそれらの実務が契約を規律する条項の確定に与える影響」、「連邦知的財産権法と州法に規律される私的な契約の関係」、「品質、救済、およびその他の権利についての契約条項の妥当性」があり、さらに、「UCITA がほぼ活動停止していることおよび（おそらくは広く採択されないであろう）改正第2編の適用範囲についてのあいまいさが一層の混乱を招き、現在の法的な空洞に注意を向けさせている」とする¹²¹⁾。

ソフトウェア産業の経済における重要性に鑑み、「ソフトウェア取引の当事者がこの分野の法についての明確化と改良から大いなる利益を得る」であろうこと、「ソフトウェア技術が継続して発展していき、それがビジネスの方法に影響を与え、新しい法的課題を変更または生みだしていく」ことから、現時点で法をリステイトすることはまだ早いものの、「法が未来の発展に適応することを妨げることなく、ケース・ローを説明し、最も良い実務を推奨」することが原則の目的として意図されている¹²²⁾。もちろん、裁判所が採用しなければ、ALI ソフトウェア契約法原則はどの管轄においても法として機能するものではない¹²³⁾。

ALI ソフトウェア契約法原則 § 2.01は、交渉を経たソフトウェア契約および標準書式契約の成立と強制について規定し、§ 2.02は、§ 1.01 (1) において定義される、一般に入手可能なソフトウェアの標準書式契約について規定

120) ALI PRINCIPLES Introduction.

121) *Id.*

122) *Id.*

123) *Id.* ; Hillman and O'Rourke *supra* note 5, *Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*, at 1519.

する¹²⁴⁾。

ALI ソフトウェア契約法原則 § 2.01における譲受人は、洗練された事業者である場合も、小規模であって洗練されていない事業者である場合もある。小規模であって洗練されていない事業者であっても、大量の、またはカスタム仕様のソフトウェアを取引することから、標準書式の重要性について認識していると考えられるため、契約へのアクセスを主張したり、書式を読み理解し、より良い条項について交渉したりすることも期待される。このことからALI ソフトウェア契約法原則 § 2.01における譲受人の場合には、§ 2.02における標準書式契約が強制可能になるための特別な規定は必要ないとされる¹²⁵⁾。

§ 2.02における標準書式契約についての規定は、ソフトウェアが一般公衆に対して、実質的に同じ条項によって入手可能な場合に適用され、小売販売において少量の取引がなされる場合においては、譲受人は消費者に限られず、大規模な事業者のユーザであっても適用されることとなる。これは § 2.02の適用を消費者に限定することは、インターネット上でソフトウェアをダウンロードする、実質的に消費者と同じ立場である小規模事業者に酷であるという考えによる¹²⁶⁾。

ここで規定される譲受人とは譲渡人と契約を締結する直接の譲受人および、頒布の通常連鎖において、ソフトウェアを取得し、またはソフトウェアに対するアクセスを得る間接の譲受人を含むとされる¹²⁷⁾。

§ 2.01 (a) は「契約は、合意を示すに足りるいかなる方法によっても成立させることができ、その方法は、申込みおよび承諾、または行為も含む」とする¹²⁸⁾。「一以上の条項が未定である場合でも、違反の際適切な救済を与える合理的で確実な根拠が存在する場合」、または、「当事者の記録が異なる

124) *Id.* §§ 2.01-2.02.

125) *Id.* § § 2.01 cmt. b, 2.02 cmt. a.

126) *Id.* § 2.02 cmt. a.

127) *Id.* § 2.03 (a).

128) *Id.* § 2.02 (a).

場合であっても」契約は成立する可能性がある¹²⁹⁾。

このように ALI ソフトウェア契約法原則は一以上の条項が未定である場合でも「契約は、合意を示すに足りるいかなる方法によっても」成立するとして、UCC、リステイトメントを踏襲する¹³⁰⁾。さらに、当事者の記録が異なる場合、契約条項は、「記録に残されているか否かにかかわらず、両当事者が合意した条項」、「両当事者の記録に表示される条項」、および ALI ソフトウェア契約法原則、またはその他の法により補充されるものとなる¹³¹⁾。

ALI ソフトウェア契約法原則 § 2.01 コメントは、契約がいかなる方法においても成立することができるとする、契約締結前の交渉および予備的な契約案と強制可能な合意を区別することが重要となるとする¹³²⁾。コモン・ローにおいては、客観的なテストが採用され、「契約法は、一般的に、必ずしも実際の意図ではなく、当事者の外観上の意図を強制する」とする。当事者の契約は「主観的に信じることに基づくのではなく、状況が指し示すことに基づき」成立するとし¹³³⁾、§ 2.01 (a) のアプローチはコモン・ローと首尾一貫しているとする¹³⁴⁾。強制可能な合意と契約締結前の条項の記録を区別する要素としては、「合意の文言（コミットメント（義務を負う意思）を明示しているか）」、「詳細の程度（詳細であればあるほど当事者が拘束されることを意図している）」、「ソフトウェアの種類と価格（ソフトウェアが複雑なもので価値があれば、当事者が拘束される前に条項を明確にするであろう）」、「非公式および公式な交渉における当事者の声明および行為」、ならびに「その他関連する事柄」があげられる¹³⁵⁾。

人々が署名する前に標準書式契約を読まないことはよく知られているが、

129) *Id.* § § 2.01 (b) (1)-(2).

130) U.C.C. §§ 2-204, 2-206, 2-207 (2001) : RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS §§ 18-34, 50-70 (1981).

131) ALI PRINCIPLES § 2.01 (b) (2).

132) *Id.* Chap. 2, Topic 1, Overview and §2.01 cmt. b.

133) *Id.* § 2.01 (b) (1) cmt. a.

134) *Id.* § 2.01 cmt. b.

135) *Id.*

電子商取引における標準書式契約の場合においても同様に契約は読まれないことが指摘される¹³⁶⁾。とりわけ製品の価格、説明についての情報以外の品質保証、製品に関する情報についてはほとんど読まれず、従って、有利な契約条項を積極的に選択することもなく¹³⁷⁾、標準書式契約を自動更新する条項、通知なくして条項を変更できる条項、スパイウェアのダウンロードを許可する条項に「同意」をクリックしてしまう可能性があることなどが指摘される¹³⁸⁾。

ALI ソフトウェア契約法原則は、この点を踏まえ、標準書式契約においてどのような条項が強制可能であるかという点につき、UCITA と比較して、供給者側の条項の開示がなされた上で同意がなされることについて配慮している点で特徴的である。ALI ソフトウェア契約法原則は、市場の失敗の問題を最小限にするために、ウェブサイトの開示をベストプラクティスのパッケージの一部として採用する。ウェブサイトにおける条項の開示は、条項を読む機会を増加させるだけでなく、フェアプレーと、基本的なデュー・プロセスの概念にかなうものであるとされる¹³⁹⁾。ウェブサイトにおける条項の開示には比較的費用がかからないゆえに、譲渡人は、標準書式契約の条項の強制を保証するためにベスト・プラクティスに従うべきであるとされる。「理論的には、譲受人は標準書式条項の増加した読者、条項を検討する者について無視することができなくなる」とされる。標準書式契約への容易なアクセスによって、芳しくない条項についての評判が伝わるため、「譲渡人は、その評判と市場占有率を維持するために、より公正な条項を作成することを促

136) Robert A. Hillman, *Online Consumer Standard Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications*, in CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE 'INFORMATION ECONOMY' ("A Survey and Discussion of Legal Implications") 283, 294-295 (Jane K. Winn ed., 2006).

137) *Id.* at 294.

138) Wayne R. Barnes, *Rethinking Spyware: Questioning the Propriety of Contractual Consent to Online Surveillance*, 39 U.C. Davis L. Rev. 1545, 1597-1598 (2006).

139) ALI Principles § 2.02 cmt. e; Hillman and O'Rourke *supra* note 5, *Principles of the Law of Software Contracts: Some Highlights*, at 1531.

されるかもしれない」とする。さらに、ウェブサイトにおける条項の開示は取引の前の譲受人が条項を比較することを可能にし、「ソフトウェアの譲渡人は読者の多さゆえに」、「より良い条項を提供する」ことになるとする。「理論的には条項の質が価格に十分に反映されるようになるべきである」とする¹⁴⁰⁾。

一般公衆に対して実質的に同じ条項によって入手可能なソフトウェアについて、§ 2.02 (b) は、譲受人が標準書式を契約として採用したとされるためには、まず、「合理的な譲渡人が、譲受人がその書式に拘束されることを意図していることについて信じるであろう」ことが必要となるとする¹⁴¹⁾。コメントは、これは契約法一般における契約成立についての客観的テストを採用するものであるとする¹⁴²⁾。さらに、§ 2.02 (c) は譲受人が標準書式を

140) ALI PRINCIPLES § 2.02 cmt. e and f. ALI ソフトウェア契約法原則の考え方と異なり、消費者契約法リステイトメントのレポーターの一人であるヴルグラー教授は Florencia Marotta-Wurgler, *Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's 'Principles of the Law of Software Contracts'*, 78 U. Chi. L. Rev. 165, 183-185 (2011). において、ALI ソフトウェア契約法原則の、「起こりうる市場の失敗を緩和するために開示を増やす」という目標は、読者の数を増大させることも、または売主に対する経済的な圧力を増大させることもない」ことが調査結果から示唆されるとする。さらに、「遅れた、または縮小された契約開示は、売主重視の条項につながらないことを示す証拠が存在する」と主張する。「開示を支持する議論は、開示は、読者数が増加されなくても、契約法における、『読む機会』を重んじ、個人の自主性を保護するものである」とし、開示を増加させる圧力は、買主に合理的な条項を提供することを促進するかもしれないとする。しかしながら、このような「比較的無形の利益は政策変更の現実的なコストと比較考慮される必要がある」とする。さらに、「場合によっては、買主は条項について情報を得ることを全く価値のあることであると思っていない」とする。法廷地の選択条項などの一方的な条項の問題が発生する低い可能性からすれば、「消費者にとって一番良いのは、不利な出来事が起こってからエンドユーザライセンス条項を得ることかもしれない」とする。訴訟の脅威は、買主を合理的な条項の提供に導くことが可能であるから、買主が事後救済を求めることをより容易にするよう考慮することが有用かもしれないとし、「可能な解決方法は、少額裁判所へのアクセスを促進すること、および法廷地選択条項とクラスアクションの放棄が望ましいことが再考することである」とする。See also Omri Ben-Shahar and Carl E. Schneider, *The Failure of Mandated Disclosure*, 159 U. Pa. L. Rev. 647 (2011). 消費者保護、借り手保護等の場面における強制された開示は人々の選択を可能にし、人々の自主性を支援するという概念は破棄しなければならないと主張する。

141) *Id.* § 2.02 (b)

142) *Id.* § 2.02 cmt. a.

契約として採用したとされるためには、1) ソフトウェアの移転の開始の前に、「標準書式に、電子的なアクセスをすることが合理的に可能であること」¹⁴³⁾、2) 「移転の開始に際し、支払いの前、または支払いのない場合には移転が完了する前に、譲受人が標準書式についての合理的な通知およびアクセスを得ていること」¹⁴⁴⁾、3) 「ソフトウェアの電子的移転の場合には、譲受人が電子標準書式の末尾またはそれに近い箇所に合意を表明すること」、または「パッケージ化されたソフトウェア上に印刷され、もしくはソフトウェアに付属され、もしくはソフトウェアから分離されて包装された標準書式については、移転後合理的な期間内に開封されていないソフトウェアについて、全額払戻しの機会が行使されていないこと」¹⁴⁵⁾、かつ4) 「電子的に提示された標準書式が保存および複製可能であること」が必要であるとす¹⁴⁶⁾る。

このように、ソフトウェアの移転前または支払いの前に、譲受人が標準書式の内容について合理的にアクセスすることが可能であることや、電子的移転の場合には合意を表明することが要求される。

ALI ソフトウェア契約法原則コメントは、ソフトウェアの提供者が契約条項を提示してエンド・ユーザに同意を促すためにいくつかの方法が実務上採用されていることについても言及する。承諾するか取引を止めるかという前提で、シュリンクラップ取引においては、ソフトウェアパッケージ上に、もしくはパッケージの内部に条項が提示される方法、またはブラウザラップ取引においては、譲受人がソフトウェアを電子的にダウンロードする前に、譲受人が、条項について言及するスクリーンを閲覧すれば、条項が提示される方法が用いられている。さらにエンド・ユーザーがソフトウェアを電子的にダウンロードする際に、電子的に提供された条項に「同意します」とクリックしなければ取引が完了しないとされた方法が用いられ、ダウンロードイン

143) *Id.* § 2.02 (c) (1).

144) *Id.* § 2.02 (c) (2).

145) *Id.* § 2.02 (c) (3).

146) *Id.* § 2.02 (c) (4).

グその他の行為が、条項への承諾であるとされる¹⁴⁷⁾。

§ 2.03 (a) は、契約の変更について、「約因がなくても、申込みおよび承諾、ならびに行為によるものを含む合意を示すいかなる方式によっても強制可能である」とする。

§ 2.03 (b) は、ソフトウェアの電子的移転の場合、「譲受人は、変更の合理的な電子的通知を受け取り、かつ電子的通知の末尾に、またはそれに近い箇所に電子的に当該変更について合意を表明した場合、当該変更に同意したとみなされる」とする。

§ 2.03 (c) (1) は、契約を変更する合意は、「変更合意したのが、詐欺、強迫、または他の無効となる原因の結果」によるものである場合¹⁴⁸⁾、§ 2.03 (c) (2) は、「他方当事者が、口頭で変更されないことについて放棄する条項、または変更を排除するその他の条項について合理的に信頼していた場合を除いて、変更される当該契約が、口頭で変更されないことについての条項、またはその他認証された記録以外によって変更されることを排除する条項を含む記録内にある場合、かつ、変更が口頭において行われ、または変更抗議する当事者によって、認証がなされなかった」場合、強制できないとする。

§ 2.03 (d) は、「当事者は契約において、変更の手続きについて合意をすることができる」が、「一般的に入手可能なソフトウェアの標準書式による移転の場合、一方当事者から送られた重要な変更に関する単なる通知は、当初の契約がこのような方式で契約を変更できるとの権限を与えていた場合であっても、他方当事者による合意を証明するのに、不十分である」とされる。変更を求める当事者は、譲受人が通知に添付された「同意する」アイコンをクリックしたことなどを証明する必要がある¹⁴⁹⁾。コメントは、合意がなされているかの判断は、客観的なものであり、「当事者のどちらかが信じたことではなく、状況が示すものに基づく」とする¹⁵⁰⁾。さらに、変更が強制

147) *Id.* § 2.01 cmt. b.

148) *Id.* § 2.03 (c) (1).

149) *Id.* § 2.03 (d).

できるか判断する際に、裁判所は「当事者が提案された変更について十分な通知およびアクセスを受け取った」か、「提案された変更が明確なものであった」か、ならびに「合理的な者が、当事者が変更に同意する意図があったことを信ずべきかどうか」について考慮すべきであるとする¹⁵¹⁾。変更の通知については、他方当事者が見ざるを得ないような表示であることが必要とされ、当事者が通知について確実に認識するための配慮がなされている¹⁵²⁾。

6 まとめにかえて

本稿においては、シュリンクラップ契約について取り扱う ProCD 事件が取り上げられ、多数の裁判所が採用するルールを見極める実証的アプローチの議論を経た上で消費者契約法リステイトメントの草案作成がなされていることについて検討した。しかしながら、ProCD 事件を含むソフトウェアのライセンス契約においては、供給者の多くの投資にかかわらず、著作権や不正競争防止法で保護できないデータベースの使用制限が含まれる契約条項であるという側面があることについても留意する必要がある。また ProCD 事件において問題となったソフトウェア契約は、現時点では、もっとも標準的な消費者契約であるとはいえない。消費者契約についての基本的な法の制度設計にあたり、技術の発展により目まぐるしく変化していく可能性がある取引の目的物の種類のうち、より標準的な目的物とはどのようなものであるのか、取引的地位の格差が生じる典型的な場面としてはどのような場面が想定されるべきなのかについて検討することは重要な課題であろう。

Step-Saver 事件や Klocek 事件においては、電話での注文、製品と確認書面の発送などによる契約の成立と、その後提示された重要な契約条項を § 2-207に基づき制限的に採用するというアプローチをとる。つまり、製品の

150) *Id.* § 2.03 cmt. a.

151) *Id.* § 2.03 cmt. d.

152) *Id.*

種類、数量、価格など契約のコアになる部分と、保証排除条項、損害賠償の制限条項などを含むその他の部分に分離し、その他の部分の採用には一定の基準を設けている¹⁵³⁾。このようなアプローチが、約款の提示者の一方的な保証排除条項、損害賠償の制限条項、あるいは法廷地選択条項などの重要な条項が契約の一部となるのを防いできた。

他方、ProCD 事件¹⁵⁴⁾ とそれ以降の多くの裁判例においては、シュリンクラップ契約、クリックラップ契約が契約の唯一の書式であるとされ、§ 2-207の適用が問題とされていない。取引の実情、契約の条項の適切な提示、条項への同意、不同意ならば製品を返品できることなどをもって、このような契約が有効とされている。これは、条項作成者側から提供される契約が唯一の契約であり、ひとつの書式が当事者の合意すべてを表示しているとする点で契約条項作成者の意図にもっとも合致する。

このような契約成立方法の採用は実務の要請にも適合しており、取引にかかるコスト、ひいては製品の価格を低く抑えることに貢献していることや、他にも締結されるまで開示されることのない約款も多く存在することが指摘される¹⁵⁵⁾。シュリンクラップ契約、クリックラップ契約は契約条項作成者側の書式に当事者間の合意を閉じ込めるという点で効果的な手段となっている。

消費者契約法リステイトメント草案を作成したレポーターが主張するように、シュリンクラップ契約は有効な契約の成立のメカニズムとして明示的に

153) 河上正二『約款規制の法理』(有斐閣、1988) 249頁以下は約款の構造について核心的合意部分と付随的合意部分に分類する。核心的合意部分は契約の核となる部分であり、売買契約における目的物の種類、品質、数量、価格などを含み、両当事者の主観的意思の関与が共通して認められるとする。他方、付随的合意部分は、免責約款など、「きわめて特殊な場合や、取引関係が正常に進行しない場合、その他通常の取引過程外の要素が加わった場合に発動することを予定した条件群」を含み、「そもそも正常な取引関係の進行を望む両当事者の主観的意図とは相容れない性格を持つ場合が多い」とする。

154) 908 F. Supp. 640 (W.D. Wis 1996), *rev'd*, 86 F. 3d 1447 (7th Cir. 1996). ProCD 事件判決を詳細に紹介するものとして、平野晋「ProCD, Inc. v. Zeidenberg 事件判決～シュリンクラップ・ライセンス契約の有効性を認定する代表判例」国際商事法務26巻7号756頁(1988)がある。

155) ProCD, 86 F.3d at 1451.

承認、採用されている¹⁵⁶⁾。ただし、そのすべてのケースにおいて、契約内容が強制されているのではなく、レポーターからも指摘されているように、通知、検討および拒絶の機会の要件が充足され、非良心性などの問題がない場合に強制されていることに留意が必要である。市場において、このような現実が存在することと、このような方法で成立した契約の条項がどのような評価を受けるのかについて、別個に検討されることに留意する必要がある。

シュリンクラップ契約の有効性をめぐり多くの裁判例があるが、すでに紹介した裁判例に加え、いくつかの裁判例について言及しておく。保証、損害賠償の制限条項の有効性が争われた、*M.A. Mortenson Co. (Mortenson) v. Timberline Software Corp. (Timberline)*¹⁵⁷⁾ においては、ワシントン州最高裁判所においてシュリンクラップ契約における損害賠償を制限する条項が有効となった。ProCD 事件と同様に、複層化された契約の形成が許容されることから、裁判所はシュリンクラップ契約は強制可能であるとし、ソフトウェアの使用が契約への合意を示しているとした。さらに、派生的損害の排除条項については隠れたる瑕疵についてのリスクの分配として許容され、実質的に非良心的ではなく¹⁵⁸⁾、シュリンクラップ契約は手続的にも非良心的ではないとされた。ライセンス条項はディスクの袋に大文字で表示され、ソフトウェアの最初の画面においても言及されていた。原告 Mortenson はソフトウェアのパッケージを開封する前にライセンス条項を読み、理解する合理的な機会を有していたとされた。さらに、原告は消費者ではなく、全国的に活躍する建設業者であり、被告 Timberline のソフトウェアを以前から使用し、条項については知っているべきであったとされた¹⁵⁹⁾。

*Brower v. Gateway 2000, Inc. (Gateway)*¹⁶⁰⁾ では、ニューヨーク州控訴裁

156) Bar-Gill, Ben-Shahar & Marotta-Wurgler, *supra* note 2, at 21

157) 970 P.2d 803 (Wash. Ct. App. 1999) *aff'd*, 998 P.2d 305 (Wash. 2000). Mortenson 判決を詳細に解説するものとして、会沢恒「シュリンクラップ契約—ProCD 判決の定着!？」ジュリスト1197号99頁 (2001) があげられる。

158) *Id.* at 315, U.C.C. § 2-719 cmt. 3

159) *Id.* at 315.

判所において、ICC (International Chamber of Commerce) における仲裁条項が有効でないとされた。

Gateway はコンピュータとソフトウェア製品を直接販売、メール・電話による販売を行っている。顧客の注文に応じて製品と共に、標準書式契約が送付された。契約においては、Gateway のコンピュータを30日越えて保持することは、その条項、条件を承諾することであるとの記載があった。原告は Gateway をクラスアクションにより保証義務違反、契約違反、詐欺で訴えた。Gateway に対する不満の中で最も多かったのが、技術サポートの提供について広告がなされているにもかかわらずサポートを得ることがほとんど不可能で、全く役に立たないことであった。このケースの原告は、この件について多くの苦情が寄せられているにもかかわらず、サポートを提供する旨の広告が行われていたと主張した。契約における仲裁条項は ICC における仲裁を定めていた。ICC の仲裁を申し立てるには50000ドル以下の請求については4000ドルの手数料をあらかじめ納めなければならない。さらに旅費も、一人当たり約1000ドルと推定される個人の損害賠償額と比較して不均衡に高額となる¹⁶¹⁾。

*America Online, Inc. (AOL) v. Superior Court*¹⁶²⁾ において、カリフォルニア州控訴裁判所は、AOL のサービス条項契約における法廷地選択条項 (ヴァージニア州に選択) を無効とした。ヴァージニア州では消費者訴訟においてクラスアクションを認めないことに加えて、可能となる救済方法もカリフォルニア州に比べ制限されている¹⁶³⁾。このため、カリフォルニア州の消費者保護法の根源となる公序に反するとして、裁判所は法廷地選択条項を強制

160) 246 A.D.2d 246 (N.Y. App. Div. 1998).

161) *Id.* at 249.

162) 拙稿・前掲注 (24) 「米国における電子情報取引契約について—シュリンクラップ契約、クリックラップ契約を巡る議論について— (一) (二) (三・完)」参照。108 Cal Rptr. 2d 699 (Cal. Ct. App. 2001).

163) *Id.* at 710-712; *Caspi v. The Microsoft Network, LLC.* (Microsoft) 732 A.2d 528 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1999). では、クリックラップ契約における法廷地選択条項が有効とされた。

することを拒否した¹⁶⁴⁾。

In re Gateway, Inc.¹⁶⁵⁾ においては、保証条項の事前開示がなされていないことが、不公正で欺瞞的な取引方法であるとして連邦取引委員会法違反による排除措置命令、および同意判決が下されている。このように、個々の契約条項の有効性については、当事者の取引的地位、取引の過程、条項の性質、ライセンス条項が提示される態様、消費者が取り得る救済手段、州ごとの消費者法、保証条項の開示について規制する連邦法等が検討されるケースごとの判断となることに、留意する必要がある¹⁶⁶⁾。

消費者契約法リステイトメントの草案作成過程においては、シュリンクラップ契約について取り扱う ProCD 事件を取り上げて、多数の裁判所が採用するルールを見極める実証的アプローチが採用されている。しかしながら、UCC 第2編の枠組みのなかで、§2-207を巡り ProCD 事件判決と Klocek 事件判決において提示された対立する有力な考え方が存在し、ロースクールの教育の場においても双方の考え方が紹介されていることは指摘されている。§2-207の改正によりシュリンクラップ契約条項などの追加の条項がより採用されやすくなる可能性があった2003年の第2編改正版もその後撤回されている。有効な契約の成立のメカニズムとしてシュリンクラップ契約が明示的に承認、採用されていることと、個々の契約条項の採用、有効性については、上記の裁判例において紹介したように、個別の判断がなされていることは留意されるべきである。

さらに、プライバシーポリシーについても、契約上の義務を生じさせると認めた裁判例が多数あることから、消費者契約にプライバシー契約が含まれることがコメントに明記されている。プライバシーポリシーについては、具体的に「同意に基づいた権利および義務を生じさせようと意図する」どのよ

164) *Id.* at 702.

165) 126 F.T.C. 888 (1998).

166) 約款の変更について、仲裁条項の有効性について争われた事例等につき紹介するものとして、三枝健治「約款の変更」法時89巻3号69頁以下、70頁(2017)参照。

うな通知が、どのような同意のプロセスを経て消費者契約の対象となるべきであるのか、消費者契約の対象に含まれるとすれば、どの範囲のプライバシーポリシーが含まれるべきであるかといった点において、さらに検討していく余地があるように思われる。レポーターが指摘するように、プライバシーポリシーについても、消費者によってプライバシーポリシーを強制することが請求される事例と、事業者が、消費者のプライバシーに基づく請求に対して、消費者の同意によりプライバシーポリシーが当事者間の契約を構成するとして、自らのプライバシーポリシーを強制しようとする事例があり、個々の契約条項の採用、有効性については、個々の事例に則して判断がなされることに留意すべきであろう。

本稿においては、米国においてのコンピュータ情報を巡る裁判例、規定、法案を中心に、消費者契約における標準書式契約の条項が当事者の契約内容として採用されるための要件について検討した。その結果、個々の規定により差異があるものの、おおむね、以下のようにまとめることができる。契約成立に際し、標準書式契約の存在についての通知、標準書式契約条項の開示、同意を表明する行為、条項の検討の機会、条項を採用しない場合取引を回避する機会等が必要となり、さらに契約が成立した後に、契約条項が追加される場合、追加された標準書式契約の条項の存在についての合理的な通知、追加された標準書式契約条項の検討の機会、取引を終了させる機会、契約成立後に条項が変更される場合においては、変更された条項についての合理的な通知、変更された条項について検討する機会、変更された条項について合理的に拒絶する機会、解除の機会、といった要件が充足される必要がある¹⁶⁷⁾。

UCITA、ALI ソフトウェア契約法原則が作成された状況について概観すると、まず、契約条項への同意、契約条項の提示される時期、採用される契約条項等の面で、供給者に多くの裁量を委ねる規定である UCITA がほぼ採用されなかった状況において、ALI ソフトウェア契約法原則が作成された。

167) 鹿野菜穂子「約款の開示」法時89巻3号63頁以下、65頁（2017）。消費者契約法リステイトメントの暫定提案と民法改正法案について比較する。

ALI ソフトウェア契約法原則は、標準書式契約においてどのような条項が強制可能であるかという点につき、UCITA と比較して、供給者側の条項の開示がなされた上で同意がなされること等について配慮するものである。

他方、消費者契約法リステイメント草案の規定は、ALI ソフトウェア契約法原則と比較して、条項の開示がなされた上で同意がなされることに配慮するものではない。ただし、標準書式契約の条項は、消費者が「取引に同意を表明した後のみに入手可能となる場合」、「標準書式契約の条項の存在について、当該取引について同意を示す前に、消費者が合理的な通知を受け取った場合」かつ、「消費者が標準書式契約の条項が検討のために入手可能となった後に消費者が当該取引を終了させる合理的な機会を有し、かつその権限を行使しない場合」にのみ消費者契約の一部分として採用されるとする。

ALI ソフトウェア契約法原則において、条項の開示は、条項を読む機会を増加させるだけでなく、フェアプレーと、基本的なデュー・プロセスの概念にかなうものであるとし、条項が開示され、比較されることにより、より公正な条項が作成されることが促進されると ALI ソフトウェア契約法原則作成者は主張する。ALI ソフトウェア契約法原則の経緯は約款条項の開示、条項への同意、条項の採用といった観点において重要な示唆を与えうる。

日本の改正民法では、定型約款の存在の表示についての規定は存在するが、契約条項については、相手方の請求があった場合にその内容を示すことが要求される¹⁶⁸⁾。条項について事前の開示を原則とすることは要求されていない¹⁶⁹⁾。当事者が約款を契約の内容にするという合意¹⁷⁰⁾、条項の検討の機

168) 山本・前掲注 (11) 51頁。

169) 中田邦博「消費者契約法 (2) 不当条項規制」法セミ683号98頁以下 (2017) は、事業者が約款条項を契約内容とするためには、契約時において、消費者に対し、契約内容、とりわけ消費者に余分な金銭的な負担を生じさせる条項等につき、明示的に開示しておく必要があるとする。さらに、「契約の申込みを受け付けるインターネット上のサイトでは、事業者は広告を重視、こうした情報提供がおろそかになっている状況がみられ、対面取引や代理店を通じた取引では発生しなかったリスクが消費者に生じている。事業者は、消費者契約法3条の情報提供努力義務を踏まえて、こうした契約情報を消費者に適切に提供し、また、不測の損害が発生しないように一定の割合で発生する消費者の『過誤』のリスクに対応すべきであろう」とする。鹿野・前掲注 (167) 66頁は、約款の開示が要求されることの意義について「①理論的にも、内容を

会¹⁷¹⁾、条項を採用しない場合取引を回避する機会等についての規定は存在しない¹⁷²⁾。さらに契約が成立した後に、契約条項が追加される場合、追加された標準書式契約の条項の存在についての合理的な通知、追加された標準

知り得る状態に置かれた上で、約款による取引への同意があることが、意思に基づく契約という契約の一般法理から必要である。②約款内容の事前開示には次のような実際の機能がある：(a) 相手方に、契約締結の判断を適切にさせること、(同契約締結後においても、相手方に、約款に則って適切な行動をとることを可能とすること、(c) 社会的監視が容易になり、その分だけ約款使用者にも自己抑制が働くこと)」があげられるとする。民法改正法案は、「約款の内容を吟味しようとする者に開示請求権を与え、この開示請求権の行使を通して約款の吟味ができることとし」、「およそ知り得ないものに拘束されるのは不当だという問題を一応は回避した」ものの、「なぜ相手方が、開示請求の負担を引き受けなければならないのかについては、なお十分な説明があるとはいえない。特に相手方が消費者の場合には、積極的な開示請求という行動をとることが期待できない場合も多い」とする。さらに、「確かに、約款による取引(特に消費者契約の場合)では、相手方が約款を読まないことも多く、一律に事前の開示を義務付け、それを約款の採用要件とすることは、現実的ではなく、コストを増大させるとする考え方にも一理ありそうにも見える・しかし、それを理由に開示を全て相手方の請求に係らせることは、果たして妥当であろうか」として事前の開示を義務づけることは現実的でないとする考え方に疑問を呈する。沖野・前掲注(11)131頁以下。廣瀬久和「民法改正案『定型約款』規定についての覚書(1)」青山法務研究論集13巻173頁参照(2017)。「消費者法研究第3号所収、218頁以下(2017)」。

- 170) 山本・前掲注(11)50頁は、「約款が使用される場合」は、「当事者が約款を契約の内容にするという合意、つまり組入合意が必要になると考えられる。・・・548条の2第1項第2号(組入表示型)については、少なくとも、「ただし、相手方が定型取引合意をする時に異議を述べたときは、その限りでない。」等と定めることにより、相手方の同意がなければ定型約款は契約の内容にならないことを示す必要があったというべきだろう」とする。廣瀬・前掲注(169)173-174頁は「個々の条項の内容についての相手方顧客の認識可能性も不問とされ、『約款によるのでよい。』という合意が当事者間に認められる合意型の場合はまだしも、その合意が無く約款準備者側の『当社の定型約款によります。』という一方的な表示のみなされれば(各条項が相手方には認識できない場合にも)、契約内容化が擬制されるという表示型の場合には、顧客の約款条項に対する承諾の意思表示は問題とされない。つまり顧客の意思決定の自由は無視されることになる。総じて、日本の法案は、大量取引の効率性を優先し、契約当事者、特に顧客の側の意思、あるいは契約関係における自由な内容形成、というものを軽んじていると言わざるを得ない」とする。
- 171) 山本・前掲注(11)50頁は、「約款が契約の内容になることを正当化するためには、少なくともあらかじめ約款の内容を知る機会を与える必要があるはずである。・・・少なくとも、中間試案のように、『契約締結時までに、相手方が合理的な行動を取れば約款の内容を知ることができる機会が確保されている』ことを組入要件として定める必要があったというべきだろう」とする。
- 172) 鹿野・前掲注(167)67頁参照。

書式契約の条項の検討の機会、取引を終了させる機会、契約成立後に条項が変更される場合においては、変更された条項についての合理的な通知、変更された条項について検討する機会、変更された条項について合理的に拒絶する機会、解除の機会といった、契約成立過程に関わる要件が設定されていない。

河上教授が指摘するように、諸外国においても、約款が個別契約の内容となるためには、「原則として、合理的な手段での予め条項の認識と吟味の機会が提供され」ることと、「これについての同意を得たこと」が必要となるといった理解¹⁷³⁾からすると、改正法の示す方向性は、消費者契約における開示や説明義務の強化により、消費者が契約内容を正しく認識し、「契約を締結するか否かについての選択に資する情報提供の充実を図ろうとしてきた消費者法の展開に明らかに逆行している」ことが指摘されている¹⁷⁴⁾。

米国法におけるコンピュータ情報、ソフトウェア契約についての議論、とりわけ条項の開示を巡る議論は、必要な情報を与えられた上で、消費者が自主的に意思決定を行う機会が確保されることや、条項への容易なアクセスにより条項が比較され、事業者がよりよい良い条項を提供することが促進されることの重要性について着目するものであり、示唆に富む。

今後、約款規制に関し、取引の目的物の種類、当事者の取引的地位の格差、ProCD 事件等の裁判例で有効性が問題とされた契約条項の種類に留意しつつ、コンピュータ情報、ソフトウェア契約に関する法および、消費者契約法リステイトメント草案にみられるような同意を表明する行為、条項の開示、条項の検討の機会、条項を採用しない場合に取引を回避、契約を解除する機会等の要件についての規定、条項が変更された場合の規定、さらに、条項が

173) 河上・前掲注(9)31頁参照。

174) 河上・前掲注(9)31頁参照。河上正二「任意法の指導形像機能(Leitbildfunktion)について」NBL 1128号48頁以下(2018)は、「しかし、約款は、その隠蔽効果によって、当事者の主観的認識を遠ざけ、包括的同意によって、相手方がその内容につき従うことを要求する。その結果、約款による合意は、熟慮した合意にはほど遠い、『希薄な合意』でしかない」とする。

組み入れられた後の条項の内容規制等¹⁷⁵⁾ について検討を重ねることが望まれる。

本研究は JSPS 科研費 JP18K01399の助成を受けたものです。

175) 中田・前掲注(169)99-100頁は、インターネットで航空チケットを購入する際に消費者に余分な金銭的な負担を生じさせる条項等の「付随条項が適切に開示され、契約に組み入れられたとしても消費者がそれに大きな注意を払うことはない。消費者の関心は、チケット代金額や旅程にあるからである。それゆえ、手数料条項の合理性は」、「内容規制の問題として問われねばならない」とする。鹿野・前掲注(167)68頁は、「開示のルールに加えて、約款における不公正条項を規制することが認められるべきであろう」とする。