

浅议拆封许可合同的认定^{*}

● 贾小龙

(兰州理工大学 人文学院, 甘肃 兰州 730050)

摘要: 作为早期采用契约形式保护软件利益的延续, 拆封许可合同今天广泛存在并成为软件著作权人权利行使的主要途径之一。拆分许可合同本质上是软件著作权人与用户之间订立的格式化的著作权许可使用合同, 其效力同时受到合同法和著作权法的双重规范。

关键词: 拆封许可合同; 软件; 著作权; 性质; 效力

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1004-5465(2008)06-111-05

Analysis on the Maintain of Shrink-wrap License

JIA Xiao-long

(College of Humanities Lanzhou University of Technology, Lanzhou 730050, China)

Abstract Following the way adopted in the early days to software protection by contract law, shrink-wrap license one of the main ways that used by the copyright owner in exercising its copyright is still used extensively. It is a copyright license contract established between copyright owner and software user in essence. Its enforceability would be influenced not only by the rules for standard contract that established in contract law, but the copyright itself once have been licensed.

Key words shrink-wrap license; software; copyright; nature; enforceability

一、拆封许可合同的概念和作用

拆封许可合同 (Shrink-wrap License) 的称谓, 在英美国家, 源自于它们最初被置于软件包装盒外的热缩塑料包 (shrink-wrap) 之下,^[1] 用户一旦打开软件封装, 即可获得对相应软件的有条件使用权; 而在我国, 学者们基于该类合同的订立与购买者的拆封行为的紧密关联, 即合同订立的承诺以“打开软件封装”这一特定行为完成, 因而

形象地称其为拆封许可合同。

拆封许可合同虽已成为软件交易中不可缺少的组成部分, 但到底什么时候被首先采用, 并不清楚。^[2] 已经明确的是, 它是采用合同形式实现软件收益这种古老形式的特殊表现, 因为, 甚至在软件获得版权保护之前, 软件著作权人就已经运用合同保护他们的成果。伴随着个人计算机的普及, 软件销售已从定做型转向通用化、大众化方

* 收稿日期: 2008-08-27

基金项目: 兰州理工大学科研发展基金 (X12200609)。

作者简介: 贾小龙 (1976-), 男, 甘肃白银人, 硕士, 讲师, 研究方向: 知识产权法。

向。典型的订立合同的“一对一”谈判方式由于交易成本的增加显露出其对软件销售的阻碍,因而软件著作权人便采用事先拟定通用的合同条款、经由购买者的特定行为订立合同,这样,既降低了交易成本,适应了软件产业的发展需要,又保护了开发商基于软件产品而保留的权利。到上世纪80年代,拆封许可合同就已经成为了软件市场交易行为的明显特征。然而,迄今为止,对于何为拆封许可合同,学者们的定义并不一致。^①因这些定义局限于现象描述,故不免或繁琐、或片面,且均无法反应这类合同的本质属性。笔者以为,采用常用的“属加种差”方法,考虑到拆封许可合同的属概念为合同,它与其他合同的不同当在于当事人一方为软件著作权人,合同的内容围绕著作权许可使用而确定,以及其条款为格式条款等方面,因此,拆封许可合同是软件著作权人许可他人使用其软件的格式合同。

拆封许可合同的作用主要在于:一方面通过控制最终用户对软件的使用方式,保障软件著作权人对软件的专有权利;另一方面,延伸了软件知识产权人对软件信息的控制,满足了其要求寻求充分甚至不当保护软件的愿望。因为,只要用户启封包装,即宣告合同成立,双方当事人就特定软件所享有的权利义务得以确定,加之合同系格式合同,故软件著作权人可以轻易控制用户对软件的使用,从而保障其专有权利。同时,由于合同的订立过程中用户处于完全被动的地位,存在着严重的信息不对等,因此,对方(并非总是软件著作权人)可以轻易获得他认为充分和必要的保护。而且,现行的与软件权利保护相关的知识产权立法,如著作权法、商业秘密法、专利法等难以对软件著作权人的利益提供充分的保护^②,这也是软件开发著作权人广泛采用拆封许可合同的主要原因。通过授予软件购买者使用软件的许可而不是将软件“彻底”卖出去,软件著作权人能够保留和控制他们的产品。这种控制包括了所有权保留、用户使用限制、反向工程禁止、拒绝担保义务的声明、责任免除和法律适用选择。而且大多数拆封许可协议都是非排他性的,这也就意味着软件商可以将软件以同样的方式再次许可他人使用。

二、拆封许可合同的性质

界定拆封许可合同的法律性质对拆封许可合同的效力认定以及双方当事人具有重要意义。我国学者多以格式合同作为其效力认定的基础,^[3]个别学者就交易本身的性质进行了研究。^[4]笔者以为,拆封许可合同在本质上是著作权许可使用合同,在形式上符合格式合同的条件。易言之,拆封许可合同是格式化的著作权许可使用合同。

首先,从订立过程看,拆封许可合同是软件著作权人为节约交易费用,在生产和包装软件过程中预先确定合同条款,购买者仅有同意或不同意的权利,不能就合同的条款与卖方进行磋商,当用户拆启包装软件时,即视其接受该授权之全部条款。因此,拆封许可合同是一种格式合同。

其次,从软件销售过程看,用户取得软件的所有权仅依赖于买卖合同,通常与拆封许可合同无关。在计算机及软件发展的早期,拆封许可合同往往与软件买卖合同揉和在一起而成为一份合同,它们在订立时间和方式上是完全相同的,买卖软件之时也是软件使用范围确定之际。但随着软件通用化时代的到来,软件销售与使用许可开始分离。从用户在商店中买到一套软件到其最终决定使用软件,事实上存在两份合同——即软件买卖合同和著作权许可使用合同,它们在成立时间上通常有着明显的先后之分(买卖合同通常在用户完成价款支付和取得软件时成立,而拆封许可合同则在用户打开软件包装时成立);在成立方式上也有明显的不同(前者通过协商一致的明示方式达成,后者则以做出特定行为表明合同成立);在权利义务关系及合同主体上也不一致(前者通常在软件生产商或其代理人与最终用户之间达成,合同法律关系的客体是软件,而后者只能在软件著作权人(它与软件生产商并不总是一致)与用户之间达成,合同法律关系的客体是软件使用行为)。对此,美国统一州法全国委员会制定的《统一计算机信息交易法》(Uniform Computer Information Transaction Act UCITA;该法于1999年7月获得通过,2000年,2002年修订,作为示范法建议各州采纳)持同样的观点。该法对计算机程序、计算机信息及计算机信息交易进行了分别

定义,第 102 条第 (11)项规定,计算机信息交易是指创设、变更、转让或许可计算机信息或计算机信息中的信息权利的协议或行为。第 (12)项规定,计算机程序是指直接或间接用于计算机上以产生某种特定结果的一套语句或指令,该术语不包括分别识别的信息内容。^[5]据此在合同法上区分了传递于计算机的操作指令和传达于人的信息内容;在著作权法上,此区分事关财产权和侵权问题,而在该法中,该区分事关合同法上的风险负担和义务履行问题。该法第 209 条立法理由更是明白无误的指出许多规模化市场交易涉及三方当事人、两份合同,并在第 613 条对生产商、销售商和最终用户的权利义务关系进行了详细的规定。其结果是,立法者认为,若最终用户(被许可人)同意许可条款,则可能会对销售商和出版商(the publisher)这两个不同的主体产生依赖。^[6]

根据合同权利相对性^③以及我国合同法第 137 条之规定^④,用户通过买卖合同只取得了软件载体的所有权,并未取得软件的著作权。同时,依据前述买卖合同与拆封许可合同三个方面的不同,从而不能认为拆封许可合同就是买卖合同的组成部分,也不能认为拆封许可合同是一个独立的买卖合同,它只能被认定为软件著作权许可使用合同,该合同权利的享有依赖于三方主体(当软件著作权人与软件销售商为一人时为两方主体)之间的两份合同。

三、拆封许可合同的效力认定

鉴于拆封许可合同的前述法律性质,其效力应分别从合同法和著作权法上加以分析。

(一)拆封许可合同的效力受制于合同法的一般原理

1. 对拆封许可合同订立过程的不同认定影响到其效力。对拆封许可合同订立过程的不同认定,决定着拆封许可合同是否成立。对此,美国判例法曾持不同的态度。在第七巡回法院审理 ProCD 案之前,Step-Saver 案、Arizona Retail 案以及地区法院审理 ProCD 案时,均将买主看作要约人(因为正是买主通过向软件卖主打电话开出了订单),软件卖主看作要约的承诺人。因为买主是要约人,要约当然不会包括拆封许可协议的条

款。相反,与 Step-Saver 案和 Arizona 案的审理法院不同,第七巡回法院认为卖主是要约人,买主是承诺人。而且,第七巡回法院视软件卖主的要约是一个附条件的要约,受到拆封许可合同条款的约束,在合同被视为成立之前,其条款应当被买主单独承诺。根据 ProCD 案的事实,价款、数量和货物在被告 Zeidenberg 选定它作为购买的套装软件(标的物)、从货架上取下所需要的个数(数量)、走向商店柜台支付价款(价格)时,合同的价格、数量和标的物都已特定。至此,ProCD 案也成为了美国法院首个承认拆封许可合同效力的判例。^[7]显然,该认定符合了现如今绝大多数软件买卖的客观实际。也就是说,从软件买卖的实际过程看,要约人应是软件商,而最终用户则为承诺人。

2. 软件生产商应当为最终用户提供适当、可行的选择机会。拆封许可合同以特定行为完成承诺。虽然在各国法律上,承诺可以行为方式做出,但并非所有行为均可成立有效的承诺,从而订立合同。在拆封许可合同的订立上,只有在特定的行为系要约所认可或要求、要约本身符合要约的一般要件且在受要约人承诺之前已经充分知悉要约内容的情形下,合同才能成立,否则,就自始不能认定合同的存在。这就要求软件生产商应当在最终用户为特定行为之前,为其提供充分的、必要的知悉拆封许可条款的机会和可行的选择机会,包括向用户明确提示许可条款的存在、提供可行的阅读方式、拒绝订立合同且取得已支付价款方式等^[8],否则,均会因其对契约自由精神的妨害而影响合同的成立,从而导致拆封许可合同无效。

Tony Brower v. Gateway 2000, Inc. (1st Dept. N. Y., August 13, 1998) 案中的情形即为适例。在该案中,引起争议的原因是其争议解决条款规定“就本项软件交易所产生的任何争议应提交国际商会的仲裁机构仲裁”,而国际商会的仲裁规则规定争议金额小于 5 万美元的案件,原告应预先缴纳 4 000 美元的仲裁费,其中 2 000 美元即使最后的裁决对消费者有利也是不可返还的。法院认定这一条款是显失公平的,依据《统一商法典》第 2~302 条是无效的。因为,“将上述仲裁规则适

用于争议数额不大的软件交易实际上剥夺了消费者寻求法律救济的可能性。”^[9]

3 拆封许可合同不应不当妨害软件买卖合同目的的实现。在软件及其使用权的取得过程中,同时存在买卖合同和拆封许可合同。依前者,用户取得了软件载体的所有权,据后者,用户取得了软件著作权的部分或全部使用权。最终用户对软件载体的占有、使用、收益、处分权利,软件商不应不当限制。如多数最终用户购买软件的目的首先是使用该软件以实现预期结果,若拆封许可合同限制了用户的该目的,就等于用户订立买卖合同的目的不可能实现,这势必引起买卖合同主体之间法律关系的紧张,从而不利于维护交易的稳定。此外,拆封许可合同中的不当免责事由,也可能会不利于买卖合同目的的实现;拆封许可合同不应对抗买卖合同的内容做出实质性变更,除非最终用户明确表示同意^[5]。

4 拆封许可合同不应排除软件买卖合同中担保义务的承担。拆封许可合同的应用,既增加了软件用户的注意义务,也给软件商否认合同法规定的一些合同默示担保义务提供了可能。此外,拆封许可合同还给买卖合同强加了许多限制性内容,如软件使用方式的限制、责任免除、法律适用选择等。依据契约自由和公平原则的要求,拆封许可合同中免除己方责任、加重对方负担或不当限制对方权利的条款,如未以适当方式提醒对方注意,则该类条款无效,同时,当此类条款的存在妨碍软件买卖合同订立的根本目的时,应当认定拆封许可合同无效。

(二)拆封许可合同的效力受制于著作权的限制制度

1 拆封许可合同的期限不得长于软件的保护期限且软件著作权尚未届满。软件是适格的著作权客体,这已得到国际社会的普遍认可。著作权保护的期限性保障了著作权法促进文化传播及繁荣目的的实现,符合宪法目标和著作权保护的宗旨。保护期限届满后,作品进入公共领域,公众可以自由使用。因而,作为著作权许可使用方式的拆封许可合同,其有效条件之一便是所许可使用的著作权仍然有效,倘若拆封许可合同的期限长

于作品的保护期限而仍然使之有效,则等于合同权利优先于著作权,软件著作权的保护期限制度的价值名存实亡,从而破坏著作权法业已建立的利益平衡机制。因此,拆封许可合同的期限长于所许可软件的著作权保护期限或者被许可软件著作权业已届满者,应为无效。

2 拆封许可合同不得妨碍合理使用制度。发端于英国、成就于美国判例法的著作权合理使用制度历数百年而魅力不减,已得到各国著作权法的广泛认同,它对于平衡著作权人和公众之间的利益至关重要。从各国规定的合理使用情形看,大多保障了公众在文化、教育、信息传播和人道主义方面的非营利性自由使用。由于对拆封许可合同性质的不当理解,利用拆封许可合同限制合理使用的情形时有发生,如不分青红皂白,要求已经取得的软件的使用均需付费的情况,以及与此相类似的其他技术保护措施采用,便在很大程度上妨碍了公众对已发表作品的合理使用,甚至是彻底关闭了合理使用的大门。基于合理使用的强行法性质,在个案审查中,对于妨碍合理使用的条款,应认定为无效。毕竟,著作权保护从未给予著作权人对作品的所有可能的使用方式的完全控制。^[10]

3 拆封许可合同不得避开首次销售原则。自1908年美国联邦最高法院在 *Bobbs Merrill Co v. Staus*案审理之后,著作权的首次销售原则便被确立下来,并体现在了1909年《著作权法》第41条中。美国学者 *Patterson*讲出了首次销售原则的内涵,他认为,著作权是控制作品首次销售的权利,而未包括作品的二次销售的权利。或者说是,法律允许著作权人控制对著作权的使用,但这种控制并未延及对作品本身的使用。^[11]其目的在于消除著作权的专有性对著作权有形物质载体商品化流通的消极影响,化解著作权和物权在表达与载体合一情形下的冲突以及防止著作权人就同一表达重复获利。基于软件作品和视听作品使用方式的特殊性,首次销售原则已经进行了相应的修正,但应当明确,在不妨害软件出租权、出借权的前提下,软件商采用拆封许可合同限制最终用户再次转让软件行为应当被认定为无效。

此外,作为著作权许可使用,所许可软件应当是享有著作权的作品,倘若被许可软件本身不享有著作权,则拆封许可合同当然无效;若许可人并非软件著作权人,则应按无权处分处理。

注 释:

①如林在志、钟奇在《网络时代的格式合同——论拆封合同与点击合同》(人大报刊复印资料《民商法学》2001年第5期)一文中认为:“拆封合同是指计算机软件销售商在出售其软件产品时,经常采用的印刷在封装好的软件包装上或保存于软件包装内的格式合同条款;如果用户购买后拆开封条、打开包装并使用该软件,就意味着用户已同意接受该合同条款,并受该条款约束。”于宏伟在《试析拆封授权合同》(《法学论坛》2003年第1期)一文中认为:“所谓拆封授权合同是一种套装软件授权形式,其条款通常附随于有形的磁盘和只读光盘上,非常典型的是在软件包装的内部印刷或记载着授权条款。”楚静在《从 ProCD公司诉博登泽格一案探讨拆封授权合同的效力及规制》(《中国水运》2007年第7期)一文中认为:“拆封授权合同(shrink-wrap contract/shrink-wrap agreement),又称拆封合同,是指由一方当事人预先拟定,对方当事人只能凭包装上的条款、提示进行意思表示,付款接受标的物后方可知晓合同内容的格式合同。”

②尽管自上世纪70年代以来,软件就已经开始成为了著作权保护的适格对象,但著作权法保护表达而不保护思想的做法使得软件著作权人的利益始终难以获得充分的保护,因为利用不同的表达形式实现相同或相似功能的软件是完全可能的;专利法保护虽然可以弥补这一缺憾,但因绝大多数软件难以符合专利实质条件且审查程序冗长、繁琐从而难以成为软件的通用化保护方式;商业秘密保护虽然在表面上消减了前两种方式的不足,但其无法禁止反向工程以及将软件秘密化的做法显示了与软件产业本身发展的不相吻合。

③合同权利是相对权,与知识产权的绝对权形成对照,据此,合同权利不能对抗他人的著作权,也不能妨害他人著作权的行使。

④《中华人民共和国合同法》第137条规定:“出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的,除法律另有规定或者当事人另有约定的以外,该标的物的知识产权不属于买受人。”

⑤见美国联邦第三巡回法院在 Step-Saver Data Sys v. Wyse Technology案审理中对拆封许可合同的否定理由,即法院拒绝了 TSL关于拆封许可合同应当被视为 207 条(1)下的附条件接受的主张,理由是根据《统一商法典》第二章 207 条(2)(b),这样的附加条款不能包含在双方合同之内——正像在商业合同中一样——如果这些条款实质性改变了当事人的协议。

参 考 文 献

- [1] David G. Post SHRINKWRAP LICENSES AND LICENSING ON THE INTERNET[DB/OL]. <http://docs.law.gwu.edu/facweb/dnuziato/shrinkwrap.htm>.
- [2] Aunya Singsangob A Validity of Shrinkwrap and Click-wrap License Agreements in the USA: Should we follow UCITA [DB/OL]. http://legalaid.bu.ac.th/files/articles/A_VALID_OF_SWL.pdf.
- [3] 郝文江. 电子商务中格式条款的法律效力研究[J]. 信息网络安全, 2006, (2~3); 于宏伟. 试析拆封授权合同[J]. 法学论坛, 2003, (1); 李元彬, 孙俐俐. 试论拆封授权合同[J]. 政法论丛, 2003, (6).
- [4] [9] 林在志, 钟奇. 网络时代的格式合同——论拆封合同与点击合同[J]. 民商法学, 2001, (5): 62-63.
- [5] UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT[DB/OL]. (Amended 2000, 2002). 25. http://www.law.uh.edu/ucc2b/UCITA_final_02.pdf.
- [6] UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT[DB/OL]. (Amended 2000, 2002). 197. http://www.law.uh.edu/ucc2b/UCITA_final_02.pdf.
- [7] David L. Hayes The Enforceability of Shrinkwrap License Agreements On-Line and Off-Line [DB/OL]. http://www.fenwick.com/docstore/Publications/IP/IP_Articles/Shrinkwrap.pdf.
- [8] Thomas J. Smedinghoff Online Transactions: The Rules for Ensuring Enforceability in a Global Environment[DB/OL]. <http://www.bakemet.com/eccommerce/7-etran-req.pdf>.
- [10] Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 432 (1984).
- [11] 吴汉东. 知识产权基本问题研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005. 324.