

## 软件拆封合同比较研究文献检索报告

薛姣

**【作者简介】**薛姣，浙江大学光华法学院法学理论专业博士研究生，浙江警察学院法律系讲师。

**【指导教师】**罗伟，美国华盛顿大学法学院图书馆。

**【收稿日期】**2012年6月10日。

**【主要读者】**对此领域有兴趣的民商法研析者和实务人员。

**【版权声明】**本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

### 一、文献检索报告的选题和研究方法

选题的软件拆封合同，几乎是现代人类每天都会接触的合同类型，因为只要使用电脑就不可避免地会选择和接受软件协议。拆封合同这种格式合同的使用几乎成为计算机、软件、网络行业的惯例，格式合同成为一个全球性的问题。此类“先付款，后条款”或“先同意，后条款”形式的拆封合同对合同法是一个挑战，因为消费者在购买软件、支付价款、安装软件时，往往没有机会阅读，或者不愿意阅读充满法律术语、枯燥冗长的协议，很可能消费者在作出承诺时意思表示并不真实，有可能有错误点击或仓促下未仔细考虑就点击的情况，这类争议一般是在出现问题后才“暮然”发现软件文件中竟含有限制其权利的条款，继而付诸诉讼。因此，承诺是否可以撤销成为了软件拆封或者电子点击合同考量的一个问题。软件拆封协议的成立、解释问题值得探究。题目还牵涉利益平衡和法律选择（合同法、知识产权法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等）的问题，具有研究价值。选题从拆封合同入手，主要采用比较的方法，综合分析这类软件拆封合同的特点与效力。

关于研究方法，文章主要采取比较的研究方法。虽然说，比较研究的方法已经广泛运用于各个部门法的专题研究，甚至有滥化之嫌，但是国内比较的文章大多流于形式，制度和法条层面比较更为多见。然而比较法作为一种研究方法，从功能性上讲，起的是一面明镜的作用，照彼及己，求同存异，去芜存菁，起到解释本国法疑虑，填补漏洞，促进各国间的法律活动、加强法律的互通和和谐等作用。比起单纯介绍他国相关制度而言，在差异和共性的流转之中寻求制度所蕴涵的共同价值（Common Core Value）应是该研究方法更大价值所在，这也是我在研究拆封合同这个全球性问题（Global Issue）中，希望达到的一个目标。

特别地，我要感谢罗伟老师敦敦教诲，罗老师治学态度、工作作风、高尚师德和人格魅力都给我留下了很深的印象。我本人是一名在职研究生，也从事教育行业，深知教书育人的重要性，尤其是对方法的传授，所谓“授之以鱼不如授之以渔”。掌握了正确有效的检索方法不仅是对我自己写作上裨益良多，也经由我之手可惠及我的学生，实乃我等之福。囿于时间、精力、场地等原因，我的检索报告或许不是那么夯实、精美，可谓是仓促之作，肯定会有很多不足，还恳请老师不吝赐教。

搜索关键字：拆封协议(Shrink-wrap License)；大众市场条款(Mass-Market License)；软件协议(Software Licensing)；点击合同(Click-wrap Contract / Browse-wrap contract/Web wrap Contract)；合同成立(Contract Formation)；对价(Consideration)；计算机法(Computer Law)；比较法(Comparative Law)；利益衡量(Balance of Interest)

### 二、检索报告阅读对象

本文选题实为兴趣之所向，并非毕业论文定题，检索报告阅读对象包括对此领域有兴趣的民商法研习者和实务人员。

### 三、法律检索资源

根据罗伟老师的介绍，法律资源可参考普通法系国家，特别是美国法律学者按照渊源或约束力的分类方法，将文献信息分为两个层面：（1）原始文献资源或称一次资源，主要是国家立法机构和政府制定颁布的法律、行政法规、部门规章、法律解释（立法解释、司法解释、行政解释）、加入和签订的条约、公约等，在普通法系国家还包括司法判例和决定；（2）二次资源，指的是研究、评论、解释一次资源的文献和信息，主要包括图书（学术与实务）、硕士或博士学位论文、法学评论文章等。本文的中国法律资源的检索工具主要是通过北大法律信息网、法意网、中国知网、中国法院网、OPAC、Worldcat、浙大图书馆网站；美国法律资源的检索工具主要是：Westlaw, LexisNexis, HeinOnline, WorldcatJStor, PAO, EBSCO, ProQuest, SpringerLink；欧盟法律资源主要是通过纽约大学法学院图书馆的 European Union Research, Westlaw 和 LexisNexis 的商业数据库，欧盟在线（Europa）及欧盟理事会、欧洲委员会网站；国际法律资源的检索工具有 Westlaw, Lexis, Heinonline, UN.org,；其他国家的法律资源检索是通过如 Global legal Information Network (Glin), Foreign Law Research, World Legal Information Institute 等获得。

### 四、原始资源/一次资源

纵观各国合同法或判例多有规定和论述，可供搜索的美国案例很多，虽然各州案例的判决结果不尽统一，但对拆封合同的效力问题，总体倾向是从否定到肯定发展过渡。欧盟在它纷繁复杂的指令（Directives）中也有相应的规定。其他国家，明文承认者有之，否定者有之，不置可否者有之。

#### （一）中国法篇

在我国合同法上，软件拆封合同尚属于法律灰色区域，因为软件拆封合同的特殊性和复杂性，注定了软件拆封合同需要有不同的立法对待，但法律上对这种格式合同的规范显然不足，从而造成许多以这类合同为诱因的侵害消费者权益的纠纷。

#### 1、法律

- 1999年《中华人民共和国合同法》第10条，第11条，第25条，第26条，第33条，第40条（1999）

第十条，第十一条：在合同形式要求上，我国合同法创新性地以“其他形式”的方式吸收接纳数据电文形式，第11条将电子数据交换、电子邮件等视为书面合同。

第二十五条：一般来说，承诺作出，合同就告成立，而对拆封合同，是否应该给予一个合理撤销期间的限制？否则若承认合同点击即成立，消费者事后只能以重大误解为由撤销合同，但是撤销合同只能向法院作出，手续繁琐，不利于保护消费者。然而合理撤销期间该如何设置，才能很好地平衡消费者和合同提供者的利益，不至于过于向一方偏颇，或许需要我们比较研究后才能得到合理的答案。

第二十六条：采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定，而第16条采取的是到达主义。根据该条，“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”合同法的规定区别了要约和承诺的收到时间，并规定两者都适用同样的规则。

第三十三条：该条规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。从该条反映的意旨看，实际上是鼓励当事人尽可能采用确认的方式。而从电子商务的实践看，确认书或许也是必要的。因为一方面，点击过程往往十分短暂，难免会发生考虑欠妥或轻率承诺的现象，更有可能发生点击的错误。另一方面，电子信息在传送中也可能由于各

种原因导致传送不完整,甚至丢失、篡改。合同法33条虽然只是一种建议性而非强制性的规定,但鉴于电子合同的特殊性和交易安全的考虑,软件拆封或者网上点击合同应以确认书签订而宣告成立,似乎更为妥当。该法条因此也是文章需要重点考虑和考查的问题。

第三十四条:涉及的是合同成立的地点问题。强调收件人的主营业地为合同成立的地点,但是网络公司主要经营活动都是在互联网上进行的,公司本身不一定有固定的经营场所。

第四十条:软件拆封合同作为一种格式合同,需满足法律对格式合同的规定,提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款无效。

● 2002年《计算机软件保护条例》第18条,第19条(2002)

《软件保护条例》第18条规定,许可他人行使软件著作权的,应当订立许可使用合同。第19条规定,许可他人专有行使软件著作权的,当事人应当订立书面合同。可见,除专有许可外,软件著作权许可使用合同可以是非书面形式。在实践中,许多软件都是由软件著作权人事先拟订格式合同,由软件购买者在安装软件的时候按照要求表示接受标准合同条款后才能安装和使用。根据《计算机软件保护条例》的规定,这种合同具有法律效力。

● 1994年《消费者权益保护法》第7条,第8条,第24条(2009)

第七条:消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。那么消费者的隐私权保护是否可以从此条中找到依据?需知个人数据保护、信息网络管制方面,均需要保护公民的隐私权,否则损害后果十分严重。

第八条:赋予消费者知情权,应用到软件拆封合同或点击合同中,法律就要求出卖人对消费者负有完全披露义务,在订立合同之前需要在网上就出售的商品或软件作出说明。

第二十四条:对格式条款进行严格限制。有些网络经营者提供的格式合同异常复杂,作为普通消费者很难看懂和理解,也不能期待消费者花太多时间一一阅读,由此表明网上的格式条款相较于一般的格式条款,更需要法律作出规定。尤其是对网络故障或者交易受黑客攻击的情况,格式条款提供者是否可以免责,应该进一步做规定。关于格式条款的提请注意的问题,也值得探讨。

## 2、案例

● 《郭力诉河南连邦软件有限公司等计算机软件著作权许可使用合同纠纷案》,(2006)一中民初字第14468号(载《北大法律信息网》【法宝引证码】 CLI.C. 387520)

原告郭力于2006年起诉连邦、微软,认为其格式合同中的霸王条款无效,该案数次开庭,迟迟不得判决,相隔5年之后,北京第一中级人民法院判决认为微软的限制责任条款和排除损害赔偿等条款无效,确认最终用户许可协议整体有效。

● 《英特尔公司(Intel Corporation)与北京东进信达科技有限公司限制使用软件许可协议纠纷上诉案》,(2005)高民终字第1379号(载《北大法律信息网》,【法宝引证码】 CLI.C. 23039)

在该上诉案中,北京高级人民法院审理认定软件所附带的《限制使用软件许可协议》有效签订,签订地在北京海淀,北京第一中级法院有管辖权。而对《限制使用软件许可协议》中关于管辖法院应为新泽西州法院的约定判为无效。

● 《易趣网络信息服务(上海)有限公司诉刘松亭支付网络平台使用费案》,上海市静安区人民法院,2001年(载《北大法律信息网》,【法宝引证码】 CLI.C. 23941)

被告刘松亭一项答辩称:原告的《服务协议》过于冗长,致使用户在注册时不可能阅读全文,故被告不应受该协议的约束。被告发布的信息经常遭原告的无理删除、修改,因此不同意全额支付原告起诉的服务费。静安区人民法院经审理查明:“本田一郎”用户名是被告之父注册使用的,被告也认可此点。该院认为:原告制订的《服务协议》,经被告确认后即对双方产生约束力,故该份《服务协议》应认定为合法有效,双方均应遵守。

### (二) 美国法篇

拆封合同缘起于美国软件销售行业,美国对拆封合同规则的讨论极为丰富,甚至在 American Jurisprudence 的 Computers and the Internet 的第八部分 A § 102- § 106, 专题讨论拆封合同和点击合

同的效力和规制问题，成果不可谓不丰硕。美国判例法的发展经历了从否认到认可的阶段，其发展和判决的理由对于我国对拆封合同的研究极富启示作用。

## 1、法律

美国各州有各州的合同法，既有成文法，也有案例法，各州普遍适用的法律主要有美国合同法重述(第二版)和统一商法典。另外，在 Westlaw 中的 popular resources 的 uniform law annotated 找示范性的法律，搜得统一计算机信息交易法和统一电子交易法两个示范性的法例。《统一计算机信息交易法》与《统一商法典》一样属于示范法，并没有直接的法律效力，其能否转化为生效法律取决于各州是否通过立法途径对其予以采纳。

### ● 《统一计算机信息交易法》(Uniform Computer Information Transaction Act) (2002)

这是美国统一州法委员会(NCCUSL)于1997年制定的示范性法律，目前只有2个州采纳，并且长期以来因为对消费者权益保护不足而广被诟病。不过，对于研究拆封合同来说，该法是最全面的成文法借鉴。

§ 209: 规定关于大众市场许可证条款(Mass-market License)规定，对消费者三个权利：明示的同意(manifested assent)、事先审查(Licensors' opportunity to review)、退货和赔偿权(Right of return and reimbursement)予以了明确认可。

§ 122, § 123: 规定了终端用户基于下述两个条件，可以退还软件：(1) 如果其在付款前未获得许可条款预审的权利；(2) 或者不同意用户许可中有关条款。

### ● 《统一电子交易法》Uniform Electronic Transaction Act(2002)

美国一向以来对合同的承诺和要约采取的是邮箱规则，但是邮箱规则在电子商务环境下的适用遇到困难，《统一电子交易法》应运而生。

第14条 a 项和 b 项：当事人电子代理人之间的行为可以成立合同，即使没有人知道或检查电子代理人的行为及其相关条款和协议。

第15条 e 款和 f 款：对电子信息接收效力的规定(1)若电子信息的接受有法律效力，即使没有任何人注意其接受，同样有效；(2)收到电子信息的电子承认证明收到了该信息，但是接受本身并不证明发送的内容和收到的内容一致。

### ● 《统一商法典》(Uniform Commercial Code)第2篇(2003)

美国《统一商法典》(UCC)是由统一州法全国委员会(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws)和美国法学会(American Law Institute)主持起草的，第二篇，即 Article 2, 名为买卖(Sales)，实际地位相当于美国合同法。传统上，UCC 2-207款对拆封合同进行规范，但为了应对电子通信新时代的挑战，美国统一州法委员会1991年成立起草修改委员会，于2003年完成修改，在《统一商法典》(U.C.C) 2-204条规定基础上，增加有关调整电子商务的法律规则的内容，即在2-103条增加 B 项，规定了对电子格式条款进行提示的“显著性”要求。根据这一规定，网站发布的涉及合同条款的信息，必须足以引起条款接受方的注意，并且有助于吸纳来条款的当事人预见相应的结果，并作出合理的行为。可以说，美国在这方面已经迈出实质性一步。

### ● 《美国法典》(United States Code)第15篇7031条(2011)

规定商务部长需采取必要手段推动和认可国际贸易中电子签名的有效性，参照 1996 年联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》的有关原则和要求，大力促进国际贸易中电子签名的使用，扫除电子交易中的必须纸质的形式障碍，允许交易双方就交易形式进行有效地约定，承认电子签名的证据效力。

### ● 《美国联邦行政法典》第12篇第609.910条(2012版)

类似于《全球暨全美商业电子签章法》(Compliance with the Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 简称 E-SGN)的实施细则，该条细化和确定了 E-SGN 的适用范围和效力、消费者的特别保护(如特别知情权)、免责条款的要件、承诺的构成等内容

## 2、判决先例

美国法在长达四十年时间里对不公平的条约不予以承认，美国判例法一般要求拆封合同若要确定有效必须满足：(1) 需要消费者明知受条款约束，即标示要醒目具体；(2) 在消费者同意之前，需要给其审

查条款的机会；(3) 要有行为表示同意合同条款。

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

这是拆封合同发展中具有里程碑意义的案例,在本案中,美国法院首次明确确认拆封合同的效力。原告的诉讼请求中包括侵权和违约两个请求权,但原告编汇的电话簿并不具有版权法所要求的独创性,因此法院只能在违约请求权中做文章。美国联邦第七巡回上诉法院推翻初审判决,运用经济学分析的理论,认定拆封合同有效。当然,ProCD案仅在美国联邦第七巡回法院辖区内有拘束力,影响力受局限。

- Brower v. Gateway 2000, Inc., 246 A.D.2d 246, 676 N.Y.S.2d 569, 37 U.C.C. Rep. Serv. 2d 54 (1st Dep't 1998)

案情与ProCD类似,争议的焦点在解决争议条款,认为该条款显示公平。法院的态度是,认定拆封合同有效,但是对于显示公平的条款确定为无效。也即,“接受或返还”(Accept or Return Agreement)是有效、可执行的。

- Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie Inc., 47 U.S.P.Q.2d 1020, 1998 WL 388389 (N.D. Cal. 1998)

该案是美国加利福尼亚地区法院1998年审理的,第一次确认了点击合同的效力。该案中被告Van Money Pie使用Hotmail公司提供的邮箱散发垃圾邮件,Hotmail公司认为被告的做法有违点击合同的约定,且侵犯到它的商标权,其诉讼请求获得法院的支持。

- Specht v. Netscape Communications Corp., 306 F.3d 17, 48 U.C.C. Rep. Serv. 2d 761 (2d Cir. 2002)

这是美国最早关于浏览合同的判例,基本情况是:被告Netscape通讯公司在其网站上免费提供一种下载软件,但当用户使用这个软件在网上浏览时,被告暗中传递用户私人信息。用户在下载开始后,被告网页上有个特殊链接“请审查并同意Netscape下载软件使用许可协议的条款”,而该条款只有在网页最底端才能看到。Netscape公司并不要求浏览者点击“我接受”键,也没有提醒下载者,辩称使用者只要下载使用该软件,就视为接受他们的条款。上诉法院认为,对合同条款合理的、显著的通知,并且用户做出明确的同意是必须的。

### (三) 欧盟法篇

#### 1、法律

欧盟法律渊源可分为成文法(条约、制定法)和不成文法(一般原则、判例)两大类。期中,条约是欧盟法律中最重要的基本渊源。而在制定法中,又包括理事会和委员会制定的条例(regulations)、指令(directives)和决定(decisions)

在欧盟层面,笔者找到的拆封合同有关的主要有三个:

- 《远程销售指令》The Distance Selling Directive(DSD 1997/7/EC)

该指令并不只在电子合同领域内适用,包括使用通信手段缔结的所有有偿合同。对远程销售商通过自动销售手段销售的行为,或者以倾销手段销售的行为,指令保护消费者有否定其效力的权利,另外还赋予消费者特殊撤销权。

- 《电子商务指令》The Electronic Commerce Directive(ECD 2000/31/EC)

《电子商务指令》旨在推动欧盟电子商务的发展。主要内容包括:(1)规定来源国原则。即明确规定了禁止其他成员国提供的信息服务设有任何限制,同时规定了各国须承担监督该禁止贯彻情况的义务。(2)规定了信息标准,对中介服务提供者的责任以及电子合同的法律予以了明确的规定。(3)规定了电子合同的缔结。指令的第九条到第11条对电子合同的缔结予以了规定。第九条规定的是电子合同的发送方式及实现形式。第十条是对消费者保护方面。第十一条是关于电子合同要约的发出问题。

- 《不公平条款指令》Unfair Terms Directive (UTD 1993/13/EC)

这个指令旨在保护消费者和规制各类格式合同,对联盟国提出“底线”(minimum)规制的要求。在指令的附录部分,列举了17种不同形态的不公平条款,其中第(i)款与拆封合同有关,其言若某条款/合同目的在于或者实质上产生这样的效果——在合同缔结之前,消费者并没有实质机会审阅条款内容却不得受其拘束——此类条款或合同是不公平的。这与美国的UCITA 209条规定恰恰相左。

## 2. 判例

- Case C-240/98, Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero, 2000 E.C.R. I-4941

欧洲法院 (European Court of Justice) 认为, 关于诉讼管辖的条款中, 被告通过格式合同选择卖方主要营业地, 而非与此相距遥远的消费者所在地, 是不公平的, 因为其有违诚信, 交易双方权义严重失衡, 并且损害到消费者的利益。对研究拆封合同的意义主要在于, 很多拆封合同中合同提供方都限制了诉讼管辖地于被告住所地, 这类条款是否公平? 此案给予了欧洲法院的一个解答。

### (四) 国际法篇

联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 推动全球电子商务的立法, 与拆封合同相关的有《电子商务示范法》(Model Law on Electronic Commerce, 1996), 虽然该法不具直接国际法约束力, 但业已成为各国规范的典范。2006年, 中国签署了联合国《国际合同使用电子通信公约》(Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts), 该公约是在联合国《电子商务示范法》和《电子签名示范法》基础上制定而成, 现在有18个签署国。

- 《电子通信公约》Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (2006)

《公约》的目的, 是在对国际合同使用电子通信的情形中增强法律确定性和商业预见, 解决电子合同缔约的基本规则。于2005年11月23日由联大通过。《公约》要解决的问题包括: 如何确定一方当事人在电子环境中的所在地; 电子通信的收发时间和地点; 使用自动信息系统订立合同; 确立电子通信和纸面文件 (包括“原始”纸面文件) 以及电子认证方法和手写签名功能上等同所使用的标准, 等等。公约第7条, 关于当事人身份披露规范, 第13条合同条款的备查。

## 五、二次资源

### (一) 中国法篇

#### 1、图书类

- 王利明:《合同法研究(第1卷)(修订版)》, 中国人民大学, 2011年

王利明是民法界的权威, 在这本书中他专设一章讨论电子合同这一前沿问题, 提出在电子合同中可采用签订确认书, 以确认书签订时间作为合同成立时间, 承诺的撤回等处理意见, 具有一定的启示。

- 刘万喙:《电子合同效力比较研究》, 知识产权出版社, 2010年

通过对贸法会电子商务的两个示范法、UECIC 以及相关国家国内立法和司法中关于电子合同效力的问题进行比较研究, 指出各国立法和司法的差异, 同时对相关问题提出理论和实践上的解决方案。该书理论性不强, 但是能够提供较为丰富详实的资料, 对文章的写作具有资料补给上的帮助。

- 杨楨:《英美契约法论(第4版)》, 北京大学出版社, 2007年

该书将英美合同法的知识体系提纲挈领地加以阐释, 特别对电子商务与契约法设立专章讨论, 区分 EDI 和 B2B 模式, 就契约何时成立、承诺何时成立, 维也纳买卖公约、欧盟内部市场电子商务咨询社会服务法律观点指令、美国相关规范等做了一定的介绍, 对笔者的研究提供一定的思路和素材。

- 尹田:《法国现代合同法:契约自由与社会公正的冲突与平衡》, 法律出版社, 2009年

该书围绕“契约自由与社会公正的冲突与平衡”这一主题, 介绍法国当代合同法学理论、合同立法、司法的历史和现状。有助于笔者理解法国合同法律制度, 更好理解拆封合同在法国的规制及原因。

- 高富平, Thomas Hoeren:《中欧电子合同立法比较研究》, 法律出版社, 2009年

电子商务的核心在于电子合同, 该书以一半中文一半英文的形式, 从比较的角度介绍了欧洲和中国的电子合同立法、执行情况, 探讨目前我国现行法已经解决了哪些问题, 还需解决哪些问题, 而这些问题在欧盟是如何解决, 在我国应该如何解决的问题。

- 皮埃尔·勒格朗, 罗德里克·芒迪主编; 李晓辉译; 齐海滨, 吴静校:《比较法研究:传统与转

型》，北京大学出版社，2011年

收录了当今世界上最杰出比较法学家的14篇论文，汇集了多种比较法研究方法的典型表现形式，展示各自对比较法律研究本质的看法和各自开展比较法研究的前提假设，考虑到本文是采用比较的方法，这些学者的论文无疑提出了一种开阔性的思路和创新性地方法。

## 2、硕士或博士学位论文

- 连洲雄：《拆封合同利益平衡研究》（暨南大学硕士学位论文，2008年）

该硕士论文的贡献之处在于讨论了拆封合同双方利益关系，进行利益衡量，分别从消费者角度和软件开发者角度来分析拆封合同对他们产生的利弊。在对拆封合同有效性分析时，提供了独特的视角。

- 王同军：《计算机软件许可使用之法律问题研究》（中国政法大学硕士学位论文，2005年）

从知识产权保护的角度，比较全面讨论与软件许可相关法律问题的文章，分析使用许可合同的特征和法律特点，对该合同在理论上和实务中的性质和作用进行了探讨。将软件许可使用进行比较细致额分类，如独占许可、独家许可、普通许可及法定许可和强制许可等。大致浏览后，感觉讨论还是比较细致的，内容涵盖也较广泛。

## 3、法学评论文章

- 于海防，姜泮格：《软件交易拆封合同的一般性研究》，载《法学论坛》，2009年第2期

该文讨论了拆封合同知识产权法和合同法的双重争议，认为承认拆封合同的效力在更大程度上是一种宏观上的价值判断与利益取舍。使用拆封合同进行软件销售是计算机业合理的商业惯例，无害于自由竞争与消费者的根本利益，并且当事人的合意可以得到认定，因此应认可拆封合同的效力。软件的标价陈列应认定为拆封合同的要约，但以退还请求权的赋予为前提；按键点选以表示同意的行为应认定为拆封合同的承诺。

- 李赛敏：《拆封合同的成立与效力 兼评郭力诉微软公司等拆封合同无效案》，载《中国专利与商标》，2011年第4期

作者是北京最高院的法官，其从实证的角度，分析拆封合同在我国法院的效力认定等问题，代表了我国对于拆封合同的主流态度，文章主要比较了美国的 ProCD 案件和美国 UCITA 条款的规定，缺乏创新性的见解，但贵在从案例分析的角度给予了拆封合同在我国的适用实证上的支持。

- 于静：《电子合同若干法律问题初探》，载《政法论坛》，1997年第6期

属于比较早探讨电子合同中法律问题的文章，但是其提出的问题，如电子合同的书面效力、订立的过程和反思等至今具有讨论的价值。

## （二）美国法篇

### 1、图书类

- Steven J. Burton, Principle of Contract Law(3th Ed., Thomson West, 2006)

美国法学院的教科书，属于 case and materials 系列，各章列举最著名或最有争议的案件，其中对 ProCD 案、Gateway 案都有提及，对笔者把握美国法上拆封合同重要案例有很大帮助。

- Lon L. Fuller & Melvin Aron Eisenberg, Basic Contract Law (7th Ed., Thomson West, 2001)

该书第十一章将原来第六版的标题“Contract Concluded by Correspondence”更改为“Transaction at A Distance”，并大幅修订了既有内容。该章绪论中明确指出：传统邮件递送时交易所适用的法律原则，因为新兴科技的迭替而于近期立法中加以修改，尤其是英美法的“邮件信箱规则（mailbox-rule）”，在诸多判决先例的解释中始终保持其“横平、实际的分配邮件往来的交易风险”原则的适用，但亦产生许多问题。不过详细阅读本书该章，发现列举的案例内容比较陈旧，可能不是特别符合现状。

- PDV Marsh, Comparative contract law: England, France, Germany, (Aldershot, 1994)

此书历时久远，但是对英国、法国、德国的合同法以比较的角度予以介绍，可以使笔者有个全面的认识。从这点意义上讲，借来一阅还是有必要的。

- Basil S Markesinis & Hannes Unberath & Angus Johnston, The German Law of Contract--A

Comparative Treatise(2th Ed., Hart, 2006)

对了解德国合同法很有帮助,尤其是中国袭承德国法良多法律制度,比较德国法谈问题更有参照性和说服力,该书第2章介绍了合同成立的有关内容,如要约(antrag)、承诺(Annahme)、订约错误、代理等问题,由此德国合同法可窥一斑。

- John Dickie , Producers and Consumers in EU E-Commerce Law (Hart,2005)

这本书是在 Worldcat 上找到的,没能有机会翻阅,但相信这本书可以提供欧盟电子商务的实务做法,具有较高的参考价值。

## 2、法学评论文章

- Bruser, Form Contracts in an Online World: The Enforceability of Click-wrap and Browse-wrap Agreements. 55 Fed. Law. 14 (2008)

该文比较概念性或者说概括性地介绍了点击和浏览合同的成立、生效。指出在大多数案件中,点击合同往往是被认定为是有效的,而浏览合同的效力却悬而待定,何种提示谓之明显,何种同意谓之明示在不同具体情境之下存在很大的摆幅空间。全文感觉更像是实务类指导。

- Davis, Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap. 22 Berkeley Tech. L. J. 577 (2007)

作者主要正对点击合同中的管辖选择条款、法律选择条款、仲裁条款、软件使用协议、服务协议、免责条款等进行分析,提出现行分析框架的不足,构建点击合同中的预设同意理论。

- Hillman and Barakat, Warranties and Disclaimers in the Electronic Age. 11 Yale J. L. & Tech. 1 (2008/2009)

该文以实证研究的方法,研究的是互联网上明示担保和免责做法。作者提供几乎涵盖所有网站和软件最终用户协议的大量研究数据,探讨电子免责条款的效力、证明力及问题成因,进而提出立法建议。

- Winter, The Rap on Clickwrap: How Procedural Unconscionability Is Threatening the E-commerce Marketplace. 18 Widener L. J. 249 (2008)

介绍美国电子商务合同的发展,从判例和 UCC 2-302入手,着重分析订约中程序不公平(Procedural Unconscionability)的问题。

- James R. Maxeiner, Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives,28 Yale J. Int'l L. 109(2003)

分析比较了美国 UCC 关于电子格式合同的相关规定,回顾美国 UCC 修改的历史和原因和 UCITA 的产生,提出欧盟以及德国(German Standard Terms Statute of 1976)的相关法律和案例,着重从保护消费者权益的角度,开拓分析途径。