



粮食和农业遗传资源委员会
代理粮食和农业植物遗传资源国际条约临时委员会

表示接受材料转让协定条款和条件的方法：拆封协定和点击协定

Sebastian Moore¹ 和 Gerald Moore²

本文是应代理粮食和农业植物遗传资源国际条约临时委员会的粮食和农业遗传资源委员会秘书处的要求而准备的，目的是向起草标准材料转让协定的联络组提供有关拆封协定和点击协定的背景情况，该联络组是在临时委员会第二次会议上成立的。

本文件内容完全由作者负责，并不代表粮农组织或其成员的观点。

¹ Sebastian Moore 是一位在伦敦执业的律师，专门研究知识产权问题。

² Gerald Moore 是粮农组织顾问，国际植物遗传资源研究所名誉研究员及粮农组织前法律顾问。

	页 码
内容提要	1
第 1 章： 引言	2
第 2 章： 一般考虑	3
第 4 章： 拆封协定和点击协定在粮食和农业植物遗传资源转让过程中的使用	5
第 5 章： 拆封协定的可执行性	6
5.1 消费者保护法	6
5.2 权力	7
第 6 章： 若干司法权范围内拆封协定可执行性概况	8
6.1 美 国	8
6.2 英 国	8
6.3 法 国	8
6.4 德 国	9
6.5 荷 兰	9
6.6 新 加 坡	9
6.7 香 港	9
6.8 加 拿 大	9
第 7 章： 提高拆封形式材料转让协定可执行性的建议	11
第 8 章： 法律选择	12
第 9 章： 点击合同	13
第 10 章： 结论和建议	14

表示接受材料转让协定条款和条件的方法： 拆封协定和点击协定

内容提要

1. 表示接受合同条款的传统方法就是书面签字的方法。但书面签字对需要遵守的一份合同来说不是法律必须的。事实上，日常生活中每天都要签订许多合同，根本无须任何书面合同。由于要求书面签字很难，而且延误是要求书面签字的固有特点，现已经制定了表示接受合同条款的一些新方法，尤其是在信息技术产业。例如，所谓的“拆封”合同和“点击”合同。出于类似的原因，国际农业研究磋商小组下属各中心在签署材料转让协定方面一直沿用“拆封”合同形式。这符合“国际条约”的要求，即应迅速提供从多边系统获取粮食和农业植物遗传资源的机会。到目前为止，有关这类合同的经验都是肯定的。但是必须承认，在国家法律体系中，这类合同形式的有效性仍处在初级阶段。拆封合同和点击合同的可执行性可通过在贸易中确保众所周知材料转让协定的条款，特别是标准材料转让协定（SMTA）条款。总之，在国家法律中，如果可指定粮食和农业植物遗传资源接受方选择表示接受材料转让协定条款的方法，点击合同协定可能比较容易执行。

表示接受材料转让协定条款和条件的方法：
拆封协定和点击协定

第1章：引言

2. 标准材料转让协定条款专家组确定了条款的3个选项，以确保接受方在接受多边系统材料方面遵守标准材料转让协定。第一个选项是基于“拆封”合同概念的规定³，第二个是经签署的合同，第三个是两用合同，其由接受方决定签署与否。本文件对若干关于在上述选项中做出抉择的意见进行了评议，尤其是关于拆封合同在不同国家法律体系中的可执行性问题。

³ 该条款适用于包含在所涉及的产品密封包装内或印刷在包装上的合同，打开包装的举动就意味着同意该合同。

第 2 章：一般考虑

3. 表示同意受法定协定约束的传统方法就是适当的授权人签字。要求这样的签字有利于澄清下列几点：

1. 接受方已明确同意协定条款；以及
2. 签字的人是适当授权的，因而要求接受方要履行协定条款。

4. 适当的授权人签署协定无疑是确保接受方在法律上遵守协定条款最有效的方法，也是所有法律系统认可的一种方法。

5. 尽管签署书面协定在法律上比较理想，但签字不是双方形成具有法律约束力合同的关键因素。绝大部分（如果不是全部的话）法律系统都承认不成文合同，只要明确双方都愿意达成受法律约束的和可执行的合同。零售市场的产品销售就是不成文合同的一个实例。

6. 即使已有书面合同条款，在缔结一份有法律约束力的合同及交接协定主要内容方面，附加的书面签字要求本身也可能会引起无法接受的延误，即使作为目标材料转让先决条件的具法律约束力的协定已经存在。为此，尤其是信息技术产业已采用了新的合同形式，如所谓的“拆封”合同和“点击”合同，其避免了书面签字的要求。

第 3 章：拆封协定和点击协定

7. 软件产业中使用“拆封”协定至少已有 20 年。合同条款随软件包装一同提供。典型的做法是，包装上的一则告示中声明：打开软件收缩薄膜包装、使用软件，或经由其它一些特定的程序，即意味着同意接受该合同的用户条款。用户无须签定协定。“拆封”一词源于这些合同通常被印在包装的外面，可以透过密封包装用的透明收缩薄膜看到。尽管有些司法权可能仍在质疑拆封协定的可执行性，但是由于缺乏可行的替代选择，从而确保了这些协定继续得到广泛使用。

8. 在“点击”协定下，签约方在阅读了相关条款之后，同意遵守电子显示的条款（通常是在线）。通过键入并提交表示他/她接受的文字（“键入及点击”）或点击特定图标（“图标点选”）证明他/她同意，签约方表明其接受相关条款。点击协定在因特网电子销售以及软件销售中非常普遍，即在第一次安装和使用软件前要接受销售条件。

第 4 章：拆封协定和点击协定在粮食和农业植物遗传资源转让过程中的使用

9. 目前，世界上绝大部分粮食和农业植物遗传资源的转让均来自自由粮农组织资助的异生境材料收集网。其中包括国际农业研究磋商小组（CGIAR）系统各国际农业研究中心（CG 中心）持有的收集材料。所用材料转让协定均反映了 1994 年与粮农组织签署的“信托”协定中阐述的标准条款。

10. CG 中心使用“拆封”合同转让其收集的材料差不多已有 10 年。

11. 最初，CG 中心在同意提供种质之前要求签署书面材料转让协定。这一要求导致了种质转让的延误。根据种质使用者特别是发展中国家种质使用者的要求，CG 中心开始使用简化的材料转让协定形式，其基于所谓的“拆封”合同形式。在这类合同下，打开密封的种质包装和接受种质本身就构成了法律上接受材料转让协定条款。国际农业研究磋商小组向专家组报告说，“拆封”方法大大加快了转让进程。而且自与粮农组织签署的信托协定生效以来，装运发出了 70-100 万份样品。迄今为止，尚无接受方对于这种形式的材料转让协定的合法性提出质疑。

12. 迄今为止，CG 中心很少使用“点击”协定。点击协定依赖于通过计算机的订货。截止到现在，人们一直认为仅对电子形式的种质要求作出反应对发展中国家的农民和育种家极为不利。

13. 对于国际条约确定的多边系统下粮食和农业植物遗传资源的转让，法律的要求是获取资源的快捷性，无须跟踪单份收集材料。使用简化的材料转让协定形式，包括拆封形式的材料转让协定，肯定会使条约缔约方和 CG 中心在这方面更容易履行其承担的条约义务。

14. 但是，考虑该方法的简便性必须同时顾及其可执行性或该方法的其它问题。所以，本文的余下部分介绍了不同法律制度下拆封合同的可执行性问题，并简要介绍了点击合同的可执行性情况。

15. 开始进行评估以前，在介绍的过程中加上谨慎的说明也许是个明智的做法。在绝大多数司法权范围内，日常生活中有很多的拆封合同和点击合同产生。但它们是一种新型的合同，要求所有国家的法院全面接受并执行还需要一些时间。同时，关于这两种形式合同（尤其是拆封合同）的国家法律系统的经验并不一致。本文中我们首先将介绍拆封合同，然后再介绍点击合同。

第 5 章：拆封协定的可执行性

16. 制约非签字协定可执行性的法律原则在不同司法权之间各不相同。一般来说，在正常的商业活动中执行这类合同遇到的问题来自：

- (i) 协定的一方没有明确同意受协定条款的约束；
- (ii) 消费者保护法（该法一般适用于当事人在经营期间就标准条款与消费者签定的合同）；
- (iii) 合同缔结之后，其条款往往引起签约一方的注意。

17. 虽然拆封授权在绝大多数司法权内很普遍，但在世界范围内涉及其可执行性的司法判决很少。为使一份合同生效，绝大多数司法权法律要求各签约方达成一项协定（通常由一方的提议及另一方接受该提议组成），并愿意受**法律约束**。由于一方没有对拆封协定作出书面或口头同意，这些协定的可执行性在某些司法权范围内可能存在问题。

5.1 消费者保护法

18. 由于拆封协定不是经由个别谈判达成，国家消费者保护法会限制其部分或所有条款的执行。一般来说，消费者保护法适用于签约一方作为在经营期间的标准条款而签约另一方为消费者（即不在经营期间）的情况。消费者保护法存在的主要依据当然是保护消费者，需要这种保护的范例就是一家大型公司通常为了赢利目的而规定了销售其产品的条款。应条约主权国家缔约方的要求并根据公共利益，由条约管理机构通过的标准材料转让协定的情况与范例有类似之处，其中要求接受方可接受或拒绝但不得修改标准协定。另一方面，标准材料转让协定正在由条约管理机构拟订，而很多主权国家已成为条约的缔约方，并且拟订中的标准材料转让协定是为了符合公共利益，这些事实使其与范例又有不同。粮食和农业植物遗传资源提供方与接受方之间的协定是否会陷入消费者保护法纠纷当然取决于国家法律。但是，无论什么结果，都是遵守公平原则的良好实践，而公平原则是消费者保护法的基础。

19. 因此，如果在缔结合同前他/她没有真正机会了解有关条件，以及认为某些条款赋予了不适当的法律责任或不公正，接受方可以不受有关条件的约束⁴。如果管理机构希望使用拆封合同方法，那么，确保从事贸易的人们都了解标准材料转让协定的条款是非常重要的。

⁴ 参见欧盟部长理事会四月五日关于消费者合同中不平等条款的指令 93/13/EEC。

20. 司法权条款（包括仲裁条款）的选择也可能被消费者保护法取消，只要认为它给消费者带来不适当的法律责任。国际仲裁的选择似乎不应被看作不适当法律责任而受到批评。

5.2 权力

21. 如果接受方是一个公司并采用了拆封合同的形式，合同的可执行性可能更经常地受到质疑，因为通过接受材料表明同意接受材料转让协定条款的人可能无权约束其公司。但是，应该注意的是，把材料用于育种计划本身即明确地说明接受了条款。

第 6 章：若干司法权范围内拆封协定可执行性概况⁵

6.1 美国

22. 美国联邦法院对拆封协定和点击协定采用了最为宽松和注重实效的方法。
23. 第七巡回法院认为拆封授权可在下列情况下执行：（1）包装向购买者说明软件是经授权的；（2）购买者有充分的机会阅读授权声明；以及（3）购买者有机会通过退还软件拒绝该授权⁶。

6.2 英国

24. 英格兰法律没有对拆封协定的有效性和可执行性的裁决案例。但是，苏格兰高等民事法院曾作出一项裁决⁷，其中认定了拆封授权的可执行性。
25. 对英格兰法院而言，可能决定性的主要问题之一是认定粮食和农业植物遗传资源供应方和接受方之间合同的缔结时间，以及接受方在合法缔结合同之前是否注意到有关的条款和条件。
26. 在上面提到的苏格兰裁决中，法院认为在购买者阅读和接受拆封条件的条款之前，包装软件的销售合同尚未达成。英格兰法院也可以采用同样的方法。事实上，英格兰法律中有许多案例，客户告知都是在表面上进行交易之后，但是它们都已被纳入合同⁸。但是，另外一种可能的分析是，在客户付款之时合同即已达成，其后的注意事项条款并未纳入该合同⁹。对于从多边系统获得粮食和农业植物遗传资源的情形，为获得的材料付款自然没有问题。如果标准材料转让协定中明确规定，如果不同意材料转让协定的条款，获得的粮食和农业植物遗传资源可退还给提供方，那么英格兰法律就更可能宣布拆封形式的材料转让协定是可以执行的。

6.3 法国

27. 此外，法国看来也没有任何有关拆封合同可执行性的裁决案例。但是，对拆封合同可执行性的质疑似乎比在英格兰更甚。
28. 根据法国法律，一份合同仅在一个清晰且准确的提议被毫无保留接受的情况下才能达成。这种提议和接收的限制在拆封贸易中不可能满足，因为购买者在交易后才

⁵ 本节的情况（除了英国和美国的情况以外）主要来源于因特网，故仅介绍对每个司法权内情况的部分观点。

⁶ 参见 *ProCD Inc v Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) 和 *Hill v Gateway* 105 F.3d 1147 (7th Cir. 1997)。

⁷ *Beta 电脑（欧洲）有限公司对 Adboe 系统（欧洲）有限公司（1995年）*。

⁸ 例如，不包括火车票条款（*Parker v E.E. Railway Co (1877) 2 CPD 416*）。

⁹ 例如 Lord Denning 对 *Thornton v Shoe Lane Parking Ltd* 的判决案例，[1971] 1 All ER 686。

能面对拆封协定条款。但是，对于法国法律，正如英格兰法律中的情况一样，在要求或作出任何转让之前，在贸易中使人们广泛了解标准材料转让协定条款将关系到法院对可执行性作出裁决。

6.4 德国

29. 同样，德国没有任何有关拆封合同可执行性的裁决。德国的法律要求签约方明确同意合同的条款。这意味着必须让买主在接受粮食和农业植物遗传资源前有机会检查（最后拒绝或接受）拆封协定条款。而且，在交易中让人们广泛了解标准材料转让协定条款及材料转让是免费的，将关系到法院对可执行性作出裁决。

6.5 荷兰

30. 如果客户不能检查拆封协定条款，例如，由于条款装在包装软件的箱子或信封里，协定就不可能具可执行性。

6.6 新加坡¹⁰

31. 新加坡似乎没有任何有关拆封协定可执行性的确定性裁决。在新加坡的法律中，如果一方想把某些条款纳入协定，那么在合同形成之前，必须让另一方充分了解这些条款。条款的法律义务越大，越要努力让客户对它们给予关注。

6.7 香港¹¹

32. 香港合同法源自英格兰法律。没有专门涉及在线合同的形成或拆封合同有效性的香港法律。鉴此，拆封合同和点击合同的可执行性可能类似于英国法律中的可执行性。

6.8 加拿大¹²

33. 在加拿大的普通法中，任何合同有效且可执行需要具备 3 个要素，即必须有提议、接受和存在报酬。

34. 一些省里的条例要求某些形式的合同需要有书面或附加签名才能生效¹³。安大略省消费者保护法 R.S.O. c. C-31（“OCPA”）第 19（1）小节要求，所有的未生效

¹⁰ E-Com Legal Guide. Singapore. E-Com 法律指南。新加坡。 <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/singapec.html>.

¹¹ E-Com Legal Guide. Hong Kong. E-Com 法律指南。香港。 <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/hongkong.html>.

¹² E-Com Legal Guide. Canada. E-Com 法律指南。加拿大。 <http://www.apectelwg.org/apecdata/telwg/e-com/canadaapec.html>.

¹³ 例如，欺诈行为条例（安大略省） R.S.O.1990, c. S-19 要求担保合同及土地销售或任何涉及土地利益的合同必须为书面合同。

合同¹⁴应说明详细情况，并写成文字。安大略省消费者保护法第 19（2）小节要求，这种合同应该经签署并且签约方各收到一份合同原件。

35 似乎加拿大某些地方的书面合同要求为在线签订合同制造了障碍。但是，联邦政府和省政府业已承认了电子商务的价值和增长，而且有可能采用立法来解决当前的法律与不断增长的业务需求之间明显的矛盾。

¹⁴ 待履行合同是指签约双方均未收到产品或相关付款的合同。

第 7 章：提高拆封形式材料转让协定可执行性的建议

36. 上述评估或许是对拆封合同可执行性初生状态法律的预测性陈述，并非明确的指出这类合同将不能执行。但是，该审议的确指出了有关的重要性：即法院将重点关注合同缔结之前接受方是否了解了协定的条款，不管他或她是否可被认为接受了那些条款。

37. 如果执行材料转让协定的条件和方式得到广泛了解，接受方争辩说他/她不同意受这些条件的约束就比较困难。所以，关于材料转让协定的宣传（例如通过新闻、因特网站和其它媒体）将提高拆封材料转让协定的可执行性。就标准材料转让协定而言，管理机构为了国际公众的利益在国际条约框架下通过标准材料转让协定这一事实也是个有利因素，会对拆封形式材料转让协定的可执行性产生积极的影响，如果其真的成为管理机构采纳的方法。

38. 为了减少材料转让协定在国家消费者法中不能执行的可能性，协定条款应在可能范围内做到明确和公平。

39. 争端解决条款不应指定诉讼法庭和语言，那会给接受方造成不公平麻烦的。

40. 关于拆封形式材料转让协定，箱子上的语言应明确说明销售符合里面的条款和条件。

41. 在他/她表示接受材料转让协定的条款之前，接受方应得到尽可能多的机会来审查这些条款。对于从多边系统获得的粮食和农业植物遗传资源，由于没有定义要求接受方支付材料费用的时间点，故此也就没有合同终止的自动临界点。为了掌握执行的最佳机会，标准材料转让协定应允许一个合理的时段，在此期间接受方有机会审议条款并退还种质。因而若接受方在此期间未退还种质，就表示其接受了材料转让协定条款。退还种质的过程应尽可能简便。

42. 如果打开交付种质的箱子就表示接受，并且没有开箱后可以退回种质的规定，那么协定条款的提出方式应让接受方在开箱前能够充分理解条款。如果她或他不同意这些条款，应允许接受方退回未打开的箱子。

第 8 章：法律选择

43. 绝大多数司法权允许合同的签约方选择该合同的适用法律，至少对于合同这是一个国际标准。对于那些规定仲裁作为争端解决方法的合同可以有更大的灵活性，例如，贸易中承认的法律总则可能被选为适用法律。鉴于利用这类合同转让种质的现行实践（至少 CG 中心是如此），参照贸易中承认的法律总则可能有利于拆封合同的可执行性。

44. 但是，法律条款的选择对下列根本问题并未起到决定性作用，即是否认为接受方与发放植物遗传资源的中心达成了实质性合同。换句话说，法院完全可以认为，协定形式不足以证明双方同意制定具有法律约束力的合同。在这种情况下，未履行合同中包含的交付仲裁规定就没有法律效力。

第9章：点击合同

45. 与拆封合同的情况一样，关于点击合同可执行性的判决极少。但是，点击合同应比拆封合同更易执行。这是因为：（1）接受方有机会在购买粮食和农业植物遗传资源前审查有关条款；以及（2）以作为而非不作为方式表示对合同条款的接受。问题可能在于有关合同制定形式的法律禁止以电子方式缔结合同¹⁵。美国联邦法院认为点击合同可以执行¹⁶。尽管英国法律中没有关于点击授权可执行性的判例，但根据英国合同法总则，下面 6.3 节中设想的点击授权类型应是可执行的。此外，法律委员会 2001 年 12 月审查商业交易的正式要求的结论认为，点击网站可以证明对合同条款的同意¹⁷。至少在理论上，点击合同也可能会在**法国、德国、荷兰和新加坡**得到执行。

46. 和拆封合同的情形相同，可以采取一些措施来提高其可执行性的可能。

47. 接受方应以尽可能积极的行动来表示对条款的接受。理想的情形是，应采用表示同意的键入和点击类型的机制，或者接受方需要滚动阅读全部条款并在提交订单前点击“我同意”按钮。接受方在没有首先同意这些条款的情况下不能进行订购。通过点击或键入“我不同意”或其它该含义的措词，接受方还应有机会拒绝这些条款。如果条款被拒绝，那么接受方应被链接返回前一页面（如主页）。接受方在同意这些条款前应有机会把它们打印出来和/或保存起来。应提供激活键以便使接受方来做这件事¹⁸。收到订单后也应通知对方，记录接受方接受的日期和时间并保存作为证据。

¹⁵ 参见欧盟 E – 商业指令（00/31/EC），该指令要求成员国确保其法律体系允许用电子方法缔结合同（成员国可有限制地部分废除）。

¹⁶ *Hotmail v Money Pie, Inc* (47 U.S.P.Q. 2d (BNA) 1020 (N.D. Cal 1998)); *Hughes v AOL Inc*, 美国商务部，马萨诸塞州，判决概要，国内诉讼编号，2001 年。

¹⁷ <http://www.lawcom.gov.uk/files/e-commerce.pdf> 第 18-19 页。

¹⁸ 美国全球和国内商业电子签名法案的要求。

第 10 章：结论和建议

48. 本文提供了有关表达接受材料转让协定条款和条件的方法，尤其是有关拆封协定可执行性的背景情况供联络组参考。可概要总结出以下结论：

1. 表示同意正式合同的一般方法是书面签名。这样的合同可能会在所有司法权范围内得到执行。
2. 由于产业的压力及其便利性，对拆封合同和点击合同形式的使用逐渐增多。
3. 与拆封合同和点击合同有关的法律尚未得到完善：在多数司法权范围内执行这类合同仍可能存在困难。
4. 法院对拆封合同可执行性的判决可能依特定案例的事实决定，特别是接受方是否知道和接受合同条款，或是否能够认为其已经知道。
5. 在提高可执行性的可能性方面有很多工作可做，例如广泛宣传标准材料转让协定的条款。
6. 条约管理机构根据公众利益拟订了标准材料转让协定，这一事实肯定会大大增加其具可执行性的机会。
7. 点击合同完全可以更直接地得到执行，因此也可以在标准材料转让协定的材料转让中尽可能使用之。
8. 也有可能采用拆封方法、点击方法或书面签字形式提供签定标准材料转让协定的选项，这取决于这些形式在特定司法权内的可执行性。但是这需要拟订一份司法权清单，其中各种形式的合同都可以执行。根据本领域的初生状态法律的情况，这一任务本身可能就很困难。