

# Cyber User Agreement: A Legal Study

Shi Yuhang

School of Law

Northwest University, Xi'an, China, 710000

acstar@gmail.com

**Abstract:** With the increasing usage of network, it is necessary to make legal regulation. User agreement have become the foundation of rights and obligations of multiple parts, and it is important to any legal regulation. However, user agreement, as a contract, is far from reaching the requirement of the law. This leads to the condition of user agreement is unstable. Thus, this article analyzes some main user agreements, and tries to provide some suggestions about it.

**Keyword:** User Agreement; Standard Clauses; Contract Law; Click-wrap Contract

## 网络用户协议的法律研究

史宇航

西北大学法学院, 西安, 中国, 710000

acstar@gmail.com

**摘要:** 网络活动的日趋频繁让网络规范的制定变得尤为必要, 而网规中用户协议是明确消费者、商家与网络内容/服务提供商之间多方权利、义务的基础, 用户协议对网规显得尤为必要。但是, 用户协议作为一种合同, 远未达到法律的要求, 这导致用户协议的效力容易处于不稳定的状态之中。该文通过实际分析当前主流网络内容服务商所提供的用户协议, 为用户协议的有关内容及订立方式进行明确避免可能的法律隐患。

**关键词:** 用户协议; 格式条款; 合同法; 点击合同

### 1 引言

近年来, 互联网产业在中国增长迅猛, 尤其是电子商务蓬勃发展, 据中国互联网信息中心最新发布<sup>①</sup>的《中国互联网络发展统计报告》, 截至 2011 年 6 月, 网络购物用户已达 1.73 亿, 使用率提升 35.6%, 半年增长 7.6%。在飞速发展的同时, 各种与因此而起的纠纷也随之而来。针对这种情况, 网规——也就是网络规范开始得到重视, 其中淘宝网专门制定了“淘宝规则”, 试图规范其网站上的交易行为。

但事与愿违, 2011 年 10 月, 淘宝商城在没有任何预警的情况下单方出台新规, 擅自更改与卖家之间的协议, 提高准入门槛: 抬高技术服务费, 并开始收取“信用保证金”。引发部分卖家的“围攻”, 破坏正常交易秩序, 并组建了了“反淘宝联盟”, 多次前往淘宝网总部抗议。

此次事件的起因是淘宝擅自更改与卖家之间的协议内容。毫无疑问, 网络用户与电子商务提供商之间存在着密切的法律关系。用户开始使用某家网站的服务时, 通常需要先注册成为该网站的用户, 注册以同意网站方所提供的用户协议<sup>②</sup>为前提, 如果不同意该份协议, 则不能使用服务。但是少有用户会仔细阅读

这份协议, 即使仔细阅读, 往往也会因为协议本身的晦涩与繁琐而不明就里。另一方面, 因为追求注册流程的快捷而简化注册程序, 经常会宣传类似“注册仅需 30 秒”<sup>③</sup>这样的信息, 使用户忽略相关条款。用户与协议提供方双方轻率的态度与处理方式使得用户协议留下了巨大的法律隐患。

通过用户协议, 可以明确用户与网络内容/服务提供商的权利和义务, 告知用户可为与不可为的行为。电子商务网站因为与现实财产有大量而紧密的联系, 也就成为纠纷最集中的领域。所以, 本文将主要以数家典型电子商务网站为例, 分析用户协议面临的法律问题。

### 2 用户协议的性质与效力

从法律属性上讲, 用户协议属于点击合同 (Click-wrap Contract, 也被称为击点合同<sup>[1]</sup>)。所谓点击合同, 是指“由商品或服务的提供人通过计算机程序预先设定合同条款的一部分或全部, 以规定其与对方当事人之间权利义务关系, 对方必须点击同意键后才能订立的合同。”<sup>[2]</sup>除被用于互联网服务外, 还被广泛应用于计算机软件许可使用的过程中。

在使用过程中, 用户必需要点击注册界面上的“同

<sup>①</sup> 2011 年 7 月第 28 次发布。

<sup>②</sup> 对于网络内容服务商所提供的用户协议, 有不同的名称, 有时也会叫服务条款、使用协议、服务协议, 或最终用户许可协议。本文使用“用户协议”统一指代以上不同称谓。

<sup>③</sup> 参见美团网的登录页面右侧,

<http://www.meituan.com/account/login>, 最后访问日期 2011 年 12 月 6 日。

意”按钮，合同才能成立，网络内容/服务才会被提供，软件的安装才能继续，否则会视为用户选择“走开”，不接受合同。所以，用户协议是一种特殊的格式合同，是格式合同在计算机与互联网环境下新的存在形式，为许多在线行为提供了法律依据，也为用户协议提供方节省了逐一与用户订立协议的成本。

作为一种特殊的格式合同，用户协议虽然不似传统合同那样以书面或口头形式订立，其属于《合同法》第10条中所提到的其他形式的合同。<sup>[3]</sup>用户协议当然也需要符合《合同法》的一般规定。

相对于传统形式的格式合同，点击合同也有自己的一些特点。一方面，点击合同的主体不易确定，尤其是用户一方的身份。<sup>[4]</sup>《合同法》第9条要求“当事人订立合同，应当具有相应的民事行为能力 and 民事行为能力”。但订立点击合同时网络内容/服务商只是将合同置于网上，任何用户只需点击“同意”即可成立合同关系，在这个过程中，不可能对用户是否具备民事行为能力做出判断，只能推定其具备民事行为能力，否则任何网络内容/服务都无法被提供。另一方面，不同于大多数书面形式的合同，用户协议不易保存。用户一方往往不会保存相应的协议文本，即使将协议文本复制并存储于本地计算机，也因为难以判断其未遭修改而缺乏相应的法律效力，所以在大多数情况下只能以提供用户协议一方的文本为准。

用户协议是专门用于划分网络内容/服务服务商与用户双方法律关系的一种点击合同，由网络内容/服务服务商单方提供。对于其的效力问题，可以比照“拆封合同的两分法”（Dichotomy of Shrink-wrap Contract）进行判断：<sup>[3]63</sup>首先，用户如果有机会了解协议内容并继续使用的，用户协议是有效的，否则用户将不具有接受协议的意思表示；其次，用户协议的有效性同时应当受传统合同法格式条款理论的制约。以上原则应可相应地称之为“点击合同的两分法”（Dichotomy of Click-wrap Contract）。

2011年，以色列特拉维夫地区法院在“Malka诉Ava Financial案”中将一份点击合同中的管辖条款宣告无效。法院认为在订立用户协议的过程中，被告没有明确标识管辖的存在，不存在同意条款的意思表示（non est factum），违法以色列有关法律，遂该条款被宣告无效。目前我国用户协议中许多条款也面临如此风险，达不到法律要求。

在国家工商行政总局颁布的《网络商品交易及有关服务行为管理暂行办法》中，要求“网络商品经营者和网络服务经营者提供电子格式合同条款的，应当符合法律、法规、规章的规定，按照公平原则确定交

易双方的权利与义务，并采用合理和显著的方式提请消费者注意与消费者权益有重大关系的条款，并按照消费者的要求对该条款予以说明。网络商品经营者和网络服务经营者不得以电子格式合同条款等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除经营者义务、责任或者排除、限制消费者主要权利的规定。”

具体言之，根据我国《合同法》与《消费者权益保护法》等法律法规，用户协议的提供方有义务基于公平原则对协议中双方的权利与义务进行划分，协议内容不得对用户做出不公平、不合理的规定，也不得减轻、免除其应承担的责任。用户协议的提供方至少具有如下义务：（1）根据公平原则拟定条款；（2）在订约时合理提醒消费者注意免责或限责条款；（3）按照用户要求对格式条款进行解释。<sup>[2]195</sup>如果用户协议提供方无法达到这些要求，则用户协议双方都要面对用户协议无效或者被撤销的风险，其中部分或全部条款可能会失去法律效力。

### 3 当前电子商务网站用户协议的陷阱

在诸多方面，当前各网络内容/服务提供商所提供的用户协议很难说尽到了应尽义务，导致其中遍布陷阱，用户稍有不慎，权利就会被侵犯，即使选择维权也会处于相对的弱势地位。

本文仅选取淘宝网、京东网、当当网以及亚马逊这四家在国内具有代表性的电子商务网站为例，从用户协议的订立、用户协议的修改与管辖权等方面讨论目前用户协议存在的问题。

#### 3.1 用户协议的订立

用户协议订立的过程相当于合同签订的过程，也是协议双方法律关系的起点。为了保证用户点击“同意”是其真实的意思表示，网络内容/服务提供商有义务向用户展示协议文本，保证用户对此阅读，并对其其中用户要求解释的部分进行明晰。但各网络内容服务商却远未尽到这些义务。



我已阅读并同意《当当网交易条款》和《当当网社区条款》

图1 当当网会员注册的页面截图

用户直接注册时，当当网的注册流程并没有强制要求用户阅读服务条款的文本即可注册，而是将《当当网交易条款》与《当当社区条款》以链接形式设置于另一页面，更将“我已阅读并同意《当当网交易条

款》和《当当社区条款》”的选项在默认状态下即处于打勾状态，用户无需专门点击就可进行注册。



《淘宝服务协议》

图2 淘宝网注册页面的截图

淘宝网的“服务协议”被置于按键下方，点击链接方才在下方显示出“淘宝服务协议”的内容，不会跳转至专门页面。



图3 京东网注册页面截图

京东网的注册则是将用户协议以注册页面内以窗口形式直接展示出来，保证用户对协议内容的浏览。

- 我是一个新客户  
(稍后需要创建密码)
- 我是老客户，  
我的密码是：



[忘记密码?](#)

[自从您上一次订购后，您的电子邮件有更改吗?](#)

[使用条件](#) [隐私声明](#) © 1999-2011 Amazon.com, Inc. or its affiliates

图4 亚马逊

在亚马逊注册时，只是在注册页面的左下角才有一个并不显眼“使用条件”的链接，未要求用户阅读，也并未要求用户点击确认同意用户协议。

在上面所展示的订立用户协议的注册形式中，亚马逊所提供的用户协议的法律效力最弱，网站没有提醒用户注意用户协议的存在，在正常情况下用户无法意识到亚马逊“使用条件”的存在，根本没做出同意该用户协议的意思表示，这个“使用条件”就不应被视为合同关系的组成部分，进而导致整个“使用条件”的无效。

当当网与淘宝网注册形式的法律效力稍强，但是同样存在用户忽略用户协议的可能，用户的点击行为只是为了完成注册，使用相关服务，其中并不存在同意用户协议内容的意思表示，在这种情况下，用户协议同样很难视为合同关系的组成部分。京东网注册形式直接将用户协议的文本展示注册页面，保证用户可以注意到用户协议。

除京东网外，其他三个电子商务网站的用户在注

册时，只有很小的可能性去注意到并阅读用户协议的内容。根据“点击合同的两分法”的要求：需要让用户了解到用户协议的存在。所以，这类用户协议可能因此而不具有法律效力。

### 3.2 用户协议的变更

用户协议的变更程序与其订立程序同样重要，只要用户还在使用网络内容/服务提供商的服务，用户协议就对双方具有约束力。同时，协议本身还是用户维权的依据。更何况，协议中会涉及到双方权利划分，责任承担等内容，协议的修改直接影响到纠纷的处理结果。

大部分协议提供方都在拟定的用户协议中均加入了协议变更的有关条款，意图简化协议变更的程序。以“京东商城用户协议”为例：“京东商城有权对本协议条款不时地进行修改，修改后的协议一旦被张贴在本站上即生效，并代替原来的协议。……用户有义务不时关注并阅读最新版的协议及网站公告。如用户不同意更新后的协议，可以且应立即停止接受京东商城网站依据本协议提供的服务；如用户继续使用本网站提供的服务的，即视为同意更新后的协议。本站建议您在本站之前阅读本协议及本站的公告。”这意味着京东网对于协议的修改不会专门通知，只要用户继续使用，就视为接受条款。

而淘宝则在其“淘宝服务协议”中对协议变更规定：“淘宝有权根据需要不时地制订、修改本协议及/或各类规则，并以网站公示的方式进行公告，不再单独通知您。变更后的协议和规则一经在网站公布后，立即自动生效。如您不同意相关变更，应当立即停止使用淘宝平台服务。您继续使用淘宝平台服务的，即表示您接受经修订的协议和规则。”

用户协议本来就是网络内容/服务提供商所拟的格式合同，理应有权单方变更协议。如果网络内容/服务提供商无权单方修改，需要与用户协商，那无疑会抬高运营成本，并将这部分成本转嫁于用户，不利于互联网行业的整体发展。但是，网络内容/服务提供商对协议的修改不应是秘密进行的。

如果网络内容提供商有秘密修改用户协议的权利，那么在订立用户协议后，协议可能遭到肆意修改进而损害用户的正当权利。所以，现行协议中赋予电子网络内容提供商的秘密修改权有悖公平原则，对协议的修改应当在用户可以在知晓的情况下进行，保证用户相应的知情权以及选择的权利。

### 3.3 管辖权

管辖权是纠纷发生后争议解决的首先需要面对的

问题，涉及到解决纠纷的地点与途径。《民事诉讼法》赋予了合同双方自行约定解决纠纷途径的权利，可以对诉讼发生地，诉讼还是仲裁做出约定。同时，据《合同法》第 55 条的规定，即使用户协议被认定无效、被撤销或终止，也不影响其中独立存在的有关争议解决方法的条款的效力。所以，用户协议中有关管辖权的规定就显得尤为重要。

根据这四家电子商务提供商的规定，纠纷的解决均是以诉讼形式，同时规定了管辖法院。争议解决条款通常被置于用户协议的末尾，且未使显著标注这些条款。

在有关管辖权的规定中，除京东网规定“协商不成时，任何一方均可向有管辖权的中华人民共和国大陆地区法院提起诉讼”，其余三家电子商务网站均将纠纷管辖法院定于自己公司所在的法院，当当网与亚马逊均将管辖法院定于北京市有管辖权的法院，而淘宝网则将管辖法院直接规定以浙江省杭州市西湖区人民法院为一审法院。

这种规定并不利于用户，考虑到互联网服务的广泛性甚至全球性，这种纠纷解决机制的规定意味着外地用户必须奔赴电子商务提供商所在地的法院才可能寻求救济，客观上提高了用户维权的成本，而另一方面，财大气粗的电子商务提供商却可以坐享“主场便利”，以逸待劳的应付诉讼。淘宝网将浙江省杭州市西湖区人民法院规定为一审法院，更有可能违法《民事诉讼法》中级别管辖的规定。

### 3.4 用户协议的其他陷阱

用户协议提供方在用户协议中往往还暗藏了其他协议，当用户点击“同意”时，会一并“接受”其他暗含的协议。其他协议同样会被用来约束用户的行为。淘宝网在其“服务协议”内规定“本协议内容包括协议正文及所有淘宝已经发布的或将来可能发布的各类规则。所有规则为本协议不可分割的组成部分，与协议正文具有同等法律效力”。这么规定颇有些“明修栈道，暗渡陈仓”的意思，淘宝网除“服务协议”，还设置了“淘宝规则”以规范用户行为，明确规定各种权利和义务，处罚措施等内容，但“淘宝规则”并未出现在用户的注册页面，如此设立的规则很难具备法律效力。

部分用户协议提供方并不提供专门的页面以展示用户协议的内容，当用户在注册完成后希望再次浏览该协议时，除非重新注册，否则很难再找到协议文本。再加上协议提供方赋予自己肆意变更协议的权利，用户对协议文本更是无从对证。这也是点击合同不易保存的特点的具体表现。淘宝网与京东网均无页面专门

提供用户协议的文本，只有注册时展示。而当当网<sup>①</sup>与亚马逊<sup>②</sup>则有专门页面。这意味着用户日后如与协议提供方发生纠纷，则会因为电子商务提供方的隐瞒，缺乏相应证据，不利于用户维权。

## 4 用户协议的完善

根据以上分析，可以看出现有的用户协议问题众多，有关条款、乃至整个协议无法达到“点击合同的两分法”的标准，也不符合法律的要求，因而可能导致其无效或可被撤销，这对协议双方来说都存在着相当的风险。如果能利用技术以及法律手段，对用户协议进行完善和补充，则可以有效的减少不确定性，有利于协议双方对互联网的使用。

### 4.1 用户协议订立过程的完善

在现在各网站的注册过程中，少有用户能将整个协议文本浏览一遍，更不要说是对其中不解事项提出询问。在注册的过程中，用户协议提供方应当将用户协议的文本全文呈现于注册页面上，并对重要条款进行显著标识，使用黑体、斜体或者下划线的形式以提醒用户注意。

同时，在有关用户重大义务与责任的条款旁专门设置确认选项，需要用户点击确认方可继续注册。还可以在注册页面设置相应的延时，只有在经过若干秒后用户才可以点击“同意”的按钮，保证用户有阅读协议的时间。对于较为晦涩的条款，应当进行专门解释，解释的内容务必使普通人也能明白其中含义，但解释的内容不必属于协议范围。

### 4.2 用户协议修改过程的完善

对协议的修改，应参考 Apple 公司对“iTunes 条款和条件”的变更方式：在协议变更后，提示用户协议已变更，并要求用户重新阅读并同意已变更后的条款。同理，协议提供方有义务对修改行为进行公告，并将经过修改的内容直接发送于有关用户，只有用户再次点击同意协议后，才能继续提供该网络服务。

如此可以在形式上保证用户对协议变更的知情与同意，让用户有选择的权利：是接受变更后的协议还是放弃使用该服务。避免因用户协议提供方自行修改用户协议导致显示公平的情况出现，让用户协议具备更强的法律效力。

<sup>①</sup> 《当当网交易条款》，

<http://static.dangdang.com/helpcenter2/1988/9251.shtml>，最后访问：2011 年 12 月 6 日。

<sup>②</sup> 亚马逊“使用条件”，<https://www.amazon.cn/static/claim.asp>，最后访问：2011 年 12 月 6 日。



图 5 iTunes 条款变更时的提示

在此基础上，可以由第三方设立专门监控各个用户协议的网站，跟踪用户协议的变更情况，在变更后将变更情况进行公示。类似于国外有电子边疆基金会建立的 TOSback 项目，防止协议提供方肆意变更协议，侵犯用户权益。

#### 4.3 对管辖权规定的完善

2008 年，在“京东网诉王旭春案”<sup>①</sup>中，京东网因为王旭春利用系统出错的机会购买标价错误的商品，依据用户协议中“协商不成时，均可向本站所在地的人民法院提起诉讼”的条款，将王旭春诉至北京市海淀区人民法院。

被告人王旭春就此提出管辖权异议，认为协议并未排除法定管辖，且不能明确一个管辖地，所以协议管辖条款无效，应移送被告所在地浦东新区人民法院管辖。法院经审理认为用户协议是一种格式条款，出现争议时应适用对约定者不利的解释，故该协议管辖条款无效。同时，该格式条款存在对消费者利益的剥夺，不合理地加重了消费者在管辖方面的负担，对消费者而言是显失公平的。京东网的“协议管辖条款做出了对消费者不公平、不合理的规定，严重不合理的加重了消费者的负担。”<sup>[5]</sup>违反《消费者权益保护法》和《合同法》的有关规定，所以才将该案移送至用户所在地法院管辖。因此，在争议发生时，其他协议提供方的有关管辖权的条款可能同样会因这个原因而变得不具有法律效力。

对于互联网上用户与网络内容服务商之间管辖权的规定，在立法上可以参考布鲁塞尔公约：对消费者

合同纠纷实行消费者住所地管辖原则。<sup>[6]</sup>对因用户协议而起的纠纷，做出有利于用户的规定，在用户所在地进行管辖，让用户不用奔波千里就能找到纠纷解决的途径。同时，还应禁止用户协议提供方单方规定以仲裁方式解决，避免用户只能寻求成本高昂的仲裁救济、剥夺用户寻求司法救济的权利。

#### 4.4 其他方面的完善

如果协议提供方希望其他协议能够生效，那就应当在注册时将所有会影响其与用户权利与义务的协议均呈现给用户，而非只是在协议内容中提及。这样可以让用户一次就了解所需要同意的全部文件。

协议提供方还应当设立专门的用户协议页面，并且应方便用户查找的该页面。同时，在注册完成之后，应当将用户协议的文本以不可修改的文件格式（如 pdf 格式的文件）自动下载至用户计算机，或直接发送至电子邮箱内，保证用户可以拥有注册时的协议，供日后参考。

### 5 结论

用户协议是诸多互联网上法律关系的基础，更是网规的基本组成部分。相对于其他类型的网规，用户协议更加关注包括消费者和商家在内的用户与电子商务平台的法律关系。网络内容/服务提供商上拟定的任何规范，都是用户协议的基础上订立。这也就要求其不得违反法律、法规的规定。

在当前各种用户协议普遍不符合法律规范的情况下，相关部门或立法机关有必要对用户协议的内容与订立方式做出规范，行业协会可以出台相应的参考文本，或是制定出用户协议的制定准则，供网络内容/服务提供商们参考。工商行政机关也可将用户协议纳入工商系统的备案制度，<sup>[7]</sup>要求将用户协议的制定、变更情况向公司所在地的工商机关备案，防止其滥用权利。

无论是对于电子商务还是其他的网络内容/服务提供商，用户协议的法律问题需要各方积极面对，改变现有形式，使用户协议变得稳定而切实有效，真正成为紧密连接各方权利与义务的纽带。

<sup>①</sup> (2008)海民初字第 30043 号民事裁定书。

## 参考文献

- [1] ZHANG Ping. On Character and Effect of Shrink-warp Contract[M]//ZHANG Ping. Internet Law Review:Vol 1. Beijing: Peking University Press,2001:74 (Ch).  
张平. 拆封合同的特点与效力[M]//张平.网络法律评论:第一卷. 北京:北京大学出版社,2001:74.
- [2] ZHANG Chu. Cyberlaw[M]. Beijing: Higher Education Press,2003:194 (Ch).  
张楚. 网络法学[M]. 北京:高等教育出版社,2003:194.
- [3] LIN Zaizhi,ZHONG Qi. Format Contract in Cyber Age-on Shrink-warp Contract and Click-warp Contract[J]. *International Trade Journal*,2001,2:P63 (Ch)  
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]. 国际贸易问题,2001,2:P63.
- [4] LIU Ying,LUO Wenyi. On Click-warp Contract[J]. *Wuhan University Journal(Philosophy & Social Sciences)*.2003,56(3):P279 (Ch).  
刘颖,骆文怡. 论点击合同[J]. 武汉大学学报:社会科学版.2003,56(3):P279 (Ch).
- [5] LI Ying. The Effect of Jurisdiction of Website User Agreement. *The People's Judicature*,2009,6:P75 (Ch).  
李颖. 网站用户协议中协议管辖条款的效力[J]. 人民司法.2009,6:P75.
- [6] LIU Deliang. On the standard terms concerning net-consumer contracts[J]. *Journal of Hebei Normal University(Social Science Edition)*,2003,26(2):P19 (Ch).  
刘德良. 网络消费者合同中的格式条款与管辖问题研究[J]. 河北师范大学学报:哲学社会科学版,2003,26(2):P19.
- [7] TU Shichao,LIN Guohua. A study on effect of Internet user agreement.[J]. *E-Business Journal*,2008,4:P63 (Ch).  
屠世超,林国华. 网络服务用户协议的效力探析[J]. 电子商务,2008,4:P63..