

● 经济法

# 论 点 击 合 同<sup>\*</sup>

刘 颖, 骆文怡

(暨南大学 法学院, 广东 广州 510632)

[作者简介] 刘颖(1962-), 男, 湖北武汉人, 暨南大学法学院教授, 法学博士, 应用经济学博士后, 主要从事网络与电子商务法、国际经济法, 金融法研究; 骆文怡(1978-), 女, 广东广州人, 暨南大学法学院硕士生, 主要从事国际经济法研究。

[摘 要] 点击合同是电子商务的主要交易形式, 是电子商务时代的新型格式合同。点击合同具有主体特殊、以互联网为媒介、存在特定的不公平条款等特点。点击合同虽然具有一定的优点与存在的必然性, 但仍需从立法与司法两个层面对其进行规制。

[关键词] 点击合同; 格式合同; 法律规制

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)03-0278-04

点击合同(clickwrap contract)是指在电子商务中由销售商或其他经营者通过互联网发出要约, 用户以其“点击”行为表示承诺从而达成意思表示一致的合同。在间接电子商务中, 交易的标的是传统的有体物, 虽然合同的履行须通过物流渠道, 但合同的订立则是通过点击合同。在直接电子商务中, 交易的标的是信息, 全部交易过程均在虚拟空间完成, 此种信息交易合同的订立当然也是采取点击合同的形式。有关网络服务的合同, 更是采取点击合同的形式, 电子信箱服务合同即为其适例。因此, 通过互联网进行的开放型电子商务是以点击合同作为其主要交易形式。点击合同的合同条款由销售商或其他经营者预先拟定, 用户要么全部同意要么不同意。因此, 点击合同是电子商务时代的新型格式合同。

## 一、点击合同产生与发展的原因

从格式合同的产生沿革来看, 其出现有着深刻的社会经济背景。在垄断资本主义时期, 随着资本主义商品经济的高度发展, 垄断性大型企业和组织的蓬勃兴起, 以及公用事业的专营化, 19 世纪初保险业与铁路运输业开始出现格式合同, 20 世纪 20 年代后公用事业也广泛采用格式合同, 20 世纪 40 年代以后几乎所有的商业领域都盛行格式合同<sup>[1]</sup>(第 50 页)。到 20 世纪末, 格式合同已发展成为一种重要的合同类型, 在社会经济生活中发挥着无可替代的作用。进入 21 世纪以后, 格式合同随着计算机技术的高速发展而有了新的表现形式, 点击合同即其典型。网络服务提供商(ISP)、网络内容提供商(ICP)和用户之间的交易大量采用点击合同, 使点击合同发展成为网络时代最重要的合同形式。点击合同之所以能够迅速席卷整个网络世界, 主要有以下两点原因:

1. 与传统的格式合同相比, 点击合同的产生适应了信息时代经济发展的要求, 能够进一步提高交易效率和节约交易成本, 这是其产生的直接原因。当自由经济制度蓬勃发展、资本的渐趋集中和大规模生产日益形成以后, 一些垄断性的大型企业和组织就相继出现了。这些企业面对的是为数众多的消费者,

\* 收稿日期: 2003-01-02

基金项目: 司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目(02SFB2028); 广东省高等学校人文社科研究项目(01SJA820003)

相互之间进行的是频繁重复、内容固定的各种交易。于是,为满足社会经济高效运转的需求、缩短交易时间、降低交易成本、无需讨价还价的格式合同便应运而生了<sup>[2]</sup>(第22页)。在全球经济步入信息化时代以后,电子商务作为21世纪的主要经济贸易模式,将给世界各国带来巨大变革,并日益成为世界经济新的增长点。此时,合同当事人已不再局限于本国的地域范围和有限的行业选择,这种全球化、多元化的电子商务活动必然对传统的合同形式提出更高的要求,高效率、低成本成为合同最突出的特征。于是,点击合同成为网络服务提供商和网络内容提供商的最佳选择。

2. 点击合同的出现是网络世界垄断势力不断膨胀的结果,这是点击合同产生和发展的重要根源。格式合同的要约人在经济上处于优势地位是格式合同产生的一个重要原因,而这种优势又往往来源于垄断的发展。各种网络服务提供商和网络内容提供商在世界范围内瓜分市场份额,网络管理的非中心化特点使得每个互联网用户只能服从他们所制定的规则。另一方面,他们为了共同的利益又常常以协议来协调和统一各自的规则,形成事实上的垄断。于是,他们往往滥用其经济优势,在点击合同中规定对自己有利的条款,强迫用户接受,使合同利益向己方倾斜。点击合同无疑为其谋取这种垄断利益提供了一个绝佳的手段,因此,正是垄断的加强促使了点击合同的出现。

## 二、点击合同的特点

点击合同的当事人与传统的格式合同的当事人相比有以下特点:(1)点击合同的订立对相对方当事人和物资设备的要求更高。在传统的交易活动中,格式合同通常由面对面的当事人订立,因此他无需特定的技术设备和专业知识。而在网络交易活动中,相对方当事人必须借助于计算机网络才能完成交易,他不仅需要拥有计算机网络设备,而且还要懂得使用网络进行交易的技术。(2)在点击合同关系中,相对方当事人的身份和性质往往难以确定。在民法理论上,只有具有相应的民事行为能力的人,才具有订立合同的主体资格。在传统的缔约过程中,当事人往往可以通过当面的交涉而判断对方是否为未成年人或者精神病人。然而,这一目的通过网络却常常难以实现。在电子商务中,双方可能远隔万里而互不相识,彼此的身份也往往难以确认。这无疑对合同的效力提出了新的挑战。

点击合同以互联网为媒介,作为要约的合同条款的提供是电子形式,其承诺的惟一方式被简化为以鼠标点击“我同意(I agree)”按钮的行为。传统格式合同多由提供货物或服务的一方当事人以印制成本书面形式使对方能够了解其内容,而点击合同采用的却是“电子讯息”或“数据电文”的形式。这不仅与传统合同法就某些合同的书面形式要求不符,而且此种格式合同往往难以保存,极易丢失或者遭到破坏,其证据效力也受到了一定的影响。

拟定点击合同条款的部分网络服务商享有合同修改权和终止权。就传统的格式合同而言,只要不违反法定要件,一经成立就确定地发生法律效力,制定合同的一方当事人一般不得在合同中预设免除其变更或终止合同责任的条款,否则该条款将被视为无效。但是,在网络的许多点击合同,如免费电子邮箱服务合同中,网络内容提供商往往为自己预先设定修改和终止合同的权利。

## 三、我国点击合同法律制度的完善

正如其他格式合同一样,点击合同的产生有其必然性,它反映了现代化生产经营活动的高速度、低耗费、高效益的特点,体现了专业分工严明的科学性和复杂性。它的产生和发展,不仅节省了订立合同的时间和精力,而且使合同条款有可能吸取比较成熟的合同经验,在全面规范合同当事人之间的权利义务、促进商品交换与信息交易的即时成交等方面,都有积极的意义。然而,它所带来的负面影响也是不容忽视的。在垄断经济的急剧膨胀,社会经济力量的对比差距日益悬殊的今天,点击合同双方当事人的地位呈现出明显的不平等。平等磋商、谈判、讨价还价已不复存在,个体的趋利性以及法律的漏洞使得

拟定点击合同的一方当事人可以自由地凭借其优势地位,任意掠夺对方的利益,而对方当事人却只能被动地接受伤害。随着电子商务的飞速发展,点击合同的上述优劣得失将体现得更为充分。

点击合同可以简化交易程序,减少交易成本及节约交易时间。程序越复杂,所需的交易成本越高。点击合同的订立省略了繁复的讨价还价过程,且其要约常常借助于电子代理人的行为,承诺的方式也被简化为选择“我同意”的按钮,如此就能避免交易谈判之麻烦,减少交易成本,节约交易时间。由于点击合同条款的拟定者有较强的技术能力与丰富的经验,通常能够较详尽地预见合同中可能出现的各种问题,有能力提供公平、合理、高质量的格式文本,所以在一定程度上,点击合同可以弥补客户在技术、法律等方面知识的欠缺,在预先明确双方当事人的责任范围和风险分担的基础上维护交易安全。

但是,点击合同存在的问题也十分明显。从理论上分析,点击合同构成对合同自由的限制。网络服务提供商和网络内容提供商在世界范围内瓜分市场份额,用户只能服从他们所制订的规则,而且他们为了共同的利益又常常以协议来协调和统一各自的规则,形成事实上的垄断,这就剥夺了用户选择合同相对人的自由。另一方面,合同内容由一方当事人预先制定,未与对方协商,在拟订合同条款时仅有一方之意思表示,相对方当事人只能就交易条件概括地予以接受或者拒绝,根本没有讨价还价的余地。

在实践中,点击合同往往存在不公平、不合理的条款,直接造成双方当事人合同利益的失衡。网络服务提供商和网络内容提供商往往滥用经济优势,在点击合同中规定对自己有利的条款,强迫用户接受,然后借口点击合同对双方均有约束力来获取不正当利益或者免除责任;甚至也有的在点击合同中直接做出损害用户利益的表示,将风险与负担不合理地分配给用户。例如,263 首都在线免费电子邮箱服务合同第 4 条规定:“263 首都在线保留随时修改或中断服务而不需要事先知会用户的权利。263 首都在线行使修改或中断服务的权利,不需对用户或第三方负责。”21CN 免费电子邮箱服务合同第 3 条第 2 款规定:“21CN 服务条款一旦发生变动,将会在重要页面上提示修改内容或以电子邮件形式通知给用户,用户可以作如下选择:(1) 如果不同意所改动的内容,用户可以主动取消所获得的个人免费邮箱服务;(2) 如果用户继续使用个人免费邮箱服务,则视为完全接受服务条款的变动……”。这些条款均确认了网络服务提供商和网络内容提供商拥有任意修改点击合同内容而免除责任的权利。在此种情况下,虽然用户也获得了终止合同的权利,但实际情形往往是用户为了保留其一直沿用的邮箱地址而被迫接受新的合同条款<sup>[3]</sup>(第 137 页)。因此,维护电子商务中的契约正义已成为法学界的重要课题。

有鉴于此,不仅各国合同法对格式合同有特殊规定,限制提供格式合同的一方当事人过度加重对方当事人的责任、排除其主要权利、或者不适当地限制甚至免除自己的义务,而且有的国家以特别法对点击合同的相对方当事人给予特别的保护。例如,美国《统一计算机信息交易法》就赋予了法官拒绝执行“显失公平的合同或条款”的自由裁量权。该法第 111 节(a)规定:“如果法院作为法律上的问题发现合同或其中的条款在订立时显失公平,那么法院可拒绝执行该合同,或执行该合同除显失公平条款以外的其余部分,或限制该显失公平条款的适用以避免导致显失公平的结果。”以此对点击合同相对方的合法权益提供救济。我国《合同法》的第 39、40 和 41 条中对格式合同条款的有所规制,但在立法中却未专门涉及点击合同,这不能适应现实生活中格式合同形式层出不穷及格式合同被广泛运用的状况。新的格式合同形式呼唤新的法律规则。加强对点击合同法律规制已不再仅仅是理论研究的问题,我国关于点击合同的首例纠纷已引起了社会各界的广泛关注。

2001 年 9 月 27 日,天津四方律师事务所律师来云鹏状告新浪网一案正式立案,标志着国内首例免费电子邮箱服务合同案件正式进入司法程序。该案涉及的是一个典型的点击合同纠纷:原告来云鹏于 2001 年 4 月 22 日在被告北京四通利方信息技术有限公司所有和运作的新浪网上注册了会员号为 laiypeng 的 50M 免费电子邮箱。2001 年 9 月 16 日零时,被告将邮箱的容量从原来的 50M 减至 5M。双方就这一事件发生了争议,其争议的焦点是被告在合同中所制定的免责条款。被告在点击合同中明确规定了新浪网有权在必要时调整合同条款并随时更改和中断服务而无需对用户或第三方负责。法院在作出一审判决时采信了被告的辩解,确认了该免责条款的法律效力<sup>[4]</sup>(第 70-72 页)。虽然诸如此类的点击合同无论在形式上还是在实质内容上均有损广大网络用户的合法权益,但法院却对作为弱势群体

的网络用户的诉求不予支持,此种现象值得我们深思,也呼唤尽快完善我国点击合同的立法。

鉴于我国消费者在购买商品、接受服务时,90%以上都是用格式合同或条款的形式来明确经营者与消费者权利义务的,在房屋买卖、邮电通讯、旅游保险等行业中,这个比例甚至达到100%,而现代市场经济发达国家中,格式合同占合同总数的比例高达99%<sup>[5]</sup>(第73-79页),格式合同已成为现代合同中的重要类型,在社会生活中的使用范围和数量正呈日益上升的趋势,我们应借鉴美国《统一计算机信息交易法》等发达国家的成功立法经验,在我国合同立法中制定专章的格式合同法律规范,将网络时代格式合同的新型表现形式,如点击合同、拆封合同等作独立的规定,或在电子合同立法中对点击合同进行规制。不论采何种立法模式,当网络服务提供商或网络内容提供商对合同条款做出重大修改而该修改严重影响用户利益时,点击合同的提供方均应负在合理期间内提前通知用户的义务。

除立法层面对点击合同进行管制外,加强对点击合同条款尤其是免责条款的司法控制,对切实保障处于弱者地位的广大网络用户的合法权益也具有十分重要的意义。对格式合同条款尤其是免责条款进行规制,已经成为各国合同法的共识。一般而言,有两种途径可资采用:其一是设立预先核准制度及合同条款解释规则以强化事前的审核;其二是增强消费者组织和社会舆论的压力以保证事后的监督。前一种方法主要是审查网络服务提供商和网络内容提供商所展示的点击合同条款是否能够符合法律的实质要求和形式要求,而后一种方法则主要通过广大网络用户和社会媒体对点击合同的实施进行监督。

#### [参 考 文 献]

- [1] 叶知年. 初论格式合同[J]. 华侨大学学报(哲社版), 1995, (2).
- [2] 杜军. 格式合同研究[M]. 北京:群众出版社, 2001.
- [3] 魏士稟. 电子合同法理论与实务[M]. 北京:北京邮电大学出版社, 2001.
- [4] 张嘉林. 新浪网免费电子邮箱“缩水”案评析[J]. 人民司法, 2002, (1).
- [5] 谢晓尧, 黄胜英. 格式条款的法经济分析[J]. 学术研究, 2001, (8).

(责任编辑 车英)

## On Clickwrap Contract

LIU Ying, LUO Wen-yi

(Ji'nan University Law School, Guangzhou 510632, Guangdong, China)

**Biographies:** LIU Ying (1962-), male, Doctor, Professor, Ji'nan University Law School, majoring in E-commerce law & International economic law; LUO Wen-yi (1978-), female, Graduate, Ji'nan University Law School, majoring in international economical law.

**Abstract:** Clickwrap contract is the major transaction form in EC, it is a new type of standard form contract at EC times. Clickwrap Contracts have special subjects, use internet, have specific unfair terms. Although clickwrap contracts have some advantage, we still regulate them through legislation and administration of justice.

**Key words:** clickwrap contract; standard form contract; regulation