

A Study on Online Services Standard Clauses

A Dissertation Submitted for the Degree of Master

Candidate: Li Qian

Supervisor: Prof. Wang Chun jie

School of Law

Shandong University of Finance and Economics

中图分类号：D9

密级：公开

学科分类号：

论文编号：FX10456200910109

硕 士 学 位 论 文

网络服务合同格式条款研究

作者姓名：李倩

申请学位级别：法学硕士

指导教师姓名：王春婕

职 称：教 授

学 科 专 业：民商法学

研 究 方 向：商法学

学 习 时 间：自 2009 年 9 月 1 日 起至 2012 年 6 月 30 日 止

学位授予单位：山东财经大学

学位授予日期：2012 年 6 月

山东财经大学学位论文独创性声明

本人声明所呈交的学位论文是我个人在导师指导下进行研究工作及取得的研究成果。尽我所知，除了文中特别加以标注和致谢的地方外，论文中不包含其他人已经发表或撰写过的研究成果，也不包含为获得山东财经大学或其它教育机构的学位或证书而使用过的材料。与我一同工作的同志对本研究所做的任何贡献均已在论文中作了明确的说明并表示了谢意。

学位论文作者签名：

日期： 年 月 日

山东财经大学学位论文使用授权声明

本人完全同意山东财经大学有权使用本学位论文（包括但不限于其印刷版和电子版），使用方式包括但不限于：保留学位论文，按规定向国家有关部门（机构）送交学位论文，以学术交流为目的赠送和交换学位论文，允许学位论文被查阅、借阅和复印，将学位论文的全部或部分内容编入有关数据库进行检索，采用影印、缩印或其他复制手段保存学位论文。

保密学位论文在解密后的使用授权同上。

学位论文作者签名：

日期： 年 月 日

指导教师签名：

日期： 年 月 日

摘 要

网络服务业，作为网络经济的代表，总是伴随着日新月异的变化与日益丰富的新内容，时刻有跳脱法律约束的危险。网络服务商们作为商人，追求高利润与高效率是他们永恒不变的目标，由他们单方拟定的网络服务合同格式条款很有可能沦为他们规避风险、片面追求经济利益的工具。网络服务合同格式条款，在给我们的生活带来极大便利的同时，也带来了许多法律适用上的难题，法律对普通格式条款的规制方法已经不能更好的规制网络服务合同格式条款，因此需要我们探索新的规制方式。由于网络服务合同具有格式合同与电子合同的双重属性，导致了我们必须对网络服务商规定严格的提示义务与解释说明义务以保证订入条款的内容合理；法院必须适用特殊的解释规则对其条款进行解释以对意思表示的真实性进行救济；适用特殊的效力判别标准对网络服务合同格式条款、尤其是免责条款的效力进行认定，避免网络服务商利用免责条款侵害网络服务使用者的利益；完善立法、规范行政监管并调动一切可以调动的社会力量进行监督，以保证网络服务业的健康发展。文章通过对我国目前网络服务合同格式条款监管现状的调查，比较其他国家相关监管模式与相似格式条款监管模式，并深入分析典型网络服务合同中免责条款常见类型，力求构建最适合于我国网络服务合同格式条款的监管体系。

关键词： 网络服务合同 格式条款 规制方法

Abstract

Online services, as the representative of network economy, always accompanied by change rapidly and increasingly rich content, may have jumped out of the law anytime. Online service providers as a merchant, pursuing of high profit and high efficiency is the eternal goal, by their unilateral protocol online service standard clauses is likely to be relegated them to avoid risk, one-sided pursuit of economic interests. Online service standard clauses, as time as brings us the enormous convenience in our network life, also brought a lot of legal application problems, law on the general regulation of the standard clauses are not better regulation online service standard clauses, therefore we need to explore new regulation. Because the Online service contract with the format of the contract and the electronic contract dual attributes, cause we must give the network service provider provides strict duty of prompt and explanation obligation to ensure that the set of terms is reasonable; the court must apply special rules for the interpretation of the clause to relieve the authenticity means; the effectiveness of criterion on online service standard clauses, especially the validity of disclaimer clauses, avoid network service providers use exemption clause against Internet service user's interests; perfect legislation, administrative supervision and mobilize all available social power to supervision, in order to ensure the healthy development of the industry of online service. The article passes pair of our country at present online service standard clauses, compared to other nation's regulation mode and the similar supervision mode, and in-depth analysis of typical online services contract invalid exemption clause types, strive to build the most suitable for China's online service standard clauses supervision system.

Key words: Online Service Contract Standard Regulation method

目 录

第 1 章 绪论	1
1.1 研究的背景及意义	1
1.2 国内外研究现状综述	2
1.2.1 研究概况	2
1.2.2 文献综述	3
1.3 研究的主要内容	5
1.4 研究方法	7
1.5 论文的创新点	7
第 2 章 网络服务合同格式条款一般理论	9
2.1 网络服务合同格式条款的概念界定	9
2.1.1 格式条款	9
2.1.2 网络服务合同	10
2.1.3 网络服务合同格式条款	10
2.1.4 网络服务合同的分类	11
2.2 网络服务合同格式条款的特征	12
第 3 章 网络服务合同格式条款的订入	15
3.1 网络服务合同格式条款的拟定	15
3.1.1 网络服务合同格式条款的拟定标准	15
3.1.2 网络服务合同格式条款的拟定方式	18
3.2 网络服务合同格式条款提示与解释说明	18
3.2.1 严格的提示义务	19
3.2.2 严格的解释说明义务	20
第 4 章 网络服务合同格式条款的解释	22
4.1 网络服务合同格式条款解释的特殊性	22
4.2 网络服务合同格式条款一般解释规则	23
4.3 网络服务合同免责条款之特殊解释规则	26

第 5 章 网络服务合同格式条款的效力.....	28
5.1 网络服务合同格式条款效力判断标准.....	28
5.2 网络服务合同格式条款的效力形态.....	30
5.2.1 可撤销的网络服务合同格式条款.....	30
5.2.2 无效的网络服务合同格式条款.....	32
5.2.3 常见网络服务合同免责条款评析.....	32
第 6 章 网络服务合同格式条款的规制.....	37
6.1 网络服务合同格式条款规制现状.....	37
6.2 网络服务合同格式条款的规制方法.....	37
6.2.1 立法监控.....	37
6.2.2 行政监管.....	39
6.2.3 司法监督.....	41
6.2.4 消费者团体监督.....	43
6.2.5 网络舆论监督.....	43
结 论.....	44
参考文献.....	46
附 录 A.....	47
攻读硕士学位期间发表的学术成果	54
致 谢.....	55

第1章 绪论

网络时代，信息保存在计算机的存储单位中，只有当某个用户希望在网上使用这条信息时，他才变成物质的形式。这种信息存储模式给网络商业繁荣带来了深刻的转变，影响着网络生活的每一个领域。其中一个优势就是信息的数字化可以以光速在全世界范围内传播，从而克服物质信息的时空局限，进一步把世界联结为一个整体。另一方面，货币的数字化也导致了一场商业领域的革命。当你在网上购物、消费时，可以使用一串经过加密处理的数字来代替现金，即“电子货币”，它使得我们足不出户就可以进行转帐、支付、查询付款等工作，对加快货币流通的速度，促进经济增长有着不可磨灭的功劳。再者，网络经济彻底改变了工业化的生产营方式，厂家可以直接根据消费者的需求生产，从而达到供需的平衡，减少不必要的浪费；消费者也可以根据自己的需要随时得到想要的商品，并且网络上高度透明的价格，使得消费者的商品选择范围空前扩大，这些都有益于促进市场公平竞争与有限资源的合理配置。伴随着网络经济而生的网络服务业更是如雨后春笋般，焕发出独有的生机。随着互联网技术的推进，网络服务业的内容与质量也从不同层面上得到了丰富和提高，为促进网络经济的发展、加快信息传递的速度、方便网络生活发挥着越来越重要的作用。但是我们也必须认识到，任何新事物的产生都伴随着弊端与缺陷，网络服务业也是如此，主要表现在网络服务商们纷纷利用自己在网络服务业中的主导地位，制定不公平的网络服务合同格式条款，损害广大网络服务使用者的利益。如，澳大利亚反不正当竞争和消费者保护委员会（ACCC）宣称，过半数的澳大利亚在线销售商通过格式条款等行为剥夺了消费者的合法权利，许多网站在销售中提出一些条款，剥夺消费者要求销售者提供担保的权利^①。

1.1 研究的背景及意义

当今世界，市场经济之所以成为绝大多数国家（地区）的选择，乃是因为这种机制最大程度地尊重了参与者在追求财富方面的创造力。经济效益在人的主观能动性作用下被发挥到了极至，人们为了加快经济发展的进程持续不断的改进和改善着游戏规则，格式条款就是在这样的环境下诞生的。从19世纪初期“相因成习”的

^① Online shoppers robbed of rights: ACCC[EB/OL]. <http://www.theage.com.au/articles/2004/09/23/1095651461053.html>, 2004-9-23

缔结合同方式中萌芽到近现代垄断行业新型缔约形式的普及,格式条款已经深入社会生活的方方面面,契约自由面临着前所未有的挑战。法律工作者们在感叹着“契约之死”的同时,也开始关注和研究格式条款给市场经济和社会生活带来的影响与问题。作为新经济时代代表的电子商务领域更是充斥着形形色色的格式条款,可以毫不夸张的说,格式条款其实就是电子商务的骨骼,它支撑并引导着电子商务的发展内容和方向,对电子商务的发展,乃至现代经济的发展发挥着巨大的作用。但是格式条款是把双刃剑,我们在看到他推进电子商务发展的巨大功绩的同时,也必须认识到毫无限制和规制的网络格式条款给广大网络使用者带来的危害以及给市场经济秩序带来的威胁。尤其是网络生活中的网络服务使用者,他们往往处于合同缔结双方中的弱势一方,极易遭到不公平待遇。因此,我们必须不遗余力的加强网络合同格式条款的研究,探索对它们进行有效规制的路径,引导格式条款在促进网络服务业发展中发挥更大的作用。

本文选取了网络生活中最具有代表性的网络服务类合同格式条款作为研究对象,并试图通过深入分析网络服务合同格式条款的个性特征,同时对比国内外相关立法与先进经验,结合我国实际情况与经济发展水平,探索网络服务合同格式条款规制之道。与此同时,也希望通过实证分析与规范分析,对实践中网络服务合同格式条款的订入、解释有一些实践指导意义;对广大的网络服务使用者维护自身权益,提供一些关于方法与路径方面的建议。

1.2 国内外研究现状综述

1.2.1 研究概况

格式条款,并不是一个新鲜的名词。它萌芽于19世纪初西欧的工场与商人之间以约定俗成的条件订立合同,并在19世纪的保险业与铁路运输业中最早出现,20世纪20年代以后广泛适用于公用事业,40年代后则盛行了几乎所有的商业合同领域。在现代社会中,格式合同的使用日渐普遍,深入到人类生活的各个方面,成为合同中的重要一类。在不同的国家与地区,对它也有不同的称呼:德国称之为一般交易条款;法国称之为附和合同;英国称之为标准合同;我国台湾地区称之为定型化契约。但无论是哪种称呼,各国的学者们已经对格式合同的概念内涵、法律特征达成了一定的共识:格式合同是指当事人为了重复使用而由合同的一方当事人预先拟定,由不特定的

第三人决定是否接受,具有稳定性和长期性的合同条款。作为本文研究对象的网络服务合同格式条款是对于格式条款研究的延伸,但它不仅仅局限于这一领域。由于网络服务合同隶属于电子商务合同,因此与电子商务合同的研究有着密不可分的关系。电子商务,以互联网为平台,以信息交换为手段的交易方式的兴起与繁荣,既给传统交易方式带来了冲击,也使传统法律制度面临着挑战。网络交易有一套不同于传统交易的规则,调整交易的法律制度理应适应网络交易的要求,否则交易将得不到法律的有效保障。合同作为民事权利义务关系的记载,在商业交易中扮演了非常重要的角色。同样,作为信息时代产物和电子商务活动重要工具的电子合同,其应用与发展也给传统合同法带来了许多问题。网络服务合同格式条款是实践中发生问题较多的一类合同,因此非常值得研究。短短的几年里,有关电子合同的立法纷纷出现,在这些电子合同的立法中,不乏关于电子合同格式条款的规定。我国的电子商务起步较晚,有关电子合同方面的规定也很少,电子合同格式条款方面的规定更是空白,实践中主要还是参照《合同法》与《消费者权益保护法》来规范电子合同格式条款的相关问题,因此非常值得研究。

1.2.2 文献综述

论文相关资料的搜集,主要从电子合同与格式条款两个角度出发,力图对网络服务合同格式条款的相关问题有一个准确全面的把握。

魏士廩先生所著的《电子合同法理论与实务》是电子合同领域非常具有代表性的著作之一。本书选用资料较新,系统全面的介绍了电子合同作为一类特殊合同在法学理论与具体运用过程中与普通合同的区别,并对容易出现争议的问题进行了有益的探讨。专著中的亮点颇多,具体来讲:

1. 电子合同特征的整理比较全面客观。作者对于电子合同的特性把握的比较准确,他认为电子合同具有七大特征,都是与普通合同的不同之处。网络服务合同作为电子合同的一种,当然的具有这些特征。

2. 专著关于电子错误、电子监控以及电子自助方面的研究有助于分析网络服务合同格式条款中常见问题。如一般的网络服务合同中都会包含网络服务商保留监控权利的条款,并且这一条款是以“点击合同”即格式条款的形式存在。对于广大的网络用户来讲,一般很少有人关注这样一种条款,即使关注了,也不明所以。事实上监控权的内容是很值得我们研究的,它的赋予在某种程度上加大了网络服务商的权利,侵犯了网络用户的利益。更值得我们担忧的是,这样一种权利的赋予与范围的确定是由

合同的订立一方，即网络服务商来决定的，如果没有有效的限制与规制，就很容易导致网络用户权益被肆意侵犯的后果。

3. 电子合同格式条款之解释。专著中有许多作者独到的见解，比如在“免责条款中，不得将‘免则条款之合意’视为‘自甘冒险’的解释原则和非企业合理化经营所必须的免则条款应从严规制的解释原则。”这是由于在网络服务合同中，合同提供方都只给用户“同意”或者“不同意”的选择，因此在阅读了显失公平的条款后，仍然选择“同意”，不能将此解释为“自甘冒险”。否则，不但不会促进电子商务的发展，反而会大大鼓励格式条款制订一方不顾公平正义的原则去制订严重损害用户利益的格式条款。而后一种解释原则是由于，目前很多网络服务商一味的无限扩大自己的权利，免除自己的责任，很多风险完全转嫁给用户，这是很不合理的。我认为魏士廩先生提出的这两种解释原则是非常适合于网络服务合同格式条款之解释的。

4. 专著后半部分的分论中，列举了许多常见的电子合同，其中的信息系统使用合同、大众市场许可合同中的网络服务条款等都属于网络服务合同格式条款研究的对象。

总之关于电子合同的资料非常丰富，比较有代表性的作者包括张楚、阚凯力、孙维佳等这里就不再一一列举。

关于格式合同的研究首推苏号朋博士的专著《格式合同条款研究》。苏博士专门致力于格式条款研究工作多年，并且是我国学者中最早研究格式条款的学者之一。他对格式条款的研究非常的深入与细致，研究侧重于法学理论方面的探讨，比较有亮的部分主要包括：各国格式条款立法的比较研究；格式条款的订入规则；格式条款的规制方式等。后续的许多关于格式合同的论文都受到了该专著的影响。除此之外，王利明老师围绕我国《合同法》与《消费者权益保护法》对格式合同的相关理论进行了研究，其中有许多独到的见解。如王利明老师认为：“对《合同法》第39条的规定应当理解为格式条款是指在订立合同时不能与对方协商的条款。”我国合同法第39条并不是这样的提法，而是说“在订立合同时未与对方协商。”这里的区别很明显，王利明老师认为的格式条款应为消费者 yes or no(take it or leave it)，这样可以规范格式条款的范围。现实生活中有许多被39条误导的“格式条款”，一些本来可以协商，但由于消费者、购买者一方的过失没有与之协商的情况也归类于格式条款。这样做无疑扩大了格式合同的范围，是一种错误的认识。对于以上观点心存疑异，现实生活中如何明确区分是否可以协商？或者有机会协商？如果买卖双方事实上处于强势与弱

势地位，即使强势一方提供了协商机会与方式，但事实上很难达到协商效果的时候是否也属于王利明老师所说的“能而不去做”？正如网络服务提供商在格式条款后备注，如合同部分条款有异议，请与某某电子邮箱联系。事实上这一备注所提供的方法并不能达到双方协商一致的效果。原因有很多，如消费者为了节省时间与经济考虑没有联系该电子邮箱、联系后网络服务提供商没有答复或者没有及时答复等等。我们是否就因为网络服务商提供了协商的机会与方法就认定该点击合同中不存在格式条款？

答案是否定的。原因就在于便捷效率本身就是电子商务所具有的特征，也是其生命力所在，网络使用者出于经济的考虑在订立合同时一些不得已的取舍正从另一个方面反映了电子交易的特性。因此我们在研究网络服务合同时，应当充分考虑其与现实生活中普通服务合同的区别，才能研究好这类合同。

国外文献主要从立法角度进行了收集。比如《美国统一计算机信息交易法》中虽然没有提及格式条款，但对标准格式作了定义，同时也对格式合同做了三方面限制性的规定。UCITA 认为：“标准格式指一个记录或一组记录，其中含有为在交易中重复使用的目的而拟订的条款，并且除了对价格、数量、支付方法以及交付的时间或方法加以确定，或在标准选项之间作出选择之外，在交易中排除个人对此种条款的协议修改”。从此规定可以看出网络格式合同的三个要素：（1）主观上有重复使用的目的；（2）客观上在标准格式中确立了合同的主要条款，如价格、数量、支付方式以及交付的时间或方法；（3）同时要求只能在标准选项之间作出选择，并且个人无权对此种条款进行协商修改。除此之外，欧盟 1997 年通过的《关于远程销售合同中的消费者权益保护的指令》对通过包括互联网在内的电子通信方式订立的远程消费者合同中的格式条款作出了相应规制。关于网络服务合同格式条款的相关立法，美国可以作为代表，由于电子商务在美国起步较早，随着时间的推移，已经日趋完善，许多东西值得我们借鉴和学习。

1.3 研究的主要内容

本文是从电子商务的角度出发，通过对网络服务类合同的研究，充分考虑网络服务合同中的格式条款所具有的特殊性，对网络服务合同的格式条款进行全面细致的研究。文章主要从网络服务合同格式条款的订入、效力、解释等方面分析网络服务合同格式条款所具有的特殊规则，并以此为基础对网络服务合同格式条款的法律规制做了一些思考。与此同时，通过与国外相关立法的比较和与常见格式条款，如保险合同格

式条款之比较，并以目前最具有典型代表性的网络服务合同为例，指出了目前我国网络服务格式条款中存在的问题，并提出了一些解决的建议。本文共分为七个部分。

第一章，绪论。这部分的主要内容包括：研究背景及意义；国内外研究现状，论文研究的主要内容，论文的研究方法以及论文的创新点。力图从整体上对文章研究的内容进行介绍。

第二章，网络服务合同格式条款的一般理论。本章共分为两个部分：第一部分通过对格式条款、网络服务合同等概念的介绍，引出了网络服务合同格式条款的概念，明确了网络服务合同格式条款的范围，并对网络服务合同的类型做了简单介绍；第二部分对网络服务合同格式条款的特征进行了归纳整理。

第三章，网络服务合同格式条款订入。这部分内容是以第二章网络服务合同格式条款特征为研究基础展开的研究，具体分析了适合网络服务合同格式条款的订入规则，并对网络服务合同格式条款的拟订方法与标准做了一些介绍与研究，然后对网络服务合同格式条款的提示与解释说明义务做了重点研究，提出了一些自己的看法和建议。

第四章，网络服务合同格式条款的解释。本章节共分为三个部分：第一部介绍了网络服务合同格式条款解的特殊性；第二部分从网络服务合同的特征出发探讨了法院在对网络服务合同格式条款进行解释时的一般解释规则；第三部分，对网络服务合同中免责条款的特殊解释规则进行了探讨。

第五章，网络服务合同格式条款的效力。本章内容也是在第二章的研究基础上展开的。主要分为两个部分：第一部分介绍了判断网络服务合同格式条款效力的标准；第二部分主要介绍了常见的两种效力瑕疵状态下的网络服务合同，包括无效与可撤销两种形态，并对常见网络服务合同中免责条款进行了概括总结，并对其逐一进行了评价与分析。

第六章，网络服务合同格式条款的规制。通过从第二章到第五章的研究，基本上可以对网络服务合同格式条款做一个全面的把握，本章节在此基础上对网络服务合同格式条款的规制展开了讨论。首先从法律规制的体系、价值方面进行了论证，然后分别从立法、行政与司法监管几个角度对网络服务合同格式条款的法律规制方式进行了探讨，并对消费者群体与网络舆论监督等方式进行了简单介绍与评价。

最后一部分，结论。通过从理论和实践意义上对网络服务合同格式条款的细致研究，本章主要对研究内容进行简单的梳理与概括，总结研究成果与发现的问题，提出

建议和思考，并指出以后有待进一步研究的问题。

1.4 研究方法

1. 实证研究与规范性研究相结合。本文全文贯穿了实证研究与规范性研究方法，在网络服务合同格式条款的说明与提示义务、解释、免责条款的效力，格式条款的订入等多处使用了这两种研究方法。

2. 比较分析法。由于我国关于网络服务合同格式条款的立法属于空白状态，相关法律法规制度只能参考合同法、消费者权益保护法等相关法律制度，因此本文通过对国外相关立法和经验作大量的介绍，通过比较分析法得出适合我国的网络服务合同格式条款的规制模式。除此之外，笔者还将多次将保险格式条款、垄断行业格式条款等现实生活中常见格式条款与网络服务合同格式条款相比较，力求对网络服务合同格式条款的特性进行准确把握，以便研究法律规制的相关问题。

3. 法经济学研究方法。电子商务与经济学密不可分，因此笔者在研究网络服务合同格式条款制度构建的同时，大量使用了法经济学研究方法，建立起成本-收益的经济模型，尤其是在网络服务合同格式条款的订入部分，充分运用了这种方法，以图达到网络服务商与网络消费者之间利益的平衡。

1.5 论文的创新点

创新点一：网络服务合同的概念是在电子合同基础上作出的合同分类，对其概念的界定、特征的概括总结是本文可能成立的创新点之一。

创新点二：研究视角的新颖性。本文从电子合同的特殊性出发，拟对网络中广泛存在的格式条款作考察与探讨，而现存研究成果里，多从消费者权益保护的角度研究该问题，因此也是本文的创新点之一。

创新点三：文章对网络服务合同中的格式条款作了归纳整理，发现现存研究成果多从一类合同入手，缺乏归纳整理的内容，如罗义所著论文《论网络购物中的格式条款法律规制》仅对网络购物一种合同的格式条款进行了研究。

创新点四：文章从网络服务合同格式条款的特殊性入手，提出了许多适合于网络服务合同格式条款的规制方法。

网络服务合同格式条款是非常值得研究的一类特殊格式条款。通过调查发现，现

存有关网络服务合同格式条款的研究多从消费者权益保护的角度进行探讨,忽略了网络服务合同的电子合同属性,在此基础上得出的结论必然不完全适用于网络服务合同格式条款的规制。因此我们有必要从这一新的研究角度入手,对网络服务合同格式条款重新进行细致深入的研究,以探求更适合于网络服务合同格式条款的规制方式。

第2章 网络服务合同格式条款一般理论

要展开网络服务合同格式条款相关理论的研究，就必须从一般理论入手，通过对概念的界定，才能准确把握网络服务合同格式条款的特征，从而对网络服务合同格式条款进行分类。本章节关于网络服务合同一般理论的研究，是为了下一步更深入的论证做准备，重点在网络服务合同格式条款的特征部分。

2.1 网络服务合同格式条款的概念界定

2.1.1 格式条款

合同中的格式条款并不是一个统一的法律概念，早先我国学者研究格式条款相关问题时，多引用英美法系国家的法律，因此常用的概念为“格式合同”，是从合同整体展开的一种研究。但是还有许多国家，特别是大陆法系国家，如德国则侧重于从“条款”的角度研究相关问题，并不把格式条款作为一种独立的合同看待。我国在格式合同的相关立法与学术研究中使用的概念也不尽相同：就立法而言，《消费者权益保护法》使用的是“格式合同”，而《合同法》使用的是“格式条款”的概念；就学术论著而言，曾经使用过格式条款、定型化约款、一般契约条款、一般交易条款、一般交易条件、标准合同、附从合同、定式合同、格式合同、标准格式合同、标准形式合同、定型化契约等多种称谓^[1]”。就目前而言，学术界在研究相关课题时使用的术语逐渐向“格式条款”靠拢，也是对该概念准确性的承认。为了不差生矛盾，本文准用格式条款的提法。

各国虽然对格式条款的概念界定不尽相同，但是基本特征还是有相似之处的。最初提出格式条款这一概念的是德国 1976 年制定的《一般交易条款法》（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 简称 AGBG），随后在 2002 年 1 月 1 日颁布的《德国债法现代化法》中对格式条款相关内容进行整合，从而使其成为了《德国民法典》的组成部分。根据《德国民法典》第 305 条的规定：“一般交易条款是指合同一方当事人为了供将来订立多数合同之用而预先拟定，并于订立合同时提供给相对人的所有合同条款。不论该条款是否构成合同的另一单独部分，或者被直接载入合同文件，也不论其范围、书写方式和所采用的形式如何，都属于一般交易条款。”我国《合同法》第 39 条亦规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟

定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”由此可以看出格式条款必须具备三大特征：合同条款的预先拟定性、重复使用的目的性以及合意的欠缺性。

2.1.2 网络服务合同

所谓网络服务合同，是指由网络服务商一方拟定的，基于网上信息采集、传递、利用等服务产生的权利义务关系为内容的一类电子合同。网络服务合同的概念，其实是建立在电子合同的基础之上的。所谓电子合同是指：“当事人之间通过应用电子管理和数据交换系统设立、变更、终止财产性民事权利和义务关系的交易协议^[2]”。网络服务合同属于狭义的电子合同，即交易过程，包括支付过程都是在网上完成的，不涉及线下行为。常见的网络服务合同有网络交易平台服务协议、电子邮箱使用服务协议等。

网络服务合同不同于电信服务合同。所谓电信服务合同是指为了接入互联网络，用户在具备电脑终端的前提下，与线路接入商之间签订的服务合同。两者的区别很大：

1. 合同成立与履行的地点不同。网络服务合同格式条款的成立地点与履行地点都在互联网上，而电信服务合同的成立地与履行地往往在电信服务商的营业场所内。

2. 合同涉及的内容不同。网络服务合同主要以信息的采集、传递、检索利用等为内容，服务的目的在于加快信息的传递速度，方便网络服务使用者对信息进行查找、利用等。而电信服务合同的主要内容是互联网接入服务，不涉及接入后网络用户对信息的利用问题。

3. 合同的主体资格不同。在线网络服务商为一般商主体，只要具备《公司法》规定的条件即可成立；而电信服务商一般需要具备专业的技术与专门的设备，实践中多体现为垄断行业。

由于网络服务合同属于电子合同，而且属于完全意义上的电子合同，因此它具备了电子合同所具有的所有特征，如：便捷性、开放性、隐蔽性以及不稳定性等。

2.1.3 网络服务合同格式条款

通过对网络服务合同的研究我们发现，此类合同在具有电子合同属性的同时，还具备格式条款的所有特征：

1. 网络服务合同条款具有单方拟定性。从网络服务合同条款的拟定来看，完全是由网络服务商一方单独完成，网络服务使用者，也就是合同的相对人没有参与到合同条款的拟定过程中，甚至没有独立表达自己意思的机会，只能被动的表示接受或者

不接受。

2. 网络服务合同条款具有重复使用的目的性。网络服务商制定网络服务合同条款的目的,在于能使其广泛的适用于不特定的网络用户,以减少与每个服务使用者单独订立合同所生成的成本。也就是说,网络服务合同是网络服务商为了能够重复使用而事先拟定的条款,且合同的对象为不特定的多数人。

3. 网络服务合同具有合意欠缺性。合意欠缺性又称为附从性,是指格式条款的相对人在与格式条款使用者一方签订合同时,不能进行进一步协商,无法自由表达意志,只能附和于格式条款使用者一方的状态。在网络服务合同中,电子交易的隐蔽性为合同双方当事人就条款内容进行协商带来了一定的困难,再加之网络服务合同的技术性,使得网络服务商成为了条款制定的唯一主体,网络服务使用者没有向网络服务商表达真实意思的机会,网络服务商们往往也不会提供合同相对人表达意思的渠道,因此较之普通格式条款,网络服务合同格式条款合意性欠缺更为严重。

由此可见,网络服务合同其实是一类典型的格式合同,鉴于文章概念的统一,在下面的研究中将统一使用网络服务合同格式条款的概念。

2.1.4 网络服务合同格式条款的分类

按照合同内容不同,我们将网络服务合同大致分为两类:

1. 信息系统使用类网络服务合同。所谓信息系统使用合同,又称为访问合同(access contract),是指:“双方约定一方以电子方式访问另一方的一个信息处理系统或自另一方的一个信息处理系获取的信息的合同,或有关此种访问的其他同类协议^②”。具体来讲又可以细分为临时信息系统使用合同与长期信息系统使用合同。如网络用户访问带有法律声明的网站进行信息浏览,就与该网站达成了一个临时的信息系统使用合同,该合同只对当次浏览行为有效,用户退出网站后合同即宣告结束。相对而言,需要进一步填写注册信息,以换取长期使用某一信息服务的服务协议就属于长期信息系统使用合同,由于此类合同中当事人双方的关系相对稳定,需要签订具体的协议确认双方当事人的权利义务关系,常见的如邮箱信息系统使用服务协议等。除此之外,根据是否收费还可以将信息系统使用合同分为有偿信息系统使用合同和无偿信息系统使用合同。

2. 大众市场许可类网络服务合同。大众市场许可合同(mass-market license)也

^② see UCITA 102 (a) (44)

称为一般零售授权合同,是指“为了能够实现基于将软件许可给用户使用所获得的利益,维护自身在大众市场交易条件下对软件的控制权而由软件所有者一方与网络服务商之间签订的协议^[3]”。该协议的内容直接涉及到第三方软件使用者,作为使用者必须对条款的内容全部接受,否则将无法使用该软件服务。此类合同的常见表现形式为各种类型的最终用户许可协议。由于许多网络服务涉及软件所有者的知识产权,因此大众市场许可类服务合同在网络服务业中颇为常见。但由于其内容涉及到三方权利义务主体,此类合同的规制将更为复杂,仅从网络服务使用者的角度来讲,完全符合网络服务合同格式条款的特征。

2.2 网络服务合同格式条款的特征

通过上面的研究我们发现,网络服务合同是一类非常特殊的格式合同,它在具备了电子合同特征的同时,又显示出格式条款的所有属性,当这两者结合到一起时,产生了一些普通格式条款所没有的特征,我们需要综合进行分析:

1. 网络服务合同格式条款具有电子合同的便捷性特征。电子合同最具有代表性的特征之一就是对便捷性的追求,它通过尽可能的减少交易时间来达到促进交易速度、减少交易成本的目的。从网络服务商的角度来讲,他们希望通过更便捷更高效的方式完成与网络服务使用者之间的订约过程,最大限度的减少因签订合同而支出的成本;从网络服务使用者一方来讲,更快更高效的处理和利用信息是他们使用网络服务的根本原因,浪费过多的时间在签订合同上也不是他们所希望的。正是因为网络服务商与网络服务使用者对便捷性的共同需求,格式条款成为了最适用于网络服务业的合同类型。格式条款的事先拟定性、重复使用性都是网络服务商与网络服务使用者选择格式条款的主要原因。在实践中,原本复杂的缔约过程可以通过签订格式条款精简到只需浏览协议内容与点击“同意”或者“确定”按钮两个行为。因此我们说,网络服务合同格式条款的预先拟定性与重复使用性同电子合同的迅捷性产生了共鸣,成为此类合同最重要的特征之一。

2. 网络服务合同格式条款具有定型化和不稳定性的双重特征。所谓定型化,是指格式条款应当具备稳定性和不变性,他将普遍适用于一切要与起草人订立合同的不特定的相对人,并不因相对人的不同而有所区别^[4]。也就是说,网络服务商在拟定条款后,负有保证条款内容相对稳定的义务,不能随意进行修改与变更,但在电子商务环境下,电子合同却会因其不稳定性对格式条款的定型化造成破坏,如不可归责于

任何一方的电子错误,电脑病毒等。因此我们对网络服务合同格式条款的研究,不能单纯的从普通格式条款出发,必须考虑电子合同中可能出现的各种风险,合理分配合同双方当事人的风险负担。其中最典型的例子就是在发生电子错误时的特殊处理方式,所谓电子错误是指:“没有提供检测并纠正或避免错误的合理方法,消费者在使用一个信息处理系统时产生的电子讯息中的错误^[5]”。这种电子错误是由信息系统本身的缺陷所致,不可归责于任何一方当事人。网络服务商一方在此时被要求履行特殊的提示义务,并要求提供避免错误与纠正错误的渠道。如未弹出确认支付的特别提示窗口就对网络服务使用者一方的电子银行账户进行了转账支付操作、未对网络用户产生重大影响的操作进行特别提示等。按照美国《统一计算机信息交易法》的规定,发生此类错误时网络服务商一方会被判定承担不利后果,充分体现出电子合同的不稳定性与格式条款定型化之间的冲突。

3. 网络服务合同格式条款具有附从性与隐蔽性的双重特征。格式条款之所以被法律特别关注,就是因为其附从性对契约自由原则形成了一定程度的破坏。按照合同法一般理论,合同因双方当事人的合意而成立,并且要求这种意思表示必须真实,如果存在欺诈、误解等因素导致当事人意思表示出现瑕疵,法律将会对其进行救济,认定合同无效或者赋予意思表示不真实一方撤销合同或者变更合同内容的权利。在格式合同中,合同条款并不是双方当事人协商一致的结果,而是由其中一方或者独立第三方对合同内容进行拟定,再由合同双方当事人予以确认并成立,这一过程就容易导致没有参与条款拟订一方的合同当事人意思表示不真实或者不充分。电子合同的隐蔽性,又称为匿名性,是电子合同区别于普通合同的又一特征。与普通合同相比,电子合同中交易主体的真实身份往往很难确定。以新浪网制定的服务协议为例,协议的制定方实际上是北京四通利方信息技术有限公司,而非新浪网。作为条款制定一方的网络服务商的真实身份都存在隐蔽性,单个确认每个签订网络服务协议的网络服务使用者更是需要花费巨大的人力和物力,甚至无法确定。因此即使网络服务使用者对条款内容有疑义,想要联系网络服务商,也要先确认该网络服务商的真实身份,并利用网络服务商提供的渠道进行表达,当然前提是网络服务商提供了此类渠道。再加之网络服务业普遍适用的电子代理人制度,更使得此类合同的隐蔽性更加严重。所谓电子代理人(electronic agent),是指“为某人用来代替该人对电子讯息或对方的行为采取行动或做出反应,且在作出此种行为或反应之时无需该人对电子讯息或对方的行为进行检

查或作出反应的一个计算机程序，或电子手段或其他自动化手段^③。”简单的来讲，网络服务使用者在签订协议时，面对的往往并不是网络服务商本身，而是由其事先设计好的一组程序或一个系统，并且这个电子代理人只会按照网络服务商的指示重复同样的订约行为，网络服务使用者的真实意思表示在电子代理人面前变得毫无意义，即使向网络服务商表达了自己的真实意思，也会因为电子代理人无法理解而受到阻碍。因此，与普通格式条款相比，网络服务合同格式条款的合同相对人处于更加不利的地位，他们表达自己真实意思表示的机会近乎于零，也就是说电子合同的隐蔽性，使网络服务合同格式条款的附从性更加明显。

4. 网络服务合同格式条款具有预先拟定性与技术性的双重特征。由于电子合同的技术性，导致合同内容往往由大量的专业词语和技术内容组成，而这些技术都是由网络服务商一方具有并控制的。网络服务使用者往往由于技术上的原因无法参与到合同的制定过程中去，合同的所有内容完全由网络服务商一方事先拟定。因此我们必须针对网络服务合同格式条款的这一特征制定适合于网络服务合同的规制标准，如以更加严格的标准要求网络服务商对条款内容进行解释说明等。

通过细致的研究我们发现，虽然格式条款是最适合于网络服务合同的缔约方式，但是我们必须注意到，电子合同本身的不稳定性、隐蔽性、技术性与格式条款的各种弊端在网络服务合同中得到了集中的体现，并且相互作用，对格式条款相对人的损害已经超出了普通格式条款规制的范围。因此我们在对网络服务合同格式条款进行研究时，必须注意到这些特征，设计适合于网络服务合同格式条款的规制制度。

小 结

通过对网络服务合同一般条款的研究发现，网络服务合同格式条款不同于普通的格式条款，也不同于普通的服务合同，它同时具备格式合同和电子合同的双重属性，当然也继承了他们的弊端。因此我们在对网络服务合同格式条款进行进一步研究时必须充分认识到此类合同的特殊之处，才能得出正确的结论。

^③ see UCITA 102 (a) (44)

第3章 网络服务合同格式条款的订入

由于网络服务合同的技术性与隐蔽性,网络服务合同格式条款显现出更大的任意性与不规范性,特别在目前只能由网络服务商一方拟定合同内容的前提下,对网络服务合同格式条款的拟定规则,更应当从严规定。

3.1 网络服务合同格式条款的拟定

3.1.1 网络服务合同格式条款的拟定标准

首先需要声明的是,格式条款的拟定,本身只是一种事实行为,并无法律效果,只有经合同相对方同意后才能产生约束力。格式条款是“经营者为了一律适用于同种类交易预先拟定的契约草案,其本身不构成当然的合同内容^[6]”。也就是说网络服务商单方拟定格式条款的内容并公告后,并不产生合同的法律效力,充其量只是订立合同的准备行为,只有当网络用户通过点击“确定”或者“同意”按钮后,条款内容才能对合同双方产生约束力。网络服务使用者在未做出行为表示接受合同内容之前,对网络服务商单方拟定的合同内容无法表达自己的意见,也不能通过缔约过失责任规则对条款中的不公平内容进行救济,因为此时合同尚未成立,因此不存在缔约责任的问题。网络服务使用者在点击“确定”按钮前发现条款内容侵犯其合法权益的,只能选择不接受服务,一旦选择“确定”,一般认为网络服务使用者主动放弃了自己的权益,无条件接受合同全部内容并受其约束。个人认为这种观点是不恰当的,必须设计能够有效规制条款拟订方行为的规则,不能简单地套用一般合同条款认定标准,网络服务使用者点击“确定”按钮的行为本身只能说明其想要达成合同目的的意思表示,并不能推定为承认所有条款内容,特别是免责条款。正是由于格式条款的相对人在订立合同的过程中缺乏意思表示的机会与渠道,法律才对格式条款设计了特殊的订入规则,通过赋予条款制定者与使用者更严格的义务,确保从源头上防止条款制定者与使用者利用格式条款侵害相对方利益。在网络服务合同格式条款中,网络服务使用者一方的意思表示受到了比一般格式条款更大的限制,因此对网络服务商拟定条款的过程,更应该进行严格的审查与监控。

按照传统合同法要约-承诺理论,网络服务合同格式条款的具体订约过程表现为:网络服务商一方将自己单独制定的条款张贴于网站首页或者在网络服务使用者需

要进一步享受服务时弹出张贴有协议内容的对话框，此为传统意义上的要约行为；网络服务使用者通过实际的信息使用行为或者通过阅读条款内容并点击“确认”或“同意”按钮表示接受该要约，此为传统意义上的承诺；那么当网络服务商一方的电子代理人收到该承诺时，也就是网络服务使用者的承诺进入网络服务商可控信息系统后，合同即宣告成立。但我国在司法实践中，利用传统的要约-承诺理论判断此类合同的成立与生效却得出了不同的结论，如在“来云鹏诉北京四通利方信息技术有限公司服务合同纠纷案”中，北京市海淀区人民法院就认为，网络服务使用者在注册登记时自愿点击了“我同意”的标识，是确认网站服务条款内容的行为，即对遵守网络服务商一方提出的新浪网服务条款内容的要约表示同意。双方的信息系统服务合同关系，在原告完成注册申请时即告成立。很明显，在传统要约-承诺理论下电子合同的成立时间存在很大争议，有人认为应当是在承诺到达网络服务商一方系统时，也有人认为应当是注册申请完成时，还有人认为应当是网络服务商一方的电子代理人发出收到承诺的通知时。个人认为，无论是张贴网络服务合同条款的行为，还是点击“确认”与“同意”按钮的行为，都只具有说明意义，即表明双方已经因意思表示一致而成立合同的法律状态，但却无法体现出合同双方当事人意思表示与协商的过程，或者说无法表现出合同订立中当事人所应具有的充分的契约自由价值。在网络服务合同格式条款订入时，当事人之间无法通过共同协商达成一致合意的方式决定合同内容，而只能由服务提供者即网络服务商一方单方拟定条款，接受服务一方只能概括的选择接受或者不接受，并且不提供服务相对人针对合同内容提出异议的渠道，或者说虽然提供此类渠道但是效果近乎于零。可见，单纯利用要约-承诺的传统合同法理论研究网络服务合同格式条款的订入并不能体现出网络服务合同中风险的特殊分配，以及对网络服务使用者一方的特殊保护，因此我们应当另辟蹊径。

从已有法律法规不难看出，许多国家的立法者和主流学者们都已经注意到格式条款不能使用与普通合同一样的订入标准。如韩国《约款规制法》第3条规定：“事业者在订立合同时，根据合同种类，将约款（格式条款）内容以一般可以估计的方式，向顾客明示；当顾客索要时，将约款的副本交付于顾客，使之了解其内容；且将约款的重要内容向顾客说明。”只要满足以上条件，格式条款就被承认订入合同之中了。我国《合同法》第39条也规定：“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”其实也属于对格式

条款订入规则的简单规定。

从格式合同生效要件的角度来看,我国《合同法》共规定了三条要件,只要满足这三条要件格式条款即可订入并有效。其中实质条件是“提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,程序条件指对免责或者限制责任的条款应采取合理的方式予以说明^[1]”。网络服务合同格式条款的订入也可以准用该条款规定的规则进行判别,结合我国目前网络服务合同订入现状来看:

1. “公平原则”只是一种原则性规定,不具有可操作性。“公平原则”是所有格式条款订入的基本原则,它要求网络服务商必须公平的制定条款内容,不得利用条款损害合同相对方的利益,不得利用免责条款规避应承担的责任。但实践中条款内容是否公平合理,还需要法院的进一步认定,因此我们说在格式条款的订入中,“公平原则”只具有指导意义而不具有可操作性。

2. 采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款。这里的“合理方式”还没有一个统一的标准,业界惯常做法是通过给文字加粗着色,或者通过下划线着重号等方式提醒网络服务使用者注意合同中限制其责任的条款,如在《淘宝服务协议》中就规定:“您应当在使用淘宝平台服务之前认真阅读全部协议内容,对于协议中以加粗字体显示的内容,您应当重点阅读……”此种方式能否达到“提示”应有的效果还需要进一步讨论,但至少网络服务商们已经注意到此一要件,并在条款的订入活动中有所体现。

3. 对网络服务使用者提出的问题进行解释与说明。与提示义务相比,第三条要件显然得不到网络服务商们的重视。据调查结果显示,只有少数正规的网络服务商可以做到对用户提出的疑问及时进行解答与说明,有些网络服务商直接采取不负责任的自动回复如:“如有疑问,请详细阅读服务协议……”等类似内容作为解释与说明的内容,大多数网络服务商并不提供在线咨询服务,邮件也往往要几天甚至几星期后才予以回复,更大一部分网络服务商根本不会对网络服务使用者的疑问作任何回复。虽然网络服务业广泛存在的电子代理人制度在某种程度上影响到网络服务商对网络服务使用者就合同内容存在的问题进行解答,但这并不能成为免除网络服务商的解释说明义务的理由。

由此可见,我国目前的网络服务合同格式条款订入处于一种任意的状态,法律对于格式条款订入的规则,并没有在网络服务合同中得到体现,网络服务商们在拟定条款时,完全依照自己的意愿进行,严重损害了网络服务使用者的利益。

3.1.2 网络服务合同格式条款的拟订方式

关于网络服务合同格式条款拟定方式的研究，我们不妨从普通格式条款的研究方式入手，寻找适合于网络服务合同格式条款的条款拟订方式：

1. 由企业或者企业团体单方拟定，如由网络服务商单方拟定合同条款。这种方法是目前网络服务业最常见的条款拟定方式，由于网络服务合同内容的技术性以及网络服务商对服务内容的控制能力共同决定了其制定条款内容的优势地位。

2. 由企业团体与代表消费者利益的团体共同拟定格式条款的内容，如由网络服务商与消费者协会共同制定条款内容。这种网络服务合同条款订立方式只适用于网络服务业中比较常见的网络服务合同条款的拟定，它能有效的避免网络服务合同中经常出现的 unfair 条款，减少免责条款的滥用，但是也存在许多局限性，如消费者团体往往具有地域性，对计算机专业知识相对匮乏等。

3. 须经国家有关主管机关核准的格式条款，即由政府负责制定网络服务合同条款内容或提供合同范本。这种制定方式能够最大限度的保障网络服务使用者一方的利益，但却存在过于死板的风险。网络服务业作为新兴行业，每天都有不同的服务形式出现，要求每出现一种服务就制定相应的范本显然是不现实的，也有可能限制网络服务业的发展。

4. 由不代表任何一方利益的公正第三方拟定，即由掌握计算机网络专业技术的公正第三方拟定条款内容。此类方法虽然更为科学，但是并不成熟，在我国也没有此类专门制定电子合同的权威机构，因此短期内并不适用。

我们从网络服务合同格式条款的特征出发不难发现，目前最适合于我国网络服务业发展情况的格式条款拟订方式应是由网络服务商单方拟定。虽然这种条款拟订方式存在网络服务商滥用格式条款侵害网络服务使用者一方的危险性，但是我们可以通过制定严格的订入标准，负担严格的说明与提示义务，扩大解释说明的范围等方法平衡网络服务合同双方当事人之间的权利义务关系。

3.2 网络服务合同格式条款的提示与解释说明义务

若想对网络服务合同格式条款的订入进行更好的控制，除了通过制定严格的拟定规则外，最直接有效的方式就是丰富说明与提示义务的内容，对网络服务合同格式条款的说明与提示义务制定严格的标准。

3.2.1 严格的提示义务

在网络服务合同的签订过程中,从要约的提出到承诺的到达是一个非常短暂的过程,再加之电子合同对迅捷性的追求、合同内容的技术性,导致网络服务使用者们对网络服务合同的内容并不十分关注。因此法律有必要规定网络服务商一方严格的提示义务,以确保网络服务使用者了解了合同的重要内容,特别是免除网络服务商一方责任的条款。具体来讲包含以下几个方面:

1. 明示提醒原则。所谓“明示提醒”原则,即要求条款使用人应尽可能的个别提醒相对人注意格式条款的内容,只有当明示提醒有明显困难的情况下,才可以使用其他提醒方式,如公告等。在网络服务合同格式条款中,最常用的提示方式不是个别提示,而是效果最差的公告提示法,如在临时信息系统使用合同中,合同条款就是以公告的形式张贴于网站的显眼位置,除此之外,网络服务商不会对临时信息系统使用合同的内容对网络服务使用者做出任何提示。个人认为,明示提醒原则是网络服务商必须承担的法定义务,尤其是在条款内容发生变更时,明示提醒原则变得尤为重要。目前网络服务商对网络服务合同格式条款内容变更的提示持消极态度,即使能够个别提醒,也会因为追求成本最小化而以最便捷的公告方式代替。特别是在长期信息系统使用合同与需要注册信息才能享受服务的网络服务合同中,网络服务商们事实上已经掌握了联系到网络服务使用者个人的方式,但却在利用收集到的用户信息进行营利性经营,如推销新产品、发送广告赚取广告费的同时,以提示信息无法到达个人为由拒绝履行明示提醒义务,这显然是不合理的。

2. 提示方法的合理性。严格的提示义务要求网络服务商必须使用合理的提示方法,这里合理性的判断标准为目标条款与网络服务使用者利益的相关度。根据条款内容对网络服务使用者一方影响力的大小,可以将提示的方法分为两个等级。对于免责条款、涉及网络服务使用者重大利益条款的拟定与修改,必须依照明示提醒原则的要求,尽量做到个别提醒,当个别提醒确实有困难的,才可使用公告提醒;对于网络服务合同中的一般条款以及一般修改,则可以选择方便快捷的公告提示方式,以节约交易成本。

3. 提示的范围。严格的网络服务商提示义务,不应仅仅局限于对拟定条款内容的提示,还应延伸到条款内容的修改、特殊操作后果的重要提示等方面。如网络服务需要支付费用才可继续享受时,网络服务商应当通过弹出确认对话框的形式提醒网络

服务使用者继续操作将会造成的后果,以及双方的权利义务关系,包括支付信息的确认等,这些都应当是网络服务商必须承担的特别提示义务。

3.2.2 严格的解释说明义务

严格的解释说明义务,并不是要求网络服务商达到让所有网络服务使用者理解合同内容的苛刻要求,而是要求网络服务商作为合同条款拟定一方,首先在拟定合同条款时应尽可能的使用通俗易懂的语言文字描述合同内容,避免过于艰深晦涩的专业词语,除此之外还要从以下三个方面妥善履行自己的义务:

1. 提供网络服务使用者借以提出疑异的渠道。由于网络服务合同的隐蔽性,网络服务使用者一方往往无法主动同网络服务商取得联系,从而要求解释与说明条款内容的要求也就无法顺利到达网络服务商一方。因此做为条款拟定者的网络服务商,首先要做到的就是提供合理方便的疑异表达渠道。目前网络服务商常用的疑异表达渠道有:电子邮箱、客服电话、通信地址、在线客服等。

2. 解释说明应当及时有效。严格的解释说明义务要求网络服务商必须对网络服务使用者提出的疑问作及时与详尽的解答。具体来讲这一要求又包含两个方面:首先要及时,这是由于网络服务的便捷性要求决定的。网络用户使用网络服务商提供的服务很大程度上是因为这些服务可以为其提供更便捷,有效的方式达到他们想要达到的目的,如利用搜索引擎更快速的查找资料、利用邮件或者聊天软件更快捷的进行信息交换,利用网络交易平台快速进行交易,减少不必要的浪费等等。如果在合同说明问题上浪费太多时间,就完全违背了网络服务合同的宗旨。另一方面是要有效。这里涉及到说明方式的问题,简单的自动回复明显是不可能被网络服务使用者认可的,邮件与信函答复也许更正规一些,但是在时间上往往存在一定的问题,很难达到效率的目的。目前最有效的方式应是在在线客服系统,网络服务商应该建立完善的客户服务体系,并把解释合同内容作为客户服务内容之一。经过对各大网络服务商的调查研究显示,客户服务热线似乎只针对于已经与之缔结合同的网络用户。具体表现形式是网络服务用户若想提交问题,必须先注册成为会员,而注册成为该网络服务商的会员就要求无条件同意服务协议。也就是说网络服务使用者即使想要了解某一免责条款的内容,也必须是在订立了合同,同意受其格式条款约束之后方可行使要求条款拟定方解释说明的权利,这明显是不合法律规定的。具体的解决办法可以在客户服务体系中增加一个合同解释的子系统,在协议文本中对具有责任限制的条款设置超链接,直接连接到事

先设立的在线服务网络，并且容许匿名提问，再由网络服务商一方的专业人员予以解释说明。网络用户如果在阅读合同条款时需要网络服务商对该条款的内容进行解释说明，只需点开链接即可，这种方式对于网络服务商来说也是很容易做到的。

3. 应当扩大解释说明的范围。我们从网络服务合同的内容特征出发不难发现，网络服务合同的内容往往技术性较强，计算机专业术语很多，已经超出了一般人可以理解的范围，因此它的说明义务不应当仅仅局限于网络用户提出的限制网络服务商责任的条款，还应延伸到所有可能因为网络一般用户无法理解而产生误解的条款。这是因为，在网络服务合同中，网络服务商不仅仅依靠免责条款规避责任，往往还通过利用计算机专业词汇，普通网络用户无法理解的计算机程序规定各种有利于自己的条款，网络服务使用者一方常常是在对条款内容无法理解的情况下与网络服务商订立合同的，即使权益实际上受到了损害，也无从知晓。因此，网络服务商对条款内容的解释说明义务，还应当延伸到此类技术性用语和计算机程序。如，网络服务使用者有权知道自己浏览网站所生成的信息将会被如何处理，网络服务商一方是否提供了保证其隐私安全的措施等。

小 结

通过研究典型的网络服务合同格式条款不难发现，条款内容的重大改动往往是政策导向的结果，真正从完善双方权利义务关系角度进行修改的条文少之又少。这也显示出现阶段我国网络服务合同订入出现的结症，基本停留在上有政策下有对策的层面，合同的内容，往往反应的是政府对网络服务业监管的内容，以及网络服务商为了应对相关政策逃避责任转嫁风险给网络服务使用者一方的条款。这种情况非常不利于网络服务合同相对方，也就是网络用户方利益的保护，也容易导致网络服务合同向规范文件发展，成为了不仅规范网络服务商，也同时规范网络服务使用者的规范性文件，完全改变了其合同的本质属性，从而危害网络服务业的健康发展。

第四章 网络服务合同格式条款的解释

这里讨论的并非网络服务商一方对合同内容之解释义务，而是指司法机关借助其公权力与专业知识对合同中显失公平，规避责任的条款进行解释，以达到修正或拟制当事人之意思，并维护契约法律秩序的公平。细分后又可分为一般条款的解释与免责条款的解释，由于对合同相对方保护力度的差别，采取的方法也有显著差异。

4.1 网络服务合同格式条款解释的特殊性

当事人拟定合同条款时，总是趋向于拟定对自己有利的条款内容，对于意思表示的有关事项，有时难免滥用意思自治，将明显不合理的因素订入到合同中去，更有意图脱逸合同法的妥当约束的倾向。这一方面的弊端在网络服务合同格式条款中表现的尤其显著。究其特殊性主要表现在以下三个方面：

1. 网络服务合同格式条款仍然属于合同条款的范畴，普通合同解释规则同样适用。普通合同的常用解释方法，如文义解释、整体解释、历史解释、目的解释、习惯解释、诚信解释等都同样可以适用于网络服务合同格式条款之解释，但网络服务合同格式条款的技术性与隐蔽性，又决定了不能完全依赖于传统的解释方式，以免出现不公平现象。

2. 客观性优于主观性。由于网络服务合同格式条款是由网络服务商一方单独拟定的，双方并没有通过协商达成合意，再加之网络服务合同本身的技术性与隐蔽性，使网络服务使用者表达真意的机会微乎其微，只有被动接受的权利，尽管网络服务商们纷纷通过合同条款规定网络服务使用者的某些行为视为同意合同内容，如《淘宝服务协议》中规定：“……但无论您事实上是否在使用淘宝平台服务之前认真阅读了本协议内容，只要您使用淘宝平台服务，则本协议即对您产生约束，届时您不应以未阅读本协议的内容或者未获得淘宝对您的询问的解答等理由，主张本协议无效，或要求撤销本协议。”但是由于网络服务使用者一方明显缺乏协商考虑的空间，而不能用简单普通条款之解释标准来解释网络服务合同格式条款。如解释普通条款时我们经常采用探求当事人真意的解释原则，如果直接运用于网络服务合同格式条款无异于偏向条款拟定者一方，即网络服务商一方，这是明显不公平的。因此，在解释网络服务合同格式条款时应当较普通条款更加重视客观性。

3. 网络服务合同格式条款之解释应更注重社会效应。我们应当注意到，网络服

务合同格式条款的对象是不特定的网络用户,因此在解释格式条款时不能仅仅局限于某个网络服务使用者的真意,应当更多的从一般正常、合理的观点去追求法律上的公平与正义。具体而言,就某一特定之定型化契约为法之解释时,其所应探讨之主要内容应是,为该定型化契约对象之所有消费者共同利益之确保,以及就企业之利益所应加以考虑之企业经营之和理性与合目的性^{【8】}。

4. 网络服务使用者利益的特别保护。正是由于网络服务商作为网络服务合同格式条款的拟定方在拟定条款时具有得天独厚的优势,无论是从技术上,还是控制能力上,都明显的具有左右格式条款内容的能力,因此司法机关在对网络服务合同格式条款进行解释时,应当多从保护网络服务使用者利益的角度出发,尽可能的达到公平合理的目的。

5. 网络服务格式条款的解释更具有技术性。由于服务内容的技术性,网络服务合同格式条款中难免会使用专业的计算机词汇与技术性概念,这就要求司法机关在对条款内容进行解释时应当对相关技术有一定的了解,才能做出更加合理的解释,不至于破坏合同成立的目的。

4.2 网络服务合同格式条款的一般解释规则

网络服务合同格式条款解释的特殊性要求我们不能完全的照搬普通合同的解释规则,但却可以从普通格式条款的解释规则入手,分析适合网络服务合同格式条款的解释规则。

学界对格式条款法律性质认识上的差异直接导致了普通格式条款解释方法的不同。认为格式条款具有客观法律规范性质的学说将格式条款视为法源的一种,认为格式条款的解释应当依据法律解释的规则进行。否认格式条款具有客观法规范性质,认为格式条款是因意思表示而成立的合同内容的学说认为,根据格式条款而成立的合同本质上是双方当事人的法律行为所形成的,从而认为对格式条款的解释应当根据合同的解释规则进行,即认为在解释格式条款时,必须顾及各个交易当事人之真实意思表示、当事人对于条款的理解情形等个别情况。此外,尚有观点虽然承认格式条款具有法规范性质,但认为应当有其特殊的解释方法^{【9】}。个人认为,格式条款虽然具有一定的法律规范属性,但归根究底,仍属于当事人双方合意的范畴,意思自治仍然是格式条款的核心内容,我们不能因为格式条款具有法律规范的某些外部特征,就否认其合同的本质属性。网络服务合同格式条款亦是如此,虽然在网络服务合同格式条款中网

络服务使用者一方处于较普通格式条款合同相对人来讲更加不利的地位,但我们不能因此而否定此类合同的合意性,而应从如何对意思表示欠缺一方进行救济入手,探求保证双方当事人意思表示自由与真实的方法。

我国《合同法》第41条规定:“对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”该条款确立了三种解释规则:统一解释规则、不利于条款使用人的解释规则和个别约定优先的解释规则。除此之外还应包括:客观解释规则、限制解释规则、调和解释规则等。在这些解释规则中,并不是所有的都适用于网络服务合同格式条款的解释,我们来逐一进行分析:

1. 客观解释规则。由于格式条款具有约款与规范的双重特征,因此其解释必须以客观合理的标准进行。也就是说,对于格式条款的解释,一方面不应受交易当事人个别主观的因素的影响;另一方面应使以格式条款为内容的将来不特定多数的交易具有统一适用的内容。网络服务合同格式条款对客观性的要求更加严格,一方面应当从广大网络使用者的角度理解合同内容;另一方面应当使该解释内容在将来一段时间内具有普遍适用性。

2. 统一解释规则。简单的来讲统一解释就是要求从一般人平均的、合理的理解为依据解释合同条款。但是这种解释并不是无限意义上的延伸,也受合同使用范围的限制,其中的一般人也应当是有地域条件限制或具备相对理解能力的一般人,如车船保险合同中的一般人应当是拥有船舶或者车辆的相对人,有保险利益且对车船可能遇到的危险有一定的认识,并不是泛指社会上所有的人。在网络服务合同格式条款中运用统一规则进行解释时,一般人的定义并非社会上的一般人,而是具备基础网络信息技术知识的一般人:首先他们必须具备简单的操作网络终端计算机的能力,其次他们必须对网络的风险性和不安全性有一定的认识。如果司法机关在对网络服务合同格式条款进行统一解释时适用社会一般人的标准,将会为网络服务商也就是条款拟订一方带来不可预知的风险,明显不利于此类合同的继续履行。

3. 限制解释规则。又称为严格解释,是指对格式条款的含义应当持谨慎态度从

狭解释。这是由网络服务合同格式条款的制定方式决定的，网络服务商一方对条款内容完全的控制权很容易导致条款规定之权利义务产生偏差，因此必须对其进行严格的解释。如在网络服务合同格式条款中，如果将具体事项一一加以列举，最后用“其他”或者“等等”字样进行概括规定，对于此种概括词语，应当解释为先前所列举的具体事项属于同一种类^[10]。此外限制解释原则还要求不得对条款本身进行扩充解释、补充解释或者类推解释，只能根据法律的规定或者习惯法进行有限的补充解释。正是由于网络服务合同格式条款的特殊性，如果容许法院对条款内容进行扩充解释、补充解释与类推解释，将进一步扩大条款拟定者一方的解释空间，相对的网络服务使用者一方就会处于更加于被动和不利的地位。

4. 调和解释。是指当格式条款的某些条款之间存在对立矛盾的情形时，应当将它们都视为有效条款，且在其共通范围内，尽可能使之调和^[11]。调和解释同样适用于网络服务合同格式条款，但应以不损害网络服务使用者一方利益为限，如果调和解释的结果明显对网络服务使用者一方不利，则应当准用不利于条款拟定者之解释规则进行解释。

5. 条款有疑义与矛盾时，为不利于条款拟定人的解释规则。该规则起源于罗马法上的“对书面文件上的用语做不利于文件提出人的解释（*verba chartarum fortius accipiuntur contra proferentem*）”的法谚。这里我们需要特别注意的是，所谓对条款内容有疑义，并不是指网络服务使用者个人对条款内容的疑问，网络服务使用者个人对条款内容有疑义的，应当通过要求网络服务商履行严格的解释说明义务进行救济。而这里所说的对条款内容有疑义，专指根据诚实信用原则和客观性原则判断后，条款内容仍不明确、存在多种解释的可能性或者条款之间互相矛盾。法院在进行解释的具体操作过程中，应将网络服务使用者的理解能力与网络服务商一方的技术控制程度作为考量的情节，如格式条款涉及比较专业与技术性的内容时，应当尽量做有利于网络服务使用者一方的解释。

6. 个别约定优先的解释规则。这一规则的使用前提是格式条款相对方有参与条款拟定的可能性，而在网络服务格式条款中，网络服务使用者一方显然不具备这种能力。但是也不排除随着科技的进步，消费者将有可能参与到格式条款的制定中去的可能性，因此这里只做简单罗列。

通过对普通格式条款解释规则的分析研究我们发现，客观性解释标准与不利于条款拟订方的解释规则比较适合于网络服务合同格式条款的解释活动，法院在对网络服

务合同格式条款进行解释时,应当充分利用这两种解释规则努力达到平衡合同双方当事人权利义务关系的目的。

4.3 网络服务合同免责条款之特殊解释规则

从规制的严格程度来看,网络服务合同中普通格式条款与免责条款应当采取不同的解释规则,免责条款的解释往往要求更加谨慎与严格。法院在解释免责条款时还必须通过自己的解释行为对网络服务商们滥用免责条款的行为进行司法监控,某种程度上体现出的是国家公权力对合同条款内容的介入。

大陆法系国家并没有针对免责条款的特别解释规则,对于此类条款的解释准用普通条款的解释方法。但在英美法系国家,免责条款的解释被特别关注,并且取得许多有益的理论成果,值得我们研究。具体到网络服务合同格式条款中,普通格式条款的解释方法当然适用于免责条款,但是由于免责条款的特殊性,又需要对其进行特殊的限制,具体来讲主要包括:

1. 限制解释规则。免责条款的解释比起普通格式条款更具严格性,只能以条款清晰、明确表达的内容来解释,不明确时,应当选择最狭义或非法定的义务或者责任作为免责条款的标的,不应再加以类推、扩张或补充。网络服务合同免责条款的解释也是如此,除此之外,还要求网络服务商在拟定条款时必须尽量使用通俗易懂的文字,尽可能的避免使用艰深晦涩的专业词汇,如若发现网络服务商故意使用一般人无法理解的计算机专业用语规定合同内容,借以逃避法定义务,限制自身责任,恶意欺骗网络服务使用者的,法院应当对此类条款作不利于网络服务商一方的解释,以求修正其滥用免责条款的行为。

2. 不得将免责条款之合意视为自甘冒险的解释规则。英国《不公平合同条款法》第2条第3款规定:“对于免除或限制过失责任条款或通知之知悉或同意本身不得视为自甘冒险而使相对人因知悉免责条款的存在而自负责任。”按照该条款的规定,法院在遇到网络服务商一方免除或限制过失责任的条款时,应当适用不同于普通格式条款的判断标准,即不能将对合同条款的概括同意行为推定为对此类免责条款的同意。基于网络服务合同格式条款中大量存在的限制与免除责任条款,而网络服务使用者作为格式条款相对方并没有对不公平条款提出疑义的机会,法律有必要适用这一原则对网络服务使用者一方进行特殊的救济,以修正合同条款体现出的意思表示瑕疵。当然这一解释标准只能适用于免责条款,而且是对网络服务使用者一方危害严重的免责条

款，不能将其无限制的扩张到普通格式条款中去，从而造成破坏合同稳定性的后果。

3. 非为企业合理化经营所必需之免责条款应从严解释的规则。所谓企业合理化经营所必需之免责条款是指旨在使企业确定风险，估算成本，条款存在的目的一方面使企业免受偶发或无法负担的损失，直接以维护企业之合理经营、间接以保障社会经济安定，另一方面也为了保护合同相对人的利益，使其能以合理之负担获得对价之实际利益^{〔12〕}。这一原则要求法院在对网络服务合同中的免责条款进行解释前，应当先做目的合理性判断，首先从价值方面判断该免责条款是否合理与善意，然后再对条款内容进行具体解释，如若发现网络服务商一方有滥用免责条款规避责任的嫌疑，就应当对其超出合理化范围的部分从严解释，甚至做出不利于网络服务商一方的解释，已达到司法监控的目的。

小 结

网络服务合同格式条款的解释，是一种公权力对格式条款的介入，它表示出很强的干预性，特别是在免责条款的解释中，法院的解释活动往往烙上了司法机关对格式条款监督控制的烙印。如何控制好这种权力介入的力度，达到尽量不干预当事人真实意思表示的同时又对瑕疵意思表示进行有效救济，是我们在网络服务合同格式条款的法律规制中需要进一步研究的问题。

第5章 网络服务合同格式条款的效力

此处涉及的格式条款，主要是指已经成为合同内容的格式条款，即前提是格式已经有效订入，且不是当事人个别约定的条款。法院或者仲裁机构依据法律明确规定的标准，对格式条款的效力进行认定的过程。根据各国不同的格式条款规制方式，有主动对所有格式条款进行审查的、也有经当事人提出后才启动审查程序的、还有些是在审判过程中依职权提出。按照大多数国家的一般做法，当事人没有争议的、没有违反法律要求的条款一般可以免于审查。在我国，《合同法》第52条和第53条为法院的审查工作提供了最基本、最直接的法律依据，对合同内容的审查已经不是当事人意思自治的范畴，而是实行国家干预的结果，法院不待当事人请求合同无效，便可以主动审查合同是否具有无效的因素，如果发现合同属于无效合同，便应主动确认合同无效^{【13】}。当然，相较于普通合同条款的效力认定，格式条款的效力认定更具有目的性：防止格式条款使用人的对方当事人由于格式条款的适用而遭到不恰当的、与合同公平原则相违背的不利影响^{【14】}。本章节将重点研究基于网络服务合同格式条款的特殊性，普通格式条款中仅适用于网络服务合同格式条款的效力标准。

5.1 网络服务合同格式条款效力判断标准

网络服务合同格式条款的效力判断标准，或者称之为影响网络服务合同格式条款效力的判断因素，主要包括以下几个方面：

1. 网络服务合同中双方当事人之间的力量对比。交涉力量的差异，是法律对格式条款的效力进行特别规制的根本原因。在网络服务合同中，合同相对人的交涉能力主要从两个方面进行考察：

（1）是否存在选择性。在网络服务业发展初期，由于正规的网络服务商还很少，服务内容也非常有限，因此网络服务使用者事实上处于一种无法选择交易相对方的地位，虽然这种状况已经随着网络服务业的发展而有所改善，但是我们必须注意到，网络服务业具有阶段性的垄断性特征，也就是说，在某一时间空间段中，会存在某一网络服务商垄断大部分服务内容的情况，如腾讯QQ作为一种聊天软件，就在一定时期内占有了市场的大部分份额，作为网络服务使用者，虽然也可以选择其他服务提供商提供的服务，但是会因腾讯QQ聊天软件的事实垄断地位阻碍信息交流空间与范围，造成极大不便。因此我们应当把是否存在选择机会作为判断双方当事人力量对比的标

准，从而判别网络服务合同格式条款的效力。

(2) 对合同内容的控制能力。在网络服务合同中，网络服务商作为服务的提供者与条款的拟定者，对格式条款的内容具有很强的控制力，他能通过自己的行为随时改变合同内容，改变服务的形式，并且这些行为有时候会隐藏于技术性操作之后，网络服务使用者一方往往无法察觉，或者即使察觉也不能进行抗辩。这就要求我们在对网络服务合同双方当事人交涉力量进行判别时，充分考虑到网络服务商对条款的控制能力，从严认定相关条款的效力。

2. 是否限制合同相对人的权利。判断网络服务合同格式条款效力的标准，除了交涉能力外，还应考察条款是否限制了网络服务使用者一方的合法权利，特别是履行抗辩权和要求赔偿的权利。如果条款内容直接或者间接的剥夺了网络服务使用者的基本权利，则应当认定该条款无效。

3. 网络服务合同中双方当事人风险分配的合理化程度。按照传统民法的风险负担理论，合同当事人承担的合同风险的范围应以其所能预见与控制的范围为限。在网络服务合同格式条款，尤其是免责条款中，网络服务商往往利用格式条款规避风险，将理应由网络服务商一方承担的风险不当的转嫁于网络服务使用者一方，如《淘宝服务协议》中淘宝网一方依据协议对网络服务使用者一方做出处罚后，要求网络服务商一方自行保存相关证据，并且承担应无法提供充要证据而承担的不利后果。该条就属于将举证责任不利效果通过格式条款进行转移的例子。通过分析我们不难发现，网络服务商一方作为处罚的做出人、信息系统的控制人，理应提供证据证明其处罚行为是由于网络服务使用者违反协议约定所致，而不应当将举证的责任以及举证不能的不利后果推卸给网络服务使用者一方，事实上网络服务使用者对相关证据的收集是非常困难的，存在极大的举证不能风险。

4. 网络服务合同条款中影响免责条款的特殊因素。如合同相对人对于免除拟定方责任的条款之合理期待、免除或限制的债务有无可替代性、损害发生的可归责性等。由此可见，网络服务合同格式条款的解释规则与普通格式条款略有不同。不同的网络服务合同格式条款之间也存在着差异，如对大众市场许可合同中涉及网络服务使用者一方权益的条款之效力认定就应严格于信息系统使用类服务合同，这是因为，在大众市场许可合同中，合同的订立者是软件的所有人和经营者，双方更有可能因为共同的利益而制定危害网络服务使用者利益的条款；与之相比，信息系统使用合同的条款至少是由网络服务商针对网络服务使用者专门制定的，更能体现出双方当事人的合意

性。

5.2 网络服务合同格式条款的效力形态

我国《合同法》第三章根据合同是否存在瑕疵以及瑕疵的严重程度将合同效力划分为四种类型：生效合同、无效合同、可撤销合同和效力待定合同。效力待定合同存在效力上的瑕疵并不是因其内容上存在缺陷，而是因为此类合同的生效与否取决于第三人的意思表示，而法院是从内容方面对格式条款进行控制的，因此格式合同是否为效力待定合同，并不属于法院审查格式条款效力时的对象。这里仅就可撤销的网络服务合同格式条款与无效的网络服务合同格式条款进行探讨。

5.2.1 可撤销的网络服务合同格式条款

所谓可撤销的合同是指在撤销之前已经生效，但当事人可以通过行使撤销权而使其自始无效的合同。虽然我国《合同法》并没有明确规定网络服务合同格式条款是否可以适用于第54条关于可撤销合同的规定，但是网络服务合同格式条款中广泛存在可撤销合同条款却又迫使我们不得不关注这一问题。

可撤销合同的发生原因包括三种：重大误解、订立合同时显失公平和因欺诈胁迫的手段或者乘人之危情况下订立的合同。

1. 因重大误解可撤销的网络服务合同格式条款。基于网络服务合同格式条款的特殊性，当格式条款存在重大误解时，该条款未必都属于可撤销的合同条款。

首先，应当注意尽量维持合同本身的效力。可撤销合同不同于无效合同的认定，他在本质上还是要尽量追求交易的相对稳定性，只是由于意思表示出现偏差，而赋予意思表示瑕疵一方撤销合同的权力，合同相对方可以选择撤销合同，也可以选择要求对方继续履行合同。

其次，对网络服务商与网络服务使用者应当区别对待。网络服务商，也就是条款制定者对该格式条款产生重大误解时，应当以维持合同本身效力为原则，出于保护相对人的信赖利益的目的维持合同效力不变；当网络服务使用者一方对格式条款产生重大误解时，应当具体分析其意思表示是否存在重大瑕疵，如果存在，则应认定为可撤销。

最后，法院应对误解产生的原因进行分析。如果是由于网络服务使用者与网络服务商在专业知识上的差异导致的重大误解，应当考察网络服务商一方是否履行了严格

的提示义务与解释说明义务,如果在合同的订入时善意的履行了相关义务,法院应当继续维持合同的效力。如果误解的产生是由于网络服务商一方故意利用拟约优势和技术优势规避责任所致,则应赋予网络服务使用者一方以撤销权。

2. 因订立合同时显失公平而可撤销的网络服务合同格式条款。就显失公平来说情况比较复杂,我国《合同法》第54条规定,“在订立合同时显失公平”的合同条款属于可撤销合同条款,当事人违反公平原则时,我国学者一般认为应适用《民法通则》第59条或《合同法》第54条有关“显失公平”的规定,即认定合同为可撤销合同。从我国《合同法》第39条的规定可以看出,该法特别强调公平原则在规制格式条款中的功能^④。除此之外,我国在《消费者权益保护法》中却做出了不同的规定,凡把违反公平原则的条款直接归于无效^⑤。那么网络服务合同中的当事人如果违反公平原则时应当如何处理呢?由于此类格式条款的特殊性,《消费者权益保护法》这种一旦显失公平就认定合同无效的处理方法有欠妥当,往往忽略了网络服务使用者一方的真实意图,在很多情形下,虽然条款存在不公平现象,但网络服务使用者一方并没有使之归于无效的意思,而更愿意进行更改,我国《消费者权益保护法》粗暴的认定所有显示公平的条款均为无效的做法,是否在真正意义上保护了网络服务使用者一方的利益,值得我们深思。

3. 网络服务商一方以欺诈、胁迫的手段或乘人之危,使网络服务使用者在违背真实意思的情况下订立的格式条款。由于网络服务合同的单方拟定性,技术性等特点,导致了网络服务商们纷纷利用自身得天独厚的优势地位,制定出许多语意含糊、内容不明确或者欺诈性的条款,严重违背了网络服务使用者的真实意思表示。法律应该赋予网络服务使用者一方表达异议的权利,准许他们通过法院或者其他仲裁机构请求撤销或者变更这类条款。具体来讲,在网络服务合同中因欺诈而归于可撤销的情形比较多,网络诈骗有时也表现为与不特定网路服务使用者签订格式条款的方式;因胁迫与乘人之危而导致条款可撤销的情形在网络服务合同格式条款中鲜少见到,关键是要看网络服务商一方对合同内容的控制程度是否已经达到可以胁迫网络服务使用者一方的程度,由于网络服务的开放性与不稳定性,因胁迫和乘人之危而签订的网络服

^④我国《合同法》第39条规定:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明”

^⑤我国《消费者权益保护法》第24条规定:“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的,其内容无效。”

务合同格式条款很少存在。

5.2.2 无效的网络服务合同格式条款

所谓无效合同是因合同违反法律的强行性规定或公序良俗而完全不能产生当事人预期效果的合同。按照一般合同理论,“部分无效,全部无效”是惯用法则,但是在网络服务合同格式条款中,这一原则明显无法达到保护弱势一方网络服务使用者利益的效果。通过利益衡量我们不难发现,网络服务使用者一方既然已经认识到条款部分内容存在问题,但是仍然签订合同,那么就说明网络服务使用者一方更愿意达成合同所指明的交易目的,而“部分无效,全部无效”明显违背了网络服务使用者真实的意思表示;从条款制订人网络服务商的角度来讲,他们之所以使用此类无效条款,其目的就在于利用它们排除法律强制性义务,片面保护自己的利益。当此类条款被认定为无效后,对他们并没有产生任何实质性的影响,这无疑是鼓励条款拟定者利用无效条款牟取不正当利益。再加之网络服务合同的便捷性追求,并不是所有的网络服务使用者都会选择关注这些条款,“部分无效,全部无效”效力认定结果显然不能很好的保护网络服务使用者一方的利益。基于以上分析,网络服务合同格式条款在进行效力认定时,应当让网络服务商一方承担“免责部分无效,剩余有效”的后果,以起到法律引导的作用。但是也不能一概而论,既然网络服务商一方不愿意继续履行合同,也不应当在任何情况下都把这项合同强加给他^[15]。具体来讲,如果继续履行该合同,会对网络服务商一方显失公平或造成继续履行的困难时,则应认定整个合同无效;如果继续履行合同对网络服务商一方影响不大,则应认定合同有效,只有该不公平条款本身无效。虽然我国在相关法律制度上还存在空白,但是国外已经有此类立法存在,如《德国民法典》第306条规定:“(1)一般交易条款全部或部分未成为合同组成部分或不生效力的,合同的其他部分任然有效。(2)以一般交易条款中的规定未成为合同组成部分或不生效力为限,合同内容以法律规定确定。(3)即使在考虑依第2款做出的变动时,坚持履行合同对于合同一方当事人仍将意味着是一种不可苛求的困难的,合同不生效力。”如果将之运用到网络服务合同领域,应该能够发挥良好的规制效果。

5.2.3 常见网络服务合同免责条款评析

网络服务合同根据是否收费,可以分为有偿的网络服务合同和无偿的网络服务合同。但是我们必须注意到,免费并不等于无责任,只不过法律在规制标准上会为无偿

的信息系统提供者和软件提供者提供更加宽松的法律环境。鉴于网络服务业的特殊性,无偿也并不等于没有盈利,例如淘宝网虽然对其网络交易平台服务并不收取费用,但却利用此类服务进行它种盈利性经营,如广告发布、产品促销与宣传等^[16]。因此我们在判断某一网络服务商是否提供有偿服务时,应当准用是否盈利的标准,而非是否对服务行为本身进行资费,这一标准也能更好的适应新型网络服务业中的“免费风”,更好的规制网络服务业。

免责条款是网络服务合同中一类最常见的格式条款,网络服务商们通过制定形形色色的免责条款,达到规避责任,降低经营风险的目的;网络服务使用者一方却因为意思表示的限制无法对免责条款的内容进行控制,只能被动的选择接受或者不接受。这就要求我们针对免责条款展开特殊的研究,总结典型网络服务合同中常见的免责条款,对其进行评价与分析:

1. 免除服务质量担保义务的条款无效。所谓质量担保义务,是指生产者有保证产品符合质量要求,满足对方需要的义务。在网络服务合同中,网络服务商,特别是收费的网络服务商对其提供的信息服务也应当承担质量担保义务。根据质量担保的相关理论,默示担保义务是由法律规定的义务,不能通过约定予以排除,其中最为重要的就是适用性默示义务。也就是说,作为信息服务的提供者,网络服务商所应承担的最基本的默示义务应是保证服务的适用性。但在现行的网络服务合同格式条款中,却广泛存在这一类免除服务质量担保义务的条款,如《淘宝服务协议》中规定:“淘宝负责按‘现状’和‘可得到’的状态向您提供淘宝平台服务。但淘宝对淘宝平台服务不作任何明示或暗示的保证,包括但不限于淘宝平台服务的适用性、没有错误或疏漏、持续性、准确性、可靠性、适用于某一特定用途。同时,淘宝也不对淘宝平台服务所涉及的技术及信息的有效性、准确性、正确性、可靠性、质量、稳定、完整和及时性做出任何承诺和保证。”通过研究该条款我们发现,淘宝网作为网络服务提供者不当的规避了默示担保义务,即保证服务质量与适用性的义务,明显存在不合理之处。除此之外,网络服务商还通过免责条款对一些可归责于网络服务商一方的责任进行规避,如由网络服务商一方的错误或疏漏导致的损失,网络服务商们一般都不予承认和赔偿。对于此类免责条款,法院应当本着公平交易原则与风险负担原则进行认定,对于理应由网络服务商一方承担的默示担保义务,而网络服务商通过免责条款进行规避的,应当认定为无效,并要求网络服务商一方承担必要的,基本的担保义务。

2. 免除合理信息审查义务的免责条款无效。信息是网络服务业作业的对象，但是几乎所有的网络服务商都通过免责条款免除自身对经过他们信息系统的信息应有的注意义务。如《淘宝服务协议》中规定：“除非法律明确要求，否则，淘宝没有义务对所有用户的注册数据、商品（服务）信息、交易行为以及与交易有关的其他事项进行事先审查。”也就是说，淘宝可基于该条的规定对所有因为信息不真实造成的损失免责，与此类似的还有各类 BBS 信息发布商在服务合同中规定的，网络服务商对用户个人发布的信息不负注意义务等免责条款。但在我国《侵权责任法》中，却规定了网络服务商对经过其信息系统的信息理应承担一定的注意义务，如该法第 36 条第 3 款规定：“网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。”事实上网络服务商们为了规避因用户个人发布的信息侵害第三人权益，而自身有可能也承担连带责任的风险，纷纷对信息系统中的信息进行了关注与监控；另一方面，又纷纷通过免责条款规定自身没有对信息进行审核的义务。因此法律必须规定网络服务商对相关信息具有一定的审慎与注意义务，尤其是对明显违法、违规，侵害国家和他人利益的信息进行有效监控，并要求他们承担因不作为而导致的不利后果。具体到审判实务中，法院不因承认此类免除自身信息注意与审核义务的免责条款的效力。

3. 任意终止、变更合同并免除责任的条款无效。此类条款也是在网络服务合同中比较常见的免责条款，鉴于网络服务合同的不稳定性与隐蔽性，网络服务商们纷纷通过免责条款规定自己随时可以退出游戏的权利，以此来避免网络服务业中一些不可预知的风险。如《网易通行证服务条款》中规定：“网易公司保留随时变更或终止服务的权力。用户同意网易公司有权行使上述权利且不需对用户或第三方承担任何责任。”这就给格式合同的相对方网络服务使用者一方带来了许多不可预知的风险，交易稳定性也遭到了破坏，因此我们应当要求网络服务商在行使此项权力时，至少应当履行妥善的通知义务，以便网络服务使用者一方做出应对，减少损失。如邮箱信息系统服务商如果不经通知随意的减少电子邮箱容量的大小，就有造成邮箱用户重要信息丢失的风险，因此此时的通知义务显的尤为重要。除此之外，网络服务商任意退出合同的权力不应当影响其因侵害他人合法利益所应承担的责任，不能通过此类免责条款免除理应由其承担的赔偿责任。

4. 操作延迟免责条款无效。如《淘宝服务协议》中规定：“……您理解淘宝对您的请求采取行动需要合理时间，淘宝对在采取行动前已经产生的后果（包括但不限于

您的任何损失)不承担任何责任。”此类条款的效力应当从合理度上进行把握,不承担任何责任的期间应当合理,如果因为网络服务商一方的过错与延迟操作,导致网络服务使用者遭受财产损失的,不能因为此类免责条款免除赔偿责任。这是因为,网络服务商作为信息服务提供者,对于信息以及信息系统享有绝对的控制权,当网络服务使用者由于系统错误或者第三人行为受到损害时,无法自己进行救济,只能申请网络服务商一方进行协助,而此时网络服务商扮演的应当是善意协助的角色,如果因为网络服务者一方的过错造与延迟操作,并为网络服务使用者造成了无法挽回的损失,那么法律应当要求网络服务商承担一定的责任,并非完全免责。

5. 居间调解条款与其免责条款的效力。在我国,网络服务商的居间调处权是由淘宝网首创的,它通过利用自身对信息交易平台的控制权,对产生争议的当事人双方进行调解,并且通过格式条款的形式要求该平台的网络用户承认其调解的效力,一旦依据自身做出判断后,立刻对存在“过错”一方进行“处罚”。个人认为这种居间调处权是没有依据的,按照淘宝网自身的解释,其调处权完全来自于网络用户的委托,因此并不保证调解的结果公平公正,符合所有网络用户的期待。我们通过研究发现,网络服务使用者与网络服务商淘宝网之间并没有就此类调处权签订专门的委托合同,而是由网络服务商一方将此一权利单方拟入合同之中,成为网络服务使用者概括承认的格式条款之一。网络服务使用者没有基于委托关系的任何意思表示,且被调处双方与网络服务商之间并没有签订独立的委托合同,网络服务商的调处行为,就不应当对纠纷双方产生法律效力。既然调解行为本身并不具有法律效力,那么处分行为更是没有任何依据的。更何况淘宝网还通过免责条款规定对其调处行为产生的一切后果免责,包括由于其认定上的失误造成的不可挽回的损失也免除责任,更加于理不合。既然此类条款是由于缺乏网络服务使用者一方的真实意思表示而存在瑕疵,法院在处理此类条款产生的纠纷时,应当认定其为可撤销的条款类型,赋予网络服务使用者一方选择的权力,无需直接认定为无效。但是需要注意的是,即使网络服务使用者一方没有行使撤销与变更权,网络服务商也不能对其因居间调解所造成的一切损失免责,法院必须酌情判断网络服务商理应承担的责任,对因为网络服务商一放故意或者重大过失形成的错误调解结论,导致网络服务使用者一方承担不利后果的,网络服务商一方应当承担相应的责任,此类免责条款应当认定为无效条款。

小 结

网络服务合同格式条款的效力认定,应当体现出对网络服务使用者一方的倾斜,

无论是“部分无效，剩余有效”原则的运用，还是免责条款的特别规制，都应当体现这一理念。

第6章 网络服务合同格式条款的规制

传统的格式条款规制模式都是从立法、行政、司法三个角度展开的，网络服务合同格式条款的规制也是如此，不同点在于各个规制体系中具体规制方法，如司法规制中的避风港制度等。

6.1 网络服务合同格式条款规制现状

规制网络服务合同格式条款的制度与方法有很多，它们从不同的方面各自发挥着不同的功能。立法规制是最根本的规制方式，它既通过规定格式条款的订入规则影响着网络服务商制定格式条款的内容与方式；也通过制定解释说明的标准与效力判断的标准为法院对条款内容进行解释与效力认定提供准则；同时也是网络服务使用者维护自身权益的法律依据；更为行政监控与司法监控提供法律基础。行政规制属于事前调整，即对网络服务商拟定条款的过程和条款的内容进行审查、监督与日常管理，将损害网络服务使用者权益的条款尽量扼杀在摇篮中。但是行政规章的多层次性，不统一性，加之行政监管本身就存在权力滥用与易受外部干扰的风险，导致行政规制很难对网络服务合同格式条款进行全面系统的规制。司法是网络服务合同格式条款规制的最后一道防线，网络服务使用者可以通过法院对不公平条款与免责条款进行解释与效力认定，从而保护自身的合法权益。但是司法规制具有被动性的弊端，作为一种事后救济性的规制方法，所能达到的效果也非常有限。除了常见的立法、行政、司法监管模式外，借由互联网网络发展起来的消费者保护组织，舆论监管等规制方式也体现出新的特色，随着网络经济的飞速发展，将会出现更多类型的网络服务合同格式条款监管模式。

6.2 网络服务合同格式条款的规制方法

6.2.1 立法监控

中国的网络服务监管立法，多借鉴于外国相关法律制度，特别是美国，这本是无可厚非。但目前我国相关立法呈现一种混乱的状态，此为何故？一方面是因为从外国植入的法律本来就存在不符合中国本土网络服务业监管要求的因素；另一方面原因是立法滞后于技术发展，我国关于信息网络监管的条例或电子商务法总是存在不能调整现实网络服务业的不完善之处，因此便产生了一系列应急的规范性文件。国家版权局的

许超司长指出,立法的滞后性,互联网法律问题的广泛性及权利保护方法的多元性等决定了我国立法政出多门、互有矛盾^[17]。

网络服务合同立法监管的关键在于“合理度”的把握,力度太轻则无法起到规制的作用,力度过重往往造成反面效果。如教育部于2001年11月21日公布的《互联网电子公告服务管理规定》中关于注册帐号的规定:“BBS站对用户实行帐户管理。申请帐户需要填写注册单,提供真实姓名和班级或工作单位等资料,经一定的核实程序,方能成为BBS的合法用户。”于是一些大学纷纷针对自己学校的特点,相应的制定了注册实名制的网络服务合同条款。其结果就是把一个曾经在5年中已经有超过30000用户注册的网络服务平台变成一个每年新注册用户不过200的空壳,直接导致了该BBS的衰败。这是我国早期对网络服务业监管比较失败的一个例子,他从侧面反映了网络服务业的监管不同于其他行业,法律在对网络服务合同该格式条款做各种制度设计时,必须把握好力度,不能因为国家公权力的过多介入而影响到网络服务业的发展。

具体可行的立法规制方法主要包括以下几种:

1. 黑名单式立法规制方法。所谓黑名单,其实就是法律通过明确规定网络服务合同中禁止出现的条款内容,来确定网络服务合同格式条款的范围。“各国列入黑名单的格式条款并不完全相同,主要包括排除或限制企业承担违约责任的条款;没有任何理由即可解除合同的条款;以替代物代替最初允诺履行给付之物的条款;迟延履行或提高价格的条款;保留没有正当依据的权利的条款;对合同相对方施以损害赔偿方面过度的责任或违约罚金的条款;排除或削减消费主要权利的条款;不行动即视为放弃权利或视为同意延展合同的条款^[18]。”在我国,由于没有明确的法律条款对网络服务合同格式条款的内容做禁止性规定,因此我们只能准用《合同法》第40条与《消费者权益保护法》第24条的规定。与设立了黑名单制度的国家,如德国相比,我国相关法律的规定还是过于简单,并且没有对黑名单进行统一划分,而是与灰名单一同规定,这在某一层面上也增加了认定无效网络服务合同格式条款的难度,更加无法对网络服务商的拟定行为进行引导与规制。

2. 灰名单式立法规制方法。与黑名单相比,列入灰名单的格式条款并非必然无效,而是需要法院根据拟定合同时的具体情况,充分发挥主观能动性确认相关格式条款的效力。我国现存立法中也有此类格式条款规制方法,只不过没有单独进行列举,而是与其他规制方式合并规定,如我国《消费者权益保护法》第24条规定:“格式条

款中包含对消费者不公平、不合理的规定……格式条款无效。”此间的“不公平”与“不合理”都需要法院主动进行审查才能判别，不因订入行为而直接无效。

3. 利用诚实信用等法律原则进行规制。法律原则是规范法律行为的重要方式，如果法律没有对具体行为的效力作出规定，我们就必须借助于法律原则对相关法律行为进行规范。在网络服务合同格式条款的法律规制中，法律原则的规制贯穿始终，占有非常重要的地位。一方面，格式条款的拟定规则需要严格遵循公平原则，制定尽可能公平合理的条款内容；另一方面，格式条款的解释规则与效力认定规则也禁止网络服务商滥用免责条款，即禁止权力滥用原则必须得到遵守。

总之，立法对网络服务合同格式条款的规制主要体现在对其内容的控制上。只有将条款订入纳入到一个有效的监控环境内，才有可能制定出公平合理的格式条款。立法要做的并不是简单的规定网络服务合同格式条款必须具备与不能出现的内容，而是要通过让恶意拟定与利用格式条款的一方承担不利后果的方式促使网络服务商尽量制定有利于双方当事人的条款内容，这样做也有利于维护契约自由与意思自治，鼓励网络服务商探索适合于网络服务业的格式条款内容与形式，从而促进网络服务业的健康发展。

6.2.2 行政监管

行政监管大部分属于事前监管，其优点在于效率性与灵活性。政府部门掌握了大量的人力和物力资源，能够对网络服务合同中的不公平条款进行有效的公权力介入，如责令网络服务商限期改正等。但行政权力本身具有的扩张性与不稳定性又为网络服务合同格式条款的监管带来了很多弊端，政府公权力对本应属当事人双方合意的私法范畴介入过多，必然导致契约自由与意思自治原则的双重破坏。

我国目前的网络服务业监管主要以行政监管为主，而网络服务合同格式条款的监管也被列入其中，由此也带来了许多问题，结合我国行政监管的实践，研究产生这种状况的原因如下：

1. 监管部门多元化。由于我国对与格式条款的监管模式采用多元制，即由行业主管部门与工商行政管理部门共同管理。具体到网络服务合同格式条款，能够对其进行监管的部门除了网络服务商所在地的工商行政管理部门外，还包括直接对网络服务业进行监督管理的信息产业部门、文化部，甚至教育部。这种多元化的监督管理模式为网络服务合同格式条款带来了很多问题，如工商管理部门因其地域性而制定的行政

规章与信息产业部门为维护其行业利益而制定的管理规则之间的冲突等。

2. 没有可供统一适用的法律。正是由于监管部门的多元性,间接导致了目前我国网络服务合同格式条款适用法律的混乱状态,根本原因还是在于立法层面的欠缺,并没有制定可供统一适用的法律法规,因此各个监管部门在遇到问题时,只能各自为政。

3. 行政监管本身的缺陷。首先行政行为本身存在扩张性,因此其对网络服务合同格式条款的介入存在不能把握合理度的风险;其次行政权力往往会受到外界因素的影响而背离公平正义,如政治因素、地域因素、行业因素等;最后行政监管往往具有一定的目的性,有时为了达到某一目的往往会以牺牲全局利益为代价。因此行政监管并不能从全局对网络服务合同格式条款进行监管,只能作为临时性与辅助性的监管模式。

正是由于行政监管为网络服务格式条款带来的种种弊端,导致目前我国网络服务合同格式条款的拟定水平仍然停留在对行政监管内容的简单重复上,如为了响应政府部门网络实名制管理的号召,各大网络服务商均在其网络服务协议中为网络服务使用者一方规定了保证注册信息真实有效的义务。淘宝网在其《淘宝服务协议》中规定,网络服务使用者应当按照法律要求,或注册页面的提示准确提供,并及时更新个人资料,以使其符合真实、及时、完整和准确的标准。如有合理理由怀疑提供的资料错误、不实、过时或不完整的,淘宝网有权发出询问与要求改正,甚至中止、终止其所提供的所有服务。并且淘宝对此不承担任何责任,网络服务使用者将承担因此产生的任何直接和间接支出。与此相比,网络服务合同格式条款中真正反映双方当事人意思表示的条款少之又少,网络服务商作为条款拟订方也不会花费力气在研究更加公平合理的条款内容上,而是转向挖空心思规避政府机构通过行政监管要求网络服务商履行的义务,或者将这种义务转移到网络服务合同格式条款相对方,网络服务使用者的身上。若想改善这种局面,就必须致力于构建完善的监管体系,着重加强立法与司法监管发挥的作用,不单单依靠行政监管进行规制。

鉴于我国目前行政监管的混乱状态,结合我国实际情况,试提出以下几点建议:

1. 确定唯一的行政主管部门。管理部门的多元化,必然导致管理行为之间的矛盾与交叉,若想改变我国目前网络服务合同格式条款监管各自为政的情况,就必须通过立法或出台相关法律文件确定主管部门。

2. 统一相关行政规章的来源。鉴于我国目前对网络服务业的多元化监管模式,

相关法律法规的出台就应当使用联合制定与发出的模式，在确定主管机关的基础上，汇同其他相关部门联合制定行政规章与规范，只有这样才能避免行政规章之间的交叉、重复与矛盾，为网络服务商们制定网络服务合同格式条款提供统一的法律标准。

3. 充分发挥行政监管的日常监管能力。行政机关的灵活性与效率性，可以对网络服务合同格式条款的监管起到立竿见影的效果，我们必须善加利用。具体来讲，就是要求有关行政机关加强日常监管，采用不定期抽查等手段监管网络服务合同格式条款的内容，并对违法行为及时进行发现与处分，对于影响重大的群众性网络事件及早介入，认真聆听消费者团体反映的相关情况等。

6.2.3 司法监督

法院作为审判机关，并不能主动对网络服务合同格式条款的内容进行规制，必须由网络服务使用者或网络服务商一方启动程序，才能对存在争议的格式条款进行各种司法作业，主要的规制方法包括：

1. 通过确定网络服务合同条款内容是否属于格式条款进行规制。法院主要依照《合同法》有关格式条款的规定，并通过对合同签订的环境、过程、方式以及合同内容等方面进行考察，确定网络服务合同中的某一条款是否属于格式条款的范畴，从而适用格式条款的特殊规制方式。

2. 通过判断格式条款是否已经订入合同对网络服务合同格式条款进行规制。由于网络服务合同的特殊性，法律应当对其订入规则制定更为严格的标准，法院应通过衡量网络服务商一方是否已经尽到公平制定条款内容的义务，是否合理履行了说明提示义务，确定相关格式条款是否已经订入合同。

3. 通过解释已经订入合同的格式条款对网络服务合同格式条款进行规制。法院利用其专业知识与判断能力，对网络服务合同中存在争议的格式条款进行解释的活动，也属于司法对网络服务合同条款的常用规制方式之一。并且法院在进行此类解释时，还试图对格式条款中存在明显瑕疵的意思表示进行救济，通过不利解释等惩罚性解释原则防止网络服务商一方滥用免责条款规避责任。

4. 通过判断格式条款是否有效对网络服务合同格式条款进行规制。审查网络服务合同中格式条款的效力，已经成为法院在审理此类案件时的必经程序，即使网络服务使用者一方并没有要求法院对其争议条款的效力进行审查，法院也必须主动对其效力进行认定，然后再处理当事人之间的纠纷。

由此可见,司法控制在网络服务合同的法律控制体系中占有非常重要的地位,除此之外,法院在审理网络服务合同格式条款纠纷时,往往会使用一些只适合于网络服务合同的司法控制方法,我们这里逐一进行研究:

1. “避风港”制度及相关纠纷的解决。

所谓“避风港”制度,又称为安全港制度,是致力于确保被侵权人能够使侵权内容快速地从网络中移除,同时也保障合格的网络在线服务商(OSP)免于因其网络用户之侵权行为而可能承担的责任的制度。该制度为美国1998年千年数字版权法(DMCA)所首创,后来又被多个国家立法所借鉴与移植。我国关于该制度的规定主要集中在《信息网络传播保护条例》、《最高人民法院关于审理网络著作权纠纷案件使用法律若干问题的解释》、《互联网著作权行政保护办法》以及《侵权责任法》。从合同法的角度来讲,这是法律规定的网络服务商之免责条款,尽管这种免责被设定了严格的限制,但是网络服务商们还是纷纷把他列为自己网络服务合同的内容之一。如在《网易通行证服务条款》中规定:“……用户不得滥用网易服务,包括但不限于:利用网易公司提供的邮箱服务发送垃圾邮件、利用网易进行侵害他人知识产权或者合法利益的其他行为。……用户理解,如果网易发现其网站传输的信息明显属于上述内容之一,网易有义务立即停止传输,保存有关记录,并且删除含有该内容的地址、目录,甚至关闭服务器。”当某一网络服务使用者以侵权人利用网易服务侵害其权益为由诉至法院时,网易可借由此条款,并辅以采取必要措施的证明,免除侵权责任。

“避风港”制度的立法同其他网络监管制度的立法一样处于混乱状态,各法律、法规、司法解释之间存在着许多矛盾,那么法院在解决相关纠纷时就起到了决定性的作用。特别是对一些法律没有规定的问题进行认定,比如“避风港”制度中法官就必须通过双方提供的证据来认定网络服务商是否尽到了注意义务,删除侵权内容是否及时,以及是否应当主动审查用户发布的所有内容。此时如果网络服务商以合同已经约定免责条款为由提出抗辩的话,法官还必须认定该具体免责条款的效力。

2. 在网络服务合同格式条款中,行政法规的直接引用不能免除其司法审查。在普通格式条款中,条款拟订人对行政法规的引入可以免于司法审查直接订入合同并生效,但在网络服务合同格式条款中却不能这样处理,这是由我国目前网络服务业相关行政立法处于极度混乱与不统一的状况决定的。如果赋予引用行政法规的网络服务合同格式条款以免除司法审查的效力,将会剥夺网络服务使用者对不公平条款进行抗辩并要求法院进行救济的权利。因此法院在审理网络服务合同格式条款纠纷案件时应当

特别注意，对于网络服务商一方引用的行政法规，应当进行辨别与调查，确实存在问题的，认定为未订入合同。

6.2.4 消费者团体监督

消费者团体，特别是消费者协会，在网络服务合同格式条款的监管中扮演着特殊的角色，根据《消费者权益保护法》的授权，消费者协会可以从以下几个方面对网络服务合同格式条款进行监督：首先，消费者协会可以监督网络服务合同格式条款内容的公正性，并对主流网络服务商的订约与履行过程进行跟踪。其次，发现严重违反法律法规的不公平条款时，可以向网络服务商发送修改建议，如果建议不被采纳，则可以向有关行政主管部门反映。最后，消费者协会也可以通过在互联网上展开各种调查活动与宣传活动，揭露网络服务合同格式条款中存在的“霸王条款”，向广大网络服务使用者宣传维护自身权益的法律知识。如中国消费者协会于 2003 年发起的“格式条款系列点评”活动，之后各地的消费者保护组织也相继发起了一系列不公平条款点评活动，在很大程度上改善了网络服务合同格式条款不公平的状况，促使网络服务商们纷纷通过修订合同条款，树立良好的企业形象。

6.2.5 网络舆论监督

依赖于互联网络形成的网络舆论监管方式，是广大网络服务使用者表达意见的最佳平台。网络在极大地拓展人们交互空间的同时，又极大地便捷了人们之间的认识与交流，它将成为今后网络服务合同监管的最有效手段之一。相较于其他监管方式，网络舆论监管具有其广泛性、高效性、方便灵活性和更充分的信息交换。其对网络服务合同格式条款监管方式有很多，如通过网络调查与排名系统，依据民意选出最公平的网络服务商或者最不公平的网络服务条款，对网络服务商施加舆论压力，以促使其改正合同中存在的不公平条款。

结 论

当今世界,科学技术带动着网络经济飞速发展,但由于立法总是总后于信息技术的发展,导致了网络服务业领域的法律问题层出不穷。网络服务业,作为网络经济中最具开放性与新颖性的行业,也给我们带来了许多法律适用上的难题。网络服务业日新月异的变化也使得网络服务合同格式条款的内容日渐丰富与灵活,时刻有跳脱法律约束的危险。再加之网络服务商们作为商人,追求高利润与高效率是他们永恒不变的目标,由他们单方拟定的网络服务合同格式条款很有可能沦为他们规避风险、片面追求经济利益的工具。法律对网络服务合同格式条款规制的最终目的,并不是否定此类合同在网络经济中发挥的作用与地位,而是尽可能的将网络服务合同格式条款的内容引导向规范双方权利义务关系的私法范畴;尽可能的纠正合同条款中不公平条款从而对网络服务使用者一方的意思表示瑕疵进行救济;尽可能的使用合理标准将双方当事人的交涉能力、控制能力维持在一个基本平衡的状态。正因如此,我们在对网络服务合同格式条款做具体的研究与制度构建时,必须时刻体现出这些理念。

本文首先从格式条款、网络服务合同的概念界定入手,引出了网络服务合同格式条款的概念。通过对网络服务合同格式条款电子合同与格式合同的双重属性的研究,总结了四条区别于一般格式条款的特征。依据合同内容的不同将网络服务合同分为信息系统使用合同与大众市场许可合同,并分别进行了简单的介绍。经过对网络服务合同格式条款一般理论的研究,基本把握了网络服务合同格式条款的特色,为后面的研究做了铺垫。

网络服务合同格式条款区别于一般条款的主要特征之一就是单方拟定性,本来应当由双方当事人合意而产生的合同演变为以一方意思表示为主导,因此法律必须介入合同条款的订入阶段,以求从源头上规范网络服务合同格式条款的不公平与不合理现象。本文从研究网络服务合同的订立过程入手,发现传统的要约-承诺式研究方法并不适合于此类合同的研究,因此转而从合同法对格式条款的订入规则的规定入手,研究适合于网络服务合同格式条款的订入规则,并发现了我国目前网络服务合同格式条款订入中存在的许多问题。通过对订入方法的研究发现,由网络服务商一方单独拟定合同内容在目前来说是最适合于网络服务业的合同拟定方式,若想纠正我国目前网络服务合同格式条款订入过程中的问题,就必须从规定严格的提示义务与严格的说明解释义务入手。本文比照普通格式条款的说明与提示义务,结合网络服务合同理论与实

践，提出了许多适合于网络服务合同格式条款的说明与提示标准和方法。

法律对网络服务合同格式条款的规制，除了从订入规则入手外，还可以从法院对条款解释与条款的效力认定上介入。本文分章节对两部分内容进行了细致的分析与研究。就网络服务合同格式条款的解释来讲，首先从网络服务合同格式条款解释的特殊性入手，指出此类合同的解释个性特征；进而分析了适合于网络服务合同格式条款的解释规则与方法；最后对网络服务合同格式条款中的免责条款之解释进行了特别研究，简单探讨了适合于网络服务合同免责条款的解释规则。在对网络服务合同格式条款的效力认定进行研究时，首先对网络服务合同格式条款的效力认定标准进行了介绍；然后从常见的合同效力形态入手，即无效的网络服务合同格式条款与可撤销的网络服务合同格式条款，分析得出“部分无效，全部无效”原则在此类合同的解释中并不适用，法院应当在尽量维持合同效力的前提下，使用“部分无效，剩余有效”的规则对网络服务使用者一方进行特别的保护；最后本章重点对网络服务合同中常见的免责条款进行了归纳与分析，指出这些免责条款的不公平之处，并对其效力逐一进行了评价。

经过对网络服务合同格式条款细致深入的研究，引出了网络服务合同格式条款规制方式的讨论。文章最后一部分通过对我国网络服务合同格式条款规制模式现状的分析与总结，发现主要规制方法集中在行政规制与司法规制之中，立法规制的欠缺无疑为网络服务合同格式条款的规制带来了很多弊端，因此我们必须加强对网络服务合同格式条款的立法规制研究，改变现存的以行政规制为主导的相对混乱的规制模式。因此文章通过对国外先进立法规制模式的借鉴，提出了适合于中国国情的网络服务合同立法规制模式；并对现存的行政规制模式进行了评价与分析，找到了导致目前行政规制混乱的原因并提出了解决的建议；最后对网络服务合同格式条款的司法规制方法进行了简单的梳理与总结，并提出了一些只适用于网络服务合同格式条款的司法规制方式。除此之外，本文还对除传统规制方法以外的新型规制方式进行了简单的列举与介绍，希望能够达到抛砖引玉的效果。

当然，文章中还有许多不完善与未解决的问题，如网络服务合同的分类没有囊括所有类型的网络服务合同；网络服务商一方承担严格的提示义务与严格的说明义务应当如何体现在法律规范中；常见免责条款的归纳总结上的疏漏；规制方式的再探索等。

参考文献

- [1] 苏号朋. 格式合同条款研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 38
- [2] 魏士廩. 电子合同法理论与实务[M]. 北京: 北京邮电大学出版社, 2001: 4
- [3] 苏号朋. 格式合同条款研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 43
- [4] 魏士廩. 电子合同法理论与实务[M]. 北京: 北京邮电大学出版社, 2001: 49
- [5] 魏士廩. 电子合同法理论与实务[M]. 北京: 北京邮电大学出版社, 2001: 49
- [6] [韩]权无乘. 韩国的约款规制法[A]. 崔吉子翻译. 梁慧星. 民商法论丛(24)[C]. 香港: 金桥文化出版(香港)有限公司, 2002: 570
- [7] 杜军. 格式条款研究[J]. 西南民族学院学报: 哲学社会科学版, 21(5): 106
- [8] 朱柏松. 现代契约法解释问题之研究[J]. 法学丛刊, 108 期: 53
- [9] 刘春堂. 一般契约条款之解释[A]. 郑玉波. 民法债编论文选辑(上)[C]. 台北: 台北五南图书出版公司, 1984: 226
- [10] 刘春堂. 一般契约条款之解释[A]. 郑玉波. 民法债编论文选辑(上)[C]. 台北: 台北五南图书出版公司, 1984: 233
- [11] 王利明, 崔建远. 合同法新论(总则)[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996: 500
- [12] 刘宗荣. 定型化契约论文专辑[M]. 台北: 三民书局, 1988: 137
- [13] 王利明. 合同法研究(第一卷)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 630
- [14] [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册)[M]. 王晓晔等译. 北京: 法律出版社, 2003: 781
- [15] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京: 法律出版社, 2000: 380-390
- [16] 李倩. 网上购物商事交易过程研究[J]. 致富时代, 2011(B28): 136
- [17] 解读信息网络传播权保护条例[J]. 信息安全, 2006(8): 5-6
- [18] 苏号朋. 格式合同条款研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 38

附录 A 淘宝服务协议

本协议由您与浙江淘宝网络有限公司共同缔结，本协议具有合同效力。

本协议中协议双方合称协议方，浙江淘宝网络有限公司在协议中亦称为“淘宝”。本协议中“淘宝平台”指由浙江淘宝网络有限公司运营的网络交易平台，包括淘宝网，域名为 taobao.com；淘宝商城，域名为 tmall.com；一淘网，域名为 etao.com。

一、 协议内容及签署

1. 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。除另行明确声明外，任何淘宝及其关联公司提供的服务（以下称为淘宝平台服务）均受本协议约束。

2. 您应当在使用淘宝平台服务之前认真阅读全部协议内容，对于协议中以加粗字体显示的内容，您应重点阅读。如您对协议有任何疑问的，应向淘宝咨询。但无论您事实上是否在使用淘宝平台服务之前认真阅读了本协议内容，只要您使用淘宝平台服务，则本协议即对您产生约束，届时您不应以未阅读本协议的内容或者未获得淘宝对您问询的解答等理由，主张本协议无效，或要求撤销本协议。

3. 您承诺接受并遵守本协议的约定。如果您不同意本协议的约定，您应立即停止注册程序或停止使用淘宝平台服务。

4. 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。

二、 注册

1. 注册者资格

您确认，在您完成注册程序或以其他淘宝允许的方式实际使用淘宝平台服务时，您应当是具备完全民事权利能力和完全民事行为能力自然人、法人或其他组织。若您不具备前述主体资格，则您及您的监护人应承担因此而导致的一切后果，且淘宝有权注销（永久冻结）您的淘宝账户，并向您及您的监护人索偿。

2. 账户

在您签署本协议，完成会员注册程序或以其他淘宝允许的方式实际使用淘宝平台

服务时，淘宝会向您提供唯一编号的淘宝账户（以下亦称账户）。

您可以对账户设置会员名和密码，通过该会员名密码或与该会员名密码关联的其它用户名密码登陆淘宝平台。您设置的会员名不得侵犯或涉嫌侵犯他人合法权益。如您连续一年未使用您的会员名和密码登录淘宝平台，淘宝有权终止向您提供淘宝平台服务，注销您的账户。账户注销后，相应的会员名将开放给任意用户注册登记使用。

您应对您的账户（会员名）和密码的安全，以及对通过您的账户（会员名）和密码实施的行为负责。除非有法律规定或司法裁定，且征得淘宝的同意，否则，账户（会员名）和密码不得以任何方式转让、赠与或继承（与账户相关的财产权益除外）。如果发现任何人不当使用您的账户或有任何其他可能危及您的账户安全的情形时，您应当立即以有效方式通知淘宝，要求淘宝暂停相关服务。您理解淘宝对您的请求采取行动需要合理时间，淘宝对在采取行动前已经产生的后果（包括但不限于您的任何损失）不承担任何责任。

为方便您使用淘宝平台服务及淘宝关联公司或其他组织的服务（以下称其他服务），您同意并授权淘宝将您在注册、使用淘宝平台服务过程中提供、形成的信息传递给向您提供其他服务的淘宝关联公司或其他组织，或从提供其他服务的淘宝关联公司或其他组织获取您在注册、使用其他服务期间提供、形成的信息。

3. 会员

在您按照注册页面提示填写信息、阅读并同意本协议并完成全部注册程序后或以其他淘宝允许的方式实际使用淘宝平台服务时，您即成为淘宝平台会员（亦称会员）。在注册时，您应当按照法律法规要求，或注册页面的提示准确提供，并及时更新您的资料，以使之真实、及时，完整和准确。如有合理理由怀疑您提供的资料错误、不实、过时或不完整的，淘宝有权向您发出询问及/或要求改正的通知，并有权直接做出删除相应资料的处理，直至中止、终止对您提供部分或全部淘宝平台服务。淘宝对此不承担任何责任，您将承担因此产生的任何直接或间接支出。

您应当准确填写并及时更新您提供的电子邮件地址、联系电话、联系地址、邮政编码等联系方式，以便淘宝或其他会员与您进行有效联系，因通过这些联系方式无法与您取得联系，导致您在使用淘宝平台服务过程中产生任何损失或增加费用的，应由您完全独自承担。

您在使用淘宝平台服务过程中，所产生的应纳税赋，以及一切硬件、软件、服务及其它方面的费用，均由您独自承担。

三、 淘宝平台服务

1. 通过淘宝及其关联公司提供的淘宝平台服务和其它服务,会员可在淘宝平台上发布交易信息、查询商品和服务信息、达成交易意向并进行交易、对其他会员进行评价、参加淘宝组织的活动以及使用其它信息服务及技术服务。

2. 您在淘宝平台上交易过程中与其他会员发生交易纠纷时,一旦您或其它会员任一方或双方共同提交淘宝要求调处,则淘宝有权根据单方判断做出调处决定,您了解并同意接受淘宝的判断和调处决定。该决定将对您具有法律约束力。

3. 您了解并同意,淘宝有权应政府部门(包括司法及行政部门)的要求,向其提供您在淘宝平台填写的注册信息和交易纪录等必要信息。如您涉嫌侵犯他人知识产权,则淘宝亦有权在初步判断涉嫌侵权行为存在的情况下,向权利人提供您必要的身份信息。

四、 淘宝平台服务使用规范

1. 在淘宝平台上使用淘宝服务过程中,您承诺遵守以下约定:

- a) 在使用淘宝平台服务过程中实施的所有行为均遵守国家法律、法规等规范性文件及淘宝平台各项规则的规定和要求,不违背社会公共利益或公共道德,不损害他人的合法权益,不违反本协议及相关规则。您如果违反前述承诺,产生任何法律后果的,您应以自己的名义独立承担所有的法律责任,并确保淘宝免于因此产生任何损失。
- b) 在与其他会员交易过程中,遵守诚实信用原则,不采取不正当竞争行为,不扰乱网上交易的正常秩序,不从事与网上交易无关的行为。
- c) 不发布国家禁止销售的或限制销售的商品或服务信息(除非取得合法且足够的许可),不发布涉嫌侵犯他人知识产权或其它合法权益的商品或服务信息,不发布违背社会公共利益或公共道德或淘宝认为不适合在淘宝平台上销售的商品或服务信息,不发布其它涉嫌违法或违反本协议及各类规则的信息。
- d) 不以虚构或歪曲事实的方式不当评价其他会员,不采取不正当方式制造或提高自身的信用度,不采取不正当方式制造或提高(降低)其他会员的信用度;
- e) 不对淘宝平台上的任何数据作商业性利用,包括但不限于在未经淘宝事先书面同意的情况下,以复制、传播等任何方式使用淘宝平台站上展示的资料。
- f) 不使用任何装置、软件或例行程序干预或试图干预淘宝平台的正常运作或正在淘宝平台上进行的任何交易、活动。您不得采取任何将导致不合理的庞大数据负载加诸

淘宝平台网络设备的行动。

2. 您了解并同意：

- a) 淘宝有权对您是否违反上述承诺做出单方认定，并根据单方认定结果适用规则予以处理或终止向您提供服务，且无须征得您的同意或提前通知予您。
- b) 经国家行政或司法机关的生效法律文书确认您存在违法或侵权行为，或者淘宝根据自身的判断，认为您的行为涉嫌违反本协议和/或规则的条款或涉嫌违反法律法规的规定的，则淘宝有权在淘宝平台上公示您的该等涉嫌违法或违约行为及淘宝已对您采取的措施。
- c) 对于您在淘宝平台上发布的涉嫌违法或涉嫌侵犯他人合法权益或违反本协议和/或规则的信息，淘宝有权不经通知您即予以删除，且按照规则的规定进行处罚。
- d) 对于您在淘宝平台上实施的行为，包括您未在淘宝平台上实施但已经对淘宝平台及其用户产生影响的行为，淘宝有权单方认定您行为的性质及是否构成对本协议和/或规则的违反，并据此作出相应处罚。您应自行保存与您行为有关的全部证据，并应对无法提供充要证据而承担的不利后果。
- e) 对于您涉嫌违反承诺的行为对任意第三方造成损害的，您均应当以自己的名义独立承担所有的法律责任，并确保淘宝免于因此产生损失或增加费用。
- f) 如您涉嫌违反有关法律或者本协议之规定，使淘宝遭受任何损失，或受到任何第三方的索赔，或受到任何行政管理部门的处罚，您应当赔偿淘宝因此造成的损失及（或）发生的费用，包括合理的律师费用。

五、 特别授权

您完全理解并不可撤销地授予淘宝及其关联公司下列权利：

- 1. 一旦您向淘宝及（或）其关联公司，包括但不限于阿里巴巴、支付宝、阿里金融、阿里云，中国雅虎等作出任何形式的承诺，且相关公司已确认您违反了该承诺，则淘宝有权立即按您的承诺或协议约定的方式对您的账户采取限制措施，包括中止或终止向您提供服务，并公示相关公司确认的您的违约情况。您了解并同意，淘宝无须就相关确认与您核对事实，或另行征得您的同意，且淘宝无须就此限制措施或公示行为向您承担任何的责任。
- 2. 一旦您违反本协议，或与淘宝签订的其他协议的约定，淘宝有权以任何方式通知淘宝关联公司，要求其对您的权益采取限制措施，包括但不限于要求支付宝公司将您账户内的款项支付给淘宝指定的对象，要求关联公司中止、终止对您提供部分或全部服

务，且在其经营或实际控制的任何网站公示您的违约情况。

3. 对于您提供的资料及数据信息，您授予淘宝及其关联公司独家的、全球通用的、永久的、免费的许可使用权利（并有权在多个层面对该权利进行再授权）。此外，淘宝及其关联公司有权（全部或部分地）使用、复制、修订、改写、发布、翻译、分发、执行和展示您的全部资料数据（包括但不限于注册资料、交易行为数据及全部展示于淘宝平台的各类信息）或制作其派生作品，并以现在已知或日后开发的任何形式、媒体或技术，将上述信息纳入其它作品内。

六、责任范围和责任限制

1. 淘宝负责按“现状”和“可得到”的状态向您提供淘宝平台服务。但淘宝对淘宝平台服务不作任何明示或暗示的保证，包括但不限于淘宝平台服务的适用性、没有错误或疏漏、持续性、准确性、可靠性、适用于某一特定用途。同时，淘宝也不对淘宝平台服务所涉及的技术及信息的有效性、准确性、正确性、可靠性、质量、稳定、完整和及时性作出任何承诺和保证。

2. 您了解淘宝平台上的信息系用户自行发布，且可能存在风险和瑕疵。淘宝平台仅作为交易地点。淘宝平台仅作为您获取物品或服务信息、物色交易对象、就物品和/或服务的交易进行协商及开展交易的场所，但淘宝无法控制交易所涉及的物品的质量、安全或合法性，商贸信息的真实性或准确性，以及交易各方履行其在贸易协议中各项义务的能力。您应自行谨慎判断确定相关物品及/或信息的真实性、合法性和有效性，并自行承担因此产生的责任与损失。

3. 除非法律法规明确要求，或出现以下情况，否则，淘宝没有义务对所有用户的注册数据、商品（服务）信息、交易行为以及与交易有关的其它事项进行事先审查：

- a) 淘宝有合理的理由认为特定会员及具体交易事项可能存在重大违法或违约情形。
- b) 淘宝有合理的理由认为用户在淘宝平台的行为涉嫌违法或不当。

4. 淘宝及其关联公司有权受理您与其他会员因交易产生的争议，并有权单方判断与该争议相关的事实及应适用的规则，进而作出处理决定。该处理决定对您有约束力。如您未在限期内执行处理决定的，则淘宝及其关联公司有权利（但无义务）直接使用您支付宝账户内的款项，或您向淘宝及其关联公司交纳的保证金代为支付。您应及时补足保证金并弥补淘宝及其关联公司的损失，否则淘宝及其关联公司有权直接抵减您在其它合同项下的权益，并有权继续追偿。

您理解并同意，淘宝及其关联公司并非司法机构，仅能以普通人的身份对证据进行鉴

别，淘宝及其关联公司对争议的调处完全是基于您的委托，淘宝及其关联公司无法保证争议处理结果符合您的期望，也不对争议调处结论承担任何责任。如您因此遭受损失，您同意自行向受益人索偿。

5. 您了解并同意，淘宝不对因下述任一情况而导致您的任何损害赔偿承担责任，包括但不限于利润、商誉、使用、数据等方面的损失或其它无形损失的损害赔偿（无论淘宝是否已被告知该等损害赔偿的可能性）：

- a) 使用或未能使用淘宝平台服务。
- b) 第三方未经批准的使用您的账户或更改您的数据。
- c) 通过淘宝平台服务购买或获取任何商品、样品、数据、信息或进行交易等行为或替代行为产生的费用及损失。
- d) 您对淘宝平台服务的误解。
- e) 任何非因淘宝的原因而引起的与淘宝平台服务有关的其它损失。

6. 不论在何种情况下，淘宝均不对由于信息网络正常的设备维护，信息网络连接故障，电脑、通讯或其他系统的故障，电力故障，罢工，劳动争议，暴乱，起义，骚乱，生产力或生产资料不足，火灾，洪水，风暴，爆炸，战争，政府行为，司法机关的命令或第三方的不作为而造成的不能服务或延迟服务承担责任。

七、 协议终止

1. 您同意，淘宝有权自行全权决定以任何理由不经事先通知的中止、终止向您提供部分或全部淘宝平台服务，暂时冻结或永久冻结（注销）您的账户，且无须为此向您或任何第三方承担任何责任。

2. 出现以下情况时，淘宝有权直接以注销账户的方式终止本协议：

- a) 淘宝终止向您提供服务后，您涉嫌再一次直接或间接或以他人名义注册为淘宝用户的；
- b) 您提供的电子邮箱不存在或无法接收电子邮件，且没有其他方式可以与您进行联系，或淘宝以其它联系方式通知您更改电子邮件信息，而您在淘宝通知后三个工作日内仍未更改为有效的电子邮箱的。
- c) 您注册信息中的主要内容不真实或不准确或不及时或不完整。
- d) 本协议（含规则）变更时，您明示并通知淘宝不愿接受新的服务协议的；
- e) 其它淘宝认为应当终止服务的情况。

3. 您有权向淘宝要求注销您的账户，经淘宝审核同意的，淘宝注销（永久冻结）

您的账户，届时，您与淘宝基于本协议的合同关系即终止。您的账户被注销（永久冻结）后，淘宝没有义务为您保留或向您披露您账户中的任何信息，也没有义务向您或第三方转发任何您未曾阅读或发送过的信息。

4. 您同意，您与淘宝的合同关系终止后，淘宝仍享有下列权利

- a) 继续保存您的注册信息及您使用淘宝平台服务期间的所有交易信息。
- b) 您在使用淘宝平台服务期间存在违法行为或违反本协议和/或规则的行为的，淘宝仍可依据本协议向您主张权利。
- 5. 淘宝中止或终止向您提供淘宝平台服务后，对于您在服务中止或终止之前的交易行为依下列原则处理，您应独力处理并完全承担进行以下处理所产生的任何争议、损失或增加的任何费用，并确保淘宝免于因此产生任何损失或承担任何费用：
 - a) 您在服务中止或终止之前已经上传至淘宝平台的物品尚未交易的，淘宝有权在中止或终止服务的同时删除此项物品的相关信息；
 - b) 您在服务中止或终止之前已经与其他会员达成买卖合同，但合同尚未实际履行的，淘宝有权删除该买卖合同及其交易物品的相关信息；
 - c) 您在服务中止或终止之前已经与其他会员达成买卖合同且已部分履行的，淘宝可以不删除该项交易，但淘宝有权在中止或终止服务的同时将相关情形通知您的交易对方。

八、隐私权政策

淘宝将在淘宝平台公布并不时修订隐私权政策，隐私权政策构成本协议的有效组成部分。

九、法律适用、管辖与其他

1. 本协议之效力、解释、变更、执行与争议解决均适用中华人民共和国法律，如无相关法律规定的，则应参照通用国际商业惯例和（或）行业惯例。

2. 因本协议产生之争议，应依照中华人民共和国法律予以处理，并以浙江省杭州市西湖区人民法院为第一审管辖法院。

攻读硕士学位期间取得的学术成果

李倩. 网上购物商事交易过程研究[J]. 致富时代, 2011(B28):138

致 谢

岁月如歌，光阴似箭，三年的研究生生活即将结束。经历了找工作的喧嚣与坎坷，我深深体会到了写作论文时的那份宁静与思考。回首三年的求学历程，对那些引导我、帮助我、激励我的人，我心中充满了感激。

首先要感谢导师王春婕教授，从论文选题到写作定稿，倾注了王教授大量的心血。在我攻读硕士研究生期间，深深受益于王教授的关心、爱护和谆谆教导。她作为导师，点拨迷津，让人如沐春风；作为长辈，关怀备至，让人感念至深。能师从王教授，我为自己感到庆幸。在此谨向王教授表示我最诚挚的敬意和感谢！

同时，我要感谢所有教导过我、关心过我的老师。特别是法学院的赵信会教授、王建敏教授、徐凤真教授、宋焱教授、黄娟教授、张淑华副教授、孟凡麟副教授、张晓霞副教授、章彦英副教授、王仰光老师。你们为我的学业倾注了大量心血，你们为人师表的风范令我敬仰，严谨治学的态度令我敬佩。还要感谢赵静老师、郭蕾老师和法学院的其他各位老师对我的一贯帮助。

感谢一直关心与支持我的同学和朋友们！我的朋友，吕倩倩、李晶、李建明，感谢你们的鼓励和帮助。还要感谢的是法学院 2009 级（7）班全体研究生同学。三年来，我们朝夕相处，共同进步，感谢你们给予我的所有关心和帮助。同窗之谊，我将终生难忘！

在此要感谢我生活学习了三年的母校——山东财经大学，母校给了我一个宽阔的学习平台，让我不断吸取新知，充实自己。

需要特别感谢的是我的父母。父母的养育之恩无以为报，他们是我十多年求学路上的坚强后盾，在我面临人生选择的迷茫之际，为我排忧解难，他们对我无私的爱与照顾是我不断前进的动力。

攻读术士学位期间取得的学术成果