

在线订立格式条款的效力分析

夏庆锋

内容提要:在线订立格式条款是网络服务提供者预先拟定并在网络空间广泛适用的合同条款,用户通过点击确认或浏览行为等表达接受,该格式条款则发生法律效力。在线订立格式条款具有效率价值,其效率远超过网络服务提供者与用户以自由协商的方式订立合同。然而,虽然网络服务提供者按照现行法律要求履行提示说明义务,但仍然可能较为隐蔽地存在合意瑕疵与内容违法等问题。网络空间具有特殊性,利用社交信息流转、依据用户主观认识、通过显失公平原则等既有措施无法实现较好的规范效果,应当建立包括对网络服务提供者、用户与监管部门三方内容的分层完善制度,通过体系性安排,使用户在网络空间的各项权益获得更为妥当的保护。

关键词:格式条款 合意瑕疵 订入控制 内容控制 效力规制

夏庆锋,安徽大学法学院副教授。

根据联合国国际贸易法委员会颁布的《电子商务示范法》(*Model Law on Electronic Commerce*)以及我国《民法典》《电子商务法》与《美国统一电子交易法》(*Uniform Electronic Transactions Act*)《美国全球和国家商业电子签名法》(*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*)等有关法律可知,电子合同指双方或多方当事人通过电子信息网络以电子形式达成的设立、变更、终止人身性与财产性民事权利义务关系的合同。^[1]例如,我国《民法典》第512条第1款规定的“通过互联网等信息网络订立的电子合同”,虽然没有明确给出电子合同的定义,但表达出电子合同系通过互联网等信息网络而订立。当电子合同通过网络缔约形成时,必然包含大量在线订立的格式条款,当事人利用数字签名等技术使这些条款产生与纸质合同格式条款相同的法律效力。

在线订立的格式条款较多出现在点击合同(clickwrap)与浏览合同(browsewrap)等具体的电子合同类型中。点击合同为当事人通过网络点击行为确认效力的合同类型,通常采用弹出窗口或文本框的形式,要求用户在访问或以其他方式使用网络产品或服务之前

[1] 参见王洪亮:《电子合同订立新规则的评析与构建》,《法学杂志》2018年第4期,第41-42页。

确认同意。例如,在屏幕中出现一个复选框,写明“我已经阅读并同意使用条款”,当用户点击该复选框时,表明其接受合同条款并使之生效。浏览合同表现为隐式同意,网页中的链接将用户引导至单独页面以查看合同格式条款,与点击合同的明确表示不同,浏览合同通过继续使用网络服务或其他默示的行为来表达同意。在决定采用点击合同或浏览合同的具体类型时,需要权衡两者的法律确定性与过程效率性,点击合同提供明确的同意表示,而浏览合同则更好地保持网页的整体观感,将晦涩与生硬的法律语言放置在用户的直接视线之外。纸质合同的物理特性约束起草方的拟定行为,使起草方放弃使用内容繁重的多页合同,从而吸引更多的潜在客户加入交易。然而,伴随着在线订立格式条款数量和形式的增加,网络服务提供者进一步扩大点击合同与浏览合同的适用范围,并利用生效的格式条款获得与用户网络使用行为无关的额外利益。这种现象不仅无法在合同法角度充分保护消费者利益,而且在相当程度上也影响着网络生态,若不能从格式条款缔结的全过程进行内部观察,外部衡量将永远无法将此种实质意义上的不平等调整到位。本文以此为任,希望从在线订立格式条款存在的现实问题、理论解释和制度支撑等各个角度来讨论此问题。

一 在线订立格式条款的现实困境

格式条款的适用简化了缔约流程,减少了缔约成本,产生的交易效率提升远远超出当事人自由协商合同条款所带来的效率收益。起草方经过长期使用和试错阶段使格式条款趋于成熟,避免与修正在自由协商情形下合同条款可能出现的各种错误。标准化格式条款是保持信息交流成本较低的较优方式,尤其在网络空间中的适用,使其效率价值更为凸显。^[2] 在线订立格式条款存在多种形式,既包括在合同中直接罗列,也包括通过超链接或其他形式将补充条款纳入主合同之中,当事人之间的协商让位于对形式的追求,通过大量且快速地适用格式条款,以促进效率价值与规模利益的实现。

传统纸质合同场景下,格式条款适用的快速增长使立法者发现其可能对条款接受方的权利存在侵害风险,因此在《合同法》《保险法》《消费者权益保护法》等法律中进行专门规定,增加条款起草方履行提示说明等义务,否则格式条款不发生效力。例如,经典契约理论认为,在以意思自治为原则的私法中,有必要使缺乏自由意志的同意意思表示无效,这种认识构成显失公平、欺诈、虚假陈述、胁迫等具体法律规定的基础。^[3] 然而,网络经济的快速发展催生了格式条款的持续更新,对合同法制度产生新的冲击,导致当事人的地位再度失衡。司法实践中,网络服务合同纠纷主要表现为网络服务提供者提供格式条款时未履行或未能充分履行提示说明等义务,导致用户不知情或不理解所享有的权利或应尽之义务。例如在几则案例中,由于网络服务提供者提供格式条款的告知方式不合理,导致用户不知情而未产生合意。^[4] 又如,在有的案例中,虽然用户接受了

[2] 参见王利明著:《合同法研究(第一卷)》(第3版),中国人民大学出版社2015年版,第9-11页。

[3] 参见谢怀栻著:《谢怀栻文集民法总则讲要(第一卷)》,中国法制出版社2023年版,第162-163页。

[4] 参见广东省广州市中级人民法院(2013)穗中法民二终字第1397号民事判决书;山东省高级人民法院(2020)鲁04民辖终104号民事裁定书;河南省信阳市中级人民法院(2022)豫15民辖终85号民事裁定书。

格式条款,但该同意表示只是迫于使用产品或服务的急切心理,而并非真实合意。^[5] 以上案例虽各有差异,但冲突的产生事实上都来源于网络服务提供者为了获得更多自身利益而未尽到提示说明义务所致,进而使得格式条款适用的效率价值与法律保护的公平价值发生冲突。

早期的法院判决似乎更加愿意支持不符合生效条件的网络格式条款,在效率价值与公平价值之间更倾向于选择前者。例如在有的案件中,法院认为,被告在其网页向所有用户发出通知声明从指定时间起对邮箱容量进行调整,且被告网站的“服务条款的修改和服务修订”规定,“××有权在必要时修改服务条款,××服务条款一旦发生变动,将会在重要页面上提示修改内容”,因此,被告提供服务的内容是可以进行变更的,其根据服务条款的规定变更免费邮箱服务的内容不构成违约。^[6] 该案颇值商榷,在该案中,网络服务提供者利用其概括的条款通知,认为其已经履行适当的提示义务并获得其后单方面变更格式条款的用户同意,但实际上该网络服务提供者对变更提供的行为并未进行有效提示。不过可能法院对待此类问题上或有所考虑。比如,有学者认为,法院对“支持新技术与数字市场,而不是迫使企业起草反映合理和公平价值的格式条款”这一点,表现出极大的尊重,使形式合同和格式条款的经济利益在数字市场无限放大。^[7] 随着格式条款在网络空间的扩张适用,许多格式条款不再是简单的所谓不可协商,而是变得具有强制性,网络用户只能在接受全部格式条款的前提下使用网络产品与服务。^[8]

我国《民法典》第496、497、498条能够较好处理传统纸质合同中有关格式条款的提示说明义务履行瑕疵问题,但无法妥善解决在线订立格式条款现实中的生效困境。纸质合同中,法律要求格式条款提供方履行适当的提示说明义务,并就关涉权利义务的格式条款作加黑、下划线、斜体等特殊处理。而在网络空间中,用户处于劣势的缔约地位,即便是网页中也存在形式上予以重点提示的条款,但总体而言,消费者对于网页中存在的各种不公平条款缺乏敏感性,加之对使用网络产品或服务的迫切心理及“有限理性”,导致其可能在不知情或不理解的情况下对网络服务提供者提供的格式条款表示接受。

在网络空间适用格式条款所依据的法律与司法实践存在漏洞,同时又缺乏全面和可靠的机制来应对效率价值与公平价值的冲突之时,可能产生两种风险:第一,无法体现公平价值的格式条款继续占据主导地位,使更多用户权益遭受损害;第二,对用户保护未设置相关限制措施,将给网络经济的持续发展带来负担和潜在危机。在用户与网络服务提供者提供的格式条款博弈中,用户处于极为被动的处境,其利益不断受到侵袭,因此需要对在线订立格式条款的生效基础进行分析并完善相关规则,以恢复网络空间缔约各方的

[5] 参见上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民一(民)终字第941号民事判决书;北京互联网法院(2020)京0491民初9057号民事判决书;“北京市第四中级人民法院发布网络消费者权益案件十大典型案例之五”,<https://www.pkulaw.com/pfnl/08df102e7c10f20642759736daf4525437169787f2031f58bdfb.html?tiao>, 2023年3月14日发布,最近访问时间[2023-03-20]。

[6] 参见北京市海淀区人民法院(2001)海民初字第11606号民事判决书。

[7] See Cheryl B. Preston, Eli W. McCann, Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law Went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse, 26 *BYU Journal of Public Law* 1, 12-13 (2011).

[8] 参见万方:《隐私政策中的告知同意原则及其异化》,《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第2期,第64页。

利益平衡,体现法律对公平价值的维护。

二 在线订立格式条款的效力瑕疵

相较于纸质合同而言,在线订立格式条款同样需满足成立与生效阶段的真实合意以及内容公平性要求,在符合订入控制与内容控制的前提下产生法律效力。网络服务提供者应当就格式条款的内容、尤其涉及与用户有重大利害关系的内容进行提示说明,使用户注意相关条款对其权利义务产生的影响。但是,基于网络服务提供者在网络环境下的优势地位以及利用用户对于网络技术、专业词汇等并不熟悉的客观情况,其在履行法律规定的提示与说明义务时存在不足,甚至将不公平的格式条款直接引入点击合同与浏览合同,未能实现格式条款生效制度所欲调整不平等当事人地位的立法目的。

(一) 格式条款生效违反订入控制规则

订入控制规则要求起草方对格式条款内容进行妥当的提示与说明,具体如我国《民法典》第 496 条第 2 款以及《消费者权益保护法》第 26 条第 1 款等规定。通常认为,合同的订立被视为“思想的交汇”,双方当事人在完全了解合同内容后表达对格式条款生效的合意。^[9] 然而在网络空间中,这种概念已经被架空,在线订立格式条款大量和频繁地“训练”用户“盲目”接受格式条款,而不是对这些条款产生怀疑或提出协商。实践中,由于网络服务提供者未就格式条款进行显著的提示说明,导致格式条款虽然生效但可能并不具有当事人合意或仅具有表面合意等现象大量存在,有必要进一步观察分析。

1. 缺乏合意

立法层面未就在线订立格式条款与纸质合同格式条款进行区分规定,司法实践中也存在将两种格式条款相等同的情形,认为无论格式条款如何表述,用户点击等行为即构成有效合意。例如在有的案件中,网络服务提供者通过互联网与刘某订立服务协议并免费为其提供网络交易平台服务,后该网络服务提供者又在官网发布新的服务协议,包括增加收费标准的规定。由于刘某未及时支付网络平台使用费,双方产生纠纷并诉至法院。该案中,法院支持了网络服务提供者,判决由刘某承担平台使用费。^[10] 然而该判决或存疑问,因为用户未通过网络服务提供者官网获知关于新增费用规定,不应被武断地认为存在过错,对于其并不知情的收费条款的法律效力问题也有待考证。《美国统一商法典》(Uniform Commercial Code)第 1-201(b)(10)条规定,当格式条款被“书写、展示或呈现时,该条款所针对的合理当事人应当注意到条款”,前述法条详细地介绍了显著条款的特征,如与周围文本对比而呈现为鲜明的特殊字体、鲜艳颜色、大写标题等。^[11] 将在线订立格式条款与纸质合同格式条款完全等同其实也忽视了有形性带来的限制,因为在线订立格式条款则可以轻易隐藏或利用图片、视频等形式而分散用户注意力,导致生效格式条款可能

[9] 参见韩世远著:《合同法总论》(第3版),法律出版社2011年版,第71-72页。

[10] 参见上海市静安区人民法院(2001)静经初字第931号民事判决书。

[11] See Uniform Commercial Code § 1-201 (b) (10) (2020).

并不具备当事人合意。^[12]

莫林吉洛 (Juliet Moringiello) 认为,“人们对纸质与电子通信的认知存在明显差异。”^[13]在纸质合同中,页面的数量具有信号功能,文件越厚说明条款越繁杂,涉及的义务则越大,条款接收方可能不会阅读包含在多层纸质合同中的格式条款,但他们至少知道多层纸张表明交易的潜在负担。但是,在线订立合同并不存在页面数量的信号功能,当交易发生时,合同的页面数量与交易重要性之间的关联关系无法体现。因此,作为条款起草方的网络服务提供者需要进行有效的提示说明以保证用户能够知晓格式条款的存在并产生当事人合意。只有当用户在特定的电子设置中收到关于拟定格式条款的充分通知,才能够在知情的前提下作出同意意思表示,而缺乏合意的主要原因就在于网络服务提供者未进行充分提示与说明。例如,在机票背面附有的格式条款一般具有法律效力,原因在于机票正面不仅提示“背面附有关于乘客权利的重要条款”,且机票纸张载体的有限空间使乘客能够集中注意力进行阅读。但是,在网络空间中,如果条款起草方将有关权利义务的格式条款进行隐藏,或是将跳转至格式条款页面的超链接安排在隐蔽处,则用户难以充分注意。

虽然在线订立格式条款仍然应遵循订入控制的法律要求,但仅适用《民法典》等法律以及相关司法解释中关于格式条款的订入和生效规定,可能会遮掩网络用户根本不知情的实际情形。例如,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(2022年11月发布)第10条第1款规定,提供格式条款的一方通过“勾选、弹窗”等特别方式进行提示的,符合《民法典》第496条第2款的合理方式要求。“勾选、弹窗”具有优于传统书面形式的提示效果,但网络服务提供者可能会根据网络空间便利的信息呈现方式(例如将需勾选同意的重要条款放置在较大的“点击以获取更多福利”的同意按钮下方),使用户草率勾选并确认同意。法律规则实际上并未顾及不同用户存在差异的计算机水平与网络空间特殊性,其只关注用户是否点击确认按钮或是按照浏览合同要求履行相应行为,而不是用户是否注意或知情格式条款的存在。恰是因为此种规则的惯性存在,可能使法律以及现实中越来越注重此种弹窗、点击、停留时间等机械行为,而可能在充分重视用户知情以及消费者意志的道路上越走越远。故此,应当考虑创设更多尽可能保障与实现消费者知情的规则,或者至少在规则上实现更多的平衡,以此才能真正保护消费者权益。

2. 表面合意

随着网络服务提供者增加更多内容进入格式条款,包括晦涩难懂的专业词汇与复杂的权利义务关系等,导致用户虽然通过点击等行为表达对订立格式条款的接受,但是该合意仅为表面合意,用户可能并未实际理解条款含义。网络服务提供者具有技术优势,从而形成相对于用户而言的有利缔约地位,控制合同订立及履行进程,使得即使在纸质合同中能够被接受的格式条款也难以在网络空间使用户真正理解。例如,用户无法控制交易的

[12] 参见胡安琪、李明发:《网络平台用户协议中格式条款司法规制之实证研究》,《北方法学》2019年第1期,第56-58页。

[13] See Juliet M. Moringiello, Signals, Assent and Internet Contracting, 57 *Rutgers Law Review* 1309, 1310 (2005).

结构或条款的呈现方式,创建合同形式的技术力量完全取决于网络服务提供者,对于用户而言没有一种现实、可利用的方式来协商条款。因此,用户在阅读格式条款时存在默认权威的心理倾向,其作出接受表示但可能并不是对格式条款的真实表达,本质上其只是向控制交互设置参数的权威屈服而已。当面对需要点击确认才能够进入合同关系时,用户基于服从权威的潜在心理点击“我同意”按钮,继而认同网络服务提供者作为生效格式条款提供者的合法性。而且,用户已经习以为常,点击同意按钮或是通过其他形式表达接受只是为了尽快使用产品或服务而被迫形成的表面合意。^[14]

金(Nancy Kim)认为,“法院应该考虑上下文因素,包括当事人的背景和心理,以便更好地实现合同法保护当事人合理性期望的目标。”^[15]迪马特奥(Larry DiMatteo)提出,“从本质上讲,合同法中的理性人是从交易或关系的背景中构建出来的,法律应该通过合理考虑用户点击‘我同意’时的心理所显示的语境和概念来解释和适用网络空间合同中的同意。”法律和心理学都试图探索和理解人类行为,但两者的方法不同,“法律是演绎的,心理学是归纳的;法律是教义的,心理学是经验的”。^[16]心理学家普遍认为,个体和其识解对象之间的时间和空间差异可以创造不同的理解门槛和现实概念。^[17]这种对自我和周围世界的个性化感知不同于法律中使用的理性人标准,后者表明任何理性的当事人都拥有大致相同的知识和理解力水平。用户对于复杂网络空间的识解能力较弱,其作出接受格式条款意思表示的动力往往来源于获得许多在线免费资源和“即时可用性”,这种表面合意与法律所要求的生效法律行为需意思表示真实并不相符。^[18]

(二) 格式条款生效违反内容控制规则

我国《民法典》第 497 条第(二)(三)项、《消费者权益保护法》第 26 条第 2 款等法律为内容控制规则,规定不公平、不合理的格式条款不具有法律效力。然而在网络空间中,在线订立的格式条款违反内容控制规则更具隐蔽性,导致合同公正分配权利义务的功能受到严重削弱。

1. 单方面修改条款加重用户注意义务

网络服务提供者采用单方面修改条款内容的形式变更其与用户之间的权利义务关系。^[19]当格式条款存储在完全由网络服务提供者控制的电子数据库时,网络服务提供者能够轻易修改条款内容。一般而言,法律允许合同当事人之间就达成新的合意重新订立格式条款并使之生效,格式条款接收方需履行注意义务,包括对起草方名称、住所、标的、价格、违约条款等内容予以注意,保证合同的正常履行,并对自身过错导致的损失承担责

[14] See Nancy S. Kim, *Wrap Contracts: Foundations and Ramifications*, Oxford University Press, 2013, p. 59.

[15] See Nancy S. Kim, Reasonable Expectations in Sociocultural Context, 45 *Wake Forest Law Review* 641, 645 (2010).

[16] See Larry A. DiMatteo, The Counterpoise of Contracts: The Reasonable Person Standard and the Subjectivity of Judgment, 48 *South Carolina Law Review* 293, 315-316, 318 (1997).

[17] See Elisabeth Norman, The Distance between Us: Using Construal Level Theory to Understand Interpersonal Distance in a Digital Age, 3 *Frontiers Digital Humanities* 1, 1 (2016).

[18] 参见孙宪忠:《法律行为理论纲要》,《法治社会》2022 年第 6 期,第 7-8 页。

[19] 参见张晓梅、周江洪:《格式条款提供者的单方变更问题研究》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2022 年第 10 期,第 85 页。

任。但是,该注意义务的行使需以条款起草方履行充分通知义务为前提,例如《民法典》第496条第2款第1句规定,“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示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款”。然而,实践中网络服务提供者更改格式条款并使之发生效力往往存在违法情形,通常是通过在最初合同订立时确定其享有单方面修改格式条款的权利以逃避进行充分通知的义务要求,导致用户往往需要履行可能超出法律要求的注意义务。单方面修改条款的另一种表现为要求用户进行主动检查。虽然网络服务提供者发出通知后不会立即使修改的格式条款生效,但通常要求用户接收变更条款后在一定期限内提出异议,否则条款自行生效的做法也不具有合理性。^[20]

2. 默认条款损害用户人格权益

默认条款一般规定,只要用户继续使用网络服务提供者所提供的产品与服务即视为接受相应格式条款,甚至无需履行如浏览合同生效所要求的“浏览格式条款”的行为。网络服务提供者尝试利用默认条款规定用户需出让个人信息与隐私权益以换取网络产品与服务,由于未充分履行提示义务,用户可能并不知情这些条款的存在,导致用户虽然接受默认条款但并不真正理解该格式条款将对其人格权益造成何种影响。以谷歌官网提供的用户协议格式条款为例,该条款规定,谷歌有权收集用户执行任何搜索的所有信息,包括位置、搜索内容和设备详情等,且谷歌并非仅仅将这种跟踪活动限制在用户访问谷歌网站时,还向用户电脑发送并存储 Cookie 文件,该文件将在用户访问其他不属于谷歌但使用谷歌技术的网站时进行跟踪。谷歌采用技术对用户进行跟踪的行为并未获得用户的真正同意,其目的虽表示为提升服务质量,但实际上已经侵害用户隐私权益。默认条款还涉及对用户其他人格权益的侵害,例如推特利用条款设置使用户在毫无察觉的情况下向其出让“收集、使用在网络上已发表内容”的权利,包括对照片、文本或视频等进行使用、复制、处理、改编、修改、发布、传输等。网络服务提供者将用户信息分析用心平台盈利,其本身并不是违法行为,但应当提供使用户知情的格式条款的可行途径。^[21]

3. 情境胁迫条款限制用户自由决策权利

情境胁迫条款指“如果(1)网络服务提供者为用户提供的网络产品或服务;(2)用户对该产品或服务有‘既得利益’;(3)用户被迫接受格式条款,因为他们试图拒绝条款后将被禁止使用产品或服务,甚至对自身利益造成侵害”,则该格式条款为情境胁迫条款。^[22] 实践中,由于网络空间的特殊性使情境胁迫条款可能具有法律效力情形并不少见,通过使用户被不理解甚至不知情的格式条款束缚,继而限制其自由做出决策的权利。情境胁迫条款主要发生在用户与网络服务提供者之间未订立合同就已经使用产品或服务的情形下,若网络服务提供者向用户提供产品或服务之前用户未实际使用,或无需上传资料就可

[20] 参见孙良国:《单方修改合同条款的公平控制》,《法学》2013年第1期,第17-20页。

[21] 参见王叶刚:《网络隐私政策法律调整与个人信息保护:美国实践及其启示》,《环球法律评论》2020年第2期,第149页。

[22] See Nancy S. Kim, Situational Duress and the Aberrance of Electronic Contracts, 89 *Chicago-Kent Law Review* 265, 279 (2014).

以访问网站与使用产品、服务,用户拒绝接受格式条款并不会对自身利益产生额外影响。但网络服务提供者往往邀请用户使用产品或服务并存储文档,如果用户不接受在线格式条款或附加条款,则网络服务提供者完全可以将其已经在网站中存储的文档作为一定牵制,^[23]从而存在一定潜在的情境胁迫。

三 既有效力补足措施的固有缺陷

在线订立格式条款的生效存在合意瑕疵与内容违法性,虽然用户已经接受格式条款,但该接受的意思表示并非以积极、主动、明确的表意行为作出,不能认定为真实的意思表达,反而产生用户权益受侵害的风险。^[24] 既有的效力补足措施可以对格式条款生效途径进行完善,包括利用社交信息流转、依据用户主观认识、通过显失公平原则等,虽然各项措施在不同程度上促进对用户真实意思的保护,但仍然存在不少缺陷,使所欲实现的校正格式条款生效的功能受限。

(一) 社交信息流转保护用户知情权利的缺陷

在线订立格式条款将晦涩难懂的词汇密集地组合在同一文本,对于绝大多数用户而言难以掌握其准确含义。网络服务提供者作为格式条款起草方,其有意通过插入过多冗长和重复的条款内容来混淆格式条款的实质含义。利用社交信息流转提醒用户在与网络服务提供者订立合同时注意特殊格式条款,包括涉及用户隐私权益与财产利益等重要内容,有利于用户更加清晰地理解格式条款含义并做出真实选择。社交信息流转包括事前流转与事后流转两类:事前流转指个别用户对格式条款进行提前研究,确定正确含义或进行更为详细的剖析后通过网络社交平台等媒介向其他用户传播;事后流转指个别用户已经与网络服务提供者订立合同,发生纠纷或自身利益受损后对特定格式条款进行评价。社交信息流转能够降低用户产生歧义的风险,减少纠纷和非真实合意的发生。

用户使用搜索引擎寻找其他用户对格式条款的评价,通过输入网络服务提供者或具体产品与服务的名称或关键词进行快速确认。但是,由于网络服务提供者不断尝试限制潜在用户与已经受到损害的用户之间进行在线互动,利用法律与司法解释阻止与自己名称相似的域名或网络地址,导致很多用户无法接触到有用的信息源。例如,网络服务提供者可以利用《商标法》第 30 条与《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定,要求相类似的社交平台停止提供信息流转或请求关闭社交平台。网络服务提供者也会采取措施拉拢有经验的个别用户,例如在订立合同之前满足个别用户的额外要求,或者在与个别用户发生纠纷后利用优惠待遇消除其不满情绪等。^[25] 此外,即使网络服务提供者未采取措施限制社交信息流转,当搜索结

[23] See Aaron E. Ghirardelli, Rules of Engagement in the Conflict between Businesses and Consumers in Online Contracts, 93 *Oregon Law Review* 179, 748-749 (2015).

[24] 参见赵宏:《告知同意在政府履职行为中的适用与限制》,《环球法律评论》2022 年第 2 期,第 42 页。

[25] See Jason Scott Johnston, The Return of the Bargain: An Economic Theory of How Standard-Form Contracts Enable Cooperative Negotiation Between Businesses and Consumers, 104 *Michigan Law Review* 876 (2006).

果所呈现的信息过多时也会导致用户难以分辨关键信息与混淆信息,信息过载也可能使用户产生认知障碍。

(二) 过度依赖用户主观认识的道德风险

我国《民法典》第 496 条第 2 款规定,提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务导致对方没有注意或理解的,对方可以主张该条款不成为合同的内容,这一规定解决了合同订立中可能缺乏同意的问题。但是,前述法条实际上是依据当事人的主观认识来确定格式条款是否生效等问题,同时又可能存在权利滥用的隐患。保证用户主观认识的正确性不仅需要网络服务提供者充分履行提示说明义务,也包括用户自身的法律素养。适用至网络空间中,用户只要坚持“如果知道某个特定的格式条款存在就不会表示接受”的情形,则该格式条款就不得成为合同内容,当然也无法发生效力。实践中,证实当事人订立合同的主观意图较难实现,需要法院对围绕合同成立的具体细节进行仔细分析。因此,用户完全可以先行订立合同以尽快使用免费的网络产品与服务,使用完毕后再以未注意或未理解格式条款为由主张无效,导致合同公平分配权利义务的功能无法实现。

不同用户具备的缔约能力存在较大差异,其对于格式条款的理解程度也不相同,因此难以找到合理审慎的一般标准,而仅仅依据用户主观认识确认格式条款有效或无效,也容易诱发道德风险,当用户为未成年人时更是如此。当未成年人进入网络空间时,他们不仅需要阅读屏幕显示的文字,同时也被移动的广告横幅、分散注意力的超链接、各种颜色和大小字体以及承诺礼物与奖品的弹窗信息所“轰炸”。在这样的环境中,未成年人的理解能力受到时间、认知、专注度的限制,既影响对格式条款的理解,也影响对权利取舍的决策。但是,若完全按照未成年人的主观认识对格式条款进行有效或无效的认定,则存在未成年人不合理地无偿使用网络产品与服务或是采取其他违法行为获取利益,反而不利于对网络服务提供者的正当权利进行保护。

在未成年人订立与其年龄、智力等不相适应的格式条款时,对其行为的法律效力应当作否定评价。即使在现实生活中,当限制民事行为能力人行使超出其民事行为能力的行为时,除非法定代理人进行追认,否则为无效行为,我国《民法典》第 19、22、24、145 等条文皆有规定。需要注意的是,当未成年人谎报年龄时,例如网络服务提供者已经提示订立合同的用户需年满十八周岁并要求上传有效证件,未成年人利用其亲戚朋友的身份证件进行瞒报,那么此时未成年人应丧失撤销或否认合同效力的权利。我国《民法典》第 146 条第 2 款规定“以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力,依照有关法律规定处理”,第 148 条规定“一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销”,这里只规定受欺诈方有权请求撤销,而欺诈方不具有撤销或解除的权利。美国虚假陈述年龄法律制度也规定,“未成年人虚假陈述自己的年龄或在从事业务时表现得像成年人时不能否认协议。”^[26]因此,若完全依据未成年人主观认识确认格式条款有效或无效,则不仅变相“鼓励”未成年人进行欺诈而不用承担任何责任,与相关立法精神违背。在线订立格式条款的生效应当以自由真

[26] See Iowa Code § 599.3; Kan. Stat. Ann. § 38-103; Utah Code Ann. § 15-2-3; cf. Mich. Comp. Laws § 600.1403.

实的当事人意愿为前提,也应以公平正义为基本原则,既要防止网络用户被束缚在压迫性格式条款之上,也不能放纵其对网络服务提供者的正当利益进行侵害。

(三) 显失公平原则适用的分歧

不公平格式条款包括程序性显失公平与实质性显失公平两种类型。合同订立后,当事人就其中的某些条款缺乏共识且没有达成一致意见的,为程序性显失公平。^[27] 导致这一结果的原因通常包括双方的年龄、文化程度、成熟度、订立合同的方式和背景,以及较弱一方当事人是否具有合理的时间、机会阅读和理解条款等。《德国民法典》第 138 条第 2 款规定,“法律行为系利用他人急迫情形、无经验、欠缺判断能力,或明显意志薄弱,使其对自己或第三人为财产利益给付之承诺或其给付显失公平者,该法律行为无效”,其中的显失公平就是指当事人之间的给付义务呈现出更类似于程序性不公平的状态。实质性显失公平则是指格式条款中包含不公平的内容,如“合同条款是片面的,对处于不利地位的一方当事人将产生过于苛刻的影响”等。^[28] 在决定条款是否实质上不公平时,法院通常会考虑一些因素,包括合同条款的合理性、条款的目的和效果、双方风险分配以及公共政策等等。^[29]

欧洲共同体理事会早在 1993 年就颁布了《关于消费者合同中不公平条款的 93/13 号指令》(Directive 93/13 on Unfair Terms in Consumer Contracts,下称“《93/13 号指令》”),致力于解决企业使用不公平和滥用权利的格式条款损害消费者利益的问题,保护消费者免受未经其接受的格式条款的不利影响。^[30] 《93/13 号指令》第 3.1 条规定了不公平条款的含义,指“未经个别协商的合同条款,违反诚信原则的要求,造成合同双方在合同项下的权利和义务发生重大不平衡,损害消费者利益”。^[31] 《美国统一商法典》第 2-302(a) 条规定,“如果法院认定,作为法律问题,合同或其任何条款在订立时显失公平,法院可以拒绝强制履行该合同,或仅强制履行显失公平条款以外的部分,或限制显失公平条款的适用以避免显失公平的后果。”^[32] 我国《民法典》第 151 条也规定,“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”适用显失公平原则有利于帮助条款接收方在面对苛刻的格式条款时捍卫自己的权利,但无论是《93/13 号指令》,抑或是《美国统一商法典》与我国《民法典》,其规定的“重大不平衡”与“显失公平”均难以进行清晰的概念界定,需要司法实践进行个案解释。

显失公平原则并没有一个客观的标准,在适用该原则纠正合同不正当格式条款时,对程序性显失公平与实质性显失公平的解释因法院的理解不同而有所差异,从而导致内部

[27] See E. Allan Farnsworth, *Contracts*, Aspen Publishers, 1999, pp. 311-312.

[28] See John D. Calamari & Joseph M. Perillo, *The Law of Contracts*, West Group, 1998, p. 373.

[29] 参见蔡睿:《显失公平制度的解释论定位——从显失公平与公序良俗的关系切入》,《法学》2021 年第 4 期,第 90-92 页。

[30] 参见苏号明、刘春梅:《欧盟消费者保护立法述评》,《国际商法论丛》(第 9 卷),法律出版社 2008 年版,第 142-144 页。

[31] See Council Directive 93/13/EEC, on Unfair Terms in Consumer Contracts, art. 3.1, O. J. L 95 (1993).

[32] 参见潘琪著:《美国〈统一商法典〉解读》,法律出版社 2020 年版,第 61 页。

矛盾和法律适用的割裂。例如有的案件中,法院认为,对于案涉的到期保本型理财产品,包括收益结构、提前赎回的计算方法等内容,银行没有利用自己优势或他方无经验,而导致该项投资业务关系中委托人与受托人的利益失衡,更无免除受托人过错责任和主要义务的违法条款,因而格式合同内容本身并不存在实质的不公平。^[33] 而有的案件中,法院却认为,银行利用其优势地位捆绑贷款强制变相收取利息或提供中间业务,背离了民法平等、自愿、公平原则,增加了实体企业负担,具有实质不公平性。^[34] 这两个案例都是银行与客户订立金融服务的格式合同纠纷,在履行大致相当的纸质合同提示说明义务后却出现认为存在实质公平与实质不公平的两种裁判结果,这当然与不同的案件细节相关,也体现出不同法官对显失公平原则的主观理解存在较大差异。

综上,在人们意识到在线订立格式条款的生效可能会存在一定缺陷和不足的基础上,已有措施通过社交信息流转保护知情权、依赖用户主观认识确认格式条款效力以及寄希望于适用显失公平原则纾解困境等等,从已有实践来看,效果并不理想。虽然这些措施能够解决一些问题,但仍需要在规则和制度上进一步构建,以加强对用户权益的保护。

四 构建格式条款生效的分层制度

在线订立格式条款存在合意瑕疵与内容违法性的根源在于网络空间的特殊环境下导致现有法律制度要求的提示说明义务无法产生真实合意,以及作为条款拟定方的网络服务提供者能够轻松获取用户授权进而利用不正当的格式条款“蚕食”用户的各项权益。虽然既有措施具有对格式条款的效力进行补足并提高用户表达真实意愿的可能性,但仍然存在各种缺陷,无法发挥较好的规制效果。因此,应当构建符合网络空间特殊性的格式条款生效制度,包括对网络服务提供者、用户与监管机关三方面的完善内容,通过作为合同当事人的网络服务提供者与用户的义务的分别设计与监管制度安排,使格式条款生效既反映当事人的真实合意以符合公平价值的要求,同时也能符合网络经济发展的效率价值的要求。

(一) 强化网络服务提供者各项义务的履行

我国《民法典》与相关法律都要求格式条款拟定方履行提示说明义务。然而,实践已经证明,法律规定无法很好地规制网络空间情形下的格式条款拟定方,需进行更为严格的义务安排。

1. 明确有效提示义务

有效提示是双方当事人达成真实合意的关键,受要约人作出接受表示或通过行为表达接受,如果没有有效提示,另一方当事人就不能有意义地接受合同条款。网络空间格式条款的生效应当以有效提示为前提,主要包括:第一,使用清晰、简洁的语言,确保不会对用户的自由意志造成“不必要的干扰”;第二,向用户简明告知表达明确接受的行为

[33] 参见上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民三(商)终字第509号民事判决书。

[34] 参见最高人民法院(2019)最高法民终78号民事判决书。

方式,例如“点击一个方框”等,避免接受行为与其他行为产生混淆;第三,不得使用预先勾选同意框和要求用户通过其并不熟悉的特定行为才能退出合同约束。例如,近期法国国家数据保护委员会(CNIL)对微软爱尔兰公司处以 6000 万欧元罚款,原因在于微软没有建立完善的隐私机制使用户“拒绝 Cookie”和“接受 Cookie”同样便利,即微软设定接受 Cookie 只需点击一次按钮,而拒绝 Cookie 则需要点击两次按钮。^[35] 在有的案件中,法院认为对“到店支付”这一格式条款的通常理解应为用户到酒店办理住宿时才会支付款项,即使该条款之后补充说明部分酒店会“预先收取全额预订费用”,但对这种例外情形应当进行特别的提示和说明,而酒店只是在内容复杂繁多的格式条款中进行规定,不足以起到有效提示的作用。^[36] 故此,网络服务提供者应当基于公平、诚信原则合理制定格式条款,并对于履行方式等与用户具有重大利害关系的条款进行提示和说明。

有效提示并非仅仅是使用户注意到条款的存在,还需明确地表明用户“采取指定的行为表示接受”,用户须对该行为的重要性有充分的了解,“当受要约人在没有理由知道该行为的重要性时采取指定行为的,不应当产生接受的结果”。^[37] 在 *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.* 案中,法院强调有效提示链接的重要性,指出“如果网站包含清晰的文本通知,即继续使用将作为用户受约束意图的表现,则浏览协议具有可执行性”。^[38] 或许有效提示义务本身就是一个需要在明确程度、用户知情程度上不断加深与调试的义务,无论是单纯的客观主义或者主观主义都无法完成相应提示的有效性,因此,需要在各个向度上加强此项义务。

2. 提供用户充分审查条款的机会

网络服务提供者应当向用户提供有意义的机会来审查格式条款,所谓“有意义的机会”主要包括提供条款的时间和环境的考量。例如,网络服务提供者提供格式条款的顺序应当妥适安排,不得将重要格式条款的内容安排在与其它内容产生竞争关系的环境下,导致用户无暇顾及格式条款。例如,在 *Weber v. Amazon.com, Inc.* 案中,法院裁定亚马逊未妥善通知,部分原因在于条款出现的时间顺序。法院提出,第一个“下订单”按钮上方存在的信息披露超链接毫无意义,因为与用户订单相关的重要信息紧随第一个“下订单”按钮之后,而一旦用户到达“订单摘要”“发货地址”“付款信息”“发货细节”部分的末尾时,他们将面对第二个“下订单”按钮,而第二个“下订单”按钮周围没有任何信息披露提示。法院认为用户不可能在阅读完“付款信息”“发货细节”等信息后再滚动回顶部点击第一个“下订单”按钮并查看第一个按钮上方的“使用条件”超链接,网络服务提供者的顺序安排试图使用户在不知情的情况下点击接受格式条款并受其约束。^[39] 再如,如果关闭

[35] 参见“因 Cookie 相关问题,微软在法国被罚 6000 万欧元”,<https://new.qq.com/rain/a/20221223A077S500>,最近访问时间[2023-02-09]。

[36] 参见“最高人民法院发布 10 起消费者权益保护典型案例之六:邬某诉某旅游 App 经营公司网络服务合同纠纷案”,http://qh.12348.gov.cn/pub/qhpfw/rdpf/yasf/202203/t20220315_87249.html,最近访问时间[2023-04-22]。

[37] See Christina L. Kunz & John E. Ottaviani, *Browse-Wrap Agreements: Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements*, 59 *Business Lawyer* 279, 306 (2003).

[38] See *Nguyen v. Barnes & Noble, Inc.*, 763 F.3d 1171, 1177 (2014).

[39] See *Weber v. Amazon.com, Inc.*, No. CV 17-8868-GW(EX), 2018 WL 6016975 (2018).

包含格式条款的弹出窗口或插入页面,而用户无法或不知道如何再次访问的,则可能会错过其中显示的重要格式条款信息。美国律师协会(ABA)商法部门网络空间法律委员会认为,用户享有在缔约的稍后阶段重新阅读格式条款的权利。^[40] 通过上述分析可知,事实上,人们通常是在事后解释何为“充分审查条款的机会”,但是这一机会的实现实际上是嵌入格式条款订立过程的方方面面,从充分的阅读时间到条款订立的环境,都可能会影响格式条款订立的效果。

3. 完善用户接受机制

网络服务提供者提供格式条款要求用户表示接受时应当明确表示接受的措词,包括使用“是”“我同意”“我接受”等确定性词汇,不应使用“处理我的订单”“继续”“下一页”“提交”或“进入”等模棱两可的语言。对于用户作出的接受表示,网络服务提供者应当及时保存,由于接受格式条款的行为不是“书面的行动”,网络服务提供者必须以某种方式“保存用户接受的电子证据”,否则需承担不利的法律后果。例如,在 *Scotti v. Tough Mudder, Inc.* 案中,由于合同格式条款可能会经常修改,法院必须确定寻求执行合同的一方是否“在另一方签订合同时提供可查阅的合同版本”,以及作为证据使用的合同是否与另一方表示接受的合同为“同一版本”。^[41]

网络服务提供者应当就多项权利义务内容要求用户多次表达接受,如通过多次点击行为等方式予以确认。要求用户多次点击确认每一项授予网络服务提供者的权利或利益,而不是一次点击行为产生“概括同意”,不仅有利于记录更加准确的交易流程,而且能够更为真实地反映各方当事人的缔约意图。网络服务提供者应该为获得用户的每一项权益进行协商,而不是要求用户一次点击后的全部让与,使用户明确具体隐私权益与财产利益的授权范围。

(二) 当事人遵循对价原则

对价原则是英美合同法和商业惯例中确立的一项基本制度,与我国法中“等价有偿”规定类似,指当事人之间相互允诺行使或抑制行使某项法律权利,一方当事人所得到的“法律上利益”来源于另一方当事人“法律上所受的损失”。^[42] 有效对价必须具备合法性、价值性、不得为已经存在的义务或是法律上规定的义务等条件,而没有对价的合同一般不会得到法院的强制执行。^[43] 在 *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited* 案中,丹宁大法官(Denning Justice)认为,将房租由 2500 英镑降至 1250 英镑的合同条款不具有强制执行力,原因在于承租方并没有履行相应的对价,即使当事人之间就新的合同条款达成合意,也由于不符合对价原则而不发生法律效力。^[44] 又如,在“脸书公司数据泄露案”中,虽然脸书公司认为其通过应用程序收集用户个人信息已经获得

[40] See Christina L. Kunz & Maureen F. Del Duca, Click-Through Agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent, 57 *Business Lawyer* 401, 407-408 (2001).

[41] See *Scotti v. Tough Mudder, Inc.*, 97 N. Y. S. 3d 853-854 (2019).

[42] 参见刘承慧:《英美合同法中对价原则之功能分析》,《中外法学》2006年第5期,第576-580页。

[43] 参见崔广平著:《合同法诸问题比较研究》,四川大学出版社2001年版,第145-155页。

[44] See Denning J., *Central London Property Trust Limited v. High Trees House Limited.*, King's Bench Division [1947] K. B. 130, 1946.

用户同意,但由于收集个人信息与所提供网络服务之间并不存在对价关系,美国联邦贸易委员会(FTC)仍然进行巨额罚金的处罚。^[45] 适用对价原则作为在线订立格式条款效力制度的补充,使用户草率接受关乎自身权益的变更格式条款需网络服务提供者履行新的对价后方可生效,在网络服务提供者与用户之间更加公平地分配合同的负担,有助于恢复格式条款生效的正当性地位。

(三) 监管机关制定有效条款/无效条款清单

由于用户长期不阅读合同格式条款而直接点击同意或以继续使用网络产品或服务等行为表示接受,使得其受到网络服务提供者的侵害风险不断加大。例如,卡茨(Avery Katz)认为,“对于消费者而言,不阅读合同通常是理性的选择,因为触发协议中任何条款的可能性极低。”^[46] 普劳特(Victoria Plaut)与巴特利特(Robert Bartlett)也认为,“消费者通常选择不阅读合同条款,因为他们认为所有的条款都是一样的或不相干的。”^[47] 实践中,个人信息主体等网络用户通常不阅读隐私条款,或仅是随意阅读,基于“读不懂”到“读了也没用”,导致最后“无人读”的现象产生。实际上,格式条款既被重视,但同时可能又是被忽视的重点。人们既关注在订立格式条款之时维护自身权益,但同时又可能往往轻视对格式条款内容知悉的过程。在这样的冲突、矛盾与博弈中,当事人的行为方式、网络服务提供者提供服务的方式以及公权力的监管,缺一不可,并且在不断调适之间的权重与关系。惟其如此,才能在各个方面避免格式条款订立中的缺陷,更好地保护消费者。

一些国家和地区已经进行立法调整,例如欧盟《93/13号指令》包括一份“灰色清单”,并提出17项可能不公平的合同条款,同时也列出“在任何情况下都被认为对消费者不公平的商业实践”。^[48] 德国则分别设立格式条款黑名单制度与灰名单制度,黑名单中的格式条款由于无法通过全面谈判解决其中存在的不公正等问题,因此均为无效条款;灰名单中的格式条款一般被认定为无效条款,但是当起草方能够证明与接收方达成真实合意的则转化为有效条款。^[49] 还有国家采用混合名单制度,即在名单中列举哪些条款为绝对无效条款,哪些条款为一般无效条款,两者的区别主要在于能否通过充分谈判将无效条款转化为有效条款。^[50] 混合名单制度是对格式条款效力鉴别的较为平衡与有效的解决方法,即使绝对无效条款通过全面协商,但由于其对接收方有害而不得生效,同时加入一

[45] See Complaint for Civil Penalties, Injunction, and Other Relief in *In re Facebook Inc.*, FTC File No. 092-3184 No. C-4365 (2019).

[46] See Avery Katz, *Your Terms or Mine? The Duty to Read Fine Print in Contracts*, 21 *RAND Journal of Economics* 518, 520 (1990).

[47] See Victoria C. Plaut & Robert P. Bartlett, III, *Blind Consent? A Social Psychological Investigation of Non-Readership of Click-Through Agreements*, 36 *Law and Human Behavior* 293, 305 (2012).

[48] See Council Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts, annex, O. J. L 95 (1993).

[49] 《德国民法典》第308条规定“有评价可能之被禁止条款”,第309条规定“无评价可能之被禁止条款”,实际上就是规定了“灰名单”条款清单与“黑名单”条款清单。参见吕冰心:《论网络格式合同条款的特性与规制》,《法学杂志》2022年第3期,第147页。

[50] See Martin Ebers, *La Revisione del Diritto Europeo del Consumatore: l' Attuazione Nei Paesi Membri della Direttiva Sulle Clausole Abusive (93/13/CEE) e le Prospettive d' Ulteriore Armonizzazione*, 2 *Contratto e Impresa/Europa* 696, 712-714 (2007).

般无效条款允许合同具有灵活性,起草方不必担心格式条款会被列为绝对无效,只要经过充分协商则可成为有效条款。

对于在线订立格式条款的效力问题,监管机关可以制定有效条款与无效条款清单,以发挥效力认定的基础辨别作用。有效条款清单对哪些格式条款具有法律效力进行明确规定,一般情况下只要符合网络特殊环境下对提示说明义务的要求,且格式条款的内容本身未违反法律的强制性规定,则应当认可格式条款的法律效力。个别情形下获得监管机关单独认可的格式条款也具有法律效力,例如以色列采用监管部门特别批准制度,即格式条款起草方可以向政府机构提交合同并获得批准。^[51] 这种方法的优势在于最大灵活性,即使是属于前文黑名单中的格式条款,只要政府愿意为此背书,则能够作为有效条款使用。但是,其存在的问题在于,对于公权力过多干预私主体的法律行为,不宜具有广泛适用性。无效条款清单需要首先界定无效条款,如果导致双方当事人合同项下的权利与义务内容发生重大不平衡且损害用户利益的,为无效条款。立法中已经明确为无效的条款也属于无效条款清单内容,例如违反法律、行政法规的强制性规定的条款以及当事人恶意串通损害他人利益的条款均为无效条款。监管部门也可以制定在线格式条款范本,其中包含的格式条款都应仔细考虑与利益平衡的条款,这些条款将自动适用至具体合同中,例如对涉及个人信息、隐私权益、知识产权等内容的有限许可等。只要网络服务提供者拟定合同时采纳这一标准条款范本,则不必再行审核格式条款是否对用户有利或是否符合公平合理要求,从而节省大量时间和人力成本。

五 结 论

网络经济的快速发展产生新的风险与挑战,由于适用纸质合同的法律制度无法妥善规制网络空间的合同难题,需要对在线订立格式条款的效力进行分析并提供完善的制度方案。在线订立格式条款具有效率价值,但其存在的合意瑕疵与内容违法性导致作为条款接受方的用户虽然表面同意格式条款,而实际上并未理解格式条款的真正内容,甚至毫不知情格式条款的存在。既有的效力补足措施能够在不同程度上促进用户理解格式条款,保护其隐私权益与财产利益不受侵害,但仍然存在诱发道德风险与导致裁判模糊等问题。因此,应当建立具有体系性的格式条款效力制度,包括强化网络服务提供者各项义务的履行、当事人遵循对价原则以及要求监管机关制定有效条款/无效条款清单等内容,通过对包括网络服务提供者、用户与监管机关三方的制度安排,最大限度地保障网络空间缔约活动形成当事人真实合意,使各方当事人受到公平合理的格式条款约束。

[本文为作者参与的2020年度国家社会科学基金重大项目“互联网交易制度与民事权利保护研究”(20205011483)的研究成果。]

[51] See Hilary Smith, The Federal Trade Commission and Online Consumer Contracts, 2016 *Columbia Business Law Review* 512, 531-532 (2016).

[**Abstract**] Online format clauses refer to contract clauses that are prepared in advance by an Internet Service Provider (ISP) and widely applied in cyberspace. They often appear in a specific form of electronic contract such as click-contract and browse-contract. Once the users express their acceptance through clicking confirmation or browsing behavior, the format clauses become legally binding. Online format clauses have efficiency value, and the efficiency gains they bring far exceed those brought by the free negotiation of contracts between ISPs and users. However, as format clauses are pre-prepared terms, they have problems of consensual defects, the illegality of content and so on, even though ISPs fulfill their obligation to provide explanations in accordance with current laws. The existing laws can satisfactorily deal with the defects in the performance of the duty to remind and explain the format clauses in traditional paper contracts, but cannot properly solve the validity dilemma of online format clauses. In paper contracts, the provider of format clauses is required by law to highlight important format clauses related to rights and obligations by using boldface, underlining, italics, etc. In cyberspace, however, users are in a more disadvantaged contracting position, lacking sensitivity to various traps in web pages and being completely unfamiliar with network technologies such as background-running programs. In addition, users' urgency and bounded rationality to use network products or services may lead them to accept the format clauses provided by ISPs without knowledge or understanding. By taking advantage of their dominant position in the Internet environment and the objective situation of users' unfamiliarity with network technologies, professional vocabulary, etc., ISPs often fail to fulfill their obligations of reminding and explaining as stipulated by the law, and even introduce unfair format clauses directly into click contracts and browse contracts, thereby obstructing the achievement of the legislative purpose of adjusting the unequal status of the parties as intended by the system of validity of format clauses. The emerging validity supplement measures can promote users' understanding of format clauses to varying degrees and guarantee their privacy and property interests. But there are still some problems with these measures, such as inducing moral risks and leading to ambiguous judgments. Therefore, a hierarchical system should be constructed for the validity of format clauses to strengthen the performance of various obligations by ISPs (such as clarifying effective prompt obligations, providing opportunities for the review of the clauses, and improving user acceptance mechanism), encourage the parties to follow the principle of consideration, and promote the formulation of lists of valid clauses/invalid clauses by the regulatory authorities, etc. Such institutional arrangements, which involve ISPs, users and regulatory authorities, will be able to maximize the genuine consent of the parties in the contract activities in cyberspace and ensure that all parties are bound by fair and reasonable format clauses.

(责任编辑:姚 佳)