网络合同中伪契约条款的排除

夏庆锋

摘　要：网络合同具有显著的效率性和自动性。随着互联网经济和网络技术的发展，网络服务商往往利用其优势地位，将未经用户真正同意的伪契约条款混入合同正式文本中，进而侵害用户的知情权、隐私权等权益。伪契约条款的存在隐藏了当事人对同一格式条款的不同理解甚至相反观点，使无辜用户面临更多的不对称风险和责任，甚至限制了用户订立网络合同的自由权利。过度增加网络服务商的提示说明义务只会导致更多的无用条款“淹没”免除或者限制责任的重要条款，反而加剧当事人之间的缔约不平等。因此，应利用共同意义分析方法来解决网络合同中存在的伪契约条款问题，并通过充分交流的合作规范来推断当事人的真正合意。

关键词：网络合同；伪契约条款；格式条款；合意冲突；共同意义分析方法

［中图分类号］D923.6　　［文献识别码］A　　［文章编号］2096-6180（2020）02-0102-18

引言

互联网经济和网络技术的发展促使网络交易变得日益频繁，成为人们日常生活中必不可少的组成部分。常见的网络交易包括通过互联网提供服务和销售商品两大类，例如淘宝网作为网络服务运营者，向注册淘宝网账号的经营者提供网络服务，而经营者再通过淘宝网平台向普通消费者提供商品，分别产生了网络服务合同和网络商品合同。[1] 将网络服务/商品合同合称为网络合同，与传统的纸质合同不同，为当事人通过互联网媒介产生合意的合同类型，具有显著的效率性和自动性优势。传统的纸质合同需要经过复杂的要约、承诺程序，在当事人产生合意的基础之上固定权利义务关系，而网络合同是一种高效率的电子合同，服务或商品提供方将预先拟定的合同条款发送给用户后，用户只要点击同意按钮，合同即告成立，无须当事人进行面对面地协商，也没有明确的订约地点要求，用户可以随时通过网络进行确认。[2] 而且，网络合同具有自动性，只要用

［作者简介］夏庆锋，法学博士，国际关系学院法律系讲师。

［基金项目］国际关系学院中央高校基本科研业务费专项资金项目“中国国家安全法治建设”（项目批准号：3262015T68）。

〔1〕《中国民法典建议稿（草案）》（中国法学会版）将“互联网服务合同”界定为“网络服务提供者与用户约定，由网络服务提供者向用户提供网络服务的合同”，包括互联网接入服务和通过互联网销售商品、提供服务两大类。参见葛鑫：《互联网服务合同入典问题探赜》，《中国社会科学报》2018 年 3 月 28 日。

〔2〕刘颖：《我国电子商务法调整的社会关系范围》，《中国法学》2018 年第 4 期，第 198－202 页。

户同意某些特定条款，如“允许网络服务商自动收集用户的访问痕迹”，则网络服务商将自动获取反映用户个人喜好的访问信息，再经过后台分析自动为用户匹配相应的服务、商品。例如，利用手机下载有关天气预报的应用程序时，只要用户与服务商订立推送协议，即可随时接收应用程序自动发送的天气信息。[3]

一、网络合同与伪契约条款

常见的网络合同包括网络服务商向用户发送的《服务协议》《用户协议》《注册协议》等包含大量格式条款的合同文本，只要用户点击同意按钮，合同即告成立，包括在手机上安装的各种应用程序，也需要用户同意服务协议作为使用软件的前提条件。[4] 网络合同既是格式合同也是电子合同，具有如下特征：第一，网络合同是网络服务商为了降低订约成本而预先拟定的合同类型，能够重复使用，但一般排除用户在订约过程中进行自由协商的可能性，即用户对于这些格式合同只能“要么接受，要么离开”（take it or leave it）。[5] 第二，网络合同的订立是通过数据电文的形式确定，即当事人之间通过数据交换系统和应用电子管理设立、变更、终止财产性民事权利和义务关系。[6] 网络合同吸收格式合同与电子合同低成本与高效率的订约优势，但也存在着侵害用户权益的风险，尤其是伴随网络技术的快速发展，这种风险已经转化为现实损害。

（一）网络合同侵害用户权益

作为合同条款的拟定方，网络服务商往往利用隐蔽的方式对合同内容进行扩张或更改，包括使用后期公告更改先前合同的重要内容以及利用超链接关联权利义务的重要条款并作为合同正式文本的扩张，对用户的知情权、隐私权等权益造成极大损害。例如，在易趣网络信息服务（上海）有限公司诉刘某某服务合同纠纷案中，易趣网与刘某某订立服务协议并免费为其提供网络交易平台服务，后易趣网又在官网发布新的《服务协议》，包括增加收费标准的规定，由于刘某某未及时支

---

〔3〕 网络合同与智能合同不同，网络合同中仅个别条款可以依靠计算机程序自动执行，而智能合同一经订立便自动履行各项义务，“使用分布式分类账技术及自动合同触发器确保合同目的得以实现”。参见夏庆锋：《区块链智能合同的适用主张》，《东方法学》2019 年第 3 期，第 32 页。

〔4〕 网络合同为商事关系在互联网经济中的反映，而商事合同的现代特征在于包含大量的格式条款，因此网络合同属于格式合同的类型，具有低交易成本的优势。*See* Mark R. Patterson，*Standardization of Standard-Form Contracts：Competition and Contract Implications*，52 Wm. & Mary L. Rev. 327－328（2010）.

〔5〕 与网络合同类似，保险合同也是典型的格式合同，如果投保人（被保险人）想要购买某种保险产品，其往往不得不在“要么接受，要么离开”的交易环境下接受保险合同的各项规定。*See* Peter Nash Swisher，*Judicial Interpretations of Insurance Contract Disputes：Toward A Realistic Middle Ground Approach*，57 Ohio St. L.J. 549－550（1996）.

〔6〕 数据电文合同具有法律效力，如《中华人民共和国合同法》第 11 条规定“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式”，即是对数据电文形式的认可；又如《中华人民共和国电子签名法》第 3 条第 2 款规定“当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力”；《中华人民共和国电子商务法》第 48 条第 1 款规定“电子商务当事人使用自动信息系统订立或者履行合同的行为对使用该系统的当事人具有法律效力”，更是对数据电文合同的法律效力进行直接确认。也可参见贺琼琼：《试论电子合同数据电文的生效》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 6 期，第 834－838 页。

付网络平台使用费，双方产生纠纷并诉至法院。[7] 该案中，虽然法院最后判决由刘某某承担易趣网的平台使用费损失，但不免存在疑义，用户未通过网络服务商官网获知关于新增费用规定的行为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分析。中国人民银行公布的《非金融机构支付服务管理办法实施细则》（中国人民银行公告〔2010〕第 17 号）第 32 条第 2 款规定，“支付机构应当在营业场所显著位置披露其支付服务协议的格式条款内容。支付机构有互联网网站的，还应当在网站主页显著位置进行披露”，其目的在于让用户充分了解服务协议支付条款的内容，以便作出正确的决策。[8] 前案中，虽然易趣网在其官网发布新的收费规定，但刘某某与其订立的原服务协议中并没有涉及平台使用费的问题，且服务商利用新服务协议中的收费条款代替原服务协议中的不收费条款具有隐蔽性，用户不可能就纷繁复杂的所有新旧格式条款进行一一对比。此时应对网络服务商课以更为严格的信息披露要求，例如在网站主页以点对点通知的方式向用户告知变更的格式条款信息，否则即是对用户知情权的侵害，应自行承担平台使用费的损失。

又如，当网络服务商在网络合同中不加入过多的权利义务条款，而是通过多重链接的方式将隐私授权条款、诉讼管辖地条款等内容“隐藏”在超链接中，这种“链接迷宫”的方式损害了用户获知重要条款内容与隐私信息受保护的权利。[9] 例如，《支付宝服务协议》第 9 项“配套规则和协议”规定，“为了您更好地使用支付宝服务，您还需要阅读并遵守《支付宝服务收费规则》《支付宝活动规则》《‘支付宝’客户端软件许可及使用协议》《支付宝隐私权政策》《代理购结汇服务协议》《集分宝规则》《支付宝安全保障规则》《蚂蚁金服客户权益保障承诺书》《生物识别服务通用规则》以及支付宝网站公示的其他规则，请您务必审慎阅读、充分理解各条款内容，特别是免除或者限制服务方责任的条款。……”。[10] 以上各规则、协议都包含对支付宝用户的权利限制或责任增加的内容，这些规则、协议相互之间形成链接迷宫，使得用户难以准确、充分地理解其在使用支付宝产品时所享有的权利和应履行的义务。网络服务商采用降低获取合同条款可能性或增加阅读合同条款难度的方式向用户发送规范权利义务的格式条款，其目的皆在于提高理解合同内容的复杂性，有意追求使用户放弃仔细阅读合同条款的效果，同时将对用户明显不利或不合理规避己方责任的格式条款隐秘地订入网络合同中，进而在产生纠纷时以用户已经同意为由进行防护。[11]

〔7〕 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。

〔8〕 卢志刚：《网络第三方支付格式合同再规制研究——基于行为法律经济学视角》，《政法论丛》2017 年第 5 期，第 113 页。

〔9〕 网络服务商为了节约网页界面空间，往往以超链接的形式显示格式条款的具体内容，这就要求用户需以最谨慎的方式认真阅读服务商通过点击合同及所包含的超链接所提供的网络合同全文，否则用户极有可能在失权条款、免责条款等对权利义务有重大影响的条款理解上受制于网络服务商。而且，最新颁布的《中华人民共和国电子商务法》第 33 条明确规定“电子商务平台经营者应当在其首页显著位置持续公示平台服务协议和交易规则信息或者上述信息的链接标识，并保证经营者和消费者能够便利、完整地阅读和下载”，表明我国法律已经开始承认超链接的合理性，这一立法动向更是加大了对当前普遍存在的超链接格式条款是否侵害用户权益的评价难度。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 57 页。

〔10〕 支付宝：《支付宝服务协议》，https://render.alipay.com/p/f/fdiztow1fi/index.html，最后访问时间：2019 年 4 月 18 日。

〔11〕 陈晓敏：《论电子商务平台经营者违反安全保障义务的侵权责任》，《当代法学》2019 年第 5 期，第 27－36 页。

根据《中华人民共和国民法总则》（下称《民法总则》）第 143 条的规定，“具备下列条件的民事法律行为有效：（一）行为人具有相应的民事行为能力；（二）意思表示真实；（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗”，网络服务商与用户订立的网络合同具备当事人适格、用户接受协议内容（点击同意）、未违反法律法规的强制性规定等条件，符合有效民事法律行为的要求。[12] 但是，这种表面的合法性却给无数用户带来巨大的侵权隐患，法律要求的“意思表示真实”或者说当事人之间的合意并不是一种真实的合意，很多情形下用户都是基于错误认识继而对网络合同中的格式条款表示同意。网络服务商在其向用户发送的电子合同中添加各种格式条款，大量的格式条款使用户无法一一阅读或理解，在简单浏览后就匆匆点击同意按钮，甚至有些格式条款无须用户点击同意，只要在网页上浏览后即可作为合同的组成部分。[13] 这些格式条款的内容不仅多达数十页或几十页，其中的专业词汇也很难为用户在短时间内理解，是一种“缺乏选择权、单边的且滥用权力的”条款。[14]

（二）提示说明义务规定的失效与伪契约条款的认定

有学者提出，应强调在网络环境下对网络服务商提示说明义务的要求，以提醒用户阅读并理解网络合同中各项格式条款的内容。[15] 立法实践中，我国多部部门法已经在不同程度上施加格式条款拟定方以提示说明义务。例如，《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第 39 条第 1 款规定，“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”；《中华人民共和国保险法》（下称《保险法》）第 17 条第 1 款规定，“订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容”；《中华人民共和国消费者权益保护法》第 26 条第 1 款规定，“经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明”。[16] 网络服务商在履行提示说明义务时，通常采

〔12〕 这里存在的疑惑是如何证明网络合同中当事人具有相应的民事行为能力。《中华人民共和国电子商务法》第 48 条第 2 款规定，“在电子商务中推定当事人具有相应的民事行为能力。但是，有相反证据足以推翻的除外”，也就是说，法条从促进交易的角度出发已经默认凡是从事电子商务活动的当事人都具有适当的民事行为能力。从反面来看，如果对电子商务中每一个用户是否具备民事行为能力都进行充分的验证，则需要耗费大量的时间及人力成本，这明显与互联网经济的发展方向不符。参见夏庆锋：《区块链智能合同的适用主张》，《东方法学》2019 年第 3 期，第 33－34 页。

〔13〕 网络合同可分为点击合同（Click Wrap）、浏览合同（Browse Wrap）等合同类型。在点击合同中，用户在适当的位置点击确认才能够使合同成立，例如，用户在安装电脑软件的过程中通常包括一个步骤，即必须点击同意某些条款才能完成安装；而在浏览合同中，合同条款将被贴在网上，例如，网络服务商会在销售商品和服务的网页上提供一个“条款或条件”的超链接供用户浏览，只要用户购买商品或服务，即视为对超链接中所载条款的接受，无须再行点击确认。*See* Robert A. Hillman, Jeffrey J. Rachlinski, *Stand-Form Contracting in the Electronic Age,* 77 N.Y.U. L. REV. 464－465 (2002).

〔14〕 *See* Florencia Marotta-Wurgler, *Some Realities of Online Contracting*, 19 SUPREME COURT ECONOMIC REVIEW 12 (2011).

〔15〕 林旭霞：《论网络运营商与用户之间协议的法律规制》，《法律科学（西北政法大学学报）》2012 年第 5 期，第 144 页。

〔16〕《中华人民共和国电子商务法》第 17 条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第 9－11 条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 31 条等法条与司法解释也都对格式条款提供方的提示说明义务进行了规定。

用黑体、加粗、下划线等方式提醒用户注意和知晓格式条款内容，但是，只要是理性、正常的用户，在行为经济学所揭示的信息成本和认知局限的乐观偏见下，并不会在冗长的、充满专业术语的网络合同中仔细寻找每一个格式条款的真正含义。[17] 行为经济学与传统经济分析模式下的理性选择相分离，虽然多部法律已经对履行提示说明义务的必要性进行了规定，但鉴于人类理性通常被有限的信息处理能力所束缚，因此在互联网信息爆炸的时代下难以体现立法实践的规范价值。[18] 传统经济分析模式将用户假定为理性经济人，只要给予其机会就会检查合同条款、审视其范围并立即作出必要的推理，而事实上这种情况鲜有发生。因此，对于网络合同中大量存在的格式条款，仅仅要求网络服务商履行提示说明义务并不能使用户充分了解条款的内容和将产生怎样的权利义务结构，即使用户点击同意，其与网络服务商之间也难以产生真正的当事人合意。

网络合同的特殊性使得网络服务商能够利用优势地位在义务履行和责任负担上进行不合理的分配，而用户为了继续使用网络服务或商品不得已地接受合同文本的全部内容，无论其是否理解或真的同意。[19] 例如，安装某些手机应用程序时，服务协议要求用户授权网络服务商访问其照片、视频、通讯录等个人信息，否则将无法获得相应服务，这实际上变相强制用户赋予网络服务商对于个人隐私信息的收集权。[20] 拜拉斯提出，合同是缔约当事人一致达成的涉及法律关系的规则，重点在于当事人“所达成的一致”。[21] 而在网络合同中，网络服务商并未就合同所有内容与用户达成一致，其“强塞”格式条款进入合同文本的行为导致“广义合同理论”的错误，即在不具备合意要素的条件下单方面创建合同义务。[22]《民法典合同编（草案）》（2019 年 12 月 28 日）第 496 条来源于《合同法》第 39 条，其第 2 款后半段增加规定“提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容”。该规定具有显著的进步意义，允许当事人将虽然同意但没有“注意或者理解”的格式条款从合同实际范围中排除。[23]《美国合同法重述（第二次）》也有类似规定，其中第 211 条明确指出，“当事人一

〔17〕 乐观偏见是指出于过分自信，总以为自己会比别人幸运，遇到糟糕结果的概率比实际要低。人们倾向于乐观，这本身不是坏的现象，但当面临风险决策时，乐观偏见可能会使人们遭遇很大的错误，且容易被宣传推介、格式条款提示的预期收益或者好处打动，在“狂热”状态下签订合同。*See* Cass R. Sunstein，*Bounded Rational Borrowing*，73 U. CHI. L. REV. 249－252（2006）.

〔18〕 行为经济学从心理学和社会学等研究角度出发，对人的经济行为进行研究，从而摆脱了传统理论以抽象的、常常脱离实际的假设为基础的分析模式的束缚。参见李树：《行为法经济学的勃兴与法经济学的发展》，《社会科学战线》2008 年第 9 期，第 77－78 页。

〔19〕王红霞、杨志杰：《互联网平台滥用格式条款的法律规制——以 20 份互联网用户注册协议为样本》，《上海政法学院学报》2016 年第 1 期，第 47 页。

〔20〕 在手机中打开 Word 文件时，Microsoft Word 应用程序会向用户发送弹框，内容为“要允许 Microsoft Word 访问您设备上的照片、媒体内容和文件吗？”如果用户点击“拒绝”按钮，则会收到另一个弹框“是否确认？如果拒绝权限，将不能使用 Microsoft Word”，实际上即为变相强制用户同意隐私条款。

〔21〕［德］维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2012 年版，第 739 页。

〔22〕“广义合同理论”学说将所有“格式条款文本”都纳入合同中，试图使合同法的强制力从传统上侧重当事人之间的实际协议和共识扩张到与合同订立有关的任何当事人一方的意思，其直接结果是导致私法理论的紧张关系与严重混乱。*See* Robin Bradley Kar，Margaret Jane Radin，*Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*，132 HARV. L. REV. 1215（2019）.

〔23〕 允许当事人否定没有注意或者理解的格式条款的法律效力，反映出现代契约解释从努力探求当事人真意向综合把握表意人与受领人的共通真意转变。参见苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 185－200 页。

方……，如果知道格式条款中包含特定的术语或文本就不会同意的，则该格式条款并不是协议内容的一部分”。[24] 只要由于网络服务商的原因导致用户未能实际阅读或理解格式条款，即使用户已经点击同意或以其他方式表达愿意接受合同制约，这些条款也不应具有法律效力。[25]

此时的格式条款虽然符合生效条款的形式要件，但并非真正有效的契约条款，只能为伪契约条款。所谓伪契约条款，即未经当事人合意的条款，虽然与一般格式条款相同，为一方当事人将事先拟定好的条款发送给另一方当事人，但条款拟定方并没有以充分合作的方式向对方传达合同内容，这种文本的交付无法产生对条款的同一理解。尤其在网络环境下，充分合作的方式不仅包括条款拟定方应当履行的提示说明义务，还应包括以其他通俗易懂的方式使条款接受方了解有关权利义务的格式条款内容。[26] 例如，某购物软件官网显示“新用户注册即可获得 50 元代金券”的链接图片，用户点击注册并按照网站指引登记个人信息，且在不知情的情况下授予服务商访问、使用手机通讯录与图片等个人信息的权利。从表面上看，网络服务商与用户皆具有适当的民事行为能力，未违反法律、行政法规等的强制性规定，且为真实意思的表达，符合有效民事法律行为的要求。但是，从本质上分析，用户并未仔细阅读或理解附加协议中有关访问、使用个人信息的格式条款内容和产生的法律拘束力，对于允许购物软件收集和使用个人信息的授权也没有达成真正合意，如果将用户获得 50 元代金券的条款与允许购物软件使用用户信息的条款等同视之，这不仅混淆了生效条款与不生效条款的本质区别，也忽视了购物软件对用户知情权、隐私权的侵害。网络服务商突出用户可以获得 50 元代金券的条款，但并未充分解释用户须授权网络服务商访问、收集其个人信息的条款，导致用户在未了解该部分内容的前提下与网络服务商达成协议。因此，只要网络服务商没有以充分合作的方式向用户传达与其有利害关系的格式条款的内容，该格式条款即为伪契约条款。

（三）小结

网络合同具有低成本、高效率的显著优势，极大地满足了用户利用网络技术改善生产生活的各项需求。但是，随着互联网经济的不断发展，出现了网络服务商利用隐蔽的方式对合同内容进行扩张或更改的情形，进而对用户的知情权、隐私权等权益造成损害。虽然法律规定网络服务商须恪守对格式条款的提示说明义务，但基于信息成本和认知局限的乐观偏见，用户无法对网络合同中所有涉及权利义务的格式条款都给予谨慎的关注。因此，对于网络服务商没有以充分合作的方式向用户传达的合同格式条款，应认定为不具有法律拘束力的伪契约条款。

---

〔24〕 *See* Restatement(Second) of Contracts § 211(3)(Am. Law Inst. 1981).

〔25〕“网络服务商的原因”主要是指网络服务商向用户发送数量众多的格式条款及以超链接等形式增加用户阅读条款难度的行为，还包括故意使用增加用户思考时间的词汇的行为，这些词汇虽然不属于一般意义上的晦涩难懂的语词，但在网络环境下，应尽可能使用简单易懂的语词向用户传达合同内容。*Supra* note〔22〕, at 1137.

〔26〕 这里的“其他通俗易懂的方式”包括以语言交流的方式使对方当事人理解格式条款的含义，本文在第四部分就该问题进行了详细的介绍和分析。实际上，在其他合同类型如保险合同中已经规定使用口头形式履行说明义务，如《保险法》第 17 条第 2 款规定，“对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力”。关于保险人明确说明义务的讨论，亦可参见夏庆锋：《保险人明确说明义务探究》，《判解研究》2013 年第 3 辑，第 179 – 183 页。

二、伪契约条款的内涵与表达

伪契约条款并不是在网络合同产生之时就已经存在，而是一种逐渐改变的“范式偏离”。[27] 合同中的范式偏离是指对合同理论的适用旨在保持同一套学说的宗旨、基本概念和连贯性，然而在适用过程中，其核心概念和功能都在缓慢地发生变化。[28] 基于这种范式偏离理论，司法实务界已经开始将网络合同中附加的大量格式条款视为以合法的形式为当事人双方提供合同内容，由于伪契约条款符合最低限度的“合意要求”，因此应该被视为合同正式文本。例如，在林某与北京携程国际旅行社有限公司旅游合同纠纷案中，原、被告双方就管辖法院产生争议。[29] 北京市东城区人民法院经审理认为，原、被告通过网络订立服务合同属真实意思表达，被告（北京携程国际旅行社有限公司）已在网络页面标明争议解决条款等内容，且需原告同意才能进入下一步预订程序，前述条款约定“在您的预订生效后，如果在本须知或订单约定内容履行过程中，您对相关事宜的履行发生争议，您只同意按照中华人民共和国颁布的相关法律法规来解决争议，并同意接受上海市长宁区人民法院的管辖”，现原告已接受该条款，故双方应依约选择上海市长宁区人民法院为纠纷管辖法院。但是，这里存在“意思表示真实”的范式偏离，在互联网环境中，用户不可能对网络服务商提供的所有格式条款都进行了解，特别是网络服务商未采取充分合作的方式向用户传达条款内容时，即使用户最后点击同意，也应当除去不具有真正合意的格式条款。一审法院的裁定导致伪契约条款与合同有效条款相混淆，是对经典合同法理论中合意要素和现代互联网经济活动中非契约性侵犯的否认。[30]

（一）伪契约条款的内涵

将网络合同中的伪契约条款视为合同一般条款，这种范式偏离现象的产生与其说是对私法秩序提出新概念的需要，不如说是对合同文本如何产生当事人合意问题的关注缺失。合同的合意是指当事人对合同内容的同一理解，而只有依靠规范程序订立的合同才能够产生同一理解。伪契约条款为网络服务商利用网络环境的便利性向用户发送大量格式条款，使其在缺乏全面、准确理解

---

〔27〕“范式偏离”涉及正在变化的事实，是指以渐进的方式将先前的契约理论扩展到新情形下，而不会与过去的理论模型有太大的偏离。这种断裂并不一定在短期内产生巨大的变化，但其结果是，后代合同法学说的一些表述在意义上已不再与前代看似相同的法律表述相一致。*See* Margaret Jane Radin,*The Deformation of Contract in the Information Society*, 37 OXFORD J. LEGAL STUD. 505 (2017).

〔28〕 *See* Thomas S. Kuhn, THE STRUCTURE OF SCIENTIFIC REVOLUTIONS 10 – 22 (3rd *ed*., 1996).

〔29〕 参见北京市东城区人民法院（2012）东民初字第 8257 号民事裁定书。

〔30〕 该案二审法院认为，服务合同是携程网制定的一种格式合同，其并没有以专门的、加重提示的、合理的方式提请消费者注意协议管辖条款，排除了消费者对争议管辖法院协商选择的权利。因此，服务合同中有关争议由上海市长宁区人民法院管辖的条款因作出了对消费者不公平、不合理的规定，严重不合理地加重了消费者的诉讼负担，应认定该协议管辖条款无效。参见北京市第二中级人民法院（2012）二中民终字第 17117 号民事判决书。本文认为，虽然二审法院以携程国际旅行社有限公司未履行法定的提示说明义务为由撤销一审法院的民事裁定书，维护了消费者的正当利益，但并未从根本上解决问题。如果网络服务商将事关权利义务的条款附加进包含大量格式条款的合同文本中，则不仅需要履行提示说明义务，还需要以充分交流的合作方式向用户传达重要格式条款的内容，否则也只能为不具有法律效力的伪契约条款。

的情况下草率订立合同，并非真实意思的表达，与合同的核心概念以及成立依据不符。[31] 例如，在中央电视台 2019 年“3·15”晚会上曝光的“社保掌上通”案例中，用户在查询信息时，“默认”同意了一份《授权协议》，协议中包括“您在此充分地、有效地、不可撤销地、明示同意并授权我们使用您的社保账户密码为您提供服务”，以及“在遵循本协议的条件下，对您的信息进行采集、分析、处理和模拟您登录人行征信、学信网、社保、公积金、运营商网站等获取您的个人信息”等条款。[32] 合同的成立以当事人的充分合意为基础，而这里的《授权协议》并没有经过当事人合意的程序确认，用户的“默认”同意实际上为“被默认”的情形。

因此，对于网络合同而言，要确定其格式条款是否为合同提供了有效的内容，就必须询问该条款是否以充分合作的方式在当事人之间进行交流。充分合作的方式要求当事人在进行信息交换时应秉持诚实守信的交流原则，在真实意思的基础之上达成合意，而诚实守信的交流原则至少包括以下内容：第一，数量原则，当事人在提供信息时应考虑到共同目的以及双方关注的实际利益，内容不能太多或太少；第二，质量原则，当事人提供的与合同订立及履行有关的信息不能是虚假的或缺乏证据的；第三，关联原则，当事人提供的信息与合同订立后实际产生的权利义务相关；第四，方式原则，当事人提供的信息应避免繁杂不清的表达、过于晦涩的用词和缺乏条理的解释。[33] 网络服务商往往向用户提供数量繁多的格式条款，将这些附加的格式条款添加进合同中已经违反数量原则，加之利用超链接等复杂的形式传达，又违背了方式原则。例如在前文讨论的易趣网案例中，原告易趣网向被告刘某某发送的《服务协议》长达 67 页，且仅通过官网发布而未向用户进行充分的解释说明，虽然被告刘某某点击确认协议，但面对过量的格式条款，用户很难知情《服务协议》中增加使用费用的规定。这些伪契约条款违背了诚信交流原则中的数量原则与方式原则，并没有在当事人之间形成真正合意。

当不具备合意要素的伪契约条款被视为合同有效条款时，其实质不是对合同范围内条款的解释说明，而是建构新的内容，即赋予未能产生任何当事人合意的文本以法律效力，这种观点允许合同当事人单方面创造伪契约义务，并被包装成“合同义务”。当事人合意通常为合同成立的前提，不具备当事人合意的文本不得为合同正式文本，其产生的义务关系也不应为受法律保护的合同义务。[34]《美国合同法重述（第二次）》指出，在解释合同时，“主要是寻找双方当事人的共同意思”，而将未经当事人合意的格式条款认定为有效条款，是对合同法核心概念的扭曲或错误延伸。[35] 普通合同纠纷中，法院需就当事人对条款的同一理解进行认定，即一个合同或具体条款的执行前提

〔31〕“合同本质上是一种合意，而合同的成立则意味着各方当事人就合同的主要条款达成了一致的意思表示。”参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 211－212 页。

〔32〕 王雪琦：《315 曝光手机 App 泄露个人隐私信息，但这只是冰山一角》，https://tech.sina.com.cn/i/2019－03－16/doc-ihrfqzkc4404108.shtml，最后访问时间：2019 年 4 月 21 日。

〔33〕 *See* H. Paul Grice, *Logic and Conversation*, *in* SYNTAX AND SEMANTICS 45－46(Peter Cole & Jerry L. Morgan *eds. et al.*, 1975).

〔34〕 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 72 页。

〔35〕 *See* Restatement (Second) of Contracts § 201 cmt. c (Am. Law Inst. 1981).

是当事人的合意。但是，在网络合同纠纷中，由于互联网技术和商业形态的发展变革，包含大量格式条款的网络合同虽然由服务商发送至用户终端（电脑/手机），然而其中很多条款已经无法为用户阅读或理解，因此很难将这部分内容归属为具有当事人同一理解的合同正式文本。几个世纪以来，合同制度一直以达成共识的条款内容为履行基础，但在网络合同场合，其中的部分条款已经向伪契约条款滑变，并形成了一种由当事人一方创造、内容不断扩大的义务群。

（二）伪契约条款的表达

网络合同中的伪契约条款是当事人之间就与实现合同目的相关的权利义务内容达成“合意”的格式条款，网络服务商将有利于己方或不利于对方的重要条款混入合同文本中，在用户不知情的情况下产生法律效力。这是一种搭车行为，将实际上未产生合意的伪契约条款与产生合意的其他条款融合在一起，这里的伪契约条款为“搭车条款”。信息时代的到来促使格式条款的使用迅速多样化，且随着在线交易的产生与兴起，以及允许生产和传输大量数字信息的技术进步，网络服务商以极低的成本就可以将大量的伪契约条款附加到合同形成过程中。[36] 由于用户没有也不可能理性地阅读所有格式条款的内容，反而激励了网络服务商将更多的伪契约条款搭入合同正式文本中，最终形成恶性循环。[37]

当过多的搭车条款充斥在合同文本中时，司法实务界对这些伪契约条款的判断也会产生偏差，发生纠纷后法院仅根据其表面合理性进行裁判，而没有深入分析伪契约条款的特殊内涵，甚至一些同化论者认为，合同中的搭车条款与一般条款具有同等法律效力。[38] 例如，在苹果音乐网站（Apple Music）与用户订立的网络音乐服务合同中，其中一个附加的格式条款为，“iOS 应用程序可能会要求访问您的媒体库。如果您授权 iOS 应用程序这样的权限，它就可以访问您设备上的媒体库、您在苹果音乐的订阅内容、您的音乐和视频播放活动以及您的推荐，……。您可以在设置栏中禁用 iOS 设备上的应用程序访问，……”。[39] 考虑最后一句话，即“您可以在设置栏中禁用 iOS 设备上的应用程序访问”，意思是告知用户享有在程序设置中禁止应用程序访问的权利。但是，苹果音乐将这一授权条款放在包括其他条款的合同文本中并通过超链接发送给用户，一旦用户点击同意按钮，则意味着允许苹果音乐访问其设备上的媒体库等其他内容。显而易见的是，苹果公司利用搭便车的手段将不为合同正式文本的伪契约条款混入合同之中，且在用户不得而知的情况下获得授权，这实际上是将用户本该享有的许可权利变成其应当承担的配合义务，剥夺了用户的选择自由。如果仅仅利用搭便车的手段将某些未经合意的条款混入合同之中，并据此判定这样的伪契约条款为具有法律上可强制执行的有效条款，则对于本身就处于弱势地位的用户而言，将使

〔36〕 *Supra* note〔13〕, at 464.

〔37〕 *See* Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts,* 43 J. LEGAL STUD. 2 (2014).

〔38〕 *Supra* note〔22〕, at 1207.

〔39〕 *See* APPLE, *Apple Music & Privacy*, (emphasis added), https://support.apple.com/en-us/HT204881[https://perma.cc/X8DT-PHMC] (last visited Apr. 11, 2019).

其权益面临更大的被损害风险。

前例中，苹果音乐网站本可以采用更为简单、直接的方式向用户传达其所享有的许可权利，如通过单独跳框向用户发送是否允许应用程序访问的选择栏，便于用户直观地了解具体权利内容，而不是混入整个合同文本中。但是，包括苹果音乐网站在内的许多网络服务商并没有采用友好的方式与用户进行充分协商，而是将包含大量格式条款的超链接发送至用户界面，要求用户点击“我接受”“我同意”等按钮对所有内容进行整体确认，其中的一些条款并不打算为用户所阅读或理解，只是网络服务商用来扩张自己权利或者牟取更多利益的工具。网络服务商利用搭便车的手段将伪契约条款“变成”合同有效条款，包括对版权的归属说明、对隐私的使用说明、对产品存在瑕疵/缺陷的免责说明等，不断吞噬原本属于用户的各项权益。司法实践接受同化论者的观点，认为“并非所有的格式条款文本都可以被认为是具有法律效力的合同正式文本，其至少应具有当事人作出的同意表示”，但需要注意的是，这里的“同意表示”并不是一种严格的同意，或者说是符合合同法要求的同意表示，而是一种“不严格的、松懈的、粗心的同意”，利用同化主义方法处理网络合同中的格式条款问题只会导致法院的判决与当事人的真实意愿相去甚远。[40] 网络服务商可以将大量的伪契约条款搭入数字形式的合同文本中并获得用户的概括同意，进而使得网络合同的契约功能不断降低，最后沦落为网络服务商压制用户并要求其承担过度义务与责任的媒介。网络技术的发展允许网络服务商利用搭便车的方式将未获得用户同意的格式条款附加到合同正式文本中，即便是法律从业者或法学专家也很难完整地阅读网络合同中所有格式条款并发现其中的问题，这些事实的客观存在已经影响网络合同在当今社会背景下的积极作用。[41]

三、伪契约条款的陷阱：隐藏合意冲突及其扩大

伪契约条款不仅破坏了合同的完整性，甚至存在一种欺骗，网络服务商将未获得用户同意的伪契约条款加入至网络合同中，这种搭车条款的存在使合意冲突的产生成为可能。伪契约条款隐藏合意冲突，使处于弱势地位的当事人因合同的订立而丧失索赔或抗辩的法理基础。[42]

（一）伪契约条款隐藏合意冲突

隐藏合意冲突是指双方当事人对格式条款存有不同理解或相反观点，但由于一方的故意行为导致另一方疏忽进而造成对同一条款的理解冲突没有得到解决，并与其他合意条款相混淆的情形。传统纸质合同中已经存在隐藏合意冲突的伪契约条款，条款拟定方通过将涉及权利义务关系的重

---

〔40〕同化论者没有认识到当事人双方在合同形成过程中充分交流的格式条款与其他格式条款之间的关键区别，而一概地认为所有格式条款都具有相同的功能。*See* Brian H. Bix，*Contracts*，*in* THE ETHICS OF CONSENT：THEORY AND PRACTICE 251－252（Franklin G. Miller & Alan Wertheimer *eds*.，2010）.

〔41〕一项研究表明，在 1 000 个电子商务网站用户中，阅读所有格式条款的用户不到一个，甚至美国最高法院大法官 John Roberts 也承认其并没有在网站上阅读细则。*See* Woodrow Hartzog，*Website Design as Contract*，60 AM. U. L. REV. 1642（2011）.

〔42〕“格式条款天然具备一种隐蔽效果——因其专业性、复杂性、冗长、字体细小往往令顾客敬而远之。”参见［日］河上正二：《约款规制の法理》，有斐阁 1988 年版，第 7 页。转引自解亘：《格式条款内容规制的规范体系》，《法学研究》2013 年第 2 期，第 111 页。

要条款混入大量格式条款中或利用晦涩、难懂的专业词语迷惑条款接受方，使接受方同意合同条款并与拟定方达成“合意”。实际上，这里的当事人合意只是一种表面合意，条款拟定方所希望达成的权利分配或义务承担与条款接受方所理解的含义并不一致。

例如，在中国人民财产保险股份有限公司南京市分公司与华琴保险合同纠纷案中，保险公司提供的机动车综合商业保险条款约定，“保险期间内，被保险人或者允许的驾驶人在使用被保险机动车过程中，因下列原因造成被保险机动车的直接损失，且不属于免除责任的范围，保险人依照本保险合同的约定负责赔偿：（一）碰撞、倾覆、坠落；（二）火灾、爆炸；（三）外界物体坠落、倒塌；……”，在合同释义部分规定“坠落是指被保险机动车在行使过程中发生意外事故，整车腾空后下落，造成本车损失的情况。非整车腾空，仅由于颠簸造成被保险机动车损失的，不属于坠落”。后因被保险人驾驶疏忽导致被保险车辆落入水沟并造成损失，双方就该损失是否在约定的机动车损失保险责任赔偿范围内产生争议。保险公司认为，被保险车辆系路面颠簸后滑入水塘，非整车腾空后坠落，因此不应承担赔偿责任；而被保险人认为车辆系避让道路中不明物体而猛打方向导致落入路边水沟，在此过程中存在腾空情形，应由保险公司承担赔偿责任。[43] 虽然保险公司和被保险人已经订立保险合同，但是对于何谓“坠落”的条款理解并不相同，且保险公司也没有采用充分合作的方式向被保险人解释说明该条款的具体含义，而是混入其他大量的保险合同格式条款中。也就是说，该条款已经隐藏了当事人之间的合意冲突，当事人之间并未达成真正合意，为伪契约条款。但是，法院并没有借此机会对伪契约条款问题进行深入讨论，而是利用现有法条，遵循解释论的方法予以争议解决。《保险法》第 30 条规定，“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同，保险人与投保人、被保险人或者受益人对合同条款有争议的，应当按照通常理解予以解释。对合同条款有两种以上解释的，人民法院或者仲裁机构应当作出有利于被保险人和受益人的解释”，法院以此为依据，认为涉案车辆从行使道路上坠入地势低于道路的水塘属于通常理解意义上的坠落，因此保险公司应当在保险责任赔偿范围内对涉案车辆造成的损失承担赔偿责任。不难发现，《保险法》第 30 条对于保险合同中隐藏当事人合意冲突的格式条款并不当然认定为无效的伪契约条款，而是利用通常理解或有利于条款接受方的解释承认其效力。

但是，利用通常理解等方式承认伪契约条款效力的做法只能产生治标不治本的效果。尤其在网络环境中，用户难以理解网络服务商提供的所有合同条款，即使网络服务商进行明确地提示和说明，用户也无法对所有格式条款的内容进行完全掌握，此时按照通常理解得到的当事人“合意”不属于真正的合意内容。以韩某与某网络公司、某金融公司、某银行隐私权纠纷案为例，韩某通过手机登录某网络公司应用程序（App），在“借现金”一栏里看到主页上清晰地显示“恭喜您，成为借现金特邀用户——可借额度 9 000（元），额度有效期至 2018/03/13，剩余 30 天”，遂与某网络公司签订金融借款合同。在合同的订立过程中，由于某网络公司 App 将授权收集个人信息的格式

〔43〕 参见江苏省淮安市中级人民法院（2018）苏 08 民终 395 号民事判决书。

条款加入至金融借款合同中，使韩某在几乎毫不知情的情况下赋予某些“不可撤销的，说不清道不明的授权”。[44] 该案中，由于某网络公司一直未发放贷款，却收集了韩某 2 165 个联系人号码、银行卡号、身份证正反面照片等信息，涉嫌利用虚构事实骗取、收集和保存借款人以及其他公民等同于商品或财物的个人身份信息，属于恶意侵害他人个人信息权益的侵权行为。某网络公司将借款条款与授权条款混在一起，即使利用加黑、加粗、斜体等方式提醒韩某注意，面对大量的网络格式条款，韩某也不可能仔细阅读每一个条款的内容。网络服务商利用用户的粗心大意使附加收集个人信息的授权条款生效，若法院认可这些伪契约条款的法律效力或按照通常理解进行解释，得到的结论只能是用户同意网络服务商收集其个人信息的行为，这明显掩盖了用户与某网络公司之间的合意冲突，用户只希望从某网络公司获得贷款，并没有当然同意将自己的个人信息交于该公司。

网络公司在其网页上发布关于邀请用户贷款的链接图片更像是一个“要约邀请”，这个“要约邀请”具有误导性和诱惑性，吸引用户与其订立借贷合同，同时隐藏涉及重要权利义务内容的伪契约条款，并利用数量庞大的其他格式条款将其“淹没”，或是增加各种超链接使用户失去耐心而匆匆点击同意。真正的要约邀请是以现实情况为基础向潜在用户传达合作的真诚意向，若邀请人作出虚假陈述则可能构成欺诈，并应当承担相应的民事责任。[45] 虽然伪契约条款也是以文本的形式传递给合同相对方，但拟定条款的一方并没有表达出真诚合作的意向，而是以隐秘的手段，在未形成同一理解的前提下使对方当事人作出同意表示，隐藏了当事人之间的合意冲突。

（二）承认伪契约条款将导致冲突的扩大

只要法院认可网络合同中的伪契约条款，也就允许了网络服务商凭借这些条款与合同正式文本的关联而强制执行，使无辜用户面临更多的不对称风险和责任。更为严重的问题是，当一份有效合同同时包含经过当事人阅读、理解的一般条款与本质上未经当事人阅读、理解的伪契约条款，条款拟定方将努力使不利于对方当事人的格式条款“变成”不太可能被阅读的伪契约条款，这样做的好处在于将任何欺骗性地扩大用户权益的条款直接纳入讨论的范畴，而将实际上不利于用户的条款纳入不曾阅读或难以理解的伪契约条款范畴。赋予伪契约条款法律效力将促使网络服务商有意识地采取行动，使网络合同从原本属于以同一理解为基础的当事人自治协议，转向在网络环境中仅仅以“合同”形式出现的大规模欺骗体系。

网络服务商有意识地通过欺骗性的合同设计误导用户，使契约条款向伪契约条款发生范式偏离，其目的在于“夸大拟议合同对消费者的预期利益，同时将预期成本降到最低”。[46] 当网络服务商利用隐蔽的方式将包含伪契约条款的合同文本发送给用户时，用户基于与网络服务商的实际合意确定权利义务范围，而服务商则以“如果用户不接受全部条款就不会点击同意”来主张包括伪契约条款的扩大文本权利义务范围，这两个范围存在冲突。若是承认伪契约条款具有法律效力，

〔44〕 http://bjhdfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=6036，最后访问时间：2019 年 4 月 14 日。

〔45〕 王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 229 页。

〔46〕 *See* Oren Bar-Gill，SEDUCTION BY CONTRACT：LAW，ECONOMICS，AND PSYCHOLOGY IN CONSUMER MARKETS 21（2012）.

则不仅模糊了当事人合意对合同成立的重要性，也损害了用户决定合同内容的自由权利。在 ProCD，Inc. v. Zeidenberg 案中，Zeidenberg 从 ProCD 公司购买光盘驱动器，并将该产品中包含的电话簿数据库上传至网络，ProCD 公司以安装光盘驱动器时弹出的使用许可条款已经规定用户不得私自使用电话数据库材料为由，要求 Zeidenberg 承担违约责任。[47] Easterbrook 法官认为，Zeidenberg 在安装软件时收到使用许可条款，并通过点击同意按钮接受条款规定，因此将电话簿数据库上传的行为已经违反其与 ProCD 公司的在先合同约定，应承担赔偿责任。本案争议的焦点在于安装软件时弹出的许可条款是否有效且能否执行，尤其当用户别无选择时，“因为该软件在屏幕上显示了使用许可条款，如果用户不表示接受，就不会让其继续进行安装和使用”。如果依照 Easterbrook 法官的观点，则无异于消费者从商家处购买一个封闭的包裹，且必须先行同意包裹中包含的所有条款才能拆封，待消费者打开包裹后，发现里面写着“你还须支付 1 万元额外服务费用”。这种假设当然有些夸张，但强制用户对服务商提供的未经充分合意的所有格式条款承担责任，实际上剥夺了用户对涉及权利、义务、责任等合同重要内容的自主决定权利。[48] 承认伪契约条款的法律效力不仅使用户与网络服务商之间不能就合同内容产生同一理解，而且在某种程度上限制了用户订立合同的自由权利。伪契约条款与用户自由缔约的冲突既是对个人利益优先性的忽视，也是对个人自主进行交易的限制，破坏了契约自由原则。[49]

契约自由原则肯定当事人的自主合同行为，确保个人利益优先于其他利益，是商品经济得以快速发展的基石。[50]《合同法》第 4 条规定的“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预”体现了对契约自由原则的尊重，从广义上讲，制定和实施合同法的目标是使当事人能够通过合同的履行实现各自的期望利益，同时也包括以有限的监管干预当事人的自由权利。但是，这里对当事人自由权利的有限监管只是对当事人行为进行的最小干预，旨在平衡具体合同中当事人不平等的订约能力，或是对侵害国家利益或其他公共利益的阻止，而不是通过侵害对方当事人的契约自由权利而使己方获得利益最大化。例如，英国合同法受“功利主义”影响，核心是保证契约活动的自由和扩散，只对不平等的经济行为进行干预，而不是“控制”当事人；德国合同法倾向于兼顾个人的私人自治与限制这种自由以及保护议价能力较弱的当事人的必要立法安排，这种立法活动背后的价值观在于对“意志论”的支持。[51] 然而，在网络合同中，伪

〔47〕 *See ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F. 3d 1447(7th Cir. 1996), https://en.wikipedia.org/wiki/ProCD, _Inc._v._Zeidenberg #cite_note-1(last visited Apr. 17, 2019).

〔48〕 例如，在 Williams v. America Online，Inc.案中，网络服务商在用户点击“我同意”并安装软件后才显示合同条款内容，剥夺了用户查看条款的任何机会。*See Williams v. America Online，Inc.*，43 U.C.C. Rep. Serv. 2d（CBC）1103－1105（Mass. Super. 2001）.

〔49〕“随着时代变迁，契约自由原则出现多处令人不尽满意之现象，更何况现代产业社会中，越来越多定型化契约之大量制定，使契约自由原则受到相当挑战。”参见《德国民法典》，台湾大学法律学院，台大法学基金会编译，北京大学出版社 2017 年版，第 127 页。

〔50〕 *See* Kristin B. Cornelius, *Smart Contracts and the Freedom of Contract Doctrine*, 22 J. Internet L. 4(2018).

〔51〕 传统上界定权利本质的理论有二，分别是利益论（interest theory）与意志论（will theory）。前者强调权利就是权利拥有者的利益，后者则强调权利的核心价值在于权利拥有者的选择自由所表征的个人自主性（autonomy）。关于利益论与意志论的观点，亦可参见朱庆育：《意志抑或利益：权利概念的法学争论》，《法学研究》2009 年第 4 期，第 188－190 页。

契约条款的出现却在某种程度上侵害了当事人的契约自由权利，即用户意图实现的权利义务关系与实际上产生的具有法律拘束力的权利义务关系并不相同。网络服务商作为伪契约条款的拟定方，在合同的订立及履行过程中都处于优势地位，无须限制用户的契约自由权利来平衡当事人之间的订约能力，更不涉及利用伪契约条款来防止用户侵害国家利益的问题。网络服务商利用伪契约条款隐藏与用户就格式条款内容存在的不同合意，不仅侵害了用户的知情权、隐私权等各项权益，还与契约自由原则这一合同法的基本原则相违背。

四、利用共同意义分析方法排除伪契约条款

Karl N. Llewellyn 教授提出的著名观点认为，当事人订立合同应被解释为全面同意所有合同内容，包括其并不知情的合同条款，只要这些条款不是“不合理的或不得体的”，且不会改变或排除所列“讨价还价条款”的合理含义。[52] Llewellyn 教授同时指出“任何‘不合理’或‘不得体’的条款都是不可强制执行的”，这当然有助于解决范式偏离所带来的严重欺诈问题，但要求当事人对合同内容的同意包括所有不知情的条款将导致合同内容与双方当事人的共识脱钩，既没有建立在有效合同须具备合意要素的规则之上，也没有准确地追踪当事人对合同条款的同一理解。也有学者建议增加条款拟定方的提示说明义务，要求不区分免除或者限制责任的条款类型而对所有格式条款进行更清晰地说明，以消除有关提示说明义务的法律规定在解决网络环境中格式条款合意冲突的失效窘境。例如，Ian Ayres 教授和 Alan Schwartz 教授提出“企业（条款的拟定方）应在合同顶端设置特殊标记框，将限制用户权利的任何格式条款放入标记框中，以提示其阅读和理解”。[53] Ariel Porat 教授和 Lior Jacob Strahilevitz 教授认为应结合大数据技术，根据用户的不同关注点实现信息披露的个性化。[54] 这些建议都可以在某种程度上帮助当事人理解格式条款，但面对现代社会如此之多的信息超载现象，过度地增加提示说明义务只会“阻碍立法者采纳更好的措施，且由于信息超载等原因而不利于决策并加剧当事人之间的不平等”。[55] 因此，针对网络合同中存在的超出用户理解范围的大量格式条款问题，应利用共同意义分析方法来识别当事人的合意，并将这种方法融入普通法的推理之中，从而创造出具有广泛性、准确性和一致性的法律依据来修正陷入伪契约条款的范式偏离。

（一）共同意义分析方法检验当事人合意

所谓共同意义分析方法，是指利用某些充分交流的合作规范（如口头陈述）来推断当事人对

〔52〕“讨价还价条款”是指在当事人之间进行协商的条款，具有共同意义。*See* Karl N. Llewellyn，THE COMMON LAW TRADITION 370（1960）.

〔53〕 *See* Ian Ayres，Alan Schwartz，*The No-Reading Problem in Consumer Contract Law*，66 STAN. L. REV. 545（2014）.

〔54〕这里的“大数据技术”可以描述为“计算机筛选大量数据以确定信息披露模式的过程”，包括对个人未来行为的预测。*See* Ariel Porat，Lior Jacob Strahilevitz，*Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*，112 MICH. L. REV. 1417（2014）.

〔55〕 全面的提示说明义务并不能有效地解决伪契约条款问题，作为条款拟定方的网络服务商仍然会刻意就用户已经理解或赋予其权利的条款进行大量说明，而就不利于用户的条款进行模糊说明或采用生涩词汇使得用户难以理解甚至放弃阅读。不加区分地全面提示说明义务导致用户无法关注合同中的重要条款，反而加剧了当事人之间的缔约不平等。*See* Omri Ben-Shahar，Carl E. Schneider，MORE THAN YOU WANTED TO KNOW：THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE 169（2014）.

合同条款的同一理解。例如，如果当事人遵循语言直觉和合意要求所理解的含义与合同文本的表面含义不同，即表现为共同意义与非共同意义的区别，此时应排除合同文本的表面含义，以当事人理解的含义为合同有效内容。[56] 共同意义分析方法在用户行为偏离理性经济人的假设时，对法律制度进行一定意义的重构，这并不阻碍理性用户依据自己的判断与网络服务商订立合同，但是在用户无法对每一个格式条款都进行阅读和理解的情况下，利用直接或间接的干预避免有限理性的用户作出错误的决定。

法院在处理有关格式条款的争议时，应先确定当事人之间是否订立了一项合同，再考虑拟定方是否以充分合作的方式对有争议的条款进行提示说明。[57] 但是，在面对网络合同中的伪契约条款时，法院对前述两个问题往往没有进行区分，而是直接将第二个问题并入第一个问题，这就导致了伪契约条款的存在。也就是说，在网络合同的格式条款纠纷中，法院认为当事人之间已经订立了合同，只要条款拟定方履行完毕提示说明义务，则包含的格式条款就当然具有法律效力，而没有考虑这里的格式条款是否经过当事人充分合意的规则检验。利用共同意义分析方法可以有效地解决第二个问题，即只有具备共同意义的条款才是合同有效条款，共同意义条款是经过当事人充分交流而形成的具有同一理解的合同条款，反映了网络环境下当事人的真正合意。对于有争议的格式条款，可以将其转换成口头形式并判断能否得到对方当事人的同意即可，任何转换成口头形式的格式条款，只要其满足合同生效的规则要求，即属于当事人的合意范围。否则，该格式条款只能是与合同正式文本不相兼容的伪契约条款，对当事人各方的共同意义没有贡献，不应予以执行。利用共同意义分析方法检验当事人的合意，使法院能够清晰地确定当事人之间的各项条款是否具有法律效力或仅为解释说明或其他辅助之用，进而辨别伪契约条款并解决其隐藏的当事人合意冲突。

（二）共同意义分析方法确定合同实际范围

利用共同意义分析方法辨别网络合同中存在的伪契约条款，其目的在于当事人之间发生纠纷时帮助法院确定争议合同的实际范围，否则依据民事法律行为生效规定（《民法总则》第 143 条）或以是否履行提示说明义务为生效条件的规定（《合同法》第 39 条、《保险法》第 17 条）则无法解决在网络环境下某些格式条款不具有当事人真正合意的问题，而事实上接受了伪契约条款与其他条款的合并。网络环境中的合同格式条款数量呈现爆炸式增长，而前文所讨论的典型案例中，法院并没有正确划定有效合同的范围，使得伪契约条款与合同有效条款混为一谈，导致伪契约制度的泛滥。互联网技术的变革正在以足够新颖的方式改变数字和书面文本的使用以及通信方法，以至于许多法院对如何更好地将传统合同法的理念和规则扩张至迅速发展的互联网领域中缺乏适当的依据，甚至产生错误的裁判结果。[58] 在技术变革的漩涡中，许多学者和法院都忽略了一个事

〔56〕 *See* H. Paul Grice, *Logic and Conversation*, *in* SYNTAX AND SEMANTICS 41 – 43 (Peter Cole & Jerry L. Morgan *eds. et al.*, 1975).

〔57〕 例如，在甲公司与乙保险公司财产保险合同纠纷案中，法院先确定甲公司与乙保险公司之间存在真实有效的保险合同，再根据保险公司未就保险合同中的免责条款进行合理提示与主动说明的事实，判决由乙保险公司支付甲公司的车辆损失及施救费用。参见上海市虹口区人民法院（2016）沪 0109 民初 15286 号民事判决书。

〔58〕 *See* Lucian A. Bebchuk, Richard A. Posner, *One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets,* 104 MICH. L. REV. 827 (2006).

实，即只有通过充分合作的交流，当事人才能以具有共同意义的格式条款为依据确定网络合同的实际范围。[59]

例如，用户在购物网站上购买商品，对网络服务商提供的有关商品型号、颜色、价格等内容的格式条款进行了认真的阅读和思考，并将产生的疑问向网络服务商提出且得到答复，这种充分交流的方式使前述条款为确定当事人双方权利义务的有效条款，当然属于合同的实际范围。但是，当用户在网上购买商品时，除了充分交流的合同一般条款外，网络服务商还向用户发送了一个超链接，其中包含 32 页的复杂格式条款文本。共同意义分析方法要求将超链接文本中涉及用户重要权利义务的格式条款都转换成口头形式或其他充分交流的方式，如果网络服务商认为超链接文本也为合同当然内容，则应该就其中的重要格式条款进行充分陈述。可想而知，当用户得知其需要承担大量责任和面临侵权风险时，交易也将难以继续进行。简短、必要的商品确认信息为当事人之间可以接受的共同意义条款，而超链接文本中涉及权利义务的格式条款只能为不具有拘束力的伪契约条款。又如，当用户在苹果音乐网站购买音乐产品时，在合同订立的最终确认阶段，苹果公司会附加包含一系列格式条款的电子文本，包括“如果您想指定一种不同的支付方式，或者您的支付方式状态发生了变化，那么您必须在您的设备或电脑上的账户设置菜单中更改您的信息”“如果您违反了前述限制，那么您可能会受到起诉和承担损害赔偿责任”“如果您的 Apple Music 订阅被取消，那么您将无法使用任何需要订阅 Apple Music 的服务功能”等内容。[60] 不难发现，苹果公司在使用“委婉的措词”扩大用户的合同义务和责任，其并不希望将所有格式条款都引入旨在产生各方共同意义的直接交流中，否则将失去大量的潜在用户。依据共同意义分析方法，前述格式条款并不符合充分交流的合作规范要求，不能成为音乐买卖合同的有效组成部分。

（三）共同意义分析方法抵制伪契约效力

法律制度存在局限性与滞后性，尤其对于蓬勃发展的互联网经济而言，合同法体系缺乏一个完善的制度来识别和消除网络合同中存在的当事人合意缺失与合意冲突的一般依据，而利用共同意义分析方法可以弥补这一缺陷，以至抵制伪契约条款及逐渐被认可的法律效力。例如，网络服务商往往将不当免除自己责任或者增加对方责任的格式条款通过超链接或其他形式隐藏在包含大量条款的合同文本中，而将自己应履行的基本义务条款或最受关注的义务条款与用户进行充分交流。利用共同意义分析方法进行分析，当网络服务商将合同某些义务条款与用户进行充分协商时，产生的合意为真正合意，当然具有法律效力，而通过超链接等其他方式将免责条款进行隐藏的行为违反了诚信交流原则中的数量原则和方式原则，仅仅为不具有法律效力的伪契约条款。由于这些虚假的伪契约条款与当事人的同一理解相违背，它们与有效的合同条款也存在冲突。

共同意义分析方法尊重口头协议的优先效力，允许当事人利用在先的口头协议变更在后的网

〔59〕 *See* Lewis A. Kornhauser, *Comment*, *Unconscionability in Standard Forms*, 64 CALIF. L. REV. 1146 – 1154 (1976).

〔60〕*See* APPLE, *Apple Media Terms and Conditions,* https://www.apple.com/legal/internetservices/itunes/us/terms.html(last visited Apr. 18, 2019).

络合同中的格式条款。一旦用户与网络服务商订立的口头协议与其后的合同格式条款不一致的，即使用户点击同意按钮，该格式条款也不具有法律效力，为伪契约条款。例如，用户在某网站购买网络服务产品时，由于网络服务商向用户发送的合同格式文本过长，导致用户短时间内无法获得关于产品的重要信息（例如免费试用期），遂打电话向网络服务商咨询。网络服务商的销售代表为获得更多的订单，告知用户该产品的免费试用期“一般为 3 个月”，用户随即与网络服务商订立合同。但是，在用户与网络服务商订立的网络合同中只约定了产品的免费试用期为 1 个月，基于在后订立的书面合同的证明力大于在先约定的口头协议的一般情形，若当事人之间就产品免费试用期问题发生纠纷的，法院只能以用户存在过失为由判决其自己承担责任。[61] 网络服务商通过虚假宣传产品的免费试用期获得订单，再利用用户无法认真阅读所有格式条款的客观事实缩短免费试用期，属于不公平的交易行为。依据共同意义分析方法进行验证，如果用户与网络服务商之间已经就合同的某些条款达成口头合意，那么该口头合意即成为双方合同的组成部分，而后来在合同文本中出现的其他相左内容仅仅为伪契约条款并应予以排除。由于这一特定的伪契约条款与当事人之间已经形成的同一理解相冲突，所以无论是在后规定产品免费试用期为 1 个月的格式条款，还是 1 个月免费试用期的内容本身都不具有法律效力。

（四）小结

共同意义分析方法是检验当事人合意的标准，有利于法院确定网络合同的实际范围。从本质上看，只有通过充分交流达成真正合意的格式条款才能成为当事人之间具有共同意义的有效合同内容，而缺乏真正合意的，即使条款拟定方通过其他形式获得接受方的“同意”，也只能为不具有法律效力的伪契约条款并被予以排除。

五、余论

网络合同中伪契约条款的产生在于网络服务商与用户之间未就附加格式条款的内容达成真正合意，前文已经论及，在信息爆炸式增长的互联网时代，仅仅要求网络服务商履行对格式条款的提示说明义务并不能够使用户对附加的全部格式条款文本进行仔细的阅读和理解，因此需适用共同意义分析方法来检验当事人合意以及确定有效合同的实际范围。但是，用户是否也应主动履行阅读理解义务，即通过积极地了解网络服务商提供格式条款的实际含义来促使网络合同的订立与生效？Charles L. Knapp 教授认为，“阅读合同的义务，尽管被视为合同法的一部分，本质上并不是一种由法律强加的‘义务’，而是关于各方在订立合同过程中应当如何表现的声明”。[62] 依据该观点，阅读理解合同条款的义务从来就不是真正的契约义务，因为对该义务的不遵守并不能产生

〔61〕 书面合同作为书证的一种，其内容与待证事实之间关联直接、显著，易于判断，且合同本身就是当事人的意志，合同文本就是对意志的表达。因此，通常情况下，书面合同的证明力大于其他类型的证据。参见李军：《民事诉讼的书证问题研究——以合同诉讼为中心》，四川大学 2005 年博士学位论文，第 62－63 页。

〔62〕 *See* Charles L. Knapp, *Is There a “Duty to Read”*? 66 HASTINGS L.J. 1083, 1085－1086 (2015).

相应的法律制裁。但是，这种义务也是“关于各方在订立合同过程中应当如何表现的声明”，因此当事人应该阅读合同并努力理解格式条款的含义。未履行阅读理解义务当然是一种不合作的表现，但这并不影响当事人各方对于合同重要格式条款的同一理解，因为同一理解的形成以包括语言沟通等充分交流的确认为前提。相比之下，在许多网络合同的附加文本中，当网络服务商在合同形成阶段将大量的格式条款发送给用户时，通常是网络服务商的不端行为违反充分交流的合作规范，即“试图说得太多、太复杂”，而不是用户的过错。互联网交易中充斥着大量的格式条款，要求用户对网络合同中附加的所有格式条款都进行仔细地阅读和理解难以体现法律为弱势一方的特殊关怀。因此，如果法院有意查明当事人各方对格式条款的真正合意并试图确定合同内容的实际范围，则所谓阅读理解义务的履行应仅限于网络服务商通过合理的方式向用户传达的合同条款。

The Exclusion of Pseudo-Contract Clause in the Network Contract

XIA Qingfeng

Abstract: The Network Contract has significant efficiency and automaticity characteristics. With the development of internet economy and network technology, service provider often uses his dominant position to mix the Pseudo-Contract Clause which without the real consent of user into the formal contract text, thus infringing on user’s rights and interests. The existence of Pseudo-Contract Clause conceals the different understandings or even opposing views of the parties on the same standard clause, and exposes innocent user to more asymmetric risks and responsibilities. The Pseudo-Contract Clause even restricts user’s right of freedom to sign network contract. The excessive increase of service provider reminded obligations would only lead to more useless clauses to “drown out” the important clauses, but instead aggravate the contract inequality between the parties. Therefore, the Common Meaning Analysis Method should be use to solve the problem of Pseudo-Contract Clause in the Network Contract, and the real agreement of the parties should be inferred by fully communicating cooperation norms.

Keywords: Network Contract; Pseudo-Contract Clause; Standard Term; Will Conflict; Common Meaning Analysis Method

（责任编辑：王乐兵）