# 垄断经营者的缔约说明义务研究
## ——基于有限理性假设的分析

# Monopoly Operators' Duty to Inform During Contracting Process: Based on Bounded Rationality Hypothesis

王　婕
WANG Jie

【摘　要】　关于缔约说明义务的履行标准和法律效果，学说和司法实践均存在分歧，需要更加细致地探讨。当消费者与垄断经营者缔约时，其在信息获知、议价能力、购买决策等方面受到较多干涉，需要给予特别保护以克服结构性失衡的问题。基于有限理性假设，应建立缔约说明义务的实质判定框架，即垄断经营者在缔约时负有主动按照“合理方式”与“显著方式”等标准进行说明的义务，而非只有在消费者提出要求场合才进行说明。同时，垄断经营者应适度披露产品属性和消费者使用习惯信息，识别并降低消费者的不确定性感知。在垄断市场中，如果没有更加严格的合同条款行政审批规则，应将具有“重大利害关系”的条款解释为包括核心给付条款。作为说明对象的格式条款只有在消费者单独同意后才能订入合同。在垄断经营者因不适当履行而需对消费者承担违约责任时，司法机关应优先适用任意性规范而非补充解释规范以识别行业惯例，并根据诚信原则对垄断经营者作不利解释。

【关键词】　缔约说明义务　格式条款　消费者决策　议价能力　行为经济学
【中图分类号】DF525　【文献标识码】A　【文章编号】2095－9206（2018）03－0122－19

**Abstract**: The obligation of duty to inform during contracting in standard terms differences in performance standards and effects, it needs precise study. In the case of monopoly, consumer suffered more interference on information learning, and decision-making, they need special protection to overcome structural bargaining power imbalances. This article uses bounded rationality hypothesis to establish a substantive analysis framework for monopoly operators' duty to inform during contracting process, emphasizes that "a reasonable way" and "in a conspicuous manner" require the monopoly operator to disclosure the product attribute and usage pattern information appropriately and initiatively, thus to identify and reduce consumers' uncertainty. In the monopoly market, if there is no more stringent administrative examination and approval rules of contract terms, the core payment terms should be interpreted to be included in "vital to the interests of consumers" terms, and the requisites of consumers' consent should be added separately at the same time. If the clause lacks separate consent requirements, it shall not be an integral part of the contract, the monopoly operator shall bear the liability for breach of contract due to improper performance of it's behavior. In determining liability for breach of contract, the court should prioritize the arbitrary norms and identify industry practices to make an unfavorable interpretation to monopoly operators.

**Key words**: Duty to inform　Standard terms　Consumer decision-making　Bargaining power　Behavioral economics

［收稿日期］　2018－02－20
［作者简介］　王婕，女，1988 年 9 月生，清华大学法学院博士研究生，研究方向为行为经济学与合同法。

## 一、问题的提出

2016 年 6 月，最高人民法院发布第 64 号指导性案例“刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案”，涉及移动通信运营商的缔约说明义务问题。与普通服务合同纠纷不同，移动通信服务合同纠纷案的焦点往往涉及寡头垄断市场中垄断经营者的缔约说明义务问题。[1] 对于此类场合缔约说明义务的履行标准、违反的效果等问题，司法实践存有分歧，学界研究也尚不充分。

具体地说，其一，缔约说明义务履行的标准存在差异。有的法院认为运营商在网页上公布信息并且发送短信至用户手机可构成说明义务的履行，如杨必前与中国联合网络通信有限公司长春市分公司电信服务合同纠纷案[2]、张继峰与中国移动通信集团上海有限公司电信服务合同纠纷案[3]；也有法院认为运营商的内部文件以及其在网站、微信公众号上发布的内容均可构成说明义务的履行，如任鹃诉中国移动通信集团重庆有限公司电信服务合同纠纷案[4]、陈庚华与中国移动通信集团广东有限公司广州分公司同和营业厅电信服务合同纠纷案[5]。有的法院认为运营商在交易场所公示、摆放说明书等即可构成说明义务的履行，如余文周诉福建移动通信有限责任公司厦门分公司电信服务合同纠纷案[6]。有的法院以合同中最低消费限制条款字体加黑作为履行说明义务的方式，如姚远与中国移动通信集团北京有限公司电信服务合同纠纷案[7]。有的法院认为运营商并不存在向每位用户主动告知的义务，如朱德敏与中国联合网络通信有限公司

〔1〕 除“刘超捷诉中国移动通信集团江苏有限公司徐州分公司电信服务合同纠纷案”一案外，最高人民法院还发布了两个相关的公报案例，即《最高人民法院公报》2017 年第 5 期刊登的“郑传新诉中国电信股份有限公司连云港分公司电信服务合同纠纷案”和《最高人民法院公报》2001 年第 6 期刊登的“广东直通电讯有限公司诉洪分明电话费纠纷案”，从中可以窥见最高人民法院的类似价值取向。

〔2〕 参见吉林省长春市中级人民法院民事判决书（2017）吉 01 民终 2651 号。法院认为根据运营商《关于启动 2、3G 用户申请开通 4G 网络的通知》的内部文件和发送至用户手机的短信即可认定运营商已经履行说明义务。

〔3〕 参见上海市第二中级人民法院民事判决书（2014）沪二中民一（民）终字第 2889 号。法院认为移动公司对月最低消费条款，除在网页公布明示外，还对张继峰发送短信进行提示，构成了缔约说明义务的履行。

〔4〕 参见重庆市渝北区人民法院民事判决书（2016）渝 0112 民初 16697 号。法院认为套餐外上网费用内容及收费标准是生活常识，在运营商刊发公告后无须再行提醒，作为消费者理应知晓。用户提出在营业厅签订合同时，并未认真阅读合同条款的抗辩，法院未予以采纳。

〔5〕 参见广东省广州市中级人民法院民事判决书（2016）粤 01 民终 13335 号。法院认为运营商已经通过中国移动 10086 微信、微博、网站、热线等发布内容，构成了缔约说明义务的履行。

〔6〕 参见福建省厦门市中级人民法院民事判决书（2000）厦民终字第 526 号。法院认为运营商通过公示、摆放说明书等方式对用户履行了说明义务，运营商不存在欺诈行为，未侵犯消费者的知情权。

〔7〕 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2017）京 02 民终 10033 号。法院认为运营商缔约时提供的最低消费的期限等合同条款已经加黑显示，构成履行了缔约说明义务。

东营市分公司电信服务合同纠纷案[8]。有的法院依据常理来判断运营商是否履行缔约说明义务，如卫向阳与中国移动通信集团河南有限公司焦作市沁阳分公司电信服务合同纠纷案[9]。其二，学界[10]与司法实践中对违反缔约说明义务的后果也未达成共识。有的法院认为，违反该义务的条款可撤销。如在第 64 号指导性案例中，移动通信运营商订立合同时未将话费有效期限制条款明确告知消费者[11]并获得其同意，最高人民法院支持消费者撤销话费有效期限制条款的诉讼请求。有的法院认为违反该义务的经营者构成违约责任，如蒋辉琦诉中国联合网络通信有限公司桂林分公司电信服务合同纠纷案[12]。也有法院对于缔约时违反说明义务的法律后果未予明确。如中国电信股份有限公司丹东市分公司与于明菊电信服务合同纠纷案[13]。

垄断市场是现代社会经济中不可或缺的一环，与国民生活息息相关。司法适用中的正义应同案同判。移动通信服务业作为自然垄断行业[14]，当消费者的权益屡屡被侵犯[15]时，不同的法院在格式条款提供方的说明义务履行标准与违反效果上却以不同的理由得出尺度悬殊的裁判结果。这难免背离现代合同法对当事人之间的结构性差异和信息失衡等情况予以特别关注的价值取向和制度功能。现代合同法通过缔约说明义务增进当事人之间的合意度与均衡度[16]，以格式条款规范保障接受方的知情权和决策权，促进实质公平，维护交易的透明性和可预期性。对于格式条款提供方说明义务中的“合理

---

〔8〕 参见山东省东营市中级人民法院民事判决书（2014）东商终字第 110 号。法院认为用户应当知悉了解已经向社会公示的电信服务的收费标准，中国联通东营分公司不负有向每位客户主动告知的法定义务。

〔9〕 参见河南省沁阳市人民法院民事判决书（2015）沁民二初字第 00201 号。用户与运营商未签订书面合同导致对收费标准各执一词。法院认为用户作为一个正常人应主动向运营商咨询收费标准。

〔10〕 参见朱广新：《合同法总则》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 121 页；尚连杰：“缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线”，《法学家》2017 年第 4 期，第 141 页；李静：“违反信息义务致损的民事救济——从德国法与英美法之比较展开讨论”，《法商研究》2007 年第 6 期，第 67 页；武腾：“拍卖人的信息提供义务与担保责任——从居间商的法律地位出发”，《法律科学》2017 年第 6 期，第 165 页。

〔11〕 在移动通信市场中，运营商的用户也包括企业，但考虑到不论是消费者还是普通企业与运营商协商交涉能力同样相差悬殊，故本文暂不将消费者与用户作严格区分。

〔12〕 参见广西壮族自治区桂林市七星区人民法院民事判决书（2013）星民初字第 716 号。法院认为运营商工作人员在缔约时并未告知用户使用靓号协议中月最低消费 300 元的套餐条款，违反了合同约定，应承担违约责任。

〔13〕 参见辽宁省丹东市中级人民法院民事判决书（2014）丹民三终字第 00109 号。法院认为运营商未对每月 118 元最低消费的限制条款进行说明，故该条款对用户不生效。

〔14〕 电信技术需要大量的前期设备投入消耗，并且随着用户数量的增加运营商的平均成本下降，越是大规模、单一的公司提供服务时可使得成本最小，这表明通信行业具有规模经济的特征，是自然垄断行业。参见维斯库斯、弗农、哈林顿：《反垄断与管制经济学》，陈甬军等译，机械工业出版社 2004 年版，第 265～288 页。

〔15〕 参见《工业和信息化部通告 2017 年第 4 号——关于电信服务质量的通告》，载 http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1652858/n1652930/n4509627/c5908554/content.html，最后访问时间：2017 年 12 月 26 日。根据该报告，2017 年第三季度工业和信息化部及各省（自治区、直辖市）电信用户申诉受理机构共受理电信用户申诉 17 245 人次，其中收费争议类申诉占比 38.1%，集中于手机上网费用争议和套餐收费争议。

〔16〕 参见解亘：“格式条款内容规制的规范体系”，《法学研究》2013 年第 2 期，第 106～108 页。

方式”“显著方式”“重大利害关系”等评价性概念必须结合具体案例作进一步辨析。目前我国已有不少学者对普通市场中格式条款的缔约说明义务进行了专门探讨[17]，但对于垄断经营者的缔约说明义务缺乏认识与细致探讨。判决的客观性来自其实质论证的合理性，司法裁判所追求的价值目标应通过严密的裁判说理和论证予以实现。为回应司法实践中的分歧，深化有关缔约说明义务的研究，本文基于有限理性假设，综合分析消费者在信息获知、议价能力、购买决策等方面受到的干涉，并对垄断经营者缔约说明义务的履行标准和违反效果进行专门探讨。

## 二、缔约说明义务的实质判定框架

### （一）从完全理性假设到有限理性假设的转变

#### 1. 完全理性假设在垄断市场中的局限性

完全理性假设[18]包括了信息完全、当事人全知全能、效用最大化以及市场均衡等假设，在制度架构的权衡上采取线性思考模式。《合同法》秉承合同是对称与完全理性的产物，以一次性的有体物买卖为预设而构建，其背后蕴含了市场通过完全竞争可以达到资源最优配置的新古典经济学思想。该思想突出体现在合同双方均可“平等获知信息且具备合理注意和谨慎的能力”[19]，延续了自罗马法以来买方自慎的做法。不少学者尽管认识到磋商能力的不平等是由信息不对称的原因所致，但认为“一旦消费者获得充分的信息并能够充分利用这些信息，就可以实现自我保护”[20]。我国现行的格式条款规范与司法判决中也隐含了同样的逻辑。以移动通信服务合同为例，当运营商为消费者提供了注意相关条款的机会时，消费者签署合同就意味着同意所有条款。《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 6 条的逻辑正是如此。

完全理性假设体现在合同法中时，其基本考量因素本应为合同自由、归责性、给付

---

〔17〕 比如，有学者提出从实质公平出发，违反缔约说明义务后不宜采用可撤销或无效的做法。参见韩世远：“中国法上的不公平合同条款规制”，《财经法学》2017 年第 4 期，第 17～32 页；有学者提出消费者权益保护法的告知义务比合同法中告知义务在构成要件上更加严格，但法律效果一致。参见陆青：“论消费者保护法上的告知义务”，《清华法学》2014 年第 4 期，第 150～168 页；有学者提出在不存在法律规定、当事人约定以及交易惯例时，对于缔约说明义务中应以信息重要性、披露可能性、期待合理性、信赖紧密度为要素构建动态体系，以加强操作性。参见尚连杰：“缔约过程中说明义务的动态体系论”，《法学研究》2016 年第 3 期，第 103～121 页；有学者提出行为法律经济学视角下，经营者说明义务应包含消费者微观决策和宏观市场秩序规律的两方面考量，增强条款提示的外观和内容显著性、内容的通俗易懂性和标准化。参见马辉：“格式条款规制标准研究”，《华东政法大学学报》2016 年第 2 期，第 74～93 页。

〔18〕 See Eldar Shafir and Robyn A. LeBoeuf, Rationality, Annual Review of Psychology 53.1 (2002), pp. 491～517. 作者认为一个理性人的态度和偏好应满足一致性和连贯性，且不受到无关因素的影响，其应该符合逻辑学和概率论的基本准则，不与经验观察违背。

〔19〕 参见前述任娟、卫向阳案件中法院的论述理由。

〔20〕 如有学者认为不论消费者是否阅读条款，只要消费者在载有格式条款的文件上签字，格式条款即订入合同，除非存在欺诈或胁迫等因素。参见王宏：《消费者知情权研究》，山东人民出版社 2015 年版，第 46 页；崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 181 页。

均衡等[21]。然而，格式条款缺乏个别协商，在订立过程中简化了当事人之间的合意，并非基于“缔约双方根据周围环境的变化，不断审视反省，逐渐形成自己的意思，最终作出判断”[22] 的合同法协商范式所达成。当事人的主体性在垄断市场中难以发挥，不能通过彼此间数次循环对话，对条款信息进行筛选，达成意思一致来获得合同条款[23]。除消费者自身的经济弱势，专业知识和交易经验缺乏外，他们在作出决定时并非出于完全理性。实践中，不少法院仅以外观形式，即消费者在合同文本上签字，来判定运营商已经履行缔约说明义务。缔约说明义务指向的是合同的主给付义务之外的附随义务，当附随义务未得到满足时传统法律中救济手段有限。传统民法观念通过欺诈、错误等制度来审视垄断情形下的缔约说明义务问题，无法回避过失欺诈的解释学评价矛盾问题。事实上，由于垄断市场中的服务同质化[24]，法院依据完全理性假设对双方合意的解释难以获得正当确信，仅能适用诚实信用原则进行调整。

2. 有限理性假设在消费者行为中的应用

19 世纪 60 年代以来的认知心理学上对大脑功能认知的新进展建立了有限理性假设的科学依据。Tversky 与 Kahneman 指出以启发式得出的概率判断不符合统计原理[25]，以心理学理论解释了违反期望效用的有限理性事例[26]。其后，Sunstein 等人利用有限理性观点修正了新古典经济学的部分理论。他们认为，人们在作出决策时，至少在某些领域内，将会被错误知觉和偏见所局限，追求短期满足而忽略了中长期利益，难以实现自身的福利最大化[27]。Zeckhauser 等人进一步研究了有限理性中现状偏见现象 status quo bias[28]，譬如在保险购买的决策中人们可能会过度偏好现有默认选项[29]，并非基于效用最大化的完全理性判断。在目前行为经济学的研究中，框架效应、锚定效应、情境效应等心理学效应会影响消费者的偏好，同时禀赋效应、心理账户现象也会影响消费者的决策，使得他们的行为无法达到效用最大化。例如，在移动通信服务市场中消费者

---

〔21〕 参见叶金强：“私法中理性人标准之构建”，《法学研究》2015 年第 1 期，第 109～110 页。

〔22〕 参见顾祝轩：《合同本体解释论》，法律出版社 2008 年版，第 269、274～275 页。

〔23〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 71～72 页；王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2011 年版，第 211～218 页；前注〔20〕，崔建远书，第 121 页。

〔24〕 在当前的移动通信市场中，虽中国电信、联通推出了不同的套餐资费，但考虑到历史上几家运营商相互之间，与监管部门千丝万缕的联系以及中国移动在盈利能力、4G 用户数量、基站数量、创新型业务的优势地位，本文仍认定移动通信服务市场为同质化市场。载 http://finance.sina.com.cn/stock/t/2017-03-24/doc-ifycsukm3446354.shtml，最后访问时间：2017 年 12 月 20 日。

〔25〕 See Amos Tversky and Daniel Kahneman, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, Science 185.4157 (1974), pp.1124～1131.

〔26〕 See Amos Tversky and Daniel Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Environmental Impact Assessment, Technology Assessment, and Risk Analysis, Springer Berlin Heidelberg, 1985, pp.107～129.

〔27〕 See Cass R. Sunstein, What's Available-Social Influences and Behavioral Economics, Nw. UL Rev. 97 (2002), p.1295.

〔28〕 See William Samuelson and Richard Zeckhauser, Status Quo Bias in Decision Making, Journal of Risk and Uncertainty 1.1 (1988), pp.7～59.

〔29〕 See Eric J. Johnson et al., Framing, Probability Distortions, and Insurance Decisions, Journal of Risk and Uncertainty 7.1 (1993), pp.35～51.

选择服务项目与自身使用需求不匹配的现象，就是一种有限理性的决策后果。一方面，消费者短视时，出于损失厌恶心理，会高估自身使用需求而更偏好固定价格的收费方式，如不设流量上限的互联网套餐[30]。与每次通话后收费相比，消费者更偏爱包月的交费方式[31]，即使两者支出相同时也是如此。另一方面，当消费者过于自信[32]时，其可能低估了自身对通话时长的需求以及该需求的每月变化情况，从而选择不匹配的套餐，违背了完全理性的假设。

**（二）缔约说明义务实质判定的必要性**

1. 消费者保护意识觉醒要求缔约说明义务维护实质正义

缔约说明义务早在罗马法时期就被学者所论及，但考虑到早期合同双方地位的对称性，尚未受到格式条款的冲击，参考价值不大。20 世纪 60 年代肯尼迪提交的《关于保护消费者利益的国情咨文》中首次出现了消费者被告知的权利[33]。其后，从美国刮起的消费者保护风潮迅速波及全球，各国纷纷制定以消费者权益保护为核心的法令[34]。生产、销售的规模化与社会化程度增加，使得产品背后的技术复杂度增加，消费者面临的不确定性风险随之上升，这一切都呼唤普遍的法律应对方案，而非个别消费者问题的解决方案[35]。在社会经济生活的深刻变化背景下形成的消费者权利概念以不平等关系为背景，强调对消费者弱势地位的补救。[36] 随着消费者意识的觉醒和不对称合同中对实质公平的追求，缔约说明义务中的信息提供义务不断加强。

法国学者 Juglart 最先提出了信息提供义务的概念。后来，法国学界对该概念逐渐认可，以缔约说明义务为中心发展出了信息提供义务理论[37]，并在 20 世纪 80 年代影响日本学界[38]。Kronman Anthony 认为偶然获得的信息披露能避免部分合同当事人对

---

〔30〕 See Drazen Prelec and George Loewenstein，The Red and the Black：Mental Accounting of Savings and Debt，Marketing Science 17.1（1998），pp.4～28.

〔31〕 See Eyal Zamir and Doron Teichman eds，The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law，Oxford University Press，USA，2014，p.470；前注〔30〕；〔美〕科林·F·凯莫勒、乔治·罗文斯坦、马修·拉宾编：《行为经济学的新进展》，贺京同等译，中国人民大学出版社 2010 年版，第 103 页。

〔32〕 See Michael D. Grubb，Selling to Overconfident Consumers，The American Economic Review 99.5（2009），pp.1770～1807.

〔33〕 应飞虎：《信息、权利与交易安全——消费者保护研究》，北京大学出版社 2008 年版，第 72 页。

〔34〕 参见于海纯：《保险消费者权益保护制度研究——以保险人说明义务规制为重点》，对外经济贸易大学出版社 2015 年版，第 10 页。

〔35〕 参见钱玉文：“消费者权的经济法表达——兼论对《民法典》编纂的启示”，《法商研究》2017 年第 1 期，第 143～152 页。

〔36〕 参见梁慧星：“消费者运动与消费者权利”，《法律科学》1991 年第 5 期，第 39 页；王宏：《消费者知情权研究》，山东人民出版社 2015 年版，第 175～176 页。

〔37〕 参见 Jacques Ghestin，The Precontractual Obligation to Disclose Information，French Report；Hrris D.-Tallon eds，Contract Law Today，Anglo～French Comparisons（1989）。转引自〔德〕莱茵哈德·齐默曼、〔英〕西蒙·惠特克主编：《欧洲合同法中的诚信原则》，丁广宇等译，法律出版社 2005 年版，第 27 页。

〔38〕 参见〔日〕馬場圭太：“フランス法における情報提供義務論の生成と展開（一）”，《早稲田法学》第 73 巻第 2 号（1997 年），第 73 页。转引自牟宪魁：“说明义务违反与沉默的民事欺诈构成——以‘信息上的弱者’之保护为中心”，《法律科学》2007 年第 4 期，第 83 页。

合同事项的错误认知，从而提升效率[39]。在我国，对于缔约说明义务存在四种观点：有的学者认为信息提供义务是从缔约说明义务发展而来[40]；有的学者认为两者之间只是用词不同，不存在本质差异[41]；有的学者认为经营者信息披露不同于合同法上的说明义务，但在《合同法》第 39 条上例外[42]；也有学者认为信息提供义务是上位概念，将说明界定为在告知的基础上进一步阐明或影响[43]。上述学者的观点看似不同，但都承认了不对称合同中对弱势一方以立法方式提供特殊保护，以维护合同自由与正义。原初的缔约说明义务在消费者保护的思潮下更新，此种共识在垄断市场缔约过程中已达成一致。

2. 缔约说明义务履行的合理性与适度性

缔约说明义务履行包括合理性和适度性两方面的内容：

第一，缔约说明义务履行的合理标准不能采用外观主义，形式判断只能起到提醒和警示的作用。在合理性的判断上，合同法规范表述中的“合理方式”和“显著方式”应解释为经营者主动进行说明，以确保消费者的风险感知、主观认知和决策路径减少受到干涉的可能性。一方面，合同双方在垄断市场中缔约时，不能通过彼此间数次循环对话，对条款信息进行筛选，达成意思一致来获得合同条款。垄断情形下的格式条款缔结破坏了普通市场中合同双方的循环对话，消费者的意志未能得到充分表达。另一方面在于采用形式判断的前提是认为消费者全知全能，但前文已经指出，完全理性假设在垄断市场中存在局限性，新近研究表明消费者行为是有限理性的产物。故缔约说明义务的履行不能采取现行的外观主义判断标准。

第二，在说明义务履行应达到的程度上，履行的目标应是以较少的披露达到最佳效果。消费者存在有限理性意味着，对缔约说明义务的分析需要将缔结合同本身耗费的认知成本[44]和思考成本[45]纳入实质分析框架内。消费者面对信息过载出现错误知觉时，其难以理解、预期合同带来的法律效果和风险评估。信息处理超出消费者自身能力时，可能使消费者陷入短视或者过于自信的状态，作出非理性的决策。过载的信息更易使消费者的选择让其自身陷入不利的境地。[46] 过载的信息也将增加消费者在合同条款中搜寻信息的成本，增加运营商的经营成本。说明义务履行的目标应是以较少的披露达到最佳效果，原则上是对消费者选择缔约有重要性的信息，应明确排除不需要披露的事项。

---

〔39〕 See Anthony T. Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, The Journal of Legal Studies 7.1 (1978), pp. 1～34.

〔40〕 参见牟宪魁：“民法上说明义务研究”，载梁慧星主编：《民商法论丛》第 31 卷，法律出版社 2004 年版，第 514 页。

〔41〕 参见前注〔34〕，于海纯文，第 150～153 页；王伟：《金融服务者缔约说明义务研究》，法律出版社 2015 年版，第 40 页。

〔42〕 参见应飞虎：“经营者信息披露制度研究”，《经济法论坛》2003 年第 1 期，第 247 页。

〔43〕 参见前注〔10〕，武腾文，第 159 页。

〔44〕 See Jean Tirole, Cognition and Incomplete Contracts, American Economic Review 99.1 (2009), pp. 265～294.

〔45〕 See Patrick Bolton and Antoine Faure-Grimaud, Satisficing Contracts, The Review of Economic Studies 77.3 (2010), pp. 937～971.

〔46〕 See Samuel Issacharoff, Disclosure, Agents, and Consumer Protection, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft 167, no. 1 (2011), pp. 56～71.

## 三、垄断经营者缔约说明义务的履行标准

### （一）消费者的信息获知

1. 信息披露的外观主义履行现状

现行学说与法律规范对缔约说明义务从五个方面的因素出发判断缔约说明义务的履行情况，前述法院判决也是如此：文件外形（如文件外形是否能提醒相对人主动阅读）、提醒注意的方法、条款清晰明白的程度、提醒注意的时间与提醒的程度。[47]《合同法解释二》第 6 条规定，对经营者采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明的，应当认定经营者的履行方式符合合同法所要求的合理方式。《电信服务明码标价暂行规定》第 6 条也规定电信经营者以公示栏、公示牌、公示墙、价目表、资费手册、互联网查询、语音播报、多媒体终端查询、公众认可的其他方式明码标价进行缔约说明义务的履行。

2. 消费者信息接收的关注缺失成因

通过案例分析可以发现，《合同法解释二》第 6 条与相关的司法判决对消费者是否接收并理解信息缺乏关注，仅以外观主义判定履行，认为只要经营者提供特别标识其履行即符合合理标准。对此，本文认为两种原因导致了对消费者信息接收关注缺失现状：

其一，移动通信作为无形服务的特质被忽略。移动通信作为无形的服务，消费者无法像实体产品一样去直观感受通信服务的品质，无法依据一般常识对移动通信服务做出准确的理解和判断，只能依赖运营商所提供的信息说明。移动通信服务合同中缔约阶段和履行阶段的信息说明义务程度应更强，不仅是服务的构成，甚至资费的结构等都依赖于运营商所提供的信息和消费者的口碑。当信息仅能由运营商单方提供时，信息不对称的状态使得移动通信服务合同中价格信号的关联性减弱，交易的互利性被打破，资源配置效率降低。

其二，消费者的认知和思考成本被忽略，制度设计难以为消费者提供足够的激励。垄断下处理信息不对称和市场失衡的问题，除上述传统观点外，也要关注消费者缔结合同本身耗费的认知和思考成本，即接受、理解、处理信息的能力。首先，消费者在处理复杂的价格条款和免责声明等信息时，难以理性权衡风险与收益，合同当事人双方的交涉能力也影响格式条款对经营者责任的免除程度。若运营商未能完成消费者需求信息的提供，消费者不得不在外部环境中替代收集有用信息以便做出选择，此时专门术语等屏障将使得消费者难以预估获取信息和风险控制的成本，从而挑战合同自由。合同双方信息不对等时，成本转嫁将导致消费者在购买服务时和购买后短期内难以观察服务特征和效果，消费者难以通过价格本身判断服务的优劣。这些都超越了消费者的计算能力去准确预见合同内容中蕴含的风险与收益。其次，移动通信服务合同的公共产品属性使得经

---

〔47〕 比如，有学者认为判断异常条款的因素包括了广告内容效果、合同句子长短和布局、印刷字体的大小及提请注意标志、合同条款顺序及前后行文、所用语言文字、主张该条款为异常条款的人之特质。参见刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，三民书局 1993 年版，第 34 页。有学者认为提请注意的方式应达到文件的外形、显著方式、清晰明白，能引起一般人的注意，并根据消费者的要求予以说明。参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社 2015 年版，第 414～417 页。

营者缺乏主动说明的激励，尤其是在对消费者不利的条款上。移动通信服务合同是复杂多维的专业合同，合同条款的语句表述方式是经营者专业设计的结果，充斥着经营者提供的各种干扰信息。这样的条款设计扭曲了消费者的决策。消费者在众多的套餐、合约中挑选产品是一个艰巨的信息搜索任务。产品因素如套餐价款设计、价格变动、政企通客户批量购买等；情境因素如消费者属于首次购买，对新推出的套餐系列无购买经验，或是其购买同类套餐曾有不满意的经历；以及消费者自身教育水平、经历、收入、对购买参与度的高低等都会增加其购买前的信息搜寻工作。这一切都使得难以期待消费者主动维护知情权，去要求经营者进行说明。正如现实中的情形，面对动辄长篇大论的合同条款，很少有消费者真正花时间阅读并理解条款内容，如前文任娟案中用户声称自己根本没有仔细阅读条款内容。这种对消费者认知和思考成本的忽略，导致消费者出现价值理解偏差，缺乏激励去阅读并理解垄断市场中的合同条款内容。

3. 以实质标准判定确保消费者的信息获知

第一，不能期待通过消费者学习可以迫使垄断经营者提升条款均衡度，而应强调经营者的主动说明。有学者认为市场存在自发的矫正机制，虽然处于不完全信息，但只要有聪明的消费者进行学习后就可以作出符合自身需求的决策，从而迫使经营者向所有消费者提供更合理的条款，市场机制对格式条款存在约束作用。[48] 首先，虽然在普通市场中，存在部分聪明的消费者，可以通过消费者学习的模式促使经营者提供更合理的条款内容，但大部分消费者还是依赖经验以可得性启发法来判断理解合同条款。其次，具有偏见的消费者在纠正移动通信市场中的错误时，比无偏见的消费者慢。[49] 当消费者过于重视先前的参照点时，其观念更新慢，导致学习和转换计划的速度很慢。消费者往往倾向低估外源性因素对未来效用的影响[50]，移动通信服务作为长期性的继续性行为，严重受到人们对自己偏好变化的理解水平的影响，尤其是消费者偏好的元知识[51]。复次，除了行为经济学与消费者行为学中的信息超载、损失厌恶与禀赋效应等原因之外，我国移动通信行业的发展历史存在特殊性。我国现有的移动通信运营商由体制的管理者脱离而来，相互之间存在千丝万缕的联系[52]，寡头垄断经营者实力雄厚，消费者没有能力去交涉协商合同个别条款，处于“只能接受不得走开”的状态。消费者预期中并不包含对上述合同条款的不合理之处进行协商变更。最后，经营者也在不断根据市场中聪明消费者的情况更新合同条款，期待消费者学习并不现实。信息不对称产生的根本原因

---

〔48〕 参见马辉：“格式条款信息规制论”，《法学家》2014 年第 4 期，第 118～119 页；Alan Schwartz and Louis L. Wilde，Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information：A Legal and Economic Analysis，U. Pa. L. Rev. 127（1978），p. 630。

〔49〕 See Michael D. Grubb and Matthew Osborne，Cellular Service Demand：Biased Beliefs，Learning，and Bill Shock，American Economic Review 105. 1（2015），pp. 234～271.

〔50〕 See George Loewenstein，Ted O'Donoghue and Matthew Rabin，Projection Bias in Predicting future Utility，The Quarterly Journal of Economics 118. 4（2003），pp. 1209～1248.

〔51〕 See Ted O'Donoghue and Matthew Rabin，Doing it Now or Later，American Economic Review（1999），pp. 103～124.

〔52〕 如在 1980 年至 1993 年通信行业的垄断时期，邮电部既是公用电信政策规章的制定者，又是实际的运营者。中国联通由电子部、电力部、铁道部共同组建、中国电信最初从邮电部分离成立，后被拆分为新中国电信和中国网通等。载 http：//tech. qq. com/zt/2008/dxcz/，最后访问时间：2018 年 1 月 10 日。

是行业分工和生产的专业化带来的信息壁垒，其会以劣币驱逐良币的形式扭曲市场资源的配置[53]。信息不对称将导致经营者争相向消费者提供对其更加不利的条款[54]，造成行业内部对消费者不利条款的趋同。

第二，考虑消费者的认知和思考成本，缔约说明义务的履行强调适度应具有两个维度，为消费者提供足够的激励。我国目前对移动通信行业的关注点在降低价格和资费上。[55] 一方面，当消费者进行购买决策时信息不完全时，其可能运用替代策略处理缺失信息或延迟决策时间，以等待获得缺失信息。消费者要么忽略信息的不完全性，利用现有决策继续消费行为，要么对缺失信息进行推想。消费者对信息的接受与其之前在类似产品上获得的经验丰富程度有关。强制披露的信息设置不当也可能使消费者在动机上出现判断错误，进而影响其对产品的看法。披露的信息过量时，消费者接受时可能出现信息过载的情况，导致消费者难以对信息进行有效编码、储存和处理。故立法者应当考虑是否对额外内容进行披露，以减少消费者错误推断的可能性。[56] 另一方面，缔约说明义务的履行应结合交易模式，谨慎对待行业惯例。对行业惯例进行说明不能等同于已经履行告知义务。几十年来在移动通信服务市场中形成了一些行业惯例，如曾经的流量清零，现今的变更套餐流量清零、优先使用全国流量、赠送流量包清零等。行业惯例本身并不保证双方利益均衡，需要进一步甄别。

第三，新增告知消费者并获得同意要件。在第 64 号指导性案例的裁判要点中，最高人民法院新增了“明确告知消费者并获得同意”，此举与《合同法》第 39 条规定的“采取合理的方式提请对方注意并予以说明”、《消费者权益保护法》第 26 条规定的“提请注意并说明”、以及原审法院裁判理由中的“有效告知并释明”不同，最高人民法院的态度甚为清晰，“获得消费者同意”作为合同条款无效的要件出现。第 64 号指导性案例具有代表性，最高人民法院通过发布该案来阐释其对于缔约说明义务问题的态度指向，对嗣后的类似案件应具有示范作用。其可以为当事人示范移动通信服务合同类交易场景之中的利益分配，包括合同补充、信息披露等权利义务分配的预设，以实现合同法领域的私人自治。传统观点将格式条款说明义务的消费者的同意理解为“以书面或言词将格式条款订入合同，通常是在合同文本上签名”[57]，但前述分析指出经营者需要获得对告知事项明确的单独同意，而非仅仅将合同中条款加黑或“按照对方的要求对该格式条款予以说明”。

---

〔53〕 See George A. Akerlof, The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Uncertainty in Economics, 1978, pp. 235～251.

〔54〕 See Alan Schwartz and Louis L. Wilde, Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A legal and Economic Analysis, U. Pa. L. Rev. 127 (1978), p. 630.

〔55〕 如 2015 年 5 月 20 日，国务院办公厅发布了《关于加快高速宽带网络建设推进网络提速降费的指导意见》国办发〔2015〕41 号文件，鼓励电信企业开展宽带免费提速和降价活动，降低流量资费水平，提升性价比，推出流量不清零、流量转赠、套餐匹配等服务、完善流量提醒服务。载 http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-05/20/content_9789.htm，最后访问时间：2017 年 12 月 20 日。

〔56〕 See Oren Bar-Gill, David Schkade and Cass R. Sunstein, Drawing False Inferences from Mandated Disclosures, Behavioural Public Policy (2018), pp. 1～19.

〔57〕 参见前注〔47〕，王利明书，第 416 页。

### （二）消费者的议价能力

1. 双重原因导致消费者价格敏感度低下

消费者价格敏感度低下的原因包括了获取的价格信息不完全导致其对移动通信服务价值估计能力弱化，以及服务的无形性带来的感知风险增加。一方面，价格敏感度，即消费者对讨价还价的欲望程度大小，与消费者对产品或服务的成本结构的重要性和质量感知影响有关。感知价格是消费者从购买中获得的价值反应，其与消费者的购买意图和购买满意程度相关。如当移动通信服务占消费者成本较多时，在价格敏感度作用下消费者会关心是否有价格更低廉的替代品。价格控制也影响消费者对产品的感知价值判断。价格敏感度的差异也将导致消费者对价值的理解产生差异。[58] 当消费者对价格构成不了解时，当套餐资费品种繁多时，消费者的价值估计可能被弱化。这些信息的缺失会使得消费者的感知风险增加，导致消费者认为越贵的产品所包含的质量和价值越高。另一方面，服务业的无形性降低了消费者的价格敏感度。对消费者而言，由于服务具有无形性、无法保存、生产与消费同时的特点，消费者必须以其他替代信息来进行服务质量的评估。移动通信服务作为一种中度接触的标准化非人员服务[59]，在缺乏对服务质量直接感知的情况下，某个经营者的形象就成为区别其他经营者的关键因素。

2. 垄断市场中的消费者相对议价能力缺失

消费者议价能力除受价格敏感度影响外，还受到相对议价能力的影响。消费者的相对议价能力，即其能压低价格的程度，受到运营商数量、使用某运营商服务的用户数量、市场中替代产品数量、选择其他运营商的成本等因素影响。在我国垄断的移动通信服务市场中，消费者处于不得不买的地位，相对议价能力较弱。[60] 在移动通信服务合同的交易场景中，缔约双方的结构性差异与信息失衡导致了消费者一方的议价能力缺乏。消费者总归要接受移动通信服务，不论服务提供者是中国移动、中国联通或是中国电信。同质化的移动通信市场上，消费者没有实质的选择权，纵使条款计价方式晦涩难懂，也只能接受而无法与经营者就具体条款进行协商后重新议价。

3. 以市场竞争与行政规制提升消费者的议价能力

第一，产品属性结合使用模式的标准化信息披露可以实现竞争推动，鼓励技术发展，从而降低移动通信行业的部分自然垄断属性。目前的缔约说明义务规则如《消费者权益保护法》第 26 条，《电信服务规范》中第 10 条、第 15 条仅关注产品属性的披露。

---

〔58〕 See Akshay R. Rao and Kent B. Monroe，The Effect of Price，Brand Name，and Store Name on Buyers' Perceptions of Product Quality：An Integrative Review，Journal of Marketing Research（1989），pp. 351～357.

〔59〕 参见〔美〕利昂·G·希夫曼、莱斯利·拉扎尔·卡纽克、约瑟夫·维森布利特：《消费者行为学》，张政译，清华大学出版社 2017 年版，第 156 页。

〔60〕 中国互联网络信息中心 CNNIC 的调查报告指出，截至 2016 年年底，4G 市场覆盖人口超过 13 亿。截至 2017 年 6 月，中国手机网民规模达 7.24 亿。网民中使用手机上网人群占比由 2016 年底的 95.1％提升至 96.3％。中央网络安全和信息化领导小组办公室、国家互联网信息办公室、中国互联网络信息中心："第 40 次中国互联网络发展状况统计报告"，2017 年 7 月，第 1 页。载 http：//finance.sina.com.cn/stock/t/2017～03～24/doc～ifycsukm3446354.shtml，最后访问时间：2017 年 12 月 18 日。

首先，格式条款中的合意被称为市场合意或概括的合意[61]，通过标准化的信息披露可以实现竞争推动。在移动通信等垄断市场中可通过缔约说明义务的设置减少消费者的不确定性感知，使消费者在缔约过程中作出增加自身效用的选择，以维护合同自由与合同实质公平。一个较为完善的说明义务履行构成，应包含产品属性信息与个人使用模式信息。只有将产品属性与个人使用习惯结合[62]的说明义务才是通过市场的力量降低消费者错误知觉，打破经营者捆绑策略、降低消费者转换成本、增加竞争的有效之举。如中国移动公司在其官网上所提供的 58 元 4G 套餐的资费标准[63]中，一般消费者对自己每个月的流量使用数据，和国内主叫时长的数据并不了解，无从得知自己的流量使用频率、每月超出流量的发生时段、电话使用的高频率时段等具体数据，反过来在选择服务时难以选择到合适的套餐。其次，正是技术的发展缓和了移动通信行业的部分自然垄断属性。数字技术的发展使得电话、图像、数据等都可以通过编码进行传输和交换，使得通信传输的容量、质量不断提高。移动互联网和物联网[64]的发展对移动通信技术发展提出新要求。新技术带来对传统通信业的网络外部性[65]的冲击，在宽带化、IP 化上呈现有别于传统的电信行业发展特征。三网融合下的数字技术结合网络技术出现了新业务、新传输方式，使得基础运营商开始实施转型调整战略，投资新型应用基础设施建设以加强流量经营，谋划拓展运营范围[66]。这些技术发展带来的客观变化缓和了部分传统电信的自然垄断特性[67]。

---

〔61〕 See Jason Scott Johnston，The Return of Bargain：An Economic Theory of How Standard-form Contracts Enable Cooperative Negotiation between Businesses and Consumers，Mich. l. rev. 104（2005），p. 857；〔日〕山本敬三：《民法讲义 I 总则》，解亘译，北京大学出版社 2012 年版，第 89 页。

〔62〕 See Oren Bar-Gill and Rebecca Stone，Pricing Misperceptions：Explaining Pricing Structure in the Cell Phone Service Market，Journal of Empirical Legal Studies 9.3（2012），pp. 430～456.

〔63〕 中国移动将此套餐资费标准定为超出后，38 元档套餐国内主叫按 0.25 元/分钟计费，58～888 元档套餐国内主叫按 0.19 元/分钟计费。2016 年 12 月 1 日起，套餐内流量用尽后，超出资费将按每 10 元 100MB 计费，不足 10 元部分按 0.29 元/MB 收取，以此类推；直至超出流量费用达到 60 元时，不再收取费用，用户可以继续使用流量直至 1GB；再次超出后，按同样规则以此类推，直至流量双封顶。载 http：//shop.10086.cn/goods/451_452_1014411_1009846.html，最后访问时间：2017 年 11 月 20 日。

〔64〕 5G 新拓展的场景，是低功耗大连接和低时延高可靠场景。其主要面向物联网业务，重点解决传统移动通信无法很好地支持物联网及垂直行业应用的问题。IMT-2020（5G）推进组：《5G 概念白皮书》，2015 年 2 月，第 2～3 页。载 http：//www.imt-2020.org.cn/zh/documents/1，最后访问时间：2017 年 12 月 15 日。

〔65〕 网络的外部性，即非市场交易的额外成本和收益和异质替代性，即用户可以采用不同的通信技术或方式实现同样的目的。

〔66〕 最早的 2G 时代与 3G 时代都是面向个人用户的商业模式；4G 时代，是面向个人与企业营销用户的商业模式；5G 时代预计发展为个人、企业营销与企业生产用户的商业模式。参见中国通信企业协会编：《2015—2016 中国信息通信业发展分析报告》，中国工信出版集团，人民邮电出版社 2016 年版，第 13～14、56 页。

〔67〕 由于光纤等材料容载性的提高，数据传输对传统载体的依赖减少等技术革新导致新次代的移动通信技术对于基础网络的投资成本降低。如有学者提出电信技术的进步动摇了电信基础设施的租赁物权存在基础。参见娄耀雄：《电信监管法律问题研究》，北京邮电大学出版社 2015 年版，第 7、26 页；娄耀雄："论确立电话用户的网络接入权及电话资费改革"，《云南师范大学学报（哲学社会科学版）》2010 年第 2 期，第 38～40 页。

第二，提升消费者的相对议价能力的关键除了技术发展带来竞争之外，还离不开行政的力量。转换障碍和维持原因两个因素影响着消费者是否与经营者继续维持长期合同。克服转换障碍和维持原因需要降低携号转网的成本[68]。这将避免消费者因损失厌恶带来的有限理性决策，即当消费者为某种产品支付成本以后，损失带来的效用降低超过同量收益所带来的增加[69]，受到避免损失的心态影响而决策增加该产品的使用频率。这也将避免禀赋效应使得消费者在购买一项移动通信服务如流量套餐后，对此套餐的价值评价比未拥有之前增加，导致消费者在决策中对自身利害关系的权衡不均的情况。

**（三）消费者的购买决策**

1. 格式条款规范调整核心给付条款的正当性

国内研究认为合同条款以要素和偶素区分可分为核心给付条款和附随条款，合同双方所达成的合意度在核心给付与附随的条款中表现不同。核心给付条款的合意度充足，应当由市场机制调节而非适用格式条款的内容控制机制，以市场机制来保障当事人之间的均衡度。[70] 说明义务的法律效果降低了法院介入核心给付的门槛，为了避免对私法自治和市场竞争的破坏，法院不应介入核心给付去确定对价，除非缔约过程的给付与对待给付严重失衡。[71] 这种观点主张根据不同的条款类型设定差异化的缔约说明义务：在核心给付条款上，缔约说明义务不应过多介入实质正义的考量，其出发点是增加合同双方的合意度；而附随条款上双方当事人的合意度低，仅要求说明义务的履行达到均等化、清晰易懂的提请注意即可。当附随条款违反缔约说明义务时，如一般的消费者容易忽略的远期不确定性风险即可视为合意度严重不足，从而予以司法救济。[72] 上述观点可提取出两个支撑理由：理由一，认为消费者都会关心合同的核心给付内容，在一番权衡后才作出订立合同与否的决定，格式条款中的核心给付条款保证了足够高的合意度，而消费者对从条件或附加条件，常常予以忽略；理由二，《德国法民法典》第 307 条对核心给付条款规制的排除佐证。本文接下来对两点理由进行分析。

首先，垄断缔约过程中双方存在着多重的不对称性，消费者对核心给付条款采取中央路径思考模式并不能保证合意度。无可否认，在市场竞争充分的情形下，以竞争机制可以达到合同中双方当事人之间合意度和均衡度的平衡。根据消费者行为学理论可知，消费者的决策制定涉及输入、过程和输出三个阶段。信息处理的类型取决于消费者的介入水平，即基于内在、价值观和兴趣等而感知到的与客体的关联性。[73] 介入的水平影响了消费者对合同条款进行信息搜索和评估的程度，即对处理信息采取中央路径模式还

---

〔68〕 根据工信部《信息通信行业发展规划（2016—2020 年）》文件，预计在 2020 年之前，移动电话用户在全国范围内全面实行号码携带服务。载 http：//tech.ifeng.com/a/20171224/44817996_0.shtml，最后访问时间：2018 年 1 月 15 日。

〔69〕 See Richard Thaler，Toward a Positive Theory of Consumer Choice，Journal of Economic Behavior & Organization 1.1（1980），pp.39～60.

〔70〕 参见前注〔16〕，解亘文，第 102～118 页。

〔71〕 参见前注〔48〕，马辉文，第 124 页；前注〔16〕，解亘文，第 115 页；汪洋："消费者合同中价格条款的法律规制"，《华东政法大学学报》2017 年第 5 期，第 83 页。

〔72〕 参见前注〔48〕，马辉文，第 125 页。

〔73〕 参见〔美〕迈克尔·所罗门：《消费者行为学》，杨晓燕等译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 5 页。

是周边路径模式[74]。在信息输入阶段，当移动通信合同中的交易行为与消费者自身关联度较低时，消费者对合同条款进行信息搜索和评估则以周边路径模式进行，信息处理有限。消费者选择购买何种服务时，其通常以启发式方法采取补偿性和非补偿性决策规则，或是依据直觉作出购买[75]。在制定决策阶段，介入水平取决于消费者对购买行为的个人相关度。感知到的风险大小将会影响到购买决策过程，如消费者对购买某项移动通信套餐产品具有重要需求时，信息处理过程则为高介入行为。故消费者在核心给付条款上可能采取中央路径的思考模式，在决策过程中分配较多的资源以慎重考虑。但将情境放置于垄断市场之中时，一些因素和现实状态改变了。正如前文所述，同质化的垄断市场上缺乏对消费者进行条款认知与思考的激励，消费者议价能力的低下也导致其并无实质的选择权。当消费者作出购买决策后，面临不确定性的感知风险。在风险感知和主观认知受到来自格式条款提供方的扭曲时，消费者陷入错误知觉而选择不恰当的服务。垄断下没有个别商议条款存在的空间，连消费者产生错误知觉的过程可能都被省略掉。如作为我国司法上最早对格式条款进行规制的案例[76]，1986 年最高人民法院在《关于邮电部门造成电报稽延、错误是否承担赔偿责任问题的批复》中认为："电报在传递、处理过程中，由于邮电局的原因，造成电报稽延或错误，以致失效的，邮电局应按规定退还报费，但不承担其他赔偿责任。"发报人只要使用电报稿纸发报，就视为接受该项条件。当事人签字便视为同意的观点发生在我国电信行业邮电合营、政企不分的独家垄断时代。发报人根本无法与处于垄断地位的邮电局协商合同条款，除接受免责条款外别无选择。

其次，德国法上的类似规定并不能直接适用于我国司法实践。《德国民法典》第 312 条结合《民法上的信息提供义务条例》所规定的经营者的信息提供义务是撤回权之外消费者保护的核心手段。[77]《德国民法典》第 307 条第 1 款第 1 句来自原《一般交易条件法》第 9 条，第 2 句有关透明性的规定则来自司法判例，目的在于转化欧盟指令 93/12/EWG，是债法现代化后所新增的条款。[78]《德国民法典》第 310 条第 3 款是立法者基于企业与消费者之间实力悬殊的考虑，对企业单方提出的要求，即一般交易条件适用该法第 305c 条第 2 款、第 306 条至 309 条以及《民法典施行法》第 29a 条。[79]《德国民法典》第 305a 条规定了特别情形下的订入，实际是对垄断情形实行合同条款的行政性预先审核，因其构成更为严格的规制而无需符合第 305 条第 2 款第 1 项和第 2 项要件，除非当事人明确反对。但我国法上格式条款规范群上并不存在针对垄断经营者的

---

〔74〕 参见前注〔59〕，利昂·G·希夫曼书，第 188 页。

〔75〕 See Lisa Sayegh，William P. Anthony and Pamela L. Perrewé，Managerial Decision-making under Crisis：The Role of Emotion in an Intuitive Decision Process，Human Resource Management Review 14.2 (2004)，pp.179～199.

〔76〕 参见苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 333 页。

〔77〕 〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 65～66 页。

〔78〕 参见王全弟："德国法上对格式条款的规制——《一般交易条件法》及其变迁"，《比较法研究》2004 年第 1 期，第 68 页。

〔79〕 〔德〕汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 162～164 页。

特别订入规则。相反，我国格式条款规范的出发点和落脚点一直都是规制某些具有垄断性的行业，移动通信行业就是其中的典型行业[80]。这样的垄断型大企业面对消费者时在经济上占有绝对优势，并排除协商。从学者研究来看，我国合同法区分格式条款与一般合同条款的主要意义也在于加强对消费者的保护，限制企业滥用经济优势，规制合同中当事人之间地位不平等所带来的实质不公平[81]。这表明，我国对合同格式条款进行规制的最重要因素就是为了防止垄断，防止一方当事人绝对优势地位而操纵市场阻碍技术进步，以格式条款侵犯合同中的实质公平，减少社会福利[82]。

2. 具有“重大利害关系”的条款应包含核心给付条款

前文已说明，在涉及垄断时司法机关审查核心给付条款具有正当性。在我国并未区分审查垄断市场与普通市场中合同条款之际，在解释论上不能将核心给付条款排除于“重大利害关系”的格式条款之外。合同中需要尊重的合意并不是单纯指双方达成的合意本身，而是透过解释作业后萃取得到的具有透明性和安定性的东西，一方面需要尊重合意，另一方面需要适当纳入其他价值判断。[83] 若核心给付条款不能被格式条款规范群调整，只能以传统民法观念作为附随义务通过欺诈、错误制度等来审视垄断下缔约说明义务的问题，将面临过失欺诈的解释学评价矛盾问题，解决方式存在内生局限。垄断经营者提供的合同条款本身就是一定程度误导的产物，如移动通信服务合同中的核心给付条款如资费设计条款本身就是经营者对消费者的有限理性，即错误知觉的回应[84]。从前文的争议案件与消费者申诉来看，消费者与经营者之间的争议大量存在于核心给付条款上，尤其是手机上网费用和套餐费用争议。原《电信服务质量监督管理暂行办法》第 15 条规定电信业务经营者制定和使用格式条款应当报电信管理机构备案而非审批，后 2014 年修订时将此条删除。垄断下的格式合同作为紧合同（tight contract）[85]，当事人在清单中选择受限，若法律不干涉，消费者事后缺乏交涉能力而无法扭转受限状况，对其所进行的司法控制不是对私法自治和竞争机制的扰乱，并不违背合同法原理。至少在垄断环境下，《合同法解释二》第 9 条适用范围不应区分核心给付与附随条款。《消费者权益保护法》第 26 条也明确将“数量和质量、价款或者费用”等核心给付条款作为说明义务的内容之一。

---

〔80〕 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2013 年版，第 78～79 页。

〔81〕 参见梁慧星：“合同法的成功与不足（上）”，《中外法学》1999 年第 6 期，第 16 页；前注〔47〕，王利明书，第 404、421 页；全国人大法制工作委员会民法室编著：《〈中华人民共和国〉立法资料选》，法律出版社 1999 年版，第 44 页；前注〔20〕，崔建远书，第 172～173 页。

〔82〕 参见马德一：“免除或限制责任格式条款的效力认定”，《法学》2014 年第 11 期，第 150 页；刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，三民书局 1988 年版，第 100 页。

〔83〕 参见〔日〕中田裕康：“《日本民法》之不履行”，张家瑜译，《清华法学》2011 年第 3 期，第 174 页。

〔84〕 See Oren Bar-Gill and Rebecca Stone, Mobile Misperceptions, Harv. JL & Tech. 23 (2009), p. 49.

〔85〕 See Oliver Hart and John Moore, Agreeing Now to Agree Later: Contracts that Rule Out but Do Not Rule In. No. w10397, National Bureau of Economic Research, 2004. 载 http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=harvard_olin，最后访问时间：2018 年 2 月 9 日。

## 四、垄断经营者违反缔约说明义务的后果

### (一) 以《合同法》第 42 条第 3 款为规范基础

有学者认为《合同法》第 60 条第 2 款文字表述表明其属于例示性规定，因此说明义务也包含在其范畴中。[86] 也有学者认为我国合同法缺乏一般性的披露义务[87]，我国合同法第 42 条第 2 项是合同订立过程中的告知义务规范，规定“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”，但其作为特别规定，不宜作为告知义务的一般性规定。

当合同双方地位不对称时，尤其是垄断经营者作为格式条款的提供方时，经营者此时负有说明义务应无争议。本文认为，除格式条款相关规范外，《合同法》第 42 条第 3 款也是解决垄断经营者的缔约说明义务的规范依据。前文已经论述，在垄断市场中应从严规制格式合同中垄断方的缔约说明义务，从公平承担权利义务的角度来考虑缔约说明义务的履行标准。合同法第 42 条的条文释义中认为当事人违背诚实信用终止谈判，损害对方当事人利益需要承担缔约过失责任，赔偿损失[88]，并未明确“第 42 条第 3 项其他违背诚实信用原则的行为应受到第 42 条第 2 项拘束，不包括过失违反信息义务行为”[89] 的情况。相反，不论过失还是故意，违反诚实信用才是缔约过失责任的一般归责基础[90]。以诚实信用原则的解释、补充和修正功能为公的管制[91]，可获得解释的空间。如在《消费者权益保护法》中，法官可在个案解释中以诚实信用获得告知义务解释的空间[92]。

### (二) 增加单独同意要件：以条款未订入合同作为违反效果

当垄断经营者需要说明的条款没有获得消费者单独同意时，法效果以该条款未订入合同为宜，即认为相应的条款不成为合同内容的组成部分[93]。垄断经营者的强势地位改变了平等磋商环境中合同双方有关交易风险和权利义务的分配过程，需要对此进行规制以维护合同自由与公平。这也是格式条款广泛应用于缔约时最突出的问题。前文分析

---

〔86〕 参见前注〔17〕，尚连杰文，第 115 页。

〔87〕 参见前注〔20〕，韩世远书，第 137～138 页；张铣：“论缔约中的信息披露义务立法正当性及价值”，《重庆大学学报》(社会科学版)，2014 年第 6 期，第 140 页。

〔88〕 参见前注〔80〕，胡康生书，第 80～81 页。

〔89〕 参见前注〔10〕，尚连杰文，第 143 页；尚连杰：“先合同说明义务违反视角下缔约过失与瑕疵担保关系论——德国法的启示与中国法的构造”，《政治与法律》2014 年第 11 期，第 146 页。

〔90〕 参见张家勇：“论前合同责任的归责标准”，《法学家》2014 年第 1 期，第 102～119 页。

〔91〕 参见韩世远：“民法基本原则：体系结构、规范功能与应用发展”，《吉林大学社会科学学报》2017 年 11 期，第 8～11 页。

〔92〕 参见万方：“我国《消费者权益保护法》经营者告知义务的法律适用”，《政治与法律》2017 年第 5 期，第 152～153 页。

〔93〕 参见前注〔23〕，韩世远书，第 741 页；前注〔17〕，韩世远文，第 25～26 页；前注〔10〕，朱广新书，第 121 页；前注〔20〕，崔建远书，第 340 页；高圣平：“试论格式条款效力的概括规制——兼评我国《合同法》第 39 条”，《湖南师范大学社会科学学报》2005 年第 5 期，第 73～76 页；吴一平：“论格式条款的成立与效力”，《江苏社会科学》2014 年第 6 期，第 91 页。

已表明，最高院在第 64 号指导性案例中增加“获得消费者同意”的构成要件将增强消费者的信息获知能力，但需要和违反后的效果配合，保证可以作为合同中解决信息不对称问题的有效方法。[94] 当合同双方当事人信息对称时，合同双方能够预见并应对将来的情况，强制信息披露规则将得出最优的结果，自愿披露信息规则将导致次优的结果[95]。但无论在哪种信息不对称的情形，强制信息披露都优于自愿信息披露，但缔约前强制信息披露并非是最优选择[96]。未获得消费者单独同意的条款不成为合同内容，将产生类似于保证的效果。法政策选择需取决于格式条款规范目的、规制的社会效应，违反说明义务的法律效果选择，直接指向第 39 条中格式条款订立规则的解释。缔约过程中该条款上存在不合意，使得消费者无需行使撤销权，经营者履行不合约承担违约责任更能保护消费者。在消费者信息获知、议价能力、购买决策同样存在干涉的网上购物情形，如旅游出行类手机客户端在消费者购买机票时默认勾选保险等捆绑搭售的情形[97]、淘宝相关手机客户端默认勾选“授权淘宝获取线下交易信息并展示”等收集消费者个人信息[98]的情形，以经营者因未对该条款进行说明并获得消费者的单独同意，经营者因该条款不构成合同内容而对消费者承担违约责任，比消费者事后请求经营者撤销该条款更能保护消费者的权益。

虽然立法者解释上并未采取未订入说，《中华人民共和国合同法（征求意见稿）》与《中华人民共和国合同法（草案）》中有关格式条款未订入的规则在正式颁布的《合同法》中被删除，后《合同法解释二》赋予消费者以撤销权。但历史解释的重要性已被降低，如今法律解释的通说不再将立法者的主观意志奉为圭臬，而是以制定法的意志即客观说作为解释成文法规范的主要标准[99]。将《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 条解释为垄断环境下缔约时，管辖权条款若未行使提请说明义务则该条款不成为合同的内容也更为贴切。《合同法解释二》第 9 条的适用范围在垄断下不应区分核心给付与附随条款，违反格式条款的说明义务时，法律效果应为条款未订入合同。我国合同法解释上补充解释优位于任意性规范解释[100]，即法官解释优位于立法解释，司法监督相比于立法监督在分工协调上更加优先适用。但主流意见以立法者意志优先于补充解释，担忧赋予法官的自由裁量权过高，应将补充解释严格控制

---

〔94〕 See Sanford J. Grossman, The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality, The Journal of Law and Economics 24.3 (1981), pp. 461～483.

〔95〕 See Steven Shavell, Acquisition and Disclosure of Information Prior to Sale, The RAND Journal of Economics (1994), pp. 20～36.

〔96〕 See Oren Bar-Gill and Ariel Porat, Disclosure Rules in Contract Law, 2017, Discussion Paper No. 907, The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series. 载 http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/，最后访问时间：2017 年 11 月 25 日。

〔97〕 载 http://finance.ifeng.com/a/20180404/16058537_0.shtml，最后访问时间：2018 年 4 月 4 日。

〔98〕 载 http://www.sohu.com/a/227016691_99923264，最后访问时间：2018 年 4 月 2 日。

〔99〕 〔德〕迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 77 页。

〔100〕 参见王轶：“论合同法上的任意性规范”，《社会科学阵线》2006 年第 5 期，第 233 页；前注〔23〕，韩世远书，第 709 页。

作为例外情形处理，穷尽任意性规范后方可进行适用。[101] 在合同内容缺失时以维护意思自治为优，考虑用任意性规范填补合同空白，以诚实信用进一步甄别行业惯例，对经营者作不利解释。除非约定条款更能保护消费者权益，否则消费者与经营者之间不得约定排除任意性规范的适用。

## 五、结语

垄断市场中存在着非均衡的市场运作，消费者在信息获知、议价能力、购买决策等方面受到垄断经营者的不当干涉，需要予以特别保护。当信息均由垄断经营者提供时，消费者信息处理者的身份被忽略，消费者的认知与思考成本、风险的不确定性更高。为平衡合同公平与合同效率，必须解决消费者与垄断经营者在缔约时，因结构性失衡而面临的非正义问题。解决垄断经营者的缔约说明义务在履行标准与违反效果上的分歧，需要基于有限理性的合理假设，建立实质判定框架，从严规制垄断经营者的缔约说明义务：

第一，对垄断性、外部性、信息不对称的合同进行规制离不开还原到具体交易场景之中。未来合同法在面对以垄断性、外部性、信息不对称为特征的合同时，如移动通信等垄断市场中的合同，应结合合同的性质特点、双方当事人地位、交涉能力等具体情境，综合运用法教义学、行为经济学、消费行为学等理论，方能解释得出缔约说明义务的履行标准与效果。第 64 号指导性案例可对移动通信服务合同类交易场景中的合同补充、信息披露等当事人权利义务分配进行示范，有助于私人自治目标的实现。

第二，对于缔约说明义务中“合理方式”“显著方式”的判断，不得以外观形式判定缔约说明义务的履行，应强调垄断经营者对限制条款进行主动说明并获得消费者对该条款的单独明确同意。合同法及相关法律应强调经营者主动说明的义务，通过垄断经营者对其产品属性与消费者使用习惯信息的标准化披露，推动市场合意，降低消费者的不确定性的感知，减少消费者的信息获知、议价能力和决策路径受到的不当干涉，为消费者提供足够的激励。鉴于移动通信服务合同中双方持续合作时间较长，经营者承担说明义务的履行程度应更高，不能仅以《合同法解释二》第 6 条、《电信服务明码标价暂行规定》第 6 条、《电信服务质量监督管理暂行办法》第 15 条和当前法院的外观主义要求作为履行标准，如只要采取网站公布、交易场所公示、摆放说明书等措施即认定经营者已履行缔约说明义务。

第三，当没有更加严格的合同条款行政审批制度时，具有“重大利害关系”的条款应解释为包括核心给付条款。在垄断市场中，司法机关对核心给付条款的审查具有正当性，违反缔约说明义务的法律效果应为该条款不构成合同组成部分而不是赋予消费者以撤销权。出现条款不构成合同内容导致双方约定不明的情形时，法院应以维护意思自治为目标，优先以法律任意性规范填补合同漏洞，消费者与垄断经营者之间不得约定排除

---

[101] 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 323 页；王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 223、225 页；屈茂辉：“类推适用的司法价值与司法运用”，《法学研究》2005 年第 1 期，第 15 页；金晶：“合同法上格式之战的学说变迁与规范适用”，《环球法律评论》2017 年第 3 期，第 101～102 页。

任意性规范的适用，除非约定条款更能保护消费者的权益。

第四，即使垄断经营者在缔约时满足了上述缔约说明义务的要求，也不意味着垄断经营者与消费者之间已经克服结构性失衡。从移动通信行业的历史发展和现状[102]来看，消费者相对议价能力提升的关键在于市场竞争与行政规制，也正是技术的进步才呼唤法律的保驾护航直至与需求匹配[103]。消费者弱势地位的保护需要在后续的合同再交涉与变更、违约救济等制度中加以配套解决。

## 参考文献


[1] 朱广新．合同法总则［M］．北京：中国人民大学出版社，2012。

[2] 解亘．格式条款内容规制的规范体系［J］．法学研究，2013（2）．

[3] 韩世远．中国法上的不公平合同条款规制［J］．财经法学，2017（4）．

[4] 崔建远．合同法总论（上卷）［M］．北京：中国人民大学出版社，2011．

[5] 韩世远．合同法总论［M］．北京：法律出版社，2011．

[6] 王利明．合同法研究》（第一卷）［M］．北京：中国人民大学出版社，2011．

[7] 叶金强．私法中理性人标准之构建［J］．法学研究，2015（1）．

[8] 顾祝轩．合同本体解释论［M］．北京：法律出版社，2008．

[9] 应飞虎．信息、权利与交易安全——消费者保护研究［M］．北京：北京大学出版社，2008．

[10] 钱玉文．消费者权的经济法表达——兼论对《民法典》编纂的启示［J］．法商研究，2017（1）．

[11] 王伟．金融服务者缔约说明义务研究［M］．北京：法律出版社，2015．

[12] 马辉．格式条款信息规制论［J］．法学家，2014（4）．

[13] 苏号朋．格式合同条款研究［M］．北京：中国人民大学出版社，2004．

[14] 梁慧星．合同法的成功与不足（上）［J］．中外法学，1999（6）．

[15] 马德一．免除或限制责任格式条款的效力认定［J］．法学，2014（11）．

[16] 尚连杰．缔约过程中说明义务的动态体系论［J］．法学研究，2016（3）．

[17] 张家勇．论前合同责任的归责标准［J］．法学家，2014（1）．

[18] 王泽鉴．债法原理［M］．北京：北京大学出版社，2013．

[19] 屈茂辉．类推适用的司法价值与司法运用［J］．法学研究，2005（1）．


（责任编辑：朱晓峰　张安平）

[102] See Timothy J. Brennan, Why Regulated Firms Should Be Kept Out of Unregulated Markets: derstanding the Divestiture in United States v. AT&（and）T, 32 Antitrust Bull, 1987, p. 472; Timothy J. Brennan, Is the Theory behind US v. AT&T Applicable Today?, The Antitrust Bulletin 40. 3（1995）, pp. 455～482; David J. Atkin, Tuen-Yu Lau and Carolyn A. Lin, Still on Hold? A Retrospective Analysis of Competitive Implications of the Telecommunication Act of 1996, on Its 10th Year Anniversary, Telecommunications Policy 30. 2（2006）, pp. 80～95; Bruce E. Drushel, The Telecommunications Act of 1996 and Radio Market Structure, Journal of Media Economics 11. 3（1998）, pp. 3～20; John H. II Harwood, William T. Lake and David M. Sohn, Competition in International Telecommunications Services. Columbia Law Review 97. 4（1997）, pp. 874～904.

[103] See Jim Chen, Legal Process and Political Economy of Telecommunications Reform, Columbia Law Review 97. 4（1997）, pp. 835～873.