

电子合同格式条款的订入控制

张梓萱*

内容提要：电子合同格式条款通常篇幅冗长、专业术语繁多，相对人没有充分的经济动机阅读格式条款。有限理性与条款提供方的强势经济地位进一步导致相对人不阅读格式条款。根据意思表示的客观解释规则，勾选与点击同意的行为应解释为相对人就可得预期之条款作出承诺。据此，格式条款的订入控制可以区分为“整体订入”与“个别订入”两个层面。整体订入层面仅要求格式条款提供方提示条款的存在，以使可被合理期待的条款成立并生效。为此，格式条款应具有可及性与显著性，并且条款提供方应提示格式条款具有法律效力。提示时点原则上为合同订立前，但存在例外。个别订入层面的提示义务应以相对人是否能够实际阅读并理解格式条款的内容为判断标准，尤其应考虑合同的外观，以及格式条款是否偏离了法律规定的默认规则。以勾选与弹窗方式进行提示是否满足提示义务的要求，应区分整体订入与个别订入作不同判断。

关键词：格式条款 异常条款 电子合同 提示义务 说明义务

一、问题的提出

随着科学技术的发展，打字机与复印机的发明使一方当事人“为了重复使用而预先拟定”合同条款成为可能。在信息时代，计算机的发明使格式条款的大规模复制变得更加容易，条款修改与再发布的成本也大为降低。在当今社会，当事人通过网络订立格式条款已成为社会交往中的常态。然而，如何针对电子合同格式条款进行法律规制，是理论界与实务界长期存在的难题。

根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第496条第2款的规定，格式条款提供方应当“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

* 张梓萱，中央民族大学法学院讲师。

本文为国家社会科学基金重大项目“互联网交易制度和民事权利保护研究”（20&ZD192）的阶段性研究成果。

款”，并“按照对方的要求，对该条款予以说明”。格式条款提供方的提示与说明义务旨在确保当事人对于条款达成合意，在理论上被称为对格式条款的“订入控制”。〔1〕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（法释〔2023〕13号，以下简称《民法典合同编通则解释》）第10条第3款规定“对于通过互联网等信息网络订立的电子合同，提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的，人民法院不予支持，但是其举证符合前两款规定的除外”。据此，“勾选、弹窗”等方式原则上不构成合理的提示与说明方式，但格式条款提供方可以提供相反证据予以证明。

学界对于格式条款这一主题虽然积累了较为丰富的研究成果，但既有研究大多以格式条款作为一般性的研究对象，未能充分顾及电子合同场景的特殊之处，〔2〕在当事人通常不会阅读电子合同格式条款的现实背景下，这些条款能否以及为何应当订入合同，既有文献鲜少作出理论阐释。部分学说直接继受美国新近的“共享意义”理论，但该理论是否妥当颇值怀疑。就《民法典合同编通则解释》第10条第3款而言，为何“勾选、弹窗”原则上不构成合理的提示与说明方式，电子合同格式条款的提供方究竟应当如何履行提示说明义务，学界的讨论亦不充分。〔3〕有鉴于此，本文对电子合同格式条款的订入控制展开研究，在对电子合同勾选与点击同意行为进行意思表示解释的基础上（第二部分），将订入控制区分为整体订入（第三部分）与个别订入（第四部分）两个层面，并对如何履行提示说明义务展开分析。

二、勾选与点击同意行为的意思表示解释

仔细观察《民法典》第496条第2款与《民法典合同编通则解释》第10条可以发现，其规范重心是针对“与对方有重大利害关系的条款”或“异常条款”的订入控制。然而，逻辑上的前置问题是，电子合同的格式条款整体是否能够以及为何能够订入合同，而不仅仅限于“与对方有重大利害关系的条款”。只有对这一问题的回答具有充分的理论基础和规范基础时，才能进一步讨论“与对方有重大利害关系的条款”的订入控制。

（一）电子合同格式条款的特殊性：相对人通常不会阅读

在合同订立的经典模型中，当事人享有同等的谈判能力，就个别合同条款展开磋商，基于自由意志达成意思合致并拘束自身。当事人在表示承诺之前有义务阅读合同条款，如果当事人并未实际阅读就在合同文件上签字，则其仍应受到合同拘束。〔4〕

相较之下，在一方预先提供电子合同格式条款的情况下，相对人往往是通过勾选与点击同意的方式订立合同。用户在注册账号时勾选同意“服务协议”等条款，该条款以超链接或独立窗口

〔1〕 参见夏庆锋：《在线订立格式条款的效力分析》，载《环球法律评论》2023年第3期；王天凡：《〈民法典〉第496条（格式条款的定义及使用人义务）评注》，载《南京大学学报（哲学·人文科学·社会科学）》2020年第6期。

〔2〕 在电子合同背景下展开的研究，参见夏庆锋：《网络合同格式条款提示说明义务的履行瑕疵与完善措施》，载《清华法学》2022年第6期。

〔3〕 参见孟强：《合同格式条款效力的法律控制——以〈民法典〉合同编及其司法解释为中心》，载《广东社会科学》2024年第1期。

〔4〕 See Joseph M. Perillo, *Contracts*, 7th Edition, West Academic Publishing, 2014, pp. 359–360.

的形式呈现。用户如果不同意条款，则无法购买商品或使用相关服务。

但事实上，极少有用户会阅读用户协议等电子合同格式条款。实证研究表明：“每 1000 名零售软件购物者中只有一两个人访问了许可协议，而大多数访问它的人只阅读了一小部分。”^{〔5〕} 那么，相对人为何通常不会阅读格式条款？

第一，格式条款往往篇幅冗长，专业术语繁多。根据笔者的统计，《腾讯微信软件许可及服务协议》^{〔6〕}《淘宝平台服务协议》^{〔7〕}《“抖音”用户服务协议》^{〔8〕} 平均篇幅为 1 万字左右。就内容而言，服务协议中的法律术语繁多，普通消费者难以准确理解其含义。此外，平台格式合同还存在大量的交叉互引现象，消费者若想进一步了解，则必须再次打开其他页面进一步阅读。^{〔9〕} 第二，经济理性的相对人不会阅读上述格式条款。相对人仔细阅读并理解格式条款所带来的额外成本，可能远大于其与服务提供方订立合同所欲获得的利益，故而相对人处于所谓“理性无知”的状态。^{〔10〕} 例如，电商平台的用户只是想买一箱牛奶，花费时间精力阅读格式合同所带来的成本可能远超出由此获得的利益。第三，人类往往处于有限理性的状态。^{〔11〕} 首先，人们在进行决策时，其注意力往往会聚焦在有限的产品属性上，格式合同的条款通常不如价格、外观和功能等重要。^{〔12〕} 其次，行为经济学的研究表明，人们不擅长对风险发生的概率进行评估，当事人可能会认为格式条款所涉及的不利风险不会落在自己头上。^{〔13〕} 第四，格式条款的相对人即便对于个别条款有所顾虑，也没有能力与提供方进行个别磋商。^{〔14〕} 电子合同往往呈现为“要么接受、要么离开”的形态，这进一步加剧了相对人不阅读格式条款的内心动机。

总之，格式条款篇幅冗长、充斥大量专业术语，相对人没有充分的经济动机阅读格式条款。而且，人类的有限理性与谈判能力的不对等进一步加剧了相对人不阅读条款的现象。

（二）相对人是否存在订立合同的有效承诺

1. 理论上的激进态度：未被阅读的格式条款不订入合同

以“相对人通常不会阅读格式条款”的论断为基础，格式条款在合同成立的规范分析中将遭遇一项挑战：相对人根本不知道条款里写了什么，条款提供方也知道这一点，那么格式条款为何

〔5〕 Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts*, 43 *The Journal of Legal Studies* 1, 1 (2014).

〔6〕 参见《腾讯微信软件许可及服务协议》，载 https://weixin.qq.com/cgi-bin/readtemplate?t=wxin_agreement&s=default&cc=CN，最后访问时间：2025 年 6 月 30 日。

〔7〕 参见《淘宝平台服务协议》，载 https://terms.alicdn.com/legal-agreement/terms/TD/TD201609301342_19559.html，最后访问时间：2025 年 6 月 30 日。

〔8〕 参见《“抖音”用户服务协议》，载 https://www.douyin.com/draft/douyin_agreement/douyin_agreement_user.html?id=6773906068725565448，最后访问时间：2025 年 6 月 30 日。

〔9〕 参见宁红丽：《平台格式条款的强制披露规制完善研究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期。

〔10〕 参见〔美〕梅尔文·A·艾森伯格：《合同法基础原理》，孙良国、王怡聪译，北京大学出版社 2023 年版，第 657 页。

〔11〕 关于有限理性的相关讨论，参见王侯璇：《格式陷阱：消费时代的格式条款规制理论及其改进》，中国政法大学出版社 2022 年版，第 130 页以下。

〔12〕 See Russell Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, 70 *University of Chicago Law Review* 1203, 1230 (2003).

〔13〕 See Margaret Jane Radin, *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press, 2013, pp. 26–27; 马辉：《格式条款信息规制论》，载《法学家》2014 年第 4 期。

〔14〕 参见韩世远：《中国法中的不公平合同条款规制》，载《财经法学》2017 年第 4 期。

应当成为合同的一部分，勾选与点击同意的行为是否应评价为发生法律效力承诺。

事实上，不少当代合同法学者认为不具有阅读可能性的格式条款不应订入合同。例如，有学者认为，格式条款篇幅通常很长，并且内容难以理解，难以认为当事人对于格式条款达成了合意。^{〔15〕} 在判断格式条款是否订入合同时，应设想将书面文本转换为口头形式，并设想当事人进行当面沟通。如果格式条款能够转化为口头对话，该条款才能订入合同，反之则不订入合同。^{〔16〕} 既然格式条款的相对人没有阅读过条款，也就不可能实际上同意条款内容，那么这些条款就不应发生拘束力。上述“共享意义”理论也被我国部分学者所接受。^{〔17〕} 有学者主张，不被阅读的“不可见条款”应推定为不可强制执行，而应由制定法或法院提供的条款取代。^{〔18〕} 艾森伯格也指出：“如果行为人经常理性地选择不阅读样板条款，……就根本没有理由执行样板条款。”^{〔19〕}

2. 意思表示的客观解释：勾选与点击同意的行为构成承诺

本文认为，上述激进立场并不可采，相对人勾选与点击同意的行为应当解释为有法律拘束力的承诺。

第一，对相对人的勾选与点击同意行为进行解释，应当适用合同解释的相关规范。根据《民法典合同编通则解释》第1条第1款的规定，在解释合同条款时应当以“词句的通常含义为基础”，本款规定明确了合同解释的客观主义立场。^{〔20〕} 同样，对于意思表示是否存在的判断，也应当以客观解释为基准。相较于意思主义或主观主义理论，表示主义或客观主义能够更好地保护交易相对人的合理信赖，并维护交易安全。从理性第三人的视角来观察，相对人在勾选与点击同意时，显然已经意识到了服务协议的存在，并作出了同意的表示。既然《民法典》第490条规定的“签名、盖章或者按指印”均属于订立合同的表示行为，那么勾选与点击同意的行为，在客观上同样应解释为订立合同的表示。

第二，相对人没有实际阅读、理解相关条款的内容，并不妨碍存在有效承诺的解释结论。首先，相对人是否存在承诺与承诺的范围是两个不同的问题，承诺存在与否的解释结论不以对承诺内容的实际了解为前提。有学者提供了一个形象的类比：甲对乙说，如果你想让我做什么，就把它写下来并放在信箱中。此等承诺并无成立或效力上的瑕疵。^{〔21〕} 同样，在合同的订立中，完全可以设想一方当事人对其并不实际知晓的内容作出承诺，使自己受到对方所提供之条款的拘束。因此，相对人没有阅读格式条款的内容并且条款提供方知情这一点，仅可能影响合同权利义务的内容，但不影响合同的有效存在。

〔15〕 See Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 Harvard Law Review 1135, 1155 (2019).

〔16〕 See Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 Harvard Law Review 1135, 1167 (2019).

〔17〕 参见夏庆锋：《网络合同中伪契约条款的排除》，载《经贸法律评论》2020年第2期；安晋城：《类型化建构与格式条款提示标准的确定》，载《吉林大学社会科学学报》2021年第3期。

〔18〕 See Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harvard Law Review 1173, 1258 (1983).

〔19〕 〔美〕梅尔文·A. 艾森伯格：《合同法基础原理》，孙良国、王怡聪译，北京大学出版社2023年版，第659页。

〔20〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第42页。

〔21〕 See Randy E. Barnett, *Contracts*, Oxford University Press, 2010, p. 113.

其次，合同法中存在大量的默认规则，当事人对此可能同样并不熟悉。例如，当事人并不了解《民法典》合同编中关于买卖合同的默认规则，但这不影响买卖合同的有效成立。^{〔22〕}在格式条款的场景下，使相对人预期范围内的合同条款发生效力，恰恰是对当事人意思的尊重。当事人选择第三方提供的合同的情况也是如此。例如，租赁合同的当事人为节省谈判成本，选择使用住建部门提供的示范文本，但实际上当事人可能根本没有阅读并理解相关条款。在解释上，几乎不会有人认为租赁合同尚未成立。因此，对于条款内容的实际知悉并不是该条款产生法律拘束力的必要条件。

第三，以格式条款能否转化为口头对话为标准判断是否订入合同，在理论上存在问题。有学者认为，合同的本质在于双方合作传达其共同意思，格式条款通常无法传达双方的共同意思，故而不构成合同。^{〔23〕}首先，以书面形式呈现格式条款是否能够被当事人理解，无法以能否进行口头沟通来检验。^{〔24〕}若严格贯彻该理论，也应当以当事人在书面上是否达成共同意思为依归。其次，这一判断标准不符合合同的客观解释规则。根据《民法典合同编通则解释》第 1 条第 2 款之规定，只有当双方当事人对于合同条款存在不同于词句通常含义的其他“共同理解”时，才应根据该共同理解解释合同，否则应以客观标准对意思表示进行解释。

第四，格式条款的使用在经济上是有效率的，彻底否定格式条款订入合同，将动摇现行的企业与市场运作模式。首先，当事人使用格式条款可以降低重复交易时重新起草、磋商合同文本的交易成本。格式条款降低了企业的管理成本，对于大规模交易的开展至关重要。^{〔25〕}其次，格式条款的标准化有利于公司各部门的协调，并有助于解决“代理问题”。使用格式条款能够控制企业的代理人对外签订的合同条款，避免其为提升自身业绩而出卖公司利益。^{〔26〕}

第五，彻底否定格式条款订入合同，将导致对相对人有利的合同条款无法成为合同内容，不利于保护消费者的利益。例如，《中华人民共和国消费者权益保护法》（2013 年修正）第 25 条规定无理由退货的期限为 7 天，如果格式条款规定消费者无理由退货的期限为 10 天，那么上述激进观点将导致有利于消费者的条款不产生法律效力。

基于上述理由，“未被阅读的格式条款不订入合同”的激进观点难以成立。相对人勾选与点击同意的行为应当解释为存在一项有效的承诺。那么接下来的问题是相对人有效承诺的范围为何。

（三）相对人是否对全部条款内容作出承诺

对于有效承诺的范围，可能存在两种不同的回答：相对人就全部格式条款作出承诺，抑或相对人仅对其可以合理预期的条款作出承诺。相较之下，第二种解释更加符合意思表示客观解释的规则。

1. 承诺范围：可得预期之内容

在相对人未阅读合同条款的背景下，其勾选与点击同意的承诺意思较为稀薄。相对人虽然作出承诺或同意的表示，但理性的相对人不会任由自己受他方当事人的支配，甚至同意严重剥夺其

〔22〕 See Ian Ayres & Gregory Klass, *One-Legged Contracting*, 133 Harvard Law Review Forum 1, 4 (2019).

〔23〕 See Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 Harvard Law Review 1135, 1155–1156 (2019).

〔24〕 See Lawrence B. Solum, *Contractual Communication*, 133 Harvard Law Review Forum 23, 63 (2019).

〔25〕 See Nils Jansen & Reinhard Zimmermann eds., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2018, p. 920.

〔26〕 See Todd D. Rakoff, *Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction*, 96 Harvard Law Review 1173, 1222–1223 (1983).

权利的条款。合理的意思表示解释结论应当是，相对人仅仅同意那些并非完全出乎意料或根本上不公平的条款，而非同意全部条款。^{〔27〕} 在比较法上，合理期待原则在美国主要适用于保险合同领域。《美国合同法重述》（第二版）第 211 条虽将该原则扩张适用于一般合同，但收效甚微，法院未将该规则应用于消费者合同。依学者分析，这是因为第 211 条的措辞表述导致该条款适用门槛与证明要求过高。^{〔28〕} 与之相较，《德国民法典》第 305c 条与《国际商事合同通则》第 2.1.20 条关于异常条款不生效力的规定在条文表述上适用范围更宽，均旨在保护相对人的合理期待。^{〔29〕}

例如，用户在使用微博之前，通过应用商店的相关介绍，能够了解到微博是一个社交媒体平台。社交媒体平台对于社交内容的管制规则必不可少，用户在注册微博账号时，应当能够预见到《微博服务使用协议》中存在发布色情信息将被封号的规则，故即使用户未实际阅读，也应认定该条款有效成立。^{〔30〕} 倘若依前述“未被阅读的格式条款不订入合同”的激进立场，社交平台将无法使用合理的平台规则维护良好的社交秩序，平台的封号行为反而有可能构成违约。

因此，就承诺范围而言，相对人仅就可得预期之内容作出承诺，并未对超出预期的异常条款作出承诺。如后文所述，异常条款若能订入合同，必须履行额外的提示与说明义务。只有当相对人有可能实际阅读并理解异常条款时，这些条款才成为合意的内容。

2. 价格效应的观点难以成立

有观点质疑道，格式条款的内容对相对人不利的同时，也使得相对人可以较低的价格订立合同。因此，既然相对人享受到了低价格的优待，便应承受苛刻条款的不利后果。此外，对格式条款进行订入控制可能会造成合同价格的升高。如果能够获得较低的价格，消费者会宁愿承受不利的合同条款，因为对于大多数人来说，获得更低的价格是压倒一切的目标。^{〔31〕}

这一观点存在如下问题。第一，在相对人不阅读格式条款的背景下，其不会将未被阅读的条款内容纳入经济决策中，合同价格的形成并非以全部条款内容为基础。如果格式条款的内容不利于相对人而相对人未实际阅读，其可能会高估给付标的的价值。^{〔32〕} 倘若相对人实际了解不利条款的内容后将其纳入经济决策，就不会以相同的价格订立合同。例如，在快递运输合同中，如果冗长的格式条款中约定当货物毁损灭失时承运人不承担任何赔偿责任，托运人通常不会实际阅读该条款。假设托运人实际阅读了该条款，则会选择以更低的运费订立运输合同。既然价格是以相对人合理预期的条款为基础形成的，就不能说对格式条款施加订入控制违反了当事人的价格约定。

第二，相对人不阅读格式条款，条款提供方比相对人更加了解条款内容，故而二者处于信息

〔27〕 See Randy E. Barnett, *Contracts*, Oxford University Press, 2010, p. 117; John D. McCamus, *The Law of Contracts*, 3rd Edition, Irwin Law, 2020, p. 210.

〔28〕 See Eric A. Zacks, *The Restatement (Second) of Contracts Sec. 211: Unfulfilled Expectations and the Future of Modern Standardized Consumer Contracts*, 7 William and Mary Business Law Review 733, 760–764 (2016).

〔29〕 Vgl. Fornasier, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl., 2022, BGB § 305c Rn. 1; 张玉卿主编：《国际统一私法协会国际商事合同通则 2016：汉英对照》，中国商务出版社 2019 年版，第 139 页。

〔30〕 参见北京互联网法院（2022）京 0491 民初 9107 号民事判决书；北京互联网法院（2022）京 0491 民初 6098 号民事判决书。社交媒体删除仇恨言论的规则同样没有超出相对人的预期。Vgl. Schuster, in Spindler/Schuster, *Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl., 2019, BGB § 305c Rn. 7.

〔31〕 See Omri Ben-Shahar, *Regulation through Boilerplate: An Apologia*, 112 Michigan Law Review 883, 895–899 (2014).

〔32〕 Vgl. Matteo Fornasier, *Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht*, 2013, S. 160f.

不对称状态，这导致了阿克洛夫所谓“柠檬市场”^{〔33〕}的出现。在相对人不了解格式条款的情况下，其只愿意以条款质量的平均价格订立合同。然而，条款质量在平均线以上的提供方不愿意仅以平均价格订立合同，故而市场上只留下平均线以下的条款提供方，进而会导致提供方逐底竞争的逆向选择。结果是，市场上最终留下的都是对相对人不利的格式条款。^{〔34〕}据此，市场上充斥低质格式条款的柠檬市场效应未能为相对人提供充分的选择。即便消费者获得了较低的市场价格，但此等柠檬市场未能满足偏好高质量条款群体的市场需求，仍然减损了消费者的福利。

（四）订入控制的层次及其与内容控制的功能区分

1. 整体订入与个别订入的不同层次

如果勾选与点击同意的行为应解释为相对人在可以合理预期的范围内表示承诺，那么格式条款的订入控制就应当区分为不同层次。^{〔35〕}《民法典》第 496 条第 2 款仅针对“与对方有重大利害关系的条款”的个别提示与说明作出规定，但格式条款的提供方仍应对格式条款的存在予以整体提示。

第一，格式条款订入合同应符合合同成立的一般规则。^{〔36〕}格式条款提供方在整体上提示格式条款的存在，方能使相对人对条款有整体性的了解和预期，进而才能使其其中可被合理期待的条款成立并生效。根据合同成立规则，只有在条款提供方向相对人提示条款后，相对人才有可能作出承诺从而订立合同。否则，若相对人根本不知道格式条款的存在，则没有理由使其受到拘束。在比较法上，《德国民法典》第 305 条第 2 款、《欧洲合同法原则》第 2：104 条、《欧洲示范民法典草案》第 II-9：103 条等均对于格式条款的整体订入作出了规定。

值得注意的是，使条款提供方负担整体提示义务与前文“相对人通常不会阅读格式条款”的论断在本质上是不同层次的问题。条款提供方是否有义务提供格式条款是一个问题，相对人在经济理性上是否愿意阅读格式条款是另一个问题。首先，条款提供方负有整体提示义务仅仅是合同成立规则在格式条款这一特殊场景下的具体应用。不论相对人是否会实际阅读格式条款，只要条款提供方未向相对人提示存在格式条款，这些条款就未呈现在缔约过程之中，自然没有理由约束相对人。无论如何，都不能因为相对人不阅读格式条款而免除条款提供方提示格式条款存在的义务。其次，即便绝大多数相对人没有实际阅读过“用户服务协议”等格式条款，这些条款也能够的市场竞争的社会背景中发挥作用，从而为不同消费者群体提供差异化的选择。^{〔37〕}

第二，对于那些超出合理期待的“有重大利害关系的异常条款”，条款提供方负有更重的提示与说明义务，应使相对人能够具体阅读并理解异常条款的内容。如果相对人通常无法实际了解异常条款的内容，则异常条款不生效力。条款提供方应对其已经尽到提示或者说明义务承担举证

〔33〕 参见〔美〕乔治·阿克洛夫：《柠檬市场：质量不确定性与市场机制》，载〔美〕乔治·阿克洛夫、迈克尔·斯彭斯、约瑟夫·斯蒂格利茨：《阿克洛夫、斯彭斯和斯蒂格利茨论文精选》，谢康、乌家培译，商务印书馆 2010 年版，第 1-18 页。

〔34〕 以信息不对称导致的市场失灵为理论基础证成对格式条款进行控制的观点，参见 Peter McColgan, Abschied vom Informationsmodell im Recht allgemeiner Geschäftsbedingungen, 2020, S. 48ff; Hein Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle—Eine rechtsökonomische Skizze, JuS 2003, S. 212f.

〔35〕 同旨参见王利明：《合同法研究》（第 1 卷，第 3 版），中国人民大学出版社 2015 年版，第 416 页。

〔36〕 参见朱广新：《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社 2018 年版，第 144-147 页。

〔37〕 See Nathan B. Oman, *Reconsidering Contractual Consent: Why We Shouldn't Worry Too Much about Boilerplate and Other Puzzles*, 83 Brooklyn Law Review 215, 245-246 (2017).

责任。比较法上同样存在类似规则,《德国民法典》第 305c 条、《奥地利普通民法典》第 864a 条均针对异常条款作出规定。英国判例法发展出“红手规则”(red hand rule),即条款越是不寻常或不可期待,对条款的提示程度就要越高。^[38]《国际商事合同通则》第 2.1.20 条甚至规定异常条款须经明示接受方可订入合同。

2. 订入控制与内容控制的功能区分

前述整体订入与个别订入均属于格式条款的订入控制层面。学说上有观点认为,提示义务或强制披露的目标在于“使披露对象能理解他们的选项,对其进行分析,并做出明智周全的决定”,但是,强制披露未能实现其目标,因为披露对象未能达到做决策所需的理解程度。^[39]因此,可能有观点主张在格式条款的规制体系上,应弱化为相对人提供信息的订入控制,强化内容控制。

本文认为,订入控制和内容控制功能侧重不同,不可偏废。首先,订入控制(《民法典》第 496 条)是合同成立与解释规则在格式条款这一特殊场景下的具体运用。在订入控制层面对条款公平性的维护,是通过将超出当事人合理期待的条款予以提示、纳入合意范围来实现的。^[40]换言之,超出期待的不公平条款之所以未订入合同,不是因为条款本身不公平,而是因为相对人不了解这些超出预期的异常条款。对于超出当事人期待的内容,条款提供方必须履行额外的提示与说明义务使相对人阅读并理解,以使其做出理性决策。在实践中,相对人不阅读格式条款往往是因为条款提供方提供了太多合同条款,超出了相对人的阅读与理解能力。如果条款提供方仅对异常条款予以适当提示,则仍有可能实现强制披露的政策目标。例如,酒店预订平台提示消费者某一酒店房间“不可取消”,消费者在预订酒店时会将其纳入决策考量。该条款虽属异常条款,但经过适当的提示说明仍应发生效力,不构成《民法典》第 497 条规定的无效格式条款。可见,订入控制下的异常条款与内容控制下的无效条款的范围并不完全重叠。

其次,格式条款的内容控制(《民法典》第 497 条)与显失公平规则(《民法典》第 151 条)具有相近之处。^[41]因此,仅仅条款内容上的不公平不足以成为对其施加内容控制的充分理由,而应当同时满足与“利用对方处于危困状态、缺乏判断能力”类似的主观情形。格式条款之所以需要内容控制,并不是单纯因为条款内容无法磋商,而通常是因为市场机制无法为相对人的条款偏好提供充分选择的机会。可见,订入控制与内容控制分工不同,前者旨在使超出相对人合理预期的条款纳入合意范围,后者则通过主客观要件的共同作用平衡意思自治与合同公平。

基于前述整体订入与个别订入层次的清晰界分,接下来需要进一步考察格式条款提供方应如何履行“整体订入”的提示义务以及“个别订入”的提示说明义务。

[38] See Edwin Peel, *Treitel on the Law of Contract*, 15th Edition, Sweet & Maxwell, 2020, para. 6-012.

[39] 参见〔美〕欧姆瑞·本·沙哈尔、卡尔·E.施奈德:《过犹不及:强制披露的失败》,陈晓芳译,法律出版社 2015 年版,第 36、53 页。

[40] 学说上提出的格式条款“合意度低下”的问题,似应通过个别提示的订入控制予以矫正,而非作为内容控制的权衡要素。参见解亘:《格式条款内容规制的规范体系》,载《法学研究》2013 年第 2 期。关于商事合同领域内容控制的新近讨论,参见黄帅:《商事合同格式条款的效力评价方法——以〈民法典〉第 497 条的合理性评价要件为中心》,载《财经法学》2024 年第 5 期。

[41] 参见贺剑:《〈合同法〉第 54 条第 1 款第 2 项(显失公平制度)评注》,载《法学家》2017 年第 1 期。不同观点,参见贺栩栩:《〈合同法〉第 40 条后段(格式条款效力审查)评注》,载《法学家》2018 年第 6 期。

三、电子合同格式条款的整体订入：提示条款的存在

相较于以口头或一般的书面形式订立合同，电子合同在诸多方面呈现出不同特征。围绕整体订入旨在“提示相对人存在格式条款”这一规范目的，通过分析电子合同订立过程中的特殊性，可以归纳出电子合同格式条款整体订入之提示义务的范围，进而检讨《民法典合同编通则解释》第 10 条第 3 款规定的“勾选或弹窗”是否为合理的提示方式。

（一）格式条款的可及性：订立合同的过程中可以获得

在显示设备上，格式条款可能以超链接、文本框或全部文字三种不同形式呈现。依前所述，整体订入控制层面并不保障相对人逐条阅读、了解格式条款的内容，而只是提示相对人注意存在格式条款，进而使相对人可以合理期待的条款成立并生效。因此，对于整体订入而言，重点不在于格式条款的呈现形式，而在于格式条款的可及性，即相对人可获得该条款。

在用户使用相关网站或应用程序、购买商品或服务的过程中，格式条款应呈现给用户，否则难以认为条款提供方提出了要约，故相对人应当能够获得格式条款。^{〔42〕}例如，在某电子商务平台微信公众号的购物流程中，直至付款环节都未给出用户协议的明确提示，应认定该平台未履行提示义务。^{〔43〕}再如，某电子商务平台内经营者的店铺首页载有格式条款。根据通常的消费习惯，相对人通过搜索或其他方式，不浏览店铺首页也可以下单。故在该交易流程中，平台内经营者未将合同条款呈现给用户，不应认定其履行了提示义务。^{〔44〕}

（二）格式条款的显著性：得到相对人的注意

格式条款虽呈现给相对人，但有时未必能获得相对人的充分注意。在电子信息泛滥的数字时代，消费者的注意力持续时间不断缩短。因此，若想使相对人留意到格式条款的存在，格式条款就必须具有显著性，即能够吸引相对人的注意力。^{〔45〕}

第一，在屏幕元素的空间结构中，格式条款在屏幕的各项元素中应当显著、突出，使相对人留意到格式条款。在司法实践中，电子商务经营者常常在商品详情页面的介绍中载入包含管辖条款等内容的“温馨提示”“购买须知”等。此种方式是否构成履行了提示义务，在司法实务中存在不同观点。一种观点认为，格式条款若处于商品详情页最下端，应认定经营者未履行提示义务。^{〔46〕}另一种观点认为，如果出卖人已对条款用特殊颜色和加粗字体作出醒目标识，即便条款

〔42〕 同旨参见姜津榕、于海防：《论网络格式缔约的异化与规制——以数据收集与电子商务中标准化同意的一体制为背景》，载《求是学刊》2023 年第 5 期。

〔43〕 参见广东省深圳市中级人民法院（2020）粤 03 民辖终 2556 号民事裁定书。

〔44〕 参见上海市第三中级人民法院（2020）沪 03 民辖终 7 号民事裁定书；北京市第四中级人民法院（2019）京 04 民辖终 39 号民事裁定书。

〔45〕 《中华人民共和国个人信息保护法》第 17 条第 1 款即规定个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式告知个人。另参见《中国人民银行金融消费者权益保护实施办法》（中国人民银行令〔2020〕第 5 号）第 21 条第 1 款。

〔46〕 参见曹鹏、相平平：《网购合同中格式管辖条款的效力》，载《人民司法》2023 年第 17 期。另参见最高人民法院（2022）最高法民辖 132 号民事裁定书；最高人民法院（2023）最高法民辖 1 号民事裁定书。

位于商品介绍底部，仍构成充分履行提示义务。^{〔47〕} 本文赞同前一种观点。首先，消费者在电商平台上浏览商品时，未查看商品详情的消费者也可以直接下单。其次，即便消费者查看商品详情，格式条款在内容丰富、颜色多样的商品详情页中与其他商品信息混杂。尤其是当商品详情页包含“服务方式”“温馨提示”“常见问题”等其他不同内容时，出卖人所提供的格式条款更难以引起买受人的充分注意。^{〔48〕}

第二，在屏幕元素的空间结构中，如果格式条款字体颜色较浅、被埋在多层网页中，或在不同区域分别展示格式条款，则难以期待相对人注意到格式条款的存在。^{〔49〕} 例如，“已阅读并同意服务协议与隐私政策”的提示使用浅灰色字体并标注于页面底端，难以使相对人发现格式条款的存在。^{〔50〕} 又如，在一则司法判决中，“商品详情”页面中“退款说明”一栏注明了“未消费可随时申请退款”的字样，但在“订单详情”页面的“退改规则”中则增加了“游玩日当天 17:00 前可申请退款”的额外条件。^{〔51〕} 根据消费者的阅读习惯，消费者在浏览完商品详情页面后即对退改规则拥有充分了解，通常不会在意订单详情页面条款，故应认定条款提供方未充分履行提示义务。

此外，如果格式条款已被自动勾选，用户可能无法充分注意到格式条款的存在。在司法实践中即有观点认为，当服务协议已经自动被勾选同意时，消费者可直接购物或支付完成交易，难以认定条款提供方履行了提示义务。^{〔52〕} 再如，《民法典合同编通则解释》第 10 条第 3 款有意规制电子商务中的搭售行为。消费者在通过电子商务平台订购机票或酒店时，如果已经默认勾选接送机、休息室等附加服务，也难以使相对人充分注意到格式条款的存在，故不构成适格提示。^{〔53〕} 实际上，2018 年颁布的《中华人民共和国电子商务法》第 19 条早已明确禁止电子商务经营者将搭售商品或者服务作为默认同意的选项，同样旨在保护消费者的知情权。^{〔54〕}

（三）提示格式条款具有法律效力

即便格式条款可及且显著，相对人仍有可能并未意识到提供方提供了“合同条款”，条款提供方应提示格式条款具有法律效力。在前举电子商务经营者在商品详情页面提供条款之例，“温馨提示”“购买须知”等表述可能无法使相对人充分意识到其为合同条款。相对人可能将其识别为关于商品或服务本身的描述，而非发生法律效力的合同条款。相较之下，“买家必读法律声明”的表述则更有可能引起相对人对于条款之法律效力的注意。

（四）提示时点

格式条款的提供方应在何时提示条款？通说认为，在合同订立之前即应提示相对人格式条款

〔47〕 参见山东省济宁市中级人民法院（2023）鲁 08 民辖终 333 号民事裁定书；湖北省宜昌市中级人民法院（2022）鄂 05 民终 4 号民事裁定书。

〔48〕 参见广州互联网法院（2022）粤 0192 民初 23538 号民事判决书。

〔49〕 Vgl. Lehmann-Richter, in: beck-online Grosskommentar, 1. 11. 2023, BGB § 305 Rn. 255. 1.

〔50〕 参见湖南省长沙市中级人民法院（2019）湘 01 民辖终 700 号民事裁定书。

〔51〕 参见广东省高级人民法院（2020）粤民申 2295 号民事裁定书。

〔52〕 参见辽宁省大连市中级人民法院（2023）辽 02 民辖终 148 号民事裁定书；北京市第三中级人民法院（2019）京 03 民辖终 914 号民事裁定书。

〔53〕 参见最高人民法院民事审判第二庭、研究室：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2023 年版，第 136 页。

〔54〕 参见全国人大财经委员会电子商务法起草组：《中华人民共和国电子商务法条文释义》，法律出版社 2018 年版，第 73 页。

的存在。^{〔55〕}然而，该观点值得反思。在实践中常常发生这样的情况：当事人已经付款购买软件或应用程序，直到安装软件时才阅读到服务条款，此等条款通常被称为“拆封合同”。^{〔56〕}在我国“拆封合同第一案”中，法院即认为：“如软件销售商或软件著作权人将所有合同条款都置于软件外包装上，用户在购买软件时往往没有足够的时间详细阅读……微软公司在软件外包装上提示存在完整的《许可协议》及《补充协议》，在安装软件时显示许可使用合同的详细内容，同时允许不同意许可合同的用户退货，这种做法并无不妥。”^{〔57〕}通过赋予相对人对合同条款进行审查的合理期限以及退货的权利，可以较好地实现降低交易成本、提高交易效率与保护相对人利益三者之间的平衡。因此，如果条款提供方难以在订立合同之前提示全部的格式条款，应例外承认其可以通过概括提示存在格式条款并赋予相对人审查机会与退货权利的方式履行提示义务。

四、有重大利害关系之异常条款的个别订入：使相对人阅读并理解

（一）“有重大利害关系的异常条款”之界定

依前所述，当事人勾选与点击同意等行为仅应解释为对于可以合理预期的内容作出承诺，那么超出相对人合理预期的条款若能订入合同，则必须额外得到相对人的注意与理解。因此，《民法典》第 496 条对于“免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款”规定条款提供方须采取合理方式提请对方注意并按照对方的要求予以说明，系在第二层次（即个别订入）上所作的规范。《民法典合同编通则解释》第 10 条第 1 款进一步将此等“与对方有重大利害关系的条款”界定为“异常条款”。既然个别订入层面旨在保护相对人免受超出其预期之条款的任意支配，那么对于“有重大利害关系的异常条款”的判断，应首先确定相对人在合同订立时对于合同内容的合理预期为何，进而判断格式条款是否明显偏离前述预期。

首先，合同的外观构成相对人期待的基础，相对人无法期待格式条款中存在相互矛盾的条款，在此应特别考虑合同的性质与标的。例如，酒店预订的电子商务经营者将付款方式注明为“到店支付”，但在使用条款中又载明“部分酒店住宿可能会对您的银行卡进行预授权、收取押金或预先收取全额预订费用”。由于使用条款的内容不属于通常情形下相对人对于“到店支付”的理解，故其超出了相对人的预期。除非经进一步的提示说明，否则该条款未订入合同。^{〔58〕}再如，电子商务经营者在商品页面承诺“假一赔十”，但在其他页面又注明“赔偿十倍现金券”，后一条款同样超出了一般相对人对于“假一赔十”的预期，须经个别提示才能订入合同。^{〔59〕}

反之，相对人在使用平台提供的服务时，应当能够预见到需遵守诚信原则、合理使用平台服

〔55〕 参见崔建远：《合同法总论》（上卷），中国人民大学出版社 2024 年版，第 390 页；韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 925 页；殷秋实：《〈民法典〉第 496 条（格式条款的定义与订入控制）评注》，载《中国应用法学》2022 年第 4 期。

〔56〕 参见于海防、姜洋格：《软件交易拆封合同的一般性研究》，载《法学论坛》2009 年第 2 期。

〔57〕 北京市高级人民法院（2012）高民终字第 868 号民事判决书。参见美国《消费者合同法律重述》（Restatement of the Law, Consumer Contracts）第 2 条第 b 款。

〔58〕 参见北京互联网法院（2020）京 0491 民初 21253 号民事判决书。

〔59〕 参见上海市长宁区人民法院（2019）沪 0105 民初 13445 号民事判决书。

务，不应破坏正常的交易秩序与社群规则。例如，用户在订立网络买卖合同时，应当能够预见到刷单行为将可能被出卖人取消订单。^{〔60〕}类似的情形还有，电脑游戏的《用户协议》中用户“不得公开展示和播放本产品的全部或者部分内容”，同样未超出其合理预见范围，无须个别提示。^{〔61〕}因为游戏服务通常仅赋予相对人玩游戏的权利，相对人不应期待其同时取得了对游戏的著作权。

其次，在判断是否明显偏离合理期待时，应进一步考虑格式条款是否偏离了法律所规定的默认规则以及该行业通常约定的条款。^{〔62〕}例如，条款提供方在格式条款中约定的管辖协议或仲裁协议，均偏离了法律规定的默认规则。再如，平台规定的“仅退款”规则排除了商家在合同解除后恢复原状的权利。在相对人的选取方面，应当以相对人所处行业的理性第三人为基准。因此，商人和消费者注意义务的判断标准可能存在差异。例如，电子商务平台内经营者入驻平台时，有义务留意与违规发布商品、售假行为相关的管理和处罚规则。^{〔63〕}特别是对于从事经营活动的商事主体来说，更应审慎阅读合同内容并决定是否与平台订立合作协议。^{〔64〕}

（二）提示说明义务的判断标准：相对人实际阅读和理解的可能性

如前所述，超出当事人预期的异常条款订入合同，以相对人实际了解该条款为前提。据此，条款提供方必须使相对人能够实际阅读并理解条款内容。

个别提示的功能在于使相对人能够实际阅读到合同的异常条款，进而有机会判断是要继续订立合同还是另行磋商。因此，判断条款提供方是否根据《民法典合同编通则解释》第10条第1款“采用通常足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识”，就应当以相对人是否具有阅读可能性为标准，根据通常的交易习惯依具体情形加以判断。首先，合同条款发生的情形越常见，则越容易得到相对人的注意，相对人更有可能把相关条款纳入决策中，前述理性无知的情况就越不容易出现。例如，酒店预订平台对某酒店房型的退改政策，以不同颜色的字体注明“不可取消”。根据一般消费者的交易习惯，相对人通常能够预见到可能存在因计划发生变化而取消入住酒店的情形，进而留意到上述条款的存在。因此，应认定条款提供方对该异常条款履行了提示义务。^{〔65〕}再如，在快递运输电子合同的订立过程中，电子程序在“保价”栏中明确提示“未保价物品最高赔7倍运费”，该文字简明易懂、信息明确，同样足以使相对人了解到赔偿限制条款的存在。^{〔66〕}其次，为使相对人能够理解，格式条款的文字应当清晰、简洁，尽可能少使用文字。前述“不可取消”与“未保价物品最高赔7倍运费”的标注即符合清晰、简洁的要求。此外，《民法典》第496条第2款和《民法典合同编通则解释》第10条第2款关于说明义务的规定，同样应以相对人是否实际理解格式条款的含义为判断标准。

在司法实践中争议最多的情形是：条款提供方在《用户服务协议》中对管辖协议或仲裁协议

〔60〕 参见上海市第二中级人民法院（2021）沪02民终12585号民事判决书。该案中法院认为条款提供方对于与消费者有重大利害关系的条款尽到了提示义务。

〔61〕 参见广东省高级人民法院（2018）粤民终712号民事判决书。该案中法院认为该条款未排除用户的主要权利。

〔62〕 Vgl. Bonin, in: beck-online Grosskommentar, 1. 3. 2024, BGB § 305c Rn. 41.

〔63〕 参见北京互联网法院（2021）京0491民初39082号民事判决书；上海市长宁区人民法院（2021）沪0105民初1269号民事判决书。

〔64〕 参见上海市长宁区人民法院（2018）沪0105民初8183号民事判决书。

〔65〕 参见上海市长宁区人民法院（2020）沪0105民初3621号民事判决书。

〔66〕 参见陕西省高级人民法院（2022）陕民申1140号民事裁定书。

以加粗或下划线等方式显示，是否构成合理提示。在部分司法裁判中，条款提供方以“下划线、红色标记”等方式提示，^{〔67〕}或以粗体下划线的形式特别标注，^{〔68〕}或将载有仲裁条款的规定用方括号予以突出，^{〔69〕}法院认为构成“采取合理方式提示对方注意”。

本文认为上述观点并不妥当，在冗长的用户服务协议中以加粗或下划线等方式注明协议管辖条款和仲裁条款不构成合理提示。

首先，格式条款提供方往往是以超链接的形式提供用户服务协议，根据一般消费者的阅读习惯，其通常不会打开超链接阅读具体条款。^{〔70〕}因此，相对人通常不会具体阅读并理解其中的管辖条款与仲裁条款，故难以认为条款提供方履行了提示义务。在一则司法裁判中，条款提供方在相对人登录平台时进行跳框提示，该提示仅仅附带服务协议链接，而未载明管辖协议具体内容，相对人即便未点击链接，也可点击“我知道了”进入下一步，法院认为条款提供方未履行提示义务。^{〔71〕}值得注意的是，超链接可以使相对人了解到格式条款的存在，因此符合前述第一层次（整体订入）的要求。

其次，即使用户点击并打开了服务协议，加粗或下划线的方式通常也难以使相对人注意到异常条款的存在。第一，相较于纸质文件，消费者在浏览网络页面时注意力容易分散，加粗与下划线的提示注意功能降低。^{〔72〕}第二，协议管辖或仲裁条款往往混杂在各项规则与服务协议的繁琐信息中，甚至有的服务协议长达 18 页，而仲裁条款位于第 18 页，即便该条款已经加粗并添加下划线，也难以合理期待相对人实际阅读到该条款。^{〔73〕}第三，如果服务协议中黑体字条款内容繁多，那么管辖条款与其他条款并无明显区别。据法院统计，某平台提供的《用户协议》内容共计 12 页，几乎每页均有多条黑体标示条款，其中共达 5 页中的黑体标示条款明显多于非黑体字条款，难以起到合理提示消费者的作用。^{〔74〕}因此，对位于超链接中的仲裁条款和管辖条款等异常条款以加粗或下划线的方式显示，难以使相对人具有充分的阅读可能性，不宜认为条款提供方履行了提示义务。

值得注意的是，相对人是否具有阅读可能性应个案判断。有学者主张，为确保相对人实际阅读合同条款，合同文本最多只能包括“3 行文字，每行 5 个字”或“5 行文字，每行 3 个字”。^{〔75〕}这一观点提出了提示义务履行的明确判断标准，但未免失之武断。例如，商品或服务的退货或退

〔67〕 参见安徽省高级人民法院（2019）皖民申 712 号民事裁定书。

〔68〕 参见湖北省高级人民法院（2018）鄂民申 58 号民事裁定书。持相同观点的其他判决，参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院（2021）桂 01 民终 10978 号民事裁定书；浙江省宁波市中级人民法院（2019）浙 02 民辖终 623 号民事裁定书；北京市第四中级人民法院（2023）京 04 民辖终 22 号民事裁定书。

〔69〕 参见北京市第四中级人民法院（2022）京 04 民终 298 号民事裁定书。

〔70〕 《网络交易平台合同格式条款规范指引》（工商市字〔2014〕144 号）第 9 条第 2 款即规定“不得仅以提示进一步阅读的方式履行提示义务”。

〔71〕 参见天津市第三中级人民法院（2021）津 03 民辖终 445 号民事裁定书。

〔72〕 参见福建省莆田市中级人民法院（2021）闽 03 民辖终 174 号民事裁定书；吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院（2021）吉 24 民辖终 30 号民事裁定书。

〔73〕 参见福建省漳州市中级人民法院（2020）闽 06 民辖终 115 号民事裁定书。

〔74〕 参见福建省莆田市中级人民法院（2018）闽 03 民辖终 296 号民事裁定书。另参见广东省江门市中级人民法院（2019）粤 07 民辖终 118 号民事裁定书；重庆市第五中级人民法院（2021）渝 05 民辖终 291 号民事裁定书。

〔75〕 See Nancy S. Kim, *Adhesive Terms and Reasonable Notice*, 53 Seton Hall Law Review 85, 138 (2022).

改政策往往超出 15 个字，消费者仍会实际阅读。因此，对于相对人阅读可能性的判断，只能根据通常的交易习惯视具体情况而定，无法一概而论。

（三）以勾选与弹窗方式进行个别提示

只要勾选与弹窗方式能够引起相对人注意到格式条款的存在，就满足整体提示的要求。但以勾选与弹窗方式进行提示是否满足个别提示义务的要求，应视相对人是否有可能实际阅读并理解异常条款而定。因此，即便格式条款的提供者在格式条款旁边附加“我已阅读”相关条款的勾选框，若未使相对人能够实际阅读和理解，仍不构成适格的提示。^{〔76〕}

如果相对人能够充分阅读、了解相关条款，则应认定条款提供方履行了“有重大利害关系的异常条款”的提示义务。例如，在某快递运输电子合同的订立过程中，托运人收到的是否保价的弹窗中载有“未进行保价的物品若在寄递过程中发生丢损，最高将获得 5 倍运费内的赔偿，价值超过 1000 元的物品建议按照货物价值进行投保”，并且客户需选择“立即保价”或“无须保价”。在这种情况下，承运人所作的文字陈述简明易懂，具有实际阅读的可能性，相对人能够实际了解是否保价的不同后果，故应认定条款提供方履行了提示义务。^{〔77〕}

然而，在地方性司法政策文件中，有观点认为“网络平台通过单独跳框的形式对管辖条款、免责条款进行单独的特别提示的，消费者通过点击同意该条款”，则应认定网络平台履行了提示义务。^{〔78〕}上述观点片面强调“单独跳框”的提示形式，未充分关注相对人实际阅读与理解的可能性，故并不可采。因为弹窗或跳窗仅仅是条款呈现的形式，某种具体形式本身无法确保相对人能够实际阅读到异常条款。例如，“单独跳框”中可能充斥大量的条款文本，难以期待相对人阅读，则无法认为格式条款提供方履行了个别提示义务。

五、结 论

本文以电子合同格式条款的订入控制为题展开研究，结论可以概括如下：

1. 由于电子合同格式条款篇幅冗长、专业术语繁多，相对人没有充分的经济动机阅读格式条款。有限理性与条款提供方的强势经济地位进一步导致相对人不阅读格式条款。根据意思表示的客观解释规则，勾选与点击同意的行为构成承诺，“未被阅读的格式条款不订入合同”的激进观点并不可采。不过，相对人仅就其可以合理预期的条款作出承诺，价格效应的观点难以成立。据此，应将格式条款的订入控制区分为“整体订入”与“个别订入”两个层面。

2. 整体订入层面仅要求格式条款提供方提示条款的存在，以使可被合理期待的条款成立并生效。格式条款应具有可及性与显著性，并应提示格式条款具有法律效力。整体订入的提示时点原则上为合同订立前，但在个别情况下，如果条款提供方难以在订立合同之前提示全部的格式条款，应例外承认其可以通过概括提示存在格式条款并赋予相对人审查机会与退货权利的方式履行

〔76〕 Vgl. Fornasier, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl., 2022, BGB § 305c Rn. 10.

〔77〕 参见北京市高级人民法院（2022）京民申 7303 号民事裁定书。

〔78〕 参见江苏省高级人民法院《关于审理消费者权益保护纠纷案件若干问题的讨论纪要》（江苏省高级人民法院审判委员会会议纪要〔2016〕10 号）第 12 条。

提示义务。

3. 个别订入层面针对超出合理期待的异常条款为格式条款提供方施加了更重的提示与说明义务，其应使相对人具有实际阅读并理解格式条款内容的可能性。对于“有重大利害关系的异常条款”，应当以相对人对于合同条款的合理预期为基础进行判断，尤其应考虑合同的外观，以及格式条款是否偏离了法律规定的默认规则。

4. 以勾选与弹窗方式进行提示是否满足提示义务的要求，应根据上述整体与个别订入的不同层面予以分析。

Abstract: The standard terms of electronic contracts are usually lengthy and contain many technical terms, so counterparties do not have sufficient economic incentives to read the standard terms. Bounded rationality and the strong economic position of the party providing the terms further lead counterparties not to read the standard terms. According to the rule of objective interpretation of declarations of intent, the act of checking or clicking “I agree” should be interpreted as that the counterparty makes a commitment to the reasonably foreseeable terms. Accordingly, the incorporation control of standard terms is divided into two levels: “overall incorporation” and “individual incorporation”. At the overall incorporation level, it is only required that the party providing the standard terms give notice of the existence of the terms, so that the terms that can be reasonably expected come into effect. For this purpose, the standard terms should be accessible and conspicuous, and it should be indicated that the standard terms have legal effect. The time of notice is in principle before the conclusion of the contract, but there are exceptions. At the individual incorporation level, the duty to give notice should be judged based on whether the counterparty can actually read and understand the content of the standard terms, especially considering the appearance of the contract and whether the standard terms deviate from the default rules prescribed by law. Whether providing notice by a tick box or pop-up window satisfies the duty of notice should be judged differently according to the overall incorporation and individual incorporation of the standard terms.

Key Words: standard terms, surprising terms, electronic contracts, duty to give notice, duty to explain

(责任编辑：徐建刚)