



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

合同与担保卷

Contract and Guarantee Law

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



全国专家型法官 司法意见精粹

国家法官学院◎编

合同与担保卷

Contract and Guarantee Law

《全国专家型法官司法意见精粹系列》

编审人员

边疆戈

肇

胡田野 曹士兵 温培英

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

全国专家型法官司法意见精粹·合同与担保卷/ 国家
法官学院编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 10
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4035 - 6

I. ①全… II. ①国… III. ①合同法 - 研究 - 中国②担保
法 - 研究 - 中国 IV. ①D920. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 231782 号

责任编辑: 周林刚

封面设计: 李 宁

全国专家型法官司法意见精粹·合同与担保卷

QUANGUO ZHUANJIAXINGFAGUAN SIFAYIJIAN JINGCUI · HETONG YU DANBAOJUAN

编者/国家法官学院

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/720 × 1030 毫米 16

版次/2013 年 2 月第 1 版

印张/24.5 字数/377 千

2013 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4035 - 6

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfsz.com>

市场营销部电话: 66017726

传真: 66031119

编辑部电话: 66067024

邮购部电话: 66033288

序 言

展现在读者眼前的这套书是国家法官学院近年来加强司法实证研究，将更多的理论研究成果转化为指导审判实践活动的一项有益的尝试。国家法官学院作为最高人民法院教育培训与科研基地，一直将培养、培训高级法官和加强司法实证研究作为自己的历史使命和工作目标，她不仅是培养、培训中国法官的摇篮，也是中国司法实务研究的一个重要场所和平台。

改革开放以来，中国经济的发展可谓飞速和迅猛，这样的增长和变革，对法制环境和法院的审判工作提出了新的、更高的要求。为加强法院系统的学术研究氛围，提高法官业务素质，最高人民法院于1989年举办了全国法院系统第一届学术讨论会，在全国法院系统组织论文撰写，并进行优秀论文评选。自此，在全国法院系统内，逐渐兴起了注重司法实务问题研究、注重法学理论与审判实践相结合的实证研究之风，涌现出越来越多的学者型法官。经过二十多年的耕耘，全国法官的业务水平在整体上已经有了显著的提高，全国法院学术讨论会的影响和规模也日渐兴盛，成为中国司法领域中的一个品牌项目。

作为法院系统内每年最重要的一次学术实力的评比，各级法院都十分重视，论文从选题、调研，收集资料、分析，到最后写作、修改，都是举全省、市、自治区之力，经过逐级评比和推荐选送。在此展现给大家的成果都是经过层层筛选后脱颖而出的，其中不乏获得一、二等奖的佳作。这些论文要么在司法理论上有着独到的见解，要么在审判实务中具有指导意义和实践价值。

每年在全国法院系统选送的1600余篇论文中，能够获得一、二等奖并被收入论文集正式出版的，只占其中的十分之一，还有很多优秀论文，由于篇幅限制或主题相近等原因未能入选，但是同样具有相当高的理论水平和实际应用价值。

作为全国法院学术讨论会的承办单位之一，国家法官学院有责任和义务在加强法官教育培训和审判实务研究的同时，为全国的学者型法官搭建一个展示自己的平

台，将他们的科研成果转化为指导法官办案的理论工具和经验参考，转化为法律教学的教材和资料，真正体现科研就是生产力的宗旨。

为促进全国法院学术讨论会论文成果的转化和应用，进一步推动全国法院司法实务和审判实证研究工作的新发展，全国法院学术讨论组织委员会办公室决定将全国法院第23届学术讨论会征集到的部分优秀论文分专题结集出版，丛书定名为《全国专家型法官司法意见精粹》。出版本丛书的宗旨和定位是进一步展现全国法院系统法官的学术研究新成果，力求从实务的角度向司法人员提供更多更有效的裁判思路和法律适用方法，向从事法律教学的人员提供更丰富更有益的实证材料。

本丛书共五本，分别为：《侵权赔偿卷》、《婚姻家庭卷》、《合同与担保卷》、《公司与金融卷》、《土地与房产卷》。

司法作为一门实践的艺术，需要更多从实践中产生、并能指导实践的具有可操作性的理论工具，仅仅就理论而论理不能体现法院系统学术研究的特点和价值。可以说，本丛书辑录的论文的最大特点就是理论联系实践。相信本丛书的出版会满足广大司法研修者对法官如何办案、法学理论是如何运用到审判实践中的好奇，让更多的人了解法院和法官的工作，让司法公开、司法为民得到更具体的体现。同时，本丛书作为全国法院系统学术讨论会成果转化的初次尝试，难免有不足与遗憾，真诚希望得到广大读者的指正，我们将不懈努力，不断为大家贡献新的成果。

目 录

Contents

一、合同总则

格式条款的司法规制	1
交易习惯的司法适用	12
合同漏洞填补规则的应用及其限制	24
待审批生效合同的司法认定及处理	35
合同无效的认定	45
合同欺诈与合同诈骗的司法识别	60
违反强制性规定合同效力的法解释学分析	69
违反资格型强制性规范的效力	81
管理性强制规定影响合同效力的认定	92
违法合同效力的判别标准	102
情势变更之显失公平的判定	112
合同解除权嵌套的法律适用	125
合同解除权的行使	134
合同解除程序、除斥期间与法律效果	143
合同违约解除的损害赔偿范围	155
违约责任中可得利益的保护	166
调整违约金的适用标准	177
违约金“过高”的调整	184
违约与侵权责任的竞合	191

二、合同分则

网络团购中消费者权益受侵害的救济	201
《合同法》质量异议期规定与《产品质量法》的衔接适用	210
风险负担规则与合同解除制度的竞合与应对	219
民间借贷纠纷案件利息的审查与处理	229
高息民间借贷的司法认定及规制	244
“无因”借据的司法审查和规制	256
居间合同纠纷案件的法律适用	266

三、担 保

人的担保与物的担保并存之法律适用	276
采用欺诈、胁迫手段订立担保合同的效力认定	283
司法判决中的公司担保规则	295
公司对外担保效力的司法认定	311
主债权诉讼时效完成对担保物权的影响	325
保证期间与诉讼时效的衔接和转换	335
银行抵押权与房主所有权的冲突与出路	344
民间借贷纠纷中的房屋抵押问题	354
动产抵押权的对抗效力	361

四、其 他

连带之债的司法适用	370
不真正连带债务的份额化处理	379

一、合同总则

格式条款的司法规制

【提要】

自格式条款出现以来，对其争议就一直不断，有赞成有反对。但无论争议声有多激烈，格式条款仍然成长壮大，越来越繁荣。当前，有超过90%的合同均含有格式条款，它已经成为我们生活不可或缺的一部分。如何发挥格式条款的优越性，规制其缺陷，已经成为无可回避、必须直面的问题。本文通过描述格式条款的现状，分析对比其优势与缺陷，指出格式条款对合同法理论的巨大挑战和价值。格式条款的繁荣，没有导致契约死亡，但急需司法规制。通过着眼于格式条款效力的认定及不利解释启动之前提，提出司法对格式条款规制应当遵守的原则和建议。

格式条款，指一方当事人为了反复使用而预先制订的，并由不特定的第三人所接受的，在订立合同时不能与对方协商的条款。^①《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第三十九条第二款规定：“格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。”

格式条款是19世纪工业革命的产物，随着货物和服务生产的标准化，合同条款的标准化也随之出现。^②格式条款是合同法发展的重要标志之一；它的出现不仅

^① 王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2002年版，第384页。

^② [德]海因·克茨：《欧洲合同法》，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第199页。

改变了传统的缔约方式，而且对合同自由和正义原则产生了巨大的冲击。^① 现在，市场交易中大量合同都含有格式条款，并已成为当代合同法发展的一个重要趋向。对于格式条款，单个的交易者很难就其内容同提供者进行磋商和调整，那么当出现纠纷时，法院如何判定格式条款是否成立，又具体采用什么标准认定格式条款的效力？这就是本文拟讨论的问题。

一、全面统治——格式条款之于我们的生活

（一）统治现状

当前，如果有人说我们生活在契约之中，恐怕无人不会赞同，但如果有人说我们生活在格式条款之中，也许有人会有疑问。但实际情况确实如此，目前含有格式条款的合同占合同总数的90%以上^②。实际上，我们每天都需要用水用电用气，每天都需要使用电信公司或移动公司的设备与不同的人通电话，经常会去超市买盒牛奶，一生中也许会有一次去售楼处买套房子。但无论金额大小，我们每天无不生活在契约中，甚或多到一天会订有数份不同的契约；无论金额大小，我们均依赖这些契约而生活；也无论金额大小，我们大多没有与对方就合同条款进行充分磋商，更没有能力就这些事先已拟定好的条款讨价还价，我们面临着“要么接受，要么走开”（take it or leave it）的现实。

渐渐的，很多人并不在意这些条款，甚至看也不看，直接签字。也是，就算在意了较真了又能如何？因为你不能改变任何条款，但你又确实需要它的商品或服务。

（二）原因反思

那么，格式条款为何如此普遍？

我国台湾学者认为，格式条款的日渐普遍，主要原因有三：一是法律行为或缔约行为的强制性倾向；二是缔约、履约大量发生，不断重复，企业利用格式合同作为攫取高额利润的有效工具；三是以大量生产消费为内容的现代生活关系，使得企

① [英] P.S. 阿狄亚：《合同法导论》，赵旭东等译，法律出版社2002年版，第14页。

② 高圣平：《格式合同司法规制中的几个问题》，载《合同法评论》2004年第4辑，第21页。

业与顾客都希望能简化缔约过程。^① 笔者认为，格式条款被越来越普遍运用的主要原因可以归纳为“一个基础、两个要求”。

1. 格式条款产生的基础。从19世纪末开始，人类生活发生了深刻的变化。首先是作为近代民法基础的两个基本判断即所谓平等性和互换性已经丧失，出现了严重的两极分化和对立。其一是企业主与劳动者的对立；其二是生产者和消费者的对立。劳动者和消费者成为社会生活中的弱者。^②

2. 垄断的要求。企业若根据法律或行政上的许可，具有行业垄断性，经济实力不断增加，则与个人在法律地位上产生不平等，悬殊愈来愈大。因此，企业往往凭借这种经济或垄断优势，将自己的意志强加于他人，利用含有格式条款的合同作为攫取高额利润的有效工具。

3. 简化缔约的要求。以大量生产消费为内容的现代生活关系，使得企业与顾客都希望能简化缔约过程。个人为修改条款或查明其他公司的条款在哪些方面更有利而花费时间和金钱，是不值得的。个人不经探讨就接受格式条款，并不是因为受到“强有力的工业或商业巨头”的强迫，而是因为谈判的成本、取得必要信息的成本或找到更有利的要约的成本，与取得有利条件相比完全不成比例。^③ 现代商业社会，缔约、履约大量发生，交易内容不断重复，加上交易双方对效率的追求，必然导致大量运用格式条款。在我国垄断程度较高的公用事业领域更有泛滥之势，如邮电、通信、铁路、银行、航空、用电、用水、医院、保险等许多行业，由于涉及每个人的生活，垄断或超大型企业的存在，导致格式条款严重地影响着国人的日常生活。

二、格式条款之弊——对契约自由、正义的挑战

（一）契约诞生于自由，彰显正义

契约自由原则（个人意思的自治）和私人所有权绝对原则（私有财产绝对）、

① 黄越钦：《论附和契约》，载郑玉波主编《民法债编论文选辑》，第293页。

② 李永军：《合同法》，法律出版社2005年7月版，第298页。

③ [德]海因·克茨：《欧洲合同法》，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第201页。

过失责任原则（自己责任原则）被并称为近代私法的三大原则。^①

契约自由要求双方当事人具有平等的法律地位，可以自由协商契约内容，最终达成的契约才能真正拘束双方，并从契约订立的程序到契约的条款真正体现自由、正义。关于契约自由的内容，有学者认为包括五种自由：（1）缔约自由，即得自由决定是否与他人缔结契约；（2）相对人自由，即得自由决定究与何人缔结契约；（3）内容自由，即双方当事人得自由决定契约的内容；（4）变更或废弃的自由，即当事人得于缔约后变更契约的内容，甚至以“后契约”废弃“前契约”（如合意解除）；（5）方式自由，即契约的订立不以践行一定方式为必要。^②

（二）格式条款之于契约自由、正义和交易安全的限制

企业利用形式上之契约自由原则，将条款片面置入契约之内，确保其利益，排除法条规定，相对人自始对之不能置一词，嗣后亦无主张契约自由之可能。^③

格式条款之所以对契约自由、正义产生如此巨大的冲击，是由格式条款最主要的特征决定的，即王利明先生所谓的“不能协商”。^④正因为不能协商，迫于生活的需求和节约成本的要求，我们只有低头接受格式条款。“正是这些使用格式合同的工商业组织，把消费者戏称为‘上帝’，也正是他们使‘上帝’变成了驯服的奴隶。也许，在当今社会中，我们这些‘上帝’变成了驯服的奴隶。也许，在当今社会中，我们这些‘上帝’的‘尊严’只有在那些沿街叫卖的小商贩那里还能体现出来，在那里还能享受到古典契约理论家所倡导的讨价还价的乐趣。”^⑤为此，有的学者甚至发出了“契约死亡”的感叹。^⑥

三、格式条款之利——源于规则之治与商事交易的要求

（一）真正的自由源于规则之治

苏格兰哲学家威廉·索利曾经说过：“一个把不干预私人活动确立为政府政策

① [日] 我妻荣：《债权各论上卷》，徐慧译，中国法制出版社2008年版，第15页。

② 王泽鉴：《债法原理（第一册）》，中国政法大学出版社2001年版，第73-74页。

③ 黄越钦：《论附合契约》，载郑玉波主编《民法债编论文选辑》上册，第296页。

④ 王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2002年版，第381页。

⑤ 江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，第594页。

⑥ Grant Gilmore, *The Death of Contract* (1974)，转引自梁慧星主编《民商法论丛》（第2卷），法律出版社1994年版，第456页。

的主要原则的社会制度，可能会产生高度不平等的社会形式。”绝对契约自由的含义，与其说是机会的开始、利益的贯彻，不如说是强者利用其经济力量制定契约条款的开始。正是这种对契约自由的滥用，导致了严重的不公正，从而为国家对契约的规制提供了理由。^①

《合同法》颁布之后，国家工商行政管理局和相关行业主管部门都颁布了大量的示范文本，在房屋买卖、租赁、建筑、供用电、保险等许多行业正在逐渐推行各类示范合同。^②虽然示范合同的条款并不是格式条款，但多数情况下，当事双方都会直接引用而不做修改。因此，在正式订入合同之后，这些示范文本的条款就成为格式条款。示范合同的推广对于完善合同条款，明确当事人的权利义务，减少当事人因欠缺合同法律知识而产生的各类纠纷均有重大意义。

契约自由应受限制，为事理之当然——格式条款确实能够起到这样的作用。无限制的自由，乃契约制度的自我扬弃。在某种意义上，一部契约自由史，就是契约如何受到限制，经由醇化，而促进实践契约正义的记录。^③

（二）现代社会商事交易的需求

格式条款的产生、特别是发展壮大，是现代商品经济发展的必然。合同制度是商品经济从萌芽、发展到发达过程的法律折射，记载着商品经济由低级形态到高级形态演变的历史足迹。现代商事交易的特点之一是从双向交易转型为多向交易，从一次性交易转型为连续性交易，从短期交易走向远期交易，从单纯的货物交易走向技术交易、权利交易。

现代化生产经营活动具有专业分工严明、科学性和复杂性的特点，具有高速度、低耗费、高效益的发展需求。现代化的许多物品生产采取的是大量制造和大宗交易的方式，许多交易活动是不断重复进行的，许多公用事业服务具有既定的要求，所以企业通过大量使用格式条款可以使订约基础明确、节省费用、节约时间，从而大大降低交易费用，适应现代社会商品经济高度发展的要求。格式条款的使用，使企业不再和单个的消费者进行个别的谈判，极大地减少了交易的磋商时间和

^① 李永军：《合同法》，法律出版社2005年7月版，第300页。

^② 高圣平：《格式合同司法规制中的几个问题》，载《合同法评论》2004年第4辑，第25页。

^③ 王泽鉴：《债法原理（第一册）》，中国政法大学出版社2001年版，第74页。

费用,为企业和顾客节省成本,避免了单独谈判合同的麻烦,更容易预测交易成本,简化交易程序,并因此有助于保持低成本,结果价格也降低。^①而且企业可以通过固定化的、预先拟定的合同条款来预先控制及分配风险,^②并可以避免不必要的争议和诉讼,有助于大批量商事交易的发展和合理化。

四、格式条款的司法规制:效力否定或不利解释之开启前提

如何在恪守契约自由、正义的同时,又遵守契约制度,限制无节制的自由,发挥格式条款的巨大便利,有利于大众的生活,是一项重大课题。对于格式条款的控制,有立法、行政及司法方面多种措施,但司法是控制的最终一环。司法控制最关键的手段是对格式条款效力的认定及作出对格式条款提供方不利的解释,而效力否定及不利解释开启的前提,必须取决于以下几点考察。

(一) 考察前提第一步:订立合同时,订约双方拥有的关于订约有关的信息是否对称

【材料一】甲公司向乙保险公司投保车辆损失险,保险条款第4条第5款约定:“因雷击、雹灾、暴雨、洪水、海啸原因造成被保险机动车的损失,保险人依照本保险合同的约定负责赔偿”;第7条第10项约定:“发动机进水后导致的发动机损坏,保险人不负责赔偿。”后保险车辆在道路上正常行驶,由于连降暴雨,道路积水,车辆驶过积水处时突然熄火。经查,是由于发动机进水而导致车辆受损。甲公司要求乙保险公司理赔,但乙保险公司以该车损属于免赔范围,拒绝赔偿。^③

甲公司认为,其符合暴雨导致的车辆损失的保险合同条款的约定,保险公司应当予以赔偿。该主张实际涉及在订立保险合同之前或当时,订约双方对于与订约有关的信息掌握是否对称,格式条款提供方对商品信息的披露是否足够透明和充分。因为保险是一种商品,保险人应当向相对人充分披露该商品的信息和特征。本案中,保险条款约定:暴雨造成的车辆损失要赔偿,而发动机进水不予赔偿。但生活中,暴雨是很有可能导致发动机进水的,在暴雨导致发动机进水的情况下,保险人

① [德]海因·克茨:《欧洲合同法》,周忠海、李居迁、宫立云译,法律出版社2001年版,第199页。

② 王利明:《合同法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社2002年版,第385页。

③ 来源于江苏省常州市中级人民法院(2010)常商终字第484号民事判决。

是否应当赔偿？即“暴雨赔偿”与“发动机进水免责”在暴雨条件下的区别，就是应当由保险人披露的涉及该保险商品的重大信息和特征。

现实中，本来就大量存在缔约双方缺乏平等协商的情况，再加上商品信息不对称、不透明，拥有的相关专业知识的法律知识的失衡，作为格式条款相对人往往在订立合同时就成为弱者，不自觉的接受一些不平等的格式条款。因此，如果格式条款提供方在与相对人订约之前或当时，对于商品信息的披露不充分、不透明，致使相对人接受格式条款，则对于相对人不利益的格式条款就应当认定为未成为合同条款，无效。

（二）考察前提第二步：格式条款提供方是否履行了正当程序的提请注意和明确说明义务

《合同法》第三十九条第一款规定：“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。”

1. 提请注意、明确说明的时间。先来看以下两则事例：

【材料二】宾馆房间内所展示的免除宾馆对房客贵重物品在房间内丢失应负责任的通告。

【材料三】停车场出口，车辆在交纳停车费之后才收到的停车发票背面打印的免责条款。

宾馆通告是宾馆提供的一项免责格式条款，但对于顾客属于无效条款并无拘束力，因为合同是在顾客于服务台接到房间钥匙时即已成立。车辆驶出停车场时才收到的发票上打印的免责条款，亦属无效，停车服务合同已于车辆驶入停车场时成立。

世界上第一部规定格式条款特殊规则的法典是《意大利民法典》，其第1341条规定：只有在订约时顾客知晓格式条款或者只要其有适当的警觉性就应当知晓格式条款，它们才构成合同的一部分。^①对于免责格式条款提供者应当履行的提请对方注意的义务，虽然很难说明印刷应当达到何种醒目的程度，或字符应当多大，或是

^① [德] 海因·克茨：《欧洲合同法》，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第202—203页。

否应添加一个红色箭头符号，但是在任何情况下，在合同成立前，都应当向对方提示该条款。^①

2. 提请注意的方式应当是个别提请注意为原则，公开张贴公告提请注意为例外。在个别提请注意有困难时，才能公告提请注意。公告提请注意主要存在于以下交易场合：一是与大众消费者默示缔结的合同，由于缺乏个别接触而无法向消费者个别提请注意格式条款内容，如停车场、公交运输、自动售货机等发生的合同。二是交易频繁的大量合同，即使有向个别相对人提请注意格式条款内容之可能，但依其交易方式及形态，或有现实上的困难，或显系多余，如戏院、博物馆、赛场及大型购物中心等。

3. 提请注意的程度应达到足以使正常社会一般人注意到格式条款。格式条款如果字体过小、印刷模糊，致使正常社会一般人难以注意其存在或难以辨识的，不论该条款是否记载于合同之中，均属未向相对人提请注意。对此，王利明先生认为，必须能够引起一般相对人的注意，合理注意在不同情况下其确定的标准是不同的，但总的来说，应通过合理的方式提请注意而使相对人对条款的内容有足够的了解。换句话说，应向相对人提供合理机会了解条款内容。^②同时，还应照顾特殊群体。崔建远先生认为，我国法应该采取主客观结合的判断标准，即原则上以理智正常的社会一般人的认识水平为标准，兼顾智力欠缺、盲人、文盲等消费者的特殊情况。^③

4. 明确说明的程度。在相对人提出要求格式条款提供方就免责格式条款予以说明时，格式条款提供方应予以明确说明。《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）》第六条第一款规定：“提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时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，人民法院应当认定符合合同法第三十九条所称‘采取合理的方式’。”

明确说明的程度，应当是对有关免责条款的概念、内容及其法律后果等，以书

① [德]海因·克茨：《欧洲合同法》，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第202页。

② 王利明：《合同法研究（第一卷）》，中国人民大学出版社2002年版，第394-395页。

③ 崔建远：《合同责任研究》，吉林大学出版社1992年版，第141页。

面或口头形式向相对人作出通常人能够理解的解释，以使相对人明了该条款的真实含义和法律后果。当然，还应兼顾特殊群体。但是，如果相对人并未要求说明，笔者认为，对于格式条款中的免责条款，提供方仍应当予以主动明确说明。

（三）考察前提第三步：格式条款是否实质公平

格式条款实质上是否公平，在判断格式条款效力上具有一票否决的作用。最高人民法院民二庭宋晓明庭长 2009 年接受记者采访时表示：“如果说十多年前的经济生活环境呼唤一部张扬契约自由、形式平等的合同法到来的话，十多年后今天的社会环境则更加期待诚实信用、合同正义、实质公平等精神理念在合同法中得到落实。”^①

【材料四】2004 年 10 月 9 日，王某出资购买吴江市某公司开发的房屋，双方签订商品房买卖合同，合同第十七条第二款载明：“该商品房所在楼宇的外墙面使用权归出卖人所有，出卖人有权设置广告牌、广告灯箱等”。后王某所购商品房的外墙面上被设置了广告牌，影响房屋的正常使用。王某向法院诉讼，请求确认合同第十七条第二款约定无效。^②

【材料五】摄影合同约定：如遇胶卷或存储器损坏、丢失，导致照片灭失，只退还摄影费用。

对于王某的诉请，吴江市某公司提供的“该商品房所在楼宇的外墙面使用权归出卖人所有，出卖人有权设置广告牌、广告灯箱等”的条款属于格式条款，该条款将当然属于房屋结构一部分的外墙面单独设定权利，实质上侵害了房屋所有权人对整个房屋享有的合法权益，并已经影响了房屋所有权人正常使用房屋，该格式条款实质上不公平。法院经审理，最终确认了该条款无效。摄影是一门艺术，其拍摄的照片当然也具有艺术价值，同时在像婚礼、重大聚会等场合，许多瞬间无法复制，如果因为影楼方面的原因，导致拍摄的胶卷或存储器损坏，照片无法找回，给相对人造成的损失恐怕就不是退还摄影费用所能弥补的，其必然使相对人在精神上陷入深深的遗憾甚或痛苦之中，必须给予精神慰藉及经济赔偿，因此，该格式条款也是不公平的。

^① 载《商事审判指导》2009 年第四辑，人民法院出版社 2010 年版，第 1 页。

^② 来源于江苏省苏州市中级人民法院（2006）苏中民一终字第 1812 号民事判决。

早在1993年4月5日，欧洲共同体签署了《关于消费合同中不公平条款的指令》，要求成员国颁布法律规定，对于未经个别谈判的合同条款，如果它们与善意的要求相反，引起了双方在合同项下的权利和义务极不平衡，不利于消费者，则法官有权宣布无效。^①

如何判断格式条款是否公平，在德国通常取决于两个因素：第一，该条款脱离该法律行为所属法律典型的程度；第二，格式条款的使用人提请相对人注意格式条款内容的方法。我国学术界一般认为，格式条款有下列情形之一者，推定其显失公平：（1）违反平等互惠原则；（2）条款与其所排除不予适用之任意规定之立法意旨显相矛盾者；（3）契约之主要权利或义务，因受条款之限制致契约之目的难以达成者。^②

当然，对于不公平的格式条款，如果存在两种以上不同解释，则可由相对人选择是主张认定其无效，还是认定其有效并适用对格式条款提供方不利的解释。对于特殊的格式条款，如违约金条款，如果约定的违约金过高时，可以从《合同法》的特殊规定，即违约方可以请求予以减少。

（四）考察前提第四步：签订格式条款的双方是否是商主体

在现代商品经济社会中，缔约主体区分为商人和普通消费者，这两类主体的差异早已引起关注。因此，合同因其主体的差异又可区分为“消费者合同”与“商业性合同”。例如：

【材料六】甲公司与乙公司于2005年6月9日签订一份购销合同，约定由甲公司出售水泵给乙公司。甲公司提供的格式条款中有一条对质量的规定：“当场验收，未提出异议的视同安装调试合格”。^③

上述案例涉及的买卖合同是典型的商主体之间的商业性合同，双方均为商人，对于所买卖的物品具有同等的专业知识，也具有相当的交易经验及知识，有足够的注意能力和交涉能力。因此，对于上述“当场验收，未提出异议的视同安装调试合

① [德] 海因·克茨：《欧洲合同法》，周忠海、李居迁、宫立云译，法律出版社2001年版，第206页。

② 高圣平：《格式合同司法规制中的几个问题》，载《合同法评论》2004年第4辑，第46页。

③ 来源于上海市第二中级人民法院（2006）沪二中民四（商）终字第837号民事判决。