

格式合同研究

■ 杜 军 著



ON STANDARD

FORM

CONTRACT

群众出版社

图书在版编目(CIP)数据

格式合同研究/杜军著. —北京:群众出版社,
2001. 5

ISBN 7-5014-2491-8

I. 格… I. 杜… III. 合同, 格式-研究
IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 027415 号

格式合同研究

杜军 著

群众出版社出版、发行 新华书店经销

北京市白河印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开本 21.25 印张 561 千字

2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 7-5014-2491-8/D · 1164 定价:35.00 元

印数:0001—4000 册

引 言

格式合同又称为标准合同、定式合同,是指合同条款由当事人一方为重复使用而预先拟订,相对方只能对该拟订好的合同概括地表示全部同意或者全部不予接受,而不能讨价还价进行协商的合同类型。格式合同普遍地出现于当今社会经济生活的各个领域,特别是在生活消费领域,储蓄存款、保险、公房租赁、水电供应、车船飞机运送、邮政电信服务、旅游服务等格式合同在我国方兴未艾,与广大消费者的切身利益息息相关。当我们这些被称为“上帝”的弱者走进银行、保险公司或电讯公司等服务机构时,等待我们的是那些早已印好了的单据;当我们欲乘坐火车或飞机时,只有交钱后才会得到一张上面印有各种权利义务的票证,而且无论到任何一家类似的机构,条件是一样的。任何一位“上帝”只有交钱画押的权利,而欲就这些已印就的格式合同条款与其交涉,那是不可能的。久而久之,“上帝”们就不再有协商的观念了。正如阿蒂亚所言:“在当今世界的大量案件中,合同应当基于协议的想法,只有在非常狭小的意义上说才是正确的……如果说,一个合同的各项条款都是根据双方当事人的协议而拟订的,也不能说是正确的……虽然谁也不能强迫我去乘火车旅行,但是,如果我想乘火车旅行,就必须遵守铁路局强加于我的条款和条件。我不能就自己的条款或条件与其协商。同样,如果我想使自己的房子得到电和煤气,就必须按电力公司或煤气公司所提出的条款与其签订合同。甚至在有些货物或服务不是由一个单独的垄断组织垄断时,我们也会经常发现,他们向公众提出的订立合同的条款和条件即使不完全也十分相似。例如,如果某人想乘坐飞机,他可在大量的航空公司中进行选择。但他会发现,这些航空公司都会以完全相

同的费用向他提供完全相同的条件。”^① 这就是格式合同普遍运用的结果。可以说,历史推进到今天,人们在日常生活中,已是无时无刻不在与格式合同发生着联系。

格式合同的采用,不仅有利于减少谈判麻烦、节约时间、经费,减少交易成本,事先分配合同风险,而且还可以预估生产成本,促进企业的合理化经营,消费者也不必耗费精神财富就交易条件讨价还价,且企业经营合理化有助于改善商品的品质及降低价格,对广大消费者甚为有利。但是,格式合同的广泛使用产生了一系列理论问题和实际问题。

理论上,格式合同排斥协商谈判的特性,使传统民法上的合同基本原则——契约自由受到很大限制。实践中,格式合同多为独占或垄断地位的企业、公益事业等组织单方拟制,利欲之驱动常使之以追求自身利益最大化为目标,拟订诸多不公平、不合理之格式条款(尤其是免责条款),作合同上负担或危险的不合理分配,使格式合同成为经济强者压迫经济弱者的工具,严重损害了消费者利益,造成了不公平的后果,因而各国在立法和司法实践方面对格式合同进行了规制。令人欣慰的是我国新合同法第39条至第41条对格式条款订立、格式条款的解释及无效进行了规定,加上先前颁布的《消费者权益保护法》、《保险法》、《海商法》等的颁布和实施,大大有助于格式合同条款的合理化及消费者合法权益的保护。但是,由于理论上、体制上、观念上等方面的原因,如使格式合同的理论研究尚处于初始阶段、立法机构并不十分注重对格式合同的立法调整,格式合同与行政规章相互混淆,司法部门缺乏对格式合同必要的审查和监督,消费者法律意识淡薄等,以至于在实践中格式合同存在着许多需要完善之处。

因此,如何在合同自由的原则下,对格式合同进行综合调控,维护合同正义,以保护广大处于弱者地位的消费者,是我国法制建设所面临的艰巨任务,也是本书对格式合同进行探讨的现实意义所在。

^① [英]阿蒂亚著,程正康等译:《合同法概论》,13~14页,法律出版社,1982。

目 录

第一章 格式合同概述	(1)
一、格式合同的概念	(1)
二、格式合同的法律特征	(8)
三、格式合同的性质	(12)
四、格式合同的分类	(16)
第二章 格式合同的产生与发展	(21)
一、格式合同的形成原因	(21)
二、格式合同的理论基础	(27)
三、我国格式合同的现状	(33)
四、格式合同的利弊	(36)
第三章 格式合同对传统民法理念的挑战	(42)
一、格式合同与契约自由的冲突	(42)
二、格式合同与契约正义的冲突	(95)
第四章 格式条款	(127)
一、格式条款的含义	(127)
二、格式条款成为合同内容的条件	(130)
三、格式之争	(147)
四、格式条款的效力	(161)
五、格式条款提供方的主观意思表示	(162)
第五章 免责条款	(165)
一、免责条款的概念	(165)
二、免责条款有效的前提	(181)
三、免责条款有效性的判定	(188)
四、我国免责条款的现状及规制	(198)
第六章 默示条款	(208)
一、合同默示条款的含义	(208)

二、合同默示条款的内容	(211)
三、合同默示条款的效力	(236)
四、合同默示条款的制度价值	(237)
第七章 格式合同的解释	(239)
一、合同解释的一般理论	(239)
二、格式合同之特殊解释规则	(275)
三、免责条款的解释方法	(288)
第八章 格式合同的效力	(293)
一、合同效力概述	(293)
二、判断格式合同效力的标准	(296)
三、判断格式合同效力的因素	(324)
四、格式合同无效或被撤销的法律后果	(335)
第九章 格式合同的规制	(341)
一、格式合同的立法规制	(342)
二、格式合同的司法规制	(361)
三、格式合同的行政规制	(367)
四、格式合同的社会控制	(377)
第十章 典型合同研究	(379)
一、旅游合同	(379)
二、运输合同	(408)
三、商品房预售合同	(447)
四、供用电、水、气、热力合同	(479)
五、借款合同	(488)
六、租赁合同	(515)
七、融资租赁合同	(550)
八、承揽合同	(574)
九、保险合同	(590)
十、储蓄和结算合同	(625)
十一、劳动合同	(634)
结束语	(667)

Contents

Chapter I A Brief Commentary on the Standard form

Contract (1)

- 1 What is a Standard form Contract (1)
- 2 Its characteristic (8)
- 3 its nature (12)
- 4 Its classification (16)

Chapter II Emergency and development of the standard

form contract (21)

- 1 Why there is a standard form contract (21)
- 2 The theoretical foundation on which a standard form contract is work out (27)
- 3 The status quo of the standard form contract in China (33)
- 4 The merit and Demerit of the standard form contract (36)

Chapter III The Standard Form Contract: A Jurisprudence

Challenge to the Traditional Idea of Civil Law ... (42)

- 1 The Conflict Between the standard form contract and the freedom of contract (42)
- 2 The conflict Between the standard form contract and contractual jertice (95)

Chapter IV Standard Terms (127)

- 1 The implication of a standard term (127)
- 2 The standard term regarded as the integrate contract of a contract (130)

3	Battle of forms	(147)
4	Validity of the standard term	(161)
5	Subjective declaration of will out of the offer of the standard form contract	(162)
Chapter V	Exemption clause	(165)
1	The content of exemption clause	(165)
2	Effective premise of the exemption clause	(181)
3	Decision on the validity of exemption clause	(188)
4	The status quo of the exemption clause and the relevant regulations	(198)
Chapter VI	Implied Terms	(208)
1	The implication of the implied terms given in a contract	(208)
2	The content of the implied terms	(211)
3	The validity of the implied terms	(236)
4	The expense of implied terms	(237)
Chapter VII	The interpretative principles of the standard form contract	(239)
1	General principles	(239)
2	Specific principles	(275)
3	The interpretative principles of the exemption clause	(288)
Chapter VIII	The validity of the standard form contract	(293)
1	Brief introduction to the contract validity	(293)
2	The norm of deciding a standard form contract	(296)
3	The factors of deciding a the standard form contract	(324)
4	Legal consequence of an invalid and cancelled contract	(335)
Chapter IX	Rules and Regulations on the Standard Form Contract	(341)

1	The legislation regulations on the standard form contract	(342)
2	The judicial regulations on the standard form contract	(361)
3	The administrative regulations on the standard form contract	(367)
4	Social control over the standard form contract	(377)
Chapter X	Studies of specific contract	(379)
1	Travelling contract	(379)
2	Transportation contract	(408)
3	contract for advance sales of commercial estate	(447)
4	contract for gas, water and heating supplies	(479)
5	loan contract	(488)
6	contract for lease	(515)
7	work contract	(550)
8	Contract for finance lease	(574)
9	insurance contract	(590)
10	agreement on savings settlement	(625)
11	labor contract	(634)
afterword		(667)

第一章 格式合同概述

一、格式合同的概念

格式合同一词与其它绝大多数法律概念一样,并非中国土壤的自生之物,它是从外来文化中引进的,是“舶来品”。在各国立法例和判例学说中,称谓不一,理解各异。举其要者,主要有以下几种:

(一) 一般交易条款或一般契约条款 (Allgemeine Geschäftsbedingungen, 简称 AGB)

该概念为德国法所采,其含义是指:“契约当事人一方为不特定多数相对人所制订,而于缔约时提出之契约条款,不论其条款系独立于契约之外、为契约之一部分、抑或载于契约书面之上,亦不论其范围、字体或契约之方式如何均属之。”^① 意大利也称为一般合同条款 (Condizioni generali di contratto)。^② 奥地利法也称之为“*Allgemeine Geschäftsbedingungen*”,与德国法相同。

(二) 附合合同、附意合同 (Contrat d'adhésion, contract of adhesion)

此概念为法国法、美国法和日本法所采用。^③ 法国法所谓附合合同 (Contrat d'adhésion),是指:“一方当事人对于另一方当事人事先

① 参见:德国《一般契约条款法》第1条,该法1976年7月经联邦议会决议通过,1976年12月9日公布,1977年4月1日起生效。译文见黄越钦:《私法论文集》,153页,台湾世纪书局,1980。

② 杨立新:《疑难经济纠纷司法对策》(第一集),48页,吉林人民出版社,1999。

③ 参见尹田:《法国现代合同法》,120页,法律出版社,1995。董安生等编译:《英国商法》,52页,法律出版社,1991。

已确定的合同条款只能表示全部同意或不同意的合同,亦即一方当事人要么从整体上接受合同条件,要么不订立合同,而所谓‘不订立合同’的选择,客观上又根本不存在。”^① 日本法对法国“附合契约”之称谓予以沿用。^② 美国法官托布里纳在引进此概念时,其对附意合同之界定也同此义。^③ 美国法上将格式合同界定为一方当事人事先起草并印制好的全部或主要由标准化的条款构成的合同。这种合同的另一方当事人对合同的条件一般没有或只有很小的讨价还价的余地。格式合同中的不容协商的条款被形容为“锅炉钢板”(boilerplate)条款。这些条款通常相互响应,构成一个严密的体系,对于这种条款,另一方当事人只能或者全盘接受,或者全盘否认。那种完全不容当事人讨价还价的合同被称为“附意合同”。^④

(三)标准合同(standard form contract)

该概念为英国法、以色列法所采。在英国,标准合同分为两种类型:一是示范合同(model contract forms),即根据法律和惯例而确定的具有标准化格式和条款的各类合同,其形式本身不具有强制效力,当事人可以修改其条款形式和格式,也可以增减条款;二是附意合同(contract of adhesion),指经济实力较强的当事人预先拟定一定格式和内容的合同文件,并凭借自己经济实力强加于对方的合同。此类合同实际上已不存在协商订约的问题,对方当事人只须对已定合同条款表示接受和拒绝,即可决定合同存在。^⑤ 按英国学说,格式合同条

① 尹田:《法国现代合同法》,120页,法律出版社,1995。

② 参见筱冢昭次、前田达明编:《债权各论》,6页,1981年。转引自詹森林等:“定型化约款之基本概念及其效力之规范——消费者保护法第12条之分析”,载台湾《法学丛刊》,1995(2),142页。

③ 在美国判例和法律文献中,法官托布里纳在1961年首次提出“附意合同”并将其定义为:“这一术语意指一种标准化的合同。它由拥有优越于他方的交易实力的一方强加和起草。给予接受方的机会只有两种:要么附合,要么拒绝。”参见王军编著:《美国合同法判例选译》,133页,中国政法大学出版社,1995。

④ 王军著:《美国合同法》,208页,中国政法大学出版社,1998。

⑤ 董安生等编译:《英国商法》,52页,法律出版社,1991。

款(Standard Contract Terms)中若系对契约相对人不公平(unfair)或不合理(unreasonable),即为法律上所称之为不公平契约条款(Unfair Contract Terms)。^①以色列于1964年颁布的《以色列标准合同法》(The Standard Contracts Law)第一条规定:“本法所称之标准合同是指以提供商品及服务为目的,全部或者一部分内容已经是由提供商品或者服务的当事人(简称供给者)或者代理供给者的当事人预先设定了各项合同条件,以作为供给者与不特定的多数人(顾客)之间订约使用的合同。”

(四)加入合同(contratos de adesão)

该称谓为葡萄牙法和中国澳门法所采。指“不以当事人双方事前的意思表示合致为必要,仅以当事人一方的要约格式为内容且不得改变,即要么完全接受要约人的要约内容——加入;要么不接受——拒绝与要约人订约”的合同。^②

(五)定型化契约(standard form contract)

该称谓为中国台湾法所采。依中国台湾《消费者保护法》第二条之定义,定型化契约是指:“企业经营者为与不特定多数人订立契约之用而单方预先拟定之契约条款。”^③台湾学者对此定义也不一,有学者认为,“契约当事人之一方,于订立契约时,以记载定型化约款之书面,提供相对人,由其签署而缔结之契约,即为所谓之定型化契约。”^④“定型化契约是指契约的条款及内容均已标准化、格式化。”^⑤定型化契约是“为了供订立多数契约之用而预先拟订,由契约一方于

① 参见英国1977年《不公平契约条款法》(Unfair Contract Terms Act)。

② 米健等:《澳门法律》,54页,澳门基金会,1994。米也夫:《澳门民商法》,119页,中国政法大学出版社,1996。

③ 引自冯振宇、姜志俊、谢颖青、姜炳俊著:《消费者保护法解读》,355页,台湾月旦出版社股份有限公司,1995。

④ 詹森林:《定型化约款之基本概念及其效力之规范——消费者保护法》第12条之分析”,载台湾《法学丛刊》1995(2),142页。

⑤ 符之璁主编:《活用消费者保护法》,103页,台湾天下文化出版社股份有限公司,1994。

订约时,提交契约之另一方的所有契约条款。”^①

从以上的各种界定可以看出,各国对格式合同所调整的范围有大有小,德国和我国台湾地区所指范围较为宽泛,其他如法国、美国、日本等赞同把格式合同限定在一定的严格范围之内,主要就是一律不允许相对人对合同条款提供者所拟定之内容进行协商以至修改,要么接受,要么放弃,不存在彼此讨价还价的可能。一般认为,标准合同是同时包含了示范合同与定型化(格式)合同在内,理论和实践中都有把标准合同分为这两类的情形。其含义也决不是等同的。示范合同是可供律师和商人们起草合同时参考、并可对它进行修改和使之符合实际需要的合同格式。定型化合同则是缔约一方当事人向另一方当事人提出的具有确定内容的合同格式,除无关紧要的具体细节外,一般不得加以改变,此类合同接到要约的一方当事人对于对方提出的条件,“或者接受,或者拒绝”(take it or leave it),^②而不得就此条件或条款进行谈判。示范合同有时规定当事人应该在合同中列入或完成补充条款或附件,如果当事人不行使此项权限,该合同几乎没有什么意义;但定型化合同则是一方当事人强加于另一方当事人的合同,它使人在某种程度上对它的真实性感到困惑不解,甚至致使一些学者怀疑它们是否是合同。^③示范合同在经济上是无害的,它常常被用于平等当事人之间的讨价还价,在谈判中常常加以修改,以便在谈判当事人之间达成经济利益上的平衡。定型化合同则在某些情况下令人怀疑,因为提出合同条件的一方如处于垄断或拥有优越的讨价还价的权力,很可能滥用其经济实力,从而牺牲经济上较弱的另一方当事人的利益。

在中国大陆,立法上和学者中也有不同主张:就我国立法情况

① 刘宗荣:《定型化契约论文专辑》,3页,台湾三民书局,1988。

② 也可译为“订不订由你”。——笔者注。

③ 蓝多(Ole Lando):《标准合同——建议与看法》,《斯堪的纳维亚法学研究》,129,132~133页,1966。

看,《中华人民共和国消费者权益保护法》将其称为格式合同,《中华人民共和国合同法》将其称为格式条款,《合同法》第39条规定:“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。”到目前为止,我国仍未有格式合同的直接的立法概念。

在我国,学者中亦存在多种称谓,大都倾向于几种称法同时并举,且早期多采“标准合同”一语。首先,标准合同。“又译为定式合同、附从合同,指由一方当事人、有关团体或国家机关制订的,或由国家法律直接规定的,包括全部交易条款的一种合同。”^①或指“具备一定条件的当事人依法提出要约,由不特定的相对人表示完全接受的、明确相互权利义务关系的协议。”^②或指“由一方当事人预先制订的、并由不特定的第三人所接受的、具有完整的和定型化特点的合同条款。”^③或指“由一方当事人依法通过固定形式提出涵盖全部合同条款的要约,并由不特定的相对人承诺而明确相互权利义务关系的协议。”^④或指“由国家有权机关依法制订并正式公布的,兼顾合同各方立场,内容较为固定而具有广泛适用价值的合同。”^⑤其次,附合合同。“又称为附从合同、定式合同、定型化合同、标准合同,是指当事人不能就合同条款进行协商而订立的合同。”^⑥或认为:“附合合同乃是一种以一般条款为基础而订立的附从合同。当事人一方就合同关系的主要内容制定完整的规格化、定型化条款,另一方当事人无权修改,仅有不缔约或附从对方而缔约的选择自由。”^⑦再次,定

① 杨济华、汪涌:《标准合同与消费者权益保护》,载《法学》,1993(2),34页。

② 易凌:《标准合同初探》,载《经济法制》1994(4),33页。

③ 王利明:《标准合同的若干问题》,载《法商研究》,1994(3),33页。

④⑤ 《1991年民法学研究综述》,载《法学论文集》(1992·民法),中国政法大学图书馆编。

⑥ 房绍坤、郭明瑞、唐广良著:《民商法原理》(三),176页,中国人民大学出版社,1999。

⑦ 丁文联:《试论劳动合同的附合化》,载《法商研究》,1996(6),66页。

式合同。“也称标准合同、附意合同,是指合同一方当事人为与不特定多数人交易而预先拟定的、并且不允许相对人对合同条款进行修改的合同。”^① 或指“是由一方(通常是由卖方或提供服务的一方)提出全部条款,对方(顾客)只能概括地全部接受或全部地不接受,没有讨价还价的余地的合同。”^② 或认为,“定式合同条款(定式约款)系指合同当事人一方为与不特定多数人缔约之用,用于缔约时提出的,不允许相对人对其内容作变更的合同条款。其中,提出定式约款与不特定人缔约者为定式约款使用人;与定式约款使用人缔约者称定式约款相对人。合同双方当事人以定式合同约款缔结的合同,即为所谓之定式合同。定式约款应理解为:一方当事人为通常和重复使用的目的而提前准备的条款,在实际使用时未与对方谈判。关键并不在于提出这种条款的形式(不论是包含在一个单独的文件中还是包含在合同文件本身,也不论这些条款是以事先印好的格式发出,还是仅存于计算机内)、是由谁准备的(当事人自己、某一贸易或专业协会等)、内容如何(不论是几乎包括合同所有相关方面的综合性系列规定,还是仅仅关于一两个方面的规定,如责任的免除和仲裁),而在于这些条款为通常和重复使用的目的已提前拟就,一方当事人在实际使用时未与对方谈判。这后一项要求显然只与那些相对人一定全部接受的定式约款有关,而同一合同中的其他条款正是当事人之间谈判的主要内容。”^③ 第四,格式合同。指“由一方当事人或者政府部门、社会团体预先拟定条款或印制成固定格式,另一方当事人只要在该合同上签字、盖章,即告成立的一种合同。”^④ 或“又称定式合同、定型化合同或者标准合同,也有人称作附合合同,是采用格式条

① 金福海:《论定式合同的缺陷及控制途径》,载《烟台大学学报》(哲社版)1997(2), 24页。

② 张新宝:《定式合同基本问题研究》,载《法学研究》1989(6),第44页。

③ 高圣平、刘璐:《民事合同理论与实务·定式合同卷》,10~11页,人民法院出版社,1997。

④ 苏万觉、叶知年:《论格式合同的免责条款》,载《法学与实践》1996(6),4页。

款订立合同的简称,指合同条款(并不一定是全部条款)由当事人一方预先拟定,并在订立时未与对方当事人协商,对方只能表示全部同意或者不同意的合同。”^①

就以上所述来看,我国大多数学者都是比较倾向于把其定义在“不可修改”的范围之内,我国现行立法基本上也是采此态度。格式合同,或称定式合同、附合合同、附意合同、附从合同,首先是一种特殊性质的合同,其特殊性不仅在于合同条款的一方预先拟定性,而且具有合同内容的不可协商与不可修改的重要特性。不然,就可以用调整一般合同的方法对其进行规制。以上诸概念均反映和揭示了此类合同的某一方面的特征:称“格式合同”,强调其书面要式性及格式条款的固定性;称其为“定式合同”或“定型化契约”,^②侧重于此类合同的特征之一——条款的事先单方决定性,即合同的内容和形式已由一方当事人事先确定;称其为“附合合同”、“加入合同”,强调此类合同的另一特征——相对人的附从地位,即接受对方提出的全部合同条款,不得提出新的要约;称其为“标准合同”,是因为这种合同与一般合同相比,缺少了合同的协商过程,而且内容和形式已经确定的合同在同样条件下适用于任何一个相对人,即条款和形式标准化。因此,笔者认为上述概念学理上均可采纳。笔者之所以采“格式合同”一语,主要是为了与我国现行有关立法保持一致。当然,笔者也同时认为,保持这种一致是有其必要性的,以使其显得规范,并赞同一般合同中的有关格式条款纳入格式合同的规制之中。鉴于定义的

① 魏俊哲:《格式合同、消费者与法律资源配置》,载《今日法坛》,1999(11),14页。

② 有学者认为,定式合同与定型化契约可认为是同意语,定型化与定式同意,均指不容改变的、固定的式样或程式;契约与合同亦是同意,在台湾地区多称契约,而在大陆地区多称合同。虽有学者主张“合同乃二人以上同一意义之意思表示之合致,而生私法上效果之法律行为……其与契约不同者,盖契约乃由两人以上之不同方向的意思表示而成立者也”,并主张在我国区分合同与契约。(参见贺卫方:“‘契约’与‘合同’的辨析”,载《法学研究》,1992(2)),实则,最初中文是以较具传统文化特色的术语“契约”来传达西文中的“contract”概念,系“赋旧词以新意”。参见高圣平、刘璐:《民事合同理论与实务(定式合同卷)》,6~7页,人民法院出版社,1997。

简洁性与严密、概括性,笔者赞成把格式合同界定为“合同条款由当事人一方为重复使用(即为与不特定多数人订约)而预先拟定,相对方只能对该拟定好的合同概括地表示全部同意或者全部不予接受,而不能进行协商的合同。其中,提出格式合同条款的一方为使用人,与格式合同条款使用人缔约的一方为相对人。”

二、格式合同的法律特征

尽管不同的国家、不同的学者对本书所称之格式合同称谓不一,但这并未对我们正确理解这类合同造成多大障碍。原因就在于:无论怎么称呼,其内在的特质即这类合同的特征是大同小异的。一般而言,包括以下几点:

第一,格式合同的主要条款或全部条款由当事人一方预先拟定。一般合同的条款由双方当事人协商确定,双方当事人均直接参与合同的签订过程。而格式合同的条款实行的是一方预先拟定制,相对人(当事人另一方)并不直接参与合同的起草制定。也就是说,格式合同条款在双方当事人订立合同前已被制定出来,而不是双方在反复协商基础上订立出来的,如常见的邮政合同(电报纸、包裹单)。一般合同的订立过程一般要经过要约、承诺两个阶段,由当事人反复磋商达成合同条款,这些合同条款产生在合同订立前的情况是不存在的。合同拟定在实践中有三种情形:一是由合同当事人(多为经济上处于明显优势的企业或企业集团)一方拟定,称之为一方形成。二是由企业或企业集团与作为交易对象的顾客共同参与制定。三是由不属于交易当事人中任何一方的公正的第三人,基于其专门知识或法律赋予的权力,就特定交易而拟定。格式合同采用得最为普遍的就是第一种情形。

第二,格式合同的要约具有广泛性、持续性及细节性。^① 格式合

^① 尹田:《法国现代合同法》,121页,法律出版社,1995。