



GESHI HETONG DE SIFA GUIZHI YANJIU

格式合同的司法 规制研究

张建军◎著



中国政法大学出版社

014033698

D923.64

185

■ GESHI HETONG DE SIFA GUIZHI YANJIU

格式合同的司法 规制研究

张建军◎著



D923.64
185



中国政法大学出版社



北航

C1721744

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

格式合同的司法规制研究/张建军著. —北京:中国政法大学出版社,
2014. 1
ISBN 978-7-5620-4417-8

I. ①格… II. ①张… III. ①合同法—研究—中国 IV. ①D923. 64

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第160820号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	7.375
字 数	170 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价	24.00 元

格式合同：在效率与公正之间（代序）

150 年前（1861 年），英国学者梅因在其传世经典《古代法》一书中，将“到此为止”的所有社会运动，概括为“从身份到契约”的过程。尽管 30 多年前（1974 年），美国学者吉尔莫曾发出过“契约死亡”的喟叹，但在我看来，梅因的论断今天依然成立。契约不仅没有“死亡”（而是像内田贵先生所言的那样获得了“再生”），而且在工商业高度繁荣发达的当今社会正焕发着勃勃生机。实践昭示我们，市场经济条件下，契约是桥接陌生人之间关系最基本的纽带，契约关系是最普遍的社会关系。只不过需要特别强调的是：随着社会的发展与时代的变迁，契约的形态已然发生了根本性的变化，当今的契约已非梅因所处时代以自由协商为特质的普通契约，而是因应社会经济生活之需的定型化契约或曰格式合同。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，如果我想乘火车去旅行，就必须遵守铁路局强加于我的条款和条件。”^{〔1〕}

在商品经济社会，每个人在“从摇篮到坟墓”的过程中无时无刻不在与格式合同发生着联系。当一个生命呱呱坠地，降

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

临人间时，他的父母要和医院签订医疗服务的格式合同，而当他撒手人寰、魂归西天的时候，他的亲人还要和殡仪馆订立一份格式合同。就芸芸众生的日常生活来看，为了饮水、做饭、取暖，他得接受自来水公司、煤气公司、电力公司以及供热公司提供的格式合同；为了乘车、住房、安全，他需要和运输部门、房地产公司、保险公司建立格式合同关系。可见，格式合同关乎我们每一个人的生老病死、衣食住行。它充斥于经济活动的各个领域，渗透到社会生活的各个角落。离开格式合同这种交易形式，现代人的生活将举步维艰，难以为继。

格式合同之所以能够得以普及并非源自天才人物的奇思妙想或精心设计。相反，它的出现与勃兴实乃社会进化与选择的结果。在小商品生产时代，交易通常在“一对一”的主体之间展开，而在社会化生产经营条件下，缔约主体悄然发生了变化，交易不再是“一对一”的简单方式，而是“一对多、甚至一对无穷”的批处理模式，合同的要约方特定而承诺方广泛。此时，若继续采用传统的缔约方式，既不经济，又无必要。而格式合同的采用，正好可以把那些经过反复验证比较成熟的合同加以固定化，这样不但能够减少当事人之间订立合同时的技术性困难，还能够大大精简“要约——承诺”之间你来我往、多次往返的程序，使当事人不必就合同的条款耗费过多的时间和为费用讨价还价，从而可以降低交易成本，提高缔约的效率，加速商品和服务的流转速度。这与现代社会追求快节奏、高效率的时代精神是完全契合的。

然而，“利之所在亦弊之所在”。有光的地方就会有阴影。“人类的一切行为在为他带来收益的同时，也使他付出代价。”〔1〕

〔1〕 郑也夫：《代价论——一个社会学的新视角》，生活·读书·新知三联书店1995年版，第15页。

格式合同也不例外。格式合同的提供者通常是具有强大经济实力的垄断性经济组织，其在交易信息、经验和能力上处于优势地位。作为追求自身利益最大化的“经济人”，它们通常会在格式合同中拟定一些“损人利己”的不公平条款，譬如，银行“二人临柜，复核为准”、商铺“货物出门，概不退换”的告示；邮政局《国内挂号函件收据》中“未保价邮件发生损毁丢失短少时，按实际损失赔偿，但最高赔偿金额不超过所付邮费的二倍”的声明；电信部门以往以“分钟”作为市话的计费单位的规定，等等，不胜枚举。实践中，损害相对人利益的事件无处不在，已然成为一种社会现象。因格式合同引发的纠纷与诉讼比比皆是，我们每个人几乎都有过遭受不公平格式条款侵害的切身经历。对于这些不公平格式条款，民众习惯上称其为“霸王条款”。

尽管“霸王条款”经常见诸媒体的报道和民众的谈论，可以说是一个使用频率相当高的热词。不过，笔者遍翻图书馆所能见到的法学辞书，均未觅得该词条的踪影。可以断言，该语词并非严格意义上的法学术语，它仅仅是坊间普通民众对不公平格式条款的一种习惯性称谓而已。之所以称其为“霸王条款”，窃以为，一是取法“霸王硬上弓”这一成语典故，以此借喻相对人在面对格式合同时无奈、被动的心态以及不得不全盘接受（否则就得用脚投票）的客观情状；二是讽喻此种条款的“霸道性”以及“不公道性”，特别是随着水、电、暖、气等生活必需品大多采用垄断经营模式，普通民众为了生存之需，即便认为这些行业的格式合同明显于己不利，却没有选择的余地。此时，这些合同条款在一定意义上构成了对相对人的“强制”。对此，有学者形象地指出“虽然谁也不能强迫我去乘火车旅行，但是，如果我想乘火车去旅行，就必须遵守铁路局强加于我的

条款和条件。”因此，民间所使用的“霸王条款”的称谓，不仅将该类条款的基本属性——条款由提供者单方拟订，相对人不能协商——表达得淋漓尽致、入木三分，而且带有一种强烈的感情色彩，即一种无可奈何，欲想拒斥却只得接受的矛盾心理。

总之，格式合同是现代经济生活的“双刃剑”。一方面，它具有普通合同所无法比拟的效率价值，人们不会因不公平格式条款的存在就因噎废食，对其加以否弃（实际的情况是“在目前普通人订立的合同总数中，定式合同的数量大约占99%左右”^{〔1〕}）。另一方面，若不对其进行有效的规制，格式合同则可能成为经济上的强者压迫弱者的工具。因此，如何在效率与公正之间求得最佳的平衡点，使格式合同的使用人在谋求利益最大化的同时不违背合同正义，乃是现代合同法必须面对与破解的难题。尤其在我国，有关的国家机关和社会组织尚不能对格式合同进行有效的规制，致使不公平格式条款的“过滤”机制尚不健全，加之民众对格式合同的法律知识知之甚少，面对不公平条款损害时往往忍气吞声、自认倒霉，不公平格式条款遂大量存在并不断涌现，损害相对人利益的现象相当普遍且愈演愈烈。如果任由这种状况发展下去，则无异于对弱肉强食“丛林规则”的认可和纵容。为此，必须向民众普及有关格式合同的法理法规和典型案例，唤醒其维权意识并提升其维权能力，在遭受不公平条款侵害时要勇敢地“为权利而斗争”，不做任人随意宰割的沉默“羔羊”。同时，国家的立法、行政、司法机关和社会团体，应加强对不公平条款的审查和“过滤”，匡正双方当事人之间失衡的关系，对格式合同造成的不公平予以矫正和

〔1〕 A. G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 94, 131. 转引自傅静坤：《二十世纪契约法》，法律出版社1997年版，第118页。

救济，切实维护合同正义。

作者曾长期在司法机关工作，实践中也接触过因格式合同引发的诉讼，对格式合同进行司法规制的重要性与必要性有着深刻的认识与体察。在目前我国有关格式合同的专门立法尚属于空白的情况下，如何根据民法精神，合同法原理，对格式合同进行合理的司法规制，是司法人员必须思考与回答的课题，这也是写作本书的初衷。结合其他国家、地区对格式合同进行司法规制的理论和实践，作者认为，法院在审理涉诉的格式合同案件时，应着重从以下三个方面对格式条款进行审查和判断，即：①审查当事人争议的条款是否已订入了生效的合同。这种审查主要包括判断格式条款订入格式合同的积极要件和消极要件两个方面。②运用特殊的解释方法，明确有争议格式条款的含义。这些解释方法主要有客观解释、统一解释、限制解释以及条款有疑义时作不利于使用人的解释等。③判定格式条款的效力。在判定格式条款的效力问题上，一要审查格式条款的内容是否违反了民法、合同法的强制性规定以及诚实信用、公序良俗等民法的基本原则，还要对影响格式条款效力的具体因素进行综合分析判断。

由于学浅才疏，水平有限，书中定然会有许多错漏与不当之处，敬请各位读者批评指正。

张建军

2013年10月于兰州

目 录

格式合同：在效率与公正之间（代序）	（ I ）
引 言	（ 1 ）
第一章 格式合同概述	（ 3 ）
第一节 格式合同的概念和特征	（ 3 ）
第二节 格式合同的价值分析	（ 14 ）
第二章 格式合同对古典合同法原理的冲击	（ 25 ）
第一节 格式合同与契约自由	（ 25 ）
第二节 格式合同与契约正义	（ 35 ）
第三章 格式合同的规制方法	（ 42 ）
第一节 格式合同的立法规制	（ 43 ）
第二节 格式合同的行政规制	（ 50 ）
第三节 格式合同的社会规制	（ 64 ）
第四节 格式合同的司法规制	（ 68 ）
第四章 格式合同的司法规制	（ 69 ）
第一节 司法规制概述	（ 69 ）

第二节	审查争议条款是否已经订入格式合同	(73)
第三节	通过对格式合同的解释明确有争议 条款的含义	(84)
第四节	判定格式合同条款的效力	(100)
第五节	格式条款中接受司法审查的例外情况	(118)
第五章	对格式合同特殊解释规则的法理探讨	(129)
第一节	“条款有异议时,为不利于使用人”的规则 ——一个当前各国解释格式合同的共同做法	(130)
第二节	格式合同特殊解释规则的法理分析	(133)
第三节	结 语	(140)
第六章	格式条款和非格式条款冲突时的 请求权基础	(142)
第一节	格式条款可以作为确定当事人权利 义务依据的理论基础	(142)
第二节	结 语	(146)
第七章	格式合同中的“异常条款”	(148)
第一节	“异常条款”的内涵及有关立法例	(150)
第二节	“异常条款”不得订入格式合同的基础	(151)
第三节	“异常条款”的甄别与认定	(156)
第四节	需要界定和厘清的几个问题	(159)
第五节	结 语	(164)
第八章	对《合同法》中格式条款立法缺陷之评析	(166)
第一节	对《合同法》第39条第2款不合理性 之评析	(169)

第二节	对《合同法》第41条后段不合理性之 评析	(174)
第三节	《合同法》对不公平格式条款的判断 标准未作规定	(178)
第九章	案例及评析	(182)
第一节	普通案例及评析	(182)
第二节	商品房买卖中的不公平格式合同	(189)
第三节	金融领域典型的不平等格式条款	(201)
第四节	寿险车险合同中的不公平格式条款	(204)
结束语		(213)
参考文献		(215)
后 记		(220)

引言

格式合同, 又称标准合同、定式合同, 是指合同条款由一方当事人为重复使用而预先拟定, 由不特定的相对人对该拟定好的合同概括地表示全部同意或全部不接受, 而不能讨价还价进行协商的合同类型。格式合同是现代化大生产条件下重复生产和交易的产物, 是社会经济发展的客观要求。在简单商品经济时期, 由于商品生产和商品交换极不发达, 很难形成规模性交易, 每一次交易均需当事人之间具体磋商合同的各个条款。到后来, 随着商品经济的高度发展、交易内容的大量重复、行业的垄断以及对交易效率的要求, 格式合同于 19 世纪在银行保险业和铁路运输业中开始出现。时至今日, 格式合同已成为一项社会经济生活中至为重要的交易形式, 被普遍地运用于经济生活的各个方面, 特别是生活消费领域, 如储蓄存款、保险、水电供应、车船飞机运输、商品房买卖、邮政电信服务、旅游服务、教育培训等, 而且它在社会生活中的使用范围和数量正呈日益上升的趋势。恰如有学者指出的: “在目前普通人订立的合同总数中, 定式合同的数量大约占 99% 左右。……而对于那些较为活跃的人来说, 他们每天可能要签订几份定式合同。停车场与剧院票据、百货商场售货小票、加油站加油收据等都是定式合同。”^[1]以致 “很少会有人记得他们最后一次订立非标准

[1] A. G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 94, 131. 转引自傅静坤: 《二十世纪契约法》, 法律出版社 1997 年版, 第 118 页。

契约的时间,恐怕实际的情况是除了标准契约,他们所签订的契约中只有少数口头契约算是例外”。^{〔1〕}可见,格式合同与人们的生活是息息相关的,人们无时无刻不在与格式合同发生着联系。

作为一种重要的交易方式,格式合同是现代社会经济生活中的“双刃剑”。一方面,格式合同的采用,把那些经反复验证的合同加以固定化,用比较成熟的合同经验和规律减少了当事人订立合同的困难,从而提高了合同的规范化程度,提高了当事人订约的效率,节省了当事人的时间和精力,降低了交易成本。但另一方面,格式合同亦存在着明显的弊端,如对意思自治原则的冲击,产生大量不公平合同条款,损害合同相对人利益等。所以,对格式合同应当采取理性、正确的态度,一方面要肯定其在商品经济中的巨大作用,不能因其可能存在某些不公平、不合理而废弃不用;另一方面要正视格式合同对传统合同制度造成的冲击,通过法律手段对格式合同进行规制,避免其弊端,克服其局限性,充分保障处于弱势地位的广大相对人和消费者的合法权益,以维护合同正义和交易公平。

〔1〕 A. G. Guest, *Anson's Law of Contract*, 26th ed., Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 94, 131. 转引自傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第118页。

第一章 格式合同概述

本章摘要：与传统意义上的普通合同相比较，格式合同具有条款由使用人单方预先拟定，形式和内容定型化、完整性，要约广泛性以及当事人经济地位不平等显著特征，但这些特征的存在并没有改变其性质，就性质而言，它仍然是民事合同。一方面，就其价值来看，格式合同所具有的提高交易效率、节约交易时间和成本的价值，促进交易安全的价值以及实现形式公平的价值，是它拥有和保持强大生命力的根本原因之所在。另一方面，由其特点所决定，格式合同存在着明显的弊端：对相对人的合同自由造成极大的限制，并导致契约自由的失衡；使用人可能利用其优势，在合同中设定一些不公平条款。因此，需要对格式合同进行规制以限制其弊端及负价值。

第一节 格式合同的概念和特征

一、格式合同的概念

格式合同在不同国家和地区的立法例、判例学说中名称不一，称谓各异。概而言之，主要有以下几种：

（一）标准合同（standard form contract）

此概念为英国法、以色列法所采用。以色列于1964年颁布

的以色列《标准合同法》第1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。”

（二）一般交易条款（allgemeine geschäftsbedingungen）

该概念被德国法、奥地利法所采用。根据德国《民法典》第305条第10款的规定，一般交易条款，是指所有为多数量的合同而预先拟定的，由合同当事人一方（使用人）在合同订立时向合同当事人另一方提出合同条款。这些条款是否构成表面上分开的合同组成部分或被收进合同书本身，它们有多大范围，用何种字体拟定，以及合同使用何种形式，均在所不问。只要合同当事人双方详细地商谈合同条款，就不存在一般交易条款。

（三）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。在法国合同法中，附合合同是指：“一方当事人对于另一方当事人事先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。”日本法对法国“附合合同”的称谓予以沿用。^{〔1〕}美国法上将附意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。

（四）定型化契约

此称谓被我国台湾地区立法所采用。根据台湾“消费者保

〔1〕 詹森林：“定型化约款之基本概念及其效力之规范”，载《法学丛刊》第158期。

护法”第2条的规定,所谓定型化契约是指“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”。

(五) 加入合同 (contratos de adesão)

此称谓被葡萄牙法和我国澳门特别行政区法所采用。其是指“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。^[1]

在我国法学界,学者们亦存在对“格式合同”的多种称谓,大都倾向于几种称谓同时并举。有的称为标准合同,有的称为格式合同、定式合同,还有的称为附合合同、加入合同等,不一而足。究其原因,是由于以上诸概念均从不同角度、侧面反映或揭示了此类合同某一方面的特征:称“标准合同”,是因为这种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,不因相对人的不同而不同,即条款和形式的标准化;称其为“附合合同”、“加入合同”,强调的是此类合同的特征之一——相对人的附从地位,即接受条款使用人提出的全部合同条款,不得提出新的要约;称其为“定式合同”或“定型化契约”,则侧重于此类合同的另一特征——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“格式合同”,强调其书面要式性及格式、条款的固定性。因此,笔者认为上述概念在学理上均可采用。

就我国的立法情况看,历史上存在着两种称谓,一是2013年10月25日修正前的《消费者权益保护法》称之为格式合同,二是《合同法》采用了格式条款这一概念。《合同法》中之所以使用格式条款而未使用格式合同,其原因在于尽管格式条款

[1] 米健等:《澳门法律》,澳门基金会1994年版,第54页。

有可能构成一个完整的、独立的合同，但绝大多数格式条款都是以合同中的某一条款或数个条款的形式体现出来，只是整个合同的组成部分。如果法律上将格式条款称为格式合同，则很难说明一个合同中存在部分格式条款的现象。合同法使用格式条款的概念，意味着在一个合同中可以将所有的条款分成两类，即格式条款和非格式条款。因此，合同法使用格式条款的概念扩大了合同法关于格式合同的规制范围，有利于保护消费者。^{〔1〕}在本书中，仍旧使用格式合同这一概念，既包括全部由格式条款独立构成的完整的合同，亦包括存在部分格式条款的合同。

总而言之，虽然格式合同在国内外有诸多称谓，但他们在内涵上是一致的，并无实质性差异，其所指系同一对象。在定义格式合同时，为突出格式合同的特点，笔者认为，格式合同的概念应表述如下：合同条款由当事人一方为重复使用（即为了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，而不能讨价还价进行协商的合同。其中，提出格式合同条款的一方当事人称为条款使用人或使用人，与格式合同条款使用人缔约的一方称为相对人。

二、格式合同的法律特征

格式合同与普通合同相比有其自身明显的特点，一般而言，格式合同具有以下几个法律特征：

（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

普通合同的条款是由合同双方当事人经过要约、反要约、

〔1〕 王利明：“对《合同法》格式条款规定的评析”，载《政法论坛》1999年第6期。