

法学研究

格式条款识别探析

——兼评我国相关地方立法

高圣平

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 格式合同(条款)的界定是对其进行特别规制的逻辑前提。并非一方提出交给对方签署的所有条款都是格式条款。只有在形式上具有规格化、定型化特点,在实质上具有附从性的条款,才是格式条款。一方使用示范合同与相对人订立合同的,该示范合同也有作为格式条款予以规制的可能。相关地方立法中的规定应作检讨。

关键词: 格式条款;规格化;定型化;附从性;示范合同

中图分类号: D901

文献标识码: A

文章编号: 1007- 4074(2005)02- 0104- 04

作者简介: 高圣平(1968-),男,湖北仙桃人,中国人民大学法学院博士后流动站研究人员,中国人民大学商学院讲师。

19世纪中叶以来,自由经济制度蓬勃发展,资本的渐趋集中和大规模生产的日益形成导致了产品的规格化和销售的系统化,举凡银行、保险、运输、家用电器、公寓建筑等均不例外。为便捷交易、节约成本,厂商均预计一定的合同条款,格式合同旋即大量流行。虽格式合同之滥觞,乃经济发展的必然结果,但格式合同多为厂商单方拟制,利欲的驱动常使其拟订诸多不合理条款,作为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。“如何在契约自由体制下规律不合理的交易条款,维护契约正义,使经济上之强者,不能假契约自由之名,压倒弱者,是现代法律所应担负的任务。”^{[1](P57)}在我国,无论就格式合同的数量而言,还是就格式合同内容的危害性而言,用“严重”二字,* 应不为过。^① 其应受特别规制已成定论。我国《合同法》第39条至第41条明文规定了格式合同(条款)的成立、解释和效力。适用这些规则的逻辑前提是某一合同或条款属于格式合同或条款。“由于将一份合同条款认定为格式条款和认定为非格式条款对双方的权利义务往往会发生重大的影响,实践中合同当事人极易为某一合同是否格式合同、某一条款是否格式条款发生争议。”^{[2](P29)} 本文不揣浅薄,拟就格式合

同(条款)的识别作一探讨,以求教于同仁。

一、格式条款的形式

我国《合同法》第39条第2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。”这为我们提供了两方面的思考路径。就其形式而言,规格化、定型化是“格式条款”一语的题中之义和应有内涵。规格化和定型化的合同条款,由一方当事人单方提出,其目的在于以此条款与多数相对人缔约,此两点曾被我国台湾著名学者王泽鉴教授定为格式合同(条款)的两大特

* 收稿日期:2005- 03- 09

^① 据了解,目前,我国消费者在购买商品、接受服务时,90%以上都是以格式条款的形式明确经营者和消费者的权利和义务的;在房屋买卖、邮电通讯、旅游、保险等行业中,这个比例达到了100%。——《北京青年报》2000年8月31日。

征,^{[3](P178)}亦被台湾立法所采纳。^①但我国著名学者王利明教授对此有不同看法。他认为,格式条款重在订约之前即已由单方制定出来,而不在“重复使用”,重复使用旨在说明“预先拟定”的目的,只是其经济职能,而不是其法律特征。^{[4](P4)}笔者认为,辨明此点在实务中至为重要,主张某条款为格式条款并应受《合同法》之特别规制的一方,对该条款为格式条款应负举证责任,如若认同“重复使用”为格式条款的特征或构成要件,则应证明该条款已被重复使用的事实,这不仅对举证人过于苛刻,也不利于解决个别特例。^②笔者认为,规格化、定型化是格式条款在形式上的特征,至于该条款是否已经重复使用,则非所问。但“重复使用”作为“预先拟定”的目的,虽不是格式条款的特征,在格式条款的定义中出现,未尝不可,因为这样较能反映格式条款的功能——降低缔约成本。

格式条款是否限于书面,学者间见解不一。英美等国学者因其合同法重合同形式多采书面主义。^{[5](P1177)}台湾学者和大陆学者则多主张,格式条款虽然以书面为主,但概念上并不以此为必要。“就其形式而言,有的与契约结合在一起,有的成为单独文件。就其范围而言,有的印成细密文件,长达数页;有的则以粗体字或毛笔字书写,悬挂于营业场所。”^{[6](P178)}书面契据或说明,张贴于营业地点或公共场所的规章、须知、守则等,口头说明,均可构成格式条款。^{[6](P1402)}《合同法》颁布后,我国学者大多主张格式条款应采用书面形式。“格式条款可以用不同的但必须是明确的书面形式表达出来。要约人将合同文本印制成为固定的合同表格,仅需要双方在空白处填写时间以及当事人姓名、名称等内容;也可以将合同的条款印制在某些单证如车船票上;或者将合同的条款通过公告、通知、顾客须知、公司章程等方式张贴、悬挂于营业场所;或者某些格式条款虽然没有存在于合同文本中,但是依据该行业的规则或惯例,已经为双方当事人所认同。这些格式条款的形式虽然有所不同,但都是明确的书面形式,都是书面合同。”^{[7](P113)}

值得注意的是,关于格式条款的形式,《上海市合同格式条款监督条例》(2000年7月13日)第2条规定:“格式条款是指格式条款的提供方(以下简称提供方)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。商业广告、通知、声明、店堂告示、凭证、单据等的内容符合要约规定和前款规定的,视为格式条款。”《江苏省合同监督管理办法》(2001年1月19日)第9条、《浙江省合同行为管理监督规定》(2002年4月25日)第8条、《山西省合同监督管理条例》(2002年9月28日)第7条、《黑龙江省合同格式条款监督条例》(2003年8月15日)第2条、《湖北省合同监督条例》(2003年11月29日)第3条、《福建省合同格式条款监督办法》(2004年3月23日)第2条等与《上海市合同格式条款监督条例》第2条的规定极其相似。这里,“商业广告、通知、声明、店堂告示、凭证、单据等”如符合格式条款的概念,即可认其为格式条款,应无疑义。

这里尚值研究的问题有二:第一,店堂告示、通知、声明

等本身即为格式条款的表现形式,为何要“视为”?既属“视为”,即可以反证推翻。第二,上述条文中列明的店堂告示、通知、声明等视为格式条款的必备条件之一是“内容符合要约规定”,此规定是否妥当?根据我国《合同法》第14条的规定,“要约是希望和他人订立合同的意思表示,该意思表示应当符合下列规定:(一)内容具体确定;(二)表明经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。”由此可见,内容具体、确定是要约的构成要件。所谓具体,是指要约的内容必须具有足以确定合同成立的内容,必须包含将来合同的主要条款或主要条件。^{[8](P43)}依上述规定,店堂告示等必须包含足以使合同成立的主要条款时才能被“视为格式条款”。准此以解,“商品出门,概不退换”即不能被“视为格式条款”。这明显与上述地方法规第2条第1款以及《合同法》第39条第2款的规定相悖,属重大立法纰漏。该法规第2条第2款的规定可能是由于我国《合同法》将商业广告作了“要约”与“要约邀请”^③的区分所致,混淆了格式条款与格式合同的区分。根据我国《合同法》第39条第2款的规定,只要是当事人为了重复使用而预先预定,并在订立合同时未与对方协商的条款即为格式条款。尽管格式条款有可能构成一个完整的独立的合同(此时即可称格式合同),但绝大多数格式条款都是以一个合同中的条款表现出来,亦即一个合同中可能同时包括格式条款和非格式条款。我国《合同法》第39条、第40条、第41条所特别规制的是格式条款,而不管它是构成一个合同的全部条款,还是部分条款,而《上海市合同格式条款监督条例》第2条第2款所规制者明显为前者,而忽略了后者,与该条第1款相悖,也与《合同法》的规定相悖,可能会对实务造成一些负面影响。^④

我国《合同法》为了避免上述问题,全面规制格式条款,以维护契约正义,没有使用格式合同的概念而使用了格式条款的概念,较具科学性,有利于保护经济弱者和条款相对人的利益。^{[4](P4)}但从各国关于格式合同的立法例和合同法实践均可看出,其所指“定式合同”、“附合合同”、“加入合同”、“标准合同”、“格式合同”、“一般交易条款”、“格式条款”的意义大致相同,也都是指合同条款,只是为方便起见,直接称为合同。本文从此,除非特别指明,格式合同即指格式合同条款。

二、格式条款的实质

符合上述形式特征的合同条款是否都是格式条款?如果一方提出单方事先拟定的合同条款,仅仅是作为双方交

① 参见台湾“消费者保护法”第2条。

② 如某条款虽为重复使用而拟订,但在只使用了一次的情况下即发生纠纷,此时,如何判定即属疑问。

③ 根据我国《合同法》第15条的规定,符合要约规定的商业广告为要约,不符合要约规定的,为要约邀请。

④ 各该法规、规章分别施行于各省区,有关行政执法实践和司法实践均将有该法规、规章适用的可能。

易谈判的基础,而不是要求对方一概接受,不允许其作任何修改,这种合同条款是否也属于格式条款?答案是否定的。就格式条款的实质而言,其相对人在订立合同过程中居于附从地位,相对人对提供者提出的格式条款,并无磋商交涉机会,只能概括地接受或不接受,不能对格式条款内容作增删修改,从而限制或剥夺相对人契约自由。仅具备形式条件而不具备实质特征,合同条款不属于格式条款。

格式条款之受特别规制的根本原因在于格式条款对合同上负担或危险的分配不合理,具有不公平而不利於相对人的内容。虽然在理论上,相对人仍保有缔约与否的权利,但在条款提供者具有独占或垄断地位(如水、电、公共交通运输等),或在同种类商品或服务的提供者均使用相同或类似内容条款的情形(如医院的手术同意书、银行的抵押贷款合同等),相对人如欲获取该商品或服务,即无可选择地必须与之缔约而不得不接受该不公平约款,相对人订约与否的权利亦被剥夺。因此,以格式条款缔结合同并规范合同内容,虽然在外表上属符合契约自由的形式,但实质上显已破坏契约自由原则。此乃格式条款的最大弊端。因此,上述实质要件是识别格式条款的重要一环。

《德国一般交易条款法》第1条规定:“称一般契约条款者,谓契约当事人之一方为不特定多数相对人所制定,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,抑印载于契约书面之上,亦不论其范围、字体,或契约之方式如何均属之。”我国台湾“消费者保护法”第2条规定,定型化契约“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”。笔者认为,此概念置重于格式条款的形式特征,忽略了格式条款的实质要件,有扩大格式条款的特别规制之嫌。如果经营者为与不特定多数人订立合同之用而单方预先拟定的合同条款经过缔约双方协商,则不构成格式条款。^{[9](P7-8)}

我国《合同法》第39条第2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。”这里,“订立合同时未与对方协商的条款”并非“订立合同时不允许对方对其内容作变更的条款”。格式条款的附从性决定了格式条款应理解为订立合同时不允许对方(条款相对人)对其内容作变更的条款。因为未与对方协商的条款,并不意味着该条款不能与对方协商。某些条款有可能是能够协商确定的,但条款的提供者并没有与相对人协商,而相对人也没有要求就这些条款进行协商,这并不意味着这些条款就属于格式条款。^{[4](P4)}因此,我国《合同法》上述界定仍然只是突出了格式条款的形式特征。

综上,笔者认为,格式条款是指当事人的一方为重复使用而预先拟定,并不允许相对人对其内容作变更的合同条款。有学者主张,格式条款是指一方当事人为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。在笔者看来,该定义中“由不特定的第三人所接受”并非格式条款的特征和内涵,只是格式条款订入合同的条件之一,故不可采。

值得注意的是,判断某一合同条款究竟是“非格式条款”抑或“格式条款”,不能单单以“条款外型”来判断,即不能简单地将印成书面体的条款认定为格式条款,手写的条款即为非格式条款,应当兼以其他各种事实,包括当事人是否有真正的契约自由,是否有防卫其利益的机会和手段,是否能影响合同内容,特别是“当事人的相对缔约机会与缔约能力”、“专业知识”、“一般商业知识”以及“经验”综合起来判断。主张条款为“非格式条款”的一方应负举证责任。基于大量印刷格式条款而订立的合同推定为格式合同,主张该合同为非格式合同的一方,必须就当事人已就格式条款自由商议的事实负举证责任。举证的方法包括证明①条款提供者真诚地愿意改变其所提出的格式条款内容,且②条款提供者已将前述“真诚地愿意改变其所提出的格式条款”的事实通知相对人两件事实。如果能证明此两点,即使作为合同谈判基础的格式条款未经任何修改或更正,也不失为个别约定条款(非格式条款)。反之,如果不能证明此两点,即使作为合同谈判基础的格式条款经修正或补充,但因欠缺自由商议,所修正补充的内容并未改变格式条款的实质,则仍然属于格式条款。

三、格式条款与示范合同文本

示范合同文本是指通过有关的专业法规、商业习惯等确立的,为当事人订立合同时所参考的文本。我国《合同法》颁布以前和以后,国家工商行政管理(总)局和相关行业主管部门都颁布了大量的示范文本。在我国,房屋的买卖、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。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、减少因当事人欠缺合同法律知识而产生的各类纠纷均有重大意义。有学者主张,由于示范合同只是当事人双方签约时的参考文件,对当事人无强制约束力,双方可以修改其条款形式和格式,也可以增减条款,因此它不是格式条款。^{[4](P5)}依此理解,若行业协会拟定的示范合同,供其所属会员与相对人订立合同时所使用,该合同条款即不属格式条款,但如此解释势必无法保护相对人——经济上弱者的权益,与规制格式合同的立法意旨有违。更有学者认为,政府为了规范市场,统一起草、印制,要求当事人在交易中统一采用的合同,不能认定为格式合同,只能作一般合同处理。这种合同严格来说只反映了政府的意志,没有反映某一当事人的意思,政府是格式条款的提供者,因此,不存在“提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”的问题。^{[2](P30-31)}

依笔者之见,示范合同虽为缔约之示范,对当事人无必须使用的义务,但如一方将该示范合同作为自己与相对人订立合同所重复使用的文本,并不允许相对人对其内容作变更,此时,应将该示范合同作为格式条款予以规制。因为,示范合同虽为相关机关、行业公会、团体所拟定,但其公平、公正性尚值怀疑,其合同内容是否参酌经济弱者的意见而决定,是否为经济弱者所能理解,不无疑问,一概将其排

除在格式条款之外,无格式条款强行规范之适用,不利于对经济弱者的保护。我国实践中,保险公司大量使用示范合同与投保人签约、房屋开发商只能使用示范合同与购房者签约,等等,这些示范合同即应认定为格式条款。司法实务中,对保险条款、房屋买卖合同条款均有格式条款规范适用的案例,可见一斑。我国相关地方立法也肯定了作者的上述观点,《上海市合同格式条款监督条例》、《福建省合同格式条款监督办法》第10条第1款均规定:“提供方拟订格式条款,可以参照各类合同的示范文本。”参照示范文本拟订的格式条款亦应受格式条款强行规范的规制,应无疑问。

笔者曾据此认为,格式条款(合同)过于强调条款的“预先拟定”,尚不足以涵盖重复使用他人预先拟定的格式条款(包括行业公会拟定的)与相对人缔约的情形,应改为条款的“使用者”概念,^{[10] (P5)}此观点已为我国深圳地方立法所采纳。不过,就《合同法》的现有条款,在解释上自应包括参照合同示范文本、他人预先拟定的格式条款拟定自己的格式条款的情形(其极端的情形即为将这些示范文本、格式条款原封不动地为己所用)。

参考文献:

- [1] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(第七册) [M]. 台北: 自行出版, 1993.
- [2] 吕伯涛. 适用合同法重大疑难问题研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2001.
- [3] 王泽鉴. 民法债法总论.(第一册) [M]. 台北: 自版, 1993.
- [4] 王利明. 对《合同法》格式条款规定的评析[J]. 政法论坛, 1999, (6).
- [5] Todd D. Rakoff, Contract of Adhesion. 96 Harvard Law Review. 1983.
- [6] 谢次昌. 消费者保护法通论[M]. 北京: 中国法制出版社, 1994.
- [7] 杨立新. 合同法总则(上) [M]. 北京: 法律出版社, 1999.
- [8] 崔建远. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [9] 高圣平, 刘璐. 民事合同理论与实务(定式合同卷) [M]. 北京: 人民法院出版社, 1997.
- [10] 高圣平. 定式合同之研究[A]. 中国政法大学民法硕士论文[C]. 北京: 中国政法大学, 1996.

On the Identification of Adhesion Contracts

GAO Sheng-ping

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The identification of adhesion contracts is the first requirement of governing specially adhesion contracts. Not all the provisions presented by one party for the other's signature are adhesion contracts. The provisions are adhesion contracts only if they are standardization in style, of adhesion in nature. When one party enters into a contract with others by using model contracts, the modal contracts may be governed as adhesion contracts. Related provisions in local regulations must be reconsidered.

Key words: adhesion contract; standardization in style; adhesion in nature; model contracts