

格式条款内容规制的规范体系

解 亘*

内容提要：在规制合同内容的规范群内部存在着体系化的分工。格式条款内容规制规范不能适用于核心给付条款。其根本原因在于，市场机制通常虽不能作用于附随条款但却能作用于核心给付条款。这并不意味着核心给付条款就不受法律秩序的规制。对于不当合同的介入，通常需要合意度低下和均衡度不足两个要件的合力。合同法第40条的意义，在于将所有利用格式条款之情形的合意推定为程度较低的合意。如此一来，在对格式条款作内容规制时，便不再需要举证合意的低下。

关键词：内容规制规范 格式条款 核心给付条款 附随条款

一、问题的提起

即便在将意思自治、合同自由奉为圭臬的近代，大陆法系的民法也允许对合同的内容（主要是不当条款）加以规制。这种规制除了出现在个别重点领域（如违约金、不动产租赁）外，还体现在某些一般性的制度上。具体而言，除公序良俗原则、诚实信用原则外，还包括德国法上的暴利行为规则、法国法上的原因理论等等。到了现代，随着消费者问题、格式条款问题的日趋严重，民法不再坚守形式意义上的意思自治与合同自由，实质化成为民法演变的最显著特征。诸多国家和地区的民法除了利用上述制度来捍卫给付均衡外，还着眼于解决由合同当事人间的结构性差异所引发的问题，逐渐地引入了消费者契约法和格式条款规制法制度，以期实现实质意义上的交换正义。^{〔1〕}为便于叙述，本文

* 南京大学法学院副教授。

本文受南京大学985三期项目资助。

〔1〕 这些制度中还包括规制缔约过程的规范。本文只考察其中的合同内容规制规范。从学理上讲，关于实现合同法实质化的手段，有所谓消费者进路和格式条款进路的对峙。消费者进路侧重于从程序控制的角度消弭消费者与经营者之间的结构性差异，最为激进的做法是直接对经营者课加信息提供义务，相对保守的做法则是通过缓和欺诈、胁迫的要件扩张法律行为法的适用范围。而格式条款进路则侧重于对不当条款的直接介入。实际的立法例，无论是日本的消费者契约法还是德国的一般交易条件法都兼含两种进路，只是侧重有所不同而已。

称前者为传统型合同内容规制规范，后者为现代型合同内容规制规范。

民法的实质化运动已经改变了民法世界原有的风貌。那么，该如何理解传统型合同内容规制规范与现代型合同内容规制规范之间的关系呢？具体而言，这两类规范在介入合同的具体对象上是否有分工；如果有，会是怎样的分工；理由何在？此外，这两类规范在介入合同的要件上是否有差异；如果有，又会是怎样的差异？其中蕴含的问题核心，绝非简单地一句“请求权竞合”或者“特别法优于一般法”所能概括。以上种种问题的解决，意味着内容规制规范群内部的体系化。这样的体系化思考，不仅具有学理上的意义，或许还包含有足以影响司法实践的现实意义。

我国法上既有可归类于传统型类别的规范——公平（等价）原则（民法通则第4条、合同法第5条）、显失公平规则（民法通则第59条第1款第2项、合同法第54条第1款第2项）、乘人之危（从要件看与德国法上的暴利行为大致相当，以下作一般论时使用“暴利行为”，强调我国法时使用“乘人之危”）规则（民法通则第58条第1款第3项、合同法第54条第2款）、公共秩序对合同效力的控制规范（民法通则第58条第1款第4、5、6、7项，合同法第52条）、免责条款的控制规范（合同法第53条）以及有关利息的限制规范〔2〕和违约金的限制规范（合同法第114条第2款后段，《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29条）；也有可归类于现代型类别的规范，例如消费者合同中以广告拟制合同内容的规范（消费者权益保护法第22条第2款）、〔3〕规制不当格式条款的规范（合同法第40条）等。只不过由于相对于法、德、日的私法体系，中国的私法体系属于后来者，所以并不像前者那样存在着明显的先后顺序，而是一股脑儿地呈现在眼前。但这些规范彼此间的关系不应当是一种简单的堆砌杂陈，否则将会给法律适用造成混乱。

全面、系统地探讨这两类规范之间的关系，无疑是一件宏大的工程。囿于能力和篇幅的限制，本文不得不对研究对象作出限定。目前，我国消费者保护制度采取的还是一种公私法混合的模式，真正意义上的消费者合同法制度尚未定型。而私法意义上的格式条款规制法不仅基本确立，而且对其适用及研究已有了二十多年的积累。因此，本文选择更具现实意义的课题——格式条款的内容规制规范（合同法第40条）与传统型合同内容规制规范的体系分工——作为研究的对象。

结合有关格式条款的定义规定（合同法第39条第2句）看，合同法第40条的适用范围似乎非常广阔，某条款只要在形式上符合该定义，在内容层面就受合同法第40条的规制。目前我国学界和司法实务界对该条款适用范围的理解基本上忠实于条文字面涵义，基本不作限制，这与德国一般交易条件法的解释论有很大的差异。由于德国一般交易条

〔2〕 1991年最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”第7条规定：“出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。”

〔3〕 也有人将此规范性为行政法规范，例如宋亚辉：《论广告管制规范在契约法上的效力——基于海峡两岸司法判决的整理与研究》，《华东政法大学学报》2011年第3期。但此规范的目的首先不是在于禁止、管束，而是直接拟制私法上的效果，因此定性为私法规范更为准确。

件法在2002年债法修改时几乎被全盘吸收进民法典,为避免不必要的混乱,本文仅以现行德国民法典有关格式条款规制的规范群作为比对、引证的对象。德国民法典有关格式条款规制的一般性规定是第307条。该条第3款第1句规定:“第1款和第2款以及第308条和第309条的规定仅适用于用以乖离法律规定或者补充法律规定的一般交易条件。”尽管从字面上看不出来,但按照当初一般交易条件法的立法理由,该条是为了将宣示性条款^[4]和核心给付条款排除在内容规制之外而设置的。^[5]也就是说,德国法上类似的规范从一开始就被严格划定了疆界——不适用于核心给付条款和宣示性条款。既然格式条款的内容规制规范不适用于核心给付条款,那么,用来规范不当的核心给付条款的,就只能是传统型合同内容规制规范。这里,合同内容规制规范群内部的体系化构造隐约可辨:针对不同类型的条款,德国法上各种规制规范间似乎存在着某种分工。这背后到底有怎样的思考?如果这样的思考具有合理性,我国法是否可以作同样的体系化整理?

本文的分析、论证将在以下的双重视角下展开。

1. 意思自治原理与给付均衡原理互补。对合同的内容规制意味着对合同效力的全部或者部分否定。而合同之所以具有拘束力,除了因为它建立在当事人的自由合意之上,至少还部分地因为它能够实现给付均衡意义上的合同正义。因此,支撑或者否定合同效力,都需要以这两个原理的充足或者不充足作为要件。下文将要说明,上述两个原理在合同拘束力问题上存在着互补关系。不同类型的不当条款很可能在上述两个原理的充足度欠缺上呈现出完全不同的特征。选择了这样的视角,便可以在内容规制的要件层面凸显体系化的必要性。

2. 市场机制。之所以采用这样的视角,是因为在一个稍微复杂一点合同中,一般都会包含多种性质不同的条款。其中有的属于合同的核心内容,有的则属于附随、周边的事项。如果我们承认作为市场交易主体的人仅仅具有有限的理性,那么他所能关注的、影响到他是否进入交易的条款通常是有限的。换言之,市场机制只对这部分合同条款产生优胜劣汰的作用,对于其他条款的影响可能有限。这一现象中可能就隐藏了对合同内容规制规范作体系化梳理的契机。

二、合同内容规制的基本原理

(一) 支配合同法的两大原理

1. 意思自治的保障

近代民法以意思为根本出发点,强调意思是创设、变动权利义务关系的原动力,因此,自然格外重视对意思自治的保障。传统民法中的意思能力制度、行为能力制度以及法律行为法(胁迫、欺诈、虚伪表示、心中保留以及错误等制度)便是用以保障意思自

[4] 所谓宣示性条款,是指重复法律规定的条款。将宣示性条款排除在内容规制之外的立场很好理解,因为这样的条款不仅不会损害到给付的均衡,相反在很多情形它恰好能体现立法者所期待的给付均衡。

[5] [日] 桑冈和久:《价格附随条款的内容规制(二)·完——ドイツにおける銀行の手数料条項をめぐる议论を手がかりとして——》,《民商法杂志》第127卷第4·5号,第40页(2003年);[日] 石川博康:《「契約の本性」の法理论》,有斐阁2010年,第28页(初出2005年)。

治的制度，这些制度的发动均不以给付失衡为要件。〔6〕

2. 给付均衡的保障

支配合同法的另一根本性原理，是给付的均衡。换言之，当双务合同的给付严重失衡时，合同可能被评价为非正义，其效力将被否定。

需要注意的是，至少大陆法系对这一原理的重视程度不如对意思自治原理的重视程度。如果合同当事人的意思自治得到了相当的保障，那么在通常情况下，法律秩序就应当尊重法律行为的内容，不过问给付在实质上是否均衡。最为典型的表述是德国民法典第138条第2款：“利用他人的窘迫、无经验、判断力缺乏或意志显著薄弱，以法律行为使该他人就某项给付而向自己或第三人约定或给予与该项给付明显不相当的财产利益的，该法律行为无效。”这便是人们所熟知的暴利行为制度。这里，除了给付“明显不相当”这样的实体要件外，还需要“利用他人的窘迫、无经验、判断力缺乏或者意志显著薄弱”这样的程序要件。之所以采取这般消极的立场，主要是为了防止法院以给付失衡为借口过多地侵害合同自由。尽管如此，给付均衡的法理仍在一定的范围和程度上得到承认。〔7〕

法国法在坚持意思自治的同时，例外地承认给付均衡的独立价值，在民法典上设置了非常损失制度（lésion），即在特定的情形（法国民法典第887条和第1674条），如果合同的给付在客观上显著不均衡，就否定其效力。非常损失制度在19世纪后半叶主要是通过判例（代理人报酬的减额、公证员职位转让价格的减额、亲属关系专家的报酬减额、以养老金作为支付手段的不动产买卖），进入20世纪以后则是通过特别法，实现了非常损失制度的有限扩张（限于农民、作者以及类似委托关系中的当事人等人群）。〔8〕在德国，战前就出现过若干尝试运用善良风俗的一般条款（第138条第1款）来规避暴利行为规则中严格主观要件的判例。这一立场在战后也得到了延续。不过，德国判例对给付均衡法理的运用限于信用行为等很有限的领域。〔9〕

总体而言，无论是法国法还是德国法，尽管都为给付均衡的法理保留了一定的独立空间，却都不承认“广谱的”给付均衡法理。因此，除了个别领域外，给付均衡的原理都仅仅在与意思自治原理相关联时才发挥作用。

（二）我国法的定位

我国法上控制给付均衡的诸多规范中，既有以意思的相当不自由和给付的严重失衡为要件的乘人之危制度、显失公平制度，也有从正面承认给付均衡之独立价值的公平（等价）原则。

〔6〕 错误制度中存在例外。合意主义的错误论从合同正义（给付均衡）的立场来理解错误制度。参见〔日〕森田弘树：《『合意の瑕疵』の构造とその扩张理论(1)》，NBL482号，第24页以下（1991年）。中文文献可参见〔日〕山本敬三：《民法讲义I总则》，解亘译，北京大学出版社2012年版，第152页以下。

〔7〕 对德国法和法国法有关给付均衡法理的立法沿革、判例和学说的全面梳理和分析，参见〔日〕大村敦志：《公序良俗と契约正义》，有斐阁，1995年（初出1987年）。

〔8〕 同上书，第147页以下。

〔9〕 同上书，第256页。大村敦志的这一结论与许德风的观察结果有一定的差异。在许德风看来，即便对于高利贷合同，德国法也不允许仅仅从客观的利率状况决定是否介入，而需要兼顾主观状况。参见许德风：《论利息的法律管制——兼议私法中的社会化考量》，《北大法律评论》2010年第1辑，北京大学出版社2010年版，第180页。

围绕如何理解显失公平制度的要件及其与乘人之危制度的关系,学界存在着严重的对立。一些学者沿袭了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》(以下简称《民通意见》)第72条的立场:“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平”,主张主、客观二要件说。^[10]但如此一来,显失公平与乘人之危的关系便成为问题。于是,有见解主张,乘人之危制度不过是显失公平的一个具体形态。^[11]但对两者关系如此定位,其说服力显然不够,因为按照这种理解,乘人之危与显失公平内涵完全一致,根本就不是抽象与具象的关系,而是无意义的重复。为此,有力的观点认为,既然合同法并未将《民通意见》对显失公平的理解明文化,就可以认为立法者实际上否定了上述二要件的立场,显失公平的构成要件仅以客观上给付失衡为足。^[12]依此理解,乘人之危规则便成为显失公平规则的特别法。^[13]

不管怎样,至少以下两点可以确认为共识:首先,乘人之危制度具有与德国法上的暴利行为制度基本相同的性质。其次,较之于法国法、德国法,我国法更加重视给付的均衡。关于第二点共识,主要是因为我国法上有在适用范围上不受限制的中国版非常损失制度——公平(等价)原则(乃至作为其具体化的显失公平规则)。虽然有学者认为公平(等价)原则在具体的制度上没有得到体现,^[14]但这种观点的说服力并不充分。我们可以在大量的裁判文书中看到法官基于“公平原则”调整合同内容的现象,甚至在最高人民法院所作的判决中也不难发现。^[15]不仅如此,在重大误解制度中也可以看到我国法重视给付均衡的立场。在传统民法上,错误制度被定位为用以救济意思表示瑕疵的制度,不以给付的失衡为要件。而我国法上与错误大致相当的重大误解制度却明文要求“造成较大损失”(《民通意见》第71条)。如此一来,若不满足给付失衡的要件,发生重大误解之表意人便不能得到救济。这一点从另一个侧面说明了我国法对给付均衡的偏重,以至于不惜在一定程度上牺牲对意思自治的保护。此外,物权法所确立的善意取得制度,以“以合理的价格转让”作为要件(第106条),也是一个有力的佐证。

(三) 介入合同的正当化理由

1. 原理的互补

如上文所述,尽管在不同的立法例下存在程度上的差异,但意思自治和给付均衡都是民法所追求的价值,是普遍承认的支配合同法的根本原理。原理不同于规则,不是要么充足要么不充足的状态,而是被期待尽可能地充足。其充足的程度,除了受到各种事实

[10] 例如,王利明、崔建远:《合同法新论·总则》,中国政法大学出版社2000年版,第287页(王利明执笔);杨立新:《合同法总则》上册,法律出版社1999年版,第171页。

[11] 参见徐涤宇:《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》,《法律科学》2001年第3期。

[12] 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第200页。

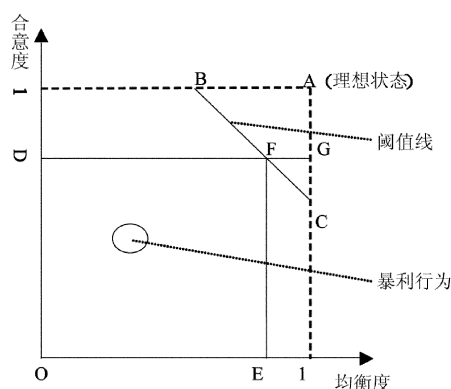
[13] 同上书,第194页。

[14] 参见前引[11],徐涤宇文。

[15] 例如,长治市华茂副食品有限公司与长治市杰昌房地产开发有限公司合作开发房地产合同纠纷案,最高人民法院(2005)民一终字第60号。

上的制约外，还受到相对抗之规范的制约。在这个意义上，可以说原理乃是一种法律可能性以及现实可能性相互关联基础上的最佳化命令——各原理都应当尽可能地得到贯彻。^[16]

为了叙述的方便，本文使用“合意度”和“均衡度”这样的表述来分别代表合同中意思自治原理和给付均衡原理的充足程度。“均衡度”是一个容易理解的表述，指合同双方当事人各自的给付在客观上的对等程度。而“合意度”这样的表述或许会让人疑惑。这是因为，双方当事人的意思表示通常只存在“合致”或者“不合致”两种结果，人们在谈到合意的时候往往用“有无”来衡量。然而，这种理解过于拘泥于形式。真实的自由意志与所达成的合意所表示出来的意思之间可能存在差距。因此，当我们试图衡量当事人在多大程度上在实质上达成了合意时，便不可避免地需要引入程度指标，即意思自治的实现可以而且有必要用大小、高低来描述。



原理的另一个特点，是承认相互间的补充关系，即就同一事项而言都具有妥当性的原理之间可以互相补充，以一个原理的充盈来弥补另一相制约之原理的亏缺。^[17]

上图是一个由表征意思自治原理充足程度的指标——合意度和表征给付均衡原理充足程度的指标——均衡度构成的坐标系。当合意度和均衡度的数值都为1时，达到最为理想的交易状态（A点）。若要求所有的交易都必须达到这一理想状态，现实世界的交易将难以为继。为此，法律秩序不得不作一定的让步：只要现实的交易接近这个理想状态（合意度与均衡度的交点落在ABC区域内），便承认其效力。这一点从合同法第40条中也可以得到印证。该条的发动需要格式条款的提供方排除对方“主要权利”。^[18]这样的表述意味着些微的给付失衡还不足以令法律秩序介入当事人通过格式条款达成的合意。因为

[16] [德] 罗伯特·阿列克西：《论法律原则的概念》，载其著：《法理性商谈》，朱光、雷磊译，中国法制出版社2011年版，第196页以下。

[17] 威尔伯格（Walter Wilburg）所主张的动态系统理论，便是建立在原理的这样一种互动关系上的。有关动态系统论的全面总结，参见[日]山本敬三：《民法中的动态系统论》，解亘译，载梁慧星主编：《民商法论丛》第23卷，金桥文化出版（香港）有限公司2002年版，第172页。

[18] 第40条在“权利”前加上了“主要”作为修饰，但在“责任”前面却没有加这样的修饰语。但“免除其责任、加重对方责任”所造成的给付失衡，应当与“排除主要权利”所造成的给付失衡相当，没有理由作刻意的区分。

些微的失衡意味着较高的均衡度，其与合意度之和可能会超过一定的阈值。这样的合同不能被评价为不当。

而当可以相互补充之原理的充足度总和低于一定的阈值（位于附图中斜线BC的左下方区域）时，就表明合同在法律上的正当性将遭受质疑，合同的规制规范由此被触发。^[19]传统民法在法律行为规制上采取的二分法——严格区分对意思表示瑕疵的救济与对内容的规制，在这样的内在体系中得到了有机的统一。

按照合意度与均衡度的高低来划分，上述缺乏正当性的合同可分为如下三种类型：

第一种类型，是意思自治完全没有得到尊重的情形，最为典型的便是胁迫。这时，合意不过是一具有名无实的形骸，完全不能体现被胁迫一方的意思自治。即使给付在客观上是均衡的，法律秩序也要介入。属于这一类型的，还有法律行为法所管辖的各种情形，如欺诈、虚伪表示、心中保留和错误等。^[20]

第二种类型，则是另一个极端——给付严重失衡。尽管在通常情况下我们可以推测给付严重失衡的背后一定在意思自治这一原理上也出了问题，但就特定的情形，一些立法例完全不考虑意思是否自由，都允许法律秩序（非常损失规则）介入。

其实，以上两种类型在交易社会都属于极端情况。更为常见的不当合同，是位于两极之间广阔的中间地带的第三种类型：因意思自治未得到充分的实现——尚未达到胁迫、欺诈乃至错误的程度，导致给付也不那么均衡——尚未达到非常损失的程度，且两个原理的充足程度之和低于一定的阈值。这时，法律秩序一般通过暴利行为规则、公序良俗原则、诚实信用原则来应对。在由格式条款引发的情形，则可以通过格式条款规制规范来应对。

2. 考察主、客观状态的必要性

针对上述第三种类型，问题的关键在于如何判断合意度与均衡度的总和不足。

首先，需要明确阈值本身。例如，假定立法者作过这样的价值判断：合意度与均衡度之和应当大于等于1.6。接下来的工作，便是分别衡量合意度和均衡度。这一点，在暴利行为制度中体现得分外清晰。对暴利行为的矫正，取决于两个要件的合力：一是“利用他人窘迫、无经验、缺乏判断力或者重大的意志薄弱”，二是给付“明显不相当”。前者是有关主观状态的要件，后者则是有关客观效果的要件。这两个要件所体现的恰好分别是意思自治原理和给付均衡原理的要求。在现实纷争中，需要当事人分别就主客观两个方面的事实——即合意度和均衡度进行举证。

如果将暴利行为规则理解为相对刚性的规范，即对主客观两方面都有较为严格的要件，不允许两者之间的动态互补，^[21]那么，暴利行为制度所能应对的仅仅是合意度、均

[19] 当然，无论是充足度、总和还是阈值，都不是精确的衡量概念，所谓原理之间的相互补充也不可能存在一个精确的数学模型，但这些概念和理论仅仅作为说明用的工具，用以阐释观点。

[20] 针对错误制度，由于根本立场的不同，可能存在争议。若坚持合意主义的观点，含有错误的法律行为将被划入第三种类型。

[21] 对于动态系统论的适用范围，持保守立场的卡纳里斯（Claus-Wilhelm Canaris）认为，为了维护法的安定性，凡是实定法规定了要件、效果的情形，都不应当允许运用动态系统论。参见前引〔17〕，山本敬三文，第225页。

衡度均不足之中间地带的某一狭窄区段（附图中的小圆形区域）。〔22〕 广阔的中间地带最终还是只能依靠公序良俗、诚实信用这样的一般条款来应对。

三、市场机制视角下的格式条款合意度

（一）合同规制与条款规制的差异

以上在一般论层面探讨了意思自治原理与给付均衡原理均不充足时的救济问题，预设的规制对象是不当合同本身。然而，这样的分析仍显粗糙。这是因为，对格式条款的规制更多的时候可能仅仅涉及个别条款本身的效力，不致危及整个合同的效力。

这一点，在法律行为法对规制对象的限定上体现得尤为明显。如我们所熟知，法律行为法（有关错误、欺诈、胁迫、虚伪表示、心中保留等的制度）是用以应对意思表示瑕疵的制度。意思表示的瑕疵在格式条款中同样会发生。例如，格式条款的使用方就格式条款的记述发生表示错误，或者格式条款的接受方因理解谬误而发生动机错误。由此似乎可以得出这样的结论：法律行为法也可以用来应对格式条款中存在的意思表示瑕疵。然而，实际情况却并非如此。德国法学界在探讨一般交易条件法对法律行为的规制时就极少讨论错误的问题。〔23〕 在日本也有学者认为，至少法律行为法不能应对记述附随事项之格式条款，因为法律行为法是用来否定整个合同的效力的，无法规范记述附随事项之格式条款本身。〔24〕 以错误制度为例，错误无效（或者可撤销）的要件之一，是就法律行为的要素发生了错误。既然附随事项不属于法律行为的要素，自然不会发生错误的问题。我国法上的重大误解制度中虽然没有使用“要素”这样的表述，但是强调“重大”，有异曲同工之效。〔25〕

但是，区分合同整体效力问题与局部条款效力问题的思想在格式条款的规制上并未得到体现。依合同法第40条的规定，凡是有关合同无效的规定（第52条、第53条）都适用于格式条款。这种立法看上去简洁明快，却忽视了合同规制与条款规制之间存在的根本性差异。不妨以第40条所引致的第52条第1项为例作说明。该条文是规范以损害国家利益为目的之欺诈、胁迫的规定，由此不难确认立法者的意图：以欺诈、胁迫的手段订立的格式条款，如果同时损害到国家利益将归于无效。然而，以损害国家利益为目的的欺诈、胁迫不过是欺诈、胁迫的形态之一，在仅针对合同整体效力这一点上第52条第1项与针对欺诈、胁迫的一般性规范（第54条第2款）并无二致。这种以合同整体为规制

〔22〕 以日本法为例，其在民法典上并没有规定暴利行为规则，但判例（大判昭和9年5月1日民集13卷875页）还是借鉴德国法，确立了自己的暴利行为规范：“利用他人的窘迫、轻率或者无经验获得显著过当利益的法律行为……无效”，作为公序良俗规范（日本民法第90条）的一个适用领域。从中可以看出，其坚持的是较为刚性的主客观二重要件。对日本判例的系统整理和分析，参见前引〔7〕，大村敦志书，第20页以下，第276页以下。

〔23〕 参见〔日〕河上正二：《约款规制の法理》，有斐阁1988年版，第237页。

〔24〕 参见〔日〕冲野真己：《いわゆる例文解释について》，《日本民法学の形成と课题（下）——星野英一先生古稀祝贺》有斐阁1996年版，第640页。

〔25〕 国内有相反的主张，认为重大误解的规范也适用于格式条款（参见苏号朋：《格式合同条款研究》，中国人民大学出版社2004年版，第252页）。这当是对错误制度的误读。不过，我国法上重大误解的法律效果不限于可撤销，还包括了可变更，似乎给部分无效预留了后门。但这样的制度设计是否妥当，值得反思。

对象的规范并不适合于规范局部条款。

要准确地分析格式条款的规制问题,就不能止步于合同的层面,而有必要深入到条款的层面。

(二) 合同条款的分类

通常的合同无论内容有多复杂,在法律技术上都被看作由两个相反意思表示的合致而构成的单一法律行为。但这并不妨碍我们在观念上将这个法律行为进一步分解为若干个合意。法律行为可以看作由若干合意单元构成之合意的集合。具体的分类按照方法的不同可以有多种。例如,按照法律行为内涵的重要性程度来分类,可以分为有关要素的合意和有关偶素的合意。^[26]如果着眼点在条款上,则可以分为核心给付条款和附随条款。所谓核心给付条款,是指记载有关要素之合意的条款;而所谓附随条款,则是记载有关偶素之合意的条款。^[27]若按照合意的达成方式来分类,可以分为个别磋商条款和格式条款。所谓个别磋商条款,是指经过合同双方当事人具体磋商才确立的条款;而所谓格式条款,则是由一方当事人提供的、用以反复交易的条款,该条款的内容不容当事人磋商,当事人只能在订立合同时概括地接受。

由于基于不同的分类基准,核心给付条款与附随给付条款、个别磋商条款和格式条款这两组概念不可避免地存在着交叉:既有经个别磋商的核心给付条款和附随条款,也有以格式条款形式呈现的核心给付条款与附随条款。

上文关于合意的分析虽然以整个合同为对象,但却是以个别磋商的合同为预设的,因此结论自然适用于经个别磋商的条款。而在现实的交易中,合同多采用格式合同的方式订立。在这种缔约方式之下,从形式上看当事人就格式条款达成了合意,但从实质上看这种合意却有别于经个别交涉达成的合意,因为接受方的意志不像个别交涉之情形那般得到充分的体现。这种概括接受的合意方式,决定了格式条款的合意度问题有其特殊性,不能简单地套用上文的分析,需另行探讨。

(三) 格式条款的合意度

1. 核心给付条款的合意度

无论现实世界中的人理性如何有限,他通常都会关注合同的核心给付内容,通常都会在该内容作一番权衡后再作是否订立合同的决定。在这样的前提下,倘若当事人最终订立了于己不利的合同,将属于自己责任的范畴。而从交易相对人的立场看,如果他所提供的核心给付内容缺乏竞争力,最终他将会被市场淘汰。因此,对于核心给付条款,只要市场竞争机制还在发挥作用,即便该内容是由一方当事人单方事先拟定的,甚至不容磋商,仍然可以保障对方当事人的意思自治,最终达成的合意仍具有足够高的合意度和均衡度。

[26] 按照传统的理解,合同的内容可以三分为要素、常素和偶素。其中的要素,是指成立某种类型之合同必不可缺的内容;常素是指该种类型的合同通常应当具备的内容,但当事人可以约定排除;偶素是指不能左右某种类型合同的成立,只有在当事人有约定时才构成合同之一部分的内容。有关三分法理论的历史沿革、现代意义的全面探索,参见前引〔5〕,石川博康书。

[27] 需要注意的是,附随给付条款不一定能囊括所有的附随给付内容。这是因为合同中的常素不以表意人的意志为转移,需要通过对法律行为的解释才显现出来。

当然，有关核心给付内容也有可能出现合意度低下的情形，例如需要法律行为法介入的情形、无意思能力的情形、行为能力不足的情形以及需要反垄断法介入的情形，但这毕竟不是交易社会的常态。有关核心给付内容的合意在通常情况下应该具有较高的合意度，不然，交易社会的绝大部分交易的正当性都会受到挑战。

2. 附随条款的合意度

按照通常的理解，尽管通过格式条款达成的合意也具有拘束力，^[28]但因不容磋商性导致这种合意方式并不能充分而真实地体现其意思，常常会造成整个合同的均衡度不足。严重到一定的程度时，合意度与均衡度的交点便会落入附图中阈值线 BC 的左下方区域，丧失正当性。从这个意义上讲，利用格式条款的合意也属于前述第三种类型。

上一段落的分析，是以经济学意义上那种具有全知全能本领的完全理性人为预设的，但是民法所预设的标准人仅具有有限的理性。如果民法上的人也如经济学上所说的完全理性人，那么他在交易中就能够掌握完全的信息，对环境、交易条件拥有充分的认知能力和计算能力，他就不会陷入错误状态，也不会因受欺诈而作意思表示，法律行为制度便成为多余。有限的理性决定了市场上的交易主体对于某些不太重要的交易条件的内容、意义存在认知、利益计算上的盲区。“从心理学与经济学的角度看，顾客的眼光主要集中在价格或主给付义务上，对于从条件或附加条件，或因根本就未意识到，或因不清楚其效果，或因未想到其重要性等等”，而常常予以忽略。^[29]此外，格式条款天然具备一种隐蔽效果——因其专业性、复杂性、冗长、字体细小往往令顾客敬而远之。^[30]可见，合意度的高低与是否经过协商并无直接的关联，即使没有参与合同内容的形成过程，只要相对人在充分了解的基础上作出进入合同的决定，其意思自治就能得到充分的保障。不容磋商“本身不足以说明实质的合同自由（或合同公正）的重大损害”。^[31]就记述合同附随事项的格式条款而言，其合意度在常态下不足，进而容易诱发不当条款的根本原因，在于市场机制面对格式条款时的失灵。

四、区分规制的必要性与方法

通过上文的分析可知，对于核心给付内容，无论是否采用格式条款的形式，合意度的低下都是例外。而对于采用格式条款形式的附随事项，合意度的低下却为常态。这两类性质迥异的格式条款，是否都属于格式条款规制法的规制对象呢？如果答案是否定的，则意味着需要对两者分别进行规制，需要进一步梳理各自的规制方法。

[28] 关于格式条款之拘束力的理论基础，德国法上历来就有意思推定说、规范说和合意说之争。我国法的答案是明确的。合同法第39条所确立的订入规则，强调披露、提请注意和说明义务，说明经过了披露、提醒和说明，格式条款的接受方能够了解格式条款的内容，并在此基础上达成合意，格式条款应为有效。因此可以说，格式条款的拘束力在本质上来自于当事人的合意。不过，格式条款之所以具有拘束力，更重要的原因是它与有关合同核心给付内容的合意发生联动。参见前引[23]，河上正二书，第184页。

[29] Drexler:《消费者之经济上的自我决定》。转引自[德]卡拉里斯（目前国内定型的译法为“卡纳里斯”）：《债务合同法的变化——即债务合同法的“具体化”趋势》，张双根译，《中外法学》2001年第1期。

[30] 前引[23]，河上正二书，第7页。

[31] 前引[29]，卡拉里斯文。

（一）我国法的现状

仅从条文的文意看，合同法对格式条款的定义采取了纯粹形式主义的进路：“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”（第39条第2句）。〔32〕从中看不出对核心给付条款和附随条款的区分。不过，要确认我国法的现状，还需要进一步探寻法院和学界的理解。

1. 法院的立场

从各种媒介所公布的裁判文书看，涉及合同法第40条的为数不少，但在判断格式条款的效力时法院并没有区分格式条款所记述的内容是否属于合同的核心给付内容。这是因为，绝大部分的纠纷都是围绕着纠纷解决条件（特别是免责条款）展开的，而这些条款通常并不构成核心给付内容。但有一类案件非常特殊，足以暴露问题，这便是有关保险合同的绝对免赔率条款有效性的纠纷。例如有这样的判断：“虽然保险条款规定，被保险机动车方的损失应当由第三方负责赔偿的，无法找到第三方时，免赔率为30%。但是，投保人向保险人购买车损险，目的就是为了得到保险人及时理赔的保险保障，该保险条款既不符合投保人的缔约目的，亦有违公平原则。同时，作为提供格式合同的一方，保险人设定的上述合同条款，客观上免除了自身的民事责任，排除了被保险人在保险合同中的主要权利，按合同法的有关规定，应当认定该条款无效。”〔33〕表面上看，绝对免赔率条款在性质上似乎属于免责条款。然而，保险合同不同于买卖、运输等合同。后者的核心给付内容是标的物所有权的转移、标的物安全运送到目的地以及对价的支付，与免责条款的内容通常有明显的不同。而在保险合同中，核心给付内容是发生保险事故时赔付保险金，在本质属性上与绝对免赔率条款一致。至少我们无法一概否认绝对免赔率条款构成保险合同的核心给付内容的可能性。不论这样的条款最终是否被判定有效，至少这样的思维可以佐证本文的一个猜测：司法实践中不存在区分规制核心给付条款和附随条款的意识。〔34〕

2. 学界的认知

有关合同法第40条的解释论主要围绕该如何理解条文所用表述——“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”——而展开。一种解释是：“主要权利是指合同中主要条款规定权利或法律规定的重要权利”。〔35〕也有观点认为：“‘主要权利’是根据合同

〔32〕 合同法第39条的定义忽略了条款由第三方拟定的情形。现实交易中，有时双方当事人都没有预先拟定格式条款，而是借用第三方拟定的文本，例如由行政机关、行业协会甚至其他企业拟定的格式文本。其往往是某领域的标准合同文本。由第三方拟定的格式文本虽然能够在一定程度上担保中立性，但并不能担保文本内容就完全契合当事人之间的交易。对于不能契合于交易的条款，格式条款中的某些内容会出乎双方的意料，有时需要法官事后调整。关于这一点，我国法无论在学理上还是在实践中都是空白。日本的判例针对这种情况，创造了一种独特的法技术——“例文解释”，将其中那些不能契合于当事人本意的条款解释为“例文”——即示例，从而将其排除在合同内容之外。详见前引〔24〕，冲野真己文，第603页以下。

〔33〕 马某与中国人民财产保险股份有限公司南京市城北支公司保险纠纷案，南京市鼓楼区人民法院（2010）鼓商初字第618号。

〔34〕 不过，关于下文将提及的宣示性条款——仅仅重复法律法规内容的格式条款，司法实践基本都因其符合法律规定而承认其效力。例如，“涉案条款中第6条、第8条、第10条、第16条、第17条、第24条等6个条款均有明确法律依据，未构成合同法第四十条、第五十二条或第五十三条规定的无效情形，原告对于上述6个条款无效的主张没有法律依据”。参见郭力诉河南连邦软件有限公司等计算机软件著作权许可使用合同纠纷案，北京市第一中级人民法院（2006）一中民初字第14468号。

〔35〕 谢怀栻等：《合同法原理》，法律出版社2000年版，第71页。

的性质本身确定的……合同千差万别，性质不同，当事人享有的‘主要权利’不可能完全一样。认定‘主要权利’不能仅仅看双方当事人签订的合同的内容是什么，而应就合同本身的性质来考察。如果依据合同的性质能够确定合同的主要内容，则应以此确定当事人所享有的主要权利。”^[36] 还有观点主张：企业合理化经营所必需或者免除一般过失责任、轻微违约之责任的条款有效。^[37] 这些理解都隐含了一个前提：只要合同条款在形式上符合格式条款的定义，就理所应当受合同法第 40 条的规制。从这些观点中依然看不出要区分规制的意识。

（二）区分规制的必要性

1. 格式条款内容规制规范的意义

尽管针对的同样是不当合同的第三种类型，但有别于以合意度和均衡度为成立要件的暴利行为规则，格式条款内容规制规范完全摒弃了对双方当事人主观状态的考察，即不以合意度的高低为要件（参见合同法第 40 条、德国民法典第 307—309 条）。

照理，格式条款因种类、内容、接受对象的不同，接受方的意思参与程度会有所不同。^[38] 有时，甚至连格式条款提供方的意思参与程度也不能达到百分之百。例如，利用市场通用的格式合同文本的情形，以及图省事照抄其他行业、其他企业成熟的格式条款的情形等。也就是说，虽然我们可以在一般论的层面断言利用格式条款的条款合意度普遍低下，但低下的程度仍会千差万别。那么，在判断是否介入该条款（附图中合意度与均衡度的交点位于 BC 线左下方）时，就不仅需要举证均衡度的不足，还需要结合具体的合意度来判断（这样才能准确地判断合意度与均衡度的交点是否落在 BC 线的左下方）。然而，格式条款的内容规制规范却仅仅要求给付内容的不均衡这一个要件。这又该如何理解呢？

一种可行的解释是：这是出于法政策上的需要。如上文所述，记述附随事项的格式条款的合意度在常态下不足。为了更有效地矫正不当合同，立法者采取定型化的手法，在法技术上采取整齐划一的手法，将所有利用格式条款之情形的合意推定为同等程度低下的合意（附图中的 DG 线），从而免去格式条款接受方对涉及双方主观状态之事实的举证负担，不失为一种妥当且高效的制度设计。如此一来，只要格式条款中的约定导致给付的失衡达到一定的程度（均衡度小于数值 OE），合同便不再具有正当性，法律秩序对合同内容的介入便不再需要考察缔约的主观方面，除非格式条款的提供方能够证明接受方已经将或者能够将该条款纳入决定是否订立合同的考量范围。这便是格式条款内容规制规范的意义之所在。

2. 核心给付条款的适用排除

承载了法政策使命的合同法第 40 条，能否适用于记述核心给付内容的格式条款呢？

答案是否定的。这是因为，在常态下有关核心给付内容的合意度是相对充足的（大于

[36] 王利明：《对〈合同法〉格式条款规定的评析》，《政法论坛》1999 年第 6 期。

[37] 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社 2010 年版，第 75 页。

[38] 例如，如果格式条款的接受方是熟悉该类交易的专家，通常被人们所忽略那些附随的交易条件也有可能成为他决定是否交易的关键因素。

OD), 并不满足格式条款内容规制规范的预设前提——合意度在常态下总是低下。即便在例外情形其合意度低下(小于OD), 只要未低到法律行为法介入的槛值(1C), 对该条款的规制仍然需要合意与均衡度的关联判断, 而不是像第40条那样只考察均衡这一项指标。因此, 在解释论上势必要将核心给付条款排除在格式条款内容规制规范的适用范围之外。这也是出于对市场机制的尊重, 即核心给付内容应当由市场机制来调节。关于这一点, 如文章开头所述, 在德国法上可以找到佐证。德国法将核心给付条款排除民法典第307条规制对象之外的理由, 主要是立法者认为这部分内容只需要交由市场的竞争和当事人的选择。^[39]

其实, 将核心给付条款排除在格式条款内容规制规范的规制对象之外的观点, 早已有中文文献的介绍。^[40]但这些重要的信息未能成为反思我国立法和法解释的契机。

(三) 区分规制的方法

1. 附随条款的规制方法

对于附随条款, 自然可以通过格式条款规制法来应对。这种制度最大的优越性, 在于免除了格式条款接受方举证合意度不足的沉重负担。不过, 若纯粹从追求理论完整性的角度讲, 探讨附随条款的内容规制方法时, 还应当探讨一下适用传统型合同内容规制规范的可行性。

由于附随条款的无效或者部分无效仅仅意味着整个合同的部分无效, 因此, 只有当暴利行为规则、公序良俗原则、诚实信用原则等传统型合同内容规制规范也能实现同样的效果时, 才有适用的余地。

公序良俗原则、诚实信用原则这样的一般原则具有高度的适应性。可能出现问题的是暴利行为规则。在德国法上, 构成暴利行为的法律行为无效。无论从暴利行为制度与善良风俗原则的亲缘关系来看, 还是从立法体例——紧接其后规定善良风俗规范以及暴利行为制度之后安排的是有关法律行为部分无效的规则——上看, 都可以断定, 暴利行为的效果不限于合同的全部无效, 还包括某一条款的全部乃至部分无效。我国法上乘人之危合同的法律后果虽然不是无效, 而是“可变更或者可撤销”, 但其中的“可变更”可以实现与部分无效相同的效果。因此, 至少从法律效果上看, 适用乘人之危规则也可以达到规制格式条款的效果。不过, 虽然不能否认暴利行为有可能借助格式条款的形式实现, 但暴利行为规则的构成要件过于刚性, 仅仅利用格式条款通常很难评价为利用了对方当事人的轻率、窘迫、无经验。因此, 利用不当格式条款的合同不见得都能算得上是暴利行为, 暴利行为与利用格式条款的情形发生重叠的几率并不大。对于不当格式条款的规制, 不能对暴利行为规范有过高的期待。如此一来, 对不当格式条款的规制, 只能依赖高度

[39] Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 259, 264; Michael Coester, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 1998, § 8 AGB, Rn. 3, 4; Manfred Wolf, in: Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter F. Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, § 8 Rn. 13, 转引自前引[5], 桑冈和久文, 第40页。另一种解释是: 相对于合同的其他部分(常素), 核心给付内容(要素)具有不可变更、不可排除性, 并且需要由当事人的合意形成, 是只能交由当事人自律决定的最小限度的合同内容, 欠缺了这样的合意规范, 合同本身便无法维持。参见前引[5], 石川博康书, 第29页, 第468页。

[40] 例如, 前引[25], 苏号朋书, 第288页; 前引[29], 卡拉里斯文; 王全弟、陈倩:《德国法上对格式条款的规制——〈一般交易条件法及其变迁〉》,《比较法研究》2004年第1期。

抽象的一般条款——公序良俗原则和诚实信用原则了。^[41]利用一般条款应对法律纷争固然有灵活、机动的长处，但不可避免地会加重法官的论证责任。

2. 核心给付条款的规制方法

将核心给付条款排除在格式条款规制法的规制对象之外，并不意味着核心给付条款就完全不受法律秩序的规制。因为有关核心给付内容的合意也有可能合意度低下、给付严重失衡。有关核心给付条款的不当，主要存在于以下几种情形。

一是因一方当事人欠缺意思能力、行为能力而导致订立严重不当内容的合同的情形。这时，可以通过意思能力制度、行为能力制度获得救济，尽管这些制度的发动并不以均衡度的低下为要件。

二是发生胁迫、欺诈、虚伪表示、错误、心中保留等意思表示存在瑕疵的情形。针对这种情形，现有的法律行为法足以应对，^[42]尽管这些制度的发动也不以均衡度的低下为要件。

三是发生乘人之危的情形。这时自有乘人之危制度提供救济。前文提及的保险合同中的绝对免赔率条款，如果在个案中被判定属于核心给付条款，那么多数情形将属于这种类型的问题。这时，若要否定该条款的效力，仅仅主张、举证保险人“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”是不够的，还需要证明保险人“乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示”。

四是发生非常损失的情形。如前文所述，在我国法上，至少在一定的情形法律秩序对矫正作了授权。

五是市场机制不能正常发挥作用的情形，即发生违反反垄断法的情形。由于没有市场机制的保障，处于不利地位的一方当事人面对不公正的交易条件时，因无法自由地选择交易相对人而不得不接受给付失衡的合意。这里涉及到经济法与民法的关系问题。在我国法的背景下，这个问题可以归结为合同法第52条第5项——违反强制性规定之合同的效力——的解释。国内学界提到反垄断法与民法的关系，还是集中在因垄断造成的损害赔偿问题上。^[43]实际上，有关违反反垄断法之合同的效力问题，早已有文献介绍了日本法的有力学说。^[44]

日本法上有力的见解主张反垄断法与民法应当完全对接。在这种观点看来，取缔法规（相当于我国法上所说的非效力性强制性规定）论中的法规，可以分为“警察法令”（主

[41] 实际上，德国的审判实践中为了回避暴利行为规则在构成要件上的刚性要求，也多适用善良风俗规范来处理。参见前引[29]，卡拉里斯文。

[42] 这样说或许不准确。德国的法律行为法对法律行为的介入采取限定列举的模式，至少遗漏了不实表示这种重要的类型。在日本最近的债法修改运动中，民法（债权法）改正检讨委员会公布的基本方针（改正试案）便将原本规定在消费者契约法中的不实告知规则升格为法律行为法的一般规则——不实表示规则（改正试案【1.5.15】）。参见[日]民法（债权法）改正检讨委员会：《详解债权法改正の基本方針1》，商事法务，2009年，第124页以下。该基本方针的中译版，参见渠涛等译：《日本民法（债权法）修改草案条文》，载渠涛主编：《中日民商法研究》第9卷，法律出版社2010年版，第381页以下。

[43] 这方面的文献很多，例如，李志刚、徐式媛：《反垄断法上的民事赔偿责任》，《人民司法》2011年第7期；颜运秋、周晓明、丁晓波：《我国反垄断私人诉讼的障碍及其克服》，《政治与法律》2011年第1期；蒋岩波、喻玲：《我国反垄断民事诉讼制度面临的挑战及其变革》，《江西社会科学》2011年第4期。

[44] 参见解亘：《论违反强制性规定契约之效力》，《中外法学》2003年第1期。

要是以实现与交易不直接相关的价值为目的的法令)和“经济法令”(与交易密切相关的法令)。^[45]经济法令包括两类不同目的的法令。一类是以保护消费者的法令所代表的,以保护各个交易中当事人的利益为目的的“保护交易利益法令”。在涉及消费者的纠纷中,因为消费者是最终用户,所以一般不存在交易安全的问题。否定违反这类法令之交易的效力,不仅有利于实现法令的规制目的,而且还有利于实现当事人间的信义和公平。另一类是以反垄断法为代表的,以维持市场秩序为目的的“维持经济秩序法令”。违反这类法令的情形与前一类的情形不同,否定交易的效力有可能危及当事人间的信义和公平。但是,维持正常的竞争秩序正是各个交易得以顺利进行的前提。因此,在一定程度上牺牲当事人间的信义、公平也是不得已的。^[46]也就是说,如果可以判定交易违反了反垄断法,便可以直接否定合意的效力。

对于核心给付条款的内容规制,最终取决于是否违反反垄断法的判断。2012年5月《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第15条正式确立了合同因违反反垄断法应归于无效的规则:“被诉合同内容、行业协会的章程等违反《反垄断法》或者其他法律、行政法规的强制性规定的,人民法院应当依法认定其无效”。

不过,需要注意的是,坚持反垄断法与民法的无缝对接,并不当然意味着赞同降低介入核心给付条款的门槛。因为如果对于是否违反反垄断法的判断趋于严格的话,依然可以维持相对保守的立场:最大限度地尊重意思自治,哪怕在一定程度上牺牲给付均衡。有观点就主张,应当充分尊重市场与法的分工,凡是能由市场决定的,就不需要权威决定。^[47]

此外,与这部分内容相关的另一个问题是,对反垄断法的违反是否构成否定记述附随事项之格式条款效力的理由?从条文的逻辑关系看,最高人民法院的上述解释应是对合同法第52条第5项“强制性规定”的一个解释。由于合同法第40条中引致了第52条,因此,如果记述附随事项的条款违反了反垄断法,该条款将归于无效。这是规制记述附随事项之格式条款的另一方法。

五、结 语

本文论证了应当区分规制记述核心给付内容的格式条款和记述附随事项的格式条款的观点。不过,问题还没有得到彻底的解决。这是因为,在多数的交易中,核心给付条款也采用印刷体形式,在外观上与记述附随事项的格式条款未必能有清晰的区分。究竟什么样的条款才属于核心给付条款呢?

[45] [日]大村敦志:《取引と公序——法令违反行为效力论の再检讨》,ジュリスト第1023号,第82页;1025号,第66页(1993年)。

[46] 同上文。

[47] [日]田村善之:《市场と组织と法をめぐる一考察(一)(二·完)》,民商法杂志第121卷(2000年)第4·5号,第64页;第6号,第1页。关于稀缺财富分配的市场决定和权威决定的比较,参见[日]平井宜雄:《法政策学——法制度设计の理论と技法》,有斐阁1995年。关于法政策学的中文简介,参见解亘:《法政策学——有关制度设计的学问》,《环球法律评论》2005年第2期。

这个问题似乎不存在一般性的判断基准，只能通过个案来判断。然而，虽说不存在判断核心给付性条款的一般基准，但判断现实交易世界的合同中哪些内容属于核心给付性条款也并非特别困难，依然有线索可循。

首先，在典型合同的情形，一般的立法例都会在合同法分则中各类有名合同的开篇设置定义规定。为了最大限度地尊重合同自由，这类定义性规定一般只规定典型合同的成立要件，而在开篇规定之后才会设置任意规定。以买卖合同为例，合同法在分则第九章开篇设置了买卖的定义规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同”（第130条）。这里，有关标的物所有权转移的合意以及价款支付的合意，构成买卖合同的成立要件。再如租赁合同，合同法规定了租赁的定义：“租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同”（第212条）。这里，有关承租标的物的交付使用、收益的合意和租金支付的合意，构成租赁合同的成立要件。按照人们对合同规范要素、常素、偶素的三分法，这些规定各类典型合同成立要件的开篇规定属于合同规范中的要素。要素必须通过当事人自律的合意才能决定。^[48] 这部分内容当属于核心给付内容。

其次，一般来说价格条款通常多属于核心给付条款。在典型合同的情形由于开篇规定中都会规定对价，所以毋庸置疑。即使在非典型合同的情形亦是如此。价格条款之所以不受规范格式条款之规定的拘束，同样也是因为涉及价格的事项应当交由市场来决定，即通常依靠自由竞争来调节，而不能由法院越俎代庖。^[49] 不过，需要注意的是，价格条款未必总是核心给付条款。在稍稍复杂一点的交易中，有时会存在多个价格条款，市场机制对其中有的价格条款不能发挥作用。例如，银行规约中各种收费项目的条款。^[50]

第三，对于合同法或者其他特别法没有规定的现实合同类型，确定核心给付条款时，可以通过对这种已经定型的合同类型的再度抽象，提取出这种合同类型的成立要件。至于具体该如何提取，有无一般性的指针和技法，只能留待今后的研究。

对于其他的合同，恐怕只能回到根本，看格式条款的接受方是否会关注、市场能否发挥其功能。由于格式条款是为了反复使用而制作的，因此，判断接受方是否会关注时原则上并不需要考虑接受方的个体特征，按照这类交易的标准人来对待即可，除非能有相反证据证明格式条款的接受方熟悉该具体交易的细节。因此，这项作业也并非不可捉摸，在很大程度上依赖于经验规则。

至此，格式条款的区分规制问题或许可以告一段落，但合同内容规制规范的体系化问题还远未得到彻底的解决。

首先，除了上文所述核心给付条款的判断问题尚未得到彻底解决外，合同中另一个重

[48] 合同规范中的要素，由必须通过当事人的合意决定的部分，以及不仅不需要合意而且合意也不能排除的部分组成。[日]石川博康：《典型契约冒头规定と要件事实论》，[日]大塚直、后藤卷则、山野目章夫编：《要件事实论と民法学との对话》，商事法务2005年，第146页。

[49] 前引〔23〕，河上正二书，第164页；[日]山本丰：《消费者契约法（3·完）——不当条项规制をめぐる诸问题》，《法学教室》第243号，第62页（2000年）。

[50] 前引〔5〕，桑冈和久文，第218页。中文文献参见前引〔29〕，卡拉里斯文。

要部分——经个别交涉的附随条款该如何规制，也是一个需要思考的问题。

其次，本文所作的尝试只是选择了现代型合同内容规制规范中的一种类型——格式条款规制法——作为研究的对象，而现代型合同内容规制规范中的其他类型，例如包含于消费者合同法乃至各类行业法中的内容规制规范，在当今社会也在扮演越来越重要的角色。这类规范与传统型合同内容规制规范的关系，也是一个极其重要的课题。

最后，即便是格式条款的内容规制规范本身，本文的研究也仅仅是一个开始，有关规制基准的解释论的研究尚待开展。^[51]

Abstract: There is a systematic differentiation of labor among the norms to regulate the content of a contract. According to their different contents, the standard terms can be classified into the core presentation terms and the incidental terms. The norms to regulate the content of the standard terms cannot be applied to the core presentation terms. The fundamental reason is that, although the market mechanism usually cannot affect to the incidental terms, it can do to the core presentation terms. In the same time, this does not mean that the core presentation terms are free from the regulation of the legal order. The intervention into the contract depends usually on the composite force of two requirements, that is, the low degree of agreement and the inadequate degree of equilibrium between presentations. Article 40 of Chinese Contract Law establishes an inference that the degree of all the agreements concerning to the standard terms are low, so as to exempt the burden of proof when regulate the content of the standard terms.

As to the identification of the core presentation terms, although there is not a general standard, there are several hints in the real world. As far as the typical contracts are concerned, the necessary requirements to establish the contracts belong to the core presentation terms. Besides, the terms providing the price are usually the core presentation terms, for the market mechanism can work. As to the non-typical contracts, the identification of the core presentation terms depends on the abstraction of their establishing requirements and the affection of the market on the concrete content of the contracts.

Key Words: norm to regulate the content, standard term, core presentation term, incidental term

[51] 目前，司法实践中对合同法第40条的适用似乎没有章法，处于一种几近无序的状态，这一条文已成为法官可以不受限制地作自由裁量的飞地。目前，针对格式条款规制的解释论，多集中在格式条款的披露、说明以及不利解释领域，而有关内容规制的研究特别是有关规制基准的研究几近不毛，至多是利用比较法的方法介绍德国法上任意规范的形象指导作用（参见杜景林：《合同规范在格式条款规制上的范式作用》，《法学》2010年第7期）。