

格式合同司法规制中的几个问题 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E6\\_A0\\_BC\\_E5\\_BC\\_8F\\_E5\\_90\\_88\\_E5\\_c122\\_484655.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_A0_BC_E5_BC_8F_E5_90_88_E5_c122_484655.htm)

引言?? 十九世纪中叶以来,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、日用电器、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,乃经济发展之必然结果,但格式合同多为厂商单方拟制,利欲之驱动常使之拟订诸多不合理条款,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。传统契约自由原则受到重大冲击,曾被一美国学者称为“合同的死亡” [i]。“在自由磋商自己提出的条件这样意义上的契约自由,对于现代社会来说,就是一种虚构了。” [ii] “现代契约法的中心问题,已不是契约自由,而是契约正义问题” [iii], “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。” [iv]? 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。 [v]以格式条款缔结合同并规范合同内容,外表上,虽属符合契约自由之形式,但实质上,显已破坏契约自由原则。此乃格式合同最大之弊端。格式合同乃现代社会不可或缺之工具,其使用已属无可避免。如何规律格式条款即成为现代合同法的一大课题。 [vi]规制定式合同之方策不外:(1)立法规制;(2)司法规制;(3)行政规制;(4)自律规制。 [vii]其中,司法规制是指法院依据法律之规定,对格式条

款以裁判肯定或否定其效力的规制方法。司法规制具有控制的终极性、公正性，在格式条款的规制中占据重要地位。从各国法院实务看，法院分五个层次规制涉讼的格式合同：（1）是否为格式条款；（2）格式条款是否订入合同；（3）具有疑义条款之解释；（4）格式条款内容之效力的认定；（5）条款未订入合同或无效时，其法律效果如何。[viii]本文就司法规律的思考历程展开，就格式合同（条款）的界定、订立、解释、效力一陈拙见，以求教于同仁。

### 一、格式条款的界定

格式合同充斥商品社会，其应受规制乃不争之事实，但如何界定格式合同（条款）？（一）格式条款的形式与实质

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。

1. 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)的两大特征[ix]，亦被台湾立法所采。[x]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。[xi]本文作者认为，辩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》之特别规制者，对该条款为格式条款应负举证责任，如若认同“重复使用”为格式条款之特征或构成要件，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。[xii]本文作者认为，

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。格式条款是否载于书面，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。[xiii]台湾学者和大陆学者多主张，格式条款虽多以书面为主，但概念上不以此为必要。“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。”[xiv]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。[xv]《合同法》颁布后，我国学者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。”[xvi]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日上海市第十一届人民代表大会常务委员会第二十次会议通过，2001年1月1日起施行)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。”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。尚值研究者有二：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”？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”，此规定是否妥适？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、确定乃要约之构成要件。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。[xvii]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”[xviii]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条所特别规制者，乃格式条款，而不管它是构成一个合同的全部条款，还是部分条款，而该法规第2条第2款所规制者明显为前者，而忽略了后者，与其第2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。[xix]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，利于保护经济弱者和条款相对人的利益。[xx]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”、“附和合同”、“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。?

2. 就实质而言，格式条款的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(take it or leave it)，不能对格式条款内容作增删修改。我国台湾“消费者保护法”第2条称，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”。本文作者曾经主张，此概念尚存有不足之处，如果该条款经缔约双方协商，则不构成格式条款。[xxi]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对方协商，而对方也没有要求就这些条款进行协商，但这并不意味着这些条款属于格式条款。 [xxii] 综上所述，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。其中，提出格式条款与不特定人缔约者为格式条款提供者或使用人，与格式条款提供者缔约者称格式条款相对人。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。本文作者认为，本定义中“由不特定的第三人所接受”并非格式条款的特征和其内涵，只是格式条款订入合同的条件之一，故不可采。

（二）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。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。 [xxiii] 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??经济上弱者之权益，与规制格式合同的立法意旨有违。? 本文作者认为，示

范合同虽为缔约之示范，对当事人无必须使用之义务，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之文本，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之意见而决定，是否为经济弱者所理解，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本文作者的上述观点，《上海市合同格式条款监督条例》第10条第1款规定：“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，应无疑义。本文作者曾据此认为，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<sup>[xxiv]</sup>，此观点已为我国深圳地方立法所采。不过，就《合同法》现有之条款，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)。

?? 二、格式条款之订入合同? (一)格式条款之订入合同概说  
格式条款之订入合同是格式条款规制及解释的前提,也是格式条款的效力基础。格式条款系由合同当事人一方所提出,虽经

广泛使用,但并不因此而具有法律规范性质,仍须经由双方当事人意思之合致,始能成为合同之内容。由于格式条款有的未与合同文件合为一起,有的悬挂于营业场所(如顾客须知),有的因内容复杂,相对人不知其意义,因此,如何订入合同,与传统个别磋商缔约应有不同[xxv],各国立法和判例均认之。参酌各国立法例及司法实践,我国《合同法》第39条第1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。”关于第39条的规范性质,有学者认为这是一个缺乏法律效果的不完整的法律规范。“该条第1款只规定了提供格式条款一方在将格式条款订入合同时所应承担的提请注意和说明的义务,但却没有规定当提供格式条款一方违反这些义务时,法律应如何对其进行制裁;这是否意味着即使提供格式条款一方没有履行其义务,也不需要承担任何责任,我想这肯定不是《合同法》的本意,但本条的规定却实际上赋予了提供格式条款方逃避法律制裁的权利,这不能不说是一大缺憾。”并认为,该条“没有规定格式条款订入合同是否需要对方当事人的同意”。[xxvi]本文作者对此不敢苟同。依法律体系解释方法和逻辑解释方法,从该条在合同法所处之位置(合同的订立法)[xxvii]即可得知,第39条第1款为格式条款之订入合同的规则,违反该款规定者,格式条款即没有订入合同。同时,格式条款之订入合同的规则(第39条第1款)相对于本章的其他规定为特别规定,依特别法优于普通法的法的适用规则,在格式条款订入合同上,应优先适用该条款,该条款没有规定的,适用于合同订立的一般规定。

因此，格式条款之订入合同，应适用要约、承诺规则，应无疑义。由此可见，上述对第39条之诘难尚值研究。不过第39条第1款并非无懈可击，该条款中“采取合理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”为格式条款订立合同的规则，未经提请注意和说明，该条款即未订入合同，此点应无疑义，但“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”是何性质的规范，是订立规则，还是效力规则，不无疑义。有学者认为为订立规则或效力规则。“该格式条款不公平的，亦视为未订入合同或不生合同效力”。[xxviii]本文作者认为，此项规定应为格式条款的效力判断规则。“违反了公平，就构成显失公平，按照后面的制度对方当事人予以要求变更、撤销。”[xxix]在一个条文中同时规定合同订立规则和效力规则，是否妥当，尚值研究。？(二)格式条款之订入合同的要约 格式合同因其当事人缔约能力和缔约机会相差悬殊,有碍契约正义,而受法律之特别规制。为填补缔约能力和缔约机会之差异,格式条款提供者有义务向相对人明示其欲以格式条款订立合同,同时给予相对人合理机会使之了解格式条款之内容,此即明示原则。此点已为各国立法与司法实践所肯认,如德国一般交易条款法、英国不公平合同条款法、意大利民法。我国《保险法》对此亦有明定。[xxx]我国《合同法》第39条第1款规定,提供格式条款的一方应当“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”。这是否意味着格式条款除格式免责条款以外,不需要经过任何程序便可以纳入合同?本文作者对此作否定回答。正如本文作者在前面所述,格式条款之订入合同除

适用第39条第1款这一特别规定，应适用第二章关于合同订立的普通规定，亦即除格式免责条款之外的其他格式条款应依第二章关于合同订立程序的规定而订入合同。否则如果将格式条款提供者提供的任何格式条款均作为合同条款，而不需要考 虑订入合同的程序，将会使人们误以为格式条款可以直接订入合同，而不需要考 虑相对人是否愿意接受该条款。这是不妥当的，也是很危险的。[xxxii]正如有学者指出的，“由此而带来的后果必然是，格式条款成为了一项具有强制约束力的法规，对方当事人只有无条件接受并执行的义务，而没有同意或者不同意的权利，这对消费者而言无疑是雪上加霜。”[xxxiii]针对格式条款之订入合同的特点，本文作者认为，格式条款提供者作出要约时应采取合理的方式提请对方注意格式条款。所谓合理方式，主要是指能起到引起注意、提醒强调和吸引对方注意力的方式，如要求对方当事人签字、个别告知或者给免责条款以更醒目的字体、字号或标明注意事项、说明等。《上海市合同格式条款监督条例》第9条规定：“格式条款含有免除或者限制自身责任内容的，提供方应当在合同订立前，用清晰、明白的语言或者文字提请消费者注意。通知、声明、店堂告示等还应当设在醒目位置。”判断格式条款提供者提请相对人注意的方式是否合理，应当考察以下几个因素：?1. 文件的外型? “文件外型须予人以该文件载有足以影响当事人权义之约款的印象,否则相对人收到该文件根本不予阅读,使用人之提请注意(通知或公告)即不充分。”[xxxiii]在Chapelton 诉 Barry U.D.C 一案中,原告从被告处租用躺椅一架。原告支付2美元同时得到一张票,但他根本没有阅读,法院判定被告并不能因其票上所载的免责条款而免责,因

为该票仅仅是一张收据,它并不意味着设定原告租椅的条件,而只是表明原告租用多久和原告已支付相关费用。[xxxiv]文件被称之为“凭证”或“收据”尚不足以使其失却订入合同的效力。文件是否具有订入合同的效力要依具体情事判断,要看双方是否意欲使其订入合同,而这还需参酌缔约时之商事惯例,这种惯例会因时代不同而有所变化。例如,1877年时,铁路衣帽间的票证并不构成合同文件,因为当时的实践尚不认为这些票证中包含有合同条件。但到1951年时,大多数人都知道这些票证中包含有合同条件,因之,这些票证即构成合同文件。[xxxv]?

2. 明示的方法 明示的方法,依特定交易种类的具体环境可使用个别提请注意(即个别明示,和公开张贴公告提请注意即公告明示)两种方法。两者均旨在提请相对人,使其知悉使用人欲以格式约款订入合同。其中,个别明示是原则,公告明示是例外。在个别明示有困难时,才能使用公告明示,所谓“个别明示有困难”,主要发生在两大类交易场合:其一是与大众消费者默示缔结的大量合同,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,如自动售货机、自动购证停车场、公交运输合同以及其他因请求给付而缔结合同的交易。其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,但依其交易方式及型态,或有现实上的困难,或显系多余,例如戏院、博物馆、运动比赛的门票以及大型购物中心等。?个别明示的方法,应不必过于严格解释,不限于书面,亦不限于在合同中作成。已为个别明示的情形,相对人是否为同意受其约束之表示即无多大意义。因为此种情形下,使用人欲以格式条款作为合同的内容之意思可堪确认,相对人若与之缔结合同,客观上可以推定其同意受其拘束。公告明示的方法,应采显

著方式。如何公告才系“显著方式”，应个别判断。在公告宜以使相对人可得察觉、阅读、理解为原则。相对人表示同意之方式不以明示为限，默示之意思表示亦包括之。<sup>3</sup> 3. 明示的程度。明示的程度应达到足以使相对人注意格式条款。格式条款如属字体过小、印刷模糊或有其他情事，致使相对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，均无异于未向相对人明示，或未提供相对人合理机会了解该约款之内容。充分明示是否作出主要取决于两个事实：为明示所采取的步骤以及格式条款的性质。[xxxvi]就为明示采取的步骤而言，格式条款如在文件之封面被显著订明或指向，则构成充分的明示。[xxxvii]如若文件封面并无特定语句提请注意格式条款（在Tompson诉L. M. S.铁路公司一案中，火车票上印有“请参阅背面条件”的字样，车票背面写明有关条件查看行车时间表。法庭认为原告已受足够通知” [xxxviii]）；或该语句被日期戳（date stamp）弄得模糊不清（在Sugar 诉 L.M.S.铁路公司一案中，火车票上有说明条件的地方被一个橡皮图章弄得模糊不清，法庭因之认为没有作出合乎情理的通知。 [xxxix]）或格式条款混杂于一大堆广告语之中，则格式条款并未定入合同。[xl]就格式条款的性质而言，“某一合同条款越是异乎寻常或出乎意料，将其定入合同所需要的明示程度也越高。”“依正常情形显非相对人所能预见的约款，约款使用人不能仅因交付或展示包含此约款的文件而使该约款成为合同之内容，他必须更进一步地‘使之显著化’或采取其他特殊步骤提请注意”。[xli]我国《保险法》规定：“保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力。”（该法第17条），保险人对免

责条款的说明义务较一般条款为重,即属此理。就明示程度的衡量标准而言,“客观说认为提请注意是否具有‘合理性’,是客观问题,应以定型化约款适用之一般相对人,凡其‘提请注意’足以提请一般相对人注意者,其提请注意即合理,此说之主要理由是定型化约款原为该特定法律行为之可能相对人而设计,其提请注意之方法亦以足以提请此类相对人注意为已足。折衷说认为,原则上提请注意之程度固然以足以提请该定型化约款所拟适用之一般相对人为已足,个别相对人客观存在之缺陷,例如瞎子、文盲,应不在考虑之列,但是该等缺陷为定型化约款使用人所明知者,不在此限。”[xlii]我国学者崔建远教授在其《合同责任研究》中称,“我们认为,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。”[xliii]“若定型化约款之使用人明知相对人不能阅读该文件,则其提请注意须尽更大之勤勉注意。”[xliv]采折衷说,固然较能保护相对人之权益,但是由于有官能障碍的相对人较难界定,因此以客观说为当。因为相对人之范围小可至个人,大可至团体,格式条款提供者所欲与之缔约之相对人可能患有不同的官能障碍,假设使用人明示之程度,须考虑其所明知之“相对人的个别因素”,则将从各方面提高使用人之“明示”的标准,甚至达到最高程度,势必影响使用人之效率,从而提高交易成本,与格式合同之本旨相悖。且格式条款的内容是实体的,是主要的,明示是程序的,是次要的,格式条款既不因相对人个别因素之差异而不同,明示之程度和方法自不宜因相对人官能障碍之不同而有异。如今,格式合同不乏借助机器人或代理人而缔结,若格式条款提供者须因其所明知之相对人“官能障碍”因

素而调整明示之程度,事实上亦不可能。因此比较两说,以客观说为可采。此点已为德国一般交易条款法、意大利民法及我国台湾“消费者保护法”采纳,尤其是意大利民法,该法第1341条明定,“一方为他方制定之附合契约条款,如他方于缔约时,依其通常之注意已知或可能而知者,此条款即拘束他方”,以“通常之注意”明示了其采客观说之态度。? 4 . 明示的时间。? 明示格式条款最迟应于缔结合同时为之[xlv], 否则格式条款不能订入合同。由是, 相对人与提供者已在要约与承诺之意思表示一致而缔结合同后,提供者始将其印制之发票、收据、机票、入场券、保管证、停车证等交付或寄送相对人时,该发票等凭证上之格式条款即不构成合同之内容。在Olley 诉 Marlborough Court 一案中,原告在被告旅店中预订了一间客房。待她住进客房后,发现有一张告示,宣称“除非旅客将行李交给旅店人员保管,本旅店对于旅店行李之灭失或被盗,恕不负责”。法院认为,合同在旅店总台同意原告住店之时即已订立,客房中的告示直到后来才被原告看见,因之,该约款并未订入合同。[xlvi] 不过,明示即使是在合同订立前完成,也不一定构成充分、合理的明示。例如,在“承诺无可回避”的情况下即为如此。“承诺无可回避”的情形常发生在自动售货机以及排长龙的场合(在长龙队伍上,相对人经明示格式条款后,纵令不满意该格式条款,亦不可能置众人于不顾,当场与使用人讨价还价)。[xlvii] (三)格式条款之订入合同的承诺? 根据我国《合同法》的规定,合同订立的程序为要约与承诺,两环节不可或缺。上述要约的规则旨在弥补格式条款订入合同时当事人间缔约能力和缔约机会之差距,但仅此尚不足以使格式条款订入合同。格式条款之订入合同仍需相对人之承诺,即同意该条款

订入合同。同意究采明示或默示方式,各国立法例中规定不一。德国一般交易条款法于第2条明定了“契约的相对人同意该一般交易条款之适用”(第1款第3项)作为格式条款定入合同的要件,未明确规定系明示或默示,在解释上应为明示、默示均可。而意大利民法则区分不同的格式条款采不同的规则,对于一般格式条款,相对人“依通常之注意已知或可得而知者”,此条款即订入合同,但限责条款、仲裁和管辖条款等,“未经相对人特以书面同意”,即未订入合同(意大利民法第1341条)。我国台湾“消费者保护法”则规定,个别明示者,无须相对人同意(推定其同意),即被视为订入合同,但个别明示有困难而采公告明示的,则应该相对人同意后才订入合同(台湾“消费者保护法”第13条)。在解释上,相对人表示同意之方式不以明示为限,默示之意思表示亦包括之。[xlvi]明示同意是以书面或言词声明将格式条款订入合同,通常是在合同文本上签名,但也可能是以他页附加于某处。在英美法上有所谓“签名视为已经同意”之法律原则。依照英国法院见解,签字即发生对契约合意之效力,除非有诈欺、错误……等情事,不得以“未注意到该签名之文件载有(格式条款)”为由主张抗辩。[xlvii]本文作者对此采肯定态度,无论相对人是否阅读过格式条款,一经在文件签名便认定格式条款成为合同之内容,这似乎对相对人过于苛刻,但,相对人签字时应该尽到注意义务,了解格式条款的内容,他未做到这一点便有过失,不值得特别加以保护。[i]再者,格式条款既经签名,虽具有订入合同的效力,但其是否有拘束力,须视格式条款是否有效而定,并不因相对人签字而受影响。默示同意即格式条款提供者明示格式条款,并已给予相对人合理机会了解条款内容,相对人没有作出反对的意思表示。值得注意

的是,默示同意是一种推定,相对人若有异议,须负反证责任。但不得以“解释上”相对人知悉格式条款,因怠于为反对的意思表示,即视为其已经同意该格式条款订入合同。?(四)格式条款订入合同之消极要件?上述要约与承诺是格式条款订入合同之积极要件,格式条款之订入合同积极上具备以上所述诸要件,还必须是在该交易行为中不属于“异常条款”(Surprising Clause),且不抵触个别约定的“非一般条款”。?1. 异常条款?所谓异常条款(或称不寻常条款),是指依交易的正常情形显非相对人所能预见的格式条款。格式条款是“作为规范当事人日常交易之权利及义务之用”[ii],相对人对于订入合同的格式条款通常不会去阅读,或虽经阅读却不能理解条款内涵、意义及效果,所以,即使相对人同意受约束,对其本身的意思表示仍不太有具体概念,其必然期待该格式条款所载之内容恰好涵盖该合同所涉及之特定法律行为(交易种类)的各个方面,在此情形下,格式条款所设定之相对人的义务或负担,必须以相对人在正常情况下所得预见者为限。“反之,若要求相对人对于该法律行为通常约款相左之约款亦应予以注意并表示异议,否则该等约款即定入契约,并对相对人发生拘束力,则甚不公平。

”[iii]?判断一格式条款是否“依正常情形显非相对人所能预见”,在德国学说见解应考量两个因素:(1)格式条款因该约款之存在而脱逸法律行为所属模范契约之程度;(2)格式条款提供者明示之方法及使用人隐藏该约款,防免相对人注意该约款之方法。[iiii]“法律行为所属模范契约或法律规定原为该法律行为通常可以期待之权利义务之分配规定,若定型化约款因某一约款之存在而脱逸此种‘权利义务分配之典型’甚远,证明该条款之存在非相对人始料所及,应该列为‘异常条款

’。 ”刘宗荣教授从英美法经验归纳以下六点判断“异常条款”的考量因素:(1)广告之内容及效果.(2)契约句子之长短和布局.(3)印刷字体之大小及提请特别注意之标志.(4)契约约款呈现之顺序及前后文.(5)所用之语言文字.(6)主张该条款是异常条款之人的因素,例如: 个人知识. 个人技术. 个人之商业经验。 [liv] 在我国,对于格式条款之订入合同,在确立“签字即视为已经同意”规则的同时,也应借鉴德、英、美之经验,相应地确立“异常条款”此一消极要件,以缓冲“签字即视为已经同意”规则的严厉性。 [lv]? 2 . 非格式条款优先效力? 非格式条款即经个别磋商而约定的条款。非格式条款与格式条款共同构成合同的一部分时,非格式条款之效力均较格式条款之效力优越。与非格式条款相抵触的格式条款,不构成合同的内容。此原则导源于“特别规定优先于普通规定”之法谚。德国一般交易条款法第4条规定,“各别约定之效力优于一般契约条款”。我国台湾消费者保护法对此亦定有明文,该法第15条称,“定型化契约中之一般条款抵触非一般条款之约定者,其抵触部分无效”。 [lvi] 《美国合同法重述(第二次)》第203(d)条亦规定:“单独磋商或加注之条款优先于标准化条款或其他非单独磋商之条款”。我国《合同法》第41条规定:“格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。”? 格式条款,乃当事人一方为与不特定之多数人订立合同而预先准备的交易条款。故当事人双方就特定事件,于缔约之际,对于其合同内容的全部或一部予以具体约定时,如该约定的内容,与当事人一方所惯常使用的格式条款有抵触的,即应以该具体约定为准,如此才符合当事人的真意,即使当事人因遗忘或其他因素未将其具体约定记载于相关文件上,或未依具体约定,而将有抵触

的格式条款增删修改者,亦是如此。?格式条款抵触非格式条款有下列两大类型:第一类是各类保留条款。例如 格式条款中有不受交货日期约束之条款,若另有确定日期之约定,格式条款中的该等条款因与非格式条款相抵触而无效。 格式条款载有不受所载参考价格拘束或其他浮动价格保留条款,若另有具体价格合意,格式条款中的价格保留条款即归于无效。 格式条款中的免责条款若有抵触对消费者保证品质之特约时,抵触部分归于无效。 第二类是要式条款,格式条款中若载明:“ 本公司的保证或特约,非经本公司书面确认,不生拘束力 ” 等此类条款,是对合同条款应具要式性的强制。事实上,亦可通过本原则以不要式的约定,随时废止之。 [lvii]? 值得注意的是,判断条款究系“ 非格式条款 ” 抑或“ 格式条款 ”,不可只以“ 条款外型 ” 判断,即不能简单地将印成书面体之格式为格式条款,手写即为非格式条款,应兼以各种事实,包括当事人是否有真正的契约自由,是否各得防卫其利益,是否各能影响契约内容,特别是“ 当事人相对之缔约机会与缔约能力 ”,“ 专业知识 ”、“ 一般商业知识 ” 以及“ 经验 ” 判断。主张条款为“ 非格式条款 ” 者,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,主张该合同为格式条款合同者,必须就当事人已就格式条款自由商议之事实负举证责任。举证之方法可以证明 使用人真诚地愿意改变所提之格式条款内容.且 使用人已将前述“ 真诚地愿意改变所提之格式条款 ” 之事实通知相对人两件事实之办法为之。若能证明此两点,即使作为合同谈判基础的格式条款未经任何修改或更正,亦不失为个别约定条款。反之,若不能证明此二点,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,所修正补充者并未改变格式

条款之实质,则仍属格式条款。[lviii]? 三、格式合同之解释? 格式条款订入合同,成为合同内容后,依循“条款之解释优先于条款之控制”原则,于审查格式条款内容之有效性之前,应先解释该条款之意义。此即“格式条款之解释优先于该条款之有效性之审查”。[lix] (一)格式合同解释的必要性 合同之真谛在于意思表示之合致。而当事人之内心意思须以一定的表示行为而使相对人受领。具体的表示行为往往受各种社会生活因素之影响,其必然与语言习惯、当事人表示力及表示环境等因素相联系。因之,当事人表示行为与其内心意思不完全一致或有瑕疵的情况必将存在。[lx]此乃合同解释规则据以存在的客观基础和根本前提。我国《合同法》第125条规定:“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致的,应当根据合同的目的予以解释。”以此明定了合同法上的合同解释规则。该规则是否适用于格式合同尚有争议。主张格式合同为法律规范的学者认为:格式合同的客观法性质决定了格式合同的解释应适用法规的解释方法,而不应适用法律行为或合同的解释方法,但主张格式合同仍为合同的学者则认为,格式合同仍有适用一般合同解释规则的必要。[lxi]本文作者主张格式合同仍为合同,因之,合同之文义解释、整体解释、目的解释、习惯解释、诚信解释同样适用于格式合同的解释。显而易见,上述原则和方法所保护者为当事人相互之间的信赖和交易安全,同时兼顾双方当事人之利益,而格式条款

由当事人一方单方提供，与不特定多数人订立合同，个别交易相对人之“意思”原则上不能影响格式条款的内容，所谓对合同真意的探求在解释上已不具意义，而且相对人对于条款内容是否真能认识和理解，甚值怀疑。因此，格式合同的解释与一般合同的解释之间有显著区别，即在格式合同之情形，重要不在对个人之意义而是就条款内容对社会之意义来探究，“盖顾客于此种情形下可谓大量当事人中偶然之选择而已，从社会学上看来其缔约可谓被迫表示愿意受束。

” [Ixii]德国联邦法院认为在解释格式合同时当事人之意思与目的并不重要，重要者在于独立于纷争案件之外的条款内容，因为格式条款并非为某一特定合同而设，而是构成对不特定之多数同类合同之基础，格式条款系由当事人一方拟订，非由双方当事人逐点合意而成立，而一般合同中对双方当事人利益兼顾一节在格式约款即已失缺，此点于格式合同之解释上有重大意义。 [Ixiii]格式条款解释的客观化和统一化这些都决定了，除当事人另有约定外，对于合同缔结时的特殊环境及当事人的特殊意思表示，不应列入解释的考虑因素，而应依该合同类型的一般共同真意，即该合同类型上一般使用者对格式条款所能理解的意义，而不考虑订约的特定当事人或与当事人具有同等能力、资格的人的理解能力。格式条款的解释应以一般相对人所能了解的程度作为解释的依据。无论是个别交易当事人缺乏该交易所应有的一般知识，还是个别当事人掌握超出该交易所应有的一般知识，对于条款的解释不产生影响。同时，为保护相对人的利益，实现规制格式合同之基本目的，维护契约正义，在解释上有疑义时，应由格式条款提供者承担风险而为有利于相对人之解释。?(二)格

式合同解释之原则与方法? 各国立法例和司法实践大多有其对格式合同解释的态度。英美普通法中对格式合同之解释采“Contra Proferentem Rule”，即有利于相对人解释规则，或称不利于条款提供者解释规则。德国一般交易条款法第5条规定“解释一般交易条款时，应由使用人负担疑义之不利益。”意大利民法第1370条规定：“在对添加于契约一般条件内的条款或者对由缔约一方准备的格式化条款有疑问的情况下，对这些条款要作有利于非条款提供方利益的解释。”我国台湾“消费者保护法”第11条第2款明定：“定型化契约条款如有疑义时，应为有利于消费者之解释。”我国《保险法》第30条规定：“对于保险合同的条款，保险人与投保人、被保险人或者受益人有争议时，人民法院或仲裁机关应当作有利于被保险人和受益人的解释。”我国《合同法》第41条规定：“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”对于我国《合同法》第41条的规定，有人理解为此条为格式合同的解释确立了三个解释原则：即依通常理解而为解释的原则、不利于条款提供者而为解释的原则、非格式条款优先于格式条款的解释原则。对此，本文作者不敢苟同。《合同法》第41条规定的“格式条款和非格式条款不一致的应当采用非格式条款。”本文作者认为，当同一合同中格式条款与非格式条款不一致时，与格式条款相矛盾、冲突的非格式条款，即认其未定入合同。“依通常理解而为解释”、“不利于条款提供者而为解释”是否均为格式条款的解释原则尚值研究。“原则”在现代汉语中一般

指观察问题、处理问题的准绳。徐国栋教授认为它是其他规则的产生依据，同时又是直接的行为规则，其核心意项是根本规则。[lxiv]原则在规则体系中居最根本的地位，有最高效力，其他规则应受其指导，不得违背。格式合同的解释原则是解释格式合同这一作业过程中的根本规则，其他非根本规则不可谓原则。“方法”一词来自希腊语，完全按字面翻译，它意味一种途径，指在给定前提下，为达到一个目的而采用的行动、手段或方式。[lxv]从上述分析可见，解释原则不同于解释方法。解释原则集中体现解释作业所要达到的目的，对其他规则具有指导作用。而解释方法是由一定目的和前提所确定的具体规则，它体现解释原则的要求，但更为具体。对法律的解释集中体现了各种解释方法。由此可见，“依通常理解而为解释”，正是充分考虑到保护处于劣势地位的相对人的利益，正包含不利于条款提供者的意思。不利于条款提供者解释的原则又称为有利于相对人解释的原则。因此，本文作者认为，格式合同的解释原则即为不利于条款提供者而为解释的原则。?格式合同之解释方法有如下几点：?1. 依通常理解而为解释? 有利于相对人解释的原则，强调使用人和相对人之合意无法探明时应以相对人之理解为重。在一般合同的解释中，如遇此情形，通常依一个与各方当事人具有同等资格的、通情达理的人在处于相同情况下时，对该合同所应有的理解来解释。然在格式合同，格式条款与多数相对人适用于多数合同，个别相对人对条款内容是否真能认识和理解，甚值怀疑，纵令有认识，个别相对人之间的认识又何只千差万别。格式条款提供者在使用格式条款时，并不期望其相对人了解或甚至去读格式条款的内容。格式条款使用之

目的乃在消除个别相对人对约款内容之磋商过程，但格式条款的一般相对人则信赖提供者会依诚信原则履行。因此，为维持格式条款合理化之功能和有利于相对人，在解释格式条款时，并非基于使用人的立场，也非基于个别相对人所理解或认识的效果，而是以该条款能预定适用之特定或不特定对象之平均的合理的理解可能性为判断基础。[Ixvi]《美国合同法重述(第二次)》第211(2)条所定之格式合同“对于一切相似之情况均给予相同之对待即可解释为合理，而得不考虑当事人对该书面之标准化条款是否知悉或了解”即基于此。在实务中，行业间的特殊用语或文句，应作出平常的、通常的、通俗的、日常的、一般含义的解释。如果某个条款所涉及的术语或知识不能为某个可能订约的相对人所理解，则应依据可能订约者的平均的、合理的理解为基础进行解释。同时，如果某个条款涉及的术语或知识不能为相对人的平均理解能力所理解，则条款提供者不能主张该条文具具有特殊意义。[Ixvii]而且条款中若有使用外国术语的情形，也应该以相对人间的一般认识，或相对人的一般理解能力为解释基础，而提供者不能主张外国术语在外国的本意如何。[Ixviii] 2. 文字疑义的不利益应归提供者负担? 法谚云：“不明确的表示，应该自行负责”、“用语有疑义时，应对提供者为不利益的解释”。提供者应对其所提出的格式条款的表述负责，并应承担由于所选择的表述意思不清而招致的风险。因之，在解释格式条款时，若有文字暧昧或易生疑义时，应为不利于提供者的解释，以防止使用人玩弄文字游戏。中央电视台《东方时空》于1996年5月29日曾报道一则案例，洗衣店之洗衣单明载：“顾客于本店所洗之衣物，如有毁损，本店以三倍赔偿

之。”当一顾客以其价值3000余元之毛大衣被损坏为由向洗衣店索赔之时，该店则援引该格式条款赔偿三倍洗衣费??300多元。该案在京城引起不小轰动。主持人水均益先生慨叹法律之不完备并呼唤格式合同之专门立法尽早出名。“本店三倍赔偿之”究为三倍之洗衣费抑或三倍之衣物价值，实有疑问。但依格式合同之疑义应由使用人负担风险之解释方法，由洗衣店赔偿三倍之衣物价值。但三倍之衣物价值的赔偿不免太高，如何适用，尚值研究。?3. 应对格式条款作严格而限制的解 释 格式条款之内容无非着眼于提供者本身之利益，应当平衡相对人的利益，不应再加以类推、扩张或补充而为解释，尤其是在解释免责条款或危险负担转移的条款时，应予从严解释和限制解释。“免责条款若使用一般用语，而该用语之免责范围可能涵盖二种以上的义务或责任，但该免责约款所欲免除之义务或责任之种类又不明确时，应选择‘最狭义’或‘非法定’之义务或责任作为免责约款之标的。

” [IxiX]如免责条款未指明是免除违约责任还是侵权责任时，解释为只免除违约责任，因为侵权责任规范较违约责任规范更属强制性规范，更加事关公共秩序；在条款利用人可能负过错责任和无过错责任的情况下，如果免责条款未指明所免除的责任是否包括过错责任时，解释为只免除无过错责任。此外，在格式条款中，有时将具体事项一一加以列举，最后用“其他”或“某某”等字样加以概括规定，对于“其他”、“等等”所包含的内容，应解释为与先前所列举的具体事项属于同一种类。?我国台湾曾有一则“董监事连保条款”之判例。该案中，公司向金融机构融资时，使用金融机构之格式条款缔结合同，其中有谓“公司未清偿债务之前，连保之

董、监事不得自行退保”，但，同意担当连带保证人之董监事，于解除其董监事职务时，是否仍应依该条款规定，负代为清偿之责任？一种解释认为，该条款“未订立保证期间，亦未特定所保证债务发生之期限，更未约定以上诉人(董事)担任公司董监事为保证期间”，从而认为上诉人虽未连任董事，仍应负保证责任。但查董监连保制度，“系债权人于贷款予公司时，为确保债权之得受清偿，而要求公司董监事出任连带保证人之谓”。保证合同系存在于债权人与公司董监事之间。依严格而限制之解释，应认为董监事之连带保证人，与其具备董监事身份有不可分之关系。故虽曾担任董监事职务，但业已解任者，即无再就公司之主债务负连带责任。此点为台湾“最高法院”所首肯。[1xx]？

#### 四、格式合同之效力？

格式条款已成为合同内容，并经解释而确定其意义后，即应审查其是否有效，以确定其有无拘束相对人之效力。？各国对于格式条款效力的规制方法有：（1）硬性规制，即明定某些格式条款绝对无效，如德国一般交易条款法第11条即规定16种不公正的约款绝对无效、以色列标准合同法第15条同此。

（2）概括规制，即明定某一抽象原则作为法院规制不特定约款的依据，违背该原则之格式条款即为无效，因之又称为抽象相对无效。如德国一般交易条款法第9条规定：“一般交易条款之约款若违背诚实信用原则之规定而不合理地不利于使用人之相对人者，无效。”台湾“消费者保护法”第12条规定：“定型化契约中之条款违反诚信原则，对消费者显失公平者，无效。”（3）弹性规制，即列举某些格式条款须经法院判断始能决定其有效性，亦即所谓具体相对无效，如德国一般交易条款法第10条即规定了应受法院判断的8种不公正条

款；英国不公平合同条款法中受弹性控制者包括该法第2条第2款、第3条第2款、第4条第4款、第6条第3款、第4条、第8条。

（一）格式条款的绝对无效 我国《合同法》第40条规定：“格式条款具有本法第五十二条和第五十三条规定情形的，或者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，该条款无效。”此即关于格式条款绝对无效事由的规定。由此可见，《合同法》关于合同无效事由的一般规定均适用于格式条款，同时基于格式条款的特点，法律还另外特设几项格式条款的无效事由，从而大大拓宽对格式条款的效力控制范围，利于保护条款相对人的权利。令格式条款绝对无效，乃基于条款提供者大多是独占性、准独占性的行业，如公共交通运输业、邮政运输业等，或基于格式条款的存在将降低合同当事人的注意，甚至产生道德风险。受硬性规制之格式条款当然无效，无须特别的判断因素，且其内容极大地改变了法律对当事人原则性法益分配。因之各国立法例中均采此规制方法。

根据我国《合同法》第40条的规定，格式条款中含有下列内容的，含有该内容的条款无效：

1. 具有《合同法》第52条规定情形的？《合同法》第52条规定，有下列情形之一的，合同无效：一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；以合法形式掩盖非法目的；损害社会公共利益；违反法律、行政法规的强制性规定。
2. 具有《合同法》第53条规定情形的。《合同法》第53条规定，合同中的下列免责条款无效：造成对方人身伤害的；因故意或者重大过失造成对方财产损失的。
3. 格式条款提供者免除自己责任？所谓免除责任，又可以称为免除主要义务，是指格式

条款中含有免除格式条款提供者按照通常情形应当承担的主要义务，一般与合同标的、数量和质量、履行期限、履行地点等有关。例如，房地产开发商在商品房预售合同中规定，如果因为建筑材料供应商供应的建筑材料不合格而导致房屋质量问题时，开发商不承担责任，则应当认定其构成了免除主要义务。因为在商品房销售中，提供质量合格的商品房是房地产开发商的主要义务，建筑材料不合格，是由于其自己没有严格把关而产生的问题，所以不能免除其责任，而将此责任推给购房者。《上海市合同格式条款监督条例》第6条规定：“格式条款不得含有免除提供方下列责任的内容：(一)造成消费者人身伤害的责任；(二)因故意或者重大过失造成消费者财产损失的责任；(三)对提供的商品或者服务依法应当承担的保证责任；(四)因违约依法应当承担的违约责任；(五)依法应当承担的其他责任。”这为实务中认定“格式条款提供者免除其责任”提供了一个可资参照的标准。

4. 格式条款提供者加重对方责任 所谓加重责任，是指格式条款中含有在通常情况下对方当事人不应当承担的义务。《上海市合同格式条款监督条例》第7条规定：“格式条款不得含有加重消费者下列责任的内容：(一)违约金或者损害赔偿金超过合理数额；(二)承担应当由提供方承担的经营风险责任；(三)违反法律、法规加重消费者责任的其他内容。”可资参照。

5. 格式条款提供者排除对方当事人主要权利的? 所谓排除主要权利，是指格式条款中含有排除对方当事人按照通常情形应当享有的主要权利。何谓主要权利，本条未设明文。“需要法院在审判过程中根据交易的习惯，根据以往的经验，尤其是要考虑到法律对格式条款的规范目的，即实现当事人之

间的利益平衡，贯彻公平原则来谨慎地对本条加以适用。

” [lxxi]本文作者认为，主要权利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。 [lxxii]《上海市合同格式条款监督条例》第8条规定：“格式条款不得含有排除消费者下列主要权利的内容：(一)依法变更或者解除合同；(二)请求支付违约金或者请求损害赔偿；(三)行使合同解释权；(四)就合同争议提起诉讼的权利；(五)消费者依法享有的其他主要权利。”可资参照。

(二)格式条款的相对无效?受硬性规制之格式条款实乃少数，此因格式条款中极大改变法律所定当事人原则性法益分配者甚少。由此，硬性规制尚不足以规制日新月异、不同类型的格式条款。法院面对众多的不公平、不合理的格式条款，应依何标准实现规制，格式条款之概括规制则应运而生。格式条款之概括规制，足以涵盖全部格式条款，调整周延。此方法为除英国以外的其他国家的立法所采。英国不公平合同条款法因采“硬性规制与弹性规制并用型”规制技术，欠缺概括规定，对于应受规制的格式条款，不免挂一漏万，而广受英国学者批评。 [lxxiii]英国在司法实务上，尚以普通法为依据，对不公平合同条款法所未规制之不公平约款加以规制。?各国关于格式条款效力的概括规制中，有两个原则可供援引，即诚实信用原则和公序良俗原则。诚实信用原则是法律的最高指导原则，适用于任何权利之行使及义务之履行。“谓诚实信用原则为帝王条款，君临法域，并非言过其实。” [lxxiv]以诚实信用原则规制格式条款发生之不公平，不但是可行方法之一，而且德国、美国、我国台湾等也以诚实信用原则为共同的发展趋势。公序良俗，即公共秩序和

善良风俗。所谓公共秩序，是指在实证法中存在之概括性原则与法律制度，是国家社会的一般利益。所谓善良风俗，是指当前尺度下公认之道德规范，此种道德必须是事实上存在于国民生活意识中之规则。[lxxv]二者合称为公序良俗。公共秩序与善良风俗常成交集状态，亦即：有时公共秩序与善良风俗互相叠合，善良风俗之维护，亦即国家社会利益之所赖，而国家社会利益之要求，亦即善良风俗之所系，形成互相叠合关系，有违反公共良俗但与善良风俗无关者，亦有违背善良风俗而无背于公共秩序者。公序良俗原则为各国民法所明定。?在德国和我国台湾，在尚未形成格式合同的成文特别立法之前，均曾使用公序良俗原则作为规制格式条款的指导原则。德国最早在帝国最高法院时代（二战之前）即以“违反公共秩序善良风俗”为由，规制格式条款。”[lxxvi]我国台湾从1984年“最高法院”第十次及第十一次民事庭会议后，开启引用“公共秩序善良风俗原则”规制格式条款的先河。台湾之所以采公序良俗原则以规制格式条款，曾有一法官言及当时之思考历程：“定式化契约之所以受诟病乃因当事人一方预定不公平之契约条款，由需要订约之他方，依照该项预定条款签订，致他方受重大之不利益，故为保护经济上弱者，对于‘按其情形显失公平’、‘依当时情形，显失公平者’，依民法第七十四条第二项规定，须‘乘他人之急迫、轻率或无经验’法院始得因利害关系人之申请，撤销其法律行为或减轻其给付。所谓暴利行为依上规定，并非当然无效。因此，对于显失公平之定型化契约，不能因其‘显失公平’之故，即宣示其条款为无效。民法第七十四条第一项规定之暴利行为，法院应依‘行为时之社会经济状况，依诚

实信用之原则，客观的予以决定’（洪逊欣先生著中国民法总则六十五年一月修订版，三五二页）。诚实信用原则既为衡量是否‘显失公平’而得诉诸撤销之依据，则判断定型化契约之无效条款，即不能同引诚实信用原则。惟有另辟途径，依其他立法原则寻求其无效之依据。此所以最高法院以违反公共秩序为认定定型化契约为无效之原因。” [lxxvii]? 以公序良俗原则规制格式条款，只在特定条件下方为可行，亦即其内容 违反善良风俗或 违反公共秩序或 既违反善良风俗又违反公共秩序时，才能发挥其规范之功能，若格式条款之内容，不涉及善良风俗之评价，且与公共秩序无涉时，即无规范之可能性，此乃引用公序良俗原则作为规范依据不可避免之缺点。格式条款使用范围有大有小，若适用范围广大，条款所造成的个别零星法益的不公平，尚可汇集成社会法益之侵害，而以“违反公共秩序”为由，否定此种条款之效力，但若格式条款的适用范围有限，其条款只造成少数零星法益的不公平，尚未达到违反公共秩序之程度，即无法援引“违反公共秩序”作为规制之理由。同时，公序良俗原则之适用法律行为，除保障法律行为相对人之利益外，并有维护国家及社会利益之功能，且其所置重者在于后者。而在格式条款，其所牵涉者，原则上是合同双方当事人的利益（私益）。规制格式条款的主要目的在于维持双方当事人间私法上利益的均衡，避免条款提供者滥用其经济上、法律上、智能上或其他与缔约基础有关的优势而侵害合同相对人的利益。由此可知，在格式条款效力之控制上，首先应考虑的是如何藉规范格式条款的内容以维护合同当事人间利益之均衡，从而保障契约正义。在法律之一般原则中，以维护当事人利益

之均衡为最优先之目的者，当属诚实信用原则。因此，以诚信原则之要求，审查格式条款之效力，不仅适当，且属必要。也许正是基于以考虑，联邦最高法院时代，即改采以诚实信用原则为规制格式条款，我国台湾亦是同此。如果将善良风俗限定在性道德及家庭道德的范围内，[lxxviii]将诚实信用原则作为市场交易的道德准则，[lxxix]以上区分则更为明显。

我国《合同法》第39条规定：“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”。正如本文作者在前面所述，此段应解为格式条款的效力控制规范。我国立法采用公平原则作为控制格式条款效力的原则，与其他国家和地区采诚实信用原则不完全相同。事实上，无论是采用公平原则、诚实信用原则还是公序良俗原则，其主要目的都在于维护契约正义。“公平”作为一种社会价值判断，不仅要求符合社会一般的道德标准，而且还要求平衡当事人之间利益、当事人与社会之间的利益，公平与诚实信用在实质上是不可分的。欧共体《消费者合同中的不公平合同条款指导规则》第3条规定：“未经个别协商之合同条款，违反诚实信用原则要求，造成当事人间权利义务之重大不平衡，损害消费者利益的，视为不公平条款”，用“诚实信用”和“利于消费者”对“公平”作出了诠释。诚实信用原则虽然纳入了“言必行，行必果”的道德准则，但其核心价值还是“公平”。而且《合同法》第6条规定了诚实信用原则为整个合同法的一般原则，当然适用于对格式条款的控制。我国法律没有采用公序良俗的概念，但一般认为“社会公共利益”与其有着相同的内涵。因此，我国《合同法》以公平原则作为控制格式条款效力的原则，并不排斥

诚信原则和社会公共利益原则的适用，相反，这正是公平原则的要求。[lxxx]公平原则因其高度抽象概括性，在实务上的认定和运用颇为困难。公平原则赋予法官的自由裁量权，如若使用不当，则必导致司法专横，从而成为破坏法制整体价值之祸源，因之立法技术能使原则演化为具体可操作的法律条文时，应尽可能限制法官利用该原则“造法”之权力。由此，我国台湾“消费者保护法”明定若干具体情事之出现即视为违背诚实信用原则。“定型化契约中之条款违反诚信原则，对消费者显失公平者，无效。定型化契约中之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。”<sup>1</sup>

1. 违反平等互惠原则之约款 违反平等互惠原则之约款，则推定其显失公平，此乃我国台湾法所首创（参见台湾“消费者保护法”第12条）。平等，是就合同关系的主体方面而言，互惠则是就合同关系的内容方面而言。格式条款和相对人虽缔约能力和缔约机会相差悬殊，但双方法律地位平等，提供者不得强迫相对人签订“霸王合同”，此即平等；依合同内容，格式条款提供者和相对人双方给付的代价应相对等，此乃互惠。平等互惠本是民事活动共通的规则，但在格式条款交易中，平等互惠尤为重要，因为格式条款之主要弊端乃在于格式条款提供者滥用契约自由原则，于是单方提出格式条款时，作合同上负担及危险的不合理分配，格式条款成为经济强者压迫经济弱者的工具，从而破坏合同交往中应有的平等互惠原则。何以决定条款违反平等互惠原则，我国台湾“消费者保护法实施细则”规定了

四种情事：（1）给付与对待给付之相当性。在双务合同中，当事人互以双方共同认为对等的给付及对待给付互相交换以使交易之达成，如依格式条款，双方所期待的给付及对待给付间的对等间受到严重的威胁，该约款即应因违反平等互惠原则而无效。在“货物出门，概不退换”之场合，相对人依买卖合同支付价金旨在取得与其价金相对等之货物，而该条款排除出卖人之瑕疵担保责任，根本否认买卖合同给付与对待给付之对价关系[lxxxii]，即违反平等互惠原则。给付与对待给付之间，虽应维持其对价上的平等，但对“平等”不应作绝对的理解，绝对的平等只存在于理论思辩之中[lxxxiii]，平等性仅指双方当事人主观上均愿以其给付换取对方之对待给付，至于该具体的给付（物品或劳务）与对待给付（价金或报酬）客观上的价值是否相当，在所不问。因此，格式条款上有关价金的约定，如买卖价金、租金、承揽或其他劳务的报酬、或借款利息等等，即使客观上有显然偏高之情形，也不构成违反平等互惠原则。但该条款因违反强行性规定或属应受其他方法规制的条款时，当属无效。？（2）危险分配之合理性。依平等互惠原则，当事人应仅就在其所能控制范围内发生之危险负其责任。因此，金融机构如以格式条款规定，存款人对有关文件或取款单上的签章印鉴，即使经任何第三人伪造、变造或涂改，亦应负责，即属违反平等互惠原则之危险分配，应为无效。因为第三人伪造、变造或涂改签章或印鉴，如非存款人所能控制或防止，即不得任由金融机关以格式条款规定，将因金融机构从业人员的注意义务的疏懈所发生的危险全部移转予存款人承担。[lxxxiii]（3）赔偿责任之相当性？基于平等互惠原则，违约造成的赔偿责任应与相

对方造成之损失相当。因此，照像馆以其工作底单称“如遇胶卷损坏丢失只按同类同量胶卷价值赔偿”，显与相对人因之造成的损失不相当。该条款遂因违反平等互惠原则而无效。<sup>2</sup> 违反任意性规范之条款 从格式条款的内容观察，可以发现不公平条款大多以排除任意性规范为主要目标

。[lxxxiv]依传统民法学者的认识，强行性规范与任意性规范仅依可否为多数人以合意排除为区别。“强行法为关于公共秩序之法，其法规所规定之法律关系内容，不许依当事人意思变更者也。任意法者，其法规所规定之法律关系内容，不过为当事人意思之补充或解释者也。”[lxxxv]一般言之，民法总则的多数规定（特别是有关主体条件与类型、权利能力与行为能力、时效与期间的规定）、物权法的基本原则、侵权法中相当一部分规定均为强行性规范，不容当事人依特约而排除。债权法中的主要规则多为任意性规范。[lxxxvi]任意性规范，乃是私法自治之重要表征，民法中如取消全部任意性规范，既无私法自治可言，亦与公法无殊。[lxxxvii]但任意性规范具有弥补行为人具体意思表示疏漏，保障交易安全的作用，和强行性规范一样，也是立法者斟酌各典型事态，并经利益衡量及价值判断后，所作以公平正义原则分配当事人权义之规定，其“立法意旨不是在使当事人得恣意将立法者所制定之法律效力废弃，而是容许当事人以其他规范来代替原来法律规定，代替原来法律规定之规范至少应与原来之法律一样对契约之公平正义加以维护，因此亦需同受公平观念之严格审查。”[lxxxviii]“现代民法允许当事人对任意规定之效力予以排除，但不设区别，今后应将此种情形区别为得以一般条款（即格式条款??笔者注）取代者与仅得以双方实际

上个别特约取代者两种。” [lxxxix]在以个别特约（自由协商）排除任意性规范时，当事人依平等之缔约地位及自由之意思，自有其考量，应尊重该特约，肯定其效力，在以格式条款排除任意性规范时，当事人间缔约能力和缔约机会相差过巨，对条款内容的决定极不平等，其效力如何，尚需斟酌。依学者见解，“除对双方当事人均为公平合理之情形外，排除任意法规定之一般契约条款不生效力”，“除正当理由外不得以一般契约条款免除任意法之规定。” [xc]从前引台湾立法例可以看，格式条款与其所排除适用的任意规定之立法意旨或者法律规定之基本原则相矛盾时，即推定其显失公平而无效。由上可知，格式条款虽不违反强行规范，并非即当然有效，而仍应进一步，依该条款所排除不予适用的任意性规范的立法意旨审查其效力。？ 3 . 妨碍达成合同目的之约款

格式条款限制合同上的主要权利或义务致合同目的难以达成者，推定其违反诚实信用原则，而无效。此点已为德国法和台湾法所肯同。所谓合同上的权利，应指条款相对人的权利，而所谓合同上的义务，则指条款提供者的义务。作此种诠释乃基于规制格式条款之目的，即保护条款相对人。若格式条款系限制条款相对人的义务或其使用人的权利，则不在考虑之列。条款提供者基于合同所负担的“主要义务”，除主给付义务外，尚包括附随义务在内。 [xci]所谓主给付义务，系指决定合同类型的基本义务。 [xcii]债之关系所固有、必备，并用以决定债之关系（尤其是契约）类型之基本义务。例如：在买卖合同，出卖人交付买受标的物及移转所有权、买受人支付价金；在租赁合同，出租人交付租赁物予承租人供其使用收益、承租人支付租金，均是所谓之主给付义务。所

谓附随义务，与合同类型的决定无关，是以圆满实现债权人的给付利益，并充分保障其固有利益为其目的。限制合同的主要权利或义务，旨在防止合同目的之达成，因之，在解释上，即应依当事人所定合同之内容及目的，并特别考虑该合同类型在交易上的特征，以探求条款使用人的主要合同义务与相对人的主要合同权利。若医院于其格式“住院条款”中规定，住院病人放置于病房内且自行保管的物品遗失、被窃或毁损、灭失时，医院仅于有故意或重大过失，始负其责任。该条款虽限制其使用人的注意义务，但并非限制合同的主要义务。因为“住院合同”的主要目的在于诊疗患者，并照顾其人身安全，至于防患患者物品之免于遗失、被窃等，即非医院之主要义务。[xciii]以格式条款限制合同的主给付义务或附随义务的方式，或为完全免除该义务的履行，或为免除条款提供者就不履行该义务所应负的责任。此外，以不当的举证责任条款致使相对人实际上无从请求条款提供者履行义务者，亦为限制合同的主要义务。格式条款限制合同上的主要权利或义务，须致合同之目的因而难以达成，才能推定其显失公平而无效。所谓合同目的，基本上是指当事人依其合同内容所欲实现的基本意图。如买卖合同，标的物之交付所有权之移转、权利瑕疵或物的瑕疵之不存在，均是合同的目的。因此，“货物出门，概不退换”条款，即为剥夺买受人之瑕疵担保权利，并致合同目的难以达成。?格式条款出现上列违反平等互惠原则、违反任意性规范、妨碍合同目的之达成等情事之一者，即推定为显失公平而无效（但，违背诚实信用原则之具体情事并不仅限于上列三种）。格式条款出现上列具体情事之一时，即推定其违背显失公平并因之无效，

既属“推定”，即可以反证推翻。依德国法上之见解，格式条款之使用人得以下列事由，推翻格式条款为违背诚实信用原则之推定：[xciv]（1）依格式条款，相对人虽因系争条款而受有不利益，但相对人同时亦因该不利益，而受有相当之补偿者。例如：出卖人于其格式条款中规定，买受人于物有瑕疵时，不得迳行解除合同或减少价金，但得请求出卖人修缮，修缮不成时，并得解除合同或减少价金。继续性给付或劳务供给者，以其格式条款规定，供给者得因情事需要，片面决定提高价金或报酬，但相对人不同意时，得随时终止合同。以上均属已为相当补偿之格式条款。（2）格式条款的提供者，就使用系争条款，具有特殊重大利益，致相对人之利益应对之让步者。（3）系争条款之规定，虽致相对人受有不利益，但该不利益尚属轻微者。（4）综合一切具体情事，并衡量双方利益状态，尚难认为系争条款系属显失公平者。上述我国台湾法的规定，绝大部分可被认定为我国《合同法》第40条所定“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”，该条款无效，仍有一部分不能适用该条，应如何处理，尚值研究。根据我国《合同法》第39条第1款的规定，格式条款的提供者在拟定格式条款时，应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，但是如果格式条款的提供者在拟定标准时，没有遵循公平原则合理确定当事人之间的权利和义务，甚至明显违反法律关于民事活动应当遵循平等互利、等价有偿等基本原则的规定的，应当如何处理，法无明文。同时，由于格式条款在拟定时没有与对方当事人协商，更多地考虑格式条款提供者自己一方的利益也是比较普遍的现象，对于这种情况，也不能一概认定为

无效，只有那些“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”的条款才能认定为无效，对于其他的显失公平条款，对方当事人可以依据《合同法》第54条的规定请求变更和撤销。[xcv]? (三)含有格式条款的合同的部  
分无效? 格式条款的无效，并不等于含有格式条款的合同的无效。此时，区别含有格式条款的合同与格式条款尤为重要。在司法实践中，我们应当注意：(1)含有格式条款的合同无效，是指整个合同的无效。而格式条款的无效对含有格式条款的合同的效力的影响则有两种情形：其一，某些格式条款的无效，不影响合同其他条款的效力，并且不影响合同的整体效力，则合同依然有效，但须排除无效的格式条款。其二，格式条款的无效影响合同其他条款的效力，并且影响整个合同的效力，则格式条款的无效导致合同的无效。(2)对含有格式条款的合同无效的认定，其后果一般仅及于特定的具体的合同，但是，其后果不仅及于特定具体的格式合同，还有可能产生行政法上的一般后果，即格式条款的提供者不能再利用该无效的格式条款订立合同。? [原载《合同法评论》2004年第4期] [i] 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。 [ii]伊特扬:《现代契约法的发展》,载《外国民法资料选编》,法律出版社1983年版,第354页。 [iii]王晨:《日本契约法的现状与课题》,载《外国法译评》,1995年第2期。 [iv]王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第七册),台湾1993年版,第57页。 [v]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。 [vi]参见张新宝:《定式合同基本问题研讨》载《法学研究》1989年第6期,第51页。 [vii]王泽鉴:《民法债法总论》(第一册),台湾1993年版,第77~78页;刘宗荣:《定型化契约论文专辑》,台湾三民书局1988年版,第88页;黄越钦:《私法论文集》,世纪书局1980年版,第139~144页;张新宝:《定式合同基本问题研讨》,载《法学研究》1989年第6期,第52页;王利明、崔建远:《合同法新论#8226.定式合同卷》,人民法院出版社1997年版,第7~8页。 [xxii]参见王利明:《对 合同法 格式条款规定的评析》,载《政治论坛》1999年第6期,第4页。 [xxiii]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,第5页;杨立新:《合同法总则》(上),法律出版社1999年版,第114页。 [xxiv]高圣平:《定式合同之研究》,中国政法大学1996年度民法硕士论文,第7页。 [xxv]王泽鉴:《民法学说与判解研究》(第7卷),台湾1993年版,第79页。 [xxvi]苏号明:《论格式条款订入合同的规则》,第二届“罗马法,中国法与民法法典化”国际研讨会论文集,第270~272页。 [xxvii]由于我国对格式合同的规律不是单行立法,而是在《合同法》中予以规定,造成规律格式合同的几个方面??订立、效力、解释,可能分属不同的章节,《合同法》在第二章中予以一体规定,其中第40条为格式合同的效力,第41条为格式合同的解释,第39条应为格式合同之订立(格式条款之订入合同)。 [xxviii]王洪亮:《格式条款之研究》,载其主编之《合同法难点热点疑点理论研究》,中国人民公安大学出版社2000年版,第88页。 [xxix]梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》

，载《中外法学》1999年第5期，第22页。[xxx]我国《保险法》第16条规定：“订立保险合同，保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容”。第17条规定：“保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力。”

[xxxii]参见王利明：《对 合同法 格式条款规定的评析》，载《政法论坛》，1999年第6期，第6页。[xxxii]苏号明：《论格式条款订入合同的规则》，第二届“罗马法，中国法与民法法典化”国际研讨会论文集，第272页。[xxxiii]刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，台湾三民书局1988年版，第8页。

[xxxiv] G.H.Treitel, The Law of Contract, London Stevens Sons (1983), p168. [xxxvi] G. H. Treitel, The Law of Contract, London Stevens Sons (1983), p168. [xxxviii]香港法律改革委员会：《管制免责条款研究报告书》，1986年9月，第12页。[xxxix] V.A.Penlington, 《香港合约法(法规及案例)》，商务印书馆(香港)有限公司1992年4月版，第61页。[xl] G. H. Treitel, The Law of Contract, London Stevens Sons, p170. [xlii]刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，台湾三民书局1988年版，第16页。英国判例亦采客观说，见A.G.Guest, Ansons, Law of Contract (26th Edition), Clarendon Press, Oxford (1984), pp141?142。[xliii]崔建远：《合同责任研究》，吉林大学出版社1992年版，第141页。

[xliv]刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，台湾三民书局1988年版，第17页。[xlv] G.H.Treitel, The Law of Contract, London Stevens Sons (1983), p170. [xlvi]刘宗荣：《定型化契约论文专辑》，台湾三民书局1988年版，第15页。崔建远：《合同责任研究》，吉林大学出版社1992年版，第139～140页。[xlviii]冯震宇

等:《消保法解读》,台湾月旦出版社1994年版,第112页。

[xliv] G.H.Treitel, The Law of Contract, London Stevens #8226. S i m i f i s 的见解,见梁慧星主编:《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第51页。[lxix]难波让治:《法国判例中的公序良俗》,转引自梁慧星主编:《民商法论丛》(第1卷),法律出版社1994年版,第51页。[lxxx]王喜军:《论格式条款的效力控制及其法理基础》,载《湖南教育学院学报》,1999年12期,第41~42页。

[lxxxi]王泽鉴:《民法债法总论》(第一册),台湾1993年版,第85页。[lxxxii]徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第67页。[lxxxiii]参见台湾“最高法院”七十三年第十次及同年第十一次民事庭会议决议。见王泽鉴:《民法债法总论》(第一册),台湾1993年版,第81~82页。[lxxxiv]黄越钦:《私法论文集》,世纪书局1980年版,第85页。[lxxxv]史尚宽:《民法总论》,台湾1980年版,第9页。[lxxxvi]董安生:《民事法律行为》,中国人民大学出版社1994年版,第270~271页。[lxxxvii]黄越钦:《私法论文集》,世纪书局1980年版,第86页。[lxxxviii]郑玉波:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第298页。[xc]郑玉波:《民法债编论文选辑》(上),五南图书出版公司1984年版,第342页。[xci]《法学丛刊》第158期,第154页。[xcii]王泽鉴:《民法债法总论》(第一册),台湾1993年版,第26页、第31页。[xciii]《法学丛刊》第158期,第154页。[xciv]W o l f / H o r n / L r n d a c h e r , A G B - G e s e t z , 2 , A u f

1 - 1 9 8 9 . R d 6 , 4 8 , 4 9 . 转引自冯震宇：《消  
保法解读》第 1 5 9 页。 [xcv]参见：王利明：《对 合同法  
格式条款规定的评析》，第24～25页；梁慧星：《 合同  
法 的成功与不足(上)》，载《中外法学》1999年第5期，  
第22页。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详  
细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)