

格式条款订入合同的基本问题研究

——兼评《合同法》第39条

陈广华

(河海大学 法律系, 江苏 南京 210098)

[摘要] 我国《合同法》第39条采用“格式条款”而摒弃“格式合同”的概念,具有积极的意义。然而,《合同法》对格式条款如何订入合同没有规定。研究格式条款如何订入合同对合同相对人的保护具有重要的意义。《合同法》第39条有待进一步完善。

[关键词] 合同法, 格式合同, 格式条款, 一般契约条款, 一般条款

[中图分类号] D923 [文献标识码] A [文章编号] 1004-3489(2005)03-0072-05

普通合同的订立,是指双方当事人通过协商而于互相之间建立合同关系的行为。对于普通合同而言,其订立的程序就是由双方当事人协商,各自进行意思表示,经过一次或数次的要约和承诺,最后形成双方当事人的合意,合同才订立。但由于格式合同订立是在一方当事人提供格式条款的基础上,由对方当事人概括地予以接受而订立,对合同的主要条款根本没有协商的可能,而且有些格式条款与订立的合同文本相分离(如单位的内部规章制度、商场门前的告示等)。因此,我国台湾学者认为:“对于一般条款如何订入合同,与传统的个别磋商缔约应有所不同。”^{[11] (P.79)}如何确定一方当事人事先提交的条款(即格式条款)是否已订入合同,是否是合同的一部分,对于合同相对人的保护尤为重要。

一、格式条款概述

格式条款的产生和发展是20世纪合同法发展重要标志之一。格式条款的名称各国不一,法国民法系国家称之为“*contract d' adhesion*”也即附合同^{[2] (P.153)}、附意合同^{[3] (P.120)}。系指“一方当事人对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”。^{[4] (P.133)}英美法系国家称之为“*stand form contract*”,又称附从合同^{[5] (P.117)}。它主要是指经济实力较强的当事人预先拟定的一定格式和内容的合同文件,并凭借自己的经济实力强加于对方的合同。对方当事人只须对合同的条款表示接受和拒绝,即可决定合同存否。^{[6] (P.52)}我国台湾称之为“定型化契约”,系指“为了供订立多数契约之用而预先拟定,由契约一方订约时,提交契约之另一方的所有契约条款。”^{[7] (P.3-34)}我国《消费者权益保护法》第24条采用了“格式合同”的概念。对此,学者认为系指“由一方当事人或者政府机构、社会团体预先拟定并印刷成固定格式条款,另一方当事人只要在条款上签字、盖章,即视为同意该条款,合同即告成立的一种合同。”^[8]可以看出,虽然不同国家、地区的法律规定不同,但大多都将“格式条款”称为“合同”。当然,也有使用“条款”名称的,如德国《一般契约条款法》采用“一般契约条款”,《国际商事合同通则》使用“标准条款”的概念。

格式条款采用“合同”的概念不妥,应还原“条款”的名称,理由如下:

1. 合同又称为“契约”,合同在英文中称为“*contract*”,在法文中称为“*Pacte*”,在德文中为“*Kontrakt*”。这些用语都来自罗马法的合同的概念“*Contractus*”。据学者考证,“*Contract*

tus”由“com”和“tractus”二字组成。Com由cum转化而来,有“共”字的意义,“tractus”有“交易”的意义。因此,合同的本意为“共相交易”。^{[9] (P256)}也就是说,任何合同的成立都必须经过双方当事人的合意,任何一方当事人制定的合同文件,在没有得到另一方当事人的接受或同意之前,合同都没有成立,对双方当事人也就没有法律效力。格式条款,要称之为合同,也必须是双方当事人合意的结果;格式合同实际上是一方当事人提供的合同文件,因此,是一种单方的行为。所以,格式合同应称之为“格式条款”较为妥当。

2 如果采用“格式合同”的概念,就很难解释与合同文本相分离的“霸王条款”(如:商场门口的“货物出门,概不退换”)的法律性质。

3 在绝大多数情况下,格式条款仅仅是整个合同(如运输合同)的一部分。合同中的条款可以分为格式条款和非格式条款两类。如果将格式条款称为格式合同,就无法解释合同中的格式条款的现象。因此,“我国《合同法》第39条采用格式条款而不是格式合同的概念,无论在理论上还是实践中都具有极为重要的意义。”^[10]

二、格式条款订入合同时 条款使用人的义务

1. 格式条款必须合理、明示

在司法实践中,各国法院基本上认为:“格式合同是经济强者在经济弱者之同意下所为的剥削与勒索。”^{[11] (P28)}由于格式条款由经济上的强者事先制定,相对人没有协商的机会,有的根本不知道格式合同的条款应包含哪些内容。因此,条款使用人要将格式条款作为要约一部分订入格式合同中,就必须事先用明示的方法提醒相对人注意。德国在《一般契约条款法》制定之前,联邦最高法院认为,如果相对人已经知道或者应当知道条款使用人欲以一般契约条款作为合同的全部或一部分,即使条款使用人并没有明示相对人注意的义务,该条款也同样可以订立合同。^[7]《一般契约条款法》中规定,一般契约条款,在订约时使用“明示地提请契约相对人注意一般契约条款,或由于契约种类之原因,以明示方法提请注意有相当困难时,得在订约地点以明显可见的公告提请注意。”^[12]《意大利民法典》第1341条规定:“一方为他方制定之附和契约条款,如他方于缔约时,依其通常之注意已知或可得而知者,此条款即拘束他方。”英国普通法规定:“如果一般契约条款中的免责条款在一份由一方当事人交给另一方的文件中被列出或者指出,或者在合同缔结地展示出

来,则当对免责条款的存在向受其影响的当事人作出了合理的提请注意时,它才能订入合同。”^[7]我国台湾《消费者保护法》第13条规定:“契约之一般条款未经记载于定型化契约中者,企业经营者应向消费者明示其内容;明示其内容有困难者,应以显著之方式,公告其内容。”^[12]我国《保险法》第16条也对条款相对人明示的义务作了规定:“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。”

通过以上分析,格式条款使用人倘若要将格式条款订入合同则必须明示。至于明示的方法,各国的法律规定比较含糊,仅仅笼统的规定了明示有困难时的公告明示。据此,有学者认为,“明示的方法有个别明示和公告明示两种,个别明示是原则,公告明示是例外。”^[13]笔者认为明示的方式应以口头方式为主,书面方式为辅。这是因为绝大部分的一般条款均是以书面形式出现(口头的一般条款几乎没有),约款使用人如果用书面形式提醒相对人注意,实际上就等于把格式条款提供给相对人,相对人有可能根本不阅读,或者阅读了却没有认真对待,或者文字细小没有注意等。因此,格式条款使用人用书面形式来履行提醒义务,在本质上根本没有提醒。台湾学者刘宗荣先生对此作出精辟的论述:“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阅读,使用人之提请注意(通知或公告)即不充分。”^[7]只有在大量交易重复、交易频繁的合同中(如乘客运输合同、展览会门票背面的“游客须知”等),对每一个相对人都口头明示,在现实生活中根本不可能,即个别明示有困难时,才能用书面方法明示,发布公告等。

另外,在格式条款的使用人履行明示的义务时,还应注意以下几点:

第一,对于个别明示困难的,有的也可以采取口头形式的明示。如在订约地点用广播反复播放格式合同中一般条款的内容;用书面形式发布公告的,一般契约条款全文必须悬挂、张贴于订约地点,并且字迹清楚,标志显明,能引起相对人的注意,否则,视为没有明示。第二,明示的时间必须在合同订立之前,最迟在订立合同时作出,否则,该条款不能成为合同的一部分。第三,提醒注意的程度,必须能引起一般人的注意。崔建远先生认为,其程度“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。”^[14]刘宗荣先生认为,“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。”^[7]

2 必须让条款相对人有理解格式条款的机会

由于合同的格式条款是由格式条款的使用人单方面提

供,具有单方意思表示的特点,使用人除采取合理、明示的方法提请相对人注意外,还必须给予相对人合理的机会、充分的时间了解一般条款的内容。如德国《一般契约条款》第2条规定,要使一般条款订入合同必须给予合同相对人机会,使其以合理方法了解其内容。所谓“合理机会”,是指根据法律行为的环境来决定,使用人还必须将能知道一般契约条款的地点、方法和某些概念、术语或条文释义等内容通知相对人。至于说,相对人应当有合理的机会阅读该一般契约条款而没有阅读,在所不同,该合同条款订入合同。

另外,法国等国家制定强行性法律规范,实行合同订立过程中的强行持续程序。对某些合同的成立规定了一定的时间,以保证相对人以更多的时间了解格式合同条款。例如,在法国,根据保护有关不动产的借款人利益的1979年7月13日法律第7条规定,借款人只有在接到贷款要约10日以后,才能对要约作出承诺;有关函授教育合同1971年7月12日第71-556号法律第9条也规定,当事人签署该合同的行为只有在收到合同文本6天之后实施,才具有法律效力。这样,相对人在合同成立之前,可以反悔,保护自己的合法权益。台湾詹森林先生认为,企业经营者与消费者订立定型化契约之前,应预留合理时间,供消费者审阅全部条款内容;倘有违反,该条款除经消费者主张外,并不构成契约之内容。^[15]对于“合理期间”,台湾消保法施行细则第11条规定为30天;在实务上,瘦身美容定型化契约之审阅期间为7天,预售房屋之买卖、汽车分期付款买卖、电脑补习班语言录音带及教学录音带之买卖等定型化契约之审阅期间为5天,电器买卖定型化契约之审阅期限为1天。^[16]我国《合同法》应对格式条款订入合同时,合同的成立规定一定的期限,以对约款相对人保护,尤其是保护消费者的合法权益。

3 “不寻常条款”不能订入

不寻常条款,或称“异常条款”(Surprising Clause)。异常条款不订入合同,已经成为各国立法及国际公约的通行做法。我国台湾消费者保护法第14条规定:“契约之一般条款未经记载于定型化契约中而依正常情形显非消费者所得预见者,该条款不构成契约之内容。”德国《一般契约条款法》第3条异常条款作出了规定:“一般契约条款之条文,依客观情形,尤其是契约外观衡量之显示为异于寻常,以致相对人必不考虑接受者,不能成为契约之一部分。”《国际商事合同通则》第2.20(1)条规定:“如果标准条款中某个条款是对方不能合理预见的,则该条款无效,除非对方明确地表示接受。”台湾学者刘宗荣先生认为,异常条款不订入格式合同是因为“若要求相对人对于该法律行为通常约款相左之约款亦

应予注意并表示异议,否则该等约款即订入契约,并对相对人发生拘束力,则甚不公平。”^[17]由此可见,异常条款(或称不寻常条款),是指在正常交易的情况下,相对人所能预见的条款。

对于何为“异常条款”,即异常条款的判断标准是什么,^[13]学者们的观点各异。刘宗荣先生认为应从六个方面来考察:(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。^[17]德国学者认为,判断某一格式条款是否“依正常情形显非相对人所能预见”,从两方面考虑:(1)定式约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)定式约款使用人明示之方法及使用人隐藏该约款,防范相对人注意该约款之方法。^[13]《国际商事合同通则》中,判断的标准则为,该内容在相关的贸易领域是否常使用,是否与当事人的谈判方式一致;语言和表达方式,应考虑相对人的职业技能和经验。笔者认为,异常条款不订入格式合同是对“签字即视为同意”理论的冲击,以防止使用一般契约条款的一方当事人过分利用其有利地位,恶意地将某些条款强加于对方当事人。对异常条款的判断标准,应从格式条款订入合同的环境来考察,宜采用概括和列举相结合的办法。对相对人在通常情况下(以一般人的认知为标准)所不能预见的条款规定为异常条款。另外,由于经济生活的复杂性,用列举的方法规定某些条款为异常条款,如用小字印刷的条款,语言含糊不清的条款等。

对于异常条款,如果一般契约条款的使用人已经用合理的、明示的方法提请相对人注意,而且给予相对合理的机会理解,相对人仍然作出承诺,即同意该格式条款订入合同,则该异常条款是否订入合同呢?有两种不同观点:第一种是主观主义,以我国台湾《消费者保护法》为代表,该法第14条规定,异常条款不能订入合同。但在实施细则中,却认为,一般情况下异常条款不构成合同的内容,但如果消费者主张该异常条款,则异常条款应当成为合同的一部分,也就是说,异常条款是否订入合同,取决于相对人的主观意思。第二种是客观主义,以德国《一般契约条款法》为代表,该法第3条规定,从客观标准看,契约条款为异常条款时,不论相对人是否承诺,异常条款绝对不能订入合同。笔者认为,契约自由和意思自治是合同法发展史上的基本原则,只要该异常条款没有违背一个国家的强行性法律规范和社会公益,在相对人承诺后,就应当让该该条款订入合同,是格式合同的一部分。因为“法院不为当事人订立合同”是各国司法的信条。^[5]

三、格式条款订入合同时条款 相对人的权利

一个有效的契约必须基于双方当事人的合意,当事人就同一事实有相同之合意,契约始能成立。然而,“承诺之性质,原非要约相对人之义务。要约相对人之承诺与否,其本人有自由意思可不受拘束,故承诺之权专属于相对人。”^{[17] (P67)}因此,在约款使用人采用明示、合理的方式提请相对人注意一般契约条款时,相对人有权决定是否订立合同。相对人承诺的方式各国规定不一。通常是以书面或口头声明同意格式条款订入合同。如《意大利民法》第1341条规定:在定式约款中,有关免责条款、仲裁和管辖条款未经相对人特以书面同意未订入合同,而对于一般定式条款“依通常之注意已知或可得而知者”此条款就订入合同,由此可见,意大利民法对于不同的约款采用不同的规则,明示或者默示均可。英美法采用“签名视为已经同意”的原则,这就是所谓的明示原则,以书面或者言词声明将定式约款订入合同。德国《一般契约条款法》第2条规定:“契约的相对人同意该一般交易条款之适用。”可以解释为明示或默示均可。对于一般契约条款,以相对人的明示同意作为订入合同的原则,作为的默示作为补充。明示的方法以书面为主,口头为辅。宜贯彻英美法的“签字视为同意”的原则,“即使他根本没有阅读其中的条款内容,甚至不知道他们准确的法律后果,也应受到条款的约束。”这是因为,一般契约条款的使用人明示格式条款,并给予相对人合理的时间让其理解,相对人签字时应当已经了解条款的内容,如果在他签字时,没有了解契约内容,说明他有过失,也就没有保护的必要了。默示承诺只有根据交易的实际情况,或者交易惯例或者双方当事人的约定才能使一般契约条款订入合同。但应当注意单纯的沉默或不作为不能视为承诺。在我国的台湾《消费者保护法》中,相对人的同意方式也不以明示为限,默示之意思表示亦包括之。^{[18] (P112)}

四、《合同法》第39条之评析

格式条款的出现不仅改变了传统的订约方式,而且对合同自由原则产生了很大的挑战。甚至有学者惊呼,与强制性规则和责任扩大化一样,格式条款也成为导致契约死亡的原因之一。^{[19] (P199)}因此,各国都通过修改或制定单行的法律对格式加以规范。我国《合同法》有关格式条款的规定,确实对

格式条款的解决提供了一般的原则。《合同法》的规定,还存在以下不足:

1. 《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……”。我们知道合同是双方当事人合意的结果。绝对不允许任何一方来单方面确定双方的权利和义务,这也是各国之所以规制格式合同的原则所在。根据第39条,一方当事人有权确定双方的权利和义务,是违背格式条款规制的根本出发点。第39条的规定,干涉了“契约自由原则”。

2. 我国《合同法》第39条对格式条款如何订入合同没有作出明确规定,而仅仅规定格式条款中的特殊条款(免责条款)订入合同时有提请当事人注意的义务,是否意味着只有免责条款才有提请相对人注意的义务,而其余格式条款一经拟定就直接订入合同呢。其实,格式条款订入合同必须经过合同订立的基本程序,格式条款不是合同。格式条款要订入合同必须履行上文论述的义务。第39条应理解为,格式条款中的免责条款要订入合同必须个别提醒,提请注意的程度更高。因此,《合同法》39条对此的规定,容易引起歧义。

3. 《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。

(1)格式条款有以下几种形式,一是以公告的形式(如“价目表”、“使用须知”、“通知”、“说明”等)张贴于码头、仓库等公共场所或者营业场所;二是由有关主管部门制定,企业直接采用订入合同;三是印刷与一定文件之上的特别说明(如飞机票等);四是由当事人(主要是具有垄断性的企业)制定的。因此,第39条限定格式条款的主体为“当事人”为了重复使用,使得大量的行业协会制定的为了保护本行业而制定的格式条款排斥在《合同法》关于格式条款规定的适用范围之外。格式条款的使用人使用的条款不一定是自己预先拟定的。有的格式条款是政府机构或者社会团体预先拟定并印刷成固定格式的条款。

(2)“订立合同时未与对方协商”的规定欠妥,应是“不能与对方协商”。在1974年 Scheder Music Publishing Co Ltd 诉 Macaulay 一案中, D Plock 法官指出:“有一种合同是特定行业集中到少数人手里的结果。这类标准合同的条款未经合同当事人的协商,或未经任何代表弱方利益的组织的赞同。这些条款乃一方当事人的指令;而该方当事人,或单独或与其他提供类似商品或服务者一道,利用其优势地位表示:如果你需要这些商品或服务,这些条款是唯一可予采用

的。你要么接受,要么走开。”^{[20] (P.20)}英国国际贸易法学者施米托夫认为:“附从合同(contract of adhesion中文译本为“定型化合同”)。是订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。此类合同的另一方当事人对于对方当事人提出的条件,或者接受,或者拒绝,而不得就其条件或条款进行谈判。”^{[21] (P.506)}法国学者也持有相同的观点:“定型(附从)合同(contract d' adhesion)是指这一类合同:其条件由一方当事人预先给定且其他任何人都可为承诺。这种合同,包含的许多条件通常只能全部予以承诺而不得再予以讨论。”^{[22] (P.152)}由此可见,格式条款是不能协商的条款。“未与对方协商”并不意味着不能与对方协商,只有条款制作人明确提出其制作的条款不能协商,这些条款才成为格式条款。

4. 就《合同法》第39条和40条而言,他们本身的规定自相矛盾。第39条第1款规定,格式条款的使用人只要在订立合同时采取合理的方式提请对方注意免责条款,则免责条款就订入合同,并具有法律效力。至于说,免责条款相对人

是否理解,在所不问。只有在相对人要求解释时,才予以说明。也就是说,免除使用人责任的条款只要向对方明示,不论相对人理解与否,是否同意订入,该免责条款就具有法律效力。《合同法》第40条规定:“……提供格式条款的一方,免除其责任,……该条款无效。”也就是说,免除责任的条款(免责条款)一律无效,是否提请注意,是否加以说明,在所不问。

综上所述,建议将39条修改为:

采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当用合理、明示的方式对格式条款加以说明,提请对方注意,并给予对方充分的合理的是否同意格式条款定入合同的考虑期限。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟订或者使用有关部门事先制订的,并在订立合同时明确表示不能和合同相对人协商的条款。

① 本文在论述过程中也使用“一般契约条款”“一般条款”的名称,其与“格式条款”仅是表述上的差异,本质上是一致的。

[参考文献]

- [1] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(七)[M]. 北京:中国政法大学出版社,1993.
- [2] 黄越钦. 私法论文集[M]. 台湾:世纪书局,1980.
- [3] 尹田. 法国现代合同法[M]. 北京:法律出版社,1995.
- [4] 王军. 美国合同法判例选评[M]. 北京:中国政法大学出版社,1995.
- [5] 傅静坤. 二十世纪契约法[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [6] 董安生等. 英国商法[M]. 北京:法律出版社,1991.
- [7] 刘宗荣. 定型化契约论文专辑[M]. 台湾:三民书局,1988.
- [8] 叶知年. 初论格式合同[J]. 华侨大学学报(哲社版),1995(2).
- [9] 王家福. 民法债权[M]. 北京:法律出版社,1995.
- [10] 王利明. 对《合同法》格式条款规定的评价[J]. 政法论坛,1999(6).
- [11] BoGar The Contract of Adhesion 20 The American Journal of Comparative Law 1992
- [12] 台湾《消费者保护法》(1994)第13条,《卢森堡消费者保护法》(1978),《韩国消费者保护法》(1986).

- [13] 高圣平. 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.
- [14] 崔建远. 合同责任研究[M]. 吉林:吉林大学出版社,1992.
- [15] 詹森林. 消费者保护法与预售房屋买卖定型化契约[J]. 国立台湾大学法学论丛,27(4).
- [16] 台湾行政院消费者保护委员会. 定型化契约范本汇编[Z]. 1986.
- [17] 杨顿. 英美契约法论[M]. 北京:北京大学出版社,1997.
- [18] 冯震宇等. 消保法解读[M]. 台湾:月旦出版社,1994.
- [19] [美]格兰特·吉尔莫. 契约的死亡[A]. 梁慧星. 民商法论丛(第三卷)[C]. 北京:法律出版社,1995.
- [20] M. P. Furmston's Law of contract Butterworths
- [21] [英]施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 赵秀文. 北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [22] Amos and Walton's Introduction to French Law

(责任编辑 匡四)