

《合同法》第 40 条后段(格式条款效力审查)评注

贺栩栩

摘 要 《合同法》第 40 条后段规定了格式条款效力审查标准。格式条款订约方式已成常态,其效力评价标准应当事先由立法者确定。这样的立法价值引导,体现在具体(任意法)规范中。对于是否“遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”的判断,重要标准在于格式条款和任意性规范以及其中内在的正义性实质的偏离程度。此外,注意到格式条款作为有名合同的补充的重要作用,在无任意法规范作参照的情况下,考量等值原则、风险控制因素、保险保障因素以及直接的第三人利益等因素,确定格式条款是否限制了依据合同本质所发生的重要权利或义务,致使合同目的不能达致,从而确定有悖“公平”而无效。

关键词 格式条款 效力审查 公平原则 任意法规范 权利义务权衡

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2018.06.013

作者贺栩栩,法学博士,华东政法大学法律学院副教授。

一、规范内容、意旨与立法历史

(一) 规范内容和意旨

(1) 格式条款系为重复使用而预先拟定,由合同当事人一方(使用人^①) 在合同订立时向相对方提出,未与对方协商的条款(《合同法》第 39 条第 2 款)。格式条款的规制角度是对基于意思自治的合同拘束力正当性的填补。私法奉“行为自由,效果自主”为圭臬,在私领域内,法效果由本人承担的合同行为,不必自证其正当性。然而,民法即使承认形式上的合同正义,也是基于给付和对待给付之间的“主观等值”和非必要之点的“主观对等”,因为私人间的平等地位而推定法律上理性人、自利人的决定,应该与“客观等值”接近,才有无需立法和司法体系化的干预之结论。^② 至于个案中“主观对等”和“客观对等”存在重大偏差的情况,由民法中的公序良俗原则(《民法总则》第 153 条第 2 款) 规制。

* 本文是北京仲裁委员会科研基金资助项目“保险免责条款法律规制研究”和银行间市场清算所股份有限公司委托项目“金融业关键信息基础设施的运行要求与比较研究”(C-6901-18-034) 的阶段性成果。

^① “使用人”和“拟定人”非同一般概念,当事人亦可选择由第三方(行政机关、行业协会、公证机关等) 拟定的条款以使用,本文统一使用前者的。

^② 参见陈自强《契约之成立与生效》,法律出版社 2002 年版,第 198-199 页;解亘“论格式条款内容规制的规范体系”,《法学研究》2013 年第 2 期,第 102 页。

(2) 格式条款内容控制制度,并不旨在为法官进行个案公正的自由裁量提供多一重工具,亦非“消费者—经营者社会”特殊法政策下针对特殊交易类型的例外法,而是对私法自治的立法和司法体系化的干预,控制和防止不公平的格式条款造成相对人不合理的利益减损,抵销因使用格式合同提升的社会效率。^③此问题关涉格式条款进行审查和效力填补时的价值选择,也将进一步决定着内容控制实体法体系构建的方向和具体细节。

(二) 条文结构及其立法历史

1. 评注范围限定

(3) 格式条款司法控制有其完整的结构体系,^④本文仅探讨了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的,经由“订入控制”已成为合同内容,又经由“不明确条款解释”评价后的格式条款,如何对其进行“内容控制”的部分(《合同法》第40条后段)。^⑤

2. 立法历史

(4) 合同法立法经学者建议草案(试拟稿第一稿)、法工委民法室试拟稿(试拟稿第二稿)、试拟稿第三稿、征求意见稿,形成草案,通过三次审议,最终公布。在此期间所有的立法文件中,均对格式条款的规定作有调整。其中,对现行合同法内容控制制度的解释适用,最具意义的是学者建议草案。其曾在第三章“合同的效力”第六节中规定了定式合同。第55条规定了定式合同条款的定义“由当事人一方为与不特定多数人订约而预先拟定的,且不允许相对人对其内容作变更的合同条款,为定式合同条款”。第56条规定了“订入控制”:“依定式合同条款订立合同时,定式合同条款使用人应以明示方法提请相对人注意定式合同条款,并使其能够以合理方法了解定式合同条款的内容”。第57条即现行法第40条的前身,格式条款“内容控制”的核心条款“定式合同条款违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益的,无效。有下列情形之一的,核定其违背诚实信用原则而予相对人不合理的不利益:(1)定式合同条款与法律基本原则不相符合或者规避法律强行性规定的;(2)定式合同条款排除或者限制因合同而发生的重要权利或者义务,致使合同目的不能达到的。”^⑥第58条系格式条款解释规则,明确了先单纯解释再不利解释的原则。

(5) 学者建议草案构建了相对完善的格式条款司法审查制度。然而遗憾的是,其后形成的合同法9项立法文件中,对于格式条款的条文几乎每次均略有修改,但提供的修改说明阙如。解读草案的规范体系,可以解决目前格式条款适用中很大部分的问题。首先,在解释现行《合同法》第39条第2款格式条款定义时,学者提出的“未与对方协商”应当理解为不能与对方协商。^⑦在第55条中本有明确规定。其次,关于订入控制和内容控制的对象问题,草案第56条明确规定“定式合同条款使用人应以明示方法提请相对人注意定式合同条款”,即格式条款的订入控制和内容控制制度,不仅限于免责条款,而应当包括所有格式条款,对本项的争议,无论学理抑或司法解释,均未有定论,下文详述〔(13)-(25)〕。再次,第57条为内容控制的核心条款,从规范内容与功能上,本应确定权利义务偏离任意法,且违背给付均衡时,格式条款无效的总原则。然而,最终文义暴露了立法借鉴时因未查明法规目的而造成的翻译舛误,致使第一项在文义上易曲解为“违反法律

^③ Vgl. Auer, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, 1. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, S. 24.

^④ 格式条款司法控制结构如下:首先依据《合同法》第39条第2款判定系争条款是格式条款,其次依据该条第1款进行订入控制(条款得否成为合同之审查),对条款有两种以上解释的,以先简单解释再不利解释之顺序确定条款含义(《合同法》第41条),最后才成为内容控制的审查对象。

^⑤ 本文主要以第40条后段为评注对象。前段规定了格式条款“违反法律禁令”“违背善良风俗”无效(《合同法》第52条),以及“免责”的格式条款亦无效(《合同法》第53条)。法技术上,前段仅有(似多余的)引致功能和提示说明功能。为何形成此条文结构,将在下文立法史部分说明,详见正文(4)(5)。

^⑥ 何勤华等主编《新中国民法典草案总览》,北京大学出版社2017年版,第1857页。

^⑦ 参见王利明“对《合同法》格式条款规定的评析”,《政法论坛》(中国政法大学学报)1999年第6期,第4页;王利明:《合同法研究》(第一卷),中国人民大学出版社2011年版,第408-409页。

原则无效”^⑧和“违反强行性规定无效”，从而在试拟稿第三稿中，此条文被并入判定一般合同条款无效的条文中。^⑨而本条中的“法律”，应主要指有名合同中的任意法规范，对法律任意性规定以及它所包含的正义性内涵严重偏离时，可以推定构成“不合理的利益减损”。同样的问题也存在于第二项中，第二项“排除或者限制因合同而发生的重要权利或者义务，致使合同目的不能达到”，则被理解为免责条款，试拟稿第二稿修改时，应学者和法工委领导要求，“为求简明，对合同效力类型作了简化和归并”，将定式合同条款的无效归入免责条款的无效。在第38条中，免责条款存在三种无效情形：免除故意和重大过失的责任的；免除人身伤害的责任的；排除一方基本权利或者免除一方基本义务的。^⑩而本项原意专为无名合同所设，不同于第一项，当格式条款已经足以发展和形成新的合同类型时，需要特别注意格式条款是否有免除、限制使用人之义务，或限制对方权利，并导致对方当事人失去缔约目的。^⑪公布前，立法机关又增加“法律禁止免除或者限制的责任”一项，^⑫删除第(3)项。^⑬至此，学者建议稿中原本独立的格式条款内容控制制度被拆解，(立法者以为)合并入一般条款的免责无效条款中，从而在条文语言中，再无线索解释出对于任意法中权利义务设定的偏离，抑或无任意法规定时，对确定合同目的的权利义务的排除，作为判定格式条款效力最具决定性标准之含义。

正是由于经历了这一拆分调整过程，无论此后征求意见稿和审议稿对格式条款的条文内容和体系安排一再作出调整，立法者在条文里一直保留有了《合同法》第40条前段的规定，即“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……无效”。且在关于《〈中华人民共和国合同法（征求意见稿）〉几个问题的说明》（以下简称《〈征求意见稿〉说明》）中，立法者指出，对于格式合同作出了两大方面的规定，其中一方面即为规定了免责条款无效，^⑭而立法者所指的是《合同法》第53条的规定。因此，尽管在今天的法律适用者看来第40条前段仅系参引条款，事实上当初的立法者在理解格式条款内容控制制度之时，很大程度上系以免责条款为基本模型，将原本独立的免责格式条款无效的规定，并入了第53条。

（三）《合同法》第40条与相关条款的解释协调

(6) 诚如上文已经说明，本文仅以已经订入合同之格式条款的效力判定为评注对象。唯学术探讨中，认为《合同法》第40条与第39条、第53条存在矛盾冲突的意见^⑮不在少数，似有必要稍作澄清。

^⑧ 学者建议稿草案“定式合同”部分从体系至语言，均与《德国一般交易条件法》如出一辙。该法已于2002年债法改革时并入《德国民法典》，建议稿第57条的对应条款为该法第9条。第9条第1款规定：如果格式条款违反了诚实信用原则而给相对方造成“不合理的利益减损”，该条款无效。第9条第2款规定了两种存在疑义时可推定构成“不合理的利益减损”的情形：(1) 与法律的基本思想旨意不相符合（mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird）；(2) 排除或者限制因合同而发生的重要权利或者义务，致使合同目的不能达致。第57条将第1项第一种情况译为“与法律基本原则不相符合”，有两项错译：第一，此处的法律，意为（任意）法律（规范）；第二，法律基本原则，极易误解为民法原则，此处指被格式条款偏离或补充的（任意）法律（规范）的基本旨意。

^⑨ 学者建议稿草案第34条规定了合同及（合同条款）无效：违反法律强制性或者禁止性规定的合同，无效。合同中免除下列责任的条款无效：(1) 故意或者重大过失的责任；(2) 人身伤害的责任；(3) 消费者权益保护法禁止免除的责任；(4) 其他违反公序良俗的责任。

^⑩ 参见梁慧星“关于中国统一合同法草案第三稿”，《法学》1997年第2期，第48页。

^⑪ 参见詹森林《民事法理与判决研究（四）》，中国政法大学出版社2009年版，第70-72页。

^⑫ 推测系与学者建议稿草案中第34条第2款第3项“消费者权益保护法禁止免除的责任”合并所得。

^⑬ 然而，在1998年合同法正式草案中，又出现“免除提供条款一方当事人主要义务、排除对方当事人主要权利的，该条款无效”的规定。该条文虽然用语上接近现行《合同法》第40条后段的规定，实则为专家建议稿第57条第2款中偏离任意法规定的或用以确定合同目的的权利义务。笔者认为，《合同法》第40条后段的规定，应当按照此历史解释确定其含义。条文全文，参见注⑥，第2086页。

^⑭ 参见注⑥，第2039页。

^⑮ 参见梁慧星“统一合同法：成功与不足”，《中国法学》1999年第3期，第13页；崔建远“新合同法若干制度及规则的解与适用”，《法律科学》2001年第3期，第120页；注⑦，王利明文，第3页；傅健“略论格式条款提供方的法定义务”，《法学评论》2001年第4期，第128页；周清林“论格式免责条款的效力层次”，《现代法学》2011年第4期，第185页。

3. 《合同法》第40条与第39条

(7) 《合同法》颁行之初,即有学者撰文指出,“按照第39条第1款的规定,格式合同中的免责条款,如果履行了提示义务和说明义务有效。法律通过时在第40条加上‘免除其责任’五字,导致依该条免责条款应绝对无效,因而与第39条和第53条的规定矛盾。”^⑯另有学者回应认为“从表面上看这两条之间似乎存在着矛盾”,事实上,第39条中的“免责条款”只是对“未来可能发生的责任予以免责,而《合同法》第40条所提到的免除责任,是指条款的制定人在格式条款中已经不合理地不正当地免除其应当承担的责任”。^⑰然而,合同条款本意即为将来设定义务,义务违反始发生责任(主要指损害赔偿义务),何谈“将来”“现在”之分。学界此类分歧和解释路径,揆诸理由,应系对于格式条款的审查对象和制度功能不明,以及订入控制前置未做考虑,^⑱导致后续问题的解释障碍。^⑲

(8) 第39条第1款前段规定了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,属于不完全法条,缺少法律效果部分。司法解释为明确适用于《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)》(以下简称《合同法司法解释二》)第9条规定违反提示和说明义务的他方当事人享有撤销权,第10条规定违反上述义务且落入《合同法》40条后段三种情形之一时,条款无效。此两条规定,一来未正确回答,使用人单方提供的格式条款不符合公平原则时,效力为何的问题;二来使得订入控制和内容控制界分不明,在文义上冲突的第39、40条之上,追加一层效力判定的矛盾,似乎未为司法裁判提供任何助益,反而导致审判实践^⑳以及后续特别法的司法解释^㉑将裁判重点置于提示说明义务的审查上,因为这一审查系“是一否”判定,在此有所定论,可逃避内容控制中利益均衡“多一少”的说理论证。而“是否”以及“如何”履行提示说明义务,满足“足以”之标准系事实判定问题,利益权衡才是法律评价的问题。

(9) 事实上,《合同法》第39条规定的提示说明义务,乃合同合意原则之必然要求。^㉒仅当相

⑯ 同注⑮,梁慧星文,第28页。

⑰ 同注⑦,王利明文,第9页。

	订入控制(提示说明义务)的对象	内容控制的对象	立法文件
	格式合同条款	格式合同条款	第一稿
	负有义务的条款	并入免责条款后,无独立规定	第二稿、第三稿
⑱	免除或限制其责任的条款	并入免责条款后,无独立规定	征求意见稿
	免除或限制其责任的条款	免除使用人主要义务,排除对方主要权利的条款无效	审议稿一、二、三、四
⑲	免除或限制其责任的条款	使用人免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的条款无效	合同法

⑲ 参见王剑一:“合同条款控制的正当性基础与适用范围——欧洲与德国的模式及其借鉴意义”,《比较法研究》2014年第1期,第171页;马一德:“免除或限制责任格式条款的效力认定”,《法学》2014年第11期,第146页。

⑳ 参见王静:“我国《保险法》第19条司法适用研究——基于保险格式条款裁判的实证分析”,《政治与法律》2014年第11期,第88页;胡志超、陈俊丰:“《合同法》格式条款法律适用中的问题与对策”,《法律适用》2001年第3期,第22页。

㉑ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》(以下简称“《保险法司法解释二》”)第9-14条。

㉒ 从格式条款的定义看,其系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,背离契约自由原则要求的“当事人协商意思表示一致”,构成对仅仅由契约自由即得成立的契约正义的减损和对私法自治的背离,需要提供正当性理由。现行民法理论采取“主观等值原则”,对合同实质是否公平,原则上不再个别认定,双方当事人若能依据自由、平等原则个别磋商,存在表达各自意志、维护利益之机会,意思自治之结果应受到尊重。唯若格式条款使用人仅专注追求自身利益,完全不顾他方正当权益,拟定或使用不符合经济效率、违反任意法所包含之基本原则和内核、致使合同目的不达之条款,可谓滥用合同内容自由,与合同正义相悖。契约自由原则在此无法达到保障契约内容实质公平的功能,亦即,形式上的契约自由是以实质上的合同给付均衡作为假设的基础。若无实质上的契约公平和正义,则需要特殊平衡机制的介入。此所言之“介入”,分别针对“预先单方拟定”与“未协商”两项要件,前者由“提示说明义务”制度完成,以保证合意度;后者由“利益权衡”制度完成,以保证权利义务主客观等值。

对人对要约内容知晓并理解后作出之承诺，才构成合意，意思表示内容的效果意思才体现其真实意思。换言之，未履行提示说明义务的，不构成合意，未订入合同，自无须再行效力判断。合同法立法文件中，也曾明文出现过“未采取合理方式……未尽到提示义务或者拒绝说明的，该条款不发生效力”，可为佐证。^{②③} 唯格式条款往往以细微之文字，印于繁琐之文件，使用专门之术语，欠缺相关知识的相对人无法也无意阅读，故而提示说明义务常被特别强调，比较法上称此过程为“订入控制”。

而对于订入控制（提示与说明义务）的对象，原则上应当包括全部格式条款，学者建议稿即采此规范模式，笔者赞同。当然，格式条款中存在纯粹复述实定法规范内容，自当无需特别说明，^{②④} 因为对于法律的知晓和认知，使用人所处之地位，并未优于相对人。除此之外，相对人对条款内容应当知晓、理解，才构成有效承诺（合意原则）。

4. 《合同法》第40条与第53条

（10）诚如以上梁慧星教授言，“免除其责任，加重对方主要责任”系法律通过时加上，导致文意上与第39条和第53条的规定矛盾。之前的第四次审议稿中均为“免除使用人主要义务，排除对方主要权利的条款无效”，保留学者建议稿草案第57条第2款之规定。法律通过时所作之修改，若依文意与体系解释，则合同法中的格式条款规制，应理解为：仅过失造成财产损害的免责条款可订入合同（第53条），然而对于此类条款，使用方需要提示说明（第39条）。在此范围内，使用人“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的”条款违反公平原则^{②⑤}的，无效。

（11）依学理分析，民法中的责任规范，均具任意法属性。诸如《合同法》违约责任条款，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。当事人是否请求对方承担违约责任，得以其自由意志决定。侵权责任亦同。比较法上，《德国民法典》第309条（绝对无效条款目录）第7项规定，下列免责格式条款无效：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。而对于一般合同条款，《德国民法典》第276条第3款仅规定故意责任事先免除无效，意在防范道德危险。相较而言，我国合同法将责任规范从任意法上升为强行法，一则对私法自治的限制过度；二则事实上也无法达到法条所欲达到之效果。倘若果真严格解释第53条，则人身损害赔偿协议、竞技体育自甘冒险等均被严格禁止，不合生活经验，难谓合理。因此，第53条属“时间上的半强制性规范”，^{②⑥} 亦即仅得在责任时间发生后，由当事人得以其意志排除适用。

5. 《合同法》第40条与第54条第1款第（二）项（《民法总则》第151条）

（12）第40条与第54条第1款第（二）项分别规制了两类合同内容控制制度，亦即民事法律行为因显失公平而可撤销与格式条款违反公平原则而无效。凭借优势地位使给付利益严重失衡，从而导致悖俗对一般合同条款进行效力控制与格式条款使用人有违公平地“免除其责任”“加重对方责任”“排除对方主要权利”的条款无效制度的适用层次与界限为何，应对两者作怎样的体系化整

^{②③} 1997年5月14日的征求意见稿第23条，参见注⑥，第2001页。

^{②④} 例如《保险法司法解释二》第10条规定，保险人将法律、行政法规中的禁止性规定情形作为保险合同免责条款的免责事由，保险人对该条款作出提示后，投保人、被保险人或者受益人以保险人未履行明确说明义务为由主张该条款不生效的，人民法院不予支持。

^{②⑤} 在试拟稿第一稿的起草过程中，王利明、徐涤宇等学者曾建议，对标准合同条款效力的审查可依据民法的平等、公平、诚实信用、等价有偿等原则，以及民事法律行为等规定；对违反民法的规定，损害广大消费者利益的条款应确认其无效。参见王利明“标准合同的若干问题”，《法商研究》（中南政法学院学报）1994年第3期，第79页；徐涤宇“关于标准合同若干问题的探讨”，《法商研究》（中南政法学院学报）1994年第6期，第58页。第一稿也最终将诚实信用原则写入第57条，作为判定格式条款效力的评价依据。在试拟稿第三稿的起草过程中，学者们对前两稿提到的诚实信用原则展开了讨论，争议集中在法院可否直接引用诚实信用原则裁判案件。持反对意见的学者则担心诚实信用原则的滥用会损害法律的安定性。他们特别指出，当下中国法官的素养参差不齐，滥用的危险更大。第三稿最终借鉴了反对者的观点。参见梁慧星“中国合同法起草过程中的争论点”，《法学》1996年第2期，第13页。

^{②⑥} 另有适例，参见《合同法》第200条。

理?是本节需要特别澄清的问题。²⁷ 功能上,显失公平制度及其上位概念违反公序良俗无效制度,系对个案公正的自由裁量,所承担的是普遍性、兜底性、最低限度的合同正义性审查的功能,适用于所有合同条款;而格式条款效力控制制度是对合同自治的立法和司法体系化干预,主要着眼于解决由合同当事人间的结构性差异所引发的问题。²⁸ 审查范围上,目前我国学术界与实务界对后者适用范围的理解基本上忠实于字面涵义,不作限制。通过比较法的观察,德国法和欧洲私法统一的立法文件中已经为两种内容控制进行了有效分工:格式条款效力审查和控制制度的适用对象仅为那些“偏离或补充任意法规定的条款”,²⁹ 这一限定的主要立法目的在于排除任意法规范的复述条款、给付描述条款与价格条款(合同必要之点, *essentialia negotii*),³⁰ 而显失公平制度在评价客观要件方面时,并不区分条款类型,且给付的价值比例是重要考量因素。³¹

二、格式条款内容控制的排除范围

(13) 经订入控制后进入合同的格式条款,均可(应)受到内容控制审查,仅有以下四类条款排除于审查范围之外:(1) 经个别协商的条款;(2) 核心给付条款;(3) 任意法规定的复述条款;(4) 违反强行法、因显失公平而悖俗的条款。

(一) “个别协商”条款

(14) 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。从法定定义分析,格式条款内容控制的对象须满足三项要件“预先拟定”“重复使用”及“未与对方协商”。对于前两项,学界争议不多,以下主要讨论第三项:

1. 制定法与司法实践

(15) 探讨效力审查构成要件的文献中,鲜少提及“个别协商”问题。³² 王利明教授于合同法颁布之初,首先提出应将“未与对方协商”理解为“不能与对方协商”。³³ 晚近主流教科书多从之,对此未做更多展开。学者指出格式条款必须是对方不能协商的,相对人仅能表示同意或不同意,而无变更、修改的权利,如果仅双方协商确定,则非格式条款。³⁴ 当事人一方在能够协商而不协商,或放弃协商的情况,无格式条款制度保护之必要。笔者在北大法宝以“格式合同”为关键词检索,

²⁷ 江苏曙光光电有限责任公司与王平房屋买卖合同纠纷上诉案,《人民司法·案例》2007年第22期,第88-91页。该案中,法院认为,格式条款要求劳动者“购房后,需为企业须服务23年”,“限制了劳动者的劳动自由权,违反了我国宪法和劳动法的基本精神,格式条款无效”。而限制基本权利的合同条款效力判定,应当适用“悖俗无效”制度。

²⁸ 不同观点认为,《合同法》第39、40条系显失公平制度在格式条款领域的体现,两项制度可谓“近亲”。因为两者满足主客观双重要件下的“利用结构优势”以及客观上权利义务的失衡。法效上第39条为可撤销同于显失公平制度,第40条为无效同于悖于善良风俗,均落入显失公平及其上位制度悖俗无效的法律效果之射程。参见贺剑“《合同法》第54条第1款第2项(显失公平制度)评注”,《法学家》2017年第1期,第167页。

²⁹ 参见《德国民法典》第307条第3款《关于消费者合同中不公平条款的指令》(RL 93/13/EWG,以下简称《指令》)第1条第2款。

³⁰ Vgl. Fuchs in: Ulmer/Brandner/Hensen, *Kommentar für das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen* § 307, LÖrrach: Schmidt Dr. Otto KG, 12. Aufl., Rn. 18.

³¹ 参见《合同法司法解释二》第19条,如果低于当地指导价或者市场交易价的70%,一般可以视为“明显不合理”的低价;如果高于前述价格的30%,则视为“明显不合理”的高价。

³² 参见注⑦,王利明文,第4页。

³³ 参见注⑦,王利明文,第4页;注⑦,王利明书,第408-409页。

³⁴ 参见谢鸿飞《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第144-145页;崔建远主编《合同法》,法律出版社2010年版,第62页;王洪亮《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第58页。

收集整理涉及“协商”这一构成要件的仅有5例典型案例，^⑤对“协商”这一要件的解释路径，基本上是以《合同法》第39条第2款为导向，以“是否进行事实上的协商”作为决定性标准。

2. 比较法观察

(16) 比较法上，德国法院的立场是，相对人需具有施加实际影响之可能，^⑥并且通常只有在事实上确实存在条款变动时，法院才倾向于承认发生“磋商”。^⑦欧洲合同法领域学术和立法互动的最新成果《欧洲共同买卖法》(ECSL)代表了欧盟领域合同法研究的最新走向，该立法文件第79条第1款对格式条款，仅有“单方拟定”的要求。当然，可以预见到反驳的意见可能会是，“未个别磋商”包含在“单方拟定”中，并非完全被专家组摒弃。为求正解，需探寻《欧洲共同买卖法》前期的欧盟法研究成果——《欧洲示范民法典草案(DCFR)》。在《欧洲示范民法典草案》第二卷对格式条款的规制中，区分了消费者合同、^⑧经营者之间及消费者之间三类合同。仅在后两种合同中，《欧洲示范民法典草案》要求“未个别协商”要件。对于消费者合同，在第2-9:403条^⑨中，起草专家组在文本中用括号将该要件标明，说明专家组考虑到，在消费者合同中保留“未个别协商”要件是否有意义，可否删去，可否将内容控制制度的适用范围扩张到所有合同条款。当然，无论从成员国法，抑或欧盟层面法律状况观察，都未见如此宽泛的适用范围之先例。

3. 评价

(17) 传统理论多认为，此项制度中，规制必要性系基于谈判地位与信息不对等、合意不充分等理由。但此解释路径，及其直接决定的内容控制的适用范围，与该制度的保护目的和功能取向并不吻合。它无限扩大了经营者的博弈地位，忽略了相对人的利益选择和能动性。从格式合同相对人利益考虑，即使是处于劣势的消费者和小型企业在日常交易中，迫于快速的生活节奏和强烈的市场竞争，也不希望仔细考虑合同内容中的每个细节，反复磋商。此外，相对人也可以信赖，由行政机构、第三方提供的通用标准文本范本类似于商业惯例、行业规则，已经交易者反复博弈，不会出现较大利益失衡。即使存在个别偏差，在比较信息成本和合同期待利益后，也往往愿意为相对人所承受。亦即，相对人在存在磋商可能的情况下，主动放弃该权利，此时无论从填补意思自治角度，抑或维护格式合同的效率功能角度，均无保护之必要，不适用内容控制制度。可见，相对人在获取信息的成本和合同价值不成比例的情形中，并不关注“协商”的可能性和事实上的实践性。

(18) 反之，大额合同中，合同价值大于信息成本和交易风险，可期待理性的经济人对权利义

^⑤ (1) 无锡恒茂时代不动产经纪有限公司诉张民欣、顾正荣居间合同纠纷案 [(2011)南民初字第11号]中，法院认为，“房产中介机构为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，属于格式条款”。(2) 肖涛诉铁道通信信息有限责任公司衡阳分公司电信代理合同案 [(2004)衡铁法民初字第8号]中，原告认为，与衡阳铁通公司签订的合同是先印制好后填写的，应是格式合同。衡阳铁通公司认为为发展电信业务和工作方便印制了一些合同，但在签订合同时都与对方进行了协商，因此他们签订的合同不是格式条款合同，得到支持。(3) 合川市清平镇川心完全小学校与合川市农村信用合作联社清平信用社等借款合同纠纷再审案 [(2004)合民再初字第25号]中，法院认为，“本案所涉及的转让协议并非格式合同，而是当事人双方充分协商后自愿签订的协议，不存在格式条款”。(4) 吴铁生诉上海德康拍卖公司等案 [(2001)沪二民终字第2402号]中，法院认为，“格式合同是指当事人在订立合同时未与对方协商，单方预先拟定的，不允许修改的，供反复使用的合同。本案涉及的《拍卖规则》符合上述特征，应认定为格式合同”。(5) 上海诺盛律师事务所诉上海圆迈贸易有限公司买卖合同纠纷案 [(2010)沪二中民四(商)终字第1423号]中，关于退换货政策的特殊说明第1条的内容规定“为了享受商品的正常质保，我们建议您将发票开具为商品明细，否则您将无法享受产品厂商或京东商城的正常质保”。圆迈公司以发票载明的货物名称为办公用品予以拒绝。即系争条款是否适用于双方的买卖合同关系取决于对于发票内容的选择，如购物者选择发票的内容为办公用品，则系争条款即自动适用。在这种情况下，尽管购物者对于该条款是否适用拥有自主选择权，但该条款是由网站事先针对不特定的消费者所拟定，且对于条款的内容并不能进行协商，合同缔结行为在瞬间完成，作为消费者只能接受，故其性质仍然是格式条款。由以上案例可以看出，法院基本上是以《合同法》第39条第2款为导向，以“是否进行事实上的协商”作为决定性标准来判断是否构成“格式条款”。

^⑥ 参见注⑤，Rn. 45.

^⑦ 参见注⑤，Rn. 45.

^⑧ 特指经营者与消费者之间的合同。

^⑨ 《欧洲示范民法典草案》对消费者合同、经营者合同以及消费者之间的合同，作了区别规定，第2-9:403条系针对消费者合同的规定。

务进行个别协商。由此,已有学者^{④①}提出以保护目的为导向来重新定义格式条款内容控制适用范围,以“交易成本—合同价值”关系为决定性标准,即审查因使用格式条款造成的相对人的不利益,是否需要存在公力救济的必要(这里主要指合同的司法审查)。若交易成本较高,与合同价值不成比例,则推定不存在个别协商。反之,若交易成本低于合同价值,则即使合同内容事实上完全没有修改变动,也推定存在个别协商。这种情况下,使用格式条款造成的相对人的不利益由私人间自力救济是必要和可能的,从保护个人或保护市场两方面来看,公力救济(格式条款内容控制)均无介入必要。若此命题成立,甚至可以说使用人是否对相对人履行了说明告知义务都变得无关紧要。在平衡私法自治和国家干涉之后,还可以得出更大胆的结论:个别协商在第二种情况下甚至可以定性为“拟制”,而非“推定”;且若相对人可进行协商而未协商,也“拟制”成立“协商”。依之,可避免依照目前通说的解释路径所可能造成的相对人拒绝协商时的法律地位优于其真正进行了协商的情形。^{④②}

(19) 管见以为,比较法的新趋势,确实符合格式合同发展现实,欧洲学者的研究和论证颇具启发。但是,在我国实证法对格式条款要件规定明确的语境下,该理论的意义可能更多是,令法官在决定是否适用格式条款内容控制时,或在解释“协商”要件时,区分消费者合同、经营者之间及消费者之间三类合同作不同处理。在格式条款使用人无法证明相对人对条款内容存在实质影响可能性的情况下,尽可能认定构成第39条第2款中所指之“格式条款”,而后进一步讨论系争条款是否属于内容控制对象。

(二) 核心给付条款

(20) 所谓核心给付条款,即具体的给付与对待给付的描述与确定条款(亦谓“法律行为要素”或“必要之点”,*essentialia negotii*)。核心给付条款除了仅受显失公平制度中的暴利行为的规制外,一般认为均应由市场经济自身来决定。^{④③}格式条款效力审查制度,从产生之时即非为“对所有合同条款进行普遍的正当性审查”这一目的和功能而设立,其审查内容仅限于“不合理的权利义务的不均衡”,前者的功能主要由概括性条款如显失公平、诚实信用等制度承担,且适用于所有合同条款。^{④④}《欧洲示范民法典草案》和《德国民法典》都为格式条款的司法审查权限划定了严格的范围。《德国民法典》第307条第3款作了明文规定“偏离或补充任意法规定的格式条款”;^{④⑤}《欧洲示范民法典草案》则明文排除了核心给付条款。^{④⑥}

(21) “给付说明条款与价格条款”不受审查,^{④⑦}原因有三:首先,具体的给付与对待给付的描述与确定条款,为当事人合意之最低要求,通常必须经合同双方磋商确定,因而两类条款不满足“单方拟定,未与对方协商”之要件;其次,给付内容与价格在市场经济中由供求关系平衡和调整;最后,格式条款效力审查的标准与效力填补手段均为任意法规定,而对于构成合同“必要之点”条款的给付条款,通常不存在任意法规范。

(22) 申言之,法官不得对给付义务以及交易条件中以(隐藏的)“不合理的利益减损”为代

^{④①} Vgl. Leuschner, “Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 207 (2007), S. 491–529.

^{④②} 这一标准的不确定性主要在于如何比较交易成本和合同价值(后者系确定项,因而主要是如何确定交易成本)。日常购买中原则上均视为交易成本大于合同价值,推定不存在“磋商”,受内控控制审查。反之,经济价值在一定数额以上的,推定当事人有磋商能力及可能性。在1993年欧共体制定《不公平条款指令》(93/13/EEC)时,英国和苏格兰曾经建议将55万欧元作为指令适用范围的界限,但未被采纳。但是到2008年制定的《消费信贷指令》(2008/48/EG),第2款明文规定指令仅适用于贷款额20–75万欧元的合同。

^{④③} 参见《德国债法现代化立法说明·总则部分》(BT-Drucks. 14/6040, S. 153)。

^{④④} 例如“显失公平”制度中,对价关系相差30%。参见注^{④③},第158页。

^{④⑤} § 307 III: ... durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. ...

^{④⑥} DCFR II. -9: 406 (2): For contract terms which are drafted in plain and intelligible language, the unfairness test extends neither to the definition of the main subject matter of the contract, nor to the adequacy of the price to be paid.

^{④⑦} Vgl. Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6. Aufl., München: C. H. Beck, 2013, § 307 Rn. 104; *Nomos Kommentar für das bürgerliche Gesetzbuch/Kollmann*, 3. Aufl., Köln: Nomos, 2016, § 307, Rn. 10–11; *Mikro-bürgerliches Gesetzbuch/Wurmnest*, 7. Aufl., München: C. H. Beck, 2015, § 307, Rn. 52.

价的对待给付义务（价金、报酬等）的降低作全盘权衡。^{④⑦}此外，内容控制的法效果是构成“不合理的利益减损”的格式条款无效，相对人仍需为对待给付，并且按照原先合同的约定不得调整（通常来说是低价）。此规制路径对“交易信息告知不充分”的行为有惩戒与预防作用：^{④⑧}审查“不合理的利益减损”时，若价格因素作为不公平格式条款的让步和补偿因素也被考虑在内，会使市场机制失灵的可能性增加，因为对于价格因素的审查，法官无标准亦无权限。格式条款使用人通过向相对人隐瞒对其不利的合同内容，事实上令风险转嫁，使格式合同使用人得以提供表面上低于其他竞争对手之价格。而若令格式条款所体现的风险负担和价格高低均作为审查构成“不合理的利益减损”的格式合同的考量因素，令法官介入当事人之间的经济安排，干预意思自治，将使竞争机制受破坏的状况加剧。相反，只审查交易条件，只要存在“不合理的利益减损”，条款无效，而仍然保持原来的低价，对相对人有利，对使用人亦有威慑作用。再不济，格式条款审查后，尚有针对个案的概括性条款（或称“兜底条款”）审查。当然，对于核心给付条款的审查，仅在“明显不相当”时，始发生无效的后果，程度上较之格式条款审查中的“权利义务不均衡”严格。此法效一旦发生，原则上不仅限于不公平条款无效，而系合同全部无效。因为只有这样的法效果，才可使等价原则严重失衡，造成重大不公平的情况得以克服。当事人仍有缔约意图的，大可重新达成合意。^{④⑨}

（三）任意法规定的复述条款^{④⑩}

（23）格式条款效力审查制度仅针对“偏离或补充法律规定”的条款，除排除核心给付条款外，还可以得出“复述任意法规范”条款不审查的结论。倘使格式条款文义内容均符合法律规定的，法官对其内容控制将违背“法官的裁判活动受法律的约束”这一宪法原则。

（四）违反强行法、违反法律禁令，以及因显失公平而悖俗的条款

（24）内容控制制度对象排除违反强行法规范的条款，乃强行法规范本身属性之要求：其不容当事人一起意志排除适用，个别磋商条款也罢，格式条款也罢，未进入内容控制制度调整范围前，此类条款即应为无效。后两类条款不受特别审查的理由，亦同。

（五）小结

（25）综上，经订入控制后进入合同的格式条款，均可（应）受到内容控制审查。不受《合同法》第40条后段效力审查的条款仅有：经个别协商的条款；核心给付条款；任意法规定的复述条款；违反强行法、因显失公平而悖俗的条款。格式条款的审查对象仅限于“偏离和补充任意法规范的条款”。这是因为，有名合同中一般会规定交易可能遭遇的典型风险，对于如何分配，这类规范通常具备一定的提示功能。例如，《合同法》第142条买卖合同中的风险负担规则。格式条款使用人排除或偏离这些规范，就需要审查条款内容，并与其所不欲使用之任意法规定进行比较，掌握两者差异，并进一步明确法律规定之立法旨意，探究使用人排除该规定有无必要性和正当性。^{⑤①}对于补充任意法规定的格式条款，常见于无名合同的情形，需要特别注意条款是否免除、限制当事人使用人之义务，或限制对方权利，并导致对方当事人失去缔约时期达成之目的。^{⑤②}

^{④⑦} 不同观点参见注^{②⑧}，第167页。

^{④⑧} Vgl. VonBar/Clive, Hrsg., *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Berlin 2009, Bd. 1, S. 649; Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien: Springer, 2009, S. 323 ff.; Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, Bd. 1, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, S. 213 ff.

^{④⑨} 我国法在目前采“一部无效，剩余有效”原则，且不区分普通合同条款与格式条款，是否妥当，可以探讨。

^{⑤①} 例如苏敏罗与萧富元等拍卖合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2010年第10期，第97-101页。该案中，格式条款中对于艺术品拍卖中的免责声明，系对《拍卖法》第61条第2款的复述；郑学诚与花旗银行（中国）有限公司上海分行贷款合同纠纷上诉案，银行自行调整利率条款系对《商业银行法》第31条、第38条的复述，仅有指示释明功能，不受审查。

^{⑤②} Vgl. Hofer in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch*, Band II, Tübingen: Mohr Siebeck, Rn 7-17; Wolf, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 6. Aufl., München: C. H. Beck, § 307 Rn. 104.

^{⑤③} 参见注^{①①}，第70-72页。

三、格式条款效力审查制度的功能定位与评价标准

(26) 结合《合同法》第39条和第40条进行体系解释后,格式条款无效应满足“已经订入合同”“经合同解释明确其含义”“未遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,其表现形式多为“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”。

(一) “免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”作为效力评价标准?

(27) 《合同法》第39条第1款前段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。第40条规定了格式条款的无效情形:“……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。”其后制定的特别法,基本与之保持一致,《消费者权益保护法》第24条,《保险法》第19条也作了相同规定。对于第39条和第40条的规范内容,需要特别澄清的是,无论《合同法》第40条还是在此之后的特别法规定,都仅描述了无效格式条款的类型,并未提供实质性的评价标准,学术界与实务界的研究则主要在条文的字义解释层面展开——纠缠于何谓“主要权利和义务”,^⑤至多从比较法的角度介绍德国法上绝对强制规范、相对强制规范及任意规范的参照指引作用。^⑥事实上,上述各款所述“免除其责任”“加重对方责任”“排除对方主要权利”“减轻、免除其损害消费者合法权益”以及“免除保险人义务、责任”“排除投保人、被保险人权利”,至多属于属格式条款所具备之特质。格式条款之使用,之所以常有争议,正因为条款使用人藉由“单方拟定”“无磋商余地”之优势而订立利于己而不利于相对人之约款。因此,目前我国实体法中的规定所描述的,为格式条款之特征,或内容控制之客体,并非针对效力审查本身提出具有决定性之标准。倘使格式条款对权利义务设定、风险负担分配、违约责任承担等内容与任意法规定无偏离(有名合同情形)或补充(无名合同情形),则使用人还将其写入合同,则仅有澄清和释明功能。使用人不作规定的,争议发生时,任意法规范仍得优先于补充解释而适用。可见,具有实效的、当事人“为己立法”功能的格式条款,事实上均在一定程度上调整和变更了双方权利、义务以及责任。仅仅是“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”,恐难成为效力评价标准。

(二) “公平”原则^⑦作为效力评价标准?

(28) 《合同法》第39条中的“公平原则”,或《消费者权益保护法》第24条中“不公平、不合理的规定”为标准,较为抽象,且公平原则的内涵不明,需要判例和学说对其进行具体化。

(29) 遗憾的是,国内有关民法中公平原则内涵或细分标准的研究并不多见。直接针对格式条款内容控制之对象、首要原则、具体化标准、判例积累和发展的禁止记载事项的列举规定等内容的研究,为实务和司法审判所亟需。参照法律原则部分的立法文件,^⑧《合同法》第5条(同《民法总则》第6条,当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务),第54条(同《民法总则》第

^⑤ 参见程文仲《保险合同免责条款的理解与法律适用》,《保险研究》2010年第11期,第112页。

^⑥ 参见刘宗荣《新保险法:保险契约法的理论与实务》,台湾三民书局2007年版,第238页;郑玉波《保险法论》,台湾三民书局2012年版,第121页。

^⑦ 《德国民法典》第307条规定因违反诚实信用原则而有“不合理的利益减损”时,格式条款无效。我国台湾地区“民法”第247条之一规定:依照当事人一方预定用于同类契约之条款而订定之契约,为左列各款之约定,按其情形显失公平者,该部分约定无效。学者指出,德国法中的“不合理的利益减损”,在引入时被译为“显失公平”。参见黄立《民法摘编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第107页。之后的消费保护立法中,我国台湾地区“消费者保护法”第12条使用的是“显失公平”和违反“互惠平等”原则。我国台湾地区“消费者保护法实施细则”第14条对违反“互惠平等”原则进行了具体化:当事人间之给付与对待给付显不相相当者;消费者应负担非其所能控制之危险者;消费者违约时,应负担显不相当之赔偿责任者;其他显有不利于消费者之情形者。

^⑧ 参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社1999年版,第9、110页。

151条，显失公平的民事法律行为可撤销），以及格式条款规制制度中，均有公平原则之适用，总结立法资料与通说，“公平原则”在我国事实上可归纳为类似民法的功能和任务意义上的“公平正义”⁵⁷和“双务合同中的利益均衡”⁵⁸两类定义。后者对于格式条款效力审查的规范意义，可能更为直接。亦即，基于交换对等的原理，必要时运用可计算之比例，确定当事人利益与不利益，从而确定某一（主要是财产上）的交易行为的合理性。以双务合同为典型，公平原则体现为一方当事人所以愿意负担给付义务，旨在使他方当事人因此负有对待给付义务。给付与对待给付之间所具有的不可分离的牵连关系。

（三）公平原则的具体化：利益权衡

（30）交易关系中的公平原则是否得到遵守，反映在裁判规则上应为权利义务是否均衡。格式条款使用人对相对人造成“不合理的利益减损”的，格式条款无效。评价“不合理的利益减损”首先应当综合考量典型的双方当事人组的利益。因此，使用人以某一格式条款恣意追求一己之利益，而自始未兼顾相对人之正当利益，或未于同一合同中，以其他条款对相对人为补偿规定者，即为“不合理的利益减损”。反之，某一格式条款虽妨碍相对人之利益，但却因此维护了使用人较高或相等之利益，该格式条款即非无效，得约束相对人。在综合格式条款使用人与相对人之利益时，应考虑所有可能影响典型的双方当事人组的利益之因素，诸如合同类型、性质、目的和内容，使用人经营效率、相对人的合理信赖、因不可抗力或第三人行为所造成风险的合理分配，交易成本与交易习惯等等。⁵⁹这一具体化方法可谓正确，但并不全令人满意。但凡依据不确定法律概念进行裁判，法官均需对当事人利益进行全面的权衡，当无疑义。可考量因素常有：具有相关性之利益（当事人、相关第三人），全部条款内容的叠加效应与补偿效应对利益增减的作用力，交易群体，交易习惯（惯例），价格因素与义务及责任的相关性。全方位的评价，考量个案具体情形，当然对结论的正确性有益，尤其在法官对个案公正的自由裁量情形，立法者期待并授权法官进行此类利益权衡。这是因为，个案裁量⁶⁰系保证个案正义的最后一道防线，因而可在一定程度上牺牲法律确定性价值。然而，与此不同，格式条款因其（至少是旨在）适用对象之众，故应以一般、典型的交易相对人作为审酌之基础，换言之，应对于某类交易形态中，一般合同相对人典型而通常的利益而为衡量。原则上并不斟酌个案当事人之特殊情况⁶¹，只评价结构性和典型性的利益和行为预期。准此，其评价标准的确定性要求应当远远高于个案评价，可以胜任格式条款审查标准的，首先应当是任意法规范，在合同法领域，尤指有名合同规范。

1. 评价标准之一：任意法规范

（31）格式条款违背任意法规范中包含的体现公平和对等性法律基本思想的，构成对相对人的“不合理的利益减损”，需要满足以下构成要件：

第一，任意法规范。

（32）违反强行法规范，合同条款无效，无论其为充分协商条款，抑或单方拟定之格式条款。任意法规范可由当事人意志排除，但此处所称之为任意性，并非全不受限。⁶²这是因为，任意法中同样体现着法律规定的实质性基本思想，而这种实质性基本思想原则上不容背离。此种不容背离的特

⁵⁷ 参见注³⁴，崔建远主编书，第13-14页；易军“民法公平原则新论”，《法学家》2012年第4期，第54页。

⁵⁸ 参见注³⁶，胡康生主编书；梁慧星《民法总论》，法律出版社2007年版，第50页；韩世远《合同法总论》，法律出版社2011年版，第39页。

⁵⁹ 参见我国台湾地区“高等法院”民事判决2007年度上字第972号。类似观点，参见*Nomos Kommentar für das bürgerliche Gesetzbuch/Kollmann*, 3. Aufl., Köln: Nomos, 2016, § 307, Rn. 1.

⁶⁰ 有如：诚实信用、暴利行为、是否尽到应有之注意（过错）等。

⁶¹ 理由有二：第一，格式条款制度是对私法自治的结构性的干预，适用对象也为多数人，不考虑个案的特殊情况，且以此区别于“显失公平”无效制度。第二，审查标准系任意法规范，法律规范是概括性、普遍性的。相反观点，参见《指令》第4条第1款以及为转化《指令》而增加的《德国民法典》第310条第3款第3项。

⁶² 参见苏永钦《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社2002年版，第17页。

点即构成格式条款规制上的范式作用：以存有疑义为限，若格式条款违背了法律规定的实质性基本思想，则其不生效力。^③立法者于制定法律前，通常均已综合比较衡量双方当事人所涉之利益，并为适当调整，始以条文表现其价值判断，^④故若格式条款与所涉任意法规范之基本原则相冲突，除非在格式条款的使用人能够阐明存在重大利益，并且在评价相对人利益的情况下亦构成正当化理由的例外情形，始得以格式条款背离相应的法律规范，从而否认合同法规范所具有的范式功能。^⑤遗憾的是，法院常常混淆条款违反强行法无效，与“格式条款偏离任意法规范+无正当理由”无效两项制度，如蒋军与招商银行股份有限公司深圳梅林支行期货强行平仓纠纷上诉案^⑥中，法院认为“经纪机构在贵金属延期交易强行平仓前负有通知义务，违反该强行法的格式条款无效”。而事实上，本案应属格式条款偏离《最高人民法院关于审理期货纠纷若干问题的规定》第57条第2款的规定+无正当理由而无效。类似案件，尚有成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案，^⑦法院说理部分指出“格式合同的条款只在存在法律规定的无效情形时，才能被宣告无效，并非只要是格式合同就一定无效。”

(33) 此外，对于任意法规范的理解，可放宽至学说与司法实践承认的原则，有如《合同法》第113条规定了损害赔偿计算的可预见性规则，却未规定与有过失、损益相抵、违约赔偿履行利益、不同类型违约金与损害赔偿的折算和累加等原则，而这些合同法的基本原则，承载着义务的对等均衡的实质思想，在权衡利益时，可作为评价标准。

第二，与任意法规范相悖。

(34) “相悖”判断，系价值评价问题，要求利益衡量。此时，尤其要对合同条款进行体系解释，注意针对同一事项的合同条款，对双方当事人利益的影响，发生“叠加效应”与“补偿效应”。因为遵循合同内容的总体评价原则，可能发生某一格式条款本身的权利义务分配并未对相对人造成不合理的利益减损，但结合其他格式条款或个别协商的条款，违背公平原则而无效的情况（叠加效应）；同样的，也可能发生某一格式条款造成的对相对人的不合理的利益减损，被其他条款中赋予的利益补偿和平衡的情况（补偿效应）。

第三，重大性。

(35) 即便构成“相悖”要件，仍需进一步判断其重大性，仅当造成严重的利益减损，才发生格式条款无效之法效果。举例言之，《合同法》买卖合同章和违约责任一般规定中，均有瑕疵履行责任，且主要以新物买卖为原型。二手物交易中，双方针对瑕疵的预期与责任的安排，在利益状态上应有较大差别。在新物买卖中，一方面瑕疵较难发现，另一方面当事人一般推定标的物品与约定和通用效用相符。而二手物买卖中，“已经使用”中会产生的典型瑕疵，对此类瑕疵责任的排除，

^③ Vgl. *Nomos Kommentar für das bürgerliche Gesetzbuch/Kollmann*, 3. Aufl., Köln: Nomos, 2016, § 307, Rn. 31; *Mitko-Bürgerliche Gesetzbuch/Wurmnest*, 7. Aufl., München: C. H. Beck, 2016, § 307, Rn. 64-69; *Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 135, 116, 120f.; *Bundesgerichtshof-Neue Juristische Wochenschrift Rechtssprechungsreport Zivilrecht* 2008, 818 Nr. 40; Canaris, “Die allgemeinen Geschäftsbedingungen-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts”, *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, S. 1095; 中文文献较早系统介绍格式条款效力审查制度的，参见王全弟、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，第62页。

^④ Vgl. Hartmut Oetker, “AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 212 (2012), S. 229-233.

^⑤ 周显治、俞美芳与余姚众安房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案，《最高人民法院公报》2016年第11期，第48-51页。该案中，格式条款约定开发商承担了逾期交房的责任之后，逾期办证的违约责任就不予承担，因偏离合同法第107条而无效。类似案件有，罗剑挥等与连城恒益房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2017年第5期，第48页。另有对定金罚则适用的构成要件“不可归责于当事人双方的事由”的偏离，格式条款应属无效，参见戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案，《最高人民法院公报》2006年第8期，第33-38页；管辖权条款约定格式条款使用人注册地法院管辖，偏离《民事诉讼法》第23条和第34条的规定，不合理地加重了消费者应诉的负担，格式条款无效，参见北京京东世纪贸易有限公司诉王旭春格式合同纠纷案，《人民司法·案例》2009年第8期，第37-40页。

^⑥ 蒋军与招商银行股份有限公司深圳梅林支行期货强行平仓纠纷上诉案，参见《人民司法·案例》2013年第14期，第94-98页。

^⑦ 成路诉无锡轻工大学教学合同纠纷案，参见《最高人民法院公报》2002年第2期，第63-65页。

不存在相对人利益减损。^⑥此外，在判断“相悖”要件时，需要对合同内容进行总体评估。尤其需要考虑使用人或相对人对责任发生原因的控制可能性问题（尤指保险），亦即以可期待之方式预防发生责任的事实的的可能性问题。

2. 评价标准之二：对影响当事人合同利益实现的权利、义务、责任的限制

(36) 在无任意法规范的领域，可以胜任格式条款审查标准，即判别对相对人构成不合理的利益减损的，是“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利”，且此类权利、义务和责任，应对合同目的和合同利益实现至关重要，尤适用于无名合同中的格式条款审查。^⑦

1) 合同目的（或称“合同利益”）

(37) 合同目的和合同利益的确定，首先应当依据当事人的约定，此处无需区分主义务、从义务、附随义务。当事人的约定中无法确定合同目的的，可尝试探究理性当事人于订立合同阶段，为追求何种利益而决定订立合同。^⑧对某类合同而言，典型的利益分配状况的确定，对格式条款效力判定就至关重要。例如上文中的二手物买卖，即使交付无瑕疵之物的义务，原则上系买卖合同中决定合同性质的重要义务，但仍然会因买卖标的物属性，包括其是否结构复杂，瑕疵是否容易识别等因素，作出不同判断。二手物买卖中出卖人追求的合同利益可以是“以现状出卖标的物，对其后发生之瑕疵损害不承担责任”，交易习惯中此类买卖形式亦不少见。当然，当事人也可约定依新物买卖之规则，承担瑕疵履行之违约责任。可见，出卖无瑕疵之物非为二手物买卖中“决定合同性质之重要义务”。

(38) 除此之外，保险合同是射幸合同，其指向的对象是未来不确定的危险。保险人在其提供的格式条款中规定，合同期内保险人对已经发生的事故有权单方面决定是否予以承保，则这一约定违背了保险的性质，排除了被保险人的主要权利，且导致合同目的无法实现，格式条款无效。^⑨另有责任保险中的“按责赔付和无责免赔”条款，将第三者不能赔偿的风险转移给了被保险人，与财产保险的目的相违背，^⑩应判定格式条款约定致使合同目的不达而无效。

(39) 居间合同中，通常情况下，如若居间人居间成功，亦只能向委托人收取总房价款的1%作为报酬，而且这意味着居间人不但促成了买受人和出卖人签订买卖合同，还为委托人办理了产权过户、协助申请贷款、水电煤交接等事务。由此可见，委托人支付总房价款1%的费用于居间人已然表明居间人获得了利益的最大化。在委托人行使合同任意解除权时，违约条款规定“应按委托房价款的2%承担违约责任”明显违背了居间法律规范的本旨。^⑪

2) 决定合同性质的重要的权利、义务和责任

(40) 合同性质标准与重要的合同义务，实质上系统一标准，其中后者确定前者。有待评估的主要有以下几个方面：^⑫义务的等值性、风险负担的合理性、责任限制是否危及当时人合同利益之

^⑥ 参见注⑤，§ 307, Rn. 31.

^⑦ “合同目的”和“合同利益”标准，在有名合同中同样发挥作用，只是有名合同中任意法规范往往更为具体，因而在有名合同中可优先考虑格式条款与任意法规范的偏离程度，以及格式条款使用人是否可对此提供理由或给予其他方面的补偿。

^⑧ 参见注⑤，§ 307, Rn. 37.

^⑨ 渤海财产保险股份有限公司苏州中心支公司与苏州市宏辉物流有限公司保险合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2010年第8期，第29页。

^⑩ 参见应某与中华联合财产保险股份有限公司北京分公司机动车交通事故责任纠纷上诉案，《人民司法·案例》2015年第16期，第54页。代表性保险学理分析，参见韩长印“责任保险中的连带责任承担问题——以机动车商业三责险条款为分析样本”，《中国法学》2015年第2期，第268页。

^⑪ 参见舒旭昕诉上海德佑房地产经纪有限公司居间合同纠纷案，《人民司法·案例》2013年第22期，第23页。比较法上，违约金乃损害赔偿额之预定，该预定额超过依照事务通常之发展可预期之损害，仅当“未给予相对方证明损害未发生，或远低于预定额的可能性”（《德国民法典》第309条第5项b），该条款才无效。

^⑫ 笔者以“格式条款无效+主要权利”、“格式条款+免除其责任、加重对方责任”为关键词，搜索北大法宝“民事案件”，依“指导性—公报—典型—参阅”的顺序，找到有效裁判文书7则，在“人民司法·案例”来源项下，找到有效裁判文书20则；在威科先行数据库以“格式条款无效”为关键词，以同时包括“合同目的”，或“重要的合同权利”，或“合同权利义务”择一，且不包括“不利解释”词条，选择“民事案由”，进行全文检索，分别找到北京、上海、广东法院有效裁判文书76则、1则和13则；总结得出五个方面的考量因素。

实现（或曰合同目的）。需作说明的是，格式条款效力审查制度关注给付均衡，法官可以判定双务合同中，给付与对待给付的内容严重失衡时，格式条款无效。然而，这并不意味着法官应当审查对价关系。此处的给付均衡审查，是指“必要之点”之外，当事人在签订合同时未做周详考虑和单独约定，但其规定在格式合同使用人的文本中，在合同履行时造成合同权利与给付的严重失衡。^{⑥5}

3) 限制

(41) 构成“不合理的利益减损”，尚需满足对以上权利、义务及责任的限制的要件。具体可以表现为：使用人扩大其权利、免除其义务与责任；^{⑥6} 排除对方主要权利。^{⑥7} “限制”要件的构成，需要进行利益评估与权衡：

1. 等值原则/均衡原则：主给付义务之外的权利义务的等值性

(42) 格式条款违背双务合同的基本原则——给付等值原则/均衡原则的，格式条款应当判定为无效。给付等值原则的判定在此并非指给付标的与对待给付的价值是否对等均衡，而系评价核心给付条款之外的，构成对待性质的权利义务严重失衡。如消费者在服务合同履行期间，有放弃继续接受服务的权利，服务提供者因此受到损失，可以要求消费者承担一定的责任，但对于消费者未消费的预付服务费，理应予以退还。服务提供者在合同格式条款中约定如消费者放弃接受服务，未消费的预付服务费不予退还，排除了消费者合法的权利，有违公平原则。由此，美容机构预付卡合同格式条款中约定“如消费者放弃接受服务，未消费的预付服务费不予退还”条款，^{⑥8} 以及《私人教练课程协议》中“私教课程一经售出概不退款”的约定；^{⑥9} “预存话费必须在一定期间内消费，否则余额自动清零，且电信公司可单方决定对用户停机”条款。^{⑦0} 除此之外，实践中格式条款使用人也常以相对人违反从给付义务或附随义务而限制对方主要权利，在中国太平洋人寿保险股份有限公司厦门分公司与张某人寿保险合同纠纷上诉案^{⑦1}中，格式条款规定，保险事故发生后，投保人、被保险人或受益人未履行及时通知义务为由不承担保险责任。^{⑦2} 以上格式条款均背离对价平衡原则，应当判定为无效。

(43) 相反，许多免责条款，尽管对使用人的义务与责任进行了限制，但权衡双方利益，符合等值原则的，应当认定有效。最典型的例子是快递“保价条款”，^{⑦3} 应属有效。首先，严格责任配合责任限额符合权利义务对等原则，为许多立法例以及国际公约所采；其次，快递业收益（相对低

^{⑥5} Vgl. *Müko-Bürgerliche Gesetzbuch/Wurmnest*, Köln: Nomos, 7. Aufl., 2016, § 307, Rn. 52.

^{⑥6} 杨树岭诉中国平安财产保险股份有限公司天津市宝坻支公司保险合同纠纷案，《最高人民法院公报》2007年第11期，第22页。该案中，机动车辆第三者责任险保险合同条款将被保险人或被保险车辆驾驶人员的家庭成员排除在“第三者”之外，条款无效；上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案，指导案例1号：房屋所有权人通过多家中介公司挂牌出售同一房屋，格式条款限制买方从其他中介公司得到同一房源信息并通过其他中介公司签订房屋买卖合同，条款无效；周显治、俞美芳与余姚众安房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案，《最高人民法院公报》2016年第11期，第104-105页。该案中，格式条款约定开发商承担了逾期交房的责任之后，逾期办证的违约责任就不予承担，条款无效。王玉国诉中国人寿保险公司淮安市楚州支公司保险合同纠纷案，《最高人民法院公报》2015年第12期，第42-43页。该案中，保险公司以保险合同格式条款限定被保险人患病时的治疗方式，不符合医疗规律，违背保险合同目的。

^{⑥7} “免除其义务与责任”同“排除对方主要权利”很多情况下存在一定重合，不赘。

^{⑥8} 参见孙宝静与上海一定得美容有限公司服务合同纠纷上诉案，（2012）沪二中民一（民）终字第879号民事判决书，《人民司法·案例》2012年第22期，第105页。

^{⑥9} 参见王妍妍与晶城阳光（北京）国际健身俱乐部有限公司服务合同纠纷上诉案，（2017）京02民终3702号民事判决书。

^{⑦0} 参见刘超捷诉中国移动徐州分公司电信服务合同纠纷案，《人民司法·案例》2017年第23期，第33页。

^{⑦1} 参见中国太平洋人寿保险股份有限公司厦门分公司与张某人寿保险合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2009年第6期，第42页。

^{⑦2} 然而，投保人、被保险人或受益人未依约定或法律规定履行及时通知义务，导致保险人无法核实保险事故的性质、原因和损失程度的，以及是否属于免责范围无法确定的，投保人、被保险人或受益人要承担不利的法律后果。参见《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五（试行）》（2007年5月18日发）第30个问题及其解答。

^{⑦3} 宋润健诉北京明源圆通快递服务有限公司赔偿纠纷案，《人民司法·案例》2013年第4期，第76页；郑州科创电子有限公司与周亚亚运输合同纠纷上诉案，《人民司法·案例》2007年第12期，第106页。该案中，法院判决保价条款无效。

廉的运费)与风险存在不对称性;第三,承运人不可能在每单合同订立时与托运人约定具体的损失赔偿额,也不可能对托运货物的真实价值进行核定,在经济上和技术上都不具可操作性。

2. 价格因素

(44) 价格因素是否应当,以及在何种程度上得到考量的问题,即同样的权利义务即风险分配条款的效力,是否会因为价格高低有所不同,颇具争议。如上文已述,价格条款非格式条款审查对象[(20)]。依格式条款规制原理,价格因素应不予考虑。首先,法院不得因无效格式条款合同中对价较低,即认定其有效。倘使允许法院作出此类评价,即意味着其首先需确定一个“合理正当”的合同价格,此“合理正当”的合同价格对应合理有效的格式条款。等同于令法官评价,价格的降低与格式条款在设定权利义务方面的不妥之间,是否足以互相抵消。而事实上,确定一个“合理正当”的合同价格是否可能,即存疑问。法官无法承担起价格确定者之身份,其既无特定领域之专业知识,又缺乏定价或比价所需之信息。格式条款无效是否必然导致条款使用人成本提高,提高幅度,以及使用人得否将此成本提高转化为价格提高,附加到商品或服务上。

(45) 需作说明的是,订立合同时,格式条款使用人提供多种价格套餐供相对人选择的,而相对低价的套餐中含有责任免除或限制条款的,应当为法律所允许,此类条款并非一律无效。相对高价的套餐中经常包含商品或服务提供者的保险成本,因而在发生保险风险时,其可以承担相应的责任,继而从保险公司获得理赔。

这一因素在责任保险产品中表现得最为突出。责任保险承保的风险本身即为一种对第三人可能承担的责任,因而保险条款中的保险给付描述条款,常被法院认定为《保险法》第17条意义上的“免责条款”。然而,保险产品开发、设计的核心内容本就在于,如何为社会公众提供风险保障的同时合理规避自身的风险。通过对各种风险的甄别,选择设计合理的承保风险范围,通过设计责任免除条款、通过特别约定及免赔额(率)的设定等要求被保险人承担一定的风险管理的义务、通过合理确定保险金额、赔偿责任限额确定保险人自身最大风险承担范围,是保险人合理规避自身风险的方式。保险责任是指保险单上载明的危险发生造成保险标的损失或约定人身保险时间出现(或约定期限届满)时,保险人所承担的赔偿或给付责任。亦即,保险责任是保险人在保险事故发生后依据保险合同约定所承担的赔偿或给付保险金责任,性质上应属于根据保险合同所承担的义务,而非保险人违约所应承担的不利后果。由此,免除保险人责任与合同法上的免责并不相同:前者免除的是(给付)义务,后者免除的是违反义务的法律后果,责任保险合同中的免责条款多为免除保险人应承担的保险义务的条款。因给付义务承担的多寡,对应相匹配的价格套餐,从而形成不同的保险产品,系保险合同中的主给付义务条款,不在格式条款效力审查制度评价范围。

3. 风险控制因素

(46) 在判定格式条款效力时,还需考虑由谁预防和控制风险最佳的因素,即“最低成本规则”(cheapest cost avoider)。例如,酒店、健身房、超市等公共场所的物品暂存处规定“贵重物品请勿带入,如有丢失,概不负责”的免责条款,以及“贵重物品请放至前台有偿保管”,此类格式条款,应当认定有效。同样的,车损险格式条款中的“火灾、爆炸、自燃”“竞赛、测试,在营业性维修场所修理、养护期间”“利用保险车辆从事违法活动”“无证驾驶”等情形下发生的事故损失,保险公司免责的条款,应为有效。因为此时,相较于保险公司,车辆驾驶人控制风险,成本更低。除此之外,晚近频发的银行卡盗刷案件,第三人利用商业银行对其自助柜员机管理、维护上的疏漏,通过在自助银行网点门口刷卡处安装读卡器、在柜员机上部安装摄像装置的方式,窃取储户借记卡的卡号、信息及密码,复制假的借记卡,将储户借记卡账户内的钱款支取、消费的,应当认定商业银行没有为在其自助柜员机办理交易的储户提供必要的安全、保密的环境,构成违约。储户仍得请求商业银行按照储蓄存款合同承担支付责任。银行利用格式条款免除责任的,该格式条款

无效;^④类似的,银行格式条款规定“凡是通过交易密码发生的一切交易,均应视为持卡人亲自所为,银行不应承担责任”的,将本应由银行承担的责任也推向储户,加重了储户责任,有违公平原则,该格式条款无效。^⑤

4. 保险保障因素

(47) 与风险控制因素密切相关的,在评价格式条款是否对相对人造成“不合理的利益减损”时,应当特别考量,条款中规定的由相对人负担的风险,可否由使用人通过投保方式预防与救济。简言之,保险义务方为相对人的,格式条款使用人就该项保险风险对己设定免责条款,有效;反之无效。有名合同联立和无名合同中,格式条款的效力问题,常需借助保险保障因素,权衡双方利益。承揽合同中,承揽内容为清洗、保养及来料加工的,常常含有保管因素,将保险义务归于格式条款使用人,由其投保责任保险应当更为妥当。因为在此类行业中,鲜有可能承揽物由顾客经手而遗失。将此类保险义务归于顾客,不符合交易程序与风险防范原理;而相反,归于格式条款使用人,一则并不为其带来过重负担,二来更为经济可行。相应的,其格式条款中若存在针对上述特定事项对己免责的条款,应当判定为无效。相反,在车船保管合同(实为场地租用)^⑥中,考虑到车船主投保损失险为交易习惯,出租人规定不可归责于己的车损免责条款,有效。这样的保险义务分担,还大大降低了保管费用。可见,“通常情形”下应当由谁投保的问题,应当参考交易习惯,权衡由一方投保普通财产保险,或由另一方投保责任保险更优而决定。交易惯例可以作为该领域中大部分交易参与者认为何者更优的重要标志和佐证。尤其在涉及车船偷盗和毁损的案件,一般而言,由相对人投保更优,理由有二:首先,其更能判定保险利益的范围;其次,船东投保一项普通财产险相较于保管人分别就其可能发生的责任,投保数项责任保险更有效率。然而也存在相当一部分情况,同样,洗车场也不得以格式条款的形式针对车辆毁损分风险对己免责。^⑦车主投保的车损险理赔范围并不包括因洗车场过失造成的车辆毁损,对此项特定风险,洗车场应当投保责任险。^⑧同样的情形还有,专家提供有瑕疵的咨询意见等服务或承揽成果,相对人受有纯粹经济损失,此类风险由专家投保责任风险也更为妥当。^⑨

^④ 参见王永胜诉中国银行股份有限公司南京河西支行储蓄存款合同纠纷案,《最高人民法院公报》2009年第2期,第44-48页。类似案件还有,陈某诉甲银行储蓄合同纠纷案(金融商事审判十大典型案例);陈某诉甲银行借记卡纠纷案,(2013)沪一中民六(商)终字第152号民事判决书(2013年度上海法院金融商事审判十大案例);某甲诉乙银行储蓄存款合同纠纷案,(2015)浦民六(商)初字第9326号民事判决书(2016年度上海法院金融商事审判十大案例),将各种形式(复制卡、POS机、网银、“智付通”等)盗刷银行卡的造成损失的风险,分配给银行。

^⑤ 参见顾骏诉上海交行储蓄合同纠纷案,《最高人民法院公报》2005年第4期,第40-44页。类似的案件还有甲公司与乙银行股份有限公司储蓄存款合同纠纷上诉案。本案中,银行格式条款规定“支付密码的效力等同于预留印鉴,顾客对支付密码项下的交易行为承担全部责任”。该格式条款免除《票据法》中明确规定的银行对支票上加盖的印章与预留印鉴的一致性进行审核的义务,及其所应承担相应的违约责任。无效理由有二:首先,其偏离任意法规规范中权利义务的分配,且未能提供实质性理由;其次,依本节“风险控制”因素考量,银行预防和控制风险,成本更低。

^⑥ 参见中国人民财产保险股份有限公司成都市分公司与四川安恒停车场管理有限公司高新区分公司保险人代位求偿权纠纷上诉案,(2016)川01民终346号民事判决书。

^⑦ 参见指导案例74号:中国平安财产保险股份有限公司江苏分公司诉江苏镇江安装集团有限公司保险人代位求偿权纠纷案。“因第三者的违约行为给被保险人的保险标的造成损害的,可以认定为属于《中华人民共和国保险法》第六十条第一款规定的‘第三者对保险标的的损害’的情形。保险人由此依法向第三者行使代位求偿权的,人民法院应予支持”。类似的案件还有,中国人民财产保险股份有限公司成都市分公司与四川安恒停车场管理有限公司高新区分公司保险人代位求偿权纠纷上诉案,(2016)川01民终346号民事判决书;黄军诉华泰财产保险有限公司四川省分公司保险合同纠纷案,(2017)川0108民初2364号民事判决书;林土胜等诉中国太平洋财产保险股份有限公司东莞分公司保险人代位求偿权纠纷案,(2014)东中法民二终字第940号民事判决书。

^⑧ 参见永安财产保险股份有限公司珠海中心支公司与珠海市飞驰汽车护理有限公司保险代位求偿权纠纷上诉案,(2007)珠中法民二终字第92号民事判决书;天安保险股份有限公司淮安中心支公司与于洪林保险合同纠纷上诉案,(2013)淮中商终字第0064号民事判决书。

^⑨ 关于专家责任的特别规定,参见《证券法》第69条。发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料,有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,发行人、上市公司应当承担赔偿责任。

5. 第三人利益考量

(48) 在判定格式条款是否造成“不合理的利益减损”时，原则上仅考虑合同双方当事人利益平衡，第三人利益（例如格式条款相对人的债权人）与公共利益均不予考虑。

(49) 然而，存在一些格式条款直接影响第三人利益的特殊情况，例如合同一方当事人取得对方提供的可转让的礼品券案件，第三人兑换礼品时遭到拒绝，或权利受到限制，即为适例。^⑩ 不仅如此，比较法上格式条款使用人规定过短的礼品券使用期限的，法院认为直接影响和限制第三人利益实现，该条款无效。^⑪

(50) 除此之外，格式条款也可能间接影响第三人利益，实践中主要案型有两类：第一，格式条款不合理地限制相对人的经营行为，从而间接影响相对人的商品和服务接受者的利益；^⑫ 第二，保险合同、贷款合同以及水电煤等公共服务供给合同中的格式条款侵害的利益除合同相对人以外，往往涉及同类、众多“第三人利益”。不仅如此，格式条款一旦判定无效，往往直接导致价格上涨，从而间接影响第三人利益。对此类间接影响第三人利益的案件类型，笔者认为，格式条款审查应采取谨慎态度为妥，原则上将利益权衡限制在“相对方”+“具特别保护必要”之利益。加之，间接影响第三人利益及公益的情形，可由违反法律禁令无效制度审查（如：类案一中适用《反垄断法》第17条（四）），而类案二不仅在所列举的合同类型无效时发生，事实上系所有使用格式条款无效情形中的常态（仅依相对人众寡，涨价幅度和影响范围有别），非属相对人“具特别保护必要”之利益。由此，格式条款也可能间接影响第三人利益，不影响格式条款效力判定。

四、法律后果

(51) 在厘清了何种格式条款可能被判定无效后，有必要进一步探讨的是，条款被宣告无效对整个合同产生的影响问题，包括其他条款的效力、合同履行义务的命运、解除权的发生与否和损害赔偿。

(52) 对于第一个问题，《合同法》第40条仅规定了无效条款本身效力，而此对合同其他条款有何影响，即生疑问。在此，《民法总则》第156条规定民事法律行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效，可资适用。但无效条款所安排之事项如涉争议，当事人是否毫无权利可主张？此时涉及合同漏洞有无的判断，以及如何填补的问题。

法律行为部分无效后，对其他部分的影响，存在不同的立法例。《民法总则》第156条的规定有别于《德国民法典》第139条和我国台湾地区“民法”第111条中所确立的“法律行为部分无效者，全部无效”的原则不同，承认“部分无效，其余有效”。“法律行为部分无效者，全部无效”原则是基于在民事法律行为领域完全尊重意思自治作为出发点。^⑬ 立法者原则上令全部法律行为归于无效，促使当事人作出新的合意，部分无效法律行为造成的漏洞不应由客观法或法官依职权填补，否则即为对意思自治的破坏。同时，基于格式条款内容审查领域与一般民事法律行为当事人得以进行充分协商的情形不同，《德国民法典》第306条和我国台湾地区“消费者保护法”第16条对此采取了“部分无效，其余原则有效”的模式，并且相对民法总则作为特别法，优先适用。从相对

^⑩ 参见王院生与乌海市俊景房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷，（2015）乌勃民一初字第00552号民事判决书。本案中，恒大绿洲楼宇认购书的格式条款中附带“老客户带新客户”购房优惠券条款，条款规定“老客户能够享受免交三年物业费，新客户可以享受1万元的优惠。”本案中格式条款的效力直接影响新用户（第三人）利益。

^⑪ Vgl. OLG München, NJW-RR 2008, 1233.

^⑫ 参见黄八生与刘宾生合伙协议纠纷上诉案，（2017）赣08民终50号民事判决书；铜陵县五松镇百汇房产信息部与张丽仙居间合同纠纷案，（2015）铜民二初字第00636号民事判决书。

^⑬ Vgl. Canaris, *Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, Festschrift Steindorff, Berlin: De Gruyter, 2013, S. 546; Köhler, *Alle gemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 40. Aufl., München: C. H. Beck, 2016, S. 243.

人利益保护角度观察,有其合理性。首先,相对人因有缔约之需求而与格式合同使用方缔结合同,若因一部无效导致整体合同无效,对于相对人而言,反而成为一种制裁(同类行业格式合同文本,经常十分接近)。再者,在现今的社会形态而言,在一般交易上利用格式条款之情况众多,“全部无效”将导致社会交易严重失序。除此之外,在格式条款缔约的交易实践中,期待当事人为无效条款个别协商亦不现实。出于效率考虑,这一要求无异于否定合同的整体效力。因为此时当事人双方的法律状况一如他们之前订立合同之时:倘若合意需要个别协商达成,即不会在当事人之间成立契约关系。此即学者探讨格式合同时都会提及的“take it or leave it”^④现象之原因。相较之下,“部分无效,其余原则有效”更有利于保护相对人利益。可见,区分模式看似采两项对立原则,却同样服务于“意思自治”这一目标。在格式条款领域,立法者作出不同的原则安排,目的在于,使当事人合意结果最有效率地得到维持。因而出现部分格式条款无效的情形,并非立即令合同其他条款维持效力,在原无效条款处填补客观法规定。而应首先确定“推定的当事人意思”,^⑤若仍难以确定,则应斟酌交易习惯,以一般、典型的交易相对人作为评判基础,依照诚实信用原则解释(《合同法》第61条)。仍无法确定条款内容,存在合同漏洞的情况下,才考虑适用漏洞填补规则。

(53) 对于给与与对待给付的命运问题,因其本身属“法律行为要素”,进而非内容控制制度之对象,恒属《民法总则》第156条中的“法律行为的其他部分”,非对当事人不可期待者,原则上有效,当事人需继续履行。

(54) 对于合同解除权,设若当事人无保留解除权者,此处可考虑适用的仅有法定解除权与情势变更中的解除权。前者主要规定了一方于履行合同阶段的重大违约行为致使合同履行利益(或称合同目的)无法实现时,另一方享有解除权,与效力判定制度在时间维度上存在偏离。后者主要针对“客观情形”,而格式条款无效属归因于一方当事人之原因,同样不予适用。

(55) 最后,合同条款部分无效,导致其他条款也无效的情形,双方应当依据《民法总则》第157条的规定,返还已经履行的给付利益;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。格式条款使用人,应当赔偿对方由此所受到的损失。

五、举证责任

(56) 本条遵循举证责任的一般规则,对于格式条款使用方“未遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”,出现“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”的情形,由主张格式条款无效者负责举证。法官发现此无效事由时,亦可依职权认定合同无效。

【主要参考文献】

1. 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。
2. 崔建远主编 《合同法》,法律出版社2010年版。
3. 陈自强 《契约之成立与生效》,法律出版社2002年版。
4. 解巨 “论格式条款内容规制的规范体系”,《法学研究》2013年第2期。
5. Canaris, “Die allgemeinen Geschäftsbedingungen—rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts”, *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

(责任编辑:高圣平)

^④ 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34页;王泽鉴 《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第68页;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,第29页。

^⑤ Vgl. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin: Drucker und humblot, 2. Aufl. 1983, S. 46; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 1991, S. 389 f.

The Research on the Sequence of Intercross of Criminal and Civil Cases

Ji Gefei • 147 •

The sequence of intercross of criminal and civil cases are not dependent on how the civil and criminal cases are related. Type division on intercross of penal and civil cases can not help to solve the problem but just add confusion. We should solve the problem under the civil procedure rule of suspension ,make a clear definition of the “necessity” to suspension and limit the scope of priority of penal cases. In order to make a clear definition of the “necessity” ,the effect of criminal judgements ,the different aims of civil and criminal cases ,and the different rules on proof should be taken into account.

Key Words Intercross of Penal and Civil Cases; Priority of Criminal Cases; Paralell of Penal and Civil Cases; Effect of Criminal Judgements

Ji Gefei ,Ph. D. in Law ,Professor of Civil ,Commercial and Economic Law School ,CUPL.

Legislative Research on Divorce Relief System

SUN Ruojun • 161 •

The divorce relief system refers to remedies provided by the law to the party who got damaged from divorce or whose life became difficult in divorce. In order to solve the problem of narrow scope and difficult applying of the current law relief ,Marriage and Family Copy in Civil Code should be based on the continuation of the existing relief framework ,relying on the reform of the family trial system. The divorce relief system should be reconstructedwith the mainstay of division of marital property ,the supplement of economic compensation for divorce and fallback provisions of economic assistance.

Key Words Divorce Relief; Division of Property; Economic Compensation; Economic Assistance

Sun Ruojun ,Ph. D. in Law ,Professor of Law School of Renmin University of China ,Researcher of The Research Center of Civil and Commercial Jurisprudence of Renmin University of China.

Commentary on the Latter Part of Article 40 of Contract Law

(*the Effects of Standard Terms*)

HE Xuxu • 173 •

The latter part of Article 40 of the *Contract Law* stipulates the criteria for examining the validity of standard terms. The way to conclude a contract using standard terms is common and widespread ,and the evaluation criteria for its effectiveness should be determined by the legislator in advance ,rather than judges. Such legislative value guidance is embodied in specific norms (dispositive rules) . The important criterion for the judgment of whether “to follow the principle of fairness to determine the rights and obligations between the parties” lies in the extent to which the standard terms and the dispositive rules and the inherent justice are differed. In addition ,the standard terms have an important role to supplement the format contract. In the absence of a dispositive rule ,the evaluation criteria for its effectiveness are factors such as the principle of equal value ,risk control factors ,insurance protection factors ,and direct third party benefits. These are important factors to determine whether the terms limit the important rights or obligations in accordance with the nature of the contract ,so that the purpose of the contract cannot be achieved. In this case ,the standard terms in question will than be found to be invalid.

Key Words Standard Terms; Effectiveness Review; Fairness Principle; Dispositive Rules; Balance of Rights and Obligations

He Xuxu ,Ph. D. in Law ,Associate Professor of East China University of Political Science and Law.