

# 合同中的标准问题

柳 经 纬\*

摘要:在法律上,标准与合同的关系可以描述为:标准通过约定进入合同,成为“标准条款”;当出现标准条款无效等“质量要求不明确”的情形时,依据《中华人民共和国合同法》第62条第1项之规定援引标准以填补合同的漏洞。这一模式较为准确地反映了合同与标准的关系,应予肯定;但《中华人民共和国合同法》第62条第1项之内容与标准化体制不协调,应当在民法典合同编的立法中予以调整。

关键词:标准 标准条款 合同法 适用程序

## 一、问题的提出

本文所称标准,并非一般意义上的标准(衡量事物的准则),而是特指标准化意义上的标准(standard)。<sup>①</sup>通常,所谓国家标准、行业标准、地方标准、团体标准、企业标准、国际标准以及质量标准、服务标准、管理标准等,都是指标准化意义上的标准。

标准对于合同的意义在于它是确定合同标的的质量最为重要的依据。如果合同的标的仅仅是一个商品(产品或服务)的品名,没有具体的质量要求或质量验收要求,那么就无法确定当事人在合同标的上的权利与义务,这样的合同即便成立也难以实际履行。从理论上说,依意思自治原则,当事人完全可以不依赖标准而对标的的质量作出具体约定。但是,在现代社会,这种情形变得越来越不现实。现实的情况常常是当事人需依靠标准来确定合同标的的质量,合同与标准之间形成了某种依赖关系。这是因为:一方面随着科学技术的发展,产品和服务的科学和技术成分越来越复杂,非一般人所能知晓并能在合同中作出具体的描述,当事人离开标准而自行约定合同标的的质量的要求,客观上几无可能,而且也极不经济;另一方面,随着标准化事业的发展,标准化活动已经扩大到社会生活的各个领域,标准几乎无处不在,并直接影响到交易活动,为确定合同标的的质量提供了技术支撑,提供了便利。

在法律上,合同对标准的依赖关系表现在两个层面:一是标准通过当事人的约定而进入合同,成为合同的条款,这种条款可称之为“标准条款”;二是当合同对标的的质量要求不明确(存在合同漏洞)时,通过援引标准作为判定合同标的的质量的依据,以填补合同标的的质量的漏洞。

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)在上述两个层面对合同与标准的关系作出了不同的反应。在第一个层面上,《合同法》第12条将“质量”列为合同的一般条款,但未在一般合同条款上对标准作

\* 中国政法大学比较法学研究院教授、博士生导师

① 《中华人民共和国标准化法》第2条第1款:“本法所称标准(含标准样品),是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求。”另根据国家质量监督检验检疫总局和国家标准化委员会2014年发布的中华人民共和国国家标准《标准化工作指南第1部分:标准化和相关活动的通用术语》(GB/T20001.1-2014),标准(standard)是指“通过标准化活动,按照规定的程序经协商一致制定,为各种活动或其结果提供规则、指南或特性,供共同使用的和重复使用的文件”。

出规定,只是在个别合同的条款上作了规定,如《合同法》第131条(买卖合同的内容)、<sup>①</sup>第252条(承揽合同的内容)、<sup>②</sup>第324条(技术合同的内容),<sup>③</sup>将检验标准或验收标准列为合同条款。在第二个层面上,《合同法》第62条第1项对质量要求不明确情况下如何采用标准作了规定,即:“质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行”。

与立法不同的是,合同与标准的关系并未引起学界必要的关注。学界不仅对标准如何进入合同而成为其条款以及标准条款的效力等问题缺乏必要的研究,而且对《合同法》第62条第1项引致的在法的适用层面上如何援引标准的问题也缺乏应有的探讨,合同与标准的关系问题仍属于理论上的空白。

然而,这个问题并非不重要。首先,合同与标准之间形成的依赖关系,作为一种法律现象,应当得到理论上的解释。其次,立法上如何正确地处理合同与标准的关系,包括《合同法》第62条第1项的规定是否有待完善,需要理论界给出答案。最后,司法上如何判定标准条款的效力,《合同法》第62条第1项的司法适用问题,也需要进行理论的探讨。因此,无论是在理论层面上还是在立法和司法层面上,探讨合同与标准的关系问题,都具有重要的现实价值和意义。

需要指出的是,合同与标准的关系问题不是一个单纯的民法(合同法)问题,而是一个涉及标准化法的民法(合同法)问题。正确把握合同与标准的关系,须从标准化法入手,结合国家的标准化体制,单纯从民法(合同法)的角度来探讨合同与标准的关系,并不能得出正确的结论。

本文试图根据新修订的《中华人民共和国标准化法》(以下简称《标准化法》),<sup>④</sup>结合国家的标准化体制,对合同与标准的关系进行研究,重点分析标准条款的形成及效力与《合同法》第62条第1项的适用问题。在此基础上,本文还将对合同与标准关系的法律模式进行评价,并对《合同法》第62条第1项之完善提出建议。

## 二、标准条款的形成与效力

### (一)标准条款的形成

合同是当事人之间的协议(《合同法》第2条),标准进入合同而成为合同的条款,需由当事人就此达成协议。因此,标准条款的形成方式是协议。从实际操作层面来看,当事人通过协议将标准引入合同,形成标准条款,有以下几种基本情形。

1. 合同文本载明所援引标准的基本信息。一项标准的信息包括标准的名称、类型、发布机构、发布时间、实施时间和标准编号。例如,中华人民共和国国家标准《石油及天然气工业用往复压缩机》(GB/T20322-2006),标准名称为“石油及天然气工业用往复压缩机”,标准类型是推荐性国家标准,标准的发布机构是国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会,发布时间是2006年7月20日,实施时间是2007年1月1日,标准编号是GB/T20322-2006。合同约定标准时,如能载明标准的完整信息,当然很好。然而,合同约定标准,通常并不需要载明标准的全部信息,只要载明标准编号即可。这是因为,在我国现行标准体系里,每一项标准都有自己特定的编号,如同自然人的身份证号一样具有唯一性。例如,上述国家标准《石油及天然气工业用往复压缩机》的编号是“GB/T20322-2006”,其中“GB/T”是推荐性国家标准的代号,“20322”是标准发布的顺序号,“2006”是标准发布的年号(年份)，“GB/T20322-2006”已经包括了国家标准《石油及天然气工业用往复压缩机》的基本信息,合同只要载明合同标的的质量标准为

<sup>①</sup> 《中华人民共和国合同法》第131条:“买卖合同的内容除依照本法第12条的规定以外,还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。”

<sup>②</sup> 《中华人民共和国合同法》第252条:“承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。”

<sup>③</sup> 《中华人民共和国合同法》第324条:“技术合同的内容由当事人约定,一般包括以下条款:(一)项目名称;(二)标的的内容、范围和要求……(七)验收标准和方法……”“与履行合同有关的技术背景资料……技术标准、技术规范、原始设计和工艺文件,以及其他技术文档,按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。”

<sup>④</sup> 《中华人民共和国标准化法》制定于1988年,2017年11月4日第十二届全国人民代表大会常务委员会第30次会议修订。

“GB/T20322—2006”，即可确定合同约定的是该项标准。

如果合同没有载明标准的完整信息，也没有载明标准编号，只是载明标准的名称和类型，此时亦可确定所约定的具体标准。例如，合同约定采用国家标准《石油及天然气工业用往复压缩机》，依此也可以确定合同约定的该项标准指向的是上述编号为“GB/T25359—2011”的压缩机国家标准。此时应当注意的是，如果合同载明的标准已经复审并修订的，修订前的标准已被修订后的标准所替代，现行有效的标准是修订后的标准，因此其所指向的应当是合同订立之时最新修订的现行有效的标准。<sup>①</sup> 例如，强制性国家标准《鲜、冻禽产品》，2000年制定，标准编号为“GB16869—2000”，2005年复审修订后，编号变更为“GB16869—2005”。如果合同只是约定采用国家标准《鲜、冻禽产品》，而未载明标准编号，应当认定合同所援引的是修订后的编号为“GB16869—2005”的强制性国家标准《鲜、冻禽产品》。

2. 经营者在其产品或服务的标签或说明书上标明执行的标准或标准编号。这是一种被经营者普遍采用、消费者通过购买行为而接受的标准条款。例如，内蒙古蒙牛乳业(集团)股份有限公司生产的“特仑苏”牌盒装全脂灭菌乳，包装盒标明执行的产品标准号为“GB25190”。该项标准是指原卫生部2010年发布的强制性食品安全国家标准《灭菌乳》(GB25190—2010)。又如，珠海格力电器股份有限公司生产的“格力”牌分体式空调机的《使用安装说明书》之“规格型号及技术参数”载明其性能参数“按GB/T7725—2004和GB21455—2013标准要求测定”。“GB/T7725—2004”是指国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会2004年发布的国家标准《房间空气调节器》(GB/T7725—2004)，“GB21455—2013”是指国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会2013年发布的国家标准《转速可控型房间空气调节器能效限定值及能效等级》(GB21455—2013)，前者为推荐性国家标准，后者为强制性国家标准。从法律上看，产品和服务的标签或说明书标明执行的标准可认定为经营者对其产品或服务的质量作出担保的意思表示，足以构成一项要约，当消费者购买其标明执行特定标准的产品或服务而成立合同时，此项标准即进入合同，成为合同中的标准条款。

与此类似的情形是，经营者在产品或服务的广告上标明执行的标准，构成《合同法》第15条第2款规定的“视为要约”的情形，<sup>②</sup>当消费者购买其产品或服务而成立合同时，该项标准进入合同，成为合同中的标准条款。

3. 合同文本只是笼统地约定合同标的须符合某一类标准或某几类标准，甚至更为模糊地表述为“相关标准”，而没有提供具体标准的信息。此种情况下，如果合同的标的确有相应的标准，那么可以依合同的标的(如货物的品名)及相关信息的指引确定具体的标准。例如，我国大米的标准有国家标准《大米》(GB/T1354—2009)、行业标准《无公害大米》(NY5115—2002)和《绿色食品大米》(NY/T419—2000)以及地方标准30多项(上海市1项、内蒙古自治区1项、吉林省6项、安徽省1项、山东省2项、广东省1项、广西壮族自治区1项、江苏省4项、河北省1项、河南省1项、海南省1项、湖南省1项、辽宁省1项、黑龙江省8项)，地方标准多为“地理标志产品”标准，是特定地区生产的大米标准，如上海市地方标准《地理标志产品松江大米》(DB31/T908—2015)、吉林省地方标准《地理标志产品西江大米(西江贡米)》(DB22/T2169—2014)、黑龙江省地方标准《地理标志产品响水大米》(DB23/T1461—2012)。<sup>③</sup> 因此，如果大米买卖合同只是笼统地载明标准而未载明具体的标准，则可依据标的(大米)及相关信息(如“无公害”“绿色食品”、原产地)确定合同约定的具体标准。以这种方式确定合同的标准条款，需要注意的是，依据合同载明的标及相关信息所指向的标准应具有确定性，如果所指向的标准不具有确定性，应属于合同约定不明确的情形。

<sup>①</sup> 《中华人民共和国标准化法》第29条第2款：“国务院标准化行政主管部门和国务院有关行政主管部门、设区的市级以上地方人民政府标准化行政主管部门应当建立标准实施信息反馈和评估机制，根据反馈和评估情况对其制定的标准进行复审。标准的复审周期一般不超过5年。经过复审，对不适应经济社会发展需要和技术进步的应当及时修订或者废止。”

<sup>②</sup> 《中华人民共和国合同法》第15条第2款：“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。”关于商业广告视为要约的问题，参见柳经纬：《构成要约的商业广告——关于〈合同法〉第15条第2款的解释》，柳经纬：《感悟民法》，人民法院出版社2006年版，第271—277页。

<sup>③</sup> 参见 <http://www.gov.cn/fuwu/bzxxcx/bzh.htm>, 2017-11-11。

要满足确定性的要求,则需要合同载明的标的及相关信息不存在模糊、冲突的情形,否则也无法确定具体的标准。再以大米的标准为例,如果合同约定的标的是“无公害大米”,约定的标准是“国家标准”,这样的信息就无法满足确定性的要求,因为“无公害大米”只有行业标准而无国家标准。

这里需要进一步讨论的问题是:如果在合同存续期间,依据合同标的及其相关信息指向的标准存在着复审修订情形,那么适用于合同标的的标准究竟是合同订立之时的标准还是合同履行时的标准,即经复审修订后的标准?对此,应根据所约定的标准属性,采取不同的处理方式。依据《标准化法》第2条的规定,我国现行的标准体系包括国家标准、行业标准、地方标准、团体标准和企业标准,国家标准分为强制性标准和推荐性标准,行业标准和地方标准均为推荐性标准;<sup>①</sup>强制性标准必须执行,推荐性标准由企业自愿采用。因此,如果依据合同的标的及相关信息指向的标准属于强制性标准,那么应当认定合同约定的标准是履行之时复审修订的标准;如果依据合同的标的指引所指向的标准属于推荐性标准,那么可以认定合同约定的标准是订立之时的标准。采取不同的处理方式,可兼顾到当事人的意思自治和法律的强制。

## (二)标准条款的效力

依当事人意思自治原则,合同只要不存在效力瑕疵,就应当认定有效。根据《合同法》的规定,合同效力瑕疵包括效力待定、可变更可撤销和无效三种类型。

就一般情况而言,标准条款效力的判定不会涉及因行为主体不适格而导致的效力待定问题,只会涉及可变更可撤销和无效问题。可变更可撤销的法定事由是意思表示瑕疵。虽然在标准条款的问题上,也存在着意思表示瑕疵问题,但只须依据《合同法》的规定即可,与一般合同的可变更可撤销无异,无须特别讨论。在《合同法》第52条所列的5种合同无效的情形中,除了第5种情形外,标准条款亦无特殊性而需要专门讨论,需要特别讨论的只是标准条款是否存在因“违反法律、行政法规的强制性规定”而无效的问题。这是因为,标准属于《标准化法》规制的对象,《标准化法》关于标准的规定多为强制性规定,《合同法》第52条第5项规定,“违反法律、行政法规的强制性规定”的合同无效,因此如果标准条款违反了《标准化法》的规定,那么可依《合同法》第52条第5项认定其无效。以下根据《标准化法》的规定,对实践中可能存在违反《标准化法》规定的几种标准条款的效力问题作具体的分析。

1. 约定的标准为非强制性标准。在我国标准体系中,只有强制性国家标准是强制性标准,其他标准都不属于强制性标准。强制性国家标准和非强制性标准之间构成有条件的并存关系。《标准化法》第21条第1款规定:“推荐性国家标准、行业标准、地方标准、团体标准、企业标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求。”因此,只要“不低于”强制性国家标准的技术要求,非强制性标准允许与强制性国家标准并存,如果非强制性标准的技术要求“高于”强制性国家标准,有利于推进技术的发展、提高产品质量,则在鼓励的范围,更允许与强制性国家标准并存。因此,非强制性标准与强制性国家标准并存时,只要合同约定的非强制性标准的技术要求“不低于”强制性国家标准,标准条款的效力就不受影响。但是,如果约定的非强制性标准的技术要求“低于”强制性国家标准,则违反了《标准化法》第21条第1款的规定,依据《合同法》第52条第5项规定,应认定该标准条款无效。

2. 约定的标准为国际标准或国外先进标准。积极采用国际标准,是我国标准现代化的一项基本政策,修订前的《标准化法》第4条明确规定“国家鼓励积极采用国际标准”;修订后的《标准化法》第8条规定“结合国情采纳国际标准”。2001年国家质量监督检验检疫总局颁布了新的《采用国际标准管理办法》(国家质量监督检验检疫总局第10号令),对采用国际标准的对象、范围、原则和方法作了具体的规定。根据鼓励采用国际标准的规定,当事人在合同中尤其是在涉外合同中直接约定国际标准,原则上应当认定该标准条款有效,但须符合以下原则:(1)约定的国际标准应符合《采用国际标准管理办法》确定的原则和精神,即被采用的国际标准应当符合我国法律、法规,符合“技术先进、经济合理、安全可靠”的要求;(2)约定的国

<sup>①</sup> 依据修订前的《中华人民共和国标准化法》及《中华人民共和国标准化法实施条例》规定,国家标准、行业标准和地方标准均可分为强制性标准和推荐性标准。

际标准不应与我国的强制性国家标准相抵触,在有强制性国家标准时,原则上不应直接约定国际标准,但约定的国际标准“高于”强制性国家标准时,应当允许;(3)约定的国际标准原则上是国际标准化组织(ISO)、国际电工委员会(IEC)和国际电信联盟(ITU)制定的标准以及国际标准化组织(ISO)确认并公布的其他国际组织<sup>①</sup>制定的标准。另外,根据原国家技术监督局发布的《标准化法条文解释》对修订前《标准化法》第4条所作的解释,“采用国际标准”还包括采用国外先进标准,即:区域性标准、工业发达国家的标准以及国际公认的权威的团体标准或企业标准。在合同中直接约定国外先进标准,满足上述要求的,也应认定有效。根据上述采用国际标准的原则,当事人约定的国际标准或国外标准如与我国强制性国家标准相抵触时,也应认为违反《标准化法》第21条第1款规定,依据《合同法》第52条第5项规定,认定标准条款无效;至于约定的国际标准或国外标准违反我国法律、法规的规定,当然也应认定其标准条款无效。

3. 约定的标准为被废止的标准。按照标准复审制度的要求,标准实施后,制定标准的部门应当根据科学技术的发展和经济建设的需要适时进行复审,以确定现行标准继续有效或者予以修订、废止,复审的期间一般为5年。如果标准经复审被废止,就不再是标准化意义上的标准,那么约定已废止标准的标准条款的效力该如何认定?这是一个较为复杂的问题,须根据不同情形而定。如果有替代的标准,尤其是强制性的替代标准,根据《标准化法》关于强制性标准必须执行的规定,应当认定标准条款无效,而适用替代的标准。如果没有替代标准,那么根据当事人意思自治原则,合同约定的标准虽然被废止,但是仍可作为确定合同标的质量的依据。因为,在后一种情形,如果也认定约定已被废止的标准的条款无效,将使得合同的标的质量失去判定的依据。

在上述三种情形中,第一种情形和第二种情形都涉及当事人约定的标准“低于”强制性国家标准,从而违反了《标准化法》第21条第1款规定,依据《合同法》第52条第5项之规定认定标准条款无效的问题。在法律上,《合同法》第52条第5项之“违反法律、法规的强制性规定”,在这里具体表现为违反《标准化法》第21条第1款的规定。这里有两个问题需要作进一步的讨论。一是《标准化法》第21条第1款关于“不得低于”强制性国家标准的规定,就其本意来说是针对非强制性标准的制定者,而非针对合同的当事人,对标准制定者课以的义务是否也构成对合同当事人约定标的质量标准的约束?二是依据最高人民法院2009年发布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》[法释(2009)5号]第14条,《合同法》第52条第5项规定的“强制性规定”是指“效力性强制性规定”,如果合同条款只是违反“强制性规定”并不能当然认定无效,而须违反“效力性强制性规定”方可认定无效。那么,在判定标准条款效力的问题上,《标准化法》第21条关于“不得低于”强制性国家标准的规定是否属于“效力性强制性规定”?

关于第一个问题,《标准化法》第21条第1款规定标准制定者的义务,目的在于在特定领域里构筑一道由强制性国家标准构成的不可逾越的“红线”,以保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全和社会管理的基本需要。《标准化法》第10条规定:“为保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全和社会管理的基本需要的技术要求,应当制定强制性国家标准。”为了实现确保人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全和社会管理的基本需要的目的,“不得低于”强制性国家标准就不只是标准制定者应遵守的义务,也是合同当事人选择标的质量标准时应遵守的义务。

关于第二个问题,上述最高人民法院合同法司法解释所谓“效力性强制性规定”,是相对于“管理性强

<sup>①</sup> 《采用国际标准管理办法》附件所列其他国际组织为:国际计量局(BIPM)、国际人造纤维标准化局(BISFN)、食品法典委员会(CAC)、时空系统咨询委员会(CSIDS)、国际建筑研究实验与文献委员会(CIB)、国际照明委员会(CIE)、国际内燃机会议(CIMAC)、国际牙科联合会(FDI)、国际信息与文献联合会(FID)、国际原子能机构(IAEA)、国际航空运输协会(IATA)、国际民航组织(ICAO)、国际谷类加工食品科学技术协会(ICC)、国际排灌研究委员会(ICID)、国际辐射防护委员会(ICRP)、国际辐射单位和测试委员会(ICRU)、国际制酪业联合会(IDF)、万围网工程特别工作组(IEIF)、国际图书馆协会与学会联合会(IFIA)、国际有机农业运动联合会(IFOAM)、国际煤气工业联合会(IGU)、国际制冷学会(IIR)、国际劳工组织(ILO)、国际海底组织(IMO)、国际种子检验协会(ISTA)、国际理论与应用化学联合会(IUPAC)、国际毛纺组织(IWTO)、国际动物流行病学局(OIE)、国际法制计量组织(OIML)、国际葡萄与葡萄酒局(OIV)、材料与结构研究所国际联合会(RILEM)、贸易信息交流促进委员会(TraFIX)、国际铁路联盟(UIC)、经营、交易和运输程序和实施促进中心(UN/CEFACT)、联合国教科文组织(UNESCO)、国际海关组织(WHO)、世界知识产权组织(WIPO)、世界气象组织(WMO)。

制性规定”的一种法律规范,至于如何识别“效力性强制性规定”,由最高人民法院负责人主编、最高人民法院研究室组织编写的对司法实践具有一定指导意义的《最高人民法院关于合同法解释(二)理解与适用》一书的作者提出了正反两方面标准,并特别强调立法目的对于识别“效力性强制性规定”与“管理性强制性规定”的意义,认为“立法目的并不仅仅是管理需要,更涉及公共利益和市场秩序”的,应认定为效力性强制性规定。<sup>①</sup>《标准化法》第21条第1款虽为关于制定标准的规定,但立法目的涉及人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全和社会管理的基本需要,属于公共利益的范畴,因而应认定为“效力性强制性规定”。

需要进一步指出的是,《标准化法》第21条第1款只是要求“推荐性国家标准、行业标准、地方标准、团体标准、企业标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求”。由于标准的技术内容复杂,可能出现只是标准的部分技术要求“低于”强制性国家标准,而不是全部技术要求“低于”强制性国家标准,此时应认定约定的标准部分无效,而不是认定标准条款全部无效。

### 三、《合同法》第62条第1项之适用

《合同法》第62条旨在填补合同的漏洞,当合同对某些条款约定不明确(合同漏洞)时,依据《合同法》第62条的规定,可以弥补合同约定的缺失,以确定当事人的权利和义务,确保合同切实得以履行;同时也为判定当事人是否存在违约行为提供法律依据。该条第1项的宗旨在于填补合同标的的质量条款的漏洞,通过援引国家标准、行业标准或通常标准、特定标准,以解决因“质量要求不明确”造成的合同标的的质量依据缺失的问题。

需要指出的是,《合同法》第62条第1项中的“国家标准”“行业标准”与“通常标准”“特定标准”含义不同,前者指标准化意义的标准,是我国标准体系中的两种类型标准;后者的范围较广,既可以是指国家标准、行业标准之外的标准化意义的标准,如地方标准、企业标准、团体标准、国际标准等,也可以是指非标准化意义上的“衡量事物的准则”。鉴于本文的主题,下文讨论《合同法》第62条第1项的适用时,“通常标准”“特定标准”中的标准也限定在标准化意义上,与国家标准、行业标准相同。

#### (一)《合同法》第62条第1项适用的前提

依据《合同法》第62条第1项规定,适用该项规定的前提是当事人对合同标的的“质量要求不明确”。但是,从标准化的角度来看,并非只要合同对标的的“质量要求不明确”,即可依据该项规定援引标准作为确定合同标的的质量的依据。首先,如果合同的标的不属于标准化的对象,<sup>②</sup>不存在相应的标准,就不存在适用《合同法》第62条第1项之规定援引标准的可能。例如,在艺术品买卖问题上,艺术品极具个性化,并不属于标准化的对象,无法制定艺术品的统一标准。在此情形,就不存在适用《合同法》第62条第1项之规定援引标准的可能。其次,虽然合同的标属于标准化的对象,但是如果尚未实行标准化,不存在相应的标准,也无适用《合同法》第62条第1项之规定援引标准之可能。因此,只有在合同的标属于标准化的对象,且有相应的标准可供援引时,如果合同对标的的“质量要求不明确”,方可适用《合同法》第62条第1项之规定,援引标准作为确定合同标的的质量的依据,以填补合同标的的质量条款的漏洞。

在合同的标属于标准化的对象且存在相应的标准时,《合同法》第62条第1项之“质量要求不明确”,应包括下述情形:(1)合同没有约定标的的质量的标准(包括未约定标的的检验标准或验收标准);(2)合同约定了某项标准或某类标准,但实际上并不存在此项标准或此类标准;(3)合同约定了某项标准或某类

<sup>①</sup> 参见沈德咏、奚晓明主编:《最高人民法院关于合同法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第112—113页。

<sup>②</sup> 根据国家标准《标准化工作指南第1部分:标准化和相关活动的通用术语》(GB/T20000.1—2014),标准化对象是指“需要标准化的主题”,概括地表述为“产品、过程或服务”,包括诸如材料、元件、设备、系统、接口、协议、程序、功能、方法或活动及其特定方面(如产品的尺寸、耐用性等),都可以成为标准化的对象。按照标准化对象可以将标准分为技术标准和管理标准,前者包括基础标准、产品标准、设计标准、工艺标准、检验和试验标准、信息标识、包装、搬运、储存、安装、交付、维修、服务标准,设备和工艺装备标准,基础设施和能源标准,医药卫生和职业健康标准,安全标准,环境标准;后者包括管理体系标准,管理程序标准,定额标准,期量标准,工作标准。参见李春田主编:《标准化概论》(第6版),中国人民大学出版社2014年版,第25—30页。

标准,但该项标准或该类标准并不适用于合同的标的(“张冠李戴”);(4)合同约定了某项标准,但该标准条款属于前述应当认定无效的情形。

(二)依据《合同法》第62条第1项规定援引标准

1. 国家标准、行业标准

《合同法》第62条第1项前半段规定“质量要求不明确的,按照国家标准、行业标准履行”。依此,合同质量要求不明确时,首先应当援引国家标准、行业标准。

国家标准、行业标准是政府主导制定的标准,其间存在着层级关系。《标准化法》第10条规定,有关保障人身健康和生命财产安全、国家安全、生态环境安全以及满足经济社会管理基本需要的技术要求,制定强制性国家标准;第11条规定,有关满足基础通用、与强制性国家标准配套、对各有关行业起引领作用等需要的技术要求,制定推荐性国家标准;对没有推荐性国家标准、需要在全国某个行业范围内统一的技术要求,制定行业标准。由此可见,制定行业标准的前提是“没有推荐性国家标准”,如果存在推荐性国家标准,就没有制定行业标准的必要。依此规定,《合同法》第62条第1项规定的国家标准与行业标准之间存在着先后的顺位,即有国家标准的,应采用国家标准;没有国家标准的,采用行业标准。

在国家标准中,强制性国家标准依法具有“必须执行”的效力,推荐性标准并无此效力。因此,依据《合同法》第62条第1项前半段规定援引国家标准、行业标准时,又应首先采用强制性国家标准,只有在无强制性国家标准时方可采用推荐性国家标准。

在实践中,人们对于采用强制性国家标准,一般不会产生疑义,但对采用推荐性国家标准和同为推荐性标准的行业标准,则可能产生疑义。因为,推荐性标准在法律上并不具有“必须执行”的效力,企业可以采用也可以不采用,《标准化法》只是从国家实行标准化战略的角度,规定“鼓励”企业采用推荐性标准。因此,人们可能认为,既然推荐性标准只是鼓励企业采用,只有在企业采用推荐性标准作为生产的依据时才对企业有约束力,才能作为确定其所生产产品质量的依据;如果企业没有采用推荐性标准作为生产的依据,要求其受推荐性标准的约束,要求其生产的产品符合推荐性标准,并不合理。这种见解似乎并非无理。但是,质量是确定合同标的不可缺少的要素(另一个要素是数量),当合同对标的的质量约定不明确时,如果不采取相应的救济措施,合同就无从履行。依据《合同法》第62条第1项,无论是援引何种标准,都不可能是当事人生产所依据的标准。因此,以必须是企业生产的依据为由,排除采用推荐性标准,并不妥当。从解释学的角度看,《合同法》第62条第1项规定的国家标准、行业标准并没有限定于强制性标准,从而将推荐性标准排除在外,<sup>①</sup>因此该项规定援引的国家标准、行业标准应包括推荐性标准。

2. “通常标准”“特定标准”

《合同法》第62条第1项后半段规定“没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行”。与国家标准、行业标准不同,“通常标准”“特定标准”所指的各种类型标准不存在层级关系,因而也不存在先后援引的顺序,只要能满足法律上“通常”或“符合合同目的”的要求,都可以成为被援引的对象。

在《合同法》第62条第1项后半段的文字中,“通常”“符合合同目的”都表明须根据个案情况,援引适合于衡量合同标的的质量的标准,并无一定之规。但是,我们仍然可以就某些类型的标准作为“通常标准”或“符合合同目的的特定标准”被采用进行一般性的讨论。

(1)地方标准。按照《标准化法》第13条第1款规定,为满足地方自然条件、风俗习惯等特殊技术要求,可以指定地方标准。地方标准作为一定区域范围内企业生产经营活动的依据,当然可以成为依据《合同法》第62条第1项后半段之规定所采用的标准。尤其地方特色产品,因其产地限定,地方标准更能体现“通常”或“符合合同目的”的要求。例如,甘肃省地方标准《百合干》(DB62/T411—2007)是甘肃特色产品“百合干”的推荐性标准,如合同的标的为甘肃产百合干,而没有约定质量标准,即可依据《合同法》第62条

<sup>①</sup> 参见崔建远:《合同解释与法律解释的交织》,《吉林大学社会科学学报》2013年第1期。

第1项后半段援引该地方标准,作为确定合同标的“百合干”的质量依据。前述“地理标志产品”的大米地方标准,也可以作为确定特定产地生产大米的标准被援引。

(2)团体标准。团体标准是我国标准化体制改革的产物。<sup>①</sup>《标准化法》第20条规定,国家对团体标准的态度是支持和鼓励,即支持在重要行业、战略性新兴产业、关键共性技术等领域利用自主创新技术制定团体标准,第21条第2款规定,鼓励社会团体制定高于推荐性标准相关技术要求的团体标准。团体标准的制定主体是专业学会、协会、商会、联合会以及产业技术联盟等社会团体,具有较强的公信力,符合“通常”的要求,可以作为“通常标准”而被采用。

(3)企业标准。企业标准是企业制定的作为其生产经营依据的标准,企业标准可以自行制定,也可以与其他企业联合制定。企业标准与团体标准均为市场主体指定的标准,国家对企业标准持与团体标准相同的支持和鼓励的态度(《标准化法》第20条、第21条)。企业标准只在该企业内部使用,可以作为衡量该企业的产品和服务质量的依据,但不能作为其他经营者生产的产品质量的依据,否则将导致不公平竞争。因此,原则上不宜援引企业标准作为“通常标准”或“特定标准”,用以判定其他经营者生产的产品质量。

(4)国际标准或外国标准。《标准化法》对采用国际标准采取积极的政策,因此当合同对标的的质量要求不明确,且无国内标准可供采用时,采用国际标准不失为一种选择。至于外国标准,如合同活动涉及特定国家,也不妨将该国的标准作为“符合合同目的的特定标准”的选项。例如,在浙江省高级人民法院审理的一起买卖合同纠纷案中,买受人在所购货物无国家标准也无约定标准的情况下,以货物出口澳大利亚为由,主张依据《合同法》第62条第1项关于“符合合同目的的特定标准”的规定,采用澳大利亚的标准。法院虽然没有支持买受人的最终请求,但认为买受人的上述主张“有一定的合理性”。<sup>②</sup>

### (三)《合同法》第62条第1项适用的程序性问题

《合同法》第62条第1项适用的程序性问题,主要是在合同纠纷的诉讼中,依据该项规定援引标准,究竟是应由法官依职权主动援引还是应由当事人举证的问题。这一问题与标准是否具有法律属性、是否属于法源有关。如果标准具有法律属性,属于法源的范畴,那么应由法官依职权主动援引;如果标准不具有法律属性,不属于法源的范畴,那么原则上法官不能依职权主动援引,而应由当事人举证。

关于标准是否具有法律属性的问题,理论界并未达成共识。争议的重点在于政府主导制定的标准,尤其是其中的强制性标准。不少学者认为,我国的强制性标准属于技术法规<sup>③</sup>或相当于技术法规;<sup>④</sup>有的学者甚至认为,国家标准、行业标准和地方标准都是国家机关制定发布的具有立法、行政性质的文件。<sup>⑤</sup>1999年,最高人民法院知识产权庭曾就标准出版纠纷案件中出现的标准是否享有著作权问题致函国家版权局。最高人民法院知识产权庭的函提出了倾向性的意见,国家版权局管理司在复函中表示“同意你庭的意见:强制性标准是具有法规性质的技术性规范,推荐性标准不属于法规性质的技术性规范”。在合同纠纷的司法实践中,还有法官直接将标准与法律并列,引为判决的依据。<sup>⑥</sup>

<sup>①</sup> 2015年,国务院印发的《深化标准化工作改革方案》[国发(2015)13号]提出要“培育发展团体标准”,鼓励具备相应能力的学会、协会、商会、联合会等社会组织和产业技术联盟协调相关市场主体共同制定满足市场和创新需要的标准,增加标准的有效供给。2016年,国家质量监督检验检疫总局和国家标准化委员会联合发布《关于培育和发展团体标准的指导意见》[国质检标联(2016)第109号],对团体标准制定的范围和原则提出具体的意见。

<sup>②</sup> 参见浙江省高级人民法院(2015)浙商终字第118号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见李致:《加快我国技术法规体系建设的几点思考》,《西南政法大学学报》2002年第3期。

<sup>④</sup> 参见文松山:《技术法规与强制性标准》,《中国标准化》1994年第10期。

<sup>⑤</sup> 参见周应江、谢冠斌:《技术标准著作权问题辨析》,《知识产权》2010年第3期。

<sup>⑥</sup> 辽宁省沈阳市皇姑区人民法院在“一起因电梯噪音引起的商品房买卖合同纠纷案”的判决书中,写明“根据《中华人民共和国合同法》第60条、第44条、第107条,《社会生活环境噪声排放标准》(GB22337-2008)第4.2.1条之规定,判决如下:被告……于本判决生效之日起30日内为原告……修复位于……房屋所在建筑内电梯,将电梯运行噪声降至符合《噪声排放标准》(GB22337-2008)规范的标准……”。参见辽宁省沈阳市皇姑区人民法院(2016)辽0105民初第2855号民事判决书。

然而,标准无论是制(修)定还是实施,都与法律之间存在着很大的不同。<sup>①</sup> 标准虽然具有规范性,但与法律的规范性存在着本质的区别,标准本身也不具有规范效力,标准的规范效力源自法律(标准化法)。<sup>②</sup> 在诉讼中,标准只具有作为案件事实认定依据的意义,而不具有判定当事人行为违法性的法律依据的意义。因此,标准属于证据,而不属于法律,依据《合同法》第 62 条第 1 项之规定,援引标准作为判定合同标的的质量的依据,应由当事人举证,原则上不应由法官依职权主动援引。

但是,标准因其具有的技术性而非一般当事人所能掌握,在适用《合同法》第 62 条第 1 项援引标准时,所采用的标准甚至可能不为当事人所知悉,因此单纯强调当事人举证,不利于案件事实的查明。在此情况下,法官亦可依据《中华人民共和国民事诉讼法》第 64 条第 2 款之规定,主动“调查收集”标准,并借助于专业技术机构(如鉴定机构),查明应当采用的标准。在司法实践中,对于合同标的的质量的争议,法官也总是依据当事人的申请委托专业机构进行鉴定,专业机构依据有关标准鉴定并出具鉴定意见,法官将专业机构出具的鉴定意见作为证据予以采纳。

与上述问题相关的是,法官应在判决中对依据《合同法》第 62 条第 1 项规定援引标准作出说明。说明应包括三项内容:一是要对“质量要求不明确”的具体情形作出说明,这是适用《合同法》第 62 条第 1 项的前提。究竟是因为没有约定,还是约定的标准条款无效;如属约定的标准条款无效,则无效的理由是什么?这些都应在判决中交代清楚。二是必须说明采用标准依据的是《合同法》第 62 条第 1 项,而不是越过法律的规定直接援引标准。这是因为标准并不具有当然的适用效力,即便是强制性标准也是如此,之所以采用某项标准,依据的是《合同法》第 62 条第 1 项。三是必须交代清楚为什么采用该项标准,尤其是在当事人对适用的标准存在争议时,更有必要说清楚这个问题。之所以要求法官在判决中作出上述说明,目的在于加强判决的说理性,增强判决的可信度;同时也可防止法官在处理合同质量纠纷案件时采用标准的随意性。<sup>③</sup>

#### 四、结语:合同与标准关系模式之评价

通过本文的分析,我们将合同与标准关系的模式描述为:标准通过当事人的约定而进入合同,成为合同的条款;在合同没有约定标准或者约定的“标准”条款无效时,通过援引标准以填补合同的漏洞。

本文的分析表明,这一模式较为准确地反映了合同与标准的关系,应予肯定,并应在民法典合同编中得到延续。<sup>④</sup> 首先,标准通过约定进入合同,体现了合同自由的原则,无论标准进入合同采取哪一种方式,都可以从法的层面上得到支持。即便是在商业广告载明标准的情形,也可以根据《合同法》第 15 条第 2 款关于“视为要约”的规定,获得法的支持。这也就说明,现行法能够满足标准进入合同所需法律依据的需要。其次,《合同法》第 52 条第 5 项关于违法性合同无效的规定,为认定约定的标准“低于”强制性标准的标准条款无效提供了依据,也能够满足标准条款效力判定所需法律依据的需要。再次,当合同出现“质量要求不明确”的漏洞时,《合同法》第 62 条第 1 款,通过援引标准,为确定合同标的的质量提供了依据,使得合同得以继续履行,符合法律鼓励和促进交易的精神。而且,随着标准化事业的发展,标准已经遍及社会

<sup>①</sup> 标准与法律的区别与联系,参见白桦、洪生伟:《立法和制定标准的比较分析和研究——法律与标准生命周期过程比较分析之一》,《标准科学》2009 年第 2 期;齐陵、齐格奇、洪生伟:《执法和实施标准的比较分析和研究——法律与标准生命周期过程比较分析之二》,《标准科学》2009 年第 7 期;白桦、洪生伟:《法律和标准实施监督检查的比较分析和研究——法律与标准生命周期过程比较分析之三》,《标准科学》2010 年第 3 期。

<sup>②</sup> 参见柳经纬:《标准的规范与规范效力——基于标准著作权保护问题的视角》,《法学》2014 年第 8 期。

<sup>③</sup> 笔者通过中国裁判文书网(<http://wenshu.court.gov.cn>)查阅了数十份相关案件的判决书,大多数判决对适用《中华人民共和国合同法》第 62 条第 1 项援引标准不作说明或说明不充分,多数判决直接越过《中华人民共和国合同法》第 62 条第 1 项,有的判决不交代“质量要求不明确”的具体情形,甚至连“质量要求不明确”也不提,而是直接指称被告交付的标的物不符合某项标准(通常是国家标准),对为什么援引该项标准不作任何说明。

<sup>④</sup> 我国民法典编纂工作采取“两步走”的思路,第一步制定民法总则,民法总则已于 2017 年 3 月 15 日获得通过;第二步制定物权编、合同编等分则编,2018 年上半年整体提请全国人大常委会审议,2020 年将民法典各分编一并提请全国人民代表大会会议审议通过,从而形成统一的民法典。参见李适时:《关于〈中华人民共和国民法总则(草案)〉的说明》, [http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content\\_1993422.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/lfzt/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm), 2016-07-06。

生活的各个领域,这一规定较之其他国家民法通常采用的“中等品质”之规定更具可操作性,也更加客观。<sup>①</sup>

本文的分析也表明,《合同法》第 62 条第 1 项与我国标准化体制之间存在着不协调之处。首先,依据《标准化法》的规定,在我国标准体系中,强制性国家标准与其他标准存在着效力的差别,“强制性标准必须执行”,因此援引标准填补合同漏洞时首先应当援引强制性国家标准,只有在没有强制性国家标准时方可援引其他标准,《合同法》第 62 条第 1 项笼统地表述为“国家标准”,与现行标准化体制不符,在填补合同标的质量标准漏洞时应优先采用强制性国家标准。其次,行业标准是行业部门在没有推荐性国家标准又需要在全国行业内统一技术要求而制定的标准,在于填补推荐性国家标准缺失的空白,因此在填补合同标的质量标准漏洞时应优先采用推荐性国家标准,只有在没有推荐性国家标准时才采用行业标准。《合同法》第 62 条第 1 项笼统的表述采用“国家标准、行业标准”,未能反映出推荐性国家标准与行业标准之间的正确关系。其三,地方标准尤其是地理标志产品标准,具有特定指向,在填补特定产地的产品质量标准漏洞时应具有优先适用性,《合同法》第 62 条第 1 项未考虑到地方标准在填补合同标的质量标准漏洞方面的特殊意义。因此,建议民法典合同编在延续《合同法》第 62 条第 1 项的规定时,对条文内容作出适当调整。具体条文建议如下:

合同对质量要求不明确时,有强制性国家标准的,应按照强制性国家标准履行;没有强制性标准而有推荐性国家标准、行业标准,依次按照推荐性国家标准、行业标准履行;地方性产品有地方标准的,按照地方标准履行;没有国家标准、行业标准、地方标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

责任编辑 温世扬

<sup>①</sup> 当合同出现“质量要求不明确”的漏洞时,多数国家的民法典只是笼统地规定应交付“中等品质”的货物。例如,《德国民法典》第 243 条第 1 款:“负担仅按种类来确定物的人,必须给付中等种类和品质的物”。《日本民法典》第 401 条第 1 款:“债权的标的物仅以种类指定时,如果依法律行为的性质或当事人的意思不能确定其品质,债务人须以中等品质之物给付。”《意大利民法典》第 1178 条:“当以交付确定了种类的物为债的标的物时,债务人应当交付不得低于中等品质的物。”《土库曼斯坦民法典》第 392 条(履行的质量):“合同未详细确定履行质量的,债务人应提供不低于中等质量的工作或交付中等质量的物。”