

# 德国一般交易条款法律规制对我国的启示

## ——以规制模式与立法技术为视角

蔡睿

**[摘要]** 法律规制在格式条款的诸多控制手段中起着十分重要的作用，德国在该问题上的立法经历了从特别法到纳入民法典的过程，其规定逻辑清晰，内容周详；我国《合同法》对格式条款的规定存在着严重的不足和缺陷，需要不断完善，在此方面包括德国在内的诸多国家的规定可以为我国提供参考和借鉴。通过比较法的考察，我国在完善相关立法时应注意到立法模式的选择与立法技术的重要性，并处理好立法、司法与法学研究的关系，实现三者之间的良性互动。

**[关键词]** 格式条款 法律规制 立法技术 完善

自工业革命以降，机械化大生产的发展为社会提供了丰富的日用消费品，交易行为数量剧增，并造成了生产与消费的分化和对立；另一方面，随着电信、银行、煤气、水、电等公用事业的迅猛发展，这些商品或服务的接受者一般为不特定的社会大众，如果仍然采用传统的个别磋商的方式进行缔约，则必将有损经济效率并导致交易成本的高企。因此，利用格式条款作为缔约方式，这一符合经济效率原则的手段被广泛采用。由此观之，格式条款（合同）是社会经济发展的必然产物。一般而言，格式条款<sup>1</sup>是指为与不特定多数人使用，而事先拟定，在订立合同时由一方当事人提出，相对人只得全盘接受或拒绝之合同条款。<sup>2</sup>究其本质，格式条款乃是对双方当事人共同决定合同内容这一合同自由原则要素之一的

---

<sup>1</sup> 关于格式条款的名称，各国有不同称谓，德国谓一般交易条款，法国谓附合合同，英国法上称为标准合同，我国台湾地区称作定型化契约条款，我国《合同法》使用格式条款一语。本文主要进行中德两国法律的比较研究，故在论述德国法时使用一般交易条款的称谓，在论述我国法时使用格式条款一语。

<sup>2</sup> 关于格式条款的定义不同的学者有不同的见解，但大体上都强调格式条款的目的是为了与不特定人重复多次使用，时间上要求预先制定，条件上是一方当事人在合同订立时提出而对方当事人只能全盘接受或拒绝。例如王利明教授认为：格式条款是指由一方当事人为了反复使用而预先制定的、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。王利明：《合同法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，384 页。

否定。<sup>3</sup>尽管格式条款具有诸多优点，但利之所在，亦弊之所存。格式条款毕竟由一方当事人单方提出，且提出一方多为经济上或智识上占有优势一方，其难免会利用自己的优势地位提出对自己有利而损害对方利益的条件，从而出现了许多损害消费者利益的情况。如何对格式条款提供者的自由进行约束，抑制其消极影响，进而发挥其最大功用，以达到兴利除弊之效果，则是各国社会管理者所需要面对和解决的共同问题。

本文以德国对一般交易条款的法律规制为线索，对德国在该问题上的立法进程、立法模式与立法技术进行梳理，通过对德国这一大陆法系样板国家的讨论，希冀能为我国格式条款法律规制立法的完善提供些许的借鉴与参考。文章大体分为四个部分，第一部分综述格式条款的几种控制手段及法律控制在其中的地位与作用，第二部分就德国在该问题上的立法进程及立法技术进行详细阐述，第四部分通过对以上部分的总结，提出德国民法典在该问题的法律规制上对我国的启示之处。在此衷心希望本文能使读者有所收获。

## 一、 格式条款的法律控制

### (一) 格式条款的控制方式

法律并非万能，有其自身的局限性，比如在诸多的社会关系中它只能调整其中的一部分。因此，一个社会有机体的有效运作需要包括法律在内的一系列手段相互协作共同发挥功能，以实现社会的秩序安定与平稳发展。就格式条款这一社会现象而言同样如此，环顾世界各国历史及现行制度，对不当的格式条款进行控制，大约有以下几种控制途径：

1. 司法控制。这是最早出现的一种控制手段，格式条款出现之初，其流弊尚未被完全认识，立法机关和行政机关尚未就此做出反映。但法院面对纠纷却不能拒绝裁判，具体案件的当事人将纠纷诉诸法院寻求正义，面对这些案件，法院通过审查合同条款所含的交易条件是否得当，从而肯认或否定其效力。而法院采用何种方法控制不当合同条款，则视其对合同自由的立场及认识而定。就各国法院实务言之，法院的态度由保守趋于开明。诚如王泽鉴教授所言，这种控制大体言之，可分为三个层次：①在可能情形下尽量不承认合同条款已经当事人合意而成为合同条款；②在无法否认不当条款已经当事人合意而成为合同条款时，在

---

<sup>3</sup> 参见张严方：《消费者保护法研究》，法律出版社 2003 年版，第 355 页。

适用上尽量采取不利于企业者的解释；③若依解释尚达不到控制该条款的目的，则直接以该条款违反公序良俗原则而宣告其无效。<sup>4</sup>但格式条款的司法控制也有不少缺点，如司法控制属于个案控制，不具有普遍意义；是事后调整，损害已经发生，调整时间过迟。且格式条款的性质决定了适用的广泛性，如果该类问题都由法院援引民法基本原则进行个案审查，则必将导致法院负担过重的问题。

2. 行政控制。即由特定行政机关对格式条款的使用进行事先的审查，如以色列根据 1964 年《标准合同法》设立的特别委员会，格式条款的使用者在使用该条款前须将其提交到该委员会审核，该委员会经审核做出承认和拒绝的决定。<sup>5</sup>行政控制的好处在于其是一种预防性审查，有利于防患于未然。但问题在于，如果行政力量介入过深，甚至直接决定合同内容，是否将有损当事人的意思自治？因此有改变合同私法性质之风险。

3. 社会控制。对不公平交易条件的控制除有赖于立法、司法与行政手段外，社会力量对维护交易公平也具有重大意义。随着社会经济的发展，消费者权利意识的觉醒，消费者保护团体如雨后春笋般出现，它们在消费者保护和维权领域都起到了十分重要的作用。此外，行业自律协会、新闻舆论等也是重要的社会控制手段。但社会控制主要来自于私主体的自治，它的有效运作除了取决于市民社会的成熟发展，还依赖于健全法制的指引与规范。因此，作为市民社会运行的自律范畴的社会控制并不能完全取代法律规制的地位和功能。

4. 法律控制。即通过立法的方式，在私法中增设强行性规范，对合同自由进行约束并为司法审查明确判断标准。这种方式在各国已得到普遍的采用，德国于 1976 年制定了《一般交易条款规制法》，并在 2002 年的债法改革中将其实体部分纳入民法典，以色列早在 1964 年就制定《标准合同法》，此外，英国、日本、韩国等国家和我国台湾地区也先后制定相关特别法对格式条款进行规制。<sup>6</sup>我国在 1993 年制定的《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消保法》）中，第 24 条对格式合同做出初步的规定，1995 年制定的《中华人民共和国保险法》（以下简称《保险法》）中第 17 条和第 19 条对使用格式条款订立保险合同做出规定，1999 年制定的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）通过

<sup>4</sup> 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究（第三册）》，北京大学出版社，第 18 页。

<sup>5</sup> 参见李永军：《合同法》，法律出版社 2005 年版，第 311 页。

<sup>6</sup> 1977 年英国《不公平合同条款法》、1968 年日本《消费者保护基本法》、1980 年韩国《消费者保护法》等。

三个条文（第 39~41 条）对格式条款做出定义并就相关问题做出原则性规定。由此可以看出，通过立法对格式条款中存在的 unfair 交易情况进行调整已是各国的普遍选择。但立法模式如何选择，合同自由与合同正义的价值如何衡量，是进行原则性规定还是详细规定，立法与司法的关系如何协调，我国该如何完善相关法律等，这就是需要仔细思考也是本文下面将要详细讨论的问题。

## （二）格式条款的法律控制及其意义

如上所述，在对不公平格式条款进行控制的诸种手段中，法律控制具有十分重要的意义，它对于其他几种控制手段具有重要的影响。首先，法律控制为行政干预划定界限，尽管格式条款的缔结过程异于个别磋商，但不能否认其私法属性，<sup>7</sup>格式条款的内容仍需经过当事人合意才能定入合同，因此行政干预仍应遵守一定界限，不能径直规定合同内容而要求当事人遵守。<sup>8</sup>

其次，法律控制为司法控制提供裁判基础。以德国为例，在 1976 年《一般交易条款规制法》颁布之前，德国法院主要依靠《民法典》第 138 条“善良风俗”、第 242 条的“诚实信用原则”以及第 315 条的“公平裁量”的规定对一般交易条款进行内容控制，控制的尺度取决于法官的个人立场和主观判断，《一般交易条款规制法》颁布后，法官获得了明确的裁判依据，能够依据相关条文对一般交易条款进行审查，2002 年《债法现代化法》通过后，更是明确列举了一般交易条款相对无效和绝对无效的情形，使法官的裁量更加明确。

最后，法律规定为当事人提供了行为规范和需要司法救济时的请求权基础。法律规范既是裁判规范也是行为规范，通过法律对格式条款的拟定做出提示性要求<sup>9</sup>并确定格式条款无效的情形促使当事人在拟定或使用格式条款时就注意到条款的公平性问题，以起引导和威慑之作用，同时在相对人因格式条款而遭受不公平待遇时，能援引相关条文作为起诉依据，以得到司法救济。

---

<sup>7</sup> 关于格式条款的法律本质，存在两种学说，一种观点以法国法学家萨利赖斯为代表，认为格式条款是一种命令行为，应视为一种公法上的制度；另一种观点认为，尽管格式条款的缔结不同于个别磋商，但相对人仍有意思自治的空间，诚如德国法学家赫克（Hueck）所言，任何人都应依据同样的法律规范行为，但一般交易条款却是一方优先提出，而把选择的义务托付给相对人，故不同于法规。后者为现今通说，也是各国控制格式条款所需承认的理论前提。参见张严方：《消费者保护法研究》，法律出版社 2003 年版，第 359 页。

<sup>8</sup> 在这个问题上，德国的经验可资借鉴，德国建立了一般交易条款的推荐制度，并且设立联邦卡特尔局对推荐的主体资格进行审查，既对一般交易条款进行预防性控制，又注意行政干预的尺度，以免损害意思自治。参见祁春轶：“德国一般交易条款内容控制的制度经验及其启示”，载《中外法学》2013 年第 3 期，第 644-649 页。

<sup>9</sup> 如我国《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。

## 二、 德国一般交易条款的法律规制

### (一) 德国一般交易条款规制的立法进程

德国对于一般交易条款的规制经历了由司法控制到由司法、立法、行政和社会控制诸手段相结合的过程。其中，以 1976 年《一般交易条款规制法》为标志，法律控制起到了越来越重要的作用。

如上所述，在《一般交易条款规制法》颁布之前，德国司法部门已为规制一般交易条款做了相当程度的准备，其中包括援引《民法典》第 138 条的“善良风俗”和第 242 条的“诚实信用原则”对一般交易条款进行审查，大体言之，审查方式有二，一是增加一般交易条款纳入合同的难度，二是在一般交易条款已纳入合同的情况下因违反前述原则而直接否定其效力。<sup>10</sup>实际上，在立法之前，德国司法实务部门已积累了相当多的经验，从某种程度上可以说 1976 年立法是对之前司法判例的精细化和系统化的总结。这里需要指出的是，1976 年的立法中不仅包括实体法规范，还包括“不为之诉”等程序法上的规定，此时的法律是脱离于民法典之外的一部特别法。

2002 年 1 月 1 日，在经过几多争论之后，《德国债法现代化法》正式生效，德国民法典完成了自 1900 年实施以来的最大一次变革。这次变革以强调消费者保护与吸收对电子商务的规定为标志，体现了德国民法典向社会利益保护的倾斜。<sup>11</sup>在一般交易条款的规制方面，将原有《一般交易条款规制法》第 1 到第 11 条实体法部分纳入《民法典》，成为该法典第二编第二章“通过一般交易条款来形成法律行为上的债务关系”，剩下部分则成为《不为之诉法》继续存在。自此，德国将《一般交易条款规制法》正式纳入《民法典》之中，成为其债法体系的一部分。综上所述，德国一般交易条款的法律规制经历了由分到合、从游离于民法典之外到回归民法典的过程。

### (二) 德国民法典关于一般交易条款的规定——立法技术上的考察

如上所述，《德国民法典》对一般交易条款的规定基本来源于《一般交易条款规制法》，相关规定集中于法典第二编第 2 章，共十个条文。主要规定了一般

<sup>10</sup> 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”，载《比较法研究》2004 年第 1 期。

<sup>11</sup> 参见朱岩编译：《德国新债法：条文及官方解释》，法律出版社 2003 年版，第 1 页

交易条款的定义、纳入合同的要件、个别约定优先、异常条款的排除和不利解释原则、内容控制和适用范围等内容，法条内容体现出德国立法者完善且精良的立法技术，为更清晰的展现这一点，下面就相关条文进行全景式评述。

### 1. 一般交易条款的定义及纳入合同

根据第 305 条的规定，一般交易条款是所有为数量多的合同而预先拟定的由合同当事人一方（使用人）在合同订立时向合同当事人另一方提出的合同条款。<sup>12</sup>基于该定义有几点值得注意，一是为数量多的合同预先拟定，强调“预先”，但并未强调拟定的主体；二是由一方当事人在订立合同时提出，指明了提出的时间；最后肯定了一般交易条款的合同性质，它是一种“合同条款”。至于一般交易条款的表现形式，不管是被收进合同书还是单独构成，均在所不问。同时条文还说明，如果双方当事人对合同条款进行了充分协商，就不存在一般交易条款。在这里说明了一般交易条款的单方性质，即合同相对人难以对条款内容施加影响，从而可能受到不当条款的损害。

关于一般交易条款纳入合同的问题，<sup>13</sup>条文规定，使用一般交易条款的一方必须向相对人明示地提示或者在明示提示困难过大的情况下在合同订立地明显可见的招贴，且经过合同相对人同意，一般交易条款才纳入合同。这一规定不仅体现了一般交易条款的合同性质，即以一般交易条款缔约虽与传统个别磋商不同，但仍需双方当事人意思合致，从而最大限度的保护当事人的自由意思。而且增加了一般交易条款纳入合同的难度，即法律使使用人负担一个提示说明的义务，只有在相对人知悉或有知悉的可能，且经过对方同意时，一般交易条款才成为合同的组成部分，而不是该条款是否有效的问题。在这里立法者严格贯彻了合同成立与生效相区分的理论，<sup>14</sup>在使用一般交易条款一方未提请注意时，此时的格式条款因未形成合意而不成为合同之内容，而并非是不生效的问题。

第 305a 条考虑到公共运输、电力、煤气等领域的特殊性，规定了在某些情况下一般交易条款纳入合同的特殊要件。<sup>15</sup>

第 305b 条规定了个别的合同约定优先于一般交易条款的原则。<sup>16</sup>因为相较于

<sup>12</sup> 参见陈卫佐译注：《德国民法典》第 305 条，法律出版社 2010 年版，第 100~101 页。

<sup>13</sup> 同上注第 305 条（2），第 101 页。

<sup>14</sup> 即前者是一个事实问题，而后者是一个法律评价与价值判断问题。参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年版，第 150~151 页。

<sup>15</sup> 具体参见陈卫佐译注：《德国民法典》第 305a 条，法律出版社 2010 年版，第 101 页。

<sup>16</sup> 同上注第 305b 条，第 101 页。

一般交易条款，个别约定经过双方当事人的自由磋商，双方当事人对条款的形成都施加了对等的影响，更能体现双方的意思自由，因此法律赋予其优先效力。

第 305c 条第一款<sup>17</sup>规定了异常条款问题，即一般交易条款相对于合同性质或相关情事，显得极为异常，以致当事人无需考虑它们时，此种条款不成为合同的组成部分。这条规定来源于司法经验的总结。因为在实践中，一般交易条款的形式变化多样，或置于合同之中，但由于篇幅、字号、专业术语等原因，相对人尤其是消费者不会仔细阅读合同，以至于难以发现这些明显异于合同性质的条款存在；或以告示、收据、通知的形式出现，难以察觉，往往让人措手不及（德国法上也称为突袭条款（überraschende Klauseln）），例如当事人订立购买咖啡机的合同，出卖人在合同中规定买受人在购买咖啡机后每月需按时在自己这里购买定量的咖啡，这样的条款与合同性质而言显属异常，法律规定将其排除于合同之外，不成为合同的组成部分。<sup>18</sup>

## 2. 不纳入和不生效力时的法律后果

德国民法典第 306 条规定了当一般交易条款不纳入或被否定效力后的法律效果，第一款规定一般交易条款的不纳入或不生效时不影响合同其他部分的效力。<sup>19</sup>第二款规定了合同内容的填补。<sup>20</sup>第三款是对第二款的补充规定，即在考察合同的内容后，即使经过变更，合同的维持仍然对合同当事人不合理的苛刻时，否定合同的效力。<sup>21</sup>

## 3. 规避的禁止<sup>22</sup>

随着对格式条款控制力度的加大，出现了一些格式条款的使用人有意或无意地通过某种方式规避法律对格式条款的特殊规定，<sup>23</sup>立法者明确以条文禁止，给司法裁判提供了明确的指引，同时也给格式条款的使用人以威慑。

---

<sup>17</sup> 同上注第 305c 条，第 102 页。

<sup>18</sup> 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 72~73 页。

<sup>19</sup> 第 306 条（1）一般交易条款全部或部分地没有成为合同的组成部分或不生效力的，依法律规定确定合同的内容。陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 102 页。

<sup>20</sup> 第 306 条（2）这些条款没有成为合同的组成部分或不生效力的，依法律规定确定合同的内容。陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 102 页。

<sup>21</sup> 第 306 条（3）即使考虑到依第 2 款所预定的变更，对合同的维持仍会意味着对合同当事人一方来说是不可合理地期待的苛刻的，合同不生效力。陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 102 页。

<sup>22</sup> 第 306a 条即使本章的规定被以另外的形成方式规避，他们也予以适用。陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2010 年版，第 102 页。

<sup>23</sup> 将免责条款的表述或形式加以包装，比如以“居间条款”的形式出现，使人难以识别，或者在合同条款中加入选择条款，比如租车合同中出租人给租赁人两个选择，要么承租人承担较高的责任，要么承担一搬责任，但要提高租金，表面上相对人能够选择合同内容，但实质上每种选择仍然指向一种结果，那就是加重了承租人的责任。

#### 4. 内容控制

德国民法典第 307 条、第 308 条、第 309 条规定了一般交易条款的内容控制，即在一般交易条款已经纳入合同的情况下，因该条款违反诚实信用原则，不当的使相对人遭受不利益时，法律否定其效力。第 307 条第一款第一句是一般规定，即以诚实信用原则作为判断准，第二句规定了透明性原则。第 308 条、第 309 条具体列举一般交易条件无效的情形

#### 5. 适用范围

德国民法典第 310 条规定了该章的适用范围，其中，第一款是德国立法者对一般交易条款的人的适用范围。<sup>24</sup>第 2 款整合的是旧法的规定，<sup>25</sup>对于电力煤气远程热能及水供给企业关于由供给网络向特别受取人供给电能煤气远程热能和水的合同，原则上不适用第 308 条和第 309 条的规定。<sup>26</sup>第 3 款同旧法一致，调整的是消费者合同的特殊性问题。第 4 款规定本章规定不适用于继承法、亲属法和公司法领域的合同，以及团体协议、企业协议和劳务协议。这些规定与旧法是一致的，<sup>27</sup>然而在劳动法方面，该款规定“在适用劳动合同时，必须考虑劳动法上适用的特别协议”，也就是说除考虑特别法的规定外，该章的规定还适用于劳动合同，依照德国立法者的观念，删除这一领域性的例外有助于实现裁判的统一，同时还可以防止劳动法上的保护落后于民法上的保护水平。<sup>28</sup>

### (三) 形式评价

德国对格式条款的规制经历了从个案调整(法院在个案中运用民法基本原则进行控制)到单行法(《一般交易条款规制法》)再到民事基本法(《民法典》)的过程，法律规范来源于司法经验的积累，十分详尽具体，立法技术精巧，逻辑清晰。将《一般交易条款规制法》并入民法典解决了长期以来一般交易条款出于债法体系之外以至于形成体外循环的问题，体系得到完善。就立法技术言，采用概括规定、弹性规定和强行规范并行的立法技术，将一般规范与特别规范相结合，实现了原则性与灵活性的统一。

## 三、我国格式条款法律规制的现状及完善

<sup>24</sup> 参见杜景林、卢谟：《德国新债法研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 261 页。

<sup>25</sup> 参见《德国一般交易条款规制法》第 23 条第 2 款第 3 项。

<sup>26</sup> 参见杜景林、卢谟：《德国新债法研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 262 页

<sup>27</sup> 参见《德国一般交易条款规制法》第 23 条第一款。

<sup>28</sup> 参见杜景林、卢谟：《德国新债法研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 263 页。



## （一）我国法上格式条款法律规制的现状

我国法律对于格式条款的立法出现的时间较晚，究其原因，在于我国长期处于计划经济，市场发展严重滞后和不成熟。直到改革开放，尤其是在 1992 年党的十四届三中全会决定建立社会主义市场经济后，我国的市场经济才取得了大发展，随着市场主体和交易方式的日趋丰富，保险、银行、旅游等行业取得飞速发展，格式条款在市场交易中日益得到广泛使用，因此，对格式条款立法规制也变得越来越有必要。

我国于 1993 年颁布的《消保法》中第一次出现对格式条款的规定，<sup>29</sup>但该条十分的简单，属于原则性的宣誓性规定。此后，在 1995 年颁布的《保险法》中，第 17 条、第 19 条两个条文就保险合同中的格式条款问题作出规定，相对于《消保法》，该法中第一次规定了提供格式条款一方的提示说明义务。1999 年颁布的《合同法》通过第 39 条~第 41 条共三个条文就格式条款做出规定，相对于前两者更为具体，其中第 39 条规定了提供格式条款一方的提示说明义务和格式条款的定义，第 40 条规定了格式条款的无效情形，属于格式条款的内容控制；第 41 条规定了格式条款的特殊解释规则，即当事人对格式条款的解释有疑义时，应做出对提供格式条款一方不利的解释。至此，我国对格式条款的法律规制在合同基本法中搭建起简单的结构框架。

通过对我国法上格式条款法律控制的考察，可以看出以下几个趋势：

首先，对格式条款的法律规制经历了从无到有，从少到多的过程。由于我国市场经济发展的历史较晚，对格式条款的认识程度也经历了一个由浅入深的过程，这点反映在立法上尤其明显，从《消保法》的一个条文到《保险法》的两个条文再到《合同法》的三个条文，条文数量的递增也反映了立法者对该问题重视程度的加深。

其次，对格式条款的法律控制经历了从特别法到一般法的过程<sup>30</sup>，我国对格式条款的规定最早出现在消费者合同及保险合同领域，1999 年合同法颁布后，这种法律控制及于所有属于合同法控制的领域，体现了法律规制范围的扩大。

---

<sup>29</sup> 《消费者权益保护法》第 24 条：经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

<sup>30</sup> 这里要说明的是，从法律整体上讲《消保法》、《保险法》与《合同法》并不存在上下位阶的关系，但在合同领域，《合同法》的规定与《消保法》、《保险法》中的合同规定属于一般法与特别法的规定。

最后，我国对格式条款法律控制的认识不断加深，1995年《保险法》规定了提供格式条款一方的提示说明义务，体现了立法者认识到以格式条款缔约与传统缔约方式的不同。1999年《合同法》增加了格式条款的定义及格式条款的特殊解释规则，以更好的保护合同相对人，这些都体现了立法者对格式条款法律控制认识程度的加深。

## （二）我国法律对于格式条款规制的不足和问题<sup>31</sup>

如上所述，我国现今对格式条款的法律规制主要有三部法律涉及，但考虑到三者之间的时间顺序及特别法跟一般法的关系，便于与德国民法典比较的方便，这里仅对我国《合同法》的相关规定进行评述。

### 1. 关于格式条款的定义

《合同法》第39条第2款，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。根据该定义，格式条款必须是当事人预先拟定，且没有与对方协商。这就存在两个问题：第一，在现今各个行业中广泛存在着非由合同当事人拟定的示范合同，这些合同或由行业组织拟定或由行政部门组织起草，如果当事人一方直接采用该种合同，并没有拟定新的合同，那么这种合同是否属于格式合同。根据条文中的定义，当事人被放在最前面的主语位置，这就导致严格从文义上理解如果合同非由当事人亲自拟定即不存在格式合同的问题。第二，定义强调格式条款“未与对方协商”，措辞似乎不太恰当，通过以上论证我们知道格式条款的相对人意思自由的空间虽受到极大的限制，但其仍有接受或拒绝的权利，也即其合同自由是受到限制而非完全剥夺，鉴于格式条款的合同性质，格式条款纳入合同仍需要相对人的同意。此外，没有协商有两种情况，一是相对人不能协商，二是双方当事人没有疑义或不想协商，后者的情形可能是当事人放弃决定合同内容的权利而并非是合同自由受到限制。基于此，说格式条款是未与对方协商的条款就有问题，对此有学者指出，格式条款应是相对人不能协商而非没有协商的条款。<sup>32</sup>

### 2. 关于提示注意义务的范围及后果

---

<sup>31</sup> 我国对格式条款的法律规制经历了由不完善到相对完善，并处在继续完善的过程中，我国法律对格式条款的控制当然有相当可取之处，但限于本文讨论的目的及篇幅，本节只列出通过与德国民法典规定的比较后我国合同法在该问题上的不足和问题。

<sup>32</sup> 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，第3~4页

《合同法》第 39 条第一款<sup>33</sup>规定了提供格式条款一方的义务，该义务主要有两方面，一是在拟定条款的时候要根据公平原则来确定双方当事人的权利义务，二是要对免除或限制其责任的条款向相对人说明。从条文上看立法者已经注意到以格式条款缔约的特殊性，并通过对提供格式条款一方课以特定义务来保护相对人利益。但该条存在如下问题：

第一，该条虽然明确了提供格式条款一方的提示说明义务，但从比较法的视野上看，该规定是相当粗糙的，一是没有规定提示注意的时间，二是没有对提示注意的程度做出规定，提示注意是只需要达到让对方知晓还是必须要达到让对方了解的程度？

第二，从条文上看，只规定了“免除或限制其责任的条款”，存在着范围过窄的问题，格式条款包括免责条款但并不限于免责条款，有损合同正义的格式条款可能是免责条款也可能是其他形式的条款。

第三，第 39 条没有规定违反义务的后果。该条虽然规定了一方当事人的提示注意义务，但却没有规定违反该义务的后果，虽然根据《合同法司法解释二》第 6 条、第 9 条，一方当事人违反提示说明义务以致对方当事人没有注意到该条款存在的，相对人可以请求人民法院撤销该条款。但从比较法上看，基于格式合同的合同性质，格式条款纳入合同仍然需要双方当事人意思表示一致，而意思一致的前提是当事人已经注意到条款的存在，这也为提示说明义务提供了理论基础，即只有尽了提示说明义务让对方知晓条款的存在才有合意的可能，格式条款也才能纳入合同。而根据司法解释，违反该义务的结果只是赋予相对人一个撤销权，即格式条款已经纳入合同并生效，这显然不符合格式条款的契约本质，也与各国立法惯例不符。

### 3. 关于格式条款的内容控制

《合同法》第 40 条规定了格式条款的无效情形，应该属于格式条款的内容控制范畴，即在格式条款已经纳入合同的前提下，法律对严重违反合同正义的条款的效力进行否定，从而排除格式条款的效力以维护合同正义。从第 40 条看，格式条款除因具有第 52、53 条合同一般无效的情形而无效外，如果“提供格式

---

<sup>33</sup> 《合同法》第 39 条第一款：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。

条款的一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。”格式条款的内容控制应是格式条款法律规制的核心问题，德国民法典通过三个条文并通过原则性规定与大量具体列举相结合的方式进行了规定，反观我国，法条规定不仅十分简单而且还有相当多的问题。

首先，该条存在着与第 39 条矛盾的地方，第 39 条规定了一方当事人对免责条款的提示说明义务，而该条又说免责条款无效，尽管根据解释我们可以知道立法者的意思是免责条款违反公平原则且损害相对人利益达到一定程度时格式条款才无效，但法律措辞如此不严谨以致产生一目了然的矛盾实属不应该。

其次，该条仍然采用具体列举的规定，格式条款无效的情形仅限于“免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的”几种类型，前面已经提到，格式条款的类型是千变万化的，通过列举的方式对格式条款进行控制难免挂一漏万。且该条措辞具有极大的不确定性，何为加重对方责任与排除对方主要权利？法条并没有给出答案。

最后，缺乏对格式条款进行审查的司法标准。通过比较法上的考察我们知道当今世界各国对格式条款规制的判断标准主要是诚实信用原则，诚实信用乃道德准则，诚信原则则是将道德法律技术化，基于法律与道德之相互作用关系，而成为法律之最高指导原则。这也决定了诚信原则内容的抽象概括性，可因社会变迁而赋予新的意义。<sup>34</sup>通过诚信原则对格式条款进行内容控制，不仅扩大了控制范围，而且也能保证司法适用的灵活性与开放性，因此它已成为各国立法普遍采用的对格式条款进行内容控制的法律标准，但我国并没有这样明确规定。

#### 4. 格式条款的解释与非格式条款优先

《合同法》第 41 条对格式条款的解释做出规定，该条前两句关于格式条款的解释，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，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。第三句规定“格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”该条的规定与德国民法典较为接近，且更为详细，在此不作赘述。

#### 5. 缺乏相应规定

尽管《合同法》通过三个条文做出了规定，但仍显单薄和简单。通过与德国

---

<sup>34</sup> 参见王利明：《合同法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 164 页。

民法典的比较，我国《合同法》欠缺的规定主要有以下几点：

首先，缺乏对异常条款的规定。一个条款如果与合同性质相比显属异常，那么这样的条款能否订入合同就有疑问（比如上文购买咖啡壶的例子），德国民法典基于司法经验的总结，对于异常条款的问题做出了规定，但在我国法上还是空白。

其次，在格式条款无效的情况下，合同的效力如何。尽管可以根据《合同法》第 56 条的规定，合同部分内容无效的，不影响其他部分的效力，但此时对于无效部分留下的合同漏洞如何填补，我国法律也没有做出相关规定。

最后，缺乏对格式条款规避的禁止规定，如上所述，随着格式条款控制的完善，当事人为了避免自己拟定的格式条款的无效，越来越多的采用规避手段，以逃脱法律的规制。德国民法典明确规定一般交易条款规避的禁止，但我国未予规定，面对现实中出现的越来越多的法律规避问题，造成在司法救济中缺乏相关的请求权基础。

#### 四、 德国一般交易条款法律规制对我国的启示

##### （一）.就规制模式论——从民事特别法到民法典的回归

如上所述，对于消费者保护等领域的问题，德国长期以来是通过特别立法的方式来进行规制的，造成这一原因并非是特别立法产生于民法典之后，而在于特别法与民法典的关系长期以来存在争议。德国民法典制定于 19 世纪后期，经过几代法学家近百年的努力，使该法典成为潘德克顿法学结出的硕果。然而当时的德国正处于一个大变革的时代，工业化的不断推进，至 19 世纪最后 30 年德国已经从农业社会转变为工业社会。<sup>35</sup>这就产生一系列新的社会经济问题，而这些问题是前工业化时代的民法典所未能预见的。但随着产业革命以及随之而来的城市化的推进，这些问题变得越来越突出，以至于立法者不能视而不见，例如伴随着经营者与消费者分离而出现的消费者保护问题，以及随着交易形式的多样化而出现的分期付款买卖等。通过何种立法以规制这些新出现的社会问题是摆在德国立法者面前的一大问题。经过再三权衡，德国立法者采取了谨慎的态度，即先通过特别立法的方式予以解决。<sup>36</sup>尽管这种做法使民法典遭到了很多批评，<sup>37</sup>但在德国

<sup>35</sup> 参见[德]莱茵哈德·齐默曼著，韩光明译：《德国新债法》，法律出版社 2012 年版，第 237 页

<sup>36</sup> 例如先于民法典颁布的 1894 年《分期付款买卖法》，以及之后的《一般交易条款规制法》都属于这方面的特别立法。参见[德]莱茵哈德·齐默曼著，韩光明译：《德国新债法》，法律出版社 2012 年版，第 37 页

立法者看来，作为民事基本法的民法典应保持其体系的严密性与稳定性，对于新问题，在没有明确其性质以致不能设计出完善且持久的最终规则前，将有关社会变革的法律交由特别立法去解决是比较合理的，民法典是既有法律的重述，而不是为了改革即有的法律，绝不能把民法典设想为一个永远的建筑工地。<sup>38</sup>在这一立法思路下，关于一般交易条款的问题德国长期以来交由司法判例和特别立法予以解决。

直到 20 世纪末，在德国民法典颁布近百年之时，改革民法典，将特别立法纳入民法典的呼声日益高涨，究其原因，主要有三：

第一，经过近百年的发展，德国学术界对特别法所规制的法律关系已经有了深入的研究，取得了较为一致的看法，例如在消费者领域，消费者作为一个特殊群体，其权利应受民法特别保护的观点已被广泛接受。

第二，德国的司法实践已经积累了相当多的实践经验，这些判例通过法学家的研究加工，进行类型化的处理后，纳入民法典的各方面条件已较为成熟。

第三，随着欧洲一体化进程的加快，在法律领域欧盟颁布了越来越多的“指令”，这些“指令”需要通过修法纳入到德国的国内法之中，而这些指令所涉及的内容在很大范围上属于原特别立法规制的内容。<sup>39</sup>

以上原因促使了德国民法典的修改，伴随着 2002 年《债法现代化法》的生效，包括《一般交易条款规制法》在内的诸多特别立法纳入到民法典中，使对格式条款的规制成为民法典的一部分，从而实现了私法领域的统一。以上过程中可以对我国产生何种启示呢？

从历史发展阶段看，我国正处于大变革时代，这一点很像 19 世纪末的德国，一方面城市化与工业化并举，另一方面信息时代的到来又产生许多新问题。可以说，现在中国所面临的情况比德国还要复杂，在格式条款的问题上也是如此。那么面对这个问题，在法律层面该如何应对呢？由于我国现在没有制定统一的民法典，关于格式条款的问题规定在《合同法》之中，作为合同领域的基本法，其适用于除身份关系以外的一切合同关系领域。这就使得格式条款规制条款适用的广

---

<sup>37</sup> 例如有学者认为民法典不恰当地忽略了消费者保护领域，以致民法典被认为是以夸张的个人主义和自由、平等的形式主义概念为基础的。参见[德]莱茵哈德·齐默曼著，韩光明译：《德国新债法》，法律出版社 2012 年版，第 234 页。

<sup>38</sup> 参见[德]莱茵哈德·齐默曼著，韩光明译：《德国新债法》，法律出版社 2012 年版，第 240~241 页。

<sup>39</sup> 参见朱岩编译：《德国新债法：条文及官方解释》，法律出版社 2003 年版，第 4~5 页。

泛性，而该问题的复杂性<sup>40</sup>又要求立法上的精细区分，因此在搞清楚这些问题之前，不管是在《合同法》中还是在未来民法典的制定中，对相关问题都应该采谨慎态度。但在此之前，我们可通过特别立法予以先行解决，例如通过消费者保护法或商事特别立法对该问题做出较为细致的规定，待相关条件成熟后再将其纳入到民事基本法之中。这里还需要强调的是在进行特别立法的时候，应该特别注意特别法与民事基本法的观点，就格式条款而言，应注意其私法属性，处理好一般与特殊的关系，为将来立法的完善及纳入民事基本法提供条件。

## （二）就立法技术论

通过对德国民法典第 305 至 310 条的研究，我们可以看到德国立法技术的严谨与法律构造的精巧细致，这一点已在上文的法律分析中展现得淋漓尽致。具体言之，大体有以下几点值得我们学习借鉴：

第一，立法逻辑严密、周详。从对一般交易条件的定义到纳入条件再到一般交易条款的内容控制，规定环环相扣，逻辑链条十分清晰，体现了法律对一般交易条款控制的层次性，即先判断其是否纳入合同再判断其纳入合同后的效力问题。并辅之以规避的禁止，不生效的法律后果以及该章的适用范围等技术性规定，细节之处考虑得十分周到，<sup>41</sup>以更加全面周详的保护相对人权益，达到维护合同正义之目的。

第二，规定张弛有度，比较合理。成文法的优势在于明确具体，适用方便，但也有其弊端，规定过粗则适用不便，法官自由裁量空间过大，规定过细则会使法律过于僵化，难以适应变化发展的现实。这就要求立法者采取适当的立法技术在二者之间取得平衡。在一般交易条款的规制中，德国民法典较为合理的解决了以上问题，例如在一般交易条款的内容控制中，第 307 条做出一般规定，第 308、309 条详细列举了相关的情形，其中又区分绝对禁止跟相对禁止，实现了原则性与灵活性的统一。

第三，一般规定与具体规定相结合。例如关于一般交易条款的内容控制，第 307 条第一款规定了判断的一般标准，第二款列举了具体的判断标准，即在符合特定情形下必须排除相关条款的效力。这样既保证规定涵盖相当范围，又对特定

---

<sup>40</sup> 例如使用格式条款的双方当事人是经营者与消费者或是都是商事主体对双方权利义务的分配会有不同，以及不同行业之间的差异等。

<sup>41</sup> 例如民法典第 305 条第二款在规制一般交易条款纳入合同的条件下，还考虑到合同相对人残疾的情形，显得十分人性化和具体。

问题予以强调，以增强法律规制的有效性，保证了法律的可操作性与开放性的统一。

第四，强行性规定与弹性规定相结合。例如第 308 条列举了一般交易条款相对无效的情形，第 309 条列举了一般交易绝对无效的情形，既保证法律控制的力度，又赋予司法裁量相应的自由，以便更好地实践合同正义。

反观我国立法，不仅规定相当粗略，相当多问题未能涉及，就现有法条而言，也存在诸多的问题，例如存在着概念不严谨之处，相关法条之间还有明显的矛盾，这些问题都是需要以后的修法或立法予以注意和完善的。

### **(三) 立法、司法与学术研究的良性互动**

最后，通过对德国一般交易条款规制的变迁和立法进程的研究，我们可以清晰的看到德国立法、司法与法学研究之间的良性互动。

司法处在解决社会纠纷的第一线，当裁判缺乏相关实在法依据时，法官通过内心的公平正义观和相关法律技术基于民法的原则性规定裁判案件，在实践中发展法律，并为法学研究提供源源不断的素材。法学研究者面对未有之法律，其主要职责不在于批判，而在于以实践为导向运用法学的方法对司法案例进行加工提炼，进行类型化处理，并总结出法学规则，为司法裁判提供学理论证，为立法者提出相关建议。随着司法经验的积累和法学的发展，待时机成熟时，相关建议被立法者所采纳，通过立法程序形成法律，此时以成文法的形式为司法裁判提供法律依据，并为学者提供进一步研究的素材，由此形成三者之间的良性循环。

以上过程可以说是当今法治发达国家的普遍现象，也是他们保持法律发展和先进性的重要原因，对于包括中国在内的广大法治后发国家而言，除在单纯的法律继受之外，此点更是值得学习和借鉴的。

## **结语**

一部契约自由史，就是契约如何受到限制，经由醇化，而促进实践契约正义的记录。<sup>42</sup>法律对格式条款进行控制的目的在于扼杀合同自由，而在于纠正合同自由的偏差，实现双方当事人利益的衡平与社会秩序的稳定。本文通过对中德两国格式条款法律规制的比较，希望从比较法的角度得出有用的结论，对改进我国立法和司法实践提供些许帮助，愿在民法的关怀下，中国的社会主义市场经济

---

<sup>42</sup> 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社 2009 年版，第 58 页。



能够健康茁壮的成长！

## **Comparison of Chinese and German standard terms of legal regulation**

(China University of Political Science and Law College of Comparative Law, Beijing 100088, China)

**Abstract:** Legal regulation have plays a very important role in many cases, the German legislation on this issue has gone from a special law to incorporate the process of the Civil Code, its provisions clear logic, In China's "Contract Law", there are serious shortcomings and deficiencies on the Standard terms .We need to constantly improve. And many countries, including Germany, can provide reference for our country in this regard. By examining comparative law, We should improve the legislative technique, and handle the relationship between the legislative, judicial and legal research, to achieve positive interaction between the three.

**Key words:** Standard Terms Legal Regulation Improve

地址：北京市海淀区西土城路 25 号

电话：13269280018

邮箱：cr9124@163.com

邮编：100088

## 参考文献

- [1]王泽鉴. 债法原理 [M]. 北京:北京大学出版社, 2009. 58.
- [2]张严方. 消费者保护法研究 [M]. 北京:法律出版社, 2003. 355.
- [3]王利明. 合同法研究 [M]. 北京:中国人民大学出版社, 2002. 384.
- [4]王泽鉴. 民法学说与判例研究(第三册) [M]. 北京:北京大学出版社, 2009. 18.
- [5]李永军. 合同法 [M]. 北京:法律出版社, 2005. 311.
- [6]朱岩编译. 德国新债法: 条文及官方解释 [M]. 北京:法律出版社, 2003, 1.
- [7]陈卫佐译注. 德国民法典 [M]. 北京:法律出版社, 2010, 100-101.
- [8]杜景林, 卢谹. 德国新债法研究 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2004, 261.
- [9]莱茵哈德·齐默曼著. 德国新债法 [M]. 韩光明译, 北京:法律出版社, 2012, 237.
- [10]向玕. 德国一般交易条款重要问题研究——兼评我国合同法 39 条 [D]. 北京:中国政法大学, 2011. 25-32.
- [11]康拉德·茨威格特, 海因·克茨. 合同法中的自由与强制——合同的订立研究 [J]. 孙宪忠, 译, 梁慧星. 民商法论丛(第 9 卷) [C]. 北京:法律出版社, 1998. 357.
- [12]韩世远. 合同法总论 [M]. 北京:法律出版社, 2011. 150-151.
- [13]王利明. 对《合同法》格式条款规定的评析 [J]. 政法论坛, 1999, 3-4.
- [14]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 [J]. 比较法研究, 2004, (1): 63.
- [15]周清林. 论格式免责条款的效力层次——兼谈合同法及其司法解释之间的矛盾及其协调 [J]. 现代法学, 2011, (4): 185-193.
- [16]程金洪. 论格式条款的效力——合同法第 39 条与第 40 条之比较 [J]. 中北大学学报社会科学版, 2011, (4): 54-61.
- [17]祁春轶. 德国一般交易条款内容控制的制度经验及其启示 [J]. 中外法学, 2013, (3): 644-649.
- [18]苏号鹏. 格式合同条款研究 [M]. 北京:中国人民大学出版社, 2004. 249-303.
- [19]吴一平. 论格式条款的法律规制 [J]. 扬州大学学报人文社会科学版, 2011, 59-67.
- [20]李华岳. 浅析格式条款及其法律规制 [J]. 山西科技, 2007, 109-110.
- [21]王素芬. 格式条款效力评析 [J]. 辽宁大学学报哲学社会科学版, 2002, (3): 42-45.