

合同法上格式之战的学说变迁与规范适用

金 晶

内容提要:格式之战源于商事交易实践,属于格式条款订入商事合同领域的一项特殊问题。比较法上,从20世纪盛行的“最后一枪理论”,发展至目前通行的“相互击倒理论”,格式之战的学说建构与规则设计臻于成熟。我国《合同法》在欠缺针对格式之战特殊规则的背景下,基于合同成立的一般规则,解决兼具合同成立与合同内容确定双重因素的特殊议题,规则适用仍停留于“最后一枪理论”,滞后于现代学说发展。《合同法》第30条在立法继受联合国《国际货物销售合同公约》第19条时存在疏漏,同时《合同法》第39条、第40条在格式条款的订入控制与效力控制的区分上仍失之清晰,且与合同漏洞填补的周边规则难以协调,致使在中国合同法上格式之战面临规范适用与规范解释的双重挑战。在民法典编纂的背景下,就格式之战这一特殊议题,宜从立法论角度引入适当的制度构造或更新,引入合同订立特别规则或格式条款特别规则,辅以明确的补充性解释规则,或有助于摆脱格式之战的规范适用与解释困境。

关键词:商事合同 格式条款 订入控制 合同漏洞 补充性解释

金晶,中国青年政治学院法学院讲师。

双方互换格式合同引发的格式之战已持续世纪之久,然而,试图终结此战的诸种理论最终也仅是再燃起这场争战而已。^[1] ——科尔内伊·A. 斯蒂芬斯

引言:格式之战对中国法的挑战

《中华人民共和国合同法》第30条规定:“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要

[1] 参见 Corneill A. Stephens, *Escape from the Battle of the Forms: Keep it Simple, Stupid*, 11 *Lewis & Clark L. Rev.* 264 (2007); Thomas Kadner Graziano, *Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situation: The Hague Solution*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 14, 71 (2012/2013)。

约人对要约的内容作出实质性变更的,为新要约。”此系《合同法》在“要约—承诺—新要约”逻辑下确立的合同订立一般规则,也是目前格式之战的规范基础。司法实务中,基于前款规定判定合同成立与否的判决频频,^[2]但却囿于未明确识别格式之战的特殊性,致使在涉及格式之战的争议中,法院仍局限于判定合同成立,^[3]鲜有于合同成立前提下另行判定合同内容的精细操作。^[4]司法实务对格式之战“未识别”、“一般化”的立场,并非个案,这既与《合同法》匮乏格式之战特别规则有关,或亦可归咎于教义学欠缺令人服膺的解释论见解。^[5]“疑似”格式之战合同纠纷,或被简化为商事合同成立纠纷处理,这或亦是格式之战仍频频见诸国际商事争议,^[6]而我国司法实务却付之阙如的可能原因,有学者甚至称其为理论发展的重大缺陷。^[7]

学说变迁为何及如何影响规范适用?格式之战本就是合同订立领域一项极其特殊的议题,兼具合同成立与合同内容确定双重因素,单纯依赖合同订立规则,难以周延解决该议题,甚至滋生司法实务限于判定合同成立、不再进而确定合同内容的“惯性裁量”。鉴于比较法上格式之战的理论建构与规则设计均臻于成熟,因此,在合同法的框架内,或可借鉴域外经验,通过规范适用,来探索更为妥适的解决方案。本文以格式之战主流学说在《合同法》的适用空间为纲目,以《国际货物销售合同公约》(后称《公约》)及《德国民法典》为旁注,三者虽分属不同法制,但其规范历史、规则逻辑与学说选择不乏契合者。全文在结构上,首先,考察比较法上主流学说的理论贡献与适用局限,辅以合同订立判断标准的现代发展,展示主流学说本身的变迁路径及内在理性;其次,检视《合同法》在格式之

[2] 就合同成立问题,司法实务多依循《合同法》第30条判定合同成立与否,参见最高人民法院(2011)民申字第170号裁定;广东省云浮市中级人民法院(2015)云中法民二终字第310号判决;四川省广元市中级人民法院(2015)广民终字第570号判决;湖北省高级人民法院(2013)鄂民二终字第00029号;争议情形下,多适用《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)》第1条第1款关于“标的、名称和姓名、数量”的必备条款判定合同成立,如最高人民法院(2013)民提字第90号判决;最高人民法院(2016)最高法民申200号裁定;北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第03072号判决;黑龙江省哈尔滨市中级人民法院(2015)哈民六民终字第2号判决。

[3] 例如,北大法宝案例库中,竟无一例格式之战案件,仅在最高人民法院(2011)民申字第170号裁定这一唯一一例疑似案件中,法院仅基于《合同法》第30条判断合同成立,未深入辨别合同内容的确定问题。中国裁判文书网和无讼案例中,无论是“相互冲突格式条款”、“相互矛盾格式条款”还是“格式之战”关键词下,均无案例收录。

[4] 就合同内容确定问题,有关“合同漏洞填补”的司法裁判多限于非格式条款合同,参见最高人民法院(2015)民申字第1700号裁定;最高人民法院(2015)民申字第341号裁定;辽宁省高级人民法院(2015)辽民二终字第00178号判决;广东省高级人民法院(2014)粤高法审监民提字第8号判决;山东省高级人民法院(2016)鲁民终1962号判决;“格式条款无效”关键词下,中国裁判文书网、无讼案例收录判决分别为3018例和3184例,但在“格式条款无效”和“合同漏洞”双重关键词下,判决数则为零例(截至2017年5月3日)。鲜有涉及格式合同(免责)条款无效后,再行填补合同内容的相应裁判,而格式之战议题下的精细化操作更是罕见。

[5] 格式之战的既有研究,参见朱广新:《论合同订立过程中的格式之战问题》,《法学》2014年第7期,第72页以下;王江雨:《买卖合同成立的一般规则与国际贸易中的格式之战》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第8卷),法律出版社1999年版,第545页以下;扈力:《论合同订立中的格式之战》,《现代法学》1999年第6期,第43页以下。

[6] 《联合国贸易法委员会案例汇编》和《国际货物销售合同公约评注》涉及格式之战的相关判决分别约11例与14例,参见 Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, pp. 105 - 106; Schlechtriem/Schroeter, in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, S. 349 - 355; 从新近判决作出时点考察,德国、英国、苏格兰的三则判决分别作于2002、2010、2012年,参见 BGH, 9. 1. 2002; RTS Flexible Systems Limited v. Molkerei Alois Muller GmbH, UKSC 14 (2010); Specialist Insulation Ltd v. Pro-Duct (Fife) Ltd, CSOH 79 (2012)。

[7] 参见陈自强著:《契约之成立与生效》,元照出版公司2014年版,第134页。

战问题上存在的规范解释与适用困境,梳理关联规范“节点”的具体适用障碍;最后,提出格式之战的特别规则、合同成立与格式条款关联规则的立法方案。

一 格式之战的学说变迁

格式之战(battle of the forms),亦称格式之争或格式条款之争,陷入此“战”的格式条款,称为相互冲突条款或相互抵触的标准条款。^[8]此种“战争”,是双方以附合缔约方式订立商事合同时,一方以己方格式条款修改、新增对方格式条款所引发的合同是否成立以及合同内容如何确定的两类争议。如何在合同成立的前提之下确定合同内容,不仅是主流学说分歧之所在,亦系本文研究对象。

合同法上,疏解格式之战的主流学说有“第一枪理论”、“最后一枪理论”与“相互击倒理论”,另偶见“合理一击理论”、^[9]“最强一击理论”^[10]及“最佳一击理论”。^[11]立法例上,在采纳某一理论的单一模式立法例外,亦存兼采多种理论的混合模式立法例。^[12]更有见解竟全盘否认合同成立,但其因违背合同履行现实与合同有效原则,过于极端,鲜有采纳。^[13]

-
- [8] 称“格式之争”者,参见崔建远著:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第55页;梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由·合同编》(上册),法律出版社2013年版,第92页;张玉卿主编:《国际商事合同通则2010》,中国商务出版社2012年版,第190页以下;称“格式条款之争”者,参见王利明著:《合同法研究》,中国人民大学出版社2012年版,第258页;韩世远著:《合同法总论》,法律出版社2011年版,第103页;称“互相冲突条款”者,参见黄越钦:《论附合契约》,载郑玉波主编:《民法债编论文选辑》(上册),五南图书出版公司1984年版,第331页;称“相互抵触的标准条款”者,参见Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, p. 103。
- [9] “合理一击理论”(the reasonable shot theory),即法院通过选择包含了更有效率条款一方的格式条款,解决格式之战,其中效率衡量包括条款本身是否增加交易整体价值。参见Omri Ben-Shahar, *An Ex-Ante View of the Battle of the Forms: Inducing Parties to Draft Reasonable Terms*, Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009, 10-14 (2004)。
- [10] “最强一击理论”(the loudest shot theory),即实质判断相冲突条款内容,若条款标的、形式无严格矛盾,以冲突条款中内容最明确者为准。参见Req 24 juin 1912, D P I Jurisprudence p. 363; Cass. req., 5 février 1934, Dromain c. Chanfrau, G. P. 1934 (1ère sem.), Jurisprudence, p. 638, S. 1934. I. 110; E H Hondius/Ch Mahé, *The Battle of Forms: Towards a Uniform Solution*, 12 *Journal of Contract Law*, 270 (1998)。
- [11] “最佳一击理论”(the best shot theory),即以最佳或最有效的格式条款为准,但其欠缺当事人意思表示正当性,未获立法认可。参见Victor P. Goldberg, *The “Battle of the Forms”: Fairness, Efficiency and the Best-Shot Rule*, 76 *Oregon Law Review* 155 (1997)。
- [12] 采混合模式者,如《美国统一商法典》第2-207条,该条包含了第一枪、最后一枪与相互击倒规则之要素,具体案件中以何种理论解决,则需斟酌案件情事综合确定。参见Thomas Kadner Graziano, *Solving the Riddle of Conflicting Choice of Law Clauses in Battle of Forms Situation: The Hague Solution*, *Yearbook of Private International Law*, Volume 14, 79 (2012/2013)。
- [13] 德国曾援引《关于国际货物销售合同成立的海牙统一法公约》第7条第2款,罕见地否认合同成立,参见LG Bielefeld 5. 6. 1987, IPRaX, 229 (1988);普通法上,法院也曾主张通过不当得利等法定之债,解决瑕疵履行与迟延履行时否认合同成立后的返还问题,参见J. Beatson/A. Burrows/J. Cartwright, *Anson’s Law of Contract*, 29th edition, Oxford Press, 2010, pp. 42-43; Peter Lind & Co. Ltd. v. Mersy Docks & Harbour Board, 2 Lloyd’s Rep. 234 (1972);对该观点的相关评价,另参见E. Allan Farnsworth, *Formation of Contract*, in Galston & Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender, 1984, pp. 3-18; Schlechtriem/Schroeter, in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, S. 352。

为阐明主流学说于理论建构和个案适用的利弊所在,笔者以“迟延交付赛车案”^[14]为例说明,俾便对照。

“迟延交付赛车案”案情如下:买受人与出卖人欲交易赛车若干。出卖人发出订单,其正面载明型号与价格,背面小字印刷的“出售条款”中规定:排除迟延交付的损失赔偿请求。买受人收到订单后旋即确认,确认函正面确认了型号与价格,背面小字印刷的“认购条款”中则规定:对方迟延交付的,应赔偿相应损失。出卖人收到确认函后即刻发货,但最后一批赛车迟到十日。是故,买受人向出卖人主张最后一批赛车迟延交付的赔偿金。

(一) 学说举隅

“第一枪理论”(the first blow doctrine),又称最先一击规则,即以原要约人的要约缔约,这是格式之战较为简便的解决方法。荷兰采此立法例,《荷兰民法典》第 255 条第 3 款规定:“要约和承诺涉及不同的一般条款和条件的,承诺中的一般条款和条件不发生效力……”据此,在上述“迟延交付赛车案”中,出卖人订单为要约,出售条款构成合同内容,认购条款与出售条款的歧异内容不生效力,买受人无权主张迟延交付的损害赔偿。

“最后一枪理论”(the last shot doctrine),又称最后用语规则,即与原要约不符的承诺构成对原要约的拒绝,为新要约。合同成立前提下,以最后发出反要约方的格式条款为准缔约。^[15]德国采此立法例,《德国民法典》第 150 条第 2 款规定:“在对要约扩张、限制或做其它变更的情况下所为之要约,视为拒绝原要约,连同发出新要约。”据此,“迟延交付赛车案”中,买受人最后变更要约,为新要约人,确认函构成新要约内容,出卖人发货行为构成承诺,买受人有权主张迟延交付损害赔偿。“最后一枪理论”为德国早期司法通说,^[16]也是英美合同法主流,^[17]我国目前也采传统或有限制的“最后一枪理论”。^[18]

“相互击倒理论”(the knock out doctrine),又称剔除规则或排除异意规则,^[19]即冲突

[14] 本文虚拟的“赛车案三部曲”,皆改编自德国联邦最高法院的三例标志性判决,即 1973 年“迟延交付损害赔偿案”、1985 年“防御条款案”和 2002 年“萨尔瓦托条款案”。本示例改编自德国联邦最高法院 1973 年“迟延交付损害赔偿案”,参见 BGH, 26.09.1973-VIII ZR 106/72; BGHZ 61, 282。

[15] 参见王江雨:《买卖合同成立的一般规则与国际贸易中的格式之战》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 8 卷),法律出版社 1999 年版,第 576 页。

[16] 参见 RG 27.6.1916, RGZ 88, 377; RG 14.12.1928, RGZ 123, 97; BGHZ 61, 282, 287; Manfred Wolf/Norbert Horn/Walter F Lindacher, *AGB-Gesetz*, 3. Aufl., München, 1994, S. 126。

[17] 尽管英国、苏格兰以“最后一枪理论”为主流观点,但丹宁曾主张类似“相互击倒理论”的解决思路,认为应放弃对要约、承诺的形式分析,应整体解释双方条款,作调和解释:若能调和歧异条款,就应调和;若无法调和,就应剔除,以其他合理规定替代。参见 *Butler Machine Tool Co Ltd v Ex-cell-O Corp Ltd*, [1979] 1 WLR 401, in: Hugh Beale/Bénédicte Fauvarque-Cosson/Jacobien Rutgers/Denis Tallon/Stefan Vogenauer (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, HART Publishing, 2010, pp. 305 - 307; 苏格兰相关阐述及新近判例参见 William W. McBryde, *The Law of Contract in Scotland*, W. Green, 2007, para. 6. 97 - 6. 105; *Uniroyal Ltd v. Miller & Co Ltd*, SLT 101 (1985); *Specialist Insulation Ltd v. Pro-Duct (Fife) Ltd*, CSOH 79 (2012)。

[18] 称“传统的最后一枪理论”者,参见朱广新:《论合同订立过程中的格式之战问题》,《法学》2014 年第 7 期,第 78 页;称“有限制的最后一枪理论”者,参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 104 页。

[19] 称“剔除规则”者,参见 Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, p. 103; Schlechtriem/Schroeter, in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, S. 349 - 355; 称“排除异议规则”者,参见张玉卿主编:《国际商事合同通则 2010》,中国商务出版社 2012 年版,第 193 页。

格式条款因未达成合意而被相互击倒,以法律规定填补相应漏洞。^[20] 瑞士采此理论,以实质性条款合意为合同成立的前提。^[21] 《瑞士债法典》第2条规定:“当事人对契约重要之点已形成一致而保留其从属之点者,推定契约具有约束力。当事人就保留之从属之点意思不一致时,法院可依交易性质裁定之。”据此,“迟延交付赛车案”中,双方对机器型号、价格的合意可视为实质性条款达成合意,出卖人发货行为表明合同成立,认购条款和出售条款的分歧规定,可视为非实质性条款未达成合意,买受人能否主张迟延交付损害赔偿,需由法院依交易性质裁定。

(二) 合同订立标准:从形式主义“回归”实质主义

由上可见,“迟延交付赛车案”中,三种主流学说的适用结果迥异:“第一枪理论”和“最后一枪理论”对买受人的损害赔偿主张分持否定和肯认立场,“相互击倒理论”则将买受人的主张留由法院裁量。学说适用结果分歧的实质,是制定法对合同订立的形式主义和实质主义标准的不同选择。相应地,格式之战的学说变迁也可归纳为:早期恪守“要约—承诺”传统规则,从“第一枪理论”发展为“最后一枪理论”;新近“回归”实质合意原则,转采“相互击倒理论”。

1. “要约—承诺”的结构性价对

合同成立强调“要约—承诺”结构性配对,这是缔约形式主义的特征。“第一枪理论”与“最后一枪理论”均以此为圆心,强调要约、承诺,两者仅在以何为准缔约上存在差异。但需注意,上述不同选择含有下列考量因素。

由交易效率衡量,“第一枪理论”易判定原要约人,易确定合同内容,虽长于明确,但失之僵硬,机械唯“首发”要约论,有违商事交易的复杂长期性,要约人、承诺人在磋商中常因发价、还价不断置换,唯原要约论未免僵化,冗长交易中也难以判定缔约时点。“最后一枪理论”虽允许承诺人变更原要约,形成新要约,但新要约人之地位归属多属偶然,很难预期,或演化为双方循环要约、反要约的“乒乓大战”,甚至出现当事人伺机等待最后一枪的“拖延制胜”情形,失之公平。^[22]

自缔约风险观之,缔结自由、形成自由和形式自由互相牵制,缔约规则如何分配交易风险,是对合同的缔结风险或形成风险的不同取向。“最后一枪理论”倚重缔结自由,侧

[20] 1912年法国“管辖权格式条款案”系该理论之先驱。该案中,出卖人以小字形式新增的合同条款中规定以本国法为准据法,买受人条款中则规定以其本国法为准据法。瑟堡(Cherbourg)和康布雷(Cambrai)的商事法庭均认为,当事人就实质性条款达成合意时,仅以非实质条款冲突为由,无法阻却合同成立之现实;一方为机打格式条款,一方为手写条款,则手写条款更重要,应以普通法(droit commun)取代相冲突的格式条款。此后,法国进一步调整冲突条款的判断标准,强调实质判断冲突内容,发展出“最强一击理论”。判决参见 Paris, 6. 5. 1932 G P 1932 (2e sem), pp. 298-299; Trib. Comm. Cambrai 16. 4. 1912 and Trib. Comm. Cherbourg 6. 9. 1912; 相关文献参见 E H Hondius/Ch Mahé, *The Battle of Forms: Towards a Uniform Solution*, 12 *Journal of Contract Law*, 270 (1998); Gerhard Dannemann, *The “Battle of the Forms” and the Conflict of Laws*, in Francis D. Rose (eds.), *Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds*, LLP, 2000, p. 203。

[21] 参见 Corinne Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, S. 59。

[22] 参见 Kaia Wilder, Art. 19 CISG: The German Approach to the Battle of the Forms in International Contract Law: The Decision of The Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002, *PACE INT’ L L. REV.*, Vol 20:1, 6 (2008)。

重保护最终承诺人,新要约人虽能以实质性变更决定合同内容,但合同成立与否仍取决于最终承诺人之承诺,承诺人承担合同缔结风险。“第一枪理论”基于形成自由,侧重保护原要约人,原要约人有权决定合同内容的形成,最终承诺人原则上仅得承诺。

从合同成本考察,“要约—承诺”的结构配对使得法院的解释负担较轻,却要求当事人制定更明确的协议,交易主体的缔约成本增高。相较于当事人主动承担缔约成本与法院事后解释,尽管前者更易实现,成本更低,但当事人不懂或遗漏法律规则的风险存在,甚至熟谙交易的商主体也有陷入格式之战之虞。因此,形式主义缔约规则难以有效降低缔约成本。^[23] 此外,由于格式条款的内容严苛程度直接影响合同法律成本,进而影响合同价格,因此允许对方变更原要约人的格式条款,也就意味着允许其从条款差异中间接获取不当价格利益。因此,“第一枪理论”虽能避免对方不当获取价格优势,侧重保护要约人,但采“要约—承诺”形式标准,法院仍须发展辨识当事人行为意义的方法和标准,尤须审慎甄别履行行为与准备履行行为。

2. 实质合意

对于交易效率、缔约风险或合同成本的利益衡量,仍难逃合同订立形式主义标准之桎梏。然而,传统“要约—承诺”机制虽在现代缔约理论中大盛其道,但绝非缔约理论的制度史源。罗马法本无要约承诺规则,而以合意为根基,但自法国学者波蒂埃(Pothier)建构要约承诺理论并区分要约、承诺概念后,强调“要约—承诺”形式配对的缔约规则于 18 世纪末 19 世纪初传入英国,成为普通法之主流。^[24] 但值得关注的是,在合同订立领域,新近合同立法颇有“回归”实质合意的趋势,其中,格式之战以合意重构学说立场,转采“相互击倒理论”,便为一例。

“相互击倒理论”是当下国际商事争议判例中广泛采纳的通说,该理论存在缺陷,但利大于弊。一方面,该理论相对比较折衷,一定程度地弥合了“第一枪理论”的机械性,亦消解了“最后一枪理论”的任意性和偶然性,突破了既有理论缺陷。它突破了传统缔约机制,不再拘泥于要约、承诺的结构性配对,而以实质合意为核心。另一方面,该理论在合同漏洞填补上有所不足:相互冲突条款被击倒后,应由实体法填补合同漏洞,但国际商事交易当事人多以本国法为准据法,一旦冲突条款涉及法律选择等冲突法事项时,确定准据法并进而填补合同漏洞时,外国法查明和跨境诉讼等法律风险骤增,甚至反向激发涉诉主体为寻求于己有利的漏洞填补实体规则,引发挑选法院,法律适用更不确定,不过这种缺陷可借助后文提及的冲突法规则消解。

综上,格式之战的学说发展,折射出合同订立标准“回归”实质合意的趋势,这并非退回原点,而是现代合同法超越“要约—承诺”形式主义标准的一种尝试。新近研究亦深刻指出,现代合同法不再需要要约、承诺概念,而应考察影响履行行为和信赖的相关决策,结

[23] 参见 Richard Craswell, Offer, Acceptance, and Efficient Reliance, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 3, 547 (1996)。

[24] 波蒂埃初于 1760 年版的《债法》中区分要约、承诺概念并建构了这一理论。参见 Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, 1992, pp. 559, 567; Parviz Owsia, Notion and Function of Offer and Acceptance under French and English Law, 66 *Tul. L. Rev.* 875 (1992)。

合合同救济和执行作实质灵活判断。^[25] 20世纪一度盛行的“最后一枪理论”,终因其不确定性、偶然性等弊端隐退;“相互击倒理论”作为更合理的解决方案,渐获现代理论、判例肯认。这一变迁对我国合同法的学说建构和规范适用也有所启发,规范渊源上,1980年联合国《国际货物销售合同公约》与《合同法》共同构成我国合同法律之一部,《公约》亦属我国法解决格式之战的规范渊源;回溯立法史,《合同法》第30条系参酌《公约》第19条而来,鉴于《公约》第19条对格式之战素有争议,或将间接影响对《合同法》第30条的理解。但是,我国目前持传统的或有限制的“最后一枪理论”,这一学说的规范基础(《合同法》第30条)是否妥适?

二 规范适用的局限:《合同法》第30条有无法律漏洞

我国法上,格式之战的规范适用大致涉及《合同法》与《公约》:前者是疏解格式之战的内国法基础,属于调整各种合同类型的一般规范;后者是国际商事交易默示选择适用的国际统一法,是国际商事合同的特别规范,两者大致遵循一般规范与特别规范的适用逻辑。但需注意,《合同法》与《公约》存在立法继受关系,前者很大程度上移植了后者,尤以要约承诺规则为甚。《合同法》第30条与《公约》第19条第1款、第3款的规则内容、结构如出一辙,《合同法》第31条采纳《公约》秘书处的“承诺内容”规则而来。^[26] 可以认为,《合同法》的合同订立一般规则参考了《公约》。粗疏观之,两部法案对格式之战的适用结果似乎“统一”,但若细甄,两者无论是规范渊源还是司法判例均有关键细节差异,这种差异直接影响对《合同法》第30条的理解,进而影响格式之战在《合同法》上规范适用的相应评价。因此,下文经由历史回溯,在阐明《合同法》第30条现行立场的基础上,还原《公约》第19条对格式之战的立法争议,梳理《公约》判例法通说的“改弦更张”进程,重新审视《合同法》第30条作为格式之战规范基础的妥适性。

(一)《合同法》第30条的基本立场

《合同法》第30条中规定,实质性变更要约,构成新要约。由于该条对实质性变更的界定为不完全列举,仅具提示性,所列举的标的、数量、质量、价款等内容涵盖合同条款的大部分内容,即便如担保、所有权保留等非属列举范畴的事项,仍可经解释纳入实质性变更范畴。因此,该条虽使合同订立更为灵活,但实质性变更的适用边界不明,裁量余地较大。既然《合同法》允许承诺变更要约内容形成新要约,“第一枪理论”自无适用空间。

但就司法实践对新要约和合意的立场而言,应说明两点:其一,新要约规则多被用于

[25] 参见 Shawn J. Bayern, Offer and Acceptance in Modern Contract Law: A Needless Concept, *California Law Review*, Vol. 103, 101 (2015)。

[26] 参见全国人大法制工作委员会民法室主编:《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》,法律出版社1999年版,第21页;全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》,法律出版社2000年版,第11页;梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》,《中外法学》1999年第6期,第24页;王利明:《〈联合国国际货物销售合同公约〉与我国合同法的制定和完善》,《环球法律评论》2013年第5期,第122页;王利明著:《合同法研究》,中国人民大学出版社2012年版,第254页。

否认合同成立,法院多以新要约未获承诺为由,判定合同未成立。^[27] 司法实践虽不乏认可以行为承诺而判定合同成立者,^[28] 但自量观之,否认合同成立者远多于确认合同成立者。其二,合意虽为法院判定合同成立的基础,但裁判中,多以当事人达成合意来论证合同成立^[29] 或未成立^[30],而非确定合同内容,有别于比较法上基于合意判定合同内容的“相互击倒理论”。但无论如何,《合同法》第 30 条是我国判定格式之战的规范基础,最后变更对方承诺者,多可构成实质性变更,多以最终要约人身份订立合同,故采“最后一枪理论”。

(二)借镜《公约》第 19 条审视《合同法》第 30 条

疑点在于,作为《合同法》第 30 条的规则“母体”,《公约》第 19 条与《合同法》第 30 条对格式之战的立场是否一致? 诚如学者所言,《公约》第 19 条第 1 款符合镜像规则,第 2 款赋予了实质性变更构成反要约的变通空间,实质坚持了“最后一枪理论”。^[31] 学界更曾检视其立法缘由,认为《公约》第 19 条未明确提及格式之战是立法者有意为之,原因是当时的内国法或统一法对此问题未取得满意结果。^[32] 前述理由虽可资赞同,但历史回溯仍有继续探究的余地,《公约》第 19 条本就是该部法案最具争议的规定,^[33] 学说判例对于第 19 条作为格式之战的规范基础素有争议,其根源既涉及《公约》未特别规制格式之战的事实,又牵涉《公约》立法争点与判例发展。因此,回溯立法史上《公约》第 19 条对格式之战特别规则的存废之争,虽不直接影响规则适用,但颇有间接说明价值,这对理解参酌《公约》第 19 条而定的《合同法》第 30 条而言,殊有必要。

1. 《公约》第 19 条与《海牙公约》第 7 条的历史关联

回溯立法史,国际统一私法协会《关于国际货物销售合同成立的海牙统一法公约》(后称《海牙公约》)^[34] 是《公约》前身,其中《公约》第 19 条第 1 款参考《海牙公约》第 7 条第 1 款制定。^[35] 须补充说明的是,对《公约》第 19 条的历史“还原”,并不限于第 19 条第 1 款的“实质性变更”规则,《公约》第 19 条第 2 款的“非实质性变更”规则也可回溯至《海牙公约》第 7 条第 2 款。但就前款规定之间的历史关联,应说明如下四点。

[27] 基于“新要约规则”否认合同成立者,参见北京市高级人民法院(2016)京民申 1750 号裁定;湖北省高级人民法院(2015)鄂民申字第 01558 号裁定。

[28] 以“新要约”肯认合同成立者,参见上海市第二中级人民法院(2006)沪二中民四(商)终字第 653 号判决;武汉市东西湖区人民法院(2015)鄂东西湖民商初字第 00673 号判决;上海市松江区人民法院(2015)松民二(商)初字第 2662 号判决。

[29] 以“合意”肯认合同成立者,参见最高人民法院(2014)民提字第 178 号判决;上海市第一中级人民法院(2013)沪一中民二(民)终字第 3568 号判决;梧州市中级人民法院(2013)梧民再字第 19 号判决。

[30] 以“欠缺合意”否认合同成立者,参见最高人民法院(2015)民一终字第 133 号判决;滁州市中级人民法院(2013)滁民二终字第 00418 号判决。

[31] 参见朱广新:《论合同订立过程中的格式之战问题》,《法学》2014 年第 7 期,第 74 页;王江雨:《买卖合同成立的一般规则与国际贸易中的格式之战》,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第 8 卷),法律出版社 1999 年版,第 607 页。

[32] 参见朱广新:《论合同订立过程中的格式之战问题》,《法学》2014 年第 7 期,第 75 页。

[33] 参见 E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, pp. 175 - 184.

[34] 参见 1964 Hague Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods.

[35] 参见朱广新:《论合同订立过程中的格式之战问题》,《法学》2014 年第 7 期,第 74 页。

其一,《公约》第19条第2款的前身为《海牙公约》第7条第2款。《海牙公约》第7条第2款最初由瑞典代表团提出,借鉴了《斯堪的纳维亚统一合同法案》,受北欧法启发。^[36] 可以认为,合同订立时区分实质性与非实质性变更,是比较法上的贡献,这一区分解决了严格镜像原则下,承诺人以微小变更构成新要约,阻碍合同成立的桎梏,尤其解决了当事人因市场波动而利用镜像规则否认客观业已成立合同的立法漏洞。

其二,《海牙公约》曾就是否引入格式之战特别规则(第7条第2款b项)存有争议。该项规定:“若要约及意图构成承诺的回复均为表格形式,且回复中不以表格形式出现的条款未实质变更要约条款,则即使回复中的格式条款实质变更了要约的格式条款,除非要约人毫不延迟地对两者的矛盾提出反对,否则该回复构成要约之承诺。若要约人不作反对,以要约人的非格式条款、承诺包含的非格式条款所作变更、双方格式合同中达成合意的格式条款为合同条款。”1977年国际货物销售立法工作组第八次会议上,秘书处建议引入第7条第2款b项,但工作组欲保持一般规则的抽象性,主张无论实质变更为格式条款或非格式条款,只要承诺包含对要约的任何实质变更,均构成对要约的拒绝,由此删除了格式之战特别规则。^[37] 因此,是否引入格式之战特别规则,属于《海牙公约》第7条“天然携带”的立法争议。

其三,《海牙公约》立法中曾基于“相互击倒理论”起草格式之战特别规则。1977年总秘书处提到:“要约承诺均为格式条款时,秘书处建议的第7条第2款的规则内容虽然细致,但这种细化规定能否取得适宜目标,仍有待考察。”^[38] 立法者认为,国际商事交易中,当事人鲜少阅读对比格式条款,双方填入表格的内容更具实意,若所填内容相同,即便格式条款存在重大冲突,双方通常也会在合同成立的前提下履约。因此,格式条款冲突时,仅达成合意的格式条款订入合同,相互冲突或一方不含的格式条款不订入合同,相应空白应以“当事人间业已确立的惯例、商事惯例或应予适用的实体法”填补。^[39] 管见以为,《海牙公约》曾拟定的前述规制路径,不仅采纳了“相互击倒理论”,甚至在合同漏洞填补上更臻务实,强调当事人间业已确立的惯例与商事惯例的重要性。

其四,《公约》第19条立法中,比利时代表团曾提议引入格式之战特别规则,但遭拒绝。^[40] 保守派在第19条的起草中主张仅保留第1款,删除第2款和第3款,改革派主张引入格式之战的特殊规则。但《公约》最后仅保留第19条第2款,删除第3款的格式之战

[36] 参见 Folke Schmidt, *The International Contract Law in the Context of Some of Its Sources*, *American Journal of Comparative Law* 14, 24-25 (1965)。

[37] 参见 United Nations, *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook Volume VIII: 1977*, United Nations Publication, 1978, p. 82; United Nations, *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook Volume IX: 1978*, United Nations Publication, 1981, p. 77。

[38] 参见 1977 年总秘书处向大会提交的关于《国际货物销售合同成立和效力》的报告附件《〈关于国际货物销售合同成立的海牙统一法公约〉的批判分析和替代规则提案》, United Nations, *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook Volume VIII: 1977*, United Nations Publication, 1978, p. 100(第10项、第13项说明)。

[39] 参见 United Nations, *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook Volume VIII: 1977*, United Nations Publication, 1978, p. 100(第10项、第12项、第13项说明)。

[40] 参见 United Nations, *United Nations Commission on International Trade Law Yearbook Volume IX: 1978*, United Nations Publication, 1981, p. 96。

特殊规则。一般认为,第19条本身就是改革派与保守派政治博弈的结果。^[41]

综上,从立法史观察,《公约》与《海牙公约》均对格式之战特别规则的存废有巨大争议。但基于“相互击倒理论”的特别规则曾被提上过议程,而目前《公约》判例法回到立法中曾“昙花一现”的“相互击倒理论”,扬弃了第19条的“最后一枪理论”,这种“回归”值得关注分析。

2.《公约》判例法的改良

如前所述,由于《公约》未确立格式之战特别规则,因此各国判例立场有别:德、荷、奥曾采“最后一枪理论”,对方以履行行为接受最后更改的,最终发价人的格式条款有效;德国亦有诸多判决持“相互击倒理论”,以《公约》任意性规则取代冲突格式条款;法国巴黎上诉法院甚至否认双方格式条款。^[42]但从时间维度观察,《公约》判例法大致经历了从“最后一枪理论”到“相互击倒理论”的改良进程。

瑞典学者赫尔纳(Jan Hellner)于1986年就尖锐指出,绝不能以“要约一反要约”规则判断格式之战。^[43]《公约》第19条是合同订立的一般规则,以其解决格式之战,是以一般规则解决特殊问题,这种规范适用路径或可商榷。事实上,目前缔约国判例法的通行做法是,格式之战多涉及合同开始履行后的条款争议,就未达成合意的冲突条款,可关联解释《公约》第7条、第6条与第19条,解决其订入合同问题,将相互冲突格式条款视为《公约》第19条未明确解决的问题,依《公约》第7条第2款及第6条剔除未合意的冲突条款,以任意性规则填补合同漏洞。^[44]由此,判例法扬弃了“最后一枪理论”,而以“相互击倒理论”解决格式之战,形成了缔约国判例法的现行通说。^[45]

经由合同订立规则的“历史还原”,回溯《公约》第19条及其前身《海牙公约》第7条的立法史,不难看出,《公约》第19条所持“最后一枪理论”立场的妥适性有待商榷。更需注意,《公约》判例法通过关联解释,已经从规范适用上解决了前述立法争议。第19条虽为合同订立的一般规则,但通过关联解释《公约》第7条、第6条与第19条,“相互击倒理论”得以适用于格式之战,“相互击倒理论”亦得以成为目前《公约》判例法通说。由于

[41] 参见 E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, p. 175; Schlechtriem/Schroeter, in Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht CISG*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, 2008, S. 341, S. 350。

[42] 持判例立场不一观点者,参见 Larry A. Di Matteo et. Al., *The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence*, 24, *Nw. J. INT'L & Bus.* 299, 349 (2004);采“最后一枪理论”判决者,参见 Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, pp. 105 - 106;采“相互击倒理论”判决者,参见 Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, p. 105;否认双方格式条款之判决,参见 Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods*, United Nations, 2012, p. 106。

[43] 参见 Jan Hellner, *The Vienna Convention and Standard Form Contracts*, in Peter Sarcevic/Paul Volken (eds.), *International Sale of Goods*, Dubrovnik Lectures, 1986, p. 342。

[44] 《公约》第7条第2款规定:“公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按本公约所依据的一般原则解决。”《公约》第6条规定其为任意性法律,当事人可选择适用。但该条延伸出包括私法自治原则在内的若干一般原则。参见 Peter Huber, *Some Introductory Remarks on the CISG*, *IHR* 6, 228 - 238 (2006)。

[45] 参见 BGHZ 149, 113; *IHR* 2007, 123。

《公约》亦构成我国合同法律之一部分,相关司法判决认可《公约》判例法的参考作用,^[46]因此,判例法通行的“相互击倒理论”,显然与《合同法》第30条的“最后一枪理论”存在矛盾,这使得我国合同法律框架下,《合同法》与《公约》对格式之战的立场从最初的“统一”走向了“歧异”。那么,《合同法》第30条作为格式之战的规范基础,是否妥当?

3. 《合同法》第30条是否存在法律漏洞?

《合同法》第30条大幅移植了《公约》第19条第1款与第3款,《合同法》第31条亦采纳了《公约》秘书处关于承诺内容的相应规则,正因《合同法》合同订立一般规则与继受《公约》之间的密切联系,《合同法》在移植《公约》相应规则时,尤需注意其所移植的规则“母体”的争议。可惜,《公约》因政治原因未引入格式之战特别规则的事实,或湮没于《合同法》立法的大规模规则继受之中。甚至在起草《合同法》“格式条款解释”的相关规定时,曾对比《国际商事合同通则》关于格式之争的特殊规则,但最终未予继受,立法理由何在,无从查知,或许与当时强调格式条款的消费者保护政策相关。^[47]

《公约》未确立格式之战特别规则,是立法史上不同派别博弈妥协的结果。《合同法》未确立格式之战特别规则,似为法律移植时忽略《公约》第19条立法争议、遗漏商事合同格式之战特殊问题的结果,构成立法之疏。疑点在于,《合同法》第30条立法中遗漏《公约》第19条的历史争点和格式之战特殊问题,能否构成法律漏洞?一般而言,立法者忽略应予规整的问题或误认为已作规整时,构成未意识到的漏洞,属于自始漏洞。^[48]作为格式之战的法律基础,《合同法》第30条是否构成立法者未意识到的漏洞?管见以为,事实层面,《合同法》第30条立法时,或许存在疏漏《公约》第19条历史争点的现实情况,格式之战相关探讨亦未见诸立法资料,这似乎表明,立法者拟定《合同法》第30条时未意识到该条与格式之战的关系,有失圆满,似乎属于未意识到的漏洞。规范层面,纵使立法有所疏漏,《合同法》第30条仍不失为格式之战的规范基础,只不过格式之战学说下,更臻合理的“相互击倒理论”已成为《公约》判例法和比较法的通行观点,仍然适用《合同法》第30条所遵循的“最后一枪理论”落后于现代学说发展而已。但并非所有的立法疏漏都得构成法律漏洞,“最后一枪理论”虽有失合理,落后于现代学说选择,但也未到极不合理的境地,尚不构成法律漏洞。因此,能否借助《合同法》体系内部的规范解释,去寻找解决格式之战的更妥当的方案,这可能是我们需要努力的方向。

[46] 在我国,《公约》判例法虽非《公约》组成部分,不能作为审理案件的法律依据,但在准确理解公约相关条款的含义时,可以适当参考判例法。参见最高人民法院(2013)民四终字第35号判决,《最高人民法院公报》2015年第8期。

[47] 参见全国人大法制工作委员会民法室主编:《〈中华人民共和国合同法〉与国内外有关合同规定条文对照》,法律出版社1999年版,第27页;梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》,《中外法学》1999年第6期,第22页。

[48] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第255、256页。卡纳里斯认为,立法者未意识到某规定的圆满性,构成无意识的漏洞。参见 Claus-Wilhelm Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, in Jörg Neuner/Hans Christoph Grigoleit (Hrsg.), *Claus-Wilhelm Canaris Gesammelte Schriften, Band 1, Rechtslehre*, De Gruyter, 2012, S. 115。

三 规范解释的局限:《合同法》第 39 条的困境

徒学说不足以自行,缺乏特别规则时,学说的多样性易引发司法的无所适从。如前所述,若以《合同法》第 30 条解决格式之战,采“最后一枪理论”,属于以合同订立一般规则解决格式之战的特殊议题。考虑到《合同法》第 30 条与《公约》第 19 条的继受关系,《公约》缔约国借助判例法改良,转采“相互击倒理论”,这与《合同法》的立场歧异。由于《合同法》与《公约》均构成我国合同法律之一部分,两者对格式之战的歧异立场,或将成为司法统一适用的障碍。难点在于,能否从《合同法》体系内部借助规范解释,来合理解决格式之战?

比较合同订立的一般规则,不难发现,《合同法》第 30 条与《德国民法典》第 150 条的规则内容、规范构造十分类似,均采新要约规则。可是,德国对格式之战的学说立场从最初的“最后一枪理论”转向目前的“相互击倒理论”,德国司法通说的变迁,恰恰通过《德国民法典》的“规范体系内部循环”完成,即在教义学层面,通过规范解释和关联适用实现。这一路径或许对《合同法》上格式之战的适用困境有所借鉴。德国和中国的合同订立一般规则类似,若《合同法》效仿德国司法通说的变迁路径,尝试规范解释和关联适用,须首先明确德国司法通说变迁中的规范适用路径究竟如何展开,以及《合同法》进行规范解释和关联适用是否适宜。

(一) 德国司法通说变迁的解释论路径^[49]

为阐明德国司法通说变迁,笔者仍以“迟延交付赛车案”为例,在既有要件上增加如下信息。

“迟延交付赛车案 I”:^[50] 出卖人订单背面“出售条款”另规定:对本合同的任何变更或补充需以书面形式并获得书面确认为前提,否则无效。买受人收到订单后,在确认函背面格式条款中新增:我方自对方开始交付之日起即享有本合同项下全部标的的所有权。

“迟延交付赛车案 II”:^[51] 买受人确认函背面“认购条款”另规定:1. 本合同的一项或多项规定部分无效或全部无效或不能执行,本合同其它规定的效力不受影响。2. 双方须以适当的规定来代替无效或不可执行的规定。

1. 不合意

德国早期司法通说对格式之战采“最后一枪理论”,基于《德国民法典》第 150 条第 2 款,将扩张、限制或其他变更要约的承诺视为新要约。^[52] 但是,法院当时就已注意到“最

[49] 德国法的一般交易条款即中国法的格式条款,本部分关于德国法的论述采一般交易条款的术语表达。

[50] 改编自德国联邦最高法院 1985 年防御条款案,参见 BGH 20. 3. 1985-VIII ZR 327/83, NJW 1985, 1838。

[51] 改编自德国联邦最高法院 2002 年萨尔瓦托条款案,参见 BGH 24. 9. 2002-KZR 10/01, NJW 2003, 1780。

[52] 参见 Jauernig Kommentar/Stadler, 2009, § 305 Rn. 23; Palandt Kommentar/Grüneberg, 2015, § 305 Rn. 54; Schulze Handkommentar/Schulte-Nölke, 2007, § 305 Rn. 20。

后一枪理论”的偶然性与不可预期性,^[53] 学界也质疑其合理性,早在 1935 年,赖泽尔(Ludwig Raiser)在《一般交易条款法》一书甚至尖锐批评法院适用该理论“过于教条,应当抛弃,转采‘相互击倒理论’”。^[54] 尽管该著述深远影响 1976 年《一般交易条款法》立法,但直至 20 世纪七八十年代,德国司法实践才有所回应:^[55] 1980 年科隆高等法院“管辖权一般交易条款无效案”构成司法通说扬弃“最后一枪理论”的开端,^[56] 1985 年联邦最高法院“所有权保留防御条款案”完成了司法通说的最终变迁。具体而言,法院认为,相互冲突的一般交易条款构成《德国民法典》第 154 条的不合意,仅内容相符且存在合意的部分条款构成合同内容,相互冲突的和新增的一般交易条款不生效力。^[57] 德国司法通说由此转采“相互击倒理论”。

依据“相互击倒理论”这一新的司法通说,“迟延交付赛车案 I”中,出卖人订单背面规定属于防御条款,双方歧异条款及买受人新增的所有权保留条款,均属于相互冲突的一般交易条款,基于《德国民法典》第 154 条、第 155 条、第 306 条及第 242 条,合同成立,防御条款和新增所有权保留条款不生效力。

2. 部分无效与萨尔瓦多条款

疑点在于,相互冲突一般交易条款所构成的不合意,是否导致合同无效? 既有判决表明,《德国民法典》第 306 条虽仅适用于一般交易条款不订入合同(第 305 条)和不生效力(第 307 条及后续条款)情形,不直接适用于格式之战,但其法理念可用以解决格式之战。^[58] 一般交易条款法领域,即使有关合同内容的一般交易条款不成立或不生效,仍不影响合同成立及履行可能性,即基于《德国民法典》第 242 条的诚实信用原则,合同有效成立,但合同内容不应完全取决于双方一般交易条款,而应根据《德国民法典》第 306 条第 2 款的法理念,不冲突的一般交易条款仍然生效。^[59] 仅在例外情形下,若相互冲突的一般交易条款属于实质性条款或者数量众多,就可能因条款性质或数量庞大致使合同目的落空,此时可依《德国民法典》第 139 条或第 140 条,使合同整体归于无效或对合同进行转换。^[60] 因此,判断相互冲突一般交易条款的具体法效时,需斟酌个案情事。

[53] 尤其在双方使用防御条款时,相互冲突的一般交易条款以及新增的格式条款均被排除,此时适用“最后一枪理论”有失公允。参见 NJW 1985, 1839; [德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 805 页以下。

[54] 参见 Ludwig Raiser, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg: Hanseat. Verl. Anst., 1935, S. 224; BGHZ 61, 282。

[55] BGHZ 61, 282。

[56] OLG Köln 19. 3. 1980, BB 1980, 1237。

[57] 尽管防御条款旨在阻却对方条款订入合同,但这并不自然赋予其优于对方之效力。参见 NJW 1985, 1838; NJW 1991, 2633; NJW 1991, 1606; NJW-RR 01, 485; Jauernig Kommentar/Stadler, 2009, § 305 Rn. 23。

[58] BGHZ 61, 282; BGHZ 61, 282, 284 ff.; 另参见《德国民法典》第 306 条规定:“(1)一般交易条款全部或部分地未成为合同组成部分或不生效力的,合同其余部分仍然有效。(2)一般交易条款没有成为合同组成部分或不生效力的,以法律规定确定合同的内容。”

[59] 参见[德]维尔纳·弗卢梅著:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 806 页; Münchner Kommentar/ Basedow, 2007, § 305 Rn. 101; Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., C. F. Müller, 2010, S. 180; BGHZ 61, 282; BGHZ 61, 282, 284 ff.

[60] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 756、757 页; Münchner Kommentar/ Basedow, 2007, § 306 Rn. 28。

效力评价的另一疑点是,若相互冲突一般交易条款的内容,恰构成当事人所约定的合同部分无效时的法律效果条款时,相互冲突一般交易条款的效力如何?实务中将这些旨在排除适用法定后果的条款称为萨尔瓦多条款(Salvatorische Klausel),^[61]又称效力维持条款、保留条款或救助条款。^[62]萨尔瓦多条款包括部分无效条款和替代条款两部分,其实质是反向推定《德国民法典》第 139 条,通过引入萨尔瓦多条款,以规避合同部分无效时依第 139 条使合同整体归于无效的风险。^[63]因此,一般交易条款中包含萨尔瓦多条款,旨在将一般交易条款内容控制之风险降至最低者,该类条款因规避内容控制风险无效。

基于合同条款的效力评价,“迟延交付赛车案 II”中,买受人新增条款为萨尔瓦多条款,该条项下的第 1 款与第 2 款分别为部分无效条款与替代条款。依司法通说,萨尔瓦多条款因规避一般交易条款内容控制的规定归于无效。“相互击倒理论”下,双方就迟延交付损害赔偿的一般交易条款因相互冲突而被剔除。本案中,买受人主张的迟延交付损害赔偿需由法院裁定,以填补合同漏洞。

由上可见,德国法上格式之战的司法通说实现了从“最后一枪理论”到“相互击倒理论”的学说变迁。“相互击倒理论”以《德国民法典》第 154 条(不合意)为基础,绕开了第 150 条(要约承诺缔约),通过第 306 条第 2 款格式条款不订入合同的法理念,解决了相互冲突格式条款的订入合同问题,颇有釜底抽薪之妙。鉴于《合同法》和《德国民法典》的合同订立一般规则的类似性,两者又均含格式条款规则,《合同法》借鉴德国司法通说变迁进程确具有借鉴便宜性,但是《合同法》格式条款规范体系本身是否存在适用障碍?

(二)《合同法》第 39 条及其周边规则的解释困境

1. 《合同法》第 39 条:自始开放的漏洞?

格式之战源于商事合同条款,属于商事交易争议,疑点首先在于,《合同法》第 39 条及以下各条所构成的格式条款规范群,能否当然适用于商事合同?相关解释论见解概分两端。

其一,基于历史解释、关联解释与学理解释,《合同法》格式条款规范群的适用范围并不明确。首先,作历史解释,起草《合同法》格式条款规则旨在规制实质不平等的合同主体,保护消费者、实现实质公正。^[64]故在格式条款规则立法上,确实以民事合同(消费合同)为主要规制对象,但格式条款规则强调消费者保护、侧重民事合同,能否当然排除适用商事合同?因相关史料未见说明,此点存疑。其次,作关联解释,《合同法》第 41 条的不利解释以存在不利一方为前提,故从字面理解,该条多指向单方提供格式

[61] 萨尔瓦多的拉丁词源 salvatorius 具有维系、维持之意。

[62] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2004 年版,第 387 页。

[63] 参见 MünchKommBGB/Basedow, 2007, § 306 Rn. 29; Gottfried Schiemann, *Das Rechtsgeschäft*, in: Michael Martinek (Hrsg.), *Staudingers BGB Kommentar/Eckpfeifer*, Sellier de Gruyter, 2014, S. 256, Rn. 54; Jauernig Kommentar/Stadler, 2009, § 306 Rn. 4。

[64] 参见梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》,《中外法学》1999 年第 6 期,第 16 页;王利明:《〈联合国国际货物销售合同公约〉与我国合同法的制定和完善》,《环球法律评论》2013 年第 5 期,第 122 页;王利明著:《合同法研究》,中国人民大学出版社 2012 年版,第 254 页。

条款情形,关联第39条第2款,则格式条款规范群多指向单方使用格式条款情形,实践中亦是如此。^[65]另一方面,商事合同中两造实力差异虽远不及消费合同中经营者与消费者差异悬殊,但考虑到商事合同两造实力亦有强弱之分,例如大企业与中小型企业交易情形,则第41条也存在相应适用余地,只不过第41条恰以单方使用格式条款为规制对象,若适用于格式之战中商事合同双方均使用格式条款之特殊情形,似乎已超越该条适用范围。再次,作学理解释,格式条款的特点之一是相对人在订约中居于屈从地位、欠缺决定自由,^[66]既有文献虽区分格式条款订入消费合同与商事合同两种类型,但订入商事合同的学理研究多止于比较法介绍,未关联《合同法》作规范解释,对《合同法》格式条款规范群能否适用于商事合同,也未置可否。^[67]因此,商事合同格式条款能否落入《合同法》格式条款规范群的适用范围,仍应取决于双方的交涉能力,着眼于缔约时双方的决定自由作个案判断。

其二,由文义解释、体系解释与司法实践观察,反会得出《合同法》格式条款规范群适用范围应涵盖商事合同的结果。首先,自文义释之,《合同法》第39条第2款对格式条款的界定并未限制适用范围,未排除商事合同。^[68]我国对格式条款的界定虽包含“反复使用”要件,但一次性商事交易中,一方事先拟定、不许可对方协商的条款也应认定为格式条款。^[69]鉴于第39条可被视为格式条款订入合同的基础性规定,该条第2款是《合同法》对格式条款的唯一界定,可以认为,《合同法》格式条款规范群可适用于消费合同与商事合同。其次,基于体系解释,《合同法》采总分则结构,格式条款规范群隶属于总则,诸多商事有名合同分属分则。鉴于总分则体系中,总则抽象性、一般性规定的“公分母”功能,考虑到《合同法》第124条关于无名合同适用总则规定的内部逻辑,遵循特别规定优于一般规定的逻辑,隶属总则的格式条款规范群自然可适用于分则,适用于商事合同。最后,反观司法实践,涉及格式条款的既有判决虽多涉及消费合同,但援引格式条款规范群确认商事合同格式条款效力的审判也屡见不鲜。^[70]甚至商业规模化交易才是现代合同法上格式条款的主要阵地。^[71]

疑点在于,《合同法》第39条及以下各条的适用范围不明,能否归咎于《合同法》格式条款规范群存在法律漏洞?法律漏洞,即法律体系上违反计划的不圆满状态,这种不圆满

[65] 单方使用格式合同条款案件中,援引《合同法》第41条作不利解释之案例诸多,例如段天国诉中国人民财产保险股份有限公司南京市分公司保险合同纠纷案,《最高人民法院公报》2011年第3期;最高人民法院(2015)民申字第798-1号民事裁定。

[66] 参见王利明著:《合同法研究》,中国人民大学出版社2012年版,第410页。

[67] 参见崔建远著:《合同法》,北京大学出版社2013年版,第52页以下。

[68] 参见解亘:《格式条款内容规制的规范体系》,《法学研究》2013年第2期,第103页;苏号朋著:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社2004年版,第170页。

[69] 参见谢鸿飞著:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第157页。事实上,商事合同纠纷中,相关司法审判也常适用于《合同法》相关格式条款规则,例如辽宁省葫芦岛市中级人民法院(2014)葫审民终再字第00035号判决;江苏省高级人民法院(2015)苏审二商申字第00089号裁定;重庆市高级人民法院(2015)渝高法民申字第00805号裁定。

[70] 参见深圳市中级人民法院(2015)深中法商终字第138号判决;广州市中级人民法院(2015)穗中法民二终字第786号判决;浙江省高级人民法院(2012)浙辖终字第41号裁定。

[71] 参见谢鸿飞著:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第147页。

性,或源于《合同法》引入格式条款规定时,立法政策忽视商事合同与商事交易使用格式条款的现实;或可归因于依《合同法》基本思想和内在意旨,应就商事合同格式条款有所规定,而于格式条款的总则规范中未作细化规定的事实。^[72] 自始开放的漏洞,指立法时就特定类型事件在法律上欠缺适用规则。^[73] 《合同法》第 39 条及以下各条在商事合同格式条款的适用上,属于立法之际疏未规定,拟定格式条款规则时囿于时代背景,未意识到商事合同或有所忽略的结果。因此,法律评价时未考虑商事合同格式条款的特殊性,尤其遗漏了商事合同中双方均使用格式条款的特殊情形,致使《合同法》第 39 条及以下各条并未将商事合同明确纳入适用范围,而以消费合同为主要对象,致使该规范群无法涵盖生活的全部,构成自始开放的漏洞。填补开放的漏洞,常以类推适用或回归法律原则的方式填补。^[74] 在初步确定《合同法》格式条款规范群在商事合同(尤其是双方均使用格式条款的商事合同)的适用范围上存在自始开放的漏洞后,商事合同中的格式条款问题或可类推适用《合同法》格式条款规范群的相应规定。

2. 订入控制抑或效力控制?

即便认为《合同法》格式条款规范群存在自始开放的法律漏洞,就商事合同类推适用《合同法》第 39 条及以下各条后,又应如何判断商事合同中相互冲突格式条款的效力?《合同法》第 39 条第 1 款是格式条款订入合同的基础规定,即格式条款订入控制的一般规定。但该条仅规范了格式条款订入合同的基本要求,未规定违反此条的效力后果,属于缺乏法律效果的不完整法律规范。^[75] 若提供格式条款一方未尽提示或说明义务,条款效力如何? 违反该条款的法律后果,直接指向该规定系订立规则抑或效力规则的定性。^[76]

吊诡的是,回溯《合同法》立法草稿,《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》与《中华人民共和国合同法(草案)》均包含未尽提示义务或拒绝说明时条款不生效力的明确规定,两者立场一致,均认为条款不生效力,不订入合同。^[77] 但《合同法》正文为何无相关规定,无从查知。但这似乎暗示,提供格式条款方未尽说明义务或提示义务时,《合同法》第

[72] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 293、295 页;王泽鉴著:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社 2015 年版,第 70 页。

[73] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 254 页。

[74] 参见[德]卡尔·拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 258 页。

[75] 参见苏号朋著:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 188 页。

[76] 主张其为效力判断规则者,参见刘璐、高圣平:《格式条款之订入合同规则研究》,《广西社会科学》2005 年第 2 期,第 73 页;高圣平:《试论格式条款效力的概括规制——兼评我国合同法第 39 条》,《湖南师范大学社会科学学报》2005 年 5 月第 3 期,第 74 页。亦有观点认为,未履行提示义务或未应对方请求说明的,条款无效,参见梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》,《中外法学》1999 年第 6 期,第 23 页。

[77] 《中华人民共和国合同法(征求意见稿)》第 23 条第 1 款:“采用格式合同文本订立合同的,提供合同文本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,并应对方的要求,对该条款予以说明。提供合同文本的一方未尽到提示义务或者拒绝说明的,该条款不发生效力。”《中华人民共和国合同法(草案)》第 37 条第 1 款:“采用标准条款订立合同的,提供标准条款的一方应当遵循公平的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。提供标准条款的一方未尽到提示义务或者拒绝说明的,该条款不发生效力。”参见全国人大法制工作委员会民法室,全国人大常委会法制工作委员会民法室编著:《〈中华人民共和国合同法〉及其重要草稿介绍》,法律出版社 2000 年版,第 116、176 页。

39条第1款的法律后果应为不生效力,即为订立规则,而非效力规则。此外,《合同法》第39条第1款属于订入控制的定性,也符合《合同法》格式条款规范群的体系安排,即第39条为格式条款订入合同基本要求,第40条规制格式条款的无效,前者解决格式条款是否订入合同,后者解决格式条款订入合同后的效力评价,分属格式条款订入控制与效力控制。

但疑点在于,相互冲突格式条款究竟适用订入控制规则,抑或效力控制规则?应说明如下两点。

其一,若依《合同法》第40条采效力控制,相互冲突格式条款是否属于该条所谓的“为免除己方责任、加重对方责任或排除对方主要权利”?若扩张解释,因相互冲突的格式条款在实质上利己不利他,间接免除了己方责任并加重了对方责任,由此依《合同法》第40条或可得出此类条款无效之结果,其最终结果符合“相互击倒理论”。但这种扩张解释缺乏正当性:法律介入私法自治需有严格限制,格式条款的效力控制本就是制定法否认合同条款效力的法律控制,对此类条款作扩张解释,需有充分、正当理由,不可妄断,我国司法实践也持此见解。^[78]不仅如此,因《合同法司法解释二》第10条将违反《合同法》第39条第1款且违反第40条作为格式条款无效的前提,造成违反提示说明义务的条款属于可撤销且发生无效效力的条款,^[79]即《合同法》与《合同法司法解释二》对同一法律事实赋予两种法律效果,此种似是而非的立场,使得相互冲突格式条款的效力控制更具法律适用困境。

其二,若依《合同法》第39条采订入控制,双方均使用格式条款时,两造实力多趋于平等,以第39条的公平原则为由否认相互冲突格式条款订入合同,似乎牵强。不仅如此,第39条也难以解决非免责且相互冲突格式条款的订入问题。申言之,由于第39条的订入控制仅限于免责格式条款的订入,^[80]故在非免责格式条款的合同订入控制上,能否适用第39条,仍无通行见解。但因格式之战亦可为非免责格式条款的冲突,甚至是相互冲突格式条款中,免责与非免责条款兼而有之,那么,第39条在解决相互冲突格式条款的合同订入问题上,仍有较大的解释论障碍。基于比较法视角,德国用格式条款规则解决格式之战的适用路径,以合意为起点,先以《德国民法典》第154条判定相互冲突条款构成不合意,再由第306条第2款(不合意不纳入合同)和第306条(不纳入合同的法律效果)细化。有观点认为,自《合同法》第39条文义考察,格式条款提供方履行该条规定义务后,格式条款即订入合同,无须考虑对方当事人是否同意,此种仅强调公平,未强调相对人同意的构成要件,是第39条立法的重大疏忽。^[81]但是,《合同法》第39条原则上规定了告知且公平的条款经对方同意后订入,由于合意本就是《合同法》合同订立的一般规则,而

[78] 例如,厦门市中级人民法院(2015)厦民认字第200号裁定认为,格式条款中的仲裁地规定将实际加重维权成本这一理由并不符合《合同法》第52条、第53条的规定,不属于免除被申请人责任、加重申请人责任或排除被申请人主要权利的情形。

[79] 参见谢鸿飞著:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第153页以下。

[80] 参见谢鸿飞著:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第147页。

[81] 参见苏号朋著:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社2004年版,第193页。

非格式条款法的特别规则,格式条款的订立本就需满足合意这一前提。但若以合意为解释起点,目前仅能依《合同法》第 14 条、第 21 条与第 31 条再关联解释第 39 条后,方能得出相互冲突格式条款未达成合意、不订入合同的法律效果。这种结果虽符合“相互击倒理论”,但迂回复杂的规范适用路径,揭示出第 39 条作为格式条款订入控制基础的内在缺陷:作为订入控制的规范基础,第 39 条的构成要件失之明确,缺乏提供格式条款方未尽提示义务或拒绝说明时格式条款的效力后果,也缺乏非免责条款能否适用订入控制的明确立场。上述缺失,使得《合同法》第 39 条在相互冲突格式条款订入商事合同议题上,适用存疑。

仍有疑问的是,即便通过类推适用,填补《合同法》第 39 条在商事合同格式条款上的法律漏洞,将商事合同纳入《合同法》格式条款规范群的适用范围后,商事合同成立阶段的格式之战,能否当然适用《合同法》的格式条款规则?于此,应注意四点:其一,即便体系上第 39 条及后续规定可适用于分则,但因分则规范多涉及合同成立后的合同内容、违约责任规定,涉及合同成立的仅为明确自然人借贷、保管等若干民事交易类型的要物性规定,第 39 条及后续规定的实际适用范围极其有限。其二,司法实践虽有商事合同纠纷适用《合同法》格式条款规则的判决,但多围绕条款效力与解释展开,无涉格式之战。其三,因《合同法》第 39 条第 2 款将格式条款界定为未经协商条款,发生格式之战时,“最后一枪理论”与“相互击倒理论”均将引发原要约人的格式条款被变更或与对方的格式条款“同归于尽”之法效,这种结果亦不符合第 39 条第 2 款就格式条款“无协商余地”的欠缺决定自由要件,构成《合同法》第 39 条及以下各条适用于格式之战的技术障碍。其四,即便《合同法》第 39 条及以下各条得适用于商事合同格式条款,也无法得出发生于商事合同成立阶段的格式之战也可适用第 39 条及以各条之结论,因此,第 39 条及以下各条的适用空间也仅限于无涉格式之战的商事合同格式条款。

3. 《合同法》第 61 条和第 62 条:合同漏洞填补位阶存疑

问题还不限于此,即便类推适用《合同法》第 39 条,就格式之战问题适用“相互击倒理论”后,相互冲突格式条款被“击倒”就可能产生合同漏洞,^[82]那么,应如何填补合同漏洞?若采“相互击倒理论”并迂回适用《合同法》第 39 条,则相互冲突格式条款不订入合同,依《合同法》第 61 条,事后无法达成协议的,相互冲突格式条款不生效力,而根据合同条款或交易习惯填补合同漏洞。由于《合同法》第 62 条以第 61 条仍不能确定合同内容为前提,可以认为,《合同法》填补合同漏洞遵循“补充性解释优先,任意性规定嗣后”的位阶。^[83]当然,尽管依《合同法》第 62 条,填补漏洞的制定法应为任意性规定,但能否严格

[82] 合同漏洞属于评价问题(Wertungsfrage),需依所涉条款意义、目标、具体交易中当事人利益平衡等因素综合判定。相互冲突格式条款被相互击倒后并不必然产生合同漏洞。诚如克茨(Hein Kötz)所言,格式条款因无效被剔除出合同的情形,确定合同是否存在漏洞尤其困难,因此本文对合同漏洞填补规则的探讨,以存在合同漏洞为前提。参见 MünchKommB/ZB, 2007, § 306 Rn. 10; Hein Kötz, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, JuS 4, 294 (2013)。

[83] 参见韩世远:《民事法律行为解释的立法问题》,《法学》2003 年第 12 期,第 68 页;韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 709 页;王轶:《论合同法上的任意性规范》,《社会科学战线》2006 年第 5 期,第 233 页。

排除强制性规定填补漏洞,仍存疑问。^[84] 需要注意,德国法有所不同,遵循“任意法优先,补充解释嗣后”的合同漏洞填补位阶。^[85] 申言之,基于《德国民法典》第 306 条第 2 款及第 157 条,任意法缺乏具体规定或无法适用时,以合同的补充性解释(ergänzende Vertragsauslegung)填补漏洞;或者,任意法虽有规定,但无法适当填补漏洞,不符当事人利益分配、严重背离合同目标或出现其他失之合理的填补结果时,才可径行以补充性解释填补漏洞。由此可见,任意法与补充性解释虽为合同漏洞填补的两种方式,但《合同法》与德国民法对其适用位阶的立场恰恰相反。

填补合同漏洞时,理论上究竟应如何安排任意法与补充性解释的位阶? 这涉及立法预设与司法续造的位阶安排,实为立法监督与司法监督的位阶关系,亦即立法者与法官解释的优先性问题。^[86] 管见以为,两者位阶的考量,可从任意性规定的目的与功能、补充性解释与“推定的意思表示”间的内在关系展开:其一,立法者引入任意性规定时,尤其在有名合同中设置任意性规范时,多为合理考量所涉各方利益分配与合同特点的结果,是立法者斟酌某类合同典型利益状态而设,多符合当事人利益。当事人缔约时无须事无巨细见诸合约,对合同未规定内容可期待法律设有合理规定。因此,任意性规定旨在填补合同漏洞,补充性任意性规范尤其发挥着替代当事人安排,为法官提供纠纷裁判依据的重要功能。^[87] 其二,即便法官进行补充性合同解释,其解释是否符合当事人“假设的约定”,这就涉及当事人与未经表达的,甚或是仅可推测的意思之间的关系。从性质上看,补充性解释实为司法续造,应受严格限制。法官应首先依任意性规定填补,仅在其例外性地不适用时,方可藉由补充性解释填补合同漏洞,即在穷尽法律规定后方得解释,^[88] 以此发挥任意性规范的合理性,同时防止法官的司法专断。^[89] 再者,法官解释合同时,仍需以合同内在目的与公平平衡利益为准,依据诚实信用,顾及交易惯例及在订立合同中本应作出的约定。不难发现,补充性解释已经不是主观解释,而是司法续造的客观解释。

诚然,我国与德国法均认可任意法、补充性解释两种合同漏洞填补方式,但《合同法》第 61 条、第 62 条所确立的“补充性解释优先,任意性规定嗣后”的位阶,恰与德国法截然相反。补充性解释优先,看似符合私法自治、符合双方缔约本意,却忽略了法院作补充性

[84] 修正的合同解释时,如当事人无法达成补充协议,则可直接适用任意性规定。参见韩世远著:《合同法总论》,法律出版社 2011 年版,第 712 页。

[85] 参见 MünchKommBZ, 2007, § 306 Rn. 22; Otto Sandrock, *Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Methodologische Untersuchungen zur Rechtsquellenlehre im Schuldvertragsrecht*, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, 1966, S. 87; Wolfram Henckel, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, AcP 159, 107 (1960)。

[86] 参见孙森焱著:《民法债编总论》(下册),三民书局 2012 年版,第 695 页以下。

[87] 参见 Hein Kätz, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2012, S. 121; Palandt Kommentar/Grüneberg, 2015, § 306 Rn. 13; 王泽鉴著:《债法原理》,北京大学出版社 2013 年版,第 223、225 页;王轶:《民法典的规范类型及其配置关系》,《清华法学》2014 年第 6 期,第 58 页。

[88] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2004 年版,第 260 页;Schulze Handkommentar/Schulte-Nölke, 2007, § 306 Rn. 6。

[89] 参见李永军:《论合同解释对当事人自治否定的正当性与矫正性制度安排》,《当代法学》2004 年第 2 期,第 60 页。

解释时仅是基于“假定的、可推测的”意思表示进行客观解释,并不探求当事人内心真意,仅依客观情形权衡,是一种“含义的带入”,而“假定的、可推测的”当事人意思与当事人主观意思之间,并无直接联系,甚至可能僭越当事人意思。^[90]而且,由于补充性解释的结果并不确定,补充性解释优先的位阶安排,亦将影响法律适用的安定性。因此,《合同法》现行填补位阶,或有使任意法安定性功能落空之虞。^[91]而就格式之战,即便类推适用《合同法》第 39 条后,相互冲突格式条款被“击倒”后,现行合同漏洞填补规则基于《合同法》第 61 条、第 62 条和第 125 条,补充性解释优先于任意性规定,此种合同漏洞填补位阶似失之合理。

四 代结语:格式之战的规则设计

格式之战以《合同法》第 30 条为规范基础,采“最后一枪理论”,无疑是以一般规则解决特殊问题,所采理论本身缺陷明显,滞后于现代合同法通行的“相互击倒理论”;格式之战以《合同法》第 39 条及后续条款为基础,那么无论是确定第 39 条存在自始开放的漏洞,就商事合同格式条款类推适用第 39 条,还是在订入控制上对第 39 条、第 14 条、第 21 条、第 31 条作关联解释,其规范解释与适用路径都过于迂回复杂,难以令人信服;即便采“相互击倒理论”,在合同漏洞填补上,《合同法》第 61 条、第 62 条和第 125 条所确立的“补充性解释优先,任意性规定嗣后”的填补位阶,也有商榷余地。以上种种,都体现出《合同法》现行规则解决格式之战特殊问题时的“百般不适”,规范解释与适用折射出《合同法》在格式条款的订入控制、效力控制、合同漏洞填补等关联规范“节点”上的衔接不畅,亟待重整。鉴于商事合同的格式之战属于合同订立领域的一项特殊议题,欲解决我国合同法律框架内的格式之战困境,或许应从立法论层面进行规则更新。

(一) 实体规则与冲突规则立法例

国际统一法是格式之战特殊规则的典型代表,《国际商事合同通则》在保留新要约的一般性规则外,单独在格式条款规范群中,引入了格式之战特别规则(第 2.1.22 条),采“相互击倒理论”。^[92]结构上,新要约规则和格式之战特别规则分属合同订立领域的一般规则与特殊规则。此外,《欧洲合同法原则》、《共同参考框架草案》及《欧洲共同买卖法草案》皆采“相互击倒理论”,皆引入了格式之战特别规则。^[93]尤值关注的是,法国 2016 年《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》修订了《法国民法典》关于合同成立的诸

[90] 参见谢鸿飞著:《合同法学的新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 69 页;韩世远:《民事法律行为解释的立法问题》,《法学》2003 年第 12 期,第 67 页;Hein Kötz, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, JuS 4, 295 (2013)。

[91] 参见王轶:《论合同法上的任意性规范》,《社会科学战线》2006 年第 5 期,第 232 页。

[92] 参见张玉卿主编:《国际商事合同通则 2010》,中国商务出版社 2012 年版,第 191 页。

[93] 结构上,《欧洲合同法原则》第 2:209 条系合同订立下要约承诺之特别规则,《共同参考框架草案》第 II. -4:209 条的结构亦同;《欧洲共同买卖法草案》第 39 条系合同订立项下的特殊规则。

多条款,特别引入第 1120 条,解决了格式条款的效力问题。^[94] 结构上,新《法国民法典》将格式条款效力置于合同订立的“要约—承诺”部分,将格式之战置于格式条款效力项下,作特别规制。法国的创新之处在于,规范结构上,格式之战规则属于合同订立的特别规则,且以格式条款的效力特别规范形式出现,此种结构虽未单独规定格式之战特别规则,但同样能够基于“相互击倒理论”解决格式之战。

另须指出,格式之战虽多见于实体规则,冲突规则似乎成为了格式之战的“影子地带”。但就实务而言,国际商事交易中,法律选择条款的冲突或许才是引发格式之战的导火索。国际商事争议以确定准据法为诉讼起点,准据法不仅直接影响格式之战的解决,本身也会成为格式之战的争议点。《涉外民事关系法律适用法》虽未涉及格式之战,但该法第 41 条确立了以特征性给付确定与合同有最密切联系的法律的方法。瑞士商法曾提出过以特征性给付解决格式之战的思路:基于冲突法的基本原则,商事合同中,以特征性给付一方当事人的格式条款为准。^[95] 但我国现行冲突规则下,特征性给付的最大障碍是,《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 5 条曾规定十七类合同的特征性履行地,但该司法解释因《涉外民事关系法律适用法》的颁布相应失效,致使我国目前对特征性给付仍匮乏明确规则。因此,特征性给付或可成为未来冲突法和实体法协力解决格式之战的一个连结点,但目前确定性不足,缺乏操作空间。此外,国际冲突法还提出了联系实体法判断格式之战的新思路。2015 年《海牙国际商事合同法律选择原则》(后简称《海牙原则》)第 6 条规定了格式之战的冲突规则,即当法律选择条款冲突时,结合实体规则区分虚伪冲突与真实冲突。其中,第 6 条第 1 款引入了冲突规则指向的准据法对格式之战的具体理论选择;第 6 条第 2 款引入比例原则,以营业地法补足法律选择条款。^[96] 由于传统冲突法原则上不考虑冲突规则所指向的准据法具体规定,因此《海牙原则》在法律选择条款冲突问题上有所突破。但是,该规则一方面仅限

[94] 法国债法改革后的《法国民法典》第 1119 条规定:“1. 当事人一方援引的一般条款仅在对方当事人了解并接受该条款情况下方能生效。2. 双方当事人援引的一般条款不一致的,相互冲突的条款无效。3. 一般条款与特殊条款不一致时,特殊条款优先适用。”关于法国债法改革法令,参见 www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte, 最后访问时间: [2017-05-08]; 李世刚:《中国债编体系构建中若干基础关系的协调——从法国重构债法体系的经验观察》,《法学研究》2016 年第 5 期,第 4 页。

[95] 格式之战中倡导以特征性给付方法确定合同条款的早期文献,当属瑞士公司法学者 Peter Forstmoser 之著述,参见 Peter Forstmoser, *Die rechtliche Behandlung von AGB im schweizerischen und im deutschen Recht*, in Merz et al., *FS für Max Kummer*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1980, S. 118; Peter Forstmoser, *AGB und ihre Bedeutung im Bankverkehr*, in Peter Forstmoser (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Bankpraxis*, Verlag Paul Haupt Bern und Stuttgart, Bern, 1976, S. 17; Corinne Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, S. 59; 新近德国文献也提出要重视特征性给付,参见 Florian Rödl, *Kollidierende AGB: Vertrag trotz Dissens*, AcP 215, 712 (2015)。

[96] 双方持不同准据法时,两者准据法对格式之战采相同理论时,构成虚伪冲突,当其准据法采不同理论时,构成真实冲突,此时依第 6 条第 1 款第 2 项,双方无法律选择,由法院地冲突法规则确定准据法。《海牙国际商事合同法律选择原则》第 6 条:“1. (1) 当事人是否达成有效的法律选择,应根据当事人意欲使合同受之约束的法律体系确定。(2) 若当事人使用格式条款选定了两类不同的法律体系,而根据这些法律体系均指向相同的格式条款,则该格式条款应优先适用;若根据这些法律体系,不存在优先适用的格式条款或不同的格式条款须优先适用的,则不存在法律选择。2. 但若根据前述情形,综合案件情事,适用格式条款指向的法律对某方当事人不合理时,应适用该方当事人营业地法判断其是否同意法律选择。”参见 <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135>, 最后访问时间: [2017-05-08]。

于法律选择条款的冲突,具有特殊性,另一方面囿于《海牙原则》的软法性质,我国虽系海牙国际私法会议成员,但该法在我国的适用仍有赖于合同当事人的选择。

(二)解决格式之战的规则设计

未来民法典或合同法律的立法修法中,宜就格式之战作如下立法论思考。

方案一:合同订立特别规则

[格式条款缔约]

1. 双方当事人均使用格式条款,且双方要约、承诺中除格式条款外的其他条款达成一致的,合同成立,已达成一致的条款及实质内容相同的格式条款构成合同内容。

2. 下列情况下,合同不成立:

(1) 事先在格式条款外明确表明不受前款规定为基础成立的合同拘束;

(2) 事后毫不迟延地通知对方其不受前款规定为基础成立的合同拘束。

方案二:格式条款的特别规则

[格式条款的效力]

1. 当事人一方援引的格式条款仅在对方当事人了解并接受的情况下方能生效。

2. 双方当事人援引的格式条款不一致的,相互冲突的条款无效。

方案三:格式条款订入控制

[格式条款订入合同]

格式条款提供者应向对方明示其内容,经对方同意后方能生效。

方案四:补充性解释

[合同的补充性解释]

合同未约定或约定不明,嗣后仍无法达成补充协议的,法官应依相关法律任意性规范补充;无任意性规范可得适用或适用结果不合理者,应顾及交易惯例及依诚实信用原则解释之。

方案五:冲突规则

[格式之战的法律选择]

当事人的格式条款中的法律选择条款存在冲突的,其准据法指向相同格式条款的,优先适用该格式条款,指向不同格式条款,但能确定特征性给付一方的,优先适用特征性给付一方之条款,无法确定特征性给付一方的,视为不存在法律选择。

格式之战的妥善解决,需由实体规则与冲突规则协力完成。以上五种方案的规则性质、内容皆有不同:前四种方案均为实体规则,方案五为冲突规则;前三种方案是格式之战的核心规则,方案四和方案五则属于与格式之战相关的周边规则。最后需说明如下四点:

其一,方案一、方案二和方案三都是格式之战的核心实体规则,皆采“相互击倒理论”,但方案一与方案二的结构隶属不同:方案一借鉴了《法国民法典》与《国际商事合同通则》,体系定位为合同订立的特殊规则,放置于合同订立一般规则之后;方案二则立足《合同法》的既有体系框架,体系定位为格式条款的特殊规则,放置于格式条款规范群之中。

其二,方案三与方案一、方案二的不同在于,后两种方案均属于格式之战的特别规则,

而方案三仍属于格式条款订入合同的一般规定,其适用包括但不限于格式之战,但方案三能够间接解决相互冲突格式条款订入商事合同问题。

其三,方案四与方案五是格式之战周边规则。方案四的主要功能是在“相互击倒理论”下,相互冲突格式条款被剔除出合同后,合理填补合同漏洞。方案四确立了“任意性规定优先,补充性解释嗣后”的位阶安排,侧重合同漏洞填补的安定性。

其四,方案五借鉴《海牙原则》并吸收了特征性给付的思路,未来既可在《涉外民事关系法律适用法》债权部分有所补充,也可在相关示范规则中加以吸收。

相互冲突的格式条款,可谓商事合同订立中历久弥新、特别至极之议题,或可重整相关规范,将商事合同的订立、条款控制后纳入民法典编纂的通盘考虑,赋予民法典以“商法品格”,在立法上合理回应格式之战。此外,未来《民法典》合同法编进行规范整合时,在立法技术和立法政策上,仍需通盘考虑,即究竟采取欧盟《不公平条款指令》的立法思路,采消费者保护政策,以“消费者”或“经营者”作为格式条款控制(不公平条款控制)的身份识别标准;还是采取德国民法的中立政策,通过“决定自由”来作为格式条款的控制基础。回到格式之战的立法设计,前述几种方案,苟能抛砖引玉,有助于我国法对商事合同格式条款及格式之战之体系规范,则幸甚矣,格式之战,亦有望解矣。

[本文为2014年度教育部人文社会科学研究青年基金项目“两岸四地合同法区域整合之困境及对策研究”(14YJC820025)的研究成果。]

[Abstract] The battle of forms in commercial transactions has evolved from the “first blow doctrine” in the beginning, to the prevailing “last shot doctrine” in the 20th century, and ultimately to the current “knock out doctrine”. In this process, the doctrine has become increasingly mature in terms of theoretical construction and the design of relevant rules. To respond to the development of the doctrine at the levels of normative interpretation and application and explore the applicable space of the “knock out doctrine”, China should carefully examine the relationship between Article 19 of the CISG and Article 30 of the Contract Law. Against the background of the compilation of Chinese Civil Code, it should try to construct or update relevant systems through legislation, introduce special rules on the conclusion of contract or on standardized terms and supplement them with clear rules on interpretation, so as to get itself out of the dilemma of normative application and interpretation of the battle of forms.

(责任编辑:姚佳)