

非常态缔约规则:现行法检讨与民法典回应

徐 涤 宇^{*}

摘要:为实现实质意义上的交换正义,现代合同制度开始从消费者进路或格式条款进路,关注由当事人之间磋商对等性障碍引发的非常态缔约规则问题。从比较法的角度看,关于格式条款的规制,一般经历了从单行法回归民法典的过程;在再法典化国家,对消费合同的调整,亦部分或整体地由单行法晋级为民法典的内容。我国民法典合同编就格式条款之规制,在体系化地整合现行法以及完善具体规范方面任务艰巨;而且,在合同编中回应消费合同之缔约规则问题,也不失为较优方案。

关键词:磋商对等性障碍 非常态缔约规则 格式条款 消费合同 民法典合同编

一、问题的提出

债之关系最典型的发生根据系法律行为,而在法律行为之类型中,最重要的是双方法律行为,即合同。既然合同乃最为典型的法律行为和债的发生根据,则其成立问题尤其成为合同立法的规范重心。合同成立不同于合同订立,合同成立是缔约当事人为订立合同而相互磋商达成的结果,而合同订立则是缔约当事人缔约进程的一种展现,尽管合同订立并不必然导致合同成立之后果,但合同的订立毫无疑问是合同成立的必经过程。^①正因为如此,无论是现行合同法还是正在编纂的民法典之合同编中,对合同的订立均专设一章予以规范,且其条文不在少数。

依民法教义,合同永远是通过两个相互一致的意思表示而成立的,因此就合同订立来说,其常态就是要约和承诺(包括意思实现和交错要约两种特殊样态)^②之个别磋商的缔约方式。此种非常抽象、无色的法技术手段来自法律生活实践,涵盖了各种迥异的合同谈判过程,即便在具体个案中,往往因谈判的反复,很难分辨要约或承诺究竟由哪一方当事人发出,甚至合同订立一旦确定,辨识由谁发出要约或承诺,也已无关紧要。然而,正如卡纳里斯所言,合同必须经过完整的谈判才能成立的想法,是一头“可笑的狮头羊身蛇尾怪物”:这种想法适合于在传统集市上进行的买卖,但不适合于现代市场经济和竞争经济体制。倒不如说,各方当事人均可随其所愿,要求某些条件不可放弃,并将对方置于或接受这些条件或整体拒绝订立合同的选择之中。^③易言之,在实践中,通过要约和承诺订立合同事实上经常以一种变态的方式出现:合同条款多由一方当事人(通常为企业经营者)事先拟定,而由相对人决定是否接受。此种缔约方式改变了当事人经个别磋商、讨价还价而议定合同条款的传统缔约模式,同时也深刻影响着传统民法关于合同订立的立法结构。

这种非个别磋商的缔约模式乃现代经济活动的产物,因为在交易批量发生的现代社会,个别磋商的传统缔约方式已无法适应交易的需要。但两相比较,经由要约和承诺订立合同的方式,毕竟因充分彰显合同

^{*} 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师

^① 参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第65页。

^② 即使是竞争缔约(如招投标、拍卖)和强制缔约,一般也被置于常态的要约承诺框架下分析。参见崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2008年版,第120~137页。

^③ 转引自[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第296~297页。

自由之私法自治精神,故仍被看作合同成立的常规模式,而非个别磋商的缔约方式,虽然在定量分析的意义上呈现出取代常规缔约模式的趋势,但由于它实质上严重影响相对人的缔约自由,动摇了经个别磋商而议定合同条款的意思自治之根基,反而仅作为个别协商之缔约模式的变态方式,成为对合同条款进行司法控制或审查的重心。

在我国,1993年《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第24条最早提出格式合同的概念并对其进行规范,1999年《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)则以3个条文(第39条至第41条)规范所谓的格式条款。依通说,此所谓格式合同或格式条款,即德国债法现代化法中的一般交易条款(条件)、我国台湾地区的定型化契约或定型化契约条款、法国法中的附合合同、英美法中的标准合同或标准合同条款,它们均指非个别磋商的合同条款。据此,我国对于非个别磋商的缔约模式已采用两种规范体制并存的规制体系,而两种法律规范之间的关系,则被认为是针对格式条款规制的特别法与一般法的关系。但即便在消费合同领域,法院于裁判实务上,对不公平格式条款亦适用《合同法》的相关规定,以至于在司法实务中,迄今未出现法院依《消费者权益保护法》第24条判决不公平格式条款无效的案例。^①也许正如王泽鉴教授就我国台湾地区“消费者保护法”与其“民法”债编修正条文增订第247条之一规定(关于附合契约的原则性规定)之间的关系所言,《消费者权益保护法》和《合同法》关于格式条款的规定之间,也不具特别法和一般法的关系。^②据此,在我国,格式条款的规制问题虽然是因消费者权益保护的政策需要而首先由《消费者权益保护法》纳入规范,但将其作为传统缔约模式的一种变态方式加以一般化地规范,却责无旁贷应交由《合同法》来落实。如此一来,本文所提出的问题就呈现为:(1)《合同法》关于格式条款的规定是否完备无缺?或者说在法政策上有无修改完善之必要?(2)既然《消费者权益保护法》在格式条款的规制上已退居二线,那么在其“自留地”里,是否有必要构建一套消费合同的规范体系?(3)消费合同毕竟只是消费社会催生的一种亚合同类型,它无非是以传统缔约模式的另一种变态方式出现,合同法的缔约规则是否有必要以及在何种程度上予以回应?

从有民法典的国家的立法经验来看,欲对上述问题进行回应或解决,都会经历一个以单行法解构民法典,然后以再法典化的方式回归民法典的过程。而在我国,2013年修订的《消费者权益保护法》就消费合同增加了退货权的规定;目前正在制定的民法典合同编,也试图完善格式条款的规定,但其体系化整合程度有限,尤其对于消费合同的规范,更无建树。本文试图以现行法以及司法实践和学理研究为基础,借鉴国外再法典化过程中的最新立法成果,为我国民法典合同编相关规定的补充和完善提供建议。

二、磋商对等性障碍之类型化与合同法体系的变迁:比较法上的考察

通过合同自由之肯认而确保交换的正义,乃以当事人缔约能力均等为前提,因为只有磋商能力均等,当事人才能实现自决。如果磋商对等性发生障碍,亦即当事人之间在磋商能力上发生结构性差异,合同就可能退化为“他决”的工具。^③在现代化之前,传统民法基于其社会阶层结构的大致情形,假设缔约时处于相对位置的是两个地位平等的当事人,并通过常态的要约一承诺规则,在形式意义上保障合同自由的实现。但是,随着现代工业社会的兴起,尤其是当代消费社会在世界许多国家的形成,民法不再坚守形式意义上的意思自治,实质化的合同自由成为民法演变的最显著特征。为实现实质意义上的交换正义,现代合同制度主要着眼于解决由当事人之间结构性差异或磋商对等性障碍引发的问题。

与磋商对等性障碍相关的案例虽然难以体系化,但通过各国的立法和司法实践,磋商力量的结构性差异已大致被法定化为3种类型:(1)由劳动法和租赁法所规范的磋商对等性障碍问题;(2)格式条款中的磋商对等性障碍问题;(3)消费者和经营者之间订立合同时的磋商对等性障碍问题。^④显然,第一种类型的

① 参见崔吉子:《消费者合同法的私法化趋势与我国的立法模式》,《华东政法大学学报》2013年第2期。

② 参见王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第87页。

③ 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第23~24页。

④ 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第24页。

磋商对等性障碍问题伴生于工业社会,并因很久以来就存在大量保护作为结构性弱势者的劳动者和承租人的强制性规定,而逐渐在民法体系之外形成独立的法律系统。后两种则是随着消费社会的形成而凸显出来,且在消费者保护运动的推动下,各国通过消费者保护之单行法,来实现对此等磋商对等性障碍进行控制性的介入。此后,通过立法和司法实践的深入,这种合同法实质化的手段定型为消费者进路和格式条款进路两种:前者侧重于从缔约程序控制的角度消弭消费者与经营者之间的结构性差异,其广为立法接受的做法是直接对经营者课加信息提供义务,赋予产品广告、说明对经营者具有要约的约束力,或通过缓和欺诈、胁迫的适用要件扩张法律行为制度的适用范围;后者则不再强调仅针对消费合同,而是侧重于对所有非个别磋商条款的直接介入,如格式条款的缔约程序控制和内容控制。^①但无论是哪种控制性介入的进路,其直接冲击的都是传统的常态缔约规则,并由此带来各国合同法乃至民法典体系的根本变化。

(一)格式条款进路对民法典体系的挑战

从比较法的角度来看,在大多数有民法典的国家,关于格式条款的规制一般都经历了由凸显消费者保护之特别政策的单行法回归民法典的过程。例如,在1976年《德国一般交易条款法》颁行前,德国首先是利用《德国民法典》第138条关于“违反善良风俗的法律行为和暴利行为无效”的规定来保护当事人免受不公平的非个别协商合同条款的损害,然后在此基础上,将第242条和第315条作为新的审查标准。^②作为单行法的《德国一般交易条款法》虽然是对消费社会和消费者保护运动的某种回应,但消费者的保护并未被立法者视为优先性的政治诉求,因为在一般民事领域和商事领域,使用一般交易条款的情形也不容忽视。因此,《德国一般交易条款法》不是要把消费者作为市场中的典型弱者加以保护,而是要防止一般交易条款使用人通过单方面的合同自由损害相对人的利益。^③正是这种定位,才使该法能借助其重建民法实质意义上的合同自由功能,于2002年债法现代化之际被纳入民法典,构成其债编第2章,而无体系违反之嫌。也就是说,其规范在民法体系上,固属于合同条款内容控制与民法总则中关于法律行为理论的核心部分。^④即便如此,学理上对于这种司法控制合同条款的正当性基础,仍然存在大量批评意见,其中一个重要的质疑就是:将保障当事人免受单方行使合同自由的侵害作为正当性理由,无法将一般交易条款的司法控制和民法中其他保护机制(如《德国民法典》第138条)完全区分开来。^⑤易言之,单行法之纳入民法典,确实也面临如何与后者的既有制度融合的问题。

我国台湾地区关于定型化契约的司法和立法规制历程也极其相似:其现行“民法”对此原未设明文,司法实务上多适用第72条“法律行为违背公序良俗之效力”的规定;1994年“消费者保护法”设有专节规范定型化契约,内容涵盖定型化契约条款(又分为一般条款和非一般条款)的认定、定型化契约条款之订入契约、定型化契约条款的解释以及作为核心问题的定型化契约内容的控制;1999年“民法”债编修正条文增订第247条之一,作为规范“附合契约”的原则性规定。显然,与“消费者保护法”相比,此增订条文过于原则,除“为使社会大众普遍知法、守法起见”之立法意图得以实现外,其存在价值、立法技术及规范功能均有检讨余地。^⑥有学者从“消费者保护法”与“民法”相关规定之融合的角度,认为两种法律规范并存的立法模式,有叠床架屋之嫌,进而导致法律适用辗转曲折,甚至互相矛盾,故根本解决方法,应在于将“消费者保护法”相关规定移至“民法”中,始能令契约法之解释适用有统一、体系和谐发展的可能。^⑦

如果拓宽比较的视阈,会发现在解法典化背景下一些国家试图利用再法典化的机会,有机、统一地解决单行法带来的合同法体系不融通的问题,其最新的范例就是2014年《阿根廷民商法典》。在2014年《阿

① 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。

② 参见陈娜:《论德国一般交易条款法的产生》,《河南师范大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第768页。

③ 参见王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围》,《比较法研究》2014年第1期。

④ 参见杨淑文:《定型化契约之管制与契约自由》,台湾《政大法学评论》2013年总第132期。

⑤ 参见王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围》,《比较法研究》2014年第1期。

⑥ 参见王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第102页。

⑦ 参见杨淑文:《定型化契约之管制与契约自由》,台湾《政大法学评论》2013年总第132期。

根廷民商法典》的体系结构上,编纂者就20世纪60年代末以来单行法对1871年《阿根廷民法典》的修正进行再法典化,把固属于合同和消费关系的立法植入第3编“对人权”(债权)。具体而言,它在该编第1章“债法总则”之后,分设第2章“合同总则”(其中包括常规的要约承诺和附合于事先拟定的一般条款而订立的合同)、第3章“消费合同”、第4章“各种(民商事)合同的特别规定”(有名合同)。这种“一般体系”的立法结构,类似于2002年开始施行的《德国债法现代化法》,但事实上,它更接近1996年意大利立法者为执行欧盟第1993/13/CEE号指令(关于和消费者订立的合同中的滥用条款)而采用的所谓“外部方法”。不过,法典编纂委员会可能受《意大利消费法典》的影响,深化了这一方法。他们虽然在《阿根廷民商法典》中规定了消费者的保护,但由于“合同总则”乃依历史一教义的方法构建的,并未考虑定量数据的因素,故最终未在总则中建立一般的消费者保护规则,而是选择依合同条款之管制程度的标准,将合同划分为三个不同的类型:(1)有自由决定权的合同。此类合同是个别协商的结果,最终由意思自治原则规范,因而遵从2014年《阿根廷民商法典》第3编第2章第3节“合意的构成”之“要约与承诺”的规则;(2)附合于事先拟定的一般合同条款而缔结的合同。此类合同原属于1993年消费者保护之单行法的规范对象,但在2014年《阿根廷民商法典》中被整合为受司法和行政控制的一般合同条款之规范(位于要约承诺规则之后),由此,所缔结的合同究竟属于民事、商事抑或消费合同已不再重要,重要的是企业之间以及经营者与消费者之间订立的合同在磋商能力上是否平等;(3)消费合同。此类合同中合意与否并不重要,其界定标准系经营者和消费者之主体分类以及消费者特定弱势地位;立法者试图就此建立一个真正的法律规范“微系统”,此系统由2014年《阿根廷民商法典》第3编第3章(消费合同)和1993年第24240号关于消费者保护的单行法有层次地构建,并要求基于消费者保护之公共秩序而由法官和立法者提供更多的干预。^①

(二)再法典化经验中消费合同缔约模式之定位

可以说,前述两种合同法实质化的手段,即格式条款进路和消费者进路,都直接导致了对常态缔约模式的冲击。但是,对格式条款的调整在各国立法实践中已超越消费者保护之单行法的范畴,甚至通过再法典化(如阿根廷)或部分再法典化(如德国)而被整合为合同法体系的有机组成部分,而消费者进路因其适用对象的限定,能否从单行法的调整晋级为民法典的调整,颇有疑问。不过,新近一些法典化国家的尝试,还是为我们正在制定的民法典合同编是否应该纳入消费合同订立的一般性规定,提供了新的思路。

在德国,引发债法现代化的直接动因是欧盟关于消费品买卖的第1999/44号指令,即其中的规定必须在2002年1月1日前转换为国内法。立法者面临的选择有两种:要么制定单行法,要么在民法典中加以规定,并把这些规定列为独立章节。虽然此前许多消费者保护法都是按照这两种模式被转换的,但立法者最终决定以此为契机改变债法总则和分则部分的根本内容。^②就经营者和消费者之间的合同而言,此前的欧盟消费者保护指令和德国单行法为弥补消费者在缔约过程中的结构性弱势地位,一方面对经营者课加信息提供义务,另一方面鉴于消费者在特定情形(如上门订立合同、远程销售)或者特定交易类型(如分时居住合同、信贷合同)中难以与合同联系在一起的负担以及就是否订立合同做出妥适的决定,故赋予消费者以具有形成权性质的撤回权和返还权(通过寄回购买物来行使),此即所谓的“附撤回权或返还权地订立合同”。^③《德国债法现代化法》在这方面吸收了大部分单行法,并通过《德国民法典》第312c条转换了欧盟关于电子商务的第2000/31号指令,由此在传统的缔约模式之外就消费合同中的“特殊交易形态”构建了一些特殊的缔约规则。不过,依德国学者坦陈,由于这些问题不是在所有消费合同中都会发生,因此消费者意思表示的可撤回性并非德国或欧洲消费者保护法的一般原则;相反,除个案中可以类推适用外,

① Véase David F. Esborraz, Significado y consecuencias de la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo Código argentino, en *Nuovo codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di Riccardo Cardilli e David F. Esborraz, CEDAM, 2017, ps. 105—107.

② 参见[德]克里斯蒂阿妮·文德浩:《德意志联邦共和国的新债法》,载《德国债法现代化法》,邵建东、孟翰、牛文怡译,中国政法大学出版社2006年版,第2页。

③ 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第24页。

消费者仅在有法律规定的情形才享有撤回权。^①显然，德国立法者并不试图为消弭经营者和消费者之间的结构性差异，就消费合同构建一般性的缔约规则，而只是针对某些特殊交易形态移入单行法或欧盟指令的一些特定规则。^②

与德国不同，2014年《阿根廷民商法典》的立法者认为，消费合同已构成合同一般类型的特殊型态，需要和合同总则一起作出规定。具体而言，按照其体系化逻辑，依一般合同条款缔约只是要约—承诺规则的变态，其规制的实质是对所有民商事交易中的非个别磋商条款进行控制；而消费合同虽然是从消费者保护法所规定的各种具体消费交易形态中抽象出来的概念，但它事实上已超越此等具体的消费交易形态而独立为一种缔约模式，法典需要把这些一般化的缔约原则和规则纳入其中，为消费者提供最低程度的保护。^③如此一来，立法者将“附合于一般条款而成立的合同”作为一种变态的缔约模式，和常态的缔约模式一起规定在合同总则之“合意的构成”中，而把消费合同独立为紧随其后的一章。

消费合同一章的条文，旨在更好地确立关于当事人同意缔结消费合同的规范表达，以及限制和取消一般缔约规则中造成消费者在缔约过程中处于不合理地位的那些规则。具体而言，其第1节定义了消费关系、消费者和消费合同，并规定了消费合同的解释；第2节则专门规定消费合同之合意的构成；第3节针对特殊的消费交易形态，规定了在商业场所之外订立的合同、远程合同、电子手段的利用、消费者的撤回权等等。具体到其第2节，在以原则的形式规定尊严待遇、平等待遇和缔约自由之后，立法者针对消费合同之合意的构成，首先设立了告知之一般义务，即要求服务或商品的提供者在其自己知晓的同时，应将商品或服务的特别性状及其他所有和合同订立相关的情状告知消费者。此项规定在合同总则中未做要求，因为在传统的缔约模式中，当事人以其自己的成本获取信息，依法理他无须分享此等信息。其次，依公告或通告、媒体或其他传播手段发布的商品或服务之说明，被视为对消费者的要约且纳入消费合同中；就其反面，则禁止商品或服务提供者对消费者发布包括欺诈性广告、比较广告、诱导性广告、歧视性广告在内的非法广告。^④

三、非常态缔约规则在我国民法典合同编中体系性构造之可能

（一）我国现行法体系中格式条款进路之检讨

在我国，虽然格式合同首先也是在《消费者权益保护法》中得到规定的，但对其并未采取单行法的调整模式，而是由《合同法》在“合同的订立”一章统一规定格式合同之订立（第39条）、格式条款的效力（第40条）、格式条款的解释（第41条）。^⑤因此，关于格式合同的规范体系，即使认定前者是特别法，后者为一般法，也由于《合同法》的规范更为全面，不会像前述先有民法典后有单行法之具体规定的国家或地区那样，发生合同法体系被解构而需重构的现象。

不过，也正是因为我国关于格式合同的立法未像这些国家一样，经历以消费者保护为政策目标的单行法之制定前后的丰富实践检验，所以《合同法》的三条规范本身即相当原则且无更加具体的单行法规则为其提供可操作的法技术判断标准。甚至，就《消费者权益保护法》仅有的一个关于格式条款的条文（即2013年修法后的第26条）而言，与《合同法》第39条、第40条也不无龃龉。盖前者规范的为消费性格式

① 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第56页。

② 在欧盟国家，将此前以单行法形式制定的诸多消费者法或欧盟相关指令（主要涉及格式条款之规制、部分消费者信用法和消费性动产买卖法等）整合到民法典中，德国并非孤例。荷兰亦在欧盟指令的要求下，通过把各类消费者相关的指令纳入1992年《荷兰民法典》，完成了将这些指令转化为国内法的任务。参见[荷兰]马丁·W.海塞林克：《新的欧洲法律文化》（增订版），魏磊杰、吴雅婷译，中国法制出版社2018年版，第4页以下。这些指令分别被整合到《荷兰民法典》第3编（财产法总则）、第6编（债法总则）和第7编（合同分则）中。

③ 在这种意义上，2014年《阿根廷民商法典》被称为消费者法的“硬核”，即消费者保护主要发生在合同交易中，法典对此提供最低层次的保护，但这不妨碍依然有效的特别法做出较高层次的保护。Véase Código Civil y Comercial. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN, revisado, ordenado y concordado por Eduardo A. Zannoni, Marina de Vidal, Jorge O. Zunino, Fernando E. Shina y Gloria S. Ramos, Editorial Astrea SRL, Buenos Aires, 2015, p. 317.

④ Véase Código Civil y Comercial. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y modificaciones del PEN, p. 320.

⑤ 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156页。

条款,其第26条第2款和第3款将“排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定”径直认定为无效,对于消费者权益保护而言,契合对此类格式条款进行管制的正当性理由;而在《合同法》第40条,由于其适用范围包括消费性格式条款和非消费性格式条款,故其在控制格式合同的内容方面应否有强度标准上的区分,颇值斟酌。衡诸法理和比较法上的经验,对这两类格式合同的内容控制,事实上在适用范围上是有区别的。例如,商事惯例和经营者之间的特殊联系,可以作为经营者之间使用的格式条款生效的特定事由;^①再如,《德国民法典》第308条和第309条关于无评价可能和有评价可能的当然无效条款,原则上仅适用于消费性一般交易条款;而对于商人之间非消费性一般交易条款的内容控制,主要是根据第307条是否违反诚信原则显失公平的一般标准审查,而第308条、第309条规定只是参酌因素。^②此外,也有学者指出,格式条款订入消费合同和商业合同也是有区别的,如果说《消费者权益保护法》第26条第1款仅适用于消费合同尚有其合理性的话,那么《合同法》第39条不加区分地既适用于消费合同,也适用于商业合同,是值得商榷的。^③由此可见,如何在体系上消弭单行法和合同法之间的此种矛盾,系我国民法典合同编制定的关键任务之一。

尤其值得注意的是,在我国步入学者所谓的解法典化与法典化并存^④的立法阶段,有关司法解释导致了民法体系的实质性解构。在格式条款的规制问题上,就是《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6条、第9条和第10条规定所带来的合同法体系矛盾。例如,依文义,《合同法》第39条第1款是一项仅有行为模式而无法律后果的法律规范,很难被解释为格式条款订入合同规则或格式条款无效规则,唯有通过立法的完善将其明确为订入规则;^⑤而上开司法解释不区分合同成立规则和合同生效规则,于第9条把条款拟定者违反提示、说明义务的后果明确为相对人享有撤销格式条款的权利,更于第10条将此义务的违反叠加为格式条款依《合同法》第40条之规定而无效的另一条件(其单行法渊源应该是《中华人民共和国保险法》第17条之规定),显属不当解释。^⑥遗憾的是,《民法典各分编(草案)》(一审稿)第288条第1款吸纳《合同法司法解释(二)》第9条的规定,不但未起到通过法典的编纂消解立法和司法解释之间的规范矛盾,反而将谬误的司法解释之规定提升为立法者的意志,加剧了合同法内部体系的不和谐。

综上,我国民法典合同编就格式条款之规制,在体系化地整合现行合同法、单行法和有关司法解释方面,虽无太多历史包袱,但也任务艰巨。依笔者之见,其中关键点应该在于如何改造、整合《合同法》第39条和第40条之规定。《民法典合同编(草案)》(二审稿)仍简单地将《合同法》的上述条文嫁接,可见其理念上存在明显的偏差。盖此等条文的规范原型乃消费性格式合同,它们被置于《合同法》而成为规范所有格式条款的一般规则,本身就是一种错误。因此,在设计民法典合同编格式条款之一般规则时,至少应以所有非个别磋商条款为立法规制的原型,在格式条款之订入规则和内容控制规则两个方面进行改造。如此改造后,《合同法》第39条第1款和第40条的规定,要么自然回归消费者权益保护之单行法中,要么作为格式条款规制之特别规定保留在民法典合同编中,但此等条款应明确仅适用于消费性格式条款。

(二)我国民法典合同编应否回应消费合同之缔约模式问题

我国现行法并未明文规定“消费(者)合同”,但学界已在研究格式条款及其控制时使用这一概念。^⑦在《消费者权益保护法》事实上区分消费者和经营者之间的合同的基础上,更有学者建议或以单行法形式,

① 参见朱岩:《格式条款的基本特征》,《法学杂志》2005年第6期。

② 参见杨淑文:《定型化契约之管制与契约自由》,台湾《政大法学评论》2013年总第132期;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀斌译,法律出版社2003年版,第803页。

③ 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148页;崔建远:《合同法总论》(上卷),中国人民大学出版社2018年版,第143页以下。

④ 参见陆青:《论中国民法中的“解法典化”现象》,《中外法学》2014年第6期。

⑤ 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188~189页。

⑥ 参见朱广新:《合同法总论研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第151页。

⑦ 参见李仕萍:《定式合同有关问题探讨》,《政法论坛》2000年第3期;冷传莉:《试论格式条款订入消费者合同》,《海南大学学报》(社会科学版)2006年第6期;郝洁、武建华:《定式合同的法理思考》,《人民司法》2001年第3期。

或以在《消费者权益保护法》增订章节的方式，制定包括格式条款规制在内的统一消费合同法。^①但在笔者看来，值此民法典制定之际，格式条款之规制随合同法相关规定纳入民法典合同编已成既定事实，并因其不仅仅适用于消费合同而成为控制所有非个别磋商条款的一般规则，故消费合同的立法内容显然已无需考虑格式条款的规制问题。于是，消费合同的立法，更应关注的是采用消费者进路来调控消费者和经营者之间磋商对等性障碍问题；至于是采用单行法的形式，还是在民法典中体系性地回应，则取决于对两对关系的认识和处理。

第一对关系是消费者私法与消费者公法的关系。可以说，德国和阿根廷之所以在部分或整体再法典化过程中将消费合同法纳入法典之债法体系中，就是因为其作为消费者保护法主要内容的消费合同法，乃属消费者私法。在我国，学者认为《消费者权益保护法》的主体包括消费者、经营者和国家，《消费者权益保护法》由此被定位“对市场施加国家干预的法律”即经济法，^②此或为我国学者多主张以单行法形式规范消费合同的根本原因。但查诸现行法关于消费者权益保护的规定，不难发现，其中多数规定，尤其是《消费者权益保护法》第2章关于消费者权利和第3章关于经营者义务的规定，以及《中华人民共和国产品质量法》第2章和第3章的规定，基本属于消费者私法的范畴。这些私法属性的规范和私法典所展开的债法体系存在天然的联系。例如，产品质量法对生产者和销售者课加的诸多有关产品质量的义务，其违反在侵权责任法上就表现为产品责任之特殊侵权责任，在合同法上则表现为诸如瑕疵担保责任，等等。同样，消费合同的私法属性至少使其调控规则纳入民法典合同编成为可能。^③而且，从法律规范的构成来看，这种天然的联系也要求单行法和合同法在某些法条之间建立意义关联，否则其各自许多法律条文互不呼应，很难构成完整的规整。《消费者权益保护法》诸多条文在这方面都存在规整缺失之瑕疵，而《合同法》也未在合同的订立一章予以衔接。例如，《消费者权益保护法》第8条规定消费者有知情权，第20条规定经营者有义务提供商品或服务的信息，这些法条虽然单独看都具有完全法条的外观，但其对于消费合同成立的意义关联如何，并不明确。若依《合同法》第15条之规定，即使是经营者以商业广告提供的信息也只是合同一般订立程序中的要约邀请。^④此种在现行法体系下勉为其难的规整，很难实现《消费者权益保护法》之上述法条欲克服消费合同中磋商对等性障碍的立法目的。相比较而言，2014年《阿根廷民商法典》则在“消费合同”章“合意的构成”一节于第1100条规定经营者信息提供义务后，在第1103条规定，广告、告示、说明书、通知或其他传播手段中的具体说明视为已纳入与消费者订立的合同，对要约人具有约束力，但对于非法广告，第1102条则赋予消费者向法官请求撤销的诉权。由此可见，依法律规整理论，民法典合同编若就消费合同的订立做出特别规定，可与《消费者权益保护法》的相关法条建立意义关联之规整。^⑤

第二对关系是一般法和特别法的关系。诚然，在明确其消费者私法的属性后，消费合同法在本质上和合同法或民法典合同编是民事特别法和民事一般法的关系。这种关系决定了，对消费合同的调整，要么采用单行法的形式，要么在合同法体系中就消费合同的订立建立专章，以使其区别于其他民商事合同的订立规则。就前一立法模式的选择而言，我国现实的情况是，《消费者权益保护法》并未对消费合同设专门章节进行规范；除第24条和第25条关于消费者退货权以及第26条关于消费性格式条款的规定外，其他问题只能求助于合同法的一般规定。但立法者也坦言，合同法的一般规则无法保证消费者获得实质公平的交易，法律应对消费合同领域的问题作细致而具体的规定。^⑥如此一来，在民法典合同编中回应这一“两不

① 参见刘青文：《〈消费者合同法〉立法建议》，载邵建东、方小敏主编：《中德法学论坛》（第8卷），法律出版社2011年版，第134页以下。

② 参见刘青文：《〈消费者合同法〉立法建议》，载邵建东、方小敏主编：《中德法学论坛》（第8卷），法律出版社2011年版，第135～136页。

③ 日本学者潮见佳男在分析德国2001年采用将消费者私法整合到民法典中这一解决方案时，也同样从其私法属性的角度详述了其何以可能。参见[日]潮见佳男：《德国民法现代化与日本民法解释学》，叶周侠译，载解亘主编：《南京大学法律评论》2018年秋季号，南京大学出版社2019年版，第138～141页。

④ 参见朱广新：《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社2018年版，第76页。

⑤ 关于规整的理论，参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2005年版，第144～146页。

⑥ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《消费者权益保护法立法背景与观点全集》，法律出版社2013年版，第319页。

管”问题,不失为较优方案。

事实上,《民法典合同编(草案)》(二审稿)也许并无调整消费合同订立之意图,但其第283条第2款的规定却已“越位”。该款就“通过互联网等信息网络发布商品或者服务信息”的情形作出规定,在针对消费合同之订立时,方始有其特殊规范意义。^①但《民法典合同编(草案)》(二审稿)却把它和作为合同订立一般规则的《合同法》第33条并为一条,模糊了其适用范围,殊为不妥。如此混淆私法一般规范和特别规范的关系,莫若将其移至民法典合同编就消费合同可能建立的专章之中,使该规则仅适用于消费合同的订立。

总之,在有法典情结的国家,无论是法典化、解法典化还是再法典化,其实一直就是在应对一般法(法典)和特别法(单行法)的关系。就消费合同之立法和司法实践而言,其对传统合同法体系的解构尤其突出。在我国,《消费者权益保护法》的制定虽然早于《合同法》,但后者在司法实践和学理研究方面从来独领风骚,这不仅未使合同法体系面临被解构的风险,反而更加衬托出我国消费者保护之立法、司法和学理的稚嫩。不过,稚嫩并非立法者闭目塞听的理由;既然传统缔约模式的规则设定面对消费社会中磋商对等性障碍问题已束手无策,那么民法典的回应也正是其应有的担当。但正如2014《阿根廷民商法典》的立法者所言,即便在合同编就消费合同的订立及其形成的债务关系制定不同于一般合同规则的规定,也只是为消费者提供最低程度的保护,而更高层次的保护仍有赖于单行法的完善。^②

四、民法典合同编中格式条款之具体规范的完善

既然我国法对格式条款的调整任务主要是由《合同法》来承担,而《合同法》的相关规定又过于简陋,那么,除《合同法》第41条关于格式条款的解释规则外,由此引发无数争议也就在所难免。这些争议集中于格式条款的界定、免责格式条款之订入合同、格式条款的内容控制及其效力、格式条款的行政规制和司法控制,其中有些争议可以通过法律解释的方法获得妥当的结论,有些则纵使穷尽解释的方法,也因法律规范过于原则、粗糙,或法政策上的指向不明、阙如甚至错误,而不得不求助于立法论上的根本解决。^③据此,合同法的入典关乎格式条款规范的核心之处,在于它在立法论上为此等规范基于明确的法政策目标而具体化、精确化提供了契机。本文既然围绕民法典合同编所应重点关注的立法问题而展开,则解释论能解决的问题不为下文所讨论。

(一)格式条款的界定

《合同法》第39条第2款将“重复使用”“预先拟定”和“未与对方协商”作为格式条款的三个核心要素。其中,对“预先拟定”系格式条款的当然要素,学界并无争议,但对“重复使用”和“未与对方协商”之谓,学者则多持批评意见。如果说“未与对方协商”只是表述错误问题,尚可解释将其限定为相对人不得协商而只能“要么接受、要么拒绝”之情形的话,那么,“重复使用”要求格式条款须多次使用,必定排除当事人一次性使用的格式条款,从而使法律通过格式合同之规制来重建磋商能力悬殊之当事人缔约自由的规范目的不彰。^④

其实,格式条款被广泛采用,乃现代社会交易批量化的必然趋势,因为交易条件的定型化可以促进企业合理经营,减少因讨价还价而耗费的交易成本,有利于非典型合同(如商品房预售合同、信用卡合同等)的创设及其任意性规范的丰富,甚至有助于改善商品和服务的品质及降低价格,对消费大众亦为有利。^⑤而法律之所以对这种变态的缔约模式进行规制,绝非要抑制其通过重复使用以节约交易成本、创设非典型

① 参见[德]迪尔克·罗歇尔德斯:《德国债法总论》,沈小军、张金海译,中国人民大学出版社2014年版,第65~67页。

② Véase Código Civil y Comercial. Exégesis de los fundamentos de la Comisión Redactora y las modificaciones del PEN, revisado, ordenado y concordado por Eduardo A. Zannoni, Marina de Vidal, Jorge O. Zunino, Fernando E. Shina y Gloria S. Ramos, Editorial Astrea SRL, Buenos Aires, 2015, p. 317.

③ 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144~156页。

④ 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。

⑤ 参见王泽鉴:《债法原理》,中国政法大学出版社2001年版,第86页。

合同的功能,而是要在磋商能力上存在结构性差异的当事人之间重建缔约自由。易言之,不管是为重复使用还是单次使用,只要事先拟定的条款使相对人处于无法影响其内容的境地,就应被视为剥夺相对人自由缔约权的条款而纳入司法控制的范围。

在这方面 1984 年《秘鲁民法典》颇具新意和科学性,它区分附合合同和一般缔约条款:依其第 1390 条对附合合同的定义,可知其仅强调此种合同乃由一方当事人确定合同条款,对方只能在完全接受或完全拒绝之间选择,而并不对此等约款做“反复使用”之要求;其第 1392 条对缔约一般条款的定义,类似于《德国民法典》第 305 条对一般合同条款的描述,不仅强调其系“单方面事先拟定”,而且具备“一般的、抽象的形式”,其存在的目的则在于为将来一系列不确定的个别合同确定规范性的内容。《阿根廷民商法典》(草案)曾一度采用 1984 年《秘鲁民法典》的方案,于第 899 条定义合同时,在第 3 项将事先拟定的合同(条款)定义为其约款由当事人一方单方事先拟定的合同(条款);在此基础上,第 4 项把一般合同条款定义为“由当事人一方事先拟定、用于将来多个个别合同的一般性条款”,而此等条款是否包含于合同文件中,抑或被置于其他独立的文件中,在所不问;第 5 项则将附合合同定义为“非事先拟定方唯有表示其接受的事先拟定之合同”。^①事实上,在德国,即便依《德国民法典》第 305 条之定义,一般交易条款必须是为“多数量的合同”所预先拟定(重复使用性),但也有学者对此提出批评,认为“一次性条款”同样是条款使用人单方行使合同自由的产物,相对人的利益在此情形下也需要保护。^②

由此可见,对单方事先拟定的格式条款应被区分为两种类型,其一强调的是其重复使用和非个别磋商的特征,此谓一般合同条款;其二为一次性条款,此类条款虽然也具有非个别磋商的特征,但因其非重复使用而不具一般性。对于这两类格式条款,在订入合同、条款解释和内容的司法控制等方面,因其相对人均具有“缺乏影响条款内容的可能性”而可以适用相同规则;唯一般合同条款在非典型合同的创设和任意性规范的形成上具有重要作用,故在行政规制方面需对其加以积极引导。然而,在我国,现行法并未区分两种类型的格式条款,一味强调其“重复使用”要素,不啻为在法政策上把“一次性条款”排除在格式条款规范目的之外。

对此,依笔者所见,学者的一些中肯意见应被重视。一方面,由于现实生活中经营者之间在磋商能力上也存在结构性差异,如在市场占支配地位的企业之于中小型企业,以及我国民营经济依附于国营经济的现实,故在一次性交易中,一方事先拟定的、不许对方协商的条款,也应被认定为格式条款;^③另一方面,为保护消费者利益,对于为单次使用而事先拟定的消费合同条款,只要消费者无法对其内容施加影响,也可准用关于格式条款的规定。^④《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 288 条第 1 款在定义格式条款时,已删除《民法典各分编(草案)》(一审稿)中“重复使用”之表述,可谓一大进步。

但在笔者看来,为避免未来解释论上的捉襟见肘,不妨借鉴 1984 年《秘鲁民法典》的经验,将格式条款区分为一次性格式条款和一般性格式条款。也就是说,鉴于格式条款之反复使用的交易优越性,以发挥其创设非典型合同的功能,在立法技术上仍可维持现行法的规定,将格式条款的基本模型假定为重复使用的一般合同条款;在此基础上,可以增设但书规定:“但对于为单次使用而预先拟定的合同条款,只要非提供条款的一方无法对其内容施加影响,也适用本章关于格式条款的规定”。

(二)格式条款的程序控制和内容控制

格式条款的程序控制,其实就是通过合同订立的程序对格式条款订入合同进行控制。从法理的角度说,如同合同成立通常所需那样,所有格式条款订入合同,均需合同当事人双方一致的意思表示,即应经过要约一承诺程序。因此,《德国民法典》第 305 条第 2 款规定,只有在条款使用人明确说明其一般交易条

① Vgl. Antecedentes parlamentarios: Proyecto de Código Civil de la República Argentina, colaborado por María Mercedes Rojas y María Josefina Serafini, La Ley, Buenos Aires, 2000, ps. 48 y 306.

② 参见王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

③ 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 157 页。

④ 参见王剑一:《合同条款控制的正当性基础与适用范围》,《比较法研究》2014 年第 1 期。

款,而且他还必须使相对人能以合理的方式知道条款的内容,一般交易条款才在相对人同意适用时,成为合同的组成部分。^① 1984年《秘鲁民法典》第1390条、第1393条、第1395条和第1397条,也是透过变通要约和承诺规则使此等条款订入合同的。

然而,在我国,这种规则被现行法扭曲了,表现为以下两种情况:(1)《合同法》第39条第1款仅规定条款使用人的提请注意义务,未规定其法律后果,而《合同法司法解释(二)》第9条把条款拟定者违反提示、说明义务的后果明确为相对人享有撤销格式条款的权利;(2)《合同法司法解释(二)》第9条规定将条款使用人的提示和说明义务的范围限于“免除或者限制其责任的条款”,而不是像其他国家的立法那样,对于所有的格式条款订入合同的必要条件,其要求都是一样的。这种扭曲的根本原因在于立法者未正确区分合同订立和合同生效规则,而对于第一种情况,前文已经述及,此处不赘论。对于第二种情况,诚如多数学者所言,应将提请相对人注意的条款扩大到所有的格式条款,因为所有合同条款都必须是合意的结果。和一些学者试图通过扩张解释来消弭这一立法缺陷的观点不同,朱广新认为该款由文义所限不可能有解释空间,此规范漏洞唯有通过类推适用要约、承诺规则的方法才能圆满填补。^② 但疑问在于,既然当事人在合同上已经签字盖章,要证明其为格式条款事实上非常困难。因此,在民法典合同编将所有格式条款纳入提请注意的范围才是解决问题的根本之道。^③ 在此问题上,《德国民法典》第305条第2—3款及1984年《秘鲁民法典》第1397条之规定,可资借鉴。

至于格式合同的内容控制,实质上是对其内容的效力控制问题。一般认为,我国现行法关于格式合同内容控制的规定主要是《合同法》第39条第1款和第40条。但据可信之观点,这两个条文之间还存在严重的矛盾之处;^④ 尤其令人担心的是,第40条无条件地认定所有违反第39条的合同条款无效,必然使条款提供方逃避第39条第1款规定的提示、说明义务,因为“提示不提示、说明不说明,该条款本身都无效,提示和说明纯属多余”。^⑤ 《合同法司法解释(二)》第10条将两个条文叠加为格式条款无效的前提,貌似化解了这一矛盾,但招致更为严厉的批评,甚至认为其为违法解释,应弃如敝屣。^⑥

有学者在分析此种矛盾形成的原因时犀利地指出,《合同法》第39条为格式条款的程序控制设立了不必要的标准,即要求条款提供方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,而公平原则实质上应该是在审查合同效力即对格式条款进行内容控制时才发挥作用,就合同的订立而言,该原则无适用余地。因此,将公平原则作为格式条款订入合同的要件是违反法律逻辑的。^⑦ 如上文所述,《合同法》第40条“拷贝”《消费者权益保护法》中仅适用于消费性格式条款的效力性规定,使之亦适用于非消费性格式条款,无疑苛刻了对商业性格式条款的内容控制标准。如此一来,不但不能实现矫正格式条款使用中的磋商对等性障碍问题,反而会抑制格式条款之正向功能的发挥。

因此,为消除《合同法》第39条第1款和第40条之间的矛盾,立法者在编纂民法典合同编时,宜理顺前述各规整之意义脉络,避免错误移植现行法中的相关条文。所幸的是,尽管立法者在《民法典各分编(草案)》(一审稿)第288条第1款照搬前述司法解释的规定,将格式条款使用一方未尽提示或者说明义务的法律效果规定为“对方有权请求人民法院或者仲裁机构撤销该格式条款”,但《民法典合同编(草案)》(二审稿)第288条第2款已纠正这一谬误,将其修改为“对方可以主张该条款不成为合同内容的一部分”。然而,对于该款中“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”之表述,应被置于

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(下册),王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译,法律出版社2003年版,第772~773页。

② 参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第144~146页。

③ 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157页。

④ 参见梁慧星:《统一合同法:成功与不足》,《中国法学》1999年第3期;苏号朋:《格式合同条款研究》,中国人民大学出版社2004年版,第190页。

⑤ 胡志超:《格式条款实务问题比较研究》,《人民司法》2001年第1期。

⑥ 参见朱广新:《合同法总则研究》(上册),中国人民大学出版社2018年版,第151页。

⑦ 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190页。

第 289 条中,并对违反该原则使用的格式条款赋予不生效力之后果,从而在内容控制规范中,真正建立以公平原则为核心的控制格式条款内容的判断标准;同时,如前文所述,应将第 289 条所规定的 3 种当然无效的情形明确为仅适用于消费性格式条款,或者干脆让其回归《消费者权益保护法》。如此规定后,《民法典合同编(草案)》(二审稿)第 288 条第 2 款乃订入规则、第 289 条乃内容控制规则的规范属性当可恢复。

需指出的是,在立法论的立场,我们似乎还可以利用民法典制定的机会,在规定上述条文的基础上,借鉴其他国家或地区的经验,进一步丰富格式条款尤其是消费性格式条款之内容控制规则。但是,在目前理论准备尚不充分时,立法完善的想法并不现实;只要民法典合同编按照本文前段的建议,在格式条款之内容控制的条文中,建立以公平原则为核心的内容控制之判断标准,即可为将来通过判例和学理发展具体规则提供解释基准。

(三)格式条款的行政规制

一般认为,对格式条款的行政管制重在预防功能,即格式条款的使用应征得行政主管部门的批准,并通过对此等条款的内容进行预防性控制,实现对私法自治作进一步限制的目的。当然,如果要实现这种行政规制,则由于实际使用的格式条款数量巨大,因此需要设立一个相当庞大的机构。而且,倘若这一机构被视为可以代替法院决定某些具体条款是否合法,以至于该机构的设置享有广泛的裁量余地,则私法自治制度也将受到严重的侵害。^① 在我国,更为严峻的问题是,由哪一行政主管部门成为判断格式合同合法性的终极机构,将面临各行政主管机构的争权或分权。^②

不过,也正如学者指出,对于涉及国计民生之基本社会保障的社会供给领域的合同,如供用电、水、气、热力合同,立法虽将其规定为与买卖合同并列的典型合同,但此类合同应当通过行政主管部门事前的审查许可,以单行规章的形式表现为具有公益性的格式合同,而法院事后无权对具有法律渊源效力的此等格式合同的内容进行司法审查。^③ 事实上,多国立法也在一定范围内,承认某些经行政主管机关批准的格式条款可以作为特殊情形而被纳入相应合同,如《德国民法典》第 305a 条之规定。1984 年《秘鲁民法典》第 1393 条甚至规定,由行政机构批准的一般缔约条款,自动纳入为据此缔约而做出的一切要约之中;只是其第 1395 条同时规定,当事人可以明确约定,在其缔结的具体合同中,不将某些特定的由行政机关批准的一般缔约条款纳入要约中。

因此,在民法典合同编的制定中,不是应否承认格式条款之行政规制问题,而是在原则性承认经行政主管部门批准的格式条款可以纳入合同以及免于司法审查的基础上,如何严格要求此类格式条款的批准程序问题。例如,我们不妨依《中华人民共和国立法法》第 65 条、第 80 条等规定,将格式条款的批准权限和批准程序,纳入受行政法规、部门规章之制定权限和程序限制的范围。

责任编辑 张家勇

① 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 299 页。

② 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 157 页。

③ 参见朱岩:《格式条款的基本特征》,《法学杂志》2005 年第 6 期。