

德国一般交易条款内容控制的制度经验及其启示

祁春轶^{*}

摘 要 在过去的三十几年里,德国在一般交易条款内容控制领域,显示出明显的制度优势。追溯《一般交易条款规制法》的制定经过,立法者在条款的拟定、预防性的行政控制和法院的司法控制层面,对制度进行了理性的建构。相应的制度演化在规制一般交易条款使用者滥用合同设置自由,以及平衡使用者的经济社会地位等方面发挥了积极的作用。这是因为一般交易条款内容控制的制度模式与德国政治经济体所倾向的协调方式互补。遵循这种研究进路,可以重新认识中国格式条款法律规制的制度缺陷,探讨制度完善的适当进路。

关 键 词 一般交易条款 内容控制 制度优势 制度演化

由于预先表述的一般交易条款在实践中的普遍运用,以及条款使用者转移合同风险的大量存在,德国《一般交易条款规制法》于1976年12月19日公布,于1977年4月1日生效。依据2002年《债法现代化法》,《一般交易条款规制法》的实体部分并入《德国民法典》(即现在的第305条至第310条),程序部分则构成了《不作为之诉法》的内容主体。虽然始终有一些学者主张应当对一般交易条款进行更有力的内容控制,但是从事研究《一般交易条款规制法注释书》三十多年的学者彼得·乌尔默教授的论断是中肯的,即一般交易条款的内容控制行进在一条良好的道路上。^{〔1〕}

纵观德国《一般交易条款规制法》的发展历史,它作为一部旨在保护消费者免于单方面滥用合同设置自由的危险,以及平衡使用者的经济、社会和其他优势地位的法律,在德国社会,尤

^{*} 中南财经政法大学讲师。

〔1〕 Peter Ulmer/Hans Erich Brandner/Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Rechts: Kommentar zu den §§ 305-310 und zum Unterlassungsklagengesetz, 10. Aufl., 2006, S. 94-95.

其是在消费者保护领域,发挥着积极有效的作用。在过去的三十多年里,法官对其进一步加以完善,形成了概念上的体系化、系统的教义学结构和相关法律理论。除此之外,法律的制度设置及其在实践中的演化,也促成了法官在内容控制上进行高度细节化的精微调控。〔2〕

本文试图从制度设置及其运行的角度,观察和展现这部法律和它的社会情境之间的密切联系。具体的,笔者将首先对德国一般交易条款内容控制的制度架构进行描述,再对制度运行的成功经验进行总结,然后从市场经济的发展模式、国家权力的配置以及社团发挥的作用等社会情境中,分析制度成功运行的原因;最后指出我国在格式条款问题的法律规制中可以借鉴的有益启示。

一、一般交易条款内容控制的制度架构

随着工业革命的开始,德国受手工业和小工商业影响的传统经济秩序逐渐发生改变:手工制造完成的商品被工业化的系列生产所代替,个人提供的服务也被现代面向大众的服务所取代。〔3〕持续发展和变化的新的经济交往需求在实践中发展出了新的合同形式,例如针对不特定多数人而由合同提供方预先拟定的格式合同。

企业出于自身对利益的追求,把合同自由运用到为了单方面的条件而采用不公正的甚至滥用的一般交易条款中。在《一般交易条款规制法》制定之前,法官主要是通过《德国民法典》第138条关于“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。〔4〕1972年司法部受联邦政府委托,组成专项工作小组,起草对滥用的一般交易条款进行法律控制的解决建议,以对遭受不公正合同条件的消费者进行有效保护。工作小组在法律拟定中发挥了决定性的作用,他们先后提出两个工作报告,而最终通过的法律就是建立在第二个工作报告的基础上。〔5〕

其间,1974年9月第50届德国法学家大会成为一般交易条款立法讨论的高峰。这次会议上的一个主要议题就是:“可以推荐什么样的立法措施来保护消费者对抗一般交易条款和格式合同?”〔6〕那么最终立法上在制度架构时进行了哪些取舍?

(一)在一般交易条款拟定领域由政府起草示范摹本的建议最终被否定

在法律制定前法政策的讨论中,司法部的工作小组提出了一个起草一般交易条款示范摹

〔2〕 Vgl. Gunther Teubner, Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism, Soziale Systeme 5 (1999), S. 7-26.

〔3〕 Peter Ulmer/ Hans Erich Brandner/ Horst-Diether Hensen (Hrsg.), AGB-Gesetz - Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1977, S. 18-19.

〔4〕 Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 48.

〔5〕 Vgl. Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1974; 2. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, 1975.

〔6〕 Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II, 1974.

本的建议。这个建议的具体内容是,通过特别程序,在相关市场参与者的参加下,以示范摹本为一定的行业和合同类型做出适当规定。一般交易条款的使用者应该优先适用这些条款。该建议的目的是为了排除一般交易条款的多样性,使法律交易更为清晰明白,并为一定合同类型的具体规定提供适当参照。〔7〕

联邦议会曾经考虑示范条款是否具有实践意义,但是法律最后并没有做此规定。除了法案提交通过前程序修改过于匆忙的客观原因之外,立法者对自由的法律秩序和经济组织秩序的坚守也是另外一个重要原因。他们认为这种模式会威胁到合同自由的基本原则和联邦共和国市场经济组织秩序,“这两个基点都不能容忍国家机关的干预”。〔8〕第三个原因是,在竞争政策上,立法者担心示范摹本会使市场关系僵化,有可能危及到市场的灵活性和限制竞争。〔9〕

(二)设置专门机构实行预防性的批准程序也未能得到通过

在法律制定过程中,法政策上曾经对预防性的控制模式进行了深入和广泛的讨论。预防性控制的论证基础是:它可以避免不公正的一般交易条款的提供方,不受控制地在使用中这些条款,并且直到诉讼程序开始至结束之前都从中获益。其中一个建议的模式是,通过设置一个保护消费者利益的联邦行政机构对一般交易条款实行批准义务。考虑到由此可能导致的工作量激增和行政资源的浪费,这一建议指出只有在消费者团体参与的情况下,各相关经济团体拟订的一般交易条款才进入批准程序。〔10〕

1974年的法学家大会以多数决议拒绝了该建议,〔11〕立法者尊重了大会的讨论结果。究其原因,技术上的困难是不能忽视的一个主因,它包括需要考虑的庞大的机构和人员配置,以及审批需要的时间。第二个难题是,如果被批准的一般交易条款出现问题,应该如何进行法官控制?这有可能会威胁到权力分立的原则。第三个更重要的原因是,与在这一点中提到的论证一样,立法者认为这个模式在效果上必然会导致对自由的法律秩序和经济组织秩序的干涉。〔12〕

立法上最终选择的控制模式是联邦卡特尔局的登记和检查程序。需要进入该登记和检查程序的是条件卡特尔和条件推荐。〔13〕卡特尔局对登记的条件进行形式和内容上的检查,其关注点集中在协商的条款是否恰当适度、是否恰当考虑到合同双方的利益,并指出明显违背法

〔7〕 Vgl. 2. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesminister der Justiz, S. 62ff.

〔8〕 Drucksachen des Deutschen Bundestages, 7/3919, S. 54.

〔9〕 Vgl. Hermann-Josef Bunte, Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz - Eine Zwischenbilanz nach 4 Jahren, *Archiv für civilistische Praxis* 181 (1981), S. 53-54.

〔10〕 Bunte, a.a.O., S. 53.

〔11〕 Vgl. Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II, H 232.

〔12〕 Vgl. Drucksachen des Deutschen Bundestages, 7/3919, S. 54. Walter Löwe, Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen - Eine Aufgabe für den Gesetzgeber, eine rechtspolitische Betrachtung, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, 1973, S. 396-397.

〔13〕 条件卡特尔是企业联合,在企业之间可以建立协议,根据当时《反垄断法》第2条,该协议可以为所有的成员企业就统一的一般交易条件、供货条件和支付条件进行约定。条件推荐是依据当时《反垄断法》第38条第2款第3项,由经济协会和行业协会对统一的条件作出的推荐,其中也包括一般交易条款。

律的情况。^{〔14〕}

(三) 实行社团诉讼的模式

在法律制定之前法政策的讨论中,就已经有学者提出建议,赋予经济团体和消费者团体对不公平的一般交易条款提出诉讼的权利。这一建议是以1965年《反不正当竞争法》的第13条第2款为参照提出的。据此,符合条件的团体有权对滥用的一般交易条款提出不作为的诉讼,而不需要自身具有法律上的相关性。^{〔15〕}

德国在《一般交易条款规制法》制定前,对一般交易条款内容控制上的不足体现在两个方面:一方面是顾客没有动力提出诉讼,另一方面是个案控制辐射效力狭窄。^{〔16〕}所以,该法第13至21条的程序性规定成为立法上的重点和创见。立法者想借此强化法官对不公平的一般交易条款的控制,希望程序规定能有助于实体法的实现。根据《一般交易条款规制法》第13条,可以对不公平的一般交易条款提出不作为之诉,以及对一般交易条款的推荐提出撤销诉讼的有消费者团体、经济团体、工商业协会和手工业协会。而且,一般交易条款可以直接成为诉讼的对象,而不依赖于具体案件。根据第21条,如果一个不作为判决针对某企业做出,它的所有顾客都可以引用该判决,被判为不得使用的一般交易条款对该顾客就是无效的。

赋予相关社团以诉权的立法宗旨在于,立法者希望通过社团诉讼对所有在交易中使用的一般交易条款进行系统控制,而不是把是否进行控制以及对哪些条款进行控制交给偶然性的检查。^{〔17〕〔18〕}

二、制度运行的成功经验

以上的制度建构表明,立法者在对一般交易条款的拟定、预防性的行政控制和法院的司法

〔14〕 Vgl. Ulmer, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen (dargestellt an Beispielen aus dem Kauf- und Werkvertrags- sowie dem Markterrecht), in: Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II, H 35—36.

〔15〕 Max Dietlein, Neues Kontrollverfahren für Allgemeine Geschäftsbedingungen?, Neue Juristische Wochenschrift 24 (1974), S. 1068.

〔16〕 Bunte (Fn. 9), S. 52.

〔17〕 Vgl. Klingsporn, Verhandlungen des Fünfzigsten Deutschen Juristentages, Band II, H 167; Eike von Hippel, Verbraucherschutz, 2. Aufl. 1979, S. 107.

〔18〕 在一般交易条款内容控制方面,使法律实施无漏洞的另外一个新的制度创设是“撤去不法收益的可能性”(die Möglichkeit zur Gewinnabschöpfung)。这是在竞争法和垄断法中创立的,旨在促进集体性权利的实现。消费者协会从2004年开始在竞争法领域获得这种可能性,可以请求将通过使用无效的一般交易条款所取得的收益被收归联邦财政。这不是笔者研究的重点,所以不详细展开。具体参见(德)布里吉特·局普里斯:“程序法视野下的消费者权益保护——德国团体诉讼的成功经验和集体权利实现的未来”,范颖颖译,载《中德法学论坛》(第7辑),页49;吴泽勇:“论德国《反不正当竞争法》上的撤去不法收益之诉”,《当代法学》2010年第3期。

控制层面,都进行了学理上以及法政策上充分的讨论,并对制度进行了理性和谨慎的设计。在实践中,这部法律被证明是成熟和完善的法律。在生效将近二十年后,才通过1996年的修订进行了第一次比较有分量的改变。这次修订的主要动因,也是为了将有关消费者合同欧盟指令(Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen)的规定在德国法中进行转换。^[19] 总结制度运行方面的成功经验,有以下几个方面:

(一)条件卡特尔和条件推荐在一般交易条款形成的层面上发挥了积极作用

虽然政府起草示范摹本的建议被否定了,但是值得进一步分析的发展结果是,从1977年开始,立法者没有预期到的一般交易条款集中化的趋势出现了。这指的是经济协会和行业协会对一般交易条款进行的推荐在行业内部得到大量采用。

条件推荐是从1973年开始,在当时《反垄断法》第38条第2款第3项中进行规范的。在《一般交易条款规制法》生效前,这一规定在实践中并没有产生实际意义。但是从1977年开始条件推荐却被大量使用。很多经济领域中的贸易往来都是通过这种推荐进行规整的,例如:交通运输业,电信业、银行、保险业,汽车和二手汽车的销售、汽车修理、旅游合同等。^[20]

条件推荐大量使用的原因在于,《一般交易条款规制法》生效后,每个企业都被迫根据新的法律修改自己的一般交易条款。在很多领域,经济团体被信任为自己的成员企业提供示范条件,企业从而可以避免自己拟定的条款因为不符合法律规定而产生风险。请经济团体进行条件推荐被认为是更简单和更实用的方式。而这些团体自身也认为《反垄断法》第38条第2款第3项的规定为它们进行条件推荐提供了依据。另外一个重要的原因在于,很多团体追求在自己的行业领域内进行自我控制,排除基于一般交易条款的使用而导致的弊病。所以它们也会在把条件推荐提交给联邦卡特尔局之前就进行利益上的平衡。^[21]

这种制度演变促进了经济上目标的实现。在立法前法政策的讨论中,对一般交易条款示范摹本的制度期待通过条件推荐得到了实现,即一般交易条款的减少和统一化,以及市场透明性的提高,包括更便捷和更清晰地比较相互竞争的产品与服务。条件推荐的增多证明了企业对值得信赖和符合目的的标准化的一般交易条款存在强烈的需求。条件推荐实际上承载了一般交易条款示范摹本的功能。^[22]

[19] 在1996年修订后,《一般交易条款规制法》在根据《债法现代化法》被废除之前,还有一些进一步的改变。但是它们只是为了避免这部法律变为关于其他消费者规定的法政策所喜爱的蓄水池。Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 55-56.

[20] Bunte (Fn. 9), S. 60.

[21] 条件推荐的意义尤其体现在中小企业占据主导地位的领域。在这里,这些企业没有自己的法律事务部,委托律师对他们来说也无利可图。所以条件推荐可以作为一种理性化的条件工具。Bunte, a.a.O., S. 60-62.

[22] Bunte, a.a.O., S. 64. Hermann-Josef Bunte, Zehn Jahre AGB-Gesetz - Rückblick und Ausblick, Neue Juristische Wochenschrift 16 (1987), S. 922.

(二) 联邦卡特尔局的登记和检查程序成为国家干预和监管之间的适当平衡点

联邦卡特尔局的监管范围从根本上是通过 1973 年《反垄断法》的修订得到扩展的。据此,卡特尔局的监管范围不仅涉及寡头卖主垄断市场的行为,而且也涉及通过一般交易条款控制市场的企业。到 1974 年,卡特尔局已经在监管方面,对条件卡特尔和条件推荐中存在的问题表现出一定的控制能力。在《一般交易条款规制法》生效后,这种监督进而不仅仅局限在一般交易条款在竞争上的影响,而且包括为了平衡使用者及其相对方的地位而进行的适当性控制。^[23]

卡特尔局进行的内容控制很有节制,它只是进行粗略的预防性行政控制,只限于明显违背法律的情况。在登记和检查程序中,构成反对条件卡特尔和条件推荐的理由包括了不恰当地设置条件,使合同相对方受到不利益。这就使得前面针对批准程序的部分批评和担忧得以免除。这些批评认为,一般交易条款的使用取决于事先设置的专门行政机构的批准,是把应该由私法规制的事项转交给经济行政法。如此,在实践中私法与经济行政法的某些方式和范围将彼此重叠和冲突。从长远来看,如果合同是以被批准的一般交易条款为基础缔结的,则其法律行为的私法特征将完全被排除。这会破坏一般交易条款的私法基础,成为真正的“和民法典的告别”。^[24]

因此,由联邦卡特尔局通过登记和检查程序进行粗略的预防性行政控制,是在国家干预和监管之间找到了一个适当的平衡点。它也进一步确保了推荐的一般交易条款比个别企业拟定的条件更恰当适度。

(三) 社团诉讼在实践中发挥了积极作用

虽然存在一些合理的批评,但是依据《一般交易条款规制法》第 13—21 条程序规定实施的团体诉讼总体看来运行良好,并且在消费者领域明显发挥着更大的作用。^[25] 数据显示,在 2001 年德国债法改革之前,仅联邦最高法院就作出了 138 个团体诉讼的判决,其中 114 个判决全部或者部分胜诉。^[26] 在组织机构方面,截至 2008 年 6 月,有 75 个机构有权根据《不为之诉法》的规定提起诉讼,请求法院判决一般交易条款无效。其中最重要的是各个消费者中心。^[27] 发挥作用最为积极的是柏林的消费者保护协会和巴登—符腾堡州的消费者中心,以及在特定领域积极提出诉讼的下萨克森州和北威州的消费者中心。^[28] 显然,消费者团体在

[23] 当时对条件卡特尔和条件推荐进行监督的依据是 § 2, 12 Abs. 2; § 38 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 GWB; 当时对通过一般交易条款控制市场的企业进行监督的依据是 § 22 Abs. 4, 5 GWB. Vgl. Ulmer (Fn. 13), H 36.

[24] Walter Löwe (Fn. 12), S. 396—397.

[25] Vgl. Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 80—82.

[26] 局普里斯,见前注[18],页 47。

[27] 消费者中心(Verbraucherzentrale)是德国消费者保护的中立性组织,各州均有设置,其联合性组织是设在柏林的消费者中心联邦协会(Verbraucherzentrale Bundesverband)。除此之外,德国还有众多其它的消费者保护协会。局普里斯,见前注[18],页 47—48,及注释 4。

[28] Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 92 und Fn. 210.

团体诉讼的实践中扮演了积极的角色。截至2001年的债法改革,根据《一般交易条款规制法》第20条进行的团体诉讼,有超过三千五百起主要是由消费者团体发起的。^[29]

根据消费者团体的工作报告,他们工作的重点是检查消费者向消费者中心或咨询组织进行投诉的一般交易条款。在开始阶段,对需要诉讼条款的选择常常受到消费者申诉的偶然性的影响。但是后来消费者组织会选取那些在内容和幅度上尤其显得重要的条款,针对这种条款的诉讼逐渐增多。^[30] 团体诉讼取得的丰硕成果,在保险、旅游、租赁和电信等众多领域都可以找到有力的例证。^[31] 有学者认为,由于资金的短缺,消费者团体的行为受到限制。因此可以期待,团体诉讼积极性的增长还会通过增加公共资金的支持而实现。^[32]

三、制度成功运行的社会情境

接下来,笔者想从法律所置身的社会情境中,进一步探讨制度成功运行的原因。这种制度建构及其有效运行,并不是偶然的创造物。如果回到法所置身的社会中,可以发现法律的运行和社会情境中其它方面的紧密联系。这种分析思路受到“资本主义类型理论”研究的启发。从上世纪九十年代开始,一些从事发达资本主义比较研究的学者在新制度主义思潮的影响下,开始考察制度差异与不同经济活动和社会结果间的联系。他们在研究中主张,应当把特定政治经济体的制度安排作为具有系统性的整体来考察。其研究成果显示了特定政治经济体的宏观制度构造总是倾向于支持一种协调方式,或者是通过市场协调进行竞争和正式签订契约;或者是通过战略协调进行广泛协商,依赖合作。在不同政治经济体中总有一种协调方式占据主导地位。进而,在经济某领域采用特定协调类型的国家倾向于在其他领域发展出与之互补的制度实践。^[33]

从法律社会学的视角出发,一国的法律规范在与该特定政治经济体所倾向的协调方式兼

[29] 值得一提的是,消费者团体对抗不公正一般交易条款的积极性,只有一小部分在诉讼程序中表现出来。这指的是大部分不满事实上早已通过对相关使用者提出警告的方式,在诉讼之前解决了。Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., S. 92—93. 与竞争法领域的团体诉讼相比较,而对一般交易条款领域的团体诉讼提出的检讨,参见吴泽勇:“论德国法上的团体不作为之诉——以〈不作为之诉法〉和〈反不正当竞争法〉为例”,《清华法学》2010年第4期。

[30] Vgl. Bunte (Fn. 9), S. 55—56.

[31] 参见局普里斯,见前注[18],页48。

[32] Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 93.

[33] Vgl. Peter A Hall/David Soskice (Hrsg.), Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage, Oxford, 2001; Hall/Daniel W. Gingerich, Varieties of capitalism and institutional complementarities in the macroeconomy: an empirical analysis, MPIfG Discussion Paper 5, 2004; Soskice, Divergent Produktion Regimes. Coordinated and Uncoordinated Market Economies in the 1980s and 1990s, in: H. Kitschelt (Hrsg.), Continuity and Change in Contemporary Capitalism, 1997, S. 271—289; ders., The Institutional Infrastructure for International Competitiveness: A Comparative Analysis of UK and Germany, in: A. B. Atkinson/R. Brunetta (Hrsg.), Economics for the New Europe, 1991, S. 45—66.

容互补时,才会在实践中真正发挥效力。同时,事实情况是在经济领域采取特定协调类型的不同经济圈也会在法律实践中倾向于发展出与之互补的制度形态,或者是鼓励市场活动者在经济活动中的协调和信任,或者是支持更为松散自治的市场活动者间的关系,或者其它形式。^{〔34〕}而将一般交易条款内容控制制度的建构、演化和运行与德国政治经济体的特定协调类型联系起来,也可以观察到很多崭新和富有启发的面向。

(一)法律实践受到经济团体和非正式交易网络紧密协调的经济往来的影响

在“资本主义类型理论”的研究中,德国的市场经济模式是一种建立在自由经济基础上的社团协调的市场经济,不同于以美国为典型的市场协调型的市场经济。所以,它也被称为莱茵式的市场经济模式。^{〔35〕}

具体而言,德国的市场是通过经济政策设置而由社会调控的,企业是社会性的制度,但是也受到法律和工资协议的较多调控。^{〔36〕}德国政治经济的典型特征是广泛存在的组织化的合作。这种合作实现的基础是竞争者以及组织化的群体借助企业联合或者工商业协会的帮助进行相互协商。国家通常选择把对市场上单个主体的驾驭功能授权给各个经济团体,或者多数协会间的集体协商,再进而赋予其结果以法律上的约束地位。^{〔37〕}

在一般交易条款的实践领域,可以在市场内部和组织内部观察到高度的信任和自治。工商业协会和大企业通过条件卡特尔和条件推荐,实现了市场的高度协作。这解释了为什么在《一般交易条款规制法》实施后出现了交易条件集中化的趋势,为什么经济团体会受到企业成员的信任,为其提供示范条件,而条件推荐会得到企业认同并被大量使用。如果说一般交易条款的法律性质是“经济自我创设的法”^{〔38〕}的话,那么条件推荐在联邦卡特尔局登记后,即在实际交易中发挥这种经济自我创设的法的功能。它就是可以和国家法律规范进行竞争的经济的自我规范,即国家承认了工商业协会协商确定的条件推荐在法律上的约束地位。

(二)法律上对国家权力的配置需要在效果上考虑到经济活动者相互间关系的建构

二战之后,德国既不是由自由放任,也不是由加强联邦集权的政策导向所引导,而是对社团协调的制度演化持开放态度。从国家权力配置及其运行的角度来看,国家对经济的直接干

〔34〕 Vgl. Teuner (Fn. 2), S. 16–20; Teubner, Rechtsirritationen: Zur Koevolution von Rechtsnormen und Produktionsregimes, in: Günter Dux/Frank Welz (Hrsg.), Moral und Recht im Diskurs der Moderne: Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung, S. 368–373.

〔35〕 Vgl. Michel Albert, Capitalism against Capitalism, 1993. Soskice, German Technology Policy, Innovation and National Institutional Frameworks, Industry and Innovation 4 (1997), S. 75–96; Wolfgang Streeck, Deutscher Kapitalismus: Gibt es ihn? Kann er überleben?, in: Wolfgang Streeck (Hrsg.), Korporatismus in Deutschland: zwischen Nationalstaat und Europäischer Union, 1999.

〔36〕 Vgl. Streeck, a.a.O., S. 18–21.

〔37〕 Streeck, a.a.O., S. 20.

〔38〕 关于一般交易条款的契约属性抑或规范属性的讨论,详见 Ulmer/Brandner/Hensen (Fn. 1), S. 62–67.

预被多个纵向和横向碎片化的主权分布所消解,而且宪法对国家行动设置了严格的界限。^{〔39〕}

具体的,纵向国家权力的碎片化(联邦与州)为国家层面上政治多数的决策和执行设置了严格界限,这可以减缓政治变迁。由党派竞选组阁政府的选举体系也有利于对政治进行渐进反应。横向主权分布则是在联邦政府一系列独立的受到选举压力保护的机构间进行权力配置,这里就包括了联邦卡特尔局。所以,像竞争这样的目标由此不再是政府的裁量空间,而是去政治化。^{〔40〕}这种政治上对国家权力的配置在私法领域的一个直接效果是对私人合同关系在控制上的相对节制。它追求的结果是希望经济活动者之间能发展出稳定的期待,遵循长期的目标,彼此建构持续性的关系。这种结果反过来也有利于国家政策的稳定性和可预见性,排除急速的政治革新。

正是在这种制度背景下,对一般交易条款规制进行立法讨论时,立法者才会放弃关于“设置保护消费者利益的联邦行政机构实行批准义务”的提议,而考虑把预防性行政控制的职权交给联邦卡特尔局,并对登记和检查程序进行相应的理性设计。卡特尔局也的确在对寡头卖主垄断市场以及企业通过一般交易条款控制市场进行滥用的监管上,表现出了出色的工作能力,并且通过长年对价格约定和价格推荐的注册,积累了丰富的经验。^{〔41〕}

(三) 团体诉讼制度在消费者保护领域的引入是基于社团在“莱茵式资本主义”中的中介角色

实践中,各国在对超越个体利益进行保护的程序上发展出不同的诉讼模式,例如美国的集团诉讼制度、日本、我国台湾地区的选定当事人制度、德国的团体诉讼制度、以及我国的代表人诉讼制度。^{〔42〕}团体诉讼制度最初是以竞争法为先导引入的,在1896年《反不正当竞争法》第8条第3款第2项中进行规定。这一制度设置实际上和社团在“莱茵式资本主义”发展中形成的角色定位联系在一起。

德国在历史上具有统合主义精神,在黑格尔的论述中,除了家庭,公民社会的团体组织是第二个“习俗之根”,它构建了“普遍性的实质国家”的基础。^{〔43〕}19世纪末,面对法国大革命和英国工业革命的挑战,德国进行“自上而下改革”、“找到德国独特道路”和保持经济增长的诉求促进了工商业团体的大发展。在全球化过程中,德国社团协调的市场经济模式进而成为对美国自由市场经济发展带来挑战的一种成功回应。^{〔44〕}

〔39〕 Streeck (Fn. 34), S. 19.

〔40〕 Streeck, a.a.O., S. 19—20.

〔41〕 Vgl. Ulmer (Fn. 13), H 35.

〔42〕 在2012年8月对《民事诉讼法》进行的最新修改中,新增加的第55条对“公益诉讼”进行了首次规定。依据法律条文表述,对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。这意味着在公益诉讼领域将引入团体诉讼制度。

〔43〕 Vgl. Wolfgang Streeck/Philippe C. Schmitter, Gemeinschaft, Markt, Staat – und Verbände? Der mögliche Beitrag von privaten Interessenregierungen zu sozialer Ordnung, in: Wolfgang Streeck, Korporatismus in Deutschland: Zwischen Nationalstaat und Europäischer Union, 1999, S. 199.

〔44〕 Vgl. Werner Abelshauser, Kulturkampf – Der deutsche Weg in die Neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung, 2003, S. 23 ff.

社团在“莱茵式资本主义”的发展中发挥着重要功能。其一,社团有组织的一致行动能够在一定范围内固定利益团体组织内部和相互之间的利益协商和合意。其二,通过多样的人员和制度化的联系,自由的协会和国家机关制度化合作的体系联系在一起。这种联系的核心是发挥社团的中介作用。一方面,贯彻执行国家政策,把集体性的自我利益化的社团行为运用到达成公共目标,国家的经济政策和行业政策都可以由此在经济企业内部得到转化,而不是通过国家指令。^[45] 另一方面,收集团体成员的意见并向国家机关传达,或者促进团体内部成员利益的协调,避免利益冲突,谋求经营利益。

基于社团在“莱茵式资本主义”发展中的中介角色及其发挥的功能,1896年《反不正当竞争法》建构了“社团诉讼”的制度,社团由此首次被赋予权利,根据该法第1条和第3条,对妨害竞争的行为提出不作为之请求。1965年,社团诉讼权又被扩展到一定的消费者协会,进而在1987年扩展到工商业协会和手工业协会。在1976年《一般交易条款规制法》中,消费者团体和经济团体的诉权被扩展到一般交易条款的内容控制上。^[46] 社团诉讼的引入,为实现消费者和经营者之间合理的利益平衡创造了条件。

四、对我国格式条款法律规制的有益启示

对于从事发达资本主义比较研究的学者来说,制度不仅是非正式的规范和法律规范的构造物,是社会的“游戏规则”,也是非物质的成本优势,是人类共同生活一般意义的组成部分。它不同的表现方式和特征在历史上区分出不同的经济圈和文化圈,文化在这种意义上不仅创造“意义”,也创造“收益”,就像在德国的制度实践中,稳定和信任允许在高度发展的经济交易中降低成本。^[47] 那些促进或者阻碍制度的构建与发挥作用的原因,其实也会左右和影响商品生产和分配的过程,甚至社会有序和社会公正之目的的实现。

这样的研究也启发了从社会理论之法的维度对法律的研究,因为法律在社会中的运行从来不是基于“法律帝国”内的封闭运作即可通行不悖。虽然从微观层面对德国一般交易条款内容控制的概念及其教义学结构的研究意义重大,但是从宏观整体层面上把握内容控制的制度建构及运行中的经验,意义也不容小窥。对中国“霸王条款”大量存在及其控制难题的回答,可以因为视角的不同而得到不同的启示:

[45] Vgl. Streeck/Schmitter (Fn. 42), S. 206—210.

[46] Vgl. Greger Reinhard, Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, *Zeitschrift für Zivilprozessordnung* (2002), S. 401—402. 关于德国团体诉讼的历史发展参见吴泽勇:“德国团体诉讼的历史考察”,《中外法学》2009年第4期。

[47] Vgl. Abelshauser (Fn. 43).

(一)示范合同制度存在的问题及解决建议

中国在合同拟定领域,从国家工商总局在1990年向国务院提出《在全国逐步推行经济合同示范文本制度》的请示并经批准开始,确立了合同示范文本制度。这一制度也适用于含有格式条款的合同制定。例如《上海市合同格式条款监督条例》第10条规定:“提供方拟订格式条款,可以参照各类合同的示范文本。合同示范文本由有关行政主管部门或者行业组织制定。上海市工商行政管理局可以参与合同示范文本的制定。”

在我国法律规定上,示范合同的制定主体是多元的。在实践中,首先,重要的工业领域或者合同类型的示范合同文本基本是由工商总局单独制定或者与业务主管部门共同制定。^[48] 第二,对于具有较强的专业性、内容特殊、一方当事人特定的合同,其示范文本由国务院各有关业务主管部门分别制定,报工商总局备案。在各省市也是如此,地方工商行政管理机关和业务主管部门发挥主导作用。^[49] 第三,一些生活领域示范合同由地方工商管理部和行业协会共同制定或者由行业协会单独制定,消费者保护协会有时也会参与制定。^[50]

示范格式合同实现了这一制度创立时的制度预期,即解决实践中合同不规范、条款不完备、漏洞问题较多等问题,强化合同管理,完善合同制度和维护正常的经济秩序。^[51] 从对特定政治经济体的制度安排进行系统性考察的进路来看,示范合同制度不仅受到中国传统治理方式的潜在影响,而且也受到从计划经济到市场经济转变的转型经济的制约。前者指的是,面对经济发展中合同文本不规范不完整的问题,政府在社会规制中选取的“示范、指导和管理”的解决路径;后者指的是在示范文本的制定主体上,以工商管理部和行业主管部门为主导,同时发挥行业组织和消费者组织功能的多元化设计。

制度演化将面临的问题是:在市场进一步发展和经济转型过程中,这种主体多元的示范格

[48] 国家工商总局2011年1月发布了《经济合同示范文本管理办法》,该办法是对1990年法规的修订。其中规定,买卖合同、建设工程承包合同、加工承揽合同、财产租赁合同、仓储保管合同的示范文本由国家工商总局商国务院有关业务主管部门制订;借款合同、财产保险合同的示范文本由中国人民银行制订;货物运输合同示范文本由铁道部、交通部、中国民用航空局制订;电、水、热、气供用合同示范文本由能源部、建设部制订。

[49] 例如建设部在1999年11月制定的城市供用水合同、供用气合同、供用热力合同等。地方省市的情况以北京市为例,其合同示范文本是北京市工商局在有关行业主管部门、行业协会的参与下,通过论证、听证等方式,广泛征求意见而制定的。在政府官方网站上,消费者和企业可以找到和下载涉及电信、房屋、旅游、汽车、装修等诸多领域的55种合同示范文本。

[50] 例如,上海市工商局和上海市摄影协会共同制定的《上海市纪实摄影服务合同示范文本》(2006年),上海市工商局和市家庭服务业行业协会共同制定的《上海市家政服务合同示范文本》(2011年),由上海市工商局、上海美发美容行业协会、上海沐浴行业协会联合制定的《上海市美发美容、沐浴行业预付费消费卡买卖合同示范文本》(2011年),2011年宁波市工商局、宁波市消费者权益保护委员会和宁波市美发美容行业协会联合制定发布的《宁波市美发美容业预付费服务交易合同示范文本》等。

[51] 参见国家工商总局在1990年向国务院提出的《在全国逐步推行经济合同示范文本制度》的请示。

式合同制度将如何发展？如果继续由政府部门发挥主导作用，那么如何应对前面针对一般交易条款的示范摹本提出的各种担忧？如果可以把格式合同视为“经济自我创设的法”的话，那么在这里则有很大的危险变为“政府为经济创设的法”，尤其是在那些示范合同被企业普遍采用的领域。这对市场的形成、对行业自治的发展和对健康的竞争秩序都是不利的。除此之外，即使是政府部门制定的示范合同，它的适当性也不能在任何情况下都得到保证。因此对示范合同如何进行内容控制？如果示范合同的制定者本身就是进行行政控制的主管机关（此处指工商行政管理部门），那么内容控制如何进行？如果示范合同的制定者是行政主管部门，那么又如何进行司法控制？这些都是必须在实践中面对的挑战。

值得考虑的解决进路是，政府把拟定示范格式条款的职责交给行业协会，^[52]并通过预防性的行政控制对示范条款进行监督。这样做的优点在于：第一，可以避免使格式条款成为政府为经济领域拟定的法，避免由政府部门包办整个重要经济领域的合同拟定。第二，行业协会在拟定示范格式条款的过程中，可以充分征求其企业成员的意见，组织和平衡他们的利益。这样的条款容易得到企业的认同，有利于建立行业内部的信任，规范行业规则 and 促进行业健康发展。第三，随着市场经济发展，新的类型的格式条款还会大量出现，例如网络买卖合同、租车服务等合同等。由行业协会主导制定示范格式条款，能更为迅速有效地对新兴行业内部的格式条款进行统一，减轻工商管理部门的负担，并避免其拟定条款的滞后性。但是需要强调指出的是，考虑到中国政治经济体制中威权式自由放任的经济体系的特点，以及行业协会在经济领域内部独立进行行业规整的先天能力不足，工商行政管理部门可以在行业协会制定示范格式条款时，发挥“行政指导”的作用。^[53]

[52] 中国行业协会的情况较为复杂，主要分为民间行业协会和行政性行业协会。民间行业协会是基于民营经济蓬勃发展，出于企业发展的内生需求自下而上组建的。民间行业协会多出现在商业、服务业、轻工业等非公有制经济比较集中的、政府不易考虑到的零星、分散的行业，会员多为中小型企业。它在动力机制、激励和约束机制上都优于非市场组织，在规范行业秩序和制定行业标准等方面发挥越来越重要的作用。行政性行业协会是政府在二十世纪八九十年代响应国务院“按行业组织、按行业管理、按行业规划”的号召组建的。它是政府机构改革和撤并国家工业部门的产物，服务于政府行业管理和行业控制的目标。行政性行业协会的会员以国有企业为主，组建方式是自上而下，在体制、财政、人事上与政府存在密切联系。由于其内部组织更为行政化，所以其为企业服务的动机遭到抑制，独立开展活动的的能力也遭到限制。周立群、谢思全主编：《中国经济改革30年》（民营经济卷），重庆大学出版社2008年版，页164—165。笔者认为，在示范格式条款已经初具规模的现状下，今后应当更多地发挥民间行业协会在示范格式条款拟定上的作用。

[53] 依据《遵循公平诚信原则，防范三类违法行为——工商总局有关负责人就〈合同违法行为监督处理办法〉答记者问》，“行政指导”指的是，在当事人自主决定是否接受和采纳的前提下，根据合同当事人的利益要求，对合同活动给予行政指导。这不同于一般的行政干预，这种对合同民事活动的介入是为了促进和保障合同自由、合同意思自治及合同公平，是为了保护交易的公平和安全，是为了充分保护合同当事人的利益。所以，某个具体的行业协会在拟定示范格式条款时，可以参照自主决定是否要求由工商部门进行“行政指导”。参见新华网，http://news.xinhuanet.com/legal/2010-10/20/c_13566931.htm，最后访问日期：2012年9月18日。

(二) 备案审查制度中存在的问题及解决方法

全国人大及其常委会制定的法律都没有对预防性的行政控制做出具体规定。行政控制主要是在各省市的“格式条款监督条例”中进行详细规定,其采取的是备案审查制度,备案审查的机关是地方工商行政管理部门。这种制度建构是社会转型和法律移植的直接后果。

回顾中国关于格式条款问题的法律规制,最早在1994年《消费者权益保护法》第24条中对格式合同的控制做出了规定。之后在1999年《合同法》第39—41条中对格式条款的涵义、格式条款纳入合同的条件、无效的格式条款以及格式条款的解释做出了规定。可是立法者对于保障该实体法规定有效实施的程序,却没有在进行法律移植时进行周详考虑和相应立法。如果放在社会政治经济体转型中来看,在社会转型和经济转型阶段,对于一些制度变革和制度创新,尤其是涉及私人经济生活领域的事项,中央政府更愿意把它们交给地方政府在实践中探索,然后选择成熟的时机对地方政府的制度实践进行总结并形成法律法规。

在对格式合同进行预防性行政控制方面,这种制度构建即是先由各级地方政府进行探索实践。由此导致的问题是,在格式条款监督条例中,各省市对需要进行备案审查的格式合同以及备案时间的规定互不一致。针对需要备案的格式合同,除了行政主管部门、行业组织自行制定的合同示范文本需要备案外,各省市还规定部分采用格式条款的关乎生活消费重要领域的合同也需要备案。此处,各省市对合同类型重要性的认定存在较大差异。^[54]在备案的时间上,也主要存在两种不同的规定:第一种是在使用合同文本订立合同之前,^[55]第二种是使用规定类型合同的经营者在开始使用格式条款之日起30日内,应将其格式合同样本报核发营业执照的工商机关备案。^[56]

以前在备案审查的标准方面,各省市的格式条款监督条例虽然是从“格式条款不得含有免除提供方责任、加重消费者责任和排除消费者主要权利或者扩大使用者权利”等方面进行规定的,但是其中也存在诸多差异。不过,国家工商行政管理总局2010年10月13日制定公布的《合同违法行为监督处理办法》第9—11条的规定对此进行了统一。

[54] 例如《上海市合同格式条款监督条例》规定的是:房屋的买卖、租赁及其居间、委托合同;居住物业管理合同,住宅装潢合同;旅游合同;供用电、水、气合同;运输合同;邮政、电信合同等。根据不同省市的情况,需要备案的合同还有:人身、财产保险合同(例如《重庆市合同格式条款监督条例》),汽车买卖合同(例如《青岛市合同格式条款监督办法》),经营性培训、医疗服务合同、个人消费贷款合同(例如《内蒙古自治区合同格式条款监督条例》),美容健身、餐饮住宿、摄影服务(《江西省合同格式条款监督办法》)等。

[55] 例如《上海市合同格式条款监督条例》第11条,《青岛市合同格式条款监督条例》第11条,《重庆市合同格式条款监督条例》第13条,《湖北省合同监督条例》第14条,《福建省合同格式条款监督办法》第11条等。

[56] 例如:《浙江省合同行为监督管理规定》第13条,《内蒙古自治区合同格式条款监督条例》第12条,《山西省合同监督管理条例》第10条,《黑龙江省合同格式条款监督条例》第6条,《江西省合同格式条款监督办法》第11条等。

需要讨论的问题是,备案审查应当由一个统一的中央政府机构如工商总局进行,还是由地方工商管理部门各自进行?在德国一般交易条款的内容控制上,笔者已经分析了联邦卡特尔局在横向的国家主权配置中如何发挥作用。在当时的立法讨论中,也有学者建议设立 11 个州级机构(当时德国尚未统一),对一般交易条款进行登记检查。^[57] 反对设立州级机构的学者主张,设立一个唯一的联邦机构进行事务上的集中化,是出于简化的需要,不仅是在涉及诉讼事务时,而且也是在给私人提供信息时。^[58] 考虑到中国中央和地方的权力配置,备案审查可以继续由地方工商管理部门各自进行。那么前述需要备案的格式合同类型和备案时间上不统一的问题,就应当通过制度完善来弥补。

值得尝试的解决进路是,在既有备案审查制度模式下,在备案审查程序中实行裁决登记公开制度。具体建议是:各省工商局定期(例如每季度,或者每半年)把本省在备案过程中发现并已经裁定的不公正格式条款上报国家工商总局,由其进行汇总和公布。各省市在备案过程中可以参考,对已经公布为无效的格式条款的登记可以不予受理。

格式条款裁决登记制度符合中国中央和地方权力配置的需要。一方面,可以发挥地方省市工商管理部门在预防性行政控制上的优势,尤其是针对日益发展的中小企业所使用的格式条款;另一方面,借助中央国家机关的权威可以促进系统化和统一化的内容控制。另外,该制度的优势是,只要某些省市的备案审查工作积极,就可以达到对其他省市类似不公正条款统一控制的效果。这就弥补了原来制度中只有个别省市的工商部门在工作中发挥主动性和积极性的弱点。^[59]

(三) 诉讼程序上的制度缺位与改进建议

中国在格式条款立法上的一个较大失误是诉讼程序规定的制度缺位。德国《一般交易条款规制法》在立法过程中,立法者即意识到,“仅规制一般交易条款的内容是远远不够的,还必须辅之以有效的诉讼程序控制,才能把实体法中所不容许的一般交易条款切实排除于民事法律交往之外。”^[60] 但是在《消费者权益保护法》和《合同法》对格式合同和格式条款的法律规制进行移植之时和之后,我国法律都没有对诉讼程序的制度架构做出相应切实的考虑。在格式条

[57] Vgl. *Hein Kötz*, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, in: Verhandlungen des 50. Juristentages, Gutachten, 1974, A 87 ff.

[58] Vgl. *Ulmer* (Fn. 13), H 36.

[59] 根据德国的经验,起初一般交易条款裁决的登记数量很大,但是经过一段时间就会逐渐下降并渐趋稳定。因此,这并不会给主管机关带来过度负担。中国在格式条款的备案审查上,上海市、浙江省和江苏省的工商行政管理部门,发挥积极作用并且积累了成功经验,参见浙江省工商局合同处:《开展格式条款备案的体会与启示》,《工商行政管理》2006 年第 13 期;浙江省工商局合同处:《开展格式条款备案三年工作回顾》,《工商行政管理》2006 年第 13 期。

[60] 局普里斯,见前注[18],页 47。

款的内容控制上,中国至今仍面临着前述德国立法前存在的问题:一方面是顾客没有动力提出诉讼,另一方面是个案控制辐射效力狭窄。

理论上,对不公正的格式条款可以通过《民事诉讼法》第54条和第55条规定的代表人诉讼制度进行救济。但实际上这是很难实现的。首先,代表人诉讼制度从制度构建上与其说是为了对不公正的格式条款进行不作为之诉而做出,毋宁是为了对损害赔偿提出义务之诉而设计的。而对格式条款内容控制的案件来说,损害赔偿不是唯一的方式,甚至不是主要方式。其次,代表人诉讼的程序设计限制了它的作用发挥。对于不作为之诉,确定成员数目、进行明确授权并没有多大的实际意义。所以,在实践中,这一制度主要应用在例如环境侵权等损害赔偿的诉讼中。再次,让权利人到法院登记并选定诉讼代表人,会增加诉讼的复杂性,特别是小额多数的情况下更是如此。^{〔61〕}而涉及格式条款内容控制的案件很大部分都是这样的情况。最后,法官惰于使用代表人诉讼已经成为一个普遍现象。^{〔62〕}例如法院认为,以公告和登记的方式确定群体成员以及代表人的方式脱离中国现阶段的国情和实际。在中国“稳定压倒一切”的大环境下,绝大多数法院是不会愿意选择这种方式的。法院领导会认为这种方式可能扩大群体纠纷的规模 and 影响。所以,法院通常是对可以适用代表人诉讼的案件分别立案,合并审理,或者分别立案,独立审理。^{〔63〕}

2012年8月公布的对《民事诉讼法》的修改中,对“公益诉讼”制度进行了规定。这是否能给制度改进带来希望?虽然这是此次民诉修改一个引人注目的亮点,但是对格式条款的内容控制来说只是开启了一线曙光。其一,从条文内容来看,这里的公益诉讼制度主要是针对环境污染的侵权事件,而“侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为”事实上主要针对的是不断发生的食品安全事故。针对不公正的格式条款是否可以提出“公益诉讼”,甚至提出不作为之诉而非损害赔偿的义务之诉,涉及到诸多学理问题,包括公共利益内涵的界定、公益诉讼边界的界定、公益诉讼的受理范围以及诉权滥用的防范等。^{〔64〕}这都需要在实践中明确。其二,民事公益诉讼应该采取何种形式?在对民事公益诉讼的基本模式进行比较研究中,有学者主张,在我国当前“代表人诉讼被搁置、美国式集团诉讼短期无引入可能的背景下,中国民事公益诉讼应采取民事公诉为主导,实验性诉讼、团体诉讼和公民诉讼为补充的模式选择路

〔61〕 肖建华:“群体诉讼与我国代表人诉讼的比较研究”,《比较法研究》1999年第2期。

〔62〕 从目前我国处理群体纠纷的司法实践情况来看,《民事诉讼法》第54条确立的人数确定的代表人诉讼在一些法院仍有不同程度的适用,但在适用的数量上明显呈下降趋势,在一些发达地区和中心城市,代表人诉讼基本上已经销声匿迹。而《民事诉讼法》第55条确立的人数不确定的代表人诉讼在我国司法实践中更是难觅踪影。章武生、杨严炎:“我国群体诉讼的立法与司法实践”,《法学研究》2007年第2期。

〔63〕 参见王福华:“法院的司法能力与代表人诉讼”,《烟台大学学报》(哲学社会科学版)2006年第4期。

〔64〕 徐卉:“〈民事诉讼法〉修订及争议”,载李林主编:《中国法治发展报告 NO.10(2012)》,社会科学文献出版社2012年版。关于中国公益诉讼的研究及典型案例参见中国社会科学院法学所公益法研究中心:“中国公益诉讼发展状况报告”,载第三届东方公益诉讼论坛文集:《公益诉讼的本土化》,2006年8月。

径。具体建言是：确立实验性诉讼、拓展民事公诉和团体诉讼的适用范围、引进公民诉讼。”^{〔65〕}根据法律规定，可以向人民法院提起公益诉讼的是“法律规定的机关和有关组织”。这一概括性的规定还需要进一步的细化。但是至少可以从中假定，如果消费者协会符合“法律规定的有关组织”，那么就可以在符合公益诉讼的受理范围内对一些难以攻克的“霸王条款”进行起诉。这实际上是为“社团诉讼”的引入预演了先声。因此，可以拭目以待的是正在进行的《消费者权益保护法》的修订对格式条款诉讼程序制度缺位的突破。

在格式条款的内容控制上，立法者可以考虑采取民事公诉和社团诉讼相结合的形式。第一，民事公诉的主体设定为地方工商管理部门。鉴于浙江省等个别省市的工商管理部门在格式条款备案审查中所表现出的工作能力和积累的经验，^{〔66〕}如果法律赋予地方工商管理部门对不公正的格式条款提出民事公诉的权利，那么就可以对垄断行业和大型国有企业存在的“霸王条款”进行有效诉讼，有力维护社会公共利益和消费者的利益。第二，社团诉讼建议赋予消费者协会以诉权。原因在于中国消费者协会在对“霸王条款”的点评中的出色表现，更为重要的是，消费者协会的组织形式、社团结构及其和工商部门的密切联系，以及中国消费者协会和部分地方消费者协会资金来源的改变，都有利于这种组织化的消费者的群体利益有效行使诉权。在必要时，消费者组织可以聘请法律专家和律师，对不公正的格式条款进行筛选，选择具有代表性的条款提出诉讼。具体而言，可以对格式条款的使用者提出对无效格式条款不作为和撤销的诉讼。同时，裁判的效力应当超出个别案件，使依据实体法的格式条款的无效判决超越有限的传统效力领域，通过这种方式使同类商品和服务的消费者也从中获益。总之，如何在司法控制上进行制度改进，立法者应当结合其他保护超越个体利益的诉讼模式及其最新的发展进行思考，找到适合中国自己的制度模式。^{〔67〕}

(责任编辑：张双根)

〔65〕 肖建国：“民事公益诉讼的基本模式研究——以中、美、德三国为中心的比较法考察”，《中国法学》2007年第5期。

〔66〕 浙江省工商局合同处，见前注〔59〕。

〔67〕 最近对我国群体诉讼程序建构进行的总结，参见吴泽勇：“建构中国的群体诉讼程序：评论与展望”，《当代法学》2012年第3期。