合同意思自治与合同监管研究

李 有 星
(浙江大学 经济学院, 浙江 杭州 310027)

【摘 要】《合同法》确立的合同意思自治原则,对合同监管具有重大影响。本文对合同意思自治的基本理论,合同意思自治原则的具体内容以及合同监管的观念、范围、途径等作了阐述,强调以合同意思自治原则指导合同监管工作,依法确认、保障合同当事人权利;以意思自治受限制的规则调整社会各方利益;合同监管立法要有利于合同意思自治的实现。

【关键词】合同;意思自治;监管
【中图分类号】 D912.29 【文献标识码】 A 【文章编号】 1008 - 942X(2000)02 - 0103 - 08

A Study of Contractual Autonomy and Supervision

LI You-xing
(*School of Economics, Zhejiang University Hangzhou*, 310027, *China*)

Abstract: The principle of contractual autonomy of the People's Republic of China will greatly affect the contract's supervision. By giving a brief account of the theory and content of the principle of contractual autonomy and the viewpoint, scope and method of supervision of contracts, this article intends to emphasize that we shall guide contract's supervision through the principle of contractual autonomy; confirm and protect the lawful rights of parties of contracts; adjust the interests of each party by using the rule of restriction on contractual autonomy. The legislation of contract's supervision must benefit the realization of contractual autonomy.

Key words: contract; contractual autonomy; supervision

合同的意思自治是当事人签订合同的基础,其核心是合同行为要遵从当事人的意愿,其基本要素表现为:合同相对人选择自治、合同缔结自治、合同内容自治、合同方式自治、合同履行、违约补救以及争议解决自治等。合同意思自治原则已在我国《合同法》中充分确立,其内容十分丰富。合同意思自治原则对合同监管的观念、范围、方式等均自然地产生了重大影响。本文从合同意思自治的理论出发,探讨合同监管的有关问题。

一、合同意思自治的基本理论

意思自治,又称合同自治,在法学理论上对于何谓意思自治,学者们对此从不同的角度来进行释义。有的学者从民法的角度来定义,认为:意思自治即当事人依照自己的理性去判断,支配并设计自己的生活,管理自己的事务;有的学者从公私法的划分角度来对意思自治原则进行释义,认为:意思自治指的是私法自治,又称私权自治,其基本含义为私法主体有权自主实施私法行为,他人不得非法干预,私法主体仅对基于其自由表达的真实意思而作的私法行为负责,并在不违反法律的前

[收稿日期] 1999 - 01 - 21
[作者简介] 李有星(1962 -),男,浙江缙云人,浙江大学经济学院国际经济法系副教授,主要从事经济法、民商法的教学与研究。

提下,私法主体自愿达成的协议优先于私法的适用,即私人协议可以变通为私法。

本文的意思自治指当事人根据其个人意思作出的相应的合同行为,而且其个人意思的表示是自由的,合同的对象、形式、履行及权利处分等的选择是当事人享有的自由权利。具体地说就是允许合同当事人在法定的框架内根据双方达成的一致意愿来签订协议,包括在合同中相互合议的任何条款。只要双方自由意志投合,他们就可以按照自己的利益要求,自主地进行选择和交换,从而不受拘束。当事人不仅可以自由缔约合同,还可以自由变更或解除合同,可以自由地处分合同权利,当事人也可自由选择解决争议的方式。合同监管处理机关的主要职责是确定当事人自行选择的意向 处理案件时,主要以双方合同为依据,对没有约定的则按照合同法的规定,对既无约定又无法定,则按公平原则审理,充分重视当事人的意思自治。

意思自治的本质包含着以下内容,即 :(1)同意主义。所谓同意主义是指合同原则上只需当事人双方一致的意思表示即可成立,特定形式的要求仅是例外,如果缺少同意,则合同不能成立。所以‘ 协议是依两个或两个以上的人的合意形成的约定,是他们自己制定的、有关他们之间为彼此承诺行为的法律 ’[1]。同意主义是意思自治原则的具体体现。(2)契约自由。契约自由指当事人有依合同负担义务并受强制的履行的自由。合同当事人可以按照自己的意志去自由决定是否订立合同、自由决定对方当事人、自由地决定合同的内容、自由地决定合同的形式,其核心和实质就是当事人的合意决定着各方之间的权利和义务。契约自由是权利自由的表现,它贯彻了意思自治所要求的自由观念。(3)合同解释‘ 应探究当事人的真实意思 ’。合同是双方当事人的意思表示一致的法律结果。既然如此,当合同发生条文晦涩、模糊或不完整的情况下,应该根据当事人的真实意思反映来确定。合同解释原则在我国以往三部合同法(注 :指我国《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》,下同)中没有明确规定,但《合同法》中有规定。法国民法典第 1156 条也规定‘ 解释契约时,应探究缔约当事人的意思,而不拘泥于文字的字面意思。’所以法官不能够根据自己的判断,使合同产生自认为最为公正、最实用的效果,而只能够让合同产生最可能符合当事人‘ 意思 ’的效果。(4)合同的强制力。合同是依据当事人共同的意愿而订立的,合同所具有的法律强制力是按当事人自愿接受的条件对当事人产生约束力。合同一经成立,在某种条件下,每一个当事人都有排斥第三人和其它行政干预的权利,连法院都无权对有效合同进行修改或即便出现不公平情况,法院也无权主动地对合同进行变更或撤销。在这种情况下,法律界一直有合同优先于法律的说法,立法上的变化是不能对合同产生影响的。(5)合同的效力。合同的效力包含着对合同当事人的效力和对第三人的拘束力。对于当事人的效力是因为当事人的意志是产生权利义务的‘ 原动力 ’,因此表达该意志的人就应受合同的约束。这种约束体现了权利和义务两个方面。权利是受法律保护的,义务是具有法律强制力的。若违反合同,就要承担相应的违约责任。对于第三人的约束力主要表现为债权人的代位权和撤销权以及第三人的侵害权。按合同效力原则,合同一般生效要件包括主体具有相应的民事行为能力、合同内容合法确定、意思表示真实、合同方式完备四个方面。其中意思表示真实是合同生效的重要构成要件。因此,合同的效力原则同样反映了‘ 意思自治原则 ’的要求。

意思自治原则被市场经济国家的立法普遍所采纳,这是因为市场经济的本质要求合同意思自治 :第一,市场经济的基础是商品经济,商品经济是以商品生产和商品交换为主要因素。彼此平等的市民进行商品交换,相互出让自己的商品所有权,换取对方的商品及所有权,是一个双向选择的过程,而交换的媒体是契约。在商品经济中,意思自治导致契约,契约又需要意思自治。第二,市场经济的实质是契约经济,从某种意义上说,契约是市场的法律准则,契约关系是市场经济关系在法律层面上的再现。首先,在市场经济中,契约是经济交往的主要形式,是实现资源配置的主要手段。其次,契约将成为评价和规范经济行为最具体的标准,一个具体的行为应当受到肯定还是否定,是

保护还是制裁,其首要的标准就是依法订立的契约,而契约需要平等协商一致才能有效。另外,市场经济是竞争经济。竞争需要有一个宽松的环境和平等的机会。在市场经济社会中,法律不可能以强制性规范包揽一切。否则,竞争就会受到限制。让每个当事人根据自己的知识、认识和判断以及直接所处的环境去自由平等地选择自己认为最适当的行为,追求自己最大的利益,则更能调动人们的主动性、积极性和创造性。因此,有学者指出,意思自治是动力之源、效益之泉,要促进或加速社会发展就必须确立私法的意思自治。可见,研究意思自治与市场经济的本质联系及互动关系,认清意思自治的实施现状与市场经济所要求的实施程度之差距,探求扩张意思自治的合理途径以促进市场经济的发展,控制意思自治实施的度,合理运用国家权力对合同的监管,以保障市场的各种秩序,合理调整各方利益等等,都是摆在每一个法律学者面前急待研讨和解决的重大课题[2]。

二、合同意思自治原则及其内容规定

1999 年 10 月 1 日实施的《合同法》,确立了合同意思自治原则,《合同法》在总则中规定‘ 合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方 ”;“ 当事人依法享有自愿订立合同的权利,任何单位和个人不得非法干预 ’的原则,同时增加了合同的要约和承诺、缔约过失责任原则、合同解释原则等相应的规定,这些均充分表现了意思自治原则已成为了我国合同立法的首要原则。合同意思自治原则同时贯穿着合同法始终。具体表现在以下内容:

(一)合同缔约自治。合同缔约自治指合同订立与否由当事人自己决定,他人不得干涉。首先,这一原则体现在缔约合同的主体上。《经济合同法》的适用范围是平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系而订立的合同。公民之间以及公民与法人、其他经济组织之间的合同不适用于《经济合同法》;《涉外经济合同法》适用于中国的企业或其他经济组织同外国企业和其他经济组织或个人之间的合同,不适用于我国公民同外国企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同 ;《技术合同法》适用于法人之间、公民之间及公民同法人相互之间订立的技术合同,但不适用于涉外技术合同。《合同法》扩大了该法的适用范围。一是扩大了合同主体的范围。《合同法》不仅适用于法人、其他经济组织,还适用于自然人 ;二是扩大了合同种类的范围。《合同法》不仅适用于经济合同、技术合同,而且还适用于其他民事合同 ;三是《合同法》不仅适用于国内的合同,还适用于涉外合同。其次,要约与承诺原则是合同缔结自治原则最突出的表现,如过去的三部合同法并没有相应的规定。《合同法》参照了国际惯例,具体规定合同成立的要约与承诺规则,并使之具体化。《合同法》第 13 条至第 31 条具体规定了要约、承诺,包括要约的必备条件、要约的生效、要约的撤回和撤销、承诺的期限、承诺的撤回、承诺的生效等。再次是缔约过失责任原则的确立。原有的三部合同法对缔约过失责任没有任何规定,这不利于对当事人的缔约自治权的及时保护。《合同法》增加了这一规定,即当事人在订立合同过程中,假借订立合同,恶意进行磋商 ;故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或提供虚假情况 ;有其他违背诚实信用原则的行为,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿责任。同时还规定,当事人泄露或不正当地使用在订立合同过程中知悉的商业秘密,给对方造成损失的,应当承担损害赔偿。

(二)合同内容自治。合同内容自治是指当事人订立何种合同,合同条款包括什么,除少数情况外应由其自主决定,他人不得干涉。《经济合同法》第 8 条规定了合同种类有购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险。《经济合同法》创制于计划经济体制下,新形式下的一些交易形态在原《经济合同法》中并不能反映出来,造成了合同管理的不能和

不适当。《合同法》总结实践经验,根据实际情况,规定了 15 种合同种类,分别为买卖合同,供用电、水、气、热力合同,赠与合同,借款合同,租赁合同,融资租赁合同,承揽合同,建设工程合同,运输合同,技术合同,委托合同,行纪合同、居间合同等。除此之外,《合同法》还规定:"本法分则或者其他法律没有明文规定的合同,适用本法总则的规定,并可以参照本法分则或其他法律最相类似的规定。"因此,《合同法》不仅拓宽了合同种类的规定,同时还赋予当事人合同种类创设的权利。

在主要条款方面,《合同法》将原先《经济合同法》中的"应当具备"的条款、《涉外经济合同法》规定的"一般应当包括"条款修改成"一般包括以下条款",并赋予"当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同"的权利。这是为了提高订约质量,防止和减少纠纷,同时也针对当前利用格式条款损害相对人利益的情况。《合同法》对格式合同条款作了相应的规定。一是规定提供格式条款的一方有提示、说明的义务;二是规定免除提供格式条款一方当事人主要义务,加重对方责任,排除对方当事人主要权利的条款无效;三是规定对格式条款有两种以上的解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释等等。这些规定,都有利于保护弱者的权益。

合同内容的效力和合同的解释问题是合同内容自治的延伸部分。《合同法》对依法成立的合同的效力作出如下规定:"依法成立的合同,对当事人具法律约束力,当事人按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或解除合同。依法成立的合同,受法律保护。"就合同解释而言,也体现当事人意思自治原则,原三部合同法对合同解释并未作出任何规定。为了公平、合理地确定当事人的权利义务,《合同法》规定:"当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句,合同的有关条款、合同的目的、交易习惯及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有相同的含义。各文本使用的词句不一致的,应当根据合同目的予以解释。"另外,合同生效后,当事人对合同内容约定的不明确条款的处理同样存在着意思自治,《合同法》第 61 条规定:"合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定"。当事人就有关合同约定不明确,当事人不能达成补充协议,按合同有关条款或交易规则仍不能确定的,则由《合同法》规定。为此,《合同法》第 62 条专门对质量要求、价款或报酬、履行地点、履行期限、履行方式、履行费用的负担等约定不明确的处理办法,依据公平、合理的原则作出了具体规定。

(三)合同形式的自治。形式自治,就是订约当事人采取什么方式由其协商决定。原《经济合同法》第 3 条关于形式之规定属于强制性规范,即当事人订立经济合同,除"即时清结者外"应采用书面形式。该条款规定的缺陷在于:第一,按此规定,不论合同标的额大小,只要不能即时清结的,就必须采用书面形式,只要能即时清结的,就不必采用书面形式。这限制了当事人的形式自治权,也不利于合同管理。第二,根据法律的硬性规定,如果当事人对不能即时清结的交易订立口头合同,则在发生纠纷时,将无法得到司法救济,显然违反市场经济发展的基本要求。因此,从鼓励交易,保障交易安全的角度出发,根据各国买卖法从重形式到重内容,从重文字到重当事人真实意思;从重书面合同到口头与书面合同并重的发展趋势,我国《合同法》第 10 条规定了合同的形式有书面形式、口头形式和其他形式。同时还规定,法律、行政法规规定采用书面形式的,应当采用书面形式;当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。

(四)合同履行自治。履行自治是指在履行合同过程中出现了一些无法预料的情况,合同该如何履行应由双方当事人决定,不应再拘泥于原合同。就这一原则,各国学者首推情事变更原则,但是我国在合同立法过程中并未确立这一原则,因为立法者考虑到,情事变更原则与正常的商业风险很难区别,如果过早的确立这一原则,不利于商业信用和保险等行业的发展,同时,由于普通商业风险与不可抗力诱发价格波动而引发的商业风险难以区分,会造成尺度难以把握,从而使法官的自由

裁量权过大,更使不轨法官在断案时,利用‘情势变更制度’任意解释法律和客观情势,使情事变更制度实行起来负效应大于正效应[3]。

虽然《合同法》中没有确立情势变更原则,但是为了对当事人履行自治权的保护,《合同法》增加规定了抗辩权制度和履行保全制度。《合同法》规定了抗辩权分为同时履行抗辩权、后履行抗辩权和不安抗辩权。《合同法》第 66 条至第 69 条规定 :当事人互负债务,没有先履行顺序的,应当同时履行。一方在对方履行之前或对方履行债务不符合约定时,有权拒绝其履行请求,或拒绝其相应的履行请求 ;当事人互负债务,有先后履行顺序的,先履行一方未履行的或者先履行一方履行债务不符合约定的,后履行一方有权拒绝其履行请求或者拒绝其相应的履行请求 ;应当先履行债务的当事人,有确切证据证明对方经营状况严重恶化、转移财产、抽逃资金、丧失商业信誉等丧失或者可能丧失履行债务能力的,可以中止合同履行,等等。

原三部合同法对履行中的保全措施没有规定,为了防止因债务人的财产的不当减少而给债权人的债权带来危害,《合同法》规定了代位权和撤销权两种保全措施。《合同法》第 73 条、第 74 条规定,因债务人怠于行使其到期债权,对债权人造成损害的,债权人可以请求人民法院以自己的名义代位行使债务人的债权 ;因债务人放弃其到期债权或无偿转让财产,对债权人造成损害的,债权人可以请求法院撤销债务人行为。债务人以明显不合理的低价转让财产,对债权人造成损害,并且受让人知道该情形的,债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

(五)合同违约补救自治。合同一旦违约,采取什么方式补救,应由当事人双方协商决定。这方面的自治,原三部合同法并未规定详细。《合同法》作出如下规定 :第一,违约救济采用事先约定方式,《合同法》第 144 条规定 “当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金,也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法 ”。第二,违约责任方式采取由当事人选择的原则。违约责任方式主要有实际履行、采取补救措施、要求赔偿、约定违约金等四种,此外还有定金罚则。至于以哪种责任方式为主,原三部合同法的规定不尽一致。《涉外经济合同法》强调实际履行,《经济合同法》则强调实际履行和全面履行。《合同法》第 107 条规定,当事人一方不履行合同义务或履行合同义务不符合约定的,应当继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。第三,对实际履行补救措施适当予以修正。原三部合同法,大都强调合同的实际履行,但实际操作中,有时这种实际履行成为了不可能或没有必要,如果再一味地追求实际履行,并不利于保护当事人的利益。在英美法系中,已将实际履行作为一种特殊的救济方式。我国《合同法》中规定,法律上或事实上不能履行的,债务的标的不适于强制履行或履行费用过高的,不应请求实际履行。第四,发生纠纷后的解决方式由当事人协商决定。《合同法》第 128 条规定 :当事人可以通过和解或调解解决合同争议,当事人不愿和解、调解或和解、调解不成的,可以根据仲裁协议向中国的仲裁机构或者其他仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或仲裁协议无效的可以向人民法院起诉。

三、意思自治原则下的合同监管

意思自治原则是合同自身法律属性的要求和表现,从而是合同法的首要原则。但对合同行为的适度监管是现代市场经济所必须的,行政机关对合同的适度管制有利于确认和保障意思自治当事人的合法权益,有利于维护和保障国家利益和社会公共利益,有利于诚实信用、公平的实现。为此,笔者认为,合同监管过程中有必要解决好以下几方面问题 :

第一,以意思自治理念指导合同监管工作。我国市场经济的建立和发展,不同于西方资本主义国家。一方面,它是在集权型的计划经济基础上逐步转轨而来的,没有经过自由经济的过渡时期,

人们的观念仍不能完全脱离‘官本位’和‘权力本位’的束缚,因而市场经济所需要的平等、权利、自由等契约观念,仍需下大力气培育。我们的工作应以意思自治为统帅,适应市场经济的基本要求。意思自治原则的基本理念是建立在平等观念、权利观念和契约自由意志之上。因此,合同监管者就有必要充分认识平等、权利和契约自由的理论,并加以运用。意思自治的前提是签约当事人法律地位的平等。只有当事人之间处于平等的位置上,契约的规定才有可能体现当事人自愿的合意选择。意思自治的内容是权利,确认和保障当事人的权利行使和处分是市场经济有序运作的前提,权利的存储空间就是意思自治的功能空间。在《合同法》条款设置中,贯穿着以权利为主导、权利是目的,义务是手段的意思,设定当事人义务的目的在于保障权利的实现。契约自由意志指契约行为是契约当事人的自愿行为,契约的内容是当事人合意的结果,是当事人真实意思表示的一致,契约对象、形式、履行、权利处分等的选择是当事人享有的自由权利。没有契约当事人的意志自由,就谈不上当事人的平等,没有当事人之间的平等,就谈不上当事人的权利保障,没有平等和权利保障,契约就无从谈起,没有契约的经济就不是市场经济,也就不可能真正规范市场和交易者行为。

在实际生活中,我国由于受计划经济的影响,契约关系长期不发达,而等级特权观念则根深蒂固地影响着人们的行为。但是市场经济是法治经济,基本形态是契约行为。自由意志观念是意思自治原则的核心。因此,我们必须培养平等、权利、意思自治理念,在社会中广泛培养契约观念。在我们的合同监管中,也毫不例外地要求执法者真正做到树立契约自由、意思自治的观念,以此指导我们的合同监管工作。

第二,以意思自治原则确认、保障合同权利。按照意思自治原则,合同当事人之间的权利义务由当事人之间的合意来确定,其他人不得干涉。合同一经依法成立,即具有约束力,合同执法者或合同监管者的任务之一就是依法来保障合同的执行,强制合同的执行,而不是决定合同是否公平,也不是伸张正义。可见意思自治原则实质减少执法者的自由裁量权。法官在审理案件中享有自由裁量权,其目的就是为了使案件的审理结果符合社会利益的要求。实现法律的公平、正义。人们行使自由裁量权不能以否定合同意思自治原则为前提。在处理合同纠纷时,执法者不得脱离当事人双方自愿达成的特别约定,而任意地作出自以为十分公正、公平、实用的判定。

在合同的纠纷案件处理中,首先应坚持意思自治原则,尊重当事人自愿达成的协议,对于当事人约定的条款根据《合同法》只有在以下情况下,才可以认定为无效:一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益;恶意串通,损害国家、集体或者第三者利益;以合法形式掩盖非法目的,损害社会公共利益;违反法律、行政法规的强制性规定。根据《合同法》第 54 条,若出现因重大误解订立的,在订立合同时显失公平的合同,执法者不能再自行判定为无效合同,而是应当由当事人一方决定是变更合同还是撤销合同。这一情况还涉及到法官在何种范围内变更和决定合同当事人的权利义务。根据意思自治原则,只有对可撤销的民事行为,在当事人要求变更的情况下,有权机关才可以变更;在当事人要求撤销的情况下,有权机关则可以酌情予以变更或撤销。

在此,如何以公平正确处置当事人的合同权利,切实确认、保障行为人权利,对合同监管也十分有意义。公平是诚实信用原则的核心。公平是一种社会价值判断,一种合同关系是否为公平关系,需要以当事人双方的利益来衡量,需要以社会公认的公平观念作出判断。在不同的社会有不同的公平观念。在现代社会,公平首先是以当事人的自由为前提的,只有当事人自愿订立的合同关系才可能是公平的,不是由当事人自愿订立的合同很难说是公平的,除非法律对合同的订立和内容有直接的强行性规定。况且,当事人之间的关系是否公平,在不同的领域有不同的判断标准,就合同法而言,这与合同的性质有关。例如,在无偿合同中,只要是当事人自愿订立的,就是公平的,而不能因为当事人双方之间的权利义务没有对等性,就认定当事人之间的关系是显失公平的。公平是对合同自由的限制,但不是对合同自由的否定。显失公平原则依据我国最高人民法院的解释:一方

当事人利用优势或者利用对方没有经验,致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则的,可以认定为显失公平。'可见,显失公平行为须具备一定的主观和客观要件。从主观要件上说,一方须有利用自己的优势或对利用对方没有经验的故意。而就另一方来说,在订立合同时缺乏真正的意志自由而不得不接受对方的条件 ;从客观要件上说,须对方所为的给付明显地不公平,严重地缺乏对价性。例如,罗马法上依据非常损失法则,买卖双方以实价一半以下的价格出售或者以高于实价一半以上的价格购买即为不公平的。但公平的价值判断只能适用于等价有偿行为,只能适用于当事人并非自愿地实施行为的场合。在当事人完全自愿实施行为时,则不发生公平的价值判断。例如,当事人一方自愿地以赠与与买卖结合的形式低价将某商品给与他方,则不能认定当事人之间的行为为显失公平的民事行为。所以,以公平原则来否定自由原则是错误的,以显失公平来否定当事人非等价有偿合同中的特别约定的效力更是不正确的。

第三,以合同意思自治受限制原则调整各方利益。现代社会的意思自治不可能是绝对的、无限制的自治。我们在倡导合同意思自治的原则下,也赞同通过对合同意思自治的适度限制来调整社会各种利益。这方面也正是我们的合同行政监管机关努力的重点工作。适度的合同意思自治的限制通常表现在以下几方面 :

1.对普通合同条款(格式合同)的限制。人生活在这个社会中,实际上不签约是不可能的,必然以这样或那样方式表现为签约,但实现生活中,有时人们似乎丧失了意思自治的权利。例如人们购买日用消费品,乘坐交通工具,受雇于工厂企业主,乃至到保险公司保险,向银行申请贷款,购买房屋,与电信部门交往,所遇到的都是现成的格式合同条款(即为普通合同条款),人们只有签约与否的选择,而无选择合同对象和内容等权利。又如在某些场合下,一方当事人借用格式合同和某种优势,迫使一方当事人" 自愿 "地接受格式合同的苛酷条件。合同的当事人一方在许多情形下,对某些条款没有协议的自由,只有要么全部接受,要么全部不接受,有时又不得不接受。这种一方意思绝对自治的格式合同实质上剥夺或限制了另一方的意思自治,为了体现公平和真正的意思自治,应当对此重点监管,西方各国大都通过立法、司法、行政各种方式对普通合同条款加以限制 :(1)立法方面 :例如联邦德国的《普通合同条款法》,英国的《货物供应默示条款法》,美国《统一商法典》中第 2 节第 302 条以及各国许多种单行法中的规定,都规定在普通合同条款中" 不公平的 " 不能按照诚信原则妥善安排双方当事人利益的 "或" 违反公共秩序、善良风俗的 " 违反公共政策的 "条款都无效。(2)司法方面 :各国法院都有不同的判例,运用各种原则(权利滥用、违反公序良俗、违反诚实信用等)限制不公平的条款的效力,特别是对普通合同条款中的免责条款加以限制。(3)在行政方面,各国大都由行政机关对重要事项的条款作出规定。甚至实行批准制度,即合同一方当事人(如大企业)所制定的某些普通合同条款,应经主管机关的审查批准,以事先防止不适当的条款。例如对于普通保险条款、运输条款、仓库寄托条款、供给条款都采取这样的措施。

2.对订立合同的自由的限制。在普通情况下,当事人一方提出要约后,对方是否承诺有其自由。但是对于某些特定的人或企业,规定在其业务范围内有承诺订约的义务。这主要适用于一些公用服务业(如医生、饮食业、运送业等)和一些从事公共职务的人(如公证人、会计师等)。又如,在各种不动产使用合同中(如土地房屋的租赁合同),为保护使用人,如在合同满期后,使用人提出继续使用(租赁),出租人原则上必须承诺等等。

3.对于选择合同对方的限制。这一类与前一类有时是相同的,不过着重于特定人的关系,例如企业不得雇用非工会会员的工人或者规定企业必须雇用工会会员。又如出租农耕地时,只能租给经营农业的人,英国很早就有法律规定,公开营业的公用马车不得拒绝顾客上车。英国的《种族关系法》还规定店主和雇主不得因肤色不同而歧视顾客,都属这类情形。

4.对于合同内容的限制,属于这方面的有禁止垄断法令(反托拉斯)中所规定的禁止订立垄断

合同、禁止订立不正当限制竞争的合同、禁止企业合并或转让的合同、禁止不公平的经营方法的合同等。此外又如各企业所订劳动合同,必须以团体协议的条款为标准,限制借贷利息的规定等都属于限制合同内容的。这方面的规定最多。

5.对合同方式自由的限制。例如,对许多种合同规定一定的方式,主要规定书面订立,严格的还规定要向主管机关登记或经营主管机关批准,等等。

第四,以有利于合同意思自治实现为基点,进行合同监管立法。有关合同监管框架的基础规定体现在我国《合同法》第 127 条规定中,即工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内,依照法律、行政法规的规定,对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为,负责监督处理 ;构成犯罪的,依法追究刑事责任[4]。合同监管的目的是切实保障国家利益和社会公共利益,保障合同当事人的意思自治和诚实信用的实现。立法中,首先应当明确属于危害国家利益和社会公共利益的违法行为的范围。对于特定当事人的合同行为所导致的合同后果,只要其不损害国家利益、社会公共利益,此合同后果是否被当事人所接受,应由当事人自身决定。合同监管主体不能主动查处,查处错误也要承担相应责任。其次,合同登记监管是行政机关合同监管的一项重要内容,它对于合同意思自治的实现、合同公平、诚实信用、防范合同欺诈、违法等均有重大作用,立法应对合同登记的范围、种类、程序、责任等作出规定。再次,合同效力处理规则。现行立法不赋予合同监督机关具有无效合同确认权,无效合同的确认权只能归于仲裁和审判机关,即便是《合同法》中没有明文规定,也不影响这一权力的归属。但合同的行政监管机关享有适用《合同法》第 52 条的规定监督、判断、处理合同的权利。监管机关适用法律判断合同效力的错误最终由法院来纠正。等等。合同监管的范围、内容、方式、程序等等的规定,应当在《合同法》第 127 规定的框架内,进一步立法加以配套。无论如何,合同监管立法要有利于合同意思自治的实现[5]。

【参 考 文 献】

[1]梁慧星.民商法论丛第五卷[M].北京 :法律出版社,1996.555.

[2]卢建平.经济法[M].杭州 :浙江大学出版社,1999.13.

[3]毛川,李少鹏.对《合同法》中‘情势变更制度’的再认识[N].北京 :中国经济时报,1999-02-09.

[4]胡康生.中华人民共和国合同法释义[M].北京 :法律出版社,1999.193.

[5]扈纪华.合同的监管[N].北京 :中国律师报,1999-07-21.

[责任编辑 庄道鹤]