

从形式正义到实质正义: 消费者合同法功能的法哲学分析

刘益灯, 谭泽林

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 消费者合同法是社会经济发展的产物, 其性质与功能渊源于消费者合同的历史演进。消费者合同法的功能在于平衡消费者与生产经营者之间的利益分配, 协调两者悬殊的实力差距, 促成合同法的平等与自由原则由形式正义向实质正义的转变, 并推进社会经济的良性发展。我国合同法应明确规定消费者合同, 并尽快制定消费者合同法。

关键词: 实质正义; 消费者合同; 消费者合同法

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2004)06-0734-06

在世界统一市场逐渐形成的今天, 跨国公司蓬勃发展, 产品构造日趋复杂, 消费者与生产经营者的实力更加悬殊, 传统合同法的平等自由原则仍从形式正义的角度理解这种变化, 已越来越无法保护消费者的合法权益。我们必须基于消费者合同的演进历程, 明确社会经济发展变化的复杂多样性, 从实质正义角度重新审视传统合同法的平等与自由原则, 在合同法中明确规定消费者合同, 并尽快制定单行的消费者合同法。正如博登海默所言, 法律的分类和区别应日益适应生活的复杂多样性与变幻无穷性, 立法者制定的规范同整个社会的价值判断及真正利益完全一致的时候, 才能达致一种理想的境况, 即促成社会经济的良性发展。^[1]

一、消费者与消费者合同

消费者合同是垄断资本主义经济的产物。20 世纪初形成的垄断资本主义彻底改变了消费者与经营者在交易中的力量对比, 消费者在市场中处于从属和弱势地位, 失去了与经营者讨价还价的能力, 消费者利益受损的问题日益普遍和严重, 保护消费者权益的消费者合同随之应运而生。消费者合同的功能在于从消费者的弱势地位出发, 倡导“消费者主

权”, 对经营者设置更多的义务, 对消费者规定更多权利, 实现实质意义上的公平与正义。但并非使消费者在各方面成为强势方, 而是抵制经营者的优势, 维持两者的平衡^[2]。

各国立法和国际公约有关消费者的定义一般考虑了 3 个因素^[3]: 1) 供应商的性质。一些法律制度中的消费者是相对于“供应商”而言的, 出于某种目的, 提供商品或服务的供应商又各有不同定性, 如在法国被定性为“职业行为者”, 在英国被定性为“在贸易过程中供给行为者”; 2) 消费者的性质。即强调消费者本身具有或不具有的典型特征, 以区别于供应商, 如 1994 年欧盟《关于消费合同中的不公平条款的规则》也规定, 消费者是出于非职业目的的缔结合同的自然人。采取这种否定方式的主要有荷兰、奥地利等。而其他国家则采取肯定的形式, 即规定谁是消费者, 而非规定谁不是。如 1987 年英国《消费者保护法》第 2 条规定, 消费者通常是出于私人使用或消费目的而购买商品或服务的人, 采取这种肯定方式的还有葡萄牙、瑞士及斯堪的纳维亚国家。3) 所提供的商品或服务的性质。如 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 2 条规定: “本公约不适用于下列销售: (A) 个人、家庭或日常生活需要购买商品的销售, 除非销售商在缔结合同时或以前任何时

收稿日期: 2004-04-04; 修回日期: 2004-09-29

基金项目: 中南大学人文社科基金项目(0302007)

作者简介: 刘益灯(1971—), 男, 湖南洞口人, 中南大学副教授, 法学博士, 主要研究方向: 国际私法, 国际民商法。

候,既不知道也不应该知道为此种目的购买商品……”美国《统一商法典》(UCC)也采取这种做法。

在这些立法和实践的基础上,我们认为,消费者是指为满足个人或家庭生活消费的目的而购买商品或服务的个人,消费者合同则是指消费者与销售商或经营者进行的商品或服务交易以及为之提供融资的合同。消费者合同类型多样,主要有消费品买卖合同、消费借款合同、消费融资合同、客运合同、旅游合同、医疗服务合同、商品房预售合同等。与一般的民商事合同(如买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同、承揽合同、委托合同、劳务合同、技术合同等)相比,消费者合同的显著特征如下:1)消费者合同主体具有特定性——消费者和经营者。消费者的特定含义如上所述,经营者是指从事商品经营和赢利性服务的自然人、法人和其他组织。2)消费者合同内容的复杂性。消费者合同涉及面广,对象复杂多样,几乎涵盖日常生活的所有领域,如买卖、借贷、租赁、旅游、医疗、服务、融资等,消费者和经营者在各个领域的权利和义务不尽相同,消费者合同纠纷的产生原因和解决方式也多种多样,如协商、调解、仲裁、诉讼等。与其他民商事合同纠纷相比,小额诉讼法庭是消费者合同纠纷解决方式的重大特色。3)消费者合同的日益格式化。在现实生活中,经营者为重复使用而预先拟订了格式合同(如客运合同、旅游合同、消费借款合同等),其要约具有广泛性、持久性和细节性、条款的单方决定性和不变性,消费者往往只能概括地表示接受或不接受。4)消费者合同是双务合同、有偿合同、诺成合同、不要式或要式合同。

显然,消费者合同与一般的民商事合同在合同的主体、内容和客体上既具有交叉重叠的一面,又具有截然不同的一面。消费者合同是民商事合同的特殊类型,消费者合同法是民商法(如合同法)的特别法。当两者发生冲突和抵触时,根据特别法优于普通法的原则,应优先适用消费者合同法。

从本质上说,合同是双方当事人在彼此之间成立交易关系的协议,它以发生、变更、担保或消灭某种法律关系为目的。罗马私法中就已有合同的概念,并贯穿于债法、物权、亲属和继承法等领域。罗马法最初只有要式合同才受到法律的保护,采用“铜块和样式”即“要式买卖”和“要式现金借贷”的形式,后来发展为文书合同。而“简约”即“口头合同”,即使双方当事人完全合意,也不受法律保护。《艾布体亚法》明确规定:①“要物合同”,即消费借贷、使用借贷、寄存和质权四种合同的成立仅须交付标的物;②

“诺成合同”,即买卖、租赁、合伙和委任,仅须当事人双方的合意,不须履行任何形式即发生法律效力。^[4]由于古罗马处于简单的商品经济状态,双方当事人均为了消费目的而交换,即使罗马法规定了买卖、租赁、消费借贷等不同类型的合同,并以诚实信用原则解决合同纠纷,也不存在消费者合同。

在中世纪的英国法中,由于封建经济占据统治地位,身份支配一切,并没有形成合同的概念,最初只出现诺言之诉,但诺言在普通法院没有强制执行的效力,除非有例外情况,尽管教会法院和衡平法院承认其效力。15~16世纪,商品生产关系在封建社会内部萌芽,普通法院为在管辖权争夺中战胜教会法院和衡平法院,不断确认更多的可强制执行诺言的一般依据,即诺言人以对价为条件,对受诺人承担了义务。^[5]诺言双方当事人并不存在用生产资料来交换生活资料的情况,消费者合同也不可能产生。

从中世纪到19世纪中叶,西方社会经历了深刻的变革,以自由平等为旗帜的近代启蒙运动向封建身份制发起了挑战,资本主义经济从萌芽到发展并迅速处于自由竞争阶段。公共利益要求自由放任,“个人本位”成为社会价值取向的起点与归宿,人生而平等、意思自治被奉为神圣,个人可依其意愿创设权利和义务,去选择他的目标及达成手段。以小手工业者或工厂工人为主的生产经营者与消费者在经济实力上势均力敌,两者之间的交换能够在形式上平等的“讨价还价”中进行,价格是决定人际关系的惟一事实。虽然商品开始丰富,但消费者与生产经营者的矛盾并不突出,以个人为本位并没有牺牲社会的利益,人们追求自身利益的同时也有效地促进了社会的利益。因此,自由资本主义国家集中全力维护“自由放任”经济,通过民商法尤其是传统合同法调整消费者和生产经营者关系。1804年法国首先在罗马法基础上制定民法典,其核心是“合同自由”与“私法自治”,欧洲大陆其他资本主义国家均仿效法国制定了各自的民商法。

19世纪被西方历史学家称为契约的世纪,但西方各国的合同法在20世纪初又经历了新的改造,社会运动的结果是由以前的“从身份到契约”转变为“从契约到身份”^[6]。不受任何限制的合同自由,所给予人们的只是机会平等,但在实际的适用中却导致了结果的不平等,导致了贫富的急剧分化和社会的动荡。因为20世纪初形成的垄断资本主义彻底破坏了自由竞争的市场秩序,彻底改变了消费者与经营者在交易中的力量对比,消费者在市场中处于

从属和弱势地位,失去了与经营者讨价还价的能力,消费者利益受损的问题日益普遍和严重。随着现代经济的发展,隐藏于商品经济和合同自由面纱下的消费者与经营者之间的固有矛盾日益明显,消费者的处境每况愈下,基于一切主体平等与自由原则建立的传统合同法逐渐暴露出保护消费者利益的局限性。社会化大生产和市场经济随之孕育了一种考虑合同当事人之间实际存在的不平等合同关系的新观念,并促使国家通过立法来规制这种不平等的合同关系,以最大限度地保护消费者权益,排除阻碍经济发展的障碍。消费者合同逐渐从合同中分离出来,消费者合同法也随之产生。对于帮助一个处于弱势地位的群体的奋斗目标来讲,没有任何东西要比指出这种不平等待遇不具有事实上的基础更为行之有效了。^[7]

二、从形式正义到实质正义: 消费者合同法的功能转换

正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常,随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌。从法哲学的理论角度,不同时代的思想家和法学家业已提出了各种各样的不尽一致的“真正”正义观。柏拉图认为,正义存在于社会有机体各个部分间的和谐关系之中,每个公民作为某种普遍性秩序的依附性成员,必须使他的个人愿望和倾向服从于整个集体的有机统一性。^[8]亚里士多德则认为正义寓于“某种平等之中,从其分配含义来看,它要求按照比例平等原则把这个世界上的事物公平地分配给社会成员”。^[9]美国社会学家莱斯特·沃德认为,正义存在于“社会对那些原本就不平等的社会条件所强行施予的一种人为的平等之中”,并赞同采纳一种试图在一个社会或国家的全体成员之间实现机会无限平等化的社会政策。^[10]英国哲学家赫伯特·斯宾塞将其正义观归纳为一个经典公式:“每个人都可以自由地干他所想干的事,但这是以他没有侵犯任何其他他人所享有的相同的自由为条件的。”^[11]但约翰·罗尔斯在分析正义的含义时试图将自由与平等这两种价值结合起来,他认为,自由只有因自由本身的原因才能被限制,如果实现社会的和经济的平等的主张不可能使所有人的自由总量得到增加,那么这些主张就必须让位。^[12]霍布斯则从安全角度解决政治正义和社会正义问题,他认为,保护生命、财产和契约的安全的,构

成了法律有序化的最为重要的任务,而自由和平等则应当服从这一崇高的政治活动的目标。^[13]边沁赞同霍布斯的观点,他认为,以安全或维护和平为目的的法律控制应将其注意力特别集中在人身的保护与财产权的不可侵犯问题上。^[14]而凯尔森则认为,不可能用一种理性的方法来识别一个正义的社会生活秩序所应当竭力推进的一些首要价值,正义观念必须被认为是非理性的理想。^[15]阿尔夫·罗斯赞同凯尔森的观点,他认为诉讼正义无异于砰砰敲桌子:一种将个人要求变成一个绝对公理的感情表达。^[1]可见,学者们是从自由、平等、安全、理性或善意的角度论证自己的正义观,并声称自己是绝对有效的。但他们都没有明确区分形式正义与实质正义,即没有从每个人是否具备获得其应得东西的条件这一角度来讨论。事实上,正义作为法律规范和制度性安排的内容,目的在于满足个人的合理需要和主张,使每个人获得其应得的东西,奠定平等、合理、公正的群体秩序或社会制度,继续人类社会文明生活所必需的生产进步和社会内聚性。

垄断资本主义形成后,垄断资本家控制和垄断了社会主要产品的生产和销售,甚至利用格式合同单方面规定了不合理的价格条款和免责条款,消费者别无选择,从而使传统合同法规定的自由选择交易对象权和公平交易原则名存实亡。同时,科学技术的日新月异使消费品的结构日趋复杂,现代消费品的普及使缺乏相应技术的消费者不可避免地遭受危害性后果。此外,市场竞争的日益激化促使资本家采取更加隐蔽和巧妙的手段损害消费者权益,如有计划的废品化、市场细分化和消费品系列化等。可见,在垄断条件下,消费者既不能自主选择交易对象,也不能与生产经营者平等协商交易的内容,传统合同法规定的“契约自由”和“主体平等”徒具形式,无法保护消费者的合法权益。因此,法律应从消费者的弱势地位出发,倡导“消费者主权”,对生产经营者设置更多的义务,对消费者规定更多权利,实现实质意义上的公平与正义。

消费者合同在市场与垄断的冲突中成为一种独立的合同类型,消费者合同法也在形式正义与实质正义的冲突中为平衡社会弱者与强者的利益出台,并以实质正义为价值取向,使市场交易主体地位的平等不再局限于法律形式意义,而转向经济实力、信息和知识等实质意义,使合同法实现了从形式正义到实质正义的功能转换。消费者合同法的实质正义功能包括以下几个方面:

1. 分配正义与矫正正义

分配正义在市场交易中主要关注消费者、生产经营者和国家之间的权利、义务和责任配置,“无论他还是它只要给每个人以其应得的东西,那么该人或物就是正义的;一种态度、一种制度、一部法律、一种关系,只要能使每个人获得其应得的东西,那么它就是正义的。”^[16]在民主和法制中,分配正义通常是由人民选举的立法机构予以执行,甚至司法机关也分享执行分配正义这一特权,即法官被赋予了制定一般性规则的自由裁量权。但当一个分配正义的规范被某些社会成员违反时,矫正正义便开始发挥作用,因为在这种情况下,要求对过失作出赔偿或剥夺一方当事人的不当得利,就成为势在必然了。在合同领域中,如果一方当事人对另一方当事人隐瞒有关订约意图方面的信息或故意表达合同内容以引诱他方当事人接受一项报价,或者合同一方当事人利用某种优势地位将其条件强加于实力较弱的一方当事人身上,那么双方所达成的合同尽管在形式上是自愿平等的,但它在实质上违背分配正义,具有非正义的污点,这就需要法院或其他被赋予了司法或准司法权力的机关来执行消费者合同法的矫正正义功能,通过一个规定支付损害赔偿费的判决来矫正上述违约行为。

2. 促进社会公平和生产发展

当一种现存的不平等安排因情势的变化或科学知识 with 人类认识的发展而被认为不再必要、不再正当或不再可以接受的时候,实质正义就会促使立法行为解决这些因形式机会与实际机会脱节而导致的社会不公平问题,重新配置权利和义务。在合同交易中,如果当事人在讨价还价的能力方面存在实质的不平等,或者一方当事人向另一方当事人虚报所销商品的价值或所提供服务的价值,那么消费者合同法便会要求恢复一种合理的平等。消费者合同法通过限制生产经营者的权利、增加消费者的权利来达成这种合理的平等,维护交易中的社会公平。但消费者合同法赋予消费者权利并非仅仅因为其“弱小”,而是这种弱小影响了社会消费的增长,最终影响了生产发展这一制约社会发展的过程。因此,制定消费者合同法重新调整领域的社会关系,矫治市场失灵和外部负面效应,保证社会消费的正常实现,最终促进对社会生存和国家活动具有决定作用的生产活动的正常发展。

3. 充分保护消费者的合法权益

实质正义在许多情形下都是为了消除一种法律

上的或为习惯所赞同的不平等安排,因为这种不平等安排既没有事实上的基础也缺乏理性。消费者由于其经济、知识和信息等方面的能力弱势,在消费者与生产经营的商品交易中总是处于弱者地位,这是由商品经济本身决定的。在商品交易中,生产经营者的目的是实现商品的交换价值即货币,他自身并不直接消费其生产的商品,商品质量的好坏对其无关紧要,甚至为追求利益的最大化,往往生产假冒伪劣产品,并可通过虚假广告或隐藏缺陷诱使消费者上当。而消费者购买商品是为了满足生活需要,当然关心产品的质量,但仅凭自身经验或常识很难辨别日益复杂的商品的质量,即使可以发现商品的明显缺陷,也很难发现其内在缺陷。通过消费发现缺陷后,商品已消费完毕,损害已造成,不仅很难获得及时救济,且举证困难。为了消除这种不平等安排,维护消费者最大利益,消费者合同法正视消费者和生产经营者的上述差别,对生产者设置更多义务、监督和管理生产者,并对消费者规定更多权利,使之最有利于保护消费者利益。

三、我国消费者合同立法的缺失与对策

中国在20世纪80~90年代,先后制定过三部合同法(1981年的经济合同法、1985年的涉外经济合同法和1987年的技术合同法),均不包括消费者合同。为了实现市场交易规则的统一和合同法的现代化,于1999年颁布的新合同法,不采取消费者合同单独立法的模式,而统一规定商事合同和民事合同(包括消费者合同)。按照立法指导思想,合同当事人一方为消费者、劳动者的场合,应当优先考虑对消费者和劳动者利益的特殊保护,亦即对生产者和经销者一方的合同自由予以某种程度的限制。1999年颁布的《中华人民共和国合同法》,包括23章及附则,共428条。其中,有关消费者合同的特殊规则主要是第39~41条关于格式合同的规则:第39条规定,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人间的权利义务,违反公平原则构成显失公平的,受害方依第54条享有撤销权;同条规定,提供格式条款的一方,对于免责条款和限制责任的条款,负有提示义务和说明义务,依解释,不履行提示义务和说明义务的,该免责条款或限制责任的条款无效;第40条规定,格式合同中免除提供格式条款一方主要义务、加重

对方责任、排除对方主要权利的条款无效;第41条规定格式合同条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。第53条规定关于负责条款的规则:免除人身伤害的责任的免责条款无效,免除故意和重大过失造成对方财产损失的责任的免责条款无效。此外,在借款合同、租赁合同和客运合同等合同类型中也含有少量保护消费者权益的规则,但没明确规定消费者合同,且整部法律基于主体平等和合同自由的传统合同法原则规范市场交易,不利于实现真正保护消费者合法权益的实质正义。然而,制定消费者合同法并发挥其法律功能,使传统合同法的形式正义功能转向消费者合同法的实质正义功能,已成为目前世界各国消费者保护立法的通行做法。例如,英国早在1977年就制定了专门保护消费者权益的《不公平合同条款法》,日本也于2000年制定了《消费者合同法》,欧盟自20世纪80年代后期以来连续制定了3个消费者合同指令(即有关商业谈判中保护消费者的85/577号指令,有关消费者合同不公平条款的93/13号指令,以及有关远程合同中消费者保护的97/7号指令)等。因此,我国应借鉴国外有关消费者合同立法的先进做法,修改合同法,将消费者合同列为专章,并尽快制定消费者合同法,以规制交易条件,最大限度地保护消费者的利益,促进实质的公平和正义,以推动社会生产的发展。

1. 构建消费者合同的立法理念:实质正义

20世纪垄断资本主义的恣意横行和不公平合同条款的日益普及,早已使传统合同法陷入全面危机。商品经济本身决定了消费者在经济、知识和信息等方面的能力弱势,使消费者在商品交易中无法与经营者抗衡。马克思曾经指出,无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。美国学者博登海默也认为,一个法律制度,如果跟不上时代的需要或要求,而且死死抱住上个时代的只具有短暂意义上的观念不放,那么是没有什么可取之处的。在一个变幻不定的世界中,如果法律仅仅被视为一种永恒性的工具,那么它就不能有效地发挥作用。^[1]因此,立法理念也必须与时俱进,力图协调与融合有关对稳定性的需要和对变化的需要这种互相冲突的要求,并根据其他社会利益的压力和危及安全的行为方式不断作出新的调整。

2. 修改合同法专章单列消费者合同

在合同法中规定专门措施对消费者权益进行特殊保护方面,法国合同法可作为典型。因此,为了最

大限度地保护消费者的合法权益,维护社会公平和实质正义,我国应尽快修改合同法,在合同法分则中明确规定消费者合同,与买卖合同、供用电、水、气、热力合同、借款合同、租赁合同、运输合同、保管合同、劳务合同、承揽合同、技术合同等合同形式并列,成为合同法分则中的单独一章。在该章中界定消费者合同的内涵、范围和功能,明确消费者合同与其他合同形式之间是一般与特殊的关系,并从消费者的经济弱势地位出发,借鉴国外的先进做法和优秀成果,赋予消费者更多的权利,给予生产经营者更多的限制和义务,以维持两者的利益平衡,促进社会生产力的发展。

3. 尽快制定关于消费者合同的单行法

消费者合同法的功能在于实现由形式正义向实质正义的转变,保护消费者的最大利益,促进社会生产的发展。我国应借鉴国外的通行做法和先进经验,尽快制定消费者合同法。我国消费者合同法的体例应包括总则、消费者合同的缔结、消费者合同的内容、消费者合同的效力和附则等。其中,总则部分应明确消费者合同法的立法目的、基本原则、消费者的权利和生产经营者的附加义务,并界定消费者、经营者、消费者合同的概念。消费者合同的缔结部分主要规定合同订立的“强行持续程序”,责令生产经营者承担为消费者提供必要信息的义务,禁止商品经营者滥用权利,并赋予消费者以反悔权及履行义务的宽限期等。消费者合同的内容部分应包括消费者合同的要约、承诺以及意思表示的撤回,尤其是对格式合同的法律规制等。消费者合同的效力部分应包括消费者合同的有效和无效两种情况,例如:通过欺诈、胁迫手段订立的消费者合同无效,免除生产经营者损害赔偿责任的消费者合同无效,预定消费者支付损害赔偿款项的消费者合同无效,损害消费者一方利益的消费者合同无效等。附则部分主要包括消费者合同法的适用范围、实施时间、与其他法律相冲突时的优先效力等。

参考文献:

- [1] E·博登海默. 法理学法律哲学与法律方法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [2] Henri Capitant. Malaria La Protection du consommateur en droit international prive[J]. Travaux de l' Association, 1973, (5): 389.
- [3] Aubreg L Diamond. Harmonisation of private international law[J]. Recueil Des Cours IV, 1986, (2): 299.
- [4] 周楠. 罗马法原论[M]. 北京: 商务印书馆, 1996.

- [5] 王军. 美国合同法[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [6] 伯纳德·施瓦茨. 美国法律史[M]. 北京: 商务印书馆, 1998.
- [7] Edmond N Cahn. The scense of injustice[J]. Harv L Rev, 1949, (4): 14.
- [8] Plato. The republic[M]. Oxford: Oxford University Press, 1950. 131.
- [9] Aristotle. The politics[M]. Oxford: Oxford University Press, 1946. 259.
- [10] Lester F Ward. Applied sociology[M]. Boston: Boston Ginn Press, 1906. 22.
- [11] Herbert Spencer. Justice [M]. Oxford: Clarendon Press, 1976. 46.
- [12] John Rawls. A theory of justice[M]. Cambridge: Harvard University Press, 1971. 302.
- [13] 霍布斯. 利维坦[M]. 北京: 商务印书馆, 1985. 15.
- [14] 杰里米. 边沁. 道德与立法原理导论[M]. 北京: 商务印书馆, 2000.
- [15] 凯尔逊. 法律和国家概念[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996. 10.
- [16] Emil Branner. Justice and the social order[M]. New York: Lutterworth Press, 1945. 17.

Legal philosophy analysis on the function of consumer contract law: from form justice to essence justice

LIU Yi-deng, TAN Ze-lin

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

Abstract: Consumer contract law is the product of social and economic development, of which the quification and function depend on its history process. The function of consumer contract law is to balance the benefit distribution between consumer and producter or manager, and to accelerate the shift of the equality and freedom principle of traditional contract law from form justice to essence justice, and to advance the sound development of social economy. Chinese contract law should make consumer contract clear, and male consumer contract law as earlier as possible.

Key words: essence justice; consumer contract; consumer contract law

[编辑: 苏慧]