

合同的异化与异化的合同

——关于经济合同的重新定位

史际春 邓峰^{*}

引 言

在我国建设社会主义市场经济的过程中,经济活动主体的意思自主和自由得到发扬光大,法学界、经济界乃至整个社会,都为契约自由和自由企业精神的弘扬而兴奋不已。在此大环境下,为了完善法治、统一法制,提高民商法及其合同制度的地位,修订现行合同法、制订统一的合同法,很自然地作为一项任务,被提上学者和立法机关的议事日程。

现在人们一般已不回避这样一个事实,即近代合同制度在其沿革中,已经超出民商法范畴,扩展到法律的各部门和法学各领域。由于合同涵盖的关系日益复杂,其外延扩大而导致内涵减少,合同已成为一种形式化的法律制度。尤其在许多场合,合同成为现代政府进行个别性调整的法律手段。经济合同作为计划经济的遗产,其特质是政府将其意志直接体现到本应当当事人自治的合同中去。在学者和现行法律似乎理所当然地要对其加以否定时,人们放眼世界,却发现同样的现象在当今社会里十分普遍地存在着:国家在管理、参与经济活动时,利用合同来确定它与其他主体的权(力)利义务关系,将其意志直接体现到合同中,并且令作为合同一方的政府或其代理人,对合同关系的履行和实现加以管理监督。

合同发生如此异化,其原因何在?仅由合同自由与不自由的思辩,能否得出令人信服的结论和实践方案?本文从合同在其沿革过程中呈现的内在基本矛盾外部化的趋势出发,讨论合同异化的种种原因和结果,指出异化合同的典型形式正是经济合同,并依此对我国经济合同的概念和制度作重新定位,并就教于各位同行。

一、合同的异化

合同或契约,是当事人双方自愿接受约束,承受向他方为交付某物或其他某种行为或不行为的法律义务或曰债而达成的协议或协定,亦即当事人自愿接受“法锁”的一种行为或方式。^[1]这是商品关系和自由竞争充分发展条件下合同的经典涵义。黑格尔准确地指出了合同

^{*} 史际春系中国人民大学法学院教授;邓峰系中国人民大学硕士研究生。

[1] 参见周鲠:《罗马法提要》,法律出版社1988年版,第148、155页;查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,商务印书馆1989年版,第158页以下。

的本质:‘契约双方当事人互以直接独立的人相对待,所以契约(甲)从任性出发;(乙)通过契约而达到定在的同一意志只能由双方当事人设定,从而它仅仅是共同意志,而不是自在自为普遍的意志;(丙)契约的客体是个别外在物,因为只有这种个别外在物才受当事人的单纯任性的支配而被割让。’^[2]合同的本意在于“任性”,即意思自治,在于它是一个共同意志,是实物的流转的一种方式。然而,合同和任何事物一样,并非一成不变。它在沿革中,经历了由形式到实质,再由实质到形式这样一个从低级到高级的否定之否定过程。

(一) 合同由意思自治(任性)向形式化的发展

意思自治是近代民法及其合同的精髓和核心所在。按照法国学者卡尔波尼埃的解释,根据意思自治原则,当事人的意志不仅仅是权利义务的渊源,而且是其发生的根据;在民法体系中,合同是民事法律关系的核心部分,个人意志则是合同的核心,一切债权债务关系只有依当事人的意志而成立时,才具有合理性。^[3]尤其在经典的法理念中,如法律谚语所称‘契约是当事人间的法律’,^[4]认为法律不过是执行当事人协议的工具,合同应优先于法律;法官则是利用法律手段,根据合同来帮助受损害一方的当事人。

意思自治是人类历史上商品经济第一个发展高潮的产物,它发端于罗马私法及其诺成契约。罗马古时的合同采取严格形式主义,“一切契约以履行一定方式为必要。”^[5]其典型形式,是以‘铜块和秤’的买卖与借贷,以及当事人必须采用特定语言达成协议的要式口约^[6]。罗马共和国末叶以后,由于商品经济和万民法的发达,导致商事上通行的买卖、租赁、合伙和委任等契约,仅依当事人的合意即可成立。^[5]不过,罗马法对合同形式的摒弃,尚未达到普遍追求合同实质的境界。“罗马法只承认债契约而不接受(至少在优士丁尼时是如此)‘任一合法的意思合致即使不具备法律认可的合同形式,均能产生法定债关系’这一现代法的合同成立原则。”^[8]

合同最终抛弃形式而取得意思自治的实质,这是自由竞争的资本主义商品关系的结果。在中世纪,西欧沿海兴起工商业城市,商品生产和贸易对私法的需求,导致罗马法复兴,并引发了文艺复兴和思想启蒙运动。几百年中,各派法学家如饥似渴地发掘罗马法中反映商品经济及其自由竞争的精华,用它来“翻译”逐渐渗透到社会生活各领域的资本主义商品关系的规则。“在前进中的法律学不久就产生了一种倾向使契约逐渐和其形式和仪式的外壳脱离。”^[9]其基本标志,就是拿破仑法典时代确立的‘契约自由’这一私法基本原则。

令多数人感到困惑的是,意思自治和契约自由的革命性原则确立伊始,就开始了衰落的过程。学者们都指出了合同法的这一趋势,但通常是从消极的方面看问题,认为契约自由——“其流弊使经济上的强者利用契约为欺压弱者的工具,或以契约自由为掩护而产生影响社会公序良俗的情事,所以契约自由遂有其限制,大抵由个人契约趋向于集体契约,由形式契约趋向契

[2] 黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆 1961 年版,第 82 页。

[3] 参见尹田:《法国现代合同法》,法律出版社 1995 年版,第 13 页。

[4] [6] 周麟:《罗马法原论》下册,商务印书馆 1994 年版,第 661 页;第 664 页以下。

[5] [7] 前引 [1],周麟书,第 152 页;第 162 页。

[8] J·阿尔维斯:《债合同的成立原则及其罗马法渊源》,载杨振山、斯奇巴尼主编:《罗马法:中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 371 页。

[9] 梅因:《古代法》,商务印书馆 1959 年版,第 177 页。

约内容的限制”；^{〔10〕}“例如背于公序良俗之契约，应为无效，劳动契约，土地租赁契约及其他有维持当事人双方均衡之必要者，增设种种限制，而情事变更亦渐认为足以使契约之内容及效力为相当之改变”。^{〔11〕}使意思自治和契约自由陷入最大困境者，则是附合合同（adhesion contract）及其概念的出现。它给学者和法律出了一道二律背反的难题：一方面，要限制契约自由，以谋“契约之合理化及社会化”；^{〔12〕}另一方面，为使私法和合同的根本精神不致被扼杀殆尽，又不得不喊出一个苍白的声音：合同毕竟是合同，附合合同也需要以合意为基础！我们认为，惟有更多地从积极的一面看问题，把因为社会和经济的社会化而给契约自由带来的限制，以及合同内容更直接地体现社会意志，视为社会经济发展之必然，方能在科学的基础上构造契约自由和不自由的辩证法。

兹以附合合同为例，略作说明。所谓附合合同，通常表现为标准合同或格式合同，是指由“强势”的经营者一方（通常为公用事业企业）或者政府部门（包括政府授权的代理人或代表人）单方面拟订具有固定格式和内容的合同条款，“弱势”的另一方——消费者、劳动者、小业主或一般民间业者，事实上不得不接受该条款而订立合同。附合合同有其消极的一面：从理论上说，其条款本身不具有法律效力，仅供订立合同时参考，当事人缔约时可以对条款增删修改，也可以弃之不用，另订条款，而事实上，弱势的一方对于标准格式，只能完全接受或者拒绝，从而使其自由表达意思的能力受到极大限制。更有甚者，合同格式往往不表现为郑重地向对方提出的文字或口头说明，而只是广而告之、甚或有意采用障眼法而强加给消费者的法律、须知、守则等等。任何“强势”的一方制订和使用一般合同条款，理应遵守法律法规和社会公认的商业道德、习惯，然而，鉴于利益驱动和公用企事业单位、政府及其被授权者的官商作风，造成“弱势”一方因各种附合合同的滥用而遭受损害的情形，屡见不鲜。

尽管如此，我们认为，标准合同或一般合同条款的普遍运用，附合合同的普遍化，其进步性是主要的，弊病只是次要的、非主流的一面。在社会化生产经营条件下，标准合同的社会化和定型化特点，适应了公用事业和其他业者为众多分散的对象提供重复性服务的需要，可以节约当事人的时间、精力和社会交易成本。公用事业、政府经营的事业和其他大规模经营的事业，采用标准合同的形式与交易对手打交道，亦是一种“上档次”的规范化、科学化的表现，它有利于公众和国家的监督，也为童叟无欺的文明经营奠定了基础。否则，缺乏专业知识的消费者和民间中小业者，在交易中极易被蒙蔽和欺诈。采用仔细而专门拟订的标准合同或一般条款，在缔约时明确规定当事人的权利义务，还可以避免许多不必要的争执。

附合合同限制竞争和契约自由，容易对弱势一方造成损害的弊端是必须消除的，关键是如何看待这个问题。我们认为，必须着眼于更高级的经济法律制度——竞争法、公共企业法、政府（经济）合同法等，与传统的民商法及其合同制度共同作用，方能找到解决问题的方法：

其一，要由国家制定适当的竞争政策，使社会经济充满健康活力，造就买方市场，从根本上铲除滥用实力和官商作风的基础。诚如联合国大会通过的《保证消费者准则》第17条所规定的：“各国政府应鼓励公平和有效的竞争，以便能有极多品种的产品和服务供消费者以最低费用选用。”^{〔13〕}应该说，政府在这方面是大有可为的，我国也已取得了有益的经验：国务院决定成

〔10〕 管欧：《当前法律思潮问题》，载刁荣华主编：《法律之演进与适用》，台湾汉林出版社1977年版，第122页。

〔11〕〔12〕 史尚宽：《债法总论》，台湾1954年版，第5页。

〔13〕 徐洪烈等主编：《保护消费者权益理论与实践》，北京出版社1990年版，第294页。

立联通公司,打破电信由邮电独家经营的局面,消息既出,联通尚未正式开张,邮电部门就坐不住了,立即对无线通讯服务大幅度降价;成渝、昌九、沪宁等高速公路相继开通,也令多年的“铁老大”谈虎变色,迫使其改善运输服务,等等。

其二,国家要转变角色,当好市场竞争这个竞赛场的裁判,而不直接干预和妨碍市场的自由竞争。它要求国家制订、执行反垄断和反不正当竞争的规则,防止市场竞争不足或者竞争过度。从合同法的角度,则需要依法对政府的各种合同行为加以规范,使政府参与经济流转或其他经济活动时,遵守公开、公平和维护竞争的原则;还应仿效德、英、瑞典、以色列等国的做法,建立、完善对一般合同条款或标准合同进行管理监督的法律制度,包括一般监督和具体救济的制度。

概言之,附合合同的出现,表明合同由其本质——意思自治(个别的任性)再度向合同形式转化。这种转化不是对契约自由的消极否定,而是一种积极的扬弃。对妨碍契约自由的纠正,绝非要令每一笔交易都经过讨价还价,令社会退回到充满着诡谲、欺诈和骄横的低级市场经济去。这种转化,是由个别的任性向社会的、公众的普遍任性转化,所达到的,将是一种更高级的契约自由及其合同制度。

(二) 合同由特殊共同意志向社会普遍意志的转化

合同是由两个特殊意志形成的共同意志,“在契约中我们看到了两个意志的关系,它们成为共同意志。但是这种同一的意义只是相对的普遍意志,被设定的普遍意志,从而仍然是与特殊意志相对立的。”^[4]黑格尔看到了合同双方当事人之间的特殊意志与共同意志的矛盾,而合同的发展却表明:它的基本矛盾,已由个别合同中特殊意志与共同意志的矛盾,发展成为特殊意志与社会普遍意志的矛盾。合同一方面要实现权利义务的创设自由,另一方面又要实现国家对合同的救济,在这个过程中,合同中体现的普遍意志增加,导致了合同的异化。换言之,实现共同意志必然要借助普遍意志,而普遍意志反过来统治了特殊意志。普遍意志的实现手段是法,法以普遍意志的面目出现,在保障自由意志的同时,逐渐对特殊意志的自由度施加拘束。社会生活的组织化、技术化、法制化使得合同的重要性增加,普遍意志对合同的介入和规制则越来越细、越深。这是合同和合同法的最深刻的异化。在这一过程中,合同逐渐扬弃了它作为本质的个别契约自由,而成为以遵从社会普遍意志为前提而设定权利义务的一种方式。其主要表现是:

1. 对主体的强行性规范增多。如要求某些特定的合同仅由特定主体订立,象我国的外贸代理制合同;也可能是限制和剥夺某些合同当事人是否订立合同和选择合同对方的自由,这是各国对公用事业普遍施加的一种限制,如德、日和我国台湾地区均有判例确认,凡事实上具有垄断地位而提供公共服务的企业,对他人符合企业章程和格式合同的要约,即不得拒绝签订合同。在我国还有指令性计划合同,国外则有性别歧视法、种族关系法等规定的限制。

2. 对合同内容的限制增多,包括抽象性限制和特殊性限制。抽象性限制即所谓“公序良俗”条款,如我国法律规定的损害国家、集体或第三人利益的民事行为无效。对合同条款的特殊限制,则表现在国家对社会经济进行管理和参与的各种具体内容之中。

3. 对合同进行监督、管理的政府机关的设立。我国的许多合同即须由政府批准或备案;国外的有关监督、管理机关,则有美国的联邦贸易委员会、司法部反托拉斯局,日本的公正交易委

[4] 前引 [2], 黑格尔书, 第 90 页。

员会,德国的卡特尔局,英国的限制性商业行为法庭等。

4. 政府在从事经济活动和管理中对合同的运用。现代政府在从事公共规划和公共建设、提供公共服务乃至设立和经营企业时,以普遍意志的化身自居,订立或参加经济性合同关系,把公共要求和自己的政策目标具体化为详尽完备、无可挑剔、不容置疑的合同条款,事实上也令潜在的交易对手处于要么接受、要么拒绝的境地,并史无前例地获得了对合同对方履约的监督管理权。而且,政府有意在其本来拥有绝对权威的管理领域引进契约的承诺及民主机制,以合同来具体落实其政策,以防被管理者因权责不清而扯皮拖延、吃“大锅饭”。自六十年代末,法国政府与该国大型国有企业签订承包经营性质的“计划合同”,可谓这方面的始作俑者。国有企业承包、租赁经营,集体土地和其他资源的承包经营,个别被管理者以合同方式承诺其经营管理责任,等等,各种组织内部的经营管理合同,在试图将公有制与市场经济相结合的中国,更得到了空前普遍的发展。

政府经济性合同的问世,超出了由公权力从外部对民事合同及其当事人的意思自治加以限制的范畴,而从根本上改变了合同的性质。当然,这样做,未必会损害政府的交易对手的利益。反之,政府经济合同是一块“肥肉”,政府通过它向人民、向纳税人输送利益,谁获得了政府合同,谁就得到了稳定的生意和财源;且政府履约以财政为后盾,与政府打交道、做交易,不仅没有风险,甚至可以从政府机关及其工作人员的官僚主义和腐败行为中捞取额外的好处。这就不难理解,何以当今风靡世界的贪污腐败,几乎都与私商和当政者的亲朋拉拢、贿赂当权的官员,以取得政府合同联系在一起。

5. 司法机关对合同解释原则的变化。在合同解释上,当前发达国家的一个趋势是,既不拘泥于探究当事人的真实意思,也抛开合同的字面意思,而是根据社会利益的要求去解释合同。借用一句话来概括,即“事实上,当合同当事人在合同中表达不清楚或不完整时,法官完全是根据‘当事人的意愿是要订立公正和符合社会利益的合同’这一推定对合同作出解释”。^[5]

以上情况都表明了国家普遍意志对合同的特殊意志、共同意志的渗透;在一些领域,合同已从契约自由的本质变成为国家进行个别性调整的一种方式。这也就是合同本质的形式化或外部化。

(三) 合同由债的合同向一般协议的异化

债的合同,是指发生私法上的给付义务的合同。本来,合同及其概念泛指具有法律效力的协议,债的合同只是合同的一类。早在古罗马时代,就不仅在私法上有契约的概念,而且公法和国际法上也有这个概念;广义的契约等同于协议,分为国际协议、公法协议和私法协议三种,私法协议中则还有物权、亲属、继承等不属于债的范畴的其他契约。^[6]然而,在合同由形式向实质转化的发展阶段,受到商品关系的涤荡、净化,债的合同因其与商品关系的直接联系,以及它突出地反映了商品关系和合同的本质,而被置于合同的中心,以至在经典私法和崇尚古典市民社会的学者眼中,债的合同就是合同,合同等于债的合同。

不少学者认为,既然都是调整合同关系,我国就不必搞几种合同制度,否则不利于法制的统一;主张任何合同制度都是我国民法债权制度的组成部分,都要适用民法通则关于债权的规定。可以说,自改革开放以来,这种要求建立大一统合同制度的呼声历久不衰。但是事实上,现

[5] 前引[6],尹田书,第29页。

[6] 前引[4],周麟书,第654页以下。

代合同已不仅仅局限于债的范畴,合同中的组织管理因素的兴起,使得债法和债的合同制度难以对合同作统一调整。“现代契约关系不但通过承诺而且通过等级结构形成命令权力”;^[17]“各组织的财产的存在与运动,不可能是单纯的自发的存在和运动,它总是与一定的组织管理因素结合在一起的”。^[18]这使合同不断偏离债的本质(即与商品关系相联系的财产流转和财产所有关系),而使合同获得超越民商法的普遍应用,也成为诸如劳动法、经济法、环保法、行政法等法律部门的组成部分。

其实,我们看到,学者在非情绪化的严肃场合,并不否认现代合同的异化和泛化,而将合同分为广义和狭义,只有狭义的合同才是民事合同,此外还有劳动合同、行政合同等。^[19]应该说,在当代市场经济社会,私法的公法化和公法的私法化——经济法现象的出现,只是在一定程度上限制或缩减了民商法适用的领域,而没有从根本上否定意思自治和民商法,相反合同异化的效果和经济法的目的,是确保意思自治和契约自由不致被毁灭。尤其在我国,在由行政命令型的计划经济向市场经济的过渡中,对意思自治和民商法精神还应加以弘扬。从教学和研究的需要及兴趣出发,在民商法教学研究中只顾及债的合同和民事合同,这是无可厚非的;将其作为一种理念,用以在革命性变革时期解放人的思想,促进社会进步,也或许不无裨益。但是,若将此推而广之,从国家立法的角度,认为整个中国社会仅存在债的合同或民事合同,那就不符合科学和实践的要求了。

二、异化的合同与经济合同的重新定位

(一) 合同异化的社会经济基础

合同之所以发生异化,其原因是多方面的。从社会关系的角度来考察,这些原因主要包括:

1. 现代国家的职能变化与角色演变。较之近代国家而言,现代国家全面涉入社会经济生活,包括管理、监督和直接参与经济活动,从传统的“夜警国家”、奉行“不干预的政府是最好的政府”之信条的国家,转变为介入各方面社会关系的国家。传统国家、包括封建国家和近代资本主义国家,其突出功能是行使主权,承担政权职能,而对社会经济的管理和作为所有权人的职能,均从属于国家机器的运转和统治集团的消费。但是对于现代国家来说,它承担的社会经济管理者的职能和国家所有权的经济职能日益突出。国家对社会经济管理的深化、范围的扩大,导致将更多的经济关系、包括合同关系纳入行政性规范的调整;而国家意志上升以致合同异化的最主要原因,则是国家以所有权为依托从事经济活动、缔结或参加合同关系时,由普遍意志对合同关系的一般限制,进一步发展为将其普遍意志具体化,落实为具体的合同条款。

2. 组织的纵向一体化和横向一体化。社会的发展使得社会的分工与专业化更为细致,同时,社会组织日益发展壮大。正如科斯指出的,企业组织协调取代市场的趋势,是因为企业的扩大可以节约交易费用。^[20]组织等级结构的增多和组织涉及领域的扩大,造成纵向一体化和横

[17] [美] 麦克尼尔:《新社会契约论》,中国政法大学出版社 1994 年版,第 31 页。

[18] 潘静成、刘文华主编:《经济法基础理论》,高等教育出版社 1993 年版,第 30 页。

[19] 参见佟柔主编:《中国民法》,法律出版社 1990 年版,第 338 页;刘瑞复主编:《合同法通论》,群众出版社 1994 年版,第 44 页;王家福主编:《中国民法学·民法债权》,法律出版社 1991 年版,第 255 页。

[20] 参见 R·H·科斯:《论企业的性质》,上海三联书店 1990 年版,第 8 页以下。

向一体化,以至等级、权力、命令、管理等因素与日俱增。^[21] 鉴于组织机构有联系和协调的需要,借助合同的民主性、精确性、法治化特性,政府和企业等各种组织内部、组织之间结合的方式趋向契约化,这必然会造成部分合同与债和民商法的分离。

3. 人的广泛合作与联合。社会经济的发展,使每个人都成为社会网络的组成部分,联合与协作也是现代社会的一个大趋势。“市场、货币、商品、劳动、利益、需求这些古已有之的生存因素,在大功利环境中,自发地将每个人牵扯到了一种非参与便无法生存的互助网络之中,生存不再是个人的行为,也不再是某个集团的自身行为。”^[22] 经济的发展促进交易的发展和社会关系的契约化;人的联合与协作,则使合同变得复杂化和持续化。所有这些,都促使合同更广泛地和社会中得到应用。“合作主义对法律最明显的影响就在于,它有助于一套打破了传统公法与私法界线的规则之形成。因此,行政的、法人的及劳动的法规渐渐地融入了社会法的主体之中,该领域更适用于公—私组织的结构,而不是单纯的官方行为或私人交易。”^[23]

(二) 合同异化的法自身原因

就法自身发展的规律来看,导致合同异化的原因有:

1. 法由追求抽象的完美转向具体的经济技术性和实用性。近代大陆法系的法律对形式正义的追求是全方位的,它在发展中不断建构起逻辑严密的“欧几里德式”的体系,对社会关系予以抽象,运用抽象的规则去适应现实生活。法律制度在这一过程中取得了某种独立发展。而本世纪以来,社会关系的深刻变革及其纷纭复杂,使法律偏向具体的经济技术性,各种特别法、专门法规层出不穷,达到了几乎将传统法典湮没的地步。其原因,就是法律向实质正义偏重,即注重法律实施的效果。社会法学派和实证法学派推进了这一进程。“好的法律应该提供的不只是程序正义。”^[24] 对实质正义的追求,以及相应的对经济的具体调整增多,导致了当事人意思自治受限和合同关系的泛化。

2. 法律部门划分的细化、专业化和调整手段的多样化。社会生活的发展,对法律调整提出了新的、更高的要求。由于社会活动的各个领域日趋专业化、技术化,社会越来越需要在企业、金融、税务、贸易、知识产权、房地产、劳动、环保等各个领域,融各种法律调整手段为一体进行专业性、技术性的法律调整,单纯的民、刑或行政法调整已逐渐变得不敷需要。于是,民法、行政法、刑法的基本原理和方法被带入其他部门法中,民事、行政、刑事这三种法的基本调整手段,已成为对每一种具体经济关系进行调整所不可或缺的方法,从而出现了按照社会活动的领域和法律调整的宗旨来划分法律部门的客观需要。^[25] 在这一进程中,合同制度为各种社会活动领域所运用,成为多种法律部门的有机组成部分。以历史眼光来看,这也是正常现象。正如权利、法律关系、法律事实、法律行为、时效这些历史上曾经属于私法或民法范畴的概念和制度,现在已成为整个法和法学理论的共同财富一样。

这种变化的另一表现,是合同被国家用作个别性调整的手段。所谓个别性调整,“就是针对具体的人、具体的情况,为解决某个具体的问题所确定的行为方式,对人们的行为进行的一次

[21] 参见马九杰、邓峰:《企业制度改革方略》,吉林人民出版社1995年版,第90页。

[22] 江山:《互助与自足》,中国政法大学1994年版,第202页。

[23] 转引自昂格尔:《现代社会中的法律》,中国政法大学出版社1994年版,第187页。

[24] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,中国政法大学出版社1994年版,第82页。

[25] 参见史际春:《经济法的地位问题与传统法律部门划分理论批判(续)》,《当代法学》1992年第4期。

调整”。^[26]采用合同这种方式,具有灵活性、适用性、针对具体情况采用具体方法的特色。‘随着不能允许的社会地位的差别日益扩大,个别化处理问题的需要也相应增长起来。不管实质正义如何定义,它只能通过具体问题具体处理的方法才能实现。’^[27]国家将合同法的普遍调整与合同的个别性调整结合起来,扬长避短以实现社会公正,实现国家的组织管理与个别主体的特殊意志相协调,于异化之中凸显出它的进步性。

作为债的合同和民事合同“异化”物的合同,主要是劳动合同和经济合同。劳动合同本属地道的民事合同,因国家对劳资关系的干预而独立,劳动法亦因之成为一个专门法律部门。劳动合同的条款,多直接受制于国家规定劳动条件保障和工资保障的法律、法规,其缔约及效力又受到集体谈判和集体合同的约束,故而使劳动合同极具社会性品质。

(三) 经济合同及其重新定位

1. 为何要对经济合同重新定位

经济法与劳动法是一对姐妹法,经济合同与劳动合同也是异曲同工,但是经济合同在概念和制度上比劳动合同复杂,其问世之后的命运多舛。

经济合同从一开始就是对民事合同的异化,它是与国家在经济活动的直接参与和控制联系在一起。三十年代初,前苏联颁布了一系列调整国营企业间的供应合同和建设承包合同的行政决议,如劳动国防委员会《关于国家联合企业、托拉斯和其他经济组织的流转手段》的决议和人民委员会《关于订立 1933 年度合同》和《关于订立 1934 年度合同》的决议,确立了经济合同的首要特征,就是它的指令性或计划性;为了将其区别于 1922 年民法典上的买卖合同和承揽合同,当时苏联法学家将其称为苏维埃商品合同和生产组织合同。^[28]从 1949 年开始,结合关于商品货币关系和价值规律的讨论,苏联法学界开始研究经济合同的特点和本质,一致认为供应合同和基建承揽合同不是普通的买卖合同和承揽合同,而是为实现国家计划,使计划具体化和精确化的工具。^[29]自此,在前苏联东欧,经济合同就成了指令性计划合同的同义语,^[30]并将这个概念流传到中国。我国早在 1956 年《商业部、地方工业部对目前有关工商计划衔接贯彻经济合同中若干问题的联合通知》、1962 年《中共中央、国务院关于严格执行基本建设程序、严格执行经济合同的通知》中,就在落实计划的意义上使用了经济合同的概念;改革开放初期之所以制定经济合同法,无论在立法上 and 实践中,也无疑承袭了计划经济的传统。

作为计划经济下的一种重要的法律关系,经济合同与传统的民商事合同是有本质区别的。从产生的依据看,前者基于国家或政府的指令,当事人必须根据计划订立合同,落实计划,后者则基于当事人的自由意愿;从主体及其参与的社会关系看,前者主要是国有主体之间由‘看得见的手’指挥的往来协作关系,后者则主要是非国有主体之间及其与国有主体之间由‘看不见的手’来调配的商品关系;从争议处理和救济的手段看,前者主要通过行政隶属关系和行政措施来解决,后者主要由司法审判和商事仲裁来解决。因此,在前苏东国家,罗马尼亚和东德制定了专门调整经济合同的合同法;捷克斯洛伐克制定了经济法典,其民法和民事合同同经济法和

[26] 前引 [25], 史际春文。

[27] 孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 31 页。

[28] 参见[苏]B·B·拉普捷夫:《经济法理论问题》,中国人民大学出版社 1981 年版,第 194 页。

[29] 参见《苏维埃民法》,中国人民大学 1954 年出版,‘编者的话’部分。

[30] 参见[匈]哈尔玛季:《经济合同制度的比较研究》,《国外法学》1983 年第 3 期。

经济合同分立;匈牙利民法典中有“计划合同”一章;苏俄民法典则把供应、国家对集体农庄和国营农场的农产品收购、基本建设承揽等合同单独成章等等,皆为彼时彼地的经济条件使然。

然而,一个概念和一项制度一旦形成,就取得了对客观事物的相对独立性,经济合同也不例外。早在六十年代,苏东国家相继实行经济管理体制改革,发展“商品货币”关系及扩大企业自主权,因此出现了不是指令性计划合同的“经济合同”,要把计划建立在商品货币关系和合同的基础上,计划反而要以合同为基础。当然,这是从微观和具体的经济关系来看的。从宏观上看,整个经济体制还是处于计划之下。按照匈牙利1978年国营企业法第3条第2款的规定,国家要通过经济机制和官方规定的途径,确保在企业活动中体现国民经济计划的目的。^[61]所以,前苏联有学者称:那些并非根据计划书签订的协作合同,本质上也是为了合理地完成计划任务。^[62]这样,经济合同就被泛化为“社会主义组织”间的合同,其区分于民事合同的基本标志则由计划特征转变为主体特征。依历史上唯一的经济法典——捷克斯洛伐克经济法典的规定,“经济债”主要由经济合同产生,也可以直接根据行政命令产生或侵权行为产生,而其主体,都是“社会主义组织”,即“国家组织、合作社组织和社会团体,也包括其活动能促进社会主义关系发展的其他组织”。^[63]

有鉴于此,我国在改革开放之初加强经济法制的呼声中制订合同法,在计划经济的体制力量尚无丝毫减损、其惯性犹存,私人和个体经济仍属无足轻重时,将其定义为经济合同法,经济合同则是“法人之间为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系的协议”、“个体经营户、农村社员同法人之间签订经济合同”,也参照该法执行,^[64]可谓势所必然。此外,中华人民共和国的第一部合同法被冠以“经济合同法”之名,也与建国以后长期盛行法律虚无主义,民法极为不彰,连普通民事合同的法律规定也付之阙如有关。^[65]无论如何,所有这些,都决定了现行经济合同法和经济合同的概念具有过渡性,在市场化改革不断深化的今天,亟需对其重新定位。

随着商品关系和市场经济的发展,我国的指令性计划渐次削弱,其范围大大缩小,包括国有企事业单位在内的各种主体,已将其经济活动主要建立在意思自治的基础之上。政府一般不再干预公有制主体的生产经营活动,将其意志直接体现到当事人的契约关系中去。现代市场经济的实践,使各国统治者和学者自觉不自觉地达成一种共识,即市场经济不能放任,需要有宏观管理及竞争规制,但其目的并非取消自由竞争,而是要通过政府的调控,消除自由竞争所导致的竞争不自由,以保障充分、自由的竞争和契约自由,确保市场开放,最终达到社会资源得以最佳配置的帕累托最优状态(Pareto optimality)。^[66]可以说,这是人们在资本主义和社会主义的长期实践中,由正反两方面的经验而悟出的一点辩证法。它要求从法律上尽可能划清政府或国家的干预、参与同个别主体自由、自主地从事经济活动的界线,后者若未“踩线”或违规,政府即不应直接过问其事务。

应当指出,在任何一个社会,都存在着性质各不相同的具体经济关系,这与各种经济关系

[61] 参见《外国经济法资料选编》(工业企业法),甘肃人民出版社1981年版,第472页。

[62] 参见[苏]E·A·苏哈诺夫:《东欧各国的经济联合体》,《国外法学》1981年第3期。

[63] 参见《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》第14条和第6篇,中国社会科学出版社1981年版,第10页、第39页以下。

[64] 《中华人民共和国合同法》第2条、第54条。

[65] 参见史际春、徐孟洲:《伏陆六法精要·经济法》,台湾月旦出版社股份有限公司1994年版,第8页。

[66] 参见刘绍梁:《从意识形态及执行实务看公平交易法(上)》,台湾《工商杂志》1992年第1期,第61页以下。

是否统一于一国的经济制度或生产关系之下,是两个不同的命题。法律调整的对象是具体的社会关系或经济关系,而非抽象的经济关系或生产关系,所以从法律调整的角度看,经济关系“板块说”无疑是适宜的。早在中共十二大上,就提出“要正确划分指令性计划、指导性计划和市场调节各自的范围和界限”,^[67]我们历来赞同这种理论和政策。将其置换成当前的语言,就是要划清政府直接参与、干预同经济活动当事人的自主权和契约自由的界限;在合同领域,则应分清经济合同与民事合同的界限。

显然,早在我国确立了商品经济或市场经济的改革目标伊始,多数国有企业的多数业务不再受制于指令性计划,现行经济合同法规定的经济合同便已名不符实了。以至在经济合同的执法和立法中,不断淡化其计划性或组织管理性质,到 1993 年修订经济合同法时,将经济合同明确定义为“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、明确相互权利义务而订立的合同”,使经济合同和经济合同法只剩下一具空空的躯壳。这是中国在前苏联东欧国家改革的基础上,进一步发展“商品货币关系”的必然结果。无论是公有制组织、其他组织还是农村承包经营户、私营企业、个体户或公民,它(他)们“下海”拼搏,在市场规律的无情左右下从事经济活动,都应由民(商)法来调整其契约关系。因此,现行经济合同法已经成为调整主体间合同关系的民事合同法或“商事”合同法。以经济目的性或者仅从名称上做文章——如以“购销”来代替“买卖”,是不能区分民(商)事合同和经济合同的,这不啻为对二者本性的抹煞。

2. 如何对经济合同重新定位

经济合同今安在?这个问题,困扰着关心中国合同制度发展的各等人士。我们认为,计划经济传统的经济合同向民事合同回归,顺应了社会经济改革和发展的需要,它是对我们原先违背客观规律、搞官僚行政命令性经济的适当回应;与此同时,从市场经济或世界经济发展的总趋势看,经典民事合同的异化也是不以任何人的意志为转移的,经济合同则是这种异化的典型、普遍的形式。

经济合同的本质,是国家或政府在经济活动或经济管理中,将其意志直接体现到原本是私人自治的契约关系中去。而这并非计划经济所独有。在合同发展的异化过程中,国家普遍意志及其具体要求不断向合同内部渗透,且合同中的非财产因素增加,引起国家的普遍意志和特殊意志对私人自由意志的否定。其深刻背景,就是国家与市民社会间的藩篱被冲破,现代国家对经济实行全面参与和干预。在西方国家,政府设立企业,直接参与经济活动或经济关系,为招标、定(购)货、发包、出租、出让、信贷、担保等行为,订立或参加各种经济性合同关系,也是普遍现象。如政府投资基础设施或其他事业时订立定(购)货合同和工程承包合同、政府与企业订立承包经营合同或租赁合同、政府与开发商或其他厂商订立土地买卖或租赁合同、中央银行与商业银行订立借款合同、国家政策性银行与一般企业订立借款合同和担保合同、政府与企业订立担保合同,等等。^[68]即使在私有制的大本营——美利坚合众国在三十年代的大萧条之后,其政府也已成为创造“公共资本”的“一极”,稳定地相对于创造私人资本或市场资本的另一极——私人企业。因为在罗斯福新政时期,就“把经济权力的基本来源从私人机构成分移交给了公共

[67] 胡耀邦在中共十二大上的报告:《全面开创社会主义现代化建设的新局面》。

[68] 参见史际春:《社会主义市场经济与我国的经济法——兼论市场经济条件下的经济法与民商法的关系问题》,《中国法学》1995 年第 3 期。

机构成分”。^[69] 诸如合成橡胶等高分子化合、航天、电子、电脑乃至当今风靡世界的 Internet 等产业,都是由美国政府直接投资经营、推动而发展起来的。以电脑产业为例,美国政府在七十年代以前一直处于计算机技术的前沿,六十年代时,政府在该产业总收入中的比重曾经达到 62%。^[70] 由此,规范政府的经济及合同行为的制度,不仅已成为发达国家的一项新型的经济法律制度,而且还成为国际经济法和国与国之间政经斗争的重要组成部分。美国众议院甚至专为一项政府合同通过法案,以阻止全美科学基金会购买日本电气公司(NEC)的巨型计算机;日本则扬言要根据世贸组织的政府采购协定,向该组织起诉美国。^[71]

而在我国,一方面,政府职能要向治理市场经济有方的发达国家看齐;另一方面,我国实行公有制,国有和公有经济的规模较大,国民经济发展不平衡,指令性计划还将长期在一定程度内保留。所以,无论从理论还是从实践中加强法制的需要看,都应对我国的经济合同重作精确定位,将其定位为政府经济合同。在经济合同和经济合同法淡化计划因素的同时,对地道的经济合同——有关计划组织性合同如国家订货合同、国有企业承包或租赁合同、政策性贷款合同、土地使用权出让合同等的法律调整,却处于停滞不前甚至削弱的状态,以致引起国有资产流失、“三角债”等现象,这是经济与法制发展中的一种不和谐之音。

根据现代市场经济之要义,我们对经济合同所作的基本定义是:经济合同,是指为了实现国家的一定经济目的,直接体现政府意志,由政府规定基本合同条件的合同。这个定义,首先将经济合同与不直接体现国家或政府意志的任何其他具有经济目的的合同,包括国有企业订立的非指令性计划合同以及纯粹的行政管理性合同区别开来;其次则表明,经济合同不包括不直接体现政府意志,而由国家机关作为合同一方的民事合同,如国家机关基于日常运转的消费需要而订立的民事合同。其基本特征是:

其一,经济合同的基本条件系由政府规定或确定。政府对经济合同基本条件的规定或确定,既可以是普遍规定,如某种产品执行国家定价或调拨计划、土地的开发利用执行城市建设规划等,也可以是由作为合同一方的国家机关,根据国家当时的政策或具体项目的要求而拟订,如国有企业承包、租赁合同和政府工程建设发包合同。在具体国家机关作为合同一方当事人时,它在行政法上并无独立法人地位,这就否定了它意思自治的可能性;对于其相对人而言,作为不享有公权力的企业(包括国有企业)或其他经济实体,其谈判或讨价还价的能力则与对方不可同日而语,故而对业已拟定的合同基本条件作出修改是困难的,它们充其量只能在合同的一些细节上体现自己的意思。

其二,经济合同的主体一方是代表国家的机构或政府授权的代理人,或当事人双方均由政府指定。经济合同的目的是实现国家或公共的利益,或者作为政府进行个别性调整的一种方式,因此合同一方通常是国家机关或国有事业单位,此时其身份是国家或地方当局的代表。政府也可能授权某企业或经济实体代行某种经济行为,缔结经济合同。如我国的典型情况是,政府授权国有粮食企业代理政府向农民收购粮食、授权供销社代理政府向农民收购棉花或其他规定的农副产品。对于指令性计划合同,则一般是由政府安排或指定双方当事人缔约,规

[69] G·欧文:《美国工业的势力》,转引自布·明兹:《现代资本主义》,东方出版社 1987 年版,第 245 页。

[70] 据《美国新闻与世界报道》1996 年 1 月 15 日报导。

[71] 参见 韩非单纯的商业行为——日本巨型机采购带有日美摩擦火药味》,《计算机世界》1996 年 9 月 9 日,第 87 版。

定其缔约义务,并确定其合同基本条件。

其三,具体国家机关或政府代理人作为合同一方时,同时又是合同履行的管理监督人。这是由该方合同当事人承担的职能、合同中的组织管理因素和合同作为政府的个别性调整手段所决定的。政府一方的相对人则不具有这种能力,对政府一方的履约或违约行为,如其向农民“打白条”,只能施以行政监督、司法监督和社会监督。

其四,对经济合同的调整同政府及其运作机制有密切联系。经济合同作为政府实施经济行为的一种法律形式,它除了要服从经济规律的要求外,也必须遵循政府运作的基本要求。这些要求包括:执行国家政策、厉行节约、政府一方公开操作、在缔约和履约过程中发挥民主机制、在条件许可的情况下由企业和其他经济实体以公平竞争方式与政府缔约、国有资产保值增值、严格监管和反腐败,等等。这些相关的制度或机制要求,与经济合同制度不可截然分割,否则良好的合同制度本身也无法建立起来。

根据以上定位,我国的经济合同大致有下面的种类,对其需要在拟议中的统一合同法之外,另订贯彻经济合同要求的规范加以调整。

(1) 指令性计划合同。这是由计划经济时期的合同承继而来,将继续在指令性计划领域内适用。现行经济合同法中有关指令性计划合同的特有条款,如第 11 条关于企业依法签订指令性计划合同的权利义务,第 17 条第 3 项关于执行国家定价时的价格违约责任等,应将其移出,归入有关经济合同制度中。另外,在改革开放中,在指令性计划合同领域也引入了民主机制和一些新的规定,如执行指令性计划的企业有权要求政府有关部门安排与需方企业或指定的单位签订合同,后者不签订合同或违约的,企业有权不执行指令性计划,等等。^[42]

(2) 政府定(购)货合同、工程发包合同、国有土地使用权出让合同、中外合作勘探或开采自然资源合同等。在市场化进程中,政府对指令性计划手段的放弃,在一定程度上要由政府的公开市场操作所取代,否则政府无从实现其经济政策目标。对于这类合同的法律调整,有关缔约竞争机制、国内厂商优先、^[43]缔约和履约的行政救济、对合同条款和价款预算决算的审查监督等制度,都是不可或缺的。如台湾当局有一项规定,政府机关招标必须在公共场所和当地报纸上公告,现更修改此规定,要求凡金额超过新台币 300 万元的工程和劳务招标案,必须输入电脑数据库,在 Internet 上公开,供岛内外厂商查询。^[44]这种政府合同制度,颇值得我们借鉴。我国政府预算内、外的投资建设在社会投资中所占比例为任何发达国家和地区所不及,目前建筑市场一片混乱,成为孳生腐败的温床,就是因为现行经济合同制度错位及不健全所致。对于公法和私法因素相融合的关系,认为仅靠行政手段或行政法调整,有反贪局就能解决腐败问题,而无需对经济关系本身作实体性调整,那就失之毫厘、差之千里了。

(3) 政府农副产品收(定)购合同。我国人口众多、耕地稀缺,为保持农业生产和社会的稳定,政府必须在重要农产品的流通中充当主渠道,故而这种合同是十分必要的。其特点主要有:政府委托供销合作社等作为代理人,与农民订立合同、合同价格等基本条件由当年政府政策确

[42] 参见《中华人民共和国全民所有制工业企业法》(1988 年)和《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(1992 年)。

[43] 政府的预算来自纳税人,包括国内各厂商,为保护本国厂商及促进本国经济发展,发达国家的政府采购法普遍规定,在性能价格比同等的条件下,政府优先选购本国厂商提供的产品和劳务。

[44] 见《台行政项目招标信息将上 Internet 网》,《计算机世界》1996 年 1 月 29 日,第 27 版。

定、政府奖励与合同挂钩、政府和(农民)公众对政府代理人的缔约和履约行为实施监督,等等。

(4) 政府投资合同或股东协议。政府或其设立的政策性投资机构单独或合资经营企业,如省或部筹设煤矿,省、部、市等不同财政主体合资修建铁路、水电站或其他企业,对于有关项目合同和股东协议的订立及履行,亦需设计及确立相应的协调、监督和救济制度。

(5) 国有企业承包、租赁合同,包括国有民营的企业承包、租赁合同。这类合同在发达国家普遍存在,其组织管理性与经济性紧密结合以及个别性调整的特性十分显著。因此,对它进行法律调整的首要任务,是取消其当事人在法律之外的任意较量,将其缔约和履约纳入法律救济及司法保障的渠道,否则可能造成社会不公,引起矛盾、冲突,甚至动荡。这个问题在国外也是很严重的,笔者对此曾有例举。^[45]较新的一个事例是,法国政府预定于1995年12月13日同法国国营铁路公司签署新一轮计划合同,因政府同企业工会和经营管理者就政府拟订的合同条款发生争议,引起铁路员工大罢工,法国工业部长弗朗克·博罗特拉一方面扬言不取消有争议的条款,同时政府又任命调解人与企业代表重开谈判。^[46]

(6) 政府信贷、担保合同。包括中央银行与商业银行之间的借贷、贴现、清算等合同,国有政策性银行与一般企业订立的借贷合同和担保合同,国家机关为使用外国政府或国际组织的贷款进行转贷提供担保而订立的合同,等等。这些合同,与政府的金融监督管理、外资利用、产业政策实施、外贸管理等制度,有机地结合在一起。

(7) 其他政府经济合同。

3. 经济合同不是行政合同

近年来,试图将政府经济性合同纳入行政合同的著述屡见不鲜,兹不一一列举,而笔者对此实不敢苟同。其根本缘由在于,经济合同本质上为“政府商事合同”,它是公法和私法的融合,行政和“商事”的交织,而非单纯的行政措施。政府从既定的政策和国民经济的要求出发,办企业、做买卖,从事生产经营,作为合同当事人一方及其对合同关系的积极参与和主导,超出了自古就有的政府民事行为的范畴,使得原本意义上的(民)商事合同发生了上述种种变性。然而,商事和经济的规律毕竟与政权运作的规律不可同日而语,前者是深层次的、基础的,后者作为上层建筑必须服从于前者。政府行政,就是政权的组织和人事,其天性不言而喻是层层服从长官和精心设计的权力制衡,而不必顾及直接的经济要求和经济后果,否则任何一个国家政权或政府,可以说一天也维持不下去。政府可以在合同中起主导作用,但是双方当事人的承诺和同意、交易对价、由市场和经济规律决定成交和价格、个别利益和由政府代表的整体利益并重、违约救济和实际补偿等原则,却是政府也不能违背的。从实践的角度看,“行政合同”则给人以这样一种强烈的感官印象,即:这种合同不平等、不自愿,政府在合同关系中处于支配地位,有权强制对方订约及接受合同义务。如此效果,实与市场经济和价值规律的要求背道而驰。

诚然,经济合同及其制度的完善,与一国行政体制和制度的健全与否有着密不可分的关系。可以这样认为,一个高效、廉洁的文官制度,是一国经济合同制度和国有企业制度健全、有序运作的必要条件,但并非充分条件。因为二者分属不同的体系,遵循着不同的规律,并非同一个范畴的事物。不然就无法解释何以在有着极其出色的文官制度的发达国家如英国、新加坡等国,也面临着对政府合同及国有企业制度加以改革和完善的问题。所以,经济合同作为“政府商

[45] 前引[38],史际春文。

[46] 据路透社1995年12月8日电。

事合同”不是行政合同,当事人在形式上的平等和实质上的对价,仍是这种合同所不可或缺的要素。只有那些在单纯的行政运作中对契约的运用,如公务员聘用、上下级之间为完成一定任务相互承诺而认立责任状等,才是真正的行政合同。

结 语

综上所述,在现代社会,劳动合同、经济合同等与民商事合同一道,共同对经济生活进行调整。就统一的合同范畴而言,合同的异化从根本上说是一个悖论,即合同实现实质正义的过程,不得不借助国家对合同的干预,以及合同行为的客观表示主义借助于形式主义,对实质正义和社会化的追求愈来愈多地借助于形式主义,从而构成二律背反。这是合同中普遍意志与特殊意志的矛盾所导致的。

我们认为,对合同异化的认识和对经济合同的重新定位有着重要意义。它表明,将拟议中的统一合同法界定为统一的民(商)事合同法或债的合同法是可取的,而要用它来涵盖所有的合同,则是追求完美的一种理想,与事实和实际需要不尽相符。如果迁就法律调整实践的需要,在民商事合同立法中规定经济合同及其特有的原则、制度,则对这两种合同的法律调整都会被弱化。合同的发展表明,合同已由意思自治的本质异化为一种确立权利义务的形式,经济合同甚至广泛用作国家进行个别调整的手段,合同已成为具有不同特征,涵盖复杂的社会关系,受不同法律原则和规范调整的跨部门法律制度。尽管在合同发展中出现了异化和对意思自治的限制,然而,对于走向市场经济的中国和当代成熟的资本主义而言,都必须通过宏观调整、微观规制等手段,确保意思自治在最大范围和最大程度上得以适用。这也正是现代民商法与经济法相互关系的辩证法。

对于现代合同法而言,保持意思自治与遵循合同发展客观趋势的最佳方案,是对合同分部门进行研究和规定。

经济合同作为经济法的组成部分,有助于在政府参与、调控经济中引进民主和法治机制。它是“政府商事合同”,既不是民(商)事合同,更不是所谓“行政合同”。将这种合同定位成经济合同,不是纵容国家借助公权力,对合同相对人和经济关系任意进行干预,而是要保证国家在法的拘束下来实现其经济政策,以免重蹈行政任意之覆辙。“公有社会的理想应当这样界定和实现,以便于加强而不是削弱个人自治的意义以及使个人自治与权威彼此相容”,^[47]当然这也是马克思主义的本意。对于我国这个有着国家操办和干预经济的传统的国家来说,建立健全经济合同制度,正是与市场经济发展的要求相吻合的。经济合同是现代法中平等与权威、公法与私法相结合的典范。在统一的民事合同法颁布以后,对经济合同的深入研究和经济合同法的完善,理应成为法学界的重要任务之一。

[47] 前引 [23], 昂格尔书, 第 221 页。