

“霸王条款”及其法律规制 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E2_80_9C_E9_9C_B8_E7_8E_8B_E6_c122_484710.htm,br>【关键词】格

式条款 霸王条款 原因 法律规制 一、“霸王条款”的界定与表现 准确地讲，“霸王条款”并非一个法律概念，而只是凝聚了强烈感情色彩的一种情绪化表达。法学上与此相对应的概念是格式合同、格式条款、标准合同、附和合同、一般交易条件或条款，即为重复使用不经双方协商而预先拟订条款的合同。格式条款早在19世纪就已经出现在西方的农业和手工业等领域。它适应了社会化大生产和大批量交易活动的需要，简化了当事人订立合同的过程，提高了交易的效率。霸王条款与格式条款是一对孪生兄弟，伴随着格式条款的出现与发展，霸王条款也就应运而生了。霸王条款，即生产者或经营者利用自己在交易中的特殊地位，违反公平、诚信等民法基本原则且损害合同相对人利益的条款。霸王条款的通常表现形式如通知、声明、告示、店堂告示、行业惯例等大量存在于消费领域，充斥我们的经济生活。实践中，格式条款中的“霸王条款”主要表现：一是直接限制格式条款提供方的责任，二是赋予供应商以任意解除合同的权利，三是限制对方权利，四是就与合同无关的事项限制一方权利，五是推定消费者放弃权利，六是限制消费者寻求法律救济，七是其他违背诚实信用原则的不公平条款。中国消费者协会从2005年3月5日至2005年3月25日在中国消费者协会信息网(www.cca.org.cn)及搜狐网站财经频道公布，由消费者公开参与评选了“2004年度十大不平等格式条款”。从评选的结

果来看，典型的“霸王条款”主要存在于商品房与物业管理、电信服务、有线电视服务、商场(店)等几个领域。二、“霸王条款”产生的原因 关于格式条款理论基础的主流观点是交易成本节约论。市场主体在进行交易时，不仅要为交易对象支付价金，而且还要为交易的达成付出一定的时间、精力和金钱，这在经济学上称之为交易成本。如果交易双方每完成一次交易都要达成一个近乎完美的契约，那么交易成本是异常巨大的。在这种情况下，可以极大降低交易成本的格式合同应运而生，交易成本的节约和生产效率的提高，是定式合同的生命力所在，也是定式合同被普遍使用的根源所在。格式条款的出现本无可厚非，那么，其间“霸王条款”又是如何产生的呢？垄断是“霸王条款”出现的经济基础。垄断大致可分为行政性垄断、行业垄断和经济垄断三种。行政垄断最典型的莫过于地方保护主义。行业垄断可分为具有专卖性质的垄断和自然垄断两种。具有专卖性质的垄断如烟草、邮政等行业。自然垄断是规模经济造成的一种状况，它使得某一行业只有在一个企业生产的时候才是最有效率的，换言之，由一个企业进行生产的成本要小于两家以上企业进行生产的成本，若重复建设则违背效益原则。事实上，垄断本身并不必然导致“霸王条款”，以致损害消费者利益。只有垄断者利用其优势地位在与消费者达成合同时加重对方义务，减轻自身责任，才是“霸王条款”产生的真正根源。企业追求利益最大化的“自私”本性是“霸王条款”思想根源。著名经济学家斯密提出“人人为己”的基本假设，而耶鲁大学的威廉森则在这基础上进一步提出“人人不但自私，而且一有机会就不惜损人而利己”。经济学家认为在经济活动中，

经营者是完全理性的，他们在从事经济活动过程中总是进行成本与收益的分析，或是最大限度地取得收益，或是将所支付的成本降至最低。正是由于经营者要利用自己拥有的一切有利条件，尽可能地维护自己的利益，甚至不惜以各种手段损害经济活动相对人的利益，在通过格式条款进行交易的经济活动中霸王条款也就自然出现了。“契约自由”是“霸王条款”产生的法律基础。依照传统观念，合同是双方当事人意思表示一致的行为。在格式条款的背景下，既然你在其格式条款上签字，就意味着该合同是你自愿同意的，是“意思表示一致”的结果，否则你可以拒绝签字。如此看来，格式条款中的“霸王条款”似乎真是“契约自由”的产物。事实上，这是对“契约自由”原则的滥用。经营者的强势地位使消费者缺乏选择性。强势地位的存在，造成经营者与消费者之间地位的悬殊，而这一悬殊，造成了信息的不对称。在没办法知悉合同内容不公平，不诚信的情况下，消费者不会拒绝交易；即使在明知合同内容有失公平，有失诚信时，消费者在很多情况下也是不可能拒绝交易的。一方面，谁也不能不消费，每个人都需要衣食住行，需要抚养子女，赡养长辈，也需要参加各种社会活动等等。质言之，谁也无法拒绝消费。另一方面，市场由不得我们选择，不管是在完全垄断的市场中，还是在完全自由竞争的市场中，或是在垄断与自由竞争混合的市场中，消费者通常是不可能选择的，因为在格式合同下的交易，产品和服务通常具有独占性或干脆就是同一行业使用的是相同或相类似的格式合同。

三、合同中“霸王条款”的法律规制

对合同中“霸王条款”的规制方式，通常认为主要有：消费者自己的“反霸”能力、企业的行业自

律、相关组织的监督以及利用法律规制等几个方面。在这其中，立法上的规制应当是最主要的，因为完善的立法对合同中“霸王条款”不仅具有事先的威慑、预防功能，而且对实践中的“霸王条款”也能提供认定的标准、解释的依据，并且从法律后果上对合同中的“霸王条款”予以规制。我国《合同法》第39、40和41条对格式合同的订立与提供做了原则性规定，其相关内容主要包括如下三个方面：一是关于格式条款的订立。合同法第39条第1款规定：采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合同的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。格式条款订入合同的程序实际上就是合同法第39条第1款所规定的提供条款的一方应当采取合理的方法提请对方注意，即有义务以明示或者其他合理、适当的方式提醒相对人注意其欲以格式条款订立合同的事实。该条规定在规制合同中“霸王条款”方面的意义在于：一方面，强调“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务”，其中一个“应”字，明确了“遵循公平原则”的义务性，违反该义务的条款就可以认定为在效力上有瑕疵；另一方面，强调“采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。”这意味着，如果格式条款中有“免除或者限制其责任的条款”，而提供该格式条款的一方又未提请对方注意或者未按照对方的要求对该条款予以说明，则该条款即构成“霸王条款”，其效力存在瑕疵。二是关于格式条款的解释。合同法第41条规定：对格式条款的理解发生争议

的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当做出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。本条规定了格式条款的解释规则，包含三个层次内容：一是通常理解规则。对格式条款的解释应以一般人的、惯常的理解为准，而不应仅以条款制作人的理解为依据，对某些特殊术语，也应做出通常的、通俗的、一般意义的解释，亦即依据订约者平均的、通常具有的理解能力予以解释。二是不利解释规则。不利解释规则古已有之，现代各国民法均予以采纳。三是非格式条款效力优先规则。非格式条款即个别商议条款，其效力应优先于格式条款，这样既尊重了当事人的意思，也有利于保护广大消费者。三是关于格式条款的效力。合同法第40条规定：格式条款具有本法第52条（合同无效的5种情形）和第53条（无效的免责条款）规定情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。上述我国合同法的有关规定为规制合同中的“霸王条款”提供了依据，但立法缺陷仍不可忽视。在我国现行合同法框架内，经营者在格式合同中订入“霸王条款”的收益总会大于成本。在“利益最大化”本性的驱使下，他没有理由不把“霸王条款”写入格式合同。因此，为了抑制或是防止它选择这一行为，最好的办法就是提高做出此行为选择的机会成本。就是要在合同法中增加对“霸王条款”的禁止性规定，成倍加重对订入“霸王条款”行为的处罚，并使这种处罚足以抑制行为人的这种冲动，从而达到其在制定格式合同时能够自觉地剔除损害行为相对人利益的条款。如果能做到这一点，“霸王条款”就不会如此猖獗了。【注

释】刘春霖，河北经贸大学法学院教授，研究方向为民商法。
。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com