

【法学研究】

# 市场经济对合同自由原则的限制

申萍, 张宏民, 张莉

(空军工程大学 理学院, 陕西 西安 710051)

**摘要:** 从法律实证、现实功能和理论基础角度入手, 通过对强制性缔约制度、格式合同制度、附随义务制度的分析, 对合同自由原则进行重新审视, 认为必须用发展的观点来看待合同自由原则, 对合同自由原则的限制并非是对此原则的根本否定, 而是作为一种修正, 以恢复其本来的价值和地位, 从而使这一原则更具有社会适应性和现实需要性。

**关键词:** 法学; 合同自由原则; 强制缔约; 格式合同; 附随义务

中图分类号: D869

文献标识码: A

文章编号: 1671-6248(2006)03-0078-04

## Restriction on free principle of the contract in modern market economy

SHEN Ping, ZHANG Hong-min, ZHANG Li

(School of Science, University of Air Force Engineering, Xi'an 710051, Shaanxi, China)

**Abstract:** From the legal real diagnosis, the realistic function and theoretical foundation angle, and through analysis of the mandatory system, format contract system, attendant obligations system, the principles of freedom of contract is re-examined. The authors believe that it is necessary to hold development perspective the principle of freedom of contract, and the contemporary principles of freedom of contract should not be restricted to the fundamental principles of the negative, but as an amendment to restore its original value and status, so that this principle is more socially adaptable and practical.

**Key words:** legal science; principle of freedom of contract; compulsory contracting; format contract; attendant obligation

## 0 引言

传统契约法非常强调合同自由原则,即以个人本位思想为基础,强调个人权利和自由,强调契约自由和主张自治,这在自由竞争资本主义时期发挥了重要作用。但是,随着社会经济的发展,特别是自20世纪以来,资本主义由自由竞争过渡到垄断阶段、国家资本主义阶段,传统的合同法赖以存在的经济基础发生了巨大变化,限制合同自由就成为必然,要求对契约自由从立法和司法上进行必要的规制。

本文对传统合同自由原则进行限制谈几点看法。

## 1 强制性缔约制度

在当今世界各国的合同立法、判例中,默示条款、格式条款、合同形式的特别要求等,使得契约自由原则受到很大的限制,其中对传统契约理论冲击最大的当数强制性缔约的出现。强制性缔约是指个人或企业负有应相对人的请求,与其订立契约的义务<sup>[1]</sup>。换言之,合同一方当事人对相对人的要约,非有正当理由不得拒绝。这就使得契约一方当事人对

另一方当事人提出的要约负有必须承诺的义务,即强制缔约义务。这种义务是法定的,是法律对合同自由的限制。

在现实生活中,强制性合同对合同自由进行了两种不同程度的限制。其一,一方当事人订立合同的自由受到限制,即对他人提出订立合同的要约无权拒绝。比如存在于公用事业的强制缔约,邮政、电信、电业、自来水、铁路、民航等行业非有正当理由,不得拒绝客户或用户的合理使用要求<sup>[2]</sup>。其二,选择对方当事人自由受到限制,即一旦当事人决定订立合同,他无权选择合同对方当事人。比如房屋出租人出卖房屋,承租人凭借优先购买权向其发出购买要约。前者被称为绝对的强制合同,因为在此情况下,法律直接为一方当事人设定了另一方提出的要约必须承担的义务;后者被称为相对的强制合同,因为法律规定只有在具备一定的条件下,一方当事人对另一方的要约才负有必须承诺的义务。

中国实行的是社会主义市场经济,这就要求国家既要发挥市场经济价值规律的作用,又要实行国家干预宏观调控,来实现社会各种资源的最优化配置,促进社会经济的发展。国家利用强制缔约来限制合同自由的目的也在于此。由于各经济活动主体之间的实力强弱相差悬殊、信息不对称等方面的影响,还由于各当事人在订立合同时首先考虑的是个人利益实现的最大化,结果很可能造成个人利益之间及个人利益与社会利益的不协调,弱者利益无法实现,导致社会不公正。而国家干预合同订立过程,干预合同自由原则,发挥社会协调平衡能力,实现社会资源的优化配置和社会的最大公平。强制缔约义务在中国法律中已有明确规定。如《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)第289条规定:“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人的通常、合理的要求。”这里对从事公共运输承运人设定强制缔约义务,主要是由于这些承运人往往具有独特地位,以及提供的服务具有公用事业的性质,旅客和托运人除了这些承运人之外,无法找到别的合适的合同当事人,即合同当事人无法选择另一方当事人的自由。如果不强制这些承运人与旅客订立合同,就会导致整个社会秩序的紊乱和经济生活的非正常进行,无法保护广大弱者及实现社会的公平正义。这种强制缔约义务规则对于实现社会公平和满足人们生活需要发挥了积极作用,促进了现代社会经济的高速发展。

## 2 格式合同制度

格式合同条款是《合同法》新增加的一种规则条款,其实质是方便合同订立,节约交易时间和交易成本,规制合同自由,实现公平正义,保护双方当事人的利益。格式合同又称标准合同,一般是指由具备特定条件的一方当事人依法向不特定另一方当事人发出固定形式的要约,并且所有不特定的另一方当事人无差别地完全接受,以此来界定双方的权利义务关系的协议<sup>[3]</sup>。格式合同是一种特殊的协议,它在订立、履行、变更、解除等方面除遵循《合同法》一般规则外,它还有自己的特点:第一,格式合同内容一经确定下来,便平等地、无差别地适用所有不特定的另一方当事人,不再与另一方当事人协商合同内容的增减变化;第二,格式合同的内容和形式是相对固定的,具有较大的稳定性,另一方当事人只有两种选择,即接受或拒绝。

格式合同的产生是伴随着社会化大生产、机械化、工业化的发展,商品经济、市场经济领域的扩大,使许多商品采取机械化制造和大宗交易方式,由于各种交易活动的不断重复运用,逐渐使某些合同条款固定下来,演变成今天的格式合同。它的出现适应了现代化经济生活的需要,为经济交往提供了方便:(1)格式合同订立手续简便、程序快捷,顺应了现代化生活的快节奏;双方当事人不需要为订立合同内容而花费更多的金钱和时间,只需要提供格式合同的相对对方当事人对格式合同内容进行审查。这种合同的存在,使订立合同过程成为一个合同审查过程而不是繁琐的合同制订过程,有效地减少合同当事人之间进行订约磋商和合同签订的时间,降低合同当事人的签约成本<sup>[4]</sup>;同时另一方当事人通过对合同内容是否合法,有关免责条款,违约责任条款等规定是否适当,双方权利义务是否明确、公平,具有可行性和可诉性等方面的审查,以保证双方当事人之间的公平、平等,平衡双方当事人的利益。(2)这种格式由于是由各经济主体在商业实践中得出来的,经常使用于商业贸易和商业服务中,其条款漏洞少,能够切实保护双方当事人的合法权益。(3)格式合同作为要约形式,其内容一经确定,便相对稳定,任何不特定的另一方当事人不能加以更改,对格式合同不加拒绝的所有被要约人都平等地、无差别地按照格式合同的规定,享受权利承担义务,给所有的相对人平等无歧视的待遇,可以更大程度地实现社会公平、公正。由此可见这种格式合同很适应现代社会发展

的需要,但它在发展过程中也暴露了自身的不足。

格式合同主要是限制另一方当事人决定合同内容的自由。格式合同的提供者将合同的内容提前制订好,相对方只能表示接受或拒绝该合同,而没有与提供格式合同一方进行协商修改合同内容的自由,这样看起来也是限制合同自由,而实际上只限制相对方订约自由,相对方除了接受或拒绝合同外,别无选择,这就造成一种形式上的公正,而实际上并不公正。当其中一方当事人为了生活、生产而必须购买另一方当事人的商品或服务时,而面对另一方当事人提供的格式合同有不利于自己利益实现的条款,如果不与另一方签订合同而与另外的当事人签订合同,就可能因路途遥远、开支增加、提高成本而得不偿失,而只能接受另一方当事人的格式合同。本文认为:这种格式合同是在国际或国内经济贸易交往中逐渐形成的订立合同的形式,国家并没有干预合同双方当事人的自由行为,其实质还是体现了当事人意思自治的原则,是对合同自由原则的肯定。但是这种格式合同很可能成为强者对弱者控制的表现。在自由竞争资本主义时期,实力不对等的合同当事人因为无限制的契约自由,只能导致强者对弱者的限制和剥削,导致社会的不公正、垄断资本主义的形成和发展,但这种不公正现象在垄断阶段表现得更为强烈。那么在现代社会如何在实行合同自由的同时,力求避免这种不公正现象的存在,平衡双方当事人的利益,最大限度地实现社会公平、公正。本文认为,法律应对格式合同进行规制。在欧美一些国家先后通过立法和判例的方式,利用强制性规定干预合同订立的全过程;有的国家还赋予法官对格式合同效力的认定有自由裁量权。

现代法律对古典合同法的重大变革,并非是对合同自由原则的根本否定。从表面上看,在格式合同签订过程中,不存在协商的现象;实际上,并非一方当事人被迫完全依照另一方当事人提供的格式合同参加合同关系,而是双方当事人必须依照现代法律对格式的规制建立合同关系。首先,表现出一方当事人在制定格式合同时,必须按法律对格式合同的要求和行业规则,拟定格式合同条款,使格式合同条款符合法律的强制性规定<sup>[5]</sup>。例如关于合同免责条款的规定、违约责任及救济方式的规定等,在格式合同中必须反映出来。其次,另一方当事人虽然没有参与制定格式合同,但他在签订合同之前,已经按法律对格式合同规定的要求、行业规则、交易习惯及自己的利益对合同作了全面的审查,审查结果只要

符合格式合同制度,没有违法现象和明显的显失公平,自己同意签订合同,这就应认定为是双方合意的合同,体现了当事人意思自治,平衡了双方当事人权益,既体现了合同自由原则,又体现了法律对合同自由原则的规制、引导,而不是对合同自由原则的否定。法律对合同自由原则的限制,对格式合同的规制,用马克思主义哲学的矛盾观点来分析:自由不是绝对的,绝对自由的结果只能导致实际上的不自由。合同自由原则也不可能是绝对无限的自由原则,它也只能在法律范围内起作用<sup>[6]</sup>。作为司法的重要原则,合同自由原则地位是不会改变的,市场经济需要这一原则,法律对合同自由原则的限制,对格式合同的强制性规定、限制性规定等,也只是对合同自由原则的规范和补充。

### 3 附随义务制度

附随义务理论发源于德国,后被各国立法、判例及学说所接受。它的基本含义是,在合同关系发展的各个阶段,除给付义务外,基于诚实信用原则,还发生旨在辅助当事人实现其利益的各种通知、协助、照顾、保护、保密等义务<sup>[7]</sup>。附随义务作为合同义务的一部分,突出表现为合同义务的扩张,不仅不用当事人意思表示直接进入合同中,而且现代合同法已从仅仅保护成立并生效的合同,改变为对合同从谈判、订立、履行至终止全过程的调整,突破了传统合同自由原则关于合同内容(即合同当事人权利义务确定)必须是当事人双方合意,否则无效的规定。特别是20世纪中叶以来,社会经济活动发生了重大变化,经济高速发展,资本迅速集中,继续推行绝对合同自由对实力相差悬殊的各经济主体是绝对的不公平,其所谓的合同自由只能成为以强凌弱的保护伞,而置现实的社会评价、伦理、利益与实质正义于不顾,越来越难以适应现代社会发展的需要。毕竟合同自由原则是以个人为本位,鼓励人们积极地利用合同实现自我意志,为个人能力的充分发挥拓展广阔的空间。

如何达到双方当事人自身利益的实现,又能实现社会的实质正义?诚实信用原则的确立,使单纯依合同自由原则形成的合意或对价决定合同双方当事人权利义务关系的原则被打破。诚实信用原则以社会为本位,追求平衡正义,要求人们在尊重他人利益和社会利益的前提下实现自己的个人利益,对合同自由原则起到了引导和限制的作用<sup>[8]</sup>。合同自由原则与诚实信用原则的结合,适应了现代社会个人本位向社

会本位的转变过程、价值趋向与社会价值趋向相结合的新潮流。合同自由原则除了对市场经济起积极作用外,它所带来的许多不合理现象,如导致当事人实际上的不平等,当事人可能滥用权利,尔虞我诈等,也因诚实信用原则的确立而不再风光。诚实信用原则不仅要求人们在进行交易时诚实不欺、恪守信用,更重要的是维持当事人之间的利益平衡及当事人与社会之间的利益平衡,要求当事人在尊重他人利益和社会利益的前提下,实现自己的个人利益<sup>[9]</sup>。按照诚实信用原则的要求,当事人不仅需要按照当事人的自由意思约定的权利义务关系履行合同,而且还要承担双方当事人自由约定合同内容之外的、随着合同的进展而逐渐产生的附随义务。这虽然合同未作约定,当事人仍应履行,从而突破了合同自由原则的要求,变成了对合同自由原则的一种限制和约束。

附随义务依诚实信用原则而确立,是对合同自由原则的突破,对现代社会有着重大意义:首先,合同义务由约定义务向附随义务的扩展,使合同义务本身趋于完善,双方当事人之间的权利义务关系更加具体明确。其次,附随义务的出现,改变了传统的合同自由观念,使合同法理论进一步完善,具有可操作性。再次,附随义务要求合同当事人在合同交易中,更加尽力履行注意义务,使交易目的获得最大程度的满足,达到当初订立合同的预期目标;同时,使当事人的人身、财产安全得到最大可能的保护。最后,附随义务的发展,可以使人與人之间的关系更加和谐,交易环境更加公平、合理,更大地促成交易,推进社会经济的发展。

既然诚实信用原则为基础的附随义务制度对现代社会有着重要的作用,那么作为正在进行社会主义市场经济建设的中国,正在推进中国经济与世界经济的融合,就更应当制定附随义务制度。现今,《合同法》已明确规定了诚实信用原则,虽没有明确规定附随义务制度,但其附随义务所表现的先合同义务、合同履行中的附随义务、后合同义务等已分别在《合同法》中做出了规定。如一方当事人负有对有关对方当事人利益的重大事项的告知义务;订立借款合同时,借款人应当按照贷款人的要求提供与借款有关的业务活动和财务状况的真实情况《合同法》。再如,一方当事人履行债务时,应当合理顾及对方当事人和标的物的状况,不仅要承担严格履行自己的合同义务,而且要配合对方履行义务,承担给对方履行义务时提供便利条件的协助义务。附随义务是现代合同法中十分活跃的因素,在中国大力推

进社会主义市场经济建设的进程中,以合同为核心的交易活动日益频繁复杂,正确认识把握附随义务,重视并实现附随义务,对于促进交易、发展经济,进而为社会主义市场经济的完善和发展起到了积极的作用。

## 4 结语

从以上3项制度的实施情况来看,对合同自由原则的限制并不是自由原则的衰落,而是对传统契约自由真实意义的恢复。当合同自由原则所赖以产生的基础发生动摇时,契约自由就越来越偏离正义价值而徒有形式。在这种情况下,对合同自由进行必要的限制,不是契约自由的衰落,而是强制其归位,以恢复其本来的价值和地位。所以在今天强调契约自由的实质正义,并为实现这一正义而对已偏离自身轨迹的契约自由进行规制。契约理论的发展道路表明契约理论是一个开放的理论。契约理论绝对不应当封闭,一成不变,而必须是不不断地变更,保持开放的态度。这具体到合同自由原则,其产生和发展与各种对这一原则的限制都是随着社会的发展而逐渐发展的,而且这个过程还将继续,如有新的社会实践,就会有新的理论突破,产生新的规则。对此我们必须用一种发展的眼光来看待这个问题,也只有这样才能使合同自由原则在现代市场经济条件下具有灵活的市场适应性,焕发出更强大的生命力。

## 参考文献:

- [1] 马妍妍.论契约法中的默示条款[J].长安大学学报:社会科学版,2004,6(2):51-54.
- [2] 郭明瑞,房绍坤.新合同法原理[M].北京:中国人民大学出版社,2001.
- [3] 高志明,尹亮.标准合同与消费者权益的保护[J].民商法学,1996,8(5):38-40.
- [4] 应飞虎.合同法如何降低交易成本[J].深圳大学学报:社会科学版,2003,12(1):52-55.
- [5] 安心.论对不公正标准契约条款的行政干预[J].法学,1998,10(4):46-52.
- [6] 万其刚.格林的自由权利理论[J].中国人民大学学报:社会科学版,1999,12(2):70-73.
- [7] 江渊智,李媛.论附随义务[J].山西大学学报:社会科学版,2001,18(3):33-35.
- [8] 郑强.合同法诚实信用原则价值研究[J].中国法学,1999,28(4):95-97.
- [9] 胡文木.论西方法治的观念基础[J].长安大学学报:社会科学版,2005,7(2):63-66.