



契约自由与社会公正的冲突与平衡 ——我国合同法中契约自由原则的勃勃生机^①

□秦文芳 [首都师范大学 北京 100037]

[摘要] 通过对“契约自由”历史发展的介绍,以及对“契约自由”内涵界定和对“契约自由”与“社会公正”关系的理论分析,立足我国基本国情,明确了“中国合同法的发展与西方市场发达国家相比有着强烈的反差”,提出了“契约自由是我国合同法的核心与灵魂,社会公正不能否定或取代契约自由”观点,并结合我国立法和司法实践,对我国合同法的进一步完善,提供了几条合理建议。

[关键词] 契约自由; 合同自由; 社会公正

[中国分类号] DF525 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1008-8105(2003)03-0107-05

尹田先生曾写有一篇《契约自由与社会公正的冲突与平衡——法国合同法中意思自治原则的衰落》,受其启发,针对一些学者所谈的“意思自治原则的衰落”,“意思自治原则的流弊”,提出个人的一点见解。

一、契约自由的发展历史及内涵界定

严格讲,契约与合同是有一定区别的^[1],为谋不同利益而合意的,称之为契约;为谋共同利益而合意的,则称之为合同。但从我国的立法实际来看,民法通则只使用了合同的概念,而没有使用契约的概念。另外从我国相沿成习的用语习惯看,对这种商品交换关系的形式,有时称之为契约,有时称之为合同。因此,笔者在本文中将契约与合同且看作是同一概念,契约自由也即指合同自由。

契约自由思想最早起源于“商品生产者社会的第一个世界性法律”——罗马法。契约自由思想的主要体现是合意契约的出现,即“合意契约的成立并不要求有任何表达方式或者文字上的特别之处,当事人之间的合意决定着契约的成立与生效。”“合意契约的出现,标志着罗马法从重视形式转为重视缔约人的意

志,从而使商品交换从繁琐的形式中解放出来,并且成为现代契约自由观念的历史渊源^[2]。”然而,有了契约自由的思想,并不等于有了契约自由的原则,罗马法并没有将契约自由提高到法的原则的高度。1804年,“《法国民法典》被公认为是明确规定了契约自由的第一部近代民法典^[3]。”1896年,“《德国民法典》在各方面都作好了发扬和完善自《法国民法典》问世后一直为法学理论所宣扬的意思自治精神的准备^[3]。”从第305条我们也可以看到,只要契约当事人遵守那些关于契约的一般规定(如要约、承诺、公证、时效等),任何内容的契约都是可以生效的。于是,《德国民法典》将契约自由推向了一个新的高度。

另外,“虽然英美契约法始终没有正面触及‘意志’一语,但它在对价中心主义中所表现出来的个人意思自治和契约自由的意思无疑是明显的^[3]。”

从契约自由的发展历史来看,契约约束力的根源在于当事人双方的意思或意愿,而不是来自外部力量的干涉。此外部力量指除当事人以外的任何个人、单位、社会组织以及国家。法律不应为了司法利益而限制人们缔结合同的权利,或在缔结合同的双方当事人之间进行干预,而只能是予以保护和执行。因此,契

• [收稿日期] 2003-01-18

•• [作者简介] 秦文芳(1976—)女,山东临沂市人,首都师范大学政法学院法律系2000级研究生。

约自由原则的内容主要包括:

第一,缔约意思的自由,包括缔约的自由与不缔约的自由,法律对此不加干涉。此种自由是契约自由原则的最基本内涵,是其它自由的前提。

第二,选择缔约相对人的自由。指任何个人,组织无依附关系,有权自主决定与何人订立合同。

第三,决定契约内容的自由。指当事人有权依法决定合同内容的自由,这是契约自由原则的核心之所在。它是指当事人有权在法律规定的范围内,订立任何内容的合同;也可以改变法律的任意性规定,自由订立合同条款。

第四,创设契约类型的自由。即当事人不仅可以按照法律已经规定的模式订立各种有名合同,还可以在法律所定合同种类之外创设无名合同或混合合同。

第五,变更和解除合同的自由。指个人有权通过协商,在合同成立以后变更合同的内容或解除合同。

第六,选择裁判方式的自由。指当事人之间发生争议时,可以选择仲裁或诉讼方式来解决纠纷。

第七,选择适用法律的自由,尤其表现在涉外民事法律关系中。

第八,决定合同方式的自由,当事人可以选择口头形式,书面形式或其他形式。

契约自由作为契约法中最具魅力的法律原则,一经产生,便以其巨大的力量影响着整个世界,对人们摆脱身份的束缚和促进近现代经济的发展都起到了不可替代的作用。首先,契约自由使人们摆脱了身份的束缚,自由地参与市场竞争。契约自由是以身份平等为前提,并以平等协商为内涵的。“旧的法律是在出生时就不可改变地确定了一个人的社会地位,现代法律则允许他用协议的方法来为其自己创设社会地位^[4],”因此契约自由在更大范围内承认了商品经济的交易主体,从而扩大了人们的经济活动范围。其次,契约自由促进了近现代市场经济的发展。在市场中,财富的转让、资源的配置和劳动力的使用都是通过契约来实现的,不受限制的交换使各种资源得到了最有效的配置和使用。契约自由不仅使市场经济的运转得以顺利进行,而且还大大诱发了人们的创造力,从而为近代经济的发展注入了无穷的活力。正是在这个意义上,我们说市场经济就是契约经济。

二、契约自由与社会公正的冲突与平衡是契约法发展的必然

契约法发展到20世纪,伴随着垄断的出现和社会经济利益的极度不平衡,古典合同法开始陷入全面危机,契约自由与社会公正的矛盾和冲突日益显露,契约自由本身所固有的缺陷或流弊在这时暴露无遗。这是因为社会公正具有典型的相对性,在不同时代,不同的社会制度,意识形态,文化传统,甚至不同国家、阶级或学派,人们对公正就有不同的理解。对于体现在合同中的社会公正,在古典合同中被合同自由所兼容,而现代合同中的社会公正则以对合同自由进行合理规制这种貌似矛盾,实是统一的现象来体现。

在古典合同时代,“契约自由本身意味着正义或公正,自由意志将导向公正^[5]。”正如康德所说:“当某人就他人的事务作出决定时,可能存在某种不公正。但当他就自己的事务作决定时,则决不可能存在任何不公正^[6]。”也就是说,古典合同法上所规定的契约自由首先是以缔约主体的平等为前提的,即将一切的人抽象地当作契约主体,不分自然人与法人、大公司与小企业、消费者与企业而区别对待。正如有的学者所指出的那样,“向来为人们所崇尚的契约自由从一开始就存在某些缺陷”,“它很少注意到缔约人之间的不平等关系^[7]”,近代契约法大体上是围绕着商事领域涉及商人和商业组织的各种案件而制定的,提交法院审理的案件一般均涉及到双方都是从事商业活动的诉讼当事人,平等在法律上和事实上尚未出现严重背离。然而,20世纪以后,随着生产力的发展,出现了经济势力日渐分化的局面,缔约主体由过去实力基本平衡的商人和商业组织而变为当今自然人与法人、大公司与小企业、消费者与企业等这样极不平衡的缔约主体。事实上的平等与法律人格上的抽象平等日见背离。其结果使得契约自由下的公平正义大为减杀。因此,“就合同自由与社会利益之间的关系而言,法国现代学者认为,它们之间也存在着发生矛盾的可能性。即合同自由并非总是促进社会利益^[8]。”“此外,合同的法律效力与公正或社会效益之间也存在着发生矛盾的可能性,这表现为:合同订立后,在其履行期间,完全可能由于经济形势的动荡,特别是由于货币贬值而导致的价格上涨,而使原来合理的合同丧失其平衡^[9]。”但是,契约自由缺陷主要存在于商业领域的垄断行为及民事领域的损害消费者利益的行为之中。在广泛的不存在垄断行为的自由竞争领域,我们的基本出发点是倡导契约自由,而不是限制契约自由。决不能机械地、不加区分地对契约自由流弊泛泛而谈,否则必将妨碍契约自由观念在自

由竞争领域的培育和弘扬。“自由主义的经济学家断定:自由,是达到公正与社会效益的最佳方法^[9]。”因此,“由于契约自由在一定范围内仍然能够导致公正和社会效益,故应仍将之作为合同法的一个基本原则而加以保留。而当契约自由不能正确协调个人与个人之间的利益,或无法实现个人利益与社会利益的协调一致时,它就应当受到强制性规定的限制^[9]。”于是,世界各国合同法中普遍规定了诚实信用原则,先合同义务,情势变更原则,缔约过失责任,对格式合同的规制,公平原则,公序良俗原则,并在一定程度上突破了合同的相对性,以此来达到势力不平衡双方利益的均衡,达到社会和国家利益的均衡。

三、摆正契约自由与社会公正的关系

(一)契约自由与社会公正的冲突与平衡在我国合同法中的体现

我国1999年3月15日正式通过了《中华人民共和国合同法》。尽管我国的新合同法没有用法律条文明确规定合同自由原则,而是仅在第四条规定了“合同自愿”,但在整个合同法条文中,却始终体现了契约自由原则:

《合同法》将合同定义为平等主体的自然人、法人、其他经济组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议(第2条),合同主体的多元化、合同是平等主体的民事协议观念的确立,为实现合同自由提供了重要条件。

1. 详尽规定了合同成立的要约与承诺制度

要约与承诺制度充分体现了契约自由原则,其中包括要约的撤回制度(合同法第17条),要约的撤销制度(合同法第18条),承诺的撤回制度(合同法第27条),承诺的迟到或迟延制度,也就是说,合同的成立与否,应当充分尊重双方当事人的合意,而不是某一方的意思表示。

2. 赋予当事人确定合同内容的自由

《合同法》规定合同的内容由当事人约定(第12条),并以“一般包括”的条款取代“应当具备”的条款,这样就可以充分保证当事人订立合同条款的自由,同时又以61条和62条的强制性规定来保证合同的正当实施。

3. 确立了合同形式的多样化

《合同法》规定,当事人订立合同,可以采取书面形式、口头形式和其他形式(第10条),尤其是《合同

法》第36条的规定,更是对契约自由的充分肯定,极大地促进了交易安全。但同时又规定了法律、行政法规有规定的情形。

4. 规定了可变更、可撤销合同的几种情形(第54条)

其中值得注意的是,《民法通则》中认定欺诈、胁迫、乘人之危的民事法律行为是无效的,而《合同法》则认为这三种行为除损害国家利益的情形外,是可撤销、可变更的。这样规定显然更有利于当事人自由意志的发挥,从而使合同的效力更多依当事人的意志而非国家的强行规定而决定,赋予了当事人较多的选择自由。

5. 规定了当事人变更、解除合同的自由

《合同法》规定,当事人协商一致,可以变更合同(第77条),对于合同主体的变化,即以新的主体取代原合同关系的主体,《合同法》以专章(第五章)对债权转让、债务承担、以及债权债务的概括移转作出全面的规定,从而使当事人充分享有变更合同的自由。在合同解除方面,当事人除可协商一致,解除合同以外,还可以事先约定一方解除合同的条件。

6. 在违约责任承担方式上有所要求

首先规定“应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任”同时又赋予当事人较多的选择权。(第107条)

7. 设置了比较多的任意性规范

《合同法》规定了大量的“当事人另有约定的除外”,以及当事人有约定的,“按照其约定”的条款,体现了在不违反强制规定的前提下,民事主体自愿达成的协议优先,即当事人协议可变通民事法律的精神。

我国合同法除了在上述条文中强调契约自由的同时体现了社会公正的精神外,还明确规定了诚实信用原则(第6条),关于合同订立中的先合同义务(第42条),关于合同解释的原则(第125条),公序良俗的规定(第7条),对格式合同进行管制的规定(第39—41条),另外,公平原则的有关规定(第5条),履约公平条款(66—68条),违约责任公平条款(第113—114条)等等。

(二)契约自由是我国合同法的核心与灵魂,强调社会公正但不能否定或取代契约自由

1. 契约自由是我国发展市场经济的内在需求

合同的实质是双方一致的意思表示。而契约自由这一原则的实质,是对民事主体的独立意志在民事活动中的支配地位的一种法律确认。从根本上说,这

一原则所表现的,不过是商品经济社会人们从事商品交换活动时依照“平等”的规则所发生的相互关系而已。因此,契约自由原则和商品经济之间,具有必然的内在联系。而由于商品经济的本质属性并不因经济制度及社会意识形态的不同而不同,所以,我们可以说,凡存在商品经济的地方,即必然存在法律上的意思自治。正因为如此,意思自治原则的衰落,其本质含义,并非这一原则本身的内容和性质的改变或修正,而只是其适用范围的缩小和在民法上的“至尊”地位的削弱和否定。由此可见,只要承认我国所实行的社会主义商品经济具有商品经济的一般属性,就必须承认契约自由原则对于我国民事立法所应具有的指导作用。“法律不应为了司法利益而限制人们缔结合同的权利,或在缔结合同的双方当事人之间进行干预,而只是在其中的一方当事人违反缔约规则或不履行合同义务时帮助其中另一方^[10]”。

2. 中国市场经济发展的历史特殊性是倡导契约自由的外在动力

我们国家过去长期处于计划经济体制下,经济缺乏效率,市场交易活动几乎停滞,妨碍了国民经济的持续、健康发展。现在建设市场经济,促进生产力的发展,需要营造平等、自由、宽松、促进交易的环境。而契约自由能够从法律制度上最大限度地保障民事主体在民事活动中所享有的意志独立和意志自由,有助于清除计划经济体制下形成的“权力本位”、“官本位”的法律观念,弘扬尊重民事主体合法权利之风,促进我国具有充分的开放度和自由度的市场经济体制的形成。

“所以,由于中国市场经济发展的历史特殊性,在世界其他国家的契约法出现了反自由主义倾向的同时,我国合同法却体现出相反的趋势,这是正常的,也是必然的^[9]。”因此,在西方学者高呼合同死亡(The Death of Contract)时,合同自由却在中国社会主义市场经济的土壤中呈现出勃勃生机。

3. 立足于我国基本国情,正确处理契约自由与社会公正的关系

虽然我国现阶段的基本国情,社会主义市场经济的建立与发展完善确实需要赋予民事主体以更多的自由和独立性,甚至需要特别强调民事主体的“契约自由”。然而,我们却不能一味地夸大或神化契约自由,这是因为:

第一,在我国市场经济体制的培育和发展过程中,国家不能处于放任的、无所作为的状态。与此相

反,我们“必须加强和改善国家对经济的宏观调控,以克服和避免市场自身所具有的弱点和消极方面”(参见中共十四大报告)。因此,如果没有契约自由,就没有真正的市场经济,但是,如果没有国家的适度干预所带来的社会公正,社会主义市场经济就无法得以健康地存在和发展。很显然,在民法中,契约自由与社会公正既相对立,又相统一,不可偏废。

第二,我国的市场经济体制是在我国生产力已发展到相当水平的基础之上建立起来的。

可以说,现代西方发达国家经济立法中已经遇到的许多问题,我们也同样已经遇到或将要遇到(如保护消费者利益问题、保护劳动者基本权利问题、反对价格垄断问题、反对不正当竞争问题,等等)。因此,我国民法所要反映和确认的,是现代市场交易的规则(其中大多数与国际市场的统一规则相通)。

综上所述,笔者认为,在我国,契约自由原则应作为我国合同法的核心来抓。而公平原则、诚实信用原则、国家适度干预原则以及禁止滥用权利等原则在我国市场经济中的作用也是不可或缺的。实际上,契约自由原则与体现社会公正的诚实信用原则等表面上看来是相互冲突的,实际上并行不悖,相辅相成,共同构成我国民事立法、司法和法律解释所遵循的基本准则,保障和促进我国商品经济的健康发展。

四、关于完善我国合同法的几条建议

(一)应当在合同法中明文规定契约自由或合同自由原则,且放之于诸原则的首位

对于合同自由原则在新合同法中应具有的地位,在其具体的制定过程中主要有以下两种不同意见:一种是:“为了在合同领域充分贯彻当事人意思自治的基本精神,合同自由的基本原则应当成为新合同法的首要原则加以明文规定,同时在合同法的各种制度中切实体现合同自由原则^[11]。”与此观点相对应,《中华人民共和国合同法(试拟稿)》(1995年1月)将合同自由原则列为合同法的首要原则,其第三条明确规定:“当事人在法律允许的范围内享有合同自由,任何机关、组织和个人不得非法干预。”而另一种意见认为:“现代合同自由原则已经衰落,国家出于社会利益的考虑对合同进行干预,这是多数国家的通例,中国在建设社会主义市场经济的过程中,更有必要加强国家干预,建立和维护社会经济秩序,因而主张在合同法中规定更多的强制性条款,甚至主张恢复已经被取

消的合同管理机关^[12]。”两种意见争论的最后结果是:在以后的《合同法》重要草稿和《合同法》中,已无合同自由原则的明文规定,这明显是带有折衷和妥协性的一种选择。笔者认为,合同自由原则在合同法具体条款中都有体现,因此非常有必要还合同自由原则应有的地位。

(二)应将社会利益与国家利益予以明确区分

按照市民社会的理论,现代经济生活中政治国家业已与市民社会相分离,社会利益应是一种具有独立性的、不从属于国家的利益。但是,尽管合同法在第7条只规定了“社会公共利益”作为限制合同自由的条款,而第52条却规定“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”,合同无效。笔者认为不应将国家利益作为限制性的条款。

(三)合同法笼罩的计划经济的阴影予以摒除

第54条第2款将一方以欺诈、胁迫的手段订立的合同列为可变更或撤销的合同,而第52条却规定“一方以欺诈、胁迫的手段订立合同,损害国家利益”,合同无效,以此作为防止国有资产流失,保护国家财产的手段。合同法对合同效力予以区分,本意在于强调充分发挥当事人的自由意志,减少国家干预,而《合同法》第52条的规定,看是对国有企业的特殊保护,实是对契约自由的漠视,同时也说明市场主体平等的观念远未深入人心,而合同主体地位平等应该说是合同自由得以实现的重要条件。

参考文献

- [1]贺卫方.“契约”与“合同”的辨析[J].法学研究,1992(2).
- [2]中国大百科全书·法学[M].北京:中国大百科全书出版社,1984.276.
- [3]傅静坤.二十世纪契约法[M].北京:法律出版社,1997.4、10、259.
- [4]梅因(英).古代法[M].北京:商务印书馆,1959.172.
- [5]王利明.统一合同法制定中若干疑难问题的探讨[M].政法论坛,1996(4).
- [6]康德.法律定论 cite par GOUNOT, op. cit. 78-79.
- [7]阿蒂亚.合同法概论[M].北京:法律出版社,1996.8.
- [8]郑强.合同法诚实信用原则研究[M].北京:法律出版社,2000.20.
- [9]尹田.契约自由与社会公正的冲突与平衡——法国合同法中意思自治原则的衰落[A];梁慧星.民商法论丛(第2卷)[C].北京:中国社会科学院出版社,1994.263、259.
- [10]约翰·罗尔斯.正义论[M].北京:中国社会科学院出版社,1988.
- [11]张广兴.中华人民共和国合同法的起草[J].法学研究,1995(5).
- [12]梁慧星.中国合同法起草过程中的争论点[J].法学,1996(2).

Conflict and Balance of Contract Freedom and Society Justice

——The Thriving Vitality of Contract Free Principle in the Contract Law of Our Country

Qin Wen-fang

(Capital Normal University Beijing 100037 China)

Abstract This paper passes through the introduction of the historical development of “contract freedom”, as well as the connotation of “contract freedom” and its relation with “society Justice”. Standing on the fundamental realities of our country, this paper makes it clear that there is strong contrast between the development of Chinese contract law and the market in developed countries. The viewpoint of “as soul and the core of the contract law of our country, contract freedom is not decided or replaced by society Justice”, is put forward. On this foundation, combining the legislative and judicial practice of our country, to perfect the contract law of our country, the paper offers some rational suggestion.

Key Words contract freedom; society; justice

契约自由与社会公正的冲突与平衡——我国合同法中契约自由原则的勃勃生机

作者: [秦文芳](#)
作者单位: [首都师范大学, 北京, 100037](#)
刊名: [电子科技大学学报\(社会科学版\)](#)
英文刊名: [JOURNAL OF UNIVERSITY OF ELECTRONIC SCIENCE AND TECHNOLOGY OF CHINA\(SOCIAL SCIENCES EDITION\)](#)
年, 卷(期): 2003, 5(3)
被引用次数: 1次

参考文献(12条)

1. [贺卫方](#) “契约”与“合同”的辨析 1992(02)
2. [中国大百科全书](#) 1984
3. [傅静坤](#) [二十世纪契约法](#) 1997
4. [梅因](#) [古代法](#) 1959
5. [王利明](#) [统一合同法制定中若干疑难问题的探讨](#) 1996(04)
6. [康德](#) [法律定论](#) cite par GOUNOT, op cit
7. [阿蒂亚](#) [合同法概论](#) 1996
8. [郑强](#) [合同法诚实信用原则研究](#) 2000
9. [尹田](#) [契约自由与社会公正的冲突与平衡——法国合同法中意思自治原则的衰落](#) 1994
10. [约翰·罗尔斯](#); [何怀宏](#) [正义论](#) 1988
11. [张广兴](#) [中华人民共和国合同法的起草](#) 1995(05)
12. [梁慧星](#) [中国合同法起草过程中的争论点](#) 1996(02)

引证文献(1条)

1. [睢晓鹏](#) [隐名股东身分法律确认问题探讨](#) [期刊论文] - [经济论坛](#) 2009(11)

本文链接: http://d.wanfangdata.com.cn/Periodical_dzkjdxxb-shkx200303026.aspx