

导 言

第一节 合同法概说

一、合同法的意义

合同法是以正义为最高价值目标，以原则规范为骨架的法律规则体系。合同法是通过对合同的规制，调整商品交换关系的法律。无数合同关系，构成商品交换关系的总汇。合同的总和，即市场。合同法是调整市场关系的基本法律。

合同法体现了商品交换运行的客观规律。凝聚着人类社会自有商品交换以来的经验、技巧和方法。合同法规则是实践的反映和要求，是人类哲学思想、道德思想、经济思想结晶之一。

买卖是最原始、最基本的交易形式。合同法规则是以买卖规则为基础发展起来的。在原始社会后期，产品有了剩余的时候，就有了物物交换。买卖由物物交换发展为物与一般等价物的交换。对此《民法大全》中有一段精彩的论述：“买卖起源于交换。因为过去没有货币，因此，也就没有商品和价格的区分。每个人都是根据自己不同时期、以及对不同物品的需要用多余的物品换取紧缺的物品。然而并非总是、也并非轻而易举地就能遇到你有的正是我要的，而我有的也正是你愿意接受的情况。因此，要选择一种公认的，并且具有永久价值的物品，以其数量的公正来解决交换中出现的困难。这种被印上正式标记的物品是以它的量而不是以它的质供人们使用和占有。此后，不再是两种物品均被称为商品，而是其中之一被称作货币了。”^①

^① 丁玫译：《民法大全选译（债·契约之债）》，中国政法大学出版社，1992年版，第59页。

交换由于反复进行，逐渐形成了一定的规则。“当习惯和当事人的誓言不足以保障交换规则的实行时，于是需要有由全社会认可或制定的法律规范，交换规则取得了法律规定的形式，这就是合同。人类社会最早的合同法是由习惯法发展而来的，称为习惯法。”^①人类社会最早的合同法，是以买卖规则为基本内容的。各国合同法设定的规则，也是在买卖规则的基础上发展起来的。有的国家法律明确规定有关买卖合同的规定准用于其他合同。

合同法，使当事人之间的合同产生了债的效果或使合同具有强制执行力。合同的订立、履行等应当符合合同法的要求，当事人的行为能否产生预期的法律效果，要看合同是否合法。合法的合同，在当事人之间有相当于法律的效力。合同法使合同“具有了法的形式”。合同是当事人确立债权债务关系的合意，这种合意之所以能够发生效力，在于法律的认可和维护。反过来说，依法成立的合同，获得了强制力。这种强制力集中体现为合同的履行效力。履行效力又集中体现为双方财产依约交换，实现财产的流转。违约效力是由履行效力派生出来的，这种效力是被违约人行使相应的权利，违约人承担相应的责任。总之，没有合同法作为后盾，合同就将成为空言和废纸。

合同可以视作当事人进行交换的中性工具，合同法通过对合同的规制，调整商品交换关系。在成熟的合同法理论指导下，合同法对合同的规制目前已经趋于完善。从合同的过程看，合同法对合同的订立、履行到合同的消灭都设定了轨道。从整个社会看，合同的订立、履行、消灭的过程，就是经济流转的过程，合同法通过对个体利益的保护，体现了对社会整体利益的保护。从对个别正义的维护，进而维护了社会正义，又以社会正义限制了个别正义。从合同的效力看，合同法不仅规定了合同有效、无效的标准，还使合同具有了相当于法律的效力，使合同成为当事人之间的债的锁链，当事人欲从债的锁链解

① 王家福等著《合同法》，中国社会科学院出版社，1986年版，第17页。

脱出来，正常途径就是履行。从对合同关系的保护来看，合同法建立了违约责任制度，使违约人要负担违约成本，使被违约人获得法律救济。从合同对待给付关系看，合同法肯定了平等主体等量交换的最一般法则，对显失公平的合同持否定态度。从自助手段来看，合同法赋予当事人在符合法定条件时享有解除权、履行抗辩权，使当事人有自救的手段和机会，如果一切问题都经过法院或仲裁机关，法院和仲裁机关将不堪重负，效率将大大降低，合同成本也将大大提高。从合同争议解决看，当事人可以自行和解，当事人不能自行解决争议时，法院可以作出正义的裁判，并将裁决强制执行，当事人还可以共同请求第三人（仲裁机构）居中公断，公断的结果可由法院强制执行。

合同法高擎合同自由的大旗，同时又铸起公正的盾牌，限制合同自由并作为合同自由的补充。合同法鼓励当事人依自由意志建立合同关系，同时又在特定条件下补充、推定、解释当事人的意思，在发生重大误解、显失公平的情况下，又给当事人撤销合同的机会。

合同法体现了对当事人周到的保护。合同法要求当事人有思维能力，能够预见合同的后果。合同法不但对合同确立的债权债务关系予以保护，还要求当事人在缔约过程中承担相应的义务。不但将已经成立的合同置于自己的保护之下，还对当事人的交易过程予以关注，要求当事人不违反合同义务。当因不可抗力、情事变更致使合同的基础丧失时，合同法使当事人有从合同中解放出来的机会。在正义目标的驱动下，当代合同法对当事人的关怀，几乎到了无微不至的地步。合同法为市场主体撑起保护之伞，同时又在违法者的头顶悬起制裁之剑。

合同法设定了一整套严密的规则，使当事人有所遵循。合同法作为法律具有强制性。但合同法规范大多为任意性规范，当事人可以以合意排除其适用，这并不排除合同法的倡导性和指导性。为了体现社会公正与合同本身的公正，合同法设定了当事人必须遵循的强制性规范。合同法对任何国家来讲，都是不可或缺的法律工具。有商品

流转，就有合同法。

各国的历史、文化的不同，合同法赖以存在的基础不同，致使各国合同法的表现形式不同。大陆法与英美法形成鲜明的对照。

大陆法国家虽有完整的合同法规范体系，但并没有独立的合同法典。合同法规范都包括在民法典、商法典以及单行法律之中。大陆法将调整合同、侵权、不当得利、无因管理而产生的债权债务关系法律规范的总和，称为债权法或债务关系法。脱离债的概念和与债有关的概念，就难以阐释合同法。英美合同法的规范，主要源于法院判例，有关合同的制定法也是合同法的渊源。两大法系的合同法虽然表现形式不同，但从合同的指导思想与设定的规则上看，取得了惊人的一致。大陆法有对待给付，英美法有对价；大陆法有显失公平的合同，英美法有对价不充分的合同；大陆法有不可抗力和情事变更，英美法有合同落空；大陆法有违约责任，英美法有违约补救；大陆法认为合同是当事人确立债权债务关系的合意，英美法则认为合同是一方当事人为另一方当事人提供的允诺等等。概念、术语的不一致，并不妨碍规则实质的一致性。两类合同法虽表现形态差异较大，但都不妨碍其对市场交换基本规律的概括和总结，两大法系的合同法理论，对我们具有借鉴意义。不容否认，国情不同、经济基础不同、文化传统不同、市场发育程度的不同、立法技术的不同，必然导致合同法内容有所区别。我国社会主义合同法应有自己的本质特色。

二、我国社会主义合同法

对我国社会主义合同法，一般认为有过三次大的发展。“第一次大的发展从 1950 年开始到 1956 年；第二次大的发展开始于 1961 年，迄于 1965 年；第三次大的发展时期是从 1978 年党的十一届三中全会开始的。在这三次大发展时期之间的，是我国合同法停滞和遭受破坏的时期，即发生在五十年代后期的‘大跃进’、‘共产风’时期，以

及从 1966 年开始的 10 年‘文化大革命’时期。”^① 上述发展时期的分类，无疑是很有道理的。不过法律的发展也可以法律、法规的颁布为标志。在我国，经济合同法的颁布和实施，是我国合同立法走向成熟的一个标志。

（一）建国后至 1981 年《经济合同法》颁布以前 我国有关合同的法律规范，主要包含在法规性文件之中。法规对于合同的规制，还不够成熟。这个阶段的合同法规有它自己的特点。其一，是计划经济的产物，体现了为国家计划服务的思想，成了保护计划的贯彻、落实的工具。当事人的意思自治，受到很大限制。合同应当是自由意志的交汇，而计划体制下的合同，当事人的意志必须符合国家通过计划体现出来的意志。在这种情况下，不可能有合同自由的原则存在。其二，附属于计划经济的合同法律规范，排斥与市场经济密切相连的法律概念。比如，回避买卖的概念。法规中一般不提买卖，而称“采购”、“推销”、“交换”、“供应”、“调剂”、“购销”、“定货”、“产销”等，上述交易，均属买卖。但在法规性文件中，表现出对买卖的恐惧和回避。这与当时的意识形态也有密不可分的关系。其三，主要是对企业、事业单位的合同关系作出规定，且比较分散。

（二）1981 年 12 月 13 日，第五届全国人民代表大会通过了《中华人民共和国合同法》。这是我国建国以来第一次以基本法律的形式对合同关系进行调整。《经济合同法》规定了十种有名合同。根据《经济合同法》制定的条例和细则主要有：1.《建设工程勘察设计条例》（国务院 1983 年 8 月 8 日发布）。2.《建筑安装工程承包合同条例》（国务院 1983 年 8 月 8 日发布）。3.《财产保险合同条例》（国务院 1983 年 9 月 1 日发布）。4.《工矿产品购销合同条例》（国务院 1984 年 1 月 23 日发布）。5.《农副产品购销合同条例》（国务院 1984 年 1 月 23 日发布）。6.《加工承揽合同条例》（国务院 1984 年 12 月 20 日

① 王家福等著《合同法》，中国社会科学出版社，1986 年版 第 141 页。

发布)。7.《借款合同条例》(1985年2月28日国务院发布)。8.《关于确认和处理无效经济合同的暂行规定》(1985年7月25日国家工商行政管理局公布)。9.《铁路货物运输合同实施细则》(1986年国务院批准,1986年12月1日铁道部发布)。10.《公路货物运输合同实施细则》(1986年11月8日国务院批准,1986年12月1日交通部发布)。最高人民法院结合司法实践作了有关合同的大量司法解释。这些司法解释,在事实上成为法院判案的依据。

(三)随着社会主义市场经济的发展,《经济合同法》也日益表现出它的局限性。同时,与后来制定的《涉外经济合同法》、《技术合同法》也存在着差异,导致合同规则的不统一。比如在对违约金的规定上面,三个合同法各有自己的立场,这对没有系统掌握合同法理论的人来说,感到难以理解。1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国宪法修正案》,将1988年《宪法》第15条规定的“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济,国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用,保证国民经济按比例协调发展”,修改为“国家实行社会主义市场经济。”以保障计划实现为其宗旨之一的《经济合同法》与修改后的《宪法》精神不符,《经济合同法》的修改已势在必行。

根据1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议《关于修改〈中华人民共和国经济合同法〉的决定》修正的《经济合同法》,于同日由中华人民共和国主席第9号令公布施行。《经济合同法》修改后,有关的实施条例、实施细则没有随之修改。但与《经济合同法》相抵触的部分已经失效。

(四)1985年3月21日第六届全国人民代表大会第十次会议通过了《涉外经济合同法》,并于1985年7月1日起施行。1987年10月19日最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》列举了17类涉外经济合同。

(五)1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议通

过了《民法通则》并于 1987 年 1 月 1 日起施行。《民法通则》第五章第二节 债权 主要是针对合同作出了规定。

(六)1987 年 6 月 23 日第六届全国人民代表大会常务委员会第 21 次会议通过了《技术合同法》并于 1987 年 11 月 1 日起施行。至此 我国合同法 形成三足鼎立之势。1989 年 2 月 15 日国务院批准、国家科委发布了《技术合同法实施条例》。

我国合同法 是以《民法通则》为主,《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》三足鼎立的立法体例 在改变 '三分天下' 局面的呼声中 合同法正在走向 '合而为一' 的道路。《中华人民共和国合同法》立法方案受到社会的普遍关注。制定统一的合同法, 统一市场交换规则, 消灭规范冲突的现象, 将更有利于发挥合同法的调整的功能、有利于推动市场的发展、有利于合同法的贯彻、宣传和普及。不过, 合同立法是影响深远的思想工程, 不可操之过急。

第二节 合同正义与合同法原则

一、合同正义的基本内容和体现

正义作为哲学范畴, 其内涵从来都是不确定的。正义被视为一种美德和崇高理想。公正、公平、平等、正当、正直等等都被视为正义的要求。正义作为法学范畴, 似乎也具有模糊性。法的称谓从何而来, 它来自正义。实际上法是善良和公正的艺术。^① 法学是关于正义和非正义的科学。^② 许多思想家和法学家强调, 正义是法的实质和宗旨, 法只能在正义中发现其适当的和具体的内容。^③

在合同法领域, 合同正义 (契约正义) 被视为合同自由的补充和

① 黄风译:《民法大全选译·正义和法》中国政法大学出版社, 1992 年版 第 34 页。

② 同上 第 40 页。

③ 张文显著:《法学基本范畴研究》中国政法大学出版社, 1993 年版 第 268 页。

发展。^① 有的法学著作将正义作为公正的代名词使用或把公正对合同自由的限制认为是合同正义。

我认为，合同正义与合同自由、公正、公平等不是平行关系。正义，是合同法最终的价值目标。合同正义不是虚无缥缈的事物。合同正义的基本内容是自由和公正，或者说，自由与公正是合同正义的体现。合同正义的两大支柱是合同自由与合同公正。诚实信用是保障自由与公正的途径，因此诚实信用也体现正义的要求。如果说诚实信用是出发点的话，那么自由与公正是目的或追求的结果。

正义 要求合同自由的贯彻 同时从正义的目标出发 适度限制、补充合同自由要求合同的效果公正。正义，要求合同的效果是公正的 不仅要求合同对双方当事人公正(个别公正)还要求社会公正。公正应视为合同自由的正当结果。正义协调了自由与公正的关系，使二者互为补充。在二者发生冲突时，由正义协调矛盾或决定取舍。诚实信用 是维护正义的道德要求和法律要求。自由、公正、诚实信用体现为合同法原则。

合同法的原则不能简单地称为合同的订立原则。合同法的原则是具有普遍约束力的规范。他是合同订立、担保、履行、变更、解除、解释、补缺、纠纷处理等全部过程的根本准则。

合同法原则具有强行性，当事人必须遵守。合同是当事人协商一致的结果 对某些具体合同规范 当事人可以按“法定大于约定”的规则排除适用。而对合同法原则不得排除适用，排除适用的约定，不能发生效力，当事人还要承担相应的责任。

合同法原则具有弥补作用。在缺少具体合同法规范指导的情况下，当事人可依合同法的原则确定相互之间的权利和义务。在合同内容不明确、含混或欠缺某些条款的情况下，可依照合同法的原则予以补正、解释。在发生争议时 如无具体合同法规范为依据 法院、仲裁

机关可依原则进行处理。

合同法原则对确认合同效力具有重要作用。可以说，凡是无效合同和可撤销的合同都违反了合同法的原则或不符合合同法的要求。商品关系的复杂性决定了合同关系的复杂性。在缺少具体标准的情况下，按照合同法原则对合同效力进行判断是十分必要的。

合同法的原则直接体现了合同法的价值目标，或者说，合同法的原则集中体现了合同正义的要求。合同法的具体规范都是在合同法原则指导下制定的。可以说，合同法的具体规范都是合同原则的具体体现和延伸。

合同法原则具有稳定性，合同法的具体规范可以依社会经济情况的变化进行调整，而原则虽然在不同的时期不同的社会制度下有不同的解释，但其具有稳定性，不会经常性的变动。

二、正义要求之一 自由

合同自由的原则反映了商品经济的本质要求。在不同的时代、不同的社会，合同自由的内容不同、解释不同，但它与合同如影随形地同在。合同是当事人确立债权债务关系的合意，合意乃双方当事人之共同意志。诚如学者所言：“合同之精髓是当事人自由意志之汇合”。^①不论对合同的定义如何，不论时代对合同自由的态度如何，不论法律对合同自由限制的程度如何，都不能否定当事人的意志在缔结合同中的作用。没有合同自由，就不可能有合同的存在；有合同的形式而没有合同自由存在，合同也只能剩下躯壳。

有合同自由，不等于有合同自由的原则。在罗马法可以寻找到合同自由的思想，但并没有把合同自由提高到法的原则的地位。罗马法与其他古代法一样，出于对保护交易安全的需要，曾经重形式、轻意思。1804年的《法国民法典》被认为确立了合同自由的原则。在法国民法上，“契约自由被视为意思自治的核心”是意思自治派生出来

^① 王家福主编：《民法债权》，法律出版社，1991年版，第266页。

的，建立在意思自治基础之上的一个原则。^①《法国民法典》并没有直接使用合同自由或契约自由的词句。《法国民法典》第 1134 条第 1 款规定：“依法成立的契约，在缔结契约的当事人之间有相当于法律的效力。”因该规定视合同本身即具有与法律的同等或类似价值，故学者多依此为依据论证《法国民法典》的合同自由原则。其实仅此一点难以说明合同自由的内容。《法国民法典》确立的同意主义原则同样是合同自由原则的典型反映。^②1919 年《德意志共和国宪法》第 152 条第 1 款规定：“经济关系，应依照法律所规定，为契约自由所支配。”^③首次明确规定了合同自由原则。英美合同法同样确立了合同自由的原则。

我国曾实行计划经济，故而学术研究上也曾表现过对合同自由恐惧或对合同自由的否定。1986 年 4 月 2 日通过的《民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则。”有学者根据该规定提出了合同法的自愿原则。自愿原则已经与合同自由原则相去不远了。

目前，我国已经实行市场经济，确立合同自由原则的地位尤为重要。它的重要作用在于解放市场主体。^④合同自由原则的确立也必然会使合同法的具体规则发生变化。

合同自由不是一个空泛的概念。合同自由的基本内容有以下几个方面：

第一，从交易过程来看。合同自由的体现是：1. 当事人可以自主地决定是否订立合同，除非为了公共利益，法律并不强制当事人缔

① 尹田著：《法国现代合同法》法律出版社 1995 年版 第 14、15 页。

《法国民法典》第二章为“契约有效成立的要件”该章第二节为“同意”对错误、胁迫、欺诈等做了规定。“在法国民法中，同意主义是合同订立的基本原则。”“同意主义是意思自治原则的具体体现。”见注 第 14 页。

《外国法制史资料选编》（下册）北京大学出版社，1982 年版 第 700 页。该款又译为“在经济关系方面 依法实行合同自由原则。”见王家福主编：《合同法》第 50 页。

岳彩申著：《合同法比较研究》西南财经大学出版社，1995 年版 第 45 页。

约。2.当事人可以自主地决定与谁订立合同,当事人可以根据需要选择交易对象或伙伴。3.当事人可以自主地决定合同条件 在意思表示真实的条件下,当事人可以订立对价不充分的合同,这并不妨碍合同法对整个社会交易的公平性要求。

第二,从交易的手段和目的来看。当事人可以采用自己的方法,追求自己的利益。法律对合同目的实现的途径和方法不加以限制。1.当事人有讨价还价和施展竞争技巧的机会,价格和酬金可以随着市场行情的变化而变化,法律和政策不再为当事人强制规定价格和酬金的标准。2.当事人可以在法律指导下开展市场竞争。广告宣传成为获取订立合同机会的有效方法。适度的投机和适当的商业吹嘘也被法律容忍,成为活跃市场的一个因素。3.当事人为获取回报 可以自愿放弃某些法律上的利益,作为交换的给付,除非涉及公共利益,不受限制。

第三,从当事人对合同形式的选择来看。传统民法历来认为选择合同的形式是合同自由的重要内容。我国合同法律多强调合同的书面形式。学者认为,立法上的这种倾向性,是为保护计划的贯彻、执行。在市场经济条件下,法律强调书面形式,是为取得自由与安全的平衡。当事人选择合同的形式,当为合同自由的应有之义,但当事人采用口头形式,在发生争议时应当证明它的存在和内容,否则法律事实上无法保护。

第四,从合意与法律的关系来看。当事人的合意,具有排除某些法律规范适用的效力 即按照合同自由原则 形成了“约定大于法定”的规则。当然,当事人在合同中排除法律规范的适用,只能排除任意性规范而不能排除强行性规范。

第五,从合同的效力来看。合同自由在法律上的效力是:合同一旦有效成立 当事人必须受合同的约束。“自由 意味着当事人有自己限制自己自由的自由,尤其是通过订立合同限制自己的自由,真正的

自由，应当包括一种自我限制的权利。^①当事人依照自己的意愿订立了合同，决定了相互之间的权利义务关系，就要受合同的约束。法律的职责是予以确认和保护。合同依法成立后，对双方产生平等的约束力。要想从合同中解脱出来，就要履行合同。合同的基本效力是履行效力，违约效力是履行效力的产物，不履行合同或履行合同不符合约定，就要承担相应的责任。

第六，从争议的解决来看。当事人可以自主地决定解决争议的途径，当事人可以协商解决争议，可以协商提交仲裁。^②

三、正义要求之二 公正

合同自由不是无限和绝对的，不能把合同自由解释为自由放任主义。公正，是对滥用自由的制约。

合同法理论将公平原则作为与自由原则相平行的原则。公平原则主要是规范当事人之间关系的原则。难以将合同当事人的利益与社会利益、他人利益包容进去。正义的含义之一，是人与人之间的理想关系。合同正义要求合同当事人相互之间、合同当事人与社会之间、他人之间建立理想的关系。合同正义的这种要求，可以表述为公正。公正 应为合同法的基本原则之一。公平 是公正的应有之义 公平原则是公正原则的体现。公正原则应当是与合同自由相平行的原则。

合同公正原则包括两个方面的要求，其一，合同要符合社会公正的要求。其二，当事人之间的合同关系要体现公正的要求。

（一）公正体现为社会对合同的要求

1. 合同自由受社会正义的限制。当事人有自主决定是否订立合同、与谁订立合同的基本自由。但为了社会公共利益，法律强制当事

^① 尹田著：《法国现代合同法》，法律出版社，1995年版，第18页。

我国曾经实行政治仲裁，当事人之间没有仲裁协议，一方也可提起仲裁。按照我国现行《仲裁法》的规定 须双方达成合意，才能将争议提交仲裁。

人订立某些合同 如用电合同、供水合同、供气合同、旅客运送合同、储蓄合同、邮电合同等。这是法律对公用、公共企业规定的“强制缔约义务。”另外 法律、法规还可规定强制性合同条款 当事人相反的约定无效。^① 强制合同和强制性合同条款的出现曾被视为意思自治衰落的表现，但强制合同和强制性合同条款的适用的范围毕竟是有限的，它并没有从根本上动摇合同自由的地位。

2. 社会公正要求当事人订立的合同不具有社会危害性，不能过失或故意地危害社会利益、善良风俗和他人利益。合同是当事人之间的关系，但当事人毕竟不能脱离社会而存在。在资本主义国家高喊合同绝对自由的时代，合同也要受公共秩序的制约。社会公正对具体的合同关系的要求是多方面的。比如（1）当事人不得订立赌博合同、卖淫合同、传播淫秽物品的合同等。（2）当事人不得利用合同偷逃税款或恶意串通危害第三人的利益。（3）涉及大众的法律上的利益不得被剥夺，如不得以合同限制一方在没有医院的社区设立医院。（4）公益法人的缔约资格受到限制。如按《担保法》的规定 公益单位不得为他人提供保证等。

3. 在各国合同法中，大多数是任意性规则，这些规则是以当事人意思表示为基础的，当事人可以根据自己的意志加以选择适用，法律的禁止性规定属强制性规则，这种规则的设立主要是为了体现对公共利益的保护，其次体现了对当事人利益的保护。

（二）合同公正是对当事人关系的要求

公正于当事人之间，主要是公平的要求，前已述及，这种要求被称为公平原则。学者将公平区分为形式上的公平和实质上的公平。前者实际上是正义对主体法律地位平等的要求，后者实际上是对给付的平衡和后果承担的要求。

1. 形式上的公平。

形式上的公平，是指当事人的地位要平等。按汉语的习惯，形式上公平的提法似乎有些词不达意。合同法理论上的平等原则，体现了合同公正的要求。

合同在本质上，是平等主体之间的法律关系。商品经济的客观规律决定了合同当事人必须是相互独立的、具有法律上的平等地位。无论当事人“身份”经济力量、所有制形式有何差别，在合同关系中的地位是对等的。他们之间，不存在强制关系和从属关系。任何一方不得强迫或采用其他非法手段使对方服从自己的意志。合同自由，是双方当事人的自由，一方的自由不能侵犯另一方的自由。合同自由要求双方的意思表示真实和一致，真正达成合意。平等是自由的基础，没有平等，就不可能真正实现合同自由。合同自由要求当事人意思表示是真实的，对因不自由或不真实的意思表示而成立的合同，法律予以干涉。

在平等的基础上，当事人可根据自己的具体情况和对利益的追求，自主地决定合同的订立及相关行为。形式上的公平也为实质上的公平奠定了基石。法律地位的平等，可以使当事人在权利义务的分配上平等地协商，实现利益的相对平衡。

平等原则要求当事人：第一，在订立合同时，任何一方无权强迫他人服从自己的意志。第二，合同依法成立后，对当事人双方产生平等的约束力，不允许任何一方享有特权。第三，合同发生纠纷时，当事人平等地受法律的保护。第四，合同当事人一方没有处罚或惩罚对方当事人的权利。

2. 实质上的公平。

实质上的公平，表现为合同当事人的权利义务要对等。在双务合同中，任何一方当事人既要享有权利，也要承担相应义务；取得利益的同时，要付出相应的代价。不能取之太多，付出太少。对相互独立的主体，法律禁止无偿平调或强迫进行不等价交换，而提倡和保障公正交易。权利义务对等，要求双方当事人承担的权利义务大体相当，

不是指绝对等值，价格可以围绕价值变动。

对自始显失公平的合同 法律采取变更、撤销的方法救济 当事人在法定期间内(除斥期间) 可以请求法院予以变更或撤销。对自始显失公平的合同，学说上多主张不需考虑当事人意思瑕疵问题，而认为这类合同只是标的(给付) 欠缺公正性。对此不可回避的问题是合同自由与公正的关系。当合同对价不充分，但合同是建立在当事人完全自愿的基础上，意思表示无瑕疵时，该合同不能认定是显失公平的合同，既然法律承认无偿合同，也就没有必要完全否定带有恩惠性的双务合同。当事人自愿的，可以认为是公正的。或者说，在当事人完全自愿的情况下，对价不充分的合同，也是公平的合同。否则就是没有必要地剥夺了当事人的合同自由，这不利于交易安全(交易安全是公正的一项要求)。将合同自由与公正结合起来考虑，显失公平的合同应当在对价不充分且意思表示有瑕疵时，才是显失公平的合同，才是有失正义的合同。意思瑕疵的原因，有另一方的不正当影响和己方的误解等。

公正 不仅体现在对待给付的平衡上 还体现在对免责条款的限制、违约责任的承担和风险的承担上面。免责条款是出现约定免责事由时 免除当事人的违约责任、侵权责任。免责事由由当事人约定 法律一般承认其效力。但以下责任不得事先免除：(1) 因故意或重大过失所致责任；(2) 人身伤害的责任；(3) 消费者权益保护法禁止免除的责任。当违约情况出现时，令违约人承担的违约责任应当公平合理，因违约产生的赔偿责任，要受法定规则的限制(如合理预见规则等)。对过高或过低的违约金，当事人可以请求法院予以调整。当风险出现，造成财产损失时，法律对损失的承担没有规定，当事人对损失的承担也没有约定时，应按公平原则要求当事人合理的承担或分担损失。

四、正义实现的保障 诚实信用

(一) 概说

合同自由与公正是合同正义的两大支柱，作为“帝王规则”的诚实信用原则的地位何在呢？诚实信用原则主要是对合同当事人的要求，同时兼顾社会要求。诚实信用原则，是正义实现的一项保证。具体地说，诚实信用是合同自由与公正的保障。

诚实信用最早是市场活动中形成的道德规范，以商品交换的存在为根据。资本主义国家立法者为了加强对社会经济关系的调整，将诚实信用的道德规范上升为一种法律规范。我国法律也肯定了诚实信用原则（《民法通则》第4条）。

对诚实信用，有不同的解释和规定。美国布莱克法律大辞典认为诚信是指“没有恶意，没有欺诈或取得不当利益的企图。”《美国统一商法典》第2103条指出：“对商人而言，诚信系指忠于事实真相，遵守公平买卖之合理商业准则。”《法国民法典》第1134条第3款规定：“契约应以善意履行之。”《德国民法典》第242条规定：“债务人须依诚实与信用，并照顾交易惯例，履行其给付。”《瑞士民法典》第2条规定：“无论何人，行使权利，履行义务，均应依诚信为之。”《日本民法典》第10条第2款规定：“行使权利及履行义务时，应恪守信义，诚实进行。”

诚实信用原则具有“弹性”、“模糊性”，可作多种解释。一方面它是当事人的要求，总的来说，诚实信用原则要求当事人以善良的态度和善意的方式签约（履行合同义务）和履行义务，不滥用权利，在获得利益的同时充分尊重他人的利益和公共利益。另一方面，诚实信用原则同时给法院解决合同纠纷赋予了很大的裁量权。

（二）诚实信用原则对自由与公正平衡作用

学者认为，诚实信用原则的核心是公平。不错，诚实信用原则追求合同的公平，从诚实信用原则在合同法的地位和作用来看，它兼顾了自由与公正的要求，在自由和公正面前，起到了平衡作用。

1. 合同自由，不是哪一方当事人的自由。诚实信用原则要求一方当事人在行使自己自由的时候，充分尊重他人的自由。双方自由，

才是合同正义所要求的真正合同自由。按照诚实信用原则，当事人在订立合同时，要以诚相待，如实陈述自己的情况，包括身份（主体资格）、履约能力、财产状况、标的物有无隐蔽瑕疵等。对与成立合同的有关的重要事实负有揭示义务。不得采用胁迫、欺诈等方式订立合同，不利用他人危难订立合同。不恶意串通订立危害他人和危害公共利益的合同。遵循上述要求，才能达到公正的结果。

2. 合同依法成立后，具有相当于法律的效力。当事人以合意的方式，将自己锁在债权债务的链条之中，只有通过履行，才能以正常的方式解开这个链条。诚实信用原则，要求当事人正确对待合同这个双方自由意志的产物。信守诺言，严格履行合同义务，不随意毁约。但合同订立后，如出现不可预见的情况，造成履行合同的后果显失公平，则可采用变更或解除合同的方法予以救济。

由于订立后出现不可预见的情事变化，导致履行后果显失公平。这种情况，称为情事变更。为救济这种合同而设定的基本法律规则，称为情事变更原则。情事变更原则实为诚实信用原则的产物。有不少人认为，情事变更是公平对自由的否定。其实不然：情事变更导致合同的基础丧失，导致履行结果大大加重一方的负担，若实际履行，对一方有重大损失，这是不公平的。同时，也与合同自由的要求不符合。当事人的合意，是在订立时确立的。是基于订立时的情况或预见的情况。当合同基础不可预见地消灭，在变化了的基础上履行，已非当事人的合意。当事人从来没有期望或设想在变化了的基础上履行合同。合同文字虽然没有变化，但客观情况发生了变化，履行合同，已经与当事人的效果意思背道而驰。对这类合同，合同正义已经将公平与自由统一起来了。

3. 双务合同的履行，需要双方的配合，诚实信用原则除了要求一方当事人严格履行自己的义务外，还要求为对方的履行创造条件，不随意拒绝对方的履行。占有对方财产时，要尽善良管理人的注意义务。发现有危及合同目的实现的情况时，有及时通知的义务和采取合