

21世纪中国高校
法学系列教材

合同法要义

（第五版）

隋彭生
著

非
外
借

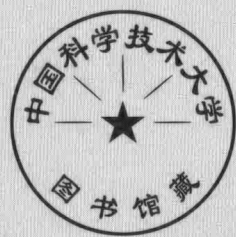
 中国人民大学出版社

21世纪中国高校
法学系列教材

合同法要义

(第五版)

隋彭生 著



中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

合同法要义/隋彭生著. —5 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 10
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-26256-7

I. ①合… II. ①隋… III. ①合同法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 216296 号

21 世纪中国高校法学系列教材
合同法要义 (第五版)
隋彭生 著
Hetongfa Yaoyi

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码	100080
电 话	010-62511242 (总编室)		010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)		010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)		010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司	版 次	2011 年 6 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本		2018 年 10 月第 5 版
印 张	27.5 插页 1	印 次	2018 年 10 月第 1 次印刷
字 数	719 000	定 价	55.00 元

第五版修订说明

修订本书，首先是将《中华人民共和国民法总则》对法律行为的有关规定补充进去，对相关内容作了调整；其次，结合司法解释，对民间借贷作了补充阐释；再次，增加了一些新的案例；最后，对文字作了一些校订。

本书力求清晰地阐明基本原理，提供解决问题的思路。书中有许多“压缩饼干”式的案例，这对理解一些理论问题，是有明显帮助的。

对本书涉及的学术问题，欢迎到我的微博（“隋彭生民商法”）中探讨。

中国政法大学合同法研究中心主任、教授 隋彭生

2018年8月10日

缩略语表^{*}

1. 《中华人民共和国合同法》——《合同法》
2. 《中华人民共和国民法总则》——《民法总则》
3. 《中华人民共和国民法通则》——《民法通则》
4. 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》——《民通意见》
5. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》——《合同法解释（一）》
6. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》——《合同法解释（二）》
7. 《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》——《买卖合同解释》
8. 《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》——《商品房买卖合同解释》
9. 《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》——《民间借贷规定》
10. 《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释》——《城镇房屋租赁合同解释》
11. 《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》——《融资租赁合同纠纷解释》
12. 《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》——《施工合同纠纷解释》
13. 《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》——《技术合同纠纷解释》
14. 《中华人民共和国担保法》——《担保法》
15. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》——《担保法解释》
16. 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》——《人身损害赔偿解释》

^{*} 本书句尾注明条款未注明法律的，均引自《合同法》。

目 录

第一章 绪论	1
第一节 合同法的意义	1
第二节 合同正义与合同法原则	3
第二章 合同的概念和分类	13
第一节 合同的概念	13
第二节 合同的分类	18
第三章 合同的订立	26
第一节 要约、承诺	26
第二节 合同的成立	51
第三节 合同的条款	55
第四节 合同的形式	63
第五节 格式合同	67
第六节 缔约责任	70
第四章 合同的效力	77
第一节 合同的成立与生效	77
第二节 附条件、附期限的合同	78
第三节 效力未定的合同	88
第四节 因表见代理、表见代表订立的合同	96
第五节 无效合同	101
第六节 可撤销合同	107
第七节 无效合同、被撤销合同财产后果的处理	131
第五章 合同的履行	135
第一节 合同履行概述	135
第二节 合同的补缺	137
第三节 政府定价、政府指导价的执行	142
第四节 向第三人履行和由第三人履行	143
第五节 提前履行、部分履行与清偿抵充	145
第六节 履行抗辩权	148
第七节 合同的保全	161
第八节 情事变更原则	172
第六章 合同的变更和转让	179
第一节 合同的变更	179
第二节 合同的转让	183

第七章 合同权利、义务的终止	196
第一节 概述	196
第二节 合同的解除	198
第三节 抵销	202
第四节 提存	206
第五节 免除	209
第六节 混同	210
第七节 合同终止的其他原因	211
第八章 违约责任	213
第一节 违约责任的概念及归责原则	213
第二节 违约行为	217
第三节 承担违约责任的方式	225
第四节 不可抗力免责	243
第五节 双方违约与因第三人的原因违约	246
第六节 违约责任与侵权责任的竞合	249
第九章 合同的法律适用、解释、争议的解决及合同的管理	254
第一节 合同的法律适用	254
第二节 合同的解释	256
第三节 合同争议的解决	267
第四节 合同管理	268
第十章 买卖合同	271
第一节 买卖合同的概念和特征	271
第二节 买卖合同当事人的权利和义务	274
第三节 标的物所有权转移、风险责任承担及孳息归属	284
第四节 买卖合同的解除	290
第五节 特种买卖	292
第六节 商品房买卖合同	296
第十一章 供用电、水、气、热力合同	301
第一节 供用电、水、气、热力合同的概念和特征	301
第二节 供用电合同当事人的权利和义务	302
第十二章 赠与合同	304
第一节 赠与合同的概念和特征	304
第二节 赠与人的义务	306
第三节 赠与合同的撤销	307
第四节 赠与合同的解除	311
第五节 特种赠与	312
第六节 捐赠	313
第十三章 借款合同	316
第一节 借款合同的概念、特征和分类	316

第二节 当事人的权利和义务	317
第三节 民间借贷	320
第十四章 租赁合同	328
第一节 租赁合同的概念和法律特征	328
第二节 租赁合同的种类及房屋租赁合同的登记	329
第三节 租赁合同当事人的权利和义务	330
第四节 司法解释关于城镇房屋租赁合同的规定	336
第十五章 融资租赁合同	341
第一节 融资租赁合同的概念和特征	341
第二节 当事人的权利和义务	342
第十六章 承揽合同	345
第一节 承揽合同的概念、特征和种类	345
第二节 当事人的权利和义务	346
第三节 承揽合同中的风险负担	350
第四节 承揽合同的终止	350
第十七章 建设工程合同	352
第一节 建设工程合同概述	352
第二节 当事人的权利、义务	354
第三节 法定不动产担保物权	355
第四节 建设工程施工合同的有关法律问题	357
第十八章 运输合同	359
第一节 运输合同概述	359
第二节 承运人、旅客、托运人、收货人的基本义务	360
第三节 客运合同	360
第四节 货运合同	363
第五节 多式联运合同	365
第十九章 技术合同	367
第一节 技术合同概述	367
第二节 技术开发合同	373
第三节 技术转让合同	376
第四节 技术咨询合同和技术服务合同	379
第二十章 保管合同	382
第一节 保管合同的概念和特征	382
第二节 当事人的权利和义务	383
第三节 “法定”保管责任	386
第二十一章 仓储合同	388
第一节 仓储合同的概念和特征	388
第二节 当事人的权利和义务	389
第三节 仓储合同的法律适用及与保管合同的联系和区别	391

第二十二章 委托合同	393
第一节 委托合同的概念和特征	393
第二节 当事人的权利和义务	394
第三节 间接委托（间接代理）	396
第四节 委托合同的终止	397
第二十三章 行纪合同	399
第一节 行纪合同概述	399
第二节 当事人的权利和义务	400
第二十四章 居间合同	403
第一节 居间合同的概念和特征	403
第二节 当事人的权利和义务	404
第二十五章 和解协议（和解合同）	407
第一节 和解协议概述	407
第二节 和解协议的生效及确定效、创设效和认定效	414
第三节 和解协议的无效、撤销及解除	418
第四节 特种和解协议	421
主要参考文献	426



第一章 绪 论

第一节 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。合同是当事人通过自己的意志建立起来的交易关系。合同的总和即市场。合同法是调整市场关系的基本法律,合同法被称为最具有市场品格的法。

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、经济思想的结晶之一。合同法的发展、进步与完善,是人类自身发展、进步与完善的一种表现。

合同主要是交易关系,买卖则是最原始、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

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。”^②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。同时,买卖合同又是最典型的有偿合同。有的国家的法律明确规定:有关买卖合同的规定,准用于其他合同。我国《合同法》也有这样的规定。^③

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。

① 斯奇巴尼·桑德罗选编,债·契约之债,丁玫译,北京:中国政法大学出版社,1992:59.

② 王家福等,合同法,北京:中国社会科学出版社,1986:17.

③ 《合同法》第174条规定:“法律对其他有偿合同有规定的,依照其规定;没有规定的,参照买卖合同的有关规定。”

合同法使合同“具有法的形式”。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，原因在于法律的认识和维护。合意是合同效力的源泉。

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。履行效力是合同的第一次给付，承担违约责任是合同的第二次给付。总之，没有合同法作为后盾，合同就将成为空言和废纸，当事人的意志就不能得到体现。

合同的内核是当事人之间的合意，合同的外形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、履行的过程，就是经济流转的过程。合同增加了，交易增加了，就意味着社会财富增加了。经济流转，促进商品（包括有形商品和无形商品）数量的增加，使商品增值，交易成功一次，就可以使商品增值一次。因而，合同法的重要思想之一，就是尽量保护合同，保护交易关系。

合同法通过对个体利益的保护，实现了对社会整体利益的保护。通过对个别正义的维护，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中解脱出来，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（可撤销）。从自助手段来看，合同法规定当事人在符合法定条件时享有解除权、履行抗辩权、抵销权，使当事人有自救、解脱的机会和手段。如果一切问题都需经过法院或仲裁机构，法院和仲裁机构将不堪重负，效率将大大降低，合同成本也将大大提高。从合同争议的解决看，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帜，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，使合同的内容能够完善，使合同的履行获得公平的结果。在发生重大误解、显失公平及民事欺诈、胁迫的情况时，又给当事人撤销合同的机会。在刑事欺诈、胁迫以及危及社会公共利益（社会公正）等情况下，坚决否定合同的效力，否认当事人的追求，否认合同的履行效力，给当事人的行为以否定性评价；并采取罚款、追缴等手段，消除因合同无效产生的利益。

合同法体现了对当事人周到的保护。合同法要求当事人有意识能力，能够预见合同的性质和后果。主体适格的合同当事人，是独立追求自己利益并能够承担风险的人。他们对自己的利益和风险能够作出正确的判断，他们拥有自助的手段，还可以借助国家的强制力量。

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负担相应的义务；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，要求当事人不违反先合同义务。合同法甚至还规定了后合同义务，使履行效果得以维持、延续利益得到保护。合同义务、先合同义务与后合同义务的规制，使合同当事人全面沐浴在法律的关怀之中。

对当事人的周到保护，还体现在当因不可抗力、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,除了精神利益以外,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,又在违法者的头顶高悬制裁之剑。

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行性规范。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,有交易,就有合同法。

各国的历史、文化不同,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,在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。大陆法将调整因合同、侵权、不当得利、无因管理等而产生的债权债务关系的法律规范的总和,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,因为合同之债并不仅仅是“欠人钱财”的表现。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,但在合同的指导思想与设定的规则上,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;大陆法有同时履行抗辩权和不安抗辩权,英美法有对流条件和中途止付权;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、术语的差异,并不妨碍规则实质的一致性,两大法系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。

不容否认,国情不同、经济基础不同、文化传统不同、市场发育程度不同、立法技术不同,必然导致各国合同法的内容有所区别,我国社会主义合同法应有自己的特色,所谓特色,就是要能够反映本国实践。

第二节 合同正义与合同法原则

一、合同正义

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、正当以及正直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还有学者指出:“正义是法律的根本目的,它是一种使分配的参加者都各得其所的分配方式。分配的对象包括利益和不利益两种,法律是进行上述分配的工具。无论是利益还是不利益,如果分配的参与者都得到了应得的,我们就说这样的分配是正义的。”^④法

①② 民法大全选译·正义和法,黄风译,北京:中国政法大学出版社,1992:34.②

③ 张文显,法学基本范畴研究,北京:中国政法大学出版社,1993:268.

④ 彭万林主编,民法学,北京:中国政法大学出版社,2002:42.

使正义获得了强制性，使正义具体化了。

（一）合同正义的要求

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。

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，诚实信用的精髓，是从善意出发，达到公平的结果，因此，诚实信用体现了对自由与公正的追求。诚实信用是保障自由与公正的途径，因此，诚实信用也从特定的角度体现正义的要求。如果说善意是出发点的话，那么公正就是结果。

正义，要求对合同自由的贯彻，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。

合同正义，要求在整个社会塑造契约神圣的观念。契约神圣是法律神圣的延伸和折射。契约神圣，是建立在对正义的信仰、对法律的信仰的基础之上的，是合同当事人和其他社会主体对法律、对合同的理性认识和神圣情感体验，是维护法律和合同的决心、信心和诺言。藐视合同，其效果如同藐视法律。违反合同，构成违约责任，应当受到制裁。合同法的目的之一，就是维持合同的有效性。从现行合同法的规定来看，导致合同效力动摇的因素太多，规则太粗，容易被不善意的人利用。

合同正义不仅体现在合同成立之后，还体现在合同订立之前和缔结之际。在缔结合同之前，当事人要储备自己的履约能力、承担责任的能力（拥有足够的责任财产等）；在缔结合同的过程中，不仅要考虑自己的利益，还要尊重对方的信赖利益。

（二）合同正义与合同法原则

1. 合同法原则是合同正义的集中体现

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，它是合同订立、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。合同法原则是合同正义的集中体现，是合同法规则的根基。

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的指导下制定的，可以说，合同法的具体规范都是合同法原则的具体体现和延伸。合同法的具体规范（规则），其效力局限于合同关系的某一特定范围。如情事变更原则，有原则之名（习惯如此），其实是解决嗣后显失公平合同的具体规则。

2. 合同法原则的特点

合同法原则具有强行性^②，当事人必须遵守。合同是当事人协商一致的结果，对某些具体合同法规则，当事人可以按“约定大于法定”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。

^① 张俊浩主编：《民法学原理》，北京：中国政法大学出版社，1991：660。

^② 徐国栋：《民法基本原则解释》，北京：中国政法大学出版社，1992：37。

合同法原则具有弥补作用。在缺少具体合同法规规范指导的情况下,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,如无具体合同法规规范为依据,法院、仲裁机构可依原则进行处理。在存在具体规则的情况下,不能直接适用原则处理案件,否则会造成对规则的逃避,使规则失去作用。规则的适用,减少了对原则理解的任意性。

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,不会经常性地变动。

二、合同自由原则

(一) 合同自由原则概述

意思自治原则在合同法领域的反映,就是合同自由原则。合同自由原则反映了商品经济、市场经济的本质要求。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,不等于有合同自由原则。在罗马法中,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的,建立在意思自治基础之上的一个原则。^②《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同等或类似的价值,故学者多以此为据,论证《法国民法典》的合同自由原则:“契约具有拘束力,几乎不用加以说明。盖基于私法自治原则,及其派生的契约自由原则,契约所以发生实质拘束力(有效),是因当事人自我决定并自我拘束。基于对个人意思自主的尊重,遂在私法自治原则容许的范围内,承认当事人约定的内容,在当事人之间,具有与实定法相同的效力。”^③《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。^④

1919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。”^⑤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原则。

① 王家福主编,民法债权,北京:法律出版社,1991:266.

② 尹田,法国现代合同法,北京:法律出版社,1995:14-15.

③ 陈自强,契约之成立与生效,北京:法律出版社,2002:130.

④ 《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、欺诈等作了规定。“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。”(尹田,法国现代合同法,北京:法律出版社,1995:14.)

⑤ 外国法制史资料选编,下册,北京:北京大学出版社,1982:700.

我国曾实行计划经济，故而学术研究上也曾表现对合同自由的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、诚实信用的原则。”有学者根据该规定提出了合同法的自愿原则。2017年3月15日通过的《民法总则》第5条专门规定了自愿原则：“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系。”可以说，合同法的合同自由原则，是民法自愿原则的体现。

我国实行市场经济，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。^①合同自由原则的确立，必然会使合同法的具体规则发生变化。我国《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预。”《合同法》虽然贯彻了合同自由的思想，体现了合同自由原则，但是没有旗帜鲜明地使用合同自由的概念。这一矛盾现象是很令人深思的。

（二）合同自由原则的表现

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：

1. 从交易的成立过程来看。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。

2. 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。

3. 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》颁布以前的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，是为了保护计划经济的贯彻、执行。在市场经济条件下，法律强调书面形式，是为了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。我国《合同法》在合同形式方面，以不要式为原则，以要式为例外，弱化了对书面合同形式的要求，尊重当事人的自愿选择，照顾了当事人追求效率的要求。

4. 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，当事人在合同中只能排除任意性规范而不能排除强行性规范。任意性规范成了指导性规范，同时，当事人不排除任意性规范的话，任意性规范可以被认为是自动进入合同之中（推定为当事人默示表达的意图）。

5. 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。《合同法》第8条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”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

^① 岳彩申：《合同法比较研究》，成都：西南财经大学出版社，1995：45。

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。

6. 从合同终止的角度来看。当事人可以自主地决定解除合同。合同既然是当事人的自由创造,自然可以由当事人自由解除。这里所说的解除,是合意解除,即以第二个合同解除第一个合同。正因为如此,有人把解约自由看作是缔约自由的一种表现。不过,缔约自由与解约自由还是有明显区别的:缔约,是创造一个法律关系;解约,是消灭一个法律关系。当事人还可以有法定或者约定的通知另一方解除合同的权利。权利与义务不同:义务应当履行,而权利可以行使,也可以不行使。法定和约定的单方解除权是否行使,也是合同自由的内容。

7. 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当事人签订的解决争议的协议(如赔偿协议等),也是合同,仍然适用合同自由原则。我国曾有禁止国有企业放弃违约金的规定,这些规定在合同自由旗帜的辉映下,已经黯然失色,早就被人遗忘了。

从以上的论述可以看出,合同自由是交易的自由。我国《合同法》在贯彻交易自由原则、保护当事人财产利益的同时,忽视了社会成员的另一种重要利益——精神利益。相反,侵权法对精神利益给予了较多关注。可以说《合同法》是动态的财产法,而绝不能说《合同法》是精神利益的保护法。由于《合同法》固有的财产法性质,它的人文关怀显得太少了。

三、公正原则

(一) 合同公正的基本要求

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。通行的合同法理论将公平原则作为与自由原则相平行的原则,但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。正义的含义和追求,就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、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原则相平行的原则。

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。

(二) 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、医疗合同等。这是法律对公用、公共企业以及公益法人规定的“强制缔约义务”。另外,法律、法规还可规定强制性合同条款,当事人与之相反的约定无效。^③如国家定价和国家

^① 尹田,法国现代合同法,北京:法律出版社,1995:18.

^② 我国曾经实行行政仲裁制度,当事人之间没有仲裁协议的,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。

^③ 王家福主编,民法债权,北京:法律出版社,1991:269-270.

指导价，就是合同的强制性条款。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适用的范围毕竟是有限的，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

合同当事人不能过失或故意地危害社会利益、公共秩序、善良风俗和他人利益。《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益。”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）机关法人、公益法人的缔约资格（权利能力）受到限制。如按我国《担保法》的规定，国家机关、公益单位不得为他人提供保证等。

3. 强制性规则集中体现了对公正的保护

各国合同法的规则体系，由任意性规则和强制性规则组成，其中，任意性规则占主体。任意性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，这种规则的设立首先体现了对公共利益的保护，其次体现了对当事人利益的保护。

（三）合同公正是对当事人关系的要求

公正于合同当事人之间，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，后者实际上是对对待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，形式上的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。《合同法》第3条规定：“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方。”我国《合同法》的颁布和实施，极大地冲击了“官本位”观念，极大程度上否定了“所有制歧视”，强调了合同是平等主体之间的财产关系，财产的取得和流动，不能取决于级别和身份，而应取决于自主、自由的交易。级别和身份，是特权的依托，是对机会的控制和掠夺。从身份到契约的运动，还要继续发展。

商品经济、市场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，即具有独立的人格。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，任何一方无权强制他人服从自己的意志。第