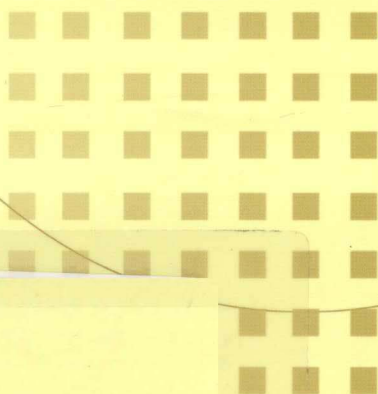


强制缔约制度

Qiangzhi Diyue Zhidu
Yanjiu

研究

冉克平 著



中国社会科学出版社

强制缔约制度

Qiangzhi Diyue Zhidu
Yanjiu

研究

冉克平 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

强制缔约制度研究 / 冉克平著. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9202 - 3

I. ①强… II. ①冉… III. ①民法 - 研究②商法 - 研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 197589 号

责任编辑 官京蕾 周慧敏

责任校对 李 莉

封面设计 弓禾碧

技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 9 月第 1 版

印 次 2010 年 9 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 9.25

插 页 2

字 数 245 千字

定 价 26.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

序 一

合同自由作为合同法的基本原则，是私法自治在合同法中的表现。但是，自西方民法确立合同自由原则以来，该原则并未完全体现出理性哲学家所称的正义或公正。相反，由于这一原则仅要求充分尊重当事人的意志，而不考虑当事人之间因经济实力和地位的差异所造成的经济强制性，从而产生许多不公正的现象。尤其是20世纪以来，社会经济结构发生巨变，社会组织空前复杂庞大，垄断加剧，社会生产和消费规模化，公用事业飞速发展，消费者、劳动者等弱势群体保护的问题凸显出来。民事主体之间在交易过程中的实质平等日趋成为严重的问题，对合同自由原则提出了严峻的挑战。为了强化对合同正义的维护，保护合同的实质公正，现代合同法发展的一个重要趋势就是加强了合同自由的限制。在某种意义上，一部合同的历史，就是合同自由如何受到限制，经由醇化，而促进实践合同正义的记录。在这一背景之下，作为对合同自由的最大限制，强制缔约制度开始引起学者的关注。

在我国，有关强制缔约的立法逐渐增多。但是，在理论上，关于强制缔约的研究在我国仍然比较薄弱，相关资料也乏善可陈。在合同法的著述中，对于强制缔约制度，学者往往只是将其作为对合同自由予以限制的制度而略笔带过。与格式条款、消费者权益的保护、情事变更原则等限制合同自由的制度相比，理论界尚未进行系统的研究并给予足够的重视。

克平以《强制缔约制度研究》为选题，在广泛搜集国内外相关资料的基础上，以合同法的社会化趋势为视角，运用比较法的

研究方法,通过对不同国家或地区的强制缔约立法进行比较分析,同时结合学理,对强制缔约制度的涵义、主要类型以及违反强制缔约义务的法律后果等进行了全面系统的梳理。纵观全文,我认为其具有以下特点:

其一,在微观层面上,对强制缔约的概念、特征、本质,强制缔约义务的性质等进行了详尽的论述,并对理论上的不同看法进行分析与检讨,资料翔实、说理充分,有助于更加透彻地了解强制缔约制度的基础理论;

其二,强制缔约散见于诸多法律和法规之中,给人以经纬相错的印象。在研究方法上,作者透过这些纷繁复杂的法律规范,以强制缔约制度的立法目的为导向,通过类型化的分析方法,对强制缔约的主要类型予以归纳和探讨,从而构建强制缔约的基本体系;

其三,作者并没有局限于强制缔约制度的基础理论,而是从强制缔约制度的背景资料出发,从宏观层面上,思考强制缔约等限制合同自由的制度,是否使合同自由在现代合同法上的地位发生变化,或者说是否发生“从契约到身份的反向运动”,乃至现代民法所秉承的本位是否已经发生改变?并就理论上的争议逐一进行评析。从这一部分观察,该文并非就制度论制度,而是使论题得以升华。

克平于2009年进入中国人民大学法学院博士后流动站,在我的指导下从事博士后研究工作。作为他的指导老师,看到他出版自己的研究成果,我非常欣慰。同时,我也期望,克平能够继续坚持踏实严谨、好学善思的学术态度,以取得更多有价值的学术成果。

王利明

2010年5月于明德法学院楼

序 二

近代以来，随着资本主义市场经济的兴起，合同自由成为私法的基本理念，使个人从身份的束缚中获得解放，个人得以发挥其聪明才智，从事各种经济活动，进而极大地促进了社会的发展。这一发展进程，被称之为“从身份到契约”的运动。合同自由理论认为，个人是自己利益的最佳的维护者，合同既然因当事人自由意思的一致而订立，其内容的妥当性原则上应可因此而获得保障。然而，问题在于，合同“自由”事实上是否存在，当事人是否确能基于“平等”地位从事缔约行为？

从19世纪晚期开始，随着社会经济条件和时代的变迁，由于议价能力的不平等、社会矛盾的激化以及垄断的日趋广泛等原因，在某些领域，合同自由难以实现成为一个十分显著的现象。以合同双方当事人的平等、自由为前提的近代合同法理论因双方当事人社会、经济方面的不平等而显现出了破绽。为解决上述矛盾，实现合同的公平正义，合同自由被认为仅仅在同等经济实力的当事人之间且不损害社会公共利益的范围之内，才是一种社会理想。在这样的背景之下，合同自由原则受到越来越多的限制，合同法出现了社会化的趋势。强制缔约制度正是其中令人瞩目的制度之一。

《强制缔约制度研究》是克平的博士学位论文。作为他的博士生导师，该论文的题目是我与他共同协商而确定的。当初我支持他以强制缔约作为博士论文的选题，主要考虑到强制缔约制度在我国合同法理论上仍然是一个较为新颖的论题。作为对合同自由的最大限制，目前我国理论界对这一制度尚缺乏全面的、系

统的深入研究。这一现状显然与自 19 世纪晚期尤其是 20 世纪中期以来,在合同立法上越来越强调法律应该保障合同当事人的力量均衡性,以符合合同公正原则以及合同法的社会化趋势日益增强这一历史进程不成比例。

以合同法中一个细小的制度作为博士论文的论题,具有相当的难度,可以说其难度不亚于那些宏大的论题。克平经过努力探索,以现代合同法的社会化背景入手,围绕强制缔约的基本属性、理论基础、主要类型、法律适用以及违反强制缔约的民事责任展开研究,对强制缔约制度进行了比较全面的梳理,以此为博士学位论文最终顺利通过答辩,并获得了校内外专家的好评。值得注意的是,作者在分析强制缔约制度的理路基础的时候,探讨了强制缔约产生之后,合同自由在合同法中的地位、合同自由和合同正义之间的关系以及现代民法的本位问题,从而达到了“以小见大”的效果,也充分体现了作者比较深厚的民法理论功底。毕业之后,克平并没有停止这一课题的研究,而是继续围绕这一课题予以修改和完善,在博士论文的基础上修改完成了这一著作。

作为克平硕士阶段与博士期间的指导老师,看到他出版自己辛勤研究的成果,感到非常高兴。同时也希望克平能够继续坚持勤于思考,努力探索,在理论研究上能有更大的作为。

余延满

2010 年 3 月于武大珞珈山

目 录

导论	(1)
一、本书的研究意义	(1)
二、本书的研究方法	(8)
第一章 合同自由与合同法的社会化	(11)
第一节 近代以前的合同法	(11)
第二节 近代合同法及其核心——合同自由	(16)
一、以合同自由为核心的近代合同法的形成	(16)
二、合同自由原则形成的理论基础	(22)
三、合同自由的范围	(29)
四、合同自由并未绝对化	(39)
第三节 现代合同法及其社会化趋势	(42)
一、近代合同法向现代合同法转变的原因	(42)
二、现代合同法社会化的主要表现	(44)
第二章 强制缔约的涵义、特征与本质	(56)
第一节 强制缔约的涵义与特征	(56)
一、强制缔约制度适用的前提——债权债务关系	(56)
二、强制缔约涵义的界定	(61)
三、结论	(76)
第二节 强制缔约的本质	(77)
一、强制缔约限制的是当事人的缔约自由	(77)
二、缔约自由与人身自由权	(79)

第三章 强制缔约制度的理论基础	(89)
第一节 国家干预经济的客观要求	(89)
一、自由主义经济理论与自由竞争的资本主义社会	(89)
二、凯恩斯主义经济理论与垄断资本主义社会	(91)
三、国家干预经济的限度与经济自由主义	(92)
第二节 合同公正原则对合同自由原则的矫正	(93)
一、当事人缔约能力均衡性的破坏——从合同自由对 合同公正的偏离	(93)
二、对当事人缔约能力失衡的强制干预——合同公正 对合同自由的矫正	(101)
三、合同公正（正义）与合同自由	(105)
第三节 理论上争议的思考与评析	(114)
一、合同自由的命运——衰落、死亡还是再生？	(114)
二、是否出现“从契约到身份的反向运动”？	(131)
三、民法的本位是否已由权利本位转变为社会 本位？	(142)
第四章 强制缔约的类型化与适用	(153)
第一节 强制缔约在理论上的分类与评析	(153)
一、强制缔约在理论上的分类	(153)
二、对上述主要分类的评析	(155)
第二节 强制缔约的主要类型及其适用	(157)
一、强制缔约的类型化之考察	(157)
二、强制缔约的主要类型及其适用	(159)
第三节 强制缔约的类推适用	(230)
一、强制缔约类推适用的意义	(230)
二、强制缔约类推适用的具体表现	(233)

第五章 违反强制缔约义务的民事责任	(241)
第一节 违反强制缔约义务应承担的责任之性质	(241)
一、强制缔约义务的性质	(241)
二、违反强制缔约义务所应承担民事责任的性质	(244)
三、我国立法上强制缔约义务人承担民事责任应适用 的法律法规与构成要件	(265)
第二节 强制缔约义务人承担民事责任的形式与赔偿 范围	(270)
一、强制缔约义务人承担民事责任的形式	(270)
二、强制缔约义务人所应赔偿的范围	(272)
参考文献	(273)

导 论

一、本书的研究意义

19 世纪是近代民法获得极大发展的时期，无论是法学理论，还是立法实践，都取得了辉煌的成就。同样，这个世纪亦是合同法 and 合同自由原则的黄金时代。^① 关于这一历史进程的特点，正如当时英国伟大的法律史家亨利·梅因爵士所总结的那样，“迄今为止，所有进步社会的运动，都是一个‘从身份到契约’的运动”。^② 合同法被认为是中立的使双方履行协议的法律制度，在大多数情况下，合同法规则都是任意性而不是强制性的。当事人可以自由决定是否订立合同、与谁订立合同、所订立合同的内容、合同的类型以及订约的方式等。对于合同的双方当事人而言，合同的效力几乎是绝对的，即使是国家意志也不能任意将其改变或对其限制。这就是合同法的基本原则——合同自由原则。近代的合同自由原则使每个人都可以根据自己的创意，自由利用自己的财富，合理地处理自己的经济关系，从而使资本主义经济迅速发展。换言之，使个人的创意最大限度地发挥出来，正是资本主义发达的原动力，而近代的合同自由原则，恰恰担当了使这种创意得到充分发挥的角色。^③ 合同自由作为一般行为自由的组成部分，是一种灵活的工具，它不断进行自我调节，以适应新的目标。合

① *The Restatement second of the Law of Contracts*, section 1, 1981.

② [英] 亨利·梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1959 年版，第 96 页。

③ [日] 我妻荣著，徐慧译：《债权各论》，中国法制出版社 2008 年版，第 10—11 页。

同自由是自由经济不可或缺的一个特征，其在整个私法领域具有重要的核心作用。^①

但是，随着工业的突飞猛进和商业的日益发达，各主要工业国在19世纪末和20世纪初先后告别自由竞争的资本主义时代而进入垄断资本主义阶段。由此引起的社会经济条件的变迁，使合同法和合同自由原则遭遇到严重的挑战，并产生了一些令人难以忍受的后果。

例如，在自来水、电力、煤气、供暖、通信、邮政、大众交通运输等关系大众生活和生产必需品的领域，由于供给者往往是占据市场支配地位的企业甚至是垄断企业，从而使消费者的合同自由受到极大的限制。又如，在市场经济的条件下，如果某一个领域的一些企业取得了市场支配地位，这类企业完全可以给它们的购买人规定不同的交易条件，以牟取更多的利润。可以想象，如果任其发展而不加干预，平等的竞争条件就会不复存在，市场经济必将走向毁灭。再如，在劳动关系方面，随着劳动力供求关系的失衡，在传统合同自由的原则下，许多劳动者订立劳动合同（雇佣合同）的自由难以实现。尤其是一些特殊的劳动者，如残障者，缔结劳动合同的可能性微乎其微。此外，由于资本主义社会的基本矛盾日趋尖锐，导致贫富分化越来越严重，在房屋租赁、医疗卫生等方面，对许多人而言，合同自由原则除了虚有其表，事实上不能给他们带来任何价值。

总而言之，自19世纪晚期以来，随着社会经济条件和时代的变迁，由于议价能力的不平等、社会矛盾的激化以及垄断的日趋广泛等原因，在某些领域，合同自由难以实现成为一个十分显著的现象。以合同双方当事人的平等、自由为前提的近代合同法理论因双方当事人社会、经济方面的不平等而显现出了破绽。

^① [德] 罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G. 莱塞著，楚建译：《德国国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版，第90页。

为解决上述矛盾,实现合同的公平正义,自19世纪末、20世纪初,主要的资本主义国家开始对经济活动进行日趋广泛的干预,由此导致合同的社会见解和立法方针的根本变化。合同自由被认为仅仅在同等经济实力的当事人之间且不损害社会公共利益的范围,才是一种社会理想。在这样的背景之下,合同自由原则受到越来越多的限制,合同法出现了社会化的趋势。强制缔约制度正是其中令人瞩目的制度之一。

自20世纪初期以来尤其是第二次世界大战以后,许多国家或地区在立法上规定了强制缔约制度,有关强制缔约的法律和法规逐渐增多。在大陆法系,例如,依据法国的法律,从事城市电力、煤气、自来水供应等公共事业的企业,处于长期承诺的状态。因此,这些企业不能拒绝为公众服务,因为公共服务设施和事业负有承诺的义务,它们不能拒绝社会公众的承诺,社会公众有获得服务的权利。^①在德国,依据《铁路交通法》第3条、第6条和第53条的规定,公交铁路必须承运按规定向自己提出的货物。依据德国《反限制竞争法》的规定,控制市场的企业不得歧视其他企业。在劳动关系领域,依据德国《残障人就业辅助法》第4条,一名雇主有时必须与特定的人或者一个特定组别中的一个人订立雇佣合同。^②在房屋租赁方面,联邦德国立法机关在第二次世界大战以后,授权行政机关可以为寻找房屋者安排住房,并强制住房占有人或所有人订立租赁合同。^③《意大利民法典》第1679条第1款规定:“根据行政许

① 王家福主编:《民法债权》,法律出版社1991年版,第285页。

② [德]迪特尔·梅迪库斯著,杜景林等译:《德国债法总论》,法律出版社2004年版,第70—71页。

③ [德]卡尔·拉伦茨著,王晓晔等译:《德国民法通论》(上),法律出版社2003年版,第75页。值得注意的是,这些规定在20世纪60年代以后逐渐消失了,与此同时,《德国民法典》对房屋租赁法进行了改革,以更好的保护承租人的利益。

可进行旅客和物品运送的公共线路的承运人，依许可文件中规定的或认可的并进行了公示的一般条件，承担以企业通常许可的方式接受运送要求的义务。”该法典第 2597 条规定：“在合法垄断条件下经营企业的人，有义务同任何需求该企业产品提供的人依平等原则缔结约。”日本《劳动组织法》第 7 条第 1 款规定，劳动团体代表特定工厂受雇的半数以上时，该工厂不得雇佣非工会会员。^①又如，第二次世界大战时期的日本《外汇管理法》第 4 条规定，“下列财产的所有人，应依政府的命令，将其财产出售给日本银行或政府所指定的其他人，或为其其他必要的处分。”^②我国台湾地区“医师法”第 21 条规定，医师对于危急之病症不得无故不应招请或无故迟延。“电业法”第 57 条规定，电业在其营业区域内对于请求供电者，非有正当理由不得拒绝。“耕地三七五减租条例”第 20 条规定，耕地租约于租期届满时，除出租人依本条例收回自耕外，如承租人愿继续承租，应续订租约。“合作社施行细则”第 5 条规定：“合作社业务的经营，应以社员为相对人。”^③“矿业法”第 65 条规定，土地之适用经核定后，矿业权人为取得关于该土地之权利，应与土地所有人及关系人成立协议，如不能达成协议时，双方均得向主管机关申请裁定。

在法律规定之外，司法判例也在特定前提下从一般法律基础上推导出强制缔约义务。如德国柏林法院在一个案例中认为，如果一个封闭式的职业合作社、利益代表组织和上层联合会存在垄断或者占绝对优势地位的情形，则可以肯定申请加入这类团体的个人或组织的请求权。比如一个工人请求加入到一

① 孙森焱：《民法债编总论》（上），法律出版社 2006 年版，第 37 页。

② 杨崇森：《私法自治制度之流弊及其修正》，载郑玉波主编《民法总则论文选辑》，五南图书出版公司 1984 年版，第 141—142 页。

③ 孙森焱：《民法债编总论》（上），法律出版社 2006 年版，第 37 页。

个具有垄断地位的工会，或者一个体育协会要求加入州体育协会等。^①

在英美法系，一个人根据法定的义务去订立合同的案例也逐渐增多。例如，英国法律规定，在公共医疗卫生服务领域，医疗机构负有为患者进行诊疗的法定义务。1985年英国《房产法》规定，市政会负有将他们的房屋卖与其承租人的义务。1976年《种族关系法》规定，雇主和店主不得以种族、肤色等为理由，拒绝与相对人订立合同^②。在美国，法律为反对垄断、保护正当的竞争，也规定了强制缔约义务。^③

在强制缔约的法律规范日趋增多的同时，这一制度也引起学者的广泛关注和极大的研究兴趣。在德国，强制缔约制度是学者热烈讨论的重要问题，论述甚多。在日本，也有许多学者关注这一制度。^④在英美法系，也有许多学者关注这一制度。有学者认为，“强制缔约义务是现代合同法发展的一个重要趋势”。^⑤有学者质疑，“强制缔约的出现、格式合同的大量使用、合同内容规制的增加以及其他对合同自由的限制越来越多的时候，合同自由不可避免地走向了衰落”？另有学者提出，现实中合同当事人缺乏谈判能力的均衡性，从而使得“合同平等”遭到破坏，因此保护合同当事人的弱者一方成为必要时，合同自由原则是否必须彻底地受到强制性规则的限制？现在我们是已经到了合同自由的原则

① Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1969, 316. Entscheidungen des bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des BGB und der Bundesanwaltschaft, 93, 151.

② [英] P. S. 阿蒂亚著，赵旭东等译：《合同法导论》，法律出版社2002年版，第21—22页。

③ E. Allan Farnsworth, *Farnsworth on Contract*, second Edition, Aspen Publishers, 1990, p. 203.

④ 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第59页。

⑤ Turner, "The Definition of Agreement under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal", *Harvard Law Review*, Vol. 75, p. 655, 689.

应当被“合同公正性”原则替代或者进行补充这样一个时代?^①还有学者则认为,由于强制缔约等制度偏向于对中小企业、消费者、劳动者、承租人等特定人的利益的维护,社会开始根据某种关系而不是根据自由意志组织起来。20世纪以来,发生了一个明显的变化,就是不再过分强调合同自由,而是出现“从契约到身份”的反向运动。^②更有甚者,美国学者吉尔莫据此提出了“合同的死亡”的观点,曾经轰动一时。^③1990年,日本学者内田贵根据关系合同理论,提出了“合同的再生”的观点,成为日本近年最引人注目学说的之一。^④

强制缔约在我国立法上也有反映,并散见于法律和行政法规。如我国《合同法》第289条规定:“从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的要求。”《证券法》第81条规定:“通过证券交易所的证券交易,投资者持有一个上市公司已发行的股份的百分之三十时,继续进行收购的,应当依法向该上市公司所有股东发出收购要约。但经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外。”《电力法》第26条第1款规定:“供电营业区内的供电营业机构,对本营业区内的用户有按照国家规定供电的义务;不得违反国家规定对其营业区内申请用电的单位和个人拒绝供电。”《执业医师法》第24条规定:“对危急患者,医师应当采取紧急措施进行诊治,不得拒绝急救处置。”《医疗机构管理条例》第31条规定:“医疗机构对危重病人应当立即抢救,对限于设备

① [德] 康拉德·茨威克特著,孙宪忠译:《合同法中的自由与强制》,载梁慧星主编《民商法论丛》(9),法律出版社1998年版,第361页。

② [美] 伯纳德·施瓦茨著,王军等译:《美国法律史》,中国政法大学出版社1989年版,第200—201页。

③ [美] 格兰特·吉尔莫著,曹士兵译:《契约的死亡》,载梁慧星主编《民商法论丛》(3),法律出版社1995年版,第200页。

④ [日] 内田贵著,胡宝海译:《契约的再生》,载梁慧星主编《民商法论丛》(3),法律出版社1995年版,第294页。

或者技术条件不能诊治的病人，应当及时转诊。”《反垄断法》第17条第1款第三项规定：“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易。”

与其他限制合同自由的制度相比，强制缔约制度是对合同自由的最大干预，因而其对合同法乃至传统民法的冲击力是显而易见的。我国有学者在阐述合同自由原则的时候认为，“强制缔约制度作为矫正合同自由原则的制度之一，与其他限制合同自由的制度一起，意味着现代民法理念开始正视当事人间经济地位不平等的现实，抛弃形式正义而追求实现实质正义”^①。“现代民法的本位，因为强制缔约制度、格式条款的规制、消费者权利的保护等制度的出现，由极端尊重个人自由变为重视社会公共福利，由近代民法的权利本位转而形成现代民法的社会本位的立法思想”。^②

但是，就理论上的专门研究而言，与有关格式条款、情事变更规则、诚实信用原则等著述已经汗牛充栋的情况相比，同样是对合同自由的限制，关于强制缔约的研究在我国仍然比较薄弱，相关资料也乏善可陈。在合同法的著述中，对于强制缔约制度，学者要么只是将其作为对合同自由予以限制的制度而一笔带过，要么就根本不予提及。因此，强制缔约制度在我国合同法理论上仍然是一个较为新颖的论题，目前对这一制度尚缺乏全面的、系统的深入研究。这一现状显然与自19世纪晚期尤其是20世纪中期以来，在合同立法上越来越强调法律应该保障合同当事人的力量均衡性，以符合合同公正原则以及合同法的社会化趋势日益增强这一历史进程不相适应。

强制缔约制度是现代合同法上的重要制度，在建设社会主义

① 梁慧星：《从近代民法到现代民法》，载《中外法学》1997年第2期。

② 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2001年版，第43—44页。