

论强制缔约制度--“ 契约自由 ” 另种解读 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E8_AE_BA_E5_BC_BA_E5_88_B6_E7_c122_480638.htm

【内容提要】强制缔约制度对契约自由原则的冲击是有目共睹的，以至于人们惊呼“ 契约死亡 ” 了，果真如此吗？本文将从哲学、经济学的角度来阐释契约自由原则的不朽和强制缔约制度的法理基础，强制缔约实现了整体的自由。由于我国违反强制缔约义务责任体系的不健全，给司法实践带来混乱。同时对受害人的利益保护造成损害。

【关键词】契约自由 完备契约 强制缔约

引言 契约自由原则是市场经济的内在要求。对契约自由中的“ 自由 ” 的解读，哲学上就有“ 形式自由 ” 与“ 实质自由 ” 之争，对“ 契约自由 ” 的理解也是众说纷纭，莫衷一是。通常对“ 契约自由 ” 的理解为“ 是否缔约的自由，与谁缔约的自由以及决定契约内容和形式的自由 ”。而现实中，人们往往不能自由选择与谁缔约，尤其一些垄断性并具有公益性的行业，普通人几乎没有选择的机会，于是产生了强制缔约制度，以匡护“ 契约自由 ” 原则。所谓强制缔约，指个人或企业负有应相对人的请求，与其订立契约的义务。易言之，即对相对人的要约，非有正当理由不得拒绝承诺（笔者注：强制承诺）。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。对于强制缔约制度的阐释，必须要了解其存在的合理性，所以笔者必须从契约自由原则谈起。

一、契约自由原则非“ 自由 ” 人的自由是一种行动的自由，是选择的自由。从自由的主体角度来说，一个理性主体应该被免于被专横的强制，但是，这并不

是意味着主体的外部行为不受任何约束。事实上，自由一方面强烈地要求摆脱限制，另一方面又迫切地需要限制。正如博登海默所总结的：“如果我们从正义的角度出发，决定承认对自由权利的要求是根植于人类自然倾向之中的，那我们无论怎样也不能把这种权利看作是绝对的和无限制的权利。任何自由都容易被肆无忌惮的个人和群体所滥用，因为为了社会福利，自由必须受到某些限制，这是自由社会的经验。如果自由不加以限制，那么任何人都会成为滥用自由的潜在受害者。无政府的政治自由会演变为依赖篡权者个人的状况。无限制的经济自由会导致垄断的产生。人民出于种种原因，通常都乐意使他们的自由受到某些对社会有益的控制。他们愿意接受约束，这同要求行动自由的欲望一样都是自然的。前者原于人性的社会倾向，而后者则根植于人格自我肯定的一面。”约翰·杜威也认为：“自由是相对于既有的行动力量的分配情况而言的，这意味着说没有绝对的自由，同时也必然意味着说在某一地方有自由，而另一地方就有限制。在任何时候，存在自由系统，总是在那个时候存在限制或控制系统。如果不把某一个人能做什么同其他人们能做什么和不能做什么联系起来，这个人就不能做任何事情。”可见，人的自由从来没有绝对的，如果自由不受限制，人们将最终失去自由。从契约整个发展史看，契约自由原则从其萌芽到成熟都受到约束和限制，“绝对契约自由”是不存在的。正如梅因所言，“强行法（imperative Law）”已经放弃了它一度占据的领地的绝大部分，并且允许人们享有决定自己行为规则的一种自由。由此可见，契约自由只是在强行法放弃的领域有效。在历史上，对契约自由的约束是自契约法诞生以来

就有的，且不说早在古巴比伦《汉谟拉比法典》中，就规定了禁止以债务人的终身奴役为担保的借贷契约，并限定了借贷的最高利率（谷物为三分之一，银子为五分之一），契约自由原则萌芽的象征--诺成契约，罗马法对其形式规定了繁琐的套语和限制条件。即使是在以契约自由主义为圭臬的《法国民法典》中，也有多处对契约自由的限制，例如其第1598、1660、1907条就分别对买卖契约标的物、买回契约期间年限、借贷契约利息作了限制性规定。另外，根据古典契约法的原则，欺诈、胁迫、乘人之危等行为都将导致契约效力上的瑕疵。从契约自由的理论基础看，契约自由亦是受到限制。契约自由原则的理论根基于平等原则，这就要求当事人之间订约能力与机会平等。然而这种形式平等却造成更大的实质不平等--此为康德理论矛盾所在。因为任何个体与他人之间必有先天差异，如不问男女老幼、教育水平、经济地位等因素，贸然依此原则订约，在强弱悬殊的情形下，处于劣势者，必然无法平等与他方议约，甚至陷入任人鱼肉的境地。从契约本身的固有缺陷看。那些“假如可强制履行，就能理想地实现当事人目标的契约”被称为完备契约。完备契约是有效率的契约，但它只是一种理想化的理论模型，它的成立有赖于个人理性和市场环境两方面的假设。其中个人理性假设包括：稳定的偏好，受约束的选择，最大化；市场环境假设包括：没有不利的第三方效应，充分的信息，众多可选择的契约伙伴，零交易成本。如果这些假设动摇或者不存在，“契约失灵”现象就会出现，完备契约梦想就会破灭。因此，契约法主要规制不完备契约：一方面“有选择地而非严格地履行当事人之间达成的契约条款”，另一方面则“通

过加入遗漏条款而使当事人的协议更完美”，例如大量被认为是契约的默视条款的法律规定，一旦当事人没有在契约中明示排除其适用，这些规则便自动成为契约的一部分。正因如此，构成了对契约自由的限制。综上所述，自由仅为“某种由限制性规则划定的保留地”，任何时代的自由都无不以限制为基础。契约自由，正如其他任何自由一样，从来都不是绝对的，都或多或少的受到限制。亦可见，契约自由非“自由”。由此，强制缔约亦有其存在的合理性基础。

二、强制缔约制度法理基础

尽管契约自由并非“绝对自由”，并且人们对法律明文规定强制缔约制度仍不免惊呼契约自由原则的“流弊”、“衰落”、“死亡”了。然而契约自由作为现代合同法核心原则的地位是无可争议的。那么强制缔约在这核心原则下存在的法理基础是什么呢？以下笔者将就此做浅显的探讨。

首先，契约“自由”可能阻却正义。契约自由原则虽然起源于罗马法的私法，但真正明确提出这一原则是在政治领域，当时人们把契约当作“正义”的象征，倡导契约自由就是提倡正义。随着社会经济的发展变化，契约自由原则已经偏离其自身价值，尤其在契约主体出现巨大差异、当事人没有足够可供选择的伙伴等复杂情况出现时，强制缔约制度可以在某种程度上恢复契约自由原则的某些价值。罗尔斯就认为正义原则包括两项相当不同的原则：“第一个原则要求平等地分配基本的权利和义务；第二个原则则认为社会和经济的不平等（例如财富和权力的不平等）只要其结果能给每一个人，尤其是那些最少受惠的社会成员带来补偿利益，它们就是正义的。”在这两项原则中，第一个原则又称平等自由原则，它是首要的，是第二个原则的基础；第二个原

则又称不平等的自由原则，是第一个原则的延伸和发展，该原则是机会公平、平等原则和差别原则的结合。罗尔斯进一步认为，差别原则导致了纠正原则。形式上的契约自由必然导致实质不平等，因而产生契约自由的纠正制度之一--强制缔约。其次，“所有的法律规范、法律制度和法律活动（立法、司法、诉讼）归根结底都是以有效利用自然资源，最大限度地增加社会财富为目的，效率原则是法律得以建立的基础，也是法律唯一的出发点和归宿。”理查德·波斯纳在阐明法律经济分析的效益宗旨时说：“法律的经济分析的一个重要问题是：是否及在何种情况下，非自愿性的交易（指法律强制下的交易--笔者）可能会提高效益。”所以强制缔约制度即使不是为实现经济效益而设立，但其经济效益还是不可抹杀的，最明显是强制缔约制度节省了交易费用。例如，订约时，省去了选择合同当事人的费用、了解其内部情况，并且提高了交易的成功机率。再次，强制缔约制度增强整体自由。所谓自由主要指意思自由，法国学者沙丹认为意思的决定过程可以分为四个阶段：意念、熟虑、选择和实行。在意思决定过程的前两个阶段，外力不断地影响个人的思维过程，为意思的准备阶段；到了第三阶段，意思决定最终形成；到了第四阶段，意思决定便付诸实施。在这个阶段中，尽管在意思决定准备阶段不是自由的，受很多外力的影响，但意思决定的最终作出只能依靠本人，即意思的最后决定是自治的。虽然这一论断过于牵强，但可以看出无论如何贯彻契约自由原则，人们的订约过程都要受到外界的影响。强制缔约只是在缔约过程中的某一环节给予一定的限制。另一方面，假定将“当事人双方决定契约的自由”的总量看成一个定值

的话，那么自由在双方之间的分配就是一个类似于“零和博弈”的过程，我们无法简单地说，强制缔约扼杀了契约自由，因为它所制约的只是契约当事人一方的自由，而另一方的自由显然是得到了加强。因此，缔约的过程应该是“整体自由”。基于此，笔者认为强制缔约是符合契约自由的。最后，强制缔约是社会发展的需要。现实主义法学家主张法律应该是模糊的，内涵少而外延宽广，不是现在的教条规则，以便增强法律的灵活性，使法律更好的服务于社会。所以对契约自由原则的理解，也应当灵活解释。总而言之，强制缔约制度有其存在的理论和现实依据。强制缔约制度对契约自由造成了一定的冲击，同时又何尝不是对契约自由原则的完善和其价值的匡正呢！

三、强制缔约的范畴

从上文论述，我们已经了解契约自由并非绝对自由，法律从方方面面面对契约自由进行限制。其中强制缔约就是对契约自由限制之一。强制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。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，对其履行的直接后果是出现所谓的强制合同。笔者认为强制缔约主要是对选择契约相对人自由、缔约内容和缔约自由的限制，而不仅仅是对承诺上的强制。由此，笔者将强制缔约可以分为：内容型强制缔约、对象型强制缔约和强制承诺。

首先，内容型强制缔约是指强制主体从事积极行为以订立某种类型的契约。这种类型的强制缔约大多是基于保护社会公共利益、维护社会稳定和增强个体抗风险能力而设立。这主要存在于保险法律中，例如强制投保第三者责任险

、保险法上强制分保制度和机动车责任险、车辆驾驶人负有强制投保义务等。其次，对象型强制缔约是指强制主体只能与某些特定相对人订立契约。这种类型的强制缔约主要维护财产的效用。强制义务人与某一特定相对人而非其他人缔约，主要手段是赋予一些特殊的法律关系主体一定的优先购买权，使其在同等的条件下获得优先的缔约权利，以此维护财产的效用以及社会秩序的稳定。主要规定于一些有关优先购买权的法律中，如合伙人的优先购买权、共有人的优先购买权、股东的优先购买权和承租人的优先购买权等。这一制度早在拜占庭时期的罗马法上就有规定，中世纪意大利学说上所谓Jusretractus就属于优先购买权。现行的德国民法第504条-514条、1094条-1104条、2034-2037条，瑞士、日本民法典也分别规定了优先购买权。我国《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）》第118条规定：“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，承租人在同等条件下，享有优先购买权。”承租人凭借债权物权化产生的优先购买权而享有在同等条件下要求出租人与之订立房屋买卖合同的权利。相应地，出租人负有在同等条件下同承租人订约的义务。《民法通则》第78条规定共有人优先权、《中华人民共和国农业法》第73条规定的优先承包权、《合伙企业法》第22条规定的合伙人优先购买权以及《公司法》第35条规定的股东的优先购买权等。最后，强制承诺是指法律对义务人附加承诺的义务，强制义务人与所有符合条件的相对人缔约，不得存在差别待遇，主要规制对象是一些公用企事业。例如，《合同法》第289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的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占地位以及所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其他合适的合同当事人，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活动的非正常进行，并且对弱者保护极为不利。合同法第38条规定：“国家根据需要下达指令性任务或者国家定货任务的，有关法人、其他组织之间应当依照有关法律、行政法规规定的权利义务订立合同。”这是国家为了维护全国经济 and 市场的稳定，保护国防军工、重点建设以及国家战略储备的需要和抗洪救灾等需要。我国台湾学者王泽鉴把它称为“命令契约”，即以政府行为取代当事人意思，以示与必须具备要约与承诺的“强制合同”相区别。证券法第87条规定：“收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的90%以上的，其余仍持有被收购公司股票 的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。”这是在公司并购中，证券法为了保护中小股东的利益对公司收购者所设定的强制缔约义务。这一义务可以使目标公司的中小股东有机会脱离已落入收购人控制的目标公司，以体现法律对社会弱者的救济。在这一强制缔约义务中，收购人的“同意”要素也同样被绝对地限制了。

四、违反强制缔约义务的民事责任构建

(一) 强制缔约当事人的条件：首先，必须给付同等条件或合理条件，这是强制缔约必要的前提条件。对于同等条件的含义学者有不同的主张。主要有：绝对同等说、相对同等说。笔者认为，要根据具体情况来采用学说，如果是金钱给付，应该适用绝对

同等说。如果是其他情形，则要采用相对同等说，综合各种情况来认定同等条件。对于合理条件，则要根据当时的社会经济状况、契约标的以及交易习惯等综合因素的价值来决定。其次，当事人基于一定的法律关系享有强制缔约权利或负有缔约义务。当事人基于以下情形可以享有缔约权、负有缔约义务：一是法律的直接规定，主要指一些人们对居于独占地位又关系国计民生的企业享有的缔约权利，如邮电、电信、铁路等。保险法中一些特别的险种的当事人，例如保险法上强制分保制度和机动车责任险等。二是基于一定的民事法律关系为前提而享有强制缔约权，例如承租人享有优先缔约权是基于租赁法律关系。三是基于国家的行政命令，随着我国市场经济的建立，这样的强制合同已经大大的减少了。当然，合同的当事人仍然要具有一般合同当事人的法定条件，例如具有行为能力等。

（二）违反强制缔约义务的民事责任

目前，我国立法上没有明确规定违反强制缔约义务的责任性质及承担方式--这可以说是我国立法的一大痼疾。在我国台湾地区，违反强制缔约义务的责任是适用台湾民法第184条第二项的规定，即适用侵权责任的规定。鉴于我国目前立法确定的侵权责任的规范以及违反强制缔约义务承担方式的责任体系已经成熟，笔者认为要针对不同的情况适用不同的责任原则。首先，对于强制承诺，在民事法律关系中，应适用侵权责任制度。但我国民法通则第106条第2款规定：“公民、法人由于过错侵害国家和集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。”这是我国关于侵权责任的一般规定。其要求受害人对侵权人的过错须举证，不能证明侵权人过错的除非法律另有规定，否则不承担侵权责任。要在违反

强制缔约义务责任中适用这一条款，对于受害人的保护非常不利也是不公平的，而强制缔约义务的出现就是由于合同双方当事人地位事实上的不平等而产生的，其立法宗旨在相当程度上体现着对社会弱者的救济。因此，笔者认为强制缔约责任不能适用这个一般规定，应该上将其列为特殊的侵权责任，采取无过错责任制度，即在违反强制缔约义务的责任构成要件中不以缔约义务方的过错为要件，除非受害人自己的过错或者未给予相当或合理的对价。对于负有强制缔约义务当事人还应负行政责任或刑事责任，因为强制缔约义务的设置也并非为了对受害人的经济损失进行补偿，而主要是要求公共服务部门履行自己应尽的社会职能，满足人民基本的生活需要和维护社会的整体利益。所以，违反强制缔约义务的责任仅仅用民事法律关系调整还是远远不够。其次，对于对象型的强制缔约，应该适用违约责任。一般认为这种违反强制缔约义务也应承担侵权责任。但笔者认为侵权责任的承担方式主要是经济上的补偿，即回复受害人在侵害之前的经济地位。但在违反强制缔约义务的情况下，一般不会给受害人造成直接的经济损失，所以侵权责任并不能保护受害人。如果此时受害人基于强制缔约义务产生的合同关系（对象型的强制缔约义务一般都基于合同关系而产生的法定义务），而主张违约责任，则比较有利于当事人的利益保护。最后，对于内容型的强制缔约，应该适用行政责任制度。因为这种类型的强制缔约多由行政法律法规加以规范或强制。另外，对于违反此种强制缔约义务，因为没有现实的损害特定当事人，其危害的是一种社会的稳定和秩序。所以，因该由国家行政机关加以处罚。（作者：裴士俊，浙江众信律师事务所；王

惠之，宁波市中级人民法院) 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com