

# 论合同的附随义务

陶丹丹

兰州理工大学法学院,甘肃 兰州 730000

摘要:随着商品经济的快速发展,合同的订立在商事领域应用愈加广泛。因此,为了提高自己的商业信誉,不少商家遵循诚实信用的原则,将附随义务大量引入合同中,使其成文化、法定化。但就目前而言,在解决错综复杂的民商领域案件时,仅就附随义务的适用问题就引起了不少争论。因此,本文就附随义务的产生、功能、影响等,进行了初步探讨。

关键词:合同;诚实信用原则;附随义务

中图分类号:D913

文献标识码:A

文章编号:2095-4379-(2017)13-0200-02

作者简介:陶丹丹(1995-),女,汉族,江苏泰州人,兰州理工大学法学院,本科生,研究方向:民商法。

## 一、关于合同理论分析

合同,又称为契约、协议。指的是平等的民事主体之间旨在设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同是一种法律行为,是当事人意思表示达成一致的产物。合同只有依法成立了,才具有在法律上的约束力。我国专门制定了《合同法》来规范在市场经济交易过程中订立合同的行为。《中华人民共和国合同法》的第二条对“合同”做出了界定。但笔者认为此界定还是过于传统片面。并未整体把握合同的订立与履行的整个阶段。除此以外,《合同法》第四十三条是对缔结合同过程中双方保密义务有关事项的规定,第四十三条是对缔约过失责任的有关规定,九十二条也涉及了合同终止后其他义务的规定,这几个条文可以说是合同行为作出了较好的行为标准。对规范交易行为、稳定市场秩序起到了良好的作用。

## 二、诚实信用原则的价值分析

合同的签订是涉及多方利益的行为。因此,在合同签订过程中应严格遵循五大原则:平等原则、自愿原则、公平原则、诚实信用原则及公序良俗原则。这五大原则在我国《合同法》中都有着具体的诠释。其中,第六条规定“当事人之间行使权利与履行义务时都应该遵循诚实信用的原则。这一原则对当事人的要求就是恪守信用、履行承诺,不得利用欺诈、胁迫等手段损害他人利益与社会公共利益与他人合同行为。诚实信用原则被我们称之为“帝王条款”,其实质是道德标准的法律化。它规制着合同的订立、履行、变更、解除等过程中合同双方当事人的行为。不仅为当事人进行的民事活动制定了较为严格的行为标准,更是对经济的良好运行起到了十分重要的作用。简言之,合同关系是利益关系,使各方当事人利用自己的现有资源与他人就行利益合作与交换等商事行为,期望实现自己利益的最大化,这是签订合同的当事人利益的理想化状态。也即以尽可能小的投入实现最大的产出。因此,不可避免地,当某一方的利益受损或获利不大时,他总会想尽办法来改变自己的尴尬境地。有时会与公共利益、他人利益相冲突,此时,诚实信用原则对于此情况可以适用,旨在平衡利益杠杆的不当倾斜。使合同关系重新回到高效率、高质量的运转轨道。这一重新归正正是通过诚实信用原则来对合同制度的正

确调整。更趋于合理化的经济,进而避免了交易过程中许多不必要的争端,降低了交易成本,实现了经济的良好功能。

## 三、合同附随义务的价值及法律责任

### (一) 合同附随义务的价值

合同附随义务的出现是顺应时代经济发展的潮流的结果。其完善了法律上对经济交往过程中发生的经济关系的规制。何为附随义务?学者们意见不一。主要的争议聚焦于此义务是约定形式还是法律规定的。一方认为,附随义务是意定之约,可以不附从于主合同义务中。其只是出于诚实信用原则,出卖人通过提高自己的服务质量,旨在提高自己的商誉所增加的附随义务。如:忠实、保密义务。另一方则认为,附随义务是法律上直接规定的,我国《合同法》分别从第四十二条、四十三条、六十条、九十二条几个条文中依次规定了缔约合同过程中履行期间及合同终止后的附随义务。使得合同义务的内容得到了扩张,以此彰显出附随义务其不容忽视的价值:

1. 积极地推动主给付义务实现的进程,使债权人能够收获高质量、高效率的给付利益。典型例证:在买卖房屋交易时,卖方应协助买方办理房屋产权过户手续;在商店买花瓶,商家为顾客包装好花瓶,防止破碎。

2. 尽可能地维护他方当事人的合法权益。例:在履行雇佣合同时,雇主应为受雇人提供安全的工具,避免其受到人身伤害;消费者到商店买高压锅时,店主应告知其注意义务,防止消费者的不当使用而发生灾难。

3. 是顺应了社会契约关系发展趋势的反映。究其本源,德国学者在讨论研究合同给付义务及其履行时提出了附随义务这一概念。附随义务的产生与发展其实就是契约关系不断发展的产物。在人类社会早期,人们根据身份和习惯来确定社会关系。个人的人格独立,人身自由等都得不到平等的对待。后来,商品经济发展,个人的私权利得到了更多的关注,每个人都为实现自己利益的最大化而努力。此时,契约的订立成为了实现这一利益的基础。契约崇尚自由、平等、公正,为了追求实质的正义,各国纷纷对契约进行了重新的审视,要求人们遵循诚实信用的原则。因此,造成了在合同中约定更多的附随义务,力争实现公平、正义的

(下转第199页)

够更加灵活应对。

#### 四、新型价格操纵的影响

高频交易促进市场流动性。高频交易对市场流动性的需求较高,高频交易的实施也能最大程度的促进市场流动性,提高市场活跃度,从而吸引更多交易方加入市场。

高频交易的价格发现功能。高频交易能够发现并消除市场暂时出现的无效率之处,有利于证券市场更好的测试金融工具的价值,促进公正的市场价格的形成。<sup>[4]</sup>

高频交易的不稳定性。高频交易极大程度上依赖电子计算机技术和系统软件的应用,一旦软件运行过程中出现失误或是算法存在缺陷,则会对证券市场的稳定性造成不利的影 响,这一点从“816 乌龙指”事件上便可窥探一二。

#### 五、监管建议

对于新型价格操纵的监管,主要可从立法、监管、投资者三方入手。

##### (一) 立法层面

对于价格操纵,《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》)已经做了较为详尽的规定。《证券法》第八十条规定“禁止法人非法利用他人账户从事证券交易;禁止法人出借自己或者他人的证券账户。”意图在于禁止一人实际控制多账户进行关联交易、自买自卖恶意影响证券市场证券价格,从而非法获利的行为。

在利用价格操纵所得非法收入方面,《证券法》第二百零三条亦规定“违反本法规定,操纵证券市场的,责令依法处理非法持有的证券,没收违法所得,并处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款;没有违法所得或者违法所得不足三十万元的,处以三十万元以上三百万元以下的罚款。单位操纵证券市场的,还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告,并处以十万元以上六十万元以下的罚款。”

针对市场上出现的新型价格操纵行为,证监会虽已出台了《证券期货市场程序化交易管理办法(征求

意见稿)》(以下简称“征求意见稿”),并对高频交易进行了一系列的限制,但最终因2016年夏天A股市场的暴跌而“搁浅”。征求意见稿中的建议部分内容可能过于严厉,但其中一些措施,诸如对高频交易者进行备案登记等管理办法仍然值得保留。

##### (二) 监管层面

在证券监管的制度方面,中国证券市场的监督以行政监督为主,自律监督为辅。笔者认为,强化监督应当双管齐下。中国证券监督管理委员会加强对证券交易活动的监管,尤其是“事后监管”的力度,以求将部分不法证券行为所带来的不良影响降至最低。

同时证券性自律组织,诸如证券交易所、中国证券投资者保护基金公司、中国证券登记结算公司、中国证券业协会等应当加强对自身以及参与会员的监管。《证券法》第一百一十五条第三款规定“证券交易所根据需要,可以对出现重大异常交易情况的证券账户限制交易,并报国务院证券监督管理机构备案。”

##### (三) 投资者角度

由于“羊群效应”在普通投资者中仍然十分常见,普通投资者在参与证券活动的同时,应当理性思考,冷静判断。尤其是市场出现异常的波动时,不可急躁,盲目投身市场的“洪流”之中。

机构投资者参与市场活动更应该加强对自身的自律监管。程序化交易并不等于违法操纵市场,但在尝试新的技术以获得最大利益的同时,更应当紧守底线,切勿刀尖上起舞。

#### [ 参 考 文 献 ]

- [1]叶伟.我国资本市场程序化交易的风险控制策略[N].证券市场导报 2014.8.
- [2]李凤雨.高频交易对证券市场的影响及监管对策[J].上海金融 2012.9.
- [3]李凤雨.高频交易对证券市场的影响及监管对策[J].上海金融 2012.9.
- [4]李凤雨.高频交易对证券市场的影响及监管对策[J].上海金融 2012.9.

(上接第200页)

目标。使当事人的权益得到了更多保障。

##### (二) 违反合同附随义务的法律 责任

诚实信用原则是合同订立、履行过程中应遵循的“帝王条款”。因此,附随义务也是基于诚实信用原则而产生的。笔者认为,理论上,违反合同义务也应该属于违约。违约,即违反法律的明确规定或者当事人的约定。而法律中明确规定的或当事人约定的内容既涉及了主合同义务,也包括了附随义务。但又基于附随义务本身的特殊性,其又不可与违反主合同义务时,当事人承担的违约责任相同。因此,实际生活中,违反附随义务时,更多的是金钱上的赔偿损失而非违约方的实际履行。

在法律上,我国《合同法》虽然至今对于违反附随义务时是适用何种归责原则,承担什么责任等问题都

没有明确规定。笔者认为,应当从立法上对责任的承担做出一个完整的规制,即何时适用过错责任原则,何时适用无过错责任原则等。

我国在制定《合同法》时,严格责任原则在规制责任的承担上是适用得最多的一种归责原则。因此,笔者认为,在违反合同义务时,适用严格责任原则也应无异议。

#### [ 参 考 文 献 ]

- [1]王泽鉴.债法原理[M].北京:中国政法大学出版社 2001.
- [2]王泽鉴.民法学说与判例研究(四)[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [3]崔建远.合同法[M].北京:法律出版社 2000.
- [4]李开国.合同法[M].北京:法律出版社 2002.
- [5]王利明.违约责任论[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [6]徐国栋.民法基本原则解释[M].北京:中国政法大学出版社 2001.