

缔约过失责任适用范围的立法瑕疵与立法完善

——从缔约过程的不同阶段进行考察

任以顺, 矫立辉

(中国海洋大学 法政学院, 山东 青岛 266100)

摘 要: 缔约过失责任是一种独立的民事责任形态, 对其加以规定的我国《合同法》存在适用范围用语不精确的缺陷。从缔约过程时间段的角度来观察, 缔约过失责任的承担, 可能适用于要约邀请、合同成立前、合同成立后至生效前、直至合同生效后的各阶段中当事人违背诚实信用原则的行为。因此, 《合同法》第42条“订立合同过程中”的用语应修改为“在合同订立全过程直至生效前的各个阶段”, 以扩大缔约过失责任可适用的范围, 以期与违约责任制度实现更好的衔接, 提高法律适用的准确性和可操作性。

关键词: 缔约过失责任; 缔约过程; 立法瑕疵; 立法完善

中图分类号: F326.403

文献标识码: A

文章编号: 1009-(2009)01-0045-04

缔约过失责任, 又称先合同义务, 是指当事人在订立合同的过程中, 因违背诚实信用原则而给对方造成损失的赔偿责任。笔者拟从《合同法》第四十二条确立的缔约过失责任制度入手, 试对其适用范围加以探讨。通过讨论, 以期从缔约过程的不同阶段加以考察, 完善缔约过失责任适用范围的立法瑕疵。

一、缔约过失责任的立法瑕疵

德国著名法学家耶林在1861年发表的《缔约上的过失: 契约无效与未臻完全之损害赔偿》一文被法学界公认为是缔约过失理论的滥觞。经各国民商法学界的多年研究与完善, 目前该理论已经较为确定和成型, 并在许多国家的立法中得以体现和确立。缔约过失责任适用的时间范围, 是缔约过失理论中一个至关重要的问题。在笔者参阅的大量相关资料中, 对缔约过失责任适用的时间范围, 无论是法学理论界还是立法实践中, 基本上都被表述为“缔约过程中”。我国《合同法》第42条同样也使用了与上述相同的用语, 规定“当事人在订立合同过程中有下列情形之一的, 给对方造成损失的, 应当承担损害赔偿责任……”。

在人们的一般理念中, 合同订立完毕, 合同即告成立。反之, 合同成立是合同订立的标志和终点。“订立合同的过程”无非是指从要约到承诺的全部过程, 其截止点为合同成立。然而, 由于合同的订立是两个以上当事人意思表示并达成合意的状态和过程, “订立合同”实乃一个动态的行为与静态的协议的统一体, 有时需要当事人经过反复磋商洽谈、讨价还价才得以成功, 而合同的成立与生效并非必然同步和一致, 已经成立的合同未必能够当然地或立即地生效。以此看来, 《合同法》第42条中所谓“订立合同过程中”的准确法律含义令人质疑。“订立合同过程中”究竟是指什么? 从时间段上来看, 到底是指合同成立前还是指合同生效前? 要约邀请是否也属于“订立合同过程”? 法律条文本身并未给出明确的解答。《合同法》第42条“订立合同过程中”的用语显然不够精准, 极易使人对缔约过失责任的适用范围产生困惑与歧义, 极易被依此裁判具体案件时作出随意性解释, 这显然不利于司法实践对法律规范的准确适用。

二、缔约过失责任的应然适用范围

缔约过失责任的理论基础在其发源地德国曾有多种观点, 先后产生过侵权行为说、法律行为说、

收稿日期: 2008-04-27

作者简介: 任以顺(1956-), 男, 祖籍山西应县, 中国海洋大学法政学院法律系教授, 硕士研究生导师, 主要研究方向为商法学与经济法。矫立辉(1982-), 男, 祖籍山东青岛, 中国海洋大学法政学院经济法硕士研究生, 研究方向为经济法。

法律规定说，但各种观点均存在较大的缺陷。目前德国通说认为缔约过失责任的理论基础是民法上的诚实信用原则，据此原则，从事缔约磋商之人，应善尽交易上必要的注意，维护相对人的利益，对于违反此义务者，应就所生的损害负赔偿责任。学理上认为，当事人为订立合同进行磋商时，相互之间已建立起一种信赖关系。这种信赖关系不以给付义务为内容，但依照诚实信用原则，在相互之间产生了协力、通知、照顾、保护和忠实等附随义务。对于上述义务的违反，即应承担缔约过失责任。我国《合同法》亦采纳了相同的学理，在第42条第3项中从反面明确规定了缔约过失责任的理论基础，即这些行为违背了“诚实信用原则”。

认真考察分析可以发现，在合同订立的全过程中，以至在要约邀请阶段以及合同成立至合同生效的阶段，都是可能产生缔约过失责任的。

（一）合同成立前

当一项要约发出后，当事人之间将随即展开接触、讨价还价等各种谈判活动。在此过程中，各方必将花费一定的人力、财力和物力，相互之间自然难免会了解对方的一些情况，甚至包括商业秘密。协力、通知、照顾、保护、忠实等义务必然会产生于其间，当违背上述义务及诚实信用原则时，当事人之间也就会发生缔约过失责任。按照《合同法》第42、43条的规定，此阶段的缔约过失责任已经有了较全面的规定，无论对“订立合同过程中”作如何理解，合同成立之前的阶段均当是其应有之意。而根据目前较为权威的合同法著作，“订立合同过程中”指的就是“合同未成立”，笔者对此持不同意见，详见下文的分析。

值得思考的是，要约邀请是否有适用缔约过失责任的可能？要约邀请，是指一种希望他人向自己发出要约的意思表示，自然是发生于合同成立之前。从法律性质上看，要约邀请是一种缔约的准备行为，此时，当事人仍处于订约的准备阶段。然而，在此阶段，善意相对人为订立合同而为相关的准备活动是正常的商业行为，并有可能因此错过其它商业机会。若一方是出于恶意发出要约邀请，并致使善意相对人受骗而错失商机或遭受其它损失，也应当是信赖利益遭受损害的体现，恶意的一方当事人属于故意违反诚实信用原则。在此情形下，善意相对人通过追究侵权责任方式求得法律救济似乎有些牵强，违约责任更无适用的可能，根据诚实信用原则被违反和信赖利益遭受损失的前提，恶意的要约邀请适用缔约过失责任是符合其理论基础的，因此，恶意的要约邀请完全可能引发缔约过失责任。至于善意的要约邀请，因其并不违背正常的交易秩序，并有其自身的合法性和合理性，不应当适用缔约过失责任。

（二）合同成立后至生效前

合同在其成立后并非必然生效，可能会出现无效、效力待定和不生效等情形。

1. 我国《合同法》第52条规定：“有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的规定。”上述情形下已成立的合同发生自始、当然、绝对无效的效果。之所以无效，是因为这些已成立的合同从本质上违背了法律规定，因此国家不承认此类合同的效力。导致无效可能归因于一方当事人也可能归因于多方当事人，有过错的当事人应承担因其过错而致对方所遭受的信赖利益的损失。《合同法》第58条对这种情况下的缔约过失责任作了一般性的规定，“合同无效或被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或没有必要返还的，应当折价赔偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”虽然该法条在字面上未明确损害赔偿责任的请求权基础，但学理上基本认为这是关于缔约过失责任的规定。据此规定，无效合同导致的缔约过失责任的承担方式有返还财产、折价赔偿和赔偿损失。

2. 效力待定合同是指合同欠缺有效要件，能否发生当事人预期的法律效力尚未确定的合同。只有经过有权追认其效力的人的追认，才能补足欠缺的有效要件，使合同发生当事人预期的法律效力；如

有权追认的人在一定期间内不予追认,则合同归于无效。具体包括如下情形:(1)无行为能力人或限制行为能力人所订立的依法不能独立订立的合同;(2)无权代理人订立的合同;(3)无处分权人订立的合同。效力待定合同往往并不具有积极的侵害社会公共利益的情形,不违反法律强制性规定,与合同目的没有根本性的抵触。第一种情形下自不会有责任的产生。第二种情形无权代理人并不是合同的一方当事人,主体不适格,因此也不承担因合同而生的缔约过失责任。第三种情况在《物权法》颁布生效前是适用缔约过失责任的,《物权法》采纳了物权区分原则,明确区分了不动产物权变动和作为其变动基础的行为的各自效力,该法第14条规定:“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,依照法律规定应当登记的,自记载于不动产登记簿时发生效力。”第15条规定:“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同,除法律另有规定或者合同另有约定外,自合同成立时生效;未办理物权登记的,不影响合同的效力。”这就在我国民事立法上首次认可了不动产物权变动与其基础行为合同各自独立的效力。当无权处分的是不动产时,若未发生物权变动的效果,并不影响合同的效力,合同有效而非无效,有过错的一方当事人得负违约责任,这就排除了缔约过失责任适用的可能,可以说,这是此次物权立法进步的一大表现。但在动产物权变动时,法律未作如此规定,所以争议较大的《合同法》第51条在无处分权人事后未获追认的情况下,处分动产的合同究竟是有效还是无效,理论界的意见并不一致。如果采纳合同无效说,那么在无权处分人和善意第三人之间是适用缔约过失责任的;如果与不动产的情形相同,合同被认为是有效的,应当适用违约责任。

3. 合同不生效的情形指的是合同成立后诸如未履行法定登记义务或附生效条件由于条件不成就而导致并未如预期达到生效效果的状态。笔者认为其范围应当是合同成立后排除掉无效合同、可撤销合同和效力待定合同后的其它未能生效的合同。这种样态的合同在学理上尚未得到足够的研究,但王利明等学者均承认其存在及其理论意义,而笔者认为适用缔约过失责任正是其理论价值之一。如果一项合同的生效需履行法定登记手续,由于可归因于当事人的事由而未履行此义务致使合同不生效力,有过错的当事人难免给他人造成信赖利益的损失,也违背了诚实信用原则,应当由其承担缔约过失责任。在附生效条件的合同情形下,恶意促使条件不成就的,法律视为已成就,并不妨碍合同的生效。但当当事人过失造成条件不成就的,因其主观上并无恶意,合同并不能借助法律的强制性规定而生效。若有过失的当事人不承担责任则有违公平原则,考虑到这种情况也会造成他人信赖利益的损失,所以缔约过失责任也有适用的必要。在其它合同不生效的情形,只要损害了他人的信赖利益,且违反了诚实信用原则,适用缔约过失责任在理论上是能够说得通的,且在实践中也具有适用意义与价值。否则,在无法适用违约责任和侵权责任的前提下,将会造成民事责任体系的不连贯,也会致使当事人间权利义务分配的不公。

(三) 合同生效后

合同生效后通常即进入正常的合同履行阶段,然而,一些法定因素的存在使生效的合同可能被撤销或变更。《合同法》第54条规定:“下列合同,当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销:(一)因重大误解订立的;(二)在订立合同时显示公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的,人民法院或者仲裁机构不得撤销。”因这些原因被撤销或变更的合同在责任的承担上与无效合同是一致的,均适用《合同法》第58条的规定,根据理论上的主流意见,这也是缔约过失责任。

此外,合同生效后而效力一直未有瑕疵的情形也有适用缔约过失责任的可能。理论上一般认为合同生效后就开始适用违约责任,同时排除了其它责任形式适用的可能。亦有学者对此持反对意见,认为不论合同最终是否生效,只要在合同生效前的阶段当事人违反了诚实信用原则,侵害了对方的信赖利益,有过错的一方就应当承担违反先契约义务的责任。实际上,合同生效后适用缔约过失责任针对的是合同生效前当事人违反诚实信用原则的行为,只不过是将其过错延续到此时

来追究而已。正是由于责任承担发生在合同生效后，所以一项生效的合同亦有可能适用缔约过失责任来救济当事人信赖利益在合同生效前所遭受的损失，这与违约责任并不发生竞合，理论上也不产生冲突。由此观之，合同生效后也有适用缔约过失责任的可能。

三、缔约过失责任的立法完善

综合上述分析我们可以看出，我国现行《合同法》第42条规范缔约过失责任适用的时间范围时使用的“订立合同过程中”的提法，存在用语不精确和时间范围过分狭窄的明显缺陷，因此，笔者认为应当将《合同法》第42条修改为：“当事人在合同订立全过程直至生效前的各个阶段有以下行为之一，并且给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任……”。鉴于学界通说认为要约邀请亦属于合同订立的一个非必要性环节，对《合同法》第42条作如此修改完善，即可将当事人在合同生效前的要约邀请至合同生效各个阶段的缔约过失行为全部囊括其中，且不会造成“订立合同过程中”一般理解上的分歧，这更有利于司法实践的操作。

诚然，从民事责任体系的宏观角度考量，缔约过失责任是独立于违约责任的一种法律责任形态，将其规定于债法总则中更符合民事法律科学体系的要求。但由于我国短时间内尚不具备出台一部科学完整的《民法典》的条件，因此，在合同法中对其作出规定较之以前的立法也是一大进步。对《合同法》缔约过失责任瑕疵的修正，不仅可以使该制度更为完善，也便于与违约责任制度实现更好的衔接，在合同当事人间建立更合理的责任体系，同时还可以为未来的《民法典》提供更好的制度基础。

参考文献：

- [1] 王泽鉴.民法学说与判例研究(第一册)[M].北京:中国政法大学出版社,2005.82-97.
- [2] 王利明.合同法研究(第一卷)[M].北京:中国人民大学出版社,2002.302-344.
- [3] 李永军.合同法[M].北京:法律出版社,2004.147-158.
- [4] 陈小君.合同法学[M].北京:高等教育出版社,2003.106-114.
- [5] 王培初.缔约过失责任研究[M].北京:人民法院出版社,2004.134-144.
- [6] [德]迪特尔·梅迪库斯著.邵建东译.德国民法总论[M].北京:法律出版社,2001.338-348.
- [7] 邹雄.违反先契约义务责任探讨□兼谈《合同法》第42条的实现[J].现代法学,1999,(5):65-67.
- [8] 韩世远.我国合同法中的缔约上过失问题研究[J].法学家,2004,(3):122-127.
- [9] 吴卫星.对缔约过失责任概念之界定[J].政法论丛,1999,(1):19-21.
- [10] 谭睿娟.对缔约过失责任概念争议的探讨[J].山东社会科学,2007,(3):138-140.
- [11] 钟奇江.论缔约过失责任的构成要件与适用范围[J].湘潭师范学院学报(社会科学版),2005,(2):54-57.

Legal issues on contract fault liability

REN Yi-shun, JIAO Li-hui

(School of Law and Political Science, Ocean University of China, Shandong Qingdao 266100, China)

Abstract: Contract fault liability is independent civil liability. There are some expressing flaws on its application scope in Contract Law. From the stage of constituting contract, contract fault liability may be suitable for regulating parties' acts of breaking good faith before and after contract establishment, even after the execution of contract. So the expression- "in the process of constituting contract" of the 42nd item of Contract Law, should be revised as "in every stage of contract establishment until before the execution of contract". Scope of contract fault liability could be extended, in order to improve fault liability system, and increase accuracy and operability of law application.

Key words: contract fault liability; in the process of constituting contract; legislation flaw; legislation perfection

(责任编辑 彩萍)