

DI
YUE

缔约

过失

责任论

GUOSHI ZERENLUN

孙瑞玺 著



知识产权出版社

缔约过失责任论

孙瑞玺 著

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

缔约过失责任论/孙瑞玺著. —北京:知识产权出版社, 2005. 8

ISBN 7-80198-437-4

I. 缔… II. 孙… III. 合同—过失(法律)—民事责任—研究—中国
IV. D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 098004 号

内容简介

缔约过失责任是指在缔约过程中,因故意或者过失违反依据诚实信用原则所应承担的先合同义务,造成缔约当事人信赖利益和固有利益的损失而应当承担的民事赔偿责任。它是大陆法的产物,但其影响却波及到英美法,成为世界性的制度。它有四个构成要件。缔约过失行为是继合同、侵权行为、无因管理、不当得利之后的第五种独立的债的发生原因,具有独立的法律地位。缔约过失责任的类型不仅包括合同不成立、无效或被撤销,而且还包括合同成立但未生效,效力待定,合同变更或解除,合同有效等。缔约过失责任是损害赔偿责任,其赔偿对象是信赖利益和固有利益的损失。对信赖利益的赔偿范围不受履行利益及“可预见性”规则的限制,实行全部赔偿。固有利益的损害包括精神损害赔偿。对商业秘密间接损失的赔偿有其特殊性。《中华人民共和国合同法》正式建立了缔约过失责任制度,具有重大的理论和现实意义,但仍有不足,有修改和完善的必要。

缔约过失责任论

作者:孙瑞玺

责任编辑:兰 涛

出版发行:知识产权出版社

社 址:	北京市海淀区马甸南村 1 号	邮 编:	100088
网 址:	http://www.cnipr.com	邮 箱:	zscq-bjb@126.com
电 话:	010-82000890 82000860 转 8324	传 真:	010-82000890
印 刷:	知识产权出版社电子制印中心	经 销:	新华书店及相关销售网点
开 本:	850mm×1168mm 1/32	印 张:	6
版 次:	2005 年 10 月第一版	印 次:	2009 年 2 月第 3 次印刷
字 数:	148 千字	定 价:	24.00 元

ISBN 7-80198-437-4/D·365

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

也许是机缘巧合，刚有资格指导研究生论文，就遇到了瑞玺。记得当时他打电话告诉我，希望作为他论文的指导老师。我听说他选取的论文题目是《缔约过失责任论》，自己对这一题目所涉问题还算有所了解，就答应了。没过多久，瑞玺寄来了论文的初稿。看得出来，他确实是下了一番工夫，搜集了大量的资料，对不少问题也尝试性地提出自己的思考。但是也看得出来，他大概是第一次写篇幅这么长的论文，在驾驭资料上尚有欠缺，对一些问题的论述尚欠深入。开门弟子，当然要严格要求。瑞玺由此开始了大约一年多的反复修改，直到最终提交答辩。瑞玺的确是一个有韧劲、有悟性的人。尽管论文最后的定稿，包括呈现在读者面前的这部书稿，仍会有这样那样的不足之处，但我最初对他提出的论文写作要求，即在梳理缔约过失责任理论相关文献的基础上，一方面从解释论的角度出发阐释我国现行民事立法的有关规定，另一方面从立法论的角度出发，评析其不足，提出进一步完善的建议，在文中都有了交代。

跟很多人相比，瑞玺的求学经历不算特别顺利。学习法律，也是半路出家。而立之年以后，又开始攻读硕士学位。其中的艰辛，大概只有瑞玺最清楚。但他咬着牙，一路走下来了，我欣赏他的就是这股不服输的精神，就是这种总向着彼岸前进的理想主义气质。

瑞玺的《缔约过失责任论》要出版了，他没有评职称的压力，也不需要出版一本书来装点门面，只是希望就缔约过失的理论问题

得到更多专家的指点。作为他论文的指导老师,我衷心希望他的愿望能够得以实现,也衷心希望他向着自己的理想,一直走下去。

王 轶*

2005年6月

* 法学博士、北京大学法学院副教授、中国人民大学民商事法律科学研究中心兼职研究人员

目 录

引 言	(1)
第 1 章 缔约过失理论的历史影响	(3)
第一节 缔约过失理论的产生	(3)
第二节 缔约过失理论的影响	(9)
第三节 缔约过失理论与制度在中国	(25)
第四节 小结	(27)
第 2 章 缔约过失责任的概念及构成要件	(33)
第一节 缔约过失责任的概念	(33)
第二节 缔约过失责任的法律特征	(40)
第三节 缔约过失责任的构成要件	(53)
第四节 小结	(60)
第 3 章 缔约过失责任的理论基础	(63)
第一节 缔约过失责任理论基础的几种学说及评价	(63)
第二节 缔约过失责任的理论基础是诚实信用原则	(69)
第三节 小结	(78)
第 4 章 缔约过失责任的法律地位	(80)
第一节 缔约过失责任与违约责任比较	(81)

第二节	缔约过失责任与侵权责任的比较·····	(87)
第三节	缔约过失责任的法律地位·····	(90)
第四节	小结·····	(95)
第 5 章	缔约过失责任的类型·····	(98)
第一节	概述·····	(98)
第二节	缔约过失责任的类型·····	(100)
第三节	小结·····	(127)
第 6 章	缔约过失责任的保护对象和赔偿范围·····	(128)
第一节	缔约过失责任的保护对象·····	(128)
第二节	缔约过失责任的赔偿范围·····	(134)
第三节	缔约过失责任的法律效果·····	(142)
第四节	小结·····	(154)
第 7 章	我国缔约过失责任制度的检讨与立法	
	建议·····	(155)
第一节	立法状况和司法状况·····	(155)
第二节	理解与检讨·····	(168)
第三节	立法建议·····	(173)
第四节	小结·····	(175)
参考文献	·····	(177)
后 记	·····	(181)

引 言

在传统民法债法中,当合同有效成立,当事人应依据诚实信用原则履行合同义务,如果当事人违反约定而履行不能或者履行迟延,那么,违约方则应当承担民事责任,该责任就是合同法上的违约责任。也可以说,在发生履行不能或者履行迟延时,用合同法上的违约责任制度来解决;如果当事人违反不得侵害他人人身权利和财产权利的不作为或者保护他人人身权利和财产权利的作为义务,造成他人人身损害和财产损失,致害人应当承担民事责任,该责任即侵权的民事责任。换句话说,致害人违反法定义务,造成他人人身损害和财产损失,应根据侵权行为法来承担民事责任。现实的问题是,在缔约过程中,即在为缔结合同而进行磋商谈判阶段,因一方当事人故意或者过失,致他方当事人受到损害,上述传统的违约责任制度和侵权责任制度均无法为受害人提供周全的法律救济。为了克服传统法律制度的缺陷,为受害人提供完备的法律保护,缔约过失责任理论便应运而生。

缔约过失理论思想和制度在罗马法中就有萌芽,但第一次明确提出缔约过失责任理论的当属德国法学鸿儒鲁道夫·冯·耶林(Rudolf Von Jhering)。此后,缔约过失理论迅速传播到大陆法系诸国家和地区,并影响到英美法系和有关国际组织。更为重要的是,德国在立法上确立了缔约过失制度,使缔约过失从理论上成为法律制度。由此,其他国家和地区纷纷在立法上引进缔约过失制度,我国亦不例外。

缔约过失理论自产生之日就充满了争议,且至今争议仍在继

续。如缔约过失的名称是否准确？过失是否包括故意？其构成到底包括几个要件？其能否为违约责任和侵权责任所涵盖，法律地位是否独立？其保护对象是仅包括信赖利益，还是同时包括固有利益？其赔偿范围中对信赖利益是否受履行利益和可预见性规则的限制，能否赔偿精神损害？缔约过失责任是否仅有损害赔偿一种法律效果，除此之外，是否还有其他法律效果？对上述问题至今没有形成一致意见。

《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第一次比较全面地规定了缔约过失责任制度，但是否就无懈可击？在司法实践中，为什么很少适用该制度，该制度的可行性是否存在问题？

带着这些问题，笔者将对缔约过失理论的历史影响，缔约过失的概念和构成要件，缔约过失责任的理论基础，缔约过失责任的法律地位，缔约过失责任的类型，缔约过失责任的保护对象和赔偿范围，最后落脚于我国缔约过失责任制度的检讨和立法建议等七个问题进行论述和分析。特别要对我国司法实践中，缔约过失责任制度的适用状况进行分析，以利于缔约过失责任理论和制度的改进和完善。

第 1 章 缔约过失理论的历史影响

第一节 缔约过失理论的产生

一、罗马法中的缔约过失思想和制度

缔约过失(Culpa in contrahendo),在罗马法时期就有了思想和制度的萌芽。罗马法学家有关缔约过失的思想主要表现在以下几个方面:

1. 关于注意义务的思想。罗马法学家提出了“重大疏忽”的概念,并提出了一般注意义务的思想。保罗在《关于法律不知与事实不知》单编本中指出:“然而仅仅是事实不知,对任何人均不构成侵害,除非这个人被认为有重大疏忽。城里所有人都知道的事情,为什么只有他一个人不知道呢?人们对事物的认识是通过一般的注意就能获得的。”^①

2. 关于合意不成立,过失方应承担补偿责任的理论。罗马法学家比较注重契约当事人之间的合意,即一项契约是否成立,关键看当事人是否达成了合意,在优士丁尼的《法学汇纂》中,把这种当事人间的合意称为“协议”。^②如达不成协议,或者协议有瑕疵,则协议不成立或者无效,或者作有利于债务人的解释,或者由过错方

① [意]桑德罗·斯奇巴尼著,丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社1992年版,第35页。

② 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社2004年版,第322页。

承担补偿责任。比如,乌尔比安认为,基于误解不产生合意,如对契约内容有疑问时,应作有利于债务人的解释。^①盖尤斯和保罗均认为,只有合意才能产生债,如果买卖合同就标的达成合意而搞错了标的的,买卖合同成立,但卖方要向买方承担因实际价值不符的补偿责任。即使卖方亦不明知,仍要承担补偿责任。^②

3. 关于欺诈、误解、错误等导致契约履行不公,受损害方可以得到救济的思想。由于大多数欺诈、误解、错误等事实是在订立契约时产生的,因此,有过错造成另一方损害的,应当承担赔偿责任。如契约就标的达成了合意,但另一方故意欺诈对方,对方可以提起欺诈之诉,这时赋予债权人提起欺诈之诉是有理由的。^③

4. 提出了“善意诉讼”的概念。“善意诉讼”是指法官对于当事人的争执,得就整个事实,依照自由心证原则而为自由的认定和判断。巴比尼安在《论问题》第二编中指出:“在善意诉讼中,利息率由审判员在不与法律相抵触的情况下,根据缔约的惯例规定。”^④

在罗马法上,有关缔约过失制度的规定主要表现在买主诉权的规定上,即罗马法上在契约以不能之给付为标的而无效时,买受人若善意无过失,为维护交易安全,在特殊情形下,“承认买主得基于买主诉权(action empta),以诚意诉讼,向卖主请求赔偿因契约

① [意]桑德罗·斯奇巴尼著,丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社1992年版,第16、17、20页。

② [意]桑德罗·斯奇巴尼著,丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社1992年版,第12、23页。

③ [意]桑德罗·斯奇巴尼著,丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社1992年版,第12、24、99页。

④ [意]桑德罗·斯奇巴尼著,丁玫译:《民法大全选译(债·契约之债)》,中国政法大学出版社1992年版,第117页。

无效所受之损害。由此可推知,信赖利益赔偿观念,在罗马法已存在,惟情形不多,适用之范围也较狭小耳”。^① 其具体表现为:

1. 神法物或公有物凡以善意信为私人之土地而买受之,如买卖合同因不融通物致无效的,买主可以依买主诉权向出卖人请求利益之偿还,但此项利益之偿还,以卖方非基于欺诈而生始可。

2. 关于买卖标的,双方当事人虽有意思表示一致,但因契约标的于买卖成立前,业已灭失,无过失的买受人有损害赔偿请求权。

3. 关于神圣物或宗教场所,如庙里之柱廊,如以恶意买受者,其买卖契约无效。但买主系因卖主欺诈其为非神圣物或宗教物而买受者,买主固不能因此而取得所有权,惟其因不能取得所有权所受之损害,得依买主诉权请求赔偿。

4. 遗产如非属于出卖人时,买主得请求填补所受损害之金额。^②

由此可见,尽管罗马法上没有缔约过失的概念,但因契约无效而引起的信赖利益损害赔偿的观念已初露端倪。

二、《法国民法典》中关于缔约过失的思想

《法国民法典》中并没有缔约过失的明确规定,但《法国民法典》继承和发扬了罗马法的基本精神,因此,从继受理论上分析,尽管不明确,但是也有缔约过失的规定。如《法国民法典》关于当事人同意、误解、缔约能力、不法原因导致契约无效等的规定,就体现了缔约过失的思想。又如《法国民法典》第 1108 条规定了契约成立的四要件,其中,当事人具有缔约能力是契约成立的必要条件之

^① 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 240 页。

^② 林诚二:《民法理论与问题研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 240 页。

一。第 1117 条规定,因错误、胁迫、欺诈而缔结的契约,符合相关法律规定的情形和方式为无效。第 1133 条规定,违反善良风俗或公共秩序等非法原因导致合同无效等都体现了缔约过失的理念。^①

三、耶林的缔约过失理论

德国虽承袭罗马法,但《德国民法典》施行前,在德国一部分地区行使的德国普通法有规定,契约无效但信之有效而受损失者,不得请求对方损害赔偿。^②德国法学家耶林(Rudolf von Jhering)认为不妥当。依照其观察,当时德国普通法过分注重意思说,强调当事人主观意思的合致,故不足适应商业活动的需要;要约或承诺的传达失实,相对人或标的物错误,均影响契约的效力,如买受人订购货物,误书 10 镑为百镑时,不仅得拒绝受领商品,对运送费用,且可不必负责;又要约受领人发出承诺后,于承诺生效前,要约人已死亡时,也妨碍契约的成立;标的物客观不能,即使要约人明知,也足以导致契约无效。鉴于上述情形,耶林提出了以下问题,即契约因当事人一方的过失致不能成立时,有过失的一方应否就他方当事人因信赖契约成立而遭受的损失,负赔偿责任?^③

耶林于 1861 年在其主编的《耶林法学年报》第 4 卷上发表了《缔约过失、契约无效与不成立时之损害赔偿》一文^④对上述问题作出了回答:“从事缔结契约的人,是从契约交易外的消极义务范

① 相关条款参阅李浩培等译:《拿破仑法典》,商务印书馆 1997 年版,第 149、150、151 页。

② 刘德宽:《民法诸问题与新展望》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 483 页。

③ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 1 册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 88 页。

④ 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第 1 册),中国政法大学出版社 1998 年版,第 88 页。

畴,进入契约上的积极义务范畴,其因此而承担的首要义务,系于缔约时须善尽必要的注意。法律所保护的,并非仅是业已存在的契约关系,正在发生中的契约关系亦应包括在内。否则,契约交易将暴露在外,不受保护,缔约的一方当事人不免成为他方疏忽或不注意的牺牲品。契约的缔约产生了一种履行义务,若此种效力因法律上的障碍而被排除时,则会产生一种损害赔偿义务。因此,所谓契约无效者,仅指不发生履行效力,非谓不发生任何效力。简言之,当事人因自己的过失致使契约不成立者,对信其契约为有效成立的相对人,应赔偿基于此项信赖而生的损害。”^①这就是耶林缔约过失理论的核心和精髓。该理论的提出标志着缔约过失理论的正式诞生,被德国法学家誉为“法学上的发现”。^②

耶林缔约过失责任理论的提出,促使人们意识到,缔约阶段并非法律调整的“飞地”。人与人之间在这个阶段相互接触,彼此间应负有注意和照顾的义务,而履行此种义务对维护交易安全、制止商业欺诈、促进公正交往、弘扬诚信观念具有重要意义。

同时,缔约过失理论也使法学界认识到,传统民法基于契约自由理论而侧重于形式,立足于契约的成立并生效,以此为对民事法律行为提供民法保护的基本依据,从整体上看至少在两个方面未尽科学。

首先,契约法的功能在于对交易安全保护,但若仅重形式并不能对交易安全提供最有效的保护,纵然交易安全的客观性要求规范化的外在表现,但拘泥于此就难免走向绝对化。法律应该而且

① 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第88页。

② 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),中国政法大学出版社1998年版,第9页。

必须重视民事活动的实质,因为法律对民事活动的保护,最终体现在对实体权益的保护上,而这种实体权益并非完全表现在一纸契约中。孤立地以契约作为划分责任归属的天然界限将使契约一旦归于无效,一切法律保护都将无从谈起。

其次,法律仅保护契约阶段,而不保护先契约阶段是不完备的、不公平的。契约的成立、契约责任的产生,并非凭空虚就,它有一个当事人双方联系、磋商的过程。从要约到承诺的作出,就是这样一个磋商阶段。在此阶段中,不可避免地在一方或双方当事人方面出现不当行为,使双方在先契约阶段受到损失。法律只规定契约责任而无先契约阶段责任,对于缔结契约的当事人的保护是不完备的,是一个残缺的法律制度,这样不完备的制度必然导致对当事人的保护不公平的法律后果。

所以,在法律上规定契约责任的同时,确定先契约阶段的缔约过失责任,既是理论完备化的需要,也是逻辑上完整性的需要。这样使法律不但着眼于缔结后的契约保护,同时,也保护缔结前的磋商阶段。实践证明,正是在这个磋商阶段有诸多被漠然但却对整个契约履行过程起着至关重要的作用的要素。往往合同的不能履行和无效,其根源并不在契约本身,而在于先契约阶段的故意欺诈或疏于通知、注意和照顾,从而埋下契约无效的隐患。

耶林缔约过失责任理论的提出,也是对债的发生根据理论的一种完善。先契约阶段一方的过失产生的债,与其他债,如侵权之债、契约之债、无因管理之债和不当得利之债发生的基础、条件完全不同。所以,从规范互补的角度讲,先契约之债自然是对债的发生根据理论的一种完善。^①

① 田国兴:《论缔约上的过失责任》(未刊稿),1997年北京大学法律学系硕士论文。

第二节 缔约过失理论的影响

一、德国的立法及判例

尽管对每一个读法律的德国人耶林的缔约过失理论皆耳熟能详,但在制定《德国民法典》时,多数起草者认为,该理论不宜全盘接受而采一般责任要件,仅在若干情形规定了缔约过失责任。因此,1900 年制定的《德国民法典》仅在以下情形规定了缔约过失责任制度。

(一)意思表示因缺乏真意而无效或者因错误、传达不实被撤销而产生的缔约过失责任

《德国民法典》第 118 条、第 119 条和第 120 条分别规定了“缺乏真意”而作出的意思表示无效、因“错误”的意思表示和“传达不实”的意思表示可予以撤销。在发生上述情形时,《德国民法典》第 122 条规定了“撤销人的损害赔偿义务”,即“(1)意思表示根据第 118 条的规定无效,或者根据第 119 条和第 120 条的规定撤销时,如果该意思表示系应向另一方作出,表意人应赔偿另一方,其他情况下应赔偿第三人因相信其意思表示为有效而受到的损害,但赔偿额不得超过另一方或者第三人为意思表示有效时所受利益的数额。(2)如果受害人明知或者因过失不知(可知)意思表示无效或者撤销的原因,表意人不负赔偿责任”。

(二)以自始不能的给付为标的的订立的合同无效时的缔约过失责任

《德国民法典》第 306 条规定,以不能的给付为标的的合同无效。第 307 条规定了该合同无效时应承担的缔约过失责任,即赔偿“消极利益”损失:“(1)在订立以不能的给付为标的的合同时,明知或者可知其给付为不能的一方当事人,对因相信合同有效而受损害的另一方当事人负损害赔偿义务,但赔偿额不得超过另一方

当事人在合同有效时享有的利益的金额。另一方当事人明知或者可知其不能的,不发生赔偿义务。(2)如果给付只是部分不能,且合同就其他可能部分仍为有效,或者依选择而定的数项给付中有一项不能的,准用上述规定。”

(三)无权代理缔约过失责任的规定

《德国民法典》第179条规定了“无代理权的代理人”的责任:“(1)以代理人的身份订立合同的人,如果不能证明其有代理权,而且被代理人又拒绝追认的,合同另一方当事人有权依其选择责令代理人履行义务或者赔偿损害。(2)代理人不知其无代理权时,仅对因相信其有代理权而受损害的合同另一方当事人负损害赔偿责任,但赔偿额不得超过合同另一方当事人在合同有效时可得到的利益。(3)合同另一方当事人明知或者可知代理人无代理权的,代理人不负责任。代理人为限制行为能力的,亦不负责任,但经其法定代理人同意的行为除外。”

(四)合同违反法律禁止性规定而产生的缔约过失责任

《德国民法典》第309条规定了“违法合同”的缔约过失责任:“合同违反法律禁止规定的,准用第307条、第308条的规定。”因此,该条规定也是缔约过失责任的规定。^①《德国民法典》(第一草案)的立法理由书明确指出,除了上述法定情形外,在缔约之际因过失不法侵害他人权益,应属侵权行为还是对契约义务的违反,是一个法律解释的问题,应由判例学说加以决定。^②于是,借助判例学说的培育,缔约过失在德国已发展成为一项基本原则。正如 Larenz 教授所言:“缔约上过失责任,与其说是建立在民法现行规定之上,毋宁认为系判例学说为促进法律进步,所创造之制度,经长久

① 上述法条均引自郑冲、贾洪梅译:《德国民法典》,法律出版社2001年版。

② Mugdan, Motiven zum. BGB, I, S. 195. 转引自王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第1册),中国政法大学出版社1998年版,第90页。