

卷四

DF-71.8, 240
4

TRIAL

2004年 第六辑

(总第七辑)

审判研究

STUDY

《审判研究》编辑委员会 编

- 孙宪忠 / 请重新思考物权变动规则的基本问题
房绍坤 / 关于先合同义务几个问题的探讨
周永坤 / 定罪量刑不宜考量民情
张利民 / 论诉讼和仲裁的管辖界限
胡云腾 刘 科 / 侵犯知识产权犯罪中的若干争议问题研究
黄继儿 / 民事诉讼中的专家证人与证据
张新民 / 论刑事再审证据的审查及采信
甘 文 / Trips 协定对我国知识产权司法审查制度的影响
徐继军 / 修订诉讼法典 完善诉讼制度



法律出版社
LAW PRESS

2004年 第六辑

(总第七辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

审判研究·2004年第6辑/《审判研究》编辑委员会编.
—北京:法律出版社,2005.1
ISBN 7-5036-5286-1

I. 审… II. 审… III. 审判—研究—中国
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 136495 号

©法律出版社·中国

责任编辑/柯恒

装帧设计/于佳

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法规与大众读物出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/787×960毫米 1/16
版本/2005年1月第1版

印张/16.25 字数/257千
印次/2005年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

电话/010-63939796
传真/010-63939622

法规与大众读物出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
电子邮件/law@lawpress.com.cn
读者热线/010-63939631

rpc8841@sina.com
传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)
传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5286-1/D·5003

定价:20.00元

《审判研究》编辑委员会

主 任：公丕祥

副主任：丁巧仁

委 员：公丕祥	丁巧仁	田 幸	周晖国
叶兆伟	曹立久	屈建国	蔡则民
马汝庆	李克军	徐立新	马志相
帅巧芳	刘 华	李飞坤	张 屹
张年庚	张培成	陆洪生	陆国甫
胡道才	鲁国强	褚红军	刁海峰
李后龙	刘亚平	刘媛珍	何 方
陆鸣苏	沈 莹	周茸萌	范 群
谢国伟	薛剑祥		

主 编： 李后龙

副 主 编： 蔡绍刚 朱建新

编辑部主任： 朱建新（兼）

副 主 任： 魏 明

执 行 编 辑： 孙晋琪 丁 浩

目

录

Trial Study

2004年第6辑(总第7辑)

专家论坛

- 1 孙宪忠/请重新思考物权变动规则的基本问题
6 房绍坤/关于先合同义务几个问题的探讨
14 周永坤/定罪量刑不宜考量民愤
——从情绪的司法走向理性的司法
22 张利民/论诉讼和仲裁的管辖界限

特 稿

- 31 胡云腾 刘 科/侵犯知识产权犯罪中的若干争议问题研究
49 黄继儿/民事诉讼中的专家证人与证据:普通法的观点
57 张新民/论刑事再审证据的审查及采信
81 甘 文/TRIPS 协定对我国知识产权司法审查制度的影响
92 徐继军/修订诉讼法典 完善诉讼制度
——2004 年诉讼法年会综述

专题研究

- 112 陈益群/论习惯和法律在司法领域中的冲突与互动
——兼谈司法公正的评价立场
129 史 笔 沈建东/论诉讼中的暂时权利保护
——兼谈我国诉讼不停止原则的完善
140 陈子煌 杨正宁 张晓松/网络犯罪研究

会议综述

- 150 茅仲华 叶 巍/全国部分法院经济犯罪案件审判工作
座谈会研讨综述

目

录

2004年第6辑(总第7辑)

Trial Study

域外法谈	
小林秀之著 杨本娟译/证据的收集	164
审判实务	
审理房地产案件的几点思考/沈明磊	196
案例分析	
授权书与律师代理费/葛 文	210
——对上诉人某银行与被上诉人某律师事务所 诉讼代理合同纠纷的评析	
竞业禁止纠纷案件审理中的几个问题/吴 颖 陈玲玲	223
——风华公司诉范某某、万某某侵犯商业秘 密、竞业禁止纠纷案评析	
裁判文书	
申丰公司与吴鸿寅等损害公司股东权益纠纷案	231
——江苏省高级人民法院(2004)苏民二终字 第 044 号民事判决书及评析	
审判参考	
江苏省高级人民法院审理减刑、假释案件公示、 听证程序的若干规定(试行)	246

专家论坛

请重新思考物权变动规则的基本问题

孙宪忠*

物权变动这个命题,研究的对象是物权取得、转移、变更和废止的法律规则。比如一个人希望通过买卖合同来取得一座住房的所有权,这里就必然会涉及不动产所有权取得这样一个现实的问题。因为,任何人,即使是没有学习过法律的人都能知道,只是订立合同并不能取得房屋的所有权(订立合同的时候房子可能尚未建造完成),要取得这种所有权必须在法律上另行确立法律根据。同时,交易实践告诉我们,买卖合同中的买受人依据自己的合同权利完全没有办法防止出卖人与第三人订立同样的合同(即法律上统称“一物二卖”的情形),但是房屋的所有权只有一个,只能确定这些买受人中的一个取得所有权,因此,法律确定房屋所有权取得的根据不可能是他们订立的合同。那么,如何确定这里的所有权取得呢?如果合同不是房屋所有权取得的基本根据,那么合同是否应该生效以及产生什么效力呢?类似的问题,在抵押权的设定、使用权的设定以及转让等情形下,都会存在。因此,对于这个问题的探讨,对于市场经济的法律制度的建立具有十分重要的意义。

我国民法学界已经有专门研究物权变动问题的论文,但这些论文,或者在法理上,或者在实践分析上,有一些比较大的缺陷,很难给我国的民法典立法和物权法立法提供得当的支持。比如,就仅仅依据合同是否能够取得房屋的所有权,所有权取得的法律根据到底是什么,合同应该在什么条件下生效以及产生什么效力,物权变动应该在什么条件下生效以及产生什么效力这些交易问题,均没有

* 中国社会科学院法学所研究员、博士生导师。

给出合乎法理的答案。近年来我国市场经济实践证明,不合法理、或者法理不彻底的立法以及理论,对法制实践是有害的。因此,继续这一问题的探讨是必要的。

我国近代民法制度建立的概念以及制度体系,是清末变法引进大陆法系法律知识系统的结果。大陆法系的立法,以德意志法系和法国法系为典型代表。而近代日本的民法立法,在形式上采纳德意志法系,本质上采纳法国法系。我国民法体系建立比上述国家晚一些,因此1930年制定中国最早的民法典时,参考甚至采纳上述国家现成的立法例成为必然。^[1]德意志法系和法国法系由于都是罗马法系发展演化的产物,因此他们的许多概念和制度是相同或者相似的,但是恰恰在关于物权变动这个制度建设上,他们之间产生了巨大的分歧。

在我自己多年阅读之后才发现,德意志法系和法国法系关于物权变动制度的重大差别,其实只是来源于一个基本问题的不同认识。中世纪寺院法,有“契约必须履行”的原则,^[2]其基本精神,是合同成立生效后,就具有要求当事人履行的效果。这一立法精神后来被法国民法典采纳时,其含义得到极大的扩张——法国大革命时代,自由的精神高于一切,契约被当作当事人为自己立法的主要手段,是实现自由和摆脱等级身份制的手段,因此当时的法国出现了民法典的立法与高涨的革命热情相结合的情形。^[3]在这种情况下契约变成为社会的自然人和法人自己建立权利义务关系的主要正当性根据,因此法国民法典在人类历史中第一次规定了“依法成立的契约,在缔结契约的当事人之间具有相当于法律的效力”这个具有相当的精神感召力的原则。^[4]既然缔约对于第三人相当于自己给自己制定法律,那么契约就有足够大的效力,以保障它能够得到履行;而契约在履行之后,就自然能够发生物权变动的结果。比如,一个人通过订立买

[1] 关于中国旧民法典(1930年)参考甚至直接引用德国、日本以及法国民法典的情况,请参阅胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第10页以下;梅仲协:《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第14页以下等。

[2] 即:Pacta sunt servanda,在我国民法学著作中,多误传该原则起源于罗马法。但是罗马法中没有这一原则,因为罗马法坚持“不符合法律规定类型的契约,依法不享有诉权”的原则(Ex nudo pacto actio non oritur)。这也就是说,当事人所订立的合同并不能一律产生强制履行的约束力。这一点和契约必须履行原则所表达的精神不同。这一方面的资料,来源于Deutsches Rechts-Lexikon (G-Q), Band 2, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, Seite 1275.

[3] [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版,第162页以下。

[4] 法国民法典第1134条。本文所引为李浩培等译:《拿破仑法典》,商务印书馆1997年版。以下所引法国民法典的条文,皆同一出处。

买卖合同来购买一座房屋,那么,根据上述契约履行自然发生物权变动的结果的分析,买卖合同成立生效的时候,买受人就应该取得房屋的所有权。因此法国民法典第 1583 条规定:“当事人就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付、价金尚未支付,买卖即告成立,而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人。”应该指出的是,法国民法典产生时,已经是物权、债权这些概念产生数百年之后,但是法国民法典并没有使用这些概念,因为,在法国当时的立法者看来,合同履行自然产生物权取得的结果,通过合同自然同时发生债权和物权的取得,因此,没有必要在物权和债权之间做出区别,也没有必要建立关于这两种权利发生变动的不同根据,一个合同就能解决全部问题。后来,人们把法国法的这种做法称为“同一主义”或者“合一原则”(Principle of consensus)的立法模式。

这种仅仅依据合同就能够发生物权变动的规则,在立法思考方面,虽然似乎直接贯彻了自由的精神,但是在法律上却无法解决如下这两个问题:其一,不能解决合同嗣后履行不能、甚至当事人有意识违约造成的履行不能的问题。一个合同的生效,事实上并不意味着它能够肯定地得到履行,在没有履行时,物权变动当然不能成就。比如一个人在订立房屋买卖合同时精神正常的人,在履行合同时可能会精神失常,因此就会发生合同履行不能的问题。因此虽然合同生效,但是无论如何房屋所有权不能转移。^[5]其二,不能解决物权变动引起的第三人权利被排斥的问题。因为物权变动常常是以排斥第三人作为其法律目的的。比如,设定抵押权,其目的就是要给予一个特别的债权人优先受偿的特权,使其排斥第三人的债权,而优先获得偿还。如果合同的生效就能够发生物权变动的结果,那么仅仅依据两个当事人之间合同,就能发生排斥第三人的效果,第三人的权利得不到任何保护,这一法律规则对于第三人没有任何的正当性可言。

对上述这些问题,法国立法者在后来也意识到了。因此他们在民法典制定半个世纪后,于 1855 年制定了《不动产登记法》,确立了“不动产物权的设立和取得,不经登记者,不得对抗第三人”的原则,作为其基本立法缺陷的补救措施。但是这种补救措施是否得当和足够,法学界长期以来就有争论。

后来的德国民法典,其对于物权变动的立法模式,则直接采纳了潘德克顿法学的研究成果,它明确的区分物权与债权的性质,并根据物权与债权效力的差

[5] 这是德国著名法学家萨维尼的一个举例。此举例更具体的意义,请参见孙宪忠:《论物权法》,法律出版社 2001 年版,第 177 页。

异,建立了足够的满足物权变动的根据,使得物权变动所涉及的交易安全的两个方面——即权利人自己的安全问题和第三人的安全问题都得到了充分的满足。这种严格区分债权与物权的法律效力、法律根据、法律关系的立法模式,在法学上被称为“区分主义”或者“区分原则”(Trennungsprinzip, Principle of dissent)的立法模式。支持这种模式的潘德克顿法学,不但在法理上完整无缺,而且在实践上达到了方便快捷的效果。

举世观之,在债权变动与物权变动的立法模式方面,其实也就是这两种基本模式。后来的日本立法,从表面上看采纳了德国法的模式,而在本质上采纳了法国法的模式。日本民法典关于物权变动的三个核心条款,即其第 176 条、第 117 条、第 178 条,反映了日本民法对这一问题的关键态度。日本法学界并非没有看到这种立法的缺陷,在后来 100 多年的自我发展中,他们自己提出的补救方案可以说是林林总总,当然这些自我补救措施常常也挂着一些西方国家立法的幌子。比如其中的一枝学说,即所谓的“债权形式主义”或者“折中主义”学说,就挂着奥地利民法和瑞士民法的幌子,这种观点虽然在日本也没有取得以理服人的地位,更没有被日本立法采纳,但是后来流传到中国后,却被我们的担保法、房地产管理法以及相关的司法解释采纳了。目前我国的不动产合同不登记者无效、动产合同不发生交付者无效的规则,^{〔6〕}就来源于此。

“债权形式主义”产生的目的,表面上看似乎弥补了上述保障交易安全的两个问题。但是不论从法理上看还是从实践的结果上看,这种“债权形式主义”的立法规则都是十分消极的。首先,订立合同的目的就是履行合同,那么在履行之前必须在法律上给当事人一个约束,可是这种立法模式却认为合同履行的时候——即不动产登记的时候以及动产交付占有的时候才能生效,此前这些合同是不生效的。如果合同履行前不生效,法律又拿什么来约束当事人要求其履行合同呢?比如,订立抵押合同的目的就是要求当事人承受约束,通过登记来设定抵押权;可是现在的立法(我国担保法第 41 条)却认为登记之前合同处于无效状态,那么,当事人之前又有什么权利和义务去登记呢?其次,一个合同如果在订立之后很长时间才能得到履行(比如批量购买尚在设计状态的房屋、汽车或者飞机合同常常就是这样),那么这一期间内发生经济波动时,当事人常常会有意无意的毁约,但是毁约者在法律上却完全没有责任,因为此时合同没有效力。所以这种立法模式只能

〔6〕 我国《担保法》第 41 条、第 64 条第 2 款等。

是用于那些即时清结的交易,即“一手交钱、一手交货”的买卖关系。但是这种交易方式在国民经济中常常是没有多大意义的交易。对国民经济有重大意义的交易,常常是远程交易。所以这种立法模式的出发点就存在问题。

“债权形式主义”理论的基本特征,就是要把债权意义上的合同和物权变动的结果强制捆绑在一起,让他们同时生效,同时发生法律上的结果。为了贯彻这种“主义”,必须在物权变动的原因和其结果两个方面做出两个强制性的规定。其一,在物权变动的原因行为方面,即债权合同订立的制度建设上,为了保障订立的合同能够必然得到履行,那么在订立合同的时候,当事人双方就必须具备可以履行合同的条件。我国合同法第132条规定,买卖合同订立时,出卖人就应该对标的物享有所有权或者处分权。从当时主导立法的学者的观念看,似乎只有这样才能保障标的物以及所有权交付给买受人手里。但是现实中买卖合同订立时,标的物没有制造出来、出卖人尚未取得标的物的所有权或者处分权的情形却是十分常见的。如果要执行合同法该条规定,真不知这些合同将怎么处理?所以这样的规定既不符合物权与债权相区分的法理,而且完全是削足适履,妨害正常的交易。其二,在物权变动的结果行为方面,也就是实际发生物权变动的制度建设方面,只能采取“物权变动不成就,合同应该归于无效”的规则,否则就无法理解合同生效而物权变动不成就的现象。正如上文的分析所指出的那样,这样的规定毫无道理,作茧自缚。

日本民法典制定时,采纳法国立法的“同一原则”或者“合一主义”,主要的原因是担心社会不能接受德国潘德克顿法学建立的制度,因为潘德克顿法学一直有过渡技术化的嫌疑。这一点在我国也被到处宣传,主导合同法制定的法学家在著作中一提到这种理论,就会说这种理论过分玄妙不可理解。但是潘德克顿法学真的是那么难以理解吗?难道法学科学真的应该妇孺皆知吗?

日本立法者引进西方法制时,放弃科学理论,应该说是思考不周密的。一代法学大家我妻荣先生曾经说过,不采纳潘德克顿法学是日本立法的失误。日本法学界由此所引起的百年苦恼,现在落到了我们中国身上。为了避免所谓“有违国民对交易之感情”的潘德克顿法学的浸入,我国合同法的立法者——其实主要是主导立法的学者们,放弃了立法的科学标准和实践标准,以自圆其说的态度写完了合同法这篇足以让他们成名成家的论文。但是,随着我国市场经济的发展,交易形式越来越超出了学者的想像。实践要求我们返回到科学的道路上来。因此,法学家必须以真正科学的态度来反思这里的问题。

关于先合同义务几个问题的探讨

房绍坤*

一、先合同义务的性质

关于先合同义务,我国法律并没有明确的规定。个人认为,先合同义务是当事人为缔约而相互接触磋商时,基于诚实信用原则而发生的各种说明、告知、注意等义务。关于先合同义务的性质,可以从以下几个方面来理解:

第一,先合同义务是法定义务。在缔约阶段,当事人负有一定的注意义务。这种注意义务无须当事人事先约定,也不允许当事人约定排除,而是法律为维护交易的安全和保护缔约当事人的利益,基于诚实信用原则,对缔约当事人所施加的义务。所以,先合同义务是一种法定义务。那么,这种法定义务的内容如何?学者间有不同的认识。例如,有人认为,先合同义务的内容是当事人间的信用关系,即遵守信用的义务。^{〔1〕}有人认为,先合同义务包括:(1)协助义务,即在缔约阶段,当事人互负的协助对方完成缔约的义务;(2)必要告知义务,即一方当事人应对方当事人的要求,说明、报告有关事宜或者根据法律、规章、惯例以及诚信原则,不必待对方当事人请求就应说明、报告有关事宜的义务;(3)保密义务,即进行缔约磋商的一方当事人,在知悉对方的商业秘密时,负有不得泄露或者不正当使用的义务。^{〔2〕}有人认为,先合同义务包括协力义务、告知义务、保护照顾义

* 烟台大学副校长、教授、法学博士。

〔1〕 姜淑明:“先合同义务及违反先合同义务之责任形态研究”,载《法商研究》2000年第2期。

〔2〕 施洋:“缔约过失责任研究”,载杨立新主编:《疑难民事纠纷司法对策》(第13集),吉林人民出版社2000年版,第446—450页。

务、保密义务。^{〔3〕} 还有人认为,先合同义务包括:使用方法的告知义务、瑕疵告知义务、合同订立前重要事情的告知义务、协作和照顾义务、不得欺诈义务、忠实义务。^{〔4〕} 这些观点基本相同,其差别在于保护义务即一方负有的保护他方的人身、财产安全不受侵犯的义务,是否为先合同义务。在德国,法院虽然承认保护义务属于先合同义务,但对于判决承认这类先合同义务,学说不乏反对之声,认为该类保护义务本质与侵权行为法之社会安全义务并无不同,如此一来将可能使缔约过失不适当的扩大。^{〔5〕} 在我国台湾地区,学者们对违反保护义务应否属于先合同义务亦存在争议。如王泽鉴教授认为,违反保护义务,使受害人依侵权行为法之规定请求损害赔偿,即为已足;而有学者仍认为,承认缔约当事人负有先合同保护义务,仍然有其实益。^{〔6〕} 我国多数学者认为保护义务属于先合同义务的内容,但也有人认为不宜将保护义务视为先合同义务的内容。^{〔7〕} 我认为,先合同义务不应包括保护义务。因为就保护义务的实质而言,其是法律赋予任何人的不得侵害他人的人身或财产的义务,而不仅仅是缔约双方之间所承担的义务。如果在缔约过程中,因一方违反保护义务而侵害他人的人身或财产,完全可以通过侵权法加以解决。

第二,先合同义务是没有给付内容的义务。合同义务的核心内容是给付义务,而先合同义务则没有给付的内容。这是因为,先合同义务是在合同成立之前存在的,在合同未成立的情况下,当事人之间不会有给付义务,而缔约当事人之间的协助、照顾、通知等义务也不可能具有给付的内容。

第三,先合同义务是一种附随义务。先合同义务是否属于附随义务,学者间有不同的看法。有人认为先合同义务不是附随义务。附随义务是相对于合同主义务而言的从义务,不能离开主义务而独立存在,它是为了保证合同主义务的顺利履行而规定的。附随义务的内容是随着主义务完成情况的变化而不断变化的。而先合同义务则是从缔约磋商到合同生效前的这段时间缔约人所负有的义务,它不依附于任何义务,可以独立存在,相对于附随义务而言,其内容是比较确

〔3〕 叶建丰:“缔约过失责任研究”,载梁慧星主编:《民商法论丛》第19卷,金桥文化出版(香港)公司2001年版,第516—517页。

〔4〕 王利明:《违约责任论》,中国政法大学出版社2000年版,第709—710页。

〔5〕 詹文馨:《契约法上之附随义务——以德国法契约责任之扩大为中心》,我国台湾大学法律学研究所硕士论文,第81页。

〔6〕 前引〔2〕,施洋文。

〔7〕 前引〔2〕,施洋文。

定的。^{〔8〕}有人认为,先合同义务属于附随义务,是缔约双方在合同生效前所应遵守的附随义务。^{〔9〕}我认为,先合同义务是随着债的关系的发展而逐渐产生的,其目的在于促进合同的成立。只有缔约当事人尽到了先合同义务,合同才能有效成立,达到当事人的目的。因此,先合同义务是一种附随义务。但这种附随义务与合同履行中的附随义务不同。后者的目的在于促使债权的实现,是在合同成立后存在的。

二、先合同义务的存续期间

先合同义务虽是一种法定义务,但并不是缔约当事人一经接触就产生的义务,而是随着债的关系的发展而产生的。因此,先合同义务并不是自始确定的义务。那么,先合同义务的存续期间应如何确定呢?对此,理论上存在不同的看法。

先合同义务于何时产生,存在两种不同的观点。一种观点认为,先合同义务的产生不是以当事人是否有彼此信赖感为条件,而应当以订立合同过程的发动为起始。具体而言,应以要约生效作为先合同义务产生的起点。这主要是因为要约到达受要约人时生效,此时要约才对要约人和受要约人产生拘束力,双方才进入特定的信赖领域,双方当事人也只有在此情况才可能基于信赖对方而做出缔结合同的必要准备等实质性工作,对于违反先合同义务进行制裁才有实际意义。^{〔10〕}另一种观点认为,由于缔约过程是不断发展变化的,想要确立一个统一的时间点,在该时间点之前没有先合同义务,在该时间点之后才产生先合同义务,这是非常困难的,也过于僵硬。因此,应根据不同的先合同义务,设立不同的、灵活的、可变动的时间点方为合理,而设立的总根据是彼此间信赖的产生。具体地说,协助义务产生的判断标准,是一方当事人何时就他方当事人可能提供该项协助产生信赖;必要告知义务产生的判断标准或者是一方提出要求或询问之后,或者是在双方开始正式的契约磋商之际;保密义务产生的判断标准,一般应为一方当事人因缔约的需要而将自己的商业秘密或其他秘密使他方当事人知晓之时。^{〔11〕}我认为,先合同义务只能产生于缔约双方有某种订约上的联系,

〔8〕 蓝蓝:“对缔约几个基本理论问题的探讨”,载《南开学报》2000年第6期。

〔9〕 前引〔1〕,姜淑明文。

〔10〕 前引〔1〕,姜淑明文。

〔11〕 前引〔2〕,施洋文。

并且双方产生合理的信赖之时。这一时间界点,只能以要约生效时为准。因为要约一经生效,即对要约人和受要约人产生拘束力,要约人就应当承担一定的注意义务。要约生效前,因一方过错所造成的损失,如虚假广告所造成的损失等,不属于违反先合同义务的结果。

关于先合同义务的终结,理论上也有不同的看法。一种观点认为,先合同义务至合同成立时就归于消灭。因为合同成立后,就不存在“先合同”问题,当事人的义务应属于合同义务而非先合同义务。^{〔12〕}另一种观点认为,先合同义务除缔约阶段的先合同义务外,还包括合同成立后生效前的先合同义务。^{〔13〕}也就是说,先合同义务的终结点应为生效之时,这是先合同义务与合同义务的临界点。^{〔14〕}还有一种观点认为,缔约过程似应以合同成立为界,但在合同成立后、生效前一方由于过错造成他方损失的,并不能基于合同要求过错方赔偿。因此,应当对缔约过程作扩张解释,让其涵盖合同已成立尚未生效阶段,即以合同生效为界,实现对缔约当事人的周密保护。^{〔15〕}可见,关于先合同义务终结点的主要分歧在于合同成立之时还是合同生效之时。我认为,先合同义务的终结点应为合同成立之时,因为它符合先合同义务的本意。既然为先合同义务,则只能存在于合同成立之前。在合同成立后,就不会存在“先”合同义务的问题。当然,我也不反对在合同成立后至合同生效前,合同当事人也应承担一定的义务,且违反这种义务也会产生相应的法律后果。但这种义务及其法律后果,不能与合同成立前的义务及其法律后果相混淆。我认为,根据合同的不同发展阶段,行为人的义务可分四个阶段:一是合同成立后的义务即先合同义务;二是合同成立后至生效前的义务即合同未生效前的义务;三是合同义务;四是后合同义务。违反这些义务,尽管都会产生法律后果,但其法律后果的性质是不同的。违反先合同义务产生缔约过失责任,违反合同未生效的义务产生合同未生效的责任,违反合同义务产生违约责任,违反后合同义务产生后合同责任。

三、违反先合同义务的法律后果

违反先合同义务,其法律后果是产生缔约过失责任。行为人是否违反先合

〔12〕 郭明瑞、房绍坤:《新合同法原理》,中国人民大学出版社2000年版,第151页。

〔13〕 陈丽苹、黄川:“论先契约义务”,载《中国法学》1997年第4期。

〔14〕 前引〔1〕,姜淑明文。

〔15〕 前引〔3〕,叶建丰文。

同义务,应视行为是否已尽交易上必要的注意而确定,特别应斟酌缔约当事人彼此间的信赖关系及各当事人在交易上通常所应承担的风险。〔16〕

关于缔约过失责任,其主要问题是如何确定其赔偿范围。对此,理论上主要存在以下分歧:一是缔约过失责任的赔偿范围是否限于信赖利益;二是信赖利益的范围应如何界定;三是信赖利益的赔偿是否应以履行利益为限。对此,我认为:

(一) 缔约过失责任的赔偿范围仅限于信赖利益

在缔约过失责任中,赔偿范围应限于信赖利益,而不应包括维持利益。维持利益又称固有利益,是指任何人的的人身或财产不受他人侵害所享有的利益。缔约过失责任的赔偿范围中应否包括维持利益,实际上涉及对先合同义务内容的认识问题。如前所述,先合同义务并不包含保护义务的内容。行为人违反保护义务,侵害他人的人身或财产造成损害的,应当通过侵权法加以解决。同时,如果将损害固有利益也通过缔约过失责任加以解决,则将混淆其与侵权责任的界线,不利于建立和谐的责任体系。实际上,缔约过失责任正是为弥补侵权责任的不足而发展起来的。如果能够运用侵权责任解决赔偿问题,则就没有必要运用缔约过失责任制度。

什么是信赖利益,学说上还没有一个统一的定义,概括起来有以下几种学说:一是损失说。该说认为,信赖利益是指当事人相信法律行为有效成立,而因某种事实之发生,该法律行为(尤其)不成立或无效而产生之损失,又称消极利益之损害。〔17〕二是利益说。利益说有两种表述:其一是信赖合同有效成立所带来的利益;〔18〕其二是一方基于其对另一方将与其订约的合理信赖所产生的利益。〔19〕三是不利益说。该说认为,信赖利益是指法律行为无效而相对人信赖其为有效,因无效之结果所蒙受之不利。〔20〕四是处境变更说。该说认为,信赖利益是指原告信赖被告的约定使自己产生的自我状态的变更。〔21〕美国学者富勒指出:基于对被告之许诺的信赖,原告改变了他的处境。例如,依据土地买卖

〔16〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(1),中国政法大学出版社1998年版,第98页。

〔17〕 王泽鉴:《民法学说与判例研究》(5),中国政法大学出版社1998年版,第212页。

〔18〕 崔建远:《合同责任研究》,吉林大学出版社1992年版,第295页。

〔19〕 前引〔4〕,王利明书,第712页。

〔20〕 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282页。

〔21〕 [日]内田贵:“契约的再生”,胡宝海译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第4卷,法律出版社1996年版,第206页。