

# 论先合同过错责任

杨垠红 朱晓勤

(厦门大学法律系 361005)

## 一、先合同过错责任的提出

缔约过失责任是德国法学家耶林于 1861 年在《缔约上过失, 缔约无效与不成立时之损害赔偿》一文中首先提出的, 它是指在合同订立过程中一方因违背依诚信原则所应负的义务, 致使对方信赖利益损失而应承担的责任。它将合同责任扩展到合同成立之前和被宣告无效或被撤销之后, 具有积极进步的意义。但它只适用于当事人订立合同过程, 而不能适用于合同成立后、生效前的阶段; 但在这一阶段中一方过错违背依诚信原则所负的义务造成对方利益损失的, 是否应承担赔偿责任? 回答当然是肯定的, 而且这种赔偿责任既不同于违约责任, 也有别于侵权责任, 其性质与缔约过失责任相同, 都是由于当事人过错违反诚信原则产生的。因此笔者建议将这两种责任合并称为先合同过错责任。

笔者拟对之下一定义: 即在合同生效之前, 缔约人过错违反先合同义务造成对方信赖利益损失时依法应承担的合同责任。所谓先合同义务是指合同生效前, 缔约双方因订立合同而依法应承担的由诚信原则派生出的一种合同附随义务。它有如下特点: 首先, 先合同义务是一种法定义务, 是由法律规定并强制当事人遵守的义务, 不由当事人任意约定。其次, 它是由诚信原则派生出来的, 如告知、保护、协助、保密及通知义务。再次, 它是合同附随义务的一种, 是发生在合同生效前的附随义务。当然, 合同附随义务还包括履行合同中的附随义务和合同终止后的附随义务。作为一种附随义务, 它不同于合同义务, 不是当事人订立合同的主要目的。最后, 它

发生在特定的缔约当事人之间。只有在特定的缔约当事人之间才产生特定的信赖关系, 法律才有必要要求一方对其违反先合同义务而造成对方信赖利益的损失承担赔偿责任。

先合同过错责任不同于违约责任, 它发生在缔约人进入缔约阶段后、合同生效之前, 而违约责任产生于合同生效后, 故先合同过错责任将合同责任范围拓展到合同有效成立之前, 它“强调契约并非仅仅是当事人主观意志的合意, 应将社会利益的衡量纳入契约的法律价值判断之中”。<sup>i</sup> 同时, 先合同过错责任又有侵权责任无法涵盖的内容, 它能弥补侵权法对当事人利益保障之不足。第一, 侵权责任赔偿的是一方因对方侵权行为而造成的损失, 但一方因对方违反某些先合同义务, 如告知、通知、协助义务而造成信赖利益损失, 在侵权法上得不到赔偿, 只能借助先合同过错责任请求赔偿。第二, 侵权行为法只要求当事人尽到一般社会共同生活的注意义务, 而由于先合同过错责任主体之间存在特殊的信赖关系, 所以法律要求他们承担依诚信原则产生的特殊注意义务, 其注意程度高于侵权行为法所要求的程度, 这实际上减轻了受害人的举证责任, 便于受害人获得赔偿。第三, 一些国家侵权法规定, 只要雇主对雇员尽了必要的选任监督义务及相当的注意, 雇主可以免责, 仅由实施侵权行为的雇员单独承担责任。而雇员的财力通常弱于雇主, 他对侵权责任的承担往往缺乏充分的保障。但若根据先合同过错责任, 雇员代表雇主对进入交易的对方负有依诚信产生的义务, 雇员过错违反该义务造成对方损失, 应由雇主承担责任, 从而

保障受害人充分的求偿权。由此看出,先合同过错责任有它独立存在的价值,它与违约责任、违反后合同义务责任(即合同终止后,当事人违反依诚信原则所应负的义务而承担的责任)一起构成合同责任,与侵权责任并列,从而完善了民事责任体系。

## 二、先合同过错责任在我国《合同法》中的体现

1、合同生效前违反忠诚义务造成对方损失的情形。即《合同法》第 42 条规定的“假借订立合同,恶意进行磋商以及故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况。”

2、合同生效前未尽保密义务侵犯对方合法权益的情形。即《合同法》第 43 条规定,当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密,无论合同是否成立,不得泄露或不正当使用,否则应赔偿损失。

3、在规定上述具体情形以外,合同法又在第 42 条中作出原则性规定,即“有其他违背诚实信用原则的行为。”

可以看出,《合同法》的规定为司法实践处理违反先合同义务的行为提供了裁判依据,同时它所采用的列举和概括相结合的技术具有进步意义,它既在一定程度上限制了法官的自由裁量权,又避免了因单纯列举产生的遗漏的缺陷。

## 三、立法建议

我国《合同法》规定有值得肯定的一面,但还应看到它对先合同过错责任的规定还是比较粗糙的,许多问题有待作出明确的规定。笔者试针对以下四个问题提出若干尚不成熟的见解,以抛砖引玉。

(一)先合同过错责任开始时间。许多学者主张其开始于要约生效之时,理由是:要约以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约束力,双方才进入特定信赖领域,双方当事人也只有在此种情况下才可能基于信赖对方而作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,ii 而且双方刚开始接触便为履行合同做准备工作,难免有些盲目,因为这时尚无要约的法律拘束,洽谈失败的可能性很大。iii 我觉得这种观点有失偏颇。若以要约生效为起点,则使法律对当事人的保护显得滞后。笔者拙见是先合同过错责任应始于当事人为订立合同而进行磋商之时。因为这时他们之间已产生一种特殊信赖关系,双方之间应负有诚信的义务,应尽到交易上必要的注意,一方违反这一义务给对方造成损失,应承担赔偿责任。例如:甲有一辆旧汽车要转让,乙答应先试一试,甲乙均未谈及价格问题,故甲乙

均未发出要约。由于甲疏忽未告知车因使用多年最高时速不能达到每小时 180 公里,只能达到每小时 120 公里。而乙将车开至每小时 160 公里,造成伤害,甲应承担赔偿责任。因为甲乙已进入磋商阶段,乙提出试车要求,甲就有义务将车的最高时速已降至每小时 120 公里的特殊情形告知乙,但甲未告诉即未尽到交易上必要的注意义务,因此造成乙的伤害,甲应承担先合同过错责任。但如果将先合同过错责任开始时间定于要约生效时,那么乙只得依侵权法要求赔偿。而依侵权法造成乙伤害的直接原因是乙驾车超过车的最高时速,想证明甲的未告知与乙的伤害存在必然因果关系有一定的难度,而且即使能证明,甲也可能因乙自身的过错而减轻责任。这显然不利于使受害方获得充分的救济。故笔者认为先合同义务应开始于当事人为订立合同而进行磋商之时,这有利于受害方能及时借助先合同过错责任规定来维护自身合法权益。

(二)对《合同法》相关规定的探讨。《合同法》明文列举的先合同过错责任的具体情形太少,不利于司法实践操作。其实《合同法》中有一些条文已蕴含对违反先合同义务的否定,但未明确规定违反方应承担先合同过错责任。笔者借助这些条文及国外立法,对完善先合同过错责任的具体类型作如下补充:

1、对于有效的可撤销要约,要约人变更、撤销要约时应承担先合同过错责任。因为要约一经合法有效作出,在其有效期内对要约人具有约束力,要约人变更、撤销要约给受要约人造成损害的,应承担赔偿责任。

2、因一方过错使合同不具备法定的成立要件时,过错方应赔偿对方因信赖合同得以成立而受到的损失。

3、合同无效或被撤销(包括与限制民事行为能力人,没有代理权、超越代理权或代理权终止后的行为人订立的合同,善意相对人行使撤销权的情况)时的情形。因为合同无效或被撤销,合同自始无效,当事人之间不产生合同权利、义务关系,过错方根据《合同法》第 58 条规定承担的赔偿责任实际上是先合同过错责任。

4、可变更可撤销的合同,当事人诉请人民法院或仲裁机构变更合同时,依据《民法通则》115 条“合同变更不影响当事人要求赔偿损失的权利”的规定,过错方应承担赔偿责任,由于可变更可撤销的原因出现在订立合同过程中,所以过错方所承担的责任实则为先合同过错责任。

5、限制民事行为能力人、无代理人(包括没有代理权、超越代理权或代理权终止后的情

形)、无处分权人订立的合同属于效力待定的合同,因为效力待定的原因出现在缔约阶段,一般出于缔约方缔约能力瑕疵,所以若由于权利人拒绝追认而使合同无效的,无效原因可追溯自缔约阶段过错<sup>iv</sup>,故限制民事行为能力人的监护人、无代理人、无处分权人应承担先合同过错责任。

6、合同生效前未尽提请对方注意义务的情形。如《合同法》第39条规定:订立格式合同时,提供格式条款的一方有义务提请对方注意免除或者限制责任的条款。若提供格式条款方未尽此义务,对于对方在其免除或限制责任范围内的损失仍应给予赔偿。

7、合同生效前未尽通知义务造成对方损失的情形(目前《合同法》尚未有明文体现)。如:受要约人应要约来看房,房已被毁,但要约人却疏于通知,则要约人应承担受要约人因此受到的交通费、误工费等损失。

(三)先合同过错责任的承担。先合同过错责任的形式以损害赔偿为主,赔偿范围是信赖利益损失,主要包括:缔约费用;准备履行或已履行合同所支付的费用;上述费用的利息损失;因信赖合同有效而丧失其他订约机会的损失;因当事人违反先合同义务造成对方人身的伤害;为救济损害、减少损失而支付的必要费用等。在具体确定时应注意四个问题:

首先,信赖利益损失应以合理信赖为基础,采用社会标准,即一个通情达理的人在正常情况下信赖合同得以成立因此受到的损失。非基于合理信赖而支付的费用不予赔偿。例如:甲与乙洽谈合同,乙仅表示同意考虑一下,而甲认为乙是其老友,自信该合同能成立并进行大量的准备工作,因此支付的金钱不能视为合理信赖利益的损失。

其次,从公平出发,借鉴美国《第二次合同法重述》第349条(以依赖权益为依据的损害赔偿)的规定即“作为一种对347条规定的有关损害赔偿的计算标准的替代,受损害的一方有权依其依赖权益得到赔偿,包括准备履行或履行合同的过程中支出费用,减去违约方能够用具有合理的确定性的证据证明的该受损害的一方在合同得到履行时也会蒙受的损失”<sup>v</sup>,在进行信赖利益赔偿时,应防止信赖方将如果对方没有违反先合同义务本应由自己承担的损失转嫁给对方。即信赖利益赔偿应扣除违反先合同义务方能以确切证据证明的假如其未违反先合同义务时受害方亦

会遭受的损失。例如:甲向乙订购服装,乙买布制衣时发现布价大幅度上涨使其交易亏本,但乙为履约仍高价买入布料,后来得知甲是无代理人,乙行使撤销权,要求信赖利益赔偿。若甲赔偿乙全部信赖利益损失,等于将甲若有代理权时本应由乙自己承受的经营风险损失转嫁于甲,这显然有失公平。

再次,在计算信赖利益损失时应适用过失相抵、损益相抵、减轻损失的原则来平衡双方之间的利益。过失相抵原则指若信赖利益损失中含有受害人未尽注意义务的因素,可以适当减轻对方的责任。损益相抵原则指赔偿权利人基于损害发生的同一赔偿原因获得利益时,应将所得到的利益从所受损害中扣除。<sup>vi</sup>如:甲为履行合同而购进布料后因合同无效,甲出售该布料,适逢市场价格上扬,甲的获利应从信赖利益赔偿额中扣除。减轻损失原则即非违反先合同义务方有责任及时采取措施防止损害扩大,否则无权就扩大的损失要求赔偿。

最后,在确定“丧失其他订约机会的损失”时应注意:第一,信赖人应提供证据证明这种机会曾经真实地存在过,不是当事人主观臆断的产物;第二,这个机会能导致信赖人与第三人订立合同的结果;第三,这一机会在确定赔偿时已确实不存在,这时应根据不同情况确定损失范围:若第三人就相同标的与“第四人”订立了合同,可以“第四人”依此合同获得的利润为参照;若第三人尚未与其他人签订相同标的的合同并且不打算签订同种合同时,可以参照同行业签订相同标的的物的合同通常可获得的利润来计算。

(四)当事人违反先合同义务,有时会造成侵权责任与先合同过错责任的竞合,如顾客在商场买东西,因售货员过失造成顾客人身伤害案,法律应允许当事人在两种责任之间自主选择最有利于保护自身利益的责任形式。

#### 参考文献:

1. 钱玉林:《缔约过失责任与诚信原则的适用》,《法律科学》,1999年第4期,第59页。
2. 姜淑明:《先合同义务及违反先合同义务之责任形态研究》,《法商研究》,2000年第2期,第50页。
3. 邹雄:《违反先契约义务责任探讨一兼谈〈合同法〉第42条的实现》,《现代法学》,1999年第5期,第66页。
4. 叶建丰:《缔约过失概念析》,《政法论丛》,1999年第6期,第79页。
5. 王军著:《美国合同法》,中国政法大学出版社,1996年版,第334页。
6. 王利明、杨立新著:《侵权行为法》,法律出版社,1996年版,第329页。