



论缔约过失责任的归责原则

陈吉生

摘 要：缔约过失责任归责原则的法理基础不是通说所认为的诚实信用原则，而是诚实信用原则与合同自由原则博弈的结果，故缔约过失责任应采一般过错为主、推定过错为辅的归责原则体系，不存在适用无过错责任原则的余地。我国现行法律和司法解释对缔约过失责任归责原则的规定存在诸多问题，亟须完善。

关键词：缔约过失责任；归责原则；法理基础；制度完善

一、缔约过失责任应采用的归责原则及其法理基础

（一）缔约过失责任归责原则的法理基础——合同自由原则与诚实信用原则之博弈

通说认为，缔约过失责任制度的理论基础是诚实信用原则，即使不考虑缔约过失所违反的先合同义务，“受害人因缔约过失而遭受的损失亦可直接依诚实信用原则得到赔偿，因为他的原本应有之物受到剥夺，造成了对他的不公正。另一方面，法官亦可直接凭借内心蕴含的衡平、正义等民法精神给予受害人以支持”^①。笔者认为，该种理论并未揭示缔约过失责任的真谛，不能为缔约过失责任究竟应采何种归责原则提供有说服力的理论依据。准确地说，缔约过失责任应是诚实信用原则对合同自由原则进行干涉的结果，是合同自由原则与诚实信用原则博弈的产物。按照合同自由原则的要求，当事人有决定是否订立合同、选择与谁订立合同、决定合同内容等方面的自由，诚实信用原则则要求当事人在行使合同自由权时，不得损害缔约方的合法权益。从缔约过程来看，双方为了订立合同总会有一个交涉的过程，一方甚至双方往往会为此付出一些费用甚至拒绝与其他人订立合同的机会。按照合同自由原则，在合同签订前双方均不负合同义务，双方均可自由决定是否继续与对方商洽并签订该合同。如果对当事人课以过重的义务则会损害合同自由原则，损害正常的交易秩序。而按照诚实信用原则的要求，当事人在决定是否继续与对方商洽并签订该合同时，必须考虑是否会损害对方当事人的合法权益，如造成损害的，则应对双方当事人之间的法律关系予以调整，给损害方予以救济。在此种情形下，合同自由原则与诚实信用原则之间存在博弈的关系，其博弈的结果便产生了缔约过失责任。

从缔约过失责任理论和缔约过失责任制度的发源地德国的情况来看，在 19 世纪，德国占统治地位的哲学思想是理性的倾向，他们主张人性的意志自由。但根据道德要求，人在实施自己的自由行为时，当然不能对他人的自由造成妨害，而只能与他人的自由并存，如果自己自由意志的行为对他人的自由造成妨害，那么他就应受到公正的处罚^②。缔约

^① 黄名述、张玉敏：《罗马契约制度与现代合同法研究》，中国检察出版社 2006 年，第 177 页。

^② 马克昌：《近代西方刑法史略》，中国检察出版社 1996 年，第 99 页。

过失责任制度正是这种哲学倾向的体现,它一方面是对缔约当事人在缔约过程中的道德要求的法律化,要求缔约人在缔约过程中行使缔约自由权的同时应尽必要的善良注意以避免造成相对方的损失;另一方面,则为司法机关维护社会公正和秩序提供必要的救济手段,赋予法官基于诚实信用原则结合民法的衡平、正义精神进行判决的自由裁量权。

就具体的合同制度而言,合意制度是合同自由原则的体现,信赖利益制度和显失公平制度则是诚实信用原则的体现^①。合意制度要求双方当事人的意思表示真实,这是判断交易是否具有约束力的实质要件,也是古典合同法所遵奉的合同自由原则的体现。而根据显失公平制度,如果当事人在合同中约定的权利义务存在明显的不公平,那么即使不具备欺诈、胁迫等情形,受损害的一方当事人也可以申请撤销该合同。这样,显失公平制度在合同是否具有约束力的问题上,对“自由签订的契约即具有法律效力”这个规定进行了限制,它在很大程度上标志着现代合同法与古典合同法的区别^②。通过合意制度和显失公平制度,合同从成立到履行过程基本被涵括进去,但是在合同成立前或者合同虽然成立却被确认无效的情形,因缔约过程中造成的损害该如何处理?为回答该问题,信赖利益制度得以诞生。由于各国侵权法的规定及立法价值的不同,因而以德国为代表的一些国家将信赖利益以缔约过失责任的形式纳入合同责任的范畴,以法国为代表的一些国家则直接通过侵权责任对信赖利益予以保护,还有一些国家虽然也采纳了缔约过失责任的概念,但仍将其纳入侵权责任的范围或者将其作为一种独立类型的责任对信赖利益予以保护。至于缔约过程中造成的固有利益的损害,各国也或通过侵权责任或通过合同责任或通过第三种责任予以保护^③。无论各国采取何种途径对信赖利益予以保护,有一点是相同的,即既要保证允诺人自由意志的实现,也都认同应该保障受诺人因信赖允诺人的行为或暗示而造成的损失得到救济。这样,两者就可能产生紧张关系。这种紧张关系,是因合同自由中的自由行为本身和这种自由行为所导致的结果而产生,实际上也就是合同自由原则与诚实信用原则之间的紧张关系。这种紧张关系的平衡便产生了缔约过失责任。既然缔约过失责任是诚实信用原则与合同自由原则平衡的产物,我们在确定缔约过失责任应采何种归责原则时,就应根据社会发展水平、缔约过程中的不同情况,考虑如何找到诚实信用原则与合同自由原则之间的平衡点。

(二) 缔约过失责任应采用的归责原则

1. 缔约过失责任应采用过错责任原则——出于保障合同自由的考虑

为保证当事人缔约的自由,保障正常的交易秩序,缔约过失责任应采过错责任原则,不应适用无过错责任原则。就前述学者论及的适用无过错责任原则的情形而言,笔者认为适用过错责任原则亦可为受害人提供完全的救济。如意思表示错误行为和无权代理这两种情形,表意人意思表示错误、无权代理人在没有代理权的情形下仍然代理被代理人进行法律行为,表意人和无权代理人本身就具有过错,因而适用过错责任原则,并不影响权利人基于缔约过失责任主张权利,要求表意人和无权代理人赔偿因此造成的损失。

所谓意思表示错误,是指表意人出于错误或不知致使其意思表示与效果意思不一致的情形。错误主要包括对当事人的错误、对标的物同一性的错误、对标的物性质的错误、对法律理解的错误、传达的错误、动机的错误、共同的错误等类型。意思表示错误中的错误因表意人自己的原因所致,因而错误的产生往往可归责于表意人主观上的过错。若表意人没有适当地选择表达工具,致使其意思表示有误,并使相对人作出了不同理解,这说明表意人主观上是存在过错的,因为如果表意人适当地选择了表达工具,就不会导致其意思表示有误了,故此种情形表意人承担的仍然是过错责任。

在传统民法理论中,无权代理包括表见代理和狭义无权代理。所谓表见代理,是指行为人虽无代理权,但善意相对人客观上有充分理由相信行为人具有代理权,而与其为民事法律行为,该民事法律行为的后果直接由被代理人承担,法律使之发生与有权代理同样的法律后果。此种情形被代理人承担的

① 资琳:《契约制度的正当性论证》,中国政法大学出版社2004年,第2页。

② 资琳:《契约制度的正当性论证》,第5页。

③ 陈吉生:《论缔约过失责任》,武汉大学2011年博士学位论文。

是合同责任,而非缔约过失责任。当然,如果被代理人因此而蒙受损失的,他可根据无权代理人过错的大小请求其赔偿^①。此种情形无权代理人承担责任的基础在于其未适当履行其与被代理人之间的委托合同,因而也属合同责任。从主要要件来看,被代理人承担表见责任和无权代理人承担赔偿责任也均以其主观上存在过错为前提^②。

狭义无权代理指的是行为人既没有代理权,也没有能够使第三人确信其有代理权的理由,而以他人名义所为的代理行为。此种无权代理行为是一种效力未定的民事法律行为,一旦取得被代理人的追认,就产生有权代理的法律效果。如果不能取得被代理人的追认,无权代理人应依相对人的选择,或履行合同,或承担损害赔偿责任。无权代理人如果给被代理人造成了损害,无权代理人还应对被代理人承担赔偿责任。在相对人要求无权代理人履行合同的情形,实际上是将无权代理人直接作为合同主体,其承担的是合同责任。在相对人要求无权代理人赔偿损失的情形,无权代理人承担的责任是缔约过失责任。有的学者认为,无权代理人的责任是一种法定的担保责任或者信赖责任,不以无权代理人存在主观过错为要件^③。在一些国家如日本的判例上,无权代理人的责任也经常被称为为了维护交易的安全、代理制度的信用而承认的一种无过失责任。但日本民法起草者却认为,该种责任应属过错责任^④。笔者认为,在无权代理中,无权代理人是在无代理权、超越代理权或者代理权终止后的情况下进行代理行为的。在无代理权、超越代理权进行代理行为的情形,无权代理人主观上存在过错,自不待言。在代理权终止后仍进行代理行为的情形,要么是被代理人未将终止代理的通知及时送达代理人和相对人,要么是代理人明知自己的代理权已终止却仍然进行代理行为。如属前者,则构成表见代理;如属后者,则代理人显然主观上存在过错。因此,在狭义无权代理中,无权代理人承担缔约过失责任的前提是其主观上存在过错,故该种责任并非无过错责任,而仍然是过错责任。

2. 有些情形缔约过失责任应采用推定过错责任原则——从保护受害人利益出发

在一般过错责任原则下,被害人必须举证加害人对损害结果的发生存在故意或者过失,这对于许多被害人来说是个负担。尤其当此一事实牵涉高度专业或科技,或者相关的资讯由加害人掌握时,要求被害人就加害人的过错负举证责任,往往出现加害人虽有过失被害人却因无法举证而败诉的情况。为了适应高科技和专业化社会的现实情况,调和加害人和被害人举证责任的不平等,将举证责任分配给较容易取得相关资讯的一方或举证较容易的一方,而不是一定由被害人举证证明加害人存在过错才令加害人承担赔偿责任,有时法律会规定必须由加害人举证证明其没有过错,才令其免负赔偿责任。此种归责原则,就是推定过错责任原则。在现代社会,推定过错责任原则的适用范围有显著的扩张^⑤。

随着现代社会高科技的不断发展和专业化程度的不断提高,在一些情形下,由于技术手段不同、双方所获取的资讯不同等因素的影响,当事人在订立合同过程中因对方过错造成损害的,受害方很难举证证明。如适用一般过错责任原则,很难让对方承担缔约过失责任,受害方的合法权益也便难以得到应有的救济。因此,法律有必要规定这些情形下应适用推定过错责任原则,对过错实行举证责任倒置,加害方如不能举证证明其对损害后果的发生没有过错的,则应承担损害赔偿责任。从当前情况来看,需要采用推定过错的情形主要集中在专家责任等缔约方与对方当事人或第三人掌握信息、资源不对等的情形。

二、我国法律对缔约过失责任归责原则的规定及其完善

(一) 我国现行法律对缔约过失责任归责原则的规定

我国现行法律和司法解释仅对缔约过失责任部分情形的归责原则作了规定,且均适用的是一般过

① 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年,第189页。

② 尹田:《民事法律行为与代理制度研究》,重庆大学出版社1993年,第223页;陈小君:《合同法新制度研究与适用》,珠海出版社1999年,第119~120页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年,第674~677页。

③ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年,第231页。

④ 四宫和夫、能见善久:《民法总则》,弘文堂2001年,第292~293页。

⑤ 谢哲胜:《民法基础理论体系与立法——评大陆(中华人民共和国)民法草案》,载王利明、郭明瑞、潘维大:《中国民法典基本理论问题研究》,人民法院出版社2004年,第68页。

错责任原则。

1.《合同法》对缔约过失责任规定的是一般过错责任原则

《合同法》第 58 条规定显然适用的是一般过错责任原则。其适用范围是无效合同和可撤销合同。该条规定中的缔约过失责任的承担需以当事人存在过错为要件,且法律并未规定对于加害方是否存在过错的证明责任应由加害方承担,自然应由受害方承担。因而是典型的一般过错责任原则。《合同法》第 42 条、第 43 条也规定了一般过错责任原则,但其中部分情形需以加害方存在故意为成立要件。从这两条规定来看,不论是违反诚实信用原则、还是泄露或者不正当地使用商业秘密,均表明当事人主观上存在过错。因此,这两条关于缔约过失责任的规定,适用的也是一般过错责任原则。

2.《证券法》对缔约过失责任规定的也是一般过错责任原则

《证券法》第 69 条、第 173 条对证券发行人、上市公司及证券服务机构出具虚假报告、进行虚假陈述,给因信赖其虚假报告、虚假陈述进行交易的当事人造成损失如何承担责任的问题作了规定,该种责任亦为缔约过失责任。笔者认为,尽管这两条规定使用的是“……应承担赔偿责任,但能够证明自己没有过错的除外”这种推定过错责任原则常用的立法规范模式,但这两条规定适用的却并不是推定过错责任原则。如果在上述立法规范模式下的上半段关于在何种情形应承担赔偿责任的表述中不以行为人存在主观过错为条件,则适用的是推定过错责任原则,否则就不是推定过错责任原则。在一般过错责任原则下,受害方要证明加害方存在过错,加害方才需承担赔偿责任。如受害方不能证明加害方存在过错,或加害方自己举证证明其没有过错的,加害方均不需承担赔偿责任。在推定过错责任原则下,被告必须证明自己没有主观过错才能免责。在上述两条规定中,证券发行人、上市公司及证券服务机构承担赔偿责任的条件是在信息披露资料中“有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”,这个条件实际上以行为人存在主观过错为前提。如果行为人不存在故意或过失的主观过错,则不会出现虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的情形。从举证责任的分配来看,无论适用何种归责原则,对于被告实施了某种行为的证明责任均在于原告,即原告必须证明证券发行人、上市公司及证券服务机构在信息披露资料中“有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏”的事实。而要证明这一点,实际上就要证明证券发行人、上市公司及证券服务机构在披露信息时存在主观过错。可见,对于被告存在主观过错的证明责任仍然在于原告而非被告,故这两条规定适用的仍然是一般过错责任原则。

3.我国有关司法解释对缔约过失责任规定的亦是一般过错责任原则

我国多个司法解释对会计师事务所、证券上市推荐人等专家或专业机构出具虚假报告、进行虚假陈述,给因信赖其虚假报告、虚假陈述进行交易的当事人造成损失如何承担侵权责任的问题作了规定。这些司法解释规定的归责原则均为一般过错责任原则。如最高人民法院《关于审理涉及会计师事务所在审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》(法释[2007]12 号)第 2 条、第 4 条,最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(法释[2003]2 号)第 21 条、第 23 条,最高人民法院《关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》(法释[2003]10 号)第 3 条、第 52 条,最高人民法院《关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告资金证明如何承担民事责任问题》(法[2002]21 号)第 1 条、第 2 条的规定。

(二)对我国法律有关缔约过失责任归责原则规定的完善

1.应进一步明确规定缔约过失责任适用的归责原则

我国法律和司法解释仅对缔约过失责任的部分情形规定了单一的一般过错责任原则。对于未予规定的情形应如何适用归责原则的问题,无论是理论界还是实务部门均未引起应有的重视。从法律适用的一般原则而言,在法律未明确规定时,应按照该法的一般规则处理案件。由于我国缔约过失责任制度主要规定于《合同法》中,因而在法律未明确规定的情形,缔约过失责任应适用《合同法》规定的归责原则。但是,从平衡缔约双方当事人的利益、保障合同自由与诚信交易的角度来看,缔约过失责任却不应适用我国《合同法》规定的归责原则。

理论界对于我国《合同法》采取何种归责原则存在不同观点。多数学者认为,《合同法》规定的是无

过错责任原则,或称严格责任原则^①。有学者则认为,我国《合同法》关于违约责任的归责原则,实际上采取的是二元结构,即采无过错责任原则与过错责任相结合的二元体系^②。还有学者认为,我国违约责任的归责原则体系是由严格责任和过错推定责任原则构成的,仅在例外下实行无过错责任原则^③。

尽管如此,学者们对于合同的归责原则还是存在一个共同点,即在我国《合同法》的具体条文未明确规定应适用何种归责原则时,则应适用无过错责任或严格责任,只有在《合同法》明确规定适用过错责任原则的情形下才适用过错责任原则。因为从《合同法》的规定来看,只有少数条文(如第181条、182条、191条第2款、222条、265条、303条、320条、374条、406条)规定了当事人承担民事责任应以当事人的主观过错为成立要件,绝大多数的条文未对应否以主观过错为要件作出规定。其立法本意就在于《合同法》以无过错责任原则或严格责任作为主要归责原则,凡法律未明确规定应否以过错作为承责要件的,则适用无过错责任原则或严格责任原则。这一点与《侵权责任法》的规定刚好相反。《侵权责任法》对应予适用无过错责任原则和推定过错责任原则的情形作了明确规定,凡未明确规定应否以过错作为承责要件的,则适用一般过错责任原则。

笔者通过前面的分析得出的结论是:缔约过失责任应以一般过错责任原则为主要归责原则,在特殊情形下适用推定过错责任原则。因此,从立法技术来看,如将缔约过失责任规定于《侵权责任法》之中,仅需对应适用推定过错责任原则的特殊情形作出明确规定即可。而若将缔约过失责任规定于《合同法》之中,则不仅要明确规定其应予适用推定过错责任原则的特殊情形,还要对一般情形下适用一般过错责任原则的问题作出明确规定。

2. 缔约过失责任的构成不应以故意作为主观要件

我国《合同法》第42条第一、二款规定以故意作为构成缔约过失责任的主观要件,且适用一般过错责任原则,由受害人举证证明加害人存在主观故意,极不利于保护受害方的合法权益。在缔约双方尚处于初步接洽阶段,往往是通过口头方式进行交流与沟通,一般未形成书面文件,要求受害人证明当事人在这个过程中存在假借订立合同、恶意进行磋商,故意隐瞒与订立合同有关重要事实或者提供虚假情况等情形,对于受害人来说几乎是不可能完成的任务。而该条规定的情形实际上是缔约过失责任的常见情形,因而不乏学者将其作为缔约过失责任的一般条款。

以主观故意作为缔约过失责任的构成要件,显然不符合缔约过失责任制度的设立初衷。有学者指出:“缔约过失责任被赋予肩负的任务应在于调整因过失肇致的损害,而无法得到救济的情况,恰恰此种情形我国《合同法》第42条并未涵摄加以规范。”^④这种做法实际上无法对受害人在缔约过程中遭受的损害提供充分的救济。尤其是随着科技的进一步发展,电子签约会越来越广泛地运用到实践中,交易越来越多地在互不相识、也无需面谈和交往的当事人之间进行,要求受害人举证证明对方在缔约过程中存在主观故意,更是难上加难。这不符合现代法律理念,不利于建立公平有序、诚实信用的交易秩序。事实上,随着世界各国及有关国际组织立法、学说和判例的发展,现在的缔约过失责任主观要件基本上包括故意和过失两方面,在认定签订合同过程中当事人是否存在过错方面,则大多以客观过错标准取代主观过错标准。从而使缔约过失责任的适用范围加以扩大,进而可以更好地保护在合同中由于一方的过错所遭受损失的另一方当事人。这在电子订约方面表现得尤为明显。例如在电子订约过程中经常会发生合同错误的情形。信息系统非人为的技术局限或自然属性、订约方及其他人的行为以及意外事件和不可抗力均可能导致电子订约错误。鉴于信息系统并无人的权利能力和行为能力,虽有赋予其拟制人格的提法,但并未得到法律的确认。欧共体委员会在《关于通过EDI订立合同》的研究报告中提出,为了解决问题,可以把对计算机的运作具有最后支配权的人视为由其同意了计算机所发出的要约或承诺的人,并由他对计算机系统所作的一切决定承担责任。之后,各国和有关国际组织对此类问题都采取了

①张广兴、韩世远:《合同法总则(下)》,法律出版社1999年,第87页。

②顾昂然:《中华人民共和国合同法讲话》,法律出版社1999年,第45页。

③王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2003年,第421页。

④黄丽荣:《缔约过失责任制度之法律定位研究》,武汉大学2006年博士学位论文,第153~154页。

相同或类似的处理办法。该处理原则可以概括为“谁支配,谁承担”原则^①。从归责原则看,该原则显然适用的是客观过错标准,而非主观过错标准。如果按此标准都无法确定过错方,而确实又存在损失的,有些国家的法律规定应由缔约双方分担损失,而非由受害方自己承担。如德国《电子数据交换基础协议》第14条规定:“每一方当事人应对其责任范围内的错误或违规行为所导致的损失负责。责任范围包括人身侵害、财产损害和金钱损失。不过双方当事人可以对财产和金钱损害以及无形损害的最高赔偿数额作出约定。如果发生的错误应归属于哪一方当事人的责任范围很难确定,那么最有可能避免该错误的一方当事人应负全部的责任;但如果这一点也不能认定,则由双方当事人各自承担一半的损失”。该规定充分考虑了对缔约过程中造成损失如何进行有效救济的问题^②,与我国《合同法》第42条第一、二款的规定形成了鲜明对比,值得我国立法借鉴。

3. 法律应明确规定缔约过失责任适用推定过错的特殊情形

如前所述,为了在合同自由原则与诚实信用原则之间找到平衡点,缔约过失责任应以一般过错责任原则为主。但在特殊情形下,由于适用一般过错责任原则难以有效保护缔约当事人的合法权益不受侵害,故有适用推定过错责任原则之必要。这些特殊情形主要集中在专家责任等缔约方与对方当事人或第三人掌握信息、资源不对等的情形。因为在这些情形下,接受服务的当事人与提供服务的专家或专业机构相比,在资讯、资源的掌握和技术的了解方面存在着巨大差异。此种情形如果不实行推定过错责任原则,即使专家在缔约过程中存在过错,相对方也难以举证予以证明,难以令其承担缔约过失责任,受害方的损失难以得到有效救济。具体而言,上文提到的法释[2007]12号、法释[2003]2号、法释[2003]2号、法[2002]21号规定的情形,均属于应适用推定过错责任原则的特殊情形。此外,对于通过电子信息系统等高科技手段订立合同过程中给缔约方造成损失的情形,也应适用推定过错责任原则。

■ 作者简介:陈吉生,广东省高级人民法院民一庭副庭长,法学博士;广东 广州 510020。

■ 基金项目:教育部人文社会科学研究规划基金项目(12YJA820092)

■ 责任编辑:车 英



①孙占利:《电子订约法研究》,法律出版社2008年,第244~264页。

②但该规定适用的仍然是过错责任原则,而非无过错责任原则。因为在确定当事人应否承担赔偿责任时首先考虑的是“发生的错误应当归属于哪一方当事人”以及谁“最有可能避免该错误”,即仍然将当事人的主观过错作为责任构成的要件。如果按此归责原则仍然不能为受害人提供救济的,则适用公平责任的规则由双方当事人分担损失。实际上,如果该条适用的是无过错责任原则,则不存在分担损失的问题。