

略论我国《合同法》规定的缔约过失责任 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_95_A5_

[E8_AE_BA_E6_88_91_E5_c122_483782.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_95_A5_E8_AE_BA_E6_88_91_E5_c122_483782.htm) [内容提要] 本文分析了缔约过失责任的涵义、成立要件及司法实践中应把握的几个问题。《中华人民共和国合同法》（下称《合同法》）第四十二条规定：“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚实信用原则的行为。该条规定的是缔约上过失责任，填补了我国民法中无缔约过失责任明文完整规定的空白。尽管早在我国民法通则第61条中有所体现，但不具体明确。《合同法》的上述规定，对于填补法律漏洞，保护缔约阶段遭受损失的一方当事人的权益，完善债法理论体系，具有重要意义。现笔者结合审判实践，对缔约过失责任的有关法律问题作些粗浅探讨。

一、缔约过失责任的涵义 缔约过失责任是指缔约人故意或者过失地违反先合同义务时依法承担的民事责任。而所谓先合同义务是自缔约人双方为签订合同而互相接触磋商开始逐渐产生的(即在订立合同的过程中合同成立前)注意义务，包括互相协助、互相照顾、互相保护、互相通知、诚实信用等义务。缔约上违反这些义务时，向对方当事人所负的赔偿责任，就是缔约上过失责任。简言之，当事人因自己的过失而致契约不成立者，对其契约有效成立的相对人，应赔偿于此信赖而产生的损失。它的现实基础，是合同当事人双方基于订立合同所形成的一种特殊的信赖关系；其实体法上

的基础是诚实信用原则。 该责任自罗马法开始即为立法及学说上讨论的重要问题。但对其进行系统和深刻、周密的分析研究始自德国法学“硕儒”耶林发表于其主编的《耶林法学年报》上的《缔约上过失，契约无效与不成立时之损失赔偿》。缔约过失责任既不是侵权行为责任，也不是合同责任或违约责任。其责任基础是缔约过失。它要求当事人在缔约中应当遵守诚实信用原则，承担相互协助、相互保护、相互通知的义务。

二、缔约上过失责任的成立要件

在司法实践中，正确地设定缔约过失责任的成立要件，是人民法院正确适用法律，正确处理缔约过失责任纠纷的重要前提。一般认为有以下几个方面：

（一）先合同义务的违反。缔约过失责任作为一种责任形态存在，应以先合同义务的存在及违反为前提。它是随缔约双方的接触而产生及发展的。如果一方出于恶意，违反自己的信用，致另一方遭受损失的，则应承担缔约过失责任。大多数国家对先合同义务作出规定，有的规定较笼统，如以色列合同法规定“当事人在缔约时应依诚信和习惯为之”。有的较具体，如我国新合同法规定当事人不得恶意磋商、不得在缔约中故意隐瞒重要事实及不得泄密等义务。因先合同义务存在于要约生效后，合同成立之前，故违反先合同义务的过错为必须发生在缔约阶段(有的称为先契约阶段)，即合同成立前的阶段，即便被确认无效或可撤销的合同，其缔约上过错行为也是发生于此阶段。缔约阶段是一个非常广泛的概念。当事人开始谈判磋商之后自然属于缔约阶段。然而，在某些情况下，即使当事人没有磋商，只要当事人一方进入对方经营领域，也应算处于缔约阶段。例如，顾客去商场观察一下各种商品的价格、质量等情况准备购

物，如果在商场发生人身或财产损害，这时商场是否要承担责任？笔者认为，此时，顾客一进入商场的经营领域内，就表明顾客与商场已由一般关系进入到购物缔约的特殊关系。也就是；说，顾客已经与商场发生接触。这完全符合承担缔约过失责任的前提条件。因此，商场应承担缔约过失责任。除非能够证明受害人不存在缔约的情形，比如能够证明受害人来商场是为了扒窃等事由。否则，商场必须承担赔偿责任，因为商场对顾客没有尽到保护、照顾义务。应当注意，《合同法》第四十三条规定了一方当事人的保密义务，即当事人在缔约过程中，应当承担不得泄露对方当事人的商业秘密和不正当使用对方当事人商业秘密的义务。该义务是基于诚实信用原则而产生的附随义务。这是因为当事人在缔约过程中，由于基于双方相互的信赖，将自己的商业秘密告知对方，或者对方在缔约过程中知悉了他方当事人的商业秘密，该方当事人完全有理由相信对方不会为损害其利益的行为。如果该方当事人破坏了对方当事人的这种信赖，造成了其信赖利益的损害，理应承担一定的赔偿责任。但这种赔偿责任究否就是缔约过失责任，此时应分情况而定：在合同成立之前，当事人一方泄露或者不正当使用对方商业秘密的，是缔约过失责任；在合同有效成立之后终止之前，一方当事人泄露或者不正当使用对方商业秘密的，其承担的赔偿责任已不再是缔约过失责任。此时，当事人一方的该行为构成了对《合同法》第六十条附随义务的违反，应承担违约责任；如果当事人一方的该行为发生在合同终止之后，此时，当事人所违反的保密义务是一种后合同义务，其应承担违约责任。（二）缔约过程中行为人过失的存在。这里的“过失”实质上应

该是“过错”之意，包括故意和过失两部分。有的国家对此未作要求，如德国民法上有近似无过错责任的类型。我国考虑到缔约责任设立的宗旨，即一方面要积极促进合同的订立，加速财产的流转；另一方面要保障当事人能善意行事，避免损人利己之事发生，新合同法规定适用过错责任原则是适宜的。这里要注意，如双方均有过错，且受害方过错小于对方，此时应先适用民法上过错相抵原则，不足部分适用缔约过失责任。若合同无效的原因属于缔约双方的故意时，法律没有保护恶意之人的必要，在双方恶意串通并损害社会公共利益、国家利益、集体利益或第三人的合法利益时，尤其如此。就是说，于此场合不成立缔约上过失责任。应按照合同法第五十八条规定处理，由双方各自承担相应的责任。

（三）损失的存在。据“无损失、无责任”原则，损失的存在是缔约过失责任又一重要要件。在缔约过失责任的情况下，所应赔偿的为信赖利益的损失，即无过错的当事人信赖合同有效成立，但因法定事由发生，致使合同不成立、无效、被撤销等造成的损失。也是指当事人在合同缔结以前的状态和现有状态之间的差距。因此，信赖利益的损失包括因过错方的缔约过失行为而致信赖人直接财产的减少，也包括信赖人的财产应增加而未增加的利益。对直接财产的减少，即直接损失的赔偿，实践中较一致地认为包括以下几个方面：（1）缔约费用，包括邮电、文印费用，赴订约地或察看标的物所支付的合理费用；（2）履约准备费用，包括为运送标的物或受领对方给付所支付的合理费用，或因信赖合同成立而购租房屋、厂房、机器设备或雇工所支付的费用；（3）因支付上述费用而失去的利息。间接损失可以表现为：一是丧失与

第三人另订合同机会所产生利益。二是利润损失。即无过错一方在现有条件下从事正常经营活动所获得的利润损失。三是因身体受到伤害而减少的误工收入。四是其他可得利益损失。直接损失例如：A向B要约，要将自己的房子（要价22万元）卖给B，要B在10天答复持币来购买。B为筹集购房款，将刚买来才做好牌照的小车（花费23万元）以22万元折价买掉，第9天去购房时，A已将房子卖于C并已办过户手续。C已善意取得该房子的所有权，A与B的买卖不成立，A应承担缔约过失责任，应赔偿B折价卖车的损失1万元及其利息。对于缔约过失责任损失的确定较难以把握，在司法实践中可能会出现赔偿范围过宽或过窄，甚至漫无边际的现象，笔者认为，在具体操作中应注意以下问题：（1）须有实际损失，实际损失是构成缔约过失责任的重要条件，如果没有给对方造成实际信赖利益的损失，即使合同未成立、无效、被撤销，也不应承担赔偿责任。（2）这种信赖利益的损失必须是对方过错造成，也就是说必须有因果关系，如不是对方的原因造成的，即使有损失也不承担责任。（3）损害发生后，如果受害方没有积极采取适当措施，防止损失扩大，就扩大的损失部分不得要求赔偿。（4）一般而言，缔约人的信赖利益不能高于其履行利益。否则，就必然违背经济学上“成本低于收益”的一般原则，也不符合缔约人从事商品交易的最初目的。德国民法典第179条明确规定，信赖利益损失的赔偿额不得超过相对人在契约有效时可得到的利益。这一规定在我国合同法中未体现，但审判实践中可参考。当然，在特殊情况下应适当考虑超出履行利益的损失部分，但应严格掌握必须是全部是信赖利益，而且必须是必要的、合理的支出费用。（5）原

则上对精神损害不予考虑，对精神损害受害人可以适用侵权行为法要求赔偿。（四）因果关系。这里的因果关系是指一方当事人的过错与另一方遭受的信赖利益损失之间存在必然的联系。这就是损害结果的出现系缔约过错行为所必然引起，否则，即使出现了信赖利益的损害，当事人也不应承担责任。缔约过失责任的因果关系应适用民法关于一般因果关系的认定。在司法实践中应切实把握缔约过失行为与损害事实之间是否存在因果关系，在出现“多因一果”的情况下，要按照它们对结果发生所起的作用的大小，分清主要原因和次要原因。只有如此，才能不致于使引起损害的缔约过失行为人的民事责任漏于追究。

三、司法实践中应把握的几个问题

1.与违约责任区别

违约责任是指合同当事人不按合同的约定或法律的规定履行义务所应承担的民事责任。缔约过失责任与违约责任都属于补偿性的民事责任，受损害方都可以通过诉讼程序来获得司法救济。实践中应把握两者的主要区别：

一是责任基础不同。缔约过失责任的基础为诚信原则和缔约过失，并以先合同义务的存在及违反为前提；而违约责任的成立以有效的合同关系为基础，并以合同关系和债务的存在为前提。

二是保护对象不同。缔约过失责任以缔约当事人的信赖利益为保护对象。而违约责任以债权人的预期利益为保护对象。

三是归责原则不同。缔约过失责任以过错原则为归责原则，而违约责任以采取无过错原则的归责原则。

四是构成要件不同。缔约过失责任的构成要件前面已阐述。而以无过错原则为归责原则的违约责任的构成要件只有一个，即只要有违约行为，不论违约方主观上有无过错，均不影响此责任的成立。

2.与侵权责任界限及两者竞合时的处理

侵权

责任是指行为人对其不法行为造成他人财产、人身权利、知识产权损害时依法所应承担的民事责任。缔约过失责任与侵权责任都是因民事违法行为引起的法律后果，受损害方都可以依法请求司法救济。实践中应把握两者的主要区别：一是责任基础不同。缔约过失责任以诚信原则和缔约过失为基础，且其仅发生在缔约过程中；而侵权责任则以侵权损害的事实为基础，它不一定存在于缔约过程中，也不要求当事人之间存在信赖关系，只有在侵权行为发生后才使侵权人与被侵权人之间产生了损害赔偿关系。二是保护对象不同。缔约过失责任的保护对象为缔约当事人的信赖利益，它将责任直接归于缔约过程中有过错的缔约人；而侵权责任的保护对象则是他人的人身权、知识产权、财产所有权等权利，而该责任不仅要追究损害的引起者，还要求促使损害结果发生的人承担相应的法律责任。三是责任性质不同。缔约过失责任是一种财产责任，一般以受到的损失得到赔偿为限，即该责任具有补偿性；而侵权责任除了财产责任外，还有非财产责任，同时其兼有补偿性和惩戒性。四是构成要件不同。缔约过失责任如前所述。而在侵权责任中，一般侵权责任的构成需同时具备行为人具有违法侵权行为、主观上存在过错、损害事实的存在、侵权行为与损害事实之间有因果关系这四个要件，特殊侵权责任则不需要侵权人主观一定有过错，即使没有过错但给他人造成损害的，也构成此责任。这里需要指出的是，缔约过失责任和侵权责任在一定条件下可能发生竞合。受害人主张何种责任，直接关系到他的切身利益。例如，某甲与某商场乙进行磋商欲订立一买卖合同，在察看样品时，样品发生爆炸而致人身伤害。在此案中，若依缔约过失责任

，受害人某甲仅能向某乙索赔，若依侵权责任，某甲则不仅可向某乙索赔，还可向产品的制造者追偿。那么，受害人应该以何种请求权来索取赔偿呢？《合同法》虽未明确规定缔约过失责任与侵权责任的竞合问题，但是第一百二十二条承认违约责任与侵权责任的竞合，允许当事人选择其一进行索赔，充分体现了合同自由的精神。因此，根据合同自由的立法原则，并参照最相类似的第一百二十二条之规定，笔者认为，既然受害人有时主张缔约过失责任有利，有时请求侵权责任更好，那么法律应该赋予他选择权，允许当事人选择其中一种权利进行行使，以达到侧重于保护无辜受害人合法权益的目的。当事人向人民法院起诉时作出选择后，如果在一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许，不得加以限制。

3.对《合同法》第四十二条中“其他违背诚实信用原则行为”的理解“其他违背诚实信用原则的行为”，可以说，本项的规定在于弥补《合同法》第四十二条第一、二项未穷尽的情形，具有一定的伸缩性，对于保护当事人一方的利益具有重要的意义。对于此项，学理上有人认为，其他违背诚实信用原则的行为主要指当事人一方对附随义务的违反，即违反了通知、保护、说明等义务。但实践中遇到的情况可能更复杂一些，比如顾客去商场购物，推商场的门时被门上的玻璃砸伤，此时要求商场承担缔约过失责任还是侵权责任？该案从某种程度上反映出缔约过失责任的界定问题。对于“其他违背诚实信用原则的行为”的理解，要掌握两方面：一是要掌握缔约过失责任中先合同义务的产生阶段。我们知道，缔约过失责任是一种违反先合同义务的责任。至于先合同义务的产生阶段，笔者认为，此时应分情况而定。其

一，因将缔约过失责任界定在邀约发出之后承诺之前，此时邀约人和承诺人都要负担先合同义务。无论是邀约人遭受损失，还是承诺人遭受损失，如果证明损失是因对方未履行义务所引起，都有权要求对予以赔偿。比如要约人发出要约后物品被窃，此时，如果承诺人未尽必要的通知和保护义务，承诺人应予赔偿要约人遭受的损失。反之，在承诺人遭受损失场合亦同。其二，在一些例外场合也可以将缔约过失责任界定在要约发出之前，在该场合下要约人或承诺人要负担一定的先合同义务。该例外场合在实践中的判定应遵循两个标准：第一，在不能适用侵权等民事责任时，基于保护一方当事人的利益，此时赋予一方当事人以先合同义务，要求其对方所遭受的损失承担缔约过失责任。第二，一方当事人须具有订约的意图。一般而言，一方当事人发出要约邀请，而另一方当事人与之进行谈判磋商，此时应认定当事人具有订约的意图。因此，在该例外场合，应将这种先合同义务界定在发出要约邀请之后进行磋商之时。当然，这种例外场合的判定，实践中还须由法官根据实际情况而加以认定。但有时如果单纯由法官自由裁量，恐难以解决。基于此，笔者倾向于先作出司法解释，以此来指导法官自由裁量。二是要掌握具体的几种情形，实践中应当结合民法关于诚实信用原则的规定，一般认为这些行为主要应包括以下几种：1.未尽必要的通知、告知义务或者疏于照顾，致使对方当事人对合同性质或条款产生重大误解而被撤销；2.歪曲事实致使对方当事人违背自己的真实意愿而为缔约行为；3.要约人违反有效要约，即违反合同法第十九条的规定，撤回要约；4.悬赏广告不成立或悬赏人撤销悬赏广告，致使相对人利益受损害

；5.违反意向书、备忘录等初步协议中规定的义务；6.因一方缔约过失致使合同不具备法定或约定的形式要件而被人民法院认定合同未成立或确认合同无效；7.依法需经批准、登记才能生效的合同成立后，因未被批准、登记而使合同归于无效，无过错一方在合同成立后为准备履行而受到损失；8.效力推定合同未获追认权人追认，致使相对人利益受到损害。

引注： .《法学》1999年第3期P30 .王泽鉴《民法学说与判例研究》第1册P79 .李国光主编《中国合同法条文释解》P83 .中国人民大学《民商法学》2001年第3期P36 .最高人民法院经济庭编《合同法释解与适用》P183 .全国人大常委会办公厅研究室经济室编著《合同法释义及实用指南》P51 .辛秋玲编的人民法院出版社出版《当前民事经济审判疑难问题研究》P363 .姚仁安主编的《市场经济中的审判热点问题》之三P534 .宋海萍《合同法总则判解研究与适用》P310 .2000年《人民司法》第八期P19冯建平一文 .人民法院报1356期理论版解志国《论缔约过失责任》一文文章出处：中国法院网100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com