

合同有效型缔约过失责任适用范围的重构

——基于缔约过失责任与违约责任竞合关系的思考

于程远*

摘要:在《中华人民共和国民法典》规则框架下,合同有效型缔约过失责任不但无法发挥其在德国法下废止和变更合同的核心功能,而且有可能架空违约责任的相关规则,引发规则体系的混乱。处理违约责任与缔约过失责任的关系应从构成要件进路转向法律效果进路,即摒弃过往单纯以违反的义务是先合同义务还是合同义务分别判断是否成立违约责任和缔约过失责任的思路,而是从法律效果出发,拒绝通过缔约过失责任间接保护合同履行利益。当缔约过失破坏给付与对待给付的等价关系甚至导致当事人根本不欲订立合同时,应在违约责任的框架下检验当事人救济的可能性,防止违约责任的相关规则被缔约过失责任架空。而在违约责任不成立但缔约过失责任成立、过失欺诈、第三人缔约过失以及赔偿固有利益损失的情形中,合同有效型缔约过失责任依旧存在适用空间。

关键词:合同有效型缔约过失 合同废止 过失欺诈 违约责任 规范竞合

通过继受德国缔约过失理论,合同有效型缔约过失责任在我国学界得到了广泛的承认。^①与这一概念在学界的广泛传播相比,我国司法实践中的主流裁判通常认为缔约过失责任主要用于合同不成立、无效或被撤销的情形。^②但不容忽视的是,近年来实践中的法院裁判呈现出明显转向的态势,采纳合同有效型缔约过失责任的裁判越来越多,在合同有效情形中令当事人承担

* 中国政法大学民商经济法学院副教授

基金项目:中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划“数字经济时代民法的体系重构创新团队”(25CXTD07)

^① 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第166~168页;王洪亮:《债法总论》(上册),北京大学出版社2025年版,第134页。

^② 参见重庆市高级人民法院(2007)渝高法民再字第20号民事判决书、重庆市第四中级人民法院(2014)渝四中法民终字第442号民事判决书、四川省眉山市中级人民法院(2020)川14民终703号民事判决书。

缔约过失责任的判决陆续出现。^① 合同有效型缔约过失责任已经悄然成为实践中不可忽视的一类缔约过失责任。2004年上海市高级人民法院专门就缔约过失责任出台了《上海市高级人民法院缔约过失损害赔偿请求权的办案指南》(以下简称《办案指南》)。《办案指南》第11条规定:“合同虽已成立并生效,但一方当事人在缔约阶段有违反先合同义务的行为,致对方当事人受有损失的,受害方也可以向加害方主张缔约过失损害赔偿。”最高人民法院也认为:“当事人承担违约责任还是缔约过失责任,并非根据合同是否成立和生效来判断,而是根据其违反的合同义务性质来判断。违反先合同义务的承担缔约过失责任,违反合同义务的承担违约责任。”^② 自此,合同有效型缔约过失责任在我国似乎得到确认,缔约过失责任的适用范围在原本主流意见的基础上实现了扩展与突破。

但在这一过程中,鲜有人注意到德国法上的缔约过失制度与《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)上的缔约过失制度之间的根本差异:德国法实践已经清楚表明,合同有效型缔约过失制度的主要功能是基于该制度废止或变更已经生效的合同,从而间接实现解除合同或减价的效果。^③ 然而,我国缔约过失制度恰恰欠缺废止合同、返还给付的功能。这使得我国的合同有效型缔约过失制度自始就在其存在价值的层面遭受根本质疑。

本文试图指出,在《民法典》的规则体系下,不应简单以先合同义务与合同义务在发生阶段上的差异论证合同有效型缔约过失责任的成立。此种纯粹构成要件视角下的分析,并不符合我国法律制度对缔约过失责任的定位。在《民法典》语境下,应当采法律效果进路,从当事人意图达成的救济效果出发,分析合同有效型缔约过失责任的适用问题。

一、从否认到承认:我国学界主流观点的变化

(一)《中华人民共和国合同法》时代缔约过失责任的适用限制

自1999年《中华人民共和国合同法》(已废止,以下简称《合同法》)第42条规定缔约过失责任以来,缔约过失责任一直被我国主流学者理解为法律漏洞的填补工具,该责任仅在合同不成立、无效、被撤销时才可能成立,而若合同成立并生效,则缔约过失责任便被排除。^④ 基于这一见解,缔约过失责任的适用范围并不能涵盖“合同生命”的全过程,在合同有效成立后欠缺适用空间。^⑤

这一见解源于对德国学者耶林的缔约过失观念的继受。缔约过失责任旨在填补法律漏洞,而法律漏洞在合同有效时并不存在,故缔约过失责任无须介入。耶林所创缔约过失责任理论有

^① 参见江苏省南通市中级人民法院(2009)通中民二终字第0201号民事判决书、四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第5395号民事判决书、上海市虹口区人民法院(2018)沪0109民初9552号民事判决书、福建省福州市中级人民法院(2020)闽01民终5825号民事判决书、上海金融法院(2020)沪74民终498号民事判决书。

^② 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社2020年版,第278页。

^③ Vgl. MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 235.

^④ 参见王利明:《合同法通则》,北京大学出版社2022年版,第234页;崔建远:《合同法》,法律出版社2021年版,第90页。

^⑤ 参见李永军:《合同法》,中国人民大学出版社2020年版,第69页。

其特定的实证法背景。该理论着眼于德国法上的合同责任和狭窄的侵权责任之间的救济空白,即当合同因缔约方违反诚信原则而无效时,受损害一方既无法通过违约责任请求救济,又不能依据侵权法得到有效保护。^①从漏洞填补的角度观察,缔约过失制度将合同双方当事人互负义务的时间点从合同成立之时前移至准备缔约或类似的交易接触之时,从而化解了一方当事人违反诚信原则、实施不当行为时,另一方因缺乏有效成立的合同而无法获得救济的问题。“当事人因自己过失致契约不成立或无效者,对信其契约为有效成立的相对人应赔偿因此项信赖所生之损害。”^②

由此可见,缔约过失制度从一开始就并非旨在调整合同有效成立的情形,因为此种情况下的当事人完全能够以合同为基础,在既有法律规则框架下获得法律救济,而无须诉诸先合同义务违反的救济制度。有学者曾对主流意见作出精辟的总结:“对于德国和日本判例学说上主张的缔约上过失责任也适用于有效成立的合同领域,我国学说通常不予接受,……对于具有专门知识的卖方与无经验的买方订立的合同可以区分实际情况,分别用无效、变更或撤销、瑕疵担保等制度加以解决,尚看不出采取缔约上过失责任制度将合同解除的必要。”^③还有学者指出:“在制定《合同法》时,我国当时的法律体系中(《民法通则》上的侵权责任与合同责任之间)并不存在这个缝隙。当时,我们可能只是把缔约过失当成一种先进的法律制度,本着与国际接轨和吸收先进制度的思想,将其规定了下来。”^④

(二)《民法典》时代支持合同有效型缔约过失的主张

近年来,越来越多的学者主张采纳合同有效型缔约过失制度,支持在合同有效成立的情况下运用缔约过失制度规制合同当事人违反先合同义务的行为。其主要论点大致包含以下几个方面。(1)合同有效型缔约过失问题在实践中大量存在,其中以违反先合同说明义务的情况最为典型。^⑤(2)《民法典》第500条并不排斥合同有效型缔约过失责任。该条并未规定缔约过失责任以合同不成立或无效为前提,为合同有效情形适用缔约过失规则留有空间。^⑥(3)并非任何缔约过失责任都能被后续成立的合同(违约)责任所吸收。先合同义务种类繁多,除先合同说明义务外还包含保密义务、保护义务等其他附随义务。违反这些附随义务,并不必然导致合同无效、被撤销或不成立。虽然违反该义务的行为发生在先合同阶段,但是合同的成立与生效不应当影响受损一方当事人借助缔约过失制度向另一方当事人求偿,二者实际上并行不悖。^⑦

二、法律效果视角下竞合问题逻辑进路的重构

(一)缔约过失责任的独立:竞合问题的实质起点

通观上述意见不难发现,支持合同有效型缔约过失责任的学者几乎毫无例外地从构成要件

① 参见于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,《中国政法大学学报》2014年第5期。

② 王泽鉴:《债法原理》,北京大学出版社2009年版,第181页。

③ 韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第162页。

④ 于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,《中国政法大学学报》2014年第5期。

⑤ 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第167页。

⑥ 参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期。

⑦ 参见李永军主编:《中国民法学》(第三卷),中国民主法制出版社2022年版,第236页。

入手,指出在构成要件层面存在违反“先合同义务”的行为,进而成立缔约过失责任。在这一思考模式之下,缔约过失责任的独立具有必然性:先合同义务与合同义务泾渭分明,违反两类义务将分别引发相应的救济,合同责任必然无法完全覆盖缔约过失责任的适用范围——诸如先合同保密义务、先合同保护义务等义务自不必谈,即便是涉及标的物本身性质的先合同说明义务也未必能被合同责任完全覆盖。由此观之,当学者提炼出先合同义务这一概念并以此为核心构建缔约过失制度时,^①缔约过失制度与违约责任制度的脱钩便难以避免。

然而,缔约过失责任与违约责任关系的研究不应止步于构成要件层面的观察。从构成要件的视角分析制度竞合问题的思路从一开始便陷入悖论:两项制度的竞合问题之所以存在,就是因为两者的构成要件在同一案件中可能均得到满足——如果不是因为先合同义务与合同义务的违反能够各自产生责任,那么制度竞合问题便自始不会存在。由此观之,上文梳理的支持合同有效型缔约过失责任的几方面观点几乎不具有说服力——它们恰恰是制度竞合问题产生的原因,而非解决该问题的方案。具体而言,“实践有需求”“法条未否定”以及“先合同义务与合同义务的违反可以从不同途径导致法律救济”这三个观点,构成了研究缔约过失责任与违约责任关系的背景与前提。若无此三点,则制度竞合问题的讨论根本不会发生。既有讨论的“终点”恰是研究该问题的“起点”,缔约过失责任与违约责任的关系问题在合同有效型缔约过失的概念之下并未得到真正回答。研究两个法律制度竞合的问题实际上不应从构成要件入手,而应从法律效果入手,即从制度目的与功能定位等方面探究二者的关系问题。

德国法上的缔约过失制度最初旨在填补德国民事责任体系在合同责任和侵权责任之间的漏洞。^②然而,随着理论与司法实践对缔约过失制度的不断丰富与完善,如今德国法上的缔约过失制度已经完全超越耶林最初对缔约过失责任的设想,逐渐在整个债法体系中作为一种债的发生原因获得了独立地位,而不再仅表现为漏洞填补的“次级”手段。当缔约过失被视为一种独立的法定之债时,合同有效型缔约过失责任即为理所当然。无论是法院还是学者的考量均集中于两个方面:一是缔约过失责任可以在《德国民法典》的规则框架下获得独立的意义,二是在合同有效的情形中否定已在构成要件上独立化的缔约过失责任并无特别理由。^③正是因循这一思考路径,德国法一方面承认缔约过失责任与违约责任在原则上自由竞合,另一方面在涉及瑕疵担保等特别规范时否定缔约过失责任之适用。^④在此意义上,与德国法不同,我国法上的合同有效型缔约过失责任面临特殊障碍。

在分析德国法上的缔约过失责任时,《德国民法典》第 311 条的体系功能经常被忽视,尽管该条明文确立了缔约过失责任在现行德国法上的独立地位。《德国民法典》第 311 条的条题是“法律行为上的债务关系和准法律行为上的债务关系”。基于这一规定,德国法上的缔约过失制度与我国法上的缔约过失制度存在两点区别。

第一,《德国民法典》第 311 条并未将缔约过失责任定位为漏洞填补手段,而将其定位为与合

^① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用》(一),人民法院出版社 2020 年版,第 275 页。

^② 参见于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,《中国政法大学学报》2014 年第 5 期。

^③ 关于德国法上合同有效型缔约过失的发展史,参见王洪亮:《缔约过失构成与类型》,法律出版社 2023 年版,第 35~36 页。

^④ Vgl. BGH NJW 2009, 2120.

同之债并列的(至少是紧随其后的)债的发生原因。这与《民法典》的规定明显不同。《民法典》第118条在规定债权的产生原因时,明示列举了合同、侵权行为、无因管理、不当得利,但就缔约过失责任只字未提。缔约过失责任在我国债法体系中的地位由此可见一斑。《民法典》第500条将缔约过失规定于“合同的订立”一节,显然也是将缔约过失作为合同订立过程中损害赔偿 responsibility 的一种特殊情形。相较之下,侵权责任独立成编,无因管理、不当得利在《民法典》合同编“准合同”分编中获得了独立的体系地位。

第二,作为一种债的发生原因,基于缔约过失产生的债是一种无主给付义务而仅包含附随义务的债,即《德国民法典》第311条第1款所规定的“含有第241条第2款所规定的义务的债务关系”。^① 上述理解与《民法典》关于缔约过失的规定相去甚远。依据《民法典》第500条的规定,缔约过失责任是一种因合同当事人在缔约过程中违反诚信原则而导致的损害赔偿 responsibility。

只有把缔约过失定位为一种独立的法定之债,才能理解合同有效型缔约过失责任的正当性基础:双方当事人在缔约过程中形成的紧密关系,导致双方之间产生了一种独立且区别于合同之债的法定之债。在缔约过失之债的框架下,双方当事人并不相互负担任何给付义务,而是基于诚信原则互负附随义务,即顾及另一方当事人的权利、法益和利益的义务。正因如此,违反缔约阶段的义务不会被违反合同履行阶段的义务吸收,二者位于不同的债之关系中。若不从独立债之关系的角度理解缔约过失,而仅从合同成立前后的不同阶段理解缔约过失责任与违约责任的关系,则缔约过失责任始终是违约责任的“附庸”,在后者成立的情况下丧失其成立的必要性与可能性。需要强调的是,简单地宣称缔约过失中的义务违反行为发生在先合同阶段,并不足以论证合同有效型缔约过失责任的独立性。因为若法律仅将缔约过失责任定位为违约救济漏洞的填补手段,则至少在当事人有权主张违约救济时,合同有效型缔约过失责任即丧失其正当性基础。只有让缔约过失责任在规范体系上与合同责任脱钩,才能解释为何当事人可以放弃合同责任框架下履行利益的保护,转而诉诸缔约过失责任框架下信赖利益的保护。

(二)解除与减价:合同有效型缔约过失的主要意义所在

缔约过失责任与违约责任竞合的实际意义通常不显著,尤其在当事人的固有利益受到侵害的情形中。例如,当事人违反保密义务的,其究竟是违反了“先合同”保密义务还是“合同”保密义务的问题并不影响损害赔偿,此时缔约过失责任与违约责任不相互排斥。真正的竞合难题发生在保护履行利益的情形中。当一方当事人已经履行的给付对接受给付的另一方当事人并无价值,或者该给付的价值与对待给付不等时,另一方当事人可否放弃主张专门解决该问题的违约责任规则,转而诉诸缔约过失责任规则?

合同有效型缔约过失责任之所以能在德国法上成为缔约过失责任的重要类型,是因为德国的损害赔偿法具有特殊构造,当事人可借助缔约过失责任获得与违约责任相同或相似的结果。就缔约过失责任的法律适用而言,所谓的“损害赔偿 responsibility”应以《德国民法典》第280条为核心请求权基础,该条规定乃是给付障碍法上损害赔偿的“总则性”规范。^② 由此可拆解出一系列证成赔偿责任所应满足的构成要件,其中就包括“有效成立的债之关系”以及一方当事人“受有损害”。针对“有效成立的债之关系”,法律适用者需先借助《德国民法典》第311条第2款确定双方当事

^① Jauernig/Stadler, 19. Aufl. 2023, BGB § 311 Rn. 34.

^② Vgl. Jauernig/Stadler, 19. Aufl. 2023, BGB § 280 Rn. 1-2.

人是否因缔约行为产生特殊的债之关系,并因该债之关系而互负附随义务。基于此,义务的违反也得以确定。针对“受有损害”的要件,法律适用者需要借助《德国民法典》第 249 条以下的条文确定损害赔偿的方式及以金钱赔偿损害时的数额。《德国民法典》第 249 条以下的条文是损害赔偿法的“总则性”规范,原则上可适用于各类损害赔偿。^① 由于该部分条文的抽象程度高于《德国民法典》第 280 条以下的条文(给付障碍法的损害赔偿规范),故该部分条文位置更为靠前。

借助《德国民法典》第 249 条以下的条文,当事人可以通过缔约过失责任实现违约责任的法律效果。根据《德国民法典》第 249 条第 1 款,损害赔偿义务人须使遭受损害的当事人恢复到假如没有发生引起赔偿责任的事由所会存在的状态。这类似于《民法典》中恢复原状的法律效果,在德国法上被视为损害赔偿的第一种形态:自然恢复。^② 假若说明义务人诚实说明,则另一方当事人根本不会订立合同,那么在“自然恢复”这一构造下,因违反先合同说明义务而订立的合同本身就可能构成一种损害。这一根本不被期待的合同可能会在损害赔偿的框架下被“废止”,其实际效果与合同解除并无二致。^③ 而若当事人能够证明自己虽然仍可能在说明义务人如实说明的情况下订立合同,但不会以同等条件(价款)订立该合同,则可能导致合同调整。例如,买卖合同中的调整对象通常为价款,其实际效果与减价并无二致。^④ 这实为信赖利益概念与差额说相结合之下逻辑推演的结果:将当事人错误信赖的事实财产状态与当事人若未错信则可能处于的财产状态进行比较,既可能产生“根本不应订立合同”的结论,也可能产生“当事人会以更低价款订立合同”的结论。

由此不难发现合同有效型缔约过失责任在德国法上具有显著意义:它能够通过信赖利益损害赔偿的分析路径实现解除合同或减价的法律效果,而缔约过失责任相对粗糙的构成要件又使得当事人有机会规避《德国民法典》为违约责任确立的一系列限制。例如,在合同解除方面,《德国民法典》第 323 条规定无论是履行迟延还是履行不符合约定,守约方均需首先为对方指定(履行或补充履行的)合理期间,否则不得解除合同。当事人可通过主张缔约过失责任规避这一限制,即在不指定合理期间的情况下直接解除合同。又如,在瑕疵担保责任上,《德国民法典》第 437 条规定买受人在货物存在瑕疵时应先主张补充履行,给予出卖人二次履行的机会,而不能直接主张减价、解除合同、损害赔偿等其他责任。若买受人不主张瑕疵担保责任而主张缔约过失责任,则有可能无须受制于瑕疵担保法上“补充履行优先”规则,进而规避《德国民法典》第 437 条的规定。^⑤ 还如,在诉讼时效方面,《德国民法典》第 438 条第 1 款第 3 项规定通常情形下瑕疵担保责任的诉讼时效为 2 年,而依据《德国民法典》第 195 条的规定,缔约过失责任的诉讼时效为 3 年。由此,当事人还可能通过主张缔约过失责任规避德国法上关于瑕疵担保责任短期时效的规定。^⑥ 正出于前述理由,德国法上的主流意见一直是:只要存在瑕疵担保法适用的可能,缔约过失责任规则即不得适用;仅在出卖人恶意欺诈的情形中,才例外地允许适用缔约过失责任规则,

① Vgl. MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 249 Rn. 2.

② Vgl. BeckOK BGB/Flume, 74. Ed. 1.2.2025, BGB § 249 Rn. 55.

③ 参见刘勇:《缔约过失与欺诈的制度竞合——以欺诈的“故意”要件为中心》,《法学研究》2015 年第 5 期。

④ Vgl. MüKoBGB/Emmerich, 9. Aufl. 2022, BGB § 311 Rn. 235.

⑤ Vgl. Derleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969, 974.

⑥ Vgl. Derleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969, 974-975.

以“惩罚”恶意的出卖人。^① 尤为值得注意的是,即便适用瑕疵担保法的结果是标的物无瑕疵或出卖人不承担瑕疵担保责任,买受人也不得反过来主张缔约过失责任。简而言之,瑕疵担保法原则上形成封闭的法律规范体系,从根本上排斥了缔约过失责任规则,因为适用后者可能会完全架空前者。^②

上述法律效果在我国缔约过失责任的规则体系之下无法实现。《民法典》第500条将缔约过失责任的法律后果明确规定为“赔偿责任”,而此种赔偿责任在我国理论框架下无论如何都难以涵盖合同的废止或调整。在我国理论与实践,损害赔偿的内涵非常清晰,仅指金钱赔偿。^③ 因此,在我国现行法律规定的框架下,合同有效型缔约过失责任理论的继受面临严重的水土不服问题。有学者甚至明确指出:“在考察德国法上缔约过失责任制度的产生、发展以及其下统摄的各个案型之后,不得不承认其为德国民法尤其是侵权法的缺陷所催生出的产物,对其加以继受的做法是否妥适的问题也随即发生。”^④

此外,我国法律中同样存在适用合同有效型缔约过失责任架空其他法律规范的情形。例如,《民法典》第152条第1款规定恶意欺诈的撤销权人应当在知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使撤销权,重大误解的撤销权人应当在知道或者应当知道撤销事由之日起90日内行使撤销权,而基于合同有效型缔约过失产生的请求权适用3年的普通时效。若撤销权人怠于行使权利导致撤销权消灭之后,其还可以通过合同有效型缔约过失责任实现近似效果,^⑤则无疑会影响《民法典》第152条第1款激励撤销权人积极行使权利的目的。又如,《民法典》第621条第2款规定:“当事人没有约定检验期限的,买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。买受人在合理期限内未通知或者自收到标的物之日起2年内未通知出卖人的,视为标的物的数量或者质量符合约定。”买受人怠于履行通知义务导致2年期间经过的,无法再向出卖人主张违约责任。但若缔约过失责任与违约责任可以自由竞合,则买受人还可在3年诉讼时效期内主张缔约过失责任。^⑥ 这无疑也会架空法律上关于买受人检验通知义务的规定。无论在我国法上还是在德国法上,虽然缔约过失制度作为发轫于漏洞填补的“后来者”属于相对粗糙的制度,但其随着司法实践的发展获得了越来越广泛的适用性,从而在实质上架空了其他法律制度中的精细规范。这是上述问题产生的根本原因。

(三)不能而非不愿:制度功能视角下的竞合观察

基于上述分析,处理缔约过失责任与违约责任的关系应遵循以下原则:缔约过失责任本就为弥补违约责任救济范围有限而生,故其不得适用于违约责任能够提供充分救济的情形。尤其当违约责任的具体规定对合同双方当事人的利益做出了更为细致的分配时,该具体规定不应被粗糙的缔约过失制度架空。例如,买受人未在《民法典》第621条规定的2年期间内履行通知义务的,“视为”标的物的数量或者质量符合约定。此时买受人既不能基于物上瑕疵请求出卖人承担

^① Vgl. BGH NJW 2009, 2122.

^② Vgl. BeckOK BGB/Sutschet, 74. Ed. 1.5.2025, BGB § 311 Rn. 85.

^③ 参见尚连杰:《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》,《法学家》2017年第4期。

^④ 张金海:《耶林式缔约过失责任的再定位》,《政治与法律》2010年第6期。

^⑤ 参见王洪亮:《债法总论》(上册),北京大学出版社2025年版,第145页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第168页。

^⑥ 参见金晶:《〈合同法〉第158条评注(买受人的通知义务)》,《法学家》2020年第1期。

违约责任,也不能基于出卖人违反先合同说明义务请求其承担缔约过失责任以间接实现减价的效果。这一情形本质上依旧涉及合同给付义务的履行瑕疵,违约责任规则已经为此提供了更为具体的解决方案。

合同有效型缔约过失责任在我国面临的问题本质上是既有规则下的法律解释障碍问题,而非理论继受问题。简而言之,就德国法发展至今形成的缔约过失一般理论而言,我国承认合同有效型缔约过失责任在构成要件方面不存在任何障碍,在法效果方面却遭遇了水土不服的问题。这一问题的根源是两国立法者对缔约过失责任的功能定位存在根本差异。故在我国制度语境下,应当立足于实在法规定,从制度功能角度探索合同有效型缔约过失责任的适用空间与存在意义,进而确定能够契合《民法典》体系的合同有效型缔约过失形态。

三、法律效果视角下合同有效型缔约过失责任的适用限制

(一)不应用于调整给付和对待给付的等价关系

在《民法典》体系下,若救济的对象涉及给付和对待给付的等价关系,则不宜适用缔约过失责任。例如,在买卖合同纠纷中不宜借道缔约过失责任间接实现减价的法律效果,因为违约责任的认定规则较为复杂详细,缔约过失责任的认定规则相对粗糙,而先合同说明义务的判定更是以所谓“动态系统论”为基础。^①在同时具备确定的规则和不确定(灵活)的规则时,司法者应优先依确定的规则裁判,以维护法的安定性。

违约责任规则足以提供救济的,强行借道缔约过失责任实现相同的法律效果将无谓地引发解释论障碍。例如,在某商品房买卖纠纷案^②中,法院认为诉争房屋在窗户设计上与其他楼层“标准房屋”的差异构成出卖人应主动说明的事项,因为该差异将影响房屋的采光、通风效果;基于上述理由,法院支持了买受人基于缔约过失责任请求赔偿房屋价格1%的主张。法院在缔约过失责任规则框架下的裁判及其推理本身并无问题。如果不考虑缔约过失责任与违约责任的关系,那么该案中出卖人确实应当因其违反先合同说明义务而承担缔约过失责任。然而,“房屋价格1%”的损害赔偿不符合信赖利益损害赔偿的基本原理,且该案争议完全可以在违约责任规则的框架下得到解决,无须在法律适用尚存障碍的情况下舍近求远,适用缔约过失责任规则。

该案争议的核心问题是案涉房屋并非标准房屋,与买受人购房时参观的样板间存在一定差异,且该差异会影响房屋采光、通风,却未在价格中得到体现。从违约责任的角度看,这一差异已经构成物上瑕疵,买受人享有减价的权利;买受人支付与同种类物相当的价款,但标的物欠缺同种类物通常应具备的使用性能。该案中出卖人提出的抗辩——“《商品房买卖合同》对窗户的尺寸、规格、起高均未进行约定,应当依备案图纸为准”——也不影响违约责任成立。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定:“商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请,但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定,并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的,构成要约。该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同,亦应当为合同内容,当事人违反的,应当承担违约责

^① 参见于程远:《论先合同信息风险分配的体系表达》,《环球法律评论》2020年第6期。

^② 参见江苏省苏州市中级人民法院(2016)苏05民终2927号民事判决书。

任。”样板间与合同实际约定不符的情况与此同理。事实上两审法院在该案中的论证已经足以证明违约责任成立,取道缔约过失责任进行裁判或许在构成要件的论证上将核心问题简化为先合同说明义务的违反,但在法律效果——损害赔偿的范围——上遭遇难以克服的障碍,实属得不偿失。

(二)不应用于废止合同

给付与对待给付的等价关系可能并未被打破,但整个合同本身可能并非一方当事人所欲订立。因受制于既有规则,《民法典》体系下合同有效型缔约过失责任的价值可能十分有限。其中,最主要的问题是我国缔约过失规则并未提供任何有关“合同废止”与“返还给付”的救济方式。这造成了一个尴尬局面:除非双方已经提供的给付毫无意义、不存在返还的价值,合同有效型缔约过失责任将在给付返还方面遗留严重的问题。如果因一方当事人违反先合同说明义务,已经成立的合同对另一方当事人根本无意义,那么后者此时应通过诉诸重大误解、恶意欺诈等制度撤销合同,或者依违约责任规则探寻解除合同的可能性,而不能打算通过缔约过失责任达成废止合同的效果。^①因此,合同有效型缔约过失责任至少不宜适用于涉及物之给付的合同,如买卖、承揽、租赁、赠与。根据德国法上的主流意见,瑕疵担保法的适用应排除缔约过失责任规则的适用,以免当事人规避瑕疵担保法的特别规定。^②与此不同,我国法律面临的主要障碍则是缔约过失责任框架下合同效力以及给付返还规则的缺失。

实践中的一个误区是,当一方当事人的给付对另一方毫无意义时,法院可能判令前者通过损害赔偿的方式“返还”后者所支付的价款。例如,在“L公司诉G公司服务合同纠纷案”^③中,G公司作为专业从事会展服务的企业误将招展对象标明为参展企业,以致L公司误以为共有125家参展商参展,但实际上仅12家企业参展。在该案中,若L公司事先知晓仅有12家企业参展,则根本不会缔结合同;但该合同已履行完毕,且该展会对L公司并非毫无意义。法院据此认为:“虽然涉案展会规模与G公司的宣传存在差距,但参加展会对于L公司的企业形象塑造、经营业绩提升等亦显有裨益,该些可视为L公司信赖利益的部分实现,而与之相对应的服务费、参展费用等亦应当由L公司自行承担。”基于这一理由,法院判决G公司赔偿包括展位费、展台设计搭建费在内的一系列损失。不过,这一裁判路径实际上仅在服务类合同等一方当事人提供无形给付的合同中可能适用。一旦合同标的涉及物之给付,就会涉及已经给付的标的物的返还问题,而该问题无法仅通过金钱损害赔偿解决。若一方当事人进行了“全额”损害赔偿,但另一方依旧持有标的物,则无异于司法者通过适用缔约过失责任规则人为地导致不当得利。我国现行缔约过失责任规则尚缺乏一项类似于《民法典》第157条的清算条款。这也是合同有效型缔约过失责任在法律效果上面临的核心障碍之一。

从法律效果上看,信赖利益与履行利益有清晰的边界,不应混淆。针对缔约中的“说谎”行为,基于缔约过失责任的救济与基于违约责任的救济存在根本差异,而这一差异在德国法关于合同有效型缔约过失的实践中被混淆。基于缔约过失责任,受到损害的一方当事人可以主张信赖

^① 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第162页。

^② Vgl. BGH NJW 2009, 2122.

^③ 参见上海一中院、上海浦东法院联合发布自贸区司法保障十大典型案例之六:L公司诉G公司服务合同纠纷案【法宝引证码:CLIC.77866467】。

利益损害赔偿,即令自身财产状态恢复到对方未说谎(如实说明)时可能的财产状态。而基于违约责任,受到损害的一方当事人可以请求说谎者将其谎言变为现实:谎言此时具备合同约定的性质,说谎的一方当事人须实现对方因其谎言而可以期待的履行利益。简而言之,缔约过失责任救济的最终状态是“如同当事人未说谎一般”,而违约责任救济的最终状态是“如同当事人谎言为真一般”,二者存在根本差异。例如,在一则房屋买卖纠纷案^①中,出卖人通过隐瞒案涉房屋不能享受财政补贴的事实,使得买受人与其订立合同。法院认为,对于买受人在购房后不能获得财政补贴而遭受的损失,出卖人应当赔偿。该损害赔偿在我国缔约过失制度框架下其实难以成立。依据信赖利益损害赔偿的一般规则,买受人应当恢复到出卖人如实说明时其可能处于的财产状态,但涉案房屋原本就不能享受财政补贴,与出卖人是否如实说明无关。即便出卖人如实说明情况,买受人就该合同而言也不能享受财政补贴政策带来的福利。买受人的信赖利益损失恰为合同本身:若出卖人如实说明该情况,则买受人可能根本不会订立该合同。但在我国缔约过失责任的规则框架下,针对合同自身效力的救济欠缺规范基础。如果改变案情,假设该房产原本能够享有财政补贴,但因出卖人的过错导致买受人无法享受这一补贴,那么该损害才是出卖人在缔约过失责任框架下应当赔偿的损害。

四、法律效果视角下合同有效型缔约过失责任的适用空间

合同有效的情形并非全然不存在缔约过失责任适用的可能,违反先合同义务导致的责任并不必然为合同责任吸收。这就构成了我国法律框架下合同有效型缔约过失责任的存在空间。合同有效型缔约过失责任可能因与违约责任规则冲突而被排除,但排除适用的根源在于合同有效型缔约过失责任搅乱了旨在调整给付与对待给付关系的违约责任救济体系。违约责任并非一概排斥合同有效型缔约过失责任。在划定了合同有效型缔约过失责任适用范围后,其依旧可以适用于本文罗列的几种情形,并在特定情况下还有可能和违约责任、侵权责任相竞合。

(一)违约责任不成立但缔约过失责任成立的情形

尽管在给付和对待给付的等价关系并未遭到破坏的情况下,通常不存在违约责任介入的空间,但若某些不会引发违约责任的情形对于一方当事人的缔约决定显著重要,或者对标的物的后续使用与改造具有重要意义,则该情形便会落入先合同说明义务的涵摄范围,进而引发缔约过失责任。^② 例如,在一则“屋内变形缝给买受人造成损失”的房屋买卖纠纷案^③中,法院先否定变形缝构成物上瑕疵,认为“无证据表明变形缝置于套内有违反法律、行政法规等规定的情形存在,且该设计经过审核、验收通过,房屋质量不存在瑕疵”,后从先合同说明义务的角度指出“变形缝置于套内确不常见,作为普通购房者,很难知悉该变形缝的性质、可能造成的影响,故开发商作为相对专业的一方,应负有一定的告知、提醒义务,以便购房人在装修、使用时作出妥善处理”。该判决深刻揭示了违约责任与缔约过失责任的区别:在救济范围上,合同有效型缔约过失责任规则与

^① 参见四川省成都市中级人民法院(2014)成民终字第5395号民事判决书。

^② 德国法院通常致力于细致拆解“物的性质”的概念,以区分瑕疵担保责任与缔约过失责任适用的范围。Vgl. BGH NJW 2011, 1218.

^③ 参见江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏02民终1212号民事判决书。

违约责任规则处于各司其职的状态。一方面,即便某些事项不构成物上瑕疵,当事人也可能负有主动说明的义务;另一方面,当事人并无义务说明所有类型的物上瑕疵,比如微小瑕疵、明显瑕疵通常无须特别予以说明。

因此,即便合同有效成立,仍旧存在违约责任规则力有未逮、需缔约过失责任规则提供补充救济的情形。在此类情形中,合同有效型缔约过失责任的意义尤为显著。

(二) 过失欺诈的情形

传统民法通过合同责任、恶意欺诈以及重大误解三个制度,协调分配先合同信息风险。^① 缔约中的各方当事人原则上应当自行获取自己所需的信息。若一方当事人对于特定事项有特别需求,则应当尝试与对方达成合同约定,进而获得对方的“保证”。对方不愿提供合同(履行利益)意义上的“保证”,却作出不符合事实情况的说明或者故意隐瞒与缔约有关的重大事项,则构成恶意欺诈。受欺诈的一方可以撤销该合同并请求对方赔偿损害。若恶意欺诈无法证明,则特殊需求未实现的一方当事人只能在满足特定构成要件的前提下诉诸重大误解,主张撤销合同,但其在撤销合同后须赔偿对方的信赖利益损失。上述信息风险分配体系存在一个明显的漏洞:针对一方当事人因过失引发对方重大误解的情形,传统民法并未提供直接救济。理论和实践可能试图通过扩张“恶意”的概念尽可能覆盖缔约中当事人产生错误的所有领域。^② 然而,恶意终究属于故意的一种形态,与过失之间的差别无法通过解释彻底消弭。正因如此,德国学者对于瑕疵担保法与缔约过失责任规则适用关系问题的反思与批判从未止息。合同有效型缔约过失责任最主要的功能是填补过失欺诈的法律漏洞。德国学者洛伦茨甚至认为:“缔约过失责任本身就是对‘过失的欺诈’的承认……在行为人过失违反信息提供义务的场合,缔约过失责任的认定实际上实现了‘过失的欺诈’。”^③

从法律规定上看,我国似乎不存在这一需求,因为《民法典》第157条在形式上为当事人同时主张撤销合同与损害赔偿创造了可能性。从该条文义来看,一方当事人因过失引发另一方当事人重大误解的,后者可在基于重大误解撤销合同后,继续在证明前者的过错的情况下请求损害赔偿。就重大误解撤销权的成立而言,法律适用者无须考察重大误解产生的原因归责于谁,因为撤销权乃是对意思表示瑕疵的单纯救济。但在合同撤销之后的责任分担问题上,法律适用者可以通过考查双方当事人在个案中的具体过错确定责任分担方案。^④

以重大误解承接过失欺诈的制度功能,或是既有规则下解释论上的唯一可行路径。然而,这实际上是以扭曲相关制度功能为代价。重大误解制度允许表意人因自身意思表示存在错误就撤销合同,牺牲交易的安定性,乃是对表意人的一种明显偏袒。正因如此,法律通过赋予对方损害赔偿请求权抑制表意人滥用撤销权。该损害赔偿请求权的基础并非表意人的过错。基于重大误解的撤销不涉及过错方是谁的问题,而仅是对意思表示瑕疵的单纯救济。根据德国法上的主流意见,《德国民法典》第122条在重大误解撤销以及戏谑行为无效情形中赋予另一方当事人损害

① 参见于程远:《论先合同信息风险分配的体系表达》,《环球法律评论》2020年第6期。

② Vgl. BeckOK BGB/Wendtland, 74. Ed. 1.5.2025, BGB § 123 Rn. 17.

③ 转引自刘勇:《缔约过失与欺诈的制度竞合——以欺诈的“故意”要件为中心》,《法学研究》2015年第5期。

④ 以重大误解承接过失欺诈功能的论证,参见尚连杰:《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》,《法学家》2017年第4期。

赔偿请求权,不以过错原则为基础,而以诱因原则为基础。^① 因此,在因重大误解而撤销合同的情形中,仅相对方享有损害赔偿请求权,而不能允许撤销权人通过证明对方存在过错,反过来请求对方承担损害赔偿责任。^② 否则,重大误解撤销不仅可以包含过失欺诈,也可以包含恶意欺诈的绝大多数情形,因为故意与过失责任均属于《民法典》第157条的涵摄范围。由此,欺诈撤销制度便会显著丧失其独立价值,沦为对动机错误进行救济的例外规范。这无疑会动摇现行规则体系。因此,过失欺诈的问题仍未在我国现行民法规则体系中得到化解,理论与实践对合同有效型缔约过失的制度需求依旧存在。

(三)第三人缔约过失的情形

合同有效型缔约过失责任可能用于化解专家责任问题。在德国法上,专家责任问题通常可能通过拟制咨询合同、附保护第三人效力的契约以及缔约过失责任三种途径解决。^③ 上述三种救济途径在我国司法实践中均未得到肯定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释(征求意见稿)》第6条第2款曾特别规定:“合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等,第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错,受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的,人民法院应予支持。”虽然最终出台的司法解释删除了该规定,第三人缔约过失责任仍欠缺规范基础,但合同有效型缔约过失责任仍是可能的学理路径。

从结果来看,第三人缔约过失责任并不直接干扰合同双方当事人之间给付与对待给付的等价关系。第三人缔约过失制度解决的问题本质上是合同双方对交易基础的主观认识错误问题,而该错误认识由第三方过错造成。因此,在违约责任无法为受损害一方提供充分救济的情况下,第三人缔约过失责任是可能的救济方案。

(四)固有利益保护的情形

在固有利益损失的赔偿问题上,侵害行为发生的时间点仍应是划定缔约过失责任与违约责任适用界限的基准。就固有利益保护问题而言,缔约过失责任与违约责任并不存在真正意义上的竞合。以保密义务为例,当事人在先合同阶段泄露对方的商业秘密的,由于合同尚未成立,行为人尚未对相对方负担合同义务意义上的保密义务,故后者仅可依缔约过失责任请求救济,不能诉诸违约责任。^④ 如果当事人在合同履行阶段泄露相对方商业秘密,那么由于“先合同义务”无法涵摄这一情形,故后者仅可通过违约责任主张救济。^⑤ 简而言之,合同的有效成立并不影响因违反先合同义务而产生的损害赔偿责任。当然,此时可能还成立侵权责任,从而发生缔约过失责任与侵权责任的竞合。

^① Vgl. MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, BGB § 122 Rn. 2.

^② Vgl. Jauernig/Mansel, 19. Aufl. 2023, BGB § 122 Rn. 2.

^③ 参见李建华、董彪:《专家对第三人承担民事责任的理论基础——兼论德国新债法对我国民事立法的启示》,《社会科学战线》2005年第5期。

^④ 参见江苏省南通市中级人民法院(2009)通中民二终字第0201号民事判决书。

^⑤ 参见福建省厦门市中级人民法院(2009)厦民终字第3313号民事判决书。

五、结 论

缔约过失责任与违约责任的竞合问题是合同有效型缔约过失责任的先在问题。我国在未妥善解决该问题的情况下仓促继受合同有效型缔约过失责任,对合同有效型缔约过失的制度功能缺乏深入观察。学者对合同有效型缔约过失责任的分析通常采用构成要件进路,即简单以违反义务的行为发生在先合同与合同阶段为依据确定不同的法律责任。这一分析方法忽略了合同有效型缔约过失面临的关键问题,即废止、变更合同的法律效果难以实现的问题。究其原因,我国立法者自《合同法》制定以来就未将缔约过失责任真正视为与合同、侵权、无因管理、不当得利并列的债的发生原因,而仅将其作为一种漏洞填补的手段,用以填补合同责任与侵权责任之间存在的缝隙。因此,处理缔约过失责任与违约责任的关系问题,应当由构成要件进路转向法律效果进路,从救济对象上判断合同有效型缔约过失责任的适用范围。违约责任规则在调整给付与对待给付的等价关系上形成了封闭的系统,且该规则不应被缔约过失责任架空。

Abstract: Under the rules of the Civil Code of P.R.C., culpa in contrahendo with valid contract cannot perform its core function of abolishing and changing the contract under German law, and that may overhang the relevant rules concerning liabilities for the breach of contract, causing chaos of the rule system. To deal with the relationship between the liability for breach of contract and that for culpa in contrahendo, we should shift from the constitutive—element approach to the legal—effect approach, abandoning the previous idea of determining the establishment of liability for breach of contract and that for culpa in contrahendo simply by whether the violated obligation is contractual or pre—contractual. Instead, starting from the legal effect, we should refuse to indirectly protect performance interests through liabilities for culpa in contrahendo. When pre—contractual negligence undermines the equivalence between performance and counter—performance, or even leads to the parties’ fundamental unwillingness to conclude the contract, the possibility of the parties’ remedy should be examined under the framework of the liability for breach of contract to prevent the relevant rules of this liability from being overridden by the liability for culpa in contrahendo. However, culpa in contrahendo with valid contract still can apply to the following cases: where breach of contract liability is not established but the liability for culpa in contrahendo is established; negligent fraud; culpa in contrahendo by a third party; and compensation for inherent interests.

Key Words: culpa in contrahendo with valid contract, annulment of contract, negligent fraud, liability for breach of contract, normative concurrence

责任编辑 何 艳