



您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 407

## 《合同法》与《国际商事合同通则》的比较分析与适用

刘彤海

摘要: 在全球经济一体化发展趋势的作用下, 世界各国法律在调整市场法律关系的过程中也正经历着趋同化的历史走向, 《国际商事合同通则》正是在这一大的历史背景下产生的。将我国《合同法》与《国际商事合同通则》作以比较和分析, 找出彼此之间的趋同与差异, 对进一步完善我国《合同法》, 促进我国市场经济的发展, 具有深远的理论和实践上的意义。

关键词: 合同法 通则 比较 适用

全球经济一体化, 也就是全球市场一体化, 市场是由交易组成的, 没有交易就没有市场。这是尽人皆知的道理。市场交易需要游戏规则, 亦即法律规范, 任何国家都有自己的交易规范, 但是随着现代网络通讯和交通的空前发展, 人们的空间距离越来越远, 交易日趋频繁。马克思在100多年前就预见到, 整个世界就是一个统一的大市场, 市场交易规范的趋同化势在必行, 任何国家闭关锁国固不自封的一统天下, 将不复存在。在这方面, 欧洲经济一体化已走在了前面, 欧元的成功登陆即是范例, 欧洲制定统一合同法的呼声现在越来越高。

我国最近几十年在国际贸易和其他商务往来方面日渐活跃。在我国加入WTO以后对国际经济交往的游戏规则, 更是不能置身度外, 熟视无睹, 国内法与国际公约、惯例、通则等游戏规则接轨已势在必行。我国现行的合同法的一些相关规则已经借鉴了一些世界先进的立法理念, 因此获得了一定程度的国际法学界的赞誉。其实, 不独中国, 其他如德国、瑞士、荷兰、法国等国家都在做与国际接轨的有益探索和尝试。为此, 本文拟将我国合同法与国际商事合同通则作以比较和分析(但又不仅仅局限于国际商事合同通则), 找出彼此之间的趋同与差异, 进一步阐述其在我国司法实践中的意义。

### 一、关于法律适用范围的比较

#### 1、通则的适用范围

我国1999年颁布的《合同法》与国际私法协会公布的《国际商事合同通则》(以下简称通则)(1)有一定关联性, 通则的有些规定, 无论在国内还是在外国都是可以适用的。我国《合同法》第126条规定, "涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律, 但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的, 适用与合同有最密切联系的国家的法律。" 该条规定与通则前言第2款规定一致, 即在当事人一致其合同受通则管辖时, 适用通则。因此, 我国当事人在与涉外当事人签订合同时可约定适用通则。该通则比《联合国国际货物买卖合同公约》适用范围要更宽泛得多, 具有相当的灵活性。除国际商事合同外, 该通则也可替代国内法适用。如前言第4条规定, "当无法确定合同的适用法律对某一问题的相关规则的, 通则可对该问题提供解决办法。" 该条规定旨在说明, 即使合同是由某一特定国内法管辖, 但对案件解决遇到困难的时候, 可以从通则中寻求解决问题的途径。以往我国的司法实践在处理案件遇到困难时, 一般求助司法解释、学理解释, 还有专家论证。现在通则关于交易纠纷的一些规定又给我们开辟了解决纠纷的途径。通则不是国际公约, 不具有强制性, 适用与否完全可依当事人的意思选择, 但是要明确的是, 通则是由近20个国家的法律专家对国际交易的规则进行潜心研究的成果, 具有很强的适用性和可操作性, 它较之国际货物买卖合同适用范围要宽泛得多。参照通则的有关规定, 可为我国《合同法》的立法与适用拾遗补缺。

通则的宽容之处在于, 任何规定都不得限制根据有关国际法原则而应适用的强制性规则的适用, 无论这些限制性规则是国家的、国际的还是超国家的(1.4条); 除通则另有规定外, 当事人可以排除通则的

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十年周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

适用，或者减损或改变通则效力。因通则所具有的这种非强制性，当事人根据各自的情况既可以排除或部分排除该原则适用，使之更适合于当事人的特殊交易需要。”凡属于通则范围之内但又未被通则明确规定的问题，应尽可能地根据通则确定的基本原则来处理”（1.6），这就给我们在实务中遇到法律障碍的时候提供了有益的鉴镜。

## 2、关于格式条款的理解与适用

《合同法》关于格式条款共有三个条款，从表面上看对出具格式合同一方不利，但在司法实践中存在的问题不少，非但起不到保护非格式合同一方，而且往往成为出具格式合同免责的武器。《合同法》第39条规定，“采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明”；第41条“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对于格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”格式合同亦称定式合同或标准合同，对于同一类别、性质并且重复交易的行为，采用标准文本，既节约了交易成本、洽谈时间、条款的争议，也有平等待人的“镜像”。这是人们通过长年累月的交易总结出来的经验，对此应予肯定。但是格式合同的弊端也很多，一是不允许当事人协商和修改（如借款合同、租赁合同、保险合同、房屋买卖合同等）；二是绝大多数条款，特别是免责条款都对出示格式合同一方有利，在某种程度上属于强奸民意。而缔约的另一方往往是弱势群体，对某些条款即使不同意，但迫于急需无奈，也只有违心签字；三是有些专业术语，作为缔约的另一方难以理解，糊里糊涂签了字；四是这类合同都是出具格式合同的一方代理人或中介人代办，但这些人为了急于收取代理费或中介费的功利目的，常常会对另一方作虚假承诺。

对于格式合同最为人们诟病的是保险合同。无论是人寿保险还是财产保险，都是在计划经济条件下的部门立法，其目的并不在于“保险”，而在于“圈钱”。所以保险合同纠纷频繁出现，投保人屡受拒赔之苦。笔者经常承办这类案件，对于法律上的障碍困惑费解。

案例1：2001年1月22日，王觅之父王广春为女儿王觅在某某人寿保险公司投了一份人寿保险，名为康宁定期重大疾病保险，内容为每年交保费1620元，交10年，保险金额9万元，一直保到70岁，至70岁后退还保费，被保险的重大疾病有10种，其中在心脏一项的括号里标注（心肌梗塞）。如出现合同约定的十种重大疾病之一，保险公司即按基本保额赔付。被保险人王觅于2005年突发心脏病，心脏每分钟跳200余次，经中国科学院阜外心血管医院诊断为心律失常，阵发性室上心动过速，需做射频消融、治疗心律失常手术。后经该院射频消融术治疗后痊愈，共花医疗费用3万多元。投保人找到保险公司，后者竟以心率过速不是心肌梗阻为由拒赔。

案例2：2003年7月7日，某运输公司与某财产保险公司签订了机动车辆保险合同，保险公司给原告一份《中国人民保险公司机动车辆保险单》、一份《机动车辆保险条款》。原告交保险费3810元，保财产20万元，另763元保车上人员责任险。在保险单的“承保险种”中记载，“车辆损失险”（营业用汽车损失保险条款），在“保险条款”中第一条车辆损失第（一）款约定，“被保险人或其允许的合格驾驶员在使用保险车辆中，因下列原因造成车辆的损失，保险人负责赔偿：1、碰撞、倾覆；2、火灾、爆炸……”。保险单和保险条款按保险单中的“重要提示”均为合同的组成部分。投保后，该车（罐车）在武汉卸油时由于意外引起火灾，价值50多万元的车辆报废，驾驶员被烧成重伤。保险事故发生后，保险公司拒赔，原被告争议的焦点之一是《机动车辆保险单》中载明的“车辆损失险”（营业用汽车损失保险条款）是否包括了“火灾”。庭审中被告称：“双方签订的机动车车辆保险合同不包括火灾。”其理由是原告所投保的车辆是营业车辆，而营业车辆按规定不包括火灾。庭审中保险公司出具了《中国人保股份有限公司关于车辆保险条款》以作为支持其抗辩的理由，保险条款确实说明不包括火灾、爆炸等情形。

上述两案，用现有《合同法》关于格式合同的解释无济于事。比如，“采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款”，那么，什么是“合理的方式”就值得商榷。我国仅人寿保险公司个人代理人就达65万人之巨。这些人不是下岗人员，就是无业人员，素质参差不齐，保险公司把加盖公章的空白格式合同交给他们去随意签约，然后按签约数额给予回扣。他们为达成缔约之目的，甚至不择任何手段，夸大好处，隐瞒对当事人不利的条款，这是不争的事实。这些人真的会向投保人解释免责或限制条款吗？保险公司为了达到不赔或免赔之目的，对免责条款的所谓特殊说明事先印制在拟制好的格式条文上，如，“对合同的免责条款本人已经认真阅读并理解，无任何异议。”下面是投保人的亲笔签字。对于这种情况，法官又怎样理解呢？认定未予说明吧，投保人又签了字；认定证明了保险公司的代理人对心脏病的知识一无所知，又怎么会予以说明和解释？对于这类纠纷，投保人往往败多胜少。也许有人会质疑，《合同法》第41条不是规定了“对格式条款的理解发生争议的，应当按通常理解予以解释，对于格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释”吗？其实这并未能解决实际问题。首先，所谓通常理解，可以说公说公的理，婆说婆的理，无任何标准，这又给法官提供了自由裁量的空间，谁送礼多，谁就获胜。投保人是弱势群体，纵然满身是嘴，也难抵法官的“通常理解”。比如前例中的重大疾病保险合同的心脏病（心肌梗塞）一条，投保人和保险人完全可以各执一词。投保人称心率过速是心脏病的一种，保险人抗辩说，按通常的语法理解，这里的心脏病仅指心肌梗塞。从字面上看，保险人是有道理的，因为按照中国语法习惯的心脏病，只是特指括号里的“心肌梗塞”，这本身就会使法官处于两难境地，在实务中肯定会产生不同的理解和诠释。

另外，《合同法》第40条所称的《合同法》的第52条、53条的情形对投保人也无实益可言。如第52条

规定, "有下列情形之一的, 合同无效:

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同, 损害国家利益;
- (二) 恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益;
- (三) 以合法形式掩盖非法目的;
- (四) 损害社会公共利益;
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。"

53条规定, "合同中的下列免责条款无效:

- (一) 造成对方人身伤害的;
- (二) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。"

但借款合同、房屋买卖、保险合同纠纷案件, 很少有具备上述两种情形的, 对法院裁判作用不大。我们认为通则对于确认格式合同条款效力的规定倒是切中时弊:

第2.20条

- (1) 如果标准条款中某个条款是对方不能合理预见的, 则该条款无效, 除非对方明确地表示接受;
- (2) 在确定某条款是否属于这种性质时, 应考虑到该条款的内容、语言和表达方式。

第3.10条:

(1) 如在订立合同时, 合同或其个别条款不合理地对另一方当事人过分有利, 则一方当事人可宣告该合同或个别条款无效。除其它因素外, 尚应考虑下列情况:

(a) 该另一方当事人不公平地利用了对方当事人的依赖、经济困境或迫切需要, 或者不公平地利用了对方当事人的缺乏远见、无知、无经验或缺乏谈判技巧的事实, 以及

(b) 合同的性质和合同的目的。

(2) 依有权宣告合同无效一方当事人的请求, 法院可修改该合同或条款以使其符合公平交易的合理商业标准。

(3) 依收到宣告合同无效通知的一方当事人的请求, 法院也可以如前款所述修改该合同或该个别条款, 条件是该方当事人在收到通知后, 并在对方当事人依赖该通知行事以前及时告知发送通知一方当事人。本章第13条(2)款的规定相应适用。"

我们认为, 《通则》这些条款胜过《合同法》关于格式合同的所有条款, 为此, 我们建议关于在将来的《合同法》的司法解释中应将《通则》条款纳入国内法, 这对于格式合同的纠纷处理将大有裨益。

3、关于合同的效力

《合同法》第52条, "有下列情形之一的, 合同无效:

- (一) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同, 损害国家利益;
- (二) 恶意串通, 损害国家、集体或者第三人利益;
- (三) 以合法形式掩盖非法目的;
- (四) 损害社会公共利益;
- (五) 违反法律、行政法规的强制性规定。"

我们认为, 对于上述合同规定无效, 非但不能保护另一方(守约方)的合法财产利益, 恰恰减轻了对不法民事行为人的惩罚力度。对此应借鉴通则第3.3条:

(1) 合同订立时不可能履行所承担义务的事实并不影响合同的效力。

(2) 合同订立时一方当事人无权处置与合同相关联之财产的事实本身并不影响合同的效力。通则规定的即使是自始不能履行的合同, 如一方当事人已将所有的房屋出卖给另一方并已过户, 在合同已无法履行的情况下, 并不影响合同效力, 判令违约方承担违约责任并赔偿损失。在一方当事人将无权处置他人的财产的情况下, 也不影响合同效力。这就是对擅自签订合同坑害他人的所谓不道德的人予以惩罚, 对于欺诈、胁迫等致合同无效的条款, 通则的规定也有利于受害人一方。

请看通则第3.11条:

(1) 如欺诈、胁迫、重大误解或一方当事人错误归因于第三人, 或为第三人知道或理应知道, 而第三人的行为由另一方当事人负责, 则可宣告合同无效, 其条件与由另一方当事人本身签订的合同宣告无效的条件相同。

(2) 如欺诈、胁迫或重大悬殊归因于第三人, 而其行为不由另一方当事人负责, 如果另一方当事人知道或理应知道此欺诈、胁迫或重大悬殊, 或者在合同宣告无效时还未本着对合同的信赖行事, 可以宣告合同无效。

这两条较优于合同法的地方在于:

第一, 对于合同的有效与否的决定权由守约一方决定。可以承认有效, 也可以宣告无效, 合同的效力不是由法律规定。第二, 守约方宣告无效是对另一方的严厉惩罚。因为该条所谓的欺诈, 其原因并不在于缔约的一方, 而在于第三方的原因, 这与合同法第52条之规定大相径庭。

凡此种种, 不一而足, 法律规范也属法律文化, 是人类共同的精神财富, 应当根据国情合理继受、过滤和消化对我们有益的立法理念, 这应当成为我们的共识。

关于格式合同的效力, 除《通则》可资借鉴外, 其他大陆法系国家的规定也可参考。如德国《民法典》第138条第2款将"程序性的"和"实质性的"公平标准合而为一:

(1) 合同履行和相对履行之间"明显地不相称", (2) 并且一方当事人"通过利用另一方当事人的困

境、缺乏经验、缺乏判断力或无重大的决断力"而达成的合同,则合同无效。

(2) 以色列对格式合同(标准合同)的限制更为严格,该国《合同法》第14条规定,"就契约文句之全部参酌其他情事检讨后确信限制文句对顾客不利,或给予供给等有以危害顾客之虞之利益等,证明该文句之全部或一部为无效"。(3) 世界各国对格式合同的免责条款有的称为"灰色条款",有的称"黑色条款",对此效力都作了严格的限制,这符合20世纪以来的照顾弱者的立法潮流,对合同自由原则进行了修正,为此有学者将当前的时代称为"从契约到身份的回归"的时代,颇有几分合理之处。

因此,笔者建议在未来修改合同法或作出司法解释时,将格式合同对另一方当事人不利的免责条款,规定法院可以直接认定无效,这比所谓通常"理解"更为有利于保护弱势群体。

## 二. 关于要约与承诺的比较

我国《合同法》借鉴通则最多的部分是要约和承诺的方式部分,即第1条-31条、34条,共计20条之多。这部分条款涵盖要约、要约邀请、要约的撤回、要约的撤销、承诺及承诺的期限及撤回等。通则关于要约和承诺计有12条,即2.1-2.12。两者内容大致相仿,但有些差异是值得重视的。

《合同法》第13条,"当事人订立合同,采取要约、承诺方式"。通则第2.1条规定,合同可通过要约的承诺或通过当事人能充分表明其合意的行为而成立。但《合同法》对合同的订立方式只采用要约、承诺方式似乎绝对,也不大符合人们的交易习惯,而《通则》在要约和承诺之外加上"可通过当事人的能充分表明其合意的行为而成立"则宽容和豁达,而且囊括其他所有的合意行为。仅此一点,合同法就稍逊一筹。

市场交易的实践表明,所有的合同并不都是要约和承诺达成的。关于通则乃至其他民法典在订立合同方式局限于要约和承诺的错误已被德国法学家海因·克茨所发现。这位德国法学家尖锐地指出各国立法的偏颇,"近来很多民法典规定,要约和承诺是合同订约的惟一方式",这是错误的和非理性的。他认为,订立合同的要约和承诺的规则基本上是从18世纪发展起来的。《葡萄牙民法典》和《奥地利民法典》几乎没有涉及这一问题,在《法国民法典》中根本没有提及。但是,近年许多国家的民法典都规定了要约和承诺是订立合同的唯一方式。如《德国民法典》第145条"向他人发出订立合同的要约的人,受要约约束,但要约人已排除要约的约束力的除外";第147条"(1) 向在场者发出的要约,只能立即承诺之……(2) 向不在场者发出的要约,只能到要约人在通常情况下可预期收到答复时为止承诺之。"(4) 《瑞士民法典》第5条,"向不在场当事人发出的,没有承诺期限的要约,在要约人收到以合理方式在合理的时间内送达的承诺之前,要约有效。要约人可以推定其要约在合理的时间内到达要约人。在合理时间内发出的承诺,但到达要约人时迟到的,要约人应当立即将比情况通知对方。否则承诺产生法律效力。"(5) 2002年第1版第2页的《日本民法典》第521条、第522条也有此规定。荷兰1892年新修改的债法总则第217条,"合同经要约和承诺而成立,"(6) 也只能通过要约和承诺才能订立合同。意大利、蒙古等国也都未忽视要约和承诺这个20世纪最新的合同法范畴。除大陆法系国家民法之外,英美国家大都把要约作为合同订立的一个要素,尽管各国合同法理论或实务中对要约称谓有所不同,诸如投价、发盘、建议等,对承诺的称谓在各国贸易实务中称为"还盘"等。(7) 我国《合同法》借鉴通则最多的也是在关于订立合同须有要约和承诺的方式方面。

笔者上引的德民、瑞债均指要约和承诺是指"不在场"的情景下才适用。我国《合同法》实际上根本没有必要必须将"同意"写进要约和承诺中,因为双方当事人是面对面地订立合同。这是我国《合同法》食洋不化,照抄照搬,违反人们交易习惯的结果。在罗马时代,合同义务原本是以订立契约为目的确立的。订约时双方当事人都需要亲自到场,即使这种手段被放弃,一般来说合同的订立仍需要双方当事人在场。……因此,罗马法学家从未认为有必要将"同意"用要约和承诺这两种陈述方式单独地表示出来。这种需要中介在可信赖的邮政服务出现和远距离订约合同成为可能之后,才成为可能,这就是德民和瑞债指的双方当事人不是面对面的"不在场"的情况下才适用要约和承诺。

如果将所有的交易都定格在要约和承诺的一种方式上,这是错误的。毫无疑问,在许多业已订立的合同案件中,任意将一方当事人的行为视为要约而把另一方当事人的行为视为承诺是不可能,也是不现实的。我们以土地买卖为例,其文件已起草并已公证,并由双方当事人同时签字,因此,很难说一方当事人向另一方当事人发出了要约,且另一方当事人表示了他的"承诺";再如,一位消费者用现金买一包香烟时,显然,双方当事人是在订立协议。但是,将整个程序分解为"要约"和"承诺",并讨论卖方交付一包香烟是否就算作出了"要约"和"承诺",卖方交付一包香烟是否就算作出了"要约",或买方在收款处交付了现款是否就算作出了"承诺",这几乎是没有什么用处的,或许对新任律师有些用处。在强行将合同订立分为"要约"和"承诺"时,另一难以处理的情形是,相对方向的建议和反建议在进行长时间的协商谈判后才达成协议,在合同成立时,很难作出明确决定,但是那种认为合同应通过要约和承诺订立的思想对于完成任务毫无意义。(8)

除此之外,笔者认为,订立合同从理论上讲,有要约和承诺是成立的。但对于面对面的交易行为,很难界定哪一方是要约,哪一方是承诺。如律师与当事人谈代理费的数额时,通常是在讨价还价过程中达成的代理协议。比如就某一收费标准,律师提议按标的额的5%收费,委托人说太高能否按3%,律师说不行,最少也得按4.5%,双方最后达成按财产比例的3.5%收费。这种讨价还价中有要约,有反要约(新的要约);有承诺,有否定承诺,双方在订立合同时,互有要约和承诺,两种方式混合在一起,很难分得清何者为要约,何者为承诺。当然,在人对机器或物发生交易的场合,如自动售货机、投币买地铁票、在宾馆使用备用的特殊物品如安全套等,只要开封,就可视为承诺。物品上标明的价款是要约,投币或开封视为

承诺,这是简易的交易,但是大量的交易远非如此简单。再如,建筑工程合同的订立则更为复杂。一般认为,招标公告是要约邀请,建筑施工单位前去投标是要约,招标人接受投标是承诺,一旦接受,合同便正式成立。(9)笔者对这种认识不敢苟同。在司法实践中,招投标仅是建设工程中的一个组成部分,它是整个建设工程施工合同中的一个链条,就投标人前去投标而言,因投标人数量众多,在未开标之前,尚未涉及建设项目实体内容,即未涉及项目、价款、履行方式等合同主要条款情况下,合同即使是成立了,也是无内容的。按照我国《招标投标法》规定,建设工程招投标有如下环节:招标(公开招标和邀请招标)→投标→开标→评标→中标→发中标通知书→签订建设工程合同。建设部标准合同文本第二部分“通用条款”对此有明确的解释。上述组成部分均为建设工程施工合同的组成部分。这是一连串的民事行为,最后归纳在一个总的合同之中。若按高尔森教授的观点,在招投标中,投标人只要前去竞标合同就成立了,但一旦未中标,按此逻辑可以告投标人违约了,然而这岂不荒唐?笔者用此案例证明,何为要约、何为承诺并非楚河汉界一目了然。至此,我们认为,通则第2.1条的“或通过当事人的能充分表明其合意的行为”合同即成立的规定更加符合交易习惯。德民和瑞民将要约、承诺限缩在当事人不在场的情况下,均有理论的、立法的和实践的意义。因此,我们在代理具体案件的实务操作时不妨借鉴一下通行的相关规定,以解除法律解释上的困惑和障碍。

### 三. 缔约过失:先合同责任、后合同责任、侵权责任?

对于缔约过失责任,是合同责任、非合同责任,还是侵权责任,目前在理论界尚存争议。

缔约过失责任理论是由德国目的主义法学家耶林于1861年发表的《缔约上的过失、契约无效于未臻完全时的损害》这篇著名的论文中创立的,被誉为法学上的重大发现,填补了法学上的盲区,其基本内容是指一方违反先合同义务,给另一方当事人造成信赖利益损失时应承担民事赔偿责任。这个理论得到了世界范围内的承认。1994年通则第2.15条(恶意谈判)规定:(1)当事人可以自由进行谈判,并对未达成协议不承担责任;(2)但是,如果一方当事人以恶意进行谈判,或恶意终止谈判,则该方当事人应对因此给另一方当事人所造成的损失承担责任;(3)恶意,特别是指一方当事人在无意与对方达成协议的情况下,开始或继续进行谈判。

#### 1. 恶意谈判的责任举例:

(1)A了解到B有转让餐馆的意图,A根本没有购买餐馆的想法,但他仅为阻止B将餐馆卖给竞争对手C,却与B进行了长时间的谈判。当C买了另一家餐馆时,A中断了谈判,B后来仅以比C的出价更低的价格将餐馆转让了。对此,A应向B偿付这两种价格的差价。

(2)A为推销B所在国军工部门生产的军事设备,正与B进行谈判。A了解到B将不可能从政府的主管部门取得必要的出口许可证,而这正是A向B付款的先决条件,A不向B说明这一事实,却最后签订了合同,但该合同由于没有获得许可证不可能生效,A应承担在其了解上述情况后B所发生的一切费用。

#### 2. 恶意中断谈判的责任举例:

A向B保证,如果B努力取得经验并准备投资150,000美元,则向B授予专营许可。此后的两年间,B为订立该合同做了大量准备工作,且一直深信将会得到A的专营许可。当订立协议的一切准备工作就绪时,A通知B必须投资更多的金额。B拒绝了这种要求,同时B有权要求A补偿其为准备订立合同所发生的费用。

通则第2.16条(保密义务)规定,在谈判过程中,一方当事人以保密性质提供的信息,无论此后是否达成合同,另一方当事人有义务不予泄露,也不得为自己的目的不适当地使用这些信息。在适当的情况下,违反该义务的救济可以包括根据另一方当事人泄露该信息所获得之利益予以赔偿。

#### 3. 当事人一般没有履行保密义务的举例:

B和C是空调系统生产商。A要安装这种空调系统,于是邀请B和C提出要约。B和C在其各自的要约中均提供了一些与其空调系统功能相关的技术细节,目的在于显示其产品的优点。A决定拒绝B的要约,只与C继续谈判。A可以自由利用B的要约中所含有的信息,以促使C提出更优惠的条件。(10)对于缔约过失责任,《欧洲合同法通则》称之为磋商过程中的责任。该通则与国际商事合同通则的缔约过失关于恶意谈判中的第2.301条1--3项,第2.302条关于保密义务的规定几乎完全一致,这充分说明了国际商事游戏规则的同化乃大势所趋,人类的文明成果可以相互吸纳互为消长。(11)诚如德国法学家海因·克茨在《欧洲合同法》德文原著前言中所预言的那样:如果说欧洲在经济方面必然要形成统一的单一市场的话,那么毫无疑问,欧洲的私法起码在某种程度上势必要统一起来,那一天终会来临,鸿沟将会被填平。(12)这是智者之识。笔者认为何止欧洲,在将来的某一天世界会统一于一个游戏规则,这是历史发展的必然,我们乐观的期待着这一天的到来。

我国《合同法》不仅成功的消化了耶林的缔约过失理论,而且在借鉴了通则的基础上还有一定的发展。缔约过失的前合同义务的体现有以下几种表现形式:(1)假借订立合同,恶意磋商;(2)故意隐瞒重要事实或提供虚假情况;(3)未尽协力义务;(4)未尽先义务,以及未尽保密义务。缔约过失后合同义务体现在第58条,即合同无效或者被撤销后,因该合同取得的财产应当予以返还;不能返还或没有必要返还的,应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此受到的损失,双方都有过错的,应当各自承担相应的责任。这就是梁慧星先生所讲的“合同关系虽然消灭了,法律仍要求当事人负某种义务,违反了这种义务就要承担责任。这个责任不属于侵权责任,也不属违约责任,类似合同义务。”(13)除此之外,还有后合同义务,即附随义务。该义务在缔约前存在,在合同权利义务终止后也存在,合同法第92条对此作了明确规定,即合同权利义务终止后,当事人应当根据诚实信用原则,根据交易习惯履行通知、协办、保密义务。

我国《合同法》所提出新的规范,并未将缔约过失责任局限在缔约前的通则之中,而是根据市场交易的复杂性,加大了保护交易安全、惩罚违约的力度。遗憾的是,有的论文在2006年还引用明显过时的观点,<sup>⑭</sup>仍局限在缔约前的过失责任范围内,这就落后于我国《合同法》何止十万八千里!

所谓缔约过失责任,德国法称为先合同责任,它摇摆于合同法和侵权法之间。在缔约过失责任产生之初,关于应当将其置于何种责任之下的争议便开始了。迄今为止依然争论未休。据笔者归纳,在大陆法系之间关于缔约责任有三种归属方式:第一种方式为先合同义务,德国自2002年起将缔约过失纳入了合同法的框架之内(见《德国民法典》第311条第2款和第3款),其可归纳有如下原则:注意义务、信赖责任、附随义务、保护义务。如一方违反上述义务,则承担原合同可得利益。案件类型有缔约前的人身伤害和财产损失,受损义务导致合同终止等。

缔约过失理论付诸于司法实践始于德国1911年的一宗“油毯”判例。帝国法院在该案中将适用于合同责任的规则延伸到了与侵权责任更为相关的事实上。一位女士走进一家商店,在购买了许多商品后,向店员说明要买一卷油毯。店员从货架上抽出她要买的一卷油毯时,不小心让另外两卷油毯从货架上滚落下来,砸伤了这位顾客和她的儿子。帝国法院将合同原则适用于这一案件,并论证说:原告是带着购买油毯的意愿走进这家商店的。因此在双方之间便产生了导致销售者应当保护消费者的特定关系。违反此义务,便应当承担合同损害赔偿的责任。由此引发的是,合同责任原则究竟能够在多大的程度上适用于侵权事实领域?德国法官的论证表明,假如人们走进一家商店在收银台前等候过程中却踩在乳酪上而滑倒在地板上,合同责任应当包括这种侵权行为。依据油毯一案,若第三人与意在缔结合同之人之间存在某种特定关系,则注意义务则可能延伸到第三人身上。<sup>⑮</sup>我国近年也多有这种判例,如上海一家书店一学生从电梯掉下摔伤;北京一旅客雨天在饭店门前滑倒摔伤等,都是按缔约过失对待的。梁慧星教授也举过一个商场因工作人员疏忽未盖地下室盖板,将一顾客脊骨损伤的案例,也称之为缔约过失责任。这是将缔约过失责任扩大化的倾向,值得商榷(下文将涉及该问题)。

第二种方式为侵权行为。如2002年9月17日欧洲法院在判决中认为,根据国际管辖法,恶意终止合同磋商的损害赔偿赔偿责任应由《布鲁塞尔条约》第5条第3款调整。该款的调整对象是侵权行为或类似行为。

将违反诚信原则、恶意终止合同磋商归属于侵权法,法国、比利时及卢森堡等多国持此观点。法国主流观点认为先合同责任属于侵权性质。1988年法典对此法律观点予以确认。比利时法学界的立法观点同样倾向于合同责任归于侵权责任之中,卢森堡法律体系主流观点也将先合同责任纳入侵权责任之中。

第三种方式为将缔约过失与侵权责任相区别,其代表性的国家是希腊。其民法典采取具体情况具体分析的态度,该是什么就是什么,不将所有先缔约出现的损失或侵害都往缔约过失篮子里装。《希腊民法典》第197-198条依据缔约的目的来界定何为缔约过失、何为侵权行为。该法典首先承认缔约过失的赔偿责任,对诚实信用原则在合同和先合同的首要地位予以确认,并创造健康的商业交易关系。对此,法学家们举例说,假使某人走进一家商店打量陈列的商品,或走进一家餐馆找位子,并不属于希腊所理解的缔约过失责任范围,因为他们与合同标的之间没有任何内在联系。对学者们经常引述的德国法院判决的缔约过失案例,如“亚麻油地毯案”、“顾客香蕉皮滑倒案”、“菜叶案”,<sup>⑯</sup>希腊法学家认为应当适用侵权法,而不是缔约过失责任,所说缔约过失应为缔约时违反诚实信用原则,恶意磋商或违反保密义务等才符合缔约过失构成要素。对此观点,笔者甚表赞赏。现略陈述浅见如下:

首先,要认定是否属缔约过失责任,应按缔约过失理论和通则、合同法的观点和规范去把握,即本文前面引用的如善意磋商、隐瞒真相、协力义务、告知义务、附随义务等。如违反这些原则性规范可以确认缔约过失责任。

第二,要依照当事人是否有缔约之目的认定是否确属缔约过失责任。在现实生活中,人们在节假日或闲暇时,逛商店习以为常,有购物的,也有以消遣为目的的(不在少数)。

第三,要把握缔约过失法律概念的含义。缔约过失责任概念有三层含义:一是缔约是前提,无缔约的明确目的,即使受到伤害也不能往缔约上靠。二是须有过失。过失有两种含义,一是疏忽大意的过失,二是过于自信的过失。这两种都不含故意之意。三是在具备前两个要素的情况下才存在责任承担问题。只有具备这三个要件,才构成民事行为的缔约过失责任。比如,母亲领着儿童逛商场,因监护不当被划倒摔伤,就不能按缔约过失追究商场责任。假如孩子是无民事行为能力人,就不存在缔约的可能性问题。另外,有的商场的门都是玻璃门,有的柱子四周镶的都是玻璃,一般都有提示,但有些顾客因粗心摔伤,这都不能称之为缔约过失,如系梁慧星教授所举的商场井盖伤人、珠海的五月花(自带酒水爆炸伤人案)、上海某书城一青年从电梯掉下摔伤案、北京某饭店门前顾客因下雨路滑摔伤案,都不属缔约过失范围。但有些法院因缺乏理论素养,加之学者的误导,形成了只要在公共场所遭受损害的后果,都按缔约过去裁判,让商场等服务场所承担赔偿责任,这是极不公平的。笔者承办的一个案件就是这种情况,一位母亲领三岁孩子逛商场,母亲放任小孩在电梯上玩耍,结果孩子跌倒,其手指在电梯与楼板的接缝处被夹伤。事后家长将商场告到法院,经鉴定,电梯无任何质量问题,楼板也无瑕疵,但法院还是以所谓的缔约过失责任规定判令商场承担赔偿责任,这岂不荒唐?所以,其他因管理不当造成顾客的人身伤害完全可按侵权归则原则处理,避免有缔约过失滥觞之嫌。

综上所述,笔者对合同法与通则乃至其他国家契约法的几个重要方面的问题作了概括性的比较和分析,并提出了一些疏浅的见解,俾便在我国今后的立法、司法解释和法律适用上拓宽眼界,使目前的合同法理论仅限于注释法学的局面能有所改观。

注释:

- (1)对外贸易经济合作部条约法律司编译《国际商事合同通则》，周晓燕主编，法律出版社，1996年版。
- (2)[德]海因·克茨《欧洲合同法》（上卷），周忠海等译，法律出版社，2001年版，第191页
- (3)傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社，1997年版，第127页。
- (4)见《德国民法典》，陈卫佐译注，法律出版社，2006年第2版，第49页。
- (5)《瑞士债法典》，吴兆祥、石佳友、孙淑妍译，法律出版社。
- (6)《荷兰民法典》（第3、5、6编），王卫国主译，中国政法大学出版社，2006年第1版，第225页。
- (7)周林斌主编《比较合同法》，兰州大学出版社，1989年第1版，第147页以下。
- (8)【德】海因·克茨《欧洲合同法》（上卷），周志海等译，法律出版社，2001年版，第23-24页。
- (9)高尔森《英美合同法纲要》，南开大学出版社，1997年版，第10-11页。
- (10)对外贸易经济合作部条约法律司编译《国际商事合同通则》，周晓燕主编，法律出版社，1996年版，第38-40页。
- (11)《欧洲合同法通则》，刘亮生译，载《中外民商裁判网》
- (12)【德】海因·克茨《欧洲合同法》（上卷）序言，周志海等译，法律出版社，2001年版。
- (13)引自梁慧星在某省法院法官培训班上的讲座。
- (14)陆凤玉《论缔约过失责任的适用和赔偿范围》，载《民事审判指导与参考》，总第23期，法律出版社，2006年版，第17页。
- (15)【德】克里斯蒂安·冯·巴尔等主编《欧洲合同法与侵权法及财产法的互动》，吴越等译，法律出版社2007年版，第263页）。
- (16)傅静坤《二十世纪契约法》，法律出版社，1997年版，第31-32页。

作者联系方式:

刘彤海，河南尊严律师事务所

---

### 相关文章:

---

[年龄权——人格权的盲区——以年龄争议为发端](#)  
[“好意同乘”民事责任初探](#)  
[关于诉讼时效名称问题之检讨](#)  
[律师的技巧](#)  
[庭审活动中的民主风格](#)  
[关于律师的品格、人格与学养问题](#)  
[略论律师的修养问题](#)  
[律师要有丰厚的法学底蕴](#)  
[两百家连锁美容店肖像权争议之我见](#)  
[法官也要遵守法庭纪律](#)  
[关于判决书主文写法之我见](#)  
[论律师的哲人气质](#)

[返回](#)

---

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)