

# 缔约过程中的磋商义务及其责任

周江洪

(浙江大学 光华法学院, 浙江 杭州 310008)

**摘要:**《合同法》第 42 条等规定了我国合同法上的缔约过失责任制度, 但并没有明确规定当事人的磋商义务或恶意中断磋商的责任问题。比较法上的发展表明, 肯定恶意中断磋商的责任, 已成为越来越多的立法选择。我国《合同法》第 42 条第 3 项“有其他违背诚实信用原则的行为”<sup>[1]</sup> 规定, 也为中断磋商行为纳入缔约过失责任范畴提供了解释上的可能性; 法院实践中亦有类似案例肯定了此等情形的缔约过失责任。在认定是否构成不当中断磋商责任时, 应保持谨慎之原则, 以免对意思自治<sup>[2]</sup> 民法私法自治工具构成威胁; 是否违反诚信和是否产生了合理信赖是责任认定的关键所在。恶意中断磋商时承担的损害赔偿范围, 原则上应限于信赖利益之赔偿, 但在某些情形亦可以将履行利益赔偿涵盖在内。但其决定性的因素并不是信赖利益还是履行利益之区分, 而是是否存在《合同法》第 42 条规定的因果关系。

**关键词:** 中断磋商; 缔约过失; 合同自由; 损害赔偿范围

中图分类号: D923.6 文献标识码: A 文章编号: 1008-293X(2010)06-0007-09

合同当事人在合同成立前没有任何接触, 只是通过简单的要约、承诺即得以成立合同的情形当然不在少数(如小卖部的日用品买卖等), 但对于那些具有重大财产价值的投资或其他交易而言, 这样的情形并不多见。在这些场合, 当事人之间通常都会有一个磋商的过程, 以确立交易条件, 形成交易框架。因此, 在磋商过程中, 或者在所谓的合同准备阶段, 当事人之间是否负有特定的义务以及负有怎样的义务, 就成为合同成立过程中的重要问题之一<sup>[1]</sup>。我国《合同法》第 42 条正是在这一意义上, 确立了我国的缔约过失责任制度。但该条明确规定的类型主要有三种: “假借订立合同、恶意进行磋商”(恶意磋商)、“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”(缔约过程中的说明义务违反)及“有其他违背诚实信用原则的行为”(诚信缔约义务)三种。很明显, 前两类无法涵盖中断磋商的情形。若要肯定当事人的磋商义务或肯定中断磋商的缔约过失责任, 只能通过第三种类型、即“有其他违背诚实信用原则的行为”的解释来解决<sup>[2]</sup>。但在此之前, 有必要澄清的问题是: 缔约过程中的磋商是否构成该条第三项的“诚信缔约义务”? 若得以构成, 又需要具备什么样的条件? 什么样的情形才存在磋商义务或就中断磋商负有责任? 若存在磋商义务或就中断磋商负有责任, 又负有怎样的责任? 对于这些问题, 下文将结合我国学说、司法实践及比较法的经验详细加以阐述。

## 一、磋商义务的可能性

### (一) 当事人之间原则上不负磋商义务

依我国《合同法》第 4 条确立的合同自由原则, 在合同缔结过程中, 当事人享有缔约自由, 即除法律规定的强制缔约之外, 当事人依其意志可以选择缔结合同也可以选择缔结不缔结合同。这正是合同自由的内容之一。也就是说, 即使当事人中断磋商, 原则上并不负责任, 否则合同制度作为意思自治的工具将会受到严重损害。也正是因为如此, 《国际商事合同通则》(2004 年版)第 2.1.15 条和《欧洲合同法原则》(Lando 草案)第 2.301 条都明确规定, 当事人可以自由磋商, 对没有达成合意不承担责任。

事实上, 在我国《合同法》立法过程中, 在设计该法第 42 条的缔约过失责任制度时, 无论是最初的概括性规定还是现行《合同法》的列举式规定, 都没有刻意考虑磋商义务或中断缔约的问题; 从合同法试拟

\*收稿日期: 2010-09-12

基金项目: 国家“211 工程”三期重点学科建设项目“转型期法治的理论、制度与实证研究”; 2008 年度浙江省“钱江人才计划”重点项目“服务合同研究”(项目号: QJC0801003); 浙江大学优秀青年教师资助计划(紫金计划)资助。

作者简介: 周江洪(1976-), 男, 浙江磐安人, 浙江大学光华法学院副教授, 2007 届日本神户大学法学博士。

稿到合同法征求意见稿,以至最终的合同法草案,都未将中断磋商的问题直接纳入《合同法》缔约过失责任制度的视野之内,并未单独将其作为缔约过失的类型对待<sup>①</sup>。

## (二)比较法上的发展

在比较法上,原则上,当事人在未决定是否缔约的情形时,亦可以开始相应的磋商;当事人也可以自由中断磋商,亦不需要说明中断磋商的理由<sup>②</sup>。但在特定情形下,当事人亦可能负有缔约过程中的磋商义务,就中断磋商负有赔偿责任。已经有越来越多的立法例(或法官造法)承认或有可能明文规定不当中断磋商的责任。

在德国法上,自耶林创立缔约过失责任的理论以来<sup>③</sup>,缔约过失责任制度在法官造法和立法理论上都得到了长足的发展。2001年的债法现代化后,缔约过失责任制度被一般性地规定在《德国民法典》第311条第2款和第3款。根据该条第2款规定,开始合同磋商、开始合同准备(接触)以及类似的交易上的接触,可以设定以《德国民法典》第241条第2款所称的以保护义务为内容的先合同债务关系<sup>④</sup>。依该款的规定,缔约过程中中断磋商亦可能构成保护义务的违反,进而承担债法上的责任。中断磋商被作为缔约过失的一种类型对待<sup>④</sup>。

在日本法上,《日本民法典》虽然没有明确规定缔约过失责任,但已有不少最高法院的判决肯定了不当中断磋商情形的责任,目前的债法修改更是试图将其作为明文规定纳入《日本民法典》之中。虽然就其责任性质(侵权责任还是债务不履行责任)和具体的理论依据<sup>⑤</sup>尚有争议,但判例理论和通说多将不当中断磋商作为缔约过失的一种类型对待,以违反“合同准备阶段的诚信原则上的注意义务”为由,肯定其损害赔偿<sup>⑥</sup>。例如,建设过程中的公寓买卖中,依意欲购买的“买主”的要求,出卖人变更了相应的设计并按新的设计予以施工,但最后该“买主”以资金不足等理由拒绝购买,因而导致合同最终未能成立,致使出售人遭受一定的损害。在该案中,日本最高法院以违反“合同准备阶段的诚信原则上的注意义务”为由肯定了损害赔偿<sup>⑤</sup>。目前正着手的债法修改,也试图将此纳入缔约过失责任制度之中。作为学者草案之一的《债权法改正的基本方针》第〔3 1 1 09〕条就明确规定:“(1)不能仅以中断合同交涉为由追究当事人的责任。(2)虽有前款之规定,当事人违反诚信原则,不存在缔结合同的预期却持续磋商、或违反诚信原则拒绝缔结合同时,当事人就相对人因信赖合同的成立而遭受的损害负有赔偿责任。”<sup>⑤</sup>同样的,合同缔结过程中的磋商义务,亦已进入债权法法案起草者的视野。负责起草债权法修改方案的日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会第9次会议就专门审议了合同磋商阶段的权利义务问题,对是否将中断磋商纳入《日本民法典》作了专门的审议<sup>⑥</sup>。从审议的状况来看,虽然在具体的构成要件方面尚有争议,但与会委员总体上同意将其纳入《日本民法典》之中。也就是说,在未来的《日本民法典》中,当事人很有可能就不当中断磋商承担赔偿责任。

在法国法上,因过错(fault)中断缔约交涉时,亦肯定《法国民法典》第1382条意义上的侵权责任<sup>③</sup>158。在法国民法修改草案(卡塔拉草案)第1104条第2款也明确规定:“磋商的中断,仅限于因当事人一方之不诚实或过错引起时,才得以构成责任之原因。”法国民法修改草案(司法部草案)第20条第1款规定了合同缔结前的磋商开始、继续及中断的自由,但在其第2款规定:“就该磋商负有责任之行动或中断,行为人就此负有侵权责任上的损害赔偿义务。”法国民法修改草案(特勒草案)第24条也规定:“(1)磋商的开始、继续及中断,为其自由。但应符合诚信之要求。(2)行使中断磋商权限时的过错,构成责任之原因……”<sup>⑦</sup>据此,中断磋商的赔偿责任亦有可能成为未来《法国民法典》的明文规定。

在荷兰,《荷兰民法典》拒绝引入前合同责任的规定,而是将其交由法官通过个案去发展续造。但在实践中,法院将磋商过程划分为三个阶段:初始阶段,当事人可自由中断磋商而不承担赔偿对方损失的义务;继续阶段,当事人可自由中断磋商,但需承担赔偿对方所支出费用的义务;最后阶段,当事人不得中断磋商,因为那样做有违诚信,违反者不仅要赔偿对方的消极利益损失,而且需赔偿对方的积极利益损失<sup>②</sup>。也就是说,在荷兰民法实践中,在磋商阶段也课以当事人一定的义务,当事人有可能就中断磋商承担赔偿责任。

除此之外,在一些国际性文件及《欧洲合同法原则》中都规定了缔约过程中的磋商义务及中断磋商的责任。例如,《国际商事合同通则》(2004年版)第2.1.15条虽然在其第1款明确规定了缔约过程中的磋

商自由,但在其第 2 款亦同时规定:“虽有前款之规定,但不诚实地进行磋商或者不诚实地 (bad faith) 中断磋商的当事人,就相对人因此所生之损害负有赔偿责任。”《欧洲合同法原则》第 2 301 条亦是如此,在规定了当事人磋商自由后,在其第 2 款规定:“虽有前款之规定,但违反诚信及公平交易之原则 (contrary to good faith and fair dealing) 进行磋商或中断磋商的当事人,就相对人因此所生之损害负有赔偿责任。”

### (三) 我国《合同法》上的解释可能性

比较法上的发展也表明,肯定缔约过程中的磋商义务,并进而肯定中断磋商的责任,已成为越来越多的立法选择,在某种程度上代表了一种倾向。但我国现行法律体系下,是否有可能导入此等磋商义务及中断磋商的责任,尚需结合现行法律规范作出分析。

我国《侵权责任法》第 6 条属于侵权责任的一般条款<sup>⑧</sup>,此种框架之下是否可以直接由该一般条款或者透过保护性法规将缔约过失责任(包括中断磋商责任在内)纳入侵权法体系,颇值思量<sup>[2]</sup>。本文无意介入此等争论,而是以《合同法》规定为基础,就缔约过程中的磋商义务及中断磋商责任在现行《合同法》上的可能性作一分析探讨。

我国《合同法》第 42 条第 1 项规定的“假借订立合同,恶意进行磋商”,虽然亦有学者认为其包括“终止与对方进行磋商”的行为<sup>[6]</sup>,但依该项文义,“恶意进行磋商”只包括恶意开始磋商和恶意继续磋商两类,而无法涵盖恶意终止磋商之情形<sup>[7]</sup>。若要将中断磋商之行为纳入缔约过失责任制度的框架,通常只能通过该法第 42 条第 3 项“有其他违背诚实信用原则的行为”的解释来确立<sup>[2]</sup>。事实上,亦有《合同法》释义书依该方向作出了具体的解释,认为“如果当事人违背诚实信用的原则终止谈判”,就属于该条第 3 项规定的“有其他违背诚实信用原则的行为”,“如果损害对方当事人的利益则要承担缔约过失的责任”<sup>[8]</sup>。另外,亦有学者虽然对中断磋商责任问题持较为严格的解释<sup>[9]324</sup>,但认为当事人在订立合同时负有“不得滥用谈判自由的义务”这一依诚信原则而产生的义务,并认为,“如果谈判足以使一方当事人合法地相信对方当事人会与其订立合同,并为此支付了一定的费用,那么中断谈判就是有过错的,将引起损害并导致损害赔偿”<sup>[9]313</sup>。从该学者的表述来看,似乎也是将中断磋商的问题纳入到了是否属于“其他违背诚实信用原则的行为”层面来讨论的。从解释学角度言,学界的这一总体倾向是值得肯定的,即:若要肯定中断磋商行为的缔约过失责任,惟有纳入《合同法》第 42 条第 3 项之“兜底条款”才有可能。

当然,也有学者认为,《合同法》第 19 条规定的撤销有效的要约<sup>⑨</sup>,也属于我国《合同法》规定的缔约过失类型<sup>[9]318</sup>。若该解释得以成立,是否亦有可能将该条规定进行扩张解释,进而使其涵盖中断磋商之情形?若沿着上述学者阐述的思路进一步延伸,似乎亦有此等可能性。原因在于,中断磋商的行为与本条规定的撤销有效的要约,两者都是在缔约过程中,当事人一方拒绝进行后续之缔约行为之行动,具有一定的相似性,因此也就存在着扩张解释的可能。但事实上,该条规定的“撤销有效的要约”与《合同法》第 42 条规定的缔约过失责任,存在明显的区别。原因在于,要约的效力在于要约人受其拘束,受要约人可以依其承诺而成立合同;而《合同法》第 19 条规定的不得撤销,即要约人的撤销行为不生要约撤销之效力(即《合同法》第 20 条规定的“要约人依法撤销要约”的“要约失效”之效力),不得撤销之有效要约即使经要约人“撤销”之表示,仍然对要约人具有拘束力,也就是说,对于不得撤销之有效要约,若受要约人作出有效承诺,合同即告成立(《合同法》第 25 条);若受要约人拒绝或在期限内未作出承诺或对要约内容作出实质性变更,要约即失其效力<sup>⑩</sup>。因此,出现《合同法》第 19 条规定之“不得撤销”而要约人试图“撤销”之情形时,受要约人可以通过选择承诺、不为承诺、反要约等形式来决定是否缔结合同,并不会出现因要约人之“撤销”行为而受有损失之状态;若合同因承诺而成立、要约人不履行义务时,则构成违约责任。故要约人“撤销”《合同法》第 19 条规定的“不得撤销要约”之情形,与缔约过失责任之间并没有直接联系。也正是在该意义上言,并不能以《合同法》第 19 条规定的扩张解释来肯定中断磋商的缔约过失责任。

从以上分析亦可以得知,《合同法》第 42 条第 3 项“有其他违背诚实信用原则的行为”这一规定,为中断磋商行为纳入缔约过失责任范畴提供了解释上的可能性;而且,在我国《合同法》上,最有可能将中断磋商行为纳入其调整范畴的,也只能是该项规定,而不是其他。

### (四) 我国的司法实践

合同订立过程中因谈判不成中止磋商的情形大量存在;其中的某些情形,亦可能因此而承担赔偿责任

任。事实上,我国法院实践中亦有类似案例肯定了此等情形的缔约过失责任。以下选取若干典型案例对此作一分析说明。

(1)在《贵州磨料厂与贵州省机场集团有限公司相邻权纠纷上诉案》(最高人民法院民事判决书(2004)民一终字第87号)一案中,贵州省机场集团有限公司建设贵阳市龙洞堡国际机场。鉴于磨料厂与兴建机场区位相邻,为避免该厂生产对机场造成污染和对机场雷达及飞机起降的安全产生影响,贵州省机场集团有限公司请求召开贵阳市政府召开协调会,要求磨料厂另选厂址搬迁,并形成了两次会议纪要。磨料厂为搬迁准备而停产。在协商过程中,机场集团有限公司以磨料厂搬迁补偿费过高为由中断了磋商,但未及时告知磨料厂,直至两年后才正式告知。两年后,机场集团有限公司正式表态不征用磨料厂,但两年期间,无任何单位通知磨料厂不征用其厂址和可以恢复生产。该案经贵州省高院一审、再审、最高院发回重审、贵州省高院重审、最高院重审上诉审等阶段。最高院最终认为,“机场集团于1995年11月向贵阳市人民政府提出征用磨料厂厂址的书面报告以及贵阳市人民政府两次召开会议并形成会议纪要的事实表明,其与磨料厂就搬迁补偿问题已经进入缔约磋商阶段。在这种情况下,机场集团未及时告知磨料厂其不再征用该厂厂址的事实,违反了其与磨料厂之间就搬迁补偿协议的磋商所形成的信赖关系,应当承担缔约过失责任。”该案中,最高院以当事人违反中断磋商时的告知义务为由,令其承担缔约过失责任。

(2)《王志荣与湖南大学出版社出版合同纠纷再审案》(最高人民法院民事裁定书(2008)民申字第823号)一案中,2007年4月,王志荣请求出版社为其出版《与初学写作者谈写作》和《实用文体写作指要》两书,并投寄了相应的书稿。出版社收到王志荣的上述两书稿后交该社相关编辑审查。2007年7月,王志荣电话询问书稿出版事宜,被告知其书稿不能被采用。2007年11月29日,出版社通过快递公司退回了王志荣的上述书稿。王志荣以书稿没有出版要求出版社给予经济补偿。最高院再审裁定书认为,“原审法院将本案视为出版合同纠纷,并依据合同法四十二条的规定审查后,作出的出版社没有违背诚实信用原则,也没有在缔约过程中给王志荣造成损失的认定也无明显不当。”该案中,法院认为当事人的中断磋商行为,并不违反诚信,亦无损失,故否定了缔约过失责任之诉求。

(3)《陈勇敏诉正达公司取得预售许可证后不按事先签订的商品房认购书签订购销合同返还已付房款和赔偿损失案》<sup>[10]</sup>一案中,1999年4月30日,陈勇敏与正达公司签订了一份认购书,约定陈勇敏购买正达公司开发的“富城花园”南楼一层G店面,单价每平方米16900元,面积86.15平方米。认购书签订后,陈勇敏交纳了定金2万元,并于同年8月份前分五次交纳了百分之五十的房款合计725935元。2000年4月,陈勇敏携带认购书及所交房款的收款收据到正达公司,要求签订该店面的《商品房购销合同》。正达公司办公室主任收回了认购书及收款收据后,却以陈勇敏无法按其总经理要求交回正达公司发给陈勇敏的一封信为由,未与陈勇敏签订该店面的《商品房合同》。陈勇敏知悉2000年1月14日正达公司以每平方米23081元将讼争店面卖给案外人后,要求正达公司返还其所交纳的购房款并赔偿经济损失。该案经厦门中院再审审理后认为,“正达公司违背诚实信用原则,将陈勇敏认购的房屋转售第三人,造成陈勇敏无法实现签订《商品房购销合同》的目的,正达公司已构成缔约过失,对陈勇敏所遭受的因信其合同成立受到的信赖利益损失,应承担弥补性的赔偿责任。”该案中,虽然对《认购书》的性质存在争议,但法院以缔约过失为由肯定了正达公司的赔偿责任。该案表明,当事人就合同缔约已形成一定的合意,即使尚不足以构成预约,亦有可能因该初步的合意负有继续磋商的义务,若发生不当中断,亦有可能承担缔约过失责任。

(4)朱秀君诉北京京华图书发行有限公司著作权纠纷案(北京市西城区人民法院民事判决书(2008)西民初字第5393号)一案中,2006年3月28日,被告以书面形式向原告发出“约稿”一份,具体内容如下:北京京华图书发行有限公司请南京作家朱秀君创作以下内容:书名(暂定):《中国古代思想家的故事》……2008年3月,原告持所写上述六本书书稿到被告处,与被告协商出版相关事宜未果。对此,法院判决认为,“原告基于合理信赖而撰写了被告所约定作品交付被告,被告却违背诚实信用原则和法律规定的义务,撤销要约,而给原告造成经济损失,被告应当承担损害赔偿责任”。

(5)“八名准空姐应聘索赔案”一案中,马来西亚航空公司委托北京外航服务公司发布了在中国招聘中国籍空乘的广告,8原告被确认录用。此后,8原告辞去原工作,并将相关材料寄给了外航公司。事后,8

原告多次向马航和外航公司询问上班事宜,两公司均称正在办理手续,要 8原告在家耐心等待。一年三个月后,两公司告知 8原告,马航放弃聘用 8原告。受理该案的朝阳区法院参照《合同法》关于缔约过失责任的规定,判决两公司赔偿 8原告共计 14 26 万元。其理由为:“招聘者和应聘者在合同订立过程之中均享有订约自由,但双方磋商过程中应遵从诚实信用原则。如果招聘单位再订约过程中以其行为导致应聘者形成合理信赖,应聘者依据合理信赖从事相应行为导致的损失,招聘者应承担损害赔偿责任。”该案中,因先行行为引起的合理信赖、被告的中断缔约行为致使该合理信赖受损,被告就此应当承担缔约过失责任。

上述典型案件的审理状况表明:虽然具体案情不同,但就中断磋商以致未能最终成立合同之情形,当事人完全有可能承担《合同法》第 42 条意义上的缔约过失责任。当然,在具体案情和具体责任构成上,因案件不同而有所不同。

案件 (1) 涉及的是磋商过程中的告知义务违反问题,从表面上来看,似乎与《合同法》第 42 条第 2 项规定的缔约过程中的“说明告知”相关。但该项规定要求“故意隐瞒……或提供虚假情况”,即需要“故意”要件;而最高院的判决并未就是否“故意”做出判断,因此,难以将本案纳入该项规定之情形,而应将其纳入该条第 3 项规定的“其他违背诚信原则”之行为。进一步说,就是被告在中断缔约过程中违背了诚信原则所要求的告知义务,因此就中断磋商承担缔约过失责任,即本案仍然属于中断磋商的问题。案件 (2) 与案件 (4) 都与出版相关,但在案情上有所不同。案件 (2) 是原告“投稿”、出版社“拒稿”之行为;案件 (4) 是出版社“约稿”、出版社事后拒绝出版之行为。案件 (2) 中,法院认为中断磋商并不违反诚信,故不承担缔约过失责任;而案件 (4) 则认为“撤销要约”违背诚信原则,进而要求出版社承担缔约过失责任。从案件判断逻辑来看,案件 (4) 虽然没有明确援引《合同法》第 19 条的规定,但在一定程度上可以看出其是将该条规定的撤销“不得撤销之要约”视为缔约过失责任的范畴。但是否需要导入该条之规定而要求当事人承担缔约过失责任,已如前述,即该条规定与缔约过失责任之间并无直接联系。若依前述法理将“约稿”视为要约,作者提交了书稿之行为即构成承诺,合同亦已成立。但判决显然并不认同这一点,而是将其作为撤销要约对待,并肯定了其缔约过失责任。其实,从中断磋商角度言,出版社的“约稿”,若尚不具备要约之要件,但足以使对方当事人产生合理之信赖,并进而采取进一步的行动(如写作等),此时若不当中断磋商,则构成《合同法》第 42 条第 3 项规定之“其他违背诚实信用原则的行为”,就该不当中断磋商承担缔约过失责任。从该意义上言,案件 (4) 的判决理由尚需进一步斟酌。案件 (3) 与案件 (4) 类似,其关键在于《认购书》的性质问题。若其构成预约,或者构成最高人民法院《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 5 条规定意义上的商品房买卖合同,则当依据预约合同成立后或本合同成立后的法理进行判断。但如前所述,即使尚不足以构成预约,亦有可能因该初步的合意致使当事人产生合理的信赖,进而负有继续磋商的义务,若发生不当中断,亦有可能承担缔约过失责任。案件 (5) 亦是因先行行为导致对方当事人产生了合理的信赖,而且缔约也已经进入了最后的阶段,若其违背诚信中断缔约致使对方当事人受损时,当负缔约过失上的损害赔偿责任。

综上,虽然法院在具体的说理上,各有不同,但究其实质,都涉及对中断磋商是否承担缔约过失责任。而正是因为《合同法》第 42 条并没有明文规定不当中断磋商的责任,使得上述判断在说理上出现了一定的不同。从这层意义上言,也有必要对此做出明文的规定。但就目前言,其合理的解释路径只能是《合同法》第 42 条第 3 项之规定,这点已如前述。另外,依合同缔约阶段对所选取案件做一分类的话,就中断磋商承担责任之情形,既有像案件 (1)、案件 (2)、案件 (4) 一样已存在初步的合意,合同缔结即将进入实质性的最后阶段的案件,亦有如同案件 (5) 一样已进入到缔约最后阶段的案件。但无论哪种情形,在我国法院的判断上,先行行为是否造成了对方当事人对进一步磋商或缔约的合理信赖、中断缔约本身是否违背诚信原则,是判断是否构成缔约过失责任的重要条件。

## 二、恶意中断磋商的判断构造

既然磋商义务在我国《合同法》及其实践都有其存在的空间,比较法层面亦有不断扩大之趋势,那么,究竟应当如何判断是否构成磋商义务的违反?在讨论该问题之前,有必要就肯定缔约过程中的磋商义务可能带来的问题作一分析。

虽然已经有越来越多的学说和判例实践肯定了缔约过程中不当中断磋商的责任,但在目前进行中的日本债法修改过程中,就是否应当规定中断磋商的责任问题,日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会各委员就此展开了激烈的争论。

其中来自经产省的委员就认为,日本产业界对此表示担忧。具体来说,其认为,缔约过程各式各样,到底在哪个阶段允许中断磋商?何谓“不当中断”?此等问题,只能在个案中具体判断。因此,是否有必要就此作出统一的特别规定,产业界持消极的意见。

亦有委员从消费者角度出发,认为有不少情形是经营者努力说服消费者购买某项服务或商品,其劝说使得消费者虽然想拒绝而难以拒绝进入进一步的磋商过程,此种情形若中断缔约,亦有可能违反诚信原则。若是如此,此时反倒不利于消费者慎重选择商品或服务,不利于消费者保护。

当然,亦有学者从劳动者保护角度对此提出了批评。例如,有委员就认为,若明文规定违反诚信不当中断磋商应负赔偿之责,是否就排除了缔约过程中因违反公序良俗或强行法规而中断磋商的责任?例如,劳动合同磋商阶段,以应聘者的特定宗教信仰或性别等为由而中断磋商,是否亦应承担赔偿责任,尚需进一步明确。此外,工会与企业之间的“集体谈判”中,依日本宪法规定,即使工会拒绝集体谈判,亦不构成不当劳动行为。但若肯定不当中断磋商的责任,企业一方能否以此等规定要求追究工会的民事赔偿责任,就会面临一些问题。另外,来自律师界的委员也认为若规定了不当中断磋商的责任,有可能会被滥用,因此应当谨慎规定。

当然,上述质疑或担忧,多来自于对不当中断磋商责任的构成要件方面的质疑或担忧,其实质并没有否定该责任本身。因此,如何构建违反磋商义务或不当中断磋商责任的构成要件,就显得十分必要。

在责任构成方面,从前述比较法的发展也可以看出,要构成不当中断磋商的责任,其前提主要有保护义务之违反(德国民法典)、违反诚信(日本债法修改学者草案)、不诚实或过错(法国民法修改草案)、不诚实(国际商事合同通则)、违反诚信及公平交易之原则(欧洲合同法原则)等。虽然在表述上各有不同,但有一点得以肯定的是,违反诚信是其基本的构成要件(德国法上的保护义务亦与诚信原则相关)。但如何具体界定是否违反诚信,各国并没有做出具体规定或作具体的制度设计,有待实践进一步拓展。即使荷兰法实践中所采取的阶段论(与日本学说上主张的合同成熟度说具有相通性),即根据磋商的不同阶段做出不同的判断,虽然有学者对此持较高的褒扬态度<sup>[2]</sup>,也仍然难免陷入判断上的困惑。原因在于,因中断磋商而承担责任的案件类型,既有缔约进入初步合意之阶段或最终阶段的案件,还存在着因先行行为引起合理信赖、该信赖被辜负时承担责任之情形,后者即使在合同缔结的初始阶段亦有可能发生。而且,因交易类型不同,何谓缔约的初始阶段、何谓缔约的继续阶段以及缔约的成熟或最终阶段,本身很难区分。其判断的困难与违反诚信的判断困难,本身并无不同,仍然需要就个案作出具体分析。

我国的上述司法实践也表明,在责任构成方面,是否产生了合理信赖也是关键的因素。日本债法修改学者草案中也明确表明“当事人就相对人因信赖合同的成立而遭受的损害负有赔偿责任”。该表述虽然旨在限制赔偿责任的范围,但我国的司法实践表明,是否引起了对方的合理信赖,亦是构成要件方面的因素之一。原因在于,中断磋商的赔偿责任问题,涉及信赖保护与合同自由之间的平衡问题,据此,在责任构成上,当然亦应考量信赖问题。也就是说,若就先行行为并没有产生合理的信赖,即使对方当事人中断缔约,亦不能要求对方承担损害赔偿之责。当然,即使产生了合理的信赖,若对方当事人的中断缔约行为存在合理的理由,并不违反诚信,此时亦不能要求对方承担损害赔偿之责。

最后有一点必须强调的是,依《合同法》第4条规定,当事人享有缔约自由。即使贵为“帝王条款”的诚实信用原则,或是因此发展起来的缔约过失责任,也只不过是意思自治的限制而已,并不否定合同自由本身。因此,在认定是否构成不当中断磋商责任时,应保持谨慎之原则,以免对意思自治这一民法私法自治工具构成威胁。也就是说,原则上,除非存在强制缔约之义务,可以无须任何理由地拒绝订立合同;应当就中断磋商承担责任之情形,只是严格要件支配下的例外情形。

### 三、恶意中断磋商的法律责任

违反磋商义务或构成不当中断磋商时,应当承担怎样的责任?依《合同法》第42条的规定,其承担的是“损害赔偿”。也就是说,若不当中断磋商构成该条第3项规定的“有其他违背诚实信用原则的行

为”,则应当承担损害赔偿责任。《合同法》并未明确规定是否尚有“强制履行”(即强制其继续磋商或订立合同)等其他责任承担方式(即,《合同法》中既没有肯定亦未否定)。但从理论上来说,就中断磋商承担责任,其本身就已经是对合同自由的限制,应当被限定在合理之范围之内,才符合私法意思自治之要求;而若肯定“强制履行”的责任承担方式,必将对合同自由构成极大的冲击。因此,原则上,除非存在强制缔约之义务,否则不能要求违反磋商义务的当事人继续磋商或订立合同。当然,依合同成熟度说或缔约阶段论说,就那些已经形成初步的合意、且该合意已构成预约之要件时,也有可能存在通过行使缔约完结权而成立合同之可能。

就不当中断磋商的损害赔偿责任而言,就其损害赔偿的范围历来存在争议。通说认为,中断磋商的赔偿限于信赖利益损失,其范围具体包括订约费用、准备履行的费用及丧失订约机会的损害<sup>[2]</sup>。我国上述司法实践中,其损害赔偿的范围也多是以信赖利益为限。但也有个别案件在某种程度上肯定了履行利益的赔偿。例如,案件(4)的出版纠纷中,法院认为,“原告撰写被告约定六本书书稿的稿酬为原告直接利益,此信赖利益的损失,被告应予赔偿。”虽然法院用的是信赖利益的概念,但从结果上来看,稿酬当是履行利益之范畴。

其实,在比较法上,亦有突破信赖利益限制之学说和尝试。例如,前述荷兰判例实践中的缔约阶段论就认为,在缔约的最后阶段中断磋商,违反者不仅要赔偿对方的消极利益损失,而且需赔偿对方的积极利益损失。而在日本,虽然目前的学者草案和法务省法制审议会讨论中,倾向于将其赔偿范围限定在信赖利益的赔偿上,但日本部分学者主张的合同成熟度说也在某种程度上表明了合同履行利益的赔偿可能性。依该理论,若在接近合同成立前的阶段中断磋商,也是完全有可能肯定履行利益之赔偿<sup>[11]</sup>。在法务省法制审议会讨论过程中,能见教授也主张,“虽然一直以来大部分学者都主张中断磋商的责任并非原本的契约责任,而只肯定其信赖利益的赔偿。但在判例上,也有一些案件并没有采用信赖利益与履行利益相对立的框架结构,而只是认为应当赔偿存在因果关系的损害;亦有一些案例则认为,因不当中断磋商发生于接近合同成立的最终阶段,应肯定履行利益的一定比例之赔偿。”而且,若将缔约过失责任视为侵权责任之特殊形态,从而依据侵权法原理来决定其损害赔偿范围时,信赖利益与履行利益的分类也就变得不为重要,从而亦有可能扩大其赔偿的范围,而限于信赖利益之赔偿<sup>[2]</sup>。当然,依侵权法原理,相当因果关系理论等也在某种程度上被用来限制损害赔偿的范围。

就我国现行法律体系言,因《合同法》第 113 条规定的是违约责任的损害赔偿范围问题,《合同法》第 42 条及其他条文并没有就缔约过失责任的损害赔偿范围问题作出明文规定,因此,只能通过解释来解决其损害赔偿范围问题。依《合同法》第 42 条之规定,要肯定缔约过失时的损害赔偿责任,须“给对方造成损失”,即缔约过失与损失之间存在因果关系。虽然该规定文义上属于缔约过失责任构成要件层面的因果关系问题,但在一定程度上亦可以将其扩张解释为损害赔偿范围上的因果关系问题。这样一来,在我国《合同法》上,中断磋商的损害赔偿范围,虽然原则上应遵循通说之解释,将其限于信赖利益之赔偿,但其决定性的因素并不是信赖利益还是履行利益之区分,而是是否存在《合同法》第 42 条规定的因果关系。如此解释,在某种程度上亦可以将特定情形的履行利益赔偿涵盖在内。

注释:

①《合同法立法资料选》第 145 页以下;全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国合同法及其重要草稿介绍》,法律出版社 2000 年版,第 22 页、第 116 页、第 164 页。

②但在耶林之前并非无先驱者,耶林的缔约过失责任理论与德国法官造法后形成的缔约过失责任制度之间也不完全一样;参见张金海:《耶林式缔约过失责任的再定位》,《政治与法律》2010 年第 6 期。

③如诚信原则说、合同成熟度说、关系契约理论等等,具体参见山本敬三:《民法讲义 IV - 1 契约》有斐阁 2005 年版,第 47 页以下。日本目前的通说仍然是诚信原则说,即:即使在缔约磋商阶段,当事人也负有不危害对方当事人人格及财产之诚信原则上的注意义务,若有违反,应承担赔偿责任。该说的实质是对合同自由的限制。但目前也有很多学者主张合同成熟度说,即缔约过程达到特定的“成熟阶段”时,此时不得中断磋商或中断缔约过程;但从日本裁判实践来看,因合同缔约过程中的“成熟”而引起对方当事人对合同成立的期待和信赖,并就此时的中断磋商承担责任的案件,只是裁判实践中的| 种类型而已;此外尚有因“先行行为”引起了对方当事人对合同成立的期待和信赖,进而不得中断磋商的案件类型(参见本田纯| :《契约规

范的成立与范围》,| 粒社 1999年版,第26页以下)。

④山本敬三:《民法讲义 IV-1 契约》,有斐阁 2005年版,第46页以下。日本最高法院的判决状况则参见最判昭和 56年 1月 27日民集 35卷 1号第 35页、最判昭和 58年 4月 19日判时 1082号第 47页、最判昭和 59年 9月 18日判时 1137号第 51页、最判平成 2年 7月 5日裁判集民 160号第 187页、最判平成 19年 2月 27日判夕 1237号第 170页等案件。

⑤最判昭和 59年 9月 18日判时 1137号第 51页。

⑥参见日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会第 9次会议(2010年 5月 18日召开)议事录, <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil04900017.html> 2010年 8月 6日访问。

⑦参见日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会第 9次会议(2010年 5月 18日召开)附录资料 11-2 <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil04900017.html> 2010年 8月 6日访问。

⑧《侵权责任法》的哪一条或哪几条构成侵权责任的| 般条款,学界尚有争论。例如,梁慧星教授和刘士国教授就认为《侵权责任法》第 2条为侵权法的| 般条款(参见梁慧星:《我国〈侵权责任法〉的几个问题》,《暨南学报》(哲学社会科学版) 2010年第 3期;刘士国:《〈侵权责任法〉第二条规定之解析》,《暨南学报》(哲学社会科学版) 2010年第 3期)。

⑨《合同法》第 19条规定:“有下列情形之一的,要约不得撤销:(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已经为履行合同作了准备工作。”

⑩关于《合同法》第 19条规定的要约“不得撤销”,究竟具有何种效力,亦有不少学者主张该条只是| 种保护性规定,法律并不禁止撤销要约的行为,即并不否定要约人的撤销权,于此情形,仍然可生要约撤销之效力(即要约失效),而就其撤销行为给对方当事人造成的损失,则通过缔约过失责任制度来弥补(参见王天璇:《论要约的不可撤销——对我国〈合同法〉第 19条的思考》,《中国海商法年刊》第 21卷(2001年)第 169页以下;韩世远:《合同法总论》,法律出版社 2004年版,第 104-105页)。从意思自治及合同自由角度言,该观点殊值赞同。但若依《合同法》规定做体系性解释,《合同法》第 19条规定的“不得撤销”,实为“禁止撤销”,是禁止性规定,于该条规定之情形,要约人撤销要约的行为不生效力。原因在于,依《合同法》第 20条之规定,只有当要约被要约人“依法”撤销时,要约才失效;要约撤销要构成要约失效之效力,须具备“依法”之要件。若肯定《合同法》第 19条规定情形之要约撤销所导致的要约失效之效力,难以合理解释《合同法》第 20条所规定的“依法”要件。故笔者认为,《合同法》第 19条规定的“不得撤销”,其效果是不产生要约撤销之效力,与缔约过失责任之间并没有直接联系。

⑪若要约人提出撤销《合同法》第 19条规定之不得撤销的要约时,在法院实践中,有的案件并不是以该撤销行为构成缔约过失责任来解决,而是以受要约人是否作出了承诺,进而判断是否成立了合同来处理案件(参见关晓海:《受要约人有理由相信并以行为承诺的要约不可撤销——河南高院判决黄河勘测规划设计有限公司与河南纵横燃气管道有限公司技术咨询合同案》,《人民法院报》2010年 5月 13日第 6版)。但也有的案件肯定了此种情形时的要约人的撤销权,并以缔约过失责任制度来解决案件(参见“朱秀君诉北京京华图书发行有限公司著作权纠纷案”,北京市西城区人民法院(2008)西民初字第 5393号,来源于北大法宝数据库)。

⑫依最高人民法院《关于审理商品房买卖合同案件适用法律若干问题的解释》第 5条的规定,“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同”。但因本案当时尚无该司法解释,故未依该条做出判断。

⑬石岩:《八名准空姐应聘索赔案| 审宣判法院以缔约过失为由判决中介和航空公司连带担责》,《人民法院案例选》2008年 6月 20日第 3版。虽然劳动关系原则上不适用《合同法》的规定,但因法院参照《合同法》做出了判决,故将其作为典型案例收入。

⑭参见日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会第 9次会议(2010年 5月 18日召开)议事录, <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil04900017.html> 2010年 8月 6日访问。

⑮当然,若将该案中的“约稿”视为要约,原告提交稿件的行为视为承诺,则合同已告成立,当可以要求履行利益之赔偿,但法院却以缔约过失责任为由肯定了稿酬的赔偿。

⑯参见日本法务省法制审议会民法(债权相关)分会第 9次会议(2010年 5月 18日召开)议事录, <http://www.moj.go.jp/shingil/shingil04900017.html> 2010年 8月 6日访问。

#### 参考文献:

[1]平井宜雄. 债权各论 I上:契约总论[M]. 东京:弘文堂 2008:127

[2]叶金强. 论中断磋商的赔偿责任[J]. 法学, 2010(3).

[3]O le LANDO, Hugh BEALE. 欧洲合同法原则 II[M]. 潮见佳男等,译. 北京:法律文化社, 2006:158

[4]卢湛, 杜景林. 论缔约过失的基本问题及体系建构[J]. 甘肃政法学院学报, 2007(1); 德国民法典:第 2版[M]. 陈卫佐,

译注. 北京: 法律出版社, 2006 109.

[5]民法(债权法)修改研讨委员会. 债权法改正的基本方针[M]. 东京: 商事法务, 2009: 95.

[6]谢怀栻. 合同法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 78.

[7]韩世远. 合同法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 141.

[8]胡康生. 中华人民共和国合同法释义: 第 2 版[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 73.

[9]王利明. 合同法研究: 第 1 卷[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002: 324.

[10]最高人民法院中国应用法学研究所. 人民法院案例选 2003 年第 3 辑: 总第 45 辑[M]. 北京: 人民法院出版社, 2003: 第 106 页以下.

[11]山本敬三. 民法讲义 IV - 1 契约[M]. 东京: 有斐阁, 2005: 48.

## Duties and Obligations in Contract Negotiation

Zhou Jianghong

(Guanghua Law school Zhejiang University, Huangzhou, Zhejiang 310008)

**Abstract** Article 42 in *Contract Law* establishes the fault liability system of negotiating, but there are no clearly defined duties of negotiation and obligations of deliberately breaking off the contract negotiations. The development of comparative law shows that establishing the obligations of deliberately breaking off the contract negotiations has turned out to be increasingly legislative choices. "Other acts contrary to the principle of good faith" in Article 42 Item 3 in *Contract Law* provides the possibility of the interpretation of the issue at point. Similar court cases in practice also confirm the fault liability. While judging the responsibility of the undue breaking off of the contract negotiations, judges are supposed to be cautious enough to avoid threatening one of the principles, the Civil Law Autonomy, the key to identification of the obligations lies in whether the act poses the breach of trust and whether it leads to reasonable trust. The scope of compensation for damages caused by the deliberate breaking off of the contract negotiations, in principle, should be limited to the interest of the trust, but in some cases, compensation may also involve the benefit that may be accrued from the performance of contracts. But the decisive factor does not consist in the distinction between reliance interest and performance interest, but in the cause and effect stipulated in Article 42 of *Contract Law*.

**Key words** the breaking off of the contract negotiations; contract negligence; freedom of contracts; scope of compensation for damages