

论缔约过失责任之构成要件

吴一平

(盐城师范学院法政学院, 江苏盐城, 224051)

摘要: 自耶林创建缔约过失责任理论以来, 学界纷争一直持续, 司法实践难以统一。缔约过失责任是当事人具有可归责事由违反先合同义务致另一方当事人的损失所应承担的民事责任。其构成要件一般包括四个方面: 当事人一方违反先合同义务; 违反先合同义务具有可归责性; 相对人有利益损失; 违反先合同义务与相对人损失间存在因果关系。但对缔约过失责任构成要件的解析, 既要符合耶林学说之精神实质, 更要反映经济社会发展之时代特征, 赋予其新内涵。

关键词: 耶林; 缔约过失责任; 先合同义务; 可归责性; 损害; 因果关系

中图分类号: D923.6

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2012)02-0074-06

德国法学硕儒鲁道夫·冯·耶林(Rudolf von Jhering)1861年在其主编的《耶林法学年报》上发表《缔约上过失——契约无效与不成立时之损害赔偿》一文, 创立了被誉为“法学上的发现”的缔约过失责任理论。一个半世纪以来, 理论不断在创新, 争论一直在持续。在我国合同法中, 缔约过失责任实际上指的是一方当事人具有可归责事由违反先合同义务致另一方当事人的损失所应承担的损害赔偿赔偿责任。但学界对其中许多问题的认识至今难以一致, 笔者拟通过对缔约过失责任构成要件的分析来对其主要争点作出评析。

一、缔约一方当事人违反了先合同义务

民事责任的基础在于违反民事义务。但“法律所保护的, 并非仅是一个业已存在的契约关系, 正在发生中的契约关系也应包括在内”。^{[1](230)}耶林的论断区分了缔约过失责任与违约责任, 违约责任的前提是违反了当事人之间的约定义务, 而缔约过失责任的前提虽然也是违反了一种法定义务, 但此种法定义务是基于当事人之间的接触和信赖关系所产生的先合同义务, 是基于诚实信用原则所产生的一种附随义务。笔者认为, 当事人违反了先合同义务的含义应包括以下两点:

(一) 缔约过失一定发生于缔约过程之中

先合同义务是相对于合同义务与后合同义务而言

的。违反合同义务产生违约责任; 违反后合同义务产生何种责任虽有不同意见, 但一般认为, 与违反一般合同义务相同, 产生债务不履行责任。^{[1](46)}违反先合同义务则产生缔约过失责任。王泽鉴先生指出, 当事人为缔结契约而接触磋商之际, 已由一般普通关系进入特殊联系关系, 相互之间建立了一种特殊的信赖关系, 虽非以给付为内容, 但依诚实信用原则, 仍然产生了协力、通知、照顾、保护、忠实等附随义务。论其性质及强度, 超过一般侵权行为法上的注意义务, 而与契约关系较为相近, 适用契约法原则。^{[2](96)}可见先合同义务是当事人在“缔约过程”中违反了诸如协力、通知、照顾、保护、忠实等先合同义务, 即基于诚实信用原则所产生的一种附随义务。若当事人违反某种义务发生在“缔约过程”之前则为侵权行为, 在其后则为违约行为, 而违反义务发生在“缔约过程”之中即为缔约过失责任。

关于“缔约过程”的起点, 我国多数学者认为先合同义务起于要约的生效。^{[3](12)}此种认识虽有其合理性, 但过于机械。当然, 如果缔约双方尚未接触则无先合同义务可言, 先合同义务实际上是随着当事人由开始接触至相互磋商直至合同最终订立而逐步增强的。笔者认为, 在我国法上当事人在“缔约过程”这一期间是否产生了先合同义务, 应当视当事人之间是否因接触而具有了某种缔约上的联系, 并且还要依具体案情而定。例如向特定人发出要约邀请如果到达相对人, 也有可能使相对人产生某种信赖, 应视为具有

了缔约上的联系，当事人先合同义务产生。反之，如果当事人之间尚未接触，或者虽然开始接触甚至已经发出了要约，但相对人并未对此形成某种信赖，则不存在某种缔约上的联系。^①例如消费者进入经营者的领域尚未具体接触而遭受某种损害，虽然学说和司法实践态度不一，^{[2][100][4, 5]}但笔者认为在此种情形中，缔约上的联系尚不够明显甚至难谓与缔约有关，故以适用侵权法上的安全保障义务所产生的侵权责任予以救济为宜。

“缔约过程”的终点应为合同的有效成立。但我国有学者认为终点应为合同的生效，并声称“最迟可止于合同生效，这一点争议不大”。^{[3][12]}笔者认为此种认识混淆了违反先合同义务与违约的界限，因为从合同成立至生效这一阶段显然不属于“缔约过程”，当事人实际上已处于合同状态。如果当事人在“合同有效至合同生效”这一阶段违反了某项义务则仍然属于违约，而与“缔约过程”无关。至于是否有人将合同的有效与生效混为一谈，则属于另外一个问题。^②按照我国合同法的规定，合同的成立时间是一方当事人对另一方当事人的要约作出有效承诺的时间，唯一需要注意的是特殊类型合同成立时间的把握。^③

（二）缔约过失责任并非一定发生在缔约过程之中

我国学者通常认为，只有合同尚未成立，或者虽然成立，但因为不符合法定的生效要件而被确认为无效或被撤销时，缔约人才应承担缔约责任。若合同已经成立，则因一方当事人的过失致他方损害，就不应适用缔约过失责任。^{[6][310]}还有学者认为，“缔约过失责任的适用领域，原则上限于未签约的情形，因为如果签约可以适用契约相关的规定，加以处理”。^{[7][42]}有学者甚至将缔约过失责任直接概括为：“合同不成立、无效、被撤销或不被追认，当事人一方因此遭受损失，对方当事人对此有过错时，应赔偿受害人的损失。这种责任就是缔约过失责任。”^[8]笔者认为，这一认识不仅混淆了义务与责任，而且也混淆了缔约过失责任与违约责任，是对缔约过失责任的极大误解。实际上，缔约过失责任强调的是缔约过失而非缔约过失责任发生在缔约过程中，缔约过失实际上就是对先合同义务的违反，缔约过失责任则是对先合同义务违反的后果。易言之，缔约过失或者说对先合同义务的违反行为一定是发生于缔约过程之中的，而因缔约过失所生之损害以及对缔约过失责任的追究则不限于缔约过程。可见缔约过失与合同成立或效力类型没有必然的对应关系，在合同有效的场合，仍可成立缔约过失责任。有学者将缔约过失责任分为合同未成立、合同

无效、合同有效三种类型。^{[9][123]}还有学者将德国法上的缔约过失责任分为四种类型：合同不成立或无效型（耶林式）、侵害绝对权益型、订立不利合同型以及第三人缔约过失责任型。^{[10][98]}该两种归类方式均未将合同有效成立条件下的缔约过失责任排除在外，从侧面说明了缔约过失责任之法律特征。

判断当事人是否应承担缔约过失责任，应以当事人是否故意或者过失违反先合同义务为标准，而与合同是否成立及其效力情况无关。^{[11][43]}当然，关于合同有效场合之缔约过失责任问题，耶林当年的确没有考虑到，在学说上是由德国学者莱昂哈德(F.Leonhard)于1896年最早提出，并在1912年被德国法院所采纳，此后一直成为通说见解。^{[12][144-145]}此说后为多国立法所接受(该学说提出时由于《德国民法典》已起草完毕而未能受其影响)，例如《希腊民法典》第198条规定：“于为缔结契约磋商之际因过失致相对人遭受损害时，应负损害赔偿责任，即使契约未成立亦然。”《国际商事合同通则》在第3.18条中也明确规定了合同有效情况下缔约过失责任的适用：“无论合同是否宣告无效，知道或理应知道宣告无效理由的一方当事人应承担损害赔偿，以使其对方当事人回复到未曾订立合同时的相同地位。”2002年《德国债法现代化法》生效时，缔约过失责任制度也已不再考虑契约是否成立。根据我国《合同法》第43条的规定，“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”正如王泽鉴先生所指出的：“此项秘密的泄露与‘致契约未成立’，并无逻辑或因果上的必然联系。”^{[1][243]}笔者认为，上述立法反映了缔约过失责任理论之现代发展趋势。令人不解的是，我国一些学者一方面肯定该条的缔约过失责任性质，另一方面却又否认合同有效情形下的缔约过失责任。事实上，即使在我国《合同法》第42条的规定中也没有言及合同成立与否对缔约过失责任适用的影响，而仅仅使用了“在订立合同过程中”的用语，这其实是为合同有效成立情形下的缔约过失责任的适用留下了法律适用空间。此外，在我国合同法上还存在可撤销合同因撤销权消灭而成为有效合同、可变更合同被变更成为有效合同等场合，如果在订立合同过程中存在违反先合同义务并致相对人损害的情形，当然可以适用缔约过失责任。缔约过失责任实际上完全可以与合同有效成立后的违约责任并行不悖，因为违反先合同义务的行为并不必然影响合同的进程，更何况一些违反先合同义务的行为例如泄露商业秘密的行为，在缔约阶段甚至在合同

履行阶段都难以为人知晓。

正如学者所指出的, 缔约过失责任可以适用于合同有效成立的场合。一是从各国立法来看, 一般只规定缔约过失行为发生在缔约之时, 并不以合同是否成立作为缔约过失责任的成立要件; 二是从各国司法实践来看, 德国、日本等国均已将缔约过失责任适用范围扩大到了合同有效成立的某些情况; 第三, 现代缔约过失责任理论一般都认为, 该制度保护受害人的固有利益, 而固有利益的损害与合同是否有效成立无必然联系, 因为固有利益是相对独立于正在缔结的合同的。^{[13](20-21)}实际上, 即便是信赖利益也并非与合同有效成立水火不容, 例如一方因过错而增加了另一方额外负担, 即使合同有效成立也应不影响缔约过失责任的适用。

二、当事人一方违反先合同义务具有可归责性

义务与责任的区分已为世界各国民法理论与民事立法所肯定。有义务必有责任, 责任是对义务违反的后果。缔约过失责任是违反先合同义务的后果, 这正是缔约过失责任与侵权责任、违约责任的根本区别。

(一) 缔约过失责任的根据是诚实信用原则

除非在强制缔约或命令合同场合, 当事人订立合同, 无论谈判进展到何种程度, 任何一方均可以随时中断谈判, 所生费用为交易成本, 否则有违合同自由原则。但合同自由应当受民法基本原则尤其是诚实信用原则的限制, “如果一方当事人以造成对方当事人大量的费用为代价中断谈判, 那么, 这种自由将受到严重的损害。”^[14]缔约过失责任基于当事人之间的接触和信赖关系所产生的先合同义务, 其根据是诚实信用原则。按照我国学者的观点, 缔约过失责任中的所谓“过失”实际上就是违反了诚实信用原则,^{[6](312)}违背诚实信用原则是当事人违反先合同义务的根据。我国《合同法》第43条直接规定了先合同义务, 第42条虽然未对先合同义务作出正面规定, 但从反面即通过对违反先合同义务的行为课以责任来反映先合同义务。缔约过失责任正是一方当事人基于违反诚实信用原则的后果。详言之, 缔约过失责任是一方当事人违反了依诚实信用原则所产生的协力、照顾、通知、保护、忠实等附随义务, 并且仅仅是由于违反了此类先合同义务所产生的民事赔偿责任。缔约过失责任的制度价值正在于“合同自由所体现的自由价值与诚实信用原则所体现的正义价值构成相倚的两极, 产生相互亲和的张力, 将现代社会所肯定的自由观和正义观,

和谐地体现在人们的社会经济生活之中”。^{[15](70)}

(二) 缔约过失责任以当事人一方存在过错为前提

缔约过程中的任何一种“过错”, 都以存在义务为前提; 而违反了这些义务, 才会使人们进一步提出行为人是否有过错的问题。^[16]“违反先合同义务”是客观要素, 而“缔约过失”则是主观要素。如同违约行为一样违反先合同义务也是一种客观事实, “过失”才表明行为人有主观过错, 包括故意和过失。仅有当事人违反义务的行为, 即仅有客观事实尚不足以课以其责任, 否则有违合同自由, 只有当行为人违反先合同义务并且主观上有过错才具有可归责性, 才得课以其责任。当然, 耶林最初的设想的的确仅仅指“疏忽或不注意”, 即过失。这是因为在德国法上适用缔约过失责任的在多数场合并非故意, 在过失情形中, 受害人往往难以找到保护自己利益的具体明确的法律规范, 故意情形一般仍由侵权法调整。但随着社会发展和理论研究的深入, 各国缔约过失责任制度已悄然发生变化且日趋完善, 缔约过失责任中的“过失”在今天的意义实际上已经包括了故意。依据民法解释学原理, 既然过失需要承担缔约过失责任, 则故意违反先合同义务的情形当然也适用缔约过失责任。这在多数场合实际上形成了缔约过失责任与侵权责任的竞合, 或者说是使一部分“侵权责任向缔约过失责任转移”。然而更有甚者, 缔约过失责任中的“过失”, 不仅被扩大解释到“故意”, 甚至在个别例外场合被扩大到了“无过错”。例如《德国民法典》第110条规定的无权代理, “无权代理人无论有无过失均应负赔偿责任, 故属无过失责任, 但此系基于缔约上过失思想而建立的一种制度。”^{[2](98)}梁慧星教授也认为, 此种责任“系由法律规定直接发生的一种特别责任, 不以无权代理人有故意或过失为要件, 属于一种无过失责任”。^[17]看来当初耶林的“缔约过失责任”在今天似有“符号功能”的趋势。不过总体来讲, 缔约过失责任仍应以过错为要件, 其归责原则属于过错责任。对于行为人在缔约过程中是否有过错的举证, 通说认为应当由受害人举证, 但在“恶意、故意或重大过失等, 又属被害人难于阐释的领域, 原则上应由加害人负举证责任。”^{[1](250)}可见, 缔约过失责任采用的是一般侵权责任而非合同责任的归责原则。

三、缔约相对人有利益损失

民事责任以损害事实为基础, 缔约过失责任当然

不能例外。纵使一方当事人在缔约过程中违反了先合同义务，而如果相对人未有任何损失，则缔约过失责任也将无从产生。“损害赔偿的范围目的，在于均衡当事人所受损害，如果没有损害发生，请求权就失去意义。”^{[7](43)}作为缔约过失责任构成要件之一，缔约相对人存在利益损失，无论在理论上还是在实践中均不存在争议。然而，在满足其他条件的情况下，是否只要相对人有损失就一定产生缔约过失责任呢？易言之，缔约过失责任意义上的“利益损失”范围的确定，值得进一步研究。另外，对作为缔约过失责任构成要件之一的“利益损失”的赔偿是否有一定的限制，也是一个需要探讨的问题。具体而言，关于缔约相对人受有利益损失，需要讨论的问题有三：相对人信赖利益的损失是否限于直接利益？相对人所遭受利益损失是否仅限于信赖利益？相对人信赖利益的赔偿范围是否需要设定一个上限？我国学界的争论可谓旷日持久、仁智各见，特别是在后两个问题上至今难以一致。笔者就此略陈管见。

第一，相对人所遭受的信赖利益损失不限于直接利益。毫无疑问，缔约过失责任制度保护信赖利益。而信赖利益既包括直接利益也包括可预见的间接利益，这一点学界也已基本取得共识。当然，由于机会损失具有较大的不确定性且举证困难，故对于间接利益的保护必须以谨慎的态度防范道德风险。但也有学者主张，对信赖利益损失的赔偿应仅限于直接损失，因为机会所形成的利益很难合理确定，而且会诱发当事人与第三人恶意串通。^{[6](342-343)}此种担忧不无道理，但笔者认为，如果间接损失是由于一方当事人违反先合同义务而导致的相对人唯一机会的丧失而又不予赔偿，则有失公允而有违公平正义。故对于缔约过失责任中的间接损失的赔偿，以不予否定但根据个案审慎把握为妥当。

第二，相对人所遭受的利益损失不限于信赖利益。关于缔约过失责任意义上的“利益损失”范围历来有两种见解。一种见解为，缔约过失责任制度所保护的仅仅是信赖利益，不包括固有利益；另一种见解认为，缔约过失责任制度所保护的不仅应包括相对人的信赖利益，也应包括固有利益。笔者认为后一种见解能够实现缔约过失责任补偿性赔偿目的，更符合缔约过失责任的时展要求。

对于固有利益的保护，通说及我国学者普遍持否定态度(我国目前司法实践也是如此)，主要是担心将固有利益纳入缔约过失责任将模糊缔约过失责任与侵权责任的界限。^{[3](14)}但事实上，缔约过失责任的发展已远不是耶林当年所论述的“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”，其适用范围“更扩大包括违反说明义务、中断缔约，尤其是违反保护义务而损害相对人的身体、健康等类型”。^{[1](230-231)}就是说，缔约过失责任制度发展至今日，已经突破了耶林最初设想的仅仅包括信赖利益，而扩展到了相对人固有利益的保护。王泽鉴先生明确指出：“若因为违反保护义务，侵害相对人的身体健康或所有权，而此种情形亦可认为得构成契约上过失责任时，则加害人所应赔偿的，系被害人于健康或所有权所受一切损害，即所谓维持利益(固有利益，笔者注)。”^{[2](100-101)}其实，在笔者看来，对固有利益的保护适用缔约过失责任与适用侵权责任并不矛盾，完全可以依据责任竞合规则来处理。何况缔约过失责任的适用在举证责任方面相对于侵权责任更具有优势，更利于相对人的保护，而且缔约过失责任也并不因为与侵权责任的竞合而丧失其独立性。正如德国学者所指出的，缔约过失责任“所保护的只是原告的消极利益，也就是说，使原告重新回到谈判开始之前的情势之中”。^[18]我们不妨把这里的“消极利益”理解为包括信赖利益和固有利益，否则难以“使原告重新回到谈判开始之前的情势之中”。

总之，缔约过失责任制度应当保护当事人固有利益。其一，认为缔约过失责任是补充侵权责任和违约责任的观点，其理由并不充分。缔约过失责任制度发展至今日，已经突破了耶林最初设想，其保护范围已由信赖利益扩展到了相对人的固有利益之上。其二，对固有利益的保护适用缔约过失责任与适用侵权责任并不矛盾，完全可以依据责任竞合规则处理，赋予受害人以选择权更利于保护其利益。其三，在立法技术上将信赖利益与固有利益放在一个责任体系下进行救济，能够降低诉讼成本，减少讼累，方便救济。其四，先合同义务包含了保护义务，而违反保护义务所侵害的正是固有利益。实际上在德国早期的缔约过失责任判例中，其保护范围已经包括固有利益，例如在著名的“亚麻油地毯案”(RGZ78, 239)、“香蕉皮案”(BGHNJW1962, 31)、“菜叶案”(BGHZ66, 51)等案件中，法院均对违反保护义务造成他人损害的情形适用了缔约过失责任。此外，如果在缔约过失责任赔偿范围中排除固有利益，将难以实现缔约过失责任的补偿性赔偿目的。

第三，相对人所遭受的信赖利益损失的赔偿范围不受履行利益的限制。履行利益是指合同虽有效成立，但因为债务不履行而发生之损失。由于缔约过失责任与违约责任具有本质的不同，当事人履行利益所受损失不在缔约过失责任赔偿之列已属显见，笔者不作探

讨。缔约过失责任所要赔偿的当然主要是信赖利益，但对于信赖利益的赔偿是否以履行利益为限呢？王泽鉴先生明确指出：“此项信赖利益的赔偿范围不受履行利益的限制。”^{[1](247)}“例如未为适当阐明或者告知致他方支出无益费用时，加害人应赔偿的，亦不以履行利益为限度。”^{[2](101)}

我国学者普遍认为，对于信赖利益的赔偿不得超过履行利益。因为在一般情况下，基于信赖利益的赔偿，不可能达到合同有效或者合同成立时的履行利益的范围，但以此来限定信赖利益的范围仍然是必要的。^{[6](344)}此种结论似乎认为，如果信赖利益的赔偿超过了履行利益，则可能使相对人额外获利，从而不符合相对人的预期目的。笔者认为，缔约过失责任的赔偿范围应为实际损失，而不应以履行利益为限。首先，以“履行利益”来限制“信赖利益”，极有可能使缔约过失责任的补偿性制度目的落空，有违制度本旨。缔约过失责任设立的目的就是使债权人回复至没有加害之前所处的状态。^[19]事实上，在一方当事人违反先合同义务中的保护义务，致当事人人身权、所有权等固有利益损害的情形下，相对人的损失可能远远超过履行利益，按照补偿性赔偿原则，应当赔偿被害人一切损失，其赔偿范围自然不以履行利益为限。缔约过失责任的目的是使相对人“恢复原状”，如果受害人的损失的确超出了履行利益而不能获得充分救济，则有违民事赔偿的补偿性原则和全面赔偿原则。其次，缔约过失责任赔偿范围受履行利益限制的观点具有较大的主观色彩，对信赖利益与履行利益的判断当事人自有其价值判断标准。何况违反先合同义务发生在合同订立过程中，合同尚未履行，对履行利益的估量显然缺乏可操作性。再次，信赖利益与履行利益性质完全不同，缔约过失责任作为一种独立的民事责任，有其自身的调整领域，而且相对人所受实际损失与履行利益并无必然联系，以履行利益来限制信赖利益缺乏法理依据。因此，缔约过失责任的赔偿数额应不以履行利益为限，而应以受害人所遭受的实际利益损失来确定，这也是民法实际赔偿原则的具体要求。

四、当事人一方违反先合同义务与相对人损失间存在因果关系

违反先合同义务与相对人损失间有因果关系，是缔约过失责任的逻辑基础。相对于侵权责任，此要件没有任何特殊性，适用民法上关于一般因果关系的认定规则。以至于许多论著在论述缔约过失责任构成要

件时甚至将其忽略。

笔者认为，尽管该要件没有太多值得探讨的空间，但其不失为缔约过失责任必不可少的要件之一，不容忽略。当然，正如有学者所言：“此处的因果关系，是指事实上的因果关系，即先合同义务违反行为与损害之间的无此即彼的关系。”^{[12](151)}就是说，相对人损失系由于行为人违反先合同义务所导致。这里必须注意两点：第一，如果相对人在缔约过程中所发生的损失并非因一方当事人违反先合同义务或者说并非一方当事人的过错所致，例如在不可抗力、相对人自己有过错等场合，并无从产生缔约过失责任，而成为免责事由。第二，如果一方当事人虽有过错而导致相对人受损，但该过错并非违反先合同义务之过错，则也与缔约过失责任无关，适用侵权责任。

缔约过程中，因当事人违反先合同义务与相对人损失之间存在因果关系而产生缔约过失责任。但如果相对人在缔约过程中也存在过错，并且也与某种损害存在因果关系，应如何处理？笔者认为：第一，如果相对人在缔约过程中也存在过错，并且致加害人损害，即存在混合过错的情形下，应适用“过失相抵”规则。目前德国、法国、日本、比利时等国都在缔约过失责任中承认并适用了这一规则。我国《合同法》第58条也作了相应的规定：“合同无效或者被撤销后，……有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。”笔者认为该条可以通过扩大解释作为一般规则而适用于缔约过失责任。第二，虽然因一方当事人缔约过失而导致相对人损失需要承担缔约过失责任，但如果因相对人自身的过错而导致该损失不适当地扩大，此时应由相对人承担“不利益”。虽然我国合同法未有明确规定，但笔者认为，《合同法》第119条所规定的在违约场合因相对人过失的“不真正义务”规则，在此也有类推适用的余地。即当事人一方违反先合同义务而致相对人损害发生之后，相对人应当采取适当措施防止损失扩大(采取措施的费用应由缔约过失一方当事人承担)。如果相对人没有采取适当措施而导致损失进一步扩大，不得就所扩大的损失部分主张赔偿。

注释：

- ① 值得注意的是，2002年生效的《德国债法现代化法》将之前的德国债法中的“缔约磋商、开始缔约接触”修改为“类似的交易接触”，使其具有很强的包容性。参见杜景林、卢湛：《德国债法改革——〈德国民法典〉最新进展》，法律出版社，2003年版，第67页。
- ② 笔者认为，从明晰概念的角度出发，我国合同法有必要区分合同的有效与合同的生效。合同的有效可视为合同成立之后当事

人所期待的价值,而合同生效的法律后果则直接表现为当事人按照合同的约定履行合同,当事人开始享有合同约定的权利并承担相应的义务。参见拙作:《合同的有效与合同的生效》,载《法学杂志》,2006年第5期,第94-96页。

- ③ 在我国合同法上特殊类型合同的成立时间主要有三种情形:一是书面合同以双方当事人签字为准;二是通过信件、电报、电传达成协议,但一方当事人要求签订确认书的以确认书签订时间为准;三是依据法律法规应当由国家机关批准的应以批准时间为准。另外,理论上以意思实现、交叉要约等方式订立合同的成立时间也有其特殊性。

参考文献:

- [1] 王泽鉴. 债法原理(第一册)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2001.
- [2] 王泽鉴. 民法学说与判例研究(1卷)[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998.
- [3] 肖永平,刘珍兰. 论缔约过失责任的概念与性质[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2006(2):10-15.
- [4] 崔建远. 新合同法原理和案例评析[M]. 长春:吉林大学出版社,1999:112.
- [5] 王利明. 违约责任论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:778.
- [6] 王利明. 合同法研究(第一卷)[M]. 北京:中国人民大学出版社,2002.
- [7] 黄立. 民法债编总论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [8] 崔建远. 合同法[M]. 北京:法律出版社,2007:117-118.
- [9] 韩世远. 我国合同法中的缔约上过失问题研究[J]. 法学家,2004(3):122-129.
- [10] 张金海. 耶林缔约过失责任的再定位[J]. 政治与法律,2010(6):98-111.
- [11] 北京朝阳区人民法院民一庭. 论合同有效成立情况下的缔约过失责任[C]//民事审判指导与参考. 北京:法律出版社,2008:48.
- [12] 韩世远. 合同法总论[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [13] 吴卫星. 对缔约过失责任概念之界定[J]. 政法论丛,1999(1):19-21.
- [14] [德]海因·克茨. 欧洲合同法(上卷)[M]. 周忠海,李居迁,官立云译. 北京:法律出版社,2001:50.
- [15] 焦富民. 论缔约过失责任制度[J]. 扬州大学学报,2002(5):68-72.
- [16] [德]迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 邵建东译. 北京:法律出版社,2000:342.
- [17] 梁慧星. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2007:231.
- [18] [德]罗伯特·霍恩. 德国商法导论[M]. 楚建译. 北京:中国大百科全书出版社,1996:118.
- [19] 韩世远. 违约损害赔偿研究[M]. 北京:法律出版社,1999:160.

On the elements of liability for negligence in contracting

WU Yiping

(Department of Law and Political Science, Yancheng Normal University, Yancheng 224051, China)

Abstract: Since Jhering created the theory of Culpa, the academic controversy has been continued, leading to the judicial practice unified. The liability for negligence, including contracts, is the civil liability of one party of a contract who breaches pre-contractual obligations for some attributable reasons, resulting in damages of the other party. Its constituents generally include the following four aspects: one party breaches pre-contractual obligations, the one party has his or her attributable reasons, the other party suffered losses, between the later two there exist causal relationships. When we analyze the requirements of Culpa, however, we should not only comply with "the essence of the doctrine of Jhering, but also reflect the features of The Times of economic and social development, especially, and give it new connotation.

Key Words: Jhering; liability for negligence in contracting; pre-contractual obligation; liability attribution; damages; causal relationship

[编辑: 苏慧]