

行政法上的“缔约过失责任”概念初探*

游永贵,刘艳辉

(湘潭大学法学院,湖南湘潭 411105)

摘要:随着我国经济体制改革的不断深入,行政合同已成为我国广泛管理公共行政事务的重要手段。但对于行政合同有关的法律责任,我国学者鲜有研究。笔者借用民法上的缔约过失责任理论对在行政法上是否存在缔约过失责任以及概念、性质进行探讨。

关键词:行政合同;民事合同;缔约过失责任;概念;性质

中图分类号: D922.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-509X(2004)03-0028-03

缔约过失责任理论为民法中的理论,最初1861年由德国著名法学家耶林提出,随后在欧洲大陆各国民法典及债法典中得到立法的认可。我国1999年3月15日通过的《合同法》全面确立了缔约过失责任制度。它虽然是民事法律中的一种制度,但行政合同除具备行政性之外,与民事合同有许多共同性。因此,缔约过失责任理论作为法的一般理论,完全可以适用到行政法中。笔者认为积极探索行政法上的缔约过失责任理论,对建立和完善行政合同法律责任制度有着重要的意义,进而借用民法上的缔约过失概念对行政法上的缔约过失责任概念发表一些拙见,以供商讨。

一、行政法上的缔约过失责任制度认识与分析

行政合同又称行政契约或公法上的契约。在有的国家如英国、美国,也称为政府合同或政府契约^{[1] p.201}。由于各国法律传统和立法技术的不同,有关行政合同法律制度(包括缔约过失责任制度)也各不相同。英美法系国家素有公法和私法不分的传统,政府合同纠纷和私人合同纠纷一样,由普通法院管辖,适用普通法规则。在现代英美合同法判例中,通过“允诺禁反言”原则确立了缔约过失责任理念。但对在缔约过程中所生信赖利益之保护并不仅仅依赖于“允诺禁反言”原则,而是另辟蹊径,通过错误、不正当影响、不正确说明、

默示条款等制度,以这些制度传统的不当得利、侵权责任为主要救济方式,来实现这些情况下对缔约人利益的保护^{[2] p.29}。由此可见,英美国家政府合同缔结过程中所产生的缔约过失责任不是一种独立的法律责任,而是通过不当得利、侵权责任来追究,并救济遭受损失一方的权利。在大陆法系国家,公法和私法严格区分,行政合同纠纷由行政法院管辖,适用与民事合同不同的行政法规则,只是行政法未规定时,才补充适用民事法的一般规则。在德国,1976年《联邦行政程序法》第四章对行政合同进行了规定,虽没有直接规定缔约过失责任,但该法第62条规定:“只要第54条至61条未另有规定的,适用本法其余的规定。另外补充使用民法典的有关规定。”^[3]《德国民法典》第118条、119条、120条、122条、307条、309条规定了缔约过失责任的几种情形。由此可见,德国行政法上的缔约过失责任深受民法理论的影响,被认为是一种独立的行政法律责任。它一般包括三种情况:1.无正当理由中断合同协商过程时的赔偿责任;2.因过错妨害合同有效性的赔偿责任;3.因违反注意义务的赔偿责任^{[4] p.176-177}。

在当代中国,由于行政立法的滞后,行政合同还没有成为法律概念,更谈不上缔约过失责任的法律化。但实际生活中存在大量的行政合同,如农村土地联产承包合同、国有土地使用权出让合同、国有企业承包、租赁合同等,已成为我国公共

* 收稿日期:2004-03-28

作者简介:游永贵(1972-),男,湖南辰溪人,湘潭大学法学院硕士研究生,主要研究方向:宪法与行政法学。
万方数据

行政管理的重要手段。

因这些合同履行而产生纠纷,在司法实务中一般由民事法庭受理,适用有关特别条例规定。但因违反行政合同附随义务而产生的法律责任,它既不是行政侵权责任也不是行政合同违约责任。对此种责任特别条例没有规定,基于行政合同的行政性而又不能适用《民法通则》第61条、66条和《合同法》第42条、43条之规定,从而造成这种法律责任适法上的真空。鉴于此,笔者建议应尽快进行行政法上的缔约过失责任研究,加强和完善行政立法,建立起行政法上的缔约过失责任制度。无论是相关研究还是立法,都必须对民法上的缔约过失责任进行充分的认识和理解,首先建立起行政法上的缔约过失责任概念。

二、民法上的缔约过失责任概念的认识与理解

对行政法上的缔约过失责任概念进行界定,首先不认识和理解民法上的缔约过失责任概念,就如空中楼阁,无源之水。缔约过失责任作为首创于德国的一个法学概念,自其诞生之日起即在德国及继受德国法律传统的其他大陆法系国家,乃至英美法系国家产生了重大影响。中国学者也不乏例外,同样接受了缔约过失责任理论并对此进行了研究。就缔约过失责任称呼本身,学者们就有各种各样的提法,如缔约上过失、缔约过失、先契约合同责任、前契约合同责任、缔约过错责任、缔约责任等。对缔约过失责任概念也有着不同的认识和理解,现择其中主要观点介绍如下:

王泽鉴认为:“于为缔结契约磋商行为之际,因过失致相对人遭受损失时,应负赔偿责任,纵契约未成立亦然。”^⑤(p.90)

谢怀轼等认为:“缔约责任,是指在合同订立过程中,一方当事人因其缔约行为或者与缔约行为有关的行为损害对方当事人利益,给对方造成损失时,向对方当事人承担的赔偿责任。”^⑥(p.77)

王利明认为:“所谓缔约过失上的责任,是指在合同订立过程中,一方因违背其依据诚实信用原则所产生的义务,而致另一方的信赖利益的损失,并应承担的损害赔偿。”^⑦(p.115)

杨立新认为:“缔约过失责任是指在合同缔约过程中,当事人因自己过失致使合同不成立、无效、被撤销对相信该合同有效成立的相对人基于此项信赖而生的损害,应负的赔偿责任。”^⑧(p.386)

王培韧认为:“缔约过失责任是指缔约人在缔结合同过程中因故意或过失违反先契约义务,导致合同不成立、无效或被撤销等情形的发生,造成缔约相对人损害,依法承担的民事责任。”^⑨(p.41-42)

陈朝阳认为:“缔约责任是指当事人有过错致使合同不成立、无效、被撤销、解除或合同虽有效,但当事人违反缔约产生的附随义务并造成损失所承担的民事责任。”^⑩

上列六种观点都是民法上的缔约过失责任概念,基本上可以反映近年来我国民法学者对缔约过失责任概念的认识和理解。这些观点的共同点在:1.将缔约过失行为发生阶段界定在缔约过程中。只是第六种观点认为在合同履行阶段对合同附随义务的违反,也可以产生缔约过失责任。2.将缔约过失行为违反的义务界定为先契约附随义务,包括通知义务、协力义务、注意义务、照顾义务和保护义务等。3.将缔约过失责任归责原则界定为过错原则,包括故意和过失,采取的是主观过错标准。不同之处主要表现在:第三、四种观点将缔约过失责任赔偿范围界定为信赖利益的损失,而第一、二、五、六种观点界定为损失或损害。以上这些观点对行政法上的缔约过失责任概念有很大的借鉴意义,再揉和行政合同自身的特性,完全可以归纳出行政法上的缔约过失责任概念。

三、行政法上的缔约过失责任概念的界定与构建

行政合同是以行政主体为当事人的发生、变更或消灭行政法律关系的合意^⑩(p.40)。其本质是合意,与民事合同没有多大差别。在合意的形成过程中,同样要经过要约和承诺两个阶段,双方当事人一样要遵守依据诚实信用原则而产生的附随义务。如果违反附随义务的行为造成另一方的损害,必然要求承担法律责任。该种法律责任既不是行政侵权责任(不是对行政法明文规定义务的违反),也不是行政合同违约责任(不是对行政合同约定义务的违反),更不是民事法律责任。它应该是行政法上一种独立的法律责任。因为行政合同的主要目的是执行公务,实现公共行政管理目标,它应受行政法的调整。正因为行政合同既具有合同性又具有行政性,对行政合同附随义务的违反所产生的法律责任与民法上缔约过失责任既有相似的一面又有自身的特点。笔者借用民法上的缔约过失责任概念将这种法律责任称为缔约过

失责任,并对其概念表述为:它是指行政法主体在缔结、履行行政合同中或行政合同终止之后,因故意或过失违反行政合同附随义务,导致行政合同不成立、无效或被撤销等情形发生,造成相对方损害,依法承担的行政法律责任。行政法主体违背行政合同附随义务的行为称为行政法上的缔约过失行为,缔约上的过错包括故意和过失称为缔约过失,行政法主体因缔约过失承担的行政法律责任称为行政法上的缔约过失责任。

笔者之所以对行政法上的缔约过失责任作出上述界定,主要是基于如下几点考虑:

(一)将缔约过失责任主体界定为行政法主体而不是行政合同当事人。行政法主体包括行政主体(行政机关、法律、法规、规章授权组织)和行政相对人(公民、法人和其他组织)。根据行政法的一般理论,行政主体可以对其他行政主体实施行政行为,行政合同也是一种行政行为,同样可以存在于行政主体之间。行政合同有其特殊性,将缔约过失发生的时间涵盖合同履行和后合同阶段很有必要,而在后合同阶段称合同当事人有所不妥。

(二)将缔约过失行为发生的时间界定在先合同、合同履行和后合同阶段。行政合同主要目的是执行公务,实现公共行政管理目标,保护公共利益的思想贯穿于整个行政合同过程,这就决定了这种责任是一种行政法律责任。如果局限于先合同阶段,那么发生在履行和后合同阶段缔约过失责任不好解决,当然行政主体的缔约过失责任可以通过行政侵权责任机制来解决。但行政相对人在此阶段的缔约过失责任就无法通过行政侵权机制来解决。因他不是行政主体,没有被赋予管理公共事务的权能,也就根本不会存在行政侵权问题(行政侵权具有单向性,仅指行政主体的侵权)。若用民事侵权来处理,这样双方的缔约过失行为适用不同的诉求机制,不但于法理不符,而且司法实务操作不便。其次也不能通过违约救济机制,它违反的不是合同约定义务而是合同附随义务。也许有人会主张由行政主体实行合同制裁权,但是对行政主体造成的损失该怎么办?难道也由行政主体说了算吗?正因为存在这样那样的矛盾,笔者建议在合同的三个阶段发生的缔约过失行为统一适用缔约过失责任救济机制,不但可以既保护了公共利益又保障相对人的合法权益,而且还不至于陷入法理上的尴尬境地。

(三)将归责原则界定为故意或过失。这似乎

与我国行政法采取的违法原则相悖,其实不然。只要对过错采取客观化理解和判断标准,行政法主体一旦违反了行政合同附随义务,就认定其有过错,这实际上与违法原则相一致。

(四)将违反的义务界定为行政合同附随义务而不是先合同义务。先合同义务也是一种附随义务,如此界定也包括了合同履行和后合同阶段的附随义务。表明违反先合同附随义务的行为构成缔约过失行为,违反合同履行和后合同阶段的附随义务同样也构成缔约过失行为。

(五)将缔约过失责任发生的情形界定为“合同不成立、无效或被撤销等情形”。这表明该三种情形只是缔约过失的主要表现,并不排除“合同有效成立”和“合同终止之后”发生缔约过失的情形。如在合同履行阶段或合同终止之后,行政合同一方未尽必要的注意义务或保密义务,造成对方的经济损失,一样可以追究未尽义务一方的缔约过失责任。

(六)将缔约过失行为产生的后果界定为损害而不是信赖利益的损失。信赖利益是传统缔约过失责任中重要的概念,信赖利益的损失当然也是一种损害,只不过它仅表示在缔约阶段因信赖合同能够成立所带来的利益的损失,不能涵盖合同履行和合同终止之后因缔约过失行为而造成其固有利益的损失。

(七)将缔约过失责任界定为行政法律责任的一种。它是因行政合同而产生的法律责任,是一种行政法律责任。行政法律责任是种概念,是上位概念,而缔约过失责任是属概念,是下位概念。

(八)本概念突出了“依法”,说明行政法上的缔约过失责任是法定的一种行政法律责任,而不是双方约定的。即使没有约定也应追究,即使约定排除,也不能免除。

综合以上论述,可看到由于行政合同作为一种特殊的行政行为,使建立在其上的缔约过失责任呈现出一种“特殊”的性质,即在公法的行政法律责任性质基础上,带有强烈的私法特色,这也是近现代以来公、私法不断融合的结果。也就要求我们在实践中把握好行政法上的缔约过失责任概念和性质,既不能象现在将大量的行政合同纠纷纳入民事诉讼之中,也不能象追究其它行政法律责任那样单纯强调强制性责任的承担,应从其概念和性质出发妥善解决好有关行政合同的纠纷。

(下转第70页)

成为他们认识世界和改造世界的内在动力。

五是新型道德观念和健康文明生活方式教育上的结合。高尚的道德操守和积极的生活态度,体现着一个人良好的精神面貌。它是人文素质中的基本内涵,也是“两课”思想品德教育的主要内容。“两课”教学要按照大学生人文素质教育目标的要求,进行深入细致的道德教育和心理健康教

育,引导学生形成自尊自强、奋发进取、敬业乐业、团结合作、取利有道、诚实守信、循规守法的新型道德理念和高尚健康文明的生活方式。

总之,“两课”应在教学实践中重视并积极探讨和发挥其人文素质教育功能,努力促进高校人文素质教育的深入开展。

参考文献:

- [1] 冯江源.理工科大学的“两课”教学与人文素质教育[J].教育与现代化,2001(1):28-33.
- [2] 张莉.“两课”教学与人文素质教育[J].雁北师范学院学报,2003(3):41-44.

On the Humane Quality Educational Function of Teaching “Two Courses”

XU Dong

(Department of Publicity, Yancheng Institute of Technology, Jiangsu Yancheng 224003, China)

Abstract: “Two Courses” teaching has close connection with humane quality education. “Two Courses” teaching bears such functions as educational direction orientation, methodology guidance in educational course, refinement and synthesis of content. We should hold the basic combination of “Two Courses” teaching with humane quality education.

Keywords: “Two Courses” teaching; humane quality education; function; basic combination

(上接第30页)

参考文献:

- [1] [美]伯纳德·施瓦茨.行政法[M].北京:群众出版社,1987.
- [2] 王培韧.缔约过失责任研究[M].北京:人民法院出版社,2004.
- [3] 应松年.外国行政程序法汇编[Z].北京:中国法制出版社,2004.
- [4] [德]汉斯·J·沃尔夫.行政法[Z].(第二卷)高加伟译.北京:商务印书馆,2002.
- [5] 王泽鉴.民法学说与判例研究[M].(第1册)北京:中国政法大学出版社,1998.
- [6] 谢怀轼.合同法原理[M].北京:法律出版社,2000.
- [7] 王利明.合同法新问题研究[M].北京:中国社会科学出版社,2003.
- [8] 杨立新.民法判例研究与适用[M].(第二集)北京:中国检察出版社,1996.
- [9] 陈朝阳.缔约责任——民事责任新探[J].法学,1993(12):26-30.
- [10] 余凌云.行政契约论[M].北京:中国人民大学出版社,2000.

An Initial Exploration into the Conception of Liability in Signing a Contract with Fault in Administrative Law

YOU Yong-gui, LIU Yan-hui

(College of Law, Xiangtan University, Hunan Xiangtan 411105, China)

Abstract: With the continuous development of economic system reform, administrative contract has become an important means in public administration in our country. Little research has been conducted as to legal liability about administrative contract. The author quotes the theory of liability in signing a contract with fault in civil law to discuss whether it exists in administrative law and interprets its conception and nature.

Keywords: administrative contract; civil contract; liability in signing a contract with fault; conception and nature