

# 欺诈的民法规制

许德风

**【摘要】**欺诈是常见的社会现象。欺诈行为会侵犯他人的意志自由,破坏社会经济生活中的信任关系,应以法律加以规制,而民法是其中的重要环节。就欺诈的构成要件而言,应充分认识到欺诈恶意可导致其他构成要件的放宽:在因受欺诈而撤销意思表示时,一般不要求欺诈内容的实质性;欺诈恶意还可以导致因果关系认定上的放宽。就欺诈的法律效果而言,现行法以恢复原状为目标的安排,难以充分实现法益保护和行为预防的目标,应予改进,强化欺诈撤销后受欺诈人的救济措施,并综合运用返还、侵权和违约赔偿等制度,惩罚欺诈行为。

**【关键词】**欺诈;实质性;合同撤销;缔约过失;欺诈侵权;恶意抗辩

**【作者简介】**许德风,法学博士,北京大学法学院教授。

**【原文出处】**《政法论坛》(京),2020.2.3~19

## 引言

欺诈、真意保留与错误是三个涉及行为人内心意思与其外在表示的制度。若从法律效果的相互关系上观察,真意保留和欺诈各据两端,而错误居中:在真意保留的情况下,表意人的真意被忽略,相对人的信赖受到保护;在欺诈的情况下,表意人可以请求撤销其意思表示以回复至未受欺诈的状态,相对人不仅不能取得权利,还应赔偿受欺诈人的其他损害;在真意保留和欺诈之间是错误制度,相对人的信赖是否应获得保护或表意人可否撤销其意思表示,要考察有关错误是否满足特定内容的要求(有些国家还会要求表意人无重大过失)。既有研究对真意保留和错误关注较多,对欺诈的研究较少。总体而言,我国民法欺诈制度已初具框架,但其细节仍需结合限制欺诈的需要进一步完善。以下先讨论作为社会现象的欺诈,再分析欺诈的含义及民法上可用于规制欺诈的具体制度。

## 一、规制欺诈的价值基础

从生物进化论的角度看,欺诈、欺骗或说谎是自然界最基本的现象之一。“从病毒表层蛋白对人体免疫系统的欺骗到昆虫的拟态,欺骗是生物为生存而

进化出的本领。”<sup>[1]</sup> (P.651) 意识理论(theory of mind)<sup>[2]</sup> (P.553-575)、社会心理学的研究也表明,人或许是“天生的说谎者”。例如,一周岁以下的婴儿就了解如何装哭、装笑;三岁左右婴儿已经可以作出“不是我吃的”“我没有打他”等表达;95%的六岁小孩已经可以做到在说谎的同时声明自己没有说谎<sup>[3]</sup> (P.28-31)。在伦理或道德层面上,人类对说谎的关注也早已有之。<sup>①</sup>《理想国》中曾提及苏格拉底的观点:“我们必须把真实看得高于一切……城邦的治理者遇上任何人,不管是预言者、医生还是木工,或者任何工匠讲假话,就要惩办他。因为他的行为像水头颠覆船只一样,足以颠覆毁灭一个城邦”<sup>[4]</sup> (P.88)。类似地,奥古斯丁认为,尽管程度有差别<sup>[5]</sup> (Ch.18),但总体而言,以欺骗而非其原本目的使用语言,是罪恶(sin)<sup>[5]</sup> (Ch.22)。康德认为保持诚实是每个人对其他人的“形式义务”(formal duty),无论这样做会给其本人或他人造成多大的不利益<sup>[6]</sup> (S.425)。康德认为任何谎言皆应禁止,无需区分谎言的善意与恶意,或者考虑受众是否有权了解真相。这是将谎言的直接影响与间接影响一并考虑的判断,即或许有些谎言可以带来眼前的收益,但长远而言,谎言不仅会伤及说谎者自身

(甚至在谎言不被发现的情况下<sup>②</sup>),也会破坏人与人之间的沟通和信任,进而破坏人类社会生活的基础。对于谎言的长期影响,包尔生也持同样的观点,认为谎言可能会毁灭人们的信念和自信,并最终损害人类的社会生活。<sup>③</sup>较为折衷的观点认为,应当区分谎言的类型及其效果,例外地允许一些善意的“白色谎言”<sup>[7](Ch.V.XIV)</sup>。对说谎的干涉也有较深的宗教渊源。如在佛教中,“不妄语”位列“五戒”的第四戒。在圣经中,一个重要的教诲是谎言将毁灭精神,而毁灭精神比毁灭肉体更为可怕。<sup>④</sup>在但丁的《神曲》中,说谎是一种罪恶,说谎者将在第8层地狱(inferno)受罚,仅比最严重的叛徒(traitor)高一层。

总之,从人类社会的演进来看,一方面,说谎是基本生存之道——人通过说谎/掩饰来获取食物谋生或战胜敌人(所谓“兵不厌诈”);另一方面,作为复杂群体,人类相互之间也需要合作和信任,此种合作和信任甚至是人类社会生存与发展的基石,这是法律要规制乃至惩罚欺诈的价值伦理与社会经济基础。

## 二、欺诈的法律含义

欺诈的法律内涵不容易界定。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(“民通意见”)第68条的规定,欺诈是“一方当事人故意告知对方虚假情况,或者故意隐瞒真实情况,诱使对方当事人作出错误意思表示”的行为,但何为“故意”“虚假”以及“隐瞒”,都需要进一步明确。当然,作为一种法律上的标准(standard),研究只可能在具体化的程度上有所进展,本文不谋求根本性地改变该概念的模糊属性。<sup>⑤</sup>

### (一)欺诈与信赖共生

欺诈可以按行为表现分为三种类型——沉默、隐瞒真实信息和告知虚假信息,其中沉默及不作为的欺诈最难认定。原则上,沉默并不构成欺诈。仅在行为人有披露义务的情况下,其不披露的行为方构成欺诈或通常所说的“故意隐瞒”<sup>[8](P.1652)</sup>。披露义务与合同的内容及目的密切相关。在买卖等交易中,虽然通常适用“买者自负原则”(caveat emptor),但若出卖人明知标的物有重大的、影响合同对价的瑕疵而不予披露,也可能构成欺诈。例如,A向B出售房屋,该房屋曾为“凶宅”(屋内发生过凶杀案,行凶者杀人

后自杀),设该信息将导致房屋价格降低30%甚至更多,出卖人A未向B告知该信息,这在我国通常便会被认为构成欺诈。<sup>⑥</sup>比较法上也有类似规则:在不动产买卖交易中,若有关标的物的瑕疵是隐蔽而肉眼无法识别的瑕疵(latent defect),该瑕疵对标的物的价格有重要影响且买受人不知也不应知瑕疵的存在,则卖方对这一瑕疵负有披露的义务。<sup>⑦</sup>如在房屋买卖交易中,卖方没有告知买方房子里满是白蚁的行为即被认定为欺诈。<sup>⑧</sup>

信息与财富密切相关,强制分配信息无异于征收乃至征用。这意味着,在绝大多数情况下,信息优势本身并不足以证成披露义务。例如,一般认为,若表意人就某一事项询问相对方,相对方拒绝作出回答,其拒绝行为通常不构成欺诈。只有在法律明文规定行为人有如实回答(或告知)的义务时(如保险法第16条),其拒绝回答或告知的行为,方构成告知义务的违反,进而成立欺诈。<sup>⑨</sup>总结来看,披露义务的来源主要有以下几个方面:法律规定、交易惯例和特殊信赖。

为了鼓励交易,法律在某些时候会明文规定信息披露义务,以减少信息不对称对市场的负面影响。例如,美国法针对二手车交易制定有“机动车信息和成本节约法”(Motor Vehicle Information and Cost Savings Act),根据该法,若二手车经销商在销售过程中未告知购买者里程表读数不准,将违反关于披露义务的规定。另外,在经销商拥有相关知识的情况下,即使虚假陈述是其在不知道真实情况时粗心作出的,也构成欺诈。<sup>⑩</sup>这一规则很好地维护了二手车交易市场的秩序,避免其沦为“柠檬市场”<sup>[9](P.488-500)</sup>。与此类似,证券法在很大程度上就是“公司信息与成本节约法”。

交易的性质及相关交易习惯也是判断披露义务有无的重要依据。例如,古籍图书爱好者甲从乙旧书店以2万元购买一南宋《金刚经》孤本,假如甲购买时了解该书的大致价值为200万元,其是否应向出卖人乙披露相关信息?答案是否定的。在很大程度上,旧书乃至古玩的买卖是一场当事人之间的“博戏”(game),无论是买受人还是出卖人都了解并受益于“走眼后果自负”的规则<sup>[8](P.1686)</sup>。当然,值得说明的

是,买方在文物市场上可以不向卖方披露其信息,并不意味着卖方可以在明知标的物为赝品时故意隐瞒。例如,在拍卖交易中,尽管有诸如我国拍卖法第61条第2款的规定(“拍卖人、委托人在拍卖前声明不能保证拍卖标的的真伪或者品质的,不承担瑕疵担保责任”),若拍卖人或委托人明知标的物为赝品或有瑕疵而仍进行拍卖或委托的,也无权援引上述法律关于免责的规定<sup>[10][P.156]</sup>。

除法律与习惯外,优势信息、信任或信赖等特殊关系的组合,也促成披露的义务。<sup>①</sup>例如,一家煤矿公司雇佣地质学家探矿,在某农场地下发现了矿藏,于是在未公布该信息的情况下低价向农民购买该土地,同时向股东回购股份。一般认为,前一项交易中,公司的行为尚不构成欺诈或不实陈述,而后一项交易则可能被认定为欺诈。<sup>②</sup>合理的解释是,不将前一项交易认定为欺诈,能更好地鼓励探矿,鼓励在信息上的投资;而在后一项交易中,公司与股东之间有信义关系,因此公司应当如实披露相应信息。<sup>③</sup>对信义义务关系中的披露义务,波斯纳(Posner)法官在United States v. Dial判决中的说理值得借鉴:在当事人之间有信赖关系或信义义务时,应认为一方已在交往之中“购买”了“诚实”(candor),而这是另一方承担披露义务的内在原因。<sup>④</sup>换言之,在具有特殊的信赖关系(besonderes Vertrauensverhältnis)的情况下,沉默本身也可以构成欺诈。<sup>⑤</sup>

信赖导致披露义务的提升,是一项重要的法律制度,渗透于私法的各个分支。以美国法为例,在上述场景下,欺诈可能成立:B是年轻人,A是精明商人,A非B的父母或监护人,但A像父母一样照顾B,B总是习惯性地接受A的建议。此后,A与B订立合同,在签订合同时,A没有披露他知道而B不知道的重要事实,被认为构成欺诈。在某些情况下,即使某些在先关系不具有完全信赖的属性,也可能成为告知义务的来源。例如,若一方在交易中起初并未进行不实陈述,但嗣后发现了不实的情况却依然保持沉默,其行为便属于“未能纠正(起初无过错之)不实陈述”(failure to correct misrepresentation),进而可能构成欺诈。其正当性也在于交易过程中逐渐形成的信赖。在美国法上的法律示例中,A向信用评级公

司B报告了其财务状况,并期待B将这一内容传达给B的客户。此后不久,A的财务状况严重恶化,但A并没有向B披露这一事实。在这一过程中,B的客户C借款给A。A的不披露行为相当于断言其财务状况没有恶化,A的行为构成对C的欺诈。<sup>⑥</sup>又如,在一次闲谈中,A告诉B他拥有一块30公顷的土地(此时A并没有出售土地的打算,且A确实以为有关土地的面积是30公顷)。随后A发现土地面积只有23公顷,尽管如此,A还是与B订立了以30公顷为基础计算价格的合同。对此,法院认为,尽管在合同签订之时A向B指出了土地的边界,但其不披露真实面积的行为仍构成欺诈。<sup>⑦</sup>再如,两被告的父亲为原告(公司)的董事长和惟一股东,二人均为公司高管,但未签署雇佣合同。后二人利用职务便利盗取原告商业秘密,并帮助原告的竞争对手生产类似产品。初审法院认为被告不存在欺诈,上诉法院则认为被告利用原告的信任,窃取了原告的商业机密和客户信息,并不正当地使用该信息与原告竞争,其行为构成“推定欺诈”(constructive fraud),即只要行为人从事了违反法律规定的信义义务的行为,便成立欺诈。在这种情况下,欺诈的故意(intent to deceive)、不诚实(dishonesty)等均非需要考察的事项。<sup>⑧</sup>

信义义务与欺诈常常相伴而生的原因在于,在信义义务关系中,一方(委托人)将自身的利益完全托付给另一方(受托人),若不提供有力的事后救济,委托人的利益将极易受损害,甚至使此种交易安排无法真正达成。这意味着信义义务本质上是一种“利他”义务,与一般交易中的“利己”(如买卖)或“善管”(如保管)都不同,强调受托人要告知委托人全部信息,交出全部获益,不谋求任何私益。若认识到这一点,便可以更好地理解资管交易、证券交易中信息披露的严肃性,理解实践中非常多“知情权”争议所涉及的并不是无关痛痒的信息的获取与传递问题。

## (二) 欺诈故意的多重含义

民法欺诈中的“故意”,强调行为人具有诱使对方当事人作出错误意思表示的主观状态。在这一点上,民法上的欺诈与刑法上的欺诈有所区别:民法强调行为人意思受到的不当影响以及欺诈人对意思自由的违法干涉,刑法则注重欺诈中获取财产利益的

意图。即前者强调对他人意思自由的不当干涉,重心既不在于获利,也不在于造成他人财产损害的意图;后者重心则在于获得财产的非法犯意或“非法占有”<sup>[11](P.44)</sup>的意图。基于此,民法的欺诈与刑法的诈骗被分别对待,民法上的欺诈在构成上更为宽松,只要存在使他人陷入错误意思表示的故意即可,无需存在造成他人损害的故意(Schädigungsabsicht)<sup>[12](P.132)</sup>。从历史发展上看,在《德国民法典》第一草案制订时,立法者曾将民法上的欺诈与刑法上的欺诈等同对待,认为“任何违反诚信并造成他人损害的恶意欺诈都构成诈骗(Betrug)”<sup>⑩</sup>。而到第二草案制订时,立法者认识到民法上的欺诈要件中有与刑法不同的、“具有民法自身特点的故意概念或要件”(eigenartige zivilrechtliche Dolusbegriff)<sup>⑪</sup>与民法、刑法的上述区分相关,法律视角下的欺诈还可以做更为细致的分类,如可以分为关于事实的欺诈和允诺欺诈(promissory fraud),前者如出卖人故意隐瞒标的物的瑕疵而订立买卖合同并收取高价;后者指无履约的意思却声称将履行合同并作出承诺。<sup>⑫</sup>刑法上的诈骗更多是指向后者。

就故意的类型而言,一般认为,无论直接故意还是间接故意(dolus eventualis),均可构成欺诈。例如,在以沉默隐瞒真实信息的情况下,须行为人至少认识到这样的可能性:若公开有关信息,则相对人将不会作出相应的错误意思表示。另外,须说明的是,就欺诈的构成而言,并不要求欺诈人明确知悉自己所陈述的信息是不真实的。只要欺诈人不确定有关信息的真实性,并对致他人陷入错误持放任态度即可。<sup>⑬</sup>从意思表示的过程来看,行为人作出意思表示的同时,并不需要做出诸如“我肯定该意思表示的真实性”的表达,因为此类确信已经内化于意思表示本身<sup>[13](P.9-10)</sup>。

对欺诈故意的判断,可分解为两个层次,一是表达内容的真实性考察(veracity inquiry);二是主观状态考察(scienter inquiry)。例如,行为人明知自己行将破产不能兑现有关支票还签发支票时,其是否有清偿能力为真实性考察所探问的事项;其签发支票时是否知悉该不能清偿状态为主观状态考察的事项。<sup>⑭</sup>在多数情况下,裁判者关心的主要是行为人是否进

行了虚假陈述,同时推定只要进行了虚假陈述,当事人便具有欺诈故意。另外,如前所述存在信义义务关系时,构成欺诈所要求的故意要件甚至会被违反信义义务的行为本身所替代。

值得一提的是,在某些情况下,即便当事人明知有关事实为虚假,也可能不具有欺诈的故意。以航空公司超卖机票为例,航空公司在对外销售机票时,可能明知若全部购票的乘客乘机,将无法履行部分合同,但这并不意味着航空公司的行为当然构成欺诈。即便航空公司在售票时未进行任何提醒,鉴于总是存在某些乘客不如约乘机的情况,因此,超卖并不等于航空公司不能履行合同。况且,即便实际乘机人超过飞机的座位数,也会有个别乘客愿意接受优厚补偿(如乘坐下一航班可以免费升舱)而“让座”。仅在航空公司过度超卖时(如多次出现乘客无法乘机的争执),才可能构成欺诈。<sup>⑮</sup>这意味着,是否构成故意,很大程度上不是非黑即白的事项,而是一个履约可能性问题<sup>[14](P.211)</sup>。

### 三、欺诈恶意导致其他构成要件的放宽

如本文开头所述,欺诈与错误密切相关,那么,既然欺诈的结果是受欺诈人产生错误认识并在此基础上为意思表示,可否用错误制度替代欺诈?一般认为,在欺诈中,相对人的错误可以是民法错误制度下的“内容错误”(Inhaltsirrtum),但主要是民法错误制度原本不提供救济的“动机错误”(Motivirrtum)<sup>⑯</sup>。后者如公司(管理层)发布虚假信息,导致投资者因此买卖股票(证券欺诈)。对于动机错误,民法上并非完全不提供救济,只是相比内容错误而言要求更为严格的要件。也正是在这一意义上,可认为欺诈是错误制度的例外:法律提供例外性救济的正当性在于恶意欺诈对意志自由的严重侵害。<sup>⑰</sup>除此以外,欺诈恶意的存在,还使法律在其他构成要件上往往采取相比诸如错误制度等更为宽松的标准,以下详述之。

(一)因受欺诈而撤销意思表示不要求内容上的实质性

在法律行为的视角下,因为欺诈将导致合同的撤销,似乎要达到类似解除合同制度中“根本违约”的程度,或者达到错误制度中足以影响交易基础的程度,但欺诈恶意的存在,降低了法律在实质性(ma-

teriality)要件上的要求。具体而言,只要行为人不实陈述了任何能引起或影响交易的情事,就足以构成欺诈,受欺诈人进而可寻求撤销合同等救济。这是欺诈与其他类似法律制度的重要区别。其考量在于,影响表意人做出决定的因素很多,其中不乏一些主观的、个人化的因素,如果采取一般化的“实质性”标准,很可能会忽略这些个人的因素,这在错误的情况下尚有合理性,但在有欺诈恶意的情况下,很可能过于宽纵欺诈人而损害受欺诈人。

在美国法上,以“合同法(第二次)重述”等示范规则为例,第164条规定,“若一方当事人的意思是因合理信赖另一方的欺诈的或实质性的不实陈述所“引致”(induced),则受不实陈述的一方可以撤销合同”。<sup>②</sup>在该条的官方说明中,起草者强调:“非欺诈的不实陈述,需要具有实质性,合同相对方才能撤销,但欺诈性的不实陈述,则不需要具有实质性。”<sup>③</sup>在欺诈的情况下,前述所谓“引致”(induced)他人作出意思表示,并不要求欺诈是表意人作出意思表示的惟一原因。<sup>④</sup>

在德国法上,也有观点认为,就欺诈背后的告知义务而言,当事人需要披露的,“既不是完全不重要(völlig unerhebliche)的信息,也不是完全属于个人利益的信息”。<sup>⑤</sup>类似的考量,在与欺诈撤销类似的欺诈解除制度中也存在。在一个房屋买卖合同案中,买方购买的房屋漏水(Nässeschaden),出卖人恶意隐瞒了这一瑕疵并拒绝修理。该案中房屋价格为84000欧元,而瑕疵修补价格为2500欧元。鉴于出卖人拒绝修理,买受人主张解除合同。法院认为在判断买受人是否可以解除合同时,除了要判断瑕疵与标的物价值之间的比例关系外(包括美学方面的不同认识,如意图买一辆红色车,但交付了蓝色车,尽管价值无差别,但仍可构成严重瑕疵),还要考虑当事人的主观状态。在行为人存在恶意时,合同的解除可不受上述比例关系的限制(BGHZ 167, 19, 24)。这虽然是一个当事人谋求解除合同的案例,但其中对欺诈因素的处理,仍然值得借鉴:欺诈降低了合同解除的标准。具体到前述案件中,虽然瑕疵修补的价格仅为2500欧元,但买受人仍可解除合同,并要求出卖人赔偿其包括中介费、公证费等支出在内

的其他损害。对于这一裁判,德国主流学说也持支持态度。<sup>⑥</sup>总之,当履行仅仅有微小瑕疵时,当事人并不能解除合同(德国《民法典》第323条第5款第2项),但在恶意欺诈的情形下无需再考虑是否符合该比例原则。<sup>⑦</sup>

反观我国法上的“宾利车案”,原告购买宾利牌汽车(550万元)两年后,从网上查知该车有漆面损伤和窗帘更换的维修记录,认为被告构成欺诈,请求法院撤销合同,要求被告返还购车款、并承担购车款三倍的惩罚性赔偿责任。对于出卖人在车辆交付前未告知原告上述维修情况是否构成欺诈,一审法院认定被告存在欺诈行为,因为案涉车辆品牌溢价高,轻微瑕疵也会严重影响车辆价值、造成消费者损失。<sup>⑧</sup>二审法院则认为不构成欺诈。<sup>⑨</sup>二审法院关于欺诈的分析有两点值得商榷。第一,在法律层面,法院认为,欲构成欺诈,所隐瞒的内容必须影响“消费者缔约的根本目的”。如前所述,从限制欺诈的目的考量及欺诈存在恶意的特点而言,那些不披露行为,若隐瞒了影响消费者对交易风险、成本及收益评估的信息,只要诱使当事人作出了意思表示,则即便不具有“实质性”,也应构成欺诈。第二,在事实层面,二审法院在出卖人有隐瞒真实信息行为的情况下认为经营者无隐瞒更换窗帘信息的故意,与欺诈认定的通常做法不符。法院之所以如此严格认定,或许是考虑到三倍价款的惩罚性赔偿对出卖人过于严苛。但法院为了避免严苛的法律后果而为欺诈构造一个严格的构成要件,不仅在该个案中无法有效惩罚欺诈,后续的社会效果也很可能是进一步纵容欺诈。

## (二) 欺诈恶意导致因果关系认定上的放宽

欺诈因果关系包含两个层次(eine doppelte Kausalität),其一是有关欺诈行为导致受欺诈人陷入错误认识;其二是有关欺诈行为构成受欺诈人作出意思表示的必要条件(conditio sine qua non),即若无欺诈,则当事人不会订立、或不会在该时间订立、或不会以该内容订立合同。<sup>⑩</sup>

在判断责任成立与否<sup>⑪</sup>时,侵权法对因果关系要件的判断采取相当性理论,要求行为与损害之间存在客观概然性。但“客观概然性”依托“事物通常的

发展过程”，本身就蕴含着一般侵权人可合理预见的意涵，这样一来，司法实践中对因果关系之“相当性”和过错之“可预见性”的判断便相互重叠，从而构成因果关系与过错的“竞合”。为此，当代侵权法在过错要件的构建上淡化了可预见性标准，从而避免理论设计的累赘，亦使裁判更为简洁。不过，正如学者所指出的，在当事人的过错能力、过错程度等具有特殊性时，可预见性标准的主观功能并不能被相当性标准所替代<sup>[15](P.100)</sup>。有鉴于此，我国学者总结认为，“过错往往成为对因果关系学说加以修正，或者帮助其摆脱困境的重要因素”，“成为解决因果关系问题的主要依据”<sup>[16](P.180)</sup>，比较法上也有学者认为“原告的加害故意……可以排除任何关于损害遥远性的问题”。<sup>⑤</sup>其理由是，相当因果关系本身就是价值衡量工具而非对事实因果关系的重述，而在侵权法对行为自由与法益保护的权衡中，如果行为人无视法律的禁止性规定故意侵害他人权益，侵权法没有必要再用相当因果关系来限制行为人的责任。在这个意义上，“故意侵权法是只须考虑受害人权益保护的单向度的救济法，而不是要求平衡加害人行为自由和受害人权益保护的双向度的平衡法”<sup>[17](P.104)</sup>。

欺诈是典型的故意行为，在其构成之因果关系的判断上，这一观念具有重要指导意义：欺诈制度的规范重心在于行为人欺骗他人的故意行为，对于受欺诈方的意思状态，应持宽容的态度。换言之，行为人的欺诈可以将相对人的“重大过失”正当化。某些时候，欺诈人的谎言可能相当拙劣，一般理性人并不会相信，但这一合理理性人的标准并不能适用于对欺诈的判断。这也是各国普遍确立的法律原则：在行为人欺诈时，相对人存在重大过失而不知，受欺诈人的撤销权不受影响，即就撤销权的取得而言，相对人的过失不在欺诈认定的考虑之内。<sup>⑥</sup>对此，德国《民法典》(如第442条第1款第2句)和《商法典》均有所规定。如在商事买卖中，尽管双方约定了检验期，但若出卖人有欺诈行为，则尽管检验期届满，也不影响买受人主张瑕疵责任的权利(《商法典》第377条第5款)。另外，在双方约定瑕疵排除条款时，若出卖人故意隐瞒标的物的瑕疵，则有关排除瑕疵的条款也无效(如德国《民法典》第444条(买卖合同)、第543条

第4款(租赁合同)、第639条(承揽合同)等)。相比而言，我国合同法第151条规定，买受人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，出卖人不承担本法第150条规定的(权利瑕疵担保)义务。这意味着在买受人因重大过失而不知标的物瑕疵时(应知)，即便出卖人存在欺诈行为，也很可能无法获得救济，在利益权衡上，可能有失公允。

除可以正当化受欺诈人的重大过失外，欺诈恶意还会导致因果关系判断标准在其他方面的放宽，具体体现在以下几个方面。

其一，欺诈导致必要因果关系的放宽。很多国家在规范撤销因欺诈而订立的合同时，都放宽了对因果关系要件的要求。例如，在普通法上，要确立责任，欺诈只要构成受欺诈人行为的原因之一(furnish a reason)即可，而不要求其构成“主要的”(main)或“实质的”(substantial)“引致”(inducement)。<sup>⑦</sup>又如，在英国法上，撤销因欺诈而订立的合同时，必要条件即“要不是”检验(but for test)并不适用。具体来说，即便被告欺诈人的抗辩“如果没有我的欺诈，原告也会订立合同”成立，也不影响原告撤销合同的主张，只要原告证明自己受到了被告欺诈的影响即可。<sup>⑧</sup>换言之，在存在故意尤其是欺诈的恶意时，没有必要再对法律中原本普遍关注的原因力进行考察。法官作为裁判者不必推断假设没有欺诈，当事人会订立何种内容的合同。<sup>⑨</sup>当然，需要注意的是，在一些国家如美国法上的这一规则仅适用于合同撤销，若当事人寻求损害赔偿，则仍需证明欺诈导致了原告所主张的损害。<sup>⑩</sup>在德国法上，尽管通说仍然坚持在当事人主张撤销意思表示时，欺诈和有关意思表示之间须存在因果关系，但在具体尺度上有所缓和，在判断上更强调主观因素而非社会一般标准。<sup>⑪</sup>

其二，特定领域内的欺诈可豁免对因果关系的考察。在欺诈因果关系理论中，证券欺诈中因果关系的认定是一个难点。在英国1906年的Macleay v. Tait一案中，Halsbury勋爵认为，“如果招股书就是被计划用于诱发人们参股，并且人们也确实参股了，则应当认为受到谎言污染的招股书是作为一个整体在发挥作用，而不能期待人们将自己的心理感觉分析得如此精密，以至于能够说明究竟是哪一个特定陈

述诱发他们出资。”<sup>④</sup>这一判断随着证券法的发展而被日益强化。时至今日,及时、充分的信息披露制度已成为保护投资者的关键手段。<sup>⑤</sup>而若披露义务人“对某一重大事实作出不真实的陈述或遗漏陈述必要的重大事实”<sup>⑥</sup>就可能被认定为欺诈。在具体实践中,法院对此一般采取如下态度:第一,在一些案件中,尤其是故意不披露特定信息的案件中,以“重大性”替代因果关系,若所隐瞒的信息足够重大,则推定其对受欺诈人的行为产生了影响,进而无需原告证明其对未披露的信息存在信赖。<sup>⑦</sup>第二,以“欺诈市场理论”(fraud on the market)<sup>⑧</sup>免除受欺诈人对信赖的证明责任,即认为公司股票的价格取决于市场上有关该公司及其经营的信息,而虚假信息将影响股票的价格。这意味着即便当事人不了解有关虚假信息,其在购买股票时也受到了欺诈的影响,因此仍可基于欺诈制度寻求救济。这相当于认为受欺诈人对有关信息或陈述的信赖,并不比在单个的一对一交易中的信赖更弱。<sup>⑨</sup>结合前文关于欺诈理论的分析可知,证券欺诈中的上述因果关系推定规则,其并不在于证券交易的特殊性,根源仍在欺诈制度的一般原理中。

总之,欺诈制度各构成要件之间是相互影响、此消彼长的关系。在发生欺诈时,因行为人主观恶意明显,不仅导致不要求欺诈内容上的实质性,也很大程度上降低了考察因果关系这一要件的必要性。即不要求行为人做出意思表示时的误解全部由欺诈引起,只要欺诈是引发该错误认识的共同原因(Mitursächlichkeit)即可。在判断因果关系时,只要欺诈引起的错误在效果上“加速”了缔约决定的过程即可,例如行为人的欺诈导致受害人不再进一步协商有关合同的价格条件。<sup>⑩</sup>

#### 四、恶意欺诈的加重责任

民法中针对欺诈的救济很丰富。因欺诈往往会导致受欺诈人作出特定的意思表示或从事特定法律行为,合同法所提供的救济,往往“优于”侵权救济。<sup>⑪</sup>当然,侵权法作为保护民事权利的基础性法律规范,也仍有其重要意义。我国民法欺诈制度上最为人熟知的,是欺诈撤销制度。

##### (一)从撤销后的相互返还到没收

意思表示的撤销属于财产规则(property rule)<sup>⑫</sup>类

的救济。与其他意思表示撤销制度类似,欺诈撤销是一项“全有全无”的制度——如果合同当事人因受欺诈而行使了撤销权,则合同自始不发生效力,且当事人已经做出的履行须全部返还。<sup>⑬</sup>比较而言,在瑕疵担保制度下,退货或解除合同等彻底取消交易的安排只是选项之一,除此以外当事人还可以选择修理更换、损害赔偿等救济方式。

与通常的认识不同,撤销之后的相互返还并不是中性的,目的并不是真正使当事人回到“未缔约之前的状态”。其原因在于,尽管适用不当得利的返还规则,但欺诈人因其恶意须返还全部获益,而受欺诈人仅须返还现存利益。如标的物非因受欺诈人的过错而毁损灭失,则受欺诈人不再负担返还义务,但受欺诈人对欺诈人的返还请求权不受影响。实际上,比较法上甚至还存在这样的规则:即使在因受欺诈人过错而致标的物毁损灭失的情况下,法院也应根据诚信原则,权衡欺诈行为的严重程度和受欺诈人的过错程度加以判断,必要时仍可免除受欺诈人的返还义务。<sup>⑭</sup>这些返还规则意味着欺诈人要承受其自己履行的损耗乃至贬值和灭失的风险。还值得一提的是,若区分负担行为与处分行为,则在买卖交易中存在欺诈时,负担行为的效力原则上都是自始无效,但处分行为的效力应分别讨论:若出卖人欺诈,在买受人撤销后,负担行为无效,但处分行为效力不受影响;若买受人欺诈,则在出卖人撤销后,负担行为无效,处分行为也无效。<sup>⑮</sup>

我国民法上对欺诈撤销权的限制主要体现在除斥期间规则上。即受欺诈人应在知悉受欺诈1年之内行使撤销权,且最长不超过5年,以避免当事人之间的权利义务关系长期处于不稳定状态。在比较法上,在除斥期间经过的情况下,受欺诈人固然不能行使撤销权,但受欺诈人可取得“恶意抗辩权”(exceptio doli),拒绝欺诈人的履行请求而无需承担违约责任(如德国民法典第853条),且这一抗辩不受时效期间的限制。<sup>⑯</sup>换言之,即便撤销权的时效经过或者欺诈侵权损害赔偿的时效期间经过而使受欺诈人无法摆脱合同关系,受欺诈人仍可以拒绝欺诈人的履行请求。这是对欺诈撤销、欺诈侵权制度的重要补充,事实上也贯彻了惩罚欺诈的价值选择:只要有关权

利或合同是通过欺诈的方式取得的,则尽管针对欺诈的积极救济权消灭或无法行使,欺诈行为人仍不能实现其非法取得的权益(如履行请求权)。<sup>55</sup>当然,作为平衡,受欺诈人在行使恶意抗辩权时,尽管无需履行自身的义务,但应返还其已经从欺诈人处获得的对待履行,除非有关交易满足不法得利的要件。<sup>56</sup>

需要说明的是,总体而言,实务中恶意抗辩的制度应用较少。<sup>57</sup>原因在于,受欺诈后,要么受欺诈人及时发现了欺诈而拒绝履行并请求撤销其意思表示;要么受欺诈人已因欺诈做出了相应履行而无从行使恶意抗辩权。至于受欺诈后当事人既未撤销又未履行的情况,少之又少。除此以外,一个重要的原因是基于不当得利的侵权损害赔偿制度的存在。如我国台湾地区“民法”第197条规定,“因侵权行为所生之损害赔偿请求权,自请求权人知有损害及赔偿义务人时起,二年间不行使而消灭,自有侵权行为时起,逾十年者亦同。损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依关于不当得利之规定,返还其所受之利益于被害人。”根据该条规定,在受欺诈的情况下,即便不能撤销,受欺诈人仍然可以根据侵权法,经由不当得利法而请求返还欺诈人因欺诈获得的利益,同时享有十年的时效期间保护。<sup>58</sup>

商法上关于欺诈撤销权也有一些值得注意的特别规定。我国保险法第16条第3款就是一例。该条规定,在投保人故意或者因重大过失未履行告知义务的情况下,若“自合同成立之日起超过二年的”,则保险人不得解除合同。<sup>59</sup>上述“不可抗辩条款制度”设计的主要目的有二:(1)促使保险人尽职地调查投保人的健康状况,并为其保留相对充分的调查时间(两年)。(2)为投保人提供稳定的预期。我国司法实务中多认为保险法关于合同解除权的规定为特别法,优于合同法关于欺诈撤销权的规定。实践中仅有个别判决认为二者在法律适用上并不冲突而支持适用合同法第54条。<sup>60</sup>这意味着若保险公司不能在两年内发现欺诈行为,则需要履行有关保险责任。在欺诈行为较为隐蔽时,此种规定势将影响保险公司的风险测算<sup>1181(P.839)</sup>。即便保险公司可以通过增加保

费而避免此种不当欺诈的损害,也不过意味着由更多人分担了欺诈行为带给保险人的负面影响。另外,与过失的不实陈述相比,欺诈行为人可能会更加仔细地谋划其欺诈安排,导致保险人在短时间内无法发现有关欺诈行为。比较而言,在德国《保险合同法》上,尽管也规定了不可抗辩条款,但对欺诈的情形设置了例外。一方面,保险人的合同解除权在欺诈情形下10年不行使方消灭(第21条第3款);另一方面,除了可行使解除权外,保险人还可以根据民法一般规则撤销其意思表示,进而摆脱合同关系的拘束(第22条)。而根据德国《民法典》第124条,撤销权自欺诈行为发生时起10年内不行使而消灭。不可抗辩条款在英美保险法上也有广泛的应用。<sup>61</sup>但在成文法与判例法相互作用的情况下,在英国或美国都不乏因欺诈而否定不可抗辩条款应用的裁判。<sup>62</sup>例如,在Paul Revere Life Insurance Co. v. Haas一案<sup>63</sup>中,投保人故意隐瞒了其视网膜色素变性的疾病,并于投保两年后要求保险公司赔偿。在这个案件中,保单里一方面约定了不可抗辩条款(当然,这也是成文法的要求),另一方面也约定“首次显现”条款(first manifest clause):保险公司承保的有关疾病必须是在承保期间首次显现。原告认为首次显现条款与不可抗辩条款相冲突,因此应认定为无效。上诉法院支持了原告的主张,新泽西州最高法院在分析了不可抗辩条款的立法历史并进行政策考量后,认为有关的政策不得用于鼓励或宽恕欺诈行为,进而支持了保险公司的主张。<sup>64</sup>

还值得一提的是,在法律效果上,通常所说的“欺诈一撤销一相互返还”的规则(如我国民法总则第149条、第157条)并不总是成立。例如,在我国保险法上,若投保人故意隐瞒事实而违反告知义务,保险人不仅有权排除保险合同对其的约束力(解除合同),免除支付保险金的责任,而且也不需退还保险费(第16条第4款),相当于受欺诈人可以“没收”欺诈行为人的履行(保费)。“没收规则”是对欺诈行为的有力惩罚。为什么这样的规则仅停留在商法规范之中,而未成为民法的一般性规则?或许只是通常的欺诈中欺诈一方往往并未作出过履行,即受害人一方手中并不握有欺诈一方的财产,因此即便规定“没

收”也于事无补。但这不是这一安排不能成为原则性安排的理由。

### (二)基于侵权而废止合同或债权

欺诈是典型的侵权行为。根据我国侵权责任法,受欺诈人针对欺诈行为寻求侵权救济并无障碍。在英美法中,欺诈侵权制度历史悠久,包括与我国欺诈制度相对等的欺诈侵权制度(deceit)及相对独立的虚假陈述/不实陈述制度。这些规则有的相当于我国的侵权法规范,有的则类似于缔约过失责任制度。<sup>⑤</sup>

在德国法上,对于因欺诈而订立的合同,受欺诈人可以请求侵权损害赔偿。<sup>⑥</sup>在德国法实践中,因欺诈而产生的侵权责任众多,如因故意提供虚假信息而导致的证券欺诈责任,因诈骗所导致的侵权责任,因伪证、违背所导致的侵权责任等等。在体系安排上,德国法认为欺诈所侵犯的客体是“一般行动自由”或“决定自由”(allgemeine Handlungsfreiheit, Entschlussfreiheit<sup>⑦</sup>),并不属于第823条第1款所列明的绝对权或其他权利,受欺诈者仅可通过第823条第2款经由“保护他人的法律”<sup>⑧</sup>,或者第826条的“故意背俗侵权”寻求救济。理由是如果将意思决定自由列入第823条第1款的保护范围,则将导致一般性的纯粹经济损失过失赔偿责任,而这与德国侵权法三阶层的选择不符,也将架空第826条及相关的第824、825条。<sup>⑨</sup>当然,这不意味着当欺诈导致他人订立合同时,侵权法无从救济。实际上,在德国法故意背俗侵权的判例学说中,存在着一种专门的侵权类型——“欺诈以使他人订立不利之合同”。<sup>⑩</sup>在侵权人存在此种行为时,侵权救济的目标是使当事人回到未受侵权时的状态,包括赔偿当事人的信赖利益,也不排除履行利益。<sup>⑪</sup>其中值得我国欺诈侵权理论借鉴的是,受欺诈人可获得合同废止权与债权废止权,即在因侵权行为而订立合同的情况下,请求废止合同或废止债权(Anspruch auf Zustimmung zur Aufhebung der Forderung)。<sup>⑫</sup>

### (三)加重的损害赔偿 responsibility

如前所述,撤销之后的返还乃至没收在很大程度上具有惩罚欺诈人的效果。那么,在价值判断上应否再进一步,在撤销的情况下,要求欺诈行为人赔

偿受欺诈人期待利益的损失呢?对此,有学者持肯定态度。例如,弗卢梅认为在买卖合同之下,若出卖人欺诈买受人,买受人在撤销合同的同时,应可同时主张损害赔偿。<sup>⑬</sup>我国也有学者认为,按照我国通说所认可的直接效果说下,解除意味着合同溯及既往地消灭,但通说同样承认在这种情况下仍有履行利益的赔偿。那么,既然同样是消灭当事人之间的合同拘束,解除后仍可要求履行利益的损害赔偿,撤销后请求履行利益的赔偿也并非全无道理。<sup>⑭</sup>本文认为,因欺诈而撤销合同时,多数情况不能请求履行利益的赔偿,理由有如下两个方面。

其一,欺诈行为对合同关系的影响和受欺诈人的不当期待都决定了受欺诈人难以请求期待利益的赔偿。在这一问题上,欺诈和错误是类似的。错误的相对方不能请求履行利益赔偿的原因在于,相对方没有正当理由期待可以按照错误的内容订立合同。例如,在表意人错把价值1万元的戒指以1千元的价格出售时,相对方并不能合理期待可用1千元购买价值1万元的物品,即赔偿履行利益在构成要件上的要求是有关的损害具有可预见性,在欺诈的情形中,非常多的情况是受欺诈人出于侥幸心理而行为,如购买“包治百病”的床垫,或投资“一本万利”的项目,这些“期待利益”通常都不是可以合理预见的。

其二,在欺诈人承诺标的物具有通常的质量水准,受欺诈人支付了相应对价,而欺诈人在履行上以次充好时,受欺诈人可以通过其他法律制度获得履行利益的损害赔偿。具体而言,受欺诈人有多种可供选择的制度安排:其既可以保有履行而(根据瑕疵责任制度)请求欺诈人承担违约责任,也可以在构成根本违约的情况下解除合同。换言之,受欺诈人在撤销的情况下只能请求信赖利益的赔偿,未必一定是限制了行为人对履行利益的权利。<sup>⑮</sup>

欺诈对合同关系的影响是多方面的。一种是对缔约动机的影响,如声称某书画作品未来会“暴涨”而引诱他人购买,但并未在合同中约定有关标的物将“暴涨”的属性,也就是说,此处欺诈行为所影响的主要是行为人的缔约动机,使行为人从犹豫不决状态进入到做出缔约合同决定的状态,故受欺诈人难以根据合同要求欺诈人承担违约责任。比较而言,

若双方将有关约定写入合同,则受欺诈一方的救济渠道便丰富一些;既可以撤销而谋求返还和赔偿,又可以不撤销而追究违约责任。例如,在涉及营业转让的 *Brown v. Richards* 案<sup>⑧</sup>中,买卖双方约定买方分两期付款,每期45万美元,每笔价款支付后可获得卖方一半的股份。买方支付第一期价款后,发现卖方对交易标的即有关营业的价值有虚假陈述,其所陈述的价值(90万元)和营业实际的价值之间相差50万元。对于原告可以寻求怎样的救济,法院认为,一种安排是撤销合同,退回被告的股权并拿回45万;另一种安排是原告确认合同效力并继续履行,但欺诈人应赔偿受欺诈人所受到的损害。<sup>⑨</sup>对后一种情况,中国法上的请求权基础可以是合同法第42条(缔约过失责任),也可以是合同约定或者其他有名合同中的相应规定(违约责任),受欺诈人可以请求欺诈人赔偿因欺诈行为而遭受的实际损害,如受欺诈人因受欺诈而多支付的价款。另外,鉴于瑕疵责任和缔约过失责任有重合的可能,在这种情况下,亦有根据瑕疵责任制度追究违约责任的空间。

在一些国家,行为人欺诈时,受害人还可请求惩罚性赔偿。如前述 *Brown v. Richards* 案中,被告欺诈使原告购买的营业在价值上低于所陈述的价值50万元,陪审团最终作出了55万元惩罚性赔偿的认定。比较而言,我国法将惩罚性赔偿限于消费者买卖等特殊情形,范围过窄,不利于惩罚欺诈行为。

与通常认为刑法用于惩罚,民法用于损害填补的观念不同,民法上的惩罚制度其实是普遍存在的。以违约金调整规则为例,在法律允许违约金超出实际损失30%时,事实上便是允许了该30%的惩罚。生活中,人们预订机票、火车票、酒店时的取消扣款安排,很多时候也未必是因为当事人(航空公司、12306、携程)受到实际损害,实际上也是一种惩罚。<sup>⑩</sup>的确,正如学者所指出的,“为了维护和平的社会秩序,现代国家几乎垄断了向不法行为人实施惩罚的刑罚权”,因此“……允许私人执行的惩罚性赔偿制度因而完全超越了国家对惩罚权的独享,破除了惩罚由公法规制的常规。”<sup>[19](P.115)</sup>也就是说,受害人只能按照私法确立的损害赔偿规则寻求对实际损害的补偿,而其惩罚需求原则上只能通过刑法等制度

满足。不过,认为惩罚与非惩罚的区分在于原则上只有国家才有权力执行惩罚的观点,是不准确的。实际上,除了民法上极为有限的私力救济外,在当事人不自愿履行时,所有民法上的履行、赔偿等请求权,都是由国家来执行的。即在由国家充当执行机构的问题上,刑法和民法并没有本质的区别。学说上还有观点认为惩罚须具备两个特质:非自愿和不利益。而诸如违约金,甚至惩罚性违约金的确立乃源于当事人合意,因此其惩罚性并不显著<sup>[20](P.8)</sup>。这之中关于“非自愿”与“不利益”的说法也都难以成立。就自愿与否而言,完全可以认为不从事暴力犯罪乃是社会契约,行为人违反时,是自愿接受该社会契约下的不利后果,即或许所有的惩罚,包括刑罚均具有自愿的成分;就“不利益”而言,实际上,自人类有犯罪与惩罚的历史开始,便一直奉行着“以眼还眼、以牙还牙”一类的原则,强调“罪刑相适应”,即惩罚本身并不是单纯的不利益,而只是对犯罪行为的报偿:惩罚不是(至少不完全是)主权者意志的任性,而必须是犯罪自身的反射,“具有自然法的权威与效力”,“就如同以工作来制裁闲混,以羞辱制裁虚荣,以剥夺生命来制裁对他人生命的剥夺,以剥夺财产来制裁对他人财产的侵犯”一样。<sup>⑪</sup>在上述背景下,刑罚和私法上救济的自愿程度,只存在量的差异:虽然民法上强调有当事人自愿的同意,但刑法上未尝不存在此类同意,尽管只是抽象层面的同意。实际上,同样是民事责任,侵权责任和违约金责任等合同责任不同,也只是抽象的同意,并无当事人的事先约定。

刑法与民法的界分,并不能等同于惩罚与赔偿的界分。尽管惩罚有多重含义,但相对于赔偿而言,所指的主要是当事人承担超出实际损害的额外责任。在这个意义上,刑罚之所以是惩罚,是法律并不探问加害人是否弥补了受害人的损失,或者说即便加害人弥补了受害人的损失,也要承担额外的刑责。也是在这个意义上,人们说惩罚性赔偿金中超过实际损害的部分具有惩罚性。法律对欺诈的民法规制,很大程度上就体现在对欺诈的民事惩罚上:让受欺诈人取得超过其实际损害部分的“罚金”,让欺诈人在交出欺诈收益之外,还承担更进一步的不利益。

让受害人而不是国家取得因欺诈而惩处的“罚金”的正当性,在于鼓励人们揭露欺诈,减少欺诈人给社会信用制度造成的损失。我国消费者保护制度中的加倍赔偿制度便具有类似的功能。某些时候,在制度上甚至还可以更进一步,让第三人取得对欺诈人的惩罚,以便更好地揭露欺诈行为。美国法上历史悠久的检举人(whistleblower)制度便是一例。1863年,国会为抑制南北战争中军工领域的欺诈而制定《虚假申报法》(The False Claims Act),初步确立了这一制度。根据该法,私人可以协助甚至代表政府向欺诈行为的实施者提起诉讼,并在胜诉后分享欺诈者支付给政府的部分赔偿金或罚金,<sup>④</sup>这即是所谓的“公私共分罚款之诉”(qui tam)。<sup>⑤</sup>该法自1863年制定以来经历过多次修订,检举人可以从分享奖励幅度也进行了多次调整。在1986年的修订中,协助政府进行诉讼的检举人和自行提起诉讼的检举人各自可以分享15%-25%和25%-30%的赔偿金(31 U.S.C. § 3730(d)(1))。此后,在美国1988年通过的《内幕交易与证券欺诈法》(Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act of 1988)中,也规定了相应的“检举人条款”(15 U.S.C §§ 78u-6)。根据该法,检举人可以获得赔偿金或罚金数额的10%作为奖励。21世纪初,为了应对大规模发生的金融欺诈行为、打破公司内部人的沉默,美国进一步加强了检举人制度。在2002年颁布的“萨班斯法”(Sarbanes-Oxley Act)和2010年颁布的“多德·弗兰克法”(Dodd-Frank Act)中,均为“检举人”提供了更为全面的保护。<sup>⑥</sup>到目前为止,检举人制度已经被联邦政府广泛应用于军工、金融、环保、医疗、税收等多个领域,是美国反欺诈制度体系的重要组成部分。<sup>⑦</sup>

### 余论

欺诈的规制是一项综合工程,既需要宽严相宜的行政法规范(如对行政主体,包括警察、税务部门等说谎须受处罚)和刑法规范(如诈骗罪及相关的刑罚),也需要细致完善的民法规范。在这几个方面,我国法均有改进空间。现行民法上关于欺诈的法律规则过于强调恢复原状,未认识到欺诈撤销或欺诈赔偿制度本身的特殊性,忽略了对欺诈的惩罚。不仅如此,在我国司法实践中,甚至还普遍存在回避认

定行为人欺诈而认定表意人的重大误解的做法。如在牟中国诉龙泰公司等拍卖合同纠纷案<sup>⑧</sup>中,法院认为“至高公司未履行瑕疵告知义务,虽属违反拍卖法的规定,但不足以证明至高公司主观上存在隐瞒瑕疵的故意,故不构成欺诈,但仍可导致牟中国对拍卖标的产生错误认识,应属重大误解,符合合同的可撤销情形”。在永州市湘永矿业有限公司诉永州市人民政府国有资产监督管理委员会、永州市人民政府等买卖合同纠纷案<sup>⑨</sup>中,法院已经确认了当事人的故意隐瞒行为,但仍回避做出欺诈的认定。<sup>⑩</sup>这些操作的背后,既有民事诉讼程序法中的证据发现、证据认定的原因,也有当前理论与实务对民法规制惩罚重要性认识不足的原因,最终使受欺诈人只能据此撤销合同,而不能获得损害赔偿或其他救济。

### 注释:

①邵爱国:“关于说谎的道德认知研究”,南京师范大学博士论文,2007年,第2-5页。

②某些时候,尽管说谎不会发生任何直接、不利的经济后果,但说谎行为仍然可能因违反守信这种保护性价值(protected value)而对行为人自身产生负面影响。如行为人会降低对通过说谎而得到的收益的评价。Rajna Gibson et al., Preferences for Truthfulness: Heterogeneity among and within Individuals, 103 The American Economic Review 532-548(2013).

③包尔生用伪造货币的比喻来说明谎言的影响:“伪币制造者不仅损害了被他以欺骗手段塞给了伪币而不能出去的人,他还通过破坏公众对所有的货币的信任伤害了社会,伪币的存在使真币也名声扫地。假如伪币多得让人有必要在接受每一枚硬币之前都检验一下,这无异于是废除了货币本身,因为货币的目的就是使人不必去检验它的价值(真伪)”。包尔生:《伦理学体系》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第577页。

④“...a lying mouth deals death to the soul”. Matthew 10:28: “Do not be afraid of those who kill the body but cannot kill the soul; fear him rather who can destroy both body and soul in hell.” Wisdom 1:11, Old Testament.

⑤在比较法上,“美国侵权法重述(第二次)”规定,以下三种情形下虚假陈述具有欺诈的性质:(1)行为人明知其表述不符合事实;(2)行为人对表述的准确性缺乏信心;(3)行为人知道

其表述缺乏事实基础。在判例法中,欺诈被认为是一个含义宽泛的法律概念,指掩盖真相和错误建议(false suggestions),包含人利用其智识设计并据此获利的多种手段,如诡计(trick)、狡诈(cunning)、捏造(dissembling)及其他不公平的欺骗方式。就其具体表现来说,可以是明示、沉默、含沙射影地暗示,也可以是眼神甚至动作。McClellan v. Cantrell, 217 F.3d 890, 42 U. C.C. Rep. Serv.2d 284(7th Cir.2000); Rohm and Haas Co. v. Continental Cas. Co., 566 Pa.464, 781 A.2d 1172(2001); 26 Williston on Contracts § 69:1-2(4th ed.).

⑥肖宇、潘丽与杜海荣房屋买卖合同纠纷一审民事判决书,(2015)浦民一(民)初字第3599号;魏婷婷:“房屋买卖合同中的信息披露义务”,载《人民司法》2016年第23期。类似案件如洪某诉王某等房屋买卖合同纠纷案(2012)浙杭民终字第360号;彭倩等与陈元会等房屋买卖合同纠纷上诉案(2015)高新民初字第1921号,(2015)成民终字第7099号;张春梅与崔军辉等房屋买卖合同纠纷一审民事判决书(2014)朝民初字第28410号。

⑦In re Bryant, 241 B.R. 756(Bankr. M.D. Fla. 1999); 26 Williston on Contracts § 69:19(4th ed.).

⑧Obde v. Schlemeyer, 56 Wash.2d 449, 353 P.2d 672 (1960).

⑨RGZ 9, 237; VersR 1988, 479; Mankowski, Arglistige Täuschung durch vorsätzlich falsche oder unvollständige Antworten auf konkrete Fragen, JZ 2004, 121, 124. 总体而言,在保险法这种以最大诚信原则(uberrimae fidei)为基础的交易安排中,当事人的披露义务要比其他交易安排高。而在不同的保险类型中,火灾险、海事险对披露义务的要求要比人身险高。26 Williston on Contracts § 69:20(4th ed.).

⑩Jones v. Fenton Ford Inc., 427 F. Supp.1328, 1334.

⑪“A duty to speak arises from a fiduciary or confidential relationship or where a person is, by force of circumstances, under a duty to speak.” Boyd v. Boyd, 67 S.W.3d 398(Tex. App. Fort Worth 2002);“...it is not one party’s possession of superior information alone that generates the duty, but the possession of such information coupled with either a relationship involving a degree of trust and confidence, or the fact that the information in question was not reasonably available to the other party.” 26 Williston on Contracts § 69:17(4th ed.).

⑫Kronman, Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts, 7 J. Legal Stud.1, 9 ff.(1978);当然,在合同法上,有

关信息是如何获取的,也会影响人们对是否构成欺诈的判断。例如,在“美国合同法重述(第二次)”第161条的第2个例示中,便提及和上文相同的例子,差别在于购买人是通过不法侵入(trespass)获得有关出卖人土地下有矿藏的信息。对此,该“重述”认为,购买人购买时未披露有关信息的行为构成了不实陈述。换言之,法律虽然通过承认信息利益以鼓励人们投资于信息的发现或获取,但如果获取信息的方式本身违法,则不能得到法律的“鼓励”。Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev.1645, 1661-1681(2003).

⑬相反,在以下例子中:C公司遭受严重损失后,A在明知B不知道C的损失的情况下,将C的股票卖给了B。A与B没有信托关系,因此A没有义务向B披露C的损失,其行为不是欺诈。Restatement(First) of Contracts § 472(1932), Comment d, Illustration 4.

⑭757 F.2d 163, 168(7th Cir.1985); Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 Cal. L. Rev.1645, 1682(2003).

⑮Palandt-Ellenberger, § 123 Rn.5c.

⑯Restatement(Second) of Contracts § 161(1981), Comment c, Illustration 1; James et al., Misrepresentation, Part II, 37 Md. L. Rev.488, 525-26 Fn.13(1978); Restatement(Second) of Torts § 551, Comment h, Illustration 2.

⑰Restatement(First) of Contracts § 472(1932), Comments d, Illustration 1.

⑱Scott System, Inc. v. Scott, 996 P.2d 775(Colo.App.2000). 关于推定欺诈的构成要件,参见26 Williston on Contracts § 69:3(4th ed.).

⑲Mot., S.208=Mugdan, Bd. I, S.467.

⑳Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl., 1899, S.312; Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht: Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation, AcP 207, 564, 572.

㉑例如,在童话故事《青蛙王子》中,公主想让青蛙帮忙捞回掉在井里的球,青蛙的条件是“让我做您的好朋友,我们一起游戏……”等等,小公主答应上述条件,“只要你愿意把我的金球捞出来,你的一切要求我都答应。”但是,“小公主虽然嘴上这么说,心里却想:‘这只青蛙可真够傻的,净胡说八道!他只配蹲在水潭里,和其他青蛙一起呱呱叫,怎么可能做人的好朋友呢?’”小公主的状态,便是一种允诺欺诈。Ayres et al., In-sincere Promises, Yale University Press, 2005, p.3.

㉒MüKoBGB/Armbrüster, § 123 Rn.15.

②③ German National Bank v. Princeton State Bank; Ayres et al., *Insincere Promises*, Yale University Press, 2005, p.52.

②④ British Airways Board v. Taylor, [1976] 1 All E.R.65, HL.

②⑤ Flume, BGB AT II(Rechtsgeschäft), Springer, 4. Aufl., 1992, § 27, Rn.1.

②⑥ Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3 Aufl., Rn.865; Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht: Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation, AcP 207, 564, 575.在美国法上,一般认为,如果错误并不是由对方当事人的行为所造成的,则只成立错误(mistake)而不成立欺诈。Mercury Oil Refining Co. v. Oil Workers Intern. Union, CIO, 187 F.2d 980(10th Cir.1951); 26 Williston on Contracts § 69: 2(4th ed.)(Fn.21).

②⑦ "...fraud as to any circumstances actually inducing a bargain may justify relief, although mistake must be as to a matter that formed a fundamental basis of the bargain." 26 Williston on Contracts § 69:16(4th ed.)."Although a fraudulent misrepresentation need not be material in order to entitle the recipient to relief under the rule stated in § 164, a non-fraudulent misrepresentation will not entitle him to relief unless it is material. The materiality of a misrepresentation is determined from the viewpoint of the maker, while the justification of reliance is determined from the viewpoint of the recipient." Restatement(Second) of Contracts § 162, Comment i(1981)."Innocent material misrepresentation though not accompanied by negligence has the same effect as fraud in rendering a contract or discharge voidable. The difference between the effect of innocent and that of fraudulent misrepresentation in producing this result is twofold. In the first place materiality of the mistake induced by innocent misrepresentation is essential while materiality is not essential if a mistake induced by fraud produces the intended consequences." Restatement (First) of Contracts § 476, Comment b(1932);"It is not essential to constitute fraud, as defined in the Section, that the mistake intended or expected shall be material, judged by the opinion of reasonable men. It is enough that the mistake is intended or expected to induce either affirmative or negative conduct with reference to contractual relations." Restatement(First) of Contracts § 471, Comment i(1932).

②⑧例如, A 诱使 B 与其订立合同, A 以 1000 美元每公顷的价格将一片土地出售给 B, A 明知自己的该片土地总共有 90

公顷,但对 B 声称该片土地有 100 公顷。因 A 存在欺诈行为,故无论该不实陈述是否具有实质性,均不影响 B 撤销合同。Restatement(Second) of Contracts § 162, Comment b, Illustration 1(1981).

②⑨例如,在交往中,欺诈一方作出两个陈述,一个真实,一个欺诈,另外一方基于对这两个陈述的信赖而作出意思表示,此时尽管欺诈并不是作出意思表示的惟一原因,但有关行为依然可以构成欺诈。Restatement(Second) of Contracts § 167, Comment a, Illustration 2(1981).

③⑩即欺诈所涉及内容的重要性程度,要比瑕疵担保责任中的“瑕疵”弱。Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht: Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation, AcP 207, 564, 569-570.

③⑪ Palandt-Grüneberg, § 323 Rn.32.

③⑫ MüKoBGB/Ernst, § 323 Rn.216; Palandt-Grüneberg, § 323 Rn.32; BGH NJW 2006, 1960; 2007, 835; Derleder/Sommer, JZ 2007, 338.

③⑬参见贵州新贵兴汽车销售服务有限公司、大众汽车(中国)销售有限公司买卖合同纠纷案,贵州省高级人民法院(2016)黔民初字第166号民事判决书。

③⑭二审法院认为,本案中车辆漆面瑕疵属于在新车流通存储环节的轻微瑕疵,经营者的行为属于新车交付前的合理行为,几乎不涉及实质性财产利益,因此经营者无告知义务。而对于窗帘问题,二审法院认为,被告无法证明该问题与新车运输、存储有关,且更换涉及的费用数额并非显著偏低,经营者有告知义务。但窗帘更换未影响到消费者缔约的根本目的,且从经营者缔约时对车的瑕疵不知情及其上传了相关维修信息两点,可认定经营者无隐瞒的故意而不构成欺诈,因此不支持原告撤销合同及三倍赔偿的请求。参见贵州新贵兴汽车销售服务有限公司、大众汽车(中国)销售有限公司买卖合同纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民终12号民事判决书。

③⑮ BGH NJW 2015, 1669; MDR 2001, 1042, 1043; 在一个德国的案例中,买受人与出卖人协商购买 1 万公斤浓缩橙汁。在买受人对出卖人的报价表示异议时,出卖人声明,其必须坚持这一价格,否则其收益率将低于 5%。事实上,出卖人的收益率数倍于 5% 这一数字。买受人签订买卖合同后发现了这一事实,遂主张出卖人的行为构成欺诈。法院支持了买受人的主张:若无出卖人的欺诈行为,买受人将不会订立此合同。BGH NJW 1964, 811; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerli-

chen Gesetzbuchs, 3 Aufl., Rn.871. 在另一个案件中,出租人对房屋面积有欺诈,但承租人和出租人在订立租赁合同时根本未考虑面积问题,如承租人是在实地探查房屋后才决定订立房屋租赁合同,则有关房屋面积的欺诈与房屋租赁合同的订立之间不存在因果关系。Palandt-Ellenberger, § 123 Rn.24.

③⑥在美国证券法上,也存在责任成立或交易因果关系(transaction causation)与责任范围或损害因果关系(loss causation)的区分。Cox et al., *Treatise on the Law of Corporations*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2003, § 12.09(p.674).

③⑦ "The intention to injure the plaintiff...disposes of any question as to remoteness of damage." *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495, 537; "Where the gist of the alleged causal connexion is that defendant coerced or deceived another into acting in a certain way, this connexion would be established if he intended him to act in that way, however unusual such action might be." Hart et al., *Causation in the Law*, Clarendon Press, 1959, p.160.

③⑧BGH NJW-RR 2005, 1082, 1083; NJW 2001, 64.

③⑨Hart et al., *Causation in the Law*, Clarendon Press, 1959, p.178.

④⑩Re Leeds Bank(1887) 56 L.J. Ch.321; "...you can't weight the elements by ounces." *Arnison v. Smith*(1889), 41 Ch. D.348, 369; "In case of fraud, if the representee seeks to rescind, it is no defence for the representor to show that if the misrepresentation had not been made, the misrepresentee would still have made the contracts." Beale(ed.), *Chitty on Contracts*, 30th Edition, Vol.I, Thomson Reuters Limited, § 6-035("but for causation not required for rescission for fraud").

④⑪"it is not necessary for the judge to embark on a hypothetical reconstruction of what the parties would have agreed had the deceit not occurred." [1997] A.C.254, 284-285.

④⑫"The rule only applies to rescission, however. The victim of fraud cannot recover damages unless the fraud caused the loss for which damages are claimed." Beale(ed.), *Chitty on Contracts*, 30th Edition, vol.I, Thomson Reuters Limited, § 6-035. 如前所述,在寻求损害赔偿时,美国侵权法重述也要求欺诈应具有实质性。Restatement(Second) of Torts § 538(1977).

④⑬"Daher ist die Kausalität der Täuschung auch allein subjektiv zu beurteilen und nicht etwa nach dem Maßstab eines verständigen Dritten." *MüKoBGB/Armbrüster*, § 123 Rn.22.

④⑭[1906] A.C.24, 26; Hart et al., *Causation in the Law*, Clar-

endon Press, 1959, p.178.

④⑮也是在这个意义上,投资者保护和股东保护有所不同,前者着眼于证券市场上的公司证券持有人乃至潜在的购买人,注于证券买卖的过程,后者则着眼于股东权利的保护。在美国法上,这甚至体现为联邦法和州法的区分。Cox et al., *Treatise on the Law of Corporations*, 2nd Edition, Wolters Kluwer, 2003, § 12.09(p.657).

④⑯17 C.F.R. 240.10b-5. 在学理上,这一规则被分解为以下四个要件:重大性(materiality)、欺诈的故意(deliberate recklessness of fraudulent intent)、实际购买或卖出证券(the purchaser or seller requirement)、与欺诈行为有关联(in-connection-with)、损害(damages)和因果关系(causal relationship)。该规则的部分内容在我国最高人民法院的司法解释中也有所体现。如最高人民法院《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第18条规定:投资人具有以下情形的,人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系:(一)投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券;(二)投资人在虚假陈述实施日及以后,至揭露日或者更正日之前买入该证券;(三)投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后,因卖出该证券发生亏损,或者因持续持有该证券而产生亏损。

④⑰代表性的判例如 *Affiliated Ute Citizens v. United States*, 406 U.S. 128(1972). 值得说明的是,在该案中,原告与银行之间进行了面对面(face-to-face)的交易,银行未披露有关证券被以更高的价格转售。在当事人之间,存在着信义义务的关系(fiduciary relationship)。

④⑱Basic Inc. v. Levinson, 485 U.S.224(1988).

④⑲Peil v. Speiser, 806 F.2d 1154, 1160-61(3d Cir.1986; *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 229; *Oscar Private Equity Investments v. Allegiance Telecom, Inc.*, 487 F.3d 261(5th Cir.2007).

④⑳BGH LM Nr.30a; BGH LM Nr.16; RGZ 134, 43(51); *MüKoBGB/Armbrüster*, § 123 Rn.25.

㉑ALI, *Restatement of Torts: Liability for Economic Harm*, Third, § 9, Comment a:"the best legal response to the act of fraud is not necessarily a claim in tort for fraud..."

㉒Ayres et al., *Insincere Promises*, Yale University Press, 2005, p.80; *Craswell, Property Rules and Liability Rules in Unconscionability and Related Doctrines*, 60 U. Chi. L. Rev.1, 7-8(1993).

㉓需要注意的是,如果欺诈行为使某人同意为某种其在了解真相的情况下不会同意的行为,则其行为是可撤销的,这也是我们通常所讨论的欺诈。而若欺诈行为使被欺诈人不知

道其将为何种行为,或者行为人本以为订立了A合同,但因为欺诈行为签署了B合同,应认为双方意思表示并未达成一致,进而合同自始不成立。实际上,在我国票据法上,对于以欺诈等手段获得的票据,持票人是“不得享有票据权利”的(第12条)。其背后的原理就是:那些因受欺诈而从事的票据行为,是出票人、承兑人根本不想从事的行为,即并未作出意思表示或达成一致,故该行为根本不能成立而不生效力,而不是可撤销行为。

④BGH NJW 1972, 36, 39; Palandt-Sprau, § 818 Rn.49.

⑤Staudinger/Singer/Finckenstein, BGB § 123 Rn.91.

⑥在德国制定民法典时,起初Planck曾提出应规定恶意抗辩制度,遭拒绝,理由是对于欺诈已规定了撤销权的救济,如果在此之外规定恶意抗辩的制度,将会掏空时效制度。但此后的《德国民法典》第二草案中,还是接受了恶意抗辩的制度并沿用至今。Palandt-Sprau, § 853 Rn.1; BGH NJW 1969, 604.

⑦我国台湾地区“民法”第198条规定了恶意抗辩制度(“因侵权行为对被害人取得债权者,被害人对该债权人之废止请求权,虽因时效而消灭,仍得拒绝履行”),在我国台湾地区的司法实务中,亦有针对该抗辩的裁判。如我国台湾地区“最高法院”1957年“台上字第1228号判决”、2001年“台上字第399号判决”。

⑧MüKoBGB/Wagner, § 853 Rn.3.

⑨BeckOGK/Eichelberger BGB, § 853 Rn.4.

⑩关于第197条第二项请求权的性质,我国台湾地区司法实务及学者曾多采“构成要件准用说”,认为其系不当得利请求权,得与侵权行为损害赔偿请求权竞合并存,参见史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第226页。需要注意的是,我国台湾地区“民法”第197条第2项系仿自《德国民法典》第852条的规定,而近年来,德国学者则采“法律效果准用说”,认为该请求权的行使,不以具备不当得利的要件为必要,乃是基于侵权行为要件,以不当得利法的规定确定损害赔偿义务人的赔偿范围。在BGH裁判的一个案件中(BGHZ 71, 86),BGH认为,即便难以认定受益和受损之间存在因果关系,也应保护受损一方的返还请求权,从而确立了和不当得利返还请求权不同的构成要件(原则上要求损害与受益之间存在因果关系)。即,只要存在侵权行为,并且该行为造成了损害,当事人就可以请求侵权行为人返还其得利,即便在该损害与得利之间仅存在间接的因果关系。详细案例,可参见王泽鉴:《不当得利》,北京大学出版社2015年第2版,第288页。德国法上的相关研究,参见如Ebert, Der deliktische

"Rest-Schadensersatzanspruch" nach der Schuldrechtsreform, NJW 2003, 3035.

⑪见“某保险公司北京分公司与王某等健康保险合同纠纷上诉案”,北京铁路运输中级人民法院民事判决书,(2014)京铁中民(商)终字第211号。另见“中国平安人寿保险股份有限公司内江中心支公司与曾友荣保险合同纠纷上诉案”,四川省内江市中级人民法院民事判决书(2016)川10民终972号。

⑫相关案例详见武亦文:“投保欺诈的法律规制路径”,载《法学评论》2019年第5期,第63页。

⑬Kan. Life Ins. Co. v. First Bank of Truscott, 124 Tex.409, 78 S.W.2d 584, 586(1935); Whitaker, Rescission of Life Insurance Policies in Texas, 59 Baylor L. Rev.139, 140(2007).

⑭Googins, Fraud and the Incontestable Clause: A Modest Proposal for Change, 2 Conn. Ins. L.J.50, 51-52(1996); Fioretti v. Mass. Gen. Life Ins. Co., 53 F.3d 1228, 1237(11th Cir.1995); Ledley v. William Penn Life Ins. Co., 651 A.2d 92, 95(N.J.1995); Whitaker, Rescission of Life Insurance Policies in Texas, 59 Baylor L. Rev.139, 162(Fn.124)(2007).

⑮644 A.2d 1098(N.J.1994).

⑯"We believe that insurers should compensate victims to the extent that compensation will not condone and encourage intentionally wrongful conduct." 644 A.2d 1098, 1107(N.J.1994).

⑰Nirk, Rechtsvergleichendes zur Haftung für culpa in contrahendo, RabelsZ 1953, 310 ff.

⑱Mot., S.208=Mugdan, Bd. I, S.467.

⑲Palandt-Sprau, § 823 Rn.19.

⑳§ 153 StGB, vorsätzliche Falsch aussage(OLG Celle FamRZ 1992, 556); § 154 StGB =§ 153 StGB aF, Meineid(RG WarnR 1908 Nr.211); § 156 StGB, Falsche Versicherung an Eides Statt(BGH LM[Be] Nr.8=DB 1959, 111); § 159 StGB, Versuch der Anstiftung zur Falsch aussage(OLG Frankfurt MDR 1978, 315); § 263 StGB, Betrug; § 264 StGB, Subventionsbetrug; § 265 StGB, Versicherungsbetrug(OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1493); § 265b StGB, Kreditbetrug(OLG Hamm NZG 2004, 289).

㉑MüKoBGB/Wagner, § 823 Rn.210-212.

㉒BGH NJW 1960, 237; 1962, 1196(1198); WM 1969, 496(498); ZIP 1984, 439(441); NJW 1992, 1323(1325); VersR 2005, 418; RGRK/Steffen Rn.54; BGHZ 145, 376(382)=NJW 2001, 373(374).

㉓RGZ 103, 154, 159; BGH, NJW 1960, 237, 238; Rösler,

Arglist im Schuldvertragsrecht: Zum Schnittfeld von vorsätzlicher und fahrlässiger Fehlinformation, AcP 207, 564, 577.

⑦④Palandt-Grüneberg, § 249 Rn.4; BGHZ 59, 148, 149 f.= NJW 1972, 1856, 1857; Larenz SchuldR AT § 29 II b(S.491); MüKoBGB/Oetker, § 249 Rn.29.史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第227页(“被害人仍得依民法第184条、第213条之规定,请求法律行为及基于此法律行为之债权之废止”)。另外,欺诈的侵权救济规则还可以弥补受欺诈人在撤销除斥期间经过后的救济问题,即便撤销的除斥期间经过,受欺诈人仍可请求侵权赔偿。MüKoBGB/Armbrüster, BGB § 123 Rn.91-92.

⑦⑤ Flume, BGB AT II(Rechtsgeschäft), Springer, 4. Aufl., 1992, § 31 Rdnr.6(S.568);尚连杰:“合同撤销与履行利益赔偿”,载《法商研究》2017年第5期。

⑦⑥如就合同解除制度而言,《德国民法典》制定后的相当长一段时间内,学说上一直认为解除本质上是使当事人之间的合同关系消灭,使当事人之间的法律关系回到合同订立之前的状态,在这种情况下,自然没有期待利益损害赔偿的余地。Motive II S.210 f.:“Rücktritt und aus dem Verträge entspringender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus. Denn der Rücktritt soll die Beteiligten in die Lage versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen wäre. Hiermit verträgt sich ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht. Das Interesse des Gläubiger ist durch das Wahlrecht genügend gewahrt”.此后的法律实践中,人们改变了原来认为解除后不得请求损害赔偿的观点,现行《德国民法典》第325条对此已明确地作出了规定:“双务契约之损害赔偿请求权,不因契约解除而排除。”尚连杰:“合同撤销与履行利益赔偿”,载《法商研究》2017年第5期,第95-96页;Derleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, 969.

⑦⑦我国法上有学者认为“只有合意无瑕疵的合同,才能准予期待利益的赔偿……当合同存在意思表示瑕疵时,如合同系因欺诈、胁迫、乘人之危、错误等原因而被撤销时,均不发生期待利益的赔偿问题”(张家勇:“论前合同损害赔偿中的期待利益”,载《中外法学》2016年第3期),或许是不准确的。

⑦⑧840 P.2d 143(1992).

⑦⑨Sidney Stevens Implement Co. v. Hintze, 92 Utah 264, 67 P.2d 632, 638(1937).

⑧⑩详细的论述,如Levmore, Stipulated Damages, Super-Strict Liability, and Mitigation in Contract Law, 107 Mich. L.

Rev.1365, 1379-1379(2008-2009); Gneezy et al., A Fine Is a Price, 29 J. Legal Stud.1(2000)。

⑧⑪苏力:“福柯的刑罚史研究及对法学的贡献”,载《比较法研究》1993年第2期,第179页。18世纪的贝卡利亚、康德、黑格尔等都有类似的表达。如康德认为,“任何一个人对人民当中的某个别人所作的恶行,可以看作是他对自己作恶。因此,也可以这样说:‘如果你诽谤别人,你就是诽谤了自己;如果你偷了别人的东西,你就是偷了你自己的东西;如果你打了别人,你就是打了自己;如果你杀了别人,你就杀了自己。’这就是报复的权利。不过,还要清楚地了解,这有别于单纯个人的判断,它是支配公共法庭的唯一原则。根据此原则可以明确地决定在质和量两方面都公正的刑罚。”康德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第164页。类似的认识,如黑格尔:《法哲学原理》,商务印书馆1979年版。第104页。

⑧⑫False Claims Act, Ch.67, 12 Stat.698(Mar.2, 1863); James B. Helmer Jr., False Claims Act: Incentivizing Integrity for 150 Years for Rogues, Privateers, Parasites and Patriots, 81 U. Cin. L. Rev.(2013).

⑧⑬具体的制度介绍,见蔡巍:“美国‘公私共分罚款之诉’及其评析”,载《法商研究》2007年第4期,第128-134页。

⑧⑭Sarbanes-Oxley Act § 806; Dodd-Frank Act § 922(a);马一:“金融举报者激励和反报复保护法律制度研究——以美国萨班斯法和多德—弗兰克法为核心”,载《比较法研究》2017年第2期,第164和第167页及相关引注。

⑧⑮例如,联邦《虚假申报法》在近二十年来逐渐扩展到了医疗保险领域。根据《纽约客》杂志对两位检举人的事迹的特别报道,在检举人制度的帮助下,美国政府每年在医疗保险反欺诈案件中收回上亿美元的赔偿金。实际上,我国的医保制度中也存在大量的欺诈行为,许多行为很难从外部发现并证实,美国的做法或可借鉴。具体的报道见Sheelah Kolhatkar, The Whistle-blower: The Personal Toll of Exposing Fraud, The New Yorker, pp.30-41(Feb.4, 2019).

⑧⑯(2015)鄂荆门民二终字第00018号。

⑧⑰(2015)湘高法民二终字第77号。

⑧⑱法院认为,“湘永公司竞得祁阳煤矿国有建设用地使用权、破产财产和采矿权。在湘永公司竞得上述标的之前,祁阳煤矿所属的铁丝塘矿井已发生自燃,且火势一直未能得到有效控制,不能进行正常生产经营。而湘永公司对受让标的的这一情况并不知情,属于对合同标的的重大误解,并因重大误解作出了意思表示。”事实上,法院认定,在买受人竞得有

关煤矿之前,2011年6月,祁阳煤矿就曾发生煤炭自燃事故,尽管救护队及时赶到对自燃地点检测并建密闭墙,但自燃并未得以彻底消除,最终矿井被关闭。在《挂牌成交确认书》签订之前,永州市国土资源局与永州市国资委并未告知原告本次煤炭自燃事故。原告竞得之前,对矿井进行过踏勘,但由于密闭墙封闭了自燃区,没能发现自燃现象。另外,永州市国资委2012年1月19日给湘永公司的回复仍称:“矿井在资产挂牌和移交前,没有出现井下自燃的情况”。

#### 参考文献:

- [1]张亭玉、张雨青:“说谎行为及其识别的心理学研究”,载《心理科学进展》2008年第4期。
- [2]Jones, Evolutionary Psychology, Annual Review of Anthropology, Vol.28, 1999.
- [3]Leslie, Born Liars, House of Anansi Press, 2011.
- [4]柏拉图:《理想国》(第3卷),郭斌和等译,商务印书馆1986年版。
- [5]Augustine, The Enchiridion on Faith, Hope and Love.
- [6]Kant, AA VIII(Immanuel Kant, Werke: Akademie-Tausgabe, Bd.8, Abhandlungen nach 1781).
- [7]Bok, Lying: Moral Choice in Public and Private Life, Vintage Books, 1999.
- [8]Eisenberg, Disclosure in Contract Law, Cal. L. Rev., Vol.91, 2013, pp.1645 ff.
- [9]Akerlof, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics, Vol.84, 1970.
- [10]武腾:“拍卖人的信息提供义务与担保责任”,载《法律科学》2017年第6期。
- [11]陈兴良:“合同诈骗罪的特殊类型之‘两头骗’:定性 with 处理”,载《政治与法律》2016年第4期。
- [12]叶名怡:“涉合同诈骗的民法规制”,载《中国法学》2012年第1期。
- [13]Searle, Intentionality, Cambridge University Press, 1983.
- [14]Ayres et al., Insincere Promises, Yale University Press, 2005.
- [15]李中原:“侵权法上因果关系与过错的竞合及其解释路径”,载《法律科学》2013年第6期。
- [16]王卫国:《过错责任原则:第三次勃兴》,中国法制出版社2000年版。
- [17]阳庚德:“侵权法对权利和利益区别保护论”,载《政法论坛》2013年第11期。
- [18]Newkirk, An Economic Analysis of the First Manifest Doctrine, Neb. L. Rev., Vol.76, 1997.
- [19]朱广新:“惩罚性赔偿制度的演进与适用”,载《中国社会科学》2014年第3期。
- [20]曾世雄:《损害赔偿法原理》,中国政法大学出版社2001年版。

## Preventing Fraud through Civil Liability

Xu Defeng

**Abstract:** Fraud is a usual social phenomenon. It infringes on the freedom of will and undermines the trust relationship in social and economic life. Civil law is an important part of the regulatory mechanism to curb fraud. Malicious and fraudulent intention justify the relaxation of other criterions for the avoidance of contract: the content of fraud is not limited to the key information that has a material impact on the transaction, and a but-for-test is not required for the causation between the fraudulent activity and the expression of the victim. As far as the legal effect of fraud is concerned, current law focuses mainly on the voidability of the contract, which is difficult to fully satisfy the purposes of legal interest protection and behavior prevention and thus needs to be improved. The remedial measures for the victim after avoidance of the contract should be strengthened, and the institutions of restitution, torts and compensation for breach of contract should be collectively applied to punish fraud.

**Key words:** Fraud; Materiality; Rescission of Contract; Culpa in Contrahendo; Exceptio Doli; Misrepresentation