

论消费者保护法上的履行欺诈

洪国盛

【摘要】《消费者权益保护法》第55条第1款的现有研究主要围绕缔约欺诈展开,而忽视了履行欺诈。缔约欺诈涉及合同效力判断,由意思表示瑕疵制度处理;履行欺诈则属合同义务违反,由违约责任处理。但在涉及消费合同时,常规违约救济对履行欺诈行为并无遏制作用。基于保护消费者的目的,履行欺诈亦应属消法所规制的欺诈行为。在履行欺诈情形下,退还价款、货物更换、损害赔偿与惩罚性赔偿等救济的处理均具有独特性。司法实务往往将履行欺诈与缔约欺诈、瑕疵给付、告知义务违反相混淆,导致法律适用错误。本文结合2014-2020年高级人民法院与最高人民法院所审理的汽车买卖纠纷案的全样本分析,对消法领域的履行欺诈问题展开详细论述。此外,通过区分两类欺诈,在教义学框架内即可完满处理“知假买假”问题,而无须诉诸外部体系。

【关键词】履行欺诈;汽车销售纠纷;局部欺诈;惩罚性赔偿;知假买假

【作者简介】洪国盛,北京大学法学院博士研究生。

【原文出处】《南大法学》(南京),2020.3.33~53

一、问题的提出

《消费者权益保护法》(以下简称《消保法》)第55条第1款规定经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,消费者可主张惩罚性赔偿。自该条引入惩罚性赔偿机制以来,学理与实务就该条的理解与适用均产生了诸多争议。首先,涉及该条所称欺诈行为的认定,存在民法的“四要件”说与特殊的“二要件”说。二说的分歧主要在于经营者存在欺诈意图与客观欺诈行为,但消费者并未因此陷入错误认识而缔结合同的,可否诉请惩罚性赔偿。其次,涉及欺诈行为及后果的严重程度是否影响惩罚性赔偿及其数额的认定。实务称之为局部欺诈问题,而对此问题的处理存在极大分歧。最高人民法院的新近判决使该条的适用更难以捉摸。

在贵州新贵兴汽车销售服务有限责任公司与

杨代宝买卖合同纠纷案中(下称“新贵兴案”),^①最高法院将欺诈认定的时点从合同缔结阶段推及合同履行阶段,与《最高人民法院印发关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(以下简称《民通意见》)第68条并不相符。而在过往的司法实务中,该条是法院认定《消保法》所称欺诈行为之依据。对欺诈时点认定的变化,将导致对欺诈行为的认定产生新的争议。

而就欺诈行为的严重性是否影响对欺诈行为的认定,指导性案例17号不无考虑这一因素,认为经营者违反告知义务即构成欺诈行为。^②而在新贵兴案中,最高人民法院却认为惩罚性赔偿的适用需考虑经营者的行为是否“影响消费者缔约的根本目的”。倘若未达此种程度,即不构成该条所称之欺诈行为。据此该案认定经营者不构成欺诈,不支持合同价款的三倍惩罚性赔偿。但其认

为合同履行时,经营者未告知消费者商品存在瑕疵,侵害了消费者的知情权,因而判予消费者接近实际损害三倍的赔偿。此与实务中“局部欺诈”的处理方式相近。最高人民法院对欺诈行为提出的新判定标准以及对惩罚性赔偿数额的认定,均似与指导性案例17号存在矛盾。而在其对该案的再审裁定书中,更是直接回避了指导性案例17号,^③其称该案与指导性案例的案情不同,但未言明不同之处何在,为已然混乱的司法实践带来了更大的不确定性。

本文认为以上问题的处理应当建立在区分缔约欺诈与履行欺诈的基础上。《消保法》第55条第1款所称的欺诈行为实际包含两类欺诈,而指导性案例17号与新贵兴案分属两种案型。缔约欺诈涉及合同效力判断,由意思瑕疵制度处理;履行欺诈则构成合同义务违反,由违约责任处理。两类欺诈可单独发生,亦可同时并存。履行欺诈情形下,价款退还、货物更换、损害赔偿等救济的适用条件与法律效果,不同于缔约欺诈、瑕疵给付、告知义务违反等情形。然而实务中往往将其与后三者混淆,导致法律救济的错位。履行欺诈情形下,惩罚性赔偿的承担主体与计算方式亦具有独特性。此外,通过区分两类欺诈,就“知假买假”问题的处理,无须通过体系外的“功能主义”路径即可完满解决:在缔约欺诈的情形下,知假买假不予支持;在履行欺诈的情形下,知假买假应予以支持。

二、履行欺诈是《消费者权益保护法》所称的欺诈行为吗?

(一)两类欺诈:指导性案例17号与新贵兴案的启示

为梳理上述两个案件的关系,有必要对两案进行简短的介绍。指导性案例17号涉及特定车辆的买卖纠纷。该案中销售者承诺所售特定车辆为新车,但该车曾被维修过。经营者在缔约时并未告知消费者,因而法院认定其构成欺诈,判决销

售者退还购车款与支付全车价款三倍的惩罚性赔偿。但该案裁判要旨是:“汽车经营者承诺向消费者出售没有使用或维修过的新车,消费者购买后发现系使用或维修过的汽车,经营者不能证明已履行告知义务且得到消费者认可的,构成销售欺诈,消费者要求经营者按照消费者权益保护法赔偿损失的,人民法院应予支持。”从裁判要旨的表述看,其所涵摄的案型既可是特定物买卖,亦包括种类物买卖。就特定物买卖而言,经营者若在缔约阶段谎称其所售特定维修车辆为新车,消费者基于此缔结合同,自可构成《合同法》第54条所指的缔约欺诈。但若缔约后交付前车辆才产生瑕疵,履行时经营者未告知,显然不属于缔约欺诈,那么是否属于此处的销售欺诈?而就种类物买卖而言,待交付的车辆尚未特定化,经营者在缔约阶段可能无从知晓将来履行时所交付车辆的状况。裁判要旨所言之告知义务只可能发生在合同履行阶段,而非缔约阶段。此种情形是否构成其所指的销售欺诈?学理上就该案及裁判要旨的评析未见对此进行讨论,而均将销售欺诈等同于缔约欺诈展开讨论。^④

涉及种类物买卖,而在履行阶段发生欺诈的,正是新贵兴案所处理的问题。被告在缔约后,从英国进口了一辆缔约型号的宾利车辆。但该车由于长途运输导致微小瑕疵。被告依行业惯例(PDI,交付前检查程序)对此类瑕疵修复后将车交付给原告。除微小瑕疵外,所交付车辆的右后车窗窗帘存在异响。被告以原厂配件进行了更换。两年后,原告诉称被告未告知其前述瑕疵与修复的情况而构成欺诈,与指导性案例17号相近而诉请退还价款与支付整车价款三倍的惩罚性赔偿。贵州高级人民法院和最高人民法院均认为欺诈行为的认定不限于合同缔结阶段而应延续至合同履行阶段。在此前提下,原审法院认为被告违反告知义务构成欺诈,依据《合同法》第54条与《消保法》第55条第1款判决撤销合同,并

要求新贵兴公司承担惩罚性赔偿。而最高人民法院则认为由于本案中所未告知的信息不影响消费者缔结合同的根本目的,因而不满足欺诈的构成要件,不能撤销合同。但被告未告知窗帘瑕疵问题,侵害了原告的知情权,给予原告接近窗帘价款三倍的损害赔偿。

倘若该案所讨论的欺诈行为指向缔约欺诈,则最高人民法院无疑对《合同法》第54条之缔约欺诈制度进行了彻底的重构:其一,该条不再限于处理缔约意思瑕疵,也处理履行瑕疵;其二,即便存在欺诈行为,只要不影响合同缔结的根本目的就不构成欺诈;其三,履行阶段之欺诈本属于违约行为,却能产生撤销合同的法律效果。

最高人民法院也许会称其对缔约欺诈制度的修正仅适用于消费者保护领域,即指导案例所称的“销售欺诈”情形。但此种修正并不利于保护消费者。在缔约欺诈的情形中,原本无须考虑欺诈所生之损害是否严重,消费者均可撤销合同。而这一撤销权现在被“影响缔约根本目的”的要求所限制。而履行欺诈本是一种违约行为,当其达到根本违约程度时,消费者本可解除合同并主张履行利益赔偿。但这一救济被撤销合同所取代,导致其丧失诉请履行利益的基础。此外,消费合同领域缔约欺诈与履行欺诈时常并存。消费者择一救济的选择权亦被剥夺。

实际上,在“新贵兴”案之前,就有下级法院的案例认识到履行过程中可能发生欺诈行为。^⑤该案例中法院以消费者受领给付的行为是意思表示,因而符合《民通意见》第68条之构成要件,从而避免对《合同法》第54条造成冲击。但受领行为的欺诈只能使得物权行为可撤销,并不涉及债权合同的效力问题。这一欺诈行为在债权合同层面依然应当在违约责任的框架内处理,而非判决所指的合同效力瑕疵层面。

前述法律适用的错误与困难,均是实务试图将两类欺诈杂糅为统一的“销售欺诈”所造成的。

理论研究亦往往将《消保法》第55条第1款所称的“欺诈行为”等同于缔约欺诈,而忽视了履行欺诈。但如下文所述,《消保法》第55条第1款之“欺诈行为”实际涵盖了两类不同的欺诈。而对于两类欺诈的认定,应依民法上相关规则分别规范,才能正确处理相关问题。

(二)民法语境下的履行欺诈

《民法总则》第148条将欺诈限于“实施的民事法律行为”;《合同法》第54条第2句所指的欺诈为“违背真实意思的情况下订立的合同”;《民通意见》第68条则规定“诱使对方当事人作出错误意思表示”。上述与欺诈相关的规范均涉及意思表示或法律行为,指向合同缔结问题,涉及合同效力判断。而相关损害,由缔约过失处理。

对于合同履行阶段之欺诈我国法律中并无规定。上文提及虽有法院注意到履行阶段的欺诈行为,但往往仅将此作为事实描述,未能意识到此类欺诈的法律意义。而学理上对此问题亦未见专门的研究或论述,^⑥但有学者提出应当注意欺诈行为在侵权法上的规制。^⑦比较法上,对履行过程中的欺诈则早有规范。罗马法学家区分了两类欺诈以不同规则处理:一类涉及合同缔结;另一类则涉及损害他人财产或人身。^⑧德国法由《德国民法典》第823条第2款违反保护他人法律以及第826条违背善良风俗的侵权行为二者共同构筑了相关规范。^⑨普通法系则认为欺诈属于违反勿害他人义务的一种具体类型。而当双方存在合同关系时,则基于诚信履约的要求前述义务亦成为合同义务,即履行过程中不为欺诈的义务。^⑩

本文所称履行欺诈是指合同履行过程中债务人以作为或不作为的方式掩盖其履行不符合约定或者不履行的行为。其本质是一种违约行为,但又不同于一般的合同义务违反,需单独对待。^⑪缔约仅是交换关系的开始,而履约则由违约救济进行保障。这是由于违约救济使得违约方无法因违约而得利,因而具有遏制违约的效

果。^⑩易而言之,违约救济使得双方利益依旧按合同原定分配。但若违约行为不被发现,违约救济则无从启动,相应履约保障措施将失去其原有的功能。而履行欺诈恰恰降低了守约方发现违约之概率,从而削弱合同法遏制违约的效果。此类欺诈一旦成功,违约方即可单方面重新分配合同利益。合同法并非没有意识到这一问题的特殊性。在合同法分则中设置了诸多债权人监督履行的规范,以预防履行欺诈行为。诸如借款合同中贷款人的检查、监督权,承揽人接受监督检查的义务,发包人的检查权,仓储合同的检查权,受托人与居间人的报告义务,等等。^⑪对此类义务的违反均可构成违约。需要强调的是,履行欺诈是一种故意违约,但故意违约并非均属履行欺诈。诸如拒绝履行、一物二卖等,均属故意或恶意违约,但常规合同救济已能发挥遏制此类违约的效果。

虽然履行欺诈属于一种合同义务违反,但合同法规救济对履行欺诈并无遏制效果。这是由于这一义务违反并不存在真正的法律后果,从而沦为伪义务。^⑫合同法的常规救济可粗略区分为继续履行与损害赔偿。继续履行救济下,受欺诈方仅能要求欺诈方重新交付符合约定的标的物,而这是违反主给付义务本就应该承担之责任,因而对履行欺诈并无遏制效果。损害赔偿也是类似,损害赔偿所能给予的也仅仅是合同完全履行与瑕疵履行之差额。而这一差额仅评价了未能如约履行给付义务的行为,而未评价欺诈行为。例如,A允诺交付价值1000元的商品,而履行时以欺诈方式掩盖商品瑕疵,瑕疵品仅值800元。买受人虽可主张损害赔偿,但仅能取得标的物价值差额的200元赔偿。这200元是因物之瑕疵而本应赔偿的部分,与欺诈行为无关。是以,履行欺诈被发现并无法律后果;而不被发现则有净收益。在此救济机制下,必然存在道德风险,绝非法之所欲。

要而言之,缔约欺诈涉及合同效力判断,旨在维护意思真实;而履行欺诈则属合同义务违反,旨在防止以欺诈方式逃脱履行合同义务。将二者混淆、杂糅实属错误。且两类欺诈并不相斥,在消费合同领域更是时常如影随形。而由受欺诈方择一救济具有特别意义,将在本文第三部分论述。

(三)《消费者权益保护法》语境下的履行欺诈

民法上未就履行欺诈有特别规定,因而《消保法》中的欺诈行为是否包括这类并未明确规定的欺诈行为是存在疑问的。就文意而言,履行欺诈确属欺诈行为。但立法、实践或学理对《消保法》中欺诈行为的释义、适用或研究均指向缔约欺诈。^⑬学界虽就《消保法》中“欺诈行为”存在“四要件”或“二要件”之争,但均是围绕缔约欺诈展开。^⑭即便有学者认为该条所规定的属违约责任,但在讨论时也依然指向缔约欺诈。^⑮且我国侵权法不存在一般性惩罚性赔偿制度,欺诈行为也无法基于侵权之诉取得惩罚性赔偿。因而《消保法》第55条第1款规定的欺诈行为是否包括履行欺诈需要特别论证。本文认为,虽然对缔约欺诈与履行欺诈进行规制的目的迥异,但对履行欺诈进行规制具有正当性与必要性。应认为该条所称欺诈行为包含履行欺诈。

首先,《消保法》旨在为弱势的消费者提供强于合同法的保护。此种保护往往是通过合同进行适度干涉实现的。而在履行欺诈问题上,如前所述,合同法的常规救济恰恰无法为消费者提供保护。而我国合同法的相关规则,甚至限制了消费者自我保护的可能。合同法的功能之一是阻止机会主义行为,使交易双方不必采取成本高昂的自我保护措施,而损害赔偿正是实现这一功能的手段。^⑯针对履行欺诈并无法定损害赔偿,而合同法原本允许交易双方以约定违约金的方式遏制对方违约。但针对履行欺诈的违约金条款,在我国法上也无法发挥作用。因为此类违约金要发挥作

用,需当违约金数额与违约方违约所得之期望相当时,才能有效遏制履行欺诈。^⑩例如,A履行欺诈被识破的概率为20%,欺诈成功净收益为1000元。要有效阻却A的欺诈行为,这一义务的定价应该是4000元。^⑪但这一合同条款并不能被完全支持,因为A会以这一赔偿额远超过相对人的实际损害进行抗辩。基于差额说,相对人的实际损害只有1000元,而这一损害是给付义务的差额,而非欺诈行为的损害。欺诈行为的损害实际为0。即便认为此为欺诈行为的损害,损害也远低于约定的违约金。此时适用违约金酌减规则,就会导致合同双方无法通过契约安排遏制履行欺诈行为。^⑫但对于履行欺诈的遏制是法律所欲的。因而《消保法》第55条第1款可视为法律为遏制履行欺诈而对此类义务违反赔偿额的例外认可,即例外性地允许了远超实际损害的违约金。^⑬但即便法律完全承认此类违约金条款,由于消费者欠缺足够的缔约能力与精力,也不可能就每个买卖合同约定此类条款。而法律统一认定消费合同中存在此种条款则可以避免前述困难。除了设置违约条款遏制履行欺诈行为外,交易一方原本亦可通过投入监督成本的方式预防履行欺诈。但这一措施在消费者领域同样不现实。考虑到消费品的多样性以及消费金额的大小,消费者投入监督成本很可能缺乏收益,导致这种预防措施无法实现。此外,大量而分散的监督成本投入本身也是一种资源浪费。因而《消保法》对欺诈行为的规制包含履行欺诈是经济有效的措施。

其次,欺诈行为会对价格机制与资源配置产生有害影响,因而其也是法律管制的对象。缔约欺诈危害交易信息真实性而扭曲价格机制,进而影响资源错误配置。这一错误配置体现为资源投入不该投入的领域或者给予不该给予的市场活动参与者。^⑭但资源配置后,只有当合同依约履行才意味着所配置的资源真正地被有效使

用。履行欺诈对此则会产生两类不利影响:其一,是资源的浪费。如以次充好的欺诈行为,使得资源投入次等品生产领域,而由于次等品缺乏需求,从而导致社会福利的净损失。其二,与缔约欺诈导致柠檬市场类似,那些试图在履行时欺诈的企业总是愿意以更低的价格进行交易,而导致诚信履行的企业缔约机会的减少。^⑮此外,缔约欺诈往往需要结合履行欺诈,才能完成整个欺诈牟利过程。对履行欺诈进行规制亦能削弱经营者缔约欺诈之动机。《消保法》第55条第1款本身立法之目的正是希望通过私人执行,对欺诈行为进行监督。因而,对履行欺诈进行特别规制也符合该条的立法目的。

最后,此种解释同样符合体系解释的要求。《合同法》第113条第2款规定了经营者对消费者有欺诈行为的,应依照《消保法》进行处理。这一规定位于“违约责任”这一章节之下。因而承认履行欺诈这一特殊违约行为亦与法典体系契合。此外,刑法中的合同诈骗罪对两类均具有社会危害性的欺诈进行规制。没有理由认为立法者在《消保法》中有意识地只试图规制缔约欺诈而排除履行欺诈。且在承认惩罚性赔偿的司法区均认可两类欺诈皆适用惩罚性赔偿。^⑯

综上所述,《消保法》第55条第1款所指的“欺诈行为”应当包含履行欺诈。此种解释不仅符合文义与体系,亦符合立法目的。虽然《消保法》上欺诈行为包含缔约欺诈与履行欺诈,但两类欺诈依旧分属不同制度,具有不同构成要件。需准确识别消费者主张所指向的具体欺诈类型才能展开正确的法律适用,这对于消费者能获得何种救济具有重大影响。以下就履行欺诈的认定、相关救济以及惩罚性赔偿的适用问题将分别展开论述。

三、履行欺诈的认定与消费者的一般救济

履行欺诈的本质是一种合同义务违反,并不存在独立的请求权,其仅仅是一种违约形态。其

构成要件包括:1.合同履行过程中;2.债务人故意;3.以作为或不作为之方式;4.掩盖债务人履行不符合约定或不履行的行为。其法律救济则与一般违约行为相同,包括解除合同、货物更换或修理与损害赔偿等合同法上的常规救济。《消保法》第55条第1款的惩罚性赔偿具有特殊性,将在本文第四部分单独讨论。

由于对履行欺诈的认识不足,司法实务中往往将其与缔约欺诈,或者瑕疵给付、品质保证等其他合同义务违反混淆,导致针对履行欺诈此种违约行为的救济适用错误。因而本部分将以退还价款、货物更换、损害赔偿三种救济方式入手,区分履行欺诈与缔约欺诈以及其他违约行为,阐述对履行欺诈的认定与救济。

(一)退还价款请求权:履行欺诈与缔约欺诈的区分

除消费者七日无理由退货外,《消保法》第24条并未对消费者退还价款有特殊规定。该条仅提示了退货条件应当符合合同约定或法定解除条件。因而消费者主张退还价款时,应依据合同法处理。若涉及缔约欺诈,消费者需行使撤销权后依不当得利主张价款返还;若涉及履行欺诈,则需行使解除权后依结算关系返还。由于两类欺诈发生时点有所差异,所以本应极易区分,但过往研究对履行欺诈并不重视,司法实务中存在大量将二者混淆处理而错误适用的情形。

1. 司法实务的现状

由于汽车销售中合同缔结与履行时点时常不一致,且一手车买卖通常为种类物,二手车或展示车买卖为特定物,所以极为适合作为考察两类欺诈的案型。因而,笔者以汽车销售纠纷作为案例样本,对《消保法》中涉及消费欺诈的案件进行检索。笔者检索自2014年1月1日至2020年4月30日,最高人民法院与各地高级人民法院涉及汽车销售欺诈案件为分析样本,共计136件。^⑤缔约欺诈案件为39件,其中24件为二手车或展示车买

卖;余下97件均为履行欺诈案件。法院认定构成欺诈的有52件,其中履行欺诈案件有43件,仅3件以解除合同处理,其余均判以撤销合同。^⑥

2. 欺诈之严重程度对价款返还请求的影响

从前述统计中可见在实务中将两类欺诈混淆的情况极为普遍。这一混淆,导致消费者诉请退还价款时法院以《民通意见》第68条及《合同法》第54条合同撤销的条件,替代《合同法》第94条合同解除的条件。而这其中最大的差异在于欺诈行为之严重程度对于两类欺诈认定的影响。二者混淆也是司法实务中对局部欺诈或者轻微欺诈的处理极具争议的原因。

履行欺诈情形中的价款退还以合同义务违反达到根本违约为要求,因而并非所有的履行欺诈都能够解除合同。在对履行欺诈的认定中,重要的是合同解释。其以交易双方的具体约定为核心。由于合同解除需达到根本违约的程度,即便是欺诈行为也需要考虑该义务违反对于整体履行利益的影响是否重大。最高人民法院在新贵兴案中所提出的欺诈判断标准,实际上只是履行欺诈能否解除合同的标准,即:(1)合同中是否有对此的专门约定;(2)(欺诈涉及的)问题是否严重以及相应的处理措施是否复杂;(3)是否给消费者造成较大不利影响。而在缔约欺诈的情形中,无论受欺诈方因欺诈而导致的错误认识或遭受的损害是否严重,均可撤销合同。我国法与比较法上大部分立法例均持这一见解。^⑦指导性案例17号涉及特定新车买卖,即便是维修对消费者造成的损害轻微亦构成缔约欺诈。在司法实务中,由于未能区分两类欺诈导致将大量不构成根本违约的合同错误地撤销。在前述汽车买卖纠纷案中,认定构成履行欺诈的43件案件,除13件构成根本违约,其余均为轻微欺诈,只有1件考虑了欺诈之程度对解除的影响。^⑧

也许会有质疑,同样涉及轻微欺诈,两类欺诈能诉请退还价款之条件却差异甚大。缔约前遭受

欺诈和履行中遭受欺诈对于一般消费者并无实质差异。此种批评忽视了缔约欺诈构成要件中存在“欺诈行为”的要求。唯当欺诈涉及之内容,依一般理性人认为对缔约具有重要性,或欺诈方有理由知道该内容对受欺诈方重要时,才满足缔约欺诈要件中“欺诈方存在欺诈行为”这一要件。^③此外,即便存在欺诈行为,且此种行为导致了受欺诈方错误认识,但这一错误认识若不足以影响受欺诈方的缔约决定,则也不满足缔约欺诈的因果关系要件。因而履行过程中未达到根本违约程度的轻微欺诈,很可能也不构成缔约欺诈。再者,消费者不能解除合同,仅意味着其支付价款义务不消灭,但其依然享有诉请更换商品的救济权。这一救济对于消费者来说,与重新购买替代物差异并不大。

3. 择一救济:履行欺诈与缔约欺诈并存的处理

两类欺诈从发生时点上容易区分,如价格欺诈是纯粹的缔约欺诈,而服务合同时常常涉及履行欺诈。但两类欺诈亦可并存,在消费合同领域尤为常见。如经营者对于产品或者服务的重要性质作出了虚假陈述,导致消费者信以为真缔结合同。到合同履行阶段,消费者发现经营者之给与允诺不符合而意识到缔约时遭受欺诈,且此时履行环节亦出现履行欺诈。而在即时交易的场合,缔约与履行时常是同一个行为。原国家工商行政管理总局出台的《侵害消费者权益行为处罚办法》第5条所列的情形,诸如以次充好、使用不合格计量器具等均属此列。值得注意的是,经营者对不同消费者或同一消费者反复进行履行欺诈的,可认为其缔约时就其履约意图与履约能力存在欺诈而构成缔约欺诈。

当消费者诉请退还价款时可能是诉请撤销合同亦可能是诉请解除合同。两种救济并存对于消费者具有意义。^④就证明责任而言,履行欺诈更易证明。缔约欺诈需证明经营者在缔约时就

存在欺诈行为,这一要求有时并不易证明。例如在汽车销售案件中,消费者时常以其所受领车辆为库存车来证明经营者缔约时存在欺诈。但仅此并不足以证明缔约时经营者就已知车辆存在瑕疵而诱骗消费者缔约。而基于交付前的PDI检查结果,则相对容易证明经营者交付时是否明知车辆存在瑕疵。就因果关系要件,消费者主张缔约欺诈需证明缔约时自身陷入错误认识而缔结合同。这一要件往往难以证明,法院通常仅能基于经验法则以欺诈后果严重与否进行盖然性判断。而主张履行欺诈时,无双重因果关系的要求。就损害赔偿而言,消费者基于缔约欺诈而撤销合同,其仅能够主张返还价款及信赖利益赔偿。而消费者基于履行欺诈而解除合同,其不仅能够要求返还价款并能主张履行利益赔偿。^⑤若不区分并存的两类欺诈而认为但凡涉及诉请退还价款就判决撤销合同,只会对消费者的救济造成不当限缩。

(二)货物更换请求权:履行欺诈与瑕疵给付的区分

履行欺诈与瑕疵给付均为属于合同义务违反,因而二者在合同解除的条件、损害赔偿的计算上并无差异。但就修理与更换这一救济,在消费合同领域中二者并不相同。当瑕疵给付未达到根本违约的,消费者可基于《消保法》第24条请求对商品修理或者更换。对于二者适用是否有先后顺序或适用条件均未有具体规定。但原国家质检总局、工商总局等就此问题作出细化规定:在产品销售15日内,产品存在性能故障的,可以更换或修理;在产品售出15日后的三包期间内,若产品发生性能故障的,经两次修理,仍不能正常使用的才得以更换商品。^⑥此类规定对消费者更换商品请求权作出了双重限制:其一,无论售出多久,产品必须存在性能故障才可以修理或者更换,即故障需具有一定严重性;其二,产品销售15日后,则必须经过两次修理而不能正常使用,才可以更换。

上述规定原本是为了避免买受人因任何瑕疵均可径直诉请更换商品,而导致出卖人承担不成比例的违约责任。但倘若出卖人存在履行欺诈行为,是否受上述规则限制呢?此即履行欺诈对货物更换请求权的影响。

履行欺诈涉及经营者以作为或不作为的方式掩盖标的物瑕疵,而使得消费者误以为标的物完好而受领。若适用上述规则,经营者则只需对存在性能故障之标的物进行修理,而免于更换商品或解除合同。例如《家用汽车产品修理、更换、退货责任规定》第20条第3款涉及车辆安全问题或者主要部件瑕疵而要求经过2次更换才能退货的规定。这使得经营者故意交付发动机存在隐蔽瑕疵的车辆,然后经营者在经过15日后通过修理或者局部更换就得以避免承担更严厉的违约责任。而对于轻微瑕疵,如车辆划伤、窗帘更换等,消费者则无权诉请更换。这无疑削弱了对消费者保护的力度,而激励了经营者的履行欺诈行为。因而应当对此类三包政策进行限缩解释,即其仅适用于非履行欺诈的瑕疵给付。

履行欺诈与瑕疵给付不仅在法律效果上存在差异,在构成要件上也完全不同。履行欺诈的核心在于经营者以行为掩盖其瑕疵给付,即要求在瑕疵给付之外,尚存在掩盖瑕疵的故意与行为。但实务中部分法院混淆了欺诈行为与瑕疵给付的关系,而错误地适用了《消保法》第23条第3款。这一错误体现为将商品瑕疵的举证责任倒置等同于欺诈行为的举证责任倒置。在前述汽车销售案例的检索中有16件依据该条认定经营者欺诈,而有12件则认为不能基于该条认定经营者欺诈。但仅有5件法院意识到瑕疵举证与欺诈举证的差异,在其余7件案例中法院均强调案件所涉及的瑕疵如果在交付时就已存在,消费者可轻易发现。因而这些法院可能并非认为瑕疵举证倒置规则不能推定欺诈,而只是在个案中这一推定被推翻了。但实际上,履行欺诈是不同于瑕

疵给付的合同义务违反,其要件中的欺诈故意与欺诈行为均应当独立于瑕疵给付进行证明。任何商品都有一定概率存在瑕疵,且商品交付使用后亦存在损耗。仅仅因为商品受领或使用后存在瑕疵,就认定经营者存在履行欺诈则过于严苛了。

除作为的方式外,经营者也能以不作为的方式构成履行欺诈。这主要涉及经营者交付前的检查义务。倘若其负有检查义务,而检查义务的目的正是发现商品瑕疵,那么其不履行检查义务本身即可构成欺诈。^④但若经营者本无交付前的检查义务,或者检查义务不涉及系争瑕疵,或即便履行检查义务也无法发现瑕疵,则其不检查或者未发现瑕疵仅构成瑕疵给付而非履行欺诈。^⑤

(三)损害赔偿请求权:履行欺诈与告知义务的区别

经营者所交付的商品存在瑕疵,若交付时未能告知消费者的,司法实务在某些案件中会以违反告知义务或侵犯消费者知情权为由,给予消费者损害赔偿。而此类损害赔偿可能远高于瑕疵给付本可取得的赔偿。如在新贵兴案中,最高人民法院认定经营者不存在欺诈行为,但认为其没有告知消费者窗帘瑕疵,侵犯了消费者的知情权,据此判予消费者相当于窗帘价款3倍的损害赔偿。这一做法在实务上并不鲜见。上述检索汽车销售案中共有19件裁判逻辑相似的案例,且给予损害赔偿额均远高于标的物瑕疵损害。^⑥

此类裁判的逻辑是:经营者瑕疵给付,因而产生告知消费者其瑕疵给付的义务,而其没有告知,就侵犯了消费者知情权,从而应当就侵犯知情权给予损害赔偿。但此处的告知和知情权并无关系。经营者若不知其所交付商品存在瑕疵,告知义务从何而来?若其知情或是应当知情,则是故意或者过失的瑕疵给付。但瑕疵担保义务本身就是严格责任,《消保法》与《合同法》并没有对此有特别规定。此处对消费者的告知,仅仅是针对瑕

疵给付采取补救措施时对消费者的通知,即瑕疵履行的衍生后果。此种通知不同于缔约阶段的告知义务。缔约阶段告知义务的目的是减少经营者与消费者间的信息不对称,从而保护消费者的缔约自由。是以《消保法》以惩罚性赔偿对缔约阶段告知义务的违反进行规制。而在合同履行阶段,双方的权利义务已依合同确定,消费者并无选择权。而就履行时因信息不对称导致的瑕疵给付,是由货物相符性、品质保证等制度进行规制的。^⑤针对瑕疵商品,消费者虽可拒绝受领或提出更换、修理、损害赔偿等诉请,但这些均是瑕疵给付在合同法上的救济。若要对履约阶段的此种通知进行损害赔偿,则是对瑕疵给付损害的双重计算。更勿论此种赔偿的数额远超合同的履行利益。在医疗合同领域,告知义务涉及患者的自主决定权。仅违反告知义务而未造成人身损害的,司法实务尚不愿意给予损害赔偿。^⑥但在消费合同中,仅因经营者没有通知消费者商品存在瑕疵,就给予巨额赔偿的做法,在法政策上难以理解。

值得注意的是,当不涉及《消保法》第55条第1款之纠纷时,即便经营者存在瑕疵给付,却并未见法院以侵犯知情权为由支持实际损害之外的赔偿。^⑦倘若此种损害赔偿的是针对瑕疵给付的告知义务的违反,为何在非欺诈类的案件中并未被适用呢?笔者认为,法院关注的并非消费者就商品瑕疵的知情权,而是经营者掩盖标的物瑕疵而交付的行为,即履行欺诈行为。而经营者未告知自己的欺诈行为,虽然侵害了消费者知情权,但这只是欺诈行为的衍生后果。但如前所述,即便经营者有履行欺诈行为,消费者依据合同法主张损害赔偿亦仅限于瑕疵给付本身。《消保法》也未对此作出特别规定。超出此部分赔偿的实质是针对履行欺诈的惩罚性赔偿,而非作为违约救济的损害赔偿。也唯有此,此类赔偿才具有实体法上的依据及正当性。

本部分论述虽以买卖合同作为示例,但同样适用于服务合同。服务合同虽多为方式性义务,但其实质是以一定之注意义务水平来提供服务给付。服务合同的履行欺诈则是经营者以作为或不作为方式掩饰其并未尽该程度之注意义务的行为。综上所述,就履行欺诈的认定,对于消费者诉请退还价款、货物更换以及损害赔偿均具有重要影响。唯有将履行欺诈与缔约欺诈以及其他合同义务违反区分开,才能正确地适用相关规则,给予消费者妥适的救济。

四、履行欺诈与惩罚性赔偿

基于本文第二部分的论证,本文认为《消保法》第55条第1款的惩罚性赔偿同样适用于履行欺诈。但该条的制定背景、学理研究、司法实务均围绕缔约欺诈展开,而就该条适用于履行欺诈产生的问题,可认为已超出了立法计划。在惩罚性赔偿的承担主体及惩罚性赔偿数额的认定上,履行欺诈均不同于缔约欺诈。

(一)非销售者欺诈时惩罚性赔偿责任的承担主体

销售者在履行过程中亲自提供给付并进行欺诈的,由其承担惩罚性赔偿自无疑问。但除具有人身专属性的合同外,消费领域的大部分合同均可由他人代为履行。而当合同由他人代为履行时,履行辅助人对消费者进行欺诈的,消费者可否向销售者主张惩罚性赔偿?而若生产者或销售者的前手存在欺诈行为,而销售者并不知情也无合理理由可能知情的,消费者能否以遭受欺诈为由向直接销售者请求惩罚性赔偿?

司法实务中倾向于要求直接销售者承担责任,在上述汽车销售纠纷案件中,有4例持该见解,仅2例反对。^⑧而承担责任的依据在《消保法》第40条第1款,其规定:“消费者在购买、使用商品时,其合法权益受到损害的,可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的,销售

者有权向生产者或者其他销售者追偿。”但将该条适用于履行欺诈的惩罚性赔偿值得商榷。首先,《消保法》第55条第1款是以缔约欺诈为原型构想的。而缔约欺诈并不可能由生产者、其他销售者或履行辅助人做出。因而,以缔约欺诈为原型的惩罚性赔偿,原本并不会出现适用第40条的情形。其次,若直接销售者不存在欺诈行为,且其基于合同法上的严格责任已经向消费者承担违约责任,若其还需承担惩罚性赔偿则过于严苛。第三,直接销售者并未进行欺诈,惩罚性赔偿在此处无法发挥遏制欺诈行为的效果。此类惩罚性赔偿缺乏正当性。此外,就第40条的文义而言,消费者可以向销售者主张的限于其损害。而惩罚性赔偿并非对损害的赔偿,而是法律为鼓励消费者参与私人监督欺诈行为的激励措施。其与《消保法》第40条第2款就人身、财产损害承担责任是不同的。且就诉讼程序而言,第三人的欺诈行为属侵权行为,可由侵权行为发生地法院管辖,并不会对消费者诉讼带来额外的负担。

但基于债务人为履行辅助人的过错负责的思想,当欺诈人为经营者的履行辅助人时,可要求直接销售者承担惩罚性赔偿。这一责任承担的正当性在于债务人使用他人所产生的额外风险归属于债务人承担。经营者不能将其使用他人履行合同时的监督成本与债务不履行的风险转嫁于消费者。据此要求经营者与履行辅助人承担不真正连带责任具有法律上的正当性。但这一解释不适用于生产者与销售者的前手为欺诈的情形,因为二者并不是债务人的履行辅助人。

(二)局部欺诈与惩罚性赔偿数额的确定

在司法实务中,部分法院依据欺诈行为的严重程度将其分为“整体欺诈”与“局部欺诈”。这一区分的目的在于限制惩罚性赔偿的数额:涉及整体欺诈的,惩罚性赔偿为合同价款的三倍;涉及局部欺诈的,则为实际损害的三倍。^④笔者将此种处理称为“区分模式”。除此种处理方式外,实务中

对轻微欺诈还有另两种处理方式:一种是不考虑欺诈的严重程度,均以合同价款的三倍进行赔偿;另一种则以新贵兴案为代表,不认定经营者构成欺诈,但以侵害消费者知情权为由,对消费者给予实际损害数倍的惩罚性赔偿。此类处理方法的实质与区分模式是相同的。笔者认为在履行欺诈的情形下,适用区分模式较为有利。

《消保法》第55条第1款原本考虑的是缔约欺诈的情形。立法者已经决断就此种情形不考虑欺诈后果严重与否,一经认定均应当承担三倍价款的惩罚性赔偿。这一点亦与民法上缔约欺诈的规制协调:纵使受欺诈方仅存在轻微认识错误或轻微损害,合同亦足以因意思瑕疵被撤销。但就履行欺诈之惩罚性赔偿数额的认定,笔者认为不应直接依法条文义确定。过往对该条的理解均围绕缔约欺诈,就履行欺诈时惩罚性赔偿的认定可认为属于立法计划之外。针对履行欺诈应该给予何种强度的惩罚性赔偿确属法律政策问题,立法者可以任意决断。但笔者认为不能简单地将其与缔约欺诈等同处理,而需充分考虑二者的差异。

首先,缔约欺诈通过构成要件上的双重重要性审查机制限制了惩罚性赔偿的适用,而履行欺诈并没有此类限制。缔约过程中经营者纵有欺诈行为也并非均构成缔约欺诈。前文已经论述,缔约欺诈中所称的经营者的欺诈行为应当具有缔约上之重要性。针对不具有交易上重要性的信息的未披露或不实陈述,不足以构成缔约欺诈。且受欺诈方需证明自己基于这一虚假信息陷入错误认识而缔结合同。这一要件往往难以证明,而是由法官基于信息重要性、损害大小等因素形成心证。^⑤若损害极小,意味着经营者得利极少,法官往往据此认为经营者缺乏欺诈动机或消费者缔约时并没有信赖此因素。在本文检索的汽车销售案件中,有34件案件采用了类似的论证思路。经双重重要性审查机制的评价后,法律认可消费者仅

有轻微损害,亦可构成缔约欺诈。而《消保法》并不试图排除对这一双重重要性的限制,从反面说明了是否给予惩罚性赔偿亦需基于欺诈之重要性或实质性考量。而履行欺诈并无此类限制机制,经营者存在欺诈行为与瑕疵给付足以构成履行欺诈。在履行欺诈的情形下,若诉请合同解除则需考虑欺诈之严重程度,但这仅为对解除条件的认定,而非对违约责任的认定。违约责任的判断则无须考虑欺诈是否严重,只要与允诺不符即构成违约,区别只是赔偿数额的多少。但就惩罚性赔偿这一请求权的认定,若履行欺诈不存在重要性限制,反而是与缔约欺诈的惩罚性赔偿机制背道而驰。因而,笔者认为当立法并未明确排除重要性限制时,履行欺诈的惩罚性赔偿应当与缔约欺诈一样受到此种限制。

其次,针对履行欺诈的惩罚性赔偿立法并无明确认可,而是基于其他理论证成其正当性。而这些证成理论本身均认可对此类赔偿数额进行限制的必要性。本文第二部分对其证成进行了详细论述。简略而言,此类惩罚性赔偿是法律为保护消费者,就此种特殊的违约行为例外性地承认超过实际损害的违约金。但合同法原则上并不支持极大背离实际损害的违约金。因为此种背离会产生额外的交易成本、道德风险与无效率。^③如何平衡消费者保护与合同法就违约金限制的张力,笔者认为遏制履行欺诈的惩罚性赔偿应当以该欺诈行为之净收益的期望为标准。一旦这一预防功能能够符合比例的实现,就转由限制违约金上限的规范发挥作用。^④是以仅存在轻微的义务违反却需就全额价款三倍赔偿是值得商榷的。而当义务违反达到根本违约之程度,合同整体利益已不可期待,以合同整体价款进行惩罚性赔偿则较为合理。违约规制应当符合比例的思想亦体现在《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14条。该条以商品房的约定面积与实际面积误差比是否超过3%为标

准判断买受人是否有解除权;而就损害赔偿则认为当实际面积小于约定面积不达3%的,买受人仅能要求返还价款;二者差异超过3%的,即满足解除条件的,则给予买受人购房款一倍的赔偿。这一区分对待正是基于过错程度与民事责任对等性的考虑。^⑤此外,在承认对欺诈行为进行惩罚性赔偿的司法区,亦存在惩罚数额应当符合比例的限制。^⑥因为过度的惩罚性赔偿不仅对行为人构成超过合理比例的财产剥夺而违反基本权利,^⑦亦会导致逆向道德风险。^⑧在汽车销售案件的检索中,有61件案件经营者没有任何不当行为,却遭遇消费者索赔。^⑨司法实务中,甚至出现了不少造假索赔案件,引起学理关注。^⑩更有学者提出《消保法》应当具有谦抑性。^⑪

第三,此种区分模式利于处理知假买假案件,并引导职业打假群体将监督资源投入法律希望的监督情形上。关于倍数赔偿对不法行为的预防效果,比较法上不乏相关研究。^⑫私人对欺诈行为监督的动力会受到以下因素的影响:发现欺诈的概率,诉诸法律的概率,欺诈被认定的概率以及损害赔偿的确定性。知假买假者以获得惩罚性赔偿为业,会专门投入监督资源,因而提高了发现欺诈的概率。而其若发现欺诈,通常会要求惩罚性赔偿。知假买假者虽无法基于缔约欺诈诉请,却可以诉请履行欺诈。^⑬且如前所述,履行欺诈更易被认定。而不区分欺诈严重程度的倍数赔偿,限制了法官针对欺诈严重程度的审查,因而更具有确定性。综合考虑以上因素,似乎非区分模式更能鼓励知假买假者参与欺诈监督。但这一分析忽略了倍数赔偿的缺陷。不区分欺诈严重程度的惩罚性赔偿,会导致知假买假者倾向于寻找那些易于发现、诉争成本低,甚至一般消费者不认为有影响的欺诈,^⑭而非关注隐蔽、严重或者危害大的欺诈。将有限的执法、司法资源投入这类轻微欺诈案件中是否值得?正如有学者所言,从法律的功能性出发,法律期待的是知假买假群体关注具实

质危害性的欺诈行为而进行良性监督。^⑤采用区分模式,既能削弱知假买假者就轻微欺诈提起索赔的动力,又不会降低其对严重欺诈行为的监督动力。对于轻微欺诈,瑕疵给付损害较小,惩罚性赔偿数额受到限制。且知假买假人无法解除合同。这类其不需要的商品最后只能自行转售,而转售价格通常低于市价。从而增加其知假买假的成本,削弱其提出此类索赔行为的动力。而严重欺诈通常是商品或服务存在一般消费者认为重要瑕疵的情形,这正是法律希望知假买假者发挥功能的案型。对此类案件予以价款三倍的惩罚性赔偿正符合立法目的。而对于一般消费者,区分模式并无影响。因为消费合同领域缔约欺诈与履行欺诈时常并存,即便仅涉及轻微损害,若消费者能证明经营者构成缔约欺诈,依然可获得合同价款的三倍赔偿。

综上所述,笔者认为履行过程中的欺诈行为应当区分达到根本违约程度的“整体欺诈”与违约程度较弱的“局部欺诈”。就前者以合同价款作为惩罚性赔偿的计算依据,而就后者以实际损害作为惩罚性赔偿的计算依据。一方面,使缔约欺诈与履行欺诈的适用范围均受重要性约束而得以协调;另一方面,能够衡平对消费者保护与对经营者的规制,避免过错与责任过度背离,导致惩罚畸重。同时,亦可引导职业打假人对经营者进行良性监督。

五、履行欺诈与知假买假:基于教义学解释

学理与实践均就知假买假是否适用《消保法》第55条第1款存在分歧,而区分缔约欺诈与履行欺诈为处理此问题提供新的路径。既有学说围绕缔约欺诈分为“四要件”与“二要件”说,二者分歧在于是否要求买受人陷入错误认识而缔结合同。由于知假买假者并未陷入错误认识而不符合民法上缔约欺诈的要求,“二要件说”认为《消保法》中的欺诈不同于民法的欺诈,基于鼓励私人监督的需要,经营者存在欺诈故意与客观行为即构成欺

诈。知假买假者的确无法诉以缔约欺诈,但其可落入履行欺诈的处理范围,因而并无采“二要件”说之必要,避免《消保法》与《合同法》就欺诈行为认定的龃龉。

履行欺诈是指经营者以行为掩盖瑕疵给付而构成合同义务违反,并不要求相对人对此陷入错误认识。这一行为一经做出就已经违反了合同中诚信履约的义务。因而知假买假者并不因未受骗而不能主张履行欺诈。但唯有先确定合同中的给付义务是什么,才能判断经营者有无以欺诈的方式履行合同义务。如淘宝经营者宣称自己所售为某正品商品,买受人明知该商铺销售的是假货而缔约,而经营者履行时提供的正是假货。此时就涉及双方所缔结买卖合同的内容解释。双方无疑是就种类物进行买卖,但买卖标的是正品还是假货呢?合同中是否存在排除买受人主张商品瑕疵(即商品为假货)合同条款?倘若双方已经约定排除了商品瑕疵责任,或自始订立的就是瑕疵品的买卖,那么提供瑕疵物就不存在履行欺诈问题。而此正是教义学上的难点:知假买假者已经知道商品或者服务存在缺陷而缔约,为何经营者依然需要提供无瑕疵之给付?

基于以下三种解释路径,应当认为除交易双方明确约定或基于交易情境可知双方明确是就瑕疵物进行买卖外,经营者不能仅因买受人知悉其将做出瑕疵给付而逃避自身违约责任。^⑥第一种解释以瑕疵担保切入。由于买受人已知产品存在瑕疵,因而本不应就物之瑕疵再主张损害赔偿責任。^⑦此即《消保法》第23条第1款前半句所指。但《消保法》第23条第1款后半句规定,瑕疵涉及违反法律强制性规定的,排除其瑕疵责任无效。这一规则正确地反映出对瑕疵免责之限制,英国法上也采同样规制。^⑧因而即便采瑕疵担保说,倘若瑕疵排除是无效的,经营者依然需要对此负责。此外,《中华人民共和国民法典》第618条亦规定:“当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物

瑕疵承担的责任,因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物瑕疵的,出卖人无权主张减轻或者免除责任。”该条并不考虑买受人的知悉状况。第二种解释以特别允诺(品质担保)为核心。^⑤如果出卖人允诺所售产品或者服务符合一定标准或为正品,那么买受人是否知道标的物存在瑕疵并不重要。这是对品质之保证,即出卖人表示愿意为不符合约定品质负责之允诺。在消费合同领域考虑缔约情境、产品包装、宣传广告、实物样品等,可基于明示、默示或交易习惯得出普遍存在品质保证。^⑥此即《消保法》第23条第2款所指的情形。^⑦第三种解释以意思表示解释为出发点。特别允诺是对品质的单独担保,而此处涉及的是就给付义务本身的解释。二者是两项不同的合同义务。根据客观解释规则,应将双方签订的合同解释为就正常品质商品或者服务的买卖合同。^⑧若认为经营者发出的是要约,其要约内容不能理解为其意图缔结的合同是瑕疵物买卖的意思表示。因为其明确地宣称自己销售的是正常商品。若认为知假买假者发出的是要约,即便其动机是购买假货获得赔偿,但动机未成为意思表示之内容则不重要。^⑨而其恰恰需要缔结正常商品之买卖合同,才能主张经营者对其履行时构成欺诈。而从经营者角度理解,这一要约也仅仅是试图购买常规品质商品。因而双方达成的是就正常品质而非瑕疵种类物的买卖合同。^⑩上述三种解释互不相斥,依交易情境均可能适用。而《合同法》第157、158条规定的买受人检验义务,仅在第一种路径下具有意义。品质保证不受检验义务的拘束。^⑪且出卖人知道或应当知道所提供给付不符合约定的,亦不受检查义务限制。^⑫而一旦明确交易双方是就正常品质商品进行买卖,那么经营者履行时存在欺诈行为的,即便是知假买假者亦可基于履行欺诈主张惩罚性赔偿。因为如前所述,履行中的欺诈行为一经做出,就构成了合同义务违反。

本文第四部分已详细论述区分模式对知假买假行为的引导作用。而采用履行欺诈处理知假买假问题,使得就《消保法》第55条第1款的欺诈行为为采“二要件”说已无必要。通过区分缔约欺诈与履行欺诈,知假买假问题足以在教义学体系内解决,亦使得《消保法》与《合同法》就欺诈行为的规制得以顺畅衔接。^⑬涉及缔约欺诈时,知假买假者未因欺诈陷入错误认识而不得救济;涉及履行欺诈时,仅需经营者有履行欺诈行为即可获惩罚性赔偿。

六、结论

欺诈行为不仅发生在合同缔结阶段,亦可能发生在合同履行阶段。履行欺诈的本质是合同义务的违反。此种违约行为不仅规避了违约救济的启动,且其即便被发现亦无法律后果。因而合同法一般救济无法遏制此类违约。尤其是在消费合同领域,消费者对于履行欺诈并不具有可行的预防或监督措施。因而基于消费者保护的目,为预防和遏制履行欺诈行为,《消保法》第55条第1款就欺诈行为的惩罚性赔偿亦应适用于履行欺诈。

实务往往将履行欺诈与缔约欺诈、瑕疵给付、告知义务违反混淆,导致法律救济的错误适用。涉及退还价款请求权,其应当与缔约欺诈区分。基于缔约欺诈而撤销与基于履行欺诈而解除,均可产生退还价款之效果,但二者适用条件并不相同。而二者并存时,则由消费者择一行使其有利的救济。涉及货物更换请求权,其应当与瑕疵给付区分。履行欺诈不适用三包政策的修理前置规则。涉及损害赔偿请求权时,其应当与告知义务违反区分。瑕疵给付的通知义务仅是瑕疵给付的衍生后果,不构成对知情权的侵害。唯有构成履行欺诈的,才可考虑瑕疵给付额外的赔偿问题。

基于缔约欺诈构建的《消保法》第55条第1款适用于履行欺诈时产生两个特殊问题:赔偿责

任的主体与惩罚性赔偿的基数认定。就责任主体的认定,经营者需对自己的履行辅助人之欺诈行为负责,就惩罚性赔偿承担不真正连带责任;而对生产者或其前手的欺诈行为并不承担此类赔偿责任。就赔偿基数的认定,在局部欺诈的情形中应当仅以实际损害的三倍为赔偿依据;构成根本违约的,则以合同价款的三倍为赔偿依据。此外,知假卖假者亦可基于履行欺诈诉请惩罚性赔偿。

本文的写作得益于薛军教授、贺剑助理教授、殷秋实副教授、余佳楠博士后、吴奕锋博士的指点与建议,在此谨表谢意。

注释:

①参见最高人民法院(2018)最高法民终12号。

②参见北京市第二中级人民法院(2008)二中民终字第00453号。

③参见最高人民法院(2019)最高法民申898号。

④参见陆青:《论消费者保护法上的告知义务——兼评最高人民法院第17号指导性案例》,载《清华法学》2014年第4期,第154页;万方:《我国〈消费者权益保护法〉经营者告知义务之法律适用》,载《政治与法律》2017年第5期,第154页。

⑤参见四川省高级人民法院(2005)川民再终字第40号。该案例被选入《人民法院案例》,2007年第8期。

⑥参见韩世远:《消费者合同三题:知假买假、惩罚性赔偿与合同终止》,载《法律适用》2015年第10期,第92页。该文简略提及履行中的欺诈是一种违约行为。

⑦参见韩世远、邢军:《彩票合同四题》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2005年第3期,第36页;徐志军、张伟伟:《欺诈的界分》,载《政法论坛》2006年第4期,第91—99页。

⑧Jean-Philippe DUNAND, Bruno SCHMIDLIN, Bénédict ZINIGER, Droit Privé Romain II. Obligations, Faculté de droit

de l'Université de Geneve, 2010, p. 61, 转引自叶名怡:《涉合同诈骗的民法规制》,载《中国法学》2012年第1期,第138页。

⑨《德国民法典》第826条可就缔约欺诈以提供救济;但合同履行中的欺诈,似不可适用该条, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Armbrüster, 8. Auflage 2018, BGB §123 Rn. 66—70。

⑩See Peter MacDonald Eggers, Deceit: The Lie of the Law, Informa Law from Routledge, 2009, p. 28; Magill v. Magill (2006) HCA 51; (2006) 231 ALR 277; Klass, Contracting for Cooperation in Recovery, Yale Law Journal 2 (2007)。

⑪即便认为我国违约责任采用严格责任,而出卖人的履行欺诈行为却考虑了行为人的过错,但这并不与违约责任体系冲突,参见陈自强:《民法典草案违约归责原则评析》,载《环球法律评论》第2019年第1期,第58—80页。

⑫参见[美]斯蒂文·萨维尔:《法律的经济分析》,柯华庆译,中国政法大学出版社2009年版,第91—92页。

⑬《合同法》第202条,第255条,第260条,第277条,第401条,第425条。

⑭Reeves v. Commissioner of Police for the Metropolis (2000) 1 AC. 360 at 367—368, per Lord Hoffmann.

⑮参见全国人大常委会法制工作委员会民法室:《中华人民共和国消费者权益保护法解读》,中国法制出版社2013年版,第279页;全国人大常委会法制工作委员会:《中华人民共和国消费者权益保护法释义》,法律出版社2013年版,第273页;吴宏伟:《21世纪法学系列教材:消费者权益保护法》,中国人民大学出版社2014年版,第148页;马一德:《消费者权益保护专论》,法律出版社2017年版,第241—245页;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,第106—110页。

⑯参见孙玉荣:《民法上的欺诈与〈消费者权益保护法〉第49条之适用》,载《法律适用》2005年第4期,第88—90页;董文军:《论我国〈消费者权益保护法〉中的惩罚性赔偿》,载《当代法学》2006年第2期,第69—74页;前注⑮,马一德书,第271页。

①参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期,第119—120页;杨立新:《〈消费者权益保护法〉规定惩罚性赔偿责任的成功与不足及完善措施》,载《清华法学》2010年第3期,第9—10页。例外的是,见前注⑥,韩世远书,第92页。

②参见[美]波斯纳:《法律的经济分析》(中文第二版,原书第七版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第132—133页。

③Keith N. Hylton, Punitive Damages and the Economic Theory of Penalties, 87 Georgetown Law Journal 421, 425—39 (1998).

④即A欺骗5次,才会失手1次,因而期望收益是4000元。此处为了论述便利,没有加入监管处罚对于履行欺诈方收益的影响。

⑤司法实务倾向于对远超实际损害的赔偿数额适用违约金酌减规则,参见姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,载《法学家》2017年第5期,第156页。但此类条款在英美法上很可能不构成惩罚性违约金,具体参见:H. G. Beale(ed.), Chitty on Contracts Vol. 1, 32nd ed., Sweet & Maxwell, 2015, pp. 1912—1921; Edwin Peel, Treitel on the Law of Contract, 14th ed., Sweet & Maxwell, 2015, pp. 1680—1698; Joseph Perillo, Contracts, 7th ed., West Academic Publishing, 2015, pp. 559—561。

⑥在美国法上,若此类条款被认定为惩罚性违约金,部分州亦承认履行欺诈的惩罚性违约金条款之效力,参见William S. Dodge, The Case for Punitive Damages in Contracts, 48 Duke Law Journal 629, 635—51(1999);在英国合同法上则存在争议, Kuddus v. Chief Constable of the Leicestershire Constabulary [2001]UKHL 29;[2002]2 A. C. 122 at(43)案认为留待将来解决;英国侵权法上,欺诈行为均可以取得惩罚性损害赔偿,参见James Edelman, Jason Varuhas, Simon Colton, McGregor on Damage, 20th ed., Sweet & Maxwell, 2017, p. 420。

⑦参见[美]波斯纳:《法律的经济分析》(中文第二版,原书第七版),蒋兆康译,法律出版社2012年版,第157页。

⑧George A. Akerlof, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Quarterly Journal of

Economics 488, 488—99(1970).

⑨英国法参见Michael A. Jones(ed.), Clerk & Lindsell on Torts, 21st ed., Sweet & Maxwell, 2014, p. 463;美国法参见Dan Dobbs, Paul T. Hayden, Ellen M. Bublick, Hornbook on Torts, 2nd ed., West Academic Publishing, 2015, pp. 863—864。

⑩指导性案例17号于2013年11月发布,新《消保法》也于2014年3月实施,其中新增特殊商品举证责任倒置规则,二者对于汽车销售纠纷案件的审理均具有重要影响。因而笔者以“消费者权益保护法欺诈汽车”检索该日期内的相关案例,共计291件。其中有155件或因经营者并无可争议的欺诈行为或涉及消费者资格认定或是重复案例等与本文问题无关,所以此处仅136个相关案例。部分案件的再审或终审判决仅涉及认可原审判决,对于此类案件,笔者则将原审判决的说理认定为该法院的立场。实际上,由于裁判文书于2014年后才要求公开,2014年以前的此类案例仅有8件。

⑪余下9件缔约欺诈案件中有5件涉及二手车或展示车买卖。

⑫参见王利明:《合同法研究》第一卷,中国人民大学出版社2015年版,第681页;韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第253—255页。德国法部分参见[德]汉斯·布洛克斯、[德]沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学出版社2014年版,第190页。英美法部分参见Smith v. Kay(1859)7 H. L. C. 750; DCFR: Christian von Bar, Eric Clive(ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Oxford University Press, 2010, pp. 521—524; PECL: Ole Lando(ed.), Principles of European Contract Law, Kluwer Law International,(2003), pp. 252—254。但法国法存在相反的实践,参见Reinhard Zimmerman, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press, 1996, pp. 672—673。

⑬参见上海市高级人民法院(2018)沪民申201号。虽然该案判决不予解除,但其在欺诈认定上依然采用的是《民通意见》68条。

⑩参见朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第280页；[德]汉斯·布洛克斯：《德国民法总论》，张艳译，中国人民大学出版社2014年版，第189页；Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Armbrüster, 8. Auflage 2018, BGB §123, Rn. 38–39; H. G. Beale(ed.), Chitty on Contracts Vol. 1, 32nd ed., Sweet & Maxwell, 2015, p. 671, 734; John Cartwright, Misrepresentation, Mistake and Non-Disclosure, Sweet & Maxwell, 2016, pp. 31–34。

⑪ Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Armbrüster, 8. Auflage 2018, BGB §123 Rn. 98, 101, “如果除撤销外，还主张替代给付的损害赔偿 (§281, §283)，则应当解释为，其只是想要拒绝履行合同，而不是想要撤销合同”。

⑫缔约过失通常仅能支持信赖利益赔偿，但部分情形信赖利益的数额恰好等于履行利益。有学者讨论合同撤销是否可赔偿履行利益。但该文并未涉及两类欺诈的区分，参见尚连杰：《合同撤销与履行利益赔偿》，载《法商研究》2017年第5期，第90—100页。

⑬《部分商品修理更换退货责任规定》第10条；《移动电话机商品修理更换退货责任规定》第12条；《微型计算机商品修理更换退货责任规定》第10条；《家用视听商品修理更换退货责任规定》第13条。

⑭参见重庆市高级人民法院(2018)渝民再84号。该案即为出卖人没有检查车辆导致消费者遭受欺诈。

⑮可参见英美法上相关讨论：Cottee v. Douglas Seaton(Used Cars)Ltd[1972]1 W. L. R. 1408; R. v. Ford Motor Co Ltd.[1974]1 W. L. R. 1220。

⑯参见湖北省高级人民法院(2018)鄂民再90号。该案中实际损害与最终赔偿额相差10倍。法院认为需要考虑对消费者心理的影响。但违约责任并不应考虑守约方因违约而遭受的挫败感。

⑰波斯纳论述了以相符性义务、品质保证规制相较于告知义务规制的优势，参见[美]波斯纳：《法律的经济分析》(中文第二版，原书第七版)，蒋兆康译，法律出版社2012年版，第159—160页。

⑱参见缪宇：《类型化视野下的医疗机构告知义务》，载《北大法律评论》2017年第1期，第146—175页。

⑲以“消费者 知情权 瑕疵”为关键字，在北大法宝就最高人民法院与高级人民法院相关案例全库检索自2014年1月1日至2020年4月30日的案例，共计民事案例46件。涉欺诈案件36件，其中汽车买卖纠纷28件。非欺诈类案件10件均未见对侵害知情权之损害给予额外赔偿。由于标的额差异，检索高级法院案例可能存在数据偏差，笔者亦以同样关键字检索2018年1月1日至2018年12月31日全国中级人民法院案件，共计210件，涉欺诈案件136件。在非欺诈案件中，未见瑕疵给付时就侵害知情权进行赔偿。

⑳参见安徽省高级人民法院(2017)皖民再46号；四川省高级人民法院(2019)川民申3379号。

㉑参见辽源市中级人民法院(2017)吉04民终609号；武汉市中级人民法院(2015)鄂武汉中民商终字第2111号。

㉒See Ewan McKendrick, Contract Law, 11th ed., Palgrave Macmillan, 2015. p. 337.

㉓综述性的分析参见杨志利：《惩罚性违约金的经济分析》，载《北大法律评论》2010年第2期，第635—651页。此处所涉及的极大背离实际损害的违约金，若符合预防目的的违约金，则为该文中所支持的类型。

㉔See Edlin, Aaron S., and Alan Schwartz, Optimal Penalties in Contracts, Chicago-Kent Law Review 33,33–54(2003); Aristides N. Hatzl, Having the cake and eating it too: efficient penalty clauses in common and civil contract law, International Review of Law & Economics 381,381–406(2003)。

㉕参见最高人民法院民事审判第一庭：《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的理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第175—176页。

㉖英国法参见：James Edelman, Jason Varuhas, Simon Colton, McGregor on Damage, 20th ed., Sweet & Maxwell, 2017, pp. 434–436; 美国法参见：Dan Dobbs, Paul T. Hayden, Ellen M. Bublick,

Hornbook on Torts, 2nd ed., West Academic Publishing, 2015, pp. 866–867。

④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，第114—119页。

④See A. Mitchell Polinsky & Stevet Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, 111 Harvard Law Review. 869(1998).

④此处的61件案例不包括在上文统计的136件案件中。这61件案例大部分为消费者知情，后又反悔索赔全车价款三倍的案件。亦有消费者故意轻微损坏车辆外观进行索赔的案件。

⑤参见杨立新：《消费欺诈行为及侵权责任承担》，载《清华法学》2016年第4期，第67—84页。

⑤参见肖顺武：《论消费者权益保护法的谦抑性》，载《法商研究》2019年第5期，第148—151页。

⑤综述性分析参见：Richard Craswell, Deterrence and Damages: The Multiplier Principle and its Alternatives, 97 Michigan Law Review 2185–2238(1999)。

⑤详细论述见本文第五部分。

⑤See Polinsky, A. Mitchell, and D. L. Rubinfeld, The Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability, 17 The Journal of Legal Studies 151, 151–164(1988); Mitchell Polinsky, Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al., 26 The Journal of Legal Studies 663, 675–76(1997)。

⑤参见熊丙万：《法律的形式与功能——以“知假买假”案为分析范例》，载《中外法学》2017年第2期，第300—339页。

⑤以下三种解释涉及标的物瑕疵时，买卖法救济体系中的瑕疵担保，特别允诺(品质保证)、债务不履行关系的问题。此买卖法一般问题，本文无法详细展开，与此相关的内容参见陈自强：《契约违反与履行请求》，元照出版社2015年版，第67—88页，Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Clarendon Press, 1996, pp. 308–310; Christian von Bar, Eric Clive(ed.), Principles, Definitions

and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Oxford University Press, 2010, pp. 1298–1336, 1418–1427, esp. comments. D, M. Bridge(ed.), Benjamin's Sale of Goods, 19th ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp. 561–562; Ingeborg Schwenzer(ed.), Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods, 4th ed., OUP Oxford, 2016, pp. 613–614; Handkommentar–BGB/Ingo Saenger, 10. Auflage 2019, BGB §443 Rn. 1–4; Nils Jansen and Reinhard Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press, 2018, p.2010。国内有学者注意到这一问题与知假买假存在关系，但其解释并非基于本文的路径，与本文差异较大，参见尚连杰：《“知假买假”的效果证成与文本分析》，载《华东政法大学学报》2015年第1期，第81—91页。

⑤MüKoBGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB §442 Rn. 1–5; HK–BGB/Ingo Saenger, 10. Aufl. 2019, BGB §442, Rn. 5.

⑤Geoffrey Woodroffe, Christian Twigg–Flesner, Chris Willett, Woodroffe & Lowe's Consumer Law and Practice, 10th ed., Sweet & Maxwell, 2016, pp. 244–263.

⑤瑕疵担保涉及《德国民法典》第442条为法定责任，而特别允诺则涉及第443、444条为约定责任，具体参见：Handkommentar–BGB/Ingo Saenger, 10. Auflage 2019, BGB §442 Rn. 6, §443 Rn. 1–4, 12–14, §444 Rn. 4–8; Handkommentar–BGB/Ingo Saenger, 10. Auflage 2019, BGB §442 Rn. 6, §443 Rn. 1–9, §444 Rn. 1–9, 英美法及CISG, DCFR, PECL等参见前注综述。

⑤Christian von Bar, Eric Clive(ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference, Oxford University Press, 2010, pp. 1418–1433, 参见黄立：《民法债篇各论·上册》，中国政法大学出版社2003年版，第46—57, 59页。

⑤全国人大常委会法制工作委员会民法室，见前注⑤，第93页；类似规制与论证逻辑参见M. Bridge(ed.), Benjamins Sale of Goods, 19th ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp. 531–537; Geoffrey Woodroffe, Christian Twigg–Flesner, Chris Willett, Woodroffe & Lowe's Consumer Law and Practice, 10th ed., Sweet &

Maxwell, 2016, pp. 108-113; 此处的经济效率分析参见 Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2014, pp. 161-163。

②韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第555页。

③前注②,韩世远书,第164,205页。

④M. Bridge(ed.), *Benjamin's Sale of Goods*, 19th ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp. 553-557. 此处详细地论述了买卖合同下商品品质的确定原理,尤其是自助购物时的情况。

⑤《合同法》第158条,第2款第2句后段;《中华人民共和

国民民法典》第621条第2款第2局后段。

⑥《合同法》第158条,第3款;《中华人民共和国民法典》第621条第3款。

⑦过往教义学解释路径被认为存在自我矛盾或者难以处理这一有中国特色的问题,参见熊丙万:《中国民法学的效率意识》,载《中国法学》2018年第5期,第95页;姚佳:《中国消费者法理论的再认识——以消费者运动与私法基础为观察重点》,载《政治与法律》2019年第4期,第134页;葛江虬:《“知假买假”:基于功能主义的评价标准构建与实践应用》,载《法学家》2020年第1期,第162—163页。

On Fraud in Performance in Consumer Protection Law

Hong Guosheng

Abstract: The existing research of Article 55, paragraph 1 of the Consumer Rights Protection Law focuses on fraud inducing contracts while neglecting fraud in performance. Fraud inducing contract involves the judgment of contract effectiveness, which is handled by the defect of declaration; fraud in performance is a breach of contract, which is handled by the liability for contract breaching. However, when it comes to consumer contracts, conventional remedies for breach of contract have no deterrent effect on the fraud in performance. For the purpose of consumer protection, fraud in performance should also be regulated by consumer protection law. In the case of fraud in performance, the treatment of remedies such as restitution, replacement of goods, damages, and punitive damages are unique. In judicial practice, fraud in performance is often confused with fraud inducing contracts, defective performance, and violation of notification obligation, which leads to errors in the application of law. Based on analyzing of the whole sample of automobile sales cases heard by the Higher People's Court and the Supreme People's Court from 2014 to 2020, this paper discusses in detail the fraud in performance in the field of consumer law. In addition, by distinguishing two types of fraud, the issue of "intentional purchasing of defective goods" can be dealt with in the framework of legal dogmatics without resorting to the external system.

Key words: Fraud in Performance; Automobile Sales Dispute; Partial Fraud; Punitive Damage; Intentional Purchasing of Defective Goods