

重大误解中的过错要素

——意思自治与信赖保护之平衡

王天凡

【摘要】在重大误解制度中,过错的主要表现形式是过失。依据意思表示错误中表意人和受领人的过错对撤销权及损害赔偿的影响,可以将不同国家和地区的立法分为相对人过错要件型、过错排除撤销型、过错非要件型以及过错赔偿要件型四种主要模式。我国法上重大误解之撤销权及损害赔偿的法律效果,应基于双方不同的过错情形,作出不同解释:第一,撤销权之享有不应以发生错误一方主观上无过错为要件,《总则编解释》第19条第2款之但书亦不应包括表意人主观上存在过失的情形。第二,《民法典》第157条应作限缩解释,排除发生重大误解的表意人在赔偿责任上的过错要件。第三,若双方对错误之发生均无过失,亦无可归责性,则应适用风险分配规则,由表意人承担赔偿责任;但若错误的发生可归责于相对人,则表意人可免于赔偿。第四,相对方不存在合理信赖,应构成损害赔偿的排除事由,但双方都存在重大过失时,不排除发生错误一方的赔偿责任。

【关键词】重大误解;撤销权;信赖保护;过失;损害赔偿

【作者简介】王天凡,北京航空航天大学法学院副教授。

【原文出处】《中外法学》(京),2023.2.445~462

【基金项目】本文受国家社科基金项目“民法错误论的继受与本土化研究”(项目编号:14CFX071)和“中国人民大学习近平新时代中国特色社会主义思想研究工程”(项目编号:22XNQ003)课题支持。

一、问题的提出

在世界各主要国家和地区的民法错误制度中,过错(过失)要素的“地位”不尽相同。主要涉及两方面:一是在错误是否可撤销的问题上,有的国家和地区规定表意人若对错误的发生存在过失(或重大过失),即不可撤销其意思表示;二是在撤销后的赔偿问题上,有的国家规定仅在表意人主观有过失时才须赔偿,也有不以过失为要件者。相对人一方的过错涉及错误是否为相对方明知或应知以及是否“由相对人所导致”的问题,并且在法律后果上也可能对错误的撤销权及赔偿产生影响。双方都无过失或都有过失的情形,对于错误一方的撤销权、相对方的信赖保护及损害赔偿也都会产生不同的影响。对不同的过错情形如何处理,是各国立法者价值判断的重

要体现。在我国《民法典》中,错误制度以“重大误解”进行表述(第147条),但未明确其构成要件,因而也就完全未处理表意人或受领人过错的“地位”问题。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称《总则编解释》)对重大误解的构成(第19条)及其撤销后效果(第23条)的规定也未对过错问题明确处理。在立法者沉默的情况下,司法解释在这一问题上继续保持沉默。^①这种沉默应当如何解释,是否属于法律漏洞?过错要素对于撤销权及损害赔偿应当产生何种影响?

司法实践中,有不少由于表意人一方过错而否定其构成重大误解或致使其丧失撤销权的案例,^②亦有部分判决似乎认为过错与重大误解互相排斥。^③

有的判决在确认表意人存在重大过失后,“考虑交易相对方的交易安全”而否定了重大误解。^④最高人民法院对此并未直接回应,但曾在部分裁判的说理部分指出,发生重大误解的行为人多数存在主观过失。^⑤在损害赔偿方面,许多情况下仅在利息请求上,基于发生错误一方主观存在过错而不予支持。^⑥至于相对方有过错,甚至不存在合理信赖,是否对发生错误一方的损害赔偿构成影响,我国司法实践中论理相对较少。^⑦在具体案件中即使有“大量购买”“不合理低价”等因素,在损害赔偿等方面也很少被考虑。^⑧

由此可见,关于表意人或相对人的过错对重大误解的撤销权以及撤销后损害赔偿的影响,司法实践的认识较为混乱,法律适用不统一。这当然与法律规定的“未言明”有关,但理论建构的不足也是其中重要的原因。伴随着《民法典》的编纂,近年来学者对重大误解制度的关注有所增加,但对过错因素的调整功能着墨不多。在已有研究中,有学者主张表意人存在重大过失时即应排除其撤销权,^⑨也有学者持相反观点。^⑩在撤销的后果方面,有学者主张信赖责任的独立性,^⑪也有学者为此引入风险归责制度。^⑫总体看来,相对于重大误解制度所引发的关注度,过错这一直接影响撤销权与损害赔偿的重要问题反而一直是研究之“洼地”。

本文首先以类型化方法对不同国家和地区的规则进行区分,梳理不同规范建立的背景与基础,进而分析不同模式对当事人权利义务的分配,探讨何种

安排在价值判断上更为合理,并对我国的现行规定提供可能的解释路径。

二、典型规制模式

在民法错误制度中,过错的主要表现形态是过失,而与过失相关的可能情况包括:仅表意人一方过失、仅相对人一方过失、双方都无过失和双方都有过失等情形。^⑬就过失在意思表示错误制度中的定位及其对双方当事人权利义务所发挥的调整功能而言,主要大陆法系国家(地区)的立法(如下表所示)呈现出不同的规范形态。

根据表意人及受领人的过错在意思表示错误中,对撤销权以及损害赔偿的影响,主要大陆法系国家(地区)的立法规则可以分为相对人过错要件型、过错排除撤销型、过错非要件型以及过错赔偿要件型等四种主要模式。不同的模式既反映出各立法者在当时主流法哲学思想影响下的不同观念,也体现出不尽相同的价值判断。据此可知彼时彼国之立法者如何以过错为一“变量”,而平衡表意人之撤销权与相对人之信赖保护。

(一)相对人过错要件型

这种模式以奥地利为主要代表,即表意人一方发生了错误,其撤销权的享有须以相对方有过错而不值得被保护为要件,在这一环节不考虑表意人自身主观上是否有过错。《奥地利普通民法典》第871条规定,对于具有重要性的错误,仅在错误是由相对人引起,或者错误在该情事下是显而易见的,或者发生错误一方已及时澄清(且须相对方虽然信赖合同之

表1 代表性国家(地区)当事人过错在错误制度中的影响

	表意人过错		相对方过错	
	是否影响撤销	是否赔偿要件	是否影响撤销	对赔偿的影响
奥地利	否	是	是	与有过失
日本	是(重大过失)	是(有力说)	是(*)	与有过失
法国	是(过失)	是	否	与有过失
德国	否	否	否	排除要件、与有过失
中国	否	是	否	与有过失
中国台湾地区	是(未言明何种过失)	否	否	排除要件、与有过失

[*]要求重大过失,作为因表意人重大过失不得撤销之例外。

有效成立,却尚未为其做任何准备)的情况下,该意思表示才不对表意人产生拘束力。由此,发生错误的表意人的主观状态在此根本不是立法者关注的重点,无论其是否存在过失均不影响撤销权。唯一重要的是相对人是否存在合理之信赖,如果相对人存在合理信赖,则表意人原则上无撤销之余地。除奥地利之外,《意大利民法典》第1428条也规定:“当错误是本质性的,并为缔约另一方可识别时,错误是契约得被撤销的原因。”此外,在《匈牙利民法典》第210条、《波兰民法典》第84条第1款及美国《合同法重述(第二次)》第153条有关单方错误的规定中都做了类似的处理。同时,依据《奥地利普通民法典》第877条,合同被撤销后的返还责任也不考虑过错问题;但基于错误撤销的损害赔偿责任则须以过错为要件。^⑩

奥地利的这一立法模式较为靠近“表示主义”,亦即倾向于保护交易安全。这一选择体现了其立法时的主流思想和法律传统。在欧洲大陆,从注释法学至自然法时期,都受到亚里士多德行为理论的影响,当时普遍认为,一项有错误的行为不可归责于行为人,因而不是不生效力的。^⑪这一看法在自然法学家那发生了“突变”,^⑫1812年《奥地利普通民法典》第871条即是受到了自然法运动的影响,认为发生错误一方仅在相对人不存在合理信赖或不值得被保护的情况下方可撤销,反之,如果相对人存在合理之信赖,则意思表示不得被撤销,表意人需负履行合同之义务。而若得以撤销,则表意人仅须基于过错而对相对方的损失负损害赔偿责任。这一规定延续至后来经修订的《奥地利普通民法典》而一直未发生实质性变化。

(二)过错排除撤销型

这一类型以法国、日本和我国台湾地区等为代表。此模式下规则的共性在于,若表意人对其意思表示的错误存在主观上的过失,将可能排除撤销权的适用。各国和地区的立法仅在何种程度之过失足以排除撤销权的规定上有所差别。如2016年经债法

改革修订后的《法国民法典》第1132条关于“不可原谅的错误”不应被赋予撤销权的规定,学界通说及司法判决均认为“不可原谅”所指的主要就是表意人主观存在过错的情形,且无须达到重大过失,只需轻过失即为已足。^⑬2017年新修订的《日本民法典》第95条第3款规定,错误乃因表意人之重大过失所致时,除非有例外情形,否则不得主张撤销,而“相对人知道表意人存在错误,或因重大过失而不知”即为此例外情形之一。另外,我国台湾地区“民法”第88条也规定,可撤销的错误以“非由表意人自己之过失者为限”。与日本民法不同的是,其并未言明过失是否限于“重大过失”。

在这种模式下,各国和地区针对损害赔偿问题的规定却并不一致。依据《法国民法典》,合同无效后,受有损害的缔约人可以依据合同外责任一般法的规定请求损害赔偿(第1178条第3款),亦即以过错为损害赔偿责任承担的要件(第1241条)。《日本民法典》并无明文规定在无效之后发生何种法律后果,学说对此有争议,有认为无特别规定即无须赔偿者,但现今多数说认为应适用缔约过失责任或侵权责任,即(排除表意人存在重大过失而无法主张的情形)若是表意人对错误的发生存在轻过失,则应对相对人负赔偿责任。^⑭我国台湾地区“民法”第91条在法律后果的规定上与德国民法相同,即表意人对相对人或第三人的赔偿责任不以其过错为前提。

从“过错排除撤销型”的立法思路而言,其实际是修正(通过排除有主观过错的表意人之撤销权)的“意思主义”。虽然与《奥地利普通民法典》同属于受启蒙思想影响的民法典,1804年的《法国民法典》在错误制度上却依旧沿用着罗马法传统下的“不可原谅的错误”的概念(2016年修订后的《法国民法典》第1132条依然维持了这一概念的使用),把表意人一方的过错作为排除其基于错误的撤销权的事由。^⑮日本“明治民法”比较明显地体现出对《法国民法典》和《德国民法典第一草案》的继受,也确立了“表意人有重大过失时不得主张无效”的规则(修订前第95条但

书)。^③《日本民法典》中关于错误制度的规定在2017年进行了重大修改,体现了明显的“折中性”特点:一方面依旧维持了表意人对错误的发生存在重大过失时,排除其撤销权的规则,但另一方面又在这一排除规定之下再设但书,作为对“排除撤销权”的限制,即当(一)相对人知道表意人存在错误或因重大过失而不知时,或者(二)相对人与表意人陷于同一错误时,表意人仍享有撤销权。我国台湾地区“民法”在其制定之时虽然更多是以德国民法为蓝本,但也很程度上受到法国、日本等国家民法的影响。^④

(三)过错非要件型

这一模式以德国为代表,在此模式下,过错既不影响撤销,亦非赔偿之要件。根据《德国民法典》第119、122条,无论表意人对于错误的发生是否存在过失,均不会导致其丧失基于意思表示错误的撤销权;与此同时,在意思表示被撤销后,表意人向相对人或第三人进行赔偿也不以其主观存在过错为要件。

在《德国民法典》的讨论与制定期间,意思表示错误制度与过错之间的关联一直都是理论与实务关注的要点之一。在萨维尼看来,内在意思本身是一项意思表示发生效力的原因,如果表示背后实际上并不存在相对应的意思,则该意思表示不能引起法律后果。^⑤至于表意人主观上是否存在过错并不重要。^⑥但到了19世纪后半叶,被认为是意思主义代表人物的齐特尔曼(Ernst Zitelmann)、温德沙伊德(Bernhard Windscheid)等人在过错问题的观点上都纷纷背离了萨维尼的理论,转而主张对表意人主观上存在过错的错误不予保护。^⑦《德国民法典第一草案》也正是在这一观点主导下制定而成。该草案第99条规定,如果表意人是由于重大过失而导致错误,则该意思表示应为有效。其第2款同时规定,若表意人存在轻过失,则须对意思表示的受领人进行损害赔偿;但是无论存在重大过失或轻过失,只要意思表示的受领人明知或应当知道错误的存在,皆不发生上述后果。^⑧从规则上看,《德国民法典第一草案》正是“过错排除撤销型”。在第一草案出台之后,第99条规定

即遭到了许多学者的批评和反对,^⑨而第二草案即最终通过的《德国民法典》第119条未循此路,转而在撤销端与赔偿端均排除了对过失的考量,使得表意人不因主观存在过失(甚至重大过失)而丧失错误的撤销权。有学者认为,立法者在从第一草案到第二草案的过程中,日渐丢失普通法传统,在第一草案中,至少还有如契约种类错误之类的普通法上的错误类型存在,也考虑了过错的影响,但在第二草案中,这两个普通法因素几乎全都消失了。^⑩

另一方面,《德国民法典》《立法理由书》和《德国民法典》第122条均明确:善意相对人具有一项不容拒绝的请求,不知意思表示因为错误可撤销而信其有效,由其信任不应导致损害。即无论表意人是否存在主观过错,对相对人因信其意思表示有效而发生的损害须负赔偿责任。反之,若相对人非善意,即明知或因过失而不知(应知)无效或可得撤销之原因,则表意人不负损害赔偿赔偿责任。亦即肯定了在相对人不具有合理信赖的情形下,表意人可免于赔偿。

(四)过错赔偿要件型

这一模式以瑞士及我国为代表,认为表意人对于发生错误的意思表示存在过错亦不影响撤销权,且仅在表意人存在过失时才须对相对人进行赔偿。根据《瑞士债法典》,表意人不会由于对错误的发生有过失而不得主张不受契约拘束,^⑪这一点与德国法相似;但根据其第26条,表意人仅在有过失时才须向相对人赔偿其损失。《瑞士债法典》的一个重要特点——也是由瑞士的地理位置和各邦传统所决定——是其既受到德国法的影响,也受到法国法的影响。^⑫《瑞士债法典》第26条规定,错误是因为撤销合同一方之疏忽造成的,撤销合同的一方应当赔偿因撤销合同给对方造成的损失,但对方当事人知道或应当知道的除外。学者多数认为该条的规定并不是依据侵权责任的思路,而是根据合同赔偿请求权的思路而制定,这主要是基于耶林(Rudolph von Jhering)的缔约过失责任理论。^⑬我国《民法典》第147条未明确界定何为重大误解及其构成要件,亦未明确规定排除撤销

权的要件。《总则编解释》第19条也并未就表意人一方过错进行规定,因此可以理解为发生错误一方即使存在过错亦并未排除其撤销权。在撤销之后的赔偿问题上,我国《民法典》第157条延续原《民法通则》和《合同法》的规定,仅在表意人有过错的情况下才向对方承担赔偿责任。我国《民法通则》在这一问题上的规定除了可能对瑞士债法的借鉴之外,^⑩更可能同时受到彼时苏俄民法的影响。^⑪

三、规则选择的价值判断

不同立法模式何以出现?除了上述各国和地区立法之时受各自法律传统、主流学说的影响之外,也体现出立法者借助“过错”这个变量,对错误制度的核心问题——表意人撤销之自由与相对人信赖保护之间的取舍与平衡——所表达的价值判断。而不同的模式在各具体问题的处理上如何考量?是否以及如何体现其合理性?

(一)表意人过失作为撤销权的阻却要件?

上述四种类型中,仅“过错排除撤销型”模式的法国、日本及我国台湾地区等以表意人的(重大)过失作为排除其撤销权行使的因素。在这一模式下,表意人对于错误的发生有(重大)过失,则其意思表示即不得撤销。如此处理是否具有合理性?对于这个问题,应有以下几个层面的考量:

首先,正如前述,错误制度中核心的“矛盾”在于表意人发生错误后的撤销权和对相对人的信赖保护。因此,对表意人撤销权进行限制的根本理由或曰正当性应是相对方存在值得保护的信赖。正如德国学者在针对《德国民法典第一草案》的讨论中指出的,在这一问题中,发生错误一方主观上是否具有过错以及过错的程度其实并不重要,甚至完全可以“忽略”。^⑫恩内塞鲁斯(Ludwig Enneccerus)认为,在错误一方有过错的情况下,也不应以公平为由而维持交易的有效性,若如此,其真正的原因只能是基于一种“惩罚”的视角。但是,这种情况下私主体之间惩罚的规则并没有正当性,而只应该适用损害赔偿。^⑬若仅因为表意人主观上对错误的发生存在过失,尤其

可能只是轻过失的情况下(如法国等规定)就使其不得撤销,甚至不考虑相对人是否为信赖意思表示有效而有所投入,这种处理方式缺乏合理性,对相对人的保护与可能对表意人造成的负担不成比例。

其次,发生意思表示错误的表意人一方鲜有主观上完全不存在过失的情形,如果规定表意人存在过失即丧失撤销权,可能在很大程度上使得错误制度失去其调整功能。尤其是对于笔误、口误等最典型的表示错误,实践中表意人极少有不存在过失的情形。若按照“过错排除撤销型”的规则,极有可能导致表意人丧失基于错误的撤销权。《日本民法典》在2017年关于错误制度的修订中增加了“例外中的例外”,以“相对人知道表意人存在错误,或因重大过失而不知”的规定作为例外,使表意人虽有重大过失仍得撤销,即以相对人明知或应知缓和了表意人不得撤销的严苛。同时,该修订体现出,立法者的价值判断及对前述错误制度中核心问题的态度修正:若相对人不存在值得保护的信赖,则即使是表意人有重大过失,亦可撤销其意思表示。我国台湾地区学者也意识到过失排除撤销权在实务中的困境,有学者试图通过扩张解释我国台湾地区“民法”第91条而适用于第88条,来缓和表意人由于“过失”丧失撤销权这一过于严厉的法律后果。^⑭也有学者试图引入德国民法可归责性的概念,以“可归责性”替换“过失”,将“非由表意人自己之过失”和“不可归责于表意人”相等同。^⑮这两种方案都是试图通过解释的方法来缓和“过失排除撤销”规定的强度,但效果均有限。前者突破了现有规则的文义与体系,难以完成制定法体系强制所要求的论证义务。^⑯后者也有制度混淆之嫌,^⑰可能会导致逻辑体系上的混乱,而当事人之间权利义务失衡之困境亦并未得到缓解。

再次,“过错排除撤销型”模式在实践中应当如何界定“过失”,是学界及司法实务界长久之痛点。^⑱在具体案情中认定重大过失与具体轻过失并非容易。巴尔(Otto Bahr)认为,对主观过错程度的区分将教义学彻底带入了深渊。^⑲在日本和我国台湾地区,

对于司法实践中究竟应如何认定足以导致表意人丧失错误撤销权的过失的问题,一直存在诸多争论和批评。尤其在我国台湾地区,本身还受其“民法”第88条第1款但书规定不清晰的影响。我国台湾地区主流学说认为,^①该但书规定来源于日本“明治民法”第95条,所不同的是,我国台湾地区“民法”中并未界定为何种过失。对此,司法判决莫衷一是。在现有台湾地区法院对于表意人“过失”进行界定的判决之中,有的明确否定了抽象轻过失标准,^②有的明确采用了具体轻过失的标准。^③但是在更多的时候,法院对此处过失的含义是完全回避而不加界定。^④规则的不清晰导致实践中法院对类似案件经常做出不一致的判决,而当事人之间权利义务的划分也难以得到可预测的结果。^⑤这样将导致对错误制度裁判的难度叠加,而稳定性与可预测性降低。对于立法不清及由此导致的实践不一的情形,学界亦观点纷呈,至今尚未达成共识:有主张为重大过失者,^⑥也有主张为轻过失者,其中又分为抽象轻过失说^⑦与具体轻过失说^⑧两种观点。

(二)表意人过失作为赔偿之要件?

上述四种模式中,规定撤销后的损害赔偿不以表意人的主观过错为要件的,除了“过错非要件型”中的典型代表德国之外,还包括“过错排除撤销型”中的我国台湾地区。虽然《德国民法典》第119条不考虑相对人是否有合理信赖,也不考虑表意人是否存在重大过失都依然赋予表意人撤销权,但其同时基于信赖利益保护在第122条对错误一方课以了较为严格的损害赔偿义务,不考虑表意人主观是否有过错,只要相对人或第三人因信赖该意思表示有效而受有损害即产生损害赔偿的请求权。唯有如此,在意思自治与信赖保护之间才有平衡可言,即一方面基于对意思自治的尊重,对于错误的撤销权的赋予不以表意人的主观无过错为要件;但另一方面,基于信赖保护,撤销后的损害赔偿责任也同样不以过错为要件。由此,在表意人撤销权层面的宽松可以通过在赔偿层面的“广谱”而得到调和,不至于对相

对方过苛。

虽然实践中表意人大多对于错误的发生都存在一定的主观过错,但不能避免在个别情况下,表意人对错误的发生确实毫无过错。在此,错误制度中核心的“矛盾”最为凸显。在表意人本身并无过错,而相对方之信赖亦为合理之时应如何处理?“过错排除撤销型”中,依据《法国民法典》的规定,合同无效后,以过错(第1241条)为承担损害赔偿责任的要件。但这一规则在错误制度中其实几乎没有适用余地,因为若表意人对错误的发生有过错,则其根本不能撤销。但在此也同时留下了“表意人无过错即可撤销且无须赔偿”而使相对人受损害的问题。稍显复杂的形态是现行日本法的规定。按照修订前的《日本民法典》第95条,表意人对相对人损害的赔偿性质被认定为缔约过失责任或侵权责任,^⑨在表意人有轻过失时,错误意思表示可撤销,并需给与相对人赔偿;但是如果表意人无过失,则意思表示可撤销但不需给与赔偿。^⑩修订后的《日本民法典》在表意人基于错误撤销而导致损害赔偿的请求权基础上,并未设置新的条文,学说仍认为其性质为缔约过失责任或侵权责任。因此在表意人无过失而意思表示受领人亦无过失的情况下,相对人即使有损害亦仍无法获得赔偿。

在此必然将涉及信赖保护这一宏大主题。在萨维尼的理论下,表意人若发生错误,那么外在表示欠缺与其对应的“真意”,法律行为也就丧失了效力依据。并且,如果相对人因此而受有损失,表意人并无赔偿责任。温德沙伊德等对意思主义进行些许修正而使相对人请求损害赔偿成为可能。但其实在《德国民法典第一草案》出台之前,德国民法的理论和实务的发展中都已经出现了较为明显的信赖保护的思想。^⑪此尤其体现在著名的“电报案”所引发的学界讨论中。耶林的缔约过失理论,虽然是建立在罗马法及德国普通法传统下对侵权责任的严格限定(仅适用于物之损害而并不包括其他财产上损失)的基础上,但在其理论中所界定的“过失”其实已非传统

意义上的过失,而是更类似于一种引起危险的责任。根据耶林的观点,电报传输错误的风险即等同于过错。这样一来,至少在表示错误的责任问题上,过错责任实际上就被扩大到了风险责任,这体现了较为明显的对善意相对方之信赖保护的思想。^④在损害赔偿问题上,第一草案的观点——若表意人存在轻过失,则虽可不受其意思表示拘束,但须对意思表示的受领人进行损害赔偿——受到了普遍的反。对。^⑤多数学者抛弃了(以过错为要件的)“侵权责任”的立足点,认为应将基于错误的损害赔偿的责任基础与过错相脱离,而是旨在保护交易安全和信赖利益。^⑥由德国法管窥,可见对于错误撤销后的损害赔偿的规定经历了几个阶段,从最初的表意人完全不需负损害赔偿责任,到第一草案缔约过失责任理论下的“过失赔偿要件型”,再到最终将表意人的损害赔偿赔偿责任与过失相脱离而确立“过错非要件型”。《德国民法典》第122条的规定被认为是实定法中对信赖责任予以确认的突出例证。^⑦

这里要特别指出的是,“过错赔偿要件型”中的《瑞士债法典》虽然在第26条第1款明确规定,以错误一方的疏忽作为赔偿损失的要件。但在实务中,瑞士联邦法院在对错误方的行为进行判断时,采取了严格的标准,^⑧因此在实践中该规定运行的效果与德国区别不大。有学者指出,这种做法的原因是瑞士债法(规定有过失才需赔偿)相比起如德国法等立法例而言,明显较有利于错误一方。^⑨反观我国规定,如果表意人发生意思表示错误,但其自身无过失,则在撤销之后,对善意相对人不负担赔偿责任,这其实是让善意的相对方承担了表意人错误的风险。^⑩从价值衡量上看,“过错非要件型”的做法确能较好地平衡保护双方当事人的利益。

在双方都无过错的情况下,应适用风险分配的规则,使风险的造成者和可能的控制者负担对相对方造成损失的风险,并予以赔偿。具体而言,错误意思表示风险的造成者和可能的控制者都是表意人。在表意人因错误的撤销而使其不再受意思表示拘束

的情况下,善意相对人基于合理信赖而产生的损失,即应由表意人负担。因为在双方都无过错的情况下,意思表示的受领人相对于表意人一方而言无论如何都更不具有可归责性。^⑪如此既与民法体系中风险负担的规则相协调,也符合意思自治的本质要求。

(三)相对人过错是否影响撤销或赔偿?

在许多国家的立法中,还规定了错误是否为对方当事人明知或应当知道(或因重大过失而不知),即对方当事人不存在合理信赖的情形。其中,“过错排除撤销型”中的日本和“相对人过错要件型”都是将相对人不存在合理信赖作为“撤销端”中的“变量”而考虑。^⑫与此相对,“过错非要件型”的德国模式,则是将相对人的明知或应知作为表意人免于赔偿的事由,即“赔偿端”的“变量”。

在“相对人过错要件型”中,多数国家规定仅在相对人明知或应当知道该错误,或错误正是由相对人(通过提供或告知不正确信息等方式)所引起等相对人不存在合理信赖的情形下,表意人才能行使错误的撤销权。《奥地利普通民法典》第871条第1款规定了三种情况下意思表示对表意人不具有拘束力:该错误是由相对方所引起,或在其所处情事下(该错误)是显而易见的,或(该错误)已被及时澄清。《意大利民法典》第1428条将其规定为“错误为缔约另一方可识别”。美国《合同法重述(第二次)》第153条规定当事人可以撤销合同的事由之一是“他方当事人有理由知道错误或者该错误是由他方当事人的过错造成的”。对于错误的“可识别”标准,《意大利民法典》第1431条规定:“根据契约的内容、契约的具体情况或者缔约人的身份,如果是有正常注意即可发现的错误,视为可识别的错误。”在这种处理方式下,只要认为相对方存在合理信赖,即使表意人一方对于错误的发生完全无过错,表意人亦不得撤销,而要维持意思表示的有效性。这种模式可能是最靠近表示主义的模式,只要意思表示受领人存在合理信赖,即使表意人对于错误的发生完全无过错,仍需维持意思

表示的有效性而不得撤销。如前所述,错误制度中的核心“矛盾”在于:是否以及在多大程度上保护表意人或是意思表示受领人之利益。完全采纳“表示主义”的立场从根本上挑战了民法意思自治的价值,对表意人一方过于严苛。正如有学者指出,信赖不能使被撤销的(出卖人的)意思表示“死而复生”,重新发生效力。^④另外,这种模式在相对人存在合理信赖时,错误的意思表示与完全无瑕疵的意思表示的法律效果相同,并且信赖利益和履行利益在此也不再具有保护上的层次区分,因而欠缺评价上之合理性。可以想见司法实践中,为了利益平衡势必导致规则在认定上的扩张或宽泛化。

另一种处理方式即仅将相对人明知或应知作为损害赔偿的考量因素。如“过错非要件型”中,《德国民法典》第122条第2款中规定:“受损人知道或因过失而不知道(应当知道)无效或可撤销的原因的,不发生损害赔偿义务”。还有“过错排除要件型”中,我国台湾地区“民法”第91条规定意思表示因错误而撤销时,表意人对于信其意思表示为有效而受损害的相对人或第三人,应负赔偿责任,“但其撤销之原因,受害人明知或可得而知者,不在此限”。另如“过错赔偿要件型”中,《瑞士债法典》规定在合同相对方明知或应当知道该错误的情况下,亦排除其损害赔偿请求权。在赔偿的范围上,《德国民法典》第122条第1款第2句将赔偿额限定为“以不超过相对人或第三人因意思表示有效时所得利益之数额为限”。而依据《瑞士债法典》第26条第2款的规定,法官可以“依据公平原则”,认定发生错误一方对相对人的其他损失予以赔偿,即损害赔偿的范围可能包括部分积极的合同利益。^⑤这种处理方式与“相对人过错要件型”的区别在于,相对人无合理信赖的情形究竟应该作为可撤销的要件抑或表意人免于赔偿的要件?从损害赔偿角度观之,如果撤销后赔偿的范围可延伸到履行利益,那么二者于此实非泾渭之别,^⑥“赔偿要件说”最常被批评的对相对人保护之不足由此得到了缓和。

第三种处理方式是“过错排除撤销型”中《日本民法典》的做法。“明治民法”中没有对相对人明知或应当知道错误的情形进行规定,2017年修订的《日本民法典》第95条,以“相对方明知表意人存在错误或因重大过失而不知”作为“表意人因其重大过失导致的错误意思表示,不得撤销”的例外,即以相对人存在重大过失而没有合理信赖的情形作为“例外的例外”。由此,如果发生错误的表意人存在重大过失,则其不得主张撤销;但若相对人知道表意人存在错误或因重大过失而不知时,即认为其不具有合理信赖,则表意人即使存在重大过失仍可撤销。从相对方角度而言,若其明知或因重大过失而不知表意人存在错误,则无论表意人主观上是否有重大过失,均可撤销。在这一点上,日本法的规则与“相对人过错要件型”相同,所不同之处在于,如果相对方为善意而存在合理信赖,则表意人主观上有重大过失时即不可撤销。日本法上的安排体现出较为明显的源于混合继受的拼凑感,此修正虽是为了更加平衡对双方当事人的利益保护,缓和因表意人重大过失导致撤销权受限所带来的严厉后果,但也导致日本模式在双方“过错”问题上呈现出最为复杂交错的形态,在撤销端和后续赔偿端都需考虑双方过错。而对过失的判断一直以来都是理论和实务中的难题,^⑦且司法中对过失的界定都会花费较大的成本,^⑧也更容易造成法律适用不统一的后果。

除此之外,还存在着表意人的错误“由相对人所导致”的情形。许多国家的立法将这一情形与相对人明知或应知的情形并列而做同样处理。纯粹从字面上看,“由相对人所导致”似乎涵盖了相对人主观方面的各种形态,而实际上在适用层面应首先排除由相对人故意导致表意人错误的情况,因为这符合欺诈的特征,而应由关于欺诈的规范予以调整;因此,此处所说“由相对人所导致”的错误,仅指相对人非故意地导致表意人的错误。这种“导致”不仅包括积极的不实陈述,还包括对应当由相对人陈述的信息的不作为。这一情形在英美普通法上被归入非欺

诈的不实陈述或善意的不实陈述(non-fraudulent misrepresentation, innocent misrepresentation)制度。^⑥在英美法上,此类不实陈述仅指事实陈述,而市场上的叫卖、主观观点的陈述、合同一方对其目的的陈述都不是所谓的不实陈述,尽管在个案中可能经常出现区分的困难。^⑦对此,德国法上通过缔约过失责任予以处理,但要求行为人在合同缔结过程中必须至少具有主观上的过失。因此,如果是相对人过失导致表意人错误,则表意人不但可撤销,还可主张缔约过失。如果表意人已方有过失,则可进行过失相抵。极端情况下如相对人无过失导致,则视表意人一方是否有过失而落入前项情形。

四、我国法上过错之于重大误解的法教义学展开

(一)表意人过失不应影响撤销

我国自《民法通则》及其司法解释至《民法典》第147条规定的重大误解制度中均未明确一方或双方过错对撤销权是否产生影响。《总则编解释》第19条在关于重大误解的认定中仍未提及过错问题,但第2款但书规定“根据交易习惯等认定行为人无权请求撤销的除外”,该但书是否应解释为包括表意人过失?即是否应以发生错误一方主观上存在过失而排除其撤销权?

在法律未明确以表意人无过失作为基于错误的撤销权之要件的情况下,依解释,表意人主观方面若存在过失(或重大过失)亦不应影响其撤销权。在以往司法实务中,最高人民法院认识到发生重大误解的行为人多数情况下存在主观过失。^⑧在表意人存在过失的情况下,有的案例中认定不影响撤销权,^⑨但有的案件中则似乎态度暧昧。^⑩地方法院有比较准确地认识到“重大过失不影响其行使撤销权”^⑪的案件,但如前所述,也有不少法院认定表意人存在过失或重大过失即不可撤销,^⑫如在一起租赁合同纠纷中,^⑬法院认为:“如果误解是由于误解人的重大过失所致,再允许误解人撤销合同,对于相对人便不公平,……在错误原因不可归责于相对人,相对人存在

善意的情形下,民事法律行为的效力应当得到维护。”该案是在法律规定之外给重大误解之撤销权添加“表意人无过错”要件的典型案件。法院似乎为保护“弱势”^⑭承租人而直接选择了突破现行立法价值判断的解决方案。在此无意讨论该个案判决之结果,然其本可更为精细地立足于合同约定,通过意思表示的解释与合同的解释查明双方合意的内容和范围,进而判断是否构成重大误解。该案虽有较多说理,亦难证成其突破现行法规定的正当性和必要性。除此之外,从体系上看,在我国立法下,如果认为重大误解的表意人有过失就不能撤销,那么《民法典》第157条基于过错的损害赔偿在重大误解的情形下就无用武之地了。

如前所述,表意人过失不应作为导致表意人丧失撤销权的事由,这是最具有理论上和价值判断上合理性的模式。由我国现有立法及司法解释亦可得出相同之判断。因而,我国立法在表意人过失要件上的“沉默”应被理解为故意之沉默,而非法律漏洞。《总则编解释》第19条之但书亦不应解释为包括表意人过失的情形。

在我国目前《民法典》体系下,可以将双方法律行为中(以合同为例)的错误及其撤销的问题,从价值判断上与缔约过失责任进行比较。根据《民法典》第500条关于缔约过失责任的规定,无论是“假借订立合同,恶意进行磋商”还是“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”,其主观恶意之程度应都比错误撤销制度中的过失(哪怕是重大过失)更为严重。而依据我国立法者的价值决断,在缔约过失的情形下,仅在行为人一方有此类严重过错(多为故意)的情形下才对相对人负信赖利益损失之赔偿责任,在意思表示错误的场合,如果以表意人有过错即不可撤销,而作出维护相对方履行利益之处理,则二者之间必然形成评价上的冲突。

另外,我国关于意思表示错误的撤销权规定在《民法典》总则部分,因而与瑞士不同的是,在我国无论是如合同等双方法律行为中的需受领的意思表

示,还是在无需受领的意思表示,其规则均应适用。但是在无需受领的意思表示,如果以重大过失排除撤销权的适用,可能会造成价值判断的失衡。

(二)撤销之后的赔偿不应以过失为要件

针对错误被撤销之后的赔偿,我国《民法典》第157条第2句规定:“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失;各方都有过错的,应当各自承担相应的责任。法律另有规定的,依照其规定。”单从规定出发,可知我国在因错误导致的撤销损害赔偿上比上述各国(地区)都更加严格,仅限于错误一方存在过错的情形才对相对方进行赔偿。而同属“过错赔偿要件型”的瑞士,其联邦法院在对错误方的行为进行判断的时候采取了严格的标准,因此在实践中该规定运行的效果与无过错责任的区别不大。因此,如果说“过错非要件型”的《德国民法典》都有被诟病为对交易安全“不友好”之虞,那我国的规则就是“极不友好”了。

从体系上看,在我国重大误解的规则下,表意人一方不因主观上存在过错即丧失撤销权(如上述,这个做法值得肯定),那么将后端的赔偿要件放宽认定或许能够更好地达到利益衡平的调整效果:一方面无论表意人是否有过错,均不以此排除其撤销权,而另一方面亦不论其是否有过错均须对相对方承担信赖损害赔偿赔偿责任。这样就能更合理地解决在双方均无过错的情况下由谁来负担损失的问题。对司法而言也能够一定程度缓解在赋予撤销权时对相对方保护不足的顾虑。

因此,针对《民法典》第157条关于无效、可撤销法律行为的效果的规定,解释上应针对重大误解的情况作出例外的限缩,排除发生重大误解的表意人在赔偿责任上的过错要件,或通过指导性案例等明确对表意人之“过错”采取严格标准,即采取类似瑞士之做法,达到类似无过错责任的效果,使重大误解的行为人对因撤销而导致信赖其表示有效的相对人受到的损失进行赔偿。同时,对于该项赔偿,在相对人存在合理信赖的情况下,应可以包括积极利益,在

合同的情况下,以履行利益为限。

(三)相对人过错对赔偿的影响

我国《民法典》第147条及《总则编解释》第19条的规定均未将意思表示受领人不存在信赖的情形作为错误可撤销的要件,在这一点上与德国和瑞士的做法相类似,即使是交易相对方存在合理的信赖,表意人的错误在满足特定重要性标准时仍得撤销,这种处理方式相对比较合理。结合《民法典》第157条进行解释,相对方不存在合理信赖的情形应该是表意人免于损害赔偿的事由,这主要是指相对人一方明知或应该知道表意人存在错误的情形,因为在此情形下,意思表示受领人不存在合理的信赖。但是,若相对人一方虽然存在过错,又并未达到“明知或应该知道”(非故意或因重大过失而不知表意人发生了错误)的程度,则表意人在意思表示撤销之后仍应对相对人进行赔偿。

从赔偿的角度上看,《民法典》第157条规定“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失”,依此,如果受领人一方存在过错,应当对表意人一方承担相应的责任。这一规定是否可以被解释为包括了意思表示受领人明知或应知,或由受领人一方导致了错误发生的情形?如果相对人“明知”表意人发生错误而与其签订合同,自然是排除了相对人的善意,甚至表明其存在“故意”;“应当知道”而不知,包含了欠缺相应注意义务而存在重大过失,因此,相对人一方的“明知或应当知道”应可归入第157条而构成相对人一方的过错。唯值疑问的是,如果仅相对人一方有过错,依此解释,也应当对表意人一方承担相应的责任。这种情况要求表意人一方完全无过错,在重大误解的实践中可能比较少见,在其他国家和地区有关错误撤销权的损害赔偿的规定中也很罕见。我国之所以如此规定,主要原因在于《民法典》第157条是针对重大误解、显示公平、欺诈、胁迫等可撤销法律行为和无效法律行为的后果而统一规定的,因此,其中仅相对方过错的情形应更多是针对如欺诈等其他法律行为效力瑕疵的情形。

因此,有必要在第157条的文义范围内将基于错误的撤销权所产生的损害赔偿进行细化,对双方不同的过错情形进行区分解释:首先,即使在表意人对错误的发生有重大过失的情况下,依然可以撤销其意思表示,表意人一方的过错仅影响赔偿。其次,在相对人一方,若其存在过错,又并未达到“明知或应该知道”的程度,则表意人在意思表示撤销之后仍应对相对人进行赔偿。第三,我国《民法典》第157条规定“各方都有过错的,应当各自承担相应的责任”,是在撤销后的赔偿问题上采纳了“与有过失”的做法,值得肯定,即在双方均有过错的情况下应由法官具体根据过错的情形斟酌确定损害的分担。第四,比较特别的是,如果双方都存在重大过失,不能使发生错误一方获得比相对人更受保护的地位,因此仍不能免除发生错误一方的赔偿责任。

“由相对方所导致”^⑤则是指相对方非故意的情形,因此主观状态上,相对方对于错误的发生可能存在轻过失或重大过失,在特殊情形下还包括根本无过失的情形。在相对人一方存在过错的情况下,可以纳入第157条规范的解释中当无疑义。唯在双方均无过错的情形下,若错误是由相对方所导致,即存在可归责于相对方的事由,则发生错误的表意人一方可免于赔偿责任。以此作为双方均无过错的情况下依据风险负担的规则而由发生错误的表意人承担损害赔偿责任的例外情形。

五、结论

针对《民法典》及《总则编解释》中关于“重大误解”的构成要件及赔偿之规定,应当在尊重我国立法的继受法背景、学理发展与总结过往司法实践经验基础上,研究各国(地区)主要不同模式的构造,以妥当之价值判断为审查,得出适切的解释途径。

对于“重大误解”之撤销权及损害赔偿的法律后果,应当区分双方不同的过错情形:

第一,撤销权的享有不应当以发生错误一方无主观过失为要件。即使在表意人对错误的发生有重大过失的情况下,依然可以撤销其意思表示。《总则

编解释》第19条第2款之但书不应解释为包括表意人过失(或重大过失)的情形。

第二,《民法典》第157条规定“有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失:各方都有过错的,应当各自承担相应的责任”,应针对重大误解作出例外的限缩解释,排除发生重大误解的表意人在赔偿责任上的过错要件,或通过指导性案例等明确对表意人之“过错”采取严格标准。由此达到类似无过错责任的效果,使重大误解的行为人对因撤销而导致信赖其表示有效的相对人受到的损失进行赔偿。对于该项赔偿,在相对人存在合理信赖的情况下,应可以包括积极利益,在合同的情况下,以履行利益为限。

第三,如果双方对错误的发生都不存在过失,而错误是由相对方所导致(可归责于相对人),则发生错误的表意人一方可免于赔偿责任;相反,如果双方对错误的发生都不存在过失,亦无可归责性,则应当适用风险分配的规则,亦即使风险的造成者和可能的控制者(均为表意人)负担对相对方造成损失的风险,并予以赔偿。

第四,相对方不存在合理信赖的情形应该是损害赔偿的排除事由。这主要是指相对人一方明知或应该知道(因重大过失而不知)错误的情形。特别的是,如果双方都存在重大过失,此时不能使发生错误一方获得比相对人更受保护的地位,因此仍不能免除赔偿责任。

第五,若相对人一方虽然存在过错,又并未达到“明知或应该知道”(非故意或因重大过失而不知表意人发生了错误),则表意人在意思表示撤销之后仍应对相对人进行赔偿。《民法典》第157条在撤销后的赔偿问题上采纳了“与有过失”的做法,值得肯定,即在双方均有过错的情况下,应由法官根据过错的具体情形行使自由裁量权斟酌确定损害的分担。

注释:

①《总则编解释》的主要制定者对该解释的“理解与适用”中,在相应问题上亦未涉及过错的内容。参见郭锋、陈龙业、

蒋家棣、刘婷：“《关于适用民法典总则编若干问题的解释》的理解与适用”，《人民司法》2022年第10期，第42-43页。

②例如江苏省宿迁市中级人民法院(2017)苏13民终3518号民事判决书；河南省三门峡市中级人民法院(2020)豫12民终804号民事判决书；浙江省绍兴市中级人民法院(2013)浙绍商终字第172号民事判决书；浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙01民终3721号民事判决书；常州市中级人民法院(2010)常商终字第523号民事判决书；内蒙古自治区赤峰市中级人民法院(2018)内04民终2366号民事判决书。

③例如北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第09383号民事判决书(该案为一方当事人相同的“串案”)；吉林省延边朝鲜族自治州中级人民法院(2020)吉24民终533号民事判决书。

④例如浙江省高级人民法院(2017)浙民申1096号民事裁定书。

⑤例如最高人民法院(2020)最高法民申4426号民事裁定书。

⑥例如北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第07610号民事判决书；天津市第二中级人民法院(2014)二中速民终字第1137号民事判决书；上海市高级人民法院(2005)沪高民二(商)终字第242号民事判决书；安徽省高级人民法院(2013)皖民二终字第00168号民事判决书。

⑦基于重大误解而撤销后，依据相对方过错而分配损失的案例如：江苏省高级人民法院(2018)苏民终124号民事判决书；上海市长宁区人民法院(2010)长民三(民)初字第2800号民事判决书。

⑧例如北京市第一中级人民法院(2016)京01民终2695号民事判决书(该案为系列案件)。

⑨参见韩世远：“重大误解解释论纲”，《中外法学》2017年第3期，第667-684页；冉克平：“民法典总则视野下意思表示错误制度的构建”，《法学》2016年第2期，第114-128页；武藤：“民法典编纂背景下重大误解的规范构造”，《当代法学》2019年第1期，第16-27页。

⑩参见龙俊：“论意思表示错误的理论构造”，《清华法学》2016年第5期，第117-133页；赵毅：“民法总则错误制度构造论”，《法商研究》2016年第4期，第142-152页；翟远见：“重大误解的制度体系与规范适用”，《比较法研究》2022年第4期，第156-170页。

⑪参见朱广新：“意思表示错误的撤销与相对人的信赖保护”，《法律科学》2006年第4期，第114-120页；梅伟：“合同因

错误而撤销的信赖赔偿责任”，《现代法学》2006年第3期，第74-82页。

⑫参见纪海龙：“走下神坛的‘意思’论意思表示与风险归责”，《中外法学》2016年第3期，第662-683页；李潇洋：“重大误解的范式之变从错误论到归责论”，《中外法学》2022年第5期，第1342-1362页。

⑬本文之讨论仅限于单方错误的情形，对于双方共同错误或“法律行为基础丧失”，因其构成之特殊性，不在本文论题中讨论。

⑭参见(奥)伽布里菰·库齐奥、(奥)海尔穆特·库齐奥：《奥地利民法概论》，张玉东译，北京大学出版社2019年版，第23页。

⑮Vgl. Martin Schermaier, Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts, Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 6(1998), S. 60.

⑯Vgl. Martin Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 1, 2003, § 122 Rn. 93.

⑰Ghestin, Traité de droit civil—les obligations(la formation du contrat), 3. Aufl., Paris, 1993, S. 523; Starck/Roland/Boyer, Droit civil(Obligations II), 5. Aufl., Paris, 1995, S. 438. Zitiert nach Ernst Kramer, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Schulthess Polzgrahischer, 1998, S. 62.

⑱参见(日)山本敬三：《民法讲义I总则》(第三版)，解亘译，北京大学出版社2012年版，第179页；(日)近江幸治：《民法讲义I民法总则》(第6版补订)，渠涛等译，北京大学出版社2015年版，第201页。

⑲Ghestin, Traité de droit civil—les obligations(la formation du contrat), 3. Aufl., Paris, 1993, S. 523; Starck/Roland/Boyer, Droit civil(Obligations II), 5. Aufl., Paris, 1995, S. 438. Zitiert nach Kramer(Fn. 17), S. 62.

⑳参见(日)石井紫郎：“日本民法的125年(一)——日本民法典的制定”，朱芒译，载《北大法律评论》第4卷第1辑，北京大学出版社2001年版，第345-357页；(日)石川明：“德国民法典对日本民法及民法学的影响”，陈卫佐译，载《私法》第2卷第1辑，北京大学出版社2002年版，第343-352页。

㉑参见江庸：“五十年来中国之法制”，载《最近之五十年——申报五十周年纪念》，上海申报馆1922年版；潘维和：《中国近代民法史》，汉林出版社1982年版，第114页。

㉒Vgl. Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen

Römischen Rechts, Bd III, 1981, S. 264.

②③Vgl. Savigny(Fn. 22), S. 291 f.

②④Vgl. Ernst Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 348; Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl., 1906, S. 389; Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 4. Aufl., 1894, S. 233 f.

②⑤有学者认为温德沙伊德对损害赔偿责任是否应与过失相关联的观点并不清晰。Vgl. Martin Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB, 2000, S. 646.

②⑥Vgl. Otto Bähr, Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888, S. 17; Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, S. 167 f.

②⑦这种改变证明了在德国民法典的第二稿中其实比第一稿更多地受到了意思主义的影响。Vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, S. 449.

②⑧这一规则为瑞士联邦法院判例所确认, BGE 117 II 224. Vgl. Ingeborg Schwenzer, BSK OR I Art. 1-529-SCHWENZER, 6. Aufl., 2015, Art. 23, Rn. 7.

②⑨参见陈卫佐:“瑞士民法典:勇敢和自信的民法典”,《中国人大》2017年第5期,第54-55页。

③⑩Vgl. Schermaier(Fn. 16), S. 66; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., 1988, S. 217; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2009, S. 1157, 1176.

③⑪参见胡长清编:《各国民法条文比较(总则编)》,西北政法学院民法教研室翻印1982年版,第102页。

③⑫参见(苏)B. II. 格里巴诺夫、(苏)C.M. 科尔涅耶夫主编:《苏联民法(上册)》,中国社会科学院法学研究所民法经济法研究室译,法律出版社1984年版,第238页; (苏)B.T. 斯米尔诺夫等著:《苏联民法(上卷)》,黄良平、丁文琪译,中国人民大学出版社1987年版,第193页。但遍寻我国几十年来的立法资料,在过错之于重大误解的问题上,信息较少,且在借鉴瑞士债法之时似乎还遗漏了第26条的但书部分。

③⑬Vgl. Schermaier(Fn. 25), S. 647; Bähr(Fn. 26), S. 17; Gierke(Fn. 26), S. 167 f.

③⑭Vgl. Ludwig Enneccerus, Verhandlungen des Zwanzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 4, 1889, S. 122; Bähr(Fn. 26), S. 17.

③⑮参见陈自强:“意思表示错误之基本问题”,《政法法律评论》第52期(1994年),第311-344页。

③⑯参见张哲源:“错误意思表示撤销之过失要件研究”,《东海大学法学研究》第26期(2007年),第1-43页。

③⑰第88条但书之“过失”对于撤销权的限制,而第91条中相对人是否明知或应当知道,是在意思表示可撤销的前提下决定是否赔偿的条件。

③⑱Vgl. Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S. 525, Rn. 55.

③⑲在《德国民法典第一草案》出台之后,诸多学者对第99条的规定表示反对的核心理由之一正是“重大过失”与其他过失类型在实践中难以界分。Vgl. Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2 Teil, 1890, S. 19. 且错误方是否具有过失及过失的严重程度都应由主张一方(相对人)进行举证。

④⑩Vgl. Bähr(Fn. 26), S. 16 ff.

④⑪参见胡长清:《中国民法总论》,中国政法大学出版社1997年版,第243页;詹森林:“台湾民法解释之学说与实务”,《月旦民商法》第30期(2010年),第5-22页。

④⑫例如我国台湾地区“最高法院”62年台上字第140号判决。

④⑬例如我国台湾地区99年台上字第678号判决。

④⑭例如我国台湾地区“最高法院”60年台上字第1108号判决、69年台上字第585号判决、89年台上字第700号判决。

④⑮例如我国台湾地区60年台上字第1108号判决、82年台上字第215号判决与88年台上字第1892号判决等相类似的案件中,对表意人是否存在过错及过错程度的认定皆不相同。

④⑯参见王伯琦:《民法总则》,正中书局1994年版,第162页;黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第276页;詹森林,见前注④⑪,第5-22页。

④⑰参见史尚宽:《民法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第410页;王泽鉴:《民法总论》,三民书局2014年版,第425-426页;施启扬:《民法总则》,三民书局1983年版,第253页。

④⑱参见黄右昌:《民法总论(下)》,商务印书馆1944年版,第394页;郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第349页。

④⑲参见近江幸治,见前注④⑱,第201页。

⑤⑩修法前通说认为,为保护相对人的信赖,需要考虑相对人的主观状态,只有在相对人恶意或有过失时,表意人才可主

张错误。参见近江幸治,见前注⑬,第191、195页。即如果相对方无过错,表意人(即使主观无过错亦)不可撤销,因此也就没有双方均无过错而表意人撤销后无须赔偿的情况了。但此通说并未为后续修法所采。

⑤1 Vgl. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 8. Aufl., 1900, § 309 S. 246 f.

⑤2 根据耶林的观点,电报传输错误的风险几乎等同于过失。Vgl. Rudolf von Jhering, Culpā in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in: Jhering's Jahrbuch Bd. 4(1860), S. 53.

⑤3 Bähr在此举出两个案例以资证明。Vgl. Otto Bähr, Über Irrungen im Contrahieren, in: Jhering's Jahrbuch Bd. 14 (1875), S. 423.

⑤4 Vgl. Schermaier(Fn. 25), S. 647. Schermaier同时指出学者们实际上是先确认了发生错误的表意人的无过错责任之后,才进一步认为有过错的错误亦得撤销。

⑤5 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris, u. a.(Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, S. 129, 136.

⑤6 BGE 69 II 234. 10.2.1987, BGE 113 II 25, BGE 105 II 27.具体到错误的类型上,发生表示错误者在实践中通常都存在过失,而事实错误(Grundlagenirrtum)却相反可能并无错误。Vgl. Schwenger(Fn. 28), Art. 26, Rn. 2.

⑤7 Vgl. Brono Schmidlin, in: Berner Kommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 26 Rn. 13; Nina Reiser, Fahrlässiger Irrtum nach Art. 26 OR, 2012, S. 59.

⑤8 但在相对人一方存在可归责事由时可能作出特别的处理,如后述错误“由相对方导致”的情形。

⑤9 Vgl. Bähr(Fn. 26), S. 17.

⑥0 “过错排除撤销型”中的我国台湾地区在相对人过错方面的处理更靠近德国,仅在赔偿问题上进行考量。

⑥1 杨代雄:“法律行为制度中的积极信赖保护兼谈我国民法典总则制定中的几个问题”,《中外法学》2015年第5期,第1167页。

⑥2 至此虽然瑞士之立法文义为“过错赔偿要件型”,但是在制度的实际运行过程中与德国模式已几无差异。

⑥3 参见许德风:“论合同法上信赖利益的概念及对成本费用的损害赔偿”,载《北大法律评论》第6卷第2辑,北京大学出

版社2005年版,第688-706页;姚明斌:“《合同法》第113条第1款(违约损害的赔偿范围)评注”,《法学家》2020年第3期,第171-190、196页。

⑥4 Vgl. Zitelmann(Fn. 39), S. 19.

⑥5 这一成本被称为“执行责任条款的成本”,其中包括信息成本和请求成本(claim costs)。See William M. Landes and Richard A. Posner, The Economic Structure of Tort Law, Minnesota: Harvard University Press, 1987, p. 65.

⑥6 Vgl. Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., 1996, S. 415.

⑥7 See John Cartwright, Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, 2nd Edition, Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 172.

⑥8 例如最高人民法院(2020)最高法民申4426号民事裁定书。类似的还有最高人民法院(2019)最高法民申6482号民事裁定书,指出“重大误解是指一方当事人因自己的过错而对合同内容等发生误解而订立的合同”。

⑥9 例如最高人民法院(1999)经终字第43号民事判决书;最高人民法院(2015)民申字第3323号民事裁定书。

⑦0 例如最高人民法院(2017)最高法民申365号民事裁定书。

⑦1 例如北京市第一中级人民法院(2016)京01民终2695号民事判决书(该案为被告相同的系列案件)。类似案件如:天津市第二中级人民法院(2014)二中速民终字第1137号民事判决书;浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭民终字第2569号民事判决书等。

⑦2 相关判决,见前注②。

⑦3 参见河南省三门峡市中级人民法院(2020)豫12民终804号民事判决书。

⑦4 在该案二审及再审裁判文书中均提及“案涉《承包经营合同》系出租方惠达家俱城拟定的格式合同”等,体现出裁判者对双方当事人地位的判断。

⑦5 该点虽在我国立法与司法解释中均未见,但司法实践中有判决在说理部分论及表意人过错时(可能并不合理地)涉及了这一要件,参见重庆市渝北区人民法院(2018)渝0112民初24919号民事判决书,以其理解:“该错误系其自身过失所致,并非被告故意隐瞒事实或歪曲事实所致,不符合合同可撤销的情形。”似乎非由相对方所致不得撤销。