

缔约过失与欺诈的制度竞合

——以欺诈的“故意”要件为中心

刘 勇^{*}

内容提要：由于欺诈构成中的主观故意要件与缔约过失中的过失要件的对立，我国合同法中的缔约过失与欺诈制度对于“缔约时隐匿信息或告知虚假信息”的情形作出了矛盾评价，形成了典型的制度竞合。德国债法改革前后针对类似的制度竞合所展开的解释与立法均没有彻底解决二者之间的矛盾。欺诈中的“故意”要件是刑法中“行为无价值论”在民法中的体现，并且其与“违法性”要件的界限暧昧不清，导致了欺诈制度偏重于保护欺诈人的行动自由，而非表意人的决定自由。考虑到缔约过失与欺诈的体系价值，并不能简单地通过制度的删减来消除两者之间的制度竞合。正视故意要件的历史意义，承认“过失的欺诈”，方能在现有民法体系内保持逻辑的顺畅。“过失的欺诈”不仅在解释论上是可行的，也能通过信息提供义务来确实地实现。

关键词：故意 制度竞合 过失的欺诈 信息提供义务

《中华人民共和国合同法》第42条第2项规定，缔约行为人“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。有学者将上述情形称为“欺诈缔约”。〔1〕还有学者指出，该情形当然会同时构成欺诈。〔2〕在合同已经缔结的场合，在第42条规定的损害赔偿之外，表意人还可以基于缔约过失而解除合同。〔3〕与此同时，表意人也可以根据合同法第54条第2款及第58条的规定，撤销合同并请求损害赔偿。

直观上看，这似乎仅仅是一个请求权竞合的问题。然而，因欺诈而生的撤销权受到除斥期间的限制，而第42条规定的请求权则不受此限。而且，即便认为合同法第54条第2项所规定的“故意”要件可以与欺诈的主观构成要件保持协调，针对同样的情形如此直接地

* 南京大学法学院讲师。

本文系笔者主持的中国法学会部级研究课题“缔约正当信赖与程序视角的契约解释”（课题编号CLS（2014）D051）的阶段性研究成果。

〔1〕 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2010年版，第123页。

〔2〕 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2011年版，第130页。

〔3〕 同上书，第147页。

重复规定似乎也是令人费解的。此外，代表性的观点认为，缔约过失责任的主观构成要件只须“过失”足矣；〔4〕从合同法第42条第3项的概括性规定中也可得出类似的结论。可以想象的是，出于权利行使期间的宽松、证明的便利和效果的一致，表意人当然会倾向于证明行为人存在过失进而通过缔约过失责任来解除合同。这样的话，合同法第54条第2款的规定岂不沦为具文？

更为重要的是，在效果相当的前提下，对于类似的情形，民法体系内部的不同规范设定了强度差异显著的要件，而且附加了不同的附属规范（如权利行使期间的规定），这显然形成了逻辑上的矛盾。换言之，对于同一事实，同一体系内功能类似的规范进行了不同的评价，从而造成了体系内的“评价矛盾”。在行为人存在过失的场合，缔约过失责任与欺诈对此的评价就存在显著差异。严格地说，“弱要件产生弱效果、强要件产生强效果”，才是符合逻辑的设计。缔约过失的主观要件为“过失”，其强度显然不如欺诈的“故意”要件，为何却能生成与欺诈相同的效果？因此，缔约过失与欺诈的关系并非简单的请求权竞合，而是典型的“制度竞合”。当下的课题并不仅仅是考虑哪个请求权更适合当事人去行使，而是针对不同制度之间的评价矛盾，考虑相关规范之间的相互影响，保持不同规范在法律体系中的协调一致。这就是所谓的“制度竞合论”的立场。〔5〕我国法上的缔约过失与欺诈在要件与效果方面存在着明显的重叠及矛盾，这在强调体系性和逻辑性的民法内部，在理论整合方面恐怕是“难以容忍”的。以制度竞合论来考量缔约过失与欺诈的关系，并非是基于功能或实践的视角，而是要着眼于逻辑的一致与体系的协调。

一、竞合与评价矛盾的存在

（一）构成要件的重合

无论是缔约过失责任还是欺诈的构成，均需要行为人实施了客观的“欺罔行为”。对于所谓的“欺罔行为”，学说上存在两种不同的观察视角。重视行为本身观点认为，欺罔行为就是“故意将不是事实的情形作为事实来表现的行为”；而重视行为结果的观点认为，欺罔行为是引起他人误判的行为。〔6〕我国合同法第42条第2项设定的缔约过失的情形为“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况”。而对于合同法第54条第2项所规定的基于欺诈的撤销，学说上几乎毫无例外地认为，行为人所实施的欺诈行为就是指“故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况”，同时需要行为人具有欺诈的“故意”。〔7〕很显然，上述规定与学说所重视的是行为本身而非其结果。而且，若欺罔行为包含了行为后果方面的因素，那么欺罔行为与行为后果之间的因果关系要件就会被覆盖，从而使得因果关系要件失去独立性。因此，本文所称的“欺罔行为”以前述第一种观点为准。由此，

〔4〕 王利明教授认为缔约过失责任的主要特征在于“缔约当事人具有过失”，而其中的“过失”应从“过错”角度来理解，包括故意和过失。参见王利明：《合同法研究》第1卷，中国人民大学出版社2011年版，第337页。另可参见前引〔2〕，韩世远书，第134页。

〔5〕 参见道垣内弘人：《請求権競合論から制度間競合論へ》，《ジュリスト》第1096号（1996年），第105页。

〔6〕 参见高嶋英弘：《民事上の詐欺の違法性に関する一考察——セールストークの許容性を中心に》，磯村保编著：《民法学の課題と展望：石田喜久夫先生古稀記念》，成文堂2000年，第182页。

〔7〕 代表性的观点参见魏振瀛主编：《民法》，北京大学出版社、高等教育出版社2007年版，第152页。

若缔约过程中一方当事人因相对人的“欺罔行为”而作出缔约的意思表示，将同时满足合同法第42条第2项及第54条第2项的主观要件和客观行为要件。并且，正如前述，在行为人仅存在过失时，也有构成缔约过失责任的可能。就此而言，“隐瞒或提供虚假情况”的缔约过失会包括“故意”与“过失”两种情形，合同法第54条第2项所规范的事实情形将被缔约过失责任所包涵。

按照德国通说的立场，欺诈的要件中还包括有“违法性”要件。就我国多数学者的论述来看，“违法性”要件并不被广泛承认，但这并不意味着“违法性”要件的不必要。在商品交易中进行一定程度的夸张，恐怕是普遍和必须的，某些“善意的谎言”也具有相当的社会妥当性。^{〔8〕}罗马法上就存在着“良的欺诈（dolus bonus）”和“恶的欺诈（dolus malus）”的区别，现代的欺诈制度更是着眼于手段的“不诚实性或异常性”。^{〔9〕}如果认为“故意”属于行为人的主观范畴，那么对手段性质的认定就必须通过其他要件来实现。就此而言，“违法性”要件在欺诈的构成中是必须的。我国学者也曾指出过这一点。^{〔10〕}

而在缔约过失责任的构成要件中，“违法性”要件也有其一席之地。近来，有力的观点指出，缔约过失责任是为了弥补德国侵权法的不足而产生的。^{〔11〕}由此，在中国侵权法宽泛的一般条款的规范模式之下，缔约过失责任可以被视为属于侵权行为法的范畴。近年来，关于一般侵权行为的构成要件，“三要件说”即排除违法性要件的主张逐渐成为有力的学说。^{〔12〕}德国学者也承认，确实存在“违法性”与“过错”难以区分的情形。^{〔13〕}在“过错”的判断逐渐倾向客观的当下，违法性的判断确实难以在所有场合都与过错的认定明确区分。由于评价对象存在相当的重合，关于行为违法性的判断往往会被客观化的过错所吸收。但这并不意味着对行为违法性的评价完全失去意义。只要缔约过失责任或侵权行为责任的构成要件中保留对行为的客观评价，行为“违法性”方面的要素就会继续影响责任的构成，而不管是内化到其他要件之中还是独立存在。实际上，我国司法实务也并非全然通过行为人的主观样态来考察缔约过失责任的成立与否，而是自觉或不自觉地承认了外在的客观性评价在构成中的意义。例如，有法院判决指出，即便出卖人就标的物的宣传不完全符合事实，但只要并非全然的“无中生有”，就未必会构成缔约过失责任。^{〔14〕}该判决显然未将行为人的故意作为考量的关键因素，而是重点考察了行为的恶性程度。如果说“过错”针对行为人的主观状态，那么考察行为恶性程度的客观评价则应当属于“违法性”的范畴。

（二）效果的重合

缔约过失的效果方面，合同法第42条、第43条规定的都是具有缔约过失的行为人

〔8〕 例如医生不向绝症患者告知真实病情，以避免患者因心理负担过重而造成病情进一步恶化，而患者则基于医生的告知而签订了医疗服务合同。此时，医生当然是“故意”的，若不承认违法性要件，则医生的上述行为将因造成患者意思决定自由的扭曲而构成欺诈。

〔9〕 参见森田宏樹：《“合意の瑕疵”の構造とその拡張理論（2）》，NBL483号（1991年），第58页。

〔10〕 参见前引〔2〕，韩世远书，第188页。

〔11〕 参见齐晓琨：《德国新、旧债法比较研究：观念的转变和立法技术的提升》，法律出版社2006年版，第44页。

〔12〕 代表性的观点参见王利明：《我国侵权责任法的体系构建——以救济法为中心的思考》，《中国法学》2008年第4期，第7页。

〔13〕 [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔：《欧洲比较侵权行为法》上卷，张新宝译，元照出版公司2002年版，第29页。

〔14〕 参见“韩嘉炜与温州恒富中梁置业有限公司商品房预售合同纠纷案”，温州市鹿城区人民法院（2014）温鹿民初字第2453号。

“应当承担损害赔偿责任”。学者认为,行为人的赔偿范围为“由此产生的费用和给相对人造成的实际损失”,主要为信赖利益的损失。^[15]这样的观点显然是将缔约过失责任的效果限定为金钱赔偿。^[16]然而,在构成缔约过失的场合,可能的情形是无过失的当事人缔结了原本不会订立或者不符合期待的合同。若该合同继续有效,则无过失的缔约当事人将面临“履约=进一步的损失”、“不履约=违约责任”的双重困境。在此意义上,这样的合同自身对无过失的缔约当事人来说就是有过错的行为人“给相对人造成的实际损害”。而消除这一损害的方式就是解除合同的效力,使当事人回复到合同订立前的状态。有学者从保险法及某些金融交易的规定出发,举例说明了缔约过失责任中当事人解除合同的可能性。^[17]而若按照部分学者的观点,将合同法第58条也纳入缔约过失责任的范畴,^[18]则问题会简单得多——相对人不仅可以主张金钱损害赔偿,还可以撤销合同或主张合同无效。

而在欺诈的场合,我国法上被撤销后的合同自始没有法律约束力(合同法第56条),同时根据合同法第58条前段,合同被撤销后当事人之间应进行清算:因该合同取得的财产,应当予以返还;不能返还或者没有必要返还的,应当折价补偿。由于不能返还原物的仍然要折价补偿,显然合同法并不认为该返还是基于不当得利。因为后者须考虑财产取得人的主观状态来认定返还范围,若返还原物不能的取得人为善意,则依据不当得利规则其将被免除返还义务。因此,可以认为合同被撤销之后,当事人之间产生了新的有关返还的清算债务。在清算债务之外,有过错的当事人还要承担对相对人的损害赔偿责任。可见,与缔约过失责任类似,合同法规定的欺诈的后果也包括合同撤销与有责赔偿两个方面。对此,有学者直接认为,我国法上欺诈的后果就是缔约过失责任的承担。^[19]

(三) 评价矛盾

由上可知,除了故意与过失的差异,合同法第42条关于欺诈缔约的规定与合同法第54条第2项关于因欺诈而订立的合同可撤销的规定,在要件方面几乎毫无差别。若承认相对人可以基于缔约过失而消灭合同的效力,则两者在效果上也极为接近。但是,按照学说的立场,缔约过失责任的构成并不以行为人“故意”为必要。出于证明的便利,相对人自然会舍弃欺诈而在缔约过失制度内寻求救济,合同法中的欺诈制度将整体失去意义。

或者,干脆否定基于缔约过失的合同解除权,将缔约过失责任的内容限定为狭义的损害赔偿,是否就可以消除缔约过失与欺诈的制度竞合?但是,一旦行为人被认定须承担缔约过失责任,则意味着其在缔约过程中实施了违反法律或诚信原则的行为,即缔约过程中存在“不法”的情形。若该行为人仅承担金钱损害赔偿的责任,而作为其行为结果的双方所订立的合同继续有效的話,就会出现“缔约过程存在不法,而其结果合法”的状况,这恐怕更加让人难以接受。

此外,在附属规范方面,缔约过失与欺诈的适用也存在矛盾。根据合同法的规定,因欺诈而生的撤销权有一年的除斥期间的限制,其起算点为权利人“知道或者应当知道撤销事由

[15] 参见前引[1],崔建远主编书,第124页。

[16] 这似乎是通说的立场。王利明认为缔约过失责任的赔偿范围限于“因为信赖合同的成立和生效所支出的各种费用”。参见前引[4],王利明书,第366页。

[17] 参见前引[2],韩世远书,第147页以下。

[18] 崔建远:《新合同法若干制度及规则的解释与适用》,《法律科学》2001年第3期,第121页。

[19] 参见徐志军、张传伟:《欺诈的界分》,《政法论坛》2006年第4期,第97页。

之日”。而缔约过失责任所生的请求权则没有专门的期间限制，应适用两年的普通诉讼时效。我国法上普通诉讼时效自“知道或者应当知道权利被侵害时起计算”。学者认为，消灭时效与除斥期间在起算点上并不存在不同，^[20]因此撤销权的除斥期间与缔约过失损害赔偿请求权的消灭时效期间将同时起算。问题由此而生：为何合同法第42条第2项的要件与欺诈一致，但所生成的请求权的权利行使期间限制却比欺诈宽松，这是否为评价上的又一矛盾？

对此，我国有学者认为，缔约过失责任的旨趣在于为缔约过程中遭受损害之人提供救济手段，而欺诈制度则主要解决意思表示的效力问题。缔约过失与欺诈的规范目的并不相同，因此两者可以并行不悖。^[21]但缔约过失责任的核心在于防止缔约过程中一方当事人的人身、财产及其他权益受到相对人的侵害，属于“权利·权益保护型”制度。^[22]在欺诈缔约的场合，如果承认解除合同的可能，则保护当事人的意思决定自由当然在其规范目的范围内。而欺诈制度显然是通过解决意思表示的效力问题来保护表意人的决定自由。可见，两者的规范目的并没有实质性的差异，从规范目的角度来解释上述制度竞合，恐怕并不能消除评价矛盾的存在。

二、德国法上欺诈与缔约过失的竞合

众所周知，缔约过失责任的“原产地”在德国，而我国有关法律行为的立法及学说均没有脱离德国法的框架。因此，我国法上存在的缔约过失与欺诈的制度竞合，一定程度上可以被视为德国法相关状况的“镜像”。德国法对此问题的解释，或许可以为我国法提供借鉴的思路。下面就德国债法改革前后缔约过失与欺诈的竞合状况及相关的解释论进行考察。^[23]

（一）德国债法改革前的状况

德国联邦最高法院第八民事法庭1962年1月31日判决认为，缔约过失责任的法律效果为损害赔偿请求权，其内容为回复到合同未曾订立时的情形。^[24]而且，法院进一步认为，基于欺诈的撤销权属于形成权，而缔约过失所生的解除权属于请求权，两者性质上并不一致。因此，有关撤销权的期间限制与解除权并无关联。同时，撤销权具有第三人效力（物权效力），而解除权则并不具有第三人效力。^[25]在认为两者法律效果存在差异的前提下，德国判例认为欺诈与缔约过失制度并不存在矛盾，两者并行不悖。

对于法院的立场，梅迪库斯最初进行了强烈的批判，否定基于缔约过失而产生的合同解除权。他认为，在存在告知义务的场合，若表意人可以基于义务人的轻过失而主张缔约过失责任进而解除合同，德国民法有关欺诈的规定就会被消解。虽然之后梅迪库斯改变了观点，但他认为基于缔约过失的合同解除应限定在特定的场合，而不能作为一般性的规则。^[26]在

[20] 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2007年版，第240页。

[21] 参见前引[2]，韩世远书，第130页。

[22] 参见潮见佳男：《債権総論I》，信山社2003年第2版，第582页。

[23] 德国债法改革之前的判例与学说的状况，国内已经有较为详细的介绍，以下只分析其概要。参见牟宪魁：《民法上的说明义务之研究》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第31卷，法律出版社2004年版，第551页以下。

[24] BGHZ NJW 1962, 1196.

[25] 参见古谷贵之：《ドイツ情報提供責任論の展開——制度間競合論の視点から》，《同志社法学》59卷3号（2007年），第96页。

[26] 参见宫下修一：《消費者保護と私法理論》，信山社2006年版，第168页，第179页。

效果方面，梅迪库斯认为欺诈的撤销与缔约过失的解除在效果上并没有本质的不同，解除也能对抗债权的第三取得人，并非全无对抗效力。另外，梅迪库斯对于适用缔约过失解除权对债权人的有利之处表示质疑，认为判例在没有充分说明理由的情况下背离了立法者的意图。^[27]

之后，德国法院也意识到原有判例的立场并不能充分解释基于缔约过失的解除与欺诈撤销权之间的制度竞合。于是，德国联邦最高法院在1997年9月26日判决中认为，基于缔约过失而请求解除合同，须以财产损害的存在为要件。^[28]自此，法院不再坚持第三人效力方面的差异，而是主张保护目的的不同：即欺诈在于保护决定自由，因此不以财产损害为要件；而缔约过失的解除则必须证明财产损害的存在。

（二）德国债法改革的状况

2000年8月，德国联邦司法部公布了债法现代化法（讨论草案），其中第305条第1款规定：“除非另有规定，依法律行为而成立的债务关系以及债务关系内容的变更，以当事人之间的合意为必要。基于第241条第2款伴随债务关系的诸义务，可产生于合同准备阶段。”该条后段即为缔约过失制度在草案中的明文规定。讨论草案理由书指出，由于合同缔结前的义务存在较大的可变性及多样性，而且诸多义务所保护的利益也各不相同，因此新法并没有改变现有判例和理论的意图，只是规定缔约过失的基本命题。^[29]

而2001年通过的德国债法现代化法（以下简称“新法”）则在草案的基础上作出了一定的修正。新法第311条第2款第2项将缔约过失行为可能侵害的权益明确规定为“权利、法益和利益”。与讨论草案相比较，新法加入了“利益”的表述，显然扩张了缔约过失责任的保护范围。有学者指出，缔约过失不仅仅保护绝对权，也将“纯粹财产”以及“纯粹的处分利益”（意思决定自由）纳入保护范围。^[30]这样的改动来自于卡纳里斯的提案，而其本人赞同概括的立法方式，并认为缔约过失责任的保护对象包括“意思决定自由”。^[31]另外，根据新法的规定，相对人的行为构成缔约过失的，基于第280条第1款产生损害赔偿的效果，并且根据第249条“回复原状”的规定，表意人可以解除合同。新法生效后，判例继续肯定基于缔约过失可以解除合同的立场。在与欺诈的关系上，法院认为：“（缔约过失）损害赔偿请求权，其行使与基于德国民法典第123条第1款的撤销权无关，不受基于德国民法典第124条第1款的撤销期间经过的影响”。^[32]这样，虽然就过去的普通时效期间（30年）来说，缔约过失所生请求权的3年时效期间已经大大缩短了合同效力的不确定期间，但与欺诈所生撤销权的1年行使期间相比，不确定期间仍然过长，评价上的矛盾依然存在。就此而言，德国债法改革虽然将缔约过失制度明文化，却没有在原有实务与学说的立场上有所前进，对于缔约过失的解除权与欺诈的撤销的效果重叠和要件冲突并没有提出积极的见解。

在学说方面，对于缔约过失所产生的合同解除权，相关的争议继续存在。默滕斯

[27] 参见前引〔23〕，牟宪魁文，第554页以下。

[28] BGH, NJW 1998, 302.

[29] 参见前引〔25〕，古谷贵之文，第119页。

[30] Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 163; Canaris, Schuldrechtsmodernisierung, 2002, S. 722. 转引自前引〔25〕，古谷贵之文，第126页以下。

[31] 参见川角由和：《ドイツ債務法の現代化と「契約締結上の過失」》，川角由和、中田邦博、潮見佳男、松岡久和編：《ヨーロッパ私法の動向と課題》，日本評論社2003年版，第264页。

[32] BGH, NJW 2006, 845, 847.

(Bernd Mertens) 主张承认普遍的基于缔约过失的合同解除权。他认为新法下欺诈的规定与缔约过失仍然存在摩擦,但条文中增加的“利益”的表述体现了立法者对基于缔约过失的合同解除权的优先地位的肯定,因此缔约过失所产生的合同解除权不受第124条除斥期间的影响。^[33] 格里戈莱特(Hans Christoph Grigoleit)则认为,缔约过失与欺诈都是保护法律行为自己决定的制度,在效果上应保持一致,因此缔约过失的解除应适用有关欺诈撤销权除斥期间的限制。^[34] 其理由在于,若可以基于缔约过失请求损害赔偿,则已订立的契约自身作为损害,当然可以被除去,从而恢复到未缔结合同时的状态。但基于欺诈的撤销权作为形成权,构造简明,具有作为债法请求权的缔约过失损害赔偿请求权所不具有的法技术和法审美上的优势。并且,欺诈制度作为私法自治的保障规范,应当被优先适用,而缔约过失则可以作为欺诈的补充机制,避免“故意”要件对撤销合同的阻碍。^[35] 而利布(Barbara Dauner-Lieb)认为,格里戈莱特的观点是立足于消费者保护的政策判断,不能由此将基于缔约过失的合同解除权上升为民法的一般规则。^[36]

可见,即便是在新法颁布之后,德国法上缔约过失与欺诈的评价矛盾仍然继续存在,缔约过失责任的“明文化”甚至将评价矛盾“固定化”。尤其是新法加入“利益”的表述后,缔约过失责任的弹性明显扩张,随之而来的是不确定性的延伸。可以想象,未来关于上述评价矛盾的争论还将长期存在下去。已意识到竞合的情况,却没有以更加精细的工作来避免重叠和不确定性,也许这就是学者诟病德国债法改革的原因之一。^[37] 从德国法的状况来看,主流观点是赞同基于缔约过失的合同解除的,否则表意人的意思决定自由将无法得到保护。或许,缔约过失与欺诈在权利行使期间限制方面的矛盾可以通过“准用”的方式加以解决。因而问题的核心在于,如何克服欺诈的“故意”要件所造成的解释难题。

三、欺诈“故意”要件的合理性批判

如前所述,缔约过失与欺诈的评价矛盾的症结在于欺诈中的“故意”要件。有学者认为,欺诈以存在欺罔行为为要件,而从用语上看,“欺罔行为本身就有‘故意’的意味”。^[38] 然而,结论往往并不能直接通过字面含义来获取,更何况解释的对象是继受而来的概念。就民法中的绝大多数制度来说,其合理性是在悠长的历史中逐步形成的,欺诈也不例外。从这个意义上说,欺诈中故意要件的合理性或许具有历史及当下两个侧面。以下将首先概要考察欺诈的故意要件的生成,从历史嬗变中考察其合理性,并基于当下欺诈的解释论对故意要件展开批判。

[33] Vgl. Bernd Mertens, *Culpa in Contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform*, AcP 203, 2003, S. 818, 844 ff. 转引自前引[25], 古谷贵之文, 130页。

[34] 参见前引[26], 宫下修一书, 第171页。

[35] Hans Christoph Grigoleit: 《意思妨害における制裁メカニズム—事実適法性とPECLにおけるその考慮》, R. Zimmermann 編集、半田吉信译著: 《ヨーロッパ意思表示論の展開と民法改正——ハイン? ケッツ教授古稀記念》, 信山社2014年版, 第18页以下。

[36] 参见前引[31], 川角由和文, 第255页。

[37] See Mathias Reimann, *The Good, the Bad, and the Ugly: The Reform of the German Law of Obligations*, 83 *Tulane Law Review* 877-917 (2009).

[38] 加藤雅信: 《新民法大系 I 民法総則》, 有斐閣2002年版, 第262页。

（一）故意要件的形成

罗马法上的欺诈（*dolus*）存在狭义与广义的两种理解。早期的狭义的欺诈是中性的概念，并不包含可非难性的价值判断。^[39] 诈欺之诉（*actio doli*）或诈欺抗辩（*exceptio doli*）是否被采用，取决于“行为是否产生了它的后果”，^[40]并非行为人的主观样态。而对后世影响巨大的狭义的欺诈概念则来自于拉贝奥（Labeo）。拉贝奥重视从行为过程来理解欺诈，即将“狡猾、欺瞒”等特定行为的存在作为欺诈的必要条件。^[41]在广义的欺诈方面，罗马法则直接将其理解为“故意”。^[42]总体上看，罗马法上的欺诈通常保留道德谴责的意味。被指控从事欺诈行为的人并不一定必须作出带有欺骗和诡计的行为，但必定违反有关诚实生活的规范。^[43]可见，罗马法中的欺诈制度的重心在于从客观立场评价特定行为的可责难性，而这样的评价与现代欺诈制度中的“违法性”评价极为类似。

随着罗马帝国的灭亡，重视行为评价的欺诈理论也逐步被遗忘，取而代之的是与基督教教义相关的意思自由理论，此后的欺诈观也相应地出现了重视当事人意思的倾向。其后，以普芬道夫为代表的自然法学者将法学与神学分离，认为人的活动应被当作基于知性与意思的行为来理解，而欺诈的法律责任在归责方面与人的自由意志有关。总体上看，罗马法之后的欺诈规则越来越重视个人的自由意思——欺诈行为的违法性根据并不在于客观行为的可责难性，而是基于主观的“意思”。^[44]这就意味着，行为人之所以要承担欺诈的责任，是因为其行为是自身意志的结果，或者是因为其侵害了表意人的意思决定自由。

中世纪重视自由意志的潮流，在德国遭遇了历史法学派的有力阻击。萨维尼更重视罗马法传统，而不是自由意志。他认为，应重视欺诈的“反良俗性”（违法性），而不是意思表示的有效性，因此应当以不利于相对人利益的意图作为欺诈的要件。^[45]然而，在经济自由主义的影响下，德国民法典第一草案将意思决定自由作为意思表示有效的前提，而欺诈的制度目的则在于保护意思决定自由。草案公布之后，有关欺诈的规定受到了德国刑法学者李斯特的强烈批判。李斯特基于“行为无价值论”认为，与刑法不同，民法上的欺诈不需要以财产损害为要件，民法中的欺诈在导致财产损害之外应当具有独立的意味。因此，他主张用“恶意的欺罔”来代替草案中的“欺诈”的用语。受到上述批判的影响，德国民法典第二起草委员会在第二草案第98条中，采用了“恶意的欺罔”的用语，^[46]这一术语延续至今。就此而言，德国法上的欺诈与其他意思表示瑕疵制度有着完全不同的正当化依据。错误等意思表示瑕疵是从表意人内在的主观“意思”角度来说明规则的合理性，而欺诈“故意”要件的合理性则在于针对相对人外在客观行为的否定评价。这就造成了法律行为法内部理论的分裂——德国民法典在制定之初就残留了构造上的难题。^[47]这大概也可以

[39] 参见岩本尚禧：《民事诈欺の违法性と責任（2）》，《北大法学論集》63卷4号（2012年），第160页。

[40] [意]彼得罗·彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，中国政法大学出版社1992年版，第73页。

[41] 参见前引[39]，岩本尚禧文，第163页。

[42] 同上文，第167页。

[43] See Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 668 - 669.

[44] 参见前引[39]，岩本尚禧文，第179页。

[45] 参见岩本尚禧：《民事诈欺の违法性と責任（3）》，《北大法学論集》63卷5号（2013年），第48页。

[46] 同上文，第68页。

[47] 潘德克顿体系并不完美，恐怕也不存在完美的法律体系。但寻求相互矛盾的制度之间的合理解释，正是学者的工作之一。

为德国法的现状提供部分的解释。

另外需要指出的是，德国法上欺诈制度的构成与德国侵权法的结构有着密切的关联。德国民法典制定之时，并非全然没有考虑过失侵害意思决定自由的情形。针对“因故意或者过失不法侵害他人”的情形，德国民法典第 823 条第 1 款列举了处于该条款保护范围内的诸项权利，其中包括了自由。但由于立法者并没有说明其中的“自由”的意味，因此在立法的最初，“意思决定自由”被认为处于第 823 条第 1 款所规定的“自由”的范畴之内。当时的学者认为，由于身体自由已经由德国刑法给予了足够的保护，民法没有必要将第 823 条第 1 款中的“自由”限定为身体自由，而应将其理解为包括意思决定自由在内的广义的自由。^[48]同时，如果将“对法益的侵害”视为违法性（客观的违法性），那么无论是故意还是过失，在违法性构成方面并没有区分的意义。考虑到证明的强度，侵权行为的被害人自然会倾向于主张行为人存在过失。所以，在侵害意思决定自由方面，第 823 条第 1 款主要针对的是过失的侵权行为。另外，从主观要件的强度来看，可以认为第 823 条第 1 款规定的“过失”在一定程度上是对第 123 条的补充或缓和——后者过于偏重保护行为人的行动自由，过失要件则可以实现行为自由与意思决定自由之间的平衡。德国民法典的立法者试图通过第 823 条第 1 款来处理“过失欺诈”的情形，以解决欺诈的故意要件在法律行为法中造成的难题。可见，德国法上欺诈的故意要件除了立足于“行为无价值论”外，还带有明显的法典编撰的体系性、技术性方面的原因。而根据当下的解释论，德国民法典第 823 条第 1 款中的“自由”仅指向身体动作的自由，意思决定自由的保护并不在该条款的射程之内。^[49]同时，德国民法典第 826 条主要针对的是财产保护，尤其是纯粹经济损失的赔偿问题，^[50]意思决定自由的保护也并非该条款的规范目的。^[51]于是，随着德国侵权行为法解释论的展开，过失侵害意思决定自由的情形被“逐出”了侵权行为法。也正是基于这样的前提，德国法上的缔约过失责任才被认为是保护意思决定自由的制度，对过失侵害意思决定自由的情形提供救济，从而弥补侵权法的结构性缺陷。然而，欺诈与缔约过失的制度竞合也就此形成。当然，即便按照德国民法典制定之初的学说来解释第 823 条第 1 款中的“自由”，仍然可能无法解释欺诈的故意要件与第 823 条的过失要件之间的矛盾。

（二）故意要件与违法性要件的交错

即使不考虑其生成的特定历史背景，在现有的解释论中，故意要件在欺诈的构成中也扮演着暧昧的角色。所谓故意，包括对自身行为的“认知”以及对特定目的的“意图”两方面内容。而按照流行的观点，作为欺诈构成要件的故意指的是“二重故意”，即“欺骗相对人、欲使相对人陷入错误的故意”以及“使相对人因错误而作出一定的意思表示的故意”。^[52]

[48] 参见前引 [45]，岩本尚禧文，第 78 页。

[49] Hein Kötz、Gerhard Wagner:《ドイツ不法行為法》，吉村良一、中田邦博监译，法律文化社 2011 年版，第 76 页。

[50] 参见于飞：《违背善良风俗故意致人损害与纯粹经济损失保护》，《法学研究》2012 年第 4 期，第 48 页。

[51] 德国民法典第 826 条设置了“故意”与“背俗”的要件来限制纯粹经济损失的赔偿，但民法典起草第一委员会并未将行为人的主观意图限定为故意，而是充分考虑了过失的不诚实行为的应对问题，认为“背俗”要件足以起到“过滤器”的作用。德国民法典生效之后，判例对其中的故意采取宽松的解释，乃至承认过失构成背俗侵权的可能。参见田中教雄：《詐欺取消しにおける「故意」と「違法性」の要件に関する一考察：消費者契約法第四条とドイツ民法第一二三条》，《九州大学法政研究》第 70 卷 4 号（2004 年），第 406 页。实际上，与第 826 条类似，德国法上的欺诈也有“故意”与“违法性”双重过滤机制，或许保留其中之一就足以实现规范目的。

[52] 参见前引 [2]，韩世远书，第 187 页。另可参见前引 [7]，魏振瀛主编书，第 152 页。

其中，第一重的故意包括了“认知”（认识到自己在欺骗相对人）和“意图”（使相对人陷入错误）两个方面的内容；而第二重的故意则仅指向“意图”（使相对人作出意思表示）。而关于故意的“认知”，存在着“事实的认识”与“违法的认识”的分歧，两者的区别在于是否将对违法性的认识作为故意的构成要件。对此，德国民法的通说认为，对违法性的认识是故意的要件之一，此即所谓的“故意说”。^[53] 根据该学说，一旦认定欺罔行为存在故意，就足以证明行为违法性的存在。德国民法典制定之时，虽然第二草案曾将违法性作为欺诈与胁迫的共同要件规定在条文中，但帝国议会基于“积极的欺罔行为当然地具有违法性”的认识，将“违法性”的规定仅作为胁迫的前置要件。^[54] 由此，根据“故意说”，在积极的欺罔行为存在的场合，违法性的判断会被故意的认定所吸收。

即使认为对违法性的认识不属于故意的范畴，即故意在认知层面的要素仅为对事实的认识，仍然无法避免故意要件与违法性要件的相互渗透。欺诈构成要件中的违法性是指特定的欺罔行为超越了社会观念所允许的限度，是针对行为样态以客观基准进行评价的结果（主观违法性）。在认定违法性存在与否之时，要针对行为的样态与客观基准之间的偏离程度作出判断。此时，行为人的主观恶性程度（故意或过失）势必会成为影响违法性认定的重要因素之一。尤其是上述第一重故意，由于与欺罔行为的具体样态直接相关，所以会被当然地纳入违法性要件的考量范畴。

从逻辑上说，过错要件属于行为人的主观范畴，而违法性要件则属于外在评价的范畴，两者泾渭分明。但无论如何界定故意在认知层面的内容，都无法避免故意与违法性要件之间的相互交错。以事实上存在着“善意的欺诈”为前提，民法上的欺诈制度无法仅仅通过主观的故意来排除符合社会准则的行为，需要违法性要件作为进一步的过滤机制。既然违法性要件是必要的，与之交错的故意要件的必要性可能就值得怀疑了。

（三）故意要件与规范目的的龃龉

法律行为论的产生，被认为是支配产业革命的自由主义、个人主义等诸多思潮的“归结点”，其核心原则在于法律行为自由——“从消极方面来说，是排除国家等权力对法律行为的干涉；而在积极的方面，则含有对当事人自由意思的信赖”。^[55] 弗卢梅认为，欺诈可撤销的原因就在于决定自由“受到不正当影响”，而不是欺诈或胁迫行为的“违法性或在道德上应受谴责性”。^[56] 在作出决定之前，原则上应当由表意人自行收集信息，只有当相对人具有较强归责性的时候，法律才能介入当事人的意思自治，因此表意人承担较重的证明责任（证明行为人的故意）也是必然的。这大概就是现有解释论中欺诈故意要件合理性的最重要的理由。

然而，欺诈的故意要件与保护意思决定自由的规范目的是不相容的。一般认为，近代侵权法主要保护行动自由，其实现机制就是过错责任原则，包括故意与过失。在欺诈与胁迫的制度设计上，德国民法典立法理由书指出，“撇开针对第三人的胁迫诉讼不谈，该制度

[53] 参见岩本尚禧：《民事诈欺の违法性と責任（5）》，《北大法学論集》64卷1号（2013年），第106页。我国学者也有持该观点者。参见马树生：《比较法视野下故意侵权理论体系之构建》，《法学评论》2010年第4期，第119页。

[54] 参见前引[45]，岩本尚禧文，第71页。

[55] 北川善太郎：《民法総則》，有斐閣1993年版，第106页。

[56] 参见[德]弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第630页。

安排主要是在基于胁迫和欺诈而产生的侵权行为请求权的框架下运作的”。^[57] 就此而言，德国民法典中的欺诈制度本身就具有保护行动自由的目标。在侵权行为法领域，即便当下强调受害人的救济，过失归责并没有被根本性地动摇。这是由于“过失归责”扮演着平衡双方当事人权益的角色。但是，欺诈的构成排除了过失归责，而是进一步要求故意归责，比起侵权行为法更加放大了相对人的行动自由。因此，虽然通说的立场是对意思决定自由的保护，^[58] 但欺诈制度实质上更加偏重保障行动自由。之所以出现这样的局面，很大程度上是因为德国民法典的相关解释受到了刑法中“行为无价值论”的影响，保留了“制裁”的意味。有学者指出，梅迪库斯所理解的故意是指“故意的不法”，其背景就是行为无价值论。^[59] 正是这种“表里不一”的状况使得德国法积极扩张缔约过失责任制度，从而更加积极地实现对意思决定自由的保障。重在保护行动自由的欺诈制度与法律行为法的其他部分（除了胁迫）存在着根本性的差异，而要实现法律行为法体系内的顺畅，就需要通过改造欺诈的要件来实现从重在保障行动自由到以保护意思决定自由为主的转变。

四、过失欺诈的可能

要消除故意要件所造成的解释困境，可以从两方面入手：降低表意人对欺诈行为人故意的证明强度，或者是对故意进行扩张或者缓和的解释。若采取第一种进路，其考虑的方向很可能是推定行为人的故意，而由行为人证明自身并无故意。即便不考虑行为人证明故意不存在是否具有逻辑上的可行性，“推定故意”本身也会在实际上架空故意的要件意义，^[60] 多少有些“欲盖弥彰”的意味。因此，以下将尝试论证直接缓和故意要件，即以过失构成欺诈的可能性。

（一）故意要件的扩张解释

除了认知层面的内容，故意还包括意图层面的要素，并且根据意图的强弱，还可以继续区分为直接故意与间接故意。^[61] 对意图强度的不同理解，以及将不同强度的意图与认知要素相结合，完全可以将故意的意涵扩张至过失的领域。例如，弗卢梅认为，德国法上欺诈的恶意包括“明知和可以预见”两种情形。^[62] 其中的“明知”实际上指的是认知层面的因素，其后可能产生直接或间接故意两种情形；而“可以预见”则显然带有评价的意味，并非纯粹的事实认知。并且，在可以预见的场合，行为人对行为的结果是不存在积极意图的。与通说中欺诈的二重故意均包含的意图要素相对比，弗卢梅所说的“可以预见”

[57] 前引 [56]，弗卢梅书，第 629 页。

[58] 参见 [德] 梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2000 年版，第 595 页；[德] 拉伦茨：《德国民法通论》下册，王晓晔等译，法律出版社 2003 年版，第 542 页。

[59] 参见岩本尚禧：《民事诈欺の违法性と責任（4）》，《北大法学論集》63 卷 6 号（2013 年），第 314 页。

[60] 很难想象如何直接证明“没有故意”。若采取间接证明的方式，或许只能证明自身存在过失——这很可能会构成其他责任。而证明表意人的过错只有责任范围上的意义，并不能推翻责任要件的推定。因此，“推定故意”实际上就是否定了故意的要件意义。

[61] 直接故意与间接故意在认知层面也是有差异的，但其主要的差异体现在意图层面。

[62] 前引 [56]，弗卢梅书，第 646 页。

的情形实际上已经属于过失的范畴。即使认为弗卢梅所表达的只是间接故意，其也在事实上缓和了故意要件的刚性。若欺诈的故意可以扩张至间接故意，则鉴于间接故意与过于自信的过失在认知层面的一致性，欺诈的故意完全可能覆盖行为人存在过失的部分情形。认知层面的内容是可以进行客观化判断的，即按照通常理解、理性人或其他客观标准来认定。而意图层面的内容恐怕并没有完全客观化的可能，特定个人的动机性因素应是其主要的组成部分。间接故意与过于自信的过失仅在行为人的意图层面有微妙的差异。如此理解的故意与过失有着无限接近的可能，或者说两者相互处于彼此的延长线上。可见，一旦承认欺诈的故意有突破二重故意（直接故意）的可能，就打开了通往“过失欺诈”的大门。当然，过于自信的过失并非严格的民法上的过失类型，其中可能夹杂重过失与轻过失的各种具体情形。但无论如何，这显然已经超出了故意的范畴。

同时，从保护意思决定自由的规范目的来看，传统的二重故意的构成也是没有必要的。当行为人具有第一重故意，即具有“欺骗相对人、欲使相对人陷入错误的故意”时，已经足以构成对相对人意思决定自由的侵害，也就不必要求继续追加第二重故意了。

此外，我国法上欺诈的二重故意是继受德国学说的结果，并不意味着没有其他的解释可能。法国法上的欺诈虽然也要求行为人原则上具有故意，但其认定不需要具备二重故意，因此可以作出比德国法更为宽松的解释。^[63] 这至少说明二重故意并非欺诈主观要件的唯一可能。

（二）过失欺诈的制度生成——信息提供义务

对故意要件的扩张解释似乎仍然难以避免评价矛盾的存在，毕竟无法完全绕过“故意”的字面含义。近些年来，基于信息提供义务论^[64]的生成与展开，过失即可构成欺诈的观点并不罕见。如德国学者洛伦茨（Lorenz）就认为，缔约过失责任本身就是对“过失的欺诈”的承认。因为德国法上缔约过失的首要机能在于排除对意思形成自由的妨害，比起德国民法中的欺诈，有着更为一般的秩序机能。在行为人过失违反信息提供义务的场所，缔约过失责任的认定实际上实现了“过失的欺诈”。^[65]

上述观点指出了近来关于法律行为论的重要话题——缔约阶段的信息提供义务。正如学者所指出的，“在许多国家的法院，仅仅由于过失而违反告知义务，就导致对方有权撤销合同并要求赔偿损失”。^[66] 信息提供义务的产生，体现了保护重心从相对人的行动自由到表意人的意思决定自由的转换，并已经逐步改变了欺诈的解释模式。以法国法为例，上世纪70年代开始出现沉默欺诈理论。实际上，对沉默欺诈的承认本身就是对传统欺诈论的扩张，但当时的信息提供义务是作为欺诈行为违法性的判断基准，表意人仍然要证明相对人存在欺诈的故意。学者指出，在沉默欺诈的场所，从其他事实推定相对人存在故意仍然是十分

[63] 参见山岡真治：《フランス債権法改正準備草案における詐欺に関する一考察 - 錯誤と詐欺の關係を中心として》，《帝塚山法学》14号（2007年），第15页。

[64] 关于该义务，我国学者通常将其称为缔约过程中的“说明义务”或“告知义务”；消费者权益保护法第20条使用了“提供”的字眼。而日本法上存在着“情报提供义务”与“说明义务”的不同称谓，但两者似乎并无根本的差异。从文义上看，“说明”的前提是一定信息的提供，而“信息提供”的目的也正在于使得相对人了解有关信息，因此“说明义务”与“信息提供义务”并无本质上的差异，甚至可以说只是一个事实的不同表达而已。考虑到“提供”与“说明”之间逻辑上的时间顺序，本文将使用“信息提供义务”这一表达。

[65] 参见前引[31]，川角由和文，第252页。

[66] [德]海因·克茨：《欧洲合同法》上卷，周忠海等译，法律出版社2001年版，第293页。

困难的。^[67] 对此，近来的学说则进一步认为，在存在信息提供义务の場合，须缓和欺诈的故意要件。有学者指出，信息提供义务的构成本身就含有债务人故意的要件。判例上也有推定债务人故意的情形。而法国判例法则已经从承认“沉默欺诈”的第一阶段，发展到在一定的场合不需要证明欺诈故意的第二阶段。^[68] 法国学者盖斯旦（Ghestin）进而认为，缓和故意要件的情形属于欺诈范围内的一种特别类型。^[69] 随着信息提供义务论的不断展开，法国法上已经出现了独立的信息提供义务及相应的责任。修正法国民法的卡特拉草案（*Avant-projet Catala*）就规定，即便行为人没有欺骗的意图，在因沉默而违反信息提供义务时，也要承担损害赔偿的责任。^[70] 草案的起草者认为，在存在信息提供义务の場合，责任的构成是不需要行为人具有故意的。这是其与传统的欺诈的区别所在。^[71] 2013年法国司法部修正草案也将过失违反信息提供义务作为契约可撤销的原因之一。^[72]

信息提供义务的理论与实践并不仅仅停留在欧盟各国国内法的层面，欧盟（欧共同体）制定了数量繁杂的有关信息提供义务的指令，并积极支持欧盟范围内的研究团体提供示范性的解决方案。例如，得到欧洲委员会的支持而在2008年发布的《共同参考框架草案》（以下简称“DCFR”）就用9个条款规定了一般性的信息提供义务，适用范围既包括B2C合同，也包括B2B合同，涵盖了远程交易、分时度假等多种合同类型。^[73] 同时，在相对人违反信息提供义务の場合，DCFR规定表意人可以撤销合同、请求损害赔偿甚至请求合同的履行利益。从其法律效果来看，信息提供义务已经完全可以取代欺诈来实现保护表意人意思决定自由的规范目的。也正因为如此，批评者认为，DCFR有关信息提供义务的规定与欺诈规定的关系不甚明确。^[74] 需要说明的是，DCFR也规定了欺诈，并将其主观要件限定为故意。但相关的评注指出，这样做的目的只是为了保持欺诈在DCFR体系内的“概念一致性”。^[75]

我国消费者权益保护法也以第20条规定了经营者全面的信息提供义务，但该条文并没有规定违反信息提供义务的具体后果。而该法第55条规定了经营者存在欺诈行为时的惩罚性赔偿责任。有学者指出，第55条规定的责任的构成应当以故意为要件，这是为了保持法体系内部（主要是与合同法第54条）的逻辑一致。^[76] 但上述观点并非针对消费者权益保

[67] 野澤正充：《フランス消費者契約法における情報提供義務と濫用条項規制》，《立教法学》53号（1999年），第224页。

[68] 参见後藤卷則：《フランス契約法における強迫・詐欺錯誤と情報提供義務（2）》，《民商法雑誌》102卷3号（1990年），第338页。

[69] 同上文，第339页。

[70] *Avant-projet Catala*, Art. 1110-1.

[71] 参见前引〔63〕，山岡真治文，第10页。

[72] 2013年法国司法部修正草案的相关条款，可参见山城一真：《契約交渉段階の法的責任》，瀬川信久編著：《債権法改正の論点とこれからの検討課題》，別冊NBL, No. 147, 商事法務2014年版，第171页。

[73] 参见大中有信：《共通参照枠草案における契約締結前の情報提供義務—ドイツ法におけるヨーロッパ契約法に関する議論の一端》，川角由和、中田邦博、潮見佳男、松岡久和編：《ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題》，日本評論社2011年版，第430页。

[74] 参见大塚哲也：《欧洲私法における情報提供義務違反に対する新たな救済》，《法学政治学論究》第96号（2013年），第126页。

[75] See Christian von Bar and Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich: Sellier, European Law Publishers GmbH, 2009, p. 493.

[76] 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号指导案例》，《清华法学》2014年第4期，第160页。

护法第20条。若认为第20条具有独立的意味，自然不应当将其解释为第55条的一部分或是简单重复。消费者一旦知晓应当被提供的信息，就不会进入合同或不会以现有的条件进入合同时，^[77]就应当承认消费者有退出合同的权利。而且，消费者权益保护法第20条所规定的重心在于提供信息的“真实、全面”，描述的是信息提供义务的客观方面，并没有对主观方面作出限定。因此，在解释论上，并不能否定经营者过失违反第20条从而消费者解除或撤销合同的可能。而且，从法院裁判的立场来看，经营者的行为构成第55条所规定的欺诈，也并非必须以存在故意为要件。以最高人民法院发布的指导案例为例，在“张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”^[78]中，汽车销售商提供了其单方保存的带有消费者署名的有关汽车瑕疵的书面验收单，而消费者则主张其署名时该验收单并未记载车辆的瑕疵。由于验收单中有关车辆瑕疵的内容系销售公司的不同人员书写，法院最终未采信该证据而认定经营者存在欺诈。就案情而言，销售商在缔约时可能确实是故意不告知消费者车辆瑕疵；也有可能是有关销售人员过失未告知车辆瑕疵而事后在验收单上补记。销售公司内部修理部门与销售部门的沟通不畅、销售人员培训不足等均可能造成后种情形——这可能会构成重大过失，但很难说构成故意。法院判决未曾对此作出任何判断，实际上是放任了上述可能。于是，销售商到底是故意还是过失，在本案中已经无关紧要了。正是销售商有义务向消费者提供信息，使得法院径直认定了欺诈的成立。可见，由于信息提供义务的存在，欺诈的构成已经发生了微妙的变化。

此外，逻辑上看，欺诈中的欺罔行为必然是以“需要提供信息”为前提的，因此信息提供义务论的展开实际上已经将欺诈纳入其中。当然，不能否认的是，信息提供义务论中承认“过失的欺诈”，很大程度上是为了实现消费者合同领域的实质意思决定自由。但是，信息提供义务依然存在着“一般化”的极大可能。契约当事人之间的信息差异是普遍存在的，这就成为信息提供义务存在的事实前提。学者指出，欧盟现行法的信息提供义务立足于“合同的特性”与“合同订立的环境”。“合同的特性”可以从直观上判定信息不对称的存在以及信息提供的债务人与债权人，同时可以确定具体合同中重要信息的类型与内容——这与信息提供义务的履行有直接的关系。更为重要的是，“合同的特性”足以解释特定合同（金融、医疗等）中信息提供义务的特殊性，使得信息提供义务的判断因素更具有一致性。“合同订立的环境”则可以进一步强化“存在信息不对称”的判断，还说明了信息提供义务对合意自由形成过程的保障。^[79]既然信息提供义务在经营者之间也存在（如DCFR的规定），将来扩张至所有的合同领域并非全无可能。日本“民法（债权法）改正检讨委员会”的《债权法改正基本方针》就曾主张将缔约时的信息提供义务规定于债法总则的部分。^[80]

[77] 或许有人认为，“不会进入合同”与“不会以特定条件进入合同”是不同的情境；前者允许撤销或解除，而后者则指向合同内容的变更。See Wim Decock, *Theologians and Contract Law—The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)*, Leiden, Boston, 2013, p. 275. 但是，合同作为一个整体，任何一点的变化都可能引起“蝴蝶效应”，阻止当事人产生缔约意图。就此而言，上述两种情况应当进行统一的把握。

[78] 最高人民法院指导案例17号（最高人民法院审判委员会讨论通过，2013年11月8日发布）。

[79] See Research Group on the Existing EC Private Law, *Contract I: Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Sellier, European Law Publishers, 2007, p. 87.

[80] 参见民法（债权法）改正检讨委员会编：《债权法改正的基本方针Ⅱ·契约および債権一般（1）》，商事法务2009年初版1刷，第43页。

一旦实现信息提供义务与欺诈制度的整合，欺诈的主观要件就能顺理成章地降低至过失。虽然目前的相关规定仍主要停留于草案或示范法的层面，但至少已经预示了发展方向。

五、保留欺诈制度的意义

以上分析的是将欺诈的主观要件降低到过失的强度，以消除缔约过失与欺诈之间评价矛盾的可能。对此或许会存在以下疑问：若过失足以构成欺诈，那么欺诈与缔约过失在要件和效果方面就会出现重合，两者是否有必要共存？

一旦承认“过失的欺诈”，前文所分析的法律行为法的内部矛盾就不再存在了，欺诈与其他意思表示瑕疵制度将共同指向对意思决定自由的保护。按照通常的理解，意思表示瑕疵包括“意思表示不真实”和“意思表示不自由”两个泾渭分明的部分。前者的核心是错误，而后者的核心是欺诈。但若按照近来有力的观点，欺诈的意义在于在“错误论”的基础上，增加对相对人行为恶性程度的考量，从而对动机错误提供保护。^[81]这样的话，欺诈制度就处于错误制度的延长线上了。因此，要讨论欺诈制度的意义，实际上就是要对包含错误论和欺诈论在内的整个法律行为法的制度意义作出判断。

我国继受的是德国法上的法律行为论，以意思表示为核心建构了系统的学说体系。包括欺诈在内的法律行为法的规则，不仅适用于契约的订立，还适用于单方行为、多方行为等诸多场合，逻辑严密，体系美感强烈。处于总则位置的法律行为法具有统摄所有与意思有关的行为的能力。其中的欺诈制度，自然可以在契约法之外发挥规制作用。而缔约过失责任的功能主要集中于契约法领域，无法在整体上替代欺诈的全部功能。

当然，仅仅具有功能意义并不能证明保留欺诈制度的必然性。如果将欺诈的效果认定为侵权责任的产生——相对人因侵害了表意人的意思决定自由而承担损害赔偿 responsibility，那么不管是在契约、决议或是继承的场合，侵权责任法都可以替代欺诈制度的功能，更何况我国侵权责任法还有着表达内容极为宽泛的一般条款。然而，功能的考量不应该是规范设计的唯一进路，民法体系中规范设计的首要因素应该是逻辑。正如学者所指出的，法律行为的有关规定在潘德克顿体系中体现着人的行为的共同基本原则，若将民法总则视为市民社会合理的、共通的基本原则所在，法律行为法就应该继续维持。^[82]高度抽象的规范模式或许难以让人一目了然，但对于“内行人”来说，反而具有强大的逻辑力量。同时，法律行为的概念不仅仅存在于民法之中，其他部门法对此也多有借鉴，^[83]可以说已经成为我国法律体系中的基础性表达。对其作出任何一点变动，都可能给整个法律体系带来难以预期的连锁反应。此外，法律行为论的一个不容忽视的作用就是其在法教育中的重要地位。以对意思表示的理解为基础，可以建构整个法律知识体系，这对于我国法学知识的体系性传授有

[81] 参见前引[9]，森田宏樹文，第5页以下。

[82] 参见商事法務編：《民法（債權關係）部會資料集第1集》第2卷，商事法務2011年版，第203页，山本敬三发言。

[83] 民法是私法的基本法，作为私法的一部分的商法自不待言，从私法中逐步分离的法律部门也常常借用民法中的法律行为概念及相关术语，“劳动合同”就是典型的例子。不仅如此，公法上也有类似的情形。例如，行政法中的单方、双方及多方行政行为，就是以达成行为所需的“意思表示”数量来区分的；要式、不要式行政行为的观念中，也能找到民法中要式、不要式法律行为的影子。

着不可替代的基础性价值。

也许可以认为,以上论述的主要是法律行为法的必要性,并不意味着其中必须包含欺诈制度。但现有的法律行为法以意思为核心的建构,针对各种扭曲意思决定自由的情形作出了高度抽象的规定。若删除欺诈制度,则对意思受到外来干涉的情形就缺乏足够的规制,就会造成逻辑上的不周延。另外,只要承认“过失的欺诈”,欺诈制度与错误就能保持在同一层面,从而保证了法律行为法的内在一致。当然,进一步改造欺诈、错误或整个法律行为法的可能是存在的,如何在法典中安置这些具体规则也有着多样化的解决方案,甚至可以说高度抽象的法律行为法在法典并不是必然需要的。但在缺乏足够充分的理由之前,保持制度的惯性应该还是比较理想的选择。毕竟,民法中一些制度安排的合理解释就是“惯性”。^[84] 这样的思路对于我国未来民法典的规范设计可能也是有价值的。

Abstract: The difference between “deliberate intention” and “negligence” leads to the contradiction between *culpa in contrahendo* and fraud in Chinese contract law in the assessment of the situation in which “one party to a contract conceals or falsifies factual information when entering into the contract”, which means not only the concurrence of different rights of claim, but also the conflict of the two institutions. The reform of German obligation law in 2001 has failed to find a thorough solution to the similar problem. The constitutive requirement of deliberate intention of fraud is the embodiment in civil law of the criminal law theory of anti-value acts and the distinction between the requirement of deliberate intention and the requirement of illegality has not yet been clarified even today. As a result, the institution of fraud emphasizes the protection of the freedom to act, rather than the autonomy of will. Therefore, it differs from other institutions that deal with the defects of declaration, such as mistake, and causes contradictions in the law on declaration of intention. Considering the institutional values of *culpa in contrahendo* and fraud, it’s hard to say that such contradictions could be easily eliminated by simply deleting the rules on *culpa in contrahendo* or those on fraud. The rationality of the requirement of deliberate intention should be understood with its historical overtones. If one of the parties to a contract “negligently” conceals or falsifies factual information, the other party should be given the right of claim based on the former’s “fraud”. With regard to current rules, the institution of negligent fraud provides a possible way for upholding the integrity and the internal logic of the system of Chinese contract law, which can be accomplished through further interpretation of the current rules on the one hand, and the acceptance of the duty to inform on the other hand.

Key Words: deliberate intention, concurrence of institutions, negligent fraud, duty to inform

[84] 例如,各国法律中,遗嘱继承通常被放在无遗嘱继承的前面,很大程度上是因为《十二铜表法》就是这样安排的。参见[英]H. F. 乔洛维茨、巴里·尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆2013年版,第142页。