

论先合同信息风险分配的体系表达

于程远

内容提要:缔约过程中信息风险的分配在民法中表现为比较完整的三层次体系,该体系以合同约定、缔约信息和观点表达划分合同当事人全部的信息交换类型,分别对应违约责任、恶意撤销以及重大误解撤销三种不同的救济模式以及规则组合。这一体系表现为依次递进的三个层级,其正当性基础、救济手段与救济力度存在着根本区别。这其中以当事人意思自治保障履行利益的违约责任最为严格,基于诚实信用原则建构的先合同说明义务在恶意撤销制度中得以充分实现并对当事人的信赖利益损失提供救济,重大误解的撤销则表现为对表意人意思自由的兜底性救济,应当审慎适用。

关键词:先合同说明义务 信息风险 缔约过失 恶意 法律拘束意思

于程远,中国政法大学民商经济法学院讲师。

一 问题的提出

缔约过程往往伴随大量的信息交互,以买卖合同为例,卖方需要向潜在的买方介绍自己的产品,甚至“鼓吹”自己产品的优势,而买方则需要依据自身需求对产品性能提出询问,以期确保实现自身合同目的。在这一过程中,充斥着各种各样的“表达”或“沉默”,有时合同双方将具有重要意义的事项约定在合同之中,有时却明确拒绝对自己提供的特定信息作出合同意义上的保证,有时甚至干脆沉默以对,隐瞒某些对于另一方合同当事人而言至关重要的缔约事项。缔约过程中这样或那样的表达与沉默究竟会导致何种责任?这一问题引发学界关注,同时学界和司法实践中对这一问题的认识也存在重大分歧,司法实践中针对类似问题的判决结果可能大相径庭,至少存在违约、缔约过失、恶意欺诈与重大误解等多种解决路径,而理论研究中个体制度适用范围的不断膨胀也加剧了民法规则体系的崩解。

纵观既有的司法实践,法院对类似案件判决的分化现象十分明显。以一度构成热点问题的凶宅买卖为例,实践中至少存在以下六种处理方式。

第一,有法院认为房屋使用过程中,使用人的生老病死属于正常现象,无需披露,故卖方无须为其隐瞒该信息负责;〔1〕

第二,有法院认为房屋内有人非正常死亡构成房屋的重大瑕疵,对该重大瑕疵的隐瞒构成欺诈,买方可以撤销合同;〔2〕

第三,也有法院不讨论凶宅是否形成物上瑕疵,而是从该情事对买方缔约决定的重要性入手,认为只要卖方故意隐瞒房屋系凶宅的事实就构成欺诈,买方可以撤销合同从而请求对方返还价款并请求可能的赔偿;〔3〕

第四,有法院认为,即便在无法证明卖方恶意欺诈的情况下,单纯的“凶宅”事实便足以构成物上瑕疵从而导致根本违约,买方得依《合同法》第94条解除合同;〔4〕

第五,有法院在违约责任框架下,直接依据《合同法》第107、111条判决卖方承担违约责任,对买方作出一定额度的金钱赔偿;〔5〕

第六,有法院允许买方基于重大误解撤销合同,从而获得价款返还,但通常不得请求赔偿。〔6〕

相较于司法实践中的乱象,理论研究中各方意见分歧更甚。我国一直以来的主流意见认为,在合同成立且生效的情况下,不存在因违反先合同说明义务而主张缔约过失的可能,后者仅适用于合同无效以及被撤销的情形。〔7〕而近年来越来越多的学者开始主张缔约过失制度与违约责任存在自由竞合,认为特别是在存在过失违反先合同说明义务的情形下,应当允许利益被损害的一方合同当事人依据缔约过失制度废止合同或请求损害赔偿。〔8〕这一观点在司法实践中也逐渐获得越来越多的支持。〔9〕在把缔约过失责任从合同被撤销的法律后果这一框架中解脱出来之后,便产生了缔约过失制度与恶意欺诈的竞合问题。〔10〕在此基础上有观点指出,缔约过失制度以过失为要件,而欺诈制度以恶意为要件,前者较后者宽松,因此存在“评价矛盾”,应承认“过失欺诈”来消除这一矛盾。〔11〕

〔1〕 参见浙江省金华市中级人民法院(2014)浙金民终字第847号民事判决书。

〔2〕 参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民初字第28410号民事判决书;四川省宣汉县人民法院(2014)宣汉民初字第1126号民事判决书。

〔3〕 参见北京市丰台区人民法院(2018)京0106民初8697号民事判决书。

〔4〕 参见广东省广州市中级人民法院(2014)穗中法民五终字第474号民事判决书。

〔5〕 参见四川省攀枝花市中级人民法院(2017)川04民终1114号民事判决书。

〔6〕 参见上海市长宁区人民法院(2016)沪0105民初14301号民事判决书;北京市丰台区人民法院(2019)京0106民初22689号民事判决书。

〔7〕 参见刘凯湘著:《债法总论》,北京大学出版社2011年版,第61页;判例参见北京市第三中级人民法院(2018)京03民终5675号民事判决书;浙江省宁波市中级人民法院(2018)浙02民终2496号民事判决书。

〔8〕 参见王洪亮著:《债法总论》,北京大学出版社2016年版,第81-82页;朱广新著:《合同法总论》(第二版),中国人民大学出版社2012年版,第176页;孙维飞:《合同法第42条(缔约过失责任)评注》,《法学家》2018年第1期,第186页。

〔9〕 参见江苏省南通市中级人民法院(2009)通中民二终字第0201号民事判决书;四川省高级人民法院(2014)川民终字第555号民事判决书。

〔10〕 参见刘勇:《缔约过失与欺诈的制度竞合——以欺诈的“故意”要件为中心》,《法学研究》2015年第5期,第55页;尚连杰:《先合同说明义务违反视角下的缔约过失与瑕疵担保关系论——德国法的启示与中国法的构造》,《政治与法律》2014年第11期,第137页。

〔11〕 参见刘勇:《缔约过失与欺诈的制度竞合——以欺诈的“故意”要件为中心》,《法学研究》2015年第5期,第58页。

继而又有观点主张通过意思表示错误(重大误解)理论的适用来协调欺诈与缔约过失之间关系的意见。^[12]

尽管既往的研究中各方观点可谓层出不穷,但实际上先合同信息风险的分配问题至此非但没有被解决,反而变得愈发复杂。事实上民法对先合同信息风险的分配并非是通过一个或两个制度完成的,对个别制度的过分关注反而更容易促成某一个或两个制度适用范围的不当扩张。如何协调《民法典》总则编的意思表示错误、欺诈制度以及合同法上违约与缔约过失责任之间的关系,是民法法典化背景下亟待解决的问题。《民法典》一改此前《合同法》对无效、可撤销合同单独规定的做法,转而通过引致条款(《民法典》第508条)适用总则编关于法律行为的规定,更加凸显出明确相关制度关系的必要性和紧迫性。

二 违约责任:先合同信息风险分配的第一层级

先合同说明义务的基本思想早已根植于传统民法的“恶意撤销+违约责任”的规则体系之中。基于履行利益责任、信赖利益责任、无责任的三分法,传统民法实际上将缔约中的表达分为三类,即“合同约定”“信息提供”以及“无责任的意见表达”。为了构筑这一体系,首先需要解决“什么样的信息可以得到合同保障”的问题,以此划定对当事人保护最为充分和严格的违约责任的界限。

(一)法律拘束意思的区分功能

成立违约责任的前提是合同双方当事人就相关事项作出明示或默示的约定,其本质是合同双方基于自由意思为自身设定义务,并且承担义务不履行的责任。^[13]这一本质特征具体体现在两个方面:一方面,并非每一个主动的表达都会构成约定从而成为合同内容的一部分,双方必须就相关信息达成契约意义上的“合意”。^[14]而将某一信息纳入合同,仅意味着当事人愿意为此提供履行利益的保证,而未必表明该信息一定是“真实”的。当事人主动作出的错误说明并非必然导致恶意欺诈,而可能仅引发违约责任。例如二手车买卖合同中明确约定“保此车无重大交通事故”,若此车实际上发生过重大交通事故,则出卖人应当承担违约(瑕疵担保)责任;^[15]但若买受人想依恶意欺诈撤销合同,则需证明出卖人明知该情形,若卖方自身亦不知晓实情,则不成立恶意欺诈。^[16]这一认识在我国司法实践中亦得到部分法院承认。^[17]

另一方面,实践中更为普遍的情形是作出表达的当事人就其提供的信息欠缺法律拘

[12] 参见尚连杰:《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》,《法学家》2017年第4期,第131页。

[13] Vgl. MünchKomm/Westermann, 6. Aufl. 2012, BGB § 434, Rn. 16.

[14] Vgl. Gsell, JZ 2001, 65, 66.

[15] 参见广东省肇庆市端州区人民法院(2019)粤1202民初1871号民事判决书。

[16] 参见北京市第二中级人民法院(2017)京02民终2882号民事判决书。

[17] 例如贵州省遵义市中级人民法院曾在判决中明确指出:“交付存在瑕疵的车辆并不必然构成欺诈。”参见贵州省遵义市中级人民法院(2019)黔03民终1123号民事判决书。

束意思。这具体表现为卖方可能会就标的物的信息提供咨询,但却未必愿意在合同中对全部信息进行约定并保证买方履行利益的实现。特别是卖方可能主张相关信息并非基于其自己的知识,而是转述第三人的意见或引用第三方文件,此时则通常应认定卖方不欲对此信息的正确性提供契约上的保证。^[18]而在卖方未主动披露相关信息时,并非买方所有显著的期待都会自动成为合同的一部分。若出卖人仅“知道”买受人对于该交易的设想和预期,但并未就此承诺,则不成立合同。

(二)要式合同之下的“契外之约”

对表达的定性问题在实践中往往与要式合同的问题相交织:导致当事人作出缔约决定的表达可能最终没有成为要式合同的条款,此时该表达的效力如何?司法实践中不乏买卖双方明确约定主合同及其附件“为确定双方权利义务之最终唯一有效依据”^[19]或明确约定双方在缔约过程中的表述与最终合同不一致则“对双方没有合同约束力”的实例。^[20]此时法院通常会面临艰难抉择:一方面,要式性具有的警示与保护功能,不允许合同当事人通过其他方式架空;另一方面,被误导的买受人应受保护,因为他正是基于对出卖人提供的错误信息的信赖而决定签订合同。

韦伯(Weber)曾就此一针见血地指出,形式要件的意义与价值在于防止仓促缔约,缔约阶段的信息当然会对其后的缔约决定甚至合同内容产生重要影响,但若仅因此便使先合同信息具备合同约定的效力,则无疑会导致形式要件的设置失去意义。^[21]韦伯特别关注到缔约双方的法律拘束意思问题,他指出根据一般的交易习惯,即便是完全不懂法律的门外汉也应明白,自己必须把所有需求写入合同,否则便无法受到契约的保护。这是无须法律知识即可意识到的问题。因此若双方当事人未将先合同信息写入合同,则意味着他们无意使之发生契约效力。

齐库普卡(Cziupka)则进一步提出应当区分公证形式在狭义与广义上的完整性推定。^[22]所谓狭义上的完整性推定,指法律仅推定在公证程序“过程中”的所有约定都被记录在案,但并不理会在公证过程之外,当事人双方是否还可能存在其他约定。这些约定虽然可能形式无效,但双方当事人作出该约定时,其实是具备法律拘束意思的。为解决该问题,齐库普卡认为必须从宽泛意义上理解公证形式的完整性推定,即推定在公证过程之外不存在针对同一交易过程的其他约定。合同书就此构成一个对于双方当事人之间全部约定的完整的、封闭的证明,从而就是合同的“全部”。

上述分析揭示出“契外之约”问题的实质内核:若将合同的法定形式理解为法律对于缔约行为的外部干预,那么形式要件的制度价值与意思自治之间的价值衡量必然造成永无止境的争论与拉锯;但若将明确的法定或约定形式要件理解为对当事人法律拘束意思

[18] Vgl. BGH NJW 2008, 1517; BGH NJW 2013, 2107, 2108.

[19] 参见重庆市江北区人民法院(2015)江法民初字第10885号民事判决书。

[20] 参见温州市鹿城区人民法院(2017)浙0302民初1897号民事判决书。

[21] Vgl. Weber, RNotZ 2016, 650, 651.

[22] Vgl. Cziupka/Hübner, DNotZ 2016, 323, 330.

的推定标准,则一切矛盾都可在法律行为、意思表示解释的基础理论框架下得到解决。赫尔勒(Herrler)便指出了德国司法实践中令人关注的趋势,即在近几年的判例中,法院越来越倾向于将先合同阶段的信息说明认定为合同约定,即便其最终并未出现在正式合同之中。^[23] 因此,纠结于公证形式的效力与意义实非必要,该问题并非公证合同所专属,而是要式合同中普遍存在的疑难。其实质并非法定形式对私人意思自治一刀切的外部干预——即公证之外绝对不允许存在有效约定——而是应基于法律行为解释理论回到对当事人法律拘束意思的探寻之中。

(三) 违约责任:基于意思自治的分配方案

一旦某一个在缔约过程中被表达或未被表达的信息被认定为合同的一部分,当事人便需要为该信息的实现承担履行利益的保证——此时该信息的真假、是否存在欺诈等问题都不再重要,因为当事人可以获得“如同合同依约履行时可以实现的利益”,其订立合同的原本目的得到实现,无须诉诸其他制度寻求救济。

正因如此,法律为此种责任设置的门槛是最高的:若要令当事人就某一信息承担履行利益的责任,则该信息必须经合同双方约定而成为合同的一部分,法律拘束意思由此成为判断约定是否存在的实质标准:第一,当存在法定或约定形式时,原则上推定当事人缔约阶段交换的信息仅供参考,而不具备法律拘束意思。最为典型的便是合同需经公证方可生效,或当事人在书面合同中明确约定“原有的表述不视为合同要约或组成部分”的情形;第二,上述推定并非绝对,若当事人缔约时就某一情形进行了特别协商并从其协商过程中可得出双方有意就此达成合同约定的结论,则不能适用上述推定。因为此时缔约双方的法律拘束意思已昭然若揭,合同的法定或约定形式要件不能成为合同一方当事人推诿否定自身合同义务的理由,否则便会严重违背诚实信用原则的要求。

由上可知,违约责任构成民法典对先合同信息风险分配体系的第一个层级——当事人可以基于意思表示自主分配风险。

三 恶意理论:先合同信息风险分配的第二层级

传统意义上的说明义务仅要求当事人对自身已经掌握的情况如实说明,而对自身并不掌握的情况原则上不承担说明义务——事实上这一规则并非为过失责任量身打造,传统民法理论将这一规则高度凝练地浓缩在“恶意”这一概念的建构之中。

(一) 先合同说明义务:划定“善良”的最低线

所谓先合同说明义务,指在缔约过程中各方当事人都应如实说明那些对另一方当事人缔约意思的形成明显具有重要意义的事项,同时根据诚实信用原则以及交易习惯,此种如实披露对另一方当事人而言应当是可以期待的。值得注意的是,《法国民法典》第 1112-1 条部分吸纳了这一公式:“缔约一方负有将其所知晓的,并对相对缔约人的同

[23] Vgl. Herrler, NJW 2016, 1767, 1768, mit Zitat auf zwei Rechtssprechungen von OLG Koblenz, BeckRS 2015, 10425 und OLG Düsseldorf, NJW-RR 2015, 1103.

意起决定性作用的信息告知对方的义务,除非后者有理由忽略该信息,或对前者抱有合理信任。”^[24]围绕这一公式,学术理论进行了大量丰富的阐释,自从布莱登巴赫将动态系统论运用于先合同说明义务的成立要件之时起,^[25]先合同说明义务处于“动态系统”之中便成为德国法学界绝对主流的观点,该观点亦为我国学界所接受。^[26]但实际上在这样一个动态系统中,仍然存在着“不动”的内核,那就是情事重要性与期待可能性的二重判断标准。

1. 对缔约而言显著重要的情事

通常认为,只有那些可能会造成合同目的不达或严重危及合同目的实现的情事是显著重要的,缔约双方原则上无须说明那些不具有显著重要性的事项。^[27]该规则在买卖合同中集中体现为卖方有义务对显著影响标的物价值或使用性能的实质缺陷主动予以说明。^[28]例如二手车买卖中,车辆的里程数对当事人的购买决定具有显著意义,出卖人伪造车辆里程则构成恶意欺诈;^[29]但若里程数与实际情况仅存在不明原因的微小偏差,而该偏差不会对买方的购买决定造成影响,则不属于必须说明的事项。^[30]若车辆经过事故维修,则出卖人应当就其已知的情形如实向买方披露。^[31]

基于情事重要性标准,司法实践在二手车交易中特意区分了“事故损害”与微小损害,卖方原则上仅对“事故损害”承担说明义务,而对于微小损害则无需说明。^[32]例如最高人民法院曾指出:“无证据证明……存在隐瞒相关信息的主观故意,该类轻微问题也并不属于明显超出一般消费者心理所能承受范围之特殊事件……不构成欺诈。”^[33]在违约责任框架下,二者的存在都可能构成物上瑕疵,但是当车辆存在事故损害时,买方可以解除合同或请求替代给付的损害赔偿,当车辆仅存微小损害时则不可以。在先合同说明义务框架下,对于事故损害卖方必须主动说明,否则构成恶意隐瞒;^[34]在买方未主动询问时,对微小损害的“沉默”则不构成恶意隐瞒,因为微小损害对于买方缔约意思的形成没有决定性的意义。^[35]通常情形下,车辆买卖交付之前对车漆进行轻微的修补,不构成需要说明的事项,^[36]但若新车原装的轮胎总体被更换导致其交付时不再是出厂配置,则必须予以说明。^[37]对于事故损害,说明义务的标准通常更高,卖方须主动对事故损害作出

[24] Vgl. BGH NJW 2010, 3362 = NZM 2010, 786 = MDR 2010, 1306.

[25] Vgl. Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten, 1989.

[26] 参见尚连杰:《缔约过程中说明义务的动态体系论》,《法学研究》2016年第3期,第103页。

[27] Vgl. BGH NJW 2001, 1167; BGH NJW 2007, 3057; BGH NJW 2010, 858.

[28] Vgl. MünchKomm/Bachmann, 7. Aufl. 2016, BGB § 241, Rn. 124a.

[29] 参见北京市第二中级人民法院(2016)京02民终10118号民事判决书。

[30] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2016)浙01民终4906号民事判决书。

[31] 参见北京市第三中级人民法院(2017)京03民终3414号民事判决书。

[32] 也有判决认为,出卖人对于微小损害的隐瞒亦构成恶意欺诈,但不宜全额适用《消费者权益保护法》规定的惩罚性赔偿。参见辽宁省锦州市中级人民法院(2018)辽07民终24号民事判决书。

[33] 参见最高人民法院(2018)最高法民终12号民事判决书。

[34] Vgl. OLG Köln BB 1964, 1409; BGH NJW 1978, 261; 1982, 1386; 1983, 2243.

[35] Vgl. BeckOK/Faust, 43. Ed. 15. 6. 2017, BGB § 438, Rn. 42.

[36] 参见浙江省嘉兴市中级人民法院(2016)浙04民终544号。

[37] 参见北京市高级人民法院(2017)京民申2270号民事裁定书。

全面的说明并公开他所知晓的全部相关信息,以避免被认定为“恶意”。

在土地租赁合同中,若承租人在合同谈判中提出对租赁的土地有特殊的用途,则出租人有义务就相关情况作出如实说明。例如游泳池的建设对于场地有特殊要求,土地之下是否存在排洪沟及其具体位置对承租人的缔约决定有重要意义。若出租人提交的布置图中标明的排水沟位置有误,则应承担责任。^[38] 在房屋租赁合同中,若出租标的物抵押、查封在先,则出租人有义务对此情形进行说明。^[39] 在会展合同中,若招展方在合同谈判中提供错误的参展商信息,使参展方误判该展会对自身的商业价值,即便该合同已经履行完毕,参展方亦可基于缔约过失责任向招展方请求损害赔偿。^[40]

2. 合同相对方的合理期待

(1) 信息优势的存在

合同相对方的合理期待表现为在当事人之间就缔约相关的重要事项存在一定信息落差。所谓信息落差需要从说明义务人与对方当事人两个方面理解:从说明义务人的方面,潜在的说明义务人必须已经掌握该重要信息。^[41] 仅在特殊情形下,说明义务可能例外地扩展至那些说明义务人尚未掌握的信息。^[42] 即便某些事项对另一方当事人的缔约决定有重要意义,说明义务人也可以通过及时且明确地告知对方自己并不掌握该信息而免责。^[43] 在我国的司法实践中,对当事人“已知”相关信息的要求经常被忽视,不乏法院直接将说明义务的客体范围扩大至“应知”范畴——例如在凶宅买卖中不去探明出卖人自身是否真的知情,而是直接认定出卖人“应当”知情。^[44] 然而事实上出卖人不知该房屋系凶宅的可能性是绝对存在的,例如出卖人亦不过从他人处购得房屋,且从未真正居住。^[45] 此时不宜认定出卖人违反先合同说明义务,否则此种义务就会实质演变为出卖人的检验义务,而普遍性的检验义务是并不存在的。

从另一方当事人(信息需求方)的方面来看,信息需求方必须并未掌握该信息,即具备对此种信息的需求。对于另一方当事人已经掌握或轻易便可自行获取的信息,不成立说明义务。^[46] 实践中法官通常无需积极地从正面认定信息优势的存在以论证说明义务的成立,而仅需以不存在信息优势为由对说明义务加以否定。^[47] 例如凶宅买卖中,出卖人可能主张与买受人的姐姐居住在同一单元,因此买受人应当已知该房屋系凶宅的事实,无须卖方特别说明。^[48]

[38] 参见贵州省高级人民法院(2015)黔高民终字第25号民事判决书。

[39] 参见四川省高级人民法院(2014)川民终字第555号民事判决书。

[40] 参见上海一中院、上海浦东法院联合发布自贸区司法保障十大典型案例之六:L公司诉G公司服务合同纠纷案,【法宝引证码】:CLI.C.77866467。

[41] Vgl. LG Landshut BeckRS 2014, 11706.

[42] Vgl. BGH NJW 1993, 2433.

[43] Vgl. MünchKomm/Bachmann, 7. Aufl. 2016, BGB § 241, Rn. 122.

[44] 参见湖北省黄梅县人民法院(2017)鄂1127民初2142号民事判决书。

[45] 参见上海市长宁区人民法院(2016)沪0105民初14301号民事判决书。

[46] Vgl. BGH NJW 2013, 1807.

[47] Vgl. BGH NJW 1991, 1819.

[48] 参见北京市丰台区人民法院(2018)京0106民初8697号民事判决书。

(2) 特殊的信赖关系

特殊的信赖关系对当事人对于信息说明的期待可能性具有重大影响。虽然原则上合同的各方当事人均应自行获取对己方而言重要的缔约信息,但若合同双方当事人之间存在某种特殊信赖,使一方当事人相信对方会对原本属于其自身风险范围的事项作出说明的话,则会提高信息需求方对于信息说明的期待可能性,产生更进一步的说明义务。合同双方的信赖关系越强,说明义务涉及的范围越大。

通常而言不存在合同一方当事人的调查义务(信息获取义务),当事人仅需如实说明自身已知的信息,而无需对未知信息进行调查获取,也无需对已知信息的正确性进行核实。但存在特殊信赖时,信息提供者可能承担一定的调查义务,该调查义务的范围取决于说明义务人引发的合同相对方信赖程度的高低。^[49] 当行为人以“专业人士”的形象出现,但事实上却并未掌握作出正确说明所必需的知识时,因其基于自身的专业人士身份获取了高于一般程度的信赖,所以可能例外地成立所谓的“信息获取义务”。^[50] 例如房地产交易中,房地产开发商作为专业人士可能获得更高的信赖,应具有比一般购房者更为专业的知识,理应知晓自己承诺赠送买受人的面积是否属于公共面积,其是否有权赠送,因此当出卖人就此作出错误陈述时,其“主观上的过错是明显的”。^[51] 又如买卖合同的居间人可能会被认为处于一种事务管理人的地位,因而从合同相对方处获得特殊的信赖。^[52]

3. 个人责任原则:动态系统的内在调节器

就先合同信息风险的分配而言,诚实信用原则并非问题的逻辑起点:在各方主体合法追求自身利益的市场环境下,信息本身也具有自身的价值,获取信息需要成本,“信息”本身可能成为商品,因而市场主体对于自身信息优势的利用具有先天的正当性。先合同说明义务的设置,其实是令掌握信息、具有信息优势的一方主体无偿提供自身掌握的信息,甚至在很多情形下这样一种信息的提供对其自身在交易中的地位而言是不利的——例如出卖人在交易中披露标的物的隐蔽瑕疵。自罗马法时代起人们便开始讨论,缔约中的当事人应在何种程度上为对方当事人的利益考量:某小岛发生饥荒,粮价居高不下,一位商人得知此事,满载一船粮食来岛上贩卖。然而他心中清楚自己的身后已经有大量的商人同样闻风而动,他只不过是先行一步而已。面对一无所知的岛民,法律是否要求该商人就此情形作如实的说明,或者允许他保有这一“秘密”?^[53] 该问题的困难之处在于,在双方当事人追求相互对立的利益的合同中(如买卖合同),法律是否应当要求一方当事人主动作出对自己不利的说明?其界限何在?“先合同说明义务”这一概念为缔约过程中双方当事人的“善良”划定了底线——每一方当事人都应当如实说明那些对于另一方当

[49] Vgl. BGH NJW 1990, 1659, 1660.

[50] Vgl. BGH NJW 1983, 217, 218.

[51] 参见福建省龙岩市中级人民法院(2018)闽08民终2124号民事判决书。

[52] Vgl. BGH NJW 1983, 217, 218.

[53] 详尽的法制史梳理参见 Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 25 ff.

事人缔约意思的形成明显有着重要意义的事项,同时根据诚实信用原则以及交易习惯,此种如实披露对于另一方当事人而言应当是可以期待的。^[54]

先合同信息风险分配的本质是个人责任原则与诚实信用原则的冲突问题。这一冲突的解决是以价值衡量的方式进行的,这也是先合同说明义务所谓动态系统真正的“动因”所在。一直以来人们所讨论的先合同说明义务,其实只是当一方对于缔约信息的隐瞒严重违背诚实信用原则时所产生的、个人责任原则的例外罢了。^[55]

基于个人责任原则,每一方当事人都应当本着对自己负责的精神,自主获取在交易中能够获取的、对自己而言具有重要意义的信息,而不能将全部的信息风险转移给合同相对人。原则上每一方合同当事人都有权充分利用自身的信息优势为自己谋利,这样一种权利的正当性不仅仅来源于对双方利益的衡平考量,还源自对自由竞争的保护以及维持市场效率的必要性。^[56] 我国法院曾指出,房产交易中买方“在签订前述合同及协议前,其理应对包括但不限于涉案房屋周边环境等因素进行充分地实地察看与了解”,且在卖方发放的宣传资料中,“已经明确未必能对小区内外的不利因素一一提示,要求购房者亲临现场、仔细考察周边环境后再行决定是否购买”,因此不存在违反先合同说明义务的情形。^[57]

个人责任原则在规范意义上主要体现在以下三个方面。

首先,某些对缔约而言具有重要意义的事项自始被排除出说明义务的客体范围。这些事项通常被认为属于合同当事人可以保有的信息优势或合同相对方自身应当承担的风险,在实践中大致表现为以下类型:

其一,有关市场状况的信息一律无须说明。此类信息包括商品价格的计算方式与计算依据、^[58] 市场现状与定价的合理性、^[59] 市场上的竞争产品、^[60] 可能存在的对于合同相对方而言更为有利的法律或经济上的解决方案^[61] 及使用目的^[62] 等。

其二,合同双方原则上无须主动披露自身信用状况或资产状况,尽管这一事实对于合同相对方而言可能具有很重要的意义。^[63]

其三,在本身高风险的交易(例如担保)中,只要一方当事人并未通过自身的行为明显地引发对方当事人对风险的错误评估,原则上便无须对于该交易的典型风险进行说明。^[64]

[54] Vgl. BGH NJW 2010, 3362.

[55] Vgl. BGH NJW 1997, 3230, 3231; BGH NJW 2001, 2021.

[56] Vgl. Fleischer, S. 174 ff.

[57] 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终2225号民事判决书。

[58] Vgl. BGH BeckRS 2008, 26951; BGH NJW-RR 2011, 270, 272.

[59] Vgl. Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 33, Rn. 11.

[60] Vgl. BGH NJW-RR 2008, 470.

[61] Vgl. BGH NZM 2001, 625 = NJW 2001, 2021.

[62] Vgl. BGH NJW 1992, 1222.

[63] Vgl. MünchKomm/Bachmann, 7. Aufl. 2016, BGB § 241, Rn. 134.

[64] Vgl. BGH NJW 2006, 845.

其四,涉及人格权保护的有关信息无须主动说明。例如招聘过程中女性应聘者对自己是否怀孕的信息不承担任何说明义务。^[65]

其次,个人责任意味着当事人原则上仅承担一般性的先合同说明义务,即并非在所有情形下都需要“事无巨细”地主动披露一切有关情形。这特别体现在企业的收购活动中,卖方明确向买方指出他之所以愿意将企业售出,就是因为在一单赔本的生意中蒙受了重大损失,并向买方提供了进一步查询详细信息的途径和可能。此种情形下,卖方并无义务主动地从细节上披露过往年份中的所有损失,因为作为大型企业的买方具备足够的判断能力与经验,从而可以期待买方在卖方对于其亏损业务仅作出一般性说明并开放信息获取渠道的情况下自行获取所需信息。^[66]

最后,个人责任原则还体现在先合同说明义务的确定仅以同类型合同的相对方的平均能力为标准,而对于个别当事人的具体信息需求,原则上不予考量。每个人都需要对自己的“愚蠢”自负其责。例如通常情形下,拼装家具的卖方无须特别说明,拼装家具需要买方具备一定程度的动手能力——而买方原则上亦不得主张该家具的拼装说明对他自己的智商或动手能力而言过于晦涩难懂,^[67]除非卖方对于组装的简单程度作出了特殊的保证,或者该组装本身事实上需要一定的专业知识才能完成。^[68]

4. 小结:区分信息说明义务与信息获取义务

先合同说明义务并非合同当事人的某种不证自明的“天然”义务,其本质是在诚实信用原则与个人责任原则之间设定平衡点。特别是在诸如买卖、承揽、租赁等当事人双方所追求的利益天然对立的合同类型中,法律应当允许合同双方最大限度地利用自己的信息优势,同时也应鼓励双方主动提出自身对于交易的需求并将其纳入谈判过程,而不能过度地将信息风险转嫁给对方,要求对方对自己掌握的情形作出事无巨细的说明。在个人责任与诚实信用原则的关系中,个人责任原则居于更为基础性、原则性的地位,而诚实信用原则处于对抗性、限制性的地位——当且仅当个人对于自身信息优势的利用触碰了诚实信用原则设定的边界时,才产生说明义务的问题。个人责任原则与说明义务之间的“原则/例外”关系要求,对于出于原则性地位的个人责任原则,应作宽松解释,而对出于例外地位的说明义务,应作严格解释。^[69]要对例外规则加以运用,必须寻找到足够的理由进行正面论证,仅主张“没有找到实质理由以坚持原则”是远远不够的;与之相反,如果找不到实质理由以适用例外规则,则应当坚持个人责任原则。^[70]

在一般交易中,合同双方都仅对自身已经掌握的事项负担说明义务,而对于自身不曾掌握的事项则无须说明。先合同说明义务的违反与侵权责任原理不同,不能简单地采用“有过失则有责任”的思路。若简单地将过失与责任等同,就会在实际上造成一种合同当

[65] Vgl. BAG BeckRS 2003, 30305176 = MDR 2003, 996.

[66] Vgl. BGH NJW 2002, 1042, 1044.

[67] Vgl. MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 434, Rn. 39.

[68] Vgl. BGH NJW 2007, 3057.

[69] 参见易军:《原则/例外关系的民法阐释》,《中国社会科学》2019年第9期,第79页。

[70] Vgl. Wieling, AcP 172 (1972), 297, 299.

事人为了对方当事人利益而负担的“信息获取义务”——对于那些一方当事人能够以较低成本获取的事项,该当事人则不得不为之付出此种额外成本。而对此种信息的获取或澄清,原本是应当由需要此信息的当事人主动询问,将其纳入谈判过程,甚至纳入合同约定以保障其实现的。若允许信息需求一方在合同谈判时保持沉默,却在合同履行阶段反过来主张另一方当事人没有主动为自己获取相应的信息,则会对另一方当事人造成过于沉重的压力,同时也危害了交易安全。

(二) 恶意概念的信息风险分配功能

1. 恶意与知情的关联

恶意的概念构成与当事人的知情紧密相连,要构成恶意,需要满足以下三个“知情”:第一,一方当事人知晓相关情事的存在;第二,一方当事人知道合同相对方不知相关情事的存在;第三,一方当事人知道合同相对方一旦知晓实情就根本不会订立合同或至少不会以同样条件(价款)订立合同。^[71] 恶意概念与说明义务密不可分,德国法上大量判例甚至认为恶意的存在以说明义务的成立为前提。^[72] 但是事实上恶意的认定与说明义务并非由此及彼的关系,而是相互代替的关系。尽管从表面上看,说明义务的范围包含了过失责任,而恶意则属于故意责任的范畴,但这更多是因为说明义务的违反被放置于后来崛起的缔约过失责任之下予以救济的缘故,事实上人们在说明义务的构造之下所进行的信息风险分配,原本都蕴含在恶意这一概念的构造之中。

(1) 恶意与过失的分野

恶意的存在以当事人一方已知相关信息为前提,若当事人并未掌握相关信息,则不能认定恶意的存在,因为根据个人责任原则,缔约双方原则上无理由为对方的利益去主动收集、获取信息,自然也就不存在对于未掌握信息的披露义务,从而不存在恶意隐瞒的问题。一般而言,若说明义务人认为或轻信自己所言为真,原则上不构成恶意。对于恶意的证明责任由主张恶意的一方当事人承担。^[73] 若出卖人并非已知相关信息,而是有可能获知,或依客观情势理应获知该信息却实际未获知,则属于过失或重大过失的情形。^[74] 例如进口车辆买卖中,进口车辆在入境之前曾经被登记于某第三人名下,若随车的相关资料并未显示该事实,则作为被告的经销商“没有义务到美国去获知相关事实再告知原告”。^[75]

(2) 明知的过失

有一种较为特殊的情形被称作“明知的过失”(bewusste Fahrlässigkeit),此类情形中,说明义务人有意地对缔约相关的重要事实视而不见,尽管这些事实对他而言可能是轻易就能获知的。这样的一种有意识的视而不见也不会被认定为恶意。对相关事实的知情在任何情形下对于恶意的认定而言都是必不可少的,且该要件不能被价值衡量克减。^[76]

[71] Vgl. BeckOK/Faust, 43. Ed. 15. 6. 2017, BGB § 438, Rn. 39.

[72] Vgl. OLG Brandenburg, BeckRS 2013, 20356.

[73] Vgl. BGHZ 188, 43 = NJW 2011, 1279, 1280.

[74] Vgl. BGH NJW 2016, 1815; BGH NJW-RR 2012, 404.

[75] 参见浙江省义乌市人民法院(2016)浙0782民初16604号民事判决书。

[76] Vgl. Martinek, JZ 1996, 1099, 1100, 1102 f.

司法实践中,“明知的过失”往往体现为证明问题,若相关情形已经明显到当事人不可能不知晓的程度,法院则通常不会采信当事人一方关于自己“不知情”的主张。^[77]例如法院曾在判决中精确地指出:此时,车门内部是否存在玻璃碎片、门板是否存在划伤痕迹等,均可观察清楚。此时,并非该汽车销售公司负有必须查勘车辆内部是否完好的义务,而是该公司称拆开门板后没有看到碎片、划痕的解释,不符合通常人的认知能力。^[78]

(3) 胡乱表述中的“恶意”

传统民法以“恶意”这一概念,将说明义务的客体牢牢限定在义务人已知信息的范围内。即便是在上述极端案件中,只要当事人对相关事实不知情,原则上仅产生重大过失的非难,而不涉及恶意。但若当事人对自身不知晓的事实作不负责任的表达,即在毫无任何事实依据或必要的信息基础的情况下作出了错误说明,那么此时该当事人的行为严重违背了诚实信用原则,尽管其对所述事实并不知情,也被作为“恶意”处理。仅当既有的信息足以使说明义务人意识到自己作出的说明可能存在瑕疵或错漏时,若其依旧不负责任地作出说明,才能构成恶意。买卖合同中,出卖人原则上不承担一般性的检验义务,从而无须在订立合同前排查可能存在的瑕疵,而仅需向买受人披露自己的怀疑即可满足说明义务的要求。

将不负责任的说明与恶意等同对待,实际上扩展了恶意概念的规制范围,也间接扩展了传统民法规则之下说明义务所涵盖的实际范围。其原因在于,基于这样一种毫无保留的声明,卖方实际上不仅对标的物相关事实进行了“描述”,且因其毫无保留而同时作出了一种隐性的保证——这些描述是具有足够充分事实依据的。^[79]

2. 主观恶意与说明必要性认识

传统民法以“知情”为核心构造了恶意的概念,并以此为出发点,囊括了说明义务所要求的全部价值考量。恶意概念与先合同说明义务的联系是通过说明必要性认识这一通道实现的。若一方合同当事人仅知晓缔约重要情况的存在,其隐瞒尚不足以导致恶意成立,他还必须对说明的必要性存在认识——对于不具备情事重要性的客观情况,当事人自然无从认识其说明必要性,主观恶意也就更无从谈起。此外,一方当事人可能会错误地认为自己无须说明或错误地认为另一方并无相应的信息需求,此时若怠于说明,亦不属于恶意隐瞒。实践中,说明必要性认识通常会在以下几个方面发挥重要的界定作用。

首先,在买卖法中,对于可消除瑕疵,若卖方在交付之前已经将瑕疵消除,且商品价值不会因此而减损的话,卖方若怠于说明,通常不会被认定为恶意欺诈。例如车辆买卖中,即便交易车辆存在交付前补漆的事实,但若补漆后的车辆从外观、安全性能及使用功能来看均未受到不利影响,从而卖方“客观上未违反提供新车的合同义务”,那么便无须对此进行说明。^[80]

[77] 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第109条的规定,当事人对欺诈、胁迫、恶意串通事实的证明,人民法院确信该待证事实存在的可能性能够排除合理怀疑的,应当认定该事实存在。

[78] 参见吉林省长春市中级人民法院(2018)吉01民终1920号民事判决书。

[79] Vgl. Anm. Faust, JZ 2007, 101, 102, 103.

[80] 参见广东省中山市中级人民法院(2018)粤20民终3821号民事判决书;但实践中亦存在相反意见,参见贵州省黔西南布依族苗族自治州中级人民法院(2018)黔23民终419号民事判决书。

其次,合同一方可能因为另一方行事的第三人(例如代理人)已经知情,从而认为自己无须再向另一方本人作出说明,此时同样不成立恶意。^[81]然而这不意味着当事人可以通过一些“隐蔽”的方式履行自己的说明义务,从而主张他错误地以为另一方不再需要单独的特别说明。例如房地产买卖中,一个隐藏在贷款文件中的隐蔽的瑕疵说明并不足以免除卖方的说明义务,卖方此时不得主张他认为这是一个“公开的”瑕疵以至于买方至少应当已经知晓该瑕疵的存在。^[82]在汽车买卖中若卖方仅在订单上进行概括性的格式告知同样不能免除其对于可能存在的瑕疵的说明义务。^[83]

最后,若另一方当事人确已经知晓相关情事,或者任何一个通常的相对方在同样情形下都应知晓相关情事,则掌握信息的当事人有理由认为自己无须再作特别说明,此时不成立恶意。这一规则在买卖法上的集中体现便是当买方明知瑕疵而购买,或因重大过失未发现瑕疵而购买时,不享有瑕疵担保权利。《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 33 条规定:“买受人在缔约时知道或者应当知道标的物质质量存在瑕疵,主张出卖人承担瑕疵担保责任的,人民法院不予支持,但买受人在缔约时不知道该瑕疵会导致标的物的基本效用显著降低的除外。”由此可在解释论上形成买卖法中明显瑕疵与隐蔽瑕疵的二分法:对于隐蔽瑕疵,出卖人原则上没有义务主动进行说明;而对于明显瑕疵,卖方对于明显瑕疵的知情并不直接导致出卖人恶意的成立,^[84]买受人应当自己发现该瑕疵,若未发现则应当自担后果,而不能闭着眼睛将一切交给在合同关系中与自身处于利益冲突关系的出卖人。但另一方面,要成立对卖方恶意的抗辩,买方的过失必须足够重大,其界限在于这一标准的适用不应反过来导致买方负担一般性的“检验义务”。^[85]

(三) 恶意欺诈:诚实信用与个人责任的对抗协调

传统民法的立法者试图以恶意理论对先合同信息风险作出周延性的分配,而恶意概念的构造呈现出两方面的特质:一方面,它以信息知情的要素明确地将“信息说明义务”与“信息获取义务”相区分——交易中的个体原则上没有义务为交易的相对方获取对方需要的信息;另一方面,它又以“说明必要性认识”这一要素将法律对诚实信用原则与个人责任原则的均衡考量纳入其中——交易中的个体不能将信息获取的风险转嫁给对方,也正因如此,其仅能期待对方依据诚实信用原则的要求行事,即如实说明已知的必要信息,而不能指望对方在没有合同特别约定的前提下对信息的全面性与正确性承担责任。

恶意欺诈的核心问题并不是意思自由是否受到干扰,而是什么样的干扰应当在这一制度下得到救济,而这一界限是由诚实信用原则划定的。这也就决定了它和基于意思自治产生的契约责任存在根本不同——与保障当事人履行利益实现的契约责任相比,诚实

[81] Vgl. BGH NJW-RR 1996, 690 = BeckRS 9998, 14610.

[82] Vgl. BGH NJW 2011, 1280, 1281 = BeckRS 2010, 30550.

[83] 参见上海市第一中级人民法院,《最高人民法院公报》2018 年第 11 期(总第 265 期),第 32-39 页。

[84] Vgl. BGH NJW-RR 1994, 907; BGH NJW-RR 2012, 1078, 1079, Rn. 21 f. = BeckRS 2012, 09057.

[85] Vgl. MünchKomm/Westermann, 7. Aufl. 2016, BGB § 442, Rn. 2.

信用原则划定的是双方当事人在交易过程中的行为底线,它不能保证当事人合理期待的“实现”,而仅能保证当事人不会因自己对合同效力的信赖而蒙受损失。所以,尽管在构成要件层面上,违约责任与恶意欺诈可能存在竞合的情况,但是从逻辑上以及现实需求上看,在能够追究违约责任的情形下,当事人通常没有动机去主张恶意欺诈的法律后果。但是,消费者保护法上的惩罚性赔偿可能会对此形成特例,当事人可能既依据合同法主张违约责任,又进而依据消费者保护法主张恶意欺诈的惩罚性赔偿。

由此,恶意欺诈制度构成了整个民法体系对于先合同信息风险分配的第二个层级——基于诚实信用与个人责任原则的平衡考量。

四 重大误解:先合同信息风险分配的第三层级

(一)基于诱因原则的损害赔偿赔偿责任

在重大误解撤销制度的立法模式中,依据是否要求错误具有可识别性,大致存在两种模式。

一种从信赖保护的立场出发,认为当且仅当错误具有可识别性时,表意人才可以撤销法律行为,《荷兰民法典》^[86]《奥地利普通民法典》^[87]《欧洲合同法原则》^[88]均采纳此种模式。该模式的特点在于将表示受领人的过错直接纳入重大误解的构成要件之中,若合同相对方对于错误的产生没有过错,也无从知晓过错的存在,则该法律行为不能撤销。

另一种模式则不以错误具有可识别性为前提,只要意思表示存在错误,表意人便可撤销法律行为,而通过其后的损害赔偿赔偿责任限制表意人滥用撤销权。此种模式以德国法为典型,《德国民法典》第119条第1款规定:“在作出意思表示时,就它的内容发生错误或根本无意作出这一内容的表示的人,如须认为他在知道事情的状况和合理评价情况时就不会作出该表示,则可以撤销该表示。”该模式为我国民法所继受。在此种模式之下产生的损害赔偿赔偿责任并非基于撤销权人对错误产生的“过错”,而是基于诱因原则而产生的无过错责任。^[89]若将该责任理解为过错责任,则会造成法律适用上的混乱:人们可能先在重大误解的框架下检查该错误是否属于可以撤销的错误,而在得出肯定答案后,再引入实际上属于恶意欺诈或缔约过失的规则对当事人的“过错”程度作出判断,从而确定损害赔偿的数额,这无疑会引发三个制度之间相互架空的结果。

与恶意欺诈制度相比,重大误解的构成要件并不着眼于何时才能令“造成误解一方”

[86] 《荷兰民法典》第6:228条规定:“1. 有下列情形之一的……可被宣告无效:……b. 另一方当事人知道或者应当知道有关错误的情况,本应告知陷入错误的当事人……。”参见王卫国译:《荷兰民法典(第3、5、6编)》,中国政法大学出版社2006年版。

[87] 《奥地利普通民法典》第871条第1款规定:“当事人之一方,对其所作出和所受领的意思表示的内容存在错误,并因其错误而作出意思表示时,如……依情事显然应为他方所明知,……该当事人不受意思表示的约束。”

[88] 《欧洲合同法原则》第4:103条规定:“(1)一方当事人可因订立合同是存在的如下的事实错误或法律错误而宣告合同无效:(a)……(ii)另一方当事人知道或理应知道该错误,并有悖于诚实信用和公平交易之原则而使错误方当事人一直处于错误状态之中;……。”

[89] Vgl. Staudinger/Singer, 2012, BGB § 122, Rn. 2; MünchKomm/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, BGB § 122, Rn. 3.

承担责任,而更多地表现为对产生错误认识一方意思自由的单纯救济。该制度考察的核心在于“什么样的错误是可以撤销的”,由此产生了动机错误和性质错误的区分:从本质上看,性质错误其实也属于动机错误的范畴,然而之所以动机错误不能撤销而性质错误能撤销,究其根本在于法律认为动机错误的风险应当完全由表意人自己承担,而性质错误的风险则可以在有限的范围内予以救济——法律允许表意人撤销基于重大误解作出的法律行为,但需要补偿对方因信赖该合同效力而承受的损失。

(二) 重大误解:先合同信息风险分配的补充性修正

我国的重大误解制度中,撤销既不需要重大误解具有可识别性,也不以对方当事人对该重大误解的产生负有责任(过错)为前提,只要表意人能够证明该错误确实存在,便可能通过行使撤销权摆脱合同效力对自身的束缚。从信息风险分配的角度来看,这是一种较为极端(但同样可取)的风险分配方式,它仅通过对于动机错误这一法律概念的构造,将一些显然属于个人风险范围的事项排除出可撤销的范围,这实际上仅体现了个人责任原则中的一个狭窄侧面,体现了立法者对于意思自治这一价值的“偏爱”。

结合违约责任与恶意欺诈制度中对于信息风险分配的考量可知,我国法律制度下重大误解对于信息风险的分配逻辑是:法律一方面为表意人设置了相对于违约责任、恶意欺诈情形下更为宽松的条件以实现对其意思自由的救济,但另一方面又通过针对表意人的损害赔偿来避免表意人滥用该权利。从构成要件上看,它并不考虑对方当事人对于重大误解的产生是否负有责任,而是单方面地在广泛的范围内赋予产生错误的一方以撤销权;而从法律后果上看,因重大误解而行使撤销权的一方应当赔偿相对方的信赖利益损失,其正当性来源并不在于过错或与有过失,而在于诱因理论。也正因如此,在重大误解制度下,不存在撤销权人反过来主张对方赔偿损失的可能,因为在此时对于所谓当事人过错的考量早已被恶意理论所覆盖。法律不能允许当事人基于重大误解的宽松要件撤销合同之后,再通过与有过失实现撤销权人的反向追责,因为这样一来,法律在恶意欺诈制度中所意图实现的诚实信用与个人责任的平衡关系就会被彻底打破。

由此,重大误解制度构成了整个民法体系对于先合同信息风险分配的第三个层级——对当事人意思自由的兜底性救济。

五 结论:合同约定、缔约信息、观点表达的三分结构

民法对缔约过程中信息风险的分配在民法中表现为完整的三层次体系,该体系以合同约定、缔约信息、观点表达划分合同当事人全部的信息交换:

第一,合同约定。合同约定的形成基于法律行为(意思表示)理论,要求当事人在作出信息表达的时候具备法律拘束意思,这意味着无论当事人所言究竟是否真实,也无论当事人是否知晓自身表述的瑕疵,他都愿意为自己的表述承担“履行利益”意义上的责任——即担保其实现。

第二,缔约信息。缔约信息虽然并不直接构成合同组成部分,但这并不意味着当事人只要成功避免该信息进入正式合同之中就可以在缔约过程中肆意作出不负责的表

达——他依旧可能基于诚实信用原则承担违反先合同说明义务的责任。

第三,纯粹的观点表达。交易过程中,对自身产品的夸耀、对未来美好前景的展望等通常带有明显的个人观点色彩,对于这些表达,合同相对方一方面很难从中得出对方愿意为其表达提供合同上承诺的意愿,另一方面也不存在对于此种美好愿景的信赖利益(市场风险原则上属于个人责任范畴),因此原则上作出相关表达的一方无须为此承担责任。^[90]

这一体系落实在具体法律制度上,体现为违约责任+恶意撤销+错误撤销的三层次救济体系。首先,在可以推导出法律拘束意思的情形下,当事人应当为其表达承担违约责任,即保证对方当事人履行利益的实现。其次,即便某一信息并未被合同吸纳,但若它对于对方当事人的缔约决定具有重大意义,则掌握该信息的一方应当对此在恶意欺诈的制度之下承担责任。最后,对于纯粹的观点表达,原则上作出表达的一方无须承担责任,但在某些情形下,法律仍然赋予了产生错误印象的一方以撤销权——此即重大误解的情形。

[本文为作者主持的2020年度教育部人文社会科学研究一般项目“缔约阶段信息风险的平衡与救济研究——以缔约过失与违约责任的竞合为视角”(20YJC820060)的研究成果。]

[**Abstract**] The distribution of information risk in the contracting process is expressed in the civil law in a complete three-level system. This system divides all information exchanges between parties to contracts into three types: appointment, contract information and expression of opinion, which correspond to three modes of remedy and combinations of rules respectively, namely liability for breach of contract, revocation for bad faith and revocation for serious misunderstanding. This system consists of three progressive levels, with fundamentally different legitimacy basis and means and strength of remedy. In this system, the liability for breach of contract, which ensures performance interest through the parties' autonomy of will, is the strictest one; the obligation to disclose, which is constructed on the basis of the principle of good faith, is fully realized in revocation for bad faith, and the revocation for serious misunderstanding represents a backstop remedy for the freedom of party autonomy and should be applied with caution.

(责任编辑:姚 佳)

[90] 参见上海市第二中级人民法院(2001)民上字第958号民事判决书。