

# 重大误解的范式之变

## 从错误论到归责论

李潇洋\*

**摘要** 我国《民法典》第147条与相关司法解释未对重大误解的构成提出实质标准。传统民法理论中的“错误论”在价值判断上面临交易安全与决定自由保护不足的双重困境,导致了教义学上不必要的复杂和不确定,难以为我国法提供解释指引。以缔约过失废止合同为代表的“归责论”打破了“动机错误不受关注”的教条,转而对相对方在错误形成中的作用进行规范评价,体系化地吸纳了先合同诚信关系的价值变迁。基于归责论的解释思路,相对方过失导致或维持的错误具有可撤销性;双方均无过失的共同错误不应允许一方通过撤销合同转嫁全部风险;作为归责论的例外,当错误造成重大损失时也可允许错误方撤销,从而形成以相对方过失为原则,以错误方重大损失为例外的实质标准。

**关键词** 重大误解 错误论 归责论 相对人过失 重大损失

### 一、问题的提出

重大误解的构成是我国理论与实践面临的重要争议问题。《民法典》第147条仅确认了“基于重大误解实施的民事法律行为”可撤销,但未对重大误解的构成做出具体规定。<sup>〔1〕</sup>《最

\* 中国人民大学法学院讲师。

〔1〕 尽管“误解”与“错误”在日常文义上有所差异,但在我国法的规范语境和传统中,重大误解制度与大陆法系国家民法典中的错误制度在内涵上并无差别,因此《民法典》立法中未对“误解”这一表述再作修正,本文在概念使用上也不区分“误解”与“错误”。参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,法律出版社2020年版,第292页。

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“总则编司法解释”)第 19 条延续了《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的解释(试行)》(以下简称“民通意见”)[<sup>2</sup>]第 71 条的开放式列举,在“行为性质”“对方当事人”“标的物品种、品质、规格、数量”等既有情形外新增了“价格”,同时明确放弃了“造成较大损失”这一经济后果上的限定。[<sup>3</sup>]在上述规范背景下,法院在个案中采取何种判断标准及其背后的价值判断仍然存疑。完善重大误解制度的解释论、指引和限制自由裁量,不仅是教义学的必要工作,也具有重要的实务价值。

就此,我国民法理论主要形成了以下几种解释方案,它们之间差异明显,足以实质性地影响法律效果。第一种方案完全承继了德国法上的错误制度,认为我国法上的重大误解仅指表示错误,动机错误原则上不能撤销,仅交易上重大的性质错误可作为例外。[<sup>4</sup>]但该说过度强调了“动机错误不受关注”,未能体系化地反映教义学的后续进展。

第二种方案则从我国“民通意见”第 71 条出发,认为我国法并未一般性地排斥动机错误,而是将其纳入宽泛的当事人、标的物错误之中,并结合交易结果判断是否构成重大误解。[<sup>5</sup>]但在“总则编司法解释”第 19 条放弃较大损失要件后,该说等于没有标准,完全交由自由裁量。

第三种方案则是前两种方案的折衷,将司法解释列举的事实类型与德国法上的抽象概念进行不同程度的排列组合,这也是我国民法理论的主流观点。例如崔建远将“合同性质”“相对人”“标的物”与“内容”“动机”相并列,动机之外的错误以重大损失为撤销标准,动机错误则要求当事人将其作为合同条件提出来。[<sup>6</sup>]梁慧星则进一步将标的物与相对人错误区分为“本身错误”与“性质(资格)错误”,区分意义在于本身错误可撤销,动机错误的撤销以对外表示为标准,其他错误则均以交易重要性为标准。[<sup>7</sup>]王利明则增加了“表示行为”这一类型。[<sup>8</sup>]该种方案带来的问题是,动机与其他类型存在相当程度的重叠,事实上难以区分。同时,各观点虽形式与表述上相似,但实质上采取了不同标准,背后的价值判断也有显著差异,规范上无法兼容。

前三种方案的共同点在于以错误内部的概念区分与涵摄决定其可撤销性,本文将这种理论范式称为“错误论”。第四种方案则受到了《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》等“示范

[2] 该解释已被法释〔2020〕16号废止。

[3] 有裁判观点认为重大误解制度仅在于保护表意人行为自由、自愿,这既放弃了经济后果要件的限定,也未引入其他限制,未能平衡地保护交易安全。参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 734—735 页。

[4] 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社 2016 年版,第 269—272 页。

[5] 参见朱广新:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社 2018 年版,第 288 页。

[6] 参见崔建远:《合同法》,北京大学出版社 2021 年版,第 109 页。

[7] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社 2017 年版,第 183 页。

[8] 参见王利明:《合同法研究》(第 1 卷),中国人民大学出版社 2015 年版,第 695—696 页。

法”以及比较法上新近学说的影响,转而以“相对方参与”为撤销标准。<sup>〔9〕</sup>在“总则编司法解释”的起草过程中,最高人民法院一直将该说作为“方案二”(以下称“司法解释方案二”)予以讨论。该说要求重大误解的构成需符合“相对方导致错误”“相对方明知或应知错误”与“共同错误”三种情况之一。但司法实践多认为该说与传统认知差异较大,实务上难以把握。<sup>〔10〕</sup>总体而言,该说的既有讨论主要存在以下局限。第一,该说受到了“一元论”与“二元论”之争的局限,将“表示错误”与“动机错误”的区分正当性置于争论的焦点,但这并非终局问题。在一元论之下,理论上需要提出一项普适于全部错误类型的一般标准,但这项标准并不必然是“相对方参与”;即使采二元论,“动机错误不受关注”的既有立场及其各项例外也值得反思与再整合,“相对方参与”也是可以考虑的选项。第二,该说目前的三分法更像是一种事实上的列举,三种情况中相对方的参与程度以及双方的关系形态各不相同。如果不能用同一标准整合三种类型,该说似乎就成了“三元论”。第三,该说未发掘其与传统民法理论的内在关联,使我国学者多认为该说仅是法律整合中的一时创见,在理论上“突兀”之感。

本文一方面试图反思与突破传统错误论,另一方面也旨在以规范意义上的“归责”限定与整合事实意义上的“相对人参与”,探索归责论的价值与理论基础。两个方面相互关联,从错误论的教义学争议中发掘价值判断层面的具体因素与核心争点,不仅可以避免陷入空洞的概念之争,克服传统错误论的局限,也是归责论得以产生、证成与完善的基础。

## 二、错误论的局限

错误论的典型特征在于对错误进行封闭式的分类与定义,进而以概念涵摄决定得否撤销的法律效果,不关注错误的发生原因与磋商背景。传统民法理论中虽有“一元”与“二元”之分,但二者均符合上述特征。

“一元”与“二元”仅是相对于“意思形成”与“意思表示”两个不同时间段而言,其区分意义不宜被夸大。在意思形成阶段,表意人尚未作出决定,需要对各种主客观因素进行综合考虑,这些因素在规范上被称为“动机”或“基础事实”,这一阶段的错误被统称为“动机错误”;在表示阶段,表意人则通过语言、行为等“表示符号”将其决定对外表达,这一阶段的错误被称为“表示错误”。在这一语境限定下,“一元论”认为两个阶段的错误在规范上应适用同一可撤销标准;

〔9〕 参见韩世远:“重大误解解释论纲”,《中外法学》2017年第3期,第679—682页;龙俊:“论意思表示错误的理论构造”,《清华法学》2016年第5期,第132—133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126—128页;武腾:“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26—27页;张勇健:“合同错误及其救济——由(2017)最高法民终502号案的分析展开”,《法律适用》2020年第16期,第11页。

〔10〕 参见贺荣主编:《最高人民法院民法典总则编司法解释理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第298页。

“二元论”则认为表示错误属于意思欠缺,应与动机错误区别对待。<sup>[11]</sup> 作为“二元论”的典型,《德国民法典》第 119 条第 1 款承认表示错误(包括表示行为错误与内容错误)的可撤销性,第 2 款则采动机错误不可撤销的严格立场,仅承认具有交易重要性的性质错误可作为例外撤销。<sup>[12]</sup> 作为“一元论”的典型,2016 年修订前的《法国民法典》第 1110 条规定“错误,仅在其涉及给付性质本身时才构成合同无效的原因”。<sup>[13]</sup> 对比而言,排除无效或可撤销这一效果层面的差异,两国法的区别仅体现为,表示错误在德国法上自成一类、当然可撤销;而在法国法上,由于表示错误同样适用性质标准,而其通常又不涉及给付性质,几乎不存在主张的可能。所以,“一元”与“二元”仅是立法论上是否对表示错误作特殊对待的局部问题,不能试图用此种标签化的选择解决全盘问题。<sup>[14]</sup>

表示错误按其本来意义在适用领域上较为狭窄,动机错误则涵盖整个意思形成过程,其中的一系列主客观因素不仅范围广、异质性强,其重要性程度也因人而异,不仅在实践中更常见、更疑难,各国民法理论就此也呈现出相当程度的共性。错误论围绕动机错误衍生出性质、内容等一系列解释论争议,这些概念对我国民法理论产生了重要影响,因而理论上对其局限不可不查。

### (一)“性质”概念的异化

传统错误论以性质错误作为动机错误可撤销的标准,理由在于“性质”对合同目的和等价关系的实现具有重要影响。<sup>[15]</sup> 德国法院认为这是一项客观标准,强调“性质”概念本身的要件功能。在其经典界定中,“性质”(Eigenschaft)不同于“特性”(Beschaffenheit),<sup>[16]</sup> 特性限于标的物的物理属性,性质则延伸至“因其特性与存续影响标的物可用性或价值的事实或法律上关系”。<sup>[17]</sup> 事实或法律上关系,亦即所谓“外部环境关系”(Umweltbeziehung)究竟要求何种程度的牵连性本身是难以确定的,影响标的“可用性”和“价值”的外在因素在范围上也非常广泛。对此,法院又提出了所谓“直接”标准,要求性质必须植根于物,对价值有“间接”影响的外部因素不属于性质。但这一标准不仅欠缺确定性,也常陷入循环定义或裁判间的相互矛盾。<sup>[18]</sup>

[11] Vgl. Manfred Wolf, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht, in: Jürgen Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 92 ff.

[12] 参见台湾大学法学院编译:《德国民法典》,北京大学出版社 2017 年版,第 98 页。

[13] 与德国法不同,法国法将错误作为合同无效事由。参见罗结珍译:《法国民法典》,北京大学出版社 2009 年版,第 297 页。

[14] 我国部分学说则有不同观点。一说将“一元论”与“二元论”拔高至民法体系的归属,认为一元论是合同法模式,不具有普适性;二元论才是意思表示理论的产物,符合民法总则的定位。参见赵毅:“民法总则错误制度构造论”,《法商研究》2016 年第 4 期,第 152 页。另一说则认为一元论不利于交易安全,不能处理共同错误以及导致裁判进退失据。参见梅伟:“民法中意思表示错误的构造”,《环球法律评论》2015 年第 3 期,第 72—74 页。

[15] Vgl. Reinhard Singer, in: Staudinger, 2016, § 119, Rn. 79.

[16] 对德国司法实践中“性质”“特性”与“外部环境”区分的评述,vgl. Hans Christoph Grigoleit/Carsten Herresthal, Grundlagen der Sachmängelhaftung im Kaufrecht, JZ 58 (2003), 118, 122.

[17] Vgl. BGHZ 34, 32 (41); BGHZ 88, 240 (245).

[18] 参见(德)维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社 2013 年版,第 567 页。

德国民法理论中也形成了两种具有广泛影响的解释方案,它们都脱离了对“性质”本身的解释。一说为拉伦茨(Karl Larenz)主张的“客观重要性说”。该说认为,既然关注将性质错误区别于其他动机错误的原因在于交易上的重要性,性质一词应指“在交易中从事此种法律行为时被认为对于评价具有重要意义的事实情形”。〔19〕该观点的问题在于,错误所涉事实虽客观上重要,但表意人是否有认识错误全凭其事后主张,缺乏客观上的验证。

对此,弗卢梅(Werner Flume)提出了“法律行为性质错误说”,该说认为仅在表意人对标的“应然特性”(Soll-beschaffenheit)的认识对外表示成为法律行为的内容时,该认识与实然状况不一致才能构成性质错误,否则就是不受关注的动机错误。〔20〕但从体系上看,表意人期待的“应然特性”已成为约定的一部分,实然状况与之不符即属违约。该说将性质错误的构成等同于瑕疵履行,加之瑕疵责任的优先适用,使性质错误规则事实上不存在适用空间。〔21〕即使表意人对于“应然特性”的表示不当然构成约定内容,弗卢梅也认为表示发挥了使相对人知道错误的效果,相对人明知错误再要求表意人履行合同即属于“违反诚信地利用动机错误”。〔22〕可见,该说的目标在于排除错误制度的适用,转而适用给付障碍或诚信原则等外部方案。受其观点影响,有少数观点甚至认为瑕疵担保制度从构成上排除了错误制度,只要当事人能为“特性约定”而不为,错误制度即被排除。〔23〕这增加了德国法上错误制度适用的不确定性。

法国法则经过了相似的理论发展过程。“客观说”试图对“性质”下定义,并提出了“根本性质”与“非根本性质”的区分。法国法院则转采“主观说”,认为个案中对当事人意思具有决定性影响的因素就属于性质,这又等于没有标准。与弗卢梅观点相似,部分判例为保护交易安全,要求性质不能全然藏于内心,但程度有别:一说仅要求表意人将“缺少某种性质就不会缔约”对外表示(“表示说”);另一说则认为性质应当在“合同范围”之内,要求双方形成合意(“约定说”)。〔24〕2016年修订后的《法国民法典》混合接受了上述学说。第1133条虽依“客观说”将“根本性质错误”作为合同无效原因,但该条第1款对“根本性质”的定义又反映了“约定说”,即双方在缔约时考虑并经明示或默示同意的情况;第1135条第1款规定,非根本性质的“纯粹动机错误”仅在双方共同明示将其作为缔约的决定性因素时,才能作为合同无效的原因;第1136条规定,非根本性质的“价值错误”不是合同无效的原因。〔25〕批评观点认为,立法者徘徊于

〔19〕 参见(德)卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2013年版,第505页。

〔20〕 参见弗卢梅,见前注〔18〕,第569页。

〔21〕 Vgl. Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 301.

〔22〕 参见弗卢梅,见前注〔18〕,第586页。

〔23〕 Vgl. Lorenz (Fn. 21), S. 304 ff.; Reinhard Singer, Fehler beim Kauf, FG 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 383 ff.

〔24〕 法国学说的梳理,参见(法)弗朗索瓦·泰雷等:《法国债法:契约编》,罗结珍译,中国法制出版社2018年版,第412—421页。

〔25〕 上述条文参考了法国司法部的英文译本。See John Cartwright, Bénédicte Fauvarque-Cosson and Simon Whittaker, “The Law of Contract, The General Regime of Obligations and Proof of Obligations,” 2016, [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf), last visited on 11 August 2022.

“客观说”与“约定说”之间,使“根本性质”“纯粹动机”“价值”难以区分,这不仅没有增强法律的确定性,还增加了新的解释问题。<sup>[26]</sup>从以上比较法的分析看,性质错误绝非一个可靠、值得借鉴的区分标准,解释分歧背后也隐藏着更为复杂的价值判断。

## (二)“内容”概念的曲解

“内容错误”则是一个更容易引起误解的概念。在德国法上,内容错误属于表示错误的一种类型,因而具有当然的可撤销性。但内容错误之所以仍属于表示错误,原因是其并非泛指“磋商内容”或“行为内容”,而仅指表意人对其使用“表示符号”的规范意义有所误解,导致表示与意思不一致。在现代交易条件下其适用空间非常狭窄,一般仅涉及对于某些计量单位、货币符号、专业或外来词的歧义。<sup>[27]</sup>由于“内容”这一表述极易望文生义,也有德国学者改用了指向更清晰的“意义错误”(Bedeutungsirrtum)。<sup>[28]</sup>由于我国《民法通则》第59条曾对重大误解的构成采用了“行为内容”这一表述,我国学者常在结果意义上将可撤销的错误都称为内容错误,这里的“内容”就不具有德国法上的要件意义。例如有观点将“资格或性质错误”这一经典的动机错误也划入内容错误,但并不认为其当然可撤销。<sup>[29]</sup>

我国法当然可以从其他意义上理解和使用“内容错误”这一概念,但当赋予其新内涵、使其脱离德国法上的本来意义时,内容错误就不必然再属于表示错误,更不能直接得出可撤销的结论,否则就属于偷换概念。有观点认为,德国法上对于相对人“过失误导”的教义学讨论忽略了包容性与解释力更强的内容错误条款(《德国民法典》第119条第1款),该款可以涵摄过失误导所致意思表示错误。<sup>[30]</sup>问题在于,在德国法的概念语境下,过失误导发生于意思形成阶段,导致的是动机错误而非内容错误,不能适用该款。

在历史上,德国司法实践的确曾试图将部分动机错误解释为内容错误,以解决性质错误过于狭窄的问题。在一则案例中,双方以“一口价”买卖一批存货,由于出卖人一方的误导,买受人误以为报价是以“进货价”为单位计算,但实际上是按照“销售价”计算的。法院认为价格的计算方式属于不受关注的动机错误,但如果其是磋商中的重要内容就可以构成内容错误。<sup>[31]</sup>德国民法学界几乎一致反对此种“结果倒推式”的解释方案,计算错误作为一种动机错误,欠缺

[26] See Carole Aubert de Vincelles, “Dol, Erreur and Obligation d’Information,” in John Cartwright, Simon Whittaker (eds.), *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford: Hart Publishing, 2017, pp. 98–99.

[27] Vgl. Christian Armbrüster, in: MüKoBGB, 8. Aufl., 2019, § 119, Rn. 60 f. 全国人大法工委的释义书也采此定义,参见黄薇,前注[1],第290页。

[28] Vgl. Manfred Wolf/Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 11. Aufl., 2016, § 41, Rn. 37.

[29] 参见陈华彬:《民法总则》,中国政法大学出版社2017年版,第510—512页。

[30] 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138—139页。

[31] Vgl. RGZ 64, 266 (268).

与内容错误的连接点或相似性。<sup>[32]</sup>而德国联邦最高法院直至20世纪末缔约过失废止合同以及法律行为主观基础等替代方案趋于成熟后才明确否定了该说。<sup>[33]</sup>扩张内容错误是一种无必要的冗余,其本身就说明错误论的类型区分及法效果上的区别对待欠缺正当性。该说发现并承认了相对人误导时表意人的保护需求,而后又将其掩埋于内容错误的概念之争,这不仅消融了概念区分正当性,也不利于教义学的实质进步。

### (三)概念区分的正当性反思

自《德国民法典》立法以来,一直有学者质疑以性质错误为标准处理动机错误的正当性。有学者认为,性质错误条款是立法者模糊认识的产物,他们虽已发现有很多不能被表示错误条款所包含、仍需要法律关注的情况,但并没有清晰的思路 and 标准。<sup>[34]</sup>梅迪库斯(Dieter Medicus)则认为立法者虽意图为动机错误保持某种程度的开放,但又明显没有提出符合其价值判断、有说服力的方案。<sup>[35]</sup>弗卢梅同样认为:“如果人们追随立法者的原意,第119条第2款就是一个失败的法律规则,鉴于这一事实,法官应当有使命为事实错误这一问题找到一般性的法律规则,而非如立法者一样拘泥于性质错误。此时法官的任务是跃过‘鸿沟’,发展有说服力的方案与建议。”<sup>[36]</sup>

从上文的解释争议中可以发现,内容错误这一概念流于随意、欠缺实质的规范意义;而以性质错误这一概念对动机错误进行区分则面临正当性质疑。一方面,对性质错误保护过度,不考虑客观上的“认识可能性”(Erkannbarkeit),忽视了相对人的信赖保护。若仅凭表意人事后声称,相对人就丧失了合同的履行利益,仅赔偿信赖利益并不充分。<sup>[37]</sup>当事人在不愿履行合同时便可以动辄主张性质错误,摆脱违约责任,错误制度将异化为“反悔权”,诱发道德风险。另一方面,对于非性质错误保护不足,特别是相对人导致了错误的发生,此即“诱因”(Veranlassung)问题,这在实践中并不罕见。例如发包人因其疏失提供了不实工程数值,导致承包人提出了过低的总报价,对工程量的认识错误即被认定为非属性质的“计算错误”。<sup>[38]</sup>企业整体或其部分股份转让中,生产能力、盈利能力、债务负担等反映企业真实价值的因素也不构成

[32] 代表性的反对观点,参见(德)迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第576页;弗卢梅,见前注[18],第558页;拉伦茨,见前注[19],第508—511页。

[33] Vgl. BGHZ 139, 177.

[34] Vgl. Helmuth Brauer, Der Eigenschaftsirrthum, 1941, S. 110; Ernst A. Kramer, Bundesgerichtshof und Kalkulationsirrthum, FG 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 65 ff.

[35] Vgl. Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., 2016, S. 335.

[36] Werner Flume, Die Problematik der Änderung des Charakters der großen Kommentare, JZ 40 (1985), 470, 474.

[37] 《德国民法典》第122条规定了表意人撤销合同后的信赖利益损害赔偿,只要相对人不是明知或应知撤销原因,表意人无论是否有过失均应负损害赔偿赔偿责任。相反,我国《民法典》第157条则对表意人采过失原则,仅于表意人有过失时相对人才得主张信赖利益损害赔偿。参见李潇洋:“民法典中缔约信赖保护的规范路径”,《法学》2021年第6期,第112页。

[38] 德国法上著名的“管道案”(RGZ 95, 58)即是此种情况。参见梅迪库斯,见前注[32],第578页;弗卢梅,见前注[18],第603—604页。

“性质”。〔39〕德国实践中还有不少案例涉及融资、税收以及补贴等外部经济因素。〔40〕这些因素虽无关于物的性质,但在具体个案中对当事人的缔约或交易条件的确定非常重要。此外,在现代交易日趋复杂、多元的背景下,对于复杂物、抽象物、权利的买卖以及承揽、服务等性质的合同,界定给付的“性质”是否可能、有无必要性和正当性,是传统错误论需要反思的问题。可见,性质标准既转移了焦点,又进退失据,导致决定自由与交易安全保护双重不足的困境。

#### (四) 错误论对我国司法实践的影响

在我国司法实践中,许多裁判受到了传统错误论中一些概念或理论“标签”的误导,并未有意识地发掘概念背后的价值判断问题。较为突出的一例是,原告基于国内生产目的租赁被告位于“出口加工区”内的工业厂房,由于海关监管原因原告无法实际使用该厂房。一审法院认为“重大误解须为对法律行为所形成之法律关系要素的错误”;二审法院则认为仅标的物的“同一性错误”可撤销,而标的物是否能够满足原告自身特殊需求属于该公司签订合同时的主观动机问题,不属于重大误解。〔41〕一审法院所谓“要素”一说来源于日本学说,2017年修订前的《日本民法典》第95条“错误”的构成要件即为“法律行为要素的错误”;二审法院所称“同一性错误”则是德国法上“表示错误”的一种特殊类型,与本案事实无关。上述冗余的概念论述不仅在理论上站不住脚,也模糊了裁判论证的焦点。该案中法院不允许原告撤销合同的正当性在于被告已在磋商阶段明确提示“出口加工区”的政策风险,承租人仍然自担风险。在另一例中,法院则认为“公寓”与“住宅”的规划性质区分“至多构成一般意义的性质错误”,不构成对房屋“属性”的重大误解。〔42〕这比传统错误论更为狭窄。部分裁判甚至仅以“动机错误不受关注”作为裁判依据,只要发现当事人的主张属于动机错误,就不再查明事实,进行实质的裁判论证。〔43〕

最高人民法院的裁判对于重大误解的构成也未有定论。多数裁判通过合同签订过程中的具体事实判断误解是否真实存在。〔44〕部分裁判持宽松见解,表意人对于订立合同的基础事实有所误解,即使不属于司法解释的列举类型,法院也承认构成重大误解。〔45〕但也有部分裁判将重大误解限缩至内容错误,如重大误解仅指“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,且必须是对合同主要内容发生误解”。〔46〕在一则还款协议纠纷中,法院认为主张重大误解的原告必须对“约定的内容产生重大误解而作出错误意思表示”,而非协

〔39〕 参见许德风:“德国法以缔约过失责任处理企业买卖交易的案例类型研究”,《判解研究》2005年第4辑,第183—196页。

〔40〕 Vgl. NJW 1998, 302; NJW 1990, 1659; NJW 1991, 2556.

〔41〕 深圳市置华机电设备有限公司与深圳娄山关产业投资管理(集团)有限公司上诉案,广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终12774号民事判决书。

〔42〕 翁一纬与宋昕上诉案,北京市第三中级人民法院(2014)三中民终字第12737号民事判决书。

〔43〕 如张杰与闫威股权转让纠纷上诉案,湖北省荆门市中级人民法院(2021)鄂08民终1420号民事判决书。

〔44〕 如包又云与王艳玲还款协议纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民申6778号民事裁定书。

〔45〕 如王义明与重庆科瑞制药有限责任公司股权纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民申2706号民事裁定书。

〔46〕 邵自功等与漯河市金汇房地产开发有限责任公司等合同纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民申6482号民事裁定书。

议订立过程中存在重大误解。<sup>[47]</sup>此外,仅将重大误解认定为表意人自己的过错也未必符合实际,如在一案例中,表意人误解的发生原因是相对人提供了不实土地容积率数值,法院尽管排除了相对人的欺诈故意,却并未回应表意人重大误解的诉求。<sup>[48]</sup>由此可见,在我国司法实践尚未形成概念共识的现状下,空洞的概念论证无法得出圆满的裁判论证。司法解释也只是—种事实上的归纳,既未采纳上述抽象概念,也不要求裁判者严格遵照概念涵摄的方法。与其再引入错误论中—系列复杂概念,不如将概念之争背后的价值评价因素显性化,用以指引和限制裁判中的利益衡量,这才是更适合我国法现实的理论进路。

### 三、归责论的证成

从后续理论衍进中可以发现,相较于概念涵摄,错误因何发生、谁又应该承担不利的实质论证更具说服力。上一部分所论及的理论反思尽管发掘了“认识可能性”与“诱因”等评价因素,但仍未形成一致的理论和价值评价,难以系统性地回应解释分歧。德国法上的合同废止制度蕴含了丰富的归责论思想,提供了新的思路。

#### (一)“缔约过失废止合同”的启示:“圆锯案”中的归责思想

由于“动机错误不受关注”的教条导致意思形成阶段的规范调整不足,德国司法实践将缔约过失理论与损害赔偿法上恢复原状原则相结合,在撤销权之外又形成了合同废止(Aufhebung)制度。

“圆锯案”(Kreissägenfall)是这一制度的起点。该案处于欺诈、错误与瑕疵担保的“三不管”地带,在事实上非常典型。在该案中,买受人受自身场地限制,只愿意根据旧锯位置选购新锯。出卖人的雇员测量失误,声称买受人场地可以容纳新锯,但事实并非如此。法院首先排除了瑕疵担保责任,原因在于:第一,圆锯的大小既不影响其效用,也不影响其价值,不符合客观上的瑕疵概念。第二,即使按照主观瑕疵说,将当事人之间对标的物特性(Beschaffenheit)的约定作为判断瑕疵的标准,也并非任何表示都当然构成约定的内容。圆锯和买受人预留位置的“兼容性”并不涉及物本身,而是买受人自己特殊的环境预设,只有出卖人有保证二者兼容的意思时才能构成约定内容。法院通过还原双方沟通过程,认定出卖人并无保证意思,因而不构成瑕疵。法院同样排除了错误制度的适用,理由在于圆锯和买受人预留位置的“兼容性”不构成物的“性质”,因而属于“不受关注的动机错误”。此外,买受人也无法证明出卖人有欺诈故意。法院受缔约过失的理论启发,认为买受人从一开始就把圆锯的大小作为缔约的决定性因素;出卖人也明知这一因素的重要性,仍因自身疏失导致买受人的错误认识,违反了诚信义务,

[47] 山西共创展投资有限公司与山西普大煤业集团有限公司还款协议纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民终700号民事判决书。

[48] 深圳市广烨电子科技有限公司与安徽欧联投资发展有限公司拍卖合同纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民申6672号民事裁定书。

因而支持原告“废止合同”的请求。<sup>[49]</sup> 之后的民法理论将该案的裁判依据称为“缔约过失废止合同请求权”。

废止合同的效果是通过损害赔偿制度实现的。《德国民法典》第 249 条第 1 款确立了损害赔偿之债的恢复原状原则,即“恢复至如同使赔偿义务发生之情事未发生时之状态”。恢复原状与金钱赔偿同样作为损害赔偿的方式,恢复原状更占优位,金钱赔偿仅是特定条件下对恢复原状的一种替代或补充。<sup>[50]</sup> 在缔约磋商阶段,基于诚信原则双方均负有真实告知义务与积极告知义务,两项信息义务的保护法益都在于决定自由。过失违反信息义务影响了意思形成,“无意愿的合同”本身就是损害结果,废止合同即作为一种恢复原状的方式。换言之,如果表意人的动机错误可以归因于相对人的缔约过失,表意人就有权请求废止合同,回到缔约前的状态。

这一方案在提出时曾受到了理论上的质疑,反对观点指出其掏空了欺诈制度的故意要件。<sup>[51]</sup> 但反对观点后来大多发生了变化,转而肯定德国法院所作的价值判断。如卡纳里斯(Claus-Wilhelm Canaris)称自己由“尖锐的批评者”转变为支持者,认为这一方案保护当事人免于“不符合前提的合同”(nicht voraussetzungsgemäßer Vertrag),体现了合同自由的实质化。<sup>[52]</sup> 梅迪库斯在其向德国司法部提出的债法修订建议中也转而强调缔约过失应保护当事人免于已经成立、生效但“无意愿”的合同(unerwünschter Vertrag)。<sup>[53]</sup> 在缔约过失立法化后,学说则普遍认为缔约过失具有独立的制度功能与构成,在体系上与欺诈、错误制度呈自由竞合关系,在适用上并非居于末位,也不应受欺诈制度故意要件的限制。<sup>[54]</sup> 合同废止的适用领域因而有所扩张,在一定程度上替代了合同撤销制度。

缔约过失废止合同有其特殊的德国法背景,除了损害赔偿法的特殊性,更关键地在于德国司法实践在方法论上有续造偏好,其并未突破传统错误论,而是在错误制度外另行续造。此外,该制度在诉讼程序上有特别的制度辅助。合同废止请求权在权利构造上是一种“相反行为”(actus contrarius),给付标的是对方作出同意“废止合同”的意思表示,因而可以通过《德国民事诉讼法》第 894 条拟制作出意思表示的规则予以强制执行。<sup>[55]</sup> 这一方案的产生有某种程度的偶然性,在体系与理论构造上也并非无懈可击,但其蕴含的归责思想则存在某种必然性。如果意思瑕疵制度不能体系化地吸纳缔约过失所引发的价值更新,不能摆脱理论和方法上的历史包袱,合同废止制度就是更现实、简明的选择。

[49] Vgl. NJW 1962, 1196.

[50] 参见程啸、王丹:“损害赔偿的方法”,《法学研究》2013 年第 3 期,第 57—58 页。

[51] Vgl. Dieter Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 5 (1965), 209, 212 ff.; Claus-Wilhelm Canaris, Leistungsstörungen beim Unternehmenskauf, ZGR 11 (1982), 395, 416f.

[52] 参见(德)卡纳里斯:“债务合同法的变化——即债务合同法的‘具体化’趋势”,张双根译,《中外法学》2001 年第 1 期,第 50—51 页。

[53] Vgl. Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, 479, 539 ff.

[54] Vgl. Armbrüster (Fn. 27), § 119, Rn. 121; Carsten Herresthal, in: BeckOGK BGB, § 311, Rn. 240 f.

[55] Vgl. Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 88.

## (二)归责论的价值基础:诚信原则对意思瑕疵的价值更新

在价值判断层面,归责论直接反映了缔约过失理论对传统意思瑕疵理论的价值更新。在传统意思瑕疵理论中,表意人在意思形成阶段自己搜集信息形成对客观事物的认识,对信息不完整、不准确承担自己责任,除非存在相对人的欺诈;在缔约过失理论中,磋商双方则构成一种“特别结合关系”,表意人虽仍需自己搜集信息,但相对人也有告知、协助和保护的先合同义务,因而对于磋商中的信息瑕疵与认识错误需要对双方当事人在磋商中的行为进行具体评价,才能确定各自的责任范畴,而非不加论证地全部归于表意人。

意思瑕疵与缔约过失形成于不同历史时期,在各国民法中分属于两个不同的制度范畴,二者在价值判断上的差异集中体现在意思形成阶段,亦即对动机错误的处理。

近代民法的意思瑕疵理论奉行形式化的意思自治观念。在平等、理性的人格预设下,当事人有能力通过自主决定实现自身利益的最佳安排。作为决定的基础,表意人需要自己搜集和判断信息,并对自己信息搜集失败,未能正确认识客观事实承担“信息自主责任”;相对人仅在欺诈故意时承担责任,对于自己向表意人提供的信息并没有谨慎查核的义务,更不需要主动提供和分享信息。有德国学者称之为“信息责任故意主义”,这是古典自由经济模式的产物。<sup>[56]</sup>此种法律观念的影响至少表现在以下几个方面:其一,传统民法理论中无论“意思说”还是“表示说”都不关注意思的形成;其二,意思形成阶段仅有欺诈与非欺诈的二分,过失的规范意义尚未被发掘;<sup>[57]</sup>其三,之所以在错误制度中例外关注部分动机错误,并非基于对决定自由的保护,而是强调“交易重要性”的客观秩序,因而在构成上不关注双方在意思形成阶段的行为状态。

相较于意思瑕疵的封闭与静止,缔约过失则是一个快速生长的领域。缔约过失理论在19世纪形成初期同样不关注意思形成,仅保护对于合同表象的信赖。随着现代交易日趋复杂、社会分工不断细化,交易主体间的信息落差也越来越明显。20世纪六十年代以来,在缔约过失的理论基础上,德国司法实践不仅认为磋商当事人对其提供的信息负有真实义务,也承认一方在对方难以自行获取信息或双方存在信息落差时有积极告知义务,两项信息义务保护的法益都是决定自由。信息义务之所以能够发挥保护决定自由的功能,原因在于通过完善表意人的信息基础可以避免其陷于动机错误。动机在意思瑕疵中属于不受关注的对象,在缔约过失中则是先合同义务的保护客体,对于这一连接点,意思瑕疵与缔约过失产生了明显的评价矛盾。作为归责论的价值基础,诚信原则并未在传统意思瑕疵理论中得到贯彻。

## (三)归责论的规范功能:缔约过失对错误论的整合

传统错误论在面对表意人与相对人利益冲突时采取了极端标准,将具体的“表意人”与“相

[56] Vgl. Grigoleit, a.a.O., S. 34 f.

[57] 在“故意主义”的英国普通法中,直至1963年的Hedley Byrne案,“过失”才成为一个有实益的规范概念。在此之前衡平法官所称的“无辜”(innocent)与现在的理解大不相同,其包含现代法中的“过失”,因而极易产生误解。See Jack Beatson, Andrew Burrows and John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 328.

对人”抽象为两个群体,从整体上对两个群体的利益作出决断,没有为个案中当事人的具体行为评价留出空间。当其意图保护交易安全时,其不关注个案之中相对人信赖的有无以及是否值得保护,就直接排除了动机错误的可撤销性;当其试图创设部分例外避免对表意人过于严苛时,又提出了一个客观的“性质错误”概念,从整体上忽略了对相对人信赖的保护。以“圆锯案”为例,在传统分析思路下,支持撤销合同的学者便认为“锯与指定空间的契合度属于物的性质”。〔58〕如此一来,任何一个买受人均可以标的物不能放置于自己指定的位置为由撤销合同。不能因为磋商背景不同,对同一客观事实是否属于“性质”就作出相反的结论。

相较于传统错误论,第二部分所述新近学说则以相对人的“认识可能性”为基础,观察视角也从整体的交易安全转移至每一具体交易中的相对人。在“圆锯案”中,相对人过失导致了认识错误,其信赖不应被保护。在另一类情况中,表意人自己有认识错误,但相对人明知或应知错误,其信赖也不再受到保护。对此,新近学说有两种论证路径。第一种路径在错误制度之内,如上文所述“表示说”,只要表意人将某一决定性动机对外表示即可撤销;第二种路径则在错误制度之外,如上文所述德国学者弗卢梅提出“违反诚信利用动机错误”构成权利滥用。〔59〕

将“圆锯案”的事实稍作改动,即可发现新近学说在价值论证上仍有欠缺。假设买受人仍然表示了圆锯大小对其缔约的决定性意义,但出卖人未前往买受人处测量,在提供圆锯客观数据外也未对圆锯与买受人空间的兼容性提供意见,这说明出卖人既不关注买受人的个性化需求,也无意为其承担风险。如果按照“表示”标准,买受人自己测量失误也可以撤销合同。新近学说的结果是,当表意人明示错误甚至仅明示某一动机的决定性时,相对人要么积极地发现与提示错误,要么就要事后承受合同撤销的不利。但问题在于,表意人自己信息搜集失败,为什么相对人仅因认识可能性就不值得被保护,需要承担全部风险,这一安排的正当性值得怀疑。

在缔约过失的思路中,“认识可能性”只是“过失”中的一个要素,仅在相对人有积极告知义务,亦即有义务通过提供信息避免或纠正认识错误时才有其意义。此外,某一信息的重要性或决定性本身并不能证成积极告知义务,而“表示”仅能起到向相对人提示前述重要性的作用。下一部分将对积极告知义务的成立问题再作详述,但毫无疑问的是,标的物是否符合买受人的个性化偏好属于其自己的“使用风险”,若出卖人未积极参与其中则不存在告知义务,也不必时时关注对方是否有错误。在缔约磋商阶段,基于诚信原则双方均负有真实义务与积极告知义务,相对人客观上违反真实义务(误导)与告知义务(未提供信息),主观上又有认识可能性时,才能对其信赖作出否定评价。可见,缔约过失扩张了传统理论,意思形成(动机)并非全然由表意人负责;也解释和限缩了新近理论,其解释了“认识可能性”的规范基础,又将其限定于相对人的义务范围内;同时也将相对人的“积极误导”与“消极不作为”整合为先合同义务的违反,适用同样的过失标准。

#### (四)归责论的体系落实

归责论作为一种法律思想并不依附于特定制度表达,其不同法律体系中通过不同制度

〔58〕 Vgl. Lorenz (Fn. 21), S. 306.

〔59〕 参见弗卢梅,见前注〔18〕,第586页。

形态得以落实。对此,理论和比较法上主要存在三种路径。

第一种路径为德国司法实践中“缔约过失合同废止请求权”与“撤销权”的并行。相较于错误制度在构成上的复杂与不确定,合同废止方案只关注“相对方过失”单一要素。此种废止请求权在法律效果、实际功能与诉讼安排上与形成权几乎没有差别。<sup>[60]</sup>当然,废止请求权与撤销权的并行在技术层面增加了大量复杂的解释作业,在价值层面也并未直面缔约过失与意思瑕疵的评价矛盾,因而在体系融贯性上有所欠缺。与此相似,18世纪英国法也曾在普通法之外另行创设了所谓“衡平法撤销权”,以处理无法为欺诈和错误制度所涵盖的“误导”情形,也是采这一路径。<sup>[61]</sup>

第二种路径指按照归责论的逻辑彻底改造意思瑕疵的类型区分,将欺诈制度扩张为外部可归责的“外部障碍”,不再区分故意与过失;将错误制度定位为外部不可归责的纯粹“内部障碍”。此种路径本质上属立法论而非解释论。英国《不实陈述法》通过所谓“拟制欺诈”的专门规则将二者同等对待;<sup>[62]</sup>德国理论上主张该说的学者也强调需要“废止”欺诈制度中的故意要件,但同时又认为在瑕疵同一性、加重返还等问题上过失与故意有别,存在论证上的前后矛盾。<sup>[63]</sup>这一路径面临的问题是,相对人不具有欺诈故意、仅过失不告知的情形与欺诈作同一评价在价值判断上是否妥当。在具体论证上,仅通过间接故意与重大过失在事实上的模糊边界或“违法性”论证无论如何也无法从解释论上证立“过失欺诈”,更无法将其延伸至一般性的告知义务违反。<sup>[64]</sup>

第三种路径即按照归责论的逻辑在解释上重构错误制度,这是体系整合的成果。在德国学界,较为缓和的观点倾向于放弃缔约过失废止合同这一方案,通过类推适用《德国民法典》第119条错误制度处理可归责的其他动机错误。<sup>[65]</sup>克拉默(Ernst A. Kramer)提出的“事实错误扩张说”则试图将缔约过失废止合同、法律行为主观基础障碍等外部方案整合至第119条第2款,以“事实错误”取代“性质错误”。<sup>[66]</sup>对该说的批评主要集中在对现行法文义偏离太远,因而并未发展为通说。<sup>[67]</sup>“事实错误扩张说”与法律整合的脉络大致契合。下文也将沿着这一脉络,将归责论在重大误解制度中具体展开。

[60] Vgl. Hans Christoph Grigoleit, Sanktionsmechanismen bei Willensstörung, in: Reinhard Zimmermann(Hrsg.), Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, 2007, S. 175 f.

[61] See Redgrave v. Hurd (1881) 20 Ch.D. 1, 12–13.

[62] See Guenter Treitel, *Treitel on The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 2003, pp. 351–352.

[63] Vgl. Grigoleit (Fn. 55), S. 137 ff.

[64] 不同观点,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68页。

[65] Vgl. Reinhard Singer, Der Kalkulationsirrtum—ein Fall für Treu und Glauben?, JZ 54 (1999), 342, 349; Holger Fleischer, Der Kalkulationsirrtum, RabelsZ 65 (2001), 264, 289 ff.; Armbrüster (Fn. 27), § 119, Rn. 121.

[66] Vgl. Ernst A. Kramer, in: MüKoBGB, 4. Aufl., 2000, § 119, Rn. 110 ff.

[67] 对该说的批评,参见拉伦茨,见前注[19],第521页;梅迪库斯,见前注[32],第581页。

## 四、归责论对重大误解制度的具体解释

在归责论的解释思路下,原则上仅当相对人对表意人的意思形成可归责时,错误制度的适用才有正当性。由于认识错误实质上属于“信息搜集失败”,即表意人没有获得真实、完整的信息,相对人在表意人意思形成中有何种程度的信息义务就成为归责评价的关键,这也是缔约过失与重大误解制度的连接点。

### (一)归责的标准

本文所称的“归责”是一种广义的理解,不仅限于使某人承担民事责任,也包括将某种法律上的不利后果归于某人。民法上的归责标准主要有意志(故意)归责、过失归责、风险归责与诱因归责。意志归责最严格,欺诈制度即为其典型;诱因归责则最宽松,是一种结果责任,基本等于没有归责;过失归责和风险归责处于中间,二者的区别在于没有过失时由谁承担后果。<sup>[68]</sup>作为法律整合的产物,《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》《欧洲示范民法典草案》以及《美国合同法重述》均要求错误制度的构成需要相对人的“共同责任要素”或“参与要素”,但在归责标准上并未达成一致。

四者同时规定了积极构成要件与消极构成要件(排除要件),同时也区分了相对方不实陈述导致的错误(外部错误),相对方明知或应知错误(内部错误)以及双方的共同错误三种案型。其中,归责标准各不相同。

对于第一种案型,除《美国合同法重述》第153条第2项最严格,明确要求过错要件外,其余三者均采诱因原则,只要表意人错误由相对人提供的信息所致,相对人即应承担不利。我国学说以及“司法解释方案二”也持这一观点。<sup>[69]</sup>

对于第二种案型,《美国合同法重述》第153条第2项则最宽松,相对人“有理由知道错误”即应承担不利;其余三者则在相对人“明知或应知错误”外增加了“使表意人陷于错误中有悖于诚实信用与公平交易”<sup>[70]</sup>“未履行先合同告知义务”<sup>[71]</sup>以及“有悖于公平交易的合理商业标准”<sup>[72]</sup>等额外限制,基本上等同于过失归责。我国部分观点以及“司法解释方案二”明确附加了相对方有告知义务或违反诚信原则的主观要件,<sup>[73]</sup>也有观点仅要求知道或应当知道错误。<sup>[74]</sup>上述归责标准的争议表明,相对人在何时应当为表意人自发产生的“内部错误”负责,

[68] 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680—681页。

[69] 参见韩世远,见前注[9],第679—682页;龙俊,见前注[9],第132—133页;贺荣主编,见前注[10],第298—299页。

[70] 参见《欧洲合同法原则》第4:103条第1款。

[71] 参见《欧洲示范民法典草案》第II-7:201条第1款。

[72] 参见《国际商事合同通则》第3.2.2条第1款。

[73] 参见贺荣主编,见前注[10],第298—299页;韩世远,见前注[9],第679—682页;冉克平,见前注[9],第126—127页。

[74] 参见龙俊,见前注[9],第132—133页。

理论上并未形成清晰的判断。

对于第三种案型,《欧洲合同法原则》《国际商事合同通则》《欧洲示范民法典草案》三者采诱因原则,只要有共同错误就可撤销,我国学说与“司法解释方案二”也持这一观点。<sup>[75]</sup>《美国合同法重述》对此更为谨慎,其第152条第2款特别强调在撤销前要权衡合同变更等其他救济的可能。

除了积极构成,四者皆规定了“错误方应承担风险”这一消极构成要件,这等于又转换了观察视角,当表意人基于风险原则可归责时,又排除相对人的可归责性。

通过上述分析可以发现,示范法的共同问题在于,即使在同一部示范法中,三种案型的归责标准也各不相同,时宽时窄,未能实现价值判断的连贯。同时,在积极构成上趋于宽泛,未精细地确定评价因素,而后又在排除要件层面使用抽象的“风险”标准重复评价,在观察视角上徘徊于表意人与相对人之间,容易产生逻辑上的循环与矛盾。因此,我国解释论有必要回到三种具体的案型之中,明确价值判断,作出更有确定性的解释选择。

## (二)可归责的外部错误

第一种案型是磋商中一方提供了不真实或误导性信息导致了对方的认识错误。在欺诈制度中,欺诈方明知所提供信息为假(直接故意)或不顾及信息的真假“信口开河”(间接故意)。“过失误导”则仍然属于“信息搜集失败”,误导人自己也有认识错误,而后又将错误传导至对方。在一则房屋买卖纠纷中,买受人在同省异地已有两笔购房贷款,按照当地限贷政策已无法获得贷款。买受人曾就能否获得贷款询问售楼处,工作人员予以肯定,买受人因而对获得贷款产生了错误认识,致其嗣后无力承担购房费用。法院未查明工作人员是“信口开河”(欺诈)还是确实存在政策误判,仅依合同内容判决买受人承担违约责任。<sup>[76]</sup> 本案中,出卖人在磋商中不实告知、违反了先合同义务,但主观上究为故意抑或过失仍应基于事实加以认定。假设售楼处工作人员尚未及时更新限贷政策的变化,其主观上即有过失。但问题在于,既然限贷政策属于买卖双方之外的公开领域,双方都未了解,也都有可能了解该信息,为何应允许买受人依重大误解撤销合同,而非如本案判决承担违约责任?

一方面,基于先合同诚信原则,磋商中任何一方对其提供的信息都负有真实义务。由于限贷政策属于公开信息且买受人知道其重要性,出卖人可以拒绝回答,但如果选择回答就要对其真实性负责。另一方面,先合同关系性质上属于信赖关系,买受人可以合理地相信出卖人提供的信息为真,即使其有机会发现真相也不负查核义务,未查核也不构成过失。在该案中,如果出卖人不回答,买受人自行查询,错误就不会发生;如果出卖人在回答前谨慎确认,错误同样不会发生,因此,出卖人需要负最终责任。不过在现实生活中,鉴于调控政策在房地产交易中的重要性,如果不存在政策变化等特殊情,开发商工作人员对此是不可能不了解的,此时可以按照生活经验表见证明其欺诈故意。

[75] 参见韩世远,见前注[9],第679—682页;龙俊,见前注[9],第132—133页;贺荣主编,见前注[10],第298—299页。

[76] 巩辛诉济南骏茂房地产开发有限公司案,山东省济南市市中区人民法院(2021)鲁0103民初528号民事判决书。

在理论上,误导一方如果明知其提供信息为假,或者对其真实性采取放任态度,即可认定有欺诈故意;如果误导一方仍然确信其提供信息的真实性并且有一定依据,只是尚未达到客观合理标准才构成过失。<sup>[77]</sup> 欺诈与过失的区分除了影响《消费者权益保护法》第55条第1款的惩罚性赔偿,还涉及因果关系、与有过失以及后续加重返还,其区分应得到重视,从而配合为欺诈行为设置更为严厉的后果。<sup>[78]</sup> 以下通过三则案例区分欺诈故意、过失与无过失。

[案例一] 出卖人为专业的二手车交易商,声称其出售的二手车非“水淹车”且有一定依据,包括前手未告知,在某“非官方”应用程序中未查询到水淹和事故记录,以及其在买受人指定的修理厂查验无水淹情况。后来买受人遇交通事故进行保险理赔时发现该车有水淹记录。

[案例二] 经销商向买受人出售一辆新车,买受人在交易后发现该车曾有交易、保养与行驶里程记录。

[案例三] 出卖人出售一辆具有收藏价值的“古董车”,该车登记文件显示为A款,出卖人并非原始所有人,买受人在交易后的一次维修中通过查询发动机与车架编号发现该车实际为B款,两款的市场价值相差约40%。

在案例一中,出卖人对其提供信息有一定依据,可以排除其欺诈故意;但作为专业的二手车交易商其忽略了最为关键、权威的信息查询渠道,其依据并未达到客观上合理的程度,因而构成过失。由于出卖人过失误导,买受人可以依《民法典》第147条重大误解制度撤销合同。相反,假设该案中出卖人无法提出任何依据证明车辆非水淹车,则出卖人至少有间接故意,买受人不仅可以依《民法典》第148条欺诈制度撤销合同,还可以主张惩罚性赔偿。但在该案判决中,两审法院的法律适用各不相同。一审法院仅因出卖人有提供真实信息的义务就直接认定欺诈。二审法院则认定出卖人未有欺诈故意,但转而适用显失公平制度。<sup>[79]</sup> 该案在法律适用上的瑕疵也恰好说明理论上有必要为“过失误导”指明一条规范路径。

在案例二中,新车经销商将一辆二手车当作新车出售,法院认为标的车辆在买卖前有交易、保养与行驶里程记录,经销商“应当知道”上述情况。<sup>[80]</sup> 此处的“应当”与其说是一种义务,不如说是一种欺诈的间接证明,即客观证据如此明显,经销商不可能不知道该车并非新车。此时应认定出卖人有欺诈故意,而非重大误解。

案例三则说明了“过失”与“无过失”的区别。在一方主动提供不实信息时,按照“交易上必要之注意”这一客观标准,无过失的情形极为罕见,仅在其对于不实信息有官方信息来源(如登记簿)或经过专业调查,且披露信息来源以供核实时,才存在所谓无过失的情况。<sup>[81]</sup> 无过失误导的情况下,双方有共同错误且错误是一种不可归责于双方的风险,此时不宜将其与过失误

[77] See *Derry v. Peek* (1889) 14 App. Cas. 337, 374.

[78] 参见许德风:“欺诈的民法规制”,《政法论坛》2020年第2期,第12页。

[79] 内江市金瑞旧机动车有限公司、黄彦、熊建与谢雪婷上诉案,四川省内江市中级人民法院(2020)川10民终959号民事判决书。

[80] 修水县金祥汽车销售服务有限公司与冷顺利再审案,江西省高级人民法院(2020)赣民再71号民事判决书。

[81] Vgl. Wolf (Fn. 11), S. 100.

导混同处理。

### (三)可归责的内部错误

第二种案型是错误方自发产生而非相对方导致的内部错误,但如果相对方积极告知真实情况,错误就不会发生,以下几则案例均涉及这种情况。

[案例一]原告基于从事网约车运营的目的向被告租赁汽车并支付管理费与挂靠费。被告告知原告需满足驾龄三年的要求,但未提示其应具有当地户籍。之后原告因户籍原因无法运营网约车。<sup>[82]</sup>

[案例二]原告以“营运”为目的购车并在磋商中明确向出卖人表示,出卖人也予以积极答复,但其后原告因无法办理“车辆运营证”主张撤销合同。<sup>[83]</sup>

[案例三]出卖人在某购物平台上经营“A 电器专营店”,专门出售足浴盆。后来,买受人以经营按摩器为目的购买了该店铺。然而根据平台招商规则,“专营店”与其他类型网店不同,即使在“个人护理/保健/按摩器材”同类业务内也不能发生变更。<sup>[84]</sup>

传统错误论认为以上三案都仅涉及动机错误,不构成重大误解,以上三例的裁判也持此种观点。由于错误方均明确表示了其动机,相对方也予以肯定,按照“知道或应当知道错误”等新近学说则可撤销。如果按照示范法以及“司法解释方案二”的立场,则仅在认定相对方有告知义务时才可以撤销。“知道或应当知道错误”的规范指向不明,其既可能是一种事实推定(取决于错误的客观表象是否明显),也可以是一项规范上的行为要求(相对方有积极发现和纠正错误的义务)。在归责论看来,错误表象是否明显并不重要,仅在错误恰好落入相对方告知义务的范畴内,相对方才可归责。告知义务这一要件是必不可少的。<sup>[85]</sup>

先合同告知义务是一种旨在通过告知真实情况预防、发现以及纠正动机错误的保护义务。保护义务的性质决定了义务相对人不能积极地请求义务人告知特定信息,若其足以认识信息欠缺与错误可能,仍为缔约即属自甘风险。<sup>[86]</sup> 在无特别规定时,义务人仅通过告知相对人错误的可能即可实现保护目的,未必需要提供完整信息。告知义务与当事人通过自己努力收集信息维护自己利益的不真正义务并不冲突。例如出租人向承租人告知了厂房位于出口加工区内这一特殊情况并提示相关政策风险,告知义务即被履行。出租人既不需要说明出口加工区的具体管理政策,更不需要对该厂房是否满足承租人的需求作出咨询或评估,这是承租人需要自己判断的事项。

告知义务是否成立需要在个案中进行具体的利益衡量,但仍有一定的标准可循。在不存在约定或法定特别信赖关系时,告知义务成立的判断只需要回答两个问题。其一,告知的信息

[82] 王瑞贞诉上海美奇汽车租赁有限公司案,上海市闵行区人民法院(2020)沪0112民初19334号民事判决书。

[83] 廖某与深圳市车易通达汽车信息咨询有限公司上诉案,广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民终17428号民事判决书。

[84] 俞涛与范凯强股权转让纠纷上诉案,江西省上饶市中级人民法院(2016)赣11民终909号民事判决书。

[85] Vgl. Lorenz (Fn. 21), S. 283 ff.

[86] Vgl. Gebhard Rehm, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, 2003, S. 3 ff.

对于缔约动机是重要的,这是一个证明问题,既包括当事人在磋商中明示重要性的事项,也包括非经明示但同一类型交易中具有典型重要性的事项;其二,为什么由义务人承担,而非相对人自己搜集信息,这是告知义务成立的正当性基础。

对于第二个问题,“风险领域”和“信息落差”特别有其解释力。<sup>[87]</sup>其一,义务人对其“内部领域”的情况存在告知义务,因相对人无获得该信息的可能;其二,相对人“内部领域”的情况则被排除出告知义务的范围,特别是相对人就标的用途、功能以及使用环境的特殊预设若未成为约定内容即属于自己领域内的“使用风险”;其三,在两端之间存在非属双方控制的“中间领域”,如税务、融资、补贴以及法律法规、行政管制等情况。虽然双方均有获得信息的可能,但如果在获取能力与成本上存在落差,或者一方受限于特定交易领域的经验欠缺,具有信息优势一方,特别是以特定交易为常业的当事人有告知义务;其四,对于“中间领域”的价格、供需等一般市场信息,其重要性为双方所知且获取机会均等,不存在告知义务。

将归责与告知义务的判断应用于以上案例。在案例一中,出租人是提供网约车租赁、挂靠与管理服务的专门公司,而非一般的汽车租赁公司。双方就网约车行业存在明显的经验与信息差距,出租人应当谨慎、完整地告知行业准入条件。相反,在案例二中,如果出卖人仅是汽车经销商,并不提供代办、挂靠等服务,其仅需要将标的物范围内影响办理营运证的情况告知买受人,至于买受人个人是否符合办理条件,出卖人既不需要关注也无告知义务。法院在该案中并未查明无法办证的原因在于车辆本身还是买受人不符合准入条件,也未认定出卖人对此是否有告知义务。在案例三中,无法变更品牌的原因在于标的网店作为“专属店”的特殊性质,此时出让人有义务告知标的物不同于一般网店,有特殊的变更规则。基于以上分析,告知义务成立的判断同样也是一种“信息搜集失败”的风险分配,其将表意人自己应承担的风险排除出相对人告知义务的范畴。

#### (四)共同错误中归责论的作用与边界

第三种案型则为双方当事人有共同错误。例如在一则案例中,建设工程发包人与承包人对作为工程量计算基础的岩层深度有同样的认识错误,实际增加了约900万元的造价。由于该数据由发包人委托专业机构勘查后得出,发包人披露来源且提示项目地基的特殊风险,法院因而认定该错误“不可归责于合同任何一方当事人”。<sup>[88]</sup>

由于磋商是一个信息互通的过程,共同错误通常与一方提供不实信息相伴存在。在归责论看来,双方均不可归责的共同错误在法律对待上应区别于一方过失导致的共同错误。其原理在于,若共同错误可归咎于一方过失,其就仍分属于上文所述的两种案型,“共同性”并无实际意义。过失违反先合同信息义务的一方应对“信息搜集失败”承担全部责任。若共同错误不可归责于任何一方,双方对于真实情况都没有认识可能性,应对二者进行平衡保护、进行风险分担,不应使一

[87] 德国学者卡纳里斯对于风险领域及其信息分配的研究,vgl. Canaris (Fn. 51), S. 409 ff. 也有学者将信息细分为内部信息、市场信息、情况信息、专家信息与瑕疵信息五类,vgl. Holger Fleischer, Informationssasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 577 ff.

[88] 宜宾市房地产管理局与宜宾寓苑实业有限公司委托代建合同纠纷案,四川省高级人民法院(2020)川民申1622号民事裁定书。

方通过撤销合同使对方承担全部的价值贬损风险,仅自己回到缔约前的利益状态。

示范法、新近观点以及“司法解释方案二”均认为既然双方都有一样的错误,就不应该再拘束表意人。但该说忽略了,当缔约之时存在双方都无法认识的外部风险时,维持合同固然是让表意人承担了全部风险,但撤销合同则等于让相对人承担了全部风险,二者同属“全有”或“全无”的解决方案。在德国法中,双方均无过失的共同错误适用《德国民法典》第313条第2款法律行为主观基础制度,合同变更优先于解除。其原理在于,磋商阶段双方都无法正确认识、不可归责的外部事实与履行阶段双方无法预见的外部变化在本质上都是不能由单方承担的风险,如果这一风险对于合同对价关系有重大影响,原则上应由双方“对半平分”。<sup>[89]</sup> 英国法也认识到衡平法上的合同撤销权导致了无过失不实陈述人承担全部外部风险的严苛后果。对此,1967年《不实陈述法》第2条第2款专门规定法院可酌定以损害赔偿替代合同撤销,此种赔偿性质上既非合同,也非侵权,还不要求可归责性,有英国学者直接将其称为一种“补偿”(indemnity)。按其归纳,以“补偿”取代撤销大多发生在“无过失”或因果关系上“实质性”不足的情况。<sup>[90]</sup>

通过以上分析可以发现,对于共同错误,归责论的作用在于不可归责于双方的共同错误如果影响了合同的对价关系,不应允许一方通过撤销合同转嫁全部风险。至于风险分担的规范基础和具体方法则无法由重大误解制度本身的逻辑解决,这是归责论的边界。由于《民法典》第147条在法律效果上仅为撤销合同而无变更的可能,无过失又无法适用第500条的缔约过失损害赔偿,此时不宜直接适用重大误解制度,可以考虑类推适用第533条的情势变更制度变更合同。不过,何种外部风险足以构成情势变更(法律行为基础障碍),如何与法律行为内部的风险安排以及正常的商业风险相区分,以及合同变更的标准均是情势变更制度范畴内重要的体系化问题,这里不再展开。

### (五)归责论的例外

所谓“纯粹内部错误”指表意人自己过失导致的错误,相对人对表意人的意思形成未予介入,也不存在告知义务。归责论排除了此种错误形态的可撤销性。不过,在这一原则之外是否设置部分例外是重要的立法论判断,并非解释论问题。欧洲比较法学者克茨(Hein Kötz)倾向于排除例外。<sup>[91]</sup> 与此一致,《欧洲合同法原则》及后来的《欧洲示范民法典草案》均未规定例外。《国际商事合同通则》第3.2.2条第1款第2项虽规定了例外,但要求相对方“尚未基于对合同的信赖而有合理行为”。由于在合同生效后基于信赖的行为范围广、形式多样,这一要件极为严格,实际上也是倾向于否定例外。《美国合同法重述》第153条第1项则采取结果考量,要求履行因错误订立的合同将产生不公平(unconscionable)的经济后果。德国法上,学说判例也认为仅在履行合同对表意人造成不具有期待可能、难以承受的后果时才能允许撤销。<sup>[92]</sup> 由此可以发现,归责论明确区分了“相对人可归责的错误”与表意人的“纯粹内部错误”,前者的重心在于归责判断,后者则应设置更为严格的限制条件或被排除。这有助于将复杂问题予以分割,在筛选核心争议的同时

[89] Vgl. Thomas Finkenauer, in: MüKoBGB, 8. Aufl., 2019, § 313, Rn. 94.

[90] See Treitel, supra note 62, p. 358.

[91] Vgl. Hein Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2 Aufl., 2015, S. 237 f.

[92] Vgl. Lorenz (Fn. 21), S. 283 f.; BGH NJW 1998, 3192 (3193); BGH NJW 2015, 1513 (1514).

不断巩固共识,避免解释论的整体发展囿于个别价值判断上的争论。

最高人民法院也受到上述思路的影响,指出最终未采取“司法解释方案二”的重要原因就是其过于严格地排除了表意人自己过错所引起的错误。最终稿实际上包含了“司法解释方案二”与“纯粹内部错误”。如果案件事实表明了相对人的参与性,当然符合本条规定的重大误解情形;如果表意人自己过错引起错误,则法官在审查时要更为审慎。<sup>[93]</sup>

不过,“总则编司法解释”第19条虽审慎地承认例外,但未指明例外的标准。由于这不属于归责论的解释范畴,本文对此未有定论,仅通过一个典型示例予以说明。在2021年“双十一”促销中,某饮品公司因在系统中对优惠选项操作失误,导致其单位报价的计算出现错误,原价79元一箱的气泡水,实际报价仅有3.5元。在传统错误论中,该错误属于价格形成过程中个别计算项的错误,而非整体价格的“输入错误”,属于不受关注的动机错误。在归责论中,由于报价的计算项与算法并非公开,这属于错误方的内部领域,相对方并无查明或纠正义务。而且在网络促销方式多元与“双十一”的特殊背景下,超低价销售也并不违反常识,相对人对错误不具有可归责性。但由于社交网络的宣传效应,众多消费者“狂薅羊毛”,甚至一次性购买成千上万箱,导致该店遭受巨额损失。法院承认例外时应考虑三项因素:第一,表意人客观上可以证明错误确实存在,不能仅以价差的表象为依据,排除“电商刷单”等真意保留情形,这是一项决定性因素;第二,相对人是否有多次、大批量的异常下单;第三,不撤销合同将导致极端失衡的后果。该例的极端性主要在于订单规模,而非3.5元与79元的价差。法院需要在查明具体事实的基础上进行综合衡量。<sup>[94]</sup>

总之,保留例外的可能性有助于应对实践中的极端情况,赋予重大误解制度适度的灵活空间,但这种例外必须被严格限制。将纯粹内部错误预设为重大误解制度的典型甚至全部,必然会出现原则和例外的关系颠倒以及评价上的偏差。

## 五、结 语

归责论生成于错误论的基底之上,特别是从性质、内容等概念适用的不圆满中发掘“认识可能性”“诱因”与“风险”等规范评价要素的过程。在归责论看来,要褫夺相对人的合同利益,必须给予更充分的正当性,这仰赖于对相对人的行为评价,而非单纯的概念涵摄问题。错误论的后续教义学之争也印证了这一判断。先合同诚信原则的确立为归责论的发展提供了价值支撑,意思形成不再是双方各自负责的独立领域,而是一个互负义务的有机整体,这推翻了“动机错误不受关注”的立论基础。归责论超越了趋于任意的概念操作,不仅将价值判断要素化、显性化,也使评价对象回归于个案中的具体相对人,有助于精准地实现决定自由与交易安全的平衡。

将归责论应用于重大误解制度的解释,“相对人可归责的错误”与“相对人不可归责的错误”就成了最为基本的区分,重大误解的构成以前者为原则。相对人可归责错误的具体范围取

[93] 参见贺荣主编,见前注[10],第298—299页。

[94] 参见李荐等:“电商刷单与合同效力”,《人民司法》2019年第31期,第103—109页。

决于归责的尺度,这是归责论中最关键的问题。归责论的一大优势,就是将错误论中“隐而未发”的价值争议导向了“归责标准”这一限定议题,使论争更为直接、具体与深入。

本文认为,相较于直接以“诱因”“认识可能性”归责并辅之以“风险”排除的模糊标准,过失归责仍是处理磋商阶段风险与责任分配的黄金法则,“过失”作为一项典型的规范评价,不仅自始至终贯彻了先合同诚信的价值判断,也包容并限定了上述评价因素,更具确定性。第一,对于外部错误与共同错误,过失归责区分了“应予归咎的责任”与“应予分担的风险”,与磋商阶段的注意与如实告知义务保持评价一致;第二,对于内部错误,过失归责区分了事实上的“认识可能性”与规范上的“义务违反”,与告知义务协调一致地反映了磋商阶段的风险领域与信息分配;第三,过失归责区分了事实上的“犯错”与规范上的“过失”,符合先合同诚信关系的价值定位,避免对错误方的过度苛责。作为归责论的例外,相对方不可归责的“纯粹内部错误”如果足以导致经济上的极端后果,难以为法价值所容忍时,法院可例外地承认其可撤销性,但有义务将其价值判断显露于外,以受公评与验证。

---

**Abstract:** Article 147 of the PRC Civil Code and the corresponding judicial interpretation do not provide substantive criteria for the formation of gross misunderstanding. The traditional theory of mistake in the continental law systems faces dual dilemmas of lacking transaction security and the insufficient protection of the freedom of decision-making, which leads to the unnecessary complexity and uncertainty in theory and is incapable of providing guidance for the interpretation of Chinese law. The theory of imputation, represented by the avoidance of contract on the basis of *culpa in contrahendo*, breaks the dogma that “the motivation mistake is irrevocable” and instead legally evaluates the counter-party’s impact in the composition of mistake, systematically absorbing the value of pre-contractual good faith. Based on the theory of imputation, the mistake caused or kept by the counter-party’s negligent misrepresentation or non-disclosure is revocable. The common mistake in which neither party is at fault shall not be revoked to transfer the entire risk. As an exception to the theory of imputation, the mistaking party is allowed to revoke the contract if there are heavy economic losses caused by mistake. Therefore, a substantial criterion based on the principle of counter-party’s negligence and the exception of heavy economic loss can be established.

**Key Words:** Gross Misunderstanding; Theory of Mistake; Theory of Imputation; Counter-party’s Negligence; Heavy Economic Loss

---

(责任编辑:贺 剑)