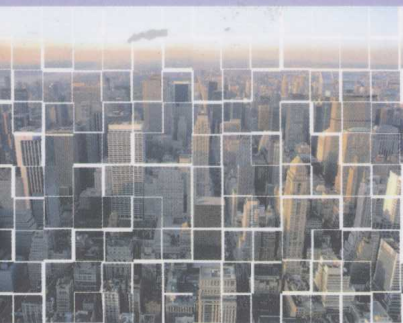




法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

民 商 法 文 丛



# 证券欺诈民事 救济制度研究

彭真明 等 著

中国社会科学出版社

国家社会科学基金研究成果（青年基金项目）  
(批准号：02CFX005)

民 商 法 文 丛

# 证券欺诈民事 救济制度研究

彭真明 等 著

中国社会科学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

证券欺诈民事救济制度研究/彭真明等著. —北京: 中国社会科学出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7445 - 6

I. 证… II. 彭… III. 证券交易 - 诈骗 - 民事责任 - 赔偿 - 研究 - 中国 IV. D922. 287 D925. 104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 194178 号

责任编辑 王半牧

责任校对 王应来

封面设计 王 华

版式设计 王炳图

---

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂 装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 12 月第 1 版 印 次 2008 年 12 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 11.5 插 页 2

字 数 309 千字

定 价 28.00 元

---

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换  
版权所有 侵权必究

# 前 言

对于证券市场而言,广大投资者的存在是其产生的基石,而投资者合法权益的保护则是证券市场得以健康、有序发展的保证。从经验的角度不难发现,凡是市场经济比较成熟、证券市场活跃的国家(地区),其对投资者权益的保护就愈加完善与全面。这种情况以英美法系国家(地区)证券立法与司法最为典型;而在大陆法系,即使是证券市场尚称不上发达的我国台湾地区也制定有专门的《证券投资者权益保护法》。对于投资者权益的保护,除了立法给予明确规定以外,司法成为投资者权益保护最后的一道保护索,是恢复投资者对证券市场信心的有力措施。证券法是保障证券市场健康运行的基本法律,它的最高宗旨应是保护证券投资者的利益,而要确保投资者的利益不受侵害,最重要的是在证券法中设置合理的民事责任条款及其相应的救济制度。近几年来,我国证券市场中的欺诈行为到了使中小投资者难以忍受的地步,特别是以银广夏为代表的重大财务舞弊案,使证券投资者的信心受到严重打击。近几年,在已被查处的证券违规案件中,受到行政处分者有之,追究刑事责任者不乏其人,但追究民事责任者至今则寥寥。究其原因,证券违法事件中的受害人在行使自己的诉权时,遇到来自公司法、证券法等立法上以及司法实践中的众多困难与阻碍,使得追究证券违法者的民事责任成本过高,从而使有心通过诉讼维权者望而却步。我国证券市场投资者的维权诉讼之所以步履维艰,其中一个重要原因就是我国现行法律对于证券市场的投资者权利受到侵害时救济方法规定得相当不完备,证券民事责任制度严重缺位。2003年1月9日,最高人民法院出台了《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》(以下简称《1.9规定》),该规定对证

券欺诈中的民事责任问题作了一些规定,但很不完善。《1.9 规定》不仅在证券欺诈诉讼前置程序、因果关系认定和诉讼方式规定等方面有种种不足,而且在更深层次上,还具有立法理念的偏差和法院执法角度不公等缺憾。《1.9 规定》的立法理念在于缓解人民法院受案压力,方便法官审案,这与各国证券民事责任立法的着力保护投资者合法权益的立法理念存在着明显的偏差。《1.9 规定》的立法意图在为审理证券虚假陈述民事诉讼案件法律依据的同时,却着重通过设置前置程序、因果关系认定标准和诉讼方式等机制来缓解人民法院受案压力,方便法院审案。而在这其中贯穿《1.9 规定》始终的由上述若干具体制度体现出来的立法理念显然主要在于缓解法院受案压力,方便法官对案件的审理。比较而言,及时救济投资者放在了次要位置。特别是在确定虚假陈述与投资者损害之间因果关系的问题上,明显不利于保障投资者的合法利益,当市场出现异动时,如果投资者及时售出股票,保护自己的合法权益,反而还会因在披露日之前卖出而无法得到救济,这明显不符合公平原则的要求。2005 年 10 月通过的新《证券法》虽然在完善证券民事责任方面有所进步,但在法律责任的设计上,仍然具有重行政责任、刑事责任而轻民事责任的特点。

缺乏公平、衡平、正义、诚信的理念,就没有法和法治,徒有其表的立法、法条、法袍何益之有。<sup>①</sup>在“依法治国”、“依法行政”、“司法为民”等法治口号纷纷唱响的同时,而我国在证券虚假陈述受害投资者的司法救济方面,却出现如此的理念与价值的偏差,着实令人遗憾。而反观英美法系国家,其法院与法官即使在法无明文规定的前提下,依然能够秉持公平、衡平、正义、诚信的理念维护弱势受害投资者的合法权益,这种法律的正义理念与精神的确值得我们的法院、法官反思与自省。法治的实现,并不是依据立

<sup>①</sup> 史际春、李青山:《论经济法的理念》,载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》(第3卷),中国法制出版社2003年版,第2页。

法的数量、法院的结案率、法官的人数等纸面上的数据决定的；法治应是反映社会法律现象具有相对稳定性和极大权威性的一种状态，在这种状态中，法律代表着全体人民的意志和利益，体现公平、正义，符合社会发展要求，同时有效地规范和制约着国家行政权力的行使；权利本位观念深入人心，普遍实现有法可依、有法必依、执法必严、违法必究。在法治实现过程中，法治理念的培养与确立则是至关重要的，是中国法治实现的核心与基础。因此，如何秉承客观公正的立场，立足我国国情，吸收借鉴国外行之有效的法律规则、司法经验以及理论研究成果，合理地构建我国的证券民事法律责任体系，是一个需要理论界、实务界及立法者协同努力、共同解决的重大问题。

本著作试从分析证券欺诈民事责任的基本理论入手，对证券欺诈的民事责任及其诉讼机制问题作一些探讨。

# 目 录

|                               |      |
|-------------------------------|------|
| 第一章 证券欺诈民事责任的基本理论 .....       | (1)  |
| 一 证券欺诈的界定 .....               | (1)  |
| (一) 证券欺诈概念的经济学分析 .....        | (1)  |
| (二) 证券欺诈概念的法学分析 .....         | (1)  |
| (三) 证券欺诈与一般民事欺诈之比较 .....      | (6)  |
| 二 证券欺诈的主要类型及特点 .....          | (8)  |
| (一) 证券欺诈的主要类型 .....           | (8)  |
| (二) 证券欺诈的特点 .....             | (10) |
| 三 证券欺诈民事责任的制度价值 .....         | (12) |
| (一) 证券欺诈民事责任的涵义 .....         | (12) |
| (二) 证券欺诈民事责任的制度价值 .....       | (13) |
| 四 各国和地区证券法关于证券欺诈民事责任的立法 ..... | (18) |
| (一) 美国 .....                  | (18) |
| (二) 日本 .....                  | (20) |
| (三) 我国台湾地区 .....              | (20) |
| (四) 其他国家和地区 .....             | (21) |
| 五 证券欺诈民事责任的性质 .....           | (22) |
| (一) 证券欺诈民事责任的性质诸说 .....       | (22) |
| (二) 确定证券欺诈民事责任性质的意义 .....     | (24) |
| (三) 证券欺诈的民事责任应为侵权责任 .....     | (26) |
| 第二章 证券欺诈的现状及其成因分析 .....       | (29) |
| 一 证券欺诈的现状 .....               | (29) |
| (一) 国外证券欺诈的现状 .....           | (29) |
| (二) 我国证券欺诈的现状 .....           | (31) |

|                                     |              |
|-------------------------------------|--------------|
| 二 证券欺诈的成因分析 .....                   | (42)         |
| (一) 历史文化原因 .....                    | (42)         |
| (二) 经济社会原因 .....                    | (43)         |
| (三) 法制政策原因 .....                    | (49)         |
| (四) 主观心理原因 .....                    | (55)         |
| <b>第三章 几种典型证券欺诈的民事责任 .....</b>      | <b>(58)</b>  |
| 一 虚假陈述的民事责任 .....                   | (58)         |
| (一) 证券虚假陈述行为的界定 .....               | (58)         |
| (二) 目前有关证券虚假陈述民事责任之规则体系 .....       | (70)         |
| (三) 证券虚假陈述民事责任的主体 .....             | (71)         |
| (四) 证券虚假陈述民事责任的归责原则 .....           | (77)         |
| (五) 证券虚假陈述民事责任的因果关系 .....           | (81)         |
| (六) 证券虚假陈述民事责任的范围 .....             | (91)         |
| 二 内幕交易的民事责任 .....                   | (94)         |
| (一) 证券内幕交易民事责任立法的由来及其<br>法理基础 ..... | (95)         |
| (二) 内幕交易民事责任的性质和归责原则 .....          | (102)        |
| (三) 内幕交易民事责任的构成要件 .....             | (106)        |
| 三 操纵市场行为的民事责任 .....                 | (123)        |
| (一) 操纵市场行为的法律界定 .....               | (123)        |
| (二) 有关国家或地区对操纵市场行为的规制 .....         | (124)        |
| (三) 我国法律法规关于操纵市场的规定 .....           | (130)        |
| (四) 操纵市场行为的样态 .....                 | (132)        |
| (五) 证券市场操纵与相关概念的比较 .....            | (140)        |
| (六) 操纵市场行为的性质 .....                 | (144)        |
| (七) 操纵市场行为民事责任的构成要件 .....           | (147)        |
| (八) 我国禁止操纵市场立法的不足及完善建议 .....        | (150)        |
| <b>第四章 注册会计师在证券虚假陈述中的民事责任 .....</b> | <b>(152)</b> |
| 一 问题的提出 .....                       | (152)        |

|                                              |       |
|----------------------------------------------|-------|
| 二 注册会计师不实财务报告民事责任的理论基础 .....                 | (156) |
| (一) 注册会计师及其性质定位 .....                        | (156) |
| (二) 注册会计师职业活动的特点与主要社会<br>意义 .....            | (160) |
| (三) 注册会计师民事责任的科学范畴<br>——专家责任 .....           | (164) |
| (四) 专业职务人员 (专家) 的注意义务 .....                  | (167) |
| 三 注册会计师不实财务报告民事责任的界定 .....                   | (173) |
| 四 注册会计师不实财务报告民事责任的定性 .....                   | (176) |
| (一) 英美法系国家关于会计师民事责任性质的<br>立法与判例 .....        | (176) |
| (二) 以德国法为代表的大陆法国家关于会计师<br>民事责任性质的立法与实践 ..... | (182) |
| (三) 我国关于会计师民事责任性质的论争与<br>司法实践 .....          | (184) |
| (四) 会计师对第三人的民事责任属于侵权责任 .....                 | (190) |
| 五 注册会计师不实财务报告民事责任的归责原则 .....                 | (196) |
| (一) 注册会计师不实财务报告民事责任归则<br>原则的理论纷争 .....       | (196) |
| (二) 注册会计师不实财务报告民事责任归责<br>原则的立法考察 .....       | (199) |
| (三) 我国注册会计师不实财务报告民事责任<br>归责原则的现行法之分析 .....   | (202) |
| (四) 我国注册会计师不实财务报告民事责任<br>归责原则的应然选择 .....     | (206) |
| 六 注册会计师过错的认定 .....                           | (213) |
| (一) 注册会计师过错的认定标准 .....                       | (213) |
| (二) 虚假审计报告的鉴定机构 .....                        | (224) |
| 七 注册会计师不实财务报告民事责任的请求权                        |       |

|                                             |              |
|---------------------------------------------|--------------|
| 主体 .....                                    | (228)        |
| 八 注册会计师不实财务报告民事责任承担的方式 .....                | (231)        |
| 九 注册会计师不实财务报告侵权损害赔偿的范围 .....                | (236)        |
| 十 注册会计师共同侵权责任的承担 .....                      | (238)        |
| <b>第五章 证券欺诈民事诉讼的模式选择 .....</b>              | <b>(244)</b> |
| 一 我国证券民事诉讼方式的沿革 .....                       | (244)        |
| (一) 1990 年 12 月—2001 年 9 月的驳回<br>起诉阶段 ..... | (245)        |
| (二) 2001 年 9 月—2002 年 1 月的暂不<br>受理阶段 .....  | (246)        |
| (三) 2002 年 1 月—2003 年 1 月的有条件<br>受理阶段 ..... | (247)        |
| (四) 2003 年 1 月—至今的正式实施阶段 .....              | (248)        |
| 二 各国证券民事诉讼模式之比较 .....                       | (249)        |
| (一) 美国的集团诉讼模式 .....                         | (249)        |
| (二) 日本的选定当事人诉讼模式 .....                      | (254)        |
| (三) 德国的团体诉讼模式 .....                         | (257)        |
| 三 我国现行证券民事诉讼模式的缺陷与选择 .....                  | (260)        |
| (一) 我国的代表人诉讼模式的产生与发展 .....                  | (261)        |
| (二) 我国证券民事诉讼中代表人诉讼模式<br>存在的缺陷 .....         | (263)        |
| (三) 我国证券民事诉讼模式的现实选择 .....                   | (269)        |
| 四 我国证券民事诉讼模式完善的立法构想 .....                   | (272)        |
| (一) 扩大代表人诉讼机制的适用范围 .....                    | (272)        |
| (二) 规定“选择退出”制度 .....                        | (273)        |
| (三) 构建律师胜诉酬金制度 .....                        | (274)        |
| (四) 引进诉讼担当制度 .....                          | (274)        |
| (五) 强化对诉讼代表人的监督 .....                       | (275)        |

|                                      |       |
|--------------------------------------|-------|
| <b>第六章 证券欺诈民事诉讼机制</b> .....          | (278) |
| 一 证券欺诈民事诉讼的受案范围 .....                | (278) |
| 二 证券欺诈民事诉讼原告的确立 .....                | (280) |
| 三 证券欺诈民事诉讼被告的确立 .....                | (282) |
| (一) 虚假陈述证券欺诈案件的被告 .....              | (282) |
| (二) 内幕交易证券欺诈的被告 .....                | (283) |
| (三) 操纵市场证券欺诈的被告 .....                | (284) |
| (四) 其他证券欺诈民事诉讼的被告 .....              | (284) |
| 四 损害赔偿的范围 .....                      | (285) |
| (一) 关于损害赔偿的起点与终点 .....               | (286) |
| (二) 关于损失的种类 .....                    | (290) |
| (三) 损害赔偿数额的确定 .....                  | (291) |
| 五 证券欺诈民事诉讼前置程序 .....                 | (294) |
| 六 证券欺诈民事赔偿的诉讼时效 .....                | (299) |
| (一) 证券欺诈民事赔偿诉讼时效的意义 .....            | (299) |
| (二) 证券欺诈民事赔偿诉讼时效的立法例 .....           | (300) |
| (三) 我国证券欺诈民事赔偿的诉讼时效 .....            | (301) |
| <b>第七章 仲裁：证券欺诈民事责任法律救济的新途径</b> ..... | (303) |
| 一 证券争议仲裁制度的基本理论分析 .....              | (304) |
| (一) 证券争议仲裁制度的起源与发展 .....             | (304) |
| (二) 证券争议仲裁制度的优越性与价值功效 .....          | (310) |
| 二 美国证券争议仲裁制度的特点与基本规则解析 .....         | (315) |
| (一) 美国证券争议仲裁制度的特点 .....              | (316) |
| (二) 美国证券争议仲裁制度的基本规则 .....            | (321) |
| 三 我国证券争议仲裁制度问题产生的根源 .....            | (323) |
| (一) 传统观念的束缚 .....                    | (324) |
| (二) 现行体制的缺陷 .....                    | (325) |
| (三) 立法的漏洞 .....                      | (326) |
| 四 完善我国证券争议仲裁制度之立法对策选择 .....          | (330) |

---

|                                                     |       |
|-----------------------------------------------------|-------|
| (一) 证券争议仲裁制度立法完善的过程必须贯彻<br>侧重于保护投资者合法权益的思想 .....    | (330) |
| (二) 修改《仲裁法》，为证券争议仲裁制度立法<br>完善提供基本的前提和保障 .....       | (331) |
| (三) 在《证券法》中增加证券争议仲裁的相关<br>规定，为其立法完善提供最直接的法律支持 ..... | (333) |
| (四) 借鉴国外先进立法经验，制定《证券仲裁<br>示范规则》，指导证券争议仲裁实践 .....    | (335) |
| 参考文献 .....                                          | (337) |
| 后记 .....                                            | (354) |

# 第一章 证券欺诈民事责任的基本理论

## 一 证券欺诈的界定

### （一）证券欺诈概念的经济学分析

从经济学的角度看，“欺诈行为是一种利用交易对方的信息劣势（信息不对称）或契约劣势（契约不对等）而谋求超额收益的市场交易行为”。<sup>①</sup> 这是基于市场主体是经济人的基本假定的分析。经济人即以追求自我利益为动机、充满理智且精于自身利益计算的理性人。当然这种“理性”是“有限理性”。欺诈行为是欺诈者在自利动机驱使下追求效用最大化的选择行为，欺诈者采取欺诈行为的预期效用必然大于采取诚信行为获得的预期效用。从经济学角度看，欺诈行为的发生是欺诈者理性选择的结果，原因在于欺诈的收益高而成本低。这种解释有助于我们对证券欺诈行为成因的理解。例如，证券内幕交易就是典型的利用信息不对称进行的欺诈。我国证券市场证券欺诈的大案要案不断，从经济学的角度看，就在于证券欺诈的高收益和低成本之间的不合理比例。

### （二）证券欺诈概念的法学分析

从法学的角度分析，在罗马法中，欺诈称为诈欺，是实施行为时具有的损害他人的有意心态。因而在适法行为中，一切为使相关人受骗或犯错误以便使自己得利的伎俩或欺骗，均为诈欺；总之，

---

<sup>①</sup> 曹玉俊、李怀祖：《欺诈行为的经济学分析》，《当代经济科学》1998年第3期。

任何恶意作假或对事实的隐瞒都是诈欺。<sup>①</sup>

据《牛津法律大辞典》的解释是：“在民法上，诈欺是一种虚伪陈述，或图谋欺骗的行为，通常以故意做虚假陈述、或者做出其本人并不相信其真实性的陈述，或者不顾其是否真实而做出的陈述等方式构成，并意图（并且事实上如此）使受骗人引以为据。但是，诈欺同样也可以以隐瞒真相或故意不做出其理应做出的陈述方式，或者通过行为构成。”<sup>②</sup>

根据《布莱克法律辞典》的解释：“欺诈是指故意歪曲事实，诱使他人依赖于该事实而失去属于自己的有价财产或放弃某项法律权利。”<sup>③</sup>

《国际商事合同通则》第3·8条注释将欺诈的概念解释为：“欺诈行为是指意欲诱导对方犯错误，并因此从对方的损失中获益的行为。”

史尚宽先生认为：“诈欺谓使他人陷于错误之故意行为。”<sup>④</sup>梁慧星先生认为：“所谓欺诈，指故意欺骗他人，使其陷于错误判断，并基于此错误判断而为意思表示之行为。”<sup>⑤</sup>我国最高人民法院《关于执行〈民法通则〉的意见》第68条规定：“一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示的，可以认定为欺诈行为。”

以上就是“欺诈”一词在民法学上有代表性的定义。从总体上看，欺诈可以分为作为法律行为瑕疵的欺诈和作为侵权行为的欺诈。欺诈作为法律行为的一种主要瑕疵，在大陆法系民法中多有规定；但对于欺诈作为侵权行为却少有明确的立法。而在英美法系，

① [意]彼得罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第72页。

② 《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1988年版，第350页。

③ 曹建明：《国际经济法》，中国政法大学出版社2000年版，第163页。

④ 史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第432页。

⑤ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社1996年版，第170页。

情况却不同,英美普通法的民事法律制度中没有关于法律行为的抽象规定,自然也就没有作为法律行为瑕疵的欺诈;而是将欺诈定性为一种独立的侵权行为。

我们要探讨证券欺诈的民事责任,首先需要解决的一个理论上的问题就是,欺诈行为本身是否构成侵权?

从我国《民法通则》及《合同法》的相关规定来看,并不认为欺诈行为构成侵权。根据《民法通则》第58条的规定,一方以欺诈的手段,使对方在违背真实意思的情况下所为的行为是无效的民事行为。根据《合同法》第52条的规定,一方以欺诈的手段订立合同,损害国家利益的,合同无效。根据《合同法》第54条的规定,一方以欺诈的手段,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同属于可变更、可撤销合同。所以说,欺诈是否可以构成侵权行为,在我国立法上没有明确依据,在学界探讨较少,态度也不明朗。但笔者认为,应该将欺诈行为作为一种侵权行为对待。下面做一个比较法的考察:

在罗马法中,诈欺是私犯<sup>①</sup>的一种,“诈欺之诉”是一种极为严重的诉讼。<sup>②</sup>

在德国,因被欺诈而作出意思表示的,表意人依据《德国民法典》第123条、第124条可以行使撤销权。《德国民法典》没有规定,因欺诈的意思表示被撤销时,表意人可以获得信赖损失赔偿,理解上为不纯人信赖赔偿。但德国帝国法院认为,表意人被侵害的不是信赖利益,而是意思自由被妨碍,所以,就欺诈的意思表示,表意人可以同时主张侵权救济,引用《德国民法典》第826条<sup>③</sup>规定,以诈欺人故意以

① 私犯即侵权行为。

② [意]彼得罗·彭梵得著,黄风译:《罗马法教科书》,中国政法大学出版社1992年版,第73页。

③ 《德国民法典》第826条:以违反善良风俗的方式故意对他人施加损害的人,对他人负有损害赔偿义务。

违背善良风俗方法加害为由，使其负损害赔偿责任，但以有实际损失为限。<sup>①</sup>

“在日本，则以权利为侵权行为之要件，故必有固有权利之存在，而后有侵权行为之可言。日本学者主张诈欺胁迫为个人自由权之侵害，即对于自由意思之决定加以侵害，是以构成侵权行为。”<sup>②</sup>《日本民法典》第709条规定，因故意或过失侵害他人权利时，负因此而产生损害的赔偿责任。在日本民法上，侵权行为的客体仅规定为权利不免狭隘，故在实践中往往对固有权利作扩大解释，以应司法实践之需。

我国台湾地区民法第184条是规定一般侵权行为的条款。第184条规定：“（一）故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损害赔偿责任。故意以背于善良风俗之方法，加损害于他人者亦同。（二）违反保护他人之法律，致生损害于他人者，负赔偿责任。但能证明其行为无过失者，不在此限。”我国台湾地区民法学理秉承德国学说，也认为欺诈构成侵权行为。史尚宽先生认为：“诈欺为民法上得撤销行为之原因或构成刑法之诈欺罪，致他人受有损害者，同时构成违背良俗致侵权行为。”<sup>③</sup>“诈欺或胁迫构成侵权行为或债务不履行时，得使诈欺人或胁迫人负损害赔偿责任。诈欺人或胁迫人故意以背于善良风俗之方法加损害于他人者，构成侵权行为（我国台湾地区民法第184条第1项后段）。 ”<sup>④</sup>

我国台湾地区学者王泽鉴也认为，欺诈行为应该构成侵权行为。“诈欺系故意以背于善良风俗加损害他人的典型案例。”<sup>⑤</sup>“以诈欺使他人意思表示者，系侵害法律所保护之权益，一

① 龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社2002年第2版，第501—502页。

② 史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第131页。

③ 同上书，第162页。

④ 同上书，第440页。

⑤ 王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社2001年版，第295页。

般言之，多会招致损害，应构成侵权行为，被害人得依第 184 条规定，请求损害赔偿。”<sup>①</sup> 在因受欺诈所为的买卖与侵权行为的关系上，我国台湾地区有学者认为：“按诈欺系属侵权行为，出卖人既因受欺诈而交货，显然受有损害，自得依侵权行为之法，请求损害赔偿，并于此项损害赔偿请求权消灭时效完成后，请求返还不当得利。虽受诈欺而为之买卖，非无效之法律行为，出卖人之价金请求权依然存在。然仅系请求权之竞合，出卖人（债权人）可择一行使，不能因价金请求权依然存在，即谓出卖人不得请求损害赔偿或返还不当得利。”<sup>②</sup> 上述论说，笔者表示赞同。笔者认为，欺诈行为不应该局限于法律行为和合同的范围来讨论，在一般情形下，其本身侵权行为应该成立。在存在合同关系的场合，也可能产生合同责任与侵权责任的竞合，欺诈行为也应该作为侵权的一种重要诉因，为受害人提供更为周全的保护。

但在英国普通法中，欺诈行为是一种过错行为：“欺诈行为之诉被认为属于过错行为诉讼，而不是违反合同之诉。”<sup>③</sup> 虽然欺诈行为在合同订立、履行中也是普遍存在的，但“在普通法中，认为欺诈行为本身构成行为人承担责任的适当根据的观点可能从来都没有真正消亡”<sup>④</sup>。“到 1789 年在巴克利诉弗里曼案中，欺诈行为的责任才作为一种具有其权利内容的责任形式被明确的确定下来。这种责任既不必然与合同的责任相联系，也不必然为合同责任所排除。现代作者把这种古老的基本责任形式的复活看作是新的侵权行为法中少有的‘发明创造’的典范。事实上，这只是历史在今天

---

① 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 2 册），中国政法大学出版社 1997 年版，第 207 页。

② 王泽鉴：《侵权行为法》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 185 页。

③ [英] 密尔松著，李显东等译：《普通法的历史基础》，中国大百科全书出版社 1999 年版，第 410 页。

④ 同上书，第 411 页。