

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620111150206

UDC _____

硕士学位论文

沉默性诈欺与先合同告知义务

Silent Fraud and Pre-Contractual Duties to Inform

许文华

指导教师姓名: 郑永宽 副教授

专业名称: 民商法学

论文提交日期: 2014 年 月

论文答辩时间: 2014 年 月

学位授予日期: 2014 年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

2014 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下，独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果，均在文中以适当方式明确标明，并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范（试行）》。

另外，该学位论文为（ ）课题（组）的研究成果，获得（ ）课题（组）经费或实验室的资助，在（ ）实验室完成。（请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称，未有此项声明内容的，可以不作特别声明。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

摘 要

“诈欺毁灭一切”（*fraus omnia corrumpit!*），诈欺行为因有违诚信而受到法律的规制，即如果一方当事人基于诈欺的意图不正当地干预了相对方做出意思表示的决定，法律将赋予受诈欺方撤销权及损害赔偿请求权以保护其决策自由。在沉默性诈欺情形下，沉默方的“破坏”性干预并不能以显性的方式体现出来，依照传统的诈欺构成要件理论要认定诈欺成立极为困难，各国的立法和司法实践在很长时间内并不承认沉默可以构成诈欺。然而，随着社会分工的深化和信息社会的到来，以沉默之方式进行诈欺的现象愈发常见，为了矫正这种不合理的局面，各国开始普遍认可沉默情形在一定条件下也可构成诈欺。

由于在沉默情形下确实存在认定诈欺成立之困难，各国法律实践中均引入先合同告知义务这一先行概念作为跳板以证明诈欺意图，进而认定诈欺成立。因此，本文将以先合同告知义务的视角展开论述。本文除引言和结语外，正文部分共分三章。

第一章首先对将沉默情形纳入诈欺制度规制范围之必要性进行分析；其后梳理了一些国家立法及学说对于沉默性诈欺问题的态度；最后得出结论：“沉默”可以构成诈欺，但以存在先合同告知义务为限。

第二章阐述了确立先合同告知义务的道德正当性与经济合理性。道德正当性方面涉及对诚实信用原则与沉默性诈欺关系的探讨；经济合理性方面则从信息不对称及信息特性入手，得出应予以告知的信息类型，从而为确立先合同告知义务提供经济效率上的依据。本章最后论述了道德价值与经济效率之间的冲突与权衡，并主张将诚实信用原则作为确立先合同告知义务的决定性基准。

第三章则进一步明确先合同告知义务的现实来源，并对界定先合同告知义务所涉及的相关因素进行考量。

关键词：沉默性诈欺；告知义务；诚实信用

ABSTRACT

"Fraud destroy everything" (*fraus omnia corrumpit*), deceptive practices are regulated by law because they are contrary to good faith. If one party improperly intervenes the decision-making process of the other party, the court will give remedy to the victim for the sake of protecting the freedom of will. The victim can cancel the contract and claim for damages caused by the fraudulent behavior. Under circumstance of silent fraud, the destructive interference of the silent party is not obvious. It is extremely difficult to prove the fraudulent intention according to the traditional theory of fraud. Silent fraud is not admitted by legislations and judicial practices of many countries for a long time, however, with the deepening of social division of labor and the arrival of information society, silence of one party alone is enough to mislead the other party in some cases, silent fraud is becoming increasingly common. In order to rectify the unreasonable situation, many countries generally recognize that silence can also constitute fraud under certain conditions.

Due to the difficulties of proving fraudulent intention in the situation of silence, the judicial practices of many countries have introduced the concept of 'duties to inform' as a stepping stone to prove the intention of fraud. Therefore, this thesis will unfold the discussion of silent fraud in the perspective of pre-contractual duties to inform. This thesis is divided into three chapters except the introduction and epilogue.

The first chapter consists of three sections. Firstly, it discusses the necessity of regulating silent fraud. Secondly, it gives a comparative analysis of the legislations and theories of both common law and civil law. Finally, it comes to the conclusion that silence can constitute fraud only on the premise of pre-contractual duties to inform.

The second chapter explains the moral legitimacy and economic rationality

of silent fraud. Firstly, it discusses the connection of the principle of good faith and silent fraud. Secondly, it analyses the forms of information that should be disclosed according to economic efficiency. Finally, it discusses the conflict of moral value and economic efficiency and then makes a point that moral value reflected by good faith should come first when establishing pre-contractual duties to inform.

The third chapter identifies the concrete sources of pre-contractual duties to inform, and then analyses the relevant factors that should be taken into account when defining pre-contractual duties to inform.

Key Words: silent fraud; duties to inform; good faith

目 录

引 言.....	1
第一章 沉默性诈欺之证成与先合同告知义务的引出.....	3
第一节 肯认沉默性诈欺之必要性——从诈欺本身说起.....	3
一、对“不说话就不存在诈欺”的反思.....	3
二、诈欺之法制的优势——与错误之法制的比较分析.....	10
三、小结.....	13
第二节 沉默性诈欺的比较法研究.....	14
一、大陆法系.....	14
二、英美法系.....	22
三、小结.....	27
第三节 结论：“沉默”可以构成诈欺，但以存在先合同告知义务为限.....	29
第二章 先合同告知义务的道德正当性及经济合理性探析.....	31
第一节 道德正当性：诚实信用原则的要求.....	31
一、罗马法中的诚信诉讼与沉默性诈欺.....	32
二、现代法中的诚实信用原则与沉默性诈欺.....	33
三、小结.....	34
第二节 经济合理性：基于法与经济学的分析方法.....	34
一、合理性分析之一：非财产性信息应予告知.....	35
二、合理性分析之二：安全信息应予告知.....	37
三、小结.....	38
第三节 道德价值与经济效率之冲突与权衡.....	39
第三章 先合同告知义务的界定.....	41
第一节 先合同告知义务的现实来源.....	41

一、法律规定.....	42
二、交易习惯.....	43
三、附随义务.....	44
第二节 界定先合同告知义务的相关要素考量	45
一、确立先合同告知义务的相关因素考量.....	46
二、否认先合同告知义务的相关因素考量.....	50
结 语.....	53
参考文献	55

厦门大学博硕士论文摘要库

CONTENTS

Introduction.....	1
Chapter 1 Justification of Silent Fraud and Introduction of Pre-Contractual Duties to Inform.....	3
Subchapter 1 Necessity of Admitting Silent Fraud	3
Section 1 Reconsideration of "No Words, No Fraud"	3
Section 2 Advantages of Rule of Fraud	10
Section 3 Conclusion.....	13
Subchapter 2 Analysis of Comparative Law	14
Section 1 Civil Law	14
Section 2 Common Law.....	22
Section 3 Conclusion.....	27
Subchapter 3 Conclusion: Pre-Contractual Duties to Inform is the Prerequisite of Silent Fraud	29
Chapter 2 Moral Legitimacy and Economic Rationality of Pre-Contractual Duties to Inform.....	31
Subchapter 1 Moral Legitimacy	31
Section 1 Action Bonae Fidei and Silent Fraud	32
Section 2 Principle of Good Faith and Silent Fraud	33
Section 3 Conclusion.....	34
Subchapter 2 Economic Rationality	34
Section 1 Informations without the Ownership Should be Informed.....	35
Section 2 Informations that can Cause Harm Should be Informed.....	37
Section 3 Conclusion.....	38
Subchapter 3 Conflict of Moral Value and Economic Efficiency	39
Chapter 3 Delimitation of Pre-Contractual Duties to Inform.....	41

Subchapter 1	Concrete Sources of Pre-Contractual Duties to Inform	41
Section 1	Legislation	42
Section 2	Transaction Practices	43
Section 3	Collateral Obligation.....	44
Subchapter 2	Relevant Factors of Defining Pre-Contractual Duties to Inform.....	45
Section 1	Factors of Establishing Pre-Contractual Duties to Inform.....	46
Section 2	Factors of Denying Pre-Contractual Duties to Inform.....	50
Epilogue	53
Bibliography	55

厦门大学博硕士学位论文摘要

引言

本选题缘起于笔者在法院实习期间遇到的两个案子^①，其中一个案子是：原告向被告某车行订购一辆轿车并交付了定金，车辆未交付前，原告发现所购车辆的型号并不属于厂家生产的车型，而是被告在厂家原有车型的基础上进行改装后并重新命名的。原告认为被告的行为构成诈欺，遂提起诉讼要求撤销订购合同并双倍返还定金。另一个案子是：原告与被告签署一份《合作协议》，即被告以其享有运营权的某社区服务中心平台出资作股与原告合作共建某电子商务有限公司。协议签订后，该社区服务中心平台由于合约到期而被社保部门收回，被告实际丧失了该平台的运营和管理资格。原告主张被告在与其签订《股东合作协议书》时，故意隐瞒了有关运营权的期限事项，使其在违背自身真实意思的情况下与被告签约，被告的行为构成诈欺。原告以诈欺及重大误解为由诉请撤销合作协议并要求被告赔偿损失。

这两个案件的原告均主张被告方未告知相关事项的行为构成诈欺，然而，二被告的行为有别于常见的诈欺情形。笔者当时翻阅相关法条，产生了几许疑问：首先，对于这种情形，我国相关法律法规并无具体明确的规范可以加以适用，相关司法解释中对于诈欺的定义，即虚构事实或故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，足以将该情形包含在内吗？其次，根据民事诉讼中的举证责任规则，主张诈欺成立的一方应负担举证责任。在这两个案件中，原告事实上很难证明被告确实存在诈欺行为，此时是否有举证责任倒置的适用空间呢？再次，如果直接援引诚实信用原则进行裁断，是否会导致说服力不够的结果？带着从案件中而来的疑惑，笔者开始了本文的写作。

沉默性诈欺的认定与先合同告知义务之间有着不可分割的联系。先合同告知义务的确立是认定沉默构成诈欺的公认前提，而先合同告知义务的

^① 这两个案件的案号分别是：[2013]思民初字第 4832 号；[2013]思民初字第 5846 号。

边界止于何处却是理论与司法实务中共同面临的难题。本文主要关注于沉默性诈欺的证成、先合同告知义务的正当性、先合同告知义务的现实来源以及确立先合同告知义务所涉因素的考量，以期对沉默性诈欺与先合同告知义务获得一个总体上的认知。在不同类型的契约关系中，先合同告知义务的界定标准往往存在差异，要深化对先合同告知义务的认知就不能止步于这种泛化的讨论，而应针对特定合同关系进一步展开研究^①，但本文对此不予展开论述。

^① 笔者注意到学界已有一些针对特定合同类型的先合同告知义务进行具体研究的学术成果，如：孙良国. 不动产交易信息披露义务研究——基础框架的设定[J]. 当代法学，2008，(01). 龙陈. 劳动合同中的不作为欺诈及其法律适用浅析[J]. 当代法学，2002，(01)等。

第一章 沉默性诈欺之证成与先合同告知义务的引出

第一节 肯认沉默性诈欺之必要性——从诈欺本身说起

一、对“不说话就不存在诈欺”的反思

“不说话就不存在诈欺”这句话似乎暗含这样的前提：只有说话——即只有通过意思表示，才能进行诈欺。然而，这样的前提能够成立吗？本文将通过以下两个方面对“不说话就不存在诈欺”的命题进行反思。

（一）沉默性诈欺中的“沉默”是一种意思表示吗？

笔者注意到专门讨论沉默性诈欺的两篇公开的硕士论文对沉默是否是意思表示观点并不一致。李登峰对此持肯定观点，其认为“沉默诈欺”中的“沉默”是“一种主观上的故意，实质上是以消极的不作为方式诱导对方做出错误意思表示的一种意图，具备意思表示的构成要件，是一种意思表示”^①。陈本林则认为，沉默诈欺中的“沉默”有别于行为人依据先前的行为或法律规定而被认定为的“替代性表示的沉默”，其并未明确提出该“沉默”不是意思表示的观点。^②本文认为，对于这个问题的分歧根源于英美法和大陆法对于诈欺的不同处理模式，具体分析如下：

1、沉默性诈欺中的“沉默”与英美法中的虚假陈述

英美法中对于沉默性诈欺的认定主要是通过虚假陈述制度来解决的。英美法中的虚假陈述（Misrepresentation），依据《布莱克法律辞典》的解释为：“某人以言词或其他行为向另一人作出的任何依情形显示为与事实不相符的表示，对事实不真实的陈述，不正确的或虚假的陈述。这一陈述如果被接受的话，会导致内心对某种状况作出与实际不相符合的理解。在口语中它被理解为某种用于欺诈或误导的陈述。”^③

^① 李登峰. 论沉默欺诈[D]. 厦门：厦门大学，2007. 4.

^② 陈本林. 沉默欺诈研究[D]. 南京：南京大学，2013. 5.

^③ Black's Law Dictionary (Abridged 6th. ed). West Publishing Co., 1991. 692. 转引自：程啸. 英美法中虚假陈述的民事责任[J]. 侵权法评论，2003，(1).

美国法学会（American Law Institute）认为一项陈述是否与事实不相符合（虚伪、错误）必须依据所有情况下该用语的意义及该用语的公平推论（即所含意义）而加以判定。隐匿（concealment）或者不公开（non-disclosure）也可能构成虚假陈述。有英美法学者就提出，“沉默就其自身而言是一种最为中立的事实或状态，但实际上受周围环境着色，并可能蕴含着意义。”^①也就是说，基于对沉默相对方信赖利益的保护，法律要求沉默方“多说”（say more，即存在告知义务），既然沉默方未能做到，那么法律就将沉默拟制为一项陈述，即是对相对方所作出的某种与交易相关的事项存在或不存在的陈述，而这种陈述与实际情况并不相符。当沉默可以根据当时的具体情形被拟制为虚假陈述时，受害人即可基于此寻求救济。

有学者对将“沉默”纳入“虚假陈述”制度予以规制的做法提出了不同看法：“法院和学者们将可诉沉默（通常称为“可起诉的未披露行为”）视为虚假陈述，这种做法是不符合逻辑的，甚至是无益的。的确，在某些情况下，未告知等同于实际上对某项事实的口头表述。毕竟，沉默是一种行为，或者至少是一种懈怠。如果该陈述事实上是假的，或者存在其他欺诈性因素，原告应当获得救济。但是，在许多情况下，沉默就仅仅是沉默。它什么也没说。沉默的一方可能无法否认或维护一个给定的事实。将它归为表示行为可能是不公平和不合理的，更不用说认定为虚假陈述了。然而，即使在这种情况下，沉默仍可能构成侵权行为。法院将未披露与虚假陈述联系起来的主张似乎源于传统的分类。”^②

2、沉默性诈欺中的“沉默”与大陆法中的意思表示

在大陆法中，对于沉默性诈欺的认定主要是通过意思表示瑕疵理论解决的。传统理论认为，只有自由缔结的契约，法律才承认其效力；在当事人意思表示不自由或不真实的情况下所缔结的合同，应认定为无效或可撤销。然而，在此需要指出的是，沉默性诈欺与意思表示瑕疵理论相关并不意味着“沉默”与意思表示必然相关。

根据大陆法的意思表示理论，意思表示是指“表意人向他人发出的表

^① Goldfarb, William B. Fraud and Nondisclosure in the Vendor-Purchaser Relation[J]. Western Reserve Law Review, 1956, (8): 6.

^② Id., p.7.

示，表意人据此向他人表明，根据其意思，某项特定的法律后果（或一系列法律后果）应该发生效力。只要法律制度承认这项意思表示具有法律效力，那么，意思表示所包含的法律后果就正是由意思表示行为——意思是表示的发出和送达——引起的。”^①根据表示形式不同，意思表示可分为明示的意思表示与默示的意思表示。表意人以语言、文字或其他表意形式明确表示其内在意思，称为明示的意思表示。行为人通过积极的作为等可推知其意思的表意形式间接地表示其内在意思，称为默示的意思表示。默示不同于沉默。当事人既未明示其意思，亦不能借他项事实推知其意思存在，而始终无所表示者，称为沉默。沉默是一种无言无为的状态，是一种与积极行为相对的消极的不作为。^②

关于“沉默”，梅迪库斯在《德国民法总论》中进行了专节探讨，其指出：“这里所指的沉默，有别于通过可推断之行为所为的表示，也有别于通过解释而被补充的表示，而仅仅是指表意人没有发出任何表示符号的情形。通常情况下，这种沉默是没有任何法律意义的，即使沉默者过去曾经具有法律行为上的意思，这一原则也依然适用。仅仅具有意思，而没有以某种方式表达出来，总归是不够的。不过这一原则也有例外。”^③梅迪库斯列出两种例外情形：沉默具有表示意义的情形以及沉默具有其他意义的情形^④，其中沉默具有意思表示的情形包括三类：（1）当事人可以约定沉默具有表示的意义。（2）法律明文规定沉默具有接受要约的意义，即将沉默认定为承诺。（3）沉默导致对另一项合同的约束。而沉默具有其他意义的情形则包括：（1）沉默可能构成违约行为，特别是构成缔约上的过错。（2）沉默在持续一定时间后，即使某种效力未定状态结束，沉默者因此而丧失某种选择可能性。（3）对商人确认书的沉默。可见沉默性诈欺中的沉默被梅迪库斯归为可构成缔约过错的情形，其并不具备表示意义。

3、本文观点：沉默性诈欺中的“沉默”不是意思表示

本文中的“沉默”是指对某种事情知晓且知道对方当事人已根据与事

^① [德]卡尔·拉伦茨. 德国民法通论(下册)[M]. 王晓晔等译, 北京: 法律出版社, 2003. 451.

^② 蒋月, 主编. 民法总论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007. 206-207.

^③ [德]梅迪库斯. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2013. 260-261.

^④ 同上, 第 261-262 页.

实不符合判断而做出了错误的决定，但却不指出。^①本文认为，该“沉默”并不属于意思表示的范畴，而应被归为事实行为或许更为恰当。

第一，基于意思表示的理论，仅有目的意思却无表示行为，仍然不能成立意思表示。沉默性诈欺中的“沉默”虽有诈欺意图，但未有表示行为，其因欠缺意思表示的成立要件而不能构成意思表示。肯定说试图将“沉默”界定为一种意思表示以满足“不说话就不存在诈欺”命题所蕴含的前提，从而证成沉默性诈欺。然而，这种拟制是不符合意思表示本身的形式逻辑的。本文认为，相较于肯定说，梅迪库斯将该“沉默”归入到不具有表示意义的类型中的做法更为可取。另外，沉默性诈欺中的“沉默”也并非是根据法律规定或双方约定可推定的某种意思表示。因此，沉默性诈欺中的“沉默”并不属于意思表示的范畴。

第二，法律行为是一种以意思表示为必备要素的行为，因此单纯沉默不属于法律行为。法律行为依据行为人意思表示的内容而发生法律效果，此法律效果具有意定性，往往与行为人的意图相一致；而事实行为则依据法律规定直接发生法律后果，此法律后果具有法定性，往往不为行为人所希望。^②事实上，沉默性诈欺中的“沉默”所引起的法律后果产生于法律秩序的要求，而不以行为人的意志为转移。因此，将该“沉默”界定为意思表示是与以意思表示为核心要素的法律行为的重要特征相悖的。沉默性诈欺中的“沉默”所指的是一种客观的现象，其应被归为事实行为更为恰当。

第三，肯定说或许是借鉴了英美法中的虚假陈述制度而将沉默推定为一种意思表示，然而，英美法中其实并不存在意思表示的法律概念，这样的做法其实是忽视了两大法系具体制度设计的差异。因此，在大陆法的语境下，肯定说直接将“虚假陈述”替换为“意思表示”的做法有失妥当。

至此，若依照“不说话就不存在诈欺”的命题逻辑，“沉默”将不构成诈欺，这是否意味着“沉默”并非意思表示的观点是错误的呢？当然不是。接下来，本文将通过考量诈欺之法制规制目的，以检验这句话对于诈欺成立的前提假设（即要存在意思表示）是否正确。

^① 李永军. 合同法[M]. 北京: 法律出版社, 2010. 299.

^② 蒋月, 主编. 民法总论[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2007. 199.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库