

# 论缔约中信息披露义务 立法正当性及价值

张 铨

(华南理工大学 法学院,广东 广州 510006)

**摘要:**信息披露义务虽然能在现代契约纠纷的解决中扮演重要角色,但却并未被中国《合同法》接纳为一般性先契约义务。其障碍主要来自于作为中国《合同法》基础的古典契约法理论中的主体假定和契约模型预设。然则,在现代交易环境和新契约法理论的双重夹击下,古典契约法理论存续的正当性已被逐渐瓦解。在此背景下,对披露义务在古典契约法理论上的立法障碍进行全面解构,并依托建基于现代契约特点之上的关系契约理论求解该义务的立法正当性和价值,应能为中国《合同法》尽早采纳该义务并建构起完善的先合同信息披露法律制度提供必要的理论支持。

**关键词:**缔约阶段;信息披露义务;古典契约法理论;关系契约理论

**中图分类号:**DF325 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2014)06-0135-07

作为一种新型的先契约义务类型,信息披露义务已被两大法系的许多国家所接纳。它要求契约的一方当事人在先契约阶段向另一方披露会影响其缔约决定的重要信息,以此避免契约错误并实现效率缔约。从披露义务的发展脉络看,这个义务诞生于20世纪后半叶兴起的消费者保护运动并最初体现于各国与消费者有关的立法中。随着人们逐渐认识到披露义务在解决现代契约纠纷中所起的重要作用,该义务被逐渐扩展适用于消费者领域以外的其他类型契约。然则,该义务的发展却未止步于此。在契约双方信息不对称程度日益加剧的现代交易背景下,不少发达国家和地区已将披露义务上升为要求所有契约类型的当事人于缔约阶段必须履行的一般性先契约义务。这一点可以从这些国家和地区的法律文件和诸多判例中得到证明。如《欧洲合同法基本原则》第4.107条、美国《合同法第二次重述》第161条和《侵权法第二次重述》第551条都对披露义务作了专门规定。法、德两国虽未对该义务作出一般性规定,但均通过扩展适用民法典中的相关条款而形成大量的信息披露判决<sup>[1-2]</sup>。就中国而言,除却证券、保险领域有相对完善的披露要求外,其他有关该义务的规定多散见于运输、保管、代理等调整特殊契约关系的专门法中,并未上升为一般性先契约义务而规定于《合同法》总则<sup>①</sup>,实务中信息披露判决亦不多见。那么,《合同法》总则是否应将该义务纳入其中并要求所有契约类型的当事人予以恰当履行?要对这个问题作出准确的回答,我们必须对披露义务的立法正当性和价值进行探究。

## 一、古典契约理论的理想主义和形式主义

中国现行《合同法》虽然在颁行之初获得了理论和实务界的普遍赞誉——学者们大都认为该法吸收了

修回日期:2014-02-05

基金项目:中国法学会部级课题“先合同信息披露法律制度研究:基础理论与制度建构”(CLS(2013)D148);华南理工大学中央高校基本科研业务费项目(2013BS03)

作者简介:张铨(1983-),男,广东梅州人,华南理工大学法学院讲师,法学博士,主要从事民商法研究。

①《合同法》第42条第2项规定故意隐瞒与订立契约有关的重要事实或者提供虚假情况属欺诈行为。如韩世远教授所言,该条并不能视作是关于披露义务的一般性规定。参见韩世远《契约法总论》(法律出版社2008年版,第159页)。

20世纪契约法领域不少新的研究成果和立法经验,但不能否认的是这部法律的基础仍主要建立于古典契约法理论之上。这个理论自18、19世纪创立起至今一直主导着契约法理论的主流思潮并影响着契约规范的各个方面。在该理论的理论假定和价值预设之下,披露义务是被排斥的,并产生了我们是否应将该义务作为一般性先契约义务的困惑。因此,实有必要首先对该理论进行解构。

从总体而言,诞生于理性主义高涨背景下的古典契约法理论充斥着人类超越自然、驾驭自然甚至无所不能的自信,由此导致理想主义泛滥于整个理论体系。为了实现理想主义下预设的目标,古典契约法理论又通过抽象化处理的方式切除了现实市场交易中不符合实现这些目标的形式主义要求的因素。我们可以把理想主义下的预设目标比作位于方程等号右侧的结果,这个结果在未解方程前即为已知,形式主义则是这个方程式。要论证这个方程式能得出该结果,就要求所代人的变量集必须处于某一个区间之内。这个区间就是古典契约法理论对现实的契约要素进行抽象化处理后的结果。

### (一) 主体假定——经济人

古典契约法理论以经济人作为假定对象<sup>②</sup>,经济人概念所暗含的是自利、完备理性以及实现个人利益过程中同时实现公共利益的必然性。这个概念具有非常浓重的理想主义色彩:“他”似乎无所不知,掌握了正确缔约所需的一切信息;“他”似乎异常理性,总是能依据信息作出最佳的缔约选择。要使市场主体符合经济人假设,对市场上形形色色的主体进行抽象化处理的形式主义路径是必然的选择。这种形式主义刨除了现实主体在信息、资源占有及市场地位等诸多方面参差不齐的地方,抹去了他们在处理交易的能力、经验上的差异。其次,经济人假设还意味着契约当事人总是以自身利益最大化为己任,而无须关心对方的利益是否受到损害。在对方利益与己方冲突时,牺牲对方利益以使己方利益得到保护亦属正当。不难看出,这种不受制肘、任由自己腾跃的主体假定是非常理想化的。为了实现这种理想状态,古典契约法理论尽量给缔约主体进行减压——缩小缔约主体承担的义务范围、程度及时间段。在先契约阶段,该理论允许当事人打着各自的如意算盘,以尽可能少的支出赚取对方更多的利益。另一方则要时刻警惕以避免沦为对方精巧算计下的牺牲品<sup>③</sup>。依据古典契约法理论的主体假定,契约当事人又是完全可以胜任这一点的,因为“他”是经济人!古典契约法中的不少制度均能佐证这一点,其典型者如英美法系的“买方自慎”规则(Caveat Emptor)。在这种主体假定下,披露义务这种在磋商阶段协助对方当事人正确缔约的合作性义务根本没有存在于契约法的合理性。

### (二) 契约模型预设——静态、孤立性契约

古典契约法理论所预设的契约模型是静态、孤立性契约,并围绕这种模型建立起了一整套契约规范。正如李永军教授所言,古典契约规范是围绕“计划的实行”和“同意的实现”展开的。“计划的实行”指契约缔结意味着对未来进行了计划安排,当事人应当忠实地实现这个计划;“同意的实现”指这些计划安排是当事人同意的产物,涵盖于同意内容之内,同意及其内容必须始终受到尊重<sup>[3]</sup>。这就使所预设的契约具有了“静态化”和“孤立性”两大特性。静态化意味着当事人在缔约之时就有足够的能力预见未来的所有变化,并且将应对这些变化的计划完全纳入契约之中。孤立性则包含两点内容:第一,这种静态化契约所包含的权利义务与契约订立的背景、当事人周遭的社会关系相割裂;第二,当事人在契约订立之前和终结之后没有任何联系,他们之间的权利义务仅限于契约的存续期间。

为了赋予这种理想主义的模型假定以正当性,古典契约法理论将“合意”安置在其核心位置并委以重要功能。大陆法系的合意论暗示着合意本身即可产生法律效力;而英美法系的合意论更倾向于强调合意是一种可摆脱法律而独立存在的纯粹的事实<sup>[4]</sup>。那么合意为什么会成为古典契约法理论的核心概念?主要原因有三:第一,自由主义理论的影响。自由主义作为启蒙运动以来一直被高擎着的大旗,强调人的自由意志的普遍性和至高性。契约是主体自由意志同意下的产物,应当得到最大程度的尊重;第二,政治制度的理想。启蒙思想家于18世纪提出了影响深远的君主在民和三权分立的政治构想。这些政治构想所体现出来的共同本质在于个人是自我生活的主宰,他完全有能力保护自己的利益,不需要国家父式的关怀;第三,理性

<sup>②</sup> 尽管没有直接证据证明古典契约法理论中的主体假定来自于古典经济学上的经济人概念,但是从古典契约法理论的诸多规则设定看,其主体假定与经济人概念并无二致,这也是法学界的通说。

<sup>③</sup> 当然,以欺诈、胁迫等侵害对方权益的手段(一方行为引起另一方发生错误)订立的契约效力也是被古典契约法理论所否定的。这里所指的是在一方发现对方出现错误但仅是沉默而未披露信息(利用对方的错误)情况下订立的契约是被古典契约法理论所允许的。

主义的高涨。启蒙运动所孕育出的绝对理性引起了当时社会的极大反响,并对社会的各个方面产生了不可估量的影响<sup>[5]</sup>。人们盲目地相信自身具有可以管控一切的绝对理性。而合意,则成为绝对理性的化身,再据此推导出“契约严守”的逻辑结果自是当然。

以静态、孤立契约为模型的制度预设寄托了自由主义和理性主义的宏大理想,并通过“合意”这一形式主义要素获得其正当性,搭建起了逻辑上具有自洽性的契约理论,使契约法能以完整的规范体系展现于世人面前。这也可以从一个方面解释古典契约法理论及其规范体系自其诞生之初至今一直占据统治地位的原因。在这种将“合意”推上神坛的契约模型预设之下,因为当事人所订立的契约是孤立的,故绝对理性的当事人自己能充分把握未来的所有变化并将应对这些变化的对策纳入契约,如此“神圣”的合意根本不需要对方的协助。披露义务实难在此种看似周延、自洽的理论体系中觅得存在的正当性。

### (三) 立法选择和司法干预上的理想主义和形式主义

主体假定和契约模型预设上的理想主义和形式主义最终带来的是立法选择和司法干预上同样的倾向和结果。由于当事人被视为是在契约存续期之外没有任何联系的独立个体,那么就无需在契约法上设定除契约本身约定外的照顾、保护等合作性义务,信息披露更是无从说起。由于当事人被视为具有对抗性利益的单个个体,那么契约法就应允许其在没有积极加害行为的情况下,最大化自己的利益追求。而静态、孤立性的契约模型预设则产生了如下的立法和司法结果:(1)为将有效和无效合意相区别,立法上需设定有效合意的基本要素并要求当事人对这些要素达成表面一致。合意须遵从镜像规则,否则不产生契约效力。(2)司法裁判中过分依赖合意本身。因为合意的内容无所不包,故纠纷的解决均必须回到契约本身去寻求根据。若契约未对某些事项进行明确约定,则通过拟制的方式确定当事人的意思。如发生了契约所没有涵盖的风险,那么视为遭受风险的当事人已默示同意承担该风险。(3)不对契约进行分类化处理和规制。立法上仅抽象出各种契约所包含的共同要素并对此作出规定,而不需要依据不同类型的契约在性质、功能等方面的差异作出区别性对待。司法中亦鲜见此种考量。

或许,在那个诞生古典契约法理论的时代,该理论的理论假定与交易现实之间的差距确实不大:市场上有诸多可供选择的无差异交易对象;契约的存续周期短,预料之外的干扰因素不多;交易标的物相对简单,仅凭基本知识和经验就能够对标的物作出准确判断……披露义务在这样的现实和理论背景下自无存在的必要。然则,在进入20世纪以后,该理论的上述假定遭遇了来自于现实交易状况的重大挑战并引起了理论界的大规模反思和革新,披露义务由此找到了栖身之所。

## 二、关系契约理论的现实主义和具体主义

20世纪特别是中叶以后,现实交易状况发生了重大变化:渠道、技术等交易要素垄断主体的出现极大地限缩了一般主体选择交易对象的空间;交易涉及的因素日渐增多、标的物呈复杂化趋势发展,难以预知的契约风险和错误屡屡出现……这些新特征是以前的市场交易所完全不具有的,古典契约法理论亦在这样的变化中逐渐丧失了应有的正当性。Gilmore教授更直言不讳地提出“契约的死亡”,或者更准确地说,古典契约法理论的死亡。诚如Gilmore所言,古典契约法理论试图在一般侵权行为的范围内区分出一个特殊的领地——契约责任。如今,它为了保护其领地而建立起来的防护堤,显而易见地正以较快的速度趋于崩溃。随着准契约和不当得利理论的发展,古典契约理论在“获益”方面有了突破。同时,随着允诺不得反悔理论的发展,它在“受损”理论方面也有了发展……随着契约责任和侵权责任两个领域逐渐合二为一,我们本能地感到,契约之损害与侵权之损害已无可分辨,尽管它们曾被人分开<sup>[6]</sup>。如果说Gilmore的上述观点是对那些进入司法程序的当事人获得救济的根据、结果进行梳理而得出契约死亡的结论,那么那些没有进入司法程序的契约现在又是以怎样的方式在运作?古典契约法理论所搭建起的规范体系还有多大部分仍然被市场主体所遵从?威斯康辛大学的Macaulay教授在调研了美国商业交易的大量经验素材后撰文指出,商人之间在缔结契约时通常并不是采用语言严密、精心设计、考虑周全的书面契约,他们更愿意去相信与对方实际交往中的一次握手、会晤、交易中通常遵循的诚实以及所必需的体面。他们对于交换的很多重要内容都没有计划,或者说只有最基本的计划,这些最基本的计划包括货物名称、意外事件、不当履行和法律责任。即便对方存在违约行为,或者出现了契约缔结时所没有考虑到的情况,当事人也好像他们之间从来不存在契约一般进行契约调整或者再磋商,而不愿意谈到法律权利或者威胁提起诉讼<sup>[7]</sup>。不难看出,上述经典文献在宣告古典契约法理论寿终正寝的同时,甚至对现代契约法及其理论存在的价值提出了质疑。然而,正当契

约法理论领域一片哀鸿遍野之时, Macneil 提出的关系契约理论将其从鬼门关拉了回来<sup>④</sup>。该理论在批判、否定古典契约法理论之余, 搭建起了能合理解释当下及未来契约的运作机理并对其予以恰当规制的理论体系。

Macneil 首先对契约进行了重新定义, 他认为契约是指当事人对将来的交换过程进行规划而在他们之间产生的各种关系<sup>[8]</sup>。这种将契约定位为某种关系, 进而派生出各种权利、义务的基本假定从根源上就和主张意志派生论的古典契约法理论划清了界限。更重要的是, 这种定位使整个关系契约理论的构建有了活的源头——当我们在考虑某两个或者更多的要素之间的关系时, 首先必须弄清的是这些要素各自的位置, 否则无法清楚地解释它们之间的关系。这就好比在坐标轴上定义两个点之间的关系, 我们只有明确这两个点各自在 X 轴、Y 轴上的坐标, 才能准确描述它们之间的相对位置。对于某个具体契约而言, 则必须清楚这个契约中如契约类型、缔结背景、当事人差异等各个基本要素的状况才能准确解释它们之间的关系, 这样才可真正理解该契约的意思、内容, 它包含哪些权利义务以及风险、利益、责任分配。关系契约理论不再追求形式主义的优雅和精致, 也不再以浪漫的理想主义为基点进行要素假设, 而是重在还原和考量特定契约的具体要素。本文将该理论的这种特点概括为现实主义和具体主义。

#### (一) 主体假定——从经济人到角色化的契约当事人

关系契约理论在主体假定上吸收了行为经济学、新制度经济学在批判古典主义经济学理论上获得的新发展, 将抽象意义上存在的同质化经济人还原成异质化、角色化的具体市场主体。该理论认为: 首先, 人的理性是有限的, 它影响着人们对事物本质的把握、对交易的认识和处理过程, 并在非理性因素的作用下被进一步放大。其次, 人们的信息、知识、经验、能力储备也是有限的。因此, 人们不但无法准确预测和安排未来事务, 甚至对当前事务也并不一定有能力作出准确判断并独自完成, 故不得不依赖制度、惯例等客观外在机制的辅助才能顺利实现交易目的。再次, 在具体的契约中, 当事人的经济实力、市场地位以及周遭因素也会对其契约行为产生不同程度的影响。要真正理解当事人所签订的契约或者其契约行为, 就必须考察特定契约中的主体的上述因素, 明确其所担任的角色。

进一步而言, 契约当事人不是孤立的单个原子, 而是处于纵横交织的社会关系网络中的一个节点, 是社会大舞台上特定角色的扮演者。要使社会能协调运作, 当事人就必须保持角色的一致性以使整个社会关系网络处于稳定状态。易言之, 它要求当事人为其所担当的角色当为之事, 以形成社会各角色间的紧密配合; 要求其在角色冲突的情况下只能获取适当的利益而不是全部, 即在最大限度地获得直接的个人利益的愿望与创造并维持和其他参与人的社会团结的愿望二者之间产生矛盾时, 须取得个人利益与他人利益、社会利益的平衡。契约当事人之间不再被视为是纯粹处于利益对抗地位的竞争对手, 而是需要相互配合、紧密合作的利益共同体。即便是在形成这个利益共同体之前, 准契约当事人也应承担对准契约相对方的协力、告知、保护、保密等义务<sup>[4]57-58</sup>。除了社会角色性要求契约当事人之间必须展开充分合作外, 自利与利他的两种倾向并存于人的本性中这一事实也提供了内因上建构合作性制度的可行性<sup>[10]</sup>。上述主体假定清晰地披露义务提供了被纳入契约制度体系的正当性。

#### (二) 契约模型预设——从静态、孤立性契约到关系性契约

关系契约理论认为古典契约法理论将契约从其产生的社会根基中剥离出来, 无异于将人的心脏从肌体中隔离开一样不可取。因为包括具体性契约在内的所有契约(物品交换除外)都会涉及到关系, 也即是说每一个契约必然地在部分意义上构成关系契约<sup>[3]205</sup>。因此, 该理论以关系性契约作为其预设的契约模型。

正是因为契约关系性的存在, 所以契约在效力上并非全部来自于合意, 合意也无法涵盖契约内容的所有方面。事实上, 古典契约法理论在“静态化”和“孤立性”的前提下过度抬高“合意”的处理方式或者会导致所设定的权利超出了当事人同意的范围, 或者会导致当事人对契约的某些重要方面进行重新选择而进一步确定其内容。古典契约法则是努力确保使所有的关系不会超越当事人同意的范围。这种将当事人的同意与他们的全部计划等同起来的做法很明显相当愚蠢, 特别是在持续性契约关系中, 同意仅能发挥触发作用而已<sup>[8]45</sup>。申言之, 如果我们考虑时间因素、合意背景的多样性、语言的多义性及局限性的话, 那么就必

<sup>④</sup> 虽然 Macneil 本人在 2000 年发表的文章中, 将自己提出的“关系契约理论”改为“基本契约理论”, 但基于中国学界对该理论的使用习惯以及为保持上下文用语的一致性, 本文使用“关系契约理论”的称谓。

须对合意中的刚性因素进行软化,即承认契约的不完备属性,允许当事人在契约条款限定的权利之外享有一定的决策权,对除合意内容外的其他原因产生的信赖进行保护。因此在缔约中如果一方没有适当履行披露义务而导致另一方发生契约错误,即便最终缔结的契约未对造成该错误的风险在当事人间进行明确分配,错误方也应当能够通过主张对方未进行恰当披露而获得救济。

### (三)立法选择和司法干预上——契约关系化规范的缓慢形成

Macneil 在对关系契约理论的基本假定以及模型构建进行阐述后,还提出了 10 个具体的关系契约规范<sup>⑤</sup>,它们分别是:角色完整;互惠性;计划的实施;合意的实现;灵活性;契约团结;连结规范:恢复、信赖与期待利益;权力的产生与限制;方式的优先性;与社会母体的和谐<sup>[5]84</sup>。虽然 Macneil 将上述 10 条称之为关系契约规范,但上述规范仍只是停留在原则、方向、价值取向的设定上,尚未落实到更为具体的可操作性制度层面。季卫东教授据此认为,Macneil 的契约理论完成度并不高,关系主义的契约观能否在实证法学体系中登堂入室并进而改变西方的司法实践,还无法立即给出明确的结论<sup>[8]8</sup>。然而,对于一个揭示新的历史条件下契约关系本质的理论来说,能够实现解释论上的圆满和自洽已经相当难能可贵。如果我们按照关系契约理论所提供的视角去审视契约法那些正在发生的变化以及逐渐形成的新制度,就能清晰地发现关系主义契约观已经开始从各个角度楔入实证法体系之中,并开始改变司法实践。

就契约立法而言,在消费者、金融贸易、保险、不动产、劳动等领域,已经出现了专门调整这些交易所使用的契约的法律<sup>⑥</sup>。昔日由一部统一的契约法调整的各种契约正从中分离出去,形成以契约类型为基础的专门契约法。统一契约法中那些普适性规则、原则正在被逐渐瓦解,调整范围也日趋缩小。不完备契约、情势变更、开放条款等灵活性规范已被立法所充分肯定<sup>[11]</sup>。司法环节上,法官更倾向于还原当事人订立契约时的社会背景等相关要素以理解其契约行为和契约条款,并针对纠纷的真正成因作出实现实质正义的判决而不是坚守在形式正义的阵地上,在契约解释上则更青睐于具体主义色彩浓烈的语境解释而不是其他解释规则。此外,如“连结规范:恢复、信赖与期待利益”这一被 Macneil 置于中心地位的规范的重要性可以从信赖责任近年汹涌的发展势头上得到证明;“与社会母体的和谐”也可以清晰地解释司法裁判中那些既非源自于同意,也非源自于信赖的义务和责任来源。

### 三、关系契约理论视角下披露义务的立法正当性及价值

关系契约理论不但合理、周延地解释了现代契约法的当前状况及发展趋势,而且还初步提出了系统的关系契约规范以对现代契约法具体制度的建构进行指引。那么披露义务能在该理论逐步演化为实证法的过程中扮演什么样的角色?我们可以从契约机制的运行、契约纠纷的解决、契约立法这三个方面阐述该义务的正当性和价值。

#### (一)契约机制运行中的价值及正当性

关系契约理论主张,契约机制的有效运行必须通过规范引导当事人在保持角色完整的前提下,以互惠性为宗旨订立与契约各方的计划相契合的灵活性契约。应当在契约期间(包括先契约和后契约阶段)坚持契约团结,保护对方的信赖和期待利益以实现合意目的,同时还应当遵守由于契约行为产生的权利限制以及优先性方式,并保持与社会母体的和谐。与上述主张相对的是,披露义务可通过要求当事人披露产生利益和角色冲突的信息以保持角色完整;通过要求披露标的物中不符合或低于对方缔约目的的信息以保证互惠性契约的订立;通过披露与交易背景有关的信息以使所签订的契约能与各方的计划实现无缝对接;通过纠正对方的错误认识并向对方披露已经变化的情况以更新对方的信息库,从而保护对方的信赖和期待利益;通过要求披露那些与社会母体存在冲突的信息以实现契约外部性的解决。最重要的是,在合意仍是契约机制重要要素的前提下(古典契约理论中占据核心地位,关系契约理论中则作为触发机制),信息披露可以使信息弱势方对与交易有关的当前要素作出准确判断,尽可能了解和把握未来契约履行中所包含的不确定因素,从而在当事人间信息不对称程度日益凸显的现代交易背景下,使合意更真切地反映当事人内心的

<sup>⑤</sup> 在《新社会契约论》中,Macneil 只提出了关系契约的 9 个契约规范,而在后来的一篇文章中他加入了“方式优先性”,并将原来的契约规范之一——相互性改为互惠性。See Ian R. Macneil, “Values in Contract: Internal and External”, 78 Nw. U. L. Rev. 1983:347.

<sup>⑥</sup> 以劳动领域为例,劳动合同在合同目的、性质、所适用的法律的意旨、合同订立及解除权行使等诸多方面与普通民事合同存在较大差异,这也导致了各国均颁布专门法对劳动合同予以规制。参见杨佳红、宋宗宇《劳动合同与普通民事合同的求异研究》(《重庆大学学报:社会科学版》,2002 年第 5 期)。

真实意思并实现契约自由。

### (二) 契约纠纷解决中的价值及正当性

关系主义契约观要求纠纷的解决能够尽可能地贴近交易本身,依据关系交易具体之要素、情形进行裁判。诚如内田贵所言,这个任务通过立法并不能解决,相反,立法上应当留有广阔的裁量余地,从而在纠纷的解决上能够依据案件的事实关系、具体情况予以具体化。这种具体化的任务并非裁量者任意的价值裁断,也不是包容事实要件后的推论,而是以详细事实的认定为基准,以极富实践性的判断力为途径所进行的判断<sup>[12]</sup>。那么法官进行裁判所需依据的“详细事实”从何而来?披露义务可堪此任。恰当履行该义务而披露出来的信息能够使作为非交易主体的法官真正理解当事人的契约行为及内容;能对交易背景及相关因素进行固定,提供裁判所需要的充分依据;在契约的解释上也有利于形成还原度较高的语境解释。此外,在不同的交易领域大规模建构披露义务必然会导致信息急速膨胀,由此将催生一种专门从事信息处理的市场主体——信息中介。它作为中立的专业第三方可以为法官裁判提供信息、经验、判断标准上的专业意见,以弥补法官在裁判某些特殊契约,尤其是专业性契约纠纷时能力、经验的不足<sup>⑦</sup>。

### (三) 契约立法上的价值及正当性

在现代契约立法上,披露义务的价值及正当性主要体现在如下三个方面:首先,有些交易纠纷不能在现有契约法制度框架内得到解决。例如水果买卖合同约定卖方需承担在买方所在地交付标的物前的运输、保管义务,但此时买方所在地正处于潮湿闷热的季节性环境中而必须采取特殊的冷藏措施以防止水果变质。由于中国《合同法》缺乏一般性披露义务,买方没有义务披露该信息,卖方极有可能因此而遭受损失。又如二手房交易中,凶宅、恶邻、噪音等缺陷均难以被瑕疵担保制度所涵盖,因此导致的纠纷在现有制度框架内难以得到妥善解决。然则,从比较法上看,上述问题都可归属于披露义务的覆盖范围并使信息弱势方的利益得到充分保障<sup>⑧</sup>。其次,披露义务能够减轻立法难度。通过披露出来的信息而呈现于市场、法院面前的交易过程、利益权衡、策略选择等真实交易状况同样可以被立法机关所吸收和采纳,成为立法中鲜活的依据和素材,有助于立法结果符合市场的真实需求。而考虑到契约纠纷解决规范的实际制定主体从立法部门向司法部门转移这一现实,契约立法如果采用标准性规范、一般条款对纠纷解决规则进行边界性限定,或者采用内田贵所主张的通过类型化方式形成比诚信原则抽象度更低的若干契约原理性规范<sup>[10]137-142</sup>,并赋予法官在标准性规范、一般性条款以及类型化规定的范围内,依据信息披露呈现的交易具体情形进行自由裁量的制度设计,那么在法律的实施效果上要远远强于对某种制度的具体构成要件进行规定的传统路径,但在立法难度上却要小得多。再次,披露义务丰富了立法选择。原本需要通过禁止性规定进行规制的情形可以通过信息披露的方式让市场主体自主进行选择而无须一律禁止,从而使立法更具弹性。如某房产中介与某房产开发公司具有利益上的关联,为了避免中介损害委托人的利益,原则上应当禁止这种关联,但是通过向房产中介施加对其关联关系的披露义务,则可将是否与这种中介进行缔约的选择权交还给委托人,而无需全面禁止。

## 四、结语

综上所述,古典契约法理论所依托的市场交易环境已经发生了根本变化,现代交易所具有的新特点已经为披露义务提供了足够的现实正当性,而能对现代交易背景下缔结的契约进行合理解释的关系契约理论则能充分证成该义务的理论正当性。在现代契约机制的运作、立法和司法活动中,披露义务亦彰显了其重要价值。将披露义务纳入中国《合同法》总则,不但能使该义务上升为一般性先契约义务而统领所有类型的契约,而且能引导当事人树立起利益共同体的观念,通过信息披露有效避免合同错误、降低合同风险,从而建立起可靠的信赖、合作关系。此外还需注意到,各国立法实践表明,若要建立起完善的披露义务法律制度,仅在基础性法律中对披露义务作出一般性规定是不够的,还需在调整各种特定交易类型的专门性法律中针对该类型交易的特点进一步细化披露之规定。在契约立法逐步碎片化的现实背景下,立法机关亦具备了完成这种看似繁重的立法任务的条件和能力。

<sup>⑦</sup> 有关信息中介的优势、作用, see Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill, Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, 2001, pp264-280.

<sup>⑧</sup> 如《加州民法典》第1102条就详细列举了房屋交易中应当披露的各种事项。

参考文献:

- [1] GILIKER P. Regulating contracting behavior: The duty to disclose in English and French law[J]. *European Review of Private Law*, 2005 (5):623 - 624.
- [2] REINHARD ZIMMERMANN. The new German law of obligations - historical and comparative perspective[M]. Oxford University Press, 2005:212.
- [3] 李永军. 合同法[M]. 北京:法律出版社, 2005:206.
- [4] 傅静坤. 二十世纪契约法[M]. 北京:法律出版社,1996:174.
- [5] 孙良国. 关系契约理论导论[M]. 北京:科学出版社, 2008:48.
- [6] 格朗特·吉尔默. 契约的死亡[C]// 梁慧星. 为权利而斗争. 北京:中国法制出版社, 2000:143.
- [7] MACAULAY S. Non - contractual relations in business: A preliminary study [J]. *American Sociological Review*, 1963 (28): 58 - 61.
- [8] 麦克尼尔. 新社会契约论[M]. 雷喜宁,潘勤,译. 北京:中国政法大学出版社, 2004:4.
- [9] 曼昆. 经济学原理(下)[M]. 梁小民,译. 北京机械工业出版社, 2005: 88 - 89.
- [10] 杜亚灵,尹贻林. 不完全契约视角下的工程项目风险分担框架研究[J]. *重庆大学学报:社会科学版*, 2012, 18(1):67.
- [11] 内田贵. 现代契约法的新发展与一般条款[C]// 梁慧星. 民商法论丛(第2卷). 北京:法律出版社,1994:143.

## On the Legitimacy and Value of the Pre - contractual Duty to Disclose Information

ZHANG Xian

(School of Law, South China University of Technology, Guangzhou 510006, P. R. China)

**Abstract:** Although the duty to disclose information can play an important role in settling disputes arise from modern contract, it has not been adopted by Contract Law of China as a pre - contract duty which main obstacles are created by the presumption of parties to contract and the hypothesis of contract model of classical contract theory. However, challenged by modern transaction circumstances and new contract theories, the classical contract theory has been losing its legitimacy. Against this background, analyzing the said obstacles in detail and finding the rationality and value of the duty to disclose information in relational contract theory based on the characteristics of modern contract can help a lot in constructing the legal institutions of the duty in China.

**Key words:** pre - contract stage; the duty to disclose information; classical contract theory; the duty to disclose information

(责任编辑 胡志平)