

缔约过程中说明义务的动态体系论

尚连杰^{*}

内容提要：作为一种方法论，动态体系论适用于民法的诸多领域，缔约过程中的说明义务即为其中之一。通过运用信息需求、信息可能性与职责范围三个要素，德国学者布雷登巴赫建构了用以判断是否成立说明义务的动态体系。而德国学者洛伦茨与弗莱舍对其的理论批判对动态体系要素的修正与完善有所裨益。借鉴既有学理与规范的经验性认识，可使用信息重要性、披露可能性、期待合理性与信赖紧密度四个要素构建新的动态体系。在我国的司法实践中，在判断是否存在说明义务时，动态体系论已经被不自觉地实践。未来可将动态体系的要素法定化，并通过动态体系论的运用，为法解释以及指导性案例提供理论依据。此外，可在信息重要性、披露可能性、期待合理性与信赖紧密度四个要素之下，通过案例群的积累，遴选出若干亚要素，使说明义务的判断标准更具可操作性。为防止动态体系论的滥用，原则上仅当不存在法律规定、当事人约定或者交易习惯时，方可运用动态体系论。

关键词：缔约过程 说明义务 动态体系 要素

双方当事人缔结合同时，往往需要彼此对相关情况作出说明，以便对周围情事作全面考虑，并最终形成意思决定。实践中，除了少数法定情形之外，当事人在何种情形下负有说明义务，需要斟酌诚实信用原则，由法官在个案中作出具体判断。而诚实信用原则具有高度抽象性，不能提供可操作的判断标准。现实的需求呼唤方法论上的回应，动态体系论遂映入眼帘。

维尔伯格提出的动态体系论的基本构想是：“特定在一定法律领域发挥影响的诸‘要素’，通过与‘要素的数量和强度相对应的协合作用’来说明、正当化法律规范或者法律效果”。其之所以提出该理论，是为了克服当时概念法学与自由法学的对立，既要打破概念法

^{*} 南京大学法学院、中德法学研究所助理研究员。

学的僵硬性,回应实际生活的需要,又要保持一定的原则性。〔1〕为了更好地呈现动态体系论的作用机理,维尔伯格首先将之应用于损害赔偿法领域,以富有弹性的四项要素作为构建损害赔偿义务的基础。根据动态体系论,损害赔偿责任并不以所有或者特定要素的具备为前提,而是可以表现为任意的组合。所具备的责任要素将以不同的强度相互结合。在个案中,这些要素所具有的价值将被综合成一个整体价值,作为判断者衡量是否应承担全部或部分损害赔偿义务的基础。〔2〕申言之,损害赔偿的确立取决于上述要素之间的相互作用。〔3〕

维尔伯格提出动态体系论之后,受到学者不同程度的肯定。例如,卡纳里斯认为,动态体系具备体系的“秩序”和“统一性”两大特征。〔4〕比德林斯基则以维尔伯格的动态体系思想为指导建构了负担行为法。〔5〕之后,动态体系论更显现出其扩散效应,被逐渐适用于合同法、宪法、行政法、程序法等领域。〔6〕在20世纪80年代末,布雷登巴赫在通过动态体系论对缔约过程中的说明义务作了全面分析之后,将该问题的讨论引向深入。〔7〕

在我国,对动态体系论的一般认知多始于解亘的译文《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》。〔8〕以对动态体系思想的一般认知为基础,动态体系论被逐渐应用于对一般原理和具体制度的构建。〔9〕不过,从整体上看,对动态体系论的理论研究稍显滞后,具体应用较为有限。在批判保险人说明义务时,虽有学者提及动态体系论,〔10〕

〔1〕 参见〔日〕山本敬三:《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》,解亘译,载梁慧星主编:《民商法论丛》第23卷,金桥文化出版(香港)有限公司2002年版,第177页。该译文使用了“动态系统论”这一表述,而本文则倾向于译为“动态体系论”。虽然“体系”和“系统”都是对“System”一词的翻译,但是二者并不相同。对“系统”的使用,更多是从社会学意义上的,是一组要素和一组存在于要素之间的关系,要素之间的关系群展示了系统的结构(参见〔德〕考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2013年版,第396页),而“体系”一般是在法教义学意义上被使用,德国学者卡纳里斯在其著作《体系思想与法学中的体系概念》一书中对“体系”作了详细诠释。在陈爱娥所译的拉伦茨《法学方法论》(商务印书馆2003年版)以及黄茂荣所著《法学方法和现代民法》(法律出版社2007年版)中,均使用了“体系”的表述。动态体系论贯彻的是体系思想,而非社会学意义上的系统理论。此外,在对维尔伯格的最新译文中,李昊也将“bewegliches System”译为“动态体系”,见〔奥〕瓦尔特·维尔伯格:《私法领域内动态体系的发展》,李昊译,《苏州大学学报(法学版)》2015年第4期。

〔2〕 Vgl. Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a. d. Lahn: Elwert, 1941, S. 28f.

〔3〕 Vgl. Wilburg, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz: Kienreich, 1951, S. 12.

〔4〕 Vgl. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2., überarbeitete Auflage, Berlin: Dunker & Humblot, 1983, S. 76ff.

〔5〕 Vgl. Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien · New York: Springer-Verlag, 1967, S. 122ff.

〔6〕 Vgl. Bydlinski/ krejci/ Schilcher/Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien · New York: Springer-Verlag, 1986.

〔7〕 Vgl. Breidenbach, Die Voraussetzungen von Informationspflichten beim Vertragsschluss, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), 1989.

〔8〕 见前引〔1〕,山本敬三文。新近也有学者翻译了奥地利学者库齐奥对动态体系论的一般理论介绍。参见〔奥〕库齐奥:《动态系统论导论》,张玉东译,《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

〔9〕 例如,叶金强在分析信赖原理的私法结构以及创建私法效果的弹性化机制时,均借鉴了动态体系的思想。见叶金强:《信赖原理的私法结构》,北京大学出版社2014年版;叶金强:《私法效果的弹性化机制——以不合意、错误与合同解释为例》,《法学研究》2006年第1期,第105页;叶金强:《论侵权损害赔偿范围的确定》,《中外法学》2012年第1期,第164页。吴光荣运用动态体系论解析了物权变动的过程。见吴光荣:《论债权与物权区分的相对性》,清华大学2010年博士学位论文。张金海指出,动态体系论的方法对于违法性的研究极具价值。见张金海:《侵权行为违法性研究》,清华大学2007年博士学位论文,第10页。李昊将动态体系论贯彻于交易安全义务的分析之中。见李昊:《交易安全义务制度研究》,清华大学2005年博士学位论文。

〔10〕 参见马宁:《保险人明确说明义务批判》,《法学研究》2015年第3期,第115页。

但仅一带而过，并未作具体展开。本文力图将动态体系论贯彻于缔约过程中的说明义务（以下简称“说明义务”）领域。此举不仅可为说明义务的判断提供可操作的标准，同时也可动态体系论提供新的试验田，推动该理论在我国的借鉴与应用。

一、说明义务成立要素的动态体系化

一个体系的生成既要在反复的遴选中选择体系所必需的基本要素，又要在各个要素之间建立一种有机的联系。判断说明义务存在与否，需要考虑诸多要素。那么，这些要素如何被遴选出来？在确立说明义务的动态体系中又扮演何种角色？这些要素所构建的动态体系又该如何发挥作用？

（一）意识萌发与前期积累

早在1980年，比德林斯基曾在一篇关于“缔约过程中恶意隐瞒”的文章中，指出了运用维尔伯格的动态体系论来判断是否构成恶意隐瞒重要情况的可能性。他指出：“令人不解的是，之前的评论对于重要情况的默示欺诈问题并没有作出进一步的阐明。反之，它们仅仅表明，这一问题事实上看起来是如此复杂和不同，正如在文献和判决中已经普遍强调的那样。首先应反对的是之前判决所唤起的以下印象：可以通过一般性的权衡完全地解决这一问题。或许，在此问题上应提示的是，对迄今为止的零碎和松散排列的标准进行仔细阐明和完整理解，无疑会导向维尔伯格意义上的动态体系，这样一种全面的尝试也许是一件有价值的学术任务。”^[11]可见，比德林斯基已经意识到运用动态体系论对缔约过程中的恶意隐瞒进行分析的可能性，而恶意隐瞒所涉及的核心问题正是说明义务。比德林斯基为说明义务的动态体系论提供了意识上的可能。

但这只是完成任务的第一步。除此之外，动态体系的构建还需要各个具体要素及其协作。从认识论上看，人们对事物的认识往往是一个从具体到抽象的过程，对理论的应用也不例外。豪普特以资本投资为个案，将动态体系论应用于说明义务领域。他指出，作为投资者保护原则的体现，应通过动态体系的构建使对证券客户的说明义务得以具体化。其中，五个要素具有决定性意义，即客户的说明需求、银行和客户之间的约定、双方关系的紧密程度、客户可能出现的保护放弃和银行义务在经营和财务上的可转移性。^[12]不过，豪普特的著作在学说和判例上的共鸣并未促使投资者保护的动态体系被接受。之后他放弃了作进一步努力，转而发展和利用了信赖责任和专家责任的思想。^[13]尽管针对投资者保护的说明义务的动态体系无法被推广至一般理论层面，但豪普特却为后来者作了理论上的启蒙与铺垫。在此基础之上，布雷登巴赫完成了豪普特的未竟之业。

（二）动态体系及其各要素

布雷登巴赫认为，有三项要素在确立一项说明义务时发挥作用，分别是信息需求、信

[11] Vgl. Bydlinski, über listiges Schweigen beim Vertragsschluß, Juristische Blätter, 1980, S. 397.

[12] Vgl. Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken: gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München: Beck, 1975, S. 414ff.

[13] Vgl. Rümker, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute aus der Sicht der Praxis, in Hadding/Hopt/Schiman-sky (Hrsg.), Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute-der moderne Schuldturn?, Berlin · New York: de Gruyter, 1993, S. 37.

息可能性和职责范围。通过这三项要素的相互作用，可以在个案中确立一项说明义务。借鉴维尔伯格的动态体系论，布雷登巴赫认为根据要素的数量和强度，可以回答何时以及在何种范围内存在说明义务，以及另一方面，通过与作为归责标准的过错原则的相互作用，将会产生何种法律效果。这样一个系统可以克服个案判决的恣意性，从而使要素作为指导性的原则被使用。与僵硬的构成要件不同，动态体系能够在个案中考虑不同要素之间的相互作用。^[14]

尽管有观点认为从对说明义务的动态体系论中不能推导出精确的方案，^[15]但在论及说明义务或信息义务时，该方法仍被许多学者所肯定。^[16]布雷登巴赫将相对松散的标准用动态体系论串联成了一个有机整体。以下即围绕信息需求、信息可能性和职责范围三项要素及其作用机理展开。

1. 信息需求

针对是否满足“信息需求”要素，首先需要判断信息是否具有重要性。对于合同决定而言，主观上非常多的情况都是重要的，或者有可能阻碍合同的缔结。为了对此进行限制，就应与具体的合同目的联系起来。对于不重要的事情，不存在说明义务。而对于可能阻碍合同目的实现进而对于决定的作出具有重要意义的情况，应作出说明。^[17]德国联邦最高法院审理的一系列案例揭示了何为“重要事实”。例如，卖方对买方隐瞒了作为合同标的物的房屋未获得建筑当局许可的事实；^[18]再如，二手车的出卖人必须向买受人说明：这部二手车是在转卖之前不久从一个没有进行汽车持有登记的“流动中间商”那里购得的。^[19]其中，“房屋未获得建筑许可”以及“流动中间商未进行持有登记”的事实，均属对合同目的实现具有重要意义的情形。对于并非客观地确定是否存在信息需求，而是对信息需求人予以类型化的做法，布雷登巴赫有所保留。以私人与商人这组对信息需求人的最重要分类为例，相对于证券交易所交易而言，对于在场外交易中取得股票所存在的显著风险，参与的银行应当对商人予以说明。因为如同私人一样，商人也具有事实上的信息需求。^[20]换言之，不能因商人身份而盲目地否定其信息需求。“身份标签”仅具有有限意义，更合理的办法是采取客观的规范视角。

在确定存在信息需求之后，应对其进行层级化（Abstufung），以确定信息对于决定过程

[14] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第61页以下。需说明的是，布雷登巴赫在该著作中交替使用“信息义务”（Informationspflicht）与“说明义务”（Aufklärungspflicht）的表述。对于二者之间的关系，一种观点将之等同，另一观点则将说明义务视为信息义务的下位概念。本文采取前种观点，在相同意义上使用两个表述，除为忠实于所引文献原文及论述方便，原则上使用“说明义务”的表述。

[15] Vgl. Goldschmidt, Die Wissenszurechnung: ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB, Berlin: Duncker & Humblot, 2001, S. 170.

[16] Vgl. Münchener Kommentar/Bachmann/Roth, 6. Auflage, 2012, § 241, Rn. 142; Besold, Aufklärungspflicht bei Vertriebsprovisionen im Bereich der Kapitalanlage: unter Besonderer Berücksichtigung der innenprovisionen und Rückvergütungen, Frankfurt am Main; Peter Lange, 2010, S. 234; Glatz, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung: eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, S. 324.

[17] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第62页。

[18] Vgl. BGH, Verkauf eines ohne baubehördliche Genehmigung umgebauten Hauses, NJW, 1979 (44): 2243.

[19] Vgl. BGH, Aufklärungspflicht über fliegenden Zwischenhändler beim Gebrauchtwagenverkauf, NJW, 2010 (12): 858.

[20] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第64页。

的重要性。虽然信息需求的强度不可计算，但仍可通过对不同组别的权衡表现出来。不过，这些组别仅能作为线索存在，因为其界限是流动的。简言之，这种“层级化”至少体现为以下三种情况：首先，应对妨碍合同目的、因而对于另一方当事人的决定具有重要意义的情况作出说明。其次，对于尽管不会妨碍合同目的，却总还是具有重要意义的情况，需结合个案作具体分析。例如，当卖方出售一辆在事故中表面被擦伤的汽车时，根据诚实信用原则，他有义务向买方就此作出提示，尤其是对于具有自动装载车身的汽车而言。在该案中，汽车擦伤的程度和是否具有自动装载车身决定了信息需求的强度。第三，对于一般的市场关系，并无必要作出说明。此外，对于自己与竞争者的价格构成的关系及其计算，也无需说明。但是，当涉及商品期货交易时，如果对于市场关系的不知情有可能会影响通过投机而获取利润这一目标的实现时，经纪人应作出说明。^[21]

上述三个“层级”实际上代表了三种不同的信息需求程度。在第一种情形，信息需求较强，原则上肯定说明义务的存在；在第二种情形，信息需求适中，说明义务存否取决于个案情况；在第三种情形，信息需求较弱，仅在例外情况下承认说明义务的存在。

2. 信息可能性

从经济的视角看，说明义务回答了以下问题：哪一方当事人承担信息不足的经济风险。如果不存在说明义务，未掌握信息的一方应当承担信息不足的后果，因为他被规定不利给交换内容的合同所约束，而在掌握充足信息的情况下他不会或者至少不会以这种方式订立合同。^[22]如果肯定说明义务的存在，则掌握信息的一方应当向对方披露信息。“信息可能性”要素针对的就是根据对事实情况的认识对信息进行传递的可能性。

根据“信息可能性”要素，那些拥有现存认识（*präsenes Wissen*）的人，应该向费力且通过很高成本才能获取信息的人作出说明。^[23]如果银行掌握着客户不能轻易获取但对其判断的作出具有决定意义的正面信息，应予以说明。例如，客户想购得一个负有贷款的企业，而银行知道这是有风险的。^[24]当然，也应该考虑以下情况：信息接受人自行获取信息有多大难度。如果信息接受人原则上对信息具有相同的获取可能性，信息义务的产生则来自于信息接受人重要的信息需求与义务人的现存认识。如果信息实际上仅处于义务人的支配之下，即由于高昂的调查成本或者信息只在义务人支配的领域内出现，则即使并非重要信息，义务人也需披露。^[25]

由此可见，如果信息接受人也可以较轻松或低成本地获取信息，则“信息可能性”要素并不能被满足。此时，需要通过充分“信息需求”这一要素，以便从整体上确认说明义务的存在。反之，若“信息可能性”这一要素本身业已具备，则“信息需求”要素就并非必要条件。实质上，这正是动态体系论所追求的目标：根据要素之间的综合作用来确定法律效果，只要要素的强弱搭配合理，就会出现所期待的法律效果。例如，弱的“信息可能性”在强的“信息需求”，或者弱的“信息需求”在强的“信息可能性”的辅助下，均可

[21] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第67页以下。

[22] Vgl. Rehm, Aufklärungspflichten im Vertragsrecht, München: Verlag C. H. Beck, 2003, S. 23.

[23] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第70页。

[24] Vgl. BeckOK BGB/Gehrlein/Sutschet, 32 Aufl., 2014, § 311, Rn. 96.

[25] 参见前引〔7〕，Breidenbach书，第71页。

确认一项说明义务的存在。这就实现了法律效果的弹性化,以避免法律规定过于刚性与僵硬的弊端。

如果说明义务人并不拥有现存认识,说明义务就与调查义务联系起来,因为说明义务的履行需要义务人进行调查,以获取额外的信息。若要确立一项调查义务,需要满足更严格的条件,因为它的要求多于单纯地传递手头的信息。例如,买受人不可以期待出卖人对其所不熟悉的风险作出说明,这些充其量只有生产者根据他出众的专业知识才能了解到。出卖人只有在以下情况才会承担生产者对买卖标的物的品质进行调查的义务,即当他根据具体的线索,对货物是否符合约定的用途持有或者本应持有疑虑。^[26]可见,调查义务只在有限情况下存在。因为与拥有现存认识的情形不同,此时“信息可能性”要素往往是相当弱的。而义务人获取信息的负担越重,“信息可能性”就越少被形塑出来。当克服巨大的困难之后才能获取信息或者对信息的获取依赖于第三人时,则不存在调查义务。^[27]

“信息可能性”这一要素的运作,忠实地反映了利益衡量的思想。诚如梅迪库斯所言,判断说明义务的有无,考量因素之一即哪一方当事人享有必要的信息或者他能够更容易地获取之。^[28]“享有必要的信息”指的是拥有现存认识,而“更容易获取信息”则与调查义务相关。对于承认调查义务的正当性,布雷登巴赫并未给予充分的说明。相对于义务人拥有现存认识的情形,存在调查义务时的“信息可能性”更弱。因为义务人需要先花费成本对情况进行调查,然后再对信息接受人进行说明。可见,单纯对“信息需求”要素的强化,已经不能对说明义务的存在予以正当化,更需要“职责范围”要素的补强。申言之,如果要对信息义务人课以调查义务,“信息需求”和“职责范围”都需要以强化的形态出现。此时,在“信息可能性”较弱的情况下,可维持总体的法律效果,肯定说明义务的存在。

3. 职责范围

对于潜在义务人基于职责是否有义务维护潜在被说明人的利益,可以在动态体系中“职责范围”要素的框架下予以确定。^[29]通过与作为系统要素的“需求”和“可能性”的共同作用,义务人的“职责”是确立合理信赖的进一步的出发点和标准。如果一方当事人承担了一项职责,且另一方当事人产生信赖并放弃了获取信息的努力,则出现保护的必要。对义务人职责范围的考察分为两步:首先是义务人的职责及其范围的确定;然后是相关信息的提供是否以及在多大程度上与职责范围联系起来。^[30]

为了确定义务人的职责及其范围,需要考虑总体的事实情况以及当事人之间的关系。属于事实情况的是,一项市场上的职责可以被分配给特定的职业群体或者企业部门。^[31]例如,律师、公证员、医生等专业人士在社会系统中承担了特定的职责。而当事人之间的关系则可能表现为持续性的交易关系尤其是持续性债务关系,或者股东之间的信任关系等。^[32]如果一个市场主体做了一个明确或可推断的带有咨询服务的广告,或者承担了市场上的特

[26] Vgl. BGH, Umfang der Aufklärungs- und Beratungspflicht des Verkäufers, NJW, 2004 (32): 2301.

[27] 参见前引 [7], Breidenbach 书, 第 72 页。

[28] Vgl. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 9., neu bearbeitete Aufl., Heiderberg: C. F. Müller, 2006, S. 180.

[29] 参见前引 [16], Besold 书, 第 234 页。

[30] 参见前引 [7], Breidenbach 书, 第 73 页以下。

[31] 同上书, 第 75 页。

[32] Vgl. Münchener Kommentar/Bachmann/Roth, 6. Auflage, 2012, § 241, Rn. 150 - 151.

定角色如专业经销商，则他也承担了特定的职责。^[33]理论上认为，对可推断的意思表示的认定带有规范性的判断，可运用意思表示的解释规则予以说明：为平衡当事人的利益及合理分配风险，应以客观上的表示价值作为认定意思表示内容的准据（规范解释）。^[34]因此，无论当事人在主观上是否意在承担一项职责，只要可以通过规范解释肯定此点，都能为当事人确立一项职责。这种规范解释的方法与信赖思想相连接，客观上扩大了职责范围。

在确定职责范围之后，紧接的问题是：信息的提供是否以及如何与职责的履行联系起来。例如，当银行承担发行（证券）企业的主银行的职责时，职责范围的界限能够被清晰地划定。属于银行职责范围的是对企业的偿付能力的检查，而对关于税负的说明书的检查则不属之。而在转账汇款交易中，银行的职责在于关注款项移转的快捷和顺畅。对于客户款项支付的合理性的审查则不属于其职责的范围。但是，如果该银行已经了解接受汇款银行濒临破产的情况，基于他的现存认识（信息可能性）和该认识对于客户的决定性意义（信息需求），它应警示该客户。^[35]可见，即使“职责范围”这一要素不再发挥作用，如果“信息可能性”和“信息需求”两个要素足够强，也能够确立一项说明义务。这是作为动态体系的说明义务各要素之间协作的又一次体现。

二、说明义务动态体系的批评与重构

一种新的理论尝试的提出，相当于在做实验，某种意义上也是在“冒险”，因而难免会遭遇一些挑战。在布雷登巴赫将动态体系论应用于说明义务领域之后，其他学者针对其可能性与合理性提出了一些质疑。这些质疑虽不至于完全否定这一理论尝试，但确实为其提供了一个内部审视与修正完善的机会。

（一）洛伦茨的“颠覆式”质疑

针对运用动态体系论对说明义务所作的分析，洛伦茨提出了两个层面的质疑：第一，他认为应通过案例类型（Fallgruppen）的形成代替动态体系论，如此方能为说明义务的判断提供具有可操作性的标准，确保法律适用的安定性。第二，对于动态体系中的各要素，他进行了内部结构上的拆分与重组。“自行搜集信息的可期待性”被纳入“信息需求”要素，实现了逻辑上的位移与系统内的流动。同时，“信息可能性”要素被用于判断是否违反说明义务，即有无过失。

在第一个层面，洛伦茨认为，根据过去的研究可以得出一个简明扼要的论断，即在概念上对说明义务作出准确、抽象的界定一般被认为是不可能的。这也适用于布雷登巴赫所说的用少量要素来确定一个动态体系，尽管由此已经获得了一个相对明确的标准。只要可以通过案例类型的形成来确保最低程度的法律安定性，并反对先合同说明义务的过度泛滥，就不会滋生弊端。案例类型的形成并不是通过具体的合同类型，而是基于对当事人的利益衡量，这些案例包括合同的目的妨碍、合同的目的违反、特殊的合同风险、先行行为和特

[33] 参见前引 [22]，Rehm 书，第 293 页。

[34] 参见王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年，第 409 页。

[35] 参见前引 [7]，Breidenbach 书，第 77 页。

殊的信赖。^[36]

在洛伦茨看来,确定说明义务的动态体系虽具有一定的弹性,但却无法保证法律安定性价值的实现。相反,案例类型的形成超越了动态体系论中不可评估的抽象标准,可以为判断是否存在说明义务提供更为具体的指针。笔者以为,案例类型的形成与动态体系论之间的关系,与其说是超越或替代,不如说是补充或辅助。上述合同的目的妨碍、合同的目的违反、特殊的合同风险是信息需求的体现,先行行为和特殊的信赖则是职责范围的体现。通过案例类型的形成,不仅可以使动态体系中各个要素的形象更为具体化,更可以使动态体系论的成果得以固化。

在第二个层面,洛伦茨指出,布雷登巴赫既承认“信息可能性”属于成立说明义务的动态体系的要素,又认为在说明义务人不知道信息的情形,说明义务的履行(而非成立)以附加的信息搜集义务为前提,这属于前后矛盾。因为信息搜集义务位于“信息可能性”要素之下,该义务的存在应该作为证成说明义务的前提,而布雷登巴赫却又承认该义务属于说明义务的履行,此举在逻辑上难以圆满。因此,说明义务人是否拥有现行认识以及调查义务,属于有无过失的问题,而并不涉及说明义务成立与否。^[37]此外,考虑到说明义务人对于“信息需求”的可识别性也属于过失层面的问题,^[38]问题已经被有意无意地引向了说明义务的违反,而非成立。依此逻辑,布雷登巴赫所建构的就并非仅仅是针对说明义务的动态体系,更是针对说明责任^[39]的动态体系。

同时,从布雷登巴赫的上述论述来看,“信息需求”要素仅包括事实上的不知和信息对于合同目的的相关性。而洛伦茨则认为,“信息需求”不仅应该包括“不知”这一内容,而且同时也涉及自行搜集信息的合理性问题,即是否属于“合理不知”。合同当事人单纯对相关事实的“不知”并不足够,除此之外,还应满足以下要求:该当事人不能自行搜集信息,或者尽管可以自行搜集,但是被允许期待从对方当事人获得完整的信息。申言之,当一方当事人被允许对另一方当事人作出全面说明产生强化的信赖时,他的信息搜集义务就相应减弱。而无论是信息需求还是特殊的专业知识,原则上都不能为缔约当事人创设一项广泛的说明义务。反之,说明义务只能和特殊的信赖要求这一要素联系起来,如此才能使信息需求人的“不知”正当化。^[40]通过在“信息需求”这一要素中嵌入“自行搜集信息的可期待性”这一要求,洛伦茨力图实现对“信息需求”要素的限缩,使其不至于为说明义务的泛化提供依据。合同当事人自行搜集信息的要求其实是一种不真正义务或者说对己义务。如果当事人违反该义务,仅会导致风险自担,而并不产生额外的损害赔偿义务。例如,如果当事人因不清楚市场行情而以较高价格购买了商品,只需承受这种不利益即可。对于自行搜集信息义务的豁免,可以通过“合理信赖”来解释:当一方因对方的信赖而承担了特

[36] Vgl. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag: eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München: C. H. Beck, 1997, S. 416ff.

[37] 同上书,第420页。

[38] 参见前引[7], Breidenbach书,第54页。

[39] “说明责任”是违反“说明义务”之后应承担的责任,与“说明义务”存在逻辑上的对应关系。与此相应,“信息义务”与“信息责任”也属于对应的概念。

[40] 参见前引[36], Lorenz书,第424页以下。

定的职责时，对方就属于“合理不知”。〔41〕

沿着洛伦茨的思路，布雷登巴赫用于构建说明义务动态体系的三个要素发生了变化。其中，“信息需求”中加入了“自行搜集信息的可期待性”这一要求，“信息可能性”则发生了逻辑转换，成为判断说明义务人有无过错的要素，而“职责范围”则以信赖思想为基础，演变为用以判断信息需求人是否属于“合理不知”的一项标准。洛伦茨所构建的模型，以“信息需求”要素中的“自行搜集信息的可期待性”为中心，并以此来形成案例类型，摒弃了布雷登巴赫所提倡的动态体系。〔42〕

笔者认为，就整体而言，洛伦茨所构建的以“信息需求”尤其是“自行搜集信息的可期待性”为中心的模型，在保证法律适用的安定性方面，并不具有优势，因为他将三个要素实质上缩减成了一个。在判断是否可期待信息需求人自行搜集信息时，仍需交由个案裁量，所形成的案例类型也只能保证对相同案件的指引性，而无法从根本上避免说明义务的泛滥。况且，这种对案例类型的塑造在“信息需求”、“信息可能性”和“职责范畴”之下也能完成。不过，说明义务人本身已掌握信息和需通过调查获取信息，二者并非同一层面的问题。如果说明义务人本身已经掌握信息，可作为考虑是否成立说明义务的一个因素。而调查义务则是为了履行已经确立的说明义务所额外设定的要求，如果未履行调查义务，属于对说明义务的违反，因而具有过错，属于说明责任层面的问题。在这一点上，布雷登巴赫所构建的三项要素仍有作进一步修正的空间。

（二）弗莱舍的框架内批判

相较于洛伦茨，弗莱舍的态度更为柔和一些。弗莱舍虽对布雷登巴赫的理论模型有所质疑，但却并不否认他的贡献，只是认为，对缔约过程中说明义务动态体系的构建，应建立在充分的法教义学、历史法学和比较法学的基础之上，故首要的任务是脚踏实地地准备法律素材。〔43〕换言之，弗莱舍并未否认对说明义务的动态体系进行构建的可能性，只是时下尚不足以实现该宏大构想，而需要做更多的准备。相对于洛伦茨“颠覆式”的否定，弗莱舍采取的态度是一种框架内的合理评判。具言之，弗莱舍认为布雷登巴赫对说明义务的动态体系论存有以下问题：首先，几乎完全缺乏对信息获取的激励结构的思考。对“披露已知信息”和“获取未知信息”之间所存在的基本冲突，并未作为题目予以讨论。其次，合同缔结过程中的信息义务在何种程度上促进了法律交易的便捷或者防止由信息所引起的市场失灵，并未作考虑。对于一般市场关系的说明义务被排除，是因为竞争价格以及经济数据对于交易“并不重要”，这一理由并不充分。而且，对涉及自身成本计算的信息通常不予披露，并未作出解释。再次，在考虑“职责范围”要素时，并未充分地阐明为何信息义务的形成要考虑合同关系的性质。〔44〕

弗莱舍的上述质疑分别针对“信息可能性”、“信息需求”和“职责范围”，是对系统要素的内部关系、整体功能以及识别标准所作的反思。针对上述三点反思，本文拟作以下分析。

〔41〕 参见前引〔36〕，Lorenz书，第434页。

〔42〕 同上书，第434页以下。

〔43〕 Vgl. Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München: Verlag C. H. Beck, 2001, S. 276.

〔44〕 同上书，第275页以下。

首先,在义务人不占有信息的情况下,“获取未知信息”是履行说明义务的一个前提。不过,“获取未知信息”需要支出额外的成本,如果义务人并未因此而获得利益,则无动力去获取未知信息。在对义务人的要求上,“披露已知信息”与“获取未知信息”存在显著的差异。“披露已知信息”仅限于对“已知”信息的披露,不要求积极地获取“未知”信息。如若要求“获取未知信息”,则从根本上突破了“披露已知信息”所预设的价值判断。这是二者的根本性冲突所在。换言之,在义务人不占有信息的情况下,肯定说明义务的存在需要强化的理由,从而对调查义务予以充分的正当化。

其次,合同缔结过程中的说明义务旨在实现当事人之间的信息对称,以求交涉能力上的对等。每一项说明义务的肯定,均有利于促进交易便捷,并防止市场失灵。上述功能究竟在何种程度上被实现,需要进一步考虑动态体系的要素,以尽可能作细化分析。不过,完全的量化分析是难以实现的,也并非说明义务及其体系要素力所能及。此外,竞争价格及经济数据固然重要,但合同双方原则上具有相同的知悉可能性。因此,布雷登巴赫所持观点的问题在于:不应在“信息需求”的层面将当事人对竞争价格等信息的说明义务排除,而应在“信息可能性”层面实现这一目标。另外,对涉及自身成本计算的信息,可认为不具有重要性。

再次,在不同的合同关系中,当事人之间的关系紧密程度有所不同。以之为指标衡量当事人之间信赖程度的深浅,并判断是否应承担相应的职责,进而论证说明义务存在的合理性,并无不妥。例如,相较于普通的买卖合同,在证券发行、转让等合同中,证券购买人需要根据发行人所提供的信息来进行判断,发行人客观上需要在更广泛的职责范围内提供信息。问题的关键不在于合同关系的性质是否应该予以考虑,而是应该在多大程度上予以考虑。

当然,弗莱舍的以下疑虑并非杞人忧天:信息需求、信息可能性和职责范围等主要要素过于抽象,以至于在解决具体个案时,不能为法律适用者提供确定的指引。^[45]对此,可以从丰富的案件材料中提取出进一步的要点,赋予动态体系中抽象的要素以清晰的轮廓,并提升该体系的可操作性。^[46]可见,说明义务动态体系论的生长与成形有待司法实践的进一步发展与累积。

(三) 动态体系要素的修正与细化

洛伦茨与弗莱舍的理论批判虽然有待进一步斟酌,但至少从两个角度指出了布雷登巴赫所构建的动态体系之问题所在:第一,在要素的选取与提炼上,存在完善余地;第二,在要素的可操作性方面,仍待进一步加强。围绕这两个方面,本文作以下的努力与尝试。

1. 动态体系要素的修正

在信息接受人“自行搜集信息的可期待性”问题上,布雷登巴赫与洛伦茨存在分歧。就亲缘性上看,将“自行搜集信息的可期待性”纳入“信息需求”或者“信息可能性”要素似均无可。因为,对“自行搜集信息的可期待性”可从以下两个角度理解:第一,如果可期待当事人自行搜集信息,则其具有获取信息的可能性;第二,如果可期待当事人自行搜集信息,则其不再具有信息需求。不过,经过仔细观察会发现,在布雷登巴赫的“信

[45] 参见前引[43], Fleischer书,第275页。

[46] Vgl. Busch, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB, Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, S. 151.

息可能性”要素之中，本就杂糅了合同双方当事人的视角，即同时考虑双方当事人的信息获取可能性，这样就产生了内在的抵牾，使得该要素的内部不甚和谐。而且，对于“信息可能性”要素与“职责范围”要素之间的关系，也有待厘清。例如，当特定专家存在专业知识时，一方面其离信息更“近”，具有“信息可能性”；而另一方面，该专家往往也承担了法定的或者事实上的职责。这会导致“信息可能性”要素本身就抽取得“不纯粹”。此外，从“信息需求”的表述来看，容易陷入“人以群分”的思维模式，区分不同人群的信息需求，而布雷登巴赫本人却是反对这一点的。可见，布雷登巴赫所构建的三项要素仍有作进一步修正的空间与可能。

事实上，虽然其他学者并未明确提及构建动态体系所需的要素，但认为在判断是否存在说明义务时，需要考虑一些要素，而这些要素可作为动态体系中要素构建的参考。例如，梅迪库斯认为，说明义务的成立一般要考虑如下因素：第一，哪一方当事人享有必要的信息或者更容易获取之；第二，信息对另一方当事人的重要性；第三，是否具有可合理期待性。^[47]除了上述因素，还应考虑一些附加的情况，如努力追求交易的一方当事人对说明义务人所具有的专业知识的特殊信赖。^[48]而沃尔夫和诺伊纳认为，说明义务首先存在于以下情形，即如果不存在该义务，合同目的将会受挫。此外，一项强化的说明义务存在于（一方）负有义务维护对方利益的法律关系之中（如律师合同），或者在一个以相互之间的信赖为前提的法律关系中（如在人合社团中）。当然，一项已经存在的信赖关系（例如基于持续的交易接触）也可以建立一项说明义务。^[49]拉伦茨则进一步指出：既要考虑行为当事人之间既存的关系的种类，同时也取决于有关的行为本身。如果当事人之间业已存在某种信赖关系，那么说明义务就会更加广泛。^[50]换言之，当事人之间的信赖程度越高，说明义务越容易被确定下来。^[51]

此外，在规范层面，《欧洲合同法原则》第4:107条第3项已经将动态体系的思想运用到说明义务领域，该项规定：“在确定诚实信用和公平交易是否要求一方当事人披露特定信息时，应考虑以下各种情况，包括：1. 该方当事人是否拥有专门的知识；2. 获取相关信息所需的费用；3. 对方当事人自己是否可以合理地获取该信息；以及4. 该信息对另一方当事人显而易见的重要性。”^[52]之后的《欧洲私法共同参考框架草案》也于第II.-7:205条第3款基本照搬了上述规定。^[53]

借鉴上述学理与规范的经验性认识，在布雷登巴赫所构建体系要素的基础之上，本文稍作修正，认为可使用以下四个要素来构建判断说明义务的动态体系：1. 信息重要性；2. 披

[47] 参见前引 [28]，Medicus书，第179页以下。

[48] Vgl. Paefgen, Haftung für mangelhafte Aufklärung aus culpa in contrahendo; Zur Täuschung über den Vertragsinhalt und ihren Folgen im Zivilrecht, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, S. 53.

[49] Vgl. Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2012, S. 478.

[50] 参见 [德] 拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔等译，法律出版社2003年版，第543页。

[51] Vgl. Kakatsakis, Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, Tübingen: Köhler-Druck, 2007, S. 88.

[52] See Article 4:107 (3), The Principles of European Contract law, <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.107.html>, 最后访问时间：2016年5月10日。

[53] See Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rule of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich: sellier. european law publishers GmbH, outline edition, 2009, p. 211.

露可能性；3. 期待合理性；4. 信赖紧密度。其中，“要素1”是从信息本身的特征入手，“要素2”是从信息义务人视角入手，“要素3”是从信息权利人视角入手，“要素4”是从双方关系视角入手。这样的要素提取能够保证每个要素相对独立于其他要素，并保证作用的独立性。在此基础之上，通过要素之间的相互协作，来判断应否肯认说明义务。其中，相对于“信息需求”的用法，“信息重要性”更为通俗易懂，而且切中要害。“信息重要性”要素标识的是信息的客观属性，原则上作纯客观判断，考虑该信息是否影响缔约决策与合同目的的实现。相较于布雷登巴赫的“信息可能性”要素，“披露可能性”要素在萃取上更为纯粹，仅考虑哪一方当事人拥有信息，而将对“自行搜集信息的可能性”的判断留给“要素3”即“期待合理性”。之所以要将“要素3”独立出来，是基于如下考虑：如洛伦茨所述，在判断是否成立说明义务时，该要素是一个核心的考虑要素，其作用应该得到更充分的体现。这种体现不是“隐藏”于“信息需求”或“信息可能性”要素之中，而是扮演独立角色。在“期待合理性”要素上，主要应斟酌的是：应受保护的一方（信息接收人）是否具有自行搜集信息的可期待性。此外，为了防止“披露可能性”与“职责范围”要素的功能重叠，此处直接以“信赖紧密度”作为“要素4”，即将是否拥有专门知识视为判断“披露可能性”的一个标准。“信赖紧密度”要素应以信赖思想为前提，重点考虑当事人之间信赖关系的强弱。

2. 动态体系要素的细化

即使将“信息需求”、“信息可能性”和“职责范围”三要素扩展为“信息重要性”、“披露可能性”、“期待合理性”和“信赖紧密度”四个要素，弗莱舍论及的“指引确定性”问题依然存在。为此，可借鉴布雷登巴赫、洛伦茨及弗莱舍既有意见中的合理部分，对要素的内容进一步地细化，加强其可操作性。具体而言，可从以下方面重点着力：

首先，在“信息重要性”层面，可为客观化的操作提供一个初步的框架，然后在个案中再具体矫正。布雷登巴赫在对“信息需求”要素作“层级化”处理时，考虑了信息是否会妨碍合同目的，而洛伦茨所列举的案例类型中，也包括合同目的妨碍。因而，可考虑将是否妨碍合同目的作为细化“信息重要性”的一个标准即“亚要素”。例如，如果买受人基于商用目的而购买房屋，而出卖人却隐瞒了房屋受到用途管制的事实，则该信息就会妨碍合同目的实现。

其次，在“披露可能性”层面，应仅考虑哪一方拥有信息，而不包括哪一方更容易获取之。换言之，后者为调查义务的范畴，属于是否履行说明义务的问题，用以判断有无过失。因而，可将调查义务从“披露可能性”要素中抽离，使后者仅限于说明义务人业已占有信息的情况，即“披露可能性”实质上指的是对已拥有信息的披露。考虑到特定领域的专家具备智识和信息上的优势，可将“拥有专业知识”作为认定具有披露可能性的一个标志。当然，在判断是否具有“披露可能性”时，应该采用客观标准，否则容易降低披露信息的门槛。此外，当一方当事人为法人时，对“披露可能性”的考察应从法人整体入手。即使法定代表人并未占有信息，但只要该信息为法人的任一部门所有，则认定存在披露可能性。

再次，在“期待合理性”层面，可对有信息需求的人群进行类型化。换言之，不同的人群可以作为“亚要素”进行考虑，以使对“期待合理性”的理解更为具象。在分工高度

细化的社会背景下，商人和普通消费者的区分对待，具有相当程度的合理性。例如，在金融商品买卖中，如果买方是普通消费者，其期待对方披露关于金融商品的特定信息通常具有合理性；而如果买方是商人，在相当情况下应具备相关知识，期待合理性较弱。因此，一般而言，在是否满足“期待合理性”以及满足的强度上，对商人和普通消费者应作不同判断。不过，“身份识别”虽有所助益，但不能作绝对化处理而一概排除经营者对信息的期待合理性，因为商人也有“知识盲点”。此外，如果交易一方认识到对方属于无经验、对法律或语言的不知以及对方当事人身体存在缺陷，^[54] 考虑到对方的弱势地位，“期待合理性”要素较容易满足，说明义务通常会被肯定。

最后，在“信赖紧密度”要素中，可将合同关系类型与交易关系持续性作为下位的亚要素予以考虑。在不同的合同关系类型中，当事人信赖程度的深浅显然不同。例如，相较于即时性合同，在继续性合同关系中，双方当事人处于持久的合作关系当中，双方的信赖紧密程度更大，在特定情况下承担说明义务的正当性就更充分。究其实质，是因为“信赖紧密度”背后的信赖原理在作用力上有所不同，因而在形塑一项说明义务的力度上自然有别。

三、说明义务动态体系论的本土思考

人们不能只是因为这种解决办法是一种“国外的”办法就拒绝在本国法律中采取此一解决办法，^[55] 而应该尝试在本国语境中把握该解决办法。因而，任何对比较法上的理论介绍、解构或重构的尝试，或多或少都抱着一种回归本土的实用主义心态。对动态体系的理论介绍，也终将是落脚为这样一种努力的尝试，即去寻找支撑与应用动态体系论的本土资源。

（一）规范本文与司法裁判的隐性实践

我国合同法第 60 条第 2 款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”虽然从文义上看，该条文仅及于通知、协助和保密，但“等”字的使用表明该款属于例示性规定，因此，说明义务也应包含其中。不过，合同的性质、目的与交易习惯等考量因素，往往过于抽象，有必要具体化。正如普通民众无时无刻不在从事法律行为而不自知，本土的立法者、司法者乃至诉讼当事人也在无意识中提炼动态体系的相关要素。

在规范层面，消费者权益保护法第 20 条第 1 款规定：“经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息，应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。”其中，“商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限”属于影响消费者是否缔约的重要信息，属于“信息重要性”的考量范畴。根据合同法第 42 条第 2 项的规定，当事人在订立合同过程中，故意隐瞒与订立合同有关的重要事实，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。其中，“与订立合同有关的重要事实”实质上也是对“信息重要性”

[54] Vgl. Münchener Kommentar/Bachmann/Roth, 6. Auflage, 2012, § 241, Rn. 154.

[55] 参见 [德] 茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 24 页。

要素的高度浓缩与概括。再如, 保险法第16条第1款规定, 订立保险合同, 保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的, 投保人应当如实告知; 旅游法第58条规定, 订立包价旅游合同时, 旅行社应当向旅游者详细说明旅游行程安排, 旅游团成团的最低人数, 交通、住宿、餐饮等旅游服务安排和标准, 游览、娱乐等项目的具体内容和时间等合同内容。其中, 被保险人掌握自身情况如健康程度, 旅行社掌握旅游的具体信息, 具有“披露可能性”。

在司法实践中, 法院和当事人往往会根据信息重要性、披露可能性、期待合理性以及信赖紧密度四项要素来判断是否存在一项说明义务。根据对所采集判决样本的分析, 以上述四项要素为类型化标准, 本文将法院和当事人考虑的情况作以下整理:

第一, 信息重要性。一般而言, 如果会对缔结合同的决策有影响, 该信息就具有重要性, 应承认说明义务的存在。^[56] 例如, 招标方式的选择对于明确投标人的范围具有重大影响, 对投标人而言属于订立合同的重要事实, 应当予以告知。^[57] 此外, 在房屋买卖中, 安置房的原拆建筑面积、^[58] 房屋被查封的事实等信息也具有重要性。^[59] 另需说明的是, 尽管个别判决并未支持当事人对说明义务的判断, 但所涉及的信息确实具有重要性。例如, 在缔结保险合同的过程中, 投保人的甲状腺已经病变并有恶化可能, 该信息属于重要信息。^[60] 而法院之所以未支持保险人有关投保人未如实告知的诉求, 是因为保险法第16条为投保人设置的“如实告知义务”实质上是“答询义务”(Auskunftspflicht)。答询义务与说明义务的区别在于: 前者需要经询问而告知, 而后者需要主动告知。^[61] 由于在保险人未询问的情况下, 投保人不存在法定的说明义务, 所以法院作了否定性的裁判。

第二, 披露可能性。披露可能性要素关注的是哪一方当事人占有信息或离信息更近。例如, 在金融活动中, 银行经常存在相应的内部规定。对此, 因银行“离信息更近”, 因而应将内部规定告知储户。^[62] 再如, 星级酒店在有关境外信用卡的刷卡业务上, 具有一般商事主体不具备的专业知识和风险防控能力。星级酒店在受委托操作POS机刷卡时, 负有审慎和风险告知的义务。^[63] 此外, 中国工商银行的支行作为专业银行, 也应告知客户退出合同的程序、方法和费用等因素。^[64] 在特定情况下, 信息义务人负有调查义务。例如在一个

[56] 在一个案件中, 法院肯定了被告恒易管理公司的说明义务, 因为其表现出的经营行为及承诺足以使原告封俊对其经营作出错误的预期和判断, 进而对其作出缔结合同的决策有影响。参见“封俊与保山恒易商业管理有限公司租赁合同纠纷案”, (2015)云高民三终字第35号。

[57] 参见“重庆晨博物业管理有限公司诉重庆市工业学校物业服务合同纠纷民事判决书”, 重庆市渝中区人民法院(2014)中区法民初字第08151号。

[58] 参见“陈雪燕与叶柏盈、翁爱琴房屋买卖合同纠纷一审民事判决书”, (2014)温鹿民初字第744号。

[59] 参见“杨毅蓉诉张义等房屋买卖合同纠纷一案”, (2012)沪一中民二(民)终字第448号。

[60] 参见“李建勋诉中国平安人寿保险股份有限公司无锡中心支公司人寿保险合同纠纷案”, 江苏省无锡市崇安区人民法院(2012)崇商初字第0074号。

[61] Vgl. Klingler, Aufklärungspflichten in Vertragsrecht-Hypothesen zur ihrer richterlichen Instrumentalisierung, Duesseldorf: Verlag Dr. Peter Mannhold, 1981, S. 20 - 21.

[62] 参见“梅州市梅江区农村信用合作联社江南信用社诉罗苑玲储蓄合同纠纷案”, 《最高人民法院公报》2011年第1期, 第36页以下。

[63] 参见“苏州阳光新地置业有限公司新地中心酒店诉苏州文化国际旅行社有限公司新区塔园路营业部、苏州文化国际旅行社有限公司委托合同纠纷案”, 《最高人民法院公报》2012年第8期, 第28页以下。

[64] 参见“嘉兴市乍嘉苏高速公路有限责任公司与中国工商银行股份有限公司上海市外滩支行金融衍生品交易纠纷案”, (2013)沪高民五(商)终字第5号。

案件中，中国长城资产管理公司作为专业的资产管理公司，有义务详尽调查核实所转让债权的情况，并向购买方进行全面、真实、明确的告知。^{〔65〕} 不过，对是否履行调查义务的审查，并非用于判断是否满足“披露可能性”，而是用于判断有无过失。

第三，期待合理性。如果信息权利人本可自行获取信息，则其不具有期待合理性，并无配置说明义务的必要性。例如，深圳市实施房屋“限购”和“限贷”政策已多年，且相关政策系对社会大众公布，并非作为房屋中介公司的中联公司所独自掌握，房屋买受人作为完全民事行为能力人，完全可以通过多种公开的途径自行了解相关政策。^{〔66〕}

第四，信赖紧密度。在司法实践中，医疗机构的说明义务很容易被正当化。形式化的依据在于侵权责任法等法律的明确规定，而实质化的理由则在于医疗机构与患者之间紧密的信赖关系。换言之，其背后的理论基础是信赖原理。虽然笔者尚未检索到涉及律师、会计师说明义务的具体案件，但现实中可能已经出现或者未来肯定会出现相应案件。在律师法等法律的规定较为抽象的情况下，法官通过“信赖紧密度”的理由来证成律师的说明义务，具有较强的说服力。实际上，在部分案件中，当事人已经提及了“信赖紧密度”要素应考虑若干要点，如“系列交易”、“商业信赖关系”等。^{〔67〕} 虽然这些要点在这些案件中并未发挥作用，但是这些“闪光”之处并不会被埋没，而是可以被提取出来，用于其他场合。

在司法实践的一系列案件中，虽然法院已经有意无意点到了动态体系的要素，并以其为依据作出了裁判，但法官衡量的具体过程却并未呈现于法律文书之中。这样会使得动态体系论的操作仍然较为抽象，难以给人以切实之感。基于此，本文希望再进一步，以个别案件为例，尝试“解读”这些思维过程，为动态体系论的操作提供较为清晰的图像。

例如，在“重庆晨博物业管理有限公司诉重庆市工业学校物业服务合同纠纷案”中，重庆市工业学校发布招标公告，本属公开招标，而其在向重庆晨博物业公司的复函中却明确表示采用了邀请招标的形式。招标方式对投标人而言属于重要信息，这一点为法院所揭明。与此同时，究竟是“公开招标”还是“邀请招标”，重庆市工业学校明显了然于心，符合“披露可能性”要素。且对于该信息的获取，重庆晨博物业公司也具有“期待合理性”。可见，在该案中，“信息重要性”、“披露合理性”及“期待合理性”要素都是具备的。即使“信赖紧密度”是否具备尚未可知，但已足以证成一项说明义务。

再如，在上述“游润与深圳市中联地产置业顾问股份有限公司居间合同纠纷案”中，对于房屋买受人游润来说，“限购”和“限贷”政策显然属于影响其缔约与否的重要信息，满足“信息重要性”要素。与此同时，房屋中介公司知晓该信息，亦满足“披露可能性”

〔65〕 参见“赵连锋与中国长城资产管理公司济南办事处等债权转让合同纠纷一审民事判决书”，山东省济南市市中区人民法院（2014）市商初字第60号。

〔66〕 参见“游润与深圳市中联地产置业顾问股份有限公司居间合同纠纷二审民事判决书”，（2014）深中法商终字第1254号。不过，在个别案件中，法院仍认为，作为专业的房屋中介机构，对限购政策应当清楚，在未审核房屋买受人是否满足购房条件的情况下，居间介绍其与第三人签订房屋买卖合同，未尽合理的审慎义务。参见“郑州金诺房地产咨询有限公司第六分公司与吕连旺居间合同纠纷一审民事判决书”，河南省郑州市金水区人民法院（2013）金民二初字第7225号。

〔67〕 参见“江苏刚正薄板科技有限公司与内蒙古包钢钢铁股份有限公司、内蒙古包钢钢铁股份有限公司销售分公司买卖合同纠纷审判监督民事判决书”，（2013）民提字第216号。

要素。不过，由于“限购”和“限贷”政策系对社会大众公布，游闰本应知悉该信息，并不满足“期待合理性”要素。虽然根据动态体系思想，并非每个要素都要满足，但是如果其中一个要素的“反动”作用足够强，也可以否定一项说明义务。

正如在数学运算中结果的得出往往需要经过复杂的运算过程，要素的协作过程本质上也是一个心算的过程，实质上难以精确洞见。或许有益的尝试是：法官在个案裁判文书中尽量细化自己的论证过程，并由理论研究者抽取足够的样本进行量化研究，得出具有相对可操作性的借鉴依据。

（二）动态体系论在立法与司法实践中的前景展望

尽管动态体系思想充满弹性、权衡的色彩，但其本意上并无替代法律规则的野心。对此，库齐奥认为：“对动态系统论的批评，往往是基于对动态系统论的误解，批评者往往认为动态系统论意在使规则尽可能的动态、不确定、模糊。然而，这样的认识显然是根本错误的，甚至夹杂着诽谤的意味。”〔68〕因为动态体系论并不反对或者违背法律的确定性。相反，它正是在法律体系中的不确定之处提供指引性的方针。相较于诚实信用原则等一般条款，动态体系至少描绘了一个大体可操作的轮廓与框架，动态体系的建构可使对说明义务的判断处于秩序意识的引领之下。

除了既有文本与裁判的实践之外，动态体系论在未来立法与司法实践中所扮演的角色更令人期许。首先，《欧洲合同法原则》第4：107条第3项以及《欧洲私法共同参考框架草案》第II.-7：205条将动态体系的要素纳入其中，为说明义务的生成提供了一个比一般条款更具可操作性的依据。就我国而言，在民法典编纂的大背景之下，势必涉及到对各编的系统性整合。这种整合并不能满足于简单地拼凑，而应做好衔接与完善的工作。鉴于说明义务的重要地位，在合同法第60条之下，借鉴《欧洲合同法原则》第4：107条第3项的规定，可以发挥动态体系论的指导功能，将信息重要性、披露可能性、期待合理性和信赖紧密度四项要素法定化，从而为具体个案的权衡提供规范依据。当然，这种蕴含动态体系思想的成文法与其他规定相比，应立于补充的地位，作为后续的说明义务“生成器”。

其次，当存在关于说明义务的明确规定时，动态体系论可以为法解释提供一臂之力。如前文所述，消费者权益保护法第20条第1款规定“经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息”，除了“商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限”之外，对于“等”字内涵的具体展开，就可以借助信息重要性、披露可能性、期待合理性和信赖紧密度四项要素进行权衡，从而为法律适用提供依据，以指导司法实践。同时，也可以细化法律规则，使说明义务在法解释学上进一步地展开。

此外，虽然我国并不存在英美法意义上的判例制度，但指导性案例制度的引入提供了某种相似的功能。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第10条规定：“各级人民法院审理类似案件参照指导性案例的，应当将指导性案例作为裁判理由引述，但不作为裁判依据引用。”从中可见，指导性案例虽不具有法律拘束力，但仍可作为裁判理由，增强论证的说服力。而指导性案例裁判要旨的法理基础，便可从动态体系论中找寻。例如，在指导案例17号中，法院指出，对于汽车存在的瑕疵如汽车被使用或维修过，汽车

〔68〕 参见前引〔8〕，库齐奥文，第42页。

销售商应事先告知消费者。否则，属于恶意隐瞒瑕疵，有欺诈行为，应当退还车款并赔偿损失。^[69]其中，判断构成欺诈的前提是汽车销售商负有说明义务。根据案件事实，这一点应予以肯定。消费者在购买新车时，汽车是否被使用或维修过属于重要的信息。汽车销售商对此信息具有披露可能性，而消费者较难获得该信息，具有相当的期待合理性。运用动态体系论，可以增强指导案例 17 号的说服力，为其提供实质的正当性基础。同时，也可为类似案件的裁判提供理论性指导。

最后，动态体系论在说明义务领域的功能可在以下两个层面得以延展。第一，在抽象层面，从“信息重要性”、“披露可能性”、“期待合理性”和“信赖紧密度”四个要素中，划分出亚要素乃至第三阶层的要素，提供更具操作性的模型。第二，在具体层面，在个案中通过对要素及亚要素的个别权衡，形成相应的结论性意见，不断丰富实践动态体系论的案例群。通过亚要素与案例群的互动，使得说明义务的动态体系论更具操作性。其中，案例群是实践中所积累的案例的集合。在上述对我国司法实践的整理中，对房屋价格、房屋被查封的事实所负有的说明义务是案例群的一员。在这一点上，案例群有别于洛伦茨所说的案例类型。因为后者并非具体的事例，而是处于抽象的亚要素层面。简言之，案例类型是对案例群的理论抽象，在位阶上相当于亚要素。案例群的形成与亚要素的提炼是一个互动共生的过程。前者为后者的提取提供了素材，而后者则为前者提供了理论上的指引。而正是经由信息重要性、披露可能性、期待合理性和信赖紧密度四个要素及其所衍生的亚要素的链接，催生说明义务的诚实信用原则方能与具体的生活事实联系起来。

四、说明义务动态体系论的适用边界

布雷登巴赫的理论尝试或许存在不足，但是提供了一个主体框架，留待后来者丰富与完善。洛伦茨对说明义务动态体系论的质疑，其实并未动摇其合理性根基。依洛伦茨所想，则无疑会使说明义务的判断标准更加抽象。弗莱舍对布雷登巴赫所作的批评，与其说是对动态体系论的彻底否定，不如说是在要素认知上存有不同的见解。作为三者论争的局外人，笔者略进一步，尝试提出更易理解与可操作的动态体系要素。而这也仅仅是一个开始，需要不断接受理论与实践的检验。动态体系中要素的提炼与抽取是一个通过实践而逐步积累的过程，要素本身的内涵以及要素之间的协作关系，也是在具体的实践中逐步实现。这就需要法律实践尤其是司法实践在此方面提供智识上的支持。与此同时，亦不可过于乐观地相信动态体系论可以“包打天下”，原则上，仅当不能根据法律规定、当事人约定或者交易习惯推导出一项说明义务时，方能在诚实信用原则的作用下，借助动态体系中各要素的协作，来肯定一项说明义务。

在我国的司法实践中，在判断一方当事人是否负有说明义务时，法院往往首先考虑是否存在法律的明确规定。在一则案例中，法院认为，依照种子法，种子销售者应向种子使

[69] 参见指导案例 17 号：“张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司买卖合同纠纷案”，《最高人民法院公报》2014 年第 5 期，第 17 页。

用者提供种子的简要性状、主要栽培措施、使用条件的说明与有关咨询服务。^[70]如果当事人对说明义务作了约定,根据意思自治原则,法院自无否认的理由。此外,交易习惯或行业惯例在特定的纠纷类型中,也常常作为参考的依据。在“钱兵珍诉呼和浩特经济技术开发区蒙牛酒业有限公司销售代理合同案”中,法院根据庭审的情况和交易习惯认定:蒙牛酒业公司未将北京分公司即将注销的事实告知钱兵珍,对钱兵珍的意思表示是有实质影响的,其行为构成欺诈。^[71]而当不存在法律规定、当事人约定或者交易习惯时,动态体系的思想就会闪现。

拉伦茨指出,如果存在可直接适用的规整,则维尔伯格的动态体系思想就不再适宜。^[72]卡纳里斯也强调,为了避免因法官的自由裁量而导致法律后果的多变性,固定的构成要件应优先适用。^[73]与之不同,比德林斯基认为,即使是存在法律规则之处,动态体系仍可以作为法解释和法律续造的工具。^[74]若仅运用动态体系论进行纯粹的法解释,尚可为法律规则优先论者所容忍;但若进行法律续造,则突破了法律规则的限度。面对上述争议,一种折衷式的努力应运而生。该观点将成文法(包括先例)的拘束力本身也作为动态体系的要素来定位。依此见解,原理的衡量分为两个阶段进行:第一阶段,在各个领域进行实质性的原理衡量。在此基础之上,作为第二阶段,对比第一阶段的衡量结果与成为问题的法律规定或先例。具体来说,如果要实现前者的衡量结果,后者的法律规定或先例就会显得不公平时,支撑该法律规定或者先例的固定性的理由就必须足够充分。反过来,当前者的衡量结果并不背离后者的法律规定或者先例时,原封不动地适用后者即可。^[75]

“折衷说”思路在于:无论是法律的明确规定还是弹性的动态体系,背后均有作为基础的原理协作的内在体系。所不同的是,立法者通过衡量不同原理之间的作用,将衡量结果固化于明确的法律规则之中。而在动态体系中,则由法官根据个案中的具体情况,衡量不同原理以及要素之间的相互作用,从而得出衡量结果。后者衡量的结果原则上应受到前者的检验,并在例外情况下方能替代前者,因为立法者的价值判断原则上应优先于司法者在个案中的具体判断。当然,这种优先并不是绝对的。在符合严格条件的情况下,应允许法官在个别情况下通过对动态体系中各要素及其背后原理的衡量,作出超越成文法或先例的衡量。同时,将成文法或先例的拘束力本身作为动态体系的要素,也契合了阿列克西关于形式原则的论述。根据形式原则,经由合法权威制定的规则必须被遵守,同时,不得无理地偏离传统的实践。^[76]据此,规则的拘束力也被内化到原则之中。所不同的只是,在法律规则与动态体系的关系中,阿列克西所谓的原则被置换成了动态体系。

具体到说明义务领域,在判断是否存在说明义务时,动态体系论的适用不仅要受到法律规定的限制,也应同时受制于当事人约定和交易习惯。在第一个阶段,首先审查是否存

[70] 参见“李功标、杜春香等与刘彪、蒋美萍等产品销售者责任纠纷二审民事判决书”,(2015)盐民终字第00770号。

[71] 参见“钱兵珍诉呼和浩特经济技术开发区蒙牛酒业有限公司销售代理合同案”,(2005)海民初字第10353号。

[72] 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务出版社2003年版,第352页。

[73] 参见前引[4],Canaris书,第78页。

[74] 参见前引[6],Bydlinski等主编书,第30页以下。

[75] 参见前引[1],山本敬三文,第229页。

[76] Vgl. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1985, S. 89.

在当事人约定、法律的明确规定或交易习惯，若此条件满足，原则上肯定说明义务即可。在第二阶段，通过对动态体系中诸要素的衡量，判断说明义务存在与否。原则上，仅当不满足第一阶段的要求时，方可进入第二阶段。不过，第一阶段的判断并非绝对优先于第二阶段的判断。在具备一定条件的情况下，第二阶段的判断对第一阶段有反馈和修正作用。例如，当法律规定或者当事人约定明显地不符合当事人之间的利益状态时，法官可以通过对说明义务动态体系中诸要素的衡量，作出不同的判断。不过，这种例外处理应受到相应的约束。动态体系论的适用者若想偏离法律规则、当事人约定或者交易习惯，适用不同的衡量结果，则应负有论证负担，以确保动态体系论在可控的轨道之内运行，同时兼顾法的安定性与个案正义。

Abstract: As a methodology, flexible system approach can be applied to many areas of civil law, to which the duty to inform in the contracting process belongs. Through three elements, which are information need, information possibility and functional scope, German scholar Breidenbach constructs a flexible system to determine whether to set up the duty to inform. Although the theoretical criticisms of German scholar Lorenz and Fleisch need to be further considered, they are beneficial to the amendment and improvement of elements in the flexible system. Learning from empirical understanding of theory and norms, the four elements, namely information importance, disclosure possibility, expect rationality and trust tightness, can be used to reconstruct the flexible system. In China's judicial practice, flexible system approach has been practiced unconsciously. The elements of flexible system can be legalized in the future. It can provide a theoretical basis for the interpretation of law and the guiding cases through the use of flexible system approach. In addition, under the four elements of information importance, disclosure possibility, expect rationality and trust tightness, through the accumulation of cases and selection of sub-elements, it could make judgment criteria of duty to inform more operational. In order to prevent abuse of flexible system approach, in principle, only when there is no agreement, no legal provisions and no trade custom, flexible system approach could be applied to judge whether there is a duty to inform.

Key Words: conclude a contract, duty to inform, flexible system, element
