

显失公平规则适用标准的 细化与完善

高岩

【摘要】在社会公众强烈诉求实质公平,而司法裁判又不能罔顾法条主义的时代背景下,现行显失公平规则的简单、滞后与不周延性,已不足以支撑裁判者从容应对大量显失公平案件的妥当处理。应以主观价值论为基本立场,坚持显失公平规则采程序公平标准与结果公平标准兼顾的立法模式,以诚实信用原则为基准,对显失公平规则的适用,从“权利义务明显违反公平、等价有偿原则”、“导致对方没有自由选择可能性的情势”、“利用”三个方面提出具体的适用标准。显失公平规则的真正生命力并不限于逻辑的自足与规则的精密,关键在于其高度开放的特性与法官能动性的发挥。应允许法官根据诚实信用原则做出创造性的判决。

【关键词】显失公平 显失公平规则 诚实信用 主观价值论

【中图分类号】D913 **【文献标识码】**A **【文章编号】**1000-2952(2013)06-0063-05

一、完善显失公平规则的 现实意义与原则

对于私法裁判而言,一个结果明显不公平的交易肯定会引起法官的关注。但契约若通过了效力审查,无论结果看起来多不公平,法官亦不能轻易改变契约结果。法院通常会将这一结果归之于交易风险或当事人的自治能力而维持合同的效力。这使得法官在一些结果明显失衡的案件中不得不面对当事人和社会公众越来越大的压力。在改革开放三十年后,被释放的自由所创造的利益关系和社会权力格局,反成了充分竞争的结构障碍,并在交易人之间造成资源配置和谈判话语权力的实质不平等。这些阻碍改革发展的深层次问题,不是私法所能解决的,但却以个案的形式提交到民商事法庭,通过一个裁判来平衡所有的关系,并要让当事人双方和社会公众感到公平。对此,法官不仅不能以私法功能有限,实现自由的前提条件尚未具备为借口拒绝裁判,反而要依

据功能有限的私法一揽子解决全部问题。在私法逻辑的框架内维护公平,成了司法裁判的最大政治。作为当下中国社会公众正义观最重要的载体之一,公平才是法官不能逾越的社会公众的心理门槛,遵循法条主义追求形式正义的裁判结果如果不能满足这一心理,不管裁判的法条逻辑有多完美,也无法改变社会公众对司法裁判的怀疑。在交易结果明显失衡的状态下,与承担失败成本的一方讲契约自由是没有说服力的,当事人会找出不只一项契约在订立时并非自由选择的理由,如权利初始分配不平等、交易信息不对称、契约条款不明确、无法预见、口头约定无法证实等等,来为其不愿承担现实结果背书。这些理由按照传统契约理论,远未严重到足以和重大误解、欺诈、胁迫等情况相提并论的程度,并不能被私法相应的抗辩或救济制度所涵摄,却引发了严重的不公平的结果。与这一需求相比,《民法通则》及《合同法》关于显失公平规则的规定就显得过于简陋了。除了1988年最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》(以下简称

《民通意见》第72条对《民法通则》第五十九条所作的解释,1991年最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第六条对民间借贷最高利率的规制,以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第二十七、第二十八、第二十九条对违约金过高或过低所作的调整,都是直接从结果上进行的矫正,且仅适用于民间借贷和违约金。惟一全面规定显失公平规则的仍只有《民通意见》第72条。司法实践表明,这一制定于上世纪80年代的解釋已经滞后于时代,其规定的简单与模糊、构成要件不周延以及要件事实证明的局限性,难以为裁判提供足够的支撑。国内学界对这一制度的关注也不多,^①与这一制度在现实裁判中的重要地位是远不相称的。由于规则缺失,裁判者处在骑虎难下的困境:过多地偏向原告,就会脱离契约,把被告置于原告的强势苛求之下,违背契约自由的精神;但若是过多地偏向被告,则又将在摧毁合同忠诚的信赖之后,同样摧毁合同自由本身。^②在现代社会,传统型的显失公平规则已经不能满足现实需要,“社会发展要求把它从一种隐秘的良心裁判制度变为一种公开的适用于各种合同的一般性的制度”。^③显失公平规则亟待通过立法或司法解释的途径进一步加以细化与完善。

细化与完善显失公平规则,首先要明确契约自由与显失公平规则的关系。作为中国民法的核心原则,契约自由原则是不能动摇的。显失公平规则的功能,在于为缔约人设置一种退出机制:“当客观情势或人为(缔约相对人)强制导致缔约人理性不足,使得缔约人不能实现契约自由的状态时,公平规范为受害的当事人提供了退出的机会,使之摆脱固有契约的约束。这是一种保障契约自由的消极方式,是符合私法自治之本性的,也是自由的本性使然。”^④基于这一认识,如果客观上并无限制主体自由的因素存在,则主体形式上的合意即为真实意思表示,此时仍依形式自由标准即可兼顾安定性与妥当性,而无公平标准适用之余地;只在自主决定终止而非法的他主决定出现,且又不足以认定为重大误解、欺诈、胁迫时,为避免极度不公平的结果,才应考虑适用显失公平规则。为此,在对显失公平规则的具体适用条件进行设计时,需要格外慎重。

二、我国法上显失公平规则的完善

笔者以为,应当将显失公平规则所担负的功能进行分拆,在体系上形成一个“三位一体”的规则组合,而

不仅限于单一条文。

(一) 定位显失公平规则的上位原则

在现有规则基础上,应确定显失公平规则之上的基本原则,以发挥统领和补充的作用。

从比较法来看,显失公平的指导原则无非两种:诚实信用原则和公序良俗原则。显失公平制度应栖于何者之下却未形成最终定论。笔者认为相对于公序良俗原则,诚实信用原则更适合作为显失公平制度的统领性原则。理由如下:第一,显失公平制度所规制的问题是一方当事人在交易中利用其优势或对方的劣势,不正当地压制了对方自由选择的余地,导致合同内容显著不公平,它大多数情况下都适用于市场交易领域,所涉及的是交易主体之间的纠纷,其中极少涉及到家庭伦理或者公共利益,此点与诚实信用原则“市场交易关系中的道德准则”的基本定性大致相符,因此一般而言显失公平制度所涉及的纠纷类型不属于公序良俗原则的管辖范围。第二,公序良俗原则以低层次道德及公共利益作为标准,违反该原则的行为与违反法律强制性规定的行为处于同一层次,均被认为严重侵犯了法秩序,超出了法律所能容忍的底线,属于绝对无效的行为;诚实信用原则要求主体符合较高层次的道德水准,即使违反了该原则也并未达到危害基本法律秩序的程度,只可能对民事主体间的利害关系产生影响,因此并非导致绝对无效的事由,但应给予当事人救济的机会。而显失公平制度所平衡的是民事主体之间的利益,并不涉及民事主体与国家、社会之间的关系,且通过不适当手段订立内容不公平的合同的行為,远未达到违反公序良俗的严重程度,仅可能不符合诚实信用的要求。从立法中也可以

① 有关显失公平规则的理论阐述多见于各类民法教科书。研究论文主要包括:徐国栋:《公平与价格——价值理论》(《中国社会科学》1993年第6期);徐涤宇:《非常损失规则的比较研究——兼评中国民事法律行为制度中的乘人之危和显失公平》(《法律科学》2001年第3期);尹田:《乘人之危与显失公平行为的性质及其立法安排》(《绍兴文理学院学报(哲学社会科学)》2009年3月第29卷第2期);颜炜:《显失公平立法探讨》(《华东政法学院学报》2002年第4期);陈鸣:《关于合同显失公平的认定》(《现代法学》1998年第5期);孙学致:《公平规范的本质》(《东北师大学报(哲学社会科学版)》2006年第4期)等。

② [德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第486页。

③ 王军:《美国合同法》,对外经济贸易大学出版社2004年版,第202~203页。

④ 孙学致:《公平规范的本质》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2006年第4期。

看出，显失公平的合同效力为可变更、可撤销，而非绝对无效。王泽鉴先生也指出，暴利行为通常仅为可变更、可撤销，只有在违背了公序良俗原则时，才导致无效。第三，显失公平制度的目的在于实现主体之间合同内容的平衡性，但它是通过在法律关系内部对主体行为提出要求的方式实现的，即要求主体不得正当地利用优势或对方劣势的情形，而诚实信用原则为此种对主体行为正当性的要求提供了支撑和标准，而公序良俗原则仅从法律关系外部观察合同内容与法律价值和社会基本道德的关系，不能很好地与显失公平制度的模式兼容。

（二）调整显失公平的基本认定标准

如前所述，为解决《民法通则》第 59 条、《合同法》第 54 条及《民通意见》第 72 条存在的问题，笔者倾向于一方面将显失公平的基本认定标准的功能定位限缩为提供基本的方向性指导，条文中仅设定最基本的要件，使用不确定的法律概念，并不尝试包括类型化在内的细致性表述；另一方面列举典型情形，将细致的裁判标准的任务抽离出来，由显失公平基本规定之下的立法和司法解释中的细致化规定承担此项任务。对此，英美法中将显失公平的程序性要件命名为“程序性显失公平”，其基本判断标准为合同当事人中的一方对于合同中不合理地倾向于另一方的条款“没有意思表示真实的选择权”。^①对此，我国也有学者认为，只有当一方当事人的恶意利用达到了使受损方“不具备充分的自觉和真实自愿”、“陷入非自由选择的缔约处境”的程度时，才符合显失公平的要求。^②

（三）细化显失公平的具体认定标准

根据显失公平基本认定标准的要件，可将其细分为“权利义务明显违反公平、等价有偿原则”、“导致对方没有自由选择可能性的情势”、“利用”三部分。

1. 实质性标准：权利义务明显违反公平、等价有偿原则

司法实践中，应允许法官根据个案的具体情况，灵活认定是否存在“权利义务明显违反公平、等价有偿原则”的情况，其核心要素是考虑合同中双方主给付的价值的背离程度。

首先，如前所述，显失公平规则当中所言的价值均为客观价值，即抛开具体情境下的稀缺程度和对个人的特殊效用而为事物所固有的价值，一般为普通人依最基本的社会观念认为某事物应当具有的价值，法律不能容忍某人在以市场价格购买某商品或享受某服务后，以该商品或服务不具备其所期望之功效为由要求宣布该合同显失公平。

其次，关于对待给付价值的判断标准。依德国学者施瓦布的观点对待给付价值应“以市场通行的情况来衡量”。^③市场中通行的情况中最为基本的当属市场价格，而此处所言的市场价格应为合同订立当时的价格。^④如果法律法规、行业规章中规定了特定交易的参考价格，则应优先考虑以该价格为标准；如果没有类似的规定，则应在实践中根据案件的具体情况进行判断。在决定一个买卖合同是否定价过高时，法院应考虑的首要因素是合同价与公平零售价背离的程度。^⑤在此，我们不会考虑一些特殊的商品，比如梵高的名画。

再次，关于偏离的程度问题。在确定了判断给付价值的标准后，应确定偏离此标准达到什么程度时可以认定为合同内容显著不均衡。这本应该是由法官根据个案衡量进行自由裁量的问题，不应有一刀切式的标准，但仍需确定一个基本的指导性标准。施瓦布教授给出的标准为“以市场活动的本质无法对之做出解释的程度”，^⑥但这种表述仍然十分模糊。英美判例法则通过数据确定了一个大致的标准，根据该标准，“当合同的价格为商品的公平零售价的 2.5 倍以上时，法院宣布该合同显失公平的可能性就大大地增加了”。^⑦实务中将两种方式综合运用或许会起到更好的效果，但它们仅给法官提供了一个可供参考的标准，均非终极方案，应结合“通常的商业背景和具体的交易或情况的商业需

① 参见 [美] 弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔默、安东尼·T·克朗曼《合同法：案例与材料（上）》，屈广清等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 550 页。
② 参见孙学致《公平规范的本质》，《东北师大学报（哲学社会科学版）》2006 年第 4 期；陈鸣：《关于合同显失公平的认定》，《现代法学》1998 年第 5 期。
③ [德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 480 页。
④ 参见 [德] 卡尔·拉伦茨《德国民法通论（下册）》，法律出版社 2003 年版，第 622 页。另外美国《统一商法典》第 2~302 条明确规定条款是否公平要根据合同成立时的状况判断，而不是一个较晚的时间。相关案例也说明此点，see *Tuckwiller v. Tuckwiller*, 413 S. W. 2d 274 (Mo. 1967)，转引自 [美] E·艾伦·范斯沃思《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 302、308 页。
⑤ 王军：《美国合同法》，对外经济贸易大学出版社 2004 年版，第 206 页。
⑥ [德] 迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2006 年版，第 480 页。
⑦ 转引自王军《美国合同法》，对外经济贸易大学出版社 2004 年版，第 207 页。

要”来考察。^①

最后,需要强调的一点是我国对于某些特殊的交易类型,已经有明文规定对待给付金额的限制,如最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条规定:“民间借贷的利息可以适当高于银行利率,但最高不得超过同期银行贷款利率的4倍,超出部分的利息法律不予保护。”此种规定属于强制性规定,对超出的部分可以直接依据该类规定宣布无效。而显失公平规则中的对待给付价值不均衡只能与任意性规定不一致,而不得违反强制性规定,价值、金额违反强制性规定的情况下没有显失公平规则适用的余地。

2. 程序性标准之一:导致对方没有自由选择可能性的情势

我国现行法并不能涵盖一切须考虑的因素。下文中心笔者将从众多“导致对方没有自由选择可能性的情势”中列举所需考虑的两种情形,并讨论其中可能被参考的诸多因素。

(1) 欠缺理解合同内容及意义的可能性

欠缺理解合同内容及意义的可能性的实质在于当事人不能获得足以支持其做出明智选择的信息,其根源在于一方面现代社会中信息量的庞杂程度超出了主体的接受能力,另一方面获得信息的渠道不完善以及信息不对称。在缔约中,一方面表现为当事人根本无法注意到相关合同内容,另一方面表现为即使注意到存在该内容也没有理解其意思的可能性,即使理解了该内容的表面意思,也不能合理地预测其对双方的权利义务及合同目的的实现将产生何种影响。该种情况至少应该从以下几个角度进行考虑:行为能力之外主体的具体资质和能力差别,包括理解能力的差别、当事人身份的差别、当事人教育程度及职业和经验的差别,以及搜集信息的优势上的差别。自然人相对于企业在信息搜集能力和信息处理能力方面处于劣势,“在消息不灵通、迷惑的消费者与有经济头脑的商人和制造商之间达成的最后协议中,消费者是需要保护的,比自由竞争市场的自然法则和传统合同法所给与的保护更多”。^②此外,合同文本本身是否容易被理解、合同内容的专业程度、格式条款的使用程序等也是需要考虑的因素。

(2) 双方关系状态是重要的考量因素

双方关系状态是重要的考量因素主要包括三种。一是急迫需要。虽然双方当事人经济实力、谈判能力方面不存在显著差距,但个别情况下一方能够利用对方的某种急迫需要,迫使其接受不合理的条件与自己缔约。这种情况类似于乘人之危,但并不需要达到乘人之危的

严重程度。二是从属、尊卑及类似关系。在现实中,主体之间往往存在某种特殊的关系,在此关系中,一方的地位(并非法律地位)被认为高于另一方,比如行政机构中的上下级、家庭关系中的长辈与晚辈、师徒关系等。因此,如果缔约时双方之间存在此种从属、尊卑关系,地位较低一方往往被认为是在受到压力的情况下接受合同条件的,其本人并不情愿但却没有自由选择的可能性。三是存在其他精神上的压迫。现实中,一方为了获得有利于自己的缔约条件或缔约机会,往往通过不正当手段给对方施加精神上的压力。此种情况类似于胁迫,但不必达到胁迫的严重程度。

3. 程序性标准之二:利用

利用在显失公平规则中起限制和区分的作用:现实中一方优势的情况属于常态而非个别,合同内容不均衡的状况也并不少见,即使同时具备了以上两种情形,也并不能断定合同就是显著不公平的。在此,“利用”这一主观要件起到了连接二者的作用。但是“利用”的概念往往并不会明显地体现出来,因为通常的情况是严重背离公平价格的合同内容本身就已经证明了“利用”的恶意,多数国家的法律实践也证明了这一点。

4. 实质性标准与程序性标准的关系

对于实质性标准与程序性标准的关系,德国判例中形成了所谓的“沙堆原理”,即在暴利行为制度的适用中,若某一个要件超额具备(客观上特别重大的不平衡)而另一要件尚不充分的情况下,也得适用。^③这意味着,如果合同内容的不公平性达到了十分严重的程度,即使不具备程序性标准也可认定为暴利行为,这无疑使暴利行为制度退化为纯粹的“公平性管制”,因此该判决引起了激烈讨论。联邦最高法院虽不赞成该理论,但认为应承认如下趋势:价值不相称越严重,对肆意利用的实际证明及其主观前提的倚重就越少。^④

英美法关于显失公平案件中,得到普遍赞同的一点

① 参见[美]弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔默、安东尼·T·克朗曼《合同法:案例与材料(上)》,屈广清等译,中国政法大学出版社2005年版,第551页。

② [美]弗里德里奇·凯斯勒、格兰特·吉尔默、安东尼·T·克朗曼:《合同法:案例与材料(上)》,屈广清等译,中国政法大学出版社2005年版,第537页。

③ 参见于飞《公序良俗原则研究》,北京大学出版社2006年版,第186页。

④ 《联邦最高法院,新法学周刊~判例报告》(1991年),第589页,转引自[德]迪特尔·施瓦布《民法总论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第481页。

是，如果实质性显失公平与程序性显失公平其中之一很严重，那么另一个的要求程度可以轻一些。^①但对于仅具备其一，而非同时具备的情况，通常法院将拒绝适用该规则。^②

我国法院在认定合同构成是否显失公平时，不妨可根据具体情况对实质性标准和程序性标准的程度做相对灵活地把握，在其中之一十分严重时，相应地可以降低对另一标准严重程度的要求。

结语

上文已在分析我国显失公平认定标准局限性的基础上思考了制度改进的可能性，尝试采取由基本原则、显失公平的基本认定标准、显失公平的具体认定标准三部分组成的自上而下、由宽泛到细致的规则体系。但问题到此还远未结束。

以上的各类标准绝不可能是终极的标准，实际上任何人、任何哪怕是最精密的立法均不可能为显失公平规则设计一个终极标准。“立法无法代替司法”，^③在此意义上，显失公平规则的真正生命力在于其高度开放的特性与法官能动性的发挥。因此，面对未来层出不穷的新情况，应高度重视法官的自由裁量权对于显失公平规则的重大意义，甚至在依据显失公平的基本认定标准不能解决问题的时候，应允许法官根据诚实信用原则做出创造性的判决。立法活动只有不断地从司法实践中吸收营养，才能使我国的显失公平认定标准不至于脱节于现实。

应当认识到作为私法救济的显失公平规则仅为规制不公平合同的众多手段之一，且往往被认为是“最后的防线”。不仅私法中存在其他规则，且尚有更多的规则来自于私法以外的领域，尤其是经济法，如《消费者保护法》、《劳动法》中对消费者和劳动者的特殊保护，所有的这些制度均从不同的角度规制不公平交易问题。因此，应当将显失公平规则放在更为宽广的制度背景之下进行考量，也只有如此才能真正理解和把握该制度。

本文作者：吉林大学法学院讲师、法学博士

责任编辑：赵俊

① Phoenix Leasing Inc. v. Sure Broadcasting, 813 F.Supp. 1379 (D. Nev. 1994) (“如果实体上的显失公平得到了高度证明，这可以补偿在程序上的显失公平问题上证明的欠缺”)，转引自 [美] E·艾伦·范斯沃思《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 311 页。

② Communication Maintenance v. Motorola, 761 F.2d 1202 (7th Cir. 1985) (“由于并不存在实体上的显失公平，因此我们不必考察是否存在程序上的显失公平”)，转引自 [美] E·艾伦·范斯沃思《美国合同法》，葛云松、丁春艳译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 311 页。

③ [美] 本杰明·卡多佐：《法律的成长 法律科学悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 74 页。

Juridical Standard of Fairness

—Refinement and Improvement of the Applicable Standard of “Obvious Unfairness Principle”

Gao Yan

Abstract: In times that the public demands strongly for substantive fairness, while judicial judgment cannot ignore legalism, current “obvious unfairness principle” cannot support judges to deal with large amounts of cases concerning obviously unfair deals properly due to its simpleness, hysteresis and incomprehensiveness. On basis of subjective theory of value, this thesis insists that the “obvious unfairness principle” should stress both procedural and result fairness. This thesis has also aroused concrete standards for the application of the “obvious unfairness principle” from three aspects complying to “credit principle”: “rights and obligations clearly violate fairness and equivalence”, “deprive the possibility of free choices”, “take advantage”. The vitality of “obvious unfairness principle” does not root in logical self-sufficiency and precision, but in the character of high openness and activism of judges. Judges should be allowed to make creative judges in accordance with credit principle.

Key words: obvious unfairness; obvious unfairness principle; credit; subjective theory of value