

民法九人行

Nine Scholars Along

第⑥卷
Volume 6

主编 崔建远 | 本卷执行主编 申卫星



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

第⑥卷
Volume 6

民法九人行

Nine Scholars Along

主编 崔建远 | 本卷执行主编 申卫星



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法九人行. 第6卷 / 崔建远主编. —北京: 法律出版社, 2012. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3774 - 5

I. ①民… II. ①崔… III. ①民法—研究 IV.
①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 172606 号

民法九人行(第6卷)

崔建远 主编

责任编辑 刘彦沣
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13 字数 384 千

版本 2012 年 10 月第 1 版

印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 3774 - 5

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

惯居书斋,无追逐潮流之意;潜心为文,有学以致用之心。况年逾不惑,气度本该更加从容。未曾料,一群风华正茂的可畏后生,有志于民法的理论研究与实践探索,乃倡议创立民法沙龙,以求切磋明理,砥砺为学,取长补短,相得益彰。酝酿之初,倡议者即邀我参与其中,慎思之后,欣然同意。后与诸君研习数次,当日初衷日渐明朗于心。

讨论民法问题,须有学术平台。仅凭一己心力,固然可成一家之言;倘集众人智慧,何愁不能去芜存菁?若论者水平接近,又各有千秋,彼此具有平等对话的能力、把握民法的追求、畅所欲言的自由,则非但可怀疑既有定论,甚或自成其说,亦未可知。论者无论长幼,均为平等成员。或报告,或评论;或倾听,或求教;或立论,或辩解。诸此之事,于己于人,均有裨益。

加强民法修养,须有学思兼行。发现民法问题,必备相当学识,不然,案型生于咫尺,不是熟视无睹,就是张冠李戴。解决民法问题,尤需更高境界;否则,面对社会现实,难免束手无策,或者庸见迭出。此类境界既非与生俱来,亦非从天而降,唯有潜心研读经典,辅之以冥思苦索,辩论争鸣,历经日积月累,方可望有所修为。学而不思则罔,思而不学则殆。诚哉斯言!民法沙龙犹如阅读经典、交流心得之学堂,置身其中,或能登高望远,再上层楼。

发展民法学说,须有适当方法。观览民法学发展史,诸多流派各具千秋,均有其生存空间。就沙龙成员而言,各种法学方法的神髓尚需深入领会,相关学科知识有待逐步补充。民法沙龙有望成为自由言说之所,鼓励百花齐放,提倡百家争鸣。沙龙成员学术兴趣不尽一致,个人尊崇法学流派亦未必相同。然不同方法、不同思维,相互碰撞,激荡回声,或可启迪心

智,共繁共荣。

提升法学水准,须有学术批评。自由地表达,平等地讨论,严肃地批评,诚恳地回应,乃学术发展的正道。反观我国民法学界,自言自语者多,批评回应者少,看似一派兴旺,实则繁而不荣。民法沙龙践行针锋相对的辩论,鼓励不留情面的批评,赞赏切中肯綮的意见,摒弃人云亦云的附和。

阐释民法理论,须守学术规范。没有规矩,不成方圆。民法沙龙的报告,论证说理须遵循规则,引文注释应符合规范。民法沙龙的评论,大到选题价值、观点正误,小到标点符号、引文注释,都在检视之列。

民法沙龙乃开放的学术论坛,或志同道合而自愿加入,或工作繁忙而无暇光顾,或兴趣减弱而中途退场,来去随意,均属正常。

民法沙龙目前依托于清华大学法学院民法研究中心,其报告与评论皆属于该中心学术活动的组成部分,以《民法九人行》之名连续出版。

此记。

崔建远

于清华大学法学院明理楼

2002年11月12日

本卷作者简介(以姓氏拼音为序)

- 崔建远 清华大学法学院教授
戴孟勇 中国政法大学民商经济法学院副教授
耿林 清华大学法学院副教授
韩世远 清华大学法学院教授
李世刚 复旦大学法学院讲师
刘贵祥 最高人民法院民四庭庭长
申卫星 清华大学法学院教授
宋鱼水 北京市海淀区人民法院副院长
王成 北京大学法学院教授
吴光荣 国家法官学院副教授
许德风 北京大学法学院副教授
朱广新 中国法学杂志社编审
庄加园 德国科隆大学博士研究生

目 录

主题报告 | 1

论利息的法律管制

- 兼议私法中的社会化考量 / 许德风 1

评论

- 关于利息管制的疑问及思考 / 戴孟勇 47
- 如何认识显失公平？
——评许德风博士报告涉及的显失公平 / 崔建远 60
- 浅议利息管制的法律效果 / 申卫星 69
- 高利贷的正当性与管制的正当性 / 王 成 74
- 利息法律管制的司法视角 / 宋鱼水 76

主题报告 | 2

- 拟制成年制之存废 / 朱广新 79

评论

- 关于拟制成年制研讨的视野 / 崔建远 101
- 拟制成年人存废的实证考量 / 宋鱼水 104
- 拟制成年制存废的基点与对策 / 申卫星 105

关于《民法通则》第 11 条第 2 款的解释 / 王 成	109
拟制成年制与未成年人保护	
——评朱广新:《拟制成年制之存废》/ 许德风	113

主题报告 | 3

论行政审批与合同效力

——以外商投资企业股权转让为线索 / 刘贵祥	116
------------------------	-----

评论

行政审批与合同效力的相互关系

——评刘贵祥庭长《论行政审批与合同效力》

的报告 / 崔建远	140
-----------	-----

权利转让与权利转让合同的区别 / 戴孟勇	147
----------------------	-----

对民事主体意思的国家控制 / 王 成	155
--------------------	-----

报批义务与合同效力 / 申卫星	158
-----------------	-----

股权转让与审批行为 / 韩世远	165
-----------------	-----

“另类思考”的重要意义与解释论上的可行性

——对刘贵祥法官论文之评议 / 李世刚	171
---------------------	-----

未生效合同的法律地位与约束力

——以外商投资企业股权转让合同为分析对象 / 朱广新	174
----------------------------	-----

也谈行政审批与合同效力 / 吴光荣	186
-------------------	-----

主题报告 | 4

狩猎权的法律构造

——从准物权的视角出发 / 戴孟勇	191
-------------------	-----

评论

狩猎权的不同观点及其评论 / 崔建远	249
--------------------	-----

如何界定狩猎权的母权? / 申卫星	258
物权法框架下的特殊权利 / 许德风	261
主题报告 5	
让与担保缺乏公示性引发之权利冲突 / 庄加园	265
评论	
洋为中用	
——关于庄加园博士报告的评论 / 崔建远	300
关于让与担保的疑问与思考 / 戴孟勇	304
让与担保在我国法上的存在空间 / 吴光荣	313
论让与担保制度的清算	
——评《让与担保缺乏公示性引发之权利冲突》 / 申卫星	317
权利冲突的中国实践 / 宋鱼水	323
主题报告 6	
合同法规范与规范编纂技术	
——以填补赔偿为中心 / 耿林	325
评论	
规范技术值得中国法律人关注 / 崔建远	354
关于《合同法》立法技术的若干思考 / 戴孟勇	358
民法规范的性质与立法者的任务 / 吴光荣	376
现代法典的基本编纂技术	
——以《合同法》为分析基础 / 朱广新	381
论不确定法律概念和一般条款的关系	
——兼评《合同法规范与规范编纂技术》 / 申卫星	395

论利息的法律管制*

——兼议私法中的社会化考量

报告人:许德风^①

报告时间:2010年2月6日

报告地点:清华大学明理楼

引言

对利息的研究,可以有多重视角。首先,利息作为最重要的货币政策手段,被各国中央银行作为经济调控的杠杆。其次,也是本文所关注的问题,利息被作为杠杆,用以管制私人之间的借款合同。就前者而言,目前的调控主要集中在中央银行再贴现率,以提高或降低商业银行的资金成本。对于商业银行对外放款的利息水平,我国法是不直接干涉的,尤其是商业银行对外放

* 本文的写作和修改,得益于曾燕斐、茅少伟、金印、王光华、刘远萍、殷秋实、朴文一、钱思雯的讨论、批评和协助,得益于《北大法律评论》主编贺剑的支持,得益于“民法九人行”讨论组戴孟勇、韩世远、耿林、王成、宋鱼水、解志国、姜强、冯珏、申卫星、王轶、崔建远老师的评议,特致感谢。本文最初发表于《北大法律评论》2010年第1卷,该文被《中国社会科学文摘》2010年第7期摘录转载,第117~119页;同时被中国人民大学书报中心复印报刊资料《民商法学》全文转载于2010年第8期。发表后,《民法九人行》刊行前,作者又进行了较大修改。

① 北京大学法学院副教授。

款,已不实行上限管理。^①

长期以来,我国民间的利息水平就普遍较高。^②当前这种情况仍存在。^③

在管制上,关于交易中的利息,最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》(民发[1991]21号)第6条规定:“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的4倍(包含利率本数)。超出此限度的,超出部分的利息不予保护。”第7条规定:“出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的,其利率超出第六条规定的限度时,超出部分的利息不予保护。”这些规定是本文的研究起点:法律应否管制借款合同的利息?如果应该管制的话,具体应如何进行?在已有《民法通则》(第58条第3款、第59条)、《合同法》(第54条)规定乘人之危、^④显失公平的法律行为可被撤销的情况下,是否还应该对借款合同的利息作特殊规定?

① 按照中国人民银行《关于调整金融机构存、贷款利率的通知》(银发[2004]251号)，“金融机构(城乡信用社除外)贷款利率不再设定上限。商业银行贷款和政策性银行按商业化管理的贷款,其利率不再实行上限管理,贷款利率下浮幅度不变”。“城市信用社和农村信用社贷款利率仍实行上限管理,最大上浮系数为贷款基准利率的2~3倍,贷款利率下浮幅度不变。”当然,该通知同时规定:“个人住房贷款、优惠贷款及国务院另有规定的贷款,利率不上浮。”即对于以银行等金融机构为贷款人的借款合同,目前实行的是不设定贷款利率上限的政策。参见戴孟勇:《关于利息管制的疑问及思考》,未刊稿,第1页。

② 在20世纪二三十年代,近代太行山地区的24个县中,借款年利率在30%以上的有19个县。在甘肃、宁夏、青海、陕西等落后省份,借贷年利率30%以上者占十之八九。当铺利率一般为月利3分、5分,其不满月按散日算息的方法,更是提高了利率水平。参见李金铮:“近代太行山区的高利贷——20世纪二三十年代为中心”,载《华北乡村史学术研讨会论文集》2001年,第96页。另见徐畅:《二十世纪二三十年代华中地区农村金融研究》,齐鲁书社2005年版,第76页;张忠民:“前近代中国社会的高利贷与社会再生产”,载《中国经济史研究》1992年第3期。

③ 如在2007年对山西部分地区的分析中,借款年利率在24%~30%的占样本企业总数的27.5%,超过30%的占12.5%,年利率在80%~85%的占5%,高利贷在小型企业借贷和政策限制行业中尤其高发。参见杨海斌:“我国现阶段的高利贷研究——以山西省为例分析”,载《生产力研究》2007年第14期。2007年前后,湖北省的一些地区民间借贷的月息在3分到5分之间。参见郭静等:“论农村高利贷现象的发展——汀祖镇个案研究”,载《法制与社会》2007年第4期。

④ 在民法通则下,乘人之危的民事行为无效。

从笔者浅薄的研究体会来看,虽然自由是私法的核心精神,但私法制度设计、解释与适用的关键却在自由与强制的交会点上。^①对利息管制这样一个有代表性问题的讨论,将不仅有助于恰当评价现行法律制度,厘清借款合同中意思自治的边界,也有助于提炼限制合同自由的一般理论,为民法上诸如显失公平、违约金调整(《合同法》第114条)、约定解除的限制(《合同法》第93条第2句)等制度提供具体的参考。此外,本文也将对与利息管制密切相关的个人破产制度进行分析,并以此为中心讨论管制效果与成本的相当性问题,以进一步呈现私法中的自由与强制的界限。

想充分论证利息管制的合理性并不容易。边沁早在1816年的《为高利贷辩护》(*Defense of Usury*)一书中就逐项批评了管制高利贷的理由。^②第一,“既然双方都出于自愿,为什么法律要管制借贷双方自愿设定的利率?”为什么“非金钱借贷的交易中法律不管制利润的水平——比如低价买入房屋再高价卖出——而管制借贷的利息?为什么法律不禁止收取过低——比如低于5%——的利息”?^③第二,“利息管制可以防止过度浪费么?如果一

① 许德风:“住房租赁合同的社会控制”,载《中国社会科学》2009年第3期(无论是基于经济还是社会考量,都应对住房租赁合同进行必要的管制);“论法教义学与价值判断”,载《中外法学》2008年第2期(法教义学具有独立的价值,在价值判断层面,自由、福利等多元化的考量有助于法律更好地适应社会的发展);“隐私权与新闻自由”,载王利明等主编:《中美法学前沿对话》,中国法制出版社2006年版,第396~498页(新闻自由是维系社会共通之基本价值的重要手段,是民主政治的重要支柱,但受限于个人——包括公众人物——的隐私);“对第三人具有保护效力的合同与信赖责任”,载易继明主编:《私法》,北京大学出版社2004年第8卷(在交易中,无合同义务未必即可自由行为,信赖亦可产生义务)。

② 边沁在关于高利贷的讨论中,区分了两种高利贷的定义:其一为法律上的定义——“凡是超过法定利率的都是高利贷”,其二为道德上的定义——“超过人们通常接受或付出的利率水平的是高利贷”。Bentham, *Defense of Usury*, 3rd. Edition, London, 1816, p. 8. 本书存于Stanford Law School Library,全文可于Google Book下载。

③ 在西文词汇,英语中的“usury”从词源(usura)来看,原本就是指有偿借贷,后来获取利息不再受到谴责,该词才被专用于指代高于法定利率的放款行为。虽然高利贷在西方社会长期受到一致谴责,但也不无争议。正如12世纪英国神学家Thomas de Chobham所指出的,“在所有别的合同里,我可以期望并接受利润。就像我给你某件礼物,就可以期待某种回赠一样。同理,如果我借给你我的衣服或是家具,我可以收取一定的钱。为什么当我借钱给你的时候,这个逻辑就行不通了呢”?转引自[法]雅克·勒高夫:《钱袋与永生——中世纪的经济与宗教》,周娜译,上海世纪出版集团2007年版,第12页。

个人愿意以牺牲未来的幸福为代价生活,为什么法律要横加干涉?须知现实中大多数的挥霍是在现有财产的基础上而并不是通过借贷完成的,管制利率防止浪费的效果微乎其微”。^① 第三,“怎样的利率为合理?如何确定适当的利率”?^② 边沁的分析,可以说为此后几个世纪对利息管制的论证奠定了基本框架:首先是利息管制的正当性问题,主要体现为其与合同自由的关系;其次是管制效果与管制成本的相当性,即管制成本的问题;最后是如何(以及是否可能)制定合理的管制规则。以下的分析亦将大体依这一框架展开。考虑到对现行制度的梳理能够为正当性判断提供基本材料,下文首先讨论利息管制的具体制度,然后再分析管制正当性。

一、利息管制制度

利息管制制度的触发或高利贷的构成,可以从主观要件和客观要件两个层面讨论。当然,在我国和美国大多数州,并不要求有主观要件,只要在借款合同约定的利息率超出法定最高利率即可。

(一)客观要件:法定最高利率

有些国家以统一具体规定的方式调整法定利率。如美国各州高利贷管制法大多设定一个基本利率(通常在6%~16%之间),然后再根据借款的数额、用途、是否设有担保等要素分别作出相关规定。^③ 我国也曾采取类似的管制方式,如最高人民法院在1952年《关于城市借贷超过几分为高利贷的解答》中指出,私人借贷利率一般不应超过3分。1964年由中共中央批转的邓子恢同志《关于城乡高利贷活动情况和取缔办法的报告》明确规定高利贷和正常借贷的界限,主要按利息的高低来确定:“一切借贷活动,月息超过1分

^① Bentham, *Defense of Usury*, 3rd. Edition, London, 1816, p. 10.

^② “罗马法查士丁尼时代的法定利率(上限)是12%,英国亨利八世时是10%,后来又调整到8%,后来到6%,在Hindostan没有法律上的利率管制,习惯上的最高利率是10%~12%,在君士坦丁堡,为30%。到底哪一个更妥当?如何评价其是否妥当?” Bentham, *Defense of Usury*, 3rd. Edition, London, 1816, pp. 11-12.

^③ Cal. Civ. Code § 1916; Cal. Civ. Code Appx. 1; N. C. Gen. Stat. § 24-1 (2009); A. R. S. § 44-1201; Utah Code Ann. § 15-1-1 (2008); N. J. Stat. § 31:1-1 (2009); R. S. Mo. § 408.030 (2009); S. D. Codified Laws § 54-3-4; N. M. Stat. Ann. § 56-8-3 (2008).

5厘的,视为高利贷。”与此相比,现行法更为灵活,采取的是一种与“市场利率”^①挂钩的方式,利率上限是“银行同期贷款利率的4倍”。当然,何为“银行同期贷款利率”并不明确。从“民发[1991]21号”解释的文义来看,这里的“银行”可能指商业银行。目前,商业银行的贷款利率是以中国人民银行的基准利率为基础经适当浮动加以确定的,^②后来随着经济的改革,贷款上限被取消,此时再计算4倍,便只能根据各商业银行的实际利率计算了。当然,这里的“银行”也可能限于人民银行,若以人民银行2008年12月23日的基准利率为基准,一年期贷款利率是5.31%,其4倍为21%。究竟以何者为准,尽管早有学者呼吁澄清,^③但最高法院至今未有回应。人民银行在2002年颁布的中国人民银行《关于取缔地下钱庄及打击高利贷行为的通知》(银发[2002]30号)^④中提及应按中国人民银行的基准利率计算,但是否与最高法院的本意相符,仍值斟酌。考虑到人民银行并不对外“贷款”,单从字面含义看,将“银行”理解为商业银行更为合适。不过如此一来,我国的利息管制可谓相当之宽松(允许最高达104.8%的年息)。

须说明的是,上述最高法院的司法解释并非唯一的法源,部门规章关于法定利息的规定也颇值重视。如根据商务部、公安部2005年发布的《典当管理办法》第37条,典当金利率“按中国人民银行公布的银行机构6个月期法定贷款利率及典当期限折算后执行”,表述非常清楚,数额也不为高。不过,典当行可以通过其他形式——典当综合费用(包括各种服务及管理费

① 目前,我国商业银行的存贷款利率一定程度上仍受中央银行的管制,因此在此加注引号。

② 根据中国人民银行《关于扩大金融机构贷款利率浮动区间有关问题的通知》(银发[2003]250号),自2004年1月1日起,商业银行、城市信用社贷款利率浮动区间为基准利率的[0.9, 1.7];农村信用社贷款利率浮动区间为[0.9, 2]。以人民银行2008年12月23日的基准利率为例,一年期贷款利率是5.31%,其4倍为21%,商业银行最高可上浮至35.7%。若以利率较高的年份为参照计算(如1996年5月1日的基准利率为13.1%),最高的法定允许利率可以是89.08%(13.1%×1.7×4)。

③ 郑孟状、薛志才:“论放高利贷行为”,载《中外法学》1992年第3期。

④ 第2条规定:“民间个人借贷利率由借贷双方协商确定,但双方协商的利率不得超过中国人民银行公布的金融机构同期、同档次贷款利率(不含浮动)的4倍。超过上述标准的,应界定为高利借贷行为。”这算是对最高法院“民发[1991]21号解释”的补充。

用)——获取相当于高额贷款利息的收入。在该办法中,动产质押典当的月综合费率不得超过典当金的42‰,房地产抵押典当的月综合费率不得超过典当金的27‰。财产权利质押典当的月综合费率不得超过典当金的24‰。将这一费率折合为年利率,则分别是50.4%、32.4%和28.8%。如果加上典当金利率和从绝卖(第43条)中获取的收益,典当行的实际利率水平也是很高的。^①

相比我国法与美国法(见后文详述),在客观要件的认定上,德国法上没有具体、刚性的利息管制规则,只有一般条款。该法第138条第1款规定:“违背善良风俗的法律行为无效。”第2款规定:“尤为无效的法律行为是,被利用处于困窘情境、缺乏经验、欠缺判断力或显著意志薄弱而向另一方当事人或第三人承诺或履行与对待履行不相当的财产利益。”这两款的应用,需要从主观要件和客观要件两个角度判断。就客观要件而言,^②德国法区分消费者信贷和企业信贷而进行不同程度的利息管制。^③对消费者信贷,利息管制相当严格,年利率值超过30%(在利率较低的年代,超过18.6%)通常即可被认为满足了暴利的客观要件。^④而对企业借贷,法院在认定暴利的问题上通常采取较为宽松的态度。如在年利率为94%甚至180%时,也不认为当然构成违反善良风俗或暴利。^⑤除过高的利息会构成暴利外,第138条第2款还调整“价格暴利”(Preiswucher)的情形。对此,德国法上有丰富的案例资源。在买卖合同中,一宗价值80,000马克的土地被卖为45,000马克,价值

① 实践中也有典当行超过该管理办法收取利息的情形,参见“北京海洋港国际大饭店有限公司与北京都市典当有限责任公司典当纠纷上诉案”[北京市第二中级人民法院民事判决书,(2009)二中民终字第14968号]。

② 从目前对德国民法典第138条第2款的解释看,通常在超过市场利率1倍(Grenze des Doppelten)时,会被认为满足了暴利(Wucher)的客观要件。Münchener Kommentar-Mayer/Armbrüster, 2001, § 138 Rn. 114 BGB.

③ 当然,也有经济学家怀疑区别消费借贷和企业借贷的可能性。如Gleaser指出,若法律对企业借贷的利率管制较松,而对消费借贷的利率管制较多,则多数意图获取高利贷的人可能会选择迂回规避的办法,最终结果是以“消费者借贷”获取借款的人的数量降低。Glaeseret al., Neither a Borrower nor a Lender Be: An Economic Analysis of Interest Restrictions and Usury Laws, 41 *Journal of Law and Economics* 1, 4 (Fn. 11), 1998.

④ BGH NJW - RR 89, 1068; BGH NJW - RR 90, 1199; BGH 104, 105, 110, 338.

⑤ BGH NJW 1982, 2767; Helmut Koziol, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP1988, 183, 186; BGHZ 80, 161.

64,000 马克的土地被卖为 13,800 马克,被认为构成暴利。^① 在服务合同中,作为 40 年墓地看守报酬的 11,600 马克被认为构成了暴利。^② 在婚介合同中,以 4500 马克提供 4 次婚姻介绍为暴利。^③

德国法放弃利息管制的具体、固定标准,是经历了一番周折的。在德国民法典制定时,的确曾讨论过是否将非常损失规则 (laesioenormis)^④ 纳入到民法典中的问题。后来立法者放弃了这一选择,按照立法理由书,当时的主要考虑是认为非常损失规则采纯客观主义,容易危及交易安全,而且一律以“两倍”或“一半”作为判断依据,难免会削足适履。^⑤ 作为替代,立法者最终选择了以第 138 条对违反善良风俗的行为和暴利行为作抽象性规定的方式。二者都要求主观要件,尤其是要构成第 138 条第 2 款的暴利,需要一方“被利用处于困窘情境、缺乏经验、欠缺判断力或显著意志薄弱”。

(二) 主观要件

在德国民法典制定后的司法实务中,第 138 条第 2 款严格的主观要件要求导致法官被迫转而适用主观要件较为宽松的第 138 条第 1 款(违反公序良俗的行为)。^⑥ 例如,帝国法院 (RG) (1936 年) 在裁判中认为获利的一方主观上有“应受谴责的态度”(die verwerfliche Gesinnung),有对“健康的国民感受”(das gesunde Volksempfinden) 的背离,即可构成违背善良风俗,进而宣告

① BGH WM 80, 597; BGH NJW - RR 90, 950; BGH WM 75, 327.

② LG München NJW - RR 89, 197.

③ AG Eltville FamRZ 89, 1299. 相比而言,以 3075 马克提供 25 次婚姻介绍则不成立。LG Nürnberg BB 73, 777.

④ 罗马帝政时期,Diocletianus 皇帝和 Maximianus 皇帝决定,在不动产的价金低于其价值的一半时,遭受“非常损失”的出售人有权请求撤销买卖。查帝一世将这项限制扩大适用于所有的买卖,推定在价金不足标的物价值(市价)的 1/2 时,出卖人表面上是自愿的,实际上是受了压迫,并非出于真心,故该买卖可以被撤销。参见周栢:《罗马法原论》(下册),商务印书馆 1994 年版,第 694 页;徐涤宇:“非常损失规则的比较研究”,载《法律科学》2001 年第 3 期。

⑤ 实际上,当时日耳曼法上也有类似非常损失规则的内容,只是当事人可以通过约定排除其适用,与罗马法上的原本意义上的非常损失规则仍有所区别。Motive zum BGB-Entwurf II 321.

⑥ Palandt-Heinrichs, § 138 BGB Rn. 68 ff.

合同无效。^①“二战”后,联邦德国最高法院(BGH)基本上顺承了RG的做法。不过,因证明获利人的主观状态颇为困难,自20世纪70年代末期开始,BGH开始发展更有利于受损人的证据规则。^②如在有的案例^③中依交易价格为市场价格的3倍,在有的案例^④中依贷款利率为市场利率近2倍的事实,推定满足了第138条第1款下所要求的主观要件。BGH的这一做法遭到了著名学者Flume教授的批评,认为这样做是恢复了原本被放弃了非常损失规则。^⑤不过BGH并未因此放弃其选择,其在后续的判决中,进一步明确了有关的论证思路:第一,此种推定更多是一种认定当事人主观状态的规则,与“表面证据”(der prima-facie-Beweis)规则类似,不过是在一定程度上增加了获利人的证明责任(获利人可以通过证明自己没有‘应受谴责的态度’或至少没有重大过失来推翻有关推定,具体如证明在进行交易时双方曾共同指定第三人出具中立评估意见),并未完全放弃主观标准。^⑥第二,为防止滥用该推定性规则,BGH对其适用也作了限制,即只适用于消费者合同(企业与消费者之间和消费者相互之间的合同),而不涉及商人、自由职业者或其他主体。^⑦在后一类合同中,受损一方当事人原则上仍须证明超额受益

① RGZ 150, 1. 此时,纳粹已经掌握政权,并且表现出了强烈地反对高利贷的态度,不过帝国法院还是坚持了其主观要件的要求而没有仅依客观要件断案。

② BGH WM 1969, 1255; Staudinger-Sack, § 138 Rn. 182BGB.

③ BGH NJW 2002, 3165.

④ BGHZ 104, 102. 在该案例中,原告从作为银行的被告处获得共30,000马克的借款。该款项将在71个月内还清,月息为1.2%,中介费为1500马克,手续费为945马克,到期总共应归还59,661马克。整体计算下来,年息为29.79%。原告为三口之家,作为男主人的原告每月的退休金为1400马克,女主人没有收入,他们的女儿每月收入为1400马克(女儿随时可能独立生活,带走全部收入)。按照法院的计算,当时的市场利率为16.22%,因此本案中的利率高出市场利率达83.72%。

⑤ Flume, Zur Anwendung der Saldotheorie im Fall der Nichtigkeit eines Grundstücks-Kaufvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB wegen verwerflicher Gesinnung des Käufers, ZIP 2001, 1621 f.

⑥ Bork, Anmerkung zu BGH 19. I. 2001, JZ 2001, 1138, 1139.

⑦ Winner, Wert und Preis im Zivilrecht, Springer, 2008, S. 215.