

A LIBRARY OF
DOCTORAL
DISSERTATIONS
IN SOCIAL SCIENCES IN CHINA

中国
社会科学
博士论文
文库

显失公平制度研究

The Research On Unconscionability System

张初霞 著

中国社会科学出版社

A LIBRARY OF
DOCTORAL
DISSERTATIONS
IN SOCIAL SCIENCES IN CHINA



显失公平制度研究

The Research On Unconscionability System

张初霞 著

导师 王家福

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

显失公平制度研究 / 张初霞著. —北京: 中国社会科学出版社,
2016. 12

(中国社会科学博士论文文库)

ISBN 978 - 7 - 5161 - 9233 - 7

I. ①显… II. ①张… III. ①民法 - 研究 - 中国 IV. ①D923. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 266527 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 孔继萍
责任校对 刘 娟
责任印制 王 超

出 版 **中国社会科学出版社**
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2016 年 12 月第 1 版
印 次 2016 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 18
插 页 4
字 数 295 千字
定 价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话: 010 - 84083683

版权所有 侵权必究

《中国社会科学博士论文文库》

编辑委员会

主 任：李铁映

副 主 任：汝 信 江蓝生 陈佳贵

委 员：（按姓氏笔画为序）

王洛林 王家福 王缉思

冯广裕 任继愈 江蓝生

汝 信 刘庆柱 刘树成

李茂生 李铁映 杨 义

何秉孟 邹东涛 余永定

沈家煊 张树相 陈佳贵

陈祖武 武 寅 郝时远

信春鹰 黄宝生 黄浩涛

总 编 辑：赵剑英

学术秘书：冯广裕

总 序

在胡绳同志倡导和主持下，中国社会科学院组成编委会，从全国每年毕业并通过答辩的社会科学博士论文中遴选优秀者纳入《中国社会科学博士论文文库》，由中国社会科学出版社正式出版，这项工作已持续了12年。这12年所出版的论文，代表了这一时期中国社会科学各学科博士学位论文水平，较好地实现了本文库编辑出版的初衷。

编辑出版博士文库，既是培养社会科学各学科学术带头人的有效举措，又是一种重要的文化积累，很有意义。在到中国社科院之前，我就曾饶有兴趣地看过文库中的部分论文，到社科院以后，也一直关注和支持文库的出版。新旧世纪之交，原编委会主任胡绳同志仙逝，社科院希望我主持文库编委会的工作，我同意了。社会科学博士都是青年社会科学研究人员，青年是国家的未来，青年社科学者是我们社会科学的未来，我们有责任支持他们更快地成长。

每一个时代总有属于它们自己的问题，“问题就是时代的声音”（马克思语）。坚持理论联系实际，注意研究带全局性的战略问题，是我们党的优良传统。我希望包括博士在内的青年社会科学工作者继承和发扬这一优良传统，密切关注、深入研究21世纪初中国面临的重大时代问题。离开了时代性，脱离了社会潮流，社会科学研究的价值就要受到影响。我是鼓励青年人成名成家的，这是党的需要，国家的需要，人民的需要。但问题在于，什么是名呢？名，就是他的价值得到了社会的承认。如果没有得到社会、人民的承认，他的价值又表现在哪里呢？所以说，价值就在于对社会重大问题的回答和解决。一旦回答了时代性的重大问题，就必然会对社会产生巨大而深刻的影响，你

也因此而实现了你的价值。在这方面年轻的博士有很大的优势：精力旺盛，思想敏捷，勤于学习，勇于创新。但青年学者要多向老一辈学者学习，博士尤其要很好地向导师学习，在导师的指导下，发挥自己的优势，研究重大问题，就有可能出好的成果，实现自己的价值。过去12年入选文库的论文，也说明了这一点。

什么是当前时代的重大问题呢？纵观当今世界，无外乎两种社会制度，一种是资本主义制度，一种是社会主义制度。所有的世界观问题、政治问题、理论问题都离不开对这两大制度的基本看法。对于社会主义，马克思主义者和资本主义世界的学者都有很多的研究和论述；对于资本主义，马克思主义者和资本主义世界的学者也有过很多研究和论述。面对这些众说纷纭的思潮和学说，我们应该如何认识？从基本倾向看，资本主义国家的学者、政治家论证的是资本主义的合理性和长期存在的“必然性”；中国的马克思主义者，中国的社会科学工作者，当然要向世界、向社会讲清楚，中国坚持走自己的路一定能实现现代化，中华民族一定能通过社会主义来实现全面的振兴。中国的问题只能由中国人用自己的理论来解决，让外国人来解决中国的问题，是行不通的。也许有的同志会说，马克思主义也是外来的。但是，要知道，马克思主义只是在中国化了以后才解决中国的问题的。如果没有马克思主义的普遍原理与中国革命和建设的实际相结合而形成的毛泽东思想、邓小平理论，马克思主义同样不能解决中国的问题。教条主义是不行的，东教条不行，西教条也不行，什么教条都不行。把学问、理论当教条，本身就是反科学的。

在21世纪，人类所面对的最重大的问题仍然是两大制度问题：这两大制度的前途、命运如何？资本主义会如何变化？社会主义怎么发展？中国特色的社会主义怎么发展？中国学者无论是研究资本主义，还是研究社会主义，最终总是要落脚到解决中国的现实与未来问题。我看中国的未来就是如何保持长期的稳定和发展。只要能长期稳定，就能长期发展；只要能长期发展，中国的社会主义现代化就能实现。

什么是21世纪的重大理论问题？我看还是马克思主义的发展问

题。我们的理论是为中国的发展服务的，绝不是相反。解决中国问题的关键，取决于我们能否更好地坚持和发展马克思主义，特别是发展马克思主义。不能发展马克思主义也就不能坚持马克思主义。一切不发展的、僵化的东西都是坚持不住的，也不可能坚持住。坚持马克思主义，就是要随着实践，随着社会、经济各方面的发展，不断地发展马克思主义。马克思主义没有穷尽真理，也没有包揽一切答案。它所提供给我们的，更多的是认识世界、改造世界的世界观、方法论、价值观，是立场，是方法。我们必须学会运用科学的世界观来认识社会的发展，在实践中不断地丰富和发展马克思主义，只有发展马克思主义才能真正坚持马克思主义。我们年轻的社会科学博士们要以坚持和发展马克思主义为己任，在这方面多出精品力作。我们将优先出版这种成果。

李锐性

2001年8月8日于北戴河

摘 要

理论上,民法遵循“法无禁止即自由”的基本理念,是典型的私法,作为私法最基本的法律,民法的根本精神就是私法自治。民法尊重最大限度的个体自由,为社会的自治奠基。但是这种自由和自治并不是绝对的,个体的自由总要为社会的众多个体让步,因而为保证社会的良性发展,需要制约个体的自由,限制个体自治。本书所研究的显失公平法律行为制度便是对自由原则和私法自治的限制之一。

第一章首先从法律行为的理论分析入手,从法律行为的历史、特性、分类、成立要件和生效要件等多角度阐释,以深层次理解法律行为理论,为本书的撰写立论。

第二章依据法律行为理论论述显失公平这种法律行为的性质和特征,并将显失公平与相近的几种法律行为和制度加以区别和比较,厘清了显失公平法律行为在法律上的含义。

第三章通过历史的研究方法考察了显失公平制度的历史演变过程,梳理了从罗马法时期的“非常损失规则”到中世纪的“公平价格理论”和“禁止高利贷”原则,直到近代法中各国的显失公平制度的发展脉络。

第四章通过比较的研究方法具体阐述英美法系和大陆法系中的显失公平制度。对比分析了显失公平制度分别在英美法系国家和大陆法系各国的立法和适用情况。比较了英美法系国家显失公平制度中的程序性显失公平和实质性显失公平以及大陆法系国家中法国法的合同损害制度、德国法和我国台湾地区的暴利行为制度,以及其他大陆法系国家的显失公平立法情况。

第五章对显失公平进行了法理分析,主要对显失公平制度与公平原则之间存在的关系进行阐释,并讨论和分析了显失公平制度与正义原则、自

由原则的关系。并分别从法哲学和法经济学的角度论证了显失公平制度的正当性。显失公平制度的建立,合乎法律传统和法治理念,同时在经济上是有效率的,在伦理上是正当的。

第六章主要分析了显失公平制度的各个构成要件,并阐述了不同的学者和学派对显失公平法律行为构成的观点,并对显失公平的客观要件和主观要件进行具体分析。

第七章分析了显失公平法律行为的法律价值,详细论述了显失公平所追求的目标价值且分析了显失公平制度的其他价值。笔者认为有必要从法价值的角度来分析显失公平制度在法律效果上所追求的目标,引出下一章对法律效果的论述。

第八章分析了显失公平法律行为所产生的法律效果,各国对于显失公平法律行为的法律效果的理论和司法实践,归纳起来可以划分为单一效果论和多重效果论两种。规定单一效果论的国家通常在法律上对符合显失公平构成的法律行为认定为唯一的法律效果即全部无效,例如德国民法。而多数国家的做法则是在法律上对符合显失公平的法律行为,认定为至少有两种以上的法律效果,包括部分无效、可撤销、可变更以及赋予法官一定的自由裁量权等,例如法国、瑞士、美国以及中国等。

第九章探究了我国现行法上的显失公平制度。简单回顾了我国显失公平制度的每个阶段的立法背景,探究我国显失公平制度追求的法律效果,重点就我国显失公平法律行为的构成要件进行了讨论。比较分析了我国学界对于构成要件各种观点之后,本书明确赞同双重要件说,并对双重要件中的客观要件和主观要件的内涵和存在的问题做了具体阐释,并单独讨论了格式条款、射幸合同的一些问题。

第十章阐释民法典的编纂与显失公平制度的研究,显失公平制度作为私法领域的一项重要制度,其地位的确立,是从将意思自治奉为至上的传统法向现代法转变的标志,因此在民法典的编纂中具有重要的意义。通过本书的研究,笔者对显失公平制度在理论和实践中长期存在争议的几个问题作出了回答,并就显失公平制度在我国未来民法典中的定位和安排提出了思考。

关键词: 显失公平 暴利行为 乘人之危 法律行为 民法典

Abstract

In theory, civil law as the basic law of private law, is aimed to be the life foundation of individual freedom and autonomy. The private law autonomy is the basic spirit of civil law. As we all know, without limitations and uninhibited, the freedom and autonomy are not real. In order to ensure the coexistence of numerous individuals, the individual freedom and autonomy are subject to certain constraints. This paper studies on the system of legal act with unconscionability, which is one of the limitations of the freedom principle and private law autonomy.

The first chapter analysis the legal act theory from multi angle, such as the legal history, characteristics, classification, constitutive requirements and effective elements, with deep understanding of legal act theory, to support the standpoint of this paper.

Then, the chapter 2 discusses the nature and characteristics of unconscionability on the basis of the legal act theory, at the same time, makes the difference and comparison between the unconscionability and other similar rules, to clarify the unconscionability in the legal meaning.

Chapter 3 inspects the historical evolution process of the system of unconscionability. It demonstrates the rules from the Roman law period Exceptional Loss Rule to the medieval Fair Price Theory and principle of Prohibited Usury, until the developmental context in the modern laws about the system of unconscionability from country to country.

Chapter 4 compares and analyzes the legislation and applicable conditions of the system of unconscionability in countries of Anglo – American law system and

continental law system countries. It compares the Anglo – American law system countries procedural unconscionability in the system of unconscionability and substantive unconscionability, and analyzes on the contract damage extent of the French law in the continental law system countries; German law and Taiwan area of exorbitant profiteering system; the legislation situation of unconscionability in other continental law system countries.

Chapter 5 makes legal analysis on the unconscionability. It mainly interprets the relation between the system of unconscionability and the fair principle. Moreover, it discusses and analyzes the relation between the system of unconscionability and the principle of freedom, and the relation between the principles of justice. And this chapter demonstrates the legitimacy of the system of unconscionability respectively from the perspective of legal philosophy and the one from economics perspective. The foundation of the system of unconscionability conforms to the legal tradition and the rule of law concept, and it is effective in economy, and justified in ethics.

Chapter 6 mainly analyzes the various elements of unconscionability, and describes different scholars and schools' viewpoint on the unconscionability legal act, and analyzes the objective elements and subjective elements of unconscionability.

Chapter 7 discusses and analyzes the legal effects of the system of unconscionability. And discusses the target value and the other values of unconscionability, the author thinks that it is necessary to analyze the unconscionability system in pursuit of the legal effect. This chapter is initial part of the next chapter.

Chapter 8 analyzes the legal effect of the legal act, To sum up, the theoretical and judicial practice of the legal act of unconscionability from country to country can be divided into two kinds – single effect theory and multiple effect theory. Countries using single effect theory usually think that behaviors of unconscionability in law are all invalid, such as the German civil law. But the practice of most countries thinks the legal act of unconscionability can be recognized at least two or more of the legal effect, including partially invalid effect, revocable and changeable effects and endows the judge right of discretion, such as France, Switzerland, the United States, China and so on.

Chapter 9 studies the system of unconscionability in existing law of China. It briefly reviews every stage legislative backgrounds of system of unconscionability in our country, and mainly discusses the components of the legal act of unconscionability, and analyzes the constitutive requirements of various opinions in academic with comparative ways. This paper explicitly agreed with double – elements opinions, and makes specific interpretations of the connotation of the objective factor and subjective factor of double – elements opinion and existing problems, and separately discusses some problems of the format contract and aleatory contract.

Chapter 10 explains the compilation of the civil code and the research of the fair system. The unconscionability system earns its status in the civil code, which will symbolize the change of the transformation of the traditional law to the modern law, while the traditional law serve the autonomy as supreme. Through the study of this article, the author answers about the controversy of the system of unconscionability in theory and in practice, and puts forward thinking about the location and arrangement of the system of unconscionability in the future civil code in our country.

目 录

导论	(1)
文献综述	(4)
第一章 法律行为概述	(7)
第一节 法律行为的历史	(7)
一 学者观点	(8)
二 法律规定	(9)
第二节 法律行为与意思表示的区别	(11)
一 单个意思表示构成的法律行为	(11)
二 多个意思表示构成的法律行为	(11)
三 包含其他事件的法律行为	(11)
第三节 法律行为特性和分类	(12)
一 法律行为的特性	(12)
二 法律行为的分类	(13)
第四节 法律行为的成立要件	(14)
一 一般成立要件	(14)
二 法律行为的特别成立要件	(15)
第五节 法律行为的生效要件	(15)
一 效力形态的划分	(15)
二 一般生效要件	(16)
三 内容的生效要件	(16)
四 意思表示的生效要件	(19)

第二章 显失公平法律行为	(21)
第一节 显失公平法律行为的性质	(21)
一 多个意思表示构成	(21)
二 不同分类标准下的性质	(21)
三 属于可撤销的法律行为	(21)
第二节 显失公平法律行为的特征	(22)
一 从事该法律行为双方当事人权利义务明显失衡	(22)
二 法律行为的一方当事人获得了暴利	(22)
三 遭受不利益方在订立合同时处于紧迫情况或缺乏经验	(23)
第三节 显失公平与相近法律行为的区别	(24)
一 显失公平与乘人之危	(24)
二 显失公平与胁迫	(27)
三 显失公平与欺诈	(32)
四 显失公平与重大误解	(38)
五 显失公平与情事变更	(43)
第三章 显失公平制度的历史考察	(48)
第一节 罗马法中的“非常损失规则”	(48)
第二节 中世纪法中的“公平价格理论”与“禁止高利贷”	(51)
一 公平价格理论	(51)
二 禁止高利贷	(54)
第三节 近代法中显失公平制度的变迁	(57)
一 18 世纪以来大陆法系中显失公平制度的雏形	(57)
二 18 世纪以来英美法系中的显失公平制度	(60)
第四章 两大法系显失公平制度的比较考察	(64)
第一节 英美法系的显失公平制度	(64)
一 英美法显失公平制度的演变	(64)
二 英美法显失公平的构成	(71)
第二节 大陆法系的显失公平制度	(81)
一 法国法的合同损害制度	(81)
二 德国法的“暴利行为”制度	(88)
三 我国台湾地区法的“暴利行为”制度	(93)
四 其他大陆法系国家的显失公平立法例	(96)

第五章 显失公平的法理分析与正当性研究	(107)
第一节 公平的内涵与公平原则.....	(107)
一 公平理论概述.....	(107)
二 公平的含义.....	(109)
三 我国的公平原则.....	(109)
第二节 显失公平与自由原则.....	(110)
第三节 显失公平与正义原则.....	(111)
第四节 显失公平制度的法哲学支持.....	(112)
一 西方法哲学观的演变.....	(112)
二 显失公平制度的法哲学支持.....	(116)
第五节 显失公平的法经济学支持.....	(122)
一 法经济学的历史.....	(122)
二 法律制度的效益判断.....	(124)
三 法律制度的社会判断.....	(125)
第六章 显失公平法律行为的构成要件	(128)
第一节 显失公平法律行为构成的争议.....	(128)
一 单一要件说.....	(128)
二 双重要件说.....	(131)
第二节 显失公平制度的客观要件.....	(135)
一 客观要件之比较研究.....	(135)
二 主要适用范围.....	(137)
三 适当确定“显”的范围和限度.....	(139)
四 显失公平在订约时与履约中的区分.....	(140)
第三节 显失公平制度的主观要件.....	(141)
一 主观要件的含义.....	(141)
二 主观要件认定存在的问题.....	(143)
第七章 显失公平制度的法律价值	(145)
第一节 显失公平追求的目标价值.....	(145)
一 显失公平的安全价值.....	(146)
二 显失公平的平等价值.....	(154)
三 显失公平的效率价值.....	(156)
第二节 显失公平制度的其他价值分析.....	(158)

一	自由与显失公平	(158)
二	正义与显失公平	(162)
三	诚实信用与显失公平	(164)
四	秩序与显失公平	(166)
第八章	显失公平制度的法律效果	(168)
第一节	显失公平法律行为的法律效果	(168)
第二节	显失公平法律行为的绝对无效	(170)
一	法律行为无效的基本理论	(170)
二	显失公平法律行为无效的立法例分析	(172)
第三节	显失公平法律行为的相对无效	(174)
一	法律行为相对无效的理论问题	(174)
二	相对无效法律行为的一般法律效果	(176)
三	关于各国家显失公平相对无效的立法分析	(178)
第九章	我国现行法上的显失公平制度	(183)
第一节	我国现行法上显失公平制度概述	(183)
一	显失公平制度法律渊源	(183)
二	立法背景考察和分析	(184)
第二节	我国显失公平法律行为的法律效果	(187)
一	显失公平的适用	(187)
二	显失公平的效力	(190)
三	显失公平的救济	(191)
第三节	显失公平制度的客观要件	(192)
一	主要适用范围	(192)
二	权利义务不平衡的衡量	(192)
三	失衡是否超出法律的界限	(195)
第四节	显失公平制度的主观要件	(196)
一	主观要件的含义	(196)
二	主观要件认定存在的问题	(199)
第五节	中国现行法中特殊的显失公平法律行为	(201)
一	格式条款问题	(201)
二	对格式条款其他预防性规范	(213)
三	射幸合同问题	(215)

第十章 我国显失公平制度的构建	(221)
第一节 显失公平制度的立法思考	(221)
一 显失公平制度的立法考量.....	(221)
二 显失公平制度的法律适用.....	(222)
第二节 显失公平制度与民法典编纂	(223)
一 公平原则在民法体系中的特殊地位.....	(223)
二 民法典中确立显失公平制度的立法考量.....	(226)
第三节 显失公平制度的立法缺陷	(227)
一 合同相对人承担了非常多的义务,使合同的结果明显 不公平的情况并不能适用所有的商品交易情况.....	(227)
二 利用一方的劣势即没有经验等作为签订合同的程序问题, 不符合客观的逻辑.....	(229)
第四节 关于重构“显失公平”制度的立法建议	(231)
一 认定实体权利不公平的标准为“在达成合意时双方的交换 物品的价值或者使用价值明显不对等”	(231)
二 认定程序权利不公平的标准应为“在达成合意时,不善意 的当事人正好利用了对方当事人的弱项,使对方当事人 作出了不利于维护自身利益的决定”	(232)
结语	(235)
参考文献	(242)
索引词汇	(257)
后记	(262)