

【六和律师研究文集】

第Ⅱ卷

(2010)

六和律师 理论与与实务研究

L&H LAWYER

主 编◎郑金都

副主编◎黄伟源 赵箭冰



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

【六和律师研究文集】

第Ⅱ卷

(2010)

六和律师 理论与实务研究

L&H LAWYER

主 编◎郑金都

副主编◎黄伟源 赵箭冰

副主编◎黄伟源



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

六和律师理论与实务研究, 第2卷 / 郑金都主编.
—杭州: 浙江大学出版社, 2014.5
ISBN 978-7-308-12329-7

I. ①六… II. ①郑… III. ①律师业务—中国—文集
IV. ①D926.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 235811 号

六和律师理论与实务研究(第Ⅱ卷)

主 编 郑金都

副主编 黄伟源 赵箭冰

责任编辑 王元新 曲 静

封面设计 续设计

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 浙江省良渚印刷厂

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 14.75

字 数 265 千

版 次 2014 年 5 月第 1 版 2014 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-12329-7

定 价 46.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

序 言

六和律师事务所自1998年12月开业以来,至今已有整整十五个年头。十五年来,六和人始终保持着创始人来自高校老师的书生气,坚持学者型办所风格,坚信“打铁要靠自身硬”,不相信“打官司就是打关系”。业务质量是立所根本,我们始终坚持每周业务学习,坚持理论和实务研究,鼓励律师撰写文章参加从全国律协到省直律协、从法学会到保险学会等举办的各类理论实务论坛和研讨会;坚持创立时提出的“不打官司请律师”理念,持续创新,围绕客户需求开发新产品,在全国律师界首推法律体检,同时不断推出新的法律服务模式。

十五年的坚持和创新,我们付出了辛勤的汗水,也收获了成功的喜悦。六和所荣获“全国优秀律师事务所”称号、成为律师行业唯一的“浙江省服务业重点企业”。全体律师发展业务的同时潜心理论和实务研究,笔耕不辍,至今已连续三届摘取浙江省律师论坛的论文入围量和获奖量的桂冠。

值此十五周年之际,事务所以感恩之心编撰《六和律师理论与实务研究》四卷和《六和经典案例汇编》一卷,撷取六和同仁们十五年来特别是近五年来所撰写的部分理论和实务文章,以及所办理过的部分较有影响或有意义的案例分别汇编成册,旨在将六和律师的智慧结晶呈献给大家,算是六和十五年一个简单的回顾总结汇报,同时也是打开一扇沟通的大门,以期得到大家的指正与引导,便于我们不断反思提高,从而更好地提升自己,服务客户。

六和律师事务所主任 郑金都

2013年12月

目 录

民 事 类

- 情事变更原则的适用条件 社会云 陆凤麟(3)
- “开瓶费”问题中的经济法理念
- 兼论“开瓶费”与消费者权益保护的关系 李 静 来 羽(7)
- 民间借贷债权的审核与处理问题探讨
- 以在婚姻关系期间的债务承担连带清偿责任再审案为分析视角
..... 孔建祥(15)

公司证券类

- 股东资格继承问题初探(上篇)
- 有限责任公司股东资格继承的立法探讨 赵箭冰 俞琳琮(23)
- 股东资格继承问题初探(下篇)
- 有限责任公司股东资格继承的章程设计 赵箭冰 俞琳琮(35)
- 对赌协议的法律性质及其对上市的影响 朱亚元(46)
- 重整与清算程序对比及实务探讨 戴文良 陈科杰(55)
- 私募股权投资信托退出方式研究
- 以《合伙企业法》的适用为视角 谢春林 吴建梅(62)

建筑与房地产类

- 房地产宏观调控下法律服务探析 戴文良 叶永祥(71)
- 浅论房屋转让与户口迁移纠纷 刘成林 叶永祥(82)
- 代建制与 BT 模式之比较 姚建彪(87)
- 论业主概念的界定及业主权利的行使 杨 捷(94)
- 指定分包中总承包人的风险防范 孔 磊(102)

金融与保险类

- 新《保险法》规定的不足及其完善 郑金都 聂华元(111)
新《保险法》实施中的疑难问题研究 郑金都 聂华元(116)
医保基金支付的医疗费如何处理 金其飞(126)
保险索赔权转让问题再探讨 苏 凯(132)

知识产权类

- 中国互联网监管政策评析 杨 吉(139)
对著作权保护的相关权利限制及各方利益均衡的探讨 孔建祥(163)
商业秘密诉讼的证据分析 张林利(170)
知识产权出资的理论探讨 尤晓波(179)

刑 事 类

- 论立功 田 曄(193)

劳动争议类

- 公司收购中的劳动法律风险尽职调查 王旭东(205)

行 政 类

- 论我国行政公益诉讼的原告资格 李 静 来 羽(213)

其 他 类

- 和谐也是一种美
——谈律师参与诉讼调解 胡燕林(223)

民事类

情事变更原则的适用条件

社会云 陆凤麟

【摘要】 在金融危机的社会大背景下,合同赖以成立的基础不断发生客观变化,致使合同的继续履行会对一方明显不公平或者合同目的无法实现。为此,最高人民法院通过司法解释的形式确定了情事变更原则。但是原则规定以后,并没有对原则的适用条件作出明确的规定。本文通过对情事变更的学理研究,结合实际案例,以期完善情事变更原则的适用条件。

【关键词】 情事变更 适用条件 公平原则

《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)》(以下简称《〈合同法〉司法解释(二)》)第26条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”这一条款的出现,被视为我国《合同法》在金融危机背景下对情事变更原则的认可。这一规定包含以下几个条件:

(1)情事变更事由的出现是在合同成立以后。

(2)情事指的是订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的,不属于商业风险的重大变化。这一条款包含以下几个含义:①合同订立时无法预见的。②情事变更有广义和狭义之分,广义的情事包括不可抗力。这里指的是非不可抗力造成的,因此显然指的是狭义的情事。③不属于商业风险的重大变化。

(3)继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的。根据一般情事变更的理论理解,明显不公平或者不能实现合同目的是指合同的基础发生了重大变化,通常表现为合同价格的大起大落,如果继续履行合同,就会对合同的一方有明显的公平。

(4)情事变更的产生须双方均无过错。如果情事变更的产生原因是一方的



违约或者其他过错造成的,则不得引用情事变更原则要求变更或者解除合同。

基于以上对情事变更原则的解释,我们分析下面的一个案例:

甲、乙双方于2008年6月18日签订《汽车销售合同》,合同约定,甲方向乙方购买某进口高档品牌特定配置汽车一辆,车辆的排量为4.8升,车辆价款为180万元,合同签订后两日内甲方向乙方支付定金30万元,乙方的车辆交付时间为合同签订后的6个月内。合同签订后,甲方向乙方支付了定金30万元。2008年9月1日,国家财政部和税务总局联合出台新的乘用车消费税政策:自当日起大幅度提高大排量乘用车的消费税税率,排气量在3.0升至4.0升(含4.0升)的乘用车,税率由15%上调至25%;排气量在4.0升以上的乘用车,税率由20%上调至40%。2008年10月20日,乙方向甲方发出通知,告知甲方由于消费税政策的调整,该品牌重新公布了车型的官方价格,甲方所购车辆由180万元上调至230万元,提车时以新的价格为准。甲方不同意乙方单方调整车辆价格,要求乙方按照原合同履行,双方不能达成一致,甲方诉诸法院,要求解除合同,并要求乙方双倍返还定金。

针对本案的情形,是否适用情事变更,可以由一方单独变更或者解除合同?必须要确定以下几个事实。

1. 国家政策的调整是否属于无法预见的事件

国家政策的调整是否构成无法预见的事件,要具体分析不同的情形。一般来说,国家政策的调整不会是一个突然的行为,都会有一个渐进的过程。在国家政策调整之前,一般都会有一些消息通过不同途径释放给社会,通过社会对消息的反应,决定什么时候进行政策的调整。也就是说,其实国家政策的出台具有一定的可预见性,可以预知肯定会有政策要出台,只是对出台的时间不确定,无法判断会对合同双方产生什么样的影响,所以对国家政策的调整是否属于无法预见的事件,实际上还存在争论。有些人认为,不管是否能预见到会有政策调整,只要无法预见时间,对交易双方来讲就无法预见到是否会对合同产生影响,而交易双方也不可能把无法预见是否会产生影响的内容提前在合同中约定,因此就符合不可预见性。而另外一些人则认为,虽然对政策的调整时间无法预见,但是对政策信息要出现调整本身应当是有预期的,在这种情况下,交易双方就应当合理安排权利和义务,否则的话,一旦出现政策调整影响交易的,合同双方不能再主张情事变更。两种观点都有一定的道理,我本人更倾向于后一种观点。就本案来说,国家调整大排量汽车消费税政策,政策的出台是在双方签订合同以后,但是在双方签订合同之前也存在很多传言,而且一些主要的媒体都对这一消息进行过报道,消息的来源应当是比较可靠的,而且卖方作为行业内的人士,应当比其他人对大排量汽车消费税的提高更有预期,而卖方没

有在合同中提前对这种情况进行约定,消费税提高以后,实际上原告是不能主张国家政策的调整属于无法预见的事由的。

2. 卖方向买方提出情事变更解除或者变更合同的时间限制

情事变更事由出现以后,主张情事变更的一方应当在多长期限内向对方提出,我国《〈合同法〉司法解释二》对这个时间问题没有做出明确的规定,但是《合同法》第118条规定:“当事人一方因不可抗力不能履行合同的,应当及时通知对方,以减轻可能给对方造成的损失,并应当在合理期限内提供证明。”这一规定,应当可以作为情事变更原则的参照依据。结合本案来说,国家政策变更的发布日期是2008年9月1日,作为卖方,如果向买方主张情事变更,应当在政策发布后的一个合理期限内向买方提出,一般认为在情事发生后一个星期是比较适当的期限,而卖方于2008年10月22日才向买方主张情事变更,显然已经违反了主张的及时性原则,实际上卖方已经丧失了向买方主张情事变更的权利。

3. 主张情事变更的一方应当提供继续履行合同会导致对自己有明显不公平或者合同目的不能实现的依据

情事变更原则适用的前提是事件的发生导致合同依据的基础发生变化,如果继续履行合同会对一方有明显不公平或者合同目的不能实现,一般表现为价格的暴涨或者暴跌。情事变更导致合同显失公平必须有一个量的标准,也就是说,情事变更必须达到“交易基础丧失”的法理基础。我国《〈合同法〉司法解释(二)》虽然规定了情事变更原则,但是并没有情事变更适用的客观情况变化导致价格变动的幅度的客观标准的明确规定。参照国际关于情事变更的规定,国际统一私法协会1994年完成的《国际商事合同通则》的规定似乎可以为我们提供一个标准。在如何确定“艰难情形”时,该《通则》规定:“如果履行能够以金钱方式准确计算,则履行费用或价值的改变达到或者超过50%时,很可能就构成根本性的改变。”也就是说履行费用改变达到50%时,才能适用情事变更原则。而且,作为主张情事变更的一方必须提供证据证明特定事由的出现已经导致其继续履行合同会产生亏损,对其不公平。因此,主张的一方应当提供合同约定的标的物的成本价格等信息,以及该特定事由已经导致价格严重偏离成本价格的证据。结合本案来说,卖方如果主张情事变更原则变更或者解除合同,应当向买方提供车辆的进口成本价格,且国家政策的变更已导致该成本价格上涨,严重偏离了合同约定的车辆价格的证据。只有在这种情况下,卖方主张情事变更才是应当得到支持的。



4. 情事变更原则来源于公平责任,情事变更产生的结果应当是合同双方公平分担因为情事变更导致增加的合同负担

法律赋予非因自身原因遭受损失的一方以情事变更来解除或者变更合同,核心就是因为合同的一方在遭遇这些情况时,如果继续按照原合同履行,对他来说是不公平的,权利义务的天平是倒向另外一边的。因此,法律要对天平的倾斜进行调整,要对双方来说,天平是放在同一水平线上的。也就是说,因情事变更遭受的损失应当由双方来共同分担,因情事变更受到影响的一方有权通过变更合同的形式,要求对方替自己分担损失。但是,在适用情事变更原则来避免显失公平的不良后果时,不能因免除一方的不合理负担而额外增加对方的负担,否则又将导致新的利益失衡,从而失去情事变更原则的意义。因为情事变更原则的目的即在于调整合同双方当事人的利益平衡。结合本案来说,卖方将情事变更所带来的所有损失以消费税最终应当转嫁给消费者为由,主张全部由买方来承担,本身也违背了情事变更的适用原则。

由以上分析我们可以得知,实际上本案中卖方的行为已经导致被告不得以情事变更来对抗买方要求双倍返还定金的请求。从本质上讲,情事变更是公平原则的具体体现方式,通过法律的直接规定变更当事人之间的合同,赋予当事人单方变更合同的权利,以达到交易公平的效果。但是对该原则在司法实践中的适用上应当严格把握,严格依照原则的适用条件解释适用,不得随意扩大或者变更适用条件。如果滥用该原则,则会导致合同的随意性增强,不利于合同当事人提前判断合同的结果,不符合市场经济理性人的判断标准。而且我国《〈合同法〉司法解释(二)》出台以后,最高人民法院针对如何适用情事变更,也提出如果确需在个案中适用的,应当由高级人民法院审核,必要时报请最高人民法院审核。这也反映了对情事变更原则的谨慎态度。

本文曾荣获浙江省省直律师协会“2010 律师实务理论研讨会”三等奖。

作者简介

社会云,女,西南政法大学硕士,六和律师事务所合伙人。主要从事公司、房地产、证券、投资贸易、涉外纠纷等法律事务。

陆凤麟,男,西南政法大学民商法学硕士,六和律师事务所专职律师。擅长公司、房地产等业务领域。

“开瓶费”问题中的经济法理念

——兼论“开瓶费”与消费者权益保护的关系

李 静 来 羽

【摘要】 关于是否收取“开瓶费”，不同利益群体观点截然相反。笔者认为，“开瓶费”中的消费者权益保护的实质问题是收取费用的数目的合理性，而非是否收取费用。通过对经济法实质公平与正义的理念、国家适度干预的原则和法律优先与行业规则之间的关系的分析，进一步阐发观点，使得该问题在学理上得到解决。

【关键词】 开瓶费 消费者权益保护 实质公平 国家干预

一、双方的论争

是否收取“开瓶费”问题，是消费者与酒店及相关利益群体一直争论的焦点之一。争论中，双方各执一词，消费者一方认为，收取“开瓶费”是不合理的，酒水自带，不损害酒店利益，没有造成酒店损失。酒水是消费者自己的，开瓶也是自己开，也就不存在酒店承担给付义务。且很多酒店收取标准不一，纯属乱收、滥收费，应予抵制和制止。而酒店及相关烹饪协会认为，“谢绝自带酒水”是一种国际惯例。到酒店消费，消费品就应该来自酒店，是合乎情理的。消费者自带酒水就餐，对餐饮酒店最直接的损失是酒店酒水的滞销，酒店给消费者提供服务时产生的电费、水费、设施费、餐桌餐具费、人力费用等，超过了酒店应该正常承担的费用，这就降低了餐饮酒店的利润；如果现在同意消费者自带酒水就餐并且不收取服务费，那么，明天消费者自带饭菜到酒店就餐也会出现，这将彻底危及餐饮业生存；从食品安全卫生以及消费者自己的权益来说，消费者自带的酒水一旦发生因假冒伪劣酒水引发的食物中毒，很难分清其中责任，这会危及酒店的安全生存。

双方论争的焦点是收取“开瓶费”的合理性，作为利益对立的双方，摆出了截然不同的立场。

二、学界和司法实务界的倾向

从《合同法》的角度看,消费者自带酒水,酒店加收“开瓶费”,必须形成双方意识一致的合同形式,才能受到法律保护。如果酒店服务人员在开瓶前已与消费者商议清楚,消费者愿意按酒店要求支付价款及报酬,双方不存在意见分歧,那么酒店收取“开瓶费”就是合法的,也是合理的。反之,如果酒店在开瓶前未告知自带酒水的消费者本店需收取“开瓶费”,双方没有达成共识,而是在买单付费时强调要收取“开瓶费”,这当然是不合理、不合法的,其做法必须给予抵制和制止。

由此看来,在酒店与消费者达成合意的情况下,双方“你情我愿”,收取“开瓶费”并不受到法律的约束,也是合理的,在私法的自治空间范围内。在未告知自带酒水需收“开瓶费”的情况下,收取“开瓶费”是否就一定是违反法律的呢?

让我们进入《消费者权益保护法》的视野,关于收取“开瓶费”的不合法性,学者依据《消费者权益保护法》进行很多论述:因为消费者同经营者相较,处于信息、经济实力的劣势,依据《消费者权益保护法》相关规定^①,要保护处于弱势群体地位的消费者。因此,学界对于“开瓶费”也是排斥的。

这样的态度更在司法实务界得到印证。北京王先生自带一瓶酒到湘水之珠大酒楼喝完后被该酒楼强收100元“开瓶费”。王先生认为对方是“强制消费者消费”,将湘水之珠大酒楼告上法院。后海淀法院认定“开瓶费”属于不当得利,判决该酒楼返还王先生的100元。至此,北京首起饭店“开瓶费”官司,以消费者得到法院的司法支持而告终。类似的案件还发生在广州、四川、沈阳等地。

因此,无论从学界还是实务界,对于“开瓶费”似乎都深恶痛绝,认为其违反了法律的规定,侵害了弱势群体消费者的权益。

三、“开瓶费”中消费者权益保护的实质问题探讨

如果说,《合同法》尚不足以规制“开瓶费”中出现的法律问题,那么《消费者权益保护法》作为经济法中的一部主要法律,在“开瓶费”问题上,扮演了消费者利益的坚决捍卫者这个角色,在公众普遍接受消费者弱势群体概念的社会,得到了消费者的积极拥护。但是这部法律以消费者的利益为基点,对消费者进行了全方位的保护,这种倾斜式的保护是否有违经济法的公平理念?商务部《餐

^① 该法第9条规定:“消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者,自主选择商品品种或者服务方式,自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。”第10条规定:“消费者享有公平交易的权利。”

饮企业经营规范》明文规定：包间费、最低消费、开瓶费等将在餐馆收费项目中予以明示。商务部的规定又是否是对“开瓶费”等收费项目的默许？

带着疑问，我们先来做取消“开瓶费”的假设。追求利润是资本的本性，商家有赢利的权利。如果强行取缔酒店“谢绝自带酒水”或“开瓶费”的规定，那么酒店肯定要在其他方面寻求利润，因为酒水销售和“开瓶费”是他们的主要利润来源之一，最终还是要转嫁到消费者身上。实践中，南昌市的一家饭庄第一个“吃螃蟹”，记者后来采访了解到，尽管酒店欢迎顾客自带酒水的做法得到大多数消费者的支持，但饭庄最终还是没有摆脱停业的尴尬。当然这里并不排除饭庄经营者自身的管理能力存在问题，但是我们可以发现，取消“开瓶费”事实上不仅没有像消费者预想的那样降低消费，同时也损害了酒店的利益。的确，消费者自带酒水，酒店提供各种服务产生的费用就超过了酒店应该正常承担的费用，会实质影响到酒店的利润甚至生存。

所以，商务部的规范实质是对市场机制的保护，是经济法公平理念的体现，兼顾了消费者与酒店经营者双方的合法权益。酒店可以收取“开瓶费”，在市场机制下定价，制定消费者可以接受的合理的价格。事实上，从1993年开始，餐饮业服务费用就不再列入国家管理的物价范围之内。换言之，餐饮业服务费用由市场自主调节。只要市场竞争充分，消费者就能享受好的餐饮服务。在消费者可以“用脚投票”的情况下，去强行要求餐饮企业不收取“开瓶费”，有点苛求。

该规范规定可以收取“开瓶费”，而依上文所述依据《消费者权益保护法》规定，排斥“开瓶费”，从形式上看，这两个法律文件所保护的利益是相悖的，但是经过实质分析，这两个规范性文件价值是统一的。

商务部的规范规定可以收取“开瓶费”有其形式要求，即在收费项目中予以明示，便于消费者在选择酒店进行消费时予以选择，赋予了消费者自主选择的权利。如果消费者觉得酒店收取的“开瓶费”超过其能够接受的程度，消费者显然会另行选择，因而充分发挥了市场规律的作用，通过消费者的理性选择实现了市场的竞争与优胜劣汰。譬如在我国台湾地区，据《中国时报》报道，“台湾交通部观光局长”赖瑟珍表示，国际观光饭店或一般观光饭店收取的10%服务费，属于市场机制下的消费定价，“台湾交通部观光局”没有法令可以约束禁止该费用。不过，业者必须尽到充分告知顾客的义务，“台湾交通部”将要求旅馆业者明显标示服务费的收取项目及标准。

因此，我们可以得出结论，收取“开瓶费”本身与消费者权益的侵害关联并不大，在理论与实践中的，是收取合理与否的“开瓶费”才真正涉及消费者权益问题，这也是与经济法的理念和精神相契合的。消费者自带酒水，原因就是酒店的酒水价格往往藏着暴利，如果商家的酒水价格较为合理的话，相信消费者也



会做出理性的选择。^①

现今的餐饮业中,经营者们从酒水的高价格或“开瓶费”中赚取利润来维持和促进饭店、酒店的发展是普遍的做法。一方要求公平交易,自主选择,主张免收“开瓶费”;一方要生存,要赢利,主张收取“开瓶费”,双方之间必然产生冲突。因此在经营者与消费者之间也应当有一个公平问题,而不是一味地保护消费者,重点是在双方的权益之间找到一个平衡点,即经营者赚取利润是应当的,但必须在法律允许的范围内定价和经营,而不是随心所欲地漫天要价、乱收费用。

四、经济法的理念

(一)实质公平与正义

从经济法的立法精神看,促进社会主义市场经济的健康持续发展不仅消费者的利益要维护,同时商家的正当权益也应得到尊重和保护。追求利润是资本的本性,商家有赢利的权利。事实上,也没有商家愿意做亏本的生意。在市场经济制度下,每一社会个体增加自身福利的正当途径只有一个,那就是为他人、社会提供更多的产品或服务,以换取和改善自己的福利。在这一制度下,每一社会个体既是消费者,同时也是产品或服务的提供者。这种制度能够调动全体社会成员的积极性,最终使整个社会福利得到提升。这也正是我们确立社会主义市场经济制度,选择市场化发展道路的目的所在。在竞争性行业,经营者都是通过尽可能满足消费者需求的手段来扩大自己的产品或服务销售量,消费者也是在尽可能大范围的比较之后最终选择自己所要购买的产品或服务,双方是相互选择的。消费者要享用好的产品和服务,就需要多支付一些金钱。只要交易过程公开透明,不存在欺瞒行为和强迫交易,就应当认为是公平合理的,就不应当受到责难。任何市场参与者在争取和维护自己权利时,都不能强求他人一方的交易规则。只有这样,才能真正达到社会公平和谐。

因此,收取适当的“开瓶费”并不会造成经营者和消费者权利的“失衡”,而是恰恰在实际中维护了处于不同地位当事人之间的实质上的正义。其行为是

^① 南京有一家大众连锁餐饮企业也曾与消费者有过“开瓶费”之争,企业客源不稳定,效益上不去。2008年夏天,该酒店一招有违传统“行规”的“杀手锏”震惊石城餐饮业:在4家连锁店内开设“酒水超市”,上百种酒类和饮料与超市同价。该酒店负责人告诉记者,开设“酒水超市”半年来,食客天天爆满,没有一人要求自带酒水。虽然毛利率下降了,但各连锁店月营业额却从原来的15万元猛增到20多万元,利润总额大增,且“增长远超预期”。不仅如此,酒店还树立了良好的形象,新开的法式铁板烧餐厅元旦在新街口地区一露面,就受到消费者的热捧。<http://business.sohu.com/20070108/n247489263.shtml>. 2009-02-24.

对消费者、经营者双方利益的平衡和保护,这与《消费者权益保护法》维护消费者权益的精神实质也是一致的。因此,笔者认为在酒吧、水吧等服务场所收取一定金额的“开瓶费”,相对而言是合法合理的。

实质正义是经济法的精神所在,经济法主张的实质正义完全符合以美国罗尔斯为代表的现代伦理哲学所主张的作为公平的社会正义观。罗尔斯认为,人类社会是一个互惠合作体系,即每个人都必须从社会合作所产生的经济利益中受惠,如果在社会合作中那些基于偶然出生而具有较高社会地位和自然禀赋者受惠较多,而较低社会地位和自然禀赋者受惠更少,那么,一种健全而持久的社会基本制度必须包含某种补偿性安排。^①在“开瓶费”法律关系中,消费者的合法权益要重视,经营者的正当利益也要保护,双方的利益都不能弃之不顾。但是从整个制度设计来看,是将消费者的自主选择权、公平交易权作为制度设计的基点进行安排。在此基础上进行制度安排,即法律认可“开瓶费”的前提下,适当合理地进行收取。

罗尔斯在“原始状态”和“无知之幕”的理论假设下,提出了两个正义原则:第一正义原则是平等的基本自由原则,第二正义原则是公平的机会均等原则和差别原则。罗尔斯对第二正义原则的表述是:“社会和经济的不平等应这样安排,使它们在与正义的储存原则一致的情况下,适合于最少受惠者的最大利益;并且,依系在社会公平平等的条件下职务和地位向所有人开放。”罗尔斯的第二正义原则反映了对社会弱势群体的偏爱,“一种尽力想通过某种补偿或再分配使一个社会的所有成员都处于一种平等的地位的愿望”。罗尔斯第二正义原则具有强烈的实质平等和个体关怀思想,旨在保护每一个人的权利都能得到平等的实现。^②

实质公平是经济法对法律公平价值的解释。经济法的公平观是一种和谐的社会公平观,它不同于形式公平、机会公平、代内公平,而是强调分配公平、结果公平、代际公平。经济法强调对消费者、劳动者、被限制自由竞争的经营者等具体人格的保护,充分表明经济法剥去了所谓人格抽象平等、权利机会平等的外衣,而对于“人”进行真实具体的价值关怀。这实际上正是经济法区别于民法的价值取舍。经济法的实质公平完全符合现代伦理哲学所主张的正义标准。

(二)国家适度干预

实质正义需要靠适度的国家干预来实现,在“开瓶费”这个问题上,表现为国家通过制定法律规章对其予以必要的规制,规定“开瓶费”必须明示且定价合

① 廖申白.正义论对古典自由主义的修正.中国社会科学,2003(5):132.

② 何怀宏.公平的正义——解读罗尔斯《正义论》.济南:山东人民出版社,2002:111.