

论德国法上暴利行为的启示

——兼论中国法上显失公平与乘人之危规定

张淼

[摘要]

暴利行为的理论渊源可追溯到罗马法上的“非常损失规则”。在《德国民法典》中，暴利行为被明确规定为违背善良风俗的具体类型，据此其法律后果为绝对无效。我国将其一分为显失公平和乘人之危，其法律后果为可撤销。本文采用法解释学和对比研究的方法，旨在德国民法典体系内探讨关于无效的法律后果以及对无效法律行为转换、确认的价值，同时对中德两国的规定进行对比分析，进一步得出此规定对中国法的启示和建议。

[关键词] 暴利 无效 可撤销

Abstract

The origin of profiteering acts can be traced back to the rule of “laesio enormis” in Roman law. In the German civil code, profiteering acts is defined as a specific principle of public order and good custom. Its legal consequences is absolutely invalid according to the code. The theory of profiteering acts is divided into two theories as “Obvious Unfairness” and “Exploitation of One’s Unfavorable Position” in China, the legal consequences of which are revocable. The legal consequences of invalid conversions is discussed in this paper , as well as the conversion and reorganization at German civil code system. At the same time, by explaining the rules and comparing with laws in German and China, making conclusions that this provided for the enlightenment and proposal of Chinese law.

Key words

Profiteering acts invalid revocable

暴利行为的理论来源可追溯到罗马法时期的“非常损失规则”。早期罗马法的契约恪守“严格形式主义”，只要契约订立的过程是公正的，那么不管财产价格与实际价值存在何种差异，均不影响契约的效力¹。迟至帝政后期，戴克里先帝为平衡市场商品价格，尤其是规制农民贱卖土地行为，颁布了 C. 4, 44, 2 和 C. 4, 44, 8 两个敕令²。以这两个敕令为源头，古罗马学者发展出了“非常损失规则”³。在该规则被优士丁尼承袭后，不仅废除了关于土地买卖的限制，并在中世纪逐渐形成了“公平价格”理论。它历经时代演变，在大陆法中逐渐形成了以法国法确立的“合同损害”与德国法确立的“暴利行为”为代表的两种立法例⁴。

此种语境下的“暴利行为”是在民法领域中进行讨论，指《德国民法典》（*Bürgerliches Gesetzbuch*，以下简称 BGB）第 138 条第 2 款⁵所规定的“某人利用他人处于急迫情势、无经验、欠缺判断力或意志显著薄弱，以法律行为使该他人就某项给付向自己或第三人约定或给予与该项给付明显地不相当的财产利益的，该法律行为尤其无效”。故无特别说明时，《德国刑法典》（*Strafgesetzbuch*，以下简称 StGB）中的“暴利行为”⁶不属于本文研究范围。

¹ [德]海因·克茨：《欧洲合同法》，周海忠等译，法律出版社 2006 年版，第 189 页。

² 由于这两个敕令非本文研究重点，在此不做赘述。这两个敕令内容中译本可见于丁玫老师译著：[意]桑德罗·斯奇巴尼选编《民法大全选译——债 契约之债 I》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 37-38 页。

³ 于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社 2006 年版，第 55 页。

⁴ 李双元、杨德群：“暴利行为比较研究——以‘公序良俗原则’为视角”，载于《湖南师范大学社会科学学报》，2015 年第 1 期，第 80 页。

⁵ 《德国民法典》第 138 条第 2 款，陈卫佐译，法律出版社第四版。

⁶ 《德国刑法典》中规定的暴利行为在某些具体类型上，如房屋租赁暴利、信用卡暴利等在对应的私法领域上为《德国民法典》所规制。此时若这一暴利行为已经触犯刑法，法院在私法领域上的判决并不依据暴利行为的条款判定，而是直接援引第 134 条“因触犯法律禁止性规定而无效”。

BGB 中确立的暴利行为是违反善良风俗的一种特殊情况 (Sonderfall)。设置暴利条款以及如何设置在 BGB 起草过程中争议不断,主要有以下争议:一是有学者认为暴利行为是属于公共秩序的范畴,所以不应作为善良风俗的特殊情况;二是暴利行为通过对主观要件的解释,可以被包含到意思表示瑕疵理论中;三是 StGB 已经创设了关于暴利行为的条款,私法领域仅依 BGB 第 138 条第 1 款关于善良风俗的一般规定即可;四是在当时人们的普遍理念中,任何允许法官基于实质不平等为由而宣布合同无效的规则都是家长式的做法,并有损于法律的确定性⁷。BGB 最终采纳了“善良风俗”学说⁸,把暴利行为独立于意思表示瑕疵理论之外,创制出“不相称关系+附加要素”⁹的构成模式,并作为违反善良风俗的特殊情况。

本文主要讨论德国法上关于暴利行为的规定,兼论暴利行为在中国法中的规定,总结中德民法领域关于暴利行为规定的不同之处,最终得出比较的结论和启示。在此须赘述关于中国法上的暴利行为,《中华人

⁷ 张顺:“非常损失规则与中国民法显失公平制度的重构”,内蒙古大学 2004 年博士论文,第 80 页。

⁸ BGB 第一草案的第 106 条中是同时规定了“善良风俗”和“公共秩序”,但遭到学者的大量批评,故在第二草案中删去“公共秩序”,只保留了“善良风俗”。主要的批评声音有:公共秩序是来自法国法的概念,定义不清晰,且能被善良风俗所包含;梅迪库斯认为公共秩序的概念过于将善良风俗的适用割离于道德方面的考虑,应将公共秩序这一概念仅保留于国际私法中。德国国际私法中的公共秩序不同于民法中的善良风俗,其要解决的是德国法院适用外国法律规范是否与德国公共秩序相符的问题;弗卢梅认为若将公共秩序与善良风俗并列,公共秩序所涉及的也是旨在通过它实现的风俗价值,且公共秩序主要涉及法律秩序的特定原则,但这些原则一特别是基本权利规范,却通常缺乏具体规定判断法律行为在何种情况下令人无法忍受,而善良风俗则赋予其判断标准。因此,不必在善良风俗之外再规定公共秩序;拉伦茨则进一步从语言学的角度反对使用“公共秩序”,认为将法语“公共秩序”译成德语,将造成人们理解上的困难,因为公共秩序涉及公共安全与外部秩序,属于伦理上的中性概念,进而背离了公共秩序的原义。

⁹ 梅迪库斯在其《德国民法总论》一书中提到,“违反善良风俗行为在实践中(以及在历史上)有一个特别重要的适用事例,即暴利行为。这种行为有两项要件,即给付与对待给付之间明显的不相称关系以及一项附加要素。”此处引用梅迪库斯对暴利行为构成要件的划分标准是为了更好地与意思表示瑕疵理论相区分,但本文是否会采取该种划分模式讨论暴利行为的构成要件,理由详见本文的本论部分。

《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）有关的规定还有第五十八条关于“乘人之危”的规定，以及第五十九条关于“显失公平”的规定，此系借鉴《南斯拉夫债务关系法》的经验，将传统民法上的暴利行为规则分为两条¹⁰。故本文对中国法上暴利行为的讨论直接表述为对“显失公平”和“乘人之危”之规定的讨论。

一、德国法上暴利行为的规定

在对暴利行为构成要件进行划分之前，必须明确以下两点：第一，暴利行为仅针对双务财产法律行为，包括买卖、房屋租赁、贷款等。换言之，遗嘱继承、无偿赠与和身份行为等不适用该规定。第二，这里利用他人的劣势地位，他人既包括暴利相对人也包括第三人，如暴利相对人的家属、朋友等。

（一）暴利行为的构成要件

如何划分暴利行为的构成要件，如上文脚注 9 所述，梅迪库斯对此是从不相称关系与附加要素两方面进行讨论。所谓附加要素“要求[行为人]是在‘剥削[对方的]窘境、无经验、欠缺判断力或重大的意志耗弱[的情况下]’得到这一过分的约定的”¹¹。毋宁说，不相称关系是暴利行为呈现出来的关于给付与对待给付的明显不相当，提现其客观要件的要求

¹⁰ 梁慧星：“市场秩序与公序良俗原则”，载于《中国社会科学院研究生院学报》，1993年第6期，第24页。

¹¹ [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2013年版，第542页。

(die objektiven Voraussetzungen); 附加要素实则包括了暴利人故意“利用”的主观心理和暴利相对人主观上处于劣势地位两方面, 亦即暴利行为的主观构成要件 (die subjektiven Voraussetzungen)。因此, 本文在梅氏划分基础上进一步细化, 从客观和主观两方面进行分析, 其中主观方面区分暴利人和暴利相对人。

1. 暴利行为的客观方面

暴利行为的客观方面体现为给付与对待给付的明显不相当 (auffälliges Leistungsmissverhältnis)。但何为明显不当, 立法技术上并没有给出具体量化的标准。迪特尔·施瓦布认为, “给付与对待给付必然是——以市场通行的情况来衡量——肯定是不等值的。不相称必须达到这样一个程度, 也即以市场活动的本质无法对之做出解释的程度……”¹²。汉斯·布洛克斯则认为在各个法律行为中应考虑个案中的全部情况, 例如风险分担、行为的投机性、一般市场情况、市场常规¹³。不管是施瓦布提出的根据市场通行情况衡量还是布洛克斯认为要考虑的全部情况, 都不存在统一的判断标准。笔者认为, 只有在收集大量案例的基础上做出类型归纳, 抽象出影响判断的各种因素之共性。尽管如此, 实务审判技术上只能依类型化归纳为基础案例, 对个案之判断予以参考, 仍旧无法得出具体判断标准。唯一能确定的是, 法官行使自由裁

¹² [德] 迪特尔·施瓦布:《民法导论》, 郑冲译, 法律出版社 2005 年版, 第 480 页。

¹³ [德] 汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克:《德国民法总论 (第 33 版)》, 张艳译, 杨大可校, 中国人民大学出版社 2014 年版, 第 150 页。

量权仅依客观给付情况来判断，而不必考虑给付对合同一方当事人的特殊利益¹⁴。

除此，在认定一项法律行为是否属于暴利行为规定的明显不相当情况，以其实施时间(Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts)为准。即使事后在合同的履行中产生明显不当的给付与对待给付，这都不影响先前法律行为缔结。但是联邦法院的一项判决(BGH WM 77 399)却认为，事后的补充协议对等价物在暴利条款的意义上具有相当大的破坏¹⁵。

2. 暴利行为的主观方面

如上文所述可知，罗马法上的“非常损失规则”逐渐演变成法国和德国两种不同的立法体例：法国法规定了客观标准，而德国法则在客观上去标准化，采取引进主观评价的做法。因此，主观要件对认定一项行为是否属于暴利行为具有重要意义。不仅如此，“即使导致暴利行为的乘人之危尚不足以构成意思表示瑕疵时，只要暴利行为本身违反善良风俗，暴利行为条款即可适用”¹⁶。换言之，暴利行为本身就是在意思表示瑕疵理论之外的一种与意思表示受限制相关的法律行为。

(1) 暴利人的主观方面

暴利行为中要求暴利人有意识地去利用(bewusste Ausnützung)暴利

¹⁴BGH WM 69 836=LM 4 a Ba zu § 138, 转引自 Gerda Krüger-Nieland und Hannelore Zöller, Kommentar, 12, neu bearbeitete Auflage 1982, Verlag Walter de Gruyter Berlin New York, S.85, 原文表达为 dagegen ist das besondere Interesse eines Vertragsteiles an der Leistung ohne Belang (BGH WM 69 836=LM 4 a Ba zu § 138).

¹⁵ 同前引注 13, 第 86 页。

¹⁶ 同前引注 4, 第 82 页。

相对人所处的劣势情境，疏忽大意(fahrlässige Ausnützung)的可能被排除在外¹⁷。此时并不必然要求暴利人以获取暴利为动机，是否具有损害的意图也在所不问。甚至“依暴利相对人的‘请求’而实施的行为也可以构成暴力者的‘利用’”¹⁸。

然而，此种主观上的“肆意利用”在实际案例中着实不好证明。尤其是依据该条款主张法律行为无效的举证责任一般由暴利相对人承担，司法判例在这里试图改善遭受不利的那一方当事人的境况¹⁹。若给付与对待给付之间的失衡已满足第2款的客观条件，且法律行为本身已触犯第1款的基本规定，即使主观条件尚未满足，也可依违反善良风俗认定无效；若无法直接认定法律行为违反善良风俗，司法判例²⁰对以下情形推定为构成违反善良风俗：即获得优惠的一方在订立法律行为时系出于卑鄙意念（Verwerfliche Gesinnung）行事。如果价值不相称表现得极其显著，则推定为意念卑鄙。

（2）暴利相对人的主观方面

1976年9月1日正式生效的第一部《经济犯罪作斗争法》（Das erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976，以下简称 BGBl. I 2034）对以下概念进行更换：用“急迫情势（Zwangslage）

¹⁷ Mayer-Maly, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1978, Verlag C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, S. 860.

¹⁸ [德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社2013年版，第451页。

¹⁹ 同前引注11，第481页。

²⁰ 《联邦最高法院民事裁判集》，第146卷，第298页、第302页；第154卷，第47页、第52页，转引自迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社2005年版，第481页。

21”代替“穷困窘境（Notlage）”，用“欠缺判断力（Mangel an Urteilsvermögen）或意志显著薄弱（erhebliche Willensschwäche）”代替“轻率（Leichtsinn）”。

急迫情势相比穷困窘境而言，所包含的范围更大。在司法判例中认为，穷困窘境更多地指向经济上的劣势地位，且对于穷困窘境能否包含在生活中存在危险、健康方面等适用有所疑义。而急迫情势能够包含经济存在危险（wirtschaftliche Existenzgefährdung），甚至还扩大到心理压力（psychologischer Druck）、人际关系（politische Verhältnisse）、困境（Bedrängnisse）、健康状况（gesundheitlichen Zustand）等²²。毋宁说，急迫情势包含了每一种真正的困境，这些困境使暴利相对人必须接受上述行为，并把它作为两害相权取其轻的办法²³。

缺乏经验（Unerfahrenheit）是指缺少相应的生活经验以及与该法律行为相关的专业知识。缺乏经验可以是因太年轻或岁数过大、精神有缺陷或障碍等，但均不足以构成无民事行为能力。但缺乏经验不同于缺乏专业知识，正如一个青年旅社的老板订立台球设备买卖合同，不能以缺乏对台球的专业知识而援引缺乏经验进行抗辩。

欠缺判断力和意志显著薄弱都是“轻率”的表现，其两者界限有时并非十分清晰。一般而言，欠缺判断力是指在双务行为中缺乏对行为的

²¹ 对“Zwangslage”另一常见的翻译为“受强制地位”，相对“急迫情势”这一译法而言更能体现出于与“Notlage”的不同。但由于上文关于暴利条款的翻译采用陈卫佐先生的译注，故未为得上下文统一，本文中对“Zwangslage”的译文均采取“急迫情势”这一表达。

²² 同前引注 13，第 88 页。

²³ [德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社 2003 年版，第 623 页。

优缺点（die Vor- und Nachteile des Geschäfts）进行评价、判断的能力；意志显著薄弱多指存在精神障碍或是受毒瘾、酒瘾影响。相对于欠缺判断力，显著的意志薄弱更须注意当事人的习惯倾向²⁴。

（二）暴利行为的法律后果

暴利行为的法律后果表现为不仅负担行为无效，处分行为也无效，且为绝对无效。这种如此严厉的法律后果是基于 19 世纪 60 年代德国废除对利息限制的立法，以致高利贷现象猖厥，信用暴利演变为极为严重的社会问题²⁵。但是该立法模式被其他国家、地区所借鉴后，其法律后果并非绝对无效。

如瑞士债法典第 21 条不公平之合同“因一方占有扣押物、缺乏经验或者不顾对方的需要等，致使双方当事人之对待交付明显不公平的，受有损害的一方可以在一年内请求撤销合同，并可要求返还已支付的对价。”即暴利行为的法律后果为可撤销且有一年的除斥期间；台湾“民法典”第 74 条规定“法律行为系乘他人之急迫、轻率或无经验，使其为财产上之给付，或为给付之约定，依当时情形显失公平者，法院得依利害关系人之声请，撤销其法律行为或减轻给付。”即暴利行为的法律后果为可撤销或得以减轻给付。由此可见，瑞士、台湾对暴利行为采取较为缓和的处理，此时法律行为的效力取决于有撤销权人是否在规定时间内行使撤销权。换言之，法律给予当事人重新补救该法律行为的机会，

²⁴ 黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 350-351 页。

²⁵ 杨德群：“公序良俗原则比较研究”，湖南师范大学大学博士论文 2014 年，第 173 页。

而这正是基于民法的基本理念——尊重当事人的意思自治。

就比较法的现行发展趋势而言，德国法上关于暴利行为无效的法律后果惹来许多批判，主要有以下四个方面：一是认为制裁太过严厉，在实际审判中甚少适用；二是关于主观条件的认定操作性不强，处于弱势一方的暴利相对人承担举证责任更是陷入不利地位；三是暴利的存在并不比欺诈、胁迫等更违反公序良俗原则，因此应对它们作同等对待，亦即赋予受损害的当事人以选择的权利²⁶。四是直接以法律条文对该行为作出否定性评价，当事人无补救机会，不符合私法自治的精神。对于这些批判，笔者在下文会详细阐述其不合理之处，故于此不赘述。

二、中国法上关于显失公平和乘人之危的规定

民法领域中关于显失公平的法条依据可见于《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第 59 条第（二）项、〈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〉（以下简称“民通解释”）第 72、73 条以及《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第 54 条第（二）项；关于乘人之危的规定可见于《民法通则》第 58 条第（三）项，民通解释第 70 条以及《合同法》第 54 条第二款。

关于显失公平的构成要件，学说上主要有双重要件说和单一要件

²⁶ 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示公平”，载于《法律科学》2001 年第 3 期，第 118 页。

说。双重要件说的主要依据是民通解释第七十二条的规定，“一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利与义务明显违反公平、等价有偿原则的，可以认定为显失公平。”由此认为显失公平的合同包括两个构成要件：在主观上，一方有利用优势或利用对方轻率，没有经验的故意；在客观上，当事人在给付与对待给付之间利益失衡²⁷。单一要件说则只需客观上给付与对待给付不均衡，持此观点的学者认为，显失公平只考虑结果，这就免除了受害人就显失公平的发生原因进行举证的责任，从而免除了受害人因欺诈、胁迫举证不能而败诉的危险，充分保护了受害人的合法权益，保证了民法公平、等价有偿基本原则在实践中的贯彻和运用²⁸。依法律规定，显失公平的合同为可撤销合同。

所谓乘人之危，根据民通解释第七十条“一方当事人乘对方处于危难之机，为牟取不正当利益，迫使对方作出不真实的意思表示，严重损害对方利益的，可以认定为乘人之危。”其要件有三：一是一方乘对方处于危难；二是受害人迫于危难状态；三是严重损害对方利益为法律所允许的。在《民法通则》中，乘人之危被认为与胁迫、欺诈行为一样主观恶性更大，故其法律后果为绝对无效；但在《合同法》中，将乘人之危合同列入可撤销的范围，其法律后果是否无效取决于可撤销权人的权利行使。

如上文所述，传统的暴利行为在中国法上被一分为二，分别见于显

²⁷ 郭明瑞主编：《合同法学》，复旦大学出版社 2005 年版，第 96 页。

²⁸ 李永军著：《合同法（第三版）》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 109 页。

失公平和乘人之危。两者在概念的内涵、外延以及构成要件等诸多方面有许多相似甚至相同之处，如何清楚区分二者之间的关系学说上也有所争议。王家福先生认为，当显失公平是由乘人之危引起时，应按乘人之危的规定予以救济²⁹。李永军老师则认为，乘人之危的情形可以在胁迫和显失公平制度中得到妥善的解决³⁰。而郭明瑞先生则认为显失公平应当作为兜底条款，因为“欺诈、胁迫、乘人之危、重大误解等均会导致当事人之间利益失衡造成显失公平的结果，但这些大都作为独立的可撤销的原因而适用，因此显失公平应指除此之外”³¹。虽然显失公平和乘人之危的关系并非十分明晰，但是不可否认，在中国法上二者均是违反了意思表示自由和真实，属于意思表示瑕疵的类型。

三、两国关于暴利制度的不同之处及启示

综上所述，两国法律上对于暴利制度的规定主要有以下的五处不同：第一，德国法上把暴利行为作为统一条款，中国法上分见于显失公平和乘人之危；第二，德国法上的暴利行为是作为违反善良风俗的特别条款，是法律明文规定的违反善良风俗的类型。而中国法上的显失公平和乘人之危则为法定的可撤销合同的事由，于违反公序良俗原则没有必然联系；第三，德国法上的暴利行为违反的是善良风俗，而中国法上的

²⁹ 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年，第 352 页。

³⁰ 同前引 28，第 111 页。

³¹ 同前引 27，第 96 页。

显失公平被认为违反了民法的公平合理原则³²，而乘人之危则是违反了诚实信用原则和公共道德³³；第四，德国法上的暴利行为是作为意思表示瑕疵理论之外的一种对意思表示的救济，而中国法上把显失公平和乘人之危划分于意思表示瑕疵类型中；第五，德国法上关于暴利的法律后果是绝对无效，而中国法经《合同法》对乘人之危后果进行修正后，显失公平和乘人之危均为相对无效。

虽然德国法上的暴利行为与我国的显失公平和乘人之危并不尽相同，但其条款在民法典体系中的设置以及实务操作中的裁判技术值得我们学习。当然，在此之前，笔者需就上文对暴利行为的批判一一作出回应：上述对于暴利行为法律后果的批判不无道理，但笔者认为，这种批判更多地是基于孤立看待该条款，甚至是把实务上对该条款操作的难易程度用来衡量其存在的合理性。这种做法是本末倒置的，笔者并不赞同。本文旨在民法典体系下探讨该条款法律后果的合理性，主要基于以下三个理由：

第一，暴利行为在德国法体系下不能采取可撤销的法律后果。BGB第142条规定了法律行为的可撤销性，其涉及错误（第119条）、胁迫和恶意欺诈（第123条）、以及延误遗产拒绝期限的情形（第1956条）的事实构成。亦即除延误遗产拒绝期限特殊规定外，只有意思瑕疵的法律行为才能撤销。正如先前所讲，暴利行为是在意思瑕疵理论之外的建

³² 王利明、房绍坤、王轶著：《合同法》，人民出版社2004年版，第161页。

³³ 同前引32，第166页。

立的原因+结果的结合规则，自然其法律后果不能采用可撤销性。

第二，无效的法律行为在 BGB 体系内还有三种救济途径，分别是 139 条的部分无效，140 条的转换以及 141 条的认可。尤其是 139 条和 140 条分别被认为是对无效法律行为关于量和质上的救济。由于法律明文规定，暴利行为的当然无效是全部无效，因此排除 139 条的适用；拉伦茨认为违反善良风俗的行为不能通过转换确认有效，否则暴利人能通过降低利息来换取意欲之法律后果不会被全部否定，但布洛克斯则认为某些违反善良风俗的行为是可以通过转换确认有效。然而遗憾的是布洛克斯并未对此进行进一步论述或是引征司法判例，故依德国学界通说（即拉伦茨的看法）将 140 条排除适用；但当暴利相对人在了解暴利行为无效之后对该无效的法律行为进行认可，此时该认可被视为是法律行为的重新实施。只要此时暴利相对人的主观认识上清楚理解自己并没有被利用，那么此种认可则能使无效的法律行为生效。毋宁说，无偿赠与这种在经济效果上表现为“全无”的法律行为符合构成要件时有效，那么举重以明轻，经济上“暴利”行为在合意达成的基础上也是有效的。这亦是法律条文内部体系赋予的暴利相对人的救济途径，并非如上述批判而言当事人无补救机会。

第三，关于实践上的可操作性。除上文提到的关于“卑鄙意念”的推定，总体而言，司法判例对主观要件的认定趋于缓和。根据 1991 年《联邦最高法院，新法学周刊——判例报告》第 589 页指出，“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”，甚至在司法实务中出现“准暴利”的概念。所谓“准暴利”即是根据第2款的主观要件不符合，但根据第1款认定无效，此种处理方式对不合理的分期付款具有重要意义³⁴。

基于上述的论证可知，暴利行为的法律后果独立于意思瑕疵制度的可撤销性，其无效性又有法律体系内的救济途径。在实务操作中，弱化了主观的评判标准，使得法官的自由裁量权更加灵活。正是由于制定法的确信性与判例的灵活运用相结合，笔者认为当下德国法中关于暴利行为的构成要件尤其是法律后果并不需要进行修正。然而，借鉴此种立法体例的国家、地区等，对法律后果作出不同的规定，更重要的是法律的借鉴、移植要符合自身的法律体系要求，避免在法律制度或法律适用上出现混乱。

因此，笔者认为就德国法上关于暴利行为的设置可带来的启示和建议有如下几点：第一，显失公平吸收乘人之危。将两者归一，回归到民法传统暴利理论，免去关于二者如何区分等无谓争论；第二，在构成要件判断上坚持采取单一要件说。若采取双重要件说，则在现实中对主观要件的认定过于困难。德国法的实践表明，近年来对主观标准的要求趋于缓和，甚至提出“准暴利”的概念。这是由于BGB第138条第1款作为一般条款，即使行为因缺乏主观要件而无法认定为暴利行为，也可依违反善良风俗认定无效，而我国法上却没有此种救济。第三，将显失

³⁴ 同前引12，第150页。

公平排除在意思表示瑕疵类型之外。采取单一要件判断，只需依据客观方面而不须考虑行为人主观方面的想法。若主观要件上能够认定意思表示出现不真实、不自由，则在意思表示瑕疵制度内解决问题，除此之外交由显失公平和乘人之危。换言之，显失公平是独立于意思表示瑕疵之外，只需依据表示理论进行判定。第四，显失公平的法律为可撤销。因为德国法上有无效法律行为转换和确认这一制度，故暴利相对人仍在民法典体系内重新救济其法律行为；而我国法上并没有相关规定，故赋予暴利相对人可撤销权是基于同样的考虑，一是尊重私法自治，二是防止大量无效合同出现，不利于市场交易效率和稳定。

他山之石，可以攻玉。评价一个法律条文的好坏，应当将其放置在法律体系内进行评价；评价一部法律的优劣，应当考虑其社会生活的现状和适用对象的反馈。正值中国民法典编撰的前夕，立足于本国社会现状和法律体系，借鉴域外观点为我国所用，更是需要每一代法律人之为之奋斗！

参考文献

中文专著：

1. 郭明瑞主编：《合同法学》，复旦大学出版社 2005 年版。
2. 黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社 2002 年版。
3. 李永军著：《合同法（第三版）》，中国人民大学出版社 2012 年版。
4. 王家福主编：《中国民法学·民法债权》，法律出版社 1991 年。
5. 王利明、房绍坤、王轶著：《合同法》，人民出版社 2004 年版。
6. 于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社 2006 年版。

中文译著：

7. [德]海因·克茨：《欧洲合同法》，周海忠等译，法律出版社 2006 年版。
8. [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2013 年版。
9. [德]迪特尔·施瓦布：《民法导论》，郑冲译，法律出版社 2005 年版。
10. [德]维尔纳·弗卢梅：《法律行为论》，迟颖译，法律出版社 2013 年版。
11. [德]拉伦茨：《德国民法通论》，王晓晔、邵建东、程建英、徐国建、谢怀栻译，法律出版社 2003 年版。
12. [德]汉斯·布洛克斯、沃尔夫·迪特里希·瓦尔克：《德国民法总论（第 33 版）》，张艳译，杨大可校，中国人民大学出版社 2014 年版。
13. 陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社第四版。

中文期刊：

14. 李双元、杨德群：“暴利行为比较研究——以‘公序良俗原则’为视角”，载于《湖南师范大学社会科学学报》，2015 年第 1 期。
15. 梁慧星：“市场秩序与公序良俗原则”，载于《中国社会科学院研究生院学报》，1993 年第 6 期。
16. 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示公平”，载于《法律科学》2001 年第 3 期。

硕博学位论文:

17. 杨德群:“公序良俗原则比较研究”, 湖南师范大学大学 2014 年博士论文。
18. 张顺:“非常损失规则与中国民法显失公平制度的重构”, 内蒙古大学 2004 年博士论文。

外文专著:

19. Gerda Krüger-Nieland und Hannelore Zöller, Kommentar, 12, neu bearbeitete Auflage 1982, Verlag Walter de Gruyter Berlin New York.
20. Mayer-Maly, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1978, Verlag C:H. Beck'sche Verlagsbuch-handlung.

缩略语表

德语缩写	德语全称	中文释意
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch	德国民法典
StGB	Strafgesetzbuch	德国刑法典
BGBI	Das erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität	德国经济犯罪 作斗争法