

从处理国有企业不良资产看合同法“显失公平”制度

林子峰

(湖南大学法学院, 湖南省、长沙市, 410082)

摘要: 国有资产流失是我国国企改革中的突出问题, 其中重要的原因就是国有企业不良资产的处置不当, 使其中一些受让人攫取利益, 造成较大负面影响。法院作为司法机关, 应在相关判决中承担维护交易公平与社会稳定的作用。笔者认为, 要达到这一点, 法院只有正确理解并贯彻“显失公平”制度。笔者对合同法中“显失公平”制度进行探讨并结合实际, 提出了规制国有资产转让的建议。

关键词: 不良资产; 合同法; 显失公平

中图分类号: D923.6 **文献标识码:** A

一、处理国有企业不良资产与“显失公平”制度

笔者家乡位于东北老工业基地, 从上世纪九十年代起国企进行改制, 但是改制的过程中出现了“一夜暴富”的现象。其中原因, 简单来说, 就是资产管理公司折价出售债权, 买受方全额追索, 从金融资产管理公司受让债权, 从中牟利。国企改制前, 由于政策、政府、企业自身、政企不分等诸多原因形成巨额不良债权, 这些债权被资产管理公司吸纳。资产管理公司以更低的价格进行二次转让, 购买者则向法院提起诉讼实现债权。这样“以小博大”, 焉能不“一夜暴富”。比如 2005 年 10 月, 中国信达资产管理公司沈阳办事处作为原告, 起诉沈阳电机公司、沈阳凿岩机械公司和沈阳气体压缩机厂等三家国企, 要求偿还 8095 万元的银行贷款。沈阳市中级人民法院判决裁定冻结沈阳三家国企的银行存款, 以其存款偿还, 如存款不足则查封企业其他财产。其实企业所欠贷款正是 2004 年由交通银行沈阳分行转让给信达资产管理公司的, 转让价格仅仅为企业债务的一半, 而资产管理公司在受让债权后却要求企业全额还款。“羊毛出在羊身上”, 最后受到打击的还是上述三家企业的职工。诸如此类的判决, 使百姓对政府、法院怨声载道, 而且造成国有资产流失、职工下岗上访等诸多社会问题。严重践踏了政府机关、法律部门的尊严和公信力。

对于这样的处理不良资产造成国有资产流失的问题, 许多专家从资产管理经营管理模式、监管制度、金融途径上提出了很多真知灼见。但是对于其中重要一环的司法审判, 则提及不多。不良金融债权转让及相关纠纷案件的审理, 关系到国有资产的保护, 关系到国有企业职工的切身利益, 对于此类案件的处理, 不能与一般债权转让案件同等处理, 法官要综合考虑法律、经济、社会等诸多方面因素, 否则就会造成一系列的社会问题。笔者认为, 要想解决上述问题, 不仅要从制度上约束, 更主要的是, 从理论的高度上, 高屋建瓴, 夯实法理基础, 为审判提供精神支撑, 其中关键在于对“显失公平”的理解和适用。

二、对“显失公平”的理解与适用

我国《民法通则》中规定了显失公平作为法律行为瑕疵之原因, 其是对双方权利义务不对等从而造成一方经济利益受到重大损失的情形的调整, 法律后果是将合同予以撤销, 这体现了公平原则, 更是对公序良俗中的诚实信用的维护, 对合同关系中弱势的一方具有重要的意义。

在《合同法》第 54 条中这样规定: “下列合同, 当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销: (1) 因重大误解订立的; (2) 在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立的合同, 受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。当事人请求变更的, 人民法院或者仲裁机构不得撤销”。《民法通则》第 59 条也规定显失公平是可撤销民事行为的原因。

这一制度的源流可追溯至古罗马时代的“非常损失规则”, 在戴克里先皇帝时代确立, 具体为: 在不动产的价金低于其价格的一半时, 遭受“非常损失”的出售人有权请求撤销买

卖。在东罗马帝国查士丁尼一世时期，将这项限制扩大适用，并且加以推定，如果一方获得了双倍于自己所提供的金钱的利益，则对方当事人遭受了损失，推定受损者并非出于真心，可撤销该买卖合同。但是此项制度也存在缺陷，只要存在所谓从数量上衡量的“非常损失”，受一方就可主张合同无效，这忽略了合同主体的意志因素，也不适应千差万别的实际情况，而所依据的公平价格又不能绝对化。德国民法在继承这一原则的力求使交易公平的精神的基础上，把目光从侧重进行数量上的评价，到关注合同双方给付的不正常失衡上。《德国民法典》第138条第2款中将暴利行为视为违反善良风俗的特殊情况，暴力行为的构成不仅要求获得明显不相当的财产利益，还要求“利用他人处于急迫情事、无经验、欠缺判断力或意志显著薄弱”。也就是说，德国民法从客观损失转向了“客观损失+主观损失”的模式。并且，这样的暴力行为是建立在“善良风俗”的基础之上，这就为法官的使用提供了广阔的空间，能够很好的适应社会的发展。在美国，“显失公平”又得到了新的发展，1952年美国《统一商法典》第2-302条规定，“如果法院作为法律问题发现合同或合同的任何条款在制定时显失公平，法院可以拒绝强制执行，或仅执行显失公平部分之外的其它条款，或限制显失公平条款的适用以避免显失公平的后果。”其允许法院直接判断合同条款是否有违公正。在美国法院之实践中，发展出以“实质上显失公平(substantial unconscionability)”与“程序上显失公平(substantial unconscionability)”的概念为判断是否“显失公平”的模式。即契约之内容须不合理地有利于一方当事人，以及当事人在订立契约时缺少“有意义的选择”。由于美国非常重视消费者权益保护，并走在世界前列，所以美国法院多将此规定适用于保护处于弱势经济地位的消费者与解决格式条款带来的不公平。

在近代德国，“显失公平”在司法实践中又得到了发展，德国联邦最高法院通过判决，确定了这样的规则：在不具备第138条第2款的法定情形时，如果可以确定在合同中的给付与对待给付之间客观上存在着明显的、特别重大的不相称，则推定交易相对方具备“利用”的主观要件，也就是其“利用”了对方，那么该合同行为因第138条第1款违反善良风俗无效。换言之，对于主观要件方面进行了淡化。德国学者拉德布鲁赫在其著作《法学导论》中曾云：“法律上所谓契约自由，在现实生活中，成为社会上强者之专制的自由以及社会上弱者之专制的服从。”也就是说，在现实生活中，合同订立的双方其力量往往是不对等的，纯粹的客观的显失公平，是不足以真正判断披着合法外衣的不对等给付的。同时，为了平衡受害人的举证困难，法律适用推定规则，以保护受害人的利益。也就是说，显失公平是基于其客观性特征之上，落脚点还是在于法律行为的正当性。

而我国《民法通则》上的显失公平不同于美、德等国，我国法律并没有如美国法一样强调程序，而是继承了德国法上的“暴利行为”思想，并一分为二，对于暴力行为的客观要件，确立了显失公平规则；对于主观要件则规定为“乘人之危”。对我国订立的显失公平制度多是从公平原则角度加以解读，笔者认为，显失公平，背后蕴藏的不仅是客观上的公平，还有“公序良俗”的要求。对于“显失公平”，《民通意见》72条规定：“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，可认定为显失公平。”也就是说，“显失公平”是主客观相统一的，落脚点是客观损失，主观上则是“利用”，那么，仅仅用契约上的“公平”来解释就不够圆满，这里的“利用”，就是欺骗，是善良风俗所不能容忍的，因此，“公序良俗”也是“显失公平”的根基之一。对于“显失公平”有单一要件说和双重要件说，单一要件说认为只需客观就可认定“显失公平”，而双重要件说则要求主客观相统一，既有客观利益重大受损，又有主观利用对方。笔者认为，一方面，单凭客观认定显失公平是不充分的，因为严格的客观标准，从其产生上就有局限，更不能适应快速变化的社会以及因时因地变化的合同履行情况。而主观的因素就要被考虑进来；另一方面，严格的双重要件说扭曲了制度原意，对《意见》第72条我们不能要求要主客观都必须具备，才能认定“显失公平”。否则就给居心叵测之人以可乘之机。例如篇头所说的不良资产转让，主观要件的证据，受损一方很难甚至根本无法举证，而地方政府又无驱动力对此行为加以规制，那所剩的只有不断的上访和“维稳”了。那么一切看起来都是“合法”，损

失最终还是转嫁到普通职工、工人身上。德国“显失公平”制度的发展就说明了这一点：在主观要件有不足而客观要件程度很高，也就是一方的利用“看上去”不明显，甚至“合法”，但是攫取了巨额且远远超出正常商业活动市场水平的利益差额时，因为违反了“公序良俗”，仍然认定为“显失公平”。这种客观上权利义务的极度失衡，是通过事实推定来认定显失公平的。那么为何我国会出现篇头所述之情况呢？原因就在于，立法时，将“显失公平”归结到客观范畴，与“乘人之危”相对应，但适用时，又发现没有主观要素就无法操作，所以又加上主观要素，结果不伦不类。法院在执行时，此亦可彼亦可，而且，毫不讳言，法院的审判受到行政因素、经济因素的多重干扰，那就更无动力认定此等债权受限了。

笔者认为，首先，要从所谓的“要件”入手，但不能因此死抠教条。“显失公平”，最终还是要保护交易安全，维护弱势一方利益的，一方已经遭受如此严重的利益损失，再死抠要件不放，又有何意义？单一的客观要件说将显失公平的衡量标准仅仅限于客观上的不公平，有违意志自由、合同自由；过分强调双重要件说则限于理论窠臼，可能有损于弱势群体基本生存权利。二者折中，应以双重要件为主，单一要件为辅，无疑是最为合理的选择。其次，“显失公平”不仅是实质上的公平，更有程序上的，与“公序良俗”相连结。

三、在不良资产转让中对“显失公平”的具体运用

具体到金融不良债权的转让导致国有资产流失这一问题上，笔者认为，应将“显失公平”贯穿到审判当中。国有资产流失的“一夜暴富”，利用的就是转让价格与债权追索价格的巨大差异，法院应该依职权加以限制，将“显失公平”与“公序良俗”结合起来，对于显失公平的合同可以因“损害公共利益”、“禁止暴利”加以强行性规制。也就是说对于这种“剪刀差”悬殊的债权转让，法院可以认定无效或可撤销，将不良债权转让人作为有独立请求权的第三人，赋予其撤销权及追偿权，从而赋予国企相关人员维护自身权利的可能。“显失公平”，还应更多关注程序的要求，实现程序正义，也就是说，对于合同的订立、效力等诸多方面都要进行详尽的审查，在不良资产转让的过程当中要严格程序的规定。从具体制度建设而言，法院应要求转让合同除商业秘密外在法庭上予以公开，若受让人拒不公开，则视其具有“显失公平”的主观要件，也就是说，这里运用事实推定，举证责任应为受让人；公告程序时严格审查，审查转让公告中载明的资产的实际情况，审查公告公示内容的合法性，使公告真正能增加不良资产转让行为的透明度；对受让主体资格也要进行严格审查，避免关联交易侵吞国有资产；现在我国并没有专门的法规对不良债权转让合同的效力问题做出规定，并且，此种转让合同标的是国有资产，若转让违法违规则会带来国有资产流失，损害公共利益，造成社会的不稳定。因此，法院作为司法机关的重要防线，在审理涉及不良债权转让案件时，应主动对转让合同效力进行审查。

同时，笔者坚持认为若“显失公平”，则合同应为无效（因违反“公序良俗”），那么，在审查合同时，要重点关注以下情形，若有其一，应认定债权转让合同无效：（一）、内部交易、私下处置；（二）、债务人或担保人为国家机关的；（三）、未经符合资质的评估机构履行评估手续而私自转让的；（四）、未采取公开拍卖等竞价方式进行转让或参与拍卖人数过少的；（五）、转让不得对外公开转让的债权的；（六）、受让人为公务员、金融监管机构工作人员、国有企业债务人管理人员、参与资产处置工作的律师、会计师、评估师等中介机构关联人或者关联人等参与的非金融机构法人的；（七）、参与不良债权转让的资产公司工作人员与国有企业债务人、受让人、受托资产评估机构负责人员等有直系亲属关系的；（八）、合同约定或实际支付转让价格明显低于市场估价的。

在“显失公平”的适用中，有一个问题不得不提，那就是对显失公平的适用应比照对原则的适用一样，要予以适当的限制，不仅是在于有具体规定优先适用具体规定，更在于适用的范围。国外发达国家的立法例也证明了这一点。“显失公平”应主要适用于消费者保护，不良资产转让等关系弱者权益又十分重大的领域。消费者比起商家，势单力薄，专业知识缺乏，而不良资产转让的关联方，包括国企职工等，则更是处于弱势地位。但是对于正常的商

业活动等缔结的合同，仍然要贯彻合同自由的原则，法院于一般情况下不应以“显失公平”为由进行干涉。也就是说，“显失公平”是有其边界的。

对于不良资产转让，运用“显失公平”的前提就是客观的标准必须加以明确、科学、合理。这样的标准，不能只是笼统的定性，更应该具体的定量。比如《法国民法典》在第1674条规定，“出卖人买卖价格过低，显失公平，因此受到的损失超过不动产价款总额十二分之七的，有权请求取消此次买卖，即使其在合同中明示抛弃此项请求权或公开声明其赠与超出部分的价值，也同样处理。”同时应重视案例的指导作用。各个案例之间应该前后协调，思路一致，各个案例应该说理充分，兼顾社会与经济效应。这样才能更好的树立法院的权威与法律的尊严。

在执行上，要增强不良金融债权处置程序的透明度，力求交易公平合理。我们可以对债权请求权加以限制，在转让时规定受让方经过一段时间后不得再要求债权，还可从价格上規制，如实现债权时不得高于受让价格一定比例。非常重要的一点是，赋予一部分债务人以优先购买权，比如国有企业所在地的人民政府，这样能避免国企被转给私人之后“自生自灭”的窘境，对企业生存转型，对地方经济、社会秩序的维护，都具有重要意义。

参考文献

- [1] 德国民法典（第4版）.陈卫佐译注[M].北京：法律出版社，2015
- [2] 美国《统一商法典》及其正式评述.美国法学会,美国统一州法委员会著.孙新强译[M].北京：中国人民大学出版社，2004
- [3] 法国民法典.罗结珍译.[M].北京：北京大学出版社，2010
- [4] 中华人民共和国民法通则[M].北京：中国法制出版社，2017
- [5] [德]迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M].北京：法律出版社，2000：543
- [6] [德]拉德布鲁赫.法学导论(修订译本)[M].北京：商务印书馆，2013：647
- [7] 罗马法原论.周榘[M].北京：商务印书馆，2014
- [8] 朱颖俐.论我国显失公平制度的缺陷及其重构[J].南昌大学学报(人文社会科学版)，2011,42(06)：75-80
- [9] 曾大鹏.论显失公平的构成要件与体系定位[J].法学，2011(03)：133-140.
- [10] 刘晓晗.我国显失公平制度的问题与完善[J].法制与社会，2016(14)：40-42

On the System of "Unconscionability" in Contract Law from the Perspective of Dealing with Non-performing Assets of State-owned Enterprises

Lin Zifeng

(Hunan University, Hunan, Changsha, 410082)

Abstract: The loss of state assets is a prominent problem in the system reform of state-owned enterprises in China. Some of the assignees use the court to grab profits, resulting in adverse effects. As the judicial authority, the court should bear the responsibility for maintaining fair transaction and social stability in relevant judgments. The author thinks that only when the court understands and implements the principle of "unconscionability" can the court play its due role. The author probes into the principle of "unconscionability", and puts forward some suggestions on regulating the transfer of non-performing assets based on the facts.

Keywords: Non-performing assets ; Contract law; Unconscionability

作者简介:林子峰（1990—），男，汉族，黑龙江省佳木斯市人，湖南大学法学专业 2016 级硕士研究生