

【合同】

《关于适用民法典合同编通则若干问题的解释》的理解与适用

《民法典合同编通则解释》起草工作组

【作者简介】起草工作组组长：杨万明、刘贵祥；起草工作组成员：林文学、段农根、杨永清、吴光荣、陈龙业、蒋家棣

【原文出处】《人民司法》（京），2024.1上.20～36,41

民法典施行后，最高人民法院废止了根据合同法制定的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称《合同法解释一》）和《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《合同法解释二》），司法实践急需出台关于民法典合同编通则的司法解释。为此，最高人民法院在清理相关司法解释的基础上，结合审判实践中遇到的疑难问题，制定了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称《解释》），并已于2023年12月5日起实施。

一、《解释》的制定背景和起草思路

2020年5月29日，中共中央政治局举行第二十次集体学习，习近平总书记就切实实施民法典发表重要讲话，强调要充分认识颁布实施民法典的重大意义，推动民法典实施，以更好推进全面依法治国、建设社会主义法治国家，更好保障人民权益。为贯彻落实习近平总书记的重要讲话精神，最高人民法院对当时有效的591件司法解释进行了全面清理，废止116件，修改111件，继续有效适用364件。在废止的116件司法解释中，就包括根据合同法制定的《合同法解释一》和《合同法解释二》。考虑到这两件废止的司法解释中的一些内容对统一裁判尺度仍有指导意义，一些内容需要根据民法典的新的规定作出

调整，特别是民法典合同编通则规定的有些内容在审判实践中仍需细化标准，最高人民法院决定制定《解释》。

在《解释》的起草过程中，最高人民法院始终以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入学习贯彻习近平法治思想及习近平总书记关于切实实施民法典的重要讲话精神，紧密结合人民法院审判工作实际，广泛征求各方面意见特别是全国人大常委会法工委意见，反复研究论证，力争形成最大共识，确保《解释》的条文既符合立法原意，又能解决审判实践中的问题，还要与学界通说相吻合。

为做好起草工作，确保调研充分，接地气、有实效，我们采取了以下工作思路：

一是尊重立法原意。起草工作始终将准确理解贯彻民法典的立法意图作为最高标准，坚决避免规则设计偏离立法原意。严格依照立法法赋予的司法解释制定权限，坚守不创设新规则的基本立场，坚决做到根据民商事审判执行工作的实际需要作配套补充细化，确保民法典合同编的优秀制度设计在司法审判中准确落实落地。例如民法典相对于合同法，进一步强化了债的保全制度，其目的是防止债务人逃废债，即通过赋予债权人代位权和撤销权，防止债务人的责任财产该增加的不增加，不该减少的却人

为减少。为充分保障这一制度功能的实现,《解释》针对实践中存在的疑难问题,就代位权诉讼、撤销权诉讼的管辖、当事人等作了大量具体操作性规定。特别是对理论界、实务界热切期盼解决的代位权诉讼与仲裁协议的关系、撤销权行使的法律效果等问题作了明确回应,进一步统一了法律适用标准。

二是坚持问题导向。党的二十大报告在谈到开辟马克思主义中国化时代化新境界时指出,“必须坚持问题导向”。这一指导思想同样适用于司法解释的制定。在《解释》的起草过程中,我们始终坚持以问题为导向,在内容上要求所有条文必须具有针对性,要有场景意识,致力于解决实际问题,所提出的方案要具有可操作性。在形式上不追求大而全,尽可能做到小而精。例如,预约合同是运用较多的一类特殊合同,民法典对预约合同的内涵和外延都作出了明确规定,但实践中的问题还是很多,涉及预约合同的认定(包括预约和交易意向的区分、预约与本约的区分)、违反预约合同的认定以及违反预约合同的违约责任等。为此,《解释》在“合同的订立部分”,将预约合同作为重点予以规定,而没有对要约、承诺等一般规则再作具体规定。又如,民法典合同编通则部分就无权代理所订合同的效力作了规定,但实践中较为突出的问题是法人或者非法人组织的工作人员(如项目经理)在以法人或者非法人组织的名义订立合同时,何时构成职务代理,何时构成无权代理,常常发生认识上的分歧。为此,《解释》仅就职务代理的认定进行了规定。再如,关于抵销有无溯及效力的问题,司法实践中形成两种截然相反的裁判观点,亟须统一裁判尺度。为此,《解释》综合各方面意见后,明确抵销自通知到达时发生效力,有助于从根本上解决自合同法施行以来长期困扰司法实践的难题。

三是保持司法政策的延续性。在起草《解释》的过程中,对于《合同法解释一》《合同法解释二》、最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)中与民法典并无冲突且仍然行之有效的规定,尽可能保留或者在

适当修改后予以保留。此外,对于《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称九民会纪要)、最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》等相关规定,也根据实施情况及时总结经验,将被实践证明既符合民法典精神又切实可行的规定上升为司法解释,从而对实践发挥更重要的指导作用。例如在违约金、定金等法律适用问题上,《解释》尽量做到保持司法政策的延续性,原则上保留了原司法解释或者司法政策性文件的基本精神,并根据时代发展作出相应调整。

四是坚持系统观念和辩证思维。党的二十大报告指出:“万事万物是相互联系、相互依存的。只有用普遍联系的、全面系统的、发展变化的观点观察事物,才能把握事物发展规律。”在《解释》的起草过程中,我们始终坚持系统观念,重视制度之间的联系,做到全面解决问题。例如,无权处分所订合同效力问题就涉及与民法典物权编的衔接与适用,债务加入则涉及与保证合同和不当得利等制度之间的协调。在司法解释的起草过程中,我们还十分注意辩证思维的运用。例如,关于格式条款的认定以及格式条款提供方对格式条款的提示义务和说明义务,就涉及平等保护和倾斜保护的辩证关系;阴阳合同和名实不符的认定与处理,则要求法官在民商事审判过程中要做到透过现象看本质。此外,在认定价格变化是否构成情势变更以及合同是否因违反强制性规定或者违背公序良俗而无效时,都涉及从量变到质变的辩证关系。

二、合同的成立与合同内容的确定

《解释》的第一部分是“一般规定”,共2条,内容包括合同条款的解释、交易习惯的认定,主要涉及合同内容的确定;第二部分是“合同的成立”,共8条,内容包括合同成立的认定标准、竞争性缔约中合同成立的时间、合同订立中的第三人责任、预约合同的认定与违约救济、格式条款等,不仅涉及合同的成立,也涉及合同内容的确定,如合同成立后,对于欠缺的合同内容如何认定以及格式条款是否订入合同,《解释》都作了相应规定。此外,在判断合同是否成立

时,必然要审查当事人一方的意思表示在内容上是否符合民法典关于要约的规定。为此,《解释》第3条就合同成立必须具备的内容作了明确规定。值得注意的是,在认定合同成立后,如果当事人对合同条款的含义发生争议,就涉及合同解释问题。《解释》第1条第1款首先强调了合同解释的客观主义立场,即以通常理解的词句含义为基础;其次,进一步细化了合同解释的方法,如强调文义解释的基础性地位,并明确了文义解释的标准;最后,增加将缔约背景、磋商过程、履行行为等作为合同解释的参考因素。《解释》第1条第2款是对客观主义立场的适当软化,明确规定如果当事人之间在订立合同时对合同条款有不同于词句字面含义的其他共同理解,就应当按照该共同理解对合同条款进行解释。《解释》第1条第3款还明确了对合同条款有两种以上解释时的处理:一是选择有利于合同条款有效的解释;二是无偿合同作有利于债务人的解释。此外,考虑到交易习惯在合同关系中大量运用,也是对合同进行解释的重要途径,且民法典中的交易习惯与民法典第十条所指的习惯有所区别,为更好地指导审判实践,《解释》第2条传承《合同法解释二》的精神,对交易习惯的认定作出了规定。

(一)合同成立的条件

《解释》第3条第1款继受了《合同法解释二》第1条第1款,规定了合同成立的必备条件;《解释》第3条第2款则在继受了《合同法解释二》第1条第2款的基础上,规定合同成立后如果合同内容存在欠缺,则应根据民法典第五百一十条、第五百一十一条等对合同进行解释或者对合同内容进行推定。在适用该规定时,实践中常常存在以下问题:其一,人们往往将交易过程描述为“讨价还价”,价款或者报酬应属重要内容,能否一概交由法官通过合同解释规则或者推定规则进行认定,尤其是当事人未就价款或者报酬进行协商,而合同标的又没有市场价格或者难以确定市场价格,也不属于依法应当执行政府定价或者政府指导价,此时认定合同已经成立,是否符合当事人的真实意愿;其二,合同解释规则和推定规则

的适用应当建立在当事人对合同内容没有进行意思表示的基础上,但在订立合同的过程中,如果有证据证明当事人仅就合同主体、标的和数量达成一致,而在其他方面,双方已经进行了意思表示但未达成一致,是否能够认定合同已经成立,再依据合同解释规则和推定规则对其他内容进行补充。我们认为,只有在市场价格公开透明或者依法应当执行政府定价或者政府指导价的情况下,即使当事人未对价款或者报酬进行协商,也可以认定合同已经成立,否则认定合同成立并不符合当事人的真实意愿。其次,除合同主体、标的和数量外,如果当事人认为其他内容对其具有重要性而进行了意思表示,则就该内容也必须双方达成一致,才能认定合同成立,而不能通过合同解释规则或者推定规则来解决意思表示不一致的问题。此外,如果当事人明确约定必须就某项内容达成一致合同才能成立,也应认为该内容属于实质性内容,且只有在双方就该内容达成一致时,合同才能成立。这是何以《解释》第3条第1款在有“但书”规定的情况下,仍采用“一般应当”这一表述的原因所在。

(二)中标通知书的法律地位

招标投标法第四十六条规定:“招标人和中标人应当自中标通知书发出之日起三十日内,按照招标文件和中标人的投标文件订立书面合同。”但在实践中,常常发生招标人或者中标人在中标通知书发出后拒绝签订书面合同的情形。对于此种情形,招标投标法第四十五条明确规定:“中标通知书对招标人和中标人具有法律效力。中标通知书发出后,招标人改变中标结果的,或者中标人放弃中标项目的,应当依法承担法律责任。”问题是,拒绝签订书面合同的招标方或者中标方究竟应承担何种性质的民事责任?在以往的司法实践中,一种观点认为,拒绝签订书面合同的招标方或者中标方仅须承担缔约过失责任,理由是书面合同签订前合同不成立。由于这一观点不利于维护相对方的交易安全和合理预期,且从民法典的相关规定看,投标行为应属要约,中标通知书应是承诺,合同应自中标通知书到达中标方即

已成立,因此,另一种观点认为,当事人拒绝订立书面合同,仅仅导致本约合同不成立,但在中标通知书到达中标人后,当事人之间已经成立预约合同关系,应承担违反预约的违约责任。我们认为,后一观点虽然较之前一观点更有利于保护当事人的交易安全和合理预期,也更符合合同成立的基本理论,但却忽视了预约合同是当事人约定将来一定期限内订立本约合同,而非法律规定当事人在一定期限内订立书面合同,且在招投标的过程中,当事人并没有先订立预约合同再订立本约合同的意思。据此,《解释》第4条第1款规定,中标通知书到达中标人时本约合同已经成立,而非成立的是预约合同。实践中之所以常常将书面合同理解为合同(本约)的成立要件,是因为误将招标投标法第四十六条规定的书面合同认为是合同法第十条规定的书面形式或者民法典第一百三十五条规定的特定形式。事实上,投标文件、中标通知书都是书面形式,因此,即使法律、行政法规规定某种合同应当采用书面形式(如建设工程合同),投标文件和中标通知书也已经满足书面形式的要求。招标投标法之所以要求当事人在中标通知书发出后一定期限内签订书面合同,无非是为了以更加明确的方式确定当事人之间的权利义务关系,进而将签订书面合同作为合同成立后当事人的一项法定义务,而非将书面合同的签订作为合同的成立要件。与此类似的规定,还有劳动合同法关于书面劳动合同的规定。

(三)合同订立中的第三人责任

《解释》第5条对合同订立中的第三人责任进行了规定。这一规定之所以必要,是因为民法典第一百四十九条和第一百五十条分别规定了第三人欺诈和第三人胁迫两种情形下的合同效力,但未对第三人的责任问题作出明确规定。我们认为,根据民法典第一百五十七条的规定,第三人也应对因此受到损失的当事人承担赔偿责任。当然,在上述情形下,如果当事人也有过错,则各自根据过错程度承担相应的责任。需要说明的是,《解释》第5条旨在明确第三人的赔偿责任,至于第三人的赔偿范围,则应根据

缔约过失责任的赔偿范围进行确定。此外,现有司法解释对担保人、会计师的责任已有明确规定,为避免司法解释之间发生冲突,《解释》第5条采取特别规定优于一般规定的思路,规定在法律、司法解释另有特别规定的情况下,优先适用特别规定。

(四)关于预约合同的法律适用

预约合同是当事人为将来一定期间订立本约合同而预先订立的合同。《解释》第6条至第8条分别从预约合同的认定、违反预约合同的认定以及违反预约合同的救济3个方面对预约合同的法律适用进行了规定。

1. 预约合同的认定。民法典第四百九十五条第一款规定了预约合同及其表现形式,实践中,对于认购书、订购书、预订书等是否都能构成预约合同,存在争议。我们认为,预约合同为合同的一种,自应具备合同的一般成立要件,即内容具体确定且表明当事人受意思表示的约束。关于内容具体明确的程度,考虑到预约合同是为将来订立本约而订立的合同,不能完全以本约内容的具体明确程度来要求预约的内容,因此,如果能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容,即可认定意思表示的内容已经具体明确。此外,如果当事人在协议中明确约定不受意思表示的约束,或者明确约定该文件不具有法律约束力,则即使当事人意思表示的内容具体明确,也不能认为构成预约合同。从实践的情况看,意向书、备忘录等通常情形下仅仅表明当事人有订立合同的意向,不构成预约合同。但是,如果意向书、备忘录等具备前述预约合同的成立要件,也应认定构成预约合同。此外,当事人虽然没有签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等书面文件,但为将来订立合同交付了定金,也应认为当事人之间已经成立预约合同。就此而言,立约定金本质上是预约合同的违约定金。

需要说明的是,合同采用何种名称虽然具有一定的法律意义,但决定合同性质的仍然是合同的内容。无论是当事人订立的认购书、订购书、预订书等,还是订立的意向书、备忘录等,如果具备本约合

同的构成要件,且当事人未明确约定将来一定期限内另行订立本约合同,则该协议应被理解为本约合同。此外,根据民法典第四百六十九条的规定,合同可以通过行为的方式订立,因此,如果当事人达成的协议具备本约合同的构成要件,则即使当事人约定将来要另行订立合同,但当事人一方已实施履行行为且对方接受,即已表明当事人已经就订立本约合同达成合意,应认定本约合同成立。

2. 违反预约合同的认定。当事人之所以先订立预约而不直接订立本约,很可能是当事人一方面想将阶段化的谈判成果固定下来并赋予其法律约束力,另一方面又想将未能协商一致的内容留待将来进一步磋商,从而保留最终是否完成交易的决策权。由于当事人对是否将交易推进到订立本约享有决策权,因此,如何认定当事人违反预约合同,也是实践中难以解决的问题之一。我们认为,预约合同生效后,当事人一方拒绝订立本约合同或者在磋商订立本约合同时违背诚信原则导致未能订立本约合同,都属于违反预约合同,应承担违反预约的违约责任。至于如何判断当事人在磋商订立本约合同时是否违背诚信原则导致未能订立本约合同,则应当综合考虑该当事人在磋商订立本约合同时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容,以及是否已尽合理努力进行协商等因素。

3. 违反预约合同的司法救济。关于违反预约合同的违约责任,历来存在应当磋商说和必须缔约说两种不同的观点。前者旨在落实意思自治,认为预约合同仅产生继续磋商义务,不能强制当事人订立本约;后者则旨在防止不诚信行为,认为预约合同可产生意定强制缔约的效力,可由法院的判决代替当事人的意思表示,并赋予强制执行的效力。《解释》第8条没有明确规定当事人违反预约合同是否可以采取强制履行的救济方式,仅对违反预约合同的损害赔偿进行规定,主要是考虑到强制执行法仍在起草过程中,现行法并无对意思表示进行强制执行的规定。此外,如何计算违反预约的损失赔偿额,也是实践中一个较难解决的问题。一种观点认为,为凸显

预约和本约的区别,可以参照本约的信赖利益计算违反预约的损失赔偿额;另一种观点认为,为保护当事人的合理预期,可以参照本约的履行利益计算违反预约的损失赔偿额。我们认为,参照本约的信赖利益计算违反预约的损失赔偿额,可能导致预约合同的功能丧失殆尽,因为即使没有预约合同,当事人在磋商订立本约合同的过程中有不诚信的行为,对方也可就信赖利益主张赔偿责任。另一方面,参照本约的履行利益计算违反预约的损失赔偿额,也可能导致预约与本约的区分没有必要。较为稳妥的方案应该是,在违反预约的情况下,应由法院在本约的信赖利益与履行利益之间,根据交易的成熟度进行酌定。预约合同的内容越详尽,交易的成熟度就越高,当事人的信赖程度也越高,违约赔偿的数额也应该越高。如此处理,既可防止当事人的不诚信行为,也可以在无法对预约合同强制执行的情况下,最大限度保护当事人的交易安全。

(五)格式条款的认定及其订入合同

民法典对采用格式条款订立合同进行了严格的规制:第四百九十六条对格式条款的认定及其进入合同的问题作了规定;第四百九十七条对格式条款的效力认定作了特别规定;第四百九十八条对格式条款的解释作了特别规定。实践中,突出存在的问题是格式条款的认定及其订入合同的条件。

1. 格式条款的认定。实践中存在当事人以未实际重复使用、双方已明确约定该条款不是格式条款或者合同系根据行政管理机关、行业协会等制定的合同示范文本订立等为由主张一方事先拟定且未经对方协商的条款不是格式条款。我们认为,根据民法典第四百九十六条第一款的规定,“为了重复使用”仅仅是当事人拟定格式条款的目的,并非要求实际被重复使用。此外,格式条款的基本特征是“预先拟定,并在订立合同时未与对方协商”,因此,即使合同依据合同示范文本制作,也不意味着不是格式合同。实践中,有的当事人为规避法律关于格式条款的规定,在合同中明确约定某些合同条款不属于格式条款。此外,根据《解释》第9条第2

款的规定,法律关于格式条款的规定属于强行性规定,当事人不得排除其适用,故当事人的约定不发生法律效力。

2. 格式条款订入合同。民法典对于格式条款订入合同进行了严格规制,明确了提供格式条款的一方负有提示义务和说明义务。《合同法解释二》第6条就提示义务和说明义务的履行进行了规定,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)》第11条至第13条就保险合同中提示义务和说明义务的履行进行了规定。与合同法关于提示义务或者说明义务的规定有所不同的是,民法典将提示和说明义务限制在“免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款”。实践中,不少法院提出司法解释最好对“与对方有重大利害关系的条款”作出规定。我们认为,合同中与对方有重大利害关系的条款可能会很多,如标的、数量、质量、价款或者报酬等涉及权利义务关系实质性内容的条款都可能是与对方有重大利益关系的条款,但如果都要提示,就可能导致“满页飘红”,从而使提示义务的履行流于形式。因此,应将“与对方有重大利害关系的条款”限制在“异常条款”。从民法典列举“免除或者减轻其责任”作为需要提示的条款看,此类异常条款还应包括“排除或者限制对方权利”的条款,因为民法典第四百九十七条将“提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利”“提供格式条款一方排除对方主要权利”规定为格式条款无效的情形,因此,即使是格式条款合理地排除或者限制对方权利,也应提示对方注意,否则,就不能成为合同的内容。《解释》第10条第3款就格式条款提供一方的举证责任作了规定,并针对大量出现的电子合同,明确规定提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的,人民法院不予支持,除非其举证符合前两款规定。

三、合同的效力与合同效力瑕疵的后果

《解释》第三部分是“合同的效力”,共15条,内容包括缺乏判断能力的司法认定、行政审批对合同效

力的影响、阴阳合同与合同变更、名实不符与合同效力、违反强制性规定的合同效力、违背公序良俗的合同效力、无权处分的法律后果、无权代理与越权代表的认定、印章问题与合同效力、合同效力瑕疵的法律后果等。

(一)行政审批与合同效力

民法典第五百零二条就须经批准的合同进行了规定。根据这一规定,在法律、行政法规规定的批准手续影响合同生效的情形下,批准前的合同为未生效合同。关于未生效合同的法律地位及其救济,理论界和实务界均存在认识上的分歧。我们认为,合同未生效仅仅意味着合同不具有履行效力,即任何一方当事人都无权请求对方履行合同约定的主要义务,但不意味着合同不产生其他效力,例如未生效合同应具有法律约束力,因此,合同未生效不同于合同无效。例如,在合同有效但未生效的情况下,合同所具有的法律约束力不仅可以产生任何一方当事人不得擅自变更或解除合同(民法典第一百三十六条)以及不得恶意阻止或促成条件成就的消极义务(民法典第一百五十九条),还可产生负有报批义务的一方履行报批手续等积极义务(民法典第五百零二条)。关于当事人违反报批义务的后果,最高人民法院《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定(一)》分两步确定报批义务人的责任:先由合同相对人请求负有报批义务的一方继续履行报批义务,在其拒不执行法院判决的情形下,再由合同相对人另行提起诉讼请求其承担违反整个合同的违约责任(类似恶意阻止生效条件成就,应视为条件成就)。《解释》第12条将这一方案上升为一般性规定。另外,根据《解释》第12条第4款的规定,如果负有报批义务的当事人虽然履行了报批义务,但审批机关没有批准,此时合同将确定不发生当事人所追求的法律效力,而继续维持合同的法律约束力亦无必要,应允许当事人请求解除合同。此时,报批义务人不应承担赔偿责任。但是,如果负有报批义务的当事人对于合同没有获得批准有过错,则应根据民法典第一百五十七条的规定承担缔约过失责任。

(二) 阴阳合同与合同变更

实践中,当事人之间就同一交易订立多份合同的情形屡见不鲜。对于多份合同的情形,应区分阴阳合同与合同变更。阴阳合同也被称为黑白合同、抽屉协议等,是指当事人为规避行政监管等,以虚假意思表示订立一份合同用于备案、批准或者办理财产权利的变更登记、移转登记等,再私底下以真实意思表示订立一份合同用于实际履行。我们认为,对于阴阳合同的效力,应严格适用民法典第一百四十六条关于虚伪表示与隐藏行为的规定。根据这一规定,当事人以虚假意思表示订立的“阳合同”应无效,但被隐藏的“阴合同”,则应“依据有关法律规定处理”:如果当事人规避的是法律、行政法规的强制性规定,则应当依据民法典第一百五十三条第一款认定被隐藏行为的效力;如果当事人规避的是法律、行政法规关于合同须经批准的规定,则应当依据民法典第五百零二条认定被隐藏行为的效力。如此一来,被隐藏的合同既可能有效,也可能无效或者不生效。在阴阳合同均被认定无效或者确定不发生效力的情形下,原则上应当以体现当事人真实意思表示的“阴合同”作为处理当事人之间权利义务关系的事实基础,以防止发生不诚信的行为,但是法律另有规定时,应依据法律的规定处理当事人之间的权利义务关系。此外,与阴阳合同不同的是,合同变更以前一合同有效为前提,因此,在不存在虚假意思表示隐藏真实意思表示的场合,应考察当事人之间是否发生合同变更。尽管民法典对于合同变更采取变更自由原则,即当事人协商一致可以变更合同内容,但一些法律、行政法规(如招标投标法第四十六条)禁止当事人对合同作出变更。因此,即使合同发生变更,该变更也应被认定无效。

(三) 名实不符与合同效力

“名实不符”是实践中的一种法律现象,大致可以分为两种情形:一种是合同名称与合同约定的内容不一致;一种是当事人主张的法律关系与合同约定的权利义务不一致。我们认为,上述两种情形在法律属性上是不同的:前者涉及合同解释问题,即如

何理解当事人在合同中的特殊约定,例如名为联营实为借贷、名为合作开发实为借贷等,往往涉及对保底条款的认定和理解;后者涉及当事人以虚假意思表示隐藏真实意思表示的问题,往往存在双方虚构交易标的进行交易或者为规避监管而采取虚伪表示,例如在名为融资租赁实为借贷中,就可能是通过虚构交易标的来实现的,而在一些融资性贸易、票据清单交易中,则可能存在当事人为规避监管而采取虚伪表示的情况。显然,对于当事人以虚假意思表示隐藏真实意思表示的问题,应适用民法典第一百四十六条的规定。但与阴阳合同不同的是,在此种名实不符情况下,由于当事人之间仅仅订立的是一份合同,而非两份以上合同,因此,法官在判断是否构成虚伪意思表示时,存在较大难度。为此,《解释》第15条特别指出,应当结合缔约背景、交易目的、交易结构、履行行为以及当事人是否存在虚构交易标的等事实认定当事人之间的实际民事法律关系。也就是说,一旦认定当事人之间形式上订立的合同并非当事人真实意思表示,则应先认定当事人的真实意思表示,再认定真实意思表示订立合同的效力。不过,在此过程中,也可能存在形式上的合同虽然是一方的真实意思表示,但并非是另一方真实意思表示的情形。此时,则既可能涉及合同被撤销(重大误解),也可能导致合同不成立。在当事人主张合同无效或者请求撤销、解除合同,而人民法院认定合同不成立时,不宜简单驳回当事人的诉讼请求,而应依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第53条的规定处理。

(四) 民法典第一百五十三条的适用

1. 违反强制性规定的效力。继合同法第五十二条将影响合同效力的强制性规定严格限定为法律、行政法规的强制性规定后,《合同法解释二》第14条又进一步将导致合同无效的强制性规定限制在效力性强制性规定。这对于确立违反法律、行政法规的强制性规定并不必然导致合同无效的观念具有重要意义。民法典第一百五十三条第一款虽然没有采用效力性强制性规定的表述,但在规定法律行为因违

反法律、行政法规的强制性规定而无效的同时,明确规定:“但是,该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”在《解释》的起草过程中,考虑到效力性强制性规定的表述已被普遍接受,不少同志建议继续将效力性强制性规定作为判断合同是否因违反强制性规定而无效的标准。经过反复研究并征求各方面的意见,《解释》没有继续采用这一表述,而是采取了直接对民法典第一百五十三条第一款规定的“但书”进行解释的思路,具体列举了违反强制性规定不影响合同效力的5种情形。

其一,强制性规定虽然旨在维护社会公共秩序,但是合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微,且认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正。这是比例原则在民法上的适用,也与刑法第十三条关于“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”的规定具有内在的一致性。

其二,强制性规定旨在维护政府的税收、土地出让金等国家利益或者其他民事主体的合法利益而非合同当事人的民事权益,认定合同有效不会影响该规范目的实现。例如,开发商违反城市房地产管理法第三十九条第一款规定,未按照出让合同约定支付全部土地使用权出让金即签订转让土地使用权的协议。该规定并非为了保护当事人的民事权益,而是为了维护政府的土地出让金利益,且即使认定合同有效,通常也不会影响这一规范目的的实现。

其三,强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理等,对方无能力或者无义务就合同是否违反强制性规定进行审查,认定合同无效将使其承担不利后果。例如银行违反商业银行法第三十九条规定的资产负债比例发放贷款,因该规定旨在要求银行加强内部管理和风险控制,借款人无从获知银行是否违反该规定,自然不应仅因银行违反该规定就认定合同无效,否则借款人的交易安全将无法获得有效保障。

其四,当事人一方虽然在订立合同时违反强制性规定,但是在合同订立后已经具备补正违反强制性规定的条件却违背诚信原则不予补正。例如开发

商未取得预售许可证明即签订商品房买卖合同,但在合同订立后,其已经具备申请预售许可证明的条件,却违背诚信原则不向行政管理部门提交申请,而是因房价上涨受利益驱动主张合同无效,就不应获得支持。

其五,法律、司法解释规定的其他情形。例如当事人订立房屋租赁合同后,未依法办理备案登记,依据民法典第七百零六条的规定,不应影响房屋租赁合同的效力。

2. 违背公序良俗的合同效力。维护公序良俗是构建法律秩序的重要目的之一。公序良俗包括公共秩序和善良风俗,我们认为,公共秩序还可进一步区分为国家安全和社会公共秩序。据此,合同影响政治安全、经济安全、军事安全等国家安全,或者存在影响社会稳定、损害社会公共利益等违背社会公共秩序的情形,或者存在违背社会公德、家庭伦理或有损个人尊严等违背善良风俗的情形,人民法院都应当依据民法典第一百五十三条第二款的规定认定无效。此外,《解释》第17条第2款明确规定人民法院在适用公序良俗原则时,应以社会主义核心价值观为导向,进而突出强调该原则的规范目的。实践中,为避免公序良俗原则的适用过于泛化,司法解释列举了人民法院在认定合同因违背公序良俗无效时应当考量的因素,并再次重申比例原则,即当事人为生活需要进行交易,即使损害到社会公共利益,但只要没有严重影响社会公共秩序,且不影响国家安全,也不违背善良风俗,就不应认定合同无效。

(五) 赋权性规定与合同效力

在法律、行政法规的强制性规定中,有一类较为特殊的规定:虽然该规定也采用了“应当”“必须”或者“不得”等表述,但其规范目的不是要求行为人实施特定行为或者禁止行为人实施特定行为,而是为了限制或者赋予某种民事权利,行为人违反该规定,可能会构成无权处分(如物权法第一百九十一条;民法典第四百四十三条、第四百四十四条、第四百四十五条)、无权代理(民法典第一百六十六条、第一百六十八条、第一百六十九条)、越权代表(公司法第十六

条、第一百二十一条),也可能导致合同相对人、第三人据此获得撤销权、解除权等民事权利。显然,对于违反此种强制性规定的法律后果,民法典均已确立了相应的规则,人民法院自应根据这些规则来认定合同效力。但是,长期以来,由于没有认识到此种赋权性或者限权性规定的特殊性,不少法官简单以合同违反强制性规定为由认定无效,或者以该规定不属于效力性强制性规定为由认定合同有效。公司法第十六条在实践中长期被错误适用,就是因为绝大多数人陷入该规定究竟是效力性强制性规定还是非效力性强制性规定的争论之中。我们认为,无论将其理解为效力性强制性规定,还是将其理解为非效力性强制性规定,都是不合适的,因为此类规定属于赋权性或者限权性规定,应根据民法典的具体规定认定违反此类规定的法律后果,并据此认定合同效力,而不能通过适用民法典第一百五十三条第一款的规定认定合同效力。

1. 无权处分与合同效力。民法典删除了合同法第五十一条,并在吸收最高人民法院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《买卖合同解释》)第3条的基础上,于合同编分则部分“买卖合同”一章中增设第五百九十七条,规定出卖人无权处分订立买卖合同导致不能履行合同时,出卖人应当承担违约责任。据此,买卖合同的效力自不因出卖人欠缺处分权而受影响。值得注意的是,《买卖合同解释》第3条仅规定当事人不能以出卖人无处分权为由主张合同无效,导致实践中就真正权利人能否主张合同无效发生争议,《解释》第19条第1款旨在明确这一点,此其一;其二,买卖合同有效不意味着买受人在完成交付或者登记等公示方式后必然可以取得标的物的所有权,买受人能否取得标的物的所有权,仍取决于是否满足善意取得的条件(也就是说,处分权的欠缺虽然不影响合同效力,但会影响物权的变动,否则善意取得制度就会失去价值和意义);其三,认定买卖合同不因出卖人无处分权而无效的意义在于,当出卖人因无权处分而无法履行买卖合同时,应承担违约损害赔偿赔偿责任,但是,如果

真正权利人对此予以追认或者出卖人事后取得处分权,受让人也可以主张继续履行合同。最后,需要说明的是,民法典第五百九十七条仅针对无权处分订立的买卖合同作了规定,未对无权处分所订其他合同作出规定,因此,有必要将无权处分所订买卖合同的规则类推适用到无权处分所订其他合同的场合,如抵押合同、质押合同等。此外,转让他人的其他财产权利或者在他人的其他财产权利上设定担保物权订立的合同,也应参照适用上述规则。

2. 职务代理的认定。民法典将职务代理作为委托代理的一种具体情形予以规定,从而将职务的授予理解为概括的授权行为。值得注意的是,此种概括授权行为极易引起交易安全问题。我们认为,概括授权仅存在于日常交易情形,对于非日常的重大交易,执行法人或者非法人组织工作任务的人员以法人或者非法人组织的名义订立合同,仍应取得法人或者非法人组织的特别授权,否则,就是超越其职权范围的行为。此外,即使是日常交易,相对人也应从工作人员的职位判断该交易是否为通常情形下其可以处理的事项。根据民法典第一百七十条第二款关于“法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制,不得对抗善意相对人”的规定,如果法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围进行了限制,且法人、非法人组织有证据证明相对人对此知情或者应当知情的,也应认为执行法人或者非法人组织工作任务的人员以法人或者非法人组织的名义订立合同的行为构成超越职权范围。当然,即使行为人超越代理权,也仍有适用民法典第一百七十二条关于表见代理之规定的余地,例如执行法人或者非法人组织工作任务的人员伪造权力机构的决议或者执行机构的决定,就非日常的重大交易订立合同,如果相对人有理由相信其已取得特别授权,则应依据民法典第一百七十二条认定合同对法人或者非法人组织发生效力。无论是构成表见代理还是工作人员超越内部对职权范围的限制,法人或者非法人组织在承担有效代理所产生的责任后,应有权请求故意或者有重大过错的代理人对其

损失承担赔偿责任。

3. 越权代表的认定。民法典第五百零四条仅规定了表见代表制度,但对越权代表的其他问题则付之阙如,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》(以下简称《民法典担保制度解释》)针对公司的越权担保作出了规定,但其仅适用于担保,因而仍有必要就越权代表问题作一般性解释。首先,为了帮助各级法院判断何种情形构成越权代表,有必要明确法律、行政法规为限制法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的代表权,规定合同所涉事项应当由法人、非法人组织的权力机构或者决策机构决议,或者应当由法人、非法人组织的执行机构决定,如果相对人不能证明其已尽到合理审查义务,则人民法院应当认定合同对法人、非法人组织不发生效力。此时,相对人请求法人、非法人组织承担违约责任的,人民法院不予支持。但这并不意味着法人、非法人组织不承担任何责任,其仍然要依据民法典第一百五十七条之规定承担赔偿责任。其次,为了给法人、非法人组织实现内部控制提供适当的法律途径,有必要明确合同所涉事项虽然未超越法定代表人或者负责人的代表权限,但是超越法人、非法人组织的章程或者权力机构等对法定代表人、负责人的代表权进行的限制,如果法人、非法人组织不能证明相对人知道或者应当知道该限制,则人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生效力。最后,为了维护法人、非法人组织的合法权益,有必要明确在法定代表人、负责人越权代表的情况下,如果法人、非法人组织须承担民事责任,则其在承担民事责任后,应有权向有过错的法定代表人、负责人追偿因越权代表行为造成的损失。

4. 印章问题与合同效力。司法实践中,有些公司有意刻制两套甚至多套公章,有的法定代表人或者代理人甚至私刻公章,订立合同时恶意加盖非备案的公章或者假公章,发生纠纷后法人以加盖的是假公章为由否定合同效力的情形并不鲜见。对此,九民会纪要第41条规定,人民法院在审理案件时,应当主要审查签约人于盖章之时有无代表权或者代理

权,从而根据代表或者代理的相关规则来确定合同的效力。法定代表人或者其授权之人在合同上加盖法人公章的行为,表明其是以法人名义签订合同,除公司法第十六条等法律对其职权有特别规定的情形外,应当由法人承担相应的法律后果。法人以法定代表人事后已无代表权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的,人民法院不予支持。代理人以被代理人名义签订合同,要取得合法授权。代理人取得合法授权后,以被代理人名义签订的合同,应当由被代理人承担责任。被代理人以代理人事后已无代理权、加盖的是假章、所盖之章与备案公章不一致等为由否定合同效力的,人民法院不予支持。《解释》第22条第1款延续了上述司法政策。在此基础上,本条第2款、第3款还针对实践中常见的“有人无章”“有章无人”情形进行了规定:合同系以法人或者非法人组织的名义订立,但是仅有法定代表人、负责人或者其工作人员的签名而没有加盖印章,相对人不能证明法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时未超越代表权限或者职权范围的,人民法院应当认定合同对法人、非法人组织不发生效力;合同仅加盖法人或者非法人组织的印章而无人员签字,相对人不能证明合同系法定代表人、负责人或者在其职权范围内签订,也不能证明合同系法人或者非法人组织的代理人在代理权限范围内签订,该合同对法人或者非法人组织不发生效力。需要说明的是,在判断法定代表人或者负责人是否享有代表权时,不应仅审查法定代表人或者负责人是否超越权限,还应审查是否构成表见代表;在判断代理人是否享有代理权时,不应仅审查是否存在无权代理的情形,还应审查是否构成表见代理。

5. 代表人或者代理人与相对人恶意串通的处理。实践中,代表人、代理人与相对人恶意串通,损害法人或者非法人组织的事件时有发生。尽管民法典第一百五十四条规定“行为人与相对人恶意串通,损害他人合法权益的民事法律行为无效”,但因法定代表人或者负责人系以法人或者非法人组织的名义订立合同,且损害的是法人或者非法人组织的利益,

而非“他人”利益,导致人民法院无法依据该条认定合同无效。此外,虽然民法典第一百六十四条规定“代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,代理人和相对人应当承担连带责任”,但未就恶意串通的合同效力问题作出明确规定。我们认为,法定代表人或者代理人与相对人恶意串通损害单位的合法利益,是代表权或者代理权滥用的典型表现,其订立合同的行为自应构成越权代表或者无权代理,因而应根据民法典关于越权代表或者无权代理的规定认定合同效力。因此,法人、非法人组织如果对该行为不予追认,则不发生有效代理或者代表的后果。此外,因最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第109条明确将对恶意串通的证明度界定为排除合理怀疑,导致实践中常常因当事人无法完成证明责任而不得不承担败诉的风险,法律、司法解释关于恶意串通的规定也成为一纸空文。我们认为,应严格区分客观证明责任和主观证明责任,在负有客观证明责任的当事人提出初步证据,能够使裁判者认为恶意串通的事实存在高度可能性后,即可将主观证明责任转移至对方,由法定代表人、负责人或者相对人就订立、履行合同的过程等相关事实作出陈述或者提供其持有的相关证据。其无正当理由拒绝作出陈述或者所作陈述不具有合理性又拒绝提交相关证据的,人民法院可以认定恶意串通的事实成立。

(六)合同效力瑕疵的法律后果

民法典第一百五十七条就合同无效、被撤销或确定不生效的法律后果作了规定。此外,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第23条的规定,关于合同不成立的法律后果,应参照适用民法典第一百五十七条。根据民法典第一百五十七条,合同被认定不成立、无效、被撤销或者确定不生效,当事人首先应当返还财产或折价补偿。根据《解释》第24条第1款的规定,返还财产既包括标的物占有的返还,也包括不动产登记簿册的更正等;在财产不能返还或者没有必要返还时,应当以认定合同不成立、无效、被撤销或者

确定不发生效力之日该财产的市场价值或者以其他合理方式计算的价值为基准判决折价补偿。实践中,当事人在按照上述规则返还财产或者折价补偿后,可能会有损失,例如财产发生增值或者贬值,一方当事人就可能因此遭受机会利益的损失。对此,《解释》第24条第2款规定,如果当事人一方在返还财产或者折价补偿后,请求对方赔偿损失,则人民法院应当结合财产返还或者折价补偿的情况,综合考虑财产增值收益和贬值损失、交易成本的支出等事实,按照双方当事人的过错程度及原因力大小,根据诚信原则和公平原则,合理确定损失赔偿额。此外,由于民法典未再要求人民法院收缴违法所得,上述规则可能导致当事人通过违法行为获得不当利益的现象大量存在,故如果当事人的违法行为未经有关行政管理部门处理,人民法院认为有必要,自应向有关行政管理部门发出司法建议;涉嫌犯罪的,应当将犯罪线索移送刑事侦查机关。

此外,按照不当得利的一般原理,在合同被认定不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力时,如果一方占有对方的资金,则在返还该资金时,还应支付资金占用费。根据《解释》第25条第1款的规定,该资金占用费的计算标准应区分不同情况予以确定:如果占有资金一方对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错,应当按照中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的一年期贷款市场报价利率(LPR)计算;如果占用资金的当事人对于合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力没有过错,则应当以中国人民银行公布的同期同类存款基准利率计算。根据《解释》第25条第2款的规定,在双方互负返还义务的情况下,当事人之间的返还义务构成对待履行,因此双方可以主张同时履行;占有标的物的一方对标的物存在使用或者可以使用的情形,如果对方请求将其应支付的资金占用费与应收取的标的物使用费进行抵销,人民法院应当依法予以支持,但是法律另有规定的除外。

四、合同的履行与履行障碍问题

《解释》第四部分是“合同的履行”,共7条,内容

包括违反从给付义务的履行与救济、以物抵债协议的性质与履行、向享有独立请求权的第三人履行、第三人代为履行、履行抗辩权的行使及其实现、情势变更制度的适用等。

(一)从给付义务的履行与救济

实践中,在当事人一方请求对方履行开具发票、提供证明文件等义务时,一些法院常以该义务为公法上的义务为由驳回其诉讼请求。我们认为,尽管上述义务是公法上的义务,但并不影响其同时也是私法上的义务。依民法通说,合同上的义务除了主给付义务外,还有从给付义务和附随义务等。其中,主给付义务是当事人约定的、用于决定合同类型的义务;从给付义务和附随义务则通常都是根据法律规定或者依据诚信原则产生的义务:从给付义务可以单独诉请履行;附随义务则通常不可单独诉请履行,仅在当事人一方违反该义务时,对方可以请求其赔偿因此造成的损失。据此,开具发票、提供证明文件等均属于从给付义务。考虑到主给付义务、从给付义务、附随义务等概念是学理概念,《解释》第26条用非主要义务来表述从给付义务这一概念。当事人一方违反该义务,对方即可请求其继续履行该义务或者请求其赔偿因此受到的损失。此外,一般认为,区分主给付义务和从给付义务的意义在于:当事人一方未就从给付义务对待履行,原则上不产生同时履行抗辩权;当事人一方违反从给付义务,对方原则上不得解除合同。当然,例外情形包括两种:一是不履行该义务致使不能实现合同目的;二是当事人另有约定。

(二)以物抵债协议的类型与履行

1. 债务履行期限届满后达成的以物抵债协议。长期以来,对于当事人于债务履行期限届满后达成的以物抵债协议的性质与效力,存在较为激烈的争议。究其原因,是因为实践中有些当事人在达成以物抵债协议后,请求人民法院出具司法确认书或者调解书,再依据民法典第二百二十九条主张债权人在法律文书生效时即取得抵债财产的所有权,其目的是排除第三人对标的物的强制执行或者在其他诉讼中主张优先保护。为防止当事人通过虚假诉讼来

实现上述目的,一些法院提出应将以物抵债协议界定为实践合同,因此,只有履行了交付标的物的义务,以物抵债协议才能生效;还有一些法院则提出应限制人民法院就当事人达成的以物抵债协议出具调解书。我们认为,出现上述问题的根源在于错误理解并适用了民法典第二百二十九条,因为该条仅规定如果物权变动是基于法律文书而发生,则物权变动自该文书生效时发生,但该条并未指出何种法律文书能够引起物权变动。无论是人民法院出具的司法确认书还是调解书,均是对以物抵债协议的确认,并不能直接引起物权发生变动。只要坚持这一点,当事人通过虚假诉讼谋取非法目的的计划就无法实现,虚假诉讼产生的土壤也就不复存在。为此,《解释》第27条一方面明确以物抵债协议是诺成合同而非实践合同,但同时指出,即使人民法院依据以物抵债协议制作了司法确认书或者调解书,也不意味着债权人即可据此取得标的物的所有权。此外,本条还对以物抵债与原债权债务之间的关系进行了界定,认为履行期届满后达成的以物抵债协议构成“新债清偿”,如果债务人或者第三人不履行以物抵债协议,经债权人催告在合理期间仍不履行,则债权人可以选择履行原债务或者以物抵债协议。当然,采用“新债清偿”理论的前提,是当事人未就以物抵债协议的性质作出其他约定,如债的更改。

2. 债务履行期届满前达成的以物抵债协议。债务人或者第三人与债权人在债务履行期届满前达成的以物抵债协议,往往是为了担保债权债务关系而订立,在性质上属于让与担保合同。对于此种以物抵债协议的效力,实践中也存在较大的争议,原因之一在于:在抵债财产的价值远高于债权额的情况下,可能导致不公平的结果。我们认为,如果当事人在以物抵债协议中约定当债务人到期没有清偿债务时,债权人可以对财产拍卖、变卖、折价以实现债权,因该约定不会带来不公平的结果,故人民法院应当认定以物抵债协议有效;如果当事人约定债务人到期没有清偿债务,抵债财产即归债权人所有,因该约定可能导致不公平的结果,故人民法院应当认定该

部分约定无效,但是不影响其他部分的效力,即债权人可以请求对财产拍卖、变卖、折价以实现债权。需要指出的是,在当事人仅达成以物抵债协议但未将标的物的财产权利移转至债权人名下时,因欠缺公示方式,债权人主张优先受偿的,人民法院不应予以支持;如果当事人已经将财产权利移转至债权人名下,则已经形成让与担保,自可根据《民法典担保制度解释》第68条的规定主张优先受偿。另外,从实践的情况看,债务人或者第三人与债权人在债务履行期届满前达成以物抵债协议,还可能是想通过以物抵债协议来掩盖借贷关系,因此,当事人之间可能仅订立了以物抵债协议,并没有签订书面借款合同。对此,我们的意见是,即使没有签订书面借款合同,也只有先审查被担保的债权债务关系,才能对以物抵债协议的效力作出正确判断。

(三)向享有独立请求权的第三人履行

民法典第五百二十二条在规定向第三人履行的基础上,增设了有独立请求权的第三人。我们认为,第三人虽然取得了独立的请求权,可以请求债务人向自己履行债务,但这并不意味着第三人取代了债权人在合同中的地位,也不意味着基于合同产生的整个债权均转让至第三人。第三人取得的仅仅是基于合同产生的请求权,撤销权、解除权等决定合同地位的权利并未由第三人取得,仍应由债权人行使。债权人行使撤销权、解除权后,如果第三人已经自债务人处取得财产,则究竟应由债权人还是第三人承担返还财产的义务,实践中存在争议。我们认为,有独立请求权的第三人仅取得权利,不应承担义务。即使合同依法被撤销或者解除,第三人也不负返还义务,而应由债权人承担返还义务。至于债权人在承担责任后是否有权向第三人请求返还,则取决于双方之间的约定。由于第三人并不承担任何义务,因此,第三人拒绝受领或者受领迟延,债务人请求债权人承担因此造成的损失,人民法院依法予以支持。当然,如果债务人按照约定向第三人履行债务,第三人拒绝受领,则除非债务人已采取提存等方式消灭债务,债权人可以请求债务人向自己履行债务。

(四)第三人代为清偿规则的适用

民法典第五百二十四条规定了第三人代为清偿制度,并将能够代为清偿的第三人限制在“对履行债务具有合法利益的第三人”。这是因为,第三人在代为清偿后,即取得债权人的债权(法定的债权转让),如果不对第三人的范围进行限制,就有可能导致第三人借助这一制度获得不当利益或者损害债权人的利益。从比较法的角度看,“对履行债务具有合法利益的第三人”主要是指担保人或者担保财产的受让人、用益物权人、合法占有人以及担保财产上的后顺位担保权人等。考虑到实践中用益物权人、承租人也有类似利益需要保护,法人或者非法人组织的出资人或者设立人、债务人的近亲属也都有代为清偿的现实需求,故《解释》第30条第1款将第三人的范围进行了列举式的规定,但同时规定了兜底条款,从而防止挂一漏万。需要说明的是,虽然我们认为民法典第五百二十四条规定的第三人包括担保人,但担保人代为清偿后,其向债务人的追偿问题已由民法典第七百条所规定,而其向其他担保人的追偿问题,则应适用《民法典担保制度解释》的相关规定,而不能直接根据民法典第五百二十四条得出第三人可以向其他担保人追偿,否则就可能导致司法解释之间的矛盾和冲突。另外,根据民法典第七百条的规定,担保人向债务人追偿时,不能损害债权人的利益。我们认为,这同样适用于民法典第五百二十四条,例如第三人仅代为清偿部分债务,就以所取得的债权向债务人的破产管理人申报债权,就可能损害到债权人的利益。

(五)履行抗辩权的行使与实现

履行抗辩权的行使以当事人形成对待给付为必要条件,因此,仅在当事人一方未履行主要义务时,对方才能行使履行抗辩权。如果仅仅是非主要义务没有履行,除非影响合同目的的实现,否则对方不能行使履行抗辩权。在被告主张同时履行抗辩权且抗辩权成立的情形下,一些法院简单地驳回原告的诉讼请求,我们认为,此种做法无助于纠纷的解决。较为科学的判决方式应该是:如果被告未提起反诉的,

则应当判决被告在原告履行债务的同时履行自己的债务,并在判项中明确原告申请强制执行的,人民法院应当在原告履行自己的债务后对被告采取执行行为;如果被告提起反诉的,则应当判决双方同时履行自己的债务,并在判项中明确任何一方申请强制执行的,人民法院应当在该当事人履行自己的债务后对对方采取执行行为。需要说明的是,同时履行的判决与附条件的判决不同,前者并未将原告履行自己的义务作为申请执行的条件,而是作为人民法院采取执行行为的条件;后者则是将符合一定条件作为原告申请强制执行的条件。在被告主张先履行抗辩权且抗辩权成立的情形下,为体现履行的先后顺序,人民法院应驳回原告的诉讼请求,但应明确原告在履行债务后可以另行提起诉讼。

(六)情势变更原则的适用

民法典第五百三十三条规定了情势变更原则。实践中,较难处理的是如何区分情势变更与商业风险。在很多人看来,凡是价格的波动都应该认定为商业风险而不能认定为情势变更。我们认为,正常的价格变动虽然是商业风险,但因政策变动或者供求关系的异常变动导致价格发生当事人在订立合同时难以合理预见的涨跌,按照原定价格履行合同将带来显失公平的结果,则应当认定发生了情势变更。当然,合同涉及市场属性活跃、长期以来价格波动较大的大宗商品以及股票、期货等风险投资型金融产品的除外。另外,根据民法典第五百三十三条的规定,在发生情势变更的情形下,人民法院可以根据当事人的请求变更或者解除合同。问题是,如果当事人请求变更合同,人民法院能否解除合同?如果当事人请求解除合同,人民法院能否变更合同?根据《解释》第32条第2款的规定,如果当事人请求变更合同,则人民法院不得解除合同;当事人一方请求变更合同,对方请求解除合同,或者当事人一方请求解除合同,对方请求变更合同,则人民法院应当结合案件的实际情况,根据公平原则判决变更或者解除合同。此外,因情势变更导致合同变更或者解除在性质上属于依裁判的变更或者解除,不同于当事

人行使变更权或者解除权,故人民法院应在判决书中明确合同变更或者解除的具体时间。在确定具体时间时,应综合考量合同基础条件发生重大变化的时间、当事人重新协商的情况以及因合同变更或者解除给当事人造成的损失等因素。最后,情势变更原则体现了国家通过司法权对合同自由进行干预,因此,当事人事先约定排除情势变更原则适用的约定应被认定无效。

五、关于债权人的代位权和撤销权

《解释》第五部分是关于合同保全的规定,共14条,内容既包括了对民法典代位权、撤销权制度进行补充、细化的实体性规则,如怠于行使权利影响到期债权实现的认定、专属于债务人自身权利的认定、代位权不成立时的处理、债务人处分行为的限制、撤销权诉讼中明显不合理价格的认定、其他不合理交易行为的认定、撤销权的效力范围、法律效果等;也包括债权人提起代位权诉讼、撤销权诉讼的配套程序性规则,如代位权、撤销权诉讼的管辖及当事人、代位权诉讼与仲裁、与其他诉讼的关系、中止诉讼、合并审理等。《解释》延续了《合同法解释一》《合同法解释二》以来的传统,在本部分设置了相应的程序性规则,主要考虑是民法典合同编通则第五章明确规定了债权人代位权和撤销权只能通过向人民法院起诉的方式行使,故必须设置配套的程序性规则来保障代位权和撤销权在诉讼中具体实现,而放在《解释》中一并规定,既是对传统的尊重和延续,也有利于找法用法。

(一)代位权、撤销权诉讼的管辖与当事人

1. 代位权、撤销权诉讼的管辖。对于代位权诉讼管辖与专属管辖、协议管辖的关系,司法实践中认识不一。《解释》第35条明确了代位权诉讼应受专属管辖约束,但不受管辖协议约束。我们认为,法律特别规定专属管辖,有便利调查取证、查明案情、财产保全和裁判执行等考虑,特别是对于不动产纠纷等还涉及司法主权问题,在代位权诉讼中这些因素也同样要予以考虑。基于同理,《解释》第44条也明确撤销权诉讼管辖应受专属管辖限制。至于协议管

辖,只能在订立协议的双方当事人之间发生法律效力。代位权是法律赋予债权人对债务人的相对人的权利,与委托代理、债权转让不同,故债权人不应受债务人与相对人之间管辖协议的约束,否则等于将他人意思强加于债权人。且《解释》第35条规定代位权诉讼由被告住所地法院管辖,已经充分考虑了相对人的管辖利益,这一规定也有利于平衡各方当事人利益。

2.代位权、撤销权诉讼的当事人。《解释》第37条沿用了《合同法解释一》第16条规定的追加债务人为代位权诉讼第三人的规则。主要考虑是追加债务人为第三人有利于查清案件基本事实;且民法典第五百三十五条第二款规定债权人行使代位权的必要费用由债务人负担,如债务人不参加诉讼,债权人需就相关费用另行主张,增加诉累。对于撤销权诉讼的当事人,《解释》第44条修改了《合同法解释一》第24条只以债务人为被告的规定,将债务人、相对人明确为共同被告。这是因为撤销权诉讼对相对人的实体利益将产生重大影响,列为共同被告有利于充分保护其诉讼权利。实践中也已大量存在将债务人和相对人列为共同被告的做法。

(二)代位权诉讼中的重点问题

1.代位权行使是否受仲裁协议影响。对于债务人与相对人订有仲裁协议时是否影响债权人提起代位权诉讼的问题,司法实践认识不一。一种观点认为,代位权诉讼不受仲裁协议约束。理由是:如允许代位权诉讼受仲裁协议约束,将导致民法典代位权制度被实质架空,且债务人为诈害债权人,可以与相对人事先订立仲裁协议以排除债权人行使代位权,甚至可以事后订立仲裁协议并倒签。反对观点则认为,如债务人与相对人订有仲裁协议,则可以构成程序抗辩,相对人当然可以依据民法典第五百三十五条第三款规定向债权人主张。为统一裁判尺度,《解释》第36条综合各方意见后采取了折中立场,规定债务人或相对人在代位权诉讼中不得以订有仲裁协议为由提出异议,但在首次开庭前申请仲裁的,人民法院可以依法中止代位权诉讼。目的是通过适当灵活

的程序设计,既避免债务人利用仲裁协议妨害债权人行使代位权,甚至导致民法典的立法目的落空,又尽可能地维护和尊重仲裁协议的效力,平衡各方当事人的利益。

2.代位权不成立的处理。对于代位权不成立的处理,《解释》第40条将《合同法解释一》第18条“裁定驳回债权人的起诉”调整为“判决驳回债权人的诉讼请求”,主要考虑是对于债权人是否符合代位权行使的条件,需要经过实体审理才能确定,采用判决驳回诉讼请求的方式更为合理。这也有利于进一步区分诉讼成立要件和权利保护要件,与民事程序法、立案登记制更好地衔接,更加有效地解决当事人之间的实体争议,推动实质性解决纠纷。

3.代位权诉讼中对债务人处分行为的限制。代位权作为一项法定权利,在代位权诉讼提起后,如不对债务人的处分作必要限制,可能妨碍代位权诉讼进行,导致立法目的落空,故《解释》第41条规定债务人在代位权人起诉后不得无正当理由减免相对人的债务或者延长债务的履行期限。这既是对诚信原则的贯彻,也有利于减轻债权人诉累,防止债务人恶意干扰代位权诉讼。

(三)债权人撤销权诉讼中的重点问题

1.明显不合理的低价或者高价的认定。《解释》第42条第1款、第2款沿袭了《合同法解释二》第19条规定的明显不合理低价或者高价的认定标准,特别是其中的70%、30%标准。但实践中,债务人与相对人利用亲属关系或者关联关系逃避债务、恶意诈害债权人的现象较为常见,其标的额往往十分巨大,即使未低于70%或者高于30%的比例,也可能严重影响债权人利益。为保护债权人利益,对此类情形有必要加大打击力度,故第42条第3款明确此种情形不受70%、30%标准的限制。需要注意的是,第3款规定只是第2款规定的“一般可以认定”的具体例外之一,实践中当然还存在其他例外情形,需要根据具体情况把握。例如,为及时处理生鲜等不易保存的商品,有时不得不以较低价格出售,不能机械地以70%标准进行衡量。

2. 其他不合理交易行为的认定。对于可得撤销的有偿处分行为,民法典第五百三十九条列举了转让财产、受让财产和提供担保3种情形,但实践中还存在其他可能影响债权人债权实现的不合理交易行为,也应当允许债权人撤销。故《解释》第43条综合调研意见,在民法典第五百三十九条基础上补充列举了互易财产、以物抵债、出租或者承租财产、知识产权许可使用等情形,为司法裁判提供更为明确的指引。

3. 债权人撤销权的效力范围。实践中,被撤销行为的标的大于债权人的债权数额时如何处理是难点问题。对此,司法实践中曾提出以被撤销行为的标的是否可分为标准来判断撤销权的效力范围,^①学界也赞同这一观点,^②日本民法典等域外法例也有类似规定。《解释》第45条综合相关意见,以司法解释的形式予以明确。

4. 撤销权行使的法律效果。关于撤销权行使的法律效果,涉及债权人撤销权是否属于形成(诉)权的问题,学界存在形成权说、请求权说以及形成权+请求权的复合说等3种主要观点。实践中,对于撤销权行使的法律效果,有仅判决撤销以及判决撤销加返还两种模式,大部分案例支持第二种模式,指导案例118号也持类似观点。可见,除形成性效力外,认可债权人撤销权具有请求性效力是司法实务的共识。《解释》第46条总结理论观点和实务经验,规定债权人有权在撤销行为的同时主张相对人向债务人承担行为被撤销产生的返还财产、折价补偿、履行到期债务等法律后果。我国的撤销权制度实行“入库”规则,债权人难以通过撤销权诉讼直接获得清偿。调研中,各方普遍希望《解释》就撤销权诉讼中如何更好地保障债权人的胜诉权益作出明确指引,并提出了两种不同的解决思路。一种思路主张通过代位权加撤销权的方式来保障债权人获得清偿,另一种思路主张通过执行程序来实现。考虑到第一种思路过于复杂,且争议较大,我们选择了第二种思路,在第46条规定,债权人依据其与债务人的诉讼、撤销权诉讼产生的生效法律文书申请强制执行的,人民法院

可以就债务人对相对人享有的权利采取强制执行措施以实现债权人的债权。

六、关于合同的变更和合同的转让

《解释》第六部分是关于合同的变更和转让部分的规定,共5条,主要对债权债务转让纠纷中的诉讼第三人、债权转让通知、表见让与、债务人确认债权真实存在、债权多重转让、债务加入人的追偿权等问题作了规定。其中,如何保护债务人和受让人合法权益,是司法实践中关注的重点问题。

(一)关于债权转让的通知

我国债权转让采通知主义模式,债务人应当向谁履行债务,取决于其是否收到债权转让通知。故《解释》第48条第1款规定债务人在接到债权转让通知前已向让与人履行的,债务相应消灭,受让人不能再请求债务人履行;债务人接到债权转让通知后仍向让与人履行的,债务人的债务并不消灭,受让人仍可请求债务人履行。对于未经通知时受让人能否直接起诉债务人要求履行债务的问题,多数意见认为,应当认可直接起诉具有通知债权转让的效力。同时也有意见提出,在未为通知而直接起诉的情形下,债务人如果败诉,将可能承担一些额外的费用或者损失,对其不公平。例如,债权转让时债务并未到期,而债务人有履行能力也有履行意愿,如果受让人在债务到期时不经通知直接以起诉的方式请求履行,将会导致债务人额外负担诉讼费用。同时,在诉讼未决前,因不知该向谁履行而导致的迟延履行利息,如果由债务人负担,也有失公平。因此,《解释》第48条明确对债务人关于在认定债权数额时扣除因未通知而给其增加的费用或者造成的损失的主张予以支持。

(二)关于债权表见让与

债权转让合同是债权人和受让人之间签订的合同,无须经过债务人同意,但如果债务人按照债权转让通知向受让人履行后,允许债权人以债权转让合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力为由请求债务人向其履行,则必然会使债务人处于无法预测的风险中,故有必要对债务人基于债权转让通知产生的信赖利益予以专门保护。故《解释》第49条第

1款明确债务人接到债权转让通知后,除非该通知经受让人同意而撤销,债务人根据该通知向受让人履行的,其债务即已履行完毕,而不受债权转让协议是否不成立、无效、被撤销等的影响。

(三)关于债务人确认债权真实存在

实践中,受让人在受让债权之前也往往会向债务人调查核实债权状况,故存在受让人基于债务人作出的债权真实存在的确认而受让债权后,债务人又以债权不存在为由主张不承担债务的情形。为保护善意受让人的权益,《解释》第49条第2款明确债务人不得以债权系虚构等为由主张债权不存在的抗辩。

(四)关于债权的多重转让

多重转让涉及债务人与受让人、出让人与受让人、数个出让人之间等不同层面的关系,处理起来十分复杂。《解释》第50条第1款明确了以下问题:(1)债务人已经向最先通知的受让人履行的,其履行发生债务消灭的效果。这主要是为了保护债务人利益。(2)债务人明知接受履行的受让人不是最先通知的受让人的,最先通知的受让人仍然有权请求债务人履行。这主要是为了鼓励受让人及时促成通知,以保护自己的利益。(3)最先通知的受让人也可以请求出让人承担相应的违约责任。这实际上是基于出让人的瑕疵担保责任。(4)最先通知的受让人请求接受履行的受让人返还财产的,人民法院不予支持,但接受履行的受让人在受让债权时明知存在在先受让人的除外。这是为了及时稳定交易秩序,避免善意受让人因随时可能面临他人追索而处于不安定状态。考虑到在多重转让引起的纠纷中通知时间的先后具有重要意义,而实践中当事人可能对通知时间串通作假,故《解释》第50条第2款专门对通知时间的认定作出规定。基本思路是实行综合判断,不能仅凭债务人的认可或者通知的记载;同时优先考虑邮戳时间或者通讯电子系统记载的时间作为认定依据。

(五)关于债务加入人的追偿权

《解释》第51条第1款明确债务加入人有权向债务人追偿,但第三人知道或者应当知道加入债务会损害债务人利益的除外。主要考虑是:(1)第三人与

债务人约定加入债务时约定了追偿权,当然应当尊重当事人之间的约定。(2)在债务人和第三人没有约定追偿权的情况下,考虑到债务加入具有增信功能,如果否定第三人的追偿权,将严重限制第三人加入债务的积极性,影响民法典第五百五十二条功能作用的发挥。基于民法典的体系化适用逻辑,此时债务人可能构成不当得利等,债务人应当向第三人承担返还义务。本款的但书旨在防止第三人为损害债务人利益恶意加入债务。为进一步保护债务人的利益,《解释》第51条第2款明确债务人对债权人的抗辩可以向加入债务的第三人主张。

七、关于合同权利义务的终止

《解释》第七部分是关于合同权利义务终止的规定,共7条,主要针对司法实践中较为常见的合同解除和抵销制度适用的有关问题作了规定,包括协商解除的法律适用、通知解除合同的审查、撤诉后再次起诉时合同解除时间的认定、抵销权行使的效力、抵销对抵充规则的参照适用、侵权之债的抵销、已过诉讼时效债权的抵销等。

(一)合同解除的认定

在当事人就解除合同协商一致,但未就合同解除后的违约责任、结算和清理等事项作出处理的情形下,合同是否解除,实践中一直有不同认识。考虑到协商解除的后果可以由当事人协商,如无约定则适用法律规定,^③除非协商解除的意思表示以对解除后果形成一致意见为前提,^④《解释》第52条第1款采取了无特别约定时合同发生解除效力的立场,并对其他未约定事项在第3款作了适用指引。

(二)异议期间的法律效力

在当事人一方通知对方解除合同时,如果对方未在合理期限内提出异议,合同是否解除?对此,实践中有观点认为对方未提出异议的,异议期满后合同即解除。我们认为,这一认识不符合民法典规定精神。通知只是当事人行使法定或者约定解除权的方式,是否产生解除的效力要以当事人是否享有解除权为前提,而与对方是否提出异议无关。故《解释》第53条明确,对方未提出异议的,合同并不当然

解除,人民法院应当对通知解除的一方是否享有解除权进行审查。如果没有解除权的,合同并不解除。

(三)合同解除时间的确定

当事人在撤诉后再次起诉解除合同时,合同解除时间如何认定?对此实践中有不同认识:一种观点主张应当以第一次起诉的起诉状副本送达的时间为合同解除的时间;另一种观点主张应当以再次起诉的起诉状副本送达的时间为合同解除的时间。《解释》第54条最终采取了第二种思路。主要考虑是:第一,适用民法典第五百六十五条第二款,以起诉状副本送达时间为合同解除时间的前提是人民法院或者仲裁机构确认解除主张。第一次起诉后又撤诉的,该解除主张未经生效裁判确认,故不能认定第一次起诉的起诉状副本送达时合同解除。第二,当事人一方撤诉后,对方嗣后可能还有履行行为,或者两次起诉主张解除的理由不同,如规定第一次起诉的起诉状副本送达时解除,可能产生不必要的争议。第三,如按第一次起诉状副本送达时解除,势必导致受理第二次起诉的法院须对第一次起诉的材料进行审查,增加额外负担,影响诉讼效率。

(四)关于抵销权行使的效力

抵销是否具有溯及效力,在理论和实践中一直存有争议,导致裁判不统一。一种观点认为,应区分抵销的生效与债权消灭两个概念,抵销自抵销通知到达对方时生效;但抵销消灭债权的效果溯及自抵销条件成就之时而非抵销通知到达之时。另一种观点认为,《国际商事合同通则》《欧洲合同法原则》《欧洲示范民法典草案》等示范法坚持抵销自通知生效时发生使债务消灭的效力,更有利于计算债权数额、查清案件事实。《解释》第55条采取了后一种观点,同时吸收九民会纪要第43条的规定精神,明确抵销通知到达对方时双方互负的主债务、利息、违约金或者损害赔偿金等债务在同等数额内消灭。主要考虑是,承认抵销的溯及力会带来较大的弊端,例如带来债权债务的不确定性、导致不公平受偿、不符合当事人意思自治原则、增加案件审理难度等。^⑤与抵销的溯及力密切相关的是已过诉讼时效的债权能否抵销的问题,实践中也存

在不同认识。有观点认为,主动债权在通知抵销时虽已罹于诉讼时效,但抵销适状时诉讼时效尚未经过的,仍然发生抵销效力。这一观点的前提是承认抵销的溯及力。基于《解释》第55条否定抵销溯及力的整体思路,《解释》第58条进一步规定,当事人一方以已过诉讼时效的债权主张抵销时,对方提出诉讼时效抗辩的,人民法院应予支持。

(五)关于抵销参照适用抵充规则

抵销可以产生清偿的效果,故在主动债权数额较小,不足以消灭行使抵销权的当事人负担的数项债务,或者包括费用、利息和主债务在内的全部债务额时,就会面临与清偿类似的抵充问题。为此,《解释》第56条第1款规定主动债权不足以抵销抵销权人负担的数项同种类债务的,参照民法典第五百六十条的抵充顺序;第2款规定抵销权人享有的债权不足以抵销包括费用、利息和主债务在内的全部债务额的,参照民法典第五百六十一条的抵充顺序。

八、关于违约责任的法律适用

《解释》第八部分是关于违约责任的规定,共10条,主要涉及合同终止时间的认定、违约损害赔偿的计算、违约金的司法调整、定金规则的适用等问题。

(一)合同终止时间的认定

民法典第五百八十条第二款规定了合同的司法终止。调研中,有意见提出,适用民法典第五百八十条第二款时如何认定合同终止的时间是个难题,希望司法解释予以明确。经研究,《解释》第59条规定一般以起诉状副本送达的时间作为合同权利义务终止的时间,以其他时间更加符合公平原则和诚信原则的,也可以以该时间认定合同终止,但要充分说明理由。这样规定主要是基于以下考虑:第一,起诉状副本送达的时间较为明确,而以其他时点不仅难以确定,增加审理困难,而且易被人为干扰。第二,请求司法终止是法律赋予当事人的权利,以起诉状副本送达的时间终止合同,有利于鼓励当事人及时主张,尽快了结无效率的合同关系。第三,以起诉状副本送达的时间终止合同不等于保护违约方,因为有权申请终止的当事人既包括违约方,也包括已经丧

失解除权的非违约方,而且民法典第五百八十条第二款已经为申请司法终止设置了严格的条件。第四,根据案件具体情况有其他更好的时点时,也可以按照该时点终止合同,有利于实现原则性与灵活性的统一。

(二)违约损害赔偿的计算

1. 可得利益损失的计算。解决司法实践中如何认定可得利益损失的难题,是《解释》调研起草工作的重点。经综合理论和实践成果,《解释》分3个层次对可得利益损失的计算作了规定。第一层次是可得利益损失计算的通常方法。《解释》第60条规定了利润法、替代交易法、市场价格法等可得利益损失的计算方法。其中,利润法主要适用于非违约方是商事主体(如生产者、经营者、经销商)的情形,替代交易法、市场价格法则更具有普遍意义。非违约方实施了替代交易的,可以按照替代交易差价认定可得利益损失,没有实施替代交易的,可以按照与市场价格差额认定可得利益损失。司法实践中需要重点把握替代交易价格和市场价格合理性,即替代交易价格不能明显偏离替代交易发生时当地的市场价格,而市场价格应当为违约行为发生后合理期间内合同履行地的市场价格。第二层次是可得利益损失计算的特别规则。《解释》第61条针对持续性定期合同中可得利益的赔偿作出专门规定,即参考合同主体、交易类型、市场价格变化、剩余履行期限等因素确定非违约方寻找替代交易的合理期限,并按照该期限对应的价款、租金等扣除非违约方应当支付的相应履约成本确定合同履行后可以获得的利益。只有在剩余履行期限少于寻找替代交易的合理期限时,才能以合同解除后剩余履行期限相应的价款、租金等扣除履约成本确定非违约方的可得利益损失。第三层次是补充性规定。《解释》第62条明确根据第60条、第61条不能计算出可得利益损失的情况下,可以综合考虑违约方因违约获得的利益、违约方的过错程度、其他违约情节等因素,遵循公平原则和诚信原则确定。

2. 违约损害赔偿数额的确定。(1)适用可预见性

规则进行衡量。民法典第五百八十四条规定,损失赔偿数额不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。但司法实践对如何适用可预见性规则普遍感到难以把握,常以“不具有确定性或必然性”“并无实际发生,且亦非必然发生”等表征确定性的理由取代可预见性规则,因此,《解释》第63条第1款对可预见性规则的适用作了细化。一是在民法典第五百八十四条已经明确预见的主体、预见的的时间的基础上,进一步明确了预见的标准,即采用客观标准,按照与违约方处于相同或者类似情况的民事主体在订立合同时预见到或者应当预见到的损失予以确定。二是列明了判断可预见性的具体参考因素。考虑到司法实践的复杂性,可预见性规则的适用不可能采取一刀切的标准,故本款采取了动态系统论的思路,通过列举参考因素的方式加强指引。为进一步增强指引性,本款根据重要性的不同,将参考因素分为两个层次。第一层次是基础性的参考因素,即合同目的;第二层次是其他参考因素,包括合同主体、合同内容、交易类型、交易习惯、磋商过程等。(2)综合运用减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则。司法实践中在计算违约损害赔偿数额时,应当首先确定因违约所造成的损失,然后运用可预见性规则进行衡量,最后综合运用减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则,才能得出最终的损害赔偿数额。故《解释》第63条第3款明确非违约方主张的可得利益赔偿总额中要扣除非违约方不当扩大的损失、非违约方因违约获得的利益、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的交易成本。

(三)关于违约金的司法调整

1. 调整违约金的举证责任。实践中,违约金“过分高于”的举证证明实际落脚于对违约损失的举证证明上,在合同的履行中,相较于违约方,守约方更清楚违约带来的损失情况,理应尽说明义务。因此,《解释》第64条第2款明确守约方也应当对违约金合理提供相应的证据。

2. 预先放弃调整违约金条款的效力问题。对于预先放弃调整违约金条款的效力问题,存在有效说

和无效说的观点。在比较法上,法国民法典、荷兰民法典以及美国统一商法典均采无效说。我们认为,违约金的调整系法律规定,不能由当事人通过约定排除,否则可能造成实践中出现大量放弃调整违约金条款的约定,严重影响违约金损失填平功能的实现,有悖于民法典的立法目的。因此,《解释》第64条第3款对这一问题予以明确。

3. 过分高于造成损失的认定。关于损失的计算基础,一种意见主张沿用《合同法解释二》第29条,仍规定“以实际损失为基础”。另一种意见主张以民法典第五百八十四条规定的损失为基础。经研究,《解释》第65条第1款吸收九民会纪要第50条和《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条的精神,在明确“以民法典第五百八十四条规定的损失为基础”上,通过兼顾合同主体、交易类型的方式交由法官根据案件实际情况进行个案裁量。同时,为了符合违约金以补偿性为主、惩罚性为辅的立法本意,避免实践中形成误导,对企业造成过大负担,《解释》第65条第2款仍沿用《合同法解释二》“造成损失的百分之三十”的表述,对酌减幅度没有作出强制性的规定,给法官保留一定裁量空间。另外,为进一步弘扬社会主义核心价值观,倡导诚信精神,打击恶意违约行为,《解释》第65条第3款明确恶意违约一般不支持酌减违约金。

4. 违约金的释明和改判。实践中,存在违约方不提出违约金调整的请求而以合同不成立、无效或者不构成违约等理由抗辩,被告因客观原因在一审程序中未到庭参加诉讼而二审到庭参加诉讼并请求减少违约金的情形,《解释》第66条对释明和改判的情形予以列举,为司法裁判提供更为明确的指引。

(四)关于定金的法律适用

1. 定金性质的认定。根据民法典和《担保法解释》,定金可以分为违约定金、立约定金、成约定金、解约定金。通常认为,我国现行法律体系中的定金概念系以违约定金为核心,以其他类型的定金为特例。因此,《解释》第67条第1款明确没有约定定金

性质的,不构成定金合同;约定了定金性质,但没有约定定金种类或者约定不明,一方主张为违约定金的,应解释为违约定金。

2. 定金罚则的适用规则。(1)定金罚则属于惩罚性较强的一种违约责任,对其适用应当限于一方根本违约情形。当存在双方根本违约时,定金罚则没有适用空间。若一方存在根本违约,一方仅存在轻微违约的情况下,对根本违约方依然可以适用定金罚则。《解释》第68条第1款对上述规则予以明确。(2)定金罚则可以按比例适用。有观点认为定金罚则的适用应当是全部或全无,我们认为,对于合同部分没有履行但又未导致合同目的完全落空的情形,以全部或全无的规则适用定金处罚会导致当事人的利益难以平衡,按比例适用无疑更符合民法的公平原则。有关立法释义也持此立场:如果当事人一方不完全履行合同的,在能够区分比例的情况下,应当按照未履行部分所占合同约定内容的比例,适用定金罚则。^⑥这一思路实际上也与民法典第六百三十二条和第六百三十三条规定的标的物可分情况下可就部分标的物解除合同的精神相吻合,故《解释》第68条第2款延续了《担保法解释》第120条第2款的精神,规定定金罚则可以根据违约情况按比例适用。

注释:

①杜万华、宋晓明主编:《基层人民法院法官培训教材(实务卷商事审判篇)》,人民法院出版社2005年版,第545页。

②韩世远:《合同法总论》,法律出版社2004年版,第416页。

③王利明主编:《中国民法典评注——合同编(一)》,人民法院出版社2021年版,第379页。

④黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义(中)》,法律出版社2020年版,第1073页。

⑤王利明:“罹于时效的主动债权可否抵销?”,载《现代法学》2023年第1期。

⑥黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》,法律出版社2020年版,第1138页。