

【专题:《合同编通则司法解释》研究】

《合同编通则司法解释》对合同订立制度的发展

石 宏

【摘 要】合同编是《中华人民共和国民法典》的重要组成部分,也是实践性和理论性最强、最易产生适用争议的部分。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》在尊重民法典立法原意的基础上,针对合同订立规则在司法适用中面临的难题和争议点,对合同成立的认定标准、合同订立中的第三人责任、预约合同的认定与违约救济、格式条款的认定和订入合同等重要内容作了细化和发展。这些亮点和发展对更好地贯彻实施民法典合同编,更好地规范和指导司法实践,统一法律适用标准将发挥重要的指导作用。

【关键词】《民法典》合同编;合同编解释;合同订立;预约合同;格式条款

【作者简介】石宏,法学博士,全国人大常委会法制工作委员会社会法室主任,原民法室副主任。

【原文出处】《上海政法学院学报》(法治论丛),2024.2.56~67

合同编在《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)中具有十分重要的地位。从规则体量上讲,合同编的条文数有526条,几乎占整个《民法典》的半壁江山;从重要性上讲,合同编在国家社会经济生活中发挥着重要作用,是民事主体实现意思自治的重要工具,是优化营商环境的重要方式,是促进社会主义市场经济健康有序发展的重要保障,更是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要手段。《民法典》合同编通则又在整个合同编中具有总揽全局的功能,在规范司法活动和引领社会经济生产生活中发挥着重要作用。因此,全面准确地适用好合同编通则的内容尤为重要。但是,与合同编分则的具体规则相比,合同编通则的内容又具有极强的理论复杂性和规则抽象性,在适用中很容易产生争议。为了更好地贯彻实施民法典合同编,更好地规范和指导司法实践,统一法律适用标准,最高人民法院以《民法典》的规定为依据,针对司法实践中面临的疑点难点

和争议点,于2023年12月制定出台了《最高人民法院关于适用〈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“《合同编通则司法解释》”)。该《合同编通则司法解释》在尊重立法原意的基础上,坚持问题导向和系统观念,对《民法典》合同编通则规定的一些内容细化裁判标准,对一些尚需要明晰的内容予以明晰,对一些易在审判实践中引起争议的内容予以明确。总体而言,《合同编通则司法解释》是对《民法典》合同编通则的进一步细化和充实,有不少亮点和发展。因篇幅受限,笔者仅对《合同编通则司法解释》中合同订立制度的亮点和发展进行解析。

一、明确了合同成立争议的裁判标准

合同订立是与合同成立紧密相连的一个概念。合同订立是当事人通过要约邀请、要约、反要约直至承诺等一系列接触、磋商最终形成合意的过程,合同成立则是合同订立过程的最终结果。《民法典》合同编规范和调整合同订立、变更到终

结的全过程,合同成立则是合同履行、终止的前提和基础。除法律另有规定外,在合同成立前,任何一方当事人都有从合同订立过程中撤出的自由,但一旦合同成立,当事人就有严格遵守合同的义务,不得擅自违反合同、解除合同。合同成立也是判断合同效力的基础,合同不成立,就谈不上合同有效或者无效的问题。此外,合同成立还是区分违约责任和缔约过失责任的重要时间节点,只有在合同成立后,才可能存在违约责任问题。因此,在司法实践中,判断合同是否成立是解决合同争议需要面对的首要问题。

那么合同成立的要件是什么?虽然《民法典》合同编通则对此没有明确规定,但根据理论通说和对合同编通则的体系解释,合同成立一般应当满足三个要件:一是要存在两方或者多方当事人;二是当事人已经通过要约和承诺达成合意;三是当事人就合同的必要条款达成一致。^①关于第一个要件,现实世界中对于是否具有两个或者多个当事人的认定比较明晰,实践中一般不会产生争议。关于第二个要件,《民法典》合同编通则第二章对要约和承诺的规则作了较为详细的规定。在实践中容易产生争议的是第三个要件,即当事人是否对合同的必要条款达成一致。合同的内容由当事人约定,体现为一系列合同条款。合同条款是合同中经双方当事人协商一致、规定双方当事人权利义务的具体条文。合同的权利义务,除法律规定的以外,主要由合同的条款确定。从理论上讲,合同是否成立、是否能够顺利履行首先取决于合同条款是否完备。合同条款虽然非常重要,但并不意味着一个成立生效的合同需要具备所有的条款,实践当中也并非缺少某些条款的合同就一定不成立或者无效。自1999年统一合同法以来,无论是立法、理论还是实务都一直坚持一个原则,即尽量促成合同成立和有效。这主要是考虑到,在现实生活中,因为时间紧迫或者相距较远等原因,当事人很难就合同的每一项内容进行仔细

磋商或者深入协商,所以在多数情况下合同的一些内容或者次要条款是欠缺或者不明确的,如果因为这些条款的不完整或者欠缺就认定合同不成立,既不符合现实,也不经济。所以,只需要当事人就合同的必要条款达成一致就可以。但在实践中,合同类型繁多,每一种具体合同的关注点和重点内容是不同的,基于此,《民法典》合同编通则并没有明确规定合同的必要条款是什么,而是从指导当事人签订合同的角度规定,合同的内容一般包括当事人的姓名或者名称和住所、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任、解决争议的方法。^②该规定使用了“一般包括”而未使用“必须包括”的表述,表明该规定只具有提示性与示范性,具体合同的内容不限于这些条款或者上述条款并不是每一个合同必须包括的内容。事实上不同的合同,因其类型、性质和当事人的约定不同,其主要条款或者必备条款可能是不完全相同的。所以,在具体的合同纠纷中,判断哪些是合同必要条款时就很容易产生争议。

为了解决司法实践中的这个难题,《合同编通则司法解释》第3条第1款规定,当事人对合同是否成立存在争议,人民法院能够确定当事人姓名或者名称、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但是,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。也就是说,《合同编通则司法解释》区分了主要条款和必要条款,除非法律另有规定或者当事人另有约定,原则上只要根据合同内容能够确定明确的当事人、标的和数量这三项必要条款,就可以认定合同成立。这里的“当事人”是所有合同都必须具备的条款内容。作为合同主体的当事人,只有在合同中予以明确列明,才能明确交易双方是谁,才能明确谁享有合同权利,谁承担合同义务,这样可以避免纠纷的发生和利于纠纷的解决。因此,签订合同时,不仅要在合同中列明当事人是谁,而且还要写明当事人的名称或者姓名和住所。这里的“标的”是合同当事人的权利义务指

向的对象。标的是所有合同不可或缺的内容,没有标的合同就不成立,更无从在当事人之间形成合同关系。合同的种类很多,合同的标的也多种多样,一般包括有形财产、无形财产、劳务、工作成果等。这里的“数量”在大多数合同中是必备条款。原则上讲,在一般情况下,一个合同只要具备了当事人、标的和数量这三项内容,即使不具备其他内容,合同也是可以成立的。

除了当事人、标的和数量这三项内容外,如果合同当中没有明确规定其他内容,合同是否成立?对于这个问题,《合同编通则司法解释》第3条第2款规定,对于已经成立的合同,如果欠缺相关内容,应当依据《民法典》第510条^③、第511条^④等规定确定欠缺的内容。也就是说,在合同成立后,如果当事人对质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,当事人可以首先通过协议补充相关内容;如果当事人不能就相关内容达成补充协议的,则按照合同有关条款的内容或者交易习惯确定;如果当事人既不能达成补充协议也不能根据交易习惯确定,则可以根据《民法典》第511条的规定具体确定质量、价格、履行地点、期限、方式、费用等内容。这里需要强调的是,《合同编通则司法解释》第3条只解决了实践中合同必要条款具备后的合同成立问题和其他条款欠缺后依法推定的问题。但如果当事人对合同条款的含义发生争议,则涉及合同解释问题。对此,《合同编通则司法解释》第1条第1款首先强调要以通常理解的词句含义为基础进行解释;其次,进一步细化了合同解释的方法,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。《合同编通则司法解释》第1条第2款则明确规定,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。《合同编通则司法解释》第1条第3款则明确了对合同

条款有两种以上解释时的处理方法:一是选择有利于合同条款有效的解释;二是对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,为更好地指导审判实践,《合同编通则司法解释》第2条对交易习惯的认定也作出了规定。这里需要强调的是,根据《合同编通则司法解释》和《民法典》合同编通则的规定,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相关内容没有进行明确意思表示的基础上。在有证据证明当事人仅就合同主体、标的和数量达成一致,但对其他内容,双方已经进行了意思表示但未达成一致的,可以认定合同已经成立,再依据合同解释规则和推定规则对其他内容进行补充。当然,当事人明确约定必须就某项内容达成一致合同才能成立的,也应认为该内容属于必要内容,只有在当事人就包括该内容的所有必要条款达成一致时,合同才能成立。

此外,《合同编通则司法解释》还解决了“中标通知书、拍卖确认”等的法律地位问题。在实践中,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时有发生。对此,《中华人民共和国招标投标法》(以下简称“《招标投标法》”)第45条明确规定,招标人和中标人应当受中标通知书的约束。招标人不得擅自改变中标结果,中标人也不得擅自放弃中标项目,否则就要承担相应的法律责任。^⑤但在中标方收到中标通知书后,当事人拒绝签订书面合同的,双方的合同是否成立,拒绝签订一方当事人应承担违约责任还是缔约过失责任,对这些问题实践中是有争议的。为了解决该争议,《合同编通则司法解释》第4条第1款规定,采取招标方式订立合同,当事人请求确认合同自中标通知书到达中标人时成立的,人民法院应予支持。合同成立后,当事人拒绝签订书面合同的,人民法院应当依据招标文件、投标文件和中标通知书等确定合同内容。也就是说,中标通知书到达中标人时本约合同已经成立。实践中之所以

常常将书面合同理解为合同的成立要件,是因为误将《招标投标法》第46条规定的书面合同认为是《民法典》规定的书面形式或特定形式。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,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,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。此外,《合同编通则司法解释》第4条第2款、第3款还分别对因网络拍卖、现场拍卖、挂牌交易等形成的合同成立问题作了规定。根据该规定,如果采用现场拍卖、网络拍卖等公开竞价方式订立合同,合同成立时间是拍卖师落槌、电子交易系统确认成交时。自拍卖师落槌、电子交易系统确认成交后,当事人不得拒绝签订成交确认书;如果当事人拒绝签订成交确认书的,合同内容可以根据拍卖公告、竞买人的报价等确定。如果合同订立是通过产权交易所等机构主持拍卖、挂牌交易进行,且该机构公布的拍卖公告、交易规则等文件公开确定了合同成立需要具备的条件,则合同自该条件具备时成立。

二、明确了合同订立中的第三人责任

合同订立中第三人问题是《民法典》新规定的制度,1999年《合同法》对此并未作规定。《民法典》第149条和第150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。根据这两条的规定,当事人因第三人的欺诈或者胁迫而订立合同的,其可以请求撤销合同。但是,《民法典》总则编的民事法律行为一章和合同编并未对第三人是否承担责任、承担什么样的责任以及如何承担责任等问题作出明确规定。《民法典》之所以对此未作明确规定,一是考虑到合同订立的相对性,《民法典》总则编的民事法律行为和合同编受调整范

围之限,只宜规定合同当事人的法律责任问题,第三人的欺诈或者胁迫行为虽然对当事人订立合同行为产生了影响,但其本身并不属于合同当事人,不宜在这两部分明确规定其法律责任;二是考虑到无论是理论和实务对这些问题还有不同意见,有的认为第三人应当承担侵权责任^⑥,有的认为其应当承担缔约过失责任^⑦。

但是,在司法实践中,受欺诈或者受胁迫一方当事人要求实施欺诈或者胁迫行为的第三人承担法律责任却是不容回避的问题。对此,《合同编通则司法解释》回应审判实践的需要,在第5条明确规定,第三人实施欺诈、胁迫行为,使当事人在违背真实意思的情况下订立合同的,受到损失的当事人有权请求第三人承担赔偿责任的;受到损失的当事人也有违背诚信原则的行为的,应当根据过错程度确定相应的责任,除非法律、司法解释另有规定。该规定明确了三层意思:一是受到欺诈或者胁迫的一方当事人有权要求实施胁迫或者欺诈行为的第三人承担赔偿责任,第三人承担赔偿责任的理论基础是因其过错损害了当事人的权益;二是合同的另一方当事人对损害的发生也有过错的,则其和第三人根据各自的过错程度对受到欺诈或者是胁迫的一方当事人承担赔偿责任;三是考虑现有法律、司法解释等对担保人、会计师等的责任已有明确规定,为避免法律、司法解释之间发生冲突,该规定第5条采取特别规定优于一般规定的思路,明确规定在法律、司法解释另有特别规定的情况下,优先适用特别规定。

三、细化了预约合同的适用规则

随着经济社会的发展,社会经济活动越来越复杂,交易方式和形式也越来越多样化,预约合同就是为了适应这种变化和满足当事人交易意愿而发展出的一种合同形式,并在实践中的适用越来越广泛。从实践情况看,当事人之所以先订立预约合同而不直接订立本约合同,一般是基于两个方面的考虑:一是先固定阶段化的谈判成果并赋

予其法律约束力,防止另一方当事人反悔;二是为未来进一步磋商未能协商一致的内容留下空间,保留最终是否完成交易的决策权。^⑧为了应对实践需求,《民法典》合同编第495条在吸收有关司法解释规定的基础上,明确将预约合同作为一项基本的合同制度予以规定,适用于各种交易活动。该条规定了预约合同的定义,并对预约合同的违约责任作了原则性规定。虽然《民法典》从主要制度的视角对预约合同作了规定,解决了司法实践中预约合同争议所面临的无法可依问题,界定了预约合同的含义并明确违反预约合同应当承担违约责任。但违反预约合同应当承担什么样的违约责任,例如守约方是否可以要求违约方订立本约合同;如果要求违约方承担损害赔偿,赔偿范围如何确定等问题,由于争议较大,合同编并未规定。这些问题仍有待在司法实践中作进一步探索,不断予以细化。这次的《合同编通则司法解释》从以下几个方面细化了预约合同的相关规则。

一是进一步明确了预约合同的认定标准。《民法典》第495条第1款对预约合同的定义及其主要表现形式作了界定。预约合同在实践中经常表现为认购书、订购书、预订书等,当然不仅仅表现为这三种形式。对于这种认购书、订购书、预订书等预约合同的性质到底如何认定,认购书、订购书、预订书等是否都能构成预约合同,实践当中还有争议。《合同编通则司法解释》第6条在《民法典》的基础上明确了两层意思:第一,预约合同最本质的内涵是约定将来一定期限内订立合同,最典型的形式是认购书、订购书、预订书等形式以及为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金的定金合同。同时,不管合同形式如何,预约合同从本质上讲都是一种合同,因此其应当满足合同成立的条件。根据《民法典》合同编第二章关于合同订立制度的规定,一个合同要成立,其内容应当具体确定,且当事人有受该内容约束的意思表示。但是,预约合同毕竟不是本约合同,其是为将来订立本

约而订立的合同,因此预约合同内容具体明确的程度,与本约合同内容的具体明确程度有所不同,也不需要达到本约合同内容的明确具体程度。基于此,在实践中,预约合同的内容只要具备将来所要订立本约合同的主体、标的等内容,就可以认定预约合同的内容具体明确。当事人就这些内容在未来一定期限内签订本约合同形成合意的,即可构成预约合同。将来应当订立的合同可以称为本约或者本约合同,约定订立本约的合同称为预约或者预约合同。也就是说,当事人签订的认购书、订购书、预订书并不是确定无疑一定构成预约合同,其是否构成预约合同,关键还是要看当事人是否对将来一定期限内订立本约合同达成合意,是否能够确定合同的主体、标的等内容。如果认购书、订购书、预订书等不符合预约合同的这一本质内涵,就不能构成预约合同。如果不能确定订立合同的主体、标的等内容,也不能构成预约合同。第二,明确了当事人签订的意向书或者备忘录等不构成预约合同的情形。在实践中,法院往往对当事人签订的意向书或者备忘录是否构成预约合同看法不一。这次的《合同编通则司法解释》明确规定,如果当事人签订的意向书或者备忘录等,没有在将来一定期限内订立本约合同的意思表示,或者根据意向书或者备忘录约定的内容很难确定将来所要订立合同的主体、标的等内容,不构成预约合同。但需要强调的是,虽然意向书不属于本条列举的典型预约合同形式,但只要符合预约合同的本质内涵且能确定订立合同的主体、标的等内容,也属于预约合同。在《民法典》合同编制定过程中,在预约合同的表现形式中也曾经列举“意向书”,但一些意见提出,实践中很多情况下“意向书”并不能构成预约合同,列举了“意向书”反倒不利于引导人们对预约合同作正常理解。^⑨《民法典》最终没有列举“意向书”,只是不将其作为预约合同的典型表现形式,但并没有否定“意向书”也有构成预约合同的可能。

二是进一步明确了预约合同与本约合同的区分标准。是否要另行订立合同,是预约合同与本约合同最本质的区别。预约合同当事人的义务就是在将来一定期限内订立本约合同,因此,订立本约合同是预约合同得到履行的结果。而本约合同当事人可直接履行各自义务(例如一方交付货物,另一方支付货款),实现合同目的,无须再另行订立合同。在实践中,有的当事人签订的合同名称是认购书、订购书、预订合同等典型的预约合同表现形式,但并没有约定未来一定期限内订立本约合同的内容,而是对合同的主体、标的、数量等具体内容作了规定。在具体案件处理中对此种合同是本约合同还是预约合同也有不同看法。对此,《合同编通则司法解释》第6条第3款规定,当事人订立的认购书、订购书、预订书等已就合同标的、数量、价款或者报酬等主要内容达成合意,符合本解释第3条第1款规定的合同成立条件,未明确约定在将来一定期限内另行订立合同,或者虽然有约定但是当事人一方已实施履行行为且对方接受的,人民法院应当认定本约合同成立。也就是说,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469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,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。

三是进一步明确了违反预约合同的认定。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。对此,《合同编通则司法解释》第7条第1款明确规定,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。

四是进一步明确了违反预约合同的司法救济。预约合同既然是一项以订立本约为目的的独立合同,当事人违反约定,不履行订立本约的义务,也应当承担违约责任。但违反订立本约的义务与违反本约义务毕竟不同,预约合同的违约责任与本约合同的违约责任也有所差别。基于此,《民法典》采用了“预约合同的违约责任”的表述,第495条第2款规定,当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的,对方可以请求其承担预约合同的违约责任。当然,如果一方违约,符合合同编规定的解除合同条件的,非违约方也可以请求解除预约合同。依据合同编第八章关于“违约责任”的规定,违约责任的形式主要有违约金责任、定金责任、继续履行和赔偿损失等。预约合同的违约责任原则上也可以包括以上几种责任形式。当事人就预约合同约定违约金或者定金的,当事人违反预约合同义务的,可以适用违约金责任或者定金责任,理论和实务中对此已经形成共识,不存在问题,但对于是否可以请求违约方继续履行以及损害赔偿的范围仍然存在一定争议。对于是否可以请求继续履行,有两种观点。一种观点认为,预约合同中当事人的义务就是订立本约合同。当事人违反合同约定,不履行订立本约义务的,非违约方可以请求继续履行,要求违约方配合订立本约。^⑩支持的理由主要有:第一,预约合同本身就是落实民法自愿原则而成立的,是双方当事人自愿签订的,基于自己决定、自己负责的法理,诚信地兑现自己的承诺,本身就是为了落实其

真实意愿。第二,“继续履行”在不借助违约方配合的情况下也是可以实现的,比如根据预约合同的内容,本约合同的当事人、标的、数量等必要条款均已具备的情况下,法院是可以据此直接认定本约合同成立的;即使相关条款并不完全具备,也可以根据诚信原则及漏洞填补规则予以补充。第三,对于有些预约合同,违约方赔偿损失并不一定符合非违约方的利益,并不能取代继续履行、订立本约的责任形式。如果可以订立本约,并且履行本约义务对非违约方更为有利的,也有必要支持非违约方。并且,如果可以要求继续履行,使本约得以成立并对本约合同中当事人的具体权利义务予以确定,将更有利于计算具体的损失赔偿额。另一种观点则认为,违反预约合同的,一方当事人不得要求另一方继续履行^⑩,理由主要有:第一,依据民法自愿原则,当事人对是否订立本约有完全的自由,不受他人的强迫,强迫当事人订立本约违反民法自愿原则。第二,订立本约需要双方配合,需要双方都作出意思表示并达成一致,但如果违约方不配合,法院也无法强迫当事人配合订立本约,因为法院无法对人的意志进行强迫,无法强迫当事人作出意思表示。合同编第580条第1款规定了三种违约方可以拒绝履行的情形:法律上或者事实上不能履行;债务标的不适于强制履行或者履行费用过高;债权人在合理期限内未请求履行。要求违约方配合订立本约,即属于“法律上或者事实上不能履行”的情形。第三,这种情况下,要求违约方赔偿损失即可,不必强制要求订立本约。考虑到这一问题极为复杂且涉及对意思表示无法强制执行,还考虑到我国的民事强制执行法仍在起草过程中,《民法典》和《合同编通则司法解释》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。

预约合同当事人不履行订立本约的义务,非违约方是可以请求违约方赔偿损失的,但违约损

害赔偿的范围问题较为复杂。总体来说,比较有共识的是,预约合同的损害赔偿范围不等同于本约合同的损害赔偿范围。因为预约合同约定的义务是订立本约合同,而本约合同成立与本约合同履行是两个不同的阶段,因此预约合同的履行利益与本约合同的履行利益是不同的。那么,预约合同的违约损害赔偿范围怎么计算呢?一种观点认为,预约是相对于本约而言的,预约合同所处的阶段,实际上是本约合同的缔约阶段,所以预约合同的违约责任范围大致相当于本约合同的缔约过失责任范围,即相当于赔偿本约合同的信赖利益。^⑪也有观点认为,预约与本约具有内在的联系,当事人的最终目的不在于预约合同的履行,而在于本约合同的订立及履行,因此预约合同违约损害赔偿范围可以以本约合同的履行利益为参照,通过减轻损害、损益相抵等规则予以限缩,结果肯定要小于本约合同的违约损害赔偿范围。^⑫还有观点认为,相对于本约而言,违反预约合同的行为既是预约合同违约行为,也可视为本约合同的缔约过失行为,此时发生缔约过失责任和违反预约合同违约责任的竞合,不管采用哪种方式计算,损害赔偿结果应当是一致的,并且以不超过履行利益为限。^⑬为了消除争议,《合同编通则司法解释》第8条对此作了明确规定。根据该规定,如果当事人一方不按照预约合同的约定履行订立本约合同的义务,另一方当事人有权请求其承担赔偿责任。损失赔偿的范围首先依照当事人的约定来确定;当事人对此没有约定的,应当在综合考虑以下因素后酌定:预约合同在内容上的完备程度、订立本约合同的条件的成就程度等。也就是说,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。

四、进一步明确了格式条款认定和订入合同的标准

从格式条款的发展历程看,其是一些领域内的当事人基于频繁交易、重复使用的现实考虑,为了简化合同订立程序而形成的。格式条款一般具有交易对象广泛性、条款持久性、内容具体细致、由占有优势的一方提出等特点。从格式条款多年的实践情况看,使用格式条款具有简捷、省时、方便、交易成本低等优势。但也存在一些弊端,一个突出的弊端就是制定格式条款的一方当事人往往利用其优势地位,制定出对自己有利而对另一方不利的不公平条款,这一点在消费者作为合同相对方时尤为突出。因此,有必要在立法上予以限制。《民法典》在原《合同法》规定的基础上,用三个条款对采用格式条款进行了严格的规制,其第496条对格式条款的认定及其进入合同的问题作了规定,第497条对格式条款的效力认定作了特别规定,第498条对格式条款的解释作了特别规定。但在司法实践中,容易引起争议且突出存在的问题是格式条款的认定及订入合同的条件和标准。

对于格式条款的认定标准,《民法典》第496条第1款规定,格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。但在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。根据《民法典》的规定,格式条款最实质的特征在于“未与对方协商”。“未与对方协商”就是指格式条款提供方没有就条款内容与相对方进行实质上的磋商,相对方对条款内容并没有进行实际修改的余地。^⑤因此,即使合同依据合同示范文本制作,只要具备“预先拟定,并在订立合同时未与对方协商”,也不意味着不是格式条款。《民法典》对格式条款的定义还用了“为

了重复使用”的表述对格式条款的通常外在形貌予以描述。格式条款的提供方通常是基于重复使用进而提高交易效率的目的拟定格式条款。正是因为要重复使用,相对方往往对格式条款内容没有进行实质磋商并修改的余地。在《民法典》合同编制定过程中,有的意见提出,“为了重复使用”只是格式条款的通常表现形式,并不是其本质特征,格式条款的本质特征在于“未与对方协商”,因此即使不是“为了重复使用”,只要相对方无法对合同条款施加影响、没有对合同条款进行修改的余地,都可以称为“格式条款”。^⑥对此,又有不同意见提出,原《合同法》关于格式条款的定义中,将“为了重复使用”与“未与对方协商”并用,有利于将其实质特征与外在表现较好地统一起来,判断标准明确、易于操作。并且,如果仅是强调相对方对条款内容没有修改余地,还可能使格式条款制度与总则编关于民事法律行为成立的显失公平制度之间的关系不易理清。^⑦经反复研究,《民法典》对格式条款的定义最终保留了原《合同法》中“为了重复使用”的表达。^⑧但是需要强调的是,“为了重复使用”这个要件只是要求格式条款提供方证明自己具有重复使用的目的,并不是要求当事人去证明自己实际重复使用了多次。也就是说,根据《民法典》第496条第1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。基于前述考虑和立法背景,为了尽量消除实践中的争议,《合同编通则司法解释》第9条第1款、第2款对此作了规定。^⑨根据该规定,如果当事人依据合同示范文本制作了合同条款,只要该条款是其单方提供且未与对方进行实质商量,这些条款就属于格式条款,该当事人不得仅以其依据合同示范文本而主张不属于格式条款;如果合同条款是一方单方提供且未与对方实质商量,即使双方已经明确约定合同条款不属于格式条款,提供一方也不得以此为由主张该条款不是格式条款;如果从事经营活动的当事人单方

提供且未与对方实质商量的条款,即使其未实际重复使用,也不得以此为由主张合同条款不属于格式条款,除非其有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定。此外,在实践中,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。这样的约定是否有效,实践中的看法也不一致,对此,《合同编通则司法解释》明确规定,法律关于格式条款的规定属于强制性规定,当事人不得排除其适用,故当事人的约定不发生法律效力。

格式条款的拟定方未与相对方进行实际磋商,相对方对条款的内容并不充分了解,对与自己有重大利害关系的条款并不一定能注意到,即使注意到了,也不一定真正理解。为了让相对人在缔约时能够充分注意并理解格式条款的内容,从而对合同订立的效果作出合理的判断,《民法典》第496条第2款规定了格式条款提供方对与对方有重大利害关系条款的提示、说明义务。依照该规定,格式条款提供方不但应当采取“合理的方式”提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方“有重大利害关系的条款”,还要按照对方的要求,对该条款予以说明、解释,使相对方真正理解该条款的含义。可以说,《民法典》对于格式条款订入合同进行了严格规制。但与原《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”。在实践中,对如何理解“与对方有重大利害关系的条款”是有争议的。有的认为,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。但如果这些内容都要提示,就可能导致提示和说明的范围过宽,从而使提示和说明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”限制为“异常条款”。^③《民法典》列举了“免除或者减轻

其责任”作为需要提示的条款,那么需要提示和说明的条款应当与列举的情形具有相似性,一般来说应当主要包括格式条款提供方免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制或者排除对方主要权利等。因为《民法典》第497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。基于此,《合同编通则司法解释》第10条第1款、第2款规定:第一,对与对方有重大利害关系的异常条款,格式条款提供方应当在订立合同时以足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识提示对方,否则就要承担不利的法律后果。这些异常条款通常包括但不限于免除或者减轻其责任、排除或者限制对方权利等内容。第二,如果当事人要求格式条款提供方对异常条款内容进行说明,格式条款提供方应当以书面或者口头形式对异常条款的概念、内容及其法律后果作出通常能够理解的解释说明,否则就视为未履行《民法典》第496条第2款规定的说明义务。但是,在理解该内容时,对“有重大利害关系的条款”的认定要视格式条款的具体情况而定。例如,对于经营者单方提供的与消费者之间的格式条款,“有重大利害关系的条款”就不能仅限于以上几类,对消费者权益有重大影响的内容都要提示、说明。《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称“《消费者权益保护法》”)对此作了特别规定。《消费者权益保护法》第26条第1款规定,经营者在经营活动中使用格式条款的,应当以显著方式提请消费者注意“商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容”。此外,《合同编通则司法解释》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。

法律的生命力在于实施,法律的权威也在于实施。对司法实践而言,其面临的最大挑战就是如何全面准确地实施《民法典》合同编的规定。最高人民法院对《民法典》合同编通则中合同订立制度的司法解释对于统一裁判尺度,指导裁判实践,消除适用误区,确保司法公正将发挥极为重要的作用。

注释:

①参见王利明:《合同法研究》(第1卷)(第3版),中国人民大学出版社2019年版,第216-219页。

②《民法典》第470条规定:“合同的内容由当事人约定,一般包括下列条款:(一)当事人的姓名或者名称和住所;(二)标的;(三)数量;(四)质量;(五)价款或者报酬;(六)履行期限、地点和方式;(七)违约责任;(八)解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

③《民法典》第510条:合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同相关条款或者交易习惯确定。

④《民法典》第511条:当事人就有关合同内容约定不明确,依据前条规定仍不能确定的,适用下列规定:(一)质量要求不明确的,按照强制性国家标准履行;没有强制性国家标准的,按照推荐性国家标准履行;没有推荐性国家标准的,按照行业标准履行;没有国家标准、行业标准的,按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。(二)价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行;依法应当执行政府定价或者政府指导价的,依照规定履行。(三)履行地点不明确,给付货币的,在接受货币一方所在地履行;交付不动产的,在不动产所在地履行;其他标的,在履行义务一方所在地履行。(四)履行期限不明确的,债务人可以随时履行,债权人也可以随时请求履行,但是应当给对方必要的准备时间。(五)履行方式不明确的,按照有利于实现合同目的的方式履行。(六)履行费用的负担不明确的,由履行义务一方负担;因债权人原因增加的履行费用,由债权人负担。

⑤《招标投标法》第45条: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。

⑥参见徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社2004年版,第13-14页。

⑦参见丁勇:《论德国法中的第三人缔约过失责任》,《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第3期。

⑧参见孙航:《准确适用民法典合同编通则,确保裁判尺度统一》,《人民法院报》2023年12月8日。

⑨参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期。

⑩参见汤文平:《德国预约制度研究》,《北方法学》2012年第1期。

⑪参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期。

⑫参见《合同案件审判指导》,法律出版社2014年出版,第52页。

⑬参见王利明:《预约合同若干问题研究——我国司法解释相关规定述评》,《法商研究》2014年第1期。

⑭参见宋晓明、张勇健、王闯:《〈关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法》2012年第15期。

⑮参见周恒宇:《民法典格式条款规定适用规则探析》,《法律适用》2022年第9期。

⑯参见徐涤宇:《非常态缔约规则:现行法检讨与民法典回应》,《法商研究》2019年第3期。

⑰参见吴一平:《论格式条款的成立与效力》,《江苏社会科学》2014年第6期。

⑱参见黄薇:《民法典合同编释义》,法律出版社2020年版,第238页。

⑲《合同编通则司法解释》第9条第1款、第2款规定:“当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的,人民法院不予支持。从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的,人民法院不予支持。但是,有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外。”

⑳参见宁红丽:《平台格式条款的强制披露规制完善研究》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2020年第2期。