

《关于适用〈中华人民共和国民法典〉 合同编通则部分的解释(征求意见稿)》修改建议

作者：秦悦民 | 郑聿辰 | 于焕超 | 王云洲 | 赵明*

对第一条的修改建议

第一条【合同解释的细化规则】人民法院依据民法典第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款规定对合同条款进行解释时，应当以常人在相同情况下理解的词句含义为基础，结合合同的相关条款、合同性质和目的、习惯以及诚信原则，参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。

对合同条款有两种以上解释，可能影响该条款的效力的，人民法院应当选择有利于该条款有效的解释，但是依照法律、行政法规规定应当认定该条款无效的除外；属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。

有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句含义的其他共同理解的，一方主张根据词句含义理解合同条款的，人民法院不予支持。

修改建议：

第一条【合同解释的细化规则】人民法院依据民法典第一百四十二条第一款、第四百六十六条第一款规定对合同条款进行解释时，应当**以词句本意以及以常人理性人**在相同情况下理解的词句含义为基础，结合合同的相关条款、合同性质和目的、习惯以及诚信原则，参考缔约背景、磋商过程、履行行为等因素确定争议条款的含义。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

* 秦悦民，通力律师事务所律师、合伙人；郑聿辰(郑润稿)，通力律师事务所律师、合伙人；于焕超，通力律师事务所律师；王云洲，通力律师事务所律师助理；赵明，通力律师事务所律师助理。感谢孙琪、姜徐晨、刘维婧同学的协助。

对合同条款有两种以上解释，可能影响该条款的效力的，人民法院应当选择有利于该条款有效的解释，但是依照法律、行政法规规定应当认定该条款无效的除外，~~属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释(或修改为:；属于法律明确规定的无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释；属于劳动合同、保险合同、消费者合同的，应当选择对劳动者、被保险人，以及消费者负担较轻的解释)。~~

有证据证明当事人之间对合同条款有不同于词句含义的其他共同理解的，一方主张根据词句含义理解合同条款的，人民法院不予支持。

合同解释属于法律问题，而非事实问题。

(注: 红色加粗部分为我们的修改意见，并非《征求意见稿》原文)

修改理由:

合同解释是法律问题而非事实问题。¹正如韩世远教授所认为，“合同解释虽以探求当事人的真实意思为目的，但作为达此目的的手段既为法律所命定，法官运用诸此手段即属于法律适用的问题，而不再是单纯事实认定问题，因而在我国以采法律问题说为当。”²同时，实践中也有法院认为合同解释属于法律问题。³我们建议在第 1 条中明确合同解释的定性问题。

同时，合同解释应当以词句本意(natural and ordinary meaning of the words)为基础，这也是合同解释的黄金规则(golden rule)。⁴我们建议在第 1 条中明确此规则。

一. “常人”一词含义不明

常人的含义存在争议。常人既可能是非专业人士(layperson)，也可能是理性人(reasonable person)。

但我们认为，如果将常人理解为非专业人士，可能与立法本意不符。在特殊领域的民事活动中，条款的词句含义显然不能以非专业人士的理解进行确定。相反，法庭或仲裁庭应当依据该领域具有通常知识经验的人，也就是理性人的理解来解释词句的含义。

因为“常人”的含义存在分歧，建议沿用《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下称“《九民纪要》”)第 76 条所采的“理性人”的表述。《九民纪要》第 76 条规定，“人民法院应当根据产品、投资活动的风险和金融消费者的实际情况，综合**理性人**能够理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准来

¹ Gerard McMeel, *McMeel on the Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification*, 3rd ed., 2017, Oxford University Press, p. 9, “As a matter of English law it is clear that questions of construction of documents, including contracts, are questions of law, and are to be determined by the court.”

² 韩世远:《合同法总论》，法律出版社 2018 年第 4 版，第 871 页。

³ 上海市第一中级人民法院在《民商事申请再审案件要素式审查要点》中认为，再审审查原审法院法律适用是否错误时，需要审查原判决、裁定是否正确解释合同条款。这相当于认可合同解释问题属于法律适用问题。

⁴ Gerard McMeel, *McMeel on the Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification*, 3rd ed., 2017, Oxford University Press, p. 44, “It remains common to hear judges say that the golden rule of interpretation is to give effect to the ‘natural’ or ‘plain’ meaning of the words.”

确定卖方机构是否已经履行了告知说明义务。”⁵在实践中，最高人民法院在裁判时也使用过“理性人”的表述，例如在(2020)最高法知民终 1677 号案件中，法院认为“立足于理性人的认知和生活经验法则，可以合理推定快乐格子子公司上线的软件能够满足正常使用要求。”⁶

英国最高法院 Hoffmann 大法官对普通法下合同解释的客观主义路径也曾描述到：“合同解释是指确定合同文本向一个理性人所传达的含义，该理性人应具备当事各方在订立合同时的情境下可以合理地获得的所有背景知识。”⁷

《法国民法典》同样采用了理性人(reasonable person)的表述。《法国民法典》第 1188 条第 2 款规定，在无法发现合同当事人共同意图的情况下，合同应根据处于相同情况下的一个理性人(personne raisonnable)所赋予的含义来解释。⁸

《国际统一私法协会国际商事合同通则 2016》(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016)中，同样采用了与“理性人”相一致的翻译。《国际统一私法协会国际商事合同通则 2016》第 4.1 条的原文为：“If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.”其中，reasonable persons 的中文翻译为“通情达理的人”。⁹此处，“通情达理的人”同样具有**理性人**的含义。

综上，我们建议，使用“理性人”而非“常人”作为理解合同词句含义的标准。

二. “无偿合同”界限不明

目前中国的法律中并未对无偿合同进行定义。无偿合同的内涵和外延也未通过立法的形式确定。有偿合同与无偿合同仅限于学理层面的区分。学界对无偿合同、有偿合同的定义不尽一致，在归类问题上见解不一，这可能造成法律适用上的难点。赠与合同、平台协议中的免费服务合同，以及无偿委托

⁵ 《最高人民法院关于印发<全国法院民商事审判工作会议纪要>的通知》第 76 条【告知说明义务】规定，“告知说明义务的履行是金融消费者能够真正了解各类高风险等级金融产品或者高风险等级投资活动的投资风险和收益的关键，人民法院应当根据产品、投资活动的风险和金融消费者的实际情况，综合理性人能够理解的客观标准和金融消费者能够理解的主观标准来确定卖方机构是否已经履行了告知说明义务。卖方机构简单地以金融消费者手写了诸如‘本人明确知悉可能存在本金损失风险’等内容主张其已经履行了告知说明义务，不能提供其他相关证据的，人民法院对其抗辩理由不予支持。”

⁶ 最高人民法院(2020)最高法知民终 1677 号，宁波红松信息技术有限公司、北京快乐格子信息技术有限公司计算机软件开发合同纠纷二审民事判决书。

⁷ 在 Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society ([1997] UKHL 28)案中，Hoffmann 大法官在判决书中写道，“Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.”

⁸ 参见《法国民法典》(2020 年 9 月 1 日合并版本)第 1188 条规定，原文请见 https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=6117C919E0DF4D42DB42C271D3AA9772.tplgfr38s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032041275&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200903，“Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une **personne raisonnable** placée dans la même situation.”

⁹ Article 4.1, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016) (Chinese), <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Chinese-bl.pdf>.

合同、无偿保管合同属于无偿合同，争议不大。但是，担保合同是否属于无偿合同，目前实务界与学界仍存在不同观点。

本处有将无偿合同扩大适用到担保合同的可能性，继而影响现阶段刚刚通过《民法典担保部分司法解释》¹⁰确立的公司对外担保规则的正确适用。

最高人民法院在(2017)最高法民再 120 号锦州市鑫泽锰业有限公司、韩军民间借贷纠纷案中认为，“担保具有无偿性，该特点决定了担保人作出担保的意思表示必须明确具体。”

若实践中法庭或仲裁庭认为担保合同具有无偿性的话，那么在担保合同的解释存在争议时，就需要选择对担保人有利的解释方法。同时，如果担保具有无偿性，那么“债务加入”行为，甚至“具有付款意思的独立合同”都可能采取债务人友好的解释规则。若无偿合同解释规则适用于上述情形，将不利于交易安全与交易稳定，也与一般商业实践不符。

在上世纪四十年代，英国有案例认为，在担保合同含义不明时，应采取有利于担保人和不利于债权人的解释方法。¹¹但是二十一世纪后，英国法院已经放弃了这个陈旧的观点，转而认为担保合同应被赋予合理的商业含义，而不应被解释为不生效力的或者虚幻的(ineffective or illusory)。¹²

Courtney 教授指出，对于担保合同来说，无需采用有利于债务人的解释，而是应当像普通的合同一样，按照通常的合同解释规则进行解释。¹³

作为合同解释以及担保领域的权威专家，Calnan 律师同样认为，“解释商业交易中的保证合同的主要方法是与其他合同一样，即根据涉案合同的诸各方面，从订立合同的商人的角度进行解释。”¹⁴McMeel 教授也持同样看法。¹⁵

如果本规定落地实施并且适用于担保合同，等同于我们在学习英国早已不再适用的老旧观点。

基于上述考虑，我们建议本条明确无偿合同的具体类型，防止无偿合同解释规则的扩大适用。

¹⁰ 《民法典担保部分司法解释》全称为：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》。

¹¹ W Courtney, *The Modern Contract of Guarantee*, 4th ed., 2020, Sweet & Maxwell, p. 266, §5-002, “Historically, the courts have often stated that in cases of ambiguity the guarantee should strictly constructed in favour of the guarantor, and *contra proferens* the creditor.”

¹² W Courtney, *The Modern Contract of Guarantee*, 4th ed., 2020, Sweet & Maxwell, p. 267, “...the guarantee should be given a reasonable, business meaning and should not be constructed so as to render the guarantee ineffective or illusory.”

¹³ W Courtney, *The Modern Contract of Guarantee*, 4th ed., 2020, Sweet & Maxwell, p. 271, “It is considered that there is no need to preserve the strict rule of ‘last resort’ or in respect of the construction of exclusion clauses. A preferable approach is that guarantees should be constructed according to the normal contractual principles set out in Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society, which is quite consistent with requiring the existence, nature and extent of the guarantor’s liability to be clearly indicated by the wording of the document.”

¹⁴ Richard Calnan, *Taking Security*, 4th ed., 2018, LexisNexis, §12.45, “but the modern approach to guarantees in commercial transactions is to treat them as contracts, like any other, and to construct them, as any other contract, in the light of the surrounding matrix of facts and from the point of view of the businessmen entering into them.”

¹⁵ Gerard McMeel, *McMeel on the Construction of Contracts: Interpretation, Implication, and Rectification*, 3rd ed., 2017, Oxford University Press, p. 284, “However in the commercial context it is now emphasized that the ordinary principles of construction apply to guarantees as well as to any other mercantile contract.”

(一) 担保合同具有无偿性值得商榷

持担保无偿论者认为债权人的担保是白拿的，没有付出任何代价，这与现代商业实践脱节。这实际上人为割裂了债务人、债权人以及担保人之间的利益关联性，割裂了商事交易的整体性。

1. 普通法下担保合同是存在对价的，与无偿合同不同

对于担保无偿论的不合理性，可以通过检视普通法法官对担保是否有对价(consideration)的讨论来一窥究竟。众所周知，在普通法下，对价理论在合同效力、合同执行力方面起重要作用，¹⁶ 没有对价的合同是不可执行的(unenforceable)。无偿行为，例如赠与是不存在对价的，所以当事人不能要求履行赠与合同。但是普通法下，法官却倾向于认为担保合同是存在对价的。这同样证明了担保行为绝不是一个无偿行为。

对价理论的逻辑基础在于任何合同都需要以合同双方之间交换某种利益作为基础，如果没有这样的交换，合同将无法约束双方。从给出对价的那一方看，它可以是给予合同相对方的好处，也可以是放弃本可以享有的利益，反之亦然。¹⁷某些情况下，名义上的对价也可以作为合同基础。¹⁸ 对价理论主要是为了追求法律正义。¹⁹

从普通法法官对担保是否有对价的讨论中就可以发现，债权人获得一个担保需要交换或交易一定的利益，债权人需要丧失某种利益，担保人可以获得某种利益。由此，担保人和债权人之间的利益交换过程，不会仅仅局限于担保人和债权人之间，需要放置于整个交易背景之中考虑，要考虑商业合理性。

(1) 担保人提供担保的对价是债权人向债务人履行债务

*General Elec. Capital Corp. v. Transport Logistics Corp.*案争议焦点之一就是 GECC 获得 Gaudet 提供的保证是否支付了相应的对价？

对此，美国康涅狄格州上诉法院认为，担保协议项下，GECC 获得的对价是 Gaudet 提供的保证，Gaudet 签署保证协议促使 GECC 将设备租赁给 Transport，因此 GECC 继续向 Transport 租赁设备，是 GECC 支付的对价。

(2) 担保人提供担保的对价不一定是由债权人给到担保人，也可以是债务人给到担保人

¹⁶ Ewan McKendrick, *Contract Law*, Palgrave Law Masters Press, 12th ed., 2017, p. 118, "English law has developed a doctrine of consideration to play the principal role in selecting those agreements to be given the 'badge of enforceability'."

¹⁷ 转引自 Currie v. Misa (1875) LR 10 Ex 153, "a valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other."

¹⁸ Andrew Burrows, *A Restatement of the English Law of Contract*, Oxford University Press, 2nd ed., 2020, p. 63, "The consideration need not be adequate and may be merely nominal."

¹⁹ 刘承魁:《英美合同法对价理论的形成与流变》，载《北大法律评论》2007年第8卷第1辑，第122页。

在 *Great Falls Bank v. Pardo*²⁰案中，新泽西州高等法院对此作出判决认定担保关系成立。法官认为，如果一个担保合同和借款合同不是在同一时期作为同一份协议而签署，那么担保合同就需要有独立的对价予以支持。“最重要的是，对价并不一定要由担保权人给予担保人。任何担保人从原债务人处获得的对价都足以构成担保合同的基础。”²¹在该案中，担保人 Pardo 从债务人处获得了 14% 的利息就足以构成 Pardo 向债权人提供担保的对价。因此，Pardo 提供的担保是有效且可执行的。

(3) 应从整个商事交易角度考虑担保的对价

在 *Classic Maritime Inc. v. Lion Diversified Holdings & Anor*²²案中，法官认为担保人能够获得的对价包括：第一，债权人履行其与债务人签署的主协议项下的合同义务；第二，债权人放弃追究债务人未按约寻找特定的担保主体提供担保的责任；第三，担保人因为是债务人的全资母公司，因此担保人可以从债务人处获得好处。

2. 担保不符合无偿合同的主观标准

对“无偿”的界定，应持主观标准。例如史尚宽教授认为，“无偿谓不受任何对价。是否为无偿，应主观的决定之。”²³日本学者也有采取此项标准者，如我妻荣教授指出，无论价金如何便宜，只要当事人认为其交易属于买卖，其价金就具有对价意义。²⁴

而在商事交易中，以营利为目的的商主体在担保行为中，并不存在所谓的“恩惠意图”。²⁵商法学者认为，“无偿的行为与商法完全绝缘”。²⁶虽然商人也存在赠送礼品或者同意给予某种优惠条件的行为，但依照“赠品回报理论”(théorie du contre-don)，其期待的是更加牢固地“拴住”顾客。²⁷

从无偿合同的主观标准入手，商业社会中，债权人从担保人处拿到的担保，绝非是无偿、没有付出任何代价的。担保人可以获得的对价或者利益可以从两个视角进行解释：

第一，商业实践中有些公司提供担保是整个交易的重要环节，公司担保也是债权人提供贷款融资的重要考虑因素，是交易对价的一部分。债权人正是看中了担保主体的资信状况和清偿能力才为债务人提供融资。

²⁰ *Great Falls Bank v. Pardo*, 263 N.J. Super. 388 (1993).

²¹ “Most importantly, it is unnecessary that any consideration pass directly from the guarantee [Great Falls] to the guarantor [Pardo], and any consideration moving from the original obligors [the partners] to the guarantor [Pardo] is sufficient to support the guaranty contract.”

²² *Classic Maritime Inc. v. Lion Diversified Holdings & Anor*, [2009] EWHC 1142.

²³ 史尚宽：《债法各论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 120 页。

²⁴ [日]我妻荣：《债法各论》(上卷)，徐慧译，中国法制出版社 2008 年版，第 44 页。

²⁵ 宁红丽：《无偿合同：民法学与社会学之维》，载《政法论坛》2012 年第 1 期，第 107 页。

²⁶ 同上注。

²⁷ [法]伊夫·居荣：《法国商法》(第 1 卷)，罗结珍、赵海峰译，法律出版社 2008 年版。

尤其是公司为其直接或者间接控制的公司提供担保，一般都是实力雄厚的母公司或集团公司为其各个子公司、孙公司提供担保，因此，债权人自然是将母公司、集团公司的资信状况和清偿能力作为提供贷款融资的重要考虑因素，其为交易对价的组成部分。

第二，担保人虽然没有直接从债权人处获得所谓的对价或利益，但是担保人通过向债权人提供担保，债权人向债务人履行债务的方式使得担保人可以从债务人处获得一定的利益。此时，这种商业安排也是合理的，从担保人角度也不是所谓的没有对价的或者无偿的。

3. 有利学说挑战担保具有无偿性的观点

包括高圣平教授在内的我国学者也对担保合同属于所谓无偿合同的观点提出了质疑。

高圣平教授认为，“公司担保的无偿性并不能否认公司担保行为为公司所带来的可能的利益，例如，公司出于期待在自身需要担保时能获得相应担保的考量，为其他公司提供担保，此时公司担保的‘对价’即为取得被担保人为自己提供担保，自是理性选择；再如，公司基于生产经营需要，为产业链中的上下游企业提供担保，也是为自己赢得更多的商业机会、获得更加稳定的商业伙伴提供了可能。”²⁸

陈自强教授亦认为，保证合同属于无偿合同的观点有待斟酌。²⁹他从保证人的财力角度，将保证区分为基于商业经营的保证和人事保证，并认为银行作为保证人时，其虽未从债权人处获得对价，但是却从主债务人的委任契约中获得报酬。并且在主债务人不履行合同债务的情况下，银行履行了担保责任，也多半可以从主债务人事先提供的担保取偿，不会遭受损失。对于基于人情好意提供担保的保证人(人事保证)而言并不会从债务人处获得对价，要求其承担保证责任会让其陷入艰难境地，因此需要对这一类保证人加以保护。³⁰

陈自强教授从保证人的角度说明了商事保证人可以通过主债务人的报酬获得特定对价。换言之，商事保证人向债权人提供保证也会获得对价。

由此可见，尤其是在商业担保中，公司作为担保人对外担保往往是符合其商业利益且可以获得对价的。只是这种对价无法用传统的一手交钱、一手交货的模式涵盖而已。综观商业交易全景，担保行为绝非无偿。

(二) 立法和司法实践对担保是否无偿未有定论

从《九民纪要》第 17 条至第 23 条以及《担保部分司法解释》第 7 条至第 12 条确立的公司对外担保规则来看，最高人民法院在论证担保人是否具有对外担保的意思时，兼顾了债权人和担保人利益，似乎也没有完全采纳担保无偿性的观点。

²⁸ 高圣平：《公司担保相关法律问题研究》，载《中国法学》2013 年第 2 期，第 120 页。

²⁹ 陈自强：《契约之成立与生效》(增订四版)，元照出版有限公司 2020 年版，第 130 页。

³⁰ 同上注，第 130-131 页。

《九民纪要》和《担保部分司法解释》都力图从债权人是否尽到了合理的审查义务的角度，赋予债权人一定的审查义务(即形式的审查义务)而非繁苛的审查义务(即实质的审查义务)。

尤其是《九民纪要》第 19 条以及《担保部分司法解释》第 8 条所列举的债权人豁免审查决议的情形，进一步说明司法实践帮助债权人减轻审查义务，尽可能让担保有效、保护债权人的意图。

然而，《民法典》第 539 条新增的“为他人的债务提供担保”可适用债权人撤销权的规定体现了担保无偿论的观点。此外，担保行为是否属于《企业破产法》第 31 条第 1 项“无偿转让财产”，在实践中也是一个长期争议话题。³¹

(三) 树立担保有偿论的意义

树立担保是有偿而非无偿的、债权人获得担保付出了对价或者代价的观点，具有重要的意义。

Philip Wood 教授将全世界司法管辖区按照债权人友好型和债务人友好型进行了区分。经过对比，他认为普通法系(American and English Common Law)是对债权人更为友好的法系，拿破仑法系(Napoleonic systems)则对于债务人更为友好，罗马-德国法系(Roman-Germanic systems)则兼具两者，有时候对债权人友好，有时候对债务人友好。³²

我们认为，长期以来，我国的法律制度对于债权人并不友好，这既不利于交易效率，也不利于交易安全。因此我们呼吁在价值理念上向成熟发达的经济体靠拢，树立对债权人友好的理念。树立担保有偿论就是在践行债权人友好的观点。

交易相对人基于信赖而接受担保从而促成交易，担保的意义重大。如果一味将风险偏置于交易相对人一方，将担保合同以有利于担保提供者的方式进行解释，无疑会增加交易成本，阻碍交易效率，损害交易安全。

从法经济学的视角来看，人的本性都想要规避风险。而为了促进交易，就要找到一种解决方案，它要符合社会普遍的偏好，而不是一味地避免协议的达成(不让风险产生)。如果法律规定或是合同约定可以提供如此的解决方案，那么权利的分配就会更有效率(更完善)。这是担保的作用，也是我们认为担保不应被苛以严格限制的原因。

综上，《征求意见稿》第 1 条第 2 款建议修改为：“**属于法律明确规定的无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释。**”或者直接删除“属于无偿合同的，应当选择对债务人负担较轻的解释”这一规定。

此外，我们建议在第 2 款中增添：“属于劳动合同、保险合同、消费者合同的，应当选择对劳动者、被保险人，以及消费者负担较轻的解释。”³³

³¹ 具体可参见(2021)最高法民申 2231 号中国华融资产管理股份有限公司重庆市分公司、新光控股集团有限公司管理人破产撤销权纠纷其他民事裁定书。

³² Philip Wood, *English Common Law is the Most Widespread Legal System in the World*, Mattison Public Relations on behalf of Sweet & Maxwell Press, November 2008.

³³ Consumer Rights Act 2015 (UK) 691, “a consumer contract capable of different meanings is to bear the meaning that is

对第二条的修改建议

第二条【交易习惯的认定】下列情形，不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗的，人民法院可以认定为“交易习惯”：

(一)当事人之间在交易活动中经常使用的惯常做法；

(二)在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法。

对于交易习惯，由提出主张的当事人一方承担举证责任。

修改建议：

第二条【交易习惯的认定】下列情形，不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗的，人民法院可以认定为“交易习惯”：

(一)当事人之间**在交易活动在订立和履行本合同的过程中以及在先前的类似交易**中的惯常做法；

(二)在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法。

对于交易习惯，由提出主张的当事人一方承担举证责任。

(注：红色加粗部分为我们的修改意见，并非《征求意见稿》原文)

修改理由：

虽然《征求意见稿》第2条界定了交易习惯的含义，但是其中的词语仍然具有模糊性，如通常采用、经常使用等。

我们注意到，在美国《统一商法典》(Uniform Commercial Code, “UCC”)第1-303条，交易习惯分为三种：履约过程(course of performance)，交易过程(course of dealing)和贸易惯例(usage of trade)。具体来说，履约过程(course of performance)指双方在特定合同履行中形成的交易习惯，交易过程(course of dealing)是指双

most favourable to the consumer.”

方在历史过往交易中形成的交易习惯，贸易惯例(usage of trade)指在一定区域范围或者领域行业内特有的交易习惯。³⁴

我们建议，对《征求意见稿》中“交易活动中”的表述作进一步细化，从整个商事活动的角度来解释合同，借鉴美国《统一商法典》的规定，既包括履行本合同过程中某一特定交易的当事人之间存在的一系列行为，还包括当事人之间有关先前交易的一系列行为，可公平地视为建立了解释其表达和其他行为的共同理解基础。

³⁴ Uniform Commercial Code, 1-303 Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade, <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-303>, “(a) A ‘course of performance’ is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.(b) A ‘course of dealing’ is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.(c) A ‘usage of trade’ is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law.”

对第五条的修改建议

第五条【缔约过失的赔偿范围】当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，对方请求赔偿其为订立合同或者准备履行合同所支出的合理费用等损失的，人民法院应予支持。对方当事人也有过错的，由双方当事人按照过错程度分担损失。

修改建议：

第五条【缔约过失的赔偿范围】当事人一方在订立合同的过程中实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，对方请求赔偿其为订立合同或者准备履行合同所支出的合理费用**或者合同标的贬值等固有利益**损失的，人民法院应予支持。对方当事人也有过错的，由双方当事人按照过错程度分担损失。

(注：红色加粗部分为我们的修改意见，并非《征求意见稿》原文)

修改理由：

缔约过失责任适用于一方当事人的行为对合同确定不发生效力有过错的情形。待批准合同处于效力未决状态时，若无相反约定，当事人依据诚实信用原则，应有促成合同获得批准的协作义务。³⁵未按照“合同约定”办理申请批准义务时，应承担的责任为缔约过失责任。³⁶

我们理解，第5条意图从两个维度测量缔约过失责任的损失，一个是固有利益的损失，一个是可得利益的损失。总结既有司法实践的经验，第5条第1款意图支持当事人固有利益的损失，但是**仅限于所谓合理费用的范围，范围过窄**。第5条第2款意图借助交易机会丧失支持当事人可得利益的损失。

缔约过失责任有逐步演化为违约、侵权之外第三种独立责任体系的趋势，缔约过失责任的损害赔偿范围也关乎如何平衡当事人利益的大事，也确实在实践中解决了很多疑难复杂情形下当事人的索赔问题。我们非常赞赏和赞同最高人民法院意图对此作出努力的尝试。

我们认为，第5条核心的问题在于，对缔约过失责任在固有利益层面的赔偿范围过于限制，可能与实践需求有所差距。

例如，我们注意到实践中存在这样一类案例：因一方未及时履行报批义务，导致合同未发生效力，此时交易标的(如股权、煤矿等)价格暴跌。如何处理此类情形下的固有利益损失？

³⁵ 孙维飞：《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》，载《法学家》2018年第1期，第185页。

³⁶ 同上注，第186页。

最高人民法院在(2020)最高法民终 185 号案件中认为, 因为股权受让方原因导致报批失败, 给股权转让方带来的损失是股权对应的资产贬值损失, 股权转让方只需要证明报批不通过是股权受让方的责任, 且客观上股权发生了贬值, 法院就应该支持股权转让方的索赔请求。³⁷

该案中, 肥矿光大公司作为股权受让方拟受让两名自然人股东所持有的大宏山煤矿 100%的股权。肥矿光大公司未及时履行报批义务, 最终导致审批未通过。肥矿光大公司(即股权受让方)先行向法院起诉要求解除合同并返还股权转让款, 一审贵州省人民法院、二审最高人民法院均以合同目的不能实现、报批不能, 支持了其诉讼请求。

两名自然人股东(即股权转让方)另行提起诉讼, 要求没有履行报批义务的一方(即股权受让方)赔偿其损失, 损失数额为股权对应的资产煤矿贬值的损失, 即股权转让时的合同价格与煤矿现值之间的差额, 最高人民法院支持了转让方的诉讼请求。

最高人民法院明确指出: “《转让协议》因肥矿光大公司怠于履行采矿权转让报批义务而解除。原审判决根据案涉煤矿客观情况, 认定柳振金、马永兰的损失主要为案涉煤矿贬损价值, 即煤矿出让原值(《转让协议》约定的出让价格 10670 万元)与煤矿现值(根据现行政策可获得的奖补资金 720 万元)之间的差额。该处理以《转让协议》正常履行时柳振金、马永兰可获得的利益作为损失赔偿范围确定的依据, 并无不当。”

另外, 也有地方高院认为, 如果股权因一方怠于履行报批义务导致股权发生贬值的, 可以酌定股权受让方赔偿一定比例的股权贬值损失。

例如, 在(2017)黔民终 876 号案件³⁸中, 贵州省高级人民法院认为, “沙坡煤矿采矿权价值的贬损分为两个阶段, 前期由于沙坡煤矿权属存在争议, 导致未能及时办理相关手续, 责任在于被上诉人; 后期沙坡煤矿采矿权过户障碍排除后, 双方仍具有按原采矿权转让合同履行的意愿, 但湘能公司却怠于履行, 导致沙坡煤矿最终以 680 万元价格转让给万海隆公司, 造成相应损失, 责任在于上诉人湘能公司。因此, 湘能公司应该承担赔偿责任。……损失的计算应以 2014 年 11 月 26 日采矿权过户障碍排除时及 2016 年 9 月 26 日双方同意解除协议之时沙坡煤矿的采矿权价格的差额为损失计算依据, 根据双方过错, 各自承担相应责任。……据此, 一审法院酌情认定双方对损失各自承担 50%的责任并无不当。因此, 湘能公司承担的损失赔偿责任为 1908 万元 x50%=954 万元。”

综上所述, 我们建议吸收过往司法实践中的有益经验, 适度扩大缔约过失的赔偿范围, 将交易标的的贬值损失纳入缔约过失责任的赔偿范围。

³⁷ 最高人民法院(2020)最高法民终 185 号, 柳振金、马永兰采矿权转让合同纠纷二审民事判决书。

³⁸ 贵州省高级人民法院(2017)黔民终 876 号, 贵州湘能实业有限公司、贵定县沙坡煤矿采矿权转让合同纠纷二审民事判决书。

对第六条的修改建议

第六条【合同订立中的第三人责任】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，受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，受有损失的当事人请求第三人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

第三人依据前两款承担赔偿责任的范围，参照本解释第五条规定予以确定。当事人亦有违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力也有过错的，人民法院应当根据各自的过错确定相应的责任，但是法律另有规定的除外。

修改建议：

建议删除本条规定。

修改理由：

本条如果施行，可能会对商业银行、证券公司、会计师事务所、评估公司、律师事务所等中介机构产生极为负面的影响。本条规定，若合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息，如果第三人存在过错，那么第三人也需要承担缔约过失责任。

本条相当于在违约、侵权之外，创设了一种新的针对第三人的请求权基础，可能导致中介机构责任的扩大化。若本条正式施行，一旦出现证券虚假陈述纠纷，投资人除了可以追究中介机构的侵权责任外，还能以缔约过失责任为由，要求中介机构承担赔偿责任。

从比较法上看，虽然《德国民法典》第 311 条第 3 款规定了第三人承担缔约过失责任，并且实践中也有中介机构因招股说明书存在虚假陈述而承担缔约过失责任的案例。³⁹但是德国法下的第三人缔约过失责任因其模糊性以及过度扩张在学界遭到广泛批评，目前争议较大。

目前证券虚假陈述案件中，以侵权为由追究中介机构责任的案件频发，并且赔偿数额巨大。在现行法律制度设计已经为投资人提供较完备保障的情况下，似乎无需另起炉灶，引入颇有争议的第三人缔约过失责任。

而且，因为中介机构责任涉及到金融市场的稳定和安全，最高人民法院已经在最近的司法解释中强调要慎重认定中介机构的责任，以免造成寒蝉效应。如果此时在民法典合同编通则部分司法解释中再设定一条

³⁹ 丁勇：《论德国法中的第三人缔约过失责任》，载《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第3期，第119页。

追究中介机构责任的路径,可能会对于中介机构造成新的更大的压力,也会冲击刚刚形成的中介机构责任体系。

综上,我们建议删去本条的规定。

对第七条的修改建议

第七条【预约合同的认定】当事人以认购书、订购书、预订书、意向书、文件等形式约定将来一定期限内订立合同，或者为担保将来一定期限内订立合同交付了定金，能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，人民法院应当认定预约合同成立，但是当事人约定该文件不具有法律约束力的除外。

修改建议：

第七条【预约合同的认定】当事人以认购书、订购书、预订书、意向书、文件等形式约定将来一定期限内订立合同，或者为担保将来一定期限内订立合同交付了定金，能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，人民法院应当认定预约合同成立。但是**该文件并未在双方当事人之间创设权利义务或者**当事人约定该文件不具有法律约束力的除外。

(注：红色加粗部分为我们的修改意见，并非《征求意见稿》原文)

修改理由：

在各方签署的文件是否具有法律效力的认定上，需要特别结合文件缔结的背景以及文件本身的内容以全面认定文件所处的缔约阶段。本约与预约并非两分，一份文件并非不构成本约就构成预约。如果一份文件并未在当事人之间创设权利义务，既不会构成预约，也不会构成本约。

本条“但书”的规定很可能造成实践中法院对“预约”“本约”认定的僵化适用。本条规定，如果符合预约合同的要件，法院应当认定为预约合同，但是当事人约定该文件不具有法律约束力的除外。这可能会导致实践中，**即使一份文件并未在当事人之间创设权利义务，但是因为双方当事人并未约定“本文件不具有法律约束力”，法院就认定此份文件为“预约”或者“本约”，**这无疑与当事人真意不符，也会损害当事人的权益。

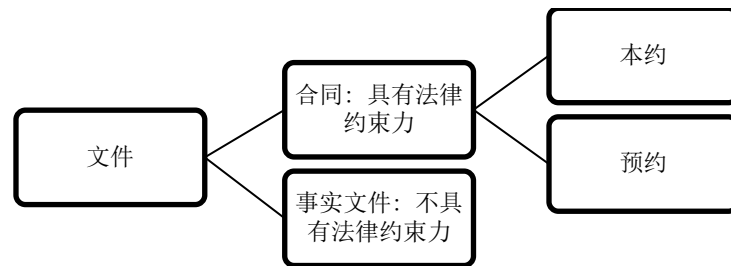
一般而言，各方签署的文件的性质大概有以下两种⁴⁰：

1. 第一类：文件的内容不是创设法律上的权利义务关系，而是记录相互交流的意思表达，或是对合同阶段性进展的记录，或者文件中虽记载了签署各方认可的相关事实，但各方对达成的某些一致意见，并非意在创设法律上的权利义务关系，则该文件既不属于证据，也不属于合同，不能对签约各方产生法律上的拘束力。
2. 第二类：文件体现了签署各方合意的意思表示，且各方明确表示受该意思表示约束，同意创设法律上的权利义务关系，那么如果这份文件符合合同的生效条件，该文件具有合同性质；另外，如果文件虽是记载签署各方对协商事务的某些安排，但各方明确表示愿意承担相应的法律后果，若该意思表

⁴⁰ 备忘录、意向书等文件，最高人民法院郭魏法官认为也存在三分的问题，他指出，“意向书的法律含义并不明确，法律性质也呈多样化，可能是磋商性文件、预约合同或者本约合同。”参见郭魏：《意向书的法律性质和效力》，载《人民司法(案例)》2015年第22期；其他法官的意见请见倪燕：《对备忘录的性质及效力应个案认定》，载《人民司法(案例)》2018年14期。

示具有合同法上承诺的性质，则该文件实质上达成了订立合同的合意，产生合同效力。我们认为，如果一份文件作为独立的合同，存在两种可能：

- (1) 构成所谓的“预约”，即以约定将来订立一定合同的合同，预约以订立本约为其债务内容。
- (2) 构成所谓的“本约”，即可以直接依据该文件的约定要求合同签署各方履行合同的主义务，并承担相应的违约责任。



一. “为当事人创设权利义务”是文件具有法律拘束力的核心

根据《民法典》第 464 条，“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。”第 465 条，“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”依法成立的合同分为本约和预约无可争议，但是文件不属于定义严格的法律概念，其属于何种法律性质，取决于文件的内容与形式，而不是由其名称决定。

判断一份文件是否是具备法律约束力的合同，核心在于是否使得当事人的意思表示达成一致，以为缔约方创设权利义务关系。如果当事人的意思表示不明确，但是后续有一致的履行行为的，也可以视为合同成立，具备法律约束力。但是一份文件也可能并无意创设权利义务关系，故这份文件可能既不是本约，也并非预约。

那么，如何探究当事人是否具有受意思表示约束，即具有法律拘束意思则成为关键问题。若双方在所签订的认购书、订购书、预订书、意向书、文件中并未创设权利义务，则不构成民法意义上的“一致的意思表示”。

最新的研究指出，中国合同法在合同成立的判断标准上秉持了一种以要约承诺为中心的程序性判断模式，难以妥善适用于复杂多样的其他缔约方式。为解决这一问题，《民法典》应当对合同订立制度做出重大修改，在严格区分缔约方式和合同形式的基础上以合意制度为中心完善现行缔约制度。具体而言，一是要明确规定缔约方式自由原则；二是应当直接规定可以统一适用于各种缔约方式的一般性的、实质性的合意制度。⁴¹

⁴¹ 参见罗昆：《缔约方式发展与民法典缔约制度完善》，载《清华法学》2018 年第 6 期。

换言之，对于认购书、订购书、预订书、意向书、文件等，要判断其是否存在法律约束力，关键在于上述文书中当事人是否就特定事项达成了一致的合意，是否一致为双方创设权利义务关系。

如果文件仅为记载各方协商过程，或各方对未来合作的预期或其他意思陈述，并无意创设彼此间的权利义务关系时，文件只能反映意思表示的事实，而不产生所谓的合同拘束力。

二. 我国司法实践对一份文件是否具有法律拘束力的认定

司法实践中，对于文件是否具备法律拘束力，法院同样认为需要看当事人是否有创设权利义务关系的真实意思表示。

比如，最高人民法院在(2014)民申字第 263 号案中认为，“本案关键在于对《投资意向书》的法律定性。一般而言，从一方发出愿意签订合同的意思表示(要约或要约邀请)到合同的正式成立，期间会经历一个协商过程，并对合同的主要内容达成初步合意，最终以口头或书面方式成立合同。《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)》第一条规定：‘人民法院能够认定当事人名称或者姓名、标的和数量的，一般应当认定合同成立。’本案《投资意向书》并不具备合同的基本要素。从标题看，该文件明确为‘意向书’，并非常用的‘合同’‘协议’等名称；从内容看，该文件对于双方的权利义务以及法律责任约定并不明确，只是表明为了澳华公司能够在相应的地块进行商业投资开发，洋浦管委会会有为其协调置换土地的意愿，但并未约定置换土地的具体位置和面积及履行期限等；从具体措辞看，双方明确约定洋浦管委会‘协调置换土地’，表明从‘协调’到真正‘置换’还是需要经过再协商、再约定。因此，本院生效判决认定《投资意向书》的性质为磋商性、谈判性文件，符合法律规定和当事人真实意思表示。”

再比如，在北京市第二中级人民法院(2017)京 02 民终 4857 号案中，一审法院针对备忘录是否具备法律约束力分析如下：

“备忘录本身不属于严格定义的法律概念，其性质取决于备忘录的内容和形式。本案中，派动公司、派克兰帝服装服饰公司、派克兰帝公司依据派克兰帝公司与中国动向公司签订的备忘录向本院提起诉讼，根据备忘录具体载明的内容，其首部明确定性为系根据‘业务运营中所出现的具体问题，特整理形成如下合作要点及关键问题’，备注部分也进一步说明‘最终合作条件以双方确认的合作协议为准’。从备忘录主体部分来看，‘当前运营’部分系对卡帕体育公司与派克兰帝服装服饰公司签订的《经销及许可协议》、以及卡帕体育公司、派克兰帝服装服饰公司、派动公司签订的《〈经销及许可协议〉之权利义务转让协议》中相关问题的商议和处理；‘未来合资’部分系对双方第二期合作期间采用新的合作形式的相关问题的沟通和协商。故该备忘录的实质系对合同阶段进展的记录，系对未来合作的预期，而并非创设彼此间的权利义务关系，其本身欠缺当事人自愿受约束的意思表示，不能认定备忘录具有约束双方的效力。另，根据双方之间的邮件往来，法庭亦无法抽离出有合同明确意思表示的法律关系。故派动公司、派克兰帝服装服饰公司、派克兰帝公司主张备忘录及双方之间邮件形成了合同关系，并据此要求中国动向公司承担违约责任的请求无事实和法律依据，该院对此不予支持。”

二审法院北京市第二中级人民法院认可一审法院的观点，判决驳回上诉，维持原判。

三. 我国学者观点

在(本约)合同缔结过程中实务中存在着大量的认购书、订购书、预订书、意向书(Letter of Intent)、备忘录、君子协定(Gentleman's Agreement)、临时协议(Punktation)、协定纲领(Heads of Agreement)、草稿、目录等。这些文本尽管在其他司法管辖区中可能有明确的内容和效力,但一旦纳入到我国法中,由于缺乏明晰的法律规则加以调整,往往很难评价它们的具体效力。⁴²至于是否可以纳入预约范畴,也不能一概而论。

以意向书为例,在《买卖合同司法解释》出台之前,有学者将意向书理解为不具有合同拘束力的文本,借此与存在缔约义务的预约合同区别开来。⁴³

就采何种标准来判断这些认购书等文本是否构成预约,王利明教授认为,“凡是当事人之间达成的希望将来订立合同的书面文件都可以称为意向书,但未必所有的意向书都是预约合同,只有那些具备了预约条件的意向书才能认定为预约合同。”具体而言,单纯的订约意向并不构成预约合同,其仅仅表达继续进行合同磋商的意向,当事人没有就订立本约合同的问题达成合意,也不负有签订本约合同的合同义务。因此,订约意向和预约合同区分的关键在于,前者仅使当事人负有继续磋商的义务,而后者明确了当事人负有缔结本约合同的义务。⁴⁴当事人必须明确表达要订立本约合同的意思表示,且当事人应当有受意向书拘束的意思。⁴⁵如果该方在函电中声称“一周后可以考虑订合同”,可见该方并没有明确的订约表示,该声明只是一种意向书,对该声明不可能作出承诺并使预约合同成立。在实践中,如果当事人在相关订约文件中使用“原则上”“考虑”等词语,都表明当事人没有受其意思表示拘束的意思,谈判过程还在继续。⁴⁶

陆青教授也认为,“如果这些文本尚不符合《合同法解释(二)》第1条第1款等规定的合同成立条件,就不属于预约合同。如果文本中缺乏订立本约的意思和目的,比如仅仅约定磋商过程中的成本和风险分配,那么预约合同也会因缺乏‘标的’这一根本要素而不成立。”⁴⁷

所以,意向书、备忘录等文件并不是严格的法律文书,其性质到底如何要视该等文本中的内容来确定。有的意向书十分简单,仅仅有当事人以及简单的合同磋商过程的记录,并无合同标的和将来签订本约的意向,具有这种内容的意向书并不属于预约合同。《买卖合同司法解释》第2条把意向书作为一种预约合同,这也是基于意向书不规范使用现状的考虑,该解释对于预约范围的界定相对随意和宽泛,会带来更多的理论争议和实践困扰,让意向书独立于预约合同,更为清晰、更加合适。⁴⁸

综上,我们建议增加“该文件并未在双方当事人之间创设权利义务”的限定。

⁴² 陆青:《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》,载《法学家》2013年第3期。

⁴³ 隋彭生:《论试用买卖的预约属性》,载《政治与法律》2010年第4期,第109页。

⁴⁴ 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》,载《法商研究》2014年第31期。

⁴⁵ 陈进:《意向书的法律效力探析》,载《法学论坛》2013年第1期。

⁴⁶ 刘俊臣:《合同成立基本问题研究》,中国工商出版社2003年版,第156页,第162页。

⁴⁷ 陆青:《〈买卖合同司法解释〉第2条评析》,载《法学家》2013年第3期,第119页。

⁴⁸ 刘承魁:《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期,第33-39页。

对第十一条的修改建议

第十一条【格式条款的认定】合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已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，但是其提供同一时期就同类交易订立的不同合同文本，足以证明该合同条款不是为了重复使用的除外。

修改建议：

第十一条【格式条款的认定】合同条款符合民法典第四百九十六条第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已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，但是其提供同一时期就同类交易订立的不同合同文本，足以证明该合同条款不是为了重复使用的除外。**若从事经营活动的当事人的谈判能力较为对等，则法院不应轻易认为双方签订的合同条款为格式条款。**

(注：红色加粗部分为我们的修改意见，并非《征求意见稿》原文)

修改理由：

一、应当谨慎认定商主体之间签订的合同条款构成格式条款

一个格式条款必须具备以下构成要件：(1)由一方预先拟定；(2)为重复使用之目的；(3)在订立合同时没有与对方协商。《征求意见稿》第11条仅列举法院不予支持当事人的主张的情形，却未对如何认定格式条款进行展开说明。

所谓“为重复使用之目的”，是指一方事先拟定格式条款，必须是为以后多次重复使用。法律之所以对格式条款作比较严格的控制，其中一个重要的原因就是因为在格式条款的不断重复使用中，对格式条款实际提出质疑的往往只是极少数人，因此，法律对提供格式条款一方给予一定的“歧视”，实际上包含了对其从更多的其他合同当事人处获取不正当利益的一种惩罚，因此，如果对只为某次合同的订立而事先拟定条款的一方也按格式条款的规定进行规范，显然对该方合同当事人不公。后一种情况实际上只能构成在合同解释中经常提到的“由一方提供的条款”。因此，“为重复使用之目的”应该是格式条款的构成要件之一。

有学者指出，格式条款应该是指订立合同时不能协商的条款，而所谓不能协商，是指对方当事人只能对格式条款表示全部接受或全部不接受，即“要么接受，要么走开”。⁴⁹仅以“订立合同时未与对方协商”界定格式合同是不妥当的，“因为未与对方协商的条款并不意味着该条款不能与对方协商，某些条款有可能是能够协商确定的，但条款的制定人并未与对方协商，而相对人也没要求就这些条款进行协商，但这并不意味着这些条款便属于格式条款。”⁵⁰但需要指出的是，仅仅将“不能协商”简单地归纳为“要么接受，要么走开”还是不够的，必须探求“不能协商”的缘由，才能对之有深刻的认识。

从一般意义上讲，格式条款的接受方之所以“不能协商”而只能全盘接受格式条款，最主要的原因是：(1) 合同双方地位上的不平等。这往往体现为作为弱者的合同另一方只能选择格式条款提供方作为合同对手或者由于他谈判能力太弱而无法要求对格式条款作出修改等等；以及(2)对格式条款进行谈判的成本和花费太高。即为争取对格式条款进行对自己有利的修改，格式条款接受方所花费的成本比所获得的利益更多。⁵¹

因此，所谓“不能协商”，其实质并不是格式条款接受方不可以要求协商，而是其没有足够的协商能力或者协商的成本太高。这也是消费者合同、劳动合同，以及一方具有垄断地位的合同容易被认定为格式条款的主要原因。因为消费者、劳动者等在谈判过程中处于劣势地位、不具备同等的谈判条件和能力。但是在具有较平等地位的商主体之间，这个理由就不再成立。

综上，因为商事合同的双方都是从事经营活动的商人，虽然可能在实际能力上有所差距，但一般都是有相当的经营经验和知识，并有足够的注意能力和交涉能力。因此在法政策上，无需向任何一方倾斜，也就无需对作为提供格式条款一方的商人强制地附加一定的义务。

消费者合同、劳动合同，以及签约一方具有垄断地位的合同，如果符合格式合同的标准，可以认定为格式合同。但是在双方都是从事经营活动、拥有比较对等谈判地位的商人的情况下，法院应当谨慎认定格式合同，尽量确保合同条款有效。

二、我国法院对于商主体之间签订合同条款是否构成格式条款的认定标准不一

实践中，针对从事经营活动，拥有较为对等的谈判地位的商事主体签订的合同条款是否为格式条款，不同法院也存在不同观点。

例如，在(2020)渝民终 488 号案件中，重庆市高级人民法院认为：“案涉《采购通则》第 14.8 条、第 14.9 条系力帆乘用车公司为了与不同供应商签订合同需重复使用而预先拟定，且并未举示证据证明其与华纬科技公司进行了协商，故上述条款属于格式条款，因此应当作出不利于提供格式条款一方的解释。”⁵²

⁴⁹ 孙鹏：《合同法热点问题研究》，群众出版社 2001 年版，第 222 页。

⁵⁰ 王利明：《对合同法格式条款规定的详析》，载《民商法学》2000 年第 4 期，第 18 页。

⁵¹ 海因·克茨著，周忠海等译：《欧洲合同法》，法律出版社 2001 年版，第 201 页。

⁵² 重庆市高级人民法院(2020)渝民终 488 号，重庆力帆乘用车有限公司与华纬科技股份有限公司买卖合同纠纷二审民事判决书。

同样，在(2018)津 01 民终 4550 号案件中，天津市第一中级人民法院同样因为案涉合同为一方提供，就将平等主体之间签订的合同条款认定为格式条款。⁵³天津市高级人民法院再审维持了天津市第一中级人民法院的判决结果。⁵⁴

该案中，原审原告也是提供物流服务的公司，应当对合同的免责条款极为敏感，无需对方提示。原审被告也并不存在在此领域的垄断地位，双方当事人拥有足够的缔约自由度。在此情况下，我们倾向于认为不应认定一方提供的合同条款为格式条款。

在上述这些案件中，双方当事人均为商主体，两者具有较为平等的谈判地位与谈判能力，一方并没有明显的谈判劣势。这些合同在订立过程中原则上不存在一方无法谈判或者无能力谈判的情况。这与消费者合同与劳动合同是明显不同的。若双方当事人在合同订立过程中都具备足够的注意、审核、交涉能力，法院不应当轻易将这类合同中的条款认定为格式条款，加重提供一方的义务和责任。

当然，我们也观察到，在最新的司法实践中，有的法院采取了较为谨慎认定格式条款的态度。

在(2022)京民辖终 7 号案件⁵⁵中，中航物流主张渤海银行提供的保理合同中的管辖条款为格式条款，北京市高级人民法院认为，“**作为具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的法人**，中航物流应对其与渤海银行签署的诉争保理合同的内容承担相应的法律后果，且**其未能提供任何证据证明协议管辖条款因未经协商而属格式条款**，亦未提供证据证明该条款因属违反相关法律规定而无效，故其上诉理由无事实和法律依据，对其主张不予采信。”

这个案件体现了法院谨慎认定格式条款的观点。北京市高级人民法院与我们的观点一致，合同双方当事人同为独立的民事主体，其在订立过程中有独立享受权利、承担义务的能力。那么在此情况下，合同当事人应当能够对其签署的内容承担法律后果。

三. 比较法上，其他司法管辖区在立法与司法实践中均谨慎认定格式条款

英国法院在 *Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay* 案中认为，主要用于商业交易场合的合同条款，因缔约双方通常谈判能力相当，可推定该等条款是公平合理的。⁵⁶

⁵³ 天津市第一中级人民法院(2018)津 01 民终 4550 号，天津市鑫亿伟业物流有限公司、天津盛辉物流有限公司运输合同纠纷二审民事判决书：“上诉人鑫亿公司提交的运单条款系格式条款，根据《中华人民共和国合同法》规定，提供格式条款的一方对格式条款中免除或者限制其责任的内容，在合同订立时应采用足以引起对方注意的文字、符号、字体等特别标识，并按照对方的要求对该格式条款予以说明，本案中上诉人作为承运人在运单上对保价条款内容并未加黑加粗，亦无证据证明上诉人一方已尽到了提示并说明义务，该条款对被上诉人不发生效力，故上诉人鑫亿公司主张的赔偿标准无合同依据。上诉人鑫亿公司主张其赔偿标准系物流业的行规，亦无事实依据。”本案中的货物损坏风险可以通过保险进行填补，所以法院更应当尊重当事人之间的责任限制安排。

⁵⁴ 天津市高级人民法院(2018)津民申 2250 号，天津市鑫亿伟业物流有限公司、天津盛辉物流有限公司运输合同纠纷再审查与审判监督民事裁定书。

⁵⁵ 北京市高级人民法院(2022)京民辖终 7 号，中航国际物流(天津)有限公司等与渤海银行股份有限公司北京分行保理合同纠纷民事裁定书。

⁵⁶ *Schroeder Music Publishing Co Ltd v. Macaulay*, (1974)1W.L.R.1308.

我国台湾地区对格式条款的规范主要集中在“消费者保护法”，该法仅适用于消费者合同。我国台湾地区“最高法院”在处理“非消费关系”的案例事实时，将审视诉争契约条款是否因违反诚信原则，显失公平而无效。⁵⁷可见，台湾地区法院未扩大格式条款的认定范围，而是通过“显失公平”等民法其他制度来保护商事合同的一方当事人。

韩国《约款规制法》第3条规定：“经营者在订立合同时，应当根据合同种类，将内容以一般可估计的方式，向顾客明示；当顾客索要时，将约款的副本交付于顾客，使之了解其内容；且将约款的重要内容向顾客说明。”⁵⁸可见，韩国也是在消费者合同领域讨论格式条款的订入问题。

纵观各国或地区在该领域的立法活动及司法实践，大多数国家和地区都倾向于格式条款主要适用于消费者合同等双方谈判地位不平等的合同中。

我们注意到，《上海市合同格式条款监督条例》第3条规定，“本市范围内，提供方与为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的消费者订立合同采用格式条款的，适用本条例。”上海的地方立法似乎有意将格式条款的适用范围限缩在消费者合同领域。我们建议谨慎认定格式条款，保障商事合同当事人的合法权益。

⁵⁷ 曾品杰：《论附合契约——“最高法院”九十二年度台上字第九六三号判决评释》，载《东海大学法学研究》，第23期。

⁵⁸ 【韩】权五乘著，崔子吉译：《契约自由与消费者保护》，载梁慧星主编：《民商法论丛》（总第21卷），金桥文化出版(香港)有限公司2001年版，第669页。

对第二十二條的修改建議

第二十二條【越權代表的合同效力】法律、行政法規為限制法人的法定代表人或者非法人組織的負責人的代表權，明確規定合同所涉事項應當由法人、非法人組織的權力機構或者決策機構決議，或者應當由法人、非法人組織的執行機構決定，相對人不能證明其已盡到合理審查義務的，人民法院應當認定合同對法人、非法人組織不發生效力。

合同所涉事項未超越法定代表人或者負責人的代表權限，但是超越法人、非法人組織的章程或者權力機構對法定代表人、負責人的代表權進行的限制，法人、非法人組織不能證明相對人知道或者應當知道該限制的，人民法院應當認定合同對法人、非法人組織發生效力。

法人、非法人組織依據前兩款規定承擔民事責任後，向有過錯的法定代表人、負責人追償因越權代表行為造成的損失的，人民法院依法予以支持。生效法律文書確定法人、非法人組織向相對人承擔民事責任，但是法人、非法人組織的財產不足以承擔民事責任，又不起訴有過錯的法定代表人、負責人，相對人起訴請求其向自己承擔民事責任的，人民法院應予支持。

修改建議：

第二十二條【越權代表的合同效力】~~法律、行政法規為限制法人的法定代表人或者非法人組織的負責人的代表權，明確規定合同所涉事項應當由法人、非法人組織的權力機構或者決策機構決議，或者應當由法人、非法人組織的執行機構決定，相對人不能證明其已盡到合理審查義務的，人民法院應當認定合同對法人、非法人組織不發生效力。~~

合同所涉事項未超越法定代表人或者負責人的代表權限，~~但是超越法人、非法人組織的章程或者權力機構對法定代表人、負責人的代表權進行的限制~~，法人、非法人組織不能證明相對人知道或者應當知道該限制合同所涉事項超過法定代表人或者負責人代表權限的，人民法院應當認定合同對法人、非法人組織發生效力。

法人、非法人組織依據前兩款規定承擔民事責任後，向有過錯的法定代表人、負責人追償因越權代表行為造成的損失的，人民法院依法予以支持。生效法律文書確定法人、非法人組織向相對人承擔民事責任，但是法人、非法人組織的財產不足以承擔民事責任，又不起訴有過錯的法定代表人、負責人，相對人起訴請求其向自己承擔民事責任的，人民法院應予支持。

(注：紅色加粗部分為我們的修改意見，並非《征求意见稿》原文)

修改理由：

《征求意见稿》第 22 條第 1 款主要規制存在法律法規對組織內部權限予以限制的情況下，越權代表行為的相對人審查義務問題。有實務界人士認為客觀上除《公司法》第 16 條越權擔保以外，法律和行政法規

通常并不会对组织内部的权限予以规定。⁵⁹ 此处我们以《公司法》第 16 条规定为例展开探讨。

《公司法》第 16 条第 1 款规定，公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

公司对外提供担保中交易相对人审查义务的界限在司法实践中一直存有争议。《征求意见稿》第 22 条第 1 款再次确立了“推定知悉”的规定，即推定交易相对人知悉法律的规定，所以相对人应依法审查公司决议和相关资料。相对人未如此审查的则推定其知道此种内部程序瑕疵。

结合我们长期关注此问题的一些思考，⁶⁰ 我们建议，《征求意见稿》中关于“推定知悉”的规定值得进一步斟酌。

一. 我国法下“推定知悉”制度的发展⁶¹

早在《关于审理公司为他人提供担保纠纷案件适用法律问题的解释(稿)》(下称“《解释稿》”)中，就存在“推定知悉”的规定。该解释稿第 2 条规定了**公司担保权限法定限制之推定知悉**：公司的法定代表人、其他人员等行为人未按公司法第十六条第一款、第二款的规定以公司名义为他人提供担保，相对人仅以担保合同上加盖了公司印章或者有公司法定代表人签名、盖章为由，主张担保合同对公司发生效力的，人民法院不予支持。

虽然《解释稿》最终并未落地施行，但是“推定知悉”的观点被沿用至《担保部分司法解释》中。《担保部分司法解释》第 7 条第 1 款规定，公司的法定代表人违反公司法关于公司对外担保决议程序的规定，超越权限代表公司与相对人订立担保合同，相对人善意的，担保合同对公司发生效力。《担保部分司法解释》第 7 条第 2 款规定，第一款 所称善意，是指相对人在订立担保合同时不知道且应当知道法定代表人超越权限。相对人有证据证明已对公司决议进行了合理审查，人民法院应当认定其构成善意，但是公司有证据证明相对人知道或者应当知道决议系伪造、变造的除外。

“推定知悉”规则也被继续沿用至本次《征求意见稿》中。《征求意见稿》第 22 条第 1 款规定，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，明确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，相对人不能证明其已尽到合理审查义务的。这就是推定当事人知悉法律，进而要求当事人合理审查公司决议并证明自身尽到了合理审查义务。

⁵⁹ 王真等：《18 项细化与 7 大创新——评〈合同编通则解释(征求意见稿)〉》，载《天同诉讼圈》。

⁶⁰ 推定知悉和实际知悉在公司担保实践的运用，请参阅秦悦民、夏亮：《“推定知悉”还是“实际知悉”——从光大银行借款合同纠纷案看公司章程的对外效力》以及秦悦民、于焕超、范丹婷：《公司对外担保中交易相对人审查义务之界限——对最新司法解释讨论稿的思考》，载《清华金融评论》2019 年 5 月刊。

⁶¹ 普通法下的推定知悉与我国的推定知悉内涵不同，详见后文。

根据最高人民法院周伦军法官与学者王利明教授的观点,“具体到公司担保领域,由于法律规定本身具有公示作用,任何第三人应当了解,所以对第三人应当知道的情况应采取推定方式。也就是说,如果相对人在接受担保时没有审查公司决议和相关资料,且公司事实上确未经过决议,就可以推定相对人应当知道。”⁶²

二. 英格兰法下推定知悉的规则

推定知悉属于普通法的一项法律假设,其来源于英格兰公司法。“推定知悉”(constructive notice)是指依照法律推定当事人知悉其有义务注意的事实和情况,如已注册的契据或未决诉讼;推定某人已经获得这些事实和情况并将后果归咎于该人。⁶³

在英格兰法下,“推定知悉”的内容包括公司登记资料,英国法官过往适用“推定知悉”的原因在于公司的章程大纲(Memorandum of Association)和章程细则(Articles of Association)均在公司注册处公开供公众进行查询,一旦公司注册登记,这些文件即具有对外效力(除仅为记录而存放的公司文件),因此任何有意向与公司达成交易的第三人被推定其应当知悉这些文件的内容,并且按照文件的本来来理解它们。⁶⁴例如在 *Ernest v. Nicholls* 1857 HL Cas 401 案中,英国上议院裁定,由于公司文件存档于公司注册处,并公开让第三人查阅;不论第三人是否知道存档于公司注册处的文件内容,公司都可以文件公开查阅为理由假设第三人知道;尽管第三人真的不知道文件的具体内容。⁶⁵

与推定知悉原则相对应的为内部管理原则(indoor management rule),确立该原则的案例为 *Royal British Bank v. Turquand*, 在该案中法官认为,善意第三人没有调查内部不合规行为(enquire into internal irregularities)的义务,除非善意第三人注意到该等不合规行为,或负有调查的义务。

英国法院进一步认为,在交易具有不适当目的尤其是交易显然不在经办人表面授权范围之内时,第三人负有义务进一步调查。例如,在 *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* 案中,法官认为,代表人的行为超越了在一般情况下此类代表人的授权范围,则善意第三人应当注意到代表权的异常。⁶⁶又如,在 *Rolled Steel Products Holdings Ltd v. British Steel Corpn* 案中,法官认为,拟交易之特殊性质应迫使交易相对人负有调查义务以判断是否属于公司授权范围内。若交易相对人知道交易系出于不适当目的,因此事实上董事并未被授权,则交易相对人也不能仅仅依赖董事的代表权外观而主张交易有效。⁶⁷

⁶² 王利明:《合同法研究》(第1卷),中国人民大学出版社2002年版,第623-624页;周伦军:《公司对外提供担保的合同效力判断规则》,载《法律适用》2014年第8期,第7页。

⁶³ Black's Law Dictionary 10th ed., “constructive notice - Notice arising by presumption of law from the existence of facts and circumstances that a party had a duty to take notice of, such as a registered deed or a pending lawsuit; notice presumed by law to have been acquired by a person and thus imputed to that person. — Also termed legal notice.”

⁶⁴ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, LexisNexis, 6th ed., 2015, p. 3.

⁶⁵ 陈智彪:《中国公司法中的推定知悉》,载《中国法律》2007年12月号,第20页。

⁶⁶ *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd*, [1964] 2 QB 480 at 496, CA.

⁶⁷ *Rolled Steel Products Holdings Ltd v British Steel Corpn*, [1986] Ch 246, [1985] 3 All ER 52, CA.

对于银行而言，最为关键的是判断银行何时负有调查义务。**在通常情势之外所生异常，银行未予以注意或调查的，将使得银行失去内部管理原则的保护。**例如，当银行受理担保申请时，如果申请文件是由担保人的初级人员提供的，显然存在超越代表权的情状，则银行应当负有主动调查的义务。⁶⁸

上述内部管理原则在英国《1985 公司法》(The Companies Act 1985)第 35 条至 35B 条中被固定下来，经修订后进一步固定在英国《2006 公司法》(The Companies Act 2006, 现行公司法)第 39 条以及第 40 条。

现行英国《2006 公司法》第 40 条第 1 款规定，“为保护与公司交易的善意第三人，董事作出约束公司的行为或对他入如此授权被视为不受公司章程的任何限制。”第 40 条第 2 款规定，“.....(b)与公司交易之相对人——(i)无义务调查对董事管理公司或授权他人管理公司权利的限制；(ii)应被推定为善意除非有反证证明非善意；以及(iii)仅知晓行为超越了公司章程对于董事权利之限制不能被认定系属恶意。”第 3 款进一步规定，“上述公司章程对董事的限制包括(a)来自公司或任一类别股东会决议(b)来自公司内部成员或任一类别股东会决议的任何协议。”

英国 1972 年后的成文法反映出英国立法机构放弃“推定知悉”制度，对于债权人强保护的立法态度。⁶⁹其甚至修改了内部管理原则所确定的“原则上认定公司对外担保有效，例外无效”的判断逻辑，而直接转变为**即使相对人知晓越权行为也不认定为恶意。**

我们注意到，尽管英国公司法作出上述规定，但在司法实践中，法院还是依循内部管理原则确定的裁判路径结合代理法尤其是表见代理(或表见代表)的规则判断相对人是否存在善意(是否实际知悉不合法行为或是否有合理怀疑而未尽调查义务)。⁷⁰

英格兰法下关于推定知悉原则的演化历史表明，最初英格兰法下的推定知悉仅指向置备于公司登记处的公司章程等公司资料，因其可供公众查询而被法院推定相对人知晓其内容。**但是此原则因为对于债权人设定的审查义务过严，不能适应商业实践且有阻碍商业交易之弊，在后续的司法实践和立法实践中被逐渐废弃。**

三. 推定知悉制度的潜在问题

英格兰法下“推定知悉”的逻辑基础与《征求意见稿》所称经由法律公示而产生的“推定知悉”的逻辑基础是一致的，均指具有知悉的可能性，交易相对人获取该等信息的成本较小。其区别在于英格兰法下

⁶⁸ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, LexisNexis, 6th ed., 2015, p. 19.

⁶⁹ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, LexisNexis, 6th ed., 2015, p. 18. 现行有效的《2006 公司法》吸收了 1972 年《欧洲共同体法》确立的对第三人强保护的原则。“European Communities Act 1972 Section 9 Companies (1) In favour of a person dealing with a company in good faith, any transaction decided on by the directors shall be deemed to be one which it is within the capacity of the company to enter into, and the power of the directors to bind the company shall be deemed to be free of any limitation under the memorandum or articles of association; and a party to a transaction so decided on shall not be bound to enquire as to the capacity of the company to enter into it or as to any such limitation on the powers of the directors, and shall be presumed to have acted in good faith unless the contrary is proved.”

⁷⁰ Timothy N Parsons, *Lingard's Bank Security Documents*, LexisNexis, 6th ed., 2015, p. 26.

“推定知悉”是客观存在的章程等公司资料，而中国法下“推定知悉”的内容抽象的法律要求，进而立法者要求相对人基于对法律要求的知悉，在交易时需要对公司决议等进行合理审查。

《征求意见稿》的逻辑进路在于：首先公司法第 16 条对于公司对外提供担保规定了具体的内部决策程序，此种内部决策程序系通过法律规定公示出来，因此应该推定当事人知晓此程序要求，相对人应依法审查公司决议和相关资料，相对人未如此审查的推定其知道此种内部程序瑕疵。所以当事人应当证明自身已经尽到合理审查义务。

这相当于推定当事人的恶意，在交易相对人没有证明其合理审查了公司决议以及相关资料的情况下，法院将推定交易相对人知道公司对外担保程序存在内部瑕疵，因而公司对外担保行为无效。

以刑法理念类比，等同于对交易相对人采取“有罪推定”。无罪推定与有罪推定的区别在于举证责任方面的分配问题。⁷¹ 格兰维尔威廉姆斯指出：“当人们说面对刑事控告的被告人应当被推定无罪时，它的真实含义其实就是控方应当承担证明被告人有罪的责任。”⁷²**推定当事人恶意，并且要求当事人证明自身尽到了合理审查义务，在商事交易领域构建交易相对人的“有罪推定”制度，这是不可取的。**

综上，我们建议，在越权代表签订的合同领域摒弃“推定知悉”，构建“实际知悉”制度。除非法人或者非法人组织能够证明交易相对人知道或者应当知道该合同为越权代表而签订的合同，否则法院认为该合同对法人或者非法人组织依法产生效力。

⁷¹ 易延友：《论无罪推定的涵义与刑事诉讼法的完善》，载《政法论坛》2012 年 1 月，第 10 页。

⁷² Glanville Williams, *The Proof of Guilt: A Study of the English Criminal Trial*, 2nd ed., 1958, Stevens & Sons, p. 152.

对第五十五条的修改建议

第五十五条【违约显著轻微时约定解除权行使的限制】当事人一方以对方的违约行为符合约定的解除事由为由主张解除合同的，人民法院依法予以支持。但是，违约方的违约程度显著轻微，不影响非违约方合同目的的实现，解除合同对违约方显失公平的除外。

有前款规定的除外情形，非违约方主张对方承担相应的违约责任或者采取其他补救措施的，人民法院依法予以支持。

修改建议：

建议删除本条规定。

修改理由：

合同自由包含解除合同的自由，法院不能重写当事人之间的合同条款，只有出现法定的合同无效事由，才能否定当事人之间的约定解除权。现有法律规则能够为显失公平的场景提供充分救济，似无必要新创制度。对约定解除权行使的限制不应与合同目的相联系，并且实践中，如何把握违约程度显著轻微也是个难题，法院过多干预不利于商人合理预期行为后果，有碍商事活动的正常开展。

一、合同自由包含解除合同的自由，法院不能重写当事人之间的合同条款

意思自治是合同法的基石，民事主体的自由意志应当得到充分尊重。最高人民法院在对《民法典》第562条第2款⁷³有关约定解除权规定的理解与适用中明确指出，“本条规范意旨在于宣示合同自由包含解除合同的自由。当事人有订立合同的自由，在未涉及第三人利益时，也应当享有解除既有合同的自由。约定解除合同是对合同当事人意思自治的维护，旨在最大限度地鼓励当事人通过沟通、协商或事先约定合同解除事由的方式来解决合同履行中可能出现的各种主观、客观障碍，使当事人能够从合同的拘束中及时解脱出来，实现市场资源的有效再配置。”⁷⁴

若当事人达成合意也不能解除合同，是对当事人意思自治的不当限制。法庭或仲裁庭不应当轻易否认当事人的意思自治。如果要对合同自由加以限制，必须有充分的理由，⁷⁵即发生了法定的合同无效事由，违约程度显著轻微显然不在此列。

⁷³ 《民法典》第562条规定：“当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的事由。解除合同的事由发生时，解除权人可以解除合同。”约定解除权的规定可追溯到1985年《涉外经济合同法》第29条“有下列情形之一的，当事人一方有权通知另一方解除合同……四、合同约定的解除合同的条件已经出现。”

⁷⁴ 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》，人民法院出版社2020年版，第632页。

⁷⁵ 石佳友：《履行不能与合同终止——以〈民法典〉第580条第2款为中心》，载《现代法学》2021年第4期，第39页。

进一步而言,如果法庭或仲裁庭以违约方的违约程度显著轻微为由否定当事人约定的解除权条款,实则是对合同条款的改写(rewrite),而法庭和仲裁庭的职责在于解释而非改写合同条款。⁷⁶如果轻易改写当事人所约定之法,会鼓励在合同履行过程中处于不利地位的当事人借法院之手“改写”合同条款。

在最高人民法院 2016 年发布的一则指导案例中,合同双方约定“永不反悔”,最高人民法院尊重了双方的约定,指出:“鉴于双方在股权转让合同上明确约定‘此协议一式两份,双方签字生效,永不反悔’,因此周士海即使依据《合同法》第一百六十七条的规定,也应当首先选择要求汤长龙支付全部价款,而不是解除合同。”⁷⁷

放眼域外,英格兰法下,双方当事人原则上可以自由地将他们希望的任何终止合同的条款纳入合同。⁷⁸根据英格兰普通法,条款是否合理或者一方当事人强制实施合同是否合理,都不会产生任何疑问。⁷⁹制定法对合同自由原则施加了一些限制,这些限制来自三方面:默示条款、不公正条款、合同形式要求。⁸⁰就约定解除权而言,限制主要来自不公正条款。对于可能存在不公平条款的消费者合同等格式合同,可通过《消费者信贷法》(Consumer Credit Act)⁸¹《1977 年不公平合同条款法》(Unfair Contract Terms Act)等制定法对约定解除权条款的有效性施加一定的限制。⁸²

德国法下,合同自由原则受不得违背法律、不得违反善良风俗、不得违反诚信原则的限制,⁸³违约程度显著轻微亦不在合同无效的讨论范畴内。《法国民法典》第 1134 条规定依法成立的契约,对于缔结契约的人,有相当于法律之效力,此种契约,只有经各当事人相互同意或者依法律允许的原因才能取消。⁸⁴此条规定也体现出意思自治这一重要原则。

二. 现有制度能够为显失公平的场提供充分救济

有学者认为,对于约定解除权进行限制是非常有必要的,实践中处于强势地位的合同一方当事人往往会做这种约定。⁸⁵然而,在订约自由原则下,合同双方可以约定一些不合常理(unreasonable)的事情,

⁷⁶ Jonathan Kelly and Jacob Turner (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton), ‘Contract interpretation: the Supreme Court’s last word (for now)?’ (4 May 2017), “The courts cannot rewrite the contract merely because one of the parties has made a bad bargain.” See also Peoples Trust Ins. Co. v. Amaro, 46 Fla. L. Weekly D1025a (3d DCA 2021), “Courts cannot disregard agreed-upon, contractual provisions between parties. To do so would be to strike the...[contractual] obligations from the contract ‘by way of judicial fiat and the bargained-for contractual terms would be rendered surplusage.’”

⁷⁷ 最高人民法院(2015)民申字第 2532 号,周士海与汤长龙股权转让纠纷申请再审民事裁定书。

⁷⁸ John Stannard and David Capper, *Termination for Breach of Contract*, Oxford University Press, 2nd ed., 2020, p. 223, “Obviously it is up to the parties to decide what this should involve, and in theory at any rate the possibilities are unlimited.” See also Phillip wood, *Comparative Law of Security Interests and Title Finance*, Sweet & Maxwell Ltd, 3rd ed., 2019, p. 391, “As to the defaults which justify enforcement, the English courts leave that to the parties (outside consumer credit).”

⁷⁹ 何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 600 页。

⁸⁰ 全国人大法制工作委员会民法室编著(主编孙礼海):《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社 1999 年版,第 339-340 页。

⁸¹ 《消费者信贷法》于 1974 年 7 月 31 日生效,于 2006 年进行了修订。

⁸² 何宝玉:《英国合同法》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 600 页。

⁸³ 全国人大法制工作委员会民法室编著(主编孙礼海):《〈中华人民共和国合同法〉立法资料选》,法律出版社 1999 年出版,第 336-339 页。

⁸⁴ 罗结珍(译):《法国民法典》,北京大学出版社 2010 年版,第 303 页。

⁸⁵ 程啸:《对〈最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)〉的若干意见》,载微信公众号“不动产法研究”。

⁸⁶如果这些不合常理的事情触碰到了法律的红线，处于弱势地位的合同一方当事人可以通过现有制度获得充分救济，没有再强行增设新制度的必要。

例如，涉及格式条款的，可以通过主张格式条款无效来救济；涉及欺诈、胁迫等情形可通过行使撤销权来救济。加之，“显失公平”还出现在我国撤销权、违约方解除权、情势变更等规则中，在显失公平含义尚不能统一的情况下更不应将其救济规则复杂化。

三. 约定解除权行使的限制不应与合同目的相联系

约定解除权行使的限制不应与合同目的相联系。合同目的是判断是否享有法定解除权时的考虑因素，不应将约定解除权和法定解除权混淆。⁸⁷约定解除权的效力渊源来自合同自由原则；而法定解除权是法律基于合同正义的要求，给予当事人摆脱已被破坏的合同关系的一种救济手段。⁸⁸

况且，根据《民法典》第 563 条(对应《合同法》第 94 条)的规定，在催告解除的情形下，无需探讨合同目的是否实现。将约定解除权的行使与合同目的联系在一起似乎不妥。

此外，法院在判断当事人是否有权行使约定解除权时，判断的是约定的条件是否已成就，而非判断违约程度是否轻微。因此，即使要考察违约程度是否影响非违约方合同目的的实现，也仅适用于解除条件约定不明的情形，而非将其作为限制约定解除权行使的普适标准。例如，吉林省高级人民法院在 2014 年发布的《关于商事案件适用合同解除制度若干问题的解答》第 4 条中规定：“当事人在合同中作出类似‘任何一方违约，对方即可解除合同’的约定，在形式上属于约定解除合同的条件，但应认定对解除条件的约定不明，当事人是否享有合同解除权，应根据合同法第九十四条关于法定解除的规定进行认定。”

四. 如何把握违约程度显著轻微是个难题

从实践角度看，如何把握违约程度显著轻微也有一定难度。将违约程度是否显著轻微交由法庭、仲裁庭判断，赋予了法庭和仲裁庭过大的权力。违约程度显著轻微难以判断的情况下，意图借助于合同目的、显失公平这一类更为抽象的概念，无异于将合同条款的效力全置于法官和仲裁员的酌定权之下，使得商事主体退出合同的预期变得不再具有确定性。失去了解约自由与失去了缔约自由是具有同等危害的。

相比裁判者，商事主体更清楚自己的利益所在。法官在审理由市场经验丰富的商事主体作为当事人参与的商事案件时，理应尊重当事人通过文句所体现出的意思表示，对当事人的意思自治保持司法的谦抑、审慎和尊重。当事人理应有权通过约定解除权的行使条件，减少合同终止问题上的不确定性，实现交易预期。⁸⁹

⁸⁶ 杨良宜：《合约的解释：规则与应用》，法律出版社 2015 年第 1 版，第 237 页。

⁸⁷ 石佳友：《关于民法典合同编司法解释草案的若干修订建议(2022 年 11 月)》，载微信公众号“中国民商法律网”。

⁸⁸ 方昉、熊贤忠：《解除权制度的法哲学分析》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 4 期，第 523 页。

⁸⁹ JW Carter, *Carter's Breach of Contract*, Bloomsbury Publishing, 2nd ed., 2018, p. 82, "The function of an express right to terminate the performance of a contract for breach is to provide certainty in relation to availability of the right. A promisee is not subject to the uncertain process of proving the availability of a common law right to terminate."

以银行开展贷款业务为例，商业银行贷款合同中常见贷款加速到期条款，如果借款人不依约及时支付服务费或者任何一期利息，银行就有权要求借款人立刻偿还全部本息。最高人民法院在 2017 年判决的一起金融借款合同纠纷案中，将民生银行提前收回贷款的权利视为合同解除权⁹⁰，也即这种加速到期条款的实质就是当事人约定合同解除。当然，关于加速到期条款性质的认定，学术界与理论界都尚存不同观点。假定加速到期条款被认定为约定解除，如果赋予法院自由裁量权，很可能出现法院认为借款人不依约足额支付费用或者利息的违约行为显著轻微，进而不支持贷款加速到期的情况。这显然违反当事人的本意，也不符合当下主流的商业实践。

有鉴于此，我们建议，删除《征求意见稿》第 55 条关于约定解除权行使限制的规定。

⁹⁰ 最高人民法院(2017)最高法民终 635 号，河北天成房地产开发有限公司、中国民生银行股份有限公司石家庄分行金融借款合同纠纷二审民事判决书：“天成公司未按期还款构成违约，民生银行享有合同解除权并可以提前收回所有借款本金及利息，同时还应承担逾期付款的违约责任即复利、罚息及实现债权的相关费用。”

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



秦悦民
+86 21 3135 8668
charles.qin@llinkslaw.com



郑聿辰
+86 10 5081 3888
patrick.zheng@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何信赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2022