

Insights

卓纬研究

Forward-looking of the New Provisions of the
General Principles of the Contract Law and the
Impact on Construction and Real Estate Business

合同法总则编司法解释新规定

及对建设工程、房地产业务的影响前瞻



卓纬律师事务所
CHANCE BRIDGE LAW FIRM

目录 / Contents

- 01 《民法典》合同编通则部分司法解释的体系、价值、特色及对建设工程和房地产法律业务影响概览.....001**
- 02 司法解释对招标文件的效力及建设工程业务的影响.....008**
——《司法解释稿》第四条建议条文
- 03 专家责任——一扇可能的“诉讼闸门”014**
——《司法解释稿》第六条第二款建议条文
- 04 预约与本约：认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录的避坑..021**
——《司法解释稿》第七条第二款建议条文
- 05 穿透式裁判思维：法律实务的挑战与应对.....026**
——《司法解释稿》第十五条建议条文
- 06 无权处分合同的履行不能与违约责任的承担.....033**
——《司法解释稿》第二十条建议条文
- 07 法人代表权、印章瑕疵问题与表见代理.....039**
——《司法解释稿》第二十三条建议条文
- 08 双务返还请求权的对待给付：同时履行抗辩及差额理论的适用.....046**
——《司法解释稿》第二十六条第二款建议条文

目录 / Contents

09 代位权诉讼的管辖与合同相对性的突破.....054

——《司法解释稿》第三十六条建议条文

10 放弃请求调整违约金特约的效力.....060

——《司法解释稿》第三十六条建议条文

《民法典》合同编通则部分司法解释的

体系、价值、特色及对建设工程和房地

产法律业务影响概览



前

言

2022年11月4日，最高人民法院面向社会公开征求对《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）》（以下简称《司法解释稿》）的意见。该司法解释系2022年最高人民法院司法解释立项计划中的一项重要任务，原则上应在本年度完成；在此时点向社会公开征求意见，且明确反馈截止日期为11月20日，我们推测该司法解释在2022年底之前出台的可能性较大。当然，还有一种可能，考虑到该司法解释的重大价值和影响，也可能在2023年以第1号司法解释出台。一旦该司法解释出台，将作为合同法通则的解释适用于所有合同类纠纷的裁判指引，而在建设工程和房地产领域存在大量的合同纠纷，因此该司法解释的出台将对建设工程和房地产法律业务产生重要影响。卓纬建筑工程和房地产部门未雨绸缪，将推出系列文章，对该司法解释的相关规定进行研究，并就该司法解释对建设工程和房地产的影响进行前瞻性分析。



01

体系结构

《司法解释稿》基本上按照《民法典》合同编通则体系的结构进行体系编排，首先确定了合同解释原则，然后再从合同订立、效力到合同履行、合同权利义务终止、违约责任进行解释。就该体系结构而言，将合同解释原则提升到一般规定的结

构和《民法典》体系结构相同，反映了司法者起草该司法解释的重要价值导向，即开宗明义明确尽量维护合同的效力，不拘泥于合同所使用的语句、探究当事人真实意思表示等解释原则，从而强调人民法院下一步的司法裁判指引。

02

价值融入和导向

近年来，最高人民法院日益强化司法解释中融入社会主义核心价值观；而具体如何实现这种“融入”，是近年来最高人民法院司法解释起草者在起草司法解释过程中重点考量的因素。毕竟，法律规范本身就是社会主义核心价值观的集中体现，而准确适用法律本身也是对社会主义核心价值观的贯彻。因此，如何在司法解释中进一步融入核心价值观，一方面需要吃透立法者制定法律的精神实质，另一方面还需要在具体的法律适用规范中体现出此种精神实质；由此，作为经济生活基础性行为规范和裁判规范的合同法司法解释，需要在

条文中明确表明此种态度。因此，我们也会看到，《司法解释稿》中多处均体现了核心价值观的法律适用。

《司法解释稿》在融入社会主义核心价值观方面，重点强调了以下三方面：

1. 效率价值

比如，有利合同有效的解释规则，强调了尽量维护已经成立的合同的法律约束力，提高合同交易的效率，促进经济发展。又比如，违约金调整的规则，《司法解释稿》第七十条规定的问题，自程序保障角

度而言，原则上人民法院应发回重审，以保障当事人的上诉权；但是，该条延续《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》第二十一条的处理原则，将程序价值让位于当事人实体追求的价值，从而通过有效率地保护当事人实体权益来促进公平价值的实现。当然，该价值导向在最高人民法院近年来的其他司法解释中也有体现，如最高人民法院在法释〔2020〕17号《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释（2020修正）》中，就删除了原法释〔2005〕5号解释中第九条、第十一条以及第十六条关于土地使用权转让、合作开发房地产合同无效认定的条款。

🏠 2. 公平价值

《司法解释稿》第三十三条的情事变更直接针对交易基础丧失所引发的不公平问题；第六十八条针对当事人之间关于不得

请求调整违约金的约定，从是否将导致显失公平角度确认该不得调整违约金约定的效力。

🏠 3. 公序良俗的指引

与《合同法司法解释一》明确不同的是，《司法解释稿》则赋予了地方性法规、行政法规转致到公序良俗内涵的法律适用上；事实上，公序良俗的内涵在一定程度上和社会主义核心价值观的内涵存在高度一致性。

笔者理解，之所以重点强调此三种核心价值观，重要的原因在于：合同法是市场交易的重要工具，是意思自治的集中体现，其需要集中体现市场在资源配置中的效率和公平价值，在此基础上还需要用公序良俗加以指导。这恰恰是市场交易的核心价值所在，也是民商事交易应该重点关注的问题。

03 司法解释的几个突出特色

与《合同法司法解释一》《合同法司法解释二》不同，《司法解释稿》则延续了

《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）的诸多精神，特别是突出强调司法能动性。

1. 强调穿透式思维

合同相对性是合同法的一个重要原则，其衍生于债权相对性原则；基于合同相对性，在合同当事人发生纠纷时，裁判者往往以合同相对性为基础；至于合同当事人同第三人之间的关系，按照传统裁判思路，人民法院多以当事人“可另循途径解决”来加以处理。但是，近年来，人民法院面对循环贸易、通道业务、连环交易等多种交易形式，则强化了穿透式审判思维，即不仅审理合同当事人之间的合同关系，还会审理合同履行中的资金实际使用者、当事人缔约的真实目的。对此，《司法解释稿》第十四条审理阴阳合同穿透到真实合同的裁判规则，第十九条将地方性法规、部门规章转致到公序良俗规则，第十六条针对循环贸易、通道业务审理的实质正义追求要求当事人追加被告，均体现该裁判思维。

2. 强调职权主义裁判模式

多个条款均基于实质正义追求强调司法审判的职权主义的裁判思路。如《司法解释稿》第四十九条针对债权转让引起的纠纷，强调人民法院可以在当事人未申请的情况下，追加相关当事人；又如第十五条第二款，在穿透式裁判思维模式下，要求原告追加共同被告，显然与传统的当事人主义裁判模式不同。当然，此种裁判思路在司法解释正式出台后，是否会予以保留，值得关注。

3. 强调司法审判纳入国家治理体系的能动性

与《合同法司法解释一》明确不同的是，《司法解释稿》则赋予了地方性法规、行政法规转致到公序良俗内涵的法律适用上；事实上，公序良俗的内涵在一定程度上和社会主义核心价值观的内涵存在高度一致性。

笔者理解，之所以重点强调此三种核心价值观，重要的原因在于：合同法是市场交易的重要工具，是意思自治的集中体现，其需要集中体现市场在资源配置中的效率和公平价值，在此基础上还需要用公序良俗加以指导。这恰恰是市场交易的核心价值所在，也是民商事交易应该重点关注的问题。

4. 强调了中国特色的民法学范式

司法解释立足问题导向，立足中国特色社会主义法律体系，探索自有的民法学解释体系。《司法解释稿》第二十条，在无权处分的法后果上，并没有强调物权行为独立性，而是立足于物权变动的区分原则，一锤定音确定了合同行为与合同有效之后的履行问题，将履行及此后的物权变动定位于合同的效力范畴之内，简洁明了，容易理解。按照现有规则，出卖他人房屋，如果没有取得所有权或者处分权，或者真正权利人不予追认，则该合同不能履行；在合同不能履行情况下，则买受人可以请求解除合同，并请求出卖人承担违约责任。

由于合同法是市场交易主体之间的基础性行为规范，因此，合同法司法解释一旦出台，对于市场交易主体必然产生全面的影响。笔者此处仅从宏观上谈几点司法解释可能对房地产、建设工程法律服务的影响。具体制度的影响，将在系列文章中加以分析。

1. 对房地产、建设工程法律服务的专业化要求更高

与《合同法司法解释一》《合同法司法解释二》的补丁式解释方法不同，《司法解释稿》则从合同法体系角度进行了系统解释。在民法典实施的背景下，这种体系化规范的法律适用对于法律服务者的法学理论功底、体系化思维的要求更高。比如，司法解释在摒弃了物权行为理论基础上，从合同能否履行角度对于无权处分合同有效的法律后果进行规定；如果转让人由于未取得所有权、处分权而不能履行合同，则受让人可以请求解除合同、并要求转让人承担违约责任。

2. 法律服务业适应司法裁判规则的要求越来越高

比如，在穿透式审判思维之下，则需要厘清合同法律关系背后的交易关系，这无疑

增加了法律服务工作者的工作量及工作难度。再比如，关于合同效力所适用的地方性法规转引至公序良俗规则的适用上，鉴于所有地方性法规均可以上升到公序良俗规则层面，而在目前最高人民法院四级法院职能定位背景之下，绝大多数案件均在基层法院和中级法院审理，即使高院审理的案件原则上也需要向该高院申请再审，在此形势下，省级以下人民法院很难不将地方性法规转引向公序良俗。由此，对于广大法律服务工作者而言，还需要重点关注地方性法规关于房地产和建设工程领域的诸多规范。可以预见，未来在司法能动性的背景下，最高法院司法解释的规则创制功能将越来越强，这就对法律工作者的专业素养要求越来越高。

3. 对房地产、建设工程市场的规范作用将日益凸显

以往建设工程挂靠、转包行为多发，国有土地使用权出让转让市场亦存在诸多不规范现象。此类纠纷在涉诉时，针对所存在的违反行政管理法规的行为，是否向有关行政机关移送违法线索，在司法解释并无要求的情况下，人民法院往往基于各种原因，不会向有关机关移送线索。但是，如果司法解释出台，法院在审理案件过程中

发现违反行政管理的行为时，可以向有关机关发出司法建议，这对于市场主体特别是房地产、建设工程市场主体规范其行为将产生重大影响，而这些变化都需要法律从业者密切关注，积极回应。

法条索引

《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》

第二十一条 买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明。

一审法院认为免责抗辩成立且未予释明，二审法院认为应当判决支付违约金的，可以直接释明并改判。



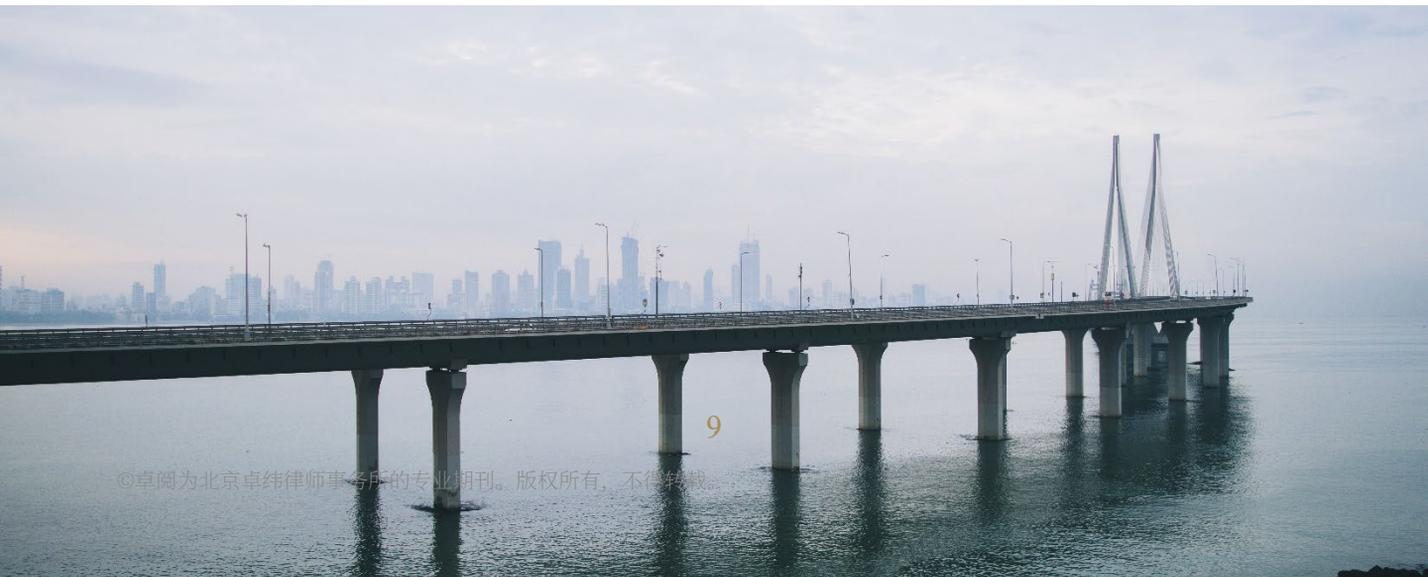
司法解释对招标投标文件的效力及建设工程业务的影响



《招标投标法》第四十五条规定：

“中标人确定后，招标人应当向中标人发出中标通知书，并将中标结果通知所有未中标的投标人。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。”

前述规定对中标通知书发出后，招标人改变中标结果或中标人放弃中标项目等导致书面合同未订立的应承担的法律责任的性质并未明确，因此对于前述规定中的法律责任属于缔约过失责任，还是违约责任，理论界和司法实践存在争议。最高人民法院在起草《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（法释〔2018〕20号）（以下简称《建工解释二》）过程中，曾拟在该司法解释第一条解决中标通知书发出后当事人拒绝订立书面建设工程施工合同或者放弃中标项目的，应承担违约责任还是缔约过失责任的实务争议。但是，由于该问题在起草过程中争议较大，故在最终出台的《建工解释二》中被删除。由此，招投标文件的效力引发的裁判标准问题被搁浅。而《司法解释稿》第四条则从招投标文件的效力角度，对该问题进行了明确。在司法解释第四条的框架下，需要明确招投标形式订立合同的逻辑过程，进而前瞻性研判该条规定对建设工程业务的影响。



《司法解释稿》第四条规定：“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，当事人拒绝订立书面合同的，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。”

从目前《司法解释稿》征求意见的处理方式来看，应该属于最高人民法院起草者内部已经达成一致意见，即中标通知书属于承诺，该中标通知书到达中标人时，承诺即已经发生效力。

《司法解释稿》第四条针对招投标这种竞价缔约方式，遵循了合同订立过程的要约、承诺，和承诺到达、合同成立的逻辑结构。即招标人发布招标公告原则上属于邀约，或要约邀请；投标人投标属于要约；中标通知书实质上为承诺，以该承诺到达中标人之时承诺即生效，此时合同即

成立。故根据该条规定，一旦中标通知书发出并到达中标人，则该招投标合同即已经成立。此时，招标文件和中标通知书则构成了合同的内容。如果当事人拒绝订立书面合同，则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。

从上述规定进一步延伸出以下三个分结论：一是，既然合同已经成立，如果不存在合同无效的情形，则合同即已经确定生效；二是，即使当事人未订立书面合同，也可直接以招标文件和中标通知书确定该合同内容。三是，如果一方当事人拒绝订立书面合同，也不影响该合同的成立和内容，另一方当事人仍然可以根据招标文件和中标通知书所确定的合同内容，请求履行该合同；如果一方请求履行，而另一方拒不履行的，则拒不履行的一方应承担违约责任，而非缔约过失责任。

《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。招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。”

《民法典》第七百八十九条规定：“建设工程合同应当采用书面形式。”

对于《招标投标法》和《民法典》的上述规定，结合《司法解释稿》的规定，未来对建设工程合同可能产生以下几个方面的影响。

1. 中标后未订立书面合同的建设工程合同效力

中标后未采取书面形式订立建设工程合同的效力，在实务中存在不同认识。比较典型的观点认为，建设工程合同系要式合同，如果不签订书面合同，则该合同未成立。如果《司法解释稿》第四条能够得以顺利通过，则该问题得以解决。

通过招投标形式签订合同的项目，招标文件和中标通知书本身即构成建设工程合同的内容。因此，在中标通知书到达中标人之后，即使当事人并未再订立书面建设工程合同，当事人之间的合同根据招标文件也已订立，且合同内容也不会因此受

到影响。就建设工程合同而言，《招标投标法》第四十六条规定的书面合同和《民法典》第七百八十九条规定的书面形式的建设工程合同，应当包含了以招标文件和中标通知书内容确定的合同。司法解释的此种处理方式也是比较法上的通行理论。

因此，当事人仅仅以未订立书面建设工程合同为由，请求确认合同未成立的，人民法院不应予以支持。在此法律效果之下，如果一方当事人拒绝订立书面建设工程合同，并不影响以招标文件及中标通知书确定的合同的订立和效力；在通过招投标形式订立合同不存在无效的情形下，另一方当事人可根据招标文件和中标通知书请求继续履行合同。

事实上，在通过招投标形式订立合同的情况下，一方拒绝订立书面合同的目的往往是为了拒绝履行招标文件确定的合同内容，因此需要我们将研究视野转向当事人拒绝履行招投标合同的处理。

2. 合同当事人拒绝履行合同的处理

《司法解释稿》第四条规定，合同成立后，当事人拒绝订立书面合同的，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。本条系从解释论角度对合同内容进行解释的规范，而未从纠纷处理角度对法律后果进行分析。针对实务中中标通知书已经达到中标人后，合同一方当事人通过拒绝签署书面合同实现其拒绝履行合同的情形，司法解释并未进一步明确法律后果。

对此，从法律后果而言，该司法解释规定内涵了两个层面的逻辑内容：一是，合同成立之后还需要面临合同效力的价值判断；只有合同有效之后，才有合同继续履

行的问题。而这对于建设工程合同而言意义尤为重要。建设工程合同成立后，还会因为违反禁止借用资质规定、违反招标投标法等规定而无效的否定判断。因此，只有有效的合同才会因一方违约而需要承担违约责任的问题，这也许恰是司法解释未明确写明拒不签订书面合同需要承担违约责任的原因。二是，一旦合同成立且不存在无效的情形，如果一方当事人拒不履行合同的，构成根本违约，应承担违约责任

03 本条出台对于建设工程招标投标法律服务的的影响

在此司法解释出台后，过去围绕招标投标合同的存在的一些争议将迎刃而解，这需要我们提供法律服务时积极应对。

1. 中标后未订立书面合同的建设工程合同效力

由于投标文件将成为订立合同的内容，故在根据投标文件签订书面合同时，不允许合同当事人变更该中标合同的实质性内容，即不得更改投标文件的实质性内容。因此，无论是招标方在发布招标文

件，还是投标人提交投标文件，乃至招标方发出中标通知书，均应高度重视该类法律文件实质性内容的法律约束力。

2. 应重视依据投标文件签署书面合同的工作

《招标投标法》第四十六条规定，招标人和中标人不得再行订立背离合同实质性内容的其他协议。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第

二条规定，招标人和中标人另行签订的建设工程施工合同约定的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容，与中标合同不一致，一方当事人请求按照中标合同确定权利义务的，人民法院应予支持。依据上述法律和司法解释的规定，一方面，在订立书面合同时，不应订立与招投标文件实质性内容不一致的合同内容，否则在产生纠纷时容易被认定无效。另一方面，从上述法律和司法解释规定的反面解释来看，合同当事人可以就中标文件的非实质性内容进行进一步磋商，并订立与招投标文件不一致的书面合同。一般而言，建设工程施工合同的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等内容构成实质性内容。实务中，对于付款方式、违约金的调整等后期影响合同履行的重要内容，则可以允许当事人另行约定与招投标文件不一致的内容。

3. 应当重视中标后拒绝订立书面合同的后果

在诉讼中，一旦一方当事人在中标通知书到达中标人后，拒绝订立书面合同进而拒绝履行合同的，应承担违约责任，而非缔约过失责任。对守约方而言，其请求违约方承担的违约责任包括合同履行之后可以获得的利益，而非缔约过失责任的信赖利益。而此种赔偿履行利益和信赖利益的差别，对各方而言都是明显的。因此，在提供法律服务时，应针对此种重大利益区别，采取合适的方式予以应对。



专家责任

——一扇可能的“诉讼闸门”

03

CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第六条第二款建议条文规定：

“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。”

本款规定是本次司法解释起草的全新规定，也是我国民法学体系中的一项崭新制度。不论是在房地产领域，还是其他领域，均会发生根据第三人的意见决定交易的情况，如该规定最终能够出台，对出具专业意见的第三人可能承担的责任（以下统称“专家责任”）将产生重大影响，应引起足够重视。

01

本款就专家责任规定的路径转向

1. 路径转向

根据《司法解释稿》第六条第二款的规定，合同当事人基于对具有专业知识的第三人的信赖订立合同，遭受损失，其有权向第三人请求赔偿。因此受损失的当事人的请求权基础，已经突破了合同相对性，本款规定赋予受损失的当事人向与合同并无关系的第三人提出请求。显然，本款规定的责任模式与《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》和《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十八条规定的责任模式相比，系重大的转向：即本款在合同责任范畴内解决专家责任问题，而非在侵权责任范畴内去寻求解决路径。

2. 请求权基础

就本条所涉及的“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”文义来看，涉及到比较法上被广泛讨论的专家责任问题。虽然在我国现行法律规范和司法实务中并未制定或提出过专家责任的制度构造，但是无论在《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所在审

计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》，还是在《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》，还是在《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十八条规定中，均已经涉及到专家责任问题。

就专家责任的责任基础来看，究竟系缔约过失责任、合同责任还是侵权责任，比较法上存在不同的解决路径。英美法在侵权法中予以解决，德国法由于侵权责任的狭窄则通过附保护第三人作用的合同责任解决。在我国上述两个涉及会计师和证券虚假陈述的司法解释中，均通过侵权责任予以解决。因此，如果本款规定出台，在我国司法实务中关于专家责任可能存在两种请求权基础：一是侵权责任；二是合同责任。进一步而言，在已有侵权责任的司法解释规定的情况下，对两种责任是竞合适用关系还是特殊规定与一般规定的法律适用问题，则需要关注司法解释起草者对该条的相关解读。如果系特殊规定与一般规定的法律适用问题，则在会计师和证券虚假陈述领域为侵权责任，而其他专家责任为合同责任；如果系竞合关系，则对于请求权人而言具有选择权。

3. 本款的适用空间

本款规定具有巨大的解释空间，在出台之后我们应重点关注最高人民法院的理解与适用的相关解读。但是，就目前本款规定的文义来看，有两点值得思考：

一是，“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”的关系，即“第三人实施违背诚信原则的行为”与“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”是一种并列关系，还是一种递进关系。如果是一种并列关系，则本条存在两种责任构成：第一，第三人实施违背诚信原则的行为，导致当事人受有损失所引发的责任；第二，第三人对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错，导致合同当事人受有损失的责任。显然，在合同法司法解释中规定此种责任，前者应理解为合同责任，如为合同责任，则其请求权基础何在？即如何能够将第三人纳入到合同当事人的责任范畴之中，这需要司法解释起草者进行解读和说

明。而后者应当理解为缔约过失责任。

二是，将本款规定的专家责任定位为缔约过失责任，可能更符合司法解释的本意，主要理由在于：就本款规定与前后条文的关系来看，主要解决合同订立的问题，故在缔约问题上解释为缔约过失责任更符合本款在司法解释体系中的定位；此外，根据本款内容来看，似乎重点是解决合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力之后的责任承担问题，而该责任问题属于缔约过失责任范畴。

如上所述，如本款属于解决缔约过失责任的范畴，则“第三人实施违背诚信原则的行为”与“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”的关系应为递进关系，或者说原因关系，故为使得本款的责任要件更加清晰，司法解释似乎可将本款明确为：“第三人实施违背诚信原则的行为，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。”

02 问题延伸

如果司法解释起草者的本意在于针对“第三人实施违背诚信原则的行为，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。”则在针对第三人的请求权基础上，能否扩充适用到合同成立并生效后合同当事人受有损失的情形，这恰恰是专家责任需要重点解决的问题，也是实务中更多会遇到的问题。事实上，《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（法释〔2007〕12号）和《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十八条规定所针对的多是合同有效之后合同当事人受有损失的问题。而从比较法上关于专家责任研究来看，典型案例大多是在合同生效且交易已经完成情况下，买受人一方遭受了巨额损失，从而向出具专业意见的第三人请求赔偿的案例。

从已经出台的司法解释的规定和比较法上对专家责任研究来看，事实上在专家责任领域，存在大量的合同已经生效，交易已

经完成的情况下，一方当事人受有损失的情形。因此，既然本条在缔约过失责任中能够予以适用，那么，为何起草时没有将专家责任扩充到合同有效的情形？或者《司法解释稿》的本意就已经将专家责任扩充到了合同有效的情形？如专家责任并不适用于合同有效，那么在司法解释出台之后，在实践中是否会针对专家责任出现一个新的合同有效情况下的责任承担问题，值得关注。如果如此，则除了《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（法释〔2007〕12号）和《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》第十八条规定所涉及的专家责任之外，本款司法解释还有很大的解释空间。

当然，如果司法解释本意也在于解决第三人实施违背诚信原则的行为导致当事人受有损失所引发的责任问题，则本条将在实务中发生重要的作用。

在建设工程和房地产领域中，大量的项目需要专业人士出具专业报告，比如需要会计师事务所出具审计报告，需要评估机构对项目提供资产评估报告，前述报告在一定程度上决定了项目合作合同能否订立。在实务中，存在大量的委托专业人士出具报告只是走形式的情形，因此，在司法解释出台之后，则这些由于专业人士出具报告引发的纠纷将可能大量出现。在《司法解释稿》目前的规范模式之下，专家责任似乎仅仅局限于缔约过失责任范畴；但可以预见，该款规定一旦出台，具有巨大的解释空间，在未来涉及的专家责任层面，司法解释很有可能被“参照适用”出一个新的责任，即专业人士在合同有效情况下对信赖该专家意见进行交易而引起损失的赔偿责任。因此，在司法解释对专家责任进行规定的基础框架之下，很有可能针对专家或专业人士开启了一扇新的“诉讼闸门”。

在建设工程和房地产领域动辄上亿的项目

中，即便承担缔约过失责任，赔偿责任本身也会很重，更不用说如果扩充适用到合同有效情况下承担赔偿责任。因此司法解释出台后，该领域专业人士应关注以下两方面的问题。

一方面，专业人士在出具专业意见时应将报告的效力限于合同相对性范围之内，并提供相应的免责声明，以隔离其责任扩散的风险。即便如此仍需要关注该司法解释出台后，此种免责声明能否达到免责的目的。另一方面，会计师、建筑师等专业人士对出具专业报告应当更加慎重并留存过程性文件材料。毕竟，专业人士受委托出具的报告往往为交易所需要，委托人之外的交易当事人很有可能基于信赖该专业意见而签订相关协议、从事相关交易，进而在该信赖遭受损失时，出具报告的专业人士就面临承担赔偿责任的可能性。因此，只有提供更加准确、专业的专业服务，才能避免此种责任风险的发生。

法条索引

《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》

第十八条 会计师事务所、律师事务所、资信评级机构、资产评估机构、财务顾问等证券服务机构制作、出具的文件存在虚假陈述的，人民法院应当按照法律、行政法规、监管部门制定的规章和规范性文件，参考行业执业规范规定的工作范围和程序要求等内容，结合其核查、验证工作底稿等相关证据，认定其是否存在过错。证券服务机构的责任限于其工作范围和专业领域。证券服务机构依赖保荐机构或者其他证券服务机构的基础工作或者专业意见致使其出具的专业意见存在虚假陈述，能够证明其对所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核，排除了职业怀疑并形成合理信赖的，人民法院应当认定其没有过错。



预约与本协议：

认购书、订购书、预订书、意向书、

备忘录的避坑

04



《司法解释稿》第七条第二款建议条文规定：

“当事人订立的认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等已就合同的主体、标的、数量、价格或者报酬等主要内容达成合意，符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件，如当事人未明确约定将来一定期限内另行订立合同，或者虽有约定但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。”

虽然《司法解释稿》第七条在主旨内容上明确为“预约合同的认定”，但该条从内容上却规定了两款内容：第一款是预约合同的认定；第二款是形式上系预约但是本质上属于本约的认定。第一款的内容因为《民法典》第四百九十五条已有规定，因此并无过多解释空间。但是，第二款的内容却与过去最高人民法院的相关司法解释规定的内容与规范模式有所出入，需要引起房地产法律服务业务人士的注意。因此，本篇主要是对第二款规定的分析和实务应对。



01

预约、本约与本条规定的重要变化

预约，即合同当事人约定将来订立本约合同的合意，订立本约即为合同的主要标的。这与本约明显存在区别。本约即为当事人之间就主体、标的、数量、价格和报酬、违约责任等所达成的一致意思表示。订购书、认购书、预定书等顾名思义，即系将来订立合同的一种合意，从文义上来看属于将来应订立正式合同（本约）的一致意思表示，而非本约。《买卖合同司法解释》第二条规定，当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。该条的主要内容被《民法典》第四百九十五条所吸收，并规定：

“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。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。”

因此，关于预约合同认定及违反预约的责任承担问题，在实务中已经有了明确法律依据，需要解释适用的空间较少。从《民法典》规定来看，主要系就认购书、订购书、预订书等构成预约及相关后果进行规定。而从《司法解释稿》第七条第二款的规定来看，则是对该《买卖合同》和《民法典》内容的重大突破，该款针对的问题并非预约合同认定与违反预约的违约责任承担问题，而是针对形式上是预约但是本质上构成本约的认定问题。

在实务中，如果预约已经规定了本约合同的主要内容，且当事人已经支付和收取了合同约定的价款，则基于履行治愈意思表示瑕疵的原理，确定本约合同已经成立。这在《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条中规定得比较明确。在过去的司法解释中，除了履行治愈瑕疵的原理之外，多是从证据推定角度推定当事人之间就本约已经形成一致意思表示，而鲜有从拟制角度将预约拟制为本约的相关规定。而本司法解释则极大扩充了预约转化为本约的内容，需要引起足够重视。

《司法解释稿》第七条第二款在认定成立本约的情形上，规定了两种类型：一是，拟制本约成立。即符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件，如当事人未明确约定将来一定期限内另行订立合同，人民法院应当认定本约合同成立。二是，基于履行治愈瑕疵的原理，确定合同成立。即符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件，如当事人明确约定将来一定期限内另行订立合同，但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。

1. 拟制本约成立

该种情形规定，当事人订立的认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等已就合同的主体、标的、数量、价格或者报酬等主要内容达成合意，符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件，如当事人未明确约定将来一定期限内另行订立合同，则人民法院应当认定本约合同成立。该条与本约的订立需要经历要约、承诺的传统理论相比，系在没有“可识别”就本约内容作出承诺意思表示的情况下，将已经具有本约内容的认购书、订购书、意向书在符合“预约中未明确约定将来一定期限内另行订立合同”的情形，直接拟制为本约合同成立，对传统的要约、承诺的缔约原理似乎有所突破。

2. 履行治愈意思表示的瑕疵

该种情形基本延续过去规定，即在意思表示瑕疵的补正上，遵循的原理是“履行治愈瑕疵”，而非“意思表示欠缺情况下的直接拟制”。这与《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第五条关于“商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同”的规定基本一致，即由于“预约合同”当事人已经接受了另一方当事人的履行，则说明当事人之间对于本约的履行已经形成一致意思表示，故对于本约一致意思表示的瑕疵得以补正。

鉴于上述第二种情形在房地产领域系已有的规定模式，故并不会对相关房地产业务产生过多影响。但是，第一种拟制意思表示的规定是新的内容；如果该规定内容出台，对商品房销售业务中认购书、订购书、意向书行为将产生重要影响，也将对房地产和建设工程领域经常涉及的备忘录认定问题产生重要影响，需要积极应对。

03 实务应对

1. 预约中排除本约的内容

根据“符合本解释第三条第一款规定的合同成立条件，如当事人未明确约定将来一定期限内另行订立合同，人民法院应当认定本约合同成立”的文义，则拟制本约成立的条件是符合合同成立条件，且预约中并未明确约定将来一定期限内另行订立合同。因此，为了避免订购书、认购书、预定书、意向书被认定为本约，则在签署订购书、认购书、预定书、意向书中应明确“本订购书、认购书、预定书、意向书非正式合同，正式合同需要另行订立”的内容，以明确将来当事人还需要另行订立本约的要求。当然，从本条的文义来看，也可以在订购书、认购书、预定书、意向书增加“应在某某日之内另行签订正式合同，否则本订购书、认购书、预定书、意向书作废的内容”。

2. 备忘录明确约定与合同的关系

在法律实务中，备忘录和订购书、认购书、预定书、意向书性质和功能具有明显的区别。

备忘录往往系缔约当事人或者合同当事人在缔约或者履行合同过程中形成的一致意思表示，其中既可能是对已经形成一致意思表示的事实确认，也可能存在对争议问题的证据留存——此时对存在争议这一事实也形成一致意思表示。

所以备忘录在大多数情况下是当事人之间基于留存证据所形成的一致意思表示，其与订购书、认购书、预定书、意向书所指向的订立本约具有明确的功能区分。也许正是考虑到此种理由，《民法典》起草时并未将备忘录规定为预约的一种。如果司法解释本款规定将备忘录亦纳入，则要引起重视。无论在房地产开发领域，还是建设工程领域，合同当事人之间以备忘录形式对相关争议内容进行证据留存的情形比比皆是；为避免将此种备忘录被认定为当事人之间已经就相关问题形成的无争议内容的本约，则应在备忘录中明确载明相关内容属于争议事项，避免模糊。同时，在涉及相关交易内容时，则应明确以备忘录的相关争议问题解决为双方签订合同或者合同生效的条件。

穿透式裁判思维：

法律实务的挑战与应对

05

CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第十五条建议条文规定：

“人民法院认定当事人之间的权利义务关系不应拘泥于合同使用的名称，而应当根据合同约定的内容。当事人主张的权利义务关系与根据合同内容确立的权利义务关系不一致的，人民法院应当结合缔约背景、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真实的法律关系，并据此认定合同效力。人民法院在审理案件过程中，发现当事人之间的合同仅是交易链条中的一个环节，且离开整个交易链条无法查明案件事实并难以对当事人之间真实的法律关系及其效力作出认定的，应当告知原告将参与交易的其他当事人追加为共同被告。原告拒绝追加的，人民法院应当驳回诉讼请求，但是不影响其另行提起诉讼。”

该条规定实际上包含了以下两方面内容。

一是，该条第一款系民法学理论中的“探究当事人真实意思表示”在合同纠纷领域的具体适用，该种适用在以往的司法解释中也有体现，比如《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释（2020修正）》第二十一条规定：“作开发房地产合同约定提供土地使用权的当事人不承担经营风险，只收取固定利益的，应当认定为土地使用权转让合同”。

二是，该条第二款则涉及人民法院特别是近年来最高人民法院所强调的案件裁判思维：穿透式审判思维。穿透式审判思维符合职权主义诉讼模式的特点，强调法官在诉讼中的主导作用，以追求案件实质公正为目的，一定程度突破合同相对性，与合同法价值中所体现的债权相对性有所区别，系近年来才强调的一种裁判思维，多出现在审理循环贸易案件中，如以司法解释的形式确定裁判方式，无疑会对各领域产生重大影响，因此本系列专门就该条予以分析。

01

本条规定的结构

本条规定并未明确具体的裁判规范，不属于对合同法具体条文的解释适用，而是审理合同纠纷时所强调的裁判思维。第一款内容仍然是根据合同相对性所确定的法律关系，仍然立足于合同相对性的当事人之间，力求探求当事人的真实意思表示。但是，第二款规定却体现了最高人民法院自《九民纪要》以来的裁判思路，即强化穿透式审判思维的裁判思路，体现在以下两方面。

1. 强调职权主义的裁判模式

我国民事诉讼模式自民事诉讼建立经历了强职权主义诉讼模式，到向当事人主义诉讼模式逐步改革的过程，当事人主义模式的代表性司法解释为《民事诉讼证据规定》。但是，我国的法治传统和经济发展水平和完全采取当事人主义诉讼模式的要求还有一定的差距，由此我国从当事人主义诉讼模式逐渐向职权主义诉讼模式的回归，当然有学者认为这种辩证发展的诉讼模式系协同主义诉讼模式：即当事人、人民法院共同协作，追求案件审理的实质公平。但是，无论如何，以《九民纪要》和《民事诉讼证据规定》为代表的司法解释和司法政策性文件均强调了法官职权在案件审理中的作用发挥。

法官在案件审理过程中采取穿透式思维，不仅需要审查合同当事人之间的交易关系，还要将该交易关系放在交易链条中去审理；至于何种交易关系需要放在交易链条中审理，在并无相关明确指引或规定的情况下，应属于裁判者根据案件事实自由裁量的范围，因此裁判者对案件的主导性更强。

2. 强调对实质正义的追求

本款基于追求实体公平的目的，要求“人民法院应当告知原告追加被告”，从而赋予裁判者一种“应当性”的义务。之所以强调赋予“人民法院”的告知义务，究其原因，或许在于，对于最高人民法院强调穿透式思维，由于其系一种裁判思维，并未被一些地方法院所完全理解；一些地方法院在案件审理中仍然坚守合同相对性原则审理涉及的相关纠纷，导致合同背后的交易关系等基础事实并未被查清，二审法院不得不将此类案件发回重审，从而导致案件审理的效率低下。实践中，确实存在交易主体基于各种原因，设计复杂的交易结构的情形，并且该类案件争议标的额一般都比较较大，裁判者为查清案件事实不得不采取穿透式思维。

《司法解释稿》第十五条的两款规定均系对裁判思路的规定。特别是第二款规定的穿透式裁判思维，要求裁判者穿透合同相对性，审查合同交易背后的整个交易链条的相关法律关系。此种裁判思路无论对当事人约定，还是对裁判者审理案件来说，都有巨大的影响。有以下几点需要思考。

1. 人民法院穿透审判的边界与合同相对性的坚守

在当事人主义裁判模式之下，案件审判以当事人为中心，人民法院居于居中裁判的位置。对于合同纠纷的审理而言，人民法院多坚持合同相对性原则进行审理，将案件事实的查明着眼于当事人之间的法律关系——合同关系之内。因此，除非当事人之间的合同有特殊约定，则人民法院基于合同对当事人具有法律拘束力来反向推断法院审理的范围应为当事人之间的合同关系。而在人民法院强调穿透式审判的裁判模式之下，突破合同相对性的边界何在？虽然本条第二款将之界定为“合同仅是交易链条中的一个环节，且离开整个交易链条无法查明案件事实并难以对当事人之间真实的法律关系及其效力作出认定”，但是前述条件均系不确定的条件，由此在实务中具体适用该条规定时可能存在巨大差异，进而可能影响案件的裁判效率。当

然，根据本款规定人民法院“应当告知原告追加被告”，而在人民法院告知追加被告的情况下，无论原告是否追加，人民法院都应该沿着追加被告的方向厘清法律关系，并梳理案件事实。

2. 原告不“追加共同被告”与人民法院驳回诉讼请求之间的法理基础

其次，原告不“追加共同被告”与人民法院驳回诉讼请求之间的法理基础。

虽然当事人在民事诉讼中应当遵守诚实信用原则，但是以谁为被告以及是否追加被告原则上是当事人的诉讼权利。当然，在民事诉讼中也有确保利害关系者参加诉讼的制度，就被告而言，在我国民事诉讼制度中，有必要共同诉讼和非必要共同诉讼制度。对于非必要共同诉讼，原告有权选择起诉被告，人民法院不会因为原告没有选择起诉全部被告，而驳回其诉讼请求；对必要共同诉讼的被告，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十五和第一百四十七条的规定，人民法院可以依职权直接追加被告，被告不参加的，可以缺席判决。《司法解释稿》规定原告不追加被告，则直接驳回起诉的规定，在民事诉讼法中并无规定。

如果人民法院认为案件必须采取穿透审理，完全可以依职权追加被告，并不需要当事人同意。另外，如果人民法院认为对于应该参与诉讼的当事人对案件查明具有重要影响的，也可以依据职权追加其为第三人，而非告知原告应当追加被告。因此本款规定的交易链条中要求当事人应当追加被告的规定，为司法解释中的创新性规定，值得斟酌。

3. 驳回诉讼请求后当事人仍然享有诉权

本规定主要为回应人民法院告知当事人追加被告而人民法院不予追加被告的处理方式的补救，即在人民法院判决驳回原告诉讼请求后不影响其另行提起诉讼。该规定模式，从既判力角度来分析，应不影响其向其他被告提起的诉讼。但是，是否影响其向已经被驳回诉讼请求的被告的起诉，似乎应得出肯定的回答。毕竟，原告已经针对被告提起诉讼请求，在判决生效之后，则已经产生既判力；如果原告就相同的合同关系再次起诉，则显然已经构成重复起诉，违反一事不再理的原则。

因此，一旦本条第二款规定出台，则本条裁判思路所存在的上述不确定性和裁判思路的重大转向，必将对相关法律服务者提出更高的要求。当然，鉴于上述存在的三点值得深入思考的法律问题，本条出台时必然面临内容上的重大调整或者修改，甚至本款被删除的可能性亦一定程度存在。

这种思维的差异既有法律服务者与裁判者的思维差异，也有上下级法院之间的差异，更有不同利益对立主体之间的差异，一旦出现抵牾，则直接决定案件事实是否能查清。因此从案件审理效率上看，此类纠纷的审理效率可能不高，对当事人而言审理效率和实质公正可能同样重要。

以最高人民法院相关裁判案例为基础，构造如下一个案例：在循环贸易的交易模式中，甲公司与乙公司签订买卖合同，乙公司购买甲公司煤炭，由乙公司指定丙公司作为收货人。在丙公司明确向甲公司出具收货单的情况下，乙公司未支付甲公司货款。甲公司起诉乙公司支付欠付煤炭购销款。对于此类案件，多个一审法院均以甲乙之间的法律关系为基础，以丙公司系乙公司系指定收货人及丙公司已经收到货物为由，判决乙公司支付货款。在上述思路之中，一审法院往往并未查明丙公司收到货物的事实是否客观真实。但是，在穿透式思维之下，人民法院则还需要查明货物是否收取的事实，进而在货物并未真实发生交付和收取的情况下，穿透式认定当事人之间的法律关系系借款法律关系，然后再行认定真实的款项使用人，再行判断为何被告需要承担责任。

显然，上述思路上的差异，直接导致二审法院需要将案件发回一审法院重新审理，从而影响到原告诉讼权益的及时实现。而由裁判结果的预测，则需要反推相关交易模式的设计和构造，进而最大化保障当事人的利益实现诉求。

由此，在这种穿透式思维模式之下，法律服务从业者应重点强化以下几点工作：

1.厘清合同法律关系背后的法律关系

如果产生纠纷诉讼到法院，在穿透式思维之下，则对于超越合同相对性的交易的审查的程度如何，一定程度上充满不确定性。因此，在纠纷起诉（系属）于法院之前，需要法律服务者深入了解合同背后所存在的系列交易环节，全面了解案件的事实情况。在进入审理阶段之后，需要法律服务从业者适应裁判者的审理思路；对于裁判者的释明、指引则应予以重点关注。比如，按照本款要求，人民法院告知原告将参与交易的其他当事人追加为共同被告的，则原告应循着法院的释明和告知，追加交易的其他当事人为共同被告，并根据该情况调整诉讼策略。

2.约定仲裁条款

从目前笔者所接触的仲裁实务来看，仲裁员多强调市场交易的意思自治和外观主义。在仲裁中，突破合同相对性强调穿透式裁决思维的仲裁审查较少。因此，在设计到循环贸易等纠纷时，为避免案件纠纷裁判存在过多不确定性，约定仲裁管辖不失为一种较好的处理思路。当然在穿透式裁判方式以司法解释的形式予以确认的情况下，不排除将来仲裁中也会采取穿透式裁判思维。

3.明确合同相对性对当事人的约束力，并要求合同当事人放弃以合同关系之外的交易关系提出抗辩的权利

以上述所引入案例为例，要求乙只要丙出具收货单、即放弃货物交付虚假的抗辩。当然，一方面，此种放弃抗辩应尽量避免被认定为格式条款从而被认定为不发生法律效力；另一方面，此种放弃抗辩的意思表示，在诉讼中的效力如何，在穿透式裁判思维之下，亦存在一定程度的不确定性。

另外，即便在该司法解释最终出台后本条特别是第二款被删除或者做较大幅度修改，在最高人民法院近年来在循环贸易、通道业务、规避法律等纠纷裁判中所强调的穿透式思维，仍然需要引起高度重视。

法条索引

《中华人民共和国民事诉讼法（2021修正）》

第一百三十五条规定：“必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院应当通知其参加诉讼。”第一百四十七条规定：“被告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以缺席判决。”



无权处分合同的履行

不能与违约责任的承担

06

CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第二十条建议条文规定：

“转让他人的不动产或者动产订立的合同，当事人或者真正权利人仅以让与人在订立合同时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。无权处分订立的合同被认定有效，除真正权利人事后同意或者让与人事后取得处分权外，受让人请求让与人履行合同的，人民法院不予支持；受让人主张解除合同并请求让与人赔偿损失的，人民法院依法予以支持。无权处分订立的合同被认定有效后，让与人根据合同约定将动产交付给受让人或者将不动产变更登记至受让人，真正权利人请求认定财产权利未发生变动或者请求返还财产的，人民法院应予支持，但是受让人依据民法典第三百一十一条等取得财产权利的除外。转让他人的其他财产权利或者在他人财产上设定用益物权、担保物权订立的合同，适用前三款规定。”

该条对无权处分的问题进行了较为全面的解释。该条规定源自最高人民法院《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2012》）第三条的内容：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”由于2020年12月23日最高人民法院审判委员会第1823次会议通过的《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于在民事审判工作中适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释〉等二十七件民事类司法解释的决定》对《买卖合同解释2012》进行了修正，删除了该条规定。当时删除的原因主要是《民法典》已就无权处分问题修正了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第五十一条的规定，故针对《合同法》第五十一条规定的司法解释已经失去解释前提。本次司法解释起草再次规定该问题，一定程度说明了该问题在实务中仍然存在争议，需要最高人民法院统一裁判思路 and 标准。鉴于对《民法典》合同法通则的解释适用于所有合同，而房地产交易中的无权处分纠纷较多，故本条对于厘清房地产领域的一系列问题，具有重要的意义。

01 无权处分合同的效力

针对无权处分合同的处理，在《合同法》实施时，实务中存在不同的处理意见。主要原因在于《合同法》对无权处分的合同效力明确规定为无效。针对实务争议，最高人民法院《买卖合同解释2012》对无权处分的效力进行了扩充解释，该解释结论后来被《民法典》所采纳。根据《民法

典》的规定，当然的结论则是：如果合同当事人仅仅以处分人无所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。

因此就无权处分合同而言，除非存在法律规定的导致合同无效的情形，否则，无权处分合同应当有效。

02 无权处分合同履行不能的救济

本条规定的重要价值体现在第二款的规定上。实务中存在一种观点认为，既然无权处分合同有效，那么合同当事人自然有权请求继续履行该有效的合同；如果当事人拒不履行的，则另一方当事人自然有权请求人民法院强制其履行。《民法典》第五百九十七条关于无权处分合同的履行和救济问题已经规定，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任的

情况下，本款规定恰恰解决了“受让人请求继续履行的”的核心问题。本款将此种合同继续履行的逻辑建立在合同能够继续履行的基础上；如果合同不能继续履行，则不能请求法院强制履行；进一步如果合同不能继续履行，则转让人已经构成根本违约，受让人可以请求解除合同，并要求转让人承担违约责任。因此，本款规定有以下三点重要内容。



1. 物权优先于债权作为解决合同能否继续履行的基础

本条规定“无权处分订立的合同被认定有效，除真正权利人事后同意或者让与人事后取得处分权外，受让人请求让与人履行合同的，人民法院不予支持”，此种处理模式从逻辑上解决了合同继续履行与否的问题。其中内涵了一个重要的物权和债权区分的理论问题：物权优先于债权。

以夫妻一方未经另一方同意，处分夫妻共有房屋为例，该种处分虽然有权利的外观，但是属于无权处分。该种共有物处分，依据《民法典》规定，应取得全体共有人同意始得处分。在此情况下，其他共有人针对该共有房屋的权利属性属于共有物权，体现为一种静态的社会秩序性权利；而无权处分的受让人请求继续履行的权利则属于债权请求权，属于交易中的动态权利。当静态的社会秩序性权利和动态的交易权利产生冲突时，应优先保护此种静态的社会秩序性权利，这也就是所谓的物权优先于债权。因此，如果无权处分的处分人没有取得处分权或者事后并未取得真正的权利人同意，则应保护此种物权性

的权利，而不能保护债权性的权利。当然，这样的处理，也会给交易相对人带来损失，因此，如何赔偿市场交易相对人的损失，则是本条第二款第二句规定的内容。



2. 不能继续履行情况下的合同解除权

本款第二句规定：“受让人主张解除合同并请求让与人赔偿损失的，人民法院依法予以支持。”该规定源于《买卖合同司法解释2012》第三条关于出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持的规定。《司法解释稿》本条规定解决了合同不能履行情况下受让人的救济问题：其一，不能履行说明了转让人已经构成根本违约，在此情况下受让人可以基于相对人根本违约而请求解除合同；人民法院不能判决继续履行，进而也不能在执行程序中通过申请强制执行来达到继续履行的目的。其二，受让人解除合同的，可以要求转让人赔偿损失。

3. 合同解除后违约方赔偿损失与承担违约责任

事实上，在《民法典》出台之前，《买卖合同司法解释2012》的规定是有重要价值的。在《买卖合同司法解释2012》出台之前最高人民法院审理的案件中，围绕当事人无权处分导致一方根本违约情况下受让人请求解除合同并赔偿损失的，应否由无处分权人（违约方）承担违约责任问题存在不同的认定。由此可知在当时，该院内部应当存在一定分歧。而《买卖合同司法解释2012》则针对分歧统一了裁判思路。但是在《民法典》出台之后该问题实质上应当已无争议。因为，《民法典》第五百九十七条已经明确规定，因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。而关于违约责任的赔偿范围，包括合同履行后可以获得的利益；对此，《司法解释稿》关于履行利益的赔偿也有详细规定。

从规定内容上看，《司法解释稿》本条关于赔偿损失的规定内容与《民法典》相比缺乏明晰性。《民法典》第五百九十七条已经明确规定“买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任”，《司法解释稿》本条规定“受让人主张解除合同并请求让与人赔偿损失”还不如《民法典》规定清晰。《司法解释稿》本条如此规定可能的理由也许在于，本条规定源于《买卖合同司法解释2012》第三条规定，而《买卖合同司法解释2012》第三条规定系在当时对赔偿损失范围存在分歧的情况下的妥协规定：承担违约责任或者解除合同并赔偿损失。因此笔者观察，该问题可能会在最终出台时解决，而最终出台的条文则可能与《民法典》规定一致，为：“无权处分订立的合同被认定有效，除真正权利人事后同意或者让与人事后取得处分权外，受让人请求让与人履行合同的，人民法院不予支持；受让人主张解除合同并请求让与人承担违约责任的，人民法院依法予以支持”。



03 房地产领域的适用

作为合同法通则的解释，《司法解释稿》本条也当然适用于房地产领域的无权处分合同。事实上，由于动产交易完成的即时性及动产价值普遍较低的特点，在动产交易领域无权处分适用的空间较小；而由于不动产的重大价值特点，且由于我国不动产领域登记存在的诸多名实不一致现象，导致不动产领域的无权处分法律适用出现争议的情况较多。因此，在房地产领域的无权处分法律适用应重点关注以下两个方面问题：

1. 交易时对登记名义人权利来源的关注

由于在我国不动产登记权利人与真实权利人存在诸多不一致现象，这种不一致现象对于以不动产为交易标的的市场主体显然构成一定的潜在威胁，也容易增加交易成本。但是，这是我国现实中不争的事实。因此，在房地产领域的交易时，要尽可能查明该不动产权属的权利来源。

2. 积极适应无权处分合同效力与合同履行问题的司法定位

随着《民法典》的实施和该司法解释的出台，无权处分合同的效力问题已无争议；在合同有效情况下，处分人未取得处分权或者标的物所有权的，受让人可以请求解除合同，并请求处分人（转让人）承担违约责任。对此：一方面，要适应此种处理模式。一旦涉讼，在处分人未取得处分权的情况下，应请求解除合同，而不能请求继续履行合同，否则该请求可能因为不被支持而影响利益实现。当然，在此类纠纷中，按照目前法院强调职权主义诉讼模式背景下，法官往往会进行释明，故要根据案件事实积极与法官的释明同步变更请求权。另一方面，在此种违约责任中，该无权合同履行之后可以获得的利益也属于损失赔偿范畴，应在计算损失时予以考虑。因此，对守约方而言，一旦无奈遇到此种情形，应积极考虑到履行合同可以获得的利益，以此为基础积极展开谈判，力争利益最大化。事实上，在一些无权处分合同履行中所存在的道德风险问题，往往由于需要违约方赔偿守约方的履行利益而能够得到及时的和解，从而使守约方的权益得以维护。

法人代表权、

印章瑕疵问题与表见代理

07

CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第二十三条建议条文规定：

“法人的法定代表人、非法人组织的负责人在订立合同时未超越权限，或者执行法人、非法人组织工作任务的人员在订立合同时未超越其职权范围，法人、非法人组织仅以合同加盖公章不是备案公章或者系伪造的公章为由主张合同对其不发生效力的，人民法院不予支持。”

在市场交易特别是房地产和建设工程领域中伪造印章及多个印章同时使用现象频发，个中原因多样，其中不乏市场主体基于规避不规范行为、转嫁风险的有意行为。《司法解释稿》对该问题进行了积极回应，明确了法人或者其他经济组织代表权行使与印章不一致情况下的处理规则。鉴于建设工程领域的印章瑕疵问题纠纷频繁发生，因此本条出台必将产生重要的影响。

1. 法人代表权与印章瑕疵的冲突解决

《民法典》第六十一条规定：“依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。”根据前述规定，法定代表人原则上可以代表公司从事民事活动，当然包括代表公司对外签署合同。但是在实务中交易主体更愿意相信公章，而相关法律的规定也让交易主体倾向于合同必须要加盖公章。如《民法典》第四百九十条关于合同成立的时间规定：“当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立”，也突出了印章对于合同成立的重要意义。实务中，合同当事人在签订合同时多要求法定代表人或者负责人签名并加盖相关法人印章，由此导致订立合同时经常

存在法定代表人、负责人签名与印章不符的情形，其中比较典型的是印章系虚假或者多个印章同时使用的问题。

《民法典》第六十一条和第四百九十条从两个不同角度对意思表示的效力进行了规定，前者从法定代表人的代表权角度规定，后者从意思表示成立角度进行规定；在后者规定存在模糊的情况下，则应优先从法定代表权的角度解释法人的意思表示问题。按照该逻辑，则一旦法定代表人在其职权范围内作出意思表示，则该意思表示即为法人的拟制意思表示，至于是否加盖法人印章，均不影响法定代表人的意思表示的效力。同时，该种处理也与第四百九十条的规定一致。《司法解释稿》第二十三条则从法人代表权角度出发进行规定，即只要法定代表人在职权范围之内作出意思表示，即使所加盖的法人印章系虚假，也不影响该法人行为的效力。当然，该种理论逻辑对于非法人组织的负责人亦应同样适用。

2. 法人代表权与有权代表

需要注意的是，《司法解释稿》本条规定的逻辑并非基于表见代理或者表见代表的法理基础。因为，法人在职权范围内代表法人作出意思表示，非法人组织负责人代表该非法人组织作出意思表示，本身即系法定职权，比较法上一般并无需要加盖法人或者非法人组织印章的要求，该原理也被《民法典》第六十一条所规定。这与法定代表人超越法人职权范围作出的意思表示不同。因此，法人的法定代表人或者非法人组织的负责人的意思表示本身即为有权代表，而非基于交易信赖外观的“表见”问题。事实上，在一些实务裁判中，许多关于此类问题论证的思路为表见代理或者表见代表理论，从法人代表权理论分析值得推敲。本次司法解释的规定，说一定程度上厘清了上述问题的困惑，即法定代表人或者非法人组织的负责人在职权范

围内的行为本身即为履职的行为，系一种有权行为。

3. 法人代表权与表见代理

本条针对的实务问题为有权代理，应当与实务中的表见代表或者表见代理加以区别。表见代表主要针对法定代表人超越职权范围所订立的行为，需要结合相对人对该行为的信赖和其是否具有过错加以认定。《民法典》第五百零四条对表见代表进行了规定，法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。表见代理则针对权利外观所引起的交易信赖保护问题，需要遵循法律规定的表见代理规则处理，如法人出具的空白介绍信或者授权委托书引发的交易相对人的信赖保护问题。

在建设工程施工合同订立过程中，要注意本条适用与实务中广泛存在的冒名行为区别；还要注意本条适用和借名行为（借用资质行为）的联系和区别。

1. 冒名行为与被冒名者的责任承担

实务中存在完全的冒名行为的情形。比如，基于有些工程限定在一定资质企业的情况下，有些实际施工人在无法取得有资质企业允许挂靠承揽工程的情况下，存在伪造有资质企业法定代表人签名和伪造企业印章签订建设工程施工合同的情形。在冒名订立合同之后，冒名人继续以此种形式对外签订分包合同或者供货合同；在产生纠纷之后，分包人或供货人起诉被冒名人，此时被冒名的建筑企业才知悉被冒名的事实。对于此种纯粹的被冒名人来说，不应要求其承担任何责任，否则让一个无辜的市场主体承担其无法预测的风险，此种情形已经非保护交易安全问题，而是对正常人的权利构成侵害、对正常社会秩序的威胁问题。实务中也有一些地方基于表见代理判处被冒名者承担责任的做法，这显然是不当的；当然，此种认定往往在案件二审或者再审程序中被纠正。

2. 借名行为

借名行为与冒名行为既有联系又有区别。对于交易相对人而言，均具有“借名”的

形式；但是在借名法律关系中，除了借名人与相对人所订立的合同之外，往往还有借名人与出借人之间的法律关系；也就是说，被借名人对于被“冒名”的事实是明确知悉的，因此在此种借名所引发交易风险上，其也应是明知的，进而对于借名引发交易相对人的损失具有过错。如甲借用乙施工企业资质与丁企业订立施工合同，往往存在乙施工企业与丁企业之间的建设工程施工合同关系和甲与施工企业之间的借用资质法律关系。

借名关系中，出借关系的“出借人”与第三人的合同关系产生的法律后果会归属于出借人。对此，借名行为对于被借名人而言，如果被借名人法定代表人签署相关合同，则应适用本条的规定。当然，在发生纠纷时，有的法院也有从表见代理角度去处理相关纠纷的做法。

实务中较多存在的借分公司之名，而分公司的印章和被借名人均非公司，且分公司负责人对外所出具的委任证明或者委托手续均加盖伪造的公司印章。此种情况下，较为复杂，实务中多从表见代理角度论证是否系分公司的行为。比如，分公司负责人陪同订约人赴总公司考察，而总公司法定代表人亦陪同就餐。此事实即可以认定分公司负责人系总公司所认定，由此该分公司负责人即取得了分公司的授权。又比如，通过查明相关款项是否系通过公司账户进行流转，从而认定公司是否应当承担

本条规定对于建设工程施工合同的影响意义重大。实务中出现发生分公司或项目负责人的行为能否归属于分公司及公司的争议问题，还存在被冒名的施工企业的责任承担问题，由此给施工企业带来较大的风险，这需要基于本条规定及相关法律理论，提供专业意见。

1. 借名行为的合规和风险防范问题

在本司法解释出台之后，出借资质的施工企业的风险将相应增加，这需要引起足够注意。一是，如果涉及借用资质，则该借用资质行为系违反行政管理法规的行为，对此，人民法院在涉及相关纠纷时应向相关部门提供违法线索。在《司法解释稿》第二十五条明确规定，针对审判中发现的涉嫌违法且未经处理的，人民法院可以向行政机关发出司法建议函；涉嫌犯罪的，则向刑事机关移送案件线索的情况下，人民法院移送相关违法线索的可能性将极大增加。相关管理部门接到司法建议后，予以行政处罚的可能性也较大，需要引起重视。二是，适用本条规定，可能直接将借用资质者的行为归属于被借用者，甚至还存在借用人对外借款由施工企业承担还款责任的风险，对此施工企业应加大重视力度，加强对施工项目的管理，特别是对于分公司或项目负责人的行为，要更加重视。

2. 关于分公司或项目负责人的行为归属及责任风险防范问题

对于施工企业公司的行为，由于公司内部法人治理结构的完善，产生企业法定代表人实施的行为与公司意思表示不一致的情形较少。在实务中，多出现分公司或项目负责人的行为给公司造成损失，应否由分公司及公司承担责任的问题。此类问题引发的纠纷较多，且多由裁判者基于具体事实进行具体判断。

鉴于“分公司”或项目负责人引发的责任承担问题较多，故对于施工企业来说，应重点关注以下三个方面问题：一是，谨慎选择分公司或项目负责人，应选择业务能力强且较少道德风险的人。二是，应谨慎对待通过任命分公司负责人或者项目负责人的形式允许挂靠的问题。虽然目前有些施工企业为了业绩需求及生产经营需要对外允许挂靠是行业不争的事实，但是该种模式系现行法律所禁止的行为，且由此引发企业的责任风险较多。特别是有些企业一挂了之、对风险毫无控制的处理方式蕴含巨大风险，应严肃对待，并加大合规和风险防范工作。对于企业经营中已现实存在的挂靠行为，要通过强化分公司内部管理控制、完善分公司外部风险控制两个维度，将风险控制在可操控的范围之内。三是，应强化分公司章程和规章制度的建设，在分公司章程、项目管理规范制度中对分公司或项目负责人的职权进行限定。比如，分公司或项目负责人只能赋予履行

《民法典》

第六十一条 依照法律或者法人章程的规定，代表法人从事民事活动的负责人，为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动，其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制，不得对抗善意相对人。

第四百九十条 当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

第五百零四条 法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生效力。

与施工业务相关的职权，不能赋予其对外借款的权利，对于项目负责人还应当明确不具有对外签署合同的权利。而就劳务分包合同的劳务施工人而言，与分公司或项目负责人之间沟通或签订协议时，应当关注前述人员的职权范围。

3.冒名行为的风险防范问题

对于纯粹“被冒名”借用资质的行为，要利用相关法律规定积极提出抗辩。其中比较典型的要避免被裁判者先入为主的表见代理审理思路的误导。因为，在表见代理承担责任上，裁判者需要审查的是权利外观和交易相对人是否具有过错；而在冒名行为上，此种权利外观系伪造，其本身即属于违法甚至犯罪行为，对此种违法甚至犯罪行为，被冒名者和交易相对人均属于受害人，故并不存在基于交易信赖保护而损害被冒名者利益的权利优先问题。因此，原则上只要证明权力外观虚假即可；至于交易相对人是否具有过错，则并不重要。另外，鉴于该种冒名行为往往涉嫌犯罪，故应向有关机关及时举报相关犯罪线索。对合同相对方而言，在签订合同时应当重视对证照真实性的审核。

双务返还请求权的对待给付：

同时履行抗辩及差额理论的适用

08



《司法解释稿》第二十六条第二款建议条文规定：

“双方互有返还义务，当事人主张同时履行的，人民法院应予支持。”

本规定源于《九民纪要》第33条和第34条的规定。第33条规定，双务合同不成立、无效或者被撤销后，双方因该合同取得财产的，应当相互返还；第34条规定，双务合同不成立、无效或者被撤销时，标的物返还与价款返还互为对待给付，双方应当同时返还。《司法解释稿》该款针对实务中存在的双务返还问题，规定了同时履行的法律后果，较《九民纪要》更加前进了一步。由于《九民纪要》对该问题已经有所规定，故该规定被保留的可能性较大。但是，不论是《司法解释稿》，还是《九民纪要》对该问题的规定均存在模糊之处，可以预见在司法实务中对前述规定的适用会引起一定的争议，将来仍然需要进一步统一裁判标准，因此该问题值得深入思考。



01

同时履行：请求或抗辩

不论是理论界还是实务界，对双务合同不成立、无效、被撤销后的返还请求权人主张同时履行的关注和研究较少。虽然《司法解释稿》本条延续《九民纪要》第33条、第34条规定，明确了双务返还请求权人可以主张同时履行，但从比较法上对该问题的研究，可以预见该条规定仍然难以适应实务的适用需要。

就双务返还请求权人主张同时履行，在实务中可能出现的问题，举例说明：

甲向乙支付100万，从乙处购买汽车一辆，后甲发现该汽车存在质量问题，价值仅为60万元，于是以欺诈为由主张撤销双方之间的买卖合同。如该买卖合同被撤销，则甲应向乙返还汽车，乙应向甲返还100万元。对此，在乙要求甲返还汽车时，甲应当以抗辩的形式主张乙应当同时返还100万元，还是需要以请求的方式主张？

《九民纪要》并未明确规定主张同时履行的行使方式。《司法解释稿》在第三十二条第二款建议条文规定：“当事人一方起诉请求对方履行债务，被告依据民法典第五百二十五条主张双方同时履行的抗辩且抗辩成立，被告未提起反诉的，人民法院

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强制执行措施”。从该规定可以看出，当事人可以以抗辩的形式主张同时履行，但《司法解释稿》第三十二条第二款、《民法典》第五百二十五条均是就合同履行中的同时履行抗辩进行的规定。如要在合同不成立、无效或被撤销的情况下适用，则需要将《司法解释稿》第二十六条第二款所规定的“双方互有返还义务，当事人主张同时履行的，人民法院应予支持”转引至《民法典》第525条规定的同时履行抗辩权上。

从合同法律制度同时履行抗辩理论来看，同时履行系合同法上确保公平和避免交易风险的重要制度，其不仅可以通过请求方式主张，还可以通过抗辩形式行使。对于以抗辩的形式行使，原则上应产生形成抗辩的效力，即基于同时履行抗辩权人单方意思表示，即发生同时履行抗辩的效果。

当然，单纯地将“同时履行”定位于双方当事人之间的对立上，并无价值，甚至可能会引发其他问题。比如上述案例中，甲起诉乙返还100万元获得法院支持，乙以甲未返还汽车为由抗辩，如果适用《司法

解释稿》在第三十二条第二款的规定，则甲需要向乙返还汽车。在乙并无100万元可返还给甲，名下也无其他财产可供执行或者乙进入破产程序的情况下，此种处理方式对甲而言显然是不公平的。因此，同时履行的价值，实际上在于双方能否产生一定程度的“抵销”的法律后果，这也恰恰是当事人追求利益的实质所在。对此，我国理论界较少研究，实务界也缺乏指导

案例或者典型案例指引。据笔者了解，目前一些司法裁判者已经对该问题开展研究和讨论；可以预见，一旦有合适的实务案例，则这些司法裁判者必将通过个案进一步探索和延伸相关法律适用问题。

在此，笔者简单介绍德国法实务中关于“同时履行抗辩”的效力和实务路径，以期为法律专业服务提供一些前瞻性的思考。

02 同时履行抗辩的最终解决：差额理论

根据《司法解释稿》本条规定，合同双方均可以主张同时履行。但是，如在双务返还中，一方当事人已无其他财产或者已进入破产程序，应如何处理？如上述案例，乙其实并无其他财产，如果不提供相应的解决路径，则法院判决简单表述为“双方当事人应同时履行”仍然不具有可执行性。对此，德国实务界采用的差额理论，具有一定的参考价值，不排除将来可能会成为我们最终解决同时履行抗辩问题的方式。

根据德国法，合同无效或被撤销后，基于

合同所发生的债权债务关系归于消灭，合同上所负担的义务也随之消灭，如果已经交换了约定的给付，应当根据不当得利的规则予以返还。因此在双务合同返还中，当事人各有独立的不当得利请求权，如果应返还的标的种类相同的，可以相互抵销。但是，在非由于当事人一方的原因导致标的物毁损灭失的情况下，则免除该方返还的责任，而该方仍然可以向另一方请求返还。显然，此种处理方式对一方当事人而言是不公平的，于是德国实务发展出差额理论，以解决该问题。

差额理论认为，双务合同中不当得利请求权是基于双方对待给付的计算之上，故不当得利的返还最终应当以计算后的差额返还为其内容。如在上述案例，甲向乙返还汽车时，乙要向甲返还100万元。鉴于乙无其他财产或者已经进入破产程序，无法返还甲100万元，因此甲有权保留汽车并折价60万元，以乙应返还的100万元减去60万元后，再向乙主张返还40万元。

《司法解释稿》本条规定互负双务返还义务的当事人，可以主张同时履行，可以预见德国实务中关于双务合同不当得利返还请求权行使时遇到的问题，也会成为我国司法实践中的一个比较典型的问题，且该问题可能首先在执行领域出现。由此，德国法的上述处理思路则具有一定参考价值，特别是目前德国实务中主流的处理方法仍然是“差额说”，值得我们在实务中加以借鉴。

上述差额理论的基础是合同无效、撤销后，双务合同当事人基于不当得利主张返还；从其处理的方式来看，以差额的方式解决同时履行问题，类似于当事人互负债务的抵销。因此差额理论在我国实务中可能会面临以下问题：目前我国通说理论认为，合同无效或撤销后的返还财产请求权性质上为物上请求权，但在金钱的返还中，该请求权不是物上请求权，而是不当得利返还请求权。因此如合同被确认无效、撤销后，可能出现一方享有的是物权返还请求权，而另一方享有的是不当得利返还请求权，此时两种不同的请求权，如何适用差额说？即便双方均基于不当得利请求返还，根据《民法典》第569条规定，当事人互负债务的标的物种类、品质不相同的，需要经协商一致才能主张抵销，但实践中争议发生后，各方很难协商一致，此时如何适用抵销？前述问题需要司法实务进一步探索。笔者也期待最高司法机关能够在《司法解释稿》本条规定的基础上，进一步明晰相关问题处理思路。

以笔者提供非诉法律服务的经验来看，在起草合同时，即便约定同时履行，在履行方式上，也会有先后顺序，否则合同履行极易陷入僵局。比如约定同时支付交易价款和办理过户登记，会采取设立共管账户的形式达到过户完成同时实现价款的支付。同时对合同继续履行情况下的同时履行而言，合同双方为了获得合同履行后的利益，在执行中一方先履行的可能性较大。因此，同时履行抗辩在合同履行的情况下可能争议较少，实务中更多的问题会出现在合同无效、被撤销、不成立，甚至合同解除时，如何主张同时履行。

在我国房地产开发实务中，合资合作开发房地产是房地产开发的一种典型形式。在合资合作开发房地产过程中，由于利益的巨大冲突，导致无法合作从而请求解除合同或者主张合同无效并引发纠纷的情形较多发生。

以下典型案例为例：

合作合同中，出地方以出资方出资不到位构成根本违约为由主张解除合同；出资方以出地方贪图项目预期盈利恶意违约抗辩，不同意解除合同；在诉讼中双方均考虑到双方合作基础已经丧失，同意解除合同。法院则认为，鉴于双方均对解除合同形成一致意思表示，故判决解除合同，并

支持出地方请求返还土地的诉请；法院同时认为，对于出资方的出资返还问题，可另循途径解决。

在上述案例中，法院的上述处理方式实际上忽略了双方解除合同之后互负返还义务的同时履行抗辩权。因此，在《司法解释稿》本条出台之后，法院的上述裁判思路极有可能调整。与此同时，法律服务者的法律服务思路也应相应调整。

1. 适应裁判思维

鉴于《司法解释稿》所规定的双务返还请求权适用同时履行的规定，则该规定不应局限于规定的“合同不成立、无效、被撤销”的情形，还应适用于合同解除所引起的双务返还情形。因此，在合作、合资开发房地产纠纷中，《司法解释稿》的该规定应可参照适用。而按照司法解释的最新规定，裁判者针对上述情形，有可能将双务返还的要求贯彻在裁判权的发挥上。即一旦法院认定合同解除，则应会释明当事人可对此提出反诉，以在判决中处理同时履行的问题。

在上述案例中，出资方在诉讼中反诉请求返还支付的出资并请求赔偿损失是稳妥的

做法。如此，在出资方提出请求的情况下，法院可以基于当事人“主张同时履行”在判决中认可双方的履行抗辩权。因此，为避免司法机关另寻途径解决所导致的一方利益不能得到及时保护的风险，应积极通过请求的形式主张同时履行。

虽然从理论上讲，对司法解释所规定的“同时履行”，可以抗辩的形式来行使，而无需通过提起反诉来行使。这就是比较法上特别是德国法上的形成抗辩理论，即只要主张抗辩，即在该抗辩成立时，即产生形成权的法律后果，且可以基于差额理论，直接主张抵销。比如，在建设工程合同纠纷中，对于一方主张工程欠款，另一方抗辩工程存在质量问题，主张承包人减少工程价款的，如果支持工程质量抗辩，则可在发包人未提出反诉的情况下径行在判决中支持减价的请求，在发包人应支付工程款中减除相应数额。这在德国实务中是比较常见的处理方式。但是，在我国目前的司法实务中，这对于裁判者而言，难免要求过高。一方面是现行法律并未规定可将该抗辩直接予以抵销；另一方面理论上对于形成抗辩的研究也未深入，尤其是

在合同不成立、无效、被撤销的情况下，在执行程序中以抗辩的方式，是否能达到要求同时履行的效果，尚不确定，因此裁判者的固有思路可能仍然会要求通过反诉的形式主张。

同时对于同时履行是采取抗辩还是请求的方式行使，也需要结合相关法律规定。如《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第十二条规定：“因承包人的原因造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，人民法院应予支持”，显然采纳要求发包人以行使请求权的方式行使，而不是以抗辩形式行使。因此，法律服务者在遇到此类情形时，要根据我国法律规定以及裁判者的思路，一方面应变被动为主动，即对于同时履行应主动采取请求的形式主张；另一方面，在裁判者释明的情况下要及时调整思路，将合同解除或不成立、无效、被撤销之后的同时履行请求贯彻在诉求中，避免未及时调整思路导致法院判决“当事人可另循途径解决”的不利境地。



2. “差额理论”在同时履行中的清算适用

如前述案例，在《司法解释稿》出台后，未来人民法院裁判相关案件在适用本款时不可避免会出现“双方当事人应同时履行”的判项内容。但是，对于如何同时履行，判决主文可能并未明确，而《司法解释稿》将同时履行放在执行中解决的方式，可能会引发执行领域的诸多问题。基于前述情况和规定，执行部门可能会以判决主文不明确或者一方提出抗辩为由，不予执行判决，由此导致当事人的利益诉求难以实现。对此，应在实体诉讼请求中积极提起反诉，并争取对同时履行的标的物采取保全措施。一旦在法院判决同时履行之后，可针对保全标的拍卖变卖款项主张抵销。而在案件进入执行程序时，请求在判决所确定的同时履行框架下主张抵销。



3. 做好法理论证工作，说服裁判者

司法解释虽然规定了同时履行的内容，但是如上所分析，对于合同不成立、无效、被撤销、解除后的同时履行的行使方式和具体实务中的操作仍尚付阙如。一旦判决不明，则可能会给后续的执行带来很大困扰。因此，在提供法律服务时，应做好相关法理论证工作，特别是努力说服裁判者接受同时履行抗辩权的理论和具体实施中的“差额”理论，以便获得可操作性的“同时履行”裁决。比如，在解除合作、合资开发房地产的诉讼中，应在反诉请求返还投资款和赔偿损失的同时，请求法院在判决中明确如出地方如不支付投资款和赔偿款，出资方有权请求以拍卖变卖价款支付投资款、赔偿款后返还剩余价款。在目前人民法院逐渐强调职权主义诉讼模式的背景之下，实质化解纠纷的思路会促使司法者从彻底解决纠纷角度进行裁判。

代位权诉讼的管辖

与合同相对性的突破

09

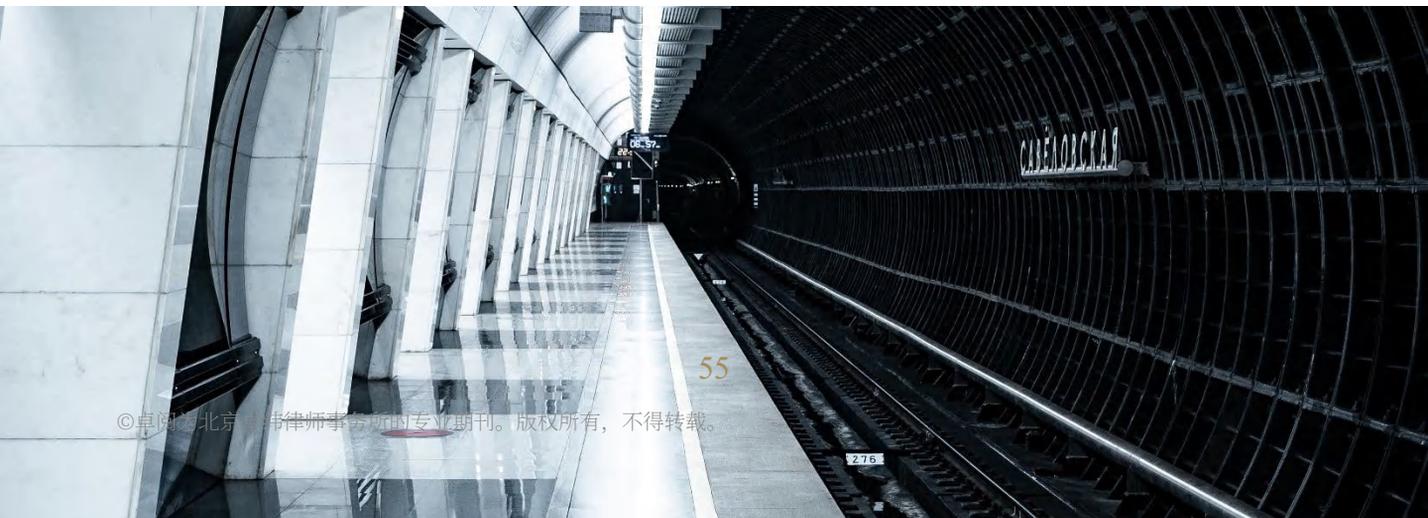
CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第三十六条建议条文规定：

“债权人依据民法典第五百三十五条规定对债务人的相对人提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖，但是依法应当适用专属管辖规定的除外。债权人以境外当事人为被告提起的代位权诉讼，人民法院应当依据民事诉讼法第二百七十二的规定确定管辖。”

《司法解释稿》第三十八条就代位权诉讼与管辖协议、仲裁协议的协调关系规定了两种方案：方案一，债权人提起代位权诉讼后，债务人的相对人以其与债务人之间的债权债务关系约定了仲裁协议或者管辖协议为由提出异议的，人民法院对该异议不予支持。但是，相对人在一审法庭辩论终结前申请仲裁，或者向管辖协议约定的人民法院提起诉讼，并主张代位权诉讼中止审理的，人民法院对该主张应予支持。方案二，债权人提起代位权诉讼后，债务人或者其相对人以债务人与相对人之间的债权债务关系约定了仲裁协议或者管辖协议为由提出异议的，人民法院应当裁定驳回起诉或者告知其向有管辖权的人民法院提起诉讼。虽然上述规定带有一定不确定性，但是此种规定模式与最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（已失效，以下简称《合同法司法解释一》）的规定相比更为科学，对房地产、建设工程所涉及的专属管辖问题进行了积极回应，力图解决实务界多年以来的争议问题，应引起足够注意。



01 代位权诉讼管辖的实务困惑

《合同法司法解释一》第十四条关于代位权诉讼的管辖规定：“债权人依照合同法第七十三条的规定提起代位权诉讼的，由被告住所地人民法院管辖”。上述规定在实务适用中备受诟病之处在于，该规定将债务人与次债务人之间关于管辖的合同约定置之不顾，有可能导致债务人和其债权人恶意串通，规避债务人与次债务人之间的管辖约定（以下称主张行使代位权的当事人为债权人，与该债权人具有合同关系

的债务人为债务人，该债务人的债务人为次债务人）。针对债务人与次债务人之间有仲裁协议的，债权人能否超越该仲裁协议约定向人民法院提起代位权诉讼，也是实务界所广泛讨论的问题。与《合同法司法解释一》关于代位权行使的僵硬规定有所不同，《司法解释稿》在坚持《合同法司法解释一》的规定基础上分三个层次进行了规范，力图实现避免道德风险和保护债权人利益方面求得平衡。

02 《司法解释稿》的三点突破

1. 专属管辖的适用

专属管辖具有特定的功能，比如由不动产所在地法院受理不动产纠纷更有利于查清案件事实，有利于节约国家司法资源，提高司法效率。专属管辖属于法定管辖，不允许当事人协议改变。在债权人提起代位权诉讼时，该代位权诉讼也应遵守专属管辖的要求和法律规定。因此，《司法解释

稿》优化了代位权诉讼与专属管辖的关系。第三十六条除了延续《合同法司法解释一》关于代位权诉讼的原则性规定之外，又强调专属管辖的规定，规定提起代位权诉讼仍然应遵守债务人与次债务人之间的专属管辖的约定，此种规定更符合专属管辖的立法精神，也更为科学，在最终出台时被予以保留，应无疑义。

2.对协议管辖的模糊态度

与对法定专属管辖的明确态度不同,《司法解释稿》对于协议管辖的态度则是模糊的。自债的拘束力理论来说,债务人与次债务人之间的约定自然可以向债务人的债权人主张;因此,债务人与次债务人之间的管辖约定也应该被提起代位权诉讼的债权人所遵守。就此而言,如果债务人与次债务人之间就管辖法院有约定的,如果该管辖约定合法有效,则在债权人提起代位权诉讼时,债权人应该受到该管辖协议的约束。

但是,《司法解释稿》第三十六条所确立的原则是由被告所在地法院管辖,同时规定了两种可选择处理模式:一是,坚守三十六条的立场同时规定“相对人在一审法庭辩论终结前向管辖协议约定的人民法院提起诉讼,并主张代位权诉讼中止审理的,人民法院对该主张应予支持。”二是,告知代位权请求权人向有管辖权的人民法院提起诉讼。笔者认为,第二种模式是科学的。一方面,其坚守了合同相对性的基础理论,避免由于债权人提起代位权诉讼而将债务人与次债务人之间的合同约定架空;另一方面,在可以有效避免债权人与债务人之间串通的道德风险的同时,并未剥夺债权人提起代位权的诉权,也未影响其实体权利。

但是,需要注意的是,第三十八条将约定管辖约定与仲裁管辖约定规定在一个条文中,并没有注意到约定管辖与仲裁管辖约

定的区别,有可能在最终讨论时,仅仅关注于仲裁管辖约定的处理,而忽略对约定管辖的完善。

3.对仲裁协议管辖的模糊态度

就仲裁协议管辖而言,如果合同当事人之间约定了纠纷提交仲裁解决,如该仲裁协议管辖约定有效,则该管辖约定已经排除了人民法院的管辖。因此,就债务人与次债务人之间的纠纷而言,人民法院则已经无案件裁判的管辖权。

但是,在以下的情形下,僵硬尊重仲裁协议,弊端也是明显的:债务人与次债务人之间约定了仲裁管辖协议,但是债务人又怠于向次债务人主张权利,由此影响到债权人的利益;因此,司法解释规定的超越仲裁协议提起代位诉讼,则具有以下两个方面的理由:一是,就该代位诉讼而言,在保护债权人利益的同时,并未对债权人和债务人的利益产生影响,也未增加债权人和债务人的负担。无论是诉讼管辖还是仲裁管辖,均是解决纠纷的方式。在债务人怠于行使权利的时候,由债权人行使代位权可以保护债务人利益,但是此种诉讼途径并不会给次债务人带来不利益。二是,可以弥补现行法漏洞,为债权人利益保护提供救济。“无救济无权利”,在债务人与次债务人约定仲裁管辖且债务人怠于行使权利的情况下,在我国仲裁法体系中并无代位仲裁制度提供救济的情况下,

如果不赋予债权人提起代位诉讼的权利，对债权人而言显然是不公平的。通过修改仲裁法规定代位仲裁显然“远水解不了近渴”，因此赋予债权人代位提起诉讼，也是弥补现行法律漏洞的有效措施。因此，提供代位诉讼的方式恰恰能够弥补当事人权利救济的法律漏洞。基于此考虑，《司法解释稿》第三十八条第一款关于弥补仲裁协议漏洞规定的处理模式似乎更符合对

实质正义追求的思路，也更符合目前最高法院所强调的穿透式思维和强调职权主义诉讼模式的背景。

当然，第三十八条为了避免道德风险，还赋予了次债务人自行寻求救济的权利，即要求次债务人在一审辩论终结前提起仲裁；一旦提起，则代位权诉讼则中止诉讼。待仲裁结果出来之后，再行启动该代位权诉讼。

03 对房地产、建设工程法律服务的影响

《司法解释稿》对近年来在代位权诉讼领域颇引争议的专属管辖、协议管辖和仲裁管辖问题进行了回应，既体现了对基本法理的尊重，又基于现实考量在突破已有法理基础上所提出务实的做法，特别是其中所涉及的新规定应引起房地产、建设工程法律服务的积极关注。

1.代位权诉讼对专属管辖的尊重

事实上，在《合同法司法解释一》出台至

本次司法解释出台这段时间，实务中针对房地产和建设工程法律关系次债务人提起诉讼的，也有适用专属管辖的普遍做法。法院适用专属管辖的考虑在于，在代位权诉讼中，往往系以次债务人为被告，而在涉及房地产和建设工程纠纷，又需要遵守专属管辖的约定。当然，在《司法解释稿》出台之后，则该问题就得以清晰，即涉及房地产专属管辖的，即使债权人提起代位权诉讼，也应遵守专属管辖的法律规定。

2. 仲裁管辖协议的积极应对

鉴于我国现行法律并无代位仲裁的法律制度，因此，在涉及房地产、建设工程纠纷中，即使债务人与次债务人之间约定了仲裁管辖，如果能够认定债务人构成怠于主张权利，则债权人仍然可以提起代位权诉讼，以保护债权人的利益。如果《司法解释稿》第三十八条关于仲裁约定的当事人怠于仲裁、债权人可以提起代位诉讼的规定得以出台，则对于债务人与次债务人之间约定仲裁管辖以追求仲裁高效解决纠纷的目的而言，在债权人提起代位权诉讼的情况下，应用好三十八条关于次债务人可以依据仲裁协议提请仲裁的规定，以实现通过仲裁高效解决纠纷的目的。

3. 代位权诉讼的“入库”、“出库”规则

《合同法司法解释一》第二十条规定：“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经

人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭”，这就是实务中被称为代位权诉讼的“出库”规则。此种出库规则是我国司法解释的制度创造。与我国司法解释规定不同，比较法上针对代位权诉讼多采纳“入库”规则，即代位权诉讼成功之后，代位取得的财产应纳入到债务人的责任资产库中，作为债务人的责任财产平等清偿债务人所负担的债务。《民法典》第五百三十七条规定吸收了《合同法司法解释一》第二十条的规定，明确采纳了“出库”规则。因此，在债务人怠于向次债务人主张权利的情况下，债权人可以通过提起代位权诉讼的方式来保障其债权。通过此种实体诉讼则债权人直接取得债务人针对次债务人的债权，债务人负担向债权人直接清偿的义务。这与实务中通过执行债务人对第三人的到期债务相比，保障功能更强。

放弃请求调整违约金特约

的效力与合同

10

CONSTRUCTION AND REAL ESTATE



《司法解释稿》第三十六条建议条文规定：

“当事人一方通过反诉或者抗辩的方式，请求人民法院依据民法典第五百八十五条第二款的规定调整违约金的，人民法院依法予以支持；对方以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不应予以调整，经审查不调整违约金将导致显失公平的，人民法院对该主张不予支持。”

无论是英美法的违约责任制度，还是大陆法系的债务不履行体系，违约责任规范在整个合同法律体系中均占据重要的地位。违约责任规范直接检验合同订立内容的完善与否和履行的适法、妥当与否，对合同的订立和履行起到检验、威慑作用，还对合同履行起到补救作用，填补当事人因为债务不履行而受到损害的利益。对违约责任的依法、妥当适用，反向推动起草、订立合同的科学性和完善性。如对违约责任缺乏深入把握，在合同订立和履行过程中缺乏对违约责任的重视，将直接影响违约纠纷处理的法律后果以及当事人利益的实现，此种影响有时候甚至是灾难性的。《司法解释稿》关于违约责任的规定多达11条，占据总条文数量高达15%的篇幅，足以显示最高司法机关对该问题的高度重视。

就违约责任内容而言，《司法解释稿》基本上是对已有《合同法解释一》《合同法解释二》的汇编，同时吸收了《买卖合同司法解释》和《九民会纪要》的相关内容，因此，本文主要对《司法解释稿》关于违约金的一个新问题，即违约金调整特约的效力问题进行分析，并结合房地产、建设工程法律实务的特点研究其积极应对之策。

关于违约金调整特约，主要是指当事人在订立合同时预先放弃违约金调整请求的约定；实务中关于该约定的效力颇有争议。司法机关存在两种不同的认定：

一种观点认为，违约金调整特约作为当事人之间的真实意思表示，说明当事人对该违约责任的高低已经有了明确的认识，故应基于尊重当事人真实意思表示的考虑认可其效力；故在产生纠纷时，当事人以违约金过高或者低于实际损失请求人民法院调整的，人民法院应在尊重该特别预定基础上，不予支持当事人请求调整的请求。最高人民法院在（2019）最高法民终1464号判决中也认为，如果合同双方对违约金作出了“违约后不得请求人民法院减少违约金”的特别约定，说明违约方对应其承担的违约后果已充分认知，此并非属于相关法律及司法解释规定的违约金约定过高应予调整的情形。

另一种观点认为，我国合同法律体系中的违约责任主要以填补守约方因违约方违约造成的损失为原则，且当事人请求调整过

高或低违约金是法律规定的权利，故为避免违约金特约违反合同法律体系所确定的填补损失原则，损害当事人的合法权益，故不允许当事人约定预先放弃。针对上述实务中的两种不同观点，《司法解释稿》原则上采纳了第二种观点，即当事人预先放弃违约金调整的约定，原则上不发生法律约束力，我国合同法律的违约责任仍然应坚持填补损失的原则。同时，《司法解释稿》又从诚实信用原则出发，规定了不予调整违约金的情形，即第六十九条第三款规定“违约方的行为严重违背诚信原则，其请求减少违约金的，人民法院不予支持”，因此，该款规定就构成了对违约金调整特约的补充规定：即原则上当事人预先放弃调整违约金的约定违反公平原则无效——违约方主张违约金过高请求不适用该特别约定的，人民法院应予支持——但是，如果违约方违反约定符合违反诚实信用原则情形的，则人民法院不应调整过高违约金，在此情况下构成对违反诚实信用原则的一种制裁。

从《司法解释稿》的规定来看，有以下三点需要加以把握：

1. 填补守约方的损失为基础：体现了违约责任的法理定位

《司法解释稿》坚持《民法典》第五百八十四条所确定的“损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益”原则，以守约方因违约方违约造成的实际损失为基础。对于实际损失的考量，《司法解释稿》第六十九条规定了具体的裁判思维，即：“当事人依据民法典第五百八十五条第二款规定请求对违约金予以适当减少的，人民法院应当以民法典第五百八十四条规定的损失为基础，兼顾合同主体、交易类型、合同的履行情况、当事人的过错程度、履约背景等因素，遵循公平原则和诚信原则进行衡量，并作出裁判。”

需要注意的是，在上述裁判思维中，合理预见原则、与有过错原则、减损规则和损益相抵原则系法律规定的确定守约方损失的原则，发生纠纷时，当事人可依法引用。

2. 实质正义的考量

本条的适用将具体考量权赋予裁判者，而裁判者判断当事人之间放弃请求调整违约金的约定是否发生效力的依据是该约定的执行是否导致显失公平。因此，如何判断是否构成显失公平，显然需要裁判者根据个案情形加以判断。在此情况下，裁判者的个人主观因素可以说将起到决定性作用。当然，在具体判断是否显失公平上，从裁判者的谨慎立场出发，可能回到参照《司法解释稿》第六十九条第二款规定的标准上，即如果当事人约定的违约金超过依据民法典第五百八十四条规定确定的损失的百分之三十的，一般可以认定为民法典第五百八十五条第二款规定的“过分高于造成的损失”。至于在约定违约金不能填补损失的，则较多可能参照实际损失加以处理。

3. 职权主义的发挥与诉讼效率的追求

《司法解释稿》第六十九条第三款规定“违约方的行为严重违背诚信原则，其请求减少违约金的，人民法院不予支持”。

从该条所确立的原则可以看出，司法解释一定程度上又突破了实际损失的原则，针对违约方严重违背诚实信用原则，认可惩罚性违约金的约定的效力。在本条适用上，显然第六十九条第三款规定应优先于第六十八条第二款的适用，即虽然约定过高违约金违反公平原则，但是如果违约方违约行为构成违反诚实信用原则，则仍然应认可该过高违约金不得请求人民法院调整的约定，在此即体现了对于违约方违反诚实信用原则的效力的认定。对此，该规定一定程度上应是受英美法的恶意违约制度的影响。《司法解释稿》第七十条的规定亦体现了法院在审判时对审判效率的追求。该条第一款、第二款均延续《买卖合同司法解释》的规定，第一款针对违约方以合同不成立、未生效、无效、确定不发生效力、不构成违约或者非违约方不存在损失等为由抗辩、但未主张调整过高的违约金的，要求人民法院应当向当事人行使释明权。在此种释明权行使模式中，显然系职权主义裁判模式在审判活动中的体

现。第二款针对“第一审人民法院经审理认为抗辩不成立，但是未予释明并判决按照合同约定赔偿违约金，或者第一审人民法院认为抗辩成立故未予释明，但是第二审人民法院经审理认为应当判决支付违约金的”的情形。对该情形，在《买卖合同司法解释》出台之前，人民法院往往需要撤销一审判决、发回重审，这种处理方式虽然可以保障当事人诉权、避免一审终审，但是其却以牺牲当事人追求实体判决的效率价值为代价。《买卖合同司法解释》直接赋予人民法院在二审程序中的改判权，以审判的效率来代替对于当事人诉权的保障；该规定被《司法解释稿》所延续，并加以完善。第三款规定，被告在第一审程序中未到庭参加诉讼，但是在第二审程序中到庭参加诉讼并请求减少违约金的，第二审人民法院可以依法判决适当减少违约金数额，也是直接以追求效率为前提，赋予人民法院二审程序中直接调整违约金的权利。

03 违约金调整特约无效的法律应对

在笔者接触过的一些实务案例中，由于对违约责任的轻视最终陷入被动处境的不在少数。这种情形的出现在房地产投资领域更为常见，这与我们在提供涉外法律服务或者为金融机构提供服务时合同对违约责任的重视不同。在合作开发房地产领域，当事人在合作初期多处于“蜜月”关系期，不会预想以后发生纠纷时的责任承担问题，因此忽视合同违约责任的约定以及相关证据的固定。而一旦在合作开发不能继续进行时，由于没有预先约定合作开发的利益和责任问题，导致当事人之间的纠纷无法处理，最终可能导致无论是守约方还是违约方对处理结果均不满意。因此，为积极应对违约金调整特约的司法解释规定，要重点关注以下三个方面问题：

1. 证明责任的应对

对于过分高于实际损失或者低于实际损失的证明责任，《司法解释稿》第六十八条第二款明确，非违约方主张约定的违约金低于违约造成的损失请求予以增加，或者违约方主张约定的违约金过分高于违约造成的损失请求予以适当减少的，应当承担举证责任。根据上述规定的逻辑结构，人民法院首先拟制合同当事人约定的违约责

任或者违约责任计算方式即为合理的约定，在当事人之间具有推定的法律约束力。因此，如果守约方认为约定违约责任低于实际损失的，则应提供证据证明其所遭受的实际损失；如果违约方认为，约定违约责任过分高于实际损失的，则其不仅需要证明因此给守约方所造成的实际损失，还要证明《司法解释稿》第六十九条第二款规定的过分高于的标准。在过分高于实际损失的证明责任上，根据本条的解释，则原则上违约方还需要证明守约方的与有过失、因违约而获得的利益。在提供法律服务时，要根据上述所确定的原则在订立合同时预先厘清合同履行过程中的相互配合义务，并留存合同履行过程中的会商记录、沟通函件、催告函件等内容，而律师在出具相关函件时更应当关注合同履行过程中可能出现的违约情形，预留将来处理争议的空间。例如，在多期合作开发房地产的过程中，在一期合作获得巨大利益的情况下，如果一方当事人意图侵占另一方基于合作可能获得的利益，则在出具律师函时应列明一期合作时双方当事人各自已经获得的营利，并提示对方当事人根本违约可能需要参照一期获利作为赔偿损失的基础。又比如，在合作开发过程中，对于一期获利双方未分配利益而是转化为

二期投资的，在尚未产生争议时就应明确一期获利的具体分割及各自具体投入到二期或者其他投资的份额，并明确一旦一方违约，则应按照投资份额承担相应的责任，以避免在二期或者其他投资项目发生争议时，难以查明具体投资数额和一期营利的的事实，进而影响违约方承担责任的认定。

2.合理妥适约定违约责任条款，在证明实际损失的责任负担上占据先手优势

在设定合同条款时，要基于合同履行可以获得利益合理确定违约责任的承担。从合同法理及对司法解释规定角度看，既要避免对合同责任约定的忽视而导致在纠纷出现时无据可循，又要避免设定过高的违约责任，从而在纠纷出现时被法院认定为违约责任约定过高。比如，根据《司法解释稿》第六十六条规定：“因不履行租金、价款或者报酬等金钱债务，或者履行金钱债务不符合约定，非违约方依据当事人之间的约定请求违约方赔偿自约定支付日至实际支付日之间的逾期付款损失的，人民法院依法予以支持；没有约定的，人民法院可以违约行为发生时中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的同期同类贷款市场报价利率（LPR）为基础，加计30—50%计算。除逾期付款损失外，非违约方还有其他因违约所造成的损失，并请求违约方赔偿的，人民法院依法予以支持。”在实务中，对于租赁合同迟延支付

租金的违约责任，房地产销售代理拖欠支付代理款的违约责任，以及建设工程领域欠付货款的违约责任，如果没有约定的话，则在计算违约责任时存在适用上述规定的可能；显然同期同类贷款市场报价利率往往难以弥补占用款项所导致的损失。而适用本款举证的责任，则可能由于“举证之所在、败诉之所在”而陷入不利的境地。

3.适应裁判者思维和释明权行使，及时调整应对策略

《司法解释稿》第七十条第一款规定，合同约定的违约金过分高于因违约所造成的损失，但是违约方以合同不成立、未生效、无效、确定不发生效力、不构成违约或者非违约方不存在损失等为由抗辩，未主张调整过高的违约金的，人民法院应当向当事人释明。该款规定与《买卖合同司法解释》第二十一条第一款关于“买卖合同当事人一方以对方违约为由主张支付违约金，对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违约金的，人民法院应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明”的规定相比，对人民法院释明权行使的内容缺乏指引。《买卖合同司法解释》出台后，人民法院多将“对方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约等为由进行免责抗辩而未主张调整过高的违

约金的”违约金释明问题的规定参照适用于其他合同领域。但是，在本司法解释出台之后，除了买卖合同领域仍然适用上述人民法院“应当就法院若不支持免责抗辩，当事人是否需要主张调整违约金进行释明”的规定之外，对于其他合同领域，应否参照买卖合同的规则适用，不同的裁判者可能有不同的处理方式，这对于为纠纷提供法律服务的专业人士而言带有一定的不确定性。对此，则需要在为房地产、建设工程提供法律服务时，在厘清相关纠纷性质、对相关法律适用问题进行预判的基础上，积极适应裁判者的裁判思路和庭审指挥；在裁判者释明时，要与裁判者进行积极的沟通，以明确其释明的内容。

结 语

合同法律规范内容丰富多彩，合同法律服务占据法律服务内容的核心。《司法解释稿》每个问题均会对法律实务产生重要的影响，本系列文章主要对相关重要新规定内容进行前瞻性研究，并聚焦于对房地产和建设工程法律业务的影响和应对。待司法解释正式出台后，卓纬建筑工程和房地产部将进一步通过多种形式开展研讨和学习，以期深入研判司法解释对建筑工程和房地产法律服务带来的影响和应对。



作者简介 / Introduction



专业领域：建筑工程与房地产、投资并购、公司业务

电 话：8610 8541 9640

电子邮件：yan.zhang@chancebridge.com

张燕律师为中国政法大学法学博士，曾在上市房地产公司工作多年，张燕律师在房地产和建筑工程领域具有丰富的经验，为多家房地产公司投资工业地产、旅游地产、合作开发房地产项目，提供尽职调查、投资架构设计、谈判签约、后续合同履行跟进以及项目退出方案制定、争议解决等法律服务工作。

建筑工程与房地产业务 / Introduction

建筑工程与房地产业务 是卓纬的特色服务领域之一。卓纬长期为众多房地产投资及开发企业、建筑企业、物业服务企业提供专业、全面的法律服务，业务涉及的不动产形态包括基础设施、景区开发、城市综合体、商业地产、商品住宅、保障性住宅等。卓纬拥有一支素质出色、经验丰富的房地产与建设工程行业律师团队，能够根据客户需求，从宏观与微观等不同视角提供多样化、专业化和可操作的解决方案和建议。服务过的客户包括：中电建建筑集团、中国电建地产集团、中国建筑一局（集团）、中冶建设、北京城建、云南城建、首创置业、绿城置业、远洋地产、富力地产、金隅物业、保利物业、链家、贝壳找房等大型国企、上市公司及民营企业。卓纬建筑工程和房地产部团队中多名律师具有大型地产公司或司法审判机关工作经验，能够满足不同类型客户多维度、多方面的法律服务需求。凭借卓越出众的专业能力和优质高效的法律服务，卓纬建筑工程与房地产团队广受客户认可和市场赞誉。

事务所介绍 / Introduction

北京卓纬律师事务所 现有北京、上海、深圳、海口四家办公室。拥有合伙人、顾问、律师等专业人员百余人，主要业务领域集中于资本市场、金融市场、公司业务、国际贸易与合规、建筑工程与房地产、知识产权、竞争与反垄断、刑事业务、争议解决等，致力于为客户提供专业、全面的法律服务，成为“最受客户认可的专业律师事务所”。

卓纬秉持“敬业 诚信 责任 共荣”的发展理念，坚持专业化、国际化、一体化发展模式。卓纬能够集中事务所整体资源，调配最适合的项目团队，高效完成客户委托，确保服务的专业水准和服务质量。同时卓纬坚持与客户共同成长、互相成就，始终把客户的需求放在首位，理解并尊重客户的目标和需求，努力为客户提供专业和个性化服务，切实维护客户利益。

卓纬已与世界各地的多家国际大型律师事务所及众多全国知名律所建立了广泛的合作关系。依托上述资源和网络，卓纬可在全球范围内为客户提供专业的全方位高品质跨境法律服务。

凭借卓越的业务表现，卓纬专业团队广获赞誉及认可，连续多年荣登Chambers and Partners, ALB, IFLR1000, The Legal 500, Asialaw Profiles, 《商法》, Who's Who Legal等多家权威专业法律评级机构榜单，先后荣获国内外近百项荣誉及认可。9位入选司法部、北京市律师协会涉外法律服务人才名单。



作为一家专注于公司、商事及金融领域的专业律师事务所，卓纬坚持专业化、国际化和一体化发展模式，致力于成为“最受认可的专业律师事务所”，为客户提供专业、全面的法律服务。

卓纬合伙人及资深顾问均毕业于著名法学院，带领的律师团队也熟谙中外法律专业。作为一家在资本市场、金融市场、公司业务、国际贸易与合规、建筑工程与房地产、知识产权、竞争与反垄断、刑事业务、争议解决等领域积累了丰富经验并取得瞩目成就的专业律师事务所，卓纬期待与您的合作！