

权威点评最高法院 合同法指导案例

主 编 吴庆宝

副主编 许先丛 姜启波 冯小光 孟祥刚

- 
- 阐释最高法院终审裁判结果
 - 最高法院法官深度撰写研究意见
 - 应用法律专家权威点评司法裁判
 - 展现指导案例的司法导向作用

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

权威点评最高法院 合同法指导案例

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

权威点评最高法院合同法指导案例/吴庆宝主编.
—北京: 中国法制出版社, 2010. 6
ISBN 978 - 7 - 5093 - 1954 - 3

I. ①权… II. ①吴… III. ①合同法 - 案例 - 分析 -
中国 IV. D①923. 65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 086785 号

策划编辑 张岩 (editorzhangyan@126.com)

封面设计 蒋 怡

权威点评最高法院合同法指导案例

QUANWEI DIANPING ZUIGAO FAYUAN HETONGFA ZHIDAO ANLI

主编/吴庆宝

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/24.25 字数/387 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1954 - 3

定价: 72.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010406

邮购部电话: 66033288

序

——指导案例总结研究的重要性

我国的判例法研究从1986年就已经开始了，并且取得了相当的、循序渐进的、试验性的科研成果。由于我们的判例制度没有建立起来，对于如何参照先例，就失去了探讨的基础。为了建立类似于英美法系的判例制度，我们必须采取参考判例制度，在司法实践中逐步建立指导案例制度，不断扩大指导案例对司法实践的导向性影响。

一、指导案例总结研究的意义

最早的英美判例来源于更早的案件审理的总结，与我们今天的案例总结和发布实际是异曲同工。我们今天的案例与英美法系判例的最直接的区别是，判例具有法律效力，与法律是一回事，仅仅是存在的形式不同而已。就中国的案例而言，案例仅仅起到一种指导参考作用，而不是参照执行的作用。我们的案例不具有法律效力。是否可以授予案例以法律效力？就目前的立法现状来看，尚不宜授予案例以法律效力，但授予其广泛的指导性、参考性作用还是十分必要的。

第一，我们目前还是成文法国家，任何一部立法都是经过起草委员会综合各界意见后起草为成文法律草案的，并非以各种案例为原形，不以各种具体社会现象为依托，不会成为各种社会现象的立法。我国是宏观性质的立法，将问题归纳集中后，形成为普通意义上的法律规定。这样立法的结果是，法律可能非常原则、体系完整、归纳全面但不具体，没有从社会需要的意义上补充、完善所有可能想到的、遇到的社会问题，就形成一种文字上完美，但实际需要上仍然存在缺漏的情形。一般情况下，这类法律的稳定性比较差，基本上没有太大的争议，且维持5年以上不修改者寥寥无几。这恰恰是成文立法所应当注意的。这样粗糙的法律如何指导、规范司法实践呢？如何具体解决各类社会问题？这需要立法机关和司法机关三思。

第二，判例还没有立法依据。如上所述，中国立法还只是成文立法，并无案例立法，目前全国立法机构也没有通过允许以判例作为立法形式的法令或者特别规定。一般情况下，立法机构也不会通过允许以判例作为法律形式的规定，因为几千年以来，我们就从来没有过判例或者先例，即使有先例也

只是口头上作为一种参考而已。不可能将之前不存在的法律形式在今天以法律形式固定下来。每一次立法工作，从来不曾有过呼吁判例立法的提案，也不曾有人提出判例在司法实践中对于法律形式的不可替代作用，没有法律界、社会其他各界提出——成文法已经不足，必须通过判例法加以弥补立法模式的缺陷，故而没有判例法的生存空间和余地，因此就不宜随意提出我们必须建立判例制度。而判例制度如果诞生，也不会仅仅起到一个配角作用，所以，在还没有特别需要或者法律环境尚不成熟时，不宜提出判例法在立法中的作用。

第三，案例的巨大差异性不可能统一到判例法上来。判例是从浩如烟海的案例中选拔出来的，即使在英美国家，也不可能使任意一个案例都成为判例，也同样需要筛选。在每一年民事案件超过 300 万件的中国，即使把其中 1% 作为判例，每年也至少有 3 万件判例，比例虽小，但绝对数额太大，根本不适宜筛选为判例。特别是每一个省、市、自治区的案例，同一类案例往往会出现许多不同认识和理解，在出现这样那样的不同问题时，如何界定案件谁判的更为准确？必须有一个权威的法官学术机构来承担这样的筛选任务，除了他们自己本身的理解和判断之外，还需要权力机构加以研究定局。这一切是建立在立法机构已经允许的前提下，而如果立法机构根本不同意，那么就没有探讨的余地。仅仅判例筛选和上报就是一个巨大的工程，如何选定人员、设定机构，如何在 300 万件内，选定 1 万件，又如何在 1 万件内选定 1000 件？很可能今年还只是在选定 10 年以前的案件或者选定 5 年以前的案件，做到选定当年的案件，几乎是不可能的。而且，一旦选定判例模型，等待颁布时，是否还会适应司法实践的需要？会不会已经过时，这个问题，又由谁把关、由谁享有最终解释权？

第四，审视解决一类问题还是某个问题。1. 通常意义上的理解，如果解决某一类问题，在适当时机，可以通过补充立法或者修改法律加以弥补，而不是零打碎敲式地去弥补立法。2. 在法律保持相对稳定时，不宜轻易修改或者补充立法，这就需要对社会生活和经济交往中的有关问题，通过司法解释的方式加以弥补和完善，其方式可能是贯彻法律的规定，可能是某类问题的解释，也可能是带有普遍意义的某个问题的批复，这几种类型的解决方式，都可以对法律起到弥补作用，也可以对司法实践中的共性问题予以适当解决。3. 案例指导。案例不能上升为法律，但其作用却是不可忽视的。往往案例中所解决的问题是法律、政策、司法解释等都未曾规定的问题，有的带有普遍性，有的仅仅是个别性问题，不论如何，通过案例方式的解决，弥补了法律适用上的空白，此类案例实际就带有判例的意味。如果不将其作为先例对待，忽视其参照和指导作用，说明我们的思维是不全面和偏执的，或

者说思维带有局限性，对于应当把握的问题缺乏敏感性，不能够胜任法律和社会的总体要求。

二、指导案例的横向比较

当指导案例作为一种司法制度，或者作为一种指导案例参照制度得以确立的时候，必然意味着我们的法制已经得到了较为全面的建设，更多的法律问题是可以通过指导案例加以确认的。作为泱泱大国的中国，有着悠久的文明历史，形成了复杂的、多样的语言表述体系，这是其他国家所不可比拟的。如何更好地体现裁判者的意愿，就需要审核机构的专家们能够以高度负责任的态度，综合平衡不同地域之间所选择案例的协调性和规范性。

是否可以有这样的一种思维模式或者方向感：1. 指导案例以高级法院为基本单位，筛选所辖地域之法院的典型案件，并通过制度的健全，将这些案例上升为本地域内行之有效的指导案例。但其局限性在于，这些指导案例的效力只是及于所辖地域，如果超出这个特定的地域，指导案例将不发挥作用，其他地域的法院和当事人就没有参照的义务和责任，并不会对其他地域的范畴产生任何法律作用与影响。2. 原则上中级法院和基层法院不去筛选案例，不去为案例上升为指导案例承担实际的工作。但这并不意味着中级法院和基层法院就对案例筛选工作没有任何责任。这些案例是从大量的案例中选拔出来的，必定会对这些法院产生实质性影响，而且这些案例中很有可能产生少量的典型指导案例，被高级法院所选定和认定。就此，中级法院和基层法院的实质工作就是帮助省一级法院确定筛选的范围，起到选择案例的推荐等辅助性作用。3. 最高法院面对全国，其指导案例是从自己审结的案例中所选定，也是从各省、市、自治区法院选定的案例中严格筛选出来的。这些案例要比各省自己的指导案例更加典型，对司法审判工作更有针对性。因此，最高法院除了自己为自己的案例确定指导案例的地位以外，更重要的是从各省推荐上来的案例中进行二次、三次筛选，相信一定能够选出符合更高条件要求的案例，将其上升为典型指导案例。

不过，需要引起注意的是：1. 一定要从典型案例中选择更为典型的案例，需要注意选定案例的普遍性，还要注重选定的重点性，比如上海、北京、江苏、广东等地案件类型更为复杂、新颖，更具有时代的新鲜特点，需要注重对他们审结案件的筛选。2. 要由审判专家负责这样的选定案例的工作，不可由外行人行使这样的职权，因此，对于专家的选定从某种意义上说，比选定案例可能更加艰难。专家选定的成败，必然决定着将来案例选定质量的好坏，也决定着将来制度是否能够被实际接受。比如最高法院和各省高级法院都公布了一批审判指导专家，指导案例的选定可由这些专家进行初选、复选，在充分征求各审判业务部门的意见和立法专家意见的基础上，最

后报审判委员会讨论通过。3. 要注重程序的公正性。任何一项重大决定如果离开程序的合理、完备,就会留下失败的阴影。选择案例的程序、逐一审核的程序以及最后决定是否上升为指导案例的程序,均是十分重要的,不可稍加忽视。因为这是选择、确定指导案例的最后关,必须与先例、与法律和政策进行细致地对照,与今后发展方向的对应,既要保持其稳定性,又要保持其普遍性和代表性,同时还要保持其公正性和合法性。

三、历史与传统的比较

司法审判不是今天才有的,而是有着自己的发展历史,自从有了阶级就有了法制,也就产生和发展了司法审判。封建社会有封建社会的司法审判,资本主义有资本主义的司法审判,同样,中国也有着中国特色的司法审判。我们常说,发达资本主义国家花费 200 年才发展起来的历程,中国却要用 50 年的时间来完成,这不是不可能,然而,似乎也难以逾越其应当正常经历的发展历程。我们历次大大小小的改革举措,不论成功与失败,都留下了深深的历史烙印。我们的法制进程与国家的改革开放的进程几乎是同步的,司法审判的对与错,似乎都与国家同时代的法律、政策密切相关。

总结和筛选、厘定指导案例,更应当将历史的、传统的观念合理地运用到具体的事务性工作之中,以保证指导案例能够具有时代特色,而又不拘泥于时代和历史,应当在尊重历史的同时,高于历史,与历史的总体发展方向相吻合。

(一) 指导案例与历史的比较研究

我们都是唯物主义者,奉行的是马克思主义唯物史观,既尊重历史的发展规律,也尊重社会漫漫历史长河中所形成的能够为人们所接受的历史成果,包括历史的经验和教训,也包括法制发展的重大成果。在今天,更应当客观地看待历史,看待法律发展的历史,对于业已形成的好的历史成果,特别是法制成果,我们应当接受和传承,运用到今后的法制的发展进程之中。指导案例不但要符合今天的历史发展要求,也要与历史的发展轨迹相衔接,不能成为无本之木、无源之水。指导案例在汲取历史营养的基础上,才会得到不断地发展和完善,才能展现其超越历史、超越人们想象的风采。历史的经验也告诉我们,对于已经不符合历史发展潮流的,甚至会阻碍历史发展的旧事物,一定要及时地摒弃,尽快走进符合历史发展的轨道,按照时代和历史发展的要求,去追求指导案例制度的合理性和实用性。

(二) 指导案例与传统及习惯的比较研究

传统、习惯往往与道德及法律是分不开的,某些仍然行之有效的传统、习惯虽然带有道德的意味,但它们更多的是被法律所尊重和重视。现在,好的、仍然被公认的传统、习惯相当于法律的补充。指导案例,尤其是涉及人

身关系、相邻关系、婚姻关系、继承关系等等方面，与社会生活、经济发展密切相关，对于调整人们的工作、生活等各方面，起到十分重要的作用。人们的生存和创造离不开传统和习惯，法律的健全和发展同样离不开传统和习惯，我们不妨把好的传统、习惯理解为政治、法律、社会发展的助推器，抛开不良传统、习惯的影响，就可以合理促进指导案例与传统、习惯的相互关系。与此同时，要明确和清醒地看到，传统、习惯不能取代法律、指导案例，而只能是法律的有效补充；当然，法律、指导案例在绝大多数场合，也绝没有要取代传统、习惯的意思，也不可能相互取代。在筛选案例时，要考虑案例所要表达的意图与传统、习惯的关系，要么是衔接的，要么是相互促进的，要么是某个侧面的反映，决不当是相互对立和格格不入的。如果出现对立的情形，两者之间必有一者为错误，不可能在发生对立的时候，还出现双方都是正确的判断。

（三）指导案例与规律及行业规则

理论上，往往把法律与一般规律对立起来看待，其实是受到传统的法制观念的影响，反而不利于当代市场经济发展的总体社会要求。不论是成文法还是指导案例，既然是从普遍的社会现象中提炼出来的，就必然体现着社会的基本要求，也留有社会各个行业的发展痕迹。法律、指导案例可以调整社会现象和规律，但不能改变社会规律，在享有强制力的政治领域，所予以调整的范畴可谓无所不包，但要明确的是，所有的领域，都会存在一些行业的特殊规律，这些规律不是法律，但却被行业所遵循，它们也应当成为法律与指导案例的重要补充，尽管不能上升为法律，但其地位可能仅仅次于法律。以其为法律提供服务的地位来看，不是要为法律所制约，关键在于这些规律和行业规则，不可蚕食法律的地盘，不要将法律的领地加以占领。如果出现这种法律上的不愉快，被发现某些行业主管机关以弘扬规律和规则为名，肆意侵占法律的范围，则是超越了行业的特殊属性，应当为法律和指导案例所禁止。有许多情况下，法律不可能直白地宣布行政行为无效，但会通过新的司法解释或者指导案例的方式加以禁止，禁止行规对法律的蚕食，重新树立法律的权威，而指导案例在社会生活中所起到的作用较司法解释可能会来得更快一些。

四、国内法律体系的整体考量

在我国统一的立法体系下，立法权归属于全国人民代表大会及其常务委员会，因而，一般的体系、内容安排问题，可以随着立法进程迎刃而解，不会等到法律颁布实施后再发现和纠偏。指导案例制度也不例外，在建立和发展进程中，同样会遇到类似的问题需要加以重视。在此，要考虑指导案例体系自身的规制，以及指导案例体系与成文法体系的关系。

（一）指导案例体系自身的规制与约束问题

按说，指导案例是专门的筛选机构承担选定指导案例的工作，专业人士构成其基本主体。在具体的组成成份中，也同样要考虑检察、公安、司法、行政等机构的意见与建议，甚至有必要时需要吸收他们参加到我们的立法机构中来。同时，还要考虑学者与社会各个阶层的意见，不能以为真的就是某几个少数人在说了算。正因为这是一项专业性、技术性、政治性均很强的工作，不同于一般性的立法工作，所以必须区别于其他一般性的法律工作。指导案例自身体系需要在进行大量的立法工作中加以不断完善，尤其要注意，刑事案件、行政案件、民事案件、商事案件等等，其所要参照的渊源虽然都可能是成文立法，但各自所依赖的政策、法规的规定精神会不完全相同。将这些指导案例与这些需要参考的渊源协调起来，就成为立法技术中的关键技术，也是据以解决问题的关键。

（二）指导案例体系与成文法体系的关系

指导案例不应当成为零打碎敲的产物，更不应当纯粹跟随于成文法之后做补充性的解释。虽然指导案例就是以成文法之不足为前提应运而生的，其存在的目的也是为了弥补成文法规定的不足和缺陷，但要看到，指导案例的产生本身却不是以成文法的存在和指导案例的弥补作用为条件的，指导案例是实实在在的为化解纠纷、惩恶扬善而诞生的司法制裁手段。也就是说，有无成文法和指导案例，案件总是要进行审判的，裁判的结果是客观存在的，当有了这些典型案例，才会有案例上升为指导案例的可能性。为此，既然成文法有着完备的立法体系，那么，指导案例也应当围绕着成文法的立法体系，成立自己的指导案例体系。虽然指导案例不可能像成文法那样具体、完备和体系化，但其不断的补充和完善过程，同样也会起到一个不断完善指导案例体系的作用，也会使得看似零碎的社会现象、案例逐步联系起来，逐步形成自己的存在体系，久而久之，便会形成较为完善的指导案例体系。当这个体系建立起来时，就会出现成文法与指导案例互为补充的情形，指导案例可以有效弥补成文法的不足，而成文法的健全和发展，也会不断推进指导案例适应社会需求、立法需求，不断在司法实践中得到发展和完善。

五、指导案例的具体写法

2007年1月12日，《人民司法》五十周年暨应用法学座谈会在《人民司法》杂志社举行。会上我认为指导案例的具体写法应注意：

一是应当介绍案例所产生的背景。应包括社会、历史、经济的背景，发达国家的背景，而非直接引用国外的立法观点和判例，应当作为老师的身份出现，让大家不仅仅就案看案。要有一个延展性、延伸性，看其触手到底能有多长？不但发表法官的见解，也应发表律师、学者的看法。

二是重视分析的针对性。特别是要考虑案例要解决什么问题，给读者什么启发？如果一个案例拉拉杂杂什么都顾及，什么都讲，那是很难兼顾的，必须要有针对性、特定性、尽量避免全面性，不应当泛泛而论，应当主题鲜明、重点突出，切实解决问题。无论是可能被立法采纳，还是被司法机构参照，或者做学习的参考，都将是最好的目标，能达其一就是成功的指导案例。

三是提高案例的权威性。指导案例能够被参照除了发布机构本身要有权威性之外，更重要的是要体现指导案例审理的权威性，指导案例点评的权威性。特别应当重视案例点评。如果仅仅是以案例体现的案情的代表性与趣味性是远远不够的，还必须体现一个权威意识，即权威点评、权威发布。那么，最好组成一个专家团，分门别类把关，点评指导案例的要点、争点、闪光点，能够突出指导案例的亮点和结论的权威性。如果没有这样一个提升权威性的过程，那将难以经得起推敲，久而久之，案例的指导意义就会逐步丧失。因此，提高指导案例的权威性应当作为人民司法案例专刊的一个重中之重加以对待。防止把错案当正确案件宣传，但错案却可以从评判的角度加以反思进行宣传。

四是明确指导案例的认可性。一个案例到底有没有意义，所产生的影响有多大，应当考察其被采纳的效果、点击率、读者的反馈、案例被采纳单位对案例的后期思考，到底这个案件审理的成败得失如何加以衡量，这都是我们所需要思考的。

我们此次推出《权威点评最高法院合同法指导案例》、《权威点评最高法院公司法指导案例》、《权威点评最高法院民商法指导案例》三部最高法院指导案例点评，这些指导案例是从近10年来最高法院和部分高中级法院大量生效裁判案例中精选而成，作为表率 and 指引，推动我国指导案例制度的建立和改革，以更好地推动全国各级、各地法院审判工作规范化、标准化发展，缩小自由裁量空间，减少乃至避免误判、错判，使每一起案件审理的法律效果与社会效果实现有机统一，更好地为国家长治久安与经济社会协调发展作出贡献。

本卷《权威点评最高法院合同法指导案例》从合同缔结、合同效力、情势变更、代位权、合同解释规则以及违约责任等方面，对合同当事人签订履行合同的原则性问题进行了归纳总结，对案件中的争议问题进行了有针对性的、深入的分析研究，并提出具体实务操作中应当注意的法律问题。同时，结合《合同法》分则，对买卖、承包、租赁、供热、代理、居间、联营、拆借等典型案例进行分析研究，提出解决争议的途径和方法。

所涉28件案例类型超过20种，基本涵盖了合同案例的各个环节。对这

8 权威点评最高法院合同法指导案例

些典型、疑难合同案例进行深入分析，可以全面、准确地阐明司法机关的立场，将新的法律、政策适用的标准与条件重点介绍，更有利于规范民事主体的市场行为，统一司法裁判标准，更好地维护交易市场行为的有效性，公平合理地划分民事责任，依法、妥善、及时地化解社会经济、生活领域中的各种矛盾，促进社会经济生活的繁荣。

作为增强法律实践技能的教材、工具书，本书适合于全国法官、检察官、律师、公司法律顾问、高校师生等。

丛书主编 吴庆宝

2010年5月于北京

目 录

1. 关于缔约过失责任的认定及其法律适用 / 1
——陕西咸阳星云机械有限公司与彩虹集团电子股份有限公司缔约过失责任纠纷上诉案
2. 缔约过失责任赔偿范围的确认 / 24
——济宁工腾房地产开发有限责任公司与嘉祥县人民法院商品房预售合同纠纷申请再审案的评析
3. 情势变更原则的适用 / 32
——郑州市金水区祭城镇燕庄村委会第三村民组与中国银行郑州市纬五路支行合同纠纷申请再审案评析
4. 政策性拆迁导致合同无法履行, 是否属于不可抗力的认定 / 41
——杭州天创沃元实业有限公司与杭州永丰养殖总场合作协议纠纷案
5. 代位权诉讼及诉讼中的债务互抵问题 / 50
——上诉人中国中化集团公司与上诉人北京三元金安大酒店、原审第三人北海中达集团有限公司代位权纠纷上诉案
6. 能否认定土地使用权出让合同部分无效部分有效 / 67
——青岛市国土资源和房屋管理局崂山国土资源分局与青岛乾坤木业有限公司土地使用权出让合同纠纷上诉案
7. 虚构当事人名称所订立的合同之效力问题 / 78
——上诉人云南省陆良县公安局交通巡逻警察大队与被上诉人杨迅租赁合同纠纷案

2 权威点评最高法院合同法指导案例

8. 法院是否应当依职权认定名为分包实为转包的合同无效 / 91
——南通三建与另两家建筑公司施工合同纠纷案
9. 从合同解释角度看合同解除条件的成就 / 107
——杨永强与东莞市豪发生物工程开发有限公司租赁合同
纠纷案
10. 货款金额结算纠纷的认定与处理方法 / 114
——绵阳市塑料厂与四川省塑料工业总公司结算货款纠纷
案
11. 购销棕榈油合同拖欠货款纠纷民事责任的认定 / 130
——石家庄市生产资料总公司与河北中联农业生产资料发
展有限公司拖欠货款纠纷案
12. 企业承包还是企业租赁合同关系的认定 / 145
——济南市商河县胡集乡人民政府与泉柱田企业承包纠纷
上诉案
13. 逃避关税被处罚造成损失，代理人应当承担主要过错责任 / 151
——天津中物贸华昊物资发展中心与中国机床总公司代理
合同纠纷上诉案
14. 供热合同中供热量与欠款金额的认定 / 174
——新疆华电昌吉热电有限责任公司与新疆昌吉热力有限
责任公司供热合同纠纷案
15. 划拨土地使用权之上的房屋抵押合同的效力问题 / 184
——中国长城资产管理公司济南办事处与济南金冠毛纺集
团有限责任公司借款担保合同纠纷上诉案
16. 居间报酬应当与居间行为的价值大小相当 / 195
——余阿根诉江苏濠江集团有限公司居间合同纠纷案
17. 联营终结且已结算，重复请求赔偿不予支持 / 201
——广东省惠来县供销物资总公司与中国人民解放军陕西
省军区联营合同结算纠纷案
18. 双方均要求履行合作开发协议，一方诉请另一方给付代垫
款项应不予支持 / 221
——辽宁北信房地产开发有限公司与铁岭惠源集团有限公

司合作开发房地产合同纠纷上诉案

19. 处理委托代理合同纠纷应考虑实际履行情况和具体违约程度 / 239

——宁夏国禾投资发展有限公司与上海精稳房地产咨询有限公司代理销售商铺合同纠纷案

20. 同业拆借责任应考虑约定与承诺具体内容 / 260

——中国农业银行太原市分行与太原市城区农村信用合作社联合社同业拆借合同纠纷案

21. 资金拆借损害赔偿案件中的过错责任原因在于合同成立、合同有效还是侵权责任 / 270

——中国人民银行赣县支行与中国银行股份有限公司北京市分行损害赔偿纠纷上诉案

22. 诉讼时效中止的认定与询证函对诉讼时效的影响 / 282

——河南省融资中心与河南省证券有限责任公司资金拆借合同纠纷案

23. 确认违约方赔偿损失的范围应遵循可预见性规则 / 298

——亚坤商贸有限公司与康瑞棉花加工有限公司买卖合同纠纷上诉案

24. 借款担保合同无效后诉讼时效起算的认定 / 312

——中国五金交电化工公司与中国光大银行合肥分行无效借款担保合同纠纷案

25. 一方未开具发票能否作为另一方迟延付款的抗辩理由 / 320

——云南洪捷装饰工程有限公司与宣威市道路交通安全协会、宣威市交通安全协会云鹰大酒店建设工程合同欠款纠纷上诉案

26. 运用新证据、间接证据认定主债权发生并判令担保人承担担保责任 / 330

——中国东方资产管理公司广州办事处与中山市工业原材料公司、中山市城乡建设发展总公司借款担保合同纠纷案

27. 债的同一性与债务加入人的诉讼时效抗辩权 / 343

——中国工商银行内蒙古自治区通辽分行与通辽市科尔沁区工商农村信用合作社借款合同纠纷案

28. 指令付款不构成债务转移，保证人不能以此主张免责 / 361

——桂林南方橡胶（集团）公司与中国光大银行南宁星湖支行、桂林辰山新技术发展总公司、桂林凯杰印制电机公司、桂林电器科学研究所借款合同纠纷案



关于缔约过失责任的认定及其法律适用

——陕西咸阳星云机械有限公司与彩虹
集团电子股份有限公司缔约过失责
任纠纷上诉案

【指导点评】

现代债权法基于诚实信用原则，发展出一套先合同义务理论，违反此种先合同义务，则构成“缔约上过失”，并发生相应的责任。缔约过失责任，作为德国法学家耶林教授140余年前的法学上的伟大发现，在世界范围内产生了巨大的影响，其不仅促使大陆法系诸国家在立法或司法判例中普遍建立了缔约过失责任制度，而且影响到英美法系和国际商事统一立法。在中国内地，缔约过失责任作为法学继受的产物被引进后，曾部分地被1981年《经济合同法》第16条第1款和1986年《民法通则》第61条第1款所采纳，直至1999年的《合同法》第42条和第43条专门作出关于缔约过失责任制度的一般规定，缔约过失责任作为学说继受的结果，可谓正式被我国立法全面采用，体现了中国合同法对交易安全的关注和保护。虽然包括中国在内的各国立法或司法对缔约过失责任已经作出相应的制度安排，但民法学界和实务界对于缔约过失责任制度的探讨和发展却远未停止，耶林法学上之伟大发现在现代社会中仍然继续彰显其长久的生命力和重要性。如何认识缔约过失责任、如何根据《合同法》第42条和第43条之规定认定缔约过失责任，遂成为中国司法实务界中一个见仁见智、颇具争议的问题。最高人民法院〔2008〕民二终字第8号民事判决关于上诉人陕西咸阳星云机械有限公司与被上诉人彩虹集团电子股份有限公司缔约过失责任纠纷一案的裁判，对于人民法院如何认定缔约过失责任，具有一定的参考借鉴意义。

根据最高人民法院认定，需方彩虹公司在正式供货合同订立、磋商阶段，根据市场变化提出相应的价格要约，是一种符合市场规律和交易常理的合理磋商行为；而供方星云公司坚持以认定协议中样品的高价格作为订立正式供货合同的大批量产品价格磋商行为，却带有无视市场规律，违背公平原则的色彩。正如最高法院所分析的：即便采用民法理论上最为宽松的合同成立规则，即假设本案双方已经就正式供货合同的产品质量条款达成合意并

有效成立，那么也应当属于价款、数量、履行期限等合同要素约定不明的情形。仅就其中的价格要素而言，根据《合同法》第61条关于“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的，可以协议补充；不能达成补充协议的，依照合同有关条款或者交易习惯确定”以及第62条关于“当事人就有关合同内容约定不明确，依照本法第61条的规定仍不能确定的，适用下列规定：……（二）价款或者报酬不明确的，在订立合同时按照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，按照规定履行……”之规定，确定双方争议的价格因素应当遵循下列认定路径：应当协议补充；不能补充协议的，按照合同相关条款或交易习惯确定；仍不能确定的，按照订立合同时履行地的市场价格履行。

认定缔约过失责任应当抱着慎重态度，综合各方举证和已经发生的事实，特别是是否由于一方的故意行为导致另一方的损失，是否违反了正常签订履行合同的诚信原则。如果是受到市场变化的影响，且根本未能签订正式的买卖合同，将正在履行、谈判的行为认定成缔约过失行为，难度是很大的。

——最高人民法院民二庭原审判长、高级法官吴庆宝教授，最高人民法院民二庭审判长、高级法官王闯博士点评

上诉人：陕西咸阳星云机械有限公司。

被上诉人：彩虹集团电子股份有限公司。

一、本案基本事实

陕西省高级人民法院经审理查明：2003年7月28日，陕西咸阳星云机械有限公司（以下简称星云公司）作为供方与需方彩虹集团电子股份有限公司（以下简称彩虹公司）所属的彩虹彩色显像管总厂彩管一厂签订37cm、40cm、54cm防爆带组件3个产品的材料、零部件认定协议3份；同年9月18日双方又签订了37cm、54cm1型焊接框架材料、零部件两个产品的认定协议两份。上述五份认定协议约定了5个产品的技术要求、进度安排、价格及付款方式，并均约定以下说明事项：（1）根据认定进度要求，由需方通知供方提供认定样品。（2）材料认定中，如出现不合格情况，供方进行改进并重新提供样品，认定进度顺延。（3）供方提供的大批量样品，如需方用于生产，且使用合格，需方可按协议价格付款。（4）“五步认定”合格后，需方向供方出具《认定结论通知书》，作为量产供货的依据。（5）其他未尽事宜，另行协商解决。上述协议签订后，星云公司购置设备、模