

类案裁判规则与法律适用丛书

主编◎奚晓明

No. 1

LEIAN CAIPAN GUIZEYU
FALU SHIYONG CONGSHU

合同类案 裁判规则与法律适用

HETONG LEIAN CAIPAN GUIZE YU FALU SHIYONG

刘玉民 于海侠 ◎ 编著



人民法院出版社

类案裁判规则与法律适用丛书

主编◎奚晓明

图章盖藏目 (CIP) 编

合同类案 裁判规则与法律适用

刘玉民 于海侠 ◎ 编著



YZLI0890114194

合同类案裁判规则与法律适用

刘玉民 于海侠 编著

责任编辑：王 芳

封面设计：王 芳

版式设计：王 芳

校对：王 芳

印刷：王 芳

装订：王 芳

发行：王 芳

地址：王 芳

电话：王 芳

邮编：王 芳

网址：王 芳

电子邮箱：王 芳

QQ：王 芳

微信：王 芳

微博：王 芳

抖音：王 芳

快手：王 芳

小红书：王 芳

知乎：王 芳

豆瓣：王 芳

简书：王 芳

大鱼号：王 芳

责任编辑：王 芳

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

合同类案裁判规则与法律适用/刘玉民,于海侠编著. —北京:人民法院出版社,2011.2

(类案裁判规则与法律适用丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0118 - 8

I. ①合… II. ①刘…②于… III. ①合同 - 经济纠纷 - 审判 - 中国 - 指南
IV. ①D923.6 - 62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 144176 号

合同类案裁判规则与法律适用

刘玉民 于海侠 编著

责任编辑 胡玉莹

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)67550565(责任编辑) 67550516(出版部)
67550551 67550558(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 三河市国英印务有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 555 千字

印 张 28

版 次 2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0118 - 8

定 价 58.00 元

版权所有 侵权必究

作者简介

刘玉民，北京市高级人民法院法制宣传处处长助理、一级法官、中央民族大学客座教授、法学博士。已出版《法制宣传学》等专著 10 部，主编《办案艺术与技巧丛书》等著作 13 部。

于海侠，北京市丰台职工大学教师、法学硕士。已出版《职务犯罪疑难案例精析》专著 1 部，副主编《劳动合同法案例精析》等著作 3 部，在核心期刊上发表论文 2 篇。

出版说明

最高人民法院在第二个《人民法院五年改革纲要》中指出：“建立和完善案例指导制度，重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。”遵循改革纲要精神，在最高人民法院的指导下，各级人民法院根据审判实践的实际需要，相继出台了一系列关于典型（或指导）案例制度的规范性意见，并定期或不定期地发布了典型（或指导）案例。这些举措对统一法律适用标准、指导下级法院司法审判取得了一定成效。但是，由于各地法院典型（或指导）案例选取标准不统一、编写方式不一致等客观因素，在一定程度上降低了实务中典型（或指导）案例的适用价值。2010年11月26日，最高人民法院以法发〔2010〕51号发布了《关于案例指导工作的规定》，明确了指导性案例的发布原则和程序等。

为了更好地提高指导性案例的编写质量，在审判工作和其他法律实务工作中增强指导性案例的适用价值，我们组织编辑出版了这套《类案裁判规则与法律适用丛书》。本丛书突破了以往法律案例类图书“案情、裁判理由与结果、评析”千篇一律的三段论编写方式，以对裁判规则的理解适用和全方位的法律指引为核心，突出从典型案例中提炼的裁判规则在类案中的指导意义，致力于为读者查找相关指导性案例以及裁判规则提供最为便捷有效的途径，使读者通过全面把握同类案件的裁判规则以及处理同类案件的法律适用方法，以提高审判工作的效率与质量。

根据审判工作的需要，本丛书拟包括《侵权类案裁判规则与法律适用》、《劳动争议类案裁判规则与法律适用》、《房地产类案裁判规则与法律适用》、《合同类案裁判规则与法律适用》、《物权类案裁判规则与法律适用》、《公司类案裁判规则与法律适用》、《担保类案裁判规则与法律适用》、《保险类案裁判规则与法律适用》等。除选取案例的真实性、典型性、终局性、合法性等因素外，科学合理的编写方式应该是关键。在编辑的过程中，我们试图使本丛书具有以下鲜明的特点：

（一）突出裁判规则对类案的适用和法律指引

一般案例类图书的编写方式多为个案评析，读者很难抓住可以对同类案件普遍适用的规则并参照适用。本丛书强调由典型个案中提炼出裁判规则，通过对该裁判规则的解释，突出强调该裁判规则对同类案件的法律适用，以及在适用中应该注意的问题。裁判规则来源于个案，但不仅仅适用于个案，而是适用同类案件。

（二）编写体例具有创新性

一般案例类图书以案情阐述为起点，目的在于对案情中涉及的法律问题进行评析，其突出的是个案分析。本丛书强调的是裁判规则的理解与适用，侧重于从弥补法律漏洞以及实务中如何正确理解和适用法律为出发点，编写体例不同于传统的案例类图书编写方式。本丛书每一分册将相关内容分为若干专题，根据专题选取典型、新颖、疑难个案提出裁判规则，分为【裁判规则】、【裁判规则的理解与适用】、【引例】三部分，之后通过【法律指引】、【相关法律链接】对该专题同类案件的适用进行集中阐述。

（三）案例选取具有严肃性

本丛书选取的案例一般具有以下特点：（1）真实性：选取的案例均是真实的，而不是编造的案例。（2）典型性：在法律适用、事实和证据认定、新问题疑难问题处理、法律司法解释的补充、社会影响力等方面具有典型性。（3）终局性：一般都是发生法律效力案件。（4）时效性：案例一般是近年来发生的，以前的案例所提取的裁判规则已经有明确的法律、法规或司法解释规定的，则该案例一般不予采纳。（5）合法性：审判程序与审判实体内容必须符合法律规定。（6）合理性：案例符合公平正义的要求，选取的案例一般社会认知度高、影响力较大，具有良好的导向作用。

（四）作者具有较为丰富的实务经验与深厚的法学理论素养

本丛书编写者大都是具有法学硕士、博士学位的高学历法官，他们不仅具有丰富的审判实践经验，且在各自研究的领域有所成就，都有不少研究成果发表。因此，本丛书既有很高的实用价值，又有较深的理论水平，既能为司法实践提供帮助，又能为法学理论研究提供重要的参考价值。

需要说明是，本丛书的内容以及编写方式虽经过编者认真研究和仔细探讨，试图在法律案例类图书的编写方式上有所突破、有所创新，但毕竟并没有经过实践检验，加之编者水平所限，错误疏漏之处在所难免，衷心希望广大读者批评指正。在丛书的编写过程中，参考和借鉴了大量已有的研究成果和相关资料，在此一并表示感谢。

编者

2011年2月

目 录

第一章 合同法的基本原则	(1)
一、违反公平原则的条件不能作为拒付债款的理由	
——西安第三建筑公司诉西安财经学院建设工程施工合同纠纷案	(1)
二、合同当事人通谋而为的虚假意思表示无效	
——北京首创电子科技有限公司诉北京华夏汇力科技	
有限公司购销合同纠纷案	(6)
三、发生情势变更时可依诚信与公平原则变更合同条款	
——张家口市鑫百万餐饮有限公司诉宣化饭店有限	
责任公司承包合同纠纷案	(13)
四、违反公序良俗原则的合同无效	
——李女士诉某咨询公司服务合同纠纷案	(19)
五、合同解释应坚持客观主义与主观主义相结合	
——福建国航远洋运输股份有限公司诉广州海运(集团)有限公司、	
中海发展股份有限公司货轮公司船舶租船合同纠纷案	(22)
法律指引	(28)
相关法律链接	(33)
第二章 合同的订立	(34)
一、合同具备当事人名称、标的和数量等必备条款应当被认定为成立	
——滕俊平诉北京综艺达软件技术有限公司设立合同纠纷案	(34)
二、未订立书面合同但接受对方履行的,应当承担违约责任	
——三星石厂诉四川航天建筑工程公司定作合同纠纷案	(38)
三、当事人在合同书上盖章表明合同内容为真实的意思表示	
——河北胜达永强新型建材有限公司上诉中信银行股份有限公司天津	
分行、河北宝硕股份有限公司银行承兑汇票协议纠纷案	(42)
四、商品房销售广告内容具体确定且对合同订立	

有重大影响,应当视为要约

——曾颖诉北京通州房地产开发有限责任公司、北京

美晟房地产开发有限责任公司商品房合同纠纷案…………… (51)

五、受要约人用行为方式作出承诺则合同成立

——穆某诉航天国际旅行社旅店服务合同纠纷案…………… (54)

六、行为人完成悬赏广告确定的特定行为后享有报酬请求权

——张春、梁旋诉二六三网络通信股份

有限公司悬赏广告纠纷案…………… (57)

七、未向投保人明确说明的格式合同隐性免责条款无效

——宋某诉中国人寿保险股份有限公司

桐柏支公司保险合同纠纷案…………… (64)

八、缔约过失责任的赔偿标准应以信赖利益损失或实际损失为准

——北京晨光汇龙科技发展有限公司诉法国

泰雷兹通讯公司供货合同纠纷案…………… (69)

九、在房屋买卖合同中,售房人应当承担“凶宅”信息的告知义务

——李勇诉李冬生房屋买卖合同纠纷案…………… (79)

法律指引…………… (83)

相关法律链接…………… (100)

第三章 合同的效力…………… (101)

一、应当坚持主客观相统一的标准认定合同显失公平

——张春成诉青岛大昌房地产开发有限公司

商品房买卖合同纠纷案…………… (101)

二、在司法裁判中运用民俗习惯须具备一定的内在和外部条件

——孙旭东诉朱冰、钱小幸房屋买卖合同纠纷案…………… (104)

三、应当结合具体情况灵活判定违反强制性规定的合同的效力

——贺辉扬诉张俊达房屋租赁合同纠纷案…………… (110)

四、应当严格依据现行法律并结合立法意图进行认定特种

行业承包合同的效力

——张晓明诉上海南市综合贸易公司经营风险承包合同纠纷案 … (116)

五、附条件合同生效的关键在于合同约定的生效条件是否成就

——宁波市信明房地产开发有限公司诉诸暨市巨马游艺机制造厂、 李安杰等股权转让合同纠纷案	(119)
六、受害方有权因对方隐瞒重要事实请求人民法院撤销合同	
——钱兵珍诉蒙牛酒业有限公司特许经营协议纠纷案	(126)
七、应根据不同案件的实际情况具体认定建设工程	
“黑白合同”的法律效力	
——青岛胶城建设集团有限公司诉青岛阜东锻压机械 有限公司建设工程施工合同纠纷案	(132)
八、以合法形式掩盖非法目的的合同应判定无效	
——北京戒信建筑装饰工程有限公司诉光大国际建设 工程总公司居间合同纠纷案	(137)
九、多重买卖合同的买受人不能按照约定取得标的物的， 出卖人应当承担违约责任	
——浙江金华市自来水公司等诉江西三清山管委会联营 建设索道纠纷案	(141)
十、恶意串通损害他人利益的合同效力应当区别对待	
——河南省桐柏县永恒矿产品购销公司诉河南省地质矿产 勘查开发局第三地质调查队探矿工程承包合同案	(152)
法律指引	(157)
相关法律链接	(175)
第四章 合同的履行	(176)
一、对合同内容的争议无法通过协商补充的，可以根据交易习惯确定	
——沈雄辉诉北京益生同和医药科技发展 有限公司买卖合同纠纷案	(176)
二、适用民商事习惯应当符合确定性、公认性和适法性三个前提条件	
——重庆市信心农牧科技有限公司诉重庆两江包装 有限公司购销合同纠纷案	(181)
三、在古玩交易中适用行规须接受法律规制和公权力干预	
——胡永华诉易群华买卖合同纠纷案	(185)
四、当事人双方可在合同中为第三人设定权利或义务	

- 北京马斯特科技发展有限公司、北京翔利彩印有限责任公司
公司诉北京风尚心盟广告有限责任公司承揽合同纠纷案 …… (189)
- 五、在有先后履行顺序的双务合同中，后履行一方有权因
先履行一方未履行而拒绝履行合同义务
- 北京多益元电子技术有限责任公司与北京新北广告
制作公司委托发布广告合同纠纷案 …… (193)
- 六、有证据证明对方有不能履行对待义务的现实危险时，先履行
债务的当事人可以中止履行
- 北京仁达中学与长沙潺林水暖空调
有限公司买卖合同纠纷案 …… (196)
- 七、债权人有权撤销债务人以明显不合理低价转让财产的行为
- 国家开发银行诉沈阳高压开关有限责任公司、新东北电气
(沈阳) 高压开关有限公司、新东北电气(沈阳) 高压隔离开关
有限公司、沈阳北富机械制造有限公司等借款合同纠纷案 … (201)
- 八、在合同履行过程中，双方当事人均应遵守附随义务
- 徐官清诉四川省泸州宏运(集团) 运通有限公司
不履行客运救助义务案 …… (214)
- 法律指引 …… (218)
- 相关法律链接 …… (232)
- 第五章 合同的变更和转让 …… (233)
- 一、在合同履行过程中变更合同条款应遵循正当法律程序
- 深圳市爱才劳动争议服务部诉中国农业银行深圳笋田
支行服务合同纠纷案 …… (233)
- 二、合同内容变更约定不明的推定为未变更
- 北京市鑫森金属门窗有限公司诉北京市朝阳区第二建筑
工程公司加工承揽合同纠纷案 …… (237)
- 三、保证合同中保证人的变更必须经债权人同意
- 中国信达资产管理公司石家庄办事处与中国一阿拉伯
化肥有限公司等借款担保合同纠纷案 …… (240)
- 四、合同主体变更后，保险利益并不随财产所有权转移而自动变更

——王文达、徐秀利诉中华联合财产保险股份有限公司 北京分公司保险合同纠纷案	(247)
五、合同权利转让必须同时具备三个基本要件才能生效	
——广州越秀企业(集团)公司诉北京军神工贸集团 股权转让合同纠纷案	(251)
六、在免责的债务承担中原债务人不承担责任	
——中国机床总公司诉北京牡丹园公寓有限公司、北京 大有克拉斯家具商城代理进口合同纠纷案	(259)
七、股权禁止转让期内达成的转让协议并不当然无效	
——江山公司诉港口公司股权转让纠纷案	(265)
八、股东转让股权不得处分公司知识产权	
——罗绍远诉陈德炽股权转让合同纠纷案	(268)
法律指引	(271)
相关法律链接	(285)
第六章 合同的权利义务终止	(286)
一、协商解除合同须经双方当事人一致同意	
——孟元诉中佳国际合作旅行社旅游合同纠纷案	(286)
二、合同解除权的行使须以解除权成就为前提,解除行为 应当符合法律规定的程序	
——上海万顺房地产开发公司诉永新实业发展 有限公司合作开发协议纠纷案	(291)
三、解除合同的诉求可以产生合同解除的效力	
——徐文勇诉铜仁洋汇酒店有限公司租赁合同纠纷案	(303)
四、行使合同解除权影响第三人利益应当受到一定限制	
——顾雪珍诉陆华强租赁合同纠纷案	(308)
五、合同债务中,法定抵销与约定抵销对抵销债务种类、 期限和程序的要求均不相同	
——上海东方演艺有限公司诉上海依兰文化传播 有限公司广告合同纠纷案	(313)
六、商品房买卖合同解除后,交纳定金的一方当事人	

有权要求对方予以返还

——曹求玉诉广东省中山市中南物业开发有限公司

商品房买卖合同预约合同纠纷案 (322)

七、商业委托合同中受托人的任意解除权应受到适当限制

——上海新吉阳房地产咨询有限公司诉北京六合新世纪

房地产开发有限公司合同纠纷案 (326)

法律指引 (330)

相关法律链接 (343)

第七章 合同责任 (344)

一、合同目的落空是构成合同根本违约的唯一标准

——庆阳市昌庆建设工程有限公司诉陕西正大汽车

贸易有限公司购车合同纠纷案 (344)

二、房产商违反购房意向书约定应对守约方的损失予以酌情赔偿

——仲崇清诉上海金轩大邸房地产项目开发有限公司

购房合同纠纷案 (348)

三、一方当事人不履行义务或履行义务不符合约定时，

另一方当事人可要求继续履行

——南京久测仪器技术有限公司诉中企动力科技股份有限公司、

北京中企网动力数码科技有限公司服务合同纠纷案 (353)

四、因可归责于债务人的事由导致自始履行不能的，

应当承担履行利益的损害赔偿赔偿责任

——李爱平诉北京至辉房地产开发有限公司补偿协议纠纷案 (357)

五、民间借贷中同时约定违约金与罚息，在不违背法律

规定的情况下应按约定执行

——霍玉芹诉北京泰丰房地产有限公司、中企联合信用

担保有限公司借贷合同纠纷案 (360)

六、违约赔偿中对方没有采取适当措施致使损失扩大的，

应适用减损规则

——成都三勒浆药业集团四川华美制药有限公司诉上海

源正广告有限公司委托合同案 (365)

七、企业内部员工作为承包人有权对企业内部承包合同纠纷提起诉讼	
——卢某诉中央社会主义学院服务中心内部承包合同纠纷案	(369)
八、托运人未尽告知义务导致货物损失, 承运人不承担赔偿责任	
——广东楚天龙智卡有限公司诉深圳市易达货运服务 有限公司产品购销合同纠纷案	(376)
九、附赠商品存在质量问题, 经营者应当承担产品责任	
——北京风瑞美容服务中心诉北京依尔国际美容中心 加盟连锁店合同纠纷案	(380)
十、消费者车辆被盗应根据具体情况确定商场有无保管责任	
——郭岩诉北京宜家家居有限公司保管合同纠纷案	(383)
法律指引	(389)
相关法律链接	(412)
附录	(413)
中华人民共和国合同法(节选)	(413)
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)	(426)
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)	(429)
参考书目	(434)

第一章 合同法的基本原则

一、违反公平原则的条件不能作为拒付债款的理由

——西安第三建筑公司诉西安财经学院建设工程施工合同纠纷案^①

【裁判规则】

公平，是实现合同法价值目标的必然要求。在合同纠纷中，如果双方当事人约定条款违反了公平原则，法院将不予支持。

【裁判规则的理解与适用】

公平原则，又称公平正义原则，是指当事人在设立权利义务，承担民事责任方面要公正、公允、合情合理。公平即公道合理，也就是处理事情合情合理，不偏袒任何一方。公平原则是市场交易中形成的道德准则，现已上升为法律原则。我国《民法通则》第4条规定：“民事活动应当遵循公平、等价有偿的原则。”《合同法》第5条规定：“当事人应当遵循公平原则确认各方的权利和义务。”法律将公平原则确定为合同当事人的行为准则，可以防止当事人滥用合同权利，维护及平衡当事人之间的利益。审判实践中，运用公平原则处理案件纠纷，应当注意以下几个问题：

1. 正确理解公平原则的深刻内涵

公平，是实现《合同法》价值目标的必然要求，具体表现为给付与对待给付的等值性，符合等值性原则的即公平，不符合等值性原则的即非公平。等值性作为公平的基本标准，可以进一步划分为客观标准和主观标准两类。客观标准强调依等价有偿的价值规律来评判给付之间是否具有等值性，而主观标准则以当事人的主观意愿为评判标准。在司法实践中，一般采用主观标准进行裁判，原因在于，基于合同自由原则，当事人有权决定不符合价值规律的条款。公平对合同当事人而言，只是一种主观心理感受，不同的人对是否公平的感受是不一样的。并且由于法律将当事人设定为完全理性人，赋予他们去行使认知权、决定权、处分权，

^① 案号：陕西省西安市中级人民法院（2008）西民四终字第098号民事判决书，载《人民法院报》2008年8月8日。

在社会道德规范和法律规定的范畴内追求自己感受的公平。法官运用主观标准进行裁判，首要的就是要正确理解公平原则的深刻内涵。

(1) 公平原则的适用范围包括合同行为的全过程，而不仅限于“合同内容”的确定。公平原则是《合同法》的基本原则，它贯穿于《合同法》的全部内容之中，以保证合同内容本身以及因合同而产生的法律后果之全面公正，将公平原则的适用范围界定为“合同内容的确定”则无法解释为什么公平为《合同法》的基本原则而非合同订立的原则，同时也无法阐明合同履行、合同解除、违约责任等领域内公平条款的理论依据。

(2) 公平原则既强调合同条款本身权利义务的均衡，也强调合同派生权利义务的均衡。因合同而生的权利义务始终处于不断的流变过程中，既包括合同条款予以固定的权利义务，也包括诚实信用原则而确定的先合同权利义务，附随权利义务和后合同权利义务，还包括因合同漏洞填补、合同的变更与解释，以及违约责任追究等产生的权利义务，公平原则对上述权利义务的均衡都应给予调整，否则即是一种残缺不全的“公平”。

(3) 公平原则既关注合同主体的利益，也关注合同主体面临的风险。《合同法》作为社会主义市场经济最基本的行为规范，其根本目的在于为市场主体合理划分利益与风险，即在当事人面临的利益与风险中找一个恰当的平衡点，促使各方尽量实现预期目的，达到资源配置的双赢局面。当事人通过合同条款予以固定的权利义务，划分的只是一种预期的利益，这种利益能否兑现，取决于合同实际履行的情况，是否有不可归责于双方当事人的事由即风险出现等，一旦预期利益不能实现，法律必须为当事人重新调整其权利义务关系，并合理解决因风险所致损害，以确保社会公平与正义。

(4) 公平原则的实现，有赖于合同主体之行为自律，更重要的是必须有法律的干预和司法的介入。单纯依赖合同主体之行为自律显然无法实现合同公正。法律或法官介入合同权利义务调整的理由在于：首先，市场经济本身固有的竞争机制，导致了经济实力上的强弱分化，依法具有独占地位的经营者存在形成了天然的“垄断”，合同主体信息占有不均，知识水平缺陷、社会角色差异等导致了缔约能力的强弱失衡。为防止强者滥用优势地位欺压弱者，使双方在合同权利义务的确立上完全听命于自己，法律必须对合同自由进行必要的限制以保证合同的实质公正。其次，在合同漏洞填补、合同变更和解除、合同的撤销以及合同责任追究等领域，合同权利义务的确立已不再完全取决于当事人的意志，而主要由法律直接规定或由相关司法部门确定，合同公正的实现主体已由当事人转化为国家立法或司法部门。再次，法律并非万能，不可能调整到事无巨细，现实生活中一旦出现对合同权利义务的调整法无明文时，司法部门得依公平原则行使自由裁量权，

发挥司法能动以弥补《合同法》之缺陷与不足。^①

2. 准确把握《合同法》中体现公平原则的重要条款

在《合同法》中,体现公平原则的重要条款主要表现在以下方面:

(1) 缔约公平条款。即合同成立以前缔约过程中的公平条款。主要包括:①要约撤销限制条款,即《合同法》第19条规定:“有下列情形之一的,要约不得撤销:(一)要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销;(二)受要约人有理由认为要约是不可撤销的,并已为履行合同作了准备工作。”其第(1)项体现诚实信用原则要求,第(2)项则体现公平原则要求。②格式条款提供者的提示说明义务条款,即《合同法》第39条规定:采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。③表见代理与表见代表。《合同法》第49条规定:行为人没有代理权,超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同,相对人有理由相信行为人有代理权的,该代理行为有效。第50条规定:法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同,除相对人知道其超越权限的以外,该代表行为有效。

(2) 合同公平条款。即已确定的合同条款本身的公平规定。主要有:《合同法》第53条规定:合同中的下列免责条款无效:(一)造成对方人身伤害的,(二)因故意或重大过失造成对方财产损失的;第54条规定:下列合同,当事人一方有权请求人民法院或仲裁机构变更或撤销:(一)因重大误解订立的,(二)在订立合同时显失公平的;第40条规定:格式条款具有本法第52条和第53条规定情形的,或者提供格式条款一方免除其责任,加重对方责任,排除对方主要权利的,该条款无效;第41条规定:对格式条款的理解发生争议的,应当按照通常理解予以解释,对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款的一方的解释,格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

(3) 合同漏洞弥补公平条款。《合同法》第62条关于合同内容约定不明,又无法达到补充协议和依相关条款及交易习惯确定的,应依法律规定公平履行的规定。

(4) 履约公平条款。即合同履行中的公平规定,包括《合同法》第66条同时履行提高抗辩权的规定,第67条后履行抗辩权的规定和第68条不安抗辩权的规定。

(5) 违约责任公平条款。主要有《合同法》第113条、第114条规定,当事

^① 徐祖林:《论我国合同法中的公平原则》,载《云梦学刊》2001年9月(第22卷第5期),第29~30页。

人一方违约给对方造成损失的, 损失赔偿额应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, 但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或应当预见到的因违反合同可能造成的损失。当事人双方约定的违约金低于损失的, 当事人可请求人民法院或仲裁机构予以增加, 约定违约金过分高于损失时, 也可请求予以适当减少。

(6) 其他公平条款, 《合同法》第 289 条规定: 从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求; 第 374 条规定: 保管期间, 因保管人保管不善造成保管物毁损灭失的, 保管人应当承担损害赔偿责任, 但保管是无偿的, 保管人证明自己没有重大过失的, 不承担损害赔偿责任。

3. 正确适用公平原则

《合同法》公平原则应具有超越《合同法》公平条款的意义所在, 否则《合同法》总则就没有规定公平原则的必要, 司法实践也就无适用公平原则的余地, 公平原则至少具备以下几方面的功能:

(1) 指导当事人正确行使权利和履行义务的功能。公平原则与公平条款是一般与个别的关系, 在合同活动中, 当事人行使权利和履行义务遵循了具体的公平条款规定, 即同时遵循了公平原则之规定。但当具体的公平条款缺如、不清晰或自相矛盾时, 当事人得以公平原则为行为准则。

(2) 解释、评价当事人合同行为的功能。公平条款相对于公平原则来说是具体明确的, 但它相对于具体案情来说依然是抽象模糊的, 在具体案件的处理中, 如遇条款之应用结果显然背离公平原则, 则当反思条款运用是否正确, 条款理解是否恰当, 是否有断章取义之嫌疑, 可否从条款与条款的逻辑联系中把握立法者的真实意图。

(3) 司法补充功能。司法实践如遇法无明文规定, 同时又可以用公平原则恰当处理的案件, 人民法院可直接援引公平原则之规定作为定案的依据。

【引例】

西安第三建筑公司诉西安财经学院建设工程施工合同纠纷案

〔案情简介〕

原告: 西安第三建筑公司 (以下简称西安三建)

被告: 西安财经学院 (以下简称财经学院)

1993 年 10 月 15 日, 陕西财政专科学校 (经两次合并组建为西安财经学院) 与西安三建签订的建设工程施工合同约定: 财经学院将其教学综合楼正负零以上工程发包给西安三建施工, 承包方式包工包料。1996 年 12 月 25 日争讼之综合楼