

中国审判指导丛书

2009年·第4辑

(总第20辑)

CHINA TRIAL GUIDE
GUIDE ON COMMERCIAL TRIAL

商事审判指导

最高人民法院民事审判第二庭 编

奚晓明/主编

本辑要目

【商事审判政策与精神】

聚焦合同法律适用问题 推动商事司法审判发展
——就合同法司法实务问题访谈最高人民法院
民二庭庭长宋晓明

【司法解释、司法解释性文件及解读】

解读《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济
秩序提供司法保障若干问题的意见》
解读《关于受理借用国际金融组织和外国政府贷款
偿还任务尚未落实的企业破产申请问题的通知》

【请示与答复】

证券公司违规挪用客户证券，证券公司破产时客户
能否主张取回

【商事审判专论】

发挥司法能动作用，推动金融危机下企业社会责任的实现
商法外观主义与隐名出资法律问题研究

【商事审判案例分析】

消极确认诉讼案件的受理及举证责任分配问题
——上诉人中国信达资产管理公司沈阳办事处与被上诉人
中国中钢集团公司保证合同纠纷上诉案
物权法实施前不动产抵押的法律效力
——申请再审人中国工商银行股份有限公司四川省分行
营业部与被申请人中国建设银行股份有限公司成都
第七支行、成都大业（集团）有限责任公司等借款
担保合同纠纷申请再审案

人民法院出版社

2009 年·第 4 辑
(总第 20 辑)

CHINA TRIAL GUIDE
GUIDE ON COMMERCIAL TRIAL

商事审判指导

最高人民法院民事审判第二庭 编
奚晓明/主编

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商事审判指导. 2009 年. 第 4 辑: 总第 20 辑/奚晓明
主编; 最高人民法院民事审判第二庭编. —北京: 人民法
院出版社, 2010. 3

(中国审判指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0052 - 5

I. ①商… II. ①奚…②最… III. ①经济纠纷 - 民
事诉讼 - 审判 - 中国 - 参考资料 IV. ①D925. 118. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 018644 号

商事审判指导 2009 年第 4 辑 (总第 20 辑)

最高人民法院民事审判第二庭 编

主编 奚晓明

责任编辑 姜 峤

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) 67550573 (责任编辑) 67550516 (出版部)
67550558 67550551 (发行部)

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

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 310 千字

印 张 17

版 次 2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0052 - 5

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

《商事审判指导》编辑委员会

编委会主任 宋晓明

编委会副主任 周 帆 张勇健 刘竹梅 陈现杰

编委会委员 (以姓氏笔画为序)

王东敏 付金联 贾 伟 钱晓晨

王 闯 宫邦友 陈明焰 王宪森

执行编委 刘 敏 张雪梅

目 录

【商事审判政策与精神】

聚焦合同法律适用问题 推动商事司法审判发展

——就合同法司法实务问题访最高人民法院

民二庭庭长宋晓明 (1)

【司法解释、司法解释性文件及解读】

最高人民法院

印发《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》的通知

(2009年11月4日) (10)

解读《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》

..... 宋晓明 张勇健 刘 敏(19)

最高人民法院

关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供

司法保障若干问题的意见(略)

(2009年6月15日) (26)

解读《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供

司法保障若干问题的意见》

..... 宋晓明 张勇健 刘 敏(26)

最高人民法院

关于受理借用国际金融组织和外国政府贷款偿还任务

尚未落实的企业破产申请问题的通知

(2009年12月3日) (38)

解读《关于受理借用国际金融组织和外国政府贷款偿还任务

尚未落实的企业破产申请问题的通知》

..... 杨征宇(39)

- 人民法院破产程序法律文书样式(征求意见稿)(文书样式 91~100)
..... 最高人民法院企业破产法司法解释起草小组(41)
- 管理人破产程序法律文书样式(征求意见稿)(文书样式 21~52)
..... 最高人民法院企业破产法司法解释起草小组(51)

【请示与答复】

- 证券公司违规挪用客户证券,证券公司破产时客户能否主张取回
..... 赵 柯(89)
- 股东以土地使用权的部分年限对应价值作价出资,期满后收回
土地是否构成抽逃出资 杜 军(96)

【商事审判专论】

- 发挥司法能动作用,推动金融危机下企业社会责任的实现
..... 宋晓明 林海权(102)
- 商法外观主义与隐名出资法律问题研究
..... 潘勇锋(113)

【商事审判案例分析】

- 消极确认诉讼案件的受理及举证责任分配问题
——上诉人中国信达资产管理公司沈阳办事处与被上诉人中国
中钢集团公司保证合同纠纷上诉案 张勇健 刘 敏(126)
- 物权法实施前不动产抵押的法律效力
——申请再审人中国工商银行股份有限公司四川省分行营业部
与被申请人中国建设银行股份有限公司成都第七支行、
成都大业(集团)有限责任公司等借款担保合同纠纷
申请再审案 李京平(138)
- 金融机构为股东出资出具虚假资金证明责任认定中的信赖利益考量
——上诉人深圳市商业银行宝安支行与被上诉人湖南长炼兴长
集团有限责任公司、广东金汇源投资担保有限责任公司、
西北亚奥信息技术股份有限公司、吴忠仪表集团有限公司等
返还资金保证合同纠纷上诉案 刘 敏(150)

【法官学术交流】

- 联合国国际贸易法委员会第五工作组(破产法)第三十七届会议综述
..... 林海权(162)
- 联合国国际贸易法委员会第六工作组(担保权益)第十六届会议综述
..... 高燕竹(180)

【商事审判调研】

- 关于审理财产保险合同纠纷案件若干问题的指导意见
..... 浙江省高级人民法院(187)
- 关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见
..... 浙江省高级人民法院(193)
- 证券公司破产案件若干法律问题研究
..... 上海市第二中级人民法院课题组(202)
- 破产程序中关联企业处理的法律研究
..... 广东省深圳市中级人民法院(224)

商事审判政策与精神

聚焦合同法律适用问题 推动商事司法审判发展

——就合同法司法实务问题访最高人民法院民二庭庭长宋晓明

问：合同法实施以来，各地法院依照合同法的制度和原则审理了大量合同纠纷案件，积累了丰富的实践经验。当前合同法司法实务中还有哪些重要问题需要研究和解决？

答：合同法颁布实施至今正好十年，十年中，合同法的司法实践有了很大的发展。合同法对很多原先法律体系中没有规定的制度进行了规定，这为法院妥善处理合同纠纷案件起到了积极的指导作用；合同法所确立的合同平等、自由、诚实信用等原则，也为审判人员树立民商法基本理念、强化市场经济中的规则意识发挥了较大的促进作用。同时，十年来人民法院审理合同纠纷的司法实践为合同法的发展提供了重要机遇和丰富资源，到目前为止，最高人民法院结合合同纠纷司法实务中的问题，根据合同法的原则和精神，先后颁布了两个司法解释，并以批复、答复等形式对若干具体问题进行了回答和说明，这些既是对合同法价值、理念的继承，也是司法实践对以成文法形式表现的合同法的进一步创新和完善。如果说十多年前的经济生活环境呼唤一部张扬契约自由、形式平等的合同法到来的话，十多年后今天的社会环境则更加期待诚实信用、合同正义、实质公平等精神理念在合同法中得到落实。对此，一个重要的表现是近年来不仅合同纠纷案件数量逐年上升，而且那些在合同法中没有规定或规定得相对简略的合同类型的案件更是大幅增加，2009年上半年，全国法院新收合同纠纷一审案件1581883件，比2008年同期上升8.69%，其中信托合同纠纷比2008年同期上升3.12倍，融资租赁合同纠纷比2008年同期上升1.38倍，这些案件中很多都涉及对合同法精神的理解和运用。当前，市场交易中很多合同都以格式合同的形式出现，单

个的交易者很难对合同内容进行磋商和调整，那么当出现纠纷时，法院如何判定合同条款成立，又具体采用什么标准认定格式条款有效；随着市场交易的频繁进行，债的关系将在私法关系中越来越处于优位，从某种意义上讲整个市场经济就是一个庞大的债的关系网，在这种情况下，特定主体之间的合同关系构成社会关系的一环，必然不时受到外界其他因素的影响，为了加强对债权的保护，有没有必要在一定范围内进一步突破债的相对性，以防止某些行为对债权的损害；违约责任应当被追究，但同时也应当合理分配履约风险，比如违约金与定金如何协调、合同解除时是否适用违约金、违约金过高或过低时的调整问题；在实现债权人利益中如何落实合同法的概括性条款，比如违约方赔偿非违约方的可得利益包括哪些、如何计算？债权人行使代位权的对象是否限于债务人的债权，等等。这些问题中有的是司法实践中常常面临、但还没有完全解决的，有的是基于合同法的精神和立场需要加以解决和完善的，这都对民商事司法理论研究和实践工作提出了新的任务。

问：合同有效是合同关系受法律保护的前提，目前关于合同效力认定有哪些新的问题？

答：合同法规定了影响合同效力的情形，其中规定违反法律、行政法规强制性规定的合同无效。但是在有些情况下，将一些违反强制性规定的合同认定为无效，或者没有必要，或者会对诚实守信的当事人造成明显的不公平，因此，一直以来，在对待这类合同效力的问题上法院针对具体情况采取了不同的方法认定其效力，比如直接适用诚实信用原则认定合同效力，将某些具有特定字眼（比如“应当”）的规范不理解为强制性规范，或者将强制性规范分为效力性规范和管理性规范，从而认为仅违反效力性规范合同才无效，等等，方法并不统一。通过对这类问题的总结和对相关学说的吸收，我们认为应当将强制性规范区分为效力性规范和管理性规范，只有违反效力性强制规范合同才应当无效，违反管理性规范合同并不当然无效。这一意见在2009年颁布的《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）》（以下简称《合同法司法解释（二）》）中得到确认，其中明确规定合同法中所称的强制性规范是指效力性规范。为解决此类问题提供了明确的方法。但是，众多条文中，哪些强制性规范是效力性的，哪些是管理性的，法律法规并没有明确回答，从日本等国的实践看，其都是由法官在具体适用时进行解释，那么法官解释的方法是什么？标准是什么？应当考虑的因素有哪些？这些问题将是新问题，需要法官结合具体案件去裁量和解决，也需要学界进一步探索和研究。合同法第五十二条第（二）项规定了恶意串通损害他人利益的合同无效，但市场经济主体总是追求自己

的最大利益，那么某人的“一物多卖”行为中生效在后的合同能否因为损害生效在前合同的权利人的利益而无效，虽然我们的倾向性意见是不能，但实践中仍有分歧。同样，商事交易的发展使得非现货、非即时交易越来越多，那么在出卖他人之物的合同中如果买受人明知出卖人未经授权，在所有权人不追认时该买卖合同是否无效，买受人是否应当被保护；此外，公司法实际上确认了企业可以向他人借贷，这里的“他人”并没有排斥企业，但是相关的金融法规和规章又否定了企业借贷行为，所以司法实践中对企业之间的借贷合同效力的认定分歧也较大，实务中我们倾向于认为这类合同应区分借贷的目的和方式予以不同处理，对偶尔的、以自有资金进行的借贷，在不违背法定利率范围的情况下可以确认其效力；另外，随着交易的远程化、国际化趋势，合同的形式越来越多样化，以电子方式表现的合同越来越多，在认定这些合同的成立、生效时需要一些特殊的规则，这些需要我们根据现有法律的原则进行研究和探索。

问：请您谈谈审判实务中如何处理代位权的行使问题？

答：债权人为了实现债权，往往会特别关注债务人的财产，不仅是债务人现实的财产，还有债务人对外财产权利。债权人要将债务人的对外财产权用来填补自己的损害，就必须运用代位权制度，但是，合同法规定的可以代位行使的权利是债务人到期的非专属债权，债务人除债权外的其他权利不得被债权人代位行使。而近年来，理论界有观点认为，从比较法角度而言，可代位行使的权利不应限于债权，其他很多权利也应包括其中，比如借鉴《法国民法典》的规定，债权人可以行使债务人的一切权利和诉权。司法实践中对此也有一定的需求。按照这种意见，我国代位权的行使对象应作广义的理解，既应包括债权也应包括物权、物上请求权，既应包括上述财产请求权，也应包括有财产意义的形成权、有关财产保全行为（诉讼时效中断）及可能影响债务人之责任财产状况且不具有专属性的诉讼权利。具体而言，以下权利应当成为债权人代位权的对象：（1）债权；（2）物权及物上请求权；（3）形成权，比如合同解除权、选择之债的选择权、买回权、抵消权以及对因重大误解或显失公平而成立的民事行为的撤销权和变更权；（4）债务人代位权和撤销权；（5）诉讼法上的权利或某些公法上的权利，比如中断诉讼时效的权利、代位提起诉讼的权利、申请强制执行的权利和各种登记请求权等。对此意见，当前审判实务中的一般意见是这方面的理论与实务经验不够丰富，不宜过分扩大其适用范围。代位权制度是对合同相对性的重大突破，直接影响债务人和第三人的权益，过分扩大其适用范围，将威胁基于合同相对性原则而产生的各项合同法律制度，导致债权人、债务人、次债

务人之间的利益失衡，损害交易安全，甚至损害物权法的稳定。

代位权在行使中还存在一些程序上的问题，比如在诉讼中如何使用裁定或判决的问题。由于代位权诉讼的诉讼标的是债务人与次债务人之间的实体法律关系，因此，债权人与债务人之间的债权债务关系只是债权人行使代位权的条件，即为代位权诉讼的成立要件而非权利保护要件。如果该债权债务关系不存在，法院应当以诉不合法为由，通过裁定的形式驳回起诉。应当注意的是，法院在此驳回的仅是代位权诉讼，如果债权人以债务人为被告另行起诉且符合民事诉讼法规定的起诉条件的话，法院仍应当立案受理，不应以代位权诉讼被驳回而不予受理或驳回其起诉。

问：关于合同解除制度在实践中常常遇到的问题有哪些？

答：合同法第九十三条第二款、第九十四条规定的合同解除都属于单方解除，享有解除权的一方的解除通知到达对方时合同就解除。对于这种解除，实践中的争论主要有四方面。

一是合同解除的通知与诉讼的关系问题。首先，当事人未通知对方解除而是直接起诉要求法院解除合同是否发生解除的效果。有观点认为解除权的行使是双方之间的行为，解除合同应当通知对方，解除权人不能直接起诉，即使起诉，法院应当向当事人释明而不能直接受理并裁判解除合同。也有观点认为解除权人可以通过向法院起诉来解除合同，法院受理后其向对方送达的文书就相当于解除权人解除合同的通知。其次，相对人收到解除合同的通知后，如果向法院起诉要求确认解除合同的效力，那么合同是自相对人收到通知之时起解除还是自法院作出生效判决之日起解除。如果认为是判决作出之时解除，在法院没有判决前合同就没有解除，这与合同法第九十六条第一款关于“合同自通知到达对方时解除”的规定有些冲突，但如果通知到达时解除，而法院判决认定合同不解除，则双方根据合同已经解除状态所采取的行动就要恢复原状。实践中为了防止造成不必要的损失，我们通常认为如果当事人起诉请求确认解除合同的效力，在法院判决未下达前，合同不解除。

二是解除权的行使期限问题。首先，关于解除权的除斥期间，合同法没有规定，法院应当结合个案进行填补；其次，对解除权的行使，有观点认为，当事人决定解除合同需要一个综合判断的过程，不能要求当事人在发生解除条件时马上作出决定，所以解除权人可以在除斥期间内随时行使，只要当事人在除斥期间内有效地解除了合同，就不能认为扩大了损失，损失仍应由违约方承担。也有观点认为，解除权应及时行使，因解除权行使不及时造成损失扩大的，扩大部分由享有解除权方承担。

三是一方违约后对方接受履行是否意味着放弃解除权问题。有观点认为这是一种继续履行合同的默示，合同相对方会由此产生对解除权人的信任并为继续履约作相应准备，如果此时允许解除权人再行使解除权，将扩大合同相对方的损失，也不利于保持合同的稳定性。因此，此时应视为解除权人对解除权的放弃。另有观点认为，权利的放弃必须明示，仅以接受履约不能推断出对权利的放弃。因此，解除权人接受违约方的继续履约，不能视为对解除权的放弃。

四是合同解除与违约金条款适用的问题。合同解除后能否要求支付违约金，也是实践中争论较多的问题。有观点认为，合同解除意味着合同的权利义务关系消灭，因此，违约金条款也随之消灭，不再适用，只能通过损害赔偿制度解决违约和损失问题。目前我们倾向于认为，违约金是当事人预先确定的一种独立于合同债务履行之外的给付，依合同法第九十八条关于“合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力”的规定，违约金条款属于“合同中结算和清理条款”，因此，即便合同解除，当事人也可以主张违约金。

问：《合同法司法解释（二）》规定了情势变更原则。该问题一直是司法实务和学界关注的热点问题，尤其是金融危机以来一些当事人主张情势变更导致合同无法履行，要求法院解除合同，法院目前是如何看待这一问题的？

答：在金融危机影响下，由于企业之间的产品交易、资金流转受原料价格剧烈波动、市场关系的变化、流动资金的不足等诸多因素的影响，一些企业很难继续履行合同，为了避免继续履行合同将发生的明显不公平的后果，我们认为法院可以根据当事人的申请，依照公平原则，慎重妥善地运用情势变更原则，平衡双方当事人的利益。《合同法司法解释（二）》对这一原则进行了规定。但是该原则毕竟是对当事人意思的干预，常常也使守约方的利益不能完全实现，所以在司法实务中应当特别注意探索和研究这一原则的适用条件和程序。

目前，适用情势变更原则还没有具体的操作规则，也没有相对丰富的经验可以借鉴，很大程度上要由法官根据情况来裁量。我们的基本意见是，适用情势变更原则的重要条件是在合同成立之后出现了当事人缔约时无法预见的诸如全球性或区域性战争、自然灾害、经济危机、国家经济政策的重大调整等客观重大变化，这些情势的变化应当与商业风险区分开来。商业风险是从事商业活动的固有风险，尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格的涨跌等均属于商业风险。情势变更是当事人在订立合同时无法预见的非市场

系统固有的风险。在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的“高风险高收益”范围等因素，并结合市场的具体情况在个案中识别。对石油、有色金融等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品交易以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物，更要慎重适用这一原则。

而且，在适用情势变更原则中，不能单向地豁免债务人义务而使债权人单方承受不利后果，法院应当遵循侧重保护守约方的原则，对可以变更的合同引导当事人依法进行变更，不轻易解除。下级法院在审理商事合同纠纷中适用情势变更原则的，我们规定应当报送上级法院核准，并报最高人民法院备案。以此尽量防止适用情势变更原则对守约方造成过大损失。

问：在合同纠纷案件中，当事人常常对违约金条款的适用产生很大分歧，法院的理解也不尽一致，请您谈谈这方面的问题？

答：违约金在司法实践中出现的主要问题是违约金的调整及违约金与其他损害赔偿并用的问题。

其一，一方起诉对方违约要求对方支付违约金，对方以不构成违约、合同不成立、合同无效等进行抗辩，但没有提出违约金调整请求的，法院是否应当释明，询问其是否提出调整违约金的请求。我们认为，为了减轻当事人讼累，妥当解决违约金纠纷，法院可以就违约金是否过高的问题进行释明，但当事人在一审程序中经法院释明未请求调整违约金，在二审程序中提出调整的，法院不应支持。

其二，如何认定和调整过高的违约金。我们认为，对于双方当事人在合同中所约定的过分高于违约造成损失的违约金或者极具惩罚性的违约金条款，法院应当根据合同法及其司法解释的内容和精神予以调整。在调整中，应当根据案件的具体情形，以违约所造成的损失为基础，综合衡量合同履行程度、当事人的过错、预期利益、当事人缔约地位强弱、是否使用格式条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以调整。

其三，违约金与定金条款的并用问题。合同法第一百一十六条规定当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。这一规定从表面看意味着违约金和定金不能同时适用。但是，定金包括成约定金、违约定金、解约定金等，合同法这里规定的定金应是违约定金，在实践中我们发现，有些定金与违约金并用并不发生矛盾，也不会产生不公平，所以我们倾向于认为当事人一方违约，对方依据约定的定金性质一并主张违约定金和违约金的，不宜支持，而如果对方依据约定的定金性

质一并主张解约定金和违约金的，法院可以支持。

问：合同法第一百一十三条规定的违约损害赔偿中包括可得利益的赔偿，请您介绍一下如何认定可得利益？

答：在违约损害赔偿方面，合同法确立的是完全赔偿原则，包括积极损失的赔偿和可得利益的赔偿。积极损失是当事人现有财产的损失，包括为准备履行合同义务支出的费用、守约方应得到的与其实际得到的履行之间的价值差额、守约方采取补救措施以及因违约造成的其他财产损失。可得利益损失是指在合同得到履行后，当事人利用合同标的从事生产经营可以获得的利益的丧失，通常包括生产利润损失、经营利润损失、转售利润损失等。之所以在积极损失之外还要赔偿可得利益损失，是因为如果只赔偿积极损失而不赔偿可得利益损失，就只能使守约方的利益恢复到合同订立前的状态，这对守约方不公平，而且也纵容了违约方。

但是另一方面，违约损害赔偿不仅是要保护守约方，还应该为当事人从事交易活动提供鼓励，谋求社会共同生活的增进。而过于沉重的赔偿责任不利于当事人积极从事交易，有必要对完全赔偿原则进行一定的限制。在认定可得利益的赔偿额方面，应当采取如下几个限制性规则：一是可预见性规则。可得利益不应超过违约方在订立合同时预见或应当预见的损失。在这里，可预见的主体是以违约方为准。预见的时间是双方订约时而不是违约时。预见的内容中，一个合理人可以预见到的损失是一般损失，违约方应当赔偿，守约方在特殊情况下产生的损失是特殊损失，这只有在违约方订立合同时知道或应当知道时，才能够获得赔偿。可预见性的举证方面，违约方的预见能力可能高于社会一般人的话，可以按违约方的实际预见能力来确定赔偿范围，但该特殊预见能力应该由守约方来举证。二是减轻损害规则。按照诚实信用原则的要求，守约方不得就其本可以采取合理措施予以避免的损失获得赔偿。对于守约方采取的措施是否合理，首先应根据守约方采取减损行为时的情况加以判断，其次要看行为人的主观方面，而不应拘泥于客观结果。守约方为采取合理的减损措施所支出的费用应由违约方承担。三是损益相抵规则。守约方因对方的违约行为而获得利益时，其所能请求的实际赔偿额为损失减去该利益的差额。在计算损失时可以扣除的利益通常有两种，其一是因标的物的毁损而发生的新生利益，其二是原应支出，即因损害事故的发生而免于支出的费用，如税收等。这些不能计入赔偿范围。四是过失相抵原则。指受损方对损失的发生也有过错时，他应对由其自己过错行为所造成的损失部分承担责任，法院应在该范围内减轻违约方的赔偿责任，但是受损方的过失行为必须是损害发生或扩大的共同原因。所以，总的说来，在具体

案件中，确定可得利益损失赔偿额一般要经过如下步骤：第一步，确定受害人的可得利益损失额，受损人对此负举证责任；第二步，确定这些可得利益损失哪些是违约方在订约时可以预见的，对此法院可酌情裁量；第三步，确定受损人对损失是否有过错，对此违约方负举证责任，如果受损人有过错，则应承担相应的责任；第四步，确定受损人是否因违约而获有不当得利，如有，则应从损失中扣除；第五步，确定受损人有没有采取合理措施减少损失，对此，违约方负举证责任；第六步，考察受损人获取可得利益的能力和条件，确定合理的赔偿额，对此法院有自由裁量权。

法院在认定可得利益时还应当注意，要求赔偿的可得利益必须是纯利润，不应包括为取得这些利益所支出的费用，同时要考虑各种因素（如市场价格、原材料供应、生产条件等）对利润取得的影响，对可得利益损失一般不宜强调全部赔偿。此外，还应根据受损人具体情况的不同而有所区别对待。比如新成立的企业，其可得利益损失赔偿在同等条件下，一般应低于各方面条件都较为成熟的企业。对总经销性质的公司的可得利益损失赔偿应酌情高于零售公司。

问：请您谈谈对今后合同法司法解释和相关审判工作有哪些计划或设想？

答：作为对越来越活跃的商事交易的回应，法律规则也必须更加完善和合理。尤其是对于合同法来讲，其调整的经济生活范围比较广泛，更需要进一步发展。从大的方面讲，合同法司法工作的完善可以从以下三方面考虑：一是发挥司法解释对完善合同法的积极作用。司法解释相较于法律更具有灵活性，能够很好地发挥法律原则精神与真实世界之间的粘接作用，应当充分发挥司法解释在完善合同法和调整经济生活中的重要作用。在1999年合同法颁布之初，最高人民法院颁布了《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）》，它主要解决合同法颁布后的法律衔接以及合同法确立的一些新制度的运用问题。2009年最高人民法院又颁布了《合同法司法解释（二）》，它对合同法总则中的很多问题进行了更全面的解释。但两个司法解释之间相隔了10年，其实这10年间合同法中的很多问题都亟待解决。今后在司法解释工作中可以考虑未必每次都制定大而全的司法解释，而是针对实践中的问题，及时研究，及时制定相关对策，在形式上可以考虑以批复等形式对重要问题及时解决。2009年我们商事审判应对金融危机工作在这方面有较好的探索，今后可以坚持下去。二是要对无名合同充分重视，司法实践中加强对无名合同规律的总结和研究。合同法列举合同类型是合同法的一种立法技术，对很多没有经法律列明的合同，司法人员

在处理中常常将其归入某种有名合同之中，但这有时会忽略和抽象掉这些合同本身的特征，而导致法律适用的牵强。应当看到，合同法所调整的主要还是以实物交易、短期交易为特征的经济生活，但资本市场中很多交易都具有不同于传统买卖的特征，比如股份交换合同，企业并购合同中股权的变动是否以交付为准，如何认定交付，信托合同中受托人的义务是否等同于委托合同中受托人的义务，等等。尽管这类纠纷目前还不非常明显，但随着经济关系的复杂化，这些问题将会有进一步突出的趋势。三是要认真探索商事审判的原则和规律。一直以来我们的民商司法模式呈现为“大民事”格局，即认为商事交易仅仅是民事交往的特殊类型，可以被民事交易规则所吸收。但是近年来通过审判案件和制定司法解释，我们越来越觉得商事审判有其自身的规律和特点，其中很多都不是传统民事司法规则所能涵盖的，在诸多方面，商事交易的价值、理念已经超越了一般民事交易而越来越显现出独立的品格，因此，商事司法工作必须遵循商事逻辑和市场规律来展开。应当说，我们目前的商事审判工作从总体上还没有完全适应这一趋势，这是我们在现在就必须要加强的工作。

司法解释、司法解释性文件及解读

最高人民法院 印发《关于审理公司强制清算案件 工作座谈会纪要》的通知

2009年11月4日

法发〔2009〕52号

各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院：

现将最高人民法院《关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要》印发给你们，请结合审判工作实际，遵照执行。

最高人民法院 关于审理公司强制清算案件 工作座谈会纪要

2009年11月4日

法发〔2009〕52号

当前，因受国际金融危机和世界经济衰退影响，公司经营困难引发的公司强制清算案件大幅度增加。《中华人民共和国公司法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》〔以下简称公司司法解释（二）〕对于公司强制清算案件审理中的有关问题已作出规定，但鉴于该类案件非讼程序的特点和目前清算程序规范的不完善，有必要进一步明确该类案件审理原则，细化有关程序和实体规定，更好地规范公司退出市场行为，维护市场运行秩序，依法妥善审理公司强制清算案件，维护和促进经济社会和谐稳定。为此，最高人民法院在广泛调研的基础上，于2009年9月15日至16日在浙江省绍兴市召开了全国部分法院审理公司强制