

中国审判指导丛书

2009年·第3辑
(总第19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

【商事审判政策与司法解释专题】

妥善审理合同纠纷案件,维护市场正常交易秩序
——最高人民法院民二庭负责人就《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》答记者问
防范化解债务风险倾力挽救危困企业
——最高人民法院民二庭负责人就《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》答记者问

【各省商事审判】

关于商事审判应对金融危机专题调研报告
国际金融危机对商事审判工作的影响及应对

【商事审判专论】

论合同生效
营业及营业转让

【案例分析】

如何甄别房地产开发中的借款合同关系与合作投资关系
——上诉人西安东光房地产综合开发有限公司与被上诉人中国华融资产管理公司西安办事处借款纠纷案
法律、行政法规没有效力性强制性规定的,可以以是否损害社会公共利益为依据确认合同的效力
——申请再审人北京德法利科技发展有限公司与被申请人安徽省福利彩票发行中心营销协议纠纷案

中国审判指导丛书

2009年·第3辑

(总第19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

图书在版编目 (CIP) 数据

商事审判指导. 2009 年. 第 3 辑: 总第 19 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. 1

(中国审判指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0046 - 4

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 008387 号

商事审判指导 2009 年第 3 辑 (总第 19 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 260 千字

印 张 15.75

版 次 2010 年 1 月第 1 版 2010 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0046 - 4

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 叶小青 付金联 金剑锋

贾 伟 钱晓晨

执行编委 刘 敏 张雪梅

目 录

商事审判政策与司法解释专题

最高人民法院

关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的
指导意见

(2009年7月7日) (1)

妥善审理合同纠纷案件,维护市场正常交易秩序

——最高人民法院民二庭负责人就《关于当前形势下审理民商事
合同纠纷案件若干问题的指导意见》答记者问 (6)

当前人民法院审理商事合同案件适用法律若干问题 王 闯 (11)

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

(2009年6月12日) (25)

防范化解债务风险 倾力挽救危困企业

——最高人民法院民二庭负责人就《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》答记者问
..... (31)

最高人民法院

关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释(一)

(2009年9月21日) (40)

最高人民法院民二庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国

保险法〉若干问题的解释(一)》答记者问 (42)

解读《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的
解释(一)》理解与适用

..... 宋晓明 刘竹梅 刘崇理 (46)

司法解释专题

- 人民法院破产程序法律文书样式(征求意见稿)(文书样式 66~90)
..... 最高人民法院企业破产法司法解释起草小组(60)
- 管理人破产程序法律文书样式(征求意见稿)(文书样式 11~20)
..... 最高人民法院企业破产法司法解释起草小组(81)

各省商事审判

- 关于商事审判应对金融危机专题调研报告
..... 福建省高级人民法院(93)
- 国际金融危机对商事审判工作的影响及应对
..... 江苏省高级人民法院民二庭(102)
- 及时调研 快速反应 积极应对金融危机
..... 北京市高级人民法院民二庭(119)

商事审判专论

- 论合同生效 张雪樑(130)
- 营业及营业转让 潘勇锋(141)

案例分析

- 如何甄别房地产开发中的借款合同关系与合作投资关系
——上诉人西安东光房地产综合开发有限公司与被上诉人
中国华融资产管理公司西安办事处借款纠纷案 ... 李京平(159)
- 法律、行政法规没有效力性强制性规定的,可以以是否损害
社会公共利益为依据确认合同的效力
——申请再审人北京德法利科技发展有限责任公司与
被申请人安徽省福利彩票发行中心营销协议纠纷案
..... 张雪樑(168)
- 由不动产抵押合同签订及权证交付取得的“优先受偿权”
未经登记不能对抗第三人
——吉林华阳股份有限公司与东方资产管理公司长春办事处、
吉林东市商场等借款合同纠纷案 潘勇锋(193)

裁判文书选登

- 上诉人广汉市三星堆汽车客运服务有限责任公司与被上诉人
广汉市人民政府投资合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2009)民二终字第 37 号 (210)
- 上诉人中国华融资产管理公司贵阳办事处与被上诉人贵州钢绳
(集团)有限责任公司、贵州省冶金国有资产经营有限责任
公司股权置换纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2007)民二终字第 190 号 (219)
- 上诉人广州珠江广场房地产开发有限公司与被上诉人中国信达
资产管理公司北京办事处、中基嘉发进出口公司借款担保
合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2007)民二终字第 86 号 (230)
- 上诉人佳木斯市升平煤矿与被上诉人黑龙江省地方煤炭工业
(集团)总公司借款合同纠纷案
——中华人民共和国最高人民法院民事判决书
(2006)民二终字第 238 号 (239)

商事审判政策与司法解释专题

最高人民法院 关于当前形势下审理民商事 合同纠纷案件若干问题的指导意见

2009年7月7日

法发〔2009〕40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：

当前，因全球金融危机蔓延所引发的矛盾和纠纷在司法领域已经出现明显反映，民商事案件尤其是与企业经营相关的民商事合同纠纷案件呈大幅增长的态势；同时出现了诸多由宏观经济形势变化所引发的新的审判实务问题。人民法院围绕国家经济发展战略和“保增长、保民生、保稳定”要求，坚持“立足审判、胸怀大局、同舟共济、共克时艰”的指导方针，牢固树立为大局服务、为人民司法的理念，认真研究并及时解决这些民商事审判实务中与宏观经济形势变化密切相关的普遍性问题、重点问题，有效化解矛盾和纠纷，不仅是民商事审判部门应对金融危机工作的重要任务，而且对于维护诚信的市场交易秩序，保障公平法治的投资环境，公平解决纠纷、提振市场信心等具有重要意义。现就人民法院在当前形势下审理民商事合同纠纷案件中的若干问题，提出以下意见。

一、慎重适用情势变更原则，合理调整双方利益关系

1. 当前市场主体之间的产品交易、资金流转因原料价格剧烈波动、市场需求关系的变化、流动资金不足等诸多因素的影响而产生大量纠纷，对于部分当事人在诉讼中提出适用情势变更原则变更或者解除合同的请求，人民法院应当依据公平原则和情势变更原则严格审查。

2. 人民法院在适用情势变更原则时，应当充分注意到全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过

程，而是一个逐步演变的过程。在演变过程中，市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断。人民法院应当依法把握情势变更原则的适用条件，严格审查当事人提出的“无法预见”的主张，对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同，更要慎重适用情势变更原则。

3. 人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险属于从事商业活动的固有风险，诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院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事先无法预见、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，在个案中识别情势变更和商业风险。

4. 在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。适用情势变更原则并非简单地豁免债务人的义务而使债权人承受不利后果，而是要充分注意利益均衡，公平合理地调整双方利益关系。在诉讼过程中，人民法院要积极引导当事人重新协商，改订合同；重新协商不成的，争取调解解决。为防止情势变更原则被滥用而影响市场正常的交易秩序，人民法院决定适用情势变更原则作出判决的，应当按照最高人民法院法〔2009〕165号《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家工作大局的通知》的要求，严格履行适用情势变更的相关审核程序。

二、依法合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题

5. 现阶段由于国内宏观经济环境的变化和影响，民商事合同履行过程中违约现象比较突出。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，人民法院应根据合同法第一百一十四条第二款和最高人民法院《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《合同法解释（二）》）第二十九条等关于调整过高违约金的规定内容和精神，合理调整违约金数额，公平解决违约责任问题。

6. 在当前企业经营状况普遍较为困难的情况下，对于违约金数额过分高于违约造成损失的，应当根据合同法规定的诚实信用原则、公平原则，坚

持以补偿性为主、以惩罚性为辅的违约金性质，合理调整裁量幅度，切实防止以意思自治为由而完全放任当事人约定过高的违约金。

7. 人民法院根据合同法第一百一十四条第二款调整过高违约金时，应当根据案件的具体情形，以违约造成的损失为基准，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、是否适用格式合同或条款等多项因素，根据公平原则和诚实信用原则予以综合权衡，避免简单地采用固定比例等“一刀切”的做法，防止机械司法而可能造成的实质不公平。

8. 为减轻当事人诉累，妥当解决违约金纠纷，违约方以合同不成立、合同未生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的，人民法院可以就当事人是否需要主张违约金过高问题进行释明。人民法院要正确确定举证责任，违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任，非违约方主张违约金约定合理的，亦应提供相应的证据。合同解除后，当事人主张违约金条款继续有效的，人民法院可以根据合同法第九十八条的规定进行处理。

三、区分可得利益损失类型，妥善认定可得利益损失

9. 在当前市场主体违约情形比较突出的情况下，违约行为通常导致可得利益损失。根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失通常属于生产利润损失。承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失通常属于经营利润损失。先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失通常属于转售利润损失。

10. 人民法院在计算和认定可得利益损失时，应当综合运用可预见规则、减损规则、损益相抵规则以及过失相抵规则等，从非违约方主张的可得利益赔偿总额中扣除违约方不可预见的损失、非违约方不当扩大的损失、非违约方因违约获得的利益、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的交易成本。存在合同法第一百一十三条第二款规定的欺诈经营、合同法第一百一十四条第一款规定的当事人约定损害赔偿的计算方法以及因违约导致人身伤亡、精神损害等情形的，不宜适用可得利益损失赔偿规则。

11. 人民法院认定可得利益损失时应当合理分配举证责任。违约方一般应当承担非违约方没有采取合理减损措施而导致损失扩大、非违约方因违约

而获得利益以及非违约方亦有过失的举证责任；非违约方应当承担其遭受的可得利益损失总额、必要的交易成本的举证责任。对于可以预见的损失，既可以由非违约方举证，也可以由人民法院根据具体情况予以裁量。

四、正确把握法律构成要件，稳妥认定表见代理行为

12. 当前在国家重大项目和承包租赁行业等受到全球性金融危机冲击和国内宏观经济形势变化影响比较明显的行业领域，由于合同当事人采用转包、分包、转租方式，出现了大量以单位部门、项目经理乃至个人名义签订或实际履行合同的情形，并因合同主体和效力认定问题引发表见代理纠纷案件。对此，人民法院应当正确适用合同法第四十九条关于表见代理制度的规定，严格认定表见代理行为。

13. 合同法第四十九条规定的表见代理制度不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的表象，而且要求相对人在主观上善意且无过失地相信行为人有代理权。合同相对人主张构成表见代理的，应当承担举证责任，不仅应当举证证明代理行为存在诸如合同书、公章、印鉴等有权代理的客观表象形式要素，而且应当证明其善意且无过失地相信行为人具有代理权。

14. 人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务，此外还要考虑合同的缔结时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建筑单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素，作出综合分析判断。

五、正确适用强制性规定，稳妥认定民商事合同效力

15. 正确理解、识别和适用合同法第五十二条第（五）项中的“违反法律、行政法规的强制性规定”，关系到民商事合同的效力维护以及市场交易的安全和稳定。人民法院应当注意根据《合同法解释（二）》第十四条之规定，注意区分效力性强制规定和管理性强制规定。违反效力性强制规定的，人民法院应当认定合同无效；违反管理性强制规定的，人民法院应当根据具体情形认定其效力。

16. 人民法院应综合法律法规的意旨，权衡相互冲突的权益诸如权益的种类、交易安全以及其所规制的对象等综合认定强制性规定的类型。如果强制性规范规制的是合同行为本身即只要该合同行为发生即绝对地损害国家利

益或者社会公共利益的，人民法院应当认定合同无效。如果强制性规定规制的是当事人的“市场准入”资格而非某种类型的合同行为，或者规制的是某种合同的履行行为而非某类合同行为，人民法院对于此类合同效力的认定，应当慎重把握，必要时应当征求相关立法部门的意见或者请示上级人民法院。

六、合理适用不安抗辩权规则，维护权利人合法权益

17. 在当前情势下，为敦促诚信的合同一方当事人及时保全证据、有效保护权利人的正当合法权益，对于一方当事人已经履行全部交付义务，虽然约定的价款期限尚未到期，但其诉请付款方支付未到期价款的，如果有确切证据证明付款方明确表示不履行给付价款义务，或者付款方被吊销营业执照、被注销、被有关部门撤销、处于歇业状态，或者付款方转移财产、抽逃资金以逃避债务，或者付款方丧失商业信誉，以及付款方以自己的行为表明不履行给付价款义务的其他情形的，除非付款方已经提供适当的担保，人民法院可以根据合同法第六十八条第一款、第六十九条、第九十四条第（二）项、第一百零八条、第一百六十七条等规定精神，判令付款期限已到期或者加速到期。

妥善审理合同纠纷案件，维护市场正常交易秩序

——最高人民法院民二庭负责人就《关于当前形势下
审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》答记者问

2009年7月7日，最高人民法院发布了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（以下简称《指导意见》）。最高人民法院民二庭负责人近日在接受记者采访时表示，在当前形势下，认真研究并及时解决民商事审判实务中与宏观经济形势变化密切相关的普遍性问题、重点问题，有效化解矛盾和纠纷，不仅是民商事审判部门应对金融危机工作的重要任务，而且对于维护诚信的市场交易秩序，保障公平法治的投资环境，公平解决纠纷、提振市场信心等具有重大意义。

问：情势变更原则的适用是当前形势下人民法院审判实务中的热点问题，人民法院应当如何把握该原则呢？

金融危机形势下，企业之间的产品交易、资金流转因原料价格剧烈波动、市场需求关系的变化、流动资金不足等诸多因素的影响而产生大量纠纷，部分当事人在诉讼中提出适用情势变更原则变更或者解除合同的请求。如何在审判实务中妥善适用情势变更原则，成为当前商事审判中的热点和难点问题。

合同法的立法者考虑到不可抗力基本涵盖了情势变更，而且情势变更与商业风险难以区分，加之防止法官滥用情势变更原则，故未在合同法中规定情势变更原则。但应当看到，合同法也未明文禁止适用该原则，因此，《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《合同法解释（二）》）第二十六条规定了情势变更原则。《指导意见》对当前形势下情势变更原则的适用提出了更加具体的要求。审判实践中应当主要注意三个问题：

第一，关于对无法预见主张的审查。适用情势变更原则的关键要件之一是在合同成立之后出现了当事人缔约时无法预见的客观重大变化。需要注意的是，全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场

主体猝不及防的突变过程，而主要是一个日益发展、逐步演变的过程。在该过程中，市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断，在审判实务中对于当事人提出“无法预见”主张的，人民法院应当慎重审查。在确定是否可预见时，应当审查三个因素：其一，预见的时间。预见的时间应当是合同缔结之时。其二，预见的标准。该标准应为主观标准，即以遭受损失一方当事人的实际情况为准。其三，风险的承担。如果根据合同的性质可以确定当事人在缔约时能够预见情势变更或者自愿承担一定程度的风险，则自无运用情势变更之余地。例如，合同标的物是石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品或者是股票、期货等风险投资型金融产品，通常不宜适用情势变更原则。

第二，关于情势变更与商业风险的区分。情势变更与商业风险虽然不易区分，但两者在风险的固有性、风险可预见性、风险的可归责性等方面并不相同。人民法院在衡量某种重大客观变化是否属于情势变更时，应当注意考量风险类型是否属于社会一般观念上的预先无法预见、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，在个案中识别情势变更和商业风险。

第三，关于调整尺度的价值取向。如果当事人经过诚信地再交涉后仍然无法改订合同而请求人民法院变更或解除合同的，人民法院在利益衡量方面应当认识到，司法解释规定情势变更原则的适用并非单向地豁免债务人的义务而使债权人单方承受不利后果，而是要求人民法院应当充分注意利益均衡，公平合理地调整双方利益格局。在调整尺度的价值取向把握上，人民法院仍应遵循侧重于保护守约方的原则。

问：审判实务就如何对待合同中约定的过高违约金或者极具惩罚性的违约金条款存在较大争议，《指导意见》在违约金调整方面的精神是什么？

答：的确，审判实务对于过高违约金的调整规则存在较大争议，为此《合同法解释（二）》第二十九条作出了比较明确的规定。《指导意见》针对审判实务中的相关问题进一步提出意见，旨在依法合理调整违约金额，公平解决违约责任问题。对此，审判实践中应当主要把握三个问题：

第一，关于违约金的性质和调整的立法精神。关于违约金的性质，无论是民法理论界还是审判实务界，历来众说纷纭，莫衷一是，大致可以归纳为补偿说、惩罚说、双重说以及目的解释说等四种观点。《合同法解释（二）》和《指导意见》以及最高人民法院的相关判决均采纳“以赔偿性为主、惩罚性为辅”的双重性质说。人民法院在适用合同法第一百一十四条第二款

调整过高的违约金数额时，应当注意准确把握该授权条款的立法本意和精神。合同自由并非绝对，需以合同正义予以规制，以防止违约金条款成为一方压榨另一方和获取暴利的工具。在金融危机中企业经营状况普遍较为困难的情况下，人民法院不能将违约金条款完全留待当事人约定，尤其是对数额过高的违约金条款，更是如此。如果任由当事人约定过高的违约金且以意思自治为由予以支持，在有些情况下，无异于鼓励当事人通过不正当的方式取得暴利，也可能促使一方为取得高额违约金而故意引诱对方违约。因此，人民法院可以根据当事人的请求依法对不合理的违约金数额进行调整，以维护民法的公平和诚实信用原则。

第二，关于衡量标准和因素的综合运用。人民法院依法调整过高的违约金时，应避免绝对地按照固定比例调整“一刀切”的简单做法，防止机械司法而造成的以偏概全、挂一漏万等的实质不公平结果。《指导意见》根据《合同法解释（二）》第二十九条规定精神，提出人民法院调整过高违约金时应当综合衡量多种因素。首先，“违约造成的损失”可谓衡量违约金是否过高的最基础、最重要的标准。其次，应考虑合同的履行程度。毋庸置疑，已经几近履行完毕的合同和尚未履行的合同，违约所造成的结果存在较大区别。再次，应考虑当事人的过错程度。违约方的恶意违约还是过失违约，直接决定违约金的补偿性和惩罚性功能的此消彼长。最后，人民法院应考虑当事人缔约时对可得利益损失的预见、当事人之间的缔约地位是否平等、是否适用格式合同条款、是否存在过失相抵、减损规则以及损益相抵规则等因素，根据诚实信用原则和公平原则，结合案件的实际情况，综合衡量。

第三，关于法官释明权的行使。审判实践表明，对于在守约方提起的违约之诉中，违约方通常以合同不成立、合同不生效、合同无效或者不构成违约进行免责抗辩而未提出违约金调整请求的情形，人民法院可以就违约金是否过高的问题进行释明，即假设违约成立，是否认为违约金过高。对于已经向违约方进行释明但违约方坚持不提出调整违约金请求的，人民法院应当遵循民法意思自治原则，一般不予主动调整。

问：审判实务中可得利益损失如何认定可谓见仁见智，判法不一。《指导意见》在认定可得利益损失方面有何精神？

答：通常而言，违约行为通常会产生可得利益损失。多年来，由于相关认定规则比较模糊并难以把握，因此，不少法官在判决中并不支持可得利益损失。为此，《指导意见》根据人民法院多年的审判实践经验和调研成果，对可得利益损失提出具有可操作性的指导意见。适用时应当注意把握三个问题：

第一，关于可得利益损失类型的区分。根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等三种类型。生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失通常属于生产利润损失。承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失通常属于经营利润损失。先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失通常属于转售利润损失。

第二，关于四个认定规则的适用。人民法院在计算和认定可得利益损失时，应当综合运用合同法第一百一十三条第一款规定的可预见规则、合同法第一百一十九条规定的减损规则以及损益相抵规则和过失相抵规则等，从非违约方主张的可得利益赔偿总额中扣除违约方不可预见的损失、非违约方不当扩大的损失、非违约方因违约获得的利益、非违约方亦有过失所造成的损失以及必要的交易成本。但在以下三种情形中，不宜适用上述认定规则：其一，在合同法第一百一十三条第二款规定的欺诈经营情形，应当适用消费者权益保护法；其二，在合同法第一百一十四条第一款规定的当事人约定损害赔偿的计算方法情形中，应当按照当事人约定的计算方法认定；其三，因违约导致人身伤亡、精神损害等情形，应当适用侵权行为法。

第三，关于合理确定举证责任。为了保障认定规则的实务操作性，《指导意见》提出举证责任的确定规则。即违约方一般应当承担非违约方没有采取合理减损措施而导致损失扩大、非违约方因违约而获得利益以及非违约方亦有过失的举证责任；非违约方应当承担其遭受的可得利益损失总额、必要的交易成本的举证责任。对于可以预见的损失，既可以由非违约方举证，也可以由人民法院根据具体情况予以裁量。

问：表见代理制度是可谓合同纠纷案件审判实务中长期以来争论较大的问题，《指导意见》在该制度适用方面的精神是什么？

答：当前形势下，在国家重大项目和承包租赁行业等受到全球性金融危机冲击和国内宏观经济形势变化影响比较明显的行业领域，由于合同当事人采用转包、分包、转租方式，出现了大量以单位部门、项目经理乃至个人名义实际履行合同的情形，并因合同主体和效力认定问题引发表见代理纠纷案件。鉴于表见代理属于市场交易法则中极其例外的情形，为维护正常的市场交易秩序，《指导意见》对于表见代理制度适用的主要精神是严格认定其构成要件。人民法院要注意两个问题：

第一，关于“有理由相信”的理解。根据合同法第四十九条的规定，构成表见代理行为不仅要求代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权

的表象,而且要求相对人在主观上有理由相信行为人有代理权。《指导意见》认为“有理由相信”是指合同相对人善意且无过失地相信行为人有代理权,即相对人在不知道行为人无代理权方面不存在疏忽或懈怠,并为此承担举证责任。

第二,关于表见代理的综合认定。《指导意见》根据多年的审判经验提出,人民法院在判断合同相对人主观上是否属于善意且无过失时,应当结合合同缔结与履行过程中的各种因素综合判断合同相对人是否尽到合理注意义务,此外,还要考虑合同的出具时间、以谁的名义签字、是否盖有相关印章及印章真伪、标的物的交付方式与地点、购买的材料、租赁的器材、所借款项的用途、建设单位是否知道项目经理的行为、是否参与合同履行等各种因素,作出综合分析判断。

问:如何理解和适用合同法第五十二条第五项的“强制性规定”,在审判实务中可谓见仁见智的争论问题。《指导意见》对该问题的指导精神是什么?

答:的确,该问题也是一个富有争议的实务问题。按照通常的看法,强制性规范通常以“应当”、“必须”、“不得”等用语提醒当事人必须严格遵守而不得随意以协议交易改变,但由于文字表义的局限性,立法者在制定法律法规条文时,其所使用的文字常常背离其立法意旨;因此,在合同的有效和无效取决于一个法律条文是否属于强行性规范时,如果法官仅仅以条文的措辞或用语作为区分或判断标准,是远远不够的,甚至在许多情况下是相当危险的。

近年来,我国民法理论界和司法实务界均对强制性规定的分类进行了一定程度的探讨,并形成效力性强制性规定与管理性强制性规定之区分及其不同效力影响之认识。迄今为止就该问题形成的共识是:强制性规定区分为效力性强制规定和管理性强制规定,违反效力性强制规定,合同无效;违反管理性强制规定,合同未必无效。在国内经济形势发生变化的情形下,最高人民法院《合同法解释(二)》第十四条据此作出一个原则性和理念性的规定:“《合同法》第五十二条第五项规定的‘强制性规定’是指效力性强制性规定”。这意味着,司法解释将法律、行政法规的强制性规定作出效力性和管理性之区分,人民法院不得仅以违反管理性强制性规定为由认定合同无效。

该区分原则的理论基础在于:效力性强制规范着重于违反行为之法律行为的价值,以否认其法律效力为目的,违反效力性强制规范的,合同应被认定无效;而管理性强制规范着重于违反行为之事实行为价值,以禁止其行为