

# 民商事疑难案件若干问题

## 解 答 汇 编

（第七辑）

宁波市律师协会民商专业委员会

二〇二三年十二月

# 目 录

一、浙江省宁波市海曙区人民法院课题组关于医疗美容纠纷审理的难点.....	1
二、江苏省高级人民法院关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见.....	6
三、广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引.....	22
四、河北省高级人民法院关于建设工程施工合同案件审理指南.....	34
五、河北省高级人民法院关于《民间借贷案件审理指南（试行）》.....	45
六、河南省高级人民法院关于追加股东为被执行人执行异议之诉审理会议纪要（2023）.....	52
七、湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	56
八、重庆市高级人民法院 四川省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答.....	65
九、最高人民法院民一庭关于建设工程施工合同纠纷专业法官会议纪要（2021-2022年）.....	75

十、最高人民法院民一庭关于夫妻之间婚内借款协议的裁判观点.....	82
十一、最高人民法院民一庭关于婚姻家庭类案件诉讼程序问题的二十个实务问答.....	93
十二、最高人民法院民一庭关于民事诉讼程序的十八个裁判观点.....	99
十三、最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要（第三辑）.	114
十四、最高人民法院第六巡回法庭关于民商事案件的五十五个最新裁判观点.....	136
十五、最高人民法院关于金融民商事审判三十七个最新裁判规则.....	183
十六、最高人民法院关于认定“接收货币一方所在地”裁判意见九条.....	194
十七、《民法典》表见代理规则二十九个适用要点分析.....	203
十八、《民法典》合同漏洞填补规则的三十一个适用要点...	219
十九、《民法典》合同编中适用过错责任原则的四十四种责任情形.....	235
二十、《民法典》债权转让规则的三十一个适用要点.....	257
二十一、《民法典》合同解除程序规则的二十个适用要点...	272

# 浙江省宁波市海曙区人民法院课题组

## 医疗美容纠纷审理的难点

浙江省宁波市海曙区人民法院课题组

医疗美容与普通医疗的主要区别在于，普通医疗行为的目的是治疗疾病；而医美行为通常为满足就医者的求美需要，就医者与医院处于平等地位、商业性质强，就医者拥有更多的自主选择权与协商话语权。实践中医美纠纷涉面部整形居多，还涉及隆胸、局部填充、全身或局部吸脂、植发、皮肤美白等项目。就医者以年轻女性为多，医方中民营机构占比较大。综观浙粤两省近 5 年 287 个相关裁判文书，目前医美纠纷案件的司法认定及裁判还存在不少难点。

### 一、举证质证难

医美纠纷案件的举证质证存在如下困难与问题：1. 材料收集不足，举证存在困难。一方面，不少就医者法律意识薄弱、证据留存意识不强，易轻信医美机构的口头承诺或效果保证，纠纷发生后无法提供有效证据。另一方面，部分医美机构管理不善，病历资料不全或不规范，未严格按照规范流程操作记录、进行资料留档等，存在举证不能。2. 资料单方保管，质证存在阻碍。实践

中，医美病历资料诸如化验单、检验报告、手术记录等往往单方掌握在医美机构手中，就医者掌握的资料有限。纠纷发生后双方产生对立情绪，质证阶段就医者对医美机构提供资料的真实性常提出质疑，增加证据质证与认证难度。3. 多方修复改造，查明难度增加。实践中，不少就医者在对手术效果不满意情形下选择先至其他医院或医美机构进行修复或改善，出现复合诊疗情形，存在多家病历资料，修复改造后就医者容貌、人体部位的叠加变化导致事实查明和责任认定难度增加。

## 二、医疗鉴定难

在医美纠纷案件中，医疗鉴定存在不少问题与困难。1. 因部分就医者拒绝，司法鉴定难以启动。实践中，部分就医者不同意将医美机构提交的资料作为鉴材，或认为医美实际效果足以证明医美机构存在违约或构成侵权，或认为司法鉴定时间长、成本高，拒绝或不配合司法鉴定。2. 因鉴材不足，鉴定无法进行。部分案件虽成功启动司法鉴定程序，但因双方当事人提交的鉴材不足，如病历材料缺失或书写过于简单、手术记录不完整、医疗产品无法溯源等，司法鉴定机构要求补充材料而不能，导致鉴定无法进行。3. 因缺乏鉴定专家或统一标准，无法鉴定。实践中，不少鉴定机构以缺乏医疗美容鉴定专家或尚未有统一的鉴定标准与评定依据或委托鉴定内容超出其技术条件和鉴定能力等为由将鉴定材料退回，部分案件甚至前后多次委托多家不同的鉴定机构均被退回。4. 鉴定事项复合情况多发、鉴定周期长。实践中，部分医美案件的司法鉴定事项包含多项，诸如过错与否、损害结果、因果

关系鉴定，病历笔迹鉴定，伤残等级及误工期、护理期、营养期鉴定等；不少案件要历经多次材料补充。诸多原因导致鉴定周期长、案件审理期限长，鉴定难、鉴定慢等难题仍较为突出。

### 三、法律适用难

医美纠纷案件的争议焦点通常包括过错与否、损害大小、责任比例、合同是否有效、是否构成欺诈、能否适用消费者权益保护法、精神损害抚慰金能否被支持等。司法实务对部分问题的法律理解与适用尚存较大分歧。

#### （一）关于消费者权益保护法的适用

实践中在如下问题上存在分歧：

一是适用与否问题。从考察结果看，浙江法院基本形成共识，认为就医者购买医美服务属于消费行为，应受消费者权益保护法调整。2017年5月1日起施行的《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第十七条明确将医疗美容机构提供医疗美容服务（因疾病治疗涉及的修复重建除外）纳入调整范围。

二是欺诈认定问题。医美纠纷中，较为典型的欺诈情形如未经就医者同意擅自更换手术医生、手术材质、手术方案等基本无争议，而部分情形，如医美机构无执业许可证、手术医师未取得执业医师资格、手术医生未对更换执业地点进行注册备案等情形是否构成欺诈，实践中存有不同意见。因欺诈的认定关系到最终损失赔偿的数额，故实践中同种情形不同案件就医者获赔金额差距明显。

三是损失赔偿问题。其一，法院认定医美机构构成欺诈，判决赔偿3倍服务费一般无争议，但就医者已支付的服务费是否应予以返还，存在不同意见。部分法院认为应当“退一赔三”，而部分法院则认为就医者接受的医美服务具有不可退还性，如就医者不能证明损害的发生，便不予支持退还。其二，就医者同时主张适用消费者权益保护法与合同法或侵权责任法，叠加计算各项损失，如既主张“退一赔三”，又主张后续医疗费、精神损失抚慰金等，部分法院认为“退一赔三”已可涵盖就医者损失，不另外支持其他诉请；部分法院对其他损失亦予以支持。

#### （二）关于精神损害赔偿的适用

其一，医疗服务合同纠纷中的精神损害赔偿问题。民法典实施前，违约和侵权的二元救济轨道并行，精神损害赔偿一般被限定在侵权领域内，合同纠纷中通常不予考虑。在以判决结案的93个医疗服务合同纠纷中，18个就医者提出精神损害赔偿，仅1个案件得到支持。民法典实施后，根据其第九百九十六条规定，精神损害赔偿的适用不再局限于侵权领域。

其二，对严重精神损害的认定。从考察结果看，大多数情形下法院在就医者构成伤残的情况下支持精神损害赔偿，未构成伤残的不予支持。亦有少部分法院认为就医者虽不构成伤残，但考虑到就医者受损的是容貌或身体特殊部位，亦对其精神损害赔偿诉请酌情予以支持。据统计，在81个以判决结案的医疗损害责任纠纷案件中，共有73个诉请精神损害赔偿，获支持或部分支持的40个，占比54.79%。

#### （三）关于医疗效果的认定

在普通医疗纠纷中，关于医疗机构过错与否、损害大小等，法院一般以鉴定意见为依据或参照其进行裁判。而在医美纠纷案件中，多数司法鉴定被鉴定机构予以退回。此种情形下，就医者主张医美机构手术效果不佳、未达到约定效果等，应如何予以认定，实务中存在不同处理方式。据考察，在医疗损害责任纠纷中，大部分法院以举证不能驳回原告诉请。而在医疗服务合同纠纷中，当事人无法提供双方对服务效果的明确约定，又无法鉴定或拒绝鉴定的，大部分法院驳回诉请，少部分法院根据在案证据或术后就医者实际情况自行酌定适当赔偿或补偿。

#### （四）关于举证责任的分配

在医疗损害责任纠纷中，通常由患者承担举证责任，但特殊情形下适用过错推定。但是，在医疗服务合同纠纷中，是参照适用特殊情形下推定医疗机构有过错，还是秉持一般合同纠纷的原告举证规则，实践中存有不同意见。

（课题组成员：曹建波、庄春梅、叶丹、邱丽婷，原载《浙江审判》2022年第3期，李泊毅摘编）

# 江苏省高级人民法院

## 关于正确理解和适用参与分配制度的指导意见

为正确理解和适用参与分配制度，统一办案尺度，提高执行质量与效率，依法保护执行当事人及申请参与分配债权人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民事诉讼法）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称民事诉讼法解释）以及《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》等法律、司法解释规定，结合全省法院工作实际，制定本指导意见。

### 一、关于适用参与分配制度应把握的基本原则

1. 参与分配是指执行程序开始后，被执行人为公民或者其他组织的财产不能清偿所有债权，被执行人的其他债权人依法向人民法院申请对执行财产按其债权性质或者债权数额按比例予以受偿的法律制度。

2. 为促进执行公正、效率与效果的平衡，适用参与分配制度应当坚持以下原则：

(1) 债权平等原则。参与分配中，必须严格按照法定优先权、一般优先权以及普通债权的法定清偿顺序予以分配。相同性质以及相同顺序的债权，原则上应当按比例予以分配，确保各债权人依法获得公平受偿。

(2) 利益平衡原则。参与分配程序中除坚持债权平等原则外，还应注意平衡某些特定或特殊债权人的利益，对执行财产查找、控制以及获得中贡献较大的债权人应当适当提高分配比例。同时，要合理兼顾劳动债权人以及人身损害赔偿债权人的合理利益关切，以体现分配程序的实质公正。

(3) 分配效率原则。执行程序的价值功能在于实现胜诉当事人的权益，效率性原则居于主导地位。对执行财产予以分配，必须考虑参与分配程序概括性执行的特殊性，不仅涉及制作并向各债权人送达分配方案，而且涉及分配方案异议及其后续的分配方案异议之诉程序，要切实防止分配方案反复变动带来的分配迁延以及低效率问题。

(4) 禁止分配原则。被执行人为企业法人的，除对执行财产享有优先权、担保物权的债权人申请优先分配受偿之外，不得对其财产适用参与分配制度。其他债权人申请参与分配的，应告知其按照“执转破”程序对执行财产申请破产清偿。否则，按照一般清偿原则予以执行，促使债权人启动“执转破”程序。

(5) 一体分配原则。参与分配程序中，不同法院以及不同案件中查控的被执行人财产应当纳入待分配财产进行一体分配。参与分配程序启动后，其他法院或者其他执行案件应当停止对同一

被执行人执行所得价款的发放工作，未发放的价款应当在分配程序中统一分配。

(6)申请例外原则。参与分配程序原则上经债权人申请启动，但考虑到债权平等以及债权救济等问题，执行法院对其已经受理的涉及同一被执行人的多起执行案件的债权人、已知的未申请参与分配的优先受偿债权人以及已通知主持分配法院且已取得执行依据的轮候查封债权人，应当依职权启动参与分配程序。

## 二、关于参与分配的适用条件与范围

3. 执行程序开始后，被执行人的其他债权人向人民法院申请参与分配，同时符合下列条件的，人民法院应当启动参与分配程序：

- (1) 被执行人为自然人或者其他组织；
- (2) 被执行人的财产不能清偿所有债权；
- (3) 债权人已经取得执行依据，或者虽未取得执行依据但对执行财产享有优先权、担保物权等应予分配情形；
- (4) 债权人在执行程序开始后，被执行人财产执行终结前提出书面申请。

4. 根据民事诉讼法解释第五十二条规定，本意见所指其他组织包括下列不具备企业法人资格的情形：

- (1) 依法登记领取营业执照的个人独资企业；
- (2) 依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；
- (3) 经依法登记领取营业执照的乡镇企业、街道企业；
- (4) 其他合法成立、有一定的组织机构和财产的组织。

企业法人的财产不能清偿所有债权的，不得适用参与分配制度。普通债权人申请对企业法人财产参与分配的，应征求其意见，建议其同意移送破产审查或者直接申请被执行人破产。债权人坚持申请参与分配的，不予支持。

5. 具有下列情形之一的，可认定为被执行人的财产不能清偿所有债权：

(1) 执行法院已通过网络执行查控系统及线下调查或者搜查发现的被执行人财产不足以清偿所有已知债权的；

(2) 申请参与分配债权人所涉案件已因无财产可供执行，被终结本次执行程序的，但有证据证明被执行人尚有其他财产可供执行的除外；

(3) 被执行人其他财产为公司股权，该股权明显无财产价值、价值较小或者难以变现的；

(4) 被执行人其他财产为难以现状处置的无证房产或者农村宅基地上房产的；

(5) 其他能够证明被执行人财产不能清偿所有债权的情形。

债权人认为被执行人财产能够清偿所有债权，对其他债权人参与分配申请或者启动参与分配程序提出异议的，应提供相应证据或者提供被执行人能够用于执行的相关财产线索。不能提供证据或者提供的财产线索无法查实的，对其异议不予支持。

6. 未取得执行依据的普通债权人具有下列情形之一，提出参与分配申请的，应根据其在诉讼、仲裁或者公证程序中请求给付的债权数额预留相应的财产份额：

(1) 债权人对执行财产首先申请采取查封、扣押、冻结措施的；

(2) 债权人为职工，请求支付其被拖欠工资、医疗及伤残补助、抚恤费用、基本养老保险金、基本医疗保险费用，以及按照法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金的；

(3) 受害人基于人身损害赔偿请求权主张赔偿的；

(4) 债权人主张抚养费、扶养费、赡养费的；

(5) 人民调解协议的债权人已申请司法确认的；

(6) 符合法律或司法解释规定的其他情形。

职工作为债权人以被执行人拖欠其工资为由申请参与分配的，按照债务人的普通职工正常应当支付的平均工资计算为其预留款项，但工资债权超过 12 个月的除外。

上述债权人请求给付的债权数额未获执行依据支持或者执行依据支持的债权数额低于预留财产份额的，预留的财产份额或者超出部分应再次进行分配。预留财产份额低于或者等于债权人按其执行依据载明的债权数额计算后应当获得的财产份额的，按照预留财产份额予以发放。

7. 人民法院作出的执行依据被提起再审的，不影响该债权人申请参与分配，已经启动的分配程序继续进行，但应当预留该债权人根据被提起再审的执行依据确定的债权计算后应当获得的财产份额。

执行依据经再审维持原判或者再审后改判数额大于原执行依据载明数额的，应向该债权人支付已经预留的财产份额。再审后改判数额小于原判决数额的，超过根据再审结果计算其应分配部

分的预留财产份额，应当再次进行分配。再审后驳回该债权人诉讼请求，其他债权人尚未足额受偿的，预留的财产份额应当再次进行分配；仍有剩余的，发还被执行人。

人民调解协议确认裁定被撤销、仲裁裁决被撤销或者不予执行以及具有强制执行效力的公证债权文书被裁定不予执行，债权人已依照法定途径寻求权利救济的，参照上述原则处理。

8. 申请参与分配的截止时间，应当根据下列情形予以确定：

(1) 待分配财产为货币类财产，分配方案已制作完成且当次分配方案已发送任一相关当事人的前一日为申请参与分配截止日，该日期不受债权人、被执行人提出异议而重新制作分配方案所影响。主持分配法院邮寄发送的，以投递签收邮件日期为发送时间。直接送达的，以相关当事人签收日期为发送时间。

经执行当事人、参与分配的债权人自主协商或者以执行和解协议方式确定各债权人应分配数额，主持分配法院收到书面意见或者记入执行笔录的，视为当次分配方案已向当事人发送。

执行法院尚未制作分配方案或者分配方案尚未发送的，执行案款发放的前一日为申请参与分配的截止日。

(2) 待分配财产为非货币类财产且通过拍卖或者变卖方式已经处置变现，债权人申请参与分配的截止时间，按照本条第一款第(1)项相同的原则处理。不受买受人未缴纳尾款或者人民法院撤销拍卖后再次拍卖、变卖所影响。

(3) 待分配财产为非货币类财产，流拍或者变卖不成后以物抵债的，申请参与分配的截止时间为抵债裁定送达之日的前一日。

未经拍卖或者变卖程序，当事人自行协商以物抵债，其他债权人申请参与分配的，不予支持。

上述截止日前未申请参与分配的债权人，仅就本次分配后的剩余款项受偿。

申请参与分配的截止时间，以主持分配法院收到参与分配申请书的时间为准。债权人截止日前已寄送参与分配申请，但主持分配法院在截止日前未收到的，仅就本次分配后的剩余款项受偿。

### 三、关于参与分配债权的清偿顺序及其比例

#### 9. 执行财产在扣除下列相关费用后予以分配：

(1) 首查封案件保全费、主持分配案件申请执行费、评估费、审计费、鉴定费、公告费、保管费、悬赏费、拍卖辅助费等应由被执行人承担的必要费用以及相关债权人为处置待分配财产垫付的必要费用；

(2) 执行财产为国有划拨土地使用权，依法应缴纳的土地使用权出让金；

(3) 根据相关法律、行政法规规定，办理物权变更登记时应由被执行人负担的税费，但已明确由买受人负担的除外；

(4) 其他依法应当扣除的必要费用。

10. 执行财产在扣除上述费用后仍有剩余的，按照以下顺序依次予以分配：

(1) 享有优先权、担保物权的债权依法定顺序予以受偿；

(2) 普通债权人的债权原则上按照其纳入分配程序的债权金额占全部纳入分配范围的债权总额的比例受偿。

对下列债权人可适当提高分配比例：

- (1) 分配财产系根据其提供线索查控所得；
- (2) 分配财产系其首先申请查控所得；
- (3) 分配财产系其行使撤销权诉讼、执行异议之诉或者通过司法审计、悬赏执行等方式查控所得。

上述债权人的分配比例，应考虑所涉债权及分配财产数额大小等因素，原则上不超过其按债权比例分配时应分得款项的 20%。

11. 被执行人在执行中同时承担刑事责任及民事责任，其财产不足以清偿所有债权的，按照《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第十三条规定的下列顺序予以分配：

- (1) 人身损害赔偿中的医疗费用；
- (2) 对执行标的依法享有优先受偿权的债权；
- (3) 退赔被害人的损失；
- (4) 其他民事债权；
- (5) 罚款、罚金；
- (6) 没收财产。

执行财产涉及非法集资刑事案件涉案财物的，按照最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第九条规定，退赔非法集资参与人的损失部分，应当优先于其他民事债权以及罚金、没收财产予以执行。仍有剩余的，用于参与分配。

12. 参与分配程序中，应当以执行依据确定的尚未受偿的债权数额为基数进行分配；分配后有剩余的，以迟延履行利息、迟延履行金为基数进行分配。各债权人达成分配协议的，按照该协议进行分配。

#### 四、关于适用参与分配的程序问题

13. 启动参与分配程序，原则上依债权人申请，但有下列情形之一的，可依职权启动：

（1）对被执行人财产首先申请采取查封、扣押、冻结措施的债权人并非本案债权人的，应当通知该债权人参与分配；

（2）主持分配法院对已经设定权利负担的执行财产予以分配的，应通知其已知的对该财产享有优先权、担保物权的债权人参与分配；

（3）其他法院对被分配财产已经采取轮候查封、扣押、冻结措施且已书面通知主持分配法院的，应通知已取得执行依据的轮候查封债权人申请参与分配；

（4）执行法院已经受理多起涉及同一被执行人的执行案件且被执行人财产不能清偿所有债权的，应通知未申请参与分配的债权人申请参与分配；

（5）其他依法应当依职权启动参与分配程序的情形。

前款第（1）（2）项两种情形无法通知债权人的，应当预留其应分得财产份额。除前款第（1）（2）项两种情形外，债权人经通知后不申请参与分配的，视为其放弃参与分配权利。

14. 参与分配原则上由首先采取查封、扣押、冻结或者实际控制财产的人民法院主持。处置权经协商后移送的，由获得财产处置权的人民法院主持。受移送法院应当及时处置财产并启动分配程序，并将相关分配情况及时告知移送处置权的人民法院。

被执行人有多项财产，且被不同法院查封、扣押、冻结并处置变现的，由控制主要财产的法院主持分配，也可以报请省法院

或者中级法院指定其中一个法院主持分配。涉及省外法院的，可通过执行协调方式予以确定。

15. 参与分配程序启动后，对其他已获准参与分配债权人案件中查控或者处置变现的执行款应当停止清偿，并移交给主持分配法院统一进行分配。

(1) 债权人申请参与分配的，主持分配法院自收到参与分配申请书或者依职权启动分配程序之日起三日内，通知申请参与分配案件所在人民法院停止对同一被执行人财产的清偿行为。自收到通知之日起三日内，相关法院应将同一被执行人的款项移交给主持分配法院。

(2) 其他法院向主持分配法院发函并转交债权人参与分配申请的，自收到债权人申请参与分配申请书之日起，应当停止对同一被执行人财产的清偿行为，并在发函之日起三日内将其控制的同一被执行人的款项移交给主持分配法院。

前款情形中应当移交的款项，相关法院在收到主持分配法院要求其停止清偿通知前或者该法院债权人向其递交参与分配申请书之日前，已经完成转账、汇款、现金交付等手续，或者抵债裁定已送达债权人的折价价款，不再移交。

其他法院查控的尚未处置变现、正在处置变现或者尚未执行终结的被执行人财产，可暂不移交并可依法予以变价，变价款应按本意见相关规定进行分配。

16. 申请参与分配的债权人，应当按照下列情形提交参与分配申请书及相关证据材料：

(1)已取得执行依据的,应写明其申请参与分配的债权金额、债权性质以及被执行人不能清偿所有债权的事实、理由,并附执行依据及其受偿情况;

(2)未取得执行依据但享有优先权、担保物权的,应写明其申请参与分配的债权数额,并附其享有该权利的详细证据材料;

(3)未取得执行依据的首查封债权人申请参与分配,应写明其申请参与分配的债权数额,并附其财产保全申请以及相关法院作出的生效查封裁定等证据材料;

(4)本意见中未取得执行依据的其他普通债权人申请参与分配的,应附其提起诉讼以及相关法院已经受理其诉讼的相关证据材料;

(5)主持分配法院根据本意见要求债权人提供的其他相关材料。

除主持分配法院直接受理案件的债权人申请参与分配外,其他债权人申请参与分配的,原则上应向受理其案件的执行法院提交参与分配申请书。该法院收到申请后,应将该债权所涉案件案号、当事人基本情况、应执行标的金额、已执行标的金额以及已查控但未执行终结的被执行人财产等情况,连同申请书通过送交、寄送或者传真、邮件、coca11等即时传输方式传送给主持分配法院。

主持分配法院收到其他法院受理案件的债权人直接向其递送参与分配申请书的,视为该债权人已申请参与分配,同时通过上述方式告知受理其案件的相关法院,要求发送上述有关材料。

17. 主持分配法院在收到参与分配申请书后五日内，应当对是否准予相关债权人参与分配问题进行审查。包括但不限于审查以下事项：

（1）参与分配申请书是否在截止日前递交或者收到；

（2）申请人是否已经提交必要的证据材料，材料不全的是否已在规定期限内补充完整；

（3）申请人的债权是否系金钱债权以及执行依据是否生效，执行依据指定债务人履行行为义务的，是否属于可替代履行行为以及是否已经履行完毕；

（4）申请人是否系执行依据确定的权利人或者权利继受人，继受权利的债权人是否符合《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第二条至第九条规定的相关情形；

（5）债权清偿情况；

（6）其他需要审查的情况。

对执行财产享有优先权、担保物权，但未取得执行依据的债权人申请参与分配的，仅对其主张的权利及证据材料进行形式审查，原则上应准予其参与分配。

18. 主持分配法院对参与分配申请审查后，应当根据下列不同情形予以处理：

（1）不符合参与分配条件的，应当书面通知申请人不准参与分配及其理由，并告知其可以按照民事诉讼法第二百二十五条规定提出执行异议。该债权人提出执行异议的，不影响参与分配程序继续进行，但应按照其应纳入分配范围的债权金额预留其应分配数额。

(2) 符合参与分配条件的，准予其参与分配，并将其债权纳入分配方案，确定其应分配数额，并送达被执行人和其他参与分配的债权人。

被执行人以及已经准予参与分配的债权人，对已进入分配程序的其他债权人参与分配提出异议的，应通过分配方案异议及其异议之诉程序加以解决。

19. 具有下列情形之一的，不得启动参与分配程序或者不准相关债权人参与分配：

(1) 因构成“套路贷”或者虚假诉讼，执行依据被依法撤销的；

(2) 被执行人财产足以清偿所有债权的；

(3) 债权人对其执行依据中其他债务人放弃权利，放弃范围内的债权数额足以清偿其债权的；

(4) 债权人申请执行案件中其他被执行人的财产、执行担保财产或者执行担保人的财产能够清偿其债权的；

(5) 不符合本意见第 3 条规定情形的；

(6) 其他不准参与分配的情形。

债权人对其执行依据中其他债务人放弃权利，放弃部分的权利不足以清偿其所有债权的，可准予其参与分配，但其放弃部分的权利应在其获得分配数额中予以扣减。

20. 其他法院就主持分配法院执行所得价款要求协助冻结的，不影响参与分配程序的进行，并根据下列情形进行处理：

(1) 请求协助执行法院受理的案件债权人符合参与分配条件的，准予其参与分配，并予以书面告知；

(2) 请求协助执行法院受理的案件债权人不符合参与分配条件，且不享有优先权、担保物权，分配后无剩余财产的，不予协助，并书面告知理由。

无论是否准予请求协助执行法院受理案件的债权人参与分配，该法院已经查控的尚未执行终结的同一被执行人财产，均应纳入一体分配。

21. 适用参与分配制度时，主持分配法院应当制作财产分配方案，分配方案应当载明以下内容：

- (1) 当事人的基本情况；
- (2) 分配财产的范围、变价情况及其数额；
- (3) 各债权人的债权数额、性质及其参与分配依据；
- (4) 分配顺序、各债权人的分配比例及数额；
- (5) 实施分配日期；
- (6) 不服分配方案的异议权利及救济途径；
- (7) 其他应当载明的事项。

财产分配方案应经合议庭研究确定。涉及债权人人数众多或者争议较大的，应经执行局法官会议研究决定。必要时，提请本院审判委员会研究决定。

基于其他债权人申请或依职权启动参与分配程序的，应当在执行所得价款到账后二十日内制作完成财产分配方案，并在财产分配方案确定后三日内，送达执行当事人及申请参与分配的债权人。

经执行当事人、参与分配的债权人自主协商或者以执行和解协议方式确定各债权人应分配数额的，执行法院应当将其记录在

案或者将执行和解协议入卷，不另行制作财产分配方案。除结案文书及债权清偿证明材料之外，不得出具以物抵债裁定或者其他相关法律文书。

22. 参与分配程序中，债权人或者被执行人对主持分配法院的下列行为提出异议的，适用民事诉讼法第二百二十五条进行审查：

- (1) 不适用参与分配程序的行为；
- (2) 不准债权人参与分配的行为；
- (3) 分配方案的送达行为；
- (4) 分配方案数额计算错误；
- (5) 其他程序性行为。

上述执行异议及复议案件审查期间，不影响执行程序或者分配程序继续进行，但应当为提出异议的债权人预留其相应款项。

23. 本次参与分配程序终结后十五日内，涉及其他法院受理案件债权人的，主持分配法院应将参与分配以及各债权人受偿等情况，书面告知受理其案件的人民法院。

24. 参与分配程序终结后，主持分配法院或者其上级法院经执行监督程序认定相关债权人的债权应当进入分配程序而未进入，或者分配方案存在错误的，主持分配法院应按该监督意见予以纠正。分配方案经异议之诉程序确定的，应通过审判监督程序予以纠正。

分配方案被撤销后，应重新进行制作分配方案。债权人已经获得清偿的债权数额高于其重新分配后应获得数额的，应予返还。不予返还的，参照执行回转相关规定予以回转。

债权人自主协商分配方案并获得清偿的，其他债权人认为其利益受到损害的，应依法通过其他途径解决。

25. 债权人以其对企业法人为被执行人的财产享有优先权或者担保物权为由，主张优先受偿的，参照本意见相关规定办理。

## 五、其他

26. 本意见自下发之日起实行。本院之前的相关规定与本意见不一致的，不再适用。

# 广东省高级人民法院

## 关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引

全省各级人民法院：

《广东省高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件的指引》已经广东省高级人民法院审判委员会 2022 年总第 36 次会议、民事审判专业委员会第 6 次会议讨论通过，并报最高人民法院审查同意。现印发给你们，请结合实际认真贯彻执行。对执行中遇到的问题，请及时报告我院民一庭。

广东省高级人民法院

2022 年 12 月 15 日

为正确审理房屋买卖合同纠纷案件，统一裁判尺度，提高审判质量，根据《中华人民共和国民法典》等法律和有关司法解释的规定，结合审判实践，制定本指引。

一、当事人通过缴纳诚意金、签订意向书等方式，仅表达房屋买卖意向，未约定在将来一定期限内签订买卖合同，一方以对方不签订买卖合同为由主张对方承担违约责任的，一般不予支持。

二、认购书、订购书、意向书等合同虽然约定在将来一定期限内签订房屋买卖合同，但合同已经具备房屋买卖合同主要条款，

且当事人依据合同负有支付房屋价款或者交付房屋义务的，该合同应当认定为房屋买卖合同。

三、就预售商品房签订的认购书、订购书等预约合同，出卖人未取得商品房预售许可证明的，不影响预约合同的效力。

四、当事人签订预约合同时已经知道将来拟签订的房屋买卖合同主要条款，拒绝签约的一方以双方不能就该主要条款达成合意为由抗辩不承担违约责任的，不予支持。

五、当事人一方无正当理由不履行预约合同约定的签约义务，守约方请求人民法院判决强制签订房屋买卖合同的，不予支持。预约合同约定的定金等违约责任明显不足以弥补守约方的信赖利益损失，守约方请求增加赔偿的，可予支持。

六、出卖人未取得商品房预售许可证明与买受人签订商品房预售合同，但在一审法庭辩论终结前房屋竣工验收合格，当事人以出卖人未取得商品房预售许可证明为由主张合同无效的，不予支持。

七、当事人以房屋买卖合同存在下列情形之一为由主张合同无效的，不予支持：（一）出卖人未领取权属证书的；（二）转让划拨建设用地上房屋，未经有批准权的人民政府同意的；（三）买卖未经预告登记权利人同意的；（四）房屋被国家机关依法采取查封等强制措施的；（五）部分共有人擅自出卖共有房屋的；（六）按份共有人违反法律规定转让其份额，侵害其他共有人优先购买权的。

八、出卖人以签订虚假装修合同等方式拆分商品房价格规避限价政策的，应当依据民法典第一百四十六条的规定认定合同效力。

九、出卖人假冒房屋所有权人转让房屋，该合同对房屋所有权人没有约束力。买受人主张适用善意取得有关规定的，不予支持。

十、房屋连环买卖中，前一手买卖合同被确认无效，不影响后一手买卖合同的效力。后一手买卖合同的买受人能否取得房屋所有权，依据善意取得的规定处理。

十一、出卖人为套取贷款与他人签订虚假的房屋买卖合同，应当依据民法典第一百四十六条第一款的规定，认定买卖合同无效。金融机构知道或者应当知道房屋买卖合同虚假，仍然与买受人签订房屋担保贷款合同的，该贷款合同亦属虚假，应当认定无效。贷款合同关系实际存在于金融机构与出卖人之间，合同效力依据民法典第一百四十六条第二款的规定处理。

十二、当事人签订房屋买卖合同，实为以房款抵偿其他债务，一方当事人以不存在真实的房屋买卖合同关系为由主张合同无效的，不予支持。因债务人未履行以房抵债协议，债权人请求债务人承担违约责任的，应予支持。因债务人的原因以房抵债协议不能履行，债权人请求解除以房抵债协议，按照原约定清偿债务的，应予支持。

十三、农村宅基地上房屋买卖合同纠纷，根据《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第19条的规定处理。向不具备本集体经济组织成员资格的人出卖宅基地上房屋，

合同被认定无效，买受人主张出卖人承担因房地产价格上涨造成的损失，人民法院应当全面考虑出卖人因房地产升值或者拆迁补偿所获利益，平衡买卖双方的利益。宅基地上房屋买卖合同无效，合同对将来因征收、征用取得的房地产补偿款分配有约定，当事人一方请求参照该约定分配补偿款的，人民法院可以根据补偿款的性质和类别酌情予以支持。宅基地使用权人和不具备本集体经济组织成员资格的人约定在宅基地上合作建房，非集体经济组织成员一方取得部分建设面积的，按照前款规定处理。

**十四、**当事人在提交登记机构的房屋买卖合同中虚构交易价格，该价格条款无效。一方请求按照真实交易价格履行合同的，应予支持。当事人在提交登记机构的房屋买卖合同中虚构交易价格，税务机关按照真实价格核算或者追缴税费，导致交易税费增加，对增加部分税费的负担当事人不能协商一致的，一般由当事人按照法律规定负担。

**十五、**夫妻一方擅自出卖共有房屋，买受人要求继续履行合同办理不动产转移登记的，人民法院应当依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第七十三条的规定通知夫妻另一方作为共同被告参加诉讼。当事人也可以申请追加夫妻另一方作为共同被告参加诉讼。买卖合同因出卖人没有处分权不能履行的，人民法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人根据案件审理情况变更诉讼请求为解除合同、赔偿损失的，应予准许。但有下列情形之一的，可以判决合同继续履行：（一）夫妻另一方追认买卖合同的；（二）买受人举证证明夫妻另一方知道而未表示反

对的；（三）买受人已经按照合同约定支付价款，并占有使用房屋，夫妻另一方未在合理期间内提出异议的；（四）存在其他情形，可以认定买受人有理由相信出卖房屋是夫妻双方共同意思表示的。夫妻一方擅自出卖登记在自己一方名下的共有房屋，已经办理不动产转移登记，另一方请求返还房屋的，依据善意取得的规定审查。

十六、买卖合同项下房屋办理了抵押登记，买受人请求办理不动产转移登记的，人民法院应当通知抵押权人作为第三人参加诉讼。房屋抵押登记在民法典施行前办理，买受人在抵押权未消灭时主张适用民法典第四百零六条规定，请求办理不动产转移登记的，不予支持。人民法院可以依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人根据案件审理情况变更诉讼请求为代为清偿债务消灭抵押权后办理不动产转移登记或者解除合同、赔偿损失的，应予准许。

十七、房屋被依法查封，买受人起诉请求出卖人办理不动产转移登记的，人民法院可以告知其依据民事诉讼法第二百三十二条、第二百三十四条的规定主张权利，或者依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人不另行主张权利，根据案件审理情况变更诉讼请求为解除合同、赔偿损失的，人民法院应予准许。

十八、出卖人就同一房屋签订多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求继续履行合同的，一般应当按照下列情形分别处理：（一）先行办理不动产转移登记的买受人请求确认所有权已经转移的，应予支持；（二）均未办理不动产转移

登记，先行办理不动产预告登记的买受人在预告登记有效期内请求继续履行合同的，应予支持；（三）均无上述履行行为，先行接收房屋的买受人请求继续履行合同的，应予支持；（四）均无上述履行行为，登记机构已经受理其不动产转移登记申请的买受人请求继续履行合同的，应予支持；（五）均无上述履行行为，先行办理网上签约或者商品房预售合同备案的买受人请求继续履行合同的，应予支持；（六）均无上述履行行为，先行依约支付价款的买受人请求继续履行合同的，应予支持；（七）均无上述履行行为，成立在先合同的买受人请求继续履行合同的，应予支持。恶意抢先办理不动产转移登记或者预告登记的买受人，不能优先于已经合法占有房屋的买受人。在房屋查封期间占有房屋的买受人，其权利不能对抗申请查封房屋的买受人。对买卖合同的成立时间，应当综合主管机关备案时间、合同载明的签订时间以及其他证据确定。人民法院在审理房屋买卖合同纠纷案件时，查明涉案房屋还存在其他买卖合同关系的，应当通知其他买受人作为第三人参加诉讼。原告的诉讼请求明显不能成立，或者案件争议焦点不涉及原告与第三人权利先后顺序的，可以不通知该第三人。

十九、房屋连环买卖均未办理不动产转移登记，最终买受人以其合同相对人为被告提起诉讼，请求协助办理不动产转移登记的，人民法院可以通知参与房屋买卖的其他当事人作为第三人参加诉讼。被告以及第三人不提出抗辩或者抗辩理由不成立的，可以判决当事人依次办理不动产转移登记。第三人提出的抗辩理由

成立的，人民法院可以依据民法典第五百八十条第一款第一项的规定驳回最终买受人的诉讼请求。

二十、房屋尚未办理不动产转移登记至买受人名下，买受人请求确认房屋归其所有的，人民法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人根据案件审理情况变更诉讼请求为出卖人协助办理不动产转移登记的，人民法院应予准许。买受人不变更的，驳回其诉讼请求。

二十一、限购房屋的买受人请求出卖人协助办理不动产转移登记的，人民法院应当按照《广东省高级人民法院广东省住房和城乡建设厅广东省司法厅关于在审判执行、办理公证工作中落实住房限购政策的意见》（粤高法〔2013〕403号），要求其在举证期限内提交房屋所在地不动产登记机构出具的《购房资格证明》。

二十二、借他人名义购买房屋，借名人请求确认房屋归其所有的，不予支持。借名人请求出名人（登记权利人）按照约定协助办理不动产转移登记的，可予支持，但借名人不具有购房资格的除外。出名人将房屋出卖给第三人，借名人以无权处分为由主张返还房屋的，不予支持。

二十三、房地产调控政策实施后，当事人一方故意隐瞒或者虚构事实，或者明知对方的条件不符合政策要求仍诱导其签订房屋买卖合同，对方因合同无法履行请求解除或者撤销合同，并要求赔偿损失的，可予支持。房屋买卖合同签订后，因房地产调控政策的实施，导致无法办理不动产转移登记的，属于因不可归责于当事人双方的事由导致合同不能履行，人民法院可以参照《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》第十九条的规定处理。一方请求对方承担违约责任的，不予支持。买受人请求判令出卖人协助办理不动产转移登记的，人民法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人根据案件审理情况变更诉讼请求为解除合同、返还财产的，人民法院应予准许。房屋买卖合同约定即使买受人无法获得银行贷款也应当支付房款的，不因房贷政策调整而免除买受人未履行付款义务的违约责任。因当事人一方迟延履行，致使房屋买卖合同受房地产调控政策影响无法继续履行，守约方请求解除合同并赔偿损失的，应予支持。

二十四、根据《住房和城乡建设部关于进一步加强房地产市场监管完善商品房住房预售制度有关问题的通知》（建房〔2010〕53号）第十一条的规定，交付使用的商品房应当经过竣工验收合格并已在当地建设行政主管部门办理工程竣工验收备案。同时，出卖人交付的商品房还应满足买受人的基本居住要求。合同约定的交付条件高于前款标准的，以合同约定为准；合同约定的交付条件低于前款标准的，按前款规定认定。

二十五、出卖人交付的商品房符合合同约定及法定交付条件，买受人以商品房质量存在瑕疵为由拒绝接收，并要求出卖人承担逾期交房违约责任的，不予支持，但买受人有证据证明商品房在交付时存在严重影响正常居住使用的质量问题的除外。买受人接收商品房不影响出卖人对商品房质量问题承担保修义务。商品房符合合同约定的交付条件，且合同约定的交付期限届满，出卖人已经依约通知买受人接收商品房，买受人无正当理由拒绝接收的，视为商品房在办理交付手续的期限届满之日已经交付。

二十六、因商品房不具备法定或者约定的交付条件导致逾期交房，买受人主张出卖人承担逾期交房违约责任的，应予支持。出卖人有证据证明买受人明知房屋不具备交付条件仍要求交付房屋，且房屋没有严重影响正常居住使用的质量问题，买受人接收房屋后主张逾期交房违约责任的，不予支持。因房屋质量问题严重影响正常居住使用，买受人请求解除合同、赔偿损失的，应予支持。

二十七、商品房买卖合同约定买受人未缴纳住宅专项维修资金时，出卖人有权拒绝交付房屋或者办理不动产转移登记的，该约定不属于民法典第四百九十七条规定的无效格式条款。人民法院应当依据民法典第四百九十六条的规定进行审查。出卖人未履行提示义务，或者未按照买受人的要求予以说明，买受人主张该条款不成为合同内容的，应予支持。

二十八、商品房买卖合同未约定出卖人代为办理不动产转移登记的，出卖人仍然负有协助义务。出卖人应当在合理期限内办理不动产首次登记，并将办理不动产转移登记需要的材料提交登记机构，依据合同约定或者采用其他合理方式告知买受人可以自行申请办理不动产转移登记。出卖人未履行上述义务的，应当承担逾期办证的违约责任。买受人起诉请求出卖人协助办理不动产转移登记，但一审法庭辩论终结前出卖人尚未办理不动产首次登记的，人民法院应当依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第五十三条的规定处理。买受人根据案件审理情况变更诉讼请求为解除合同、赔偿损失的，人民法院应予准许。

二十九、买受人请求出卖人交付房屋或者办理不动产转移登记，出卖人以买受人未履行付款义务为由提出同时履行抗辩，经审查合同约定买受人支付剩余购房款的义务先于或者与出卖人的交房、过户义务同时履行，且合同符合继续履行条件的，人民法院可以作出同时履行判决，即出卖人在买受人依合同约定支付剩余购房款时，交付房屋、协助买受人办理不动产转移登记。

三十、当事人约定以办理房屋担保贷款作为付款方式，出卖人拒绝配合办理担保贷款，买受人符合下列情形之一的，可以认定合同符合继续履行的条件：（一）已经依约付清购房款，或者同意在合理期限内一次性付清全部购房款且有充分证据证明其有履行能力的；（二）已经取得银行贷款承诺函，且贷款银行在诉讼中明确表示同意按照承诺函发放贷款的。转让抵押房屋的，人民法院应当同时依据本指引第十六条的规定处理。

三十一、商品房买卖合同约定出卖人应自房屋交付后若干日内协助办理不动产转移登记或者买受人应自房屋交付后若干日内取得不动产权属证书的，办证期限应自实际交房之日起计算。出卖人有证据证明买受人要求在合同约定的交房期限届满前收房的，办证期限自约定交房之日起计算。

三十二、商品房买卖合同约定房屋按套内建筑面积计价，不动产权属证书载明的套内建筑面积与约定不符，合同对面积差异处理没有约定，当事人一方主张对方应支付面积差异款的，人民法院应当根据实际差异面积与合同约定的单价计算面积差异款。商品房买卖合同约定按套内建筑面积计价，不动产权属证书载明的分摊建筑面积与约定不符，当事人一方主张对方应支付面积差

异款的，不予支持。商品房买卖合同约定按套（单元）计价，买受人主张面积差异款的，不予支持。但附有房屋平面图的商品房预售合同除外。存在前款规定的情形，房屋面积差异较大，明显超出买受人签订合同时的合理预期，买受人请求解除合同、出卖人承担相应违约责任的，应予支持。

三十三、商品房买卖合同约定因买受人未能按时向贷款银行偿还贷款本息，出卖人根据贷款合同约定向贷款银行承担保证责任后，有权解除商品房买卖合同，买受人主张该条款为无效格式条款的，不予支持。出卖人承担保证责任后请求解除商品房买卖合同、返还房屋、赔偿损失或者支付违约金的，人民法院应当以出卖人所受实际损失为基础，兼顾合同的履行情况、房屋现值、当事人的过错程度以及预期利益等综合因素，根据公平原则和诚实信用原则，妥善认定合同解除的后果，避免因合同解除导致双方利益显著失衡。

三十四、存量房屋的买受人起诉请求出卖人迁出户籍，不属于民事案件的受理范围。出卖人迁出户籍对房屋买卖合同的订立和房屋价格的确定有重大影响，买受人因出卖人拒不迁出户籍主张解除合同、赔偿损失的，应予支持。

三十五、房地产开发企业提供的商品房买卖合同格式文本约定按固定数额承担迟延履行违约金，金额低于买受人实际损失，买受人依据民法典第五百八十五条第二款的规定请求增加违约金的，人民法院应予支持。

三十六、房屋买卖合同因当事人一方违约被解除的，守约方可以要求违约方赔偿房屋差价或者转售利益等可得利益损失。计

算损失时，应当扣除因守约方未采取合理措施不当扩大的损失、守约方因对方违约而获有的利益以及取得可得利益需要支出的中介费、按揭费等必要费用，但不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

三十七、合同解除权行使期限届满或者解除权放弃后，对方当事人经催告后在合理期限内仍未履行合同，守约方主张依据合同约定或者法律规定解除合同的，应予支持。

三十八、房屋交付后，买受人请求出卖人协助办理不动产转移登记，出卖人提出诉讼时效抗辩的，不予支持。

三十九、买受人请求出卖人支付逾期办证或者逾期交房违约金，违约金为固定金额的，从合同约定或者法定的履行期限届满之日起计算时效期间。按日或者按月等时间单位累计计算违约金的，按每个个别债权分别计算诉讼时效期间。

# 河北省高级人民法院

## 关于建设工程施工合同纠纷案件审理指南

冀高法〔2023〕30号

2023年5月10日审判委员会总第十八次会议讨论通过

为了正确审理建设工程施工合同纠纷，准确适用法律，规范自由裁量权的行使，依据《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国建筑法》《中华人民共和国招标投标法》《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若干问题的解释（一）》等法律、行政法规及司法解释，结合我省实际情况，制定本审理指南。

### 一、建设工程施工合同的效力认定问题

1. 当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，如果该开发项目符合《中华人民共和国招标投标法》第三条和《必须招标的工程项目规定》的，人民法院不予支持。

2. 法律、行政法规规定必须经过招投标的建设工程，当事人以招投标程序违法，或者存在串标、明招暗定等情形主张建设工程施工合同无效的，应承担相应的举证责任，人民法院经审查，认定确实存在以上情形的，该建设工程施工合同为无效合同。

3. 建筑施工企业与其下属分支机构或所属职工签订合同，将其承包的全部或者部分工程分包给其下属分支机构或所属职工施工，并在资金、技术、设备、人力等方面给予支持的，可以认定为企业内部承包合同。判断是否为企业的所属职工应以书面劳动合同、社保缴纳凭证、工资发放证明等证据综合予以认定。企业内部职工和下属分支机构不得以自己的名义主张工程款。建筑施工企业与无施工资质的承包人签订的合同名为企业内部承包实为借用资质，当事人主张合同有效的，人民法院不予支持。

4. 以下情形可以认定为非法劳务分包：（1）总承包人、专业分包企业将建筑工程的劳务作业分包给不具备相应资质条件的企业和个人；（2）总承包人、专业分包企业将建筑工程的劳务作业分包给具备相应资质条件的企业，但分包的内容包括提供大型机械、周转性材料租赁和主要材料、设备采购等；（3）劳务作业承包人将承包的劳务作业再分包的。

## 二、工程价款结算及相关问题

5. 建设工程施工合同无效，发包人与承包人均有权请求参照合同约定支付折价补偿款；承包人要求另行按照定额结算或者据实结算的，人民法院不予支持。

6. 当事人就同一建设工程订立的数份施工合同均被认定为无效的，在结算工程价款时，应当参照当事人真实意思表示并实际履行的合同约定结算工程价款。当事人已经基于其中一份合同达成结算单的，如当事人无法举证证明存在欺诈、胁迫等撤销事由，应认定该结算单有效。

7. 当事人在合同中只约定了发包人收到竣工结算文件后，应在约定的期限内予以答复，但未明确约定逾期不答复视为认可竣工结算文件的，不能适用最高人民法院《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）》第二十一条[1]的规定。承包人仅依据建设部制定的建设工程施工合同格式文书通用条款 33.3 条“发包人收到竣工结算报告及结算资料后 28 天内无正当理由不支付工程结算价款的，从第 29 天起按承包人同期向银行贷款利率支付拖欠工程价款的利息，并承担违约责任”的约定请求发包人按照竣工结算文件结算工程价款的，人民法院不予支持。

8. 合同约定固定价款的，因发包人原因导致工程变更的，承包人能够证明工程变更增加的工程量不属于合同约定固定价范围内的，有约定的，按约定结算工程价款，没有约定的，可以参照合同约定标准对工程量增减部分予以单独结算，无法参照约定标准结算可以参照施工地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算。主张调整的当事人对合同约定的施工具体范围、实际工程量增减的原因、数量等事实负有举证责任。

9. 建设工程施工合同约定工程款实行固定价，如建设工程尚未完工，当事人对已完工程造价产生争议的，可将争议部分的工程造价委托鉴定，但应以合同约定的固定价为基础，根据已完工工程占合同约定施工范围的比例计算工程款。即由鉴定机构在同一取费标准下分别计算出已完工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定的固定价乘以该系数，确定工程价款。当事人一方主张以定额标准作为造价鉴定依据的，人民法院不予支持。

10. 未施工完毕的工程项目，当事人就已完工程的工程量存有争议的，应当根据双方在撤场交接时签订的会议纪要、交接记录以及监理材料、后续施工资料等文件予以确定；不能确定的，应根据工程撤场时未能办理交接及工程未能完工的原因等因素合理分配举证责任。发包人强制施工方撤场的，发包人不认可承包人主张的工程量的，由发包人承担举证责任。发包人不提供相应证据，应承担举证不能的不利后果。

11. 建设工程施工合同被确认无效后，发包人主张因承包人工期延误应赔偿其与第三人签订的房屋买卖合同因逾期交房发生的违约损失，承包人对工期延误存在过错，损失已经实际发生，且损失发生与承包人逾期交工行为有因果关系，可以纳入无效合同过错责任赔偿范围。根据承包方订立、履行合同中的过错责任大小及诚实信用原则，依据《中华人民共和国民法典》第一百五十七条规定判令其承担相应的责任。

12. 合作开发房地产合同中的一方当事人作为发包人与承包人签订建设工程施工合同，承包人要求合作开发的各方当事人对欠付的工程款承担连带责任的，人民法院应予支持。13. 建设工程施工过程中，发包人与承包人进行结算后，出具欠条确认欠付债务，原告依据欠条起诉，被告主张该欠条中确认数额并非实际的工程款数额，要求确认欠条无效的，一般不予支持。除非被告能够提供证据证明出具欠条时存在重大误解、欺诈、胁迫或显失公平[2]等情形。

### 三、审计结论、财政评审意见作为结算依据的相关问题

14. 政府投资和以政府投资为主的建设项目，合同明确约定以行政审计、财政评审作为工程价款结算依据的，财政部门、审计部门等对工程款的审核、审计，应当作为结算依据。

15. 在承包人或实际施工人提交完整的结算文件后，发包人在一年内未提交行政审计或财政评审部门的，或行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人申请对工程造价予以司法鉴定，人民法院应予支持。

16. 在双方当事人已经通过结算协议确认了工程结算价款并已基本履行完毕的情况下，国家审计机关作出的审计结论或财政评审意见，不影响双方结算协议的效力。

#### **四、建设工程造价鉴定**

17. 承包人提出结算申请后，发包人单方委托鉴定，后承包人以发包人委托鉴定结论为依据起诉要求支付工程款的，按诉前共同委托鉴定处理。

18. 当事人对施工合同效力、结算依据、签证文件的真实性及效力等问题存在争议的，应由人民法院进行审查并确认是否作为结算依据。人民法院准许当事人对工程价款进行鉴定的申请后，应当根据当事人申请及查明案件事实的需要，确定委托鉴定的事项及范围，并组织双方当事人对争议的鉴定资料进行质证，确定鉴定依据。当事人对对方提交的鉴定资料无法达成一致意见的，人民法院不能简单以当事人不予认可为由否认该鉴定资料的真实性，人民法院应依法对争议的资料进行审查并确定是否可以作为鉴定资料使用。

19. 人民法院在委托鉴定时可要求鉴定机构根据当事人所主张的不同结算依据分别作出鉴定结论，或者要求鉴定机构对存疑部分的工程量及价款鉴定后单独列项，供审判时审核认定使用，也可由人民法院就争议问题先做出明确结论后再启动鉴定程序。

20. 鉴定过程中，各方当事人均有提交鉴定资料的义务。当事人在鉴定过程中未按法院指定的期限提交鉴定资料，经过催告仍不提交，且不能做出合理解释的，视为拖延提交鉴定资料，应承担举证不能的法律后果。

21. 人民法院经审理认为就建设工程价款等专门性问题需要进行鉴定的，应当向负有举证责任的当事人进行充分释明，明确告知其不申请鉴定可能承担的不利后果。当事人经释明后未申请鉴定的，可参照民事诉讼法逾期举证的规定，由其承担相应的法律后果。一审诉讼中负有举证责任的当事人未对工程价款申请鉴定，二审诉讼中申请鉴定的，人民法院可予准许。人民法院准许后，可以将案件发回一审法院委托鉴定，但不得违反民事诉讼法的相关规定。对经一审法院释明未申请鉴定的当事人，可参照民事诉讼法对逾期举证的规定，对当事人进行训诫、罚款。

## 五、实际施工人的认定及权利行使问题

22. 实际施工人与名义上的承包人相对，一般是指转包合同、违法分包合同、没有资质借用有资质的建筑施工企业的名义签订建筑工程施工合同的承包人。**具有下列情形可认定为实际施工人：**（一）存在实际施工行为，包括在施工过程中购买材料、支付工人工资、支付水电费等行为；（二）参与建设工程承包合同的签订与履行过程；（三）

存在投资或收款行为。具有下列情形的，不能认定为实际施工人：（一）属于施工企业的内部职工；（二）与转包人、违法分包人无施工合同关系的农民工、建筑工人或者施工队、班组成员。上述人员不能直接向发包人主张权利，只能依据劳动关系或劳务关系向实际施工人（承包人）主张权利。

23. 实际施工人向与其没有合同关系的转包人、分包人、总承包人、发包人提起的诉讼，发包人与承包人就工程款问题尚未结算的，原则上仍应坚持合同相对性，由与实际施工人有合同关系的前手承包人给付工程款。如果发包人与承包人已就工程款进行结算或虽尚未结算，但欠款范围明确，可以确定发包人欠付承包人的工程款数额大于承包人欠付实际施工人的工程款数额，可以直接判决发包人对实际施工人在承包人欠付实际施工人的工程款数额范围内承担连带给付责任。欠付工程款范围明确是指判决中必须明确发包人承担连带责任的范围和数额，不能简单表述为发包人在欠付工程款范围内承担连带责任。

24. 承包人请求发包人支付工程款，发包人向实际施工人支付工程款抗辩的，应当举证证明支付工程款数额及支付理由，对付款有特殊约定、承包人予以授权、生效裁决予以确定，或者有其他正当理由，人民法院应当予以支持。

## 六、建设工程优先受偿权

25. 承包人享有的优先受偿权的建设工程价款范围是指承包人完成的工作成果所产生的费用，包括直接费、间接费、利润、税金及工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括工程款利息及因发

包人违约所产生的损失。土地使用权不属于优先受偿权的客体，承包人请求对建设工程占用范围内的土地使用权的价值享有优先受偿权的，不予支持。

26. 当事人以调解方式对优先受偿权进行确认的，人民法院应依法审查其合法性，对当事人恶意串通损害第三人合法权益的调解协议不予确认。

27. 建设工程价款优先受偿权系法定优先权，承包人将建设工程价款债权转让，建设工程价款的优先受偿权随之转让。

## **七、工程质量、质保金返还及保修责任**

28. 承包人提起的建设工程施工合同纠纷中，发包人以工程质量不符合合同约定或规定、工期延误等为由，要求承包人支付违约金或者赔偿修理、返工或者改建的合理费用等损失的，告知发包人应提起反诉，与本诉一并审理。承包人提起建设工程施工合同纠纷后，发包人在建设工程所在地的其他法院另行起诉承包人主张上述权利的，人民法院应告知发包人在前诉中提起反诉。

29. 因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，发包人能够证明已经履行了通知义务，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减付工程价款的，可以将发包人因修理、返工或重建而支付的费用在工程款中予以扣减。

30. 建设工程经过竣工验收合格后，承包人主张工程款的，发包人又以工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。

31. 未完工程中，承包人主张其已完成部分的工程款的，后续工程已经由第三方施工完毕，并竣工验收合格的，发包人又以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。后续工程已经由第三方施工完毕，但未进行竣工验收，或者未由第三方继续施工，但分部分项验收合格的，发包人又以承包人施工部分的工程质量不合格主张付款条件不成就或者拒付工程款的，人民法院不予支持。人民法院可在承包人已完工程价款中按合同约定比例暂扣质保金，暂扣质保金的时间最长不超过两年。但确因承包人原因导致建设工程的地基基础工程和主体结构存在质量问题的除外。

32. 发包人返还质量保证金后，不影响承包人依照合同约定或法律规定履行工程保修义务。

33. 发包人擅自使用未经验收或验收不合格工程，视为该工程已经竣工验收，但不能排除工程保修期内承包人的保修责任。

34. 建设工程施工合同中约定发包人可因工期、工程质量、转包或违法分包等情形对承包人处以“罚款”的，该约定应视为双方对违约责任的约定，罚款具有违约金的性质，经承包人确认的罚款数额，发包人主张从工程款中扣减的，人民法院应予支持。当事人要求对罚款的数额进行调整的，人民法院可按照《中华人民共和国民法典》第五百八十五条的规定予以处理。

35. 发包人未取得施工许可证，但承包人已实际开工的，应以实际开工之日为开工日期，合同另有约定的除外。因未取得施工许可证而被行政主管部门责令停止施工的，可作为工期顺延的事由。

36. 建设工程施工合同履行中，承包人由于管理不善等原因，导致工期延误等违约行为的，人民法院确定承包人向发包人承担的违约责任时，应准确理解、把握《中华人民共和国民法典》第五百八十四条规定，综合考虑承包人过错、履行施工合同预期利益，发包人实际损失等情况，综合确定赔偿数额。

## 八、承包主体的对外责任承担

37. 挂靠人以自己名义与材料设备供应商签订买卖合同，材料设备供应商起诉要求被挂靠单位承担合同责任的，不予支持；挂靠人以被挂靠单位名义签订合同，一般应由被挂靠单位和挂靠人共同承担责任，但材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求被挂靠人承担合同责任的，人民法院不予支持。

38. 转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业项目部名义对外签订买卖、租赁等合同，施工企业是否承担民事责任适用《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定。有证据证明合同标的用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人无正当理由相信转包人、违法分包人有代理权。

39. 转包人、违法分包人未经施工企业授权，以施工企业项目部名义对外签订借款合同，应按照《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》严格审查借贷的基础事实，包括借款的数额、利息等，并审查借款的用途。有证据证明借款实际发生且用于工程或施工合同履行过程中施工企业对项目部的行为进行过认可的，可以认定债权人无正当理由相信转包人、违法分包人有代理权。

40. 施工企业设立项目部并任命项目部负责人的，项目部负责人受施工企业委托从事民事行为，应视为履行职务行为，施工企业应为合同主体。建设工程承包人设立的项目部负责人在施工企业授权范围外从事的行为，构成表见代理的，施工企业应对外承担责任。施工企业与其设立的项目部负责人签订的有关内部协议，约定免除施工企业对外承担责任的条款，不具有对外效力，不能约束第三人。

41. 施工企业认可的项目部印章对外订立合同的，该印章具有缔约或结算的效力，施工企业应对加盖该项目部印章的合同承担责任。施工企业对项目部印章不认可的，若权利人举证证明在其他对外经济往来或具有公示效力的场合使用过该印章，则该印章具有缔约或结算的效力。

42. 技术章、材料收讫章、资料专用章一般不具有缔约或结算的效力，相对人主张权利的，应当结合交易习惯、该章的使用情况等举证证明其有理由相信该印章具有超出其表面记载的实际功能，可以认定该章的效力。

43. 实际工人与施工企业之间存在挂靠关系，行为人私刻施工企业印章的，施工企业不能证明合同相对人对私刻印章的情形是明知的，施工企业应承担相应的民事责任。

44. 支付工程款义务和开具发票义务是两种不同性质的义务，不具有对等关系。发包人因承包人违反约定未开具发票为抗辩理由拒付工程款的，人民法院不予支持，但可以明确承包人具有向发包人开具发票的义务。发包人提起反诉请求主张承包人开具发票的，人民法院应予支持。

45. 本审理指南自印发之日起在工作中参照执行。

# 河北省高级人民法院

## 关于印发《民间借贷案件审理指南（试行）》的通知

冀高法〔2023〕31号

2023年5月10日审判委员会总第十八次会议讨论通过

各市、雄安新区中级人民法院，定州、辛集市人民法院，石家庄铁路运输法院，院属各部门：

为妥善审理民间借贷案件，正确适用法律，统一全省法院裁判尺度，我院审判委员会已于2023年5月10日总第18次会议讨论通过了《河北省高级人民法院民间借贷案件审理指南（试行）》，现予印发，供全省各级人民法院参照执行。执行中如有问题，请及时向本院民一庭反馈。

为妥善审理民间借贷案件，正确适用法律，统一全省法院裁判尺度，根据《中华人民共和国民法典》《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》《全国法院民商事审判工作会议纪要》等规定，结合我省审判工作实际，制定本审理指南。

1. 除《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十三条依据民间借贷合同特点规定的民间借贷合同无效的主要事由之外，对于符合《中华人民共和国民法典》规定民事法律行

为无效情形的民间借贷行为，应当依据《中华人民共和国民法典》第一百四十四条、第一百四十五条、第一百四十六条、第一百五十四条等相关规定认定无效。

2. 存在以下情形之一的，应认定为《中华人民共和国民法典》第一百五十三条第二款规定的违背公序良俗，当事人就此签订的民间借贷合同应认定为无效：（1）因不正当两性关系产生的“青春损失费”、“分手费”、“精神损失费”、“补偿费”等形成的债务；（2）因赌博、吸毒等非法行为形成的债务；（3）因托人情、找关系等非法请托行为形成的债务；（4）其他违背公序良俗的债务。

3. 存在下列情形之一的，不应认定为《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第十一条规定的单位内部集资：（1）将社会人员吸收为本单位工作人员，继而向其吸收资金的；（2）单位主观上明知“名义出资人”与“实际出资人”不相符，且“实际出资人”不是本单位职工的；（3）非出于单位自用目的而向职工进行集资的；（4）其他不应认定单位内部集资的行为。

4. 自然人之间的借款合同为实践性合同，当事人关于合同经签名或盖章后即成立、生效的约定不能改变法定的合同成立要件，如出借人未实际履行出借义务，借款合同应认定为未成立。

5. 出借人和借款人签订借款合同，实际交由第三人使用的，根据合同相对性原则，借款人为借款合同的相对人。如果出借人与借款人约定由实际使用人向出借人偿还借款，实际使用人不履行债务或者履行债务不符合约定的，由借款人向出借人承担违约责任。如果借款人与实际使用人之间存在委托代理关系，借款人因实际使用人的原因

对出借人不履行义务的，可以适用《中华人民共和国民法典》第九百二十六条第二款之规定。

6. 当事人书写的借据、收据、欠条等债权凭证不规范，把名字写为同音、近音、近形字，或写成小名、俗称、别称等其他称谓，或为逃避债务故意写错当事人名称的，当事人以其持有的该债权凭证为据提起民间借贷诉讼，人民法院应予受理，并综合款项交付证据、当事人陈述、借贷双方的关系等因素，运用逻辑推理、日常生活经验法则等对当事人的诉讼主体资格进行判定。

7. 出借人为两人以上，仅部分出借人对借款人主张权利的，按照如下方式处理：（1）出借人的共同债权为连带债权，人民法院应当追加其他出借人为共同原告，但其他出借人明确表示放弃向借款人主张权利的除外。放弃债权的出借人对借款人另行提起诉讼的，不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉；（2）出借人的共同债权为按份债权，且部分出借人仅就自己享有的债权份额向借款人主张权利的，予以准许。

8. 借款人为两人以上，出借人仅对部分借款人主张权利的，人民法院可向出借人释明是否追加其他借款人为共同被告。出借人依法申请追加的，予以准许；出借人拒绝追加的，人民法院可追加其他借款人为第三人参加诉讼以查明案件事实。

9. 当事人就借贷事实是否发生存有争议的，人民法院根据查明案件事实的需要，可以要求主张存在借贷事实的一方当事人补充提交证据，传唤当事人本人、法人的法定代表人、非法人组织的负责人、经办人等有关人员到庭接受询问，必要时可依职权调查取证。

10. 借据载明的绝大部分金额系通过转账方式支付，出借人主张剩余小部分款项系以现金交付，虽有收条等债权凭证，但出借人未能提供其他证据予以证实，也未能对现金支付的原因、资金来源、支付细节等做出合理解释，特别是出借人主张的现金支付金额与借期内某段区间借款利息数额基本一致时，一般可认定为预扣利息。出借人支付了全部约定借款，但借款人在收到借款的当天或极短时间内即将其中小部分款项返还出借人或支付给出借人指定的第三人，借款人主张该笔款项为预扣利息，出借人不予认可但又无法对其用途做出合理解释，特别是该笔款项数额与借期内某段区间借款利息数额基本一致时，一般可认定为预扣利息。

11. 对于通过支付宝、微信、手机银行等支付方式进行借款和还款的，人民法院应加大依职权调取证据的力度，重点审查支付宝、微信、手机银行等相关支付媒介的账号的实名认证情况、绑定银行卡号及绑定时间、与对方的交易记录及资金去向等相关证据材料，准确认定款项出借与偿还有关事实。

12. 出借人依据借款合同约定向借款人主张为实现债权已实际发生的必要费用的，按照以下原则处理：（1）案件受理费、财产保全费，按照国务院《诉讼费用交纳办法》[1]的相关规定依法处理；（2）诉讼保全担保费，一般不予支持；（3）律师费，在合理范围内的予以支持；（4）服务费、咨询费、管理费和配套费等属于《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第二十九条规定的“其他费用”，在审查借款合同约定的效力、相关费用是否实际发生、费用是否合理的基础上，对其合理部分予以支持，但与利

息、违约金合并计算后超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的部分，不予支持。

13. 法人的法定代表人或者非法人组织的负责人以单位名义与出借人签订民间借贷合同，所借款项实际由其个人使用，出借人主张单位承担还款责任的，不予支持。单位承担还款责任后，有权向法定代表人、负责人追偿。有证据证明出借人知道或者应当知道法定代表人或者负责人以单位名义为其本人借款，以及出借人与法定代表人或负责人恶意串通损害单位合法权益的，单位不承担还款责任，出借人请求法人的法定代表人或非法人组织的负责人承担还款责任的，不予支持。

14. 借贷双方通过网络借贷平台提供的媒介服务形成借贷关系的，借贷双方与平台成立中介合同关系，网络借贷平台作为中介人负有就有关订立合同的事项向借贷双方如实报告的义务。因网络借贷平台存在隐瞒与订立合同有关的重要信息、提供虚假情况等故意或者重大过失，给借贷双方造成损失的，应依据《民法典》第九百六十二条等相关规定承担赔偿责任。

15. 夫妻一方非因家庭日常生活需要而以个人名义为他人债务提供担保的，担保债务原则上应认定为个人债务。如果夫妻一方基于夫妻共同生活、共同生产经营或者夫妻双方共同意思而为他人提供担保，或者担保利益归属于家庭或与家庭利益有实际关联的，则担保债务可认定为夫妻共同债务。

16. 人民法院在民间借贷案件的判决主文中，应当明确债务人应偿还本金数额、应支付的利息数额或利息计算方法（包括逾期利息、违约金等）以及利息计算起止时间等内容。出借人主张利息计算至借

款清偿完毕之日的，人民法院一般应予支持，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。

17. 职业放贷行为具有反复性、经常性、营利性。审理民间借贷案件中，可以根据出借人或其关联出借人在一定期间内出借次数或所涉民间借贷案件数量、利率、借款合同格式化程度、出借金额、资金来源、借贷双方之间的关系以及出借人是否公开推介宣传或明示出借意愿等因素综合认定出借行为是否具有营利性。通常出借人只要收取利息、资金占用费、服务费、咨询费、管理费等相关费用即可认定为具有营利性，不以是否收取高利息作为营利性的认定条件。同一出借人或其关联出借人两年内向不特定多数的不同借款人以借款或其他名义出借资金6次以上的，一般可认定为职业放贷行为。个别案件即使尚未达到两年6次的一般标准，但有充分证据可以确认出借行为具有反复性、经常性、营利性的，也可以根据案件实际情况认定为职业放贷。

18. 对涉嫌虚假诉讼的案件，人民法院应适用普通程序审理，并可根据案件具体情况采取下列甄别措施：（1）传唤出借人、借款人本人或者相关经办人员到庭陈述，并告知无正当理由拒不到庭的不利后果；（2）要求当事人就其主张进一步补充提交其他相关证据；（3）在法律规定范围内，加大依职权调查取证力度；（4）其他查明案件所需的措施。对当事人一方或者双方涉及多起民间借贷关联案件的，可以交由同一业务庭、同一合议庭审理。对关联案件合并审理的，应要求不同债权人、债务人分别单独到庭陈述相关事实，并接受法庭询问。

19. 人民法院审理民间借贷案件，应当对是否构成职业放贷或虚假诉讼进行关联案件检索。

20. 借款人因借贷行为涉嫌犯罪，出借人单独起诉借款人的，人民法院不予受理。出借人单独起诉担保人的，人民法院应予受理。出借人同时起诉担保人和借款人的，人民法院应告知出借人将借款人涉嫌犯罪的线索、材料移交给公安或者检察机关；出借人坚持起诉借款人和担保人，且符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十二条规定的受理条件的，人民法院应予受理。人民法院受理后，应裁定驳回出借人对借款人的起诉，并将线索、材料移送公安或检察机关，同时继续审理出借人对担保人的诉讼请求。如因借款人涉嫌犯罪导致民间借贷案件基本事实无法查清，需以借款人涉嫌犯罪刑事案件的审理结果为依据的，人民法院应裁定中止审理民间借贷案件。

21. 人民法院依据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第五条之规定移送线索、材料时应注意：（1）应当制作专门的《涉嫌犯罪线索移送函》，并附上民事案件起诉状、案件线索涉及的相关材料；（2）应当制作移送回执，要求公安或检察机关在接到移送材料后，在移送回执上签字或盖章；（3）《涉嫌犯罪线索移送函》中一般宜载明建议公安机关或检察机关在一定期限内将是否立案的情况通知移送案件的人民法院；（4）公安机关或检察机关审查后予以立案的，人民法院应将已经查封、冻结的涉案财物移送公安机关或检察机关，由公安机关或检察机关变更为刑事冻结、扣押手续。

22. 本指南自公布之日起执行。全省法院尚未审结的一审、二审案件可参考本指南进行审理。

**河南省高级人民法院**  
**关于追加股东为被执行人执行异议之诉**  
**审理会议纪要（2023）**

为统一裁判尺度，提高执行审判质效，切实保护当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》、《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》（以下简称《变更、追加当事人规定》）等法律及司法解释规定结合全省法院工作实际，就追加股东为被执行人案件问题，现纪要如下：

**一、一般原则**

1. 法定原则。执行程序中追加股东为被执行人应坚持法定原则，追加的事由须符合《变更、追加当事人规定》中的规定事由。

2. 区分原则。追加股东为被执行人的执行异议之诉案件应当与根据《中华人民共和国公司法》及其司法解释的规定主张股东承担责任的普通民事案件相区分，二者审理对象不同，审理范围不同，法律依据不同，裁判主文不同。

**二、追加股东为被执行人的前提**

3. 作为被执行人的营利法人,财产不足以清偿生效法律文书确定的债务,才可以追加股东为被执行人。执行部门作出的被执行人无财产可供执行的终本裁定或者财产调查结果可以作为证明被执行人的财产不足以清偿生效法律文书确定的债务的证据。被执行人或者被申请追加的股东提供充分证据证实确有财产可供执行的,不予追加该股东为被执行人。

### 三、出资不实股东的追加

4. 出资不实,是指股东没有按照公司章程充分履行出资义务,却保留股东身份的行为,主要包括欠付出资、虚假出资、瑕疵出资三种类型

5. 注册资本实缴制下,法律规定或者被执行人公司章程规定股东应当缴纳出资而未实缴的,申请执行人依据《变更、追加当事人规定》第十七条、第十九条的规定申请变更、追加该股东为被执行人,在其尚未缴纳出资的范围内依法承担责任的,一般应予支持。

6. 注册资本认缴制下,在认缴期限届满前,股东享有期限利益,申请执行人请求追加未缴纳或未全部缴纳出资的原股东及继受股东为被执行人的,一般不予支持。原股东一般是指未依法履行出资义务即转让股权的股东。

但是,下列情形除外:(1)公司作为被执行人的案件,人民法院穷尽执行措施无财产可供执行,已具备破产原因,但不申请破产的;(2)在公司债务产生后,公司股东(大)会决议或以其他方式延长股东出资期限的。

7. 被执行人股东被追加为被执行人后，被执行人股东的股东仍然有出资不实或者抽逃出资事实的，一般不再连续追加被执行人股东的股东为被执行人。

#### 四、抽逃出资股东的追加

8. 抽逃出资，是指公司股东在公司成立后，违反《中华人民共和国公司法》不得抽回出资的规定以及公司章程的约定利用各种手段将其已缴纳出资的全部或者部分公司资产非法转移为自己所有，而继续享有股东权利的行为。

9. 作为被执行人的营利法人，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人主张该营利法人的股东存在抽逃出资的情形，应当提供该股东在完成出资义务后将注册资本抽回的初步证据，符合下列情形之一的可予以认定：

- (一)制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配
- (二)通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- (三)利用关联交易将出资转出；
- (四)其他未经法定程序将出资抽回的行为。

#### 五、一人有限责任公司股东的追加

10. 作为被执行人的一人有限责任公司，财产不足以清偿生效法律文书确定的债务，申请执行人申请追加该公司股东为被执行人对公司债务承担连带责任的，应当由被执行人公司提供公司银行账户流水、每一年度会计报告和审计报告以证明公司财产独立于股东自己的财产。

11. 一人有限责任公司股东是被执行人，申请执行人以个人财产与一人有限责任公司财产混同为由申请追加一人有限责任公司为被执行人的，一般不予支持

## 六、其他规定

12. 执行异议之诉判决作出追加股东为被执行人的，应当在判决主文中同时明确其承担责任的范围。执行法院不得超出其责任范围执行。

13. 在变更追加执行人异议之诉案件审理过程中，被执行人被人民法院裁定宣告破产的，执行法院应当依照民事诉讼法第一百五十七条第六项的规定，裁定终结诉讼。

**湖南省高级人民法院**  
**关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的**  
**解 答**

湘高法〔2022〕102号

全省各级人民法院：

省法院审判委员会讨论通过了《湖南省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》。现予以印发，请严格遵照执行。执行过程中如有问题，请及时层报省法院民一庭。

湖南省高级人民法院

2022年11月17日

**一、建设工程施工合同纠纷案件专属管辖的范围应如何理解？**

下列案件，由建设工程所在地人民法院管辖：（一）建设工程施工合同纠纷、装饰装修合同纠纷、建设工程价款优先受偿权纠纷、建设工程监理合同纠纷、农村建房施工合同纠纷，建设工程分包合同纠纷及建设工程劳务分包合同纠纷；（二）建设工程勘察合同纠纷、建设工程设计合同纠纷。（三）工程款债权转让，债务人与受让人因债务履行发生的纠纷。（四）建设工程总承包合同纠纷。

## 二、建设工程施工合同中仲裁条款涉及管辖等相关问题应如何认定？

发包人与承包人在建设工程施工合同中约定仲裁条款的，除非实际施工人表示认可或表示受发包人与承包人之间的仲裁条款约束，否则仲裁条款仅对合同双方具有约束力。实际施工人、合法分包人起诉承包人或直接起诉发包人的，人民法院应当审理。如果本案诉讼需要以发包人与承包人之间的仲裁结果作为依据的，可中止审理，待仲裁程序结束后再恢复审理。人民法院对已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实应根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十条之规定予以认定。实际施工人、合法分包人与承包人约定了仲裁条款，又以发包人为被告提起诉讼的，不予受理，已经受理的，裁定驳回起诉。实际施工人、合法分包人与承包人之间的仲裁已终结后，又起诉发包人的（包含发包人与承包人在建设工程施工合同中亦约定了仲裁条款情形），人民法院应当审理。

## 三、未经招投标签订的建设工程施工合同的效力如何认定？

当事人以建设工程未经招投标程序主张签订的建设工程施工合同无效的，除符合《中华人民共和国招标投标法》第三条规定及国家发展和改革委员会 2018 年 6 月 1 日施行的《必须招标的工程项目规定》（中华人民共和国国家发展和改革委员会令第 16 号）、2018 年 6 月 6 日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843 号）的相关规定必须招标的项目外，不予支持。

## 四、签订中标通知书后未正式签订建设工程施工合同时合同是否成立？

招投标过程中承包人与发包人签订中标通知书，承包人或发包人拒绝与对方签订正式建设工程施工合同文本的，此时应视为双方之间建设工程施工合同本约合同成立。

#### **五、发包人未取得建设工程规划许可证及建设工程施工许可证时如何认定合同效力？**

存在多次诉讼，发包人在本次起诉前取得建设工程规划许可证等审批手续的，可以认定建设工程施工合同有效。

#### **六、发包人与承包人之间的承包合同无效是否必然导致分包合同也无效？**

发包人与承包人之间的建设工程施工合同无效，不必然导致分包合同无效。若承包人将部分工程分包给有资质的施工方，则分包合同有效，除非案涉工程本身存在违法性，如未取得建设工程规划许可证、建设工程用地规划许可证、案涉工程被认定为违法建筑等情形。

#### **七、如何确定“黑白合同”中作为结算依据的合同？**

中标合同有效，以中标合同作为结算依据。中标合同与其他合同均无效的，以实际履行的合同作为结算依据。无法区分实际履行的合同的，以后签订的合同作为结算依据。招标人与中标人另行签订的建设工程施工合同约定的实质性内容与中标合同不一致的，应以中标合同作为结算依据。但因客观情况发生了招投标时难以预见的变化而另订施工合同的除外。

#### **八、当事人已达成结算协议后又以合同无效反悔应如何处理？**

当事人就建设工程价款自行达成结算协议后，又以建设工程施工合同无效为由，否定结算协议确定的工程价款的，不予支持。

#### **九、发包人可否参照无效合同约定要求支付工程款？**

建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格，发包人可以参考合同关于工程价款的约定请求对承包人进行折价补偿。

**十、建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可否参照合同的约定计算损失？**

建设工程施工合同无效，但该建设工程经竣工验收合格，当事人无法举证证明实际损失的情况下，可参照合同关于质量、工期、进度款支付等索赔条款的约定计算损失。

**十一、建设工程施工合同无效，当事人之间约定的管理费如何处理？**

建设工程施工合同无效，合同约定的管理费原则上不予支持。当事人主张的，法院可以根据合同系借用资质或转包、违法分包等不同类型，结合出借资质人、转包人、违法分包人是否履行管理职责因素予以适当支持，一般不宜超过总工程款的 3%。

**十二、合同均无效情形中总包合同与转包、违法分包合同关于工程款的差额应如何处理？**

建设工程施工合同均无效情形中，承包合同高于转包、违法分包合同的工程款差额的性质属非法利益，转包、违法分包人与实际施工人按转包、违法分包合同结算后又以承包合同向发包人主张支付工程款，发包人对超出部分的工程款提出不予支付抗辩的，人民法院应综合合同履行情况、施工工程内容及行业惯例等情形予以调整，一般不宜超过差额部分工程款的 8%（包含税金、管理费在内）。但发包人明知且认可的，该抗辩不能成立。

**十三、当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据，一方以审计、财政评审结论不真实、客观要求重新鉴定如何处理？审计部门明确表示无法审计或拖延审计如何处理？**

当事人约定以行政审计、财政评审作为工程款结算依据的，按约定处理。当事人有证据证明审计结论不真实、客观，法院可以准许当事人补充鉴定、重新鉴定或者补充质证等方法对争议事实做出认定。行政审计或财政评审部门明确表示无法进行审计，或在约定期限及合理期限内无正当理由未出具审计结论，当事人就工程价款结算无法达成一致申请司法审计鉴定的，应予准许。

**十四、借款预支工程款应如何处理？**

建设工程施工合同履行过程中，当事人出具借条预支工程进度款，发包人或承包人在结算工程价款过程中主张抵扣借款本金及利息的，应当一并处理。

**十五、以房抵债协议在结算中应如何处理？**

工程款结算中，发包人与承包人约定以承包人建设的房屋抵冲工程价款的，在案件结算中应一并予以处理。除非承包人能够证明存在发包人拒绝履行以房抵债义务或其他履行障碍情形。

**十六、发包方以承包方未开具发票拒绝支付工程款应如何处理？**

发包人以承包人未开具发票为由拒绝支付工程款的，人民法院不予支持。当事人另有明确约定的除外。承包人起诉要求发包人支付工程款，发包人以要求承包人开具发票为由提起反诉的，人民法院可以一并审理。

**十七、建设工程施工合同无效，欠付工程款的逾期利息应如何认定？**

建设工程施工合同无效，因欠付工程款产生的损失一般应认定为资金占用损失，资金占用费应以全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率为计算依据，但当事人能够证明其资金占用损失高于全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率的，可以结合过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素予以适当调整。

**十八、发包人认为建设工程主体结构质量不合格，要求司法鉴定的，应达到何种证明程度？**

《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若干问题的解释（一）》第十四条明确了针对建筑地基基础工程和主体结构质量承包人应承担更重的瑕疵担保责任，故在诉讼中，承包人向发包人主张工程款，发包人以地基基础或主体结构存在严重质量问题抗辩不支付工程款，并要求进行质量鉴定的，发包人应提供初步证据予以证明。

**十九、如何理解《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若干问题的解释（一）》第三十七条装饰装修工程承包人主张优先权应具备的折价或者拍卖条件？**

装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权应具备折价或者拍卖条件，应理解为装饰装修的承包人就建设工程价款主张优先受偿权的同时应举证证明案涉装饰装修工程可单独评估且与其他工程一并拍卖。

**二十、建设工程价款债权转让，建设工程价款优先受偿权是否随之转让？**

建设工程价款优先受偿权所设立的立法本意系解决拖欠工程款问题，以推动承包人价款债权的实现，具有从属性，不具有人身属性，

故承包人将建设工程价款债权转让的，建设工程价款优先受偿权随之转让。

### **二十一、行使优先受偿权的方式应如何认定？**

承包人有证据证明以发函、与发包人协议折价或申请参与对建设工程变价分配等方式行使建设工程价款优先受偿权的，应予认可。

### **二十二、建设工程价款优先受偿权可否通过调解确认？**

以调解方式确认建设工程价款优先受偿权的，符合法律规定的，法院可以确认，但为了防止虚假诉讼、损害案外人利益等情况，法院应当进行实体审查，重点审查建设工程价款优先受偿权的行使主体、行使期限、行使方式、工程款债权的范围等实质性事项是否符合法律规定，尤其要审查是否存在当事人虚增工程款数额、伪造竣工记录、伪造付款期限、伪造行使时间等情形。未经实体审查或者经审查不符合建设工程价款优先受偿权行使条件的，不予出具调解书。

### **二十三、挂靠人直接起诉发包人应如何处理？**

借用资质的实际施工人起诉发包人要求支付工程款的，人民法院可在查明事实的基础上按以下两种情形处理：（一）发包人明知实际施工人借用资质而未提出异议的，根据《中华人民共和国民法典》第一百四十六条、第四百九十条规定处理，实际施工人可直接向发包人主张权利。人民法院应追加被挂靠人为第三人。（二）发包人对借用资质不知情的，出借资质方怠于向发包人主张权利，实际施工人可参照《最高人民法院关于审理建设工程施工合同的司法解释（一）》第四十四条规定行使代位权。人民法院应追加被挂靠人为第三人。

### **二十四、层层转包中转包人、违法分包人的责任如何认定？**

实际施工人向层层转包人或层层分包人主张给付工程价款，转包人或者违法分包人能够证明已经付清工程价款的，其前手转包人或违法分包人一般不再承担给付责任。

## 二十五、发包人应否承担工伤赔偿责任？

发包人将建设工程承包给符合资质的承包人，发包人不承担责任，但对合法承包人的转包、违法分包、挂靠行为予以明确认可的，应承担责任。发包人将建设工程承包给无资质的承包人，发包人应承担责任。发包人在对外垫付赔偿款后，有权向无资质的承包人、实际用工人或将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人进行追偿。将工程转包、违法分包、挂靠的合法承包人对工伤赔偿应承担责任，且有权向实际用工人进行追偿。

## 二十六、合法分包的情况下，完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可否直接起诉发包人？

合法分包的情况下，实际完成建设工程施工分包合同项下内容的分包人可参照《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若干问题的解释（一）》第四十三条之规定起诉发包人。

## 二十七、约定的罚款条款的性质应如何认定？

建设工程施工合同约定发包人对承包人的违约行为处以罚款的，应定性为违约金条款，当事人申请调整的，根据民法典第五百八十五条规定予以处理。

## 二十八、《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若干问题的解释（一）》出台后措辞方面有何需要注意的问题？

不再使用“非法转包”、“肢解分包”措辞，改为“转包”、“支解分包”。

二十九、本解答仅供湖南省内各级法院审理建设工程施工合同纠纷案件作为参考，在裁判文书“本院认为”部分具体分析法律适用理由时可根据本解答的相关意见进行说理，但不能作为裁判依据进行援引。

# 重庆市高级人民法院 四川省高级人民法院

## 关于审理建设工程施工合同纠纷案件

### 若干问题的解答

为统一裁判尺度，指导川渝地区正确审理建设工程施工合同纠纷案件，根据《中华人民共和国民法典》《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）》等法律、行政法规及司法解释规定，结合川渝两地审判实践，制定本解答。

#### 一、如何认定是否属于必须招标的工程项目？

答：审查建设工程是否属于必须招标的工程项目范围，应当根据《中华人民共和国招标投标法》《中华人民共和国招标投标法实施条例》、国家发展和改革委员会《必须招标的工程项目规定》（2018年第16号令）、《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》（发改法规规〔2018〕843号）等相关规定确定。

订立合同时属于必须招标的工程项目，但在起诉前属于非必须招标工程项目，可以认定建设工程属于非必须招标工程项目。

二、装饰装修合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？

答：装饰装修工程可以分为工业装饰装修工程和家庭居室装饰装修工程。工业装饰装修工程的承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的装饰装修合同应当认定为无效。家庭居室装饰装修工程的承包人不具备相应的施工资质的，不影响装饰装修合同的效力，但装修活动涉及变动建筑主体和承重结构，或者法律、法规要求承包人应具备相应施工资质的除外。

通常情形下，家庭居室装饰装修工程的装修对象应为住宅用房，商服用房、办公用房等非住宅用房的装修不属于家庭居室装饰装修工程。家庭居室装饰装修工程主体应为业主或者住宅使用人，建设单位为进行商品房销售而实施的批量住宅装修一般不属于家庭居室装饰装修工程。

### **三、农民自建建筑物施工合同的承包人不具备相应的施工资质是否影响合同效力？**

答：农民自建两层（含两层）以下的住宅，属于《中华人民共和国建筑法》第八十三条规定的“农民自建低层住宅”，承包人不具备相应的施工资质的，不影响施工合同的效力。

农民自建三层（含三层）以上的住宅或者自建非住宅建筑的，承包人应当具备相应的施工资质，不具备相应的施工资质或者超越资质等级所签订的施工合同应当认定无效。

### **四、承包人请求发包人支付工程价款，发包人主张建设工程质量不符合合同约定或者法律规定的，如何处理？**

答：承包人请求发包人支付工程价款，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的，应当区分情形分别予以处理：

建设工程竣工验收后，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由主张权利的，人民法院应当告知其按照建设工程有关质量缺陷责任、保修责任的规定进行处理。

建设工程虽未竣工验收但发包人擅自使用后，发包人以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒付工程价款或主张质量缺陷责任的，人民法院不予支持，但发包人有证据证明地基基础工程和主体结构工程存在重大质量问题的除外。

建设工程完工后尚未进行竣工验收且发包人未擅自使用的，承包人请求发包人支付工程价款，应当根据发包人抗辩的具体内容分别作出处理：

（一）以建设工程质量不符合合同约定或者法律规定为由拒绝支付工程款，发包人举证证明因承包人原因导致工程尚未进行竣工验收或申请司法鉴定确认建设工程质量不合格的，人民法院予以支持；

（二）发包人根据《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）》第十二条之规定主张减少支付工程价款的，发包人能够举证证明应当减少的工程价款数额或者合理修复费用的，人民法院可以从工程价款中予以扣除；

（三）发包人根据《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）》第十六条之规定主张承

包人承担违约金或者赔偿修理、返工、改建的合理费用等损失的，  
人民法院可告知发包人提起反诉。

#### **五、当事人请求以审计单位的审计意见作为确定工程造价依据的， 如何处理？**

答：建设工程施工合同未约定工程造价以审计单位的审计意见或者财政评审机构作出的评审结论为准，当事人请求以审计单位作出的审计意见、财政评审机构作出的评审结论作为确定工程造价依据的，人民法院不予支持。

建设工程施工合同约定工程造价以审计意见为准，但审计单位未能出具审计意见的，人民法院应当对审计单位未能出具审计意见的原因进行审查，区分不同情形分别作出处理：

（一）因承包人原因导致未能及时进行审计的，如承包人未按照约定报送审计所需的竣工结算资料等，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院不予支持；

（二）因发包人原因导致未能及时进行审计的，如发包人收到承包人报送的竣工结算资料后未及时提交审计或者未提交完整的审计资料等，可视为发包人不正当地阻止条件成就，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持；

（三）因审计单位原因未及时出具审计意见的，人民法院可以函告审计单位在合理期间内出具审计意见。审计单位未在合理期间内出具审计意见又未能作出合理说明的，承包人请求以申请司法鉴定的方式确定工程造价的，人民法院予以支持。

#### **六、无效建设工程施工合同中约定的管理费如何处理？**

答：转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业已经收取了管理费，实际施工人以建设工程施工合同无效为由请求返还的，人民法院不予支持。

未实际参与施工、组织管理协调的转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业请求实际施工人按照无效建设工程施工合同约定支付管理费，人民法院不予支持。

实际施工人请求转包人、违法分包人、出借资质的建筑施工企业支付的工程款中包含管理费的，对于管理费部分不予支持。

**七、建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，一方当事人单方委托第三方出具的咨询意见能否作为确定工程造价的依据？**

答：建设工程施工合同约定工程造价以第三方的咨询意见为准，但未约定具体单位的，双方当事人共同委托第三方对结算资料进行审核，并明确表示受咨询意见约束的，可依据咨询意见确定工程造价。

一方当事人单方委托第三方对预结算书等结算资料进行审核所出具的咨询意见原则上不能作为确定工程造价的依据，但双方当事人通过委托合同或者其他方式明确表示接受咨询意见约束等情况除外。

**八、如何认定内部承包合同关系及其效力？**

答：建筑施工企业将其自身承包的工程交由与其建立了劳动关系的企业职工或者下属分支机构经营管理，利用建筑施工企业特定的生产资料完成工程施工，对相关经营管理权以及利润分配、风险承担等事项达成合意的，属于内部承包。当事人以《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）》第一条第一、二项规定主张合同无效的，人民法院不予支持。

审判实践中，可以结合下列情形综合判断是否属于内部承包：

（一）内部承包人为建筑施工企业下属分支机构，其与建筑施工企业之间是否存在管理与被管理的隶属关系；

（二）内部承包人为个人的，如本企业职工或在册项目经理等，其与建筑施工企业之间是否存在劳动关系；

（三）内部承包人是否在建筑施工企业的管理和监督下进行项目施工，使用建筑施工企业的建筑资质、商标及企业名称等是否属于职务行为；

（四）施工现场的项目经理或其他现场管理人员是否接受建筑施工企业的任免、调动和聘用；

（五）承包人组织项目施工所需的资金、技术、设备和人力等方面是否由建筑施工企业予以支持；

（六）承包人与建筑施工企业是否共享利润、共担风险。

## **九、建设工程施工合同纠纷中实际施工人范围如何确定？**

答：实际施工人是指依照法律规定被认定无效的施工合同中，实际完成工程建设的主体。实际施工人身份的界定，应当结合最终实际投入资金、材料，组织工程施工等因素综合予以认定。仅从事建筑业劳务作业的农民工、劳务班组不属于实际施工人范畴，其依据《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）》第四十三条的规定向发包人、转包人、违法分包人主张权利的，人民法院不予支持。

**十、实际施工人起诉转包人、违法分包人和发包人主张权利，将转包人、违法分包人和发包人作为共同被告，如何处理？**

答：实际施工人向其合同相对方转包人或者违法分包人主张合同权利，同时请求发包人在欠付工程款范围内承担责任，人民法院应当依法受理。但多层转包和多次分包关系中的实际施工人依据《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）》第四十三条的规定向发包人主张权利的，不予支持。

**十一、中标通知书发出后，一方无正当理由拒绝签约如何处理？**

答：中标通知书发出后，中标人拒绝签约，其主张退还投标保证金的，人民法院不予支持。招标人无正当理由拒绝签约时构成违约，没有约定招标人违约责任时，中标人请求招标人返还投标保证金并参照投标保证金数额赔偿损失的，人民法院予以支持。

中标通知书发出后，一方无正当理由不与对方订立合同，或者在签订合同时提出背离招投标文件实质性内容的附加条件，视为拒绝签约。

**十二、非必须招标工程项目进行了招标程序，但在招标开始前，双方进行了实质性谈判并订立合同的效力如何认定？**

答：在非必须招标项目中，当事人选择通过招标投标程序订立建设工程施工合同，应当受《中华人民共和国招标投标法》的约束和调整，中标前进行实质性谈判并签订合同，属于“先定后招”实质性谈判的行为，违反了《中华人民共和国招标投标法》第四十三条的强制性规定，应属无效。

**十三、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，因设计变更导致工程量或者质量标准发生变化，当事人请求对工程价款进行调整如何处理？**

答：当事人约定按照固定价结算工程价款，在合同约定的风险范围和风险费用内，按照合同约定执行，一方当事人请求对工程造价进行鉴定并依据鉴定结论结算的，人民法院不予支持。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人请求对工程价款予以调整的，如果合同对工程价款调整的计算方法有约定的，依照其约定；没有约定或者约定不明的，由当事人协商解决，不能协商一致的，可以参照合同约定标准对变更部分予以结算，无法参照合同约定结算可以参照工程所在地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算；涉及新材料、新工艺等在建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准中没有规定的项目，可根据市场行情据实结算。

**十四、建设工程施工合同约定工程价款实行固定价结算，在履行过程中主要建筑材料价格发生重大变化，当事人请求对工程价款进行调整如何处理？**

答：固定价施工合同履行过程中，钢材、水泥等对工程造价影响较大的主要建筑材料价格发生重大变化，超出了正常市场风险范围，合同对建材价格变动风险调整计算方法有约定的，依照其约定调整；没有约定或约定不明，当事人请求调整工程价款的，参照《中华人民共和国民法典》第五百三十三条的规定处理。

因承包人原因致使工期或建筑材料供应时间延误导致的建材价格变化风险由承包人承担，承包人要求调整工程价款的，人民法院不予支持。

固定价合同中约定承包人承担无限风险、所有风险或者类似未明确风险内容和风险范围的条款，对双方没有约束力。

### **十五、约定工程价款实行固定总价结算的施工合同，在未完成施工即终止履行，如何结算？**

答：建设工程施工合同约定工程价款实行固定总价结算，在未全部完成施工即终止履行，已施工部分工程质量合格，承包人要求发包人支付工程价款的，可以采用“价款比例法”的方式，由鉴定机构根据工程所在地的建设工程定额及相关配套文件确定已完工程占整个工程的比例，再用合同约定的固定总价乘以该比例确定发包人应付的工程价款【即：已完工部分工程价款=固定总价×（已完工部分定额价/定额总价）】。

### **十六、建设工程价款优先受偿权何时起算？**

答：建设工程施工合同的承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自发包人应当给付建设工程价款之日起计算，当事人对付款时间没有约定或者约定不明，承包人请求依照《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）》第二十七条规定确定应付工程款时间，人民法院予以支持。

### **十七、建设工程价款债权转让后，受让人是否享有优先受偿权？**

答：建设工程价款优先受偿权属于法定优先权，行使主体应限定为与发包人形成建设工程施工合同关系的承包人，建设工程

价款债权转让后，受让人主张对建设工程享有优先受偿权的，人民法院不予支持。

**最高人民法院民一庭**  
**关于建设工程施工合同纠纷专业法官**  
**会议纪要**  
**（2021-2022年）**

**一、建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同关于工程价款的约定计算折价补偿款（最高人民法院民事审判第一庭 2022 年第 22 次专业法官会议纪要）**

**法律问题**

建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应以何种标准计算折价补偿款？

**法官会议意见**

建设工程施工合同是承包人进行工程建设、交付工作成果即建设工程并由发包人支付价款的合同。建设工程竣工后，发包人应当根据合同约定及国家颁发的施工验收规范和质量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款并接收建设工程。如果发包人不按照合同约定及相应的规范或者标准组织验收，但接收建设工程的，参照《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）》第九条、第十四条等规定，视为建设工程质量合格。

**主要理由**

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

根据上述规定，建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的，应当依法参照合同关于工程价款的约定，计算承包人应得折价补偿款。实务中，之所以出现建设工程施工合同无效但工程竣工并交付使用的情形下以何种标准计算折价补偿款的争议，在于未能准确理解《民法典》第七百九十三条第一款的规定。建设工程施工具有一定的周期性和复杂性，双方当事人在合同中的约定一定程度上代表了双方当事人对于合同签订和履行的合理预期以及对于相关合同风险的预先安排，在建设工程施工合同无效，没有更加科学、合理、简便有效的折价补偿标准的情况下，参照建设工程施工合同关于工程价款的约定折价补偿承包人具有相当的合理性。这种方式可以在保证建设工程质量的前提下，确保双方当事人均不能从无效合同中获得超出合同有效时的利益，符合当事人的合理预期和我国建筑市场的实际，能够保证案件裁判的社会效果。《民法典》第七百九十三条第一款虽然使用了“可以参照”的表述，但如果工程建设未发生大规模设计改变，或者合同中有关工程价款约定不存在严重违背当事人真实意思表示等情况，人民法院在具体裁判中，不宜任意将“可以参照”理解为可以参照、也可以不参照。

二、承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

### 法律问题

承包人对违章建筑是否享有建设工程价款优先受偿权？

### 法官会议意见

建设工程价款优先受偿权制度系以建设工程折价或者拍卖的价款优先清偿承包人享有的建设工程价款债权，故承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提是其建设完成的建设工程依法可以流转。

### 主要理由

根据《中华人民共和国民法典》第八百零七条规定，承包人享有建设工程价款优先受偿权的条件是建设工程宜折价、拍卖。因违章建筑不宜折价、拍卖，故承包人对违章建筑不享有建设工程价款优先受偿权。

三、实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

### 法律问题

实际施工人是否享有建设工程价款优先受偿权？

### 法官会议意见

实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。

### 主要理由

建设工程价款优先受偿权是指在发包人经承包人催告支付工程款后合理期限内仍未支付工程款时，承包人享有的与发包人协

议将该工程折价或者请求人民法院将该工程依法拍卖，并就该工程折价或者拍卖价款优先受偿的权利。

依据《中华人民共和国民法典》第八百零七条以及《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）》第三十五之规定，只有与发包人订立建设工程施工合同的承包人才享有建设工程价款优先受偿权。实际施工人不属于“与发包人订立建设工程施工合同的承包人”，不享有建设工程价款优先受偿权。

**四、《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要）**

#### **法律问题**

《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人是否包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人？

#### **法官会议意见**

可以依据《建工解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人，即《建工解释（一）》第四十三条规定的实际施工人不包含借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

#### **主要理由**

本条解释涉及三方当事人两个法律关系。一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。

原则上，当事人应当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。

本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。对该条解释的适用应当从严把握。

该条解释只规范转包和违法分包两种关系，未规定借用资质的实际施工人以及多层转包和违法分包关系中的实际施工人有权请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。

因此，可以依据《建工解释（一）》第四十三条规定突破合同相对性原则请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的实际施工人不包括借用资质及多层转包和违法分包关系中的实际施工人。

**五、借用资质的实际施工人与发包人形成事实上的建设工程施工合同关系且工程验收合格的，可以请求发包人参照合同约定折价补偿（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 20 次专业法官会议纪要）**

## **法律问题**

借用资质的实际施工人是否有权请求发包人对其施工工程折价补偿？

## **法官会议意见**

没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与发包人签订建设工程施工合同，在发包人知道或者应当知道系借用资质的实际施工人进行施工的情况下，发包人与借用资质的实际施工人之间形成事实上的建设工程施工合同关系。

### **主要理由**

该建设工程施工合同因违反法律的强制性规定而无效。

《中华人民共和国民法典》第七百九十三条第一款规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。”

因此，在借用资质的实际施工人与发包人之间形成事实上的建设工程施工合同关系且建设工程经验收合格的情况下，借用资质的实际施工人有权请求发包人参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

**六、建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理网签而消灭**（最高人民法院民事审判第一庭 2021 年第 21 次专业法官会议纪要）

### **法律问题**

建成的房屋已办理网签，承包人是否仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿？

### **法官会议意见**

建设工程价款优先受偿权不因工程建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，如符合建设工程价款优先受偿权的成立要件，承包人仍有权就工程折价或者拍卖的价款优先受偿。

## 主要理由

《民法典》第八百零七条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除根据建设工程的性质不宜折价、拍卖外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以请求人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。”《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）》第三十五条至第四十二条进一步明确了行使建设工程价款优先受偿权的条件。

由此可见，建设工程价款优先权是承包人的法定权利，在符合法律及司法解释规定的条件时，建设工程价款优先受偿权就已经成立。商品房预售合同网签是为规范商品房预售而采用的行政管理手段，并非法律规定的不动产物权设立、变更、转让和消灭的公示方式，不能产生物权变动的效力，亦不导致承包人原本享有的建设工程价款优先受偿权因此不成立或者消灭。

如承包人行使建设工程价款优先受偿权时与房屋买受人之间发生权利冲突的，属于权利顺位问题，可另行解决。

# 最高人民法院民一庭

## 关于夫妻之间婚内借款协议的裁判观点

来源：最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）理解与适用（摘录）

**最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释（一）第八十二条：**夫妻之间订立借款协议，以夫妻共同财产出借给一方从事个人经营活动或者用于其他个人事务的，应视为双方约定处分夫妻共同财产的行为，离婚时可以按照借款协议的约定处理。

**【条文主旨】**本条是关于离婚时夫妻之间婚内借款如何处理问题的规定。

### **【条文理解】**

一、调整一般借款关系的法律规范同样适用于夫妻之间以夫妻共同财产为标的订立的借款协议

要更好地理解本条规定，首先要理解发生在夫妻之间的借款，在本质上与一般民事主体之间互相借款的行为并无不同。我国《民法典》合同编第十二章借款合同部分，除了在第 680 条中规定禁止高利放贷，借款的利率不得违反国家有关规定之外，未对借款合同规定其他限制。夫妻双方作为民事主体，在符合实施民事法律行为条件的前提下，双方合意由一方向另一

方从夫妻共同财产中借款，除作为借款来源的夫妻共同财产属于双方共同共有而与普通人之间的借贷不同外，并无其他本质区别。人民法院在处理此类纠纷时，除了使用本条规定和《民法典》婚姻家庭编中的其他有关规定外，还应当适用自然人之间借款合同的民事法律规定。

## 二、注意区分约定财产分别所有和一方从夫妻共同财产中借款

《民法典》规定，夫妻对共同财产享有平等的处理权，意即夫妻双方对夫妻共同财产均享有占有、使用、收益、处分等权能，夫妻间的借款行为应当视为夫妻对其共同财产的合法处分。而众所周知，货币属于种类物，所有权随着占有的转移而转移。用于支付借款的夫妻共同财产随着借出而成为借款一方的个人财产。

正是因为这种属性，有观点认为夫妻一方在婚姻存续期内从夫妻共同财产中借款的行为，实质上是对部分财产约定分别所有。我们认为，这种观点忽视了财产的约定所有和借款行为的区别，二者不能混为一谈。

《民法典》第 1065 条第 1 款规定：“男女双方可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或者部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或者约定不明确的，适用本法第一千零六十二条、第一千零六十三条的规定。”

第 1062 条对夫妻共同财产作出了规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：（一）工资、奖金、劳务报酬；（二）生产、经营、投资的收益；（三）知识产权的收益；（四）继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；（五）其他应当归共同所有的财产。夫妻对共同财产，有平等的处理权。”

第 1063 条规定了夫妻个人财产的范围，其中包括：（1）一方的婚前财产；（2）一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；（3）遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；（4）一方专用的生活用品；（5）其他应当归一方的财产。以上三个条款，构成了我国《民法典》下的夫妻财产制的基本内容。

根据夫妻财产制由法律规定还是由当事人约定，《民法典》规定的夫妻财产制的种类主要可分为法定财产制和约定财产制。法定财产制是在夫妻之间在婚前和婚后未订立夫妻财产约定或财产约定无效的情况下，由法律直接规定的夫妻财产制的形式。约定财产制是指夫妻双方以契约方式确定适用财产制的形式。婚姻家庭法律规范属于私法范畴，应当充分贯彻意思自治原则，因此如果夫妻双方对其财产的归属、管理、适用、收益、处分等事先有约定的，则依其约定；若无约定或约定无效，则以法律规定确定其财产归属。

夫妻财产制又称婚姻财产制，是指规定夫妻财产关系的法律制度。其核心是夫妻婚前财产和婚后所得财产的所有权归属问题。包括夫妻婚前所有财产和婚后所得财产的归属、管理、使用、收益、处分以及债务的清偿、婚姻关系终止时的财产分

割等内容。法定财产制是指夫妻双方未对婚前或婚后财产的归属作出约定，或约定无效时，按照法律的直接规定确定婚前或婚后的财产归属的夫妻财产制。约定财产制是指夫妻双方通过约定确定财产归属的夫妻财产制。目前，受到传统文化和思想的影响，法定财产制仍是我国夫妻财产制的主要形式，实践中采取约定财产制确定夫妻财产归属的仍不多见。以上关于夫妻财产制的条文可以看出，我国采取的法定夫妻财产制是婚后所得共有制，即除法律另有规定或当事人另有约定外，婚后夫妻一方所得财产，均属夫妻共同共有；婚前所得财产，分属各自所有。

相较而言，约定财产制下，只要不存在违反法律的强制性规定等导致约定无效的情形，夫妻财产的归属以双方的约定为准，更加尊重双方的意思自治，充分体现了个人作为独立的民事主体在现代社会中的地位和价值，随着社会的发展和时代的变迁，在实践中的适用越来越多。我国目前的约定财产制度大致可分为三种类型，即一般共同制、限定共同制（或称部分共同制）和分别财产制。

**一般共同财产制**，是指夫妻双方婚前、婚后的全部财产均归夫妻共同所有，但特有财产除外的夫妻财产制度。在一般共同财产制下，不论夫妻各自的婚前还是婚后财产，也不论是动产还是不动产，一律归夫妻共有，由夫妻双方平等地共同享有财产的所有权，只有法律另有特别规定的财产除外。

**限定共同财产制**，是指夫妻双方约定一定范围内的财产归夫妻共同所有，其他财产归夫妻各自所有的财产制度。这种制度

与法定的婚后所得共有制的区别在于共有财产的范围不同。法定婚后所得共有制中共有范围严格限制在婚后所得财产，婚前财产依法属于个人所有。而限定共同制下，共有财产的范围完全由当事人双方协商确定。当事人可以将婚前的财产约定为双方共有，也可以将婚后全部财产约定为共有，权看如何约定。

**分别财产制**，是指夫妻双方婚前财产及婚后所得财产全部归各自所有，并各自行使管理、使用、处分和收益权的夫妻财产制度。分别财产制是最能够体现夫妻双方各自独立的民事主体地位的一种夫妻财产制。

通过对法定财产制和约定财产制，以及约定财产制内一般共同财产制、限定共同财产制和分别财产制的对比可以发现，婚姻关系存续期间内，一方向另一方借取夫妻共同财产，只有在存在夫妻共同财产这一前提下才有可能发生。而在纯粹的分别财产制下，夫妻双方财产各自独立，是否存在婚姻关系对借款的出借和偿还几无影响，与其他民事主体之间的借款一般无二。

正如以上对我国夫妻财产制的简要介绍，夫妻双方可以在婚前或婚后的任何时间，通过协商一致对财产归属作出约定，选择适用某种夫妻财产制，财产完全分别所有或部分共同所有、部分分别所有，或完全共同所有均可。一对从未约定过财产归属的夫妻，在婚姻关系存续期间约定部分共同财产属于一方所有，对借款这部分财产所有权的影响，与本条所规定的夫妻一方在婚姻关系存续期内从夫妻共同财产中借款产生的效果其实是一样的，都构成了对夫妻共同财产的处分。但需要特别注意的是，这种相同

也只限于借款所有权的变更结果，从其他方面看，二者仍可说是天差地别。

首先，两者处分财产的范围不同。约定财产分别所有的财产范围不仅限于夫妻共同财产，还包括夫妻一方婚前财产。其次，两者约定的内容不同。财产约定的内容是夫妻一方婚前财产、婚后的夫妻共同财产的一部分或全部的所有权归属。而本条规定的夫妻一方在婚姻关系存续期内从夫妻共同财产中借款的行为虽然在客观上也造成部分财产所有权的转移，但其主要内容是侧重于一方从夫妻共同财产中借款。

再次，两者的法律后果不同。基于两者约定的内容不同，财产约定在双方之间产生了所有权的确定、变更的效果，而夫妻之间的借款行为则在夫妻之间建立了借贷法律关系。

最后，两者的形式要件不同。根据《民法典》第 1065 条规定，夫妻双方约定财产制应当采用书面形式。而《民法典》虽然规定借款合同应当采用书面形式，但对自然人之间的借款也没有排除其他形式的适用，夫妻之间借款并非必须采取书面形式。

实践中对夫妻间借款究竟属于夫妻约定财产分别所有，还是一方从夫妻共同财产中借款进行判断，应当结合双方协议约定的内容进行。

通常情况下，约定借贷双方、借款数额、偿还期限、偿还方式和金额等内容的，是借款协议。而约定部分财产归一方所有以及财产的管理、使用，但没有约定是否需要偿还以及偿还期限、方式、金额的，属于财产约定。三、适用本条规定需要满足的条件

### **（一）借款来源于夫妻共同财产**

前已说明，婚姻关系存续期间内，一方向另一方借取夫妻共同财产，只有在存在夫妻共同财产这一前提下才有可能发生。否则，无论是夫妻双方实行分别财产制，还是夫妻一方向另一方借取的是其个人财产，只要适用一般的借贷法律规范，即足够解决双方形成的借贷关系，该关系也不因双方之间存在的夫妻关系而受到任何影响。故此，本条将借出财产限定在“夫妻共同财产”，针对因借贷双方之间存在夫妻关系而形成的特殊情形制定对应规范。

审判实践中，要正确处理本条所规定类型的纠纷，人民法院首先需要查明借款是来源于夫妻共同财产还是一方个人财产。

我们认为，对于借款的来源，应根据不同夫妻财产制的不同情况分别加以认定。在法定财产制和一般共同财产制下，如果夫妻一方向另一方借款，除负有举证义务的一方有证据证明该款系夫妻一方个人财产外，应推定为借款来源于夫妻共同财产。而在限定共同财产制下，如果夫妻一方向另一方借款，除负有举证义务的一方有证据证明该款系夫妻共同财产外，应推定为借款来源于夫或妻一方的个人财产。

### **（二）借款的用途是夫妻一方个人的经营活动或其他个人事务**

理解本要件的关键在于界定经营活动或事务属于“一方个人”而非家庭或夫妻双方。

一般而言，对于借款是否用于个人经营活动，可以参考以下情形加以判断：

(1) 投资的财产是否属于一方个人所有，如本条规定情形下的借款，在交付给借款方时所有权即发生转移，即从夫妻共同财产转化为借款方的个人财产；

(2) 双方是否明确约定经营活动完全由一方负责；

(3) 实际的经营过程中是否完全由一方进行经营管理，另一方或者家庭其他成员是否参与经营管理；

(4) 投资开办的经营主体是法人的，其财产是否与夫妻共同财产混同。

例如，夫妻一方从夫妻共同财产中借款投资开办了一家一人有限责任公司，按照法律规定，公司作为法人，其财产应当与出资人的财产以及出资人夫妻的共同财产严格分开，公司经营活动的收益除正常分红派息外均应属于公司所有，如果作为非出资人的夫妻一方经常为其个人或家庭生活使用、处分公司财产，那么，就不宜认定该经营活动是夫妻一方个人的经营活动。当然，在实践中大量存在的个人合伙、个人独资企业，由于其是非法人民事主体，其财产所有权属于投资人，因此就不能以是否存在财产混同来进行判断。

对借款的用途是否为除经营活动之外的其他个人事务可以运用排除法加以判断，即看其是否是夫妻应尽的法定义务（如赡养父母、抚养子女等），或者是为共同生活所进行的事务（如装修共同居住的房屋等）。如果属于上述两种情形，则一般不属于个人事务。也正是考虑到履行法定义务的需要，《民法典》第1066条规定在夫妻一方需要履行法定义务，而另一方不同意给付时，在不解除婚姻关系的情况下，需要履行义务一方有权请求

分割夫妻共同财产。对于除夫妻应尽的法定义务和为家庭生活所进行的事务外的其他事务，一般可以认定为本条规定的一方个人事务。例如，夫妻关系存续期间，妻子的弟弟因急病需要做手术，家里钱不够用，妻子要拿出10万元作为弟弟的手术费用，此即为一方个人事务。又如，丈夫想为其亲戚的孩子读书捐助一笔款项，夫妻双方对此无法达成一致，该事务即属于一方的个人事务。

### （三）在婚姻关系存续期间，借款方未偿还借款

本条“离婚时可以按照借款协议的约定处理”隐含了借款在离婚时尚未偿还完毕的意思。如果在婚姻关系存续期间，借款已经全部偿还，或夫妻双方通过其他方式或新达成的约定使债权债务得以消灭，离婚时当然就不再存在按照借款协议还款的问题。

借款方未偿还借款又具体可分为两种情形，即借款方未偿还全部借款和借款方未偿还部分借款。借款方未偿还全部借款适用本条自不待言。对于只偿还了部分借款的情况，偿还部分已经恢复了夫妻共同财产的性质，按照一般的夫妻共同财产分割原则和规则处理即可。未偿还部分仍然适用本条规定，如夫妻双方在借款协议中或通过其他方式对还款金额作出了约定，则按照约定确定借款方应当偿还的数额；没有约定的，则可由借款方给予出借方未偿还的部分借款的一半。

#### 【审判实践中应注意的问题】

在审判实践中，人民法院在审理离婚案件时，对夫妻一方在婚姻存续期内从夫妻共同财产中的借款行为在适用本条时还应注意以下几个问题：

1. 本条规定的因夫妻一方在婚姻关系存续期内从夫妻共同财产中借款的行为产生的债权债务关系适用《民法典》关于诉讼时效的规定。从平等民事主体之间民事行为角度看，夫妻一方向另一方从夫妻共同财产中借款，除在作为借款来源的夫妻共同财产属于双方共同共有这一点上与普通自然人之间的借贷不同外，其行为在本质上并无不同，产生纠纷时应适用自然人之间借款合同的民事法律规定。因此，应当适用诉讼时效制度的规定。

2. 婚姻关系存续期间，一方以从夫妻共同财产中的借款投资开办个人独资企业的，另一方不参与该企业的生产经营活动，该企业的对外债务，在个人独资企业财产不足以清偿时，应由投资方的个人财产还是夫妻共同财产承担无限责任？

《个人独资企业法》第2条规定：“本法所称个人独资企业，是指依照本法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。”第18条规定：“个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。”该法明确规定除非投资人在设立登记时明确以家庭共有财产作为个人出资，否则，应以个人财产对个人独资企业的债务承担连带责任。夫妻一方从夫妻共同财产中借款，该笔借款在交付时起所有权转移归借款方所有，该借款方用该笔资金投资开办个人独资企业的，当然属于个人财产出资。《个人独资企业法》第17条规定：“个人独资企业投

资人对本企业的财产依法享有所有权，其有关权利可以依法进行转让或继承。”

因此，作为个人独资企业的投资人，夫妻借贷关系的借款方对企业财产依法享有所有权，企业财产属于投资夫妻一方个人所有的财产，这当然也包括企业生产经营所取得的收益。而结合《民法典》第 1062 条以及本解释第 25 条规定，生产、经营、投资的收益和将一方以个人财产投资取得的收益为夫妻共同财产。对此，我们倾向于认为，婚姻关系存续期间个人独资企业产生的收益归夫妻共同所有，并不意味着在此期间的个人独资企业所负债务也由夫妻共同财产承担无限责任，而是仍然应当由投资一方以其个人财产承担责任。

3. 需要特别留意的是，人民法院在处理本条规定的夫妻一方在婚姻关系存续期内从夫妻共同财产的借款行为时是“可以”而非“应当”按照原借款协议的约定处理。

这是因为，考虑到在婚姻关系存续期间，夫妻之间在很多情况下对财产的使用、收益、处分可能区分的并不是很清楚。因此，人民法院在处理时应与处理普通自然人之间的借贷纠纷有所不同，不能仅仅简单地根据借款协议的约定处理，而是应综合夫妻财产制、共同财产、共同债务等可能影响到财产分割的情形加以妥善处理。

# 最高人民法院民一庭

## 关于婚姻家庭类案件诉讼程序问题的

### 二十个实务问答

来源：最高人民法院民事审判第一庭《民事审判实务问答》

#### 正文

近年来，围绕婚姻家庭类的法律需求逐年增加，婚姻家庭类案件也是民事领域最主要的案件类型之一，涉及争议类型多样复杂，感情、证据收集、事实认定以及对妇女儿童权益保护等因素均会对裁判结果产生影响。

由此，最高院民一庭针对实践中诉讼程序方面的突出问题，形成了20个实务解答，并作了重点分析。

1. 在诉讼中，当事人自愿离婚，并就财产问题、债权债务处理达成一致后，第三人是否能以该调解协议侵犯自己合法权益为由申请再审？

答：离婚纠纷案件的当事人只能是婚姻缔结的双方，不列案外第三人为诉讼当事人。

一般情况下，第三人认为调解协议侵犯其合法权益申请再审缺乏法律依据，人民法院应予以驳回。但人民法院发现确有错误，又必须再审的，人民法院根据相关法律精神走审判监督程序办理。

**2. 债务人（被执行人）已通过离婚协议或法院的离婚判决对夫妻共同财产进行了分割，人民法院可否直接追加被执行人的原配偶为被执行人执行其财产？**

**答：**根据相关法律精神，当事人的离婚协议或者法院的离婚判决对财产分割的处理只对夫妻双方有约束力，但不能对抗其他债权人。如该债权形成于结婚前或离婚后，则不能追加被执行人的原配偶为被执行人并执行其财产。

**3. 离婚诉讼中，双方对财产价值有争议时，是否必须委托中介机构评估？**

**答：**双方对财产价值有争议的，可通过协商、竞价、作价、评估、拍卖等形式确定和处理财产，处理财产时应贯彻照顾子女和女方权益的原则以及照顾无过错方的原则，不是必须委托中介机构评估。

**4. 离婚诉讼涉及家庭共有财产的分割，能否将其他家庭成员追加为共同诉讼人？**

**答：**对家庭共有房屋的分割问题可告知当事人另案起诉，或者中止离婚诉讼，不应将其他家庭成员追加为离婚诉讼的共同诉讼人。

**5. 离婚诉讼涉及家庭共有房屋的分割，在法院中止离婚诉讼后，离婚诉讼的夫妻及家庭成员均不提起诉讼对房屋进行确权和分割，该离婚案件如何处理？**

**答：**遇到这类情况，法院可向当事人释明不起诉对房屋进行确权分割的法律后果，征询其对家庭共有房屋中涉及夫妻共有部分的分割意见。

如果当事人同意在该案中不主张人民法院对该房屋进行继续分割的，则案件恢复审理；如当事人坚持分割，则法院可限定其向法院提起诉讼的期限，逾期则告知当事人另案处理，离婚诉讼恢复。

**6. 丈夫起诉与妻子离婚，妻子起诉丈夫犯重婚罪，二件案件是否可同步审理？**

**答：**二者属不同诉讼程序，处理时应先中止民事诉讼，待刑事重婚案件审结后再恢复民事诉讼。

**7. 对宣告婚姻无效的案件应适用什么程序？**

**答：**宣告婚姻无效属非讼案件，人民法院可适用特别诉讼程序的规定予以裁决。将财产问题、子女抚养问题与婚姻无效问题分开处理。

**8. 离婚损害赔偿请求权是否可以与离婚诉讼一并处理？**

**答：**根据相关司法解释，以上二者可以一并处理。有权提起损害赔偿请求的主体必须是无过错方，双方必须是合法夫妻关系而非同居关系。

**9. 宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决离婚所产生的法律后果是否相同？**

**答：**宣告一方当事人失踪、死亡和缺席判决其离婚产生的法律后果不同，主要区别在于，根据相关法律的规定，其夫妻关系是否可以依法恢复。

10. 婚姻关系存续期间，一方不起诉离婚，而单独起诉向对方提出损害赔偿，法院应否支持？

答：人民法院不应对该请求予以支持。

11. 离婚案件当事人在举证期限过后或开庭时才提出分割财产，是一并处理还是另案处理？

答：以上情形属追加诉讼请求的情形，人民法院可不予合并审理，告知当事人另案主张。但对方当事人同意对该请求进行答辩处理的，考虑离婚案件的特殊性，可予准许，对该请求合并审理，法院应重新指定举证期限，或由当事人之间商定。

12. 离婚案件，被告经合法传唤，无正当理由拒不到庭，是否当庭作出离婚判决？

答：因离婚案件必须调解，一方不到庭，法院一般要慎重对待，一般不会作出缺席判决。但对公告送达的案件除外。

13. 原告撤诉的离婚案件，被告要求离婚的，是视为反诉合并审理，还是告知另案主张？

答：告知被告另案主张。

14. 离婚一方当事人对配偶的重婚行为不追究，只是要求处理离婚问题，法院是否准许？法院对发现的重婚问题是否应主动移送相关部门处理？

答：人民法院应准许，但不影响当事人事后依据《刑事诉讼法》提起其配偶重婚的自诉案件。人民法院对发现的重婚问题应主动移送公安部门处理。

15. 男方起诉离婚, 人民法院在审理过程中发现女方处在怀孕期间、分娩后一年内或中止妊娠后六个月内。对此, 法院应以男方的起诉不符合受理条件驳回起诉, 还是作实体处理?

答: 发现以上情况, 人民法院应以男方的起诉不符合受理条件而驳回男方的起诉。但法院认为确有必要受理的, 如女方有重大过错(重婚、姘居导致怀孕, 男方情感无法谅解, 或女方实施家庭暴力, 男方人身受到严重威胁) 等情况, 法院可受理, 并作实体处理。

16. 离婚案件中, 没有鉴定结论证明被告有精神病的情况下, 能否准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉?

答: 若有以上情况, 没有鉴定机构的结论证明被告患有精神病的情况下, 不能认定该当事人无民事行为能力, 不能准许其父亲或母亲作为法定代理人代其出庭应诉。

17. 离婚案件中, 被告提出要求原告补偿一定数额的精神损失费, 是否属于反诉? 是否应合并审理?

答: 不属反诉请求, 应作为离婚诉讼中的一项诉讼请求予以合并审理即可。

18. 离婚后, 一方能否继续承租对方单位公房?

答: 未违反《关于审理离婚案件中公房使用、承租若干问题的解答》中的相关规定, 一方可依法取得对公房的承租权, 在租赁合同有效期内, 一方可继续承租对方单位的公房。

19. 当事人在民政局协议离婚后, 又以原《婚姻法》第 46 条提起离婚损害赔偿, 人民法院应如何处理?

**答：**只要当事人未在离婚协议中放弃离婚损害赔偿，且在离婚登记后一年内提出，人民法院应予以受理（注意此“一年”期间属于除斥期间，不能中止、中断）。

**注：**原《婚姻法》第46条：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚的；（二）有配偶者与他人同居的；（三）实施家庭暴力的；（四）虐待、遗弃家庭成员的。

现参照《民法典》第1091条：“有下列情形之一的，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。

**20. 债权人追索被继承人生前债务的案件，如法定继承人明确表示放弃继承的，法院如何判决？**

**答：**为保护债权人的合法权益，人民法院应当认定放弃继承无效，通知继承人参加诉讼，并依法判决继承人以被继承人的实际财产价值为限清偿债务。

## 最高人民法院民一庭

### 关于民事诉讼程序的 18 个裁判观点

#### 1. 对二审是否超过上诉请求应当作出实质性判断——中交恒都与中交三局、仲德公司建设工程施工合同纠纷

**观点解析：**最高人民法院民一庭意见：在两被告必有一方要承担付款责任的情况下，一审法院判决被告一承担付款责任。被告一上诉主张其不应当承担付款责任，理由是应当由被告二承担责任，二审法院直接改判由被告二承担责任的，并未超出上诉请求。本案中，D 公司作为分承包人，在完成案涉工程施工且工程质量合格的情况下，有权请求分包人支付工程款。本案中，案涉工程的承包人只有 B 公司和 C 公司。分包人要么是 B 公司，要么是 C 公司。即要么由 B 公司向 D 公司承担支付工程款的责任，要么由 C 公司向 D 公司承担支付工程款的责任。D 公司一审诉讼请求亦是请求 B 公司和 C 公司支付工程款。一审法院认定 B 公司为案涉工程的分包人，应当由 B 公司向 D 公司支付工程款。对于 D 公司而言，只要有人支付工程款即可，由于各方当事人之间的书面合同约定并不明确，D 公司对各方当事人之间法律关系的认识未必准确。因此，D 公司在诉讼目的已经达到的情况下，通常不会对一审判决提起上诉。而 B 公司认为一审判决错误，其上诉请求只会涉及自身利益，即请求二审法院改判驳回 D 公司请求 B 公司支付

工程款的诉讼请求。B公司这一上诉请求的事实和理由是，案涉工程系由C公司分包给D公司，应当由C公司向D公司支付工程款。实际上，本案中，二审法院确实将B公司和C公司谁是案涉工程的分包人，谁应当向D公司支付工程款作为二审争议焦点进行了审理。二审法院围绕B公司上诉请求所依据的事实和理由进行审理，在查清案件事实的基础上，直接改判C公司向D公司支付工程款，不应认定超出了B公司的上诉请求。如果二审判决不改判C公司向D公司支付工程款，只是撤销一审判决，驳回D公司请求B公司支付工程款的诉讼请求，则D公司的诉权保护就会陷入僵局。一方面，由于D公司已经起诉过B公司和C公司支付工程款，其另行起诉请求C公司支付工程款，将面临“一事不再理”原则的约束；另一方面，由于二审判决已经对B公司的上诉请求作出处理，且其处理具有事实和法律依据，D公司无法通过审判监督程序获得救济。因此，二审判决直接改判C公司向D公司支付工程款不仅没有超出B公司的上诉请求，而且有利于保护D公司的诉权、彻底解决当事人之间的纠纷、节约当事人的诉讼成本。

观点来源：最高人民法院民一庭编《民事审判指导与参考》第83辑

## 2. 法院判决解除合同后如何起算解除日期。

**观点解析：**根据《合同法》第96条（对应民法典第565条）的规定：“当事人一方依照本法第九十三条第二款、第九十四条的规定主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规

定。”合同双方当事人均有权请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。根据当事人诉讼请求的不同，解除合同效力的起算时间点也不同。如果一方当事人请求确认解除合同通知效力的，法院经审查认为对方的异议不成立，则合同自通知到达对方时解除；如果一方当事人起诉请求判令解除合同，法院经审查认为符合约定解除或法定解除条件的，则合同自法院判决生效之日起解除。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第35辑）

### 3. 人民法院能否受理针对具有强制执行效力的公证债权文书的起诉。

**观点解析：**经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书依法具有强制执行力。债权人可依法申请人民法院对该债权文书强制执行。除非人民法院已因该债权文书确有错误，作出不予执行的裁定。否则，人民法院不受理债权人或债务人对该债权文书的内容有争议的直接起诉。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第37辑）

### 4. 提出的相反证据不足以反驳对方证据的当事人应当承担对其不利的诉讼结果。

**观点解析：**根据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第72条第1款规定：“一方当事人提出的证据，另一方当事人认可或者提出的相反证据不足以反驳的，人民法院可以认定其证明力。”

在一方当事人已经尽到举证义务，而另一方当事人提出的相反证据不足以反驳的情况下，人民法院可以据此认定案件事实。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第40辑）

**5. 因财产保全引起的损害赔偿案件，应当如何认定申请人申请财产保全错误。**观点解析：因财产保全引起的损害赔偿案件，应当适用侵权责任法（民法典侵权责任编）规定的过错责任归责原则。在申请人对出现财产保全错误存在故意或者重大过失的情况下，应当认定为申请人的申请有错误。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第54辑）

**6. 刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的处理问题。**

观点解析：应依法保障当事人的诉权。刑事案件的被害人经过追缴或者退赔不能弥补损失，向人民法院民事审判庭另行提起民事诉讼的，人民法院应当予以受理。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第61辑）

**7. 仲裁程序中达成的调解书被人民法院依职权裁定不予执行的，当事人可以向人民法院起诉。**观点解析：司法对仲裁的监督应当包括对仲裁调解书的监督。人民法院认定执行仲裁调解书违背社会公共利

益的，可以依职权裁定不予执行；仲裁调解书被人民法院裁定不予执行后，当事人向人民法院起诉的，人民法院应予以受理。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第62辑）

#### 8. 案外人执行异议之诉与《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条规定的适用。

**观点解析：**案外人执行异议之诉虽为实体审理程序，但和执行异议审查程序存在关联性和共通性，所以在审理此类案件时，在关于执行异议之诉的司法解释出台之前，可参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第二十八条等相关条款的内容，结合具体案情，判断案外人的权利可否排除强制执行。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第62辑）

#### 9. 当事人为达成调解协议或和解协议而认可的事实之证据能力。

**观点解析：**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零七条之规定并未将当事人为达成调解协议或和解协议而认可的全部事实，均排除在另案诉讼中作为认定事实依据的可能。当事人之间已经达成的调解协议或和解协议，在另一诉讼案件中可以作为书证使用。对于其证明力，人民法院应当依照法定程序，全面、客观的审核，并根据当事人提交的其他证据，结合相关事实，综合认定待证事实存在的可能性。一方当事人欲推翻调解协议或和解

协议所证明事实的,应承担提供相应证据加以证明的证明责任;否则,将承担不利后果。

观点来源:最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(第67辑)

**10. 执行异议之诉中的被执行人是与诉讼标的全数存在直接利害关系的被执行人,而非所有被执行人。**

**观点解析:**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百零七条规定的被执行人是指与发生争议的被执行标的物权属存在直接利害关系的被执行人。

观点来源:最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(第68辑)

**11. 第三人撤销之诉原告如何认定。**

**观点解析:**并非所有案外人均可提起第三人撤销之诉,第三人撤销之诉的原告应当适格。在判断原告资格时,应根据《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条规定,结合“必须是当事人以外的人,且该主体的民事权利在另案中未被代表”“必须对另案的诉讼标的有诉的利益(与另案的处理结果有法律上的利害关系)”“是否属于虚假诉讼、恶意诉讼中的被害人”等条件进行判断。

观点来源:最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》(第70辑)

**12. 劳动者起诉请求用人单位补缴社会保险金不属于人民法院受案范围。**

**观点解析：**劳动者与用人单位之间因社会保险发生的争议属于劳动争议，此类纠纷是否属于人民法院受案范围，应当依据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第一条的规定予以确定。

**观点来源：**最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第71辑）

**13. 当事人陈述前后不一致时，应当如何处理？**

**答：**最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十三条第二款规定：“当事人的陈述与此前陈述不一致的，人民法院应当责令其说明理由，并结合当事人的诉讼能力、证据和案件具体情况进行审查认定。”本款是针对当事人陈述前后不一致情形的处理。由于当事人是法律关系的直接参与者，与案件结果有直接利害关系，决定了其陈述存在主观性和不稳定性特点，而且往往虚实结合、真伪并存。审判实践中，经常会出现当事人陈述前后不一致的情形，这时需要当事人说明理由。对于当事人陈述的证明效力，则要结合当事人陈述的内容、变更陈述的理由、当事人诉讼能力、证据情况及案件相关事实进行审查认定。对当事人诉讼能力的判断，可以结合当事人年龄、智力状况、受教育程度、道德品质、法律意识等因素进行考量。

**观点来源：**最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021年版）

#### 14、公司解散或注销是否意味着该公司法人的诉讼主体资格消灭？

答：长期以来，受《民法通则》（已废止）在法人总则部分对法人终止制度规定较为简单、对市场退出机制的研究不够重视等多种因素影响，理论界和实务界对公司解散、公司终止、公司注销等概念时常在认识上出现混同。《民法总则》（已废止）为解决上述认识问题，在法人总则部分明确法人终止的法定事由和法定程序，使上述概念的界限更加明晰。第一，解散仅是法人终止的原因行为，而不是法人终止的必经程序，不能与清算程序相提并论。法人基于自愿作出解散决议或者因行政强制被解散的，都是法人解散事由的情形之一。对于法人解散，至多也只能看作一个行为，而不应认为是法人终止中存在解散程序。因此，在法人终止的语境下，法人解散作为法人退出市场的原因行为，其概念的名词属性更为强烈。故而，法人解散并不意味着法人终止，未经清算和注销登记，该法人仍具有民事主体资格。第二，法人终止是在法人解散等事由出现，经清算和注销登记程序后所形成的法人资格消灭的法律效果。因此，法人终止相较于法人解散、法人清算和法人注销，是一个上位和整体概念，四者不在一个层次。需要特别注意的是，法人注销虽然是法人终止效果的完成标志，但法人注销与法人终止也不能简单等同。根据《民法典》第七十二条第三款的规定，依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人即终止，无须办理注销登记。在此情形下，法人终止并不需要以法人注销为前提。对于以上概念的界限，简言之，解散指引起法人终止的原因，是法人终止的开始，之后法人进入清算程序，一般情况下完成清算并经注销

登记，法人民事主体资格才归于消灭，法人终止这一整体效果才最终达成。基于以上认识，我们可以得出这样的结论：在法人出现终止事由时，只要其未依法清算完毕并办理注销登记手续，其民事主体资格就仍然存续，仍应作为民事诉讼主体参加诉讼活动，并按照法人制度独立承担民事责任。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021年版）

**15. 违约金过高的举证责任分配。**问：李某与王某签订了借款合同，合同约定了违约金条款。借款期限届满后，债务人王某未偿还借款本息，给债权人李某造成了损失。李某向法院起诉，要求王某偿还借款本息并支付违约金。王某主张违约金过高，请求减少违约金，此时由谁承担违约金过高的证明责任？

答：根据“谁主张，谁举证”的原则，王某主张违约金过高，因此，由王某承担违约金过高的证明责任，但李某也应提供相应的证据。一般而言，在违约方请求减少过高的违约金时，应当按照“谁主张，谁举证”原则，违约方负有证明违约金过高的举证责任。但是，鉴于衡量违约金是否过高的最重要标准是违约造成的损失，守约方因更了解违约造成损失的事实和相关证据而具有较强的举证能力，因此，违约方的举证责任也不能绝对化，守约方也要提供相应的证据。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》第八条规定，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。结合该规定，违约方主张违约金过高时，承担证

明责任的主体仍为违约方，但是非违约方也需要提供相应证据。例如，对于实际损失的证明，非违约方掌握相关证明实际损失的文书，此时违约方可以根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百一十二条第一款的规定，即“书证在对方当事人控制之下的，承担举证证明责任的当事人可以在举证期限届满前书面申请人民法院责令对方当事人提交”，申请法院责令非违约方提交证明实际损失的有关书证，此时非违约方也应提交相应证据。此外，非违约方提出违约金合理的抗辩的，非违约方也需要提供证据支撑其抗辩主张。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021年版）

**16. 在垄断民事诉讼中，当事人提交的证据有时涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私等内容，且往往需要运用复杂的专业知识予以认定。在垄断民事纠纷诉讼中，如何应对证据与证明的特殊问题呢？**

答：垄断民事纠纷案件中，当事人提交的证据有时涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他依法应当保护的内容，有必要采取有效措施予以保护，防止泄露或者扩散。为此，最高人民法院《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（以下简称《规定》）总结了多年来人民法院在商业秘密案件审理中的成功经验，《规定》第十一条规定：“证据涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他依法应当保密的内容的，人民法院可以依职权或者当事人的申请采取不公开开庭、限制或者禁止复制、仅对代理律师展示、责令签署保密承诺书等保护措施。”垄断行为的认定往往需要运

用比较复杂的经济学分析，而法官通常并非经济学专家，因此，具有经济学等专门知识的专家辅助人在垄断民事诉讼中发挥着重要作用。对此，《规定》第十二条规定，“当事人可以向人民法院申请一至二名具有相应专门知识的人员出庭，就案件的专门性问题进行说明”，以指引当事人在诉讼中积极申请具有经济学专门知识的专家辅助人出庭，为人民法院更清楚地查明案件事实和更准确地认定垄断行为提供帮助。人民法院在审理垄断纠纷时，应当注意发挥专家辅助人的作用。在庭审中，审判人员可以对出庭的专家辅助人进行询问，可以允许专家辅助人向对方当事人提问，允许双方当事人的专家辅助人进行对质，还可以允许专家辅助人向作出市场调查或者经济分析报告的专业人员提问，以方便理解和查明专业技术问题。除专家辅助人之外，垄断民事诉讼还经常涉及专家意见，专家意见对于解决案件中关键经济学问题亦具有重要作用。对此，《规定》第十三条明确规定，当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告。经人民法院同意，双方当事人可以协商确定专业机构或者专业人员；协商不成的，由人民法院指定。人民法院可以参照民事诉讼法及相关司法解释有关鉴定意见的规定，对前款规定的市场调查或者经济分析报告进行审查判断。在审查判断时，除了参照对鉴定结论审查判断的一般做法外，还要注意结合市场调查或者经济分析报告自身的特点，着重审查如下问题：该报告是否具有充分的事实或者数据基础；是否运用了合理、可靠的市场调查和经济分析方法；是否考虑了可能改变市场调查或者经济分析结果的相关事实；专家是否尽到了专业人员所应具有的谨慎和勤勉；等等。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》  
（法律出版社，2021年版）

17. 在不当得利返还之诉中，由谁来举证证明案涉得利“没有法律根据”问：甲向乙账户汇款后向法院起诉称汇错款，请求乙返还不当得利。乙辩称甲虽与其无法律关系，但甲的行为系偿还丙欠乙的货款，不构成不当得利。此时应当由谁就“没有法律根据”承担举证证明责任？

答：给付行为没有法律根据是不当得利的构成要件之一。有观点认为，该构成要件的举证责任应当由被告承担，理由在于被告举证“有法律根据”系证明积极事实，相对容易；而原告举证“没有法律根据”则是证明消极事实，难度较大。反对者则认为，原告应当承担举证证明责任。“原告必须证明无法律上的原因（给付目的之欠缺）。此虽具消极事实的性质，仍应由原告负举证证明责任。给付不当得利请求权人乃使财产发生变动的主体，控制财产资源的变动由其承担举证证明责任困难的危险，实属合理。”由原告承担举证证明责任的另一个理由在于，“谁主张，谁举证”是民事诉讼的基本举证原则，在法律无明文规定的情况下，不能因举证困难而随意倒置。我们倾向于认为，原则上由被告承担“没有法律根据”的举证证明责任更为妥当。首先，不当得利中“没有法律根据”不是一般诉讼中特定的待证事实，而是一系列不特定的民事法律行为、事实行为乃至事件的集合。对于原告而言，让其证明“没有法律根据”是一项不可能完成的任务。在上述案例中，如果由甲证明汇款“没有法律根据”，则乙只需辩称甲不能举证证明，法院即可判决驳回甲的诉讼请求。其次，按照最高人民法

院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条第一项规定，主张法律关系存在的当事人，应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任，此亦为“谁主张，谁举证”的例外情形。故被告如主张存在一定法律关系构成“法律根据”的，应由被告承担举证证明责任。具体而言，被告的举证证明过程应当分两步走。第一步要证明存在“法律根据”的相关事实。如在上例中，乙辩称甲代替丙还款，并提交乙与丙的借款合同及付款凭证等证据以证明乙对丙享有债权。第二步则需要证明该相关事实构成“法律根据”，从而阻却不当得利的成立。乙在证明其对丙享有债权后，还应当按照《民法典》合同编关于债务加入或债务转移的规定，证明甲确有代替丙还款的真实意思，以达到存在“法律根据”的证明标准。需要指出的是，以上分析的仅仅是一般的情况，在某些情形下，被告的举证责任并没有那么复杂。如上例乙若证明其对甲享有债权，甲汇款是清偿自己债务的行为，则其不但证明了存在“法律根据”的相关事实，同时还证明了该相关事实足以构成“法律根据”。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》（法律出版社，2021年版）

**18. 上诉期间将涉案标的物转让不构成妨害民事诉讼的行为。问：**甲将自己的房子卖给乙，后又高价卖给丙，房屋尚未过户，乙起诉甲，一审法院判令甲将房屋过户给乙，涉案房屋并没有办理财产保全；甲不服上诉，上诉期间又将房屋卖给了丁，并办理了过户。甲的行为是否构成妨害民事诉讼的行为，能否对甲的行为进行处罚？

答：甲的行为并不构成妨害民事诉讼的行为，并不能对甲进行处罚。理由是对于公民不论实施何种处罚，必须有严格的法律依据。《民事诉讼法》第一百一十一条规定：“诉讼参与人或者其他有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；（二）以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的；（三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；（四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百六十三条规定，“法律文书生效后，进入执行程序前，债权人因对方当事人转移财产等紧急情况，不申请保全将可能导致生效法律文书不能执行或者难以执行的，可以向执行法院申请采取保全措施。债权人在法律文书指定的履行期间届满后五日内不申请执行的，人民法院应当解除保全”，学理上称为“执行前的保全”。在判决生效后，生效判决指定的履行期限届满前，此时权利人还不能申请执行保全，担心义务人在此期间转移财产的，可以申请执行前的保全，由人民法院对财产采取查封、扣押、冻结措施。结合上述案情，由于涉案财产并未办理诉讼保全，不符合《民事诉讼法》第一百一十一条第一款第

三项规定的“隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的”行为，甲在上诉期间转让涉案标的物的行为并不构成妨害民事诉讼的行为，不能对其处罚，但乙可以要求甲赔偿损失。

观点来源：最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判实务问答》  
(法律出版社，2021年版)

# 最高人民法院第二巡回法庭

## 法官会议纪要

### （第三辑）

#### 1. 关于到期债权的执行

**【案情摘要】**A 公司对 B 公司享有的债权已经生效判决确认，A 公司在执行过程中主张 B 公司对 C 公司享有到期债权，并申请执行对 C 公司的该项债权。法院依据当事人的申请，向 C 公司发送了到期债权执行通知书，C 公司未在指定的异议期内提出异议，但在法院执行其财产时其提出执行异议，被驳回后遂提起执行异议之诉。

**【法律问题】**次债务人对到期债权执行提出的异议被驳回后，能否提起执行异议之诉？

**【法官会议意见】**不能。

理由：在到期债权执行场合，执行法院往往会向次债务人发送履行通知，依据《执行工作规定（试行）》的相关规定，履行通知往往会指定 15 天的履行或异议期限，次债务人在履行通知指定的期限内没有提出异议又不履行的，执行法院有权裁定对其强制执行。尽管该裁定性质上属于执行依据，但与生效裁判等执行依据不同，裁定本身并未对债务人与次债务人的权利义务关系进行实体

判断,且次债务人也不是以自身对到期债权享有所有权、担保物权等民事权益而提出排除执行,故次债务人的异议只能通过执行复议等执行监督程序救济。

## 2. 以物抵债权利人能否排除一般债权人的执行

**【案情摘要】**甲诉乙公司借款合同纠纷案,根据甲的申请,人民法院于2017年8月2日作出民事裁定,查封了乙公司包括案涉房屋在内的多套房屋。生效判决支持甲的诉讼请求后,甲向人民法院申请强制执行。丙以其系《执行异议和复议规定》第28条规定的无过错买受人为由提出执行异议,主要依据为:乙欠丙39万元,以案涉房屋抵债,双方签订了落款时间为2017年6月6日的内部认购书;物业公司于同日出具了进户收费明细单。

**【法律问题】**《执行异议和复议规定》第28条规定的合法有效的书面买卖合同是否包括以物抵债协议?

**【法官会议意见】**《执行异议和复议规定》第28条规定了无过错不动产买受人可以排除金钱债权人执行的四个条件,只要有一个要件不符合,则不能排除金钱债权人的强制执行。以物抵债协议不同于买卖合同,其性质或者是新债清偿,或者是债务更新。在新债清偿场合,同时存在新旧两个债,与单一之债性质的买卖合同判然有别;在债务更新场合,债权人仅享有权利而无须履行付款义务,与需要支付对价的买卖合同亦不相同。因此,仅依据以物抵债协议,并不足以排除另一个金钱债权的执行。

## 3. 错误以物抵债裁定的司法救济】

**【案情摘要】**甲公司依据生效判决，向法院申请执行乙公司财产，法院对乙公司房产进行拍卖，两次流拍后，经甲公司同意，法院作出以物抵债裁定，将乙公司房产抵给甲公司。以物抵债裁定作出后，丙认为该裁定存在错误，以其系案涉房产的真实权利人为由向法院提出书面异议被驳回后提起执行异议之诉。

**【法律问题】**以物抵债裁定出现错误，是通过执行复议程序还是提起执行异议之诉进行救济？

**【法官会议意见】**以物抵债裁定有别于一般的执行措施，错误的以物抵债裁定，原则上应当通过执行监督程序救济，但在一定情况下也可以通过提起执行异议之诉进行救济。在通过执行异议之诉救济的情况下，应当对案外人的权利进行确认，并在判项中作出撤销以物抵债裁定中直接导致物权变动的内容。此外，通过法院内部的沟通协调，促成执行法院自行撤销以物抵债裁定。

#### 4. 重整计划债转股的法律效力

**【案情摘要】**甲公司破产管理人确认甲公司欠乙银行本金及利息 5000 万元。根据人民法院裁定批准的《重整计划》，金融类普通债权人的清偿方式为：50 万元以下的 100%清偿，超过 50 万的按照统一比例实施债转股。《重整计划》执行后最终确定债转股的比例为每 5 元债权转为 1 元注册资本。在《重整计划》执行过程中，管理人向乙银行清偿了 50 万元及二次受偿资金 200 万元，剩余债权 4750 万元按照每 5 元债权转为 1 元注册资本的比例转股 950 万股。乙银行另行提起诉讼，请求甲公司的保证人丙承担担保责任？

**【法律问题】**乙银行能否请求丙继续承担担保责任？

**【法官会议意见】**目前重整程序中债转股的操作，是管理人和债权人通过团体协商以债务人企业出资人权益分配给债权人形成以债权“交易”出资人权益的一种法律行为，是破产程序分配债务人财产的一种方式，并非单纯的代物清偿或者抵销行为。由于重整程序中的债转股具有用出资人权益（股权）“清偿”债务的性质，故应根据股权价值来确定债权人的受偿率。对于债权人通过债转股未受偿部分，根据《企业破产法》第92条第3款的规定，保证人仍应继续承担责任。

## 5. 破产程序中的“深石原则”

**【案情摘要】**A公司系B公司为开发项目而成立的全资子公司，资金来源主要靠B公司借款。A公司在开发中欠付C公司工程款等，C公司取得生效判决（未主张优先权），后项目失败，A公司破产。破产程序中，B公司以其出借款申报债权并经人民法院裁定确认（约占债权总额的50%）。现C公司单独起诉请求确认B公司债权劣后于C公司等人的普通债权受偿。

**【法律问题】**破产程序中能否参照适用“深石原则”（衡平居次原则）？

**【法官会议意见】**可以。

理由：“深石原则”在债务人不能清偿全部债务进而出现破产原因，公平确定债务清偿顺序时才具有制度价值。尽管我国立法对此尚未有规定，但从民法公平和诚信原则出发，“深石原则”在我国破产案件中仍然具有适用的可操作性。对于“深石原则在

破产案件中的适用条件，其作为企业破产法普通债权平等清偿制度的例外，应立足其制度定位，衡平居次不是自动居次，控制股东对破产企业公平合法的债权依法不应居次；如控制股东滥用股东权利致使公司人格混同、从事不公平关联交易与破产企业恶意串通损害债权人合法权益，则可在破产程序中适用“深石原则”，以保护公司外部债权人合法权益，这也是优化营商环境的当然之义。

## 6. 确认公司决议有效是否有诉的利益

**【案情摘要】**A 公司的股东甲抽逃全部出资，经催告后仍不履行出资义务。为此，A 公司召开股东会并作出决议，在解除甲的股东资格的同时公司依法减资，甲未参加该次股东会。因在办理工商变更登记时受阻，A 公司的控股股东乙向人民法院提起诉讼请求确认该公司决议有效。

**【法律问题】**人民法院应否受理股东请求确认公司股东会决议有效的案件？

**【法官会议意见】**我国《公司法》及其司法解释均未规定股东可提起确认公司决议有效之诉。作为民事法律行为，除非法律另有规定或当事人另有约定，公司决议按照法律规定或章程约定的程序作出之日起即成立并生效。况且公司治理以自治为原则，司法介入应保持审慎态度，除非违反法律强制性规定或损害公共利益，否则司法不应轻易否定公司决议的效力。因此，此类诉讼原则上不具备通过法院作出判决确认有效的必要性和实效性，通常而言股东不具备诉的利益。

## 7. 公司非法减资，股东如何承担责任

**【案情摘要】**A公司系有限责任公司，于2015年10月25日设立，注册资本1亿元。股东甲、乙均出资5000万元。2017年年初，A公司与丙签订了近8000万元的买卖合同，并在收到丙支付的首期4000万元货款后减资到400万元。丙未依约收到货物，经催告后A公司仍未履行。经查阅其工商登记，发现了非法减资事实，遂向法院提起诉讼，请求解除买卖合同，A公司返还4000万元价款，甲、乙在1亿元出资范围内为A公司的债务承担连带责任。

**【法律问题】**有限责任公司未依法办理减资手续，其股东应否以及如何对公司债务承担责任？

**【法官会议意见】**公司注册资本是公司对外交往的信用基础之一，交易相对方通常会通过注册资本额判断公司的资信状况，公司股东负有全面履行出资及确保资本维持的义务。案涉纠纷中，甲、乙两股东明知A公司对丙存在大额债务未予偿还的事实，而仍然减少注册资本，且未按照《公司法》第177条规定履行通知债权人，根据债权人的要求清偿债务或者提供担保的程序义务，导致公司责任财产减少，影响了公司偿债能力，最终损害了债权人丙的权利。同时，该减资行为与股东未履行或未全面履行出资义务及抽逃出资产生的法律后果相似，可参照适用《公司法司法解释（三）》第5条、第4条的相关规定，甲乙两股东应当在1亿元范围内对A公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。

## 8. 政府会议纪要是否属于民事合同

**【案情摘要】** 甲公司与某市政府签订协议，约定为该市全部加油站建立某种控制系统，避免加油时加油站以次充好、跑冒滴漏。系统建好后，由市政府通过颁发文件收取行政事业费方式给予甲公司回报。因为政策调整，国家不允许收取此类费用，甲公司难以收回预期回报，多次与政府协商。后政府召集相关职能部门讨论，就如何弥补甲公司的付出并给予适当利润问题进行了决议，并明确具体承担支付款项的相关部门，会后出具了会议纪要，甲公司参与了该次会议的磋商并同意纪要内容。

**【法律问题】** 甲公司是否可依据该会议纪要请求政府支付相关费用，即该案中的会议纪要是否可以作为民事合同据以确定当事人之间的权利义务关系？

**【法官会议意见】** 本案的核心争议点是该会议纪要的性质，即其是否可以作为民事合同据以确定当事人之间的权利义务关系。该会议由政府组织相关职能部门参与，并与甲公司就前期的收取费用的协议进行善后处理，对如何给予甲公司补偿达成意见，并形成会议纪要。该会议纪要具备民事合同的基本构成要素。首先，市政府属于《民法典》中的机关法人，其完全可以作为民事合同一方主体从事民事活动。其次，本案的会议纪要内容，不涉及行政管理或公共服务，而是双方约定的民事权利义务。最后，本次会议纪要由甲公司与市政府作为平等主体进行磋商，具备作为合同基本内容的主体、标的、履行方式等三要素，并未体现行政法上的权利义务关系，故可以认定该会议纪要系民事合同，甲公司可依据该民事合同主张权利。

## 9. 人章关系的类型化分析

**【案情摘要】**A公司的法定代表人是甲，乙以甲的名义代表A公司与丙签订买卖合同，并加盖了A公司公章。后丙请求A公司履行付款义务，A公司抗辩其并非合同当事人，不应承担责任。问：A公司应否承担责任？

**【法律问题】**加盖公章本身是否意味着已经取得了公司的有效授权？

**【法官会议意见】**公司主要通过代表与代理两种方式对外从事交易活动，除法定代表人以外的任何人以公司名义对外从事的行为（包括冒充法定代表人名义对外进行的所谓代表行为）均属代理行为，要综合考虑行为人有无代理权或者在无权代理时相对人是否善意、有无过失等情形确定公司应否及如何承担责任。考察行为人有无代理权时要区别职务代理与委托代理进行具体判断，不可一概而论，但不论何种情形，都不会因为所盖公章的真实性而使无权代理转化为有权代理。当然，考察公章真实性并非全无意义，其是认定相对人是否善意的重要考量因素，但绝非全部因素。在认定相对人是否“有理由相信”行为人有无代理权时，还需要考察行为人的身份及职责、盖章场所、公章类型等因素。就此而言，“认章不认人”、“认人不认章”等表述均不够全面准确，只有在特定语境下才有其合理性。

## 10. 未通知债务人，债权受让人能否以债务人为被告提起诉讼

**【案情摘要】**甲将其对乙享有的债权转让给丙，双方签订了债权转让协议，但未通知乙。后丙直接以乙为被告提起诉讼，乙以其与丙没有合同关系为由主张应当驳回丙的起诉。

**【法律问题】**在债权转让场合，在未通知债务人的情况下，受让人能否直接以债权人身份对债务人提起诉讼？

**【法官会议意见】**根据《民法典》第 546 条的规定，债权转让项下存在两个不同的法律关系：一是就转让人与受让人之间来说，债权转让合同成立即生效；二是对债务人而言，该债权转让只有自其接到通知之日才对其发生效力，即通知是债权转让发生对抗效力的要件。故在债务人尚未接到通知的情况下，受让人与债务人之间尚不存在债权债务关系，原则上不能直接以债务人为被告提起诉讼。

## 11. 以第三人的履行作为履行条件的约定的效力

**【案情摘要】**甲与乙签订的货物买卖合同约定：“自丙付款给乙之日起 7 日内乙向甲付款。”因丙一直未向乙付款，导致乙也未及时向甲付款。甲向法院起诉，请求乙及时付款，乙以付款条件未成就为由提出抗辩。

**【法律问题】**当事人约定以第三人的履行作为一方履行债务的条件，如何理解该约定的性质和效力？

**【法官会议意见】**履行附期限。

理由：当事人约定以第三人的履行作为一方履行债务的条件，该约定是对债务人何时履行债务所作的约定，不影响合同的效力，不属于附条件或附期限的法律行为。在合同有效的情况下，债务

人负有确定的履行义务。就此而言，该约定形式上属于对履行所附的条件，但实质上则是附期限履行的约定。如果所附期限是明确的，则应当按照约定的期限履行；反之，难以确定第三人何时履行，即所附期限不明确的，依据《民法典》第 511 条第 4 项之规定，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。所附期限是否明确，依据“谁主张、谁举证”的规则，应当由抗辩不应履行的债务人承担举证责任。

## 12. 预先放弃调整违约金条款的效力

**【案情摘要】**甲与乙合作开发房地产项目，后甲将该项目权益的 50% 以 1 亿元的价格转让给乙开发。双方在转让协议中约定：“转让款分 5 期支付，任何一期逾期超过 3 个月甲可以解除协议，甲有权要求乙支付 6000 万元的违约金，乙放弃要求调整违约金的权利。“协议签订后，乙支付了 3 期共计 6000 万元的转让款。因乙未如期支付第 4 期转让款并已经超过 3 个月，甲向法院提起诉讼，请求判令乙支付第 4 期项目转让款及约定的违约金 6000 万元。乙抗辩称违约金约定过高，并诉请法院对违约金数额进行酌减。

**【法律问题】**合同当事人事先放弃向法院请求调整违约金数额权利的约定是否有效？

**【法官会议意见】**民事主体的意思自治应以公法提供的公共秩序为基础，民事法律行为的自由须限定在不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的范围之内。当事人请求法院对违约金数额进行调整，本质上属于公法性质的诉讼权利。《民法典》第 585 条第 2 款规定的违约金司法调整制度，是为平衡当事人利

益而对契约自由适当限制的结果。如果允许当事人通过预先约定放弃向法院请求调整违约金的权利，容易造成意思自治对公共秩序的冲击，法定的违约金调整规则将大概率被规避，进而影响市场交易安全并提升虚假诉讼的风险，《民法典》第 585 条第 2 款的立法目的有可能被架空。因此，当事人事先约定放弃违约金司法调整请求权，违约方再向法院请求调整违约金数额的，法院原则上应予以准许并依法进行审查处理。

### 13. 履约保证金的性质与效力

**【案情摘要】**2014 年 10 月，A 公司与 B 公司签订《房屋租赁合同》，约定将 A 公司位于城市中心的 5 套房屋出租给 B 公司。为担保合同履行，合同约定 B 公司应给 A 公司支付履约保证金 1000 万元，在合同期满或具备约定退还条件的情况下，A 公司应无息退还，但若因 B 公司拖欠租金且经 A 公司催告未支付的，A 公司有权单方解约，不退还履约保证金，B 公司还应支付未履行部分 10% 的违约金。现 B 公司经催告后仍未支付租金。

**【法律问题】**履约保证金能否与违约金并用？

**【法官会议意见】**履约保证金兼具保证金质押和违约金的双重属性，法定履约保证金因其担保对象固定、交纳比例不高，加之有法律的明确规定，一般不会出现应否与违约金等并用的问题。当事人约定的履约保证金过高时，可以适用违约金酌减规则。鉴于履约保证金同时具有违约金功能，一般不能与违约金并用，但也有例外情形，故不可一概而论。

#### 14. 发包人是否享有任意解约权

**【案情摘要】**A 公司与 B 公司签订了有效的建设工程施工合同，约定 A 公司将工程发包给 B 公司，后 B 公司依约进场施工。施工过程中，A 公司向 B 公司发送解除合同通知书，随后向法院起诉，请求解除建设工程施工合同，并要求 B 公司限期退出场地。B 公司以 A 公司无正当理由解除合同为由，请求法院驳回诉讼请求。

**【法律问题】**建设工程施工合同中，发包人是否享有任意解除权？

**【法官会议意见】**不享有。

理由：建设工程施工合同中发包人是否享有任意解除权，在司法实务中一直是个颇有争议的问题。根据原《合同法》第 268 条的规定，承揽合同中的定作人可以随时解除承揽合同，同时该法第 287 条还规定：“本章没有规定的，适用承揽合同的有关规定。”“建设工程施工合同系特殊的承揽合同，《合同法》对于建设工程施工合同中发包人的解除权又无特殊规定，沿此逻辑推理，根据《合同法》的前述规定，建设工程施工合同中发包人享有任意解除权似乎是必然的结论。然而，一般承揽合同所指向的标的通常为价值相对较小的动产，而建设工程施工合同所指向的工作成果为工程项目，往往投资巨大，涉及主体众多，甚至事关国计民生。如果赋予发包人任意解除权，即使可以通过赔偿机制填补承包人的损失，也势必造成社会资源的极大浪费。定作人任意解除权制度能否当然适用于发包人，不无疑问。2005 年 1 月 1 日起施行的原《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》第 8 条关于发包人解除权的规定，既是对于《合同法》第 94 条法定解除权在建设工程施工合同中具体适用情形的解释，又是对于发包人解除权的限制，实际对发包人任意解除权持否定态度。但关于该问题的争议并未因前述司法解释出台而平息，仍有观点认为发包人享有任意解除权，毕竟仅以司法解释对发包人可以行使解除权的情形进行了列举为由而排斥定作人任意解除权在建设工程施工合同领域的适用，在逻辑上并不周延。在《民法典》颁布施行后，该法第 806 条第 1 款规定，承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。故建设工程施工合同发包人不享有任意解除权，据此得到进一步明确。

#### 15. 如何理解《民间借贷司法解释》第 29 条规定中的“其他费用”

**【案情摘要】**A 公司与 B 公司签订借款合同，约定 A 公司向 B 公司出借资金，若 B 公司出现违约，则双方为解决争议而实际支付的费用（包括但不限于诉讼费和合理的律师费）由败诉方承担。因 B 公司未依约偿还借款，A 公司向法院提起诉讼请求 B 公司偿还借款本息，并支付律师费及诉讼保全责任保险费。

**【法律问题】**民间借贷纠纷中，当事人主张的借款合同约定的律师费和诉讼保全责任保险费是否属于《民间借贷司法解释》第 29 条规定的“其他费用”，换言之，是否应受到一年期贷款市场报价利率 4 倍（即 4 倍 LPR）的限制？

**【法官会议意见】**不属于。

理由：律师费和诉讼保全责任保险费为出借人维护自身合法权益的必要支出，与借款人借款成本性质不同。首先，从《民间借贷司法解释》第 29 条规定的立法本意看，该条主要目的在于当借贷双方对逾期利率、违约金以及其他费用一并约定时平衡保护当事人之间的权益；其次，从实践情况看，只有与融资成本紧密相关的费用才属于司法解释规定的范围，一般主要指约定的服务费、咨询费、管理费等，其性质上仍属于借款人为获得借款而支付的必要成本，并非在借款合同中出现的所有费用都属于上述范围；再次，本条设定利率上限的目的是防止当事人以其他费用变相提高借款利率；最后，律师费和诉讼保全责任保险费与借贷中的控制融资成本并无直接关联关系。当事人约定的律师费和诉讼保全责任保险费系当事人为实现债权而可能支出的成本，若借款人依约还款则不会产生；若引发纠纷产生相关费用，当由败诉方承担，原则上不同于借款利息、违约金等费用。

## 16. 利息的裁判尺度

**【案情摘要】**A 银行与 B 公司签订借款合同，约定 A 银行向 B 公司提供资金 4 亿元，借款期限 36 个月，合同约定利率为 10%，逾期贷款的罚息利率按合同约定利率上浮 50%，同时约定借款人对应付未付利息计收复利。此后，A 银行以 B 公司违约为由主张贷款提前到期，起诉 B 公司要求偿还借款本金，其所主张利息包括利息、罚息和复利。

**【法律问题】** 罚息能否计收复利？

**【法官会议意见】** 罚息、复利通常仅适用于金融借贷。在金融借贷中，贷款期内的利息可以计算复利当无疑问，此时复利的计算依据为结息日时欠付的利息乘以相应的利率，故复利的计算标准与结息日密切相关。贷款逾期后计收的罚息，因不存在结息日问题，因而一般情况下不存在罚息计收复利问题。当然，如果借款合同对逾期结息日及逾期罚息的收取有明确约定的，也可能存在罚息计收复利的问题。鉴于现行法对罚息计收复利并未作禁止性规定，根据意思自治原则，应当允许当事人作出此种交易安排，但不得超过法定的利率上限。考虑到金融借款合同通常是由金融机构一方事先拟定的格式合同，对是否存在罚息应否以及如何计算复利的条款，应当由金融机构举证证明已经尽到提示和说明义务。

## 17. 股权收益权能否作为信托财产设立信托

**【案情摘要】** A 公司与 B 信托公司签订信托合同，将其持有的 C 公司股权收益权作价后交由 B 信托公司设立财产权信托，B 信托公司与受益人签订股权收益权投资信托合同。问：有限责任公司的股权收益权能否作为信托财产设立信托？

**【法律问题】** 股权收益权是否属于信托法意义上的信托财产范畴？

**【法官会议意见】** 是。

理由：设立信托，必须有合法及确定的信托财产或者财产权利。因此，信托财产在法律上应当具备合法性和确定性。股权收益权对应的基础资产是股权这一合法和独立的民事权利，这种收益权

现在并未发生或者并不确定，比较客观的解释是股权所有人将来可取得的债权。信托是应对经济和社会需求而产生的制度，自由和创造性是信托的本色，也只有这种特质才能回应不断发展的社会需求。股权收益权的具体数额虽在信托设立时尚不能完全确定，但如经公允的价值判断或者当事人特别约定能够确定的，亦应视为符合信托财产的确定性要件。根据《中国人民银行、中国银行保险监督管理委员会、中国证券监督管理委员会、国家外汇管理局关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称《资管新规》）第 10 条的相关规定，私募产品的投资范围由合同约定，可以投资债权类资产、上市交易（挂牌）的股票、未上市企业股权（含债转股）和受（收）益权。同时《资管新规》第 15 条也对资产管理产品直接或者间接投资于未上市企业股权及其受（收）益权的退出安排等作出相应要求，使股权收益权作为投资标的具备了合法合规性与可操作性。因此，信托财产当事人以约定的股权收益权、上市公司股票（限售期股票）收益权、债券收益权、票据收益权、债权收益权等各类可以确定的资产收益权作为信托财产设立的信托，符合意思自治原则，不违反法律、行政法规及监管规定，不存在其他信托无效情形的，人民法院应依法认定信托效力。

## 18. 保证保险的性质与效力

**【案情摘要】** 贷款人甲信托公司与借款人乙签订《信托贷款合同》《最高额抵押合同》，约定甲向乙提供贷款 300 万元，贷款期限 1 年，乙以其名下房产提供抵押。同时，乙与丙保险公司

签订了以甲为被保险人的保证保险合同，合同主要约定保险人向被保险人支付赔偿金的条件及支付后在赔偿金额范围内，保险人可以代位行使被保险人对投保人、担保人请求赔偿的权利。后因乙逾期偿还借款本息，甲向丙出具权益转让书，将其对乙的包括主债权及抵押权在内的一切权益转让给丙。现因乙未及时偿付理赔款，丙诉至法院，请求乙偿还保险理赔款 320 万元及拖欠的保费、违约金，同时请求对乙名下抵押房产优先受偿。

**【法律问题】**如何认定保证保险合同的性质？

**【法官会议意见】**保险合同。

理由：2009 年修订后的《保险法》第 95 条第 2 款明确规定了保证保险这一险种，认定其属于财产险的一种。因《保险法》对其性质作出了明确规定，在合同无特殊约定保险人承担保证责任的情形下，保证保险法律性质应为保险，优先适用《保险法》及相关司法解释的规定。保险人基于保证保险合同提起的关于保费的诉讼与其理赔后提起的代位求偿权诉讼系基于不同法律关系提起的诉讼，当两个诉讼同属一个法院管辖时，可以合并提出。保险人代位求偿系法定的债权转让，依据《保险法》第 60 条第 1 款的规定，保险人仅在保险赔偿金范围内行使权利，故主债权合同、保证保险合同中有利息、违约金等条款对其均不适用。同时，基于其债权转让，依据《民法典》第 407 条的规定，除法律另有规定或当事人另有约定的除外，被保险人对第三者的抵押权从权利一并转移给保险人。

## 19. 抵押权的保护期间

**【案情摘要】**A 公司与 B 公司签订借款合同，B 公司以自有房屋提供抵押担保并办理了抵押登记。借款合同到期后，B 公司未依约履行还款义务，A 公司以 B 公司为被告提起诉讼，请求 B 公司还本付息，但因故未诉请实现抵押权。获得生效判决后，A 公司申请执行，B 公司在申请执行期间破产。A 公司在申报债权时，载明该债权系“有财产担保的债权”，但 B 公司的破产管理人以其未在主债权诉讼时效期间内行使抵押权为由，拒绝确认该债权系有财产担保的债权。A 公司遂提起破产衍生诉讼，请求确认其债权为有优先权的债权。

**【法律问题】** 债权人仅诉请债务人履行主债务，未请求实现抵押权的，如何认定抵押权的保护期间？

**【法官会议意见】** 《民法典》第 419 条规定，抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权，未行使的，人民法院不予保护。但是当主债权已被生效判决确定时，基于“一事不再理”原则，不存在再次提起诉讼对主债权进行保护的问题，因而也就不存在诉讼时效期间重新计算的问题。在债权人仅起诉债务人而未一并起诉抵押人的情况下，诉讼时效期间制度已经不能适用，但抵押权仍有进行保护之必要。参照适用《民法典》第 419 条规定之精神，应当将该条扩张解释为，抵押权人应当在主债权受到法律保护期间内行使抵押权。该受到法律保护的期间通常为主债权诉讼时效期间；当主债权经诉讼程序被生效裁判确定后，抵押权的保护期间为申请执行期间；在债务人破产时，抵押权的保护期间则为法律规定的申报债权期间。只要当事人在前述的保护期间内依法行使权利，抵押权就应受到保护。

## 20. 融资租赁合同中的出租人享有权利的性质

**【案情摘要】**2016年6月12日，A公司与B公司签订《融资租赁合同》，约定：A公司根据B公司的选择，向C公司购买一套生产设备，提供给B公司使用，租赁期限10年，自2016年6月13日至2026年6月13日，每月租金120万元。合同签订后，A公司依约向C公司采购了该生产设备并指定C公司交付B公司使用。2021年10月8日，人民法院裁定受理了某债权人对B公司的破产清算申请。2021年12月20日，A公司向B公司破产管理人主张取回租赁设备，B公司管理人回函称，A公司仅可就租赁设备拍卖、变卖所得的价款受偿，并不享有取回权。A公司遂提起诉讼，请求人民法院判令解除融资租赁合同，租赁设备由A公司取回。

**【法律问题】**A公司就案涉租赁设备享有取回权还是别除权？

**【法官会议意见】**取回权。

理由：《民法典》虽删除了租赁物不属破产财产的规定，并将融资租赁纳入非典型担保制度，但并未改变出租人在融资租赁法律关系存续期间对租赁物享有所有权的立场。因此，案涉融资租赁合同履行期间，A公司享有租赁设备的所有权。根据《企业破产法》的相关规定，A公司基于其对租赁物的所有权，在B公司破产清算时，享有取回权。该取回权以融资租赁合同解除、租赁物存在为行使要件，当租赁物意外毁损灭失或被不当处分的情

况下，A 公司无法行使取回权，应当按照《企业破产法》及其司法解释的规定，行使代偿性取回权或者申报普通债权。

## 21. 管辖权异议案件中的公告送达问题

**【案情摘要】**在一起金融借款合同纠纷案件中，A 银行将 B 公司、C 公司同时诉至法院，B 公司在一审答辩期间提出管辖权异议，C 公司下落不明且未提出管辖权异议。其后，人民法院裁定驳回 B 公司的管辖权异议，B 公司提起上诉。

**【法律问题】**是否应将上诉案件受理通知书等法律文书及二审民事裁定书向下落不明的 C 公司进行公告送达？

**【法官会议意见】**无须公告送达。《民事诉讼法》第 130 条第 2 款规定：“当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。首先，下落不明的被告虽未应诉答辩，但因其未在答辩期内提出管辖权异议，应视为其对管辖权无异议；其次，管辖权确定是法院依职权进行的程序性审查，其最终处理结果并不影响因下落不明未参加管辖诉讼的被告实体权益；再次，在管辖异议上诉案件中，未提出异议的被告也可以不列为上诉案件的当事人；最后，根据管辖恒定原则，下落不明的被告在之后的诉讼中无权再就管辖权提出异议。

## 22. 撤诉与诉讼时效

**【案情摘要】**甲与乙签订借款合同到期后，乙未依约偿还欠款，甲在诉讼时效期间内向人民法院提起诉讼，要求乙偿还欠款。

诉讼过程中，甲向人民法院提出撤诉申请，人民法院作出民事裁定书准许甲的撤诉申请。后甲再次提起诉讼，乙以甲撤诉后诉讼时效未中断现、诉讼时效已经过为由进行抗辩。

**【法律问题】**甲起诉后又撤诉的，是否影响诉讼时效中断的效力？

**【法官会议意见】**不影响。

理由：《民法典》第95条规定了“提起诉讼”作为诉讼时效中断的事由。《诉讼时效规定》第10条进一步明确诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。本案中，权利人虽申请撤诉并经法院审查予以同意，但不影响诉讼时效中断的效力。提起诉讼属于法律规定的诉讼时效中断的持续性事由，应以程序终结之时重新起算诉讼期间。对于起诉后又撤诉引起诉讼程序终结的，诉讼时效期间从法院作出的民事裁定书送达生效之日起重新计算。

### 23. 鉴定费的性质与承担

**【案情摘要】**甲房地产公司与乙建筑公司签订《建设工程施工合同》，乙公司进场施工后，因双方就已完工程量、应付工程款等问题发生争议，乙公司遂起诉甲公司，要求甲公司支付工程款。审理期间，双方均未就已完工程申请造价鉴定。经释明，乙公司在指定期间内仍未申请鉴定。法院以乙公司不能证明其主张为由，判决驳回乙公司的诉讼请求。

**【法律问题】**人民法院能否依职权启动鉴定程序？

**【法官会议意见】**可以。

理由：《民事诉讼法》第 79 条和《民事诉讼法司法解释》第 121 条规定，原则上鉴定因当事人的申请而启动，人民法院不能启动鉴定程序。只有与待证事实具有关联性或有意义的，且符合《民事诉讼法司法解释》第 96 条属于人民法院依职权调查收集证据的五种情形，人民法院才可以依职权启动鉴定程序。通常情况下，人民法院在审理案件过程中认为待证事实需要通过鉴定意见证明的，依照《民事证据规定》第 30 条规定，向当事人予以释明，由对待证事实负有举证责任的当事人申请启动鉴定程序。

# 最高人民法院第六巡回法庭

## 关于民商事案件的五十五个最新裁判观点

### 目 录

- 第一部分 建设工程纠纷
- 第二部分 公司及破产清算纠纷
- 第三部分 合同纠纷
- 第四部分 担保纠纷
- 第五部分 民刑交叉纠纷
- 第六部分 执行异议之诉
- 第七部分 诉讼程序

#### 第一部分 建设工程纠纷

1. 《建工司法解释（一）》第1条规定，承包人因未取得资质、超越资质、借用资质或者转包、违法分包等与他人签订的建设工程施工合同无效。司法实践中，承包人转包、违法分包一般包括哪些情形，有关工程价款、工程质量纠纷该如何处理？

以转包或者违法分包方式签订的建设工程施工合同无效。关于转包违法分包的认定，可以参照住房和城乡建设部印发的《建筑工程施工发包与承包违法行为认定查处管理办法》（建市规〔2019〕1号）第7条、第8条以及第11条、第12条规定的具体情形进行认定。承包人从发包人处取得建设工程后再与他人签订的转包合同、违法分包合同无效，但不影响发包人与承包人之间签订的建设工程施工合同的效力。司法实践中，要注意区分合同性质，并对合同效力作出相应的认定。

工程转包、违法分包情形下，转承包人、违法分包人如果与发包人形成了事实上的施工合同关系，且建设工程质量合格的，转承包人、违法分包人可以直接依据《建工司法解释（一）》第24条规定，请求折价补偿。判断是否形成了前述事实上的施工合同关系，重点是看发包人是否认可实际施工人的地位，具体可以考量发包人是否直接支付工程进度款、是否在工程施工过程中进行联系或检查、是否直接进行工程价款结算、是否指定的转（分）承包人等因素。转承包人、违法分包人就其具体施工范围内的工程价款与发包人结算以后，转包人、违法分包人不能再就转承包人、违法分包人具体施工范围内的工程价款向发包人主张权利。存在转包、违法分包情形，发生工程质量争议的，发包人可以依据《建工司法解释（一）》第15条主张权利。

如果无法认定实际施工人与发包人建立了事实上的施工合同关系，应当依据各方当事人各自的合同关系确定发包人欠付转包人、违法分包人的工程款数额，以及转包人、违法分包人欠付转承包人、违法分包人的工程款数额。发包人与转包人、违法分

包人之间的结算协议，转包人、违法分包人与转承包人、违法分包人之间的结算协议均只对协议当事人发生效力，不能对抗协议之外的第三人。如果相关付款义务主体能够举证证明已经按照结算协议支付了相应工程款，则在已付工程款范围内免除付款责任。

## 2. 挂靠施工情形下，如何认定相关合同的效力，实践中如何解决有关工程欠款、工程质量纠纷？

在挂靠施工情况下，涉及发包方与施工方施工合同的外部法律关系以及被挂靠方与挂靠方借用资质的内部法律关系。对于相关合同效力的认定，应当区分内部关系和外部关系以及发包人是否善意来认定相关合同的效力。

在挂靠人与被挂靠人之间的内部关系上，挂靠行为属于借用资质行为的，因违反《建筑法》第 26 条规定，应当认定为无效行为。

在挂靠人、被挂靠人与发包人外部关系的认定上，应当根据发包人在签订建设工程施工合同时是否知道挂靠事实作出认定。如果发包人不知道挂靠的事实，有合理理由相信履行施工合同义务的就是被挂靠人，此种情况下被挂靠人以自己的名义与发包人签订施工合同的行为属于真意保留，被挂靠人的表示行为与真实意思不一致，但发包人的表示行为与真实意思是一致的。这种情况下，应当优先保护发包人的利益，该合同属于可撤销合同，并不仅因存在挂靠关系就当然无效。被挂靠人将所承包工程交由挂靠人施工的行为属于转包行为，根据《建工司法解释（一）》第 1 条第 2 款规定，该转包合同属于无效合同。如果发包人知道挂

靠事实，根据《民法典》第 146 条规定，该发包人与被挂靠人之间的施工合同属于以虚假的意思表示实施的民事法律行为，应当认定无效。

发包人、被挂靠人、挂靠人之间的工程欠款纠纷，除法律和司法解释另有规定外，应按照合同相对性原则，分别按照各自之间的合同关系处理。出现工程质量问题的，发包人依据《建工司法解释（一）》第 7 条规定主张权利的，人民法院应予支持。如果发包人与挂靠人之间在工程施工中建立了事实上的施工合同关系，发包人或被挂靠人直接请求对方承担相应民事责任，人民法院应予支持。

### **3. 转包、违法分包、借用资质情形下，相关转包合同、违法分包合同、出借资质签订的施工合同中约定的管理费该如何认定和处理？**

建设工程施工领域，相关转包合同、违法分包合同、出借资质签订的施工合同无效。相关合同中约定的管理费不能理解为转包人、违法分包人或者有资质的施工单位转包、违法分包工程或者出借资质的对价或好处。如果转包人、违法分包人或者有资质的施工单位仅仅给予工程或出借资质但没有实施具体的施工行为或管理行为，对于转包人、违法分包人或者出借资质人提出的支付管理费的请求，一般不予支持；如果转包人、违法分包人或者出借资质人在给予工程或出借资质后也实施了一定的施工行为或管理行为，应当考虑转包人、违法分包人或者出借资质人的支出成本、合同各方的过错程度、实现利益平衡等因素，在各方之间合理分担该管理成本损失。

#### 4. 如何理解和把握《建工司法解释（一）》第1条第1款第3项规定，建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的，建设工程施工合同应认定无效？

根据《建工司法解释（一）》第1条第1款第3项的规定，建设工程必须进行招标而未招标或中标无效的，建设工程施工合同应认定无效。准确把握该条文含义，应当区分两种情况：一是必须进行招标而未招标；二是中标无效。关于必须进行招标的工程，相关国家部委曾经先后作出有关规范性文件规定，应当以有关规定为准来确定必须进行招标的工程范围。2018年6月1日施行的《必须招标的工程项目规定》及2018年6月6日施行的《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》规定，商品住宅项目已不属于必须招标工程范围，如果仍然以此为依据认定相关施工合同未经招投标程序因此无效就属于适用法律错误。如果签订施工合同时属于应当招标的工程项目，但诉讼中按照新的规定已不属于应当招标的工程项目，则不应以必须进行招标而未招标为由认定合同无效。

关于中标无效的把握，即使诉争的建设工程并非必须进行招标，但如果发包人主动选择采取招标方式，那么就应当遵守《招标投标法》等法律规定。如果招标程序中出现先定后标、串标、围标、行贿以及采取非法手段阻止、干预其他投标人参加投标活动等行为，该中标行为违反了《招标投标法》等法律的强制性规定，破坏了公平竞争的市场秩序这一社会公共秩序、因此也应当认定无效。

## **5. 建设工程合同纠纷案件对外委托鉴定工作中，如何确定委托鉴定范围、鉴定期限？**

人民法院在审理建设工程合同纠纷案件中对外委托和组织司法鉴定工作，应依照《人民法院司法鉴定工作暂行规定》（法发〔2001〕23号）、《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》（法释〔2002〕8号）、《关于人民法院民事诉讼中委托鉴定审查工作若干问题的规定》（法〔2020〕202号）相关规定，认真审查拟鉴定事项是否属于待查明案件事实的专门性问题。有关工程价款数额的确定和工程质量等方面的问题，如果当事人不能协商一致或者通过其他方式达成解决方案，人民法院可以根据当事人的申请对外委托鉴定。对于明显不属于专门性事实问题的，依法不应委托鉴定。拟鉴定事项所涉鉴定技术和方法没有科学可靠性的，也不应委托鉴定。委托鉴定的，应根据鉴定事项的难易程度、鉴定材料准备情况等，合理确定鉴定期限；鉴定机构、鉴定人因特殊情况需要延长鉴定期限的，应提出书面申请，由人民法院根据具体情况决定是否延长。

## **6. 建设工程施工合同纠纷委托鉴定工作中应注意哪些因素或事项？如何采信和认定鉴定意见？**

建设工程合同纠纷案件专业性较强，诉讼标的大，且审理周期长，要注意避免以鉴代审和拒绝裁判情况的发生。在当事人未申请鉴定的情况下，对显而易见的工程质量问题或者通过其他方式能够认定工程价款的，为了避免鉴定周期过长、鉴定费用高昂给当事人造成诉累，人民法院应根据举证责任分配原则对于能够查明的案件事实及时作出裁判，不得拒绝裁判。同时，也要避免

仅对无争议部分作出裁判，而对有争议部分告知当事人另行主张权利，不利于一次性解决纠纷。对于确需通过对外委托鉴定解决的争议事项，人民法院应向负有举证证明责任的一方进行充分释明。一审程序中经人民法院释明当事人明确表示不申请鉴定，二审程序中又申请鉴定的，除对方当事人同意或者有其他合理情形外，二审法院原则上不再对外委托鉴定。未经法庭组织双方当事人质证的材料（包括补充材料），不得作为鉴定材料。

对待鉴事项具有相应的合法资质的鉴定机构和鉴定人员出具的鉴定意见，属于案件的证据，是否可以作为认定案件事实的根据、哪些部分可以作为认定案件事实的根据，人民法院应组织案件当事人对该鉴定意见进行质证，并结合当事人的质证意见进行审查认定。

**7. 如何理解和把握《建工司法解释（一）》第 22 条“当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持”的规定？**

工程项目招标的重要文件包括招标文件、投标文件、中标通知书等，通过招标程序发包的工程项目应当依据上述文件的主要内容签订工程施工合同。实践中，当事人之间签订并实际履行的工程施工合同与上述招投标文件、中标文件在工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面并不一致，有的施工合同还进行了备案，就出现所谓的“黑白合同”“阴阳合同”现象。无论当事人之间签订并履行的工程施工合同是否经过备案，如果与前述

招投标文件、中标文件关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面内容不一致，当事人之间就工程价款的结算产生争议，人民法院应当以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。

但是，不能认为违背了招投标文件、中标文件签订的工程施工合同就当然无效，只有就有关工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等实质性内容约定不一致的，才可能导致工程施工合同无效。其他有关违约责任、争议解决条款等即使不一致的，也不必然导致工程施工合同无效。工程施工合同关于工程范围、建设工期、工程质量、工程价款等方面对招投标文件、中标文件内容进行了非实质性变更的，也不必然导致工程施工合同无效。对于非实质性变更的把握，应当考虑具体变更的内容、外部客观情况当事人的主观意思等综合因素。另外，工程中标后，如果建设工程合同的基础条件发生了招投标活动中无法预见的、不属于商业风险的重大变化继续按照中标通知书签订并履行合同对于当事人一方明显不公平的，受不利影响的当事人依据《民法典》第 533 条规定，与对方重新协商达成的建设工程合同，一般应认定为有效。

#### **8. 关于工程价款的结算，仅完成部分工程量能否依据建设工程合同约定的计价标准或计价方法结算工程款？**

建设工程合同约定了工程价款的计价方法或者计价标准，但承包人仅完成部分工程量且已完成部分的工程质量合格，除非当事人明确约定该计价方法或标准只适用于全部工程完工的情形，承包人主张依据合同约定的计价方法或者标准计取已完工程的工

程价款或者相关费用的，人民法院应当予以支持。如果当事人之间在仅完成部分工程量的情况下，无法就已完成部分工程价款的计价标准或计价方法达成一致，诉讼中可由主张权利一方通过申请委托鉴定的方式予以解决。

#### **9. 建设工程合同约定以审计部门出具的审计报告或者结论作为工程价款结算依据的，该如何理解和把握？**

建设工程合同约定以审计部门出具的审计报告或者结论作为工程价款结算依据，发包人未履约报请审计部门对工程价款进行审计的情况下，以未经审计部门审计为由拒付工程价款的，人民法院不予支持。如果审计部门未在合理期限内进行审计或者出具审计报告或结论，或者有证据证明审计结论明显不当的，承包人有权对未经审计以及缺少审计结论的工程价款或审计结论错误的工程价款申请司法鉴定。

#### **10. 委托代建关系的付款责任主体如何确定？**

采取委托代建模式进行工程开发建设的，工程价款的给付义务人应当根据建设工程合同的约定确定。委托人（建设单位）、代建人、使用人在代建合同中关于工程价款给付义务人的约定，除非承包人认可，该约定对承包人没有约束力。如果代建法律关系中对工程价款的给付义务人没有约定委托人（建设单位）、代建人、使用人三方共同作为发包人与承包人签订建设工程合同的情况下，委托人（建设单位）、代建人、使用人三方应向承包人共同承担支付工程价款的义务；委托人（建设单位）或者使用人向代建人支付了部分或全部工程价款，但代建人未向承包人支付

相应的工程价款的，委托人（建设单位）或者使用人并不能因此免除付款责任。

委托人（建设单位）或者使用人没有作为发包方与承包人签订建设工程合同的，如果建设工程合同履行过程中存在委托人（建设单位）或者使用人直接向承包人支付工程价款、设计变更施工方案或者增减工程量并直接对承包人进行指示、参与施工现场管理等情形，足以认定委托人（建设单位）或者使用人已经加入建设工程合同的履行中，承包人起诉要求委托人（建设单位）或者使用人与代建方共同承担支付工程款义务的，人民法院应予支持。代建人以自己的名义在委托人的授权范围内与承包人订立的施工合同，承包人在订立合同时知道代建人与委托人之间的代建关系的，根据《民法典》第 925 条的规定，该施工合同直接约束委托人和承包人；但是，有确切证据证明该合同只约束代建人和承包人的除外。根据委托代建合同约定，代建人享有对委托人（建设单位）或者使用人代建费用债权，承包人如果认为代建人怠于行使该债权影响其到期工程价款债权，依照《民法典》第 535 条规定提起代位权诉讼的，人民法院应予受理并在查明相关案件事实后作出相应的裁判。

## 11. 审判实践中，如何把握建设工程价款优先受偿权的权利行使主体、权利的保护范围以及权利的行使条件和方式等？

### I、关于建设工程价款优先受偿权的主体。

因建设工程价款优先受偿权在性质上属于法定优先权的性质，因此不宜扩大权利主体范围，应当根据《民法典》第 807 条和《建工司法解释（一）》第 35 条规定，限制在与发包人订立建设工程

施工合同的承包人范围内。转承包人、违法分包人等实际施工人不享有建设工程价款优先受偿权。但应当注意,《建工司法解释(一)》第43条、第44条规定实际施工人可以向发包人主张支付工程价款,或者以《民法典》第535条对发包人提起代位权诉讼,代位权行使之范围为债权及其从权利,优先受偿权作为从权利即应包括在代位权范围内。承包人将建设工程价款转让他人并通知发包人的,从确保承包人债权尽快实现并合理保值的角度出发,依照《民法典》第547条规定,应认定该工程价款债权受让人有权对发包人主张工程价款优先受偿权。

## II、关于建设工程价款优先受偿权的范围。

根据《建工司法解释(一)》第40条的规定,承包人的建设工程价款优先受偿范围包括直接费用以及包括企业管理费、利润、规费、税金等间接费用在内的全部建设工程价款,但不包括建设工程价款的利息以及因发包人违约产生的违约金、损害赔偿金等。依照《建工司法解释(一)》第40条第1款的规定,发包人从建设工程价款中预扣的质量保证金,属于建设工程价款的一部分,虽该保证金系为工程质量保证期内出现质量问题时保证工程及时得到修复而预留,但属于优先受偿范围。对于承包方单独另行交纳的质量保证金,因不属于工程价款,不享有优先受偿权。

## III、关于建设工程价款优先受偿权的行使条件和方式。

根据《建工司法解释(一)》第41条的规定,承包人应在合理期限内行使建设工程价款优先受偿权,但最长不得超过18个月,自发包人应当给付结算工程价款之日起算。发包人应当给付结算工程价款之日,根据《建工司法解释(一)》第27条规定确定。

建设工程施工合同是否有效，一般不影响工程价款优先受偿权；建设工程价款优先受偿权不因建成的房屋已经办理商品房预售合同网签而消灭，承包人仍有权依法就工程折价或者拍卖的价款优先受偿，但法律、司法解释另有规定的除外；承包人行使建设工程价款优先受偿权，不以工程竣工并交付为前提，无论工程是否完工，工程质量合格的，承包人可以主张优先受偿权；根据《民法典》第 807 条规定的“根据建设工程的性质不宜折价、拍卖”的建设工程一般包括：违章建筑、工程质量不合格且难以修复的建筑，法律禁止抵押的不动产，非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施及不宜单独折价拍卖的分部、分项工程等根据《民法典》第 807 条规定，承包人可以与发包人协议将工程折价，也可以请求人民法院将工程依法拍卖，建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿。承包人行使建设工程价款优先受偿权，既可以通过提起诉讼或者申请仲裁的方式，也可以通过直接向发包人主张权利的方式；直接向发包人主张权利的，承包人对此负有举证证明责任；以诉讼的方式行使建设工程价款优先受偿权的，人民法院可予以判决确认。

## **12. 实际施工人的类型包括哪些？与实际施工人有关的建设工程施工合同纠纷案件，实践中包括哪些常见的法律适用问题？**

一般来说，实际施工人包括转包合同的转承包人、违法分包合同的分承包人和外部挂靠关系中借用资质的单位或个人三种类型，实际施工人就是上述违法情形中实际完成了施工任务的单位或者个人。实际施工人与发包人之间没有直接的合同关系或者名

义上的合同关系，实际施工人同与其签订转包合同、违法分包合同的承包人或者出借资质的建筑施工企业之间也不存在劳动人事关系或者劳务关系。施工企业的内部承包关系以及与施工企业通过合作、劳务分包、专业分包等方式开展施工活动的，可根据具体情况认定相应的法律关系。

审理与实际施工人有关的建设工程施工合同纠纷案件，既要准确把握法律、司法解释条文含义，也要树立保护合法、显名民事主体利益的司法价值取向。实际施工人获得法律保护的利益原则上不应超过合法施工主体的权利范围。发包人与承包人之间关于工程价款的结算，对实际施工人具有拘束力，但是各权利义务主体有明确约定或在性质上不宜适用于实际施工人、实际施工人能够举证证明发包人与承包人以结算故意损害实际施工人利益的除外。实际施工人与其相对方就施工范围内工程价款的结算仅约束协议双方，不能以此约束发包人，但是实际施工人能够举证证明该结算系依据发包人与承包人之间施工合同中关于工程价款结算办法的约定作出的除外。

《建工司法解释（一）》第 43 条规定，实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。本条解释涉及三方当事人两个法律关系：一是发包人与承包人之间的建设工程施工合同关系；二是承包人与实际施工人之间的转包或者违法分包关系。原则上，当事人应

当依据各自的法律关系，请求各自的债务人承担责任。本条解释为保护农民工等建筑工人的利益，突破合同相对性原则，允许实际施工人请求发包人在欠付工程款范围内承担责任。承包人已经起诉发包人支付工程款的，实际施工人可在一审法庭辩论终结前申请作为第三人参加诉讼，其另诉请求发包人在欠付工程款范围内承担责任的，人民法院不应受理。实际施工人既有权要求发包人支付欠付工程款，也有权主张欠付工程款的利息。人民法院应当查明发包人欠付承包人的工程款及承包人欠付实际施工人的工程款。实际施工人对工程款支付条件成就、欠付工程款金额等承担举证证明责任；发包人提出已支付工程款金额以及所欠工程款与其无关等抗辩的，应当承担举证证明责任。因发包人并非实际施工人的合同相对方，发包人在其欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担的付款责任，是一种补充责任。发包人向实际施工人给付相应的工程款后，各方当事人之间相对应的债权债务关系均消灭。

层层转包或多次分包的，实际施工人不能向与其没有合同关系的承包人、分包人等中间环节主体主张工程款，但发包人已向承包人、分包人支付全部工程款的除外。未进行实际施工的转承包人、转分包人等中间环节主体不是实际施工人，不能突破合同相对性向发包人主张权利。

## **第二部分 公司及破产清算纠纷**

**13. 股权转让人隐瞒目标公司债务与受让人签订股权转让合同的，应承担何种民事责任？**

根据相关司法解释规定，公司股东转让股权与他人签订的股权转让合同，应受《公司法》和《民法典》合同编的有关规定调整。

股权转让合同中对于目标公司的债务情况有约定，股权转让人隐瞒目标公司债务情况与受让人签订股权转让合同的，应按照股权转让合同的约定承担违约责任。

如果股权转让合同中对于目标公司的债务情况没有约定的，根据《民法典》第 500 条第 2 项规定，当事人在订立合同过程中，故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

《民法典》该条规定的赔偿责任，即为民法理论上的缔约过失责任。股权转让合同的标的物为相关公司的股权，股权本身如无权利负担且可以依法转让，则无从谈起存在标的物瑕疵的问题。因此，上述情形符合缔约过失责任的构成要件，转让方应向受让方承担的民事责任属于缔约过失责任。

**14. 公司股东会决议解除董事职务，被解除职务的董事可否起诉主张公司决议无效？被解除职务的董事因赔偿问题与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应如何处理？**

公司与董事之间为委托关系，不属于劳动关系，依据股东会的选任决议和董事的同意任职而成立委托合同，因此合同双方均有任意解除权。

无论董事任期是否届满，公司可以随时解除董事职务而无须说明理由；董事在任期内也可以随时辞任。但公司只有作出有效的公司决议，才能解除董事职务。

《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（五）》第3条第1款规定，董事任期届满前被股东会或者股东大会有效决议解除职务，其主张解除不发生法律效力的，人民法院不予支持。

依据该款规定，如果董事对股东会或者股东大会作出的解除其职务的公司决议效力不持异议，但认为解除不发生法律效力的，人民法院不予支持。但是，被解除职务的董事属于解除其职务的公司决议的直接利害关系人，如果其认为该公司决议属于不成立或者无效的情形，依照公司法以及有关司法解释规定向人民法院起诉请求确认公司决议无效或者不成立的，人民法院应当受理并就公司决议是否成立或者有效作出裁判。

根据《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（五）》第3条第2款规定，董事职务被解除后，因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定，综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素，确定是否补偿以及补偿的合理数额。

**15. 公司决议免除法定代表人职务或者法定代表人辞任后，公司怠于办理法定代表人变更登记手续的，原法定代表人是否有权诉请公司办理变更登记？**

公司法定代表人为公司机关，属于公司应当办理工商登记的事项。公司法多个条文规定了公司登记制度，其中《公司法》第13条规定，公司法定代表人变更，应当办理变更登记。

公司决议免除法定代表人职务或者法定代表人辞任后，公司不能因为未确定新的法定代表人而怠于办理法定代表人变更登记手续。

法定代表人起诉请求公司办理法定代表人变更登记的，人民法院应予受理，在根据查明的案件事实认定变更登记请求成立时，应当依法判决公司履行变更登记之义务。

#### **16. 司法实践中应如何理解和把握有关揭开公司面纱或者穿透性审查的诉讼？**

公司人格独立、股东承担有限责任是公司法最为重要的基本原则，维持公司法人独立地位是公司法的主要价值取向。

公司法领域的有关纠纷案件，揭开公司面纱或者穿透性审查应当作为一项例外，只有在公司独立人格和股东有限责任原则被严重滥用，并且严重损害公司债权人利益，通过其他途径不能使债权人的合法权益获得救济时，才能为保护债权人利益而例外地适用。

因此，在否认公司的独立人格时，应持慎重、审慎的态度，并且该项针对同一公司人格独立的否认，不能在有关该公司的另案诉讼中作为已经被生效判决认定的事实。

#### **17. 破产管理人未经债权人会议决议处分破产财产是否必然违反勤勉义务？**

《企业破产法》对破产管理人的勤勉义务作了明确的规定，其第 23 条第 1 款规定，管理人依照本法规定执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。第 27 条规定，管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务。第 130 条规定，

管理人未依照本法规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。

破产管理人未能实现担保财产的变现，经担保权人同意决定以担保物抵偿，未受偿之债权作为普通债权参与破产清算，该担保权之债权人认为破产管理人未履行忠实勤勉义务，向人民法院起诉请求破产管理人承担赔偿责任的，人民法院应把握如下审理思路：

第一，勤勉义务的核心内容是合理注意义务，与管理人承担的职责紧密相连；忠实义务的核心在于破产管理人不应利用自己作为破产财团受托人的身份获得个人利益。

第二，应当充分审查破产管理人在保管、评估、拍卖、变现、移交破产财产等各环节的行为，并综合评判。

例如，管理人是否谨慎接管债务人移交的担保财产，是否在符合担保财产特性的环境下保管该财产并及时对发现的仓储条件问题进行修缮和维护，是否审慎选择、委托提供审计、评估等相关服务的专业人士或机构，是否对债务人财产的评估持公允和中立的态度，是否依照法定程序拍卖、处置担保财产，是否在职责范围内尽可能实现财产变现，制订以实物优先偿还担保债权方案，是否符合债权人利益，是否谨慎行使分配权，是否依法向法院、债权人和其他利害关系人报告工作和通告信息并留存相关记录，是否及时向债权人移交担保财产、程序是否规范等。

第三，参照《全国法院破产审判工作会议纪要》第 25 条规定，在破产清算和破产和解程序中，对债务人特定财产享有担保权的

债权人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权，管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝，破产管理人在保障债权人的优先受偿权的过程中处置担保财产，不以债权人会议作出决议为必经程序。

这固然是判断破产管理人是否尽到勤勉义务的一个反向参考依据，也表明了破产管理人对特定破产事务享有一定程度的自由处置权利。

### **18. 债权人对破产费用有异议的，能否向人民法院提起民事诉讼？**

破产程序属于特别程序，有别于一般的民事诉讼程序。要求债权人支付评估费、审计费、管理人报酬，系受理破产案件的人民法院的确认事项，由破产管理人执行。

对于人民法院在破产程序中已认定的这类事项，破产法并未赋予债权人通过提起民事诉讼获得救济的权利，债权人就此争议提起民事诉讼的，人民法院不予受理。

### **19. 破产程序中债权人行使知情权被破产管理人拒绝的，能否向人民法院提起民事诉讼？**

如果破产管理人未能积极配合债权人查阅相关资料、行使知情权，债权人提起知情权诉讼的，人民法院不予受理，并告知债权人可根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》第10条第1款规定，向受理破产案件的人民法院请求作出决定。人民法院应当按照前述规定在5日内作出是否予以准许的决定，以此保障债权人在破产程序中依法行使知情权。

20. 《强制清算会议纪要》第 13 条中规定了“对上述异议事项已有生效法律文书予以确认，以及发生被吊销企业法人营业执照、责令关闭或者被撤销等解散事由有明确、充分证据的除外”的例外情形，在此情形下，是否仍需要满足申请人具备申请资格和公司发生解散事由两个条件，人民法院才能受理申请人关于公司清算的申请？能否将申请强制清算的主体扩大适用至其他利害关系人？对于利害关系人的认定是否需要生效法律文书予以确认？

《强制清算会议纪要》第 13 条规定，被申请人就申请人对其是否享有债权或者股权，或者对被申请人是否发生解散事由提出异议的，人民法院对申请人提出的强制清算申请应不予受理。申请人可就有关争议单独提起诉讼或者仲裁予以确认后，另行向人民法院提起强制清算申请。但对上述异议事项已有生效法律文书予以确认，以及发生被吊销企业法人营业执照、责令关闭或者被撤销等解散事由有明确、充分证据的除外。

根据该条规定，申请公司清算应当同时满足两个条件，即申请人具备申请资格和发生公司解散事由。被申请人对上述两个条件中的任何一个提出异议的，人民法院对清算申请均不予受理。该条但书规定的“以及发生被吊销企业法人营业执照、责令关闭或者被撤销等解散事由有明确、充分证据”，应理解为仅指被申请人就是否发生解散事由提出异议的情形。

《强制清算会议纪要》之所以规定对上述两个异议原则上以另诉的方式解决，在此之前不予受理其强制清算申请，主要是出于以下考量：

首先，依照公司法规定，强制清算申请的提出不代表强制清算程序的启动，强制清算程序的启动以人民法院受理强制清算申请为标志。

在受理强制清算申请之前，人民法院对实体纠纷进行裁判没有法律依据。同时，债权和股权的成立与否关系到债权人、股东的权利存在与否，应当慎重处理，必须通过严格的程序保障结果的公正，只有适用诉讼程序才能达到这一目标。

其次，强制清算案件属于非讼案件，强制清算主要是一种程序制度，适用特别程序。依照特别程序审理的案件，不是解决民事权利义务争议，而是确认某种法律事实是否存在，确认某种权利的实际状况。因此，强制清算程序不应当具有解决实体纠纷的功能。

最后，在申请人的债权或者股权尚不确定的情况下，申请人的申请资格处于存疑状态，无权行使强制清算的申请权。如果赋予存疑债权或者存疑股权的权利人完全申请权，将导致异议权落空、权利被滥用和权利保护失衡等严重后果。

2021年1月施行的《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）》第7条以及《民法典》第70条将申请强制清算的主体扩大至其他利害关系人，因这一规定更有利于敦促符合清算条件的公司及时进行清算，避免因公司未及时清算造成他人损害，故宜将《强制清算会议纪要》中的申请强制清算的主体扩大至利害关系人。

然而，申请强制清算的主体扩大至利害关系人，并未改变上述《强制清算会议纪要》所确立的申请资格另案确认的原则。

申请人是否属于利害关系人仍需要通过诉讼程序予以确认，即应当在提出强制清算申请之前明确其利害关系人身份，故被申请人对其利害关系人身份提出异议时，除有生效法律文书能够证明其利害关系人身份外，人民法院应当告知其另行诉讼或者通过其他途径确认其申请人身份后再行申请强制清算，其坚持申请的，应当裁定不予受理。

### 第三部分 合同纠纷

**21. 商品房买卖合同签订时出卖人未取得商品房预售许可证明，买受人能够举证证明出卖人办理商品房预售许可证明已无现实困难和法律障碍，但出卖人怠于办理的，该商品房买卖合同是否有效？**

《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》为了维护房地产交易市场秩序，保护购房者合法权益，在第2条规定了出卖人在签订商品房预售合同前应取得商品房预售许可证。根据该条规定，在起诉前出卖人仍未办理商品房预售许可证明的，当事人主张商品房预售合同有效，人民法院不予支持。但是，买受人能够举证证明出卖人办理商品房预售许可证明已无现实困难和法律障碍，出卖人怠于办证的，可以认定该商品房买卖合同有效。

买受人接受商品房后，又以房屋不符合约定交楼条件为由，主张出卖人构成违约要求解除合同返还已付购房款的，除买受人能够举证证明该商品房存在严重质量问题影响正常居住使用或存在权利瑕疵影响办理产权证书等情形以外，人民法院一般不予支

持。买受人能够举证证明出卖人交付商品房违反合同约定或者法律、法规规定给其造成损失要求赔偿的，人民法院应予支持。

## 22. 以交付银行承兑汇票为出借资金履行方式的民间借贷合同的效力应如何认定？

从金融借款法律关系看，票据贷款属于担保贷款的一种，付款人银行是否承兑、付款或者保付，取决于出票人是否向银行提供足够资金。从票据法律关系来看，出票人的出票行为对于作为付款人的银行并无拘束力。付款人银行是否承担付款义务，取决于该银行对于向其提出的承兑提示是否予以承兑。收款人向银行提示承兑或者提示付款时，如果出票人在付款人银行的存款账户内资金不足，付款人银行可以拒绝承兑，不再承担付款义务，此时应由出票人向收款人承担赔偿责任。因此，应当认定以交付银行承兑汇票的方式出借款项的民间借贷合同有效。

如果出借方以非法转贷为目的，与金融机构恶意串通以交付银行承兑汇票方式发放民间借贷出借资金，构成了《民间借贷司法解释》第13条第1项规定的“套取金融机构贷款转贷”情形的，人民法院应当认定民间借贷合同无效。

## 23. 人民法院在审理合同纠纷案件中，如何判断“强制性规定”的性质？如何判断违反规章的合同效力？

《民法典》第153条第1款规定，违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。识别强制性规定是效力性强制性规定还是管理性强制性规定，应当根据该强制性规定的规范目的加以判断。《民商审判会议纪要》第30条明确，要在考量强制性规定所

保护的法益类型、违法行为的法律后果及交易安全保护等因素的基础上认定其性质，并在裁判文书中充分说明理由。一般来说，涉及禁止买卖的交易标的、场外配资等违反特许经营、违反《招标投标法》等竞争性缔约方式损害公平竞争等情形，应当认定为违反效力性强制性规定。

关于违反行政规章对合同效力的影响，因规章不属于法律、行政法规，故违反规章原则上不影响合同效力。但违反规章同时构成违背公序良俗的，如破坏金融安全、市场秩序、国家宏观政策等，应认定合同无效。考察违反规章的合同是否构成违背公序良俗，可重点考量规章规范的目的、对象、行为以及规章的监管强度、违反规章的社会影响等因素。法院因此作出否定合同效力的认定的，不得援引规章条文作为裁判的依据，应以《民法典》第 153 条第 2 款作为认定合同无效的法律依据，并在裁判文书中进行充分说理，充分论证案涉合同违反了公序良俗，在说理时可以援引该规章条文进行论理。

**24. 《民法典》第 533 条规定了情势变更制度，如何理解不可抗力与情势变更二者之间的关系？合同纠纷案件中如何把握情势变更原则的适用？**

《民法典》总则编第 180 条规定了不可抗力制度，合同编第 533 条规定了情势变更制度，与原《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）》第 26 条相比，有了很大变化。不可抗力作为一项法律事实时，有可能产生多项法律后果，涉及免责事由、合同法定解除、情势变更、诉讼时效、风险负担等相关制度。（1）如果因不可抗力事件导致一方出现不

能履行民事义务的情形，要不要承担民事责任，需结合《民法典》第180条和第590条来理解和把握。（2）根据《民法典》第563条第1款规定，因不可抗力致使不能实现合同目的，当事人享有法定解除权。当事人以合同目的不能实现为由主张解除合同的，应结合交易背景、合同性质、合同条款的约定及实际履行情况等予以综合分析，特别需要正确判断不可抗力事实与合同履行不能之间是否存在因果关系。（3）根据《民法典》第533条规定，如果在合同成立后，因不可抗力引起合同的基础条件发生重大变化，受不利影响的当事人可以主张适用情势变更制度变更或者解除合同。在这里，不可抗力事实只是导致情势变更事实发生的原因事实，并非不可抗力事实直接影响合同义务的履行，这是正确区分适用不可抗力制度还是情势变更制度的关键。（4）根据《民法典》第188条第2款、第194条第1款第1项规定，因不可抗力导致当事人的请求权无法及时行使，适用诉讼时效期间中止和延长的规定。

不可抗力作为法律事实，一般表现为自然事件，如地震、水灾、旱灾、暴风雪、疫情等，也包括少量社会异常状态，如战争、暴乱、军事封锁等。当然，一般也允许当事人在合同中对不可抗力事实的范围作出约定。如前所述，在不可抗力制度与情势变更制度的适用关系上，不可抗力作为法律事实，在符合法律规定条件下有可能构成适用情势变更的原因事实或者条件。比如，2020年年初暴发的新冠肺炎疫情，作为突发公共卫生事件，可以认定为不可抗力事实。如果因为疫情导致合同履行的条件发生重大变化，如因防疫隔离、关停、人员限制流动等影响合同正常履行（如

旅游合同、租赁合同等),若继续履行合同对于当事人一方权利而言明显不公平,或者合同目的已经无法实现,当事人主张适用情势变更的,人民法院应当根据案件的基本事实作出认定。

根据《民法典》第 533 条规定,“情势变更”中的“情势”应限于合同的基础条件,也就是对于实现合同目的、保证合同双方利益平衡具有重大影响的事项;“情势变更”中的“变更”应限于合同基础条件的变更达到了继续履行合同对一方当事人明显不公平的程度,如果仅是一般影响程度的变更,则不能适用情势变更制度。还要注意,合同的基础条件的重大变化应该发生在合同成立以后,如果在合同成立之前就已存在,仅是当事人不知道的,也不能适用情势变更制度,但可以适用重大误解制度由当事人申请撤销合同。依《民法典》规定,发生情势变更一方主张变更或者解除合同,双方当事人负有重新协商的义务,在程序上应当首先由受不利影响的当事人与对方进行重新协商。重新协商既可以在起诉前进行,也可以在诉讼过程中由人民法院确定合理期限进行。在合理期限内协商不成,或者另一方明确拒绝协商的,为尽快让当事人从不利的合同束缚中解脱,应当允许任何一方当事人请求人民法院变更或解除合同。

**25. 双务合同中,原告起诉请求继续履行,经法院审理查明合同已无继续履行的可能时,应如何处理?**

《民法典》第 580 条规定,当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以请求履行,但法律上或者事实上不能履行或者债务的标的不适于强制执行或者履行费用过高的除外。合同已无继续履行的可能性,即属于上述情形。

因上述情形不能实现合同目的，当事人请求继续履行的，人民法院应当向其释明，告知其变更诉讼请求，或者就合同能否继续履行以及是否请求终止（或者解除）合同征求对方当事人意见。经过人民法院释明，原告一方变更诉讼请求要求终止（或者解除）合同，或者合同对方反诉请求终止（或者解除）合同的，人民法院可以根据当事人的主张并结合案件事实确认合同终止（或者解除）。如果当事人坚持请求继续履行的，或者虽然表示合同目的不能实现但不主张终止（或者解除）的，人民法院应判决驳回其诉讼请求。但应当注意，当事人可以在被驳回诉讼请求后，另行起诉请求终止（或者解除）合同，人民法院不能认为构成重复诉讼而不予受理。

## 26. 约定的解除权行使期限届满，合同陷入僵局应如何救济？

《民法典》第 564 条规定，法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起一年内不行使，或者经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。解除权属于形成权，解除权行使期限属于除斥期间，不适用中止、中断或延长。解除权的行使方式，既包括通知的方式，也包括提起诉讼或申请仲裁的方式。如果守约方未在法定或约定的期限内行使，该解除权消灭。但守约方可以通过提起诉讼要求合同对方继续履行、采取补救措施或者赔偿损失来追究对方的违约责任。如果合同符合《民法典》第 580

条第 1 款所规定的三种不能请求履行的情形的，人民法院可以根据该条规定处理。

**27. 约定违约金过高，但在当事人未到庭等缺席判决的情况下，法院应否主动调整？违约金应当计付至判决生效之日还是实际清偿之日？**

守约方提起诉讼要求支付约定违约金，违约方未出庭应诉缺席判决的，人民法院应当兼顾合同自由与合同正义，根据能够查明的案件事实，经审查认为合同约定的违约金标准过高的，可以予以适当调整。

当事人之间约定了因违约产生的损失赔偿额的计算方法，即使人民法院就当事人之间的纠纷作出生效裁判，如果违约事实仍然存在，那么按照约定方法计算的损失赔偿额就可以继续计算，因此违约金应当计付至实际清偿之日。另外，如果当事人在合同中约定了违约金条款，但在合同履行过程中以新的协议明确约定变更或者取消先前关于违约金的约定，那么应当依据新的协议约定进行裁判。

#### **第四部分 担保纠纷**

**28. 合同约定反担保人提供担保的保证期间与保证人提供担保的保证期间相同的，反担保保证期间应如何计算？**

《民法典》第 689 条规定，保证人可以要求债务人提供反担保。反担保是为保障主债务的担保人承担担保责任后追偿权的实现而设定的担保，反担保应当适用担保的相关规定。如果合同约定的反担保的保证期间与其所担保的保证人的保证期间相同，根

据《民法典》第 692 条第 2 款的规定，视为对反担保的保证期间没有约定，应适用法定保证期间，为主债务即保证人保证责任履行期间届满之日起 6 个月。

### **29. 未经反担保人同意，保证人与债权人协商对主债务及保证期限进行展期，其效力是否及于反担保人？**

《民法典》第 695 条规定，债权人和债务人未经保证人书面同意，协商变更主债权债务合同内容，减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任；加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响。根据上述规定，在未征得反担保人同意的情况下，主债务人与保证人关于主债权的履行期限和保证人的保证期限进行展期的约定，对反担保人不发生法律效力，反担保人仍应按照原约定的反担保保证期间对保证人承担保证责任。

### **30. 分公司以其名下不动产对外提供担保的效力应如何认定？**

为防止法定代表人随意代表公司为他人提供担保给公司造成损失，损害公司股东利益，《公司法》第 16 条对法定代表人的代表权进行了限制。公司对外担保行为不属于法定代表人的代表权限，法定代表人无权单独代表公司作出决定，应以公司股东（大）会、董事会等公司机关的决议作为授权的基础和来源。该条规定虽然并未直接将分公司对外担保列入限制范围，但分公司作为公司的内设机构，其对外民事行为的法律后果依法应当由公司承担，分公司以其名下财产对外担保，实为公司对外担保，应受《公司

法》第 16 条规定的限制。因此，分公司以自己名下房产对外提供担保时需要公司的决议。如果分公司以自己名义对外设定担保未经公司股东（大）会或者董事会决议的，依照《民法典担保制度司法解释》第 11 条第 1 款规定，担保权利人请求公司或者其分支机构承担担保责任的，人民法院不予支持，但是相对人不知道且不当知道分支机构对外提供担保未经公司决议程序的除外。

**31. 前一债权既有债务人自己提供的物的担保，又有第三人提供的担保；此后债务人又以该担保物为自己的后一债务提供担保。第三人就前一债权承担了担保责任或者赔偿责任后，能否主张优先于后一债权的担保权人就债务人提供的担保物行使担保物权？**

《民法典担保制度司法解释》第 18 条规定了承担了担保责任或者赔偿责任的第三人的代位清偿权，承担了担保责任或者赔偿责任的担保人，在其承担责任的范围内向债务人追偿的，人民法院应予支持。同一债权既有债务人自己提供的担保，又有第三人提供的担保，承担了担保责任或者赔偿责任的第三人，主张行使债权人对债务人享有的担保物权的，人民法院应予支持。担保人就前一债权承担担保责任或者赔偿责任后，在不损害前一债权人合法权益的情况下，取得前一债权人地位，其有权就债务人提供的抵押物行使抵押权。依照《民法典》第 414 条等规定，成立在先的抵押权应当优先于成立在后的抵押权，故原则上担保人享有优先于后一债权的抵押权人的权利。

**32. 《民法典》实施前成立的保证合同未约定保证方式，在《民法典》生效之后起诉，应认定为一般保证还是连带责任保证？**

关于保证合同未约定保证方式应如何认定的问题，原《担保法》第19条和《民法典》第686条均有规定，且规定不同。《民法典时间效力司法解释》第1条第2款规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，适用当时的法律、司法解释的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。”第3款规定：“民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后，该法律事实引起的民事纠纷案件，适用民法典的规定，但是法律、司法解释另有规定的除外。”认定保证方式所依据的法律事实，即为保证合同的成立之事实，在保证关系确立时即已发生，不属于“民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后”的情形。《民法典》实施前成立的保证合同，当事人在《民法典》生效之后起诉主张保证责任的，人民法院应当依据原《担保法》的规定认定保证责任方式，而不能适用《民法典》规定。如此处理，保证人按照连带责任保证承担保证责任，并未背离保证人的合理预期，也没有减损保证人的合法利益。

**33. 《民法典》施行前订立的保证合同，没有约定主债务履行期限，保证期限约定不明的，保证期间从什么时候开始起算？**

《民法典时间效力司法解释》第27条规定，《民法典》施行前成立的保证合同，当事人对保证期间约定不明确，主债务履行期限届满至《民法典》施行之日不满2年，当事人主张保证期间为主债务履行期限届满之日起2年的，人民法院依法予以支持；

当事人对保证期间没有约定，主债务履行期限届满至《民法典》施行之日不满6个月，当事人主张保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月的，人民法院依法予以支持。如果《民法典》施行前订立的保证合同，在《民法典》施行后提起保证责任诉讼，保证合同既没有约定主债务的履行期限，也没有约定保证期间，债权人依法可以随时要求债务人履行，债务人也可以随时履行，主债务人履行期间一旦确定，即为届满，如果给债务人履行准备期的，则以准备期届满时届满，此时应当计算保证期间。保证合同对保证期间约定不明，依原《担保法司法解释》第32条规定保证期间为2年，依《民法典》第692条规定为6个月，对于保证期间起算在《民法典》之前，届满之日在《民法典》之后的则有法律适用之选择必要。如果主债务履行期限届满日在《民法典》施行之前，依原《担保法司法解释》计算的保证期间为2年，则该保证期间事实会延续至《民法典》施行之后，根据《民法典时间效力司法解释》第1条第3款规定，结合该解释第27条即属“司法解释另有规定”的除外情形、保证期间的计算不适用《民法典》的规定，应继续按照原《担保法司法解释》规定的2年计算。如果主债务的履行期间跨《民法典》施行前后，保证期间的起算点在《民法典》施行之后，依《民法典时间效力司法解释》第1条第3款规定，对保证期间未约定或者约定不明的，统一应当适用《民法典》第692条规定确定为6个月。简单来说，保证期间在《民法典》施行前开始起算的，继续按照原来的规定执行，不因保证期间跨《民法典》前后而受影响。对《民法典时间效力司法解释》第27条规定，如果主债务的履行期间跨《民法典》前后的，

保证期间应当适用《民法典》第 692 条规定，无论未约定还是约定不明，均为 6 个月。

**34. 主合同无效导致担保合同无效，担保人过错应该如何认定？主合同有效担保合同无效，担保人过错应该如何认定？**

主合同无效导致担保合同无效，担保人过错在司法实践中主要表现在担保人明知主合同无效仍然提供担保，或者担保人促成主合同的签订，以及担保人对主合同无效未尽必要的审查义务等。主合同有效担保合同无效，担保人过错一般体现在担保人违背了法律、司法解释关于担保合同效力的强制性规定。

**35. 公司法定代表人未经股东会决议，以公司名义为他人之间的债权债务关系提供承诺性文件的，应当如何判断该承诺性文件的性质？公司是否以及如何承担民事责任？**

根据《民法典担保制度司法解释》第 36 条规定，第三人向债权人提供差额补足、流动性支持等作为增信措施，具有提供担保的意思表示，人民法院应当依照保证的有关规定处理；第三人提供的承诺性文件具有债务加入或者与债务人共同承担债务等意思表示的，应当认定为债务加入；难以确定是保证还是债务加入的，人民法院应当将其认定为保证。公司法定代表人以公司名义加入债务的，人民法院在认定该行为的效力以及公司是否以及如何承担民事责任等问题时，可以参照关于公司为他人提供担保的有关规定处理。

## **第五部分 民刑交叉纠纷**

**36. 如何把握办理民刑交叉案件的思路和原则？**

民事诉讼与刑事诉讼在基本原则、程序构造、证据规则等方面均有不同之处，司法实践中民事案件与刑事案件在主体、事实等方面可能存在完全重合或者部分重合，导致案件的民事、刑事部分在程序处理、实体责任承担等方面相互交织、影响，就是所谓的民刑交叉案件。最高人民法院关于民刑交叉问题的司法解释或规范性文件，例如《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》《民间借贷司法解释》《民商审判会议纪要》等，对办理民刑交叉案件提供了基本裁判依据。

办理民刑交叉案件的基本思路是按照案涉事实的同一性程度，进行区分认定和处理。对于因同一事实、相同当事人同时涉及刑事、民事责任，如因刑事犯罪行为侵犯受害人人身权利、财产权利，以及受害人对刑事程序中依法应予追缴、责令退赔的财产享有合法民事权益的，为“竞合型”民刑交叉案件，一般应当遵循“先刑后民”的处理原则，在刑事程序中合并处理，民事权利救济可通过刑事附带民事诉讼或追赃、退赔等方式获得实现。当事人单独提起民事诉讼的，人民法院一般不予受理，应告知受害人或者利害关系人可在刑事诉讼程序中提起附带民事诉讼，同时将涉嫌刑事犯罪的相关材料、线索移送刑事侦查机关。

但在刑事案件中未对民事责任予以处理的，应允许当事人另行提起民事诉讼。

因不同事实、相同当事人分别涉及刑事、民事责任的，或者因同一事实、不同当事人分别涉及刑事、民事责任的，为“牵连型”民刑交叉案件，参考《民商审判会议纪要》第128条规定，一般采取并行处理的原则，即民事案件与刑事案件应分别受理，

分开审理。另外，在涉及银行卡纠纷、证券虚假陈述案件中，司法解释已明确规定了“先民后刑”的审理原则。如《最高人民法院关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》第10条规定，在符合当事人约定或法定情形下，人民法院应依法支持持卡人请求发卡行、非银行支付机构承担先行赔付责任的诉讼请求。

### 37. 如何理解和把握民刑交叉案件中的“同一事实”和“关联事实”？

《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第1条规定，同一自然人、法人或非法人组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。《民间借贷司法解释》第5条、第6条的规定也采取该项原则，并将“同一法律关系”“同一法律事实”，表述为“同一事实”。对于同一事实，《民商审判会议纪要》提出从实施主体、法律关系、要件事实三个角度进行认定，第128条规定以是否系同一主体实施的行为来判断刑事、民事案件应否分别审理。另外，该条第1款第5项作为兜底性条款，明确规定受害人请求涉嫌刑事犯罪的行为人之外的其他主体承担民事责任的，民事案件与刑事案件应当分别审理。因此，应根据是否系同一主体实施的行为，来分析判断是否是基于同一事实产生的民事纠纷与涉嫌刑事犯罪；如果不是同一主体实施的行为，一般情况下不宜认定为“同一事实”。

民刑交叉领域所指的“关联事实”，一般是指在民事法律关系的形成过程中，当事人或他人的行为虽涉嫌犯罪，但对民事法律行为或者民事法律关系的性质、效力、责任等不产生实质性影响

的相关事实。对于因关联事实分别引起的民事和刑事案件，相关司法解释采取分别受理、分别审理的原则，如《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第10条、《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第73条、《民间借贷司法解释》第6条等规定。

### **38. 应收账款质押合同涉嫌伪造公章，出借人起诉借款人、担保人承担还款责任，人民法院应否受理？**

金融借款合同关系中，担保人与债权人签订应收账款质押合同，并承诺在质权未设立或无效情形下，担保人作为出质人对债务人在主合同项下的债务承担连带保证责任。债权人起诉要求债务人及担保人承担还款责任，诉讼中担保人主张质押合同附件中的相关材料存在涉嫌伪造印章的犯罪事实，应裁定驳回起诉并将案件移送刑事侦查机关处理。因该涉嫌伪造印章的犯罪事实并不影响案涉金融借款合同关系的成立，亦不影响保证关系的成立，故人民法院应继续审理金融借款合同纠纷，同时将涉嫌伪造印章的犯罪线索移送侦查机关处理。

### **39. 如何认定民刑交叉案件所涉民事法律行为的效力？**

民事法律规范和刑事法律规范各有其独立的规范价值、评价体系和适用规则，民事法律规范与刑事法律规范在同一事实上的竞合适用，必然引起民事责任和刑事责任的共存。刑事法律规范将某一行为评价为犯罪行为，并不能当然代替民事法律规范的评价，对于因犯罪行为引起的民事纠纷，还需要依照民事法律规范进行评价和处理。为了保持法秩序的统一，对于构成犯罪的行为，在民法上的评价也应当保持一致性。但由于二者评价视角、评价

对象的不同，涉嫌刑事犯罪的行为在刑法上的否定性评价，并不必然认定该法律行为无效。如《民间借贷司法解释》第12条第1款规定，借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的裁判认定构成犯罪的，当事人签订的民间借贷合同并不当然无效，人民法院应当依据《民法典》第144条、第146条、第153条、第154条等规定，认定民间借贷合同的效力。在骗取贷款罪中，刑法否定评价的对象只是采用虚假手段骗取贷款的行为，而当事人之间签订的金融借款合同本身并非刑事法律规范评价的对象，应当依照民事法律规范对该合同效力进行评判。再如，共同从事违法犯罪行为的合伙关系，当然应当认定为无效。但如果其中某一合伙人以犯罪所得财物投入到合伙事务中，用于正常生产经营，则该合伙关系不能因其个人犯罪行为产生无效的法律后果。

#### **40. 关于涉民刑交叉金融存款、借款纠纷案件的实体责任认定应注意哪些问题？**

无论受害人或者其他利害关系人提起的是合同之诉还是侵权之诉，均不能简单适用侵权责任领域用人单位的“替代责任”理论，而应充分分析和考虑用人单位与受害人各自的过错情况，合理确定各方当事人应承担的民事责任。在认定各方当事人的过错时一般应考虑以下因素：

一是交易形态是否正常，是否以牟取高息或不法利益为目的，属于非正常交易的，需要判断双方过错；

二是资金往来是否进入单位账户，资金未转入单位账户的，一般情形下受害人应承担主要过错责任；

三是考虑交易场所、时间等因素，是否在单位公共区域、正常上班期间进行交易；

四是是否妥善保管个人信息，包括身份证、存取款密码、U盾密码等信息；

五是单位是否尽到必要的监督管理职责，如果能够证明已经尽到必要合理义务的，一般情形下承担次要过错责任。

在银行卡盗刷纠纷中，还应综合考虑银行卡盗刷行为的构成要件、性质认定、举证责任分配、抗辩事由及过错程度等因素。

#### **41. 如何解决民事判决与刑事追赃、退赔之间可能带来的受害人“重复受偿”问题？**

牵连型的民刑交叉案件在并行审理情形下，民事案件的裁判无须等待刑事裁判结果，可能出现民事诉讼、执行与刑事追赃、退赔之间财产责任竞存，受害人有“双重受偿”或过度救济的情况。受害人或相关利害关系人向犯罪行为人在单位主张权利的，无论其提起的是合同之诉还是侵权之诉，人民法院在民事纠纷案件中依法应予认定的财产损失，不应包括刑事追赃、责令退赔部分，应当限定在通过追赃、退赔不能实现部分的财产损失范围内。在刑事案件中明确进行追赃、退赔，民事判决确定责任人承担相应民事责任的情形下，应对刑事追赃、退赔与生效民事判决确定的责任在执行程序中进行协调，执行法院应结合刑事责任、民事责任的认定，确定责任人应承担的民事责任范围和赃款退还的对象，避免民事权利人（刑事受害人）双重受偿。

#### **42. 如何把握涉众型民刑交叉案件的处理？**

涉众型的民刑交叉案件，主要指因集资诈骗、非法吸收公众存款等非法集资犯罪活动而引起涉及受害人人数众多的民刑交叉案件。人民法院办理此类案件，应当正确理解和适用《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》（公通字〔2014〕16号）第7条第1款、《民间借贷司法解释》第5条第1款、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》（高检会〔2019〕2号）第8条等规定，依法准确把握和认定案件事实性质，加强与公安机关、检察机关沟通协调、协同推进，注重采取共同处理的方式来解决受害人的权益保护问题。

关于受害人在非法集资犯罪所涉财物追赃程序中未申报债权，非法集资犯罪所涉财物已分配完毕或者处理程序终结后，又基于同一事实向人民法院提起民事诉讼，请求非法集资犯罪行为人继续履行偿还债务的，在规范性文件已经明确由公安机关统一处理的情况下，除非相关司法解释或者规范性文件有明确规定，否则人民法院对受害人单独提起的民事诉讼不应予以受理。

**43. 公司的法定代表人、实际控制人、高级管理人员等利用公司为平台从事犯罪活动被公安机关立案侦查，受害人另行对公司提起民事诉讼，人民法院应否受理？**

公司的法定代表人、实际控制人或高级管理人员利用公司为平台从事犯罪活动，公安机关对公司的法定代表人、实际控制人、高级管理人员等涉嫌刑事犯罪立案侦查。已经立案侦查的刑事案件虽未将公司列为被告，但如果刑事案件认定该公司属于上述人员的犯罪工具，并在案件办理过程中将公司的全部财产作为刑事

案件追缴退赔的责任财产，或者在追缴上述人员持有的公司股份过程中，实际上已查封、扣押公司所有财产。上述情况应当认定刑事案件办理过程中，已经依法追究了公司的民事责任，当事人另行对公司提起民事诉讼的，人民法院不应予以受理。如果刑事侦查机关仅查封、扣押上述涉嫌犯罪人员与公司有关的部分财产，公司仍有未被追缴、责令退赔的剩余财产，当事人另行起诉要求公司承担相应民事责任的，人民法院应当依法受理。

## 第六部分 执行异议之诉

### 44. 买受人对案涉房屋的民事权益能否对抗第三人的建设工程价款优先受偿权？

案外人执行异议之诉的关键实体问题在于比较执行标的物上存在的不同类型民事权益的效力顺位。原则上，物权优先于债权，法律规定的特殊债权优先于普通债权，登记成立在先的物权优先于在后的物权。由于民事权利体系和类型较为复杂，且可能以不同形态出现，故需要根据具体案情确定民事权利类型，并进行效力优先性比较。《执行异议和复议规定》第 27 条规定，申请执行人对执行标的依法享有对抗案外人的担保物权等优先受偿权，人民法院对案外人提出的排除执行异议不予支持，但法律、司法解释另有规定的除外。《执行异议和复议规定》第 28 条和第 29 条则分别规定了一般不动产买受人权益和商品房消费者买受人权益与强制执行的金钱债权的效力关系。第 29 条是第 28 条规定的特殊情形，当事人可以选择适用或者一并适用这两条规定以排除金钱债权的执行。基于保护消费者居住权益的特殊价值，就实体权

利优先顺位而言，商品房消费者买受人权益最优，工程价款优先权次之；一般不动产买受人的权益虽被赋予“物权”名义，但毕竟不是既得物权，其性质上属于特殊债权请求权，故虽优先于普通债权，但应劣后于工程价款优先权。《执行异议和复议规定》第27条规定的“除外”情形，应当包括第29条规定情形，但是否包括第28条规定认识并不统一。鉴于第28条规定的条件过于宽泛，情形过于复杂，具体案件事实差异大，对符合第28条规定条件的案外人，既不能简单地一律认定可以排除担保物权，也不能“一刀切”地认为一律不能排除担保物权的执行。在当事人主张符合第28条规定条件以对抗担保物权时，还应当综合考虑权利的成立先后、在后权利人是否善意、交易风险控制成本、交易安全的维护以及各方利益平衡等其他相关因素，判断是否能够对抗担保物权的执行。

《最高人民法院关于商品房消费者权利保护问题的批复》已于2023年4月20日起施行，《批复》明确了在商品房已售逾期难交付引发的相关纠纷案件中，在房屋不能交付且无实际交付可能的情况下，商品房买受人的价款返还请求权优先于建设工程价款优先受偿权、抵押权以及其他债权。

该《批复》在“烂尾楼盘”引发的纠纷中，调整了买受人价款返还债权的优先顺位，对问题1的答复进行了补充。

**45. 抵押人以建设用地使用权抵押的，案外人能否以其系地上建筑物所有权人为由排除人民法院的强制执行？**

《民法典》第397条明确规定了房地一体抵押原则，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押。以

建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押。抵押人未依据前款规定一并抵押的，未抵押的财产视为一并抵押。土地使用权设定抵押的，应当认定对设定抵押的土地使用权的地上建筑物一并抵押，案外人不能以其系地上建筑物所有权人作为由阻却人民法院的强制执行。同时，根据《民法典》第 417 条规定，建设用地使用权抵押后，该土地上新增的建筑物不属于抵押财产。该建设用地使用权实现抵押权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分。但是，新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。案外人在土地使用权设定抵押权后续建造的建筑物等设施，对该部分不动产享有物权，并不属于抵押财产，根据法律规定的抵押房地一体处分原则其仍不能以此为由排除对建筑物的执行处分，但依法可参与执行分配程序、优先取得续建建筑物的价款。

**46. 房屋买受人为办理房屋过户登记手续而注销抵押登记后，其转移房屋所有权的请求权能否排除该房屋出卖人的债权人对该房屋的执行？**

房屋的买受人按照与出卖人之间的约定，代出卖人清偿了该房屋上的抵押债权后，依法取得了主债权人对案涉房屋的抵押权，且无须办理抵押权转移登记。按照法律规定，在办理案涉房屋过户登记时应先注销抵押权登记，才能办理房屋所有权变更登记。买受人为将房屋所有权登记到其名下，在办理过户登记过程中，申请将抵押权注销登记后，出卖人的普通金钱债权人申请执行法院查封了案涉房屋，导致房屋所有权无法过户到买受人名下。买受人申请抵押权注销登记，是行使抵押权的涤除权的行为，目的

是取得抵押房屋的所有权，并不是放弃抵押权，因此，不能认定买受人因抵押权注销登记而丧失了抵押权利。买受人之转移案涉房屋所有权的请求权，基于其对案涉房屋的抵押权之优先效力，相较于普通金钱债权对案涉房屋的清偿请求权，应优先受到保护。因此，对买受人在抵押权之范围内排除金钱债权之强制执行的主张，人民法院应予支持。

#### 47. 被拆迁人对补偿房屋享有的民事权益能否排除拆迁人的普通债权人对该房屋的执行？

《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 21 条第 1 款规定，被征收人可以选择货币补偿，也可以选择房屋产权调换。拆迁人将被拆迁人的房屋拆除，将其自行建造或购买的房屋作为对被拆迁人的补偿，同时对被拆迁房屋的评估价与所调换房屋的市场差价进行差价结算，多退少补，称为产权调换。被拆迁人以丧失原有被拆迁房屋所有权为对价，取得补偿房屋之权利，为产权调换的补偿方式，实系特定房屋的互易合同。互易合同，是互易人之间相互交换标的物，转移标的物所有权的合同。该产权调换互易合同的法律后果是，被拆迁人丧失了原有房屋，取得了补偿房屋的所有权；拆迁人获得了被拆迁房屋的权利，通过拆除再建获得权利。

产权调换的补偿方式有利于实现社会公共利益，以及拆迁人、被拆迁人的个体利益，故被拆迁人对补偿房屋的权利有加以特殊保护之必要。在拆迁法律关系中，拆迁人较之被拆迁人在经济地位、参与拆迁的主动性上均占有优势，且被拆迁人丧失房屋所有权后，取得的是期待权，期待权能否实现直接影响被拆迁人的基

本居住权利。在明确约定了补偿安置房屋的位置、用途的情况下，补偿安置房屋已特定，采取房屋产权调换方式的被拆迁人所享有的债权应为特种债权，有优先效力，足以对抗一般债权人。

## 第七部分 诉讼程序

### 48. 如何准确识别是否构成重复诉讼？

《民事诉讼法司法解释》第247条第1款规定从案件当事人、诉讼标的、诉讼请求三个要件来分析和识别前、后诉讼是否构成重复诉讼，当事人只要证明有一项与前诉不同即可获得后诉的诉权。

关于当事人是否相同的要件为主体识别标准，通常情形下比较容易判断主体是否同一。

另外，当事人相同，不受当事人在前诉与后诉中的诉讼地位的影响，即使前后诉原告和被告地位完全相反，仍然可以认定当事人为同一。

虽然当事人相同，但是系基于两个不同的合同提起诉讼，诉讼请求亦有不同，应当认定两个诉讼的诉讼标的、诉讼请求均不相同，不符合重复起诉的构成要件。

关于诉讼对象也即诉讼标的同一性的判断，我国司法实践目前采取实体法诉讼标的理论，将诉讼标的理解为当事人在实体法上的权利义务或者法律关系，人民法院审理范围的认定十分明确。

关于诉讼请求是否相同的判断，应当坚持较为宽松的标准，只要达到实质性一致即可。

由于诉讼请求过于具体明确，实践中存在当事人为了避免被认定为重复诉讼，通过增加请求项目、变更赔偿项目的名称、增加或者减少赔偿金额、增加承担责任的主体等方式，追求后诉的请求与前诉的请求在形式上不一致。

因此，在审查时不应囿于文字表面，应当注重实质性审查，判断诉讼请求是否实质相同。

特别要注意的是，判断金钱类诉讼请求是否相同，与提出请求的事项有关，与请求的金额无关，也就是说请求的事项没有变化，请求的金额发生变化，亦可以认定为诉讼请求相同。

如果后诉的诉讼请求实质上否定了前诉的裁判结果，即使前、后两个诉讼的诉讼请求不同，也应当认定构成重复诉讼。

**49. 一方当事人提起诉讼，法院受理后对方提出反诉。诉讼过程中，提起诉讼的当事人申请撤回本诉，法院在准予原告撤诉申请的同时，裁定驳回本诉被告提出的反诉是否合适？**

无论作为原告还是被告，当事人的诉讼权利均应得到保护。至于当事人的诉讼请求能否得到支持，是案件实体审理的问题。

法院受理当事人提出的反诉请求，表明反诉符合案件受理的条件，在本诉原告撤回本诉时，反诉并不受影响，可以作为单独的案件受理。

人民法院仅以本诉原告撤回本诉起诉为由，直接裁定驳回被告的反诉，违反了《民事诉讼法》的规定。

**50. 原告提出多项诉讼请求，其中一项诉讼请求构成重复诉讼，对于其他诉讼请求应否受理？**

原告有多项诉讼请求，其中一项请求构成重复诉讼，对于其他诉讼请求，符合受理条件的，人民法院应予受理，不能仅因为一项诉讼请求构成重复起诉，就在案件受理阶段对其他的诉讼请求均不予受理。

**51. 一审裁判生效后，原审法院启动再审程序并作出生效裁判，当事人可否就该生效裁判申请再审？**

一审生效裁判由原审法院启动再审程序，依照《民事诉讼法》规定，适用一审程序作出的判决，当事人可以上诉，对于二审作出的生效裁判，根据《民事诉讼法司法解释》第 381 条之规定，当事人不可以就该生效裁判申请再审。

当事人坚持申请再审的，可以告知当事人向检察机关申请检察建议或抗诉。

**52. 再审裁定撤销原审驳回起诉或不予受理的裁定，指令原审法院进行实体审理。原审法院作出生效的实体判决后，当事人可否对该生效判决申请再审？**

原审法院裁定驳回起诉或不予受理，案件并未进入实体审理。

再审裁定撤销不予受理或者驳回起诉裁定，指令原审法院进行实体审理后作出的生效判决，并未经过再审程序审理，当事人对该生效判决可以申请再审。

**53. 上级法院再审裁定撤销原裁判、发回重审后，原审法院作出的裁判生效后，当事人可否对该裁判申请再审？**

上级法院再审裁定撤销原裁判、发回重审后，原审法院重审作出的判决、裁定，不是再审判决、裁定，不属于《民事诉讼法

司法解释》第 381 条第 1 款第 2 项之规定情形，当事人申请再审的，人民法院应予受理。

#### **54. 上级法院再审裁定撤销原判决、发回重审的案件，重审程序中当事人可否增加或变更诉讼请求？**

再审裁定撤销原判决、裁定发回重审的案件，当事人申请变更、增加诉讼请求或者提出反诉，具备《民事诉讼法司法解释》第 252 条规定情形之一的，人民法院应当予以准许：

- (1) 原审未合法传唤缺席判决，影响当事人行使诉讼权利的；
- (2) 追加新的诉讼当事人的；
- (3) 诉讼标的物灭失或者发生变化致使原诉讼请求无法实现的；
- (4) 当事人申请变更、增加的诉讼请求或者提出的反诉，无法通过另诉解决的。

#### **55. 当事人对破产清算案件可否申请再审？**

根据《民事诉讼法司法解释》第 378 条之规定，适用特别程序、督促程序、公示催告程序、破产程序等非讼程序审理的案件，当事人不得申请再审。

但是，当事人申请公司破产，人民法院适用普通程序就破产衍生诉讼作出的生效裁判，可以申请再审。

同理，当事人申请强制清算程序中，人民法院适用普通程序对相关诉讼案件作出的生效裁判，也可以申请再审。

# 最高人民法院

## 关于金融民商事审判三十七个最新裁判规则

来源：《法律适用》2023年第1期，刘贵祥：关于金融民商事审判工作中的理念、机制和法律适用问题（此文系根据最高人民法院专职委员刘贵祥法官于2023年1月10日在全国法院金融审判工作会议上的讲话整理形成）

### 一、关于金融监管规章在金融民商事审判中的适用问题

在民法典、金融行政法律、行政法规没有规定的情况下，人民法院审理金融民商事案件，原则上可以适用或参考金融监管规章的规定。

**1. 金融规章一般不能作为认定金融合同无效的直接依据，但可以作为判断是否违背公序良俗的重要依据或裁判理由。**实践中，对某一金融监管规章的违反是否构成违背公序良俗产生争议，应当向上级法院请示，必要时可层报最高人民法院予以指导，由最高人民法院按一定程序征求有关监管部门的意见，以形成共识。

一些金融监管规章的强制性规定是根据上位法的授权或者是为了落实法律、行政法规的强制性规定而制定的具体规定。也就是说，金融监管规章的强制性规定有上位法的明确依据，只不过

该上位法的规定较为原则，其在结合实践经验的基础上，将该原则性的规定予以具体化，使其具有可操作性。在这种情况下，合同违反的是法律、行政法规的强制性规定，人民法院可依据《民法典》第153条第1款认定合同效力。

2. **金融监管规章不能作为认定合同效力的直接依据，但可以作为认定民事权利义务及相应民事责任的重要参考或依据。**诸如售后返租在具备什么条件下构成融资租赁关系，信托通道业务如何定性，上市公司、金融机构关联交易及披露义务的认定，证券欺诈、中介机构责任、金融借贷利率、罚息、高风险理财产品卖方适当性义务的认定等，法院多数情况下要借助监管规章、甚至规范性意见、业务规则进行判断。

## 二、关于金融借款等传统金融纠纷案件的法律适用问题

### （一）金融机构和地方金融组织在开展融资性金融服务过程中收取的利息和费用的认定

3. **对没有明示的利息不予支持。**贷款人或其代理人与客户签订融资性服务合同时，未以明显的方式向客户提示贷款的年化利率，致使客户没有理解和注意到应支付的实际贷款成本负担，客户主张以合同约定的名义利率支付款项，超出部分不成为合同内容的，应当予以支持。

4. **依法否定违反监管政策的利息约定效力。**金融机构违反国务院金融管理部门及国务院相关部门发布的政策规定，超出国家金融监管政策规定收取利息的，应当认定超过部分无效；违规向中小微型企业收取贷款承诺费、法人账户透支业务承诺费、银行承兑汇票敞口管理费、资金管理费、财务顾问费、咨询费等禁

止或限制收取的费用，或者在发放贷款时强制搭售保险收取高额服务费用等变相增加企业隐性融资成本的，应当认定无效。

5. 违规收取的利息和费用的处理。对金融机构和地方金融组织违规收取的利息和费用，借款人主张依照《民法典》第 561 条、第 670 条的规定冲抵本金和利息的，人民法院应当予以支持。

### （二）委托借款纠纷中的名义借款人和实际用款人的责任

6. 商业银行在签订借款合同时知道实际用款人和名义借款人之间的代理关系的，该借款合同直接约束商业银行和实际借款人，名义借款人不承担还本付息的合同责任。

7. 商业银行在订立合同时不知道委托借款关系的，名义借款人在诉讼中以应当由实际用款人承担责任作为抗辩事由的，人民法院应当追加实际用款人参加诉讼，并向商业银行释明其有权选择相对人，商业银行选定实际用款人作为合同相对人的，人民法院不得判令名义借款人承担还款责任；商业银行选定名义借款人作为合同相对人的，人民法院应当释明名义借款人在本案中向实际用款人提出权利主张，在判令名义借款人承担责任的同时，判令实际用款人向名义借款人承担责任，实现纠纷的一次性解决。

### （三）关于委托贷款合同的性质认定和费率标准

8. 审判实践中将委托贷款“穿透”认定为民间借贷的做法，是对相关监管政策的误读误用。委托贷款是纳入监管的一项金融业务，应当与金融借款合同做相同的处理。

## 三、关于融资担保纠纷案件的法律适用问题

### （一）关于应收帐款的多重保理与多重质押

9. 先办理登记的保理人有权请求已接受债务履行的保理人将所得款项返还给自己。在应收账款多重质押，或者当事人以同

一应收账款设定质押又进行保理の場合，根据《民法典担保制度解释》第66条第1款的规定，也应按照上述思路处理。

10. 如果保理人对应收账款的虚构不构成明知，则在无追索权保理中，保理人有权向应收账款债务人主张应收账款债权；在有追索权保理中，保理人还有权向应收账款债权人主张解除合同，并要求其承担违约责任。但是如果保理人明知应收账款虚假，则保理人与应收账款债权人之间构成借款法律关系，保理人无权请求应收账款债务人承担应收账款债务。

## （二）关于融资租赁的担保功能

11. 融资租赁是以“融物”的方式提供“融资”，没有租赁物不构成融资租赁。出租人仅以承租人已经签收为由主张租赁物已经交付的，人民法院不予支持，应当结合买卖合同、付款凭证、发运单证、发票、租赁物的交接手续等相关证据，进行综合判断。对于融资租赁公司明知租赁物虚构仍然提供融资的“名租实贷”合同，人民法院尽管可根据通谋虚伪意思表示无效的规定，认定表面形成的融资租赁合同无效，但如无其他法定无效情形，人民法院应当认定该合同隐藏的借款法律关系有效，以避免债权“脱保”；根据过责相当规则，可根据债务人的抗辩对合同约定的过高利率依法予以调整。

12. 关于“售后回租”是否构成融资租赁的判断。重点不在于出卖人与承租人是否系同一人，而在于是否具备“融物”的本质属性。租赁物要具备可流通性、特定化、可使用性的基本要素，且以租赁物所有权转移给出租人为要。也就是说，租赁物是不动产的，以办理过户登记为要，租赁物是动产的，以包括占有改定在内的所有权变动规则进行判断。

13. 关于特殊动产的“自物抵押”问题。以船舶、航空器和机动车等特殊动产进行“售后回租”的案件中，当事人在办理了融资租赁登记后，为防止承租人将租赁物转让给他人，又在有关行政管理部门办理了“自物抵押”，以租赁物为出租人设定抵押权。此时就不能仅以所有权和抵押权为同一人为由认定抵押无效，当事人可以选择行使抵押权或保留的所有权以实现其担保权利。

### （三）关于保证保险的法律适用

14. 保证保险合同是保险法明确规定的具有担保功能的一类财产保险合同，原则上应适用保险法及合同法的规定，主要以合同约定内容作为确定当事人权利义务的依据。但保证保险有其特殊性，既不能简单套用保险利益、最大诚信、故意制造保险事故等保险法上的制度，也不应简单套用从属性、保证期间等担保相关制度。

15. 关于强制搭售的认定，原则上应当以保险保障是否必要和合理作为判断标准。如果借款人已经以不动产或易于变现的动产或应收账款等提供了足额担保，再要求购买保证保险就是违背借款人真实意愿。

16. 关于借款人综合借款成本的裁量，虽然保证保险的费率没有刚性监管标准，但把具有合作关系的贷款人、保险公司及担保公司向借款人收取的费用作为一个整体来计算借款人的综合融资成本，是一个较为可行的办法。此外，保险人在理赔后向投保人追偿垫付的主债权本息时，能否再请求投保人支付资金占用费或者合同约定的违约金，也值得研究。从逻辑上看，保险人赔付后，要求投保人按照同期 LPR 支付资金占用损失，属于合理的诉求，而违约金的重要功能也是弥补损失。所以，当保险人同时

主张投保人支付违约金的，应当承担证明资金占用损失仍然不能弥补其实际损失的举证责任。

#### 四、关于有效治理“逃废债”的法律适用问题

##### （一）债的保全制度

17. 债权人行使代位权是否需以债权人与债务人之间的债权债务关系已经生效法律文书确认为前提？不需要。代位权诉讼旨在保障债权的实现，只要存在《民法典》第 535 条规定的情形，人民法院就应受理债权人提起的代位权诉讼，债权人与债务人之间的债权债务关系应当在代位权诉讼中合并审理。实践中以债权人与债务人的债权未经生效判决确认为由驳回代位权起诉是不妥当的。

18. 代位权诉讼期间，债务人的相对人向债务人履行，不应因此免除债务人的相对人向债权人履行的责任。

19. 在债务人与债务人的相对人仅达成以物抵债协议但未实际履行的情况下，债权人可以依据《民法典》第 535 条选择请求债务人的相对人履行原债务或履行以物抵债协议。

20. 在债务人与相对人之间约定了仲裁协议的情况下，允许债权人提起代位诉讼，如果债务人相对人有异议，可申请仲裁解决其与债务人之间的纠纷，代位权诉讼中止审理。

21. 在债权人撤销权诉讼中，债权人可依据胜诉生效法律文书申请对相对人仍然占有的财产采取强制执行措施。

22. 相对人以无偿或明显不合理低价取得财产后，又将财产以无偿或明显不合理低价向第三人转让的处理。在人民法院已经作出撤销债务人无偿或低价转让财产行为的生效判决后，债权人

以相对人无权处分，第三人不符合善意取得条件为由，请求该第三人向债务人返还财产的，人民法院应当予以支持。

23. 原《合同法解释二》第 19 条将转让价格未达到正常价格 70%作为认定为明显不合理低价的标准，将受让价格高于正常价格 30%作为认定为明显不合理高价的标准，仍有参考适用之价值。债务人与次债务人具有亲属关系或者关联关系逃避债务，恶意诈害债权人的，不应受 70%、30%的限制。

### （二）公司法的股东出资责任、法人人格否认等制度

24. 明确股东的出资责任。在认缴资本制情况下，公司丧失清偿能力时，已到期债权的债权人要求已认缴出资但未届缴资期限的股东提前缴纳出资，依法认定认缴出资的股东丧失出资期限利益；对于股东转让已认缴出资但未届缴资期限股权的，首先应由受让人承担缴纳出资义务，受让人未按期足额缴纳出资的，出让人承担补充责任。

25. 控制股东、实际控制人构成滥用法人独立地位逃避债务，严重损害债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任；股东利用其控制的多个公司，没有合法原因随意调拨资产、划拨资金，使得相关公司人格“躯壳化”“工具化”的，各公司应对任一公司债务承担连带责任，股东同样承担连带责任。此外，对尚不构成滥用法人独立人格的资产无偿或低价划转、侵占、挪用等损害公司法人财产的行为，债权人以请求撤销关联交易等方式追回法人财产的，人民法院应予支持，以切实保护债权人的合法权益，有效遏制逃废债务的现象。

### （三）破产法的相关制度

26. 破产案件受理阶段要依法严格审查破产申请，发现债务人资产负债情况与其公开披露的信息存在重大差异的，应当要求

债务人作出合理解释，避免债务人申请破产前后财务状况“大变脸”，无法做出合理解释的，应当驳回破产申请。审理过程中，要加强对破产企业的财产调查和财产、债权清收工作，在审查管理人提交的债务人财产管理方案、变价方案、分配方案和重整计划草案时，要充分听取各类别债权人意见，对债权人提出的异议，要依法进行实质审查，避免出现显失公平、拉低债权保护底线的方案。尤其是控股股东、实际控制人对债务人破产有过错的，破产重整中原则上应当相应调整其股权以满足债权人利益。股东等关联人不当利用关联关系形成的债权，应当作为劣后债权处理。重整中债转股的，应当从设定债权替代清偿方案、担保利益维护等方面严格审查，防止债权人利益受损。

27. 对于管理人恶意确认虚假债权、故意不行使破产撤销权、不予清收破产企业对外债权等损害债权人的行为，要依法追究管理人的责任。债务人的董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使债务人破产的，债权人可以依据《破产法》第125条要求其承担相应赔偿责任。债务人的控股股东、实际控制人存在过错的，应当共同承担责任。债务人实施《破产法》第31条、第32条、第33条规定的行为，经管理人主张行为无效或者行使撤销权后仍无法弥补的，债权人有权依据《破产法》第128条要求债务人的法定代表人和其他直接责任人员承担相应赔偿责任。构成虚假破产犯罪的，还应承担相应刑事责任。

## 五、关于金融民刑交叉案件审理问题

### （一）关于金融民刑交叉案件的程序选择标准

刑事案件与民事案件涉及“同一事实”的，原则上应通过刑事诉讼方式解决，刑事程序吸收民事程序；不属“同一事实”的，

刑事和民事案件分别审理，“刑民并行”；在“刑民并行”的案件中，如民事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据，民事案件中中止审理，“先刑后民”。

28. 民事案件当事人双方与刑事案件的主体不一致的，不能认定为“同一事实”。如银行柜员将储户交付的存款私吞，涉嫌构成吸收客户资金不入账罪的，储户为犯罪被害人，因银行并非刑事案件的犯罪嫌疑人，储户以储蓄存款合同起诉银行的，人民法院应予受理。

29. 定罪量刑的事实与民事案件的基本事实无关的，即使主体相同，也不构成“同一事实”。如行为人以非法占有为目的，在正常订立贷款合同后采取欺诈手段拒不还贷，涉嫌贷款诈骗罪的，因金融借款合同的逾期还款违约事实的认定，不受合同履行过程中诈骗犯罪的影响，人民法院对金融借款纠纷可继续审理。

30. 民事案件的事实认定或者民事责任承担，需要以行为人所涉刑事案件处理结果为依据的，如保险人以被保险人故意犯罪导致其伤残或者死亡而拒赔的，在刑事案件审理结果作出前，民事案件应当中止审理。

31. 民事基本事实明显依赖于刑事诉讼查证的，如存款人所持存单与银行记账不符，且存在额外获取高息行为，存款人是否与涉嫌违规出具金融票证罪的银行工作人员存在共谋这一事实，民事案件难以查清的应当中止审理。

## （二）关于民刑交叉案件的合同效力认定

32. 在合同一方主体构成金融诈骗犯罪的情况下，受欺诈一方不行使撤销权的，如无其他法定合同无效情形，人民法院应依法认定该合同有效。

33. 当事人为规避金融监管部门的监管，订立所谓“阴阳合同”或者“抽屉协议”，无论当事人的行为是否构成犯罪，都应将《民法典》第146条作为认定合同效力的依据。

34. 在合同订立时，如果只是合同一方的法定代表人或者职务代理人构成犯罪而单位未构成犯罪，就不应认定单位与合同相对方构成恶意串通而宣告合同无效。比如，银行工作人员构成违法发放贷款罪且借款人构成行贿罪，人民法院自应根据《民法典》第164条的规定，认定该代理人与借款人恶意串通损害银行合法权益，判令银行工作人员与借款人向银行承担连带还款责任。

35. 恶意串通无效规则不适用于合同一方构成过失犯罪的情形。以骗取贷款罪为例，如果在判处借款人骗取贷款罪的同时，判处出借人的工作人员违法发放贷款罪，就不能适用《民法典》第154条认定合同无效，将该合同认定为可撤销合同更加合理。

36. 在合同履行阶段，合同各方恶意串通构成犯罪的，不影响之前订立的合同效力。比如，在金融借款合同订立后，借款人通过行贿与银行工作人员恶意串通，形成虚假不良贷款，该犯罪行为不影响金融借款合同效力。

37. 合同内容本身约定的就是犯罪行为的，应认定合同无效；合同相对方知道或者应当知道对方系为实施犯罪筹集资金、买卖、借用物资等行为的，应认定合同无效；合同标的物属于法律、行政法规禁止或者限制流通物的，应认定合同无效；合同主体违反法律、行政法规关于国家限制经营、特许经营以及禁止经营等强制性规定，当事人的交易方式违反法律、行政法规关于应当采用公开竞价方式缔约等强制性规定以及当事人的交易场所违反法律、行政法规关于应当集中交易等强制性规定，无论是否构成犯罪，也都应当认定合同无效。除以上情形外，一般不应以合同当

事人构成犯罪而根据《民法典》第 153 条第 1 款规定宣告合同无效。需进一步强调的是，民法对合同效力的评价主要是在合同订立阶段，合同履行中一方或双方违法犯罪不应作为合同无效的事由，履行中的违法犯罪问题应由其他制度解决。比如，借款人在金融借款合同订立后为促使银行尽快放款而行贿构成犯罪的，不应认定借款合同无效。

# 最高人民法院

## 关于认定“接收货币一方所在地”裁判意见九条

1. 债权转让后因原基础合同履行发生纠纷，在当事人没有特别约定的情况下，一般应当依原基础合同确定管辖法院，原借款合同中出借人为合同约定的接收还款货币的一方，可将原借款合同中出借人住所地认定为合同履行地。

最高人民法院认为，云盛公司主张系依据债权转让合同中自永鸿兴担保公司处受让取得的债权，提起本案诉讼。债权转让后因原基础合同履行发生纠纷，在当事人没有特别约定的情况下，一般应当依原基础合同确定管辖法院。本案中，案涉《借款合同》中关于管辖作了“如发生争议向债权人（最终受让人）所在地人民法院提起诉讼”的约定，该条款由于在约定时最终受让人并不确定且事实上也不可能参与缔结该条款，故上述管辖条款不发生法律效力。在借款合同约定的管辖条款未生效的情况下，可以依据合同纠纷的一般管辖原则确定管辖法院。

依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条关于“合同约定履行地点的，以约定的

履行地点为合同履行地。合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地”的规定，案涉借款合同中出借人为合同约定的接收还款货币的一方，潞州农商行系本案基础合同的出借人，可以认定为接收还款货币一方，潞州农商行住所地可以认定为合同履行地。潞州农商行住所地为山西省长治市潞州区，本案可以由长治市潞州区人民法院管辖。

索引：山东云盛法律咨询服务有限公司与王灵灵追偿权纠纷案；案号：（2023）最高法民辖 47 号；裁判日期：二〇二三年三月十三日。

**2. 买卖合同一方起诉请求判令支付货款的，出卖人作为案涉合同约定的接收货币一方，其所在地可以认定为合同履行地。**

最高人民法院认为，广铎电镀厂起诉请求判令睿硕公司支付货款，广铎电镀厂作为案涉合同约定的接收货币一方，依照最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款关于“争议标的为给付货币、交付不动产以外的其他标的的，履行义务一方所在地为合同履行地”的规定，广铎电镀厂的所在地可以认定为合同履行地，广州市番禺区人民法院对本案有管辖权。

索引：广州市番禺区广铎电镀设备厂与宁波睿硕汽车零部件科技有限公司等加工合同纠纷案；案号：（2023）最高法民辖 34 号；裁判日期：二〇二三年三月十三日。

**3. 股权转让协议出让方请求支付股权转让款，其争议标的属于给付货币，出让方作为接收货币一方所在地为合同履行地。**

最高人民法院认为，邓慧生依据股权转让协议，请求舒魏支付相应的股权转让余款，其争议标的属于给付货币，接收货币一方所在地为合同履行地。邓慧生住所地为深圳市南山区，可以认定为为合同履行地。

索引：邓慧生诉舒魏股权转让纠纷案；案号：（2023）最高法民辖 31 号；裁判日期：二〇二三年三月八日。

**4. 金融借款合同约定的管辖法院与本案争议没有实际联系的情况下，协议管辖条款无效，双方争议标的为给付货币，请求支付货币一方为接收货币一方，其所在地作为合同履行地。**

最高人民法院认为，本案系金融借款合同纠纷，湖北消费金融公司与秦晓强签订的《个人消费贷款合同》第 13 条明确约定：双方因履行合同发生争议，应协商解决；协商不成的，双方同意向合同签订地北京市西城区人民法院起诉。但是，湖北消费金融公司未提供证据材料用以证明案涉合同的实际签订地在北京市西城区，同时，湖北消费金融公司住所地在湖北

省武汉市武昌区，借款人秦晓强的住所地在河北省赵县，均不在北京市西城区，北京市西城区与本案争议没有实际联系。

此类小额金融借款合同纠纷，出借方一方主体特定、借款方一方主体不特定，存在着面广量大的情形，虽然协议选择北京市西城区人民法院管辖，系双方当事人在案涉合同中进行的明确约定，但是，在无证据材料可以用以证明北京市西城区与本案争议有实际联系的情况下，就此认定北京互联网法院是本案的管辖法院，势必造成大量的“异地”案件通过协议管辖进入约定法院，破坏正常的民事诉讼管辖公法秩序，故案涉协议管辖条款无效。

本案中，争议标的为给付货币，接收货币一方湖北消费金融公司所在地的武汉市武昌区人民法院，作为合同履行地人民法院，和秦晓强住所地赵县人民法院，对本案均有管辖权。

索引：湖北消费金融股份有限公司与秦晓强等金融借款合同纠纷案；案号：（2023）最高法民辖 26 号；裁判日期：二〇二三年三月八日。

5. 合同纠纷中一方起诉要求另一方履行合同中约定的付款义务的，争议的合同义务是以给付货币为内容，接收货币一方所在地为本案合同履行地。

最高人民法院认为，曹升红因与巾帼西丽公司就案涉《怀宁新县城垃圾压缩中转站及公厕运营管理承包合同》的履行产生争议并提起诉讼，属于合同纠纷。现曹升红起诉要求判令巾

帼西丽公司支付拖欠的中转站及公厕运营管理承包费用，针对的是案涉《怀宁新县城垃圾压缩中转站及公厕运营管理承包合同》中约定的付款义务，争议的合同义务是以给付货币为内容的，故本案争议标的为给付货币。接收货币一方即本案原告曹升红所在地为本案合同履行地。

索引：曹升红与巾帼西丽环境科技集团有限公司合同纠纷案；案号：（2023）最高法民辖 17 号；裁判日期：二〇二三年二月二十日。

6. 虽然原告起诉请求是判令被告支付金钱，但该请求支付金钱，并不是案涉合同约定的标的，而是来自于原告提出的诉讼请求，不能理解为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定的“接收货币”。

最高人民法院认为，黄宝忠向法院提起诉讼，主张湖南博阳公司、戴国英未履行组织项目投标义务，请求法院判令湖南博阳公司、戴国英退回定金等。案涉《工程项目合作协议书》约定，湖南博阳公司负责组织投标公司，提供银行信贷证明、投标保函等事宜。虽然本案黄宝忠起诉请求是判令湖南博阳公司、戴国英退回定金，黄宝忠是接受退回定金的一方。但是，前述“接受退回定金”，并不是案涉《工程项目合作协议书》约定的标的，而是来自于黄宝忠提出的诉讼请求，不能理解为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定的“接收货币”。

从案涉《工程项目合作协议书》签订的情况看，合同约定的标的是湖南博阳公司、戴国英履行组织项目投标义务，属于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定的“其他标的”。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款关于“其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地”的规定，湖南博阳公司作为履行义务一方，其所在地为合同履行地，长沙市开福区人民法院是本案的管辖法院。

索引：黄宝忠与湖南博阳盛建筑劳务咨询有限公司等合同纠纷案；案号：（2022）最高法民辖 119 号；裁判日期：二〇二二年十月二十五日。

**7. 诉讼请求为给付金钱的，不应简单地以诉讼请求指向金钱给付义务而认定争议标的即为给付金钱，而应根据合同具体内容明确其所指向的合同义务。**

最高人民法院认为，民事诉讼法第二十三条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定：“合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付金钱的，接收货币一方所在地为合同履行地。”该规定所称“争议标的”是指当事人诉讼请求所指向的具体合同义务。诉讼请求为给付金钱的，不应简单

地以诉讼请求指向金钱给付义务而认定争议标的即为给付货币，而应根据合同具体内容明确其所指向的合同义务。

本案系劳务派遣合同纠纷，当事人在本案中诉请履行的义务是支付劳务派遣服务费，故可以以此确定合同履行地为接收货币一方所在地。上海市为接收货币一方所在地的合同履行地，本案可由上海市相关有劳务派遣合同纠纷管辖权的基层法院审理。

索引：航电建筑科技（深圳）有限公司与上海盖讯信息技术有限公司劳务派遣合同纠纷案；案号：（2021）最高法知民辖终73号；裁判日期：二〇二一年八月十二日。

**8. 借款人应履行约定向出借人给付货币偿还借款，权利人“接收货币”以实现债权，出借人为“接收货币一方”。**

最高人民法院认为，本案中，出借人晟昌公司为债权人，借款人北京黄金公司为债务人，双方争议在于债务人北京黄金公司被诉违约未履行偿付义务，而非出借人晟昌公司被诉未履行出借义务。因此，在本案争议纠纷框架下，标的最终指向为借款人北京黄金公司应履行约定向出借人晟昌公司给付货币偿还借款，权利人晟昌公司“接收货币”以实现债权，因此，以晟昌公司作为“接收货币一方”，并不违反法律规定对诉讼当事人程序利益安排的本意。

一审法院认定，本案中，借款人收到款项后，到期未还款，出借人晟昌公司起诉借款人要求还款的，晟昌公司为接收货币的一方，该认定并不违反相关法律规定，北京黄金公司的该项上诉理由不能成立，本院不予支持。

索引：北京黄金交易中心有限公司与大连晟昌贸易有限公司等借款合同纠纷案；案号：（2021）最高法民辖终 11 号；裁判日期：二〇二〇年六月二十三日。

**9. 公司债券交易中，债券受让人诉讼请求公司兑付票据本金等金钱的，案件争议标的为给付货币，债券受让人为接收货币一方。**

最高人民法院认为，长城人寿公司是以公司债券交易纠纷提起本案诉讼，公司债券交易纠纷属于证券交易合同纠纷。涉案《募集说明书》系上海华信公司发出的要约，长城人寿公司购买涉案债券是对该要约作出的承诺，双方当事人之间的债券合同自长城人寿公司购得涉案债券时成立，合同内容应以《募集说明书》记载的内容为准。

案涉《募集说明书》第三章第二节第四项约定“本期债券以实名记账方式发行，在上海清算所进行登记托管。上海清算所为本期债券的法定债权登记人，在发行结束后负责对本期债券进行债权管理，权益监护和代理兑付，并负责向投资者提供有关信息服务”，但《募集说明书》中并无约定债券交易合同履行地点的相应内容。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定，“合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地”。因长城人寿公司主要诉讼请求为上海华信公司兑付其持有的中期票据本金、利息及违约金，本案争议标的为给付货币，故长城人寿公司为接收货币一方，其住所地北京为合同履行地，一审法院据此认定涉案债券交易合同的履行地北京并无不当。

索引：上海华信国际集团有限公司与长城人寿保险股份有限公司公司债券交易纠纷案；案号：（2019）最高法民辖终 435 号；裁判日期：二〇一九年九月十一日。

# 《民法典》表见代理规则二十九个 适用要点分析

最高人民法院司法案例研究院

## 编者按

所谓表见代理，是指行为人虽无代理权而实施代理行为，如果相对人有理由相信其有代理权，该代理行为有效。《中华人民共和国民法典》第一百七十二条规定了表见代理制度。与此相关联的还有《中华人民共和国民法典》第一百七十一条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第二十五条、第二十八条。本文依据上述规定，结合《中华人民共和国民法典》相关规定和理论通说，就表见代理规则的适用问题提炼部分要点，以飨读者。

### 1. 表见代理的成立，要求相对人必须是善意且无过失。

**解析：**表见代理是指代理人虽无代理权，但相对人客观上有充分理由相信行为人具有代理权而与其从事民事法律行为。表见代理在实质上属于无权代理。表见代理是无权代理不发生效力的例外情况。法律承认表见代理对被代理人发生效力，是为了保护

善意相对人的利益和交易安全。因此，表见代理的成立，要求相对人必须是善意且无过失的。所谓善意，是指相对人不知道或者不应当知道行为人实际上无权代理；所谓无过失，是指相对人的这种不知道不是因为其大意造成的，没有主观上的过失。如果相对人明知或者理应知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止，而仍与行为人签订合同，则不构成表见代理，合同相对人不能受到保护。

**2. 表见代理最重要的特征是相对人有正当理由相信行为人有代理权，而不问本人是否有过错。**

解析：一般来说，表见代理的产生与本人的过错有关，比如因为本人管理制度的混乱，导致其公章、介绍信被他人借用或者冒用而订立了合同；本人在知道行为人以其名义与第三人订立合同而不作否认表示等。这些都表明本人具有过错。但是，设立表见代理制度的目的是保护交易的安全性，不至于使没有过失的相对人劳而无获。因此，相对人只要证明自己和无权代理人从事民事法律行为时没有过失，而本人是否有过失则在所不问。故在《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定中，对于行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后仍然以本人名义从事民事法律行为，只要相对人有理由相信行为人有代理权，民事法律行为就有效，而无须相对人证明本人具有过错。

**3. 无权代理人实施的代理行为不具备民事法律行为有效的一般条件的，不能成立表见代理。**

**解析：**无权代理人代理被代理人与相对人实施民事法律行为，应具备民事法律行为有效的一般条件。如果该民事法律行为本身无效，则不成立表见代理。

**4. 代理人伪造或盗用本人的授权委托书，并将其提示于第三人，从而使第三人相信其有代理权的，不构成表见代理。**

**解析：**根据《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定，表见代理的成立，须代理人的相对人为善意并无过失。即须相对人相信代理人的行为为代理权限内的行为，且相对人的善意与相信代理人有代理权之间有因果关系。例如，在被代理人授权权限不明的情况下，代理人超越代理权限实施的代理行为。但是，表见代理要求代理人的相对人具有相信代理人对于其所为的代理行为有代理权的正当理由。如果代理人伪造或盗用关于代理事项的本人授权委托书，并将其提示于第三人，从而使第三人就该事项相信其有代理权的，不能构成表见代理。因为在此种情况下，不能根据通常判断能力或手段为标准，证明相对人对行为人有代理权形成了合理信赖，进而不能构成表见代理。

**5. 在表见代理中，判断相对人是否为善意且无过失的时间点，因积极代理和消极代理而有不同。**

**解析：**根据代理人是作出还是接受意思表示，代理可以分为积极代理和消极代理。积极代理，也称为能动代理，是指代理人对相对人作出意思表示的代理。消极代理，又称受动代理，是指代理人接受相对人所为意思表示的代理。在表见代理中，代理人的相对人应为善意且无过失，这要求相对人在尽到善意管理人的注意后，仍可相信代理人的代理行为是代理权限内的行为。而相

对人有无过失，在积极代理中，应以代理人的意思表示为相对人所了解或到达相对人时为准；在消极代理中，应以相对人的意思表示为代理人所了解或到达代理人时为准。

**6. 在表见代理中，相对人既可主张狭义无权代理，向无权代理人追究责任；也可以主张成立表见代理，向被代理人追究责任。但二者只能选择其一，不得同时主张。**

**解析：**表见代理的后果应归本人承受，其内容是对于善意且无过失的相对人履行代理行为所生的义务和享有代理行为所生的权利。当然，如果被代理人因此而蒙受损失的，可根据无权代理人过错的大小请求其补救或追偿。就相对人而言，相对人既可主张狭义无权代理，向无权代理人追究责任；也可以主张成立表见代理，向被代理人追究责任。但二者只能选择其一，不得同时主张。

**7. 构成表见代理，须在代理行为实施过程中存在表见行为。**

**解析：**表见行为指行为人表现出的其享有代理权的外观或被代理人表现出的授予行为人代理权的行为或语言。表见行为包括两类：第一类是行为人方面存在的使人以为其享有代理权的外观，比如，行为人确系代理人但超越了代理权限，行为人曾经是代理人但在订立合同时代理权已经终止，行为人持有被代理人的介绍信、公章、合同书等重要证明；第二类是被代理人方面存在的使人误以为授予行为人以代理权的言词或行为，比如，公开声明授予行为人代理权，实际上未授予，或者明知行为人以其名义订立合同而不表示反对，使人产生默示授权的误解。

8. 相对人主张构成表见代理的，应当对自己的主观善意承担举证责任，判断相对人的举证是否充分，应当在个案中据实判断。

**解析：**构成表见代理，对相对人的主观方面有两层要求：一是相对人相信行为人有代理权；二是该相信是有理由的。按照“谁主张，谁举证”的原则，相对人对自己的主观善意应承担举证责任，并且，由于代理人不具有“代表人、负责人”的特殊身份，《中华人民共和国民法典》第一百七十二条也明确要求相对人必须是“有理由相信行为人有代理权的”。因此，不适用善意推定方法，相对人应当承担证明其信赖行为人有代理权且信赖是有理由的举证责任。由于“充分相信”属于抽象事实，判断相对人的举证是否充分，只能在个案中根据实施民事法律行为的具体情形进行判断。

### 9. 行为人订立合同的行为构成表见代理的主要情形。

**解析：**结合表见代理的构成要件和司法实践，一般认为下列情形行为人订立合同的行为构成表见代理：

(1) 行为人曾经是代理人并且与相对人发生过订立合同行为，订立的合同上加盖有被代理人公章或合同专用章。

(2) 行为人曾经是代理人并且与相对人发生过订立合同行为，在订立合同过程中提供了加盖有被代理人印鉴的介绍信。

(3) 行为人持有证明代理权的证书，并且按照一般商业习惯和理性认识无法从证书内容判定所订立的合同超越了代理权范围。

(4) 被代理人曾有授予行为人代理权的表示，按照一般理性判断该表示可以被相信。比如在公开场合声明授予行为人代理权

或者有书面公开通知授予行为人代理权，实际上没有对该人进行授权，相对人难以知晓。

(5) 被代理人明知行为人以自己名义订立合同，但不表示反对。

(6) 被代理人应当知道行为人以自己名义订立合同，但不表示反对。比如，被代理人将介绍信、公章、合同书交给行为人，或者出借给行为人，就属于应当知道行为人会以自己名义订立合同的情形。另外，当相对人已经将订立的合同提交给被代理人，但因被代理人没有阅读而未向相对人表示反对，也属于“应当知道”的情形。

#### **10. 行为人所为的行为属于违法行为的，不构成表见代理。**

**解析：**如果行为人所为的行为属于违法行为，则相对人无论以何种证据予以证明，行为人均不能构成表见代理。因为违反法律的行为是不能授权的，即使法人或非法人组织有授权，也没有法律效力，何况行为人确属无权代理，没有代理权。

#### **11. 行为人与相对人所为的行为违反交易习惯的，不构成表见代理。**

**解析：**如果行为人所为的行为违反交易习惯，相对人与行为人订立合同违反交易双方惯常做法的，不构成表见代理。比如，甲、乙两公司章程均规定提供担保必须经董事会决议，两公司也建立有互保关系，而且相互为对方提供过担保，知晓对方公司在担保方面的规定。但某一次甲公司仅通过乙公司某执行董事，即取得乙公司在担保合同上盖章。该董事未经乙公司董事会授权，甲公司也违反交易习惯，该董事的行为不能构成表见代理。

**12. 行为人的代理权终止后，被代理人以合理方式通知了相对人的，其后相对人与该行为人实施的行为，不构成表见代理。**

**解析：**行为人的代理权终止后，被代理人将该情形以合理形式通知了有业务往来的相对人的，相对人在收到通知后，不能再主张与该人其后实施的行为构成表见代理。判断通知形式是否合理，主要依据当事人的约定和习惯，一般情况下向双方约定的部门，比如办公室，发书面通知视为合理通知。对方如能够确认更好，如果没有确认，只要通知已经按照双方约定的、以符合常识的正常方式发出，对方否认收到通知的，应当由对方负责举证。一般认为，登报不是充分的通知方式，要以其他证据辅助证明。

**13. 违反法律规定的特殊授权要求的行为，不构成表见代理。**

**解析：**如果法律明文规定对某一行为必须有特殊授权要求，当行为人实施该行为时，相对人没有要求行为人提供法律规定的授权证明，相对人即属于“没有理由相信行为人有代理权”，主观上属于重大过失，不能构成表见代理。

**14. 表见代理中举证责任的分配原则。**

**解析：**表见代理中举证责任的分配与代表人责任不尽相同。依照《中华人民共和国民法典》第一百七十二条关于“相对人有理由相信行为人有代理权”的要求，在涉及表见代理的民事诉讼中，举证责任的分配原则应当是：首先，由被代理人承担对行为人确系无权代理的举证责任；其次，由相对人承担证明信赖行为人有代理权且信赖是有理由的举证责任；再次，再由被代理人承担对相对人主观上是否为恶意或在实施代理行为过程中是否存在重大过失进行举证。上述举证是递进的，即仅当前一个举证充分

后，再递进到下一个举证环节。在法院认为“相对人有理由相信行为人有代理权”时，还要允许被代理人进行反驳举证，对相对人主观恶意或重大过失进行证明。通常，相对人为自己“有理由相信行为人有代理权”进行的举证和被代理人的反驳举证是交叉进行的，是一个举证和质证交叉进行的过程，法院则根据双方举证情况综合判断、系统认证。一旦相对人证明了自己“有理由相信行为人有代理权”，则其主观上也就当然属于善意。反之亦然，一旦被代理人证明了相对人主观存在恶意或重大过失，则相对人就“没有理由相信行为人有代理权”，表见代理不成立。

**15. 盖章不是构成表见代理的充分条件，要区分不同情况和结合相关证据，才能判断是否构成表见代理。**

**解析：**盖章只是意思表示的一种方式，属于意思表示的客观化和外在化，与代理人的签字没有本质区别。法人、非法人组织必须通过自然人表达意思表示，因此，只要自然人是无权代理，无论其在合同上签字还是盖单位公章都属于越权行为。可见，盖章不是构成表见代理的充分条件，要区分不同情况和结合相关证据，才能判断是否构成表见代理。如果有证据证明相对人知道或应当知道盖章系行为人盗用单位公章的结果或行为人盖章行为越权，仍然可以否定表见代理的构成。

**16. 行为人在合同上盖章构成表见代理的典型情形。**

**解析：**结合最高人民法院的司法解释和审判实践，行为人在合同上盖章构成表见代理的主要情形包括：

(1) 单位将业务介绍信、合同专用章或者盖有公章的空白合同书出借给个人，个人以出借单位名义签订的合同。但有证据证明相对人明知或应当知道行为人越权的除外。

(2) 企业承包、租赁合同期满后，原企业承包人、租赁人用原承包、租赁企业的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书签订的合同。但有证据证明企业法人采取了有效防范措施，相对人明知或应当知道行为人越权的除外。

(3) 单位聘用的人员利用单位对公章、介绍信、合同书保管不善的漏洞，擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书签订的合同。但有证据证明相对人明知或应当知道行为人越权的除外。

(4) 单位聘用的人员被解聘后，行为人擅自利用保留的原单位公章签订的合同。但有证据证明单位履行了合理通知义务，相对人明知或应当知道行为人越权的除外。

(5) 非本单位人员利用单位管理不善的漏洞，擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书，在单位场所签订的合同。

## 17. 行为人在合同上盖章不构成表见代理的典型情形。

**解析：**行为人在合同上盖章不构成表见代理的典型情形包括：

(1) 非本单位人员盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书签订的合同。

(2) 非本单位人员私刻单位的公章签订的合同。

(3) 本单位聘用人员盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书签订的合同，且相对人明知或者应当知道行为人没有签订该类合同授权的。

**18. 因表见代理成立，被代理人承担责任后，其因履行合同遭受损失的，可以向无权代理人追偿，但应限于直接损失和财产性损失。**

**解析：**因表见代理成立，行为人的无权代理视为有权代理，行为人视为代理人，行为人应当向被代理人负责，承担法律责任。被代理人承担了法律责任后，其因履行合同所遭受的损失，可以向行为人追偿。被代理人向行为人主张的损害赔偿请求权，在请求权分类上应当归入广义侵权责任范畴。具体而言，在行为人无代理权的情况下订立合同损害被代理人利益时，更接近于侵权责任；在行为人超越代理权限时，接近于违约责任——行为人违反了委托合同的授权范围；在行为人代理权终止后订立合同损害被代理人利益时，近似于违反后合同义务，行为人承担的赔偿责任属于合同法上的责任。损害赔偿的范围，从侵权责任出发，应当限于直接损失，不包括间接损失，由于该损失属于财产性损失，因此更不包括精神损失。

**19. 相对人有理由相信行为人有代理权的认定。**

**解析：**根据《中华人民共和国民法典》第一百七十二条规定，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。“有理由相信”是指行为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。

**20. 表见代理中相对人主观上是否属于善意且无过失的认定。**

**解析：**人民法院在判断表见代理中行为相对人主观上是否属于善意且无过失时，应当结合行为成立与履行过程中的各种因素综合判断其是否尽到了合理注意义务，此外，还要考虑行为的成立时间、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。

**21. 相对人依据《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定主张表见代理行为为无权代理而行使撤销权的，被代理人不得基于表见代理的规定而对相对人主张代理的效果。**

**解析：**表见代理的法律后果是产生与有权代理相同的法律效力，即表见代理人代理实施的民事法律行为的后果直接由被代理人承担。表见代理在本质上也属于无权代理的情形，故《中华人民共和国民法典》第一百七十一条关于无权代理的规定同样可以适用于表见代理，即应当允许善意相对人有选择主张无权代理或表见代理的权利。在相对人选择主张无权代理时，代理人和被代理人均无权主张表见代理；如果相对人基于自己的利益考虑，依据《中华人民共和国民法典》第一百七十二条的规定主张表见代理行为为无权代理而行使撤销权的，为保护善意相对人的利益，被代理人不得基于表见代理的规定而对相对人主张代理的效果。

22. 夫妻一方的行为超出家事代理的范围，而与之建立债权债务关系的第三人为善意或无过失时，可以适用表见代理的原则处理。

**解析：**日常家事代理制度是指夫妻因日常事务而与第三人交往时所为法律行为应当视为夫妻共同的意思表示，并由配偶他方承担连带责任的制度。这种代理与一般民事代理不同，它基于配偶身份而产生，不以明示为必要。夫妻之间的日常家事代理权应当设定合理的范围，过分扩大家事代理的范围，会危及家庭财产关系的稳定。故对于下列事务，不应纳入日常家事范围：

- (1) 一方擅自处分不动产的行为；
- (2) 一方擅自处分具有重大价值的财产的行为；
- (3) 一方擅自处理与另一方当事人人身有密切关联的事务，如领取劳动报酬、放弃继承权等。

总之，如果夫妻一方的行为超出了家事代理的范围，而与之建立债权债务关系的第三人为善意或无过失时，可以适用《中华人民共和国民法典》第一百七十二条关于表见代理的原则处理。

23. 夫妻一方以另一方的名义实施民事行为是否构成表见代理的事实审查。

**解析：**夫妻一方以另一方的名义所实施的民事行为是否构成表见代理，应当审查相关事实。

首先，夫妻一方是否已经实施了无权代理行为。

其次，相对人依据一定事实，相信或认为夫妻一方具有完全的代理权。

再次，相对人主观上须为善意、无过失，相对人善意且无过失的判断标准是其不知道夫妻一方没有相应的代理权，如果行为人明知或应当知道夫妻一方无权代理仍与其实施民事行为，不构成表见代理，给他人造成损害的，还要由相对人和行为人负连带责任。

最后，因表见代理实施的行为，应当具备行为有效的一般条件。

#### **24. 行为人利用私刻的单位公章从事民事行为的效力及单位是否承担民事责任的认定。**

**解析：**行为人利用私刻的单位公章从事民事行为，这里的行为人包括单位员工和单位员工以外的人两种类型。如果行为人是单位员工，其私刻单位公章对外从事民事行为时，单位不知情，即单位没有过错，故行为人私刻单位公章并从事民事行为，其效力不及于单位，单位不应承担民事责任；如果单位对于行为人的私刻公章行为明知而不反对，或者单位虽然不明知，但有证据证明单位有疏于管理上的过错，则该单位应当基于其过错承担相应的民事赔偿责任。如果行为人是单位以外的人，其私刻单位公章对外从事民事行为，关键要看单位是否明知，若单位不知情，则单位不应承担责任；若单位明知但不表示反对，则应承担民事赔偿责任。

#### **25. 行为人盗盖单位公章从事民事行为或者实施犯罪时单位是否承担民事责任的认定。**

**解析：**行为人盗盖单位公章从事民事行为或者进行犯罪活动，这里的行为人既包括单位员工，也包括单位员工以外的人。无论

是单位员工还是单位以外的人，只要单位的公章被盗，说明该单位在管理上存在漏洞，单位是有过错的，故单位应承担相应的民事责任。值得研究的是《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第五条规定，“行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书，或者私刻单位的公章签订经济合同，骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的，单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。行为人私刻单位公章或者擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书以签订经济合同的方法进行的犯罪行为，单位有明显过错，且该过错行为与被害人的经济损失之间具有因果关系的，单位对该犯罪行为所造成的经济损失，依法应当承担赔偿责任。”

## **26. 行为人借用单位公章从事民事行为或者实施犯罪时单位是否承担民事责任的认定。**

**解析：**行为人借用单位公章从事民事活动或者进行犯罪活动时，被借用公章的单位就是民事活动的当事人。例如，行为人借用甲公司的公章与乙公司订立买卖合同，甲公司是买方，乙公司是卖方，乙公司依约向甲公司交付货物后，行为人将货物据为己有，甲公司也没有向乙公司支付货款，乙公司遂诉诸法院。此种情形下，应首先确定是否构成表见代理。若符合表见代理构成要件，相对人主张构成表见代理的，就民事行为而言，其法律效果应当归属于被代理人。同时，被代理人可以根据表见代理人过错程度向其追偿。就刑事犯罪而言，即使表见代理人的行为构成犯罪，也不能免除被代理人的民事责任。

## 27. 表见代理认定与合同效力判断的先后顺序。

**解析：**从理论上讲，表见代理解决的是代理人的行为对委托人是否有效的问题，即判断代理人所作出的意思表示是否属于委托人的意思，属于合同成立范畴，而合同是否有效属于合同效力范畴。合同成立属于事实问题的判断，合同效力属于价值问题的判断，在顺序上应先认定合同成立后再判断合同的效力，故应先根据《中华人民共和国民法典》第一百七十二条判断是否存在表见代理，明确合同的当事人是代理人还是委托人，在此基础上再根据《中华人民共和国民法典》有关民事法律行为效力的规定对合同效力进行判断。

**28. 特许经营产生的法律后果不能简单地等同于一般民事代理所产生的法律后果，不能当然由特许人承担。**

**解析：**在特许经营中，特许人与被特许人是两个独立的民事主体，总部与分部之间没有所有权属关系，它们之间是以合同为基础而形成的以特许权转让为中心的权利义务关系。同时，被特许人与第三人所为的民事法律行为不仅仅是为了特许人的利益，更主要的是这些法律行为对被特许人自身有着密切的利益，故而这种关系超越了我国《中华人民共和国民法典》有关代理的涵义和性质，在特许经营方式下产生的法律后果不能简单地等同于一般民事代理所产生的法律后果，不能理所当然地导出被特许人的经营后果应归于特许人的结论。

**29. 破产程序启动后，管理人行使表见代理追偿权后追偿获得的财产应归为债务人的财产。**

**解析：**表见代理追偿权是指代理人的表见代理行为给被代理人造成损失的，被代理人在向第三人承担民事责任后，享有就该损失向代理人行使的一种追偿权。在表见代理中，代理人的代理行为在善意无过失的第三人与被代理人之间产生有权代理的法律后果。但是，就被代理人与代理人之间的内部关系而言，代理人的代理行为在本质上仍然属于无权代理。由于表见代理的法律后果是由代理人的无权代理行为造成的，为保护被代理人的利益，法律允许被代理人向代理人行使追偿权。当破产债务人作为被代理人履行了合同义务，因此造成损失的，债务人有权向表见代理人进行追偿。因此，在破产程序启动后，由管理人行使表见代理追偿权，追偿获得的财产应归为债务人的财产。

# 《民法典》合同漏洞填补规则的三十一个 适用要点

最高人民法院司法案例研究院

合同内容一般包括当事人的姓名或者名称和住所、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式等。一般来说，合同主要条款缺失，即为合同漏洞。基于合同全面、诚信履行原则，需要对合同漏洞加以填补。《民法典》合同漏洞填补规则主要规定在第五百一十条、第五百一十一条，《民法典》另有 26 个条文引用了第五百一十条，这些条文亦属合同漏洞填补规则之列。此外，最高人民法院的相关司法解释也规定有合同漏洞填补规则，比如《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》第三条。本文依据上述条文，整理、提炼合同漏洞填补规则的 31 个适用要点，以供读者参考。

1. 《民法典》合同漏洞填补规则的适用前提是合同已依法成立。

**解析：**对合同漏洞进行补充的前提是合同生效，即合同已依法成立，但主要条款缺失。签订合同作为一种民事法律行为，需要满足《民法典》第一百四十三条规定的民事法律行为有效的条件。按照合同法理论，合同的成立必须基于当事人的合意。所谓合意，是指合同当事人双方的意思表示达成一致。合同依法成立便生效。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确的，可以进行补充。如果合同尚未成立、生效，此时合同没有进入履行阶段，自然没有进行内容补充的必要。

**2. 合同标的、数量是合同的必备条款，当事人对此没有约定或者约定不明确，应当认定合同不成立。**

**解析：**合同标的、数量是合同的必备条款，需由当事人明确约定。当事人没有约定或者约定不明确的，合同内容无法确定，合同不成立。对此，从《民法典》第五百一十条规定的表述中可见一斑。该条规定对于合同中的质量、价款或者报酬、履行地点等内容，当事人没有约定或者约定不明确的，可以根据该条予以补充确定，而对于合同标的、数量，并未如此规定。由此可见，标的、数量是合同的必备条款，需由当事人明确约定，当事人没有约定或者约定不明确，不允许当事人予以补充，而应当认定合同不成立。该精神在《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第六条中亦有体现。

3. 在填补合同漏洞时，首先应当适用《民法典》第五百一十条，不能达到填补目的的，方可适用第五百一十一条等法条所规定的倡导性做法。

**解析：**《民法典》第五百一十条和第五百一十一条的适用具有先后顺序。只有合同生效后，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确的，不能达成补充协议，按照合同相关条款或者交易习惯仍无法确定的，才能适用第五百一十一条所规定的的倡导性做法。

4. 合同漏洞的补缺条款不能随意类推适用。

**解析：**《民法典》关于合同内容的补缺性规定，只适用于部分常用条款的欠缺或不明确，比如合同标的物的质量、价款、履行期限、履行地点、履行方式等条款。如果欠缺或不明确的是合同的特殊条款或需双方当事人专门约定的条款，则法律难以补救，只能由双方当事人就此另行协商，达成一致意见，或者由法官基于合同解释原则和规则，对不明确的条款作出解释。也就是说，只有在法律上有明确规定时，方能援引相关的补缺性规定，合同漏洞的补缺条款不能随意类推适用。

5. 合同内容没有约定或约定不明的，法官可以对合同条款作出解释，但该解释不能违反法律中的补缺性规定。

**解析：**在当事人就有关合同内容没有约定或约定不明确的情况下，法律中的补缺性规定在效力上高于法官对合同所作的解释，

当法官适用该补缺性规定时，其性质即为法律适用，而非合同解释。因此，法官对合同的解释不能违反法律中的补缺性规定。

6. 在填补合同漏洞时，《民法典》第五百一十条、第五百一十一条所规定的填补漏洞的规则应当优先于第四百六十六条所规定的合同解释的方法。

**解析：**《民法典》第四百六十六条对如何确定当事人有争议条款的真实意思作了规定。当事人对合同条款的理解有争议的，人民法院应当按照所使用的词句、结合相关条款、行为的性质和目的、习惯以及诚信原则，确定意思表示的含义，进而实现对合同有关条款的补充。《民法典》第五百一十条、第五百一十一条是专门为合同漏洞填补而设立的，《民法典》第四百六十六条是关于合同解释的规定，不仅可以适用于合同漏洞的填补，而且可以适用于合同是否成立、合同是否生效等问题的判断。因此，在填补合同漏洞时，《民法典》第五百一十条、第五百一十一条所规定的填补漏洞的规则应当优先于第四百六十六条所规定的合同解释的方法。

7. 对于当事人没有约定或者约定不明确的合同非必备条款，首先应当由当事人协议补充，只有在双方不能达成补充协议时，方可按照合同有关条款或者交易习惯进行补充。

**解析：**根据合同自由原则，当事人有决定合同内容的自由。对于欠缺的合同内容，首先应考虑当事人共同真意，由当事人协议补充，这是贯彻意思自治原则的必然要求。实践中，在法官对

合同是否具备必备条款以及合同是否成立作出判断后，对于合同当事人没有约定或者约定不明确的非必备条款，首先应当由当事人协议补充；不能达成补充协议时，才能按照合同相关条款或者交易习惯补充确定其他内容。

**8. 在填补合同漏洞时，认定《民法典》所称交易习惯的前提条件是该交易习惯不违反法律、行政法规的强制性规定。**

**解析：**根据《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第12条的规定，对于民通意见、合同法解释一、合同法解释二的实体性规定所体现的精神，与民法典及有关法律不冲突且在司法实践中行之有效的，人民法院可以在裁判文书说理时阐述。根据原《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）》）第七条的规定，认定原《合同法》所称交易习惯的前提条件是该交易习惯必须合法，即不违反法律、行政法规的强制性规定。强制性规定的目的是控制和限制当事人的行为，当事人不能通过协议或者交易习惯等理由来规避强制性规定的适用。。

**9. 《民法典》施行后，原《合同法解释（二）》第七条对交易习惯的定义，仍可以作为人民法院适用交易习惯的参考标准。**

**解析：**《民法典》中亦有包含“交易习惯”这一概念的法条，在《民法典》没有对交易习惯进行明确定义的情况下，原《合同法解释（二）》第七条对交易习惯的定义，仍可以作为人民法院适用交易习惯的参考标准。

10. 在填补合同漏洞时，交易习惯与《民法典》的任意性规定相冲突的，应当以交易习惯为准。

**解析：**《民法典》中包含“另有约定”或其他类似措辞的条文，属于《民法典》的任意性规定，其规范的主要目的是在当事人没有考虑到或者有意省略的情形下对当事人的意思进行补充。所以，如果交易习惯可以表明当事人“另有约定”，则应认为该交易习惯排除了《民法典》的任意性规定的适用。如果交易习惯与《民法典》的任意性规定相冲突，填补合同漏洞时则应以交易习惯为准。当然，优于《民法典》任意性规定的交易习惯须为双方当事人所知晓，否则该任意性规定应优先于习惯做法。

11. 即使某种习惯做法已经在某地区或某领域、某行业无例外地得到遵守，但交易对方并不知道或者不应当知道的，该习惯做法不能被认定为《民法典》所称的交易习惯据以填补合同漏洞。

**解析：**《民法典》所称交易习惯的认定强调该种习惯做法主观上为交易对方订立合同时所知道或者应当知道，即习惯做法不能约束不知道该做法的对方当事人。当事人“知道或者应当知道”对于将某种做法认定为交易习惯非常重要，是将一种普通意义上的习惯认定为交易习惯的基本依据。现行立法对认定交易习惯的主观要件要求必须是当事人“知道或者应当知道”，而不是“同意、认可”。交易对方不承担了解和掌握特殊交易习惯的注意义务。这种对于“知道或者应当知道”的界定，意味着即使某种习

惯做法已经在某地区或某领域、某行业无例外地得到遵守，交易对方仍然只有在“知道或者应当知道”的情况下才能受这种习惯做法的约束。

**12. 合同中有明确的条款同某种习惯做法相冲突的，这种习惯做法不能被认定为《民法典》所称交易习惯据以填补合同漏洞。**

**解析：**通常而言，在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法，不违反法律、行政法规强制性规定的，可以认定为《民法典》所称交易习惯。根据上述原则确定的交易习惯不同于学说上通常所说的习惯法，因为这里的交易习惯的效力基础在于当事人的意思。从这个角度出发可以推知，如果在合同中有明确的条款同某种习惯做法相冲突，则这种习惯做法就不能被认定为《民法典》所称交易习惯据以填补合同漏洞。

**13. 当事人一方以交易对方合同成立后才得知的交易习惯为依据，主张对合同条款进行解释和补充的，除构成协商一致变更合同外，人民法院不予支持。**

**解析：**根据原《合同法解释（二）》第七条第一款第一项的规定，《民法典》所称交易习惯须为在交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法。依据该规则，交易方不得以合同成立后交易对方才得知的交易习惯为依据，对其主张附随义务或者对合同条款进行某种解释或者补充，除非交易对方的“得知”直接体现为当事人通过协商一致对合同内容进行变更。

14. 当事人双方经常使用的某种习惯做法，不违反法律、行政法规强制性规定的，可以认定为《民法典》所称交易习惯。

**解析：**确定某种做法是交易习惯要求该做法是“当事人双方经常使用的习惯做法”。当事人双方的实际履行行为直接表明他们对合同含义的真实理解，所以如果当事人双方经常使用某种习惯做法，就可以认为该种习惯做法构成理解和解释当事人双方表达及行为的共同基础，可以认定为《民法典》所称交易习惯。

15. 交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用的做法与当事人双方经常使用的习惯做法不一致的，应当适用后者为交易习惯。

**解析：**作为交易习惯的外在表现形式，在交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时所知道或者应当知道的做法与当事人双方经常使用的习惯做法，两者可以一致，也可以不一致。在一致的情况下，当事人可以通过证明交易对方“知道或者应当知道”来主张该交易习惯；在不一致的情况下，依据民事主体意志优先原则，只能适用后者来主张该交易习惯。当然，此处的习惯做法一般情况下指的是某种“以前”反复发生的做法，如果仅仅在当事人先前的交易中出现过一次，一般不宜认定为交易习惯。

16. 在民商事审判中，行业组织章程、会计师协会和交易所等中介机构的业务规则，可以作为确定当事人权利义务和责任的参考依据。

**解析：**基于商事交易实践中对商事交易习惯的高度依赖，《民法典》第五百一十条已经赋予交易习惯以补充合同条款的一般解释性功能的效力。因此，商事交易习惯可谓民商事审判的法律渊源之一。民商事法官在确定当事人权利义务和责任时，应当尊重并重视一些行业组织的章程、会计师协会和交易所等中介机构的业务规则，可以考虑将其作为审理商事案件时的参考依据。

**17. 行业性标准不再区分为强制性和推荐性，而统一为推荐性，由市场主体自愿采用。**

**解析：**行业标准是对没有国家标准而又需要在全国某个行业范围内统一技术要求所制定的标准。行业性标准原本区分为强制性和推荐性，随着我国标准化改革工作的进一步深化，对强制性标准进行整合精简，将原强制性行业标准转化为推荐性行业标准。

**18. 合同执行通常标准时，要求履行质量达到合理的标准，并且不得低于所涉情况的平均水准。**

**解析：**通常标准指一般标准或平常标准，可以理解为不低于合同履行地的平均水平，也就是在没有国家标准或者行业标准的情况下，当事人提供的产品或者服务的质量是合理的而且最低质量要求达到平均水平。该规定与国际通行的做法一致。《国际商事合同通则》第 5.1.6 条规定，如果合同中未规定履行质量，而且根据合同也无法确定履行质量，则一方当事人有义务使其履行质量达到合理的标准，并且不得低于所涉情况的平均水准。

19. 《民法典》第五百一十一条规定的质量标准之间是递进关系，排列在前的标准应优先适用。

**解析：**该条规定的质量标准之间有一个递进关系，依次是强制性国家标准、推荐性国家标准、行业标准、通常标准或者符合合同目的的特定标准，排列在前的标准优先适用。因为强制性国家标准是兜底的，不能突破的，不符合强制性标准的产品、服务，不得生产、销售、进口或者提供。推荐性国家标准、行业标准、通常标准或者符合合同目的的特定标准的技术要求不得低于强制性国家标准的相关技术要求。

20. 《民法典》第五百一十一条第二项规定中的“履行地”应理解为履行产品或服务交付义务的一方所在地。

**解析：**《民法典》第五百一十一条第二项规定：“价款或者报酬不明确的，按照订立合同时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，依照规定履行。”此处所指的价款或者报酬，应当是产品或者服务的对价，一般情况下把此处的履行地理解为产品或者服务的提供地，即履行产品或服务交付义务的一方所在地更加合适，也更加符合公平交易和诚信原则。

21. 买卖合同当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据《民法典》第五百一十条的规定仍不能确定的，应适用《民法典》第六百零三条第二款对买卖合同交付地点的相关规定。

**解析：**《民法典》第六百零三条第二款规定：“当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍

不能确定的,适用下列规定:(一)标的物需要运输的,出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人;(二)标的物不需要运输,出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的,出卖人应当在该地点交付标的物;不知道标的物在某一地点的,应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。”从该条规定来看,其使用的是“当事人没有约定交付地点或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,适用下列规定”的表述方法,并未援引《民法典》第五百一十一条。因此,从体系解释的角度,应当认为,在买卖合同领域,确定交付地点的法条依据为《民法典》第五百一十条和第六百零三条。在当事人没有约定交付地点或者约定不明确,依据《民法典》第五百一十条的规定仍不能确定的,应适用《民法典》第六百零三条第二款对买卖合同交付地点的相关规定。

**22. 买卖合同约定出卖人送货和买受人自提情形下,合同履行地点或标的物交付地点的确定规则有所不同。**

**解析:**参考大陆法系的通行法理,对于合同约定出卖人送货和买受人自提这两种固定地点买卖而言,合同的履行地点可以作如下界定:当事人在合同中没有约定交货地点的,采用送货方式,即出卖人自备运输工具或自行委托承运人将货物运至买受人所在地或合同约定地点的,不论运费由谁承担,货物送达地为标的物交付地;采用自提方式,即买受人自备运输工具或自行委托承运人到出卖人所在地或合同约定地点提取货物的,不管运费由谁承

担，提货地为合同履行地；在合同履行中，买受人请求出卖人将标的物运送至合同约定的交付地点以外的地点的，交付地点为变更后的地点。

**23. 双务合同就履行地点没有约定或者约定不明确，按一般法定规则可能得出两个履行地点的，原则上应当以发生纠纷的债务履行地为合同履行地。**

**解析：**在双务合同中，当事人就履行地点没有约定或者约定不明确，按一般法定规则得出的合同履行地可能存在复数。例如在动产买卖场合，两个债务履行地可能为同一地点：出卖人交付标的物的地点与买受人支付价款的地点都是出卖人所在地。当然，也有两个债务的履行地不在同一地点的情形，例如，出卖人交付标的物地点为A地，而买受人给付货币或其他用于清偿的货物地点为B地。此时，如果合同对履行地点没有约定，按一般法定规则，会得出两个履行地点。由于民事实体法中的合同履行地一般是指合同双方当事人各自合同义务履行及其相对方接受履行的具体地点，除非合同双方当事人对合同履行地另有约定。因此，在上述情形下，原则上应当以发生纠纷的债务的履行地为合同履行地。

**24. 民间借贷纠纷中的“接受货币一方所在地”与一般合同纠纷中的“接收货币一方所在地”有所不同。**

**解析：**一般合同纠纷中，双方当事人对待给付义务的基本模式为一方当事人给付的是实物、劳务等非货币财产；另一方当事

人则给付货币。因此，在该类合同中，“接收货币一方所在地”作为合同履行地时是特定的，即均为给付实物、劳务等非货币财产一方当事人所在地。但在民间借贷纠纷中则有所不同。由于民间借贷纠纷中双方当事人承担的给付义务所指向对象均为货币，导致民间借贷纠纷中所谓“接受货币一方所在地”存在两种可能：出借人所在地和借款人所在地。即当双方当事人在案涉借款是否出借事项上产生争议时，以借款人所在地为合同履行地；当双方当事人在案涉借款及其利息是否归还事项上产生争议时，以出借人所在地为合同履行地。

25. “接受货币一方所在地”中的“所在地”应理解为订约时的债权人所在地。

**解析：**实务中，如果将给付货币时债权人所在地作为合同履行地，则不符合债务人借款时的合同预期。因为债务人在借款时，一般都会将自己履行还款义务的相关事项（包括还款地点）纳入缔约的考量，而这种考量都是建立在缔约时知道或应知的相关事项基础上，进而，超过其可预见的事项（例如，债权人缔约后搬离原所在地）所引发的后果，一般都不应由其承担。因此，“接受货币一方所在地”中的“所在地”应理解为订约时的债权人所在地。

26. 在民事实体法框架内，民间借贷中的“接受货币一方”宜理解为借贷合同约定的现实中的实际收款人，而非仅指有权接受货币的出借人或借款人。

**解析：**民间借贷纠纷中存在大量的指示交付情形。也即，双方当事人经常约定由合同外的第三人接受货币。进而，双方在履行各自义务时，应按约定在实际接受货币的第三人所在地履行。如果未在第三人所在地履行，则构成违约。因此，在民事实体法框架下判断接受货币一方所在地时，应从实体法角度出发，接受货币一方所在地应以实际接受货币一方所在地为准，如果给付货币一方未按约定在指定的实际接受货币人所在地履行，则构成违约。

**27. 在民事程序法框架内，民间借贷中的“接受收货币一方”应特指民事实体法上有权接收货币的合同相对方，而非现实中的实际收款人。**

**解析：**《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第十八条第二款规定，合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地。在民间借贷场合，该条中“接收货币一方所在地”被用于确定法院管辖时，应以合同相对方所在地为准，即以出借人或借款人所在地为准，而非现实中的实际收款人。其理由在于：一方面，民间借贷纠纷中，与案件处理结果有利害关系的人应为出借人或借款人，而不是其指示交付的对象；另一方面，以合同相对方所在地为合同履行地，方便当事人诉讼。

28. 在不能确定合同履行期限的情形下，债权人给予债务人履行债务的准备时间是否必要，应当根据债务金额的大小、实际消费水平的高低和履行方式的难易程度等因素确定。

**解析：**《民法典》第五百一十一条第四项规定，当事人就合同履行期限约定不明确，依照《民法典》第五百一十条的规定仍不能确定的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间。可见，在不能确定合同履行期限的情形下，债权人要求债务人履行债务的，应当给债务人必要的准备时间。“必要的准备时间”可由当事人约定，约定不成的，应当由法官依据法律规定进行自由裁量。至于如何认定“必要的准备时间”中“必要”的构成要件，在实际交易中应根据债务金额的大小、实际消费水平的高低和履行方式的难易程度等因素确定。人民法院在审理具体案件时，如果涉及此类问题，亦应当针对具体案情，按照通常的交易准则、习惯及惯例，进行具体分析论证后确定。

29. 债权人持续接受债务人部分履行未约定履行期限的债务，且对剩余债务未约定履行期限的，债权人可随时要求债务人履行剩余债务。

**解析：**债权人与债务人之间未约定债权债务的履行期限，债务人持续性地部分履行债务，债权人接受，且双方未就剩余债务的履行期限另行约定的，应当认为债务人可随时向债权人履行剩

余债务，债权人亦可随时要求债务人履行剩余债务，但应给予必要的履行宽限期。

**30. 未定履行期限的债务经部分履行后，剩余部分债务的履行期限仍可适用《民法典》第五百一十一条的规定予以确定。**

**解析：**未定履行期限的债务经部分履行后，对于剩余部分债务，如果债权人未明确表示要求债务人予以偿还，债务人也未明确表示过拒绝履行，则应当认为对这部分债务双方未约定履行期限，仍应适用《民法典》第五百一十一条第四项关于“债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当给对方必要的准备时间”的规定确定履行期限。

**31. 因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。**

**解析：**《民法典》第五百一十一条第六项规定：“履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。”相比原《合同法》第六十二条，《民法典》第五百一十一条增加规定：“因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。”该种情形包括并不限于以下几种情况：一是债权人转让债权，增加了债务人的履行费用；二是债权人变更营业场所，增加了债务人的履行费用；三是在原合同约定的清偿地不能作出履行，双方当事人通过约定变更履行地点或由债权人指定新的履行地点，因此增加了债务履行费用。

# 《民法典》合同编中适用过错责任原则的 44 种 责 任 情 形

最高人民法院司法案例研究院

民事责任的承担须遵循一定的归责原则。所谓归责原则，就是基于一定的归责事由而确定行为人是否承担责任的法律原则。在合同法领域，归责原则就是基于一定的归责事由而确定违约责任是否成立的法律原则。就违约责任而言，归责原则不同，违约责任的构成要件就不同，分配给守约方和违约方的举证责任便不同。同时，在不同的归责原则下，赔偿责任的范围也不尽一致。因此，归责原则的确定对于违约责任的承担至关重要。

近代以来，归责原则分为过错责任原则和无过错责任原则。《民法典》第五百七十七条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”该条确立了违约责任采取无过错责任原则的总的归责原则。但是，《民法典》并未将过错责任原则排除在合同法之外。本文梳理的《民法典》合同编中的 44 种责任情形均实行过错责任归责原则。

## 1. 缔约过失责任

《民法典》第五百条：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（一）假借订立合同，恶意进行磋商；（二）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（三）有其他违背诚信原则的行为。

【适用提示】缔约过失责任是当事人违反先合同义务应依法承担的民事责任。认定缔约过失是否成立的关键是认定缔约方是否在缔约过程中存在违反先合同义务的行为。一般认为，缔约过失责任的成立条件包括：（1）缔约人在缔约过程中违反先合同义务；（2）缔约相对方受有损害；（3）违反先合同义务与损害有因果关系；（4）违反先合同义务方存在过错。

## 2. 预期违约责任

《民法典》第五百七十八条：当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满前请求其承担违约责任。

【适用提示】在构成要件上，预期违约责任适用于债务人主观上明确拒绝履行，显示出预期违约责任的成立以债务人具有过错为要件。

## 3. 受领迟延责任

《民法典》第五百八十九条第一款：债务人按照约定履行债务，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。

【适用提示】债务人按照约定履行债务，债权人拒绝受领的，则自债务人提供给付时起债权人应负受领迟延责任。受领

迟延除客观上表现为债权人未受领债务人的适当给付外，还应当将债权人主观上存在过错作为受领迟延的构成要件。因不可归责于债权人的正当原因造成受领迟延的，债权人不应承担受领迟延的法律责任。

#### 4. 减轻损失责任

《民法典》第五百九十一条第一款：当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。

**【适用提示】**基于民法的诚信原则，守约方在对方违约行为发生后负有减轻损失的义务，守约方未及时采取措施防止损失扩大的，则对损失的扩大有过失，故无权对该扩大部分的损失请求赔偿，这是守约方对其过错负责的表现。

#### 5. 与有过失责任

《民法典》第五百九十二条第二款：当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

**【适用提示】**与有过失，又称过失相抵、混合过错，指的是合同中作为受损失方的一方对损害的发生也有过错时，一般应扣减受损失方过错相应的损失赔偿额。关于与有过失的适用条件，顾名思义，要求合同双方均有过错。违约方的违约行为引起了损害的发生，但受损失方的过错也是导致损害发生的原因。

#### 6. 标的物瑕疵担保责任的减免

《民法典》第六百一十八条：当事人约定减轻或者免除出卖人对标的物的瑕疵承担的责任，因出卖人故意或者重大过失不告知买受人标的物的瑕疵的，出卖人无权主张减轻或者免除责任。

**【适用提示】** 买卖双方可以约定免除出卖人对标的物的瑕疵担保责任，例外情形是出卖人存在主观过错，即“故意或者重大过失不告知买受人标的物的瑕疵”时，对出卖人主张依约定减轻或免除其瑕疵担保责任的请求，不应予以支持。

### 7. 供电人未安全供电赔偿责任

《民法典》第六百五十一条：供电人应当按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电。供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】** 供电人负有安全供电义务，供电人的安全供电义务指供电人应为用电人持续稳定地提供安全的电力，供电人未按照国家规定的供电质量标准和约定安全供电，造成用电人损失的，应当依法承担赔偿责任。

### 8. 供电人中断供电赔偿责任

《民法典》第六百五十二条：供电人因供电设施计划检修、临时检修、依法限电或者用电人违法用电等原因，需要中断供电时，应当按照国家有关规定事先通知用电人；未事先通知用电人中断供电，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】** 供电人中断供电赔偿责任的构成要件包括：第一，供电人实施了未事先通知便断电的行为；第二，造成用

电人的利益损失；第三，供电人行为与用电人损失间存在因果关系。

### 9. 供电人未及时抢修赔偿责任

《民法典》第六百五十三条：因自然灾害等原因断电，供电人应当按照国家有关规定及时抢修；未及时抢修，造成用电人损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**因自然灾害等原因造成断电的，供电人不承担赔偿责任，但负有及时抢修的义务。供电人未履行及时抢修义务给用电人造成损失的，供电人应予赔偿。

### 10. 供电人中止供电赔偿责任

《民法典》第六百五十四条：用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定及时支付电费。用电人逾期不支付电费的，应当按照约定支付违约金。经催告用电人在合理期限内仍不支付电费和违约金的，供电人可以按照国家规定的程序中止供电。供电人依据前款规定中止供电的，应当事先通知用电人。

**【适用提示】**支付电费是用电人的主要义务，在用电人逾期不支付电费的情况下，供电人中止供电的，需履行以下程序：第一，催告用电人在合理期限内支付电费和违约金；第二，用电人经催告后在合理期限内仍不支付电费和违约金；第三，供电人中止供电的，应当严格按照国家规定的程序办理；第四，供电人中止供电的，应当事先通知用电人。供电人未依上述程序而中止供电的，应当赔偿用电人的相应损失。

### 11. 用电人违法违规用电赔偿责任

《民法典》第六百五十五条：用电人应当按照国家有关规定和当事人的约定安全、节约和计划用电。用电人未按照国家有关规定和当事人的约定用电，造成供电人损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**用电人违法违规用电赔偿责任的构成要件包括：第一，用电人存在未按照国家有关安全、节约和计划用电规定或当事人约定的用电行为；第二，供电人受到了相应的损失；第三，用电人违法违规的用电行为与供电人的损失之间存在因果关系。

## 12. 赠与物毁损、灭失赔偿责任

《民法典》第六百六十条：经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同，赠与人不交付赠与财产的，受赠人可以请求交付。依据前款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**本条规定的赠与人赔偿责任的构成要件包括：第一，赠与人赔偿责任仅适用于经过公证的赠与合同或者依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同；第二，赠与人赔偿责任仅适用于赠与人因故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的情形；第三，赠与人赔偿责任仅适用于赠与物为特定物的情形（赠与的财产为种类物的，一般不存在履行不能问题）；第四，赠与人赔偿责任仅适用于赠与财产权利转移之前毁损、灭失的情形。

## 13. 赠与人加害给付赔偿责任

《民法典》第六百六十二条：赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**本条规定的赠与人赔偿责任属于加害给付赔偿责任，赠与人故意不告知赠与的财产有瑕疵或者保证无瑕疵的，对赠与财产瑕疵本身不承担赔偿责任，但应就因赠与财产的瑕疵给受赠人造成的其他财产损失或者人身损害承担赔偿责任。

#### 14. 保证合同无效赔偿责任

《民法典》第六百八十二条第二款：保证合同被确认无效后，债务人、保证人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。

**【适用提示】**保证合同被确认无效后如何承担民事责任实行过错责任原则，债务人、保证人、债权人应当根据各自的过错承担相应的民事责任。与此有关的规定，是《民法典》关于担保合同无效责任的规定。《民法典》第三百八十八条规定第二款规定：“担保合同被确认无效后，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承担相应的民事责任。”该规定与《民法典》第六百八十二条第二款规定的原理一致。

#### 15. 承租人不当使用租赁物的赔偿责任

《民法典》第七百一十一条：承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并请求赔偿损失。

**【适用提示】**承租人未按照约定的方法或者未根据租赁物的性质使用租赁物的，即具备了承担责任的过错，对于租赁物损失的发生，承租人具有可归责的理由。需要注意的是，租赁物的损失，可以是承租人直接行为造成的，也可以是承租人间接行为造成，比如承租人违反约定转租第三人，而第三人造成了租赁物的损失，承租人对此应当承担赔偿责任。

## 16. 承租人的保管责任

《民法典》第七百一十四条：承租人应当妥善保管租赁物，因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**在租赁期间，承租人占有租赁物的，应负有妥善保管租赁物的义务。妥善保管租赁物，就是要按照合同约定或者根据租赁物的性质，采用适当的方式保存、管理租赁物，以避免租赁物发生损毁、灭失，或者维持租赁物处于良好状态。因保管不善造成租赁物毁损、灭失的，承租人应当承担赔偿责任。这里的“保管不善”属于过错责任。

## 17. 出租人妨害承租人优先购买权行使的赔偿责任

《民法典》第七百二十八条：出租人未通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响。

**【适用提示】**出租人因妨害承租人行使优先购买权而应承担的赔偿责任，应适用过错原则。出租人的过错通常体现为将租赁房屋出卖给第三人时未履行对承租人的通知义务，包括未通知、未在合理期限内通知和未完全通知（即虽已通知，但通知内容不完整、不准确）等情形。此外，出租人与第三人恶意串通，订立阴阳合同，导致承租人放弃优先购买权等，亦可纳入出租人的过错范畴。

### 18. 融资租赁出租人妨碍或怠于索赔的责任

《民法典》第七百四十三条：出租人有下列情形之一，致使承租人对出卖人行使索赔权利失败的，承租人有权请求出租人承担相应的责任：（一）明知租赁物有质量瑕疵而不告知承租人；（二）承租人行使索赔权利时，未及时提供必要协助。出租人怠于行使只能由其对出卖人行使的索赔权利，造成承租人损失的，承租人有权请求出租人承担赔偿责任。

**【适用提示】**融资租赁交易中的索赔权是指出卖人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时，权利人享有的向出卖人进行索赔的权利。对于买卖合同项下租赁物不符合约定的索赔权人，可能存在出租人和承租人两个权利主体。本条第一款是基本承租人为索赔权利主体时，出租人妨碍索赔的责任承担；第二款是基于出租人为索赔权利主体时，出租人怠于行使索赔权的责任承担。

### 19. 融资租赁出租人不当影响租赁物占有、使用的赔偿责任

《民法典》第七百四十八条：出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。出租人有下列情形之一的，承租人有权请求其赔偿损失：（一）无正当理由收回租赁物；（二）无正当理由妨碍、干扰承租人对租赁物的占有和使用；（三）因出租人的原因致使第三人主张权利；（四）不当影响承租人对租赁物占有和使用的其他情形。

**【适用提示】**融资租赁出租人的主要义务包含两项：一是提供融资；二是确保承租人对租赁物的占有和使用。出租人不当影响承租人对租赁物占有和使用的，构成重大违约，承租人有权请求其赔偿损失，赔偿范围应以出租人与承租人在订立融资租赁合同时能合理预见到的承租人因履行合同而产生的预期利益为限。

## 20. 融资租赁合同因买卖合同而解除的赔偿责任

《民法典》第七百五十五条：融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除，出卖人、租赁物系由承租人选择的，出租人有权请求承租人赔偿相应损失；但是，因出租人原因致使买卖合同解除、被确认无效或者被撤销的除外。出租人的损失已经在买卖合同解除、被确认无效或者被撤销时获得赔偿的，承租人不再承担相应的赔偿责任。

**【适用提示】**融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除时，除本条但书规定的情形之外，只要出卖人及租赁物系由承租人选择的，承租人便需对出租人承担损失赔偿责任。承租人对出租人承担损失赔偿责任的原因在于：当出卖人、租赁物系由承租人选择时，承租人具有买卖交易对象

的选择权，出租人是根据承租人的选择和指定才同出卖人签订买卖合同，承租人应当对出卖人、租赁物的选择承担与其合同目的相适应的注意义务。融资租赁合同因买卖合同解除、被确认无效或者被撤销而解除的，承租人当然具有可归责事由。

### 21. 定作人怠于答复的赔偿责任

《民法典》第七百七十六条：承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

【适用提示】承揽人发现图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。承揽人通知定作人后，定作人应及时答复承揽人，定作人怠于答复造成承揽人损失的，应当承担赔偿责任。“怠于答复”是定作人的可归责事由。关键是如何认定“怠于答复”。一般认为，如果承揽人及时通知了定作人，定作人在合理期限未作答复的，可以视为“怠于答复”。

### 22. 定作人变更工作要求的赔偿责任

《民法典》第七百七十七条：定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

【适用提示】定作人享有单方变更承揽合同的权利，定作人中途变更工作要求的，承揽人应当按照定作人的新要求进行工作，但因此造成承揽人损失的，定作人应当赔偿损失。相对于承揽人的损失而言，定作人中途变更工作要求是其直接原因，也是定作人的可归责事由。

### 23. 承揽人瑕疵担保责任

《民法典》第七百八十一条：承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可以合理选择请求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

**【适用提示】**大陆法系大多数国家或地区的法律认为，承揽人承担瑕疵担保责任，为过错责任。也就是说，如果承揽人完成的工作成果不合格是因为定作人的原因造成的，承揽人不承担质量瑕疵责任。我国也有学者认为，承揽人承担的质量瑕疵责任是一种无过错责任。

#### **24. 承揽人的保管责任**

《民法典》第七百八十四条：承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**同本文第 16 部分。

#### **25. 建设工程合同无效、验收不合格时发包人的责任**

《民法典》第七百九十三条：建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人可以请求承包人承担修复费用；（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。

**【适用提示】**当事人具有过错，是当事人因合同无效承担赔偿责任的实质构成要件。在无效的建设工程施工合同中，

发包人的过错一般应根据造成合同无效的原因、导致建设工程不合格的原因予以认定，发包人在签订合同时未尽到合理注意义务、对工程没有及时跟进监督的，均应认定为有过错。

## 26. 建设工程发包人对隐蔽工程的检查责任

《民法典》第七百九十八条：隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权请求赔偿停工、窝工等损失。

【适用提示】隐蔽工程在隐蔽以前，承包人已经通知发包人检查，但发包人没有及时检查，则应当由发包人承担相应的不利后果，包括承担承包人的停工、窝工等损失。需要特别指出的是，如果承包人因自己的原因导致隐蔽工程不能及时检查，造成停工、窝工等损失的，应由承包人自行担责。

## 27. 施工人的建设工程质量责任

《民法典》第八百零一条：因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包人有权请求施工人在合理期限内无偿修理或者返工、改建。经过修理或者返工、改建后，造成逾期交付的，施工人应当承担违约责任。

【适用提示】施工人对因自己的原因致使建设工程质量不符合约定的，应当按照发包人的要求下进行修理或者返工、改建，并承担逾期交付的违约责任，包括赔偿发包人因逾期交付受到的损失或者按照约定向发包人支付违约金等。非因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，施工人无需承担上述责任。

## 28. 建设工程致害责任

《民法典》第八百零二条：因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身损害和财产损失的，承包人应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**在建设工程的合理使用期限内，因承包人（包括总承包人、分承包人、勘察人、设计人和施工人）的原因致使建设工程造成人身损害和财产损失的，有权要求承包人承担赔偿责任。这里的受损害方既包括发包人，也包括建设工程承包合同之外的第三人。

### 29. 发包人导致工程停建、缓建的赔偿责任

《民法典》第八百零四条：因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和实际费用。

**【适用提示】**因发包人的原因致使工程建设无法正常进行的情况下，承包人可以停建、缓建、顺延工期，并及时通知发包人。发包人应当采取必要措施弥补或者减少损失，同时应当排除障碍，使承包人尽快恢复建设工作，并赔偿因停建、缓建给承包人造成的损失，包括停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等所造成的损失和实际发生的费用。

### 30. 客运承运人迟延运输的赔偿责任

《民法典》第八百二十条：承运人应当按照有效客票记载的时间、班次和座位号运输旅客。承运人迟延运输或者有其他不能正常运输情形的，应当及时告知和提醒旅客，采取必要的安置措施，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由

此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外。

**【适用提示】**无论迟延运输是否归责于承运人，只要发生迟延运输的情况，承运人都负有及时告知和提醒义务，采取必要的安置措施，并根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票。但在确定承运人的赔偿责任问题，首先需要判断迟延运输造成的损失是否可归责于承运人。如果迟延运输是由于不可抗拒的因素或者因旅客自身原因导致的，则承运人无需承担赔偿责任。

### 31. 旅客随身携带物品毁损、灭失的赔偿责任

《民法典》第八百二十四条第一款：在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**对于旅客随身携带的物品的毁损、灭失，承运人承担的是过错责任，即承运人对运输过程中旅客随身携带的物品毁损、灭失有过错的，才承担赔偿责任，如果承运人不存在过错，则承运人无需担责。

### 32. 托运人赔偿责任

《民法典》第八百二十五条：托运人办理货物运输，应当向承运人准确表明收货人的姓名、名称或者凭指示的收货人，货物的名称、性质、重量、数量，收货地点等有关货物运输的必要情况。因托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，托运人应当承担赔偿责任。

《民法典》第八百四十一条：因托运人托运货物时的过错造成多式联运经营人损失的，即使托运人已经转让多式联运单据，托运人仍然应当承担赔偿责任。

**【适用提示】** 托运人对货物运输的必要情况负有如实申报义务。托运人申报的情况不真实或者怠于告知或者遗漏重要情况，属于履约中的过失，应当对由此给承运人造成的损失承担赔偿责任。如果托运人、承运人均有过错，则应按过错大小比例承担责任。另外，在多式联运中，托运人赔偿多式联运经营人的损失不受多式联运单据是否转让的影响，即使托运人已经转让多式联运单据，但因托运人托运货物时的过错给多式联运经营人造成损失的，托运人仍然应当承担赔偿责任。

### **33. 技术开发合同中的减损责任**

《民法典》第八百五十八条：技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险由当事人约定；没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，风险由当事人合理分担。当事人一方发现前款规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失；没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

**【适用提示】** 技术开发合同履行过程中，率先发现技术开发合同风险的一方负有通知另一方及采取适当措施减少损失的义务，违反该义务致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

### **34. 技术许可合同的许可人和技术转让合同的让与人违约责任**

《民法典》第八百七十二条：许可人未按照约定许可技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。让与人承担违约责任，参照适用前款规定。

**【适用提示】**技术许可合同的许可人和技术转让合同的让与人的违约责任，具体包括以下四类：第一，违反专利权转让合同的责任；第二，违反专利申请权转让合同的责任；第三，违反专利实施许可合同的责任；第四，违反技术秘密转让合同的责任。

### **35. 技术许可合同的被许可人和技术转让合同的受让人违约责任**

《民法典》第八百七十三条：被许可人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经许可人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。受让人承担违约责任，参照适用前款规定。

**【适用提示】**同本文第 34 部分。

### **36. 技术转让合同让与人和技术许可合同许可人侵权责任**

《民法典》第八百七十四条：受让人或者被许可人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人或者许可人承担责任，但是当事人另有约定的除外。

**【适用提示】**技术转让合同让与人和技术许可合同许可人有义务保证受让人和被许可人按照合同约定实施专利、使用技术秘密不会导致侵害他人的合法权益。否则，除非合同另有约定，让与人和许可人应当承担由此产生的侵权责任。

### 37. 寄存人未履行告知义务的赔偿责任

《民法典》第八百九十三条：寄存人交付的保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人应当将有关情况告知保管人。寄存人未告知，致使保管物受损失的，保管人不承担赔偿责任；保管人因此受损失的，除保管人知道或者应当知道且未采取补救措施外，寄存人应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**寄存人交付的保管物有瑕疵或者根据保管物的性质需要采取特殊保管措施的，寄存人对保管人负有告知的义务，因为寄存人未履行告知义务而造成保管人的人身、财产遭受损失的，寄存人应当承担赔偿责任，但保管人知道或者应当知道且未采取补救措施的，寄存人不承担损害赔偿责任。这里的免责事由，主要是指对保管物存在瑕疵或者需要采取特殊保管措施的情况，寄存人已事先明确告知保管人，或者寄存人虽未明确告知，但在保管物上以明显的警示标识等显著方式提示保管人，或者根据双方的交易惯例以及以往的经验应当知道等情形。

### 38. 保管人违反亲自保管义务的赔偿责任

《民法典》第八百九十四条：保管人不得将保管物转交第三人保管，但是当事人另有约定的除外。保管人违反前款规定，将保管物转交第三人保管，造成保管物损失的，应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**按照诚信原则，除当事人另有约定外，保管人都应当亲自保管保管物。保管人违反亲自保管义务，将保管物转交第三人保管，造成保管物损失的，应当承担赔偿责任。这里对保管物造成的损害强调的是基于保管人转保管的过错造成的损害，即如果保管人不将保管物转交第三人保管，而是自己亲自保管，就不会发生这种损害。

### 39. 保管人保管不善的赔偿责任

《民法典》第八百九十七条：保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。

**【适用提示】**保管人对保管物负有妥善保管的义务。保管期间，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，不论保管是否有偿，原则上保管人都应当承担赔偿责任。在无偿保管的情况下，保管人主张不承担赔偿责任的，应当证明自己对造成保管物毁损、灭失没有故意或者重大过失。

### 40. 仓储物毁损、灭失的赔偿责任

《民法典》第九百一十七条：储存期内，因保管不善造成仓储物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。因仓储物本

身的自然性质、包装不符合约定或者超过有效储存期造成仓储物变质、损坏的，保管人不承担赔偿责任。

**【适用提示】** 仓储合同属于专业合同，因此仓储营业人对储存仓储物期间因保管不善造成的仓储物毁损、灭失，当然应当承担赔偿责任。鉴于本条规定保管人承担赔偿责任的要件之一为“保管人因保管不善”，故对于该保管不善应定位于过错责任。保管人的免责事由主要包括以下两种情形：一是因仓储物本身的自然性质、包装不符合约定造成仓储物变质、损坏；二是保管物超过有效储存期造成仓储物变质、损坏。

#### 41. 受托人的赔偿责任

《民法典》第九百二十九条：有偿的委托合同，因受托人的过错造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失造成委托人损失的，委托人可以请求赔偿损失。受托人超越权限造成委托人损失的，应当赔偿损失。

**【适用提示】** 受托人处理事务有过错的损失赔偿责任包括三种情形：第一，有偿委托合同的受托人因过错造成委托人损失的赔偿责任，受托人的过错包括故意、重大过失和一般过失；第二，无偿委托合同的受托人因故意或者重大过失造成委托人损失的赔偿责任，受托人的过错仅限于故意和重大过失；第三，受托人超越权限造成委托人损失的赔偿责任，“超越权限”意味着受托人主观上为故意。因受托人超越权限的损失赔偿责任，适用范围既包括有偿委托合同，也包括无偿委托合同，故在第三种情形下，委托人可以选择适用上述三种情形规定，向受托

人主张损失赔偿。但在举证责任上，委托人选择第三种情形主张权利的，无需就受托人存在过错举证，只需证明超越权限即可。

#### 42. 物业服务人违反交接义务的赔偿责任

《民法典》第九百四十九条：物业服务合同终止的，原物业服务人应当在约定期限或者合理期限内退出物业服务区域，将物业服务用房、相关设施、物业服务所必需的相关资料等交还给业主委员会、决定自行管理的业主或者其指定的人，配合新物业服务人做好交接工作，并如实告知物业的使用和管理状况。原物业服务人违反前款规定的，不得请求业主支付物业服务合同终止后的物业费；造成业主损失的，应当赔偿损失。

**【适用提示】**物业服务人在物业服务合同终止后负有交接义务，本条将物业服务人的交接义务单独规定，意味着物业服务人不履行交接义务属违法行为，应当承担相应的法律责任。在物业服务合同终止后，如果原物业服务人拒不撤出，业主一方面可以根据合同约定要求其承担相应的违约责任，另一方面，原物业服务人员继续占有使用物业用房等属于无权占有，造成业主损失的，构成侵权行为，业主可以要求其承担侵权责任。

#### 43. 行纪人的保管责任

《民法典》第九百五十三条：行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

**【适用提示】**行纪合同的商业性质决定了其对委托物的保管，属于有偿保管，故行纪人的妥善保管义务应当理解为善良管理人的注意义务。参照《民法典》第八百九十七条的规定：

“保管期内，因保管人保管不善造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担赔偿责任。但是，无偿保管人证明自己没有故意或者重大过失的，不承担赔偿责任。”因此，因行纪人保管不善造成委托物毁损、灭失的，行纪人应承担赔偿责任，除非行纪人能证明自己已经尽了善良管理人的义务。

#### 44. 中介人违反忠实报告义务的赔偿责任

《民法典》第九百六十二条第二款：中介人故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况，损害委托人利益的，不得请求支付报酬并应当承担赔偿责任。

**【适用提示】**本条规定了中介人违反忠实报告义务的两个法律后果：一是丧失报酬请求权，即中介人不得请求委托人支付报酬；二是承担赔偿责任，即中介人的行为给委托人的利益造成损害的，应当承担赔偿责任。赔偿的额度可以考虑中介人的过错程度和主观恶意而定。

# 《民法典》债权转让规则的三十一个

## 适用要点

最高人民法院司法案例研究院

### 一、可转让债权的种类及其限制

《民法典》第五百四十五条：债权人可以将债权的全部或者部分转让给第三人，但是有下列情形之一的除外：（一）根据债权性质不得转让；（二）按照当事人约定不得转让；（三）依照法律规定不得转让。当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人。当事人约定金钱债权不得转让的，不得对抗第三人。

1. 合同的转让是对合同权利或义务的转让，并不改变原合同的权利义务内容。

**解析：**所谓合同转让，是指合同当事人一方依法将其合同的权利和义务全部或部分转让给第三人。一方面，合同的转让是对合同权利或义务的转让，另一方面，合同转让原则上并不引起原合同内容的变更。因为合同的转让旨在使原合同的权利义务全部或部分从合同一方当事人转移给第三人，因此受让的权利和义务既不会超出原权利义务的范畴，也不会从实质上更改原合同的权利义务内容。

2. 合同的转让导致原合同关系终止，产生新的合同关系。

**解析：**合同的转让通常将导致第三人代替原合同当事人一方而成为合同当事人，或者由第三人加入到合同关系之中成为合同当事人。主体的变更是合同的根本变化，主体的变化将导致原合同关系的消灭，产生新合同关系。可见，合同的转让并非在于保持原合同关系继续有效，而是通过转让终止原合同，产生新的合同关系。

**3. 合同不成立或应被宣告无效或已经被解除的，对该合同的转让行为应属无效。**

**解析：**合同的有效存在，是该合同中的权利义务能够被让与的基本前提。如果合同根本不成立或者应被宣告无效，或者已经被解除，在此情况下所发生的转让行为都是无效的，转让人应当对善意的受让人所遭受的损失承担损害赔偿责任。

**4. 可撤销合同在撤销权人行使撤销权之前，可以转让。**

**解析：**可撤销合同在撤销权人行使撤销权以前，属于效力待定的合同，而非无效合同，故此种合同可以让与，如果撤销权人为让与人，表明其已放弃了撤销权。如果让与人不是撤销权人，则撤销权人可以就合同转让提出异议而阻止合同的转让。

**5. 根据合同性质不得转让的权利，债权人不得转让。**

**解析：**根据合同性质不得转让的权利，主要指合同是基于特定当事人的身份关系订立的，合同权利转让给第三人，会使合同的内容发生变化，动摇合同订立的基础，违反了当事人订立合同的目的，使当事人的合法权益得不到应有的保护。这种权利常见的有四种：

(1) 根据个人信任关系而必须由特定人受领的债权，例如因委托、代培、雇佣、赠与等产生的债权。(2) 以特定的债权人为基础发生的合同权利，例如以某个特定演员的演出活动为基础所订立的演

出合同而产生的债权。(3) 不作为债权。如禁止某人在转让其某项权利后再将该项权利转让他人,禁止某人使用某土地的合同。(4) 从权利。从权利是附属于主权利的权利,因主权利转移而转移,若将从权利与主权利分离单独转让,则为性质上不允许。

**6. 基于特定当事人的身份关系、信任关系而订立的合同,其权利不得转让。**

**解析:** 在合同基于特定当事人的身份关系而订立的情况下,如果允许将合同权利转让给第三人,会使合同的内容发生变化,动摇合同订立的基础,违反当事人订立合同的目的,使当事人的合法权益得不到应有的保护,故债权人不得转让。同理,当事人基于信任关系订立的委托合同、雇用合同及赠与合同等,都属于合同权利不得转让的合同。

**7. 合同债权人违反禁止转让权利的约定,擅自转让合同权利的,善意第三人可以取得该项权利,因此造成债务人利益损害的,原债权人应当承担相应的违约责任。**

**解析:** 根据合同自由原则,当事人可以在订立合同时或订立合同后特别约定,禁止任何一方转让合同权利,只要此约定不违反法律的禁止性规定,即为有效。但是,这种约定只能在特定当事人之间生效,不得约束第三人。也就是说,如果合同一方当事人违反禁止转让权利的约定,擅自将合同权利转让给善意第三人,则善意第三人可以取得该项权利。当然,在此情形下,原债权人的转让行为构成违约,如果因此造成债务人利益损害的,原债权人应当承担相应的违约责任。

**8. 法律规定禁止转让的权利,当事人不得转让。**

**解析：**法律规定禁止转让的权利常见的有三种：（1）以特定身份为基础的债权，例如抚养费请求权；（2）公法上的债权，例如抚恤金债权、退休金债权、劳动保险金债权等；（3）因人身权受侵害而产生的损害赔偿请求权，例如因身体健康、名誉受害而产生的赔偿金、抚慰金债权。另外，法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续，如果债权人向批准或者登记机关提出权利转让请求时，批准或者登记机关经审查，未同意其转让的，该合同的权利就属于法律规定不得转让的权利，债权人不得违反法律的规定将权利进行转让。例如，违反《文物保护法》的有关规定，将文物买卖合同中的权利转让给外国人的，其转让所有权的行是无效的。

**9. 合同被确认无效后，债权人将判决或者仲裁裁决书中确认的属于其享有的财产权利转让给第三人的，可以认定该转让行为有效。**

**解析：**债权人与债务人之间的合同已经被人民法院或者仲裁机构裁判确认无效，并且对合同各方的财产返还以及合同无效的损害赔偿等一并作出了裁判，债权人将判决或者仲裁裁决书中确认的属于其享有的财产权利转让给第三人的，可以认定该转让行为有效。因为此种情况下，原债权人对债务人享有的权利已经生效裁判确认，是合法的权利，债权人将该权利转让符合《民法典》关于债权转让的规定。

**10. 合同虽未被确认无效，但当事人双方依据合同无效的法律规定，对双方财产的返还及损害赔偿达成了协议，债权人将协议中属于其享有的权利转让给第三人的，可以认定该转让行为有效。**

**解析：**债权人与债务人依据合同无效的法律规定，对双方财产的返还以及合同无效后的损害赔偿达成了协议，债权人将协议中属于其享有的权利转让给第三人的，可以认定该转让行为有效。因为法律并不禁止当事人就无效合同的处理进行协商补救，所以债权人与债务人对原无效合同的处理达成的协议属于新的合同关系，如果并不违反法律和行政法规的强制性规定，则新的合同应为有效，对该新的合同项下权利的转让自然也应当认定有效。

## 二、债权转让程序

《民法典》第五百四十六条：债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。

**11. 除法律另有规定外，债权转让的通知采用口头形式与书面形式都应允许。**

**解析：**债权转让的通知，是让与人向债务人作出的关于转让债权的意思表示。对于通知的方式，《民法典》没有作出明确的规定，因此，口头形式与书面形式都应允许，但原则上以书面形式订立的合同的债权转让应当采用书面形式。如果法律、行政法规有特别规定的，应当依照其规定，如保险单、商业汇票、本票、支票等债的转让，以背书方式进行。

**12. 债权转让的通知于到达债务人时发生效力，除受让人同意撤销的以外，原债权人无权撤销转让权利的通知。**

**解析：**债权人转让权利的，应当通知债务人，通知于到达债务人时发生效力。债务人在接到通知后，应当以受让人为债权人，并

不得再向原债权人清偿或者为其他免责行为。因此，一旦合同权利转让的通知发生效力，就意味着合同的权利已归受让人所有或者与受让人分享，原债权人不得再对转让的权利进行处置，因此，原债权人无权撤销转让权利的通知。只有在受让人同意的情况下，原债权人才能撤销其转让权利的通知，同时也表明受让人作为新的债权人又将债权再转让给原债权人。

**13. 债权转让应由原债权人通知债务人，但受让人通知债务人债权转让的，与原债权人的通知具有同一效力。**

**解析：**《民法典》第五百四十六条第一款规定：“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。”依照该条文义，债权转让应由原债权人通知。债权并非在债权人与受让人签订债权转让协议之时生效，债权转让的通知行为实质体现了债权人对权利的处分，是一种处分权，该权利应由原债权人来行使。但在司法实务中，也存在受让人告知债务人债权转让的事实而债务人不提出异议的情形，在该情形下，可以认定受让人通知债务人债权转让有效的案例。受让人将让与人订立的债权转让合同提示给债务人的，与通知有相同效力。依学者解释，是与原债权人的通知具有同一效力。

**14. 诉讼前，债权人将债权转让给受让人，但未通知债务人，受让人以原告身份提起诉讼，请求判令债务人向其履行清偿义务的，除原债权人参加诉讼并告知债权转让事实的以外，应当认定受让人没有诉权。**

**解析：**如果债权人没有履行债权转让的通知义务，根据《民法典》的规定，该转让对债务人不发生法律效力，意味着债权受让人

与债务人之间还没有建立起合法的债权债务关系。在此情形下，依据《民法典》的规定及债权转让原理，受让人根本就没有诉权。当然，如果原债权人参加诉讼，并当庭告知债权转让事实的，应当认定债权转让有效，受让人享有诉权。

**15. 债权人在与债务人的诉讼中，将债权转让给受让人，并通知了债务人的，法庭可以根据原债权人及受让人的申请将原告变更为受让人。**

**解析：**原债权人提起诉讼后，又将债权转让给受让人，并在诉讼中将债权转让通知了被告债务人的，该通知行为应对债务人发生效力。在此情形下，原债权人及受让人申请将原告变更为债权受让人的，并未加重债务人（被告）的义务负担，且不损害其应享有的诉讼权利，故人民法院应予准许。

**16. 债权转让的通知除口头方式和书面方式外，“诉讼”本身不能作为债权人通知债权转让的方式。**

**解析：**“诉讼”本身是不能作为一种债权转让通知方式的，这与债权人在诉讼中通知债务人是两个不同性质的问题。在诉讼中，如果债权人转让债权，其应通知债务人，并请求变更诉讼主体，使债权受让人成为原告。这种情况下，债权转让虽然发生在诉讼过程之中，但“诉讼”本身并非是债权人通知债权转让的方式。

**17. 债权人向债务人发出债权转让通知，且能够推出债权人有主张权利的意思表示或者债务人在通知上签字或者盖章的，该通知具有诉讼时效中断的效力。**

**解析：**债权人通知债务人债权转让，意味着其不放弃债权，明确和维持债权的存在，符合诉讼时效中断制度明确和维持权利存在

的要件，但尚不能因此认定其具有诉讼时效中断的效力。因为债权转让通知仅属观念通知而非意思表示，如果其仅告知债务人债权转让的事实而无主张权利的意思表示的，则不具有诉讼时效中断的效力。因此，债权转让通知具有诉讼时效中断效力的，应是在构成“当事人一方提出要求”（权利人主张权利）这一诉讼时效中断事由的情形之下，或者说应能够从债权转让通知中推出债权人有主张权利的意思表示这一要件。当然，如果虽不能从债权转让通知中推出债权人有主张权利的意思表示，但债务人在通知上签字或者盖章的，应认定债务人承认债务，构成债务人承认债务这一诉讼时效中断要件，也应具有诉讼时效中断的效力。

**18. 在原债务诉讼时效期间未起算或者已经届满的情形下，债权人通知债务人债权转让的，不存在诉讼时效中断的问题。**

**解析：**债权人向债务人发出债权转让通知，且能够推出债权人有主张权利的意思表示或者债务人在通知上签字或者盖章的，该通知具有诉讼时效中断的效力。该债权转让通知发生诉讼时效中断的效力必须是在原债务诉讼时效期间已经起算或者未届满的情形下，在未起算的情形下，谈不上中断问题，在届满的情形下，也不涉及诉讼时效中断问题，而涉及诉讼时效抗辩权的放弃问题。

**19. 当事人双方经法院主持调解，达成转让其中一方当事人的债权的协议，人民法院无须通知被转让债权的债务人作为一方当事人参加该案诉讼。**

**解析：**根据《民法典》第五百四十五条、第五百四十六条的规定，债权可以转让，且对于债权的转让并不以债务人的同意为前提，即无须经债务人同意。债权人对此仅负通知义务。当事人双方经法

院主持调解，达成转让其中一方当事人的债权的协议，以消灭双方之间的债权债务关系的，被转让债权的债务人与该案双方当事人之间的法律关系无涉，故其不应成为该案的一方当事人，人民法院无须通知其作为一方当事人参加到该案的诉讼中来。当然，该案双方当事人可以在调解协议中约定通知该债务人的义务主体，以使被转让的债权顺利实现。

**20. 债权转让通知以非书面形式作出的，只要当事人能够予以遵守或者在发生争议时债权人能够提供相关证据证明的，人民法院应当确认该通知的效力。**

**解析：**《民法典》第五百四十六条规定的债权人转让其债权时应当通知债务人，对通知的形式未作明确规定。从避免发生纠纷的角度来看，债权人如能采用书面形式进行通知并由债务人签字认可可是最佳形式。但从该规定并结合《民法典》相关的其他规定来看，通知的形式应当由当事人自愿选择，不宜进行限制。以书面形式之外的形式通知的，只要当事人能够予以遵守或者在发生争议时债权人能够提供相关证据证明的，人民法院自应确认通知的效力。

**21. 债权转让未通知债务人的，不影响债权转让行为的效力，但债权受让人直接向债务人主张权利的，债务人可以拒绝履行。**

**解析：**《民法典》第五百四十六条规定债权人转让其债权时应当通知债务人，但该通知义务的履行并不是债权转让行为产生法律效力的要件，即使债权转让时未通知债务人，债权转让仍为有效。只是债务人由于未受通知，其仍可以按照原合同规定向原债权人履行其债务，该履行为适当履行；债权受让人直接向债务人主张权利时，债务人可以拒绝履行。

### 三、从权利随主债权转让规则

《民法典》第五百四十七条：债权人转让债权的，受让人取得与债权有关的从权利，但是该从权利专属于债权人自身的除外。受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。

#### 22. 专属于债权人自身的从权利不随主权利一并转让。

**解析：**从权利，是指以主权利的存在为前提的权利；主权利，是指相互关联的几项权利中不依赖其他权利而独立存在的权利。一般来说，从权利包括担保权利和其他从权利。担保权利包括担保物权、保证债权、定金债权、押金债权和保证金债权等；其他从权利一般包括利息债权、违约金债权和损害赔偿请求权。主权利与从权利是相互对应的，主权利不存在，从权利也不能存在；主权利转让时，从权利一般随之而转让。因此，债权人转让主债权时，从属于主债权的从权利也随主权利转让给受让人而发生转移。同时，考虑到有的从权利的设置是针对于债权人自身的，与债权人有不可分离的关系，故《民法典》第五百四十七条特别规定专属于债权人自身的从权利不随主权利的转让而转让。

**23. 合同约定某些从权利必须由债权人亲自实施，则这些从权利不得转让。**

**解析：**《民法典》第五百四十七条特别规定专属于债权人自身的从权利不随主权利的转让而转让。一般而言，专属于债权人自身的从权利是指具有人身性质的权利，包括人格权与身份权，这些权利不能随主债权转让。基于合同自由原则，合同双方当事人可以就

转让哪些权利作出约定，如果合同约定了某些从权利必须由债权人亲自实施，则这些从权利不得转让。

#### **24. 登记或交付等物权公示公信程序不影响从权利随主债权转让的法律效果。**

**解析：**以不动产抵押登记为例，根据《民法典》第四百零七条规定，抵押权不得与债权分离而单独转让或者作为其他债权的担保；债权转让的，担保该债权的抵押权一并转让。因此，在主债权转让的情况下，受让人取得从权利系基于法律的明确规定，并非基于法律行为的物权变动，因此不以变更登记或转移占有为要件。基于此，《民法典》第五百四十七条第二款特别规定：“受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。”即主债权转让的，无须办理转移登记手续或转移占有，受让人即取得相应的从权利。

#### **四、债权转让时债务人的抗辩权**

《民法典》第五百四十八条：债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

#### **25. 债务人接到债权转让通知后，向受让人主张其对让与人享有的抗辩权的，受让人不得以任何理由拒绝债务人权利的行使。**

**解析：**根据《民法典》第五百四十八条规定，债务人接到权利转让通知后，可以行使抗辩权来保护自己的权利。抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由对抗债权人行使请求权的权利。由于债务人的抗辩权是其固有的一项权利，并不随权利的转让而消灭，所以，在权利转让的情况下，债务人可以向作为受让人的新债

权人行使该权利。受让人不得以任何理由拒绝债务人权利的行使。债务人行使的抗辩权包括：同时履行抗辩权、先诉抗辩权、合同撤销的抗辩权、债权已履行完毕的抗辩权、债权无效的抗辩权、诉讼时效已过的抗辩权等。债务人可以行使这些抗辩权来对抗受让人的请求权。

**26. 在债权转让的情形下，债务人能否对新债权人主张原债务的诉讼时效抗辩权，应视其在接收债权转让通知时是否放弃了诉讼时效抗辩权。**

**解析：**在债权转让的情形下，被转让的债权只是主体发生了变更，债的内容并未发生变更，基于债权的同一性，受让人可以主张原债权人对债务人的抗辩权，即原债务诉讼时效期间届满的，如果债务人接收债权转让通知行为不能认定为其放弃诉讼时效抗辩权的，则其可对新债权人主张原债务的诉讼时效抗辩权，如果能够认定其放弃诉讼时效抗辩权的，则其对新债权人主张原债务的诉讼时效抗辩权，不能得到支持。

**27. 在债权转让的情形下，债务人不能将诉讼时效期间在原债权人与新债权人之间连续计算。**

**解析：**《民法典》第五百四十八条规定：“债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。”这里的所谓“债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张”，并不意味着原债权还剩两个月到期，则在两个月内，新债权人未向债务人主张权利的，诉讼时效期间届满。因为《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第十七条第一款规定：“债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中

断。”即债权转让通知到达债务人时，诉讼时效期间发生中断。简言之，在债权转让的情形下，债务人并不能将诉讼时效期间在原债权人与新债权人之间连续计算。

**28. 债权转让后，债务人以其与原债权人之间的合同属于无效的抗辩，可以向受让人主张。债权人即使未提出该抗辩，人民法院也应依职权确认该合同的效力及受让人可以享有权利的具体内容。**

**解析：**债权人与债务人之间的合同未经人民法院或者仲裁机构确认无效，债权人将其在该合同中享有的权利转让给受让人，债务人以其与原债权人之间的合同属于无效的抗辩，可以向受让人主张。此原则的依据是合同相对独立性的原则。但是在债务人未就其与原债权人之间的合同无效进行抗辩的情形下，鉴于合同效力属于法院依职权应当审查的范畴，权利转让应当以债权人对债务人的权利存在为基础，所以人民法院应当通过审理，依职权确认合同的效力以及受让人可以享有权利的具体内容。

## **五、债权转让时债务人的抵销权**

《民法典》第五百四十九条：有下列情形之一的，债务人可以向受让人主张抵销：（一）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；（二）债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。

**29. 债务人接到债权转让通知时向受让人主张抵销权的，除了应适用《民法典》第五百四十九条的规定外，还应遵守《民法典》关于抵销的专门规定。**

**解析：**根据《民法典》第五百四十九条的规定，债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权的，在两种情况下可以行使抵销权：一是债务人的债权先于转让的债权到期；二是债务人的债权和转让的债权同时到期。但是，单纯满足上述规定的情形，债务人还不足以行使抵销权。因为《民法典》第五百六十八条、第五百六十九条还分别规定了债务的法定抵销与合意抵销的不同适用条件。在债权转让的情形下，债务人向受让人主张抵销权的，必须符合《民法典》第五百六十八条、第五百六十九条的规定。

**30. 债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生的，债务人向受让人主张抵销时，不要求债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期。**

**解析：**《民法典》第五百四十九条规定了两种债权转让时债务人的抵销权行使情形：一是债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，且债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期；二是债务人的债权与转让的债权是基于同一合同产生。在第二种情形下，由于这两个债权是基于同一合同产生的，因此受让人就应当认识到债务人对让与人可能基于该合同享有债权，并在订立债权转让合同时对这种抵销可能性进行预先安排，避免由此产生的不利益。鉴于此，立法无需对此种情形下债务人行使抵销权加以过多限制，即不再要求债务人的债权先于转让的债权到期或者同时到期。

## **六、因债权转让增加的履行费用负担规则**

《民法典》第五百五十条：因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。

31. 在当事人对因债权转让增加的履行费用如何负担作出明确约定的情况下，应当依据约定确定该费用的具体负担人。

**解析：**《民法典》第五百五十条规定：“因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。”该条为任意性规定，意味着该条的适用前提是让与人、受让人、债务人之间就债权转让增加的履行费用没有约定。如果让与人、受让人、债务人之间对增加履行费用的负担人已有约定，则应从其约定。这种约定通常有以下两种：一是让与人与受让人约定由受让人负担增加的费用；二是受让人与债务人约定由债务人负担增加的费用，此时，债务人应先行承担增加的履行费用。当然，债务人可以在事后依据上述规定对让与人另行主张权利。

# 《民法典》合同解除程序规则的二十个 适用要点

最高人民法院司法案例研究院

《民法典》第五百六十五条规定了合同解除程序规则。相较于原《合同法》第九十六条，《民法典》规定的合同解除程序规则具有如下突出特点：一是增加规定了附期限解除合同规则，即解除合同的通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，而债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除；二是将请求法院或仲裁机构确认解除行为效力的主体范围由原来的被通知解除一方扩大到合同双方；三是明确了当事人可以通过直接起诉或申请仲裁的方式解除合同。本文就司法实践中适用《民法典》合同解除程序规则的一些要点加以归纳整理，供读者参考。

1. 一般情形下，法定解除条件成立时，合同并不当然解除，只有享有解除权的一方当事人通知对方解除合同时，才能发生合同解除的法律后果。

**解析：**所谓合同的法定解除，是指在法律规定的合同解除条件发生时，享有解除权的一方当事人以单方意思表示行使解除权，消灭已生效的合同关系。在一般情形下，法定解除条件出现时，合同并不因此自动解除，只是产生了当事人一方的合同解除权，享有合同解除权的一方当事人是否行使解除权就成为合同是否产生解除效力的关键。如果该方当事人不行使合同解除权，合同效力仍继续存在，不产生合同解除的效果。只有在享有解除权的一方当事人行使解除权时，也就是将解除合同的意思表示通知对方当事人，才发生合同解除的法律后果。

**2. 具备约定或法定解除合同的条件下，不必经对方当事人同意，只需向对方作出解除合同的意思表示，即可解除合同。**

**解析：**当事人一方依照《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条规定解除合同的，必须具备解除合同的约定或法定条件。合同解除权是一种形成权，只需权利人的单方行为，而不必征得相对人同意，便能达到解除合同的目的。《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条对合同的约定解除和法定解除作了规定，按照这两条规定，具备约定或法定解除合同条件的，不必经对方当事人同意，只需向对方作出解除合同的意思表示，就可以解除合同。

**3. 合同双方当事人协商一致解除合同的，合同于双方当事人协商确定的解除时间解除，无需履行通知程序。**

**解析：**合同的约定解除，包括当事人双方事后协商一致解除合同，以及双方在合同中约定合同解除权两种情形。如果当事人事后协商一致解除合同，双方都已在订立解除合同协议时知晓合同解除的事实，合同于当事人协商确定的解除时间解除，无需履行通知程序。

4. 在当事人约定了合同解除权或法定解除的情况下，解除合同的通知只有到达对方当事人时，方可发生解除合同的法律效力。

**解析：**当事人在合同中约定了合同解除的条件，当条件成就时，合同并不当然解除，享有约定解除权的当事人应当及时通知对方当事人解除合同，通知到达对方当事人时合同解除。在法定解除的情况下，一方当事人可以不经协商程序单方解除合同，但享有解除权的一方当事人要作出解除合同的意思表示，而且只有在解除合同的意思表示通知到达对方当事人时，方可发生解除合同的法律效力。

5. 享有合同解除权的一方当事人通知对方解除合同后，对方当事人可以对合同解除提出实体和程序两方面的异议。

**解析：**享有解除权的一方当事人认为合同解除条件成就时，可以不与对方协商，通过通知的方式解除合同，对方当事人可以对合同解除提出异议，异议包括实体和程序两方面。在实体方面包括：（1）在约定解除的情况下，约定解除的条件未成就；（2）当事人并未表示不履行主债务；（3）当事人一方并未迟延履行主

债务；（4）当事人一方的迟延履行或者其他违约行为并不严重影响订立合同时另一方当事人所期待的利益；（5）并未发生不可抗力，或者发生了不可抗力，但并不影响合同目的的实现等。在程序方面主要包括：（1）当事人一方迟延履行主债务并不严重影响合同目的的，享有解除权的当事人没有催告履行；（2）主张解除合同的当事人迟延履行行使解除权导致解除权消灭；（3）主张解除合同的当事人并未履行通知义务。

**6. 人民法院或仲裁机构认定解除合同无效的，应当裁判合同关系继续有效，主张解除合同的一方当事人应当赔偿对方因此造成的损失。**

**解析：**当事人主张解除合同后，对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。如果人民法院或者仲裁机构认定解除合同的条件未成就、解除权已消灭或者主张解除的当事人未通知对方当事人，应当裁判合同未被终止，合同关系继续有效，主张解除合同的一方当事人应当赔偿对方因此造成的损失。

**7. 解除权人根据《民法典》第五百六十五条的规定通知解除合同后，又起诉请求解除合同的，人民法院不应在判决主文部分再作出解除合同的判项。**

**解析：**解除权为形成权，根据《民法典》第五百六十五条的规定，合同自解除通知到达对方时解除。也就是说，依法单方通知解除合同，无须对方当事人的同意，即可产生解除合同的效果。

可见，单方通知解除是合同解除的典型方式。在解除权人根据《民法典》第五百六十五条的规定通知解除合同后，又起诉请求解除合同的，人民法院宜在判决论理部分确认合同已于解除通知送达之日解除，进而对合同解除后的法律后果作出裁判，而不能在判决主文部分再作出解除合同的判项。

**8. 解除权人通知对方解除合同的，可以采用书面形式，也可以通过口头形式或者默示方式。**

**解析：**对于合同解除通知的方式，《民法典》未作明确要求，为不要式，当事人可以采用书面形式，也可以通过口头形式，甚至是默示方式，均可产生通知解除合同的效果。例如，房屋租赁合同的出租人要求承租人腾房，货物买卖合同的买受人要求退货，虽然没有明确提出解除合同之名，但无疑均可推定有解除合同之实。只要解除权人通过一定的形式向对方当事人表达了解除合同的意思且该意思表示为对方所知悉，即可发生解除合同的效力，并不一定非要采取书面通知的方式，更不需要被通知人的同意。在学说解释上，提起解除合同并请求恢复原状或损害赔偿的诉讼、对对方的履行请求之诉提出抗辩，均可构成解除的意思表示。

**9. 当事人直接向人民法院起诉或者向仲裁机构申请解除合同的，不以先行通知解除合同为必要。**

**解析：**单方通知解除是合同解除的典型方式，合同解除权的行使不以裁判方式为必要，但不能因此对合同解除权的行使方式作限定性解释，即排除当事人向人民法院直接起诉或者向仲裁机

构申请解除合同的权利。如果对此类案件不予受理，要求解除权人先行通知解除，就解除的法律后果再行起诉，不仅有违《民法典》第五百六十五条的立法原意，而且会增大守约方的维权成本。因此，当事人直接向人民法院起诉或者向仲裁机构申请解除合同的，不以先行通知解除合同为必要。

**10. 当事人直接向人民法院起诉或者向仲裁机构申请解除合同，对方当事人未提出异议或者异议不成立的，应当以起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时作为合同解除的时间。**

**解析：**当事人直接向人民法院起诉或者向仲裁机构申请解除合同，对方当事人未提出异议或者异议不成立的，过去的司法实践中多以判决之日作为合同解除的日期，但问题是，“判决之日”是一审判决之日，还是二审判决之日？是判决作出之日，还是判决生效之日？可见，采取此种方法，合同解除的日期显然不具有确定性。基于此，《民法典》第五百六十五条第二款对于这种合同解除的情况明确规定应当以起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时作为合同解除的时间。

**11. 合同相对人对解除合同有异议，向人民法院提起诉讼的，属于确认之诉，法院通过判决确认解除合同有效的，合同解除的时间应是解除合同的通知到达相对人的时间，而不是法院判决的时间。**

**解析：**解除权是形成权，解除合同的通知到达合同相对人即产生合同解除的法律效果。如果相对人有异议，可以向人民法院

提起诉讼，请求确认合同解除无效。该诉讼性质上属确认之诉，法院审理此类诉讼应当围绕解除权人是否享有单方解除权，及行使的程序是否适当，如果通过审理查明“解除权人”享有解除权并依法定程序正确行使了单方解除权，则可以判决解除权人行使解除权适当、合同已解除，否则应当判决合同未被依法解除仍由双方当事人继续履行。如果法院通过判决确认解除合同有效，合同解除的时间应是解除合同的通知到达相对人的时间，而不是法院判决的时间。

**12. 合同解除权人通知对方当事人解除合同后，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。**

**解析：**根据原《合同法》第九十六条的规定，当事人一方通知对方解除合同时，对方享有异议权，即对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。对于当事人一方行使合同解除权后，其能否请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力，原《合同法》第九十六条并未作出规定。《民法典》第五百六十五条弥补了这一立法不足，明确允许合同解除权人在通知对方当事人解除合同后，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

**13. 当事人双方可以约定合同解除异议权的行使期间，异议期间届满相对方没有表示异议的，相对方的异议权消灭。**

**解析：**根据《民法典》第五百六十五条的规定，合同解除权人在通知对方当事人解除合同后，如果对方对解除合同有异议，

则任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。但《民法典》第五百六十五条未就相关异议权的行使期限作出规定。通常而言，这里的异议期间的确定应当与合同解除权的行使期限的确定相当。根据合同自由原则，应当允许当事人对异议期间作出约定。即在当事人约定解除权时，事先约定异议权的行使期间，解除权人也可以在行使解除权时提出合理的异议期间，如果对方表示同意，即可视为对异议期间作出了约定。异议期间届满相对方没有表示异议的，相对方的异议权消灭。

**14. 当事人双方未约定合同解除异议权的行使期间的，异议期间应为解除合同通知到达之日起三个月。**

**解析：**在双方当事人没有事先约定异议期间，事后也无法就异议期间达成协议时，法律需要确定非解除权人行使异议权的期间。原《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）》第二十四条规定：“当事人对合同法第九十六条、第九十九条规定的合同解除或者债务抵销虽有异议，但在约定的异议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持；当事人没有约定异议期间，在解除合同或者债务抵销通知到达之日起三个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。”根据《最高人民法院关于印发〈全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要〉的通知》第12条的规定，上述规定可以作为相关案件的参考依据。

**15. 解除权人发出的解除合同通知一般不得撤销，除非相对人同意。**

**解析：**合同解除权为形成权，解除合同的约定或者法定条件发生后，只要享有解除权的一方当事人作出解除合同的意思表示且通知到达对方，合同的权利义务即终止，而无需获得另一方的同意。关于解除权人发出的解除通知是否可以撤销的问题，《民法典》未作规定。结合司法实践中相关裁判观点，解除合同的意思表示一般不得撤销，这是因为，解除合同的意思表示生效即已发生合同解除的法律效果，为保护相对人的合理信赖，解除合同的通知一般不得撤销，除非相对人同意。

**16. 不享有合同解除权的一方当事人即使通知了对方当事人解除合同，也不能发生解除合同的效力。**

**解析：**《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条分别规定了合同约定解除和法定解除的要件。无论约定解除合同或者法定解除合同，都必须分别符合这两个条文规定的条件。否则，合同不能解除。符合《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条是行使合同解除权的实质性要件，“通知对方”是当事人取得合同解除权之后行使解除权的形式要件，二者缺一不可。基于此，认定合同解除通知的效力，要看合同解除的要件是否具备，既要符合《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条规定的实质性要件，又要符合通知合同相对人这一形式要件。据此可知，当事人根据《民法典》第五百六十五条的规定通

知对方要求解除合同，必须具备《民法典》第五百六十二条第二款规定的约定解除条件或者第五百六十三条规定的法定解除条件，否则，即使解除通知到达对方当事人也不产生解除合同的法律效力。

**17. 当事人一方主张解除合同并通知了对方，对方未在异议期内提出异议的，该解约行为并不因此自动有效，还必须满足《民法典》所规定的解除合同的实质要件。**

**解析：**因《民法典》第五百六十二条第二款、第五百六十三条分别规定了合同约定解除和法定解除的实质要件，故当事人行使合同解除权，必须具备该实质要件，否则不能发生解除合同的效力。可见，基于合同解除提出的逾期异议只是导致非解约一方当事人的异议权（形成抗辩权）消灭，解约一方当事人的解除权并不因此自动成立，解约行为也不因此自动有效，还必须满足《民法典》所规定的解除合同的实质要件。

**18. 合同双方因合同履行问题诉至法院，诉讼中一方行使合同解除权，以对抗对方要求其继续履行合同的，不能产生解除合同的效力。**

**解析：**合同双方当事人因合同履行情况发生争议，起诉到人民法院后，对于该合同的效力及履行情况，应当由人民法院依法作出认定。主张合同已解除的一方当事人在诉讼期间向对方发出解除合同通知的行为，并不能改变诉讼前已经确定的合同效力及履行状态。如果有证据证明主张合同已解除的一方在诉前虽然享

有合同解除权，但并未依法行使，而是接受了对方逾期履行行为且未提出异议，则应当视为其已接受对方继续履行合同的事实，合同并未解除，仍在履行之中。在诉讼过程中，该方当事人行使合同解除权，以对抗合同相对方要求其继续履行合同的诉讼请求，有违诚实信用原则，故其在诉讼程序中实施的该行为不能产生解除合同的法律效力，对其有关合同已经解除的主张，人民法院不应支持。

**19. 合同一方通知对方解除合同后，对方以其违约为由诉请继续履行合同的，无需另行提起解除合同效力确认之诉。**

**解析：**《民法典》第五百六十五条第一款规定：“当事人一方依法主张解除合同……对方对解除合同有异议的，任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力。”从该条款规定的条文表述上看，针对解除合同通知的相对方对解除合同有异议的救济方式表述为“可以”，即规定其“可以”通过请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力的方式来获得救济，而未表述为“必须”，这就意味着立法并未限定此为唯一的救济方式，并未否定除请求确认解除合同效力之外的通过诉讼或者仲裁否认解除通知和解除效力的其他救济方式。基于此，合同相对方在收到解除合同的通知后，以解除合同的一方违约为由向法院提起诉讼，请求继续履行合同的，实际上已包含了否定解除合同通知的效力的意思。此种以诉请继续履行合同否定解除合同的效力进行救济的方式，并不违反上述规定。因此，合同一方

通知对方解除合同后，对方以其违约为由诉请继续履行合同的，无需另行提起解除合同效力确认之诉。

20. 合同约定的解除条件成就后，解除权人发出解除合同通知既不属于要约，亦不需要相对方承诺，不适用有关要约与承诺规则。

**解析：**要约是希望和他人订立合同的意思表示，承诺是受要约人同意要约的意思表示。而合同解除权就其性质而言，为形成权。形成权是指权利人以自己的意思表示使民事法律关系发生、变更或者消灭的权利。行使合同解除权为单方法律行为，所谓单方法律行为，是指一方行为人的意思表示就能成立的民事行为，其特点是无需他人的同意就能发生法律效力，单方法律行为的效力只来源于当事人的意思表示，与相对人无关。因此，在合同约定的解除合同条件成就后，解除权人发出解除合同通知为行使合同约定解除权，不必经过对方当事人同意，只需向对方作出解除合同的意思表示即可以解除合同，在该解除合同通知到达相对方时发生解除合同的后果，既不属于要约，亦不需要相对方的承诺。相对方接到解除合同通知后，如果认为不符合约定条件，不同意解除合同，可以请求人民法院或者仲裁机构确认能否解除合同。