

【业务综述】2024 年度第一期深圳律协城市更新委专题研讨会

——民法典合同编通则司法解释对房地产纠纷解决的影响及应对

为提高深圳律师办理城市更新项目的业务水平，2024 年 3 月 28 日下午 16:00，2024 年度第一期深圳律协城市更新委专题研讨会顺利举行。本次研讨会采用线下+线上双方式进行。城市更新委全体委员及全市超过 1000 名律师参加会议，会议由城市更新委委员潘峰律师主讲。

潘峰律师指出，民法典颁布后，最高人民法院废止了根据原《合同法》制定的《合同法解释一》和《合同法解释二》，考虑到这两件废止的司法解释中的一些内容对统一裁判尺度仍有指导意义，一些内容需要根据民法典的新的规定作出调整，特别是民法典合同编通则规定的有些内容在审判实践中仍需细化标准，为此，最高人民法院在清理相关司法解释的基础上，结合审判实践中遇到的疑难问题，制定了《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》。

《合同编通则司法解释》就《民法典》合同编通则规定的合同一般规则的具体适用作出规定，集中了 1999 年《合同法》实施以来的司法实践经验和理论研究成果，形成了《民法典》有关合同法适用一般规则的司法解释体系。

潘峰律师主要业务分享内容如下：

一、房地产合同纠纷的主要类型

据案由划分，主要包括：建设用地使用权合同纠纷（包括建设用地使用权出让合同纠纷、建设用地使用权转让合同纠纷）、临时用地合同纠纷、房地产开发经营合同纠纷（包括委托代建合同纠纷，合资、合作开发房地产合同纠纷，项目转让合同纠纷）、房屋买卖合同纠纷（包括商品房预约合同纠纷、商品房预售合同纠纷、商品房销售合同纠纷、商品房委托代理销售合同纠纷、经济适用房转让合同纠纷、农村房屋买卖合同纠纷）、民事主体间房屋拆迁补偿合同纠纷、抵押合同纠纷、土地租赁合同纠纷、房屋租赁合同纠纷等。

二、民法典合同编通则司法解释对规范房地产交易领域的十大亮点

通则解释对合同解释、合同订立、合同效力、合同履行、合同保全、合同的变更和转让、合同的权利义务终止及违约责任等内容做出了细化规定，对于房地产经营和交易行为势必产生重大影响。下面我们梳理、提炼了当中的十大亮点，

需要特别关注：

序号	十大亮点问题	创新与细化
1	预约合同	如何区分预约合同和交易意向、名实不符的问题、如何认定当事人违反预约等，本次民法典合同编通则解释第六至八条给出了答案，对预约合同的相关规定进一步完善、细化，明确了对于预约合同与本约合同的区分认定，以及违反预约合同情况下违约方应承担的责任，以维护当事人的交易安全。
2	格式条款	放宽格式条款认定条件中的“重复使用”标准，明确 <u>单方事先拟定且不可协商</u> 属于格式条款的认定核心，呈现了维护实质公平的价值导向。
3	强制性规定与合同效力	民法典合同编通则解释改变了原“合同法司法解释二”的做法，没有再采用效力性强制性规定与管理性强制性规定的概念表述，而是采取了直接对民法典第 153 条第 1 款规定的“但书”进行解释的思路，尝试以新的方式推进裁判规则的统一。
4	印章与合同效力	进一步完善了印章与合同效力归属之间关系的规则。我国司法实践长期以来将合同是否加盖法人印章作为该合同是否对法人生效的主要依据，甚至说是唯一依据。但是，实践中存在伪造、私刻印章或者擅自加盖印章，以及法人使用多枚印章等现象引起了大量纠纷。该解释第 22 条同时将合同成立和效果归属的一般性规则应用于印章情境中，明确了印章的法律意义以及在缺乏印章情况下如何认定合

		同效力归属的问题。
5	从给付义务的履行与救济	基于主要债务与非主要债务的不对等，规定了不履行非主要债务致使不能实现合同目的时，可以行使同时履行抗辩权；其二，第二款对人民法院判决同时履行抗辩权的内容并对判决事项的执行进行了明确，指导性和操作性均十分突出。
6	以物抵债问题	一方面沿袭了九民纪要的精神要义，另一方面结合理论发展和审判需要，做了一些规则优化，如进一步明确人民法院确认的以物抵债协议不发生财产权移转的效力，并对债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满前达成以物抵债协议效力的认定，结合不同情况，给出了相应解决方案，更加贴合审判实践需要。
7	协商解除的法律适用	合同解除系民事法律关系中争议最多的问题。一方面民法坚持意思自治，契约自由则解约也应当自由，另一方面商法鼓励交易、维护交易安全需要，不轻易解除合同。两种观念的冲突增加了合同解除制度的复杂性，由此也衍生了合同解除制度的诸多问题，如合同是否具备解除条件，如何解除，谁来解除，何时解除，解除后的法律后果等一直存在较大争议，本次解释对 签署问题也给予回应。
8	抵销的法律适用	民法典合同编通则解释第五十五条规定，抵销自通知到达时发生效力，且明确了抵消范围为双方互负的主债务、利息、违约金或者损害赔偿金，解决了司法实践中长期存在的关于抵销是否具有溯及力的认识分歧。

9	可得利益损失计算的一般规则	本次民法典合同编通则解释第六十至六十二条对于可得利益的赔偿予以充实、细化，规定确定可得利益时应扣除非违约方为订立、履行合同支出的费用等履约成本，并对非违约方实施或未实施替代交易后的求偿范围进行了明确，这是一次回应实践问题的大胆尝试，
10	违约金调减的新规则	关于是否规定不支持酌减违约金情形的问题。本次解释第3款是对理论观点和实践中通行做法的总结提炼。在故意甚或恶意的情况下，通常即不再酌减违约金。

三、合同订立

(一) 预约合同

第六条

当事人以认购书、订购书、预订书等形式约定在将来一定期限内订立合同，或者为担保在将来一定期限内订立合同交付了定金，能够确定将来所要订立合同的主体、标的等内容的，人民法院应当认定预约合同成立。

当事人通过签订意向书或者备忘录等方式，仅表达交易的意向，未约定在将来一定期限内订立合同，或者虽然有约定但是难以确定将来所要订立合同的主体、标的等内容，一方主张预约合同成立的，人民法院不予支持。

当事人订立的认购书、订购书、预订书等已就合同标的、数量、价款或者报酬等主要内容达成合意，符合本解释第三条第一款¹规定的合同成立条件，未明确约定在将来一定期限内另行订立合同，或者虽然有约定但是当事人一方已实施履行行为且对方接受的，人民法院应当认定本约合同成立。

1. 背景

¹ 第三条 当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人姓名或者名称、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但是，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

预约合同的规定来源于实践需求，我国司法实践中最先对此规范的就是在房地产交易领域。《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》（2003年，以下简称《商品房买卖解释》，已被修订，该规定在最新的《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（2020修正）》继续沿用。

第四条 出卖人通过认购、订购、预订等方式向买受人收受定金作为订立商品房买卖合同担保的，如果因当事人一方原因未能订立商品房买卖合同，应当按照法律关于定金的规定处理；因不可归责于当事人双方的事由，导致商品房买卖合同未能订立的，出卖人应当将定金返还买受人。

第五条 商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同的主要内容，并且出卖人已经按照约定收受购房款的，该协议应当认定为商品房买卖合同。

2. 预约合同的认定

【法条释疑】

（1）当事人在签订预约协议时，需要明确未来另行签订商品房预售合同，预约合同成立。

在黄文贵与北京宁科置业有限责任公司房屋买卖合同纠纷一案中，案号（2019）最高法民申2826号，在该案中，最高人民法院认为，案涉合同当事人在签订《定制开发协议时》，明知或者应当知道就案涉房产签订合法有效商品房预售合同的法定条件尚不具备，商品房买卖交易的实现仍然有待双方签订商品房预售合同；合同双方当事人对《定制开发协议》与商品房预售合同如何衔接进行了安排，进一步说明《定制开发协议》的签订和执行是为了保证双方将来签订商品房预售合同，其主要合同义务和根本目的是将来双方签订商品房预售合同。因此，最高人民法院将涉案的协议认定为预约合同。

（2）不具备商品房买卖合同应当具有的主要内容为预约合同

在银川市规划建筑设计研究院发展有限公司、宁夏回族自治区人民政府机关事务管理局房屋买卖合同纠纷一案中，案号（2018）最高法民终914号，最高人民法院认为，买卖双方签订的《意向书》虽然明确了房屋单价、总价、付款时间等基本条款，买方亦支付了部分房款，但房屋的开发建设专门针对宁夏回族自治区的党政机关进行，并非开发商向不特定社会公众进行销售的商品房买卖合同，

且双方明确约定须在卖方取得案涉项目销售许可后，在《意向书》的基础上签订正式的商品房买卖合同，《意向书》具备了合同的性质，但《意向书》本身尚不具备商品房买卖合同应当具有的主要内容，故应认定为预约合同。

(3) 虽不完全具备主要内容，但已实际履行主要权利和义务的，在事实上形成了商品房买卖合同关系

本规定依据实际是《民法典》第 490 条第 2 款“履行治愈规则”（以实际履行来治愈合同形式欠缺对合同成立的影响。若以“第四百九十条第二款”为关键词在“威科先行”平台上进行检索，可检索到 960 份裁判文书，可见实务中对履行治愈规则的适用较为常见。），即“法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。”这一规定似乎与私法自治理念存在张力，潘峰律师认为，该条款实质上是属于当事人双方以新的约定推翻原有约定的情形。只不过这一约定是以行为而非语言的形式表达的而已。

在马雄伟与海南嘉鹏置业有限公司商品房销售合同纠纷一案中，案号(2017)最高法民申 1317 号，最高人民法院认为，双方签署的《认购书》虽然不完全具备《商品房销售管理办法》第十六条规定的商品房买卖合同应明确的主要内容，但对商品房买卖合同关系应具备的当事人名称或者姓名、商品房基本状况、销售方式、价款的确定及付款方式等基本内容已作明确约定，且认购书签订时，涉案房屋已经竣工验收。《认购书》签署后，买方支付且卖方收取了全部购房款，卖方交付且买方接收了涉案房屋。基于此，最高人民法院确认双方事实上已形成商品房买卖合同关系。

(4) 预约合同只要求主体、标的即可，对数量没有硬性要求

预约合同也是一种合同，所以适用合同的一般规定，如要约、承诺、效力的规定等。但是，合同的主要条款上，预约合同与一般合同要求有所不同，一般合同要求主体、标的和数量三个要素，而预约合同只要求主体、标的即可，对数量没有硬性要求。

3. 预约与本约、意向书的区别

区别三者的不是名称，许多时候名称和实际的性质是不对应的。

预约合同的核心特征有两个：一是在合同中约定“在将来一定期限内订立合同”；二是有明确意思表示会受文件的法律约束。

（1）预约与本约

第一个核心特征是区别预约与本约的关键。即便合同条款再齐备，如果约定“在将来一定期限内订立合同”，就认定为预约，否则就是本约。另外，根据合同编解释，主要条款具备，虽有约定将来拟约，但已经实际履行并被接受，本约还是会成立。

潘峰律师认为，《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(2022年12月15日)》第二条规定：“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。”上述规定与本解释的规定相违背，不应再适用。

（2）预约与意向书

第一个核心特征+第二个核心特征是识别预约与意向书的标志。两个特征只要缺一，就不构成预约。而意向书一般两个特征都不具备，往往会有“需进一步协商”“可以考虑签订合同”“本意向书不具有法律约束力”“本意向书不产生对任何一方的权利或义务”等表述。所以说，预约是相当程度的确认，而意向书是一定程度上的不确定。

4. 如何认定违反预约合同

第七条

预约合同生效后，当事人一方拒绝订立本约合同或者在磋商订立本约合同时违背诚信原则导致未能订立本约合同的，人民法院应当认定该当事人不履行预约合同约定的义务。

人民法院认定当事人一方在磋商订立本约合同时是否违背诚信原则，应当综合考虑该当事人在磋商时提出的条件是否明显背离预约合同约定的内容以及是否已尽合理努力进行协商等因素。

如何认定当事人违反预约合同，是实践中难题之一。理由如下：第一，预约合同往往不具备本约那样完备的条款，很多条款是不明确的，需要进一步磋商，因此，对于如何判断违反造成困难；第二，预约本质上还是合同订立前的磋商阶段，如何认定违反预约合同，实际涉及如何在合同自由原则与诚实信用原则之间保持平衡。

（1） 预约合同中明确约定的条款，如果一方当事人对此提出异议并拒绝

签订本约，则认定构成违反预约合同。如房屋租赁预约合同中，约定的租金为5000元，出租人订立本约时要求变为6000元。

(2) 预约合同中没有明确约定的条款，双方磋商过程中出现争议，如何认定一方构成违反预约合同？

关键看磋商过程中是否遵循诚信原则，潘峰律师进行了总结，可以综合以下几方面考察：

- ① 是否同时与第三人进行与预约相冲突的磋商；
- ② 提出的价格条款是否明显超出市场价格或质量条款是否明显不符合相关标准要求，如房屋买卖价格明显低于或高于市场均价且完全不允许讨价还价等；
- ③ 磋商中断的时间，比如是否在双方约定的达成本约时间之前；
- ④ 磋商进行的程度，比如进行的时间长短、预约中关于本约内容的完备程度等。

【案例1】因不可归责于双方当事人的原因致使本约合同未签订不构成违约

戴雪飞诉华新公司商品房订购协议定金纠纷案 公报案例

裁判要点：购房者对开发商的样板房表示满意，与开发商签订订购协议并向其交付了定金，约定双方于某日订立商品房预售合同。后由于开发商提供的商品房预售格式合同中有样板房仅供参考等不利于购房者的条款，购房者对该格式条款提出异议要求删除，开发商不能立即给予答复，以致商品房预售合同没有在订购协议约定的日期订立的，属于最高人民法院《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》第四条规定的“不可归责于当事人双方的事由”，开发商应当将收取的定金返还给购房者。

【案例2】未曾就促成本约合同做出相应努力被认定为违反预约合同

常州泰隆房地产开发有限公司与施某荧房屋买卖合同纠纷案

二审法院认为，施某荧与常州泰隆房地产开发有限公司(以下简称泰隆公司)以及常州市延陵物业服务有限公司三方签订的《地下泊车位有偿使用协议》系双方当事人的真实意思表示，其内容未违反法律法规的强制性规定，合法有效。双方在协议中约定，泰隆公司承诺最迟于2019年12月31日与施某荧签订正式合同，逾期按违约处理。虽然双方未就车位(车库)买卖合同的具体内容予以明确，但泰隆公司并无证据证明其曾就促成双方签订车位(车库)买卖合同作出过相应

的努力，亦无证据证明未签订的原因系施某茨造成。故原审法院认定泰隆公司违约，并支持了施某茨要求泰隆公司承担违约责任的主张并无不当。

【案例 3】双方对于无法履行预约合同都具有过错的情形

武汉世茂锦绣长江房地产开发有限公司与钱某曼房屋买卖合同纠纷案

二审法院认为，武汉世茂锦绣长江房地产开发有限公司（以下简称世茂公司）与钱某曼双方签订的《商品房认购书》应为有效。但因钱某曼不具备购房资格，故请求解除合同，世茂公司同意解除，一审判决解除《商品房认购书》并无不当。世茂公司上诉认为，钱某曼保证其本人不属于禁止性、限制性政策法规不允许或限制购买的情形，钱某曼应对合同无法继续履行承担全部违约责任。但相关条款均为格式条款，世茂公司并未提供充分证据证明其履行了提示和说明义务。本案中，钱某曼在签订《商品房认购书》时不具备购房资格，而世茂公司在签订《商品房认购书》时并未尽到审核义务，故双方对案涉《商品房认购书》无法继续履行均存在过错。

5. 违反预约合同的责任承担

第八条

预约合同生效后，当事人一方不履行订立本约合同的义务，对方请求其赔偿因此造成的损失，人民法院依法予以支持。（定性问题）

前款规定的损失赔偿，当事人有约定的，按照约定；没有约定的，人民法院应当综合考虑预约合同在内容上的完备程度以及订立本约合同的条件的成就程度等因素酌定。（定量问题）

《民法典》第 495 条第二款规定，当事人一方不履行预约合同约定的订立合同义务的，对方可以请求其承担预约合同的违约责任。。

(1) 违反预约的违约责任是否包括强制要求缔结本约

“应当磋商说”和“强制缔约说”

前者旨在落实意思自治，认为预约合同仅产生继续磋商义务，不能强制当事人订立本约；

后者则旨在防止不诚信行为，认为预约合同可产生意定强制缔约的效力，可由法院的判决代替当事人的意思表示，并赋予强制执行的效力，德国、日本及我国台湾地区均采“强制缔约说”。

本解释未规定强制缔约的违约责任承担方式，只约定了损害赔偿的责任承担

方式。即，排除了继续履行这一责任形式的适用。“最高法理解与适用”中的理由：与预约合同制度功能不符（因为当事人对于是否订立本约合同仍然保留最终决策权，在一方违反预约合同导致未能订立本约合同的情况下，如果强制该当事人订立本约合同，就可能背离当事人订立预约合同的初衷，也有架空预约合同制度之嫌），判决后不易执行且无执行法律依据（**强制执行法**仍在起草过程中，现行法并无对意思表示进行强制执行的规定）。

潘峰律师认为：关键是是否属于《民法典》第 580 条²规定的法律上或事实上不能履行，或者债务标的的不适于强制履行的情形。

(2) 预约合同违约损害赔偿范围

一种认为损害赔偿相当于本约的信赖利益。信赖利益一般包括缔约的费用、准备履行所支出的费用、受害人支出上述费用所失的利息等，是否包括机会成本损失，学界和实务界均存在很大争议。

一种认为损害赔偿不以信赖利益为限，应相当于本约的履行利益。履行利益是指基于债务人的履行行为债权人直接获得的利益，比如，房屋买卖合同中，出卖人履行合同，买受人可以获得对房屋所有权的利益。

最高法理解与适用中的观点：由法官根据预约合同所体现的交易成熟度在订立本约的信赖利益与本约的履行利益之间进行酌定。

需要说明，实践中，一些地方法院将机会损失纳入到信赖利益之中，在此情形下，信赖利益已与履行利益相当。

如《北京市高级人民法院关于审理房屋买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》第 25 条规定：“房屋买卖合同不成立、被确认无效或被撤销，

² 第五百八十条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，但是有下列情形之一的除外：

- （一）法律上或者事实上不能履行；
- （二）债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高；
- （三）债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。

信赖合同有效成立致受损害的一方当事人要求另一方赔偿信赖利益损失的，应予支持。信赖利益损失包括所受损害和所失利益(当事人信赖合同有效成立而丧失另订其他有利合同的机会损失等)，损失赔偿数额以不超过履行利益为限。”

(二) 格式条款

第九条

合同条款符合民法典第四百九十六条³第一款规定的情形，当事人仅以合同系依据合同示范文本制作或者双方已经明确约定合同条款不属于格式条款为由主张该条款不是格式条款的，人民法院不予支持。

从事经营活动的当事人一方仅以未实际重复使用为由主张其预先拟定且未与对方协商的合同条款不是格式条款的，人民法院不予支持。但是，有证据证明该条款不是为了重复使用而预先拟定的除外

第十条

提供格式条款的一方在合同订立时采用通常足以引起对方注意的文字、符号、字体等明显标识，提示对方注意免除或者减轻其责任、排除或者限制对方权利等与对方有重大利害关系的异常条款的，人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的提示义务。

提供格式条款的一方按照对方的要求，就与对方有重大利害关系的异常条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向对方作出通常能够理解的解释说明的，人民法院可以认定其已经履行民法典第四百九十六条第二款规定的说明义务。

提供格式条款的一方对其已经尽到提示义务或者说明义务承担举证责任。对于通过互联网等信息网络订立的电子合同，提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的，人民法院不予支持，但是其举证符合前两款规定的除外。

³ 第四百九十六条格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

【格式条款举例】

1、**关于面积差异约定的例子**：如产权登记套内建筑面积与合同约定套内建筑面积有差异的，甲乙双方一致同意按如下方式处理：据实结算，多退少补。对商品房面积的误差规定了合理的范围，对超出合理范围的，给予了买受人是否退房的选择权。而前述合同条款未设面积误差合理范围，不管误差大小，一律据实结算，多退少补。即使面积误差很大，买受人也不能退房，这对买受人显然是不公平的。该条款有排除买受人权利和减轻出卖人责任之嫌。

2、**就业主共有部分的经营性收益问题，常见的约定如**：乙方同意，甲方有权在该商品房所在楼栋屋顶及外墙面张贴、悬挂、雕刻、镶嵌或以其他方式展示甲方标识、楼宇标识、张贴广告，乙方不得据此要求甲方支付任何费用。《民法典》第 271 条规定，“业主对建筑物内的住宅、经营性用房等专有部分享有所有权，对专有部分以外的共有部分享有共有和共同管理的权利”；第 282 条规定，“建设单位、物业服务企业或者其他管理人等利用业主的共有部分产生的收入，在扣除合理成本之后，属于业主共有。”据此，商品房所在楼栋屋顶及外墙面属于业主共有，由此产生的广告费等收益也应属业主共有。前述合同条款涉嫌排除了买受人对建筑物共有部分依法享有的共有权、共同管理权和收益权。

3、**涉及到合同变更时，常见此类约定**：“乙方购买的商品房所在小区采取分期建设和交付的，项目建设过程中可能会因市场状况或者政策变化进行后期建设方案的调整，乙方同意甲方在不突破项目规划容积率、绿化率等规划指标条件下进行建设方案调整，乙方不解除商品房买卖合同，甲方不承担违约责任。”而依据《商品房销售管理办法》第二十四条规定，出卖人销售商品房后，不得擅自变更规划、设计，即使经相关部门或单位同意变更的，也应依法履行通知义务，确保买受人的知情权和是否退房的选择权。买受人选择退房的，出卖人还应当承担违约责任。前述合同条款涉嫌排除买受人的主要权利和免除出卖人依法应当承担的责任。

【法条释疑】

(1) 格式条款的基本特征是“预先拟定，并在订立合同时未与对方协商”，“为了重复使用”仅仅是当事人拟定格式条款的目的，并非要求实际被重复使用。

(2) 房地产行业和建筑行业是推行合同示范文本的重点行业，但合同示范文本不是合同不构成格式条款的理由，核心判断标准还是依据示范文本订立的合

同是否“预先拟定，并在订立合同时未与对方协商”。

(3) 法律关于格式条款的规定属于强行性规定，当事人为规避法律关于格式条款的规定，在合同中明确约定某些合同条款不属于格式条款，当事人的约定不发生法律效力。

4. 提示说明义务的履行方式和标准

(1) 民法典将提示和说明义务限制在“免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款”，本解释第10条将“排除或者限制对方权利”的条款也作为需要提示和说明的“异常条款”。提供格式条款的一方承担提示义务的条款范围是有限的，从表现看不利于接受格式条款一方，但潘峰律师认为，倘若提示的对象范围过大，真正需要特别提示的条款反而难以引起接受格式条款一方的注意。

(2) 针对电子合同，明确规定提供格式条款的一方仅以采取了设置勾选、弹窗等方式为由主张其已经履行提示义务或者说明义务的，人民法院不予支持，除非其举证符合前两款规定。

(3) 提示的方式包括合同文本中特殊的文字、符号、字体等明显标识，提示的标准是达到“通常足以引起对方注意”的程度，异常条款的字体较普通条款小，或者没放在合同文本极不显眼的位置，容易被认为达不到提示的标准。

(4) 说明的方式包括书面、口头，也可以网页、音频、视频等数字化手段，说明的标准是达到使交易对方通常能够理解的程度，尽可能使用通俗易懂的语言。

四、合同的效力

(一) 强制性规定与合同效力

第十六条

合同违反法律、行政法规的强制性规定，有下列情形之一，由行为人承担行政责任或者刑事责任能够实现强制性规定的立法目的的，人民法院可以依据民法典第一百五十三条⁴第一款关于“该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除

⁴ 第一百五十三条违反法律、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。

违背公序良俗的民事法律行为无效。

外”的规定认定该合同不因违反强制性规定无效（比例原则，比例原则作为公法领域的帝王条款，其精神在于强势利益与弱势利益之间的均衡，其要义为禁止过度。）：

（一）强制性规定虽然旨在维护社会公共秩序，但是合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微，认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正；

（二）强制性规定旨在维护政府的税收、土地出让金等国家利益或者其他民事主体的合法利益而非合同当事人的民事权益，认定合同有效不会影响该规范目的的实现；

（三）强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理等，对方无能力或者无义务审查合同是否违反强制性规定，认定合同无效将使其承担不利后果；

（四）当事人一方虽然在订立合同时违反强制性规定，但是在合同订立后其已经具备补正违反强制性规定的条件却违背诚信原则不予补正；

（五）法律、司法解释规定的其他情形。

法律、行政法规的强制性规定旨在规制合同订立后的履行行为，当事人以合同违反强制性规定为由请求认定合同无效的，人民法院不予支持。但是，合同履行必然导致违反强制性规定或者法律、司法解释另有规定的除外。

依据前两款认定合同有效，但是当事人的违法行为未经处理的，人民法院应当向有关行政管理部门提出司法建议。当事人的行为涉嫌犯罪的，应当将案件线索移送刑事侦查机关；属于刑事自诉案件的，应当告知当事人可以向有管辖权的人民法院另行提起诉讼。

1. 本条是此次司法解释相较之前规定最大修改之一，也是最为引人关注的修改之一。

2. 影响法律行为效力的强制性规定的分类变化。

过去的司法解释通过区分被违反的强制性规定是属于**效力性强制性规定抑或管理性强制性规定**，来分别判断法律行为的效力，但有明显的同义反复和循环论证缺陷，会导致误以为与行政管理有关的强制性规定均属于管理性强制性规定，实际上，所有的强制性规定均具有行政管理色彩，只是由于其管理程度的强弱不同，对私人自治干预的后果亦有不同。本解释放弃了以往关于强制性规定的

分类，依据《民法典》第 153 条的规定，采取了“导致该民事法律行为无效”与不导致该民事法律行为无效的分类，实际上是效力性强制性规定和非效力性强制性规定的分类。

非效力性强制性规定 5 种情形：

(1) 强制性规定虽然旨在维护社会公共秩序，但是合同的实际履行对社会公共秩序造成的影响显著轻微，且认定合同无效将导致案件处理结果有失公平公正。

【案例】

浙江国泰建设集团有限公司、泰州开泰汽车城发展有限公司建设工程施工合同纠纷案

法院认为，本案双方在签订合同之前，签订《框架协议》对工程范围、取费标准以及履约保证金、垫资施工等进行了约定，并约定该项目采用邀标方式招标，泰州开泰汽车城发展有限公司承诺采取适当措施保证浙江国泰建设集团有限公司中标，存在《招标投标法》第 43 条规定的情形。《招标投标法》是规范建筑市场招投标活动的具有公法性质的一部法律，目的是通过规范建筑项目的招投标活动，进而保护国家利益和社会公共利益及公共安全。本案无证据证明双方当事人的招投标行为损害了国家利益、社会公共利益及公共安全。如上所述，案涉工程并非必须进行招投标的项目，而《招标投标法》第 55 条关于因招标人和投标人就实质性内容进行谈判导致中标无效的规定是针对“依法必须进行招标的项目”。本案不属于因违反《建设工程施工合同解释》第 1 条第 3 项规定而应认定无效的情形。

(2) 强制性规定旨在维护政府的税收、土地出让金等国家利益或者其他民事主体的合法权益而非合同当事人的民事权益，认定合同有效不会影响该规范目的的实现。例如，开发商违反城市房地产管理法第 39 条第 1 款规定未按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金即签订转让土地使用权的协议。该规定并非为了保护当事人的民事权益而是为了维护政府的土地出让金利益，且即使认定合同有效，通常也不会影响这一规范目的的实现。

(3) 强制性规定旨在要求当事人一方加强风险控制、内部管理等，对方无能力或者无义务就合同是否违反强制性规定进行审查，认定合同无效将使其承担不利后果。

如果强制性规定规制的是一方当事人而非双方当事人，认定合同无效就可能导致由未被规制的一方承担被规制一方违法的后果，这显然不公平。尤其是，如果未被规制一方就对方的违法行为不知情也不应当知情，由未被规制一方承担合同无效的后果，显然不利于保障正常的交易秩序。

例如，《商业银行法》第 39 条规定银行应当在自身资产负债比例符合金融监管要求时方可发放贷款，其规范目的在于加强银行资金风险控制和管理。如果银行违反该条发放贷款，借款人没有办法审查银行是否违反该规定，^②因此不能仅因银行违反该规定就认定合同无效，否则借款人的交易安全将无法获得有效保障。对于该条的执行应当交由金融管理部门通过行政处罚等手段予以规制。

(4) 当事人一方虽然在订立合同时违反强制性规定，但是在合同订立后已经具备补正违反强制性规定的条件却违背诚信原则不予补正。

比如，开发商未取得预售许可证明即签订商品房买卖合同，但在合同订立后，其已经具备申请预售许可证明的条件，却违背诚信原则不向行政管理部门提交申请，而是因房价上涨受利益驱动主张合同无效，就不应获得支持。

再如，房屋租赁合同中，出租人出租未取得建设工程规划许可证的房屋，但后来其能够办理建设工程规划许可证而故意不去办理，而是想主张合同无效，此时不应得到支持。

(5) 法律、司法解释规定的其他情形。

比如，当事人订立房屋租赁合同后，未依法办理备案登记，依据《民法典》第 706 条⁵的规定，不应影响房屋租赁合同的效力。又比如，《民法典有关担保制度司法解释》第 37 条第 2 款明确规定，抵押人以抵押权设立时财产被查封或者扣押为由主张抵押合同无效的，人民法院不予支持。

3. 合同因违反强制性规定无效中的“强制性规定”应仅指狭义上的强制性规定，既不包括旨在限制或者赋予民事权利的权限性规定，也不包括强行性规定。

(1) 强制性规定与权限性(赋权性)规定

本解释第 18 条规定，“法律、行政法规的规定虽有‘应当’‘必须’或者‘不得’等表述，但是该规定旨在限制或者赋予民事权利，行为人违反该规定将构成无权处分、无权代理、越权代表等，或者导致合同相对人、第三人因此获得

⁵ 第七百零六条当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

撤销权、解除权等民事权利的，人民法院应当依据法律、行政法规关于违反该规定的民事法律后果认定合同效力。当事人仅以合同违反法律、行政法规的强制性规定为由主张无效的，人民法院不予支持”，其目的就是要求人民法院在认定合同效力时将强制性规定与权限性规定区分开来。涉及房地产领域的法条例如：《房地产管理法》第 38 条第 4 项规定：共有房地产，未经其他共有人书面同意的，不得转让。如果某共有人未经其他共有人书面同意，将共有财产转让给他人，那么，只能根据《民法典》第 597 条⁶的规定认定合同有效，而不是以违反《房地产管理法》的强制性规定进而根据本条宣告合同无效。

本条明确了限制权利和赋权条款的违反不一定导致合同无效。

其理由在于：

一是限制权利和赋权条款主要是针对当事人的行为自由作出的规定，往往并不涉及公共利益的维护问题。由于权利本身体现的是私益，是否越权以及滥用权利，通常涉及的是私益，不宜通过合同无效来解决越权问题。

二是关于违反限制权利和赋权条款的后果，法律通常具有相应规定，例如无权处分、无权代理、越权代表等规则，对于违反效果已经有了特别规定。如果全部按照《民法典》第 153 条判定为无效，这些规范的适用就会被架空。

三是对于当事人是否违反了限制权利和赋权条款，对方当事人可能并不一定知情，如果直接认定无效，可能会导致损害善意第三人的利益。例如法律规定的限制代表权，可能是通过内部规定的方式进行的，此时第三人可能并不知悉。

强制性规定与权限性规定的区分意味着《民法典》第 153 条所称“强制性规定”应仅指法律、行政法规关于行为人应当实施或者禁止实施特定行为的规定，不包括法律、行政法规关于行为人无权实施特定行为的规定。

（2）强制性规定与强行性规定的区分

在民法上，强行性规定是与任意性规定相对的概念：前者是指当事人不得以其意思表示予以排除或者变更的规定，后者则是指当事人得以其意思表示排除或者变更的规定。

强行性规定举例：

例如，《民法典》关于诉讼时效的规定是强行性规定，在当事人的意思表示

⁶ 第五百九十七条因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。

旨在排除诉讼时效的适用或者变更《民法典》关于诉讼时效的规定时，根据《民法典》第 197 条的规定，当事人之间的约定应被认定无效。

民法典第 496 条第 1 款关于格式条款的定义和认定的规定，属于强行性规范，根据本解释第 9 条规定，当事人不得约定排除适用。

《民法典》533 条关于情势变更的规定属于强行性规定，依据本解释第 32 条规定，“当事人事先约定排除民法典第五百三十三条适用的，人民法院应当认定该约定无效。”

《民法典》585 条关于调整违约金的条款属于强行性规定，依本解释第 64 条规定，预先放弃调整违约金的约定无效。

3. 规范合同履行行为的强制性规定原则上不影响合同效力

如果法律、行政法规的强制性规定针对的是合同的履行行为，而非合同内容，则当事人即使违反该强制性规定，原则上也不应影响合同效力。

例如，当事人违反《民法典》第 612 条关于出卖人违反质量瑕疵担保义务的规定（如提供质量不合格的房屋）、第 617 条关于出卖人违反质瑕疵担保义务的规定或者第 716 条关于承租人未经出租人同意转租的规定，都不应影响合同效力。不过，虽然法律、行政法规的强制性针对的是合同的履行行为，但是，当事人在订立合同时知道或者应当知道合同的履行必然会违反强制性规定，则应认定合同无效。例如，如果当事人在订立合同时就知道或者应当知道承运人只能通过违反不得超载的规定才能履行货物运输合同，则该货物运输合同也应被认定无效。

【赵某诉某房地产公司商品房预售合同纠纷案（广东高院 2023 年发布房屋买卖合同纠纷典型案例之一）】

案例要旨：交付商品房必须取得竣工验收备案，但合同约定交付条件变更该法定条件，并不导致合同无效，而是应当通过违约责任归置。

珠海市中级人民法院经审理认为，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》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。竣工验收备案是商品房交付使用的法定标准，《补充协议》约定的交付条件明显低于法定标准，双方仍应按《商品房买卖合同》约定的交付条件履行，故判决某房地产公司向赵某支付 2018 年 8 月 31 日至 2018 年 10 月 25 日期间的逾期交房违约金。

(二)印章与合同效力

第二十二條

法定代表人、负责人或者工作人员以法人、非法人组织的名义订立合同且未超越权限，法人、非法人组织仅以合同加盖的印章不是备案印章或者系伪造的印章为由主张该合同对其不发生效力的，人民法院不予支持。

合同系以法人、非法人组织的名义订立，但是仅有法定代表人、负责人或者工作人员签名或者按指印而未加盖法人、非法人组织的印章，相对人能够证明法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时未超越权限的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生法律效力。但是，当事人约定以加盖印章作为合同成立条件的除外。

合同仅加盖法人、非法人组织的印章而无人员签名或者按指印（针对于什么情况？），相对人能够证明合同系法定代表人、负责人或者工作人员在其权限范围内订立的，人民法院应当认定该合同对法人、非法人组织发生法律效力。

在前三款规定的情形下，法定代表人、负责人或者工作人员在订立合同时虽然超越代表或者代理权限，但是依据民法典第五百零四条⁷的规定构成表见代表，或者依据民法典第一百七十二条⁸的规定构成表见代理的，人民法院应当认定合同对法人、非法人组织发生法律效力。

1. 公章具有表征能力和证明能力，是主体做出意思表示的工具。

2. 发生印章等争议，首先看行为人是自己名义还是以法人、非法人组织名义。如以自己名义，对法人、非法人组织不发生法律效力。其次，是看行为人有无代表权或代理权。只要行为人有代表权或者代理，即便未加盖公章甚至加盖的是假章，都要对法人、非法人组织发生法律效力；反之，行为人没有代表权或者代理权，也不会因为加盖了公章就使越权代表或无权代理转化为有权代表或有权代理。在认定有无代表权或代理权时，要区分是代表还是代理，代理则要进一步区分是委托代理还是职务代理，从而在认定有无代表权或代理权以及越权代表或无权代理的后果上有所区别。

3. 具体情形下的处理

⁷ 第五百零四条法人的法定代表人或者非法人组织的负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限外，该代表行为有效，订立的合同对法人或者非法人组织发生法律效力。

⁸ 第一百七十二条行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。

(1) “真人假章”，合同有效，法人承担责任。所谓真人，即有权行为人，包括法定代表人、负责人签字，代理人以代理人身份签字，代理人以代理人身份参与缔约磋商。

(2) “有章无人”，虽无签字，但如能证明是有权行为人订立合同，合同有法人有效。如果不能确定行为人是谁，无论是真章假章，合同不对法人有效力。

(3) “有人无章”，如能证明法定代表人、负责人或代理人订立合同时未超越权限，合同对法人有效，否则无效。如果合同约定以盖章为成立条件，则合同因无章而不成立。

(4) “假人真章”，构成无权代理，根据《民法典》关于无权代理、表见代理规则处理，如果相对人已尽合理审查义务但仍未核实行为人的身份及权限的情况下，此时法人、非法人组织的盖章行为往往给人以行为人有代理权的外观，使相对人成为“善意”相对人，很大程度上可能构成表见代理。

五、合同的履行

(一)从给付义务的履行与救济

第二十六条

当事人一方未根据法律规定或者合同约定履行开具发票、提供证明文件等非主要债务，对方请求继续履行该债务并赔偿因怠于履行该债务造成的损失，人民法院依法予以支持；对方请求解除合同的，人民法院不予支持，但是不履行该债务致使不能实现合同目的或者当事人另有约定的除外。

合同义务分为主给付义务、从给付义务和附随义务。从给付义务是指不具有独立意义，仅具有保障给付利益功能的义务。合同义务的履行不仅在于主给付义务，从给付义务和附随义务的适当履行也具有重要意义。

1. 当事人一方请求对方履行开具发票、提供证明文件等义务，既是公法上的义务，也是私法上的义务。

《民法典》第 599 条规定，“出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料”。

《买卖合同司法解释》第 4 条，民法典第 599 条规定的“提取标的物单证以外的有关单证和资料”，主要应当包括保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫

书、原产地证明书、使用说明书、装箱单等。

2. 当事人谨慎主张继续履行开票义务，可同时主张损失赔偿。

《最高人民法院关于印发〈第八次全国法院民商事审判工作会议(民事部分)纪要〉的通知》第 34 条

“开票诉请”可能和某些“索赔诉请”无法并行主张，如不能在主张开具增值税发票的时候，又主张增值税抵扣损失，但可以同时主张赔偿自未能抵扣进项税之日起的利息损失。另外，如不主张继续开具发票，可主张无法抵减相应进项税额的损失。

对开票行为进行强制执行可能需要有税务机关协助执行的介入，或者因事先难以预料的原因无法执行，导致了“开票诉请”难度的增加或无法实现。因此诉请开票需要慎重。

3. 一方不履行开发票等从给付义务，对方能否主张行使同时履行抗辩权或在先抗辩权？

本解释未明确规定。一般认为，一方违反从给付义务，原则上不发生主给付义务的同时履行抗辩权或在先抗辩权。但是如果合同中明确有约定如何处理？

最高法院民一庭：在一方违反约定没有开具发票的情况下，另一方不能以此为由拒绝履行合同主要义务即支付工程价款。除非当事人明确约定：一方不及时开具发票，另一方有权拒绝支付工程价款。这种情况就意味着双方将开具发票视为与支付工程价款同等的义务。《民事审判实务问答》（最高人民法院民事审判第一庭编著，法律出版社，2021 年 7 月第 1 版）

4. 一方不履行开具发票等从给付义务，对方能否解除合同？

原则上不行，但两种例外：一是不履行该义务将导致合同目的不能实现。比如在房屋买卖合同中，当事人约定合同从给付义务包括迁出户口、迁出公司注册地，其订立合同的目的就是为了落户上学(学区房，“公共户”政策)或者办理工商执照。又比如在安装工程合同履行中，施工人完成了安装，但是未提供相关设备的认证证书、检验合格证明等消防验收必需的必备材料，也会致使建设工程无法通过竣工验收，那么如果合同约定的从给付义务不能履行，则会导致合同目的不能实现。另一种是当事人明确约定将不履行某一从给付义务作为合同解除事由。法律依据是《民法典》第 562 条第 2 款关于约定解除权的规定。

(二) 以物抵债

第二十七条

债务人或者第三人与债权人在债务履行期限届满后达成以物抵债协议，不存在影响合同效力情形的，人民法院应当认定该协议自当事人意思表示一致时生效。

债务人或者第三人履行以物抵债协议后，人民法院应当认定相应的原债务同时消灭；债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人选择请求履行原债务或者以物抵债协议的，人民法院应予支持，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

前款规定的以物抵债协议经人民法院确认或者人民法院根据当事人达成的以物抵债协议制作成调解书，债权人主张财产权利自确认书、调解书生效时发生变动或者具有对抗善意第三人效力的，人民法院不予支持。

债务人或者第三人以自己不享有所有权或者处分权的财产权利订立以物抵债协议的，依据本解释第十九条的规定处理。

以物抵债协议是当事人达成的以他种给付替代原定给付的协议，其并非《民法典》合同编所规定的典型合同。

根据以物抵债协议与债务履行期限的先后顺序，可以分为清偿型以物抵债和担保型以物抵债。

1. 清偿型以物抵债：在履行期届满后达成的以物抵债协议

(1) 明确以物抵债协议是诺成合同而非实践合同(要物合同)。

(2) 根据合意内容不同，可能构成“债的更改”或“新债清偿”。如未达成消灭旧债的合意，则属于“新债清偿”，则在以物抵债协议未履行前，原债务和以物抵债两个债务并存，都是合法有效的。以物抵债协议的签订并不必然导致原债务的消灭，只有协议被履行后，才导致原债务消灭。

(3) 债务人未按照义务抵债协议履行的，债务转化为选择之债，债务人或者第三人未按照约定履行以物抵债协议，经催告后在合理期限内仍不履行，债权人有权选择请求履行原债务或者以物抵债协议。

(4) 以物抵债协议经人民法院确认形成的确认书或调解书，并不属于《民法典》第 229 条⁹所规定的直接导致物权变动的法律文书。主要是考虑到，防止当

⁹ 第二百二十九条因人民法院、仲裁机构的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者征收决定等生效时发生效力。

事人通过虚假诉讼实现排除第三人对标的物的强制执行或者在其他诉讼中主张优先保护的目。

2. 担保型以物抵债:在履行期届满前达成的以物抵债协议

(1) 当事人约定债务人到期没有清偿债务,抵债财产归债权人所有的,属于典型的流押流质条款,人民法院应当认定该约定无效,但是不影响其他部分的效力。

(2) 当事人订立担保型以物抵债协议后,债务人或者第三人未将财产权利转移至债权人名下,债权人不得主张优先受偿(担保制度司法解释规定是否一致?)。

(3) 如果当事人已经将财产权利移转至债权人名下,则已经形成让与担保,可依据《民法典担保制度司法解释》第68条的规定主张优先受偿,有权请求对抵债财产拍卖、变卖、折价以实现债权。

六、合同的解除

(一)协商解除的法律适用

第五十二条

当事人就解除合同协商一致时未对合同解除后的违约责任、结算和清理等问题作出处理,一方主张合同已经解除的,人民法院应予支持。但是,当事人另有约定的除外。

有下列情形之一的,除当事人一方另有意思表示外,人民法院可以认定合同解除:

(一)当事人一方主张行使法律规定或者合同约定的解除权,经审理认为不符合解除权行使条件但是对方同意解除;

(二)双方当事人均不符合解除权行使的条件但是均主张解除合同。

前两款情形下的违约责任、结算和清理等问题,人民法院应当依据民法典第五百六十六条、第五百六十七条和有关违约责任的规定处理。

1. 未就违约责任、结算清理事项达成一致,不影响协议解除

主要是基于尊重双方意思自治,除非协商解除的意思表示以对解除后果形成一致意见为前提,否则发生合同解除效力。

2. 主要适用两种情形:

无解除权一方主张解除合同，但对方同意解除，这种情况属于无效单方解除行为转换为合意解决要约，与双方协商解除合同类似，因此人民法院适用协商解除的相关规定；双方均无解除权但均主张解除合同，属于“以第二次之契约终止原有之契约”。

3. 协商解除后的处理

有约定的按照约定处理，没有约定的，按照《民法典》566条、557条、567条和有关违约责任的规定处理。566条第2款，规定合同因违约而解除，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但当事人另有约定除外。557条第2款规定，合同解除，该合同的权利义务关系终止。567条规定，合同权利义务关系终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。可见，合同中结算和清理条款具有独立性。这些条款其性质就是合同终止之后的善后问题，性质也类似于争议解决条款。

4. 当事人一方违约后，对方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。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》

第六十三条第三款 在确定违约损失赔偿额时，违约方主张扣除非违约方未采取适当措施导致的扩大损失、非违约方也有过错造成的相应损失、非违约方因违约获得的额外利益或者减少的必要支出的，人民法院依法予以支持。

【最高院——配套案例】

【裁判要点】

当事人一方违约后，对方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。承租人已经通过多种途径向出租人作出了解除合同的意思表示，而出租人一直拒绝接收房屋，造成涉案房屋的长期空置，不得向承租人主张全部空置期内的租金。

【简要案情】

2018年7月21日，柴某与某管理公司签订《资产管理服务合同》，约定：柴某委托某管理公司管理运营涉案房屋，用于居住；管理期限自2018年7月24日起至2021年10月16日止。合同签订后，柴某依约向某管理公司交付了房屋。某管理公司向柴某支付了服务质量保证金，以及至2020年10月16日的租金。后某管理公司与柴某协商合同解除事宜，但未能达成一致，某管理公司向柴某邮

寄解约通知函及该公司单方签章的结算协议，通知柴某该公司决定于2020年11月3日解除《资产管理服务合同》。柴某对某管理公司的单方解除行为不予认可。2020年12月29日，某管理公司向柴某签约时留存并认可的手机号码发送解约完成通知及房屋密码锁的密码。2021年10月8日，法院判决终止双方之间的合同权利义务关系。柴某起诉请求某管理公司支付2020年10月17日至2021年10月16日房屋租金114577.2元及逾期利息、违约金19096.2元、未履行租期年度对应的空置期部分折算金额7956.75元等。

【判决理由】

生效裁判认为，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。合同终止前，某管理公司应当依约向柴某支付租金。但鉴于某管理公司已经通过多种途径向柴某表达解除合同的意思表示，并向其发送房屋密码锁密码，而柴某一直拒绝接收房屋，造成涉案房屋的长期空置。因此，柴某应当对其扩大损失的行为承担相应责任。法院结合双方当事人陈述、合同实际履行情况、在案证据等因素，酌情支持柴某主张的房屋租金至某管理公司向其发送电子密码后一个月，即2021年1月30日，应付租金为33418.35元。

（二）抵销的法律适用

第五十五条

当事人一方依据民法典第五百六十八条的规定主张抵销，人民法院经审理认为抵销权成立的，应当认定通知到达对方时双方互负的主债务、利息、违约金或者损害赔偿金等债务在同等数额内消灭。

第五十六条

行使抵销权的一方负担的数项债务种类相同，但是享有的债权不足以抵销全部债务，当事人因抵销的顺序发生争议的，人民法院可以参照民法典第五百六十条¹⁰的规定处理。行使抵销权的一方享有的债权不足以抵销其负担的包括主债务、

¹⁰ 第五百六十条 债务人对同一债权人负担的数项债务种类相同，债务人的给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务。

债务人未作指定的，应当优先履行已经到期的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；均无担保或者担保相等的，优先履行债务人负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行。

利息、实现债权的有关费用在内的全部债务，当事人因抵销的顺序发生争议的，人民法院可以参照民法典第五百六十一条的规定处理。

第五十八条

当事人互负债务，一方以其诉讼时效期间已经届满的债权通知对方主张抵销，对方提出诉讼时效抗辩的，人民法院对该抗辩应予支持。一方的债权诉讼时效期间已经届满，对方主张抵销的，人民法院应予支持。

抵消是使清偿简化，节省给付的交换。

1. 明确规定抵销不具有溯及力，抵销通知到达对方时发生债务消灭效力，而不是在抵销条件成就时发生效力。通知是广义的，包括起诉前的通知、起诉、反诉以及诉讼中的抗辩等。

55 条改变了《九民纪要》及最高人民法院以往裁判中“抵消有溯及力”的立场，采用了“抵消无溯及力说”，是一项重大的转向，值得重视。

抵消有无溯及力，主要涉及利息及迟延履行赔偿金的计算等方面，以及通知时已过诉讼时效的债权能否抵消的问题，会造成当事人利益状态的实质不同。比如，张三起诉李四欠付购房款，李四主张以张三 1 年前到期未还的借款抵消，如果抵消有溯及力，则以 1 年前借款到期时的本息进行抵消，如果抵消没有溯及力，则以抵消通知到达张三时的借款本金、违约金等进行抵消。

2. 通知抵消时主动债权已过诉讼时效，对方提出诉讼时效抗辩的，不发生抵消效力；被动债权已过诉讼时效，对方提出抵消的，视为其放弃时效利益，发生抵消效力。

3. 关于抵消参照适用抵充规则

(1) 数项同种类债务的抵消抵充

法定规则：债务人未作指定的，应当优先履行已经到期的债务；数项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保最少的债务；均无担保或者担保相等的，优先履行债务人负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；到期时间相同的，按照债务比例履行。

第五百六十一条债务人在履行主债务外还应当支付利息和实现债权的有关费用，其给付不足以清偿全部债务的，除当事人另有约定外，应当按照下列顺序履行：

- (一) 实现债权的有关费用；
- (二) 利息；
- (三) 主债务。

适用前提:主张抵销的一方负担数项债务;数项债权为同种类;主动债权数额小于被动债权数额。例如:甲欠付乙两项租金,分别是20万和30万,同时对乙享有一笔10万借款债权。甲是主张抵销方。

抵销抵充顺序:双方约定—主张抵销方指定—法定

法定抵销抵充顺序:

优先抵销主张抵销一方已到期的债务,比如,上述甲方所欠两笔债务30万已到期,20万尚未到期,则优先抵销30万元债务;数项债务均已到期时优先抵销缺乏担保或担保最少的债务,如30万有担保,20万无担保,则优先抵销20万元债务;均无担保或担保相同的债务,优先抵销债务人负担较重的债务,如均无担保,优先抵销30万元债务;债务负担相同的,应按照债务到期的先后顺序确定抵销顺序,比如,甲所欠乙两笔租金均为20万,但到期时间分别为2022年1月和2022年6月,则优先抵销2022年1月的20万元债务;债务人负担均相同,且履行期均同时届至的情况下,则按各项债务所负担数额按比例抵销,比如,两笔20万租金均在2023年1月10日到期,则两笔债务各抵销5万元。

(2)主债务、利息和实现债权的有关费用的抵销抵充

法定规则:应当按照下列顺序履行:(一)实现债权的有关费用;(二)利息;(三)主债务。

适用前提:主张抵销一方除负担主债务外还应当支付利息和实现债权的费用;利息、实现债权的费用已经具体发生;主动债权不足以消灭包括主债务、利息和实现债权费用在内的全部债务。抵销抵充顺序:约定—法定

例如:甲欠付乙借款50万元、利息3万元、实现债权费用3万元,同时对乙享有10万元租金债权。如果双方没有约定,则法定抵销抵充顺序为:先抵销实现债权费用3万元,再抵销利息3万元,剩余4万元抵销借款本金,则甲仍欠46万元。

七、违约责任承担

(一)可得利益损失计算的一般规则

第六十条

人民法院依据民法典第五百八十四条¹¹的规定确定合同履行后可以获得的利益时，可以在扣除非违约方为订立、履行合同支出的费用等合理成本后，按照非违约方能够获得的生产利润、经营利润或者转售利润等计算。

非违约方依法行使合同解除权并实施了替代交易，主张按照替代交易价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院依法予以支持；替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格，违约方主张按照市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院不予支持。

非违约方依法行使合同解除权但是未实施替代交易，主张按照违约行为发生后合理期间内合同履行地的市场价格与合同价格的差额确定合同履行后可以获得的利益的，人民法院应予支持。

1. 规定了利润法、替代交易法、市场价格法等可得利益损失的计算方法。其中，利润法主要适用于非违约方是商事主体(如生产者、经营者、经销商)的情形，替代交易法、市场价格法则更具有普遍意义。

2. 利润包括生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失

2009年最高院《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9条：“根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。生产设备和原材料等买卖合同违约中，因出卖人违约而造成买受人的可得利益损失通常属于生产利润损失。承包经营、租赁经营合同以及提供服务或劳务的合同中，因一方违约造成的可得利益损失通常属于经营利润损失。先后系列买卖合同中，因原合同出卖方违约而造成其后的转售合同出售方的可得利益损失通常属于转售利润损失。”

3. 利润与成本的关系

在确定可得利益时，应在扣除守约方为订立、履行合同支出的费用等合理成本后，再按照守约方能够获得的生产利润、经营利润或者转售利润等计算，而不能将为取得利益而应当支出的成本作为因违约而遭受的损失重复计算。

以转售利润为例，甲和乙签订了房屋买卖合同，约定房屋价格100万元，乙作为买方订约成本(如中介费等)为5万元，履约成本(如手续费、工本费等)5万元，因为甲违约导致乙丧失转卖房屋价格为150万元，乙方转卖房屋已经花费或

¹¹ 第五百八十四条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，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一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。

者需要花费的订约和履约成本共计 10 万元。则乙的转售利润(可得利益)为 150 万元-100 万元-10 万元-10 万元=30 万元。

如果乙已实际支付转售成本 10 万元,则乙可获得的违约赔偿为 100 万元+10 万元+10 万元+30 万元=150 万元。

如果乙未实际支付转售成本 10 万元,则乙可获得的违约赔偿为 100 万元+10 万元+30 万元=140 万元。

【案号:(2020)最高法民再 230 号】怀化市神龙房地产开发有限公司与湖南省芷江侗族自治县自然资源局、怀化聚友房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案;土地出让方违反合同约定,将土地另行出让其他主体,另行出让价款与原出让价款的差额为原出让合同履行后守约方可获利益范畴。

最高人民法院认为,芷江自然资源局在未依法解除《出让合同》前,即将案涉《出让合同》项下的 44.56 亩土地出让给聚友公司,另行出让之后才向神龙公司发送《关于解除未付价款部分国有土地使用权出让合同的通知》,要求解除 44.56 亩土地对应的《出让合同》,违反合同约定。神龙公司同意解除该部分土地对应的《出让合同》,根据《中华人民共和国合同法》第九十七条的规定,其有权要求赔偿损失。芷江自然资源局另行出让 44.56 亩土地的均价为 110.37 万元/亩,神龙公司取得案涉土地的单价为 26 万元/亩,芷江自然资源局另行出让 44.56 亩土地的溢价收益约为 3759.53 万元[(110.37 万元/亩-26 万元/亩)×44.56 亩],此属合同履行后可获利益范畴。神龙公司至今未交纳 44.56 亩土地的出让金,亦没有取得国有土地使用权证和进行开发建设。一审法院结合本案的具体情况以及过错程度,酌定芷江自然资源局按获得利益 40%的范围承担违约赔偿责任,并无不当,本院予以维持。

4. 实施替代交易时的具体计算

(1)替代交易以存在**根本违约、合同解除权的依法行使**为前提,否则要慎用替代交易规则。

(2)正常情况下,以**替代交易价格与合同价格的差额确定可得利益**。如在房屋买卖合同中,买方违约拒绝受领,卖方解除合同后不得已另找买家降价出售了房屋。则替代交易价值与原合同约定价格之间的差额,就是卖方的可得利益损失。

(3)替代交易价格明显偏离替代交易发生时当地的市场价格,则以**市场价格与合同价格的差额确定可得利益**。如前例中,若卖方另找买家时,出售价格明显

低于市场价格，此时，将以市场价格取代替交易价格，以市场价格与原合同约定价格来确定可得利益。以上说明，具体计算结果不能明显偏离抽象计算结果，否则会遭到抽象计算结果的修正，从而确保非违约方在替代交易时尽到合理注意义务。

(4) 替代交易的标的物品质不同时如何处理。

如果买方因卖方违约而购买了质量更高的商品作为替代品，差额不能被全部支持。

在该更高质量的商品是唯一可用的替代品时，取决于守约方是否从高质量中额外获得利益，额外的利益需依据损益相抵扣减，守约方是否从更高质量的商品中获得利益由违约方证明。

最高法院理解与适用观点：虽然替代交易标的物与原标的物在价格、品质、型号上存在差异，如果相关价格可以通过评估鉴定等方式确定相应的差额的，从发挥替代交易功能的角度出发，似有肯定必要。

(5) 仅订立替代交易合同而未履行或仅部分履行，能否将替代交易作为赔偿损失确定的标准？学理上一般认为用于进行替代交易的合同只要订立即可，不必已经履行。但是，如果仅订立而未履行替代交易合同或者仅少量履行，则守约方要负有更重的举证责任，包括对于替代交易方的资质信用、履约能力等进行举证，同时法院也会加大依职权调取证据的力度。

(二) 违约金调减的新规则

1. 预先放弃调整违约金约定无效

第 64 条第 3 款规定：“当事人仅以合同约定不得对违约金进行调整为由主张不予调整违约金的，人民法院不予支持。”

实践中争议很大，此次最高院采取了“无效说”，主要是为了防止违约金调整规则被架空，避免违约金的司法控制失去抓手，符合我国违约金性质规定的立法本意。

2. 恶意违约不予酌减违约金

第 65 条第 3 款规定：“恶意违约的当事人一方请求减少违约金的，人民法院一般不予支持。”这是一个立法上的新规定，实践中已有判例（最高法院 166 号指导案例）。旨在维护诚实信用原则，对于严重违背诚信原则的违约行为予以惩罚。

3. 一审因客观原因未参加而在二审中可以请求调减违约金

第 66 条第 2 款，“被告因客观原因在一审程序中未到庭参加诉讼，但是在二审程序中到庭参加诉讼并请求减少违约金的，二审人民法院可以在当事人就是否应当调整违约金充分举证、质证、辩论后，依法判决适当减少违约金。”

（1）被告恶意不参加一审而在二审中请求调减的，不应得到支持。

（2）最高法院理解与适用中观点：法院不能在当事人未请求的情况下，主动依职权调减违约金。

（与会者观点仅代表自己的观点，并不代表律协观点）

供稿：第十一届深圳市律师协会城市更新法律专业委员会