

文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店

# 民法典时代 合同法司法解释 的

入典、清理与保留

潘 静 / 著



法律出版社 | LAW PRESS

## 图书在版编目(CIP)数据

民法典时代:合同法司法解释的人典、清理与保留/  
潘静著. -- 北京:法律出版社,2020

ISBN 978-7-5197-4441-0

I. ①民… II. ①潘… III. ①合同法—法律解释—中国 IV. ①D923.65

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第064484号

民法典时代 合同法司法解释的人典、清理与保留  
MINFADIAN SHIDAI HETONGFA SIFA JIESHI DE RUDIAN.  
QINGLIYU BAOLIU

潘 静 著

责任编辑 朱 峰  
责任编辑 苗 婕  
装帧设计 乔智炜

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 三河市兴达印务有限公司  
责任校对 王晓萍  
责任印制 张建伟

编辑统筹 辞书·融出版编辑部  
开本 710毫米×1000毫米 1/16  
印张 19.5  
字数 222千  
版本 2020年7月第1版  
印次 2020年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

书号:ISBN 978-7-5197-4441-0

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 言

曹守晔

庚子立春在即，三镇寒冷依旧，风残云愁雪白，新冠病毒肆虐荆楚蔓延华夏，封城闭户，万户萧疏，武汉疫情不期而遇，不可抗力。十三届全国人大三次会议拟定3月5日开幕，审议合成的《民法典（草案）》，历经70年的民事立法司法实践和民法理论研究，几代民法人的民法梦想眼见成真。然而，“近来发生的新冠肺炎疫情，属于突发的重大公共卫生事件。根据有关法律的规定，在公共卫生事件发生后，可以采取限制或者停止人群聚集活动的紧急措施”。根据当前疫情形势和防控工作需要，适时推迟全国人民代表大会会议举行时间。<sup>〔1〕</sup>这是自1949年以来“两会”首次因公共卫生事件而延期。“情势变更”，推迟举办合宪合法。虽然民法典起草

---

〔1〕 新华社北京2月24日电（记者杨维汉、陈菲）十三届全国人大常委会第十六次会议24日下午表决通过了关于推迟召开十三届全国人大三次会议的决定。决定指出，鉴于近期以来发生新冠肺炎的重大疫情，为了贯彻落实党中央统筹推进疫情防控和经济社会发展工作重大决策部署，继续做好疫情防控工作，切实保障人民群众生命健康安全，十三届全国人大常委会第十六次会议决定：适当推迟召开第十三届全国人民代表大会第三次会议，具体开会时间由全国人民代表大会常务委员会另行决定。全国人大常委会法工委主任沈春耀24日上午在向十三届全国人大常委会第十六次会议作说明时表示，当前遏制疫情蔓延、打赢疫情防控阻击战处于关键时期，必须集中力量、全力以赴。沈春耀介绍，经研究，根据当前疫情形势和防控工作需要，适时推迟全国人民代表大会会议举行时间，符合宪法原则和精神，符合有关法律的规定。资料来源：新华每日电讯：[http://www.xinhuanet.com/mrdx/2020-02/25/c\\_138815990.htm](http://www.xinhuanet.com/mrdx/2020-02/25/c_138815990.htm)，2020年2月24日最后访问。

工作四落五起好事多磨，注定这是民法人只争朝夕、不负春华、辛苦而幸福的民法典时代。

作者潘静和她的这本书赶上了。

凡是过往，皆为序章。2020年3月1日一早，欣闻潘静博士的优秀博士后报告即将正式出版，她发微信邀我为其作序并审稿。虽然我近期已经忙得四脚朝天废寝忘食——应法律出版社之邀，牵头编著《民法典合同编条文理解与司法适用》等6本民法著作<sup>〔1〕</sup>和《破产财产与破产债权效力》，但我欣然接受。因为，一是成果转化博士后报告付梓是我期望的，二是她的博士后项目是博士后工作站2016年冬根据《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）编纂进程和立法任务设计的，三是该博士后报告是在民事司法解释与立法论的结合点上全国少有的围绕合同法司法解释撰写的。<sup>〔2〕</sup>在专职攻读博士后期间，潘静博士主要从事民商法、经济法和网络法研究，先后承担司法部、中国法学会以及博士后科学基金面上资助等多项课题，勤奋努力，刻苦钻研，注重理论与实践相结合，学术生活丰富，学术成果丰硕，2018年曾经在最高人民法院研究室实习一年，参与最高人民法院民法典编纂研究小组办公室的相关工作，学有所成，研有所获，2019年7月出站答辩时该报告荣获优秀等级。

法典问世，解释登场。本书作为博士后报告的升级版，立足于《民

---

〔1〕 还有《民法典物权编条文理解与司法适用》《民法典人格权编条文理解与司法适用》《民法典婚姻家庭编条文理解与司法适用》《民法典继承编条文理解与司法适用》《民法典侵权责任编条文理解与司法适用》。

〔2〕 这是2016年以来全国博士后中唯一以合同法司法解释为中心议题的研究成果。相关的议题，10多年前我曾经受人民大学张新宝教授之托，作为其民法博士生王伟国（现为中国法学会法治研究所副所长）在最高人民法院研究室的实习导师协助指导他撰写民商事司法解释博士论文。

法典》立法的宏观叙事,较为全面地梳理了《民法典》合同编通过吸纳原合同法司法解释对合同法律制度加以完善;由合同法的哪些解释应该入典的立法论,转向入典的标准探索、规律寻找以及入典以后的法律适用的解释论,跨度大难度也不小,视角独特。虽然司法解释以解决法律在审判工作中应用问题为圭臬,不以入典多少论英雄,但作者研究的这些问题直接涉及《民法典》施行后新规则的适用,无论是立法论还是解释论,都具有一定的理论价值和实践意义。

合同编是源于《合同法》的交易法规则,是规范和组织经济、鼓励交易、创造财富、维护交易安全与交易秩序的重要法律制度。合同编在《民法典》中具有举足轻重的地位,《民法典》条文 1260 条,其中合同编多达 526 条,这也反映出合同编在《民法典》中的重要地位。同样,合同编在民商事审判中具有举足轻重的地位,因为合同纠纷案件数量在民商事纠纷案件中历年来名列第一。合同编通则是民事合同的一般规则,也就是合同编的总则,为与民法总则相区别,物权编、合同编分别使用物权通则、合同通则名称。

结合民法典编纂,合同编通则适用中值得关注的有以下 9 个问题

### (一) 合同编适用的广泛性

所谓合同编适用的广泛性,是指合同编在法律适用方面所具有的债法总则的功能。民法典从中国实际出发,不设统辖合同、侵权、不当得利和无因管理的债法总则编,既有立法的惯性,也是司法的习惯使然。立法层面,新中国历来没有债法总则,而仅制定了《合同法》《劳动合同法》《农村土地承包法》等,而且设置债法总则可能导致法律规则叠床架



屋,债法总则主要是调整交易的规则,其与民法总则中的民事法律行为制度以及合同法的内容无谓重复。司法层面,考虑到法官法律适用的习惯和便利,不设置债法总则更便于法官适用法律,而设置债法总则可能会给法官找法带来困难,不利于正确理解适用。

《民法典》合同编保持合同法体系的完整性,使其发挥债法总则的功能,也顺应了国际上债法制度以合同法为中心的立法趋势。<sup>[1]</sup>即将合同制度视为债法制度的核心,同时将合同规则扩展适用于其他债的关系。合同编借鉴英美法和法国法上准合同<sup>[2]</sup>的概念,将不当得利、无因管理置于合同编后作为第三分编。不当得利可分给付型和侵权型,无因管理、给付型不当得利准用合同编,因为此类债的关系与合同之债类似,都与当事人的意思具有一定的联系;但加害侵权型不当得利,属于侵权行为,虽然也是当事人的意思表示,即侵权行为,因此在准用合同之后,司法实践中如果仍然法律依据不足,则可参照适用侵权责任编的规定。

## (二)事实合同的创新和适用

所谓事实合同,是指与口头形式、书面形式并列,以行为表达合意的合同。合同编吸纳了司法解释完善订约方式。根据《合同法》第10条,合同可以采用书面形式、口头形式或其他形式订立。所谓其他形式,主要是指以实际履行方式订约的形式。在实践中,当事人在交易过程中通过协商谈判,没有就合同主要条款达成书面合同或者口头协议,但事后一方当事人向对方作出了实际履行,而对方也接受当事人实际

[1] 譬如意大利、西班牙、奥地利等国家以及魁北克省区的民法典,瑞士债法、《欧洲示范民法典(草案)》(DCFR),均将合同规范作为债的基准规范。

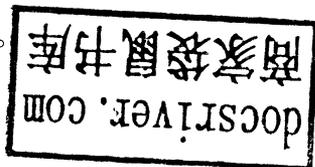
[2] 所谓准合同,顾名思义准用合同,是指类似于合同的债的关系。准合同的概念起源于罗马法,盖尤斯认为,不当得利、无因管理也在一定程度上体现了当事人的意思,因此是类似于合同的债的关系,这一观点后来被法国法和英美法所吸收。

履行的行为认定合同已经成立。以这种订约方式订立的合同也称为事实合同。《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)》(法释〔2009〕5号,以下简称《合同法司法解释二》)第2条对此作出解释。在此解释基础上,《民法典》合同编第490条规定:“……在签名、盖章或者按指印之前,当事人一方已经履行主要义务,对方接受时,该合同成立。”“……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。”该条不可理解为合同不成立的补正规则,而是从法律上正式明确了事实合同这种完全合法的“其他形式”,从而与合同编第469条相呼应。

这里所谓“主要义务”,是与合同主要条款密切相连的。合同的主要条款,《合同法司法解释二》第1条第1款规定:“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名称或者姓名、标的和数量的,一般应当认定合同成立。但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。”根据合同的主要条款,如果能够认定一方当事人所履行的义务涵盖了合同的主要条款,并且对方接受该履行的,则应当认定合同已经成立。对方虽然接受履行,同时提出了异议,履行义务的一方能够及时解决消除异议的,异议不影响合同成立。

人民法院在判断合同成立时,关键是审查双方是否就合同的主要条款达成合意,达成合意则成立,否则不成立。

### (三) 预约合同的创新和适用

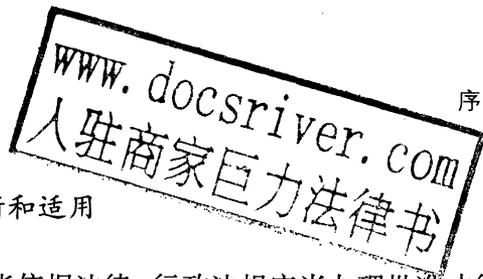


所谓预约,也称为预备性契约,是指预先达成的未来签约的约定,即当事人达成的在将来一定期限内订立合同的协议。当事人在将来一定期

限内所订立的合同为本约。二者区分的标准：一是内容不同。预约的内容是将来订立本约，而本约则是关于合同具体内容的约定。二是后果不同。当事人违反预约合同的，非违约方可以主张违约方订立合同，而当事人违反本约合同时，非违约方可以主张继续履行、赔偿损失等违约责任。

区分预约和本约，主要是为了区分二者的违约责任。有约定的按照约定承担违约责任；没有约定的，则违反预约的如何承担责任，一般不宜强制订约，而应当依据案件具体情况具体处理。违反预约合同的情形下，非违约方只能请求违约方承担为准备订约而支付的各项合理费用的损害赔偿。

《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》(法释〔1999〕19号，以下简称《合同法司法解释一》)规定了缔约过失之后，2012年《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2012〕8号，以下简称《买卖合同司法解释》)第2条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”该条对预约合同以及违反预约合同的违约责任作出了解释。《民法典》合同编借鉴司法解释的规定，用“预约合同”确立预约制度。《民法典》合同编第495条第1款规定：“当事人约定在将来一定期限内订立合同的认购书、订购书、预订书等，构成预约合同。”认定预约合同的成立，要求当事人必须明确表达在将来订立本约并受其拘束的意思表示。



#### （四）未生效合同的创新和适用

所谓未生效的合同，是指依据法律、行政法规应当办理批准才能生效的合同，因当事人尚未申请办理批准手续的合同。未生效的合同是与法律、行政法规明确规定的申请审批义务联系在一起的。外商投资合同，采矿权探矿权的转让合同，从事证券经纪、期货经纪业务、国有企业转让国有资产等合同，依据法律、行政法规必须经过有关部门的批准方能生效。针对实践中的纠纷，《合同法司法解释一》《合同法司法解释二》区分批准与登记的不同效力、对该类合同的效力和违反该合同所约定的申办义务所应承担的损害赔偿责任等作出了解释，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国外商投资法〉若干问题的解释》（法释〔2019〕20号，以下简称《外商投资法解释》）进一步作了补充。《民法典》合同编第502条第2款吸收了上述司法解释作出规定：“依照法律、行政法规规定，合同应当办理批准等手续的，依照其规定。未办理批准等手续影响合同生效的，不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的，对方可以请求其承担违反该义务的责任。”该条对未生效合同的效力作出了规定，弥补了《合同法》规定的不足。

《合同法司法解释一》第9条区分了批准与登记的效力。《物权法》第15条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。”据此，合同一经成立，只要不违反法律、行政法规的强行性规定和公序良俗，即可发生效力。当事人未办理登记只是合同标的物不能发生物权变动的效力，但并不影响合同

的效力。因此,即便当事人未办理登记手续,也不影响合同的生效。登记只是物权变动的要件,其对合同的效力不应当产生影响。自《民法通则》1987年1月1日起施行以来,人民法院在司法实践中区分合同标的物转移与合同效力的思路是清晰而一贯的。在《物权法》施行之前《担保法》施行之后,立法机关针对无抵押登记即放贷的乱象,为防范金融风险将抵押登记规定为合同生效的条件,没有抵押登记合同没有生效,金融机构可以拒绝放贷,故在《担保法》中规定抵押合同自登记时发生效力,最高人民法院根据《担保法》的规定也作出了相应的解释。但是司法实务中发现有些当事人与银行订立房屋抵押合同以后,一旦银行向其发放借款,其以未办理抵押登记为由主张合同未生效,拒绝办理抵押登记,并拒绝承担违约责任。这样反而客观上鼓励一些行为人恶意规避法律,利用房屋买卖抵押等方式逃避责任。因此,《物权法》修改了《担保法》关于抵押合同自登记时发生效力的规定。

《合同法司法解释二》第8条将合同中办理申请批准等手续条款视为制约合同生效的关键条款,强化了应当办理申请批准等手续的当事人未履行申办义务的赔偿责任和费用负担义务,《外商投资法解释》则参照合同中的清算条款和仲裁条款,进一步将外商投资合同中办理申请批准等手续条款视为具有独立效力的条款。赋予报批义务条款相对独立性,即便合同尚未经批准,但报批义务仍需履行。如果认定合同中的报批义务在批准前未生效,则当事人并不负有报批的义务,合同履行容易陷入僵局。

《合同法司法解释一》开创性区分未生效合同与无效合同。未生效合同是指因未履行法定或者约定的审批义务,从而使合同尚未发生效

力。其显然与合同内容违反法律、行政法规的强制性规定或违背公序良俗的无效合同不同,未生效合同的内容并不具有违法性,其只是未经过审批,条件尚未成就,程序上存在瑕疵,当事人补办报批手续,则该合同可能生效,而并非确定无效、当然无效。因此,《民法典》合同编采纳《合同法司法解释一》未生效合同的概念,有利于促成合同的生效鼓励交易。

#### (五) 无权处分的修改与完善

所谓无权处分,是指当事人处分其不享有所有权的他人财产。其效力,司法实务主要有合同效力待定、合同有效以及合同无效三种观点。在市场经济条件下,无权处分的出卖行为导致所有权人与买受人利益的冲突。善意买受人的债权利益代表的是交易安全,所有权人的利益则往往事关物权静态安全,当两种利益发生冲突时,需要利益衡量、正义评估,对于利益冲突的肇事者恶意无权处分他人财物与对未来自己物权的处分在利益衡量上应当有所区别。

由于无权处分合同的双方是无权处分人与受让人,在合同当事人意思表示真实并形成合意情形下,应当肯定其效力。《买卖合同司法解释》第3条并非对《合同法》第51条无权处分条款的否定,而是采纳了符合大陆法系通行的不影响合同效力说,<sup>[1]</sup>对《合同法》第132条第1款作了反对解释,以便与《物权法》善意取得制度相衔接。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第21条规定,善意取得的成立以合同有效为必要条件。《买卖合同司法解释》第3条区分物权归属与合同效力,有利于保护善意买受人,当买受人恶意时,

[1] 参见《国际商事合同通则》(PICC)第3.3.(2)条规定:“合同订立时一方当事人无权处置该合同相关联之财产的事实本身,不影响合同的效力。”《欧洲合同法原则》(PECL)第4.102条亦然。

标的物所有权人有权主张无权处分人与相对人的“恶意”或者“恶意串通”侵害物权，请求法院认定合同无效。

无权处分问题被学者比喻为“法学上的精灵”<sup>[1]</sup>，具有独特的理论魅力，但是学界的巨大争议也引发了司法实践的困扰、混乱和关注。《民法典》合同编第 597 条规定：“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。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”本条实际上是无权处分有效的规定，吸收了《合同法司法解释一》第 9 条将合同效力与合同标的物所有权转移区别开、《合同法司法解释一》第 15 条关于所有权不能转移买受人有权请求出卖人承担违约责任的精神和《买卖合同司法解释》第 3 条<sup>[2]</sup>规定，即无权处分情形下买卖合同的效力以及违约救济的规定的基础上，对《合同法》第 132 条正面引导的行为规范<sup>[3]</sup>加以改造而成（反对规定）。立法机关确立无权处分有效规则的同时，改变了《合同法》第 51 条的理念，<sup>[4]</sup>删除了《合同法》第 51 条所要求的合同有效的前提条件——经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权，否定了理论上将无权处分合同视为效力待定合同的观点。<sup>[5]</sup>

继《合同法司法解释一》将合同效力与合同标的物所有权转移区别开之后，《物权法》第 15 条在法律上正式确立了区分原则。根据该原

[1] 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第五册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 87 页。

[2] 《买卖合同司法解释》第 3 条规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”

[3] 《合同法》第 132 条规定：“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分。法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，依照其规定。”

[4] 梁慧星研究员坚持这一观点。《合同法》第 51 条规定：“无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。”

[5] 参见许中缘、夏沁：《〈合同法〉修改：从合同法典回归民法典合同法编》，载《晋阳学刊》2017 年第 3 期。

则,《买卖合同司法解释》第3条对于《合同法》第51条与第132条之间的关系进一步梳理,从司法审判实践角度对第132条作出了反对解释,无权处分情形下合同效力以及出卖人责任有了基本一致的认定。

与《合同法》第132条正面引导倡导性法律规范相比,《买卖合同司法解释》第3条在性质上实际是裁判规范,诉讼上主要适用于买卖合同的买受人以合同纠纷为案由,以解除合同和无权处分的出卖人承担违约责任为诉讼请求的案件。

在该条的适用情形上,一是针对通常出卖自己的物,买卖合同的标的物既可以是现实存在之物,又可以是将来产生之物。实际经济生活中存在大量的期货买卖和以将来财产为标的物之买卖合同,这意味着买卖合同缔约时,标的物尚不存在,只要履行交付义务时能够生产出来就不影响买受人的利益。这种情形并非原《合同法》第51条所谓的无权处分,第51条所规范的是出卖无所有权之物,甚至是恶意出卖他人之物,虽然其性质为负担行为即债权行为,与通常所谓的无权处分情形在性质上相同,但如果在买卖合同纠纷的实际处理结果完全相同,恰恰使得恶意出卖他人之物的人目的得逞,从而使得真正的所有权人遭受不可预期之损失,其财产安全感遭到摧毁。二是出卖他人之物的买卖合同,如果归入本条款适用的情形,只重交易安全,必将使所有权人的财产面临随时遭到侵夺之虞,物之安全荡然无存。因此,凡以侵犯他人财产所有权为目的出卖他人之物的,人民法院应当坚持诚信原则,抑恶扬善、扶正祛邪。对于无处分权的人处分他人财产,凡未经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,人民法院可以依照《民法典》物权编关于民事主体的财产权利不得侵犯的规定,根据权利人的请求认定无权

出卖行为无效、无权占有人返还财产。至于合同效力如有争议,则依照《民法典》合同编关于合同效力的规定加以考量。从法律实施的效果考虑,对于无权出卖他人财产且未经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的,与其既认定合同有效又裁决标的物不转移所有权,倒不如干脆以合同形式掩盖非法目的为由,认定出卖他人财产的行为包括缔约行为无效,以维护财产安全,培养诚实信用良风美俗,弘扬社会主义核心价值观,这样处理也有利于维持法律秩序的连续性,提高司法的公正性和法治的公信力。

#### (六)情事变更制度的确立与适用

所谓情事变更,是指在合同成立以后,合同履行的客观基础条件发生了重大变化,继续履行对于当事人一方显失公平,则依据诚实信用原则,允许当事人请求变更或者解除合同的制度。《合同法》没有规定情事变更规则,但社会现实并不因为法律缺漏而不存在、不出现,市场交易、司法实践需要,如2008年的亚洲金融危机,更显现出迫切需要。

情事变更制度由《合同法司法解释二》所正式确立。针对合同履行中基础条件的社会环境重大变化,合同基础丧失、目的落空,为避免履行的显失公平结果,平衡当事人之间的权利义务关系,其第26条规定:“合同成立以后客观情况发生了当事人在订立合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化,继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的,当事人请求人民法院变更或者解除合同的,人民法院应当根据公平原则,并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。”这里解决不公平的途径是通过协商分摊损失、分享

利益。实践证明,如此解释理论上是正确的,逻辑是严谨的,实践上是可行的,因而入典是适当的。

《民法典》合同编第 533 条第 1 款规定:“合同成立后,合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化,继续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可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”应当说,该规定吸纳了《合同法司法解释二》的成果,值得肯定。从规定的内容来看,立法价值取向并没有发生变化。与司法解释相比,《民法典》合同编第 533 条有两处文字调整,一是总结了司法实务做法,吸收司法政策增加了引导性的协商前置内容:受不利影响的一方可以与对方重新协商。<sup>〔1〕</sup>二是条文没有明确排除不可抗力。那么,对于构成情势变更的事件,是否包括不可抗力?有人望文生义,误以为立法“纠正”了司法解释,不再排除在《民法通则》实施以来已经十分成熟、司法人员和社会各界已经十分熟悉的不可抗力。其实不然。实际上,对此应当结合对照《民法典》相关条款系统理解。譬如《合同法》第 117 条第 1 款规定的“不能履行”,显然不能包括合同能够履行但是履行成本过高结果显失公平的情形。因此,从这个角度可以说,在将新冠肺炎疫情确定为属于法律上不可抗力的前提下,对于不能履行的合同,尽管法条上没有与商业风险并列写不可抗力,解释上也不宜直接适用、类推适用《民法典》第 533 条情势变更条款解决合同纠纷;同为受新冠疫情防控措施影响,对于能够履行即使履行成本过高或者存在履行障碍但能够克服的合同,当然可以适用第 533

---

〔1〕 这是借鉴国际惯例域外经验的结果。依据《商事合同通则》第 6.2.3 条的规定,只有遭受不利影响的一方当事人才能提出协商请求,而没有受到不利影响的一方无权请求继续谈判。

条和《合同法司法解释二》情势变更条款。《合同法司法解释二》不是一部法律,因而没有法律那样的全面系统性,因此第26条中“无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化”,并列写了商业风险和不可抗力,这是根据法律和民法原理把情势变更与不可抗力这两个制度加以区分,以便准确适用。

《合同法司法解释二》第26条当中的不可抗力与情势变更的关系,后者是合同法解释根据立法精神所做的针对司法实践当中急需解决的重大疫情和金融危机问题所做的解释,填补了合同法律制度的空白。有的学者把情势变更和不可抗力所有产生的客观情况“一刀切”、等质化,试图以情势变更覆盖、取代不可抗力,这显然是一种理论倒退。众所周知,不可抗力与情事变更属于不同的法律概念,不可因为许多情形下难以区分就放弃努力知难而退。情势变更和不可抗力所有产生的自然或者人为的客观情况与法律制度相比,一个是社会基础,一个是上层建筑,是反映和被反映的关系。情势变更与不可抗力是民法的两种制度,各有自己调整的范围和对象:不可抗力重在解决合同不能履行怎么办,结论是责任免除;情势变更重在解决能够履行但履行的结果显失公平甚至生存毁灭怎么办,结论是可以协商变更或者诉请法院解除。

不可抗力与情势变更的具体区别:一是适用范围不同。不可抗力可适用于合同纠纷和侵权纠纷,情势变更只适用于合同纠纷。《侵权责任法》第29条规定,因不可抗力造成他人损害的,不承担责任。法律另有规定的,依照其规定。二是表现形式不同。不可抗力的具体情形主要有:自然灾害,如地震、瘟疫、台风、洪水、海啸等;政府行为,如政府当局颁布新政策、法规或行政措施;社会异常现象,如战争、罢工、骚乱等。

情势变更通常表现为意外社会事件,主要有:社会经济形势的急剧变化、物价飞涨、货币严重贬值、金融危机和国家政策的转变等。三是对合同履行的影响程度不同。不可抗力,譬如在新冠肺炎疫情影响下,合同不能履行,《合同法》第110条第1项规定,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,对方可以要求履行,但有下列情形之一的除外:(一)法律上或者事实上不能履行……情势变更,不以不能履行为适用前提,合同本身不存在履行上的根本障碍,只是合同基础发生重大变化后,继续依照原合同履行将对一方明显不公平或使得合同目的落空。如果合同能够履行,就不应当认定为不可抗力。四是法律功能不同。不可抗力系法定免责事由,以全部或者部分免除当事人不履行合同的违约责任为目的;情势变更非法定免责事由,以平衡当事人利益、维护动态公平为目的,适用情势变更的结果是变更或解除合同。二者虽有区别,但也有联系,同一事件在不同案件中会有不同结论。譬如各地政府针对本地新冠疫情采取了相应疫情防控措施,措施不同,对具体合同履行的影响也不同,有的构成不可抗力,有的不构成。

德国民法学者拉伦茨认为,法官在适用法律时,仅仅将法律视为一个固定不变的数据是不够的,必须从需要裁判的具体案情以及该案情所提出的特殊问题出发,不断地对法律中包含的判断标准进行明确化、精确化和具体化。同理,对于当前的新冠疫情对合同的影响,不能满足于一个固定不变的态度,而是应当对具体案件具体分析作出切合案件实际的认定。全国人大常委会法工委新闻发言人2020年2月10日针对受此次疫情影响合同不能正常履行问题回答:“当前我国发生了新型冠状病毒感染肺炎疫情这一突发公共卫生事件。为了保护公众健康,政府也采取了相应疫情防控措施。对于因此不能履行合同的当事人来说,属于

不能预见、不能避免并不能克服的不可抗力。”因新冠疫情防控属于不可抗力的前提是不能履行。换言之，能够履行的就不属于不可抗力。因政府及有关部门为防控新冠疫情而采取行政措施直接导致合同不能履行，或者由于新冠疫情防控的影响致使合同当事人根本不能履行而引起的纠纷，适用不可抗力处理；由于新冠疫情防控原因，按原合同履行对一方当事人的权益有重大影响的合同纠纷案件，符合《民法典》合同编第533条规定的，可以根据具体情况，适用情势变更。同时把握两个原则：其一，信守合同都是合同法律制度的最重要原则，是保障市场交易能够顺利进行的基础。不可抗力、情势变更作为信守合同原则的例外情形，修正了契约必须遵守的观念。当合同赖以存在的客观情况确实发生巨大变化，致使合同不能履行或继续履行导致明显不公平，适用不可抗力予以免责，或适用情势变更进行调整，以实现实质公平。其二，鼓励交易、尽可能维持交易是合同法律制度的追求目标。不可抗力重在免责，情势变更重在协商变更维持交易。因此，司法实践中具体认定新冠疫情为不可抗力，是以新冠疫情本身或者防控活动与合同不能履行具有因果关系为前提条件的。而认定情势变更则不需要不能履行这个前提条件。因此，是否认定不可抗力，需要根据具体案件合同履行所受影响情况而定。

“不可抗力”意味着首先是不能履行合同。它是在确定不能履行合同之后不履行合同违约责任的全部或者部分免除问题。我国《合同法》在第七章“违约责任”中规定了不可抗力制度。其第117条规定：“因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。本法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观

情况。”《民法典》合同编第 590 条将《合同法》第 117 条和第 118 条合二为一，坚持不可抗力前提是“不能履行合同”，行使不可抗力的后果是终止合同并且主张免责。《民法总则》第 180 条规定：“因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。”这里所说的“客观情况”是相对于某一具体的民事义务的履行而言的。其他所有的意外事件，无论战争、罢工、地震、瘟疫等都是——样。在创立不可抗力制度的法国，战争状态原则上并不构成“不可抗力”情况，自然灾害即使有行政上的确认也并不当然具有不可抗力性质，这一切都要放到具体的债权债务关系中确定。

人民法院在适用情势变更原则时，应当充分注意到突发公共卫生事件譬如新冠肺炎疫情、全球性金融危机和国内宏观经济形势变化并非完全是一个令所有市场主体猝不及防的突变过程，而是一个逐步演变的过程。在演变过程中，市场主体应当对于市场风险存在一定程度的预见和判断。人民法院应当依法把握情势变更原则的适用条件，严格审查当事人提出的“无法预见”的主张，对于涉及石油、焦炭、有色金属等市场属性活泼、长期以来价格波动较大的大宗商品标的物，以及股票、期货等风险投资型金融产品标的物的合同，更要慎重适用情势变更原则。<sup>〔1〕</sup>

情势变更与商业风险的区别。人民法院要合理区分情势变更与商业风险。商业风险是指在商业活动中，由于各种不确定因素引起的、能

---

〔1〕 在《民法典》实施以前，鉴于《合同法》付诸阙如，司法解释对情势变更的适用秉持严格慎重态度。最高人民法院《关于正确适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）服务党和国家的工作大局的通知》（法〔2009〕165号）第2条规定：严格适用《中华人民共和国合同法》若干问题的解释（二）第二十六条……对于上述解释条文，各级人民法院务必正确理解、慎重适用。如果根据案件的特殊情况，确需在个案中适用的，应当由高级人民法院审核。必要时应报请最高人民法院审核。

够给商业主体带来损失的机会或可能性的一种客观经济现象,属于从事商业活动的固有风险,诸如尚未达到异常变动程度的供求关系变化、价格涨跌等。与商业风险相比,“情势变更是当事人在缔约时无法预见的非市场系统固有的风险。人民法院在判断某种重大客观变化是否属于情势变更时,应当注意衡量风险类型是否属于社会一般观念上的事先无法预见、风险程度是否远远超出正常人的合理预期、风险是否可以防范和控制、交易性质是否属于通常的‘高风险高收益’范围等因素,并结合市场的具体情况,在个案中识别情势变更和商业风险。”<sup>[1]</sup>区分的意义就在于适用不同情形后,受影响的一方应该履行的义务与承担的法律后果有所不同,合同的“归宿”也不一样。如果一种突发的客观情况被认定为商业风险,按照风险自负的原则,遭受损失的一方当事人应当自行承担。

#### (七) 代位权制度的创新与适用

《民法典》合同编在吸收司法解释内容丰富债权人代位权和债权人撤销权两种制度之后,将其从《合同法》合同履行一章中独立成章是完全必要的——第五章合同的保全。这里的“保全”是民法意义实体上的保全,不可理解为仅仅是民事诉讼程序意义上的保全。换言之,这里的“保全”具有保障合同全面履行、保障债权实现的意义。所谓债权人代位权,是指在债务人怠于行使其到期债权,影响债权人债权实现的,债权人可以自己的名义向人民法院请求代位行使债务人债权的权利。所谓债权人撤销权,是指在债务人实施放弃债权、无偿或低价处分财产等行为,影响债权人债权的实现时,债权人可以向法院请求撤销债务人所

[1] 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》(法发〔2009〕40号)。